

行政执法领域 职务犯罪预防与控制

XINGZHENG ZHIFA LINGYU
ZHIWU FANZUI YUFANG YU KONGZHI

黄文艾 / 主编



【综合分析篇】

扭曲的权力之剑——东莞市行政执法职务犯罪之现状、成因及对策分析
浅谈善用社会监督力量，强化行政执法监督

【分类专述篇】

建筑工程领域职务犯罪预防研究

行政三分视野下预防海关后续监管部门职务犯罪的思考

【心理分析篇】

基层青年民警职务犯罪心理及其预防初探

浅谈提高警察权益保障对预防职务犯罪的心理影响

【机制分析篇】

政府工程代建制中预防职务犯罪的机制分析

完善公众举报，预防职务犯罪

中国检察出版社

行政执法领域 职务犯罪预防与控制

XINGZHENG ZHIFA LINGYU
ZHIWU FANZUI YUFANG YU KONGZHI

黄文艾 / 主编



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政执法领域职务犯罪预防与控制/黄文艾主编. —北京: 中国
检察出版社, 2009. 11

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0180 - 6

I. ①行… II. ①黄… III. ①行政执法 - 预防 - 中国 - 文集
IV. ①D926.3 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 190851 号

行政执法领域职务犯罪预防与控制

主编 黄文艾 副主编 曾广华

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 9.125 印张

字 数: 248 千字

版 次: 2010 年 1 月第一版 2010 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0180 - 6

定 价: 25.00 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

编委会名单

主 编 黄文艾

副 主 编 曾广华

责任编辑 郭普训 周志强 冯先美

佘小松 钟淑仪

序 言

黄文艾*

行政执法是政府管理社会事务的主要方式。近年来，行政执法领域职务犯罪案件高发，一些行政执法人员滥用行政许可权、审批权和处罚权，大肆索取、收受贿赂，降低了行政执法的成效，破坏了市场经济秩序，造成了官民之间的冲突和对立，严重危害了整个社会的和谐稳定。正如学者努南（J. T. Noonan）指出，腐败对于政府的危害仅次于暴政所生的影响。行政执法领域职务犯罪多发性、复杂性的现实，一定程度上说明严厉打击并不能从根本上杜绝贪、贿、渎等犯罪行为。注重事前预防，结合查办职务犯罪案件的职能优势，研究不同行政系统发生的职务犯罪及其作案手段、犯罪原因，针对管理体制、权力配置、业务流程、审批程序、执法监管开展对策研究，是检察机关深入贯彻党的十七大提出的“更加注重治本、更加注重预防、更加注重制度建设”的反腐重大决策的必然选择。与此同时，加大行政执法领域预防职务犯罪研究，也是行政单位加强自身建设的必然要求。国家在不断发展，社会在不断进步，新的问题、新的矛盾、新的情况也在不断涌现，行政执法部门在应对社会需求与变化时，更应不断自我审视、自我修正、自我完善。从自身执法现状和问题、权力配置中易产生职务犯罪的环节着手，探讨规范执法的方法、路径，促进机制创新，进一步推动廉洁行政。为此，我市检察机关组织召开“规范行政执法，预防职务犯罪”——东莞市第四届预防职务犯罪理论研讨会，发动全市各

* 广东省东莞市人民检察院检察长

行政系统结合自身实际查找问题，分析原因，提出对策。

按照马克思主义哲学及犯罪学理论，职务犯罪的原因应分为两类，一是犯罪动机，二是犯罪机会。犯罪动机是主观的因素；犯罪机会主要是客观的制度、体制或机制方面的因素。在各种影响因素中，制度对于人的行为选择的影响最大；职务犯罪行为的选择同样遵循该规律。制度为个人行为提供了一种激励系统，个人依据趋利避害原则作出选择。相应地，预防措施主要包括打击、制度和教育。但打击的成本较高，威慑效应有限，且会随着时间推移而迅速衰减；教育的效果依赖于被教育者的自律，而自律在缺乏制度他律的情况下往往不可靠，也很难在短期内有效；制度预防则致力于通过约束性、激励性或替代性制度设计，限制、监督、缩减公共权力，减少犯罪机会，促使行为人不能、不愿犯罪，具有效率高、效果好，发挥作用直接的优越性，故预防和控制应着重于制度的设计和改进，制度建设是从源头上防治腐败的根本之道。作为全市性的预防职务犯罪理论研讨会，我们将制度研究作为重点，着重探讨各行政系统和管理上存在的制度漏洞，研究进一步改进制度设计，从而从源头上预防职务犯罪。

