

职务犯罪的侦查与认定

主编/王 卫 撰稿人/王 卫 于鹏飞 杨志国 赵运锋



法律出版社

职务犯罪的侦查与认定

主编/王 卫 撰稿人/王 卫 于鹏飞 杨志国 赵运锋



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

职务犯罪的侦查与认定/王卫主编. —北京:法律出版社,
2005.3

ISBN 7-5036-5378-7

I. 职… II. 王… III. ①职务犯罪-侦查-研究-中国
②职务犯罪-认定-研究-中国 IV. D924.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 015436 号

法律出版社·中国

责任编辑/孙东育 卞学琪

装帧设计/胡欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/13.125 字数/369千

版本/2005年3月第1版

印次/2005年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律出版社上海出版中心/上海市肇嘉浜路446号2号楼704(200031)

电子邮件/shcbzx@citiz.net

读者热线/021-64738458

传真/021-64738462

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.Chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782 中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636 中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2098

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5378-7/D·5095 定价:26.00元

■ 序

贪污、贿赂犯罪是一种丑恶的社会现象,是腐蚀社会肌体的毒瘤。近年来,党中央始终把反腐倡廉视为“关系到人心向背,关系到社会稳定,关系到经济发展,关系到我们党的生死存亡和社会主义事业的安危成败”的大问题,明确提出要加强法制建设,同一切消极腐败现象做坚决的斗争。修订后的刑法将贪污、贿赂、挪用公款等职务犯罪规定为专章,为有效地打击此类犯罪提供了法律依据。

检察机关是我国的法律监督机关,侦查贪污贿赂犯罪是检察机关法律监督工作的重要内容。可以说,在打击贪污贿赂等职务犯罪方面检察机关肩负着神圣的使命,承载着人民的厚望;广大反贪干警在反腐败斗争中恪尽职守,做出了应有的贡献。

随着社会的发展,职务犯罪也呈现出新的变化和特点:大案要案呈上升趋势,犯罪领域更加集中,犯罪方法和手段更为隐蔽,所有这些都给职务犯罪的查处带来了许多困难,对我们的检察机关提出了更高的要求。面对新的形势,如何进一步更新执法观念,如何全面提高侦查水平,是反贪侦查部门面临的首要任务。反贪查案工作需要不断学习、不断总结并不断完善。王卫同志主编的这本《职务犯罪的侦查与认定》在这方面做了有益的探索和尝试。该书从职务犯罪的特点、现状及发展趋势入手,就检察机关查处职务犯罪的程序和方法、证据的收集和固定、贪污贿赂犯罪的构成要件等进行了详细的概述,并精选了一些疑难案例进行分析,对我们加强反贪实践、推动反贪理论研究具有积极意义。

王卫同志转戎从检,从事反贪查案工作 20 年,具有丰富的办案经验,他能在日常工作中不断注意积累和总结,把实践与理论有机结合起

■ 职务犯罪的侦查与认定

来,可喜可贺。希望这本书的出版能对反贪侦查工作具有较大的帮助作用。借此,草此小序,推荐给广大读者,也是对本书作者的祝贺。

苏惠渔^①

2004年12月28日于华东政法学院

^① 苏惠渔先生系我国著名刑法学家、华东政法学院教授,兼任中国法学会刑法学研究会顾问、上海市法学会副会长、上海市刑法学研究会总干事。

■ 前 言

《职务犯罪的侦查与认定》以 1997 年刑法及最新司法解释为依据,详细论述了查处贪污贿赂等职务犯罪的程序、方法及司法认定,对查案工作中的一些难点和疑点也进行了分析和探讨,在同类作品中是一本应用性较强的专著。

本书由上海市虹口区人民检察院副检察长王卫任主编,王卫、于鹏飞、杨志国、赵运锋共同执笔撰写,具体分工如下:

王卫撰写第一章、第二章、第八章、第九章、第十五章、第十六章、第十七章;

于鹏飞撰写第三章、第七章、第十一章、第十四章第三节和第四节以及案例二、案例十、案例十一、案例十二、案例十三;

杨志国撰写第四章、第十二章和第十三章第一节、第二节、第三节、第五节以及案例三、案例四、案例五、案例七;

