

# 职务犯罪 热点、难点问题 解析

周其华 著



中国方正出版社

# 职务犯罪热点、难点 问题解析

周其华 著

中国方正出版社



## 作者简介

周其华，男，1941年10月26日生，山东省文登市人。国家检察官学院法学教授，业务教研室主任，兼任最高人民检察院《反贪污贿赂法》研究起草小组副组长、北京市高级职称学科评审小组成员、中国法学会刑法研究会干事等职。主要著作有《刑法适用教程》、《刑法案例析解》、《中国刑法罪名释考》、《错案与纠正》、《刑事责任解读》等九十多部，撰写论文300余篇。

# 前 言

职务犯罪是利用职务或者亵渎职务的一类犯罪。当前,在我国,职务犯罪有上升的趋势,犯罪的人数越来越多、级别越来越高、涉案数额越来越大,是腐败现象的重要组成部分,其社会影响很坏,社会危害十分严重。但是,由于刑法对职务犯罪没有作集中规定,刑法理论界对职务犯罪的定义,种类仍有不同认识;在司法实践中,对具体职务犯罪的认定和处理也遇到很多难点、疑点和热点问题,这就需要依法从理论与实践相结合的角度进行专门研究和集中统一解析。

本书将职务犯罪在实体、程序、理论和司法适用上遇到的难点、疑点和热点问题融为一体进行专题性的分析、研究和探讨,共分为职务犯罪理论探索、利用职务犯罪难点问题解析、亵渎职务犯罪难点问题解析、职务犯罪查处程序疑难问题研究、《联合国反腐败公约》与我国职务犯罪的接轨问题探讨等五编,每编中按章节体系分专题进行分析与研究,有许多创新见解和深层次的研讨,不论在理论发展还是司法适用上都能使读者耳目一新,增强对法律规定的理解水平,提高办案的能力。

作 者

2006 年 10 月于北京

# 目 录

## 第一编 职务犯罪理论探索

|                               |        |
|-------------------------------|--------|
| 第一章 职务犯罪的概念、范围及特点 .....       | ( 3 )  |
| 第一节 职务犯罪的概念研究 .....           | ( 3 )  |
| 第二节 职务犯罪的范围探讨 .....           | ( 9 )  |
| 第三节 职务犯罪的特点分析 .....           | ( 15 ) |
| 第二章 职务犯罪成因分析 .....            | ( 19 ) |
| 第一节 职务犯罪社会环境的客观原因 .....       | ( 19 ) |
| 第二节 职务犯罪个人素质的主观原因 .....       | ( 30 ) |
| 第三节 职务犯罪职务因素的职责原因 .....       | ( 35 ) |
| 第三章 职务犯罪的预防措施 .....           | ( 39 ) |
| 第一节 加强职务廉政教育是预防职务犯罪的基础 .....  | ( 39 ) |
| 第二节 建立健全职务制度是预防职务犯罪的保证 .....  | ( 42 ) |
| 第三节 强化制约和监督是预防职务犯罪的关键 .....   | ( 47 ) |
| 第四节 打防结合、综合治理是预防职务犯罪的途径 ..... | ( 51 ) |

## 第二编 利用职务犯罪难点问题解析

|                               |        |
|-------------------------------|--------|
| 第一章 贪污罪几个问题的探讨研究 .....        | ( 55 ) |
| 第一节 贪污罪构成要件的新研究 .....         | ( 55 ) |
| 第二节 对国家工作人员从事公务的研究 .....      | ( 70 ) |
| 第三节 控股公司的财产能否构成贪污罪对象的研究 ..... | ( 71 ) |
| 第四节 贪污罪的目的研究 .....            | ( 72 ) |

