



滥用职权罪与玩忽职守罪之罪过辨析

——一种模型建构的分析思路

冯亚东 张丽

97刑法在79刑法的基础上，为针对性处置新的生活条件下大量出现的滥用职权行为，在分则第397条第1款中增加规定了同玩忽职守罪相并列的滥用职权罪；两罪规定在同一法条中，并共同适用一个相同幅度的法定刑。该条款规定：“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”由于滥用职权罪是从玩忽职守罪中分离出的一个新罪名，两罪在司法适用中该如何区分，其各自的主观罪过形式和客观行为特征有何区别？近年来一直存在较大分歧。因此，有必要对两罪的界定再进行一些理论探讨，以对司法实务有所助益。

一、玩忽职守罪及滥用职权罪的立法沿革

97刑法所规定的滥用职权罪和玩忽职守罪，是由79刑法第187条规定的玩忽职守罪分拆修订而来的。79刑法第187条规定：“国家工作人员由于玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役。”该条仅仅从客观方面规定了“玩忽职守”的行为模式，而对于该罪的罪过形式，则留待刑法理论界加以界定。高铭暄老师曾指出：“玩忽职守罪在主观上是过失，更大损失是由于行为人严重官僚主义或对工作极端不负责任造成的。如果是有意造成的重大损失那就不是玩忽职守的问题，而是构成了其他的犯罪了。”^[1]根据79刑法制定时的社会状况，设立玩忽职守罪的目的在于打击国家工作人员的严重不负责，不履行或不正确履行职责而造成公共财产、国家和人民利益重大损失的渎职犯罪行为，因此对玩忽职守罪的罪过形式一般理解为过失。

但是，八十年代改革开放以来，我国社会生活方方面面发生巨大变化，特别是在经济体制由传统的计划经济体制向社会主义市场经济体制转型过程中，主体利益呈多元化和分配制度显多样化，导致人们价值观念和行为方式发生重大改变，出现了一些国家工作人员为了种种私利而故意不履行自己应当履行的职责，甚至滥用手中的职权以权谋私，从而造成公共财产、国家和人民利益的重大损失的现象。为了有效遏制这类严重危害行为，在79刑法的适用期间立法者就已对原玩忽职守罪作了一定的立法扩张，将一些非常严重的滥用职权行为纳入玩忽职守罪范围处罚。如1982年3月8日全国人大常委会通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》规定：国家工作人员不依法追究该决定中所列破坏经济的犯罪人员的刑事责任的，比照刑法第187条规定的玩忽职守罪处罚；在后来制定的《森林法》、《会计法》、《海关法》等法律的责

任条款中，也出现了将罪过形式表现为间接故意的行为比照玩忽职守罪定罪处罚的规定。

在实践中，司法机关也根据有关附属刑法和特别刑法中规定的“比照玩忽职守罪处罚”的规定，对一些罪过形式明显表现为间接故意的渎职犯罪行为以玩忽职守罪追究了刑事责任。[2]1987年8月31日最高人民检察院在《关于正确认定和处理玩忽职守罪若干意见（试行）》中，根据处理案件的实际需要，归纳了13个方面64种具体的玩忽职守行为，其中将一些属于滥用职权的故意犯罪行为规定以玩忽职守罪定罪处罚。在79刑法适用期间，刑法理论界对玩忽职守罪的罪过形式和客观行为特征也进行过热烈的讨论，一些学者为适应需要明确指出玩忽职守罪的罪过形式既可以是过失也可以是间接故意。[3]

通过立法、司法和理论界的大量工作，使打击滥用职权犯罪的客观需要同79刑法立法规定滞后的矛盾得到了暂时缓解；从立法到司法、从理论到实践，都更多认为玩忽职守罪的罪过形式既可以是过失、也可以是间接故意，客观方面既可以表现为作为、也可以表现为不作为的形式。在为了严密法网保持刑法的稳定性和有效性的前提下，为达到打击形形色色不断增长的滥用职权犯罪的目的，采取这样一种应急性的立法形式和理论解说，应当说是有一定阶段合理性的。

