

预防职务犯罪的基础理论 与 实务导引

柳晞春 著



中国检察出版社

预防职务犯罪的基础理论与实务导引

柳晞春 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

预防职务犯罪的基础理论与实务导引/柳晔春著. 北京: 中国检察出版社, 2005

ISBN 7 - 80185 - 208 - 7

I. 预… II. 柳… III. 职务犯罪 - 预防犯罪 - 研究 - 中国
IV. D924.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 127169 号

预防职务犯罪的基础理论与实务导引

柳晔春 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 9.875 印张

字 数: 271 千字

版 次: 2006 年 1 月第一版 2006 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 208 - 7/D · 1195

定 价: 22.00 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

检察机关预防职务犯罪可以追溯到 20 世纪 50 年代^①，到 80 年代末渐受重视、初步开展，进入 90 年代得到充分重视并正式开展、逐步发展起来。早期的预防工作主要是结合办案开展的，基本方式包括法制教育、廉政教育、提出建议，以及专门性的调查研究。实际上，在当时预防工作已经取得了不俗的成绩，只是没有形成很大的规模。近年来，预防工作被重新审视，受到普遍重视，并被注入全新活力，显现出旺盛的生命力，因而迅速发展、壮大起来。重视并大力开展预防工作，是顺应反腐败斗争形势的需要而作出的理性选择，完全符合我国反腐败从侧重治标转向标本兼治，逐步加大治本力度的总体趋势的要求。在检察机关的大力推动之下，这项工作引起了社会的强烈反响，得到各界的普遍认可和广泛关

^① 精确地讲，当时并没有这种正式的提法，但是确实有了一些实际的做法。详见本书第二章。

注，预防职务犯罪已经成为我国反腐败尤其是检察机关反腐败的一个重要方面，并发展成为一项专门的检察业务工作。

预防工作发展的历程清晰地反映出预防工作的探索轨迹、前进脉络和阶梯性变化规律，体现在人们思想观念的转变上，也体现在预防工作思路、机制、措施、方式方法的演变和进化上。从早期的初步预防到专门成立预防贪污贿赂犯罪检察处，到升格为贪污贿赂犯罪预防中心，到成立职务犯罪预防厅，每次变化都带来巨大的发展机遇。高检院充分发挥了组织、管理和指导作用，不断夯实基础，开创局面，边探索、实践，边研究、指导，使得预防工作取得了全面、长足的发展。但是，预防工作的迅速发展又提出了全新的挑战和问题，不仅关系预防工作的前进方向，而且将影响预防工作的发展和命运。为了保证预防工作的实效，实现预防工作的可持续发展，必须走职能化和专业化的发展之路。从理论上讲，应给预防工作一个科学而理性的定位，奠定预防工作的理论基础，包括预防工作的思路、政策、价值、策略，检察机关预防职能及其与法律监督的关系，预防在检察工作中的地位，预防立法的现实性和可行性等，以科学地指导实践。从操作的层面讲，包括预防工作的工作机制、工作体系、社会预防网络的建设与管理，人民检察院在社会预防中的地位和作用，各有关单位的关系与协调，人民检察院各部门的预防职责和作用，预防工作的具体措施和方法，预防调研、宣传教育、预警、咨询的内容及其作用，等等，都需要进一步加以明确和规范。预防工作理论与实务中存在的许多问题，必须经过大量、深刻地探讨并经过实践验证才能得以解决。

如果要论预防职务犯罪的根本特征，那么主要有两个：一个是社会性，另一个是实践性。社会性既是职务犯罪的本质反映，也是预防工作的本质反映。这就决定了预防工作必然是一项社会性的系统工程，预防职务犯罪必然是全社会的共同责任。预防职务犯罪既不是检察机关的专利，也不是检察机关的专属职责。在社会反腐败和预防职务犯罪的整体格局中，检察机关预防职务犯罪工作只是一个环节，但却是十分关键的环节。从犯罪的角度讲，预防职务犯罪

