

渎职罪中剥夺公职资格刑之提倡

王瑞玲¹, 丁子明²

(1. 湖南工业大学 法学院, 湖南 株洲 412007; 2. 株洲市人民检察院, 湖南 株洲 412008)

[摘要] 我国现行刑法对渎职罪的刑罚仅限于自由刑, 而没有资格刑的相关规定。在渎职罪中规定剥夺公职资格刑, 不仅是我国法制史的传统, 也顺应了世界潮流。在刑法中应当规定剥夺公职资格的相关刑罚, 才能够更有效地防止渎职行为的发生。

[关键词] 渎职罪; 剥夺公职资格刑; 自由刑

[中图分类号] D914.393 [文献标识码] A [文章编号] 1674-117X(2013)02-0049-06

On Avocations of the Penalty of Depriving Public Qualifications in Criminal Law of Crime of Malfeasance

WANG Ruilin¹, DING Ziming²

(1. School of law, Hunan University of Technology, Zhuzhou, Hunan 412007, China;
2. People's Procuratorate of Zhuzhou, Zhuzhou, Hunan 412007, China)

Abstract: The penalty of the current Criminal Law on the crime of malfeasance is limited to Punishment against Freedom without any provisions of qualification penalty. Depriving the public eligible of criminal of duty dereliction, is not only the tradition of our legal history, but also conforms to the trend of the world. We must regulate the penalty of depriving the public qualifications in the Criminal Law in order to be able to more effectively prevent the occurrence of misconduct.

Key words: crime of malfeasance; the penalty of depriving public qualifications; Punishment against Freedom

我国刑法所指的渎职罪也就是分则第9章所列的“渎职罪”, 是指国家机关工作人员利用职务上的便利或者徇私舞弊、滥用职权、玩忽职守, 妨害国家机关的正常活动, 损害公众对国家机关工作人员职务活动客观公正的信赖, 致使国家与人民利益遭受重大损失的行为。渎职罪共列了33个罪名, 其中5种以拘役至15年有期徒刑为法定刑幅度, 7种以拘役至10年有期徒刑为法定刑幅度, 10种以拘役至7年有期徒刑为法定刑幅度, 3种以拘役至5年有期徒刑为法定刑幅度, 8种以拘役至3年有期徒刑为法定刑幅度。可见, 我国刑法中对国家机关工作人员渎职行为处罚的法定刑分为两个刑种, 即

拘役和有期徒刑这两种自由刑, 但没有规定任何形式的资格刑。

一 古今中外渎职罪中剥夺公职资格刑之立法比较

在我国历史上, 惩治国家机关工作人员犯罪的刑罚古已有之。惩官刑罚在古代其惩罚方式远比现在多样, 惩罚力度也远比现在严厉。打开整部惩官史, 可以发现, 有一种重要的刑罚方式为现行刑法即1997年刑法典所抛弃, 那就是剥夺犯罪官吏再做官资格的刑罚(1979年刑法在“渎职罪”章中规定对泄露国家秘密罪可以剥夺政治权利, 其中就

收稿日期: 2012-10-12

作者简介: 王瑞玲(1981-), 女, 广东汕头人, 湖南工业大学讲师, 法学硕士, 主要从事刑法研究; 丁子明(1964-), 男, 湖南株洲人, 法学硕士, 株洲市人民检察院干部, 主要从事刑法研究。

包括了剥夺犯罪人“担任国家机关职务的权利”,也即是剥夺担任公职资格刑,1997年修订的刑法删除了这一规定,从而使整章渎职罪都没有了关于剥夺担任公职资格刑的规定)。在历史嬗变中,对这一剥夺做官资格刑罚的称谓各式各样,有的称之为“废”,有的称之为“禁锢”,有的称之为“除免”,但其实质并没有什么差别。

废刑是一种废弃罪犯官职永不叙用的刑罚。这种刑罚方式在秦代的刑罚体系中较为流行。秦法律规定:“伪听命书……不避席立,赀二甲,废。”^[1]即听朝廷的命书时不下席站立,就要在处以“赀二甲”的同时处以“废”刑。《法律答问》中也有记载说:“廷行事吏为沮诈伪,赀盾以上,行其论,又废之。”就是说,按成例,官吏弄虚作假,其罪在赀盾以上,依判决执行,同时还要处以“废”刑。秦代被处以废刑的官吏就是“废官”,不许再行起用。《除吏律》规定:“任废官为吏,赀二甲。”这表明在秦律中,任用废官为吏本身也是一种犯罪行为,是要追究刑事责任的。

