

双重身份者犯罪身份的认定

张永红 陈文忠*

Judgment on the Criminal Identity of People Who Have Dual Status

Zhang Yonghong Chen Wenzhong

摘要: 行为人既有国家工作人员的身份, 又有非国家工作人员的职务身份, 其犯罪时究竟利用了何种身份, 是实践中的一个难题。在双重身份者利用身份实施的犯罪中, 认定其犯罪身份, 应以其行为时所从事的活动内容是否属于国家公务作为基本标准, 而在具体认定时, 则应重点做好以下三项工作: 准确把握行为人涉嫌犯罪的行为; 明确行为时所从事活动的内容和性质; 严格坚持“事实存疑有利于被告”的原则。

关键词: 双重身份 犯罪身份 国家公务

Abstract: In some cases, the behavior has two different identities, national public servant or non-national public servant. In the judicial practice, it is difficult to determine which kind of identity the behavior had when crime was committed. In such cases, we can determine the criminal identity with the basic standard that whether the criminal conducts belong to the national public affairs. And during the process of trial, we should focus on the following three aspects: Firstly, determi-

* **作者简介:** 张永红 (1974—), 男, 河南新野人, 湘潭大学法学院副教授, “法治湖南建设与区域社会治理” 协同创新中心研究人员, 主要从事刑法学研究; 陈文忠 (1969—), 男, 湖南常德人, 湘潭市人民检察院党组成员、反贪局局长。

ning the criminal behavior correctly; Secondly, confirming the content and character of behavior clearly; And thirdly, adhering to the principle of "In dubio pro reo" strictly.

Key words: Dual Status Criminal Identity National Public Affairs

所谓“身份”，是指人所具有的社会资格、社会地位以及与他人的关系。基于自然事实而成立的身份称之为自然身份，如男女、父子等；基于法律规定而成立的身份称之为法定身份，如公务员、教师等^①。一般而言，犯罪的成立与犯罪者的身份无关，但在特定的情形下，法律会将身份规定为犯罪的构成要件要素，此种犯罪被称为“身份犯”。对于某一身份犯而言，如果行为人不具备该种身份，可能不成立犯罪，即使成立犯罪，也不可能是此种犯罪，只可能是彼种犯罪。^②因此，认定身份对于定罪来说，有时具有十分重大的意义。^③

具体案件中，如果行为人只有一种身份，认定其犯罪时的身份不存在太大疑义。然而，如果行为人具有两种不同身份，则需要确定其犯罪时利用的是何种身份，这往往成为争议的问题，且其又是正确定罪所不可回避的。

一、双重身份者犯罪身份认定的实践难题

双重身份者犯罪身份的认定难题，在实践中主要表现为：行为人既有国家工作人员身份，又有非国家工作人员的职务身份，在肯定其利用了身份实施犯罪的情况下，如何确定其利用的是国家工作人员的职务身份，还是非国家工作人员的职务身份。下面通过两个具体案件予以说明：

案例1：某市A单位与B单位的关系有些复杂。20世纪70年代，B单位成立，注册为国有企业，其下属的C单位则为集体性质。20世纪80年代初，C单位扩大生产经营，成立A单位，经上级部门同意，将B单位的资产并入A单位，A单位为集体性质。但是，B单位的名称仍予以保留，A单

① 参见李希慧主编：《刑法总论》，武汉大学出版社2008年版，第209页。

② 如挪用公款罪的主体是国家工作人员，非国家工作人员即不能成立本罪。如果是非国有单位工作人员利用其职务之便实施挪用行为的，可以构成挪用资金罪。既不是国家工作人员也不是非国有单位的工作人员，挪用资金的，则不构成本罪。

③ 在某些犯罪中，身份虽不是犯罪构成要素，却是影响刑罚轻重的因素，身份的认定会影响到刑罚的裁量。

位的厂长兼任 B 单位的场长。

甲于 2007 年担任该市 A 单位厂长，同时兼任 B 单位场长。2008 年，A 单位陷入停产状态，只有数人留守，其他人员皆下岗。2010 年，该市因为建设需要进行征拆，A 单位的部分土地被列入征拆范围。2010 年的一天，乙找到甲说，他于 2006 年给 A 单位的鱼塘做过维护工作，A 单位欠他维护费用数十万元，一直未付。现得知鱼塘列入征拆范围，希望甲能为其出具一份证明，证明 A 单位欠其鱼塘维护费，他即可凭此证明向征拆部门要钱。乙向甲承诺，如果甲肯帮忙，他事后一定会表示感谢。甲同意，以 A 单位的名义出具证明，乙凭此证明获得补偿，送甲 10 万元，甲予以收受。

