

DUZHIZUI
GUIFAN YANJIU



读职罪 规范研究

卢海霞 张伟珂 王聚强 王新光◎著

中国检察出版社

014034199

D924. 393. 4

17

GUIFAN YANJIU

航空航天

★ 年 刊 ★



读职罪
规范研究

卢海霞 张伟珂 王聚强 王新光◎著

D924.393.4



北航

C1722459

中国检察出版社

00130310

00130310

图书在版编目 (CIP) 数据

读职罪规范研究/卢海霞等著. —北京: 中国检察出版社, 2013. 12
ISBN 978 - 7 - 5102 - 1083 - 9

I. ①读… II. ①卢… III. ①读职罪 - 研究 - 中国
IV. ①D924. 393. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 295672 号

读职罪规范研究

卢海霞 张伟珂 王聚强 王新光/著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68650028 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 11. 375 印张

字 数: 292 千字

版 次: 2013 年 12 月第一版 2013 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1083 - 9

定 价: 35. 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

中国检察出版社



前言

改革开放三十多年来，波澜壮阔的中国改革大潮，取得了令世界瞩目的丰硕成果，物质财富增长，人民生活水平提高，社会稳定和谐，但不可否认的是，伴随着社会进步，渎职犯罪现象也开始滋生和蔓延。近几年滥用职权、玩忽职守等渎职类犯罪案件呈现高发态势。一些领导干部滥用职权、失职渎职，危害后果严重，渎职失职犯罪易发多发领域呈增多趋势；犯罪类型、性质和手段出现新变化，日趋复杂化、隐蔽化、智能化；窝案、串案、案中案增多，与贪污犯罪案件交织，与其他刑事犯罪纠合，有的甚至充当地方黑恶势力的“保护伞”，引发群体性事件和重大责任事故增多。渎职犯罪不仅使人民群众生命财产和公共财产、国家利益遭受重大损失，扰乱市场秩序，破坏资源环境，损害国计民生，而且危害公平正义，损害党和政府的形象，破坏科学发展与和谐稳定大局。

渎职犯罪是一种社会历史现象，犹如社会的毒瘤，渎职犯罪是一种严重的腐败现象。法国启蒙思想家、法学家孟德斯鸠认为，公共权力有两种属性：一是腐蚀性，二是扩张性。权力是滋生腐败的土壤，绝对权力导致绝对腐败。众所周

知,犯罪主体、犯罪原因、犯罪目标、犯罪机会是产生职务犯罪的四大要素,缺一不可。从一般意义上来说,过分集中的权力、监督机制的缺失、社会环境的影响和某些人张狂或慵懒的本性等是渎职犯罪发生的主要原因。

一个国家法制的发达程度,决定了人民对渎职犯罪的容忍度,随着我国依法治国方略的推进,人们对渎职犯罪的反映越来越强烈。2009年10月29日,第十一届全国人大常委会第十一次会议专项听取审议了最高人民检察院所做的关于加强渎职侵权检察工作、促进依法行政和公正司法的报告;2010年10月27日,第十一届全国人大常委会第十七次会议审议了最高人民检察院所做的关于改进渎职侵权检察工作情况的报告。2010年最高人民检察院出台了《关于加强和改进新形势下惩治和预防渎职侵权犯罪工作的若干决定》;2010年12月,中央纪委、中央政法委、中央组织部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、监察部、司法部、国务院法制办审议通过了《关于加大惩治和预防渎职侵权违法犯罪工作力度的若干意见》。可见,中央高度重视惩治和预防渎职侵权违法犯罪工作,已经把渎职侵权犯罪检察工作纳入党风廉政建设和反腐败斗争总体格局来抓。

在反腐倡廉的时代强音下,渎职犯罪问题一直以来都是我国法律实务界和理论界关注的热点问题之一。我国1997年修订刑法时对渎职犯罪做了重大修改;2006年7月26日,最高人民检察院公布了《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》,在此之后,我国理论界和实务界对渎职犯罪做了不少研究,发表了大量的学术论文,甚至出版了一些专著。但是与其他犯罪领域相比,渎职犯罪的研究明显不够,主要表现为:研究的领域不够开阔,研究的内容深度不够,理论与实践结合不足等;特别是渎职犯罪的主体问题,罪过形式问题,渎职犯罪行为与危害结果之间的因果关系等方面的问题在司法实践中还存在不少争议。目前,渎职犯罪理论研究成果的

