

职务犯罪的 理论与司法实践

Theory and Judicial Practice
of Official Crimes

顾军 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

职务犯罪的 理论与司法实践

Theory and Judicial Practice
of Official Crimes

顾军 主编

杨淑雅 黎宏 副主编

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

职务犯罪的理论与司法实践/顾军主编. —北京:法律出版社, 2009. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0004 - 6

I. 职… II. 顾… III. 职务犯罪—研究—中国 IV. D924. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 180856 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787 × 960 毫米 1/16

印张/28 字数/394 千

版本/2009 年 10 月第 1 版

印次/2009 年 10 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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0004 - 6

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

欣闻顾军检察长主编的《职务犯罪的理论与司法实践》一书即将由法律出版社公开出版,可喜可贺。喜的是西城区人民检察院紧紧把握住了社会关注的职务犯罪这一热点问题开展调研;贺的是西城区人民检察院在查办一系列有影响的大要案后,注重归纳总结,由实践上升到理论,再由理论指导实践,相互促进。

西城区是首都功能核心区,也是众多中央国家机关和金融管理机构所在地。西城区的区位特点决定了西城区人民检察院承担的法律监督职责重大,在惩治和预防腐败中占有重要地位。近年来,西城区人民检察院在查办职务犯罪案件上取得了一系列成就,查处了国家药监局郝和平受贿案、国家药监系统“1·25”专案、证监会王小石受贿案、国家开发银行胡汉成受贿案、卫生部2007年医师资格考试泄密案等许多有影响的大要案。西城院在充分发挥惩治职务犯罪作用的同时,充分重视和发挥查办案件的治本功能,积极尝试“侦防一体化”预防工作机制,取得了一定的成绩,我也多次到西城院调研过。西城区人民检察院围绕职务犯罪的查处和预防开展调查研究,点抓的准,适应构建惩治和预防腐败体系的需要,敢于尝试,并在工作机制上有所创新。

本书共分职务犯罪理论、职务犯罪实务、职务犯罪预防、案例分析、典型案件的查办五部分,从法理到实践,从侦查到预防、从案件查办到案例分析,涉及职务犯罪侦查和预防的各个方面,这里既有挂职学者的观点,也有检察官的论文;既有侦查谋略,也有工作机制创新;既有实证的调查报告,也有典型案件的查办。全书紧紧围绕职务犯罪展开,内容丰富,观点明确。这是西城院对近年来查办职务犯罪案件

2 序

的一个总结,同时也是和理论界、实务界的一个交流。我相信,对于全市检察院职务犯罪的查办工作,都具有启发和借鉴的意义。

另外,我也十分欣赏本书的风格,紧紧抓住一项具体检察工作,紧密联系实际,深入开展调查研究,收录的文章专而精,并非所有调研文章的汇编,读后令人印象深刻。

通过本书的出版,我看到西城院班子领导对反贪工作的重视,对调研工作的重视,检察长率先垂范,亲自办案;班子成员带头调研;办案一线的检察官踊跃参加,西城院善于办案、善于研究的良好氛围正在逐渐形成。希望西城院乘势而上,争一流、当表率,争取各项工作都走在前列。

慕 平

2009年9月28日

目录

Content

第一部分 职务犯罪理论

论受贿罪中的“为他人谋取利益”	张明楷 /3
商业贿赂、回扣及相关条款的法律性质	张明楷 /27
受贿罪中“为他人谋取利益”的理解	黎 宏 /41
论徇私枉法罪的若干问题	黎 宏 /49
浅析国家工作人员的刑法界定	许晓燕 /63
转型期国有单位准国家工作人员主体身份认定	
存在的问题	张宁宇 /70
受贿罪疑难问题研究	吴新华 /78
试论受贿罪客观构成要件的重构	王爱霞 /82
浅析斡旋受贿中国家工作人员的界定	李惠明 /91
浅析国家工作人员收受他人财物后退还或上交	
行为的司法认定	焦长锐 /98
浅议受贿案件的两种疑难情形	
——“感情投资”与“潜规则”	刘 岩 /104
认定“委托理财”型受贿若干问题的思考	卢 阳 /111
贪污罪若干问题分析	鲁 丹 /117
浅论挪用公款罪与贪污罪的司法界定	刘 晶 /123
试论增设私分公司、企业资产罪	赵锦海 /131
渎职罪的因果关系探讨	董晓华 /138