该案由某区人民检察院反贪部门侦查，侦查终结后移送公诉部门审查起诉，自侦部门的起诉意见书认定，甲构成受贿罪，乙构成行贿罪。公诉部门同意自侦部门的意见，先对乙提起了公诉，人民法院认定乙构成行贿罪。在乙的判决生效后，检察机关对甲提起了公诉，庭审过程中，由于辩护人提出了新的证据，人民法院对甲的犯罪身份产生了新的认识，倾向于认定甲为非国家工作人员。

然而，如果认定甲为非国家工作人员，则其应构成非国家工作人员受贿罪，不属于检察机关立案侦查的范围，此其一；其二，如果认定甲为非国家工作人员，则乙应构成对非国家工作人员行贿罪，但乙已被认定为行贿罪，且判决已经生效，就需要启动审判监督程序对乙进行改判。

案例 2：被告人共有 2 名，甲为 A 村村支书，乙为该村村主任。2012 年 5 月底，市人民政府发布土地征收公告，A 村部分土地被划入红线范围。该征拆项目的业主单位是 B 公司（国有单位），市政府为此成立了专门的项目建设指挥部，下设三个征拆小组，被告人甲和乙均为征拆小组的成员。

2012 年 9 月 19 日，项目建设指挥部出台会议纪要，明确了腾地奖为每亩 2 万元。2012 年 9 月底，业主单位 B 公司召集甲乙协商 A 村的土地补偿事宜，在此过程中，甲乙要求业主单位给其每人一套安置房作为福利，业主单位拒绝了甲乙的要求，甲乙就不肯签字，所以补偿协议迟迟未予签订。

2012 年 10 月中旬的一天，业主单位的代表丙向乙提议，可以在与 A 村的土地补偿协议中将腾地奖的标准降低，从每亩 2 万元降至每亩 1 万元，这样就可以省下 106 万元，而将这 106 万元作为给予甲乙购买安置房的补贴，乙与甲协商后表示同意。次日，甲乙丙三人商量通过什么方式将此 106 万元钱套取出来，丙又提议，以 A 村几口鱼塘进行土方回填为幌子，由业主单

双重身份者犯罪身份的认定

位与乙担任经理的一家公司签订一份虚假的土方回填协议，将这106万元以工程款的形式套出。甲乙表示同意。

2012年10月17日，甲乙丙等人按照腾地奖每亩1万元的标准签订了A村土地补偿协议。2012年11月20日，乙代表业主单位与丙担任经理的公司签订了《土方工程施工协议》，合同金额116万元。业主单位付款后，甲乙对该款予以平分。

某区检察机关对甲乙二人以贪污罪提起公诉，一审法院认定甲乙二人成立贪污罪，分别判处11年和10年有期徒刑。一审判决后，甲乙均提起上诉，上级检察机关在审查时，对于甲乙二人的身份产生了争议。如果认定甲乙的犯罪身份为非国家工作人员，则该案亦不属于检察机关反贪部门侦查的案件范围，而检察机关的反贪部门已经追缴了甲乙二人的赃款，也需要退出而由具有管辖权的公安机关收缴，又将影响到检察机关的利益。

可见，上述两个案件都涉及主体身份的认定，被告人存在共同的特点：具有双重身份。案例1中的被告人作为A单位的厂长，属于非国家工作人员，而作为B单位的场长，则属于国家工作人员。案例2中，被告人作为征拆小组的成员，属于国家工作人员，而作为农村基层组织的成员，则属于非国家工作人员。他们在犯罪时到底应该认定为何种身份，不仅影响到案件的实体处理，而且带来了程序上的问题。

二、双重身份者犯罪身份认定的基本标准

具有双重身份者利用身份实施犯罪，同时利用两种身份的情形是罕见的，普遍的情形是只利用其中一种身份。但是，其既然具有两种身份，应该如何认定其犯罪时利用了哪一种身份呢？这就是双重身份者犯罪身份的认定标准问题。对于这个问题，理论上缺乏研究，实践中认识不一。

