



Research on the Duty Convenience in Criminal Law

# 刑法中的 职务便利研究

郭纹静 / 著

“职务便利”是职务犯罪的核心问题，是否“利用职务便利”是判断某些行为是否构成职务犯罪的关键。本书填补此领域著作空白，以刑法中的“职务便利”为研究对象，针对理论研究中出现的认识误区和司法实践中对案件的错误定性，提出独到见解。

中国检察出版社

本书由北京工商大学人才强教深化计划-创新团队-民商法学课程群  
教学团队项目资助出版

# 刑法中的 职务便利研究

郭纹静 / 著

Research on the Duty Convenience in Criminal Law

中国检察出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑法中的职务便利研究/郭纹静著. —北京: 中国检察出版社, 2017. 1

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1683 - 1

I. ①刑… II. ①郭… III. ①职务犯罪 - 研究 - 中国  
IV. ①D924. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 131324 号

## 刑法中的职务便利研究

郭纹静 著

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 ([www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com))

编辑电话: (010) 88960622

发行电话: (010) 88954291 88953175 68686531

(010) 68650015 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 7

字 数: 182 千字

版 次: 2017 年 1 月第一版 2017 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1683 - 1

定 价: 34.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

## 序

### “职务便利”是受贿罪的核心问题

职务犯罪是人类社会长期存在的复杂社会现象。贿赂犯罪是最典型、影响最大的职务犯罪，“职务便利”是受贿犯罪的核心问题。在刑法理论研究成果中，专门研究刑法中“职务便利”问题的文章并不多，专著就更少见。北京工商大学法学院讲师郭纹静博士的《刑法中的职务便利研究》一书，系统研究了刑法中的“职务便利”问题，提出了刑法“职务便利”问题研究的新思路、新见解。在深入开展反腐败斗争，依法从严惩治职务犯罪的背景下，出版《刑法中的职务便利研究》一书，是作者对职务犯罪研究的一个贡献。

刑法理论上关于受贿罪“职务便利”问题的主张，主要有四种情形：一是明确要求构成受贿罪必须是利用“职务便利”的行为，把利用“职务便利”作为构成犯罪的基本要素，没有利用“职务便利”的行为，不构成受贿罪，严格限定受贿罪构成的条件，缩小贿赂犯罪的打击面。二是在明确要求构成受贿罪必须是利用“职务便利”的行为的同时，主张把利用本人职权或地位形成的“便利条件”，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，也以受贿论处，实际上是主张把受贿罪利用“职务便利”问题界定为两种情形：一种是直接利用本人“职务便利”的受贿犯罪；另一种是利用本人的职权或地位形成的“便利条件”，通过其他国家工作

人员职务上的行为，实施索贿、受贿犯罪。三是在前述两种主张的同时，主张对受贿罪进一步扩大规定，认为国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当的利益，索取请托人财物或者收受请托人财物，数额较大的或者有其他较重情节的，应作为“利用影响力受贿罪”定罪处罚。四是主张受贿罪不要求利用“职务便利”，只要具有国家公职人员身份，在任何时候、任何情况下，本人或者通过他人、或者伙同他人非法收受财物或者接受财产性利益的，均以受贿论，体现了对国家公职人员的严格要求和利用刑罚手段惩治国家公职人员职务犯罪的严厉性。

新中国成立以来，国家高度重视贿赂犯罪的惩治，多次通过立法调整完善贿赂犯罪刑法制度，发挥刑罚手段同贿赂犯罪作斗争的作用。刑法中关于受贿罪“职务便利”问题的立法，主要有以下变化：一是新中国成立之初制定的《中华人民共和国惩治贪污条例》（以下简称《惩治贪污条例》），是新中国最早的职务犯罪刑法规范，在《惩治贪污条例》的文本中，对贪污受贿犯罪，没有明文要求“利用职务便利”，只要求行为人具有贪污公共财物或强索他人财物、收受贿赂的行为，达到《惩治贪污条例》规定的犯罪数额，就构成犯罪。二是1979年《刑法》在贪污罪、受贿罪的规定中，客观方面要求“利用职务上的便利”。1979年《刑法》第155条和第185条，分别把“利用职务上的便利”作为贪污罪、受贿罪的构成条件，严格了贪污罪、受贿罪的构成。三是1997年修订后《刑法》在沿袭了1979年《刑法》对受贿罪“利用职务上的便利”规定的同时，在第388条进一步规定：“国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当的利益，索取请托人财物或者收受请

