

刑法增设新罪的基本原则

全理其*

1979年制定的我国现行刑法,其体现的基本刑事政策 罪与刑相适应,限制死刑的适用等基本思想都是正确的。虽然在这部刑法典中规定了类推制度,但由于同时规定了严格的程序,所以在司法实践中并没有因此而造成滥施刑罚的情况。刑法施行十多年来,我国的政治、经济、文化等社会基本条件发生了根本的变化。特别是经济关系的日趋复杂化,使这部受历史条件、立法思想和立法技术的局限而显得过于简略的刑法,已经越来越不适应社会发展的要求。有鉴于此,全面修改刑法的呼声日见高涨,而立法机关也把刑法的全面修改摆上了近期的立法日程。

我国正处于建设社会主义市场经济的历史过程中。而市场经济实质上是一种法治经济,也就是由法律来调节和控制社会生活的各方面。在这个法律系统中,刑法是一个很重要的方面。复杂的社会政治、经济、文化关系,要求与之相适应的刑法规定。因此,全面修改刑法,必然增加一些新的条文,设立一些新的罪种。这主要包括以下几个方面:

1 现行刑法制定以后,全国人大常委会通过了二十多个与刑法有关的决定和补充规定,在修改刑法时应当统一考虑,有机地编入刑法(如劫持航空器罪,生产、销售伪造商品的犯罪,危害金融的犯罪,违反公司法的犯罪,毒品犯罪等)。

2 近年来立法机关通过了大量的社会、经济方面的法律,其中规定有刑事处罚,但刑法无相对条文的,要适当增补新的条文(如破坏选举罪,违反劳动法的犯罪,违反商检、统计、会计、审计、注册会计师法等职业义务的犯罪,违反公平竞争的犯罪,违反有关海洋、大气、水等环境保护法规方面的犯罪,违反矿产资源保护、土地管理、草原、森林资源保护、野生动物保护方面的犯罪等)。

3 其他一些需要规定的犯罪(如危害证券交易、票证管理的犯罪,危害公共卫生的犯罪,危害文物保护的犯罪等)。

4 根据我国参加的国际公约、承担的国际义务而应当在刑法典中增设的罪种(如海盗罪)。^①

但是,刑法并不是万能的。刑法对社会经济生活的介入应当适度。刑法过度的介入社会经济生活,会带来很大的副作用,造成很大的危害。正如有的学者所指出的那样,“刑法是一柄双刃剑,正确地运用刑法的武器参与市场经济的法律调控,能够通过惩治危害市场经济的犯罪活动,有力的保障良好公正的竞争秩序,促进市场经济的繁荣与发展。反之,如果滥用刑罚利器,

* 中国社会科学院法学研究所。

① 参见李淳:《关于我国刑法全面修改工作的进展情况》,载苏惠渔、单长宗主编:《市场经济与刑法——1993年刑法学术讨论论文集》,人民法院出版社 1994年版,第 571页以下。

将造成对正常经济活动的“不当干预, 压抑竞争自由和市场活力”。^②

根据以上基本思路, 我认为, 修改刑法, 应该坚持现行刑法的基本思想和基本原则, 并应在此前前提下对现行的一些单行法规和立法、司法解释进行检讨, 而不能简单的将其列入新刑法中。同时, 在根据其他社会、经济方面的法律增设新罪时, 亦应当对处罚行为明确规定。当然, 类推制度这样限于当时的时代背景和立法技术而规定的条文应该取消, 而代之以明文规定的罪刑法定制度。以明确显示我国实行法治的成熟和立法技术的现代化。此外, 我们在刑法典中增设新罪时, 应当非常谨慎, 宜予遵循本文所要论述的一些基本原则。当然, 这里要论述的不是指我国刑法本身所具有的一些基本原则, 如“罪刑法定原则、罪刑相适应原则、罪责自负、反对株连的原则、惩罚与教育相结合的原则、主客观相统一原则”等刑事法律的基本原则。^③ 而是指一些往往被人们忽视的, 但却非常重要的刑事立法的基本原则, 特别是在刑法典中增设新罪时应当遵循的一些基本原则。如刑法的补充性原则、严格区分刑事制裁、民事(经济)制裁和行政制裁的原则、损害利益和保护利益兼顾的公益兼顾的原则、对处罚行为明确界定的原则、慎刑原则和有利于国际交往的原则。这些原则有的是一些发达国家刑法理论的精髓, 有的是这些国家在创制新的刑罚规定时必须遵循的基本原则。

一、刑法的补充性原则

在刑法理论中, 刑法的补充性原则又叫做刑法的“第二次性原则”, 或者“刑法的谦抑性原则”。^④ 有的刑法学者又把它表述为“刑法的第二次性质, 刑法的补充性质, 谦抑主义”等, 并把它作为刑事立法和法理解释所必须考虑的刑法的基本原则。^⑤

刑法的补充性原则的基本含意是, 认为刑法具有法益保护的机能, 而所谓法益是指受法律所保护的各种利益。除刑法外, 其他的法律也以各种形式对法益进行保护。但是, 和其他的法律所根本不同的是, 刑法是使用刑罚的手段对法益进行最有力的保护。因此, 受刑法所保护的法益应当是比单受民事经济法律和行政法律所保护的法益更加重要, 有更加充分的受全面、彻底的保护的理。即, 只有当其他的法律对该法益的保护尚不充分时, 才能考虑刑法的保护。刑法和被保护法益以及刑法和其他法律的这种关系就称为刑法的“第二次的性质”或者“刑法的补充性质”。

