



数据加载失败，请稍后重试！

南京大學法學文庫

江苏省“八五”社科项目

# 职务犯罪研究

主 编 钱大群 孙国祥

副主编 张晓陵



南京大学出版社

南京大学法学文库

**职务犯罪研究**

钱大群 等

\*

南京大学出版社出版发行

(南京大学校内 邮政编码 210008)

双成照排技术 句容市和平印刷厂印刷

\*

开本:850×1168 1/32 印张:13.375 字数:340千

1996年11月第1版 1996年11月第1次印刷

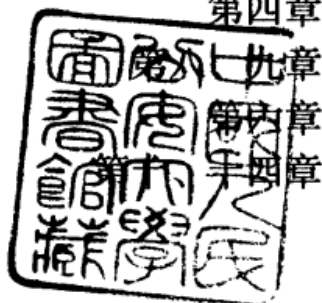
印数:1-1000

ISBN 7-305-02869-X/D·353

总定价:240元(本册定价20元)

## 本书按章编写的分工

|     |          |
|-----|----------|
| 钱大群 | 第一、二章    |
| 孙国祥 | 第三、七、十五章 |
| 张晓陵 | 第五、十二章   |
| 张晓陵 | 第十三章     |
| 余向东 | 第十一章     |
| 许江  | 第四章      |
| 夏锦文 | 第七章      |
| 高冬竹 | 第八章      |
| 朱超  | 第九章      |
| 董长春 | 第十章      |



# 前 言

国家工作人员的职务犯罪,其立法及司法的根本目的是实施廉政。预防和减少职务犯罪,进行廉政建设,是当今世界上所有国家都共同面对的一个亟待解决的迫切问题。国家工作人员的腐败现象,从历史的政治思想根源上分析,江泽民同志指出,腐败现象“从本质上说是剥削制度、剥削阶级的产物”。从社会学的角度看,也有制度性的原因,存在权力的地方都有可能出现腐败。邓小平就说:“无制约的权力必然带来腐败。”这些理论的贡献在于,它使得反腐倡廉,预防和减少职务犯罪有了可以从事实努力的正确方向。所以,从一开始,我们为这项研究确定的目标是:紧密联系司法实际,从理论上较深刻地研究职务犯罪。这个目标力求在各章各节的写作中得到落实。

封建制国家其权力基本是专制主义的,它能实

行一定程度的吏治,但却永远消除不了因专制权力不受制约而产生的腐败。资产阶级国家实行以“三权分立”为核心的制约机制,其狭隘的资产阶级民主制也消除不了权力制约的漏洞。封建国家的吏治与资产阶级的分权制约,比起真正的民主制来虽都有局限性,但是,这二者毕竟也有对权力的制约与监督,是人类社会权力制约历史上的两个里程碑,它们对于我们国家建立新型的权力制约制度,具有参考借鉴意义。大陆参照香港的廉政公署在各级检察机关内建立反贪污贿赂局,这说明不同社会制度下的反腐倡廉制度是可以借鉴的。有鉴于此,我们在本书中,特别安排了古代中国及现代外国职务犯罪制度研究介绍的专门章节。与同类著作相比较,从著作涉及的内容范围说,以当代为主兼具古今中外是这部著作的特色之一。

改革开放的总任务,是要把中国建设成具有中国特色的社会主义国家。反腐倡廉的任务也要求我们建立起具有中国特色的廉政制度和职务犯罪的防治制度。改革开放的实践证明:“中国特色”的最大国情特征就是中国共产党的领导——中国共产党是国家唯一的执政党。从执政党与国家工作人员的关系说,一方面执政党享有举荐各级国家工作人员的权力;同时,从中央到地方县级的政权,相应的各级党委基本都是派出其常委成员去应选各级政府、人民代表大会常委会及政协会议的主要负责人。这种权力、权利,不只是道义上的,而且是法律的。反腐倡廉制度如果要涉及对权力的监督制约,那么人民群众在执政党的组织领导下,辅以参政党的协商监督,去制约以执政党成员为主的国家工作人员权力的行使,就将是中国特色的权力制约制度的根本特点。这也是我国职务犯罪预防及对策研究中要涉及的问题。职务犯罪研究同权力制约的研究密切相关,虽然处罚犯罪的制度与正面的规章制度不同,刑法学也不等于是政治学与宪法学,但是,廉政建设与治理职务犯罪的研究决不能完全离开政治学与宪法学。反腐倡廉的斗

