

刑法中“国家工作人员”概念的立法演变

刘仁文

(北京大学社会学系,北京 100871;中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要: 刑法中的“国家工作人员”概念在过去的 30 多年中,总体经历了一个由扩张到收缩、又由收缩到扩张的演变,这种演变与国家的经济形态由单纯的公有制转向以公有制为主、多种经济形式并存的社会大背景是相联系的。同时,“国家工作人员”的立法界定之难与司法适用中的困惑,还与中国特色的政治制度和人事制度以及国家政治体制改革的发展方向有关。总的来看,目前在对国家工作人员的认定上采“公务论”比“身份论”更具合理性,但对“公务”的理解不能过于宽泛。

关键词: 刑法;国家工作人员;国家机关工作人员;身份论;公务论

中图分类号: D924 **文献标识码:** A

文章编号: 1000-5242(2010)06-0022-10

收稿日期: 2010-05-29

作者简介: 刘仁文(1967-),男,湖南隆回人,北京大学博士后,中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士,博士生导师。

引言

在中国刑法中,“国家工作人员”是一个重要概念。刑法中有的犯罪,如贪污罪、受贿罪,以主体是国家工作人员为前提,因此在这些犯罪中,“国家工作人员”的身份具备与否将影响到犯罪的成立。还有的犯罪,是以“国家工作人员”作为犯罪对象的,如行贿罪,因而“国家工作人员”的认定其实也影响到犯罪的成立。另有些犯罪,主体是否是“国家工作人员”,则影响到量刑,如刑法第 238 条第 4 款规定,国家机关工作人员利用职权非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的,应从重处罚,^①刑法第 243 条第 2 款规定,国家机关工作人员犯诬告陷害罪的,从重处罚。但是一个如此重要的概念,其含义却并不清晰,一方面随着立法、立法解释和司法解释的变动,其内涵和外延时而收缩,时而扩张;另一方面,变动着的社会结构和包括中国特色政治制度在内的具体国情又加剧了该概念的动态性和不确定性。

本来,刑法事关法益保护和人权保障,满足国民的预测可能性应是一个法治社会对其规范的基本要

求,特别是 1997 年新刑法已经废除了类推制度,确立了罪刑法定原则,而刑法的明确性则是罪刑法定原则的应有之义。但为什么在“国家工作人员”这样一个重要的刑法概念上却难以做到明确化呢?对这个问题刑法学界还缺乏足够的关注和解释。尽管以往有过少数论文涉及“国家工作人员”这个主题,但大都是从静态的意义上来讨论,如国家工作人员的范围、认定国家工作人员的标准等。^②本文试图从动态的意义上来对我国刑法中“国家工作人员”概念从 1979 年以来的立法和司法演变作一考察。^③通过这种考察,我们或许可以对上述困惑增加一份理解,并为寻求一个妥善的解决方案提供若干启示,同时也可从中看出当代中国社会的某些发展轨迹。

一、1979-1982: 公有制松动下的立法变化

1979 年,全国人大通过了新中国第一部刑法典《中华人民共和国刑法》,^④该法典对国家工作人员的定义是:“本法所说的国家工作人员是指一切国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员。”(第 83 条)这个定义具有以下几个特点:

1. 没有明确区分企业、事业单位的所有制性质。

因为在当时的社会经济条件下,企业、事业单位只有全民所有制和集体所有制两种性质,而这两种都被认为是社会主义公有制。^⑤不过,由于下文将提及的对“公务”的理解,集体所有制企业、事业单位的工作人员在解释上并不被视为国家工作人员。如参与过刑法起草拟订工作的高铭暄教授指出:集体组织的工作人员(如生产队的队长、会计,城乡集体企业的管理人员等),不算国家工作人员。^{[1]130}最高人民法院刑事审判庭原庭长甘明秀先生主编的书在对该条中的“企业、事业单位”进行解释时认为:“企业单位,是指国家经营的实行经济核算的从事工、农、商、交通运输、金融等活动的单位,例如工厂、矿山、铁路、银行。‘事业单位’,是指国家设立的学校、医院、科研、新闻出版等非经济核算单位。”^{[2]935}

2. 确立了“从事公务”作为认定国家工作人员的标准。但究竟何为“从事公务”,法律没有进一步明确。学界的理解是:“公务基本上是属于国家管理活动,因此直接从事生产作业、运输作业,不属于‘公务’这个范畴。直接从事生产的工人,不包括在‘国家工作人员’概念之内;售货员是商业工人;还有炊事员等勤杂人员,也都不包括在‘国家工作人员’概念之内。”^{[1]130} 前述甘明秀先生主编的书也指出:“在上述单位中,没有依法从事公务,只从事生产劳动或者勤杂工种的人员或军队中的战士,则不属于国家工作人员。”^{[2]935}

3. 采取了“其他依照法律从事公务的人员”这样的兜底立法方式。这里的“其他”,为以后的解释提供了很大的空间。如前述高铭暄教授的著作指出,理解起来可包括民主党派、人民团体等;^{[1]130} 而前述甘明秀先生主编的书则认为:它是指依照法律规定担任职务,并按照一定权限行使业务、行政管理职能的人员,例如受国家机关和企业、事业单位以及人民团体委托,执行公务的人员。^{[2]935}

1982年,全国人大常委会通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》(下称《决定》)^⑥中规定:“本决定所称国家工作人员,包括在国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关、军队、国营企业、国家事业机构中工作的人员,以及其他各种依照法律从事公务的人员。”《决定》的特点是:

第一,将1979年刑法中的“一切国家机关”具体为“国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关、军队”,在这方面朝着所谓的明确性方向前进了一步。但问题是,所列举的这几项都是在理解上没有疑问的,即使不列举实践中也普遍把它们看做是国家机关。但对于中国共产党的各级机构、全国政

协和地方各级政协、工会、共青团、妇联等人民团体这类需要明确的问题却仍然采取了回避的态度。

第二,将1979年刑法中的“企业、事业单位”改成了“国营企业、国家事业机构”。这种修改表明立法者基于改革开放后我国企业、事业单位已经出现了多种所有制并存的局面,^⑦不再不加区别地将一切企业、事业单位中的工作人员都视为国家工作人员。不过,值得注意的是,《决定》使用了“国营企业”的字样,而不是“国有企业”,因为当时还没有实行所有权和经营权分离、政企分开的国有企业改革。

