

浅议刑法中滥用职权罪的客观方面

蒋小燕

(湖北教育学院, 湖北武汉, 430060)

摘要: 滥用职权罪的实行行为是滥用职权。“职权”包括“现实实施的职权行为”和“法律规定的职权范围”两个方面。滥用职权罪的“职权”应当是“现实的职权行为”。“滥用”是客观方面的问题, 公务员采用了不正当的方法行使职权, 即可构成“滥用”, 滥用职权包括了作为与不作为两种形式。滥用职权罪的结果也并非要以“重大损失”为要件。

关键词: 滥用职权罪; 职权; 滥用; 危害结果

中图分类号: DF639

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2003)06-0751-05

刑法上的滥用职权罪是指国家机关工作人员滥用职权, 致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。在实践中通常表现为擅自处理、决定其无权处理、决定的事项, 或是自以为是, 随心所欲处理, 致使公共财产和人民利益遭受重大损失的行为。如将无权处理、挪用的财物, 违反国家有关规定, 超越权限, 擅自借、贷给他方或为他方提供担保而造成重大经济损失; 在经济活动交往中与明知是无资金、无货源的单位进行购销或借贷活动给国家财产和人民利益造成重大经济损失; 对所购货物明知有缺短或质量问题而擅自决定不采取补救措施而造成重大损失等等。可见, 滥用职权罪的实行行为是滥用职权。而“所谓滥用职权, 是指不法地行使职务上的权限, 也就是为了不正当的目的, 或者采用非法的方法, 进行违反职务权限的事项, 包括不作为在内。”^[1](801)]一般包括两种情况: 一种是拥有某种权限的国家机关工作人员不法行使这项权限而导致损害发生; 另一种是拥有某种职权的国家机关工作人员超越其权限范围而实施的侵害行为。司法实践中, 对本罪的客观方面可以从以下两个方面进行分析: 一看行为人的职责权限是否是滥用; 二看行为人的行为是否造成了重大损失。基于这一理解, 有几个问题, 如怎样理解“职权行为”和“滥用”, 滥用职权能否由不作为构成等等, 是值得研究的。

一、 如何理解“职权行为”

公务员的职权行为是一个相对的概念, 在一定

范围内其行为是职权行为, 而超出该范围则可能不是职权行为。如, 工商行政管理干部粗暴执法, 查禁未办理营业执照的个体工商户时, 焚烧个体工商户的商品, 并处以超出标准的罚款, 此为职权行为, 或者说是滥用职权的行为; 而如果工商行政管理干部私自参与公安干警抓赌, 并殴打他人致伤, 此为一般的伤害行为, 而不是职权行为。理论上, 如何认定职权行为有几种观点:

第一种观点认为: 无论是否超越职权均属于“职权行为”, 如“滥用职权的行为主要表现为以下几种情况: 一是超越职权, 擅自决定或处理没有具体决定、处理权限的事项; 二是玩弄职权, 随心所欲地对事项作出决定或者处理; 三是故意不履行应当履行的职责, 或者说任意放弃职责; 四是以权谋私、假公济私, 不正确地履行职责。”^[2](933)]也有学者认为: “滥用职权的行为, 一是表现为不正确行使职权; 二是表现为超越职权。”^[3](75)]按照这种观点, 公务员只要不正当地实施了职权行为, 侵害了公共财产、国家和个人法益, 无论是否在其职权范围内, 均可以构成滥用职权罪。

第二种观点认为: 应当区别“利用职权”和“利用地位”的关系, 前者可以构成滥用职权, 而后者不能构成滥用职权行为。如“单纯的离开职务而利用其地位, 威胁别人强令把钱交出来, 就不属于滥用职权”。而“一般的权限能成为滥用职权的基础, 其意义与内容不够明确, 其构成要素一般可分为事物的权限和场所的权限。事物的权限是指公务员职务事

