

无身份者与有身份者共同实施职务 犯罪行为之定性*

黄明儒 肖春晖**

**Qualitative of Non-status and Status Person with the
Implementation of the Occupational Crimes Behavior in Conspiracy**
Huang Mingru Xiao Chunhui

摘 要: 职务犯罪的共同犯罪问题牵涉到身份与共犯的关系,我国目前的刑法总则并没有对身份进行规制,学理上和司法解释对于这一问题的阐述也没有达成共识,尤其是无身份者与有身份者共同实施职务犯罪的定性更为复杂。但归根结底还是要从刑法总则规定的共同犯罪的基本理论出发,同时要满足刑法分则对于身份犯罪的例外规定。只有在兼顾这二者的情形下,才能使得对这一问题的定性做到既符合罪刑法定原则的规定又能够体现刑法规制职务犯罪的目的。

关键词: 职务犯罪 共同犯罪 身份犯

Abstract: The issue of joint crimes of occupational crimes involves the relationship between identity and accomplice. The General Provisions of the criminal

* **基金项目:** 本文为教育部人文社会科学研究规划基金项目“刑法修改与解释的限度关系论”(编号13YJA820017)及湖南省教育厅科学研究重点项目“刑法修改的理性研究”(编号:13A101)之阶段性成果;同时,本成果也系“法治湖南建设与区域社会治理”协同创新中心平台建设阶段性成果。

** **作者简介:** 黄明儒(1967—),男,湖北监利人,法学博士,湘潭大学法学院教授,博士生导师。肖春晖(1990—),男,湖南衡阳人,湘潭大学法学院2013级法律硕士生,研究方向为刑事法律。

无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为之定性

law in China at present have no regulation on identity, and an academic and judicial interpretations to illustrate this problem has not reached a consensus, especially the nature of status of non-status and status person with the implementation of the occupational crimes in conspiracy is more complex. But in the final analysis is to start from the basic theory of joint crimes in the general provisions of the criminal code, at the same time to meet the specific provisions of the criminal law for exceptions of status crimes. Only when both of the two cases in order to make the qualitative analysis on this issue do not only conforms to the provisions of principle of a legally prescribed punishment for a specified crime but also to embody the criminal regulation of occupational crimes objective.

Key words: Occupational Crimes Joint Crimes Status Crimes

职务犯罪在当今是一个复杂的社会问题，在世界各国普遍存在，特别是近代以来社会的转型经济高速发展，职务犯罪表现得尤为突出。而具有不同身份共同实行的职务犯罪在实践中也是普遍存在的，但是《刑法》却没有给出明确的法条规定，在司法过程中也缺乏确定的标准，同时学理上对这一问题的看法也各不相同，导致了定罪量刑的混乱。笔者这里所谓的职务犯罪，是指国家工作人员利用职务上的便利进行的犯罪。职务犯罪应当是身份犯的一种，其中的不同身份者就是指具有国家工作人员身份的人和不具有国家工作人员身份的人。职务共同犯罪的主要分歧在于无身份者作为参与者和有身份者共同实行职务犯罪时，是否成立职务犯罪的实行犯、教唆犯、帮助犯。其本质讨论的是特殊的共犯问题。所以必须运用基本的共犯理论为基础来解决这一问题。

一、职务犯罪不同身份者共犯认定的理论聚讼及其评析

对于无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为的定性问题在我国理论界和实务界一直没有定论，争议不断。主要表现为两种观点：

一种观点以身份犯的有无作为区别定罪的依据，认为定罪应该根据犯罪主体的不同而区别对待，有身份者构成职务犯罪，无身份者构成非职务犯罪。身份犯必须具有特定的身份才能构成，不能仅仅因为共同犯罪就对其以

一罪论处，所以应当分别定罪。^① 这种观点是建立在共犯独立性说的基础上的，这明显与共同犯罪中“部分犯罪全部责任的归责原则”相违背。所以我国现在对于共犯独立说的理论已经很少采纳。

另一种观点则坚持统一定罪，以共同犯罪理论中的犯罪共同说为理论基础，将共同犯罪理解为两人以上共同实施特定的犯罪。但是对于具体如何确定二者的罪名以及依据什么定罪又产生分歧，主要又有如下几种具有代表性的观点：

