渎职罪实体认定与程序适用问题研究

李忠诚／著

DUZHIZUI SHITIRENDING
YU CHENGXU SHIYONG WENTI YANJIU

中国检察出版社

渎职罪实体认定与程序适用问题研究

李忠诚／著

DUZHIZUI SHITIRENDING
YU CHENGXU SHIYONG WENTI YANJIU

中国检察出版社

图书在版编目（CIP）数据

渎职罪实体认定与程序适用问题研究 / 李忠诚著. —北京：中国检察出版社，2017.1

ISBN 978-7-5102-1818-7

Ⅰ.①渎… Ⅱ.①李… Ⅲ.①渎职罪-认定-研究-中国 ②渎职罪-法律适用-研究-中国 Ⅳ.①D914.393.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 008009 号

渎职罪实体认定与程序适用问题研究

李忠诚 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）

编辑电话：(010)68658769

发行电话：(010)88954291　88953175　68686531

(010)68650015　68650016

经　　销：新华书店

印　　刷：三河市西华印务有限公司

开　　本：710 mm×960 mm　16 开

印　　张：15

字　　数：256 千字

版　　次：2017 年 1 月第一版　　2017 年 1 月第一次印刷

书　　号：ISBN 978-7-5102-1818-7

定　　价：40.00 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

自　序

渎职犯罪是以国家公权力为依托的职务犯罪。因此，在查办渎职犯罪案件时，如何准确认定渎职犯罪的主体以及相关的职责至关重要，主体是身份，职责是具有该身份的人行使职权的要求以及不行使或者滥用职权的后果承担。在我国，理论上和司法实践中，关于渎职罪主体的认识和认定经历了一个由宽到窄，即由“国家工作人员”到“国家机关工作人员”的转变，再由窄到适度放宽的过程，即由“国家机关工作人员”到既包括“国家机关工作人员”又包括“依法授权的人员”。研究这个问题，解决实践中的争议也是按照这个思路进行的，某种意义上是问题导向的结果，但是当我们静下心来思考，查找实践中问题的原因所在，克服浮躁的情绪，反观立法初心时，忽然发现理论研究被浮躁所迷惑。因为1996年和2012年修改的刑事诉讼法第18条第2款均明确规定国家工作人员的渎职犯罪归检察机关管辖，正确的解释应当是，刑事诉讼法规定的渎职犯罪是指刑法第九章规定的渎职罪和刑法其他章节中规定的国家工作人员的渎职犯罪。为了记录这个研究过程，也是为了在理论上回应在这个过程中出现的问题，笔者将已往的成果展现在读者面前，也是一种理论研究的反思。

渎职犯罪是结果犯，犯罪结果对认定渎职罪至关重要。笔者把渎职犯罪的结果划分为四种，即生命、健康、财产和非物质损失，并对各种损失的数量标准、争议的问题等做了探讨。其中非物质损失中的“恶劣社会影响”没有相关的司法解释，也不好具体解释，笔者从学理的角度回答了实际部门同志的提问。

渎职犯罪的因果关系复杂多样，有一因一果、一因多果、多因一果、多因多果等多种情况。司法实践中如何准确把握和认定是一个相当复杂的问题，特别是在玩忽职守和滥用职权犯罪中的因果关系更难认定。在分析各种观点之后，笔者提出“结合说”来化解渎职犯罪因果关系的认定问题，即将国家工作人员的渎职行为与其监督管理对象的违法犯罪行为结合起来分析国家工作人员的渎职行为与其监督管理对象违法犯罪行为造成的损害后果之

间的因果关系，也就是说国家工作人员依法全面履行了监督管理职责，即使被监督管理对象发生了违法犯罪行为并造成了损害后果，国家工作人员也不构成渎职犯罪；国家工作人员虽然没有依法履行监督管理职责，但被监督管理的对象没有违法犯罪行为，没有损害后果发生，国家工作人员也不构成渎职犯罪，只能在工作管理层面予以处理，不涉及刑法的调整；国家工作人员依法全面履行了监督管理职责，被监督管理的对象也依法规范经营，没有违法犯罪行为，更没有损害后果发生，这是最理想的状态。

