

清代职务犯罪问题研究 以贪污与渎职犯罪为重点

李文生◎著

QINGDAI ZHIWU FANZUI WENTI YANJIU YI TANWUYUDUZHIFANZUI WEI ZHONGDIAN

中国检察出版社

清代职务犯罪问题研究 以贪污与渎职犯罪为重点

李文生◎著

QINGDAI ZHIWU FANZUI WENTI YANJIU YI TANWUYUDUZHIFANZUI WEI ZHONGDIAN

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

清代职务犯罪问题研究: 以贪污与渎职犯罪为重点 / 李文生著. —北京: 中国检察出版社, 2015. 11

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1493 - 6

I. ①清… II. ①李… III. ①职务犯罪 - 研究 - 中国 - 清代

IV. ①D924. 302

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 209770 号

清代职务犯罪问题研究

——以贪污与渎职犯罪为重点

李文生 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. zgjcbs. com)

编辑电话: (010) 68682164

发行电话: (010) 68650015 68650016 68650029

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 13.5 印张

字 数: 209 千字

版 次: 2015 年 11 月第一版 2015 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1493 - 6

定 价: 40.00 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

前 言

本书以惩治贪污和渎职犯罪为重点，研究了清代职务犯罪的法律问题。这里所说的职务犯罪，是指具有职务身份的贵族、官僚不履行法定职责，利用权力进行犯罪活动。本书涉及满族入关建立清朝直到清朝灭亡共二百六十多年间统治者在预防与惩治职务犯罪方面适用的法律原则与规定的法律制度，以及相关的司法实践活动。治吏惩贪关乎王朝的治乱兴衰，清朝尤重整饬吏治，其中，既有可资当今借鉴的廉政措施和约束官吏的具体制度，也有值得防范的制度性缺陷。书中也包含了笔者新的认识和某些创见。

本书内容分为以下几个部分：

第一部分简要回顾了自夏至明朝惩治职务犯罪的相关规定；第二部分细致地分析了《大清律例》对职务犯罪的防范与惩治；第三部分结合《大清新刑律》的内容，研究了晚清时期防治职务犯罪特别是贪污渎职犯罪的转型；第四部分为清代整治吏治的变化；第五部分为简要结语。

回溯中国历史，自君主专制制度产生以来，各类特权规定，就为贵族、官僚的职务犯罪提供了制度性的有利条件。官吏则利用这种便利，大肆进行各种职务犯罪，吏治腐败成为以往朝代不可避免的严重社会问题。为了争取民心，维护统治阶级的长远利益，实现长治久安的目的，历代政治家、思想家相继提出“明君治吏不治民”的吏治思想，以期通过治吏达到最终治民的目的。在这个思想的指导下，各个王朝都不断地加强预防和惩治职务犯罪的对策研究和设施建设，并通过严密立法，增强行政管理与司法审判监督，对职务犯罪行为进行了全方位的惩办与控制。本书首先对夏至明朝惩治职务犯罪的法律问题进行了简要回顾。在清朝以前的中国各代的法律中，对职务犯罪作了制度性的规定，从夏代的贪墨之罪，西周的法官“五过之疵”，秦汉贪污受贿犯罪，直至明朝的贪渎犯罪，其法律内容不断完善，犯罪种类也不断增多，但总结起

来,受贿罪、贪赃罪、苛敛罪和渎职罪是职务犯罪的主要表现。为了澄清吏治,稳定社会,历代统治者相继采取了道德教化、严刑峻罚、强化监察等综合治理措施,将限制官吏权力与控制职务犯罪相结合,努力减少吏治腐败和官吏的犯罪,这为清代治理职务犯罪提供了有益的经验。

