

刑事
法学

刑事法学博士文库
陈忠林◎总主编

DF793
160

职务犯罪侦查模式论

余捷◎著

中国检察出版社

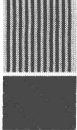
研究
论

中国政法大学
政法研究所

职务犯罪侦查模式论

李 强 著

中国政法大学出版社



刑事
法学

刑事法学博士文库
陈忠林◎总主编

职务犯罪侦查模式论



余捷◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

职务犯罪侦查模式论/余捷著. —北京: 中国检察出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0114 - 1

I. 职… II. 余… III. 职务犯罪—刑事侦察—研究
IV. D918 D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 114467 号

职务犯罪侦查模式论

余捷著

出版人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电子邮箱: zgjcbs@vip. sina. com

电话: (010) 68682164 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经销: 新华书店

印刷: 北京画中画印刷有限公司

开本: A5

印张: 8.125 印张 插页 4

字数: 209 千字

版次: 2009年9月第一版 2009年9月第一次印刷

书号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0114 - 1

定价: 25.00 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

《刑事法学博士文库》 编委会

顾 问 高铭暄 陈光中

主 任 赵秉志 陈兴良 王 牧

执行主任 陈忠林

总 主 编 陈忠林

委 员 (按姓氏笔画为序)

王 牧 冯亚东 孙长永 齐文远

刘明祥 刘宪权 曲新久 邱兴隆

陈兴良 陈忠林 陈泽宪 李 洁

赵秉志 贾 宇 莫宏宪 黄京平

蔡道通

总序

四年前，当我校第一批刑法学博士毕业时，我就萌发了出版一套博士文库的想法。可是人懒事烦，一拖就是几年。去年借在重庆参观全国性书展的机会，我又与检察出版社谈起此事。他们不仅热情地表示支持，而且还建议将这个想法加以拓展和延伸。因为在刑事法学领域，目前还未出版过全国性的博士文丛，如果以文库为依托，尽可能汇集全国各地刑法、刑事诉讼法、犯罪学、监狱学以及刑法史等方面的优秀博士论文，则不仅可以为相关学科的博士们提供一个展示自己成果的平台，同时也能为读者学习研究提供一种系统的参考。这是件有助于学术传承的好事啊，何乐而不为呢？于是，就有了《刑事法学博士文库》的问世。

按例，一套文库应该有一个总序。总序是文库的点睛之笔。这个“睛”该怎样点，委实有点为难生性拙于文的我。没有办法，无能点睛，就谈一点自己对刑事法学的看法吧。这些看法，不论作为参考的镜子，还是批判的靶子，我都奢望对认真的读者有所裨益。

“刑事法学”是一个复合名词。就词的结构而言，能将这门学科与其他学科完全区别开来的，就只有一个字：“刑”。从修辞学的角度考察，这个“刑”字，就应该是刑事法学特有的研究对象。如果仅从汉语中考察词源，这个“刑”字，我国古已有之。但是，中国传统法律文化中的这个“刑”，并不完全等同于这里所谈的“刑事法学”中的“刑”。因为在古代中国，“民刑不分，诸法合体”，“刑”与“法”在很多情况下是可以互换的两个同义词。这个“刑”字，没有区分刑事法和其他部门法的作用。即使在现代语言中，无论是英语中的“criminal law”，还是其他西方主要语言体系中与之相近的“strafrecht”，“diritto penale”等，也具有与汉语中的“刑事法”不一样的含义。汉语中的“刑事法”，仅仅是指与犯罪和刑罚直接相关的法律规范体系；而在西方语言中，“criminal law”等表述方式则兼有作为规范体系的“刑事法”和作为知识体系的“刑事法学”的意思。因此，就词源意义而言，真正以现代意义的“刑事法”为研究对象的知识体系——“刑事法学”（criminal law），应该是一个源自近代西方的概念。

