

渎职罪若干问题研究

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 内容摘要

97 刑法对渎职罪进行了较大修改, 突出了对国家机关工作人员渎职行为的打击, 但由于立法上存在的种种弊端, 影响了对渎职犯罪查处工作的正常进行。笔者试就实践中存在的三个较为普遍和突出的问题进行探讨。

渎职罪的主体问题。笔者从渎职罪主体的立法沿革着手探寻立法意图, 认为对国家机关工作人员范围的界定要在符合法律规定的前提下充分发挥刑法的评价功能。接着, 笔者分析了国家机关工作人员的本质特征, 认为一定的资格身份和从事国家机关公务是国家机关工作人员不可偏废的两个基本要素。在此基础上, 笔者对国家机关工作人员的范围进行了界定, 并对实践中存在的对部分人员是否具有国家机关工作人员的主体资格的争议进行了评议。

滥用职权罪与玩忽职守罪的界定。理论界对两罪的区分主要有客观行为论、主观罪过论和混合标准论三种不同的观点, 不同程度地存在与立法、传统理论及司法实践的矛盾和不相协调, 在实践中操作性不强。笔者认为, 渎职罪的犯罪行为主要有逾越职权、不正确履行职责和不履行职责三种基本表现形式, 可以从行为的表现形式对二罪进行区分。同时, 引入复合罪过的理论可以解决传统罪过理论与立法的不协调, 也便于实践中的操作。

渎职罪与受贿罪的罪数问题。此问题立法上存在相互矛盾的规定, 在司法实践中有的作一罪论处有的作二罪并罚, 理论界则观点纷呈、各执一词。笔者认为, 行为人渎职犯罪又收受他人达到受贿罪的定罪数额标准的财物时, 是实施了二个犯罪行为, 成立实质上的两罪。两罪不存在法条竞合或想象竞合的关系, 在对牵连犯采取数罪并罚的情况下, 受贿罪与渎职罪是否存在牵连关系实际上已不再重要。有不少一罪论观点提出数罪并罚违背了“一行为不能重复评价”原则, 笔者认为行为人实施的是两个犯罪行为, 不存在重复评价的问题。最后, 笔者对 97 刑法第 399 条第 3 款的规定进行了评议, 并介绍了国外类似问题的相关立法, 认为就我国目前的国情及现状而言, 以两罪论更有利于打击犯罪的现实需要。

打击渎职犯罪是我国法治进程中的当务之急。渎职犯罪在立法和司法中存在的问题, 值得刑法学界深入研究。笔者希望理论界重视对渎职犯罪问题的研究, 以统一执法思想, 提高执法水平, 促进司法公正。

关键词: 渎职罪 主体 滥用职权罪 玩忽职守罪 罪数

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 引 言

渎职罪，有广义和狭义之分。广义的渎职罪是指具有一定职务职责的人员在履行职务行为过程中所实施的违背职责、义务的行为。从主体上，即包括国家工作人员的渎职行为，也包括公司、企业、事业单位中的非国家工作人员的渎职犯罪。从犯罪的形式上，即包括玩忽职守、滥用职权等渎职犯罪行为，也包括贪污、受贿、侵占、挪用公款等职务犯罪行为。狭义的渎职罪，则仅指我国 97 刑法第九章中所规定的渎职犯罪，即国家机关工作人员在履行职责或者行使职权过程中，玩忽职守、滥用职权，危害国家机关的正常活动，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。本文所要探讨的渎职罪，是仅指刑法第九章所规定的狭义的渎职犯罪。

