

论共同犯罪性质的认定——以整体犯罪构成为视角

刘斯凡

(武汉科技大学文法与经济学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 整体犯罪构成是指两人以上的共同行为所符合的犯罪构成。不管是否采纳修正的犯罪构成概念, 整体犯罪构成都是认定共同犯罪的基础; 整体犯罪构成要和共犯的成立条件相区分, 作为整体犯罪构成评价对象的实行为要结合单独犯罪来确立; 在共同犯罪中, 只要有利用身份的情况出现, 就可以认为构成相应的身份犯, 如果同时满足非身份犯的犯罪构成, 就形成了非常特殊的想象竞合关系。

关键词: 整体犯罪构成; 共犯; 想象竞合; 刑法理论; 身份犯

中图分类号: D924.11

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2011)02-0077-06

在共同犯罪中, 犯罪的性质是一个不难认定的内容, 但一旦涉及到存在身份犯时共同犯罪的性质, 问题就变得复杂无比。现行的刑法理论忽视了整体犯罪构成的存在, 更未对身份在整体犯罪构成中的地位进行分析。本文拟从整体犯罪构成概念出发, 结合身份在整体犯罪构成中的地位, 对共同犯罪的性质认定进行探讨。

一、德日刑法理论关于共犯构成要件的不同解读

在构成要件的基本分类上, 日本刑法存在基本构成要件和修正构成要件分类。基本构成要件是在刑法分则或各种刑罚法规中单个规定的构成要件。所谓修正的构成要件, 是以基本的构成要件的存在为前提, 将其进行修正之后所设计的犯罪类型。从数人参与的角度来看, 规定有两个以上的人共同实行犯罪的就是共同正犯, 教唆他人实行犯罪的是教唆犯, 帮助他人实行犯罪的是帮助犯等各种类型。^{[1](103)}然而, 抛开行为上的差别不论, 如果仔细分析, 正犯和狭义共犯所符合的犯罪构成仍存在质的差异。持上述分类的学者认为杀人罪的共同正犯的构成要件是“二人以上共同杀人”。^{[1](103)}很明显, 这个修正的构成要件将主体为一人的构成要件修正成了二人以上, 也就是说, 该修正的构成要件是两人以上共同满足的构成要件。而教唆犯和帮助犯则不同, 他们根据总则所得到的修正的构成要件只是针对教唆犯或者帮助犯本人。

这种差异在日本理论界并没有引起足够的重视, 导致在共同犯罪的定罪和正犯与共犯的区分问题上一直含混不明, 造成了共同犯罪定性的困难, 正犯和共犯区分的失当。所以, 在确立共同犯罪整体的性质上, 日本学者之间并没有从修正构成要件的角度展开讨论, 而是从共犯的本质的角度, 提出了行为共同说和犯罪共同说, 即将本属于构成要件解决的问题由共犯的本质来处理。这种处理模式以犯罪的共同或行为的共同作为认定共同犯罪的基点, 颠倒了整体犯罪构成和个别犯罪构成的关系, 将共犯的成立条件和犯罪构成剥离。

与此相对, 德国并没有基本构成要件和修正构成要件分类, 只是存在基本构成要件(Grundtatbestand)和变体构成要件(abgewandter Tatbestand)的区分。基本构成要件是对犯罪类型基本形式的规定, 它包含类刑事可罚性的最起码的条件; 变体构成要件(加重性质和减轻性质的变体)就基本构成要件在其特别的特征上做了扩展。(如关于时间或者空间的状况, 关于实施的方式, 关于使用一定的行为手段的规定, 对于行为人与受害者之间关系的规定, 等等。)^[2]可见, 变体构成要件并非修正的构成要件。所以, 这种分类方式根本不涉及到共同犯罪的定性。但德国刑法学者大都认为共犯理论是不法构成要件理论的一部分, 并认为正犯是自己实施构成要件行为或者通过他人实施构成要件行为或者作为共同正犯参与此等构成要件行为, 教唆犯和帮助犯则处于构成要件之外。^{[3](651)}