刑法中关于徇私舞弊型犯罪有16个罪名。司法实践中，关于徇私舞弊型犯罪的争议也比较大，主要是徇私的范围是否包括单位之私？徇私应不应当成为犯罪的构成要件？其实，这是一个立法的价值取向问题，是对舞弊类犯罪的控制方法问题，如徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪，如查不出司法人员徇私情私利，却采用舞弊的行为进行减刑、假释、暂予监外执行的情况下如何定罪处罚？有的地方用滥用职权罪定罪处罚，这种情况下，往往在损害后果上容易出现争议。立法机关认为没有徇私情私利的动机，司法人员怎么可能有舞弊减刑、假释、暂予监外执行的行为呢？所以侦查机关必须搞清楚徇私的问题。而侦查机关则认为，司法实践中徇私的问题不好查，因为往往是一对一的事情，当事人不说，突破的手段亦有限，所以难以查证。归根结底这涉及坚持主客观相统一来定罪的问题，应防止客观归罪。解决这一问题，我们不能回避矛盾，要坚持突出舞弊的地位，在有舞弊事实的前提下，再查徇私的问题，在各种工作失误都排除的情况下，通过查利益输送和人情关照的证据来锁定徇私问题。如果确实查不出徇私的证据才考虑定滥用职权罪的问题。

以上是笔者从渎职罪的实体认定方面选择实践中争议比较大，各地书面或者电话请示比较多的渎职罪的主体、损失后果、因果关系和徇私舞弊等问题进行的较为具体的分析，未必全面深入，有些观点也未必准确。

关于程序适用方面的问题，笔者对线索的发现和经营、初查、刑事案件的指定管辖和渎职犯罪案件的并案管辖以及渎职罪的证据标准等方面进行了探讨。

线索的发现对于办案机关而言就是线索的来源。从统计分类来讲主要有五个方面：群众举报、犯罪嫌疑人自首、办案机关在办案中自行发现、内部有关部门移送和外部有关单位移送。这里有两个特点，一是群众举报是线索来源的重要途径，占40%左右；二是自行发现通常是办案机关在专项活动开展过程中查出窝案带出串案，这个比例也较高。线索经营的核心问题是研

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

究查办的最佳时机，以求得最佳效果。

初查在职务犯罪侦查中占有重要的地位。笔者从初查是司法活动，是职务犯罪线索的审查活动，是立案侦查的基础性工作等方面分析了初查的性质。简单说，初查的目的就是核查线索内容，为立案侦查做准备。初查也有一些禁忌，如一般不接触被初查的对象，不采取对人对物的强制措施等，同时笔者认为初查的发展趋势应当纳入立案程序来规范。

刑事案件的指定管辖需要确立一个侦查指定管辖的预决原则，即上级检察机关指定管辖的案件应当对下级检察机关和审判机关都有预决作用，都按此侦查管辖进行对应的起诉和审判，以避免不同部门不同机关多次请示多次批复，影响诉讼效率。查办渎职犯罪案件将与之相关联的普通刑事原案一并侦查对查清渎职犯罪案件具有重要的推动作用，也是一条成功的办案经验。

渎职罪的证据标准是个复杂的问题。本来是最高人民检察院检察理论研究所确定的重点课题，但没人接题，为防止课题落空，据说是当时主管最高人民检察院检察理论研究所的孙谦副检察长将这个课题指定给笔者的。笔者认真研究梳理，从渎职罪的证据数量标准和质量标准以及二者的相互关系加以论述，既完成了课题任务，也为本书增添了内容。因为刑事诉讼法中包括证据的规定，所以笔者也把渎职罪的证据标准问题列入程序部分加以研究。

