



腐败犯罪主体立法论

——以公务为切入点

腐败原指腐烂，变坏，变质。我们这里提到的腐败，特指有权力的因素掺杂其内的腐败，即国家或各类社会组织中从事公务的人员的腐败。这里的社会组织，可以包括政党、机关、团体、企事业单位等等政治的、经济的或文化的组织。这里的权力，即指来自于这些利益集团的成员公意，或者说公共意志。如果权力的行使背离公共意志而扭曲为服务于个人利益，腐败就随之产生。因此，腐败行为是一种权力异化现象，是“权力和私欲结合而生的罪恶之子”。参见陈卫东主编：《腐败控制论》，中国方正出版社2000年2月版，第7页。这种腐败无孔不入，渗透于社会生活的各个部门，除了传统的党政领导机关、行政执法机关、司法机关和经济管理部门的腐败以外，腐败还产生了新的表现形式，如颇受关注的足球裁判员受贿行为；民办医院人员暗收药品回扣行为；民间艺术团体举办大奖赛索取选手“辛苦费”的行为；“有偿新闻”、“买卖书号”等新闻出版领域的腐败行为，以及在学位点审批、基金项目评审、职称评定和招生工作中权钱交易的腐败行为，有人甚至认为对新闻腐败和学术腐败的危害不亚于吏治腐败和司法腐败。参见何增科：《中国转型期政治腐败的类型、程度和发展演变趋势》，<http://www.cccpe.com/text/50.html>。无论腐败行为的具体表现形式如何，但有一点是共同的，即腐败必然是从事公务的人员滥用权力的结果。如果腐败行为的危害程度已经触犯了刑事法律，就可以称之为腐败犯罪。因此，一方面，如何理解公务对于确定腐败犯罪的主体至关重要，这一点可以从刑法第93条关于“国家工作人员”的界定中得以印证；另一方面，由于公务本身并非一个严格意义上的法律概念，对其理解的差异也必然导致对上述腐败行为的认定众说纷纭，莫衷一是例如2002年的“黑哨”问题，媒体和学术界曾纷纷进行了“黑哨”罪与非罪、此罪与彼罪的学术大讨论，主要围绕裁判员从事的是公务还是劳务展开，反映出理论界和实务界对公务理解的不确定性。，因此有必要对目前我国腐败犯罪主体的立法规定进行反思并寻求完善。

一、公务说之缺陷

所谓公务，按照《现代汉语词典》的解释，是指关于国家或集体的事务，可以说这是广义的公务概念。其中，对于国家事务属于公务并无质疑，但对于集体事务能够成为公务却有着不同的理解，即便是刑事立法也未能始终如一。对于集体经济组织人员能否成为贪污贿赂罪的主体，就有一个发展变化的过程。1988年，全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》将“集体经济组织人员”列入贪污贿赂主体中，形成与“国家工作人员”并列的格局。而从1988年至今，形势又有了新的变化，私营企业和外资企业又得到了较大的发展，特别是1993年颁布《反不正当竞争法》和《公司法》以后，问题开始突出。例如，根据公司法第214条的规定，董事、监事、经理利用职权收受贿赂、侵占公司财产、挪用公司资金，构成犯罪的，依法追究刑事责任。似乎贪污、受贿等腐败犯罪的主体可以包括私营企业的雇员，但这时再扩大已经为大多数人所不能接受了，缩小主体的声音又开始占上风。为此，立法采取了限制解释的方式。1995年2月，全国人大常委会发布了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》，其中第12条规定：“国家工作人员犯本决定第九条、第十条、第十一条规定之罪的，依照《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》的规定处罚。”这样，“集体经济组织人员”就被巧妙地排除在贪污贿赂罪主体之外。

现行刑法第93条规定的国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。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。