相对匮乏以及渎职犯罪的立法缺陷直接导致了司法实践中办理渎职犯罪案件的尴尬局面。

因此，加大对渎职犯罪的研究力度，尤其是要深入研究渎职犯罪的法律适用及刑事政策问题、徇私舞弊认定和损失后果认定问题，充分研究渎职犯罪的构成等，为立法和司法积极提出建议，是时代赋予我们的职责。

虽然道路艰难曲折，但是我们坚定不移。

目 录

前 言 / 1

第一章 读职罪概述 / 1

第一节 读职罪的概念和分类 / 1

第二节 读职罪的基本特征 / 7

第二章 读职罪主体疑难问题研究 / 43

第一节 我国读职犯罪主体的历史演变 / 43

第二节 读职犯罪主体存在的问题 / 62

第三节 关于读职犯罪主体的立法建议 / 70

第三章 读职罪主观方面疑难问题研究 / 84

第一节 罪过基本问题研究 / 84

第二节 读职罪的主观方面研究 / 92

第三节 读职罪重点个罪罪过形式研究 / 101

第四章 读职罪客观要件中的疑难问题研究 / 112

第一节 读职罪客观行为特征 / 112

第二节 读职犯罪因果关系的特点及判断 / 147

第五章 读职罪的犯罪形态 / 182

第一节 读职罪的停止形态 / 182

第二节 读职罪的共犯形态 / 221

第三节 读职罪的罪数形态 / 241

第六章 读职罪刑事责任的确定 / 263

第一节 读职罪刑事责任的归责要素概论 / 263

第二节 读职犯罪酌定量刑情节的类型化分析 / 273

第三节 读职犯罪中追诉时效适用的疑难问题 / 290

第七章 读职犯罪司法惩治与刑事政策的运用 / 309

第一节 读职犯罪刑事政策之选择 / 309

第二节 读职犯罪司法惩治中“宽严相济”之运用 / 330

第一章 读职罪概述

读职罪的概念、分类及其特征在我国刑法学中众说纷纭，研究读职罪的概念、分类及其特征，正确揭示读职罪的内涵和外延，对于准确区分读职案件中罪与非罪、此罪与彼罪的界限，都有十分重要的意义。

第一节 读职罪的概念和分类

一、读职罪的概念

科学的概念应当是社会生活中千千万万事务的抽象，它反映的是客观事物的一般的、本质的特征，读职罪的概念应该是对社会生活中各种读职犯罪共同本质或主要特征的抽象与概括。

关于读职罪的概念，我国学者有不同的观点，有人认为，“读职罪是指国家机关工作人员利用职务上的便利或者徇私舞弊、滥用职权、玩忽职守，妨碍国家机关的正常活动，损害公众对国家机关工作人员职务活动客观公正性的信赖，致使国家与人民利益遭受重大损失的行为。”^①

① 张明楷：《刑法学》（第2版），法律出版社2003年版，第938页。

有人认为,“渎职罪是指国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守,破坏国家公务的正当性和有效性,致使公共财产或者国家利益遭受重大损失的行为。”^① 有人认为,“渎职罪是指国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守或者徇私舞弊,妨碍国家机关的正常活动,致使公共财产或者国家和人民利益遭受重大损失的行为。”^② 还有观点认为,“渎职罪,是指国家机关工作人员在公务活动中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊,妨碍国家管理活动,致使公共财产或者国家与人民的利益遭受重大损失的行为。”^③

由此可见,由于学者们对我国刑法中渎职罪的主体和行为方式的不同理解,他们对渎职罪的界定也不尽一致。总的来讲,我国学者对于我国渎职罪所解释的概念可以分为广义的渎职罪和狭义的渎职罪。目前,学界一般认为,广义的渎职罪不仅包括刑法第九章所规定的渎职罪,还包括刑法第八章规定的贪污贿赂罪以及其他章节中规定的渎职性犯罪。狭义上的渎职罪仅指刑法第九章所规定的渎职罪。广义的渎职罪的概念要么在犯罪主体上采用了“公务员”的提法,要么在客观行为方式上除了包括滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊等典型的渎职罪的表现外,还加进“利用职权侵犯公民人身权利、民主权利”的行为。我们认为广义渎职罪的概念是有一定道理的,或许从某种程度上讲,这样的概念更接近于渎职罪的本意。但是,这样的概念在我国更具有学术价值,与我国的传统习惯和立法现状有一定的差距。而上述狭义的渎职罪的概念在犯罪主体上仅限于国家机关工作人员,在犯罪客观表现上仅包括刑法分则第九章的内容。我们认为狭义的渎职罪的概念更能反映我国现行刑法

① 王作富主编:《刑法分则实务研究(下)》,中国方正出版社2009年版,第1865页。

② 赵秉志主编:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2001年版,第851页。

③ 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第4版),北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第721页。

