

法官智库丛书 20

A Series of Judicial Wisdom

*Practice of Justice of Criminal Cases Involving
Taking Advantage of Duty*

职务犯罪审判实务



主 编：沈志先

副主编：丁寿兴

贺平凡

黄祥青



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013032696

D924.305
20

法官智库丛书 20

A Series of Judicial Wisdom

*Practice of Justice of Criminal Cases Involving
Taking Advantage of Duty*

职务犯罪审判实务



主 编：沈志先

副主编：丁寿兴

贺平凡

黄祥青



北航

C1640409

D924.305
20



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

职务犯罪审判实务 / 沈志先主编. —北京:法律出版社, 2013. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4448 - 4

I. ①职… II. ①沈… III. ①职务犯罪—案例—中国
IV. ①D924. 305

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 002561 号

职务犯罪审判实务

主编 沈志先

编辑统筹 大众出版社

责任编辑 林喆

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 沙磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 27.75

字数 427 千

版本 2013 年 3 月第 1 版

印次 2013 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4448 - 4

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《法官智库丛书》编委会

主任：应 勇

副主任：沈志先

委员：王信芳 应新龙 孙建国 盛勇强 陈立斌
丁寿兴 顾伟强 虞政平 邹碧华 王国庆
吴偕林 黄祥青 汤黎明 谢 晨 阮忠良
陈全国

序

古往今来,公正是人类的永恒追求和司法的永恒主题。依法独立公正行使审判权,维护人民群众的合法权益,维护我国宪法和法律的尊严和权威,为推进依法治国基本方略、建设社会主义法治国家而努力,是新时期人民法院的神圣职责。随着我国经济社会的转型和利益格局的调整,社会矛盾纠纷呈现出主体多元、数量多发、诉求多样的发展态势,越来越多的权利义务关系和矛盾纠纷以案件的形式进入司法领域,社会对司法的需求及对公正的期待日益增强。

司法公正应该是程序公正、实体公正、形象公正的有机统一,政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。我们既要注重司法的实践性,即通过对每一个具体的案件明是非、断责任、解纠纷,来实现司法的基本功能;还要注重司法的思辨性,即立足审判实践,加强理性思考,使每一个司法个案的解决,既符合政治方向又符合法律规定,既体现法律精神又体现社情民意。这就要求新时期的人民法官应当是具备社会主义法治理念、娴熟的司法能力和精湛的法律素养,能够不断适应司法新形势,解决司法新问题,善于思考、善于总结、充满睿智的群体。

早在2004年,上海法院就曾编写了《法官素养与能力培训读本》,作为全市三级法院法官集中系统轮训的教材,该书为提高上海法官的司法能力、规范司法行为发挥了重要作用。今天,新的形势和任务需要人民法院在实现司法公正、构建和谐社会的方面,有新的思考和新的作为。上海市高级人民法院在借鉴《法官素养与能力培训读本》编写经验的基础上,组织编纂《法官智库丛书》,其编纂出版的过程,是法官智慧集聚和传承的过程,是法官的法学素养、司法技能与司法经验自我总结提高的过程,也是法官的知识储备自我更新的过程。“丛书”的出版将有利于法官群体互相学习、互相借鉴、共同提高,以造就一支适应时代发展要求的法官队伍。

《法官智库丛书》这一名称,标志着这是一套实践型、开放性的学术著作。所谓实践型,是指该“丛书”由上海三级法院审判经验较为丰富的资深法官编写,选

择驾驭庭审、诉讼调解、法律适用、证据规则、自由裁量、审判、文书制作等系列性的实践主题进行总结,凸显了立足法官审判需求,回应维护社会公平正义、构建社会主义和谐社会发展要求的实践特色。所谓开放性,是指该“丛书”坚持司法观点的与时俱进以及主题内容的与日俱增,首批出版的这七本书,只是阶段性成果,随着司法实践的不断深入,“丛书”的内容将不断扩充,它将长期编纂下去。所谓学术性,则是指“丛书”素材虽多取自于上海法院审判之实践,研究视野却不囿于上海之一域;目标虽着眼于服务司法实践之需求,研究内容却不局限于实证之分析,而具有一定的法学理论深度和理论研究成果价值。

