



# 政法

## 理论前沿

(第三辑)

刘志坚 主编



兰州大学出版社

# 政法理论前沿

(第三辑)

主编 刘志坚

## 《政法理论前沿》学术委员会(以姓氏拼音为序)

主 任:刘志坚

副主任:贾登勋 俞树毅

委 员

蔡永民(兰州大学法学院法学教授、硕士生导师、法学博士)

江 怡(中国社会科学院哲学研究所研究员、博士生导师)

李长健(华中农业大学文法学院法学系主任、副教授、硕士生导师)

倪国良(兰州大学政治与行政学院教授、硕士生导师、博士)

## 《政法理论前沿》编辑委员会

主 编:刘志坚

常务副主编:任海涛 田 坤

副 主 编:刘学文 苏毕松 曾庆纲

编 委:梁浩然 许亚辉 陈均宝 蒋艳平

郝继伟 徐 微 张 锋

图书在版编目(CIP)数据

政法理论前沿(第三辑)/刘志坚主编. —兰州:兰州  
大学出版社, 2006.6

ISBN 7-311-02659-8

I. 政... II. 刘... III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 082101 号

---

政法理论前沿

(第三辑)

刘志坚 主编

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水南路 222 号 电话:8912613 邮编:730000

E-mail: press@onbook.com.cn

http://www.onbook.com.cn

---

兰州大学出版社激光照排中心排版

兰州德辉印刷有限责任公司印刷

开本: 787×1092 1/16

印张: 23

2006 年 6 月第 1 版

2006 年 6 月第 1 次印刷

字数: 598 千字

---

ISBN7-311-02659-8/D·187

定价: 150.00 元  
(共三辑)

# 目 录

## 刑法前沿理论研究

主持人 田 坤

### 对《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的评价

|                           |         |
|---------------------------|---------|
| ——以未成年人犯罪刑事政策为视角 .....    | 李志坚(1)  |
| 刑法谦抑视野中的侵犯商业秘密罪 .....     | 谢艳霞(3)  |
| 复合行为犯罪论 .....             | 郑明玮(10) |
| 论人身危险性在刑法学中的概念 .....      | 龚 琳(16) |
| 关于“亲亲相隐”制度的立法思考 .....     | 黄罗平(21) |
| 期待可能性与严格责任在刑法中的综合运用 ..... | 王春穗(25) |
| 论期待可能性理论对安乐死的出罪功能 .....   | 罗毅林(29) |
| 论金融诈骗罪中的“以非法占有为目的” .....  | 亢 舒(33) |
| 论单位累犯制度的构建 .....          | 凌 晓(37) |
| 论单位犯罪故意的形成机制及其内容 .....    | 敖博雅(42) |
| 共同过失犯罪应成立共同犯罪 .....       | 梁 燕(46) |
| 共同犯罪个别中止的认定标准 .....       | 马 莉(50) |
| 存留养亲制度的探究与启示 .....        | 聂亚涛(54) |
| 耻辱刑当代立法意义的探讨 .....        | 孙 彦(58) |
| 论实行过限——以共同实行犯为视角 .....    | 高军伟(62) |
| 伪造货币罪疑难问题分析 .....         | 谢 颖(66) |

## 法学基础理论

### 转型社会下的第三部门功能研究——以利益协调机制为视角

|                                |                 |
|--------------------------------|-----------------|
| .....                          | 李长健 张 锋 李 伟(70) |
| 从《唐律》看唐代婚姻成立之要件 .....          | 管 辉(75)         |
| 浅析税收文化建设 .....                 | 李瑞芬(78)         |
| 民间法在中国——从赏《刮痧》忆《红楼梦》说起 .....   | 蒋艳平(81)         |
| 立法泛化的法理探析 .....                | 姚维振(84)         |
| 古典自然法学派论死刑——以霍布斯、洛克、卢梭为例 ..... | 李淑敏(87)         |
| 形而上学的宪法思想——费希特论宪法 .....        | 任 伟(90)         |

## 公法研究

|                         |             |
|-------------------------|-------------|
| 中英律师制度之比较 .....         | 邵常辉 姚 俊(94) |
| 关于纳税人用税监督权的探讨 .....     | 杨华芬(98)     |
| 我国行政听证制度的法律价值及其完善 ..... | 张 蕾(101)    |

|                                |              |
|--------------------------------|--------------|
| 刑法分则体系建构原则论略·····              | 胡选洪(105)     |
| 我国行政诉讼调解制度初论·····              | 司文超(110)     |
| 对我国土地征收问题的宪政思考·····            | 张秋娇(114)     |
| 数额犯未遂形态初探·····                 | 王彦波(117)     |
| 试论国家赔偿中精神赔偿制度的完善·····          | 徐 瑾 黎群英(120) |
| 社区矫正疏议·····                    | 汪泽文(123)     |
| 人文关怀背景下死刑复核制度的法理思考·····        | 南义乐(126)     |
| 对人权条款入宪的再度思考·····              | 原新利(129)     |
| 刑法解释中的问题及完善·····               | 张西军(133)     |
| 《刑法修正案(五)》中妨害信用卡管理罪相关问题分析····· | 李立平(137)     |
| 农民工的权利保障研究·····                | 傅迎春(140)     |
| 论反垄断法的域外适用制度·····              | 王龄童(143)     |
| 论律师惩戒制度·····                   | 范卫红 温 洁(148) |
| 试论国家赔偿归责原则之重建·····             | 于惠燕 袁晓磊(151) |
| 关于宏观调控主体的法律思考·····             | 钟全煊(155)     |
| 有关宪法司法化的几点思考·····              | 何艳梅(158)     |
| 论死刑的存废·····                    | 吴吉能(161)     |
| 浅析反垄断法的适用除外制度·····             | 葛 勋(164)     |

