

山东政法学院刑法学省级特色重点学科出版资助

曲伶俐 张霞 主编

The Frontiers of Criminal Law

刑事法治前沿

山东人民出版社
国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

第④辑

山东政法学院刑法学省级特色重点学科出版资助

第④辑

主 编 曲伶俐 张 霞
副主编 孙 杰

The Frontiers of
Criminal Law

刑事法治前沿

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

刑事法治前沿. 第四辑/曲伶俐, 张霞主编. -- 济南: 山东人民出版社, 2016.7
ISBN 978-7-209-09732-1

I. ①刑… II. ①曲… ②张… III. ①刑法—中国—文集 IV. ①D924.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第167370号

刑事法治前沿(第四辑)

曲伶俐 张 霞 主编

主管部门 山东出版传媒股份有限公司
出版发行 山东人民出版社
社 址 济南市胜利大街39号
邮 编 250001
电 话 总编室 (0531) 82098914
市场部 (0531) 82098027
网 址 <http://www.sd-book.com.cn>
印 装 山东华立印务有限公司
经 销 新华书店

规 格 16开 (169mm×239mm)
印 张 19.5
字 数 330千字
版 次 2016年7月第1版
印 次 2016年7月第1次
ISBN 978-7-209-09732-1
定 价 48.00元

如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换。

目 录

惩治腐败犯罪法律规制研究

贿赂案件侦查阶段律师会见实证研究	刘 伟 宋韦韦 朱德良 (2)
渎职犯罪因果关系疑难问题探析	宋 涛 刘沐华 (10)
“反腐风暴”遭遇“反腐瓶颈”：我国现行反腐败刑罚 问题及完善路径 ——以 S 省 H 市法院近 3 年来司法案例为视角	李 维 郝银刚 (19)
从监督到制约 ——从权力关系看腐败预防	刘连义 (29)
职务犯罪侦查适用监视居住现状及路径探索	王 睿 李 彬 许金虎 (36)
对我国反腐刑事立法政策完善的几点思考 ——以《联合国反腐败法律公约》为借鉴	周啸天 (45)
行贿罪不正当利益的偏颇与正源	胡印富 (57)
《刑法修正案（九）》中第 390、391 条之管窥 ——背景、进步、不足与建议	刘 伟 (69)
论国有控股、参股公司中国家工作人员的认定	温登平 (77)
论贪污贿赂犯罪中行贿人的责任	赵 娜 (93)
从感情投资行为看行贿罪的立法完善	王 震 (102)

行政执法与刑事司法有机衔接机制研究

论医疗领域的行政违法与刑事犯罪

——以医疗器械临床试验为例 景年红 (112)

行政执法与刑事司法有机衔接机制研究 邵国栋 赵 军 (120)

以罚代刑现象及其规制

——以环境执法领域为视角 孙 杰 (128)

论我国环境污染行政执法与刑事司法衔接制度

..... 陈梦琪 王雅松 (143)

完善刑罚执行制度、统一刑罚执行体制研究

我国自由刑执行机制一体化构建研究

——以社区矫正制度法定化为视角 张德军 (152)

关于罚金刑执行机制的思考 季晓军 (160)

当前我国保外就医制度存在的问题及完善措施 丁春丽 (168)

论“暂予监外执行期间不计入刑期司法化”给监狱工作带

来的新挑战 李文静 (173)

关于刑罚执行制度的几点思考 谭荣美 (182)

我国刑罚制度的完善路径：轻缓化、开放化与社会化

..... 王文兴 李 静 (191)

论职业禁止制度及其在我国刑事司法中的适用

——以《刑法修正案（九）》为切入点

..... 刘 洋 史博学 (201)

社区矫正法制研究

社区矫正程序体系探析 张传伟 (210)

略论社区矫正立法原则 于同良 (219)

浅析新刑事诉讼法背景下的社区矫正检察监督 姚林强 (231)

社区矫正执行过程中存在的问题及完善措施	刘广平 (237)
自我效能理论在社区矫正工作中的应用	李小丹 (249)
未成年人社区矫正制度的建构	盛长富 (256)
完善农村未成年犯社区矫正模式之建议	申维丽 孙晋锋 (267)