托人财物的，以受贿论处。”这一规定在“职务便利”上的要求是双重的：一方面要求行为人利用了本人的职权或者地位形成的便利条件；另一方面要求“通过其他国家工作人员职务上的行为”；同时要求“为请托人谋取不正当利益”，将这样的职务犯罪限定在较窄的范围。四是2009年2月颁布的《刑法修正案（七）》第13条规定：“国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员的职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物，数额较大或者有其他较重情节的”，构成利用影响力受贿罪；同时规定：“离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人，利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施前款行为的”，也以利用影响力受贿罪定罪处罚。增加规定利用影响力受贿罪，扩大了受贿罪的惩治范围，将国家工作人员的犯罪主体扩大到国家工作人员和离职的国家工作人员的近亲属及关系密切的人，加大了国家惩治贿赂犯罪的力度。

《刑法中的职务便利研究》提出“对行为手段相似的职务犯罪与非职务犯罪的量刑上应该体现出对职务犯罪从重处罚”，“对盗窃罪、诈骗罪的处罚应该轻于通过盗窃、诈骗的方式实施的贪污罪、职务侵占罪的处罚，因为职务犯罪作为渎职性腐败犯罪，其危害性更严重，影响范围更广，主观恶性也更大”，“在定罪条件上与量刑上采取比类似行为构成的普通犯罪相对宽松的标准，不管在法理上还是伦理上都是说不过去的。”回顾我国刑法立法演变的过程，1979年《刑法》第155条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，贪污公共财物的，处五年以下有期徒刑或者拘役”；第185条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受贿赂的，处五年以下有期徒刑或者拘役”；第151条规定：“盗窃、诈骗、抢夺公

私财物数额较大的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制”；同是1979年《刑法》规定的处5年以下有期徒刑的涉财犯罪，贪污罪、受贿罪的人罪条件没有数额要求，当然，情节显著轻微的不认为是犯罪；而盗窃、诈骗、抢夺罪，入罪条件则要求是“数额较大”。就是说，同是侵犯财产所有权或涉及财产问题的犯罪，没有利用职务便利的犯罪要求“数额较大”，利用职务便利的犯罪没有数额要求，利用职务便利的犯罪比不利用职务便利的犯罪处罚重，1979年刑法典强调突出了对利用职务便利犯罪处罚的严厉性。但在20世纪80年代初执行1979年刑法确定立案标准的时候，却出现了与立法精神相反的做法，规定“数额较大”构成盗窃罪的立案标准是25元，而没有数额要求的贪污罪、受贿罪的立案标准是1000元；也就是说，同为法定最低刑为5年以下有期徒刑的盗窃、诈骗、抢夺罪与贪污、受贿罪，前者没有利用职务便利，非法占有几十元钱，可能处5年以下有期徒刑，后者利用了职务便利，非法占有几百元钱还不构成犯罪。1988年1月制定颁布的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》将贪污罪、受贿罪的人罪数额法定化，除个人贪污受贿不满2000元、情节较重的作为入罪条件外，要求贪污受贿达到2000元以上才具备立案、定罪、量刑的条件；1997年修订刑法典将这个数额标准提高到5000元。虽然，这期间的盗窃案件立案入罪数额标准也有提高，但与利用职务便利的贪污罪、贿赂罪入罪数额标准相比，仍是相差甚远。2015年8月制定颁布的《刑法修正案（九）》，将贪污罪受贿罪的人罪数额标准改为“数额较大”，与盗窃罪的人罪数额标准“数额较大”的文字表述完全一致，但不能认为《刑法修正案（九）》关于贪污罪贿赂罪的“数额较大”与刑法典规定的盗窃罪“数额较大”就是完全相同的数额；普遍认为，贪污罪受贿罪的人罪标准“数额较大”要比盗窃罪的“数额较大”高，即使相同，也没有体现对利用“职务便利”犯罪应当从严从重的精神。可以说，对类似行为，利用了职务便利

的犯罪应当比没有利用职务便利的犯罪处罚重的主张，是很有价值的。例如，同样使用窃取的手段占有相同数额的公共财物，利用职务便利的贪污罪应当比没有利用职务便利的盗窃罪法定刑重，应当通过立法加重对职务犯罪处罚的力度。