《法官智库丛书》的出版也为人民法院加强民意沟通、开展学术交流提供了新的渠道。“丛书”的特色之一就是由法官编写,写法官的工作,把法官的思维方式、审判心路历程、法官对应用法学的研究,通过“丛书”向社会公开,为法律工作者、法律院校师生、人民调解员等提供了解法官思维的路径、研究法学课题的素材、解决法律争议的方法、评判法律问题的尺度。“丛书”的出版还能让社会公众看到法官是如何依法明断,定纷止争,知晓裁判背后的法律原理和法律精神。这既为提高公民的法治意识提供了帮助,也有助于保障公民对司法工作的知情权、参与权、表达权和监督权,从而实现人民法院在民意沟通质量和效果上的进一步提升。

“丛书”的编纂出版凝聚着上海三级法院法官的心血,我衷心期待上海法院有更多的法官,在繁忙的断案之余,润泽笔墨,利用该“丛书”的平台,积极奉献自己的司法智慧,为把人民法院建设成为最讲理、最文明、最公正的司法场所而共同努力。

上海市高级人民法院院长、大法官



二〇〇九年十月十六日

前 言

职务犯罪是腐败的突出表现,坚决惩治和有效预防腐败,关系到国家政权的稳固和中国特色社会主义事业的成败。随着我国改革开放进入关键时期,反腐败斗争的任务也更为艰巨。为了严惩职务犯罪,有力推进反腐败斗争的深入开展,近年来,我国对职务犯罪的立法(包括立法解释和司法解释)日趋完善。但随着社会经济的发展和改革的深入,职务犯罪逐步呈现出新型化和非典型化的特点,各种新情况、新问题层出不穷,给人民法院审理这类案件带来了新的挑战。在这样的背景之下,为了提高对职务犯罪案件的审判能力和水平,促进在惩处职务犯罪方面法律适用的统一,我们针对职务犯罪审判实务中遇到的各种疑难问题,进行了深入的研究,编撰完成了本书。

本书共分十一章。第一章为导论,分别论述了职务犯罪的概念与构成,职务犯罪的立法比较与思考,以及职务犯罪的审理现状、问题与对策。第二章至第五章、第七章至第九章,分别论述了贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、私分国有资产罪、滥用职权罪、玩忽职守罪和徇私枉法罪的审判实务。第六章、第十章、第十一章,分别论述了贪污贿赂罪章中其他犯罪的审判实务、其他渎职犯罪的审判实务和非国家工作人员职务犯罪的审判实务。

本书具有如下特点:一是对常见多发职务犯罪的审判实务设专章予以评析,其中又对热点、难点问题设专题予以研究,如“债权能否成为贪污对象”等,既契合审判实践,又具有相当的深度。二是在突出对常见多发职务犯罪审判实务论述的同时,兼顾了其他职务犯罪审判实务的研究;在突出对国家工作人员职务犯罪审判实务论述的同时,兼顾了对非国家工作人员职务犯罪审判实务的研究;在突出对职务犯罪定罪问题论述的同时,兼顾了对职务犯罪量刑问题的研究,既能凸显重点,又能兼顾全面。三是本书所论述的内容均来自审判实践,并有大量选自上海法院乃至全国各地法院的审判案例为支撑。以案例剖析审判难题,以案例论证审判理论,

以案例阐述审判经验,是本书的一大特色。作为一本不可多得的综合研究职务犯罪审判实务各类疑难问题的专著,相信它的出版,不仅对于广大刑事法官,而且对于从事职务犯罪侦查、起诉以及教学、研究的相关人员,都将提供颇有价值的参考和借鉴,同时对于惩治腐败、及时准确地审判职务犯罪案件,以及预防腐败、减少职务犯罪案件的发生,也将发挥其应有的作用。