但是，如此做法在犯罪理论体系的完整性和科学性上却大打折扣，尤其是将玩忽职守罪的罪过形式视为既可以是过失也可以是故意的看法，受到了理论界的不少抨击。一些学者认为：在同一犯罪构成中同时存在过失和故意的罪过形式，是违反刑法基本原理、进而直接违背罪刑相适应基本原则的。显然，过失犯罪和故意犯罪在主观恶性程度上有着重大差别——故意的罪过远远重于过失的罪过；因此故意犯罪的法定刑自然应当重于过失犯罪的法定刑，二者不应共用同一的法定刑。如果将故意和过失两种不同性质的罪过形式合并规定于一个犯罪中，处以同样的刑罚，那就违背了罪刑相适应原则。

鉴于此，在刑法典修订过程中学者们建议，通过区分不同的罪过形式和客观行为特征，将原来的“口袋罪”形式的玩忽职守罪分解，以分条形式设立故意和过失的不同罪名。最高人民检察院也于1996年11月15日在《关于对〈中华人民共和国刑法（修订草案）征求意见稿〉的修改意见》中指出：“从几年的司法实践情况看，玩忽职守罪出现了一种值得注意的新的动向，就是从纯粹的过失犯罪向故意犯罪发展。适应司法实践出现的新情况，适当分解玩忽职守罪，以使罪名与罪状能够更加恰当、直接地反映犯罪的行为性质和特点，非常必要。”[4]经过反复征求意见和讨论，1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订了《中华人民共和国刑法》，97刑法将79刑法的玩忽职守罪予以分解，以滥用职权罪和玩忽职守罪的“小口袋罪”的形式囊括一般意义上的渎职犯罪；又规定“本法另有规定的，依照规定”——在总结多年立法和司法成功经验的基础上，对一些特殊领域的滥用职权和玩忽职守的犯罪分别作了若干具体规定，单独规定了罪状和法定刑。这样，97刑法在分则第九章中形成以刑法第397条滥用职权罪和玩忽职守罪为中心，以其他具体的滥用职权和玩忽职守的犯罪为外围，相互协调、纵横结合的较为系统完整的关于渎职犯罪的定罪量刑体系。

诚然，修订后的刑法典第397条第1款对滥用职权罪和玩忽职守罪的规定较79刑法第187条玩忽职守罪的规定更科学更合理，但由于97刑法在对玩忽职守罪的修订上并未完全采纳学者们的合理建议——将滥用职权罪和玩忽职守罪分立为两个法条（或两款），而是采取基本以简单罪状并列规定、且两罪共用一个法定刑的规定方式，因此在理论和实践中又留下对滥用职权罪和玩忽职守罪如何进一步区分的争议，进而影响了两罪的准确适用。

二、滥用职权罪与玩忽职守罪罪过形式界定上的分歧

滥用职权罪从79刑法中分离出来，并与玩忽职守罪相对应规定在同一个法条中，共用一个相同幅度的法定刑；再加之两罪客观方面行为特征纷繁复杂、交叉重叠——在具体事案中行为人对自身渎职行为及由

此导致的严重后果的心理态度又极其微妙，因此理论和实务界在对两罪罪过形式认定上的争论自然就十分激烈。

目前刑法理论界对滥用职权罪与玩忽职守罪罪过形式的观点，主要有单一罪过说和复杂罪过说两大类：

(1) 单一罪过说。单一罪过说主张滥用职权罪和玩忽职守罪的罪过形式分别只能为单一形式——要么为故意，要么为过失。其中，又复分为两种主张：一种观点认为滥用职权罪的罪过形式是故意，玩忽职守罪的罪过形式为过失。虽然同是主张滥用职权罪的罪过形式为故意，但细区分又有不同——有的主张包括直接故意和间接故意，[5]有的主张只能是直接故意，[6]有的主张只能是间接故意。[7]另一种观点认为滥用职权罪的罪过形式为过失，玩忽职守罪的罪过形式也同样是过失。[8]

(2) 复杂罪过说。复杂罪过说认为滥用职权罪和玩忽职守罪的罪过形式不仅可以表现为故意的形式，同时还可能表现为过失的形式。持复杂罪过说观点的学者几乎都认为滥用职权罪和玩忽职守罪的罪过形式均可以表现为间接故意和过失的形式，[9]而且都认为直接故意不能成为玩忽职守罪的罪过形式，只是有少数学者认为滥用职权罪罪过形式除了表现为间接故意和过失的形式外，还可以表现为直接故意的形式。[10]有学者在对复杂罪过说表示赞同的基础上进一步将其发展为复合罪过说——将滥用职权罪与玩忽职守罪两罪的罪过形式都认定为复合罪过，即既包括间接故意又包括轻信的过失，在具体个案认定中并不明界定究竟是哪一种罪过形式，概称为复合罪过。[11]

