

职务犯罪的共犯形态论

何承斌

(西南政法大学,重庆 400031)

摘要:职务犯罪是困扰中国现代化进程的一个突出问题,是腐败现象最极端的表现,而职务犯罪中的共同犯罪社会危害性更大。本文提出职务犯罪中共同犯罪的概念及其特征,进而将职务犯罪中的共同犯罪划分为国家工作人员之间构成的共同犯罪和国家工作人员与非国家工作人员之间构成的共同犯罪两种类型,并指出职务犯罪中的共同犯罪人按“国家工作人员所构成的职务犯罪性质定罪处罚”的处断原则。

关键词:职务犯罪;职务犯罪中的共同犯罪;国家工作人员;刑事责任

中图分类号:D912.1 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-5831(2003)05-0113-05

On Patterns of Joint Official Crimes

HE Cheng-bin

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031, China)

Abstract: As a haunting problem in the modernization process of China, official crimes are corruption going to the extreme and still more perilous to the society are joint official crimes. The thesis puts forward the definition and characteristics of joint official crimes, divides joint official crimes into two types as joint crimes among state personnel and joint crimes between state personnel and non-state personnel. Moreover, it points out the principal of convicting and sentencing joint offenders in official crimes according to the nature of joint official crimes committed by state personnel.

Key words: official crimes; joint official crimes; state personnel; penal responsibility

职务犯罪通常又称为国家工作人员犯罪,一般指国家工作人员利用职务便利或滥用职权、玩忽职守而实施的犯罪行为。当前职务犯罪是困扰中国现代化进程的一个突出问题,是腐败现象最极端的表现,它严重损害了国家和人民的利益,严重损害了党和政府清正廉洁的形象,败坏了党风和社会风气,大大降低了人民群众对党和政府的信任程度。职务犯罪中的共同犯罪是职务犯罪的特殊形式,较之单独的职务犯罪,由于犯罪分子具有一定的组织性,犯罪手段诡谲,犯罪方法奸诈,逃避司法机关侦察和审判的能力更强,其社会危害性更大,因此对于这种形式的犯罪不仅应当作为司法机关打击的重点,也应当成为刑法理论研究的重点。本文就此问题略叙管见,希望能对深化职务犯罪的研究有所裨益。

一、职务犯罪中共同犯罪的概念及特征

根据我国现行刑法的规定,共同犯罪指二人以上的共同故意犯罪。依照刑法的规定,结合职务犯罪的特点,笔者认为职务犯罪中的共同犯罪就是指二名以上的国家工作人员之间

或者国家工作人员与非国家工作人员之间,利用职务上的便利或滥用职权所实施的共同故意犯罪。构成职务犯罪中的共同犯罪应具有以下特征。

(一)在职务犯罪的主体上,共同犯罪人必须是二名以上的国家工作人员或者非国家工作人员

与非国家工作人员相勾结,共同故意实施犯罪,且均应达到刑事责任年龄,具有刑事责任能力这一特征。首先职务犯罪中的共同犯罪与一般共同犯罪一样,主体必须是二人以上,具有量的特征。其次,主体还要有身份或职务上的特殊要求,即共同犯罪的成员中至少有一名是国家工作人员,甚至全部是国家工作人员,如果缺少这个条件,职务犯罪中的共同犯罪就不能成立。此外,在职务犯罪的共同犯罪中,犯罪主体必须是达到刑事责任年龄,如果一个国家工作人员利用一个缺乏刑事责任能力的人去实施职务犯罪或非国家工作人员指使一名不具有刑事责任能力的国家工作人员去实施职务犯罪,都不能构成职务犯罪中的共同犯罪。前者,国家工作人员利用

收稿日期:2003-07-10

作者简介:何承斌(1967-),男,安徽怀宁人,西南政法大学刑法专业博士研究生,主要从事刑法理论研究。

自己的未达到刑事责任年龄的小孩收取他人贿赂,那么这名国家工作人员与他的小孩不构成共犯,该名国家工作人员则是间接正犯。后者由于国家工作人员不具有犯罪主体条件,不能构成职务犯罪,因而作为指使者的非国家工作人员自然也就不能与其构成职务犯罪中的共同犯罪,而对于构成犯罪的非国家工作人员,则应按非职务犯罪的间接正犯论处。如非国家工作人员利用患精神病的国家工作人员职务上的便利,实施犯罪,不能构成职务犯罪的共犯。