德国学者将共犯理论都视为构成要件理论可谓恰

当,但只是从确立正犯的角度来论证正犯和构成要件的关系,并没有从构成要件和构成要件事实的关系上阐述共同犯罪的构成要件,这不能不说是一大遗憾。构成要件和构成要件事实的关系是确定共同犯罪性质的基础,是讨论正犯的前提。所以,虽然可以没有修正构成要件的概念,但是对共同犯罪的构成要件符合性的探讨是必需的,这一点无法以正犯符合构成要件这一简单结论取代。

二、我国整体犯罪构成理论的确立

我国刑法通说关于犯罪构成的分类与日本关于构成要件的分类是一致的,共同犯罪所涉及的犯罪构成就可以称为修正的犯罪构成。而我国刑法并不存在共同正犯的规定,在探讨修正的犯罪构成时,更加会忽视正犯和共犯在犯罪构成上的差异。如我国刑法通说认为,数人共同实施抢劫行为的犯罪构成,要结合我国刑法分则第263条抢劫罪和总则第26~29条,根据各共同犯罪人的具体情况综合加以认定。^[4]既然是结合各共同犯罪人的具体情况综合加以认定,这个综合认定得出的犯罪构成是以单个的共犯人为基准的,从而忽略了共犯中的修正的犯罪构成的特殊性。共同犯罪是两人以上共同故意犯罪,即两人以上共同实现一个犯罪构成。共同行为要构成犯罪,必须有两人以上的共同行为符合一个犯罪构成,这个犯罪构成就叫做整体犯罪构成。这个整体犯罪构成应该先于我国通说所说的修正的犯罪构成(可称为个别犯罪构成)而存在。

共同行为是否构成犯罪,应该由整体犯罪构成决定。共同犯罪中的实行行为和单独犯罪中的实行行为不能等而视之,除非是共犯中的一人独立实现了所有的构成要件。共同犯罪中的实行行为和单独犯罪才是一致的,这时候依靠正犯才可以界定犯罪的性质。在相当一部分情况下,每个共犯人只是部分地实现了构成要件。比如抢劫罪,甲实施暴力胁迫行为,乙实施获取财物的行为,不论是甲还是乙,单独都不符合完整的抢劫罪的构成要件。如果只是从甲的行为来认定犯罪的性质,故意伤害罪可能更合适;如果仅仅依据乙的行为来认定犯罪的性质,盗窃罪是更好的选择;只有将甲和乙的行为合并来看,才能定性为抢劫罪。如果从共同犯罪构成和单独的修正犯罪构成的角度来理解,可以更清楚地发现通说的问题。共同犯罪是数人共同实现一个犯罪构成,应该从整体犯罪构成的角度来理解其的性质。也就是说,共同犯罪性质的确定,

是将共同犯罪人的行为当做一个整体,来确定到底和刑法分则的哪一个犯罪构成相符。修正的个别犯罪构成在整体犯罪构成成立的前提下才能存在,不考虑整体的犯罪构成,而只从修正的犯罪构成来决定共同犯罪的性质,在逻辑上存在问题。

我国存在共同犯罪的立法规定和成立条件的理论,它和整体犯罪构成的关系便值得探讨。我国刑法通说认为共犯的成立条件有三个,分别是两人以上、共同故意和共同行为,并认为共同犯罪行为表现为四种方式:第一,实行行为,即实施符合犯罪构成客观方面要件的行为;第二,组织行为,即组织、领导、策划、指挥共同犯罪的行为;第三,教唆行为,即故意劝说、收买、威胁或者采用其他方法唆使他人故意实施犯罪的行为;第四,帮助行为,即故意提供信息、工具或者排除障碍协助他人故意实施犯罪的行为。^[5]显然,这样的共犯成立条件不是从犯罪构成的基础上把握的,因而必然存在漏洞。我们知道,共同犯罪的成立条件,是为了说明在何种情况下共同犯罪可以成立。而犯罪的成立之重要判断标准是有没有实施刑法分则规定的构成要件行为,在单独犯罪中如此,在共同犯罪中亦然。所以,实施了构成要件行为的正犯和没有实施构成要件的教唆犯和帮助犯应该进行区分,以实施了构成要件行为的正犯来认定犯罪是否成立就足够了,教唆犯和帮助犯在确立共同犯罪这个整体是否成立上是没有作用的。糅合了教唆行为和帮助行为的共同犯罪行为到底是什么样的行为,是否可以糅合在一起,都成问题。而且,将所有的共犯人的行为结合在一起,捆绑成共同犯罪行为,也就肯定了每个共犯人也成立犯罪。在犯罪的成立都成问题时,如何能够确定实施了非构成要件行为的教唆行为和帮助行为一定就构成犯罪?这样的做法一方面使得共同犯罪的成立条件越俎代庖,取代了认定教唆犯和帮助犯是否成立的修正犯罪构成,另一方面很容易恣意扩大犯罪的成立范围。实际上,我国刑法理论中的犯罪成立条件在认定犯罪成立上的作用是十分微小的。在整体犯罪是否成立的问题上,我国刑法理论跟随日本刑法理论,以犯罪共同说或者行为共同说来说明。在教唆犯是否成立的问题上,是根据教唆犯的修正的犯罪构成来判断。这其实从根本上否定了犯罪成立条件在认定犯罪时的指导意义。

