



对边境管理渎职犯罪中若干问题的司法研究

谢玉童

边境管理是一个国家主权的标志，因此，对于以边境管理工作为主体的渎职犯罪，世界各国都十分重视。在我国刑法典第九章规定的渎职犯罪中，这类犯罪包括3个具体罪名，即第411条放纵走私罪、第415条规定的办理偷越国（边）境人员出入境证件罪与放行偷越国（边）境人员罪。本文针对上述渎职犯罪中令人困惑的几个问题略陈管见，以期对司法中正确认定与处理这类犯罪有所助益。

一、如何界定“海关工作人员事先与走私犯有通谋”

在办理放纵走私罪案件中，往往会遇到这样一种情况，即海关工作人员在事前对走私行为有所了解。这种情况就涉及到放纵走私罪和走私罪的界限问题。我国刑法第156条规定“与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、帐号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的，以走私罪的共犯论处”。根据我国刑法的规定，各种具体走私罪名的法定刑有所不同，最重的法定刑为死刑（走私武器、弹药罪、走私核材料罪、走私贵金属罪、走私珍贵动物及其制品罪）。放纵走私罪的最高法定刑为5年有期徒刑。可见，放纵走私罪和走私罪的法定刑差距很大，划清两罪界限的现实意义重大。

笔者认为，两罪在构成要件的四个方面均存在差异，但主要的区别在于其客观方面，具体言之，就是“海关工作人员事先与走私犯是否有通谋”？放纵走私罪在客观方面表现为，海关工作人员为贪图钱财、袒护亲友或者出于其他徇私情节，明知是走私行为却弄虚作假，放任、纵容走私，使之不受追究的行为。这一客观要件至少表明：既然海关工作人员是在贪图钱财、袒护亲友或者出于其他徇私动机才实施了放纵走私的行为，就说明海关工作人员在走私分子通关的时候，对对方是在进行走私这一事实在主观方面是明知的，进一步讲，也有可能，通过别的渠道，在走私行为实施以前，该海关人员已经知道走私行为在未来某个时候将要实施。因此，对于我们司法人员来说，就需要划清在上述后一种情况下的“知道”与“通谋”的界限。笔者认为，“知道”只是一种被动的信息接受，并没有任何主动的积极的表现作为的行为，或者说，虽然有行为，但是，该行为对于走私行为的实施没有任何教唆、帮助的作用。比如，张三在海关工作，别人托他的朋友李四转告他，说某年某月某日，想趁张三值班的时候，走私一批货物，请张三关照一下，日后会有重谢。张三听后，一言不发，或者说声“知道了”，仅此而已。如果张三真的放纵了走私，就应以放纵走私罪论处。如果张三听后，不仅表示要帮忙，而且给对方鼓劲打气，或者为其出谋划策，这种情况就应以走私罪的共犯论处。归纳一下，笔者认为，在司法实践中，关键是要看，在事先知晓情况的前提下，该海关工作人员是否有具有共犯意义上的行为（这里应限定为作为）。这里讲的共犯意义上的行为不应局限于刑法第156条中规定的“提供贷款、资金、帐号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便”，只要在刑法共犯理论意义上的共同犯罪行为，不论是帮助行为，还是教唆行为，抑或是实行行为，都可以是走私罪的通谋行为。这里笔者强调的是，必须是具有“刑法共犯理论意义上的共同犯罪行为”。有一种观点认为，如果海关工作人员“事前与走私人员即有通谋，答应给走私者予以方便，则构成走私犯共犯，而不能认定为放纵走私罪。”[1]笔者觉得这种观点值得商榷，因为，“答应给走私者予以方便”的情况比较复杂，还应该再做一区分，有时是行为人真心许诺，而有时则完全是出于一种应付，即使是真的想给对方帮忙，这一许诺行为能否成为走私的教唆或者帮助行为，也还是值得推

