

ZHIWUFANZUI
GANGYAO

职务犯罪纲要

杜波 编写

北京出版社



中共北京市委党校成人教育统编教材

职务犯罪纲要

杜 波 编写

北京出版社

图书在版目 (CIP) 数据

职务犯罪纲要 / 杜波编写. —北京: 北京出版社, 2005
中共北京市委党校成人教育统编教材
ISBN 7-200-06308-8

I. 惩… II. 杜… III. 职务犯罪—中国—党校—成人
教育—教材 IV. D924.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 139798 号

职务犯罪纲要

ZHIWU FANZUI GANGYAO

杜 波 编写

*

北 京 出 版 社 出 版

(北京北三环中路 6 号)

邮政编码: 100011

网 址: www.bph.com.cn

北京出版社出版集团总发行

新 华 书 店 经 销

北京佳顺印务有限公司印刷

*

850 × 1168 32 开本 10.375 印张 265 千字

2006 年 2 月第 1 版 2006 年 2 月第 1 次印刷

印数 1—4 400

ISBN 7-200-06308-8/D · 450

定价: 16.60 元

质量投诉电话: 010-58572393

序 言

法国启蒙思想家、法学家孟德斯鸠说过：“任何有权力的人都容易滥用权力。这是一条万古不易的经验。”为了防止滥用权力、避免腐败的滋生，各个现代国家纷纷采取各种措施，出台了一系列惩治职务犯罪的法律和政策。

不过，关于职务犯罪问题的研究，理论界仍处于探索阶段。比如究竟什么是职务犯罪，对于这样一个基本的概念，理论界仍无定论；职务犯罪如何分类，标准依然无法统一；职务犯罪的形成原因是什么，至今依然见仁见智。可以说，职务犯罪仍然是一个亟待深入探讨的领域，需要更多的学者共同努力。

本人从事刑事法理论的教学工作已经十多年，阅读了不少有关职务犯罪的专著和论文，在此基础上编写了第一本职务犯罪方面的教材，用于北京市委党校成人教育学院的教学工作。当年对于职务犯罪分类的观点，尽管理论的完善和彻底尚难以圆满，仍被司法实践的发展进程证明是正确的，对于明确职务犯罪惩治的重点具有良好的实际作用。但是，要真正建立起职务犯罪学的理论框架，远非凭一个人或者一些人高昂的热情和无畏的勇气可以做到，因为它需要相关理论、立法、司法实践等等客观条件的成熟，尤其是行政法制建设的加快以及刑法理论的提升。惩治职务犯罪学的真正建立与完善，仍然需要假以时日。

由于成书时间仓促，加之本人水平所限，书中难免存在纰漏甚至错误，恳请读者批评、指正。

编者

2005 年暮秋

目 录

第一章 职务犯罪概述	(1)
第一节 职务犯罪的概念与特征	(1)
第二节 职务犯罪的分类	(14)
第三节 职务犯罪的司法原则	(20)
第四节 职务犯罪的原因	(25)
第二章 职务犯罪的构成要件	(31)
第一节 职务犯罪的构成要件概述	(31)
第二节 职务犯罪的犯罪客体	(37)
第三节 职务犯罪的犯罪主体	(44)
第四节 职务犯罪的客观方面	(50)
第五节 职务犯罪的主观方面	(57)
第三章 职务犯罪的立法沿革	(62)
第一节 职务犯罪的回顾、现状与未来趋势	(62)
第二节 惩治职务犯罪的立法沿革	(68)
第四章 贪利型职务犯罪	(97)
第一节 贪污罪	(97)
第二节 挪用公款罪	(127)
第三节 受贿罪	(144)
第四节 其他贪利型职务犯罪	(168)
第五章 侵权型职务犯罪	(185)
第一节 非法剥夺公民宗教信仰自由罪	(185)
第二节 侵犯少数民族风俗习惯罪	(189)
第三节 私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪	(193)
第四节 报复陷害罪	(198)