整体犯罪构成的认定,需要考虑不同的情况。在共同犯罪中,可能是一个人实现犯罪构成,也可能是两人以上实现一个犯罪构成。对于后者,又可以分为两种情况:一种是任何单个人的行为单独看都不符合某一个犯罪构成,另一种是单个人也符合某个犯罪构

成,该犯罪构成也许和两人以上所符合的犯罪构成相同(如两人以上共同伤害的情况),也许不同(如抢劫中有人使用暴力,有人获取财物)。到底是一人还是数人实现犯罪构成的根据就是客观行为,该客观行为判断的前提是作为评价对象的事实行为。而在共同犯罪中,对事实行为的认定和单独犯罪会有所区别。以故意杀人罪为例,在共同犯罪中,一人抱住被害人,另一人用刀刺杀,一般认为,刺杀者实施的是构成要件行为,而将被害人抱住的人实施的并非构成要件行为。又比如在一人实施投毒行为,而另一人借谈话转移被害人视线时,会认为投毒人实施的是构成要件行为,而转移被害人视线的人实施的是非构成要件行为。这样的认定貌似合理,而如果与单独犯来对比,就会发现问题所在。刺杀者必须先有对被害人的控制行为才能实施刺杀,这种控制不一定是抱住被害人,但必定将被害人置于可刺杀的范围之内,否则刺杀行为不能完成。投毒人要投毒成功同样要趁被害人不注意或者转移被害人的视线。这些所谓的构成要件行为之外的行为在单独犯罪中是很少被单独考虑的。在单独犯罪中,我们必定认为控制被害人的行为和刺杀行为结合起来才可称为杀人行为,我们总是主张之前转移视线的行为和后面的投毒行为构成了刑法上可以评价的投毒行为的整体。在单独犯罪中作为一个整体的行为,在共同犯罪中因为分别由不同的人实施,就很容易被分离成数个行为,这种做法的合理性要结合作为评价对象的行为来把握。

对于作为评价对象的行为,可以以竞合理论中的行为概念作为参考。德国的判例和主流的理论在界定竞合理论中的行为概念时,往往以自然的生活观念(natürliche Lebensauffassung)作为基础。如果不同的行为部分是基于统一的意志决定,且时间和空间又有紧密的联系,以至于他被一个与之无关的观察者认为是一个行为的,那么,一个事件过程的外在上可分离的数个组成部分应当被视为一个单一的行为。^{[3](710)}这种行为概念应该是前构成要件的,而遗憾的是德国学者忽视了这一点,而从构成要件的角度进一步认为“自然的生活观念”的公式不再适用,它掩盖了将行为的存在视为判断的对象的事实上的根据。由于不存在法学观察所能直接追溯的享有优先权的社会行为单数,行为人计划的单一性又不可能是起决定作用的,因为数个具体的行为可能来源于一个单一的行为决意,而这些具体的行为基于公正性又不得复合为一罪(例如,盗窃用于谋杀的武器,杀死被害人,为逃脱抢劫机动车)。因此,对于确定是行为单数还是行为复数起决定作用的,可能是各自破坏的法定构成要件的意义。^{[3](711)}