通过以上列举的各种观点和主张，可以看出理论界对于滥用职权罪和玩忽职守罪的罪过形式的理解和认识极不统一。归纳起来：针对滥用职权罪的罪过形式有仅为故意、仅为过失、既是故意又是过失三种观点；在玩忽职守罪的罪过形式上有仅为过失和既是故意又是过失两种观点，现分别简评如下：

其中对滥用职权罪罪过形式主张仅为故意的学者，在阐述理由时主要认为修订后的刑法典增设了滥用职权罪，其立法本意是将在罪过形式上为故意的渎职性犯罪行为从79刑法的玩忽职守罪中分离出来，以滥用职权罪定罪处罚，因此滥用职权罪中所有滥用职权的行为在主观方面都应当是故意。[12]笔者认为，这种理解符合该罪的产生过程及立法意图，值得肯定。

对滥用职权罪的罪过形式持过失说的学者，或是从刑法第397条第1款之规定的法定刑的分析出发，得出滥用职权罪罪过形式是过失的结论；或是从犯罪论故意理论的论述着手，认为虽然滥用职权从概念的内涵上有故意之意，但这只是对行为本身的故意而非对结果的认识，以此来论证滥用职权罪的罪过形式为过失。[13]这两种论证方式的理论前提和推理过程虽然正确，并暗示了我国刑法典在对两罪法定刑的配置上不甚合理的问题，但是并没有完全考虑到两罪的由来及其对应性并列规定的立法意图。

认为玩忽职守罪罪过仅包括过失形式的观点，为学界通说。持该观点的学者或者从79刑法所规定的玩忽职守罪为过失犯罪，或者从“玩忽职守”的语义角度，或者从与滥用职权的对比分析的角度论证玩忽职守罪的罪过形式为过失。笔者认为这些观点是符合法律规定及通常的语言习惯的。

对两罪的罪过形式持复杂罪过说（包括复合罪过说）的学者一般都认为两罪在具体案件中既可以表现为故意又可以表现为过失，虽然在进一步区分究竟为哪一种具体故意或哪一种具体过失上尚有分歧，但一罪名跨越两罪过则是该类学说的基本共识。该类学说“成功”地回避了故意与过失非此即彼的争论，在诉讼中也完全无须对罪过问题专门操心——在个案处置中不管行为人主观上抱故意或过失哪种心态，均被框定在“必属其一”的理论预设之中，看似圆满地解决了两罪的罪过形式问题；但却存在与我国刑法规定和基础理论根本冲突——犯罪没有了故意与过失之分，累犯问题无从解决，在量刑上也该趋轻趋重的明确方向，且将犯罪模型与事实原型混为一谈，有进一步误导两罪的区分之嫌——两个罪名在许多情况下可随意换用。

三、从犯罪模型上界定两罪罪过形式

无论将两罪的罪过界定为何种形式，都无法否定一个基本事实：在滥用职权罪中，“滥用”一词的字面意义直观地表明行为人必定是故意违背职权而实施渎职性行为的；但其对行为由此导致的危害结果所持的心态，则可能在不同案件中有所不同——直接故意、间接故意、过于自信的过失、疏忽大意的过失，甚至几种心态交织一起而实实在在发生在具体的事案中。换句话说，考察所有的滥用职权行为，不同行为人在不同情况下对滥用职权行为可能导致的危害结果所持的主观心态，实际上真实地跨越了故意（主要为间接故意）与过失（主要为轻信的过失）两种性质不同的罪过形式，至少不可能完全排除其中之一。而玩忽职守罪也存在类似情形。案件事实中所折射出的本来的真实面目，不仅成为推翻各种单一罪过说似乎最充分的理由，而且也为复杂罪过说和复合罪过说的产生奠定了所谓的事实基础。