清代是我国最后一个封建王朝。笔者认为,清朝前期在总结以往防治职务犯罪经验教训的基础上,采取综合为治的方针,将教化与防范、惩治相结合,廉政制度和监督措施相结合,进一步加强制度约束和吏治监督管理,这是清前期治吏取得一定效果的基本原因。这多少反映出笔者研究的一些创新之见。在立法、司法和监察制度方面,前清时期,都出现了一些新的特点和变化。出于统治的需要,在《大清律例》中进一步细化了分类,并在相关的条例中增加了职务犯罪的内容。经过认真统计,清代职务犯罪总计有二十多种,包括“挪移出纳”罪、“揽纳税粮”罪、“出纳官物有违”罪、侵欺、借贷“守掌在官财物”罪、“监守自盗仓库钱粮”罪、“弃毁制书印信”罪、“上书奏事犯讳”罪、“事应奏而不奏”罪、职官违反选拔任用制度罪、非法科敛役使罪、违反行政程限罪、失时不修堤防罪、失时不修桥梁道路罪、漕运失职、渎职犯罪、司法不公罪等。与前相比,增加了漕运失职、渎职等项犯罪的规定。并根据实际情况,对司法不公、“失时不修堤防”、“失时不修桥梁道路”等的处罚作了相应的调整变化。此外,前清时期,进一步加强了吏治监察工作,实行垂直领导体制,建立了自上而下的监察网络,采取了科道合一的监察方法,有力地控制和减少了职务犯罪。与此同时,前清统治者从康熙朝开始,加强道德自律与廉洁吏治的建设,注重官吏的道德素质培养,康熙钦封于成龙为“天下第一廉吏”,号召天下官吏加以仿效,同时,拔擢了一大批厉行廉政的基层官吏到中央。不仅树立起了廉洁政治的风气,也带动了整个社会风气的转变。这些基本经验值得后世借鉴,同时应当看到,清代的防治职务犯罪的各项措施,虽然在不同程度上发挥了一些作用,但因受制于封建皇权专制的政治体制,其作用毕竟是有限的,不可能从根本上消除封建社会的职务犯罪问题,与现今和民主制度相联系的社会主义廉政建设有本质的不同。

1900年以后,迫于内外压力,清朝政府开始官制改革和预备立宪以及修订部门法的工作。在《大清新刑律》中,规定了罪刑法定、法律平等、轻刑主义、国家主义等原则。并按照资本主义的法律原则,重

新规定了贪污和渎职等职务犯罪的形态及其刑罚，完成了封建制向近代的转型，并为法律现代化提供了重要的前提。有鉴于前清时期的经验和教训，并顺应政治改革的要求，清末建立了一套较为完整的近代化的职官管理的行政法律规范，从而将前期综合为治的管理方式转变为近代化的制度管理。其中包括公务人员铨选法、公务人员考核奖惩法、公务人员俸给法、公务人员回避法、公务人员监察法等，这对以后完善制度防治职务犯罪提供了重要的借鉴。

总结以往，可以看出，吏治好坏关乎国运兴衰，治吏成为治国的关键。治吏首重防范惩治官吏的职务犯罪，特别是贪污与渎职犯罪。历史经验告诉我们，精神感化与道德教育不是万能的，无论采取什么样的政体，专制的还是民主的，都需要一种制约政府权力的有效机制，才能有效地防治职务犯罪。有时，特定的政府总是以服务于社会公众为借口，任意扩充自己的权力和职能；而特定政府的人群，在执行政府政策时总是渗透着其个人因素。这在制度缺失而主要依靠官吏道德自律的情况下，往往会导致各种职务犯罪。从这个意义上讲，“法治”胜于“人治”。完善的制度是有效地约束各级政府及其公务人员的方法。以“国家主义”的思想为指导，建立完善的行政管理制度，并结合优秀民族文化传统，重视道德自律，才能有效地减少职务犯罪。

目 录

前 言	1
导 论	1
第一章 夏至明朝惩治职务犯罪的主要规定	7
一、职务犯罪的主要表现	7
(一) 受贿	8
(二) 贪赃	9
(三) 苛敛	11
(四) 渎职	13
二、职务犯罪的预防与惩治	15
(一) 重在预防的道德教化	15
(二) 惩前毖后的刑事制裁	16
(三) 强化监督的监察制度	24
(四) 限制官吏权力的各项措施	33
第二章 《大清律例》对职务犯罪的惩治	34
一、《大清律例》有关职务犯罪的规定	34
(一) 贪污罪	35
(二) 渎职罪	63
(三) 司法不公罪	91
(四) 军人违反职责罪	97
二、清朝前期职务犯罪的防范惩治措施	99
三、职务犯罪适用的刑罚原则	103
(一) 公罪从轻、私罪从重的原则	103
(二) 监临势要从轻、监临主守从重的原则	103

