

强化刑事法律在国家廉政建设中的作用

——对我国职务犯罪刑法对策的思考

苏惠渔 游 伟

随着经济体制改革的不断深化,我国在政治、经济、文化、科技等各个领域都出现了巨大变化,但在改革、开放的同时也出现了一些新情况、新问题。一些国家工作人员乘搞活经济之机,利用我们体制交替时期法制尚不健全、政策不配套、调节制约机制不很完善的弱点,采用各种卑劣手段,大肆进行贪污、受贿、投机倒把、挪用公款等经济犯罪活动,而且愈演愈烈。有的党政领导干部严重不负责任,有的滥用人民赋予的职权,有的不尽义务、玩忽职守,酿成一起起重大责任事故,给国家和人民利益造成了难以弥补的损失,严重损害了党和政府在人民群众中的崇高威望,破坏了社会主义商品经济正常秩序的建立,甚至成为国内外敌对势力进行煽动、攻击和颠覆活动的重要借口。腐败现象的不断滋生和日益蔓延,已经引起了广大人民群众的强烈不满和极大愤慨。

党的十三届二中全会曾经郑重提出:“必须把保持廉洁的问题尖锐地提到党和国家机关的全体共产党员和工作人员面前。”1988年底的中央书记处会议,讨论了党和国家机关保持廉洁的问题,明确地把“改革开放、繁荣经济,要坚定不移;保持廉洁、反对腐败,也要坚定不移”,作为我们廉政建设的基本方针。特别是党的十三届四中全会以后,各地统一部署,开始了大规模查处国家工作人员经济违法犯罪等活动,出现了振奋人心的局面。廉政建设,已经成为我国当前政权建设的一项首要工作。但是,我们也应当看到,查处国家工作人员的职务犯罪并使其减少到最低限度,是一项十分艰巨而复杂的工作。反对腐败和保持廉洁,也非轻而易举之事,需要我们付出长期、艰苦的努力。为了真正确立党和政府在群众中的崇高威望,切实保证社会主义商品经济有序、健康地发展,就必须采取一切有效措施,综合惩治各类腐败现象,严厉打击国家工作人员利用职权进行的各种违法犯罪活动。我们认为,在目前情况下,除了必须继续贯彻依法“从严治”的刑事政策,进一步健全对贪污、受贿等经济犯罪的举报网络,不断完善各类财经制度和有效、稳妥地推进干部人事体制的改革外,还应当进一步强化我国刑事立法和刑事司法对各类严重职务犯罪的有效遏制,充分、切实地发挥刑事法律在国家廉政建设中的重要作用。

第一、刑事立法应当明确限定职务犯罪的主体范围,进一步调整立法结构,突出打击重点。

职务犯罪是一种与国家公职活动具有密切联系的严重渎职行为,这就决定了实施这类犯罪行为的人必然负有代表国家行使管理职能的特殊责任。刑事立法惩治职务犯罪的规定,正是基于公职人员的这种特定责任而形成的。因此,明确划定职务犯罪的主体范围,就成为司法实际部门从严治这类犯罪的先决条件。在我国,职务犯罪被统称为渎职犯罪。刑事立法不

仅采用集中与分散相结合的形式，规定了较为广泛的“纯粹职务犯罪”（即只能由国家工作人员才能构成的犯罪），而且还规定了若干国家工作人员实施某种犯罪必须受到从重处罚的“非纯粹职务犯罪”。比如1980年生效的我国第一部刑法典规定，受贿、玩忽职守、报复陷害、刑讯逼供等罪，必须由国家工作人员才能构成；徇私舞弊、枉法裁判、私放罪犯等罪，只能由司法人员构成；而走私、投机倒把、诬告陷害等罪，虽然可以由一般公民构成，但当国家工作人员利用职权实施这些犯罪行为时，则应当予以“从重处罚”。上述规定表明，国家对其工作人员的要求不同于一般公民，对其职权的行使也有严格的限定，不允许他们为了私利而任意滥用或者放弃职守。