在西方，“刑事法学”也是一个内涵与外延不断丰富和发展的概念。尚未进入成文法时代之前，由于人们对于刑罚在界定刑事法范围的作用尚无明确的认识，人们在刑事法学领域中关注的重点，还是如何认定作为事实的犯罪行为。当时的“刑事法”（criminal law），基本上是指如何处罚犯罪的刑事实体法，即狭义的刑法。刑事法学中“刑”字，这时还主要是“犯罪的”（criminal）意思。这就是当时的大陆法系和英美法系国家，都将刑法称为“犯罪法”（criminal law）的原因。

进入19世纪以后，世界上第一部近代意义的刑法典和刑事诉讼法典——1808年的《法国刑事诉讼法典》和1810年的《法国刑法典》相继颁布。制裁犯罪特有的措施——刑罚，开始在法律体系内部发挥界定刑法和其他部门法的作用。于是，“刑事法”中

的“刑”字，在英美法系国家和大陆法系国家开始分别具有“犯罪的”（criminal）和“刑罚的”（penal）双重形为二、实为一的意思。

刑法以认定犯罪和适用刑罚的标准为内容；刑事诉讼法以认定犯罪和适用刑罚的程序为内容；犯罪学应该以法律规定为犯罪和适用刑罚的行为产生的原因、类型和预防措施为研究对象；^①……是否以规定犯罪和刑罚为主要内容，是逻辑上界定刑事法与其他部门法学的标准；是否以研究犯罪和刑罚为主要内容，是逻辑上界定刑事法学与其他法学的唯一标准。总之，一切不以犯罪或刑罚为核心内容的法律规范，就不可能成为刑事法律规范；一切不是为了正确解决犯罪和刑罚的问题，或者正确地解决由犯罪和刑罚而生的问题的知识，都不应该属于刑事法学特有的研究内容。

正如在哲学领域中的物质和精神这对基本的范畴一样，犯罪和刑罚这对作为刑事法学基础的范畴，不可能不是两个相互界定的概念：犯罪是刑罚处罚的行为，刑罚是处罚犯罪的措施。离开了惩罚犯罪的刑罚，人们就不可能将犯罪与其他危害行为的行为区别开来；^②离开了刑罚惩罚的犯罪，刑罚这个概念根本就不可能产生。尽管就事实发生的顺序而言，应该是先出现了犯罪——一种用非刑罚手段不可能解决的社会现象之后，人们才可能想到专门针对犯罪行为的处罚措施——刑罚。但是，后者一旦产生，是否应受刑罚处罚，就成了在形式上衡量一个行为是否构成犯罪的唯一标准。

^① 笔者认为：离开了刑法学对犯罪本质的认识，不以国家规定（或者应该规定）为犯罪的行为的产生原因、类型和预防措施为研究对象，犯罪学的研究范围就不可能界定。其结果必然是，或是将“犯罪学”混同于“越轨行为学”，或是使“犯罪学”成为研究者个人随心所欲的对象。

^② 无论是以“法益侵害性”，还是“（严重的）社会危害性”为犯罪本质特征，否认“应受刑罚惩罚性”是犯罪本质特征的观点，无疑都是将犯罪与其他危害行为的共性与犯罪的个性混为一谈。

与此同时，刑罚这个概念，在逻辑上也就成了一切刑事法学的基础；离开了刑罚的本质，刑事法学中的一切基本问题都不可能得到科学的解答。是否与（应该）适用刑罚（的行为）有关，是从内容上区分刑事法学和其他学科的唯一标准；如何保证国家正确地运用刑罚，是一切刑事法学研究最基本的归属。因此，正确地认识刑罚的本质，是确保刑事法学科学性的唯一途径。