刑法的补充性原则, 不仅是在立法的时候应当考虑的基本原则, 而且在刑事司法中, 在对刑法的解释和适用中, 也是必须考虑的基本原则。刑法必须有限制地、谨慎地适用。刑法并非是以所有的违法行为以及所有的违法者为对象。刑罚仅仅是在不得已的情况下和在尽可能小的范围内适用。^⑥

对于刑法的补充性原则, 刑法学者帕克尔(Packer)作了比较详尽的阐述。他认为, 适用刑罚, 应当具备以下条件:

(1) 在大部分人看来, 这种行为对于社会的威胁是明显的, 从社会的各个方面来看, 都是不能容忍的;

^② 参见陈泽宪:《论市场经济的刑法调控原则》, 载《市场经济与法律》, 人民法院出版社, 1994年版, 第26页以下。

^③ 参见马克昌、杨春洗、吕继贵主编:《刑法学全书》, 上海科学技术文献出版社, 1993年版, 第14页以下。

^④ 参见中山研一、神山敏雄、齐藤丰治编:《经济刑法入门》, 成文堂, 1994年版, 第179页。

^⑤ 参见大家仁:《刑法概说》, 有斐阁, 1989年版, 第5页以下。

^⑥ 参见前引〔5〕, 大家仁书, 第5页以下。

- (2)对于这种行为科处刑罚,符合刑罚的目的;
- (3)对于这种行为的抑制,不会使社会所希望的行为受到限制;
- (4)能够通过公正的,无差别的执行而得到处理;
- (5)对于这种行为通过刑事程序予以取缔,在质的和量的方面都不会加重诉讼程序的负担;
- (6)对于这种行为的处理,没有可以代替刑罚的其他适当的方法存在。^⑦

帕克尔的以上观点,特别是从符合刑罚的目的和适用刑罚的完全必要性方面来考虑问题的观点,是很重要的

应当注意的是,强调刑法的补充性原则,并不意味着刑法相对于其他法律来讲是处于从属地位。相反,由于考虑是否采用刑罚这样一种强力的手段对一定的法益进行保护,刑法的独立存在的意义是显而易见的。^⑧

二、严格区分刑事制裁、民事制裁、行政制裁的原则

根据刑法的补充性原则,刑法应当尽量避免介入社会生活及经济活动。日本刑法学者普遍认为,在经济活动方面,刑法的补充性原则是特别重要的。他们认为,“把刑法当作特效药考虑的立场,是很简便但却是很危险的。刑法决不是万能的”。^⑨有的刑法学者认为,在经济领域,“特别是关于权利、利益、债权等,基本上是属于私的自治的原则,或者是契约自由的原则。只有在民事制裁、行政制裁都不能充分对法益予以保护时,才轮到刑法出场”。^⑩日本学者的这种在设立新罪时严格区分刑事制裁、民事制裁、行政制裁的范围的观点,我们在考虑增设新罪时,可以予以借鉴

根据以上原则,我们来分析一些可能规定于刑法中的立法例,就可以发现很多弊病(本文仅通过对新的立法的可行性、合理性和理论性探讨,来阐述在刑法中设立新罪的一些基本原则,因此所举的立法例不限于现行法律条文)

例 1 生产销售伪劣产品罪的立法例

生产者、销售者在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品,违法所得数额 2万元以上不满 10万元的,处 2年以下有期徒刑或者拘役,可以并处罚金;违法所得数额 10万元以上不满 30万元的,处 2年以上 7年以下有期徒刑,并处罚金;违法所得数额 30万元以上不满 100万元的,处 7年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产;违法所得数额 100万元以上的,处 15年有期徒刑或者无期徒刑,并处没收财产。

在以上的规定中,把在“产品中掺杂、掺假,以假充真、以次充好或者以不合格产品冒充合格产品”的行为都作为刑事处罚的对象。出于维护经济秩序的健康发展,出于对消费者的保护和对假冒行为的愤慨,对于以上的行为采取恰当的法律对策是必要的。但是,以上的规定几乎包括了商品生产和销售过程中的所有不法行为。这些行为轻重不一,在社会生活中几乎我们每天都会遇到。而且,既使是在发达国家,在商品生产的法制化、标准化,商品的质量很有保证的情况下,以上的违法行为也是很多的。这些行为,一般在相关的经济、行政法规中都有处罚规

^⑦ 参见 Packes, *The Limits of the Criminal Sanction* 1968 P. 296 转引自前引〔5〕, 大冢仁书, 第 7页。

^⑧ 参见前引〔5〕, 大冢仁书, 第 6页。

^⑨ 参见前引〔4〕, 中山研一、神山敏雄、齐藤丰治书, 第 180页。

^⑩ 参见浅田和茂:《电子计算机犯罪和刑法》, 三省堂 1990年版, 第 56页。

定。严格执行这些规定,充分发挥行业管理、行业监督以及工商、税务、质检等部门的作用,就可以收到比较好的效果。如果把这些行为都纳入刑事处罚的范围之内,把责任都推给司法部门,其结果必然是一方面大量的违法行为无人管,另一方面少数的违法行为受过重的处罚。如前面提到在社会生活中几乎我们每天都会遇到程度轻重不一的假冒行为,但是,是否有执法机关的人员对他们进行跟踪统计,待其违法所得超过二万元后,再对行为人予以追究呢?回答基本上是否定的。因为司法机关的人力和物力都是有限的,不可能做到这一点。国家刑事司法权的发动会耗费大量的人力、物力和财力,刑事司法机关不可能也不应当介入日常生活当中发生的大量违法行为。而且,对于这些应当受民事制裁或者行政制裁的行为予以刑事处罚,会造成刑事处罚权对经济活动的不当干预,这对于社会主义市场经济的健康发展是很不利的。

