

渎职犯罪共犯形态的认定问题

布鹏,赵捷^①

(天津海事公安局,天津 300456)

[摘要] 在渎职犯罪体系中,除故意泄露国家秘密罪外,其余犯罪类型均为纯正的身份犯罪。有身份者与无身份者渎职犯罪的共犯形态认定在理论和司法实践中均存在较大争论。文章从分析有身份者与无身份者在共同犯罪的形态出发,讨论了不同类别情形下渎职犯罪共犯形态的认定问题。

[关键词] 渎职罪; 有身份者; 无身份者; 共犯

[中图分类号] D924 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2012)04-0063-03

一 渎职罪共犯形态与身份的关系

根据主观内容的不同,渎职犯罪可以划分为滥用职权型渎职罪和玩忽职守型渎职罪。故意实施的违背职责的行为,是滥用职权罪;过失实施的违背职责的行为,是玩忽职守罪^{[1]900}。我国刑法第25条对共同犯罪的成立条件作了明确规定:“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。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。”由此可见,只有在滥用职权型渎职罪中,有身份犯罪人与无身份犯罪人才有探讨成立该类犯罪共犯形态的可能。

根据刑法第382条第3款的规定所体现的精神,无身份犯显然可以构成身份犯的共犯,但如果以该条为根据对渎职罪共犯问题也持肯定态度,是不是有罪类推?本着法无明文规定不为罪的原则,是否应该认定无身份犯不能构成渎职罪的共犯?这需要从共犯与身份的关系加以考察。

身份的机能,在于它反映了行为主体侵犯特定客体的客观可能性。无身份者虽然不享有法律身份带来的权利,但却负有“不得勾结身份者破坏其法律义务”的义务^[2]。因此,为了保护特定客体,不仅要求身份者不予侵犯,同时还有赖于全体社会成员的尊重,不联结有身份者采取各种方式加以破坏。由于共同犯罪人具有对本人行为的社会危害性认识以及对自己和他人共同实施犯罪的双重认识^[3],因此,在身份犯成立犯罪的情况下,就存在共犯问题。“共同犯罪是一个整体犯罪,必须从整体上来考察,

各个成员之间分工合作共同完成了一项犯罪活动,每个人都得为这项活动负责。”^[4]

是否具有共同故意,是认定共同犯罪的重要标尺。共同犯罪故意是二人以上在对于共同犯罪行为具有同一认识的基础上,对其所会造成的危害社会的结果的希望或者放任的心理状态^{[5]105},是共同犯罪中主观方面的内容,而身份属于犯罪主体的因素,不会影响对共同故意的认定。

因此,共同犯罪与身份没有必然联系。有身份者与无身份者共同犯罪,属于混合主体共同犯罪。在刑法分则无特别规定时,应适用刑法总则关于共同犯罪的规定,“1997年刑法典虽然未做出明确规定但补充规定精神是有效的。”^[6]

那么,无身份者能否成为渎职罪的实行犯?

渎职罪作为一种纯正的身份犯罪,无身份者能否成为这种纯正身份犯罪的实行犯,理论上肯定说、否定说及折中说三种。肯定说认为部分渎职罪属于复行为犯,实行行为可以拆分为多个环节,虽然非身份犯不能直接实施于渎职犯罪的核心行为,但仍可实施部分实行行为^[7]。持否定性意见的观点认为:犯罪实行行为是反映犯罪本质特征的行为,正因为它反映了该罪的本质特征,才与它罪相区别。“真正身份犯或者说特殊主体的犯罪,毕竟只有具有一定身份的特殊主体实行犯罪才可能构成,无身份者是不可能实施真正身份犯的实行行为的。”^[8]在考察纯正身份犯的实行行为时,不能只看到其表象,而应综合两个紧密相连的因素,即该行为所侵犯

[收稿日期] 2012-03-11

[作者简介] 布鹏(1988-),男,蒙古族,湖北荆州人,天津海事公安局助理工程师。

^①中共赤壁市委宣传部干部。

的法益(客体)的特殊性及其由该法益所限定的犯罪主体的特殊性。“没有特定身份的人不可能实施法律要求犯罪主体具有特定身份的犯罪的实行行为,因为身份是犯罪主体的构成要素之一,身份决定着犯罪主体的性质。”^{[5]356}折中观点指出:对无特定身份者可否与有特定身份者构成共同实行犯的问题,一概否定或肯定的主张都值得商榷,应当区分特殊主体犯罪的实行行为的性质,予以不同的对待^[9]。

