



TOUXI ZHIWU FANZUI

透析

# 职务犯罪

主 编 / 陈 炜 副主编 / 刘期湘

职务犯罪问题一直都是社会高层及全社会  
普遍关注的重大现实与理论问题。

已成为社会的一大毒瘤。

在我国，随着改革开放的深入、市场经济的发展。

特别是我国加入世界贸易组织后。

职务犯罪呈现出新的趋势。

湖南人民出版社

# 透析

TOUXIEXINWUFAKEXI

# 职务犯罪

主 编 陈 炜  
副 主 编 刘期湘

湖南人民出版社

**图书在版编目(CIP)版据**

透析职务犯罪 / 陈炜主编. —长沙: 湖南人民出版社,  
2006.8

ISBN 7-5438-4474-5

I. 透... II. 陈... III. 职务犯罪-研究  
IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 095959 号

责任编辑: 马明明

装帧设计: 杨丁丁

**透析职务犯罪**

陈 炜 主编

\*

湖南人民出版社出版、发行

网址: <http://www.hnppp.com>

(长沙市营盘东路 3 号 邮编: 410005)

湖南省新华书店经销 湖南印刷一厂印刷

2006 年 8 月第 1 版第 1 次印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 16

字数: 378,000

ISBN 7-5438-4474-5

D·722 定价: 28.00 元

## 编委会名单

- 编委会主任 马长生
- 编委会副主任 邱兴隆 唐世月 李名元 胡凤英  
余松龄 孙昌军 成光海 戴一云  
谭孝敖 翟玉华 杨金柱
- 编委会委员 (按姓氏笔划为序):
- 丁维群 马长生 尹南飞 孙昌军  
李名元 成光海 邢伟国 刘建  
邱兴隆 杜雄柏 杨凯 杨金柱  
余松龄 邱昭开 沈柏成 张惠芳  
陈炜 陈彰福 罗芳忠 周训芳  
周恩良 胡凤英 郭荣通 唐世月  
徐发科 曹运伟 黄明儒 蒋兰香  
翟玉华 谭孝敖 潘爱民 蔡俊伟  
蔡雪冰 戴一云 戴著辉
- 编辑部主任 张静
- 编辑部成员 刘期迁 肖桦 杨纪华

## 湖南省法学会刑法专业委员会简介

湖南省法学会刑法专业委员会成立于1986年，现任会长马长生（湖南师范大学原正校级督导员、法学研究员、湘潭大学法学院教授、博士生导师），副会长邱兴隆（厦门大学法学院教授、法学博士、博士生导师、第四届全国十大青年法学家）、唐世月（湖南省委党校校务委员、法学博士、湖南师范大学法学院教授、硕士生导师）、李名元（原湖南省高级人民法院副院长）、胡凤英（湖南省人民检察院正厅级检察员、省检察官协会副会长）、余松龄（湖南大学法学院教授、硕士生导师、湖南公安高等专科学校教授）、孙昌军（长沙中联重工科技股份有限公司总法律顾问、长沙理工大学法学院教授、湖南大学法学院教授、法学博士、中国政法大学法律史学博士后研究人员、硕士生导师）、戴一云（湖南省政法委员会督察室主任、法学硕士）、成光海（湖南成光海律师事务所一级律师、法学硕士）、谭孝敖（湖南太子奶集团总裁）、翟玉华（湖南天地人律师事务所主任）、杨金柱（湖南通程律师集团董事长），唐世月兼任秘书长，湖南省检察院原检察长李志辉任名誉会长。多年来，湖南省法学会刑法专业委员会认真组织和鼓励会员开展学术研讨活动，已取得一大批有较大影响的科研成果，十几名会员先后获得或正在攻读法学博士学位，唐世月、黄明儒、杨凯、孙昌军、蒋兰香、刘杰等青年学者因学术成就突出，相继晋升为教授。该会在省法学会领导下具体承办了中国法学会刑法学研究会2003年年会，获得圆满成功。

## 前 言

职务犯罪问题一直都是社会高层及全社会普遍关注的重大现实与理论问题，已成为社会的一大毒瘤。在我国，随着改革开放的深入、市场经济的发展，特别是我国加入世界贸易组织后，职务犯罪呈现出新的趋势，腐败之风已成为破坏社会信用的最大祸害。因此，党把新形势下与少数人以权谋私、行贿受贿、贪污渎职等腐败现象的斗争，视为“关系到人心向背，关系到社会稳定，关系到经济发展，关系到我们党生死存亡和社会主义事业的兴衰成败”的重大问题。党的十六大报告又着重指出，要“把反腐败寓于各项重要政策措施之中，从源头上预防和解决腐败问题”。