但是，法律也好，解释法律的理论也罢，不过都属一种事先塑造以比对生活事实的观念模型（任何法律或理论文本都只有转化为观念模型才具运作意义）；法律或理论虽源于生活但却一经塑造便游离生活高于生活甚至力图影响和改变生活。法律规范一旦产生，便自然而然与其生成之基础的事实材料相分离，上升为另一独立存在的事物。当立法者对生活中的诸多危害行为加以评价归类之后，就以刑事违法性的形式开列出一个犯罪清单；即立法者通过抽象思维，把握住生活中纷繁复杂的危害行为“类型化”的共同特征，以符号化的概念系统进行表述，作出此类与彼类的差别性规定。而在对生活“原型”行为抽象归纳基础上得来的类罪和个罪的“共同特征”，在法条的规定中就具体体现为成立犯罪的最基本的、起码的条件性表述（即要件——必要条件——不符合该条件则不成立犯罪），由此而型构起一种类型化的“犯罪构成”或“构成要件”的标准、规格或模型。[14]如何将千姿万态变幻无常的事实原型抽象提炼化约为整齐划一的法律规范，它服从于人类解决冲突维持秩序的特定目的，服从于为达到目的而可资动用的既有手段。因此，法律规范本身不可能再是生活事实的简单描述或符号载体。

我们认为，在犯罪模型上将所有故意（主要为间接故意）的一般性渎职行为统一拟制为滥用职权罪，将所有过失的一般性渎职行为统一拟制为玩忽职守罪，虽然在一定程度上超越了原型事实本身，但却是十分必要和切实可行的。

（一）以罪过形式为根据划分两罪的必要性

由于滥用职权罪与玩忽职守罪在主体、客体两个要件上完全相同，故欲区分两罪只能寄望于客观方面与主观方面。在客观方面，虽然我们能根据“滥用职权”和“玩忽职守”两个概念核心部分的通常含义，大致感受到两种行为具体表现形式上的差异。但是，要从外延上准确划出两个集合之明确界限则相当困难，这本身同“滥用职权”、“玩忽职守”两个语词的模糊性有关，也由生活事实的复杂性所决定。不管我们创造的词汇多么包容巨细，现实中始终会有一些为严格和明确的语言分类所无能为力的细微差异与不规则的情形。一个概念的中心意域也许是清楚和明确的，而一旦逐步离开该中心时意域就变得模糊不清，而这正是每一概念的性质所在。[15]模糊学的理论也认为：在认识论中世界上的许多事物都不可能得到非此即彼绝对的单值结论，“大多数事物的变化是通过一系列中介环节而从一极到另一极的，也就是通过使事物原有界限逐步模糊化而达到超越原有的界限。处于过渡阶段的事物的基本特征就是性态的不确定性、类属的不清晰性，也就是模糊性。”[16]

我国学界对“滥用职权”和“玩忽职守”两个概念的各种定义便是一个例证。有学者认为滥用职权罪在客观上具体表现为不正确地使用权力的行为，玩忽职守罪在客观上具体表现为未履行职责型和擅离职守型两种玩忽职守行为；未履行职责型玩忽职守行为又包括拒绝履行职责、放弃职责和未尽职责三种情况。[17]也有学者认为滥用职权罪在客观上行为具体表现为：一是超越职权；二是不正当行使职权，即考虑不应

该考虑的因素或不考虑应当考虑的因素，利用职务上的地位或法律赋予的职权实施法律所不允许的行为。而玩忽职守罪一般表现为未履行职责、擅离职守、未尽职责三种情形。[18]还有学者认为滥用职权就是知道自己职责所在而有法不依、有章不循，利用手中权力满足私欲，把国家赋予的权力用作私人利益交换或为了显示自己权威而胡作非为，乱用权力；也表现为明明是职责范围内应办的事情，但“不给好处不办事”的不作为。玩忽职守则表现为对应尽的职责义务不履行，消极懈怠或不认真履行、敷衍塞责等。[19]

在最高人民法院1999年8月6日通过的《关于人民检察院直接受理侦查案件立案标准的规定（试行）》中，分别对滥用职权罪和玩忽职守罪的概念作了明确表述。滥用职权罪是指“国家机关工作人员超越职权、违法决定、处理其无权决定处理的事项，或者违反规定处理事务，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为”；玩忽职守罪是指“国家机关工作人员严重不负责任，不履行或者不认真履行职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为”。这可以算是刑法修订后第一次对滥用职权罪和玩忽职守罪作出的有约束意义的定义。该定义中对两罪客观行为特征的描述，正是在概括了刑法理论界和司法界对两罪客观行为特征各种观点的基础上得出的，这一定义代表了目前对滥用职权罪和玩忽职守罪客观行为特征的普遍认识。笔者认为，尽管该规定对两罪客观行为特征的概括具有一定的合理性，但是进一步分析不难发现，即使以该概念为标准，两罪的具体行为表现方式仍难以区分——“违反规定处理事务”同“不认真履行职责”仅属语词描述的差异而非实质的不同。