项的意思,其基础由法律确定。场所的权限也有依法律而受到限制的规定。但在与滥用职权的关系上,没有执行职务的意义,因为其滥用是成问题的,所以,从场所的权限出发的限制,原则上是没有意义的。因此,一般权限的有无,应根据事物权限的有无而为决定。”^{[41](535)}俄罗斯新刑法典关于滥用职权责任的规范也排除了公职人员利用所担任职务的威望和职务上的联系的刑事责任^{[51](970)}。按照这种观点,“单纯地离开职务而利用其地位,威胁别人强令别人把钱款交出来,就不属于滥用职权。”^{[41](534)}这种观点的缺陷是比较明显的,如何区分“利用职务”和“利用地位”是非常难以把握的问题,因为对一个公职人员来说,其利用职务实施侵害行为与利用地位实施侵害行为实质上并没有很大的区别。

第三种观点认为,出于保护个人法益的考虑,“职权”的概念应予扩大。日本实务部门有观点认为:“一般的职务权限,不一定要有法律上的强制力,职权滥用的场合,如果使职权行使的对方行使了不应当履行的事实上的义务,或者妨害了其应销售的权利,应理解为都被包含在足够的权限内。”最高裁判所栗本检察官说:“从‘公务员权力发动的根据的职权’到抑制‘公务员不当行为的要件的职权’这一观点的转换,职权的意义就得以扩张。”^{[61](560)}这种观点是二战之后出现的观点,实际上在较早就受到日本本国学者的批评:“因此,反过来说,不属于公务员一般权限的事项,也违法滥用职权。例如,执行官吏逮捕不履行债务的人;国立和公立学校的职员将迟缴学费的人监禁起来;或者检察官受友人的请托,令友人的债务人前去并劝告他履行债务等,都不能说是滥用职权。警察官审讯嫌疑犯时说‘把偷的钱拿出来!’这样强制地把钱夺下来,就成了滥用职权。如果说职权的‘滥用’具有意义的话,那么是否滥用的评价就成了问题,有的见解认为:构成前提的职权,即事物的权限的范围本身也具有可伸缩性。但既然所谓滥用是指‘职权’的滥用,那么,把构成其前提的职权,即一般权限的范围作不适当的扩大,就会使本来滥用职权罪定型的构成要件变得不明确,并分不清利用地位的不法行为与滥用职权的界限。”^{[41](534-535)}在这一点上,日本学者前田雅英的观点更明确:“这种观点是对职权滥用罪中保护个人法益的重视,如果强调保护国家法益(即公务行使的公正、正当、国民信赖感的保护),则不应扩大职权的范围。”^{[61](561)}所以,“职权”概念扩大说也是有缺陷的。

第四种观点是从越权的角度进行的论述,德国

学者韦塞尔斯认为:“如果行为人未经授权行使国内公开的机关权力,那么第一个选择要件(即:非法从事公务)就构成了。它具有两方面的前提条件:其一行为人必须佯称是公开权力的持有者,事实上他并没有该项权力;其二他必须基于假装而从事一项只有享有公开权力的官员才允许从事的行为。当然,该行为是否符合越权的职务或限于其他职务的状况,是没有意义的。”^{[71](121)}按照这种观点,不管行为人是否有职权或者其职权是什么,只要其“佯称是公开权力的持有者”,就可以构成越权罪。当然,德国刑法的越权罪是为了保护社会公共秩序而设立的,所以并不局限于公务员越权。这种观点在中国的刑法文化语境下,也是不可取的。