其 他

轻微暴力致特殊体质人员死亡的案件定性	李文铎 苑 伟 (276)
检察权司法化之路径探索	
——以检察宣告制度为切入点	何玫莉 (282)
浅析刑事诉讼法修改后强制医疗检察监督的启动和完善	
.....	王 琪 孟 杰 (289)
公诉工作在化解社会矛盾中的功能研究	
——以山东省滨州市滨城区检察院办理案件的做法为例	
.....	张秀芹 (299)

惩治腐败犯罪法律规制研究

贿赂案件侦查阶段律师会见实证研究^{*}

刘 伟 宋韦韦 朱德良^{**}

贿赂犯罪是财物与权力的交易,特别是“一对一”贿赂案件,一般缺少多种证据相互印证形成的证据链,定案的依据往往以言词证据为主。正是基于贿赂犯罪的特点和言词证据的不稳定性,2012年《刑事诉讼法》对侦查阶段律师会见权做了强化。这对贿赂案件的侦查工作产生了重大影响,使检察机关和律师更容易在该问题上形成冲突。本文以检察机关贿赂犯罪侦查工作实务为视角,分析上述问题背后的深层次原因,并提出合理化建议。

一、对贿赂犯罪侦查阶段律师会见权强化的现实意义

律师会见无须批准,不限时间、不限次数、不受监听的规定,对于纠正司法实践中存在的突出问题,促进贿赂犯罪侦查朝着正确的方向发展具有重大意义。

(一) 律师会见率大大提高

《刑事诉讼法》为侦查阶段律师会见犯罪嫌疑人铺设了绿色通道。虽然看守所与检察机关同属控方的范畴,但是两者之间隶属不同序列,看守所对律师会见并不会施加障碍。因此,如犯罪嫌疑人没有正在接受提讯,律师到看守所提出会见申请,经核实相关证件后便可进入看守所并见到犯罪嫌疑人。数据统计显示,2014年某市检察机关立查职务犯罪案件242人,有35人适用辩护律师经许可会见的程序,仅占立案总人数的15%,其他案件均没有做任何限制。

^{*} 山东省人民检察院2014年度检察理论研究课题主要成果,课题编号为SD2014B05。

^{**} 刘伟,济南市天桥区人民检察院副检察长。宋韦韦,济南市天桥区人民检察院研究室副主任。朱德良,济南市天桥区人民检察院反贪污贿赂局副局长。

（二）人权保障更加具体实在

一方面，犯罪嫌疑人抗辩的能力获得增强。犯罪嫌疑人由于缺乏法律专业知识和诉讼经验，在处于被讯问、被羁押的不利境地时，心理上更加无助，律师的介入可以极大地帮助其摆脱这种孤立无援的状态。另一方面，听取律师意见有助于检察机关客观全面地看待案情，防止冤假错案。作为追诉犯罪的一方，侦查机关在证据收集、认定事实方面难免会有所偏向，特别是对于贿赂款的来源、收受目的主观臆断的程度较大。侦查阶段律师接受委托后，可以向检察机关提出犯罪嫌疑人无罪或者罪轻的意见。检察机关通过及时与律师交换意见，以中立客观的眼光重新审视自身侦查行为，可以更加全面地看待案情，对于证据不足的案件，采取有效的侦查措施，及时补充证据，准确查明犯罪事实；对于确有错误的案件，及时变更强制措施或者作撤案处理，切实保障无罪的人不受追究。

（三）侦查更加强调收集“实物证据”

长期以来，检察机关依赖于不允许律师会见所带来的“信息封闭”优势，将侦查重心放在对犯罪嫌疑人的审讯方面，“口供”成为贿赂犯罪案件证据的主要形式。侦查阶段律师的提前介入，打破了这种“信息偏在”，使侦辩双方的信息双向透明，检察机关获取“口供”的难度更大，“口供”的稳定性也可能降低。为迎接这一挑战，检察机关必须将工作重心向收集“实物证据”转移：从初查到正式立案侦查，全程强化外围取证工作；加强对书证、物证、试听资料和电子证据的收集；在讯问犯罪嫌疑人时，充分运用已收集掌握的实物证据，打消犯罪嫌疑人会见过律师后再选择如何交代的心理，顺利突破案件，逐步实现“由供到证”向“由证到供”的转变。