此外,以上的条文中,以违法所得为根据,对法定刑作了详细的规定。从便于执法来讲,这种方法是比较有利的。但是,由于本条所规定的行为本身并不具有刑罚处罚的必要性,这样的规定就成了单纯以违法所得数额定罪,在刑法理论上是不妥的。因为,将一种行为规定为犯罪并处以刑罚,是由行为本身的性质所决定的。如盗窃行为,其行为性质决定了是犯罪行为,应当受到刑罚处罚的行为。但是,对盗窃行为规定一定的数额作为刑事追诉的起点,这是为了缩小处罚的范围,同时显示了社会的宽容程度。但是,规定盗窃的数额并没有改变盗窃行为的性质。例如,两个小偷各掏一包,一个内装 300 元,一个内装 1000 元。虽在我国处罚不同,但这两个人的盗窃行为性质是没有变的。正因为如此,有的国家的刑法不规定盗窃罪的数额(例如日本刑法)

例 2 非法交易罪的立法例

在商品交易中,欺行霸市、强买强卖、欺骗、勒索消费者、情节严重的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,可以并处或者单处罚金

例 3 非法倒卖有价票证的立法例

非法倒卖车票、船票、飞机票、税票、邮票等票证,数额较大的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役,可以单处或者并处罚金;数额巨大的,处 5 年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。

例 4 伪造以及非法倒卖伪造的有价票证的立法例

伪造、变造车票、船票、飞机票、税票、邮票等票证或者倒卖伪造、变造的车票、船票、飞机票、税票、邮票等票证的,处 3 年以下有期徒刑、拘役或者罚金,情节严重的,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑,并处罚金

根据严格区分行为的民事责任、行政责任、刑事责任的原则对例 2 和例 3 的规定进行分析,我们不难得出和例 1 的分析同样的结论。即,对于在“商品交易中,欺行霸市、强买强卖、欺骗、勒索消费者”的行为,应当通过加强市场管理来处理。而对于“非法倒卖车票、船票、飞机票、税票、邮票等票证”的行为,应当通过加强行业内部和外部的管理来处理。在刑法中做较重的刑罚处罚规定是不恰当的。但是,例 4 的规定却比较恰当。因为伪造有价票证的行为本身具有巨大的社会危害性,应当受到刑罚的处罚。将伪造行为和倒卖行为相比较,两种行为的社会危害性的大小是非常明显的。

以上的四个立法例说明,在刑事立法中,应该严格区分行为的民事责任、行政责任、刑事责任。特别是对于市场经济中出现的问题,一般应通过严格执行行政法规和民事经济法律来进行规制。而对于适用刑事法律,应当非常谨慎。刑事法律过多的介入经济活动,会对经济活动造成难于估量的甚至是很大的危害。对于分别应当承担民事责任、行政责任、刑事责任的行为,应有明确的区别,不能混同,分清法律责任的层次。刑事责任是最重的法律责任,只有在民事责任

和行政责任不能充分显示法律的制裁作用时才能由行为人承担,而不能在三者中择一。刑事法律是规制性最强的法律。只有在民事法律、行政法规不足以规范行为时才加以规定。这应当成为我们在设立新罪时的一个原则。

三、法益兼顾的原则

对某种利益予以法律保护,特别是予以刑事法律的保护,应当兼顾涉及此利益的各个方面的利益。如果只是考虑被保护法益,而忽视由此而可能带来的对其他方面的法益的限制,谈到保护就予以全面的保护,谈到打击就主张对侵害该法益的所有行为都予以打击,也是对社会经济的发展不利的。

刑法一方面要对被侵害法益和被害人予以保护,另一方面又要考虑对犯罪人或者被告人予以恰当的保护。这是刑法的两个互相矛盾的侧面。从犯罪的被害人的立场来看,要求刑法提供范围广泛的、完全的保护。而如果从可能成为刑事案件之被告的人的立场出发,则要求刑事处罚的范围和程度非常明确而且限制在必要最小的范围之内。因此,为了保证公正的实施刑罚权,在设立一种罪名时,既要考虑被侵害法益和被害人的利益,又要考虑可能成为被告的一方的利益,考虑社会的承受能力。

例 1 医疗责任事故罪的立法例

医务人员由于严重不负责任,致使病员重伤、死亡的,处 5 年以下的有期徒刑或者拘役,情节特别恶劣的,处 5 年以上有期徒刑。

近年来,有关医疗事故的事件多有发生。事故的原因,有的是单纯的责任事故,如给病人拿错药品,致使病人伤亡的;或在做手术时不小心将医疗器械留在病人体内的。有的是医生的诊断失误造成的。也有的是由于医学上未解决的原因而引起的。还有的是几个方面的原因综合而引起的。随着公民个人权利意识的提高,这方面的纠纷越来越多,要求对这方面的严重行为予以处罚的要求也日益强烈。而且,出于对人民生命安全的保护,预防和减少医疗责任事故的发生,以及与刑法中其他的过失犯罪处罚的平衡,对医疗责任事故责任者予以一定的处罚是必要的。

但是,刑法对于医疗责任事故在何种程度上予以介入,却是比较困难的问题。如果过度的介入,处罚范围过宽,将会挫伤医务人员积极性,使他们不敢放开手脚医治,某种情况下会使病人享受不到最新医疗技术的治疗,从而损害医务人员和病员之间的信赖关系。另一方面,如果刑法完全不介入医疗行为,对医疗行为不加以规制,则可能发生一些严重侵害患者的身体健康和生命权的情况(例如在无充分医疗根据的情况下对患者予以试验为目的的治疗或者手术等)。^①