争必须由中国共产党来领导。我写的以上的这些话,既作为对本书关于职务犯罪对策研究的一个补充,也作为让读者作更深入思考的一个引子。

职务犯罪研究的选题,是江苏省“八五”社会科学研究规划中所列的指导性项目。申报获准以后,我邀请本院刑法教研组、江苏省高级法院、南京市中级法院及南师大经济法政学院的同志一起参加研究。实践证明,法律史研究者和刑法学研究者与司法实际部门的同志联合起来对职务犯罪进行共同研究,恰好构成了一种多角度研究的优势。本书在内容上联系司法实际,涉及古今中外的特色,正是这种优势的反映。

本书的写作提纲,先由孙国祥同志参考申报内容草拟,我补充修改成讨论稿交付参加写作的主要成员讨论,讨论中许江、夏锦文、高冬竹等同志提供了很多好的意见。会后,我综合讨论意见,充实改定成正式的写作提纲打印下发。书稿分头写成后,孙国祥、张晓陵两位同志先后进行编修。在这过程中,由于书稿搁置的时间较长,我嘱请孙国祥同志对原来编写内容与当前司法实践造成的缝隙,作了尽可能的弥补与修改。

研究生、江苏省高级法院的苏学增同志协助进行了通校。

钱 大 群

1996年农历九月初九

于南京大学小营宿舍

# 目 录

## 前 言

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| <b>第一章 中国古代的职务犯罪(上)</b> ..... | (1)   |
| 一、中国古代职务犯罪的渊源 .....           | (2)   |
| 二、中国古代职务犯罪的种类 .....           | (6)   |
| <b>第二章 中国古代的职务犯罪(下)</b> ..... | (33)  |
| 一、中国古代职务犯罪立法上的特点 .....        | (33)  |
| 二、中国古代职务犯罪司法上的特点 .....        | (44)  |
| <b>第三章 国外职务犯罪的理论与实践</b> ..... | (58)  |
| 一、国外职务犯罪的立法 .....             | (58)  |
| 二、国外关于职务犯罪的理论 .....           | (68)  |
| 三、国外职务犯罪的主要内容 .....           | (73)  |
| 四、中外职务犯罪比较研究 .....            | (82)  |
| <b>第四章 职务犯罪的特点和原因</b> .....   | (87)  |
| 一、我国职务犯罪的现状和分类 .....          | (88)  |
| 二、当前职务犯罪的特点 .....             | (92)  |
| 三、职务犯罪的一般原因 .....             | (98)  |
| 四、改革开放与职务犯罪 .....             | (114) |
| <b>第五章 职务犯罪的界定和构成要件</b> ..... | (119) |
| 一、职务犯罪的概念 .....               | (119) |