（四）侦查工作更加规范

律师提前介入带来的压力将倒逼检察机关进一步规范侦查行为。通过会见犯罪嫌疑人，律师可以了解案情、是否存在刑讯逼供、检察机关侦查程序是否存在违法情况。一旦出现程序违法情况，律师很可能在法庭审理阶段提出非法证据排除，这将使本来证据就很少的贿赂案件陷入无法认定的尴尬境地，不仅浪费了司法资源，也损害了检察机关的公信力。近年来，检察机关通过推行网上办案、开展规范司法行为专项整治活动等方式，着力推进司法规范化建设，在规范职务犯罪侦查工作方面也取得了一定成效。

二、贿赂案件侦查阶段律师会见制度实施现状

强化律师会见权，目的在于促使律师与检察机关在侦查阶段进行有效沟

通，更准确地查明犯罪事实，更好地保障犯罪嫌疑人权利。但是司法实践中，律师会见制度并未达到理想的效果，检察机关与律师之间的“张力”更加明显，检察机关查办职务犯罪工作仍然面临较大压力。

（一）强化律师会见权带来的挑战——检察机关难以深挖案件线索

举例来讲：某行贿人向10人行贿，为避免初查范围过大，打草惊蛇，检察机关经过初查，确认行贿人与3名受贿人构成犯罪，这样就可以立案侦查，对行贿人与这3名受贿人采取强制措施。如前所述，《刑事诉讼法》修改以前，行贿人与受贿人之间“信息封闭”，面对这一“囚徒困境”，4人最终都会选择如实供述。利用犯罪嫌疑人被采取强制措施的时间，检察机关可以深挖案件线索，收集固定证据，最终将该10名受贿人均绳之以法。但是，律师在侦查阶段的介入打破了这一局面。

一方面，在律师的帮助下，犯罪嫌疑人将更有效地行使其“沉默权”。经过不限时间、不限次数的会见，有经验的律师通过可以大致了解侦查动态。通过律师的专业分析，行贿人可以选择对未被掌握的向另外7人行贿的行为保持沉默；另一方面，会见结束后，律师向犯罪嫌疑人家属说明案情的行为使串供、毁灭证据成为可能。例如，律师会见时，行贿人将其向另外7人行贿的事实托盘而出，律师再将上述情况无意中传达给犯罪嫌疑人家属。其家属通过与该7人电话沟通表示钱是借用的意思后，特别是在受贿人、行贿人的行为均构成犯罪的情况下，双方容易结成攻守同盟，案件侦查遂将陷入僵局，部分犯罪行为将无法查清。

（二）个别律师的不当行为及后果

1. 违规行为对侦查活动产生破坏性影响。实践中出现了以下情况：个别律师为犯罪嫌疑人带出与串供有关的信件，甚至有的律师为了解其委托人同案犯的有关情况，伪造委托书会见该同案犯。虽然上述两名律师的行为将受到惩戒，但是由于现代通讯技术的及时性、便利性，几分钟的电话沟通就会使侦查人员很长一段时期的努力失去效用，对职务犯罪侦查产生破坏性影响。实践中还出现了这种现象：犯罪嫌疑人利用频繁更换律师的方式来完成串供行为，其会先后聘请两名以上律师，第一名律师负责将自己所了解到涉案信息传达给其家属，第二名律师负责辩护。如此以来，第一名律师的职业风险大大降低，但是这种做法无形中扩大了案情的知悉范围，也给案件侦破带来很大压力。

2. 不及时履行告知义务造成信息单向透明。《刑事诉讼法》第33条规定，辩护人接受犯罪嫌疑人、被告人委托后，应当及时告知办理案件的机关。

实践中部分律师接受委托后,不及时向检察机关履行告知义务。在会见无须批准的情况下,检察机关并不知晓辩护律师的存在,侦查人员对辩护一方的意见不了解、不掌握,但是律师却可以通过会见了解侦查进度,造成侦辩双方信息的“单向透明”。只有侦辩双方进行正确及时的沟通,才能更好地保障犯罪嫌疑人的合法权利。这种单向的信息透明状态,并不利于犯罪嫌疑人权利的保障,也影响到检察与律师关系的构建。

