

反职务犯罪

理论与实践

主编 王雨林 卞宏波 刘成鑫

FanZhiWu
FanZui
LiLun
YuShi Jian

辽宁大学出版社

反职务犯罪理论与实践

主 编

副主编



辽宁大学出版社

©王雨林 卞宏波 刘成鑫 2008

图书在版编目 (CIP) 数据

反职务犯罪理论与实践/王雨林, 卞宏波, 刘成鑫主
编. —沈阳: 辽宁大学出版社, 2008. 10

ISBN 978-7-5610-5668-4

I. 反… II. ①王…②卞…③刘… III. 职务犯罪—预防
犯罪—中国—文集 IV. D924.304—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 157627 号

责任编辑: 刘东杰
封面设计: 邹本忠

版式设计: 流水
责任校对: 同笑

辽 宁 大 学 出 版 社

地址: 沈阳市皇姑区崇山中路 66 号 邮政编码: 110036

联系电话: 024-86864613 网址: <http://press.lnu.edu.cn>

电子邮件: lnupress@vip.163.com

沈阳市市政二公司印刷厂印刷

辽宁大学出版社发行

幅面尺寸: 148mm×210mm

印张: 7.875

字数: 200 千字

2008 年 10 月第 1 版

2008 年 10 月第 1 次印刷

书号: ISBN 978-7-5610-5668-4

定价: 15.00 元

本书编委会

主 编 王雨林(辽宁省营口大石桥市人民检察院检察长、党组书记)

卞宏波(中国刑事警察学院基础教研室主任)

刘成鑫(辽宁省营口大石桥市人民检察院调研室主任)

副主编 陈 平(辽宁省营口大石桥市人民检察院副检察长、党组
副书记)

高长安(辽宁省营口大石桥市人民检察院党组副书记)

陈志新(辽宁省营口大石桥市人民检察院副检察长)

撰稿人 (按姓氏笔画排序)

王庆宇 王远兵 王绍平 王海龙 王继宁 卞宏波

叶 英 刘云波 刘成鑫 刘振远 朱 铭 曲永利

李玉敏 李 刚 李兴军 张福军 陈 平 陈志新

赵振明 贺业泳 高长安 徐 玮 徐 林 韩昌连

魏 蓉 戴丽军

前言

党的十一届三中全会决定把党的工作中心从阶级斗争转移到以经济建设为中心的社会主义现代化建设上来，这一战略转移打开了中国经济腾飞的大门。经过三十年的艰辛努力，我国的改革开放和现代化建设取得了巨大成就，经济社会发生了翻天覆地的变化。在社会经济发展进步以及改革开放不断深化的同时，种种腐败现象也开始以它特有的方式滋生、蔓延。在我国进入全面建设小康社会构建社会主义和谐社会的关键时刻，腐败就像一只拦路虎，其危害之大超乎我们的想象，腐败已成为人民的大敌，是首要危及党和国家命运的心腹大患，腐败障碍不除，必将严重破坏社会和谐，制约社会的发展和进步。

2005年1月，中央颁布了《建立健全教育、制度、监督并重的惩治和预防腐败体系实施纲要》。这是党中央从完成经济社会发展的重大任务和巩固党的执政地位的全局出发，为做好新形势下反腐倡廉工作做出的重大战略决策。胡锦涛同志在党的十七大报告中指出：“坚决惩治和有效预防腐败，关系人心向背和党的生死存亡，是党必须始终抓好的重大政治任务。”坚决惩治和有效预防腐败，并通过长期不懈努力，建立比较完善的拒腐防变长效机制、反腐倡廉制度体系、权力运行监控机制已成为我党的共识。

检察机关是我国的法律监督机关，惩治和预防贪污贿赂、渎职侵权等职务犯罪是检察机关法律监督工作的重要内容。可以说，在反职务犯罪方面，检察机关肩负着神圣的使命，承载着党和人民群众的重托与厚望。自20世纪80年代中后期以来，检察机关就把反腐败、查办贪污贿赂、渎职侵权等职务犯罪大要案作为检察工作的重点，在党中央的正确领导和统一部署下，突出打击的重点、加大打击力度、探索犯罪规律、提高侦查水平、健全办案机构、提高队伍素质，深入查办了一大批职务犯罪大案要案，严厉打击了职务犯罪活动猖獗的势头，展示了反腐败的坚强决心。进入21世纪后，

