

# 论职务犯罪的概念和本质

胡 学 相

本文首先分析了职务犯罪的特征,论述了有关职务犯罪的概念;详细地分析了职务犯罪与经济犯罪的异同,认为贪污罪和挪用公款罪都具有职务犯罪与经济犯罪的双重性质,贿赂罪属于职务犯罪,而不属经济犯罪;随后探讨了职务犯罪的本质问题,论述了传统的职务犯罪的客体——“侵犯国家机关的正常活动”已不能反映职务犯罪的本质,职务犯罪的本质应当是“侵犯国家管理公务的职能和声誉”。

在过去很长一段时期内,我国刑法学界囿于我国《刑法》的立法体例,把职务犯罪视为刑法分则第八章渎职罪的同义语。随着职务犯罪研究的深入,人们逐渐认识到有必要破除以往的观点,使职务犯罪成为一个突破渎职罪而具有独立意义的一类犯罪,然而在职务犯罪的一些基本问题如职务犯罪的概念与本质等问题上认识很不一致,本文仅就此问题进行探讨。

## 一、职务犯罪的概念

目前法学界对于职务犯罪的概念的认识众说纷纭,莫衷一是,大体有以下5种定义:

1. 职务犯罪是指国家工作人员利用职务和工作上的便利条件进行犯罪,或对工作严重不负责任,致使国家和人民利益遭受重大损失的犯罪行为<sup>①</sup>; 2. 职务犯罪是公职人员违背职业道德,故意或过失实施的与其职务活动有密切联系的各种犯罪的总称<sup>②</sup>; 3. 职务犯罪是指依法从事公务的人员利用职权或违背职责的一类犯罪<sup>③</sup>; 4. 职务犯罪是国家工作人员在职务活动中所形成的各种犯罪的总称,包括法律所规定的需要国家工作人员的身份才能构成的犯罪以及与国家工作人员的身份或职权有关的其它犯罪<sup>④</sup>; 5. 职务犯罪,又称职务上的犯罪,是指具备一定职务身份的人故意或过失实施与其职务之间具有必然联系的、触犯刑律应受刑罚惩罚的各种行为的总称<sup>⑤</sup>。

上述5种定义都从不同的角度各有侧重地揭示了职务犯罪的某些特征,虽有可取之处,但均不完善。笔者认为,给职务犯罪下一个比较准确的定义,必须考虑以下3方面的要求: 1. 应当反映职务犯罪的本质属性。因为概念是反映客观事物本质属性的思维形式,没有揭示概念本质属性的便不能成其为概念。 2. 要把犯罪的心理状态和客观行为表现出来。由于犯罪心理状态

和客观行为是成立每一种犯罪的必备要件,不概括这一内容的概念是空洞的概念。<sup>3</sup> 应反映职务犯罪所属的各种犯罪分散在刑法分则不同章节的特点。从我国刑法分则规定的属于职务犯罪的罪名来看,除了刑法分则第八章及军职罪比较集中以外,其他的职务犯罪分散于我国刑法分则的第四章和第五章之中,所以下定义应当采取概括、抽象的方式,而不宜采用列举式下定义。

根据上述要求,笔者以为:第一种定义把职务犯罪的主体仅限于国家工作人员失之过窄,其主体还应包括集体经济组织工作人员和其他从事公务的人员;该定义未揭示出职务犯罪的本质属性,而采用列举式将职务犯罪的内容表述为“利用职务和工作上的便利条件进行犯罪或对工作严重不负责任……”,表述上过于啰嗦繁杂,而其中的“对工作严重不负责任”过于抽象笼统,未能将职务犯罪与一般的渎职行为区别开来;该定义把职务犯罪说成是“国家工作人员……的犯罪行为”,将职务犯罪看成了具体的罪名,显然是不确切的。第二种定义把职务犯罪的主体表述为“公职人员”<sup>④</sup>,并反映了职务犯罪的主观状态,值得肯定,但是把职务犯罪的本质仅仅归结为违反职业道德是不妥当的。因为职务犯罪主要是违反与职务有关的各种规定和职责义务,侵犯国家管理公务的职能和声誉,而不仅仅是一个违反职业道德的问题;此外,“与其职务活动有密切关系”一语失当,外延过窄,排斥了与职务活动虽无密切关系,但与职务活动有关联的职务犯罪,没有确切地描述出职务犯罪的客观特征。第三种定义描述过于简单,未能揭示职务犯罪的应有内涵。第四种定义只指出了职务犯罪的范围,过于强调特殊主体的地位,不符合概念的要求。第五种定义指出了职务犯罪的主体和主观罪过,但客观方面表述为“实施与其职务之间具有必然联系的触犯刑律的行为”,未能准确地反映职务犯罪的内涵。