1. 主犯决定说。即根据主犯是否具有职务犯罪的身份来确定共同犯罪的整个性质^②，认为共同犯罪的定性取决于共犯的基本特征，而这种特征一般是由主犯的性质决定的。主犯的性质决定共犯的性质，这也是我国司法解释所肯定的一种观点，2000年6月30日最高人民法院《关于审理贪污、侵占案件如何认定共同犯罪的几个问题的解释》第3条的规定即是。我国司法解释规定了内外勾结型的犯罪案件应当按照主犯的行为确定罪名。但是该说也存在较大的缺陷：该说将行为人在犯罪中的作用大小作为定罪的依据，混淆了定罪与量刑的界限与次序，定罪在前，量刑在后。主犯与从犯的划分是在认定共同犯罪的基础上才进行的区分，主犯只是一种量刑情节而非定罪依据，同时对于存在多个主犯且犯罪特征不同的案件也无法来确定共同犯罪的性质。因此，该说存在的前提就是错误的，自然不能适用“行为人在共同犯罪中的作用大小是区分共犯种类的方式，而不是定罪的依据。主犯是在认定了共同犯罪的前提下才能成立的，而不能先确定主从犯，再确定构成何种犯罪。他只是一个量刑情节而不是定罪依据”。^③ 以主犯犯罪的基本特征来决定共同犯罪的基本特征，否定了其他共同犯罪人的构成要件的独立性。^④

2. 实行行为决定说。主张共犯的性质应该根据实行犯的实行行为的性质来判断。实行犯实施的行为构成何种犯罪，共犯就应该定该种犯罪。^⑤ 该说以犯罪共同说和共犯从属性说为基础具有一定的合理性，符合共同犯罪的

① 陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社1992年版，第354-365页。

② 叶高峰：《共同犯罪理论及运用》，河南人民出版社1990年版，第280-281页。

③ 张明楷、黎宏、周光权：《刑法新问题探究》，清华大学出版社2003年版，第345-346页。

④ 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第397页。

⑤ 高铭暄、马克昌：《刑法学》，中国法制出版社1999年版，第316页。

无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为之定性

责任原则和特征，但是它无法解决当无身份者与有身份者都是实行犯时如何定罪的问题。

3. 依身份实行行为性质决定说。主张该学说的学者认为无身份者教唆、帮助有身份者或与之共同实行职务犯罪时，应依有身份者实行行为的性质来定罪，即依有身份者所实施的犯罪构成要件的行为来定罪，即使无身份者是主犯，有身份者是从犯，也没有影响。^① 还有学者认为，实行行为反映共同犯罪的特征，判断无身份者与有身份者共同犯罪是否成立纯正身份犯之罪，应看是否有纯正身份犯之罪的实行行为。^② 该说虽然能够解决无身份者与有身份者其中之一为实行犯的情形时的定罪量刑问题，但如果二者都为实行犯的情形下，则该说就没有适用的余地了；而且该说对于无身份者与有身份没有实施实行行为时而处于犯罪预备或者预备阶段的犯罪中止情形时的定罪问题也无法确定。

4. 主职权行为决定说。即由共犯主要利用的职权决定犯罪性质。在无法判断主次职权行为的情形下，按照就低不就高的原则处理。^③ 这种主张能坚持共同犯罪的整体性，也能贯彻有利于被告的原则，且注重了刑事责任的全面性，但会陷入与主犯决定说相同的困境，而且就低不就高的原则违背了《刑法》第382条第3款的规定，会导致放纵罪犯，违背严惩职务犯罪严厉打击反腐的刑事政策，因而也无法适用。

5. 职务犯罪说。该说主张对于无身份者与有身份者共同实施职务犯罪的，应以该职务犯罪对各共同犯罪人定罪处罚。^④ 因为认定无身份者与有身份者共同犯罪的性质，最根本的依据在于有身份者是否利用其身份或职务便利进行犯罪，否则就无法认定只有特殊身份才能成立之罪的共同犯罪。在犯罪过程中，有特定身份者利用其身份或职务便利实施犯罪，就使得无身份者的犯罪性质发生了质的变化，整个案件就应当按照有身份者的犯罪性质定罪。该说在统一定罪的基础上同时考虑了共同犯罪人利用一方特殊身份所享有的职务便利的因素，抓住了问题的本质，不仅体现了职务犯罪定性标准的

