

刑 事 法 学 探 索 系 列

总主编 邸瑛琪

职务犯罪防控论

●
李 波 刘 剑 赵国军 著

●
河南人民出版社

刑 事 法 学 探 索 系 列

总主编 邸瑛琪

职务犯罪防控论

李 波 刘 剑 赵国军 著

河南人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

职务犯罪防控论/李波,刘剑,赵国军著. —郑州:河南人民出版社,2009.8

(刑事法学探索系列)

ISBN 978-7-215-07002-8

I. 职… II. ①李…②刘…③赵… 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(2009)第 151589 号

河南人民出版社出版发行

(地址:郑州市经五路 66 号 邮政编码:450002 电话:65788036)

新华书店经销 郑州美联印刷有限公司印刷

开本 890 毫米×1240 毫米 1/32 印张 10.75

字数 320 千字

2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月第 1 次印刷

定价:28.00 元

序 言

“在同一社会中，腐化现象在进化时期比在其他时期更为常见，腐化的程度可能与迅速的社会经济现代化有着相当密切的关系。”^① 中国处于现代化初始阶段，正经历着巨大的社会变迁和制度变革，腐化现象尤其是职务犯罪问题更成为深关我党执政根基、政权稳固、社会稳定和人心向背以及社会风气的大问题。日益严重的职务犯罪不仅严重损害了国家和人民的根本利益，破坏了我国社会主义市场经济体制的健康发展，而且给党和政府在人民群众心目中的形象和地位带来了极为恶劣的影响。研究现阶段我国职务犯罪的特点和规律，探究职务犯罪发生发展的原因，提出全面的防控对策，并针对具体的职务犯罪行为提供切实可行的防控措施，既是执政者的施政要务，又是广大民众的迫切要求，同时也是学者们义不容辞的责任。

虽然对于职务犯罪的一般预防和控制问题，国内外的刑法学和犯罪学者经过多年的研究，取得了一定成绩，形成了一系列职务犯罪预防理论观点和控制学说体系，但是对于我国改革开放以来职务犯

^① [美] 塞缪尔·亨廷顿著：《变革社会中的政治秩序》，华夏出版社 1988 年版，第 58 页。

罪所呈现的井喷似的发展态势,现有理论和措施过于关注具体案件、具体区域和领域的具体问题,其论证和说明缺乏整体、宏观和战略上的把握,难免有“头痛医头,脚痛医脚”之弊。尤其在职务犯罪本质的认识和在职务犯罪原因的理解上还停留在过时的理论基础之上,在职务犯罪防控制度协调、法律协调、机构协调等方面存在严重的失调现象,使职务犯罪防控的实际效果大打折扣。革新研究观念和研究方法,运用数理分析、统计预测,结合法理分析、社会学分析以及政治学分析,提高研究成果的科学性、可靠性和实效性已成为防控职务犯罪研究的当务之急。本论著研究对于从根本上预防职务犯罪,控制职务犯罪的发展态势,消除职务犯罪对我国现代化建设的不利干扰,具有重要的现实意义和深远的历史意义。

基于此,本论著以职务犯罪的现象论为研究起点,首先明确职务犯罪概念的内涵,在对职务犯罪现象及特点深入分析的基础上,揭示其本质特征是国家权力的异化。并总结出职务犯罪的四大类别,进而对我国现阶段职务犯罪的特点进行概括,指出职务犯罪对政治、经济及社会风气带来的严重危害。在原因论部分,通过对职务犯罪特点的归纳、总结,反思职务犯罪发生的原因,摒弃原先研究职务犯罪原因时,过分强调主观原因、有意无意地忽视职务犯罪发生客观原因的分析方法;明确指出我国现阶段职务犯罪产生的内在根据即权力失范,这是职务犯罪泛滥的最根本原因,也是职务犯罪防控对策的根本出发点;本论著还从经济转型、社会结构变迁、文化信仰迷失以及执法不力等几方面深入探讨了职务犯罪产生的原因。

知古以鉴今。在对策论中,本论著首先对职务犯罪防控进行了历史考察,并对其他国家职务犯罪防控对策的观点、职务犯罪防控立法状况以及防控职务犯罪的主要措施加以鉴别和评价,最后在借鉴和吸收古今中外职务犯罪防控的有益成果基础上,提出我国职务犯罪防控基本机制的构想。职务犯罪防控是一个系统工程,既需要全

