

ISSN 1000-5099

貴州大學學報

社會科學版

4

1995

GUIZHOU

DAXUE

XUEBAO

学报

目 录

社会科学版(季刊)

论一国两制条件下的香港法律体系..... 宋瑞兰(5)

关于渎职罪立法问题的系统研究..... 邓又天 李永升(9)

贵州国有企业的转换经营机制与建立现代企业制度..... 罗余才 郑修丽(21)

✓ 贵州民族地区农村产业结构的动态研究..... 王朝科 郭凤芝(27)

《易·明夷卦》探微..... 张闻玉(38)

《尚书》“中德”法思想论..... 陈荣文(42)

庄子艺术美学思想的框架结构..... 朱怀江(48)

评孟子与荀子的人性观..... 张 玲(54)

· 钱钟书研究 ·

模糊铜镜的背面

——读《宋诗选注》..... 丁 毅(59)

责任编辑:

1995 年第 4 期(总第 47 期)

闵 军

10 月 25 日出版

王维的古体诗与盛唐气象 邱瑞祥(64)

《托尔斯泰辞典》序 戈宝权(70)

“理性”的辩神论

——《浮士德》历史主义初探 王 娟(73)

论英国都铎王朝的重商主义 林振草(78)

· 图书馆学研究 ·

机读文献发展对图书馆的影响 周声浩(86)

评《大俄汉词典》法学术语的译名 燕绍萍(90)

目录英译 董俊峰(4)

学报
1991年 第4期
第 91 页

CONTENTS

- On the Legal System of Hong Kong under the Condition of "One Country, Two Systems"
..... *Song Ruilan*
- A Systematic Study of the Question of Legislation against Malfeasance
..... *Deng Youtian and Li Yongsheng*
- The Transformation of Management Mechanism and the Establishment of Modern
Enterprise System in Guizhou State-owned Enterprises *Luo Yucai and Zheng Xiuli*
- A Dynamic Research on the Industrial Structure in the Country—side of Guizhou
Minority Regions *Wang Chaoke and Guo Fengzhi*
- An Exploration of The Book of Changes *Zhang Weiyu*
- On the Idea of the Making of Law according to the Doctrine of Mean and Virtue in
The Book of History *Chen Rongwen*
- The Framework of Zhuang Zi's Artistic Aesthetics *Zhu Huaijiang*
- Comments on Mencius and Xun Zi's Views of Human Nature *Zhang Ling*
- Notes on Selected Readings of Ci—poetry in the Song Dynasty with Annotations *Ding Yi*
- Wang Wei's Ancient—style Poems(A Form of Pre—Tang Poetry) and the General
Atmosphere in the Prime of the Tang Dynasty *Qiu Ruixiang*
- The Foreword to A Dictionary of Tolstoy *Ge Baoquan*
- An Initial Exploration of Historicism in Faust *Wang Juan*
- On the Mercantilism of the Tudors in the History of England *Lin Zhencao*
- The Influence of the Development of Machine—readable Literature on the Library
..... *Zhou Shenghao*
- Comments on the Translation of the Terms of Law in Russian—Chinese Dictionary
..... *Qiao Shaoping*

F327.73
3-4

社会学

1995年第四期(总第四十七期)

学报

(季刊)

主编 张耿光

副主编 徐 达

· 社会科学版 ·

一九九五年第四期

(总第四十七期)

dqwu 10/05

学报

目 录

社会科学版(季刊)

论一国两制条件下的香港法律体系..... 宋瑞兰(5)

关于渎职罪立法问题的系统研究..... 邓又天 李永升(9)

贵州国有企业的转换经营机制与建立现代企业制度..... 罗余才 郑修丽(21)

✓ 贵州民族地区农村产业结构的动态研究..... 王朝科 郭凤芝(27)

《易·明夷卦》探微..... 张闻玉(38)

《尚书》“中德”法思想论..... 陈荣文(42)

庄子艺术美学思想的框架结构..... 朱怀江(48)

评孟子与荀子的人性观..... 张 玲(54)

· 钱钟书研究 ·

模糊铜镜的背面

——读《宋诗选注》..... 丁 毅(59)

责任编辑:

1995 年第 4 期(总第 47 期)

阎 军

10 月 25 日出版

王维的古体诗与盛唐气象 邱瑞祥(64)