由于水平有限、时间仓促,且职务犯罪审判实务中的问题肯定不只书中这些,因此,本书难免存在一些偏颇与不足,欢迎读者批评指正。

编者

二〇一三年一月

目 录

第一章 导论 / 1

- 第一节 职务犯罪的概念与构成 / 1
- 第二节 职务犯罪的立法比较与思考 / 5
- 第三节 职务犯罪的审理现状、问题与对策 / 24

第二章 贪污罪审判实务 / 45

- 第一节 贪污罪主体的界定 / 45
- 第二节 贪污罪主观故意的界定 / 62
- 第三节 贪污罪的犯罪对象 / 67
- 第四节 贪污数额的认定 / 82
- 第五节 贪污罪客观行为的认定 / 89
- 第六节 共同侵吞行为中的罪名认定 / 99
- 第七节 贪污罪与近似犯罪的界限 / 104

第三章 受贿罪审判实务 / 114

- 第一节 受贿罪犯罪对象的界定 / 114
- 第二节 低价购房类受贿犯罪的认定 / 119
- 第三节 收受干股类受贿犯罪的认定 / 126
- 第四节 其他新类型受贿犯罪的认定 / 133
- 第五节 共同受贿的数额认定 / 141
- 第六节 财物流向与受贿犯罪的认定 / 148
- 第七节 利用职务便利违规收费行为的定性 / 153

第四章 挪用公款罪审判实务 / 160

- 第一节 挪用公款罪主体的界定 / 160
- 第二节 挪用公款罪犯罪对象的界定 / 167
- 第三节 挪用公款“归个人使用”的含义 / 174
- 第四节 “挪而未用”的司法认定 / 183
- 第五节 挪用公款的数额认定 / 186

- 第六节 挪用公款罪的共犯认定与责任承担 / 194
- 第七节 挪用公款的罪数认定 / 198
- 第八节 挪用公款罪与近似犯罪的界限 / 201
- 第五章 私分国有资产罪审判实务 / 207**
 - 第一节 私分国有资产罪的主体范围 / 207
 - 第二节 私分国有资产罪的对象范围 / 215
 - 第三节 私分国有资产罪中“违反国家规定”的界定 / 222
 - 第四节 私分国有资产罪的司法认定 / 226
- 第六章 贪污贿赂罪章中其他犯罪审判实务 / 238**
 - 第一节 利用影响力受贿罪的司法认定 / 238
 - 第二节 单位受贿罪的司法认定 / 244
 - 第三节 行贿罪的司法认定 / 246
 - 第四节 介绍贿赂罪的司法认定 / 257
 - 第五节 单位行贿罪的司法认定 / 260
 - 第六节 巨额财产来源不明罪的司法认定 / 267
 - 第七节 隐瞒境外存款罪的司法认定 / 274
 - 第八节 私分罚没财物罪的司法认定 / 277
 - 第九节 职务犯罪中特别自首的司法认定 / 280
- 第七章 滥用职权罪审判实务 / 285**
 - 第一节 “国家机关工作人员”的理解与把握 / 285
 - 第二节 “滥用职权”的界定及该罪的罪过形式 / 290
 - 第三节 滥用职权罪中相关情节的认定 / 292
 - 第四节 徇私舞弊型滥用职权的认定 / 301
 - 第五节 滥用职权罪的司法认定 / 303
- 第八章 玩忽职守罪审判实务 / 307**
 - 第一节 “玩忽职守”的界定 / 307
 - 第二节 玩忽职守罪的罪过形式 / 313
 - 第三节 玩忽职守罪的竞合过失 / 314
 - 第四节 玩忽职守罪中“重大损失”的认定及追诉 / 317
 - 第五节 玩忽职守罪与近似犯罪的界限 / 323
- 第九章 徇私枉法罪审判实务 / 334**
 - 第一节 “司法工作人员”的界定 / 334
 - 第二节 “徇私”、“徇情”的界定 / 339

第三节	“利用职务上的便利”的理解与把握 / 343
第四节	“枉法”的认定 / 344
第五节	徇私枉法罪与相关渎职犯罪的界限 / 351
第六节	徇私枉法罪与相关非渎职犯罪的界限 / 354
第十章	其他渎职犯罪审判实务 / 357
第一节	故意泄露国家秘密罪的司法认定 / 357
第二节	私放在押人员罪的司法认定 / 361
第三节	徇私舞弊不移交刑事案件罪的司法认定 / 367
第四节	徇私舞弊不征、少征税款罪的司法认定 / 373
第五节	食品监管渎职罪的司法认定 / 380
第六节	放纵走私罪的司法认定 / 384
第七节	放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的司法认定 / 388
第八节	帮助犯罪分子逃避处罚罪的司法认定 / 391
第十一章	非国家工作人员职务犯罪审判实务 / 400
第一节	职务侵占罪的司法认定 / 400
第二节	非国家工作人员受贿罪的司法认定 / 409
第三节	挪用资金罪的司法认定 / 417
主要参考书目 / 429	
后 记 / 432	