从我国刑事立法的现状来看，我国目前职务犯罪的范围极其广泛，尤其是1982年以来经过全国人大常委会数次补充立法，职务犯罪主体范围的扩大趋向，表现得更为明显。其一，是把原本只能由特定的国家工作人员才能构成的犯罪，扩大为一般国家工作人员的犯罪。例如，根据《刑法》规定，徇私舞弊罪和私放罪犯罪只能由司法工作人员构成，而1982年3月8日颁行的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》则将这些犯罪的主体有条件地扩大到了一般国家工作人员的范围；其二，是将原来只能由国家工作人员构成的犯罪，扩大到可以由非国家工作人员构成。例如在1988年1月21日《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》生效以后，受贿罪的主体已经从原来的国家工作人员，扩大到国家工作人员、集体经济组织中的工作人员以及其他从事公务的人员；而贪污罪的主体，现在已扩大到可以容纳集体经济组织中的工作人员和其他一切经手、管理公共财物的人员的范围。职务犯罪主体的扩大，虽然增强了现行刑法的适用性，在一定程度上缓解了实际工作无法可依的状况，但也确实产生了一些副效应，使得司法机关更难以把握职务犯罪的本质特征和认定界限，甚至出现了实际工作偏重于打击非国家工作人员犯罪，没有把有限精力集中到重点查处国家工作人员职务犯罪上的现象。我们认为，明确主体范围，是“从严治政”的关键。从我国目前廉政建设的实际需要出发，考虑到这类犯罪与国家公职活动密切相关的特点，就应当把我国职务犯罪的主体明确地限定在“国家工作人员”（即现行《刑法》第83条规定）的范围之内。同时，从权利与义务对等的原则出发，在实际工作中，对于那些受国家机关、企业、事业单位或人民团体委托，并在事实上享有管理职权的非国家工作人员，也应当与国家工作人员一样严格要求，确认其利用职权进行的严重危害行为，可以单独构成相应的职务犯罪。

在明确了职务犯罪的主体范围以后，我们可以进一步考虑对我国刑事法律的现有结构及具体内容进行一些合理调整。比如，可以考虑把贪污、报复陷害等一些原来散见于《刑法》分则各章（不包括军人违反职责罪）的职务犯罪，集中纳入“渎职罪”一章；可以改变现行立法的罪章排列顺序，将渎职犯罪适当前置，从立法结构上体现这类犯罪的严重社会危害程度，明确刑法打击的主要锋芒；在缩小职务犯罪主体范围的同时，还应当根据实际需要，增补或创制一些新的罪名，用以解决那些确有必要依法治罪的非国家工作人员的犯罪问题。例如，我们规定贪污罪的主体只能是国家工作人员，但对于其他一般人员利用持有经营公私财物之机予以肆意侵吞的行为，则可以通过设立新的罪名（即“非法侵占罪”）、罪状及低于贪污罪的起刑点和法定刑的方法去解决。这样处理，一方面不致于轻纵其他一些犯罪分子；另一方面，又能较好地突出我国刑法打击的重点，充分体现依法严惩国家工作人员职务犯罪的立法宗旨。

第二，应当科学量定各类犯罪的社会危害程度，进一步协调刑罚比重，从重处罚职务

犯罪。

重新协调各类罪行的刑罚比重，对职务犯罪设立相对较重的刑种或刑度，体现了我们对这类犯罪内含的严重危害性的深层认识，反映了对国家工作人员从严要求的立法思想。从这一原则立场出发，去进一步考察我国有关职务犯罪的法律规定，我们发现，现行刑事立法及司法解释中的某些具体内容，已经难以适应当前打击职务犯罪的客观需要，应当及时加以协调和完善。

首先，应当进一步协调好职务犯罪与同种类非职务犯罪之间的刑罚比重，使之更趋合理。如前所述，我国刑事法律的一个基本指导思想就是要从严惩治职务犯罪，这可以从现行刑法对非纯粹职务犯罪处罚的某些原则规定中得到印证。例如《刑法》第119条规定：“国家工作人员利用职务上的便利犯走私、投机倒把罪的，从重处罚。”第138条第1款规定：“……国家工作人员犯诬陷罪的，从重处罚。”全国人大常委会1982年3月8日通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第1条第2款也规定：“国家工作人员利用职务犯前款所列罪行，情节特别严重的，按前款规定从重处罚。”但须看到，这一正确的立法思想，并没有在现行刑法所有规定的内容中得到体现，更没有在刑事司法实践中得到全面、严格地遵循。这是很值得引起我们高度重视的问题。比如现行《刑法》“渎职罪”一章中，至今还保留着“国家工作人员犯本章之罪，情节轻微的，可以由主管部门酌情予以行政处分”的条文规定（第192条）。这显然与《刑法》第10条所规定的只有“情节显著轻微危害不大”的行为才“不认为是犯罪”发生矛盾，明显地表现出对职务犯罪予以从宽处罚的倾向；又如现行刑法把玩忽职守罪（不论情节多么严重）的最高法定刑确定为有期徒刑5年，而将普通公民由于主观过失而致人死亡或者造成重伤（情节特别恶劣）、构成犯罪的最高法定刑，分别规定为有期徒刑15年和有期徒刑7年。这同样会形成在同等客观危害条件下，量刑轻重严重偏离的不正常状况；再如根据1988年1月21日生效的全人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，“个人贪污数额在一万元以上不满五万元的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产”，而我国审判机关在处理盗窃案件时，历来是根据司法解释及有关规定的要求，将个人盗窃公私财物数额在3万元以上，情节特别严重的行为，从速审判并适用死刑（参见1984年11月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于当前办理盗窃案件中具体应用法律的若干问题的解答》第六个问题）。同时，贪污行为构成犯罪的“数额”标准也比盗窃、诈骗等罪要高。这不能不说是对我国刑事立法“从严惩治职务犯罪”原则的一种背离，也是不符合当前国家廉政建设的总体要求的。类似的情况还不少，需要我们进行全面系统的分析研究，要以犯罪社会危害性原理为指导，从倡廉反腐、取信于民的高度出发，去合理调整职务犯罪与非职务犯罪的刑罚比重，真正做到对职务犯罪予以从重处罚。

