



渎职罪在司法适用中存在的若干问题研究

韩耀元

刑法自1997年10月1日修订实施以来,检察机关在适用刑法查处国家机关工作人员渎职犯罪过程中遇到了许多问题,其中有些问题随着1999年9月16日最高人民检察院《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》)的发布实施,已经得到了解决,但有些问题仍然存在。这些问题要么由于刑法和司法解释的规定不明确或者没有规定,要么由于还存在不同认识,在一定程度上正影响着司法机关对国家机关工作人员渎职犯罪行为的正常查处和有效追究,有必要认真研究,逐步解决。

一、关于国家机关工作人员的概念和具体范围问题

根据刑事诉讼法第18条和最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》(以下简称六部委《规定》)的规定,检察机关管辖国家工作人员贪污贿赂犯罪、国家机关工作人员渎职犯罪、国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利、民主权利犯罪案件。国家机关工作人员身份的认定,既涉及犯罪能否成立,也涉及检察机关能否管辖。因而明确国家机关工作人员的具体范围,对于依法查处国家机关工作人员渎职犯罪具有重要意义。目前关于国家机关工作人员的概念及具体范围,无论是法律还是立法解释或者司法解释,都还没有明确、具体的规定。

我们认为,根据《中华人民共和国宪法》第3章关于国家机构和有关国家机关组织法的规定,国家机关应该是指组成国家机构,并行使国家权力的部门,包括全国人民代表大会和地方各级人民代表大会即国家权力机关,国务院和地方各级人民政府即国家权力的执行机关,最高人民法院、最高人民检察院和各级人民法院和人民检察院即国家的审判机关和国家的法律监督机关,以及中央军事委员会和其领导的各级军队机关也即国家军事机关。国家机关工作人员应是指代表上述国家机关行使国家权力并对国家和社会进行组织、管理、监督的人员。从上述关于国家机关和国家机关工作人员的定义来看,从事公务是国家机关工作人员的本质特征。这里的从事公务,不是从事一般的公共事务,而是从事与国家机关的职责和职权相关的事务,也即代表国家机关进行的对国家和社会的组织、管理、监督等活动,或者为使国家机关依法履行对国家和社会的组织、管理、监督等职责而进行的对国家机关自身的组织、管理、监督等活动,并不包括从事国家机关内部的一般性的劳务活动,如从事后勤服务的勤杂工作。因此在国家机关中从事公务的人员属国家机关工作人员,而从事一般劳务性活动的人员,尽管也在国家机关中工作,但不属于国家机关工作人员。

根据上述关于国家机关和国家机关工作人员的定义,在各级国家权力机关、行政机关、司法机关、军事机关中从事公务的人员是国家机关工作人员,这是明确的。但是诸如中国共产党的各级机关、政协各级机关、民主党派和工商联的各级机关以及共青团、工会、妇联等人民团体的各级机关中从事公务的人员是否属于国家机关工作人员,以及国有企业、事业单位中的纪检、监察、审计以及武装、公安保卫、司法部

门中从事公务的人员。直接隶属于国家行政机关的事业单位如国家知识产权局、中国证监会、气象局、地震局、中科院、社科院等单位及其下属单位中从事公务的人员和一些具有行政管理职能的公司如国家电力公司、航空工业公司、邮电公司等单位中从事公务的人员等等，是否属于国家机关工作人员，并不明确。

上述人员，有的认为属于国家机关工作人员，有的认为不属于国家机关工作人员，还有的认为上述人员是否属于国家机关工作人员法律并没有规定，需要由法律或者立法解释或司法解释予以规定，在法律或者立法解释或司法解释予以明确规定以前，认为上述人员属于国家机关工作人员或者不属于国家机关工作人员都没有法律依据，都是不适当的。

我们认为，不加分析笼统地认为前述人员属于国家机关工作人员或者不属于国家机关工作人员，都难免绝对，不符合刑法和有关法律的规定精神和我国社会实际；认为法律没有规定，在法律或者立法解释或司法解释予以明确规定以前，无法确定上述人员是否属于国家机关工作人员，也是没有正确理解法律的有关规定和缺乏实事求是的态度的。诚然，刑法并没有明确规定国家机关工作人员的概念和具体范围。根据宪法和有关国家机关组织法的规定，上述人员也不属于宪法所规定的国家机构意义上的国家机关工作人员。但是我们认为，根据刑法第93条的规定精神和其他有关法律的规定，上述人员尽管不属于宪法所规定的国家机构意义上的国家机关工作人员，但对上述人员应该以国家机关工作人员论。

我们之所以说上述人员应该以国家机关工作人员论，其根据首先来源于刑法第93条第1款和第2款的规定，来源于对刑法第93条第1款、第2款的规定及其相互关系的正确理解。刑法第93条第1款规定，“本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。”第2款规定，“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。”从刑法第93条第1款的规定和宪法的有关规定，我们可以得出这样的结论，即刑法第93条第1款所规定的国家工作人员就是指国家机关工作人员。因为根据刑法第93条第1款的规定，国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员，而根据宪法的有关规定和我们的上述论述，国家机关中从事公务的人员就是国家机关工作人员，因此可以既合法又合逻辑地得出国家工作人员就是国家机关工作人员。国家工作人员、国家机关工作人员，两个概念、两个称谓，在其含义是指国家机关中从事公务的人员这一点上，是一致的。

我们认为，刑法第93条第1款关于国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员即国家机关工作人员的规定，是我国刑事立法向科学化迈进的可喜一步。因为，只有国家机关即国家权力机关、行政机关、司法机关、军事机关才具有宪法所赋予的管理国家和社会的各项职能。与此相应，只有国家机关工作人员才能直接行使宪法赋予国家机关的管理国家和社会的各项职权，也才能对外代表国家从事公务并称为国家工作人员。除国家机关和国家机关工作人员以外，其他单位包括国有公司、企业、事业单位、人民团体等单位及其工作人员，尽管也为国家经济和其他各项事业服务并为社会全面进步与发展发挥着重要作用，但都并不直接具有宪法赋予国家机关和国家机关工作人员那种管理国家和社会的各项职能和职权，他们所从事的活动主要是自身的建设与发展，并进而实现为国家和社会服务的目的。《中华人民共和国国家赔偿法》第2条规定，“国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。”如果国有公司、企业、事业单位、人民团体等单位及其工作人员违法行使职权侵犯了其他公民、法人和其他组织的合法权益，受害人则不具有依法取得国家赔偿的权利，至多提起民事赔偿。由此不难看出国家机关及国家机关工作人员与国有公司、企业、事业单位、人民团体等单位及其工作人员的本质区别。因此我们说只有国家机关工作人员才能对外代表国家并称为国家工作人员，刑法第93条第1款规定国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员，无疑更科学、更准确地反映了国家工作人员的本质属性。

