

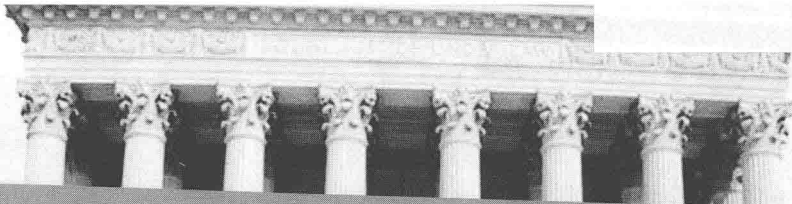


司法人员职务犯罪 认定实务精要

| 关福金 于小平 王琳 ◎ 著 |

SIFA RENYUAN ZHIWU FANZUI
RENDING SHIWU JINGYAO

中国检察出版社



司法人员职务犯罪 认定实务精要

| 关福金 于小平 王琳 ◎ 著 |

SIFA RENYUAN ZHIWU FANZUI
RENDING SHIWU JINGYAO

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法人员职务犯罪认定实务精要 / 关福金, 于小平, 王琳著.

—北京: 中国检察出版社, 2015. 7

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1448 - 6

I. ①司… II. ①关…②于…③王… III. ①法律工作者 - 职务犯罪 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 151801 号

司法人员职务犯罪认定实务精要

关福金 于小平 王琳 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)88960622

发行电话: (010)68650015 68650016 68650029

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中华美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 5.625 印张

字 数: 144 千字

版 次: 2015 年 7 月第一版 2015 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1448 - 6

定 价: 26.00 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

漫谈司法伦理（代序）

中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》），全面开启了依法治国的新征程。在依法治国的语境下，法律成为治国重器，法治成为治国理政的基本方式。法律的生命在于实施，法律实施要靠人；而司法，又称法的适用，是法律实施的一种方式，司法人员就是当然的司法主体。在法治建设的过程中，司法人员承载着重托和责任，正像毛泽东同志曾经指出的，路线方针确定好以后，干部就是主要的因素，因此，《决定》用一个部分专门论述加强法治工作队伍建设问题。司法人员作为司法职业活动的特殊群体，是法治工作队伍的重要组成部分。这个群体具体执行国家司法权力，其司法职业行为与国家法律、法规的统一、正确、公正实施密切相关。

习近平同志在作关于《决定》说明时指出，司法是维护社会公平正义的最后一道防线。司法人员能否忠于职守、清正廉洁、秉公执法，是确保司法公正、保障法律正确实施的重要前提，也是我国从人治走向法治，真正依法治国的关键。

当前，司法人员贪赃枉法、徇私舞弊、腐化堕落、失职渎职等腐败现象偶有发生，不仅严重损害党和司法机关的形象，而且对司法公信和司法权威造成致命伤害，动摇人们对司法的信任和法治的信仰。而司法人员职务犯罪是严重的司法腐败，必须高度重视。近年来越来越多的司法人员职务犯罪案件说明，少数司法人员完全抛弃了职业伦理的底线，做出了令人不齿的违法失德的行为，种种司法腐败行为透视出司法伦理的严重缺失。因此，在严厉打击、有效惩治的同时，对司法人员职业伦理进行研究，也将大有裨益。

伦理主要指社会的人际“应然”关系，一个人的伦理主要表现在内在操守方面，是主体对道德规范的内化和实践，即主体的德性和德行。司法执业活动是否需要遵从伦理，有些争议。但笔者认为，人区别于其他动物而为人的本质特征就在于每一个人都有建基于人性之上的社会性，每一个人的社会性则是通过其所在社会的伦理秩序体现出来的。美国法律思想家卡多佐曾说过：“就如同一个人不可能从她的房间和生活中排除至关重要的空气一样，伦理因素也不可能从司法（正义）活动中排除出去，而正义是一切法律的目标和目的。”完善的人性能够形成正当而又合理的伦理秩序，正当而又合理的伦理秩序在塑造完善的人性的同时保证社会和谐与自然和谐的实现。

谈到司法伦理，我们可以借鉴警察伦理的相关研究

成果。由国际警察首长协会（the International Association of Chief of Police）所制定的警察执法伦理规范（Law Enforcement Code of Ethics）就突出强调了执法者个人的品行和责任。在这个伦理规范中，基本都是以“身为一个执法者，为民服务乃是我的职责”的句式展开，并以第一人称直接表述执法者，突出执法者的主体性，使警察尽量避免沦为丧失执法情感、执法判断、执法道义责任的工具。^①也有学者指出：“如果警察人员心中没有其特有的伦理涵养，就如同一个人失去了自我，没有主见、没有爱心、没有灵魂、没有规范，不了解警察工作的神圣，不清楚为谁而战的悲哀。”^②