2 目 录

浅谈《刑法》第 398 条泄露国家秘密的渎职犯罪	魏惠英 /146
--------------------------	----------

第二部分 职务犯罪实务

侦防一体化预防工作机制的几个问题	顾 军 /153
职务犯罪中突破口供的方法与技巧	顾 军 /159
浅析反贪部门收集证据不全面的原因 及对策建议	贾瑞生 殷铁伟 徐玲玲 /165
职务犯罪侦查谋略探析	杨淑雅 /171
反贪局侦结分离办案工作机制研究	张京文 /181
对职务犯罪案件线索评估机制的思考	郑 军 /185
我院反贪局近五年立案侦查案件情况分析	徐玲玲 高 健 /190
职务犯罪举报线索成案率低的原因及对策	侯 程 /196
浅谈提高贪污贿赂犯罪初查能力的途径	鞠 海 /200
谈初查的三个问题	胡虬生 /206
提高反贪侦查科技含量问题浅议	王传胜 /213
浅谈反贪侦查讯问工作的体会	张 康 /218
反贪讯问中如何对待犯罪嫌疑人隐私	赵雯娜 /224
略论贪污犯罪侦查中讯问的谋略	王 禹 /230
行业系统贪污犯罪窝案、串案侦查谋略研究 ——以我院办理的贪污类窝案串案为视角	王珊珊 /237
律师法修改视角下加强反渎职侵权工作的几点思考	陈晓明 /245
对渎职犯罪发现难的思考	段绍卿 /252
浅谈反渎工作中的侦与防	马鲁原 /256
简论职务犯罪侦查监督体系的完善	徐 罡 /262

第三部分 职务犯罪预防

加强职务犯罪预防工作,促进我区干部队伍建设	顾 军 /271
-----------------------	----------

和谐社会构建中检察机关事前预防工作的定位	吴新华 /280
检察机关预防职务犯罪工作的几点思考	段晓娟 /291
我院开展个案预防工作的几点经验	白春林 /298
国家工作人员商业贿赂犯罪的若干特点及分析	胡乱生 /303
对北京市近三年医药卫生领域商业贿赂犯罪的 浅析	刘艳君 /310
金融系统职务犯罪现状分析与预防对策	
——基于北京市西城区检察院所办案件的思考	李 伟 /315
试题管理部门泄密案件存在的问题及对策建议	
——以卫生部全国医师资格考试试题泄密案为例	黄建军 /324
对中小学校发生的职务犯罪案件的分析	毕云屏 /329
浅谈国有单位财务人员职务犯罪的主要特点及 预防对策	曲 涛 /335
我院查办的局级干部职务犯罪案件分析	侯 程 郝战红 /340
我院查办的女性职务犯罪的特点、成因及对策	张 宁 /346

第四部分 案例分析

证监会工作人员在外派期间收受他人财物帮助 联系企业上市的行为如何定性	张 康 安 翔 /355
退居二线处于待岗状态的老领导向现任领导说情 为他人谋取不正当利益并收受财物的行为应如 何定性	吴新华 /359
收受财物承诺为他人办事但只进行简单咨询的 行为如何定性	李怀玉 /364
如何把握“情人”之间行受贿案件的认定	包亚南 /368
私分账外捐资助学款后又投案的行为应如何认定	陆俊钊 /372
如何把握非法经营同类营业罪与贪污罪的区别	王珊珊 /375
未按正常程序决策造成严重后果的行为如何定性	廖 南 /378

第五部分 典型案件查办

斩断药品审批幕后的黑手

——国家药监系统“1·25”案件侦破纪实

赵锦海 /385

国家药监局医疗器械司司长郝和平受贿案侦破

纪实

包亚南 /394

证监会王小石受贿案侦破纪实

张 康 /401

自以为天衣无缝,到头来黄粱一梦

——胡汉成受贿案侦破纪实

张 康 /407

2007 年医师资格考试泄密案真相追踪

——王少安等人故意泄露国家秘密案侦破纪实

冯 林 /416

曾经赌场风光 而今悔恨铁窗

——什刹海房管所所长张吉春贪污案纪实

曲 涛 /425

开拓思路 成功侦破系统犯罪

——西城院反贪局查办邮局系列贪污案纪实

王传胜 /433

第一部分

职务犯罪理论

论受贿罪中的“为他人谋取利益”