从上述立法规定中，我们不难分析，现行立法在界定国家工作人员时，主要是以是否从事公务为判断基础的，即采用了公务说。而且从事公务本身并不受取得从事公务资格的方式的限制，也不受到在何种单位从事公务的限制，只要能认定行为人在代表国家对公共事务进行管理、领导、监督，只要行为人这种公务活动具有法律依据，那么无论是被任命从事公务，还是受委派或受委托从事公务，都应视为国家工作人员或其他依法从事公务的人员。这一点可以从立法机关的解释中得到印证。例如全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》，对于村基层群众自治性组织人员是否属于“其他依照法律从事公务的人员”的解释，就完全抛开了村民委员会成员的外在身份，而是从该委员会成员是否依法从事公务这一国家工作人员的本质特征出发来判断。即村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事有关行政管理工作，就属于刑法第93条第2款规定的其他依照法律从事公务的人员。同时，也明确了村民委员只有在协助人民政府从事行政管理工作时，其工作才体现国家对社会的组织、管理职能，如果是村民委员会等村基层组织人员从事属于村民自治范围的经营、管理活动，则不能适用该解释的规定。可以说，目前的刑事立法从公务中排除了集体事务，但公务说仍存在下列问题：

(一) 公务的含义具有不确定性

如前所述，从目前的刑事立法来看，一个人，只要他从事的是公务，即使他是工人、农民、战士，甚至是临时工或实习的学生，都有可能成为受贿罪的主体。例如受全国瞩目的2002年的“黑哨”问题，媒体和学术界曾纷纷展开了“黑哨”罪与非罪、此罪与彼罪的学术大讨论，也反映出理论界和实务界对公务理解的不确定性。其中有一种观点认为，“黑哨”执哨裁判属于“其他依照法律从事公务的人员”，应以受贿罪论处。其理由是，因为中国足协是经过国家授权并依法进行足球竞技管理的机构，它自身具有行政管理的职能，而裁判员在履行自己职务权力的时候，实际上是在行使足协行政职能，所以裁判员属于从事公务的人员，他们收了“黑钱”，就应当构成受贿罪。另一种观点认为，“黑哨”执哨裁判的行为只是一种行业范围内的业务活动和劳务活动。显然，“黑哨”执哨裁判的行为既无法律、法规之授权，也不是行使国家权力的活动。因此，“黑哨”不是“其他依照法律从事公务的人员”。这种争论反映了人们对于公务的理解的较大差异性。笔者认为，裁判员收“黑钱”的行为并不构成犯罪。理由是，裁判员既不属于国家公职人员，也不是公司、企业人员，而是受足协委托的人员。“黑哨”执哨裁判的行为既无法律、法规之授权，也不是行使国家权力的活动。因此，“黑哨”不是“其他依照法律从事公务的人员”。笔者也认为，脱离刑法规范立法原意或超出规范内涵的任意扩大解释，是对法律解释权的一种滥用，也有悖于罪刑法定原则。但最终，2003年1月底，北京市宣武区人民法院以受贿罪(而不是人民检察院起诉的公司、企业人员受贿罪)判处“黑哨”龚建平有期徒刑10年，二审法院也维持了原判。孟德斯鸠曾经说过：“法律用语，对每一个人要能够唤起同样的观念。”而现在的法规规范还远没有达到这一基本的要求。

曾在美国第二巡回区上诉法院担任十余年大法官的列纳翰德(LeamedHand)在1935年所作的一篇演讲中谈道：“通过揭示法律语言的模糊性和有限性以及立法者的有界理性，得出法官在捕捉模糊的‘公共意志’时永远无法摆脱介于法律文本和个人良知的两难困境的结论。”由于法律多是各方利益调和的结果，再加上立法技术需进一步完善的缘故，法律用语在许多时候总是模糊多义的，从而限定了立法语言的理性，导致法官在具体案件中解释这些文字时不可能那么顺畅。法官在把法律的一般抽象性规定适用到具体案件时，因解释不同而导致具体操作不同，作为承受的主体，就可能以同样的情况在不同的解释面前承受不同的法律后果。被界定为国家工作人员时所承担的责任远重于被界定为非国家工作人员时所承担的刑事责任，可能是罪与非罪或重刑与轻刑的区别，这对承受个体来说关系重大例如，根据刑法的规定，犯公司、企业人员受贿罪，数额巨大的(受贿数额在10万元以上)，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。而刑法第八章“贪污贿赂罪”中规定的受贿罪，受贿数额在10万元以上的，其起刑点是10年以上有期徒刑，法定最高刑为死刑，可见法定刑相差之悬殊。，因此，界定的标准亟待明确。