这种混淆作为判断对象的事实行为和作为已经评价过了的构成要件行为的思路是不足取的。构成要件符合性的判断是看社会生活中的具体事实是否和刑法分则所规定的构成要件的行为相符。作为评价对象的行为应在先于构成要件而存在,而不是依靠构成要件来确定行为的单数和复数,靠构成要件所确定的行为,已经是构成要件行为了,已经是评价过了的对象。至于盗窃用于谋杀的武器,杀死被害人,为逃脱抢劫机动车的一系列行为,到底被认定为一个构成要件行为还是数个构成要件行为,则是构成要件符合性的问题。

所以,在确定作为共同犯罪评价对象的行为的时候,恐怕仍需要采取类似自然的生活观念的做法,以单独犯的事实行为为参照,对共同犯罪中的事实行为加以判断。所以,抱住被害人和刺杀行为的整体、转移视线和投毒行为的结合是需要纳入刑法评价的事实行为。这样的认定结果可能和将单纯的刺杀行为或者投毒行为作为事实行为得出的结论一致,但将单纯的刺杀行为或者投毒行为作为事实行为就会与行为理论相悖,偏离了整体构成要件的初衷,在理论方向上是错误的。同时,如果和复行为犯的整体构成要件认定模式相比较,理论的一致性的维持也成为问题。

在整体犯罪构成的判断上,若在共同犯罪中只有一个人实现犯罪构成,该犯罪构成就是整体犯罪构成。若两人以上实现一个犯罪构成,而单个人实施的行为都不符合某一个犯罪构成,那么两个以上实现的这个犯罪构成就是整体犯罪构成。如果单个人实施的行为和两人以上行为所符合的犯罪构成相同,依照高度行为吸收低度行为的原则,整体犯罪构成是两人以上共同符合的犯罪构成;同理,如果单个人实施的行为和两人以上行为所符合的犯罪构成不同,更应该以两人以上共同符合的犯罪构成作为整体犯罪构成。

进一步言之,在主观方面,每个人的故意的内容都包含了单独犯罪中的故意,并同时具备了单独犯罪的所不具备的意识联络等内容。其次,在客观方面,可能是两个以上的人共同实现了一个实行行为,可能是一个人实施了实行行为,可能是每个人都实施了实行行为。而不论如何,整体犯罪构成所关注的是整体的实行行为,到底是一人还是数人实施了实行行为,究竟是实施了一个实行行为还是数个实行行为,都不影响整体犯罪构成的符合性,只是当存在数个实行行为时,可以依想象竞合的理论来确立整体犯罪构成的符合性。

整体犯罪构成基本上是以刑法分则的构成要件行为为基础;也就是说,认定整体犯罪构成只涉及到构成要件行为,没有实施构成要件行为的教唆犯和帮助

犯,对整体犯罪构成的认定并没有影响。确立了整体犯罪构成之后,就可以确立共同犯罪的性质。以共同犯罪的性质为基础,可以确立教唆犯和帮助犯的犯罪性质。虽然根据各国对共犯从属性的接纳程度,教唆犯和帮助犯的性质会有所差异,但他们性质的认定是以整体犯罪构成的确立为基础,却是不难得出的推论。在整体犯罪构成中,犯罪构成的符合性需要重新认定。

三、整体犯罪构成与涉及身份犯的共同犯罪的定性

在我国,当无身份者和有身份者共同实施犯罪时,根据什么来确定所共同实施犯罪的性质到现在仍众说纷纭,尚无定论。如非国有公司的工作人员与国有公司委派到非国有公司从事公务的国家工作人员共同窃取该公司的财产时,应当如何定性,就存在诸多观点。第一种学说是主犯认定说,该说认为内外勾结或两种以上身份者勾结实施的共同犯罪的性质,应由主犯实施的行为的性质确定。^[6]这一见解和司法解释是一致的。第二种学说是正犯行为性质决定说,即以正犯行为的犯罪性质确定共同犯罪的性质。^[7]第三种学说是主职权行为决定说。该说主张,在一般情况下,应根据为主的主权行为认定共同犯罪的性质;在两种职权行为分不清主次的情况下,应采取就低不就高的原则来认定共同犯罪的性质。^[8]第四种学说是区别对待说。该说认为,具体应分不同情况加以讨论:甲身份者与乙身份者只是各自利用本人的身份,且没有利用对方身份的,宜认定构成共同犯罪,但应分别定罪处罚;