第六章 司法工作人员职务犯罪	(205)
第一节 刑讯逼供罪	(205)
第二节 暴力取证罪	(213)
第三节 虐待被监管人罪	(217)
第四节 徇私枉法罪	(224)
第五节 枉法裁判罪	(229)
第六节 其他司法人员职务犯罪	(232)
第七章 其他职务犯罪	(262)
第一节 滥用职权方面	(262)
第二节 玩忽职守方面	(272)
第三节 徇私舞弊方面	(298)
主要参考资料	(325)

第一章 职务犯罪概述

第一节 职务犯罪的概念与特征

一、职务犯罪的概念

(一) 广义的职务犯罪

什么是职务犯罪？这个问题目前仍然具有很大的争议性。刑法学者从不同的角度或者采用不同的方法进行研究，所得出的结论自然也就大相径庭。因此，我们可以说惩治职务犯罪既是一个独立的学科，也是一个新兴的学科，许多理论问题尚待深入探讨和彻底解决。

探讨惩治职务犯罪学的所有问题，首先必须从分析“职务”这个基本概念着手，甚至可以说，准确理解“职务”的涵义，是正确理解“职务犯罪”的前提条件。从字面意思讲，“职”是掌管的意思，用作名词，表示在官场上有一定的位置，“职务”表示分内应做的事，即某一职位所必须履行的义务。按照《现代汉语词典》的解释，“职务”是“职位规定应该担任的工作”，因此，“职务”的前提是先有一定的“职位”，由该职位确定其所应有的职权和义务。“职务”是职权和职责的统一，一个人具有某种职务，表明他既拥有处理一定事务的权力，又必须履行处理一定事务的职责。对于国家公职人员来说，担任一定的职务，也就是国家要求他必须恪尽职守，既不能滥用权力，也不能不履行职责。在其职务构成上，职权与职责是密不可分的两个方面，

正如一枚硬币的正面与反面一样。

在人类社会跨越了蒙昧时代和野蛮时代，继而进入文明时代后，作为文明时代标志的国家是社会的总代表，而政府则是国家的日常代表，因此，国家事务乃至政府事务就具有了社会公共事务的特征。从起源的角度上讲，“职务”的首要特征是“公务性”。任何时期的统治者获取政权之后，把管理国家事务交给一定的人员负责，这些人员便有了职位，进而有了职务。因此，“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，行使职务所赋予的职权，履行职务所确定的职责。从公务的目的性上讲，有一定职务的人员从事的职务活动是为了全社会的成员，而不是为了某一团体、集团或者个人；从公务的主体性上讲，有一定职务的人员是代表国家从事社会公共事务，即公务，而不是代表某一团体或者集团从事特定范围的职务，更不是代表个人从事私务。这样严格意义上的“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国家公职人员。我们的国家公职人员，过去称作国家干部、革命干部，现在称作国家工作人员，即公务员。这种称谓上的变化，也反映了我们所讲的职务犯罪主体的性质和特征。

相对于长达数百万年人类社会发展的历史长河，数千年的文明时代只是短暂的一瞬间。但在文明时代，社会越来越加速发展，社会分工也越来越细。现代的社会分工给现代国家和社会带来了许多变化：一是国家事务和社会事务逐渐重新有所分离，原来由国家管理的部分社会事务逐渐交还给社会管理，出现了社会管理机构；二是行业分工越来越多，行业管理机构逐渐增多；三是自愿组合的社会组织、民间团体越来越多；四是生产、经营单位的社会化。在社会管理机构、行业管理机构、民间团体管理机构和独立的生产、经营单位中，同样也需要管理公共事务的人员。这种“职务”人员所从事的事务也有一定的公务性。从目的性上讲，是为了该团体、组织中全体成员的利益，而不是为了

个人；从主体性上讲，是代表该团体、组织从事活动，而不是代表个人。这种“职务”同国家管理活动中的“职务”相比，虽有一定的团体性、集团性，但因其不是从事纯粹的私人事务，仍有“公务性”，也属于广义上的“职务”，具有这种“职务”的人员也可以构成职务犯罪的主体。

