

完善渎职罪立法的思考

冯 锐*

随着我国改革开放和市场经济的发展,职务犯罪呈现严重化和复杂化的趋势,这种趋势迫切要求加强刑事法制,修改和完善刑法,调整现行刑法不适应社会发展的方面,为改革开放和社会主义市场经济的顺利发展提供有力的法律保障。

一、修改和完善渎职罪是反腐倡廉的客观需要

利用手中的权力进行各种犯罪活动,是与国家公职活动有密切关系的严重犯罪行为,是国家工作人员腐败的表现。国家公职人员犯罪性质的严重性为历代统治阶级所关注,他们深知“禁官邪,肃官方,养廉洁”的重要性,以严刑峻法惩治官吏利用职务进行犯罪,维护其统治地位,如《唐律》“职制篇”规定:“诸监临主司受财而枉法者,一尺杖一百,一匹加一等,十五匹绞;不枉法者,一尺杖九十,二匹加一等,三十匹加流役”;官吏受财为人请求,受所监临财物、贷所监临财物、私役使所监临及借奴婢、牛马、车船等,都以贪赃论。

我国是社会主义国家,人民是国家的主人,国家性质决定一切国家机关工作人员都是人民的勤务员,必需廉洁奉公、全心全意为人民服务,这是他们唯一的宗旨。为确保国家工作人员队伍的廉洁性,我国现行刑法对惩治国家工作人员利用职务犯罪作了专门的规定,这些规定在刑法颁布的初期具有一定的可操作性,对遏制国家工作人员利用职务的犯罪活动,起到了应有的作用。近些年来,我国刑事立法方面对国家工作人员贪污腐败现象越来越重视,通过制定特别刑事法规对刑法中有关职务犯罪的规定作了多次的补充和修改,除八十年代制定和颁布的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于惩治走私罪的补充规定》、《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》外,到九十年代又先后制定了《关于禁毒的决定》、《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》、《关于严禁卖淫嫖娼的决定》、《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》、《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》、《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》、《关于惩治生产、销售假冒伪劣商品犯罪的补充规定》等。这些决定和补充规定对刑法的修改和补充主要是:1. 补充了新罪名,例如在特别刑事法规中增加了挪用公款罪、巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪等;2. 调整了法定刑,例如将国家工作人员索取、收受贿赂犯罪情节特别严重的法定刑由原来“五年以上有期徒刑”调整为“无期徒刑或者死刑”;3. 增设了国

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

家工作人员利用职务之便实施分则其他章某些罪的处罚,例如国家工作人员实施刑法第118条走私、套汇、投机倒把牟取暴利罪、第152条盗窃罪、第171条贩毒罪、第173条盗运珍贵文物出口罪的处罚等。特别刑事法规对职务犯罪的补充和修改,增强了刑事法律的可操作性。但是也应当看到,特别刑事法规对职务犯罪的补充和修改仍然存在不足之处,如决定和补充规定对职务犯罪主体所作规定不够严密,调整后的法定刑与其他同类型犯罪的法定刑仍有不协调之处,渎职罪分类还不够明确,罪名的设置还需新进一步调整等。

近年来,许多学者对如何完善渎职罪的立法进行了深入的研究和探讨,提出了不少宝贵的意见和建议,特别是对渎职罪的分类、主体、罪名及刑罚方面的研究和探讨,可谓仁者见仁智者见智。但是,学者们对渎职罪立法完善的研究和讨论歧义颇多,如关于职务犯罪主体的范围,学术界就有几种不同的观点。有的学者认为,职务犯罪的主体是指国家工作人员、集体经济组织工作人员和其他依法从事公务的人员。对于集体经济组织工作人员为什么可以作为渎职罪主体,这种观点认为,集体经济所有制性质决定了集体经济组织的组织、管理、生产、经营等活动具有社会公共事务的性质,集体经济组织工作人员符合渎职罪主体的特征,因此可以成为某些职务犯罪的主体。^{〔1〕}有的学者认为,职务犯罪应指国家工作人员职务上的犯罪,这种观点认为,职务犯罪主体应当排除经济组织的工作人员,即不管是国有经济组织的工作人员还是集体经济组织的工作人员都不能成为职务犯罪的主体。^{〔2〕}由此可见,要使刑法理论成为刑事立法可靠的依据,对某些问题还需继续进行研究和探讨,以求达到理论上的共识。

