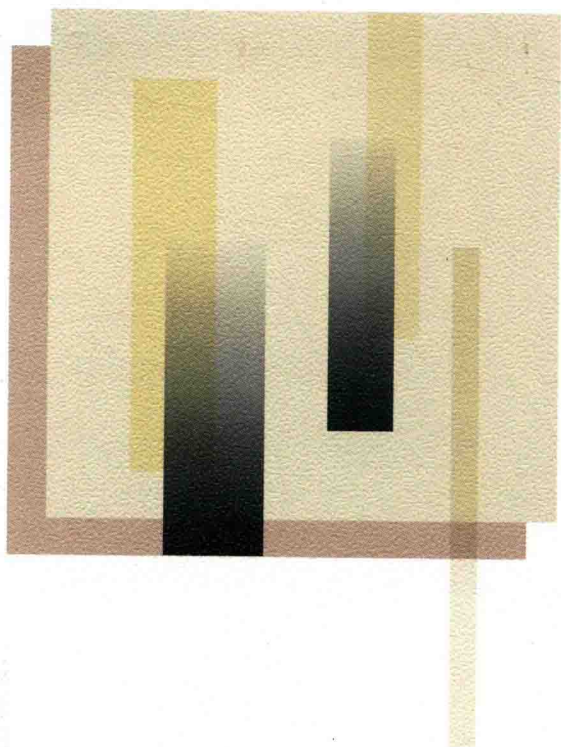


周啸天 著

共犯与身份论的重构和应用

Reconstruction and Application of Complicity and Status



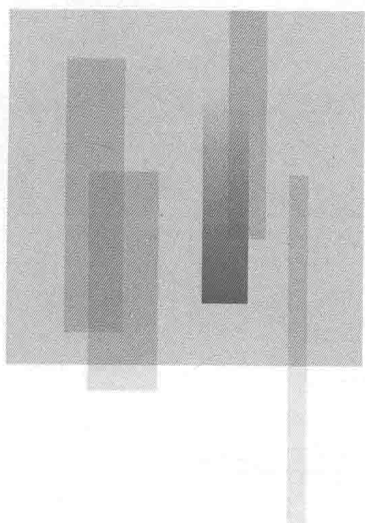
 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

非外借

周啸天 著

共犯与身份论的重构和应用

Reconstruction and Application of Complicity and Status



图书在版编目(CIP)数据

共犯与身份论的重构和应用 / 周啸天著. -- 北京 :
法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1889 - 3

I. ①共… II. ①周… III. ①同案犯—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 329823 号

共犯与身份论的重构和应用
GONGFAN YU SHENFENLUN DE
CHONGGOU HE YINGYONG

周啸天 著

责任编辑 吴 昉
装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律教育出版社
开本 A5
印张 13.625
字数 410 千
版本 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1889-3

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

共同犯罪的场合,一个重要问题是有关“共同犯罪与身份的问题”,其主要涉及有身份的人与没有身份的人共同实施身份犯的场合,该如何处理的问题。但在讨论本问题之前,首先要确认的是,什么是身份的问题。

对此,我国传统学说均是从身份对行为人刑事责任的影响方式上进行区分,将身份区分为定罪身份与量刑身份,或者说真正身份和不真正身份。前者是指某些犯罪的主体所必须具备的要件,不具有这种身份,行为人的行为就不构成犯罪。如刑法*第385条规定,受贿罪的主体必须是国家工作人员,非国家工作人员即便实施了收受他人贿赂的行为,也不能构成刑法第385条所规定的受贿罪。从犯罪的本质是侵害法益的观点来看,与无身份者相比,有身份者同被侵害的法益之间,关系更加密切,更容易对被保护的法益造成侵害。所谓量刑身份,又称为影响刑罚轻重的身份或者不真正身份,它不影响定罪,但影响量刑的轻重,即该种身份属于从重、从轻甚至免除处罚的根据。如刑法第243条所规定的诬告陷害罪,对犯罪主体并无特别限制,一般人就可以实施该罪,但该条第2款规定:“国家机关工作人员犯前款罪的,从重处罚。”这里,“国家机关工作人员”的身份尽管不影响诬告陷害罪的成立,但却是从重处罚的根据,因此,属于量刑身份。

