

论失职造成珍贵文物损毁、流失罪的立法问题

许桂敏

(郑州大学 法学院, 河南 郑州 450001)

摘 要:文物是不可再生的文化资源。我国历来重视文物安全的保护,刑法规定的失职造成珍贵文物损毁、流失罪就是例证。其立法特征表现为犯罪对象特定性、造成后果严重性、犯罪主体特殊性、主观方面为过失等。为了有效预防与控制此类犯罪的发生,立法理应不断发展完善,扩张犯罪对象与犯罪主体,适度调整刑事处罚。

关键词:文物法;文物损毁流失;失职犯罪

中图分类号:D914

文献标识码:A

文章编号:1001-8204(2014)01-0060-04

文物是不可再生的文化资源,被保护的得当与否直接影响着中华民族历史的传承延续。当下,受利益驱使,文物犯罪呈上升趋势。相关职能部门的渎职,又加重了文物受损害事件的发生。如何避免珍贵文物损毁、流失,成为立法者不得不考量的紧迫问题之一。

一、失职造成珍贵文物损毁、流失罪的立法取向

不可否认,我国十分重视文物保护工作,先后制定了一系列相关政策与法律,建立了比较健全的文物保护法律体系。1997 年刑法规定的失职造成珍贵文物损毁、流失罪就是一例。刑法第 419 条规定:“国家机关工作人员严重不负责任,造成珍贵文物损毁或者流失,后果严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”可见,刑事立法已经予以了明确规定。失职造成珍贵文物损毁、流失罪既是一种渎职犯罪,也是一种责任事故犯罪。基于预防与控制类似犯罪的刑事政策,我国应从发现问题入手,逐步完善文物犯罪的立法。

(一)严峻的文物犯罪现实,需要完善立法

目前而言,我国的珍贵文物损毁、流失的状况十分严重,对我国的历史、文化、民族传承造成了不可估量的损失。由于文物保护部门不是国家的重要权力机关单位,对于是否遵守工作纪律、规章制度,是否尽职尽责要求不严,若出了事,往往以态度不端正批评教育,而对态度懈怠造成的严重后果在所不问。事实上,盗窃、挖掘古墓葬一定程度上造成了珍贵文物的损毁,但是故意或者失职行为才是造成我国珍贵文物损毁、流失的主要因素。对故意犯罪,我国刑法早有规定,并且规定得比较缜密。反观对过失犯罪的立法,稍有欠缺,

以失职行为造成珍贵文物损毁、流失的规定为例,这里主观方面为过失没有争议,问题在于“失职”的“职”是仅针对国家机关的“职”,还是从事一切公务的“职”,语焉不详,导致问责落空。近些年,我国司法机关对失职造成珍贵文物损毁、流失罪追究刑事责任的案例很少,除了实际上发生的案件较少之外,不能忽视立法规定的空洞导致认定难的因素。

(二)文物保护法律的疏漏,需要健全规定

诚然,我国已经构建了文物保护的法律平台,先后出台了《中华人民共和国文物保护法》《中华人民共和国文物保护法实施条例》等相关的规定,同时在我国刑法典里专门设立了妨害文物管理罪内容。但是,随着市场经济催生的文物收藏热,鉴宝节目刺激的对文物的追捧,文物的价值陡然升温,各种不择手段、铤而走险的文物犯罪行为纷纷出笼。面对这一犯罪态势,已有的文物保护法律法规显得捉襟见肘,文物保护法和刑法文物犯罪的规定不能很好衔接,即便是刑法自身对文物犯罪的规定也显粗陋。比如,行政法规的文物与刑法的文物能否等同,文物与珍贵文物的对接问题,诸如此类,都没有进一步详细的解释与说明。

(三)文化大国崛起,需要构建文物保护法律机制

我国是世界上四大文明古国之一,我国境内丰富的历史文化遗产,一方面具有历史、科学价值,另一方面也具有人文知识传承的价值。文物是不可再生的文化资源,一旦人为地毁损灭失,就无法原貌呈现。任何具有历史、艺术、科学价值的文物,是不可再复制、生产、创造出来的。为了更好地实现对文物的保护,有效

