

刑法分则实用丛书之四

罪与罚

渎职罪的理论与实践

吕继贵 著

上海社会科学院出版社

《刑法分则实用丛书》之四

罪 与 罚

——渎职罪的理论与实践

吕继贵 著

134382

上海社会科学院出版社

责任编辑 高品瑚

封面设计 何香生

《刑法分则实用丛书》之四

罪 与 罚

——读职罪的理论与实践

吕继贵 著

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路 622 弄 7 号)

新华书店上海发行所发行 丹阳第二彩印厂印刷

开本 787×1092 1/32 印张 6.25 字数 132,000

1988 年 9 月第 1 版 1988 年 9 月第 1 次印刷

印数 1—5000

ISBN 7—80515—194—6/D·30

定价：1.70 元

说 明

本书是《刑法分则实用丛书》之四。它包括刑法第八章第185~192条所规定的九个罪的全部内容，是属于国家工作人员职务上的犯罪，故叫渎职罪。其危害主要是侵害国家机关的正常活动，并败坏它在人民中的声誉。特别是其中的收受贿赂罪、玩忽职守罪、徇私舞弊罪和破坏邮电通讯罪，是本章诸罪中常见的多发性犯罪，危害更为严重。因此，在司法实践上也遇到不少新的情况和问题，在理论上和执法中都有不同的理解和认识。本书作者在调查研究的基础上，借鉴我国古代和一些外国刑法的立法先例，遵从各个条款的立法精神，对各个罪的社会背景、犯罪构成特征，罪与非罪、罪与他罪的界限及其处罚等等，从理论上作了系统的阐述；对执法中或理论上有所争论的问题，有的也提出了自己的见解，有的只把存在的不同见解介绍给读者，供读者思索、讨论，并期待立法上或司法实践的探索中得到正确解决。本书还有案例分析一栏，选择各种典型案例从刑法理论上加以分析，以帮助读者对各条款的涵义及如何运用有更深刻的理解。故本书具有理论结合实际，知识面广，实用性强等特点。

本书是理论著作，对条款的阐述及对一些问题的见解，不是立法或司法上的有权解释，不具有法律效力，只供司法实践上参考。

作者水平有限，书中观点不妥之处，望读者批评指正。
本书由吕继贵同志撰写，金子桐同志主编统稿。在撰写过程中，还得到肖开权、顾肖荣两同志的帮助，特申谢忱。

著 者

1986年8月

目 录

第一节	概说	1
第二节	贿赂罪	11
第三节	泄露国家重要机密罪	56
第四节	玩忽职守罪	78
第五节	徇私舞弊罪	111
第六节	体罚、虐待被监管人罪	130
第七节	私放罪犯罪	152
第八节	破坏邮电通讯罪	166

第一节 概 说

一、渎职罪的概念

渎职罪是我国刑法规定的一类犯罪的总称，指国家工作人员利用职务上的便利，侵害国家机关的正常活动，或者玩忽职守，致使国家和人民利益遭受重大损失的行为。

古今中外，任何一个国家为了维护本阶级的利益，巩固其统治秩序，他们的法律都把公职人员的渎职行为规定为犯罪。在我国，历代统治者几乎都有惩治贪污受贿的规定，我国第一部比较系统的封建法典《法经》杂律中就有“丞相受贿，左右伏诛。犀首以下受金则诛”^①的规定。《唐律》职制律也规定：“受财而枉法者，一尺杖一百，一匹加一等，十五匹绞”。^②在当时，为此坐赃、下狱、怠官、削职者时有所闻。明律规定：“官吏犯赃者，罪勿贷”（《明史·太祖本纪》）。“受财枉法至八十贯者绞。监守自盗仓库钱粮等物，一贯以下杖八十，至四十贯者斩。‘赃至六十两以上者，梟首示众’”（《廿二史札记》卷三三《重惩贪吏》）^③。不仅如此，还有惩治官吏失职行为的其他规定。即