禁锢也是一种剥夺犯罪人做官资格的刑罚。锢的本意是铸铁以堵塞铁器的漏洞,引申为禁绝做官之道。禁锢起源于周,春秋时继续援用。如《左传·成二年》云:“子反请以重币锢之。”杜预注:“禁锢勿令仕。”^[2]至汉代,禁锢已成为一种常用资格刑。汉灵帝熹平五年下诏:“州郡更考党人,门生故吏父子兄弟,其在位者,免官禁锢,爰及五属。”作为当时党争一方代表的李膺、陈寔的拥护者二百余人“皆赦归田里,禁锢终身。”^[3]

除免是另一种剥夺犯罪官吏在一定期限内做官资格的刑罚。除免是除名、免官、免所居官的简称。除名即指免除犯罪人所有的官职和爵位。除名的名称始于汉代,唐代把除名正式规定在唐律中,并使其具备了资格刑的性质。唐律中适用除名的犯罪有:十恶犯,故意杀人犯,因谋反大逆而缘坐被流刑以上者,在辖区或职责范围奸、盗、略人的监临主守,受财枉法的监临主守等。免官是指免去所有的官职。它所适用的罪犯包括:受财不枉法者,奸、盗、略人的监临主守等。免所居官是指免除所居之现官职。它所适用的罪犯包括:府号官称犯父祖名而受任者,冒哀求仕者,奸淫监临内杂户、官户、部曲妻或婢者等。

从历史的纵向考察可以看出,对于官吏的犯罪,存在一种剥夺犯罪人担任公职资格的资格刑(剥夺公职资格刑不同于我国刑法中的剥夺政治权利

刑,剥夺公职资格刑只涉及剥夺政治权利中的一部分。对此后文将有论述。此外,剥夺公职资格刑也不同于行政处分上的撤职,撤职只是撤掉行为人现有的职务,而不涉及被处分者今后担当公职的资格,而剥夺公职资格刑正是剥夺犯罪人今后担当公职的资格)。并且,剥夺担任公职资格刑罚对官吏犯罪行为的适用范围相当广泛,既包括了官吏利用官吏身份实行的职务犯罪,也包括了官吏非利用官吏身份实行的普通犯罪。当然,不管这一刑罚方式调控多少种官吏犯罪,官吏利用国家机关工作人员身份实行的渎职犯罪囊括其中则毫无疑问。

国家频繁运用剥夺担任公职资格刑罚打击官吏渎职犯罪,已成为了一种因袭继承的刑法传统。不同时期对这种刑法传统的保留和发扬,也证明了对官吏渎职犯罪运用剥夺公职资格刑予以打击的合理有效性。然而,当历史的脚步踏入1997年,97刑法典彻底否弃了这一传统,国家机关工作人员渎职罪中没有规定任何形式剥夺担任公职资格的刑罚。是出于一种什么样的考虑抛弃了这一传统立法理念?是传统本来就是糟粕,还是传统已不适合于时代精神?现行刑法规定给我们带来了疑问。

当今世界各国的刑法典中几乎可以说是存在着一个通例,那就是对官吏的渎职犯罪都规定了剥夺担任公职资格的资格刑。

《瑞士联邦刑法典》总则第51条规定了“当局成员或官员因犯重罪或轻罪而表明其不值得信任的,法官宣告其在2-10年不得成为当局成员或官员。”这就用总则的形式对犯罪官吏其中当然也包括犯渎职罪的官吏规定了剥夺其担任公职资格的刑罚。渎职罪具体规定在刑法分则第18章“针对职务义务和职业义务的犯罪”中,其中的适例包括:滥用职权,超收费用,不忠实履行职务,帮助犯人逃跑,侵害职务秘密,等等。这些犯罪当然也适用刑法总则第51条关于剥夺公职资格刑的规定。