---

|                                     |              |
|-------------------------------------|--------------|
| 二、职务犯罪的分类 .....                     | (126)        |
| 三、职务犯罪的构成 .....                     | (129)        |
| 四、职务犯罪与经济犯罪 .....                   | (138)        |
| 五、职务犯罪与白领犯罪 .....                   | (143)        |
| 六、职务违法案件中罪与非罪的界限 .....              | (145)        |
| <b>第六章 职务犯罪中的共同犯罪</b> .....         | <b>(150)</b> |
| 一、共同犯罪的定罪研究 .....                   | (150)        |
| 二、共同犯罪刑事责任的区分 .....                 | (156)        |
| <b>第七章 职务犯罪中的刑事责任和行政责任</b> .....    | <b>(163)</b> |
| 一、职务犯罪刑事责任的根据 .....                 | (163)        |
| 二、职务犯罪刑罚方法的选择及其运用 .....             | (170)        |
| 三、职务犯罪的量刑情节 .....                   | (174)        |
| 四、职务犯罪的非刑罚处理方法及其运用 .....            | (180)        |
| 五、职务犯罪处理中的国家赔偿 .....                | (182)        |
| <b>第八章 经济领域的职务犯罪(上)</b> .....       | <b>(187)</b> |
| 一、贪污罪 .....                         | (187)        |
| 二、贿赂罪 .....                         | (198)        |
| <b>第九章 经济领域的职务犯罪(下)</b> .....       | <b>(217)</b> |
| 一、挪用公款罪 .....                       | (217)        |
| 二、巨额财产来源不明罪 .....                   | (231)        |
| 三、隐瞒境外存款罪 .....                     | (244)        |
| <b>第十章 侵犯公民人身权利与民主权利的职务犯罪</b> ..... | <b>(251)</b> |
| 一、侵犯公民人身权利与民主权利的职务犯罪概述 .....        | (251)        |
| 二、非法剥夺宗教信仰自由罪 .....                 | (255)        |
| 三、侵犯少数民族风俗习惯罪 .....                 | (259)        |
| 四、非法拘禁罪 .....                       | (262)        |
| 五、报复陷害罪 .....                       | (267)        |
| 六、拒绝或阻碍解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪 .....        | (272)        |

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| <b>第十一章 执法活动中的职务犯罪</b> ..... | (277) |
| 一、执法活动中的职务犯罪概述 .....         | (277) |
| 二、刑讯逼供罪 .....                | (279) |
| 三、徇私枉法罪 .....                | (289) |
| 四、体罚虐待被监管人罪 .....            | (296) |
| 五、私放罪犯罪 .....                | (302) |
| <b>第十二章 职务过失犯罪(上)</b> .....  | (308) |
| 一、重大责任事故罪 .....              | (308) |
| 二、重大医疗事故罪 .....              | (325) |
| <b>第十三章 职务过失犯罪(下)</b> .....  | (339) |
| 一、玩忽职守罪 .....                | (339) |
| 二、过失泄露国家重要机密罪 .....          | (353) |
| <b>第十四章 职务犯罪的法律对策</b> .....  | (364) |
| 一、完善刑事法律规范 .....             | (365) |
| 二、协调相关的法律部门 .....            | (373) |
| 三、健全刑事司法制度 .....             | (379) |
| 四、充分发挥刑罚的功能 .....            | (386) |
| <b>第十五章 职务犯罪的社会预防</b> .....  | (391) |
| 一、职务犯罪社会预防的概述 .....          | (391) |
| 二、国家与企事业单位内部的预防机制 .....      | (399) |
| 三、行政监察与党纪检查的预防机制 .....       | (404) |
| 四、社会大众及舆论监督的预防机制 .....       | (407) |
| 五、司法机关在预防职务犯罪中的作用 .....      | (411) |

# 第一章 中国古代的职务犯罪(上)

官员的职务犯罪是刑法中的重要内容之一。古代是这样,近现代是这样,将来也仍会是这样。

职务犯罪所以重要,这与其犯罪主体是官吏这一点密不可分。官吏是国家政务活动的重要参与者及管理活动的主要实施者。官吏的职务活动是国家职能实施的主要杠杆。官吏依法履行职务是国家法制确立的重要基础。官吏守法对民众守法起着领头羊的作用,官吏的坏法是对民众违法犯罪的鼓励与唆使。对官吏的违法犯罪姑息容忍最易激起人民群众对法律的逆反心理。官吏违法犯罪所形成的对民众的压迫以及他们造成的腐败的环境,是社会上违法犯罪的根源之一。

官吏违法犯罪的-一个特点是可以利用职权。以利用职权为特征的职务犯罪,比一般犯罪有更大的

危害性。一是职务犯罪侵犯的客体往往是属于国家法益的管理秩序；二是因为有职权可利用，其犯罪得逞率高，后果严重；三是因为凭借权力，这种犯罪对被侵犯对象的反抗与举报，客观上都存在抑止性；四是这种犯罪常常表现为国家机构内部的一种腐烂，富于隐蔽性，因而容易避过一般的监督。历代封建刑律都重视对职务犯罪的监督是有其深刻原因的。