笔者认为,“职权”应当分为:“现实实施的职权行为”和“法律规定的职权范围”两个方面。后者是职权行为的模式,公务员必须在法律规定的范围内行使权力、履行职责;而前者却是现实的权力,即公务员实际代表国家所从事监督、管理、协调、处理等活动,这种活动应当与法律法规的要求是一致的,这时才是合法的职权行为,而与法律规定不一致时则是违法的职权行为。无论如何,只要公务员代表国家从事了上述活动,都是职权行为,即使其违反法律或超越了法律规定的范围,都应当由国家承担对外的赔偿责任。滥用职权罪的“职权”不可能是法定的职权,如果公务员在法定的职权范围内以法定的方式行使职权,是不可能构成滥用职权罪的。滥用职权罪的“职权”应当是“现实的职权行为”,因为“现实职权行为”有较大的灵活性和自由裁量权,行为人具有滥用职权的余地;而从刑法规制滥用职权罪来看,其旨正在于控制这种现实的职权行为,保护国家权力的正当性和权威性。所以,无论公务员是否在职权范围内活动,只要其行为是代表国家行使管理、执行、监督等权力,都符合滥用职权罪规定的“职权”所规制。这一点,奥地利刑法典第302条规定得比较明确:“公务员意图损害他人之权利,以联邦、邦、乡镇团体、乡镇或其他公法人机关之名义,于执行其法定公务行为时,有意滥用其职权者,”构成滥用职权罪。至于日本学者所提出的“公务员利用地位实施的侵害行为”,如果其是代表国家实施的管理、监督等活动,也应当受滥用职权罪所规制。

二、如何理解“滥用”

“滥用”是一个规范性要件,需要法官根据一定标准进行评价。一种观点认为“滥用”是一种“不正

当的目的和不法的方法”，如：“滥用职权，是指不法行使职务上的权限的行为，即就形式上属于国家机关工作人员一般职务权限的事项，以不正当目的或者不法方法，实施违反职务行为宗旨的活动。首先，滥用职权应是滥用国家机关工作人员的一般职务权限，如果行为人实施的行为与其一般的职务权限没有任何关系，则不属于滥用职权。其次，行为人或者是以不当目的实施职务行为或者是以不法方法实施职务行为；在出于不当目的实施职务行为的情况下，即使从行为的方法上看没有超越职权，也属于滥用职权。最后，滥用职权的行为违反了职务行为的宗旨，或者说与其职务行为的宗旨相悖。”^[21](933~934)]日本学者大冢仁认为：“滥用职权是指不法地行使了职务上的权限，即形式上属于一般的职务权限的事项，因为不当的目的或办法的方法，行使与其职务本旨相反的行为，包含不作为。‘使他人履行不应履行的义务’或在履行法律上没有规定的义务的行为的场合，自不待言；在有义务的场合使他人履行变更了义务的内容，如提前义务的履行期等等也属于此种行为。‘侵害他人的权利’是指妨害了行使法定的权利，还包含公务员在所被许可的权限内，由于恣意地拒绝而妨害了权利的发生。”^[81(669)]其他学者一般也认为：“所谓‘滥用职权’，是指公务员不法行使属于其一般权限内的事项。换句话说，在形式上和外形上假借执行职务之名，而在目的、方法等方面实际上干了违法勾当的意思。”^[41(534~535)]

笔者对此有不同看法。就我国刑法规定而言，国家机关工作人员徇私舞弊、滥用职权，固然是出于不正当目的和使用违法的方法，这一点笔者也表示赞同。但是，一般的滥用职权罪，其强调的是“滥用”，这实际上只是对行使职权的方法限定，而不是目的限定；而且本罪的主观要件是故意，即要求行为人主观方面具有认识并希望或放任结果的发生即可，而不要求行为人有特定的目的。滥用职权罪不是目的犯，所以亦不应要求行为人有不正当的目的。德国刑法理论上对“越权”的认定，也是从方法上加以认定的，而未考虑行为人的目的。如韦塞尔斯认为：“这两种越权的行为表现是以‘无授权’的违法行为为前提。所谓‘无授权’是指行为人没有通过其职务地位或者其它方面的授权而取得从事该职权行为的资格。”^[71(122)]“无授权”实际上是认定行为方法上违法的标准。我国学者也认为：“滥用职权罪在客观方面是指超越职权的范围或者违背法律授权的宗旨，违反职权行使程序而行使职权，通常表现为擅自