第三,较之1979年刑法的规定,《决定》对国家机关、国有企事业单位中的国家工作人员,没有坚持“从事公务”的要求,而是使用“工作(的)人员”的提法,这被认为是以后导致国家工作人员认定混乱的一个重要原因。^{[3]8}从字面上理解,“工作(的)人员”似乎比“从事公务”的人员范围要大。^⑧

二、1982-1995:多种所有制并进中的扩张与收缩

1985年,最高人民法院(以下称“高法”)、最高人民检察院(以下称“高检”)发布的《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用刑法的若干问题的解答(试行)》中规定:“贪污罪的主体是国家工作人员,也可以是集体经济组织工作人员或者其他受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员。”^⑨这个《解答》将“集体经济组织工作人员”扩大为“贪污罪”的主体,明显是以司法解释的名义行立法之实。虽然此种能动司法超出了司法解释的权限,从学理上固然可以批评和反省,^⑩但如果要问为什么司法会表现得如此积极?也许我们可以从当时集体经济组织发展迅速、其中的贪污现象亟须刑法来加以规制的现实中寻找原因。^⑪如此一来,原本在解释上不包括“集体经济组织工作人员”的“国家工作人员”概念就被逐步扩大到包括这部分人员了,如1987年高检《关于正确认定和处理玩忽职守罪的若干意见(试行)》指出:^⑫“其他依照法律从事公务的人员”,是指根据法律规定,经人民选举或受国家机关、军队,社会团体,全民所有制、集体所有制的企业、事业单位的委托、聘用,从事管理工作的人员;全民所有制或集体所有制的企业、事业单位,将其全部或部分资产,发包给个人或若干人负责经营,其承包经营的负责人员和管理工作人员,应视为国家工作人员。^⑬这里,出现了“发包”、“承包”的字样,因为上个世纪80年代中期以后,城镇国有企业改革启动,先后实行承包经营、租赁经营等经营形式和劳动管

1988年,全国人大常委会通过了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(以下称《规定》),吸收了上述司法解释的内容,将贪污、受贿、挪用公款三种犯罪的主体规定为“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员”,而对巨额财产来源不明罪和隐瞒境外存款罪的主体则限定为“国家工作人员”。这表明,立法者似乎将集体经济组织工作人员和其他经手、管理公共财物的人员排除在了国家工作人员的范围之外。如前所述,1979年刑法颁布后,集体经济组织工作人员本来就不被视为国家工作人员的范围,因此,实际上《规定》扩大了贪污、受贿罪的主体范围,即从原来的“国家工作人员”扩大到包括集体经济组织工作人员和其他经手、管理公共财物的人员。根据“两高”于1989年发布的《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》(以下称《解答》),“集体经济组织工作人员”是指在集体经济组织中从事公务的人员;^④“其他经手、管理公共财物的人员”包括受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员;基层群众性自治组织(如居民委员会、村民委员会)经手、管理公共财物的人员;全民所有制企业、集体所有制企业的承包经营者;以全民所有制和集体所有制企业为基础的股份制企业中经手、管理财物的人员;中方是全民所有制或集体所有制企业性质的中外合资经营企业、中外合作经营企业中经手、管理财物的人员。通过这一《解答》,贪污、受贿、挪用公款犯罪的主体被大大地扩大,股份制改革、中外合资经营企业、中外合作经营企业等新的经济形式被纳入最高司法机关的视野。

到1995年,情况又发生了变化。是年2月全国人大常委会通过了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》,该《决定》第9、10、11条分别规定了以公司董事、监事、职工为犯罪主体的公司、企业人员受贿罪、职务侵占罪和挪用资金罪。其第12条规定:“国家工作人员犯本决定第9条、第10条、第11条规定之罪的,依照《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》的规定处罚。”据此,《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》显然缩小了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中受贿罪、贪污罪和挪用公款罪的主体范围,把集体经济组织工作人员和其他经手、管理公共财物的人员排除在受贿罪、贪污罪和挪用公款罪的主体范围之外。^⑤这一立法显示了立法者意欲对纯正的国家工作人员犯罪予以从严惩处,而把非纯正的国家工作人员犯罪加以区别对待的刑事政策思想。^⑥

但问题是,随着公司形式的多样化,在那些股份制公司、中外合资经营企业和中外合作经营企业中,如何准确认定公司、企业中的国家工作人员和非国家工作人员,成为一个直接影响司法实践的难题,一时刑法学界对此讨论激烈,见仁见智。

针对上述问题,最高人民检察院于1995年11月发布了《关于办理公司、企业人员受贿、侵占和挪用公司、企业资金犯罪案件适用法律的几个问题的通知》,对“国家工作人员”再次作了解释。根据这一通知,“国家工作人员”是指:1.国家机关工作人员,即在国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关和军队工作的人员;2.在国家各类事业机构中工作的人员;3.国有企业中的管理人员;4.公司、企业中由政府主管部门任命或者委派的管理人员;5.国有企业委派到参股、合营公司、企业中行使管理职能的人员;6.其他依法从事公务的人员。同年12月,最高人民法院又发布了《关于办理违反公司法受贿、侵占和挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》,^⑦根据这一解释,公司、企业中的国家工作人员应当是指在国有公司、企业或者其他公司、企业中行使管理职权并具有国家工作人员身份的人员,包括受国有公司、国有企业委派或者聘请,作为国有公司、国有企业代表,在中外合资、合作、股份公司、企业中,行使管理职权,并具有国家工作人员身份的人员。

“两高”的两个司法解释各有侧重,其中的一个区别是:“高检”强调国家工作人员“从事公务”的特征,而“高法”则强调国家工作人员的身份,^⑧由此出现了“公务论”和“身份论”的冲突,^⑨并引起实际操作中的混乱。一些地方为规范司法,不得不再出台相关规定,如江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院1996年5月联合发布了《关于公司、企业中贪污、贿赂、挪用公款与侵吞、商业受贿、挪用资金犯罪主体的讨论纪要》,规定:国家工作人员必须具有国家干部身份,并且是经县级以上政府人事管理机关同意,正式办理了干部审批手续的在编在册人员,这是典型的“身份论”。

“身份论”对那些非国家干部编制但事实上行使国家管理职能的人无能为力。例如,江苏省南京市某县出现的“郑秀华事件”就是一例:被告人郑秀华于1992年被该县法院城关法庭聘为临时工,并自1993年起被安排参与办理简易民事案件。2000年因受害人举报,该县检察院以涉嫌枉法裁判罪对郑秀华提起公诉。2001年,该县法院以郑秀华不是“国家机关工作人员”、不符合渎职犯罪主体为由,判