全国检察机关又相继成立了职务犯罪预防部门,根据党中央的指示精神,在反职务犯罪工作中,坚持“惩防并举、标本兼治、注重预防”的方针,从惩治和预防两方面入手,有效遏制各类职务犯罪的发生,正在逐步构筑起一道反腐败、反职务犯罪的坚固防线。

基层检察院是全国检察机关的重要组成部分,承担着全国检察机关反职务犯罪办案量的80%左右。作为基层院的大石桥市人民检察院,近几年的反职务犯罪工作取得了较好的成绩,立案查处了一批贪污贿赂、渎职侵权等职务犯罪案件,为本地区的反腐倡廉建设做出了积极贡献。为提高队伍的整体自侦水平和业务实践能力,以适应反职务犯罪新形势发展的需要,今年我院在全院范围内,开展了形式多样的业务学习培训和岗位练兵活动,并以“反职务犯罪理论与实践”为调研课题,大搞调查研究,大兴调查研究之风,对近年来反职务犯罪工作出现的新情况、新问题进行了较为深入系统的调查研究,结合法学理论和检察工作实际,撰写了一大批调研文章。我们从中选出20余篇,编写成这本《反职务犯罪理论与实践》。希望本书的出版能对反职务犯罪工作提供较大的帮助。

在本书的撰写、修改、编辑过程中,得到了院党组的大力支持,同时,院党组成员认真审阅,并亲自撰写。院法律政策研究室积极组织、收集、评选、修改。各业务部门积极参与配合,认真研究撰写论文。在此表示衷心感谢!

本书的编写是以大石桥市人民检察院为主体,与中国刑事警察学院共同完成的。中国刑事警察学院、辽宁省法律逻辑学会、证据学会常务理事卞宏波同志为本书的编纂付出了很大的努力,查阅了大量资料,为我院部分论文的写作提供了翔实的素材。感谢辽宁省法学会学术部主任院国强同志、辽宁大学出版社编辑部主任刘东杰编审的大力支持和辛勤劳动!

由于本书作者均系本院检察人员,有些问题研究不深,书中浅陋和错误在所难免,疏漏和不妥之处恳请有关专家、学者和广大同仁、读者批评指正。

王雨林

2008年7月25日

注:王雨林系辽宁省营口大石桥市人民检察院检察长、党组书记。

目 录

第一部分 类罪研究

在反职务犯罪工作中如何贯彻宽严相济的刑事司法政策	赵振明 (3)
在反职务犯罪工作中如何适应修改后的律师法	王海龙 朱 铭 (10)
加强诉讼监督与反职务犯罪相结合工作机制探索	曲永利 (16)
建立检察机关查办职务犯罪案件内部协作机制的思考	贺业泳 (23)
论反职务犯罪中司法会计的作用及应用	李兴军 (30)
试论刑法贪污贿赂罪的修改完善	魏 蓉 (35)
论贿赂犯罪的案件特征与侦查规律	戴丽军 (44)

第二部分 个罪研究

贪污罪犯罪主体的范围界定	陈 平 王远兵 (53)
关于玩忽职守罪认定的几个问题	高长安 (61)
私分国有资产罪构成问题研究	刘成鑫 (68)
非国家工作人员构成受贿罪的共犯研究	刘成鑫 卞宏波 (103)
浅谈滥用职权罪的几个异议	王继宁 聂建宇 (113)
受贿罪构成问题研究	刘振远 (124)
司法实践中挪用公款罪的认定	李 刚 (131)

滥用职权罪研究	王庆宇 (140)
浅谈巨额财产来源不明罪	王庆宇 (151)
巨额财产来源不明罪之流弊及完善	卞宏波 刘成鑫 (162)