甲身份者与乙身份者不仅利用了本人的身份,而且还相互利用了对方的身份的,宜按刑法重点保护的主体客体即重点打击的纯正身份犯来确定共同犯罪的性质,对各行为人按统一的罪名定罪处罚;国家工作人员与非国家工作人员分别利用各自的身份,其中,国家工作人员又同时利用了非国家工作人员的身份,而非国家工作人员没有利用国家工作人员的身份的,应认定构成共同犯罪,但应分别定罪,即对国家工作人员定贪污罪,对非国家工作人员定职务侵占罪;国家工作人员与非国家工作人员分别利用各自的身份,其中,非国家工作人员又同时利用了国家工作人员的身份,而国家工作人员没有利用非国家工作人员的身份的,应对他们统一按贪污罪论处。^[9]第五种学说是整体考察说。该说是指从整体上考察混合主体共同犯罪,只要各共同犯罪人具有共同的犯意,且他们之间有意思联络,其共同犯罪行为符合刑法分则所规定的纯正身份犯的犯罪构成,各共同犯罪人统一定罪,

均以该纯正身份犯论处;否则以常人犯论处。^[10]

以上观点各有特色,但都存在一定不足。首先,对于只利用了国家工作人员身份的或者只利用了公司、企业和其他单位人员身份的,分别按照贪污罪与职务侵占罪来处理,需要讨论的是如果同时利用了国家工作人员身份和公司、企业和其他单位人员身份的如何定性。按照主犯定性,实际上是按照主犯所具有的身份定性,而当存在两个以上的主犯,而主犯的身份不一致时,主犯认定说就发挥不了作用。其次,正犯行为性质决定说也存在同样的问题,当存在两个以上的实行犯,且实行犯具有不同的身份时,仍然无法确定共同犯罪的性质。而如果认为依照有身份者的实行犯的实行行为来定罪,那么按照相同的逻辑,回归到主犯作用说,是不是可以认为,可以按照有身份的主犯来认定共同犯罪的性质?而不论按照也许只是实施了部分构成要件行为的有身份的行为人来界定犯罪的性质,还是按照起到主要作用的有身份的共犯人来界定共犯的性质,都存在问题。部分行为、或者部分作用怎么可能决定整体犯罪行为的性质?正是因为如此,实行行为说将单个行为人的部分行为来决定整体犯罪的性质,会存在难以确立实行行为的疑问,也会出现当一般主体的犯罪重于有身份要求的犯罪时,难以保证罪刑相适应的难题。实际上,按照主犯的性质来认定共同犯罪的性质与按照实行犯的性质都存在同样的缺陷。不论是主犯还是正犯、教唆犯和帮助犯都是在符合整体犯罪构成的前提下,也就是犯罪性质已经确立的情况下,所做的进一步探讨。如果认为根据主犯或者正犯可以认定共同犯罪的性质,就颠倒了逻辑关系。再次,主职权行为决定说以职权的高低来决定共犯的性质,其本质观点就是认为职权高的起到了主要作用,而当职权相当时,或者说作用相当时,采取就高不就低的原则,确实避免了主犯决定说在存在两个以上的主犯时,难以说明共犯性质的疑难。但是,仅仅因为认定上的困难,就采取有利被告的原则来处理,似乎不太妥当。复次,分别考察说所列举的四种情况可以归结为一点,只要存在对国家工作人员身份的利用,不论是有身份者利用,还是无身份者利用,国家工作人员统统成立贪污罪。而对于非国家工作人员,只有利用国家工作人员的身份的时候,才构成贪污罪,否则构成职务侵占罪。这种学说看似比较合理,但是以单个行为人是否利用了有身份人的身份来决定共犯的性质,忽视了共同犯罪部分行为全部责任的基本原理。从共同犯罪的角度思考,在两人以上共同实现一个犯罪构成的时候,只有其中一人利用了

