

学校编码: 10384
学 号: X2005120062

分类号 _____ 密级 _____
UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论徇私舞弊不移交刑事案件罪的司法适用

Discussion of Malpractice by Practice Favoritism and not
Transferring Criminal Case

陈 葳

指导教师姓名: 李 兰 英 教 授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2009 年 04 月

论文答辩时间: 2009 年 月

学位授予日期: 2009 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2009 年 04 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

徇私舞弊不移交刑事案件罪是 1997 年新刑法颁布后新出现的罪名，它的确立适应了新形势下打击和预防职务犯罪的新思路和新要求，在维护行政执法机关廉政勤政、有错必纠、执法必严的良好形象、构建诚信政府和促进社会繁荣稳定具有重大的意义；由于徇私舞弊不移交刑事案件罪的主体范围过窄、缺乏与之相配套的立法解释和司法解释，反映在司法实践与适用中，往往出现发现难、立案难、查证难和定罪难，造成此类案件成案率低，社会效果和法律效果不明显。

本文先从徇私舞弊不移交刑事案件罪在司法实务中的现状入手，阐述在具体运用中遇到的困惑和问题，然后分别从犯罪主体、犯罪客观方面和主观方面等犯罪构成要件上分析了本罪在当前司法实践中存在的争议与问题及其成因；最后从法理和司法实务的角度，提出了解决困惑的建议与设想，最终得出主体扩大与变更罪名的建议。

关键词：徇私舞弊；包庇罪；滥用职权罪

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

Malpractice by practice favoritism and not transferring criminal case is a new crime after the enactment of the 1997 criminal law. The establishment of this crime of corruption adapts to the new situation to curb and prevent crime by taking advantage of duty, which is very significant in forging the image of honest, diligent, self-discriminating law enforcement agencies, constructing creditable government, and promote social prosperity. Meanwhile, its narrow scope of subject entities and the lack of corresponding legislative and judiciary interpretation are reflected in judiciary practice and application—it is very hard to find, file, investigate and convict such cases. In addition, the special exquisite of subjects of anti-malpractice cases and their complexity and sensitivity result in low case-filing rate, so its social and legal effects are not apparent enough.

This article begins with the judicial status quo of criminal act of malpractice by practice favoritism and not transferring criminal case; then the problems and confusion in judicial practices are expounded; and then the controversial issues in judicial practice and the underlying causes are analyzed from the perspective of the prerequisites of the crime including the subject entity, the objective and subjective aspects of the crime; finally, solutions and tentative plans to the problems and confusions are proposed from the perspective of theory of law and judicial practices to arrive at the conclusion of subject entity expansion and change of the name of the crime.

Key words: corruption; cover up the crime; the crime of abuse power

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

| | |
|---|----|
| 前 言 | 1 |
| 第一章 徇私舞弊不移交刑事案件罪在实务中的现状与挑战 | 3 |
| 一、本罪在司法实务中的现状 | 3 |
| 二、本罪在司法实务中面临的挑战 | 4 |
| 第二章 徇私舞弊不移交刑事案件罪犯罪主体的定位与思考 | 5 |
| 一、司法实务中本罪主体的定义与存在的争议 | 5 |
| 二、相关主体认定中存在的争议与矛盾 | 5 |
| 三、实务中本罪主体的扩展与扩展后面临的困境 | 12 |
| 第三章 对“徇私”的定位及司法实务中的困惑 | 17 |
| 一、将“徇私”作为客观方面的法定要件，不符合立法原意和保护法益 的需要 | 17 |
| 二、将“徇私”作为主观方面的法定要件，不适应司法实务的需要 | 17 |
| 第四章 刑法对本罪客观方面的影响及其思考 | 19 |
| 一、对于原案犯罪情节显著轻微，可能免除刑事责任，徇私舞弊不移 交此类案件之行为的定性 | 19 |
| 二、对于原案已过追诉期限，或者犯罪嫌疑人已死亡，适用本罪之分析 .. | 20 |
| 第五章 对徇私舞弊不移交案件罪的建议及思考 | 22 |
| 一、单位犯罪适用本罪主体的构想 | 22 |
| 二、本罪犯罪主体扩大的必要性与建议 | 22 |
| 三、将“徇私舞弊”从本罪罪名中删除的必要性与建议 | 25 |
| 参考文献 | 27 |
| 致 谢 | 29 |