但是,上述定罪身份与量刑身份,或者说真正身份和不真正身份的区分并没有说清楚身份的本质,即“身份”这种行为人一身专属的特殊资

* 本书所称“刑法第××条”指“《中华人民共和国刑法》第××条”。

格、特殊地位或者状态是如何影响行为的性质和对行为人的量刑的？为了解决这一问题，在日本，以西田典之教授为代表，提出应当从身份到底如何对犯罪产生影响的实质上来研究身份，提倡所谓违法身份与责任身份的区分。^{〔1〕}

按照上述理解，所谓违法身份，是指对该条文所保护的法益能够产生侵害的身份，这种身份是侵害法益的基础，不具备该种身份就不能构成该种犯罪。就受贿罪而言，由于其所保护的法益是职务行为的公正性，而不具有国家工作人员身份的人，不能从事公务，因此，其行为无论如何都不可能对职务行为的公正性产生影响，因此，可以说，受贿罪中，“国家工作人员”的身份是违法身份。从此意义上讲，违法身份，实际上与定罪身份相似。

所谓责任身份，是指对刑法条文所规定的保护法益没有影响，只对责任的轻重具有影响的身份。具体来说，有身份和没有该种身份的人在侵害法益方面，没有什么区别，但由于该身份的存在，却会加重或者减轻对侵害法益行为的处罚。如我国刑法将“以牟利为目的”而传播淫秽物品的行为规定为“传播淫秽物品牟利罪”（刑法第363条），将没有该目的的传播淫秽物品行为规定为“传播淫秽物品罪”（刑法第364条），并对具有“牟利目的”的场合规定了较重的法定刑。这里，如果说“牟利目的”就是身份的话，则可以说将其归入责任身份一类。又如刑法第271条规定的职务侵占罪和第270条所规定的侵占罪，都是将代为保管的他人财物据为己有的犯罪，但因为职务侵占罪的主体具备了“公司、企业或者其他单位的人员”的身份，使得其处罚要重于刑法第270条所规定的侵占罪。^{〔2〕}同样，刑法第388条之一规定的利用影响力受贿罪与刑法第388条规定的受贿罪，都是通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的行为，但因为其主体是“国家工作人员的近亲属或者其他与国家工作人员关系密切的人”，而不是“国

〔1〕 [日]西田典之：《共犯理论的展开》，成文堂2010年版，第353页以下。

〔2〕 依照刑法第270条的规定，侵占罪的法定刑为“二年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金”，而刑法第271条规定的职务侵占罪的法定刑为“五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产”。

家工作人员”，因此，其处罚比受贿罪要轻。

本书便是借鉴了日本刑法学中的有关身份犯的理论来重构我国的身份犯的共犯理论的。本书的主要观点是，从不法与责任的二阶层的犯罪论体系来看，身份完全能够被区分并且融入到违法与责任两个要件之中。从事实层面来看，违法身份是侵害法益的事实前提，从规范层面来看，违法身份因具备与法益之间的紧密联系而对“引起结果的原因”具有现实支配；责任身份则与期待可能性以及预防必要性即可罚的责任有关。在违法的实质是法益侵害结果的客观违法论之下，“违法连带、责任个别”本就是客观违法论与主观责任论所推导出来的应然之理。据此，“违法身份连带、责任身份个别”的教义学原理得以证成。这种教义学原理的核心意义在于，参与违法身份犯的人成立违法身份犯的共犯，参与责任身份犯的人只成立自身所触犯罪名的犯罪。应当说，这个结论具有重要的理论价值和应用价值。从理论层面上讲，其将身份犯共犯问题的研究由形式层面深化到实质层面，契合了我国当下刑法学研究的潮流。这表现在该书首次对违法身份、责任身份进行了明确的界定，并将其类型化，也首次系统性地构建了身份犯共犯的教义学原理。从应用层面上讲，其不仅能解决对违法身份犯、责任身份犯的相互共犯参与问题以及不同身份人的共同犯罪问题，还能够解决对消极身份犯的共犯参与、目的犯的共犯问题以及事后抢劫罪的共犯问题。当然，因为违法身份、责任身份的区分是实质化的区分，所以其区分标准不及形式化区分那样明确，因此，本书在如何进一步明确违法身份与责任身份的区分标准上，尚存在补充研究的空间。

本书作者、山东大学法学院副教授周啸天博士，本科毕业于西北政法大学；硕士就读于华东政法大学，受教于杨兴培教授，在此期间便有学术论文发表；博士阶段就读于清华大学，在我的名下指导。由于受我的研究方向和学术风格的影响，便自学了第二外语——日语，之后，作为联合培养博士研究生到日本东北大学法学部学习一年，研究“身份犯的共犯”课题。本书就是在其博士学位论文的基础上加工而成的呕心沥血之作。