(二)在犯罪的客观方面,共同犯罪人必须具有利用职务上的便利或滥用职权所实施的共同犯罪行为

这是职务犯罪中的共同犯罪人应负刑事责任的客观基础,具体表现为以下两方面:

其一,利用职务上的便利或滥用职权。这是指参加共同犯罪的国家工作人员的行为是利用自己职务上的便利实施的,或者参加共同犯罪的非国家工作人员利用国家工作人员职务上的便利伙同实施的,或者构成职务犯罪中的国家工作人员滥用职权所实施的犯罪行为。所谓“利用职务上的便利”,是指利用自己的职权或者与职务有关的便利条件,这在具体的职务犯罪中其具体内容又有所不同,如在贪污、挪用公款罪中,“利用职务上的便利”是指国家工作人员利用其职务范围内的权利和地位所形成的主管、管理、经手公共财物的有利条件,而在渎职罪中,“利用职务上的便利”则是指利用本人职务上主管、负责或承办某项公共事务的权力所形成的便利条件。而“滥用职权”,一般是指违反职责要求,任意行使职权、擅自决定或处理无权决定的事项。如果国家工作人员没有利用自己职务上的便利或者没有利用其他任何人职务上的便利或者没有滥用职权,都不能构成职务犯罪中的共同犯罪,这是由职务犯罪的特点所决定。

其二,有共同的犯罪行为。共同犯罪行为一般包括以下三方面含义:首先参加共同犯罪的人所实施的都必须是犯罪行为,这种行为彼此在分工上可能有所不同,但都互相联系、互相配合,成为一个统一的犯罪整体,指向同一特定的犯罪,即职务犯罪;其次是每个共同犯罪人的犯罪行为都是整个共同犯罪活动的有机组成部分,尽管存在着实行犯、组织犯、教唆犯或帮助犯等,但由于共同的犯罪目标把它们联成一体,因此无论各犯罪成员之间的地位和作用如何,各共同行为人的行为都与危害结果之间存在刑法上的因果关系。尽管不同的共犯人的行为对危害结果的发生所起的作用不同,但是这些行为的总和是造成危害结果发生的统一原因。每个共犯人的行为与所发生的危害结果都具有因果关系,这正是使各个犯罪人对所造成的危害结果共同承担刑事责任的客观基础。

职务犯罪中的共同犯罪在客观方面主要表现为以下几种行为方式:

第一,共同的作为,指职务犯罪中的共同犯罪人采取积极方式实施了为刑法所禁止的危害社会的行为,其主要表现为

利用本人或他人的职务便利,或滥用职权所共同构成的职务犯罪。如某国有事业单位财务处会计甲和出纳乙合谋贪污公款,共同将公款侵吞后分赃即属此例。第二,共同的不作为,指职务犯罪中的共同犯罪人有义务实施且能实施某种积极行为而消极未实施这种行为。职务犯罪中的共同不作为首先是应具有实施某种行为的作为义务。这种作为义务主要是法律规定和上级命令所决定的义务和国家工作人员职务所决定的义务;其次能实施而消极未实施所构成的职务犯罪。由此可见,这种共同的不作为是以国家工作人员自身所具有的职务上的义务为前提,因此这种共同犯罪只能存在于两名以上的国家工作人员利用职务上的便利所共同实施的职务犯罪中,如某劳改场所监管人员甲和乙意图私放它们的朋友罪犯丙,当甲和乙一起值班时,丙越狱逃跑,甲和乙假装没有看见,放任不管,结果使丙脱逃成功。此案即是两名监管人员以共同的不作为方式构成共同私放在押人员罪。第三,作为与不作为相结合,是指参加共同犯罪中具有实施职务上的义务行为的一方,能够实施而故意消极的不去实施这种义务,另一方则利用这种不作为积极地实施为我国刑法所禁止的危害社会的行为。如某国有仓库保管员甲串通该厂门卫乙和司机丙共同窃取仓库中的保管物,一天晚上,在约定的时间,保管员借故离开仓库,并有意不上锁,门卫乙和司机丙将十箱五粮液酒拉走,销赃后三人平分,此案即是以为作为与不作为的方式构成的共同贪污罪。