是预防犯罪的重要组成部分，从社会学和政治学的角度讲，又是反腐败的重要组成部分。所以，考察、研究职务犯罪的预防必须置身于社会的、政治的、经济的和文化的背景之中。

实践出真知，预防职务犯罪的知识来源于实践，理论来源于实践，预防的资源、实证分析、策略、措施也都基于实践。列宁指出，“实践高于（理论的）认识，因为它不但有普遍性的品格，而且还有直接现实性的品格”^①。实践是第一性的，是预防工作的经验之源和动力之源。作为一项社会性工作，预防职务犯罪的每一项具体内容都与改造社会关系、调整社会结构、变革监督和管理制度等紧密相连，实践既是实施预防策略、措施，完成预防任务、实现预防目标的重要途径，也是体现预防价值、保证预防实效的根本措施。预防职务犯罪根基于实践，根基于经验。所以，预防的学问既是认识社会、认识犯罪的学问，更是实践的学问，是改造社会关系的学问。从实践中创造的经验比简单的书本知识更有实际价值，经验派应是预防工作真正的主流派。但是，如果认为要完全依赖于经验，停靠在经验之上睡大觉，那就大错特错了，因为经验的东西还必须上升到理论的层次。“为了要理解，必须从经验上开始理解、研究，从经验升到一般”^②。从经验出发，加以抽象、概括、推理，融会贯通各种相关理论，才能形成预防职务犯罪的基础理论。预防工作知识面广，理论基础庞大，涉及政治学、经济学、社会学、犯罪学、法学、管理学、心理学、监督学、舆论学等相关学科，实践中还要运用自然科学的理论和思想来指导实际操作，这是一个复杂的、综合性的理论体系。可以说，预防职务犯罪是理论思维与经验思维的统一，是理论学习与实践探索的统一。通过实践总结经验，可以提升理论层次，然后将理论运用于实践，以丰富和完善理论体系，在此反复演进的过程中理论将显现出强大的生命力和指引力。

① 《列宁全集》第38卷，人民出版社1959年版，第230页。

② 《列宁全集》第38卷，人民出版社1959年版，第221页。

简言之，预防职务犯罪的理论研究主要应解决两个问题：一是职务犯罪是什么？二是如何预防职务犯罪。在预防职务犯罪工作中，笔者运用基本的理论知识和理性思维进行探索和思考，归纳、总结和提炼经验，并从理论的层次加以阐释，逐步形成了大略的经验体系和理论体系。现在，加以系统整理，定名为《预防职务犯罪的基础理论与实务导引》，奉献给大家，希望对预防工作有所裨益。之所以这样定名，原因有二：一是本书理论是探索性的而非终极性，很多属于一家之言；二是本书在实务方面基于对实践的归纳总结，不是对刚性规定的解释，但是可以起到引导作用和借鉴作用。预防职务犯罪理论研究的主要任务包括：服务预防实践，指导实践，推动预防工作深入发展；整合不同理论以形成综合性的理论体系，为职务犯罪的“综合治理”提供理论基础；加深对职务犯罪的理性认识和综合认识，深刻理解职务犯罪的社会基础和文化基础，据此寻找科学、准确的预防政策、对策和措施；从实践中不断获取自身发展的营养，进一步丰富和完善预防理论体系。在本书的写作过程中，笔者主要兼顾了两个视角：一是从社会学角度的宏观预防，即社会预防，二是检察机关的部门预防，即检察预防，这两个视角有时候是交叉出现，既从社会的视角观察检察预防，又从检察的视角反观社会预防。本书在理论方面包括：职务与职务犯罪，职务犯罪的预防，预防职务犯罪的策略、政策、价值与目标，预防职务犯罪的理论体系与基本思路，职务犯罪的社会预防体系与综合治理，预防职务犯罪立法，惩处职务犯罪的预防功能。在实务方面包括：预防职务犯罪的基本形式和方法、预防职务犯罪宣传教育、预防调查研究、预防职务犯罪工作中的检察建议。笔者认为，预防违法违纪与预防职务犯罪属于同一过程的不同阶段，目标一致，本质相通，预防违法违纪天然地具有预防职务犯罪的功效，而追溯预防职务犯罪的源头必然会落到预防违法违纪之上，所以，预防职务犯罪的主要原理和操作方法对预防违法违纪同样管用。同时，由于预防工作的社会性与统一性，所以，预防职务犯罪的基本理论与操作方法对社会相关部门开展预防职务犯罪同样具有借鉴价值。

预防职务犯罪工作是件好事情，我们没有理由不去做好它。2005年1月，中央下发了《建立健全教育、制度和监督并重的惩治和预防腐败体系实施纲要》，明确要求“加大惩治和预防职务犯罪的力度”。同月召开的全国检察机关第二次预防职务犯罪工作会议明确提出要大力加强专业化建设，走专业化发展道路。贾春旺检察长专门致信本次会议，强调要进一步加大预防职务犯罪工作的力度，要求在增强预防工作的主动性、预防对策的科学性和预防工作的实效性上下功夫。预防职务犯罪工作又面临新的挑战和发展机遇。出版本书，就是为了满足预防工作缺少理论与实务方面专门书籍的现实需要，进而为促进预防职务犯罪、反腐倡廉尽一点微力。由于学识、时间所限，匆忙之中难免存在偏颇、不当之处，敬请同行和关心反腐倡廉工作的人士给予批评指正，并提出宝贵意见。