## 私法研究

|                                                     |              |
|-----------------------------------------------------|--------------|
| TRIPS 协议与医药知识产权·····                                | 张秀娟(167)     |
| 对我国上市公司关联交易的思考·····                                 | 邓佳丽 何高洁(169) |
| 对隐私权制度本土化的思考·····                                   | 袁 强(173)     |
| 简论破产侵权·····                                         | 郝继伟(176)     |
| 解读作为经济与法律中介的契约·····                                 | 方 燕(179)     |
| 论善意取得制度与物权行为理论的关系·····                              | 庞 锋(182)     |
| 论物权行为的主要问题以及在我国的法律适用·····                           | 黄成怀(185)     |
| 论隐私权的保护与完善·····                                     | 张海英(190)     |
| 浅论建筑物区分所有权的性质·····                                  | 徐 斐(193)     |
| 浅论新闻侵权·····                                         | 王梅英(195)     |
| 浅析善意取得制度·····                                       | 汪 洋(198)     |
| 我国商品房预告登记制度的构建——以“预购人利益保护”为中心·····                  | 林兰燕(200)     |
| 谁来为上市公司虚假信息披露埋单？<br>——对上市公司虚假信息披露的原因及相应法律责任的思考····· | 陈 璐(202)     |
| 我国数据库保护模式选择之辩·····                                  | 陈 建(207)     |
| 无意思联络的数人侵权行为研究·····                                 | 李 红 崔永峰(210) |
| 物权法定——在强制与自由之间·····                                 | 熊长春(215)     |
| 信用卡资产证券化研究·····                                     | 罗歆钰(218)     |
| 隐名代理与行纪制度·····                                      | 尉靖靖 张 伟(221) |
| 有限责任公司股东人力资本出资的合理性探析·····                           | 李长健 王 璟(225) |
| 我国证券侵权诉讼机制存在的若干问题·····                              | 徐驰音(229)     |

|                           |              |
|---------------------------|--------------|
| 知识产权侵权归责原则与损害赔偿研究·····    | 刘筠筠(233)     |
| 试论家庭暴力·····               | 朱会林(237)     |
| 我国资产证券化中特殊目的机构的实践及展望····· | 廖永海(239)     |
| 董事责任保险法律问题探析·····         | 欧阳艳 江 媛(241) |

## 国际法研究

主持人 刘学文

|                           |              |
|---------------------------|--------------|
| BOT 相关协议的法律适用理论新探及实践····· | 潘兆强(244)     |
| WTO 相关原则与中国法制化理论探究·····   | 刘学文(248)     |
| 国际刑事法院对非缔约国国民的管辖权·····    | 何光群(252)     |
| 浅析个人国际法主体资格·····          | 杨国平(255)     |
| 人道主义干涉的合理解释·····          | 冉承利(259)     |
| 主权新发展探析·····              | 何金波(262)     |
| 外国对华反倾销中的非市场经济地位问题·····   | 周 鹏 韩 勇(266) |
| 我国环境与贸易和谐发展的法律对策·····     | 吴凌云(269)     |
| 绿色贸易壁垒与国际环境问题研究·····      | 卫 霞(273)     |

## 诉讼法研究

|                             |              |
|-----------------------------|--------------|
| 论我国民事公益诉讼原告资格确定·····        | 张薪薪 潘秀红(276) |
| 如何完善我国民事诉讼程序制度·····         | 贺恩芳(279)     |
| 论我国法院对仲裁的司法监督·····          | 李泽阳 马宏坚(282) |
| 民事审判监督制度·····               | 韩 晶 刘兰兰(285) |
| 案件诉讼收费与当代司法面临的挑战及其应对·····   | 贺恩芳(288)     |
| 浅论民事程序选择权·····              | 张云珍(291)     |
| 权利保障与权力制约——浅析刑事诉讼法的再修改····· | 刘洪璋 殷 静(293) |
| 我国无独立请求权第三人法律地位解析·····      | 张 楠(297)     |
| 民事执行权问题研究的文献综述·····         | 徐 微(300)     |

## 政治与社会研究

|                            |              |
|----------------------------|--------------|
| 《八月之光》的人物分析及其艺术特色·····     | 张红娟(303)     |
| 古今中庸·····                  | 隋鸿飞(306)     |
| 加达默尔艺术经验里的真理问题探析·····      | 林济东(309)     |
| 兰州清真寺建筑艺术探析·····           | 赵永波 马丽娜(312) |
| 不同社会间文化误读的根源·····          | 郑 中(314)     |
| 中国文学在当代社会的使命·····          | 魏 巍(318)     |
| 《土生子》的人物分析和隐喻分析·····       | 赵 鑫(321)     |
| 语义模糊现象与语义的社会背景在翻译中的处理····· | 王世杰(324)     |
| 论大陆地区网络人际传播中的“群体意见”·····   | 瞿 辉 姜 鹏(327) |
| 美欧分歧探究:多种视角·····           | 赵文辉(330)     |
| 论中国崛起的特点及其对东亚秩序的影响·····    | 赵玉霞(333)     |
| 试论中共早期的理论月刊《新时代》·····      | 杨公成 马廷魁(336) |

如何突破我国经济的“石油瓶颈”——中国石油安全困境及战略对策之探讨

|                 |     |          |
|-----------------|-----|----------|
| .....           | 马 娟 | 王俊峰(339) |
| 中日关系中的历史问题..... |     | 周三华(342) |

#### 经济学管理学研究

|                          |     |          |
|--------------------------|-----|----------|
| 产权经济学视角下的会计信息产权制度分析..... | 苏 强 | (346)    |
| 关于甘肃交通基础设施建设的几点思考.....   | 夏午宁 | (348)    |
| 会计模拟实验教学现状与发展.....       | 张艳兵 | (350)    |
| 会计师事务所内部人力资源管理探讨.....    | 徐达海 | (353)    |
| 用新剑桥理论来分析资本市场的发展.....    | 赵晓娜 | 赵盈盈(355) |
| 浅论新制度经济学与新古典经济学的关系.....  | 张莉琴 | (359)    |