第三部分 职务犯罪预防

教育系统职务犯罪特点、原因及预防对策

.....	林志新 刘成鑫 (179)
-------	---------------

认识渎职犯罪的本质 共筑预防渎职犯罪的防线

.....	叶英 韩昌连 (184)
-------	--------------

财务人员职务犯罪的特点、原因及预防对策分析

.....	叶英 韩昌连 (193)
-------	--------------

当前农村职务犯罪的特点、规律、成因及惩防

.....	徐玮 (199)
-------	----------

司法职务犯罪现状、原因及预防对策

李玉敏 (204)

我市农村干部职务犯罪特征、原因和预防对策研究

叶英 韩昌连 (211)

渎职侵权犯罪成因分析及预防对策

徐林 王庆宇 (217)

刑讯逼供的根源及防范

刘云波 王绍平 (230)

商业贿赂产生的根源与对策

张福军 (238)

第一部分 类罪研究

在反职务犯罪工作中 如何贯彻宽严相济的刑事司法政策

赵振明

宽严相济是我们党和国家的一项重要刑事司法政策，它对于刑事法治建设，特别是检察机关正确使用检察权具有十分重要的指导意义。早在2002年最高人民检察院提出查办职务犯罪的八大政策之一就是“区别对待，宽严相济”。2004年12月，罗干同志在中央政法工作会议上也曾指出：“正确运用宽严相济的刑事政策”。2006年1月贾春旺同志在全国检察长会议上的讲话中指出：“贯彻宽严相济的刑事政策，实现法律效果和社会效果的统一”。作为党中央的一项重要战略，2006年10月党的十六届六中全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，在我党历史上第一次提出了要实施宽严相济的刑事司法政策。“宽严相济”已成为我国现阶段实行的重要的、基本的刑事司法政策之一。它既适用于普通刑事犯罪案件，也适用于职务犯罪案件。这就要求我们检察机关转变执法观念，更新执法措施，深化理论研究，加强实践探索，从机制和实践上保障和促进宽严相济刑事司法政策在反职务犯罪体系中的贯彻落实，更好地服务于和谐社会建设。

一、贯彻宽严相济刑事司法政策首先要理解其基本内涵

为正确理解宽严相济刑事司法政策，并在查办职务犯罪工作中准确适用，我们首先需要理解“宽严相济”的内涵、辩证关系，特别是对其中的“宽”、“严”、“济”这三个关键词加以科学界定和理解。

其一，宽严相济的“宽”一般有两层含义：一是该轻而轻，对于那些较为轻微的犯罪处以较为轻缓的刑罚；二是该重而轻，对于

较为严重的犯罪，但因被告人有法定或酌定的从轻、减轻情节的，在本应判处较重刑罚的情况下判处较轻的刑罚，这体现了刑法对于被告人的感化政策，对于鼓励其悔过自新具有重要意义。

宽严相济的“宽”有三种表现方式：一是非犯罪化，即本来应作为犯罪处理的行为，基于某种刑事政策的要求，而不作为犯罪处理；二是非监禁化，即根据犯罪情节和悔罪表现，判处缓刑、管制或裁定假释等非监禁化的刑事措施；三是非司法化，即对于涉嫌犯罪的案件，不一定都进入刑事诉讼程序，在某些情况下犯罪情节较轻或者刑事自诉案件，可以经过刑事和解而不进入刑事诉讼程序便得以了结。

其二，宽严相济的“严”一般有两层含义：一是严格，是指法网严密，有罪必罚；二是严厉，是指刑法苛厉，从重惩处。这里强调的是该作为犯罪处理的一定要作为犯罪处理，该受到刑罚处罚的一定要受到刑罚处罚，对于严重犯罪坚持“严打”，该重而重，发挥刑罚的威慑力。