理论源于实践，理论探索从更加宏观、更加系统的层面剖析现实，对于制度的构建和客观的实践具有先导性的意义。“规范行政执法，预防职务犯罪”理论研讨会参与单位 110 个，提交研讨论文 293 篇，分别结合各行政系统和单位的职能，深入思考，查因析果，提出了多项可行的预防对策，其中不乏优秀的调研成果。这无论是对于今后预防理论的深化研究，还是深入推进我市行政执法领域职务犯罪预防工作，都是不可多得的财富。我们选取其中优秀作品结集出版，在总结行政执法领域预防职务犯罪经验的同时，也衷心地希望社会各界提出诚恳的批评，这必是对我市预防工作的莫大帮助。本书是继《医疗系统职务犯罪预防与控制》之后我市预防工作的又一理论探索。深入贯彻落实党的十七届四中全会精神，加大预防和查办职务犯罪工作力度，是检察机关法律监督的根本要求，而各行政执法部门的全力参与配合是最有力的支持。借全会的

东风，行政执法领域职务犯罪预防与控制的理论成果如期问世，是对我们职务犯罪预防工作成果的肯定，更是对以后工作的鞭策和鼓舞。

以上文字，是为序。

目 录

序言 黄文艾 1

论行政自由裁量权及其控制 郭普训 余小松 1

[综合分析篇]

扭曲的权力之剑

——东莞市行政执法职务犯罪之现状、成因

及对策分析 刘俊俊 11

浅谈善用社会监督力量 强化行政执法监督 吕丽芳 22

预防行政执法职务犯罪探析 东莞市麻涌镇纪检监察办公室 29

对预防东莞市行政执法领域职务犯罪的几点思考 卢斯敏 38

[分类专述篇]

【工程建设】

浅谈规划领域的职务犯罪 叶伟明 49

建筑工程领域职务犯罪预防研究 李永聪 54

浅谈建设工程管理中的防腐保廉 冯建华 64

【工商】

- 浅议工商部门企业监管工作的职务犯罪及预防对策——温穗仪 70
- 论工商行政管理执法监管玩忽职守风险及其防范——赵欣 83
- 浅谈预防基层工商“80后”公务员职务犯罪
——以基层执法办案岗位为视角——梁红卫 黄志伟 李丽婉 97
- 理顺权责关系 预防职务犯罪——唐先华 104

【海关】

- 浅论海关职务犯罪的预防与控制——叶芬良 111
- 论海关基层职务犯罪的预防——黄静 120
- 行政三分视野下预防海关后续监管部门职务犯罪的
思考——林健涛 128
- 构建“三位一体”的预防职务犯罪新体系
——浅谈海关监管现场关员职务犯罪的预防——唐冰 135

【检验检疫】

- 浅析检验检疫系统“权力倒挂”形式下的职务犯罪
防控——肖敏娟 142
- 检验检疫执法腐败风险分析与惩防对策探讨
——何荣楨 黎岳明 杨勇 153

【财政监管】

- 建立住房公积金监管体系 预防职务犯罪
——温远军 石海娇 159
- 浅谈政府采购领域职务犯罪的预防
——张健芬 袁深鏊 张为超 165
- 监管我国社保基金的思考和建议——邓小兰 178

【文化执法】

- 提升职责意识 防止监管缺位
——从深圳“舞王案”谈文化市场管理如何预防玩忽
职守——文广新 185
- 浅议文化行政执法人员易发职务犯罪及预防对策
——胡翠茵 193

【公安】

关于预防公安民警职务犯罪的思考 刘丽锋 200

【食品监管】

食品监管领域职务犯罪预防问题研究 谢敏忠 206

【农村】

多管齐下 防治并举

——对抓好农村干部职务犯罪预防工作的一点思考

..... 杨金洪 221

[心理分析篇]

基层青年民警职务犯罪心理及其预防初探 吴建勋 231

浅谈提高警察权益保障对预防职务犯罪的心理影响

..... 陈智健 238

基于心理层次的环境管理职务犯罪预防探讨 王争春 246

[机制分析篇]