# 对《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的评价

——以未成年人犯罪刑事政策为视角

李志坚\*

---

**摘要:**是否符合未成年人犯罪刑事政策是评价《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的重要标准,而评价结果科学性的前提是评价标准的科学性,因此必须根据刑事政策制定的一般原理来确定科学的未成年人犯罪刑事政策并以此作为评价标准,而这一标准即适度从宽与适度从严相结合的刑事政策。该司法解释从整体上看符合这一刑事政策,因而是一个科学的、符合实际的司法解释,但是其第六条和第七条也存在与该刑事政策相背离之嫌,需要修正。

**关键词:**未成年人犯罪;刑事政策;司法解释

---

2006年1月23日最高人民法院公布了由该院审判委员会第1373次会议通过的《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),该司法解释的指导思想是对于未成年人犯罪的处理贯彻“教育为主、惩罚为辅”的原则,其具体内容包括对于未成年被告一般不判处无期徒刑,偶尔与幼女发生性关系可不以犯罪论,索要其他少年少量财物可不认为是犯罪等。司法解释公布后,舆论评价的分歧很大,有人对它评价很高,认为它充分体现了未成年人犯罪从宽处理的精神,有利于构建和谐社会,也有一部分人认为该司法解释有放纵未成年人犯罪之嫌,双方争论激烈。

德国刑法学大师李斯特曾指出:“刑事政策应当是刑事立法的教师”,<sup>①</sup>这表明刑事立法是在一定的刑事政策的指导下进行的。不仅如此,人们对刑事立法和刑事司法解释的评价也是在一定刑事政策指导下进行的。每一个人在评价《解释》时,内心都有一个评价标准,这个标准就是他所主张的未成年人犯罪刑事政策,如果司法解释符合他所认同的刑事政策,他就会认为这个司法解释是好的;若司法解释背离了他的刑事政策主张,他就会觉得司法解释错了。之所以不同的人对该司法解释的评价相距甚远,很大一个原因就在于人们对我国未成年人犯罪刑事政策的认识和主张不同。因此为了科学地评价该司法解释,必须确立一个科学的、符合我国实际的未成年人犯罪刑事政策,才能克服评价的主观性和片面性。本文从未成年人犯罪刑事政策制定的一般原理出发探求我国未成年人犯罪的刑事政策,力求以科学的刑事政策评价《解释》。

## 一、未成年人犯罪刑事政策制定的一般原理

“刑事政策”一词在刑法学界有各种不同理解。笔者认为,这些不同见解大体可以分为静态定义和动态定义两类,静态定义认为刑事政策是国家和社会在预防、惩罚犯罪过程中可以适用的各种具体措施的总和,即各种具体犯罪对策的总和;动态定义认为刑事政策是指国家与社

---

\* 作者简介:李志坚,男,中山大学法学院2005级刑法学硕士研究生。

会根据犯罪态势、社会治安情况以及具体国情从全部预防与惩罚犯罪的措施中选择最优的措施,即刑事政策是关于最优犯罪对策的选择。笔者认为,这两类观点没有实质冲突,它们相辅相成,共同体现了刑事政策制定的一般原理,即刑事政策制定必须从静态与动态两方面入手,首先从静态上研究各种具体的犯罪对策,分析它们的功能和特点,然后从动态上根据一国、一时之具体犯罪态势与国情选择最优犯罪对策,并将其确立为主导性刑事政策。未成年人犯罪刑事政策的制定亦要遵循这一一般原理。

### (一)具体未成年人犯罪对策

制定科学的未成年人犯罪刑事政策的第一步便是研究各种具体的未成年人犯罪对策。根据国家对于未成年人犯罪处理的宽严取向不同,未成年人犯罪对策分为以下三类:

1. 偏重从宽对策。是指对未成年人犯罪的处理一味强调教育而轻视惩罚,对其处理一概大幅从宽,即对未成年人犯罪的处理远远宽于成年人犯罪,许多发达国家都采用该对策。如日本近年来以不开始审判和不处分决定结案的少年犯罪案件约占所有少年犯罪案件的9成,在剩余的1成左右的保护处分中,被处附保护观察处分的人是被移送少年院的人的3倍,移送检察官的案件不到全部少年案件的1%。<sup>②</sup>英美法国家则在立法上规定对21岁以下的罪犯原则不得判处监禁刑,<sup>③</sup>而法国刑法则规定对未成年人罪犯原则不能判处刑罚,即使判处刑罚其幅度应在成年犯的一半以下。<sup>④</sup>

2. 偏重从严对策。是指对未成年人犯罪的处理强调惩罚而轻视教育,表现为对未成年人犯罪采取同成年人犯罪同样的、甚至更加严厉的对策,例如在立法上规定对未成年人犯罪的量刑与成年人相同,不得因其未成年而对其从轻或减轻处罚,甚至立法明文规定对未成年人犯罪从重处罚。这种对策在未成年人犯罪高发、社会治安形势严峻之际,在社会生活中有一定的影响力。

3. 适度从宽与适度从严相结合对策。是指未成年人犯罪的处理要坚持教育与惩罚的统一,两者不可偏废,即根据犯罪人自身具体情况及其罪行,当宽则宽,当严则严,且宽严都控制在适度的范围内,既不过分从宽以致放纵犯罪,又不过分严厉以致严刑峻法。这里的宽是指对未成年人犯罪应以教育为主,对那些人身危险性较小的未成年人实施的社会危害性不大的犯罪在定罪、量刑和执行上可以比照成年犯适度放宽;而这里的从严是指处理未成年人犯罪亦要强调惩罚的一面,但并不是指同成年人犯罪相同甚至更严,从严和惩罚是相对于从宽和教育而言的,即对于那些人身危险性大的未成年人实施的社会危害性较大的犯罪(如团伙性犯罪中的主犯、暴力性犯罪等)则不能放宽定罪标准以致不适当的缩小了犯罪圈;同时加大对这些案件的侦查和起诉力度,使犯罪人都受到法律的否定性评价;量刑时在坚持从轻或减轻原则的同时也需慎重考虑其幅度以免不适当的缩小了刑罚量。