由于两罪在客观方面行为存在交叉重叠之处——语词本身的模糊性和客观行为具体表现形式的复杂性两个因素，决定两罪客观方面具体行为形式没有明确的界限，无论怎样定义“滥用职权”和“玩忽职守”两个语词以期明晰概念的外延及边缘，但从客观行为方面完全区分两罪的努力终难以遂愿。因此，要将两罪较为简单地截然区分开来，为司法提供一种清楚明确可操作的路径，就只有从主观方面着手——借助于故意和过失的本来意域——A与B不兼容的关系——刑法第14、15条的规定和理论界的长期约定，而建构两罪各自的模型的规定性（在客观方面却缺乏这种明确少争议的规范及理论前提）。

（二）将滥用职权罪认定为故意、玩忽职守罪认定为过失的合理性

将所有故意的一般性渎职行为统一拟制为滥用职权罪，将所有过失的一般性渎职行为统一拟制为玩忽职守罪，虽然有时并不完全符合客观事实，但从个罪的解释规则、保持罪名体系的协调性、规范的拟制功能、诉讼的可证明性几个方面来看，却是切实可行的。

1. 从个罪的解释规则看，总则制约分则的解释规则决定任何一个罪名只能具备一种性质的罪过形式。对具体个罪犯罪构成模型的建构是由刑法总则与分则共同完成的，只有将刑法总则规定的一般要件与刑法分则规定的具体要件结合起来，才能形成认定行为是否构成犯罪的、构成何种犯罪的完整的规格与标准。刑法总则是关于犯罪和刑罚的一般原理的原则性规定，这些规定是认定任何一个具体犯罪和适用刑罚所必须遵守的共同规则；刑法分则是对具体犯罪的罪状及法定刑的规定，是解决具体定罪量刑问题的标准。刑法的总则与分则之间是一般与特殊、前者制约指导后者的关系，因此，对刑法分则个罪的解释不应背离总则的规定而自行其是。这是刑法解释必须遵循的基本规则之一。刑法第14、15条分别规定了故意犯罪与过失犯罪的定义，第16条规定了导致损害的无罪过行为。从法条的规定可以推导出这样的逻辑结论：法律规定的故意与过失是两种性质相异、不能兼容的心理态度，即一个罪名只能具有一种性质的主观罪过——要么是故意，要么是过失。因此，按照解释规则滥用职权罪与玩忽职守罪只能分别具有一种性质的罪过形式。

2. 从保持罪名体系的协调性看，在滥用职权罪与玩忽职守罪两罪之中，如果一个罪是故意，另一个罪则只能理解为过失。滥用职权罪和玩忽职守罪本身为两个独立的罪名，从它们在整个分则第九章渎职罪中的体系位置来看，第397条与第九章的其他条文是一般法与特别法的关系——前者规定可以涵盖所有情况的

一般意义的渎职性犯罪，后者规定各个特殊领域的具体渎职犯罪，这种体系结构安排自然赋予第397条规定的两罪承担着处置“特殊”以外的其余所有渎职犯罪的任务；而第九章中各种特殊的渎职犯罪均可以明确区分故意或过失。既如此，必须将“特殊”以外的所有故意和过失的一般性渎职犯罪分别纳入滥用职权罪和玩忽职守罪两个集合中，才能形成一个完整统一的渎职罪罪名体系。于此，以罪过形式来划分两者是唯一出路——将故意的一般性渎职行为纳入滥用职权罪，将过失的一般性渎职行为纳入玩忽职守罪。