敲的。笔者认为，至少，如果仅仅是应付性的答应给走私者予以方便，尚不能以走私罪的共犯论，而应以放纵走私罪论处更为稳妥一些。

二、海关工作人员在办理走私案件中，对应当移交司法机关的案件不移交，如何认定

海关工作人员在办理走私案件的过程中，发现走私行为构成走私罪，应当移交司法机关追究刑事责任而不移交，其行为性质，如何认定？笔者认为，这种情况应分2种情况区别对待。具体地说，（1）如果海关工作人员在办理走私案件的过程中，发现走私行为可能构成走私罪，却徇私舞弊，既不将案件移交司法机关追究刑事责任，也不按海关法做出处理，应认定放纵走私罪。（2）如果徇私舞弊不将案件移交司法机关追究刑事责任，而是以海关法处理了事的，则应认定为徇私舞弊不移交刑事案件罪。之所以做出像上面这样的认定，笔者的理由是：（1）放纵走私罪的本质在于，明知是走私犯罪而故意放行的行为，就是说，作为海关工作人员对于走私行为没有做任何处理，而是听之任之。这种情况当然也就谈不上移交司法机关处理的问题。与放纵走私罪相比，徇私舞弊不移交刑事案件罪的本质在于，对本应移交司法机关处理的构成犯罪的案件不移交而是以海关法处理了事，从而干扰了正常的法律秩序，也姑息了走私犯罪。因此，是否按照海关法进行处理，是法律设定的两罪区别的关键所在。（2）在放纵走私罪中，由于确实放纵了走私，社会危害性严重。而在徇私舞弊不移交刑事案件罪中，虽然没有按规定移交司法机关处理，但还是依照海关法做出了一定的处理，行为的社会危害性相对轻一些。因此，放纵走私罪的法定刑重于徇私舞弊不移交刑事案件罪，是符合罪责刑相适应原则的。

三、间接故意能否构成办理偷越国（边）境人员出入境证件罪

办理偷越国境人员出入境证件罪在主观方面是否包括间接故意？这个问题对于划清此罪的罪与非罪的界限十分关键，也是在实践中不得不正面进行回答的问题。笔者的看法是，间接故意可以构成办理偷越国（边）境人员出入境证件罪。在笔者看来，应该从两个层面对这个问题加以分析。（1）在事实层面，这种情况是否存在？我们既不能无中生有，也不能把有说成无，要尊重事实。笔者认为，这种情况是客观存在的。我们可以从办理偷越国（边）境人员出入境证件罪的客观方面的具体环节来做一分析：办理出入境证件是指，边境管理工作人员审验申请出入境人员按照出入境管理规定所提交的各种文件、手续是否真实、有效、完备，是否符合出入境的条件。审验合格的，发给出入境证件，否则，不予发放。比如，按照《中华人民共和国公民出入境管理法》的规定，对属于刑事案件的被告人和公安机关或者人民检察院、人民法院认定的犯罪嫌疑人，被判刑正在服刑的人，正在被劳教的人，以及国务院有关主管机关认为出境后将会对国家安全造成危害或者对国家利益造成重大损失的人，不予发给出境证件。如果当事人所提供的出入境证件中明明白白地显示出上述情况，但是边境管理工作人员因为收取了当事人贿赂或者其他好处，或者是出于朋友义气或者亲情等，总之，行为人的目的和动机都比较明确，只要是能够查明存在这些目的，则在主观上是直接故意，构成办理偷越国境人员出入境证件罪无疑。我们不能排除存在这种情况，种种迹象表明申请人可能是企图偷越国境的人员，只是尚没有绝对把握，但是，还是为其办理了护照、签证以及其他出入境证件，放任国家对出入境证件的管理工作的破坏。比如，根据边境管理的常识与其本人的工作经验判断，某人的身份证明文件很可能是伪造的，但是，某边境管理工作人员出于对领导的不满，既不报告上级，也不对当事人进行相应的进一步盘问，听之任之，为其办理了出入境证件。笔者认为，这种情况不仅在理论上是存在的，在实践中也是完全可能发生的。（2）接下来的问题是，对于上述事实，应否进行刑事追究？笔者认为，这是个规范的问题，完全是个价值判断的问题。我个人认为，作为有关边境管理工作人员应当忠于职守，尽职尽责，保护边境的正常管理秩序，不仅对确切知道是偷越国境的犯罪分子要严防死守，对于哪些出境手续存在瑕疵，按照其经验已经判断出可能是偷越国境的犯罪分子，也应积极地加以控制与防范，这种要求对于他来说，并不过分。就是说，即使不存在诸如事先的贿赂等原因，但确实能辨别出对方可能是偷越分子而放任其偷越的，也没有理由不加以追究。至于拿什么证据来证明有关管理人员是否明知对方可能是偷越分子，则是另一类问题，即诉讼中的证明问题了。