### (二)犯罪对策之选择

在全面分析各种具体犯罪对策之后,未成年人犯罪刑事政策制定进入第二阶段:从各种具体犯罪对策中选择最优对策作为主导性未成年人犯罪刑事政策。而影响刑事政策的最主要因素是社会治安形势和犯罪态势,<sup>⑤</sup>因此犯罪对策的选择必须以当前未成年人犯罪态势和社会治安状况为基本依据。同时一个国家在一定时期的具体国情也对犯罪对策的选择具有重要影响,因此在犯罪对策选择时必须考虑到国情因素。特别需要强调的是在分析犯罪态势、社会治安状况与基本国情时,必须全面分析它们所包含的积极一面和消极一面,否则,犯罪对策选择就会有很大片面性,这样制定的未成年人犯罪刑事政策的科学性就无从保证。

## 二、中国的未成年人犯罪刑事政策

### (一)我国当前未成年人犯罪态势、社会治安状况与具体国情

1. 当前未成年人犯罪态势。中国当前未成年人犯罪态势呈现出增长速度快,暴力程度深

的特点,2004 年达到 70086 人,与 1997 年相比增长了 130.2%。而同期我国成年罪犯总数仅增长了 40.0%。<sup>⑥</sup>而广东省 2005 年的一次调查显示,杀人、故意伤害致人重伤或死亡、强奸和抢劫这四项重暴力犯罪就占全部未成年人犯罪的 96.2%。<sup>⑦</sup>但是通过对一些未成年犯的犯罪动机进行调查,发现他们由于生理、心理尚未发育成熟,大多犯罪动机单纯幼稚,多具突发性和随意性,主观恶性不深,<sup>⑧</sup>表明与成年犯相比有较大的可改造性。

2. 社会治安状况与具体国情。当前中国正处在一个利益重新分配阶段,利益调整必然会引发各种矛盾,这就决定了社会治安形势将处于比较严峻的状态。当前未成年人犯罪态势其实就是严峻的社会治安形势的具体表现之一。但是,随着利益调整的逐步到位以及构建和谐社会的加快,社会矛盾也将得到缓和,社会治安会趋于好转。

与处理未成年人犯罪有关的具体国情很多,比如我国广大农村和欠发达地区学校的硬件条件还比较落后(这就决定了我国未成年犯管教所的条件不能过于超前),刑罚报应的观念在普通人心中仍根深蒂固(因此未成年人犯罪处理的非刑罚化应当慎重);再如我国社区制度还很不完善,这就制约了未成年人犯刑罚的非监禁刑化。

## (二)我国未成年人犯罪对策的选择及刑事政策的确立

### 1. 在当前和今后一段时间内,偏重从宽对策并非我国的最优对策选择。

首先,当前我国正处在未成年人犯罪高发期,且暴力性犯罪突出,未成年人犯罪已经对社会和谐与安宁构成了一定威胁,必须采取积极措施有效遏制未成年人犯罪高发的势头。而偏重从宽对策在社会稳定发展时期可能会发挥较大作用,能从根本上减少和消除未成年人犯罪,但在犯罪高发态势下,偏重从宽并不能迅速有效遏制住犯罪。刑事政策的直接目的就在于遏制犯罪,一个不能有效遏制犯罪的对策显然不应成为我国当前主导性的刑事政策。

其次,偏重从宽对策不适合我国现阶段国情。例如,西方国家偏重从宽对策的一个具体表现就是对未成年罪犯的自由刑基本由社区纠正来代替,这一做法在西方国家行之有效,但这是建立在西方国家完善的社会矫正与保护体系基础之上的,而我国当前社区制度尚未真正形成,这就决定了我们不可能在短时间内建立起一套完善的社区矫正与保护体系。因此引进社区服务来取代自由刑必然会表现出“水土不服”:由于缺乏有效社区执行与监督制度,法院判处社区服务的最终结果就是判了等于没判。

最后,发达国家推行偏重从宽对策的结果亦值得我国在选择犯罪对策时思考。美国是世界上最早制定少年法院法的国家之一,早在 19 世纪伊利诺伊州就制定了《少年法院法》,对未成年人犯罪采取偏重从宽对策,但是 20 世纪 70 年代后面面对严峻的犯罪态势,美国的刑事政策趋向强硬,青少年司法体系从福利型转向类似成人的法律模式。<sup>⑨</sup>日本对未成年人犯罪采取偏重从宽对策,但是其未成年人犯罪却持续上升,1997 年每 10 万未成年人中刑事犯总数达 1615 人,而每 10 万成年人中刑事犯只有 248 人。<sup>⑩</sup>

### 2. 偏重从宽的对策不应成为主导性刑事政策。

从规范层面上看,偏重从宽对策违背了国际法上处理未成年人犯罪的基本精神,《公民权利和政治权利国际公约》、《儿童权利宣言》、《联合国少年司法最低限度标准规则》(北京规则)、《联合国预防少年人犯罪准则》、《联合国保护被剥夺自由少年规则》等一系列国际规则都体现了对未成年人犯罪从宽的精神,若我国对未成年人犯罪采取偏重从宽的对策,显然违反了国际法原则与精神,必然会招致国际上的非议。

从实然层面上看,有一部分未成年人犯罪是由于家庭原因、社会原因等多种因素所致,未成年罪犯本身人身危险性不大,其罪行的社会危害性也不大,若不分青红皂白一律偏重从宽,显然违背了罪责刑相适应原则。而且未成年人正处在人格塑造过程之中,可塑性较强,只要未

成年罪犯主观恶性不深,一般都宜于改造,因此对于主观恶性不深的未成年罪犯采取偏重从严对策既是不人道的,也是没有必要的。

从实践层面上看,对于未成年人犯罪,偏重从严对策也许在短时间内能够“治标”,但是从长期来看必定不能“治本”,而一个科学的刑事政策不仅要求能够“治标”也要能够“治本”。