① 魏国庠著：《中国历代刑法浅谈》第137页（1985年1月江西人民出版社出版）。

② 乔伟著：《唐律研究》第295页（1985年4月山东人民出版社出版）。

③ 魏国庠著：《中国历代刑法浅谈》第273页（1985年1月江西人民出版社出版）。

就惩治官吏泄密而论，汉律规定“‘泄露省中语’即为大罪，严惩不贷”^①。《唐律》职制律中规定，“泄露‘潜谋讨袭’，‘收捕谋反’（镇压人民起义）等机密，要处以绞刑”，在擅兴律中还有对“泄露军事机密者，本人处斩，妻子流二千里的规定”^②。《唐律》在我国封建法制中，是最完备的一部法典，其中职制律有3卷58条，对官吏的各种失职行为的处罚，都作了详尽的规定。其后各代的刑律，大都沿袭唐律，也对官吏失职行为作了详尽规定。例如：明律对擅权失职的官吏惩处就较严厉，在“事应奏不奏”条中规定：“凡军官犯罪应请旨而不请旨及应论功上议而不上议，当该官吏处绞。若文职有犯应奏请而不奏请者，杖一百。有所规避从重论……若已奏已申不待回报而辄施行者，并同不奏不申之罪。”^③在《大清律》和国民党旧刑法中，都对渎职罪作了专章规定。

在近代资本主义国家对渎职罪的规定也是如此，规定得更为详尽，只不过名称不同而已。有些国家叫公务员犯罪（意大利、西班牙、巴西等国）^④；有的叫违反职务或职业义务的犯

① 魏国库著：《中国历代刑法浅谈》第181页。（1985年1月江西人民出版社出版）。

② 同上书第230～231页。

③ 同上书第273～274页。

④ 《意大利刑法典》第二章“对公共行政之犯罪”，第一节 公务员侵害公共行政之罪。

《西班牙刑法典》第七集“公务员执行职务时所触犯之罪”：第一章 失职；第二章 看守囚犯不忠；第三章 对于看守公务不忠；第四章 泄漏秘密；第八章 滥用职权侵犯贞操；第九章 贿赂罪等。

《巴西联邦共和国刑法典》分则第十一篇“违反公共行政管理罪”，第一章 公务人员违反一般行政管理罪。

罪(瑞士)①，有的叫司法行政方面的犯罪(加拿大)②；有的则列入破坏国家秩序罪中(民主德国)③；但多数国家叫渎职罪(苏、日本、联邦德国等国)④。它们名目不一，而实质相同。都是为了提高统治机构的效能，减少人民的不满情绪，缓和统治阶级与人民群众之间的矛盾，调解统治阶级内部的斗争，以便达到巩固其阶级的统治秩序。尽管如此，在剥削阶级统治的国家里，官吏的擅权失职，贪赃枉法，贿赂公行，仍然普遍流行。这是剥削制度的痼疾，是它们的阶级本质决定的。决不能靠严刑峻法所能根治的。

我国是人民民主专政的社会主义国家，这个性质决定了全国各族人民是国家的主人，所有国家工作人员都是人民的勤务员。宪法第27条规定，一切国家机关“实行工作责任制，实行工作人员的培训和考核制度，不断提高工作质量和工作效率，反对官僚主义。”“一切国家机关和国家工作人员必须

① 《瑞士刑法》第18章“违反职务或业务之犯罪”第312条(滥用职权)；第314条(不忠职守)等。

② 《加拿大刑法典》第三章“关于司法行政之犯罪”第108条(司法官员受贿)；第109条(公务员受贿)等。

③ 《德意志民主共和国刑法典》第八章“破坏国家秩序罪”第3节妨害司法罪；第235条私放犯人罪；第244条肆意曲解法律罪。第4节违反职务上的义务罪；第245条泄密罪；第247条受贿罪等。

④ 《苏俄刑法典》第7章“渎职罪”：第170条滥用权力或职务上的地位；第171条逾越权力或职权。

《日本刑法典》第25章“渎职罪”：第193条公务员滥用职权；第194条特殊公务员滥用职权；第197条，斡施受贿等。

《西德刑法》第28章“渎职罪”。

《格陵兰刑法典》第9章“渎职罪”：第27条受贿罪；第28条滥用公权罪；第30条甲款：玩忽职守罪。

依靠人民的支持，经常保持同人民的密切联系，倾听人民的意见和建议，接受人民的监督，努力为人民服务。”实践证明，我们的绝大多数国家工作人员都是努力工作，遵守纪律，忠于职守，廉洁奉公，全心全意地为国家富强和人民的富裕而努力工作的。