四、办理偷越国（边）境人员出入境证件罪与放行偷越国（边）境罪在主观上的“明知”问题

办理偷越国境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪在主观方面只能由故意构成，具体地说，办理偷越国境人员出入境证件罪的行为人在主观上是一种明知是企图偷越国（边）境的人员而给予办理出境证件或者予以放行的心态。这其中都涉及到边境管理工作人员在主观上的“明知”问题。

首先，关于犯罪主观方面的“明知”问题，我国刑法学界已经有了比较一致的观点，正如中国人民大学王作富教授所指出的那样：“应当强调指出，要求‘明知’，不等于要求‘确知’。大家知道，犯罪故意有确定的故意和不确定的故意之分，他们对构成犯罪的事实的认识程度，是有所不同的。对于故意犯罪

来说，有的只要认识到大概是或可能是怎样的事实，也就够了。”[2]

其次，按照上述关于“明知”的基本界定，笔者认为，在办理偷越国境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪中，“明知”的表现形式有所区别。以下分别述之。

(1) 在我国刑法学界，关于办理偷越国境人员出入境证件罪的主观方面的具体内容，有着不同的认识，有人认为，这种犯罪的主观故意只能是直接故意，就是说，只有在追求或者希望的心理状态下，才能构成办理偷越国（边）境人员出入境证件罪。与此不同的观点则认为，间接故意也可以构成此罪，因为，犯罪故意由认识因素和意志因素两方面的内容所决定。所谓认识因素，是指行为人对其行为性质及行为结果的认识；而意志因素，是指行为人对其行为的实施以及结果的发生所持的心理态度。办理偷越国境人员出入境证件罪的认识因素包括两个层面：一是，对行为事实的认识，就是说，明知自己要办理的出入境证件的人员是企图偷越国（边）境的人员；二是，对行为结果的认识，就是说，明知自己为企图偷越国境的人员办理出入境证件的行为会给国家对出入境证件的管理工作造成破坏。通常，对于上述认识因素不难认定。但是，如果在上述认识因素的前提下，行为人追求或者希望危害结果的发生的，构成本罪无疑。而如果行为人在明知对方有可能是企图偷越国境的人员，却不加调查核实，就为其办理了出境证件，对于这种情况如何处理，存在不同意见。我们认为，这种情况属于间接故意的形态，也可以成立办理偷越国（边）境人员出入境证件罪。具体理由，上文已述，在此不赘。从“明知”的内容上说，行为人明知申请人可能是企图偷越国境的人员，根据有关法律法规不能为其办理护照、签证等出入境证件，否则，就会对国家的出入境管理工作造成破坏，但行为人却对这一危害结果的发生持一种放任态度。笔者在这里想要强调的是，司法人员在办理偷越国境人员出入境证件罪的办案过程中，应该对全案的所有证据材料进行全面、客观的分析研究，不能仅凭其口供定案，只有在有足够的证据证明行为人知道或者应该知道对方是企图偷越国境的人员，而仍予以办理出境证件的，才能认定行为人是“明知”。至于行为人的动机是什么，通常情况下，不影响犯罪的成立，只能作为量刑的情节加以考虑。

