

# 混合主体共同贪污定性问题研究

李希慧,周文文

(北京师范大学 刑事法律科学研究院,北京 100875)

**摘 要:**混合主体共同贪污定性在理论上存在很大争议,而司法实践在处理此类案件时做法也不一。因此,对混合主体共同贪污问题进行正确定性,有利于维护司法的统一性。根据修正的犯罪构成要件及身份的连带作用,非国家工作人员与国家工作人员能够构成贪污罪的共同犯罪,而非国家工作人员从主体部分及时空条件方面具有构成贪污罪共同正犯的可能性。同时,混合主体共同贪污行为特殊性在于有无利用职务上的便利及具有分别定罪量刑情形,结合以上两点,可以明晰混合主体共同贪污犯罪与盗窃罪、贪污罪犯罪圈的对应关系。

**关键词:**混合主体;贪污罪;非国家工作人员;共同犯罪

**中图分类号:** D924.392

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1672-0539(2014)01-0019-05

我国《刑法》第 382 条第 3 款规定:“与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。”依据以上条款的规定可知,混合主体贪污中的“混合”是指国家工作人员和非国家工作人员的混合。由于贪污犯罪的主体是特殊主体,因此对于这种混合主体共同贪污的定性问题在理论上存在很多争议,而司法实践中处理也不统一,这不利于法律公平。为了厘清国家工作人员和非国家工作人员共同贪污定性问题,笔者在国家工作人员与非国家工作人员能否成为贪污犯的共同犯罪、共同正犯以及具体定性上进行分析,并希望对此类犯罪定罪提出建议。

## 一、混合主体构成贪污罪共同犯罪的可能性分析

在我国《刑法》第 382 条第 3 款中已经肯定了非国家工作人员能够构成贪污罪的共犯。但在理论和实践中,仍有学者对此持反对意见。反对者从具有身份者本身所承担的义务上进行论证。他们认为,

与不具有该身份的人相比,具有特殊身份的行为人因其所具有的特殊身份而承担了特殊的权利与义务。同时他们还认为,应对共同犯罪的主体条件进行严格的界定,贪污罪的主体要件是具有特殊身份的人,而此种条件同样适用于共同犯罪中,而非国家工作人员由于缺少主体要件而不能构成贪污罪共犯<sup>[1]</sup>。

非国家工作人员能否构成贪污罪的共犯问题,从宏观角度上分析,即是指无身份者能否成为有身份者共犯问题。上述持反对意见的学者将身份犯的本质定义为义务的违反,并且从共犯独立性角度进行论述,这是值得商榷的。

首先,在理论界,关于身份犯的本质有“义务违反说”和“法益侵害说”的对立。持“义务违反说”的学者认为,纯正身份犯是由于行为人违反了其身份所承担的特别义务,对无身份者也就自然谈不上对义务的违反。持“法益侵害说”的学者认为,本着身份犯本质与犯罪本质相统一的原则,在身份犯中贯彻该主张,身份犯的本质也是非法益的侵害或威

收稿日期:2013-07-05

作者简介:李希慧(1957—),男,湖北仙桃人,教授,博士,研究方向:中国刑法研究;周文文(1988—),女,山东青岛人,2011 级刑法学硕士研究生,研究方向:中国刑法研究。

胁<sup>[2]</sup>。笔者认为,“义务违反说”所谓的“特殊的义务”到底应当以什么标准来评判是不清楚的,而认定“特殊义务”标准的缺失会使公民权利受到司法机关肆意解释的侵害,因此“义务违反说”是不合理的。笔者更倾向于“法益侵害说”的观点。因为在身份犯实质问题上贯彻“法益侵害说”有利于维护刑法整个理论体系的统一性和一致性,当然这里的法益是指特殊的法益。“法益侵害说”立足于对特殊法益的全面保护,在事实上承认非特殊主体也可以对特殊法益进行侵害。因此身份犯的本质是对特殊法益的侵害。具体到贪污罪中,贪污罪的客体是国家公职人员职务的廉洁性和公共财物的所有权。在单独犯罪中,非国家工作人员不可能侵犯到贪污罪的特殊客体,因为单独的非国家工作人员不具有职务上的优势与便利。但在国家工作人员与非国家工作人员共同犯罪中,由于国家工作人员为非国家工作人员提供了其职务上的优势与便利,而使得非国家工作人员在事实上能够对公务人员职务的廉洁性和公共财物所有权进行侵害。二者完全可以成立共同犯罪。

