



司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目

司法工作人员犯罪研究

张明楷 劳东燕 吴大伟 等著



 中国人民大学出版社

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目

司法工作人员犯罪研究

张明楷 劳东燕 吴大伟 等著



中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法工作人员犯罪研究 / 张明楷等著.
北京: 中国人民大学出版社, 2007
(司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目)
ISBN 978-7-300-08858-7

I. 司…
II. 张…
III. 法律工作者-职务犯罪-研究-中国
IV. D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 203821 号

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目

司法工作人员犯罪研究

张明楷 劳东燕 吴大伟 等 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	河北涿州星河印刷有限公司		
规 格	170 mm×240 mm 16 开本	版 次	2008 年 1 月第 1 版
印 张	21 插页 2	印 次	2008 年 1 月第 1 次印刷
字 数	387 000	定 价	38.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

目 录

第一章	现行司法职务犯罪治理体系的检讨与反思	1
一、	司法腐败的集体叙事及其后果	1
二、	司法职务犯罪的结构性病源	5
三、	现行司法职务犯罪治理体系的问题反思	8
四、	公共政策与司法职务犯罪构成要件的解释	14
第二章	司法工作人员犯罪的共性问题	20
一、	主体范围	20
二、	客观要件	31
三、	徇私舞弊	39
四、	共同犯罪	57
五、	罪数认定	82
六、	犯罪阻却事由	98
第三章	司法工作人员的犯罪类型（I）	115
一、	刑讯逼供罪	115
二、	暴力取证罪	126
三、	虐待被监管人罪	132
四、	徇私枉法罪	138
五、	民事、行政枉法裁判罪	150
六、	执行判决、裁定失职罪	161
七、	执行判决、裁定滥用职权罪	166
八、	私放在押人员罪	168
九、	失职致使在押人员脱逃罪	177
十、	徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪	186



第四章	司法工作人员的犯罪类型（Ⅱ）	196
	一、受贿罪	196
	二、滥用职权罪	204
	三、玩忽职守罪	215
	四、帮助犯罪分子逃避处罚罪	221
	五、包庇、纵容黑社会性质组织罪	227
	六、私分罚没财物罪	235
第五章	司法工作人员的犯罪类型（Ⅲ）	239
	一、非法拘禁罪	239
	二、非法侵入住宅罪	263
	三、非法搜查罪	270
	四、妨害作证罪	272
	五、帮助毁灭、伪造证据罪	280
第六章	司法工作人员犯罪的预防	290
	一、司法工作人员犯罪的评估与原因	290
	二、侦查人员犯罪之预防	294
	三、检察人员犯罪之预防	305
	四、审判人员犯罪之预防	313
	五、监管人员犯罪之预防	323
	六、结语	331
后 记		333

第一章 现行司法职务犯罪治理 体系的检讨与反思

司法工作人员的职务犯罪与司法腐败之间存在密切的关联。尽管人们通常所称的司法腐败未必专指司法工作人员的职务犯罪，不过，此类犯罪显然触及司法腐败的核心内容，并构成司法腐败的重要表现之一。因而，本章将围绕司法腐败与司法职务犯罪的相关问题展开探讨。

本章试图表明，对司法腐败的集体叙事导致对它的治理受表达性政治思维的支配。腐败的本质在于公共权力被当作私有财产。在现行治理体系中，司法腐败却单纯被建构为未能对司法工作人员的职务犯罪实现刑事处罚的问题。它的两个特点是强调刑法的事后控制与对司法自由裁量权的压制。有必要对现行治理体系中所存在的问题进行反思，强调公共政策对于刑法解释具有指导机能。从惩治腐败的公共政策的角度，应当适度扩张司法职务犯罪的适用范围，在不违背罪刑法定的前提下对相关构成要件做扩大解释。

一、司法腐败的集体叙事及其后果

在当前的中国社会，司法腐败无疑已经超越其他的腐败类型，而成为公众首当其冲关注的问题。用 Google 和百度搜索“司法腐败”、“教育腐败”、“行政腐败”、“国企腐败”和“军队腐败”等概念发现，与“司法腐败”相关的中文网页，在数量上远远超过后四种腐败类型。单纯的网页数据或许无法说明问题的全部，但公众对司法的不满无疑是普遍而真实的，这一点也为两高的“两

会”工作报告连续几年的低通过率与学者的问卷调查^①所见证。与此同时,诉讼类信访的庞大数量,甚至于法院本身成为被上访对象的事实,更是揭示了中国的司法权威及公信力所存在的危机,表明司法的政治认受性^②的流失程度是何等严重。就司法领域而言,政治认受性的指标与司法的公信力与权威性直接相关。实际上,它的流失程度几乎可以与司法的公信力的降低幅度画上等号。