|                                       |         |
|---------------------------------------|---------|
| 第五节 贪污罪法定刑的新研究 .....                  | ( 72 )  |
| 第二章 受贿罪几个问题的探讨研究 .....                | ( 80 )  |
| 第一节 标准受贿罪的构成要件 .....                  | ( 80 )  |
| 第二节 准受贿罪的构成要件 .....                   | ( 83 )  |
| 第三节 受贿罪构成要件有争议的问题 .....               | ( 85 )  |
| 第四节 按《联合国反腐败公约》要求受贿罪的<br>修改与补充 .....  | ( 93 )  |
| 第三章 挪用公款罪几个问题探讨研究 .....               | ( 95 )  |
| 第一节 挪用公款罪的法律规定及其演变过程 .....            | ( 95 )  |
| 第二节 挪用公款罪的构成要件含义 .....                | ( 99 )  |
| 第三节 挪用公款罪的认定研究 .....                  | ( 102 ) |
| 第四章 巨额财产来源不明罪几个问题研究 .....             | ( 112 ) |
| 第一节 财产差额数额如何计算 .....                  | ( 112 ) |
| 第二节 财产差额巨大的确定 .....                   | ( 114 ) |
| 第三节 行为人不能说明财产来源的认定 .....              | ( 115 ) |
| 第四节 应否取消巨额财产来源不明罪 .....               | ( 116 ) |
| 第五章 私分国有资产罪的认定研究 .....                | ( 120 ) |
| 第一节 私分国有资产罪的主体是单位还是个人 .....           | ( 120 ) |
| 第二节 私分国有资产数额较大的认定 .....               | ( 122 ) |
| 第三节 私分国有资产罪应与私分罚没财物罪合并 .....          | ( 122 ) |
| 第四节 认定私分国有资产罪应划清的界限 .....             | ( 123 ) |
| 第六章 依法惩治涉税犯罪的研究 .....                 | ( 126 ) |
| 第一节 涉税犯罪的社会危害性及其构成特征 .....            | ( 126 ) |
| 第二节 涉税犯罪的新形式与新特点 .....                | ( 128 ) |
| 第三节 涉税犯罪及其应负的刑事责任 .....               | ( 130 ) |
| 第七章 国有大中型企业实行公司制改革的法律保障 .....         | ( 136 ) |
| 第一节 部分国有大中型企业实行公司制改革的原因<br>及其对策 ..... | ( 136 ) |
| 第二节 规范的公司制度是国有企业改革方向 .....            | ( 139 ) |
| 第三节 国有大中型企业改制中的违法行为及处罚<br>原则 .....    | ( 141 ) |

|      |                                             |       |
|------|---------------------------------------------|-------|
| 第四节  | 国有大中型企业改制中职务犯罪的认定与处理 .....                  | (146) |
| 第八章  | 徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪的认定研究 ..                    | (151) |
| 第一节  | 徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪是一种职务犯罪 .....               | (151) |
| 第二节  | 徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪是选择罪名 .....                 | (153) |
| 第三节  | 徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪犯罪行为特征 .....                | (154) |
| 第四节  | 徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪与贪污罪、挪用公款罪、私分国有资产罪的区分 ..... | (155) |
| 第九章  | 违法向关系人发放贷款罪的认定研究 .....                      | (157) |
| 第一节  | 违法向关系人发放贷款罪是一种职务犯罪 .....                    | (158) |
| 第二节  | 违法向关系人发放贷款罪的罪过形态 .....                      | (159) |
| 第三节  | 违法向关系人发放贷款罪与违法发放贷款罪的区分 .....                | (161) |
| 第十章  | 强迫职工劳动罪的认定研究 .....                          | (164) |
| 第一节  | 强迫职工劳动罪是一种职务犯罪 .....                        | (165) |
| 第二节  | 强迫职工劳动罪是单位犯罪还是自然人犯罪 ..                      | (165) |
| 第三节  | 强迫职工劳动, 情节严重的认定 .....                       | (166) |
| 第十一章 | 刑讯逼供罪的认定研究 .....                            | (168) |
| 第一节  | 刑讯逼供罪是一种职务犯罪 .....                          | (169) |
| 第二节  | 刑讯逼供致人伤残的理解 .....                           | (171) |
| 第三节  | 刑讯逼供致人死亡的认定 .....                           | (172) |
| 第四节  | 刑讯逼供罪与刑讯逼供行为的界限 .....                       | (172) |
| 第五节  | 刑讯逼供罪与非法拘禁罪的区分 .....                        | (173) |
| 第十二章 | 暴力取证罪的认定研究 .....                            | (175) |
| 第一节  | 暴力取证罪是一种职务犯罪 .....                          | (176) |
| 第二节  | 暴力取证致人伤残、死亡的理解 .....                        | (178) |
| 第三节  | 暴力取证罪与报复陷害罪的区分 .....                        | (179) |

