

职务犯罪特论

主 编 王昌学

副主编 曾月英

● 职务犯罪总论

● 职务犯罪各论

● 职务犯罪对策论

中国政法大学出版社

职务犯罪特论

主 编 王昌学

副主编 曾月英

撰稿人 (以姓氏笔划为序)

王昌学	王宝来	许发民
张国伟	朋海松	林亚刚
宣炳昭	高珊奇	姬怡静
曾月英	赵 军	

中国政法大学出版社

(京)新登字185号

职务犯罪特论

主 编 王昌学

副主编 曾月英

●
中国政法大学出版社出版
北京昌平东旭印刷厂印刷
新华书店 经销

●
850×1168 32开本 15.25印张 390千字

1995年2月第1版 1995年2月第1次印刷

ISBN7—5620—1333—6/D·1285

印数：2500 定价：19.50元

《职务犯罪特论》



主 编 简 介

王昌学，男，54岁，陕西合阳人。现任西北政法学院刑法学教授，刑法硕士研究生导师，兼任学院教务处长，陕西省决策咨询委员，陕西省刑法研究会秘书长、陕西省第四律师事务所律师。出版有《疑案辨析》，《证据与断案》、《经济犯罪新论》任副主编等七部著作，发表学术研究论文40余篇。先后获优秀论著、论文奖10项。

说 明

所谓职务犯罪，泛指与国家公职人员职务有关的各种犯罪的总称，是一种特殊类型的犯罪。因此，它不是刑法上按照同类客体划分的法定犯罪分类，而是从理论上对各种符合职务犯罪本质属性的各种犯罪作的全面概括。我们认为职务犯罪的本质属性或主要特征，是指对国家机关正常活动及其公正、廉洁、高效的信誉的侵犯或损害。据此而言，职务犯罪不仅包括我国刑法分则第8章渎职罪各具体犯罪，而且也包括其它利用职务所实施的有关犯罪。但由于任何职务犯罪都具有渎职这一性质，故人常把作为一种特殊类型犯罪的职务犯罪也称做渎职罪，这就容易造成作为一种特殊类型犯罪的职务犯罪与我国刑法上第8章渎职罪界限的混淆。为使两者界限分明，也为不使人们发生误解，我们将这一特殊类型犯罪的研究称之为职务犯罪，或称之为职务上的犯罪。

职务犯罪是伴随国家及其法制的产生而产生，发展而发展，有其漫长的历史。本书的研究，只是从总结中国历史上惩治职务犯罪的经验入手，借鉴现代各国廉政勤政及其同渎职犯罪作斗争的立法经验，着眼于我国廉政勤政建设的现实和长远需要，紧密结合我国社会上当前出现的渎职腐败现象和国家公职人员职务上违法犯罪的客观存在，依据我国刑法和立法机关对刑法的补充、修改，以及其他有关法律法规等，从理论与实践的结合上来研究职务犯罪的罪刑概念、原理、原则、制度、界限及其惩治之策。既有宏观上的系统论证，又有微观上的具体深入；既有对理论上不同观点争鸣的分析评论，也有笔者刻意立新的一孔之见；既有扩大视野的古今中外的比较，又有满足应用的疑难问题研究；既有别于其他著作的新特内容，又有不同于往常的创新体系；并从

中将刑法与行政法熔为一体，使立法与司法相结合，把惩罚与预防相联系，并在实用上狠下功夫，从而使本书在内容上具有系统性、新颖性、务实性、前瞻性和学科上交叉渗透性。

对于职务犯罪的研究，是继我们出版《经济犯罪新论》一书之后的又一重要课题研究。它的完成有助于将刑法学的研究从普通刑法学推向特种刑法理论研究，这对我国经济刑法、公务刑法及其理论的产生（或形成）无疑是有益的。当然，我们这种研究仅为一种尝试而已。加之，我们水平有限，不当之处在所难免，敬请专家、学者和读者批评指正。