厦门大学博硕士学位论文摘要库

CONTENTS

| | |
|--|----|
| Preface | 1 |
| Chapter 1 Status quo and challenges of malpractice by practice favoritism and not transferring criminal case | 3 |
| Section 1 The judicial practice of the status quo in this crime | 3 |
| Section 2 The challenges of judicial practice in this crime..... | 4 |
| Chapter 2 Orientation and reflection on the subject entity of malpractice by practice favoritism and not transferring criminal case | 5 |
| Section 1 Definition and controversy of the subject entity of the crime in judicial practice..... | 5 |
| Section 2 Controversies and conflicts in the identification of relevant subject entity..... | 5 |
| Section 3 Subject entity extension and ensuing dilemma in practice | 12 |
| Chapter 3 Orientation of “practice favoritism” and confusion in judicial practice | 17 |
| Section 1 “Practice favoritism” as objective prerequisite falls short of legislative intention and protection of legal rights | 17 |
| Section 2 “Practice favoritism” as subjective prerequisite falls short of the need of judicial practice..... | 17 |
| Chapter 4 Influence of criminal litigation law on the subjective aspect of the crime and reflection | 19 |
| Section 1 Qualification of minor offense of the original criminal, exemptible of criminal responsibility, practice of favoritism without submitting the case | 19 |
| Section 2 Analysis on applicability of the original crime being overdue in litigation period or the criminal subject being dead | 20 |
| Chapter 5 Suggestion and reflection on malpractice by practice | |

CONTENTS

| | |
|--|----|
| favoritism and not transferring criminal case | 22 |
| Section 1 Concept of corporate crime applicable to this crime | 22 |
| Section 2 Necessity of extension of subject entity and suggestion..... | 22 |
| Section 3 Necessity of deleting “practice favoritism” from the name of crime and suggestion | 25 |
| References | 27 |
| Thanks | 29 |

厦门大学博硕士论文摘要库

前 言

刑法第四百零二条规定：行政执法人员徇私舞弊，对依法应当移交司法机关追究刑事责任的不移交，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑。本罪的主体必须是行政执法人员，本罪的客观方面表现为徇私舞弊，对应当移交司法机关追究刑事责任的不移交，本罪的客观方面表现为故意，即明知案件应当移交司法机关追究刑事责任而故意不移交。^①

徇私舞弊不移交刑事案件罪的刑事立法是一个从无到有，循序渐进的过程。建国后的相当长的时间内，我国并未设置一个专门的独立罪名。20世纪80年代以后，随着职务犯罪和贪污贿赂犯罪的不断增多，针对一些领域中存在的徇私舞弊不移交刑事案件的情形日益严重，我国先后颁布了一系列的单行特别刑法与附属特别刑法条款，明文规定对之按照、依照或比照刑法第188条有关的规定处罚。如1982年全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》的第1条规定：“国家工作人员，无论是否司法人员，利用职务包庇、窝藏本条(一)、(二)规定的犯罪分子(即犯走私、投机倒把、盗窃、贩毒、盗窃珍贵文物出口、受贿等经济犯罪者)，隐瞒、掩饰他们的犯罪事实的，都按刑法第188条徇私舞弊罪的规定处罚”。1993年全国人大常委会《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》第10条第1款和《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》第4条均规定：“国家工作人员利用职务，对明知有本决定所列犯罪行为的企业事业单位或者个人故意包庇使其不受追诉的，比照刑法第188条的规定追究刑事责任。”又如1996年3月17日八届人大第4次会议通过的《中华人民共和国行政处罚法》第61条明确规定：“行政机关为牟取本单位私利，对应当依法移交司法机关追究刑事责任的不移交，以行政处罚代替刑罚，由上级行政机关或者有关部门责令纠正；拒不纠正的，对直接负责的主管人员给予行政处分；徇私舞弊、包庇纵容违法行为的，比照刑法第188条的规定追究刑事责任。”^②上述相关规定，从立法和司法上为制裁行

^① 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社, 2003.955-956.

^② 廖北海、徐立.徇私舞弊不移交刑事案件罪的立法完善[J].中国刑事法杂志,2004,(1):38-45.

政执法人员徇私舞弊不移交刑事案件罪提供了适用法律的依据和定罪量刑的标准，但也存在着适用主体范围过窄、条文分散、立法不统一的情况。为了解决这一问题，修订后的 97 年刑法，在借鉴和总结相关司法实践经验的基础上，将这种行为以徇私舞弊不移交刑事案件罪规定在渎职罪章中。

厦门大学博硕士论文摘要库

第一章 徇私舞弊不移交刑事案件罪在实务中的现状与挑战

一、本罪在司法实务中的现状

徇私舞弊不移交刑事案件罪的确立，适应了新形势下打击和预防职务犯罪的新思路和新要求，在维护行政执法机关廉政勤政、有错必纠、执法必严的良好形象、构建诚信政府和促进社会繁荣稳定具有重大的意义；从长远来看，对完善刑事立法和指导司法实践也具有积极的促进作用。但我们也必须同时看到，由于徇私舞弊不移交刑事案件罪的主体范围过窄、缺乏与之相配套的立法解释和司法解释，反映在司法实践与适用中，往往出现发现难、立案难、查证难和定罪难，加上反渎职侵权类案件本身存在的对主体的特殊要求和立法的不完善以及案件特有的复杂性和敏感性，查处徇私舞弊不移交刑事案件成案率很低。