处理、决定其无权处理、决定的事项，或者自以为是，蛮横无理，随心所欲的作出处理决定。”^[101(137)]所以，笔者认为，“滥用”是客观方面的问题，公务员采用了不正当的方法行使职权，即可构成“滥用”；至于是否要求有“不正当”的目的，则是主观方面评价的问题，不宜作为评价“滥用”行为的标准。事实上，日本的司法判例中认为：“滥用职权行为是相对人能够认识到其在行使职权，其行为具备行使职权的外观，以此为限来认定是否滥用职权行为。”^[61(561)]将滥用职权解释为一种外观的、可被观察和认识的行为，是基于职权相对人事中行为所作出的判断，而不是事后的判断。瑞士刑法典干脆将行为目的另行规定，以使其区别于“滥用”，如第312条规定：“官署职员或公务员，为自己或他人图谋不法利益或为造成他人之利益不能得到，而滥用其职权者，”构成滥用职权罪。

三、“滥用职权”能否由不作为构成

我国学者一般认为，滥用职权行为是指“一是行为人非法行使职权。二是行为人任意扩大自己的职务权限，超越职权地实施某种危害社会的行为。”^[101(1162)]其中，“不正确行使职权，是指行为违反规定处理公务，或者利用手中的权力随心所欲，滥施淫威，胡作非为，违法处理公务。”而“超越职权，是指行为人违法决定、处理其无权决定、处理的事项，也即行为人手中本没有此项权力，却超越其职权范围，擅自行使此项权力，违法地作出处理决定。”^[31(75~76)]。虽然我国通说没有否定滥用职权罪的不作为形式，但是从论述的情况看，其并没有赋予滥用职权中不作为的形式以应有的地位。

滥用职权不仅有不作为的形式，而且不作为是其一种比较特殊的形式，是区别于“超越职权”和“不正当行使权力”的另一种表现形式，即“不履行职责”。首先，这是由权力的性质决定的，公权与私权不同，其既有权力的一面，也有职责的一面，其不得放弃、转让，权力必须行使，不行使就是失职，那么滥用职权的“不作为”（即“不履行职责”）实际上就是失职的一种表现；其次，“不履行职责”与“超越职权”及“不正当行使权力”都是不同的，“超越职权”与“不正当行使权力”都是行使权力的表现，而“失职”则是不行使权力的表现，他们的性质和特点是互相排斥的，不存在包容关系，所以“超越职权”和“不正当行使权力”都不可能概括“不履行职责”的行为；最后，“不履

行职责”可以构成滥用职权罪。“不履行职责”有两种表现,其一为过失的“不履行职责”,其二为故意的“不履行职责”,过失的“不履行职责”可构成玩忽职守罪,而故意的“不履行职责”则可以构成滥用职权罪,如我国刑法规定的“放纵走私罪”、“不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪”等一些特殊的滥用职权罪都是由“不履行职责”的行为构成的。

四、是否要求必须造成“重大损失”

我国刑法中,滥用职权罪的成立必须具有一定的危害结果,即滥用职权“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”方可构成滥用职权罪。对于什么是“重大损失”,我国的司法解释作了明确规定,如1999年8月6日发布的《最高人民法院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》第2条第1款规定:“涉嫌下列情形之一的,应予立案: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。”对于符合上述立案标准的“重大损失”,司法机关才可以对滥用职权行为进行定罪。

反思我国刑法典所规定的滥用职权罪的危害结果,笔者认为其立法的科学性值得怀疑。主要问题在于:1、存在法条竞合的悖论。如滥用职权致人死亡的,因为滥用职权罪是故意犯罪,行为人对危害结果是“明知会发生”的一种心理状态,如管教干部故意不给被关押的心脏病患者吃药而导致其病发死亡的,那么行为人的行为是“滥用职权罪”和“间接故意杀人罪”的竞合,根据从一重处断的原则,应当判处“故意杀人罪”。同样的情况下,只要行为人滥用职权的行为造成上述司法解释中规定的“重大损失”的危害结果,均有相应的重罪与滥用职权罪竞合;反之,如果滥用职权未造成“重大损失”,而给他人造成其他权利的侵害或为自己谋取不法利益,则不能按照滥用职权罪进行定罪量刑。所以,从这个意义上看,滥用职权罪的设置完全是多余的。2、出现双重的定罪标准。我国刑法典中,一般的滥用职权罪与特殊的滥用职权罪的衡量标准有区别,一般滥用职权罪以“重大损失”作为构成要件,而特殊的滥用职