《刑法中的职务便利研究》提出“取消受贿罪中的‘利用职务便利’”的规定，将受贿罪由职务犯变更为身份犯。认为，“理论上，国家工作人员都是依法担任公共职务，行使公共职权、履行公共职责的人，基于我国人民民主专政的社会主义国家性质，国家工作人员享有的管理国家公共事务的权力是国家和人民赋予的，他们行使职权、履行职责的过程是‘为人民服务’的过程，因此，被形象的称作‘人民公仆’，而‘全心全意为人民服务’历来是党和国家对‘人民公仆’的要求，国家工作人员依法行使职权和履行职责就是‘全心全意为人民服务’这一宗旨最本质的体现，是其职务分内之事。作为对国家工作人员所付出的公共服务的回报，国家财政为这些‘人民公仆’提供了工资、福利、保险等待遇，或通俗的称作‘薪俸’或‘俸禄’，也可以认为国家提供的薪俸是国家工作人员依法行使公共权力和依法履行公共职责的对价。因此，国家工作人员就没有理由在接受国家提供其依法行使职务行为对价的俸禄之外再获取任何不正当财物”。实践中，存在国家工作人员收受他人数额较大、巨大的钱款或贵重物品，并没有利用职务便利为其谋取利益，存在“收钱不办事”的情况；也存在“感情投资”问题，没有请托事项，或请托事项不明确的情况，因没有“利用职务便利”的问题而不能定罪处罚。从有利于对国家工作人员从严要求、有利于预防犯罪和廉政建设的角度看，将受贿罪由职务犯变为身份犯是有必要性的；国际社会和专家学者也有主张，国家工作人员在任何时候、任何情况下，本人或通过他人或伙同他人收受合法报酬以外的财物的，应以受贿论。有的国家的防止贿赂法律规定，公务员或将成为公务员的人，为自己或者任何其他人，从任何



其他人处收受、取得或者同意接受任何合法报酬以外的酬劳作为诱因或报酬，而履行或者不履行职务上的行为的，以受贿论处，法律文本上不要求利用职务便利。

作者在中国人民大学攻读博士学位期间，就十分关注职务犯罪研究。作为作者的博士生导师，为她的《刑法中的职务便利研究》一书的出版感到高兴，希望她再接再厉，创造出更多更好的研究成果。

中国人民大学刑事法律科学  
研究中心教授、博士生导师

戴玉忠

2016年3月

## 摘 要

“职务便利”是职务犯罪的核心问题，是否“利用职务便利”是判断某些行为是否构成职务犯罪的关键，而“职务便利”内容的不同以及“利用职务便利”方式的不同又是辨别此罪与彼罪的标尺，因而“职务便利”问题是刑法中至关重要的一个议题。然而目前专门针对此问题的系统性研究还很缺乏，从而导致在理论研究中出现一些认识上的误区和司法实践中对案件的错误定性。为了澄清理论上关于此问题的争议，本书以刑法中的“职务便利”为研究对象，从不同的方面和角度对与其相关的问题展开论述。期待在厘清相关理论争议的同时也能对司法实践起到一定的指导作用。

本书除了引言、主要参考文献及后记之外，正文部分共分五章：

第一章是关于职务问题的论述。主要阐释了职务的概念与特征以及职务与其他相关概念的关系。在职务的概念与特征部分，将日常生活中的职务与刑法中的职务分别论述，并认为刑法中的职务不能等同于日常生活中的职务，刑法中职务的核心价值是具有职权或职责，且其具有法定性、公务性、程序性及实在性的特征。在职务与其他概念的关系部分，分别论述了职务与职权、职责、公务、劳务、业务、工作、身份等概念的区别和联系，认为职权、职责是认定刑法中“职务便利”和是否构成职务犯罪的关键，但职权、职责与职务也并不是一一对应的。主张将公务作为和私人事务即“私务”相对应的广义的概念，即凡是公共事务都应该被视为公

务，因而，职务是一个可以被公务所涵盖的概念，凡是职务活动必然具有公务的性质。劳务可以分为公务性劳务与私务性劳务，一部分公务性劳务也是可以包含职权或职责内容的，因而利用劳务所产生的便利在特定情况下也可构成职务犯罪。业务也包括公务性业务与私务性业务，公务性业务虽然不具有职权或职责，但其具有基于业务产生的便利条件及注意义务，也可视为广义上的职务，利用业务便利或亵渎业务上的注意义务实施的相关行为可构成广义上的职务犯罪。职务与工作内容和范围上都是不同的，工作的外延要大大超过职务，职务强调行使职权或履行职责的资格或状态，而工作则重在显示职业性质，是劳动者得以谋生的手段。身份和职务是两个层面上的概念，身份是从主体方面去限定某些犯罪的定罪与量刑，而职务存在的意义则不是对主体是否具有某种身份进行限定，而是从客观方面来判断犯罪主体是否利用了该职务实施相关犯罪。有身份的人不一定有职务，有职务的人也不一定有身份。