啸天博士出身于书香门第，有家学渊源，其不仅有强烈的学术志向，而且文辞表达上也颇见功力，具有以学术为生的条件，这些在其极为严谨的学术论文当中就能窥豹一斑。同时，他天生聪颖，学习语言的本领极

强,仅仅留日一年,便能熟练地使用日语,不仅能看,还能听说。我在有日本学者过来的时候,常请他陪同。在听说他仅学过一年日文之后,日本学者也为其口语之流利感到吃惊。现在,他已投身学界三年,小有成就,已经跻身于他这个年龄段的学者的前列。本书的问世,不仅能够使本领域的研究更上层楼,而且也能让他更加信心倍增,在学术道路上越走越远。

衷心希望啸天博士不忘初心,潜心学术,不断有新的研究成果和大家分享!

是为序!

黎宏

2017年7月9日于清华大学明理楼

目 录

第一章 导论	1
第一节 问题起因与问题现状	1
第二节 研究意义与研究思路	24
第二章 德日身份犯共犯的立法与学说考察	29
第一节 德日立法演变与比较评析	29
第二节 德日学说发展与比较评析	43
第三节 小结	89
第三章 身份基础理论	91
第一节 身份的概念与外延	91
第二节 身份的分类	104
第三节 身份本质既有观点总结与批判	111
第四节 义务犯理论的反思与批判	122
第五节 身份本质自说的展开	148
第六节 小结	161
第四章 共犯相关理论再探讨	163
第一节 共犯体系的理论选择	164
第二节 “新双层次区分说”的提出	186
第三节 正犯与共犯违法关系的厘定	221

第四节 小 结	242
第五章 身份犯共犯教义学原理的重构与应用	244
第一节 既有观点批判	244
第二节 身份犯共犯教义学原理的重构	255
第三节 身份犯共犯教义学原理的应用	270
第四节 小 结	291
第六章 身份犯共犯其他相关问题的解决	293
第一节 身份犯的间接正犯	293
第二节 对消极身份者的共犯参与	311
第三节 目的犯的共犯	330
第四节 事后抢劫罪的共犯	357
第五节 小 结	386
第七章 总 结	389
第一节 本书的基本研究结论	389
第二节 本书可能的创新之处	390
第三节 本书可能的不足	391
参考文献	392
附 录	409
后 记	426

第一章 导 论

第一节 问题起因与问题现状

本书旨在通过系统性地探讨位于共犯与身份交叉领域的理论问题——身份犯的共犯问题,先“破”旧说后“立”自说,并以自说一以贯之地解决一系列问题。一直以来,共同犯罪都有“刑法学中最为黑暗、混乱而令人绝望之章”的称谓,那么在“共犯”之外,再加上“身份”问题,使其结合为身份犯的共犯问题,则其理论复杂性只能更甚。对此,我国台湾地区学者许玉秀认为,“共犯领域固然原本就是困难的理论领域,但是尽管困难,在它的核心问题,例如正犯与从犯区分理论,亦即共同正犯理论,以及教唆犯和帮助犯处罚依据等,虽然学说推陈出新,所有的讨论还算井然有序,反而共犯与身份这个共犯边缘问题,被处理得一团混乱”。^{〔1〕}正因为该问题存在诸多混乱,所以厘清理论混乱,廓清理论体系,才越发具备理论价值。

研究共犯与身份问题,不仅出于理论需要,还鉴于我国司法实践的需要。在目前,困扰我国实务界的一大难题,正是在共同犯罪的性质认定之际,如何对身份犯的共犯参与人定罪的问题。这一问题包含以下两种类型:

第一,普通主体与身份者之间的共犯参与问题。例如,在普通人教唆或者与军人一起盗窃军用物资的场合,普通人教唆、帮助国家工作人员监守自盗或者与其一起实施“自盗”行为的场合,或者在国家工作人员教唆普通人去收受贿赂、盗窃自己保管的仓库中国有财物的场合,以及邮政工