应该说,在诸多的消极因素中,腐败问题对于司法的政治认受性具有重要的影响。它不仅削弱了司法裁判的权威,而且从根本上剥夺了其政治认受性的工具性、情感性与道义性来源。可以肯定的是,信访/上访之所以成为当前严重的社会问题,与司法腐败有着极为密切的关系。于建嵘指出,从理论上说,信访只是包括行政诉讼、行政复议等行政救济手段之一,而国家的司法救济才是公民权利救济最为主要的形式。但在实践中,民众更多地相信信访这一行政救济手段,并把其作为最后的希望所在。造成这种状况的原因是多方面的,其中各地司法腐败导致公民不能得到正常的司法救济是主要原因。在接受其调查的632名农民中,有401位之前就曾向法院起诉,其中法院不予立案的172人,认为法院不依法办事而判决其败诉的220人,认为法院判决胜诉了而没有执行的9人。^③

从司法腐败成为众矢之的事实本身,人们或许会得出这样的结论:与其他政府部门相比,公众对司法的信任程度相对较低。那么,能否由此认定司法已成为既有权力结构中最为腐败的部门呢?答案显然是否。一个明显的例证是,中国外逃的四千多名贪官中,金融系统、国有企事业单位工作人员约占87.5%,其他部门只占约12.5%。^④

对绝对领导权的畏惧感、对远离生活世界的机关或人物的不了解、对某一方面进行宣传报道的频度、对不同印象(公共服务的范围、行为廉洁性、

① 1996年,季卫东教授曾会同日本学者对北京的八个区进行过问卷调查。调查结果表明,在国家机关里最受信任的是军队(超过80%),其次是政府部门和全国人民代表大会(均为66%),比较不受信任的是警察以及检察和审判机关(在50%线上),尤其是对司法的不信任显得很突出。参见季卫东:《法治与普遍信任》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》,2006年第1期,153~178页,北京,北京大学出版社,2006。

② 政治认受性是政治学上的术语,指的是公民对于政府或执政党的主动认可。政治学界一般认为政治认受性有三个来源,一是工具性来源,即公民对于政府提供的良好服务回报以政治认可和支持;二是情感性来源,即公民因为对于长期存在的政治传统和政治符号的感情认同而对建立在这些传统和符号基础上的政权予以承认和支持;三是道义性来源,即公民因为通过参加公平公正的选举而认定政府组成人员代表人民的意愿从而对政权予以承认和支持。

③ 参见于建嵘:《中国信访制度批判》,载《中国改革》,2005(2),27页。

④ 参见于津涛:《国家级课题组想反腐败法》,载《瞭望东方周刊》,第138期,2006-07-05。

活动效率、突发事件)的重要性判断等都有可能成为信任感的基础^①,从而影响公众的评价与判断。此外,公众对于司法腐败的不满,本质上代表的是对流行的权钱交易现象的深刻痛恨。这种痛恨的情绪需要找到具体对象作为宣泄的出口,而媒体的倾向性报道无疑很快使公众锁定了目标。既然无法对党和人民政府进行率意的攻击,而各级人大及常委会的权力与生活世界的直接关联又甚少,将矛头对准政治结构中处于边缘位置的司法权也便理所当然。一则,对司法权的批评在政治上风险较低。这一点对于学者或媒体而言极为重要。二则,让司法成为批评的对象部分也是出于政治利益的考虑。当人们将目光聚焦于司法权的滥用时,对政权的核心部分的质疑多少可以得到缓解。三则,司法领域中的权钱交易、滥用职权和徇私舞弊等现象的确也相当严重。有这样的事实作后盾,司法遭遇火力集中的炮轰尽管有些替人受过的色彩,倒也不至于完全打错了板子。

正是在这样的语境下,权力配置上没有获得“最后防线”性质的司法机关,不得不面临“最大的腐败”的指责。腐败的本质无疑是以权谋私,因而,所谓的司法腐败,其核心意义应该是法官利用职权谋求私利。不过,它的核心意义的清晰,并不意味着人们能够在法律上对司法腐败的内涵与外延作严格的界定。

首先,司法腐败的主体范围难以明确地界定。如果严格遵循“司法”一词的意义,司法腐败的主体便只能是行使裁判权的法官,或者最多是将检察官也包含进去,而必须排除警察与在劳改系统从事监管工作的管理人员。然而,根据现行刑法第94条,司法工作人员被定义为有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。既然立法者在界定司法工作人员时并没有遵循“司法”概念的一般意义;相应地,司法腐败自然也就不限于裁判权的滥用,而是同时包含侦查权、检察权与监管权的滥用问题。不过,这显然同样没有解决主体的范围问题。由于警察权中很大一部分不涉及侦查工作,而检、法两系统中并不行使检察权和裁判权的公务人员也大有人在,这样一来,诸如从事治安、交通和户籍管理等工作的警察或者单纯从事人事工作或后勤的检法系统的公务人员,是否属于司法腐败的主体就有些令人疑惑。