检察机关自侦部门的一些同志认为，只要有证据证明行为人具有国家工作人员身份，则可以径行认定其属于国家工作人员的职务犯罪，理由在于：（1）根据我国《刑法》的规定，贪污罪、受贿罪等职务犯罪的主体为国家工作人员，既然已经确认行为人属于国家工作人员，就满足了犯罪主体的要求；（2）即使行为人同时还具有非国家工作人员的职务身份，但是其同时利用国家工作人员和非国家工作人员两种身份时，对于国家工作人员身份的利用仍然是可以肯定的，既然如此，就可以按照国家工作人员的身份来认定其犯罪。

我们认为上述观点是值得商榷的。首先，贪污罪、受贿罪一方面要求主体是国家工作人员，另一方面要求行为人利用职务之便侵吞公共财物或者索取、收受他人财物，这里的“利用职务之便”必须是利用国家工作人员的职务之便，而不能是非国家工作人员的职务之便。行为人虽然具有国家工作人员的身份，但若其犯罪时不是以国家工作人员的身份进行，则其不会利用国家工作人员的职务之便，因而不可能构成贪污罪或者受贿罪。行为人具有国家工作人员身份和在犯罪时利用国家工作人员身份是两个不同的问题，具有国家工作人员身份是利用该身份的前提，但是，具有国家工作人员身份，未必就在犯罪时利用该身份^①。只有在犯罪时利用了国家工作人员身份的，才能认定其犯罪身份为国家工作人员，才能构成以国家工作人员为主体的犯罪。其次，行为人在具有双重身份的情况下，其作出行为时到底利用的是何种身份，是一个需要先予查明的问题，如果其只利用了国家工作人员的身份，自然应当认定为国家工作人员的犯罪；如果其只利用了非国家工作人员的职务身份，则不能认定为国家工作人员的犯罪，而应认定为非国家工作人员的职务犯罪；只有在确定其同时利用了国家工作人员和非国家工作人员的双重身份时，才考虑以何种身份定罪的问题。^②不能在未查明行为人到底利用何种身份犯罪的情况下，就想当然地认为其同时利用了双重身份实施犯罪，进而得出其为国家工作人员犯罪的结论。

我们认为，在双重身份者利用身份实施的犯罪中，认定其犯罪身份，应以其行为时所从事的活动内容是否属于国家公务作为标准。如果行为时其所从事的活动是国家公务，其犯罪身份为国家工作人员；如果行为时其所从事的活动不是国家公务，则其犯罪身份为非国家工作人员。

首先，必须判断其活动内容是否属于国家公务。“公务”与“私务”相对，是指公共事务，是由国家机关或者其他法定的公共机构或者公共团体（如国有企业、事业单位、人民团体等）组织或者安排的事务。^③根据活动内容不同，公务又分为国家公务与非国家公务，前者如政府人员的管理，后者如非国有公司的经营。我国《刑法》第93条对国家工作人员的界定

① 有学者以具备身份犯之身份的行为者是否利用其身份所形成的便利条件为标准，将身份犯分为具备并利用身份型身份犯与仅具备身份型身份犯。参见徐留成：《身份犯新论》，载《政治与法律》2008年第9期。

② 此种情形极为罕见，如何认定行为人身份，理论上仍存争议。

③ 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第136页。

双重身份者犯罪身份的认定

中，包括了四类人员，无论是国家机关中的人员、国有单位中的人员，还是国有单位委派到非国有单位的人员，抑或是其他人员，都要求其从事的活动为“公务”^①。这里的“公务”，当然是指国家公务，而不包括非国家公务。这就意味着，如果行为人不是从事国家公务的人员，便不属于国家工作人员。因此，认定行为人是否属于国家工作人员，必须考察其从事的活动是否为国家公务。