第一章 导 论

职务犯罪不是我国刑法规定的法定犯罪分类,而是理论上或者观念上对与职务身份相关的一类犯罪的统称。如何界定职务犯罪,存在较大的分歧。职务犯罪尤其是国家工作人员职务犯罪,是最突出的腐败犯罪,历来备受社会关注。对职务犯罪的概念、构成特征等进行研究、探讨;对中外职务犯罪的立法进行比较、评析;分析我国职务犯罪的司法现状,梳理实践中存在的问题,并提出对策,将有助于对职务犯罪有一个全面、准确的认识和把握,有助于更好地依法惩治职务犯罪,充分发挥刑事司法在推进反腐败斗争中的重要作用。

第一节 职务犯罪的概念与构成

一、职务犯罪的概念界定

关于职务犯罪的概念,存在多种观点。概括起来,有广义说和狭义说两种。广义说认为,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,触犯刑律应当受到刑罚惩罚的各种行为的总称;^①或者是指具备一定职务身份的人利用职务上的便利贪污受贿、侵占挪用或者渎职侵权,破坏国家对职务行为的管理活动,致使国家和人民利益遭受重大损失的一类犯罪行为的总称。^②狭义说认为,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的总称;^③或者是指国家工作人员利用职务之便贪

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110页。

② 金波、梅传强主编:《公务员职务犯罪研究》,中国检察出版社2008年版,第11页。

③ 孙谦、尹伊君:“国家工作人员职务犯罪论”,载《法学研究》1998年第4期。

污公共财物、收受贿赂或者滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊,破坏国家工作人员职务行为廉洁性或者国家机关正常管理活动的行为。^①

通过比较可以发现,广义说和狭义说之间既有相同点也有不同之处。相同点主要在于:犯罪主体具备一定的职务身份即职务犯罪为身份犯,客观上要求利用职务上的便利实施犯罪,主观上包括故意和过失两种罪过。不同之处主要在于:具备一定职务身份的人是仅指国家工作人员还是除了国家工作人员之外还包括非国家工作人员,所包括的具体职务犯罪行为是指国家工作人员职务犯罪还是除了国家工作人员职务犯罪之外还包括非国家工作人员职务犯罪。

由于职务犯罪不是我国刑法规定的法定犯罪分类,因此,如何界定职务犯罪的概念,势必见仁见智。广义说和狭义说从不同角度所得出的职务犯罪概念,在对职务犯罪的主体范围和所应包括的具体犯罪行为的认识上存在的分歧,有其客观必然性。如从人民检察院的角度,根据1999年《人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》的规定,由人民检察院立案侦查的职务犯罪仅指国家工作人员职务犯罪,具体包括《刑法》分则第八章的贪污贿赂犯罪案件、第九章的渎职犯罪案件以及国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利、民主权利犯罪案件,如国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁案、非法搜查案、刑讯逼供案、暴力取证案、虐待被监管人案、报复陷害案、破坏选举案。而从社会观念角度,习惯将职务犯罪等同于官吏犯罪、腐败犯罪,认为职务犯罪就是侵犯了国家工作人员职务行为廉洁性或者破坏了国家机关正常管理活动的犯罪,故职务犯罪仅指贪污贿赂犯罪和渎职犯罪。正因为职务犯罪概念的不统一性和范围的模糊性,一些学者在研究职务犯罪时,将研究的范围限定为国家工作人员职务犯罪、公务员职务犯罪等。