什么是刑罚的本质？“刑罚是制裁犯罪的措施”，这个回答显然只是人们对刑罚的感性认识，而不是这个问题的最终答案。然而，“现象就是本质”。西方哲人黑格尔的这句似非而是的名言，应该是告诉我们：现象是事物本质的表现；我们只能够通过现象来了解本质；通过现象，我们也完全可以把握本质。怎样才能通过现象把握本质呢？东方哲人孔老夫子教给我们的方法是——“致知在格物”：要想获得新的知识，你就必须运用现有的知识来“格”（考察、分析）你所研究的对象。

谁在运用刑罚？刑罚制裁的对象（可能）是谁？当我们从这一角度对刑罚的主体和适用对象进行考察时，马上就会发现：刑罚不仅是一种制裁措施，更是一种特殊的社会关系。由于刑罚的一端是掌握刑罚权的国家，而另一端是因犯罪而受到刑罚处罚的“孤立的个人”，因此，刑罚是一种国家和公民个人之间的社会关系。

面对这个结论，不少人可能提出这样的疑问：行政处罚不也包含国家处罚公民个人的内容吗？行政处罚与刑罚所代表的社会关系有何根本区别？要获得这个“知”，我们就再“格”一下这两种措施在权力主体与权力内容方面的差异。

就处罚权的主体而言，行政规范的实现，主要依靠相关的国家行政机关履行相应的职能来保证。因此，行使行政处罚权的主体是国家行政机关。但是，任何一个刑法规范的实现，都必须由国家动用包括立法、行政（负责侦查的公安机关和负责执行的监狱机

关)、司法(负责职务犯罪侦查和起诉的检察机关和负责审判的法院)甚至国家武装力量(负责监狱警戒的武警)在内的全部强制性力量。国家为保证刑罚规范实现所动用的强制力量说明:与行政制裁不一样,国家刑罚权的主体不是行使国家某一部分职能的国家机关,而是作为整体的国家。

当我们从权力内容的角度考察时,我们可以看到,刑罚有两个区别于行政处罚的特点:(1)刑罚完全以剥夺公民最基本的权利(人身、财产、政治权利,甚至生命)为内容;(2)刑罚以完全剥夺公民最基本的权利为限度(终身监禁、没收全部财产、剥夺政治权利终身甚至死刑)。

刑罚和行政处罚在权力主体和权力内容方面的上述区别说明:行政处罚是代表国家履行行政职能的行政机关与公民个人之间的关系,而刑罚所代表的则是作为整体的国家和作为个人的公民最基本权利之间的关系。这一事实说明:刑事法,与其他部门法一样,同样是以一种特殊的社会关系,即作为整体的国家和作为个人的公民基本权利之间的关系,为自己特有的调整对象。

当我们了解了刑事法是以国家剥夺公民最基本的权利为内容后,一个更深沉的问题自然就摆在了我们面前:

自人类进入有国家统治的时代以来,几乎所有的国家都宣称保护其成员的利益是自己神圣的职责;近代以来,几乎所有的国家都宣称自己是人民的国家,是以维护公民权利、自由为根本宗旨的国家;自20世纪50年代,人权的观念逐渐成为了普世公认的价值,“国家尊重和保护人权”也逐渐成为现代法治的基础和世界各国承担的基本义务。可是,如果刑罚代表的是作为整体的国家和作为个人的公民的最基本权利之间的关系,刑罚运用这一事实实质上就意味着:国家是在动用自己的全部强制性力量,来剥夺一个作为“孤立的个人”的公民的最基本权利。那么,以保护其成员利益为

神圣职责，以维护公民权利、自由为根本宗旨，承担着“尊重和
保护公民人权”义务的国家，为什么要动用自己的全部力量来剥
夺一个公民最基本的权利呢？

当我们对刑罚的分析进行到这里时，我们就开始接触到了刑事
法学的核心：国家剥夺一个公民基本人权的根据。而这个问题的答
案，就是刑罚的本质。这既是全部刑事法学理论的价值基础，也是
打开全部刑事法学秘密的钥匙。