在笔者看来,要给职务犯罪下一个准确、全面的定义,除了需要遵守前述的3个要求和吸取上述定义的长处之外,还应当分析职务犯罪所具有的特征:1.它是一种特殊主体实施的犯罪,要求行为人具有公职人员的身份;2.它是一种发生在职务活动中与职务活动有关的犯罪;3.它是一种严重违反和背离职务要求,侵犯国家管理公务的职能和声誉的行为。

根据以上分析,笔者认为职务犯罪的概念应表述为:职务犯罪是指公职人员在行使职务过程中违反职责义务,故意或过失地侵犯国家管理公务的职能和声誉,致使国家和人民利益遭受重大损失的各种犯罪的总称。这一概念不仅指出了职务犯罪的主要内容,而且还揭示了职务犯罪的主要特征是违反职责义务,这正与我国目前各行各业发布的行政法规、经济法规规定的公职人员的岗位责任相呼应,可堵塞住一些漏洞。

为了进一步明确职务犯罪的概念的内涵和外延,有必要将职务犯罪与经济犯罪和白领犯罪进行比较和辨析。

经济犯罪一般指自然人或法人在商品生产、分配、流通及管理过程中,故意违反经济法规,破坏经济秩序,情节严重的行为<sup>⑤</sup>。职务犯罪与经济犯罪二者既有区别又有交叉。其区别主要表现在:1.犯罪客体不同。职务犯罪所侵犯的客体是国家对职务的管理和公职人员的职责义务,而经济犯罪所侵犯的客体主要是社会主义的经济秩序和国家、集体和个人的所有权。2.犯罪主体不同。职务犯罪的主体是公职人员,而经济犯罪的主体是自然人和法人。3.犯罪的客观要件不同。职务犯罪的客观要件是公职人员违反职责义务、不履行或不正确履行职责,它与职务有直接的关系,而经济犯罪的客观要件是实施各种违反经济法规的行为,并不要求行为与职务有直接关系。1.犯罪的主观要件不尽相同。经济犯罪中所有的犯罪都是故意犯罪,除了个别犯罪如破坏集体生产罪以外,其它的经济犯罪都是为了牟取非法利益。而职务犯罪既有故意犯罪,也有过失犯罪,犯罪的目的各不相同。

由此可见,职务犯罪与经济犯罪是两种不同的犯罪类型,两者有质的差别。然而事物又是复杂的,这两类犯罪所属的某些犯罪还存在交叉,如贪污罪、挪用公款罪和贿赂罪。这些主要是公职人员利用职务实施的与经济有关的犯罪,既有经济犯罪的成分,也有职务犯罪的性质,它们究竟应当划归到哪一类罪中去,在法学界还存在分歧,这是两者交叉使然。正由于存在交叉,法学界有人将贿赂罪、贪污罪、挪用公款罪等划入经济犯罪之列<sup>⑩</sup>,笔者认为,这种归类法是不妥当的。众所周知,一种犯罪具有什么性质取决于犯罪行为所侵犯的客体,理论界也正是以犯罪客体为归类依据的。贪污罪和挪用公款罪各自侵犯了两种客体,属于复杂客体。贪污罪所侵犯的客体是公共财产的所有权和国家管理经济的职能,正如一位刑法学家所指出的那样:“贪污罪,既侵犯公共财产,又是渎职的犯罪”<sup>⑪</sup>。挪用公款罪所侵犯的客体是公款的使用权和国家对财经的管理职能,这就意味着贪污罪和挪用公款罪具有侵犯国家管理公务的渎职性——即职务犯罪的性质的一面,所以,我国法学界在职务犯罪的研究中也应当对其进行研究。