赵运锋撰写第五章、第六章、第十章、第十三章第四节、第十四章第一节和第二节以及案例一、案例六、案例八、案例九。

由于作者水平所限,书中难免有疏漏,不妥之处恳请读者批评指正。

作 者

目 录

序.....	(1)
前言.....	(1)

第一编 绪 论

第一章 职务犯罪概论.....	(3)
第二章 腐败与职务犯罪的关系.....	(21)

第二编 程 序

第三章 案件管辖与立案.....	(31)
第一节 检察机关直接受理案件的范围.....	(31)
第二节 检察机关直接受理案件的立案标准.....	(36)
第三节 立案前的初查.....	(43)
第四章 一般侦查方法.....	(48)
第一节 讯问犯罪嫌疑人.....	(48)
第二节 询问证人、被害人	(55)
第三节 勘验、检查	(59)
第四节 搜查.....	(63)
第五节 其他一般侦查方法.....	(67)
第五章 特殊性的侦查方法.....	(74)
第一节 技术侦查.....	(74)
第二节 秘密侦查.....	(83)
第六章 作为侦查方法的强制措施的运用.....	(86)
第七章 案件的侦查终结与补充侦查.....	(95)

■ 职务犯罪的侦查与认定

第一节 侦查终结·····	(95)
第二节 补充侦查·····	(98)
第八章 侦查谋略·····	(101)
第一节 侦查谋略概述·····	(101)
第二节 侦查谋略的运用原则·····	(106)
第三节 侦查谋略的种类和具体运用·····	(109)
第九章 证据的收集与运用·····	(125)
第一节 证据的收集、固定·····	(125)
第二节 间接证据的收集与运用·····	(135)
第三节 再生证据的收集与运用·····	(142)

第三编 实 体

第十章 贪污罪·····	(153)
第十一章 挪用公款罪·····	(180)
第十二章 受贿罪·····	(202)
第十三章 其他贿赂型职务犯罪·····	(227)
第一节 单位受贿罪·····	(227)
第二节 行贿罪·····	(235)
第三节 对单位行贿罪·····	(243)
第四节 介绍贿赂罪·····	(248)
第五节 单位行贿罪·····	(257)
第十四章 其他贪污型职务犯罪·····	(262)
第一节 巨额财产来源不明罪·····	(262)
第二节 隐瞒境外存款罪·····	(272)
第三节 私分国有资产罪·····	(276)
第四节 私分罚没财物罪·····	(282)

第四编 惩治职务犯罪理论前瞻

第十五章 侦查机制改革问题研究·····	(289)
第一节 侦查机制改革的必要性和紧迫性·····	(289)
第二节 侦查机制改革的基本设想·····	(295)

第十六章 “科技强检”战略在惩治与预防职务犯罪工作中的实施·····	(311)
第一节 实施“科技强检”战略的必要性·····	(311)
第二节 我国实施“科技强检”战略的现状·····	(313)
第三节 实施“科技强检”战略的几点构想·····	(316)
第十七章 预防职务犯罪的立法建议·····	(325)
第一节 国外预防职务犯罪立法现状·····	(326)
第二节 制定统一的预防职务犯罪法的必要性与可行性·····	(331)
第三节 制定预防职务犯罪法的基本构想·····	(338)

第五编 典型案例评析

严某贪污案·····	(351)
王某挪用公款案·····	(355)
陈某受贿案·····	(360)
郑某行贿案·····	(364)
某市地税局等单位受贿案、对单位行贿案·····	(367)
张某介绍贿赂案·····	(374)
某建筑工程分公司单位行贿案·····	(378)
罗某巨额财产来源不明案·····	(383)
杨某隐瞒境外存款案·····	(387)
汤某、马某私分国有资产案·····	(391)
某市工商局私分罚没财物案·····	(397)
运用侦查谋略侦破受贿窝案·····	(400)
运用间接证据查实特大贪污案件·····	(406)

第一编 绪论

第一章 职务犯罪概论

职务犯罪是当前我国法学界探讨的一个热点问题。无论是职务犯罪的概念、特征,还是其产生根源和发展趋势,都存在一些不同的观点和看法。准确界定职务犯罪的内涵和外延,并在此基础上追根溯源、科学预测,是做好职务犯罪侦查工作的基本前提。