本书由王昌学任主编，由曾月英任副主编。其写作具体分工如下（以写作章节先后为序）：

王宝来：第一章

王昌学：第二章、第三章、第四章、第八章、第十章、第十一章、第十三章、

曾月英：第五章、第九章、第十九章、第二十三章、第二十四章、第二十五章

朋海松：第六章

赵军：第七章、第二十一章、第二十二章

宣炳昭：第十二章

许发民：第十四章、第十八章

张国伟：第十五章

姬怡静：第十六章

林亚刚：第十七章

高珊奇：第二十章

本书由主编、副主编进行统稿并最后审定。

作者

一九九四年六月于西安

序

王作富*

王昌学同志主编的《职务犯罪特论》，经过作者们的创造性劳动出版了，它为我国刑法学园地又增添了一枝引人注目的香花，也是作者们为丰富和发展我国刑法学所作的积极贡献，可喜可贺！

国家是一部庞大、复杂的“机器”。对国家的管理，是通过组成这架“机器”的各机关、部门中的官员及其他工作人员的职务活动来实现的。纵观历史可以看出，几乎任何一个统治阶级为了保证其国家机器的正常运转，都会以各种形式要求它的官吏忠于职守，严格按照统治阶级的意志办事，既要巩固现行统治，又要避免激起被压迫的劳动人民的强烈反抗。为此，不惜动用刑法，对擅权渎职、贪赃受贿者给予刑罚制裁。我国的秦律中，就对职务犯罪作了比较详细的规定，而在集封建法律之大成的唐律中，对职务犯罪作了更加细密的规定，其细密的程度远远超过现代各国刑法中渎职罪的范围。因此可见封建统治阶级对职务犯罪的重视。

我国是人民民主专政的社会主义国家，人民是国家的主人，国家工作人员是人民的“公仆”。国家工作人员掌握了管理国家

* 王作富同志系中国人民大学刑法教研室主任、教授、博士生导师，兼任中国法学会刑法研究会干事、北京市法学会刑法研究会副会长、北京市检察学会副会长等职。主要著作：主编《刑法各论》、《中国刑法适用》、《新中国刑法理论与实践》和专著《中国刑法研究》、《刑法分则要义》等，著述颇丰。

的权力，而这种权力是人民给的，他们只有运用手中的权力为人民服务的义务，决无以权谋私的权利。我们国家的法律和党的各项政策，要通过他们贯彻到群众中去，并且通过他们的职务活动保持党和政府与人民群众的联系。实践表明，我们的干部大多数是好的和比较好的。但是，有少数干部经不住资产阶级思想的侵蚀，个人主义恶性膨胀，弄权渎职，贪赃枉法，徇私舞弊，权力成为他们谋取私利的手段。特别是改革开放以来，由于种种原因，职务犯罪出现了逐渐增加的趋势，并且其犯罪手段之狡猾、犯罪数额之巨大、政治影响之恶劣，达到了令人触目惊心的程度。在当前，惩治和预防职务犯罪，已成为我国广大人民群众所关注的反腐倡廉斗争中的焦点。

但是，实践也表明，由于职务犯罪构成特点所决定，查处难度也是比较大的。例如，关于对职务犯罪的特殊主体的认定，对行为人是否利用职务之便的认定，就存在一些比较复杂的情况，与其他刑事犯罪相比较，增加了区分罪与非罪界限的复杂性。因此，从理论与实践的结合上对职务犯罪进行宏观与微观研究，进而探索职务犯罪发生、发展的规律，以及预防职务犯罪的对策，是摆在法学理论工作者面前的重要课题。

理论是为实践服务的。《职务犯罪特论》的作者正是从这一点出发，以职务犯罪为对象，对其进行了相当系统的研究。本书具有下列特点：

1. 内容丰富，具有启发性。主要表现在，本书不限于对个罪之剖析，而是把全书分为《职务犯罪总论》、《职务犯罪各论》和《职务犯罪对策论》三编，对职务犯罪的宏观问题和微观问题进行了比较全面的研究。而且，研究的范围不限于我国当前的立法与司法实践，而是广泛地研究了古今中外同职务犯罪作斗争的历史经验，从而增大了本书的信息量，有助于读者开阔思路、思考研究问题，对于建立职务犯罪的理论体系，也有积极意义。

2. 观点新颖, 富有独创性。本书既有对国内最新研究成果的吸收与反映, 又想他人之未想, 言他人之未言, 对于理论上的不同观点, 进行了比较深刻的评析, 并发表了作者自己的见解, 对于职务犯罪理论的丰富、发展有所裨益。