司法制度是研究在人类社会中如何实现正义的一种制度，而所谓正义长期以来属于价值论或伦理学研究的范畴，因此在本质上，司法制度具有一种道德功能，承担司法职权的机关和人员相应地必须在一种道德价值与伦理准则的环境中加以运作。因此，司法伦理，是指司法人员在角色扮演及职权行使时应遵守的道德行为规范。

根据我国《刑法》第94条的规定，司法人员是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。从法律规

① 参见艾明：《侦查权司法审查的伦理意蕴——基于现代性的省思》，载郝宏奎主编：《侦查论坛》第7卷，中国人民公安大学出版社2008年版。

② 参见郑文竹：《伦理学在警察实务之应用》，载《警学丛刊》（中国台湾地区）第33卷第1期。

定来看，我国的司法人员是个广义的概念，因此，我们所谈的司法伦理，应当是负有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员共同坚守的职业伦理。笔者认为，追求和实现社会和谐、法治公平，司法人员伦理应当主要包括以下内容：

一、忠诚

忠诚，就是对人或者事、价值或者原则坚守的觉悟和品格，表现为强烈的归属感、执着的使命感和高度的责任感。忠诚，包括对国家忠诚、对人民忠诚和对法律忠诚。第一，司法人员必须热爱自己的国家，始终把维护国家的稳定、秩序、发展作为己任。第二，司法人员也要热爱人民群众，用尽全部的身心和智慧，努力把司法职业工作做得更完美、更圆满，以满足人民群众对司法和法治的新期待。第三，宪法和法律不仅是一种制度安排和行为规范，更是一种文化、一种信仰。坚定法治信仰，是每一个司法人员必须具备的信念和品性。人们只有发自内心地忠诚于宪法和法律，宪法和法律才不只停留在字面上。作为执法者，司法人员要忠实地履行法定职责，严格按照法定授权，遵照法定程序，惩罚犯罪，保护人民。

二、公正

公正是司法工作的生命线。公正是法的自身要求，

也是依法治国的要求。英国的丹宁勋爵在“通向正义之路”这一著名演讲中指出：“起步伊始，君当牢记，有两大目标需要实现：要领悟法律乃是正义的，并务使其得被公正施行。”司法伦理中，公正的基本内涵是要在司法活动的过程和结果中体现公平、平等、正当、正义的精神。司法中的公正，要求司法人员平等对待每一起案件和每一个当事人，按照公正的程序办理案件并经此而实现正义的目标。第一，要平等对待，“平”，就是没有高下之分；“等”，就是没有大小之分，因此，平等的本义就是指没有差别，因此，要坚持法律面前人人平等，做到公民法律地位平等，适用法律平等，同种情形同等处理，反对特权，禁止歧视。司法人员不能让犯罪嫌疑人、被告人、诉讼当事人看不起自己，同时也要保护他们的尊严。人格尊严（Human Dignity）的本质是个人的自我决定权、自我保护权和自我表现权，是与被他人操控相反的状态。司法工作中，如犯罪嫌疑人、被告人等在特定情况下可能会受到必要的限制，但不能侮辱他们的人格，不能以贬损、蔑视等方式把他们当成物品去对待。正如日本学者团藤重光教授所言：“刑事诉讼，也是人格上的人与人的关系。这首先意味着：法官自不待言，检察官、侦查机关及其他一切参与诉讼的人，都应当把被告人作为具有尊严性的一个个人，作为人格主

体看待。”^① 第二，要程序公正，做到充分参与，客观全面，配合制约，公开透明，及时高效。第三，要实体公正，做到事实清楚，证据确凿，符合法律规定，体现法律精神。

三、独立

独立，要求司法人员只相信事实、只遵从法律，而不为其他所左右。相信事实，就是司法工作的一切要从与案件相关的客观事实出发，以查证属实的证据和凭借这些证据认定的案件事实为基础；遵从法律，就是严格依法办事，依照法定权力、遵守法定程序，依法履行职责。联合国《关于司法机关独立的准则》的规定旗帜鲜明地提出司法人员办案应遵守宪法法律的规定，不受来自法律程序之外的干涉。“法官应当根据事实和法律，不受任何限制、不正当的影响、引诱、压力、威胁、干预的妨碍，无论是直接或间接，无论是来自何地针对何人，对有关争论作出公正无私的裁判。”司法独立是司法公正的内在要求。司法人员只有以独立的身份在无利害关系的情境中才能真正权衡、判断各种情况以寻求最佳，进而无限接近公正。