其次,持反对观点的学者是站在共犯的独立性角度进行论述。他们认为,对于共犯的处罚不应以正犯为前提,成立共犯必须以符合犯罪构成要件为基础,即四要件齐备。由于贪污罪的主体是特殊主体,非国家工作人员不符合贪污罪的主体要件,因此不可能成立共犯。与共犯独立说相对的是共犯从属说。该学说认为,共犯的可罚性是以正犯可罚性为前提的,认为共犯犯罪性和可罚性从属于正犯,而此种从属性与身份的连带作用相一致<sup>[3]</sup>。

笔者认为,共犯独立说机械地将单独犯罪的基本犯罪构成适用到共同犯罪中,忽视了修正构成要件存在。在贪污犯中,国家工作人员这一特殊主体是单独犯的基本犯罪构成中的主体,而非国家工作人员和国家工作人员则是共同犯罪中修正犯罪构成的主体,这完全符合修正犯罪构成的理论。笔者赞同共犯从属说。正如上文所论述的,身份犯的本质特征是对法益的侵害,这里的法益是指与身份有关的特殊法益。在共犯从属说的角度上,共犯通过正犯间接地引起对法益的侵害,二者处罚的根据是相同的。但共犯这种“间接地引起”不是由于“身份的连带作用”,因为身份具有客观专属性,它是相对于主体而言的一种特殊性质,而主体是相互独立的个体,因此身份不可能具有连带性。与其说身份的连带性,还不如说是“利用职务上的便利”的开放性。身份不可能转移和连带,但是利用职务上的便利这

一条件却可以被非国家工作人员利用。主观上,国家工作人员和非国家工作人员具有共同的犯罪故意;客观上,二者共同利用国家工作人员职务上的便利,侵害公职人员职务上的廉洁性和公共财物的所有权。所以国家工作人员和非国家工作人员能够构成贪污罪的共同犯罪。

## 二、非国家工作人员能否成为贪污犯的共同正犯

非国家工作人员可以与国家工作人员构成贪污罪的共同犯罪。广义上的共犯分为正犯(实行犯)、教唆犯、帮助犯。非国家工作人员可以构成共同贪污罪中的教唆犯、帮助犯,这在理论上没有什么争议,但对其是否能构成贪污犯的共同正犯,在理论上存在着争议。持肯定意见的学者一般都以“复合行为说”来进行论证。他们将贪污罪的实行行为进行复数的划分,认为其中某些实行行为可以由无身份者实施。对于贪污罪而言,其客观要件是由利用职务上的便利和非法占有公共财物两个行为组成,非国家工作人员可以分担非法占有公共财物的实行行为,二人的实行行为从整体上具备了贪污罪的全部构成内容,属贪污罪分担的共同实行行为<sup>[4]</sup>。而持反对意见的学者认为,如果认为无身份者可以实施身份犯的一部分实行行为,则几乎所有的身份犯都可以由无身份者单独实施,因为实行行为总由许多举动组成,无身份者总可以实施其中一部分举动,这与身份犯本身的概念相矛盾。因此,无身份者不能实施身份犯的实行行为,所谓的部分实行行为只具有帮助的性质<sup>[5]</sup>。

上述否定说从自然层面角度定义复合行为,但只从自然意义的角度界定复合行为具有一定的片面性。因为刑法规范本身就是一种价值判断,在刑法中界定的犯罪都包含立法者的利益。因此,作为犯罪中最为核心的要素——实行行为,必然也蕴含着立法者的价值判断,对实行行为单复数的判断,也必然包含相应价值判断。但我们在进行价值考量之前要先进行事实上的判断,自然层面的考量是规范层面考量的基础和前提,正如有学者所说,作为组成复行为犯构成行为或者实行行为整体的元素只能是规范层面上由立法所预设的更小的行为单元或者行为类型,而不是现实中所具体体现的自然行为。否定说不仅没有从规范层面上考虑复合行为,而且将组成复合行为之元素和自然行为相混淆。

上述肯定说则认为,贪污犯的实行行为属于复行为,将贪污的实行行为分解为利用职务之便和非法侵占公共财物两个行为,非法侵占属于一个实行行为,但是利用职务上的便利是否属于一个独立的行为呢?复合行为中行为单元的划分是根据刑法分则所预设的整体的实行行为的性质做出的类型分析,行为单元具有独立性和实体性。实体性是指数行为各自都有自己存在的独立的时空形式,数个行为的时空形式是不同的<sup>[6]</sup>。利用职务上的便利,从广义上说是一种方法和手段,这种方法和手段是寓于侵占公共财物这一实行行为之中,没有独立性;从本质上说,“职务上的便利”就是一种时空条件,而侵占行为的时空条件就是利用职务上的便利,而作为一种时空条件本身是没有自己独立的时空形式的。而与职务上便利行为相伴随的由行为主体所实行的其他行为,比如以秘密窃取、骗取等方法侵占公共财产的行为,则是行为的主体部分,利用职务的便利是依附于主体行为之上的,它们是不可分割的整体。因此贪污罪中的实行行为并不是复行为。