(二) 判断公务标准的双重性

刑法第163条规定了公司、企业人员受贿罪，第271条规定了职务侵占罪，其主体限定为非国有性质的公司、企业或者其他单位中非从事公务的人员。事实上，刑事立法已经将上述组织中工作人员从事的经营管理活动排除在公务之外。但同时又规定了行为人如果系受国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位从事上述活动的，即可认定为从事公务，显然，这是将同一性质的经营管理活动适用不同的评价标准，公务的确定又有赖于主体身份，这就犯了循环定义的错误。笔者认为，目前国有公司、企业、事业单位、人民团体中的人员和受委派到非国有单位从事公务的人员从事的经营管理活动与非国有性质的公司、企业或者其他单位中工作人员从事的活动性质上别无二致，不能采用双重标准。

在改革前的几十年中，我国实行的是计划经济体制。在政企方面，政府的国有资产管理职能与企业的国有资产经营者职能混淆，政府一身二任，企业成了政府及其所属部门的附属物。在这种体制下，企业既是经济组织，又是行政组织；企业工作人员都是国家干部，有行政级别并享受行政工资待遇。与此相似，事业单位也往往被行政机关当做附属物，统管人、财、物及各种服务、经营活动，事业单位普遍存在着管理方式行政化、服务范围部门化的情况，事业单位工作人员亦都是国家干部，有行政级别。因此在体制改革前，企业、事业单位的工作人员在身份上是国家干部，在职能上是代表国家管理经济事务，即从事的是国家公务，因而他们当然属于国家工作人员。

不过在经济体制改革中，随着国有企业地位的转变，它的行为性质也出现了变化，国有企业单位以追求企业的最大化利润为其活动的目的，它的活动应属于商务活动，而非以往的公务活动。随着市场经济体制逐步健全，企业所有权与经营权彻底分离，公有制企业将作为平等主体在市场上公平竞争，各个利益主体无不带有利己倾向，其经营活动是追求经济效益的营利活动；而公务活动则是代表国家和社会整体利益，其目的不是为某一利益团体追求经济利益服务。企业活动属于经营业务活动，不论是公有制还是私有制企业，都是如此，均不符合公务活动的特征。而且，刑法上所要求的管理是对社会的管理，那么，有权对社会行使管理职能的只能是国家机关，而国有企业单位的管理职能只是限于对其内部人员和财产的管理，这种管理与刑法中所要求的管理有着根本的区别，也与非国有性质的公司、企业单位的经营管理性质相同。长期以来，之所以将国有企业单位的业务活动视为公务活动，就是误解了管理职能性质的真正含义。姜丹：《受贿罪主体与国企管理人员》，载《中国刑事法学杂志》总第45期。因此，改革以后的经济体制使以国家工作人员论的人员之行为不具有公务属性。

综上所述，在国有企业中从事管理活动的人员，其行为性质已鲜有公务色彩，在那种以“由国家出面成立，而且由国家参与经营管理”来认定“国有公司、企业必然具有国家机关性质的一面，是社会主义国家机关的一种变相存在，是社会主义国家机关的延伸和扩展形式”朴宗根、林建：《论刑法中国家工作人员》，载《东疆学刊》2000年第4期。的观点背后，凸现出来的是对国有与非国有经济实体的刑法保护不平等。

二、刑事立法中的公务应仅限于国家事务

按照通常的理解，公务代表国家对公共事务进行组织、领导、监督、管理的活动，包括政治、经济、军事、文教、卫生、体育、科技等各个方面的内容。公共利益便是公务概念的核心。但在现代社会中，公共利益属性又非公务活动所专有。例如，政府的私人经济活动以及私人的公益活动均含有公共利益的因素在内。“公共服务的内容始终是多种多样和处于流变状态之中的。就连对这种流变的一般趋势进行确定都并非易事。惟一能够确定的是，随着文明的发展，与公共需求相关的政府活动呈数量上升趋势。而这样所带来的一个后果是公共服务的数量也在不断增加，这是非常合乎逻辑的……”[法]莱昂·狄骥：《公法的变迁》，辽海出版社1999年版，第50页。