以上，笔者将本书的主要内容进行了简单概括性说明，未必符合自序写作的格式要求，以此为序，还请读者见谅。

2016 年 12 月 29 日于海口市金海岸罗顿酒店

李忠诚

目　录

自　序 …… 1

实体篇

第一章　渎职罪主体问题研究 …… 3
第一节　渎职罪主体的演变 …… 3
一、渎职罪主体由宽到窄 …… 3
二、渎职罪主体由窄到适度放宽 …… 7
第二节　渎职罪主体相关问题探讨 …… 11
一、渎职罪主体是否扩大为国家工作人员 …… 11
二、确定渎职罪主体时的身份说与公务说之争 …… 13
三、无国家机关工作人员限制的八个渎职罪主体情况分析 …… 15
四、渎职罪的共犯问题 …… 24
五、渎职罪主体称谓的确定问题 …… 26
六、中小学校校长能否成为渎职罪主体的问题 …… 26
七、关于渎职罪主体的立法建议 …… 28
第三节　渎职罪主体问题上的立法执着与司法解释的任性 …… 30
一、立法的执着 …… 30
二、司法解释的任性 …… 31
三、原因分析 …… 32
四、对策探讨 …… 34
第二章　渎职罪损害后果的认定 …… 36
第一节　渎职罪损害后果的表现形式之一——生命的损害 …… 37
一、人的生命的损害——致人死亡 …… 37

二、生命损害在司法实践中需要研究的问题 …… 38
第二节　渎职罪损害后果的表现形式之二——健康的损害 …… 42
一、人体健康的损害——致人伤残 …… 42
二、人体健康的损害——中毒 …… 44
第三节　渎职罪损害后果的表现形式之三——财产的损失 …… 46
一、财产损失——以人民币为计价单位 …… 46
二、财产损失认定中的疑难问题 …… 52
第四节　非物质损失的认定 …… 68
一、严重损害国家声誉 …… 68
二、造成恶劣的社会影响 …… 69
第五节　渎职罪的立案标准中有争议的问题 …… 72
一、泄露国家秘密案件中的秘密事项的“项（件）”的理解 …… 73
二、滥用职权买卖未盖章的空白《边境证》的犯罪结果的认定 …… 74
第六节　渎职罪的追诉时效 …… 75
一、清网中暴露出来的渎职案件的定性问题 …… 75
二、清网中暴露出来的渎职罪的追诉问题 …… 75
第三章　渎职罪因果关系的认定 …… 81
第一节　渎职罪因果关系的概念与特征 …… 81
一、渎职罪因果关系的概念 …… 81
二、渎职罪因果关系的特征 …… 81
第二节　司法实践中对渎职罪因果关系认定存在的突出问题 …… 89
一、直接因果关系与间接因果关系以及责任人的划分 …… 89
二、多因一果关系中直接责任人的认定问题 …… 90
三、决策行为、实行行为与危害后果之间因果关系的问题 …… 94
第三节　健全和完善渎职罪因果关系司法认定的思考 …… 94
一、构建科学的渎职罪因果关系认定理论体系 …… 95
二、健全和完善相关法律制度以适应司法实践的需要 …… 96
三、提高认定渎职罪因果关系的能力 …… 98

第四章　徇私舞弊型渎职罪的认定…… 100
第一节　关于渎职罪徇私舞弊中“徇私”性质的界定 …… 101
一、“徇私”在渎职罪构成要件中的地位 …… 101
二、“徇私”的范围的界定 …… 106
第二节　“徇私舞弊”应否成为渎职罪的构成要件 …… 110
一、认为徇私舞弊应当成为渎职罪构成要件的主张…… 111
二、取消徇私舞弊作为渎职罪构成要件的主张…… 111
第三节　渎职罪中徇私舞弊情节认定的方法…… 115
一、“徇私”的认定 …… 115
二、“舞弊”的认定 …… 117
三、“徇私”与“舞弊”认定中的关系 …… 119

