

名誉主编 乔汝楠
主编 张谦元 柴晓宇

工程建设领域

违法 犯罪及预防研究

甘肃文化出版社

工程建设领域违法犯罪及预防研究

名誉主编 乔汝楠

主 编 张谦元 柴晓宇

副主编 李巧玲 杨正文

甘肃文化出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

工程建设领域违法犯罪及预防研究/张谦元, 柴晓宇
主编. —兰州: 甘肃文化出版社, 2007.10

ISBN 978-7-80714-489-2

I. 工… II. ①张…②柴… III. 建筑法—研究—中国
IV. D922.297.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 163675 号

工程建设领域违法犯罪及预防研究

主编 张谦元 柴晓宇

责任编辑/王天芹

装帧设计/徐晋林

出版发行/甘肃文化出版社

地 址/兰州市城关区曹家巷 1 号

邮政编码/730030

电 话/0931-8454870

经 销/新华书店

印 刷/甘肃天河印刷有限责任公司

厂 址/兰州市城关区雁滩工业城南二区 16 号

开 本/880×1230 毫米 1/32

数/221 千

印 张/8.75

版 次/2007 年 10 月第 1 版

印 次/2007 年 10 月第 1 次

印 数/1-1 000 册

书 号/ISBN 978-7-80714-489-2

定 价/25.00 元

如发现印装错误,请与印刷厂联系请换

甘肃省职务犯罪预防研究会重点课题
甘肃省社会科学规划办 2005 年度项目

《工程建设领域违法犯罪及预防研究》 课题调研领导小组

组 长	吕效武				
副 组 长	乔汝楠	张谦元			
成 员	冀 玉	张智功	杨正文	徐立洲	
	杨 波	朱金荣	刘向民	柴晓宇	
	李巧玲	张 莹			
名誉主编	乔汝楠				
主 编	张谦元	柴晓宇			
副 主 编	李巧玲	杨正文			

序

当前,我国正处在工业化、城市化及城镇化建设的重要时期,国家在交通、城镇建设方面投资巨大,房地产开发成为投资热点。由于工程建设资金投入大,行政审批权力运行环节多,物资采购参与主体之间竞争激烈,商业贿赂已经成为一种“潜规则”,由此诱发大量的职务犯罪,人民群众对工程建设领域的腐败现象反映强烈。

据统计,2006年1至12月,全国检察机关共立案侦查商业贿赂犯罪案件9582件,涉案总金额15亿余元。其中发生在工程建设、土地出让领域的案件占1/3多。工程建设占商业贿赂案的首位。甘肃省近年来也查处了60余件涉及工程建设的案件,其中仅2006年,甘肃省人民检察院反贪局就集中查办了20件。从查处的案件看,既有党政机关的领导干部,也有行业主管部门的工作人员;既有建设单位的主要领导和基建管理、建筑材料设备采购、财务等部门的人员,也有施工企业的经理、工程技术人员;还有与建设项目相关的土地、规划、设计等部门的工作人员。他们中有的违规审批,放弃监管职责;有的直接插手具体工程项目,打招呼、收好处费;有的利用工程招标暗箱操作,收受贿赂;有的通过工程预决算,直接索贿。而且窝案、串案现象突出,多头行贿、受贿较为普遍,有些案件涉及多个地区、部门和环节,往往查处一案,带出一窝,引出一串。

工程建设领域职务犯罪的表现、特点及严峻的形势,需要强有力的法律通制,尤其是检察机关负有打击和预防职务犯罪的职责,更是责无旁贷。开展治理商业贿赂专项工作以来,各级检察机关

按照最高人民检察院的要求,突出查办大案要案,坚决惩治商业贿赂违法犯罪行为,取得了明显成果。但是,也要清醒地认识到,商业贿赂在工程建设等领域和行业仍然比较严重,手段方式更趋隐蔽多样。一些国家机关及其工作人员利用审批权、执法权谋取非法利益的现象比较突出,治理商业贿赂,依法惩治工程建设等领域犯罪的任务依然艰巨而繁重。

工程建设领域违法犯罪的主体复杂,涉及行业 and 部门广泛,其危害后果十分严重,它不仅影响工程质量,造成工程安全隐患,会给国家、集体和社会带来重大的经济损失,而且还严重败坏党和政府的形象。治理工程建设领域的违法犯罪,检察机关要充分发挥职能作用,加大打击力度,同时还必须要重视全社会的预防工作。要加强政策法律和理论研究,尤其需要针对案件查处中存在的问题开展研究。通过研究分析找出其发生犯罪的环节及其规律,逐步建立一套针对工程建设领域职务犯罪特点的多渠道、多层次的预防机制,从而使职务犯罪在工程建设领域得到有效遏制。