(三) “不枉法”从轻、“枉法”从重的原则	104
(四) “无赃”计轻、“有赃”计重的原则	104
(五) 知情不举, 职官俱照本罪科处的原则	105
(六) 失察下属犯罪, 俱照本罪科处的原则	105
(七) 不禀阻上司犯罪, 俱照本罪科处的原则	106
四、职务犯罪主体的特权待遇	107
(一) “八议”	107
(二) 特殊公职犯罪的特殊处理	108
(三) 文武官吏有犯公私罪者以罚俸代答	108
(四) 职务犯罪可“除名当差”	109
五、惩治职务犯罪规定的缺陷与不足	109
(一) 继承有余, 创新不足	109
(二) 体现“重典治吏”的指导思想	110
(三) 体系繁复	113
(四) 内容滞后	113
第三章 《大清新刑律》对职务犯罪的惩治	114
一、《大清新刑律》制定的背景	114
(一) 洋务运动加快了学习西方器物技术的进程	115
(二) 戊戌维新推动了清末的变法自强	115
(三) 清末新政加速官制改革	117
二、清末变法修律和刑法改革	128
(一) 维新派变法主张	128
(二) 变法修律活动之启端	129
(三) 修订法律大臣之荐派	131
(四) 清末刑法变革	132
(五) 制定新刑律	139
(六) 保障刑法改革的诉讼法和法院组织法的制定	143
(七) 中国刑法近代化路径之检讨	145
三、《大清新刑律》的贪污与渎职犯罪	153
(一) 前清时期吏治腐败的主要原因	153

(二) 《大清新刑律》的贪污与渎职犯罪的规定	157
四、《大清新刑律》惩治贪污与渎职犯罪的变化	161
(一) 删简罪名体系	161
(二) 推行近代刑法的“谦抑原则”	162
(三) 构建近代贪污与渎职犯罪防治体系	163
(四) 引进犯罪构成理论, 解构贪污与渎职犯罪	164
第四章 清末整治吏治的其他立法	166
一、对前清时期整治吏治的反思	166
(一) 缺乏限制君主权力的规定	166
(二) 贵族官僚特权削弱了法律的实际效应	166
(三) 行政权力缺乏外部制约监督机制	167
(四) 惩治贪污与渎职犯罪与君主素质密切相关	167
二、清末廉洁吏治的改革	168
(一) 公务人员铨选法	170
(二) 公务人员考核奖惩法	172
(三) 公务人员俸给法	175
(四) 公务人员回避法	176
(五) 公务人员监察法	178
(六) 公务人员专门立法总体成就	179
三、清末吏治改革评析	181
(一) 前清时期的陋规	181
(二) 制度性集体腐败	182
(三) 清末新政无序状态下发生的新腐败	183
(四) 清律职务犯罪与吏治腐败的关系	184
第五章 清朝惩治职务犯罪对今的借鉴与启迪	186
一、国家法治主义: 根治吏治腐败的良策之一	186
(一) 国家法治主义原则的理论根源	186
(二) 国家法治主义原则的内涵	188
(三) 晚清国家法治主义原则的彰显和陨落	189

二、强化监察制度是防治职务犯罪的良策之一.....	190
三、检讨清末惩治职务犯罪的利弊得失.....	191
（一）刑法制度上的突破	191
（二）清末刑法改革的警示——以惩治贪污渎职犯罪为 重点	192
参考资料.....	195
后 记.....	201

导 论

本书以“清代职务犯罪”为题，研究清代治吏的状况。所谓的职务犯罪，在封建时代是指具有爵位和官职的贵族官僚因职务关系所犯的各项罪行，近现代则指国家公务人员在履行职务过程中所犯的各项罪行。众所周知，在公职犯罪当中，贪污与渎职犯罪是最普遍、最严重的犯罪，其危害之深、影响之广，为人所共知，并成为历代吏治的重点。故本书在研究公务人员犯罪中，以预防和惩治贪污与渎职犯罪为重点。

