

廣東法官

論文選



081053

255

广东法官论文选



广东省高级人民法院编
2000年1月

封面题字：吕伯涛

编者的话

为庆祝广东省高级人民法院建院五十周年，省法院党组研究决定，编辑一本《广东法官论文选》。我们从省内各法院报来的大量获奖论文中，精选了一少部份，主要是获得国家级各类奖项的和获省级一等奖的，编成本书。还有大量的好文章，因本书篇幅所限，未能选入。从现在所选进本书的文章来看，都有相当的学术水准。反映出我们广东省法院系统的学术研究气氛是很浓的。各级法院的领导和广大的法院干警，在完成繁重的审判任务之余，孜孜不倦，上下求索，刻苦钻研法学理论和审判业务。撰写出一批有新意、质量较高的学术论文，每年参加全国法院系统学术讨论会，都有较多的同志获奖。值此庆祝省法院建院五十周年之际，将这些好文章汇编成书，以推动我省法院系统的学术研究工作有更大的进步，取得更好的成绩。

省法院论文评选组

目 录

刑法类

析新刑法中的“国家工作人员”	许亮东 (3)
论操纵证券交易价格罪	陈俊丰 (12)
论社会主义市场经济条件下经济刑事立法的完善	陈明辉 (23)
新刑法关于自首的修改与适用	黄运锋 (33)
当前女性犯罪的特点及防治对策	关小健 (43)

民商法类

商品房售楼广告中的许诺及相关民事责任	梁 聪 (55)
绝对破裂主义和相对破裂主义比较研究	胡志超 陈庆云 (65)
试论产权登记过户前房屋买卖合同的效力及其纠纷的 处理	刘清松 (79)
房产按揭纠纷第三人、共同被告的确定及责任研究	林振华 (90)
浅析破产中的优先权	胡克敏 (100)
涉外经济纠纷案件统计分析	刘晓萍 (110)
保价运输与运输保险的区别和关系及其法律思考	

.....	许 峻	(118)
略论新闻侵犯名誉权案件审理中的几个问题		
.....	李 琦 胡志超	(124)
典当业的现状与发展探讨	林伟洲	(133)
论诉前扣押船载货物的范围	翁子明	(142)
论建立非财产性海事请求保全制度	翁子明	(151)
论航次租船合同当事人的法定义务	翁子明	(164)
论法人人格否认制度在我国经济审判中的定位		
.....	詹思敏 王晓明	(175)
对银行承兑汇票几个法律问题的探讨	严加武	(188)
期货交易中的无权代理不应承认有默示追认形式		
.....	陈国辉	(198)
从 AQUA QUENCH 商标侵权案看我国法律对外国商标		
专用权的保护	朱光辉	(204)
涉外借款纠纷案中几个法律问题初探	凌祁漫	(212)
关于强制拍卖船舶制度若干问题的探讨		
.....	金正佳 吴自力	(227)
论我国海事索赔责任限制制度	吴南卫 赖尚斌	(238)
承认外国法院离婚判决的程序问题和条件	刘清松	(250)
渔业水污染损害的归责原则及因果关系	梁 聪	(260)
住房制度改革引起的离婚案件中房屋处理问题浅析		
.....	李久祥	(272)
缺陷产品侵权赔偿案件的几个问题	冯 健	(280)
当前房地产抵押贷款存在的问题与对策	李艺兴	(289)

行政法类

- 论行政行为的司法监督 董 皞 (297)
- 行政权与审判权相逾越问题浅析 李 季 (305)
- 简析道路交通事故责任认定行为的可诉性 董 皞 (315)

诉讼法类

民事证据制度改革模式的定位与制度建构之探索

- 詹思敏 王小明 (323)
- 也谈审判委员会的存废 赵东升 (337)
- 试论我国审判制度的变革 邱 丹 (349)
- 强化举证期限 提高审判效率 肖晓娜 (362)
- 非方便法院原则及其适用 凌祁漫 (372)
- 浅谈行政审判变更权的适用 李 季 (381)
- 论涉外海事诉讼管辖的若干问题 金正佳 赖尚斌 (389)
- 深化审判方式改革, 提高审判效益
- 翁子明 付俊洋 (399)
- 试论再审决定权的改革 沈燕儿 (410)
- 民事再审程序中证人出庭作证制度问题研究
- 赖紫宁 (417)
- 行政诉讼证据问题新探 董 皞 (427)
- 试论我国民事再审程序中新证据的质证制度
- 赖紫宁 罗杜芳 (440)
- 民事审判监督程序中证人拒不作证的心理探讨及对策
- 梁凯明 (453)

其他

- 关于书记员管理制度改革的几点思考 时春蕾 (465)
- 从书记员集中统一管理的实践谈书记员体制改革及发展
方向 黄国新 陈出新 (478)
- 新时期实行法院人事科学管理的思考与实践
..... 庞汉瑞 (487)
- 我市法院对“执行难”的原因进行调查分析提出改善行政
及经济管理的对策 张 彪 林育胜 (499)