在社会主义市场经济发展的浪潮中,由于市场经济负面影响的客观存在,国家工作人员中一部分人经受不住金钱和物质的诱惑,其利用职务犯罪不仅表现为贪污腐败现象的蔓延和发展,而且出现了许多新型犯罪,职务犯罪呈现多样化和复杂化。国家工作人员利用职务犯罪出现的新情况亟待商讨对策,刑事立法应当有所反映。

综上所述,进一步研究和探讨渎职罪的立法完善,既是修改和完善刑法的需要,也是当前继续反腐倡廉的客观需要。

二、关于渎职罪分类和统一归类的思考

我国刑法对各种渎职犯罪原采取集中规定和分散规定相结合的方式,刑法第八章对渎职罪作了专章规定,包括了渎职罪的8个主要罪名,使渎职罪的罪名相对集中。但是,还有部分渎职罪规定在刑法的其他章中,例如,将国家工作人员不尽职守造成的厂矿重大责任事故罪规定在危害公共安全罪中;将国家工作人员利用职务之便的走私罪,偷税、抗税罪,假冒商标罪规定在破坏社会主义经济秩序罪中;将国家工作人员侵犯公民人身权利的刑讯逼供罪,报复陷害罪,非法剥夺宗教信仰自由、侵犯少数民族风俗习惯罪,伪证罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利章中;将国家工作人员利用职务之便侵占国家财产的贪污罪规定在侵犯财产罪中;将国家工作人员挪用特殊款物罪规定在妨害社会管理秩序罪一章中等。显然,上述分类方式主要是以犯罪的同类客体作为依据考虑的,这种分类的结果必然导致渎职罪的规定比较分散。

关于职务犯罪的分类,国外和台湾地区的刑法学者中,有的把职务犯罪分为公务员犯罪和

〔1〕 樊凤林、宋涛主编:《职务犯罪的法律对策及治理》,中国人民警官大学出版社1994年版,第171页以下。

〔2〕 刘华:《论职务犯罪的立法完善》,《法学》1995年第4期。

从事特别公务之人员犯罪两类;有的把职务犯罪分为一般职务上的犯罪和行使司法权方面的职务犯罪两类;还有的把职务犯罪分为纯正职务犯罪和不纯正职务犯罪两类。^{〔3〕}在大陆国家刑法学者中,有的把职务犯罪分为经济型职务犯罪和非经济型职务犯罪两类;有的把职务犯罪分为一般渎职犯罪和特别渎职犯罪两类;有的把职务犯罪分为纯粹职务犯罪和非纯粹职务犯罪两类;有的把职务犯罪分为军人渎职罪和普通渎职罪两类;有的把职务犯罪分为单一型职务犯罪和混合型职务犯罪两类。^{〔4〕}在我国刑法学者中,对职务犯罪分类的研究和讨论也越来越引人注目,其中有不少独到的见解,如有的学者主张以犯罪构成理论为依据,从不同角度和侧面对职务犯罪进行不同的分类,从犯罪客体角度考虑,职务犯罪可分为破坏国家对工作人员管理职能的职务犯罪、危害公共安全的职务犯罪、破坏秩序的职务犯罪、侵犯公民人身权利民主权利的职务犯罪、妨害社会管理秩序的职务犯罪、危害国家军事利益的军人职务犯罪等;从犯罪客观要件角度考虑,职务犯罪可分为利用职务之便的职务犯罪、滥用职权的职务犯罪、不尽职责的职务犯罪等;从犯罪主体角度考虑,职务犯罪可分为纯正职务犯罪、非纯正职务犯罪;从犯罪主观要件角度考虑,职务犯罪可分为故意职务犯罪、过失职务犯罪。^{〔5〕}还有的学者主张依照不同标准分类,如依照罪过形式分为职务上的故意罪和职务上的过失罪;依照执行职务的特点分为一般职务犯罪和特殊职务犯罪;依照身份在定罪量刑中的地位分为纯粹职务犯罪、性质性职务犯罪和非纯粹职务犯罪;依照侵犯客体分为破坏财产的经济犯罪、侵犯人身权利犯罪、妨害国家机关管理活动犯罪、危害军事利益犯罪等。^{〔6〕}这些关于职务犯罪分类的理论和方法,其中包括依照犯罪同类客体分类的理论和方法,对于开阔职务犯罪研究的视野很有帮助。