^① 参见李昌盛：《“坏人”也有“尊严”》，载《人民法院报》2010年8月13日。

四、诚信

诚信是立人之本、成事之基。诚信也是法治的基本价值，或者说是基本的法律理性。长期以来，诚实信用一直是民法的帝王条款、基本原则，但是刑事司法是否要讲诚信，人们存在模糊认识。要知道，欺骗和正义从来都是不相容的。司法工作中，诚信的缺失会导致司法活动的中断。司法人员要实事求是，以正直诚实的态度去办案，不能借助法律以外的优势地位获取不正当利益。要通过自己的司法活动，唤起人们对法律的信仰，要让犯罪嫌疑人和其他参与人明白，自己进行的每一项侦查行为，都是在维护法律的尊严。司法工作中讲诚信，最重要的是承诺要慎重，要言而有信，因此，第一，违反法律规定的事项，不能承诺；第二，对于超越自己权限范围而不能兑现的事项，也不能承诺；第三，承诺时要注意分寸；第四，要信守承诺。^①在司法活动中，司法机关和司法人员必须诚信，因为这关系到司法的公信力问题。信用是国家生存的基础，国家机关无信用，不仅摧毁其自身的公信力，而且从根本上动摇了社会信用体系。^②

^① 参见王国民：《试论犯罪侦查中的诚信与欺骗——从法治视角考察》，载管光承主编：《现代侦查》第1卷，群众出版社2005年版。

^② 参见龙宗智：《欺骗与刑事司法行为的道德界限》，载《法学研究》2002年第4期。

五、崇高

司法人员履行职责，要有一种高尚的品行，要有高远的气度，要有高举远慕的心态，要自重、自尊、自强。就像黑格尔所讲的：“人应尊重他自己，并应自视能配得上最高尚的东西。”^① 笔者认为，《决定》明确建立宪法宣誓制度，要求凡经人大及其常委会选举或者决定任命的国家工作人员正式就职时公开向宪法宣誓，这是塑造司法人员伦理的一个重要举措。我们知道，责任与荣誉紧密相连，统一表现于一个人的自尊心与自爱心。通过向宪法宣誓这样的带有仪式感的活动，司法人员维护公平正义的热情与智慧便会被激活，当责任与荣誉充盈的时候，司法人员就会追求崇高；而崇高，又会反过来激励司法人员依法履职。

六、明理

作为司法人员，明理，第一，要明事理，要了解所有诉讼参与人等的所思所想，通过感情的沟通，努力恢复犯罪嫌疑人、被害人以及其他当事人的感情，营造和谐的司法环境。第二，要明法理，要熟练掌握和应用法律，通过宣讲和解释法律，引理入法、情法相融，实现定分止争、查处犯罪和权利保障的兼顾，做到实体正义

^① [德] 黑格尔：《小逻辑》，商务印书馆1980年版，第36页。

与程序公平的共赢。第三，要理性，要慎思明辨，要有一种通过程序保障的沟通的理性和技艺的理性，司法行为要理性、平和。应该说，坚持理性引导、劝说、说服和协商，更有利于创造非对抗性的氛围以便双方达成一致。明理，还要求司法人员凡事望得远一程，看得深一层，想得透一层，阐幽发微而示之以人所未见，率先垂范而示之以人所未行。^①

七、清廉

司法人员必须保证自身行为的清正廉洁。除具有常人应有的清廉道德要求外，司法人员在清正廉洁方面应当有符合司法工作规律和职业特点的特殊要求。为保证司法公正，司法人员应当做到：不得利用职权和职务上的影响谋取不正当利益；不得违反规定办案或者以案谋私、以权谋私；不得私自从事营利性活动；不得违反公共财物管理和使用的规定，假公济私，化公为私；不得违反规定选拔任用干部；不得利用职权和职务上的影响为特定关系人谋取利益；不得讲排场、比阔气、挥霍公款、铺张浪费；不得违反规定干预和插手市场经济活动，牟取私利等。

总之，司法工作必须强调司法伦理，司法伦理体现文明价值。正像有学者指出的：“尽管查明事实真相是

^① 参见孙正聿：《哲学导论》，中国人民大学出版社2000年版，第237页。

刑事诉讼的根本目标，但却不能为查明事实真相而采取任何手段（方法）。就司法的尊严及其应当得到的尊重而言，最为重要的是，不可为了寻找证据而采用任何有损于文明之基本价值的手段。”^① 加强司法伦理建设，可以减少和遏制司法人员职务犯罪，有效预防司法腐败。坚守司法伦理，不断促进司法人员公正司法活动的自觉性，对于司法公信力，维护法治的统一正确实施，具有不可替代的作用。