但是，在认识到国家工作人员即国家机关工作人员与国有公司、企业、事业单位、人民团体等单位中从事公务的人员的本质区别的同时，不能不认识到我国政治、经济等社会管理的实际情况。这种实际情况就是党政不分、政企不分或者说还没有完全分开，一些国有企业、事业单位还在行使政府的某些职能，除此之外，政协、各民主党派、人民团体等机关工作人员和其他一些依法从事公务的人员也都还广泛地参与着对国家和社会的管理活动。这些人员尽管不是宪法所规定的国家机构意义上的国家机关工作人员，但就其行使职权的本质而言，在许多情况下与国家工作人员是一致的。因此将这些人员完全排除于国家工作人员以外，并不与我国政治、经济等社会管理的实际情况相符，也不利于对国家和人民利益的有效保护。正是考虑到我国政治、经济等社会管理的实际情况，刑法第93条第2款明确规定，“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。”“以国家工作人员论”，就是说这些人员不是刑法第93条第1款所规定的国家工作人员，但是在刑法的保护和处罚意义

上将这些人等一同归为国家工作人员。

既然刑法第93条第2款将“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，而根据刑法第93条第1款的规定，国家工作人员就是国家机关工作人员，那么也就等于说根据刑法第93条第1款和第2款的规定，“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”，应该以国家机关工作人员论。

根据刑法第93条第1款和第2款的规定，说“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”，不是国家工作人员，但可以国家工作人员论，人们会认为符合刑法第93条的立法原意，能够接受，但同样根据刑法第93条的规定，说上述人员不是国家机关工作人员，但可以国家机关工作人员论，恐怕难以接受，会对是否符合立法原意提出质疑。究其原因，一是国家工作人员的传统含义仍在影响着人们对国家工作人员和国家机关工作人员含义的认识和理解；二是由于刑法分则的一些规定不尽合理，没有完全贯彻刑法总则第93条关于国家工作人员的规定精神，造成对刑法第93条规定在理解上的偏差；三是刑事诉讼法律有关案件管辖的规定也影响了对刑法分则有关渎职犯罪规定的正确理解和执行，进而影响了对刑法第93条关于国家工作人员规定的正确理解。

人们对国家工作人员含义的传统观念，主要源于1979年刑法和1982年《关于严惩严重经济犯罪的决定》关于国家工作人员的定义。由于1979年刑法和1982年《关于严惩严重经济犯罪的决定》一直把国家机关工作人员和国有公司、企业、事业单位和人民团体的工作人员并列规定为国家工作人员，因此人们对刑法第93条将国有公司、企业、事业单位和人民团体的工作人员从国家工作人员中分离出来并规定以国家工作人员论，能够理解，易于接受，是因为原来的国家工作人员在含义中本来就包括这些人员在内。与此相对，因为原来的刑事法律将这些人员与国家机关工作人员并列规定，彼此并没有相互隶属、互相包含的关系，现在将其论以国家机关工作人员，则自然感觉风马牛不相及，难以理解，这就需要在观念上有个转变过程。

刑法第93条关于国家工作人员规定的科学性、合理性，在刑法分则关于犯罪的规定中出现了混乱。这种混乱主要表现为，有的犯罪，立法者认为刑法第93条第1款所规定的国家工作人员即国家机关工作人员和第93条第2款所规定的以国家工作人员论的人员都可以构成，如贪污贿赂罪；有的犯罪，立法者认为只有刑法第93条第1款所规定的国家工作人员即国家机关工作人员才能构成，第93条第2款所规定的以国家工作人员论的人员不能构成，如刑法第251条所规定的非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪、第254条所规定的报复陷害罪。对这种犯罪的主体如何规定，才能准确区分其犯罪成立的范围，成为问题。规定贪污贿赂罪的主体是国家工作人员，那么按照刑法第93条的规定，自然可以将刑法第93条第1款所规定的国家工作人员即国家机关工作人员和第93条第2款所规定的以国家工作人员论的人员都包括进来，也符合贪污贿赂罪的立法本意，但规定非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪、报复陷害罪的主体是国家工作人员，那么按照刑法第93条的规定，还会将刑法第93条第1款所规定的国家工作人员即国家机关工作人员和第93条第2款所规定的以国家工作人员论的人员都包括进来，这样却不符合立法本意。对刑法第397条滥用职权罪、玩忽职守罪、国家机关工作人员徇私舞弊罪的规定也是如此。立法者认为只有国家机关工作人员才有职可渎，国有公司、企业、事业单位及其他有关单位人员无职可渎，因此将1979年刑法第187条所规定的玩忽职守罪进行了解构，将国家机关工作人员渎职犯罪以397条的一般规定和398条至419条的具体规定的形式规定在刑法第九章中，将国有公司、企业工作人员渎职犯罪及其他有关单位人员的渎职犯罪也在予以具体化后，分别规定在刑法第九章第二章危害公共安全罪和第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中。为了避免将刑法第251条所规定的非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪、第254条所规定的报复陷害罪，第397条所规定的滥用职权罪、玩忽职守罪、国家机关工作人员徇私舞弊罪的主体规定为国家工作人员会造成既包括刑法第93条第1款所规定的国家工作人员即国家机关工作人员也包括第93条第2款所规定的以国家工作人员论的人员的结果，立法者将非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪、报复陷害罪、滥用职权罪、玩忽职守罪、国家机关工作人员徇私舞弊罪的主体规定为国家机关工作人员，其本意是上述犯罪的主体仅是刑法第93条第1款所规定的国家工作人员，并不包括第93条第2款所规定的以国家工作人员论的人员。由于在刑法总则中对国家机关工作人员的定义及其与刑法第93条所规定的国家工作人员的关系没有明确规定，这样做的结果，一是使得有的根据刑法第93条的规定认为刑法第397条所规定的滥用职权罪、玩忽职守罪、国家机关工作人员徇私舞弊罪的主体除包括刑法第93条第1款所规定的国家工作人员即国家机关工作人员外还包括第93条第2款所规定的以国家工作人员论即以国家机

关工作人员论的人员。就象刑法第八章规定的贪污贿赂罪的主体规定为国家工作人员既包括刑法第93条第1款所规定的国家工作人员也包括第93条第2款所规定的以国家工作人员论的人员一样。这种认识，显然不符合刑法第397条的立法原意。但是如果不这样理解，那么由于刑法分则对国有公司、企业、事业单位人员渎职犯罪行为并没有象对国家机关工作人员渎职犯罪那样，在规定的具体犯罪条款的同时，规定了象刑法第397条那样的一般犯罪条款，这样由于对国有公司、企业、事业单位人员具体渎职犯罪规定条款的数量不足，使得大量的国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪行为无法被追究。来自刑事司法和刑法理论界的要求完善刑法关于渎职犯罪规定的呼声越来越高。其中呼声最高的就是要求修改刑法第397条的规定，建议要么将刑法第397条滥用职权罪、玩忽职守罪、国家机关工作人员徇私舞弊罪的主体由“国家机关工作人员”改为“国家工作人员”，要么在刑法第397条的规定中增加规定第3款即“其他国家工作人员犯前两款罪的，依照前两款的規定酌情处罚。”