但是，我们的国家由于机关混入了极少数坏人，由于几千年来封建特权思想影响的存在，由于林彪、“四人帮”在十年内乱中对法制横加破坏，无政府主义思潮的流毒尚未肃清，还由于在我们实行对外开放、对内搞活的政策之时，资产阶级唯利是图思想，乘机而入，严重腐蚀了我们的干部队伍。因此，在我们国家工作人员中，确实还有少数意志薄弱的人，经受不住金钱的诱惑，见利忘义，以权谋私，违法乱纪，腐化堕落，走上了渎职犯罪道路，严重损害了国家机关在人民中的威信和声誉，妨害了国家机关的正常活动，妨碍了党的方针、政策的贯彻执行，阻碍政府法律、法令的正确实施，甚至给国家和人民的利益造成巨大损失。为了加强社会主义民主和社会主义法制，提高国家机关的工作质量和工作效率，密切国家机关同人民群众的联系，保障社会主义四化建设的顺利进行，我国刑法专章规定了渎职罪，把同渎职犯罪做斗争作为一项重要的任务。

二、渎职罪的基本特征

本章之罪，包括第185～191条所规定的受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪、泄露国家重要机密罪、玩忽职守罪、徇私舞弊罪、体罚虐待被监管人罪、私放罪犯罪、破坏邮电通讯罪等十个罪名，其基本特征如下：

(一)渎职罪的主体必须是由国家工作人员才能构成。刑法第83条规定：“国家工作人员是指一切国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员。”所谓国家机关，是指行使国家职能的各种机关的总称，亦称政权机关。根据《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》的解释，包括“国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关、军队”等。所谓企业单位是指从事生产和经营活动的独立核算的经济组织。它包括国营工厂、农场、交通运输公司、建筑公司、商店、银行、旅馆等单位。事业单位是指从事文教、卫生、科研工作的部门或单位，它包括学校、医院、各种科学研究所等。所谓“其他依法从事公务的人员”，是指有法律依据而产生的管理公务的人员，他们有的依法要由人民代表大会选举，有的是依照有关规定由上级委派任命或由所在单位领导聘用，等等。所谓“公务”是指国家的管理性质的活动。所以国家工作人员，应该是指上述单位内，依法从事公务活动的人员。因此，已离休、退休的人员，以及从事劳动、生产性质，而不属于国家事务管理活动的工人、生产队社员、个体从业人员等，则不能成为渎职罪的主体。但是，却可以构成某种渎职罪的共犯的主体。

还有些渎职罪的主体，不仅要求是国家工作人员，而且还必须是具有特定身份的国家工作人员才能构成。例如刑法第189条体罚虐待被监管人罪，就必须是司法人员才能构成，没有这种身份和职权的人，就不能构成这种犯罪。再例如，第191条规定的破坏邮电通讯罪，必须是邮电工作人员才能构成。

此外，还有的犯罪，主体虽然是有特定身份的工作人员，其犯罪性质也是渎职罪，但因法律另有规定，而不归入渎职

罪章。例如：军职人员违反军人职责，危害国家军事利益的，则按照《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》的规定处理。

行贿罪、介绍贿赂罪是一般主体，不以具有国家工作人员身份为条件；非国家工作人员犯泄露国家重要机密罪的，也依照第186条第1款规定酌情处罚，但这些都不是渎职性质的犯罪。只是因为它们与渎职罪联系紧密，都妨碍国家机关的正常活动，所以从立法技术着眼，便于适用法律条文，也把它们规定在一起。

