



刑法分则实务丛书

主编 / 刘为波

读  
职  
罪

# 刑事案例 诉辩审评

## 公诉事实

公诉人依照法律代表国家  
列举犯罪事实  
将犯罪嫌疑人送交法庭审理

## 辩护意见

犯罪嫌疑人及其辩护人  
为查明犯罪事实  
维护当事人合法权益提出辩护意见

## 审判理由

法官依法审判  
核实证据认定犯罪事实  
对被告人做出判决

## 法理评说

以案说法  
评述法律适用  
阐明法律释疑解惑

30

中国检察出版社





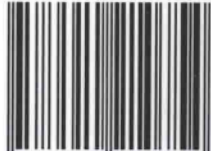
刑法分则实务丛书

# 刑事案例诉辩审评

## CRIMINAL CASES

1. 以危险方法危害公共安全罪
2. 责任事故类犯罪
3. 生产销售伪劣商品罪
4. 交通肇事罪 危险驾驶罪
5. 走私罪
6. 妨害对公司、企业的管理秩序罪
7. 破坏金融管理秩序罪
8. 集资诈骗罪
9. 贷款诈骗罪
10. 票据诈骗罪 信用卡诈骗罪 保险诈骗罪
11. 危害税收征管罪
12. 侵犯知识产权罪
13. 合同诈骗罪
14. 非法经营罪 组织、领导传销活动罪
15. 杀人罪 伤害罪
16. 绑架罪 非法拘禁罪
17. 强奸罪 拐卖妇女儿童罪
18. 抢劫罪 抢夺罪
19. 敲诈勒索罪
20. 盗窃罪
21. 诈骗罪
22. 职务侵占罪 挪用资金罪
23. 寻衅滋事罪
24. 黑社会（性质）组织犯罪
25. 妨害司法罪
26. 走私、贩卖、运输、制造毒品罪
27. 贪污罪 私分国有资产罪
28. 挪用公款罪
29. 贿赂罪
30. 渎职罪

ISBN 978-7-5102-1075-4



9 787510 210754 >

定价：92.00元

刑法分则实务丛书

主 编 / 刘为波

# 刑事案例 诉辩审评

——  
渎职罪

中国检察出版社

30

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑事案例诉辩审评. 渎职罪/刘为波主编. —北京: 中国检察出版社, 2014. 2  
ISBN 978 - 7 - 5102 - 1075 - 4

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑事犯罪 - 案例 - 中国 ②渎职罪 - 案例 - 中国  
IV. ①D924. 305

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 287399 号

## 刑事案例诉辩审评

——渎 职 罪

主编/刘为波

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 42. 75 印张

字 数: 784 千字

版 次: 2014 年 2 月第二版 2014 年 2 月第二次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1075 - 4

定 价: 92. 00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

# 编委会

主 编 刘为波

## 撰稿人

秦雪娜（清华大学法学院刑法学博士研究生）

方 军（清华大学法学院刑法学博士研究生）

## 再版说明

《刑法分则实务丛书》自2005年问世以来，受到理论界和司法实务部门的一致好评，其应用价值得到了读者的充分肯定。近十年来，我国刑事立法和司法工作都有了很大的发展。为适应新的社会形势变化，我国又先后出台了《刑法修正案（五）》、《刑法修正案（六）》、《刑法修正案（七）》、《刑法修正案（八）》，“两高”也针对刑法适用等问题出台了大量的司法解释，特别是“两高”《刑法罪名补充规定（三）》、《刑法罪名补充规定（四）》、《刑法罪名补充规定（五）》的颁布引发的罪名变化，使我们深切体会到有必要重新对这套丛书进行一次全面的修订。本次修订无论是分册布局、内容架构，还是案例的选取、作者的选择、附录内容设计等方面，较之以前，都有很大的变化；从某种程度上讲，这是一套全新的刑事案例丛书。概括来说，本丛书具有以下几个特点：

**首先，丛书分册布局方面，更加贴近司法实务。**为了便于读者对司法实务中常见多发罪名有更为深刻、全面的掌握，在分册设计方面，对于司法实务中常见多发的罪名能够单独成册的就单独设立一个分册，在现实生活中联系十分紧密的各罪则适当合并，最终呈现给读者的是更加贴近实务、参考价值更大、总数达30分册的一套大型案例丛书。

**其次，内容架构设计上，丛书既概括了刑法基本理论热点与司法认定中的难点、疑点，又完整地展现了案件从起诉到辩护到审判的全过程；既满足了实务部门解决实践疑难问题的现实需要，又兼顾了刑法教学与研究的理论要点问题。**每个分册都分为三大部分。第一部分“某某罪基本理论与司法认定精要”，主要是对各个分册涉及罪名的基本理论及该罪名在司法适用中的重点、难点、疑点等主要问题加以全面的总结与概括，便于读者更全面、快捷地了解

本分册罪名的特点、渊源及司法实务中的主要问题；第二部分“典型案例诉辩审评”，则是把每个真实的案件通过【基本情况】、【诉辩主张】、【人民法院认定事实和证据】、【判案理由】、【定案结论】五个部分的内容，完整地展现案件从起诉到辩护到审判的全过程，分别从诉、辩、审三个角度全方位地反映案件的真实性、复杂性，【法理解说】则是从局外人的视角针对案件中的疑点、难点加以精当的评析，以帮助读者更加深刻理解本分册罪名适用中特别需要注意的具体问题；第三部分“办案依据”则是在全面梳理和整合现行法律、法规、司法解释、规范性文件的基础上，围绕各个分册的罪名，以刑法典条文为经线，以其他与之相关的司法实践中常用的规范性法律文件为纬线，将刑法、单行刑法、其他立法、司法等规范性法律文件重新整合，勾勒出一幅崭新的办案图谱。供司法工作人员在法律适用、定罪量刑时借鉴比照，对刑法教学与研究具有一定的参考价值。

最后，案例选取、更新方面，既收集了近年来具有社会影响性的“大”案件，更有办案人员天天面对的常见多发的“小”案件。无论大小，所选取的案例都是司法实践中的真实案件，并经来自司法实践部门和法学科研机构的专家精选、加工。

尤为重要的是，作者的精湛素养和深厚的专业积淀。作者队伍中既有高等院校从事教学的刑法学教授、博导，也有具有多年办案经验的司法实务工作者；既有严肃、认真的“学界派”，也有具体从事司法解释工作的“两高”工作人员。正是他们的积极参与，才最终确保了本丛书的学术权威性与实践指导性。

需要特别说明的是：近一两年来我国刑法、刑事诉讼法修改变动大，一些罪名的变化频繁，而依据我国刑法溯及力的相关规定，本丛书中所引用的一些真实案例就发生在刑法修正案出台之前或罪名补充规定出台之前，因而法院判决中所引用的也应当是刑法修正案出台之前或罪名补充规定出台之前的刑法和刑事诉讼法。

我们希望本书的再版，能为读者正确理解和适用刑法有所裨益。对本书中存在的不足乃至错误之处，恳请读者不吝指正。

编 者

2013年12月

# 出版说明

刑法修订实施以来，全国人大常委会和最高人民法院、最高人民检察院相继发布了若干立法解释与司法解释，司法实践中不可避免地出现了一些新情况、新问题。为了满足广大司法工作人员的实际需要，提高司法机关的执法能力和工作水平，实现司法公正与效率的有机结合，我们经过一年多的精心策划和组织，推出了这套《刑法分则实务丛书》。

本丛书所采用的案例均是由各地检察机关征集而来，并经来自司法实践部门和法学教研机构的专家精选、加工，强调其真实性和典型性。根据司法实践中各类刑事案件发生率的多少，我们将刑法分则四百多个罪名划分为三十个分册，各册以多发、常见、修订刑法新增罪名为分册书名，涵盖同类其他罪名。各分册尽量包括典型案例、罪与非罪案例、此罪与彼罪案例等三种不同类型的案例，以使读者全面和深入地理解刑事案件的判断标准，把握疑难问题的分析方法。在各册的最后，还附录有与各罪名紧密相关的法律、法规、司法解释条文的类编，以便读者研习和引用，突出其立足实用、可操作性强的特点。

这套丛书通过其特有的体例安排，即基本情况、诉辩主张、法院认定事实和证据、判案理由、定案结论和法理解说六个部分的内容，完整地展示了从诉到判的全过程，从诉、辩、审、评四个角度全方位地解析了刑法分则的操作实务。供检察、司法人员在办案中适用法律、定罪量刑时借鉴比照，对刑法教学和科研也具有参考作用。

编者

2005年1月



# 目 录

## 第一部分

### 渎职罪基本理论与司法认定精要

一、渎职罪的主体问题 .....	3
(一) 典型意义上的国家机关工作人员 .....	4
(二) 共产党和政协机关中的工作人员 .....	5
(三) 其他国家机关工作人员 .....	5
(四) 其他情况 .....	9
二、滥用职权与玩忽职守的区分界限 .....	11
(一) 关于主观区分说 .....	11
(二) 关于客观区分说 .....	14
(三) 两种区分学说的评价 .....	17
(四) 区分滥用职权罪与玩忽职守罪的一些思路 .....	19
(五) 滥用职权和玩忽职守的具体区分 .....	21
三、危害结果的理解和认定 .....	22
(一) 《渎职解释》对《立案标准》的调整 .....	22
(二) 经济损失结果的理解和认定 .....	23
(三) 人身损失结果的理解与认定 .....	28
四、徇私舞弊的理解和认定 .....	29
(一) 徇私舞弊在渎职罪构成体系中的地位 .....	29
(二) 徇私的理解与认定 .....	31
(三) “舞弊”的理解与认定 .....	36
五、因果关系的理解和认定 .....	37
(一) 渎职罪因果关系的特点 .....	37
(二) 传统因果关系理论述评 .....	38
(三) 一种综合因果关系理论的提倡 .....	39

## 第二部分

### 典型案例诉辩审评

总 论 .....	51
<b>一、犯罪主体</b> .....	51
<b>案例 1：罗某文滥用职权案</b>	
——受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员的认定 .....	51
<b>案例 2：陈某丽滥用职权、介绍贿赂、受贿案</b>	
——受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员的认定 .....	58
<b>案例 3：汪某国民事枉法裁判案</b>	
——民事枉法裁判罪的主体认定 .....	64
<b>案例 4：陈某明等滥用职权案</b>	
——基层集体组织协助政府从事行政管理工作的人员能否认定为国家机关工作人员 .....	70
<b>案例 5：苏某玩忽职守案</b>	
——公证人员能否认定为国家机关工作人员 .....	77
<b>案例 6：刘某逊玩忽职守案</b>	
——兼有监管和被监管双重身份的人员实施渎职行为时的定性处理 .....	84
<b>二、危害后果</b> .....	88
<b>案例 7：黄某等受贿、滥用职权案</b>	
——间接经济损失的认定 .....	88
<b>案例 8：荣某玩忽职守、受贿案</b>	
——未依法进行罚款能否认定为经济损失 .....	98
<b>案例 9：黄某受贿、滥用职权案</b>	
——滥用职权致使银行贷款本息无法收回，能否认定为经济损失 .....	101
<b>案例 10：秦某滥用职权、贪污、受贿案</b>	
——如何认定经济损失之外的其他“重大损失” .....	111

案例 11: 罗某华滥用职权、受贿案	
——如何认定严重损害国家声誉, 造成恶劣社会影响	115
案例 12: 毛某波滥用职权案	
——如何综合经济损失和其他损失后果认定渎职犯罪的	
情节	121
三、徇私舞弊	129
案例 13: 敖某生徇私枉法案	
——徇个人私情应当认定为徇私	129
案例 14: 谭某成徇私枉法案	
——谋单位之“私”能否认定为徇私	136
四、因果关系	141
案例 15: 田某池等玩忽职守案	
——不作为渎职犯罪因果关系的认定	141
案例 16: 李某泉玩忽职守案	
——监督过失中因果关系的认定	149
案例 17: 白某等滥用职权案	
——被害人介入行为造成危害后果的因果关系认定	154
案例 18: 龚某玩忽职守案	
——因果关系中断的认定	164
案例 19: 林某滥用职权案	
——多因一果的情况下渎职犯罪因果关系的认定	168
五、责任认定	174
案例 20: 黄某礼等玩忽职守案	
——认定渎职罪刑事责任一般原则	174
案例 21: 王某洪玩忽职守案	
——如何根据具体行为及情节确定刑事责任	182
案例 22: 江某某等滥用职权、贪污案	
——单位集体研究决定能否免除刑事责任	189
案例 23: 朱某良帮助犯罪分子逃避处罚案	
——具体执行人员渎职犯罪的责任追究	198

六、共同犯罪 .....	206
案例 24：李某等滥用职权案	
——国家机关工作人员共同实施滥用职权行为能否认定为共同犯罪 .....	206
案例 25：吴某华徇私枉法案	
——非国家机关工作人员能否构成渎职犯罪的共犯 .....	212
案例 26：安某文等五人徇私枉法案	
——国家机关工作人员在何种情况下可构成其他犯罪的共犯 .....	218
七、罪数处理 .....	229
案例 27：卿某苏徇私枉法、受贿案	
——同时构成徇私枉法罪与受贿罪的竞合处理 .....	229
案例 28：赖某雷受贿、滥用职权案	
——《刑法》第 399 条规定之外的渎职犯罪与受贿罪的竞合处理 .....	234
八、法条适用 .....	244
案例 29：陈某玩忽职守案	
——因不具备徇私舞弊要件不符合特殊渎职罪名规定能否依照《刑法》第 397 条规定的一般渎职罪名处理 .....	244
案例 30：程某林等玩忽职守案	
——行为方式与刑法规定的特殊渎职罪名不符能否依照《刑法》第 397 条规定的一般渎职罪名处理 .....	250
九、追诉时效 .....	255
案例 31：林某元等玩忽职守等案	
——行为和结果跨法犯罪的法律适用 .....	255
十、关联犯罪与渎职罪认定的关系 .....	267
案例 32：张某观等徇私枉法案	
——相关犯罪未经刑事判决确认是否影响渎职罪的处理 .....	267
分 论 .....	281
一、滥用职权罪 .....	281
案例 33：安某民滥用职权案	
——滥用职权与正当履职行为的区分 .....	281