如果按照上述建议修改刑法第397条，那么尽管大量的国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪行为可以被依法追究，但是由于1998年1月19日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》明确规定刑法分则第九章所规定的渎职罪由人民检察院管辖，刑法分则第三章破坏社会主义市场经济罪中的国有公司、企业、事业单位人员渎职犯罪由公安机关管辖，那么按照滥用职权罪、玩忽职守罪、国家机关工作人员渎职罪定罪处罚的国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪行为是由人民检察院管辖还是由公安机关管辖，又会变得不明确。为了避免再次出现管辖不明确的问题，也为了维护刑法第九章所贯彻的只有国家机关工作人员才有职可读的立法宗旨，1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案》第二条将刑法第168条由原来的“国有公司、企业直接负责的主管人员，徇私舞弊，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役”修改为“国有公司、企业的工作人员，由于严重不负责任或者滥用职权，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，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。”“国有事业单位的工作人员有前款行为，致使国家利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。”“国有公司、企业、事业单位的工作人员，徇私舞弊，犯前两款罪的，依照第一款的规定从重处罚。”

刑法的上述修改，在一定程度上解决了国有公司、企业和国有事业单位工作人员大量的渎职犯罪行为无法定罪处罚的问题，但并没有从根本上解决刑法中所规定的国家机关工作人员的概念和范围问题，也没有解决人民团体工作人员和我们前面所述的有关人员渎职行为的定罪处罚问题。为了解决人民团体工作人员和我们前面所述的有关人员渎职行为的定罪处罚问题，要么继续完善刑法第168条关于主体的规定，将刑法第93条第2款所规定的人民团体中从事公务的人员以及其他依照法律从事公务的人员都包括进来，即将刑法修正后的第168条的国有公司、企业、事业单位人员一般渎职罪修改为适用于刑法第93条第2款所规定的所有以国家工作人员论的人员的一般渎职罪，要么按照我们前面对刑法第93条的理解，将刑法第93条第2款中所规定的具有国家机关工作人员本质特征的人员论以国家机关工作人员。按照前者，可以维持目前刑法总则第93条关于国家工作人员和刑法分则关于国家机关工作人员的区别，但刑法总则第93条第1款关于国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员即国家机关工作人员，体现了一种昭示作用外，在刑法分则中并没有体现出其与第2款所规定的以国家工作人员论的人员的区别，因为刑法第八章所规定的贪污贿赂罪的主体国家工作人员，人们是按照既包括刑法第93条第1款所规定的国家工作人员也包括第2款所规定的以国家工作人员论的人员来理解的，并不是按照贪污贿赂罪的主体仅是指刑法第93条第1款所规定的国家工作人员，但第2款所规定的以国家工作人员论的人员犯贪污贿赂罪以国家工作人员犯贪污贿赂罪论来理解。如果按照后者，那么就可以将刑法第93条第1款关于国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员即国家机关工作人员的规定精神真正在刑法分则中贯彻，一方面彻底完成国家工作人员法律含义的转变，即由既包括刑法第93条第1款所规定的国家机关工作人员也包括第93条第2款以国家工作人员论的人员，转变为仅是指第93条第1款所规定的国家机关工作人员。这样刑法分则中所规定的国家工作人员和国家机关工作人员在理解上含义是完全一样的。同时由于刑法第93条第2款的规定，即“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”，那么这些人员尽管不是国家工作人员，但由于法律明确规定以国家工作人员论，那么他们的贪污贿赂行为也好，渎职行为也好，都应该以刑法分则所规定的国家工作人员贪污贿赂罪、渎职罪定罪处罚。对于刑法第93条第2款所规定的以国家工作人员论的人员的渎职犯罪行为来说，如果刑法分则对其有明确具体规定，按照该具体规定定罪处罚，如果没有明确具体规定，则按照刑法分则关于国家机关工作人员的渎职罪规定定罪处罚。

鉴于还难以在短期内对刑法第168条的主体进行修改，而且即使修改，对刑法第93条第2款所规定的以国家工作人员论的人员的大量的渎职犯罪行为一概以第168条定罪处罚，也难说适当，同时为真正落实刑法第93条关于国家工作人员规定的立法精神，我们认为，目前完全可以根据刑法第93条的规定，对刑法第93条第2款所规定的以国家工作人员论的人员中的其公务活动符合国家机关工作人员本质特征的人员以国家工作人员论，对其渎职行为，可以刑法分则关于国家机关工作人员的渎职罪的规定定罪处罚。

具体来说，对下列人员在依照法律、法规和有关规定履行国家机关职责、行使国家机关职权的时候，以国家机关工作人员论：

乡级以上中国共产党机关工作人员；各级政协常设机构及办事机构工作人员；各民主党派、工商联机关工作人员；各级工会、共青团、妇联、残联机关工作人员；铁路、林业、农垦、油田等国有企业中的公安机关、人民检察院、人民法院工作人员；兵团管理机关工作人员；各级人民代表大会代表；各级政协委员；人民陪审员；直接隶属于国家行政机关、行使一定政府行政管理职能的国有公司、企业、事业单位（知识产权局、证监会、科学院、社科院、烟草公司、粮食局、盐业局等）工作人员；受国家机关委派、委托、聘用从事国家机关公务的人员（如税务协管员）等等。

对上述人员在依法履行职责、行使职权过程中的渎职行为，应分别依照刑法第九章渎职罪的有关条款定罪处罚。如司法实践中经常发生的公安派出所中的合同制民警徇私枉法故意包庇犯罪嫌疑人、私放在押人员、失职指使在押人员脱逃等行为，合同制民警尽管不是刑法所规定的司法工作人员，但应以司法工作人员论，对其上述行为应分别论以枉法追诉、裁判罪、私放在押人员罪、失职致使在押人员脱逃罪；对其刑法渎职罪章中没有明确具体规定但致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的其他渎职行为，则应论以滥用职权罪或者玩忽职守罪。再如受监管机关正式聘用或者委托履行监管职务的人员，尽管其不是刑法所规定的司法工作人员，但如果其在履行职责过程中私放在押人员或者失职致使在押人员脱逃，则应论以司法工作人员，并以私放在押人员罪、失职致使在押人员脱逃罪定罪处罚。对此，1994年1月10日《最高人民法院人民检察院关于受监管机关正式聘用或委托履行监管职务的人员能否成为体罚虐待人犯罪和私放罪犯罪主体的批复》也曾有类似规定。可以说该《批复》是与刑法第93条关于国家工作人员的规定精神是一致的，是适当的。还如目前广泛存在的林业站、农业站、农经站、卫生站、计生站、文化站、畜牧站和土地所、财政所、税务所、工商所、派出所、司法所、城管所、水利所等即所谓的“七站、八所”人员。“七站、八所”基本是国家基层行政机关的派出机构，属事业编制，但却依法或者受委托行使一定的政府行政管理职权。“七站、八所”人员尽管不是国家机关工作人员，但在其依法行使政府行政管理职权的过程中，应论以国家机关工作人员，既要对其在执行职务过程中的渎职行为，依法处罚即论以刑法第九章所规定的渎职罪，又要对其执行职务行为依法保护，对以暴力、威胁方法阻碍其依法执行职务的，对侵害人应论以刑法第277条所规定的妨害公务罪。

