

论滥用职权罪中“重大损失”的体系地位

林贵文

(西南政法大学法学院, 重庆, 401120)

摘要:“重大损失”是滥用职权罪的危害结果, 应属于主观认识内容。认为其属于罪量要素、限制处罚范围的事由、客观处罚条件或者客观的超过要素都是不当的。我国对该罪设置了7年以下有期徒刑的法定刑, 是基于该罪的客观行为样态等考虑, 符合我国刑法的基本理论。

关键词: 滥用职权罪; 罪过形式; 危害结果; 法定刑; 行为样态

中图分类号: D914

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2012)04-0104-08

滥用职权罪和玩忽职守罪都规定于我国刑法第397条之中。由于二罪法定刑相同, 且行为模式亦非泾渭分明, 如何界分二罪? 论争聚焦于二罪的主观罪过。有关二罪的主观罪过模式, 理论界意见纷纷、莫衷一是, 实践中也是存有不少分歧。^[1, 2] 纠其根源在于对滥用职权罪中“致使公共财产、国家和人民的利益遭受重大损失”的法律地位的认识存有争议。

一、滥用职权罪中“重大损失”体系地位的理论争讼

认定滥用职权罪主观罪过的标准, 有行为标准说和结果标准说之争。行为标准说认为罪过是对危害行为(客观的行为动静)的心理态度。结果标准说认为罪过是行为人对自己危害社会的客观行为产生的危害结果的心理态度。^[3] 由于其立论不同, 因此, 对于“重大损失”的体系地位也各执己见。

(一) 行为标准说

行为标准说认为滥用职权罪主观上具有犯罪的故意, 即明知是逾越其职权的行为而为之或明知是依照职务应当履行的义务而不为之。^[4] 因此, 论者认为“重大损失”并非本罪的犯罪结果, 而是独立的“罪量要素”, 表明行为对法益侵害程度, 其不属于罪体, 故不属于行为人主观认识的范畴, 因此, 应当根据对于行为的故意或者过失来确定其罪过形式。由此论者得出本罪的主观特征是故意的结论。^[5]

(二) 结果标准说

结果标准说以行为人对于危害结果的主观心态为

标准。但是这一认定标准中的“危害结果”在滥用职权罪中, 究竟是指“重大损失”? 抑或另有他者? 不同的解释结论对于本罪主观罪过的认定将产生不同的结果, 观点大略如下。

第一, 危害结果说。该说认为“重大损失”属于本罪的危害结果。根据对本罪罪刑结构的不同理解, 存在不同的观点。过失说论者认为, 如果行为人滥用职权并对“重大损害”的发生持希望或者放任的态度, 则其社会危害性相当于杀人、伤害、重大侵财等严重犯罪, 其法定最高刑为7年有期徒刑难以做到罪刑均衡。^[6] 故意说认为“重大损失”是本罪的危害结果, 属于行为人认识的范畴, 因此, 本罪的罪过形式应当以行为人对于“重大损失”的心理态度为标准进行认定。即, 行为人对于“重大损失”这一危害结果是明知的, 对其发生至少是持放任的态度。^[7]

第二, 限制处罚范围事由说。该说认为, 本罪的犯罪客体是国家机关的正常活动和公众对国家机关工作人员职务活动客观公正性的信赖。与此相应的危害结果是本罪造成的对上述客体的侵害事实, 只是这一事实是非物质性的危害结果, 行为人对这一非物质性危害结果所具有的认识和意志是罪过的认定标准。因此, 本罪主观故意的内容就是行为人明知自己滥用职权的行为会破坏国家机关的正常活动和公众对国家机关工作人员职务活动客观公正性的信赖的结果, 而希望或者放任这一结果的发生。至于物质性危害结果的“重大损失”则是行为达到可罚性的规定, 并不要求行为人有所认识。^[8]

第三, 客观处罚条件说。该说认为“重大损失”

收稿日期: 2012-04-16; 修回日期: 2012-05-22

基金项目: 西南政法大学重点研究项目《我国犯罪论体系问题研究》(2010-XZZD04)

作者简介: 林贵文(1976-), 男, 福建漳浦人, 西南政法大学2011级刑法专业博士研究生, 福建江夏学院法学系讲师, 主要研究方向: 刑法学。

属客观处罚条件，不具备该处罚条件时，仍然成立犯罪，但是不应受到刑罚处罚。其主观罪过的内容和“限制处罚范围事由说”的认定并无二致。^{[9](593)}

第四，客观的超过要素说。该说认为滥用职权罪存在“限制处罚范围事由说”认为的物质性危害结果和非物质性危害结果。但是行为人只要对非物质性危害结果具有认识即可，物质性危害结果属于客观的超过要素，不需要行为人对其有现实的认识和意志，只要具有认识的可能性即可。其主观罪过的内容和“限制处罚范围事由说”的界定是一样的。^{[10](481)}