案例 34：安某申贪污、受贿、滥用职权案 ——滥用职权与玩忽职守的区分 .....	287
案例 35：余某宝滥用职权案 ——滥用职权罪与挪用公款罪的区分 .....	294
二、玩忽职守罪 .....	299
案例 36：吴某锦玩忽职守案 ——如何理解玩忽职守的注意义务 .....	299
案例 37：袁某亮玩忽职守案 ——玩忽职守中“不作为”的具体认定 .....	305
案例 38：王某某玩忽职守案 ——部分履行职责的行为能否构成玩忽职守罪 .....	315
三、故意泄露国家秘密罪 .....	321
案例 39：于某故意泄露国家秘密案 ——故意泄露国家秘密罪的认定 .....	321
案例 40：孔某等故意泄露国家秘密案 ——非法获取国家秘密并泄露的认定 .....	327
四、过失泄露国家秘密罪 .....	347
案例 41：吕某芳过失泄露国家秘密案 ——如何理解过失泄露国家秘密罪的保密职责 .....	347
五、徇私枉法罪 .....	352
案例 42：章某进等徇私枉法案 ——徇私枉法行为的具体认定 .....	352
案例 43：于某俭徇私枉法案 ——徇私的理解与认定 .....	360
六、民事、行政枉法裁判罪 .....	364
案例 44：方某玲等民事枉法裁判等案 ——民事枉法裁判罪的认定 .....	364
七、执行判决、裁定滥用职权罪 .....	373
案例 45：卢某生执行判决、裁定滥用职权案 ——执行判决、裁定滥用职权行为的认定 .....	373

八、私放在押人员罪 .....	379
案例 46：达某私放在押人员案	
——私放在押人员罪中犯罪故意的认定 .....	379
案例 47：周某源等私放在押人员案	
——私放在押人员罪中“在押人员”的理解 .....	383
案例 48：吴某辉等私放在押人员案	
——被私放人员脱管时间长短是否影响私放在押人员罪	
的认定 .....	390
九、失职致使在押人员脱逃罪 .....	397
案例 49：吴某生失职致使在押人员脱逃案	
——如何把握失职致使在押人员脱逃罪的入罪标准 .....	397
案例 50：王某红等失职致使在押人员脱逃案	
——“严重不负责任”的具体认定 .....	401
十、徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪 .....	406
案例 51：马某华受贿、徇私舞弊减刑案	
——徇私舞弊减刑行为的认定 .....	406
十一、徇私舞弊不移交刑事案件罪 .....	414
案例 52：丁某方徇私舞弊不移交刑事案件案	
——徇私舞弊不移交刑事案件行为的认定 .....	414
十二、滥用管理公司、证券职权罪 .....	419
案例 53：王某受贿、滥用管理公司职权案	
——如何把握滥用管理公司、证券职权罪的主体等构成	
要件 .....	419
十三、徇私舞弊不征、少征税款罪 .....	424
案例 54：于某义被控徇私舞弊不征税款案	
——徇私舞弊不征、少征税款行为的认定 .....	424
案例 55：刘某徇私舞弊不征、少征税款案	
——税款损失的具体认定 .....	429
十四、徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪 .....	433
案例 56：魏某喜徇私舞弊发售发票案	
——徇私舞弊发售发票行为的认定 .....	433

案例 57: 徐某徇私舞弊发售发票案 ——徇私舞弊发售发票并收受贿赂应数罪并罚 .....	438
十五、国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪 .....	444
案例 58: 谷某兵等国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗案 ——国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗行为的 认定 .....	444
案例 59: 高某等签订、履行合同失职被骗案 ——国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪与信 用证诈骗罪的区分 .....	448
案例 60: 刘某等国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗案 ——不懂业务能否构成国家机关工作人员签订、履行合 同失职被骗罪的免责事由 .....	453
十六、违法发放林木采伐许可证罪 .....	457
案例 61: 赖某军违法发放林木采伐许可证案 ——违法发放林木采伐许可证行为的认定 .....	457
十七、环境监管失职罪 .....	463
案例 62: 宋某英等环境监管失职案 ——环境监管失职罪的主体、客观行为等构成要件的 认定 .....	463
十八、非法批准征用、占用土地罪 .....	477
案例 63: 任某举非法批准占用土地案 ——非法批准占用土地罪的认定 .....	477
十九、放纵走私罪 .....	480
案例 64: 廖某强放纵走私案 ——如何认定放纵走私罪中的“情节特别严重” .....	480
案例 65: 童某等走私普通货物、放纵走私案 ——放纵走私罪和走私罪共犯的认定 .....	486
案例 66: 殷某俊放纵走私、受贿案 ——放纵走私又收受贿赂的从一重罪处罚还是数罪并罚 ...	490

二十、商检徇私舞弊罪 .....	494
案例 67：王某某等受贿、商检徇私舞弊案	
——商检徇私舞弊罪的共犯认定 .....	494
二十一、商检失职罪 .....	498
案例 68：尚某东商检失职案	
——如何认定商检失职罪的客观损害与犯罪过失 .....	498
二十二、办理偷越国（边）境人员出入境证件罪 .....	505
案例 69：赵某办理偷越国（边）境人员出入境证件等案	
——办理偷越国（边）境人员出入境证件罪和受贿罪	
的竞合处理 .....	505
二十三、放行偷越国（边）境人员罪 .....	512
案例 70：张某升放行偷越国（边）境人员案	
——放行偷越国（边）境人员罪的基本构成 .....	512
二十四、帮助犯罪分子逃避处罚罪 .....	515
案例 71：何某宁等帮助犯罪分子逃避处罚案	
——帮助犯罪分子逃避处罚罪的基本构成 .....	515
案例 72：孔某志帮助犯罪分子逃避处罚案	
——看守所民警为犯罪嫌疑人串供提供便利的行为如何	
定性 .....	521
案例 73：潘某帮助犯罪分子逃避处罚案	
——帮助一般违法人员逃避处罚能否认定为本罪 .....	526
案例 74：杨某平帮助犯罪分子逃避处罚等案	
——帮助犯罪分子逃避处罚罪情节严重的依据，能否再	
作为受贿罪情节严重的依据 .....	531
案例 75：韩某等徇私枉法案	
——徇私枉法罪与帮助犯罪分子逃避处罚罪的区分 .....	538
二十五、招收公务员、学生徇私舞弊罪 .....	544
案例 76：梁某影招收公务员徇私舞弊案	
——招收公务员徇私舞弊罪的认定 .....	544
案例 77：赵某招收公务员徇私舞弊案	
——招收公务员徇私舞弊行为的认定 .....	548



案例 78：金某镇等招收学生徇私舞弊案	
——招收学生徇私舞弊罪的认定 .....	567
案例 79：王某等招收学生徇私舞弊案	
——招收学生徇私舞弊罪的认定 .....	573

### 第三部分

#### 办案依据

刑法及相关司法解释类编 .....	581
-------------------	-----



# 渎职罪基本理论与 司法认定精要



## 一、渎职罪的主体问题

刑法对国家工作人员渎职犯罪采取了区分国家机关工作人员和非国家机关工作人员的二元立法模式,《刑法》分则第九章渎职罪的主体仅为国家机关工作人员。这种立法模式立足于从严治吏的政策精神,意在更好地贯彻罪刑相适应原则的要求,但是,由于国家机关工作人员的构成较为复杂,国家行政管理体制改革尚未全面完成,政企、政事职能交叉现象在一些领域依然存在,实践中对于国家机关工作人员的认定存在诸多问题。集中体现在以下三个方面:一是由于构成要件上的差异,渎职罪和非国家机关工作人员渎职犯罪不完全周延,存在立法空白地带。比如,《刑法》第168条规定国有公司、企业单位人员渎职犯罪的结果要件是造成国有公司、企业严重经济损失,对于国有公司、企业单位人员渎职造成人员伤亡、人民群众利益损失,因不符合该罪的结果要件,又不符合渎职罪的主体要件,难以追究其刑事责任。二是部分渎职罪的法定主体范围较窄,与实际发案情况不符。比如,《刑法》第404条徇私舞弊不征少征税款罪规定的犯罪主体为税务机关的工作人员,而不包括海关工作人员等其他依法负有征收税款职责的人员;《刑法》第418条招收公务员、学生徇私舞弊罪规定的犯罪主体为国家机关工作人员,而实践中学校等事业单位工作人员在招收学生工作中徇私舞弊的情况时有发生;《刑法》第419条失职造成珍贵文物损毁、流失罪的主体为国家机关工作人员,而实践中具体负责文物保护、管理职责的人员还包括博物馆、考古等事业单位工作人员。三是国家机关工作人员的范围不明确,实践认定分歧大。比如,依法或者受委托行使行政管理职权的公司、企业、事业单位的工作人员能否认定为国家机关工作人员等。

为解决这些问题,立法机关、司法机关先后制定了多个立法解释、司法解

释。其中，全国人民代表大会常务委员会 2002 年制定的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》（以下简称《渎职主体解释》）规定，在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，在代表国家机关行使职权时，有渎职行为，构成犯罪的，依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任。最高人民法院于 2003 年下发的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《经济犯罪纪要》）规定，刑法中所称的国家机关工作人员，是指在国家机关中从事公务的人员，包括在各级国家权力机关、行政机关、司法机关和军事机关中从事公务的人员。根据有关立法解释的规定，在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，视为国家机关工作人员。在乡（镇）以上中国共产党机关、人民政协机关中从事公务的人员，司法实践中也应当视为国家机关工作人员。最高人民检察院于 2006 年制定的《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》（以下简称《立案标准》）规定，本规定中的“国家机关工作人员”，是指在国家机关中从事公务的人员，包括在各级国家权力机关、行政机关、司法机关和军事机关中从事公务的人员。在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，在代表国家机关行使职权时，视为国家机关工作人员。在乡（镇）以上中国共产党机关、人民政协机关中从事公务的人员，视为国家机关工作人员。从上述解释文件规定可以看出，立法机关和法院、检察院在渎职罪主体认定相关问题上的意见是高度一致的。

根据上述解释文件规定，国家机关工作人员或者渎职罪的主体主要包括以下人员：

#### （一）典型意义上的国家机关工作人员

根据我国《宪法》第三章的有关规定，各级国家权力机关、行政机关、司法机关和军事机关都是我国的国家机构，在这些国家机构从事公务的人员当然属于刑法意义上的国家机关工作人员。为此，上述两个司法解释文件明确，刑法中所称的国家机关工作人员，是指在国家机关中从事公务的人员，包括在各级权力机关、行政机关、司法机关和军事机关中从事公务的人员。对于这部分国家机关工作人员的认定，实践中没有分歧。

## （二）共产党和政协机关中的工作人员

宪法和法律规定，中国共产党是我国的执政党，中国共产党领导的多党合作和政治协商制度是我国的根本政治制度，并将长期存在和发展。中国共产党领导人民共同遵守、执行、监督宪法和法律的实施，人民政协是具有广泛代表性的爱国统一战线的组织，在我国的政治生活、社会生活和对外友好活动中，在进行社会主义现代化建设、维护国家的统一和团结的工作中，中国共产党和人民政协实际履行着国家管理职能。同时，考虑到并非所有的党组织和政协机关都履行国家管理职能，以及国家机关的最低一级为乡（镇），上述两个司法解释文件规定，在乡（镇）以上中国共产党机关、人民政协机关中从事公务的人员，司法实践中也应当视为国家机关工作人员。

实践中适用该规定时需要注意以下两点：（1）这里的“乡（镇）以上”，是指中国共产党中央委员会和全国政协，省、自治区、直辖市、市、县（区）、乡（镇）党委和政协，而不包括基层党支部，也不包括公司、企业等单位中的党组织。一些基层党组织，如车间、班组、村党支部等，仅是党的一级组织，其所从事的工作与国家管理事务没有直接联系，本质上不属于公务行为，因此，其工作人员不能视为国家机关工作人员。（2）作为参政党的各民主党派是各自联系一部分社会主义劳动者和一部分拥护社会主义的爱国者的政治组织，是接受共产党领导的、同中国共产党通力合作、共同致力于社会主义事业的参政党，民主党派参与国家方针、政策、法律、法规的制定和执行，履行领导、管理国家的重要职责；工会、共青团、妇女联合会等人民团体作为重要的全国性群众组织，在管理国家事务中均发挥重要作用，在这些组织中从事公务的人员，也应视为国家机关工作人员。

## （三）其他国家机关工作人员

我国国家事务管理活动具有一定的多样性和复杂性，实践中较为多见的主要有以下一些情况：一是法律授权规定某些非国家机关的组织，在某些领域行使国家行政管理职权；二是在机构改革中，有的地方将原来的一些国家机关调整为企业、事业单位，但仍然保留其行使某些行政管理的职能；三是国家机关将自己行使的职权委托给其他一些组织行使；四是有的国家机关根据工作需要聘用了一部分外部人员从事公务，这些人员虽然在形式上未列入国家机关工作人员编制，但实际是在国家机关中工作或者行使国家机关工作人员的权力。根据前述《渎职主体解释》的规定，刑事司法中应当视同国家机关工作人员处理的还有以下三类人员：

1. 依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员。《行政处罚法》第17条规定：“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组

织可以在法定授权范围内实施行政处罚。”近年来，随着国家机关机构改革的深入和政府部分权力的下放，一些法律、法规授权某些非国家机关的组织在某些领域行使国家行政管理职权。如根据《人民银行法》、《银行业监督管理法》、《保险法》、《证券法》等法律的规定和国家关于金融体制改革的方案，国家先后成立了银行业监督管理机构、证券监督管理机构、保险监督管理机构等，负责对银行业金融机构、证券业、期货业、保险业等实行专业化管理。这样，对银行业金融机构、证券业、期货业以及保险业的监督管理权，由过去中国人民银行行使改为由银监会、证监会、保监会等机构行使。而这些机构并非国家机关。虽然法律授权行使国家行政管理职权的主体由过去的国家机关变为现在的非国家机关的组织，但从职权的性质和权限上讲，仍属于国家管理职权的一部分，与过去由国家机关行使时的权限是一样的。在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员的权力与过去该权力由国家机关行使时国家机关工作人员的权力也是一样的，故应视为国家机关工作人员。

实践中，依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员主要包括：具有行政管理权的事业单位中从事公务的人员，如中国证监会、银监会、保监会、社会保障基金理事会等机构、具有授予高等院校学位证书行政职能的高等院校等机构中从事公务的人员。行使国家行政管理职权的国务院直属单位从事公务的人员，如电力监管委员会、钢铁协会、纺织协会、盐业监督管理协会等部门，代表国家行使对电力资源的开发利用、铁矿石及钢材的开采利用、棉花的种植及纺织产品产销及生产销售、盐产品的生产管理及销售等行政管理职权的工作人员。行政性公司、企业组织中从事公务的人员，如根据国家电力法、铁路法、航空法、烟草法等规定，国家电力公司、铁路公司、航空公司、烟草公司、盐业公司等行使国家电力监管、铁路交通运输管理、航空运输管理、烟草和食盐专卖等行政管理职权的工作人员。