刑法类

析新刑法中的“国家工作人员”*

深圳市中级人民法院 许亮东

国家工作人员是我国刑法中一个十分重要的概念。修订后的刑法（以下简称新刑法）在总结实践经验的基础上，根据打击贪污、贿赂和渎职犯罪，保障国家机关正常活动和保护国有资产的实际需要，对国家工作人员的定义、范围及适用作了新的规定。全面、正确地理解这些规定，对于我们在审判工作中正确地适用新刑法，准确认定国家工作人员的身份，有力地打击犯罪，有着重要的实际意义。

一、新刑法关于国家工作人员规定的特点

新刑法第 93 条规定，“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”。这是总则中关于国家工作人员范围的规定。

与原刑法以及 1982 年《关于严惩严重破坏经济的罪犯的

* 本文获全国法院第九届学术讨论会二等奖

决定》，1988年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》等单行法规相比较，新刑法关于国家工作人员的规定有以下几个特点：

（一）对国家工作人员范围的界定更加明确、科学

国家工作人员范围一直是刑事立法和审判实践中争议较大的问题，新刑法原则上维持了原刑法规定的国家工作人员范围，同时比原刑法的规定更加明确、科学。首先是将国家工作人员分成两个层次：第一个层次是国家机关中从事公务的人员，这是标准的国家工作人员；第二个层次是国有公司、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，这类人员在行政法上不属于国家公务员，但在刑法上是“以国家工作人员论”或称“准国家工作人员”。这种层次的区分，既反映了市场经济条件下，国家机关人员与企业人员的区别，保持了刑法与行政法的内在一致，同时，又兼顾了打击贪污贿赂等犯罪的实际需要，显示出刑法中的国家工作人员与行政法上的国家公务员在范围上的差异。其次，对于国家机关之外的国家工作人员，采用列举与归纳相结合的方式规定，所做的列举较原刑法更加详细、严谨，使国家工作人员的范围更加明确、具体。

（二）贯彻了保护国有资产的立法精神

国家工作人员在分则中主要是作为贪污贿赂罪的主体而规定的。总则第93条第二款规定，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分司、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。从目前的经济和行政体制改革情况来看，这类人员绝大多数已不具有国家干部的身份，之所以要在刑法上“以国家工作人员论”，基本的考虑是为了加强对国有资产的保护，有效地惩治侵吞国有资产的各种犯罪。在经济转型的过程中，在市场经济体制逐步建立，现代企业制度和国有资产保值增值机制尚未充分健全的情况下，这种做法无疑是十分必要的。

（三）总则规定与分则规定的相互对应和相互补充

对于总则第 93 条规定的国家工作人员，在分则中是根据各种犯罪的不同特点来规定其主体范围，而不是简单地、笼统地使用“国家工作人员”。

首先，总则第 93 条将国家工作人员分成二个层次，与此相应，国家机关工作人员，这一原刑法中没有的概念，在新刑法分则中大量出现和适用，分则第九章“渎职罪”中的各个具体罪的主体均为“国家机关工作人员”或其属概念如税务机关工作人员等。除贪污贿赂犯罪外，原刑法分则中凡以“国家工作人员”为犯罪主体或犯罪对象的犯罪，在新刑法分则中“国家工作人员”的提法几乎全部被取消，而代之以“国家机关工作人员”或其属概念。例如，玩忽职守罪，原刑法规定主体为国家工作人员，而新刑法规定为国家机关工作人员。这不仅显示出新刑法虽然将一部分企、事业人员通过“以……论”的方式列为国家工作人员，但是，对企、事业人员和国家机关人员在要求上大不相同，同时也使总则第 93 条的分层规定，在分则中获得实质性的意义——对定罪量刑的决定作用。

其次，分则中还将一些国家工作人员之外的人员也列为贪污贿赂罪的主体。除了第 93 条第二款规定的人员之外，还有第 183 条规定的“国家保险公司工作人员”和第 184 条规定的“国有金融机构工作人员”等等。这类人员不属于或不完全属

于总则第 93 条规定的国家工作人员，把这些人通过分则的规定（补充）列为贪污贿赂罪的主体，既有利于打击犯罪，保护国有资产，也可使刑法总则对国家工作人员范围的规定更加准确和适当。

二、国家工作人员的范围和特征

（一）国家工作人员的范围

根据新刑法第 93 条的规定，国家工作人员的范围包括以下几方面：

（1）国家机关中从事公务的人员。国家机关是指从事国家管理和行使国家权力，以国家预算拨款作为独立活动经费的中央和地方各级组织，包括各级国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关和军队。

中国共产党的各级机关、中国人民政治协商会议的各级机关中从事公务的人员，适用国家机关工作人员的规定。

（2）国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员，以国家工作人员论。国有公司指公司财产属于国家所有的公司；国有企业是指财产属于国家所有的从事生产、经营活动的企业；国有事业单位是指国家兴办、管理的科研、教育、文化、卫生、体育、新闻、广播、出版等单位；人民团体是指由若干成员为了共同目的而自愿组成的，经过政府核准登记并由政府划拨经费的各种社会组织，包括民主党派，以及工会、青年团、妇联等群众性组织。