其次，应当协调好各种职务犯罪之间的刑罚比重，充分体现罚当其罪的刑法基本原则。量刑失衡问题不仅反映在职务犯罪与非职务犯罪的刑罚确定上，同样表现在职务犯罪之间。因此，在研究这类犯罪的刑法对策问题时，还应当从刑事立法及刑事司法的公正性、科学性原则出发，全面量定各种职务犯罪之间社会危害程度的差别，消除某些业已存在着的刑罚失衡状况。比如挪用公款罪与贪污罪都属于我国刑法中的职务犯罪，两者在犯罪的主体、行为手段、侵害对象及罪过形式方面基本相同。从一般意义上讲，由于挪用公款罪在犯罪目的方面表现为“非法使用”（打算归还），而贪污罪则表现为“非法侵吞”（不予归还），因此，我们认为，在诸如公款数额、罪前表现及罪后态度等基本情节相仿的情况下，前者的社

会危害性显然要小于后者。但从我国现行刑事立法的一些具体规定来看，却没能很好地体现这两种犯罪行为的实际危害程度。例如根据《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第3条规定，个人利用职务上的便利挪用公款进行非法活动的，无论其挪用公款的数额是多大，也不管挪用的时间有多长，都应当以挪用公款罪定罪判刑；而与此相对应的，我国刑事立法却没有对同等条件下贪污行为是否也应当以贪污罪论处的问题作出明确规定。这样，就出现了一个矛盾，比如挪用1千元（甚至更少一些）公款去进行赌博活动的人，将被依法定罪判刑，而贪污1千元公款去从事赌博活动者，却难以追究刑事责任。因为根据该《补充规定》第2条的规定，在情节不严重的情况下，个人贪污数额不满2千元的，不能予以定罪判刑。这显然也是一种需要加以及时修改和完善的失衡情况。所以，全面衡量犯罪社会危害性的大小，是我们建立科学刑罚体系的重要前提。也是从严治国家工作人员犯罪的基础。

第三，应当适应职务犯罪形态各异的特点，进一步扩大这类犯罪的行为范围，不断充实立法内容。

犯罪的形态是犯罪行为呈现于客观外部的各种表现形式，认真研究当前职务犯罪的各种客观表现，是完善我国刑事立法对此类犯罪进行有效惩治的先决条件。在我国，职务犯罪的本质就在于国家工作人员在执行公务活动时，实施了某种与其职权要求严重背离的行为。这主要表现为两个方面：一是行为人没有履行或是没有完全履行其职责范围内本应履行的义务，给国家和人民利益造成损害，例如国家工作人员不尽职守，致使发生重大责任事故，司法工作人员对明知是有罪之人而故意予以放纵，不使其受到应有的法律追诉，等等；二是行为人逾越职责范围，滥用手中掌握的权力，图谋私利，例如国家工作人员假公济私，对控告人、申诉人、批评人进行报复陷害，利用职务上的便利条件进行贪污、受贿、挪用公款等犯罪活动。我国现行刑法虽然也从上述两个方面对国家工作人员的职务犯罪进行了规定，但总的看来，这种规定并不十分全面和细致。一方面，现行立法还没有把实际生活中已经普遍存在的职务犯罪行为及时地纳入刑法调整的范围，形成了事实上的立法空缺；另一方面，即使在已有的某些职务犯罪中，我们的法律规定同样显得不很周全，一定程度上限制了它在司法实践中的适用，很难起到全面惩治的有效作用。所以，进一步修改并充实刑事法律在这些方面的规定，就成为完善我国职务犯罪立法对策的一项重要而紧迫的工作。