3. 适度从宽与适度从严相结合对策是最优对策选择,应成为我国当前未成年人犯罪的主导性刑事政策。

首先,科学的刑事政策所追求的价值目标不是单一的而是多元的,它必须同时兼顾秩序与自由这两种相互对立的价值观,不能一味追求自由价值而放弃秩序价值;抑或相反。未成年人犯罪对策选择亦应兼顾秩序与自由价值,对于那些人身危险性较低的未成年人实施的社会危害性不大的犯罪应当适度从宽,以体现刑事政策的自由价值;而对那些人身危险性较大的未成年人实施的社会危害性较大的犯罪,则应不放宽定罪标准,同时加大侦查与起诉力度,使他们得到应有的惩罚,以体现刑事政策的秩序价值。

其次,适度从宽与适度从严相结合对策符合我国基本国情,它既能有利于控制未成年人犯罪,又能有利于未成年人的健康成长;另一方面它既能适应当前社会治安比较严峻的形势,也能适应今后社会治安形势有所好转的情形,保持了未成年人犯罪刑事政策的相对稳定性。

最后,我国当前和今后一段时间内的根本刑事政策是宽严相济的刑事政策,而适度从宽与适度从严相结合对策同宽严相济刑事政策在本质上是协调的,从而使得我国刑事政策体系具有统一性。

### 三、评《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

根据前文分析,我国科学的未成年人犯罪刑事政策是适度从宽与适度从严相结合,那么我们就应当根据这一科学的评价标准来评价该司法解释。笔者认为,该司法解释在整体上并没有违背适度从宽与适度从严相结合的刑事政策,不存在放纵犯罪之嫌,理由有三:

1. 司法解释明确规定了教育为主,惩罚为辅的原则,既不是一味强调惩罚而忽视教育,也不是一味强调教育而忽视惩罚,而是强调教育与惩罚相结合,这就明确表明该司法解释是以适度从宽与适度从严相结合这一主导性刑事政策为指导思想而制定的。因此该司法解释总体上是科学的、适合中国实际的,既有利于打击犯罪,又有利于维护社会和谐。

2. 该司法解释共有 20 个条文,这些条文可以分为三类,第一类是中性条款或技术性条款,这些条款只是对刑法条文进行形式解释,即要么是重申了刑法的有关条款,要么是通过形式逻辑对刑法有关条款推论而得,如第 2 条规定周岁按照公历计算,第 4 条规定不能证明被告达到刑事责任年龄的推定为没有达到,这一类条款共有 8 个。第二类是出罪或从轻条款,如第 6 条规定已满 14 周岁不满 16 周岁的人偶尔与幼女发生性行为,情节轻微,未造成严重后果的,不认为是犯罪,这一类条款共 9 个。该类条款和第三类条款的共同点在于它们对刑法条款进行了实质解释,如第二类条款从实质上放宽了定罪标准或量刑标准。第三类是入罪条款,如第 5 条规定已满 14 周岁不满 16 周岁的实施刑法第 17 条第 2 款规定以外的行为,如果同时触犯了刑法第 17 条第 2 款规定的,应当依照刑法第 17 条第 2 款的规定确定罪名,定罪处罚,这一类条款共 3 个。从以上分析中我们可以看出,该司法解释中不仅有从宽条款,也有从严条款和中性条款,且从宽条款只占到全部条款的 45%,而非从宽条款却占全部条文的 55%,可见该司法解释并非偏重从宽,它基本还是符合适度从宽与适度从严相结合对策的。

3. 将该司法解释与 1995 年颁布的《关于办理未成年人刑事案件适用法律的若干问题的解释》相比,可见一些规定不仅没有变得更宽反而变严了,例如 1995 年的司法解释规定已满 14 周岁不满 16 周岁的人被教唆犯罪,可以免除处罚或不认为是犯罪;未成年罪犯在服刑期间只要确

有悔改表现,不致再危害社会,接受教育改造表现突出的,就可以认为有特殊情节而不受服满原判刑期 1/2 以上方能假释的限制。而这些规定在 2005 年的司法解释中都被取消,这也从一个侧面表明新的司法解释所坚持的刑事政策是适度从宽与适度从严相结合对策,而不是偏重从宽。

但是整体上的符合并不意味着司法解释的每一个条文都一定经得起推敲,笔者认为该司法解释中也有两个条文确实同适度从宽与适度从严相结合的刑事政策存在差距,需要修正:

1. 司法解释第 6 条规定已满 14 周岁不满 16 周岁的人偶尔与幼女发生性行为,情节轻微、未造成严重后果的,不认为是犯罪。该条文实际上过度放宽了强奸罪的定罪标准,它只看到通常符合该条文规定条件的行为社会危害性小因而将其非犯罪化,而忽视了某些情况下这些行为中的行为人主观恶性较大因而仍有必要定罪处罚。举例来说,某 15 周岁少男通过炫耀其家庭财富等手段,出于玩弄的动机欺骗幼女与之建立恋爱关系,然后在他的引诱下双方自愿发生性关系,对于这样的案件若不以犯罪论,显然难以服众。“一概不以犯罪论”的立场实际上体现的是偏重从宽,这违背了科学的未成年人犯罪刑事政策,因此笔者建议将司法解释中的“不认为是犯罪”改为“可以不认为是犯罪”。这样法官就可以根据案件的具体情况来认定是否成立强奸罪,为适度从宽与适度从严相结合的刑事政策的运作留下了空间,当宽则宽,当严则严,最大限度地实现保护幼女与未成年人犯罪处理从宽之间的平衡。