因此，广义的职务犯罪，是指国家工作人员和其他在社会团体、企业、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在履行职责过程中，利用职务上的便利条件，或者滥用职权，或者不正确履行职权所实施的违背职责要求的依照我国刑法规定应受刑罚处罚的行为的总称。简言之，广义的职务犯罪，就是一切与公共职务相关的犯罪。

（二）狭义的职务犯罪

一般意义上的职务，概念比较宽泛，即不管在何种性质的单位、不管有无职位，只要从事直接与工作内容有关的事情，就是一种职务行为。刑法意义上的职务，应比一般意义上的职务的涵义略窄，因为法律意义上的职务，具备明确的法定权利和义务，不具备法定权利和义务的职务，不是刑法意义上的职务。

与职务颇为接近，容易混淆的一个概念是公务。一般说公务是指“关于国家或集体的事务”。从这一概念可以看出，公务的概念比职务概念的涵义又要窄得多。公务必须是国家或集体的事务，而职务除了国家或集体的事务以外，在非国家或集体事务中也会产生职务行为。因此，职务与公务是一种包容与被包容的关系，公务行为肯定是一种职务行为，而职务行为则不一定全是公务行为。

惩治职务犯罪学意义上的职务，实际上应该是国家工作人员的职务。它既不同于一般意义上的职务，也不同于法律意义上的职务。作为国家工作人员的职务，这种行为具有一定的特殊性，也就是说，这种职务行为是由国家工作人员的性质派生出来的。国家工作人员，就是特指我国《刑法》第九十三条第1、第2款

所列人员，那么，这些人员的职务行为就是国家工作人员职务犯罪研究中的职务行为，而这些职务行为并非一般意义上的职务行为，而是特定的公务行为。国家工作人员的本质特征是依法从事公务，它决定了作为国家工作人员的职务只能是一种公务。职务犯罪中的职务，应当特指是公务，而不是一般意义上的职务。

因此，狭义的职务犯罪，即国家工作人员的职务犯罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，或者滥用职权，或者不正确履行职权所实施的违背职责要求的依照我国《刑法》规定应受刑罚处罚的行为。

我们通常意义上讲的职务犯罪，实际是狭义的职务犯罪，而从理论角度探讨职务犯罪，指的却是广义的职务犯罪。这是我们在研究职务犯罪时，必须首先明确的前提。本书所讲的职务犯罪，限定于国家工作人员的职务犯罪，也就是狭义的职务犯罪。基本概念上的这一个矛盾也足以说明职务犯罪的理论研究亟待深入。

（三）理论争议的评价

我国刑法学界对什么是职务犯罪，并没有一个统一的认识。从职务犯罪的主体角度来界定职务犯罪，主要有以下三种观点。第一种观点认为，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。这种观点进而认为，“职务犯罪与其他种类犯罪的重要区别之一，在于其主体只能是国家工作人员”^①。第二种观点对职务犯罪的主体持较为宽泛的认识，认为：“在我国所谓职务犯罪，就是我国《刑法》及全国人大常委会有关的《决定》中规定的与职务有关的一类犯罪的总称。它是指国家公职人员或视同公职人员的人利用职务上的便利，或滥用职权、不尽职责，破坏国家对职务活动的管理职能，依照我国《刑法》应当受刑

^① 陈兴良主编：《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。

罚处罚的行为。”^①第三种观点认为：“所谓职务犯罪，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。”^②