国内外刑法学界对职务犯罪已进行了多年的研究探索，成绩斐然。但是，大多针对具体的个案、具体的地区或者具体领域中的具体问题加以论证与说明，缺乏系统全面的研究。

2004年以来，湖南省法学会刑法专业委员会以《职务犯罪研究》为总课题，由会员们组成开放型的课题组，各自选择子课题，分别对职务犯罪的基本理论、贪污贿赂犯罪、渎职犯罪等方面的一系列难点、热点、疑点问题进行研究。2005年12月，湖南省法学会刑法专业委员会2005年年会暨职务犯罪学术研

讨会在长沙理工大学胜利召开，会员们通过研讨会、座谈会等形式进行学术交流，在交流的基础上筛选出了一部分较有学术价值的成果。我们通过进一步整理、加工和修改，最终形成了30万字的科研成果。这是本会会员在完成2003至2004年度的重点科研课题《经济犯罪热点问题研究》之后，同心协力共同完成的又一项重点科研课题。

本书是湖南省法学会刑法专业委员会集体智慧的结晶。初稿采用了大部分会员的学术成果（在本书各章节中予以详细介绍）。会员中既有高等院校的刑法学教授、副教授、博士、硕士，也有从事刑事司法实务工作的专家。有的理论功底深厚，有的实践经验见长，大家优势互补，共同为本课题的完成作出了各自的贡献。由于参与本书撰稿工作的人员较多，因而书中某些观点难免存在不一致之处。编审人员在编写、审定本书过程中，也充分尊重各章节作者本人的思想，只要文章观点能够自圆其说，有一定的道理或者借鉴意义，一般没有对其观点进行更改。本书各章节作者在书中已作介绍，部分内容为编者撰写。

本课题由湖南省法学会刑法专业委员会会长、湖南师范大学法学院刑法所研究员、湘潭大学法学院教授、博士生导师马长生教授和副会长、长沙理工大学法学院院长孙昌军教授共同主持，长沙理工大学法学院副院长陈炜博士担任本书主编，湖南商学院法律系刘期湘（在读博士生）担任副主编，湖南大学法学院刑法学硕士研究生张静、刘期迁、肖桦、杨纪华等协助主编参与了编务工作。本书初稿由陈炜、刘期湘、张静分别审阅修改，最后由孙昌军、陈炜统改审定。

湖南省法学会刑法专业委员会副秘书长、中南林业科技大学法学院副院长蒋兰香教授，湖南省法学会刑法专业委员会副秘书长、湖南师范大学张公岭校区办公室戴著辉主任，湖南师范

大学法学院张惠芳副教授，湘潭大学法学院黄明儒教授等参加了年会的会务工作，谨向他们致以谢意。

长沙理工大学对年会的召开给予了极大的支持，在此一并表示感谢。

本书力图体现“系统全面”的特色，但由于诸多原因，本书并没有囊括所有会员们的学术成果，同时由于水平所限，书中疏漏和缺陷在所难免，祈请专家和读者批评指正。

参与本课题组调研与撰稿工作的成员有（以参与课题内容为序）：

|     |     |     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| 孙昌军 | 卢粤湘 | 刘友谊 | 周世光 | 欧昌浩 | 谭 鹏 | 阳晓波 |
| 张 静 | 贺承旭 | 伍甲群 | 曾 奕 | 欧道华 | 杨建国 | 谭红亮 |
| 张秀华 | 马晓慧 | 徐凌泽 | 肖 桦 | 李晓玲 | 罗凤梅 | 谢 明 |
| 余松龄 | 张志雪 | 肖静文 | 刘雪梅 | 段启俊 | 刘 芬 | 胡志泽 |
| 曹运伟 | 何 琳 | 刘期湘 | 李景城 | 成新兴 | 孙海燕 | 徐 丹 |
| 杨纪华 | 王小艳 | 邓祥瑞 | 陈 旻 | 王清波 | 罗智勇 | 李含春 |
| 胡艳萍 | 郭石修 | 郭文婷 | 罗蔓莉 | 李智峰 | 刘期迁 | 陈 炜 |
| 李 凌 | 曾亚杰 | 罗开卷 | 刘义辉 | 牛天明 | 裴国富 | 董玲玲 |
| 田兴洪 | 何 丹 |     |     |     |     |     |