国家为什么要剥夺一个公民的基本权利？严格地说，这是一个
很难从正面回答的问题。要找到这个问题的答案，也许我们可以先
从反面提出这样一个设想：对实施犯罪行为的人，国家可以不用刑
罚吗？面对这个问题，历史上有不少伟大的理论家们从不同的立
场，用不同的方法，给出了种种见仁见智的答案。但是，“天听自
我民听，天视自我民视”，“民之所欲，天必从之”，任何时代的
国家权力都必须以人民的认同为基础。“法生于义，义生于众适，众
适合于人心”，只要我们承认现代国家应该是人民的国家，应该是
以保护公民自由、维护公民人权为宗旨的国家，我们就应该撇开那
些似是而非的理论家们的雄辩，从每一个普通人的内心来寻求这
个问题的答案。

面对犯罪，国家可以不用刑罚吗？我想，任何具有基本常识和
理智的人都会回答：No！人们为什么会有这样的答案呢？“王者之
政，莫急于盗贼。”我们不妨以盗窃罪为例来回答一下这个问题。
自人类进入私有社会以来，在任何时代、任何国家，盗窃都可能是
最普遍的犯罪。解剖这只麻雀，应该具有普适的意义。

众所周知，盗窃行为的对象是公私财产。在现代法律制度中，
财产关系，至少公民之间的财产关系，本来应是民法调整的范围。
为什么一个公民侵犯另一个公民财产的盗窃行为，国家不是用处理
平等主体之间关系的民事法律来解决，而要自己亲自出马，动用刑

罚来处置呢？按常识，这个问题的答案是显而易见的：盗窃是以秘密窃取为手段的犯罪，往往盗窃多次才可能被发现一次，加上绝大多数情况下实施盗窃的人都不具有赔偿能力等原因，如果仅仅运用赔偿损失、恢复原状等民事措施，对于盗窃者来说就不是一种制裁，而是一种奖赏。盗窃是一种从根本上威胁他人财产安全的行为，当国家对这种任何时代、任何国家都普遍存在的犯罪采取的是一种带有奖赏性质的措施时，我们很难想象，国家以保障财产为目的的那些法律制度还可能运行。换言之，盗窃行为不仅是对公私财产的侵犯，更意味着对国家法律制度的根本威胁。这样，一个公民侵犯另一个公民的财产关系的盗窃行为，就开始转变为一个公民威胁国家法律制度的行为，公民个人之间的财产关系也就随之转变为公民个人与国家的财产法律制度之间的关系。盗窃行为如此，其他犯罪行为也同样如此。

法律是国家履行自己职能最基本的手段，法律制度是国家存在和正常运行的前提和基础。当一个公民的行为从根本上威胁到国家法律制度的运行时，国家自然会动用全部力量来剥夺该公民最基本的权利。因此，当我们注意到犯罪是公民个人对国家法律制度的威胁时，国家为什么要动用全部力量来剥夺作为“孤立的个人”的公民基本权利的理由就基本上清楚了。

保护国家法律制度的正常运用，可以从形式上解释历史上所有国家刑罚存在的根据。但是，从现代法治的角度考察，刑罚所剥夺的公民权利，都属于神圣不可侵犯的基本人权范畴。在“国家尊重和保护人权”已经写入我国《宪法》的今天，还必须从人权的角度进行考察，才可能真正说明刑罚的实质。

如果基本人权不可侵犯是一切国家权力的基本界限，那么国家为什么会动用全部强制性力量来剥夺一个公民的基本人权？普通民众为什么会认同对盗窃者处以刑罚，即便自己的亲友，甚至本人也

可能成为盗窃者，这是因为放任这种行为，自己的人权（财产权）就会受到威胁。正如联合国《世界人权宣言》第29条所规定的那样：“人人在行使他的权利和自由时，只受法律所确定的限制，确定此种限制的唯一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”因此，以保护全体公民人权为限度而被迫剥夺犯罪人的人权，是现代国家行使刑罚权的唯一根据，此亦即现代国家刑罚的本质。