程序篇

第一章　渎职案件线索的发现与经营…… 123
第一节　渎职案件线索概述…… 123
一、线索的概述…… 123
二、渎职犯罪的线索概念与特征…… 126
第二节　渎职案件线索的发现…… 127
一、渎职犯罪案件线索的被动发现…… 128
二、渎职犯罪案件线索的主动发现…… 131
第三节　渎职案件线索的经营…… 150
一、渎职线索经营的概念和特征…… 150
二、渎职线索经营的方式…… 151
三、渎职线索经营的意义…… 155
第二章　职务犯罪的初查…… 156
第一节　职务犯罪初查权的性质…… 156
一、初查是司法活动…… 156
二、初查是对涉嫌职务犯罪线索的审查活动…… 157
三、初查是立案和侦查的前提和基础性工作…… 157

第二节　职务犯罪初查权产生的背景…… 158
一、检察机关的初查权来自对自侦工作的重视…… 158
二、慎用侦查权使初查权受到重视…… 159
三、检察机关直接立案侦查的职务犯罪案件的特殊性决定了初查工作的重要性…… 159
第三节　职务犯罪初查权运行状况分析…… 161
一、初查的决定权由检察长行使…… 161
二、初查的回避问题…… 162
三、初查的保密问题…… 163
四、初查的方式…… 163
第四节　职务犯罪初查应当注意的问题…… 168
一、制作初查方案…… 168
二、按照案件管辖范围行使初查权…… 170
三、初查应当秘密进行…… 171
第五节　职务犯罪初查权的发展趋势…… 171
一、维持现状，坚持独立…… 172
二、纳入立案程序，在立案中规范…… 172
第三章　刑事诉讼指定管辖与渎职罪牵连管辖研究…… 174
第一节　刑事诉讼指定管辖研究…… 174
一、刑事诉讼指定管辖的形态分析…… 174
二、刑事诉讼指定管辖现状分析…… 179
三、关于指定管辖规定前置和确立侦查指定管辖预决原则的设想…… 182
第二节　渎职罪牵连管辖研究…… 183
一、渎职罪牵连的原案的概念和特征…… 183
二、原案的构成形态分析…… 186
三、原案对查处渎职案件的制约与管辖原案出路探讨…… 187
第四章　渎职罪的证据标准…… 192
第一节　渎职罪的证据质量标准…… 193
一、证据的客观性…… 193

二、证据的相关性…… 195
三、证据的合法性…… 197
四、渎职罪证据质量标准应注意的几个问题…… 198
第二节　渎职罪的证据数量标准…… 201
一、渎职罪的证据种类标准…… 201
二、渎职罪的证据数量标准…… 203
第三节　证据质量标准与证据数量标准的关系…… 221
一、证据质量标准是证据数量标准的精髓，证据数量标准是证据质量标准的外在表现…… 222
二、证据质量标准是证据数量标准的内在要求，证据数量标准以服从证据质量标准为前提…… 222
三、证据质量标准与证据数量标准是证据的质与量相统一的衡量尺度…… 223
后　记…… 224

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

实体篇

第一章　渎职罪主体问题研究

渎职罪主体是渎职犯罪行为的实施者和刑事责任的承担者，在渎职罪的认定和处理中占有重要的地位，实践中查处渎职案件，往往首先会遇到渎职罪主体是否适格的问题。因此，研究渎职罪主体问题不仅具有重要的理论意义，而且具有重大的实践意义。

为了便于研究，笔者将刑法规定的渎职罪的主体分为标准型和准用型两种，标准型的渎职罪主体即国家机关工作人员；准用型的渎职罪主体是指虽然不具有国家机关工作人员身份，但属于“在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员、在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员、虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员。”准用型的渎职罪主体是标准型的渎职罪主体向外扩展的结果，从理论上说，这是渎职罪主体认定中的身份说向职责说或者公务说转变的结果。

