

论徇私枉法罪主观要件及共犯

林亚刚

(武汉大学, 武汉 430072)

摘要: 徇私枉法罪是司法工作人员渎职犯罪中的一种, 在司法实务中虽然不属于多发罪, 但对司法公信力的危害极大。目前在该罪构成条件上尚有争议。本文认为, “徇私”、“徇情”并非只是一个概念, 而是需要查证的具体事项; 在内外勾结案件中, 司法人员应起主要作用。

关键词: 渎职罪; 徇私枉法; 动机; 共同犯罪

中图分类号: DF525 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7184(2014)01-0059-07

徇私枉法罪, 是指司法工作人员徇私枉法、徇情枉法, 对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉, 或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。

一、“徇私、徇情”的理解

对于本罪的主观要件, 通说根据对本罪罪状的立法规定认为是出于故意。多数学者在对其主观要件的表述上, 也往往是一笔带过, 少数学者则明确指出主观上的“徇私”、“徇情”是动机。^①只有个别学者基于对“渎职罪”主体所从事的国家事务中的公务一般都具有裁量性, 要求具有较高法律、政策水平、技能性的特点出发, 而认为在刑法渎职罪中有相当一部分是要求处于徇私的动机, 以此可以排除因法律、政策水平不高、技能不高而造成差错的情形入罪。而对基于徇私内心起因(动机)违背职责时, 便可以渎职罪论处,^②并指出本罪主观上是以徇私、徇情为动机, 只要排除了因法律水平不高、事实掌握不全面而过失造成错判, 便可以认定为“徇私枉法、徇情枉法”。^③同时指出, 如果将其作为主观“目的”, 便会不当缩小处罚范围。^④

犯罪动机在犯罪构成中的作用, 学界是有不同认识的。通说认为, 犯罪动机一般不是构成要件的要素, 因为无论出于何种动机, 都不影响犯罪的成立, 但是, 在具体犯罪中以“情节严重”、“情节恶劣”为构成要件时, 犯罪动机是考察是否“情节严重”、“情节恶劣”

① 黎宏.刑法学[M].北京:法律出版社,2012:982.

② 张明楷.刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社,2011:1089.

③ 张明楷.刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社,2011:1102-1103.

④ 张明楷.刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社,2011:1089.

的重要因素,只有在此意义上,犯罪动机才具有作为与其他因素共同考虑的“构成要件要素”的意义。^①

不同的观点则将犯罪动机分为“构成要件的犯罪动机”和(法定)“量刑情节的犯罪动机”。作为“构成要件的犯罪动机”,如第399条徇私枉法罪规定的“徇私枉法、徇情枉法”,“徇私”、“徇情”就是实施该种犯罪的法定犯罪动机,如果主观上不是出于“徇私枉法、徇情枉法”,就不能作为本罪处理。^②

从广义上讲,犯罪动机也是一种目的,是犯罪目的背后的“目的”,因为它也是行为人实施犯罪行为追求的一种目标(需求),只是这种目标要通过犯罪目的达成来实现。例如,实施故意杀人行为是为了剥夺他人生命,剥夺他人生命又是为了图财。在此,可以说犯罪目的是剥夺他人生命,犯罪动机是图财。但追问下去,在缘何产生“图财”的心理活动时,还可以说因对方的“富有”刺激了他,对方的“富有”又成为刺激行为人产生“图财目的”的动机。如此“图财”的犯罪动机可以说是“剥夺他人生命犯罪目的”的“目的”。可以看出,在广义上,“犯罪目的”与“犯罪动机”的区分只具有相对性。由此,可以问:对于本罪“动机”的把握,是在广义上还是狭义上?

从解释上说,“徇私”、“徇情”确有“动机”之义,是行为人之所以追求“枉法”裁判目的的动机,但是,从另一个角度追问,缘何而“徇私、徇情”时,因何种具体的“私”、“情”事项,则可以解释为刺激行为人实施枉法行为的内心冲动,“徇私枉法”、“徇情枉法”在此则又可以解释为“犯罪目的”。例如,因被告人与司法人员有“床第之欢”之“私情”,“床第之欢”可以成为刺激其罔顾法律规定,决意为“徇情”而枉法裁判的动机,“徇情枉法”是其“目的”。我认为,考察犯罪动机,是指具体的动机,而非某一个具体的概念,而刑法第399条规定的“徇私”、“徇情”就只是一个概念。“徇私”,“徇情”也可以是因“世交”而“徇私”、“徇情”,也可以是因“世仇”而“徇私”、“徇情”,在这一意义上,只有因何而“徇私”、“徇情”,才是其动机。作为徇私枉法罪而言,显然在认定主观要件时,不查清楚因何“私”、何“情”而枉法裁判,那基本的案件事实是不清楚的。事实上因何“私”、何“情”而枉法裁判,也符合对动机的界定:是刺激行为人实施犯罪行为以达到犯罪目的的一种内心的需要或欲望,或者说是推动、促使行为人实施犯罪行为的内心起因,是维持犯罪行为,引导犯罪行为向一定犯罪目的达成的心理原因。