张明楷

一、“为他人谋取利益”的立法理由

刑法第 385 条第 1 款规定:“国家工作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。”“……的”表明该条文对一种罪状(或具体犯罪的一种情形)的表述已经完结;如果“……的”后面还有其他表述,则是对另一罪状(或具体犯罪的另一种情形)的表述,而不是对前一罪状的补充或递进说明。^{〔1〕}由于该条所规定的“索取他人财物”后使用了“……的”这一表示罪状已经表述完结的标识,故索取他人财物构成受贿的,不要求“为他人谋取利益”。

为什么刑法条文对索取财物构成受贿罪的不要求为他人谋取利益,但非法收受他人财物构成受贿罪的要求为他人谋取利益呢?回答这一问题,有利于理解受贿罪中的“为他人谋取利益”;而对这一问题的回答,必须以受贿罪的法益为根据。

关于受贿罪的法益,存在形形色色的学说,^{〔2〕}但本文认为,将职务行为的不可收买性作为受贿罪的法益,最有说服力。正如日本学者平野龙一所言:国家的作用即公务,必须得到公平地执行。公务大多通过裁量来执行,但这种裁量不能只是为了某个人的利益。如果为了某个人的利益而进行裁量,此外的人在不能得到利益这个意义上便受到了损害。在公务员作为其裁量行为的对价而收受利益,进行这种不公平的裁量时,

〔1〕 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 63 页。

〔2〕 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 612 页。

所导致的危险就特别大。因此,规定贿赂罪就是为了禁止将公务作为利益的对价来执行。说贿赂罪的保护法益是公务的不可收买性,正是这个意思。此外,不正当执行公务时,成为加重刑罚或者扩张处罚范围的理由,但这是次要的。处罚贿赂罪的基本理由,在于上述不可收买性。^[3]

古今中外的客观事实告诉人们,职务行为的合法、公正性首先取决于职务行为的不可收买性,如果职务行为可以收买,可以与财物相互交换,那么,职务行为必然只是为提供财物的人服务,从而损害其他人的利益,进而导致公民丧失对职务行为公正性和国家机关本身的信赖。所以,为了保护职务行为的合法性、公正性,首先必须保证职务行为的不可收买性。如果国家工作人员的行为在侵犯职务行为的不可收买性的同时,进一步侵犯了职务行为的公正性,则说明其行为的法益侵害性更为严重。正因为如此,德国、意大利、瑞士、日本等国刑法都将职务行为的不可收买性作为法益,同时对侵犯了职务行为的公正性的行为提高法定刑。^[4]

不可收买性至少具有两个方面的内容:一是职务行为的不可收买性本身;二是公民对职务行为不可收买性的信赖。具体到受贿罪而言,职务行为的不可收买性,是指职务行为与财物的不可交换性,或者说职务行为的无不正当报酬性。如果国家工作人员因为其职务或职务行为获得了不正当报酬,便侵害了受贿罪的法益。公民对职务行为不可收买性的信赖,是一项重要的法益。因为这种信赖是公民公平正义观念的具体表现,它使得公民进一步信赖国家工作人员的职务行为,信赖国家机关(在我国还应包括国有企业、事业单位人民团体,下同)本身,从而保证国家机关正常活动的开展,促进国家机关实现其活动宗旨。如果职务行为可以收买,或者公民认为职务行为可以与财物相互交换、职务行为可以获得不正当报酬,则意味着公民不会信赖国家工作人员的职务行为,而不信赖国家机关本身;这不仅会导致国家机关权威性降低,各项正常活动难以展开,而且导致政以贿成、官以利膏、腐败成风、贿赂盛行。因

[3] [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第294页。

[4] [日]大塚仁:《刑法概说》(各论),有斐阁1996年版,第627页。

此,公民对职务行为不可收买性的信赖是值得刑法保护的重要法益。

由于刑法保护职务行为的不可收买性以及公民对职务行为不可收买性的信赖,所以,刑法对受贿罪的构成要件的描述,必须说明受贿行为侵犯了这种法益。而行为是否侵犯了这种法益,关键在于国家工作人员索取或者收受的财物,是否与其已经实施的、正在实施的、将来实施的或者许诺实施的职务行为之间具有对价关系,即国家工作人员所索取或者收受的财物,是否是其职务行为(包括已经实施的、正在实施的、将来实施的或者许诺实施的)^[5]的不正当报酬。显而易见的是,只要国家工作人员就其职务行为索取或者收受的财物,不是其依法应当取得的利益,就是其职务行为的不正当报酬,因而侵犯了受贿罪的法益。同样明了的是,对价关系的存在并不取决于双方的事前约定。即使事前没有任何约定,也可能肯定职务行为与财物之间的对价关系。更为清楚的是,对价关系的存在,也不取决于索取或者收受财物的时间。不管是事先索取或者收受财物,还是事后索取或者收受财物,只要是就职务行为索取或者收受财物的,就可以认定存在对价关系。