身份犯的身份就可以构成共同犯罪，或者说只要其中一人具备身份就构成相应的共同犯罪。国家工作人员和非国家工作人员各自利用自己的身份，与国家工作人员和非国家工作人员利用对方的身份，或者两者既利用自己身份又利用对方身份，实际上没有差别。但是，认为只有非国家工作人员利用了国家工作人员的身份时才可以构成贪污罪，已经否定了共同犯罪本身。而且，非国家工作人员即使利用了国家工作人员的身份，但他仍然不具备该身份。如果将分别考察说贯彻到底，真正分开考察的话，应该是永远都不可能构成贪污罪。最后，整体考察说注意到了共犯犯罪的认定应该区分整体犯罪构成和修正的犯罪构成，其理论方向是正确的，但是仍不够完整，主要是没有考虑到即使是整体犯罪构成，在整体的行为可能构成多个犯罪的时候，依然存在想象竞合的情况。而不是简单地认定为纯正身份犯就足够。而且，当教唆犯或者帮助犯具有特定身份，正犯不具备相应身份时，难以成立相应的共同犯罪，当然也无法确立犯罪的性质了。

在涉及身份犯时，以整体犯罪构成认定犯罪的性质是合理的方法。我国刑法通说认为身份犯分为真正身份犯和不真正身份犯。对于不真正身份犯，身份只影响到量刑而不影响定罪，身份并不影响整体犯罪构成的成立。对于真正身份犯，只有具有该身份才可能构成相应的犯罪。在共同犯罪中，整体犯罪构成的符合到底是只需要一个人具有相应的身份还是所有的人都具有身份。如果只需要一个人具有身份，何种性质的行为人具有身份才满足整体犯罪构成的要求，都是在整体犯罪构成下需要慎重考虑的问题。如果每个人都具有身份，很容易就可以确立整体犯罪构成。如果只有一个人具有特定的身份，同样也不会影响到整体犯罪构成的存在。以受贿罪为例，国家工作人员利用职务之便，非国家工作人员收受财物，是典型的受贿罪的共犯模式。若认为只有两人以上同时具有国家工作人员身份才可成立整体犯罪构成，那么非国家工作人员构成受贿罪的共同犯罪的范围就急剧缩小。即仅限于国家工作人员实施了完整的构成要件行为的情况下，一旦国家工作人员只是实施了部分构成要件行为，就无法确立整体犯罪构成，共同犯罪无法构成，而这过度缩小了处罚范围。此外，从整体犯罪构成的确立模式来看，只有一个人具有身份，就可以满足所有的构成要件要素，当然可以构成相应的犯罪。如果两人以上都具有身份，则会对相应的行为人是否构成正犯发挥影响，而对犯罪性质的认定不会产生影响。所以，在整体犯罪构成中，只要其中一人具备相应的身份，相应的犯罪就可以成立。但结合前述分析，具有身份

的人至少是实现了部分构成要件的人，仅仅是教唆犯或者帮助犯具有相应的身份，还不足以成立相应的犯罪。

因此，在存在身份犯的情况下，只要有利用身份的情况出现，就可以认为构成相应的身份犯，与此同时，如果同时满足非身份犯的犯罪构成，同样可以构成非身份犯，这两个罪属于想象竞合的关系。然后可以确立相应的单个行为人的修正的犯罪构成，采取从一重处断的原则，确立不同犯罪人所应当成立的罪名。原则上按照两罪中的重罪论处，如果轻罪对无身份者的处罚较重时，可以认为成立轻罪。

注释：

虽然因为犯罪论体系的原因，我国的犯罪构成和大陆法系的构成要件存在重大差别，但这种差异对犯罪构成分类的影响并不明显，故在本文可以忽视这种差别，但在论述上，涉及德日刑法时，称构成要件，涉及我国刑法时，称犯罪构成。

通说对修正犯罪构成的认识存在诸多缺陷。比如通说认为，修正的犯罪构成仅限于对基本的犯罪构成客观要件的修正。这种理解是极其片面的，共同正犯、教唆犯和帮助犯的犯罪故意都和单独犯罪存在巨大区别，若是认为主观要件没有被修正，那么，共同正犯、教唆犯、帮助犯在修正的犯罪构成中的故意根本无法界定。所谓的教唆犯和帮助犯的双重故意根本不可能在修正的犯罪构成中体现，修正的犯罪构成作为确立犯罪成立标准的基本功能就完全丧失。