〔1〕 许玉秀:《从共犯与身分论不法与罪责的区分》,载许玉秀主编:《刑事法之基础与界限——洪福增教授纪念专辑》,学林文化事业有限公司2003年版,第459页。

作人员教唆普通人毁弃自己所保管邮件的场合,如何对各个共犯参与人定罪的问题。前两个案例属于普通主体参与身份犯的案件类型,后两个案例属于利用“有故意无身份的工具”的案件类型。

普通主体参与身份犯的案件类型,以及利用“有故意无身份的工具”的案件类型还远不止以上所列。事实上,除去以上所举例子之外,刑法第446条战时残害居民、掠夺居民财物罪(军人)与第234条故意伤害罪(普通主体)、第263条抢劫罪(普通主体)、第267条抢夺罪(普通主体)之间,第431条第1款非法获取军事秘密罪(军人)与第282条非法获取国家秘密罪(普通主体)之间,第431条第2款为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪(军人)与第111条为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪(普通主体)之间,第405条徇私舞弊出口退税罪(税务机关工作人员)与第204条骗取出口退税罪(普通主体)之间,第416条第2款阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪(对被拐卖、绑架的妇女、儿童负有解救职责的国家机关工作人员利用职务聚众阻碍解救且是首要分子的情况)与第242条第2款聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪(普通主体)之间,第417条帮助犯罪分子逃避处罚罪(有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员)与第310条窝藏、包庇罪(普通主体)之间,都完全有可能出现普通主体参与身份犯的情况,以及身份者将“有故意无身份”的人作为“工具”加以利用的情况。

第二,不同身份者的共同犯罪问题。例如,在公司、企业或者其他单位中,公司、企业人员与被委派到本公司从事公务的人员相互勾结,分别利用各自职务便利,共同侵吞本单位财产的案件中,或者在被保险人与国有或者非国有保险公司工作人员相互勾结,共同骗保的案件中,抑或在纳税人与税务机关征税人员相互勾结,通过进行虚假申报之后再加以审批的手段少缴税款的案件中,如何对不同身份者定罪的问题。

除以上所举例子之外,刑法第272条挪用资金罪(公司、企业或者其他单位的工作人员)与第384条挪用公款罪(国家工作人员)之间,第163条非国家工作人员受贿罪(公司、企业或者其他单位的工作人员)与第385条受贿罪(国家工作人员)之间,第398条故意泄露国家秘密罪(国家机关工作人员)与第432条故意泄露军事秘密罪(军人)之间,第443条虐待部属罪(军人)与第260条虐待罪(共同生活的同一家庭成员)之间,

第444条遗弃伤病军人罪(军人)与第261条遗弃罪(对其他没有独立生活能力的人负有扶养义务的人)之间,第430条军人叛逃罪(军人)与第109条叛逃罪(国家机关工作人员)之间,都有可能出现不同身份者相互勾结,分别利用各自身份所带来的便利从而共同犯罪的情况。

定罪是量刑的逻辑前提,能否对上述案件中的共犯参与人正确定罪,不仅关乎对刑法条文的选择与适用,还决定着刑罚的裁量。综上,深入并且系统地研究身份犯的共犯问题,兼具理论与实践价值。

一、问题起因

身份犯的共犯问题之所以成为问题,首先是因为我国刑法总则中立法的欠缺。无法可依带来的后果是,该问题的解决被完全委托于理论上的探讨。理论界对此问题却争议激烈,聚讼不断,远未达成共识。

第一,在立法层面上,我国现行刑法总则中并无有关身份犯共犯的立法。^{〔2〕}如果从时间上划分我国对身份犯共犯问题的立法发展,可分为新中国成立后到1997年刑法(以下简称97刑法)之前,以及1997年刑法至今这两个阶段。从新中国成立后的法律沿革上来看,于1952年颁布的《惩治贪污罪条例》是最早有关身份犯共犯的立法,其中第12条规定:“非国家工作人员勾结国家工作人员伙同贪污者,应参照本条例第三、四、五、十、十一各条的规定予以惩治。”该条例的第3~5条、第10~11条是有关贪污罪处罚的规定。在1979年刑法(以下简称79刑法)颁布之前,我国对贪污罪共犯的惩治,依照该条例进行。