2. 司法解释第 7 条规定已满 14 周岁不满 16 周岁的人使用轻微暴力或者威胁,强行索要其他未成年人随身携带的生活、学习用品或者钱财数量不大,且未造成被害人轻微伤以上或者不敢正常到校学习、生活等危害后果的,不认为是犯罪。笔者认为本条文过度放宽了抢劫罪与敲诈勒索罪的定罪标准,背离了适度从宽与适度从严相结合的刑事政策,并将在实践中产生很不好的效果。因为在一些地方学校内部学生间的抢劫与敲诈勒索现象相当普遍,甚至已经出现了抢劫、敲诈勒索团伙,严重破坏了学生最基本的安全感,不打击这些犯罪特别是那些学生团伙中的“老大”、“大哥”,校园安宁将荡然无存。而这些校园抢劫往往单次涉案金额不大,暴力程度不重,大多数被害人为了完成学业也会在担惊受怕中继续到学校学习,所以根据本司法解释将很难成立犯罪,非犯罪化必然导致校园内的抢劫与敲诈勒索更加严重。而且校园内的抢劫和敲诈勒索案件往往是高犯罪黑数案件,<sup>①</sup>因为在这些案件中的被害人往往是女生或者是较弱小的男生,他们很可能会由于害怕而不敢告发。根据犯罪黑数原理,对于高犯罪黑数的案件国家必须作出严厉的反应,因为这些案件本身被惩罚的概率就低,如果处罚又轻,无异于鼓励大家实施这一类“低成本”犯罪。笔者认为,对于发生在校园内的抢劫和敲诈勒索案件,公安司法机关不适宜放宽定罪标准,而应当加强侦查、起诉的力度,使所有犯罪人都受到法律应有的制裁。

注释

①[德]李斯特.李斯特文集第2卷.293.转引自何秉松.刑事政策学.群众出版社,2002.450.

②谢彤.未成年人犯罪的定罪与量刑.人民法院出版社,2002.350.

③赵秉志.英美刑法学.中国人民大学出版社,2004.212

④[法]卡斯东·斯特法尼等.法国刑法总论精义.中国政法大学出版社,1998.410.

⑤刘仁文著.刑事政策初步.中国人民公安大学出版社,2004.179.

⑥中华人民共和国国家统计局编.中国统计年鉴2005.中国统计出版社,2005.789.

⑦广东省未成年人犯罪调查问卷数据分析(内部资料).50.

⑧广东省未成年人犯罪调查调研报告(内部资料).17.

⑨何秉松.刑事政策学.群众出版社,2002.497.

⑩[日]森本益之等.刑事政策学.中国人民公安大学出版社,2004.32.

⑪犯罪黑数是指一个国家或地区在一定时期内事实上已经发生,却由于诸多原因没有被司法机关获知或者排除在官方犯罪统计之外的刑事案件数,又被称为犯罪暗数。

# 刑法谦抑视野中的侵犯商业秘密罪

谢艳霞\*

---

**摘要:**从刑法谦抑主义出发,侵犯商业秘密罪的法律规定和司法实践中存在不合理的内容:将过失侵犯商业秘密的行为入罪;将违反合同约定的负有保密义务的行为规定为犯罪;在司法实践中,将给权利人造成“重大损失”作为区分犯罪既未遂标准,以及讼程序方面不符合谦抑的内容。

**关键词:**刑法;谦抑;侵犯商业秘密罪

---

随着市场经济的发展,商业秘密的重要性日益受到关注,侵犯商业秘密的行为也日益严重。一位经济学家说过:“20 世纪的企业家所犯最多最致命的错误是腐败,而 21 世纪的企业家所犯的最多最致命的错误是泄密。发财的不是发明自行车的人,而是头一个知道这一消息并且弄到制造秘密的人。”所以,企业商业秘密的保护成为企业发展中的重中之重,也成为影响社会主义市场经济秩序的主要因素。我国也于 1997 年的刑法中增设了侵犯商业秘密罪的条文。但是侵犯商业秘密犯罪属于经济犯罪,系法定犯,它要结合知识产权法规而认定。与普通刑事案件相比,经济犯罪案件是一个从合法到违法再到犯罪的渐进过程,在这个发展过程中有时界限不是很清晰,因此,对于经济犯罪案件要特别注意刑法的谦抑原则。刑法是各种法律的后盾立法,是各部门法的保障法,不到万不得已,刑法手段轻易不要适用。1997 年修订的刑法明确将侵犯商业秘密罪列入刑法,体现了刑法的保护特征。但是,我们也不能忽视现行刑法的规定和司法实践中存在的一定弊端,与刑法的谦抑性相违背。

## 一、刑法的谦抑性的内涵

对刑法的谦抑性,不同学者有不同的定义。甘雨沛教授认为,刑法的谦抑是指慎重扩大解释,为压缩、简化的含义,并且主要从刑事立法原则的角度理解刑法的谦抑性。陈兴良教授指出,刑法的谦抑性,又称刑法的经济性或者节俭性,是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚(而用其他刑罚替代措施),获取最大的社会效益——有效的预防和抗制犯罪,<sup>①</sup>着重强调刑法的经济性观念和补充性观念。张明楷教授认为,刑法的谦抑性是指刑法应依据一定的规则控制处罚范围与处罚程度,即凡是运用其他法律足以抑制某种违法行为或足以保护合法的权益时,就不要规定较重的制裁方法。<sup>②</sup>

尽管定义不同,但是都包含着以下思想内涵:1. 刑法手段适用的补充性。在整个国内法律体系中,刑法以外的其他部门法,是统制社会的第一道防线。统治阶级把绝大多数危害社会的行为,作为民事、经济、行政违法行为予以制裁,只有当行为达到相当严重的社会危害性程度,采用其他部门法手段难以充分保护时,才动用刑法进行抗制。刑法只不过是保障社会生活中已经被实施的行为规范的顺利实行而已。因而,人们往往把刑法称之为“二次性规范”或“保障性规范”。社会只有在迫不得已的情况下才能规定并运用刑法(罚)。2. 刑罚执行的节俭性

---

\* 作者简介:谢艳霞,女,中山大学法学院 2005 级刑法学硕士研究生。

(经济性)。对于符合刑法规定的犯罪行为,从国家主义和绝对主义以及实现社会正义的角度来看,必然要发动刑罚权,采取有罪必罚,重罪重罚的正义报应。立足于个人主义和相对主义,从维护社会秩序和保障人权的角度来看,对于某些犯罪行为,必要时可以重罪轻罚甚至有罪不罚,尽可能采用非刑罚方式实现刑事责任,运用保安处分等矫正措施来教育改善行为人,以防卫社会。退一步讲,即使万不得已必须施以刑罚,也要求谨慎和节俭,注重刑罚的轻缓化、文明化,优先考虑适用轻的刑罚种类、低的刑罚幅度,以尽可能少量轻缓的刑罚达到刑罚的目的和实现刑法的机能。