“芝麻芝麻开门吧！”一旦我们了解了刑罚的本质，刑事法学的一切基本问题也就迎刃而解了。

首先，如果刑罚以维护全体公民人权而被迫剥夺限制作为个人的犯罪人的人权为内容，这就意味着以刑罚为制裁手段的刑事法，不仅是加强其他法律效力的制裁手段，而且是有着自己独立调整对象的部门法。与其他部门法一样，刑事法的调整对象是一种特殊的社会关系。这种社会关系在形式上表现为公民个人与国家的法律制度之间的关系，实质上以公民个人的基本人权与全体公民人权之间的关系为内容。无论是刑事法的任务、犯罪的本质或是刑罚的目的，都只有从这一点出发，才可能得到正确的说明。

其次，刑事法以全体公民的人权与公民个人的基本人权为调整对象，这里的全体公民的人权当然也包括犯罪人的人权，也是国家应该“尊重和保护”的内容。这一事实说明：刑罚只能是国家在两种都应该保护的權利之间所做的一种迫不得已的选择。无论是刑法中的罪刑法定原则、罪刑相适应原则、刑罚人道原则，还是刑事诉讼法、监狱法中的保护犯罪嫌疑人和服刑人的措施，都必须以“刑法（罚）不得已原则”为根据、为限度，才可能真正发挥刑事法保护包括犯罪人在内的全体公民基本人权的

作用。

最后，国家只能基于保护包括犯罪人在内的全体公民的人权而适用刑罚，这意味着尽可能减少刑事法的适用，才是国家适用刑事法的真正目的。如何通过不断丰富和发展全体公民的人权来减少犯罪，保证每一个人“对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要”，就是犯罪学研究的基本内容。

必须交稿了，就此打住。有疑惑者，请联系：chen7749@yahoo.com.cn。

感谢您对《刑事法学博士文库》的关注！

陈忠林

2008年8月6日

内容提要

在职务犯罪侦查中，检察机关与犯罪嫌疑人是相互独立也是相互对立的诉讼主体。所谓职务犯罪侦查模式，即是检察机关在启动侦查程序之后，与犯罪嫌疑人各自展开诉讼活动所依据的程序制度的总和。从诉讼结构的角度来考察，职务犯罪侦查模式主要包括四个基本要素：职务犯罪侦查中的诉讼主体，即检察机关与犯罪嫌疑人这一对诉讼主体；职务犯罪侦查中的诉讼权能，即检察机关的诉讼权力与犯罪嫌疑人的诉讼权利；职务犯罪侦查中的诉讼规则，即检察机关与犯罪嫌疑人在职务犯罪侦查程序中应当遵守的程序法规则，以规范检察机关与犯罪嫌疑人在利益冲突中形成的权能对峙，加强对犯罪嫌疑人正当权益的保障；职务犯罪侦查中的内外制衡，主要指通过加强内部的制约和外部的监督来规范侦查权力的行使，促进司法的公正。考察我国历史上历朝对官吏纠察问罪的规定，在“重典惩贪”思想的指导下，特别重视纠察机构的纠问职权，仅把被纠察官吏作为纠问的对象，纠察活动带有强烈的专制色彩。我国现行刑事诉讼法虽然赋予犯罪