以上的立法例,出于对病员的身体健康和生命安全的保护,出于减少和预防此种犯罪的发生,规定了医疗责任事故罪,并将处罚范围限定在“医务人员由于严重不负责任,致使病员重伤、死亡”的情况下,犯罪构成比较清楚。但是,正如以上所分析的那样,由于医疗责任事故的处理牵涉到各方的利益,为了不妨碍正当的医疗行为,维护医务人员和病员双方的利益,维护医务人员和病员之间的信赖关系,也为了尽可能的减少这方面的诉讼,还可以对条文作三方面的修改。首先,为了使本罪的违背职责的性质更明确,可将“医务人员由于严重不负责任”的表述修改为“医务人员违背职责”。其次,考虑到医疗事故的特殊性,最高刑期定为 15 年过重,因此

^① 参见小松进:《医疗与刑罚》,载石原一彦、佐佐木史郎、西原春夫、松尾浩也编:《现代刑罚法大系(3)个人生活与刑罚》,第 71 页以下。

将法定刑修改为“致使病员重伤、死亡的,处 3 年以下有期徒刑;可以并处或单处罚金;情节特别恶劣的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑;可以并处或单处罚金”。最后,为了减少这方面的刑事訴訟,宜将本罪规定为自诉罪。根据以上探讨,修改后的条文如下:

医务人员违背职责,致使病员重伤、死亡的,处 3 年以下有期徒刑,可以并处或单处罚金;情节特别恶劣的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,可以并处或单处罚金

前款罪,被害人或被害人的亲属告诉的才处理

例 2 商业秘密侵害罪的立法例

以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取他人的商业秘密,给他人造成严重经济损失或者非法获利数额巨大的,处 2 年以下有期徒刑或者拘役,可以并处或者单处罚金;情节特别严重的,处 2 年以上 5 年以下有期徒刑,可以并处或者单处罚金

因工作关系知悉商业秘密的人员,擅自使用或者向他人泄露,出卖所知悉的商业秘密,情节严重的,处 2 年以下有期徒刑或者拘役,可以并处或者单处罚金;情节特别严重的,处 2 年以上 5 年以下有期徒刑,可以并处或者单处罚金

以上的规定,将侵害商业秘密的各种行为,以及几乎知悉商业秘密的所有人都纳入处罚范围之内。而且规定了比较重的法定刑。在现代科学技术的条件下,商业秘密对于企业来讲非常重要。因此,从维护企业利益的立场来讲,要求对于商业秘密予以完全的,有效的法律保护,包括刑法的保护。对于这一点,似乎没有异议。但是,刑法对商业秘密的过度保护,同时会限制或者侵害其他一些方面的利益,会给社会和其他人带来一定的损害。因此,刑法对商业秘密的保护应当限定在一个合理的限度内,这一点却往往被人们忽视。¹⁰

刑法对商业秘密的过度保护,会带来以下一些问题

1 技术独占的问题。首先,为了促进技术进步和技术发明,人们设立了专利制度,以保护

¹⁰ 日本的刑法学者在探讨新的刑事立法时,对于商业秘密的刑事法保护可能引起的问题是予以高度重视的。1974年5月的日本刑法改正草案第 318 条有这样的规定:“企业的管理人员或者职员,如果没有正当的理由,将该企业的生产方法以及其他与技术有关的秘密向第三者泄漏的,处 3 年以下的惩役或者 50 万(日)元以下的罚款。有过这种地位者,违反法律上所负有的保守该企业的生产方法以及其他与技术有关的秘密的义务,向第三者泄漏的,同样处罚”。这个规定是为了对付从六十年代开始在日本大量发生的工业间谍事件而出台的。在立法论证过程中,日本法务省曾经根据各方面的意见,力求使处罚的范围明确化,使被保护的法益和因此而可能受损害的法益保持在一个合理的幅度内。根据法务省的说明,上例的规定有以下特点(法务省刑事局编:《法制审议会改正刑法草案的解释》,第 316 页以下):

(1) 在犯罪主体方面,为了保障个人选择职业的自由,将现职人员和离职人员分别对待。离职人员的处罚仅限于在离职时同企业有明确的保密协定,负有明确的保密义务时才予以处罚。

(2) 在犯罪客体方面,为了不使保护的范围过宽,而限定在“企业的生产方法以及其他与技术有关的秘密”,从而将非技术的秘密排除在外。

(3) 在犯罪行为方面,由于搜集工业情报的行为对企业来讲很多都是正当和必要的行为,并非所有的刺探行为都受处罚,因此将处罚范围限定在泄漏秘密的行为,而将刺探秘密的行为排除在外。

对于以上的规定,日本产业界表示不满,认为保护的程度还不够。日本经济团体联合会发表意见书认为,为了有效保护企业秘密,应当扩大处罚范围(经团联刑法改正委员会:《对刑法改正草案的意见》,法律时报 46 卷 6 号第 198 页以下,1974 年)。即:在犯罪主体方面,除了应当包括现职人员和离职人员外,还应当包括根据契约而获知企业秘密,因而负有法律上的保密义务的人。在犯罪客体方面,除了“企业的生产方法以及其他与技术有关的秘密”外,非技术的秘密也应当包括在内。在犯罪行为方面,应当对刺探企业秘密的行为予以处罚。此外,为了对付国际工业间谍,对国外犯也应当处罚。