① 马克昌：《犯罪通论》，武汉大学出版社2010年版，第584页。

② 赵秉志：《刑法学争议问题研究（上卷）》，河南人民出版社1996年版，第458页。

③ 赵秉志：《共犯与身份问题研究——以职务犯罪为视角》，载《中国法学》2004年第1期。

④ 张兆松：《职务犯罪中的共犯问题之我见》，载《法律科学》1992年第2期。

统一性，而且贯彻了罪责刑相一致的原则，从而有利于司法实践。^① 在无公职身份者与有公职身份者共同实施职务犯罪的情况下，整个犯罪行为都被打上了“公职身份”的烙印，这时二者的行为实际上是一个密不可分的有机整体，故对其应该进行综合评价。^② 因为有身份者与无身份者共同实施职务犯罪的核心问题在于是否利用职务便利实施共同犯罪行为，因此根据所利用的职务行为来确定共同犯罪的罪名就具有合理的依据了。

二、我国立法及司法解释对该行为的定性规定

其实对于这一问题，除了理论上存在各种不同主张外，我国立法以及相应司法解释的相关规定也并不一致，存在相互矛盾的地方。

1. 有关贪污罪立法以及司法解释中的共犯规定。1997年刑法对于贪污罪共犯的规定采取的是职务犯罪说，即与国家工作人员和受国家机关、国有企业、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员勾结伙同贪污的，以贪污论。该立法文本源于1997年刑法修订前的一个单行刑法，即1988年1月21日全国人大常委会颁布的《关于惩治贪污贿赂犯罪的补充规定》，该规定明确了与国家工作人员、集体经济组织工作人员或其他经手、管理公共财物的人员勾结，伙同贪污的行为的，以共犯论处。但是在司法实践中却还存在采取其他不同主张的规定，如2000年6月30日最高人民法院《关于审理贪污、侵占案件如何认定共同犯罪的几个问题的解释》第1、2条的规定采取了职务犯罪说的观点，但其第3条的规定则采取了主犯决定说的立场。再如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》则是以主犯决定说为原则，在主从犯无法区分的情形下，持身份犯决定说的立场。该司法解释的主张源于已被废止的1985年7月8日最高人民法院、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若干问题的解答（试行）》中的原则，即对于内外勾结的共同贪污或者盗窃行为，采取主犯决定说的立场，依据在于应该按照共同犯罪的基本特征定罪，而共同犯罪的基本特征是由主犯的基本特征决定的。

^① 莫洪宪、李成：《职务犯罪共犯与身份问题研究——以职务犯罪为角度》，载《犯罪研究》2005年第6期。

^② 杜国强：《无身份者与有身份者共同犯罪定性问题研究》，载《国家检察官学院学报》2004年第12期。

无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为之定性

2. 有关受贿罪司法解释的共犯规定。受贿罪的共犯问题在刑法中没有特别的具体规定，最新的司法解释是2007年最高人民法院、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》的第7条第2款：“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。”即在受贿罪的范围内，非国家工作人员作为共同犯罪的主体存在一个法律上的限制，即必须具有特定关系，否则不具备受贿罪犯罪主体的条件。显然这一司法解释明显采纳的是职务犯罪说所主张的观点。

3. 有关挪用公款罪司法解释的共犯规定。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“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”的规定，采用的是职务犯罪说，该主张源于已经被废止的司法解释即1989年最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》第2条第6项“在挪用公款给其他个人使用的案件中，使用人与挪用人共谋，指使或者参与策划取得挪用款的，是共同犯罪”之规定。该司法解释并没有解决使用人的身份要件认定依据和标准的问题。

4. 其他职务犯罪刑法解释的共犯规定。例如2002年全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》规定：“国家机关工作人员有上述第四项行为的，被执行人、担保人、协助执行义务人与国家机关工作人员通谋，利用国家机关工作人员的职权妨害执行，致使判决、裁定无法执行的，以拒不执行判决、裁定罪的共犯追究刑事责任。”这里所依据的原则还是职务犯罪说的观点，即在犯罪过程中有特定身份者利用其身份或职务便利实施犯罪使得无身份者的犯罪性质应当按照有身份者的犯罪性质定罪。

这些林林总总、前后不一致的立法与司法解释的规定，体现了司法实践中无身份者与有身份者共同实施职务犯罪性质认定的复杂性与困难。应该说，这些规定总的来说还是首先或者在其中都考虑到了利用职务便利的本质因素问题。当前我国刑法规定职务犯罪特别是公职人员职务犯罪的立法目的在于有效地遏制和预防职务犯罪的发生，合理并且合法地惩治职务犯罪问