三、1997年新刑法对于国家工作人员的 界定及其解读

1997年新刑法制定时,对于国家工作人员的范围如何界定,依然争议颇多。有的主张国家工作人员应当缩小范围,只限于国家机关工作人员,认为这样做符合政企分开和国家人事制度的改革方向;^⑥有的主张不宜作大的变动,认为我国是以公有制为基础的社会主义国家,实践中许多贪污受贿案件发生在国有企业,将国有企业、事业单位工作人员列为国家工作人员,有利于保护国有资产。立法机关经反复研究,考虑到随着改革的深入,现有的国有公司、企业、事业单位的人事管理制度虽然发生了根本变化,依法享有独立自主的人事管理权,但国家为了加强对国有资产的管理,政府对企业进行适当的行政干预也是必要的,这种干预表现为直接任命干部到国有公司、企业、事业单位中担任职务,行使行政管理职权,因此,这部分人应视为国家工作人员。另外,在我国依照法律从事国家管理事务的人员中,除国家机关工作人员外,还有在工会、青年团、妇联等人民团体中工作的人员,以及其他在国有公司、企业、事业单位中从事党务工作的人员,这部分人员也应列入国家工作人员的范围。^{[6]119-120}因此,最终原则上还是维持了1979年刑法规定的国家工作人员的范围。不过,从行文方式看,与1979年相比,也还是有所区别,如新刑法第93条用两款的方式来规定国家工作人员,其第一款指出:“本法所称的国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员。”接着第二款又指出:“国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。”这与1979年刑法和1982年《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》相比,不同于后者将国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员混合规定在同一款,体现了立法者想把国家工作人员尽量往国家机关中从事公务的人员靠近的意图。自此,新刑法第93条第二款的“以国家工作人员论”又被称为“准国家工作人员”。^[7]“以国家工作人员论”的人员从国家政治体制改革的长远发展来看,政企分开以后,本身不应属于国家工作人员,但从目前的情况出发,这样规定有利于防止国家利益遭受重大损失,有利于惩罚犯罪。”^{[6]120}

值得注意的是,在刑法修订过程中,关于中国共产党等政党组织的工作人员是否属于国家工作人员的问题也曾引起过关注,如前述中国人民大学法学院刑法总则修改小组拟订的总则修改稿关于国家工作人员的界定中就有“党政机关从事公务的人员”。官方版本最早提到“政党”的是1988年11月全国人大常委会法制工作委员会印发的一个修改稿,其第87条规定:“本法所说的国家工作人员,是指在国家权力机关、行政机关、司法机关、军队、政党、全民所有制企业事业单位、人民团体中从事公务的人员。”^{[8]881}其后,1988年12月的修改稿该条保留原样。^{[8]918}直到1995年8月全国人大常委会法制工作委员会印发的《中华人民共和国刑法(总则修改稿)》仍然有“政党”的内容:“本法所说的国家工作人员,是指在国家权力机关、行政机关、司法机关、军队、政党中从事公务的人员。”(第87条)^{[8]1069}但接下来的1996年8月8日的《中华人民共和国刑法(总则修改稿)》和同年8月31日的《中华人民共和国刑法(修改草稿)》,却去掉了有关“政党”的内容。^{[8]1157、1232}当然,在解释上,理论界通常都认为:根据党中央和国务院的有关规定,参照国家公务员法进行管理的中国共产党的各级机关、中国人民政治协商会议的各级机关中从事公务的人员,也视为国家机关工作人员。^{[9]825}在司法实践中,也是这样认定的,如前中共北京市委书记陈希同、前中共上海市委书记陈良宇等均是作为国家机关工作人员被定罪判刑的。

四、新刑法实施以来“国家工作人员”概念的扩张

如果说本文第二部分所描述的1982-1995年间“国家工作人员”概念是由扩张到收缩的话,那么1997年以来的“国家工作人员”概念则又呈现出由收缩到扩张的局面。试举例说明:

(一)“其他依照法律从事公务的人员”的扩张

1997年新刑法实施后,有关部门反映,实践中村民委员会等农村基层组织^①的人员利用职务上的便利,非法侵占、挪用公共财物,索取、收受他人财物的情况很多,对此如何处理,一些部门的意见很不统一。在最高人民法院和最高人民检察院的建议下,2000年4月,全国人大常委会通过了《关于刑法第93条第2款的解释》(下称《解释》)。根据这一解释,村民委员会等农村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作,属于第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”:1.救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的管理;2.社会捐助

公益事业款物的管理; 3. 国有土地的经营和管理; 4. 土地征用补偿费用的管理; 5. 代征、代缴税款; 6. 有关计划生育、户籍、征兵工作; 7. 协助人民政府从事的其他行政管理工作。

该立法解释在上述基础上进一步指出: 村民委员会等农村基层组织人员从事以上规定的公务, 利用职务上的便利, 非法占有公共财物、挪用公款、索取或非法收受他人财物, 构成犯罪的, 适用刑法中的贪污罪、挪用公款罪、受贿罪定罪判刑。

农村基层组织人员在传统意义上确实不被视作国家工作人员, 他们的身份仍然是农民, 因此, 如果持“身份论”, 肯定是得不出支持上述解释的结论的。《解释》也并不是要将农村基层组织人员一概以国家工作人员论, 而只是在协助人民政府从事特定的行政管理工作时才可以。也就是说, 当他们从事的只是村里的集体事务, 而不是国家事务时, 就不能将其以国家工作人员论。

另外, 还需要注意, 立法机关只是对司法机关反映突出、亟待解决的村民委员会等农村基层组织人员何种情况下可视为“其他依照法律从事公务的人员”作出解释,^[8]对于农村基层组织人员以外的“其他依照法律从事公务的人员”的范围, 仍然没有明确, 对此, 立法机关以“有的法律已经明确规定, 有的在实践中没有问题, 有的在今后还需要进一步研究”来加以回应。^{[10]145}

