



论渎职罪中附属的客观归属要素

——基于规范性理论的诠释

童德华

一、问题检视

在我国刑法分则第九章的渎职罪中，特殊行为主体基于故意或者过失的心理态度，实施分则规定的基本构成要件的行为，是本罪成立的基本主观和客观方面的要素。但是，除少数犯罪以行为为完结的客观归属要素外，大多数具体的渎职罪，还要求附属性的客观归属要素，如“重大损失”、“后果严重”（“严重后果”）或者“情节严重”等；另外，在一些具体的渎职罪中，根据不同的附属要素，分别规定了加重的要素和减轻的要素，前者如“特别严重后果”、“情节特别严重”、“特别重大损失”以及个别的“严重后果”，后者如个别罪中的“情节较轻”。基于以上立法规定，兼之我国刑法司法受客观主义思想的浸染，因此，附属性要素对于认定渎职罪无疑是极其重要的，故此，准确把握这些客观归属要素的标准，是司法实践的重要任务。

可是，在司法实践中，除了最高人民检察院于1999年8月6通过的《人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》（简称《立案标准》），和2001年7月20日通过《人民检察院直接受理立案侦查的渎职侵权重特大案件标准(试行)》（简称《案件标准》）之外，最高人民法院对此没有较为明确的解释，实践中如何具体把握这些界限，主要委诸于法官的裁量。随着法治建设的深化，惩治渎职罪必将成为刑法司法中的一个重要内容，因此，如何明晰和大体统一该标准，将成为一个急待解决的问题。司法中如何对这些附属性归属要素进行操作，也将成为实务和理论上的重要课题。

笔者认为，在我们对这些要素进行分析时，必须依据由刑法的两个基本机能所衍生的均衡性法则，结合我国当前渎职犯罪的基本情形，适应惩治渎职犯罪的现实要求，在罪刑法定的范围内，提出合理的事实性界限。当前渎职犯罪现象在我国较为普遍，民意反映极大，因此，通过刑法司法途径加强渎职犯罪的惩治，是强化刑法在这方面的社会保护机能的必要刑事政策。但是，渎职罪中客观归属要素的界限，应当有别于其他一些犯罪。

以下从处理这个问题的刑事政策所需要的规范标准出发，围绕附属性的客观归属要素，分别从客观归属要素的构成和对这些客观归属要素的量化两方面，提出有关事实性界限的看法，期望对司法实践有所裨益。其中考虑到上述《立案标准》和《案件标准》处于试行中，因此一并加以评价，期待有助于对合理界限的把握。

二、界定渎职罪客观归属要素的规范要素

在犯罪论中，不可忽视规范的评价，[1]因而，在界定渎职罪的客观归属范围时，规范的评价要素是一个不可忽视的标准。对于客观归属界限的界分，同样不能将其仅作为一个纯事实的现象对待，而必须体现刑法立法的目的，由此而形成的目的解释，要“强调为适应新的问题而解释法律，强调法律现实所应具有合理含义”。[2]依据这样的理念，笔者认为，在界定渎职罪的客观归属范围时，有四个规范要素为其设定了一个较其他犯罪宽泛的标准，从而该罪的成立起点比较低，在处罚上应当适当从重。以下依次阐述。

1. 立法目的。立法目的是最显著和最权威的规范性标准。和1979年刑法相比，1997年刑法关于渎职罪的规定明显有很大突破，当时的全国人民代表大会常务委员会副委员长所做的《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉的说明》，比较明确地指出，“这次修订，主要是把十几年来民事、经济、行政法律中‘依照’、‘比照’刑法玩忽职守罪、徇私舞弊罪追究责任的条文，改为刑法的具体条款。并针对现实经济生活中出现的国家机关工作人员滥用职权、严重不负责任，给国家和人民利益造成重大损失的新情况，增加规定了一些具体的渎职犯罪行为。”这表明国家有意通过刑法的手段强化对渎职行为的治理，也从侧面说明渎职犯罪的严重性。而2002年12月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议通过《中华人民共和国刑法修正案（四）》的理由是，“为了惩治破坏社会主义市场经济秩序、妨害社会管理秩序和国家机关工作人员的渎职犯罪行为，保障社会主义现代化建设的顺利进行，保障公民的人身安全”，这说明了强化对渎职犯罪行为的惩罚，是维护刑法的社会保护机能的需要。在此意义上，当前对渎职犯罪的界限，要根据刑法的社会保护机能的强化需求，针对惩治渎职犯罪的严重困境，从司法上降低定罪标准，扩大定罪范围，强化对渎职罪的惩罚力度和广度。