(三) 部分检察机关的消极应对——扩大适用“特别重大贿赂案件”条件

2014年12月,在最高人民检察院召开的律师界代表座谈会上,有律师提出检察机关存在扩大适用“特别重大贿赂案件”条件的现象。现行《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第45条第2款规定了三种属于特别重大贿赂案件的情形:“(1)涉嫌贿赂犯罪数额在50万元以上,犯罪情节恶劣的;(2)有重大社会影响的;(3)涉及国家重大利益的”。其中,第一项关于犯罪数额的规定,是一项硬性规定,变通引用的可能性小。第三项涉及国家重大利益的案件,在基层检察院甚至在市级检察院办理的案件中都比较少见。所以,实践中部分检察机关扩大适用“特别重大贿赂案件”的条件,主要是以案件具有“重大社会影响”为由。

三、贿赂案件侦查阶段律师会见制度实施现状的原因分析

(一) 立法的不足为侦辩双方留下了选择空间

1. 对律师在会见时应承担的保密义务内容规定不明确。在《刑事诉讼法》扩大了律师的会见权,律师会见成为一种常态的情况下,《律师法》并未对律师会见时应承担何种义务进行明确规定,仅仅由中华全国律师协会1999年颁布的《律师办理刑事案件规范》进行规范。而在该规范中,更多的是对律师会见义务的程序性规定。在涉及案件侦查方面,仅仅要求律师应当遵守羁押场所的有关规定。对于律师办理刑事案件应保守秘密的内容,并没有明确规定。犯罪嫌疑人未被检察机关掌握的犯罪行为是否属于国家秘密?如果不是,犯罪嫌疑人希望泄露给其家属的情况和信息,律师是否可以向其家属透露?正是由于在保密义务内容上的不确定,导致律师在与家属讨论案情时有意无意引发了串供、毁灭证据的后果。

2. 律师管理仍较为松散,对律师违规行为的追责力度较小。一是处罚条款效力层次较低。对于为犯罪嫌疑人带出与串供有关的信件,由于客观原因最终未对案件产生重大影响的行为,仅仅是由《律师办理刑事案件规范》第29条和《律师职业道德和职业纪律规范》第23条做了明确规定。而根据

《中华全国律师协会会员违规行为处分规则(试行)》第11条第23项,其违反义务规定的后果是,由相应的律师协会给予训诫、通报批评、公开谴责处分,惩戒力度较小。探究律师法等相关法律法规的立法本意,律师的上述行为应当是被禁止的。然而,对于私人权利而言,法无明文规定即自由,司法实践中对依据具有兜底性质的条款对个人进行处罚的做法慎之又慎,没有十分明确的规定,不会以推定立法本意的方式对行为人做出不利决定。二是缺乏具体规则和责任后果。对于律师接受委托后向检察机关的告知义务,没有规定何为“及时”,也没有相关的责任后果规定,义务的履行依赖于律师的职业道德。

3. 贿赂案件是否具有“重大社会影响”含义模糊。在《人民检察院刑事诉讼规则(试行)理解与适用》一书中,编写组认为,所谓有重大社会影响,主要指一些要案。一些身居要职的国家工作人员的贿赂犯罪案件,往往政治和社会影响都比较大。^①关于要案的标准,是指副处级以上领导干部职务犯罪案件。对于副省级市、较大市下辖的区级检察机关来讲,查办的要案数量要更大一些。例如,笔者所在区级检察院2014年查办了22起贪污贿赂案件,其中要案6件。如果以此为标准,那么将近30%的案件律师会见必须经过许可。按照此标准,限制会见的案件范围不免过于宽泛。对于普通地级市下辖的县级检察机关来讲,查办要案的数量少之又少,但是实践中,虽然犯罪嫌疑人职级在副处以下,但也会对案件办理产生很大的阻力。此外,在职务犯罪侦查中,对律师会见行贿人施加限制更加常见,也是侦破案件的重要方式。对于行贿人涉嫌向多人行贿,但是立案时犯罪数额未达到50万元的案件,一律允许律师会见,也会对案件侦查造成很大影响。