本书所述的清代时间概念，与大多数学者的主张相同，具体讲，第一，前清时期是指1644年清军入关到1840年以前；第二，晚清时期是指1840年到1912年；第三，清末，是指清朝灭亡前10年。

古人对治吏（即现今人们所说的要求官吏忠于职守和预防、惩治公务人员犯罪）多有研究，而且，有比较深刻的见解。如《廿载繁华梦·负曝闲谈》所述：“官之位高矣，官之名贵矣，官之权大矣，官之威重矣，五尺童子皆能知之。”^① 因为，官吏集团“垄断了暴力，掌握着法律，控制了巨额的人力物力，它的所作所为在很大程度上决定着国家与社会的命运”^②。官吏阶层作为中国社会中的一个特殊群体，在社会发展过程中始终扮演着特殊的角色、发挥着特殊的作用。因此，从古至今，历代治世均以治吏为重点，整饬吏治的核心内容，则是预防和惩治公务人员犯罪。只有吏治清明，才能有百姓的安居乐业，才能有社会的稳定和发展。

贪污与渎职犯罪都是公务人员犯罪，两者之间又有某种内在的联

①（清）欧阳钺源：《廿载繁华梦·负曝闲谈》，华夏出版社1995年版，第121页。

② 吴思：《潜规则——中国历史中的真实游戏》，云南人民出版社2002年版，第4页。

系，贪污犯罪往往会导致渎职的后果，渎职犯罪也可能为贪污犯罪提供某种有利条件。贪污犯罪危害严重，渎职犯罪同样如此，有时，后者的危害远远超过前者，因此，在防治公务人员犯罪的过程中，应突出对贪污与渎职犯罪的防范与惩治。古往今来，莫不如是。

在中国传统社会中，仕人通过征辟、举孝廉、科举、纳捐等各项名目获得官吏身份并跻身于官吏阶层以后，每个个体便在自我意识、行事风格、交际范围等方面将自己同其他人区分开来，以有形或无形的方式将自己凌驾于普通民众之上，形成一道标签自己特殊身份的若隐若现的潜在界限。在政治上层建筑归属封建专制君主的时代，他们不实际拥有政治上层建筑，但是以他们的身份，他们在参与这种政治上层建筑的运转，一方面，他们是封建律法的制定者和实施者，另一方面，他们又必须接受封建律法的制约和管辖，有犯奸作科者，还必须接受自己亲手制定的法律的审判和制裁。他们的命运从一开始注定要陷入君权和臣权、法权和私权的无休无止的矛盾和斗争当中，并且贯穿于整个封建社会的始终。

二

传统上由于儒家倡导的“修齐治平”君子哲理，为官成为中国社会职业中最受青睐的职业。但是，实际的社会深层理由在于，长期的官僚政治给予了做官的人、准备做官的人，乃至从官场退出的人以种种社会经济的实利，或种种虽无明文规定但却十分实在的特权。

事实上，“支配这个集团行为的东西，经常与他们宣称遵循的那些原则相去甚远。例如仁义道德，忠君爱民，清正廉明，等等。真正支配这个集团行为的东西，在更大的程度上是非常现实的利害计算。这种利害计算的结果和趋利避害的抉择，这种结果和抉择的反复出现和长期稳定性，分明构成了一套潜在的规矩，形成了许多本集团内部和各集团之间在打交道的时候长期遵循的潜规则。这是一些未必成文却很有约束力的规矩。我找不到合适的名词，姑且称之为潜规则”^①。

这个被学者称之为潜规则的东西，究其实质就是唯利是图和金钱至

^① 吴思：《潜规则——中国历史中的真实游戏》，云南人民出版社2002年版，第4页。

上的腐朽道德观。历史上，“一切向钱看”，“只讲目的，不择手段”，“个人利益至上”等利己主义的道德观念长期主宰着这个社会集团的主体观念（笔者是说绝大多数历史情况下官吏阶层的主体观念主要停留在这种道德现状之上，但是并不排除个别历史条件下的个别时期会产生清正廉明的好官）。这种道德的堕落与虚无，终将导致价值取向的实惠化、本位化，一切围绕自身的实利作取舍，漠视道德规范的限制，放任自流，滥用职权，最后陷于腐败。