## 二、侵犯商业秘密罪中的不符合谦抑的内容

我国刑法第 219 条对于侵犯商业秘密罪的行为做了具体的规定,由于此罪是经济犯罪,属于法定犯。所以,我们认为构成侵犯商业秘密犯罪的行为应只限于法条列举的 3 种情况,不能做扩大解释。但是,现行法条的规定和对于法条的认识、司法实践中也存在不符合刑法谦抑的内容,具体体现在:

### (一)关于间接侵犯商业秘密罪的主观方面“应知”的规定

侵犯商业秘密罪的主观方面一般是故意,但也可以是过失。我国现行刑法第 219 条第 2 款规定:“明知或者应知前款所列行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密的,以侵犯商业秘密论。”<sup>③</sup>其中,“应知”是指应当知道由于疏忽大意而不知道的情形,这无疑是一种疏忽大意的过失心理。即我国对于侵犯商业秘密罪即使是出于过失也同样应当追究行为人的刑事责任。而世界上不少国家认为只能由故意构成,例如,英国、美国、法国、德国的刑法,对于侵犯商业秘密的刑事制裁主要限于工业间谍和窃取商业秘密的作为犯罪行为,对于过失没有予以认定。<sup>④</sup>而我国的这一规定违背了刑法谦抑精神:入罪,要谦虚慎重。因为,我国无论是《反不正当竞争法》还是现行刑法第 219 条的规定,均未对善意第三人取得或使用他人商业秘密与“应知是他人商业秘密但是非法获得、使用或披露的行为”的界线作出明确规定,导致司法上的误认、误判,从而不利于对善意第三人利益的保护,<sup>⑤</sup>也不利于信息技术的广泛传播,促进科技发展。因为在现在这样一个信息高速化的社会,社会的发展,生产力的提高无一不依赖于信息的传播。因此,当第三人在购买商业技术时,由于疏忽大意没有认识到对方当事人转让给自己的技术是利用不正当手段获取的,这时,如果刑法处罚善意第三人,那么,必然使得人们在进行信息交流时顾虑重重,惟恐自己触犯刑法而不敢交易致降低交易成功率。刑法在保护权利人正当知识产权的时候,也要从社会发展的需要出发,平衡个人利益和社会整体利益,对技术、信息交易过程中的过失侵犯权利人合法权利行为,不规定为犯罪,为科技、信息的交流、交易创造更加宽松的环境。所以,从刑法的谦抑精神来看,要严格限制对于“过失”侵犯商业秘密的入罪规定。因此,对于目前关于过失是否可以构成侵犯商业秘密罪的争议,笔者赞同侵犯商业秘密罪应该只能由故意构成,疏忽大意的过失不应入罪。

### (二)关于侵犯商业秘密罪的未遂问题争议

“给权利人造成重大损失”是区分罪与非罪的标准,还是犯罪既未遂的标准?笔者认为,应该是罪与非罪的标准。只有侵犯商业秘密的行为给权利人造成重大损失的,才构成犯罪。没有造成重大损失的,不能作为犯罪未遂处理。从刑法的谦抑性来看,刑法统制手段的最后性,在整个国内法律体系中,刑法以外的其他部门法,是统制社会的第一道防线。统治阶级把绝大多数危害社会的行为,作为民事、经济、行政违法行为予以制裁,只有当行为达到相当严重的社会危害性程度,采用其他部门法手段难以充分保护时,才动用刑法进行抗制。本罪中,仅仅非法获取商业秘密,但是没有投入生产、销售,没有给权利人造成重大损失的,对于市场经济秩序没有损害,犯罪客体不存在,犯罪构成要件并不齐备。刑法规定“给权利人造成重大损失的”才

以犯罪论处,是为了明确处罚条件,也是为了限制处罚范围。也就是说,没有给权利人造成重大损失的,其行为的社会危害性没有达到应受刑罚处罚的程度。只有“给权利人造成重大损失的”的民事上的侵权行为,才能上升为刑法所讲的“实行行为”没有达到这一要求,按照民事侵权行为处理或者由工商行政管理进行行政处罚即可。如果将未造成重大损失的作为侵犯商业秘密的未遂处理,那么,民事侵权法意义上的侵犯商业秘密行为就不存在了,刑法的打击面过宽,刑法和民法的区分没有实质的区别,在实践中,不利于市场经济的发展,在法律上违背了刑法的谦抑性。

### (三)违约行为的认定争议

根据刑法第219条第1款第(3)项的规定:“违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。”通过此规定,本罪主体包括因工作关系、业务关系、许可关系而知悉商业秘密,并与商业秘密权利人订有保密约定的掌握、使用商业秘密的有关自然人或单位。由于这些主体是合法获悉商业秘密而又与权利人订有保密约定,故其行为之刑事可罚性的根据应在于其对保密义务的违反。从刑法规定来看,这里的保密义务的产生是以行为人和权利人存在某种确定的保守秘密的合意(即约定、要求)为前提。显然,这是一种因合同而产生的约定义务,泄露商业秘密行为本质上是一种违约行为。而合同的产生则是双方基于自愿、平等原则,违反义务一般只承担民事责任。合同的双方完全可以就此预先达成协议或依法律规定通过诸如损害赔偿义务,违约金等非刑罚的方式有效保护自己的利益并惩罚违约方,故损失的存在并不能充分证明刑罚处罚的合理性。

在传统上,这种存在于平等主体之间的违约行为属于最典型的私法调整的范围,从世界各国保护商业秘密的刑法规定来看,其刑法规范大多是根据侵犯商业秘密的行为的社会危害性大小及其程度来确定是否应对行为人追究刑事责任,对于违约行为也以犯罪论处,不是绝无仅有,也是极为罕见。从刑法的谦抑性来看,刑法作为其他部门法实施后盾的保障法,像一把高悬的“达摩克利斯之剑”适时而用,成为统制社会的最后一道防线,因此,刑法对此不应干涉。

