



论对合犯的共犯问题

袁彬

对合犯，又称对行犯、对应犯、对向犯和对立犯，通常指基于双方互为行为对象的行为而成立的犯罪。如重婚、行贿与受贿等。对合犯不仅包括具有对合关系的双方所犯罪名相同的情形，也包括具有对合关系的双方所犯罪名不同的情形，还包括一方构成犯罪而另一方不构成犯罪的情形。

对合犯的共犯问题主要有：对合犯是否具有共同犯罪的属性，对具有共犯属性的对合犯是否只能严格依照刑法分则而不能适用刑法总则关于共同犯罪的规定加以处罚，对合犯中法律没有规定为犯罪的一方对另一方的教唆、帮助行为能否依照另一方的教唆犯、帮助犯进行处罚。这些问题都是在认定对合犯时所必须解决的问题，因此有必要予以厘清。

一、对合犯是否具有共犯属性

（一）问题的争论

关于对合犯的属性，过去，我国学者大多将其视为必要共犯的一种，认为必要的共同犯罪可有三种：聚合性共同犯罪、对行性共同犯罪和集团性共同犯罪。[1]也有的学者将必要的共同犯罪分为对合犯和众多犯。[2]而且国外刑法学者也多持这种认识。[3]对合犯属性的这种认识，姑且可称之为必要共犯肯定论。不过，从最近几年出版的一些刑法学著作来看，学者们的认识有了很大的变化。有的学者认为，“所谓的对向性共同犯罪或曰对合犯、对行犯并不能作为必要共同犯罪的一种。”并以受贿与行贿、重婚与相婚为例，否定对合犯作为必要共犯的存在。[4]有的学者甚至否定共同犯罪中必要共犯与任意共犯的划分，认为“它没有涉及共同犯罪的内部结构或结合方式问题，因而不可能把共同犯罪的形式区别开来，如任意共同犯罪和必要共同犯罪都具有犯罪集团这样的共同犯罪形式就是例证。”[5]这样，对合犯就完全被从共同犯罪中剔除出去了，此属必要共犯否定论。

（二）问题的解决

笔者以为，我国刑法理论上对对合犯的上述认识变化，实际上是从一个极端走向了另一个极端。必要共犯肯定论者过分看重对合关系与共犯关系的联系，而否定论者则将对合关系与共犯关系的区别推向了极端。在一般的对合关系中，行为双方互为对象，行为的目标相互对立。如买卖枪支罪中，出卖者的目标是获取钱款，而购买者的目标则是获得枪支，两者相互对立。而在共犯关系中，“各个共同犯罪人不管具体分工如何不同，他们的犯罪活动是在同一目标之下，彼此联系，互相配合而实施的，犯罪的危害结果与各个共同犯罪人的行为之间有因果关系。”[6]这种目标差异，使得行为人主观故意和客观行为存在本质的区别，正如我国学者所言，“受贿与行贿在大多数情况下是存在对合性的，但受贿与行贿行为在主观故意和客观行为方面均有本质的区别，罪名也各自独立，根本谈不上共同犯罪。”[7]因此不能将对合关系和共犯关系等同，对合犯也不是当然地属于共同犯罪的一种。

但是，对合关系的这种对立性并不是完全独立、排他的，在有的对合关系中，行为双方除具有对立性，还具有共同性的特征。以重婚罪为例，我国刑法第258条规定：“有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二以下有期徒刑或者拘役。”可见，重婚行为包括两种：一是有配偶而重婚，这是狭义的

重婚行为；二是明知他人有配偶而与之结婚，这是相婚行为，即广义上的重婚行为。重婚与相婚行为之间具有对合关系的对立性特征，但重婚这种对合关系还具有共同性，即要构成重婚罪，重婚双方必须共同到婚姻登记机关进行登记，或者共同生活形成事实婚姻。没有这种共同性，则不是重婚。同理，在招标人与投标人串通投标行为中也是如此，甚至在法律不处罚被窝藏一方的窝藏与被窝藏行为中也存在这种共同性。

正因为如此，笔者以为，不能将对合犯一概认定属于或者不属于共同犯罪，必须深入对合关系内部，分析其对立性与共同性，对于那些具有共同性并且法律同时处罚对合双方的对合犯应认定为共同犯罪，除此之外的对合犯均不属于共犯范畴。