目前理论界对受贿罪的客体存在争论,一些人认为受贿罪的客体是国家公职人员职务行为的廉洁性<sup>⑫</sup>,另有一些人认为其客体是复杂客体——国家机关的正常活动和社会的经济秩序或公私财产所有权。笔者认为从受贿罪的本质来看,它应当主要属于渎职犯罪,它对经济的破坏只是次要的。国家管理公务的范围涉及经济、政治、文化等各个领域,任何一项受贿行为都是对职务的公正性和廉洁性的一种亵渎和损害。根据受贿犯罪所侵犯的不同领域,可以把受贿行为作如下分类:1. 政治活动中的受贿,如选举中受贿作弊。这类受贿犯罪直接破坏国家的民主政治。2. 经济活动中的受贿,包括生产、分配、交换、流通等各个环节的受贿,这类受贿犯罪直接破坏经济管理秩序。3. 司法活动中的受贿,这类受贿犯罪妨害法律的公正性,破坏正常的司法秩序。4. 一般行政管理中的受贿,如治安管理,交通监理等过程中的受贿,侵犯了国家机关的管理活动……。从以上分类中可以发现各个领域的受贿具有以下几个共同点:其一,所有各类受贿都是对国家行使管理职能的侵犯,即侵犯职务活动的廉洁性。这是受贿罪的实质性危害,是该罪最本质的特征,是受贿罪的客体的决定性内容。其二,所有的受贿犯罪都是以获取非法财物为目的,但在大多数情况下不存在对他人财物所有权的侵害问题。侵犯所有权,是指违背他人意志侵犯其财物。在行贿人主动行贿的情况下,受贿罪没有侵犯公私财产所有权。当然,在索贿的情况下的受贿另当别论。其三,经济活动中的受贿犯罪不仅侵犯了国家的职能,而且严重地侵犯了经济秩序,但是经济活动中的受贿罪只是受贿犯罪的一部分,我们不能因为这一部分受贿犯罪同时还侵犯了经济秩序而得出整个受贿罪的客体都是经济秩序的结论,这在逻辑上犯了以偏概全的错误。总之,笔者认为受贿罪的客体只有一个:国家公职人员行使职务的廉洁性,所以受贿罪应当划归职务犯罪的范畴,而不是经济犯罪。

此外,还应当区别职务犯罪与白领犯罪的界限。白领犯罪系美国的犯罪社会学家苏遮兰[H·E·Sutherland]于1939年首先提出来的一个犯罪学概念。依据苏遮兰教授的见解,所谓白领犯罪,是指受社会尊重及具有崇高的社会与经济地位者在其职业活动中谋取不法利益而破坏刑法的行为<sup>⑬</sup>。在西方,特别是在美国,白领阶层被认为是由传统中产阶级演变而来的新中产阶级。第二次世界大战后,美国白领阶层中人数增加较快的有经理、技术专家、推销员和办公人员等,他们专门从事非生产性的行政管理工作,以穿着白领服装为特征。由此可见,白领犯罪并不是一种犯罪类型,而是行为人在社会阶层中的归属的一种表征,它可发生在各种不同的行业中,发生在经济领域的白领犯罪是经济犯罪,发生在政府官员中的白领犯罪是渎职犯罪,或利用职权的图利犯罪。此外,自由职业者如医生也可能发生白领犯罪。白领犯罪有4个主要特点:1. 由社会上受尊重的人实施的触犯刑法的行为;2. 行为人大多拥有很高的社会和经济地

