

论职务犯罪与共同犯罪

鲜铁可 肖 铁

本文在评析职务犯罪中公职人员与非公职人员共同犯罪定性说基础上,论述了解决该问题的关键是查明在犯罪过程中是否利用职务之便等问题。作者主张,在职务犯罪中公职人员与非公职人员共同犯罪的定性根据三种情况分别进行:(一)非公职人员与公职人员为职务犯罪的共同实行犯,如果前者利用了后者的职务之便,则两者都定职务犯罪,否则分别定罪;(二)非公职人员教唆、帮助公职人员实施职务犯罪,两者均按职务犯罪定性;(三)公职人员教唆、帮助非公职人员实施职务犯罪,如果后者利用了前者的职务之便,则前者是职务犯罪间接正犯,后者是职务犯罪从犯,否则,两者都是普通犯罪。

职务犯罪中的共犯主要有两个问题,一是公职人员与公职人员之间的共同犯罪;二是公职人员与非公职人员的共同犯罪。本文主要研究后一个问题。职务犯罪,又称渎职犯罪或公务犯罪。主要是指公职人员滥用职权或者不尽职责,妨害国家机关、单位的正常管理职能和声誉,严重侵犯国家、集体和人民利益的犯罪行为的总称。公职人员,是指国家工作人员、集体经济组织工作人员及其他从事公务的人员。职务犯罪中公职人员与非公职人员共同犯罪,俗称内外勾结犯罪,是当前廉政建设打击的重点,也是刑法理论中研究的一个难点。本文拟在分析比较中外刑法学界有关理论及司法实践基础上,探讨我国职务犯罪中公职人员与非公职人员共同犯罪的定性原则。

一、职务犯罪中公职人员与非公职人员共同犯罪的定性说述评

在我国刑法学界,关于职务犯罪中公职人员与非公职人员共同犯罪的定性原则,主要有以下五种观点:

(一)主犯决定说

即按照主犯的行为确定罪名。最高人民法院、最高人民检察院《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)》说:“内外勾结进行贪污或者盗窃活动的共同犯罪……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,同案犯中不具备贪污罪主体身分的人,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,同案犯是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”。

(二)分别定罪说

即公职人员按职务犯罪论,其他人员(包括没有利用职务之便的公职人员)按非职务犯罪论。例如有人说:“利用职务上的便利是以行为人具备一定的身分为前提的。如果没有一定身分,就不存在利用职务上的便利问题。因此,没有国家工作人员身分的人,不可能实施这样的实行行为……如果国家工作人员和非国家工作人员

共同盗窃,虽然构成共同犯罪,但应分别定为贪污罪与盗窃罪”。^①

(三)实行犯决定说

即犯罪的性质总是由犯罪的实行行为的基本特征来确定的,认定构成什么性质的共同犯罪,应以实行犯罪实行的何种犯罪构成要件的行为为根据来认定。^②

(四)具体分析说

即公职人员与非公职人员同为职务犯罪实行犯的,前者是职务犯罪,后者是普通犯罪。公职人员教唆、帮助非公职人员犯罪的,由于非公职人员不能构成职务犯罪,所以都应以普通罪论^③。

(五)职务犯罪说

即公职人员与非公职人员共同犯罪,应以公职人员所定之罪定罪^④。

我们认为,上述五种观点均有合理之处,但都未圆满解决职务犯罪中公职人员与非公职人员共同犯罪的定性问题。

“主犯决定说”处理公职人员亲自实施职务犯罪行为且是主犯的情况是可以的。此时,非公职人员即使是从犯(如实施了帮助行为)也按职务犯罪论。但是,如果职务犯罪中公职人员和非公职人员都是主犯,根据谁来定罪,就会不知所从。如果非公职人员是教唆犯且是主犯,这时按主犯犯罪性质定罪,即按教唆犯犯罪性质定罪,也与刑法理论不合。另外“主犯决定说”违背罪刑相适应原则。此原则要求,行为人受刑罚的轻重,决定于其罪行的社会危害性大小和主观恶性程度,罪重则刑重。如果共同职务犯罪中,以主犯的行为定性,就出现如下怪现象:即非公职人员是主犯时,定非职务犯罪,非公职人员是从犯、公职人员是主犯时,反而将非公职人员定职务犯罪,而职务犯罪按刑法理论一般比非职务犯罪处罚重。从刑法理论讲,主犯、从犯都是根据行为人在共同犯罪中所起的作用大小来分的,是量刑的根据之一,但不能作为定罪的根据。