根据上面的介绍和分析可以看出,对职务犯罪的分类无论依据什么标准,大体都与犯罪构成有一定关系,因此,将犯罪构成作为职务犯罪分类的标准较为恰当。笔者认为,职务犯罪分类的科学性决定渎职罪归类的科学性,从完善刑法中渎职罪规定的实际出发,以犯罪主体作为分类的标准是最重要的,这是因为同一而严格的犯罪主体是确立渎职罪归类最重要的条件,也是渎职罪区别于普通犯罪的重要标志。众所周知,渎职罪的主体是特定的,即渎职罪的主体是经过国家有关部门或机构任命、委派、选举、聘任的公职人员,包括国家权力机关、国家行政机关、司法机关、军队、国有企业事业单位、群众团体的工作人员等。国家赋予这些工作人员对某一单位或某一部门的组织、管理和监督的职责。正是因为有了这种特殊的身份,才有可能实施渎职犯罪行为,才具有侵犯这类犯罪客体的能力和条件。因此,在对渎职罪进行分类时应以行为人具有的特殊身份(犯罪主体)为依据,兼及行为客观方面的特点和行为侵害的客体,而将其作为特别犯罪类型看待。在上述分类为基础的条件下,职务犯罪可分为纯正职务犯罪和非纯正职务犯罪两大类。纯正职务犯罪只能由国家公职人员构成,如现行刑法第八章规定的渎职罪和分散在其他章中的挪用特定款物罪、刑讯逼供罪、报复陷害罪、破坏宗教信仰罪、侵犯少数民族风俗习惯罪、贪污罪以及在有关决定和补充规定中增加的挪用公款罪、隐瞒境外存款罪、巨额财产来源不明罪等,都属于此类。非纯正职务犯罪可以由国家公职人员构成,也可以由一般公民构成,如现行刑法其他章规定的重大责任事故罪、走私罪、投机倒把罪、诬告陷害罪以及在