二、对上述观点的理性审思

(一) 对行为标准说“罪量要素”的质疑

行为标准说通过将“重大损失”纳入所谓的“罪量要素”的范畴，将其排除出认识范围，以行为人对客观行为本身的态度认定行为人的主观故意，显然存在下列问题。

第一，违背刑法对罪过的立法规定。主观罪过是犯罪人在犯罪过程中表现出来的蔑视社会的思想意识，是规范对心理事实评价的结果，因此，其确定标准不是任意的，而应以法律之规定为据。据我国刑法第14条和第15条对故意犯罪和过失犯罪之规定，行为人“明知”“预见”的对象以及“希望”“放任”和“轻信能够避免”者均为“危害社会的结果”，按照文理解释的方法，不难看出我国的刑法规定是持结果标准说的。

第二，存在体系的悖论。行为标准说一方面认为重大损失是滥用职权罪的构成要件，但又认为重大损失非该罪的“危害结果”，这显然违背刑法基本理论。因为没有造成重大损失的滥用职权行为不构成犯罪，重大损失是本罪的客观内容，当属于“危害结果”的范畴。

(二) 对危害结果说中过失说的质疑

危害结果说是目前的理论通说，认为应当以行为人对“重大损失”的主观态度认定本罪的罪过。但是，其中的过失说显属不当。

1. 法定刑与罪过不是决定与被决定的关系

故意和过失的责任程度是前重后轻，相应的其法定刑也应如此。因此，过失论者以法定刑配置逆推本罪的主观罪过，认为，如果行为人对于重大损失的主观特征是故意，那么，其何以与属过失犯罪的玩忽职守罪规定在同一个法条中，且配置相同的法定刑？^[6]但是，这种通过法定刑的配置逆推主观特征的做法，

其前提是刑法对法定刑的配置完全合理，^[11]且过失犯罪和故意犯罪存在完全不同的法定刑幅度。然而这种前提并不可靠。尽管法定刑对于罪过的认定有一定的帮助，但是，其并非确定罪过的决定性因素。在我国刑法中，也不乏故意犯罪和过失犯罪规定于同一法条，设置相同法定刑的情形。例如国有公司、企业人员失职罪和国有公司、企业人员滥用职权罪，国有事业单位人员失职罪和国有事业单位人员滥用职权罪，故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪，故意泄露军事秘密罪和过失泄露军事秘密罪，擅离军事职守罪和玩忽军事职守罪，以及执行判决、裁定失职罪和执行判决裁定滥用职权罪等。换言之，以法定刑较低且二者规定于同一个法条为由认定滥用职权罪是过失犯罪，不符合我国的立法现实。即使法定刑配置存在问题，也属立法的问题，法律解释不能超越立法的权限。

至于认为行为人如果对“重大损失”是明知且希望或者放任该损失结果的发生，其社会危害性和人身危险性并不亚于杀人、伤害、重大侵财等严重犯罪，其法定刑配置却只有7年有期徒刑，难以实现罪刑均衡。^[6]这实属对滥用职权罪行为构造的误解，对主观特征在罪刑配置上的过高倚重。

2. 导致体系的不协调

一是难以协调渎职罪章中普通条款和特别条款的关系。通说认为，刑法第397条是渎职罪章其他渎职犯罪的普通条款，其他条款是该条规定的“本法另有规定”的情形，属特别条款，二者是普通法与特别法的法条竞合关系。根据法条竞合理论，法条竞合是指一个行为同时符合数个法条规定的犯罪构成，但从法条之间的逻辑关系上看，只适用其中一个法条而排除其他法条适用的情形。其一般表现为以下几种情形：犯罪主体、行为对象、犯罪目的、犯罪结果、犯罪手段的竞合，以及同时因为结果和手段形成的竞合。^{[12](423)}至于主观故意或者过失，是择一的关系，非包容或者交叉的关系。故普通法条和特别法条的主观内容应当一致。而刑法第398~419条规定的特殊的渎职罪，包括故意犯罪和过失犯罪，如果认为滥用职权罪是过失犯罪，显然不当。

二是难以实现397条第1款和第2款之间的协调。根据字面解释，“徇私舞弊”一般是指行为人为徇私情或者私利而滥用职权，应当是故意的，这一点从其他条文间的体系关系也可以获得印证。例如，第412条第1款规定商检徇私舞弊罪，第2款规定商检失职罪；第413条第1款规定动植物检疫徇私舞弊罪，第2款规定动植物检疫失职罪。显然，从体系解释的角度考虑，立法者不可能在同一条款中针对相同或者类似的

行为同时规定两个过失犯罪。因此,应当认定前者为故意犯罪。即徇私舞弊是指行为人出于犯罪故意而实施的犯罪行为。如此一来,如果认为滥用职权罪是过失的犯罪,而徇私舞弊是加重情节,则出现基本犯是过失犯罪,而加重犯是故意犯的不当现象。因此,只有将滥用职权罪解释为故意犯罪才是合理的。

三是将滥用职权罪解释为过失无法协调和其他非渎职罪章的滥用职权犯罪的关系。从本质上讲,滥用职权的范围应当包括国家机关工作人员贪污、受贿的犯罪,司法人员的非法搜查、刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人员、非法剥夺公民宗教信仰自由、侵害少数民族风俗习惯等犯罪。如果将本罪解释为过失,则难以实现罪名之间的协调,反之,解释为故意显然符合体系解释的需要。