|      |                                     |       |
|------|-------------------------------------|-------|
| 第十三章 | 雇用童工从事危重劳动罪的认定研究 .....              | (181) |
| 第一节  | 雇用童工从事危重劳动罪的概念研究 .....              | (181) |
| 第二节  | 雇用童工从事危重劳动罪的构成要件探讨 .....            | (182) |
| 第三节  | 适用雇用童工从事危重劳动罪, 应注意的问题研究 .....       | (184) |
| 第十四章 | 公司、企业、其他单位人员受贿罪的认定研究 .....          | (187) |
| 第一节  | 公司、企业、其他单位人员受贿罪是一种职务犯罪 .....        | (188) |
| 第二节  | 公司、企业、其他单位人员受贿罪与受贿罪的区分 .....        | (189) |
| 第三节  | 公司、企业、其他单位人员受贿罪主体范围问题的研究 .....      | (190) |
| 第四节  | 公司、企业、其他单位人员受贿罪转化为受贿罪条件研究 .....     | (192) |
| 第五节  | 公司、企业、其他单位人员受贿罪定罪量刑的数额问题研究 .....    | (193) |
| 第十五章 | 职务侵占罪的认定研究 .....                    | (195) |
| 第一节  | 职务侵占罪是一种职务犯罪 .....                  | (196) |
| 第二节  | 职务侵占罪与贪污罪的区分 .....                  | (197) |
| 第三节  | 职务侵占罪的主体范围研究 .....                  | (199) |
| 第四节  | 职务侵占罪转化为贪污罪的条件研究 .....              | (202) |
| 第五节  | 职务侵占罪定罪量刑的数额 .....                  | (203) |
| 第十六章 | 挪用资金罪的认定研究 .....                    | (205) |
| 第一节  | 挪用资金罪的概念研究 .....                    | (205) |
| 第二节  | 挪用资金罪的构成要件分析 .....                  | (206) |
| 第三节  | 挪用资金罪的适用研究 .....                    | (208) |
| 第十七章 | 隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪的认定研究 ..... | (212) |
| 第一节  | 隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务                 |       |



|       |                                           |       |
|-------|-------------------------------------------|-------|
|       | 会计报告罪的概念研究 .....                          | (212) |
| 第二节   | 隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务<br>会计报告罪的构成要件探讨 ..... | (213) |
| 第三节   | 隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务<br>会计报告罪适用研究 .....    | (214) |
| 第十八章  | 伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批<br>准文件罪的认定研究 .....    | (217) |
| 第一节   | 伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批<br>准文件罪的概念研究 .....    | (217) |
| 第二节   | 伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批<br>准文件罪的构成要件探讨 .....  | (218) |
| 第三节   | 伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批<br>准文件罪适用研究 .....     | (219) |
| 第十九章  | 内幕交易、泄露内幕信息罪的认定研究 .....                   | (221) |
| 第一节   | 内幕交易、泄露内幕信息罪的概念研究 .....                   | (221) |
| 第二节   | 内幕交易、泄露内幕信息罪的构成要件探讨 ...                   | (222) |
| 第三节   | 内幕交易、泄露内幕信息罪适用问题研究 .....                  | (226) |
| 第二十章  | 诱骗投资者买卖证券、期货交易罪的认定<br>研究 .....            | (228) |
| 第一节   | 诱骗投资者买卖证券、期货交易罪的概念<br>研究 .....            | (228) |
| 第二节   | 诱骗投资者买卖证券、期货交易罪的构成要件<br>探讨 .....          | (230) |
| 第三节   | 诱骗投资者买卖证券、期货交易罪适用研究 ...                   | (231) |
| 第二十一章 | 操纵证券、期货交易市场罪的认定研究 .....                   | (234) |
| 第一节   | 操纵证券、期货交易市场罪的概念研究 .....                   | (234) |
| 第二节   | 操纵证券、期货交易市场罪的构成要件探讨 ...                   | (235) |
| 第三节   | 操纵证券、期货交易市场罪适用研究 .....                    | (237) |