政府工程代建制中预防职务犯罪的机制分析 张德东 255

完善公众举报 预防职务犯罪 潘 健 黎伟光 张庆旋 264

乡镇实行财政集中支付制度改革的可行性分析 罗耀东 272

论行政自由裁量权及其控制

郭普训 余小松

摘要：行政自由裁量权是指国家行政机关在法律、法规规定的原则和范围内有选择余地的处置权力。它是行政机关应对千变万化的行政事务和提高行政效率的客观需要。由于缺少法律的严格控制，它在现实生活中极易被滥用。我们应当将行政自由裁量权纳入法律控制的范围，并辅之以其他必要之法律控制手段，以保证其合法合理地行使。

关键词：行政自由裁量权；权力滥用；司法审查；法律控制

我国行政机关数量众多，管理范围广，拥有广泛的行政自由裁量权。在推进依法治国进程中，规范和控制行政自由裁量权，是规范和控制行政权的重要内容，是维护公民、法人和其他组织合法权益的重要举措，是加强行政执法队伍建设、党风廉政建设的迫切需要。

一、自由裁量权的内涵分析

自由裁量权是指国家行政机关在法律、法规规定的原则和范围内有选择余地的处置权力。行政自由裁量权实质上就是行政机关的自由决定权，即行政行为的方式、范围、种类、幅度等的选择权。这些自由裁量权是从法学意义上说的，而不是从政治学意义上说的，它是行政机关及其工作人员在行政执法活动中客观需要的，由法律、法规授予的职权。

根据现行行政法律、法规的规定，可将自由裁量权归纳为以下

几种：

1. 选择行为方式的自由裁量权。即行政机关在选择具体行政行为的方式上，有自由裁量的权力，它包括作为与不作为。例如，《海关法》第30条第3款规定：“前两款所列货物不宜长期保存的，海关可以根据实际情况提前处理。”也就是说，海关在处理方式上（如变价、冰冻等），有选择的余地，“可以”的语义包含了允许海关作为或不作为。

2. 法律规定权限范围内的自由裁量权。如行政机关在对行政管理相对人作出行政处罚时，可在法定的处罚幅度内自由选择，它包括在同一处罚种类幅度的自由选择 and 不同处罚种类的自由选择。例如，《治安管理处罚法》第23条规定了违反本条规定的，“处警告或者二百元以下罚款；情节较重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款”，也就是说，既可以在拘留、罚款、警告这三种处罚中选择一种，也可以就拘留或罚款选择天数或数额。

3. 作出具体行政行为时限的自由裁量权。目前，我国没有制定统一的行政程序法，有相当数量的单行行政法律、法规均未规定作出具体行政行为的时限，这说明行政机关在多少期限内作出具体行政行为，享有一定的自由裁量权力。

4. 对事实性质认定的自由裁量权。行政机关对行政管理相对人的行为性质或者被管理事项的性质的认定有自由裁量的权力。例如，《渔港水域交通安全管理条例》第21条第（三）项规定：“在渔港内的航道、港池、锚地和停泊区从事有碍海上交通安全的捕捞、养殖等生产活动的”可给予警告或罚款。这里的生产活动对海上交通安全是否“有碍”，缺乏客观衡量标准，行政机关对“有碍”性质的认定有很大的自由裁量权。

5. 对情节轻重认定的自由裁量权。我国的行政法律、法规不少都有“情节较轻的”、“情节较重的”、“情节严重的”这样语义模糊的词，又没有规定认定情节轻重的法定条件，这样行政机关对情节轻重的认定就有自由裁量权。

6. 决定是否执行的自由裁量权。对有具体执行力的行政决定，

法律、法规大都规定由行政机关决定是否执行。例如,《行政诉讼法》第66条规定:“公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期间不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。”这里的“可以”就表明了行政机关有权自由裁量。

二、行政自由裁量权存在的客观依据

在任何一个国家,行政执法的自由裁量权都是存在的,区别在于范围和监督方式不同。从我国的国情出发,考察行政执法中自由裁量存在的客观依据及其利弊是非常必要的,这对完善行政执法,正确行使自由裁量权有着重要意义。

1. 保证行政效率是自由裁量权存在的决定因素。依法行政管理的范围非常广泛,这就要求行政机关所拥有的行政权必须适应纷繁复杂、发展变化的各种具体情况。为了使行政机关能够审时度势、权衡轻重,不至于在复杂多变的问题面前束手无策,错过时机,法律、法规必须赋予行政机关在规定的原则和范围内行使自由裁量权,从而灵活果断地解决问题,提高行政效率。在现代社会中,必然要加强行政管理,讲效率,因而行政机关的自由裁量权也会越来越大,这对行政机关积极主动地开展工作,提高行政效率是有利的,但也容易产生弊端——滥用职权。为了防止行政机关及其工作人员在工作中假公济私、武断专横,导致“人治”,就必须对自由裁量权予以一定的限制。