三

官僚政治下的各级官吏，不仅代表封建君主的利益，而且有其自身特殊利益。它的各级成员只对君主负责或下级只层层对上级负责，而不对人民负责。所以，官僚政治主要靠人治和形形色色的宗法和思想统治来维持，但同时由于幅员广大，社情复杂，单凭人治不足以治理天下。于是，在人治之下又出现了法治，所以中国传统社会是人治与法治相结合来治理社会。官僚政治下吏治好坏全系于法律制度的建设和官吏的道德自律，在专制主义盛行的人治环境中，法治遭到践踏和破坏，以致国家安危、民族兴亡、人民荣枯，最后要看君主及宰政大臣的忠奸智愚而定，人民则对之无可奈何。^①对此，晚清时期，时人言道：

“乃中国未尝无法以限官吏，亦未尝不设人以监官吏之守法，而卒无效者何也？则所以监之者非其道也。惧州、县之不守法也，而设道、府以监之；道、府不守法，又将若何？惧道、府之不守法也，而设督、抚以监之；督、抚不守法，又将若何？所谓法者，既不尽可行，而监之之人，又未必贤于其所监者，掣肘则有万能，救弊则无一效，监者愈多，而治体愈乱，有法如无法，法乃穷。是故监督官吏之事，其势不得不责成于人民，盖由利害关切于己身，必不肯有所徇庇；耳目皆属于众论，更无所容其舞文也。是故欲君权之有限也，不可不用民权；欲官权之有限也，更不可不用民权。”^②

于是乎，这个官僚制度便“造就了拥有巨大势力的社会阶层——

① 参见王亚南：《中国官僚政治研究》，中国社会科学出版社2005年版。

② 梁启超：《立宪法议》，载《清议报》1901年6月7日。

官，形成了以官为轴心和主要活动者的政治生活、社会生活的圈子——官场。官权、官职、官威、官势、官名、官制、官话、官腔、官谱、官派、官箴、官诀、官习、官俗、官仆、官亲、官场病、官样文章、官场教科书……这林林总总的官场现象，构成了中国传统社会中一道独特、厚重、百态纷呈的官场景观”^①。于是乎，这个官场便盛行这般那般的“宦术”，即所谓“投桃、报李、拍马、捧场，此手腕也；标榜、拉拢、结拜、联襟，亦手腕也；排挤、造谣、掠功、嫁祸，又手腕也；如何模棱，如何对付，如何吹牛，如何装病，形形色色，无往而非手腕也。一切皆手腕，也就是一切皆作态，一切皆做假；一切皆做假，便做官矣！打官话，说假也；做官样文章，写假也；官场的道德，假道德也；官场的事务，假公济私的勾当也”^②。

在这种场景中，贪庸之风盛行。为求官位可保可升，为官者必须奉行“多磕头、少说话”^③，“宦途趋避闪烁，何止万端”^④，“唯上是

① 李乔：《清代官场图记》，中华书局2005年版，第5页。

② 林同济、雷海宗：《文化形态史观》，大东书局1946年版，第79页。

③ 据清人朱克敬在《暝庵二识》记载，“曹文正（指身历乾嘉道三朝的显宦曹振鏞）公晚年，恩遇益隆，身名俱泰。门生某请其故，曹曰：‘无他，但多磕头，少说话耳。’”由于此，曹历任三朝大学士，备受皇帝恩宠，死后还获得“文正”的谥号（文正是对有功尤其是品节端方的官吏的极高赞誉，据说清朝只有8人得此殊荣），并入了贤良祠。参见李乔：《清代官场图记》，中华书局2005年版，第103页。

④ （清）刘光第：《刘光第集》；李乔：《清代官场图记》，中华书局2005年版，第107页。

从”^①，“逢迎巴结，不怕难为情”^②，“笑骂由人，好官我自为之”^③，“欺上瞒下，一紧二慢三罢休”^④，“稳冷狠”^⑤，“套拉拢”^⑥，“做官样文章”^⑦等“官诀”，否则官运难保。