位;3. 违法行为是在行为人的职业领域或职业活动中实施的;4. 违法行为一般会造成对职责的侵犯<sup>②</sup>。

职务犯罪与白领犯罪都不属法定的犯罪类型,都是研究人员将某一类特殊的主体所实施的犯罪归为一类,便于研究这一类犯罪发生的原因、规律、防治对策。职务犯罪与白领犯罪在下列情况下出现交叉:当白领犯罪发生在政府官员中时,即是贪污、受贿等渎职犯罪或利用职权的图利犯罪,这正与职务犯罪中的贪污罪、受贿罪、挪用公款罪重叠。但是职务犯罪与白领犯罪也有区别,其区别点在于:1. 二者研究的侧重点不同。白领犯罪主要是从犯罪学的角度提出来的概念,它揭示了西方社会不仅存在蓝领犯罪,而且还有大量的“绅士犯罪”,从而具有重大的犯罪学意义,但由于白领犯罪的概念和范围存在着很大的模糊性和争议性,所以没有多大的刑法学意义。而职务犯罪不仅具有犯罪学意义,更主要的是有刑法学意义。对职务犯罪的研究,可以引起人们对职务犯罪的高度重视,从而预防和消灭犯罪。另一方面,对每一种职务犯罪的研究,有助于人民法院正确地定罪量刑,严惩职务犯罪。2. 主体不尽相同。白领犯罪的主体范围很广,既包括受社会所尊重的具有较高地位的人,又包括中层人士;而职务犯罪的主体是公职人员,其社会与经济地位不一定都很高。3. 白领犯罪既包括经济犯罪,也包括渎职犯罪,还包括自由职业者利用特殊职业进行谋利的犯罪活动,而职务犯罪则不包括上述几种非渎职的犯罪。4. 白领犯罪是谋取不法利益的图利型犯罪,它侵犯的是该职业的信誉;而职务犯罪则并非都是图利型犯罪,也有些非图利性的犯罪,如报复陷害罪、刑讯逼供罪、泄露国家秘密罪等都属于职务犯罪。

## 二、职务犯罪的本质

职务犯罪尽管是特殊主体实施的特殊犯罪,但仍然属于犯罪的一种,所以探讨职务犯罪的本质自然离不开犯罪的本质这一大的前提,研究职务犯罪的本质必须而且应该在犯罪本质的一般理论指导下进行。我国刑法学界多数人认为,马克思和恩格斯在《德意志意识形态》一书中指出的“犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争。和法一样,也不是随心所欲地产生的”<sup>③</sup>是关于犯罪本质的科学论述。这里的“反对统治关系的斗争”,是指严重危害统治阶级的社会关系的行为<sup>④</sup>,也就是说犯罪的本质在于对统治关系的危害<sup>⑤</sup>。

那么,职务犯罪所危害的是什么统治关系或社会关系,即职务犯罪的本质是什么呢?我国刑法学界对这一问题尚未明确地回答。由于犯罪的客体是指犯罪行为所侵犯的社会关系,所以犯罪的本质问题与犯罪客体中的一般客体和同类客体是重合的<sup>⑥</sup>,因而关于职务犯罪的本质问题可以从职务犯罪的同类客体中寻找答案。我国刑法学界的通说认为,职务犯罪所侵犯的同类客体即职务犯罪的本质是国家机关的正常活动。笔者以为,该观点值得商榷:

第一,这种表述不能深刻地揭示职务犯罪的本质。所谓本质,是指事物本身所固有的决定事物性质、面貌和发展的根本属性,它是事物在性质上区别于其他事物的内在规定性,这种规定性决定一事物是该事物而不是别的事物,把该事物与其它事物区别开来。职务犯罪的本质就是职务犯罪区别于其他犯罪的规定性。一般说来,职务犯罪会破坏国家机关的正常活动,但这并不是职务犯罪所独有的特性,其他犯罪也有可能破坏国家机关的正常活动。例如普通公民以暴力、威胁方法阻碍国家工作人员依法执行职务的行为,或者拒不执行人民法院已经发生法律效力判决、裁定的行为以及普通公民扰乱社会秩序,致使国家机关的活动无法开展等行为,均破坏了国家机关的正常活动。所以,“破坏国家机关的正常活动”这一表述未能反映职务犯罪