至于如将“徇私”、“徇情”视为目的的情况下,是否会不当缩小渎职犯罪的处罚范围,我认为,在查清造成枉法裁判具体徇私、徇情心理原因的情况下,恰恰不是缩小处罚范围的问题,而是准确认定是否构成犯罪的需要。如果在“排除了因法律水平不高、事实掌握不全面而过失造成错判”之外,都可以认定构成犯罪,是否有过于扩大处罚范围,才是值得

① 高铭喧、马克昌.刑法学(第五版)[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2011:122.

② 黎宏.刑法学[M].北京:法律出版社,2012:221; 张明楷.刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社,2011:277.

思考的。司法人员也是社会中的一员,也有七情六欲,也有七朋八友,没有远亲也有近邻,没有至亲也有乡亲、同学等等。这样说来,在“排除了因法律水平不高、事实掌握不全面而过失造成错判”之外,都可以说是具有“私”有“情”的关系,如果要是都可以界定为“徇私”、“徇情”显然是不当的结论。换言之,只有查明真实的“私”与“情”的动机,才是定罪的需要,即使说这种情况会缩小处罚范围,也是应该如此。

二、徇私枉法罪的共犯

两个以上司法人员共同实施徇私枉法罪的,成立共同犯罪是没有异议的。在共同犯罪中主导徇私枉法裁判者是主犯,而且在通常情况下,主导者是处于职务活动的领导者地位,例如,法庭的审判长与法庭书记员的关系,书记员处于绝对被领导的地位。在这种具有绝对领导与被领导关系中,确定被领导者构成共犯,需要慎重,如果在案件中被领导者并无自身的“私”、“情”,的确是基于因与领导者个人之间(当然包括因工作关系)的“私”、“情”而参与实施犯罪的,即使客观上没有具体的“被胁迫”情节,也应作为胁从犯认定,在被胁迫的情况下,应以不具有期待可能性,不认为构成犯罪为宜。

在具有无身份者参与实施时,具体是指案件当事人、被告人或者辩护人、诉讼代理律师、证人参与实施情况下,是一律按照徇私枉法罪的共犯认定,还是分别认定处理,是值得研究的。

众所周知,无身份者能否成为纯正身份犯的共同正犯,由于在我国立法上也是没有明确规定的,所以该问题在理论上一直存在争议:

(1)肯定说。认为无身份者可以与有身份者构成纯正身份犯的共同正犯。我国台湾学界持肯定意见的,如韩忠谟教授指出:无身份之人与有身份之人共同实施因身份而成立犯罪者,例如普通人与公务员分受贿赂之类,按犯罪以一定身份为成立要件者,无身份之人在理论上原不得成立该项犯罪行为,然事实上无身份之人与有身份之人共同实施因身份而成立之犯罪亦属常见,又不得不与其他正犯同其处罚,故刑法上对于无身份之共同正犯,殊有特设规定之必要,有学者称此规定为拟制的规定。^①大陆学界也有学者明确指出无身份者可以与有身份者构成真正身份犯罪的共同实行犯。认为非国家工作人员能够成为某些国家工作人员犯罪的实行犯,是由于某些国家工作人员犯罪行为的可代替性和可转让性决定的。^②

(2)否定说。该说精辟的解说,如前苏联著名刑法学者特拉伊宁认为,非公职人员参与实施渎职应负刑事责任的问题是不容置疑的,但是,必须注意渎职罪中的共犯毕竟有些不容忽视的特点。问题的实质在于,非公职人员可以是渎职罪的组织犯、教唆犯、或帮助犯,但是渎职罪的执行犯却只能是公职人员,所以有这个特点是因为在实际中只有公职人员才是

① 韩忠谟.刑法原理[M].台湾:台湾雨利美术印刷有限公司,1981:297.