2. 社会期待。正如格吕恩特·雅科布斯教授所说：“在日常生活中人们通常是以角色相遇的，作为医生、手工业者、警察等等。对其角色的期待依赖于其角色，准确地说，期待是角色的一部分。”[3]对于不同类型的人赋予不同的期待要求，是社会发展的—种不可忽视的社会现象。[4]而法律对国家机关工作人员提出较高标准，是和国家机关工作人员的特殊身份相联系而形成的。在任何社会，公职人员的行为是社会普遍行为的写照，也是社会行为的榜样，因此，公职人员的违法犯罪行为给社会提供了不好的示范和暗示。而且公职人员掌握国家利器，其职务违法犯罪行为的影响范围大，会造成国民经济、社会生活以及国民的人身和民主权利的重大损害，同时普遍蔓延的公职犯罪将离间国民和国家的关系，损及国家威信和国家形象，使国民失去对国家的信赖，失去对法律的信仰，其后果是极其恶劣和严重的。因而，社会对于国家机关工作人员的行为规范有普遍较高的期待，对其处罚自然就要从严。特别在民主社会，公职人员是接受国民的委托从事公务的，就更不允许他们利用所受委托，侵犯作为委托人的国民的生命、身体和自由等权益。[5]

3. 历史文化：我国自古以来就形成了从重治吏的文化传统，如在《尚书·伊训》中记载的“三风十愆罪”，其目的就是为了防止渎职。由于中国古代法以刑为主，所以对渎职的处罚是刑行不分，并形成了以刑罚处罚为要的文化积淀。如秦朝对于任意积压文书的玩忽职守行为，规定：“行命书及书署急者，辄行之；不急者，日毕，勿敢留。留者以律论之。”[6]惩处官吏在内的刑罚，在上古有墨、劓、刖、宫、杀。自隋唐以后多用笞、杖、徒、流、死，外加鞭、扑、流、赎等附加刑。死刑按类型分不同执行方式，隋以前，适用髡、绞、斩、梟、裂；隋朝定为绞、斩两种。后世因袭至清末。这些都是很重的刑罚手段。由于以上史实，国民对于国家机关工作人员的渎职行为，通常都有极其嫌恶的情感，并有依赖刑法对之重罚的意愿。

4. 现实要求。由于我国正处在转型时期，在法治化的道路上，国家机关工作人员的法治理念和法律制度的建设的步伐没有协调一致，前者落后于后者，许多新制定的法律还不能被有效施行，所以渎职犯罪的现象会比较普遍，即便随着法治理念的树立，但基于刑法时效而存在的渎职犯罪现象将得到进一步的暴露，所以，渎职犯罪现象显得十分普遍，以至于成为约束法治化建设的“瓶颈”。在法治道路上，受职务行为的示范性影响，根据国家管理方式的转型，这一“瓶颈”必须首先破除，所以，从中国法治进程的现实要求出发，必须首先在国家机关工作人员养成为民的意识，树立依法的观念，这一方面有赖于教育，但另一方面还有赖于惩罚。而行政惩罚的手段远远不能适应其中的危害性，所以，强化刑法的手段成为最终的选择。