需要注意的是，依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织本身不是国家机关，在这些组织中从事公务的人员不是当然的国家机关工作人员，只有在依法行使国家行政管理职权时实施了相关渎职行为的，才适用刑法关于国家机关工作人员渎职罪的规定。所以，这里的公务，必须与国家行政管理职权联系起来理解，其范围明显要小于一般国家工作人员意义上的公务。比如，某医院医务人员在诊治病人过程中严重不负责任，导致发生一人死亡的重大医疗事故，该医院院长存在明显的玩忽职守行为，对该院长能否以玩忽职守罪定罪处理？一种意见认为，该院长身为国有事业单位的管理人员，履行的是行政管理职能，在履行职责期间，玩忽职守，致使人民利益遭受重大损失的后果，其行为已构成玩忽职守罪。我们不同意该意见，医院内部的“行政”管理事务

与国家行政管理事务是不同的，此“行政”管理事务非彼行政管理事务，国家行政管理职权是运用国家公权力对社会事务的一种管理活动权力，具有公益性、强制性、单方面性、不可处分性、广泛性、法律性、服务性和先行有效性等特征，医院治疗工作的管理活动显然不具有这些特征，故本案院长的玩忽职守行为不能以国家机关工作人员的玩忽职守罪处理，而是应当依照《刑法》第168条关于国有事业单位人员渎职犯罪的有关规定定罪处罚。

2. 受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员。《行政处罚法》第18条规定，行政机关依照法律、法规或者规章的规定，可以在其法定权限内委托给符合法定条件的组织实施行政处罚，受委托组织在委托范围内，以委托行政机关名义实施行政处罚。在实践中，一些国家行政机关将部分行政处罚权进行了委托授权。如一些地方的卫生行政部门委托卫生防疫站向食品卫生经营企业和食品生产经营人员发放卫生许可证，文化局委托其事业单位文化市场管理办公室负责开办文化娱乐场所的审批等，都属于此类委托。接受委托的组织可以委托行政机关名义实施行政处罚。很显然，接受委托的组织行使的仍是国家的行政处罚权。在受委托的组织中从事公务的人员，与委托授权的国家机关工作人员所拥有的该项行政处罚权是相同的，故可视为国家机关工作人员。

受国家机关委托代表国家行使职权的组织中从事公务人员的认定，是司法实践当中较为棘手的一个问题。正确认定这类人员，实践中需要注意以下几个问题：

(1) 组织的范围。由于刑法在国家机关工作人员渎职罪之外于第168条规定了国有公司、企业、事业单位人员的失职、滥用职权犯罪，实践中对于这里的“组织”是否包括国有公司、企业、事业单位存在不同意见。一种意见认为，这里的“组织”不包括国有公司、企业、事业单位，国有公司、企业、事业单位人员的渎职犯罪应一概依照《刑法》第168条的规定处理，唯有如此，才可以避免立法解释和《刑法》第168条规定之间的冲突。我们持不同意见，将从事国家行政管理职责的国有公司、企业、事业单位有条件地纳入“组织”的范围，并不会导致立法解释与刑法规定之间的冲突，前者限于国家行政管理事务，后者限于企业管理事务。鉴于当前政企、政事职能交叉现象较多的客观事实，以及实践中对该问题认识上的不一致，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释（一）》（以下简称《渎职解释》）第7条专门规定，依法或者受委托行使国家行政管理职权的公司、企业、事业单位的工作人员，在行使行政管理职权时滥用职权或者玩忽职守，构成犯罪的，应当依照《渎职主体解释》的规定，适用渎职罪的规定



追究刑事责任。

(2) 委托的理解。一是委托的内容必须是行政管理事务，对于行政管理之外的其他事务不应当视为这里的“委托”。国家机关也会有大量的民商事活动，对于接受委托从事民商事活动过程中发生的渎职行为，不能以渎职犯罪处理。二是委托不限于合法委托。生活中经常出现国家机关违反法律规定将由本单位行使的职权委托给其他组织行使，受委托组织工作人员在行使过程中有渎职行为并造成严重后果的情形。此种情形能否以国家机关工作人员渎职罪处理，实践中存在不同看法。我们认为，委托行为是否违反有关规定，不影响渎职主体的认定。

(3) 受托主体的理解。根据《渎职主体解释》的规定，受国家机关委托代表国家行使职权的主体应为“组织”而不能是个人。比如，某戒毒所接受委托行使强制戒毒职责，该所所长罗某在负责审批戒毒人员出所的过程中，违反关于解除强制戒毒人员出所应由其家属或者所在单位领回的规定，滥用职权，违规审批，造成女戒毒人员被他人领走并被强迫卖淫的严重后果，本案罗某即应视为国家机关工作人员并以滥用职权罪追究刑事责任。而对于个人接受国家机关的事务委托，且个人与国家机关之间不存在劳动用工关系的，该个人不能视为国家机关工作人员。比如，某市公安局在某宾馆三楼审讯涉嫌销售假冒伪劣香烟的朱某，当日晚，该公安局治安支队安排该支队行动大队教导员赵某和钱某（系治安支队聘用在办案基地从事炊事工作的人员）一起值班看守朱某。赵某交代钱某用手铐将朱某铐好，看守期间不许睡觉，自己便到另外一间房间休息。钱某在看守过程中睡着，朱某乘宾馆服务员上厕所打开宾馆三楼铁栅栏之机脱逃。对于该案中的钱某不能以国家机关工作人员渎职罪追究刑事责任。

3. 虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员。这主要是指那些虽不属于国家机关的正式在编人员，但由于临时借调、聘用关系而在国家机关中行使国家机关职权的人员。比如，2000年最高人民检察院《关于属工人编制的乡（镇）工商所所长能否依照刑法第397条的规定追究刑事责任问题的批复》规定：“根据刑法第93条第2款的规定，经人事部门任命，但为工人编制的乡（镇）工商所所长，依法履行工商行政管理职责时，属其他依照法律从事公务的人员，应以国家机关工作人员论。如果玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，可适用刑法第397条的规定，以玩忽职守罪追究刑事责任。”2000年最高人民检察院《关于合同制民警能否成为玩忽职守罪主体问题的批复》规定：“根据刑法第九十三条第二款的规定，合同制民警在依法执行公务期间，属其他依照法律从事公务的人员，应以国家机

关工作人员论。对合同制民警在依法执行公务活动中的玩忽职守行为，符合刑法第三百九十七条规定的玩忽职守罪构成条件的，依法以玩忽职守罪追究刑事责任。”2001年最高人民检察院《关于工人等非监管机关在编监管人员私放在押人员行为和失职致使在押人员脱逃行为适用法律问题的解释》规定：“工人等非监管机关在编监管人员在被监管机关聘用受委托履行监管职责的过程中私放在押人员的，应当依照刑法第四百条第一款的规定，以私放在押人员罪追究刑事责任；由于严重不负责任，致使在押人员脱逃，造成严重后果的，应当依照刑法第四百条第二款的规定，以失职致使在押人员脱逃罪追究刑事责任。”2002年最高人民检察院《关于企业事业单位的公安机关在机构改革过程中其工作人员能否构成渎职侵权犯罪主体问题的批复》规定：“企业事业单位的公安机关在机构改革过程中虽尚未列入公安机关建制，其工作人员在行使侦查职责时，实施渎职侵权行为的，可以成为渎职侵权犯罪的主体。”

正确认定此类人员，需要注意把握以下两点：一是行为人的具体身份以及所在组织的性质和管理模式不影响国家机关工作人员的认定。是否属于刑法意义上的国家机关工作人员，不能光看有关国家干部身份，也不能光看他所在的单位是不是行政编制。二是渎职罪毕竟是身份犯，一定的身份仍然是认定国家机关工作人员的基本要素。如前所述，行为人与所在组织需有劳动用工关系，必须是该组织的工作人员，民商事领域的委托关系不能认定为国家机关工作人员。

#### （四）其他情况

以上列举了渎职罪主体的大致范围。在渎职罪主体的具体认定当中，实践中还存在一些模糊地带，需要引起注意。以两个较为常见的问题为例说明如下：

1. 村民委员会、居民委员会等基层组织人员能否认定为渎职罪主体？2000年全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》规定，村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的管理，社会捐助公益事业款物的管理，国有土地的经营和管理，土地征用补偿费用的管理，代征、代缴税款，计划生育、户籍、征兵等行政管理工作时，属于《刑法》第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”。据此，一种意见认为，村民委员会、居民委员会等基层组织人员协助人民政府从事行政管理工作时，应视为国家机关工作人员，这些人员协助人民政府从事行政管理工作时滥用职权或者玩忽职守，构成犯罪的，应以渎职罪处理。这也是当前司法实践通常所持意见。但是，在起草《渎职解释》的过程中，对于此类人员能否视为国家机关工作人员的讨论时存

在意见分歧。反对意见认为，国家工作人员与国家机关工作人员是两个不同的概念，国家机关工作人员必然是国家工作人员，但国家工作人员未必都是国家机关工作人员，首先，根据《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》的规定，此类人员属于其他依法从事公务的人员，在逻辑上排除了认定国家机关工作人员的可能。其次，考虑到这类人员没有国家机关工作人员的相关待遇，在具体认定上有必要从严把握。由于不能统一意见，《渎职解释》未对该问题作出明确规定，而是留给实践部门自行掌握。同时，需要注意，实践中还存在一些地方政府将相关行政管理工作直接委托给村委会等基层组织的个人协助执行的情形。如前所述，此种情形不符合受托主体，不能认定为国家机关工作人员。

2. 公证机构等尚未完全市场化的社会中介组织人员能否认定为渎职罪主体？实践中经常发生公证人员徇私舞弊、贪赃枉法、滥用职权等行为，给公民个人、公共财产和国家造成经济损失的情形。一种意见认为，公证行为系代表国家行使证明权的行为，公证机构行使的是国家的公证权，按照国家公证法依法独立行使职权，“公证书”以国家名义作出，能够引起法律后果，公证人员的渎职行为应以渎职罪处理。另一种意见认为，公证机构是事业单位，没有从事国家机关工作人员的公务活动，公证人员没有国家机关工作人员的权利，不具备国家机关工作人员的本质特征。

我们认为，当前我国公证机构及公证行为的性质和地位问题较为复杂，对公证人员的渎职行为依照《刑法》第168条的规定以国有事业单位人员的渎职犯罪处理更为稳妥。首先，从立法沿革来看，1982年国务院《公证暂行条例》将公证处定性为国家公证机关，将公证权确定为一种国家证明权，是一种公权力。但是，随着我国经济体制改革的推进，1993年党的十四届三中全会通过的《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》要求公证、律师、会计、仲裁等社会中介组织依据市场规则，建立自律运行机制，承担相应的法律和经济责任。2000年国务院批准了《关于深化公证工作改革的方案》，该方案明确：“改制后的公证处应成为执行国家公证职能，自主开展业务、独立承担责任、按市场规律和自律机制运行的公益性、非营利性事业法人。”2005年《公证法》确定“公证机构是依法设立的，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构”。可见，公证机构正向社会中介组织的性质发展，这种发展方向已经逐步否定了公证机构的国家行政机关和授权行使行政权的机关的性质。其次，从公证行为的性质和效力来看，国家行政职权应是对国家公共事务进行组织和管理，其结果必然具有强制性的效力，对相对人要产生拘束力，而公证是公证机关根据当事人的申请，依照法律程序，

代表国家对法律行为、有法律意义的文书的真实性、合法性进行证明的活动，这种证明行为产生的是证据效力，但不具有绝对的证据效力，其行为如对当事人造成损害后果，应承担的是民事赔偿责任，而并非国家赔偿责任或行政赔偿责任。

## 二、滥用职权与玩忽职守的区分界限

对于滥用职权和玩忽职守两者的区分，实践中主要有两种观点：一是主观区分说；二是客观区分说。鉴于两种观点均与客观实际存在不符之处，且与传统刑法理论也存在诸多出入，笔者认为，有必要转换看问题的视角，并在此基础上提出了一种基于对事实客观描述的主客观相结合的观点。具体说明如下：

### （一）关于主观区分说

主观区分说是一种从主观方面区分滥用职权和玩忽职守的观点。该观点提出，滥用职权行为的主观方面只能是故意，包括直接故意和间接故意；玩忽职守行为的主观方面只能是过失，包括疏忽大意的过失和过于自信的过失。<sup>①</sup> 主要理由如下：（1）滥用职权罪是故意犯罪，符合立法原意。1979年刑法基于过失规定了玩忽职守罪，但实践中不乏故意实施的渎职行为，面对不断出现的众多故意利用职权造成损失的案件，立法机关在补充规定及经济、行政法律法规中规定，对某些滥用职权行为按照或比照玩忽职守罪予以处理，这段时期在事实上将传统的玩忽职守罪的主观罪过形式从过失扩展到包容了故意。1997年刑法将滥用职权从玩忽职守中分离出来，单独规定罪名。“渎职表现为两种，一种是过失，一种是故意。过失，以玩忽职守来概括；故意，以滥用职权来概括。这是当时立法的时候对司法的总结。”可见，1997年刑法的立法意图非常清楚，增设滥用职权罪的目的是有效打击故意类渎职犯罪，以与玩忽职守罪打击过失类渎职犯罪相区分。<sup>②</sup>（2）滥用职权罪的罪过形式为故意，符合相关司法解释的精神。刑法对滥用职权和玩忽职守两罪分别作了明确规定，两罪不能同为故意或者同为过失，否则就丧失了作为独立犯罪的意义，刑法将滥用职权罪从玩忽职守罪中独立出来也就丧失了意义。《立案标准》对滥用职权案与玩忽职守案规定了不同的入罪标准，前者在人身伤亡的数量与经济损失的数