企业的技术独占权。商业秘密中的一部分是可能取得专利权的。因此,企业如果要想独占自己的技术发明,可以利用专利制度。但是,专利制度从全社会的利益出发,规定了技术公开和有效期限。某些企业不愿因取得专利而公开自己的技术或想要永久占有技术,因而不愿意取得专利。对于企业的这种选择,从民事法律的角度看也许没有问题。但在考虑刑法对企业的这种选择给以保护时,就显得理由不足。其次,从商业秘密的所有者来讲,受法律保护的商业秘密的范围越宽,商业秘密受保护的力度越强,所获得的利益更大。而从社会的利益讲,受法律所保护的商业秘密的范围越窄,商业秘密越是公开,对社会更有利。

2 不利于人才流动的问题 上述规定对于企业的职员,特别是管理人员和技术人员有相当的威胁,在很大程度上限制了他们选择职业的自由。并且极大的限制了他们在流动后在新的工作单位充分发挥自己的才能

3 不利于社会对企业监督的问题 如果对商业秘密给以过度的保护,单方面的注重保护企业的利益,则一些企业可以把有关企业违法经营的技术的和非技术的情报都作为企业秘密来加以保护。使企业脱离社会的监督,使社会其他方面(例如新闻界对企业的取材和报道活动)对企业的违法活动,如对环境行为,不正当生产行为,暴利行为等的揭发处于困难的境地

根据以上分析,为了维护企业利益和正当的竞争秩序,刑法对于商业秘密予以适当的保护有一定的必要。但是,为了尽量减少刑法保护商业秘密可能带来对其他方面的利益损害,在立法的同时就应当将刑法对商业秘密的保护限定在一个合理的范围内。基于这一立场,我们可以将以上的立法例修改如下:

负有法律上守密义务的人员,泄漏、出卖所知悉的商业秘密,情节严重的,处一年以下有期徒刑,可以并处或者单处罚金

以不正当竞争为目的,使用盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取他人的商业秘密,给他人造成严重经济损失的,同样处罚。

日本产业界的意见没有得到法务省的采纳。相对于产业界的意见,刑法改正草案的规定应当是比较有限的了。但是,这个规定仍遭到刑法学界、律师界、新闻界的强烈批判。批判的主要论点如下:

(1)企业秘密的定义不清楚,“与技术有关的秘密”这样的表述可能使它的范围很宽。(2)企业如果要想独占自己的技术发明,可以利用专利制度。企业不愿因取得专利而公开自己的技术,这是企业的选择。但刑法没有必要对企业的选择给以保护。(3)规定对于企业的职员,特别是技术人员有相当的威胁,使他们不能对企业的违法行为提出批判和控告。(4)对于离职人员的规定,束缚了职员的选择职业的自由。(5)不利于反对公害运动的开展。(6)只是单方面的保护企业的利益,使对企业的暴利行为的揭发处于困难的境地。(7)使新闻界对企业的取材和报道活动受到限制,侵害报道的自由

由于以上的反对意见,企业秘密侵害罪的规定没有获得通过,并且成为刑法草案不能通过的主要障碍之一。^①

前两款罪,告诉的才处理

以上修改,主要有下面几个特点。

一是在犯罪行为方面,将处罚行为的重点放在泄漏商业秘密上。二是将犯罪主体限定在法

^① 详细的分析请参阅拙文《刑法对商业秘密保护的界限——日、美、中的比较》,日本《法学杂志》第42卷第2号,第268页以下。

律上负有守密义务的人员。三是将以不正当竞争为目的规定作为刺探商业秘密罪的要件。以便与其他出于正当的目的搜集商业情报的(包括使用不正当的手段)相区别。四是规定为自诉罪,以促成当事人之间的和解,减少司法机关的压力。

以上通过对两个立法例的分析,揭示了刑法对一种法益予以保护的复杂性,说明了刑法对一种法益予以保护的同时,可能对其他方面的利益造成侵害。这种在立法时兼顾各方面利益,不但考虑被保护法益,同时也考虑到可能被侵害的法益的法益兼顾的原则,是我们在刑法典中增设新罪时应当考虑的。

四、对处罚行为明确界定的原则

对于应当受刑罚处罚的行为,必须尽可能的准确。即不能把不具有刑事处罚性的行为规定为犯罪行为,也不能在同一法条中将不具有刑事处罚性的行为和应受刑法处罚的行为混和规定在一起。如果将不具有刑事处罚性的行为规定为犯罪,或者在同一条文中,规定有严重的犯罪行为,同时又规定了一些非常轻微的违法行为或者违反纪律的行为,则会造成刑罚处罚的失当。并且由于在许多情况下无法执行而有损刑事法律的严肃性。

正如前面已经论述过的那样,设立新罪时应当遵循刑法的补充性原则、法益兼顾原则、严格区分刑事制裁、民事制裁和行政制裁的原则。这些原则的核心都是为了准确界定刑罚的处罚对象。如果在制定法条时,对处罚行为界定不明确,则刑法的补充性原则、法益兼顾原则、严格区分刑事制裁、民事制裁和行政制裁的原则都会落空。以前,由于历史的局限,在刑法典中设立过一个条文中包括许多轻重不一的行为的罪名,如投机倒把罪、流氓罪等。人们形象地将其称之为“口袋罪”。今天,在我们的社会、司法、立法、法学理论研究都发生了巨大变化的条件下,再不能设立新的口袋罪。因此,在设立新的条文时,应当将刑罚要处罚的行为清楚明白的加以规定,以使行为人和司法者都能明白何种行为应受处罚。这也是罪刑法定原则的要求。

例 1 会计人员违背职责罪的立法例

会计人员对不真实、不合法的原始凭证予以受理,或者对违法的收支不向单位领导人提出书面意见,或者对严重违法损害国家和公众利益的收支不向主管单位或者财政、审计、税务机关报告,使公私财产遭受重大损失的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