社会共同参与,又不能各自为政。因此,职务犯罪防控必须遵循坚持党的领导、依靠群众支持和参与、立足检察职能、坚持打防结合、坚持服务大局以及坚持实事求是原则。在此基础上,本论著主张从完善现行法律、健全专门职务犯罪防控机构、完善司法、强化监督、突出检察机关的预防职权、完善教育预防措施等方面全面构建我国职务犯罪防控机制。尤其值得肯定的是,本论著主张构建透明制度,包括透明的权力产生制度、权力运行制度及合理的权力配置格局,全面推行官员的财产申报制度,建立无障碍举报制度以及职务犯罪监督的社会化、多元化渠道。这些对策建议既吸收了诸学科对于职务犯罪研究的最新成果,也是对原因论部分突出强调权力失范是职务犯罪根本原因所作出的必然回应。

本论著的前三编侧重对职务犯罪的一般特点和规律进行研究,犯罪原因也多从宏观的角度加以论述,防控对策也循此思路展开。然而职务犯罪防控要落到实处,就必须针对具体个罪的不同特点采取不同的防控措施。本论著第四编将司法实践中常发的职务犯罪,分成贪污贿赂型职务犯罪、渎职型职务犯罪、侵权型职务犯罪三章,有针对性地分析和论述了部分具体职务犯罪防控措施,并探讨了在司法实践当中一些常见的疑难问题。

本论著的基本思路和方法特色明显。职务犯罪防控研究遵循现象、原因、对策的思路展开,逻辑清晰;抓住职务犯罪的本质属性是权力异化,职务犯罪产生的根本原因是权力失范,这就为构建正确的防控对策指明了方向,也使得本论著观点鲜明、深刻;本论著研究运用刑法学、犯罪学、政治学以及社会学等多学科的知识和方法,使得本论著的研究结论更具说服力,也使得本论著提出的对策更具操作性和实效性。当然,由于本论著难度较大,难免在理论探讨和具体防控措施构建上存在不足之处,也希望读者不吝指正,以备进一步修正和完善。本论著由河南省政法管理干部学院刑事法学系三位教师编

写,具体分工如下:李波,写作第四编;刘剑,写作第二编;赵国军,写作第一编、第三编。

目 录

第一编 职务犯罪现象论

第一章 职务犯罪概述	1
一、职务犯罪的概念	2
二、职务犯罪的特征	7
第二章 职务犯罪的本质和分类	14
一、职务犯罪的本质	14
二、职务犯罪的分类	18
三、预防职务犯罪的意义	20
四、职务犯罪的研究方法	22
第三章 当前我国职务犯罪的发展趋势及其危害	26
一、当前我国职务犯罪的发展趋势	26
二、当前职务犯罪的危害	29

第二编 职务犯罪原因论

第一章 职务犯罪原因概述	33
一、职务犯罪原因研究的意义	33
二、中外职务犯罪原因论的历史追溯	35
三、我国现阶段职务犯罪的根本原因	38
第二章 权力失范——职务犯罪的内在根据	41
一、公共权力的渊源及特征	41
二、公共权力的运行	48
三、权力制约	60
第三章 经济转型——职务犯罪的外部条件	78
一、国有资产代理人的失控和异化	80
二、租金与寻租	82
三、经费自筹与预算外收入、体制外收入	84
四、特权经商牟利	87
五、“官商经济”、“审批经济”、“政绩经济”	89
第四章 社会结构——职务犯罪的历史惯性	92
一、传统社会结构的特点	92
二、社会结构的转型	97
三、传统社会结构促进了职务犯罪现象的产生和蔓延	99

第五章 信仰迷失——职务犯罪的精神动因·····	102
一、唯经济主义与信仰危机·····	102
二、信仰迷失下的职务犯罪心理·····	105
第六章 执法不力——职务犯罪的客观助力·····	110
一、刑罚必须具有威慑作用·····	110
二、执法不力是职务犯罪的客观助力·····	113

第三编 职务犯罪防控对策论

第一章 中国防控职务犯罪的历史考察·····	119
一、我国古代防控职务犯罪的法律制度·····	120
二、我国古代职务犯罪的法律惩处·····	125
三、我国古代职务犯罪防控的道德控制·····	129
四、我国古代职务犯罪防控体系的经验与不足·····	131
第二章 西方国家职务犯罪防控考察·····	133
一、西方国家防控职务犯罪的主要措施·····	133
二、国外防控职务犯罪立法的概况·····	137
三、国际社会防控腐败犯罪的立法特点·····	140
第三章 当前我国职务犯罪防控对策·····	143
一、职务犯罪防控概述·····	143
二、我国防控职务犯罪的基本原则·····	158
三、职务犯罪防控的法律措施·····	163
四、成立专门职务犯罪防控机构·····	170