(三)职务犯罪中的共同犯罪在主观上要求行为人必须具有共同的犯罪故意,这是构成职务犯罪中的共同犯罪人应负刑事责任的主观基础

共同的犯罪故意应包含两层意思:一是各个共同犯罪人都不仅认识到自己在实施某种职务犯罪,而且认识到还有其他共犯人和自己一起在共同实施这种职务犯罪。他们对共同犯罪的行为会发生的危害结果都是明知并且抱着希望或放任其发生的态度;二是共同犯罪人都必须明知是在利用国家工作人员职务上的便利实施犯罪,这是有别于其他共同犯罪的显著特点,若缺少这一方面的认识内容,亦不能作为犯罪处理。以上要求对构成共同故意缺一不可,若缺少其中之一,则不能成立职务犯罪中的共同犯罪。正是这种共同犯罪的故意,把各个共同犯罪人联系在一起,使各个共同犯罪人的行为在共同故意的支配下统一起来,也只有这样的共同犯罪故意,才能使共同犯罪人的活动具有内在的一致性。在司法实践中对以下情况不能作为共同犯罪予以处理:一是两个以上的国家工作人员所实施的共同过失犯罪。如甲乙两名监管人在值班时喝酒,致使多名在押犯乘机脱逃,由于两人没有共同的犯罪故意,应根据甲乙的情况,分别追究其失职致使在押人员脱逃罪的刑事责任,而不能构成共同犯罪。二是一方具有犯罪的故意,另一方具有犯罪过失而实施的犯罪,如司法工作人员甲乘看守所值班人员乙擅离职守之际放走了重大罪犯丙,此

案中司法工作人员甲是故意私放罪犯,而乙是因工作中的疏忽大意、不負責任而致使丙脱逃,因此甲乙不能构成私放罪犯的共犯。三是两人以上同时故意实施故意犯罪,但主观上缺乏联系,不能认为具有共同的犯罪故意。四是超出共同犯罪故意内容以外的犯罪,不能认为具有共同的犯罪故意。

综上所述,任何职务犯罪中的共同犯罪的成立都必须同时具备以上三方面要求,这就是行为主体必须是两人以上的达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人,且其中至少有一人系国家工作人员;各共同犯罪人在主观上必须具有共同的犯罪故意;各共同犯罪人在客观上必须具有共同的犯罪行为。若缺乏其中之一,则不能作为共犯处置。

二、职务犯罪中共同犯罪的基本类型

职务犯罪的类型若可从不同角度划分。本文拟根据职务犯罪中共同犯罪的主体特征划分,其基本类型可分为两大类,一是国家工作人员之间构成的共同犯罪,二是国家工作人员与非国家工作人员之间构成的共同犯罪。对这两种共同犯罪形式进行研究,有助于揭示职务犯罪中共同犯罪的原因及危害,以便更好运用刑罚的方法来打击和预防职务犯罪。

(一)国家工作人员之间构成的共同犯罪

新刑法第93条规定:“本法所称的国家工作人员是指在国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员,国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员以国家工作人员论。”根据该条规定,国家工作人员包括两类,一是在国家机关中从事公务的人员,即国家机关工作人员,另一类是“以国家工作人员论”的国家工作人员,刑法理论称之为准国家工作人员。国家工作人员之间构成的共同犯罪有如下几种类型:

第一,国家机关工作人员之间构成的职务犯罪。关于国家机关工作人员的范围,有学者认为:“国家机关工作人员除了各级权力机关、行政机关、司法机关、军事机关工作人员以外,还包括中国共产党和各民主党派、政治团体的各级机关的工作人员,政协机关的工作人员。”^[1]笔者赞同这种主张,因此,凡是这些机关的工作人员之间利用职务上的便利实施的违反刑法的行为就可以构成职务犯罪的共犯。如某县财政局副局长甲与该局会计乙合谋贪污公款的行为,即属此种情形。