(2) 放行偷越国（边）境人员罪的行为人在主观方面是一种明知是偷越国（边）境的人员而放任的心态。就是说，行为人明知放行偷越国（边）境的人员会给国家对国（边）境的正常管理秩序造成破坏，却希望或者放任这一危害结果发生。如果是过失实施了上放行行为，不能构成本罪。与办理偷越国（边）境人员出入境证件罪一样，对放行偷越国（边）境人员罪主观方面中“明知”的判断，不能仅凭被告人的口供，因为，通常情况下，被告人总是会避重就轻，说自己并不知道事情的真相，还可能辩解说，自己业务水平有限，工作能力低，根本无法识破对方的意图等。所以，在办案中，要根据案件的整个过程、情节予以全面的分析，只要有足够的证据证明行为人是知道或者应该知道对方是偷越国（边）境的人员而予以放行的，就可以定放行偷越国（边）境人员罪。放行偷越国（边）境人员罪主观方面的犯罪动机也是多种多样的，如贪图钱财、徇私情，等等，动机不同，不影响放行偷越国（边）境人员罪的成立。

五、办理偷越国（边）境人员出入境证件罪与放行偷越国（边）境人员罪的有关界限问题

（一）办理偷越国境人员出入境证件罪与骗取出境证件罪的界限

办理偷越国境人员出入境证件罪和骗取出境证件罪的共同点是，二者的直接客体都是复杂客体，在两个层面上具有很大的相似性，一是，二者侵犯了国家机关对出入境证件的管理活动，二是，都侵犯了国家对国境的正常管理秩序。此外，二者的犯罪对象都包括护照、签证等出入境证件。二者的区别主要是：

(1) 在主体方面，办理偷越国境人员出入境证件罪的主体是特殊主体，即负责办理护照、签证等出入境证件的国家机关工作人员，单位不能成为本罪的主体；而骗取出境证件罪的主体属于一般主体，既包括自然人，也包括单位。在与妨害国境管理相关的犯罪中，骗取出境证件罪是唯一的可以由单位构成的犯罪，这是该罪一个很大的特点，在实践中应当注意这一重要的特点。

(2) 在主观方面，办理偷越国境人员出入境证件罪的主观方面既可以是直接故意，也可以是间接故意；与此不同，骗取出境证件罪的主观方面只能是直接故意。此外，骗取出境证件罪的主观方面还具有以骗取的出境证件为组织他人偷越国境使用的目的。

(3) 在客观方面，办理偷越国境人员出入境证件罪表现为，为企图偷越国境的人员非法办理出入境证件；而骗取出入境证件罪则表现为，为组织他人偷越国境而弄虚作假，以劳务输出、经贸往来或者其他名义骗取出境证件的行为。

在司法实践中，比较难以处理的是，当负责办理护照、签证等出入境证件的国家机关工作人员与其他人或者单位合谋，共同实施骗取出境证件的行为，这种“里应外合”的行为如何定性？笔者认为，这种情况下，应当分别按照各自所触犯的罪名定罪处罚，既不能笼统地定一个办理偷越国境人员出入境证件罪，也不能笼统地定骗取出境证件罪。

（二）办理偷越国（边）境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪与组织他人偷越国（边）境罪、运送他人偷越国境罪的界限

以上四个罪有较多相同之处，在主观方面都出于故意，它们的客体都包含了国家对国（边）境的正常管理秩序。其区别主要有以下这些：

（1）在犯罪主体方面。办理偷越国（边）境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪的犯罪主体是特殊主体，是国家机关工作人员，其中，办理偷越国（边）境人员出入境证件罪的犯罪主体是国家出入境管理机构中负责办理护照、签证等出入境证件的工作人员，放行偷越国（边）境人员罪的犯罪主体是边防、海关中负责出入境审查工作的国家机关工作人员；组织他人偷越国（边）境罪和运送他人偷越国境罪的犯罪主体均为一般主体，只要达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人就可以构成这两罪。