对上述三种观点进行分析，我们认为，第一种观点比较正确地揭示了职务犯罪的客观方面，对职务犯罪行为的外在特征把握得比较准确，但将职务犯罪的主体仅限于国家工作人员，显然过窄。国家工作人员只是职务犯罪的犯罪主体的主要组成部分，职务犯罪的主体除国家工作人员外，还包括一部分非国家工作人员，也就是说，除我国《刑法》第九十三条规定的从事公务的人员以外，只要是在公共事务中承担一定管理工作的人员，均可构成职务犯罪的主体。如果结合现行《刑法》的有关规定，这一点可以看得更为清楚。现行《刑法》将公司、企业人员的侵占罪和商业贿赂罪从贪污罪和贿赂罪中划分出来，表明侵占罪、商业贿赂罪已不是国家工作人员职务犯罪，但仍属于一般的职务犯罪。如果按照第一种观点，即职务犯罪的犯罪主体仅限于国家工作人员的理解，这两个罪名应当被排除在职务犯罪范围之外。

第二种观点在定义职务犯罪的犯罪主体时过于宽泛。因为“视同公职人员”，是一个比较模糊的概念，而且任何法律、法规条文也没有使用过这种提法。

相比之下，第三种观点把职务犯罪的主体界定为“国家公职人员”，是一个比较适当的概念。我们理解，所谓“公职”是公务和职务的总称，公职人员是一个比较清楚、明晰的概念，它恰当地表明了职务犯罪的犯罪主体所包含的两个互相关联又各不相同的部分——职务与公务。

① 樊凤林、宋涛主编：《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111页。

② 王昌学主编：《职务犯罪特论》，中国政法大学出版社，1995年版，第49页。

广义的职务犯罪，是指国家公职人员利用职务之便进行非法活动，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，依照我国《刑法》应当受到刑罚处罚的犯罪行为的总称。这就把广义的职务犯罪同狭义的国家工作人员的职务犯罪区别开来。

广义的职务犯罪同狭义的国家工作人员的职务犯罪，是两个既有区别，又紧密联系的概念。它们的区别是：其一，主体不同，职务犯罪的主体是国家公职人员，国家工作人员职务犯罪的主体是国家工作人员；其二，行为的客观方面不同，职务犯罪的行为既包括公务行为，又包括其他职务行为，国家工作人员职务犯罪的行为严格限定在公务活动范围之内；其三，侵犯的客体不同，职务犯罪侵犯的客体是国家对职务行为的管理活动，国家工作人员职务犯罪侵犯的客体是国家对公务活动的管理职能。相比较而言，国家工作人员职务犯罪比职务犯罪概念的外延要小，但犯罪的危害程度要大。两个概念之间是一种包容与被包容的关系。

二、国家工作人员概念

由于我国正处于经济体制和政治体制改革的关键时期，社会的各个领域都面临着深刻的变革，因而我国刑事立法关于国家工作人员的规定，也先后经历了多次调整 and 变化。不同的认识导致了对国家工作人员范围理解的差异，以致“两高”关于国家工作人员的司法解释也曾经出现了矛盾和冲突。虽然现行《刑法》再次明确规定了国家工作人员的概念，但基于不同的理解和认识，学术界关于国家工作人员的争论依然存在，并且还将继续下去。

（一）国家工作人员概念的变化

从1979年《刑法》开始，到现行《刑法》实施时，法律、法规以及其他规范性文件关于国家工作人员的规定共经历了以下六次大的变化：

——1979年《刑法》第八十三条规定：“本法所说的国家工作人员是指一切国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员。”

——1982年3月8日全国人大常委会通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，对国家工作人员作了进一步具体的解释：“本决定所称国家工作人员，包括在国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关、军队、国营企业、国家事业机构中工作的人员，以及其他各种依照法律从事公务的人员。”

——1986年，最高人民检察院《关于〈人民检察院直接受理的法纪检察案件立案标准的规定（试行）〉中一些问题的说明》中，将国家工作人员解释为：“是指在国家权力机关、各级行政机关、各级司法机关、军队、国营企业、国家事业机构中工作的人员，以及其他依照法律或受国家机关、团体、企业、事业单位委托从事公务的人员。”