孙昌军 陈 炜  
2006 年 5 月 18 日

## 目 录

## 上 编 职务犯罪基础理论研究

|                        |        |
|------------------------|--------|
| 第一章 职务犯罪概说·····        | ( 3 )  |
| 第一节 职务犯罪的内涵和特征·····    | ( 3 )  |
| 第二节 职务犯罪的现状及危害·····    | ( 10 ) |
| 第二章 职务犯罪成因研究·····      | ( 18 ) |
| 第一节 职务犯罪产生的历史因素·····   | ( 18 ) |
| 第二节 职务犯罪产生的主要社会因素····· | ( 20 ) |
| 第三节 职务犯罪产生的法律因素·····   | ( 25 ) |
| 第四节 职务犯罪产生的个人因素·····   | ( 26 ) |
| 第五节 职务犯罪产生的根本原因·····   | ( 30 ) |
| 第三章 职务犯罪惩治制度研究·····    | ( 35 ) |
| 第一节 职务犯罪惩治概况·····      | ( 35 ) |
| 第二节 职务犯罪惩治的立法及其完善····· | ( 40 ) |
| 第三节 职务犯罪惩治与死刑废除·····   | ( 46 ) |
| 第四章 职务犯罪预防机制研究·····    | ( 64 ) |
| 第一节 职务犯罪预防的基本原则·····   | ( 64 ) |
| 第二节 职务犯罪预防对策·····      | ( 71 ) |
| 第三节 几种特殊的职务犯罪预防·····   | ( 79 ) |
| 第四节 构建和谐社会与职务犯罪预防····· | ( 93 ) |

## 2 透析职务犯罪

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| 第五章 《联合国反腐败公约》与中国职务犯罪防治····· | (100) |
| 第一节 《联合国反腐败公约》解读·····        | (100) |
| 第二节 中国应对《联合国反腐败公约》的对策·····   | (113) |

## 下 编 职务犯罪个罪研究

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| 第六章 贪污罪研究·····              | (121) |
| 第一节 犯罪主体·····               | (121) |
| 第二节 犯罪对象·····               | (133) |
| 第三节 犯罪形态·····               | (139) |
| 第四节 法定刑·····                | (148) |
| 第七章 受贿罪研究·····              | (156) |
| 第一节 受贿罪概述·····              | (156) |
| 第二节 受贿罪中“贿赂”范围合理性界定·····    | (168) |
| 第三节 受贿罪中的“为他人谋取利益”·····     | (176) |
| 第四节 受贿罪中的第三人刑事责任问题·····     | (187) |
| 第五节 “性贿赂”研究·····            | (195) |
| 第六节 家属作为受贿罪共犯的认定·····       | (205) |
| 第七节 受贿罪中权钱交易形态及其监督制度设想····· | (212) |
| 第八节 斡旋受贿罪概述·····            | (225) |
| 第九节 斡旋受贿罪的独立性和立法完善·····     | (244) |
| 第十节 公司、企业人员受贿罪·····         | (254) |
| 第八章 行贿罪研究·····              | (272) |
| 第一节 行贿罪未遂分析·····            | (272) |
| 第二节 行贿罪的认定误区·····           | (281) |
| 第三节 公款行贿分析·····             | (285) |
| 第四节 行贿罪的立法完善·····           | (291) |

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| <b>第九章 挪用公款罪研究</b> .....      | (301) |
| 第一节 挪用公款罪概述.....              | (301) |
| 第二节 挪用公款罪中“挪而未用”案件的认定.....    | (311) |
| 第三节 挪用公款罪罪数问题分析.....          | (319) |
| <b>第十章 巨额财产来源不明罪研究</b> .....  | (326) |
| 第一节 巨额财产来源不明罪的概述.....         | (326) |
| 第二节 巨额财产来源不明罪价值分析及立法完善.....   | (333) |
| <b>第十一章 私分国有资产罪研究</b> .....   | (345) |
| 第一节 私分国有资产罪概述.....            | (345) |
| 第二节 私分国有资产罪辨析.....            | (353) |
| 第三节 私分国有资产罪的认定.....           | (363) |
| <b>第十二章 滥用职权型渎职犯罪研究</b> ..... | (369) |
| 第一节 滥用职权罪.....                | (369) |
| 第二节 徇私舞弊不移交刑事案件罪.....         | (379) |
| 第三节 徇私枉法罪.....                | (395) |
| 第四节 帮助犯罪分子逃避处罚罪.....          | (408) |
| 第五节 枉法裁判罪.....                | (424) |
| <b>第十三章 玩忽职守型渎职犯罪</b> .....   | (433) |
| 第一节 玩忽职守罪.....                | (433) |
| 第二节 环境监管失职罪.....              | (441) |
| 第三节 执行判决、裁定失职罪.....           | (458) |
| 第四节 传染病防治失职罪.....             | (467) |
| 第五节 商检失职罪.....                | (479) |
| <b>参考文献</b> .....             | (490) |

上编  
职务犯罪基础理论研究



## 第一章 职务犯罪概说

职务犯罪是人类社会发展到一定阶段的产物，是社会公共权力异化的结果。由于世界各国的政治制度、经济发展进程、文化意识传统等等的差异，各国的职务犯罪程度和表现形式也不尽相同。但在当今世界，职务犯罪现象如同社会瘟疫一样严重侵害各国的政治、经济和文化，影响社会稳定，阻碍经济发展，造成资源浪费，导致分配不公，毒化社会风气。无论是发达国家，还是发展中国家和不发达国家，都面临着预防和惩治职务犯罪的共同课题。

