

# 关于“国家机关工作人员”的本质论

李希慧, 贾济东

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

**摘要:** 在刑法规定渎职罪主体为国家机关工作人员的前提下, 全国人大常委会对渎职罪主体的适用问题做出了扩大性的立法解释, 这实质上是对“国家机关工作人员”的外延做了广义的解释。外延的变化必然影响到内涵的界定, 关于渎职罪主体即“国家机关工作人员”的本质论也需刷新, 即应坚持以具备资格为前提, 以拥有职责和职权为基础, 以职务名义从事国家管理、公共管理和社会管理等公务为核心的三位一体的“新公务论”。

**关键词:** 渎职罪主体; 立法解释; 国家机关工作人员; 本质

中图分类号: D914

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2003)03-0310-04

我国立法机关在1997年修改刑法时, 将渎职罪一章所规定的犯罪主体由国家工作人员修改为国家机关工作人员, 即在国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关和军事机关中从事公务的人员。这一修改旨在突出打击重点, 然而却造成了刑事实体法与刑事程序法关于渎职罪主体范围规定的相互冲突, 特别是由此而产生的刑事法网不严等问题, 给司法实践部门带来诸多困惑。在办案部门的强烈要求下, “两高”做出了一系列司法解释, 对渎职罪主体的适用范围予以扩大。但这些司法解释仅为个案解释, 且实属越权解释, 其合理性受到了有关学者的质疑。在这种情况下, 全国人大常委会接受“两高”的建议, 做出了立法解释, 对渎职罪主体的适用范围进行扩大。这一立法解释虽然在很大程度上解决了刑法规定与其他法律规定的冲突问题, 但也引发了一些解释论方面的问题。本文拟从渎职罪主体立法解释的评析入手, 从解释论的角度对国家机关工作人员的内涵进行剖析。

## 一、渎职罪主体立法解释评析

2002年12月28日, 第九届全国人民代表大会常务委员第三十一次会议对刑法第九章渎职罪主体的适用问题做了如下解释: “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, 或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权

的组织中从事公务的人员, 或者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, 在代表国家机关行使职权时, 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。”

根据全国人大常委会法制工作委员会副主任胡康生2002年12月23日在第九届全国人民代表大会常务委员第三十一次会议上所做的“对《全国人民代表大会常务委员关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释(草案)》的说明”, 该解释将以下四类组织中的人员纳入渎职罪主体范围: 一是法律授权规定某些非国家机关的组织, 在某些领域行使国家行政管理职权; 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。上述组织中的人员虽然在形式上未列入国家机关编制, 但实际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、徇私舞弊构成犯罪的, 也应按照国家机关工作人员渎职罪的规定处罚。

这一解释将渎职罪主体的范围予以扩大, 新增加的四类人员符合渎职罪主体的规定已无疑义。问题在于, 这四类人员是否属于“国家机关工作人员”的范畴? 渎职罪主体的范围是否仍为“国家机关工作人员”? 究竟应如何界定“国家机关工作人员”?

笔者认为,刑法立法解释不等于刑法修正案,既然刑法规定渎职罪的主体是国家机关工作人员,立法机关又没有对此予以修正,那就表明渎职罪的主体范围仍应被解释为“国家机关工作人员”。只不过这里的“国家机关工作人员”应采广义,囊括了新增增加的四类人员(可称之为“准国家机关工作人员”),与传统的“国家机关工作人员”概念即在国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关和军事机关中从事公务的人员这一狭义概念显然有别。也就是说,关于渎职罪主体适用问题的立法解释实质上是对“国家机关工作人员”的外延做了广义的解释,从而扩大了渎职罪的主体的适用范围。外延的变化必然影响到内涵的界定,那么,如何界定“国家机关工作人员”的内涵呢?