收稿日期:2013-10-10

作者简介:许桂敏(1964-)女,黑龙江伊春人,郑州大学法学院副教授,法学博士,主要研究方向为刑事法学。

基金项目:国家文物局文物保护科学研究资助课题(编号:20110140)

打击文物犯罪,让文化遗产永久得到传承和发扬,我们应该坚持从我国的基本国情出发,从文物保护的现实情况出发,构建文物保护法律机制。特别是在城市化建设进程中,要将经济开发与文物保护同时并举,不能为了建设而肆意毁损文物。但是,目前我国文物保护法律机制尚不健全,对于文物安全的监督管理还没有一套完整的法律或法规予以规范,大多散见于各类不同层次法律法规及通知规定之中,且存在多头管理的状况,以至于职责不明或存在管理上的缺失。

二、失职造成珍贵文物损毁、流失罪的立法特点

失职造成珍贵文物损毁、流失罪主观方面为过失,因而只有造成严重危害社会的后果,才能以犯罪论处,否则就排除在本罪之外。法律是意识形态的组成部分。在任何法律体系中,试图仅仅求诸逻辑或政策或公平来解释或理解一个法律规则是绝不够的,必须还借助于使它产生的环境和长期影响它的事件的过程予以解释和说明^[1](P19)。由刑法规定可知,我国失职造成珍贵文物损毁、流失罪的立法特点为:

(一) 犯罪对象特定性

概言之,在国家文物管理制度受到侵犯的情况下,不是普通文物就可入罪,而是珍贵文物作为犯罪对象时,当且仅当划为该罪的犯罪圈。国家机关工作人员对于本职工作严重不负责任,不遵纪守法,违反规章制度,不履行应尽的职责义务,致使国家机关的文物保护工作遭到破坏,给国家、集体和人民的利益造成了严重损害,从而危害了国家的文物管理制度,毁损一般文物的,不构成本罪。

犯罪对象为珍贵文物,即具有重要历史、艺术、科学价值的文物,主要包括国家规定的一、二级文物,至于三级文物能否确定为珍贵文物,应经国家文物鉴定委员会确认。这里的文物,我国文物保护法采取了列举法:第一,具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺、石刻;第二,与重大历史事件、革命运动和著名人物有关的,具有重要纪念意义、教育意义和史料价值的建筑物、遗址和纪念物;第三,历史各时代的珍贵艺术品、工艺美术品;第四,重要的革命文献资料以及具有历史、艺术和科学价值的手稿、古旧图书资料等;第五,反映历史上各时代、各民族社会制度、社会生产、社会生活的代表性实物,古脊椎动物化石和古人类化石。可见,在符合文物保护法文物基础上,尚需要进一步鉴定、认证为珍贵文物,之后才有可能踏入本罪的门槛。

(二) 犯罪主观方面为过失

由于本罪的罪状描述是失职行为引起的,主观上不可能存在故意,即故意不构成本罪。具体来说,行为人对于其行为造成的重大损失结果,在主观上并不是

出于故意,而是由于过失造成的。行为人应当知道自己严重不负责任的行为可能会造成珍贵文物损毁或者流失,但是由于疏忽大意而没有预见,或者是虽然已预见到可能会发生但凭借着自己的知识或者经验而轻信可以避免,以致发生了造成严重损失的危害结果。如行为人在主观上对于危害结果的发生不是出于过失,而是出于故意,即不仅预见到而且希望或者放任它的发生,就不构成本罪,而构成其他的故意犯罪。

(三) 严重后果发生源于严重不负责任

本罪的客观样态是国家机关工作人员违反工作纪律、制度规章,擅离职守,不尽职尽责义务,或者不正确履行职责义务,造成珍贵文物损毁或者流失,后果严重的行为。这里,所谓严重后果,刑法本身没有细数之,但是在司法解释中有具体标准。根据2006年7月26日最高人民检察院公布的《最高人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》第35条的规定,本罪之“后果严重”是指具有下列情形之一的:第一,导致国家一、二、三级珍贵文物损毁或者流失的;第二,导致全国重点文物保护单位或者省、自治区、直辖市级文物保护单位损毁的;第三,其他后果严重的情形。