五、完善司法防控体系	173
六、建立公开、透明、便捷的监督机制	175
七、健全检察机关的防控职权	180
八、职务犯罪教育防控措施的完善	193

第四编 职务犯罪防控个罪论

第一章 贪污贿赂型职务犯罪的防控	197
一、贪污贿赂型职务犯罪概述	197
二、贪污罪	202
三、挪用公款罪	212
四、受贿罪	225
五、单位受贿罪	237
六、巨额财产来源不明罪	241
七、隐瞒境外存款罪	245
八、私分国有资产罪	248
九、私分罚没财物罪	251
第二章 渎职型职务犯罪的防控	255
一、渎职型职务犯罪概述	255
二、滥用职权罪	260
三、玩忽职守罪	267
四、徇私枉法罪	272
五、执行判决、裁定失职罪	278
六、执行判决、裁定滥用职权罪	282
七、枉法仲裁罪	288

第三章 侵权型职务犯罪防控研究.....	291
一、侵权型职务犯罪概述	291
二、非法拘禁罪	292
三、非法搜查罪	299
四、刑讯逼供罪	304
五、暴力取证罪	308
六、虐待被监管人罪	312
七、报复陷害罪	317
八、破坏选举罪	319
参考书目.....	324

第一编 职务犯罪现象论

第一章 职务犯罪概述

改革开放 30 年来,我国的经济建设取得了举世瞩目的成就,综合国力和人民的物质文化生活水平得到显著提高。然而,与经济发展同步的另一政治社会问题则是:权力腐败现象也不断增多!腐败来势之猛、范围之广、危害之大,令人触目惊心。腐败已经成为我国一大社会污染和政治挑战,并对国家和社会的利益造成了巨大的损失,成为全社会关注的焦点问题。从理论上说,腐败是公共权力的非公共运用。^① 权力腐败的本质就是公共权力的异化,即权力拥有者非法或不正当地行使其依法享有的权力。按照当前学界的普遍认识,在我国,腐败现象主要表现为不正之风、违纪行为、职务犯罪等几种形式。其中职务犯罪是最为严重的一种,是腐败的极端而又最严重的表现形式,又称之为腐败犯罪。可以这样说,公共权力的异化现

^① 王沪宁著:《反腐败——中国的实验》,三环出版社 1990 年版,第 10 页。

象包含了职务犯罪,职务犯罪是公共权力异化的产物。当然,并不是所有公共权力的异化现象都是职务犯罪。按照我国现行刑事法律的规定,只有那些达到了一定危害程度、应当受到刑罚处罚的、危害国家和人民利益的公共权力异化行为,才属于职务犯罪。因此,公共权力异化行为的范围远比职务犯罪的范围大,我国刑法规定的职务犯罪只是公共权力异化现象中最严重的那一部分。

一、职务犯罪的概念

何谓职务犯罪?国内外法学界的认识目前并不统一。国外通常称为“公务员犯罪”或“白领犯罪”,它是一种具有特定身份的人员实施的与自身职务有关的犯罪行为。美国学者斯坦利·艾兹恩、杜格·A·蒂默就将“白领犯罪”作为一种犯罪类型。^①从各国刑法理论和刑法规定来看,职务犯罪通常是指国家公务人员或其他受委托从事公务的人员不履行职务、不正确履行职务、滥用职权或逾越职权而构成的犯罪。

按照《中华法学大辞典》的解释,职务犯罪是犯罪分类之一,指的是刑法规定的普通刑事犯罪中,主体属于国家工作人员利用职务上的便利,或由于职务上的疏忽而构成的犯罪。这类犯罪的主体只能是国家工作人员,非国家工作人员不能独立构成职务犯罪,客观上只能由利用职务上的便利,或由于职务上的疏忽行为构成。

目前法学界对职务犯罪的主观方面、客观方面及侵害客体分歧较少,而职务犯罪的主体范围则一直是争论不休的焦点问题,较具有

^① [美]斯坦利·艾兹恩、杜格·A·蒂默著:《犯罪学》,群众出版社1994年版,第191页。

代表性的有以下三种观点。第一种观点认为,职务犯罪是指国家工作人员、企业工作人员或者其他工作人员利用职务上的便利进行非法活动,或者对工作严重不负责任,不履行或不正确履行职责,破坏国家对职务行为的管理职能,依照刑法应当受到刑罚处罚的犯罪行为的总称。职务犯罪与其他各类犯罪的重要区别之一,在于其主体只能是国家工作人员。^①第二种观点认为,在我国所谓职务犯罪,就是指国家公职人员或视同公职人员利用职务上的便利,滥用职权、不尽职责,破坏国家对职务活动的管理职能,并依照刑法应当受到刑罚处罚的行为。^②第三种观点认为,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。^③