其次，必须以行为时的活动为考察对象。行为人具有两种身份，这两种身份在取得之后，无论其是否实施行为，都是客观存在着的。只有在其实施犯罪行为时，才会出现身份与行为的连接，即其以何种身份实施犯罪的问题。而我们要认定的又是其犯罪时所利用的身份，所以就必须考察其犯罪时所从事的活动，而不能考察其一般情况下所从事的活动。例如，法官甲，因与某高校领导私人关系好，受乙请托为乙女上学之事给高校领导打招呼，收受乙所送感谢费。可以肯定的是，法官甲日常所从事的活动为公务，但其在受财时所实施的行为并不是公务，就不能认定其以国家工作人员身份实施行为。

三、双重身份者犯罪身份的具体认定

我们认为，实践中在认定双重身份者的犯罪身份时，需要根据前述基本标准，重点把握以下三个方面进行具体认定：

（一）准确把握行为人涉嫌犯罪的行为

犯罪是行为，认定行为人构成犯罪，必须明确其实施了哪些行为，这是认定其成立犯罪的前提。同时，如前所述，认定双重身份者的犯罪身份应以其行为时从事的活动是否属于国家公务为判断标准，这里的“行为时”也是指其实施涉嫌犯罪的行为之时。所以，无论是确定主体身份还是进一步准确定罪，都要求准确把握行为人涉嫌犯罪的行为到底是什么。看起来这是一个简单的问题，但在实践中有时并不易把握，一旦行为的认定出现偏差，随之即会产生各种令人困扰的问题。

如前述案例2，有人认为，业主单位代表丙有两个主动的“提议”行

^① 正因如此，有学者在论述国家工作人员犯罪时主张采用“公务犯罪”的概念。参见陈庆安：《公务犯罪略论——概念层面的比较分析》，载《山西师大学报（社会科学版）》2006年第5期。

为，即主动提出将腾地奖由每亩2万元降为每亩1万元，并通过签订虚假协议将节余的腾地奖以工程款的形式套出；业主单位也有两个积极的“配合”行为，即与被告人乙担任经理的公司签订虚假协议，将节余的腾地奖转账至该公司。因此对于被告人甲乙来说，他们是接受业主单位代表的提议，虽然配合实施了转移和占有财物的行为，但是没有利用任何职务上的便利，不仅不能构成国家工作人员的犯罪，也不能认定为非国家工作人员的职务犯罪，最多只能构成普通自然人的犯罪。

有人进一步认为，甲乙只是被动接受，而业主单位代表丙则是主动提议并积极实施，因此应该认定丙构成国家工作人员的职务犯罪（贪污罪）。

但上述观点是值得商榷的，根本原因在于没有理清被告人涉嫌犯罪的行为结构，忽视了被告人一个重要的行为，即提出财物的要求。完整地考察被告人的行为，可以发现，其行为结构是这样的：提出财物的要求——同意对方（即业主单位代表）满足其要求的方式——依照该方式实施获取财物的行为——获取财物并予以分配。因此，这是一种索取财物性质的行为。

我们认为，业主单位代表虽然有“两个提议”的行为，业主单位虽然有“两个配合”的行为，但这并不影响被告人索要行为的成立。从表面上看，“两个提议”行为和“两个配合”行为体现了业主单位的主动性，是业主单位主动给予被告人财物，而不是被告人向业主单位索要财物。但是，只要整体把握案件的情况就不难发现，业主单位是在被告人提出财物要求之后才“提议”和“配合”的，业主单位不是主动要给予被告人财物，只是主动提出满足被告人要求的方式。譬如，甲利用职务之便向乙索要10万元现金，乙无现金，主动向甲提出，将其一辆价值10余万元的汽车给予甲，甲接受。乙虽有主动提议，但不否定甲的索要性质。

本案中，必须要把业主单位的“提议”、“配合”行为与被告人之前的索要行为结合起来进行考察，才能得出妥当的结论。抛开了被告人先前的索要行为，单看业主单位的“提议”和“配合”行为，容易认定业主单位具有主动性，从而否认被告人的索财行为。只要将二者结合即可发现，业主单位是被动的，是在被动地满足被告人的索财要求。业主单位既要满足被告人的要求，又不愿额外增加支出使自己的利益受损，还要考虑到给予被告人财物不会引发村民不满而影响拆迁的进行，所以才提出了降低腾地奖、签订虚假协议以工程款形式支付的方式，这不是心甘情愿地主动给予被告人财物，而是为了实现顺利征拆的无奈之举。一个已经确认的事实是：被告人提出财