（3）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。非国有公司、企业、事业单位、社会团体，是指国有公司、企业、事业

单位以外的公司、企业、事业单位以及各种依法设立的学会、协会、基金会等社会团体。

(4) 其他依照法律从事公务的人员。指依照法律规定被选举或者任命，从事公务的人员，如人民代表大会代表、人民陪审员等。

(二) 国家工作人员的特征

国家工作人员的本质是依照法律从事公务。所谓依照法律从事公务，是指在国家机关中依法履行职责，或者在公司、企业、事业单位、人民团体、社会团体中履行组织、领导、监督、管理等职责。

国家工作人员的法律本质通过其各方面的特征而体现出来。这些特征主要可归纳为三个方面。首先，国家工作人员是从事公务的人员。“公务”是指公共的事务，主要是国家和集体的事务，它包括国家政治、经济、法律、财政、外交、国防、文化、教育、科学技术等许多方面的事务。所有这些事务都与国家的职能直接相关，从事这些事务的活动就是实现国家政治经济文化教育等各方面职能的具体过程和具体表现。公务基本上属于管理活动，它与普通的劳务是不同的。普通的劳务一般不具有管理的性质。因此，不能认为凡是在国家机关、国有公司、企业和事业机构中工作的人都是从事公务的，都是国家工作人员。那些工勤人员、普通工人等所从事的工作，并不是行使国家管理社会的职能，因而只是普通的劳务，而不是公务。这类人员只能视为普通的职工，而不是国家工作人员。同理，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、社会团体中从事公务的人员，之所以要“以国家工作人员论”，其原因也在于这些人员管理着国有资产或各种公益事业。

国家工作人员的第二个特征，是这类人员的产生具有一定的法律根据。国家工作人员，无论是长期的还是临时的，也不论是编制内的还编制外的，其产生都具有法律上的根据。不仅本人具有法律规定的从事公务的能力的资格，而且是经过法定的程序和方式出任公职，或者在公司、企业、事业单位中承担管理工作，从而取得国家工作人员的身份。涉及国家工作人员能力、资格和产生的程序、方式的法律、法规很多。例如宪法、法院组织法，都有涉及此内容的规定。在实践中产生国家工作人员的具体方式主要有选举、任命、录用、委任、指派等等。

国家工作人员的第三个特征在于其具有确定的职权和职责。在我国，每个国家工作人员都担任一定的职务，具有与其职务相联系的具体的职权和职责。这种职权和职责是国家工作人员从事公务的依据，其具体范围决定了国家工作人员从事公务的范围。确定每个国家工作人员具体职责范围的根据，首先是法律的规定，其次是各部门各单位的内部规定，也可以是上级机关的指令或本单位工作会议的决定。只有每个国家工作人员都负有明确具体的职责，并认真负责地履行其职责义务，既恪尽职守，又不滥用职权，国家机构的各个部分才能相互协调。整个国家机器才能充分运转，有效发挥其管理社会的作用。

国家工作人员的三个特征，也是国家工作人员应同时具备的三个条件。审判实践中，应以这三个条件为标准来考察和判别被告人是否属于国家工作人员，能否成为贪污贿赂等渎职犯罪的主体。

三、具体界定国家工作人员的几个疑难问题

(一) 国家控股的股份有限公司中从事公务的人员是否应以国家工作人员论

由于国家控股的股份有限公司的财产不完全属于国家所有，因此不属于国有公司。对于国家控股的股份公司中从事公务的人员是否应当以国家工作人员论，目前存在几种不同观点。第一种意见认为，对国家工作人员应从严掌握，既然刑法规定国有公司中从事公务的人员以国家工作人员论，对于不属于国有公司的国家控股公司中的人员就不应以国家工作人员论。第二种意见认为，应区分绝对控股与相对控股。绝对控股是指股份在 51% 以上的，相对控股是指股份不足 50% 的，对于国家绝对控股的公司中从事公务的人员应当以国家工作人员论，对国家相对控股的公司中的人员不应以国家工作人员论。第三种意见认为，无论是国家绝对控股还是相对控股的公司中从事公务的人员，都应应以国家工作人员论。笔者同意第二种意见。

的确，对于国家控股的股份有限公司中从事公务的人员，无论是否以国家工作人员论，都存在一些值得慎重考虑的问题。但是，综合各方面的考虑，将国家绝对控股的股份公司中从事公务的人员以国家工作人员论，是比较适宜的。理由有以下几方面：(1) 股份制并不是对公有制的否定或减弱，相反是公有制的一种实现方式。实行股份制的目的在于建立起社会主义市场经济条件下国有资产保值增值的有效机制。(2) 随着股份制改造的不断推进，相当一部分业绩优良的国有企业，或者说是国有企业中的精华部分，被改造成股份公司，而这些公司绝大