2. 立法的普遍性与事件的个别性之矛盾是自由裁量权存在的另一决定因素。由于我国是一个幅员辽阔、人口众多的大国,各地区的政治、经济和文化发展很不平衡,社会习俗、生活方式也有很大差别,法律、法规所调整的各种社会关系在不同地区也有不同程度的区别,对各种情况也不可能概括完善、罗列穷尽。因此,从立法技术来看,立法机关无法作出细致的规定,往往只能规定一些原则,规定一些有弹性的条文,可供选择的措施,可供上下活动的幅度,使得行政机关有灵活机动的余地,从而有利于行政机关因时因

地因人卓有成效地进行行政管理。但是，法律条文的“弹性”与执法的“可操作性”却容易产生矛盾。如果“弹性”到不便于“操作”，那么法律实施的效益就要大打折扣，这也是有些行政执法人员钻法律的空子以权谋私的重要根源。

值得一提的是，一些资产阶级国家的行政法学者认为，昔日消极的“依法行政”，在今天应有新的解释，即所谓“依法行政”并不是指行政机关的任何活动都需要有法律的规定，而是指在不违反法律的范围内，允许行政机关有自由裁量权，即具有因时因地制宜的权力。也就是说，行政机关的活动并不限于现有法律明定范围，只要不违反法律仍被视为符合法治，这不仅不与“法治”相矛盾，而且是对它的发展和补充。因为，原来讲法治，主要从消极方面考虑问题，即主要是防患行政机关滥用职权。其实，法治也有积极的方面，即保障行政机关有效地行使职权，以维护法律和秩序。这种理论在资产阶级法学界正日益得势。^①

三、行政自由裁量权的滥用及其危险

从以上的分类可以看出，行政机行使自由裁量权的范围是很广泛的，几乎渗透到行政执法的全过程。但是，所谓“自由”是相对的，绝对的“自由”是不存在的。正如英国16世纪一位大法官所说：“自由裁量权意味着，根据合理和公正的原则做某事，而不是根据个人意见做某事……根据法律做某事，而不是根据个人好恶做某事，自由裁量权不应是专制的、含糊不清的、捉摸不定的权力，而应是法定的、有一定之规的权力。”自由裁量权“是一种明辨真与假、对与错的艺术和判断力……而不以他们的个人意愿和私人感情为转移。”^②

^① 郭文英、崔卓兰：《行政法要论》，吉林人民出版社1988年版，第60页。

^② 转引自江萍：“法律该管管‘自由裁量权’了”，载《法制日报》1989年4月25日。

根据《行政诉讼法》的有关规定，不正确地行使自由裁量权的表现形式主要有：

1. 滥用职权。它是不正确地行使自由裁量权的最典型表现，其导致的法律后果——所作出的具体行政行为无效。滥用职权是一种目的违法，主要表现为行政执法人员假公济私、公报私仇、以权谋私，以实现种种不廉洁的动机。其特点是：自由裁量权的行使不符合法律授予这种权力的目的。人民法院对滥用职权的审查有两方面：首先是确定所适用的法律、法规的目的（包括被适用条文的目的）；其次是确实具体行政行为的目的，然后将二者相对照，以便确定是否滥用职权。由于滥用职权是一种目的违法，人民法院在确定法律目的和具体行政行为目的方面，难度较大，特别是对行使职权的目的难以取证。因此，笔者认为，应当从行政执法的全过程，与案件有关的各种情节、因素和行政执法的社会效果等方面来推定具体行政行为的目的是否违法，对此要充分尊重合议庭审判人员一致作出的认定意见。

2. 行政行为显失公正。凡法律、法规规定了法律责任的，其立法的一条重要原则便是合理和公正的原则。这里的合理和公正已不是一般意义上的合理和公正，而是通过法律形式固定下来的合理和公正，即注入了国家意志的、成为法定的合理和公正。如行政处罚显失公正，就是违背了国家意志，即不符合立法本意，这实质上是滥用自由裁量权的又一表现形式。人民法院对显失公正的行政处罚，可依据公正原则予以变更。