3. 不符合立法目的

滥用职权罪是从1979年刑法第187条规定的玩忽职守罪拆分增订的。因为玩忽职守罪系过失犯罪,然而改革开放后,出现大量滥用职权造成公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的严重危害社会的行为,为此,相关的立法和司法解释将这些原本无法囊括于玩忽职守罪的行为类推按照该罪进行处罚。1997年刑法中的滥用职权罪本来就是为了解决实践中行为人故意滥用职权导致重大危害结果但是处罚于法无据的现象。换言之,滥用职权罪和玩忽职守罪的立法使命本来就是不同的。即使它们的法定刑相同,没有分开设置,也难以抹煞此种差别。

4. 可能导致处罚的漏洞

如果将本罪解释为过失犯罪,那么当行为人出于主观的故意,造成危害结果,而其主客观的危害性较之玩忽职守罪严重时,如果不按照本罪处罚,将如何处理?按过失论之见解,当以杀人、伤害、重大侵财等相应的犯罪处罚,然行为符合某罪客观行为的定型方能认定为犯罪是罪刑法定主义的要求,不能因为行为人主观上的特征而忽略这一基本原则,否则难免主观归罪,也违背罪刑法定主义。因此,对于不符合这些犯罪的客观构成特征的滥用职权行为,强硬的以杀人、伤害、侵财犯罪处罚,恐非妥当。

5. 不符合刑事立法的规定

根据我国刑法第14条、第15条的规定,“故意犯罪,应当负刑事责任”;“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。”可见刑法以处罚故意犯罪为原则,处罚过失犯罪为例外,因此,如果刑法分则(以及“其他有刑罚规定的法律”)条文仅描述客观要件,没有描述主观罪过形式,则表明该罪是故意犯罪。只有当刑法对处罚过失犯罪“有规定”时,才能将该犯罪确定为过

失犯罪。^{[10][122]}一般认为,所谓的“法律有规定”是指法律有文理规定,即根据具体条文的文理,能够合理认为法律规定了过失犯罪的构成要件。例如刑法条文中包含有“严重不负责任”“发生……事故”“玩忽职守”等表明过失内含的字眼,同时法定刑设置较低的,且存在与之对应的故意犯罪的。^{[10][127 以下]}滥用职权罪尽管法定刑较低,但是,从法律条文的表述难以得出其主观特征属于过失的结论,因为所谓的“滥用”即“胡乱使用、过度使用”,并不包含过失的内容。正是基于此,最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》将滥用职权的行为解释为“超越职权,违法决定、处理其无权决定、处理的事项,或者违反规定处理公务,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为”,而对玩忽职守罪的行为则解释为“严重不负责任,不履行或不认真履行职责,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为”。换言之,对于本罪的罪过形式的认定,应当根据刑法条文的文字表述确定。

而且,如果将其认定为过失犯罪,也不存在相应的故意犯罪。也许有人认为,其对应的故意犯罪是故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪等,但是,滥用职权罪是渎职的犯罪,其保护的主要客体是公务活动的公正性和公众对此的信赖,换言之,设置本罪的目的是促使公务人员依法公正执行职务,故其对应的故意犯罪也不能脱离此核心目的。而且正如前述按照这些犯罪处理也是不当的。

(三) 对限制处罚范围事由说的质疑

限制处罚范围事由说认为滥用职权罪存在非物质性危害结果和物质性危害结果,前者即国家机关正常活动以及公众对国家机关工作人员职务活动客观公正信赖的侵犯事实,即对客体的侵害;后者是公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的事实。进而认为前者是认定故意的标准中的“危害结果”,后者是限制处罚的事由。但是笔者认为,将对客体的侵害认定为本罪的危害社会的结果在以下几个方面值得商榷。

首先,混淆了行为的属性和危害社会的结果。犯罪行为是一种危害社会的行为,在客观上必须具有危害性,这是危害行为的行为性的本质必然。就滥用职权罪而言,对于国家机关正常活动以及公众对国家机关工作人员职务活动客观公正信赖的侵害,这是滥用职权行为的本质要求,否则,行为就不能构成滥用职权罪。但是这还不足以构成滥用职权罪,因为一般滥用职权的行政违法行为也会有此特征。换言之,所谓的非物质性的危害结果实际上是所有滥用职权行为的共同属性的体现。

其次，导致部分过于自信过失的行政犯只能认定为故意犯罪，最终落入行为标准说的窠臼。按照论者的观点，可以推出以物质性危害结果为客观构成要件的行政犯都具有双层的危害社会的结果，因为行政犯首先必然是违反行政法律法规的行为，因此，行为人只要是明知自己的行为是违反行政法律法规的，就可能构成故意的行政犯。以交通肇事罪为例，行为人违反交通运输管理法规可能是明知的，对于侵害了交通运输秩序这一客观事实也具有知和欲，按照论者的观点，则只能认为此类的交通肇事罪是故意犯罪，这显然是不当的。