《工程建设领域违法犯罪及预防研究》一书,作者通过深入调查,密切联系实际,尤其是甘肃的实际,对当前工程建设领域的违法犯罪作了全面的分析研究。纵观全书,具有明显特点:一是整体性强。全书11章,从工程建设领域违法犯罪的现状、特点入手,深刻剖析其原因,并深入揭示违法犯罪现象发生和发展的规律性,有针对性地提出了预防和减少违法犯罪的有效措施。全书结构完整,逻辑性强。二是突出实证性。该书果用法学实证研究方法,注重调查,从第一手资料着手,结合大量典型案件分析开展理论研究,使全书集资料性、学术性和理论性于一体,也表现出作者较深的理论功底和务实精神。三是对策性强。治理工程建设领域的违法犯罪,在当前不仅要深入查处、依法治理,而且更应重视预防。预防为主,打防并重。要注重建立健全教育、制度、监督并重的惩治和预防腐败体系,切实开展积极有效的预防工作,该书恰恰在这

方面表现出了特色,比较系统地阐述了工程建设领域违法犯罪的预防思路,提出了标本兼治、综合治理的具体方案,操作性和针对性强。总之,该书对贯彻中共中央《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》,深入开展治理工程建设领域违法犯罪具有积极意义和指导作用,值得一读。

蔡 宁

2007 年 9 月

目 录

第一章 工程建设领域违法犯罪概述.....	(1)
一、工程建设领域违法犯罪的概念	(2)
二、工程建设领域犯罪的构成要件	(3)
三、工程建设领域犯罪的主要类型	(7)
第二章 工程建设领域违法犯罪的现状、特点 及社会危害	(16)
一、工程建设领域违法犯罪的现状.....	(16)
二、工程建设领域违法犯罪的特征.....	(24)
三、工程建设领域违法犯罪的社会危害.....	(32)
第三章 工程建设领域罪与非罪的界限	(39)
一、区分工程建设领域罪与非罪的基本原则.....	(39)
二、工程建设领域罪与非罪界限的法律标准.....	(41)
三、工程建设领域行业不正之风与犯罪行为的界限.....	(42)
第四章 工程建设领域违法犯罪的责任承担	(46)
一、工程建设领域违法犯罪的法律责任.....	(46)
二、现行法律责任形态的缺陷及完善.....	(53)
第五章 工程建设领域违法犯罪行为的处罚依据及标准 ...	(56)
一、工程建设领域违法行为的处罚依据和标准.....	(56)
二、工程建设领域犯罪的具体分类、处罚依据以及标准 ...	(61)
第六章 工程建设领域违法犯罪原因剖析	(71)
一、工程建设领域违法犯罪的思想、心理原因	(71)

二、工程建设领域违法犯罪的社会原因	(76)
三、工程建设领域违法犯罪的经济原因	(83)
四、工程建设领域违法犯罪的文化原因	(91)
五、工程建设领域违法犯罪的体制、制度原因	(94)
第七章 工程建设领域违法犯罪预防思路	
及教育机制建设	(101)
一、工程建设领域违法犯罪预防的基本思路	(102)
二、工程建设领域违法犯罪的教育预防	(106)
第八章 工程建设领域违法犯罪的制度预防	(111)
一、规范有形建筑市场	(111)
二、加快行政体制改革,规范行政审批行为	(113)
三、完善工程造价、工程合同及财务结算管理	(114)
四、健全建筑市场诚信体系	(115)
五、严格执行法定建设程序	(117)
六、规范工程建设领域的招标投标	(118)
七、完善工程监理制度	(120)
八、实行工程担保制度	(121)
九、强化建设工程质量和安全监管	(126)
第九章 工程建设领域违法犯罪的监督预防	(129)
一、编制严密的社会反腐败监督网络	(129)
二、健全工程建设领域的专门监督体系	(139)
第十章 预防和查处工程建设领域违法犯罪	
的法律机制	(143)
一、工程建设领域违法犯罪的立法及完善对策	(143)
二、执法、司法工作的现状与强化措施	(150)
第十一章 外国和地区有关建筑市场监管和	
预防腐败的制度	(155)
一、外国和地区有关建筑市场的监管制度	(155)