1979 年刑法将渎职罪规定于第八章，共有 8 个条款，规定了国家工作人员的渎职犯罪，包括有受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪、玩忽职守罪、泄露国家重要机密罪、徇私舞弊罪、私放罪犯罪、虐待被监管人员罪、妨害邮电通讯罪九个罪名。由于 79 刑法对渎职罪的规定过于简单，全国人大常委会在通过的单行刑事法规中，逐渐增加了不少渎职犯罪的规定。97 刑法为了改变渎职罪分散、零乱，不适应打击渎职犯罪需要的状况，对渎职罪进行了较大的修改，在立法体例上进行了调整：一是在 97 刑法第八章单设了贪污贿赂罪。二是将妨害邮电通讯犯罪和体罚虐待被监管人员犯罪行为规定在 97 刑法第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪中。三是以渎职罪专章规定国家机关工作人员的渎职犯罪。修改后的刑法第九章渎职罪共有 23 个条文，33 个罪名。有以下特点：1. 除 398 条第 2 款外，犯罪主体界定为国家机关工作人员。其中有的犯罪主体是一般国家机关工作人员，有的是司法工作人员或特定国家机关工作人员。2. 从玩忽职守罪中分解出滥用职权罪，并对玩忽职守罪和滥用职权罪采取了一般规定和特别规定相结合的立法体例，对徇私舞弊类渎职犯罪也采取了一般规定和特别规定相结合的体例，以免疏漏。3. 将十几年来民事、经济、行政法律中“依照、”“比照”刑法玩忽职守、徇私舞弊罪追究刑事责任的条文，改为刑法的具体条款，并针对现实生活中经常出现的某些渎职犯罪行为增加了一些新的规定。

4. 犯罪主观罪过从单一的过失犯罪改变为既可以是故意也可以由过失构成。

5. 提高了渎职罪的法定刑，对一些情节特别严重的渎职犯罪，最高可判处 15 年有期徒刑。1999 年，最高人民检察院公布《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》（以下简称《立案标准》），对第九章渎职罪的罪名概念和追究刑事责任的起点又作了进一步的规定。总之，97 刑法和有关司法解释加大了惩罚渎职犯罪的深度和广度，成为我国惩治腐败强有力的法律武器。

但由于立法在渎职犯罪主体界定及管辖分工上的不科学，司法体制中存在的侦查机制僵化、运转不灵、侦查措施落后，以及行政干预过多等等问题，严重影响了对渎职犯罪的查处和惩治工作。在 97 刑法颁行后的近二年的时间里，全国打击渎职犯罪的工作陷入前所未有的低谷。一方面因渎职犯罪造成国家人民利益重大损失的例子俯拾皆是，另一方面司法机关查处工作却难于开展，严重损害了法律的尊严和权威。为了加大对渎职犯罪的打击力度，最高人民检察院于 2000 年 5 月作出了《关于加强渎职侵权检察工作的决定》，2000 年，全国检察机关立案侦查渎职侵权案件 7930 件，比 1999 年上升了 44.9%<sup>1</sup>。随着对渎职犯罪查处工作的全面、深入开展，关于渎职犯罪实体和程序立法上存在的弊端以及刑法理论中存在的种种认识分歧渐渐暴露出来，在执法过程中产生诸多的争执，以至执法思想混乱，执法严重不统一，司法公正难有保障。笔者试就实践中较突出的带普遍性的三个实体法问题进行探讨，以抛砖引玉。

<sup>1</sup> 高安：《决不容许渎职侵权犯罪蔓延——去岁全国检察机关查办渎职侵权犯罪案件取得明显成效》，《检察日报》2001 年 2 月 1 日第 1 版。

## 第一章 渎职罪主体研究

渎职罪主体的认定是刑法学中的热点问题，如何理解国家机关工作人员的本质特征，直接关系到国家机关工作人员范围的认定，进而影响到行为人的刑事责任。由于观点分歧，导致了司法活动中的不同结论，影响了法律适用的统一性。

### 一、渎职罪主体的立法沿革

79 刑法的渎职罪主体是指 79 刑法第 83 条规定的一切国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员。随后，全国人大常委会有关立法及司法解释不断扩大国家工作人员的范围，1988 年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》把集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员也列入受贿罪的主体范围，从立法上实际扩大了国家工作人员的范围。此后至 95 年全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》出台前，立法机关、司法机关未再对国家工作人员的范围作出新的规定。在这段时间里，由于我国计划性政治、经济体制变化不大，全民所有制经济渗透我国政治、经济的各个领域、各个行业，因此，这种国家工作人员的界定是符合我国当时的现状的，执法中也没有太多的争议。

随着经济体制改革的深入，大量非国有经济介入了我国经济领域的各个方面，对国有经济中的一些非国家工作人员如何认定，对一些名为国有、集体所有实为私有的企业中人员性质的界定，引起了广泛的探讨。1995 年全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》出台，把公司、企业中的人员区分为国家工作人员与非国家工作人员，就此在司法界展开了对国家工作人员主体资格的大论争。1995 年最高人民检察院在《关于办理公司、企业人员受贿、侵占和挪用公司资金犯罪案件适用法律的几个问题的通知》（以下简称《通知》）中，以是否“从事公务”作为划分国家工作人员与非国家工作人员的标准；与此同时，最高人民法院《关于办理违反公司法贪污、受贿、挪用公款等刑事案件适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）规定：国家工作人员是指在国有