目前在具体认定国家机关工作人员的范围时，要注重克服不把握国家机关工作人员的本质特征而对国家机关工作人员作过于狭隘或者过于宽泛理解，尤其是要注重克服对国家机关工作人员作过于狭隘的理解。司法实践中普遍存在的有案不办或者不敢办案的情况，许多都是由于不注重把握国家机关工作人员的本质特征而造成的。如前面提及的对中国证监会、中国地震局、中国气象局等国务院直属事业单位及其下属单位人员是否属于国家机关工作人员的争议，就是由于不注重把握国家机关工作人员的本质特征而机械、片面理解“机关”二字所造成的。实际上“机关”并不能完全代表和反映国家机关的本质。宪法也并没有规定国家机关的组成，而只是规定了国家机构的组成，但宪法所规定的国家机构难道还不是国家机关吗？宪法所规定的国家机构中从事公务的人员还不是国家机关工作人员吗？中国证监会、中国地震局、中国气象局等国务院直属事业单位与国务院办公厅、国务院组成部委、国务院直属机构、国务院办事机构一同组成了宪法所规定的国家机构国务院，共同行使着国家行政管理职权，尽管其属事业单位，但仍然行使着国家行政管理职权，除了专业性、行业性与国务院其他组成部门不同外，在依法行使着国家行政管理职权这一本质属性上并没有什么不同，因此其与国务院其他组成部门一样属国家机关，其从事公务的人员属国家机关工作人员。否则，机械、片面地理解“机关”的含义，那么国务院办公厅、国务院组成部委、国务院直属机构、国务院办事机构由于都没有冠以“机关”二字，是否属于国家机关，其工作人员是否属于国家机关工作人员当也发生疑问了。

总之，我们认为，在立法解释或者司法解释对国家机关工作人员的概念和具体范围作出明确规定以前，司法机关查处国家机关工作人员渎职犯罪，在对国家机关工作人员的概念和具体范围的认识和把握上，要采取科学的、实事求是的态度，既要深刻领会刑法第93条关于国家工作人员规定的本质精神，又要辩证地认识刑法分则的有关规定，从而正确把握国家机关工作人员的本质特征，准确认定国家机关工作人员

二、关于渎职罪刑法规定在具体适用存在的主要问题

1979年刑法对渎职罪的规定过于笼统，有的规定处刑也偏轻，主要是玩忽职守罪。刑法在修订过程中，把十几年来民事、经济、行政法律中“依照”、“比照”刑法玩忽职守罪、徇私舞弊罪追究刑事责任的条文，改为刑法的具体条款，并针对现实经济生活中出现的国家机关工作人员滥用职权、严重不负责任，给国家和人民利益造成重大损失的新情况，增加规定了一些具体的渎职犯罪行为。关于渎职罪的规定由原来的7条增加到现在的23条。目前检察机关在适用刑法关于渎职罪的规定过程中还存在如下主要问题需要进一步研究、明确。

（一）关于国家机关工作人员徇私舞弊罪名是否已取消的问题

最高人民检察院和最高人民法院分别于1997年12月25日和1997年12月9日印发了《最高人民法院关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》。“两高”关于罪名的解释有四处不一致，这四处不一致都集中在刑法第9章渎职罪中。其中，高检将刑法第397条第2款规定为一个独立的罪名，即国家机关工作人员徇私舞弊罪，而高法没有将其规定为独立的罪名；高检将第399条1款规定为枉法追诉、裁判罪，而高法规定为徇私枉法罪；高检将第399条第2款规定为民事、行政枉法裁判罪，高法规定为枉法裁判罪；高检将第406条规定为国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪，而高法规定为国家机关工作人员签订、履行合同失职罪。“两高”关于罪名规定的不一致，尤其是刑法第397条第2款高检规定了单独罪名而高法没有规定，主要源于“两高”对刑法规定的理解不一致。实践中，检察机关在适用刑法对这四种渎职犯罪进行立案、起诉过程中，适用高检所规定的罪名，而法院在判决中，适用高法所规定的罪名。一般只要法院对检察机关所指控的这四种犯罪在判决时适用条款正确，量刑适当，尤其是对刑法第397条第2款所规定的国家机关工作人员徇私舞弊犯罪，只要法院适用刑法第397条第2款且量刑适当，检察机关也不抗诉。

1999年9月16日最高人民检察院《人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》没有对刑法第397条第2款所规定的国家机关工作人员徇私舞弊罪单独规定立案标准，而是将国家机关工作人员徇私舞弊犯罪行为应予立案的标准分别规定在滥用职权案和玩忽职守案中。对此有的认为国家机关工作人员徇私舞弊罪的罪名已经取消。

我们认为，《立案标准》没有单独规定国家机关工作人员徇私舞弊罪的立案标准，并不是最高人民检察院已经取消了《最高人民法院关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》中关于国家机关工作人员徇私舞弊罪名，而只是为了统一执法，并更好地追究国家机关工作人员徇私舞弊犯罪行为。《最高人民法院关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》将第397条第2款规定为独立罪名是必要的，是符合刑法第397条第2款规定的立法原意的，也得到了刑法理论届和司法实践部门的首肯，有利于与有关民事、经济、行政法律、法规的规定相呼应，大张旗鼓地依法查处国家机关工作人员徇私舞弊犯罪，促进反腐败斗争的深入开展。只是在《立案标准》的制定过程中，有的提出国家机关工作人员徇私舞弊犯罪一般较滥用职权、玩忽职守犯罪，行为人主观恶性更深，情节更恶劣，有必要规定较滥用职权案、玩忽职守案相对更严的立案标准。《立案标准》第十二稿也曾采纳了该意见，对滥用职权案、玩忽职守案规定了基本一致的立案标准，而对国家机关工作人员徇私舞弊案规定了相对更严的立案标准。后来在进行专家论证的时候，有的专家提出，规定国家机关工作人员徇私舞弊案的立案标准严于滥用职权案、徇私舞弊案的立案标准，严惩国家机关工作人员徇私舞弊犯罪行为的精神是对的，但由于最高法院由于没有规定国家机关工作人员徇私舞弊罪罪名，如果法院不按国家机关工作人员徇私舞弊罪定罪，而按立案标准的规定，又不构成滥用职权罪、玩忽职守罪，法院不定罪，那么势必影响对国家机关工作人员徇私舞弊犯罪行为的有效追究，也与立案标准从严追究国家机关工作人员徇私舞弊犯罪行为的目的相背。经研究讨论，为避免可能出现的打击不力，也为统一执法，《立案标准》没有单独规定国家机关工作人员徇私舞弊案的立案标准，而是采取灵活、变通的形式将国家机关工作人员徇私舞弊犯罪行为应予立案的情形分别规定在滥用职权案和玩忽职守案中，但仍然在玩忽职守案立案标准规定的第3项中对国家机关工作人员徇私舞弊犯罪行为立案标准采取了从严的规定。对此，正确的理解和做法是，对国家机关工作人员徇私舞弊犯罪行为的立案、侦查、起诉，分别按照《立案标准》关于滥用职权案、玩忽职守案立案标准的规定，以滥用职权案、玩忽职守案立案、侦查、起诉，以更好地追究国家机关工作人员徇私舞弊犯罪，但在其他检察工作中仍应按照《最高人民法院关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》的规定，将国家机关工作人员徇私舞弊犯罪作为一种独立的犯罪。