作者

2005年8月

目 录

前 言	/1
第一章 职务与职务犯罪	/1
一、职务犯罪及其种类	/1
二、职务犯罪的犯罪构成与界定	/7
三、“职务”之辨	/13
四、“职权”在职务犯罪中的作用	/15
第二章 职务犯罪的预防	/18
一、什么是预防职务犯罪	/18
二、预防职务犯罪的主体与客体	/22
三、预防职务犯罪的基本特征和主要作用	/25
四、预防职务犯罪的历史意义	/28
五、检察机关预防职务犯罪的历史回顾与发展	/31
第三章 预防职务犯罪的策略、政策、价值与目标	/67
一、预防职务犯罪：反腐败总体格局下的策略选择	/67
二、预防职务犯罪所依据的政策体系	/73
三、预防职务犯罪的基本价值	/87
四、预防职务犯罪的可行性	/94
五、预防职务犯罪的目标设计与有效控制	/98
第四章 预防职务犯罪的理论体系与基本思路	/103
一、预防职务犯罪的基本理论体系	/103
二、腐败分析常用的几种经济学理论	/115

三、预防职务犯罪与系统论、信息论和控制论	/126
四、预防工作的基本思维方式	/131
五、预防职务犯罪涉及的几个重要关系	/133
六、确定和把握预防职务犯罪工作的重点	/137
七、改革与发展：预防职务犯罪的根本途径	/144
第五章 职务犯罪的社会预防体系与综合治理	/151
一、职务犯罪预防的社会性与综合治理	/151
二、职务犯罪社会预防的工作机制	/156
三、预防职务犯罪工作机制的几种基本形式	/161
四、网络化社会预防的内容与历史发展	/163
五、社会预防中各有关单位的责任划分	/172
六、检察机关在网络化社会预防中的主要作用	/175
七、检察机关内部各机构的预防责任划分	/176
第六章 预防职务犯罪立法	/179
一、预防立法是预防职务犯罪工作的现实要求	/179
二、我国目前预防职务犯罪立法的总体情况	/183
三、国外预防腐败犯罪立法的总体情况	/187
四、我国预防职务犯罪立法的基本方式和主要任务	/193
第七章 预防职务犯罪的基本形式和方法	/199
一、预防职务犯罪工作的方法论	/199
二、预防职务犯罪的基本工作形式	/202
三、预防职务犯罪的工作方法	/208
四、预防工作的措施、方法的探索与创新	/211
五、国外预防职务犯罪工作的一些基本方法	/212
第八章 预防职务犯罪宣传教育	/217
一、职务犯罪的心理预防	/217
二、道德教化的预防功能	/226
三、法制、纪律教育与预防	/234
四、廉政文化与廉洁氛围	/241

五、预防职务犯罪宣传教育概述	/248
第九章 预防调查研究	/254
一、预防调查研究与发现、解决问题	/254
二、调查研究在预防工作中的地位和作用	/257
三、调查研究的总体过程	/259
四、调查报告的主要作用与基本结构	/262
第十章 预防职务犯罪工作中的检察建议	/265
一、检察建议概述	/265
二、检察建议的作用与实现途径	/272
三、检察建议的效力与权威性	/274
四、提出检察建议的情形	/277
五、检察建议书的制作	/281
第十一章 惩处职务犯罪的预防功能	/290
一、惩处职务犯罪的总体预防功效	/290
二、举报对职务犯罪的预防功效	/295
三、惩处职务犯罪的基本原则对预防功能的体现	/296
四、刑罚裁量的预防功效	/298

第一章 职务与职务犯罪

- 一、职务犯罪及其种类
- 二、职务犯罪的犯罪构成与界定
- 三、“职务”之辨
- 四、“职权”在职务犯罪中的作用

一、职务犯罪及其种类

顾名思义，职务犯罪是与职务有关的犯罪。通常，人们对于职务犯罪的认识往往只是限于犯罪学和刑法学的理解，即职务犯罪是犯罪的一种类型。“职务犯罪不是一个法律概念，而是法学研究者对与职务有关的犯罪的概称”^①。所以，对职务犯罪作简单概述比

