职务犯罪的预防与控制

于国旦　余　娟◎著



中国出版集团公司
華文出版社

职务犯罪的预防与控制

于国旦　余　娟 ◎ 著

華文出版社
SINO-CULTURE PRESS

图书在版编目（CIP）数据

职务犯罪的预防与控制/于国旦，余娟著.—北京：华文出版社，2017.7
ISBN 978-7-5075-4746-7

Ⅰ.①职… Ⅱ.①于… ②余… Ⅲ.①职务犯罪－预防犯罪－研究－中国
Ⅳ.①D924.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 192582 号

职务犯罪的预防与控制

作　　者：于国旦　余 娟
责任编辑：李　静
出版发行：华文出版社
地　　址：北京市西城区广外大街 305 号 8 区 2 号楼
邮政编码：100055
网　　址：http://www.hwcbs.com.cn
电　　话：总编室 010-58336210　编辑部 010-63426125
　　发行部 010-58336253　58336202
经　　销：新华书店
印　　刷：北京京鲁印务有限责任公司
开　　本：880×1230　1/32
印　　张：7
字　　数：150 千字
版　　次：2017 年 7 月第 1 版
印　　次：2017 年 7 月北京第 1 次印刷
标准书号：978-7-5075-4746-7
定　　价：29.00 元

版权所有　侵权必究

职务犯罪的预防与控制

前　言
PERFACE

犯罪预防与犯罪控制，是犯罪学研究的重要目的，也是研究犯罪对策的基本课题。因此，对犯罪预防与犯罪控制进行研究和阐释，探析犯罪预防与犯罪控制的理论内涵、基本模型以及相互关系，对于明确犯罪学的研究对象、手段，深化犯罪对策的理论与实践，具有重要意义。

职务犯罪是腐败的典型表现和极端形式，在一定意义上，对于腐败的惩治和预防，就是对职务犯罪的惩治和预防。虽然腐败一词的外延广于职务犯罪，严格来说在理论上应当对二者区别对待，但是在现实社会生活中，职务犯罪是腐败问题的极端表现，是最为严重和最具典型性的腐败问题，在一定语境之下二者可以互为代替。随着十八大以来党和国家以最严厉的手段反腐，对腐败问题零容忍，在研究中应当将腐败与职务犯罪作为一体。惩治职务犯罪需要完善的法律体系，同时预防职务犯罪是现代国家关注的热点问题，也是我国当前解决腐败问题的重要举措之一。它不仅要求国家应具有关

于预防职务犯罪的专门法律和法规，还要有符合国情的切实有效的手段和措施。但从职务犯罪高发的实践来看，我国仍需在预防职务犯罪方面做进一步的努力与尝试。

本书从理论上梳理了关于职务犯罪及其相关的理论问题，同时更多的尝试在预防职务犯罪方面做一个探讨和尝试。本书具体写作分工如下：于国旦：第一章、第三章、第四章部分；余娟：第二章、第五章、第四章部分。

于国旦

2017 年 6 月 20 日

目　录
CONTENTS

前　言 | 001

第一章　职务犯罪及防控的界定 | 001

第一节　职务犯罪的概念与范围 | 002

一、职务犯罪的概念 | 002

二、职务犯罪的范围 | 010

第二节　职务犯罪防控概述 | 020

一、犯罪预防和控制概述 | 020

二、职务犯罪防控的概念及其特征 | 042

三、我国职务犯罪防控的现状 | 047

第三节　职务犯罪惩治与预防的辩证关系 | 050

一、刑事惩罚重在治标 | 050

二、事先预防重在治本 | 051

三、职务犯罪惩治与职务犯罪预防的辩证关系 | 053

第二章　我国职务犯罪的现状与特征 | 057

第一节　我国当前职务犯罪的特征 | 058

一、主体特征 | 058

二、行为特征 | 059
三、客体特征 | 061
第二节 我国职务犯罪的现状 | 062
一、涉案范围扩大并呈现蔓延趋势 | 062
二、职务犯罪与经济活动关系愈加密切 | 065
三、腐败周期长、手段多样且智能隐蔽 | 068
四、职务犯罪跨区域性、国际化趋势明显 | 069
第三节 我国腐败的表现形式 | 071
一、第一阶段：1980 年至 1988 年 | 072
二、第二阶段：1989 年至 1997 年 | 078
三、第三阶段：1998 年至今 | 085
第四节 我国腐败问题的定量表现 | 087
一、关于司法腐败 | 087
二、因腐败问题被立案调查的县处级以上官员 | 089
三、大案要案数量增多 | 091
第五节 我国当前反腐制度结构体系 | 093
一、我国当前的反腐机构 | 093
二、新中国成立之后的反腐行动 | 107
三、十八大以来我国反腐建设 | 110
第三章 职务犯罪发生的一般机制 | 118
第一节 职务犯罪与政治制度 | 121
一、职务犯罪与政治体制 | 121
二、职务犯罪与公共政策 | 125
三、职务犯罪与刑事立法 | 127