其三，宽严相济的“济”一般有三层含义：一是救济，即所谓以宽济严、以严济宽；二是协调，即所谓宽严有度、宽严审势；三是结合，即所谓宽中有严，严中有宽。

4. 宽严相济是法律基础上的辩证统一。宽严相济刑事司法政策不仅是指对于犯罪应当有宽有严，而且在宽与严之间还应当具有一定的平衡，互相衔接，形成良性互动，以避免宽严皆误结果的发生。换言之，在贯彻宽严相济刑事司法政策中，既不能宽大无边或严厉过苛，也不能时宽时严、宽严失当；既要防止只讲宽而忽视严，又要防止只讲严而忽视宽。在司法实践中，对于严重危害社会的犯罪或者高危险的犯罪，要依法从重从快打击；对于轻微犯罪或者社会危害性不大的犯罪，具有教育挽救可能的犯罪人，要尽量采取非犯罪化、非监禁化的方法和手段，严格控制刑事手段的运用，在侦查、批准逮捕以及审查起诉阶段采取各种缓和的处理方式，促使犯罪人回归社会。对严重犯罪中的从宽情节和轻微犯罪中的从严情节要依法予以宽严体现，对犯罪的实体处理和适用诉讼程序都要体现宽严相济的精神。

宽严相济强调以宽济严。宽严相济刑事政策是我们党和政府对长期以来惩办与宽大政策的扬弃,其中宽与严次序的调整反映了我国刑事政策在新时期的理性认识和科学选择。在宽严相济刑事司法政策中,宽是前提与基础,宽意味着应当和可以宽恕绝大多数犯罪,尽量减少刑法对于社会生活的干预,最大限度地增加社会和谐因素,最大限度地减少社会不和谐因素,坚持以人为本。

5. 贯彻宽严相济刑事司法政策的基本要求。一是严格依法,要严格执行法律,必须坚持罪刑法定、罪刑相适应、法律面前人人平等原则,做到以事实为依据,以法律为准绳。宽不是法外施恩,严也不是无限加重,无论从严还是从宽都要于法有据。二是区别对待,要根据不同时期、不同地区的犯罪情况和社会治安形势,同时根据不同案件的具体情况,全面分析犯罪的社会危害性和犯罪嫌疑人、被告人的主观恶性,以及具体案件的社会影响,来确定不同的宽严界限,该严则严,当宽则宽,宽严适度,罚当其罪。三是注重效果,既要保证执法办案的法律效果,维护法律的严肃性,又要讲求执法办案的社会效果,使执法办案活动有利于震慑严重犯罪、维护社会稳定,有利于化解社会矛盾、减少社会对抗,有利于依法保障人权、维护公民利益,实现法律效果和社会效果的统一。

二、宽严相济刑事司法政策在反职务犯罪体系中适用现状分析

综观这一司法政策在检察机关的司法实践,一方面,普通刑事犯罪案件在审查批捕、审查起诉工作中,进行了几年的探索实践,已趋于成熟并取得了显著成效;另一方面,在查办职务犯罪中,这项工作严重滞后,没有引起应有重视,理论研究少,立法解释缺失,具体规定政策少,实践探索更少,有的地区甚至是空白。

1. 立法机制本身的缺陷。刑事政策是刑事立法与刑事司法的灵魂,宽严相济的刑事政策是刑事立法政策与刑事司法政策的统一,而现行立法机制本身远没有达到这种统一,没有充分体现宽严相济的刑事司法政策的内在要求。

一是刑事处罚机制过于机械。现行刑法中关于职务犯罪的立法及其后续的相关司法解释,大都主要以数额定罪定情节,并最终决

定量刑幅度。如贪污、贿赂犯罪，几乎全部明确规定以犯罪金额确定量刑幅度。又如渎职犯罪大都分为一般情节、严重情节、特别严重情节或者造成一般后果、严重后果、特别严重后果为追诉标准并决定量刑幅度，而这些“轻重情节”和“轻重后果”也主要是以造成财产损失或者人身损害数额来划分和界定。这种机械的立法机制和刑罚配置，使得宽严相济少有使用的空间，形同虚设。没有得到立法上的足够支持，宽严相济作为刑事司法政策，不可能得到真正的贯彻执行。