第一节　渎职罪主体的演变

回顾刑法关于渎职罪主体规定的修改历程，我们就会发现渎职罪主体的演变经历了一个由宽到窄，再由窄向适度放宽的演变过程。

一、渎职罪主体由宽到窄

这揭示的是渎职罪的主体由国家工作人员向国家机关工作人员演变的过程。1979 年刑法第八章专门规定了渎职罪（只有 8 条 9 个罪名），该法的第 187 条规定了玩忽职守罪，没有规定滥用职权罪，而且将渎职罪的主体界定在“国家工作人员”范围内。关于国家工作人员的范围，1979 年刑法第 83 条规定，“本法所说的国家工作人员是指一切国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员。”应当说渎职罪的主体范围是比较宽的，但

是规定的罪名并不多。只有9个罪名，即受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪、泄露国家机密罪、玩忽职守罪、徇私枉法罪、体罚虐待被监管人罪、私放罪犯罪、妨害邮电通讯罪。为什么当时的刑法将渎职罪的主体界定在国家工作人员的范围内？这与我国当时的经济体制是相适应的，我国当时实施的是计划经济，管理体制上也是政企不分，没有充分强调企业的自主权，企业当时也没有进行改革与改制，没有建立股份制公司。刑法关于渎职罪的罪名也少，虽然规定了国家工作人员这个看似范围较大的渎职罪主体，但在具体罪名上作了限制，真正入罪的国家工作人员并不多。1997年修改刑法时，将渎职罪的主体限定在国家机关工作人员范围内，虽然只增加了“机关”两个字，但从逻辑学的角度来看，增加内涵减少外延，渎职罪的主体只限定在国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关和军事机关中从事公务的人员，与修改前相比，渎职罪的主体范围变窄了。

立法机关为什么将检察机关管辖的渎职罪的主体大都用国家机关工作人员的身份加以限制，使检察机关管辖的渎职罪的范围由宽变窄？而且1996年3月修改，并于1997年1月1日起实施的刑事诉讼法明确规定的国家工作人员渎职罪却在1997年修改刑法时被限定在国家机关工作人员渎职罪的范围内，即1996年刑事诉讼法第18条第2款明确规定的“贪污贿赂犯罪，国家工作人员渎职犯罪，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、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。”却被1997年3月修改并于1997年10月1日起生效的刑法所修订，进行了主体范围的限制，主要表现在1997年刑法第九章规定的渎职罪主体大都用国家机关工作人员限定了，所以渎职罪主体由宽变窄。为什么会出现这样的变化？现在分析起来，主要有两方面的原因。

（一）立法机关通过限制人民检察院自行侦查案件的范围来限制人民检察院的侦查权力

立法机关为什么要限制人民检察院侦查案件的权力呢？人民检察院的侦查权力曾经过分使用是其中的重要原因之一。从1993年起，检察机关确立了“严格执法，狠抓办案，强化监督”的工作方针，强调执法和办案，特别突出办案。“说一千道一万归根结底是办案”。检察机关的工作重点在办案，尤其强调直接受理立案侦查案件的办理，最后工作方针也归纳、浓缩为“严格执法，狠抓办案”，“强化监督”不再作为工作方针的内容来提了。这一时期强调办案，而且检察机关的各个部门几乎都在办案，刑事检察部门也

在指导、督促查办走私案件。突出办案工作的重要性，检察机关认真抓了办案工作，办案工作有了长足的发展，通过办案也扩大了检察机关在社会上的知名度和影响力，打出了检察机关的声威。但是办案当中也出现就案办案、强调办案数量而忽视办案质量的问题，特别是有的检察机关在办案中不适当地适用侦查措施，扣押、冻结涉案款物不规范，挪用、挤占涉案扣押款物的问题时有发生，引起涉案单位和人员的不满和上访，后来从1998年至1999年开展的教育整顿，特别是对扣押款物进行清理就说明了这一点。侦查权的过度使用，产生的不良效果对检察机关管辖直接受理的案件范围产生了影响。国家立法机关也关注检察机关的工作重点放在办案上后，出现了重办案轻监督的问题，所以要规范检察机关直接受理立案侦查工作，通过缩小检察机关直接受理案件的管辖案件范围，达到抑制侦查权的目的，所以1997年刑法不顾与刚修改的刑事诉讼法的协调性就在渎职罪主体上用国家机关工作人员加以限制，使检察机关管辖的渎职罪案件范围变小。可见立法机关调整检察机关直接受理案件范围的决心与力度。具体来说主要表现为以下三个方面：