题，规范职务行为和保障职务的廉洁性。现阶段共同犯罪本质理论的主流观点是部分犯罪共同说和行为共同说，共同犯罪特征是采取共犯从属性理论。因此立法规定的前后不一相互矛盾会给法律的适用造成极大的障碍，破坏法律的稳定性，法律的适用必须严谨而不能似是而非也不能前后矛盾。

三、有身份者与无身份者共同实施职务犯罪行为定性之我见

共同犯罪问题研究本属刑法中最为复杂疑难的问题，在糅合身份进去后，更加增添了如何定罪的难度，无论是理论界还是司法实务界都很难达成共识，也很难确定一个明确的标准。各种学说也许能够解决其各自提出的问题或者说大部分问题，但各有利弊，大部分学说都是将有身份者与无身份者割裂开来讨论其各自是否构成共同的职务犯罪，而忽视了从共同犯罪整体上来评判两者的行为关系与性质，所以各种学说或多或少地存有漏洞，都有不能解决的问题，都无法给出合理的和令人信服的答案。笔者认为，应该立足于共同犯罪的本质，同时考虑身份因素的作用。

对共同犯罪本质的理解主要有两种学说：犯罪共同说与行为共同说。犯罪共同说又区分为完全犯罪共同说与部分犯罪共同说。完全犯罪共同说认为共同犯罪必须是数人共同实行特定的犯罪或者说二人以上只能就完全相同的犯罪成立共同犯罪，行为人的罪名必须一致。而部分犯罪共同说则主张共同犯罪不要求数人必须实行完全相同的犯罪也可以共同实行不同的犯罪，但只要这些犯罪之间具有重合的性质时，就重合的范围也成立共同犯罪。行为共同说则认为共同犯罪是指数人共同实施了行为，而不是共同实施了特定的犯罪。即个人以共同行为实施各人的犯罪时也成立共同正犯。只要求行为的共同性而不要求共同实施特定的犯罪。即行为人可以就不同构成要件成立共同犯罪，对共犯不必定同一罪名，而可以分别定罪。^① 犯罪共同说与行为共同说解决的是共犯论中的前提问题，即犯罪参与者在什么条件下成立共犯的问题，犯罪共同说认为，数人实施该当于客观的犯罪构成要件的特定犯罪，才能成立共犯；行为共同说则认为共犯中的共同指向的是行为的共同。对此，可以看出完全犯罪共同说对于成立共同犯罪要求极其严格，极大地限制了共同犯罪成立的范围，也与司法实践的客观要求不符合，因此已经逐渐被理论界所摒弃。近年来很多学者开始倡导行为共同说。行为共同说虽然具有一定

^① 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第357-358页。

无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为之定性

的合理性，但是笔者认为对于职务共同犯罪而言是不恰当的，理由有二：

其一，行为共同说不符合我国刑法的规定，并且会扩大共同犯罪的成立范围。行为共同说将两种完全不同的犯罪认定为共同犯罪，即只要各参与人的行为符合犯罪构成要件即可，而不需要共同符合某一特定的犯罪构成，这便可能扩大了共同犯罪的成立范围。我国刑法明文规定两人以上共同故意犯罪的是共同犯罪。行为共同说立足于个体来理解犯罪，主张数人数罪，而没有将共同犯罪限定在故意犯罪的范围内，反对数人一罪。

其二，犯罪共同说最能体现我国刑法规定，并且其结论基本合理。我国刑法明文规定排斥了共同过失犯罪的成立：“二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”但是行为共同说主张共犯的本质是各个行为人都是利用对方的行为实现自己的犯罪，所以共同犯罪中共同加功的意思并非意思的联络，不要求共同的故意，因此承认过失犯的共同正犯，这显然与我国的刑事立法相矛盾。虽然有不少学者提出行为共同说也并非必然肯定过失共同犯罪，易言之，将共同行为者某一个的行为加功于另一方，并不一定需要共同行为人成立共同犯罪，即可以让其承担过失犯的单独责任，这就可以避免其成立共同过失犯的结果。但是同理而言，犯罪共同说也并非必然否定过失的共同犯罪，“近年来，不少学者从犯罪共同说的立场出发，支持过失共同正犯的肯定说。根据犯罪共同说，与故意犯中的故意的共同一样，过失犯只要有共同的客观的不注意行为就足够了，并不一定需要有意识地实现犯罪这样的意思的相互联络。也就是说，只要有‘共同义务的共同违反’就可以肯定过失的共同犯罪”。^① 犯罪共同说虽然在一些具体问题上会得出不合理的结论，但是可以通过修正来解决罪刑失衡等问题。部分犯罪共同说的提出就是为了修正完全犯罪共同说所存在的问题。因此，在目前我国的立法明文规定否认过失共同犯罪的前提下，部分犯罪共同说是合理的主张。