二、属必要共犯之对合犯能否适用刑法总则关于共同犯罪的规定

在对合犯双方都构成犯罪的情况下，除了依照刑法分则的规定进行定罪处罚外，还能否依照刑法总则关于主、从犯的处罚规定进行处罚？如行贿与受贿中，对行贿者、受贿者除了适用刑法第390条、第383条的规定外，还能不能按照他们在行贿、受贿中的作用，适用刑法第26、27、28条的规定？重婚罪中，能不能按照重婚双方的作用，对起次要作用者从轻、减轻或者免除处罚？对此，理论上争论较大。

（一）问题的争论

由于我国刑法理论上通常在必要共犯的范畴讨论对合犯，因此关于对合犯适用的争论，主要体现为对必要共犯处断原则的不同认识。对此，主要有两种不同的观点：

第一种观点认为，对行性共同犯罪（即对合犯），指基于双方的对向行为构成的犯罪，如刑法分则第185条规定的受贿罪行贿罪。对行性共同犯罪是必要的共同犯罪的一种。对必要的共同犯罪定罪量刑，仅只根据刑法分则有关条文的规定处理就够了，不需要再适用刑法总则规定的关于共同犯罪的条文。[8]

第二种观点则认为，在构成必要共同犯罪的情况下，尽管刑法分则已经明确了必要共犯的法定刑，甚至规定了首要分子应承担的刑事责任，但是，共同犯罪人参与犯罪的程度、在共同犯罪中所起的作用仍有不同。对于主犯、从犯、胁从犯如何量刑，不能、也不应该脱离刑法总则关于共同犯罪的一般规定。如果无视刑法总则的这些规定，特别是对胁从犯从宽处理的法定情节，是不合适的。所以，对必要共同犯罪决定处罚时，应根据案件的具体情况，适用刑法总则关于共同犯罪的有关规定决定每个共同犯罪人的刑事责任。[9]有的学者认为，当对合性犯罪构成必要共同犯罪时，如果不适用总则的规定，也就违背了总则与分则之间辩证关系的原理。而且在对合性共同犯罪中，不仅在罪名同一的情况下可以区分主从犯，即使在罪名不一致的情况下，仍然可以区分。[10]

上述两种观点，各有其适用的场合。从行贿受贿这类对合犯的角度看，第一种观点是适当的。这是因为：首先，我国刑法分则对行贿、受贿的处罚规定得十分明确。根据我国刑法第390、383条的规定和相关司法解释，对行贿、受贿进行处罚，一是要考虑行贿、受贿的数额，二是要考虑行贿、受贿的情节。行贿者、受贿者在行贿受贿过程的表现，属于犯罪情节，对他们可以根据我国刑法第390条和第383条的规定分别进行处罚，没有必要再适用刑法总则的主、从犯的处罚规定。其次，刑法第389条第3款的规定表明了不适用刑法总则主、从犯处罚规定的态度。我国刑法第389条第3款规定：“因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。”这实际上意味着刑法分则已经单纯规定了受胁迫行贿的处断原则，表明了刑法单个处罚的立场。

不过，从重婚罪来看，第二种观点则是合理的。我国刑法第258条规定：“有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二年以下有期徒刑或者拘役。”这里只有单一的一个量刑幅度，并且重婚双方适用的是同一法定刑幅度。因此，单纯依照我国刑法的这一条规定无法确定重婚双方在重婚犯罪中的不同地位和作用。酌定情节也只能在法定量刑幅度范围内量定，而无法超出法定的量刑幅度，因此在这种情况下，笔者认为可以适用我国刑法总则关于共同犯罪人的规定，区分重婚双方在其中的不同作用分别处罚，否则对于一方受胁迫而重婚这种极端情形，很难对重婚双方做到罪刑相适应。

可见，上述两种观点没有区分我国刑法中对合犯的不同情况，采取一种单一的处罚方式，存在明显的不足，有必要加以进一步的完善。

（二）问题的解决

笔者以为，要正确解决对合双方的处罚问题，必须正确认识对合犯的属性。如前所述，法律处罚对合双方的对合犯并不都属共同犯罪。只有对合双方存在犯罪共同性的情况下，才成立共同犯罪。因此，对合犯中那些不属于共同犯罪的类型，当然地不应适用刑法总则关于共同犯罪的规定。