(二) 渎职罪主体的扩张

1979年刑法中的渎职罪主体为“国家工作人员”, 1997年新刑法对此作了重大修改, 改为“国家机关工作人员”。

其实, 在刑法修订过程中, 围绕渎职罪的主体也一直存在争议, 例如, 直到1997年1月的《中华人民共和国刑法(修订草案)》, 渎职罪的主体还是“国家工作人员”, 但到1997年2月的《中华人民共和国刑法(修订草案)》, 却改成了“国家机关工作人员”。^{[8]1625、1720}对此, 当时的最高人民检察院刑法修改研究小组先后于1997年2月20日和3月6日提出意见, 前一份意见指出: 将渎职罪主体由“国家工作人员”改为“国家机关工作人员”, 大大缩小了这类犯罪的适用范围, 脱离与这些犯罪作斗争的实际情况, 且没有经过充分论证, 在实际执行中可能会出现很多漏洞和偏差, 是不恰当的, 例如, 滥用职权罪和玩忽职守罪, 在司法实践中, 犯罪嫌疑人主要是经手管理国有资产的在国有企事业单位从事公务的人员, 如此修改后, 原来这些人员的犯罪行为将无法惩处, 故建议恢复原“国家工作人员”的规定。^{[11]2650}后

一份意见再次指出: 修订草案规定的滥用职权或者玩忽职守罪的主体仅限于“国家机关工作人员”, 这同实际情况相距甚远, 且与国家法律、行政法规中的有关规定不相符合。虽然修订草案在其他章节中规定了国有公司、企业的人员失职造成损失的几类犯罪, 但不足以包括目前按照法律、行政法规应认定为玩忽职守的各类案件。所以建议将“国家机关工作人员”改为“国家工作人员”; 或者增加一款: 其他国家工作人员犯前两款罪的, 依照各该款处罚。^{[11]2652}

新刑法最终没有采纳上述意见, 还是将滥用职权罪和玩忽职守罪等渎职罪的主体限定为“国家机关工作人员”。^[9]应当承认, 新刑法对此是欠缺严密论证的, 因而实践中问题马上接踵而来。

首先遇到的是, 对于国有公司、企业、事业单位的人员玩忽职守或滥用职权, 造成严重损失的, 由于其明显不属于“国家机关工作人员”, 所以不能用玩忽职守罪和滥用职权罪去处理。虽然新刑法在第168条确立了徇私舞弊造成国有公司、企业破产或者严重亏损罪, 但在刑法执行过程中, 最高人民检察院、一些人大代表以及一些单位、部门反映, 有些国有公司、企业主管人员由于严重不负责任或者在工作中公然违反国家有关规定, 致使国家利益遭受重大损失, 如擅自为他人提供担保, 给本单位造成重大损失的; 违反国家规定, 在国际外汇、期货市场上进行外汇、期货投机, 给国家造成重大损失的; 在仓储或者企业管理方面严重失职, 给企业造成重大损失的等社会危害性很大的行为, 由于不具备刑法第168条规定的“徇私舞弊”情节, 难以追究刑事责任。此外, 第168条规定的犯罪主体只限于国有公司、企业直接负责的主管人员, 包括不了其他国有公司、企业的工作人员, 如负责管理粮库的保管员, 由于严重不负责任, 致使库存粮食发霉、变质, 给国家利益造成重大损失, 也无法适用该条款。^{[6]290-291}于是, 在1999年全国人大常委会通过的《刑法修正案》中, 将168条修改为“国有公司、企业人员失职罪”、^[4]“国有公司、企业人员滥用职权罪”, 不仅如此, 在该条中还增加了“国有事业单位人员失职罪”、“国有事业单位人员滥用职权罪”, 从而在犯罪行为方式和犯罪主体等方面都作了大大扩充。^[9]

上述努力表明立法者想通过扩充第168条这样的方式来弥补漏洞, 从而继续维护渎职罪一章“国家机关工作人员”的纯正主体地位。但这种努力很快又遭到新的挑战。根据《宪法》规定, 国家机关包括国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军事机关。^[6]因此, 渎职罪的主体应是在上述机关中从事

公务的人员(当然如前所述,也包括在各级共产党、民主党派、政协和人民团体中从事公务的人员)。但随着体制改革的深入,出现了如下一些新情况:一是法律授权规定某些非国家机关的组织,在某些领域代表国家行使管理、监督职权;二是在机构改革中,有的地方将原来的一些国家机关调整为事业单位,但仍然保留其行使某些行政管理的职能;三是有些国家机关将自己行使的职权依法委托给一些组织行使;四是实践中有的国家机关根据工作需要聘用了一部分国家机关以外的人员从事公务。^{[6]804}上述这些人员虽然在形式上未列入国家机关编制,但实际上是在国家机关中工作或者行使国家机关工作人员的权力。这些人员在行使国家权力时,玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊对社会所造成的危害与国家机关工作人员是同样的,但按照罪刑法定原则,这些人员显然不具有“国家机关工作人员”的身份,因而无法定罪。例如,2001年10月,山东省安丘市白芬子镇卫生院副院长王某某在一起重复发放碘油丸导致一小学生超量服用死亡的案件中负有不可推卸的责任,后检察机关以玩忽职守罪起诉,法院判决王某某无罪,其理由是:白芬子镇卫生院不是国家机关,仅仅是一个乡级医疗卫生服务机构,故王某某不是刑法意义上的国家机关工作人员。^[12]

针对将渎职罪主体限定为“国家机关工作人员”偏窄这一现象,高检、高法先后出台一系列的司法解释,不断地扩大渎职罪的主体范围,如2000年4月高检在对北京市人民检察院《关于中国证监会主体认定的请示》的答复函中指出:中国证监会是具有行政职责的事业单位,其干部应视为国家机关工作人员。2000年4月高检在《关于以暴力、威胁方法阻碍事业编制人员依法执行行政执法职务是否可以以侵害人以妨害公务罪论处的批复》中指出:对于以暴力、威胁方法阻碍国有事业单位人员依照法律、行政法规的规定,执行行政执法职务的,或者以暴力、威胁方法阻碍国家机关中受委托从事行政执法活动的事业编制人员执行行政职务的,可以对侵害人以妨害公务罪追究刑事责任。该《批复》虽然是针对妨害公务罪的构成,但由于根据刑法第277条的规定,妨害公务罪的对象是依法执行公务的国家机关工作人员,因此,它实际上是将依法执行行政执法职务的事业编制人员以国家机关工作人员论。2000年5月高检在对上海市人民检察院《关于镇财政所所长是否适用国家机关工作人员的批复》中指出:对于属行政执法事业单位的镇财政所中按国家机关在编干部管理的工作人员,在履行政府行政公务活动中,滥