〔3〕 张穹主编:《职务犯罪概论》,中国检察出版社1991年版,第20页。

〔4〕 转引自樊凤林、宋涛主编:《职务犯罪的法律对策及治理》,中国人民警官大学出版社1994年1版,第119页。

〔5〕 参见前引〔4〕,樊凤林、宋涛书,第119以下。

〔6〕 参见前引〔3〕,张穹书,第20页以下。

人大常委颁布的决定和补充规定中增加的窝藏包庇罪、非法提供毒品罪等等。

笔者主张,我国刑法应当采取将纯正职务犯罪相对集中地规定在一起的方式。这是因为,首先,尽管渎职犯罪行为一般都会侵犯多个客体,但是其侵犯客体有共同性的一面,即所有渎职犯罪行为都侵害国家机关职能活动的廉洁性、公正性和服务性,而这一共同客体对于渎职罪来讲,是主要的;但是对于渎职罪客体共同性一面的重要性,并不是人人都能体会到。尤其是将渎职罪分散规定在刑法中的情况下,人们往往只会看到犯罪行为侵犯的其他客体如财产权、人身权及社会秩序等等,而忽略了犯罪行为对国家国家机关职能活动廉洁性、公正性和服务性的侵害。而依照犯罪主体的同一性将这类犯罪规定在一起,犯罪行为侵害的共同客体也就随之明显,这不仅突出了渎职罪在刑法中的地位,而且对增强公职人员的法制观念,便于人民群众的监督,预防国家工作人员犯罪也都是有利的。其次,职务犯罪中尤以“以权谋私”类型犯罪的主观恶性大,而且利用职务上的地位、权力和便利条件实施犯罪,把为人民服务的职权变为谋私犯罪的工具容易得逞,因此其社会危害性与危险性均大于非公职人员实施的同类犯罪。而依照犯罪主体的同一性将这类犯罪集中规定在一起,也就会突出犯罪行为的客观方面,便于在犯罪对策与惩罚措施上予以统一的考虑,对国家公职人员犯罪应严于一般公民犯罪,对“以权谋私”一类的职务犯罪又要严于一般的职务犯罪,只有这样才能做到罪刑相适应,也体现了刑法对国家公职人员的从严要求。当今世界一些国家的刑法对渎职罪的规定,大多数也是将纯正职务犯罪集中规定在一起。如新的法国刑法典将纯正职务犯罪集中规定在“由履行公职人实施的危害公共行政管理罪”第432—1条至第432—17条一章中,包括滥用权势罪(分为对行政部门滥用职权和对个人滥用职权)、妨害个人自由罪、歧视罪、妨害住所罪、侵犯通信秘密罪、违反廉洁义务罪、加收或减免税款罪、履行公务人员收受贿赂罪、非法谋利罪、妨害参与公共工程自由及投标平等罪、窃取或隐匿财产罪等。由于法国刑法典设置了“妨害司法罪”专章,第434—7—1条、第434—8条、第434—9条、第434—33条对法官、陪审员及在司法建制中任职的特殊公职人员的渎职犯罪行为作了专门规定,这些犯罪没有纳入渎职罪专章,但是,无论是一般公职人员犯罪还是特殊公职人员犯罪,都规定在第三篇“危害国家权威罪”这一大的类罪里面。对非纯正职务犯罪,法国刑法典采取分散规定在其他有关章节中的方式。值得一提的是,对公职人员实施非纯正职务犯罪都是作为该罪刑罚加重规定的,如该法典第222—7条、第222—8条规定的暴力致人死亡但无致人死亡之故意罪,一般公民要判处15年徒刑,而公职人员则要判处20年徒刑。日本刑法也是将纯正职务犯罪作集中规定,包括公务员滥用职权罪、特别公务员(指司法人员,下同)滥用职权罪、特别公务员暴行凌虐罪、公务员泄漏机密罪、受贿罪等。德国刑法典对职务犯罪的规定较之其他国家更加集中,不仅包括纯正职务犯罪,而且也包括了非纯正职务犯罪,其罪名包括受贿罪、贪污罪、行贿罪、贿赂罪、职务上的不作为罪、仲裁人之报酬罪、曲解法律罪、职务上的伤害罪、迫供罪、对无罪人的追诉罪、对无罪者执行刑罚或处分罪、职务上伪造文书罪、超收公费罪、超收税捐或减少支付罪、外交上的渎职罪、职务上的泄密罪、普通泄密罪、违反禁止报道审判的规定罪、侵害邮政及电信秘密罪、侵害赋税机密罪、对当事人的背信罪、引诱下属犯罪罪等,其罪名之多是其他国家少有的。上述国家刑法中职务犯罪的集中规定,体现了立法者对公职人员犯罪的重视,有利于执法人员准确适用法律。至于非纯正职务犯罪,也可以采取分散规定在刑法分则其他章的相应罪名之中的方法,对其中“以权谋私”的,适用刑罚也应如同纯正职务犯罪中以权谋私者一样。

有的学者提出,刑法中职务犯罪应分列为两章,即分为贪利型职务犯罪和普通职务犯罪。

笔者以为,将渎职罪分列两章似有不妥,从整体来看,刑法分则的规定必须做到“法网恢恢,疏而不漏”,不可苛求详而密。因此,职务犯罪还是集中为一章较好。

但是笔者认为,在职务犯罪集中规定为一章的前提下,渎职罪一章的罪条再依照犯罪客观方面的特点分类是可行的,如分为以权谋私、滥用职权、玩忽职守三种类型,依次作规定,这样会使刑法条文更严密。

三、关于渎职罪主体范围的思考

国家公职人员作为职务犯罪的主体,一直是国内外刑法学者所公认的,当今世界各国刑法典对职务犯罪的规定仍然是以国家公职人员作为犯罪主体。然而,近些年来,由于市场经济的发展,社会上的犯罪现象也发生了较大的变化,其中也包括职务犯罪的变化,出现了一些类似职务犯罪的犯罪,如集体经济组织工作人员利用职务犯罪。于是,对于集体经济组织工作人员是否能成为职务犯罪的主体问题,引起了刑法学界的关注。

(一)集体经济组织工作人员能否成为渎职罪主体

全国人大常委会于1988年1月颁布了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》,将“国家工作人员、集体经济组织的工作人员或其他经手、管理公共财物的人员”或“其他从事公务的人员”列为贪污罪、受贿罪的主体,从而将渎职罪的主体扩大到集体经济组织的工作人员。在市场经济条件下,经济犯罪突出,职务犯罪也变得比较复杂,其主要表现是:职务犯罪中有相当一部分属于经济性质的犯罪,如贪污罪、受贿罪等,这些罪具有普通经济犯罪的某些特征;与此相反,在普通经济犯罪中又有非公职人员利用工作之便实施犯罪的情况,如非国有经济组织的工作人员利用职务之便侵占财物的犯罪等,这些罪也具有职务犯罪的某些特征。在刑法中没有对非公职人员利用职务之便犯罪作规定的情况下,为了及时惩处这类犯罪,将渎职罪的主体扩大到集体经济组织的工作人员,这种做法的出发点是可以理解的。然而,笔者认为,从渎职罪对犯罪主体的严格要求看,将集体经济组织工作人员扩大到职务犯罪主体范围是欠妥的。这是因为:

第一,集体经济组织的工作人员不是国家公职人员,不能成为渎职罪的主体。国家公职人员,在我国古代刑法中称为官吏,在现代一些国家的刑法中多称公务员,指的都是担任国家公职的人员。何为国家公职(或公务)人员?依照我国现行刑法第83条的规定,应当是指在一切国家机关、企业事业单位担任职务(或服务)的人;依照《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》是指在国家各级权力机关,各级行政机关,各级司法机关、军队、国有企业、国家事业机构中担任职务(或服务)的人,或者依照法律规定担任某一公职的人员。如前面已经提到的,国家公职人员是经过国家任命、委派、选举或聘任的公职人员,法律赋予他们对某一单位或某一部门的组织、管理和监督的权力,这种权力是国家权力所派生,体现国家权力的公共性。公职人员必须正确行使国家赋予的这种权力,确保国家对社会管理活动的正常进行,国家公职人员的职务行为对国家负责。在我国,国家公职人员应当是指从中央到地方的各级国家权力机关、行政机关、司法机关、军队以及各种党派中从事公务的人员;国家事业机构的工作人员,如国家科研机构、国家教育机构、国家医疗卫生机构以及有关的社团机构等;国有企业及国有经济实体的各级领导人员(即干部)等。只有将国家公职人员作为渎职罪的主体,才能有效遏制和禁止国家公职人员利用职务进行犯罪,才能达到保持国家权力的廉洁性、公正性和服务性的目的。

集体经济是社会主义经济的组成部分,集体经济组织是所有权属于集体的经济实体。集体

经济组织工作人员是服务于该经济组织的工作人员,集体经济组织赋予其管理该经济组织的权力,对该集体经济组织进行管理活动,其行为应当保证该经济组织的正常运转,对该经济组织负责。集体经济组织工作人员所从事的职务虽然也可视为“公职”,但这只是集体范围的“公职”,与上述国家公职人员承担的国家公职根本不同。根据以上情况可以看出,集体经济组织工作人员与国家公职人员是两个不同的概念,集体经济组织工作人员不是国家公职人员。因此,从渎职罪对犯罪主体必须具有共同性这一要求出发,集体经济组织工作人员不能成为渎职罪的主体。

第二,将渎职罪主体扩大到集体经济组织工作人员,有悖于刑法设置渎职罪的原意。国家公职人员代表国家行使职权,其对自己所承担的职责是否尽职,直接关系到国家的利益和国家政权的形象。刑法中设置渎职罪的原意,是为了维护国家政权机关的廉洁性、公正性和服务性,专门针对国家公职人员的渎职犯罪而设置的。如前所述,集体经济组织工作人员的职务活动只限于集体经济组织,其行为只对集体经济组织负责,即便他们利用职务进行犯罪,其行为侵害的客体只能是集体经济组织的管理活动和集体利益,这与侵犯国家机关正常活动和侵害国家利益的渎职犯罪性质显然不同。将集体经济组织工作人员视为国家公职人员,势必造成罚不当罪现象,即将适用于渎职罪的刑罚扩大适用在不可能实施渎职罪的人身上,这种做法不仅违背了渎职罪的立法原意,而且对维护国家政权机关的形象也是不利的。

鉴于以上情况,笔者认为,渎职罪的主体范围不宜扩大到集体经济组织工作人员,即集体经济组织工作人员不能成为渎职罪的主体。对于集体经济组织工作人员利用职务犯罪的现象,刑事立法应当有所反映,例如,针对集体经济组织工作人员和其他非国家公职人员利用职务之便侵占公共财物的犯罪行为,在刑法中增设侵占罪;针对集体经济组织工作人员和其他非国家公职人员接受、索要贿赂的犯罪行为,在刑法中增设商业贿赂罪,等等。