索取贿赂大体表现为三种情形:一是国家工作人员利用职务上的便利使他人获得某种利益后,向他人索取财物。在这种情况下,所索取的财物与已经实施的职务行为之间具有对价关系,国家工作人员索取的财物是其已经实施的职务行为的不正当报酬,因而侵犯了受贿罪的法益。二是国家工作人员在实施某种职务行为的过程中,索取他人财物。在这种情况下,国家工作人员之所以索取他人财物,显然是因为其职务行为具有为他人谋取利益的性质,所索取的财物是其正在实施的职务行为的不正当报酬,与其正在实施的职务行为之间具有对价关系,因而侵犯了受贿罪的法益。三是请托人有求于国家工作人员的职务行为时,国家工作人员向请托人要求财物。在这种情况下,即使国家工作人员没有为他

[5] 以下所称“职务行为”,一般含已经实施的、正在实施的、将来实施的或者许诺实施的职务行为。如后所述,许诺包括虚假许诺,所以,许诺实施的职务行为不等于将来实施的职务行为。下文所说的“他人要求实施的职务行为”,既可能是将来实施的职务行为,也可能同时是国家工作人员许诺实施的职务行为。当然,笔者要恳请读者联系语境进行识别。

人谋取利益的具体行为与结果(甚至没有为他人谋取利益的许诺),但由于其索取的财物是对方要求实施的职务行为的不正当报酬,与对方要求其实施的职务行为之间具有对价关系,所以侵犯了受贿罪的法益。^{〔6〕}

基于上述分析可以明确,国家工作人员“利用职务上的便利,索取他人财物”具有三个方面的内容:一是国家工作人员已经或正在为他人实施职务行为,或者他人有求于国家工作人员的职务行为;二是国家工作人员实施了索要行为;三是索要的财物是国家工作人员职务行为(已经实施、正在实施的职务行为或者他人要求实施的职务行为)的不正当报酬,国家工作人员索取的财物与其职务行为之间具有对价关系。由前述第三种情况可知,即使国家工作人员还没有利用职务上的便利为他人谋取利益的具体行为与结果,但只要索要的财物与对方要求其实施的职务行为之间具有对价关系,就侵犯了受贿罪的法益。换言之,国家工作人员在他人有求于自己的职务行为时索取他人财物的,即使没有为他人谋取利益的行为、结果与许诺,也可以充分认定其索取的财物与对方所要求的职务行为之间具有对价关系,因而应认定为受贿罪。所以,刑法条文没有将“为他人谋取利益”规定为索取贿赂的构成要件。至于国家工作人员已经或者正在利用职务上的便利为他人谋取利益,进而索取财物的,由于职务行为与财物的对价关系更为明显,当然成立受贿(索取)罪。

但是,在他人主动向国家工作人员交付财物时,这种财物是否与国家工作人员的职务行为之间具有对价关系,便不像索取财物时那样明了。收受贿赂依其时间大体表现为三种情况:一是他人事前主动交付财物,国家工作人员不予拒绝;二是国家工作人员在实施某种职务行为的过程中,他人主动交付财物,国家工作人员予以收受;三是国家工作人员实施了某种职务行为之后,他人主动交付财物,国家工作人员收受财物。但是,仅有收受财物的行为,还很难认定财物与国家工作人员的职务行为之间具有对价关系。例如,他人事前主动向国家工作人员交付财物,但没有任何请托事项的,难以肯定该财物与职务行为的对价关系。再如,即使国家工作人员实施了某种职务行为之后,他人向国家工作人员

〔6〕当然还可能存在其他类型。

交付财物的,如果他人向国家工作人员交付财物与国家工作人员事前实施的职务行为没有任何关系,也不能肯定财物与职务行为之间具有对价关系。因此,只有具备其他要素,使国家工作人员收受的财物与其职务行为之间具有对价关系,才能认定其行为侵犯了受贿罪的法益。于是,刑法条文在“非法收受他人财物”之后,添加了“为他人谋取利益”的要件。由于“为他人谋取利益”显然是基于国家工作人员的职务行为,所以,这一要件旨在说明国家工作人员收受的财物与其职务之间具有对价关系。如果脱离这种对价关系,单纯从字面上理解“为他人谋取利益”,则会使该要件丧失真实含义,从而导致受贿罪范围的不当扩大或不当缩小。