3. 理论与实际结合, 具有可操作性。在对个罪的研究中, 作者十分注意司法实践中提出的新情况和新问题, 查处这类犯罪的疑点和难点, 力求在理论上给以明确的说明, 为广大司法工作者提供理论上的指导, 促进司法工作的完善。

4. 具有学科融汇交流的交叉渗透性。本书对职务犯罪的研究, 不局限于刑法学范围内, 而是把刑法学、行政法学、政治学等学科结合运用来对职务犯罪进行多方面、多角度的考察, 不仅使读者对职务犯罪有更全面、深刻的了解, 而且从中学到更多的知识。

理论研究是创造性的思维活动, 理论的生命力在于它能正确地反映事物的客观规律性, 并为人们认识世界、改造世界的实践提供科学的指导。而理论是否正确, 要在实践中进行检验。对于任何一部著作, 我们不能苛求作者彻底地、完美无缺地解决与所研究的课题有关的所有问题。对于本书而言, 作者的观点是否完全正确, 还有哪些不足之处, 有待于在实践中进行检验。但是, 本书的出版对于实际部门同职务犯罪的斗争, 以及研究部门对这类犯罪进一步探讨的积极意义, 是应当给予充分肯定的。

在本书付梓之际, 应作者之邀写了以上文字, 是为序。

1994年8月12日

于中国人民大学

目 录

第一编 职务犯罪总论

第一章	对中国历史上廉政勤政与渎 职犯罪斗争的回顾·····	(1)
第一节	中国历史上的廉政勤政·····	(1)
第二节	中国古代职务犯罪的概念、 特征及其种类·····	(15)
第三节	中国古代惩治职务犯罪、促 进廉政勤政的主要对策·····	(22)
第二章	当前职务犯罪的态势、危害与 中国共产党人为廉政勤政建设 的努力·····	(26)
第一节	当前职务犯罪的现状与趋势·····	(26)
第二节	当前职务犯罪的危害与危险·····	(37)
第三节	中国共产党人为廉政勤政建 设的努力·····	(40)
第三章	职务犯罪的概念及其构成·····	(47)
第一节	职务犯罪的概念·····	(47)
第二节	职务犯罪的构成·····	(50)
第三节	职务犯罪的范围与分类·····	(65)
第四章	职务行为、职务违法与职务犯 罪的关系及其界限·····	(71)
第一节	职务行为及其分类·····	(71)
第二节	职务违法及其构成·····	(73)

第三节	职务上违纪、违法与犯罪的界限·····	(76)
第四节	职务犯罪与腐败的关系及其界限·····	(80)
第五章	共同职务犯罪·····	(82)
第一节	共同职务犯罪概说·····	(82)
第二节	共同职务犯罪的形式·····	(89)
第三节	共同职务犯罪的种类及其刑事责任·····	(93)
第四节	共同职务犯罪人的定罪问题研究·····	(97)
第六章	职务犯罪的罚则·····	(102)
第一节	惩治职务犯罪与廉政勤政·····	(102)
第二节	职务犯罪的处罚原则·····	(104)
第三节	职务犯罪的处罚方法及其完善·····	(112)
第七章	对资本主义国家或地区惩治职务犯罪立法、司法的研究及其借鉴·····	(118)
第一节	概述·····	(118)
第二节	国外职务犯罪立法的几个问题·····	(131)

第二编 职务犯罪各论

第八章	贪污罪中疑难问题研究·····	(139)
第一节	贪污罪的历史演变和概念·····	(139)
第二节	贪污罪主体的界定·····	(143)
第三节	贪污罪的对象及其范围的确认·····	(159)
第四节	贪污罪未遂的判断·····	(162)
第五节	贪污罪定罪上的10个难度大 的实际问题·····	(165)
第六节	贪污犯罪的处罚·····	(179)
第九章	改革开放形势下的受贿罪·····	(180)
第一节	受贿罪的概念和特征·····	(180)
第二节	受贿罪中的疑难问题·····	(182)