### 第三编 亵渎职务犯罪疑点问题分析

|                                              |       |
|----------------------------------------------|-------|
| 第一章 渎职罪构成要件探讨研究 .....                        | (241) |
| 第一节 渎职罪主体的范围研究 .....                         | (242) |
| 第二节 在国家机关中从事公务的认定 .....                      | (245) |
| 第三节 渎职罪犯罪行为表现 .....                          | (247) |
| 第二章 滥用职权罪的罪过形态研究 .....                       | (251) |
| 第一节 故意犯罪与过失犯罪的区分标准 .....                     | (251) |
| 第二节 滥用职权罪是过失犯罪形态 .....                       | (255) |
| 第三节 刑法对滥用职权罪是以过失犯罪模式规定的 .....                | (259) |
| 第三章 玩忽职守罪的构成要件与认定研究 .....                    | (263) |
| 第一节 玩忽职守罪的罪过形态 .....                         | (264) |
| 第二节 玩忽职守罪的犯罪结果的认定 .....                      | (265) |
| 第三节 玩忽职守罪仍是“口袋罪” .....                       | (266) |
| 第四章 执行判决、裁定失职罪，执行判决、裁定滥用<br>职权罪的认定研究 .....   | (268) |
| 第一节 执行判决、裁定失职罪，执行判决、裁定滥用<br>职权罪的概念研究 .....   | (268) |
| 第二节 执行判决、裁定失职罪，执行判决、裁定滥用<br>职权罪的构成要件探讨 ..... | (269) |
| 第三节 执行判决、裁定失职罪，执行判决、裁定滥用<br>职权罪适用研究 .....    | (271) |
| 第五章 国有公司、企业、事业单位人员失职罪的认定<br>研究 .....         | (275) |
| 第一节 国有公司、企业、事业单位人员失职罪的概<br>念研究 .....         | (275) |
| 第二节 国有公司、企业、事业单位人员失职罪的构<br>成要件探讨 .....       | (276) |
| 第三节 国有公司、企业、事业单位人员失职罪适用<br>研究 .....          | (277) |

|                                     |       |
|-------------------------------------|-------|
| <b>第六章 国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪的认定研究</b> | (279) |
| 第一节 国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪的概念研究        | (279) |
| 第二节 国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪犯罪的构成要件探讨    | (280) |
| 第三节 国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪适用研究         | (281) |
| <b>第七章 重大劳动安全事故罪的认定研究</b>           | (283) |
| 第一节 重大劳动安全事故罪是一种职务犯罪                | (285) |
| 第二节 重大劳动安全事故罪是单位犯罪还是自然人犯罪           | (286) |
| 第三节 重大劳动安全事故罪与重大责任事故罪的区分            | (287) |

## 第四编 职务犯罪的侦查程序 疑难问题探讨

|                                 |         |
|---------------------------------|---------|
| <b>第一章 加强职务犯罪的侦查和侦查监督几个问题研究</b> | … (291) |
| 第一节 职务犯罪的范围和侦查的重点应界定清楚          | … (291) |
| 第二节 建立健全职务犯罪移送立案程序, 监督准确立案      | (293)   |
| 第三节 严格依法调查, 监督违法取证              | (294)   |
| 第四节 严格批捕条件、监督逮捕质量               | (295)   |
| <b>第二章 侦查监督几个法律问题的调查研究</b>      | (297)   |
| 第一节 刑事立案监督方面的法律问题               | (297)   |
| 第二节 审查批捕方面的法律问题                 | (300)   |
| 第三节 侦查活动监督方面的法律问题               | (303)   |
| <b>第三章 同一刑事案件, 不应多次指定审判管辖法院</b> | … (305) |

|     |                               |       |
|-----|-------------------------------|-------|
| 第四章 | 审理异地起诉的刑事案件, 其判决应属无效 .....    | (309) |
| 第五章 | 检察机关刑事法律监督需要侦查权的支撑 .....      | (312) |
| 第六章 | 律师与司法办案人员之间业务关系的立法完善 ...      | (318) |
| 第七章 | 辩护律师调查取证程序合法性的探讨 .....        | (321) |
| 第八章 | 检察机关不应行使撤销刑事案件建议权 .....       | (327) |
| 第一节 | 检察机关建议撤销刑事案件, 程序违法 .....      | (328) |
| 第二节 | 检察机关建议撤销刑事案件, 有碍司法公正 ...      | (330) |
| 第三节 | 检察机关建议撤销刑事案件的做法, 应当立即禁止 ..... | (332) |

## 第五编 《联合国反腐败公约》与 我国职务犯罪的接轨

|     |                                             |       |
|-----|---------------------------------------------|-------|
| 第一章 | 我国刑法与《联合国反腐败公约》接轨问题研究 .....                 | (337) |
| 第一节 | 《联合国反腐败公约》的宗旨是惩治和预防职务犯罪 .....               | (338) |
| 第二节 | 《联合国反腐败公约》的规定与我国刑法规定多数是一致的 .....            | (341) |
| 第三节 | 按《联合国反腐败公约》我国刑法应进行的必要修改和补充 .....            | (347) |
| 第二章 | 我国刑事诉讼法与《联合国反腐败公约》接轨问题比较研究 .....            | (360) |
| 第一节 | 《联合国反腐败公约》规定惩治腐败犯罪的原则与我国法律规定相比较 .....       | (361) |
| 第二节 | 《联合国反腐败公约》规定的冻结、扣押和没收财产与我国法律规定的比较 .....     | (364) |
| 第三节 | 《联合国反腐败公约》对证人、鉴定人、被害人、举报人的保护与我国法律规定比较 ..... | (368) |