（2）在主观罪过方面。办理偷越国（边）境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪既可以直接故意构成，也可以由间接故意构成。而组织他人偷越国（边）境罪和运送他人偷越国境罪的主观方面只能是直接故意。

（3）在客观方面。办理偷越国（边）境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪的客观方面表现为，明知对方是企图偷越国境的人而为其非法办理出入境证件或者将其放行的行为；而组织他人偷越国（边）境罪和运送他人偷越国（边）境罪的客观方面表现为，通过动员、拉拢、串连等方法，有组织、有计划地安排他人偷越国（边）境，或者用交通工具、步行等方式，护送、带领、运送他人偷越国（边）境的行为。

（4）在客体方面。办理偷越国（边）境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪侵犯的客体是复杂客体，除国家对国（边）境的正常管理秩序外，还包括国家对出入境证件管理机关和边防海关管理机关的正常活动。而组织他人偷越国（边）境罪和运送他人偷越国（边）境罪的直接客体仅是国家对国（边）境的正常管理活动。

在理论上讲，以上四个罪的区别比较清楚，但问题是，当出入境管理机构中负责办理护照、签证等出入境证件的工作人员和边防、海关中负责出入境审查工作的国家机关工作人员与组织、运送偷越国境的犯罪分子相勾结，实施办理护照、签证等出入境证件以及放行偷越人员行为时，如何定罪？笔者认为，应当按照他们各自实施的行为分别定性，理由同上。

（三）办理偷越国境人员出入境证件罪、放行偷越国（边）境人员罪与玩忽职守罪、滥用职权罪的界限

办理偷越国境人员出入境证件罪、放行偷越国（边）境人员罪与玩忽职守罪、滥用职权罪，这四个罪都属于渎职罪，其中，前两个罪属于一般的渎职罪，后两个罪属于特殊的渎职罪。其具体区别是：

（1）在犯罪主体上，办理偷越国境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪的犯罪主体都是特殊的，或者说，特定的国家机关工作人员，即负责办理护照、签证等出入境证件的国家机关工作人员以及边防、海关中负责出入境审查工作的国家机关工作人员；而玩忽职守罪和滥用职权罪的犯罪主体在范围上包括一切国家机关工作人员在内，但在现实生活中，主要是那些担负领导职务的国家机关工作人员。在理论上讲，玩忽职守罪和滥用职权罪的犯罪主体在范围上比办理偷越国境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪的犯罪主体要广。

（2）在主观罪过上，办理偷越国境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪既可以直接故意构成，也可以由间接故意构成，过失不能构成以上两罪；而玩忽职守罪只能由过失构成，滥用职权罪既可以直接故意构成，也可以由过失构成。

（3）在客观方面，办理偷越国境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪表现为，为企图偷越国境的人员非法办理出入境证件或者将其放行的行为；而玩忽职守罪和滥用职权罪则表现为，不履行或者不正确履行职责，或者滥用职权、超越职权，致使公私财产和国家与公民利益遭受重大损失的行为。

（4）在客体方面，办理偷越国境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪侵犯的直接客体是复杂客体，除国家对国（边）境的正常管理秩序外，还包括国家对出入境证件管理机关和边防海关管理机关的正常活动；而玩忽职守罪和滥用职权罪是直接客体是国家机关的正常管理活动。

在司法实践中，存在这样一种情况，行为人明知对方可能是企图偷越国境的人员，但是，却马马虎虎，不尽职责，没有认真审查核实，就为对方办理了出入境证件或者放其通过关卡、海关等出入境口岸，这种情况下，如何处理？笔者认为，一方面，行为人构成了滥用职权罪，另一方面，行为人又构成了办理偷越国境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员罪，两者之间构成了法条竞合，根据特别法优于普通法的原则，对上述国家机关工作人员应按照办理偷越国境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境人员