严重不负责任是在履行职务中敷衍、草率应付,不尽职尽责,对自己经手管理、运输、使用的珍贵文物,不认真管理和保管,或者对可能造成珍贵文物损毁或者流失的隐患,不采取措施,情节恶劣的行为。其具体表现形式是多种多样的。比如,对馆藏珍贵文物不按《文物藏品管理办法》的规定建立固定、专用的库房,设专人管理,库房设备和措施不符合防火、防盗、防潮、防虫、防尘、防光、防震、防空气污染的要求,珍贵文物出库入库手续不健全,安全检查制度形同虚设等。其具体表现如何,不影响失职造成珍贵文物损毁、流失罪的成立。

申言之,这里的毁损、流失、严重后果都是该罪的客观要素。所谓损毁,即损坏和毁灭,是指在考古发掘或者管理、保护过程中,损坏、毁坏、破坏文物以及其他使文物的历史、艺术、科学、史料、经济价值或纪念意义、教育意义丧失或者减少的行为^[2](P981)。既包括使珍贵文物部分破损,丧失部分价值,即造成原有价值的减少,又包括使珍贵文物完全毁灭,从而丧失其全部价值。所谓流失,是指造成珍贵文物的丢失、被盗、遗失而下落不明或者流落至国外、境外的情形。

(四) 犯罪主体的特殊性

犯罪人的特殊性在于是身份犯,本罪的主体是特殊主体,仅限于国家机关工作人员即负有管理、保护文物职责的机关工作人员。这些特殊人员主要包括博物馆(院)、纪念馆、图书馆的工作人员、文化行政部门中主管文物保护工作的人员等^[3](P2007)。它并非指所

有的国家工作人员,如果是非国家机关工作人员的失职行为造成了珍贵文物损毁或者流失的,则不成立本罪。此处,我们必须划分出国家机关工作人员与国家工作人员的界限。依照惯例理解,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。虽然后来的立法解释扩大了国家机关工作人员的适用范围,但是国家机关工作人员的范围有限,相比国家工作人员,二者是部分与整体的关系。

三、失职造成珍贵文物损毁、流失罪的立法完善

通过上文的阐释,我们不难发现,我国对文物犯罪的立法取得了一定成效,但是也存在很多不足与遗憾。法律肯定不是为了实现某一已知目的而创制出来的,而是因为它能够使那些依据它行事的人更为有效地追求它们各自的目的而逐渐发展起来的[4](P177)。随着时代的发展与社会的变迁,法律的滞后性不可避免。仅以失职造成珍贵文物损毁、流失罪立法规定为例,应该从以下方面加以完善:

(一) 犯罪对象的完善

刑法规定的失职造成珍贵文物损毁、流失罪,这里的珍贵文物起初深受1982年文物保护法的影响,即指:“有下列行为的,依法追究刑事责任:……(4)国家工作人员玩忽职守,造成珍贵文物损毁或者流失,情节严重的。”但是珍贵文物在1982年文物保护法中并没有明确的界定,当时是一个比较模糊的概念。直到2002年修订的文物保护法才对珍贵文物有了明确而且清晰的认定。文物包括可移动文物和不可移动文物(文物保护单位),可移动文物分为珍贵文物和一般文物。其中,珍贵文物分为一、二、三级。由前文可知,有关珍贵文物,无论是经过鉴定而确定级别的珍贵文物还是属于未经过鉴定但予以确证的珍贵文物,只要是因为失职而造成其损毁或者流失,并发生严重后果的,均不影响本罪的成立。