对此,笔者赞成折中说的观点。无身份者要构成有身份类犯罪的实行犯,不管实行行为是单行为还是复行为,都要求该实行行为可以由无身份者分担,否则不能构成实行犯。以受贿罪而言,受贿罪本身是一种有身份类犯罪,但受贿的行为却具有可替代性,可以由无身份的人去完成,在这种情况下,无身份人可以成为受贿罪的实行犯。而在渎职犯罪中,“职权”是国家机关工作人员渎职犯罪的前提和基础,没有国家机关工作人员的职权就不可能实施或完成犯罪,因而,渎职的行为没有可替代性。只有具有一定身份的特殊主体实施犯罪行为才可能构成该罪,这就证明无身份者本质上不可能实施渎职犯罪等身份犯才能实施的实行行为,也就是说,没有特定的身份,无身份犯根本就无职可渎。例如,在招收学生徇私舞弊罪中,无身份者只可能实施提供伪造、变造的人事、户口档案或体检报告等欺骗行为,均为招收学生徇私舞弊罪的帮助行为,而真正滥用职权招收学生的实行行为只可能由学校招生部门的工作人员实施。

但是,无论是无身份犯实行了复行为犯中的行为,还是其代替身份犯完成部分或阶段性实行行为,都无法超出教唆或帮助的属性范畴。在渎职犯罪中,虽然无身份人无法成为渎职犯罪的实行犯,但无身份人可以成为渎职犯罪的教唆或者帮助犯。

综上所述,无身份犯可以构成渎职罪这种纯正身份犯的共犯,但只能以教唆犯或帮助犯的形态存在,而不成立实行犯。同理,其他特殊身份者也可以构成渎职罪的共犯,也不成立实行犯形态,但在定罪方面较为复杂,后文将作进一步的论述。

二 渎职罪中身份犯与非身份犯共同犯罪的认定

有身份者与无身份者共同犯罪本身就是一个难点问题,前文探讨了在渎职罪中,无身份者可以构成渎职罪的共犯。而如何确定两者犯罪的性质也是一个难点问题。目前刑法理论对有身份者与无身份者共同犯罪时在定罪问题上分歧较大,主要有“分别

定罪说”^[10]与“统一定罪说”两种观点。主张分别定罪说的认为,对有身份者与无身份者共同犯罪,应根据犯罪主体的不同区别对待,有特定身份者以身份犯论,无特定身份者以非身份犯论。目前理论界在“统一定罪说”认定问题上基本上达成了共识,但是“统一定罪说”具体划分上又有巨大分歧,主要有“主犯决定说”、“实行犯决定说”和“身份决定说”等等。

笔者认为,在渎职犯罪中,应该采取“身份决定说”来确定共同犯罪的性质。该说认为,认定有身份者与无身份者共同犯罪性质的最根本、最关键的依据在于有身份者是否利用其身份实施了犯罪,如果利用了其身份上的便利实施犯罪,就使无身份者的犯罪性质发生了质的变化,整个案件就应依照有身份者的犯罪性质定罪^[11]。

在渎职犯罪中采取“身份决定说”定性有如下好处:第一,渎职犯罪是一种具有严重社会危害性的职务犯罪类型,按照有身份者的犯罪性质认定共同犯罪,宣示政府打击官员渎职犯罪的决心,有利于从严治吏。

第二,与私权利相比,公权力处于明显的优势地位。在渎职犯罪中,无身份者与有身份者共同犯罪,往往是利用有身份者手中的权力来谋取私利,没有官员权力的滥用,无身份者的犯罪行为根本就无从发生,理所当然应该按有身份者的犯罪来认定共犯的性质。

第三,正如上节所述,在渎职犯罪中,只有有身份者才能成为实行犯,他们也往往处于主犯的地位。

因此,按照“身份决定说”来定性,既兼顾了“主犯决定说”和“实行犯决定说”的特点,又发挥了“身份决定说”的优势。

(一)无身份者单纯教唆有身份者实施渎职罪的定性

这种情形比较简单,直接按照有身份者的犯罪性质认定,即按照纯正身份犯定罪。其根据不仅仅是套用了“身份决定说”的认定规则,同时它也是刑法总则的规定,在共同犯罪中教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚,帮助犯按照他所帮助的实行犯实施的犯罪定罪处罚。如教唆他人私放在押人员的,应当以私放在押人员罪的共犯认定。

(二)无身份者在实施特定犯罪时与渎职罪人共同犯罪的定性

这种渎职行为往往与他人的犯罪行为具有共生性。当渎职行为人在明知其渎职行为所庇护的无身

份者实施犯罪行为的情况下,对渎职者究竟应当认定为渎职罪还是与他人所犯之罪形成共犯存在很大争议。在理论界与司法实践当中主要有两种观点:一种观点是只认定渎职罪;另一种观点是原则上认定为渎职罪,但是如果以相关共犯对渎职者认定处罚更重的,则应认定为相关共犯^[12]。

笔者赞同第二种观点。因为从共同犯罪和罪数理论角度进行考察,在此种情况下,渎职行为人的渎职行为实际上一行为触犯数罪名的情况,属于想象竞合犯。根据想象竞合犯的处理原则,刑法理论上一般认为,对想象竞合犯应从一重处罚而不以数罪论处^{[1]374}。也即看渎职罪与相关共犯哪个处罚更重,就以哪个罪的共犯来认定。