我们认为,职务犯罪是“职务”和“犯罪”的结合体。所谓职务,是指“职位规定应该担任的工作”。一般意义上的“职务”,不论在什么性质的单位,也不论是否担任领导职务,只要从事了具有一定职权与职责的工作,就认为是一种职务行为。法律性质上的“职务”,是指依法或者授权委托而担负一定工作的职权与职责的统一。其中,“职权”表现为具备一定职务身份的人,对其所从事的工作享有一定的管理权、决定权、执行权等权力;“职责”表现为具备一定职务身份的人,对其所从事的工作应尽的责任或义务。国家工作人员依法从事公务,具有一定的职务,当然可以成为职务犯罪的主体。在非国有公司、企业或者其他单位中担任一定职务的人员,尽管从事的不是公务,属于非国家工作人员,但由于担任一定的职务,其利用

^① 高铭暄、陈璐:“当代我国职务犯罪的惩治与预防”,载《法学杂志》2011年第2期。

职务上的便利从事犯罪活动,如职务侵占、挪用资金等,从广义上看,也可以将其归入职务犯罪的范畴。

本书研究的职务犯罪是指广义上的职务犯罪,重点对国家工作人员职务犯罪即国家工作人员利用职务之便实施的贪污贿赂犯罪和渎职犯罪进行探讨。其中,对贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、私分国有资产罪、滥用职权罪、玩忽职守罪、徇私枉法罪的审判实务进行专章探讨。从完整性角度考虑,对与贪污贿赂罪相的关联犯罪、其他比较常见多发的渎职犯罪,以及非国家工作人员职务犯罪如职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪、挪用资金罪等的审判实务也一并进行研究。此外,行贿罪、对单位行贿罪、单位行贿罪等,不是利用职务之便实施的犯罪,因而不是职务犯罪,但这些犯罪与贪污贿赂型职务犯罪密切相关,审判实践中存在不少争议,本书亦设专节予以论述。

二、职务犯罪的构成特征

(一) 犯罪客体的复杂性

所有的职务犯罪都侵犯了对职务行为的管理活动。在同类客体上,除了侵犯职务行为的廉洁性、国家机关的正常管理活动、公民的人身权利、民主权利外,还破坏了社会主义市场经济秩序、侵犯了财产权利等。在直接客体上,需要结合个罪进行确定,如贪污罪除了侵犯国家工作人员职务行为的廉洁性外,还侵犯了公共财产的所有权;国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁罪,除了侵犯国家机关的正常管理活动外,还侵犯了他人的人身自由权利;非国家工作人员受贿罪,除了侵犯非国家工作人员职务行为的廉洁性外,还侵犯了公司、企业或者其他单位的正常管理制度。

(二) 犯罪客观行为的职务关联性

犯罪行为与犯罪主体职务之间存在直接而必然的联系,这是职务犯罪最本质的特征,也是区别于其他类罪的主要标志。如果具备一定职务身份的人,实施的犯罪与其职务无关,则不构成职务犯罪,构成其他犯罪的应当以其他犯罪论处。如国家工作人员利用工作上的便利条件,将其他国家工作人员保管的数额较大的财物窃走的行为,不属于贪污,而构成盗窃罪。实践中对于如何区分职务犯罪与其他类罪,通常以犯罪主体是否具有一定的职务身份并利用该职务身份产生的便利实施犯罪作为重要判断依据。如职务侵占罪与盗窃罪、诈骗罪之间,相同点为:都侵犯了公私财产所有权;侵犯的对象都可能是公司、企业或者其他单位的财物;在行为方式上,职务侵占罪包括窃取、骗取、侵吞等多种;主观上都是故意,并以非法占有为目的。不同点为:职务侵占罪为职务犯罪,主体为特殊主体,需要具备一定的职

务身份,且客观上实施犯罪时利用了职务便利;而盗窃罪和诈骗罪都为一般犯罪,与职务无关。因此,区分三罪的关键是看行为主体是否具有一定的职务身份并利用该职务身份产生的便利实施犯罪。如是,构成职务侵占罪;如否,使用盗窃手段获取财物的构成盗窃罪,使用诈骗手段获取财物的构成诈骗罪。