用职权或玩忽职守构成犯罪的,应以国家机关工作人员论。^{[7]2000}年10月高检《关于属工人编制的乡(镇)工商所所长能否依照刑法第三百九十七条的规定追究刑事责任问题的批复》指出:经人事部门任命,但为工人编制的乡(镇)工商所所长,依法履行工商行政管理职责时,属其他依照法律从事公务的人员,应以国家机关工作人员论。^{[8]2001}年3月高检《关于工人等非监管机关在编监管人员私放在押人员和失职致使在押人员脱逃行为适用法律问题的解释》,也将工人等非监管机关在编监管人员视为“司法工作人员”。2000年9月高法《关于未被公安机关正式录用的人员、狱医能否构成失职致使在押人员脱逃罪主体问题的批复》指出:对于未被公安机关正式录用、受委托履行监管职责的人员,或者受委派承担了监管职责的狱医,由于严重不负责任,致使在押人员脱逃,造成严重后果的,应当以“失职致使在押人员脱逃罪”定罪处罚。据此,认定“失职致使在押人员脱逃罪”的主体(司法工作人员),不以是否被公安机关正式录用为标准,也不以行为岗位专业为标准,只要是受委托或受委派履行或承担监管职责即可。^[9]

上述这些司法解释一方面存在头痛医头、脚痛医脚的问题,^[10]另一方面也由于司法机关自己擅自扩大渎职罪的主体,而遭到学界的批评,被认为是违反了罪刑法定原则。^{[13]890-901}有鉴于此,全国人大常委会于2002年通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》。^[11]根据该解释,下列人员在代表国家行使职权时,有渎职行为,构成犯罪的,依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任:1. 在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员。这些行使国家行政管理职权的组织并非国家机关,但法律、法规授权其行使国家行政管理职能,如根据《证券法》的规定,证券业和银行业、信托业、保险业实行分业经营、分业管理,证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立,国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一监督管理。修改后的《保险法》也规定,国务院保险监督管理机构负责对保险业实施监督管理。有些机构在体制改革前原本是国家机关,体制改革后调整为事业单位,但其仍然行使着国家对这一领域的管理职能。在这些组织中从事公务的人员在代表国家机关行使职权时,有渎职行为构成犯罪的,适用渎职罪的规定追究刑事责任。2. 在受国家机关委托代表国家行使职权的组织中从事公务的人员。实践中有些组织本身不是国家机关,但其受国

家机关委托,代表国家行使管理权,如一些地方的卫生行政部门委托卫生防疫站向食品卫生经营企业和食品生产经营人员发放卫生许可证,有的文化市场管理部门委托其下属事业单位负责文化娱乐场所的审批、管理等。^②3. 虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员。实践中由于受到国家机关编制等的限制,^③有的国家机关采取招聘等方式使用国家机关以外的人从事公务,行使国家机关在某一领域的管理权。这些人虽然不占国家机关编制,但其在代表国家机关行使职权时,有同国家机关工作人员相同的职权,因此其渎职行为构成犯罪的,也适用渎职罪的规定追究刑事责任。

秉承上述立法解释的精神,高法在2003年的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中,对“国家机关工作人员”的含义也作了相应扩张。该《纪要》还指出:在乡(镇)以上中国共产党机关、人民政协机关中从事公务的人员,司法实践中也应当视为国家机关工作人员。至此,我们可以比较清晰地看到,立法机关和司法机关已经基本抛弃了“身份论”,而采“公务论”(功能论)。^④

余 论

“国家工作人员”是一个颇具中国特色的刑法用语,^⑤它与中国的干部人事制度有着密切的联系。新中国的干部人事制度,是在民主革命时期解放区和人民军队干部人事制度的基础上,借鉴前苏联的经验发展起来的。其根本特征是对各类人员进行集中统一的管理,从组织上确保党和国家在各个历史时期的政治、经济和文化任务的完成。因此,长期以来,我们都把国家公职人员称为国家工作人员或者国家干部,以与工人、农民相区分。不仅如此,由于在新中国的前30年,我们实行的是高度集中的计划经济和纯而又纯的公有制,企业、学校等都是公有的,因而在这些单位从事公务的人员也都被称作国家工作人员或国家干部。^⑥

1993年,顺应社会主义市场经济的建立和发展,我国制定了《国家公务员暂行条例》,再经过10余年的摸索,到2005年制定《中华人民共和国公务员法》,我国人事制度正在走一条渐进式的分类管理的改革道路。在这种渐进式的分类管理改革中,刑法中笼统的“国家工作人员”概念,势必遭遇困惑。^⑦

而且,中国的公务员制度与西方的公务员制度相比,又有着本质的区别,如我们坚持党的基本路线,不搞“政治中立”的原则;坚持党管干部的原则等。这就不可避免地出现中国共产党的各级机关工

作人员也应属于实践中没有争议的国家工作人员这种“前理解”的中国现象。此外,像我们的政治协商制度,多党合作制度,工会、共青团、妇联、法学会等人民团体,都是历史形成的,在这些部门的工作人员无疑也是国家工作人员。^⑧

更重要的是,随着市场经济体制的建立和发展,我们的经济组织形态发生了巨大的变化,不仅过去那种大一统的公有制被打破,更有承包经营、租赁经营、股份制、中外合资、中外合作等多种新型经济形式,而我国又是一个强调对国有资产给予特别保护的国家,这样,在这些新型经济形式中,区分一个人是否属于国家工作人员,或者区分一个公司的财产是否属于国有财产,并不容易,但却对相关当事人的命运影响甚大,轻则影响刑罚轻重,重则影响罪的有无。例如,在国有资本控股或者参股的股份有限公司中,从事管理工作的人员是否属于国家工作人员?其公司财产是否属于国有财产?司法实践中屡有争议,直到2001年高法颁布《关于在国有资本控股或者参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务之便非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》,才解决这个问题。^⑨

由于中国的经济体制改革也是一种渐进式的改革,因而在改革过程中注定会出现一些法律的灰色地带,如曾经有一段时间在社会上出现比较多的戴“红帽子”企业:名为国有,实为私有。其原因有的是由于《公司法》在当时还没有颁布,所以个人要注册公司必须要有一个国营的主管单位,有的则是为了在税费方面享受国有企业的优惠政策,还有的是觉得国有企业名声好些,出去好做生意。这些挂靠在国有企业名下的私人企业,不出事时以自己是国有企业为荣,出了事后又想方设法要证明自己完全是自己出资、自负盈亏,只对挂靠的国有企业交点管理费而已。但在司法实践中,对这样的案子有的采“形式说”,即只看你的营业执照,如果营业执照上说你是国有,那么你就是国家工作人员,相应地也就可以构成贪污罪等;另有的采“实质说”,即虽然营业执照上写的是国有,但如果确实是有名无实,则对这类戴红帽子的企业以私人企业论,此时其工作人员就不被认为是国家工作人员。在有的案子中,被告人是否构成贪污罪,就看他是否被认定为“国家工作人员”,如果是,则最高刑可判死刑;如果不是,甚至就无罪。^⑩