一、职务犯罪的概念

我国法学界对职务犯罪的概念目前尚未取得一致意见。一般说来,主要有以下几种观点:^①

第一种观点认为,所谓职务犯罪是指国家公职人员或视同公职人员利用职务上的便利,或滥用职权、不尽职责,破坏国家对职务活动的管理职能,并依照刑法应当受刑罚处罚的行为。

第二种观点认为,所谓职务犯罪,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地实施与其职务之间具有必然联系的、触犯刑律应受刑罚处罚的各种行为的总称。

第三种观点认为,所谓职务犯罪,是指国家工作人员、企业工作人员或者其他工作人员利用职务上的便利进行非法活动,或者对工作严重不负责任,不履行或不正确履行职责,破坏国家对职务行为的管理职能,依照刑法应受刑罚处罚的犯罪行为的总称。

第四种观点认为,所谓职务犯罪是指国家工作人员利用职务上的

^① 张中友主编:《预防职务犯罪——新世纪的社会工程》,中国检察出版社2000年版,第5~6页。

便利进行非法活动或者玩忽职守,从而侵害国家机关管理秩序和正常活动,致使国家和人民利益遭受重大损失的行为。

第五种观点认为,国家工作人员职务犯罪,在刑法学上又称渎职罪,是指国家工作人员,利用职务上的便利条件或职务上的疏忽,而侵害国家机关的正常活动,致使国家和人民利益遭受重大损失的犯罪。

第六种观点认为,职务犯罪,是指国家工作人员和依法从事公务的人员,利用职务上的便利,或者对工作严重不负责任,不履行或不正确履行职责,破坏国家对职务活动的管理职能,致使国家和人民利益遭受重大损失,依照刑事法律应当受到刑罚处罚的行为。

除上述列举的六种观点以外,学术界在职务犯罪概念的界定上还存在其他一些观点。但这些观点或者带有较强的旧刑法时代的痕迹,或者与上述观点没有本质上的区别,这里不一一赘述。

从上述职务犯罪的概念问题的争论来看,可谓诸说纷呈、观点各异。之所以在职务犯罪的概念问题上产生如此多的争论,我们认为主要原因在于职务犯罪作为一个类罪缺少法定性。职务犯罪并不是我国刑法中明确规定的某一类犯罪,而是学术界出于研究的需要和司法实务部门出于打击和惩治犯罪的需要而总结归纳的一种类罪名称。从严格意义上讲,职务犯罪并非一个刑法学概念,更多的属于犯罪学或者刑事政策学的范畴。我们认为,科学界定职务犯罪的概念,必须坚持法定性、科学性、政策性和习惯性的原则。

所谓法定性,是指对职务犯罪的界定要以现行刑法的相关规定为基础,尽量使用刑法中已有的概念范畴,体现罪刑法定原则的明确性要求。从法定性的要求来看,第一种观点将“国家公职人员或视同国家公职人员”作为职务犯罪的主体来规定显属不当。因为在我国刑法中并没有所谓国家公职人员或视同公职人员的概念。在我国当前社会主义市场经济体制建立并不断完善、政治经济体制改革并积极推进的大背景下,担负国家管理职能的主体及其组成人员的身份也在不断变化,何为国家公职人员、何为视同国家公职人员的理解也是见仁见智。用一个刑法外存在很大争议的概念来界定和描述职务犯罪显然不合适。这样界定职务犯罪,不但会在司法实践中产生不同认识,影响司法实践,同时更加不利于廓清本来就争议很大的国家工作人员的范围,实不

足取。第六种观点在界定职务犯罪主体时将“国家工作人员”与“依法从事公务的人员”并列,易使人产生“依法从事公务的人员”非“国家工作人员”的误解,有悖于我国现行刑法第93条的规定,也违反了法定性的原则,不够妥当。

所谓科学性,是指对职务犯罪的界定要符合刑法的基本理论和形式逻辑的要求。因此,上述第三种观点在将职务犯罪主体限定为“国家工作人员、企业工作人员或者其他工作人员”的前提下,将“破坏国家对职务行为的管理职能”这种对犯罪客体的侵害作为概念的组成部分,显然违背法理。因为“国家工作人员、企业工作人员或者其他工作人员”与“破坏国家对职务行为的管理职能”之间没有对应关系,“企业工作人员或者其他工作人员”的犯罪行为不可能“破坏国家对职务行为的管理职能”。所以,从科学性的角度看,这种观点是不妥的。