## 二、“国家机关工作人员”内涵的真义

国家机关工作人员(下文采广义)的内涵或称本质特征,是渎职罪主体的灵魂。刑法理论界和司法实务界曾就这一问题展开了长期而激烈的论争,可谓学说林立,观点各异。

### (一) 理论综述及评价

关于国家机关工作人员的本质特征,主要有以下5种学说:

#### 1.“身份说”

该说也称“身份论”,它认为国家机关工作人员必须具备特殊身份,例如干部身份等,不具有此类身份,就不是国家机关工作人员。最早倡导“身份论”的是最高人民法院。1996年1月24日最高人民法院在《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》中将“国家工作人员”解释为“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、股份制公司、企业中,行使管理职权,并具有国家工作人员身份的人员。”由于国家工作人员包括国家机关工作人员,因此,从国家工作人员身份论中必然推导出国家机关工作人员身份论。至于什么是国家(机关)工作人员身份,并不十分清楚。通常的认定标准是:是否填过国家统一制定的《干部履历表》,是否经县级以上人事管理部门审批或备案,是否经国家正式分配的大中专毕业生以及军转干部,在单位是否有编制。以

“身份”为判断标准认定国家机关工作人员一度成为审判机关的通说,这种观点在当前的司法实践中仍然存在。

#### 2.“财产性质说”

该说认为在经济和渎职犯罪的认定中,区分行为人的行为是渎职犯罪还是普通的刑事犯罪,主要看行为人侵犯的财产是国有财产还是非国有财产,如果是国有财产,则构成渎职类犯罪。<sup>[1]</sup>

#### 3.“单位性质说”

该说认为,主体身份同其所在单位的性质有着密切联系,如果所在单位是国有单位,该工作人员显然就是国家工作人员。<sup>[2]</sup>

#### 4.“公务说”

该说又称“职能论”,它认为国家机关工作人员应以是否从事公务来衡量。国家机关工作人员的本质在于从事公务,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。“公务说”发端于1979年刑法典,这是立法上第一次正式提出“从事公务”的概念。这一理念在检察机关颇受欢迎,并被最高人民检察院应用到其所颁布的司法解释之中。例如,1995年11月7日最高人民检察院在《关于办理公司、企业人员受贿、侵占和挪用公司、企业资金犯罪案件适用法律的几个问题的通知》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。最高人民检察院这个通知的规定比较淡化身份,而强调“从事公务”及“管理职能”。现行刑法施行以后,最高人民检察院在其做出的司法解释中继续贯彻了“公务说”的思想。例如最高人民检察院在2000年连续制发的《关于镇财政所所长是否适用国家机关工作人员的批复》《关于合同制民警能否成为玩忽职守罪主体问题的批复》以及《关于属工人编制的乡(镇)工商所所长能否依照刑法第397条的规定追究刑事责任问题的批复》等司法解释规定,依法执行公务的有关人员,应以国家机关工作人员论,这就是以“公务说”为理论基础来论证的。最高人民检察院还有其他的司法解释也是如此。事实上,最高人民法院的司法解释也开始关注职能或职责。例如最高人民法院在2000年9月14日给吉林省高级人民法院的《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问题的批复》中指出:“对于未被公安机关正式录用,受委托履行监管职责的人员,由于严重不负责任,致使在押人员脱逃,造成严重后果的,应当依照刑法第400条第2款的规定定罪处罚。不负监管职责的狱医,不构成失职致使在押人员脱逃罪的主体。但是受委托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,应当依照刑法第400条第2款的规定定罪处罚。”

### 5.“身份与公务兼具说”

此种观点认为,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,在界定国家机关工作人员范围时,应将“身份”和“公务”有机地结合起来。二者不可偏废!<sup>41</sup>