<sup>①</sup> 参见关福金、胡健：《渎职行为的主观要素浅析》，载《人民检察》2008年第5期。

<sup>②</sup> 赵秉志主编：《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1360页。

额要求均低于后者，这显然是司法机关刻意为之的结果。之所以规定有差异的立案标准，正是考虑了滥用职权罪过的故意较之玩忽职守的过失恶性更大，相应地，其支配下的客观表现更为恶劣，故通过设置不同的门槛以弥补法定刑罚相同的不足。（3）将滥用职权罪理解为故意犯罪有其必要性。以故意特别是直接故意实施的渎职行为应以渎职罪之外的其他犯罪处理的观点不能成立。首先，事实上，作为滥用职权行为的特别法条规定的徇私枉法行为、非法批准占用土地行为等明显可以由直接故意构成。滥用职权类特别罪名存在直接故意的犯罪，其一般罪名当然也存在直接故意。其次，直接故意和间接故意的法律地位是相同的，不存在“直接故意构成此罪，间接故意构成彼罪”的情况。最后，以直接故意可能构成其他犯罪而否定直接故意的存在，事实上否认了牵连犯中手段行为和目的行为罪质独立性，滥用职权行为依然具有犯罪构成的全部要件，实践中存在滥用职权构成其他犯罪的情况，这在理论上是允许的，其他犯罪和它是牵连关系，但滥用职权罪仍然独立存在。（4）将滥用职权罪理解为故意犯罪有其合理性。主张将故意排除出滥用职权行为主观要素的学者多在刑法对于“致使公共财产、国家和人民的利益遭受重大损失”的规定上做文章，认为行为人对于“重大损失”是不追求或者持反对态度的。该理由难以成立，首先，实践中确实存在行为人追求滥用职权行为所带来的重大损失的情况。其次，渎职故意所要求的行为人对于结果的明知和追求、放任具有抽象意义，是一种行为指向，而不是精准的、现实的损害程度，滥用职权人明知自己的行为会造成破坏国家机关的正常活动、损害公众对于国家机关职务行为的合法性、客观公正性的信赖的后果，而追求或者放任这一结果的发生。最后，根据“客观的超过要素”理论<sup>①</sup>，“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”是滥用职权罪的构成要件，是客观要素，但不需要有主观要素与之相对应。也就是说，对于这个现实的、具体的损失不需要有行为人的认识和意志。

对于上述主观区分说的意见和理由，理论界和实务部门均有不同看法。

1. 关于滥用职权罪主观方面的不同认识。一是间接故意说。该观点认为本罪的罪过形式只能是间接故意。该观点从行为人对“公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的心理态度出发，即对“公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”结果发生可能性有预见的前提下，对该结果持放任的心理态度。主要理由是：国家机关工作人员在从事公务中滥用职权，从主观上分析推理，不会有积极追求或希望这种结果发生的心理态度，若出于直接故意，则构

---

<sup>①</sup> 张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第207～222页。

成其他犯罪而非滥用职权罪。二是直接故意说。该观点认为本罪的罪过形式只能是直接故意。此观点从行为人对渎职行为本身的主观态度出发，认为故意的内容是“明知是超越其职权或者违法行使其职权的行为而故意为之”。主要理由是：罪过认识中的“危害社会的结果”应当界定为犯罪行为对于该种犯罪的直接客体中的主要客体的侵犯结果或状态。一个犯罪行为可能造成多个危害社会的结果，但在罪过评价意义上的危害社会的结果只能是主要的结果，也就是对直接客体的侵犯。滥用职权罪是复杂客体，存在对国家机关正常活动和国家人民利益的双重侵犯。从犯罪客体的角度来分析，滥用职权行为首先侵害了国家机关的正常工作秩序，同时刑法又要求必须造成国家和人民利益的重大损失才能构成犯罪。国家机关的正常活动是这一犯罪的主要客体，重大损失中所侵犯的国家和人民利益应当定位于一种法定化的随机客体，这种法定化的随机客体事实上起着次要客体的作用。就主要侵害客体而言，本罪完全可以认定为直接故意。<sup>①</sup>三是过失说。该观点认为滥用职权的罪过形式只能是过失。具体理由如下：<sup>②</sup>（1）从字面规定看，无从得出滥用职权是故意犯罪，玩忽职守是过失犯罪的结论。就词义而言，滥用职权的滥用是指“胡乱地或过度地使用”，玩忽职守的玩忽是指“不严肃认真地对待”，实际上“滥用”与“玩忽”均与职权相联系，与损害结果并无瓜葛。（2）从法定刑分析，滥用职权罪与玩忽职守罪的法定刑规定相同，在犯罪结果完全相同的情况下，如滥用职权罪系故意犯罪而玩忽职守罪系过失犯罪，根据罪责刑相适应原则的要求，故意犯罪处刑应重于过失犯罪。（3）从《刑法》第397条第1款与第2款之间的关系看，第1款规定的是基本犯，第2款规定的是徇私舞弊情节加重犯，即徇私舞弊犯滥用职权罪或玩忽职守罪的，法定刑上升一格处罚。按照前述故意说的分析思路，徇私舞弊与玩忽职守不可能同时并存。（4）滥用职权行为方式的特点决定其罪过为过失。国家机关工作人员行使的主要是管理性质的职权，滥用管理职权行为通常不会直接造成重大危害结果，滥用职权行为与危害结果之间具有间接性和偶然性，行为人难以认识到其行为能否造成危害结果，因而也无从谈起对危害后果持希望或者放任的态度。（5）故意罪过支配造成“重大损失”行为不应以滥用职权罪处理。若行为人对危害结果的主观罪过为故意，即明知自己滥用职权的行为会导致该结果，并且希望或者放任该结果发生，应按其行为方式及所追求或放任的结果作实质分析，分别认定为故意杀

<sup>①</sup> 赵忠伟：《复杂罪过研究——以滥用职权罪为范例》，载《广西政法管理干部学院学报》2006年第1期。

<sup>②</sup> 参见黄小林：《论滥用职权的罪过形式》，载《法制与社会》2009年第24期。

人、故意伤害等危及人身安全的犯罪，或者破坏交通工具、破坏交通设施、破坏电力设备、破坏生产经营罪等损害公私财物的犯罪，而不是仅处以滥用职权罪。(6) 滥用职权罪主观方面确定为故意，将使主观方面为过失的不法行使职权的行为难以得到处罚；同样地，玩忽职守罪主观方面确定为过失，也将使主观方面是故意的不履行或不正确履行职责的行为无法受到处罚。

2. 关于玩忽职守罪主观方面的不同认识。玩忽职守罪的罪过形式主要表现为过失，实践中对此没有不同意见。争议问题集中在玩忽职守的罪过形式是否还包括间接故意。在该问题上，与主观区分说相对应的一种意见认为，玩忽职守罪的主观方面以过失为主，但不排除间接故意的存在，在个别情况下，国家机关工作人员极端不负责任，故意不履行职责，对可能出现的危害结果持放任态度，在罪过形态上表现为间接故意。主要理由是：(1) 1979年刑法规定玩忽职守罪过形式是过失，但随着社会和经济的发展，一些新的犯罪方法和手段不断出现，司法实践中出现了不少故意的玩忽职守案件，因此，立法机关通过单行刑法规定，将一些故意的渎职行为造成重大损失的犯罪，比照玩忽职守罪处理，如全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第1条第4款规定的种种行为，1994年《中华人民共和国森林法》第35条规定的行为等。同时，1997年刑法也没有将玩忽职守罪的罪过形式作明确限定。(2) 从文义角度看，玩忽职守可以包括故意和过失两种罪过形式。“玩”，字意为“玩弄、胡来”，蕴含故意；“忽”是疏忽大意，指过失。(3) 复合罪过有利于编织严密的法网不致疏漏犯罪。

## (二) 关于客观区分说

客观区分说认为，滥用职权罪与玩忽职守罪的基本罪过形式都是过失，两者的不同在于客观方面，滥用职权罪属于作为犯，玩忽职守罪属于不作为犯。具体言之，滥用职权是超越权限或者违法处理公务的行为，在行为方式上表现为积极的作为；玩忽职守是严重不负责任，不履行职责或者不按照职责要求认真履行职责的行为，在行为方式上表现为消极的不作为。至于行为人出于故意的，当然也可以构成滥用职权罪或者玩忽职守罪，但是如果同时构成其他犯罪的（如故意杀人罪），则可依想象竞合犯从一重罪处罚。唯此，方可构筑渎职犯罪的严密法网，使渎职犯罪无处可遁。<sup>①</sup> 该观点进一步认为，滥用职权罪客观方面只能表现为积极的作为，即应该做而不做的滥用职权行为，在客观上也应该表现为作为，即积极的阻止，如属纯粹的放弃职责，则为玩忽职守而非滥

<sup>①</sup> 参见黄国盛：《滥用职权罪与玩忽职守罪之区分新解》，载《人民检察》2010年第19期。

用职权。

对于客观区分说，实践中也存在不同看法。

1. 关于滥用职权罪客观方面的不同认识。一是包括不作为说。该观点认为，滥用职权罪客观方面既可以由作为构成，也可以由不作为构成，滥用职权应该包括故意不履行职责的行为。<sup>①</sup> 主要理由是：（1）行使职权与履行职责是完全统一的，超越职权是滥用职权，违法不履行职责同样可以是滥用职权。滥用职权既可表现为越权非法积极行使职权，又可表现为非法消极地放弃应该行使的职权。（2）从立法原意上看，滥用职权与玩忽职守的区分不在客观方面，滥用职权完全可以体现为不作为。1979年刑法只有玩忽职守罪的规定，针对的是以过失为主观特征的擅离职守、未尽职守的行为。随着实践的发展，表现为故意滥用职权的犯罪行为即故意越权非法行使职权与放弃职权的行为越来越多，对社会造成的危害也越来越大。由于1979年刑法中没有滥用职权罪的规定，无法对此类犯罪给予准确的定罪处罚，因而在1997年刑法修订的理论探讨过程中，有学者主张区分罪过形态将玩忽职守罪修改为滥用职权罪和放弃职权罪。立法机关也基本上采纳了学者们的观点。1996年最高人民检察院在《关于对〈中华人民共和国刑法（修改草案）〉（征求意见稿）的修改意见》中指出，玩忽职守罪出现一种值得注意的新动向，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，直接反映犯罪的行为性质和特点。可见，之所以把滥用职权罪从玩忽职守罪中分离出来，主要是出于犯罪主观构成方面的考虑。（3）认为滥用职权行为仅为积极之作为，把出于故意心理支配下放弃职权行为或以玩忽职守罪定罪或归于无罪，在理论上和实践中均不妥，人为地缩小了滥用职权罪的处罚范围。（4）《立案标准》并未排除不作为可以构成滥用职权罪。《立案标准》规定，滥用职权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，或者违反规定处理公务，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。《立案标准》规定的违反规定处理公务的行为，完全有可能以不作为的方式实施。二是不作为说。该观点认为，作为是指行为人通过身体的外部动作积极实施刑法所禁止的危害社会的行为，而不作为是指行为人负有实施某种行为的特定法律义务，并且能够履行而不履行的行为。对作为与不作为的认识可以分为两个层次，即事实层面与规范层面。比如，从事实层面上讲，逃税行为

<sup>①</sup> 张明楷：《刑法学》（下），法律出版社1997年版，第934页。



可以由作为构成，如积极地转移财产等；也可以由不作为构成，如单纯地不缴纳税款等。但从规范层面的角度出发，逃税行为只能由不作为构成，因为相对于法定纳税义务而言均属不作为。又如，遗弃行为从事实的角度看可以由作为构成，也可以由不作为构成；遗弃行为可以表现为积极的遗弃，也可以表现为单纯的不保护；但从规范的角度说，遗弃行为只能由不作为构成。因为行为人负有实施作为行为以保护被遗弃人的义务。正如我国台湾刑法学者洪福增所说：“吾辈在论述行为时，应区别犯罪论体系上的行为（法的观点之行为）与犯罪论体系以前的行为（自然的行爲）。前者系以法规范所规范的行为为内容，具有法律规范的意义；后者则系物理的（有体性）行为，亦即存在论的行为。”<sup>①</sup> 事实层面的作为与不作为对认定刑法中的作为与不作为具有重要的参考价值，但要真正认识并区分出刑法中的作为与不作为还需借助一定的法律规范。滥用职权罪属于国家机关工作人员应该合法地履行公务而没有履行的渎职犯罪行为。其客观行为无论表现为积极地滥用权力，还是表现为消极地不履行其应当承担的义务，从法规范上看，都属于没有尽到依其职责应当承担的义务的行为。该观点进一步指出，主张滥用职权只能由作为构成，是单从事实层面考察滥用职权罪客观行为表现的一种结论，以海关工作人员对进口的货物应放行而不放行为例，反对滥用职权罪由不作为犯罪构成的论者认为，该行为属于应该做而不做的滥用职权行为，似乎是不作为，但实际上却是作为，这种行为表现在行为人违法地做出了不予放行的决定，或者行为人虽然没有做出不予放行的决定，但却百般刁难，阻止放行。如果行为人表现为纯粹的不作为，即该管不管，放弃职责，而不是百般刁难，阻止放行，则属不履行职责的玩忽职守行为。据此得出滥用职权罪在客观行为表现上只能是积极的行为，而不可能是纯粹的不作为的结论，该意见显然没有正确地认识到滥用职权罪的本质属性。因为，从行为的客观方面上看，无论是行为人积极地滥用职权，还是消极地滥用职权，都属于没有正确地履行其应该承担的职责。

2. 关于玩忽职守罪客观方面的不同认识。学界基本认可《立案标准》关于玩忽职守罪的客观方面是“不履行或者不认真履行职责”的提法，但在“不履行或者不认真履行自己职责”的具体行为方式方面，存在意见分歧。一是纯正不作为犯说。该观点认为，玩忽职守只能是不负责任，消极地不行为。二是不纯正不作为犯说。该观点在坚持玩忽职守行为只能是不作为的同时，认为玩忽职守行为的具体表现不限于消极地不作为。如前所述，不能仅根据行为人身体的动静认定行为人的行为是不作为还是作为，履行但未正确履行职责的行

<sup>①</sup> 洪福增：《刑法原理之基础》，三民书局1977年版，第66页。

为同样属于不作为。三是包括作为说。该观点认为，玩忽职守行为既可以表现为作为也可以表现为不作为，玩忽职守罪既可以由作为构成也可以由不作为构成。不论作为中不该实施的行为，还是不作为中应该实施的行为，该与不该都只能以行为人的职守为标准。只有以行为人的职责为标准，才能正确地判断出行为人的行动或不行动是否属于刑法上的作为或不作为。玩忽职守行为包括了不履行职责与不正确履行职责的行为两种情况，而不正确履行职责特别是逾越职权积极地实施与其职责相背离的行为，则明显属于一种作为。由于玩忽职守行为同时包含了作为与不作为两种形式，该观点进一步将玩忽职守行为分为如下两种类型：（1）作为型玩忽职守行为，是指行为人虽然有履行其公务职责的行为，但是其履行公务职责的行为不符合法律或职务要求的行为，主要包括“延迟职守”即行为人没有及时履行其职务，和“未尽职守”即行为人履行职责有误或者不得力两种情形。（2）不作为型玩忽职守行为，是指行为人有实施某种积极行为的公务职责义务，能够履行而不履行的行为，主要包括“擅离职守”即行为人擅自脱离工作岗位不履行职责义务，和“未履行职守”即行为人虽然没有脱离工作岗位但没有实施公务职责要求实施的行为两种情形。