——1987年，最高人民检察院在《关于正确认定和处理玩忽职守罪的若干意见（试行）》中规定：“所谓国家工作人员，是指在国家各级机关、军队、社会团体，全民所有制企业、事业单位中工作的人员，以及其他各种依照法律从事公务的人员。所谓依照法律从事公务的人员，是指根据法律规定，经人民选举或受国家机关、军队、社会团体，全民所有制、集体所有制的企业、事业单位的委托、聘用，从事管理工作的人员。”“全民所有制或集体所有制的企业、事业单位，将其全部或部分资产，发包给个人或若干人负责经营，其承包经营的负责人员和管理工作人员，应视为国家工作人员范围。”“全民所有制和集体所有制的企业、事业单位中从事生产活动的工人以及群众合作经营组织和个体经营户的主管负责人，不属于国家工作人员范围。”不仅解释了国家工作人员的概念，而且对“依照法律从事公务的人员”作了解释，并对国家工作人员和非国家工作人员作了区别性说明。

——1995年，最高人民检察院《关于办理公司、企业人员受贿、侵占和挪用公司、资金犯罪案件适用法律的几个问题的通知》中，对国家工作人员作了列举式规定：“1. 国家机关工作人员，即在国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关和军队工作的人员；2. 在国家各类事业机构中工作的人员；3. 国有企业中的管理人员；4. 公司、企业中由政府主管部门任命或者委派的管理人员；5. 国有企业委派到参股、合营公司、企业中行使管理职能的人员；6. 其他依法从事公务的人员。”

——1995年，最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》中，对《全国人民代表大会常务委员会关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第十二条所说的国家工作人员解释为：“是指在国有公司、企业或者其他公司、企业中行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员，包括受国有公司、国有企业委派或者聘请，作为国有公司、国有企业代表，在中外合资、合作、股份制公司、企业中，行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员。”

对照以上国家立法和规范性文件先后六次对国家工作人员的规定或者概念解释的演变情况，我们可以发现其中存在的一些规律和问题：第一，国家工作人员的范围有不断扩大的趋势。如果同1979年《刑法》关于国家工作人员的原则性规定相比较，我们可以看出，随着每一次解释的具体化，国家工作人员的范围被不断扩大，这反映了国家人事制度改革不断深入发展的趋向及其适应人事制度改革成果的法制化的要求。第二，虽然对国家工作人员解释的文字是越来越多，但国家工作人员的本质特征却被有意无意地忽略了。在“两高”的五次《司法解释》中，几乎没有提到过“依法从事公务”这一国家工作人员的本质特征。最高人民法院的司法解释甚至犯了一个根本性的逻辑错误——循环定义——以国家工作人员的身份解释国家工作人员。第三，大多采用列举方式规定国家工作人员，但在当前经济和社会体制不断

发生变化的情况下，又不可能涵盖所有的职业、行业，容易造成理解上的分歧。因此，国家工作人员概念的界定曾经一度成为刑法学界理论探讨的热门话题，而在实践中则往往造成对案件定罪量刑乃至法律适用上的偏差，给本来非常严肃的司法活动造成一定的消极影响。

（二）现行《刑法》关于国家工作人员概念的规定

当年在《刑法》修订过程中，围绕国家工作人员的概念产生了两种截然不同的观点：一是主张把国家工作人员限定为国家机关工作人员，即在各级国家权力机关、行政机关、司法机关、军事机关依法从事公务的人员以及受上述机关委托在这些机关中从事公务的人员；二是主张把国家工作人员扩大到在国家机关、国有企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有企业、事业单位委派到非国有企业、事业单位、社会团体中从事公务的人员，以及受国家机关、国有企业、事业单位委托从事公务的人员。

现行《刑法》第九十三条分两款对国家工作人员的概念作了如下表述：第1款规定，本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员；第2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。