首先，从案件受理范围上来规范和限制侦查权。将原来归检察机关管辖的刑法第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的生产、销售伪劣商品罪、危害税收征管罪、侵犯知识产权罪等类犯罪划归公安机关管辖。检察机关直接受理立案侦查的案件范围缩小了，侦查权运用的空间自然受到了限制。

其次，对检察机关的机动侦查权进行规范和限制。根据1979年刑事诉讼法第13条第2款的规定，“贪污罪、侵犯公民民主权利罪、渎职罪以及人民检察院认为需要自己直接受理的其他案件，由人民检察院立案侦查和决定是否提起公诉。”我们将“人民检察院认为需要自己直接受理的其他案件，由人民检察院立案侦查”理解为人民检察院的机动侦查权。这项机动侦查权对于检察机关通过直接立案侦查来监督国家工作人员的失职渎职犯罪，有效地惩罚犯罪、保护人民群众的合法权益、维护社会秩序的安定团结起到了积极的作用。但是1996年修改刑事诉讼法时，基于对检察机关侦查权的规范与限制的原则，对这项机动侦查权作了重要的修改，修改后的刑事诉讼法第18条第2款规定，“贪污贿赂犯罪，国家工作人员渎职犯罪，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、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人民检察院决定，可以由人民检察院立案

侦查。”[①] 由此可见，人民检察院的机动侦查权受到限制，主要表现在三个方面：一是犯罪主体方面的限制，要求必须是国家机关工作人员；二是案件范围的限制，要求必须是利用职权实施的其他重大的犯罪案件，既要利用职权，又必须是“贪污贿赂犯罪，国家工作人员渎职犯罪，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、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪”以外的重大的犯罪；三是决定权方面的限制，要求须经省级以上人民检察院决定。由此可见，人民检察院的机动侦查权与过去相比已经发生了重大的变化，受到了较大的限制。

最后，从渎职罪的主体范围来限制和规范。1997 年修改刑法时，对渎职罪规定了 35 个罪名，其中除了 8 个罪名没有用国家机关工作人员来限制外，其他 27 个罪名都用国家机关工作人员加以限制，也就是说只有国家机关工作人员才能构成相关的渎职罪，从而使检察机关查办的渎职罪的范围也因主体的限制而变小。

尽管如此，1997 年修改刑法后，检察机关就立即作出积极响应，1997 年全国检察机关在上海召开的工作会议提出了办案归口的要求，即只有检察机关的侦查部门才能进行侦查，其他部门不再行使侦查权。这样一来，一直行使职务犯罪侦查权的监所检察部门首先受到影响，监所检察部门还要不要开展侦查工作？人们也十分困惑，基层检察院监所检察部门的同志反映强烈。因此，1998 年最高人民检察院发出通知，明确监所检察部门继续立案侦查监管场所发生的四种案件，即徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行案，体罚虐待被监管人案，私放在押人员案，失职致使在押人员脱逃案。

（二）立法机关强调检察机关同国家机关工作人员渎职罪作斗争的重要作用

1997 年刑法扩大了渎职罪的范围，由 1979 年刑法关于渎职罪的 8 个条文 9 个罪名，增加到 35 个罪名，把过去由党政纪调整的行为上升为刑法调整，用刑法来规范、来约束，以促进国家机关工作人员的廉政、勤政，更好地发挥国家机关工作人员在管理国家和社会中的积极作用。立法机关这种限定主要是基于国家机关工作人员是国家权力的真正行使者，他们从事国家的管理工作，只有惩治国家机关工作人员的渎职行为，才能促进国家机关工作人员的勤政、廉政、依法行政，保证国家管理机器的正常运行，促进社会的

① 2012 年 3 月 14 日第十一届全国人大第五次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》这一条的规定仍然保留。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com