在中国，20年来的市场化改革，不但改变了我国原有的经济体制，而且引发了社会领域和政治领域的一系列变革，瓦解了原有的一元化社会结构，促使国家——社会——市场三元模式的初步形成。随着单一体制的解体以及社会自治化的需求，“小政府，大社会”成为一种理想的社会管理模式。这一模式的确立，标志着社会自主性的提高，社会承接起政府“退卸”下的公共职能，并通过大量的非营利组织（即第三部门）得以实施。在市场经济体制下，国家权力干预社会的广度和深度都将大为缩减，更为广阔的社会空间都留给了社会自治，国家权力与社会权力的分工与分离都日益明显。这部分社会领域并不存在传统意义上的那种由国家强制力作后盾的公权力。如许多具有自治属性的社会中介组织，以及各种行业自治团体（律师协会、会计师协会、足球协会等）逐步建立起来，并以非政府机构的身份承担着整个行业的自治与自律，行使着过去由政府部门行使的管理职能（包括章程制定权、强制征收会费权、纪律处分权等），成为分担公共行政的主体。就经济领域而言，在政府转变职能的趋势之下，商会、行业协会等社会中介组织的作用日益突出。李昕：《现代行政主体多元化的理论分析》，

http://www.chinalawedu.com/news/2003_11/3111715203274.htm。这些非营利性组织以其各自的方式实现市民社会的自主管理，参与社会公共产品的供给，从而形成介于市场与国家之间的调节机制，分担着社会的公共管理职能，在广义上讲，其所从事的活动也应属于公务的范畴。

但是在刑事法律领域，笔者认为，对公务应作狭义理解，刑法意义上的公务只应包括公法事务即可，即以国家之名、政府之名而为的行为，而不应从广义理解——解释为公共事务。因为，若是凡有益于公众行为的皆为公务，则范围过分宽大，与刑法本意不符。刑法之所以规定公务，是为了界定国家公职人员。解释理解公务，应当从为国家工作的角度出发，而不是从公共、公众角度出发。公共事务与国家意义上的公务从外延上讲应当是一个包容与被包容的关系，国家公务被包含在公共事务之中，而公共事务不完全是国家

公务。之所以我们长期将二者等同，是受到国家本位思想的影响，忽视个人权利，不承认国家与市民的共同存在，认为除了国家之外便无他物可言。国家包揽了一切，从公法事务延伸到其他各个领域，包括一些自治领域、民间领域。反之，公众也养成了希望和依赖国家的习惯。然而随着经济的发展，一切都在变化，我们将要步入的是权利时代。马克思曾说过：“任何权益总是由个人权益集合起来的。”只要承认有个人、有市民的存在，那么就有他们自己的事务存在，这些事务可能涉及大多数人，由公众自己去组织、处置这些事务，比国家去行为可能更显优越性。例如工会事务，工会本应是劳动者自愿结合的群众组织，而我国长期将工会与国家或资方在组织机构和意志上同一化，这是由计划经济和意识形态所决定，二者不需要分离。随着多元化经济的发展，问题凸现，造成劳动者与资方力量对比悬殊，工会不能发挥劳动者的集体力量，这就需要恢复它的本来面目，发挥工会保护劳动者的作用。这些事务就不应作为刑法意义上的公务对待。谢侃：《对企业人员构成国家工作人员犯罪主体要件的反思——从立法的角度进行探讨》，<http://www.bylw.com/mffblw/20034893645.asp>。