（二）关于徇私舞弊犯罪与受贿罪是否并罚的问题

刑法渎职罪章中规定了许多徇私舞弊类型的犯罪，如刑法第399条的枉法追诉、裁判罪、民事、行政枉法裁判罪、第401条的徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪、第402条的徇私舞弊不移交刑事案件罪、第403条的滥用管理公司、证券职权罪、第404条的徇私舞弊不征、少征税款罪、第405条的徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪、违犯提供出口退税凭证罪、第410条的非法批准征用、占用土地罪、非法低价出让国有土地使用权罪、第411条的放纵走私罪、第412条第1款的商检徇私舞弊罪、第413条的动植物检疫徇私舞弊罪、第414条的放纵制售伪劣商品犯罪行为罪、第418条的招收公务员、学生徇私舞弊罪等等。行为人在徇私舞弊犯各该罪的过程中，其徇私行为可能是收受他人的财物，因此可能同时触犯刑法第385条、第388条所规定的受贿罪。对此能否数罪并罚，除刑法第399条第3款明确规定司法工作人员贪赃枉法犯违法追诉、裁判罪或者民事、行政枉法裁判罪，同时又构成受贿罪的，“依照处罚较重的规定定罪处罚”外，并不明确。

有的认为，1996年6月4日最高人民检察院发布的《关于办理徇私舞弊犯罪案件适用法律若干问题的解释》第六条规定：“犯徇私舞弊罪并有受贿、刑讯逼供等行为构成犯罪的，应当依法按数罪并罚原则追究刑事责任。”刑法第399条第3款规定：“司法工作人员贪赃枉法，有前两款行为的（即枉法追诉、裁判罪和民事、行政枉法裁判罪），同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的（即受贿罪），依照处罚较重的规定定罪处罚。”在刑法渎职罪章中23个条文、34个罪名当中，对于行为人贪赃枉法，犯渎职罪，又构成受贿罪的，只有第399条第3款规定了犯枉法追诉、裁判罪和民事、行政枉法裁判罪同时构成受贿罪的“依照处罚较重的规定定罪处罚”，也就是不适用刑法总则中规定的数罪并罚原则，那么除此，则应适用刑法总则关于数罪并罚原则的规定。也就是行为人犯除枉法追诉、裁判罪和民事、行政枉法裁判罪以外的渎职罪章中规定的其他罪，由于贪赃枉法，又构成受贿罪的，均应以所犯渎职罪和受贿罪数罪并罚。

还有的认为，尽管刑法第399条第3款关于司法工作人员贪赃枉法犯枉法追诉、裁判罪或者民事、行政枉法裁判罪，同时构成受贿罪，依照处罚较重的规定定罪处罚的规定，并不具有普遍适用于刑法渎职罪章中所规定的其他犯罪的意义，但如果实行数罪并罚，就等于说将行为人“徇私”的情节在所犯的徇私舞弊犯罪中评价一次，在受贿罪中又评价一次，这样做违反了刑法理论中同一构成要件不能重复评价的原则。根据刑法关于同一构成要件不能重复评价的理论，对此种情形不应数罪并罚，而应依照处罚较重的规定定罪处罚。

我们认为，首先，刑法理论中同一构成要件不能重复评价的原则应该坚持，刑法分则对同一行为根据其所发生的客观危害后果和反映的社会危害性本质的不同而规定为不同的犯罪，这种情况是很多的。如果不坚持这一原则，那么行为人同一犯罪行为同时构成刑法分则中所规定的不同的犯罪，因此被数罪并罚，就会加重行为人的刑事责任。这样做既有失刑法的公正性，也不利于对行为人犯罪行为性质的正确评价。其次，刑法总则中所规定的数罪并罚原则也应该坚持，对行为人所犯数罪，如果刑法分则没有特殊规定，除刑法理论中的牵连犯、吸收犯等外，原则上应该数罪并罚，否则就是对刑法总则关于数罪并罚规定的违反，有违社会主义法制原则。对行为人犯刑法渎职罪章所规定的徇私舞弊犯罪同时又构成受贿罪的情况也是如此，应否数罪并罚，关键看是否符合刑法总则关于数罪并罚的规定和是否违反同一构成要件不能重复评价的原则。如果符合刑法总则关于数罪并罚的规定，并且不违反同一构成要件不能重复评价的原则，那么自然应该数罪并罚，否则，则正好相反。

我们认为，尽管一般地说，徇私舞弊类型犯罪中的“徇私”，既包括徇私情，也包括徇私利，而徇私利，即包括徇财物利益，也包括徇财物以外的其他物质性利益和非物质性利益，但是徇私舞弊类型犯罪中的“徇私”主要是指徇财物以外的其他私情、私利，因此并不涉及同时构成受贿罪的问题，也无所谓与受贿罪是否数罪并罚。这也是渎职罪章中徇私舞弊类型犯罪的立法本意，也是其法定刑设计的根据之所在。但是由于“徇私”毕竟包括徇财物之私，因此在徇财物之私，且该财物价值达到一定数额时，存在同时构成刑法所规定的受贿罪并因此如何定罪处罚的问题。上述分析有助于我们对刑法第399条第3款规定的正确认识。“贪赃枉法”，表明第399条第1款和第2款所规定的枉法追诉、裁判罪和民事、行政枉法裁判罪的行为人“徇私”是徇财物之私，“同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的”，表明犯罪行为人所徇财物价值达到了刑法所规定的受贿罪的数额标准，因此这时引出如何对犯罪行为人的枉法追诉、裁判行为和民事、行政枉法裁判行为定罪处罚的问题。我们认为，无论犯罪行为人为人一开始是出于受贿的动机而实施枉法追诉、裁判行为或者实施民事、行政枉法裁判行为，还是一开始并不是出于受贿的动机而是出于其他徇私的动机而实施枉法追诉、裁判行为或者实施民事、行政枉法裁判行为，并在实施枉法追诉、裁判行为或者实施民事、行政枉法裁判行为的过程中收受了他人财物，或者在实施枉法追诉、裁判行为或者实施民事、行政枉法裁判行为之后收受了他人财物，那么这些情形就行为人的犯罪行为而言，都属于行为