二、外国和地区反腐败及预防职务犯罪的经验与 借鉴	(166)
附录一：甘肃省工程建设领域 69 件职务犯罪案件 分析报告	(176)
附录二：甘肃省典型案例剖析	(191)
附录三：国内工程建设腐败案	(219)
附录四：甘肃省预防职务犯罪工作条例	(254)
附录五：工程建设相关法律法规及部分规章名录	(260)
参考文献	(263)
后 记	(268)

第一章 工程建设领域违法犯罪概述

当前,我国经济处于快速稳定发展时期,固定资产投资规模持续增长,基本建设投资不断扩大。我国实行积极的财政政策,更使基础设施建设驶入了快车道,一大批公路、铁路、水利等重点工程兴建并投入使用。人民生活水平提高后,迫切需要改善居住条件的需求刺激了房地产市场的繁荣,房建工程“遍地开花”,城市改造进程不断加快。固定资产投资持续增长,基础设施建设、房地产市场的繁荣在推动我国经济持续稳定增长、改善人民住行条件方面发挥了极其重要的作用。同时应该看到,在大量工程建设上马、建设市场持续“升温”的同时,工程建设领域的违法犯罪数量呈上升趋势,权钱交易现象突出,大案、要案频繁发生,危害程度日趋严重。以商业贿赂犯罪为例,在工程建设、土地出让、产权交易、医药购销、政府采购以及资源开发和经销等六大领域中,无论从违法犯罪的数量还是从涉案金额来看,涉及工程建设领域的商业贿赂犯罪高居六大领域之首。“工程上马,官员下马”就是对工程建设领域违法犯罪活动猖獗的形象描述。开展对工程建设领域违法犯罪的研究,全面认识和剖析工程建设领域违法犯罪活动的现状、特点和原因,探究和揭示其违法犯罪现象发生发展的规律,对于我们有效地查处和预防工程建设领域的违法犯罪,并有针对性地采取防范措施,维护市场经济的正常秩序,促进社会和谐进步,无疑具有十分重要的理论价值和实践意义。

一、工程建设领域违法犯罪的概念

《现代汉语词典》对工程所下的定义是：“土木建筑或其他生产、制造部门用比较大而复杂的设备来进行的工作，如土木工程、机械工程、化学工程、采矿工程、水利工程等。也指具体的建设工程项目。”^①本书的研究范围是最宽泛意义上的工程建设，既包括固定资产投资中的厂房建设，也包括国家基础设施建设中的公路、铁路、机场建设等工程建设项目，还包括城市化进程中的旧城改造拆迁、房地产市场的房屋基本建设，以及国家重点投资建设的水利、油气管道等重点工程项目等。这些建设工程虽然分布于不同的行业，但是其均属于广义的工程建设范畴，具有一些共同的特点，如均需遵守国家法定的基本建设程序，都要历经工程项目立项审批、规划许可、招标投标、发包承包、开工建设、监理验收、竣工投入使用等环节。

违法具有广义和狭义之分，广义的违法，指一切违反国家宪法、法律、法令、行政法规和行政规章的行为，包括犯罪行为和狭义的违法行为。狭义的违法，也可以称为一般侵权行为，包括民事侵权行为和行政侵权行为，指除犯罪外所有非法侵犯他人人身权、财产权、政治权利、精神权利或知识产权的行为。根据我国刑法理论，通说认为犯罪是具有社会危害性、刑事违法性与应受刑罚处罚性的行为。在刑法领域，行为的情节和对社会危害的程度是区分违法和犯罪的界限。

了解了“工程”和“违法”、“犯罪”的基本涵义后，我们可以尝试给工程建设领域的违法犯罪下一个这样的定义：所有发生在工程建设领域，违反我国关于工程建设管理的法律法规和刑法，扰乱工程建设管理秩序，具有一般违法性或社会危害性的行为，均为工程

^① 《现代汉语词典》，第5版，468页，北京，商务印书馆，2005。

建设领域的违法犯罪。

为此,本书研究的对象是广义上工程建设领域的违法行为,即一般意义上的狭义违法行为和应受刑事处罚的犯罪行为。

二、工程建设领域犯罪的构成要件

工程建设领域犯罪,是为了研究方便从行业特殊性角度所做的犯罪学意义上的分类。其所涉及的犯罪类型必然也是我国刑法中明文规定的犯罪。因此,工程建设领域犯罪的构成要件与其他类型的犯罪一样,同样由犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面等四个方面的构成要件组成。工程建设领域的犯罪,由于其所处行业的特殊性,其构成要件方面的特殊性主要体现在以下几方面:

(一)工程建设领域犯罪的客体

工程建设领域犯罪的客体是市场经济秩序。犯罪客体是指刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会关系。工程建设领域涉及的犯罪,从微观层面看,主要是侵害了工程建设市场的正常秩序;从宏观层面看,其最终侵害了刑法所保护的市场经济秩序。当然,发生在工程建设领域的犯罪都不同程度地侵害了经济秩序,但因犯罪类型不同而呈现出个别性和具体化,具体犯罪只侵害到经济秩序的某一方面或某一部分,或者间接地侵害了刑法保护的市场经济秩序。如商业贿赂犯罪侵害了公司、企业或其他单位的正常管理秩序;贪污贿赂犯罪侵害了国家工作人员职务的廉洁性和公共财产权,间接上亦侵害了市场经济秩序;串通投标罪不仅侵害了国家对招标投标活动的管理秩序,也侵害了招标人或者其他投标人的合法权益等。

(二)工程建设领域犯罪的客观要件

犯罪客观要件,是刑法规定的,说明行为对刑法所保护的社会关系的侵犯性,而为成立犯罪所必须具备的客观事实特征;它说明

某种犯罪是通过什么行为、在什么情况下对刑法所保护的社会关系造成了什么后果。工程建设领域犯罪由于其所涉行业及环节的复杂性,决定了其客观要件同样是形式多样的。工程建设领域犯罪的客观要件的一般特征主要有以下内容:

1. 行为人实施了违反国家有关法律、法规的危害行为

工程建设领域犯罪的行为方式是多种多样的,绝大多数是以作为的形式出现,但也有一些犯罪可能是以不作为的形式出现的。以不作为形式出现的犯罪,如重大劳动安全事故罪,签订、履行合同失职被骗罪,国有公司企业事业单位人员失职罪等。还有可能是以作为和不作为方式结合而出现的,这在刑法理论上称为不纯正不作为犯,即行为人以不作为形式实施的通常为作为形式的犯罪。如重大责任事故罪的客观方面,既可能是职工不服管理、违反规章制度的不作为方式,也可能是强令工人违章冒险作业的作为方式。

2. 行为人实施的危害行为的危害结果

一般认为,危害结果是危害行为给刑法保护的社会关系所造成的具体侵害事实。它是区分罪与非罪的标准之一。当危害结果是犯罪构成要件要素时,如果行为没有造成法定的危害结果,就不成立犯罪,过失犯罪便是如此。如工程建设领域中可能发生的重大责任事故罪,签订、履行合同失职被骗罪,国有公司企业事业单位人员失职罪等。

由于工程建设领域犯罪大都涉及经济犯罪,侵害财产或财产性利益,因此,大多数工程建设领域犯罪以后果严重、数额较大、重大损失等作为客观方面的构成要件。在某些犯罪中,犯罪数额常常是罪与非罪的界限。如商业贿赂犯罪、涉及国家工作人员的贪污贿赂罪等。

3. 危害行为和危害结果之间的因果关系

因果关系是哲学上的一个重要范畴,它是指一种现象在一定

条件下引起另一种现象,引起其他现象的现象是原因,被引起的现象是结果,前者与后者之间存在着因果关系。刑法上的因果关系是一个非常复杂的问题。我国刑法理论一般认为,刑法上的因果关系,是危害行为与危害结果之间的一种引起与被引起的关系。刑法上的因果关系是犯罪构成客观要件的一个方面,但是,认定因果关系并不等于认定刑事责任。这是因为,认定某种行为与某种危害结果之间具有因果关系,只是确立了行为人的行为造成了特定危害结果。一方面,行为人的行为与所造成的结果在客观上是什么性质,在刑法上属于何种类型,这不是因果关系所能解决的问题,需要根据刑法的规定判断行为与结果的性质。另一方面,应否负刑事责任不仅取决于客观事实,还取决于行为人对自己行为及所造成的结果的心理状态;在具有因果关系的情况下,行为人可能没有刑法所要求的故意与过失,因而不可能追究行为人的刑事责任。所以,有因果关系不等于有刑事责任。由于工程建设领域犯罪的多样性,因此,所涉及的犯罪的因果关系必须具体犯罪具体分析。