有人认为，现行《刑法》的这一规定基本上维持了原《刑法》规定的国家工作人员的范围。我们无法同意这样的观点，具体理由有以下几个方面：

第一，“国家工作人员”就是第九十三条第1款所说的国家机关中从事公务的人员，不包括第2款所列的人员，现行《刑法》的规定非常明确，不存在疑义。第2款列举的人员，只是以国家工作人员论。所谓以国家工作人员论，正说明其不是国家工

作人员，只不过当作国家工作人员看待。所谓“论”，最通俗的理解就是“看待”，把此物当彼物“看待”，或者将此物视为彼物，恰恰说明此物并非彼物。

第二，现行《刑法》第九十三条第1、第2款所列人员，均有“从事公务”的限制。因此，国家工作人员的本质特征，应是依照法律从事公务。即使是国家机关中的人员，如果不是从事公务，也不具备国家工作人员的身份。

第三，虽然第九十三条第2款所列人员只是以国家工作人员论，但应当被视为国家工作人员。现行《刑法》作这样的规定，正是充分考虑到我国现阶段社会、经济、政治制度的实际状况，并预计于干部人事制度改革的前景之后作出的科学规定，是立法现实性和超前性相结合的典范。这是因为，如果现阶段不把国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员当作国家工作人员看待，就无法解决当前体制下国家公职人员职责划分不科学的弊端，例如，一些部门只是把国家行政机关的牌子换成公司、企业的牌子，其基本职能和人员的管理仍然未变，不能成为真正意义上的公司、企业。即使是国有公司、企业，在社会主义公有制条件下，它的本质特征仍然是对公有资产的管理和经营，是社会公共管理事务的一个组成部分。将这些人现在就划出国家工作人员范围之外，既不是对当前社会管理体制实际状况的科学认识，也不利于对国有资产的保护。但如果把这部分人员规定为国家工作人员，虽然照顾到了当前社会管理体制的实际，却忽视了目前体制的变化性，看不到目前这种体制变化的必然性，看不到随着国家公务员制度的建立和完善，《刑法》第九十三条第2款所列的人员迟早要被排除在国家工作人员范围之外，也是一种立法上的短视行为。

总之，依照我国《刑法》的有关规定，严格意义上的国家工作人员，是指在国家机关中从事公务的人员，即国家机关工作人员。而实际上的国家工作人员，除了严格意义上的国家工作人

员之外，还包括“准国家工作人员”，即国有公司、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。

三、国家工作人员职务犯罪的特点

它是指国家工作人员职务犯罪的事实特征，即在国家工作人员职务犯罪过程中所呈现出的各种有别于一般性犯罪的特征。因此，这里的国家工作人员职务犯罪的特征，并不是说国家工作人员职务犯罪的法律特征，讲的不是国家工作人员职务犯罪构成要件所呈现出的特征。

（一）危害的严重性

与一般性犯罪相比，职务犯罪的危害性更为严重。这种严重性表现在以下两个方面：

一是犯罪直接后果的严重性。由于职务犯罪是掌握一定权力的人员在履行职责过程中实施的犯罪行为，这种行为具有欺骗性和隐蔽性的特点，而且行为人手中握有权力，能够直接地合法地作用于犯罪对象，因此犯罪比较容易得逞，这更会助长犯罪心理，使行为人实施更大的犯罪。近几年来，司法机关查处的职务犯罪大案一年比一年高，个案涉及的犯罪数额一年比一年大，也正说明了这一问题。有些职务犯罪的数额达到惊人的程度，如众所周知的胡长清、成克杰受贿案。职务犯罪直接后果十分严重，不仅表现在犯罪数额巨大甚至特别巨大，而且还在于行为人实施犯罪行为后，往往将犯罪所得挥霍一空或携款潜逃，使追赃工作无法进行。即使对行为人绳之以法，但国家因犯罪行为造成的经济损失却无法弥补。

二是犯罪间接后果的严重性，即负面社会影响的广泛性。职务犯罪毒化社会风气，腐蚀人的精神，使人们道德沦丧，社会奢靡。职务犯罪最大的危害在于对人的精神危害，对社会的腐蚀。