第二节 职务犯罪与经济运行 | 131
一、职务犯罪与经济发展 | 131
二、职务犯罪与经济管理 | 134
三、职务犯罪与分配制度 | 136
四、职务犯罪与地下经济 | 137
第三节 职务犯罪与不良文化 | 141
一、官本位 | 143
二、关系社会 | 145
三、腐败认同 | 145
四、人治思维 | 146
第四章 职务犯罪预防的基本原理 | 148
第一节 职务犯罪预防的价值 | 148
一、建立社会主义法治国家的必要手段 | 149
二、保障社会主义市场经济的健康运行 | 153
第二节 职务犯罪预防的理论与实践根据 | 159
一、从犯罪原因谈起 | 159
二、从犯罪现象观察 | 173
第三节 职务犯罪预防的刑事政策定位 | 178
一、职务犯罪预防刑事政策的外延——在整个刑事政策体系中的定位 | 178
二、预防职务犯罪刑事政策体系的内涵 | 181
第四节 刑事政策体系中的职务犯罪预防对策 | 181
一、刑法控制 | 182
二、制度建设 | 184

三、社会控制 | 189

第五章　职务犯罪的社会性预防措施 | 193

第一节　地方立法和行政规章制度的建立与完善 | 193

一、国际通行的做法 | 194

二、我国预防职务犯罪的地方立法 | 195

第二节　预防职务犯罪的制度建设 | 197

一、用人制度 | 200

二、财务制度 | 203

三、监察制度 | 204

第三节　多途径多模式的职务犯罪社会性预防 | 206

一、严明党的纪律，加强反腐的宣传教育工作 | 206

二、加强公众监督，完善职务犯罪预防的手段 | 209

三、特殊手段加强防范重点部门、环节及人员的职务犯罪 | 211

第一章
职务犯罪及防控的界定
CHAPTER1

恐怖主义、政治腐败以及环境污染被国际社会并称为“21 世纪人类面临的三大威胁”，这足以说明腐败对于社会的严重危害。因此，对于腐败进行预防和控制就显得极为必要。所谓腐败，在汉语中出自《韩诗外传》卷八：“民无冻馁，食无腐败。”其最初含义是指物体的腐烂，后又引申为行为的堕落。作为一个社会科学上的概念，腐败一般是指运用公共权力来实现私利意图的行为，其特征主要表现为对公共权力和公共资源的非规范使用。腐败具有极大的社会危害性。它会破坏国防安全，导致社会坏人四处横行、社会风气腐化、人际关系冷漠，官员高高在上，矛盾突出，人口素质低下，贫富悬殊，产生社会黑暗，危害国家政治安全，破坏党的名誉，影响社会稳定、百姓利益。

职务犯罪是腐败的典型表现和极端形式，在一定意义上，对于腐败的惩治和预防，就是对职务犯罪的惩治和预防。虽

然腐败一词的外延广于职务犯罪，严格来说在理论上应当对二者区别对待，但是在现实社会生活中，职务犯罪是腐败问题的极端表现，是最为严重和最具典型性的腐败问题，在一定语境之下二者可以互为代替。随着十八大以来党和国家压倒势态的反腐，对腐败问题零容忍，在研究中应当将腐败与职务犯罪作为一体，这对于人们对该现象的认识以及有效阐述方面具有积极意义。正基于此，如无明确说明，本书在论述中将职务犯罪作为腐败的同位语。

第一节　职务犯罪的概念与范围

一、职务犯罪的概念

职务犯罪并不是规范意义上的法律概念，而是理论界对与职务有关的犯罪的统称，由于研究者的着眼点和侧重点不同，职务犯罪的概念并不统一。[1]在学界，不同学者对于职务犯罪的概念表述各不相同。有人认为职务犯罪是指国家工作人员不履行职责，不正确履行职责或者利用职权谋取不法利益，妨害国家对职务行为的管理活动，损害公众对政府的信赖感，依法应受刑罚处罚的行为。[2]也有学者认为，“职务犯罪应指国家公职人员滥用职权、徇私舞弊或因严重不负

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

〔2〕 参见何秉松主编：《职务犯罪的预防与惩治》，中国方正出版社 1999 年版，第 5~13 页。

责任而实施的犯罪”。〔1〕另有学者认为，“职务犯罪是指具备一定职务身份的人利用职务上的便利，滥用职权、玩忽职守，破坏国家对职务行为的管理活动，致使国家和人民利益遭受重大损失的一类犯罪行为的总称”。〔2〕还有学者指出，“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未被要求的，依照刑法规定应受刑罚处罚的行为的总称”。〔3〕

可以看出，上述观点虽然表述方式或有不同，但关键词都是“职权”“职务”“职责”，只是在犯罪主体范围上即职务犯罪究竟其实施者为谁上存在分歧。关于犯罪主体的范围，上述观点可以归结为四类：一是第一种观点所指的“国家工作人员”；二是第二种观点所指的“国家公职人员”；三是第三种观点所表述的“具备一定职务身份的人”；四是第四种观点所指的“从事‘公务’的人员”。需要指出的是，上述第二种观点中的“国家公职人员”并非我国法律专门用语，而相应的“国家工作人员”却是我国《刑法》第93条明文规定的法律概念。应当认为，这三类主体范围所涵盖的外延