职务是职权与职责的统一。具备一定职务身份的人,利用职务上的便利以权谋私或滥用职权,或者不履行、不正确履行职责,就是对职务的亵渎。根据职务犯罪的客观表现形式,职务来源于依照法律规定或者授权委托。在行为方式上包括作为和不作为两种,在作为行为方式上,表现为利用职务上的便利以权谋私或者滥用职权,如贪污贿赂犯罪、滥用职权类犯罪等都是以作为行为方式实施的;在不作为行为方式上,表现为在执行职务时严重不负责任,不履行或者不正确履行职责,如玩忽职守类犯罪都是以不作为行为方式实施的。在入罪的条件上,一般要求具有一定的损失数额或者具备一定的情节,也有的要求发生某种特定的危害结果,等等。

(三) 犯罪主体的多层次性

职务犯罪为身份犯。不具有一定职务身份的人不能单独构成职务犯罪,而只能成为职务犯罪的共犯。从我国《刑法》规定来看,职务犯罪主体包括自然人和单位。自然人犯罪主体分为两个层次,即国家工作人员和非国家工作人员。国家工作人员包括国家机关工作人员和除国家机关工作人员以外的准国家工作人员。国家机关工作人员是指各级国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军队中从事公务的人员。中国共产党的各级机关、中国人民政治协商会议的各级机关中从事公务的人员以国家机关工作人员论。国家机关工作人员是实施渎职犯罪的专有主体,同时又可以成为其他由国家工作人员实施的职务犯罪的主体。准国家工作人员是指根据《刑法》(编者注:以下所引法律条文,除注明外均为我国法律)第九十三条的规定,在国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员。非国家工作人员即在非国有公司、企业或者其他单位中担负组织、领导、监督、管理等职务的人员(不包括国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员),如公司的董事、经理、会计等。单位犯罪主体为依法履行职责的单位,包括国有单位和非国有单位。如在国有单位犯罪主体中,有的单位职务犯罪要求犯罪主体为国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体,如单位受贿罪;有的单位职务犯罪要求犯罪主体为司法机关、行政执法机关,如私分罚没财物罪。

(四) 犯罪主观方面的故意与过失兼有性

职务犯罪在主观方面既可以由故意构成,也可以由过失构成,但涉及每种具体的职务犯罪的主观方面总是法定的、明确的。从我国《刑法》规定来看,职务犯罪的主观方面可以分为三种情况:第一,只能由故意构成的犯罪,主要包括行为人利用职务之便实施的或者滥用职权构成的犯罪,如贪污罪、帮助犯罪分子逃避处罚罪、职务侵占罪、挪用资金罪等。其实,大部分职务犯罪都属于故意犯罪。第二,只能由过失构成的犯罪,主要包括行为人严重不负责任,不履行或者不正确履行职责所构成的犯罪,如玩忽职守罪、失职致使在押人员脱逃罪等。第三,既可由故意又可由过失构成的犯罪,如泄露国家秘密罪、食品监管渎职罪等。

第二节 职务犯罪的立法比较与思考

一、我国职务犯罪立法沿革^①与现状

职务犯罪是一类古老的犯罪,基本上同国家与法律同时产生。中国古代历代上的统治者一般都较重视对职务犯罪的惩治,甚至有“民主治吏不治民”的思想。回溯历史,对研究今天的职务犯罪问题颇有裨益。

(一) 我国古代至近代历史上关于职务犯罪的规定

在夏、商、周各朝法律中都有处罚职务犯罪的规定。如《左传》引《夏书》说:“昏、墨、贼、杀”,皋陶之刑也。所谓墨是“贪以败官”,即贪官是犯了要处死刑的罪。商朝为预防和减少官吏违法犯罪而专门制定了《官刑》,注重从作风上、道德上、政治上来管束官吏和当权者。周王朝对司法官吏注意监督,“是阿党则罪,无有掩蔽”,即司法官吏阿上乱法,则严加惩办,不得掩盖或包庇。随着时间的推移,对职务犯罪的规定开始系统化。如战国时期魏国的《法经》第五篇“杂法”中规定:“丞相受金,左右伏诛;犀首以下受金,则诛;金自镒以下,罚不诛也,曰金罚。”即官吏贪赃枉法要处死刑。《汉律》中有“主守而盗,值十金弃市”之罪,即贪污罪的规定。汉代对贪污官吏的处罚不仅及于本身,而且规定“三代禁锢”,即其三代之内的子孙也不得为官。《魏律》十八篇专列《请贼》、《偿赃》二篇,“贼”就是请求之