正是在国家政治、经济体制和干部人事制度的变迁中,我们看到立法机关和司法机关不断做出努力,通过立法、修法、立法解释、司法解释、判例等多

种途径,来寻求解决司法实践中国家工作人员认定上的疑难与争议。在这一解决过程中,有关部门的价值观并不完全相同,因而决定其立场亦有所区别,如有的站在打击犯罪的立场主张尽可能地对国家工作人员进行扩大解释,有的站在保障人权的立场则主张严格限制对国家工作人员的解释。这种情形同样存在于专家学者间。^①由此更加剧了这一问题的复杂性和博弈性。争议声中,有关当事人的命运也此起彼伏,令人感慨。本来,刑法上的“公务员”(“国家工作人员”)概念就属一个“不确定法律概念”,而转型期的中国无疑加剧了这一概念的不确定性和变异性。

刑法必须回应社会关切的问题,因而当“公务论”比“身份论”更加符合我国当前的现实时,在国家工作人员的认定上采“公务论”就有其合理性。但是,应当看到,我国目前对“公务”的理解较之别的一些国家和地区,其范围要宽泛得多,从国家政治体制改革的发展方向和公民社会的发育趋势来看,未来我国“国家工作人员”的范围肯定会缩小。同样,作为刑法学者,我们不能不关切的是,在当下的立法、司法和学说中,如何使“公务”和“国家工作人员”这类不确定的法律概念尽可能地在具体语境中加以明确?对于那些需要突破正常文义的法律适用,如何保证行为后果的可预期性这一法治原则的贯彻?^②毕竟,刑法不仅要打击犯罪,还须兼顾对人权的保障。

注释:

①根据《刑法》第93条的规定,国家工作人员包括“国家机关中从事公务的人员”和其他“以国家工作人员论”的人员。

②参见赵秉志等:《论国家工作人员范围的界定》,载《法律科学》1999年第5期;郝守才:《我国刑法中国家工作人员的界定标准》,载《河南省政法管理干部学院学报》2002年第4期,等。

③虽然改革开放以1978年为起点,但1979年是我国第一部刑法典颁布的时间。

④关于新中国刑法的起草、波折和1979年刑法的制定过程,可参见刘仁文:《中国刑法学60年》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2010年第1期。

⑤集体所有制只是当时公有制的辅助形式,主要适用于发展水平相对较低的经济领域(如农业领域、手工业领域和传统型服务业领域),或者是解决就业之类具体民生问题的权宜安排。由于其公有化程度和战略意义都低于国有经济组织,资源获得不是中央统制型计划经济的主要关注对象,因而往往不得不依托组建它们的国有单位和社区来获得必要资源。(参见陆学艺主编:《当代中国社会结构》,社会科学文献出版社2010年版,第346页。)理解这一点,也许有助于我们理解下文如甘明秀先生主编的书中为什么径直将企业、事业单位解释为国家经营和国家设立的企业、事业单位。

⑥《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》是在改革开放后经济犯罪急剧上升的情况下颁布的一部单行刑法,它对原刑法中的有关条款进行了补充和修改,提高了原来的法定刑刑级,包括增加了盗窃罪等犯罪的死刑。

⑦非公有制经济的发展,在20世纪80年代初期至少有两个重要契机:一是农村经济体制改革促成的农户积累形成以及农村自由集贸市场管制的放开,这在广大农村地区启动了私人市场经济活动。二是20世纪70年代末80年代初知识青年大规模返城造成城市就业压力空前巨大,政府无力解决问题,被迫出台新的就业政策,允许回城知青自找就业门路,包括从事个体劳动等。据统计,1978年全国城镇个体劳动者仅为15万人,1979年以后城镇个体劳动者规模迅速扩张,到1983年已经达到231万人。城乡个体劳动的发展必然催生组织化的私营经济。参见陆学艺主编《当代中国社会结构》,第352页。

⑧由于《决定》是单行刑法,其补充和修改的是特定犯罪,即1979年刑法规定的走私、套汇、投机倒把、受贿、包庇、徇私舞弊、伪证、报复陷害等犯罪,因此也有人认为,《决定》对国家工作人员的定义不具有普遍意义,只能是针对前述特定犯罪才适用。佐证这一观点的另一理由是,《决定》对特定犯罪适用的有条件从新的溯及力,并没有被扩大适用。参见朱云山《论国家工作人员——对刑法第九十三条的解读》,第8页。

⑨根据1979年刑法第155条的规定,贪污罪的主体是“国家工作人员”,“受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员”犯贪污罪的,依照贪污罪的规定处罚。

⑩但如何纠正越权的司法解释,比如通过一定的程序来提起、审查和宣布其无效,却至今没有一个有效的机制。实践中有时由于“两高”对对方的司法解释不满而提请全国人大常委会出台新的立法解释,从而事实上废除了此前高法或高检的司法解释,这样的例子倒是有的,如2000年高法发布《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》,高检不同意该司法解释的部分内容,认为它在刑法第294条之外对认定黑社会性质的组织又附加了条件,尤其是所谓“保护伞”的规定,突破了刑法的规定,于是向全国人大常委会提出了对刑法第294条中的“黑社会性质”的含义作立法解释的请求。后全国人大常委会于2002年通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》,将“保护伞”不再当作黑社会性质组织的必备特征。参见刘仁文:《刑事一体化下的经济分析》,中国人民公安大学出版社2007年版,第192页以下。

⑪20世纪80年代初期,城乡集体企业得到大规模的发展,乡镇企业的发展尤为突出,到1984年形成村村点火、处处冒烟的异军突起局面。参见陆学艺主编《当代中国社会结构》,第352页。

⑫根据1979年刑法第187条的规定,玩忽职守罪的主体是“国家工作人员”。

⑬该司法解释还指出:全民所有制和集体所有制的企业、事业单位中从事生产活动的工人以及群众合作经营组织和个体经营户的主管负责人员,不属于国家工作人员范围。

⑭既然通说一直认为集体经济组织工作人员不属于国家工作人员,因而也就无所谓“从事公务”,但“两高”的《解答》却由于陷入“非国家工作人员不能构成贪污、受贿罪”的误区,而牵强地将这些人员往“国家工作人员”上靠,因而出现了集体经济组织工作人员也“从事公务”这种不伦不类的表述。参见朱云山《论国家工作人员——对刑法第九十三条的解读》,第11-12页。