3. 从规范的拟制功能看，具体事案中主观罪过多元存在的现象不足以推翻以罪过性质为标准划分两罪的法律拟制。在任何社会中，法律的主要目的都是事先设定一种能据以解决、裁断将来发生的冲突的普适性法律准则。[20]因法律对生活事实总会有着某种重要的“修正”，故自然表现出其源于生活但却高于生活的拟制功能——我国刑法明文规定一个罪名只能具有一种性质的罪过形式便是有力证明。因此，确定两罪的罪过形式虽然需要借助具体的案件事实，但却不能完全受制于纷繁复杂的事实原型；只有在法律体系的整体框架（包括程序法）和犯罪论体系的逻辑结构中解析犯罪模型，才可能对法律意义上的犯罪予以合理解释。

对所有相关案件的客观行为与主观罪过的交错关系进行归类，可以分为以下几种情况：①客观方面是典型的滥用职权的行为，对危害结果持故意的罪过；行为是典型的玩忽职守行为，对危害结果持过失的罪过。②客观方面行为既可以理解为滥用职权的行为，也可以理解为玩忽职守的行为，对危害结果持故意的罪过。③客观方面行为既可以理解为滥用职权的行为，也可以理解为玩忽职守的行为，对危害结果持过失的罪过。④客观方面是典型的滥用职权的行为，对危害结果持过失的罪过；行为是典型的玩忽职守行为，对危害结果持故意的罪过。在这四种情况中，我们将所有故意的一般性渎职行为统一拟制为滥用职权罪，所有过失的一般性渎职行为统一拟制为过失，同第一种情形完全不发生冲突，存在问题的是后三种情形，现分别论述。

(1) 由于概念本身的模糊性与客观行为表现形式的复杂性，我们的拟制与第二、三种情形能够相容；两种情形实际上是相似的——客观方面的行为在界定上都不明显属于哪一集合，即客观行为处于“两可”的关节点上，只是主观罪过完全不同。既如此，以主观罪过为划分标准，将其归入其中任何一类都不存在明显不当问题——反而凸显主观罪过的差别而使案件定罪量刑更具特殊预防和一般预防之功效，在司法处置中亦可避免“违反规定处理事务”同“不认真履行职责”的无谓纠缠。

(2) 由前所述，规范虽然根植于事实原型，但却并非生活事实的简单表现而是高于原型为解决问题而设定的法律模型；在根据具体的需要以符号化的规范体系框定生活本身时，须按照一定的逻辑规则对材料本身进行修剪，从而使规范系统与事实本身既相联系又相区别。对第四种情形，当我们将典型的滥用职权行为认定为玩忽职守罪或作相反认定时，虽然多多少少有些“失真”但却不致引发大的问题：第一、这种情况本身极少发生，在没有更完美的解决途径时，法律和理论的生命力来源于对绝大部分情况的合理处理；第二、我们通常对日常用语含义的理解同法律规范术语因拟制而生成的意义本来就有所差异——在刑法领域这种情形不乏其例，如对“单位”犯罪主体的规定、关于刑事责任年龄一刀切的规定等——我们并不能因其不完全符合生活事实而否定这类规定。由于规范源于生活并高于生活的拟制功能，故本文对法律拟制的解释并不因极少存在的第四种情形而不能成立。

4. 从诉讼的可证明性看，任何被视为犯罪构成的要件，理论上在诉讼过程中都是需要控方举证加以证明是有充分相应事实以满意的，除非是不证自明仅凭常人情理即可理解的显事实——如入室盗窃、持刀抢劫、拦路强奸，都无须对“故意”专门举证予以证明。将滥用职权罪界定为包括过失，玩忽职守罪界定为包括故意，是基于对行为人可能存在的主观心态的一种推定，而这种行为人对实害结果的态度在诉讼中却往往是无法依靠口供以外的其它证据予以证实的，故该类观点在个案处置中因其不可证明而基本不具可操