(三)工程建设领域犯罪的主体

工程建设领域犯罪的主体,是指在工程建设领域实施犯罪并承担刑事责任的人(包括自然人与单位)。从我国目前刑法的规定来看,工程建设领域犯罪的主体包括两类,即自然人犯罪主体与单位犯罪主体。单位犯罪主体涉及的犯罪主要有重大劳动安全事故罪、工程重大安全事故罪、单位受贿罪、单位行贿罪等;而对公司企业人员行贿罪、串通投标罪、合同诈骗罪、对单位行贿罪的主体既可以是自然人,也可以是单位。单位犯罪的刑事责任具有双重性,即对于单位犯罪,原则上除了追究单位整体的刑事责任外,还要追究单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

自然人犯罪主体又分为两种情况:一般犯罪主体与特殊犯罪主体。从工程建设领域涉及的犯罪来看,某些犯罪需要具有一定

身份的特殊主体才能构成,这种特殊身份大致有以下几种:国家工作人员,公司、企业的工作人员,国有公司、企业、事业单位的工作人员,国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员等。如《刑法》第165条规定的收受或者索取他人财物的行为,国有公司企业中具有国家工作人员身份的人和一般公司、企业人员身份的人所犯罪的性质就可能不同,前者可能构成受贿罪,后者可能构成公司、企业人员受贿罪。主体的特定身份虽然不是犯罪构成的要件,但可以成为某种罪的酌定从重情节。因为特殊主体尤其是国家工作人员的特殊身份决定了他们具有更多的法律和道义义务,他们的犯罪影响大,其社会危害性比一般犯罪更甚,酌情从重处罚也是在情理之中。^①

(四)工程建设领域犯罪的主观方面

犯罪的主观要件,是指刑法规定成立犯罪必须具备的、犯罪主体对其实施的危害行为及其危害结果所持的心理态度。犯罪心理态度的基本内容是故意与过失,此外还有犯罪目的与动机。在工程建设领域可能发生的犯罪中,绝大多数犯罪都表现为故意,但也有少数犯罪可以由过失或只能由过失构成。在此不再一一列举,留待下文详细讨论。

关于工程建设领域犯罪的目的,从我国刑法的规定来看,主要表现为:谋取不正当利益(如《刑法》第164条对公司企业人员行贿罪、第166条为亲友非法牟利罪等)、非法占有为目的(如《刑法》第271条职务侵占罪、第382条贪污罪)、进行营利活动或非法活动(如《刑法》第272条挪用资金罪)等。

犯罪动机,是指刺激、促使行为人实施犯罪行为的内心起因或思想活动。犯罪动机在以情节严重、情节恶劣为构成要件的犯罪中影响定罪。不同的犯罪动机反映了行为人的主观恶性程度,其

^① 孙国祥、魏昌东:《经济刑法研究》,43页,北京,法律出版社,2005。

主要作用是影响量刑。如工程建设领域的商业贿赂犯罪和贪污贿赂犯罪,其犯罪动机最主要的表现是对物质财富无穷的攫取欲望。

三、工程建设领域犯罪的主要类型

工程建设是国民经济的重要领域,因此,工程建设领域的犯罪主要表现为经济犯罪,同时某些行为可能构成财产犯罪。工程建设涉及规划、许可、审批、监理、验收等诸多环节,这些环节的具体部门或单位往往是行使一定行政许可权力的国家机关,所以,工程建设领域也成了职务犯罪的“高发地带”和商业贿赂犯罪的主要发生领域。

(一)工程建设领域的经济犯罪

从犯罪学的角度提出的经济犯罪概念,可以追溯到 19 世纪末期。当时的英国学者希尔(E. C. Hill)针对商品经济高速发展而经济犯罪日益突出的情势,于 1872 年在英国伦敦举行的预防和抵制犯罪的国际会议上,发表了“犯罪资本家”(Criminal Capitalists)的演讲,提出了惩罚经济犯罪的必要性。^① 较早从刑法学角度研究经济犯罪概念的是德国刑法学者林德曼(Curt Lindemann),他在 1932 年提出经济犯罪是“对经济生活的超个人的(社会的)法益的侵害”,主张应把国家整体经济当作刑法所保护的法益,认为经济犯罪是一种针对国家整体经济及其重要部门与制度而违犯的可罚性行为。林德曼强调经济犯罪是对经济生活中超个人的(社会的)法益的侵害,试图把经济犯罪同以侵害个人财产为主的传统财产犯罪加以区别。^②

在我国,对经济犯罪的研究始于 1982 年 3 月 8 日全国人大常委会颁布的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》。在这个《决

① 孙国祥、魏昌东:《经济刑法研究》,29 页,北京,法律出版社 2005。

② 孙国祥、魏昌东:《经济刑法研究》,29 页,北京,法律出版社,2005。