在维护社会稳定和促进经济持续高速发展的大局下，检察机关依法打击徇私舞弊不移交刑事案件犯罪行为的职责任重而道远。2008年安徽阜阳的劣质奶粉造成许多大头娃娃出现，河北石家庄的“三鹿”奶粉造成众多的胆结石婴儿震惊全国，哈三药假药事件、伪劣人蛋白事件……这些危及人们生命安全的假劣药品、食品不断出现在我国的食物领域，出现在医院临床病人的治疗中。同年9月，广东省深圳市一家歌舞厅周六夜间发生特大火灾。据新华社报道，火灾已造成43人死亡，88人受伤。当地警方初步调查，大火是因舞台上燃放焰火引起的，由于安全通道狭小，人群拥挤，疏散不畅，造成惨剧。这些沉痛的现实和悲剧让我们反思，假如政府相关职能部门能尽职尽责，及时查处和发现不法分子的犯罪事实，严格管理相关市场，依法规范药材器械销售管理，严厉打击生产和销售假药的犯罪行为，将公共危机杜绝在发生之前，违法犯罪人员的企图就很难得逞，群众也不必闻药色变；假如在重大安全隐患发现后至深圳特大火灾发生之前的三年里，相关职能部门能够依法监督落实关、停、并、改等相关整改措施，并及时对已涉嫌犯罪的人员移交司法部门处理，那么造成人民和财产重大损失的事件或许就不可能发生。某些政府管理部门为了盲目追求政绩和经济效益，不履行应尽的监管和稽查职责，或者虽已经发现违法犯罪行为责令其整改，但未真正监督其落实，甚至不依法移交司法部门处理，给人民、社会和政府造成了难以弥补的损

失和影响。这一系列的事件所暴露出相关监管部门运行与监督制约机制的缺失以及行政执法人员在新形势下渎职犯罪问题，作为一个法律人，有必要就徇私舞弊不移交刑事案件罪在当前司法适用与实践中面临的困惑作探讨。

二、本罪在司法实务中面临的挑战

(一) **本罪犯罪主体在认定中存在的争议与矛盾。**由于司法界对“行政执法人员”主体范围的界定上存在不同的认识与解释，间接导致了各地检察院、法院在立案管辖和对同一案件的司法裁判上不统一，这种局面与法律面前人人平等、公平正义等现代法治理念不相适应。

(二) **本罪犯罪主体的扩展问题。**由于徇私舞弊不移交刑事案件罪将犯罪主体限定在行政执法人员，造成本罪犯罪主体范围过窄，进而使检察机关在受理有关非行政执法人员涉嫌徇私舞弊不移交刑事案件线索时，对非行政执法人员是否能适用刑法第四百零二条之规定以及如何定罪量刑产生困惑与分歧。

(三) **“徇私”的定位及其争议。**对于“徇私”在犯罪构成中属于客观要件还是主观要件，司法实践中存在不同的看法。这种对“徇私”在犯罪构成中的不同定位，直接导致了司法实务中检察机关在查证和认定此类犯罪的不同做法，不利于法律的正确统一实施。

第二章 徇私舞弊不移交刑事案件罪犯罪主体的定位与思考

一、司法实务中本罪主体的定义与存在的争议

由于司法界对行政执法人员在定义和解释上存在不同的认识,司法实践中常常因主体含义不明确而导致侦查人员、审判人员在应否受理、立案、提起公诉和审判等问题上无所适从,间接上导致了各地检察院、法院在立案管辖和对同一案件的司法裁判上不统一,这种局面与法律面前人人平等、公平正义等现代法治理念不相适应,因此有必要首先对其内涵作深入的探究。

简单地说,行政执法人员就是从事行政执法的工作人员。那么何谓行政执法?对此,行政法学界存在不同看法。一种观点认为,所谓行政执法,是指行政主体执行、适用法律及从属于法律的法规、规章的活动,是行政主体处理涉及特定行政相对方特定事项的具体行政行为。行政执法行为的主体包括行政机关和法律、法规授权的组织。^①此观点与目前的司法解释相同。另一种观点认为,行政执法是国家行政机关依据行政管理法规,针对特定的对象所采取的具体的、单方面的、能直接产生行政法上法律效果的行政行为。^②此观点将行政执法人员的范围限定在行政机关中从事执法的人员,而将非行政执法机关工作人员排除在外。本人认为,第一种观点符合我国的行政执法现状,是可取的。因为从立法和实务的角度出发,当前我国从事行政执法活动的人员既包括行政机关人员,也包括法律法规授权的组织。而法律法规授权的组织又分为公务组织和社会组织,如中国纺织协会、卫生防疫站等组织,它们或由国家依法设立,或由法律法规特别授权。^③如果我们片面地将法律法规授权的组织排除在行政执法人员之外,一方面与法律、法规的立法原意不相符;另一方面,与当前我国行政执法的现状相脱离。因此,行政执法行为的主体应包括行政机关和法律、法规授权的组织。

二、相关主体认定中存在的争议与矛盾

(一) 公安人员能否适用本罪主体及其存在的争议

① 罗豪才,主编.中国行政法学教程[M].北京:人民法院出版社,1996.165.

② 许崇德、皮纯协,主编.新中国行政法学研究综述[M].北京:法律出版社,1991.293.

③ 王作富、刘志远.论徇私舞弊不移交刑事案件罪的司法适用[J].中国刑事法杂志,(45):27-32.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库