二是非监禁化刑事处罚设置缺位。主要表现在对职务犯罪的财产刑和资格刑适用范围较为狭窄。以贪污、贿赂犯罪为例，现行刑法中没有设置罚金刑，没收财产也必须在判处自由刑达到5年以上时才可以适用，作为资格刑的剥夺政治权利也无明确规定，一般情况下只在判处无期徒刑或死刑时附加适用。由于上述设置缺位，导致刑罚功能的错位，对于不需要适用监禁刑的较轻职务犯罪只能适用监禁刑，对于处以监禁刑还不能罚当其罪的，又无非监禁刑可一并适用。从而使得对职务犯罪的处罚，不能根据其社会危害性、主观恶性大小、轻重进行区别对待。

另外，较之其他普通刑事犯罪而言，还存在贪污罪构成标准过高、渎职犯罪成立条件过严、贿赂罪法网设置过松、死刑作用过大等宽严失调问题。

2. 执法过程和运行结果的偏差。从近几年各地区惩治职务犯罪的司法实践来看，特别是一些基层检察院查办职务犯罪的情况看，一些执法过程和运行结果有悖于宽严相济，在立案、逮捕、起诉、审判各个环节都出现了严重的偏差，宽严失当、宽严失衡。执法上的主观随意性，危害极大，与宽严相济的刑事司法政策的立法精神背道而驰。

一是立案过严。由于层层下达任务指标，一些基层检察院为完成任务指标，将那些刚刚达到立案追诉标准、情节较轻的职务犯罪统统立案侦查，甚至不惜“凑数”立案，被戏称为“蚂蚱也是肉”，使得非犯罪化的刑事处罚机制根本没有得到体现。重立案、轻刑罚，轻视判决结果、忽视执法效果，只要有罪判决即可，虎头蛇

尾。

二是强制措施和判决结果过宽。某基层检察院立案后大多取保候审诉讼,每年立案侦查职务犯罪20—30人,决定逮捕只有1—3人,最高不超过10%。再从实际判决情况来看,被判处三年以上有期徒刑的寥寥无几,大都被判处三年以下有期徒刑缓刑,还有部分被判处免于刑事处罚。这种不分犯罪情节和社会危害性,不该宽也宽,一概缓刑,在一定程度上降低了犯罪成本,不论对打击震慑职务犯罪,还是预防职务犯罪都有负面影响。

三是办案周期过长。提高办案效率,快速办理轻微犯罪案件,是贯彻宽严相济刑事司法政策的又一项基本要求。职务犯罪较之其他普通刑事犯罪固然有其复杂性,需要较长的办案时间,但也不能过长。查办一起职务犯罪案件少则三、五月,多则半年以上,就背离了这一精神。

四是配套机制严重滞后。近几年关于贯彻宽严相济刑事司法政策的一些措施、机制,如简易程序的适用、改革完善未成年人犯罪案件的办理方式、快速办理轻微刑事犯罪案件等政策性文件,当然对所有刑事犯罪具有普遍指导意义,但针对职务犯罪方面的较少,可操作性较差,亟须制定出台有针对性、可操作性的政策性文件,建立配套机制。

三、在反职务犯罪体系中贯彻宽严相济刑事司法政策的具体方法、措施

正视、分析检察机关在查办职务犯罪中贯彻宽严相济刑事司法政策的现状,不论是立法机制的缺陷,执法理念的误区,还是执法结果的偏差,都促使我们反思反职务犯罪的刑事政策,促使我们要研究、探索和实践“宽严相济”,使之贯彻于反职务犯罪的每个环节,充分体现这一现代刑事司法理念的重要精神。

1. 首先在刑事立法上要有所突破,建立健全监禁化刑事处罚与非监禁化刑事处罚互补的刑事处罚机制。一是增加罚金刑和充实资格刑,强化非监禁化刑事处罚措施。职务犯罪行为多是受经济利益驱动的谋利犯罪,应当对其实行严厉的经济处罚,所以增加罚金