再次，违背“危害社会的结果”的立法本意。犯罪故意中知和欲所针对的危害社会的结果，是能够体现行为人应当受到的主观非难程度的客观事实，但是，对于客体的侵害并不能实现这一目标，因为任何危害行为一经实施都具有这些特征，以对客体的侵害作为危害结果将丧失危害结果应有的机能。作为本罪认定主观罪过意义上的危害社会的结果，应当是能够体现出和行为人主观恶性相对应的危害社会的结果，而不是一般意义上的结果。非物质性结果是所有滥用职权行为都具有的危害社会的结果，行为人对于这一结果的主观态度不足以反映行为人作为犯罪的主观恶性的基本要求。

又次，导致本罪危害社会的结果变得抽象、难以捉摸。因为社会关系是个抽象的内涵，由此推出的对社会关系的侵害当然也是抽象而模糊的。但是，结果是一种客观存在的事实现象，其已经发生就不以人的意志为改变。这种客观存在的事实现象是我们认识行为的社会危害性的客观根据，是行为是否纳入刑法调整范围的客观基础。其具有独立于行为本身的特征。

最后，存在逻辑上的矛盾。论者认为“重大损失”属于犯罪构成的范畴，行为没有造成这一结果的不构成犯罪，但是对于这一客观的危害结果，为何不要求行为人有所认识，其理论根据恐怕不足，也存在前后矛盾之处。因为，滥用职权罪所规定的这一危害结果是最为重要的，具有区分行为的社会危害性程度的机能，何以竟然不要求行为人有认识？

（四）对客观处罚条件说的质疑

客观处罚条件是大陆法系国家刑法的基本概念，“是指这样一些情况，它们与行为直接相关，但既不属于不法构成要件也不属于责任构成要件。”^{[13](667)}换言之，客观处罚条件是属于不法与罪责之外，引发刑罚权发动的事由，“仅仅取决于客观上存在或者不存在这样的事实”。^{[13](667)}其和故意、过失无涉，也没有错误理论适用的余地。然而根据不同的立场，对于客观

处罚条件的体系地位有不同的看法。

一是刑罚阻却事由说。认为客观处罚条件和人的刑罚阻却事由一样，只具有阻却刑罚的性质，和犯罪的成立无关。其仅仅是出于刑事政策的考量而设置，不涉及对行为以及行为人的规范评价，和故意、过失无关。不具有客观处罚条件，行为也具有违法性和责任，因此可以对其正当防卫，可以成立共犯。^{[14](614)}为此，有学者认为客观处罚条件不属于犯罪论的问题，而是刑罚论的研究课题。^{[15](496)}

二是犯罪成立要件还原说。该说从结果无价值论的立场出发，否认客观处罚条件的存在，认为客观处罚条件并非与犯罪成立无关，相反是决定行为的犯罪性的客观内容。因此，应当将其还原为构成要件的该当性、违法性和责任的要素，即在传统的犯罪成立要件的内部论述客观处罚条件。^{[16](246)}根据构成要件对故意的规制机能，所有的构成要件要素均是认识的对象，因此，客观处罚条件也当然在行为人主观认识的范围内。

三是犯罪成立独立要件说。该说认为客观处罚条件是决定行为犯罪性的条件，应当在犯罪论内部讨论，但是，其又不属于构成要件该当性、违法性和责任的内容，因此，应当确立其在犯罪论体系内独立的体系地位，成为继构成要件符合性、违法性和责任之后第四个犯罪成立要件。^①

笔者认为，客观处罚条件本身存在体系上的难以解决的问题，在我国的犯罪构成体系中也不可能存在客观处罚条件。

1. 客观处罚条件存在自身难以解决的问题

首先，认为客观处罚条件是犯罪论体系之外的刑罚限制事由存在以下问题：一是如果说行为在具备客观处罚条件之前已经达到了当罚的程度，那么为何在客观处罚条件出现后才处罚？^{[17](189)}二是将影响犯罪成立的实体要素仅仅解释为阻却刑罚的事由，其根据何在？为何在客观处罚条件出现之后即可以发动刑罚权？如果是仅仅出于刑事政策的考虑，那么我们如何防止立法者利用客观处罚条件随意扩大刑罚的范围？三是如果客观处罚条件没有出现，则行为人不会成为刑罚的处罚对象，即使起诉，也是无罪。然而按照上述的观点，却将此评价为犯罪，这无疑违背了“所谓的犯罪，是指能被科处刑罚的行为”这一基本界定。因此，将客观处罚条件的存在理由仅仅满足于所谓的刑事政策的理由，无疑是放弃了刑法理论的本来使命。^[18]其次，认为客观处罚条件是犯罪成立的独立要件，实际上仅仅是在体系内寻求逻辑的自洽，并没有本质的不同，也缺乏实际意义。