问题在于,珍贵文物是否包括全国重点文物保护单位或者省级文物保护单位呢?即珍贵文物除了可移动文物外,是否包括不可移动文物?笔者认为,刑法所规定的珍贵文物不应局限于可移动文物,应该扩大到不可移动文物。换言之,造成全国重点文物保护单位或者省级文物保护单位损毁的,也属于该罪范畴。2002年修订的文物保护法,虽然明确了珍贵文物是可移动文物,但是不可否认文物的珍贵性不在于可移动还是不可移动,有些不可移动的文物价值甚至比可移动文物还要珍贵。比如,文物保护法第3条规定:“古文化遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺、石刻、壁画、近代现代重要史迹和代表性建筑物等不可移动文物,根据它们的历史、艺术、科学价值,可以分别确定为全国重点

文物保护单位,省级文物保护单位,市、县级文物保护单位。”此处,任何人都不能断然否认一处古文化遗址的价值远不及一份手稿珍贵。

单纯从珍贵文物的字面意思理解,依照人们的常识判断,绝不可能从可移动文物与不可移动文物上加以区分,往往是从文物的等级、文物的价值甄别出一般文物与珍贵文物。正如人们对文物的认知,依据文物保护法的规定,只要受国家保护的具有重要历史、艺术、科学价值的文物就是文物。珍贵文物只不过比文物的内涵与外延更加狭窄,至少具备更高的价值。因此,在理解运用失职造成珍贵文物损毁、流失罪这一条款时,珍贵文物不应受制于文物保护法可移动文物的影响,应根据我国打击文物犯罪的刑事政策需要,以及惩处相关人员在文物保护管理工作中失职行为的需要,将珍贵文物扩大为被国家列为重点保护对象的文物。如此,才符合我国文物犯罪的刑事立法走向,符合客观现实的需求。2005年,《最高人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》指出,涉嫌下列情形之一的,应予立案:(1)导致国家一、二、三级珍贵文物损毁或者流失的;(2)导致全国重点文物保护单位或者省、自治区、直辖市文物保护单位损毁的;(3)其他后果严重的情形。可见,该规定已经将珍贵文物扩大到全国重点文物保护单位或者省、自治区、直辖市文物保护单位。笔者认为,宜将刑法第419条修改为:“……严重不负责任,造成可移动珍贵文物损毁或者流失,或者造成全国、省级重点文物保护单位损毁,后果严重的,处……”

(二) 犯罪主体的完善

毋庸讳言,按照现有立法精神,本罪的犯罪主体仅限于国家机关工作人员。该立法规定值得商榷应该予以扩大解释。事实上,存在着其他国家工作人员的渎职犯罪行为因主体身份不符而无法追究其刑事责任的情形。这里,笔者并不是提倡重刑重罚,而是坚持适度的扩大解释。国家机关工作人员与国家工作人员存在较大的不同。前者仅指在国家机关中从事公务的人员,后者则不仅包括在国家机关中从事公务的人员。在我国,国家机关工作人员主要指以下几种人员:(1)中国共产党各级机关中从事公务的人员;(2)国家各级权力机关中从事公务的人员,即全国与地方各级人民代表大会及其常务委员会中从事公务的人员;(3)行政机关中从事公务的人员,即国务院及其所属部、委、局和地方各级人民政府及其所属管理机构中从事公务的人员;(4)审判机关中从事公务的人员,即在最高人民法院和地方各级人民法院及其派出法庭中从事公务的人员;(5)检察机关中从事公务的人员,即在最高人民检察院和地方各级人民检察院中从事公务的人

员;(6)军队各级机关中从事公务的人员;(7)人民政治协商会议各级机关中专职从事公务的人员。

我国刑法第93条规定,本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。可见,国家机关工作人员仅仅属于国家工作人员的一部分。

确实,刑法分则第九章将渎职罪的主体限定为国家机关工作人员,但是没有界定国家机关工作人员的立法概念。司法实践中普遍将国家机关工作人员理解为国家机关中从事公务的人员,后来的立法解释部分承认了司法判定,将国家机关工作人员的外延扩大。按照2002年全国人大常委会的立法解释,国家机关工作人员几乎等同于国家工作人员。自然,“以国家工作人员论”的准国家工作人员不属于该范畴。针对上述情况,笔者认为,失职造成珍贵文物损毁、流失罪的犯罪主体应扩大为所有从事公务的国家工作人员。当然,“以国家工作人员论”的准国家工作人员应该谨慎立法,根据客观情事需要,斟酌是否纳入立法中来。