最高人民法院、最高人民检察院、海关总署于2002年7月8日颁布的《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第16条第1款规定,依照《刑法》第411条的规定,负有特定监管义务的海关工作人员徇私舞弊,利用职权,放任、纵容走私犯罪行为,情节严重的,构成放纵走私罪。放纵走私行为,一般是消极的不作为。如果海关工作人员与走私分子通谋,在放纵走私过程中以积极的行为配合走私分子逃避海关监管或者在放纵走私后分得赃物的,应以共同走私犯罪追究刑事责任。从放纵走私罪和走私犯罪的刑事责任来看,放纵走私罪的刑事责任一般是5年以下有期徒刑或者拘役,而走私犯罪的刑事责任一般是3年以上10年以下有期徒刑以及罚金,显然走私犯罪的刑事责任重于放纵走私罪的刑事责任,应该以共同走私犯罪追究刑事责任。

又如,被告人甲因生活无着,向被告人乙提出利用乙的职务便利,由乙将某火车站广场非法运营的“摩的”扣押后交甲处理,由甲向车主索要赎车现金,乙当即应允。从2008年2月至2009年6月,二被告人采取由乙扣车、由甲冒充某交警支队警官要求车主交纳200至500元罚款的手段,多次共同作案,共索取车主现金8000余元,二被告人各得3000余元。

本案中,甲某是招摇撞骗的实行犯,而乙某是滥用职权的实行犯,根据部分犯罪共同说,两人的行为属于滥用职权罪和招摇撞骗罪的共犯。无身份者甲某必须依赖乙某的特殊身份,乙某的滥用职权行为系二人共同犯罪的决定因素,乙某的行为具有不可替代性和非转让性,在共同犯罪中起支配作用。因此,应按照乙某的行为来认定本案的犯罪性质,招摇撞骗罪的基本刑是3年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政治权利,冒充人民警察撞骗的,从重处罚。因

徇私舞弊而滥用职权的,处5年以下有期徒刑或拘役。显然,此处滥用职权罪的法定刑高于招摇撞骗罪的法定刑,应以滥用职权罪认定乙某的犯罪行为,附属于身份犯的甲某应认定为滥用职权罪的共犯。

(三)有身份者作为其他有身份者的渎职罪共同犯罪的定性

这种情形下,两者都具有国家机关工作人员的身份,应该按照谁的身份来适用“身份决定说”?笔者认为,这种情形主要通过考察这两者谁的行为在整个犯罪行为中处于支配地位,就按照谁的身份来认定共同犯罪的性质。如果两者在职务上没有关联关系,即一方的地位不能影响到对方的行为,即看哪方利用职权实施了滥用职权的行为,就按该方的身份来认定。如果因一方的职务优势地位对另一方形成影响,而迫使另一方实施滥用职权的行为,应该按照实施影响一方的身份来认定。如司法工作人员在主观上无徇私的动机,而是迫于领导的意见,在客观上实施了枉法行为,即按照领导的身份来认定。

因此,该领导的行为原则上应该认定为滥用职权的行为,但是徇私枉法罪的法定刑高于滥用职权罪的法定刑,对该领导应该以徇私枉法罪论处,该司法工作人员为徇私枉法罪的从犯。

[参考文献]

- [1] 张明楷. 刑法学:第3版[M]. 北京:法律出版社,2007.
- [2] 王作富,庄劲. 共同犯罪与构成身份新论[J]. 人民检察,2003(11):8-12.
- [3] 陈兴良. 刑法学[M]. 上海:复旦大学出版社,2003:202.
- [4] 刘志龙. 贿赂犯罪中引见者的定罪问题研究[J]. 法制与社会,2007(10):405-406.
- [5] 陈兴良. 共同犯罪论[M]. 北京:中国社会科学出版社,1992.
- [6] 陈兴良. 受贿罪研究:刑事法判解第3卷[C]. 北京:中国社会科学出版社,1992:202.
- [7] 肖中华. 真正身份犯之共犯问题探讨[J]. 云南大学学报(法学版),2003(1):112-116.
- [8] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉:武汉大学出版社,1999:583.
- [9] 赵秉志. 犯罪主体论[M]. 北京:中国人民大学出版社,1989:297.
- [10] 李学同. 论混合主体共同职务犯罪[J]. 政法学报,1991(4):9-13.
- [11] 周道鸾. 刑法的修改与适用[M]. 北京:人民法院出版社,1997:782.

(下转第113页)

(上接第 65 页)

[12] 赵秉志,肖中华. 渎职罪认定中的定性问题:相关共

犯与罪数形态[N]. 检察日报, 2002-01-07(3).

The Different Types of the Crime of Malfeasance on Accomplice Relations

BU Peng,ZHAO Jie

(*Maritime Public Security Bureau of Tianjin, Tianjin 300456*)

Abstract: In the crime of malfeasance system, in addition to the Intentional Leakage of State's Secrets, the other types of crime are pure status crime. In both theory and judicial practice, there is a big controversy in the charges of the persons with status and non-status in the crime of malfeasance on accomplice relations. Based on the analysis, this article inspects the different types of the crime of malfeasance on accomplice relations.

Key words: crime of malfeasance; a person of status crime; a person of non-status crime; accomplice