② 谢望原.国家工作人员犯罪认定中疑点难点问题研究[M].北京:中国方正出版社,2000:47.

公务职能的执行者,由他们发布命令、签署文件等,自然是渎职罪的唯一执行犯,由此得出结论,在渎职罪的共犯中,非公职人员只能作为组织犯、教唆犯或帮助犯负责。^①

“对于共同犯罪而言,并非要求全体共犯者都为特殊主体。所以非特殊主体也能构成教唆犯、帮助犯,组织犯,但不能构成实行犯(因为实行行为得由特定身份的人来实施),按照我国的分类,可以构成从犯、胁从犯、教唆犯甚至主犯。当然,可以构成并不意味着都能构成,特别是在特殊主体教唆非特殊主体实施由特殊主体构成的犯罪时,有的能构成共犯,有的则不能,例如教唆外国人实施我国刑法中的背叛祖国罪或唆使妇女去强奸妇女,这就不可能构成共犯。”^②理由就在于,“无上述身份的人不能成为该罪的实行犯。因为没有特定的身份,就不可能完成该罪的实行行为……无特定身份的人尽管不可能成为这些犯罪的实行犯,但可以成为这些犯罪的教唆犯或者帮助犯。”^③还认为,具有特定身份的人与没有特定身份的人之所以不能构成法律要求犯罪主体具有特定身份的犯罪的共同实行犯,就在于没有特定身份的人不可能实施法律要求犯罪主体具有特定身份的犯罪的实行行为。因为身份是犯罪主体的构成要素之一,身份决定着犯罪主体的性质。身份尤其是法定身份总是和犯罪主体的权利与义务联系在一起,法律在赋予其一定身份的同时,必然加诸一定的权利、义务,而且身份对犯罪行为的性质具有决定意义。^④还有的学者认为:“特定犯罪的实行行为应当与该特定犯罪的行为主体要求是一致的,不能从表面上看,非身份者好像可以实施作为纯正身份犯中的部分实行行为,实际上该实行行为只有特定的有身份者实施才属于该特定犯罪的实行行为,超出此范围就不再是特定犯罪意义上的实行行为。纯正身份犯的本质乃在于,行为人为其身份而承担了一定的义务,身份的连带性不能超越纯正身份犯的本质。不能将自然意义上行为的共同等同于法律意义上的实行行为的共同。而对共同犯罪中实行行为的评价应当是规范意义、法律意义的,而不能是自然意义上的。”^⑤

(3)折中说。认为从理论上,否定说是有一定道理。因为真正身份犯,只是具备该身份的人才能实施,但在立法上,有的立法例明文规定“共同实施”;在实际上,某些真正身份犯,无身份者并非不可能实施部分实行行为,在这种情况下,完全否认无身份者与有身份者构成共同实行犯的可能性,似与法律规定和实际情况不合。因而,无身份者与有身份者能否构成真正身份犯的共同实行犯,应当根据具体情况,区别对待。凡无身份者能够参与真正身份犯的部分实行行为的,可以与有身份者构成共同实行犯;凡无身份者根本不能参与真正身份犯的实行行为的,即不能与有身份者构成共同实行犯。^⑥也有学者指出,对无特定身份者可否与有特定身份者构成共同实行犯的问题,一概否认或肯定的主张都值得商榷,应当区分特殊主体犯罪的实行行为,从其性质上看,不可能由其他无身份者与有特定身份者实施

① [苏]特拉伊宁.关于犯罪构成的一般学说[M].薛秉忠等译.北京:中国人民大学出版社,1957:244.

② 苏惠渔.犯罪与刑罚理论专题研究[M].北京:法律出版社,2000:257.

③ 陈兴良.刑法适用总论(上卷)[M].北京:法律出版社,1999:512.

④ 陈兴良.共同犯罪论[M].北京:中国社会科学出版社,1992:356-357.

⑤ 阴建峰,周加海.共同犯罪适用中疑难问题研究[M].吉林:吉林人民出版社,2001:48-49.

⑥ 马克昌.犯罪通论[M].湖北:武汉大学出版社,1999:582-583.