(二)“其他依照法律从事公务的人员”应否保留

“其他依照法律从事公务的人员”这一概念,从严格意义上讲不是法律概念。其一,规定不明确,没有规定依法是依照哪些法律;其二,范围不明确,没有对从事公务的人员范围作进一步说明。众所周知,刑事法律是法律中最具有强制力的法律,刑法的实施不仅关系到人的一般利益,而且还关系到人的尊严、人格甚至生命,因此,刑法的概念必须严格。“其他依照法律从事公务的人员”的规定,给司法机关正确定罪量刑带来一定的困难,当经济领域里犯罪活动猖獗,各种经济组织中的工作人员利用职务进行犯罪的现象不断发生时,由于刑法没有关于非国有经济组织工作人员利用职务犯罪的规定,实际中就出现以“其他依照法律从事公务的人员”的规定为依据,将非国有经济组织中工作人员当渎职罪主体对待,或以受贿罪定罪,或以贪污罪定罪,使渎职罪的主体由原来的国家工作人员扩大到非国有经济组织的工作人员和其他一切经手管理公共财物的人员。由此可见,“其他依照法律从事公务的人员”这种规定的严格性,容易造成执法中的不严格。笔者认为,为确保渎职罪主体范围规定的严格性,刑法中应当严格控制使用“其他依照法律从事公务的人员”或“其他各种依照法律从事公务的人员”这类可以任意扩大或缩小解释的概念,以杜绝法律的漏洞。当然,如果认为从我国的实际出发这种规定是必要的,那么对这种规定应当作出立法解释,或者在法律条文中明确这一规定的具体范围,以确保法律的严密性和执法的准确性。

四、关于职务犯罪适用刑罚的考虑

现行刑法第119条对国家工作人员犯走私罪、投机倒把罪作了“应当从重处罚”的规定,反映了法律对职务犯罪的严肃态度。但是,在具体确立职务犯罪的刑罚时,却没有完全严格遵循这一立法原则。不仅如此,刑法对某些职务犯罪规定的刑罚明显轻于同类型的非职务犯罪的刑罚,公职人员经济犯罪与同类型普通经济犯罪处刑标准存在较大的差异。

首先,公职人员经济犯罪与同类型普通经济犯罪的起刑线不同。国家公职人员利用职务之便实施的贪污罪,同非国家工作人员实施的盗窃罪性质上基本相同,然而贪污罪的起刑线至少是盗窃罪起刑线的4倍以上,即如果国家公职人员贪污数额正好达到起刑线,行为人很可能不会受到刑罚的处罚;而一般公民盗窃他人财物的数额如果正好与上述贪污数额相等,行为人则定将受到刑罚的处罚。不仅如此,在《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》中,盗窃罪的最高刑上升为死刑,而起刑线仍未改动。这样,不仅不能体现刑法对贪污罪的从严惩处精神,相反,刑法对盗窃罪的处罚要比对贪污罪的处罚严厉得多。

其次,公职人员经济犯罪与同类型普通经济犯罪对犯罪造成的损失数额和犯罪所得数额的要求标准不同。例如,公职人员经济犯罪和同类型普通经济犯罪造成的经济损失数额如果是相等的,则对一般公民处刑要重于对国家公职人员的处刑;同样,公职人员经济犯罪和同类型普通经济犯罪的犯罪所得如果是相等的,对一般公民的处刑也是重于国家公职人员的处刑。在现实中,正是这种数额标准的不同,使某些贪污受贿的国家公职人员逍遥于法律之外。

再次,公职人员实施某一具体罪时,犯罪行为在侵犯该具体罪的客体的同时,其渎职行为必然侵害国家机关的正常活动,危害国家政权的廉洁性、公正性和服务性;而同类型普通经济犯罪侵犯的客体相对比较单一,如一般的盗窃罪侵犯的客体是他人的财物,即使是严重的盗窃罪也只会对社会治安造成一定的危害,二者相比,职务犯罪的严重性是显而易见的。但是,在对公职人员经济犯罪和对同类型普通经济犯罪适用刑罚时,法律却对公职人员犯罪持“宽容”态度,其处刑明显轻于对同类型普通经济犯罪的处刑。

公职人员经济犯罪与同类型普通经济犯罪处刑标准上的差异,表明刑法对职务犯罪和对同类型非职务犯罪在适用刑罚上所持有的不同标准,这个标准有利于国家工作人员,而不利于一般公民,是一个颠倒的处刑标准,客观上容易放纵国家公职人员犯罪。