公司、企业或其他公司、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、股份制公司、企业中行使管理权，并具有国家工作人员身份的人员。由于法院审判权的地位决定，实践中基本上执行最高人民法院的司法解释。在渎职犯罪的打击惩处中，也同样执行这一规定。

97 刑法修订之前，对渎职罪主体的界定有三种不同的观点<sup>1</sup>：第一种意见认为渎职罪的主体限于国家工作人员；第二种意见认为渎职不仅包括读公务之职，也应包括读业务之职。因此建议渎职罪一章应当分两节分别对国家工作人员渎职罪和违反职业义务罪加以规定；第三种意见认为为突出打击重点，维护国家机关的清正廉洁，渎职罪这一章的主体应严格限制在国家机关工作人员的范围内。从 97 刑法规定看，采纳了第三种意见。除了第 398 条所规定的故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪可以由一般主体构成之外，其他渎职犯罪主体都严格限定是国家机关工作人员，非国家机关工作人员不能作为渎职犯罪的主体。

97 刑法实施后，关于渎职罪主体的规定受到理论界和司法部门，特别是来自对渎职罪负管辖职能的检察机关的抨击。主要有四个方面的问题<sup>2</sup>：一是将渎职罪的主体限定为国家机关工作人员，使得国家机关工作人员以外的其他国家工作人员的许多渎职犯罪行为因主体身份与国家机关工作人员不相符合而无法追究；二是渎职罪章中一些条款所规定的渎职犯罪主体与司法实践发案主体不完全符合，难于发挥应有的作用；三是修订刑法关于国家机关工作人员以外的其他国家工作人员具体渎职犯罪的规定数量极其有限，且存在缺陷，难以适应同国家工作人员渎职犯罪斗争的实际需要；四是对“国家机关工作人员”的概念没有规定，对国家机关工作人员的认定无法可依，影响了罪与非罪、此罪与彼罪的认定，也影响了法律的正确适用。97 刑法颁布近二年时间内，对渎职犯罪的打击陷入了前所未有的低谷状态，以上问题不能不说是一个重要的原因。

由于 97 刑法渎职罪主体规定中存在的上述明显缺陷，1998 年 3 月召开的九届人大二次会议上，许多代表纷纷提出修改刑法关于渎职罪主体规定的议案，建议将渎职罪的主体范围由“国家机关工作人员”改为“国家工作人员”，并在

<sup>1</sup> 敬大力主编：《刑法修订要论》，法律出版社 1997 年版，第 215 页。

<sup>2</sup> 韩耀元著：《渎职罪的定罪与量刑》，人民法院出版社 2000 年版，第 57-71 页。



97 刑法第 397 条的规定中增加第 3 款：即“其他国家工作人员犯前两款罪的，依照前两款的规定酌情处罚”<sup>1</sup>。

1999 年全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案》对刑法第 168 条国有公司、企业直接负责的主管人员徇私舞弊造成破产亏损罪进行修改：主体扩大到国有公司、企业、事业单位的工作人员，客观方面不局限于徇私舞弊造成破产亏损，扩大到玩忽职守或滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为。立法者的目的在于以此弥补 97 刑法在国家工作人员渎职犯罪上的立法缺陷<sup>2</sup>。但是，缺陷仍然存在。其一，对国有公司、企业、事业单位工作人员渎职行为造成国家利益之外的公共财产、集体利益或人民群众的利益损失的，仍无追究刑事责任的法律依据；其二，对于人民团体及受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托的国家工作人员、其他依照法律从事公务的人员的渎职行为，也仍然没有追究刑事责任的法律依据；其三，对于“国家机关工作人员”的概念仍未予明确，执法中对“国家机关工作人员”的范围仍有很大的争议。因此，把渎职罪的主体范围扩大到“国家工作人员”的呼声仍然到处可闻。