我们认为，在目前情况下，刑事立法应当着重从以下几个方面去加以充实、完善。

一是对已有立法规定的职务犯罪内容进行一些必要的补充和修改，适当扩大某些犯罪在客观方面的适用范围。例如在侵犯财产使用权的职务犯罪中，我国刑事立法（《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第3条第1、2款）仅规定了两种行为形式，即挪用公款的行为和挪用专项（救灾、抢险、防汛、优抚、救济）款物的行为。但在实际生活中，国家工作人员利用职务便利长期非法挪用大量公物、归个人使用的情况屡有发生，其行为的性质、情节及其危害程度，有时并不亚于普通挪用公款的犯罪。但是，由于行为人侵害的对象既非“公款”，又非法律明文所要求的“专项物品”，所以，就难以直接追究其相应的刑事责任。我们认为，现行刑事立法将普通挪用型犯罪侵害的对象限定为“公款”而不包括“公物”，虽然是反映了实践中挪用公款情况居多的特点，但却大大缩小了这类犯罪的认定范围和实际种类，不利于依法打击那些具有严重危害性的挪用公物的职务犯罪。又如，现行刑法中规定有国家工作人员利用职务之便非法接受他人贿赂的犯罪行为，但对于“贿赂”的含义，我国刑法典原先并没有作出明确规定，因此，刑法学界一般认为，其范围并不限于“财物”一种表现形

式,还可以包括其他一些不正当的利益。但全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第4条1款却规定:“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员,利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物为他人谋取利益的,是受贿罪。”这一规定表明,作为我国受贿罪重要构成条件之一的“贿赂”,只能是“财物”,不包括财物以外的其他任何不正当利益。我们认为,刑事立法对“贿赂”形式的上述严格限定,同样不能适应惩治受贿犯罪的实际需要。因为在当前情况下,受贿犯罪的形态已不象以往表现得那么单一了,而是呈现出更为复杂多变的特点。所以,我们的刑事立法也应当从有利于司法部门及时查处新型受贿犯罪的需要出发,逐步扩大“贿赂”形式的范围,不仅应当在司法实践中严厉制裁收受他人“财物”的犯罪,同样应当打击那些故意规避法律、非法接受“其他财产性利益”的犯罪活动。

二是对现行刑法中没有规定但又必须加以处罚的职务犯罪进行立法增补,及时创制新的罪名并设立专门的治罪条款。例如我国刑法中虽然规定了诸如报复陷害、刑讯逼供、徇私舞弊、枉法裁判、私放罪犯等由一般国家工作人员或司法工作人员因越权行为而构成的职务犯罪,但它们的适用范围都极其狭小,有的只能在特定的司法管理或执法过程中适用,有的则明文限定了某种犯罪特定的侵害对象,不允许任意扩大。由于这样的规定,使得我们对国家机关中的其他一些滥用职权造成损害的犯罪行为显得十分被动并束手无策,我们既不能直接依法追究其相应的刑事责任,又难以按照类推原则去比照适用,最后只能以党纪、政纪的处分代之,形成了打击不力、遏制无效的状况。针对目前我们国家机关工作人员中存在着较为严重的滥用审批权、越权扣押款物及强行干预合法经营、酿成重大经济损失的情况,我们认为,我国刑事法律确有必要增设一条专门处罚“滥用职权”犯罪的规定,以便使它与现行刑法中已有规定的同类犯罪行为相呼应,形成一种普通条款与特别条款对应并列的系统立法形式,从而更有效地制裁那些故意逾越职权、损害国家、集体和公民利益的职务犯罪。此外,根据现阶段国家廉政建设的要求,从进一步充实我国职务犯罪刑事立法的角度考虑,我们还应当在对国家工作人员犯罪现状作出深入调查的基础上,及时增设一些其他治罪条款,以对付司法实践中已经出现或者将来有可能出现的各种职务犯罪行为。比如我们可以创制“挥霍浪费罪”,并设立相应的罪状和法定刑,用以处罚那些利用职权便利大肆挥霍公共财产、浪费国家资源的犯罪行为;我们还可以补充规定“知情不举罪”的刑法条文,专门用于制裁那些在职务活动中获悉犯罪线索但又故意隐匿不报的严重渎职犯罪。同时,为了防止国家工作人员利用职权非法限制、剥夺公民依法行使民主权利,我国刑事立法还应当增设妨害行使民主权利罪的普通条款,切实保障人民群众依法行使宪法赋予公民的各项民主自由权利。