(二) 职务犯罪侦查能力不足是检察机关消极应对的根本原因

世界是客观的,任何犯罪行为都将留下蛛丝马迹。如果能够提前将犯罪证据固定下来,那么检察机关面对犯罪嫌疑人“翻供”就能够做到沉着应对,也不会采用扩大解释法律规定限制律师会见的执法方式。然而,现状是检察机关特别是基层检察院的职务犯罪侦查力量相对弱小,侦查措施十分有限,获取证据的手段落后、效率低下,主要体现在以下两个方面。

1. 侦查信息化水平低下。当今社会是信息时代,侦查对象在信息化的环境里,在信息技术的作用下,也自觉不自觉地吸收信息技术所带来的成果为

^① 孙谦:《人民检察院刑事诉讼规则(试行)理解与适用》,中国检察出版社2012年版,第40页。

犯罪服务。^① 职务犯罪日趋复杂化、隐蔽化和智能化, 犯罪证据也逐步向虚拟空间的电子证据方向发展。此外, 如前所述, 通讯技术的发达对固定证据的效率也提出了更高的要求。反观目前职务犯罪侦查实践, 依然传统的办案工作方式, 信息化水平低, 单单在对犯罪嫌疑人房产、银行账户等经济信息的查询方面就耗费了大量精力。以银行账户查询为例, 一是审批程序繁琐, 作为基层检察院, 要对犯罪嫌疑人银行开户情况进行查询, 必须经过层层审批至省级检察院批准, 漫长的过程常常延误了办案时机; 二是银行间信息相对封闭, 有些关键信息甚至需要到开户行才能查询, 侦查人员不得不往返于不同的银行之间; 三是信息辨别难度加大, 现代社会资金流量越来越大, 账户资金转入转出的方式也比较多, 这就为侦查人员辨别款项交易来源、去向和目的造成了一定障碍, 需要花费大量时间。

2. 侦查中技术措施利用率不高。一是技术侦查措施利用率低。为增强职务犯罪侦查能力, 《刑事诉讼法》第 148 条规定, 对于重大的贿赂犯罪案件可以采用技术侦查措施。然而, 实践中基层检察院提出采取技术侦查措施的动力不足。一方面技术侦查措施的审批程序过于复杂和严格,^② 除层层汇报审批之外, 还需要等待公安机关内部严格的审批程序; 另一方面, 即使审批成功之后, 由公安机关来执行这一规定又削弱了技术侦查措施的效果。由于两机关司法属性、工作职能不同, 公安机关很难准确理解检察机关所需要的证据应当达到的水平。前期繁琐的审批程序加之尚有疑问的执行效果, 基层检察机关不愿意提出采取技术侦查措施的申请。二是对电子证据的重视程度不够, 搜集电子证据的技术手段落后于通讯技术的发展, 对电子证据的提取方式、如何呈现缺乏研究, 局限于截图、打印方式, 证明力不足。

四、保障律师会见制度顺利实施的对策建议

(一) 完善相关法律法规, 为律师会见权的正确实现扎好制度篱笆

1. 明确律师会见权实现过程中的相关义务。^③ 一是在《律师法》中增加律师对案件信息的保密义务。对犯罪嫌疑人未被检察机关掌握的收受贿赂等

① 李双其:《论侦查技术对犯罪侦查的影响与应对》, 载《福建警察学院学报》2009 年第 5 期。

② 长期以来, 根据国家有关规定, 实际批准程序一直十分严格, 远非“经地级以上公安机关或者检察机关批准”一句话所能概括得准确。黄太云:《刑事诉讼法修改释义》, 载《人民检察》2012 年第 8 期。