第二,准国家工作人员之间构成的职务犯罪。具体又包括国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员之间或者国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事公务的人员之间以及它们之间构成的共同犯罪。如某国有公司经理甲与一柜台负责人乙合伙挪用公款,即属此种情形。

第三,国家机关工作人员与准国家工作人员之间构成的职务犯罪。如某司法工作人员甲与受司法机关委托从事某一刑事案件鉴定工作的医生乙故意包庇犯罪嫌疑人丙,使其不

受刑事追究的徇私枉法行为,即属此种情形。

(二)国家工作人员与非国家工作人员构成的共同犯罪

国家工作人员与非国家工作人员构成的共同犯罪是指拥有某种身份或职务的国家工作人员利用职务上的便利,与没有任何身份的非国家工作人员相勾结基于共同的犯罪故意而实施的共同犯罪。这类共同犯罪主要有以下几种情形:

第一,国家工作人员与非国家工作人员同为某种犯罪的实行犯而构成的共同犯罪。例如,某国有公司仓库保管员甲与非国家工作人员乙共同策划窃取由甲所保管的仓库财物。某日,甲指使乙将其捆绑,伪造抢劫现象,乙将价值两万元的财物窃走。乙利用甲职务的便利盗取公共财物。甲和乙应构成贪污罪的共犯。乙虽非国家工作人员,但他实际上替甲完成了利用职务之便盗取公共财物的贪污行为。因而对乙应视为贪污罪的实行犯。

但关于非国家工作人员能否成为职务犯罪中共同犯罪的实行犯,却存在不同认识。此问题也就是刑法理论中无身份者能否与有身份者构成真正身份犯的共同实行犯的问题,对此,理论上肯定说、否定说、区别说三种学说:(1)否定说,该说认为职务犯罪只能由国家工作人员实施,非国家工作人员不能成为职务犯罪的实行犯。例如有的论著明确指出:“真正身份犯或者说特殊主体的犯罪,毕竟是具有一定身分的特殊主体实行犯罪才可能完成,无身份者是不可能实施真正实行犯的实行行为的。”^2肯定说,该说认为非国家工作人员可以直接实施职务犯罪行为,即成为职务犯罪中的实行犯。例如在日本的刑法理论中,无特定身份者可与由特定身份者构成职务犯罪的共同实行犯,已成为通说^[3]。我国台湾学者也指出:“纯正身份犯,系构成的身份犯,无身份者加功于有身份者而构成之犯罪行为,虽无身份,仍以共犯论。”^[4](3)区别说。该说认为无身份者能否与有身份者构成真正身份犯的共同实行犯,应区别对待。区别说中也有两种观点,第一种观点认为:“某些要求特殊主体的犯罪的实行行为,从其性质上看,不可能由其他无特定身份者与特定身份者一起实施实行行为,而只能由具备特定身份者一起实施实行行为,在此种犯罪构成的情况下,无特定身份者不可能与特定身份者构成共同实行犯……另一些要求特殊主体的犯罪实行行为,从其性质上看可以由无特定身份者与有特定身份者共同实施,在这种情况下,应当承认无特定身份者可以与特定身份者构成共同实行犯。”^[5]区别说的第二种观点认为:“对于纯粹职务犯罪来说,由于要求行为人必须具有国家工作人员身份才能构成该罪,因此普通人员就不能单独成为实行犯……对于非纯粹职务犯罪来说,由于普通人员与国家工作人员所触犯的罪名相同,在构成要件上无异议,两者均可直接实施构成犯罪的行为,只是处罚不同,因此可以成为共同实行犯。”^[6]笔者认为,否定说只看到单独职务犯罪中,没有特定身份的人不可能实施法律要求的犯罪主体具有特定身份的犯罪实施行为,这无疑正是