综上所述，对国家机关工作人员渎职犯罪的刑法处罚应当从重从严，这是我国法治化建设的一个迫切前提。但是，对于渎职犯罪不能一味追求严刑峻罚，因为“惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时，就越是公正和有益”，[7]所以应当允许刑法适当提前介入到预防渎职犯罪的体系中来，而且“对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性，而是刑罚的必定性”[8]我国刑法关于渎职罪最重的处罚是有期徒刑，和同类型的有些犯罪比较起来，其处罚并不严重，所以，笔者认为降低定罪的起点，扩大归属的客观范围，应当是一个合理的选择。

三、附属性客观归属要素的构成

构成渎职罪的附属客观归属要素，主要包括“损失”（如第397条）、“后果”（如第400条）、“情节”（如第398条）。在此我们要理解的问题的包括：其一，如何理解损失、后果和情节；其二，这三种要素之间具有何种关系。

1. 损失

渎职罪中第397、404、405、406条以“重大损失”为附属性构成要素。关于其外延，在理论上有三种看法：[9]一是一元说，认为渎职罪的损失只包括物质性损失，而不包括非物质性损失；二元说认为，渎职罪的损失一般是物质性的，但不排除非物质性的；三元说，认为渎职罪的损失不仅包括物质性或者非物质性的，而且有些损失兼具这两种特点，如故意泄露国家秘密罪中的损失。

笔者倾向于上述三种见解中的第一种。理由如次：第一，就三元说而言，在法律文本中还需要进一步寻求根据，因为泄露国家秘密罪的附属性客观归属要素是“情节严重”，“情节”和“损失”显然是有所区别的，不能将其等同。第二，就二元说而言，似乎是有根据的，如在《立案标准》中，“损失”的立案构成元素包括：生命、健康、经济损失、社会影响等，社会影响显然是非物质性的，但是，立案标准不等于定罪标准，根据《案件标准》，重大损失只包括生命、健康和直接经济损失，可见，司法机关最终定罪的范围应当在《案件标准》的界限内，非物质性的损失被排除在本罪构成之外。因而，一元说比较可取。

但是，笔者认为，将生命和健康包含在“损失”之内，是令人费解的：其一，它不符合民主法治的原则。在民主法治社会，人的生命自由权应当被特别尊重，如果将生命、健康包含在“损失中”，显然不足以体现生命和自由的价值，而且其等值性是难以让人接受的，如2人死亡构成犯罪，和直接经济损失50万元构成本罪，这种简单的数量贬低了人的生命的价值；其二，如果将人包含在“事实之内”，无形中降低了刑法惩治渎职罪的力度。很多学者和司法人员主张扩张“损失”范围，其旨趣是为了强化刑法的适用，这点应当肯定，但事实上，这将提高刑法的“门坎”，使刑法预防大规模渎职犯罪的机能严重削弱。它将死亡作为一种特别严重的情节来理解的效果也显然不同。其三，在刑罚均衡性上也存在瑕疵。如就基本法定刑而言，滥用职权罪和刑讯逼供罪是相同的，但就基本犯罪构成而言，后者只要求基本的归属要素，而前者的归属要素是死亡2人以上，两者未免悬殊太大。其四，虽然死亡在渎职罪中往往是由于过失并且间接

所致，但是，在涉及公民生命和健康的公共事务中，这都不应当作为一般事项简单处理，而应当予以特别警惕，所以在可预见的程度内对生命、健康的任何忽视，都是一个严重的事件。实践中，正是因为在这方面把握不当，在一定程度上纵容了严重人身伤亡事故的频繁发生。其五，也是很关键的一点，即立法上将损失对应于财产侵害后果、而人身伤亡则被包括在危害结果（后果）中，在本章涉及“损失”的规定，一般和经济利益直接联系，尤其是第408条环境监管失职罪中，明确规定“致使公私财产遭受重大损失或者造成人身伤亡的严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”可见，人身伤亡不包含在“损失”中，是有立法依据的。