因此，笔者认为，刑法中公务的确定，应强调了或代表国家，即以国家之名、政府之名而为的行为，行为来自于职位本身或委任。因此，即便是社会权力，也具有相当大的利益潜力和诱惑力，因而也同样具有被寻租的可能，这类贿赂行为同样损害利害关系人的合法利益，损害社会公共利益和善良道德风俗。如前述“黑哨”事件以及九运会期间的裁判丑闻就是鲜明的例证。但由于其实质上只是一种行业范围内的业务活动和劳务活动。所以，“黑哨”执哨裁判的行为既无法律、法规之授权，也不是行使国家权力的活动。因此，“黑哨”不是“其他依照法律从事公务的人员”，不能以受贿罪论处。至于是否存在具体的雇佣或者契约关系，并不影响公务的本质。根据全国人大常委会2000年4月通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》的规定，村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事代征、代缴税款，救济款物的管理，土地征用补偿费用的管理，有关计划生育、户籍、征兵工作时，属于刑法第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”。从该解释可知，公务是无须身份、职位支撑的，而只要行为依据源自国家、政府即可，即以政府公权为依托，以国家、政府之名即可。笔者认为，公务之关键在以国家、政府之名，由法律明确授权或法定职位特性决定，或政府及其人员委任作为行为依据。2002年12月全国人大常委会颁布的《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》，也是将公务与国家机关、政府相联系，并突出了公务是受国家机关委托或代表国家机关的特征。公众在这些法律面前，对公务的理解限定在与国家、政府机关相联系的范围内应当是合理的。

三、结论：将从事公务的主体限定为国家机关人员，同时增设社会管理组织人员的腐败犯罪

笔者认为，目前我国刑法规定的国家工作人员的范围过于宽泛，对于公务的含义面临着名不副实的尴尬境地。在市场经济体制建立过程中，随着与之相适应的干部管理体制的建立，国家工作人员不应再包括在国有公司、企业、事业单位中从事公务的人员这种具有传统体制性渎职的主体。因此，应当明确将从事公务的主体限定为国家机关人员，这样更有利于对国家公职人员行为廉洁性的特殊保护，达到从严治吏的特殊目的。

具体而言，国家机关工作人员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、司法机关、军队中从事公务的人员。另外，根据有关立法解释的规定，2002年全国人大常委会《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》。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应视为国家机关工作人员。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。参见2003年11月13日最高人民法院《关于印发〈全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要〉的通知》。

或许，有人认为限定从事公务的主体的范围可能会有放纵犯罪之虞，实际上，这种担心是没有必要的，将以国家工作人员论的人员排除在外，并不意味着对这样的行为不予以处罚，而是将其作为独立的另一种犯罪，以还该类犯罪的本来性质。例如，在林业、银行等既行使国家机关管理职能，又从事企业经营活动的组织中，其工作人员有时行使国家的管理职责，有时则进行正常的企业经营活动。对这些机关的人员的受贿行为如何认定的问题，关键就是看其是否行使国家机关工作人员的职责。如是在行使国家管理职能时利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，就可以按照刑法第八章规定的受贿罪定罪处罚；如果是在行使企业经营活动中利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，则应按照刑法第163条所规定的公司、企业人员受贿罪定罪处罚。

同时，我们应当正视，在市场经济体制下，国家权力干预社会的广度和深度都将大为缩减，从而将更为广阔的社会空间都留给了社会自治，国家权力和社会权力的分工与分离都日益明显。而这部分社会领域尽管

不存在传统意义上的那种由国家强制力作后盾的公权力，但仍然存在秩序的维护、各种利益的衡量、分配与裁决。也就是说，社会权力也具有相当大的利益潜力和诱惑力，因而也同样具有被寻租的可能。鉴于非公务性受贿行为愈演愈烈，危害性极大。例如足球裁判员的受贿行为；民办学校校长招生时的受贿行为；非国有单位负责人基建招标中的受贿行为；民办医院人员暗收药品回扣行为；民间艺术团体举办大奖赛索取选手“辛苦费”行为；民间基金会人员发放款项收回扣行为；新闻腐败和学术腐败行为等。上述非公务性腐败行为除公司、企业工作人员外，司法机关囿于刑法中无相应条款规定，难以追究其刑事责任。因此，笔者同意在刑法中增设社会管理组织人员的腐败犯罪，将严重的非公务性腐败行为规定为犯罪行为，以弥补相应法条的漏洞。

（作者系中国人民公安大学讲师，中国政法大学博士研究生）

更新日期：2006-11-15

阅读次数：506

上篇文章：累犯及数罪并罚中若干问题探析

下篇文章：立功认定中若干问题研究

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号