(二)渎职罪侵犯的客体是国家机关、企业、事业单位的正常活动。当然，本章之罪，有的也侵犯公民的人身权利或者其他合法权益，是复杂客体，但作为渎职罪的共同客体，乃是国家机关的正常活动。国家机关、企事业单位按职能各自分担管理国家事务、组织社会主义四化建设、安排人民生活的任务。国家工作人员应该根据法律赋予的权利和义务，在不同岗位上，兢兢业业履行职责，严格执行管理职能。如果他在执行公务活动中，利用职务上的便利，徇私舞弊，拒不履行法律规定的义务，或者玩忽职守，侵害了国家机关或单位的某项具体工作，就是危害了国家机关、企业、事业单位的正常活动，就可能构成某种渎职罪。

(三)本章各罪在客观方面一般都必须具有利用职务上的便利，或者因为玩忽职守而危害国家机关正常活动的行为。其行为特征是与国家工作人员的职务活动相联系，即有利用职务上的便利或玩忽职守行为存在。否则，如果犯罪行为与职务活动无关，则不构成渎职罪，而只能是其他犯罪。所谓利用职务上的便利，是指利用自己主管、经管或者经手某项工作

权限的便利而言。“职务”与“便利”是紧密联系在一起的，“职务”是产生“便利”的条件和基础，“便利”正是利用各种大大小小的职权的结果。渎职罪之所以严重地损害国家机关在人民群众中的威信，破坏政府与人民之间的关系，也正在于此。

渎职罪的行为方式有的是作为犯，例如利用职务上的活动，犯徇私舞弊罪、体罚、虐待被监管人罪、破坏邮电通讯罪等；有的是不作为犯，例如对工作该管不管，不履行职务上或法律规定的义务等；也有的作为和不作为均可构成，例如受贿罪，就有该管不管而受贿的，如不查私、不捕盗，让犯罪分子胡作非为而得逞，此种受贿犯，即属于不作为犯。当然，不论是作为或不作为，都必须与职务活动相联系。

在这类罪中，有些罪在客观方面，还需要以“情节严重”或造成严重后果为构成要件。例如第 186 条泄露国家重要机密罪、第 189 条体罚虐待被监管人罪，就必须“情节严重”才能构成犯罪。而第 187 条玩忽职守罪，就必须致使“公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”才构成犯罪。十分清楚，对上述行为来说，情节与后果是否严重，就成了区分罪与非罪的界限。如果情节不严重，没有造成“重大损失”，就不构成犯罪。除上述三条要求以“情节严重”为构成要件外，本章其他之罪，均不以“情节严重”为犯罪构成要件。

另外，对于刑法第 192 条关于国家工作人员犯渎职罪，“情节轻微的，可以由主管部门酌情予以行政处分”的规定，应作如何理解？这里的“情节轻微”是指已构成犯罪前提条件下的“情节轻微”，不同于第 10 条的不认为犯罪的“情节显著轻微”，也不同于有些行为以“情节严重”为成罪条件，情节不严重，或称“情节轻微”就不构成犯罪的情况。故就本章诸罪

构成的特殊要件来分析，对“情节轻微”应作不同的理解，有两种情况：一种情况是指第186条、第189条和第187条规定以“情节严重”和造成严重后果为犯罪构成要件的，就不属于第192条所指的“情节轻微”，应是指“情节严重”范围内的较轻微的情况而言，如属相对“情节严重”而言的“情节轻微”，应属于不为罪，不属于“犯本章之罪”而免于处罚的范围。另一种情况是在本章诸罪中，没有规定“情节严重”为构成要件的，则第192条的“情节轻微”，是相对第10条的“情节显著轻微危害不大”而不为罪的情况而言，“情节轻微”不是不为罪，而是已构成犯罪，只是免于刑事处罚，亦即有罪不罚。例如：触犯刑法第185条贿赂罪、第188条徇私舞弊罪、第191条破坏邮电通讯罪而“情节轻微”的，可以免除刑事处罚，由主管部门予以行政处分。

（四）渎职罪在主观方面，多数是由故意构成，例如收受贿赂罪、徇私舞弊罪、体罚、虐待被监管人罪、私放罪犯罪和破坏邮电通讯罪等；个别是由过失构成，例如玩忽职守罪，还有的故意或过失均可构成，例如泄露国家重要机密罪。