部分犯罪共同说的合理之处在于：（1）符合共同犯罪的原理并且不会违反罪刑不可分原则。两人就共同故意下的行为所构成的刑法规定的重合部分成立共同犯罪是完全合法且合理的。同时成立共同犯罪必须以符合同一个犯罪构成为前提，但是并不意味着对共同犯罪人必须得定同一个罪名。易言之，成立共同犯罪是一回事，对各个行为人最后的罪名确立又是另一回事。

^① [日] 山中敬一：《刑法总论Ⅱ》，成文堂1999年版，第797页。

(2) 不会严格限定共同犯罪的处罚范围,也不会过度扩大处罚范围,切合了我国刑法上关于职务犯罪的立法意图。因为职务犯罪的特点就在于利用职务行为进行犯罪活动,侵害的法益就是职务行为的正当性。行为共同说虽然能够从实行行为的角度来对职务犯罪定罪量刑,严惩共同实行职务犯罪行为。但是它会使得一些本来缺乏职务共同犯罪的意思的犯罪行为却因为共同的参与行为而被认定为职务犯罪,会不适当地扩大职务犯罪的范围。

我国《刑法》没有对共犯中的身份问题作总则性的一般规定,而是一些分则性的规定。有关身份犯的共同犯罪问题,从刑法总则指导分则,分则是总则的补充、例外规定的关系^①这一立场出发,应当适用刑法总则关于共同犯罪的一般规定来分析身份犯的共同犯罪问题。无身份者与有身份者实施的职务犯罪中,只要符合总则规定的共同犯罪的一般理论,就应该依照共同犯罪的理论认定为共同犯罪,如果二者的行为符合职务犯罪的构成要件,那么就可以认定其构成该身份犯的共同犯罪。身份作为违法性中的犯罪主体要求,在定罪时就应当根据刑法分则关于身份的规定是总则的例外规定的关系来考虑该身份对犯罪的作用,不能否认该身份是成立犯罪的决定因素,而共同犯罪只要其中一个人具有该身份就能对全体共犯人都适用该身份犯罪,否则会导致该身份犯无法适用而失去其法律价值。

共犯与身份的关系说到底,就是在二者之间作出一种选择:一是坚持共犯,即肯定无身份者因为共同犯罪也可以成立有身份者才能构成的职务犯罪;二是坚持身份,无论是否构成共同犯罪,无身份者都不能获得身份构成需要身份者才能成立的职务犯罪。在无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为定性时,其实是一个利益的衡量问题。笔者认为,既然只有刑法总则规定了共同犯罪理论,而没有身份犯的规定,分则也只是在一些犯罪中对于职务犯罪的身份犯作出规定,那么就应当在原则上坚持对共同的职务犯罪定性而不论身份的有无,都构成共同犯罪,然后对具体的身份予以考量,而对于身份的有无者按照是否符合职务犯罪构成来分别定罪。因为有身份者与无身份者共同实施职务犯罪定性究其本质讨论的还是共同犯罪的问题,身份只是犯罪构成要件的一个因素,在准确定罪量刑的时候要考虑身份的因素,从而区分普通的共同犯罪行为。

^① 张明楷:《刑法分则解释原理》,中国人民大学出版社2011年版,第109-110页。

无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为之定性

笔者在此基础上，赞成职务犯罪说。首先，职务犯罪主要特征在于其主体的特殊性和行为上利用了职务上的便利。主体的特殊性即必须是国家工作人员，这是对具有特殊身份享有国家权力的人的一种特殊法益的规制，但不能过于狭隘地理解这种特殊主体。因为共同犯罪与单个犯罪对于主体的要求是不一样的，对于共同犯罪而言，只要其中一个人具有特殊主体的身份，共同犯罪人就能够成立该特殊主体才能构成的犯罪。只要共同犯罪人利用了特殊主体的身份便利，该共同犯罪就应根据刑法规定的特殊身份犯罪定罪量刑。