《西班牙刑法典》在第19集“破坏公共管理罪”中规定了大量的渎职罪。其中第1章“公务员失职及其他不法行为”规定了3个渎职犯罪条文,均有一定期限内剥夺或中止担任公职资格的规定。第2章的“擅离职守和不履行追捕责任”规定了3个渎职犯罪条文,也都规定了“中止其从事职业或担任公职权利”一定期限的规定。第3章“不服从及拒绝援助”的渎职犯罪中也规定了相同的内容。第4章“保管公文不忠与泄密”规定了6个渎职犯罪条文,其中就有5个条文包含了一定期限“剥夺

其从事职业或担任公职”的规定。

《德国刑法典》将渎职罪规定在刑法分则第30章的“职务犯罪”里。有关渎职犯罪的条文包括第339条的“枉法”、第344条的“对无罪人的追诉”、第345条的“对无罪人执行刑罚”、第348条的“职务上的虚伪记载”、第352条的“超收费用”、第353条的“超收税款、克扣支付”、第353条b的“侵害职务秘密和违反特别的保密义务”、第355条的“侵害税务秘密”等。对这些渎职犯罪,第358条用了一个总括性的条款规定了“附随后果(即附加刑)”：“除依…第339条、…第344条、第345条第1款和第348条、第352条至第353条b第1款、第355条…的规定,科处6个月以上自由刑外,法院还可剥夺行为人担任公职的资格。”

瑞、西、德等几乎是世界各国都不约而同地规定了剥夺渎职官吏担任公职资格的刑罚。中国刑法史上剥夺官吏担任公职资格的刑罚制度也告诉我们,这一刑罚方式并非是外国刑法的专利,而恰恰是我国刑罚的传统。合理的传统也许会因为某种疏忽而暂时被漠视被搁置,但它必将会在理性的目光审视下得到重视和弘扬。

二 渎职罪中规定剥夺公职资格刑能更有效打击和预防渎职犯罪

剥夺担任公职资格刑在世界范围的渎职罪中广泛流行。是什么原因使得这种刑罚方式对渎职罪具有如此独特魅力?这还得从渎职罪的独特之处说起。渎职罪主体是独特的:国家机关工作人员;行为过程是独特的:在履行职责、行使职权过程中;侵害法益也是独特的: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。这些独特之处决定了渎职罪中单纯自由刑效力的有限性,同时也决定了剥夺公职资格刑在渎职罪中的不可或缺性。

我国刑法对渎职罪只规定单纯的自由刑,这显然忽略了渎职罪本身的特点。鉴于任何刑罚的合理性分析都不可能逃脱报应、一般预防和个别预防这条总路线,所以我们依然遵循总路线,从报应、一般预防和个别预防上来阐述理由和看法。自由刑虽然也具有严厉的报应性,但对渎职罪而言,它的个别预防功能和一般预防功能却不可高估。

就个别预防而言,刑罚的目的在于防止犯罪人再次犯同种罪。刑事社会学派假定一个人之所以犯渎职罪,是由他自身性格特点、所处社会环境、自

然环境等因素决定的,这诸多因素就构成了他的犯罪人格,而这一人格又决定了他会犯和会再犯这种罪。^[4]所以,对一个具有犯渎职罪人格也即是犯渎职罪天性的人来说,剥夺他几年自由又有什么用呢?渎职罪是犯罪人利用国家机关工作人员身份实行的犯罪,剥夺自由只能构成对他犯罪天性一时之限制;因为他担当国家机关工作人员的资格仍没有被剥夺,他还可以获得实行犯罪所必要的身份,所以,一旦获得了自由,他又可以重操旧业。当然,自由刑也可以改造矫正人,可以改变一个人的犯罪人格。但是,社会上累犯经常出现已表明了自由刑改造罪犯人格能力的有限性。况且,犯渎职罪的人往往面临着极大的利益诱惑,当他们经过“成本”与“利润”的精心计算,发现犯罪“利润”远高于几年自由刑成本的时候,自由刑就更不具有遏制力了,他宁愿冒牺牲几年自由风险再卷土重来。尽管事实上,有犯渎职罪人格者和为犯渎职罪而精心计算者为数甚少,但理论上和实践上的预防不可或缺。