笔者认为，即然立法者执意将刑法第九章渎职罪的主体规定为“国家机关工作人员”，其立法意图显然仍在于突出对国家机关工作人员渎职行为的打击，维护国家机关工作人员职务行为的廉洁性。且 97 刑法对于国家机关工作人员之外的国家工作人员的渎职犯罪分散规定于其他章节中，如果把第九章的主体范围扩大到“国家工作人员”，必然涉及到整个刑法体系的修改，不利于维护刑法的稳定和权威。再者，对于国家机关工作人员之外的其他国家工作人员的渎职犯罪也基本上可以依法惩处，对前所提及的前二个缺陷，可通过司法解释、法理解释尽量予以弥补，并有待于立法的最后解决。对于司法实践中存在的公安部门对渎职犯罪的打击难于适应实际需要的情况，在法律未做出修改之前，则应着力于提高公安部门的侦查力度，而不是由其他部门越俎代庖。当前当务之急在于对国家机关工作人员范围作出科学的界定。对国家机关工作人员的界定，笔者认为应遵循几个原则：首先要符合法律的规定，离开法律的基本标准，就

<sup>1</sup> 韩耀元著，前引文，第 72 页。

<sup>2</sup> 参见全国人大法律委员会副主任委员顾昂然：《关于〈中华人民共和国刑法修正案（草案）〉的说明》，《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1999 年第 6 期，第 697-699 页。

会出现各执一词，各自为政，从而造成执法中的混乱局面。其次，应在不违背刑法规定的情况下，根据社会实际需要，努力使刑法最大限度地发挥对犯罪行为的否定性评价的功能；再次，应从刑法的整体效力出发，其他规定已能够解决的问题，不宜再作为国家机关工作人员的界定对象，以免造成新的冲突，浪费立法、司法资源。

## 二、国家机关工作人员的法律特征

### （一）国家机关工作人员的基本要素

关于国家机关工作人员的基本要素，目前主要有三种不同的观点：

第一，身份说。认为国家机关工作人员必须具有国家工作人员的身份。此观点自1995年最高人民法院《解释》的规定始延续至今。什么是国家工作人员身份？实践中实际上等同于“国家干部身份”，确定的标准是：是否填过中共中央组织部制定的《干部履历表》，是否经县以上人事管理机关审批或备案，是否经国家正式分配到公司、企业的大、中专毕业生以及军转干部，是否在单位的编制之内。例如，江苏省高级人民法院与江苏省人民检察院1996年《关于公司、企业中贪污、受贿、挪用公款与侵占、商业受贿、挪用资金罪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<sup>1</sup>。有学者把此种观点形象地称为“血统论”<sup>2</sup>。97刑法施行后，2000年2月13日，最高人民法院《关于对受委托管理经营国有财产人员挪用国有资金行为如何定罪问题的批复》答复：“对于受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的非国家工作人员利用职务上的便利挪用国有资金归个人使用构成犯罪的，应当依照刑法第272条第1款的规定定罪（挪用资金罪）处罚。”该批复一方面承认有关人员是受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，又说这些人是“非国家工作人员”，无疑是身份论的翻版。此批复虽然是对挪用犯罪主体的答复，但反映出对国家工作人员，

<sup>1</sup> 转引自孙裕芳：《浅评立法、司法对国家工作人员的界定——兼评最高人民法院（2000）5号〈批复〉》，《上海检察调研》2000年第7期，第39页。

<sup>2</sup> 敬大力主编，前引书，第142页。

乃至对更具有特定性的国家机关工作人员在认识上仍以身份为判断标准的观点。目前学术探讨中也有“在国家机关中从事公务的人员理应是具有国家工作人员身份的人”的说法<sup>1</sup>。

第二，公务说。此观点认为国家机关工作人员应以是否从事国家机关的公务来衡量<sup>2</sup>，如果行为人的职业不是从事公务，就不构成国家机关工作人员。此观点最具代表性的当属最高人民检察院《通知》的规定。2000年10月，最高人民检察院连续作出《关于合同制民警能否成为玩忽职守罪主体问题的批复》和《关于属工人编制的乡（镇）工商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》，明确指出：批复中所指两类人员均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。

第三，身份与公务兼具说。认为从事公务是国家工作人员的本质特征，而从事公务活动又需要一定的资格身份，这种资格身份不能片面地强调为仅指具有国家工作人员身份而言，它还应包括依法取得从事公务的一种资格。因此，在界定国家工作人员范围时，必须把“身份”和“公务”有机地结合起来，二者不可偏废<sup>3</sup>。