作性。而将两罪分别设定为故意和过失，则能较有效地解决罪过的证明问题。滥用职权罪的罪过为故意——通常表现为间接故意——对危害结果的发生抱一种无所谓放任态度；虽然对这种心态难以专门举证予以证实，但个案中的各种“显事实”却能不证自明锁定这一点。如前文所举的秦宝山渎职一案，秦在特大森林火灾发生后，受命带领全县消防队员和5辆消防车保护贮木场等重点单位，但他却滥用职权占用消防力量和消防工具保护自己的住宅，致使国家和人民利益遭受重大损失。在该案中，秦的罪过根本无须专门举证即可认定为间接故意，任何属于“过失”的辩解都是苍白无力不足以立论的，以97刑法的规定衡量秦的行为当然构成滥用职权罪。而个案中一旦行为人对危害结果的心态具有故意或过失两种可能性时，事实上除口供以外也没有其它任何证据能够证明行为人实施行为当时究竟想到了什么——即使行为人抱着“明知而放任”的真实心态支配行为，诉讼中也没有任何有效方法能够确证这一点；而按照谦抑原则退而次之以过失性的玩忽职守罪论，行为人便再无推责辩解之余地了——即使“已经预见而轻信能避免”有所牵强，那“没有预见”而基于特定职责“应当预见”也是对国家机关工作人员的起码要求。如此定罪，虽存放纵犯罪之嫌，但在现代法治国语境下却属不得不为之举。由此也可见，实体法上构成要件之设定，除考虑客观事实及实体法自身的逻辑构造外，还须兼顾诉讼法上证据能否采集、能否完成对“要件”之证明的程序要求。欧陆国家早期刑事诉讼中对定罪基本事实的证明要求转变为后期实体法的要件规定，似也同该思路相关。

总之，法律及法律理论的价值在于：将生活变成规范，为规范赋予意义，使规范得以履践；将那些千姿万态变幻无常的生活事实，抽象化约为类型化的可识别可证明的概念系统，变成一种一目了然简单明晰的行为准则和裁判依据。

[1] 高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社1981年版，第254页。

[2] 典型案件如秦宝山玩忽职守案。在1988年大兴安岭特大森林火灾发生后，秦宝山（时任救火副总指挥）受命带领全县消防队员和5辆消防车保护贮木场、粮库等重点单位。但他却利用职权占用消防力量和消防工具保护自己的住宅和财产，致使国家和人民利益遭受重大损失。法院以玩忽职守罪追究了秦的刑事责任。

[3] 参见朱孝清：《玩忽职守罪只能由过失构成质疑》，载《浙江法学》1987年第3期。

[4] 参见高铭喧、赵秉志编：《新中国刑法立法文献资料总览》，中国人民公安大学出版社1998年版，第2642页。

[5] 参见王作富编：《中国刑法的修改与补充》，中国检察出版社1997年版，第323-329页；赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社1997年版，第804页。

[6] 参见刘家琛主编：《新刑法新总是新罪名通释》，人民法院出版社1997年版，第1087页。

[7] 参见周道鸾等主编：《刑法的修改与补充》，人民法院出版1997年版，第801页。

[8] 参见李洁：《论滥用职权罪的罪过形式》，载《法学家》1999年第4期。

[9] 参见侯国云、白岫云：《新刑法疑难问题解析与适用》，中国检察出版社1998年版，第251页。

[10] 参见齐远刚：《新刑法概论》，中国方正出版社1997年版，第457页。

[11] 参见储槐植、杨书文：《复合罪过形式探析——刑法理论对现行刑法内容的新法律现象之解读》，载《法学研究》1999年第1期。

[12] 参见蒋熙辉：《滥用职权罪相关问题之思考》，载《中国刑事法杂志》总第47期。

[13] 参见李洁：《论滥用职权罪的罪过形式》，载《法学家》1999年第4期；韩光军：《论滥用职权罪、玩忽职守罪的罪过形式》，载《阜阳师范学院学报（社会科学版）》2004年第5期。

[14] 参见冯亚东、胡东飞：《犯罪构成模型论》，载《法学研究》2004年第1期。

[15] [美] E·博登海默著，邓正来译：《法理学——法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第486-487页。

[16] 苗东升：《模糊学导引》，中国人民大学出版社1987年版，第26页。

[17] 参见高格：《定罪与量刑》（下卷），中国方正出版社1999年版，第1014-1019页。

[18] 参见苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1999年版，第887-888页。

[19] 参见全国人大常委会法工委研究室编写组编著：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社1997年版，第521-522页。

[20] 参见〔斯洛文尼亚〕儒攀基奇著，何慧新等译：《刑法理念的批判》，中国政法大学出版社2000年版，第1页。

（冯亚东系西南财经大学法学院教授、博士生导师。张丽系西南财经大学法学院刑法硕士研究生。）

更新日期：2006-11-29

阅读次数：792

上篇文章：中国缓刑的实证考察与完善建议（一）

下篇文章：论放火罪的若干问题（下）

 打印 |  关闭

 JTOP

©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