### （三）两种区分学说的评价

1. 对主观区分说的评价。主观区分说试图通过故意和过失在滥用职权和玩忽职守两罪之间划出简单而有效的区分界限，但面临一系列的疑问。

（1）是否符合立法原意的疑问。立法原意是主观区分说的一个有力论据，但是在这一点上，刑法的字面规定非但没有只字体现，相反，刑法对两罪适用相同的法定刑规定似乎并不支持这一主张，尽管刑法当中可以找出故意、过失同罚的立法例，如《刑法》第398条对故意和过失泄露国家秘密犯罪规定了相同的法定刑，但毕竟只是特例，不足为据。而从《立案标准》关于滥用职权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，或者违反规定处理公务，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的定义规定看，1997年刑法修订提出具体修改建议的最高人民检察院似更倾向于两罪的不同主要体现在具体的行为方式方面。此外，文本本身是最终的解释依据，立法原意只具辅助性和参考性。

（2）是否符合法定故意概念的疑问。从行为本身来判断是否故意，与刑法规定的故意概念不符。故意说仅从滥用职权行为的作出判断行为人的主观罪过形式，而不顾其“公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的危害后果的主观态度，与主客观相统一的司法原则明显存在差距。而主张“致使公共

财产、国家和人民利益遭受重大损失”的结果属于滥用职权罪的客观超过要素，滥用职权行为人对之所持态度不影响本罪故意的认定的论点，因与长期坚持的刑法基本理论不符，欠缺说服力。而且，刑法中规定了很多结果犯，哪些结果需要行为人认识，哪些不需要认识，客观的超过要素论并不能给出确定的答案。

(3) 滥用职权限定为故意是否具有足够包容性的疑问。只要对实践中常见滥用职权案例稍作分析，就不难看出滥用职权只能是故意的论点，不仅简单而且武断，与客观实际严重不符。事实上，多数滥用职权行为并不必然导致危害结果的发生，甚至发生危害结果的可能性极小，滥用职权行为人更多的是出于侥幸心理，甚至对于危害结果的发生根本就没有意识到其现实可能性，此种情形充其量不过是轻信过失。比如，某消防审批机构工作人员明知某歌舞厅消防通道太小，不符合消防条件，不能予以审批，但在歌厅老板的再三要求下，认为其他消防措施比较齐全，且通道还是存在，一般不会发生事故，于是就予以审批过关，结果由于消防通道不畅，在一次火灾事故中，消防救援车辆不能进入，救援不及时，发生人员伤亡，大量财产被焚毁。本案中，消防审批机构工作人员不应审批而予审批，构成滥用职权罪没有疑问，而其对重大损失后果所持态度，则属于典型的轻信过失。

(4) 单一罪过标准是否有助于解决实践问题的疑问。主观区分说认为滥用职权出于故意，且多数属于间接故意，轻信过失的应认定为玩忽职守。这里就存在另一个难题，即间接故意和轻信过失的区分问题。理论上间接故意和轻信过失两者的界限是清楚的，但是必须注意到，实践中两者的区分是极其困难的。

2. 对客观区分说的评价。客观区分说与《立案标准》的字面规定保持了较高程度的契合，但同样面临多方面的疑问。

(1) 是否符合作为和不作为的理论概念的疑问。理论上的作为和不作为概念，主要是基于规范层面而非简单的事实层面提出的。就规范层面而言，滥用职权行为完全有可能是作为，至少是一种不纯正的不作为。不管是玩忽职守还是滥用职权，都可以归结为不正确履行职责的行为。

(2) 单一的客观标准是否都能得出合理结论的疑问。即便从事实层面来把握作为和不作为的区分界限，也未必都能得出可信的结论。按照客观区分说的观点，滥用职权是胡乱地、过度地使用职权，在客观表现上只能是积极的作为。事实上，滥用职权完全有可能以消极的不履行职责的方式实施。比如，出于吃拿卡要等动机，海关工作人员故意对应当放行的货物置之不理；有关政府机关工作人员对符合条件的审批申请故意迟迟不予办理等，属于典型的应为而

不为的行为，但毫无疑问应认定为滥用职权行为。

(3) 单一的客观标准能否解决实践当中具体问题的疑问。《立案标准》在滥用职权和玩忽职守的定义规定中有两个关键词：一个是针对滥用职权的“违反规定处理公务”；另一个是针对玩忽职守的“不认真履行职责”。首先，从事实层面而言，两者在客观行为方面存在交叉重叠之处，都包含有作为的成分，究竟是作为还是不作为，客观区分说并不能给出明确的答案。其次，将违反规定处理公务规定为滥用职权，不认真履行职责规定为玩忽职守，更多的是出于主观方面的考虑，客观区分说无论如何努力，也不能为此提供有力的说明，因为两者在客观方面原本就区别甚微。

#### (四) 区分滥用职权罪与玩忽职守罪的一些思路

1. 从上述分析可以看出，滥用职权罪与玩忽职守罪两者之间并非泾渭分明，在两者之间试图找出一个绝对的、能够一体适用的划分标准是极其困难的。事实上，滥用职权与玩忽职守并无本质上的不同，将滥用职权和玩忽职守区别规定，是我国刑事立法的一个特点，国外未见滥用职权与玩忽职守区分规定的立法例。也正是基于此，“两高”在罪名规定中将《刑法修正案（八）》增设的食品监管滥用职权和玩忽职守犯罪合并规定为食品监管渎职罪，而新近出台的《读职解释》对滥用职权罪和玩忽职守罪的定罪量刑标准也不再区分。

2. 主观区分说和客观区分说为了论证各自的主张，提出了一些新的见解。尽管这些见解在传统的刑法理论体系中均有商榷之处，但都不同程度、不同侧面地揭示了滥用职权和玩忽职守的实质性特征。一是行为故意观点。主观区分说为了论证其主张的正当性，提出了行为故意观点。刑法中的故意针对结果而言，判断行为人的主观方面心理状态是故意还是过失，不能看行为本身，而应看行为人对自己行为的结果持何态度，这是通说和刑法规定的意见，显然不能逾越。二是事实意义上的作为和不作为观点。客观区分说为了论证其主张，舍弃了规范意义上的作为和不作为概念，这在理论上同样难以成立。但是，主观区分说强调滥用职权行为人应当对其行为和行为性质具有充分的认识和某种程度的恶意，客观区分说强调身体的行动和不行动，对于深入理解滥用职权和玩忽职守行为具有的参考价值，应当成为把握两者区分界限的重要切入点。

3. 单纯的主观区分说或者客观区分说均存在局限而不具有普遍性意义，应当舍弃目前或者主观或者客观的二分观点。首先，一个犯罪包括数种罪过是可能的。主观区分说隐含着—个前提，一个犯罪只能是一种罪过形式：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。<sup>①</sup>我们认为，一个犯罪是否可以由多种罪过形式构成，不应当只是一个逻辑演绎的问题，更应当是一个事实归纳的问题。既然滥用职权罪的主观方面客观存在故意和过失两种心态，司法就应当予以尊重。其次，作为和不作为具有相对性。不履行职责在文义解释上既可以是职权滥用，也可以是职守懈怠。判断基准不同，得出的结论也不同。

4. 一种基于事实层面的主客观综合认定模式的提倡。认识到滥用职权罪和玩忽职守罪两者区分的困难，不意味着我们可以对两罪不予区分，毕竟两者属于不同的罪名，而定性问题又是刑事司法首先需要解决的问题，相反，是要求我们跳出传统区分的窠臼，更为全面客观地把握两个犯罪的认定。为此，笔者认为从事实层面结合主客观两个方面来进行综合判断，是一个较为可取的路径。

这种综合认定模式可以具体化为，滥用职权和玩忽职守在规范层面而言都是不依法履行职责，但是在事实层面的具体表现有所不同。滥用职权是不正当行使职权；玩忽职守是未认真履行职责。前者是与职责的积极冲突；后者则是职责的消极欠缺。这样一个区分界限，既可以完全纳入《立案标准》的解释框架，使得违反规定处理公务与不认真履行职权之间的界限更加明确，也蕴含着一定的道德评价因素，以体现两者区分的意义所在。

(1) 不正当行使职权。不正当行使职权包括超越职权和恣意用权等。超越职权必须以本人现有的职权为基础，而不是任意处理与本人职权毫无关系的其他问题。换句话说，所谓越权，是指本来属于行为人职务上有权处理的事项，但是，在实体上或程序上，行为人超越了职务上有权处理的限度。一般包括两种形式：一是横向越权，比如检察院执行逮捕。本例中，检察院没有逮捕的执行权，逮捕的执行权力属于公安机关。二是纵向越权，比如某乡镇一干部在与某公司洽谈引资过程中，私自与该公司签订协议。本例中参与洽谈的干部没有签订协议的权力，只有乡镇的乡镇长或经过授权的人才能签订此协议。恣意用权，即行为人在职权范围内不按照既定的法律法规或具体规章制度办事。关键在于一个“用”字。主要表现为：一是违背职权宗旨乱作为。有法不依、有章不循。比如，审判人员在民事、行政审判活动中，故意违背事实和法律作出枉法裁判。在此例中，审判人员依照既定程序作出审判是其职权内的事，但故意违背事实和法律是构成滥用职权的行为。如行政许可审批制度中对不符合

<sup>①</sup> 冯亚东、张丽：《模型建构视野下的滥用职权罪——与玩忽职守罪之区别》，载《西南政法大学学报》2006年第2期。

审批条件的对象发放许可证，就是典型的职权范围内违反规定故意不正确行使职权的行为。二是违背职责有意不作为。比如，海关人员对应当放行的货物置之不理，或者以各种理由来拖延放行，没有积极地行使其权力，造成刑法规定的损失。在此例中，海关人员是否放行是其职权内的事，但放弃职守就变成滥用职权的表现。

对于不正当的强调，主要目的在于对《立案标准》规定的“违反规定处理公务”作进一步界定。不正当包括动机、目的、手段不正当等。违反法律规定的权限和程序，以不当目的或者以不当方法行使职权的行为，属于滥用职权。有意见将滥用职权表述为“不正确行使职权”，显然不如“不正当行使职权”明确。

(2) 未认真履行职责。未认真履行职责包括未履行职责和未充分履行职责两种。未履行职责即怠于履职，是指根据职责的要求应作为而不作为，或者擅离职守。包括拒绝履行职责、放弃职责。如司法机关工作人员擅离职守，致使在押的罪犯趁机逃跑的。未充分履行职责是指行为人在履行职责过程中，违反职责的要求，马虎大意、敷衍草率，具体表现为工作责任心不强，工作不认真、细致，履行职责时出现错误，发现问题后采取措施不当等。敷衍塞责，未尽职责。

玩忽职守是一种单纯的失职行为。《立案标准》规定玩忽职守是行为人在公务活动中严重不负责任，不履行或者不认真履行职责。这一表述内容是正确的，但是，将“不履行”调整为“未履行”将更易于理解，将玩忽职守完全还原到一个事实的客观判断状态，而不涉及主观态度的评价。

#### (五) 滥用职权和玩忽职守的具体区分

根据上述标准，我们可以对滥用职权和玩忽职守大致作一细分：

1. 明知不当为而为之，不论动机如何，不论对结果有无预见，不论对结果的态度如何，均应认定为滥用职权。

2. 明知当为而不为，对结果有预见，但轻信结果可以避免，因属消极不作为，应认定为玩忽职守。

3. 明知当为而不为，对结果有预见，但对结果会否发生持无所谓态度的，没有任何其他不正当动机的，仍属消极不作为，应认定为玩忽职守。该意见同时支持，玩忽职守不排除由刑法意义上的间接故意构成的可能。比如，海关工作人员仅因为喝酒、打牌等对本应放行的货物未予放行，致使发生危害结果，虽然也违反规定，但应认定为玩忽职守。

4. 明知当为而不为，对结果有预见，但出于不正当的动机，对结果的发生持无所谓的态度，应认定为滥用职权。

5. 明知当为而不为，对结果有预见，并人为设置障碍，为结果的发生客观上创设条件的，因有具体的作为，且不正当性可以从人为制造障碍得以推定，应认定为滥用职权。

6. 对违背职责要求的行为无认识的，不管事实层面是作为还是不作为，均应认定为玩忽职守。没有主观认识，也就没有对行为的态度，也就没有正当与不正当之别，因而排除了认定滥用职权的可能性，即便实施了积极行为的，也应认定为玩忽职守。

7. 基于直接故意实施的作为或者不作为，应一律认定为滥用职权，但不排除同时构成其他犯罪。

8. 虽然刑法规定玩忽职守也有徇私舞弊，但实践中凡是徇私舞弊的一般都应当认定为滥用职权。

### 三、危害结果的理解和认定

渎职犯罪多为情节犯、结果犯，只有犯罪行为达到情节严重或者造成重大损失时，行为人才构成相应的渎职犯罪，犯罪行为达到情节特别严重或者造成特别重大损失时，法定刑升格，对行为人判处更重的刑罚。刑法条文对渎职犯罪的罪状表述较为原则，目前司法解释仅对少数渎职罪名规定了定罪量刑标准，而多数渎职犯罪只有立案追诉标准，没有量刑标准，如何把握渎职犯罪情节严重、情节特别严重、重大损失、特别重大损失，主要依赖于办案人员的自由裁量。司法实践中，为稳妥起见，加之观念认识、案外干扰等因素，一些地方往往采取就低不就高的做法，以至于出现重罪按轻罪处理、轻罪按无罪处理的现象。以农某玩忽职守案为例，某县公安局禁毒大队民警抓获盗窃小轿车的许某等6名犯罪嫌疑人，时任该县禁毒大队大队长的农某严重失职致使许某当晚挣脱手铐逃跑。许某后又实施盗窃时将被害人唐某捅伤，经抢救无效死亡。《渎职解释》出台之前因该案情节无明确的认定依据，审理法院以玩忽职守罪对被告人农某判处免于刑事处罚。定罪量刑情节的不明确，还导致各地法院对量刑尺度掌握不一，个案之间判决结果相差很大，案情相似却在不同量刑幅度内判刑的情况时有发生。此外，即便司法解释规定了定罪量刑情节的，因一些表述如损害国家声誉、造成恶劣影响等较为笼统、原则，仍存在进一步理解的问题。

#### （一）《渎职解释》对《立案标准》的调整

《立案标准》对渎职罪的立案追诉标准一一作了规定，《渎职解释》对滥用职权罪和玩忽职守罪的定罪量刑标准予以了明确。两相比较，后者对前者作

了诸多方面的调整。正确适用两个司法解释文件的规定，需要注意以下问题：

1. 立案标准与审判标准是否一致。如何看待立案标准？立案标准能否直接作为审判标准实践中是有疑虑的。一种意见认为，立案和审判标准应该是不一样的，公安机关和检察机关的立案标准应该低于法院的定罪标准，因为侦查机关立案后，可以继续开展工作，查清没有掌握的损失，而法院是固定的损失数额，因此，侦查立案的数额标准和审判的犯罪数额标准规定一致，是不科学、不足取的。我们认为，司法标准应该是统一的，故不存在立案标准与审判标准相分离的问题，在《渎职解释》出台之前且无其他司法解释规定的渎职罪名，审判当中应参照适用《立案标准》的有关规定；在《渎职解释》出台之后，对于滥用职权罪和玩忽职守罪的追诉和审判均应统一到《渎职解释》确定的标准中来。