例 2 审计人员违背职责的立法例

审计人员对审计中发现的重大问题隐瞒不报的,或者弄虚作假,情节严重的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

例 3 统计人员违背职责罪的立法例

统计工作人员违背职责,虚报瞒报或者伪造、篡改统计资料,情节严重的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

例 4 注册会计师违背职责的立法例

注册会计师提供伪造的审计、验证报告;或者对明知是虚假的财务报表、财务文件,出具隐瞒事实的审计、验证报告;情节严重的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

以上的四个立法例中,有的将不具有刑事处罚性的行为规定为犯罪,也有的将对于应当受刑罚处罚的行为和不具有刑事处罚性的行为混和规定在一起。有的条文中既规定有严重的犯

罪行为,同时又规定了一些非常轻微的违法行为或者违反纪律的行为,这就显得刑罚处罚的规定严重失衡,在实践中必然无法执行。

以会计人员违背职责罪的立法例为例。首先,在以上的会计人员违背职责罪的立法例的规定中,“对不真实、不合理的原始凭证予以受理”的行为,是一种违背会计人员职责的积极的作为的行为。可以说,很多会计人员,或多或少的由于各种原因而有过这种行为。也许“不真实的原始凭证”可以解释为“虚假的原始凭证”,文字上还可以理解。而“不合理的原始凭证”的范围就非常广泛了,合理和不合理之间的界线在很多时候是不好划分的。此外,“予以受理”的行为在主观上也包括故意和过失。即使在此将过失当然的排除在外,也还是容易造成以受理行为作为依据而认定为故意。其次,“对违法的收支不向单位领导人提出书面意见,或者对严重违法损害国家和公众利益的收支不向主管单位或者财政、审计、税务机关报告”的行为,是一种违背会计人员职责的消极的不作为的行为。由于会计人员在各种企业、公司、单位所处的地位不同,很多情况下“提出书面意见和向上级报告”是要冒很大风险的,所以,能做到这一点需要很大的勇气。以上的两种行为都是比较常见的轻微的违纪、违法行为,应当属于行政处罚的范围,而不应列入刑事处罚的条文内。

以统计人员违背职责罪的立法例为例。首先,统计人员“违背职责、虚报瞒报”的行为,是一种轻则违反纪律,应受纪律处分的行为;重则违反行政法规,应受行政制裁的行为。对于这类行为,是不宜规定刑事制裁的。其次,“伪造、篡改统计资料”的行为,与伪造其他公文书等同样是比較明显的违法犯罪行为,因此有一定的刑事违法性。情节严重的,处5年以下有期徒刑或者拘役。

其他两个立法例也有同样问题。如果根据对处罚行为严格界定的原则将会计人员违背职责罪的立法例进行修改为,“会计人员违背职责,伪造或者毁灭原始凭证,使公私财产遭受重大损失的,处1年以下有期徒刑,可并处或单处罚金”,情况就不一样了。首先,对于一个会计人员来讲,他清楚的知道伪造或者毁灭原始凭证的行为是很严重的违法行为,会受到刑罚处罚。其次,受刑罚所处罚的对象清楚的限定在伪造或者毁灭原始凭证这样的犯罪行为上,可以将不具有刑事处罚性的行为和应受刑法处罚的行为区别开来,而且处罚的幅度也比较合理。

根据同样的原则,可以将注册会计师违背职责罪的立法例修改为,“注册会计师违背职责,伪造审计、验证报告,情节严重的,处3年以下有期徒刑,可并处或单处罚金。”

通过以上的分析可以看出,在设立新罪时,对处罚行为加以明确界定,在理论上和实践上都很有必要。既有利于司法实践,便于执法,又有利于对行为加以规范,发挥刑罚的一般预防和特殊预防功能。

五、慎刑原则

设立新罪的慎刑原则,体现在三方面。即慎用死刑,综合平衡刑罚的轻重,防止不合理的适用刑罚。

1 慎用死刑

限制、减少并最终废除死刑是世界刑法发展的方向。我国刑法也不能例外。因此,在设立

新罪时,应当严格限制死刑的适用范围,尽量减少死刑的适用。适用死刑应当基本上限制在侵害人身安全,危害公共安全等暴力犯罪和凶恶犯罪上,对财产、经济方面的犯罪,如有关危害金融的非法集资、信用卡诈骗、盗掘文物等不规定死刑。

2 综合平衡刑罚的轻重

在设立新罪时,应当综合考虑刑罚的轻重问题,不但要根据行为本身的危害性大小来规定刑罚的轻重,而且还要考虑和其他性质相同,或者性质更重,或性质较轻的行为的法定刑的综合平衡。以下通过立法例来说明。

例:侵占罪和侵占无主物罪的立法例

侵占自己所持有或者保管的公私财物,数额较大的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑;数额特别巨大的或者情节特别严重的,处无期徒刑,并处没收财产。

侵占埋藏物、漂流物或者遗失物,数额较大的,依照前款的规定处罚。

对以上的立法例,这里不考察第 1 款关于侵占罪的规定法定刑是否过重,只考察第 2 款的规定是否妥当的问题。首先,将“侵占自己所持有或者保管的公私财物”和“侵占埋藏物、漂流物或者遗失物”的行为性质相比较,就可以看出后者的性质比前者轻得多。因为这种行为主要是不道德的贪利行为,或者是一种民事侵权行为。在我们的社会现实中,很多人拾金不昧,很多人发现埋藏物交公,这种行为一般还受到表扬或者奖励。这是因为社会上一般并没有把占有无主物这种行为当作违法犯罪行为。如果按照以上的立法例实行该行为的犯罪化以后,“拾金不昧,发现埋藏物交公”就不是受表彰的选择性行为,而是一种义务行为,并且在不履行义务时将会受到刑罚的处罚。在这样的社会条件下,对于这样一种行为规定最高达 15 年的有期徒刑和无期徒刑,显然与其他犯罪的法定刑失去平衡。