实行行为,而只能由具备特定身份者实施,在此种犯罪构成的情况下,无特定身份者就不可能与有特定身份者构成共同实行犯。另一些要求特殊主体的犯罪的实行行为,从性质上看可以由无身份者与有身份者构成共同实行犯。^①

应当看到,我国最高司法机关对此的态度,一直以来是不甚明确的,有关司法解释多属于明确为共同犯罪性质,但不明确共犯具体法律属性的态度。例如,2003年4月16日最高人民检察院《关于非司法工作人员是否可以构成徇私枉法罪共犯问题的答复》中指出:非司法工作人员与司法工作人员勾结,共同实施徇私枉法行为,构成犯罪的,应当以徇私枉法罪的共犯追究刑事责任。2007年7月9日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定亦是如此。但实际上,并非仅限于有关渎职犯罪共同犯罪的情况,对其他普通犯罪共同犯罪的司法解释,也是持有相同的态度。明确共犯中法律属性的司法解释相对较少,如1984年4月26日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解释》中指出:“妇女教唆或帮助男子实施强奸犯罪的,是共同犯罪,应当按照她在强奸犯罪活动中所起的作用,分别定为教唆犯或从犯,依照刑法有关条款论处。”则是明确排除可以成为共同实行犯。

此外,还有附条件以共犯认定的规定,如2002年7月8日最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第16条“关于放纵走私罪的认定问题”规定:“依照刑法第411条的规定,负有特定监管义务的海关工作人员徇私舞弊,利用职权,放任、纵容走私犯罪行为,情节严重的,构成放纵走私罪。放纵走私行为,一般是消极的不作为。如果海关工作人员与走私分子通谋,在放纵走私过程中以积极的行为配合走私分子逃避海关监管或者在放纵走私之后分得赃款的,应以共同走私犯罪追究刑事责任。”“海关工作人员收受贿赂又放纵走私的,应以受贿罪和放纵走私罪数罪并罚。”

在我看来,对自然犯的特定身份的犯罪(例如强奸罪),要否定无身份者一概不能成立身份犯的共同正犯,理论依据并不充分。能否实施某种行为是一回事,而能否完成犯罪行为是另一回事,不能因为不能完成犯罪行为而否认能够实施,这应当是没有疑问的结论。当然,即便能够实施,是否应当在法律上评价为该种犯罪的实行行为,又是另一层次的问题,但不能因此而一概否认非身份者可以实施真正身份犯的“实行行为”,例如,间接正犯的概念就是解答这一现象的理论。但同时,也并不否认确实刑法规定的有的真正身份犯的实行行为,非特定身份的主体事实上是不可能实施其实行行为的,例如,作为亲身犯的遗弃罪,不具有同一家庭成员的身份,不具有扶养、抚养、赡养义务就不可能成立遗弃罪的共同实行犯,但这并非是对所有的真正身份的犯罪规定的构成共同犯罪的规律。^②

但就法律身份的身份犯而言,的确可以这样认为,非法律身份的人确实存在不可能实施法律意义上的,所要求犯罪主体具有特定身份的犯罪的实行行为,如职务行为。那么作为

① 赵秉志.犯罪主体论[M].北京:中国人民大学出版社,1989:297.

② 林亚刚.身份与共同犯罪关系散论[J].法学家,2003(3).

徇私枉法罪共犯认定中,无身份者参与行为,应如何处理?如果从上述结论而言,作为共犯的,结论似乎只能是一个:不能以共同正犯承担刑事责任。从本罪的职务犯罪特点而言,不能作为共同正犯的结论是比较合适的。就作为共犯的刑事责任而言,只能以教唆犯、从犯、胁从犯来认定并承担责任。但是,我认为,无身份者不能排除在徇私枉法罪的共同犯罪中,也可以因起到主要作用而承担主犯的刑事责任。

三、徇私枉法罪共犯的处理

针对徇私枉法罪共同犯罪的情况,有如下分析:

(一) 内外勾结徇私枉法案件的处理

对于国家机关工作人员与非国家机关工作人员相互勾结构成共同犯罪应如何定性,学界存在众所周知的不同的看法。主要有:主犯决定说。当无身份者与有身份者共同实施犯罪的时候,应该按照共同犯罪中主犯犯罪行为的基本特征来确定各共同犯罪人的罪名,即确定共同犯罪的性质。如果主犯是无身份者,应按非身份犯定罪;如果主犯是有身份者,则按身份犯定罪。^①分别定罪说。目前只有少数学者坚持该说,有学者认为,在无身份者与有身份者共同实施犯罪的情况下,应对无身份者和有身份者分别定罪。其中,对无身份者以非身份犯论,对有身份者以纯正身份犯论。^②特殊身份说。该说认为,无身份者与有身份者共同实施犯罪时,应依有身份者所实施的犯罪构成要件的行为来定罪,即使无身份者是主犯,有身份者是从犯,案件实际情况并不影响这一定罪原则。^③区别对待说。认为,一般情况下应以实行犯的犯罪性质来定罪,但也可能出现分别定罪的情况。其标准在于无身份者是否利用了有身份者的职务便利。如果无身份者利用了有身份者的职务便利,对二者均应定有身份者的犯罪,反之,则分别定罪。^④