关福金

2015年4月

^① 参见〔法〕卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第43页。

目 录

漫谈司法伦理（代序）	1
第一章 司法人员职务犯罪之概述	2
第一节 司法人员职务犯罪的概念	2
一、关于司法	2
二、关于司法人员	4
三、关于职务犯罪	6
第二节 司法人员职务犯罪的特征	8
一、对司法权力的滥用	9
二、对司法权威的亵渎	10
三、对公共利益的损害	11
四、对私情私利的追求	11
第二章 司法人员职务犯罪之犯罪构成	13
第一节 司法人员职务犯罪的主体	13
一、确定司法人员范围的意义	13
二、司法人员范围界定的理论及立法依据	14
第二节 司法人员职务犯罪的主观方面	17
一、故意与过失之判断	18
二、故意类型司法人员职务犯罪	19
三、过失类型司法人员职务犯罪	22

第三节 司法人员职务犯罪的客体	22
一、贪污型犯罪	22
二、渎职型犯罪	23
三、其他类型犯罪	24
第四节 司法人员职务犯罪的客观方面	24
第三章 司法人员职务犯罪之现状	26
第一节 司法人员职务犯罪发案特点之剖析	26
一、总体趋势方面，发案数量逐年下降，但形势依然 严峻	27
二、案件性质方面，大案要案增多，涉案金额巨大 ...	28
三、涉嫌罪名方面，贿赂类案件突出，渎职侵权现象 严重	28
四、涉及部门和人员方面，公安机关工作人员居多， 法院次之，检察、监狱司法系统相对较少	29
五、表现形式方面，窝案串案多，渎职侵权犯罪与贪 污贿赂犯罪相互交织	30
六、作案手段方面，职业性较强，以司法权的合法运 用为掩护，作案手段多样化、隐蔽化	31
七、判处刑罚方面，轻刑适用比例大，附加刑适用比 例小	32
第二节 司法人员职务犯罪行为表现之剖析	33
一、公安人员职务犯罪行为表现	33
二、检察人员职务犯罪行为表现	36
三、法院人员职务犯罪行为表现	38
四、监管人员职务犯罪行为表现	39
第三节 司法人员职务犯罪危害分析	40
一、司法人员职务犯罪危害特点	40

二、司法人员职务犯罪危害表现	43
第四节 司法人员职务犯罪原因分析	45
一、司法人员职务犯罪原因系统	45
二、司法人员职务犯罪原因剖析	48
第四章 司法人员职务犯罪之疑难问题认定	59
第一节 司法人员职务犯罪主体认定问题	59
一、纪检、监察人员是否属于司法人员	59
二、人民监督员是否属于司法人员	60
三、人民陪审员是否属于司法人员	62
四、监管机关工作人员能否成为徇私枉法罪的犯罪 主体	63
五、如何认定有查禁犯罪活动职责的国家机关工作 人员	64
六、枉法仲裁的仲裁人员是否属于司法人员	64
七、司法机关其他工作人员是否构成职务犯罪主体 ..	66
第二节 司法人员职务犯罪损害结果问题	67
一、损害结果的概念	67
二、损害结果的分类	69
三、损害结果的认定	70
第三节 司法人员职务犯罪罪数认定问题	76
一、纯正渎职犯罪的罪数问题	76
二、徇私舞弊型渎职犯罪的罪数问题	77
第四节 司法人员职务犯罪共同犯罪问题	79
一、司法人员职务犯罪共同犯罪的学术观点	80
二、采用折中说更具合理性	81
第五节 司法人员职务犯罪徇私舞弊问题	82
一、徇私、舞弊的含义	82

二、徇私、舞弊的性质	86
三、徇私、舞弊的认定	88
第六节 司法人员职务犯罪徇私枉法问题	89
一、枉法行为的含义	89
二、枉法行为的分类	91
三、故重故轻追诉问题	95
四、利用职务上的便利问题	98
五、司法人员为犯罪嫌疑人、被告人制作虚假材料的 行为应如何认定	100
六、作为和不作为均可构成徇私枉法罪	101
七、理顺前案及后案的关系	102
第五章 查处司法人员职务犯罪之实务操作	104
第一节 查处司法人员职务犯罪之实务操作难点	104
一、获取线索难点	104
二、调查取证难点	109
第二节 查处司法人员职务犯罪之制度困境	115
一、法律规定方面的困境	115
二、检察机关的相关机制存在缺陷	117
三、判决处理难点	120
第六章 司法人员职务犯罪之对策分析	122
第一节 查处司法人员职务犯罪之对策	122
一、加强线索管理	122
二、重构案件管辖制度	124
三、强化侦查一体化	125
四、完善侦查措施	127
五、运用侦查谋略	129