### 第一节 职务犯罪的内涵和特征

#### 一、什么是职务犯罪

职者，是掌管的意思。务者，是指有职者所承担的任务、事务、事情等。

职务者，《现代汉语词典》解释为“职位规定应当担任的工作”。职务，作为一个有机的词组，其基本含义是指在工作中按

有关规定所应承担的任务。职务是权利、岗位职守与事务责任的组合，是一个社会、一个单位不可或缺的组织运行的形式与载体。职务的本质特征是“公务性”，即代表统治者从事国家管理活动。从公务的主体讲，有一定职务的人员是代表国家从事公务；从公务的目的讲，有一定职务的人员从事的公务是为了全社会的成员。这种严格意义上的“职务”，只能是在国家管理活动中形成的职务，具有这种职务的人员只能是刑法意义上的国家工作人员。

犯罪是指一切严重危害社会的、依照刑事法律应当受到刑罚处罚的行为。

我国《刑法》对职务犯罪尚无确切的法律概念，无论在法学理论领域还是在司法实践中，职务犯罪的概念无系统理论和具体对策。对于职务犯罪的定义，我国学术界最简单地概括为：与职务有关的一类犯罪的总称。<sup>①</sup>这一概括揭示了职务犯罪的实质。为了进一步阐明职务犯罪的概念，许多学者都试图从不同的角度加以论述。有的学者认为，职务犯罪就是国家工作人员利用职务便利从事的犯罪活动。<sup>②</sup>这一概念强调了从事犯罪活动所利用的条件，即职务便利，而且强调了主体必须是国家工作人员。有的学者认为，职务犯罪是指国家公职人员利用职务上的便利，滥用职权或放弃职责、玩忽职守而危害国家机关正常活动及其公正廉

---

① 樊凤林，宋涛：《职务犯罪的法律对策及治理》，中国人民公安大学出版社1994年版，第110页。

② 陈兴良：《职务犯罪认定与处理实务全书》，中国方正出版社1996年版，第23页。

洁高效的信誉，致使国家、集体和人民利益遭受重大损失的行为。<sup>①</sup> 还有与之相类似的说法，如国家工作人员利用职务便利进行非法活动或者滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，破坏国家对职务行为的管理活动，依照刑法应当受到刑罚处罚的犯罪行为的总称。<sup>②</sup> 这两个概念均强调主体为国家公职人员（可认为是国家工作人员的扩展），其行为破坏了国家机关正常活动或者具体为国家对职务行为的管理活动。还有一种观点，认为职务犯罪是指行为人（包括国家工作人员和其他在社会团体、事业单位中依照法律、法规或者组织章程等从事公务的人员）违背职责要求实施的触犯刑律应受刑事处罚的行为的总称。<sup>③</sup> 其中提出了违背职责这一行为特征。

上述观点都从不同角度和层面根据各自的理解对职务犯罪予以界定，把职务犯罪作为刑法理论上的概念加以论述，但有的概念存在一些缺陷，如缺乏概括性或者未能揭示该类犯罪的实质特征等。综合上述分析，可以把职务犯罪的概念归纳为：职务犯罪是指具有一定职务的人员，违背职责，利用职务或通过职务行为所实施的危害社会的，触犯刑事法律的，依法应予以刑事处罚的行为。

---

① 王学昌：《职务犯罪特论》，中国政法大学出版社1995年版，第21页。

② 孙谦：《国家工作人员职务犯罪研究》，法律出版社1998年版，第21页。

③ 何秉松：《职务犯罪的预防与惩治》，中国方正出版社1999年版，第4页。

## 二、职务犯罪的特征

职务犯罪也是犯罪，所以它具备所有犯罪的一般特征，即社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性。但它还具有自己的独有特征。从职务犯罪的定义出发，我们可以看出职务犯罪在构成上有以下四个基本特征：

### （一）主体的特殊性

职务犯罪是特殊主体，行为人必须具有“从事公务”的身份，才能构成职务犯罪的主体。“从事公务”是职务犯罪的身份特征。根据我国法律规定，“从事公务”的人员主要包括以下几类人员：

1. 国家机关工作人员，指国家各级权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军事机关，中国共产党的各级机关和中国人民政治协商会议的各级机关中从事公务的人员，以及直接隶属于国家机关，行使一定的政府管理职能的企业、事业单位中从事公务的人员。

2. 国有公司、企业、事业单位、人民团体中具有经营、管理职责或者监管单位财物职责的人员。

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、社会团体中从事公务的人员。

4. 其他依照法律从事公务的人员，包括各级人民代表大会代表、中国共产党的基层组织工作人员、各民主党派中的专职工作人员、人民陪审员、基层群众性自治组织中依照法律从事公务和社会公益事业的人员，由法律、法规授权行使管理职权的组织