独有的特性,不能揭示职务犯罪的本质。

第二,把职务犯罪的本质界定为国家机关的正常活动,就意味着职务犯罪只发生在国家机关。实际上,根据现行法律的规定,受贿罪、贪污罪等犯罪的主体既可以是国家机关工作人员,也可以是集体经济组织工作人员,还可以是其他依法执行公务的人员。这就表明职务犯罪不仅仅发生在国家机关,还可能发生在国营企业事业单位或集体企业、基层群众自治组织中。此外,国有股份制企业、中外合资合作企业、承包或租赁后的公有制企业等经济实体中也发生了为数不少的贪污、贿赂、玩忽职守等职务犯罪,因而职务犯罪不仅仅破坏国家机关的正常活动。

第三,这一表述不能涵盖所有的职务犯罪的特征。在职务犯罪中,有些犯罪必然会侵犯国家机关的正常活动,但有些犯罪则不一定破坏和影响了国家机关的正常活动。以受贿罪为例,在司法实践中对国家机关正常活动不会造成侵犯的受贿行为有以下几种情况:1. 行为人利用职务之便收取了他人的贿赂,但为他人谋取的是他人应当得到的正当利益;2. 行为人利用职务之便收取了他人的贿赂,正准备为他人谋取非法利益的时候,即被查获了,在这种情况下由于行为人还未着手为他人谋取非法利益,因此便谈不上对国家机关的正常活动有破坏性;3. 行为人收取了他人的贿赂,并允诺以其职务之便为他人谋取非法利益,但实际上并不打算这样作,在这种情况下,行为人的行为也不可能破坏国家机关的正常活动。上述3种情况的受贿行为侵犯了公务机关的声誉。

笔者认为,要正确认识和把握职务犯罪的本质,应坚持以下原则:1. 要遵循马克思主义关于犯罪本质的理论;2. 职务犯罪的本质必须能够反映职务犯罪区别于其他类型犯罪的最典型的特征;3. 职务犯罪的本质必须能涵盖所有职务犯罪。因此,我认为:

第一,职务犯罪是一种侵犯统治阶级的统治关系的犯罪,也就是侵犯了统治阶级赖以存在的社会关系。

第二,职务犯罪侵犯了统治阶级的社会关系中的国家职能。在我国,犯罪所侵犯的社会关系有:人民民主专政和社会主义制度,公共安全,社会主义经济秩序,公民的人身权利,民主权利,国家、集体和公民财产权,社会管理秩序,国家的有关职能活动等。而职务犯罪侵犯的正是国家有关职务活动的职能。

第三,职务犯罪所侵犯的是国家管理公务的职能和声誉。职能是指人、事物、机构应有的作用和功能。国家职能有3种:政治职能、经济职能和社会职能。国家职能的实现总是通过国家职能部门的全体成员共同努力完成的,这些成员都不同程度地担负着操作和管理国家各方面职能的责任。如果其中的一部分成员不正确履行自己的职责,滥用自己的职权,那么都会影响国家职能的充分实现。职务犯罪是公职人员滥用职权、玩忽职守,影响和削弱国家职能的行为,侵犯了国家管理公务的职能和声誉。笔者认为,职能和声誉分别为两种独立存在的具体的社会关系,前者属于物质性的社会关系,后者属于思想性的社会关系。职务犯罪对国家管理公务的职能的破坏是直观的、物化的,表现为对公务活动的程序和正当性的破坏,同时职务犯罪也不可避免地会使公务的声誉蒙受污辱,使公民对公务权威的评价和信任程度降低,这种损害是观念性的、无形的,影响面已超出了该项公务本身。