|     |                                            |       |
|-----|--------------------------------------------|-------|
| 第四节 | 《联合国反腐败公约》规定的惩治犯罪的合<br>作与我国法律规定的比较 .....   | (371) |
| 第五节 | 《联合国反腐败公约》规定惩治犯罪的管辖<br>权与我国刑法规定相比较 .....   | (374) |
| 第三章 | 《联合国反腐败公约》规定的国际合作及我国法律的<br>规定 .....        | (377) |
| 第一节 | 《联合国反腐败公约》规定的国际合作及在<br>我国法律中的体现 .....      | (378) |
| 第二节 | 国际引渡措施与在我国法律中的规定 .....                     | (379) |
| 第三节 | 刑事移交及其在我国法律中的规定 .....                      | (382) |
| 第四节 | 国际司法协助及我国法律规定 .....                        | (384) |
| 第五节 | 国际联合侦查及我国法律规定 .....                        | (388) |
| 第四章 | 《联合国反腐败公约》规定的资产追回措施及<br>在我国法律中的体现 .....    | (390) |
| 第一节 | 《联合国反腐败公约》规定资产追回原则及<br>我国法律的规定 .....       | (391) |
| 第二节 | 《联合国反腐败公约》规定直接追回财产的<br>措施及我国法律的规定 .....    | (393) |
| 第三节 | 《联合国反腐败公约》规定国际合作追回财<br>产的程序及我国法律的规定 .....  | (394) |
| 第四节 | 《联合国反腐败公约》规定国际合作资产的<br>返还和处分及我国法律的规定 ..... | (396) |
| 第五章 | 《联合国反腐败公约》实施机制和效力程序 .....                  | (398) |
| 第一节 | 《联合国反腐败公约》规定的实施机制 .....                    | (399) |
| 第二节 | 《联合国反腐败公约》实施程序 .....                       | (400) |

# 第一编

## 职务犯罪理论探索

职务犯罪是利用职务或者亵渎职务的一类犯罪，其社会影响坏、危害性严重，必须严厉惩治和有效地预防。认真分析研究职务犯罪的概念、范围和特点，对正确认定、惩治和预防职务犯罪，维护社会秩序有重要意义。

# 第一章

---

## 职务犯罪的概念、范围及特点

研究职务犯罪，首先必须弄清什么是职务犯罪，其犯罪主体、犯罪行为 and 犯罪结果都有些什么特点。

### 第一节 职务犯罪的概念研究

职务犯罪不是刑法分则规定的类罪名，我国刑法分则是按照犯罪侵犯的同类客体将犯罪分为 10 类，其中没有职务犯罪。职务犯罪是人们以犯罪人利用职务或者亵渎职务为标准归类的一类犯罪。对具体职务犯罪，刑法根据侵犯的同类客体分别规定在刑法分则 10 类犯罪之中。

我国刑法学者根据研究职务犯罪的需要，对职务犯罪的概念作了不同的界定。概括起来主要有以下八种意见：

1. 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，并认为，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<sup>①</sup>。

---

<sup>①</sup> 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。



2. 职务犯罪,是指刑法及全国人大常委会有关的单行刑法规定的与职务有关的一类犯罪的总称,并认为,是公职人员利用职务上的便利,或滥用职权、不尽职责,破坏国家对职务活动的管理职能,并依照刑法应当受刑罚处罚的行为<sup>①</sup>。

3. 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损失的行为<sup>②</sup>。

4. 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、玩忽职守或者徇私舞弊,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总称<sup>③</sup>。

5. 职务犯罪,是指具备一定职务身份的人,故意或者过失地实施与其职务之间具有必然联系的,触犯刑律应受到刑罚惩罚的各种行为的总称<sup>④</sup>。

6. 职务犯罪,是指国家工作人员或者其他从事公务的人员不尽职责、滥用职权,从而侵害国家机关的管理秩序和正常活动,致使国家和人民的利益遭受到重大损失的行为<sup>⑤</sup>。

7. 职务犯罪,是指依照法律、依法授权或者合同而承担一定职务的人员,在进行相应的管理活动中,利用职务上的便利,违背其依法应承担的义务,依照刑法具体罪刑规范性规定应当承担刑事

---

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年出版,第49页。

③ 孙谦主编:《国家工作人员职务犯罪研究》,法律出版社1998年出版,第21页。

④ 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110页。

⑤ 同上。