

公务、事务、劳务、职务--浅论贪污罪主体中的“从事公务” PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_85_AC_E5_8A_A1_E3_80_81_E4_c122_484813.htm 根据刑法第382条和第93条的规定，贪污罪主体可以概括为国家工作人员、准国家工作人员和其他依照法律从事公务的人员等三种类型，但无论以三种类型中哪种情况出现，都有一个共同的特征，那就是“从事公务”，可以说“从事公务”是贪污罪主体的本质特征。谁是贪污罪的主体 关于贪污罪主体的本质特征，理论界和司法界都存在不同说法。主要有如下三种：一是身份说。这种观点认为，国家工作人员必须具有某种特殊身份比如公务员身份、干部身份、司法人员身份等，不具有这种身份就不能成为国家工作人员。二是单位性质说。这种观点认为，是否是国家工作人员取决于其所在的单位性质，如果单位是国有单位，该工作人员就算国家工作人员，否则就不能认定为国家工作人员。也就是说，单位性质决定人员性质。三是财产说。这种观点认为，是否为国家工作人员，关键看此人非法占有的财产是否为公共财产。笔者认为，这三种观点都有一定的道理，但都存在以偏概全的弊端。“身份说”尽管内容明确，便于操作，但它与我国目前的机构改革精神不相符。随着国家人事制度和用人机制的改革，每个人在社会上所扮演的角色不是单一和固定不变的，单看所谓身份很难准确把握国家工作人员的本质。“单位性质说”也有不符合现实情况的问题,事实上并非在国家机关或者其他国有单位工作的人员一律是国家工作人员。另一方面，也不是所有在非国有单位中工作的人员就一概不能成为国家工作人员，如

被委派到非国有单位从事公务的人员。以财产是否“公有”为标准来判断是否为国家工作人员，客观上把属于集体单位的工作人员也纳入国家工作人员范畴，这是旧刑法的规定，与现行刑法存在明显的矛盾。所以，认定行为人是否国家工作人员唯一标准只能是看其是否“从事公务”。因为它体现了国家工作人员的本质特征。如何区分公务与劳务的差别如何正确认定刑法意义上的“公务”的性质和含义，是准确界定国家工作人员范围时不可回避的一个重要问题。笔者认为，从词义上讲，公务活动泛指一切公共事务。《现代汉语词典》解释为公务是“关于国家和集体的事务”即包括国家性质的公务和集体性质的公务。但在刑法中，涉及从事公务主体的犯罪，一般指国家事务与社会公共事务。公务具有以下特征：（1）合法性。即从事公务必须有法律上的依据，并且履行公务需要通过一定的法律形式或者合法程序。依法从事公务应该包含两方面内容，一是行为人的职务身份是依法取得的，即依照有关法律、法规或者通过群众选举或者经过上级机关任命，或者经过国家单位录用、聘用来担任特定职务。二是国家工作人员从事公务也是依法进行的。依其职务不同，根据不同的法律从事不同的公务活动。例如在国家行政机关担任职务的国家行政工作人员，其主要从事领导、组织和管理国家行政事务；在司法机关担任职务的国家司法人员，行使国家的司法职能；而机关、企业、事业单位的财会人员，其职务范围就是对财物的管理。他们分别依照不同的法律、法规，在各自职务权限范围内通过自己的管理活动，实现国家的各项管理职能。（2）公共性和管理性。公共性是公务的最显著特征，它一方面指公务所涉及的领域是公共领域

，另一方面指公共性的事务，有时还指管理对象是公有制的单位或者公共财产。管理性是公务与劳务的区分的主要方面。管理性特征，从管理的职责来讲，有主管、分管、经管、经营等职能。（3）特定性和限定。贪污罪所指的公务则只限于代表国家对公共财物进行的管理活动。从管理的方式讲，有领导、指挥、决定、监督等。公务暗含着权力，执行公务就是依法行使权力。（4）国家代表性。即这种活动是代表国家进行的，它是一种国家管理性质的行为，而不是代表某个人或者某个集体、单位的行为。换句话说，这种活动是国家权力的一种体现。（5）强制性，公务活动是一种管理活动，是国家对社会各个领域事务的管理，与被管理者之间并非平等自愿关系，而是管理和服从关系，公务活动具有强制性，以国家权威作后盾。（6）执行的职务性，公务活动是国家职能活动，然而，任何一项公务都是通过具体行为人的行为来实现的。职能履行的可能性要转化为现实，人是决定性因素。从事公务的人，为顺利完成职能活动，国家必须依照一定的程序赋予行为人相应的职权，其职权的表现形式就是一定的职务，职务活动就是职能活动的具体化。这样一来，我们还有一个如何区分“公务”和“劳务”的问题。应该说公务和劳务有很大的不同，公务是相对于劳务而言的。所谓劳务，通常是指直接从事生产劳动和劳动服务活动。如打扫卫生、接听电话、买菜做饭、开车运输等活动。我们认为，公务和劳务主要区别有四点： 公务只存在于公有制性质的机关、单位中，因而公务活动往往同一定的身份有关。以私有制为基础的个体、私营企业、外商独资企业中，虽然也有一定的管理活动，但是并不属于刑法中的公务活动。而劳务的存