2. 后果

渎职罪的第400、402、408、416、419条都包含“后果”。在刑法理论上，后果一般就是危害结果，它指“危害行为对危害对象施加作用之后已经造成的具体人身伤亡或者物质的减少、毁损或者其他合法状态的改变的事实情况及其实在可能状态。”[10]在危害结果的几个特点中，我们要尤其注意的是，它是对直接客体的损害性或者危险性，主要包括对直接客体造成实际损害和现实危险，因此，危害结果包括物质性和非物质性两类。可见，在渎职罪中的危害结果，是国家机关工作人员在国家公务活动中，由于滥用职权或者玩忽职守行为所造成的客观事实，它包括人、物的减损。根据《案件标准》的规定，包括使一定对象处于法律保证的状态之外（如犯罪嫌疑人、受刑人脱逃、被拐买妇女不能被解救），人员伤亡和环境的严重破坏、文物流失或者文物保护单位损毁。可见，后果作为一种事实，体现的是行为对于一定的客体所直接造成的伤害状态。就渎职罪的后果而言，还有必要强调两点：

其一，后果是否包括国家的威信？渎职行为的后果将衍生国家机关的威信受到伤害，那么，国家机关的威信是否属于危害结果之一呢？笔者过去将国家机关的威信作为非物质性的结果，[11]但仔细琢磨，觉得这样的理解是不妥的，它将行为造成的社会危害和行为的结果混淆了，不利于区别行为犯和结果犯与危险犯。因此，结果应当作为行为对于具体的对象的具体的后果，它不是作为对象的受害者之外的其他社会个体对行为的社会反映。之所以这样理解，一方面是因为刑法中后果通常和直接的对象侵害事实有关系，一方面是因为有无后果和后果的差异，表现了行为的不同社会危害性。特别在渎职罪中，是否强调后果，强调何种后果，对于惩治渎职犯罪，预防渎职行为，具有积极的意义。

其二，后果是否包括间接后果？笔者认为，间接后果通常是非构成要件的结果，这如果适用于渎职罪，如何理解呢？在渎职罪中，行为人通常是基于不正确的职务行为而造成后果的，如不解决群众的疾苦导致群众死亡，不及时行政作为导致群众财产受到损失，等等，从表面上看，结果都是其他因素引起的，但是在国家规定职务守则的规范保护目的中，对国家机关工作人员的约束，就是为了避免这些后果的出现，因此，在规范保护的目的是中，它们依然属于直接结果。

3. 情节

本章的大多数规定中都有“情节”要素。刑法中关于情节的理解，有诸多分歧，[12]但笔者认为，情节是刑法规定或者认可的，体现行为人的主观恶性或者行为的社会危害程度的情况。在司法判断中，常见的、能反映行为人的主观恶性和社会危害性的情节，从酌定量刑情节中能得到较为完整的体现，它们大体包括行为的手段、行为的对象、犯罪造成的实际危害结果、犯罪的时空环境、犯罪的动机、犯罪后的态度、犯罪人的一贯表现和其他特殊情况。[13]概括而言，情节的评价要素包括：基本行为、行为场景（包括时间、地点和手段）、行为的社会反映、行为造成的后果等等。

在渎职罪中的情节，包括国家机关工作人员的渎职次数、对社会公众的态度、行为造成的经济损失和其他后果以及行为的社会反映。笔者认为，其中渎职行为引起的社会的反映，应当作为一个特别的情节，受到特别的注意，因为惩治渎职犯罪的客体，包含国民对国家机关的信赖，它往往就体现为社会对国家机

关和国家机关工作人员的消极评价。

4. 三者的关系

损失、后果和情节，是三种不同的附属性客观归属要素，其中损失是最基本的、最具体的一种后果，而后果则比损失的外延大，它还包括人的生命、健康和自由的损害。但是外延最大的，是情节，它非但指行为所造成的直接性的后果，还包括行为本身的表现、行为发生的时间、地点和环境，以及行为所造成的间接影响等，经济损失和后果。