对于那种认为既然职务犯罪要求特殊主体才能构成，那么不具有特定身份的普通人员不能成为职务犯罪主体的观点，笔者认为，这种理解混淆了共同犯罪与单独犯罪对犯罪主体的不同要求。对于刑法规定的某些由特殊主体构成的共同犯罪来说，并不要求所有共同实施某一具体犯罪的共犯都必须具有该特殊身份。只要有一名以上的共犯人成为这一犯罪主体，则其他共同犯罪人也构成刑法规定的该职务犯罪。根据部分实行犯罪全体责任的归责原理，一方共同犯罪人要为其他共同犯罪人在共同犯罪意思范围内实施的实行行为和犯罪结果负责。因此，在职务共同犯罪中利用职务上的便利则是构成职务犯罪的前提和基础，只要一方共犯人利用职务便利进行犯罪，其他共同犯罪人就应当根据利用职务犯罪的共犯人构成的职务犯罪进行定罪量刑。如果无身份的人和有身份的人没有利用职务上的便利则不能以职务犯罪定罪处罚，只有利用了职务上的便利才能将其按该职务犯罪定罪处理。

其次，职务犯罪说符合我国惩处职务犯罪的立法精神与立法意图。刑法规定职务犯罪的目的在于规制国家公权力的合理运用，因为职务犯罪所折射的社会问题主要是对职务廉洁性的严重破坏，职务犯罪不仅侵害了国家机关的正常活动，而且还会间接或者直接破坏正常的市场经济秩序与社会管理秩序，所带来的社会危害性很大。所以，立法上对同一犯罪行为往往会因主体的不同而规定不同的罪名和不同的法定刑，而且一般都是国家工作人员从重处罚，普通人员从轻处罚；甚至还会对同一行为因主体的不同作出犯罪成立与否的规定，国家工作人员成立该罪，普通人不构成犯罪。以职务犯罪说为依据进行定罪处罚，就能够做到很好地涵括利用职务便利进行职务犯罪行为的共同犯罪行为。对于无身份者与有身份者互相勾结的职务犯罪行为，如果根据职务犯罪说的立场，一律以职务犯罪定罪处罚，就能很好地规制无身份者参与有身份者实行共同职务犯罪行为，同时能够预防这二者互相勾结进行

职务犯罪，从而更好地实现刑法预防犯罪的目的。

以国家工作人员与普通企业职工涉嫌共同贪污犯罪为例，这种共同犯罪既包含贪污罪的性质，又包含职务侵占罪的性质，将其认定为贪污罪，不仅符合共同犯罪的性质，而且也实现了规制国家工作人员渎职犯罪的立法宗旨；如果将这种共同犯罪以职务侵占罪来追究国家工作人员的刑事责任，由于职务侵占罪的法定刑较轻，尚不足以根据罪责刑相适应原则严惩那些罪行严重的国家工作人员。^① 职务犯罪说能够做到统一定罪，对于司法实践能够很好地对无身份者和有身份者共同实行职务犯罪行为进行定罪处罚，能够提供一十分明确清晰的依据，同时也不会出现同罪异罚的现象。

四、余论——兼论职务犯罪的量刑均衡问题

之所以在出现有身份者与无身份者共同实施某种犯罪时，需要讨论该犯罪行为是否利用了有身份者的职务便利，才能给共犯人准确性以确定相应的刑事责任，就是因为基于罪刑均衡原则，刑法对职务犯罪与非职务犯罪的刑事责任规定有所不同。但其实职务犯罪的罪刑或者量刑是否均衡，则不无疑问。

罪刑均衡作为我国刑法的基本原则之一，其实质是立法者追求实质正义在刑法领域的具体化。犯罪是刑罚的前提，刑罚是犯罪的法律后果，刑罚的目的在于预防犯罪，因此，均衡量刑才能实现刑罚的基本目的。不均衡的量刑会导致预防犯罪的刑罚目的无法实现，不足以威慑犯罪人，导致刑罚的不公正不合理。对职务犯罪来说也是如此，更应该设置层次分明的法定刑，使得职务犯罪的惩处和预防真正落到实处而不是停留于纸上。定罪固然重要，但是也不能忽视均衡的量刑对预防犯罪和改造罪犯使回归社会的作用。