第二章是关于职务犯罪问题的论述。阐释了职务犯罪的概念与分类，并介绍了我国现阶段职务犯罪的状况与特点。在职务犯罪的概念部分，从职务犯罪的主体、职务犯罪的客观方面以及职务犯罪的性质三个角度入手，对现有的职务犯罪概念进行了利弊分析，并得出职务犯罪的应有之义：从事公务的人员利用职权或职责实施的一类犯罪。在职务犯罪的类型部分，根据不同的标准将职务犯罪分别分为广义的职务犯罪与狭义的职务犯罪、自然人职务犯罪与单位职务犯罪、故意型职务犯罪与过失型职务犯罪，并分别论述了各种分类的意义，澄清了理论上关于职务犯罪分类的一些误区。然后，根据最近几年相关数据及调研成果，介绍了我国现阶段职务犯罪的发展状况及特点。

第三章是关于职务便利问题的论述。主要阐释了便利的概念与特征、刑法中“职务便利”的内容与分类以及“职务便利”与其

他相关概念的关系。在便利的概念与特征部分，分别论述了一般意义上的便利与刑法中的便利含义的不同，认为刑法中的便利具有依附性、直接性和具体性的特征。在“职务便利”的内容与分类部分，认为刑法中的“职务便利”包括法定职权产生的便利、实际职权产生的便利、超越职权范围的便利以及职责产生的便利。可以将刑法中的“职务便利”简单分为职权便利与职责便利两大类，将“利用职务便利”分为积极利用与消极利用两种方式。在“职务便利”与其他相关概念的关系部分，主要论述了“工作便利”问题以及刑法中的“利用影响力”问题。认为刑法中的“影响力”具有影响性、多样性和单向性的特征，并总结出“职务便利”与“影响力”在所依附的载体、所指向的行为主体以及所构成犯罪的性质三个方面表现不同。认为“工作便利”不是刑法评价的对象，单纯利用“工作便利”实施的行为要么构成普通犯罪，要么不构成犯罪，但不会构成职务犯罪。

第四章是关于不同类型职务犯罪中的“职务便利”问题。分别论述了非法占有型职务犯罪、权钱交易型职务犯罪、挪用型职务犯罪、经营决策型职务犯罪、侵权型职务犯罪以及渎职类职务犯罪中“利用职务便利”的不同表现形式。其中主要论述了贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、非法经营同类营业罪以及滥用职权罪中的“职务便利”问题，结合目前现有的观点对这些具体罪名中的“职务便利”问题进行了深入讨论，并对理论上一些传统认识提出了不同见解。

第五章是有关“职务便利”的立法完善建议。主要从两个方面提出建言。第一，提议建立以职务为中心的职务犯罪体系，改变目前将职务犯罪等同于身份犯罪的错误认识，建议对公务作广义的理解，取消“公务”、“劳务”及“职务”相互之间的严格和绝对区分，以职权、职责作为判断是否构成职务犯罪的基础，并建议对行为相似的职务犯罪较普通犯罪从重处罚。第二，建议取消刑法中

关于受贿罪“利用职务便利”要件的规定，将受贿罪从职务犯罪体系中分离出来，使受贿罪成为纯正身份犯。凡是国家工作人员收取他人贿赂的，不管是否利用职务便利为他人谋利益，都应以受贿罪论处，并阐释了将受贿罪变更为身份犯的价值、必要性及变更后的罪刑设计。在论文最后，建议启动与刑法相配套的制度改革，并提出三个方面的改革思路，即建立“高薪养廉”机制、建立国家工作人员财产申报制度以及建立有效的监督机制。

**关键词：**职务；职务便利；职权；职责；公务；职务犯罪

## Abstract

“Duty convenience” is the core issue of duty crime. Whether “taking advantage of duty convenience” or not is key to determine whether certain acts constitute duty crimes. Differences in the content of “duty convenience” and in the ways of “taking advantage of duty convenience” are the criteria to distinguish this crime from another, therefore “duty convenience” is an important subject in criminal law. However, systematic study focusing on this subject is not enough, which results in some theoretical misunderstandings and some mistakes in judicial practice. In order to clarify some controversial issues on this subject, this book sets “duty convenience” in criminal law as its research target, and expounds some issues relevant to the subject from different perspectives, which is in the hope of clarifying the theoretical controversies and at the same time playing a role in guiding practice.