基于徇私枉法罪的司法权只能由司法工作人员行使的特点,在与非身份者相勾结实施徇私枉法裁判共同犯罪的定性问题,笔者认为,司法人员在共同犯罪中,是利用职务行为才能实现枉法裁判。没有司法人员的身份和职务,就没有可能利用职务上的便利,就不可能实施或完成该犯罪,因此,司法人员的行为无论具体行为表现如何,都应以在共同犯罪中起到主要作用看待,那怕只是授意书记员按照要求制作了虚假的庭审笔录中一小部分内容,虽然只是对虚假证据的采信,但只要导致枉法裁判结果发生,也应该视为起到主要作用。全案其他无身份者的参与行为,都只是围绕着如何帮助司法人员利用职务上的便利,实现枉法裁判结果,即使是伪造关键证据,无此证据可能导致完全不同结论时,也是在协助的作用下参与,应该视为是其次要作用。可以从犯、教唆犯、胁从犯承担刑事责任。但是,这不排除无身份

① 叶高峰.共同犯罪理论及其运用[M].河南:河南人民出版社,1990:280-281.

② 李光灿,马克昌,罗平.论共同犯罪[M].北京:中国政法大学出版社,1987:153-154,148.

③ 马克昌.犯罪通论[M].湖北:武汉大学出版社,1999,583.

④ 赵秉志.犯罪主体论[M].北京:中国人民大学出版社,1989:303.

者也可在徇私枉法的共同犯罪中起到主要作用,属于与司法人员共同对枉法裁判结果发生发挥重要作用,成立共同的主犯。例如,协助徇私枉法裁判结果发生法律效力,出面与审批领导沟通,则应该视为对枉法裁判结果做出的“贡献大”,应该成立主犯。

(二) 徇私枉法罪的相伴共同犯罪时的处理

徇私枉法罪,其亵渎职权行为的内容,有庇护,也有陷害,因此徇私枉法罪可能与他人的犯罪行为具有共生性。例如:A系检察官,但作为隐性股东投资B所开办的公司,在缺乏资金时,经商议以借款为名骗取C的资金,非法占有。在C举报B诈骗移送起诉后,A作为案件承办人员,坚持以“经济纠纷”不予起诉,包庇B不受刑事追诉。这种情况下,对A应当认定徇私枉法罪还是以与B所犯之罪的共犯论处?

应该说,在实施徇私枉法行为具有相伴共同犯罪时,司法人员实施了两个行为。在一般情况下,徇私枉法行为并不是与他人共同犯罪必然的结果行为(因不具有确定性),也不具有基于“同一目的”性,难以牵连犯的理论解释。我认为,该种情况比较符合前述“附条件以共犯论处”的情况。这种情况下,如果司法人员在其共同犯罪中有非法利益所得,在性质上是与“在放纵走私之后分得赃款的”一样的,应以所实施的共同犯罪追究刑事责任。相反,则完全可以考虑实行数罪并罚。但是,在符合第399条第4款规定,司法工作人员收受贿赂,同时又构成第385条受贿罪的情况下,虽然符合牵连犯的条件,当然也符合实质数罪的处罚条件,但是依照规定,只能以处罚较重的规定定罪处罚。

【作者简介】林亚刚:法学博士,武汉大学法学院教授、博士生导师。研究方向:刑法。

On Subjective Elements and Joint Crime for the Crime of Bending the Law for Selfish Ends

LIN Ya-gang

(Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The crime of bending the law for selfish ends is one of the crimes of dereliction of duty of judicial personnel, which is not usually seen in juridical practice, but imposes a strong negative impact on the credibility of justice. At present there are still different opinions about the constitutive requirements of this crime. This thesis holds that the “practice favoritism” is not only a concept, but also a concrete issue that requires concrete investigation. Judicial personnel should have acted as the main role in the process of dealing with those cases featuring internal and external collusion.

Keywords: the crime of dereliction of duty; bend the law for selfish ends; motivation; joint crime

(责任编辑:黄志瑾)