嫌疑人诉讼主体的地位，但与检察机关在侦查程序中的权力相比，毫无疑问处于绝对劣势。在职务犯罪侦查中，以强大的国家强制力为后盾所行使的侦查权力，带有明显的纠问主义色彩，这也与我国诉讼体制的基本建构属于大陆法系类型有关。大体来讲，现代的侦查模式类型可以分为职权主义侦查模式和弹劾主义侦查模式。大陆法系国家在刑事诉讼领域秉持犯罪控制观，其所采取的侦查模式可以归属为职权式；英美法系国家秉持权利保障观，其所采取的侦查模式可以归属为弹劾式。职权主义侦查模式与弹劾主义侦查模式各有特色。在职权主义侦查模式中，侦查机关处于比较强势的地位，且侦查与起诉工作的衔接非常紧密，所以更有利于打击和控制犯罪；在弹劾主义侦查模式中，侦查机关与嫌疑人处于对等的地位，且对侦查权力的限制比较严格，所以更有利于维护嫌疑人的权益。我国现在的职务犯罪侦查模式属于职权主义类型的侦查模式。由于我国目前处于职务犯罪的多发和高发期，所以坚决打击和遏制职务犯罪仍将是我们必须坚持的应对方针，但同时也应适当吸收弹劾主义侦查模式中的一些合理之处，尽量在有效控制犯罪与有效保障权利之间实现基本的平衡。

侦查程序的开启，是对案件事实调查的开始，侦查程序的终结，是对案件事实调查的完结。在侦查程序中，有什么样的案件真实观，就有什么样的侦查模式。在我国职务犯罪侦查程序中，应当树立辩证的真实观。因为职务犯罪侦查活动的首要问题是发现案件事实的客观真实，亦即应努力还原案件的原貌，这是检察机关开展侦查活动的当然任务，但是当职务犯罪侦查活动结束即侦查终结之时，则要坚持案件事实的法律真实观，即要在合乎程序规则的前提下实现对案件事实的证明。表面上看，客观真实与法律真实似乎矛盾，其实两者是一种辩证的关系，只有把客观真实与法律真实有机地融合起来，才能在遵循侦查规律的同时，确保司法公正的要求。在职务犯罪侦查模式的构建中，还要确立正当程序的指导思想。只

有确立了正当程序的指导思想，才能引领职务犯罪侦查程序的正确方向。正当程序的衡量标准是对人权的保障，人权保障的内容不仅要顾及对犯罪嫌疑人个体人权的保障，同时也要反映出对社会集体人权的保障。同时，任何事物都有一个度的限制，正如程序的工具主义会给侦查实务带来危害一样，过于理想化的正当程序也会阻碍司法公正的正确实现。在职务犯罪侦查活动中，对逮捕羁押措施进行司法控制具有重要的人权保障意义。由于检察机关在我国既是独立行使检察权的司法机关，又是国家的法律监督机关，肩负客观公正的司法义务，故而对逮捕羁押措施的司法控制可由检察机关行使，但由于检察机关在职务犯罪侦查中又是追诉机关，所以应在技术层面上完善对职务犯罪侦查职能进行内外制衡的监督机制。对逮捕羁押措施的司法控制主要有三项基本原则，即合目的性原则、比例性原则和情形变更原则。

职务犯罪侦查模式的运行要遵循四项基本原则，即检察机关在党的领导下独立行使侦查权的原则、检察机关行使侦查权依法接受监督的原则、通过正当程序保障人权的原则以及无罪推定中的事实推定后置的原则。其中，关于无罪推定中的事实推定后置原则的设想，主要是考虑到无罪推定其实包含了两个推定，即法律推定和事实推定，对于无罪推定中的法律推定即嫌疑人在侦查阶段具有法律上无罪身份的推定应当坚决贯彻于侦查程序的始终，以切实保障嫌疑人的人权及其独立的诉讼主体地位，但无罪推定中的事实推定与侦查规律存在着一些冲突，可以将这种事实推定后置于侦查终结之时，如果侦查人员最终收集的合法证据达到了法律的要求，则应依法移送起诉，反之，则应坚决按照无罪推定的原则推定犯罪嫌疑人没有犯罪。在我国，目前构建的职务犯罪侦查模式的完整运行，通常需要经历三个阶段，即对职务犯罪线索的初查、对职务犯罪的立案和对职务犯罪的侦查，其中的核心阶段是对职务犯罪的侦查。对职务犯罪的侦查又包括侦查程