在与所有制的性质无关，劳务行为可以存在于包括个体私营经济之内的任何活动中，即使在国家机关中也存在着劳务行为。 公务人员主要从事对国家、社会公共事务的管理活动，包括对政治、经济、军事、文化、体育、卫生、立法、司法等各个领域的事务的管理，这种管理活动主要或者基本上是智力性的。管理活动在方式上表现为组织、领导、监督、检查和办理各项公共事务。一切公务活动往往直接或者间接地体现着国家对社会的管理，一切劳务归根结底也要在有关公务人员的管理下进行。劳务活动则是从事物质生产活动或者服务性劳动，并不具有公共管理性，也不反映国家对社会的管理职能。从事劳务的人员以体力、技能、智力等各种方式为社会提供各种各样的服务，劳务一般指直接从事生产活动，而不是从事对事务具有管理、支配、处置权力的管理活动。从事劳务活动的人员不是管理的主体，而是管理的客体，也就是说，不是管理者，而是被管理者。 公务人员在单位内的职能部门中享有职务上对某种事务进行决策、管理和办理的一切权力，而劳务人员则不享有此种权力。 劳务活动是一种职业活动，而不是职务活动。基于劳务活动者的身份和活动内容，其不具有管理职能意义，又无管理者的地位，因此有关单位或者法律就不会授予其特定的职务和相应的权利，所以说，其从事的活动并不是职务活动，而是职业活动。值得注意的是，在很多情况下，公务和劳务存在相互联系、相互渗透交叉的关系。有时公务活动会融入劳务的性质，有时劳务活动又体现出公务的特点，甚至二者会在一定的情况下发生转化。 怎样理解公务与职务的差异 尽管我们对“公务”的内涵作了比较详尽的分析，但这里只是对一般意义

上国家工作人员“从事公务”的理解和阐发，而针对贪污罪主体中所体现的“从事公务”的具体含义仍没有明确说明。我们知道，贪污罪是一种贪财型的职务犯罪。刑法第382条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。”这里贪污罪中的国家工作人员从事“公务”的内容是否就是其“职务”所应有的内涵呢？回答是肯定的。也就是说，贪污罪犯利用职务上的便利中所体现的“职务”就是该犯“公务”内容的具体化。贪污罪是一种贪财型犯罪，而这种“贪财”必须具备相应的条件，所以不是所有的国家工作人员都有实施贪污罪的条件，只有具备相应的职务或者说从事相关的公务，才能实施犯罪。这个条件是什么呢？就是该国家工作人员从事的公务必须与财经有关，具体地讲，他是一个主管、管理、经手、保管、经营公共财物的人员。这个国家工作人员从事公务的具体内容就是“主管、管理、经手、保管、经营公共财物”，除此之外不可能是别的公务。这里就必然涉及到一个实际问题，就是国有单位的出纳、会计、保管员、采购员、储蓄员、售货员等，这些人的本质工作是不是从事公务，算不算国家工作人员范畴？理论界有学者提出上述人员不应作为国家工作人员对待，理由是他们实际上仍然仅仅是从事一定劳务活动，而非公务行为。我们暂且不论上述人员是否为“公务”，我们先回过头来看看贪污罪主体是采用什么手段作案的。刑法第382条明确指出“……利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物……”现在让我们对列举的常见的三种作案手段作一一分析。首先说列举的第一种作案手段？侵吞，所谓侵吞就是犯罪主体

将自己管理或者经手的公共财物非法占为己有。侵吞的对象主要是自己管理的公共财物，这种作案手段用得最多的就是单位的财会人员，他们往往收入不入账，应支付不支付，应上缴不上缴，或做假账骗取现金占为己有。其次是窃取的方法，采取这种方法作案需要有个前提条件那就是这个人应具有管理、保管公共财物的职权，也就是说作案人对公共财物已经合法持有。如国有单位的现金出纳员，将自己管理的现金据为己有后谎报丢失；仓库保管员将自己保管的公共财物窃为己有；售货员利用其经营货物、保管货物的便利，窃取自己手上的货物或者货款。窃取就是监守自盗。现实中以这种方式作案的情况经常发生。第三种作案手段是骗取，如会计伪造支票，采购员虚报货价，出差人员虚报出差费等。其他具体的作案手段就不再举例了。如果按有的学者所主张的那样，上述人员不是从事公务，不属于国家工作人员，那么对他们的行为如何定罪？最接近的类似的罪名只有职务侵占罪，但他们又确实是国有单位的工作人员，所以主体就不符合。事实上，现实社会中发生的、司法部门办理的贪污案件大部分是这些人员以上述方式实施的，这些人群的贪污犯罪是贪污案件的“多发区”、“多发病”。真正由单位领导实施贪污的情况要比这些人群少，因为只有主管权限的单位领导实施贪污要比具体经手、直接管理、保管财物的上述人员实施贪污风险大、关口多。单位领导往往走“受贿”这条贪财捷径。如果理论无视这种现实，将上述人员侵吞公共财物行为排除在贪污罪之外不加追究的话，那么，社会上的贪污之风将更加横行无阻，不可收拾，反腐倡廉也将成为一句空话。我们觉得，任何理论都是为实践服务的，是用来解决实

际问题的。所以理论必须切合实际。在学术界之所以有上述问题之争，核心问题就是如何看待这些人员所从事的到底是公务还是劳务。我们认为这样具体管理、经手、保管、经营国有财产的行为就是一种公务行为，而国家工作人员的本质特征就是从事公务，所以这些人员应该以国家工作人员论。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com