其次,“腐败”的内涵在刑法层面难以清晰地界定。贪污贿赂、徇私舞弊之类的犯罪符合以权谋私的特点,因而将之归于“腐败”范畴自然不会引发异议。问题在于,疏于履行职责或者滥用职权之类的犯罪并不具备“谋私”之要件。如果司法工作人员实施刑讯逼供、暴力取证或虐待被监管人等行为,或者因失职而致使在押人员脱逃,人们是否可以据此而认为这些行为并不属于司法腐败?

^① 参见季卫东:《法治与普遍信任》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》,2006年第1期,168页,北京,北京大学出版社,2006。

最后,在当前的语境中,司法腐败本身就是一种动态的、博弈的存在,是主体、语境、对象之间相互作用的产物。它绝不只是认识论意义上的单纯的客观存在,更是社会文化与社会心理建构之下的产物,并且与不同主体之间的博弈相关。正如王亚新教授所言,对于把某种现象指称为“司法腐败”的行为或过程本身,既可以从这样下定义是否做到了名实相符的认识论角度去理解把握,也可以从此类情形究竟在多大的范围内反映了社会上何种集合性的感觉或情绪这一社会心理学的角度去观察;但还有一个重要的视角,即把定义“司法腐败”看作特定主体之间的一种相互作用过程,看成是多样的主体在牵涉司法审判的各种场域内围绕这个象征性符号而展开的博弈。^①

不过,司法腐败范畴的不可界定性显然并没有妨碍人们在各种场合频繁地使用这一概念,也没有因此而变得易于引起误读。这意味着,当围绕司法腐败所展开的叙事代表某种集体情绪的宣泄时,概念本身意义的准确性便不再重要,重要的是相关叙事所可能带来的后果。

当前对司法腐败的集体的社会性关注所带来的后果之一便是,司法腐败不再只是单纯的社会常态问题,而构成使执政党疾首的重大政治事务。相应地,对付司法腐败开始具有重要的政治象征意义。应该说,司法腐败成为政治问题本身不足为虑,恰恰相反,它是从根本上解决问题的必要前提。不幸的是,为了迅速获得这种象征意义,决策者往往下意识地会将政治上的权宜之计当作首选。如此一来,重要的就不是去探求真正妥当有效的问题解决方案,而是要让公众感觉到问题正在处理或已经得到处理,以平息公众的怒气和恢复司法体系的可信性。这种做法与表达性的(expressive)刑事司法^②在逻辑上可谓一脉相承,它往往置问题本身的复杂性于不顾,而只关注政治上的象征效果。最终,对司法腐败的关注与治理在很大程度上成为一种姿态,治理的目的本身则被忘却。

正是在这种表达性的政治思维的支配之下,司法腐败在法律层面被建构为未能对司法工作人员的职务犯罪实现刑事控制的问题。相应地,对司法腐败的法律治理被转换为对司法工作人员的职务犯罪进行刑事处罚的问题。既然刑法是治理体系中的主体部分,与司法腐败的斗争自然也就主要变成刑法与司法工作人员职务犯罪之间的较量了。除了加强事后的刑事控制之外,对

^① 参见王亚新:《“司法腐败”现象的一种解读》,载《思想战线》,2005(4),50页。

^② 作为“表达性”刑事司法的结果,对由于犯罪问题而激发的公众怒气的最常见的政治性反应,便是报复性的刑事立法。这种立法的主要目的在于舒缓公众怒气、安抚公众和恢复刑事司法体系的可信性,所有这些关注都是政治性而非刑罚性的。See David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001, p. 173.