人一个犯罪行为同时触犯数个法条，也即同时触犯刑法第399条所规定的枉法追诉、裁判罪或者民事、行政枉法裁判罪和刑法第385条所规定的受贿罪，属法条竞合的一种。按照刑法关于法条竞合的理论，对这种情况应从一重处。可以说刑法第399条第3款正是源于此而作如此。否则，如果规定数罪并罚，则既不符合刑法总则关于数罪并罚的规定，也有违刑法理论中同一构成要件不能重复评价的原则。对于刑法渎职罪章中所规定的其他徇私舞弊类型犯罪的情况也是如此。如果实行数罪并罚，将不符合刑法总则关于数罪并罚的规定，也有违刑法理论中同一构成要件不能重复评价的原则，因此只能“依照处罚较重的规定定罪处罚”。至于为什么只有刑法第399条第3款有如此规定，而对其他徇私舞弊类型犯罪没有明确规定，我们认为，一是立法技术使然，二是由于司法实践中“司法工作人员贪赃枉法”而实施枉法追诉、裁判行为或者民事、行政枉法裁判行为相对于其他徇私舞弊类型犯罪中的“贪赃舞弊”情况更为普遍，因而予以明确规定更有必要。

（三）关于徇私舞弊犯罪的“徇私”要件是否应包括徇单位、集体之私的问题

前已述及，刑法渎职罪章中规定了许多徇私舞弊类型的犯罪（以下称徇私舞弊犯罪）。这些犯罪的成立都要求具备“徇私舞弊”的要件，而徇私舞弊要件中的“徇私”是仅限于徇个人之私，还是既包括徇个人之私也包括徇单位集体之私，在刑法理论界和刑事司法部门一直存在不同认识。有的认为，上述徇私舞弊犯罪，应包括单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员为徇本单位私利而实施的徇私舞弊行为。对为徇本单位私利而实施的徇私舞弊犯罪，应追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员该徇私舞弊犯罪的刑事责任。有的认为，徇私舞弊犯罪构成要件中的徇私应仅限于徇个人私情、私利。为小团体利益实施的徇私舞弊行为应以滥用职权罪定罪更为适宜。还有的认为，刑法所规定的徇私舞弊犯罪中的徇私，应根据具体情况具体分析，既不能一概认为包括徇单位之私，也不能一概认为不包括徇单位之私。有的应仅限于徇个人之私，有的可扩大为部门之私，还有的可扩大为单位之私。

由于对上述问题在认识上还存在分歧，最高人民检察院发布的《立案标准》依据1996年3月17日《中华人民共和国行政处罚法》第61条关于“行政机关为牟取本单位私利，对应当依法移交司法机关追究刑事责任的不移交，以行政处罚代替刑罚，由上级行政机关或者有关部门责令纠正；拒不纠正的，对直接负责的主管人员给予行政处分；徇私舞弊、包庇纵容违法行为的，比照刑法第一百八十八条的规定追究刑事责任”的规定，在刑法第402条所规定的徇私舞弊不移交刑事案件罪的立案标准的第7项中规定了“直接负责的主管人员和其他直接责任人员为牟取本单位私利而不移交刑事案件，情节严重的”应予立案，也即明确规定了徇私舞弊不移交刑事案件罪中的徇私包括徇单位、集体之私。但在其他徇私舞弊犯罪案件的立案标准中却没有类似规定。因此其他徇私舞弊犯罪是否包括徇单位、集体之私，仍不明确。

我们认为，正确认识徇私舞弊犯罪的徇私是否包括徇单位、集体之私，关键还要正确认识渎职罪的立法本意及渎职犯罪的社会危害性本质。我们认为，渎职罪的立法目的是为了国家对社会管理活动的正常进行，渎职犯罪的社会危害性本质也是破坏国家机关对社会管理活动的正常进行，这种破坏一般表现为国家机关工作人员个人的渎职行为对其所在的国家机关所进行的对社会正常管理活动的破坏。但这只是表面现象，这种表面现象的背后，是对整个国家机关对社会所进行的正常管理活动的破坏。在这个意义上，国家机关工作人员个人的渎职行为也好，以国家机关名义的渎职行为也好，其渎职行为都是对整个国家机关对社会所进行的正常管理活动的破坏，这一本质是一致的。因此我们认为，以国家机关名义所进行的渎职行为，包括集体研究决定的玩忽职守、滥用职权，也包括徇单位、集体之私的徇私舞弊，只要该渎职行为致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，符合刑法关于该渎职犯罪的法律规定，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，都应论以该渎职犯罪。实际上1987年8月31日最高人民检察院《关于正确认定和处理玩忽职守罪若干意见（试行）》和1996年6月4日最高人民检察院《关于办理徇私舞弊犯罪案件适用法律若干问题的解释》都对以单位名义实施的玩忽职守犯罪和徇私舞弊犯罪是否追究刑事责任和如何追究刑事责任，作出了比较明确的规定。而且这些规定在司法实践中也取得了很好的法律效果和社会效果，有效地保护了国家和人民的利益，因此其规定精神应该坚持。据此我们认为，尽管最高人民检察院《立案标准》没有明确规定徇私舞弊不移交刑事案件罪以外的其他徇私舞弊犯罪的徇私是否包括徇单位、集体之私，但是我们认为，根据刑法关于渎职罪规定的立法本意，为深刻揭示渎职犯罪的社会危害性本质，并为国家机关对社会所进行的正常管理活动提供有效的刑法保护，从而更好地保护国家和人民利益，应该认为徇私舞弊犯罪的徇私包括徇单位、集体之私。

（四）关于渎职犯罪的追诉时效和有关适用法律问题

刑法第87条规定了犯罪的追诉时效，犯罪经过下列期限不再追诉，即法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年；法定最高刑为五年以上不满十年的，经过十年；法定最高刑为十年以上有期徒刑的，经过十五年；法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的，须报请最高人

民检察院核准。同时刑法第89条规定了犯罪追诉时效的计算方法，即追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算。在追诉期限内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。

对渎职犯罪来说，如何适用追诉时效，问题之一是，由于大部分渎职犯罪是结果犯，尤其是刑法第397条所规定的玩忽职守罪，追诉期限是从玩忽职守行为之日或者玩忽职守行为终了之日起计算，还是从玩忽职守行为所造成的客观危害后果发生之日起计算。由于许多玩忽职守犯罪案件行为人实施玩忽职守行为时与客观危害后果的最终发生之间具有较长的时间间隔，如果这种间隔时间超过五年或者十年，那么追诉期限是从玩忽职守行为之日或者玩忽职守行为终了之日起计算，还是从玩忽职守行为所造成的客观危害后果发生之日起计算，结果将大不一样。如果从玩忽职守行为之日或者玩忽职守行为终了之日起计算，那么许多玩忽职守行为依法将不能得到追究。目前检察机关在依法查处玩忽职守犯罪过程中，经常遇到对玩忽职守犯罪如果计算追诉时效，以及与此相关的由于刑法的修订所引起的对玩忽职守犯罪如何适用法律予以处罚的问题，需要予以研究解决。

根据刑法第89条关于“追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算”的规定，追诉期限应该从犯罪行为实施之日或者实施终了之日起计算。对玩忽职守罪来说，如果从玩忽职守行为所造成的客观危害后果发生之日起计算，似与刑法第89条的规定不相符合，应该从玩忽职守行为实施之日或者实施终了之日起计算。但矛盾的是，玩忽职守行为实施以后，如果没有发生致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的客观危害后果，那么该玩忽职守行为不应被认为是犯罪行为，那么以实施不是犯罪行为的玩忽职守行为终了之日来计算追诉期限，似与刑法第89条的规定也不相符合。