2. 滥用职权和玩忽职守的定罪量刑标准应否区分。《立案标准》采取了分别规定的做法，滥用职权罪的定罪量刑标准要适当低于玩忽职守罪。《渎职解释》将滥用职权罪和玩忽职守罪合并规定，适用相同的定罪量刑标准。其主要考虑是：（1）立法上将滥用职权和玩忽职守并列规定，法定刑配置也完全相同；（2）滥用职权和玩忽职守的区别主要体现在行为方式上，两者的主观方面没有明显不同；（3）滥用职权和玩忽职守的界限模糊，实践中很难区分；（4）将滥用职权罪的定罪标准由《立案标准》确定的经济损失 20 万元上提至 30 万元，符合当前经济社会发展实际。需要指出的是，《渎职解释》规定的仅仅是滥用职权和玩忽职守这两个主观方面区分不明显的渎职犯罪定罪量刑标准的统一问题，对于其他故意类渎职犯罪如徇私枉法、私放在押人员等，因主观恶性明显不同，定罪量刑标准可适当降低。

3. 经济损失数额标准是否应当区分个人和单位而有所不同。《立案标准》对造成“公民个人损失”与“公共财产”的损失数额做了区别性规定，如滥用职权造成公民个人财产直接损失达 10 万元就应追究刑事责任，造成公共财产损失则需达到 20 万元直接经济损失。其主要理由是个人和单位对财产损失的承受能力不同，因而危害性也不同。《渎职解释》未再区分单位和个人规定不同的定罪量刑数额标准。其主要考虑有两个方面：一是不同主体的平等保护要求；二是方便实践操作，以免司法机关在一些同时造成个人和单位经济损失的渎职案件处理中无所适从。

## （二）经济损失结果的理解和认定

《立案标准》区分直接经济损失与间接经济损失，对经济损失的理解和认定问题作出了较为具体的规定，明确：“直接经济损失”是指与行为有直接因果关系而造成的财产损毁、减少的实际价值；“间接经济损失”是指由直接经



济损失引起和牵连的其他损失，包括失去的在正常情况下可以获得的利益和为恢复正常的管理活动或者挽回所造成的损失所支付的各种开支、费用等。有下列情形之一的，虽然有债权存在，但已无法实现债权的，可以认定为已经造成了经济损失：（1）债务人已经法定程序被宣告破产，且无法清偿债务；（2）债务人潜逃，去向不明；（3）因行为人责任，致使超过诉讼时效；（4）有证据证明债权无法实现的其他情况。直接经济损失和间接经济损失，是指立案时确已造成的经济损失。移送审查起诉前，犯罪嫌疑人及其亲友自行挽回的经济损失，以及由司法机关或者犯罪嫌疑人所在单位及其上级主管部门挽回的经济损失，不予扣减，但可作为对犯罪嫌疑人从轻处理的情节考虑。

《渎职解释》在《立案标准》规定的基础上，结合司法实践情况作了一定程度的调整和完善。明确：本解释规定的“经济损失”，是指渎职犯罪或者与渎职犯罪相关联的犯罪立案时已经实际造成的财产损失，包括为挽回渎职犯罪所造成损失而支付的各种开支、费用等。立案后至提起公诉前持续发生的经济损失，应一并计入渎职犯罪造成的经济损失。债务人经法定程序被宣告破产，债务人潜逃、去向不明，或者因行为人的责任超过诉讼时效等，致使债权已经无法实现的，无法实现的债权部分应当认定为渎职犯罪的经济损失。渎职犯罪或者与渎职犯罪相关联的犯罪立案后，犯罪分子及其亲友自行挽回的经济损失，司法机关或者犯罪分子所在单位及其上级主管部门挽回的经济损失，或者因客观原因减少的经济损失，不予扣减，但可以作为酌定从轻处罚的情节。

正确理解经济损失结果，需要注意把握以下几点：

#### 1. 经济损失的概念和范围

（1）经济损失必须是实际造成、确定可计算的财产损失。首先，在犯罪结果的理解上，我们历来坚持客观化的立场，尽管一些渎职案件造成了严重的潜在危险，但危险毕竟不同于结果，如案发当时无从判断具体损失的，不宜纳入经济损失的计算范畴。其次，经济损失的认定需有明确的证据支持，而不能基于大致推断。至于经济损失的表现形式则不受限制。

（2）经济损失不限于毁损、灭失。《立案标准》规定，经济损失是指财产损毁、减少的实际价值。《渎职解释》未再采用这一表述，而是笼统地规定为“财产损失”。这主要是考虑，《立案标准》的表述不够准确，财产损失不仅包括事实意义上的损失，还应包括法律意义上的流失，相对于权利主体而言，财产流失也是一种损失。据此，渎职犯罪行为入滥用职权将甲的财产所有权违法转移到乙的名下，尽管该财产作为一种物质存在，既未损毁，亦未减少，但同样应认定为损失已经造成。此外，无法实现的债权包括玩忽职守致使超过追诉期限而丧失追诉权的情形也应当认定为渎职犯罪的经济损失。

(3) 不再区分直接经济损失和间接经济损失。《渎职解释》未再沿用《立案标准》区分直接经济损失和间接经济损失分别规定的做法。主要考虑有以下几点：一是《立案标准》有关直接损失是“与行为有直接因果关系”的损失规定不够准确。损失的直接与间接和因果关系的直接与间接没有必然联系。直接经济损失既可以是直接的、必然的因果关系造成，也可以是间接的、偶然的因果关系所造成。二是直接经济损失与间接经济损失实践中很难区分，不易操作。一方面，在与矿难事故有关的滥用职权与玩忽职守案件中，经济损失往往都是根据安监等部门的事责任报告进行认定，而事责任报告往往只有经济损失多少，没有区分直接经济损失和间接经济损失。另一方面，各行业区分直接损失和间接损失的标准不一。一些部门行政规章对直接经济损失和间接经济损失的范围规定与《立案标准》中的标准并不一致。例如《水域污染事故渔业损失计算方法》规定的直接经济损失包括清除污染费和监测部门取证、鉴定等工作的实际费用，为消除、减少环境污染采取的处理、处置以及监测等合理措施而发生的费用。《企业职工伤亡事故经济损失统计标准》规定，直接经济损失指因事故造成人身伤亡及善后处理支出的费用和毁坏财产的价值。包括歇工工资、现场抢救费用、清理现场费用等。上述规定中的直接经济损失，按照《立案标准》的规定却属于间接损失的范畴，即“正常情况下可以获得的利益和为恢复正常的管理活动或者挽回所造成的损失所支付的各种开支、费用等”。三是间接经济损失的外延不易界定清楚，计算标准难以统一。渎职行为造成危害后果时往往会引起连锁反应，造成一连串的损失，此时将间接经济损失限定在不同环节其损失是不同的，而且事实上也很难统计。由于间接经济损失无法界定，将其作为定罪标准容易造成司法不公。如果将间接经济损失的大小作为认定“重大损失”的依据并据此定罪量刑，必然会造成有些间接经济损失虽然相对较小，但是较为明显，从而受到刑事处罚，而有些经济损失虽然很大，但因无法计算而没有受到刑事追究。四是《立案标准》确定的数额标准与重大责任事故案件等司法解释确定的数额标准不协调。重大责任事故的数额标准是损失100万元以上的为“重大损失”，损失300万元以上的为“情节特别严重”，并未区分直接损失与间接损失。最高人民法院《关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定以造成“公私财产损失”为数额计算依据，将直接和间接损失合并计算。渎职犯罪的损失数额标准应与相关标准相衔接，以便于操作。五是区分直接经济损失和间接经济损失确定不同的数额标准，依据不足。直接经济损失和间接经济损失的危害后果没有明显差异，且刑法只是笼统规定为渎职致使“公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”。

需要注意的是,《渎职解释》的规定并不意味着否定间接损失,而是将间接损失有条件地纳入经济损失计算中,不再区分。有意见认为,将间接经济损失作为认定玩忽职守罪“重大损失”的标准不合理,经济损失只限于直接损失,不包括所谓的间接损失。只有直接经济损失才能作为定罪的依据,而间接经济损失只能在量刑时考虑。我们不同意这一意见,但是,对间接经济损失应有所限定。为此,《渎职解释》规定,“经济损失”是指渎职犯罪或者与渎职犯罪相关联的犯罪立案时已经实际造成的财产损失,包括为挽回渎职犯罪所造成损失而支付的各种开支、费用等。

## 2. 计算经济损失的时间界点

渎职罪中的经济损失具有相对性和易变性,随着诉讼活动的进行,经济损失可能持续扩大,也可能逐渐减少。但是,作为定罪量刑的重要情节,诉讼活动当中又要求经济损失必须是确定的。由此,经济损失的计算时间就显得尤其重要。对此,理论上存在多种不同意见。第一种意见主张以终审判决时为准,认为应坚持有利于被告人的原则,实事求是地认定经济损失。该意见又可理解为不应设定时间界限的观点,即只有采取了一切手段,包括行为入本人,行政执法手段甚至是司法手段等,仍无法挽回经济损失的情况下,才能认定为经济损失。第二种意见主张以庭审时为准,认为在案件起诉之后法庭开庭审理之前,行为人所造成的经济损失仍无法挽回,才可以认定为经济损失。第三种意见主张以起诉时为准,认为在法院审理期间即使有证据表明重大损失得以挽回的,也不能改变行为人的犯罪性质,但在量刑上可以酌情考虑。第四种意见认为对犯罪分子及亲友挽回的损失与司法机关等部门挽回的损失应区别对待,不应人为地划定认定时间。不管是案发前还是案发后,对犯罪分子及亲友挽回的损失可予扣减;对司法机关等部门挽回的损失或客观原因减少的经济损失则不予扣减,可作为酌情从轻处理的情节。

《渎职解释》继续沿用了《立案标准》确定的“立案时”时间界点,并在此基础上作了一些调整:“经济损失”是指渎职犯罪或者与渎职犯罪相关联的犯罪立案时已经实际造成的财产损失。立案后至提起公诉前持续发生的经济损失,应一并计入渎职犯罪造成的经济损失。渎职犯罪或者与渎职犯罪相关联的犯罪立案后,犯罪分子及其亲友自行挽回的经济损失,司法机关或者犯罪分子所在单位及其上级主管部门挽回的经济损失,或者因客观原因减少的经济损失,不予扣减,但可以作为酌定从轻处罚的情节。

确定渎职犯罪经济损失的认定原则上应以立案时为准,其主要考虑有以下几点:一是刑法规定渎职犯罪,目的是惩治和约束国家机关工作人员的渎职行为本身,经济损失只是表明渎职行为的严重性程度,立案后挽回经济损失的事

实不足以改变行为的渎职性质，追究刑事责任的基本事实仍然存在。二是以起诉或者审判时经济损失是否挽回作为定罪量刑的依据，将直接影响到刑事诉讼活动的确定性和严肃性。三是根据控审分离原则，法院的审理活动应针对公诉机关指控的犯罪事实展开，如果提起公诉时行为人所造成的重大损失还未能挽回，行为人的行为即已构成犯罪。四是一个行为是否构成犯罪，原则上应以行为实施时为准，由于渎职犯罪行为与结果往往不同步的特征，且是否构成犯罪取决于犯罪结果，为方便实际操作才确定以立案时为损失计算基准，但这并不意味着损失挽回的就不构成犯罪。

正确适用《渎职解释》的规定时，需要注意以下几点：

(1) 经济损失的认定应一概以立案时为准，与是否是行为人自行挽回没有关系。立案前已挽回或者减少的损失一概不计入犯罪数额。立案后不管是犯罪分子及其亲友自行挽回的经济损失，还是司法机关或者犯罪分子所在单位及其上级主管部门挽回的经济损失，或者因客观原因减少的经济损失，均不影响经济损失的认定。

(2) 渎职犯罪尚未立案但与渎职犯罪相关联的犯罪已经立案的，应以关联犯罪立案时已经实际造成的财产损失认定犯罪数额。实践中，有相当一部分渎职案件线索是由办案机关在查办关联犯罪案件过程中发现、移送的。在渎职犯罪案件立案前，办案机关对关联案件可能已侦办多时，办案机关可能已经依职权追回全部或部分赃款，渎职犯罪案件嫌疑人及其亲友或所在单位也可能已经自行挽回了经济损失。此种情形本质上同样属于司法活动进行当中挽回的损失，同时为了加大对渎职犯罪的打击力度，《渎职解释》明确关联案件立案后挽回的经济损失部分不予扣除。

(3) 立案后至提起公诉前持续发生的经济损失，应一并计入渎职犯罪造成的经济损失。立案后持续扩大的经济损失，是渎职犯罪的构成内容，依法应予追究刑事责任，同时为了保持控审活动的相对稳定，《渎职解释》规定此种情形以提起公诉时作为认定经济损失的时间界点。

(4) 立案后挽回的损失可以作为酌定从轻处罚的情节。主要考虑是：损害的社会关系得到了一定程度的修复，社会危害性有所减弱；鼓励行为人积极挽回损失。

### 3. 债权损失的理解

对于表现为债权损失的经济损失，《渎职解释》仅对《立案标准》的规定在文字表述上作了技术处理，两者内容完全一致：债务人经法定程序被宣告破产，债务人潜逃、去向不明，或者因行为人的责任超过诉讼时效等，致使债权已经无法实现的，无法实现的债权部分应当认定为渎职犯罪的经济损失。

正确理解该规定，需要注意以下几点：

(1) 债权本身不是经济损失，只有不能实现的债权才是经济损失。债权损失的认定不适用立案时的认定标准。

(2) 债权的范围限于民事之债，不能无限扩大。比如，某国有破产企业清算组谎称需补偿工人工资，上级主管单位不认真审核，将补偿款转至工人工资卡上，致使30余万元被工人支走的；又如，行政机关在征收各种费用、税费时，以允许缓交、不进行催交等方式，致使税费实际上截至被查处时长期未缴纳的；再如，行政执法人员、司法工作人员的渎职行为导致他人的不动产被生效法律文书确认为第三人所有的，均属于对财产权的单方或者强制处分行为，不属于债权损失的范畴，其经济损失认定应适用立案时标准。