那么对属于共同犯罪的对合犯，能否同时适用刑法总则关于共同犯罪人的规定？对合性共同犯罪与我

国刑法中的聚众性共同犯罪和集团性共同犯罪是否一样？

对此，笔者以为，刑法中的对合性共同犯罪与聚众性共同犯罪、集团性共同并不一样，对对合性共同犯罪进行处断时，可在适用刑法分则关于对合犯规定的同时适用刑法总则关于共同犯罪的规定。这是因为，我国刑法分则在处理对合犯时采用了与刑法总则处罚共同犯罪人不同的标准，总分则的处理标准不同一，可以同时适用。

一般来说，刑法分则处罚各犯罪，主要依据的标准：一是受侵害的法益；二是行为样态。[11]法益相同，行为样态不同，可构成不同的犯罪；行为样态相同，法益不同，也可构成不同的犯罪。一般来说，在类罪的划分，依据的主要是法益；在个罪的划分上，依据的则主要是行为的样态。在双方均为罪的对合犯中，法益大多同一，不同的主要是行为的样态。立法者根据自己的判断，有的对双方规定了相同的罪名、法定刑，有的则规定了不同的罪名、法定刑。这是因为在同罪名、法定刑的对合犯中，立法者认为对合双方的行为样态具有同等的法律价值；对不同罪名、法定刑的对合犯，立法者赋予了双方行为样态不同的价值。在这里，行为样态是立法者进行判断的主要依据。

而我国刑法总则将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。通常认为，前三种是按行为人在共同犯罪中的作用为标准进行分类的，后一种是按行为人之间的分工为标准进行分类。[12]同时，我国刑法第29条规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。”因此，我国刑法总则关于各共同犯罪人的处罚原则，采取的是作用标准，即区分各共同犯罪人在共同犯罪所起的作用进行处罚。

可见，刑法总分则的两个标准之间并不重合，也不冲突，可以同时适用。在对合犯中，刑法分则的行为样态标准针对的是对合关系双方各自的行为，解决的是对合双方各自的行为是否应受刑罚处罚以及应受何等刑罚处罚的问题；而刑法总则的作用标准针对的则是对合双方在对合关系中的地位和作用，解决的则是在对合关系中处于不同地位、起不同作用的双方应当如何承担刑事责任的问题。前者是后者的基础，但不等于后者。如只有刑法分则同时处罚重婚者和相婚者，才会有重婚者和相婚者在重婚中的作用问题，但并不是说两者的行为就已经反映了他们在整个重婚犯罪中的地位和作用，他们之间仍然有一个主从问题，尤其当其中一方是被胁迫与另一方重婚的，对被胁迫者应当按刑法总则关于胁从犯的规定减轻处罚或者免除处罚。既然如此，对属于共同犯罪之对合犯双方，就可以同时适用刑法分则的具体条款和刑法总则关于共同犯罪人的规定进行处断。

三、法律不予处罚的一方能否成立另一方的教唆犯、帮助犯

在法律只处罚一方行为的对合犯中，当法律不予处罚的一方对另一方实施了教唆、帮助行为时，能否根据刑法总则关于共同犯罪的规定成立另一方的教唆犯、帮助犯？如贩卖淫秽物品牟利罪，法律只处罚贩卖者，不处罚购买者。如果购买者主动请求卖主出售淫秽物品给自己，或者出卖者原本没有出卖意思，购买人积极而且执着地要求卖主出卖，使他人产生出卖意思，买者是否构成贩卖淫秽物品牟利罪的教唆犯、帮助犯？对此，国内外都存在较大争论。

（一）问题的争论

在国外，对合犯中法律不予处罚的一方能否成立另一方的教唆犯、帮助犯，学界主要有四种观点：[13]

第一种观点认为，立法者在规定对向犯时，当然预料到了对方的行为，既然立法者不规定处罚对方的行为，就表明立法者认为对方行为不具有可罚性。如果将对方以教唆犯或者帮助犯论处，则不符合立法者的意图。