^① 职务犯罪立法沿革部分,主要参考了高格:《比较刑法学》,长春出版社1994年版,第672~674页;曾宪义主编:《中国法制史》,北京大学出版社2000年版;叶孝信主编:《中国法制史》,北京大学出版社1999年版。

意,是以送钱财的方法进行某种请求,“以财求事曰赇”,受赇即接受贿赂。“贪猎不义之财为赃罪”,“货财之利”谓之赃。使贪污受贿犯罪的概念规范化,为后世认定贪污贿赂犯罪提供了依据。《晋律》则把《盗律》分为《情赇》、《诈伪》、《水火》、《毁亡》四篇,如规定:“吏犯不孝、谋杀……受财枉法及掠人和卖、诱藏亡奴婢,虽遇赦,皆除名为民。”这条律令把官吏贪污受贿枉法断事与不孝、谋杀等重罪并列,作为不能赦免的罪行之一,实际上开了唐宋及以后赃罪“遇赦不原”的先河。《抱朴子·审举篇》对此有所记载:晋惠帝时,强调“诸居职其犯公坐者,以法律从事;其以贪法赃污为罪,不足至死者刑竟,及通赦,皆宜禁锢终身,轻者二十年”。南北朝多承魏、晋律。可以说,在惩贪的法律系统化方面,魏晋南北朝超过了前代。

作为我国封建法律的集大成者《唐律疏议》,十二篇中有“职制”、“擅兴”两篇共83条和其他篇,对官吏职务犯罪做了比较系统、周密的规定。概括起来可以分为贪污受贿、擅权、失职与违纪等方面职务犯罪。贪污受贿罪方面,如“诸受人财而为请求者,坐赃论加三等;监临势要,准枉法论。与财者,坐赃论减三等。”即受财请求。“若官人以所受之财,分求余官,元受者并赃论,余各依己分法。”即受财分求余官。“诸有事以财行求,得枉法者,坐赃论;不枉法者,减二等。即同事共与者,首则并赃论,从者各依己分法。”即以财行求。“诸监临主司受财而枉法者,一尺杖一百,一疋加一等,十五疋绞;不枉法者,一尺杖九十,二疋加一等,三十疋加役流。”即监临主司受财。“诸有事先不许财,事过之后而受财者,事若枉,准枉法论;事不枉者,以受所监临财物论。”即事后受财。擅权犯罪方面,如“诸官有员数,而署制过限,及不应置而置,一人杖一百,三人加一等,十人徒二年。”即署置过限。“诸公文有本案事直而代官司署者杖八十代判者徒一年。亡失案而代者各加一等。”即代署代判。失职犯罪方面,如“诸稽缓制书者,一日笞五十,一日加一等,十日徒一年。其官文书稽程者,一日笞十,三日加一等,罪止杖八十。”“诸被制书,有所施行而违者,徒二年。失错者,杖一百。”“诸受制忘误及写制书误者,事若未失,笞五十;已失,杖七十。转受者,减一等。”即稽误制书。违纪犯罪方面,如“诸在官应直不直,应宿不宿,各笞二十;通昼夜者,笞三十。若点不到者,一点笞十。”即不值不上。“诸官人无故不上及当番不到,虽无官品,但分番上下,亦同。下条准此。若因暇而违者,一日笞二十,三日加一等;过杖一百,十日加一等,罪止徒一年半。边要之官,加一等”。即无故不上。“诸之官限满不赴者,一日笞十,十日加一等,罪止徒一年。即代到不还,减二等。”即限期不赴。“诸官人从驾稽违及从而先还者,笞四十,三日加一等;过杖一百,十日加一等,罪止徒二年。侍臣,加一等。”即从驾稽违。“诸漏泄大事应密者,绞。大事,谓潜谋讨袭及收捕谋叛之类。非大事应密者,徒一年半;漏泄于蕃国使者,加一等。仍以初传者为首,传至者为从。即转