在其后的79刑法之中,无论是在总则还是分则中都未见有关身份犯

〔2〕 这不代表我国开启法制近代化以来的诸多刑法典之中,都不存在身份犯共犯的立法规定。1911年颁布的《大清新刑律》第33条第1项规定:“凡因身分成立之罪,其加功者虽无身分,仍以共犯论。”1911年颁布的《中华民国暂行新刑律》第33条第1项规定:“凡因身分成立之罪,其教唆或帮助者,虽无身分,仍以共犯论。”1928年颁布的《中华民国刑法》第45条第1项规定:“因身分成立之罪,其共同实施或教唆、帮助者,虽无身分,仍以共犯论。”1935年颁布的《中华民国刑法》第31条第1项规定:“因身分或其他特定关系成立犯罪,其共同实施或教唆、帮助者,虽无特定关系,仍以共犯论。”我国台湾地区于2005年修正后所颁布的“新刑法”将此条文修正为:“因身分或其他特定关系成立之罪,其共同实行、教唆或帮助者,虽无特定关系,仍以正犯或共犯论。但得减轻其刑。”

共犯的任何立法条文,这导致对身份犯共犯的认定,只能依据单行刑事法律或者司法解释。例如,1982年全国人大常委会制定了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》,其中第1条规定:“犯前四款罪,事前与本条(一)、(二)所列举的罪犯通谋的,以共同犯罪论处。”由于本条之(二)是有关受贿罪的规定,故而,这可以看作对受贿罪的共同犯罪的立法。紧接着,在1985年,最高人民法院、最高人民检察院于《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答(试行)》第1条之(二)中,对内外勾结进行贪污或者盗窃案件如何定性时规定道:“内外勾结进行贪污或者盗窃活动的共同犯罪(包括一般共同犯罪和集团犯罪),应按其共同犯罪的基本特征定罪。共同犯罪的基本特征一般是由主犯犯罪的基本特征决定的。如果共同犯罪中主犯犯罪的基本特征是贪污,同案犯中不具有贪污罪主体身份的人,应以贪污罪的共犯论处……如果共同犯罪中主犯犯罪的基本特征是盗窃,同案犯中的国家工作人员不论是否利用职务上的便利,应以盗窃罪的共犯论处。”这实际上是最早以主犯为标准来认定身份犯共犯性质的司法解释。继而,在1988年,全国人大常委会颁布了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》,其中第1条第2款是有关贪污罪共犯问题的规定,即“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处”。第4条第2款是有关受贿罪的共同犯罪问题的规定,即“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员勾结,伙同受贿的,以共犯论处”。

在97刑法修订之际,尽管有学者建议在刑法总则中增设有关身份犯共犯的具体条文,^[3]但是97刑法不但未见身份犯共犯的总则性规定,还取消了上述全国人大常委会所设立的受贿罪共犯的规定。对受贿罪共犯规定的删除,以及总则中立法的阙如,导致在97刑法颁布之后,我国对身份犯共犯问题的法律适用仍然不得不依靠分则中的零散规定^[4]以及司

[3] 参见陈兴良:《共同犯罪论》,中国社会科学出版社1992年版,第538页。

[4] 典型的例如,刑法第198条保险诈骗罪第4款规定:“保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件,为他人诈骗提供条件的,以保险诈骗的共犯论处。”第248条虐待被监管人员罪第2款规定:“监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人的,依照前款的规定处罚。”第382条贪污罪第3款规定:“与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。”

法解释。^[5]

第二,在理论层面上,就如何适用具体法条以及司法解释,各种观点层出不穷,莫衷一是。例如,97刑法取消了有关受贿罪的共犯规定,但却在第382条第3款中保留了贪污罪的共犯规定,该修订曾经引起一场激