2. 客观处罚条件作为刑罚扩张事由, 违背责任主义的原则

一般认为, 设置客观处罚条件, 立法者原初是出于需刑罚性或者刑事惩罚经济性的刑事政策的考量, 特别为某些可罚行为设定刑罚限制事由, 以限缩刑罚干预的领域。^{[19](307)}然而由于客观处罚条件不属于不法构成要件或者责任的内容, 只要客观上存在即可, 至于行为人对于该客观之事实是否存在预见或认识, 均在所不问。因此, “运用客观处罚条件这种概念, 特别有助于故意难以证明的难题。”“在‘二战’后对抗经济犯罪的刑事政策趋势之下, 德国立法者对客观处罚条件极感兴趣, 在经济犯罪和违反社会秩序法中, 将某些危害法益事实规定称客观处罚条件, 免去对该等事实证明行为人有故意的困难。”^{[20](85)}至此, 客观处罚条件的设立已经由原来的刑罚限制事由蜕变为刑罚扩张事由。当然, 也有学者对此持不同的观点, 例如耶塞克教授认为客观处罚条件包含真正的客观处罚条件和不纯正的客观处罚条件, 前者是纯粹的刑罚限制事由, 后者是刑罚扩张事由。^{[13](669)}然而同为客观处罚条件, 二者的目的设定和功能旨趣为何大相径庭? 此外是否存在论者所认为的作为刑罚限制事由的客观处罚条件? 对此, 我国台湾学者许玉秀教授认为所有的客观处罚条件都是刑罚扩张事由, 将客观处罚条件说成是刑罚限制事由实际上是一种诡辩。^{[20](105-106)}这种认识显然是符合当今立法设置客观处罚条件的初衷的。所谓客观处罚条件, 实际上都是刑罚扩张事由, 应当纳入构成要件该当性或者违法性的范畴进行评价。正如佐伯千仞教授在对日本刑法中“客观处罚条件”的各种情形进行考察后发现, 它们几乎都是影响行为可罚性的违法要素, 是行为人能够预见或者应当预见的情形。^{[17](190)}而强调构成要件保障机能的贝林格, 在其早期的理论中, 将客观处罚条件排除在构成要件之外, 但是在其晚年的理论中, 却认为这些事实属于可将可罚性行为个别化、类型化的, 能担保罪刑法定原则的“犯罪类型”要素。^[21]

由此可见, 所谓的客观处罚条件都应当纳入行为人的认识范畴, 否则就违背责任主义原则。也许立法者设置客观处罚条件是风险社会基于公共政策的需要, 即“刑法之外的目的设定就赢得了优先地位”。^{[22](695)}具言之, 在风险社会中, 刑法作为风险控制的工具, 应当设法规制难以预料的风险, 降低风险所带来的不安感和恐惧感。因此, 刑法应当变消极的反应为积极的介入。但是, “刑罚在任何情况下都不允许高于行为人的罪责”, “一种超过罪责范围的刑罚是侵犯人的尊严的。”^{[22](49)}即使英美法系的学者也认为,

“任何刑事责任情形都不可能完全不需要犯罪意图。”^{[23](214,217)}总之, 责任原则是现代刑法的一项基本原则, 是犯罪成立和刑罚裁量的基准, 轻易就背离责任主义显然是和现代刑法规定国家刑罚权的界限和强度、防止刑罚权的恣意行使的基本功能相违背的。

3. 在我国刑法中不可能有客观处罚条件存在的余地

首先, 不符合我国刑法关于犯罪概念的规定。根据我国刑法第13条的规定, 应受刑罚惩罚是犯罪的基本特征之一。罪与刑是相依相随的, 刑因罪生, 罪因刑显, 不应当处以刑罚的行为本来就不是犯罪行为。认为是犯罪, 同时认为对其不应当给予刑罚处罚是和我国对犯罪的界定相悖谬的。在我国, 所谓的学者认为的客观处罚条件, 实际上都是行为是否达到可罚性程度的客观要素, 是犯罪行为区别于一般违法行为的关键。

其次, 在我国的犯罪构成体系下没有客观处罚条件存在的余地。我国犯罪构成是认定犯罪的唯一标准, 是行为成立犯罪的主观和客观要件的总和。一个行为成立犯罪, 就意味着行为无论在客观上还是主观上都达到值得科处刑罚的程度, 不可能在犯罪构成之外存在客观处罚条件。

最后, 不符合我国刑事立法的现状。其一, 如果说出于风险社会的考虑, 承认责任主义原则的例外, 也许客观处罚条件会获得一些客观存在的基础, 然而我国的刑法并非风险刑法, 反而是面向传统社会的。适当地调整刑法的触角并不能得出风险刑法的结论, 只能说是因应现代社会犯罪样态变化而做出的对策。所谓风险刑法的积极预防为主并非我国刑法的主导方向, 相反, 报应的理念在立法和司法实践中才是真的占主导地位。其二, 德日等大陆法系刑法中所谓的客观处罚条件均法有明文, 然我国刑法尚未有类似之规定, 如果认为有, 实际上是混淆了“危害结果”和“客观处罚条件”之间的差别。^[24]因此, 从解释论的角度考虑, 认为我国刑法中存在客观处罚条件显然违背罪刑法定这一基本原则。

(五) 对客观的超过要素说的质疑

客观超过要素说贯彻传统的犯罪构成理论, 在体系范围内寻求逻辑的自洽, 但是, 其在如下几个方面不无疑虑。

一是混淆危害结果和犯罪客体的差异。客观的超过要素在坚持结果标准说的同时, 认为客观的超过要素仅仅存在于具有“双层危害结果”的犯罪中。因此, 对于认识对象的“危害结果”的范围做无限的扩充, 使其丧失明确性和可操作性, 最终和前述的“限制处