那么到底应如何计算玩忽职守罪的追诉期限呢？我们认为，正确的理解和作法，应该以玩忽职守行为所导致的客观危害后果发生之日起计算玩忽职守罪的追诉期限。因为只有该玩忽职守行为所导致的客观危害后果发生时，该玩忽职守行为才成为犯罪行为，也才符合刑法第89条关于“追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算”的规定。如果以玩忽职守行为实施之日或者实施终了之日起计算，由于该玩忽职守行为在实施之日或者实施终了之日还不是犯罪行为，那么要求司法机关对尚不是犯罪行为的行为就开始计算追诉时效，似乎有违刑法关于追诉时效的立法初衷，也减小了玩忽职守犯罪行为人对自己行为应负刑事责任的可能，实际是减轻了玩忽职守犯罪行为人的刑事责任，不利于对玩忽职守犯罪的有效追究。因此我们认为，对玩忽职守犯罪包括其他结果型的渎职犯罪，应以客观危害后果发生之日起计算其追诉时效。

与玩忽职守罪追诉期限应如何计算有关的问题是，对于玩忽职守行为发生在1997年10月1日刑法实施以前，而玩忽职守行为所造成的客观危害后果发生在刑法实施以后的玩忽职守犯罪，应如何适用法律。1998年12月2日最高人民检察院《关于对跨越修订刑法实行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》规定，“对于开始于1997年9月30日以前，继续或者连续到1997年10月1日以后的行为，以及在1997年10月1日前后分别实施的同种类数罪，如果原刑法和修订刑法都认为是犯罪并且应当追诉，按照下列原则决定如何适用法律：一、对于开始于1997年9月30日以前，继续到1997年10月1日以后终了的继续犯罪，应当适用修订刑法一并进行追诉。二、对于开始于1997年9月30日以前，连续到1997年10月1日以后的连续犯罪，或者在1997年10月1日前后分别实施同种类数罪，其中罪名、构成要件、情节以及法定刑均没有变化的，应当适用修订刑法，一并追诉；罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的，也应当适用修订刑法，一并进行追诉，但是修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格，或者法定刑较重的，在提起公诉时应当提出酌情从轻处理意见。”我们认为，对于玩忽职守行为实施于1997年9月30日以前，而玩忽职守行为所造成的客观危害后果发生于1997年10月1日以后的玩忽职守犯罪，尽管不属于上述司法解释所规定的继续犯罪、连续犯罪和其他同种类数罪，但适用法律上，也应按照上述司法解释所规定的原则处理。这是因为，第一，玩忽职守行为与玩忽职守行为所造成的客观危害后果作为一个整体，是犯罪，而且这种犯罪跨越了1997年10月1日刑法实施日期，与跨越修订刑法实行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪的情形在本质上是一致的。第二，象我们关于玩忽职守罪的追诉期限应如何计算所论述的那样，该玩忽职守行为在玩忽职守行为所造成的客观危害后果发生时，才转变为犯罪行为，而该玩忽职守行为转变为犯罪行为时也即玩忽职守行为所造成的客观危害后果发生时，已是1997年10月1日以后，修订刑法已经实施，可认为该玩忽职守犯罪行为发生在修订刑法实施以后。既然可认为该玩忽职守犯罪行为发生在修订刑法实施以后，那么理所当然地应该适用修订刑法。但是与此同时，玩忽职守行为发生在1997年10月1日刑法实施以前，而玩忽职守行为所造成的客观危害后果发生在刑法实施以后的玩忽职守犯罪，毕竟

与玩忽职守行为与玩忽职守行为所造成的客观危害后果都发生在1997年10月1日以后的玩忽职守犯罪有所不同，因此我们认为，按照上述司法解释关于“但是修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格，或者法定刑较重的，在提起公诉时应当提出酌情从轻处理意见”的规定精神，对玩忽职守行为发生在1997年10月1日刑法实施以前，而玩忽职守行为所造成的客观危害后果发生在刑法实施以后的玩忽职守犯罪，应当酌情从轻处理。

（五）关于有关国有公司、企业、事业单位人员渎职犯罪的管辖问题

前已述及，刑法第九章将渎职罪的主体限定为国家机关工作人员，同时将以往按1979年刑法第187条玩忽职守罪定罪处罚的国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪行为具体规定在刑法第三章破坏社会主义市场经济秩序罪等有关章节中。在1997年1月1日和1997年10月1日刑事诉讼法和刑法实施以前，国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪行为是由检察机关管辖的，根据1998年1月19日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》和1998年5月11日最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件范围的规定》的规定，刑法实施以后检察机关不再管辖国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪，这是明确的。司法实践中反映出的问题是，国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪，发生在刑法实施以前，但案发在刑法实施以后，以及渎职行为发生在刑法实施以前但渎职行为所导致的客观危害后果发生在刑法实施以后，对这类渎职犯罪案件，如何管辖，并不明确。

有的认为，刑法实施以前国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪是由检察机关管辖的，由于这类国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪发生在刑法实施以前，因此应由检察机关管辖。有的认为，尽管刑法实施以前国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪是由检察机关管辖的，但刑法实施以后检察机关以不再管辖国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪，因此在刑法实施以前如果检察机关没有管辖，那么在刑法实施以后检察机关就不应再予以管辖，而应由公安机关管辖。

应该说，对这类案件如何管辖，法律和司法解释并没有明确规定，为了避免管辖不明，造成无人管辖，放纵犯罪，或者争管辖情况的出现，有必要以司法解释的形式予以明确规定。在司法解释予以明确规定之前，我们认为，对这类案件应按照如下原则管辖。首先，按照刑法第12条所规定的从旧兼从轻原则明确对这类案件应该适用的法律，是应该适用1979年刑法，还是应该适用刑法。对此1997年10月1日最高人民法院《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》、1998年1月13日最高人民法院《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》和1997年10月6日最高人民检察院《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》有比较明确的规定。其次，决定适用1979年刑法的，由于1979年刑法第187条所规定的玩忽职守罪依法由检察机关管辖，那么这类案件仍应该由检察机关管辖；决定适用刑法的，由于刑法所规定的国有公司、企业、事业单位人员渎职犯罪已依法不由检察机关管辖，那么依法应由公安机关管辖。以这样的原则决定对这类案件的管辖，既有法律作为依据，又可以解决可能造成的无人管辖放纵犯罪或者争管辖情况的出现。