《托尔斯泰辞典》序 戈宝权(70)

“理性”的辩神论

——《浮士德》历史主义初探 王 娟(73)

论英国都铎王朝的重商主义 林振草(78)

• 图书馆学研究 •

机读文献发展对图书馆的影响 周声浩(86)

评《大俄汉词典》法学术语的译名 谯绍萍(90)

目录英译 董俊峰(4)

CONTENTS

On the Legal System of Hong Kong under the Condition of "One Country, Two Systems" *Song Ruilan*

A Systematic Study of the Question of Legislation against Malfeasance *Deng Youtian and Li Yongsheng*

The Transformation of Management Mechanism and the Establishment of Modern Enterprise System in Guizhou State-owned Enterprises *Luo Yucai and Zheng Xiuli*

A Dynamic Research on the Industrial Structure in the Country—side of Guizhou Minority Regions *Wang Chaoke and Guo Fengzhi*

An Exploration of The Book of Changes *Zhang Weiyu*

On the Idea of the Making of Law according to the Doctrine of Mean and Virtue in The Book of History *Chen Rongwen*

The Framework of Zhuang Zi's Artistic Aesthetics *Zhu Huaijiang*

Comments on Mencius and Xun Zi's Views of Human Nature *Zhang Ling*

Notes on Selected Readings of Ci—poetry in the Song Dynasty with Annotations *Ding Yi*

Wang Wei's Ancient—style Poems (A Form of Pre—Tang Poetry) and the General Atmosphere in the Prime of the Tang Dynasty *Qiu Ruixiang*

The Foreword to A Dictionary of Tolstoy *Ge Baoquan*

An Initial Exploration of Historicism in Faust *Wang Juan*

On the Mercantilism of the Tudors in the History of England *Lin Zhencao*

The Influence of the Development of Machine—readable Literature on the Library *Zhou Shenghao*

Comments on the Translation of the Terms of Law in Russian—Chinese Dictionary *Qiao Shaoping*

论一国两制条件下的香港法律体系

宋瑞兰

内容提要:随着1997年的临近,对一国两制条件下香港法制的研究也就显得愈加迫切和重要。本文从理论角度着重对一国两制条件下香港法律体系的构成要素进行了分析。文章认为未来香港法律体系将主要由以下三部分构成:一、中国最高国家权力机关和行政机关制定的法律及其它规范性文件;二、香港特别行政区立法机关制定的法律;三、与香港基本法不相抵触的香港原有法律;与这种法律体系相对应,未来香港法律体系呈现出以下特征:基本法作为“小宪法”的特殊性;制定法与判例法并存;以及一国两法两系两域的中国特色。香港这种独特的法律体系,既给传统法学注入了新鲜内容与活力,也标志着中国法学在当代的新发展、新转折。

1997年,香港将回归中国,由英国的殖民地成为中华人民共和国主权下的一个特别行政区。作为特定历史条件下的主权移交,作为香港社会政治结构的一次大变动,香港的法律体系和法律制度也必然随之发生一些必要的变动,以适应一国两制条件下香港社会各方面的新变化。那么在一国两制条件下,香港将形成怎样的法律体系新格局?这种新的法律体系将具有哪些基本特征?这种法律体系新格局的形成,对于今后香港社会的发展有何影响?怎样看待这种新法律体系?如何把因法律体系的变化所带来的一时的法律混乱衔接好,以实现香港的平稳过渡,已成为当前和今后香港法律研究中的一个重要的理论与实践课题。

一、香港现行法律体系的基本构成及其评价

目前,香港法律体系的结构较为简单,法律关系相对清晰、明朗。作为英国统治区,香港很早已开始采用英国法律,包括英国判例,这些判例再加上1843年开始由香港立法机关制定的条例,便渐渐形成香港法律。因此概括起来看,香港现行法律体系的基本构成,只有小部分是成文法,大部分法律都是由判例积累而成,这就是所谓的普通法或习惯法。英