于司法腐败的治理，决策者的另一个杀手锏便是，压制甚至取消司法工作人员的自由裁量权。电脑量刑、人大的个案监督、错案追究责任制等，正是在这样的背景下出台的。

我无意于低估或者否认刑法在治理司法腐败方面的意义。司法腐败的确与刑法相关，但它显然不只是一个刑法问题，甚至主要不是一个刑法问题。将司法腐败界定为刑法问题，表明决策者并没有击中问题的真正根源。在此，决策者所犯的策略性错误在于，它只是把司法工作人员的职务犯罪当作孤立的个别现象，而没有将其理解为一种结构性的病症。这个错误无疑是致命的。它导致决策者径直将事后的刑事追究与压制甚至取消自由裁量权作为治理司法腐败的根本方案。由此，不仅对刑法的功能缺乏正确的定位，使刑法与司法腐败的较量可能变成堂吉珂德对风车的徒劳搏斗，而且还严重挫伤司法改革的其他重要目标。

二、司法职务犯罪的结构性病源

与其他腐败类型相同，司法腐败涉及的是公共权力的违法使用问题。按其特性而言，权力的违法使用大体有四种情形：（1）利益交易，即利用职位所赋予的公共权力与他人进行交易。此类行为的犯罪性体现在交易性上，行为是否在行为人的合法职权范围之内则无关紧要，相对人是否本来就有权利得到相应利益也在所不问。（2）基于不当动机运用职权。在此类行为中，动机至关重要。要不是因为行为人的动机不当，相关行为本来并不具有可责性。（3）超越职权。此类行为的违法性在于权力的使用超越相应的职责范围，行为人为擅自决定或处理了其无权决定的事项。（4）不履行或不正确履行职权。违背公职履行的合理注意义务是此类行为违法性的关键，具体表现为行为人不履行应当履行且能够履行的职责，或者没有以正确的方式履行相关职责。

上述四种违法使用权力的情形，尽管在违法性的表现形态上大相径庭，但其本质是相同的，那就是公共权力被当作职位占有者的私有财产来处理。众所周知，财产权的内容通常包含占有、使用、管理、收益和处分等权能。当权力成为一项财产，公务人员就会遵循财产的逻辑来主张相关的各项权能。最常见的利益交易或权钱交易行为，体现的正是公职占有者对权力作为一项财产的收益权的维护。财产权的一个重要特征是，所有人享有通过财产而获得收益的权利，因而，他人通常需要支付相应的对价才被允许得到使用该财产。既然权力成为一项财产，对于不占有权力的人而言，除非以暴力、胁迫或欺诈的手段强取，否则就只能通过购买的方式来获得权力的使用或者避免权力的伤害。相对方需要花钱或者其他对价向权力占有者购买质量较高的服务，或者购买免受伤

害的豁免权，或者使其放弃职责的履行。此外，也只有在权力成为私人财产的情况下，公职占有者才能无视公共福利而基于个人的目的使用权力，或者完全根据自己的意志来决定是否使用权力或如何使用权力的问题。

正如学者所指出的，如果权力真的是一项私有财产，公职占有者的不当使用或者拿它来谋取私利便不可能构成犯罪，也谈不上什么腐败。因为“腐败”概念本身就假定一个禁令：公共职位不是私人财产，不能用于个人目的。在共和制下，权力的所有人是人民，公务人员只是受所有者之托进行管理。倘若管理者将这个财产据为己有，就会产生腐败问题。为了防止代理人超越代理的权限，背离代理的目的，除了选举制度，共和国就必须实行宪政和法治。^①这意味着，腐败所牵涉的其实并不是个别公务人员以权谋私或滥用职权的犯罪问题，而主要是如何控制代理人权限的问题。就当前的中国社会而言，腐败的根本原因在于：权力所有者退隐，对权力的使用者缺乏控制力；整个制度建立在虚幻的道德假定之上，使得权力的分配过于集中，缺少制衡；没有认真对待私有财产权，使国家权力缺乏外在物化的制约力量。^②由此，我们不难得出结论，包括司法腐败在内的腐败的治理与整个宪政制度的设计相关，而绝不单单是一个刑法问题。因而，需要改变的是整个剧本而不只是演员。只是在刑法层面打击司法工作人员的职务犯罪，充其量只是摘除了腐败之花，根本没有触及腐败之根。

不止如此，现行的司法腐败治理体系实际上在为权力的管理者成为罪犯提供机会和刺激。在这一体系中，国家权力的管理者继续有能力要求一般公民支付其履行职责的对价，有能力将放弃履行职责的价码强加给犯罪网络，为走私、卖淫、赌博、贩毒、拐卖人口和造假之类的犯罪经济提供种种服务，从而导致权力的市场化。办公经费的不足和司法工作人员的低收入，直接导致激励干警创收的政策出台。执行此类政策的结果之一是，公、检、法、劳改等机关单位纷纷开办各类“三产”。办“三产”的目的自然是赢利，而事实上这些企业也总是能够赢利。很显然，如果遵循市场运行的规律，企业的运行必然存在亏损的风险。各类“三产”能够赢利的秘诀便在于，权力成为决定资源分配的要素。它能够优先获得或以优惠的价格获得稀缺资源，或者能够明目张胆地为违法行为保驾护航，使违法相对人不受惩处。激励干警创收政策的结果之二是，公、检、法各单位经常将有限的资源用在与经济创收相联系的事务上，热衷于收取各类罚款或执行费用，以便根据财政规定获得相应的提成。