刑是十分必要的。要与其他侵财类犯罪的处罚相一致,犯罪数额越大,罚金数额越高。同时应适当扩大罚金刑的适用范围,对于情节轻微的职务犯罪可以独立适用罚金刑;对情节较轻的职务犯罪,在适用自由刑的同时可以附加适用罚金刑;对情节严重的职务犯罪,可以并处没收财产刑。我国刑法规定了剥夺政治权利这一资格刑,可在此基础上扩大剥夺政治权利的适用对象,将剥夺政治权利适用于职务犯罪方面,并应当进一步具体、细化。职务犯罪的主体是代表国家履行公务的国家工作人员,其行为丧失了廉洁性。应当对其进行“从业限制”,剥夺其在以后一定时期内担任国家工作人员的权利,从而剥夺了其再行犯职务犯罪的机会。如规定:在什么情形下剥夺选举权、被选举权,在什么情形下剥夺担任国家机关职务的权利,在什么情形下剥夺担任国有公司、企业、事业单位公职的权利,在什么情形下剥夺从事某种行业或任职的资格,等等。

二是改革和完善刑罚结构。在定罪量刑上,犯罪数额在一定程度上反映了行为的社会危害性,但它仅仅是确定刑罚幅度和量刑的一个因素,其他犯罪情节应当受到同等重视,要综合考虑犯罪的社会危害性,准确量刑。同时职务犯罪的危害也不仅表现在给国家造成的经济损失上,还有其诸多方面。一方面,鉴于我国贪污、受贿罪法定刑幅度比较宽泛、情节档次抽象的情况,建议在立法上要缩小每档法定刑幅度,犯罪数额可进一步细化出不同几档;另一方面,将犯罪数额以外的其他严重情节、特别严重情节等加以明确确定,使立法上做到法网严密,司法上也便于操作。

2. 在执法上要加大对职务犯罪的查处力度,提高侦破率,有效打击震慑职务犯罪。检察机关在国家反职务犯罪体系中担负着重要职能,刑罚的威慑力主要在于使刑罚成为犯罪分子实施犯罪行为的必然结果。宽严相济的“严”虽然同时包含严格与严厉这两个方面的精神,但我们更应当强调的是严格。即该作为犯罪处理的一定要作为犯罪处理,该受到刑罚处罚的一定要受到刑罚处罚。因此,必须大力加强职务犯罪的侦破工作,及时查办职务犯罪案件,提高破案率,多办案,快办案,办大案,办好案,在办案数量、办案质量、办案效率上体现严。

3. 把宽严相济的刑事司法政策的要求体现在各个诉讼环节。一是案件线索初查时,我们应做到及时、迅速,以鼓励群众参与反腐败斗争的积极性。对被初查人行为情节显著轻微、有悔改表现的,可移交有关部门给予党纪政纪处分。对经查确属错告诬告的,应当及时向有关单位反馈情况,澄清事实,挽回影响。二是严格把握立案标准,正确区分罪与非罪的界限,对罪与非罪界限不清的,不轻易作犯罪处理。三是在侦查工作中,坚持文明办案、安全办案,在执行查封、扣押、冻结等强制措施时,最大限度地减少对正常生产和生活秩序造成的影响,切实防止因执法方式不当造成负面影响或者激化矛盾。四是在侦查终结阶段,要做好对犯罪嫌疑人自首、立功情节的认定,对有立功表现的,要兑现政策;对有自首情节的,要依法认定。五是在侦查监督方面,要严格把握“有无逮捕必要”,能用其他强制措施的尽量使用其他强制措施,对于可捕可不捕的坚决不捕;在审查起诉方面,要严格把握起诉条件,充分考虑起诉的必要性,可诉可不诉的不诉。

和谐社会的刑事政策应当主张刑法宽和,倡导刑罚不宜过于苛厉。在职务犯罪预防惩治体系中,只有实行宽严相济的刑事司法政策,才能使轻罪与重罪分别得到妥当的处理,获得刑罚效果的最大化,从而有效地控制和预防职务犯罪。

(作者系辽宁省营口市大石桥市人民检察院侦查监督科科长)