封建国家对官吏职务犯罪的监督与处置，根本目的是强化国家机器，提高封建国家的统治效能。但是封建刑律对官吏违法犯罪的抑制也有其相对的进步作用。在封建社会，人民与专制政权的矛盾集中地反映在官吏与民众的对立性上。封建统治者为了缓和与人民群众的矛盾，经常奉行的措施之一就是用法手段来监督官吏，使官吏对民众的欺压与剥夺限制在民众可以容忍的限度之内，从而来缓和封建国家与人民群众的矛盾，这便是封建刑律维护封建吏治的积极意义。

重视吏治是中国封建社会的传统思想，使用刑法来惩治官吏的职务犯罪是封建刑律的一个传统特点。封建刑律惩治官吏职务犯罪的特点是在立法上张起严密的法网，法律对职务犯罪不但从严监督富有威慑性，而且在立法和司法上具有一定的预防性及教育性。

几千年来，封建刑律在惩治和预防职务犯罪上有丰富的经验，我们今天欲从立法及司法上加强对现行刑法中“渎职罪”的研究，使其进一步完善，古刑律中这方面值得总结和借鉴的地方颇多。

## 一、中国古代职务犯罪的渊源

在中国，职务犯罪也是一项古老的犯罪。历史告诉我们，官吏的职务犯罪基本上同国家与法律的产生而同时产生。

《左传·昭公十四年》记载晋国的叔向评论叔鱼的罪行时说：

“贪以败官为墨”，意思是说，(叔鱼)贪赃败坏官纪是为“墨”罪。接着，叔向援引《夏书》的记载总结说，有昏、墨、贼之罪要杀头，是皋陶法律的内容：“昏、墨、贼，杀。皋陶之刑也。”〔1〕这里所谓“贪以败官”的“墨”，是贪赃枉法的职务犯罪。关于皋陶其人，《竹书纪年》记虞舜于“二年”曾“命皋陶作刑”。《史记·夏本记》记载皋陶曾被夏禹指定为继位人，但是他却死在夏禹之前，《竹书纪年》记载“禹夏后氏”“三年”“皋陶薨”。总之，可以判定，皋陶制订的“墨”的罪名，是在我们现在通常确认的国家与法律产生的夏朝的初期。《左传》引用的《夏书》的记载，这是迄今为止，中国古籍中记载最早的官吏职务犯罪的罪名。

夏朝的第二代国君夏启曾发布过关于军职犯罪的具体命令。《尚书·甘誓》记载夏启在甘地征讨有扈氏时所发布的军令内容说，如左边的士兵不善于射敌，右边的不善于刺敌，中间的不善于驾驭马匹，便都有不能完成自己应有职责的“不恭命”之罪。法令规定“弗用命”的人要在社神面前受刑罚，或者是罚为奴，或者是被刑辱：“予则孥戮汝。”〔2〕

夏朝的第四代国君仲康时，曾有过国家的行政官吏因渎职而被正法的案例。当时担任掌天师的诸侯羲和，原就“废厥职，酒荒于厥邑”。一次“乃季秋月”发生了日蚀。按古礼，有日蚀，天子与臣民都要行击鼓祭祀的仪式。但是，羲和“尸厥官，罔闻知。”因为日蚀发生时他正“沉乱于酒”，因而“傲扰天纪，遐弃厥司”。身为“掌天地四时”之官的羲和，“尸位素食，沉湎于酒”，终因“昏迷于天象，以干先王之诛”。〔3〕这是我国历史上有记载的官吏职务犯罪最早的案例。