所谓政策性,是指对职务犯罪的界定要遵循和体现一定时期党和国家的刑事政策,在范围上做到宽严适度,突出打击重点。重典治吏、从重从严打击国家工作人员实施的贪污贿赂等腐败犯罪是党和国家一贯的刑事政策。从贪污贿赂犯罪的行为主体和行为方式来看,其显然应当属于职务犯罪的重要组成部分。也只有将贪污贿赂犯罪作为职务犯罪看待,才能真正认清贪污贿赂犯罪的本质,从而采取有针对性的防控措施,达到遏制腐败犯罪的目的。从政策性的要求看,上述第四、五、六种观点将“致使国家和人民利益遭受重大损失”作为职务犯罪概念的必要组成部分显然不妥。因为“致使国家和人民利益遭受重大损失”只是我国刑法第8章贪污贿赂罪和第9章渎职罪中个别罪名犯罪构成的必要要件。将“致使国家和人民利益遭受重大损失”作为职务犯罪概念中的必要组成部分,必然将绝大多数贪污贿赂犯罪和渎职犯罪排除在职务犯罪之外,显然有悖于我国严惩腐败的刑事政策导向。所以,这些观点也不足取。

所谓习惯性,是指在界定职务犯罪的概念时要考虑司法实践中的习惯和公众的一般认识。上述第二种观点对职务犯罪做了最为宽泛的理解,在法定性和科学性方面并无不妥之处。但是,在长期的司法实践中,职务犯罪实际上已经成了检察机关管辖的贪污贿赂、渎职“侵权”犯罪案件的代称。职务犯罪具有的特定内涵已不仅为检察干警在办案中

内部使用,更重要的是,它已多次出现在最高人民检察院的工作报告之中,成为具有特定意义的概念,同时也已经为公众所认同。在界定职务犯罪的内涵时,司法习惯和公众习惯是不得不考虑的问题。所以,考虑到习惯性因素,对职务犯罪做过于宽泛的理解是不妥的。

同时,对职务犯罪做过于宽泛的理解,不利于突出打击重点,不利于体现国家“重典治吏”的政策,不利于昭示党和政府反腐倡廉的决心。故此,我们认为,对职务犯罪要做一个宽严适当的理解,即职务犯罪就是特指国家工作人员利用职务之便进行非法活动,或者滥用职权、玩忽职守,破坏国家管理活动,依照刑法应受刑罚处罚的行为的总称。具体包括刑法第8章贪污贿赂罪、第9章渎职罪以及国家工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利、民主权利的犯罪。

需要指出的是,由于本书主要由具有丰富反贪侦查工作经验的检察干警撰写,并且主旨在于为基层查办贪污贿赂犯罪工作提供参考,故本书所探讨的职务犯罪仅限于贪污贿赂犯罪。由于渎职犯罪是职务犯罪不可或缺的组成部分,所以,在绪论中,我们在主要论述贪污贿赂犯罪的同时,一并讨论涉及渎职犯罪的职务犯罪的共性问题。在具体的侦查认定方面,我们所研究的职务犯罪仅限于刑法第8章规定的贪污贿赂犯罪。

二、职务犯罪的基本特征

职务犯罪的基本特征是由职务犯罪这一类犯罪罪质的共性方面所决定的,以与暴力犯罪、经济犯罪等其他类型犯罪相区别为职务犯罪本身所具有的基本属性。目前,法学界对职务犯罪的基本特征问题也进行了较为深入的研究。由于研究角度和方法的不同,理论界对职务犯罪基本特征的概括和描述也不尽相同,主要表现为以下三种情况:^②

一是从职务犯罪的犯罪构成上去分析阐述职务犯罪特征的四特征说,即主体特征、主观特征、客体特征、客观特征;二是从犯罪的概念上阐述职务犯罪特征的三特征说,即主体特征、职务与行为的关联特征、