〔1〕 张旭：《犯罪学要论》，法律出版社2003年版，第380页。

〔2〕 冯殿美：“关于职务犯罪的概念、特征和类型”，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》1999年第3期。

〔3〕 周洲、滕志强：《职务犯罪预防》，中国检察出版社2004年版，第2页。

是不同的。就第一类主体而言，“国家公职人员”的表述虽然符合多数国家的通用称谓，也符合《联合国反腐败公约》的宗旨，但这样仍会产生问题。众所周知，我们要研究的是职务犯罪，根据罪刑法定原则要求，既然是犯罪都要回归到刑法文本中去，即不符合刑法规定的无论如何都不属于犯罪。当然了，此处涉及刑法学与犯罪学关于“犯罪”内涵指向的区别。我国刑法第八章规定了贪污贿赂犯罪，第九章规定了渎职犯罪，其中，除了利用影响力受贿罪、行贿类犯罪之外，其余自然人主体犯罪都要求是国家工作人员。应当指出，国家工作人员与国家公职人员的外延是不同的，根据《刑法》第 93 条的规定，国家工作人员包括国家机关工作人员和以国家工作人员论的人员。其中，我们所谓的国家公职人员通常仅指国家机关工作人员。因此，如果对职务犯罪采用国家公职人员的概念，不仅会产生理论冲突，而且还会造成主体范围的过小，进而影响刑法适用的问题。

第二类观点将职务犯罪主体表述为“具备一定职务身份的人”，这就使得主体外延过分扩张，或许会造成主体范围过分扩大。根据词语理解，“职务”一词的含义就是本人职位所规定的应当承担的工作任务。由此可见，“职务”一词本身是中性的，国家公职属于职务，而民营私企中的经营管理人员，负责仓库的看门人员等都承担着一定的职务，但是如若将后者也纳入“职务犯罪”中的职务范畴，却是明显不当的，并且也有违《联合国反腐败公约》的界定。因为，该公约将“职务犯罪”中的“职务”限定为“公共职务”。

第三类观点主张职务犯罪的主体是国家工作人员，但认为职务犯罪是“应受刑罚处罚的行为”，实际上回避了对于职务犯罪的界定。诚然，职务犯罪也是犯罪，对其规制最终也会纳入刑法评价。但是，需要强调的是，职务犯罪并不是刑法的专门用语，因此职务犯罪就不是一个单纯的刑法问题，其更是一个犯罪学问题。众所周知，长期以来我们的犯罪论体系采用的是苏联的传统四要件构成模式，其与德日阶层犯罪构成理论存在较大区别，按照传统四要件理论，所谓犯罪基本上都是指最终构成犯罪意义上的，缺少违法性的判断会导致对于职务犯罪的事前、事中、事后监管陷入困境。最后，第四种观点以“公务”来界定职务，本书认为是比较合理的，但对于其附加的“应受刑罚处罚”的条件不予认可，因为这样仍会回落到第三种观点的泥淖之中。

2012 年 8 月，最高人民法院、最高人民检察院联合下发《关于办理职务犯罪案件严格适用缓刑、免予刑事处罚若干问题的意见》的通知，其中就有“为进一步规范贪污贿赂、渎职等职务犯罪案件……”的表述。可以看出，虽然最高司法机关没有对职务犯罪进行明确的划定，但至少贪污贿赂犯罪、渎职犯罪是最主要的职务犯罪。另外，结合刑事诉讼法所规定的检察院直接立案侦查的情形，我们认为职务犯罪也应包括国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查等侵害公民人身权利、民主权利的犯罪。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大犯罪案件，经省级检察院决定，虽然只是“可以”由检察院立案

侦查，但其犯罪行为依然具备职务犯罪的属性。但是，并不能简单地认为职务犯罪的范围就等同于检察机关可以立案侦查的案件范围。因为，根据本书的观点，职务犯罪中的“职务”具有公共性，但公共性却并非必然等同于职务。例如，私营的银行虽不具备国有属性，但其所提供的服务面向的是社会大众，具有公共性，因此其工作人员利用职务的一些犯罪行为也应当属于职务犯罪。

本书认为，职务犯罪的概念中应当包括职务犯罪的主体、职务犯罪的行为、职务犯罪的结果三个必要要件。

其一，职务犯罪的主体应当是“从事公务的人”。我国《刑法》第 93 条规定，本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。可以看出，国家工作人员主要有两大特征：一是必须是国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体中的人员或者上述机关、单位委派到其他单位的人员。二是必须是依照法律从事公务的人。2000 年 4 月 29 日，全国人大常委会通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》，该解释规定：村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作时，属于刑法第 93 条第 2 款规定的“其他依照法律从事公务的人员”：（一）救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的管理；（二）社会捐助