基于上述理由,他人主动向国家工作人员交付财物,以期国家工作人员通过职务行为为其谋取利益时,国家工作人员收受该财物的,该财物与国家工作人员将来实施的或许诺实施的职务行为(许诺为他人谋取利益)之间便具有了明显的对价关系。国家工作人员在通过职务行为为他人谋取利益的过程中,他人主动交付财物,国家工作人员予以收受的,该财物与国家工作人员正在实施的职务行为(正在为他人谋取利益)之间具有对价关系。同样,国家工作人员通过职务行为为他人谋取利益后,他人主动向国家工作人员交付财物,是基于对国家工作人员通过职务行为为其谋取利益行为的不正当酬谢时,该财物与国家工作人员已经实施的职务行为(已经为他人谋取利益)之间具有了对价关系。

二、“他人”与“利益”的基本含义

“为他人谋取利益”的“他人”不限于行贿人,完全可能是行贿人所指示或暗示的第三人。刑法规定受贿罪所禁止的是职务行为与财物的交换,即只要能够认定职务行为与某种财物之间具有对价关系,便能说明国家工作人员收受该财物的行为侵害了职务行为的不可收买性。因此,交付财物的人与获得或可能获得利益的人是否为同一人,便不是重要问题。换言之,即使交付财物的人与获得或可能获得利益的人不是同一人,也完全可以认定该财物与国家工作人员的职务行为之间具有对价关系。从事实上考虑,甲完全可能为了乙的利益而请托国家工作人员,故国家工作人员完全可能收受甲的财物而为乙谋取利益;同样,国家工作

人员也可能因为收受了甲的财物,而为与甲有某种关系的乙谋取利益。例如,甲完全可能为了使自己的亲属乙得到晋升,而向国家工作人员行贿;国家工作人员完全可能因为收受了甲交付的财物,而使乙或者许诺使乙得到晋升。在此,财物与职务行为的对价关系依然明显,没有疑问。^{〔7〕}

“为他人谋取利益”中的他人,也不限于自然人,完全可能是单位。根据刑法的规定,国家工作人员收受单位的财物时,仍然成立受贿罪。因此,国家工作人员完全可能因为收受财物而为单位谋取利益,或者因为为单位谋取了利益而收受财物。

“为他人谋取利益”中的利益,既包括正当利益,也包括不正当利益(违法乃至犯罪的利益)。国家工作人员通过正当职务行为,为他人谋取的利益,大抵上都是正当利益。但是,国家工作人员的性质决定了其正当职务行为不能获得不正当报酬;如果国家工作人员因为正当职务行为获得相对人的不正当报酬,则侵害了职务行为与财物的不可交换性,以及国民对职务行为的不可收买性的信赖。既然如此,国家工作人员不当地行使职务或者以不正当目的履行职务,为相对人谋取不正当利益而收受财物时,不仅侵害了职务行为的不可收买性,而且侵害了职务行为的合法性、公正性,理当以犯罪论处。

三、旧客观要件说的主要缺陷

“为他人谋取利益”,曾经被理解为具有为他人谋取利益的具体行为与结果。以往的观点认为,为他人谋取利益是受贿罪的客观构成要件,如果国家工作人员收受他人财物但事实上并没有为他人谋取利益,则不构成受贿罪;同时认为,为他人谋取的利益是否已经实现,不影响受贿罪的成立。^{〔8〕} 最高人民法院、最高人民检察院 1989 年 11 月 6 日《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》指出:“非法收

〔7〕 不过,在这种情况下,行贿人与得到利益的人是否行贿的共犯,则需要根据共同犯罪的成立条件认定。例如,乙欲获得晋升,又不宜直接向国家工作人员行贿,于是将真情告知甲,甲提出由甲向国家工作人员行贿并请托。在这种情况下,不管用于行贿的财物原本由甲所有还是由乙所有,甲、乙都成立行贿罪的共犯。

〔8〕 林准主编:《中国刑法教程》,人民法院出版社 1989 年版,第 640—641 页。