笔者认为,贪污罪中的实行行为虽不是复合行为,但是非国家工作人员仍然可以成为贪污罪的共同正犯。因为贪污犯的实行行为主体部分与时空条件构成中,主体部分是侵占行为,时空条件是利用职务的便利,时空条件从属于主体部分。在单独贪污罪中,国家工作人员可以单独实施实行行为的主体部分,而其时空条件亦由于其自身身份具有职务上的优势而存在;在非国家工作人员参与贪污的情形中,对非国家工作人员来说,由于利用职务便利的开放性,其时空条件因为国家工作人员的特殊身份的存在而具有可利用性,因此国家工作人员可以在客观上实行侵占行为这一贪污罪实行行为的主体部分,而亦不缺失利用职务便利这一时空条件,因此符合贪污罪实行行为的构成。

通过笔者上述论述可知,非国家工作人员可以参与贪污犯的实行行为。

### 三、国家工作人员与非国家工作人员共同侵吞公共财物的贪污行为定性

#### (一) 争议观点的厘清

##### 1. 观点聚焦

对于有身份者和无身份者共同实施贪污行为定性问题的争议主要有以下几方面:

(1) 主犯决定说。持有该观点的学者认为,判断

某一共同犯罪的性质依据是在共同犯罪中起主要作用的犯罪行为人的行为性质,即主犯。共同犯罪行为的性质是依据主犯的性质进行定性<sup>[7]</sup>。(2) 分别定罪说。持有该观点学者认为,有身份者按照身份犯定罪,无身份者按照普通犯罪定罪<sup>[1]36</sup>。由于非国家工作人员不符合贪污罪的主体特征,因此在共同犯罪中,非国家工作人员不能构成贪污罪,只能构成盗窃罪。(3) 实行行为决定说。持有该观点学者认为,对犯罪性质具有决定意义的因素是实行行为,而教唆、帮助等行为性质决定于实行行为的性质。因此,对共同犯罪性质具有决定意义的因素也是犯罪人的实行行为<sup>[8]</sup>。这也是我国刑法学界的通说。(4) 共同犯罪性质决定说。持有此观点学者认为,这种混合主体共同犯罪案件,应当按照共同犯罪整体的性质确定罪名,只要共同犯罪行为人的整体行为符合贪污罪的构成要件,不论主犯是否是国家工作人员,每个共同犯罪人均以贪污犯论处;该说还认为,只要共同犯罪人中存在一个身份者,便认为共同犯罪的主体符合有身份者的共同犯罪。(5) 身份犯决定说。持有此观点学者认为,贪污罪的主体是特殊主体,要求主体必须具有特殊身份,这一身份具有区别此罪与彼罪的作用。在共同犯罪中因为具有了国家工作人员才使整个犯罪行为符合贪污罪的特质。因此应当忽略国家工作人员在共同犯罪中的地位高低以及所起作用的大小,只要非国家工作人员存在于共同犯罪主体中,那么就应当认定为贪污罪<sup>[9]</sup>。

#### 2. 观点评析

大多数学者认为,主犯决定说颠倒了定罪和量刑的关系,认为主从犯之分主要是解决共同犯罪中的量刑问题,而不是定罪问题。笔者认为,该说是以犯罪行为人在共同犯罪中的作用来决定共同犯罪行为的定性问题,上述批判也并不是完全合理。因为主从犯之间的区分问题,在共同犯罪行为实施贪污的犯罪行为时就已经客观存在,这种客观事实不因人们认识的时间差异而改变。因此,是在定罪之前,还是在定罪之后,这在本质上不会颠倒定罪和量刑之间的关系。就其实质而言,主犯决定说最大的缺陷在于,当存在多个主犯、而主犯的身份特征不一,即有的具有国家工作人员身份,而有的又没有,此时共同犯罪的性质就无法确定。