① 参见陈端洪：《宪治与主权》，207～208页，北京，法律出版社，2007。

② 参见陈端洪：《宪治与主权》，216页，北京，法律出版社，2007。

可以说,将经济创收当作司法工作的主要目标之一,已成为转型中国社会的一大特色。^①一旦经济创收成为司法工作的目标,大规模的选择性执法现象的出现便是必然的。所谓的选择性执法,一般包括两类情形:一是法律或其他制度虽有明确规定,但因监督上的问题或对执法者无违法执法责任设置或追究不严或难以追究等问题,执法者针对不同的执法对象,根据自己的意愿选择性地履行职责;二是法律规定本身不明确或者法律赋予执法者相当的裁量空间,执法者本应尽可能地作出合理和公正的判断,合理行使裁量权,但却不尽职责甚至故意作出不公正判断的执法行为。很显然,选择性执法的社会成本不仅在于浪费国家的执法支付,造成效率损害成本(对应当及时执法而无法及时执法所造成的社会损失)和不良行为机制的纠正成本,并带来无效率的交易耗费成本(贿赂费用)等,而且在于创造了一种自动的逼迫守法者违法的倒逼机制,使权大于法、权钱交易与权权交易的关系网络日益紧密,最终摧毁社会有效的良性激励机制。^②对于司法领域而言,选择性执法还可能导致司法队伍受“劣币驱逐良币”规律的支配,从而加剧了司法公信力所面临的危机。

除选择性执法之外,现有的腐败治理思路还在促成某种利益均沾同盟,使得司法工作人员职务犯罪的案件日益呈现群体性、团伙性的特征。典型的例子如2003年武汉中级法院的集体腐败案。^③这种利益均沾同盟的形成,显然与当前支配人们行为与心理的潜规则有关。这一潜规则就是,要求公务人员履行职责或者放弃履行职责应该支付相应的对价。在这种潜规则文化中,以权谋私实际上为场域中的绝大多数人所认可。因而,深受司法腐败之苦的律师常常本身就是行贿人,而真诚地指责司法腐败的公民,一旦成为诉讼的一方当事人,也会努力寻求各种不正当的途径去影响法官作出有利于自己的判决。人们所憎恨的不是以权谋私本身,而只是拿钱不办事的“白眼狼”现象,即在支付相应的对价之后,公务人员仍然没有履行职责或者放弃履行职责。司法领域许多职务犯罪案件的揭露,便是支付方因公务人员拿钱不办事而进行检举揭发的结果。有这样的潜规则文化,出现腐败的利益均沾现象是必然的,个别人独享利益才显得奇怪。

① 正是基于此,在纪念法官法、检察官法实施10周年座谈会上,中央政法委书记罗干才特别指出,不得要求司法机关从事招商引资、经济创收等活动。参见罗干:《不得要求司法机关从事招商引资、经济创收》,载新华网(<http://news.xinhuanet.com>),最后访问日期:2006-10-31。

② 参见何立慧:《选择性执法的成本、收益和激励效应的经济分析》,载《兰州商学院学报》,2005(2),68~73页。

③ 该案共有13名法官(包括两名副院长与数名副庭长在内)被追究刑事责任。此外,还有9名法官受到纪律处分,30名处级以上干部调离岗位,被调整者占该院70余名处级以上干部近一半。参见俞禾:《武汉:13名法官的利益共同体》,载《中国新闻周刊》,第176期,2004-04-14,23~25页。

三、现行司法职务犯罪治理体系的问题反思

从公安部于2006年9月出台的《中国公安廉政宣言》^①来看,虚幻的道德假定——即公务人员都是“内圣型”的官员,除了满足基本的生存需要之外别无所求——仍然在支配着决策者的思维。尽管道德神话早已破产,但人们似乎至今都不愿承认该假定的荒谬性,不愿正视个人对于财产的追求欲望。对于日益蔓延的司法腐败问题,决策者只知道强调道德自律与刑法制裁,或者干脆取消自由裁量权,只知道按现有的思维定向走下去,却不去反思或者下决心去根治现行治理体系本身所存在的种种缺陷。