[5] 针对个罪而言,列举现行有效且具有代表性的涉及身份犯共犯问题的司法解释为:(1)1998年4月29日最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定:“挪用公款给他人使用,使用人与挪用人共谋,指使或者参与策划取得挪用款的,以挪用公款罪的共犯定罪处罚。”(2)2000年6月30日最高人民法院《关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》第1条规定:“行为人与国家工作人员勾结,利用国家工作人员的职务便利,共同侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的,以贪污罪共犯论处。”第2条规定:“行为人与公司、企业或者其他单位的人员勾结,利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利,共同将该单位财物非法占为己有,数额较大的,以职务侵占罪共犯论处。”第3条规定:“公司、企业或者其他单位中,不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结,分别利用各自的职务便利,共同将本单位财物非法占为己有的,按照主犯的犯罪性质定罪。”(3)2002年11月5日最高人民法院《关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第2款规定:“与纳税人或者扣缴义务人共同实施抗税行为的,以抗税罪的共犯依法处罚。”(4)2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中规定:“对于国家工作人员与他人勾结,共同非法占有单位财物的行为,应当按照《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》的规定定罪处罚。对于在公司、企业或者其他单位中,非国家工作人员与国家工作人员勾结,分别利用各自的职务便利,共同将本单位财物非法占有的,应当尽量区分主从犯,按照主犯的犯罪性质定罪。司法实践中,如果根据案件的实际情况,各共同犯罪人在共同犯罪中的地位、作用相当,难以区分主从犯的,可以贪污罪定罪处罚。”另外,对于受贿罪的共犯规定为:“根据刑法关于共同犯罪的规定,非国家工作人员与国家工作人员勾结,伙同受贿的,应当以受贿罪的共犯追究刑事责任。”(5)2007年7月8日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第7条第2款规定:“特定关系人与国家工作人员通谋,共同实施前款行为的,对特定关系人以受贿罪的共犯论处。特定关系人以外的其他人与国家工作人员通谋,由国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,收受请托人财物后双方共同占有的,以受贿罪的共犯论处。”(6)2008年11月20日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第11条规定:“非国家工作人员与国家工作人员通谋,共同收受他人财物,构成共同犯罪的,根据双方利用职务便利的具体情形分别定罪追究刑事责任:(1)利用国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的,以受贿罪追究刑事责任。(2)利用非国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的,以非国家工作人员受贿罪追究刑事责任。(3)分别利用各自的职务便利为他人谋取利益的,按照主犯的犯罪性质追究刑事责任,不能分清主从犯的,可以受贿罪追究刑事责任。”

烈的争论。这主要是因为,取消受贿罪的共犯规定,是否意味着第382条第3款有关贪污罪的共犯规定就只是一个拟制规定,立法者就此表现出除了分则中的特别规定之外,一律否认普通主体可以成立身份犯共犯的立法原意?如果答案是否定的,则第382条第3款就仅仅是一个注意规定,普通主体当然可以成立身份犯的共犯。如果答案是肯定的,那么原则上普通主体就只能成立其自身所触犯的罪名,当其不满足任何一个构成要件之际就无罪。尽管高铭暄教授说道:“刑法典总则中对共同犯罪已有明确的规定,在分则中没有必要再对具体犯罪的共犯问题作出重复性规定,故自1996年8月31日的刑法修改草稿起,再没有对这类受贿共犯问题作出规定。”〔6〕但是,仍有学者坚持否定说,并认为,除刑法明文规定外,普通主体不能成立身份犯的共犯。〔7〕

现在,虽然针对普通主体能否成立受贿罪共犯的学术争论已经平息,肯定说也占据了通说地位,但是,如何处理不同身份者的共同犯罪的问题,再一次考验着我国的刑法理论。例如,在公司、企业中,不具有国家工作人员身份之人,与具备国家工作人员身份之人相互勾结,各自利用职务便利,共同侵吞本单位财产的场合,到底如何对该共同犯罪定罪?对此,在2000年,最高人民法院颁布了《关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》,其中第3条沿袭了司法解释一贯的立场——主犯决定说,即以主犯所成立的罪名对全部共同犯罪人定罪。但是,主犯决定的是量刑,在量刑之前先要定罪,因此,该说遭到了颠倒罪刑顺序的批判。另外,当一个案件中难以区分主、从犯或者存在两个主犯之际,如何定罪也成为未解的难题。可以说,主犯决定说虽然是司法解释的一贯立场,但是在学界,这面红旗未立即倒,并且在司法实践中也并未得到彻底贯彻。

其后,各种观点应运而生,我国刑法学界对身份犯的共犯问题,进入了漫长的理论争议期。而在至今的争议之中,尚未见有任何一种观点取

〔6〕 高铭暄:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第608~609页。

〔7〕 当时的相关讨论,参见张明楷:《受贿罪的共犯》,载《法学研究》2002年第1期。彻底否定无身份者可以成立贪污罪、受贿罪共犯的代表性观点,参见杨兴培、何萍:《非特殊身份人员能否构成贪污罪的共犯》,载《法学》2001年第12期。

得压倒性的通说地位。

二、问题现状

我国刑法学者们从未停止探索身份犯共犯问题的理论脚步,但是,迄今为止的探讨,尚且难言取得了质的突破。按照从司法实践中提炼问题意识,再以具体理论解决实践问题,并且接受实践检验的研究思路,以下在分析我国的问题现状之际,先分析审判实践中所存在的问题,后分析理论研究中所存在的问题。