(3) 确认债权无法实现的方式可以多种多样。债权是否无法实现，是犯罪事实的内在构成内容，刑事审判可自行认定，不一定都需要经过民事判决确认。同时，对于生效民事判决确认无法实现的，行为人是否提出申诉，一般不影响经济损失的认定。

此外，《渎职解释》删去了《立案标准》关于公司、企业的停业、停产、破产的规定，主要是考虑到公司、企业有大有小，以此判断危害后果具有不确定性，统一以经济损失判断更为合理。

### (三) 人身损失结果的理解与认定

人身伤亡后果是认定渎职罪损失结果的一个重要指标。《渎职解释》第1条规定，国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，造成死亡1人以上，或者重伤3人以上，或者轻伤9人以上，或者重伤2人、轻伤3人以上，或者重伤1人、轻伤6人以上的，应当认定为《刑法》第397条规定的“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”；造成伤亡达到上述人数3倍以上的，应当认定为《刑法》第397条规定的“情节特别严重”。

适用该规定时，需要注意以下几点：

1. 滥用职权罪和玩忽职守罪适用同一伤亡标准，不再区分规定。

2. 参考以往相关司法解释规定，对伤亡人数的比例关系进行了调整。死亡、重伤、轻伤的具体比例关系为1:3:3。实践中的伤亡构成情况较为复杂，《渎职解释》不可能做到一一列举，具体办案当中应注意按照该比例关系进行具体认定。比如，死亡2人并重伤3人的，虽然单就死亡或者重伤人数均未达到3倍以上，但综合二者应认定为“情节特别严重”。

3. 关于中毒。《渎职解释》未就“严重中毒”作出规定，主要是考虑到严重中毒不具有普遍性，与伤亡后果存在一定的交叉，以及实践中严重中毒没有明确的认定依据。需要注意的是，尽管《渎职解释》未再规定这一情节认

定指标，但《渎职解释》还保留了兜底条款的规定，严重中毒对于个案情节轻重的判断仍具参考意义。

4. 关于当事人或者其近亲属自杀、自残造成重伤，或者精神失常。《立案标准》在徇私枉法等多个渎职罪名的立案标准中均规定了“致使被害人及其近亲属自杀、自残造成重伤，或者精神失常的”情节。对于该情节，实践中应注意结合案件具体情况审慎认定，防止单纯的结果归罪，对于故意以自杀或自残为要挟向国家机关施加压力，以满足不合理要求的，应不予考虑。至于“致使被害人或者其近亲属精神失常”则更应从严掌握。一方面，在医学上，精神失常是一个很大的概念；另一方面，造成精神失常的原因很多，对精神疾病进行科学鉴定也很困难。

## 四、徇私舞弊的理解和认定

### （一）徇私舞弊在渎职罪构成体系中的地位

刑法在部分渎职罪名当中规定了徇私舞弊内容。正确理解徇私舞弊，首先有必要探讨徇私舞弊在渎职犯罪构成体系中的地位，具体体现在两个方面：一是《刑法》第397条规定的徇私舞弊是与滥用职权、玩忽职守相并列的一种独立的渎职行为，还是滥用职权和玩忽职守内含的一种加重量刑情节；二是《刑法》第397条规定之外的其他渎职犯罪中的徇私舞弊，是否成立该渎职犯罪的构成要件。

1. 《刑法》第397条第2款规定的“徇私舞弊”行为属于滥用职权罪和玩忽职守罪的加重量刑情节

《刑法》第397条第1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。”第2款规定：“国家机关工作人员徇私舞弊，犯前款罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”该条规定的特殊之处在于，不同于通常加重情节的法定刑规定，对于徇私舞弊实施的滥用职权和玩忽职守行为规定了独立的法定刑幅度。据此，有意见认为，刑法根据渎职罪客观行为表现的不同将渎职犯罪分为滥用职权、玩忽职守和徇私舞弊三种相互并列的行为。我们不同意这一意见，从《刑法》第397条规定的法律逻辑分析看，滥用职权和玩忽职守是并列的关系。从行为与权力的关系的角度审视，滥用职权型渎职行为和玩忽职守型渎职行为都是从行为角度说明了行为对职责的背离；徇私舞弊型渎职行

的解释，需要特别慎重。<sup>①</sup>（2）否定徇私舞弊对于犯罪构成的认定意义，将很有可能使相关渎职犯罪的主观要件不明确，进而不当扩大刑事打击面。（3）否认徇私舞弊具有的定罪意义，将导致另一种意义上的罪刑不均衡。当徇私舞弊的渎职行为人在“犯罪主体”和“客观行为”等方面同时符合特殊渎职犯罪条款和《刑法》第397条滥用职权罪条款时，出现法条竞合。对于这种法条竞合，只能依照特殊渎职罪条款从重处罚。就此造成一种现象：徇私舞弊犯一般的滥用职权罪时，最高法定刑是10年，而徇私舞弊既犯一般的滥用职权罪又犯特殊的渎职罪时，最高法定刑反而可能仅为7年甚至更低。

## （二）徇私的理解与认定

在明确渎职罪当中的徇私舞弊要么是定罪要件要么是重要量刑情节的基础上，实践中有必要重视徇私舞弊的具体理解和认定问题。徇私舞弊包含“徇私”和“舞弊”两个方面，相比较而言，“徇私”更具实质性意义。对于“徇私”的具体理解和认定，主要应注意以下两个问题：

### 1. 徇私是主观要件还是客观要件

在该问题上，司法实践中存在多种不相同的意见：第一种意见认为，徇私是指行为人的犯罪动机。如有人指出，徇私舞弊类渎职犯罪主观方面只能是故意，具有明确的徇私的动机。第二种意见认为，徇私是指行为人的犯罪目的，即徇私舞弊类渎职犯罪主观方面表现为以私利私情为目的。第三种观点认为，徇私既是行为人的犯罪动机，也是本罪客观方面的表现之一。如有人认为，此类渎职犯罪的客观方面表现为行为人实施了滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊并使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。第一种意见和第二种意见大同小异，均认为徇私属于主观内容。第三种意见则明显不同，强调徇私必须外化为实现行为才能成立此类渎职犯罪。

我们认为，徇私应是构成此类渎职犯罪主观方面的动机要件，而不是该罪客观方面的行为要件。理由如下：（1）通常而言，认定某种犯罪并不需要查明行为人的具体目的和动机，但是，当刑法分则有明文规定时，特定的犯罪目的或犯罪动机便是构成某种犯罪的必备要件。（2）如果认为徇私是客观行为，获取财物或财产性利益又是徇私的重要内容，那么，凡是将徇私规定为构成要件要素的渎职罪，都可能包含了受贿罪，于是必然会出现轻罪包含重罪内容这种明显不合理的现象。（3）从刑法字面规定可以看出，徇私并非表明行为的客观违法性（法益侵害性）的要素。刑法是成文法，不能脱离文字表述解释

<sup>①</sup> 参见张明楷：《渎职罪中“徇私”、“舞弊”的性质与认定》，载《人民检察》2005年第23期。

刑法。根据汉语的通常含义，徇私显然是一种主观内容而非客观事实。当根据文字含义得出的结论具有合理性时，就不能推翻这一合理结论。（4）将徇私理解为犯罪动机，符合刑事立法初衷。读职罪的主体是国家机关工作人员，其基本特征之一是从事公务，而公务的重要特征是具有裁量性。有些裁量性事务，需要国家机关工作人员具有较高的法律素质、政策水平、技术能力，这种事务容易出现差错；有的裁量性事务，对国家机关工作人员的法律素质、政策水平、技术能力的要求则相对低一些，这种事务一般不会出现差错。分析刑法分则关于读职罪的规定就可以清楚地看出，凡是规定了徇私要件的读职罪，其职责内容都是需要国家机关工作人员具有较高的法律素质、政策水平、技术能力的裁量性事务。刑法之所以将徇私规定为主观的构成要件要素，显然是为了将国家机关工作人员因为法律素质、政策水平、技术能力不高而出现差错的情形排除在读职罪之外。例如，《刑法》第399条第1款要求徇私，是因为有罪、无罪往往界限不清、事实不明，为了避免将司法工作人员因法律素质不高而把有罪认定为无罪或者相反的情形认定徇私枉法罪，刑法条文将徇私规定为要件。《刑法》第400条第1款规定的私放在押人员罪不要求徇私，是因为谁是在押人员、具备什么条件与程序可以释放在押人员，是非常清楚的事情，不会出现因法律素质、政策水平、技术能力不高而私放罪犯的现象，所以，不必以徇私作为要件。（5）徇私仅限为主观要件，具有长期实践基础。以徇私枉法罪为例，1996年最高人民检察院《关于办理徇私舞弊犯罪案件适用法律若干问题的解释》第1条规定：“司法工作人员……为贪图钱财、袒护亲友、泄愤报复或者其他私情私利，具有下列行为之一的，应当依照刑法第一百八十八条的规定，追究刑事责任。”其中所谓“下列行为”均是指枉法追诉或裁判行为，并不包括徇私行为。（6）目的与动机常常难以区分，某种主观想法，从一个角度而言属于目的，从另一角度而言则属于动机，在此意义上，目的说并无明显不当。但是，在我国刑法理论中，将目的犯限定为直接故意犯罪的观点根深蒂固，如果将徇私作为犯罪目的，容易形成“以徇私为要件的读职罪均属于直接故意犯罪”的结论。而事实上，以徇私为要件的读职罪，对于具体危害结果的发生完全可能是出于间接故意。<sup>①</sup>

## 2. 徇私是否包括单位、小团体、小集体之私

对于徇私中“私”的范围的理解，实践中存在较大争议。一种意见认为，徇私仅指徇个人私情、私利，即徇一己之私；私情、私利与单位利益相对应，

<sup>①</sup> 参见张明楷：《读职罪中“徇私”、“舞弊”的性质与认定》，载《人民检察》2005年第23期。



徇单位之私不能理解为徇私。另一种意见认为，徇私不仅包括徇个人之私，而且包括徇单位、集体之私。在该问题上，“两高”相关文件的意见也不一致。最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》（以下简称《立案标准》）对《刑法》第402条徇私舞弊不移交刑事案件罪的立案标准中规定“直接负责的主管人员和其他直接责任人员为牟取本单位私利而不移交刑事案件，情节严重的”应予立案。最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《经济犯罪纪要》）第6条第4项明确，“徇私”应理解为徇个人私情、私利；国家机关工作人员为了本单位的利益，实施滥用职权、玩忽职守行为，构成犯罪的，依照《刑法》第397条第1款的规定定罪处罚。

主张徇私包括单位、小团体、小集体之私的理由主要如下：（1）徇私不仅要形式上予以考察，还应从实质上进行分析。“公”与“私”具有相对性，相对国家之公而言，集体之公则为私。而且，就我国当前的社会现实来讲，单位、集体和小团体利益与个人私利密切相连，这是与我国的分配体制、用人机制分不开的，其实质包括个人私利。（2）从法益侵害的角度，渎职罪侵犯的法益是国家机关工作人员职务行为的客观公正性，以及社会公众对该客观公正性的信赖。无论是徇个人之私实施渎职行为，还是徇单位、集体之私实施渎职行为，对上述法益的侵害并无区别。例如，在非法批地、非法低价出让国有土地使用权的案件中，大多数是地方政府借口发展地方经济，称其为“为公违法”，虽然社会危害性很大，但是难以受到刑法的有力制裁。（3）有利于体现罪刑相适应原则要求，实现刑罚效果。徇私类渎职犯罪的社会危害性比一般的渎职犯罪更为严重，刑法之所以将其单独列出，就是为了加重对这种犯罪行为的处罚，徇私类渎职犯罪的法定刑一般都比单纯的滥用职权罪或玩忽职守罪重。如果徇单位、小团体之私而渎职，不认为是徇私，而按照一般的渎职犯罪处罚，就会导致罪责刑不相适应，造成司法上的不公。（4）徇私包括徇单位之私有相关法律依据。《行政处罚法》第61条（于2009年修订）规定：“行政机关为牟取本单位私利，对应当依法移交司法机关追究刑事责任的不移交，以行政处罚代替刑罚，由上级行政机关或者有关部门责令纠正；拒不纠正的，对直接负责的主管人员给予行政处分；徇私舞弊、包庇纵容违法行为的，比照刑法第一百八十八条的规定追究刑事责任。”其中，“刑法第一百八十八条的规定”就是1979年刑法关于徇私舞弊犯罪的规定。（5）徇私包括徇单位之私有着长期实践基础，已获实践认可。早在1996年的最高人民检察院《关于办理对徇私舞弊犯罪案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《徇私舞弊解释》）第3条即规定：“为牟取单位或小集体不当利益而实施第一、二

条行为的，依法追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。”

(6) 从预防犯罪角度来看，有必要将徇私做扩大解释。对“徇私”做狭义的限定，无异于对徇私舞弊行为的放纵和开脱，这不利于国家公务员制度的完善，也极大地阻碍了国家机关工作人员职务行为的规范化建设。而且，徇单位或小团体之私所得的非法收入属于不正当收入，违反了财务制度，不能纳入正常的财务监管之中。而私设小金库放在单位账外，又很容易产生新的贪污、贿赂等腐败现象。为防止职务犯罪的发生，也极有必要把徇单位、小集体、小团体之私包含在徇私舞弊型渎职犯罪的徇私中予以追究。

我们认为，尽管《徇私舞弊解释》和《立案标准》支持“徇私”包括徇单位之私的意见，但该意见有颇多可商榷之处：(1) 从文义解释的角度，“徇私”应是指徇个人私情、私利。刑法中的“单位”是与自然人相对应的概念。将“私”与单位相关联称为“单位之私”，不符合刑法用语的逻辑性。(2) 从体系解释的角度，刑法中规定的徇私类渎职犯罪除了《刑法》第 397 条第 2 款和根据《刑法修正案》修正的第 168 条第 3 款将徇私舞弊规定为从重处罚的情节外，其他条文都将“徇私”规定为成立犯罪的必要构成要件。对“徇私”的理解，应在整个刑法体系中通盘考虑。如果“徇私”可以理解为“徇单位之私”，那么，《刑法》第 169 条规定的徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪，逻辑上将自相矛盾（为国有公司、企业的谋取单位利益与将国有资产低价折股和出售是矛盾的）。而且，将徇单位之私一概认定为徇私，在一定意义上无异于取消了这一要件。(3) 《行政处罚法》第 61 条规定并没有直接对徇私舞弊的理解作出规定，也不能推断出徇私包括徇单位私利的结论。相反，该规定的直接结论是，为谋取本单位私利的渎职行为只能给予行政处罚。仅据该规定认为立案标准的规定具有法律依据，失于牵强。(4) 有论者提出，刑法部分条文将徇私规定为要件，是为了将国家机关工作人员因为法律素质、政策水平、技术能力不高而出现差错的情形排除在渎职罪之外；而徇单位、集体之私实施渎职行为的，显然不是由于法律素质、政策水平、技术能力不高的缘故。换言之，徇单位、集体之私同样可以成为推动行为人实施渎职行为的内心起因。既然如此，就没有理由将徇单位、集体之私排除在徇私之外。<sup>①</sup> 该观点显然不够全面，至少部分徇私舞弊渎职的特别规定不是出于出罪的考虑，而是为了加重其刑罚。(5) 为了单位利益实施的渎职行为可以适用其他罪名（如滥用职权罪等）依法追究刑事责任。