罪定罪处理。

六、办理偷越国（边）境人员出入境证件罪的数罪问题

负责办理出入境证件的国家机关工作人员以及边防、海关等出入境检查机关的工作人员往往出于贪财、徇私等动机，才实施了上述犯罪行为，因此，在实践中，行为人在实施办理偷越国（边）境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境罪中，其犯罪原因或者目的行为往往可能又触犯其他罪名。比如，行为人因受贿而为企图偷越国境的人，办理出入境证件或放行其偷越国境，这种情况下，行为人在构成办理偷越国境人员出入境证件罪、放行偷越国境罪的同时，又构成了受贿罪。这种情况属于刑法中的牵连犯，应按照“从一重罪处断”的原则处理。当办理偷越国（边）境人员出入境证件罪和放行偷越国（边）境罪与所牵连的犯罪行为的法定刑相同时，应按照其目的行为所触犯的罪名定罪量刑。

七、办理出入境证件罪与放行偷越国境罪中的罪与非罪界限问题

办理偷越国（边）境人员出入境证件罪与放行偷越国境罪在主观方面是故意，行为人明知对方是或者可能企图偷越国（边）境的人员的情况下，予以办理出入境证件或将其放行的，才构成本罪。因此，如果行为人不是明知，而是由于工作不负责任，审查不严格，或者由于业务不熟悉，被企图偷渡者所蒙骗，没有识破企图偷渡者的意图，进而为其办理了有关手续或者将其放行，不构成上述犯罪。但是，不按本罪处理，并不意味着就不会构成犯罪，对于其中严重不负责任，草率行事，造成严重后果的，应当按照玩忽职守罪论处，对于未造成严重后果的，可由所在单位或部门视情节的程度给予相应的行政处分。总结起来说，办理偷越国（边）境人员出入境证件罪与放行偷越国境人员罪在罪与非罪的界限上，主要应从以下两方面来考虑：（1）主观方面。就是看是否存在犯罪的故意，如果连间接故意都没有，则不能构成上述两罪。（2）客观方面。看情节是否严重，如果情节不严重，可以不以犯罪处理。例如，被告人肖某，男，30岁，某市公安局出入境管理科工作人员。检察机关以便利偷越国境出入境证件罪对肖某提起公诉。一审法院经公开审理查明：被告人肖某自1995年1月至1995年4月，在负责办理出入境人员护照的工作中，利用职权，先后为刑满释放并企图偷越出境的吴某等人违法办理了因私出国护照3本，并收取贿赂1500余元。吴某等3人拿到护照后，于1995年7月在某港口城市登上一远洋货轮，企图偷越出境，被抓获。被告人肖某因此案发。[3]

由于上述案件发生在1995年，因此，适用的法律是1994年3月5日生效的《全国人民代表大会常务委员会关于严惩组织、运送偷越国（边）境犯罪的补充规定》，定的是便利偷越国境罪。如果肖某的行为发生在1997年刑法修订之后，根据新刑法典第415条的规定，其行为则应以办理偷越国境人员证件罪定性。本案中被告人身为负责办理护照、签证以及其他出入境证件的国家工作人员违反有关规定，明知吴某等人为刑满释放并企图偷越出境的人员却利用职权违法为其办理因私出国护照3本，并收取贿赂，情节严重。因此，无论从主观方面，还是从客观方面看，都没有理由不以犯罪论处。

[1] 见郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难问题解》，中国检察出版社，2000年1月版，第464页。

[2] 参见王作富教授著：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年7月版，第553页。

[3] 此案转引自林随安、储玉梅著：《行政渎职违法犯罪的认定和处理》，中国方正出版社，2001年9月版，第370页。

（作者系中共中央党校副教授、法学博士）

更新日期：2006-9-7

阅读次数：372

上篇文章：论洗钱罪的几个问题

下篇文章：单位累犯的否定性思考

打印 | 关闭