上述诸说虽然各有道理,但其缺陷也是显而易见的。就“身份说”而言,它不仅无视“从事公务”的本质,而且“身份说”所谓的干部身份是一个包罗万象、含义不清的概念,随着我国政治体制的改革和市场经济体制的形成与发展所带来的人事制度和用人机制的不断完善,这一概念在一定程度上可以说已经成为历史,不足以成为一个法律概念而在定罪量刑中发挥其刑法意义。比如,当前不少不具有国家干部身份的人员走向了从事公务的岗位,他们取得从事公务资格的方式是多种多样的,有委派、有委托聘用等等。如果将国家机关工作人员限定于所谓干部身份,以过时的、传统的人事制度观念指导新形势下的执法活动,必将造成对渎职犯罪的打击不力和执法不平衡的情况。显然,“身份说”不足以揭示国家机关工作人员的本质特征,也不适应司法实践的需要。而“财产性质说”无视主体本身先于行为而独立存在的特点,过分强调了犯罪对象的地位,在逻辑上就存在着序列的倒置,因而是不可取的!<sup>41</sup>“单位性质说”不符合现行立法和司法解释的精神,并非所有在国家机关中工作的人员都是国家机关工作人员,同时,在某些非国家机关中从事公务的人员也有以国家机关工作人员论的情况。“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,符合我国当时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,即从事公务的合法性来源。<sup>45</sup>“身份与公务兼具说”提出了资格身份的观点,并主张身份与公务必须兼备,不可偏废。这一观点将身份与公务作为国家机关工作人员的两个基本要素,较好地克服了身份说和公务说各自的弊端,但国家机关工作人员的身份与所从事的公务的法律特征仍需进一步明确!<sup>51</sup>

值得一提的是,关于渎职罪主体的本质特征,历来以1995年“两高”解释之冲突即高检“公务论”与高法“身份论”之间的论战最为激烈。最高人民检察院在有关司法解释中明确以是否“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之后不久,最高人民法院出台的司法解释却将“具有国家工作人员身份”作为认定国家工作人员的一个必要条件。然而,最高人民法院的解释并没有明确“身份”的具体含义,也未说明“身份”与国家干部编制等的关系,因而司法实践中如何适用便显得困难重重,这也使司法界、学术界对最高人民法院的解释持怀疑态度,所以,在1997年修订刑法的过程中,立法机关没有采纳高法的“身份论”,更主要的是倾向了最高人民检察院的观点。于是,国家机关工作人员“从事公务”的本质特征,再一次得到立法机关的首肯。不过,传统的“公务论”并未彻底解决问题,即如何发展和完善“公务论”?笔者认为,以“新公务论”取而代之,才是当前应寻求的答案。

### (二)“3+3”模式:三位一体的“新公务论”之提倡

经过上文的分析和评判,我们发现,当前的各派理论并没有准确揭示国家机关工作人员即渎职罪主体的本质。那么,何为国家机关工作人员内涵的真义?对此,笔者不揣浅陋地提出自己的观点:关于渎职罪主体的本质特征,应坚持以具备资格为前提,以拥有职责和职权为基础,以职务名义从事国家管理、公共管理和社会管理等公务为核心的三位一体的“新公务论”。

#### 1. 取得资格是前提

所谓资格,是指为获得某一特殊权利而必须具备的先决条件。就国家机关工作人员而言,资格的取得包括三种情况:即法定身份、经合法授权或受有权机关委托,三者有其一,即可视为具备资格。法定身份者,是指在国家机关中从事公务的人员,包括在各级国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关和军队中从事公务的人员。经合法授权者,一是在法律法规规定的或国家机关授权的单位中从事公务的人员,包括在具有行政管理职权的事业单位、公司、企业中以及在非国家机关所设的具有国家机关性质的机构中从事公务的人员;二是在国家机关中依法短期或临时从事公务的人员,例如人大代表、政协委员、人民陪审员等。受有权机关委托者是指有权机关以合同等形式聘用、委派并从事机关性质公务的人员,如合同制民警、法院合同工、临时工等。

#### 2. 拥有职权、肩负职责是基础

在按规定所承担的工作范围内拥有一定的权限,担负相应的责任,是“新公务论”的基础。行使国家管理、公共管理或社会管理的职权,履行管理国家事务、公共事务和社会事务的职责,两者是统一的。“新公务论”所谓的职权和职责,始于取得资格之时,