分别定罪说考虑到了在国家工作人员和非国家工作人员共同侵占公共财物时两者之间因为身份的有无而存在的差异,具有一定的合理性,但也存在一

定缺陷。首先,它忽视了共同犯罪这个大前提,如果不考虑这一前提,对有身份和无身份的人都分别定罪,那等于架空了我国关于共同犯罪概念和犯罪构成要件。根据我国共同犯罪的概念,共同犯罪行为人与人之间应当有共同的犯罪故意和共同的犯罪行为。如果切断二者之间的关联而进行分别定性,则会违背共同犯罪的基本性质;其次,财产权益和职务廉洁性被贪污罪的客体所包含,而非国家工作人员在与国家工作人员共同实施直接侵害公共财产权益的秘密窃取、侵吞等行为,同时又利用了后者职务上的便利,侵犯了职务的廉洁性,可见二者都侵犯了贪污罪的客体。如果非国家工作人员是主犯,国家工作人员是从犯,则对前者定性为盗窃罪,后者定性为贪污罪。由于贪污罪的法定刑重于盗窃罪,这就违背了罪责刑相适应的原则。但是分别定罪在共同贪污的犯罪中也不是不可能,下文将进行详细论述。

持有实行行为决定说的学者,突出了实行行为在认定犯罪性质时的核心作用。非国家工作人员可以成为贪污犯的共同正犯,这在上文已有论述。若非国家工作人员是实行犯,行为人在客观上已经利用了国家工作人员职务上的便利,这时如果只将共同犯罪的性质定为盗窃罪,对利用职权的行为不予评价,那是不全面的,也有放纵国家工作人员之嫌。另外,当实行犯有数个,同时包括国家工作人员和非国家工作人员时,到底是依照哪个实行犯的实行行为进行认定是不清楚的。

共同犯罪性质决定说抓住了共同犯罪的本质特征,统筹考虑了犯罪的整体性和个体的差异性;但却走向了与分别定罪说相反的另一极端——对与国家工作人员和非国家工作人员共同侵占公共财物的行为都定性为盗窃罪或者是贪污罪,采取一刀切的方式,忽视了存在分别定罪量刑的可能。

身份犯决定说抓住了贪污犯是一个特殊主体犯罪这一点,重视利用共同犯罪中“利用职务的便利”这一核心特点来确定共同犯罪的性质,具有一定进步性。但这不能涵盖所有情形,例如,当国家工作人员和非国家工作人员在窃取、侵吞、骗取公共财物时,并没有利用国家工作人员职务上的便利,这个时候就不能认定为贪污犯。身份犯决定说就没有考虑这种情形。

## (二)非国家工作人员和国家工作人员共同侵占公共财物罪认定

通过对以上几种学说的评述我们可以看出,有的学说因为没有抓住共同贪污犯罪的本质特征而失

去普遍适用性,即使抓住了共同犯罪的本质特征也没有具体问题具体分析。根据矛盾的普遍性和特殊性原理,矛盾的普遍性是指每个事物发展的过程中自始至终存在着矛盾运动;矛盾的特殊性是指具体事物及每个矛盾的各个方面都各有其特点。因此,为了对非国家工作人员和国家工作人员共同侵占公共财物的行为进行正确定性,我们就需要从这一问题的普遍性和特殊性的关系入手进行分析。由于上文已经论述了非国家工作人员可以成为共同贪污的正犯,所以没有必要区分教唆犯、帮助犯。

非国家工作人员和国家工作人员共同侵占公共财物的普遍性就是共同犯罪这一特征,只不过这种共同犯罪中包含了利用职务上的便利这一情形。根据共同犯罪的一般理论,在主观上,共同犯罪人之间都有一个共同的目的和共同的故意,在认识因素上,行为人不仅认识到自己不是在单独行为,而且认识到是与他人相互配合相互协作共同完成犯罪行为,在意志因素上,各共同行为人都对自己的危害行为可能发生的危害结果持放任或者希望的态度。在客观上,各个共同犯罪行为人为完成共同的行为而进行相互配合、相互合作。

共同贪污区别于普通的共同犯罪的特殊性就在于利用职务上的便利,利用职务上的便利是贪污罪和盗窃罪的核心区别。在单独犯罪中,由于主体的唯一性要求主体身体特征必须具备犯罪成立的各个要素,因此非国家工作人员自身由于缺少职务上的便利而不能成罪;与贪污罪相比,盗窃罪的客体不包含职务的廉洁性,其主要原因在于缺少职务上的便利这一核心要素。因此在国家工作人员和非国家工作人员共同犯罪的场合,利用职务上的便利,具有区分此罪和彼罪的定性意义。因此,应当区分有无利用职务便利的情形:首先,在二者共同实施实行行为并且存在利用职务便利的场合,二者的行为应当认定为贪污罪。因为主观上,在认识范围内,对于二者共同利用国家工作人员职务上的便利或者由一方利用此便利的事实,不论是国家工作人员还是非国家工作人员都是明知的,但二者却希望或者放任这种公共财物被侵占这种危害结果的发生;在客观上,二者通过分工,相互联系,相互配合,共同窃取、侵吞、骗取公共财物。二者完全符合贪污罪的构成要件。其次,在二者共同实行实行行为并且不存在利用职务便利的场合,此时国家工作人员这一特殊身份转化为普通身份,与非国家工作人员的身份相一致,此时二者的实行行为就可以看作是二个非国家工作人