因此,我们如果将第 2 款的规定单列一条,并修改为“侵占埋藏物、漂流物或者遗失物,数额较大的,处 1 年以下有期徒刑,可并处或单处罚金”,则相对来讲就比较容易为各方面所接受,也不至于破坏法定刑的综合平衡。

对于这种行为,日本刑法第 254 条规定,“贪污遗失物,漂流物,或者其他脱离他人占有之物的,处 1 年以下的惩役或者 10 万(日)元以下的罚金”。这可以供我们参考。

3 防止不合理地适用刑罚

前面已谈到对特定的法益予以保护时,应当注意的利益兼顾原则。与此相关联的是,我们在设立新罪,对于一种特定行业的一些行为予以处罚时,必须考虑处以刑罚是否合理。

例:律师妨害司法罪的立法例

律师在承办案件中,对与案件有重要关系的情节,唆使刑事被告人不如实供认犯罪事实,或者为被告人串通案情,妨碍案件审理,情节严重的,处 7 年以下有期徒刑或者拘役。

在以上的立法例中,处罚范围非常广泛。很多表述都可以随意解释。如,“与案件有重要关系的情节”,“唆使刑事被告人不如实供认犯罪事实”,“为被告人串通案情”,“妨碍案件审理”等。这样的规定使律师随时处于可能被追诉的地位,把律师在刑事诉讼中的地位和作用等同于检察官和法官,可能从根本上否定律师存在的意义,危及律师制度的存在。因此,这样的处罚规定是不利于律师行业的,是不合理的。

1996年5月15日第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《中华人民共和国律师法》^①第45条,已经对律师在与业务相关的活动中的违法犯罪行为作出了处罚规定。即:律师有下列行为之一的,由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师执业证书;构成犯罪的,依法追究刑事责任:

- (1) 泄漏国家秘密的;
 - (2) 向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿或者指使、诱导当事人行贿的;
 - (3) 提供虚假证据,隐瞒重要事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据,隐瞒重要事实的。
- 律师因故意犯罪受刑事处罚的,应当吊销其律师执业证书。

在以上的立法例中,“泄漏国家秘密”构成犯罪的,可以依照泄漏国家秘密罪处罚。“向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿或者指使、诱导当事人行贿”,构成行贿罪的,可以依照行贿罪的规定处罚。“提供虚假证据,隐瞒重要事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据,隐瞒重要事实”,构成犯罪的,可以依照伪证罪的规定处罚。这些行为刑法已有规定,没有必要再对律师作单独的处罚规定。

六、有利于国际交往的原则

现代社会,人员的国际交往日益频繁,犯罪行为涉及其他国家的也越来越多。除了有的犯罪本身就具有国际犯罪的性质以外,其他许多犯罪行为,也往往会牵涉到第三国,因而会发生域外管辖、犯罪人引渡等与国际司法协助有关的问题。为了在这方面保持主动,有利于国际交往,在制定刑法时应当对此予以充分考虑。我国现行刑法,最不利于国际协助的是有关反革命罪的规定。但对于反革命罪,我国刑法学界已有相当的探讨,并且已经取得基本的共识,故在此不再赘述。下面通过一些一般刑事犯罪的立法例来对有利于国际交往的原则加以说明。

例 1 劫持航空器罪的立法例^②

以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏或者情节特别严重的,处死刑;情节较轻的,处五年以上十年以下有期徒刑。

例 2 劫持车船罪的立法例

以暴力、胁迫或者其他方法劫持车辆、船只的,处三年以上十年以下有期徒刑,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

例 3 海盗罪的立法例

以暴力、胁迫或者其他方法对在海上航行的船只实施抢劫破坏等海盗行为的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑;罪行特别严重的,处死刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。

以上规定,如果单从国内法的观点来看,也许没有什么问题。但是,从有利于国际交往的观点看就有探讨的必要。因为在实施这些犯罪的过程中,特别是在实施劫持航空器罪和海盗罪的过程中,犯罪人往往逃亡第三国,因而发生如何将犯罪人引渡回国,接受刑事审判的问题。

^① 参见人民日报 1996年5月27日第11版。

^② 参见李恩慈:《特别刑法论》,中国人民公安大学出版社 1993年版,第481页。

而世界上许多国家关于引渡的法律中都有禁止引渡政治犯以及基于人道主义立场拒绝引渡的规定。

政治犯不引渡是国际法中的一个普通原则,几乎在所有涉及引渡的双边和多边国际条约中都有规定。而关于基于人道主义立场拒绝引渡的规定虽然不是国际法上的一个普通原则,但在许多国家关于引渡的国内法和与他国签订的引渡条约中都有规定。例如,1993年8月26日签订的《中华人民共和国和泰国引渡条约》第4条(可以拒绝引渡的情形)第2款规定,“特殊情况下,在考虑犯罪的严重性及请求方利益的同时,如果被请求方认为由于被请求引渡人的个人情况,引渡不符合人道主义精神”的,可以拒绝引渡。^⑩根据国际司法实践,所谓引渡不符合人道主义精神的,主要是对适用死刑而言。这主要包括两种情况:一是指被请求国对该种行为没有规定死刑的情况。二是指在被请求国的司法实务中,对该种行为不适用死刑的情况。^⑪