^① 何秉松主编：《职务犯罪的预防与惩治》，中国方正出版社 1999 年版，第 4 页。

较容易,但是要给出一个准确、具体的定义却较困难,究其原因关键在于对“职务”和犯罪主体的认识不一。有的认为,“职务犯罪是指国家工作人员和其他在社会团体、企业、事业单位中依照法律、法规或者组织章程等从事公务的人员在履行职责过程中,利用职务上的便利条件,或者滥用职权,或者不正确履行职权所实施的违背职责要求的依照刑法规定应受刑罚处罚的行为的总称”^①。有的认为,“所谓职务犯罪,是指国家公职人员利用职务上的便利,滥用职权或放弃职责、玩忽职守而危害国家机关正常活动及其公正、廉洁、高效的信誉,致使国家、集体和人民利益遭受重大损失的行为”^②。有的认为,“职务犯罪是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、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以上三种观点,第一种观点比较宽泛,可以说是广泛意义上的职务犯罪,第二、三种观点相接近,而第三种相对更接近于刑法规定。

作为犯罪的一种特殊类型,职务犯罪具有犯罪的基本特征,即:严重的社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性。职务犯罪的社会危害性表现在完全背离国家和人民的利益,严重危害国家公务活动的廉洁性,侵害国家机关的正常活动和社会管理职能,以及由此产生的各种社会关系,并对国家利益、经济秩序、公民人身和民主权利、财产权利、社会管理秩序、行政秩序、司法秩序构成威胁。由于职务犯罪违反刑法,触犯刑律,所以职务犯罪人必须承担相应的法律后果,受到刑罚的惩罚,有关惩罚性的规定散见于刑法

① 何秉松主编:《职务犯罪的预防与惩治》,中国方正出版社1999年版,第5页。

② 王昌学主编:《职务犯罪特论》,中国政法大学出版社1995年版,第49页。

③ 孙谦主编:《国家工作人员职务犯罪研究》,法律出版社1998年版,第21页。

分则各个不同的罪名之中。根据刑法规定,职务犯罪包括贪污贿赂、渎职、侵权等犯罪。

从社会学意义讲,职务犯罪是一种腐败,而且是最为严重的腐败形式。所以有人也认为,腐败犯罪也称职务犯罪^①。由于职务犯罪与职务之间的特殊关系,职务犯罪必然地与腐败连在一起。在现代社会,腐败已为公众所熟知。照字面的本义,腐败是指物质的腐烂、变质。汉语中腐败一词,最早始见于汉朝,“太仓之粟,陈陈相因,克溢露积于外,腐败不可食”^②,意思是粮食腐烂变质而不能再吃。根据现代汉语词典的解释,腐败的含义有三:一是腐烂;二是思想陈旧,行为堕落;三是制度、组织、机构、措施等混乱、黑暗。^③第一种说的是物质的腐败,第二种说的是思想的腐败,第三种说的是制度和体制的腐败。第二种、第三种解释是对第一种解释的拓宽和发展,更符合于从社会学、政治学的角度对腐败的理解。腐败的这三种情形无不代表落后、腐朽、没落,与进步、健康形成完全的对立。

现代意义的腐败主要是针对政治和社会而言。政治腐败主要指对于公共权力的亵渎和滥用。社会腐败主要指社会机体的腐败,表现为机构臃肿,管理混乱、无序,颓废,丑恶,堕落等。个人腐败主要指思想堕落、行为腐化,如贪污贿赂、生活腐化等。对单位来讲,腐败是指单位组织不合理,制度不健全、零乱无序,管理混乱等等。社会上存在的各种不正之风,以及黄、赌、毒等丑恶现象都属于社会腐败的范围。

按照腐败的社会危害性的程度,可以将腐败划分为一般腐败行为、违纪违法行为和职务犯罪行为,职务犯罪是最严重的腐败形式。“职务”是职务犯罪的前提,没有职位和权力的便利,也就无

① 林喆等著:《腐败犯罪学研究》,北京大学出版社2002年版,第11页。

② 参见《汉书·食货志·上》。

③ 《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆1996年版,第391页。

法实施职务犯罪。职务犯罪的概念既是历史的，也是国际的。不同时期人们对职务犯罪的认识不同，世界各国和国际组织对职务犯罪的认识也不尽一致。有的国家称为“公务员犯罪”或者“白领犯罪”，专门指具有特定身份的人员实施的与其职务相关的犯罪。