3. 拖延履行法定职责。由于有不少法律、法规未规定行政机关履行法定职责的期限，因而何时履行法定职责，行政机关便可以自由裁量。行政管理的一个重要原则就是效率原则，如果违反这一原则，或者出于某种不廉洁动机，而拖延履行法定职责，也是不正确地行使了自由裁量权，人民法院便可依法判决行政机关限期履行法定职责。

四、对行政自由裁量权的司法审查

历史学家阿克顿勋爵说：“权力有腐败的趋势，绝对的权力绝对的腐败”^①，自由裁量权亦复如是。自由裁量权的授予，绝不是允许行政机关及其工作人员把它作为独断专横的庇护伞，而是应当实行有效的控制，正如詹姆士·密尔在《政府论文集》中所说的：“凡主张授予政权的一切理由亦即主张设立保障以防止滥用政权的理由。”^② 法律、法规赋予人民法院对一部分具体行政行为行使司法审查权，正是基于这样的考虑。

《行政诉讼法》第5条规定了人民法院审查具体行政行为合法性的原则，王汉斌在《关于〈中华人民共和国行政诉讼法〉（草案）的说明》中指出：“人民法院审理行政案件，是对具体行政行为是否合法进行审查。至于行政机关在法律、法规规定范围内作出的具体行政行为是否适当，原则上应由行政复议处理。”也就是说，人民法院通过行政诉讼依法对被诉行政机关的具体行政行为行使司法审查权，审查的主要内容是具体行政行为的合法性而不是适当性。但是，这并不是说人民法院对自由裁量权就无法进行司法监督了。如前所述，行政机关所拥有的自由裁量权渗透到作出具体行政行为的各个阶段，由于不正确地行使自由裁量权，其表现形式主要有滥用职权、拖延履行法定职责、行政处罚显失公正等，所导致的法律后果是人民法院有权依法撤销、限制履行或者变更具体行政行为。

然而，审查具体行政行为合法性的原则，表明了人民法院的有限司法审查权。当前，我国正在大力加强社会主义民主和法制建设，强调为政清廉，人民法院应当充分发挥审判职能作用，在这方面要有所作为。一方面要严格依法办案，既要保护公民、法人或者

^① 转引自龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社1985年版，第472页。

^② 转引自龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社1985年版，第320页。

其他组织的合法权益，又要维护和监督行政机关依法行使行政职权，克服畏难思想和无原则的迁就行政机关；另一方面要完善人民法院的司法建议权，对那些确实以权谋私者，或者其他违法违纪者，人民法院无法通过行政诉讼予以纠正的，应当以司法建议的形式向有关部门提出，以维护国家和人民的利益。

五、行政自由裁量权的检察监督

在我国，检察机关是国家法律监督机关，对行政执法的监督，主要包括两个方面的内容：一方面是监督行政执法机关办理的案件中，是否涉及刑事犯罪案件，而行政执法机关并没有依法将其移送给有权机关处理；另一方面是监督行政执法机关及其工作人员在行政执法过程中，是否有滥用职权、徇私枉法等触犯刑法行为，如构成犯罪，应依法追究其刑事责任。而事实上，检察机关依法行使法律监督权还存在一定的阻力和障碍。一是立法缺失。对移送案件的标准、程序以及对于行政机关不移送案件承担什么责任等方面均没有具体规定。二是体制限制。现行体制下的检察机关属双重领导，检察院对地方行政机关存在着机构、人员和经费等依附关系，不得不协调处理好与各个部门间的关系，这也淡化了监督。

在现有法律框架内对行政机关自由裁量权的监督，主要是针对行政机关的违法行为以检察建议的形式进行监督。检察建议作为检察机关履行职责的一种方式，法律对此也予以了认可，但其适用范围、效力、提起方式，法律均没有明确规定。检察建议作为一种监督方式，方便灵活，效率高，能妥善处理行政权和检察权的关系。在监督时，不妨碍行政权的运作，同时又避免了诉讼监督的冗长，作为一种外部监督还可以产生一定的刚性，是一种理想的监督方式。

另外，应联合公安局、监察局、工商行政管理局、质量技术监督局等行政执法单位建立行政执法与刑事司法信息共享平台，实现行政执法案件的网上移送、网上办理，执法动态的交流、案件信息的流转跟踪和对办案程序的监控。平台整合了各类执法资源，延伸了规范行政执法的触角，为及时发现、纠正行政执法机关有案不