“分别定罪说”体现了共同职务犯罪中各行为人的犯罪行为具有独立性,并且定罪时考虑自身行为的犯罪构成是可取的。但是这种观点忽视了共同职务犯罪中非公职人员往往还有从属性一面。即如果公职人员的职务也被非公职人员利用起来和公职人员一起实施犯罪时,这时的非公职人员与他单独实施犯罪时的情况就大不一样。他们不仅有共同的犯罪故意,而且有共同的犯罪行为。例如出纳员甲与工人乙下班后一起进入甲的办公室,盗走甲经管的保险柜的巨额现金后,赃款平分。这时对甲定贪污罪无疑,对乙定盗窃罪就显然不当,因为乙这种盗窃行为与甲的盗窃行为共同利用了甲的职务之便,对两人都定贪污罪才合理。

这时,也许有人认为,对乙定贪污罪比定盗窃罪时,反而放纵了他,因为根据司法解释,构成贪污罪的起点数额是2000元,而构成盗窃罪的起点数额只需500元左右。我们认为,上述没有体现对公职人员从严惩处的现象,在我国只是个别的,但这并不能否定我国刑法中对公职人员从严惩处是一般原则。例如邮电工作人员私拆他人信件与普遍人员私拆他人信件,军人为外国人盗窃军事机密与非军人为外国人盗窃军事机密等等,都是对公职人员处罚要重。至于构成贪污罪的起点数额太高,这有待廉政建设的逐渐加强和立法的进一步完善。

“实行犯决定说”处理公职人员是实行犯、非公职人员不是实行犯的案件时,是正确的。但是,如果非公职人员和公职人员都是实行犯时,如何定罪就遇到了难题。或者非公职人员是实行犯,公职人员不是实行犯(如帮助犯),就会定非职务犯罪,这与各国刑法规定均不相符。如现行日本刑法第65条规定:“(一)凡参与因犯人身分而构成的犯罪行为的人,虽不具有这种身分,仍是共犯。”1974年《奥地利刑法典》第14条规定“(1)法律规定行为之可罚性、刑度系取决于与不法行为有关行为人之个人特定身份关系时,如参与人之中仅有一人具有此种关系时,所有参与人均适用此项规定。行为之不法系取决于行为人之直接实施犯行或以其他特定方式参与行为之际,应具备特殊身分关系者,亦同。”我国1952年公布实施的《中华人民共和国惩治贪污条例》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3、4、5、10、11各条的规定予以惩治。”这虽然只限于贪污罪这一具体犯罪,但也反映了我国以前刑事立法对公职人员与非公职人员共同犯罪定性问题的一种立场。上述“实行犯决定论”与国内外刑法典中的类似立场是相违背的,实不足取。

“具体分析说”主张公职人员与非公职人员同为职务犯罪实行犯的,分别论罪,这就陷入了上述“分别定罪说”的同样困境。该说主张公职人员教唆、帮助非公职人员犯罪的,以普通罪论的观点也是不对的。如司法工作人员利用职务之便帮助非司法工作人员包庇“明知有罪的人”的案件,如果都定包庇罪就显然放纵了司法工作人员的职务犯罪。实际上这里司法工作人员将非司法工作人员当作“无身分有故意的工具”来利用,这正符合

间接正犯的要求。间接正犯也是正犯,此时司法工作人员应构成徇私舞弊罪,非司法工作人员也构成此罪。

“职务犯罪说”体现了对职务论罪中公职人员与非公职人员共同犯罪从严惩处的立法精神,并且此说对利用职务之便进行共同犯罪的情况都能圆满解释。但对公职人员与非公职人员不必利用职务之便的共同犯罪却无法说明。首先应该明确,公职人员与非公职人员共同犯罪时,并不是都利用公职人员的职务之便,有时是仅公职人员利用其职务之便,有时甚至都不利用公职人员职务之便。对于非公职人员利用公职人员职务之便并与公职人员一起实施犯罪的,当然可以对其“以公职人员所定之罪定罪”。但是,如果非公职人员与公职人员共同犯罪时,前者不利用后者的职务之便,则不宜对前者以公职人员所定之罪定罪。