区别三者的关系，就可以理解司法机关在把握这些要素时可以把握的基本要求：其一，刑法分则第九章的罪名，玩忽职守罪和滥用职权罪是普通罪名，其他的是这两罪的特别罪名。所以就相同的归属性事实而言，特别的罪受到的处罚应当比普通罪名重；其二，相反，如果普通罪和特别罪的法定刑相同，那么，特别罪的归属要素范围应当比普通罪的范围广，而且其后果相对较小。以玩忽职守罪和失职致使在押人员脱逃罪比较，它们显然是法条竞合关系，但是，普通罪的构成性归属要素是“重大损失”，而特别罪的是“严重后果”，它们的基本法定刑也是相同的，这就要求，“严重后果”在量上不能大于“重大损失”。另外就加重的要素看，“情节特别严重”和“特别严重的后果”，前者的范围较宽，后者较具体，假如特别严重的情节是特别严重的后果，那么特别罪的处罚要比基本罪的处罚重。这在法律文本中也可得以印证。

四、附属性客观归属要素的量化以及对两个标准的评价

由于司法解释的不足，以至于在处理渎职罪中发挥实际效果的，是最高人民检察院的前述两个标准。

在这两个标准中，都没有明确提到构成犯罪应当依据哪一个标准，这也是不可能的，因此在理论上就存在分歧了。以滥用职权罪的成立为例，在《立案标准》，规定的立案条件是：（1）造成死亡1人以上，或者重伤2人以上，或者轻伤5人以上的；（2）造成直接经济损失20万元以上的；（3）造成有关公司、企业等单位停产、严重亏损、破产的；（4）严重损害国家声誉，或者造成恶劣社会影响的；（5）其他致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的情形；（6）徇私舞弊，具有上述情形之一的。而在《案件标准》中，重大案件的标准是：（1）致人死亡2人以上，或者重伤5人以上，或者轻伤10人以上的；（2）造成直接经济损失50万元以上的。那么，“重大案件”的规定是否是滥用职权罪构成的基本条件呢？由于立案标准往往比构成标准低，考虑《案件标准》中还划分了“特大案件”，而立法中刚好有基本犯罪及其法定刑和加重的情形，它们似乎和重大案件、特大案件相对应，因此，重大案件的标准似乎就是犯罪构成的标准。对此，理论上有所提及，但却没有明确表述，有的学者则认为立案中的标准就是追诉的起点。[14]

在笔者看来，以上解释符合有关规定的本旨，但是却不符合法律的规定。如前所述，本罪在客观方面的附属要素是“重大损失”，但是，损失不应当包括人的伤亡，只宜指经济方面的损失，所以把死亡1人，或者重伤2人以上，或者轻伤5人以上作为重大损失理解是不妥当的。如果出现了死亡1人以上或者重伤2人以上，根据前述的规范保护目的中的结果，应当作为“情节特别严重”来理解。这种理解也有法律依据，比如民事、行政枉法裁判罪，以“情节严重”为基本构成界限，根据《案件标准》，因为枉法裁判，致使公民的财产损失10万元以上、法人或者其他组织财产损失50万元以上的，或者引起当事人及其亲属精神失常或者重伤的，就构成基本犯罪，假如在滥用职权罪中以死亡1人或者重伤2人为基本构成标准，一是定罪标准高，二是法定刑明显低，这显然是不恰当的。

而就损失而言，有的犯罪以直接经济损失50万为归属起点，有的犯罪区分个人损失和单位损失，其中不区分直接损失与间接损失，对个人损失以10万作为起点，对单位以50万为起点，这是难以令人理解的。在笔者看来，10万元作为基本的归属起点，在我国是比较合适的，没有必要区别单位和个人，事实上，单