双重身份者犯罪身份的认定

物要求后，业主单位不同意，补偿协议的谈判即搁浅，在这种情况下，业主单位代表才提出了满足被告人要求的方案。依此事实再加以常情常理的推断，可以认为业主单位乃被迫满足被告人要求。指挥部已经明确了腾地奖的补偿标准，正常情况下，业主单位只要照此执行即可，有什么必要自行降低标准？降低了标准也可以将节余的钱归己所有，又有什么必要将其给予被告人？自然是被告人的压力所致，相信这个道理不难被理解和接受。

准确把握了案例2中被告人的行为结构，我们就不难发现，其行为的核心在于提出财物的要求，接下来判断被告人从事活动的内容时，我们就应该以被告人提出此要求时作为判断的时点，考察行为人在此时从事的是否为国家公务活动。

（二）明确行为时所从事活动的内容和性质

行为人实施涉嫌犯罪的行为时，其正在从事的活动内容是什么，这是判断其活动是否为国家公务的前提，只有首先明确行为时所从事的活动的内容，才能根据国家公务活动的要求判断其是否属于国家公务性质，进而确定其是否以国家工作人员身份实施犯罪。

在案例2中，被告人甲与乙在提出财物要求之时，在从事何种活动？一审法院认定，两被告人在征地拆迁过程中协助人民政府从事土地征用补偿费用的管理工作，属于其他依照法律从事公务的人员，依法视为国家工作人员。也就是说，一审法院认为甲与乙二人在提出财物要求时，从事的活动为协助人民政府进行土地征用补偿费的管理。

我们认为这是值得商榷的。土地征用补偿费先由业主单位掌控，在与村集体达成补偿协议之后划拨至村集体的账上。被告人甲与乙尽管是征拆小组的成员，但他们的职责和权限只是协调，在土地征用补偿费转至村集体的账上之前，他们没有实现掌控，也不存在管理的职能和权限；在土地征用补偿费转至村集体的账上之后，作为村基层组织的成员，他们才有可能对此笔土地征用补偿费进行掌控和管理。本案中，甲与乙提出财物要求的时候，村集体与业主单位尚未达成补偿协议，土地征用补偿费还在业主单位的掌控之下，甲与乙并无管理权，实际上也根本没有进行管理，他们与业主单位进行谈判，还是在商谈土地征用补偿费的数额问题。所以不能认为他们提出财物要求之时，是在从事土地征用补偿费的管理工作。

也有人认为，甲与乙在提出财物要求之时，从事的活动属于立法解释所列举的“协助人民政府从事的其他行政管理工作”。此种观点，我们也不赞

同。“协助人民政府从事的其他行政管理工作”是一种兜底性的概括规定，具有一定的模糊性，但两个基本要求还是很明确的：一是协助人民政府，二是行政管理。二者结合就可以看出，它要求行为人与人民政府属同一方，行为人与人民政府同为管理者，相对方则为被管理者。具体到本案中，被告人甲乙就要与业主单位为同一方，而不是与村集体为同一方。然而，补偿协议的谈判，一方是业主单位，另一方是村集体，被告人是村支部、村委会成员，是代表村集体一方的，而非代表业主单位一方的。如果认为被告人是业主单位一方，是管理者，则会出现明显的问题：在补偿协议的谈判中，只有业主单位一方，村集体这一方并不存在。其实，在补偿协议的谈判过程中，双方都是平等主体，并不存在管理与被管理的关系，认为甲与乙从事的是行政管理工作，显然与事实相悖。

其实，我们也可以这样考虑：如果被告人没有协助人民政府从事行政管理工作，是否也能够像本案中一样，提出财物要求并获得满足？譬如，两被告人没有被任命为征拆小组成员，那么他们肯定是不能成为国家工作人员的。但他们是村支部、村委会的成员，是否可以代表村集体跟业主单位进行补偿的谈判？可以！他们是否也可以像本案中一样提出财物要求？可以！他们的要求是否可能会像本案中一样得到满足？仍然是可以的！