⑮《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第14条规定:“有限责任公司、股份有限公司以外的企业职工有本决定第9条、第10条、第11

条规定的犯罪行为的,适用本决定。”

⑩公司、企业人员受贿罪、职务侵占罪和挪用资金罪均比受贿罪、贪污罪和挪用公款罪的刑罚轻。

⑪从这里也可以看出最高人民检察院和最高人民法院在发布司法解释时各行其是的弊端。关于如何增强“两高”司法解释之间的协调性的建议,可参见刘仁文:《刑法的结构与视野》,北京大学出版社2010年版,第62页以下。

⑫但是“国家工作人员”的具体含义还是不明确,所以有论者指出,“高法”的解释陷入了以国家工作人员来解释国家工作人员的循环论证。参见朱云山《论国家工作人员——对刑法第九十三条的解读》,第14页。

⑬“公务论”和“身份论”在学理上也有称“功能论”和“组织论”的,我国台湾学者黄荣坚曾在一次学术研讨会上针对“公务论”和“身份论”两种对立的观点提出第三种思路:也许二者不是0和1的关系,而是各占多少个百分比的关系。

⑭如中国人民大学法学院刑法总则修改小组1994年提交的总则修改稿第4稿第101条:“本法所说的国家工作人员是指一切在国家权力机关、行政机关、司法机关、军队、党政机关从事公务的人员。”(参见高铭暄、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),中国人民公安大学出版社1998年版,第2960页。)公安部刑法修改领导小组办公室1996年11月提交的《关于国家工作人员范围的立法建议》指出:“国家工作人员是指在各级国家权力机关、行政机关、司法机关、军事机关和人民团体中依法从事公务的人员,以及由人民政府(或其主管部门)直接任命或委派在国有企业、国家事业机构中依照法律行使管理职权的人员。”该建议还指出,国家工作人员应具有国家干部的资格,即属于国家编制内的人员,这显然又回到了身份论。(参见高铭暄、赵秉志编《新中国刑法立法文献资料总览》(下),第2700页以下。)事实上,刑法修订草案在这个问题上也是一再摇摆,如1995年8月全国人大常委会法制工作委员会印发的《中华人民共和国刑法总则修改稿》第87条规定:“本法所说的国家工作人员,是指在国家权力机关、行政机关、司法机关、军队、政党中从事公务的人员。”(参见高铭暄、赵秉志编《新中国刑法立法文献资料总览》(中),中国人民公安大学出版社1998年版,第1069页。)1997年1月印发的稿子第95条也规定:“本法所称国家工作人员,是指一切在国家权力机关、行政机关、司法机关、军事机关和人民团体中从事公务的人员。”(参见高铭暄、赵秉志编《新中国刑法立法文献资料总览》(中),中国人民公安大学出版社1998年版,第1562页。)但其他几个稿子都包括国有公司、企业、事业单位中从事公务的人员,足见在该问题取舍上的难度。

⑮我国农村的基层组织除村民委员会外,还有村党支部、村经联社、经济合作社、农工商联合企业、治保会、妇联、团支部、民兵排、村民小组和各种协会等。从目前出现的情况看,发生在村党支部、村民委员会和村经联社、经济合作社、农工商联合企业等掌管村经济活动的人员身上的问题比较多。下述解释中所说的“村民委员会等村基层组织人员”主要是指这些组织的人员,因为他们是农村最主要的可能协助政府从事其他行政管理工作的人员。

⑯即便这种解释,也留了“协助人民政府从事的其他行政管理工作”这个尾巴。

⑰据解释,这样做的理由主要是考虑到国家机关工作人员行使着国家公权力,这些人员如果玩忽职守、滥用职权或者徇私舞弊,社会危害性较大。为使国家机关工作人员正确行使权力,有必要对其渎职行为单独作出规定。而对于国有公司、企业、事业单位等国家工作人员在工作中不尽职尽责、给国家造成重大损失的渎职行为,则根据其行

为的不同性质和所侵害的客体,分别在有关章节中作出具体规定。参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室:《走向完善的刑法》,中国民主法制出版社2006年版,第313页。

⑱无论是条文中的“严重不负责任”还是罪名中的“失职”,我都不觉得与渎职罪中的“玩忽职守”有什么本质区别,不知立法者是否是刻意掩盖其1997年的失误还是别的什么考虑,在这里没有使用“国有公司、企业人员玩忽职守罪”这样的措辞。

⑲这给我们一个启示:如果立法时太追求理想化(纯化渎职罪的主体),而不注意充分照应现实的需要,那么在这种理想化的立法通过后,反而可能经由刑法修正这种程序上更加宽松的途径(刑法修正全国人大常委会通过即可,而1997年新刑法则必须由全国人大来通过),来使立法者的美好理想受到更加严重的“破坏”。以168条为例,本来国有事业单位人员失职和滥用职权的问题不在前述“反映”之列,却也借机一并“完善”了。

⑳《宪法》用的是“国家机构”,而刑法用的是“国家机关”,因为宪法中的“国家机构”并没有包括共产党、民主党派、政协、人民团体等,而刑法中对“国家机关”的理解显然是包括这些组织的,因此有人试图区分“国家机构”和“国家机关”不是同一个意思。但这种区分太牵强,二者应当是同一个意思。至于共产党、民主党派、政协、人民团体等组织为什么要纳入刑法中的“国家机关”范畴,我觉得可以理解为顾昂然先生在《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释(草案)审议结果的报告》中所说的“有的在实践中没有问题”。

㉑该《批复》一方面将“国家机关工作人员”扩大到了“事业单位工作人员”,另一方面却坚持“身份论”而非“公务论”,即必须是“按国家机关在编干部管理的工作人员”。

㉒该《批复》将工人编制的乡(镇)工商所所长扩大为“国家机关工作人员”,可以说已经从“身份论”走向了“公务论”。因为就身份而言,工人是无论如何不能解释成“国家工作人员”的,更不能解释成“国家机关工作人员”。通说一直都认为,“国家工作人员”必须是国家干部,而干部是与工人、农民相对的一个概念。下一个《关于工人等非监管机关在编监管人员私放在押人员和失职致使在押人员脱逃行为适用法律问题的解释》也是如此。

㉓该《批复》同时使用了“委托”和“委派”两个概念,但其具体含义与区别却不得而知。一般而言,委派关系是不平等主体间的行政法律行为,而委托是平等主体间的民事法律行为。