〔1〕《十三经注疏》第2076页。

〔2〕《十三经注疏》第155页。

〔3〕《十三经注疏》第158页。

古代中国关于官吏职守的专门立法,出现得也很早。我国商朝已经有了为预防和减少官吏(包括国君在内)违法犯罪而专门制订的法律《官刑》。《尚书·尹训》记载国相伊尹说制订《官刑》的目的是儆戒有权的人物:“制官刑,儆于有位”,达到“居上克明,为下克忠”的目的。商朝的《官刑》中,规定有“三风十愆”的罪名,从作风上,道德上、政治上来管束官吏和当权者。所谓“三风”是指“巫风”、“淫风”、“乱风”。其中“巫风”包括无节制地在宫室歌舞(“恒舞于宫,酣歌于室”)的“二愆”。“淫风”包括徇私于财货和女色,长期地游乐和打猎(“殉于货、色,恒于游、畋”)的“四愆”。“乱风”包括轻侮国君的命令,拒绝忠直之规劝,疏远年高德劭之人而亲近狂顽之徒(“侮圣言,逆忠直,远耆德,比顽童”)的“四愆”。训令还指出:“唯兹三风十愆,卿士有一于身,家必丧,邦君有一于身,国必亡。”〔1〕作为臣下的人,如不匡正君主杜绝“三风十愆”,则要处刺脸的“墨”刑。惩罚官吏的职务犯罪是国家管理活动的需要。官吏职务犯罪的内容及制度,随着国家政务管理活动的发展变化而发展变化。我国西周有关国家管理活动的立法已有很多记载。

《周礼·天官·冢宰》记载,太宰的职责之一是“以八法治官府”。在治官府的“八法”中,有设“官职”以辨别王邦政事的职守,立“官常”以听断本职内的政事,行“官计”以考核王邦政事的得失等内容。在太宰以“八柄”辅佐王者,统御群臣的职责中,“六曰夺,以馭其贫;七曰废,以馭其罪;八曰诛,以馭其过”,即通过“夺”、“废”、“诛”使有罪的官吏贫穷、受罚、遭灾祸。这些立法内容显然包括对官吏职务犯罪的惩罚。

《周礼·秋官·大司寇》规定最高法官“大司寇”的职责之一是“以五刑纠万民”。其中“二曰军刑,上命纠守”,“四曰官刑,上能纠职”,意即使用于军中的“刑”法,是鼓励遵守命令的,举论有亏职守

〔1〕《十三经注疏》第163页。

的;施行于官府的刑罚,是鼓励贤能,举论失职的。由此可见,在先秦众多的吏治立法中,包括有一系列惩治官吏职务犯罪的法律规范。

从立法的角度说,封建社会初期,官吏职务犯罪的法律条文都散布于刑律的各篇之中。战国魏国的《法经》六篇中属于职务犯罪的“金禁”与“博戏”被列在《杂律》之内,其他《囚》、《捕》二篇内当然也会包含职务犯罪的内容。从秦简的片断中可以判定,秦朝关于职务犯罪的法律条文也散列于“六律”之中。《置吏律》及《行书》中在规定官吏的某些职务犯罪时都说“以律论之”。<sup>〔1〕</sup>所谓“以律论之”就是以《六律》中的规定办。汉朝的《九章》及汉律六十篇中,也无专门的职务犯罪的篇章,职务犯罪的条文散列于各篇的情况可以想见。

到了魏晋南北朝时期,职务犯罪在封建刑律中逐渐形成单独的篇章。

曹魏《新律》十八篇,是于《九章》的基础上增加劫略、诈伪、毁亡、告劾、系讯、断狱、请贼、警事、偿赃等篇形成,其中“系讯”、“断狱”与“请贼”等篇中肯定包括有司法审判违法及受贿等职务犯罪的内容。

晋《泰始律》二十篇,其中请贼、系讯、断狱、擅兴、卫官、违制及诸侯等篇基本上是以职务犯罪为主的篇目。

北朝的《北齐律》定为十二篇,隋唐参照《北齐律》也定为十二篇,其名为名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱十二篇。其中既有卫禁、职制、擅兴、捕亡、断狱等基本属职务犯罪的篇章,而同时其他各篇也都包含各种性质明确的职务犯罪。宋元时代,封建刑律中职务犯罪的篇章,基本仍是这样。