在市场经济条件下,对“以权谋私”一类的职务犯罪,应当贯彻“从严治吏”思想,明确“己不正,焉能正人”,“上有所好,下必甚焉”的道理是非常重要的。但是要充分发挥刑罚对职务犯罪的惩治和预防作用,必须要严格区分罪与非罪的界限,此罪与彼罪的界限,不可扩大打击面,伤及无辜。对一些界限不清,可定可不定的问题不要作为渎职罪处理,立法要严谨,界限要分明。

(一)对国家公职人员“以权谋私”的,刑罚应当从严。国家公职人员利用职务上的地位和权力,把国家赋予的职权变为谋取私利的工具,进行各种犯罪活动,不仅主观恶性大,而且对社会也造成了严重的危害,破坏了国家政权的廉洁性和权威性。因此,对这类性质的职务犯罪,适用刑罚时应当“从严”。这里所讲的“从严”,是指对这类犯罪要严格依法追究刑事责任,在判处其徒刑的同时,还必须对其适用财产刑和资格刑等附加刑,适用罚金刑或没收财产刑,为的是不让犯罪者在经济上得到任何好处,并为国家挽回一定的经济损失;适用剥夺政治权利刑,为的是剥夺犯罪者继续承担公职的资格,即不让犯罪者再有利用职务之便实施这类犯罪的机会。只

有这样才能对这类职务犯罪起到惩治和预防的作用。

在谈到“从严”二字时,人们往往想到死刑,因为死刑是最严厉的刑罚。笔者认为,“从严”并不等于“从重”,“从严”除了严厉的一面外,主要是指严格的一面。对犯罪行为无论怎样从严,都必须在法律规定的范围之内,而不能超出法律规定范围以外,因此,对职务犯罪,包括以权谋私型的职务犯罪,做到严格依法追究刑事责任,不让其逃脱法律的制裁,也就是“从严”。鉴于职务犯罪是以对职务的亵渎为特点,这种犯罪一般对社会和他人并不具有危险性,因此笔者认为,对职务犯罪可以取消死刑。

(二)协调职务犯罪与同类型非职务犯罪的刑罚。鉴于现行刑法对职务犯罪与同类型非职务犯罪规定的处刑标准存在着较大差异,从完善渎职罪立法需要出发,协调职务犯罪与同类型非职务犯罪的刑罚是必要的。这种协调应当坚持一个原则,即职务犯罪的刑罚应当严于同类型非职务犯罪的刑罚。在协调中只有坚持这个原则,才能体现出刑法对职务犯罪的从严精神。也就是说,如果法律的规定就是严格的,那么对职务犯罪只需要依照法律的规定处罚,也就体现了这种从严精神。根据现行刑法,需要协调的职务犯罪与同类型非职务犯罪主要是:贪污罪和盗窃罪的刑罚,过失性职务犯罪与同类型过失罪的刑罚。这种协调不能只是简单地提高或者降低某罪的量刑标准,而是需要对职务犯罪和同类型非职务犯罪作全面平衡,对两种罪主客观要件及对社会的危害程度,作统一考虑,而后再确定两罪适用的刑罚。

(三)其他有关职务犯罪适用刑罚的问题。考虑到我国各地经济发展的不平衡,同一数额对不同的地区有着不同的意义,同时顾及对基本法律的稳定性,刑法中不要规定职务犯罪的起刑线和加重、减轻犯罪构成的数额,对这些可以在司法解释中加以规定或说明。考虑到职务犯罪(经济犯罪)的黑数比较高,为了有利于对这类犯罪进行调查,同时也是为了挽救行为人(这类犯罪的行为人大都受过一定的教育),刑法中应当具体规定从轻、减轻的处罚情节,如规定自首、坦白、立功等。考虑到某些直接主管人员、会计审计人员对公职人员的贪污犯罪、受贿犯罪行为知情而不及时报案,或者不如实作证明的情况时有发生,刑法中可以规定对这类行为以不尽职守罪论处。考虑到现行刑法分则各章均没有对本章各罪构成作特别说明的规定,更考虑到职务犯罪的严重性,应当取消刑法第192条的规定。

五、对调整和完善渎职罪罪名的设想

调整和完善渎职罪的罪名可从以下几个方面进行:

(一)调整渎职罪原有罪名。鉴于国家公职人员中经济犯罪情况的严重性和复杂性,受贿犯罪出现多种类型,原有的受贿罪罪名不能完全反映受贿犯罪的实际,因此受贿罪罪名需要作调整。根据我国具体情况和借鉴有关国家的立法经验,可将受贿罪的罪名调整为间接受贿罪、斡旋受贿罪、事前受贿罪和事后受贿罪等四个罪名。鉴于国家公职人员中不尽职守、失职渎职犯罪的严重性和复杂性,原有的玩忽职守罪罪名已经不能完全反映这类犯罪的实际,玩忽职守罪罪名需要作调整。根据这类犯罪的实际情况,可将玩忽职守罪的罪名调整为玩忽职守罪(履行职责马马虎虎、不认真、或错误履行职责)和不尽职责罪(不尽职责、延误推诿职务、抛弃职务和擅离职守)两个罪名。

(二)吸收分散在其他章中的渎职罪罪名。许多属于纯正职务犯罪的罪名分散规定在分则的其他章中,在完善渎职罪的立法时,有必要将这些罪名吸收到渎职罪一章中来。这些罪名是:

贪污罪、刑讯逼供罪、报复陷害罪、非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪、挪用特殊款物罪等。

(三)增设新罪名。根据实际需要,渎职罪中应增加如下新罪名:

1. 挪用公款罪,指国家公职人员利用职务之便,挪用公款归个人使用,进行非法活动;或者挪用公款数额较大,进行营利活动或超过规定时间未还的行为。挪用公款罪的主观方面是行为人具有在一段时间里占有和使用公款的故意,事后准备归还;客观方面表现为行为人未经主管领导批准或准许,擅自动用公款为己所用。确定挪用公款罪这一新罪名时,可将从他章移入的挪用特殊款物罪作为挪用公款罪的从重情节,规定在同一条中。

挪用公款罪的条文可作如下表述:“国家公职人员利用职务之便,挪用公款归个人使用,有下列情形之一的,处×年以下有期徒刑或者拘役并处罚金;情节严重的,处×年以上有期徒刑,并处罚金:

(一)进行非法活动;

(二)挪用数额较大,进行营利活动;

(三)挪用数额较大,超过六个月的。”

挪用抢险、救灾、防汛、优抚、救济款物,归个人使用的,依照前款,从重处罚。挪用公款数额较大,不予退还或无力退还的,以贪污罪论处。”

2. 滥用职权罪,指国家公职人员滥用职权,作为或不作为地使国家利益和公民合法权益遭受严重损害的行为。滥用职权罪的客观方面表现为行为人滥用手中掌握的权力或者利用国家公职人员的地位,实施作为或不作为,即实施了违反本职权法纪和利益或者应当履行本职权而不予履行,导致国家利益和公民合法权益遭受严重损害的行为。如滥用审批权等。滥用职权罪的主观方面只能由故意构成,包括直接故意和间接故意。

滥用职权罪的条文可作如下表述:“国家公职人员滥用权力,作为或者不作为使国家利益和公民合法权益遭受重大损失的处×年以下有期徒刑,并剥夺政治权利;危害后果特别严重的,处×年以上有期徒刑、无期徒刑,并剥夺政治权利。”

3. 执法人员徇私枉法罪,指国家公职人员为谋取私利,在执行公务活动中徇私枉法,弄虚作假,使国家或公民个人利益受到严重损失的行为。执法人员徇私枉法罪的主体是除司法人员外的一切执法人员;执法人员徇私枉法罪的客观方面表现为行为人利用执法工作的便利,徇私枉法,做枉法决定或裁决的行为;执法人员徇私枉法罪的主观方面只能由故意构成。

执法人员徇私枉法罪的条文可作如下表述:“工商、海关、税务或者其他执法部门的工作人员徇私枉法,故意做枉法决定或裁决,处×年以上有期徒刑、无期徒刑,并处罚金、剥夺政治权利。”

4. 浪费罪,指国家公职人员利用职务和地位,挥霍和浪费国家财产,使国家财产遭受重大损失的行为。浪费罪的客观方面表现为行为人实施了任意挥霍浪费公共财物,给国家造成严重损失的行为;浪费罪的主观方面包括故意和过失。

浪费罪的条文可作如下表述:“国家工作人员挥霍或浪费公共财物,致使国家利益遭受重大损失的处×年以下有期徒刑,并处罚金;情节严重的,处×年以上有期徒刑,并处罚金和剥夺政治权利。”

国家工作人员利用职务之便,假公济私,将公共财物供个人挥霍享用,拒不退赔或不能退赔的,以贪污罪论处。”