严格意义上说职务犯罪并不是一个法律概念,而是法学研究者对与职务有关的犯罪的概称,由于研究者的着眼点和侧重点不同,到目前为止,国内法学界还没有形成统一的职务犯罪概念。因此,给职务犯罪下一个概括性的定义比较容易,即职务犯罪是指行为人违背职责要求实施的触犯刑律应受刑罚处罚的行为的总称。^④但如果想下一个具体的定义,从概念上把职务犯罪的主体、职务犯罪的行为特征都揭示出来,就难免会出现仁者见仁、智者见智的解释。笔者认为要对职务犯罪这一现象有所理解与把握,其概念的科学性和准确性在我们的研究中就显得尤为重要和必要,所以,下面笔者试图给职务

① 陈兴良主编:《职务犯罪认定与处理实务全书》,中国方正出版社1994年版,第23页。

② 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111页。

③ 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。

④ 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。

犯罪下一个定义。

(一)对“职务”内涵的理解

“职务”,从字面意思讲,“职”是掌管的意思,用做名词表示在官场上有一定的位置,“职务”表示分内应做的事,也即某一职位所必须履行的义务。《现代汉语词典》将“职务”解释为“职位规定应该担任的工作”,因此,“职务”的前提是先有一定的“职位”,由该职位确定其所应有的职权和职责。^①“职务”是职权和职责的统一,一个人具有某种职务,表明他既拥有处理一定事务的权力,又必须恪尽职守,不能滥用职权,也不能不履行职责。狭义的“职务”只能是在国家管理活动中形成的职务,具有这种职务的人员只能是国家工作人员。然而,随着社会的发展,社会分工越来越细。社会分工带来了以下变化:一是国家事务和社会事务逐渐有所分离,原来由国家管理的部分事务逐渐交给社会管理,出现了社会管理机构;二是行业分工越来越多,行业管理机构逐渐增多;三是自愿组合的社会组织、民间团体越来越多;四是生产、经营单位的社会化。在社会管理机构、行业管理机构、民间团体管理机构和独立的生产、经营单位中,同样也需要管理公共事务的人员。这种“职务”的人员所从事的事务,从目的性上讲,是为了该团体、组织中全体成员的利益,而不是为了个人;从主体性上讲,是代表该团体、组织从事活动,而不是代表个人。这种“职务”具有一定的团体性、集团性,因而笔者认为其也应属于广义上的“职务”,具有这种“职务”的人员也可以构成职务犯罪的主体。正是基于此,有学者认为职务犯罪的主体应该表述为国家公职人员。^②笔者赞同将职务犯罪主体表述为国家公职人员的观点。

^① 《现代汉语词典》,商务印书馆1994年版,第1483页。

^② 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。

根据《反腐败公约》的规定:“公职人员”是指:第一,无论是经任命还是经选举而在缔约国中担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员,无论长期或者临时,计酬或者不计酬,也无论该人的资历如何;第二,依照缔约国本国法律的定义和在该缔约国相关法律领域中的适用情况,履行公共职能,包括为公共机构或者公营企业履行公共职能或者提供公共服务的任何其他人员;第三,缔约国本国法律中界定为“公职人员”的任何其他人员。按照目前刑法的规定,职务犯罪不仅包括国家工作人员的职务犯罪而且包括部分非国家工作人员的职务犯罪,如商业贿赂罪。因而利用国家公职人员这一表述统一我国职务犯罪主体的称谓是合适的。

(二)对“犯罪”内涵的理解

我们知道,犯罪是一种社会法律现象,可以从社会学和犯罪学的角度给它下定义,同时可以从刑法学的角度给它下定义。^① 这里我们主要关注的是犯罪在刑法学意义上的概念,从这个意义上来说犯罪主要应该具有以下三个特征:一是犯罪是严重危害社会的行为,即具有严重的社会危害性;二是犯罪是违犯刑事法律规范的行为,即具有刑事违法性;三是犯罪是应受刑罚处罚的行为,即具有应受刑罚处罚性。^② 以上三个特征都是某种行为构成犯罪的必要特征,它们结合在一起,共同说明犯罪的本质,从而形成我国刑法中完整、科学的犯罪概念。

弄清了“职务”与“犯罪”这两个子概念,把它们合在一起,就是“职务犯罪”的概念了。因此,我们在综合以上分析后认为,所谓职务犯罪是指国家公职人员利用职务上的便利条件,或者滥用职权,或

^① 马克吕主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社2003年版,第13页。

^② 陈忠林主编:《刑法〈总论〉》,中国人民大学出版社2003年版,第68~71页。