上述前两种观点各有其合理性，但均存在不同程度的缺陷。

### 1. 对身份说的评析

身份说的最大优点是防止将国家机关工作人员的范围扩大化，与刑法缩小国家机关工作人员的范围的精神相吻合。但随着我国经济体制改革和政治体制改革的深入，用人制度和人事制度不断完善，不少不具有国家干部身份的人员，走向了从事公务的岗位。如果将国家机关工作人员限制于所谓干部的身份，以过时的、传统的人事制度观念指导新形势下的执法活动，即不符合法律的规定，造成打击不力，在一定情况下，也会造成身份的泛化。

（1）身份论违背了刑法关于国家工作人员的有关规定。根据 97 刑法第 93 条规定，国家工作人员既包括在国家机关或国有公司、企业、事业单位、人民团体中具有国家工作人员身份的从事公务的人员，也包括在上述单位中从事

<sup>1</sup> 江礼华：《论国家工作人员范围的界定》，载于胡驰、于志刚主编：《刑法问题与争鸣》1999年第1辑，中国方正出版社1999年版，第310页。

<sup>2</sup> 王菊芬、陈文飞：《试析修订刑法关于国家工作人员的范围》，载于胡驰、于志刚主编《刑法问题与争鸣》1999年第1辑，中国方正出版社1999年版，第321页。

<sup>3</sup> 江礼华，前引文，第309-310页。

公务的不具有国家工作人员身份的人员及受委托或依法从事公务的不具有国家工作人员身份的人员。身份论把国家工作人员的范围仅限于具有特定的国家干部身份的人员，无疑把后两类人员排斥在外，明显违反了刑法的规定。

(2) 身份论将造成对渎职犯罪的打击不力和执法不平衡的情况。

首先，坚持身份论，对不具有国家机关工作人员的身份，但依法从事国家机关公务的人员的渎职行为，不论其是否在国家机关中工作或其渎职行为造成公共财产、国家、人民利益多大的损失，均无法追究其刑事责任。

其次，身份论造成适用法律的失衡与不公。特别在共同犯罪中，同样实施了玩忽职守、滥用职权的行为，同样造成了公共财产、国家、人民利益的重大损失，有的行为人却因不具有国家机关工作人员的“身份”而可以逃避法律的制裁，造成罪与非罪、罪轻罪重的不同结果。

(3) 身份论造成了对渎职犯罪的管辖上的混乱。97 刑法对管辖问题作了严格的限制。刑法第九章国家机关工作人员的渎职犯罪由检察机关管辖，其他国家工作人员的渎职犯罪由公安机关管辖。坚持身份论造成管辖的混乱主要在于对共同渎职犯罪的管辖问题。具有国家机关工作人员身份的人员与具有国家工作人员身份的人员在履行国家机关公务活动中共同犯罪，前者应由检察机关管辖，后者则应由公安机关管辖，人为造成许多侦查障碍。

(4) 唯身份论有时也会造成身份的泛化，实践中有种观点认为，只要有了国家机关工作人员的身份，不论行为人从事的是否国家机关的公务，均适用渎职罪的规定定罪量刑。

## 2. 对公务说的评析

公务说较好地把握了国家机关工作人员的本质特征，有利于打击犯罪，符合我国当前打击犯罪的实际需要。但公务说片面强调从事公务，忽略了从事公务需具有一定的前提条件，也就是从事公务的合法性来源。

首先，从 97 刑法第 93 条的规定看，从事公务或者是在国家机关、国有单位中从事公务的人员，或者是受国家机关、国有单位之委派到非国有单位从事公务的人员，或者是其他依照法律从事公务的人员，如果不具有上述国有单位人员、受委派人员或依照法律等前提，便没有资格从事刑法意义上的公务。

其次，根据 97 刑法第 93 条的规定，国家机关工作人员与国家工作人员是二个不同的概念。国家工作人员包括国家机关工作人员和以国家工作人员论的

准国家工作人员两部分，国家机关工作人员肯定是国家工作人员，但所有的国家工作人员并不一定就是国家机关工作人员，二者的概念是不可混淆的。在司法实务中，不把握从事公务的前提条件，就会产生公务泛化的弊端，把所有从事公务的人员都归入国家机关工作人员的行列。这种做法，抹杀了国家工作人员与国家机关工作人员的界限，有扩大国家机关工作人员范围之嫌，这与 97 刑法突出打击国家机关工作人员渎职犯罪的精神是不相吻合的。