三、处理渎职罪应注意的问题

（一）划清渎职罪与其他罪的界限。它与某些罪从概念出发，界限并不难划分，但在实际工作中确往往容易混淆。这大都发生于具有国家工作人员的身份的人，又犯过失罪的情况。例如：同是国家工作人员，因玩忽职守引起的和在日常生活中由于不慎造成的火灾事故，从表面上看似乎相同，主体都是国家工作人员，主观上又都出自过失，但在客观方

面和侵犯的客体上却有明显区别。前者是因玩忽职守造成的火灾事故，是在行政管理过程中，由于没有认真履行职务，严重不负责任造成的，其侵害的客体是国家机关的正常活动，应按渎职罪论处。后者是发生在日常生活中，因不慎而引起失火，与其职务无关，是危害公共安全，则应按第 106 条第 2 款规定的失火罪论处。显然，彼此区别的关键，在于查明行为人的危害行为是否与职务有关以及侵害的客体是什么。只有国家工作人员在行政管理过程中，与职务有密切联系，其侵害的客体是国家机关的正常活动的过失犯罪行为，才属本章规定的渎职性质。除此之外，国家工作人员的过失犯罪，须运用其他条款定性，再决定处罚。例如：第 114 条规定的生产管理人员强令工人违章冒险作业，造成严重后果的行为，由于侵害的客体是公共安全，则构成重大责任事故罪，而不是属于本章所列的渎职罪。

(二)渎职罪是这一类犯罪的总称，但并非所有的渎职行为都包括在本章罪之中。有些渎职行为由于利用职务所侵犯的主要客体不同，分别列入刑法分则其他各章。例如：第 119 条规定的国家工作人员利用职务上的便利，犯走私、投机倒把罪的，列在分则第三章破坏社会主义经济秩序罪中；第 136 条规定的刑讯逼供罪、第 146 条规定的报复陷害罪、第 147 条国家工作人员非法剥夺宗教信仰自由罪和侵犯少数民族风俗习惯罪，均列入第四章侵犯公民的人身权利、民主权利罪中；第 155 条规定的国家工作人员利用职务上的便利，犯贪污罪的，列入第五章侵犯财产罪中；根据《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》的精神，国家工作人员利用职务，犯第 171 条贩毒罪和第 173 条盗运珍贵文物出口罪的，也不作为

渎职罪论处，但要依照各该条规定的量刑幅度从重处罚。

(四)同渎职罪作斗争，必须敢于坚持法律面前人人平等的原则。我国的法律是我国全体人民利益和意志的体现，它对任何违法犯罪分子都有同等效力，谁犯罪，谁就要受到刑罚的制裁。国家工作人员也一样，不论职位高低，权力大小，功劳有多大，只要是犯罪，就应当毫不例外地受到法律制裁，绝不允许有任何特权。在实践中，特别应当注意清除以官抵罪的封建残余影响，对那些以权谋私，无法无天，渎职犯罪的所谓“官”们，只是在“严肃处理”的舆论声中，给予降职、党纪处分，或者以撤职开除，遮掩视听的做法，必须坚决予以纠正。广大群众对这种做法斥之为“官官相护”，极为愤慨。因此，对国家工作人员犯渎职罪的，在撤销职务、开除公职之后，还应当注意认真追究其刑事责任，不能以党纪、政纪处分代替依法惩处。

第二节 贿 赂 罪

刑法第 185 条：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。赃款、赃物没收，公款、公物退还。

犯前款罪，致使国家或者公民利益遭受严重损失的，处五年以上有期徒刑。

向国家工作人员行贿或者介绍贿赂的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

1982 年 3 月 8 日第五届人大常委会第二十二次会议通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》（以下简称《决定》）对刑法第 185 条第一款和第二款受贿罪修改规定为：国家工作人员索取、收受贿赂的，比照刑法第 155 条贪污罪论处，情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。

1988 年 2 月 21 日第六届人大常委会第二十四次会议通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》（以下简称《补充规定》）对贿赂罪作了补充规定：

“四、国家工作人员、集体组织工作人员或者其他从事公务的人员，利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物为他人谋取利益的，是受贿罪。