如果认可上述结论，请注意这种逻辑关系：行为人不具有国家工作人员的身份，可以实施这种行为、实现这种结果，那么，当其实施这种行为、实现这种结果时，就不能认定其是国家工作人员身份，除非有其他证据证明。然而，本案中不仅没有证据证明当时其在协助人民政府从事行政管理工作，相反有证据可以证明其是代表村集体管理集体事务的。所以不能认定甲与乙提出财物要求时所从事的是国家公务，进而不能认定其是以国家工作人员身份实施犯罪。

（三）严格坚持“事实存疑有利于被告”的原则

双重身份者利用身份实施犯罪的案件中，如果有确实充分的证据可以证明其利用的是国家工作人员的身份，当然应该认定其构成国家工作人员的职务犯罪；如果有确实充分的证据可以证明其没有利用国家工作人员的身份，而是利用的非国家工作人员的职务身份，应该认定其构成非国家工作人员的职务犯罪。但是，如果既有其利用国家工作人员身份的证据，又有其利用非国家工作人员职务身份的证据，但前者没有达到确实充分的程度，后者已经达到确实充分的程度，该如何处理呢？

双重身份者犯罪身份的认定

实践中存在这样的做法：只要有证据可以证明双重身份者利用了国家工作人员的身份，无论该证据是否确实充分，即认定其利用了国家工作人员身份，认定为国家工作人员的职务犯罪。我们认为这种做法是错误的，违反了“事实存疑有利于被告”的原则。

事实存疑有利于被告，是指在刑事案件的认定中，对于某一待证事实，如果证据尚未达到确实充分的程度，该事实的认定存在疑问，则要认定有利于被告人的事实，而不能认定不利于被告人的事实。事实存疑有利于被告，既是刑事诉讼中保障人权的一项基本要求，也是刑事诉讼证明标准的必然结论。

具体到双重身份者犯罪身份的认定问题，贯彻“事实存疑有利于被告”原则就要求我们，当用以认定行为人利用国家工作人员身份实施犯罪的证据没有达到确实充分的程度时，不能认定行为人是国家工作人员的身份实施犯罪，只有可能认定其利用非国家工作人员的职务身份实施犯罪。

四、余论

厘清了双重身份者犯罪身份认定的基本问题，我们再来看前述两个案件的定性。案例1中，行为人提出财物要求之时，其是以A单位的厂长身份为请托人出具证明，其行为内容不是国家公务，故不能认定其受财行为为国家工作人员的职务犯罪（受贿罪），而应认定其为非国家工作人员受贿罪。至于对请托人认定为行贿罪的一审生效判决，应通过审判监督程序，予以撤销并改判为对非国家工作人员行贿罪。案例2中，被告人甲与乙作为村支部书记和村委会主任，利用其管理村集体事务的职务便利，在与业主单位协商谈判的过程中，向对方索取财物并实际获得了财物，应构成索要型的非国家工作人员受贿罪。至于业主单位的代表丙，无论认定其为自然人还是单位中直接负责的主管人员，均未谋取不正当利益，可参照《刑法》第389条第3款“因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿”，作无罪处理。

应当承认，双重身份者犯罪身份的认定，不是一个简单的问题，尤其是在立案之时，因为证据的有限性，要作出准确的判断，是比较困难的。所以在实践中，检察机关对于那些实际以非国家工作人员身份实施犯罪的人立案，或者公安机关对那些实际以国家工作人员身份实施犯罪的人立案，是可以理解的。但是，随着侦查活动的展开，证据的收集愈加全面，此时就应特

别留意这个问题，要及时根据证据的情况作出判断，嫌疑人到底是利用何种身份实施犯罪，如果检察机关发现嫌疑人是以非国家工作人员身份实施犯罪，应及时将案件移送公安机关进行侦查；如果公安机关发现嫌疑人是以国家工作人员身份实施犯罪，应及时移送检察机关进行侦查。

实践中，对于双重身份者的犯罪案件，公安机关或者检察机关对于本不属于自己立案管辖的案件，立案侦查并移送起诉的情形是存在的，究其原因，主要是两个方面：一是认识，即主观上认为自己对主体身份的认定是正确的；二是利益，职务犯罪案件涉及追赃及返还，办理案件数量还会满足考核的要求，已经投入的时间、精力乃至资金不愿白费。针对前者，应该提高理论素养，严格把握证据标准，提升认定的准确性；针对后者，则应秉持实事求是原则，牢牢把握公正底线，摒弃部门和个人利益。