第一,(司法)职务犯罪根源上的复杂性与对策上的简单化。

由于未能将司法职务犯罪视为一种结构性的病症,现行治理体系将治理重心放在事后的刑法制裁上,以为简单地制止个人的腐败就会导致制度性腐败的终结。问题在于,刑法只会简单地将违法者从先前的位置上清除,却无力终止其中的循环,因为总会不断有新的违法者取而代之。这就使得与职务犯罪作斗争的刑法跟与风车搏斗的堂吉珂德一样徒劳。刑法的步伐永远跟不上腐败者的脚步,它只能疲于奔命地将网撒向极个别的不慎者或迟钝者。正是基于此,刑法充其量只能杀一儆百,而无法“违法必究”。何况,就是所谓的“杀一儆百”,其效果也让人质疑。一般而言,刑法的威慑效果取决于刑罚的严厉度与定罪的可能性,在定罪可能性有所降低时,威慑的效果可以通过增加刑罚的严厉度来得到弥补。但当定罪的可能性非常低时,即使加强刑罚的严厉度,也不可能达到预定的威慑效果。这也是为什么即使现行刑法中不少职务犯罪设有死刑,但它们仍然未能发挥预期的威慑效果的原因所在。

这意味着,单纯的倚重刑法根本于事无补。对司法职务犯罪的整治策略必须考虑相关的根源因素,在此基础上进一步去探求相应的解决方案。比如,法院系统的职务犯罪至少与以下五个因素相关:(1)内部的组织性角色集中在法院的某些决策者(比如集中大量行政性与管辖方面权力的法官)手里;(2)程序步骤的数量与复杂性,伴随着程序的不透明;(3)相关的准则、法律或规章具有极大的不确定性;(4)缺乏解决纠纷的替代性资源;(5)有组织犯罪团体的出现,导致对公务人员的腐败需求。^②因而,要解决法院系统的

^① 《中国公安廉政宣言》中有这样的字句:“中国警察,宁愿清贫,永不贪赃。以我廉洁,守护正义。从警一日,清廉终生。”

^② See Edgardo Buscaglia, *Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences*, Stanford University, 1999, pp. 8-9.

腐败问题，就应该将力量放在前述五个因素的整治之上。承认职务犯罪根源的复杂性，不是要将一切归咎于体制而放弃切实的努力，而是为了能够对问题作出正确的判断。比如，对巨额财产来源不明罪、滥用职权罪等职务犯罪，刑法界要求加重法定刑的呼声很高。然而，既然加重法定刑起不到相应的威慑效果，那就没有必要更改刑度，而是应该将问题的重心转移到如何提高侦破与定罪的可能性上。再如，刑讯逼供的沉疾难返，与刑事诉讼程序不透明和缺乏有效的救济渠道相关，因而，解决的思路应该是加强程序性制裁和允许程序中的上诉方面，等等。

第二，对（司法）职务犯罪打击明紧实松，缺乏足够的政治意志。

近年来，尽管有越来越多的职务犯罪案件被媒体曝光，宣传上的统一口径也似乎表明决策者对惩治腐败的坚定决心。但事实是涉及职务犯罪的案件不起诉率很高，被追究刑事责任的公务人员只是其中的极少数。这一点可以从近些年来对法院系统职务犯罪的惩处情况中得到证明。核查从1995年至2005年全国法院违法违纪人数与被追究刑事责任的人数^①，不难发现，即使是被追究刑事责任的人数占该违法违纪和构成犯罪的总人数比例最高的2004年，也不过只有20.38%的人受到刑事处分，比例最低的

① 相关数据根据1996年至2006年的最高人民法院工作报告所公布的违法违纪人数与被追究刑事责任的人数推算所得。

附：全国法院系统违法违纪与被追究刑事责任的人数统计

年份	党纪政纪处分人数	构成犯罪的人数	总计	构成犯罪的人数占总人数的比例
1995	890	72	962	7.48%
1996	992	59	1 051	5.61%
1997		145*		
1998	2 291	221	2 512	8.80%
1999	1 377	73	1 450	5.03%
2000	1 292	46	1 338	3.44%
2001	995	85	1 080	7.87%
2002			0.2%**	
2003	794	52	846	6.15%
2004	461	118***	579	20.38%
2005	378	66	444	14.86%