㉔从各地司法机关的请示和“两高”的批复来看,这方面的法律适用疑难问题确实比较突出,另一方面,我们也可以看到,中国的司法能动性主要还是由最高司法机关来主导,各地(更不用说具体办案的法官和检察官)有过于依赖向上面请示的倾向。关于这个问题的进一步思考,可参见前引刘仁文《刑法的结构与视野》,第56页以下。

㉕严格说来,扩大渎职罪主体的适用范围,已经不是一个法律解释的问题,而是一个立法的问题,因而仅通过立法解释的方式来达到变相修法的目的,似乎并不可取。比较理想的方案应是通过刑法修正,将渎职罪的主体由“国家机关工作人员”修改为“公务人员”。

㉖根据《行政处罚法》第18条的规定,行政机关依照法律、法规或者规章的规定,可以在其法定权限内委托符合法定条件的组织实施行政处罚,受委托组织在委托范围内,以委托行政机关名义实施行政处罚。实践中,一些国家行政机关据此将部分行政处罚权进行了委托授权。

㉗在有的地方和部门,超编的情况可能超出我们的想象。例如,据2010年1月25日中央电视台的“焦点访谈”报道:河南省平顶山市六个区县的环保局超编人数近80%,其中叶县环保局编制是70个,

实有人员总数是 140 多,超编人数已经超过了 100%。这还不是最严重的,鲁山县环保局实有 155 人,编制只有 28 人,超编 450%。当然,超编的原因可能有多种,这个报道中所说的超编人数有近半是复转军人。为什么让环保局安置这么多的复转军人呢?据说是因为它可以收取排污费,有来钱的路子。

④高检在 2003 年《关于集体性质的乡镇卫生院院长利用职务之便收受他人财物的行为如何适用法律问题的答复》中指出:经过乡镇政府或主管行政机关任命的乡镇卫生院院长,在依法从事本区域卫生工作的管理与业务技术指导,承担医疗预防保健服务工作等公务活动时,属于刑法规定的其他依照法律从事公务的人员,可以成为受贿罪的主体(国家工作人员)。这里,把集体性质的乡镇卫生院院长(不属于国家干部编制)解释为“以国家工作人员论”,显然也是采取了“公务论”,而非“身份论”。

⑤在其他国家和地区,与我国“国家工作人员”相对应的概念是“公务员”。虽然在行政法上,“公务员”的概念和范围是清楚的,但在刑法上,一般认为公务员的概念和范围应有别于行政法:刑法上的公务员范围比行政法上的公务员范围广,如民意代表不是行政法上的公务员,但实务公认是刑法上的公务员。之所以如此,乃在于行政法与刑法的规范目的不同:前者是替老百姓服务,而后者是保护公民利益、维护社会秩序。(参见甘添贵:《新修正刑法公务员的概念》,载《刑法公务员概念的比较研究学术研讨会论文集》,2010 年 4 月,辅仁大学。)至于刑法上的公务员范围究竟为何,这是一个世界性的难题,用台湾学者黄荣坚的话来说:“还没有哪个国家已完全解决‘公务员’这个概念的明确内涵。”究其原因,在于刑法上的“公务员”(“国家工作人员”)与其说是一个法学概念,还不如说是一个社会学概念和政治学概念,其范围的收缩与反收缩、扩张与反扩张需要结合统治者对国家任务和角色定位的认识、一定社会形态下的政治结构、经济结构和社会结构来思考,这就从某种意义上决定了它的“不确定性”。

⑥例如,1952 年中央人民政府公布实施的《惩治贪污条例》,将“一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员”、“社会团体的工作人员”、“现役革命军人”等都纳入“国家工作人员”的范围。

⑦因此,一个可行的思路是,刑法既在总则规定“国家工作人员”的一般定义,又在分则中针对不同的犯罪对“国家工作人员”的具体范围予以界定。

⑧从严格贯彻罪刑法定原则出发,我并不同意将此类中国特色的问题作为游离于法律之外的“前理解”现象来处理,而是主张立法不要回避中国的现实。

⑨根据该《批复》,国有公司的认定应采纯国有说(过去司法实践中出现过采国有控股说),即资产完全属于国有性质的公司才属于国有公司;在国有资本控股或者参股的股份有限公司中从事管理工作的人员,除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外,不属于国家工作人员。

⑩参见董显革、徐庆平:《千万富翁 7 年翻案历程:从死刑犯到无罪释放》,载《中国经济周刊》2007 年 2 月 5 日。同一个行为人,同一种行为,在事实没有变化的情况下,却一会死刑,一会无罪,对此,我不得

不生出质疑和困惑:难道它要么社会危害性极大,要么就根本没有社会危害性?这样巨大的反差怎不令人深思!

⑪如前述关于戴“红帽子”企业的性质认定是采“形式说”还是“实质说”,论者说法不一。

⑫如通过立法解释或者司法解释将某一种行为解释为“公务”,或将某一类人解释为“国家工作人员”时,不要溯及既往,只对该立法解释或司法解释颁行以后发生的行为生效。

参考文献:

- [1] 高铭暄. 中华人民共和国刑法的孕育和诞生[M]. 北京: 法律出版社, 1981.
- [2] 甘明秀. 刑事诉讼实用大全[M]. 石家庄: 河北人民出版社, 1993.
- [3] 朱云山. 论国家工作人员——对刑法第九十三条的解读[R]. 北京: 中国社会科学院法学研究所博士后研究报告, 2009.
- [4] 陆学艺. 当代中国社会结构[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2010.
- [5] 冒群, 等. “农民法官” 渎职无罪震动司法界[N]. 解放日报, 2003-03-14.
- [6] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室. 中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [7] 赵秉志, 等. 论国家工作人员的界定[J]. 法律科学, 1999, (5).
- [8] 高铭暄, 赵秉志. 新中国刑法立法文献资料总览: 中[G]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1998.
- [9] 赵秉志. 刑法新教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001.
- [10] 顾昂然. 全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释(草案) 审议结果的报告[G] // 高铭暄, 赵秉志. 中国刑法立法文献资料精选. 北京: 法律出版社, 2007.
- [11] 高铭暄, 赵秉志. 新中国刑法立法文献资料总览: 下[G]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1998.
- [12] 杨建民. 一起“没有” 责任人的人命案[J]. 方圆, 2002, (10).
- [13] 程皓. 渎职罪的立法缺陷概述[G] // 赵秉志. 刑法学研究精品集锦(2). 北京: 法律出版社, 2007.

[责任编辑 韩顺友]