二、公职人员与非公职人员共同犯罪的不同类型及其定性

关于职务犯罪中公职人员与非公职人员共同犯罪的定性问题,我们认为既要遵循共同犯罪定性的一般原理,又要考虑其特殊属性。之所以公职人员与非公职人员共同犯罪的社会危害性比一般共同犯罪要大得多,关键在于公职人员具有法律规定的从事管理公务的职能,在共同犯罪时可利用职务之便。一旦公职人员利用其职务之便或非公职人员利用公职人员的职务之便实施犯罪,就会侵害国家管理公务的职能和声誉。此时,应该将其作为共同职务犯罪予以严惩。相反,公职人员与非公职人员共同犯罪时,如果双方都不利用公职人员的职务之便,或者只是公职人员利用职务之便而非公职人员不利用公职人员的职务之便时,我们也不宜硬性笼统地将其都定为职务犯罪。也就是说,职务犯罪中公职人员与非公职人员共同犯罪定性之关键,不是依据是否主犯、实行犯,也不能一律定职务犯罪或非职务犯罪,而应该重点考察在公职人员与非公职人员共同犯罪时,是否利用了公职人员的职务之便,从而根据具体类型,确定其中是否存在职务犯罪。

(一)非公职人员与公职人员为职务犯罪的共同实行犯

首先,非公职人员与公职人员能否为职务犯罪共同实行犯?这有相反的见解:1.肯定说,认为非公职人员虽无某种特殊身分,但均可与公职人员构成职务犯罪共同实行犯。日本刑法学者植松正指出:“第65条全文,其适用范围,在学说上存在争论,可分三说:(1)仅适用于共同正犯说;(2)仅不适用于共同正犯说;(3)共犯三形态都适用说。”他对上述三说逐一评析后认为“这样看来,应以第三全面适用说为正当是显然的。此说不仅有上述所长,而且在法律条文上,不论此规定或共同正犯的规定,都在‘共犯’章下,第65条第一项文词上也是‘仍是共犯’。其所谓共犯,也包含共同正犯,用语上是明白的。”^②2.否定说,认为非公职人员不能与公职人员构成共同实行犯,只能构成它的组织犯、教唆犯或帮助犯。如苏联著名刑法学者特拉依宁说“……非公职人员可以是渎职罪的组织犯、教唆犯或帮助犯,但是渎职罪的实行犯却只能是公职人员。所以有这一特点,是因为在实际中只有公职人员才是公务职能的执行者”^③

我们认为,应该根据非公职人员是否参与公职人员职务犯罪的部分实行行为,区别对待。凡非公职人员能够参与公职人员的部分实行行为的,可以与公职人员构成职务犯罪的共同实行犯,如非公职人员勾结公职人员伙同贪污的,构成贪污罪的共同实行犯,因为非公职人员可以实施侵吞、盗窃、骗取或其他非法占有公共财物的行为,该行为是贪污罪的客观要件一部分。相反的例子是非国家工作人员不能与国家工作人员一起成为玩忽职守罪的共同实行犯。因为玩忽职守罪的客观要件是国家工作人员擅离职守不尽职责义务,或不正确履行职责义务,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。非国家工作人员却无相应的职责义务,也就谈不上“不履行”或“不正确履行”的问题。

对于非公职人员能够与公职人员成为共同实行犯时,如果前者又利用了后者的职务之便,无论从共同犯罪的从属性和独立性看,还是从共同犯罪的构成要件分析,两者均构成职务犯罪。这样也有利于惩治利用职务之便侵害国家管理公务之职能和声誉的犯罪行为。前述第四种观点,将这种情况仍“分别定罪”的主张是不可取的。如果这类共同实行犯中不必利用职务之便时,当然也就应分别定罪。即对非公职人员仍以非职务犯罪论处,这既符合罪责自负原则,也符合刑法谦抑性(又称刑法的经济性)原则。刑法谦性是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚,获得最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪^④。这一原则要求,构成了职务犯罪的,不管是否为公职人员,都应依法严惩。相反,对非公职人员虽与公职人员一起实施职务犯罪,但从犯罪构成上看非公职人员只构成普遍犯罪的,就没必要强行将之升格为职务犯罪处罚。