③ 鉴于本文的研究范围, 以下建议只针对于职务犯罪案件, 其他普通刑事犯罪案件暂不在考虑范围之内, 因此对法条内容的完善也仅限于此。

行为,为维系与委托人之间的信任关系,律师在面对司法机关的询问时有拒绝作证的权利。但是,由于犯罪嫌疑人的这种行为侵犯了受刑法保护的法益,抵触了人类内心的正义情感,不应当允许律师将该类案件信息透漏给任何人,包括犯罪嫌疑人家属。可以在《律师法》第38条增加一款规定,即律师对知悉的犯罪嫌疑人未被检察机关、法院掌握的职务犯罪行为,应当予以保密。二是明确或对部分违规行为加重责任后果。如前所述,律师为他人传递信件的行为对侦查行为造成了严重影响,对司法正义的破坏丝毫不亚于违反规定会见法官、检察官等行为,但是其处罚力度却明显较轻,显示公平。建议在《律师法》第49条增加一项:违反会见的有关管理规定影响依法办理案件的。此外,对律师接受委托后的告知义务,也应当进一步细化,可以通过《刑事诉讼法》司法解释的方式,确定“及时”的含义,例如一般指当日,最迟不得超过48小时。同时,在《律师违规行为处分规则》中规定,不及时履行告知义务的法律后果,根据时间拖延长短予以训诫、通报批评为宜。

2. 细化对“重大社会影响”的解释。笔者认为,重大社会影响应着重考虑案件的社会关注度和犯罪嫌疑人的职务级别。群众反映强烈的案件应当列入具有重大社会影响的案件,例如拆迁过程中收受多名村民贿赂或公然索贿,引起群众不满的。一般而言,厅级以上国家工作人员贿赂案件应认定为具有重大社会影响。对于市级以下检察机关查办的案件,笔者建议,将“普通县(区)级检察机关查办的担任或者曾经担任过正科级以上实职领导干部人员的职务犯罪案件、副省级市下辖区级检察机关查办的担任或层间担任过正处级以上实职领导干部人员的职务犯罪案件”列为具有重大社会影响。对于向多人行贿的案件,以向10人以上行贿或者以立案数额达到50万元为准即可。考虑到许多偏远落后地区,50万元也是一个难以达到的数额,不妨增加受贿人数这一选择情节,加强对贿赂窝案的打击力度。

(二) 增强贿赂案件侦查能力和水平,正确应对律师会见带来的挑战

1. 加强信息共享机制建设。由于职务犯罪侦查中涉案信息的查询多涉及个人隐私,为实现二者之间的平衡,在信息共享机制建设方面,与其他信息查询系统相比,可以先考虑以银行、证券、保险、房地产、审计、海关、国有资产管理、土地资源管理和外汇管理部门信息系统为依托,建立以犯罪对象为核心的涉案资产信息查询系统^①,注重信息完善与系统维护,保障查询结果的时效性、准确性。为实现涉案信息的快速查询,应当适当减少内部审批

^① 陈连福:《探析检察机关职务犯罪侦查的信息化建设》,载《河南社会科学》2011年第7期。

程序,简化审批手续,或者通过统一业务应用系统实现审批书的网上流转,缩短领导书面审批时间,为办案赢得时间。

2. 提高技术措施在侦查中的应用。一是侦查措施适当向基层院倾斜。诚然,技术侦查措施若利用不当,将对公民的通信自由、个人隐私等合法权益造成侵害。但是,赋予基层检察机关一定的技术侦查措施,是提高侦查能力和水平的重要方式,也符合国际发展潮流。可以考虑在重大贿赂案件中,在案件发展到一定程度后,为侦破犯罪的需要,允许基层检察院以电子监视、监听、网络 GPS 定位的方式收集证据。二是加强对电子证据的研究利用。由于科学技术的发展,通讯设备不断更新升级,检察机关的数据恢复系统等设备需要及时更新,对涉案人员移动通讯、电子邮箱、硬盘等可以进行数据恢复和浏览,以发现线索和证据。对电子证据的提取及呈现方式要进行研究,尽可能实现原数据信息示证方式,增强证据的证明力和说服力。