中渎职罪的含义，体现立法者的立法思想。因而，从便于司法人员和人民群众准确地理解法律，更好地执法和守法的角度看，采用狭义的渎职犯罪概念更适合我国当前的国情。

就渎职罪的本质特征而言，何谓渎职，《现代汉语词典》将“渎”解释为“轻慢，不敬”；将“渎职”解释为“不尽职，在执行任务时犯严重过失”。《辞海》将“渎职”解释为“国家机关工作人员滥用职权、徇私舞弊或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。其中情节严重的，我国刑法规定为犯罪。”

从词典的解释我们可以看出渎职的本质含义就是“不尽职”；从犯罪学的角度讲，渎职就是“严重的不尽职责，具有严重的社会危害性，是一种严重的犯罪，应该受到惩罚”。从刑法学的角度讲，渎职罪就是“负有特定职务的人，严重的不尽职，造成了严重的后果，违反了刑法规范，应该追究刑事责任的行为”。本书是从规范的角度研究我国渎职犯罪，因此本书所论及的渎职犯罪也仅指狭义的渎职犯罪。

我们认为，渎职罪的概念应该体现出渎职罪的以下特征：第一，是渎职罪犯罪主体的特殊性。在我国，渎职罪单独成章作为一个独立的类罪名，其与其他章节相区别的一个重要标志就是犯罪主体的特殊性，我国刑法渎职罪一章中犯罪主体大部分都是国家机关工作人员，只有故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪没有局限于国家机关工作人员，而把“非国家机关工作人员”也纳入了该罪的主体范围，这一点我国狭义渎职犯罪概念大都没有体现出来。这应该是在立法中一般与特殊关系的具体体现。另外，随着司法实践，出现了越来越多的新问题，立法、司法解释不断出台，渎职罪的主体出现了“准国家机关工作人员”。第二，是渎职犯罪行为职务性。具体表现为滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊等与行为人的职务或者地位密不可分的行为，他们要么违背职责的要求不履

行职责,要么不正确、不认真履行职责,要么违背职责、弄虚作假、徇私情私利等。同时,其职务性还表现为行为人的渎职行为都发生在其职务活动中。第三,是危害后果的严重性。根据我国刑法的规定,所有的渎职犯罪的成立都必须以渎职行为造成了严重的危害后果或者具备了严重情节。例如,我国刑法第397条规定的滥用职权罪和玩忽职守罪就要求必须发生了“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的后果。刑法第398条规定的故意泄露国家秘密罪也要求必须是“情节严重”的行为等。这一点是区分渎职行为罪与非罪的重要标志。第四,是渎职罪侵犯社会关系的特殊性。渎职犯罪侵犯的主要是国家机关正常行使国家权力、管理国家事务的活动以及人们对国家公信力的信赖,这一特征有别于其他犯罪。

根据以上分析,我们认为渎职罪的概念可以界定为:国家机关工作人员或者特定人员在履行职务的过程中,违背职责要求,妨碍国家机关正常行使国家权力、管理国家事务的活动,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失或其他情节严重的行为。

二、渎职犯罪的分类

渎职犯罪的分类是指通过对刑法规定的各种具体的渎职犯罪的分析、综合,找出其中内在的、共同的特征和规律,并根据一定的标准,从不同的角度,对各种具体的渎职犯罪进行科学的概括和归类。理论上研究渎职犯罪的分类,可以深入了解和把握各种具体渎职犯罪的不同类型的特点。在此基础上,对立法而言,有助于更好地总结和运用渎职犯罪的设置规律、规则,完善有关渎职犯罪的立法;对司法实践来讲,有助于更好地理解 and 适用刑法,做到准确定罪量刑。

我国刑法学者对于渎职犯罪的分类,因为角度、标准的不同而主张各异,众说纷纭。目前我国刑法第九章和《刑法修正案》共规定了37个^①渎职犯罪的具体罪名。概括起来,主要有以下几种分类:

第一种是依据犯罪主体的不同身份将我国渎职犯罪分为以下三种类型:^② (1) 一般国家机关工作人员的渎职罪。此类犯罪有:滥用职权罪,玩忽职守罪,故意泄露国家秘密罪,过失泄露国家秘密罪,国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪,非法批准征用、占用土地罪,低价出让国有土地使用权罪,招收公务员、学生徇私舞弊罪,失职造成珍贵文物损毁、流失罪。(2) 司法机关工作人员渎职罪。此类犯罪有:徇私枉法罪,民事、行政枉法裁判罪,执行判决、裁定失职罪,执行判决、裁定滥用职权罪,私放在押人员罪,失职致使在押人员脱逃罪,徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪。(3) 其他特定机关工作人员的渎职罪。此类犯罪有:徇私舞弊不移交刑事案件罪,滥用管理公司、证券职权罪,徇私舞弊不征、少征税款罪,徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪,非法提供出口退税凭证罪,违法发放林木采伐许可证罪,环境监管失职罪,传染病防治失职罪,放纵走私罪,商检徇私舞弊罪,商检失职罪,动植物检疫徇私舞弊罪,动植物检疫失职罪,放纵制售伪劣商品犯罪行为罪,办理偷越国(边)境人员出入境证件罪,放行偷越国(边)境人员罪,不解救被拐卖、绑架的妇女儿童罪,

^① 根据2011年2月25日第十一届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(八)》第49条之规定,渎职犯罪新增加了一个“食品监管渎职罪”。该罪比较特殊,既可能是滥用职权类犯罪,也可能是玩忽职守类犯罪。

^② 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第4版),北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第723页;张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第939页。

阻碍解救被拐卖、绑架的妇女儿童罪，帮助犯罪分子逃避处罚罪。^①

第二种是依据刑法对具体渎职犯罪的规定是属于一般性规定还是属于特殊性规定为标准将渎职犯罪分为一般渎职罪和特别渎职罪。^②同时，刑法第397条第1款和第2款关于“本法另有规定的，依照规定”的规定也是这种分类的重要依据。根据这一规定，国家机关工作人员的渎职犯罪行为，如果刑法第九章第398条到第419条有明确、具体的规定，应当依照该规定定罪处罚，如果没有明确具体的规定，但是依据刑法第13条的规定构成犯罪需要追究刑事责任的，且符合刑法第397条的规定，则依据刑法第397条的一般规定，以滥用职权罪、玩忽职守罪定罪处罚。由此可见，一般渎职犯罪包括滥用职权罪和玩忽职守罪，特别渎职犯罪包括刑法第398条到第419条所规定的所有渎职犯罪。

第三种是根据渎职犯罪不同的客观行为表现为标准进行划分。^③一是滥用职权类犯罪，包括滥用职权罪，民事、行政枉法裁判罪，执行判决、裁定滥用职权罪，私放在押人员罪，帮助犯罪分子逃避处罚罪，放纵走私罪，放纵制售伪劣商品犯罪行为罪，滥用管理公司、证券职权罪，违法提供出口退税凭证罪，违法发放林木采伐许可证罪，非法批准征用、占用土地罪，非法低价出让国有土地使用权罪，办理偷越国（边）境人员出入境证件罪，放行偷越国（边）境人员罪，不解救被拐卖、绑架妇女儿童罪，阻碍解救被拐卖、绑架妇女儿童罪。二是玩忽职守类犯罪，包括玩忽职守罪，执

① 根据《刑法修正案（八）》第49条之规定，此类应该增加一个“食品监管渎职罪”。

② 吴存在主编：《渎职犯罪的法律适用》，人民法院出版社2001年版，第12页。

③ 参见最高人民检察院检察长曹建明2009年10月28日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上所作的《最高人民检察院关于加强渎职侵权犯罪检察工作，促进依法行政和公正司法情况的报告》附件一《有关用语说明》。

行判决、裁定失职罪，失职致使在押人员脱逃罪，环境监管失职罪，传染病防治失职罪，商检失职罪，动植物检疫失职罪，国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪，失职造成珍贵文物毁损、流失罪。三是徇私舞弊类犯罪，包括徇私枉法罪，徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪，徇私舞弊不移交刑事案件罪，徇私舞弊不征、少征税款罪，徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪，商检徇私舞弊罪，动植物检疫徇私舞弊罪，招收公务员、学生徇私舞弊罪。此外，检察机关负责直接立案侦查的渎职犯罪还包括故意泄露国家秘密罪、过失泄露国家秘密罪。

上述几种关于渎职犯罪的分类都有其意义，第一种分类是依据渎职罪犯罪主体的不同身份而进行的分类，这种分类方法意识到了渎职犯罪主体身份的特殊性，在认定不同领域的渎职犯罪时有一定的积极意义；第二种分类是依据我国刑法对渎职罪规定的法条之间的关系而划分的，这种分类方法在法律适用方面有一定的指导意义；第三种分类是依据渎职犯罪构成要件的不同而进行的分类，这种分类方法结合每种具体渎职犯罪的构成要件，在司法实践中有一定的指导意义。