就一般预防而言,刑法的目的在于防止社会上的一般人犯罪。对于一般人的犯罪应该如何预防呢?先秦法学家韩非子提供了一种思路,即他的“重刑止奸”说(这一学说与德国刑法学家费尔巴哈的“心理强制说”有异曲同工之妙,虽然他们考虑的出发点不同,一为权力服务,一为限制权力),这一学说认为:“所谓重刑者,奸之所利者细,而上之所加焉者大也。民不以小利而蒙大罪,故奸必止也。所谓轻刑者,奸之所利者大,上之所加焉者小也。民慕其利而傲其罪,故奸不止也。”^[5]要达到“止奸”的目的,必须利用重刑使犯罪人因犯罪之所失大于因犯罪之所得。然而,错综复杂的犯罪形式和犯罪后果,注定了自由刑不可能使每一个渎职行为人所受到的损失都大于因犯罪之所得,刑罚的威慑力总是有限的。何况在一些过失犯罪如玩忽职守的情况下,行为人本来就不可能进行所谓趋乐避苦的理性计算,刑罚的重刑威慑也就无从生根。所以,就渎职罪而言,刑罚也就不可能在渎职罪上达到完全“止奸”的目的。自由刑的“止奸”效果一般,但成本价却是高昂的,它以牺牲人的自由为代价。因此,我们可以想象,对渎职罪特别是过失渎职罪,能不能找到一种预防犯罪效果与自由刑相当或者更高而代价更加低廉的刑罚呢?如果能找到这种刑罚方式,就可以一定程度上用它来代替自由刑,从而节约刑罚成本,以免造成刑罚资源不必要的浪费。

毫无疑问,对渎职罪而言,自由刑是有效的,它既可以改造矫正一些已犯者,也可以威慑教育一些欲犯者。但是,自由刑同时又存在诸多缺憾,从个别预防和一般预防来看,它对已犯者的遏制力是有限的。

俗语云:“药对方,半盅汤”,只有对症下药,才能药到病除、事半功倍。自由刑对遏制渎职罪之所以药力不足、疗效低微,正是因为它没有抓住渎职罪的病症所在,不可能触及渎职罪的病根。与此相反,剥夺犯罪官员担任公职资格的资格刑却抓住了渎职罪的特点,从而有的放矢,故能产生自由刑不可能有的功效。可以说,在渎职罪中,自由刑之所短,正是资格刑之所长。

就个别预防而言,渎职犯罪是国家机关工作人员利用或疏忽自己的公职实施的犯罪,公职资格政治地位往往构成渎职犯人再实施犯罪的前提。对此类犯罪人在剥夺其担任公职资格的同时,也就彻底铲除了其再犯此类犯罪的根基(一般预防是防止犯罪人再犯罪,也就是再犯已犯过的同种罪),剥夺公职资格刑罚的运用正具有“皮之不存,毛将焉附”的意义。同时,公职资格被剥夺使犯罪人亲身体会到犯罪所招致的政治上的否定,尤其可以使某些出于政治目的而渎职的犯罪人意识到,犯罪不但不能给自己带来政治上的利益,反而会导致已有政治地位和可得公职资格的丧失。“赔了夫人又折兵”,利害相权,进而恐惧再失去政治地位公职资格而不犯罪。这正是个别预防的剥夺犯罪能力和个别威慑之效,是自由刑不可能产生的而剥夺公职资格刑却能够具备的功效。

就一般预防而言,剥夺公职资格刑对广大官员所具的威慑效应也不一定就低于自由刑。渎职罪中规定了二类犯罪,一类是玩忽职守型犯罪,一类是滥用职权型犯罪(滥用职权罪和玩忽职守罪是两个“口袋罪”,渎职罪中的其他故意犯罪都属于滥用职权型犯罪,如故意泄露国家秘密罪、私放在押人员罪、徇私不移交应当追究刑事责任的案件罪等,这些犯罪都是对滥用职权型犯罪中的某些特例进行的列举式规定;同理,渎职罪中的其他过失犯罪也都属于玩忽职守型犯罪,都是对玩忽职守型犯罪中的某些特例进行的列举式规定)。下面就这两类犯罪分别进行分析。