① 据《清代官场图记》说，身历咸同光三朝的显宦王文韶是清朝精于圆滑趋避之术的典型。王文韶曾做过很多高官，在地方上做过按察使、布政使、巡抚、总督，在朝廷做过尚书、大学士、军机大臣，可谓官运极佳。他做官的诀窍就是遇事圆滑模棱，明于趋避。《清史稿·王文韶传》说：“文韶更事久，明于趋避，亦往往被口语。”因其圆滑模棱至极，所以被人讥为“琉璃球”、“琉璃蛋”、“油浸枇杷核子”。清人何刚德说：王文韶“人极圆通，人以琉璃球目之”。郑逸梅说：“王文韶为人柔和宛转，有琉璃蛋之称。”《清朝野史大观》记云：“京师士大夫艳传文勤（王文韶）有油浸枇杷核子之徽称，盖甚言其滑也。枇杷核子固滑矣，若再加以油浸之，其为滑殆有不可以方物（形容）者。”在清代官场上，类似王文韶这样的油滑官吏极多，因而该书又说：“清代官场，无论京官、外官、大官、小官，皆含有枇杷核子性质，未可专以此溢文勤也。”参见李乔：《清代官场图记》，中华书局2005年版，第107~108页。即所谓“得上官一笑则作数日喜，遇上官一怒则作数日戚”；“凡是做官的，能够博得上司称赞这们（么）一句，就是升官的喜信”。（清）李宝嘉：《官场现形记》，花山文艺出版社（石家庄）1994年版，第493页。另据吴炽昌（清）在《客窗闲话》中记载，“吾辈办案，无不叙套，一切留心套熟，则不犯驳诘”。参见李乔：《清代官场图记》，中华书局2005年版，第110页。

② 据清人吴趼人所著：《二十年目睹之怪现状》云，“如今晚儿的官场，只要会逢迎，会巴结，没有不红的。……上司喜欢，便是升官的捷径”。其中最露骨的逢迎巴结手段便是送妻妾“当差”，《二十年目睹之怪现状》、《文明小史》、《梼杌萃编》等书都曾写到一个候补道为谋官而将妻子送去巴结总督的故事。参见李乔：《清代官场图记》，中华书局2005年版，第112~113页。

③ 即任凭别人嘲笑责骂也安之若素，照旧做自己的官，参见李乔：《清代官场图记》，中华书局2005年版，第114页。

④ 《官场现形记》写道，瞿耐庵向马老爷请教做官的法门，马老爷说：“我们做官人有七个字秘诀。哪七个字呢？叫做‘一紧、二慢、三罢休’。各式事情到手，先给人家一个老虎势，一来叫人家害怕，二来叫上司瞧着我们办事还认真：这便叫做‘一紧’。等到人家怕了我们，自然会生出后文无数文章。上司见我们紧在前头，决不至再疑心我们有什么；然后把这事缓了下来，好等人家来打点：这叫做‘二慢’。……无论原告怎么来催，我们只是给他一个不理；百姓见我们不理，他们自然不来告状：这就叫做‘三罢休’。”“一紧二慢三罢休”的官诀虽包含不少名堂，但精髓则是欺上瞒下。参见（清）李宝嘉：《官场现形记》，花山文艺出版社（石家庄）1994年版，第671页。

⑤ “稳”即沉稳，“冷”即冷静不躁，“狠”即敢于下手，无毒不丈夫。参见李乔：《清代官场图记》，中华书局2005年版，第116页。

⑥ 《官场现形记》上说：“同人拉拢是没有吃亏的，这叫作做官的诀窍。”参见李乔：《清代官场图记》，中华书局2005年版，第117页。

⑦ 《二十年目睹之怪现状》曾这样写道：“那姓傅的倒还圆通，不过是拿官场套语‘再商量’三个字来敷衍；那姓高的却摆出了一副办公事的面目，口口声声，只说‘公事公办’。”《官场现形记》也说：“在官场上历练久了，敷衍的本事是第一等。”参见李乔：《清代官场图记》，中华书局2005年版，第117页。