员共同侵占公共财物的行为,依据盗窃罪的犯罪构成,二者的实行行为应当定性为盗窃罪。混合主体共同侵占公共财物的特殊性就在于此种共同犯罪有分别定罪的情形。

在理论界,犯罪共同说和行为共同说的对峙与争议反映出刑法学界对什么是共同犯罪的本质特征的分歧。主观方面和客观方面侧重点的不同是犯罪共同说和行为共同说的区别所在。行为共同说注重行为人客观行为的共同实施,忽略了行为人之间的犯罪意思联络和沟通,强调多个行为人共同实施犯罪,即便是每个行为人符合不同的犯罪构成也成立共同犯罪。由此可以看出,行为共同说背离了共同犯罪的基本理论,忽视了行为人之间的犯意联络,容易导致客观归罪,扩大犯罪圈;相对而言,犯罪共同说则较为严谨,此说强调多个行为人在主观和客观上的协调一致,即只能对一个犯罪构成符合,而不可能是多个。因此,犯罪共同说较好地贯彻了共同犯罪基本理论,但是由于对构成共同犯罪的要求条件过高,可能导致放纵犯罪,因此有学者提出了部分犯罪共同说。部分犯罪共同说的学者吸收了犯罪共同说的基本观点,依据主观和客观来共同认定共同犯罪;两者不同之处在于,部分共同犯罪说成立共同犯罪不要求行为人所实施的犯罪高度吻合,只要不同的犯罪构成之间存在相同或者相似的性质,就可以成立共同犯罪。此时共同犯罪行为人名义的确定应依据不同行为人犯罪性质的差异来确定罪名。

由于盗窃罪的客体是公私财物的所有权,对于贪污罪而言,刑法不仅仅是打击行为人侵犯公共财

物的行为,更重要的是打击行为人利用履行公务职务上的便利侵犯职务的廉洁性,因而两者都包括的客体是财物所有权,具有一定的相似性。所以,根据部分犯罪共同说,盗窃罪和贪污罪可以在盗窃罪的范围成立共犯。国家工作人员可以利用职务上的便利侵占公共财物,而非国家工作人员不管缺乏或者不缺乏对前者特殊身份的认识,但都缺乏对方利用国家工作人员职务上的便利这一事实的认识,根据主客观相统一的原则,二者应当在盗窃罪的犯罪内成立共犯,但对前者应当以贪污犯定罪处罚。

参考文献:

- [1]杨兴培,何萍.非特殊身份人员能否构成贪污罪的共犯[J].法学,2001,5(12):36-39.
- [2]张明楷.刑法学[M].2版.北京:法律出版社,2003:107-108.
- [3]杨春洗,高铭喧,马克昌.刑法学大辞书[M].南京:南京大学出版社,1990:188.
- [4]王敬政.关于贪污罪的共同犯罪问题研究[J].中国司法,2007,6(11):90-92.
- [5]徐立,周铭川.身份犯共犯之定罪量刑问题新论[J].法学评论,2006,7(5):36.
- [6]王明辉.复行为犯研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2008:91.
- [7]梁国庆.新中国司法解释大全[M].北京:中国检察出版社,1990:60.
- [8]马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999:582.
- [9]赵秉志.犯罪主体论[M].北京:中国人民大学出版社,1989:299.

## The Qualitative Research on the Crimination of Joint Corruptions of Mix Main Body

LI Xihui,ZHOU Wenwen

(Research Institute of Criminal Law Science, Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

**Abstract:** The crimination of joint corruptions of mix main body has been in controversy in theory, and the judicial practice in dealing with such cases is different. Therefore, correct identification of the mixed subject joint corruption behavior facilitates the judicial unity. According to the modified constitutive elements of crime and the joint effect of identity, joint crime of non national staff and the national staff can constitute the crime of corruption, and non state staff has the possibility of corruption crime of joint principal offender from the main part and the conditions of time and space. And, mixed subject joint corruption particularity lies in using the convenience of duty or not and with conviction and sentencing circumstances respectively, based on which, we can clear corresponding relationship between accomplice of corruption and theft of crime circle.

**Key words:** mix-main body; corruption; unofficial staff; joint crimination

责任编辑:刘玉邦