〔1〕《睡虎地秦墓竹简》第95页、103页。

明朝洪武三十年的《大明律》，由承隋唐的十二篇制改为名例、吏律、户律、礼律、兵律、刑律、工律的七篇制。其中名例一篇；吏律下分职制、公式二篇；户律下分户役、田宅、婚姻、仓库、课程、钱债、市廛七篇；礼律下分祭祀、仪制二篇；兵律下分宫卫、军政、关津、厩牧、邮驿五篇；刑律下分贼盗、人命、斗殴、骂詈、诉讼、受赃、诈伪、徇奸、杂犯、捕亡、断狱十一篇；工律分营造、河防二篇。全律三十篇，职务犯罪的篇目与罪名所在更加清晰明确。其中“职制”、“公式”、“仓库”、“宫卫”、“军政”、“邮驿”、“受赃”、“断狱”、“营造”等基本是职务犯罪的专篇。在明清的刑律中职务犯罪规定得齐全，监督得严密，在编纂上条分集中，按插科学，继续体现了封建刑律重视吏治的优良传统。

## 二、中国古代职务犯罪的种类

中国古代职务犯罪的种类以繁多为特征，就不同的罪名看，内容非常庞杂，但就其性质言，大概可分为以下几类：

### （一）人事管理上的违法犯罪

人事管理上的违法犯罪，反映了统治阶级对官员从举荐、任免到考核的整个管理过程的法律监督。

一是惩治举荐上的违法犯罪。古代官吏的选拔，无论是否实行科举制度，都离不开举荐。两汉时期官吏的选用以“察举”和“征辟”为主要途径，隋唐科举制下，以“贡举”取士为途径。因此，古代法律中都有惩治关于举荐上的违法犯罪内容。

有而弗言 地方官对辖区内有应该向朝廷推荐的贤良方正、贤良文学、孝悌力田、茂材异、孝廉直言极谏等的人才而不推荐，是为“有而弗言”罪。刘邦于公元196年在诏令侯王与地方郡守努力察举时说，如“有而弗言”被察觉之后，要受撤免官职的处



罚：“觉，免。”〔1〕唐朝官员有这种犯罪称为“应贡举而不贡举”之罪。

**举非其人** 地方官及侯王按规定要选择“英俊、贤行、廉洁、平端于县邑”的人。对被举荐的人要“务尽实核”，并且“务授试以职”，进行实际测试，如所荐“非其人”，不符皇帝要求，有关机关要上奏地方官的罪名，依法惩办举荐人：“有司奏罪名，并正举者。”〔2〕到唐朝，这种犯罪称为“贡举非其人”。

**选举贪污** 这是在荐举中受贿舞弊的罪名。东汉顺帝时，太尉施延因“选举贪污”而被“策罢”免官。〔3〕

二是惩治选用官吏的违法犯罪。科举制前的秦汉，法律对官吏选任的监督也相当严密。其主要罪名有：

**置任不审** 秦代选用官吏都有法定条件，不符合条件而选用，是为犯罪。如秦朝规定“佐吏”任用的年龄要求三十以上，新登记成年的不能选用，被依法撤职的“废官”不能选用，犯罪刑满释放的不能选用。法律规定，任用徒属不当，不审慎，都处一年徒刑：“当除弟子籍不得，置任不审，皆耐为候。”〔4〕

**所任不善** 这是官员任命不胜任者做官的罪名。封建社会初期盛行养士的风气，秦朝还流行战国时选用游士的风气，朝廷要求官府“审民能，以任吏”。法律规定，被任命的人犯什么罪，任命的人也要照犯罪人的刑罚处罚：“秦之法：任人而所任不善者，各以其罪罪之。”〔5〕当时秦丞相范雎保举郑安平为将击赵，结果郑率兵降赵，范雎也因此要被诛。

**选官乖于举状** 在科举制度下，生员参加国家级的“省试”

〔1〕《汉书·高帝纪》。

〔2〕《后汉书·百官志》应劭注引《汉官仪》。

〔3〕《后汉书·顺帝纪》。

〔4〕《睡虎地秦墓竹简》第130页。

〔5〕《史记·范雎列传》。