国、加拿大、澳大利亚、新西兰等英联邦国家的判例,往往可成为香港法庭判案时的参考资料,却无法约束力。一百多年来,香港现行的以普通法为特色的法律体系与法律传统,对香港社会的巩固与繁荣,起到了重要作用。香港能够发展为经济昌盛的现代化都市,其中一个不可忽视的因素,就是拥有健全的法律体系与法律制度。正是法律规范着每个市民的言行,保障了每个人的权利。关于香港现行的法律体系与其社会(经济)发展之间的关系,香港大学法学院高级讲师陈弘毅作了这样的分析。他说:“香港的法律制度、体系以英国的法律制度、体系为依据,而英国是世界上最早发起工业革命的国家,所以在工商业方面的法律都很发达。香港沿用这些法律,对香港的经济、社会发展很有帮助。”^①应该说,这从一个角度揭示了香港现行法律体系的积极功能。否认这一点,就无从理解香港社会的发展与进步。当然我们也要看到香港现行的法律体系在促进社会进步的同时,也存在较多的弊端与缺陷。比如:法律具有浓厚的殖民地色彩等。这里只是从整体上对香港现行法律体系的功能作一概括性的评述。

二、一国两制条件下的香港法律体系的基本格局

随着主权移交和一国两制,香港法律体

系的变化势所难免。研究这种变化,对于认识未来香港法律体系的基本特征,把握其发展变化的总趋势,搞好不同层次的法律之间的协调、衔接,以最大限度地发挥法律体系的整体功能,具有积极意义。根据《香港特别行政区基本法》第8条、第18条、第160条及附件三的有关规定,一国两制条件下的香港法律体系将由以下三部分构成:

(一)中国最高国家权力机关和最高国家行政机关制定的法律与行政法规

这里的“法律与行政法规”一词具有严格的特定含义,它不是泛指中国的一切法律和行政法规,而仅仅是指由全国人大及国务院制定的下列规范性文件:《中华人民共和国香港特别行政区基本法》;《关于中华人民共和国国歌、纪年、国歌、国旗的决议》;《关于中华人民共和国国庆日的决议》;《中央人民政府公布中华人民共和国国徽的命令》;《中华人民共和国政府关于领海的声明》;《中华人民共和国国籍法》以及《中华人民共和国外交特权与豁免条例》。除此之外,中国其它的一切全国性法律、行政法规及地方性法规等,均对香港无法律约束力。这部分法律构成一国两制条件下香港法律体系的第一个基本层次,也是最高层次。尤其是香港基本法,更成为整个未来香港法律体系的“龙头”。原因很简单,全国人大和国务院是国家最高权力机关和行政机关,由它们所制定的法律与行政法规的法律地位与法律效力,自然要高出由其它任何国家立法机关、行政机关所制定的法规及其它规范性文件。在法律体系的这一层次中,应当特别重视香港基本法所具有的举足轻重的地位与作用。这是因为基本法不是一般法律,而是一国两制条件下香港社会的小宪法,它既是未来香港政治、经济和社会生活的总规划图,也是未来香港立法、行政、司法活动的基本依据和准则。任何违背基本法的行为,都是违法行为,因而是无效行为。正是由于基

本法所具有的“牵一发而动全身”的重要作用,使得基本法在制定、修改、废除、解释方面,遵循着比一般法律更为严格的程序。正确认识基本法的法律地位与效力,对于一国两制条件下香港法律体系的架构及整体格局具有重要意义。

(二)香港特别行政区立法机关制定的法律

这是指未来香港特别行政区的立法机关,根据香港基本法的有关规定,依照法定的职权和程序,所制定的有关香港社会政治、经济、文化等方面的规范性法律文件。这部分法律构成一国两制条件下香港法律体系的核心和主干,属于“龙体”部分。这是由区域立法的性质决定的。如前所述,香港基本法作为未来香港法律体系的“母法”,与一般宪法一样,其条文不免带有指导性、原则性和纲领性的特色,不及一般的刑法,民法那样具体和明确。因此,基本法能否实施,在很大程度上取决于它所派生出来的“子法”,即香港特别行政区立法机关制定的区域立法。区域立法实际上是基本法由纸上的法律变为生活中的法律的中介。香港基本法中就有很多条文明确规定其实施要依靠其它立法来实现。有些条文虽没有明确规定必须通过区域立法来加以实施,但其内容却包含了这个意思。比如:香港基本法第26条规定:“香港特别行政区永久性居民依法享有选举权和被选举权。”至于选举的条件和程序如何,在基本法中规定得十分笼统和原则,缺乏可操作性,这只能通过制定有关选举法来明确。类似这样的条文还有许多。可见,要使基本法得到全面实施,没有相应的其它法律或这种相应的法律不完备是不行的。从香港特别行政区区域立法的范围看,它涉及到包括经济、贸易、投资、婚姻、继承、海商等香港社会生活的各个方面。如何处理将来在这些方面可能发生的法律纠纷,是区域立法的重要课题。仅以法院判决的