罚范围事由说”如出一辙。因此，这种所谓的“双层危害结果”理论在维持“客观的超过要素”逻辑自洽的同时却使我国刑法犯罪客体与犯罪结果之间的界限陷入严重的混乱。^{[25](87-91)}

二是存在体系上的不协调。论者一方面坚持客观超过要素是体现行为的违法性程度的要素，属构成要件的事实，但另一方面又认为行为人对此不需要有现实的认识，至于具体理由，论者语焉不详。即使论者认为只能存在于“双层危害结果”的犯罪中，但是否这些犯罪都存在客观超过要素，也没有做完全肯定的回答。^②

三是存在逻辑上的矛盾。论者一方面认为客观超过要素是不属于行为人的认识范围内的内容，另一方面却要求行为人对其要有认识的可能性。

总之，客观超过要素和客观处罚条件理论之间实际上并没有什么本质的差别，因为都认为这些要素不需要行为人有所认识。所谓的可能性认识，无非是为了满足作为客观要素应当在主观认识范围内的这一理论诉求，或者说为了弥补违背责任主义的硬伤，但是，就故意犯罪而言，仅仅具有认识的可能性难道就不违背责任主义吗？

综上，“重大损失”不属于所谓的“罪量要素”、客观处罚条件、限制处罚范围事由或者客观的超过要素，所谓的非物质性危害结果也不应当属于本罪认定主观罪过意义上的危害结果。根据我国犯罪构成的基本理论和主客观相统一原则的基本要求，“危害结果说”中“故意说”是恰当的结论，即“重大损失”应当认定为本罪的危害结果。

三、“重大损失”应属于滥用职权罪的危害结果

(一) 行为人对“重大损失”应有认识且至少放任其发生

依照前述，“重大损失”应属于本罪的危害结果。一方面，“重大损失”能够体现客体被侵害的具体样态，显示行为作为犯罪所具有的社会危害性的要求。另一方面，根据我国的犯罪构成基本理论，行为符合犯罪构成是行为成立犯罪的唯一标准，所有成立犯罪所必须的要素均应当纳入犯罪构成的范畴，反之应排除于此系统之外。“重大损失”作为检验行为是否成立滥用职权罪的要素，当属犯罪构成的一部分。而作为客观的事实状态，其当属于客观构成要件的内容，就客观构成要件的各要素之间的关系看，认为其属于危害结果是当然的结论。至于将本罪认定为故意犯罪，则可

以协调相关条款之间的关系，实现罪刑相适应原则在立法要求，贯彻立法的目的诉求。

因此，行为人对于“重大损失”应当具有认识，且至少是放任其发生。首先，对“重大损失”具有认识和意志是责任主义的基本要求。根据我国刑法第13条的规定，犯罪是应当受到刑罚处罚程度的危害行为和应当作为犯罪加以科责的主观责任的统一，是形式要件和实质要件的统一。行为构成犯罪，就意味着该行为无论是在客观面还是主观面，均符合成立该种犯罪所必要的、值得刑罚处罚的程度的要求。因此，行为人的主观认识并非单纯的对客观事实的认识，而是对达到可罚性的客观内容的认识。就本罪而言，如果行为人仅仅是认识到自己的行为是一般的滥用职权行为，尚不足以造成“重大损失”的结果，则行为人不可能形成规范的反对动机，其主观恶性也没有达到作为犯罪行为应当具有的主观罪过程度。只有当行为人对于“重大损失”具有认识，此时才能期待行为人形成实施该行为的反对动机，放弃犯罪行为的实施，然而行为人竟然继续实施足以造成“重大损失”的滥用职权行为，方能表明行为人对法规范的敌对态度和保护法益的漠视情感，行为的主观恶性才能达到作为犯罪的恶性程度。否则，在行为人对于“重大损失”没有预见的情况下以犯罪进行处罚，无疑是违背责任主义原则的。因为根据责任主义的基本要求，故意和过失必须及于所有的构成要件要素。而对没有主观责任的人进行处罚，将使国民丧失对法律的信任感，对于犯罪人而言，则会归责于自己的运气不好，刑罚难以获得应有的感召力，难以实现特殊预防的刑罚目的。^{[26](158)}其次，对“重大损失”具有认识和意志是由本罪的行为性质所决定的。根据主客观相统一的原则，行为的主观内容对于行为性质和定型具有主观的决定作用。这从大陆法系三阶层体系中，犯罪故意和过失由单纯的主观责任要素到如今普遍承认属于构成要件故意和构成要件过失可见一斑。主观的内容又决定于行为人的认识内容和意志因素，就本罪而言，“重大损失”是本罪区别于一般滥用职权行为的客观根据，当行为人对于“重大损失”具有认识且希望或者放任其发生，则该主观内容才能属于本罪的主观特征，该行为才属滥用职权罪的行为，否则，就是一般滥用职权或玩忽职守，这是滥用职权行为主观方面的行为性质要求使然。而刑法既有打击犯罪的功能，同时也强调保障人权。处罚一个对自己的行为性质并不明确的为人，无异于处罚“意志不健全之人”，不利于社会的安定。