### 3. 对身份与公务兼具说的评析

从前述分析，身份论与公务论，片面地强调国家机关工作人员的一方面特征，都是违反现有法律的规定，在实践中必然造成对渎职犯罪的执法混乱、损害法律尊严与权威的局面。身份与公务兼具说提出了资格身份的观点，认为身份与公务二者不可偏废。这一观点，将公务与身份作为国家机关工作人员的两个基本要素，较好地克服了前两种观点各自的弊端，但国家机关工作人员的身份及其所从事的公务具有哪些特征仍需进一步明确。

## （二）国家机关工作人员基本要素的法律特征

一定的资格身份与从事公务是国家机关工作人员的两个缺一不可的基本要素。具有国家机关工作人员的资格身份从事国家机关公务性质的活动的人员，是刑法所指国家机关工作人员。而仅具有国家机关工作人员身份而不从事国家机关公务活动的，或从事国家机关公务活动而不具有国家机关工作人员身份的，都不是国家机关工作人员。因此，确定国家机关工作人员的范围，必须深入分析二个基本要素的特征。

### 1. 国家机关工作人员从事公务的法律特征

国家机关工作人员是国家工作人员的一部分，其所从事的公务是具有特殊范围的公务，与国家工作人员的从事公务既有同一性，又有其特殊性。

（1）从事的必须是国家机关的公务。从词义上讲，所谓公务，是泛指一切公共事务而言，它包括国家性质的公务、集体性质的公务。刑法意义上的公务，根据 97 刑法第 93 条的规定，国家工作人员的公务指国家公务而言，是代表国家进行的公务活动，不包括集体事务。国家公务又包括两个部分，一是国家机关的公务，二是国有公司、企业、事业单位、人民团体的公务活动。国家机关工作人员从事的公务必须是国家机关的公务活动。国有公司、企业的经营

管理活动、国有事业单位、人民团体的管理活动，均不属于国家机关的公务活动。

(2) 从事的公务活动具有公共管理性。国家机关公务活动是指在履行国家机关职能中行使组织、领导、监督、管理职能的活动。它体现公共管理性，是以国家的名义管理的、与广大人民群众利益以及社会的生存和发展相关的事务。国家机关公务不同于劳务。所谓劳务是指“一切以劳力为主从事生产性、经营性、社会服务性的活动”<sup>1</sup>。它与公务的根本区别在于这种活动不具有国家权力性、职能性和管理性。从事劳务的人员不是国家管理意义上讲的管理者，是被管理者。他们所从事的职业活动，主要是靠提供劳力来实现的，是在管理者的组织、领导、监督、管理之下进行的。在国家机关中，工人、勤杂人员等，其从事的是国家机关中的一般劳务，故不能将他们纳入国家机关工作人员之列。

(3) 从事公务活动具有规定性。国家机关工作人员的公务活动涉及面很广，包括政治、军事、经济、科学技术、思想教育、文体卫生以及对与社会秩序有关事务的管理。但这些管理活动并非漫无边际，必须受法律所规定的职权范围的限制，超越法律规定范围的，不是国家机关的公务活动。如有的国家机关自办企业，其经营活动超过了宪法规定的职权范围，不能视为是国家机关的公务活动。

(4) 从事公务具有职权性。公务活动是通过具体的行为人的行为来加以实现的，从事职能活动的人员，为了能有效完成职能活动，必须赋予其相应的管理权限，在法律上意味着具有履行国家管理社会的职能以及在职务范围内对社会进行管理的一定权力。这种职权性，是国家所赋予的，因此具有国家的约束力和强制力，体现在公务的行为对象必须服从公务人员的要求。

(5) 从事公务的合法性。公务活动是具有特定主体的人的职务活动，这种职务的赋予是依照一定的程序产生的。

## 2. 国家机关工作人员资格身份的法律特征

这里所说的资格身份不是“身份说”意义上的在人事部门、组织部门备过案、在单位编制内人员的干部身份，它是指依法取得的从事国家机关公务的一种资格，一切合乎国家人事制度规定、依照正当的程序取得的都是依法取得的