确的。但忽视了在职务犯罪中的共同犯罪情况下,不管是国家工作人员之间还是国家工作人员与非国家工作人员之间构成共同犯罪的情况下,行为人之间的行为虽有分工,但由于行为人之间的共同实施犯罪的意思联络,已将各行为人的行为构成一个相互联系、相互依赖的行为整体这个事实,在这一点上否定说则有片面性。在这种情况下,利用职务上的便利行为与具体自然属性的实行行为可以分开,只有这样才能符合共同犯罪在现实中各种样态。因此笔者主张无身份者与身份者能否构成身份犯的共同实行犯,应根据具体情况区别对待。凡无身份者能够参与真正身份者的部分实行行为的,可与有身份者共同构成实行犯;凡无身份者根本不可能与真正身份者成为共同实行犯,即不能与有身份者构成共同犯罪。前者如非国家工作人员勾结国家工作人员伙同贪污的,可构成贪污罪的共同实行犯。因为贪污罪的客观要件是,国家工作人员利用职务上的便利侵吞、盗窃、骗取或以其他方式非法占有公共财物的行为,非国家工作人员不能利用自己职务上的便利,但可以实施侵吞、盗窃、骗取或以其他方式非法占有公共财物的行为,并可以利用所伙同的国家工作人员职务之便,所以我国司法解释并未排除内外勾结贪污,构成贪污罪的共同实行犯的可能性。后者如在刑讯逼供中,如果行为人不具有司法工作人员身份,那就不可能构成刑讯逼供罪,行为人构成何罪就定何罪。

第二,非国家工作人员教唆国家工作人员以及国家工作人员教唆非国家工作人员而实施某种犯罪而构成共同犯罪。对于非国家工作人员教唆国家工作人员实施某种犯罪而构成共同犯罪,已成为通说,例如,非国家工作人员甲教唆国家工作人员利用其职权对自己的仇人丙进行陷害的行为,虽然甲非国家机关工作人员,单独不可能成立报复陷害罪,但他采取教唆的方法利用乙的行为来达到自己的目的,就与乙构成了共犯。至于在国家工作人员与非国家工作人员相互勾结所构成的职务犯罪的共同犯罪中,国家工作人员能否对非公职人员实施教唆行为,理论上存在分歧。否定说认为职务犯罪只能由具有特殊身份的国家工作人员实施,非国家工作人员不能直接实施职务犯罪,因而国家工作人员不能成为非国家工作人员实施职务犯罪的教唆犯。^[7]肯定说认为:“由法律上的身份构成的真正身份犯,不具有该种身份的人虽不能构成该种犯罪的实行犯,但在事实上却能够实施该种犯罪行为的……因而有身份者虽不能构成无身份者实施这种身份而构成的犯罪的教唆犯或帮助犯,却可以构成这种犯罪的间接正犯,无身份者构成这种犯罪的从犯或胁从犯。”^[8]笔者认为,就国家工作人员能否对非国家工作人员实行教唆而构成职务犯罪中的共同犯罪这一问题,应该从两方面看:其一,在一些职务犯罪的场合,国家工作人员能教唆非国家工作人员实施职务犯罪,如在受贿罪中,国家工作人员甲利用职务之便为他人谋取利益,而暗示或迫使其非国家工作人员的家属乙向他人索取或收受

贿赂。这时,甲和乙构成受贿罪的共犯,甲是教唆犯,乙是实行犯。这种认定处理方法是司法实践中通行的做法,而且为刑事立法所规定,如新刑法第382条第3款规定,非国家工作人员“与前两款所列人员(国家工作人员和所委托经营国有财产的人员)勾结伙同贪污的,以共犯论处。”其二,在有些职务犯罪的场合,由于职务犯罪其特殊的职务犯罪特征突出,不具备这一特殊身份的人不能构成该犯罪,也就不能成为该罪的实行犯,比如枉法裁判罪,如行为人不是法官,他就不能构成该犯罪。即使有法官身份的人也不能教唆、帮助不是法官的人实施此罪。因此在这种场合,国家工作人员就不能成立教唆犯。