第三节	受贿罪的认定·····	(195)
第十章	市场经济下的回扣与贿赂犯罪·····	(199)
第一节	回扣的由来及其新态势·····	(199)
第二节	现行法律对回扣的禁止性规定与人们的困惑和不同意见·····	(201)
第三节	回扣的概念、本质及其作用·····	(203)
第四节	支付或收取回扣的法律界限与刑事责任·····	(206)
第五节	治理回扣的法律对策·····	(210)
第十一章	非法所得罪的立法、立法完善及其司法技巧·····	(212)
第一节	立法背景·····	(212)
第二节	应该是个独立罪名·····	(214)
第三节	罪之概念及其构成·····	(217)
第四节	同其它经济犯罪的区别·····	(221)
第五节	并非有罪推定·····	(222)
第六节	刑事责任·····	(225)
第七节	审判监督·····	(227)
第八节	立法的完善·····	(228)
第九节	司法技巧·····	(232)
第十二章	挪用公款罪的若干问题研究·····	(236)
第一节	挪用公款罪的概述·····	(236)
第二节	挪用公款罪的概念和构成·····	(238)
第三节	挪用公款罪的共同犯罪·····	(251)
第四节	挪用公款罪与非罪的界定·····	(255)
第五节	挪用公款罪与相关他罪的界定·····	(258)
第六节	挪用公款一罪与数罪的界定·····	(260)
第七节	挪用公款罪的刑事责任原则及处罚方法·····	(262)

第十三章	“官倒”犯罪及其惩治	(265)
第一节	提出处罚“官倒”犯罪的根据和理由.....	(265)
第二节	“官倒”犯罪的概念及其构成.....	(267)
第三节	“官倒”与官商、价格违法及一般投机倒把罪的区别.....	(276)
第四节	“官倒”犯罪的法律责任和刑事责任...	(278)
第五节	“官倒”犯罪的综合治理之策.....	(281)
第十四章	刑讯逼供罪的认定和追究	(284)
第一节	刑讯逼供的原因及其危害.....	(284)
第二节	刑讯逼供罪的概念及其特征.....	(288)
第三节	处理刑讯逼供罪应注意的几个问题.....	(293)
第四节	刑事责任.....	(297)
第五节	立法完善.....	(298)
第十五章	诬告陷害罪与报复陷害罪	(299)
第一节	诬告陷害罪和报复陷害罪的历史及其立法现状.....	(299)
第二节	诬告陷害罪的概念及其构成.....	(301)
第三节	报复陷害罪的概念及其构成.....	(306)
第四节	同诬告陷害罪、报复陷害罪相关的几个问题.....	(308)
第五节	诬告陷害罪和报复陷害罪的处罚.....	(313)
第十六章	泄露国家秘密罪及其立法变化	(316)
第一节	不容忽视的泄密现状.....	(316)
第二节	泄露国家秘密犯罪的罪名.....	(318)
第三节	泄露国家秘密罪的构成及其特征.....	(320)
第四节	认定泄露国家秘密罪应划清的几个界线.....	(323)
第五节	防止泄露国家秘密的对策.....	(327)

第十七章	官僚主义与玩忽职守罪·····	(330)
第一节	概述·····	(330)
第二节	玩忽职守罪的主要特征·····	(336)
第三节	认定和处理玩忽职守罪应注意的几个问题·····	(349)
第十八章	徇私枉法罪的认定和追究·····	(360)
第一节	徇私枉法的原因及其危害·····	(360)
第二节	徇私枉法罪的概念及其特征·····	(362)
第三节	处理徇私枉法罪应注意的几个问题·····	(370)
第四节	立法完善·····	(376)
第十九章	妨害邮电通讯罪·····	(379)
第一节	妨害邮电通讯罪的基本特征·····	(379)
第二节	妨害邮电通讯罪与非罪的几个问题·····	(381)
第二十章	税收犯罪·····	(385)
第一节	税收犯罪的概述·····	(385)
第二节	具体税收犯罪的概念、构成及其刑事责任·····	(387)

第三编 职务犯罪对策论

第二十一章	职务犯罪的原因及其预防·····	(401)
第一节	职务犯罪的原因·····	(401)
第二节	职务犯罪的预防·····	(412)
第二十二章	圣洁的职务与制约的权力·····	(423)
第一节	廉政勤政与权力的监督制约·····	(423)
第二节	建设有中国特色的权力监督制约体系·····	(428)
第二十三章	市场经济与权力腐败及其克服·····	(443)
第一节	市场经济与权力腐败的内涵·····	(443)
第二节	市场经济与权力腐败的关系·····	(444)
第三节	市场经济条件下防止权力腐	