笔者所赞成的职务犯罪说就是要坚持职务犯罪定性标准的统一性，贯彻罪责刑相一致的原则，从而实现量刑的均衡。而部分犯罪共同说主张两人就共同故意下的行为所构成的刑法规定的重合部分成立共同犯罪，但是并不意味着对共同犯罪人最后所定的罪名就是一样的，还是得根据各自的行为符合刑法所规定的何种犯罪构成要件来确定罪名，并以此适用不同的法定刑，这也正契合了罪刑均衡的要求。虽然根据职务犯罪说和部分犯罪共同说的理论

^① 刘志伟：《职务侵占罪的共同犯罪问题》，载《人民法院报》2000年5月22日第5版。

依据来定罪量刑能够很好地实现罪刑均衡，实现公平正义，但是从立法以及实践来看，职务犯罪的刑罚设置依然存在着一些不均衡的地方，值得深刻反思。表现最为明显并需要迫切修正的就是以下两方面的罪刑不均衡：

第一，我国职务犯罪在最高法定刑的设置上没有做到罪刑均衡。职务犯罪说和部分犯罪共同说都强调对利用职务便利进行犯罪设置较为严格的法定刑，以区别和严惩职务犯罪，但是设置的最高法定刑为死刑的职务犯罪罪名过多。如有关军人违反职务犯罪就有 11 个死刑罪名。尽管废除死刑不符合我国的基本国情，但国际社会的发展趋势是死刑逐渐地不再适用，现阶段我国也是在有限制地减少死刑罪名的数量和适用，而《刑法修正案（八）》也体现了这一理念。“各个国家的人们只能根据本国的国情与本国公民的平均价值观念讨论本国死刑的存废，而不能根据本国国情与本国公民的平均价值观念讨论其他国家或者全世界的死刑存废问题。因此既不能立足于中国国情与中国公民的平均价值观念指责西方国家废除死刑，也不能因为西方国家有人立足其本国国情与本国公民的平均价值观念指责我国保留死刑便对我国的死刑产生抵触感或不安感。”^① 死刑的适用应该在于严重侵犯生命权益的犯罪而不是适用于仅仅因为职务的非廉洁性导致的经济法益侵害。而我国刑法出于功利目的和政策影响，将包括贪污贿赂罪在内的许多犯罪的法定最高刑都规定了死刑。这就严重违背了罪刑均衡原则对立法的指导，严重影响了职务犯罪立法体系的科学性。

第二，职务犯罪刑罚体系与整个刑法体系也存在许多不均衡的地方，使职务犯罪体系的外部不均衡，从而影响刑法的公正。例如，贪污、受贿罪的起罪点就比盗窃罪要高得多。而实际上职务犯罪的危害性比之应该更为严重，也理应受到更重的处罚。但是相关的刑事立法和司法解释将贪污贿赂罪的定罪起点规定在了 5000 元，而盗窃罪的起点根据地区的不同规定在 1000 - 3000 元范围内。根据这种规定，未利用职务窃取价值 2000 元的财物比利用职权窃取同样价值财产的社会危害性更大，这似乎在间接说明一个国家公职人员的身份能够使其行为的危害性减小，显然这是难以令人接受的。

综上所述，对职务犯罪而言，是否利用了相关身份实施犯罪行为对行为的定性是具有决定性的，如果缺失利用职务便利的条件，该种职务共同犯罪的定性讨论则失去了意义。从立法的精神以及职务犯罪的构成要件角度看，

^① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 376 页。

职务犯罪的特殊性肯定会作用于共同犯罪中不具有该身份的行为人，使其因为为有身份者的利用职权行为而取得与其相当的法律上的身份和地位，从而能够共同成立该职务犯罪。以部分犯罪共同说为理论依据坚持统一定罪，从整体上来确定有身份者与无身份者共同实施职务犯罪行为的定性，之后再以职务犯罪说为依据来论证身份因素的有无对犯罪成立的作用，定性无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为。在司法实践中，认定该类型共同犯罪的性质除了考虑实行犯的犯罪性质外，还应考虑各行为人触犯的罪名，关注谁是犯罪行为中的核心角色从而确定共同犯罪的性质，比较法定刑的轻重，进而决定是否分别定罪，实现罪刑均衡。同时还要重视职务共同犯罪的罪刑均衡问题，既然有身份者与无身份者在犯罪中所起的作用大小、对法益的侵害程度都是有所区别的，那就必须在量刑上予以区别，才能贯彻罪刑均衡原则。