^② 张中友主编:《预防职务犯罪——新世纪的社会工程》,中国检察出版社2000年版,第7~8页。

职务犯罪行为方式上的特征;三是从职务犯罪主体与客观方面概括职务犯罪特征的两特征说,即职务特征与行为特征。从学术的角度上讲,我们认为第三种研究方法是可取的。职务犯罪主体身份方面与客观行为方面的特征充分反映了职务犯罪自身的、特殊的质的规定性,是职务犯罪的本质特征,也是职务犯罪与其他类型犯罪区别的关键所在。但考虑到本书的写作主旨主要是为基层检察机关查办职务犯罪活动提供参考,故从司法认定的角度,我们以犯罪构成四要件模式为基础阐述职务犯罪的基本特征,并对职务犯罪的主体特征与客观行为方面的特征重点加以阐述。

(一)职务犯罪的客体特征:破坏国家对职务活动的管理职能

职务犯罪侵害的客体究竟是什么?对此,我国目前存在多种不同观点:^③

第一种观点认为,职务犯罪侵犯的客体是国家机关的正常活动;第二种观点认为,职务犯罪侵犯的同类客体是国家机关的正常职能,并将“正常职能”理解为管理职能;第三种观点认为,职务犯罪没有同类客体,认为各种职务犯罪侵犯都是直接客体,且具有多元化的特点;第四种观点认为,职务犯罪侵犯的客体是国家对职务活动的管理职能。

我们认为,犯罪客体是我国刑法所保护的、并且为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。^④我们这里所探讨的职务犯罪的客体,实际上就是职务犯罪这一类罪共同侵害的某一类社会主义社会关系,同类客体反映了某类犯罪对社会关系侵害方面的共性。虽然职务犯罪不是我国刑法分则明确规定的犯罪种类,但作为学理和司法实践中的通行概念,职务犯罪中的诸多罪名之所以被作为同一类犯罪来研究,主要原因就在于这些犯罪在对社会关系的侵害方面具有共性,认为职务犯罪没有同类客体的观点显然是不正确的。职务犯罪是国家工作人员实施的

^③ 张中友主编:《预防职务犯罪——新世纪的社会工程》,中国检察出版社2000年版,第16页。

^④ 司法部统编教材《刑法学》苏惠渔主编,中国政法大学出版社1999年修订版,第100页。

与自身职务有关的犯罪行为的总称,职务犯罪与其他犯罪类型的区别就在于主体的特殊性——具有国家工作人员身份和行为的关联性——与特定职务紧密联系。上述第一种观点与第二种观点虽在表述上有所不同,但本质上没有什么太大区别,都是专指由于国家工作人员的职务犯罪行为致使国家本应正常的活动不正常、本应正常发挥的职能没有正常发挥。这里所指的“活动”与“职能”都是与国家工作人员的职务行为紧密关联的、指向被管理对象的活动与职能,如税收征管人员征收税款的活动、审判人员审理案件的活动,等等。事实上,在一些职务犯罪活动中,与被管理对象密切相关的国家机关的活动与职能并没有受到影响。如某法官在审理一起合同纠纷案件中收受被告人财物,如果受贿法官收受贿赂后并没有枉法裁判,而是依据事实和法律公正地做出了判决,我们很难说审判机关的正常活动和职能受到了侵害,最多只能说有受侵害的危险而已。但是,无论行为人受财枉法或不枉法,都毫无例外地亵渎了国家赋予的权力,侵害了国家对职务行为本身的管理职能。这是每一种具体职务犯罪行为都会侵犯的社会关系,因此是职务犯罪所侵害的共同客体。

除共同客体外,职务犯罪的每一种具体类型的犯罪行为都有自己侵害的独特的社会关系,即直接客体。直接客体既体现和反映共同客体,同时也各具自己的特点。

(二)职务犯罪客观方面的特征:职务关联性

犯罪构成的客观方面包括多种要素,如危害行为、行为对象、危害结果以及特定的时间、地点、方法等。对于职务犯罪,其与暴力犯罪、经济犯罪在客观方面的主要不同点在于行为与职务的关联性,即行为人所实施的犯罪行为与其自身所从事的职务具有紧密联系。

职务犯罪中的“职务”,并非我们通常所理解的职务。从一般意义上理解,职务即为“职位规定应担任的工作”。但是我们在职务犯罪这一特定犯罪类型中所采用的“职务”一词,含义并不是如此宽泛。我们认为,从职务犯罪的本质上看,这里的职务应当被解释为“公务”。只有这样,才能与职务犯罪的主体——国家工作人员的特定身份相一致。当然,公务的含义本身也有广义和狭义之分。广义上的公务是指“关于