位的利益受到损害，也意味着数个人利益受到损害。国家对单位和个人的保护，在法律上是平等，国家机关工作人员在履行职务的时候，不应分单位和个人，都要依法办事。为了促使国家机关工作人员对法规规范的忠诚意识，所以本章的后果起点不应太高。相对其他犯罪而言，这样的起点已经比较高了，如2001年最高人民法院《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物制品的“情节严重”，指：（1）价值在10万元以上的；（2）非法获利五万元以上的；（3）具有其他严重情节的。首先就损失的对象而言，渎职罪和人民群众的利益直接有关，而非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物制品最则是和珍稀动物有直接关系，应该说前者的社会危害性更大；另外，就起点而言，后者更低，这和社会的期待是不相称的，因此，确定相对较高的归属要素，限制了渎职犯罪的处罚，与从重从严处罚渎职犯罪的规范性标准是不符合的。

就情节而言，除了结果之外，主要是渎职行为的次数和社会不良反响。在《案件标准》中，这类情节主要是渎职行为的次数和单次渎职行为的影响。但是，如果以“重大案件”为基本犯罪构成，那么，其归属的范围明显比法律的归属范围小，以私放在押人员罪为例，根据刑法文本，在故意心理态度下，私自将在押犯罪嫌疑人、被告人和罪犯放走，就构成犯罪，这属于行为犯；可在《案件标准》中，重大案件只包括：（1）私放三人以上的；（2）私放可能判处有期徒刑10年以上或者余刑在5年以上的重大刑事犯罪分子的；（3）在押人员被私放后又实施重大犯罪的。这样一来，私放2人刑罚不足5年的罪犯或者嫌疑人员，如果这两人以后不实施重大犯罪，私放者就不会受到处罚。在这个问题上，笔者认为立案标准完全可以成为定罪的标准，即：（1）私自将在押的犯罪嫌疑人、被告人、罪犯放走，或者授意、指使、强迫他人将在押的犯罪嫌疑人、被告人、罪犯放走的；（2）伪造、变造有关法律文书，以使在押的犯罪嫌疑人、被告人、罪犯脱逃的；（3）为在押的犯罪嫌疑人、被告人、罪犯通风报信、提供条件，帮助其脱逃的；（4）其他私放在押的犯罪嫌疑人、被告人、罪犯的行为。可见，在行为犯的场合，不应当强调行为次数，只要有故意，即便只有一次行为，也应当追究国家机关工作人员的刑事责任；而在情节犯的场合，当没有后果时，才应当同时考虑行为次数和行为的反映。

[1] 参见童德华：《规范刑法原理》，中国人民公安大学出版社2005年版，第25—26页。

[2] 赵秉志、曾粤兴：《刑法解释方法研究》，载赵秉志、冯军主编：《中国刑法学年会文集（2003年度）》（一），中国人民公安大学出版社2003年版，第9页。

[3] [德]格吕恩特·雅科布斯著，冯军译：《行为、责任、刑法：机能性描述》，中国政法大学出版社1997年版，第40页。

[4] 参见童德华：《刑法中的期待可能性论》，中国政法大学出版社2004年版，第129—130页。

[5] 参见[日]小暮得雄、内田文昭、阿部纯二等编：《刑法讲义各论》，有斐阁1988年版，第552页。

[6] 转引自李铁：《中国文官制度》，中国政法大学出版社1989年版，第411页。

[7] [意]贝卡里亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第56页。

[8] [意]贝卡里亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第59页。

[9] 参见贾济东：《渎职罪“重大损失”结果的司法认定》，载《人民检察》2005年第2期（上）。

[10] 童德华：《规范刑法原理》，中国人民公安大学出版社2005年版，第210页。

[11] 参见童德华：《规范刑法原理》，中国人民公安大学出版社2005年版，第214页。

[12] 参见胡学相：《量刑的基本理论研究》，武汉大学出版社1998年版，第160—162页。

[13] 参见马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社2003年版，第262—266页。

[14] 参见马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社2003年版，第687—686页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，第940—941页。

（作者系中南财经政法大学法学院副教授、法学博士。）

上篇文章: 自动投案认定中的若干实务问题辨析
下篇文章: 强奸罪研究

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有: 北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号