(二) 本罪法定刑不影响“重大损失”属于危害结果的结论

如果认为本罪是故意犯罪,“重大损失”是其危害结果,那么为何设置7年以下有期徒刑的法定刑?对此,笔者认为,主要是因为考虑以下几个因素。

1. 客观行为样态的限制

犯罪是主客观相统一的危害社会的行为,对于行为的处罚,不仅要考虑其主观罪过,还要考虑其危害结果及客观的行为样态等客观内容。对于不同样态的行为,在规范层面和社会生活的价值判断上可能会得出不同的结论。

第一,行为和危害结果的因果关系。本罪的法定刑较低与本罪的行为特征具有重大的关系。滥用职权罪造成的危害社会结果常表现为两种形式:一种是滥用职权行为直接造成危害结果,另一种是需要加入第三方或者被管理人的行为等方能产生结果。对于前者,实践中造成的危害结果形式和严重程度千差万别。如果造成的是严重的危害结果,例如行为人滥用职权直接实施非法拘禁、刑讯逼供、故意杀人或者伤害的,实际上触犯了相应的故意犯罪,属于想象竞合的现象,依照处罚较重的罪定罪处罚,同时将滥用职权行为作为从重处罚的情节予以考虑即可,没有必要通过将本罪确定为过失犯罪来解决。如造成较轻的危害结果,以本罪处罚并无不当。至于第二种情况,也是实践中常发的、占据多数的滥用职权行为。行为与危害结果之间往往存在自然、社会、人为等介入因素的情形,使二者之间呈现出一种间接因果关系,行为人在此扮演的是间接责任人的角色,其承担的也应当是间接性、非主导性的责任。这种多元因素对结果产生的原因力,以及行为和结果发生之间的间接而非直接的因果关系,和行为直接、单独造成危害结果发生,在客观效果上应当是有所差异的。根据责任分配的原则,设置较轻的刑罚也是罪责刑相适应原则的必然要求。

第二,行为的基本构造和危害结果。罪刑法定主义要求行为若构成犯罪,则在客观构造上应当符合相应犯罪的行为定型,即行为具有对危害结果的现实支配,造成结果的客观危险性和现实紧迫性。但是,纵观渎职行为,多数属于间接性因果关系或是一果多因的情形,并不具有对危害结果的现实紧迫的支配。例如,对于非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等剧毒化学品行为负有查处职责的国家机关工作人员,滥用职权致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,等等。^⑤这些行为和公共财产、国家和人民利益遭受重大损失之间都属于间接因果关系,即其他违法犯罪人员的行为、自然灾害等因素和危害结果的发生都存在密切的关系,故不能将危害结果的发生完全归咎于滥用职权行为人。正是这种行为构造的特征显示滥用职权行为尽管造成危害结果,但从行为的构成要件定型

上看,和故意杀人、故意伤害,以及其他直接造成财产损害的犯罪之间应当进行不同的评价,这是罪刑法定和罪刑相适应原则的当然结论。换言之,不能认为滥用职权行为和危害结果之间具有因果关系,行为人在主观上具有故意就应当按照故意杀人、故意伤害或者相关的财产犯罪处理。这和不作为行为并非一定构成不作为的犯罪是同样的道理。例如,行为人交通肇事后逃逸致人死亡,可能构成故意杀人罪或者交通肇事罪的加重情节,尽管行为人可能对于被害人的死亡持间接故意的态度(甚至也可能希望其死亡),但是,只要行为人是单纯的逃逸行为,且从客观上行为人对于被害人的死亡不具有因果关系的支配效果,充其量只能认为是交通肇事罪的加重情节,而不是不作为的故意杀人行为。这和行为人的主观故意没有关系,而是行为的构造使然。否则,刑法分则对构成要件的规定就形同虚设,罪刑法定原则也无从谈起,最终将落入主观归罪泥潭。^⑥

第三,行为样态和民众的处罚情感。不同样态的行为反应行为对法益各异的侵害强度和不同的侵害紧迫性,民众对此将产生不同程度的谴责情感,这是人类普遍的价值情感驱使下的正常反应。而这些不同的情感诉求也要求刑事立法对此应当作区别的对待,因为法律需要回应民众普遍的价值认同。这是法律获得规范活力的社会价值基础,毕竟,刑法是要获得公众认同的。否则,法律将只能束之高阁,成为一纸空文,更遑论刑罚对犯罪的预防、对法益的保护。