(三)处罚的完善

正义肇始于对犯罪、惩罚和债务的简单而又易懂的规则[5](P68)。如同法律被看成是正义的化身一样,刑罚也常常被当作对犯罪的公正反应。只有国家的刑罚权在具体的运用中真正做到理性运作时,刑罚才是公正的,才符合正义的本义。边沁说:“刑罚的选择是诸多因素的结果,它们应该具有量方面大小的可感受性、本身的平等性、可成比例性、与罪行的相似性、示范性、经济性、改善性、受人欢迎等等。”[6](P83)刑罚只有罚当其罪时,才能使人信服,才有真正的威慑力,也才能使公正深入人心,更好地实现其惩罚与教育功能,才能使犯罪人畏罚却步,又可使常人择善而从。

失职造成珍贵文物损毁、流失罪是业务过失犯罪,

量刑上应该有所体现。业务过失犯罪是担任某种职务或从事某种职业的人在业务活动过程中,由于违反了业务上的义务,造成或可能造成严重危害社会结果的行为。业务过失犯罪的法定刑理应高于普通过失犯罪,过失犯罪的法定刑应低于故意犯罪。在我国刑法规定的法定刑中,过失损毁文物罪的最低法定刑拘役反而高于故意损毁文物罪和故意损毁名胜古迹罪的最低法定刑罚金。该规定明显违背了对过失犯罪应该配置低于故意犯罪的配刑原理,不符合轻罪轻罚的精神,违反了罪责刑相适应原则。因此,应该取消对故意损毁文物罪和故意损毁名胜古迹罪单处罚金刑的规定或者将过失损毁文物罪的最低法定刑设置为罚金。

法定刑配置应该细密化。失职造成珍贵文物损毁、流失罪的法定刑只有单一的刑种自由刑,即处三年以下有期徒刑或者拘役。为了科学严密规范此类犯罪,应该增设其他刑罚措施,比如罚金刑与资格刑的设立。罚金刑可以针对犯罪性质与情节、后果严重程度不同而设定不同的处罚幅度。罚金刑可以弥补自由刑的缺陷,远离监狱的交叉感染,通过财产刑方式达到矫正目的。适用罚金刑时,应将犯罪人的经济状况作为一个量刑基准在法律上规定下来;在执行中设立分期或延期缴纳的制度等。资格刑是以剥夺犯罪人的资格为内容的刑罚方法。对于失职造成珍贵文物损毁、流失罪而言,剥夺犯罪人在一定时期内从事某种职业活动,相当于直接剥夺其再犯的能力和机会,也达到了惩罚与改造的效果。

随着社会经济日益发展,文物犯罪作为一种非暴力的贪利性犯罪,巨大丰厚的利益是诱使犯罪发生的主要原因之一。刑罚功能的有限性提醒我们,不应赋予刑罚在控制犯罪方面过高的期待,不能指望依靠刑法遏制犯罪率上升。因为,对文物犯罪的控制不仅仅是刑事立法问题,它还涉及文物保护单位管理体制、防范体系的健全、公民文物保护意识等一系列问题。

参 考 文 献

- [1][美]哈罗德·J·伯尔曼.法律与革命[M].贺卫方等译.北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [2]张明楷.刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社,2011.
- [3]王作富.刑法分则实务研究(下)[M].北京:中国方正出版社,2007.
- [4][美]弗里德利希·冯·哈耶克.法律、立法与自由[M].邓正来等译.北京:中国大百科全书出版社,2000.

- [5][美]德沃金.法律帝国[M].李常青等译.北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [6][英]边沁.立法理论与刑法典原理[M].孙力等译.北京:中国人民公安大学出版社,1993.

(责任编辑 朱春玉)