第三,非国家工作人员帮助国家工作人员实施某种犯罪而构成共同犯罪。例如国家工作人员甲的妻子乙是非国家工作人员,某晚替甲望风,使得甲盗窃其办公室手提电脑成功,虽然乙非国家工作人员,单独不可能构成贪污罪,但她采取帮助的方法使得甲的行为实施成功,就与甲构成了贪污罪的共犯。值得注意的是对国家工作人员能否对非国家工作人员实施帮助行为,如同前述的教唆行为一样,认识上不一致。笔者认为,如果在具有两名以上国家工作人员利用职务上的便利与非国家工作人员互相勾结的共同犯罪中,公职人员之间则可能存在帮助行为。但在一名国家工作人员利用职务上的便利与另一名或多名非国家工作人员互相勾结所构成的职务犯罪的共同犯罪中,国家工作人员则不能对非国家工作人员实施帮助行为。因为这里的帮助行为是指对能够实施职务犯罪的行为进行帮助,即为职务犯罪创造条件,一般表现为实施职务犯罪提供建议、供给工具、排除障碍等方法,以及事前通谋、事后窝赃销赃或藏匿犯罪工具,湮灭罪迹等行为,而这些帮助行为一般是针对实施职务犯罪行为而言,由于非国家工作人员不能直接实施职务犯罪,所以国家工作人员自然也就无法对其实施帮助。

三 职务犯罪的共同犯罪人的处断原则

处断原则是指对参加职务犯罪的共同犯罪人如何定性、如何承担刑事责任的问题。在司法实践中,对于国家工作人员之间构成的共同犯罪,由于其主体成份比较单纯,因此只要按照刑法对共同犯罪人所作的不同规定,按其所实施的具体职务犯罪的罪名进行定性处罚即可,这已成为通说。即对于主犯,按照刑法的规定,除首要分子外的主犯,应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚;对于在共同犯罪中起次要或辅助作用的从犯,应当从轻、减轻处罚或免除处罚;对于被胁迫参加犯罪的,应当按照他的犯罪情节减轻处罚或免除处罚;对于教唆他人实施犯罪的教唆犯,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。但对于国家工作人员与非国家工作人员相互勾结所构成的共同犯罪如何定性、如何处断,学术界有以下几种学说^[9]:

第一,主犯决定说,该说主张应当按主犯的犯罪特征定罪。即国家工作人员与非国家工作人员相勾结,共同故意实

施的犯罪,应按照主犯的性质确定罪名,即主犯是国家工作人员的,便以职务犯罪论;如主犯是非国家工作人员,则以普通犯罪的性质定罪。

第二,实行犯决定说。该说主张国家工作人员与非国家工作人员相勾结,共同故意实施的犯罪,应按照实行犯的犯罪性质确定罪名。但对有身份者与无身份者同为实行犯的共同犯罪的定罪,原则上应依照有身份的实行犯的犯罪性质定罪。

第三,分别说。该说认为国家工作人员与非国家工作人员相勾结,共同故意实施的犯罪,应根据犯罪主体的不同区别对待,国家工作人员按职务犯罪论,非国家工作人员按普通犯罪论。