* 1998年的最高人民法院工作报告中只公布了上一年法院系统被追究刑事责任的人数，而没有公布违法违纪的人数。

** 2002年的最高人民法院工作报告中并未公布上一年法院系统违法违纪的具体人数和被追究刑事责任的人数，而只有占该年全国法院的干警总数的比例数（全国法院违法违纪人数从1998年的0.67%下降到2002年的0.2%）。

*** 2005年的最高人民法院工作报告中并未公布上一年法院系统被追究刑事责任的人数，此数据根据2005年的数据（2006年最高人民法院工作报告表明，2005年全国法院系统被追究刑事责任的人数66人，比上年下降44.07%）推算所得。

2000年更是只有3.44%的人受到刑事追究。考虑到所统计的违法违纪的人数中,想来很少是因为与当事人吃一顿几百元钱的饭而受到纪律处分的,抛开数量庞大的犯罪黑数不论,也足以想象法院系统公务人员被追究刑事责任的概率有多低了。而这种现象显然并非法院系统一家独有。有数据表明,官员犯罪的案件有43%免于起诉(起诉本身也并不必然意味着惩罚),而涉及平民的案件仅有5%免于起诉。这种刑事审判的双重标准显然对控制腐败构成严重的制约。^① 极低的定罪风险无疑在无形中鼓励更多的司法工作人员去进行以权谋私。在武汉中级法院集体腐败的案件被揭发后,湖北省检察院的一份调查报告如是说:“早在2000年,武汉市中级法院就有3名法官涉嫌职务犯罪被查处,但都做了不起诉处理,以致后来这13名法官心存侥幸,铤而走险。”^②

此外,由“新世纪中国惩治和预防腐败对策研究”课题组(由湖南省委组织部、湖南省纪委等多家单位联合组成)所倡导的“一二三工程”^③为高层决策者所青睐,也表明反腐活动只是在有节制、象征性地进行。很难想象,在一个高调打击腐败的社会里,竟会允诺对主动退赃者不予任何处分,豁免腐败者的原罪。

第三,刑事司法的政治化。

对实施职务犯罪的司法工作人员进行刑事处罚,是治理司法腐败的必然举措之一。在此,惩罚不仅代表对行为人以权谋私之行为的否定和告诫,也是对其他意欲从事此类行为的公务人员的威慑。对其的定罪量刑,应该考虑也只能考虑报应、预防、矫正等刑法目的,而不应考虑政治因素。然而,在现行司法腐败的治理体系中,刑事司法却严重地被政治化了。

首先,被刑法之网捕获的司法工作人员经常成为替罪羊。对司法腐败的痛恨与零容忍度所导致的结果是,一旦出现腐败丑闻,公众对腐败现象本身的痛恨情绪便会转移到这些人身上,要求对其实施严厉的惩罚。此外,公众还会将矛头直接指向主要领导,质疑其管理能力与整个单位甚至整个系统的

^① 参见[法]甫洁兰:《分权、腐败与犯罪化——从比较分析的角度看中国》,载[美]程晓农主编:《当代中国研究》,2002(4)。

^② 《一份关于法官犯罪的报告》,载《新闻周刊》,第176期,2004-04-14,26~28页。

^③ 所谓的“一二三工程”,其主要内容包括:(1)设立一个全国退赃的公开账号。(2)实行两项特别决定。一是对在规定期限内,主动并如数退赃者,无论职级高低和问题大小,无论问题将来是否暴露,一律不给任何处分,一切待遇不变。二是对在规定期限内,拒不退赃或者不如实退赃者,一旦案发,凡触犯刑律的,一律开除党籍、开除公职,并按最高量刑标准处罚。(3)采取三条配套措施。一是在存款实名制的基础上,完善国家公职人员家庭财产申报登记制;二是提高国家公职人员待遇,以俸养廉;三是建立健全举报制度,最高奖励举报者50%的追缴赃款。

廉洁性。这就使得领导层很难有自曝家丑的动力，他们通常不愿谈及本单位或本部门的腐败问题，而选择尽可能地掩盖或者在内部解决。^① 有时，甚至联合其他单位或系统共同掩盖事实真相。^② 一旦腐败行为被揭露，如果无法迅速而不着痕迹地处理掉，尤其是如果案件引起公众的强烈关注，相关的行为人便会被当作替罪羊抛出。为了平息公众的愤怒和恢复本单位或本系统的可信性，对这些“坏苹果”的惩罚往往极为严厉：可杀可不杀的杀，可判可不判的判，可抓可不抓的抓。孙志刚案件便是典型的例子。即使能够证明与孙志刚之死并无因果关系，而且其对孙的收容审查确实是按广州市有关收容遣送的规定进行的，广州市天河区黄村街派出所专区中队长李耀辉还是以玩忽职守罪被追究刑事责任。

其次，用刑法打击腐败，还与重申中央在国家机器运转中的权威的目标有关。^③ 在腐败蔓延到相当严重的程度时，中央政府必须守住反腐立场，而且切实注意自身的廉洁度，才能继续被视为公共利益的化身；否则，整个政权就会无法维持基本的正当性和公信力。中央政府在公众心目中的廉洁形象，显然有利于其拥有相对于地方政府的权威，从而遏制地方政府的离心趋势，维持长期的集权传统。