<sup>1</sup> 江礼华，前引文，第312页。

范畴。从取得方式上看，是依照有关法律、条例、章程、规定，通过考试录用、上级任命、聘任、民主选举等方法产生的人员；从形式上看，有正式任职的人员，也包括聘用、借用、授权、委托的非正式人员；从时间上看，有长期的，也有临时性的。在此，应注意区分国家工作人员资格身份与国家机关工作人员的资格身份。根据 97 刑法 93 条的规定，有三种人员具有国家工作人员资格身份：一是在国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员；二是受上述单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事公务的人员；三是其他依照法律从事公务的人员。区分二者的关键在于是否为国家机关工作，也即其行为是否以国家机关的名义进行，而其以国家机关名义进行活动是否取得国家机关的事先授权。肯定的，则具有国家机关工作人员的资格，否定的，则不具有此资格。

从上述对国家机关工作人员基本要素法律特征的分析，笔者认为，所谓国家机关工作人员是指得到国家机关事先授权的，以国家机关名义从事国家机关公务的工作人员。

### 三、国家机关工作人员范围的界定

#### （一）国家机关及其工作人员的范围

关于国家机关的范围，我国刑法理论界存在以下几种观点：第一种观点认为，“国家机关”就是指从事国家管理和行使国家权力，以国家预算拨款作为独立活动经费的中央和地方各级组织。具体包括各级权力机关、行政机关、司法机关以及军队系统的各级机构<sup>1</sup>。第二种观点认为，国家机关是国家为行使其职能而设立的各种机构，是专司国家权力和国家管理职能的组织。具体范围包括第一种观点所述机关及中国共产党的各级机关以及政协的各级机关<sup>2</sup>。第三种观点认为，国家机关包括第二种观点所述范围，及一些名为总公司但实为国家行政部门的机构<sup>3</sup>。第四种观点范围最广，除第三种观点所述范围外，还包括工会、

<sup>1</sup> 敬大力主编，前引书，第 148 页。

<sup>2</sup> 江礼华，前引文，第 314 页。

<sup>3</sup> 侯国云、白岫云著：《新刑法疑难问题解析与适用》，中国检察出版社 1998 年版，第 187 页。

共青团、妇联等群众性组织、部分行政机关的直属事业单位等<sup>1</sup>。

笔者认为，国家机关首先应是一个有别于公司、企业、事业单位、人民团体的机构，其本质特征在于从事国家管理和行使国家的权力。第一种观点把国家机关等同于宪法规定的国家机构，划分范围太窄，与我国的国情不符；第三种、第四种观点则把公司、事业单位等纳入国家机关的范围，混淆了国家机关工作人员与国家工作人员的界线，划分太宽。笔者同意第二种观点所划定的具体范围。因此，国家机关工作人员，是指具有中国共产党各级机关、政协各级机关和各级国家机构事先授权的资格身份，以上述国家机关名义从事国家机关公务的工作人员，既包括在上述国家机关中的正式工作人员，也包括各种非正式的、临时性的从事国家机关公务的人员。

1. 中国共产党、中国人民政治协商会议各级机关工作人员。中国共产党是执政党，我国宪法赋予其在国家事务中居于领导一切的地位。中国人民政治协商会议是广泛代表性的统一战线组织，在中国共产党领导下，实现同各民主党派及其他民主团体和爱国人士进行政治协商的机关，是国家重要的参政、议政机关，其所从事的是具有全局意义的管理国家事务的活动。因此，中国共产党及政协的各级机关应纳入国家机关的范围，在其各级机关中从事公务活动的人员具有国家机关工作人员的主体资格。实践中，中国共产党机关应限于设于政府部门中的党的机关。

## 2. 中央和地方各级国家权力机关的工作人员

人民代表大会制度是我国的根本政治制度。人民代表大会是国家权力机关，包括中央和地方各级人民代表大会及其常务委员会。权力机关工作人员是指为了权力机关工作正常运行而进行机关事务管理工作的人员，也即全国人民代表大会及地方各级人民代表大会中从事公务的人员。包括全国人民代表大会常务委员会委员长、副委员长、秘书长、地方各级人民代表大会常务委员会领导及组成人员，以及全国与地方各级人民代表大会常务委员会各工作机构中履行组织、领导、监督、管理等职责的人员。

## 3. 中央和地方各级行政机关的工作人员

国家各级行政机关中从事公务的人员，即国务院及其各部委和地方各级人

<sup>1</sup> 宋长春：《论渎职罪主体的界定》，《人民检察》2000年第11期，第20-23页。



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库