第二种观点认为，即使对方的参与行为是可罚的教唆与帮助，但只要属于对实行犯的定型的参与形式，就是不可罚的；如果超过了定型的参与形式，则应以教唆犯、帮助犯论处。

第三种观点认为，如果对方积极地实施参与行为，就能以教唆犯、帮助犯论处。如主动要求卖主出售淫秽物品给自己的，就可以按贩卖淫秽物品罪的教唆犯、帮助犯论处。

第四种观点认为，对向犯的一方不处罚的理由，从实质上考察的话，是因为不具有共犯者的违法性或者不具有责任，只有在这种情况下才是不可罚的。

在我国，早期的学者都没有关注这个问题，近期才有学者对这一问题有了关注。如有学者以贩卖淫秽物品牟利罪为例，认为刑法规定贩卖淫秽物品牟利这类犯罪时，当然预想到了购买者的行为，既然行为不对购买行为设立处罚规定，就表明刑法认为该行为不构成犯罪，故不能将购买者认定为从犯或者帮助犯。但是如果购买者唆使原本没有贩卖淫秽物品意图的人贩卖淫秽物品，则可能成立教唆犯。[14]还有的学者以贩卖

毒品罪为例，认为尽管从分则的条文来看，刑法只处罚贩毒者，但如果贩毒者是在吸毒者的一再要求下而实施贩毒行为的，那么，贩毒者贩毒的故意，是受吸毒者的教唆而产生的，这种为吸毒而教唆他人贩毒的行为具有严重的社会危害性，理应以贩毒罪的教唆犯论处。[15]不过，笔者以为，单纯以个案进行分析很难得出普适性的结论，对合犯的情况很复杂，不是每种对合犯都适用上述结论。

（二）问题的解决

一般来说，如果法律没有明文规定要处罚对合犯的另一方，在通常情况下，不能依照刑法总则关于共同犯罪的规定对其进行处罚。因为这种处罚将明显违背罪刑法定原则：如果法律规定的构成要件必须包含或者必须以另一个主体的行为为前提，但法律并没有规定应对该主体进行处罚，那就意味着法律没有要处罚该主体的意思。[16]在买卖淫秽物品中，法律没有处罚购买者，如果对一般的购买行为依据共同犯罪中的帮助犯进行处罚，则明显违背法律意图。

如果对合犯中的另一方不是一般地实施对应行为，而且积极主动地要求、劝说对方实施对应行为，表现在买卖淫秽物品中是购买者主动要求或者极力劝说出卖者出卖淫秽物品的行为，是否应依刑法总则关于共同犯罪的规定成立另一方的教唆犯、帮助犯。对此，笔者认为应考虑以下三个方面的因素：

1、行为是否属于实行犯的定型的参与形式

现实中的行为纷繁复杂，但是一种行为一旦被法律规定为犯罪，它就具有了定型的形式。这种定型具有行为归类的功能，即能将一定的行为归入定型之中，同时又将其他的行为排除出定型。如杀人罪将杀人行为定型，那么所有具有杀人特征的行为都可以纳入杀人罪，而伤害致死则会被排除出杀人罪的定型范畴。

对合犯中，有两种行为定型：一种是法律予以处罚的一方作为这里的实行犯具有行为的定型；另一种是法律不予处罚的一方在对合关系中对另一方行为的配合具有定型性。如买卖毒品犯罪中，贩卖毒品是一种行为定型，是贩卖毒品罪的实行行为。购买毒品在买卖毒品这一对合关系是一种配合行为，也具有定型性。一般的购买毒品行为属这种定型的范围，因此法律不能处罚。

但是，对合犯中法律不予处罚一方对另一方的参与行为不是一成不变的，如果法律不予处罚的一方对另一方的参与形式超出了实行犯的定型的参与形式，则可能构成犯罪。如购买毒品的人主动请求卖主出售给自己，不构成教唆犯与帮助犯。但如果出卖者没有出卖意思，购买者积极而且执着要求他人出卖，使他人产生出卖意思的，则可能构成贩卖毒品罪的教唆犯，因为这种教唆行为，已经超出了购买的一般形式。