第四，司法独立与司法责任的双重丧失。

司法独立被公认为是实现法治的必要条件，也是当前司法改革所追求的重要目标之一。不过，独立显然并非人们所期待的司法的全部特征。在任何追求法治的社会里，实际上都会面临这样的问题，即如何在不侵犯为法院发挥基本作用所必需的司法独立的同时，去限制和约束司法权的滥用。简言之，就是如何处理司法独立与司法责任之间的关系的问题。应该说，司法独立是实现司法责任的基本前提。很难设想，一个处于依附状态下的法院系统能够正常发挥司法的基本功能。与此同时，司法独立与司法责任之间又存在着相当程度的对立。如果司法部门不尽职，司法独立的外衣就会成为滋生腐败行为的土壤。保障司法中立的法官独立，完全可能成为法官掩盖其非法行为的外衣。司法独立与责任之间的矛盾主要在三个方面起作用：（1）法官内在的自我界定和信念（“思想意识”）；（2）法院体制本身内在的动因和关系（“内

^① Sanja Kutnjak Ivkovic, "Measuring Police Corruption", in 93 *Northwestern School of Law Journal of Criminal Law & Criminology* (2003), p. 597.

^② 四川成都市一基层法院将被凶手打伤的人判成故意伤害凶手致死的人，导致此人后来冤死狱中。事后，该法院炮制各种假证据力图掩盖，而该市、该省中级、高级法院以及检察院有关办案人员也跟着为之层层包庇。参见《第二十六次进京申诉》，载《民主与法制》，1997（24）。

^③ 参见[法]甫洁兰：《分权、腐败与犯罪化——从比较分析的角度看中国》，载[美]程晓农主编：《当代中国研究》，2002（4）。

在关系”);(3)司法与其他机构之间的关系(“外部关系”)。^①

当前司法腐败的大规模蔓延,揭示的是司法极度缺乏责任的事实,而反腐的目的,恰恰是要确保充分的司法责任与约束。由司法独立与司法责任之间的关系可知,对司法腐败的治理需要认真对待司法独立与司法责任之间的关系问题。法治国家的检察官们之所以对司法犯罪的指控总是极为谨慎,就是因为“他们深知哪怕开始一项犯罪调查都会给司法独立带来风险”^②。迄今为止,国内法律界对司法独立与司法责任关系的处理却未引起足够的重视。流行的观点或者是把司法独立视为解决腐败问题的良方,提出“以司法自治防司法腐败”^③,或者认为基于司法腐败与司法不公的现状,我国不能贸然实行司法独立。^④这两种立场显然都值得商榷。司法独立与责任之间的对立,意味着司法独立无法成为解决司法腐败的良方;因而,所谓的“以司法自治防司法腐败”在很大程度上可能只是一个假命题。后一种立场无视司法独立本身的功能及其对司法责任所具有的重要意义,分明也不可取。腐败的确需要治理,但也绝不能因噎废食置司法独立于不顾。即使有种种现实因素的制约,所采取的对策也应当有利于朝司法独立的理想目标迈进,而不是相反。

在对待司法独立与司法责任的关系问题上,现行的腐败治理体系多少显得有些草率。尽管在话语层面司法独立被当作司法改革的重要目标,但在运作层面,却往往倾向于牺牲司法独立。于是,不仅在人事与财政方面司法系统对行政权的依赖没有丝毫减轻,法官的选拔、考核与晋升的内部管理制度的行政化也依然如故,法院甚至还主动敞开大门欢迎来自上级法院甚或外部力量的干预。无论是案件请示制度、错案追究责任制,还是人大的个案监督,均在司法改革的名义下出台,却都无不在行加剧司法的依附性之实。再拿电脑量刑的推广^⑤来说,尽管就短期来看它可能会产生一些收益(比如可能会减少徇私舞弊现象^⑥),但它对司法生态的破坏是无法估量的。电脑量刑在缩减

① 参见[美]葛维宝:《司法的独立与责任》,葛明珍译,载《环球法律评论》,2002年秋季号,8页。

② [美]葛维宝:《司法的独立与责任》,葛明珍译,载《环球法律评论》,2002年秋季号,12页。

③ 郭道晖:《实行司法独立与遏制司法腐败》,载《法律科学》,1999(1),15页。

④ 参见唐忠民:《“司法独立”不能真正解决司法不公和司法腐败问题》,载《探索》,2003(1),141页。

⑤ 参见《山东争议中推广电脑量刑》,载新浪网(<http://news.sina.com.cn>),最后访问日期:2006-10-20。

⑥ 考虑到事实的认定权仍掌握在法官手里,如果法官故意不输入某个(/些)关键情节,电脑所得出的结论便会有所不同。从这个意义上讲,电脑量刑其实无法克服暗箱操作的问题。