郑逸哲教授在《构成要件理论与构成要件适用》一书中对此有精当叙述，他指出：迄今在适用所谓“共同杀人(既遂)构成要件”时，是一直混淆不清的，有时指“全体成员(既遂)构成要件”，有时又用来自指“个别成员(既遂)构成要件”……以B和C为例，他们根本不可能犯“共同杀人(既遂)罪”，虽然刑法上是存在“共同杀人(既遂)构成要件”，但那是就“共同正犯”——即“参与者全体”——所规定的构成要件，而不是就“参与者”个别所规定的构成要件，在“个人责任主义”的情况下，B应该就其个人的“参与共同杀人(既遂)构成要件该当性”，而犯“参与共同杀人(既遂)罪”。郑逸哲. 构成要件理论与构成要件适用. 台北：瑞兴图书. 2004: 124-125. 由于全体构成要件很容易让人联想到所有参与犯罪的人所符合的构成要件，而将教唆犯和帮助犯纳入，而且，全体构成要件仅限于共同正犯构成要件，故本文采取整体犯罪构成的说法。

当然，这只是针对共同犯罪的事实行为的最终判断结果，对于作为评价对象的事实行为的判断过程并没有这样简单，需要对事实行为做层层递进的逐步分析。具体可参见郑逸哲. 构成要件理论与构成要件适用. 台北：瑞兴图书. 2004: 4-94.

在目的犯的场合，如果每个人都具有犯罪目的，当然满足目的犯的主观要件，但只有部分人具有犯罪目的时，所涉及的问题和身份犯相同，故大致可以参考下文中对身份犯的探讨。

但并不代表着整体犯罪构成之外仅仅存在教唆犯和帮助犯，从整体犯罪构成和正犯的关系来看，在整体犯罪构成中，至少是实现了部分构成要件行为的人，如果不考虑身份犯的情况，他们必然是正犯，而在整体犯罪构成之外，仍然存在构成正犯的可能。因为整体犯罪构成是确定犯罪性质的标准，并非正犯和共犯区别的标尺。

按照本文的观点，在共同犯罪中，非身份犯也可以构成身份犯

的实行犯。

参考文献：

- [1] 大谷实. 刑法讲义总论[M]. 黎宏译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.
- [2] Wessels/Beulke. Strafrecht Allgemeiner Teil-Die strafb. und ihr Aufbau [M]. Heidelberg: C.F.Müller Verlag, 2008: 38.
- [3] Jescheck/Weigend. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil[M]. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- [4] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 93-94.
- [5] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2008: 179.
- [6] 樊凤林, 宋涛. 职务犯罪的法律对策及治理[M]. 北京: 公安大学出版社, 1994: 245.
- [7] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 350-351.
- [8] 赵秉志. 共犯与身份问题研究——以职务犯罪为视角[J]. 中国法学, 2004, (1): 120-129.
- [9] 狄世深. 行为人身份对共同犯罪定罪的影响评析[J]. 法商研究, 2004, (6): 47-57.
- [10] 徐留成. 混合主体共同犯罪定罪问题研究[J]. 人民检察, 2001, (9): 54-57.

On identification of the quality of joint offence: Based on the overall constitution of crime

LIU Sifan

(School of Humanities, Law and Economics, Wuhan University of Science and Technology, Wuhan 430072, China)

Abstract: The overall constitution of crime is the constitution which is comprised of joint act which two or more people implementing. Regardless of adopting the conception of amendatory constitution of crime, the overall constitution of crime is the basis of defining crime, and the overall constitution of crime differs from the component conditions. Factual behavior, as the appraisal object of the overall constitution of crime, needs to definite with singular crime. In a joint offence, status crime can be confirmed when someone takes advantage of it, at the same time, when the constitution of non-status crime can be confirmed, thus a special relationship of imaginative superposition will come into being.

Key Words: the overall constitution of crime; accomplice; imaginative jointer

[编辑：苏慧]