第四,职务犯罪决定说。该说认为国家工作人员利用职务上的便利与非国家工作人员共同故意实施的犯罪,应按国家工作人员所犯职务犯罪的性质确定罪名。

上述四种观点中,“主犯决定说”的基本观点是认为共同犯罪的基本特征通常是由主犯所犯罪的基本特征决定。笔者认为,主犯的确是他在共同犯罪中的地位和作用所决定,即“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或在共同犯罪中起主要作用的。”因此,主犯一般只表明犯罪人对社会的危害程度和人身危险性,并不因主犯而决定犯罪性质。共同犯罪的性质应由共同犯罪人的共同犯罪行为所侵犯的直接客体的性质确定。如果主犯决定说成立,国家工作人员与非国家工作人员分别是主犯时,共同故意支配下的共同行为,就可能根据主犯的不同,分别构成不同的罪名,这不仅导致罪行不一的情况,而且还会给操作带来困难。“实行犯决定说”主张在国家工作人员利用职务上的便利,与非国家工作人员相勾结所构成的共同犯罪中,以实行犯的性质来确定罪名。基于我们前述对国家工作人员与非国家工作人员能否同为职务犯罪中的共同实行行为的分析,这对于国家工作人员之间构成的共同职务犯罪而言,以实行犯所实施行为的性质来确定罪名,无疑具有合理性。但在有身份犯与无身份犯同为实行犯的情况下,对共同犯罪人如何定罪则发生困难。“分别说”,虽然注意到国家工作人员与非国家工作人员在犯罪主体上的异同性,但却忽视了共同犯罪的整体性和客体共同性。笔者认为国家工作人员利用职务上的便利,与非国家工作人员相勾结,共同故意实施的犯罪,尽管犯罪主体和客观行为上都有所不同,但他们既然是共同犯罪,共同犯罪人的行为总是有机联系在一起,并指向同一目标。在构成犯罪的情况下,每一共同犯罪的行为,无论是国家工作人员,还是非国家工作人员,他们所实施的行为尽管分工不同,例如可能存在实行犯、组织犯、教唆犯、帮助犯,但都与所发生的职务犯罪结果之间具有因果关系。如果把共同犯罪中的共同犯罪人,都按其身份而分别定罪,无疑否定了他们所实施的是共同犯罪。

笔者赞同第四种观点,即“职务犯罪决定说”。国家工作

人员利用职务上的便利或滥用职权,与非国家工作人员相勾结,共同故意实施的犯罪,应按国家工作人员所构成的职务犯罪性质定罪。这不仅充分体现了我国刑法对国家工作人员利用职务上的便利与一般工作人员互相勾结而实施职务犯罪从重惩治的立法精神和价值取向,而且作为共同犯罪来说,共同犯罪人的共同故意行为完全符合职务犯罪的构成特征。因为在国家工作人员利用职务上的便利或滥用职权,与非国家工作人员相勾结,共同故意实施的犯罪中,不管国家工作人员是主犯还是从犯,没有国家工作人员职务上的便利或滥用职权,是不能实施或完成犯罪的。所以国家工作人员利用职务上的便利或滥用职权所实施犯罪行为侵犯的直接客体性质,理应决定共同犯罪的性质,认定为职务犯罪中的共同犯罪。这也完全符合我国刑法规定及相关的司法解释。如新刑法第382条第3款规定:“与前两款所列人员(国家工作人员和所委托经营国有财产的人员)勾结伙同贪污的,以共犯论处。”最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体运用法律若干问题的解释》第8条规定:“使用人与挪用人共谋,指使或者参与取得挪用款的,以挪用该款罪的共犯定罪处罚。”

而对于国家工作人员与非国家工作人员构成共同犯罪的情况下,共同犯罪人的刑事责任问题,对于职务犯罪中的共同犯罪,我国刑法一般并无特别规定。因此原则上仍应根据各个共同犯罪人在共同犯罪中的地位和作用,依照刑法规定处罚。即对于主犯,按照刑法的规定,除首要分子外的主犯,应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚;对于在共同犯罪中起次要或辅助作用的从犯,应当从轻、减轻处罚或免除处罚;对于被胁迫参加犯罪的,应当按照他的犯罪情节减轻处罚或免除处罚;对于教唆他人实施犯罪的教唆犯,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。

参考文献:

- [1]阮方民.“国家工作人员”概念若干问题辨析[J].浙江大学学报(人文社科版),2002,(2):91-97.
- [2]李光灿,马克昌,罗平.论共同犯罪[M].北京:中国政法大学出版社,1987.152.
- [3]福田平.日本刑法总论讲义[M].沈阳:辽宁人民出版社,1982.184.
- [4]陈朴生,洪福增.刑法总论[M].台湾:台湾五南图书出版社,1982.273.
- [5]赵秉志.犯罪主体论[M].北京:中国人民大学出版,1989.297.
- [6]周红梅.职务犯罪中的共同犯罪[J].法律科学,1991,(4):46.
- [7]陈兴良.职务犯罪认定处理实务全书[M].北京:中国方正出版社,1996.70-80.
- [8]李光灿,马克昌,罗平.论共同犯罪[M].北京:中国政法大学出版社,1987.152.
- [9]樊凤林,宋涛.职务犯罪中的法律对策及犯罪治理[M].北京:中国人民公安大学出版社,1997.274.