先于从事公务而存在,是以国家职权和社会责任为基础的一种静态层面的公共职能,包括行政职责、司法职权、立法权限等。

3. 以职务名义从事国家管理、公共管理或社会管理等公务是核心

对于“从事公务”的理解,我国刑法理论界主要有5种观点:①指从事组织、监督、管理事务性质的活动;<sup>[6]</sup>②指依法履行职责的职务行为以及其他办理国家事务的行为;<sup>[7]</sup>③指依法所进行的管理国家、社会或集体事务的职能活动;<sup>[8]</sup>④指在国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等单位中具有一定合法职务,从事组织、领导、监督、管理性的职务活动;<sup>[9]</sup>⑤指在国家机关中依法履行职责以及在公司、企业、事业单位、人民团体中履行组织、领导、监督、管理等职责。<sup>[10]</sup>这些观点虽然不无道理,但毕竟是以国家工作人员为对象的,对于渎职罪的主体而言,如此界定失之宽泛。

笔者认为,与渎职罪主体相关的“从事公务”是指以职务名义从事国家管理、公共管理或社会管理等事务。它是个人以职务名义实施的动态的、现实的具体行为。它体现的是一种公权力,行使的是国家对社会的管理职能,包括对人、财、物的管理,对政治、经济、军事、文化教育等事务的管理,与国家利益、人民群众生命财产安全以及社会的发展和进步息息相关。如此界定,也与现行刑法将“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”规定为渎职罪的法定后果正相对应。也就是说,与渎职罪主体相关的“从事公务”的内容,是指对人、财、物、事履行组织、领导、监督、管理等职责;其范围是国家事务、公共事务和社会事务等;其形式表现为以职务的名义而非个人或本单位的名义行使权力履行职责。例如,国家机关工作人员代表国家行使职权,行政性公司和事业单位的工作人员根据法律授权履行公务。

当然,如果从事的是公司内部的生产经营活动等单位公务,则不是与渎职罪主体相关的公务;如果工作人员仅在单位中直接从事生产劳动、交通运输或其他炊事勤杂等事务,也不是“新公务论”所谓的从事公务。

因此,“新公务论”的“3+3”模式可表示如下:

模式一:法定身份+ 职责权限+ 以职务名义从事国家管理、公共管理或社会管理等公务;

模式二:经合法授权+ 职责权限+ 以职务名义从事国家管理、公共管理或社会管理等公务;

模式三:受有权机关委托+ 职责权限+ 以职务名义从事国家管理、公共管理或社会管理等公务。

三者合一,即为“资格+ 职责权限+ 以职务名义从事国家管理、公共管理或社会管理等公务”。这是统帅渎职罪主体的灵魂,也是界定国家机关工作人员内涵的基本标准。

#### 参考文献:

- [1] 宋长春. 论渎职罪主体的界定[J]. 人民检察, 2000, (11): 20-23.
- [2] 周振想, 林维. 贪污罪主体研究[A]. 刑事司法指南(第1辑)[C]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [3] 王菊芬, 陈文飞. 试析修订刑法关于国家工作人员的范围[A]. 刑法问题与争鸣[C]. 北京: 中国方正出版社, 1999.
- [4] 江礼华. 论国家工作人员范围的界定[A]. 刑法问题与争鸣[C]. 北京: 中国方正出版社, 1999.
- [5] 陈立, 白珍珠. 渎职罪主体问题研究[A]. 刑法热点疑难问题探讨[C]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2002.
- [6] 苏惠渔. 刑法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [7] 张穹. 修订刑法条文实用概说[M]. 北京: 中国检察出版社, 1997.
- [8] 刘家琛. 新刑法条文释义[M]. 北京: 人民法院出版社, 1997.
- [9] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 1997.
- [10] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999.

## On the essence of functionaries of state organs

LI Xi-hui, JIA Ji-dong

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

**Abstract:** On the premise that crime subjects of dereliction of duty are functionaries of state organs by criminal law, the Standing Committee of the National People's Congress made a legislative interpretation expanding the range of subject of crimes of dereliction of duty. Actually, it expanded the range of functionaries of state organs. Extension changed, so did intension. The theory on essence of functionaries of state organs must be refreshed too. That is to say, we must insist on the new theory of public service--the trinity theory with the qualification as its precondition, the duty and authority as its basis, and in the name of the duty performing public service such as managing national affairs, public affairs, social affairs, and so on.

**Key words:** crime subjects of dereliction of duty; legislative interpretation; functionaries of state organs; essence