玩忽职守型犯罪是一种过失犯罪,是由于工作中疏忽大意或过于自信所致,不是行为人主动追求而是违背行为人意志的犯罪。对于这类犯罪,行为

人不会因为面临要失去自由的自由刑而会更多谨慎,也不会因为只是面临剥夺自己的公职资格的剥夺公职资格刑而更少谨慎,两种刑罚方式对行为人的注意能力和谨慎度的影响应该是相近的。因此,两种刑罚方式对行为人所产生的威慑效果应该是相当的。但由于相对剥夺公职资格刑而言,自由刑是一种代价更加高昂的刑罚,而两者所产生的一般预防效果又相当,因而,自由刑根本不具有刑罚的节俭性^[6](刑罚的节俭性是衡量制刑、动刑、配刑、行刑正当性的一个重要指标)。所以,相对剥夺公职资格刑而言,自由刑在玩忽职守型犯罪中不具有存在的合理性,应当起用剥夺公职资格刑而抛弃自由刑。

对于滥用职权型犯罪,是自由刑威慑力更大还是资格刑威慑力更大?自由刑可以以失去自由为威吓,“无自由,毋宁死”,所以,自由刑的威慑力是很大的。而剥夺公职资格刑也可以以失去公职资格为威吓,因为对一个以担当公职为生的人来说,公职资格意味着他(她)的第二生命,剥夺了他(她)的公职资格,也在某种意义上宣告了他(她)的死亡,所以,剥夺公职资格刑的威慑力也是大的。因此,对于滥用职权型犯罪,自由刑和资格刑其威慑力各有长短,难以度长挈大。也正因为此,我们无法用资格刑的威慑力理由来否定自由刑,但也无法用自由刑的威慑力理由来否定资格刑。

对于渎职罪,自由刑和剥夺公职资格刑都具有符合人道的严厉惩罚性,一个是剥夺人的自由,禁锢人身;一个是剥夺人的公职,使人从政治上受到完全否定。在这一前提下,两者优劣性的比较应该是功利上的比较,也即是预防功能上、效益上的比较。总体上,对于渎职罪中的玩忽职守型犯罪,从一般预防来看,自由刑和剥夺公职资格刑的威慑力相当,但剥夺公职资格刑具有明显节俭性;而且,从个别预防来看,剥夺公职资格刑对预防犯罪人再次犯罪其威慑力是自由刑不可企及的。所以,玩忽职守型犯罪应该弃用自由刑而代之以剥夺公职资格刑;纵使不完全抛弃自由刑,也应该以剥夺公职资格刑为主,严格限制自由刑的适用。对于渎职罪中的滥用职权型犯罪,从一般预防来看,自由刑和剥夺公职资格刑的威慑力各有千秋,难以比较;而从个别预防来看,剥夺公职资格刑的剥夺再犯能力和个别威慑力都远大于自由刑。所以,即使假设自由刑的一般威慑力的确大于剥夺公职资格刑,但我们也无法完全忽略剥夺公职资格刑的个别预防效果,

从而应该在滥用职权罪中规定一定量的剥夺公职资格刑。

三 我国刑法典渎职罪中应规定剥夺公职资格刑

几乎是世界通例,各国纷纷在它们刑法典的渎职罪中规定了剥夺公职资格刑,这正是考虑到单纯自由刑无法遏制渎职犯罪,而剥夺公职资格刑则紧紧抓住了渎职犯罪的特点,是打击和防卫渎职犯罪的理想手段。也几乎是历史通例,我国自古以来就有动用剥夺公职资格刑对付渎职犯罪的传统,这也正是考虑到了剥夺公职资格刑对渎职犯罪的遏制力。既不同于世界通例,也不同于历史通例,我国现行刑法却成了一个特例,第9章渎职罪中没有规定任何形式的剥夺公职资格刑。

之所以现行刑法的渎职罪中没有规定剥夺政治权利刑或剥夺公职资格刑,有人认为可能是基于两点理由:一是与我国历来对犯错误干部所持的“治病救人”“给出路”的态度有关;二是与我国现有的某些聘任干部制度中有禁止曾被处以刑罚的人担任某些职务的规定有关。^[7]然而,这两点理由事实上并非理由,它只是两个经不起推敲的难以自圆其说的借口。