通常认为，权力滥用导致腐败。法国伟大思想家孟德斯鸠指出：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验”，对于我们研究腐败问题很有启发。权力导致腐败与公职人员的职务有关，这是权力腐败的职务关联性。在我国，国家机构的职位和职务主要是通过选举、任命、委托等方式确定的，并由专门的部门和人员具体承担。作为管理公共事务的活动，职务活动包括国家的政治、经济、司法、军事、文化、教育等方面的管理职能，都是通过国家机关及国家工作人员的具体职务行为来实现的。也就是说，职务活动得由特定的部门交由具体的个人来实施，或者是依据法律、规定直接从事，或者是委托其他单位和个人从事。依理依法，国家机关及国家工作人员都必须从国家利益和人民的根本利益出发，对人民负责，受人民监督。但是，权力经常会失去监督和制约，进而导致腐败出现。一些国家工作人员在职务活动中滥用职权，以权谋私，触犯刑律，构成犯罪，就是通常所说的职务犯罪。

在管理国家和社会的公务活动中，国家工作人员的作用十分关键。他们一旦涉嫌职务犯罪，就会从根本上危害国家政治体制、法律制度和社会管理，败坏政府形象和声誉，所以各国政府普遍高度重视，纷纷采取措施以严厉惩治并有效预防职务犯罪。一般来讲，现代国家都追求民主和法制，其中的主要内容都与公共权力的分配和运用有关，这种追求要求科学配置公共资源，合理平衡和制约权力，高效运用权力，保持权力的廉洁和公正。但是，国家权力的实施是一个从“无形”向“有形”的转化过程，是统治、管理意志的具体化、现实化，总得由具体单位和个人来行使。在行使的过程中，人为因素的影响在所难免，因为制度和规定都是刚性的和固定的，但是人却是“活”的。人为因素能够带来一定的机动性和灵活性，如可以机动选择和变通处理一些比较复杂的问题，但是如果

行为人主观出现偏差,例如产生恶意、私欲,就必然会影响公共权力的使用,为权力的正常行使制造障碍或增加麻烦,甚至造成权力的滥用、私用、误用、或者不用,对公共社会造成危害,产生经济损失,产生现实中的不公正。所以,为保证权力的公正行使和不被滥用,必须监督行为人,尤其是要限制人为因素的影响。但是,在权力的实际运用过程中,权力异化还是会经常发生,出现权力滥用,或者是公共权力错位、不到位和失控的现象,具体表现为腐败的形式,当这些腐败恶化到一定的程度就成为职务犯罪。从这个意义上,有人指出,腐败犯罪指的是这样一种现象或行为:国家公职人员违反或偏离公共职责,私用或滥用公共权力,由此不仅损害了国家公共职务的廉洁性,而且也侵害了国家公共管理职能和秩序,致使国家和人民利益遭受重大损失,从而依照法律应受刑罚处罚的行为^①。

通常所说的职务犯罪在司法实践中受到一定的限制,被限定为国家工作人员职务犯罪,即指国家工作人员利用职务便利实施的贪污受贿,玩忽职守,徇私舞弊,侵犯公民权利,破坏国家对公务活动的管理职能,依照刑法规定应当受到刑罚处罚的行为。这一范围与检察机关管辖的职务犯罪范围相一致,主要包括以下具体罪名:

(一) 贪污贿赂罪

1. 贪污罪
2. 挪用公款罪
3. 受贿罪
4. 单位受贿罪
5. 行贿罪
6. 对单位行贿罪
7. 介绍贿赂罪
8. 单位行贿罪

^① 林喆等著:《腐败犯罪学研究》,北京大学出版社2002年版,第11—12页。

9. 巨额财产来源不明罪

10. 隐瞒境外存款罪

11. 私分国有资产罪

12. 私分罚没财物罪

(二) 渎职犯罪

1. 滥用职权罪

2. 玩忽职守罪

3. 故意泄露国家秘密罪

4. 过失泄露国家秘密罪

5. 枉法追诉、裁判罪

6. 民事、行政枉法裁判罪

7. 执行判决、裁定失职罪

8. 执行判决、裁定滥用职权罪

9. 私放在押人员罪

10. 失职致使在押人员脱逃罪

11. 徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪

12. 徇私舞弊不移交刑事案件罪

13. 滥用管理公司、证券职权罪

14. 徇私舞弊不征、少征税款罪

15. 徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪

16. 违法提供出口退税凭证罪

17. 国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪

18. 违法发放林木采伐许可证罪

19. 环境监管失职罪

20. 传染病防治失职罪

21. 非法批准征用、占用土地罪

22. 非法低价出让国有土地使用权罪

23. 放纵走私罪

24. 商检徇私舞弊罪

25. 商检失职罪