第四,应当完善职务犯罪已有的法定刑种,进一步确立各种不同的量刑情节,不断强化刑罚措施。

职务犯罪作为一种严重的渎职行为,具有与国家公职活动密切相关的重要特征。贪污、受贿、玩忽职守等一系列犯罪行为,无一不是行为人凭借着自己特殊的身份及掌握的职权,实施犯罪而构成的。因此,我们在设定对付职务犯罪的刑罚方法时,不仅应当一般地规定诸如有期徒刑、无期徒刑等各种主要刑种,更重要的,应当针对这些犯罪分子借助于手中职权谋求私利或者不尽职守的特点,规定一些有助于防止其再度利用职权进行类似犯罪活动的制裁措施。例如我国刑事立法中规定有剥夺政治权利的刑罚方法,其适用的对象仅限于反革命罪犯和其他一些严重破坏社会秩序的犯罪分子,而其剥夺权利所涉及的内容也相当广泛,既有选

举权与被选举权,又有宪法规定的各项民主自由权,以及担任国家公职和企事业单位、人民团体领导职务方面的权利,现行刑法没有对职务犯罪是否需要一律剥夺政治权利或者剥夺政治权利中的哪些具体内容问题作出明文规定,以致在审判实践中,形成了对这类犯罪行为有人有时单独或附加剥夺全部政治权利,有时却一概不予剥夺的状况。我们认为,我国刑法剥夺政治权利这一附加刑的有关适用规定,还需要根据处罚犯罪的实际需要,加以进一步完善,应当在总结审判实践经验的基础上,修改剥夺政治权利适用范围的立法规定。可以考虑对现行刑法中所确定的政治权利的内容进行合理分解,规定对于各种不同情节、危害程度的职务犯罪,可以分别选择适用剥夺政治权利,或者仅仅剥夺政治权利中的某一项内容(比如只剥夺行为人在一定期限内担任国家公职的权利等)。这种选择性的适用规定,不仅可以起到对职务犯罪行为的特别预防作用,而且还能较好地体现剥夺政治权利这一刑种在具体适用中全面贯彻区别对待和宽严相济的刑事政策。因此,是十分有益和可行的。

同时,在完善和强化我国职务犯罪的刑罚措施方面,还应当对同一犯罪行为的不同情节及其后果作出明确区分,有的甚至可以另立罪名,以便对犯罪危害社会的程度进行更为科学、细致的划分,从而确立各种轻重不同的法定刑种及刑度,做到罚当其罪。例如,我们可以把索贿行为从传统的受贿犯罪中分离出来,使其单独成罪,并规定重于普通受贿罪的法定刑;在受贿犯罪中,也应当设立一些加重处罚的法定情节,比如可以对国家工作人员利用职务之便收受贿赂后又违纪为他人谋取利益的行为,另行规定较重的法定刑;可以在有关犯罪的相应条文中,专设一款规定,用于从重处罚那些贪污公共财产后从事非法活动、泄露国家机密造成重大实际损失、枉法裁判引起被害人自杀、刑讯逼供致人伤残或者死亡等严重职务犯罪行为。我们认为,多层次情节及结果加重的立法规定,将进一步显示不同类别的职务犯罪的实际危害程度,使我国刑事法律有关这类犯罪的刑罚规定层次分明、科学严密,从而形成一种能够为司法部门有效运用的系统刑罚网络,进而取得有力地打击、遏制、预防职务犯罪的实际效果。

以上就是我们对职务犯罪刑法对策的初步思考,也是进一步完善我国刑事立法对这类犯罪有效惩治的一些建设性意见。我们认为,强化刑事法律对职务犯罪的遏制作用,始终是我国廉政建设工作的一个重要组成部分,但要真正树立起倡廉反腐的良好社会风尚,还需要经过我们在各个方面长期不懈的努力。只要我们充分认识到腐败现象对于国家和人民利益的极大危害,并采取一系列切实可行的措施去加以防治,腐败现象一定会受到强有力的清除,职务犯罪也必将得到有效的打击和控制。

(作者单位:上海华东政法学院)

责任编辑:庄立