总的来讲，对渎职犯罪的分类应该摆脱“为了分类而分类”的形式主义做法，而应该坚持从渎职犯罪分类的应用价值点出发，就此而言，第三种分类方法更具有实用价值，这种分类考虑到了犯罪构成要件，在司法实践中有助于准确认定渎职犯罪。

第二节 渎职罪的基本特征

对于每一种具体的渎职犯罪而言，其犯罪主体，犯罪对象、犯罪的具体行为方式等情况都不完全相同，这是具体渎职犯罪的规定性。但是渎职犯罪作为一种独立的犯罪形态，他们又有相似之处，这些相似之处就成为犯罪类型的基础和标志。其中，渎职犯罪的构

成要件是从内在的本质上区别于其他类型的犯罪，而渎职犯罪的一般特征则是超出构成要件之外的与其他类型犯罪相比所呈现的外部特征。揭示渎职犯罪的外部特征，对于理解渎职犯罪的特殊性同样是很重要的。关于渎职犯罪的特征，人们有不同认识，但是，总的来说，渎职犯罪有以下显著特征：

一、渎职罪的高危害性

渎职犯罪的高危害性，是指渎职犯罪与一般的刑事犯罪相比较，渎职犯罪所具有的社会危害性要严重得多。我国1979年《刑法》第八章专门规定了渎职罪，其中包括了贪污贿赂犯罪。从我国1979年刑法的规定也可以看出，贪污贿赂犯罪与渎职犯罪其实都是严重的腐败现象。

2012年，中共中央办公厅、国务院办公厅在转发中央纪委、中央政法委、中央组织部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、监察部、司法部、国务院法制办《关于加大惩治和预防渎职侵权违法犯罪工作力度的若干意见》中（以下简称《若干意见》），称渎职犯罪是“一种严重腐败现象”。上述《若干意见》对渎职犯罪的危害性及惩治渎职犯罪的意义做了概括：“近年来，中央围绕建立健全惩治和预防腐败体系，不断加大教育、制度、监督、改革、纠风、惩治等工作力度，党风廉政建设和反腐败工作取得了新的明显成效。但也要看到，当前反腐倡廉形势依然严峻，特别是工程建设、征地拆迁、安全生产、食品药品监管和行政执法、司法等领域渎职侵权违法犯罪罪易发多发，严重阻碍经济社会发展方式转变、扰乱市场经济秩序，严重危害社会和谐稳定、引发社会矛盾和群体性事件，严重损害群众利益，破坏社会公平正义，不仅造成社会公共财产、国家和人民利益重大损失而且败坏党和政府形象。依法惩治和有效预防渎职侵权违法犯罪罪，既是深入推进党风廉政建设

和反腐败工作、密切党同人民群众的血肉联系、巩固党的执政基础的必然要求，也是深入推进社会矛盾化解、维护社会公平正义、促进社会和谐稳定的迫切需要。”渎职犯罪的高危害性表现是多方面的：

（一）渎职犯罪造成的经济损失巨大

渎职犯罪首先造成社会巨大的经济损失。我国每年因渎职犯罪造成的物质性经济损失缺乏详细的统计资料，但是有资料显示，从2005年至2009年上半年，我国检察机关立案查处的渎职侵权犯罪案件造成直接经济损失高达452亿余元。^①从一些个案中，也可以看出其损失是十分惊人的。

案例一：李纪周玩忽职守案^②

1995年1月至1996年3月，运载新英豪汽车和汽车配件的“粤海333号”、“英豪一号”货船和货运汽车因涉嫌走私，分别被广东省深圳市公安局蛇口分局和广州市公安局黄埔分局查扣。李纪周听信新英豪公司人员所谓公安机关违法查扣的说法，出面找深圳市公安局局长何景涣、副局长孙彪、黄埔公安分局局长陈沛林等人，要求将查扣的货船和货运汽车放行或将货物发还。在李纪周的多次干预下，上述车船和货物被放行或发还。其中已经查实的涉嫌走私货物总价值计人民币3399万余元，应缴税款2173万余元。李纪周身为公安部部长助理、副部长，徇私舞弊滥用职权，^③干预下

^① 参见最高人民检察院检察长曹建明2009年10月28日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上所作的《最高人民检察院关于加强渎职侵权犯罪检察工作，促进依法行政和公正司法情况的报告》。

^② 中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《中国刑事审判指导案例（5）》，法律出版社2009年版，第362页。

^③ 李纪周滥用职权犯罪行为发生于《中华人民共和国刑法》实施前，依照刑法从旧兼从轻原则，对其适用1979年《中华人民共和国刑法》，以玩忽职守罪定罪处罚。