### (四)诉讼程序方面

1. 从刑法的谦抑性看,设立“亲告罪”,可以有条件的阻却刑罚权的发动。刑罚所体现的是一种国家和犯罪人之间的强制法律关系,作为一种公权力,绝大多数案件是由检察机关代表国家提起公诉追究被告人的刑事责任。但是,对于一些国家社会公众利益危害不大,没有给被害人造成死亡或重伤的犯罪行为,刑法规定为“告诉才处理”,仅作出静态的立法明示,在一般情况下存而不论,以被害人的告诉意愿作为发动刑事司法程序的前提条件。体现了刑法寻求保护社会 and 保障人权的两大机能之间的平衡,也有利于节约司法资源,渗透了刑法统治手段的最后性、克制性和经济、节俭性的谦抑的刑法思想。一方面,从各国的立法来看,多数国家和地区实行“告诉乃论”的自愿原则。例如,德国、意大利、韩国、我国台湾地区等。因为,本身侵犯商业秘密大都不直接侵害国家、社会的利益,因此,对于犯罪人是否发动刑罚权,法律应交由受害人处理。在实践中,一般都是受害人的要求,检查机关才受理。既然如此,秉着刑法谦抑性的经济性的要求,将其设定为“亲告罪”是完全合理可行的。改为“亲告罪”,有利于确立“重民轻刑”、“先民后刑”的刑事司法观念。

2. 可以规定为中级人民法院管辖。众所周知,侵犯商业秘密属于涉及高新科技、信息的犯罪,此罪的发生通常是在经济比较发达的大中城市和沿海城市,那么,此类案件由基层法院受理的几率比较小。另外,由于商业秘密认定的特殊性和复杂性,中级法院的受理在人力、物力更加提高了审理,避免了因为基层法院由于无法审理而致使中院重新审理,从而影响诉讼时效和浪费司法资源。

### (五)处罚方面

国外是将侵犯商业秘密罪单独立法或者设定一个类罪名,来针对不同主体、不同行为的危害程度的不同而分别规定处罚幅度。如,美国于1979年制定《统一商业秘密法》,这是世界上最早的一部商业秘密保护方面的专门成文法。美国采用了成文法的形式,以一种单行的法规规范,对于有关商业秘密的保护问题作出了具体的、全面的、系统的规定,有利于司法实践的具体操作。随后,英国在1981年提交上议院审议《保护商业秘密权利法》,1984年加拿大也提出《商业秘密法(草案)》,1992年韩国《商业秘密保护法》生效。而我国侵犯商业秘密罪却是没有具体分析不同情况,将各种性质不同、主体不同、社会危害性不同的行为规定在一个罪名之下。侵犯商业秘密的行为根据现行刑法的规定来看主要有三种:直接以不正当方法侵权的行为;违背信用关系或合同约定的行为;第三人侵犯商业秘密的行为。这些行为的种类、手段和主体均不同。例如,违反保密义务泄露商业秘密的行为比使用暴力抢夺商业秘密的行为要轻;特定职务身份的人比一般人员负有更大的保密义务;向国外企业或者组织泄露商业秘密比向一般人泄露更严重。而把这些不同主体、不同危害性的行为由一个罪名、一个刑罚幅度来规定,显然不符合罪责刑相适应的原则,从而也违背了刑法的谦抑性中的刑罚制裁方式发动的克制性。因为根据上文的分析,对于过失侵犯商业秘密的行为,本不应作为犯罪规定。对于负有合同约定义务的行为,和没有造成重大损失的行为,采取一般的民事处罚即可。对于采取一般人员侵犯商业秘密以及对于采取非暴力手段侵犯商业秘密以及对于非向境外组织泄露商业秘密的行为等采取较轻的刑罚,即可达到刑罚的目的,没有必要采取较重的刑罚。

### 三、结论

刑法适用的效益性主张,采用刑法手段的成本往往比采用民事、经济手段解决法律问题要高,对于经济犯罪案件的处理也要关注刑法的成本问题。就侵犯商业秘密罪来说,目前我国正处于经济发展过程中,对这类案件的处理应持慎重的态度,既要保护商业秘密权利人的利益,又不能对利用技术的人员一概以犯罪论处。对于侵犯商业秘密案件可以采取多种途径来解决,刑法只是一种解决途径,应该多采取民事、经济的途径。我们认为从刑法的谦抑精神出发,应该严格限定侵犯商业秘密的犯罪构成,一方面将侵犯商业秘密犯罪的主观罪过全部限定为故意。对于过失侵犯商业秘密的行为仅以民事、经济、行政制裁就行规制,而排除在刑法的打击范围之外。另一方面,严格区分侵犯商业秘密行为与违约行为的界限,不仅将违约行为排除在刑事法网之外,而且对不同类型的行为和主体规定宽严不同的处罚条款,缩小侵犯商业秘密的刑法打击面。建议侵犯商业秘密罪确定为一个类罪名,根据侵害主体、各种侵害行为的性质具体设定若干个罪名,如,窃取商业秘密罪、泄露商业秘密罪、侵占商业秘密罪等,并设置不同的、相应的法定刑,以体现罪责刑相适应的原则,实现刑法的公平正义。另外,在诉讼程序上,鉴于司法实践中,侵犯商业秘密罪多为受害人自己请求追诉,和本身侵犯商业秘密罪认定的复杂性,建议应将侵犯商业秘密罪规定为“亲告罪”,并且由中级人民法院管辖。

### 注释

①陈兴良.刑法哲学.中国政法大学出版社,1992.6.

②张明楷.论刑法的谦抑性.法商研究,1995(4).

③本条是将《反不正当竞争法》的规定照搬过来,没有考虑刑法对于“应知”的特定理解,是立法的疏漏.

④李文燕,田宏杰.全球化背景下完善我国商业秘密法律保护之构想.山东公安专科学校学报,2002(3).

⑤周密.美国经济犯罪和经济刑法研究.北京大学出版社,1993.331~332.