2. 主观恶性的经验诠释

至于本罪何以和玩忽职守罪规定于同一条款,设置相同的法定刑,这和其主观罪过有关。滥用职权罪在实践中多表现为间接故意,对于危害结果的积极追求多属逻辑的演绎,而玩忽职守罪在实践中主要表现为过于自信的过失。^⑦但是就经验的角度而言,两种罪过所体现的主观恶性所谓的差别巨大实际上也难说得很。因为在实践中,间接故意和过于自信的过失之间的差别是否是根本的、原始的?抑或是虚构的、拟制的?在间接故意和过于自信的过失之间,是否存在一个非白非黑的灰色地带?也许从生活的本源上看,存在这种灰色地带才是事实的本质。而这正是生活事实的模糊性和法律规定的明确性之间相互妥协在本罪的反应。因为就本罪而言,行为人对危害结果的认识应当说是较为明确的,但是,对于危害结果的发生,在意志因素上多数表现为较弱的状态。而过于自信的过失在认识因素上与故意可能没有本质的差别,如此一来,在间接故意的意志因素较弱的情况下,难以认为二者的主观恶性有天上地下的差异。^⑧因此,二者法定刑做相同的设置也就情有可原。

总之,在我国现有的制度框架下,认定“重大损失”属于危害结果是罪刑法定原则下法律解释的必然结果,符合我国刑法的基本理论。

注释:

- ① 或者继行为、构成要件的符合性、违法性和责任之后的第五个犯罪成立要件。参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第196页。
- ② 张明楷教授也仅仅是说这些犯罪中“可能”存在客观的超过要素。参见张明楷《刑法分则的解释原理》(上),中国人民大学出版社2011年版,第482页。
- ③ 参见最高人民法院《关于办理非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条。最高司法机关还有大量同类的司法解释。
- ④ 类似的还有,间接正犯的利用人实施的利用行为之所以不认定为实行行为,从行为的构成要件定型、危险的紧迫性也可略见一斑。参见[日]西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第14页。
- ⑤ 因为对于国家机关工作人员而言,对于违法行政的职务行为将产生的危害后果,多数是有认识的。
- ⑥ 从这个意义上讲,复合罪过形式并非空穴来风、无稽之谈,只是在我国目前的立法状态下,其没有存在的余地而已。

参考文献:

- [1] 张军.认真学习刑法修正案(八)促进经济社会发展[N].人民法院报,2011-05-04(5).
- [2] 李忠诚.食品安全监管领域渎职者该受怎样处罚[N].法制日报,2011-05-19(4).
- [3] 高铭喧.刑法学原理(第二卷)[M].北京:中国人民大学出版社,1993.
- [4] 陈兴良.刑法疏议[M].北京:中国人民公安大学出版社,1997.
- [5] 陈兴良.作为犯罪构成要件的罪量要素——立足于中国刑法的探讨[J].环球法律评论,2003秋季号:276.
- [6] 李洁.论滥用职权罪的罪过形式[J].法学家,1998(4):27.

- [7] 李希慧,逢锦温.滥用职权罪主观罪过形式评析[J].法学家,2001(2):76-77.
- [8] 刘艳红.也论新刑法第397条的罪名和罪过[J].法学评论,1999(6):45.
- [9] 高铭喧,王作富.新中国刑法的理论与实践[M].石家庄:河北人民出版社,1988.
- [10] 张明楷.刑法分则的解释原理[M].北京:中国人民大学出版社,2011.
- [11] 周光权.过失犯罪法定刑配置研究[J].四川大学学报,1999(6):90-109.
- [12] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2011:423.
- [13] [德]汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].徐久生译.北京:中国法制出版社,2001.
- [14] [日]团藤重光.刑法纲要总论[M].东京:日本创文社,1991.
- [15] [日]大冢仁.刑法概说(总论)[M].冯军译.北京:中国人民大学出版社,2003.
- [16] 冯军.刑法问题的规范理解[M].北京:北京大学出版社,2009.
- [17] 黎宏.刑法总论问题思考[M].北京:中国人民大学出版社,2007.
- [18] [日]松原芳博.客观的处罚条件[J].王昭武译.河南政法管理干部学院学报,2010(1):16.
- [19] 林钰雄.新刑法总则[M].台北:台湾元照出版有限公司,2006.
- [20] 许玉秀.当代刑法思潮[M].北京:中国民主法制出版社,2005.
- [21] [德]克劳斯·罗克辛.德国刑法学总论(第1卷)[M].王世洲译.北京:法律出版社,2005.
- [22] [美]道格拉斯·N·胡萨克.刑法哲学[M].谢望原等译.中国人民大学出版社,2004.
- [23] 黎宏.论“客观处罚条件”的若干问题[J].河南政法管理干部学院学报,2010(1):24.
- [24] 杨书文.复合罪过形式论纲[M].中国法制出版社,2004.
- [25] [日]西田典之.日本刑法总论[M].刘明祥,王昭武译.中国人民大学出版社,2007.

On the status and role of “heavy losses” of the Crime of Abuse the Power and Position in the Penal Code

LIN Guiwen

(School of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: “Heavy losses” is the harm results of the crime of abuse the power and position, should belong to the subjective understanding intent. The opinion that holds it to be the elements of quantity of crime, condition for limit the punishment rang, objective punishment condition or exceeding—intent practical element is inappropriate. As for thus cause statutory punishment seemingly uncoordinated, it is because of the ignoring the objective behavior structure of the crime, which leads to the inappropriate conclusions.

Key Words: the Crime of Abuse the Power and Position; guilty form; harm result; statutory punishment; style of behavior

[编辑:苏慧]