权罪则以“情节严重”作为构成要件。一般认为,“情节严重”可以包容“重大损失”,既然如此,那么如果是一般的滥用职权行为,未及“重大损失”的危害结果,而确实存在“情节严重”的情况,“是否定罪”及“如何定罪”都是现实的问题。而且,滥用职权罪的刑罚等级是分别以“重大损失”和“情节特别严重”为标准划定的,如果滥用职权虽“情节严重”但未及“重大损失”的行为,严格按照罪刑法定原则不认为其犯罪,那么中言之,滥用职权虽未及“重大损失”但“情节特别严重”的行为是否定罪?由此可见,滥用职权罪的定罪标准是双重的,不仅存在操作上的困难,而且理论上也是难以自圆其说的。

日本刑法理论上认为,滥用职权罪也是结果犯,以危害结果作为犯罪的构成要件。公务员滥用职权罪的成立,除了有滥用职权的行为,还必须有“使他人做无义务做的事项或妨害他人行使应行使的权利”的行为结果。我国学者对日本这一规定的理解为,“本罪的既遂,是指作为公务员滥用职权的结果,在实际上造成使他人进行没有义务的事项,或已经妨害了他人权利的行使,而且其行为与结果之间具有必要的因果关系。”^[1](534~536)]这里所说的“使他人做无义务做的事项”,日本学者认为:“既然是作为行使职权的效力而让他人实施一定的作为或不作为,那么,这种行使职权就是强制了国家的特定意思,换句话说,应当理解为不一定在法律上产生应实施一定作为或不作为的义务。例如,侦查机关滥用其职权,随便要求没有犯罪嫌疑的人作为嫌疑人到案受审;或侦查中随意要求无关的人作为参考人到案受讯;或滥用职权使他人履行没有义务的事等都构成公务员滥用职权罪。”所谓“妨害应行使的权利”是指“妨害行使正当的权利,不需要用暴力行为、胁迫的手段,凭着滥用职权使被害人在法律上或事实上情愿接受后果,只要是无可奈何的就可以。把暴力行为、胁迫和滥用职权同时并用时,应该看成是和强迫罪的观念竞合。”^[4](534~535)]日本刑法理论中,公务员滥用职权罪的危害结果并不一定就是“重大损失”,他们认为只要具备法定的“使他人做无义务做的事项或妨害他人行使应行使的权利”的行为结果就可以构成滥用职权罪。此种观点值得我国刑法借鉴。

参考文献:

- [1] 甘雨沛,何鹏.外国刑法学(下)[M].北京:北京大学出版社,1985.

- [2] 张明楷. 刑法学(下)[M]. 北京: 法律出版社, 1997. 1989.
- [3] 敬大力. 渎职罪[M]. 北京: 中国公安大学出版社, 1999. [7] vgl Johannes Wessels. Strafrecht [M]. B T/ 1, Aufl, 1997.
- [4] (日) 木村龟二. 刑法学词典[M]. 上海: 上海翻译出版公司, 1991. [8] (日) 大冢仁. 刑法各论[M]. 东京: 青林书院, 1968.
- [5] (俄) 斯库拉托夫、列别捷夫. 俄罗斯联邦刑法典释义[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000. [9] 王季君. 贪污贿赂罪、渎职罪[M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [6] (日) 前田雅英. 刑法各论讲义[M]. 东京: 东京大学出版会, 1997. [10] 高铭暄, 马克昌. 刑法学(下)[M]. 北京: 中国法制出版社, 1997.

Thoughts on the objective aspect of abusing one's powers in criminal law

JIANG Xiao-yan

(Hubei College of Education, Wuhan 430060, China)

Abstract: The practicing act of the crimes of abusing one's power is abusing one's function. The powers include the powers implemented and the limits of one's powers which are stipulated by laws. The power in the crime is the former. Abusing is concerned with the objective aspects of the crime. It can be constituted through improper exercising by civil servant. The act of the crime includes conduct and indeed. The result of great loss is not necessary in the crime.

Key words: the crimes of abusing one's power; powers; abusing; harm result