渎职犯罪因果关系疑难问题探析

宋 涛 刘沐华*

一、渎职犯罪因果关系概述

刑法中所讨论的因果关系是指危害行为与危害结果之间存在的引起与被引起的关系。渎职犯罪作为一种具体的犯罪类型,其因果关系亦属此范畴,即指渎职行为与危害结果之间存在的引起与被引起的关系。渎职犯罪所侵害的客体是国家机关公务的合法、公正、有效执行以及国民对此之信赖,由此可见,渎职犯罪的结果即是对国家机关公务的合法、公正、有效执行以及国民对此之信赖的侵害。但为了限制处罚范围,刑法往往同时将对公共利益、国家和人民利益的侵害规定为侵害结果^①。是故,渎职犯罪的结果包括无形侵害和有形侵害两个部分。本文所讨论的渎职犯罪因果关系特指渎职犯罪行为与有形侵害^②之间的引起与被引起的关系,这也是渎职犯罪因果关系认定的难点所在。

因果关系成立与否直接关系到是否可以将危害后果归责到行为人的行为,并决定渎职犯罪罪与非罪的认定。在司法实践中,嫌疑人多以自身行为与损害结果不存在因果关系为由为自己开脱罪责,而审判机关在裁判过程中,亦多以因果关系不存在作为做出无罪判决的理由。根据最高人民检察院渎职侵权检察厅的统计,在2006年全国检察机关查办的渎职侵权案件被判无罪的案件中,全年被判无罪的计54件、56人,其中因对因果关系研究把握不准,或认识不统一而判无罪的共16件,占无罪案件的30%。^③因果关系认定难,已

* 宋涛,济南市天桥区人民检察院反渎职侵权局工作人员。刘沐华,山东政法学院2014级法律硕士研究生。

① 张明楷:《刑法学》,法律出版社2014年版,第1088页。

② 本文以下将有形侵害称为损害结果。

③ 参见最高人民检察院渎职侵权检察厅《关于2006年渎职侵权案件被判无罪案件情况通报》。

成为制约打击渎职犯罪的重要因素。

二、渎职犯罪因果关系认定难：从刑法因果关系共性与渎职犯罪因果关系个性两方面来说明

渎职犯罪中因果关系的认定一直是困扰渎职犯罪理论与司法实践的一个难题。其困难之处不仅在于渎职犯罪因果关系本身的复杂性，同时因为在刑法因果关系理论与实践共性层面上多有争议。笔者拟从刑法因果关系共性方面与渎职犯罪因果关系个性方面分别予以说明。

（一）共性方面

在理论层面上，我国刑法理论在因果关系上一直争论不休。一般来讲，必然因果关系与偶然因果关系被认为是我国刑法学界因果关系的通说，这主要是受到前苏联刑法因果关系理论的影响，^①但这一理论从上世纪90年代以来即受到极大的挑战。笔者认为，必然因果关系与偶然因果关系说有其本身的局限性。原因与结果、必然与偶然是马克思主义哲学中两对不同的概念，而在前苏联刑法理论中，将这两对概念杂糅在了一起。将哲学中的概念直接移植到法律理论中本身就值得商榷，^②这种嫁接后的移植就更值得探讨。刑法中研究因果关系的目的在于解决刑事责任的承担问题，这是一个社会科学的问题；而哲学则倾向于对客观规律的探寻，这更多的是一个自然科学的问题。刑法中研究的因果关系是具体的、实然的因果关系，即确定实然发生的具体的危害结果能否归责于行为人的行为；而哲学中研究的因果关系则是抽象的、应然的因果关系，其是为了确定某一事物或现象是否能引起另一现象的发生，偶然与必然的概念更是如此。在现实社会中，危害结果已然发生（如未发生，则无探讨的必要），此时再去探讨行为是否足以引致结果发生，似乎意义甚微。如，彗星撞地球是几率很小的事件，但既然已然撞上，再考虑几率大小几无意义。同时笔者认为，必然因果关系与偶然因果关系无明显界限。纯粹的必然与纯粹的偶然都是不存在的，条件齐备，则结果必然发生，偶然只不过是缺少某一条件，一旦缺少的条件出现，则结果随之出现。是故，必然因果关系与偶然因果关系说已无法适应刑法理论的发展，亦受到越来越多的挑战，比较有影响力的学说主要有条件说、相当因果关系说、客观归责理论等。

① 陈兴良：《刑法因果关系：从哲学回归刑法学——一个学说史的考察》，载《法学》2009年第7期。

② 有学者甚至主张刑法因果关系这个概念本身即应予以否定，而代之以条件关系。