四

据统计,我国的官民比例,已从新中国成立初的1:600增加到现在的1:34,增长了17倍,而同时人口的增长不足3倍。^①在这样的比例格局中,“行贿受贿是大多数第三世界国家内部的恶性肿瘤。它蚕食着人民与统治者之间互相信任的基础,加重了发展中国家所具有的两个关键性弱点:一个弱点是政治势力与经济势力之间不光彩的联姻,另一个是国家的软弱性即无力实施自己的法律和法规”^②。当前贪污贿赂犯罪在我国一些地方和领域仍然非常突出,反腐倡廉已经成为我国国家政治生活和社会政治制度今后长期一段时间面临的严峻任务。2003年12月,我国政府正式签署《联合国反腐败公约》;2005年10月22日,全国人大常委会正式审议批准了这一公约,标志着我国已经成为这一公约的正式成员国,有利于我国建立健全教育、制度、监督并重的腐败预防与惩治体系。

正是基于对这一问题严峻性的认识和深度思考,促使笔者落笔于这一问题,旨在通过对近代刑事立法中关于公务人员贪污贿赂犯罪定罪量刑规制和标准的研究,解说公务人员犯罪刑事立法近代化、现代化的进程,公务人员犯罪近代刑事立法与古代刑事立法的差异性,公务人员刑事立法追诉的必要性,近代刑法关于公务人员犯罪构成要素的理论与实践,以及具体定罪量刑标准的规制和定式,以近代的视角审视我国当代刑事立法的成败与得失,论古而说今,以求有助于我国当代公务人员犯罪刑事立法的完善和递进,终极目标则是为了构建民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会主义和谐社会。^③

① 实际上这还是一个折中的数字。据全国政协委员和国务院参事任玉岭统计,“我们的民官比已达到26:1,比西汉时高出了306倍(7956:1),比清末高出了35倍(910:1)。即使是同改革开放初期的67:1和10年前的40:1相比,吃皇粮者所占总人口的比重攀升之快,也是史无前例的,令人堪忧”!参见王闻:《破解“26人养1名公务人员”的中国困局》,载《国际先驱导报》2005年3月14日第3版。

② [英]保罗·哈里森:《第三世界——苦难·曲折·希望》,新华出版社1984年版,第129页。

③ 参见胡锦涛:《2005年2月19日在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话》。

第一章 夏至明朝惩治职务犯罪的主要规定

“国家之败，在官邪也；官之失德，宠赂章也。”^① 腐败是历代都不可避免的严重问题，自专制制度产生以后，就为官吏的贪污和腐败提供了条件。古代社会官吏贪污腐化、残害民生的事情屡有发生，既有官吏本身的问题，同时也存在制度性的缺陷。为此，历代政治家、思想家为了争取民心 and 统治阶级的长远利益，不断加强预防和惩治职务犯罪的对策研究和设施建设，针对贪污腐败犯罪行为进行了不懈的努力，给我们留下了许多宝贵的经验。由于历代创设的养廉制度也好，惩办措施也罢，因为不能铲除孳生贪污腐败的土壤，故只能收效于一时，更由于“官为君设”^②，奉行人治原则，封建宗法制度所编织的关系网遍布社会的各个部门和角落，再加上“刑不上大夫”^③ 等传统特权制度，使得犯罪官僚、贵族得以逃脱法律的制裁，这样就刺激了官僚贵族朋比为奸，贪官污吏有如过江之鲫，层出不穷，最终蛀空了每一座王朝大厦。由此可见，以公务人员的贪污受贿为标志的吏治腐败是中国传统社会的一个顽症。

一、职务犯罪的主要表现

官吏的贪污和官场上的行贿受贿作为吏治腐败的表征，往往随着统治阶级权力的集中和私欲的膨胀而日益彰显。在早期的典籍《左传》援引“夏书”说：“昏、墨、贼、杀，皋陶之刑也。”其中的“墨”，是指夏代的贪污犯罪。所谓“贪以败官”，就指出了官吏的贪污犯罪造成了官场腐败的恶劣影响，也必然成为各代法律打击的重点。到了春秋

^① 《左传·桓公二年》，（清）阮元：《十三经注疏》，中华书局 1980 年影印本。

^② （明）黄宗羲：《明夷待访录》，上海古籍出版社编：《四部精要》十二，子部一，上海古籍出版社 1993 年版。

^③ 《礼记·曲礼上》，（清）阮元：《十三经注疏》，中华书局 1980 年影印本。