法律面前人人平等是一条保护人权的宪法原则,它要求对所有公民一视同仁看待,反对任何形式的特权。任何刑事政策的制定,都不能违背这一基本原则。所以,当国家对犯渎职罪干部持“治病救人”“给出路”态度的时候,为什么不对其他的犯罪人也持同样态度呢?坚持这样宅心仁厚的刑事政策,就应该对所有的犯罪都取消资格刑,这才能真正体现刑法面前人人平等原则。^[8]既然普通犯罪中都规定了资格刑,对渎职犯罪规定资格刑就应该是当然和必然之选。渎职罪的主体是国家机关工作人员,他们作为社会精英,被挑选出来代表人民管理国家,人民赋予他们极大的权力,同时也就意味着他们应该承担更大责任。在刑事政策的天平上,如果说它可以倾斜,那也只能倾向其他人犯罪而不应该是倾向国家机关工作人员,否则刑法就难免有姑息养奸、保护特权之嫌。

我国某些聘任干部制度中有禁止曾被处以刑罚的人担任某些职务的规定,但这并不构成反对剥夺公职资格刑的理由,而恰恰正是剥夺公职资格手段能够作为一种刑罚产生惩罚效果的原因。任何刑罚都应该伴随有一定痛苦,否则就不应该叫做刑

罚。正因为接受剥夺担任公职资格刑罚后犯罪人会丧失很多机会,会受到政治上的否定评价,所以它才具有威慑力,才能在欲犯者心中产生犯罪反制力,使其洁身自好。政治上的否定评价不应该只是一个口号,而应该落到实处,禁止曾被处以剥夺担任公职资格刑的人担任某些职务,正是刑罚给人痛苦的体现方式之一,也正是其能够作为刑罚手段的原因。

渎职罪是一种国家机关工作人员以损失国家和人民利益为代价的犯罪,它一旦发生,必然影响国家机关的正常活动,特别是影响国家机关工作人员在公众心目中的形象,有形的损失可能不是太大,但无形的损失却是巨大的,因为它会危及政权和稳定。为了维护公共生活的清洁,树立政府的为民形象,巩固国家的统治基础,就有必要把这些渎职的蛀虫清除出人民事业的队伍。用剥夺公职资格刑来保护国家机关公共生活的纯洁,是现在很多国家采用的有效手段,有刑法学者在评价“丧失被选举权和担任公职资格”的刑事处遇时曾说:“今天(剥夺公职资格和被选举权——笔者加)的目的几乎不能被视为促进个别预防,而只是为了维护公职及其职能的声誉;这一声誉不应当因为他人的严重犯罪或带有政治色彩的犯罪被判刑后,仍占居行政机关或选举管理委员会中的有影响力的位子而受到危害。”^[9]

然而,还应该说明的是,剥夺公职资格正如以上评论者所言,有可能是为了刑法以外的目的,即为了“维护公职及其职能的声誉”。但是,这一目的和刑法预防犯罪的目的并不会发生冲突,两个目的是一致的,预防了犯罪也就会符合政治上保护国家机关公共生活纯洁和声誉的需要。因此,从某种意义上讲,国家公共生活的纯洁和声誉正是刑法预防犯罪的客观效果。所以,刑事政策的目的仍然是刑法范围内的目的。再者,剥夺公职资格刑是在量刑一般原则指导下依据罪责抵偿标准量定的(有德国刑法学者认为:“行为人为了国家管理形象而遭受的‘特殊的牺牲’,必须依据量刑的一般原则,尤其是必须依据罪责抵偿的标准来量定。”^[9]笔者的观点和这种看法是一致的,即任何刑事政策上的目的追求,都必须限定在刑法基本原则的限度内,只有在这一限度内所获取的刑事政策效果才是正当的),不会发生为了追求政策目的而做出偏离刑法的行为。所以,为达到刑事政策目的的手段仍然是刑法范围内的手段。用正当的刑法手段追求正当

的刑法目的是符合刑法要求的。

所以,无论是从刑罚功能角度,还是从刑事政策角度,都说明了剥夺担任公职资格刑是一种合理有效的刑罚手段,是打击和防卫渎职犯罪的理想选择。对于这样一种刑罚方式,理应归入到渎职罪中,发挥其打击和防卫渎职犯罪的作用,使渎职犯罪从根本上得到控制,以保护公共生活的纯洁,树立国家机关的为民形象,巩固国家的统治基础。