鉴于上述认识,笔者认为职务犯罪的本质是侵犯了国家管理公务的职能和声誉。这一表述具有以下几个特点:

1. 揭示了职务犯罪的共同属性。无论什么具体的职务犯罪,都无一例外地破坏了国家管理公务的职能及声誉。2. 揭示了职务犯罪所独有的属性。只有具备法定职务和一定身份者才能从事公务活动,也只有这些人才能实施职务犯罪,从而破坏国家管理公务的职能和声誉,任何

不具备法定职务和身份者都不能单独实施职务犯罪。3. 揭示了职务犯罪的本质。职务犯罪之所以具有严重的社会危害性,之所以成其为犯罪并受刑罚惩罚,就在于具有特定身份的公职人员违背职务要求,无视国家对各种职务活动的规定,破坏了国家管理公务的职能和声誉。为防止公职人员利用职务违法犯罪,国家先后颁布了数十种规范国家工作人员职务活动的法规、规章,这些都是国家管理公务的职能和声誉在法律、法规上的体现。职务犯罪的本质就在于违背了国家对各种职务活动的具体规定,侵犯了国家管理公务的职能和声誉。

最后值得一提的是,有的人认为职务犯罪的本质与公职人员手中的权力有关,认为是权力的嬗变或异化。笔者认为这并没有抓住职务犯罪的本质。权力,就其本身而言,自从它产生起,便是统治阶级赖以统治的强制力量和统治工具,它不是犯罪的根源,也无所谓积极与消极之分,只是存在着由哪一个阶级掌握和为谁服务的问题。那种把权力的嬗变看作职务犯罪的本质而主张“淡化”权力的认识,显然是误解了权力的性质,没有把权力同被滥用了的权力的侵犯性、腐败性区别开来。在我国,一切权力属于人民,人民是权力的唯一合法源泉和原始权威,政府的权力是由人民的权利和权力派生而来的,公职人员应该合理合法地使用权力造福于民。然而,现实生活中的一些人一旦接受人民赋予的权力后便把这种权力据为己有,将它变成谋取个人私利的“资源”,使之成为人民的一种异己力量。这种权力的私有化、变异性便是职务犯罪的根源。所以我国应当建立权力的内部制约机制和外部监督机制,以防止权力变质,这才是遏制职务犯罪的对策。

#### 注 释:

- ① 赵登举等主编:《检察学》,湖南人民出版社 1988 年版,第 338 页。
- ② 孙渝:《职务犯罪若干问题探析》,《中南政法学院学报》1987 年第 4 期。
- ③ 高铭喧等:《职务犯罪的刑法对策》,《中国人民大学学报》1991 年第 5 期。
- ④ 孙谦主编:《国家工作人员职务犯罪研究》,中国政法大学出版社 1988 年版,第 4 页。
- ⑤ 张穹主编:《职务犯罪概论》,中国检察出版社 1991 年版,第 15 页。
- ⑥ 参见拙作《刑法上的“国家工作人员”献疑》,《争鸣》1990 年第 1 期。
- ⑦⑧ 杨敦先、谢宝贵主编:《经济犯罪学》,中国检察出版社 1991 年版,第 40、337 页。
- ⑨ 高铭喧:《刑法的孕育与诞生》,法律出版社 1981 年版,第 210 页。
- ⑩ 马克昌:《论受贿罪》,《中国法学》1991 年第 6 期。
- ⑪ 转引自林山田著《经济犯罪与经济刑法》,台湾三民书局 1981 年第三版,第 7 页。
- ⑫ 杨春洗等主编:《刑事法学大辞书》,南京大学出版社 1990 年版,第 4 页。
- ⑬ 《马克思恩格斯全集》第三卷,第 379 页。
- ⑭ 高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社 1989 年版,第 64 页。
- ⑮ 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社 1991 年版,第 3 页。
- ⑯ 高铭喧、王作富主编:《新中国刑法的理论与实践》,河北人民出版社 1988 年版,第 176 页。

(本文责任编辑 车 英)