2、行为是否危害第三方利益

犯罪是危害社会，违反刑法并应受刑罚处罚的行为。根据我国刑法理论上的通说，犯罪具有三个典型特征：一定的社会危害性、刑事违法性和应受惩罚性。[17]因此，不具有社会危害性的行为不是犯罪。而且我国刑法第13条规定的犯罪概念中一方面规定了构成犯罪的质的要求，另一方面还规定了构成犯罪的量的标准，是质与量的统一，因此犯罪的成立不仅要求该行为具有社会危害性，而且还要求该行为的社会危害性达到一定的程度。在对合犯中，犯罪的社会危害性就表现为对合行为是否危害了第三方利益。

法律不予处罚的一方对另一方的参与行为即使超出了实行犯的定型参与形式，如果没有危害第三方利益，也不构成犯罪，不能以另一方的教唆犯、帮助犯来处罚。如我国刑法规定奸淫幼女行为构成犯罪，如果一方没有奸淫的意图，只是在幼女不断挑拨、引诱的情况下才产生奸淫的故意。对此，幼女的行为虽然超出奸淫幼女的定型的参与形式，但由于她是被害人，不具有共犯者的违法性，不构成奸淫幼女这类强奸罪的教唆犯。

3、行为是否可期待

期待可能性，在大陆法系刑法中属责任的一般要素，是指根据具体情况，有可能期待行为人不实施违法行为而实施其他适法行为。期待可能性理论认为，如果不能期待行为人实施其他适法行为，就不能对行为人的行为进行非难，因而不存在刑法上的责任，不构成犯罪。

在对合犯中，要对一方以另一方的共犯进行处罚，还要求其行为具有期待可能性。如果一方对另一方的参与行为不具有期待可能性则不能以另一方的共犯对其进行处罚。如在窝藏、包庇罪中，犯罪分子请求他人窝藏、包庇自己的行为虽然超出了实行犯的定型的参与形式，也具有违法性，但是法律不能期待一个犯罪分子不实施这一行为，因此不具有期待可能性，不能认定其构成窝藏、包庇罪的共犯。

综上所述，对合犯中法律不予处罚的一方对另一方的教唆、帮助行为能否成立另一方的教唆犯、帮助犯，关键看其行为是否超出另一方行为的定型的参与形式、是否危害第三方利益性以及行为是否可期待。如果三个条件同时符合，法律不予处罚的一方对另一方的教唆、帮助行为可成立另一方的教唆犯、帮助犯。反之，则不成立。

[1] 可参见高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第189页；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，172页；苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1997年版，第220页等。持类似的观点学者还包括前面介绍的主张最狭义和狭义对合犯概念的学者。

[2] 陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社1992年版，第146页。

[3] 国外学者一般都是在最广义的共同犯罪概念上区分必要共犯和任意共犯，并进而阐述对合犯。

[4] 高铭暄主编：《刑法专论》（上册），高等教育出版社2002年版，第343页。有的著作虽然没有明确否定对合犯属于必要共犯，但是在必要共犯的种类中只列举了聚众性共同犯罪和有组织的犯罪，从而间接否定对合犯属于必要共犯。见高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社1998年版，第236页。

[5] 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社2000年版，第523页。

[6] 高铭暄主编：《刑法学原理》（第二卷），中国人民大学出版社1993年版，第416页。

[7] 高铭暄主编：《刑法专论》（上册），高等教育出版社2002年版，第343页。

[8] 高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第189页。

[9] 姜伟：《犯罪形态通论》，法律出版社1994年版，第229页。

[10] 谢彤：《对合犯若干问题探讨》，载《国家检察官学院学报》，2001年第11期。

[11] [日]大塚仁著，冯军译：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社1993年版，第6页。

[12] 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社2000年版，第539页。

[13] 参见张明楷编：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第288页。

[14] 张明楷：《刑法学（第二版）》，法律出版社2003年版，第334页。

[15] 谢彤：《对合犯若干问题探讨》，载《国家检察官学院学报》，2001年第4期。

[16] [意]杜里奥·帕多瓦尼著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社1998年版，第339页。

[17] 高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社1998年版，第66—70页。



（作者系北师大刑科院暨法学院讲师、法学博士）

更新日期：2006-11-27

阅读次数：901

上篇文章：解释犯罪与价值中立

下篇文章：自由刑政策研究（下）

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号