在我国现行刑法的第294条第4款对包庇、纵容黑社会性质组织、活动犯罪中有关于剥夺政治权利的规定:“国家机关工作人员包庇黑社会性质的组织,或者纵容黑社会性质的组织进行违法犯罪活动的,处3年以下有期徒刑,拘役或者剥夺政治权利;情节严重的,处3年以上10年以下有期徒刑。”其实,从构成要件上分析,国家机关工作人员包庇、纵容黑社会性质组织、活动罪实际上就是一个渎职罪。这个渎职罪中规定了剥夺政治权利刑,而剥夺政治权利刑中又包含了剥夺担任公职资格刑。所以,刑法规定为什么这样厚此薄彼,在第294条第4款的渎职罪中规定了剥夺公职资格刑,而在第9章的整章渎职罪中却没有规定一个剥夺公职资格刑?根据罪刑相应关系,同种性质的犯罪理应规定同种性质的刑罚,既然在国家机关工作人员包庇、纵容黑社会性质组织、活动犯罪中规定了剥夺公职资格刑,那么理应在第9章的渎职罪中也规定有剥夺公职资格刑。

这里所提倡的剥夺公职资格刑不同于我国现行刑法中所规定的剥夺政治权利刑。剥夺政治权利是指同时剥夺如下4项权利:(1)选举权和被选举权;(2)言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利;(3)担任国家机关职务的权利;(4)担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。而剥夺公职资格刑只涉及其中的第3项也即剥夺“担任国家机关职务的权利”。剥夺政治权利刑是一种“奢侈”的刑罚,无论何种犯罪,只要其被作为剥夺政治权利的对象,犯罪人就必然被同时剥夺这四方面的权利。然而,事实上任何犯罪都不可能是同时利用这四方面的权利,也不可能是同时侵犯这四方面的权利。而基于既已实施的犯罪便是犯罪人可能再实施的犯罪的合理假定,利用某种职权手段实施犯罪的犯罪人,其可能再实施的犯罪便仍然是利用此种职权手段;侵犯某种政治权利的犯罪

人,其可能再实施的犯罪便仍然是侵犯此种政治权利。所以,对于利用某种公职手段或怠于某种公共职责实施的犯罪,只要剥夺其相应职责区内一定范围的职权为以足,并不需要剥夺多种的政治权利,因为那是对刑罚资源的极大浪费。我们反对“奢侈”型刑罚,提倡“节俭”型刑罚,所以我们认为,对于渎职犯罪,只要剥夺犯罪人所利用来犯罪的或者其犯罪所侵害的公职范围内的一定政治资格即可,而与犯罪人其他的政治资格无涉。

考虑到剥夺公职资格刑对于渎职罪所具有的个别预防和一般预防效果(如文章第2部分所分析),我们提议,对于渎职罪中的玩忽职守型罪,应该完全用剥夺公职资格刑替代自由刑,即使如果仍坚持保留自由刑,也应该以剥夺公职资格刑为主,以自由刑为辅。对于渎职罪中的滥用职权型犯罪,即使不是以剥夺公职资格刑为主,也应该规定一定量的剥夺公职资格刑,以自由刑为主,以剥夺公职资格刑为辅。这是渎职罪刑罚体系在理性目光审视下的比较妥善的安排。

参考文献:

- [1] 睡虎地秦墓竹简整理小组.睡虎地秦墓竹简·秦律杂抄[M].北京:文物出版社,1978:35.
- [2] 沈家本.历代刑法考[M].北京:中国检察出版社,2003:512.
- [3] 范 晔.中华传世精典·后汉书·党锢传[M].北京:团结出版社,1996:626.
- [4] 恩里科·菲利.犯罪社会学[M].北京:中国人民公安大学出版社,2004:142.
- [5] 韩 非.韩非子·六反[M].沈阳:辽宁教育出版社,1997:168.
- [6] 邱兴隆.刑法理性导论——刑罚的正当性原论[M].北京:中国政法大学出版社,1998:39.
- [7] 薛 红,余军生.滥用职权罪在司法实践中的现状及立法探讨[J].河南社会科学,2002(5):23-24.
- [8] 冷必元.论近亲属、监护人在组织乞讨罪中的犯罪主体地位[J].湖南工业大学学报:社会科学版,2010(3):16-20.
- [9] 汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书(总论).北京:中国法制出版社,2001:948.

责任编辑:黄声波