	败的有效途径·····	(446)
第二十四章	职务犯罪刑事立法的完善·····	(450)
第一节	职务犯罪的现行立法及其司法现状·····	(450)
第二节	职务犯罪刑事立法的完善·····	(455)
第二十五章	为适应惩治职务犯罪实际	
	需要而应增设若干新罪名·····	(459)
第一节	滥用职权罪·····	(459)
第二节	挥霍浪费罪·····	(462)
第三节	非法干预司法罪·····	(465)

第一编 职务犯罪总论

第一章 对中国历史上廉政勤政 与渎职犯罪斗争的回顾

英国政治学权威拉斯基说：官僚政治“惯把行政当作例行公事处理，谈不到机动，遇事拖延不决，不重实验。在极端场合，官僚且变成世袭阶级，把一切政治措施，作为自己图谋利益的勾当。”^①以之形容中国的旧官僚政治，这是再贴切不过的。上溯数千年，旧官场弥漫着懒惰、贪婪的坏风气。当贪污腐败导致民不聊生时，就会发生血与火的惨剧。一次次改朝换代没有能克服痼疾，但却受到统治阶级中有识之士的重视，为了维护统治阶级长治久安，人们纷纷寻觅治吏良策。历代关于廉政勤政的思想及惩治渎职犯罪的经验，至今仍为一份宝贵的遗产。

第一节 中国历史上的廉政勤政 思想与惩治职务 犯罪概况

一、奴隶制时期

在宗法等级制的奴隶社会，家法就是国法，官吏也是家臣，官吏实行世袭制度。由于奴隶主贵族至高无上，不可能用法律严格控制大臣的行为。大臣贪赃，舆论上为其百般回护：“有坐不

^①转引自王亚南《中国官僚政治研究》第19页。

廉而废者，不谓不廉，曰‘簠簠不饰’”；^① 贵族犯法，往往让下属代为受过。所谓“刑不上大夫，礼不下庶人”，赤裸裸地宣布贵族官吏享有法律特权。商朝虽有“官刑”，惩治的对象主要不是犯有“三风十愆”的贵族，而是被斥之为不尽规劝职责的僚属（“臣不下匡，其刑墨”）；西周《召鼎铭》、《猷匜铭》等礼器铭文赫然镌刻着贵族官吏枉法擅断的案例。但是统治者对官吏沉缅酒色、不理政务的危害性也有一定认识。《尚书·伊训》说，商朝初年的贤相伊尹曾预言“三风十愆”“卿士有一于身，家必丧；邦君有一于身，国必亡”。《周礼》的“八辟丽邦法”赋予亲、故、贤、能、功、贵、勤、宾八种人以法律特权，但同时反映了奴隶主阶级勉励官吏勤劳效力的愿望。《尚书·吕刑》等典籍，谆谆教导“狱货非宝”、“朕敬于刑，有德惟刑”等，要求官吏慎于狱事、廉洁奉公，对一般官吏的渎职犯罪，夏时有“贪以败官”的墨罪，针对误报天时行为的渎职罪（“先天时者杀无赦，不及时者杀无赦”）；周时有“功有不当”罪（工匠的产品不合标准）、“侵削公庶”罪（官吏借征赋侵渔百姓），^② 等等。《周礼》的邦法，为治理官府、处理卿大夫的狱讼提供了法律依据。

二、封建制时期

战国以后，奴隶制的世卿世禄制度为地主阶级的官僚制度取代。战国时期地主阶级法家人物李悝提出：“为国之道，食有劳而禄有功，使有能而赏必行，罚必当。”^③ 量才授官、信赏必罚的思想为后来的地主阶级国家所接受。李悝手撰第一部封建法典《法经》六篇中，有一些就是惩治渎职罪的法条，如丞相犀首受金，大夫逾制，借假不廉等。

① 《汉书·贾谊传》。

② 《礼记·月令·孟冬之月》。

③ 《说苑·政理》。