In addition to the introduction, bibliography and postscript, the main part of this book can be divided into five chapters:

Chapter 1 focuses on duty, which mainly discusses the concept and features of duty, and the relationship between duty and other relevant concepts. In the section of concept and features of duty, duty in daily life and in criminal law are discussed respectively, and the book holds that duty in criminal law is not the same as that in daily life, the key of duty in criminal law is power and responsibility in office, and it has three features, i. e. legality, publicity, procedurality and objectivity. In

the section of relationship between duty and other relevant concepts, the book expounds the links and differences between duty and power in office, responsibility in office, public service, labor service, professional service, work and status, then argues that power in office and responsibility in office is crucial to identify “duty convenience” and duty crime in criminal law. Nevertheless, power in office or responsibility in office is not always correspondent with duty. The book holds that all public affairs should be regarded as “public service”, which is contrary to “private affairs” or “private service”, and therefore, duty can be covered by public service, duty acts are in nature public service. Labor service can be divided into public labor service and private labor service, some public labor service also has the content of power or responsibility in office, therefore, taking advantage of convenience in labor service under certain circumstances may also constitute duty crimes. Professional service can also be divided into public professional service and private professional service. Although there is no official power or responsibility in public professional service, there is duty of care as well as convenience in it, which can be seen as a kind of duty in a broad sense, thus dereliction of duty of care and taking advantage of professional convenience in professional service may constitute a duty crime in a broad perspective. Duty and work are different both in the content and scope, the extension of work is broader than that of duty. Duty emphasizes the qualification or the state to exercise power or responsibility in office, while work, in nature, is a job, which indicates that it is a means of livelihood. Status and duty are two different concepts, status is the factor to help determine guilt and weigh the penalty from the aspect of the offender, while duty is the factor to decide whether the offender has committed a crime by taking advantage of duty convenience from the objective perspective. Individu-

als with status do not necessarily have duty, and vice versa.

Chapter 2 focuses on duty crime, which mainly discusses the concept and classification of duty crime, also introduces the developing trend and features of duty crime in recent China. In the section of the concept of duty crime, the book probes into the current concepts of duty crime from the perspectives of crime subject, objective aspect and the nature of duty crime, and then concludes that the concept of duty crime shall be crime committed by taking advantage of official power or responsibility by anyone engaged in public service. In the part of classification, the book holds that duty crime can be classified into different types according to different criteria, i. e. duty crime in broad sense and in narrow sense, duty crime committed by natural person and by unit, intentional duty crime and negligent duty crime, at the same time, the significance of the above classification is displayed. Afterwards, the developing trend and features of duty crime in recent years is introduced.

Chapter 3 focuses on duty convenience, which mainly discusses the concept and features of convenience, the content and classification of "duty convenience" in criminal law, and the relationship between "duty convenience" and other relevant concepts. The book describes the meanings and features of "convenience" in daily life and in criminal law respectively, and holds that "convenience" in criminal law is dependent on duty, it has direct links with duty and it has specific content due to specific duty. "Duty convenience" in criminal law can be divided into four categories, i. e. convenience within statutory power, convenience formed by actual power, convenience beyond statutory power and convenience generated by responsibility in office. Also "duty convenience" can be simply classified into convenience by official power and convenience by official responsibility, and the ways of "taking advantage of du-



ty convenience" can be divided into active and passive modes. Then, two concepts relevant to "duty convenience" are discussed, i. e. "influence" and "job convenience". "Influence" and "duty convenience" are different in three aspects, thus bribery and bribery by taking advantage of influence are two different crimes in nature. "Job convenience" is not a factor that deserves criminal evaluation, as act committed by simple use of "job convenience" does not fall into the scope of duty crime, and moreover, under certain circumstances, does not constitute a crime at all.

Chapter 4 is about "duty convenience" in different types of duty crimes, which mainly discusses the content of "duty convenience" and the ways of "taking advantage of duty convenience" in specific crimes, such as in embezzlement, bribery, misappropriation, illegal operation of the same business, and in the abuse of official power. With the combination of the available previous viewpoints, the book expounds "duty convenience" from a special aspect, and puts forward some different understanding on the matter that can challenge some traditional theory.

Chapter 5 puts forward suggestions relevant to "duty convenience" from two perspectives to improve the current criminal law. The first approach is to establish a duty-oriented system of duty crimes, which means to set "duty" as the criterion to determine whether certain acts constitute duty crimes, exactly, power in office or responsibility in office shall be crucial to decide duty crime, but not "status". Strict distinction among "duty", "public service" and "labor service" shall be abolished, and similar acts that constitute duty crimes should be subjected to severer punishment than those constituting ordinary crimes. The second approach is to abolish the element of "taking advantage of duty conven-