此外，与国有公司、企业、事业单位人员渎职犯罪有关的一个问题是，由于刑法只在第三章破坏社会主义市场经济秩序罪等章节中规定了数量有限的关于国有公司、企业、事业单位人员渎职犯罪的条款，因此以往按1979年刑法第187条的规定按玩忽职守罪定罪处罚的国有公司、企业、事业单位人员的许多渎职犯罪行为，按照刑法的规定不再是犯罪。由于刑法规定的上述变化，在1997年10月1日刑法实施以后，司法机关对发生在1997年10月1日以前尚未处理的这类犯罪行为，按照刑法第12条的规定，一般的做法是，没有立案查处的，一般不再立案查处；已经立案尚在查处的，一般以撤案、不起诉或者宣告无罪予以结案。现在的问题是，由于1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会议第十三次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案》第二条对刑法第168条的修改，这类犯罪行为按照刑法修正案的规定又成为犯罪，那么就又引出两个问题。一是发生在1997年10月1日以后至1999年12月25日刑法修正案通过实施以前的这类行为，应如何处理。二是对发生在1997年10月1日以前但至1999年12月25日刑法修正案通过实施以后尚未处理的这类犯罪行为，应如何处理。

一般地说，对发生在1997年10月1日以后至1999年12月25日刑法修正案通过实施以前的这类行为，由于这类行为刑法没有将其规定为犯罪，因此尽管刑法修正案将其又从重新规定为犯罪，但按照刑法第12条规定的从旧兼从轻原则，应适用刑法修正案以前的刑法，不以犯罪处理。对此不存争议。但对发生在1997年10月1日以前但至1999年12月25日刑法修正案通过实施以后尚未处理的这类犯罪行为，则存在不同认识。一种观点认为，由于刑法没有将其规定为犯罪，因此尽管没有处理，但应与在1997年10月1日刑法实施以后至1999年12月25日刑法修正案通过实施的这个期间内已经处理的这类犯罪行为一样，不再按犯罪处理。只有如此，与已经不按犯罪处理的那些案件相比，才公正、合理，否则有失公正、合理性。另一种观点认为，

尽管刑法没有将其规定为犯罪，但由于1979年刑法和刑法修正案都将其规定为犯罪，因此尽管没有处理，但仍应根据刑法第12条的规定依法处理。

我们认为，第一种观点缺少法律依据，与刑法第12条的规定不相符合。因为刑法第12条明确规定，“中华人民共和国成立以后本法实施以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”刑法第12条所规定的所谓“当时的法律”，显然是指犯罪行为时的法律。既然当时的法律和现在的法律都认为这种行为是犯罪，且又没有处理，当然应该按照刑法第12条的规定，依法追究。这里有个问题需要说明，就是如何认识与评价刑法没有将这部分犯罪行为规定为犯罪。我们认为，刑法没有将这部分犯罪行为规定为犯罪，如果认为这部分犯罪行为不再具有刑事可罚性而有意将其从1979年刑法所规定的犯罪中排除出去，不再追究，那么现在按照刑法第12条的规定再予追究，自然有失公正。但是恰恰相反，并不是认为这部分犯罪行为不再具有刑事可罚性而有意将其从1979年刑法所规定的犯罪中排除出去，造成这种情况只是由于立法的疏漏。也正是如此，刑法修正案才又对刑法予以修正，重新将其规定为犯罪行为。在这个意义上，现在对这些犯罪行为依法予以追究，正是还其本来应有的结果。如果说有失公正的话，那也是那些已经没按犯罪处理的案件因为脱逃了应有的追究才有失公正，并不是这些本应被追究的犯罪行为得到了应有的追究有失公正。然而由于司法实践中一事不再理的原则，这种失去的公正再无法找回。就如同对发生在1997年10月1日以后至1999年12月25日刑法修正案通过实施以前的那类行为一样，依法只能不认为是犯罪。如果认为是犯罪予以追究，必将违反法制原则。这是刑法的疏漏所付出的代价。

【六】关于检察机关查办渎职犯罪案件所牵涉的有关刑事案件应否由检察机关并案侦查的问题

刑法实施以来，检察机关在依法查处刑法第9章所规定的渎职犯罪案件过程中，常常遇到对渎职犯罪所牵涉的其他刑事案件如何管辖的问题。如刑法第402条所规定的徇私舞弊不移交刑事案件罪、第404条规定的徇私舞弊不征、少征税款罪、第414条所规定的放纵制售伪劣商品犯罪行为罪、第417条所规定的帮助犯罪分子逃避处罚罪、第399条所规定的枉法追诉、裁判罪等等。这些渎职犯罪所牵涉的其他刑事案件是查处该类渎职犯罪案件的前提和基础，如果不首先查清或查处这些所牵涉的刑事犯罪案件，检察机关查处渎职犯罪案件将无法进行。但这些所牵涉的刑事犯罪案件是应由检察机关并案侦查，还是应由公安机关侦查，法律并没有明确规定。司法实践中有的认为，既然法律明确规定检察机关只管辖刑法第八章的贪污贿赂犯罪、第九章的渎职犯罪和国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利、民主权利犯罪，那么渎职犯罪所牵涉的刑事案件就应依法由公安机关管辖，检察机关无权管辖。如果这样，就将严重制约检察机关对渎职犯罪案件的正常查处，尤其是对枉法追诉、裁判犯罪案件的查处更是如此。本来所要查处的枉法追诉、裁判渎职犯罪嫌疑人主要就是公安人员，但对枉法追诉、裁判罪所涉及的刑事案件是否属于应予追诉的案件又由该公安机关管辖，这样极易枉法、包庇，造成检察机关对枉法追诉、裁判犯罪案件无法查处的局面。如河南省洛阳市检察机关曾查处的一起公安人员枉法放纵重大抢劫犯罪案件，本可以产生非常好的社会效果，但由于其所牵涉的抢劫犯罪案件被移交公安机关管辖，检察机关只能暂时停止对该枉法追诉、裁判犯罪案件的查处。在此过程中，抢劫犯罪嫌疑人翻供，公安机关按无罪处理。检察机关所查处的这起枉法追诉、裁判犯罪案件不得不宣告流产，使检察机关的工作由主动变为被动，群众反映检察机关监督不力，产生了不良的社会影响。

我们认为，尽管刑事诉讼法和六部委《规定》没有明确规定检察机关对这类刑事案件可以并案侦查，但是由六部委《规定》中关于“公安机关侦查刑事案件涉及人民检察院管辖的贪污贿赂案件”和“人民检察院侦查贪污贿赂案件涉及公安机关管辖的刑事案件”时应如何办理的规定来看，六部委《规定》在对检察机关管辖的案件和公安机关管辖的案件相互交叉时应如何管辖的问题上，是从有利于案件的查办的精神出发的。因此，尽管六部委《规定》对检察机关并案查处渎职犯罪案件所牵涉的刑事案件没有明确规定，但并案查处显然有利于对渎职犯罪案件的查处，是符合六部委《规定》关于案件管辖的规定精神的。我们认为，检察机关在查办渎职犯罪案件过程中，对于渎职犯罪案件所牵涉的那些必须在查清之后方能认定渎职犯罪的其他刑事案件，应该并案查处。只有如此，才能使检察机关依法查处渎职犯罪工作正常进行，也才符合六部委《规定》中关于案件管辖的规定精神。

（作者系最高人民检察院法律政策研究室处长、法学博士。）

上篇文章：为亲友非法牟利罪客观方面要件若干问题探讨
下篇文章：五大法律机制治理腐败

 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