鉴于以上原因,我们在规定犯罪和刑罚时,应当考虑到在今后的实践中,怎样才有利于国际交往,和国际司法协作。下面以一个事例来说明条文规定不当时,可能在国际交往中带来的不利情况。

1990年,我国的一名罪犯曾劫持一架民航客机到日本。劫持犯罪是一种严重的国际公认的犯罪。国际上的三个公约,即《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》(简称东京公约)、《关于制止非法劫持航空器的公约》(简称海牙公约)、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(简称蒙特利尔公约),都把劫机行为规定为犯罪。中国和日本都加入了这三个公约。因此,中国政府根据公约向日本政府要求将罪犯引渡给我国。日本政府也很快作出决定,应中国政府的要求将罪犯引渡给我国。但是,日本一些人权团体以我国的法律将劫机罪规定在反革命罪中且规定有较重的法定刑为根据,以政治犯不引渡和禁止引渡可能被判处死刑的罪犯的理由提起行政诉讼,要求法院取消政府的决定。

当时,我国刑法关于劫机罪的规定只有刑法第100条第4款的规定,即:以反革命为目的,进行下列破坏行为之一的,处无期徒刑或者10年以上有期徒刑;情节较轻的,处3年以上10年以下有期徒刑;

此外,根据刑法第103条的规定,犯以上的罪,“对国家和人民危害特别严重的,情节特别恶劣的,可以判处死刑”。

根据以上规定和我国在此之前对与劫机犯判处死刑的一些判例,日本的人权团体主要提出以下两点理由,要求法院取消政府作出的将劫机犯引渡给中国的行政决定。

1 本案的劫机人通过律师表明,自己是出于政治的目的劫机,所犯的罪行是中国刑法中的反革命劫机罪,属于政治性的重罪。既然该行为在中国是政治犯罪,根据政治犯不引渡的原则,应当禁止引渡。

2 该行为按日本法律应判无期或7年以上有期惩役(劫机致人死亡的,可判死刑)。但按中国刑法的规定可能判处死刑。基于人道的理由,应当禁止引渡。

后来,我国政府通过外交途径向日方提供法律文件,说明该行为不构成反革命劫机罪,而构成刑法第107条规定的破坏交通工具(飞机)罪。我国刑法第107条的规定是“破坏火车、汽

^⑩ 参见郝赤勇主编:《中国警察与国际条约》,群众出版社1996年版,第731页。

^⑪ 参见森下忠:《国际刑事司法共助的研究》,成文堂1981年版,第204页以下。

车、电车、船只、飞机；足以使火车、汽车、电车、船只、飞机发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑”。

按立法原意，刑法第107条规定的破坏交通工具（飞机）罪与劫机罪显然是完全不同的。所谓破坏是指对作为交通工具的飞机造成的物理损害。而劫机有时可能伴有损害飞机的行为，但一般来讲，劫机是指用暴力、胁迫等手段强迫飞机飞往劫机犯人指定的地方，而不是指行为人对飞机的物理损害。在一般的刑事案件中，犯罪人总是力求证明自己所犯罪行性质较轻。但是在本案中，犯罪人自己主张自己犯有可判死刑的重罪，而追诉方却提供证明说明其只不过犯有应判10年以下有期徒刑的较轻的罪，与一般的刑事案件的辩护正好相反。这就是犯罪牵涉到第三国后所带来的特殊性。本案中我方提出的证明和解释是比较勉强的。同时，这就意味着在将劫机犯引渡回国后，不能判超过十年的有期徒刑，因为这是一种国际承诺。对于劫机这种危害很大的罪，虽未造成严重后果，按日本刑法也可以判十五年以下有期徒刑，而我们却因为所引用的法条的关系，承诺判不超过十年的有期徒刑。这是为了将劫机犯引渡回国而采取的不得已的办法。因为如不能顺利将犯罪人引渡回国接受刑事审判，则对我国更不利。

按照中方的说明，该行为不会按反革命罪定罪，也不会判10年以上的徒刑，更不会判死刑。日本政府将中方提供的法律文件作为证据提出，并为法院所采纳。据此，法院作出支持政府决定的判决。日本政府才打赢官司，将劫机犯引渡给我国（该犯后来按刑法第107条的规定被判刑）。

以上的事例说明，为了有利于国际交往和国际司法协助，在犯罪可能涉及第三国的情况下，具体罪名上应当注意两点。其一是淡化罪名的政治色彩，以国际上通行的罪名来设定罪名。其二是对死刑的规定应当范围明确、清楚，不能笼统和含混。

第一个问题在1992年12月28日第7届全国人民代表大会常务委员会通过的关于惩治劫持航空器犯罪分子的决定规定的劫机罪（立法例1）中得到了解决，即，将“以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的”规定为劫机罪。但是，第二个问题，即关于死刑的规定上，并不恰当。条文中“致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏或者情节特别严重的，处死刑”的规定，包含很宽。且不说“致人重伤”的标准各国不一，“使航空器遭受严重破坏”，以及“情节特别严重”的解释就更不确定了。这样的规定，在要求引渡时，同样会发生以上的事例所遇到的情况。

解决以上问题，有两种方法。一是可以借鉴日本处罚劫机犯的规定，犯劫机罪，“致人死亡的，处死刑或者无期惩役”。另一种方法是，对于劫持航空器致人死伤的，可按杀人罪，伤害罪处罚，不作单独的刑罚规定。对于劫持车船和海盗罪，也应当比照劫持航空器罪的规定。