<sup>①</sup> 参见张明楷：《渎职罪中“徇私”、“舞弊”的性质与认定》，载《人民检察》2005 年第 23 期。

综上分析，我们认为，《经济犯罪纪要》确定的原则仍需坚持，但是，对于相反意见的一些合理成分，也应重视并注意吸收。具体如下：

(1) “徇私”之“私”，原则上应把握在个人私情、私利上，“徇单位之私”不属于徇私。个人的私情、私利包括贪图钱财、袒护亲友、泄愤报复等。对于为本单位利益实施的相关读职行为，应依照《刑法》第397条第1款规定的滥用职权罪、玩忽职守罪追究刑事责任。

(2) 对于单位利益或者小部门、小团体的利益应区分情况具体分析。是否属于徇私，不仅应看形式，还要看实质。对于以单位或者单位内设机构形式谋取利益的情形，能否认定为“徇私”关键是看为了单位整体利益还是单位中个别人利益。如果行为人是为了单位成员的集体福利，则应视为单位利益，即便行为人事后按照一定的分配比例从中获取了利益，也不应认定为徇私。如果假借单位的名义，谋取利益后在行为人内部私分的，这种情形与徇个人私利并无实质分别，应以徇私论。对于并非为了单位整体利益，而是为了“小集体”、“小团体”的不特定单位成员的私情、私利的，即便单位不知情的，一般也不应认定为徇私。

(3) 徇私枉法罪中的“徇情”应理解为徇私情。《刑法》第399条第1款关于徇私枉法罪的罪状表述为“司法工作人员徇私枉法、徇情枉法”。对此，有意见从文义解释的角度，提出这里的“徇情”不以徇私情为限。例如，公安局林业公安科工作人员张某，在查处一起滥伐林木案件过程中，明知砍伐林木的村委会及村支部书记、村委主任等人的行为已涉嫌滥伐林木罪，应当立案侦查，但碍于镇政府有关领导的说情，利用主管、承办该案便利，从收集来的全部码单（用于记录砍伐林木数量的单据）中挑了几张码单，以低于刑事立案标准的数量，作为对该案进行行政处罚的依据，并伪造了两份相应的林业行政处罚勘验、检查笔录，同时隐匿、销毁了其他码单。后林业局根据张某提供的意见，对该村委会作出罚款1万余元的行政处罚决定。该意见认为，本案张某在查处滥伐林木案件中发现滥伐人已涉嫌犯罪情况下，碍于镇政府领导说情，故意对滥伐林木案不予立案，其行为应以徇私枉法罪处理。<sup>①</sup>我们认为，首先，这里的“徇情”应与“徇私”联系起来理解，徇情应限定为徇私情，以确保逻辑体系上的一致性。其次，国家机关领导干部说情的情况较为复杂，对于所谓的“徇公情”应作具体分析。对于因私人关系接受当事人请托以领导身

<sup>①</sup> 参见潘晓甫、吴良勇：《徇“公”情能否构成徇私枉法罪》，载《检察实践》2005年第5期。本案例另涉及徇私枉法罪与徇私舞弊不移交刑事案件罪的区分界限，因与这里谈论的问题无关，故不再展开。

份说情的，应认定为徇私情；对于确实代表单位意志行事的，则不宜认定为徇情。

### （三）“舞弊”的理解与认定

对于舞弊的性质，实践中意见较为统一：舞弊不是犯罪动机，而是客观的构成要件要素，指的是弄虚作假、玩弄职权的行为。如果说舞弊是犯罪动机，则意味着国家机关工作人员犯渎职罪时，是出于舞弊的内心起因而实施舞弊行为，这在逻辑上是有问题的，舞弊应当是达成某种动机、目的的手段而不可能是动机、目的本身。而且，如果说舞弊是犯罪动机，将直接导致一些渎职犯罪的罪状规定中没有客观行为，比如，徇私舞弊发售发票罪，招收公务员、学生徇私舞弊罪等。<sup>①</sup>舞弊中的弄虚作假，既可以是虚构事实、伪造证据材料这一类的积极作为，也可以是隐瞒事实真相、隐匿证据材料、无视法律规定这一类的消极不作为，凡是违背事实、违反法律规定的一切作为和不作为，都属于舞弊。

舞弊在渎职罪中主要表现为两种情形：一种情形是刑法分则条文规定了渎职行为的具体内容，舞弊只是整体渎职行为中的一部分或者两者直接等同，并不具有超出具体渎职行为之外的特别要求，认定实施了渎职行为即意味着具有了舞弊行为。例如，在《刑法》第413条规定中的动植物检疫徇私舞弊罪中，动植物检疫机关的检疫人员“伪造检疫结果”本身即为弄虚作假的舞弊行为。又如，在《刑法》第401条规定的徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪中，“对不符合减刑、假释、暂予监外执行条件的罪犯，予以减刑、假释或者暂予监外执行”本身即为舞弊行为。尽管为了减刑、假释、暂予监外执行往往需要积极实施伪造立功、监狱服刑记录或者病历等行为，但是，即便没有积极实施这些行为，违反规定予以减刑、假释、暂予监外执行的，同样应认定构成本罪。再如，在《刑法》第402条规定的徇私舞弊不移交刑事案件罪当中，只要行政执法人员“对依法应当移交司法机关追究刑事责任的不移交”，就应认定为舞弊。如行政执法人员长期将卷宗材料锁在保险柜而不移送司法机关的，就属于舞弊；并非只有伪造了虚假材料或者销毁了真实材料才属于舞弊。在上述情形下，要求行为人除实施具体的渎职行为之外，另实施其他舞弊行为的观点，不仅会不当缩小渎职罪的处罚范围，而且会导致将数罪认定为一罪、将处断上的一罪认定为单纯一罪。以《刑法》第414条为例，如果在不履行法律规定的追究职责之外，另要求有其他“舞弊”行为，必然意味着放纵制售伪劣商品犯罪行为罪包含了伪造国家机关公文、证件等犯罪行为，从而导致将数

<sup>①</sup> 参见张明楷：《渎职罪中“徇私”、“舞弊”的性质与认定》，载《人民检察》2005年第23期。

罪当一罪处理。另一种情形是，刑法分则条文没有规定具体的渎职行为，舞弊成为具有特定含义的、具体的渎职行为。属于这种情形的有《刑法》第405条、第418条等规定。根据《刑法》第405条的规定，舞弊是指不应发售发票而发售发票，不应抵扣税款的抵扣税款，不应退税的予以退税等行为；根据《刑法》第418条的规定，舞弊是指明知不合格而招收，或者故意拒绝招收应当招收的合格人员等，而不是其他表述的同位语。

舞弊的认定也应区分前述两种情形。当刑法条文将舞弊作为同位语规定时，只要行为人实施了刑法条文所规定的具体的渎职行为，就应认定其行为符合舞弊的要件，而无须对舞弊行为另行评价和认定。当刑法条文将舞弊规定为具有特定含义的构成要件要素时，则需要根据主体的职责内容与规则，认定其行为是否属于舞弊。<sup>①</sup>

## 五、因果关系的理解和认定

### （一）渎职罪因果关系的特点

渎职犯罪特别是玩忽职守类渎职犯罪的特点决定了渎职行为与损失结果之间的因果关系具有其特殊性与复杂性。具体可以概括为以下三点：一是多因性。渎职行为与损失结果在多数情况下并非单一的因果关系，而是表现为复杂的因果关系，即损失后果的产生往往不是一个人的玩忽职守行为所单独引起的，而是外在的自然因素、他人的违法犯罪行为、被害人自身的原因或者行为等因素累积叠加、共同作用的结果。二是间接性。渎职罪的损失结果往往不是渎职行为直接造成的，而是需要借助中介因素，渎职行为对于损失结果的发生起着间接作用。主要表现为渎职行为使潜在的危险状态变成现实的危害结果，渎职行为使可以避免的危害结果未能避免，以及渎职行为使已经出现的危害结果持续、扩大。三是偶然性。与因果关系间接性相对应，一些渎职罪因果关系呈现出偶然性的特点。在玩忽职守等大多数过失渎职犯罪中，通常情况下危害后果并不一定会发生，最终导致危害后果的发生是多种因素综合作用的结果。一方面，危害后果得以发生，并不是行为人所实施的渎职行为必然造成的，往往是因为中间介入了他人行为等其他因素；另一方面，即便没有渎职行为，危害结果也同样有可能发生。

---

<sup>①</sup> 张明楷：《渎职罪中“徇私”、“舞弊”的性质与认定》，载《人民检察》2005年第23期。

## （二）传统因果关系理论述评

刑法上的因果关系因其具有事实和规范两个层面的蕴意，理论上长期观点不一，实践中也存在诸多争议。在探讨读职罪因果关系的问题之前，有必要对传统刑法因果关系理论学说作一番检视。

1. 必然因果关系说与偶然因果关系说。必然因果关系与偶然因果关系是我国传统因果关系理论的一对基本范畴。必然因果关系说认为，当危害行为中包含着产生危害结果的根据，并合乎规律地产生危害结果时，危害行为与危害结果之间存在必然因果关系，只有这种必然因果关系才是刑法上的因果关系。据此，因果关系具有以下两个要素：一是作为原因的行为必须具有危害结果发生的实在可能性，这是行为与危害结果之间具有因果关系的必要前提；二是具有这种实在可能性还不足以说明具有因果关系，只有当具有结果发生的实在可能性的行为已经合乎规律地引起某一结果的发生时，才能确定该行为与所发生的结果之间具有因果关系。偶然因果关系说认为，危害行为不包含产生危害结果的根据，但在其发展过程中偶然介入其他因素，由介入因素合乎规律地引起危害结果时，危害行为与危害结果之间存在偶然因果关系，介入因素与危害结果之间存在必然因果关系。必然因果关系与偶然因果关系都是刑法上的因果关系，不能将条件与原因绝对分开，条件和根据都是原因，只是处于不同的等级和层次而已。

2. 条件说。条件说认为，只要行为与结果之间存在“如无前者即无后者”这种条件关系，就可认定为具有刑法上的因果关系。该说从自然逻辑的角度，认为每一个对结果的产生具有决定作用的条件，都具有同等的价值，因此任何在时间上先于结果存在，在逻辑上是结果发生必不可少的条件都是原因。故此，条件说又称为“等价说”、“自然因果说”、“共同原因说”。对该说主要批评是，刑法上的因果关系，是为了类型地确定在所发生的结果中，能够作为基于实行行为所引起的情況而予以处罚的范围而存在的，条件说将事实上的因果关系直接等同于刑法上的因果关系，不当扩大了刑法上的因果关系的范围。

3. 原因说。基于条件说的上述不足，原因说主张以某种规则为标准，从导致结果发生的条件中挑选出可视为原因的条件，只有这种原因与结果之间才存在刑法上的因果关系。原因说可谓条件说的修正，但是，从对结果起作用的诸多条件中挑选一个条件作为原因，是极为困难的，且易导致因果关系认定的随意性。况且，结果的发生，并非总是依赖于一个单纯的条件，在不少情况下，应当承认复数条件竞合为共同原因。

4. 相当因果关系说。相当因果关系说认为，为了确认刑法上的因果关系，单是行为和结果之间的条件关系还不够，需以条件关系为基础，根据社会生活

的一般经验，足以发生结果的条件行为才具有刑法上的因果关系。该说通过排除条件说中的不相当条件，从而限定刑法上因果关系的认定范围。相当因果关系中的相当性可以分为广义的相当性与狭义的相当性。狭义的相当性，主要是对因果经过的种类和方法的相当性判断，包括行为导致结果发生的盖然性、介入情况的异常性以及介入情况对结果发生所产生作用程度等。广义的相当性则强调，行为对结果的危险性应当以行为时的客观情况为基础进行判断，不仅要分析行为本身所具有侵害性的大小，还要分析客观情况的特殊性。而根据相当性的具体确定标准，该说又可以分为以下三种：一是主观的相当因果关系说。该说以行为人行为时所认识及可能认识的情况为标准，即就行为人当时所认识的事实进行判断，如认为在此环境，有此行为，则会发生相同的结果，则认定行为与结果之间存有因果关系。二是客观的相当因果关系说。该说以行为时的所有客观情况和行为后一般人能够认识的情况为标准，即依据客观情况的考察，认为在此环境，有此行为，均有此结果的发生，就认定行为与结果之间存有因果关系。三是折中的相当因果关系说。该说以行为当时一般人能够认识的事情及行为人特别认识了的事情作为判断基础，即使是一般人不能认识的，而只要行为人认识了该事情，则仍然成为判断的根据。也就是说，行为当时所存在的客观事实，凡是一般人以日常生活上的经验所能认识到的，不论行为人自己能否认识，都认为其行为与结果间存在因果关系；凡是一般人不能认识，但行为人能认识的，也认为存在因果关系。

5. 传统因果关系理论的局限。传统的因果关系理论主要是基于科学法则或者经验法则的因果关系理论，即因果关系的认定必须依赖于人类已经掌握的科学经验予以证明。首先，必然的因果关系说和偶然的因果关系说，都强调危害行为或者介入因素能够合乎规律地引起危害结果，而所谓的合乎规律，实际上就是要科学证明。其次，条件说以无前者即无后者作为判断公式，而这一公式的判断，取决于人类已经掌握的科学经验。原因说是对条件说的限制，确定原因之前首先必须确定条件。相当因果关系说则以行为人或者一般人对条件和结果之间的经验法则作为基础。然而，渎职犯罪因果关系的最大特点是偶然性和不确定性，多数情况下渎职行为并不会导致危害结果的发生，发生危害结果的情形仅为少数，根据传统刑法因果关系的认定必须依赖于人类已经掌握的科学经验予以证明的要求，多数渎职犯罪均不具有刑法上的因果关系。因此，传统的因果关系理论和因果关系判断方法难以胜任渎职犯罪因果关系的认定。

### （三）一种综合因果关系理论的提倡

认识到渎职罪因果关系所具有的多因性、间接性、偶然性等特点，传统因果关系理论的局限性，以及任何单一因果关系理论均有可能带来认定范围过宽