(一) 实践层面:审判思路相互矛盾并且存在重刑化倾向

分析我国审判实践中具有代表性的三个案例,可以发现,我国审判实践存在审判思路互相矛盾以及重刑化倾向这两个问题。

【案例1】陈贵杰等贪污案——银行临时工与外部人员勾结监守自盗应如何定罪〔8〕

1995年春节前,被告人陈贵杰(无业)向中国工商银行电白县支行三角圩办事处出纳员钟国华(原系中国工商银行电白县支行三角圩办事处出纳员,计划内临时工)提议并多次密谋,制造被抢劫假象,秘密窃取三角圩办事处的公款。同年2月3日(大年初四)上午,被告人陈贵杰又邀三角圩办事处会计卢欣阳(原系中国工商银行电白县支行三角圩办事处会计,计划内临时工)一起作案,遭卢欣阳拒绝。钟国华从陈贵杰口中得知卢欣阳不同意后,亦向陈贵杰表示放弃作案。

当日下午6时许,被告人陈贵杰得知三角圩办事处只有钟国华、卢欣阳两人当班时,即从钟国华家骑走钟国华的摩托车并携带行李袋及小刀一把,来到三角圩办事处。陈贵杰敲门进屋后,叫钟国华把办事处的公款装入行李袋。钟国华未作任何反对,即打开钱柜,将公款装入行李袋。这时,陈贵杰欲将办事处的电话线用手拉断,但未拉断,卢欣阳则向陈贵杰指明报警线及桌上摆放的剪刀后,陈贵杰将报警线剪断。因为陈贵杰带来装钱的行李袋太小,其让钟国华、卢欣阳等着,自己又返回钟国华家,取

〔8〕 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事审判指导案例·贪污贿赂罪·渎职罪·军人违反职责罪》,法律出版社2012年版,第3~5页。

来另一个大行李袋,回到办事处丢给钟国华,钟国华便将公款 273000 元装给陈贵杰。之后,为了制造被抢劫的假象,陈贵杰将钟国华、卢欣阳叫进卫生间,向两人各打一拳,然后扣上卫生间门,携带赃款逃离现场。

茂名市中级人民法院认为,被告人陈贵杰与被告人钟国华、卢欣阳内外勾结,相互配合,共同侵占银行的巨额现金,其行为均已构成侵占罪,均应依法惩处。在共同犯罪中,陈贵杰、钟国华起主要作用,是本案主犯,应从重处罚。卢欣阳起次要作用,是从犯,可以比照主犯予以从轻处罚。公诉机关指控陈贵杰、钟国华、卢欣阳的犯罪事实属实,但指控各被告人的行为构成贪污罪不当。被告人钟国华、卢欣阳不具有国家工作人员身份,不构成贪污罪的主体,应认定陈贵杰、钟国华、卢欣阳的行为构成侵占罪。

对于发生在 97 刑法之前的本案,有不同观点认为,对三人应当论以盗窃罪。该审判思路为:于 1985 年最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答》中规定:“内外勾结进行贪污或者盗窃活动的共同犯罪(包括一般共同犯罪和集团犯罪),应按其共同犯罪的基本特征定罪。共同犯罪的基本特征一般是由主犯犯罪的基本特征决定的。”根据该规定,因为在本案中,陈贵杰是主犯,所以应对全案论以盗窃罪。但是,以侵占罪定罪的现实审判思路却否定了这一点。其审判思路为:首先,1988 年 1 月 21 日全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 1 条第 2 款规定:“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手管理公共财物的人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。”既然立法规定的效力高于前一司法解释,那么根据这一规定,对于全案应当以贪污罪定罪。其次,根据 1995 年 2 月 28 日全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第 14 条的规定,以及 1995 年 12 月 25 日最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》第 5 条的规定可知,有限责任公司、股份有限公司以外的企业职工,即有限责任公司、股份有限公司以外的企业中属于非国家工作人员的职工,实施侵占犯罪行为的,以侵占罪处罚。因为在本案中,仅具有临时工身份的钟国华、卢欣阳在当时被评价为非国家工作人员,所以,两人只能触犯侵占罪。最后,对于勾结非国家工作人员的陈贵杰,也应当按照侵占罪定罪处罚。

值得注意的是,《刑事审判参考》一书对于该案的分析中,有这样的