(二)非公职人员教唆、帮助公职人员实施职务犯罪

教唆、帮助他人犯罪,在外国刑法中叫共犯,也有叫狭义共犯的。对共犯(即教唆犯和帮助犯)如何定性问题,在德、日刑法学界长期争论不休。共犯从属说认为,共犯一律依正犯行为定罪量刑;共犯独立说认为,共犯应完全依自己的行为定罪量刑;折衷说认为应以从属性为基础,也不排斥个别情况的独立性^⑧。我国刑法规定,教唆犯按照他所教唆的犯罪定罪,按照他在共同犯罪中所起的作用处罚;帮助犯“此照主犯从轻、减轻处罚或者免除处罚”。所以,非公职人员教唆、帮助公职人员实施职务犯罪的,应该对两者均按职务犯罪定性。

(三)公职人员教唆、帮助非公职人员实施职务犯罪

这是公职人员加功于非公职人员的场合。例如国家工作人员教唆、帮助非国家工作人员收受贿赂,能否构成共同犯罪?该如何定性?在外国刑法中主要有三种观点:1.非公职人员也成为实行犯说。如有人认为:“非公务员与公务员,共同实行因公务员的身分而构成的犯罪,由于在意思联络之下成为一体,应看作取得了公务员的身分”^⑨。2.公职人员是教唆犯、非公职人员是从犯说。该说认为被教唆者由于教唆犯的教唆而实施犯罪行为时,从被教唆者本身立场看应当解释为犯罪的实行。此时,公职人员不是受贿的正犯,当然成为教唆犯^⑩。3.公职人员是职务犯罪的间接正犯,非公职人员是职务犯罪的从犯说。该说认为“作为公务员的丈夫教唆其妻收受贿赂时,妻被丈夫作为‘无身分有故意的工具’来利用,她是受贿罪从犯”^⑪。

我们认为,第一说认为非公职人员因与公职人员共同犯罪,即变成同心一体,应视为取得了身分,是没有根据的。因为公职人员的身分,是由于法律规定而形成,这一客观事实特征是离开人的主观意识而独立存在的。非公职人员不可能由于与公职人员存在意思联络就取得了公职人员的身分。第二说将公职人员作为教唆犯、非公职人员作为从犯是有悖刑法理论的。因为将共同犯罪人分为实行犯、教唆犯、帮助犯(即从犯)的刑法理论中,教唆犯、帮助犯都是相对于实行犯而言的。既然该说否定实行犯的存在,那么公职人员向谁教唆?非公职人员又向谁帮助?该说显然前后矛盾。第三说对大多数公职人员教唆、帮助非公职人员实施职务犯罪的情况是可以说得通的。不过我们还应作如下补充说明。

第一,公职人员教唆或帮助非公职人员实施职务犯罪的情况,不是在任何职务犯罪中都能存在。例如,现役军人教唆(帮助)边境居民偷越国(边)境外逃,该军人和边境居民都不可能构成职务犯罪。第二,公职人员教唆、帮助非公职人员实施可利用职务之便的犯罪时,要根据被教唆(被帮助)者是否利用了教唆(帮助)者的“职务之便”分别定性。如果没有利用职务之便,则后者是普通犯罪,前者是普通犯罪的教唆犯。如果公职人员不仅教唆(帮助)非公职人员犯罪,而且提供职务之便,则公职人员是职务犯罪的间接正犯,非公职人员是职务犯罪的从犯。即都构成了职务犯罪。第三,对于有些必须利用职务之便方可构成的职务犯罪(在刑法理论上属于纯正身分犯,如受贿罪)公职人员教唆、帮助非公职人员实施该犯罪时,公职人员一律以职务犯罪间接正犯论(按主犯处罚),非公职人员一律以职务犯罪从犯论处。

注 释:

- ① 陈兴良主编:《经济刑法学》(总论),中国社会科学出版社1990年版,第331—332页。
- ② 高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第205—206页。
- ③ 周红梅:《职务犯罪中的共同犯罪》,载《法律科学》1991年第4期。
- ④ 张兆松:《职务犯罪中的共同犯罪之我见》,载《法律科学》1992年第2期。
- ⑤ (日)植松正:《刑法概论·总论》,劲草书房1974年版,第385—387页。
- ⑥ (苏联)特拉依宁:《关于犯罪构成的一般学说》,中国人民大学出版社1957年版,第244页。
- ⑦ 陈兴良著:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第6页。
- ⑧ (日)团藤重光:《刑法纲要》(改订版),创文社1980年版,第356页。
- ⑨⑩ (日)团藤重光:《注释刑法总则》,有斐阁1981年版,第839、840页。
- ⑪ (日)西原春夫:《刑法总论》,成文堂1978年版,第312页。