执行为例,香港与大陆的民商事法律冲突中,最主要也最难以解决的,莫过于法院判决的承认和执行问题。迄今为止,还没有一宗由大陆或香港法院的判决,为对方承认和执行。这就严重阻碍了中港地区的民事和经济交往。因此,香港的区域立法如何与大陆立法相协调,就成为关系两地经济发展的大问题。正是鉴于区域立法的重要性,从现在开始研究1997年后的立法工作,对于贯彻基本法,保障顺利地衔接法律意义重大。

(三)香港原有法律

这是指香港的普通法,衡平法,条例,附属立法和习惯法。这部分法律构成一国两制条件下香港法律体系的又一重要层次。根据香港基本法第8条和第160条的规定,香港原有法律中与基本法规定相一致的,将予以保留并继续有效;与基本法规定相抵触的,将予以修改或废除。这样,在实施一国两制后,香港原有法律的命运可分为两种情况:

1、继续有效的法律

这是指香港原有法律中与基本法规定相一致的那部分法律。这些法律构成香港原有法律的主体。之所以在一国两制条件下,仍然承认香港原有法律中大部分法律的约束力,原因就是在于这样作有利于保持香港法律和香港社会关系的稳定性与连续性。反之,则对于香港的平稳过渡弊多利少。

2、应当废除和修改的法律

这是指香港原有法律中与基本法规定不一致或相抵触的那部分法律。研究一国两制条件下将要废除和修改的现有香港法律,是作好法律衔接工作的一个重要方面,同时也是搞好未来香港法律体系的内部协调,消除其内在矛盾的重大步骤。那么香港原有法律中,哪些将会因为与基本法相抵触而被修改或废除呢?一般说来,这些法律主要应当包括以下几个方面:

(1)香港的宪法性法律

其中包括1843年的《香港宪章》、1917年的《英皇制诰》和《皇室训令》,以及《殖民地规则》和《香港立法局会议常规》等等。上述这些法律都是英国当局对香港进行统治的根本性文件,主要规定英国在香港设立的统治机构的组织、权力和原则。随着中国恢复在香港行使主权,英国对香港的统治也就告终。因此,上述这些法律也就应当被停止生效。

(2)涉及防务和外交的一些法律

根据基本法的规定,未来香港特别行政区的防务和外交事务由中央人民政府负责,因此,一些适用于香港的英国法律,如:《外交特权法》、《空军法》和《陆军法》等,将来在香港回归中国后,也当然不再在香港实行。

(3)带有殖民地性质,与中国主权不相容的一些法律

比如:《英国法律适用条例》规定了英国法律如何适用于香港的问题,带有浓厚的殖民地色彩,应在将来予以废除。又如:《法律语言条例》把英语作为香港正式和主要的法律语言,不承认中文法律文本的约束力,这不但有损中国的主权,而且与基本法的有关规定相违背,因此也应当予以废除。

(4)维护英国利益和保障英国人特权的有关法律

比如:香港法例第二百零章《刑事罪条例》中关于叛逆和其它反对皇室的犯罪,由于明显维护英国的利益,应在将来予以废除。又如:香港法例第11章《宣誓及声明条例》中规定的各种宣誓(效忠宣誓、司法宣誓、受任宣誓)的誓词中,都有“效忠英皇”的字句,这应在将来予以修改。此外,香港法律中还有一些规定英国人特权的法律,也应予废止或修改。比如:《高等法院法例》规定:高等法院法官人选的必要资格是要有权在英国或英联邦法院执行高级律师或律师职务,并为王国政府从事法律工作至少已满十年,或者在联合王国、爱尔兰共和国或香港担任开业律师已满十

年。这显然是有利于英国人而不利于香港人的,应在将来予以废除。

(5) 涉及香港与英国关系的一些法律

比如:在现时的香港法律上,英国人并非包括在“外侨”的范围内,在1997年后,这一概念肯定改变,因此涉及这类问题的法律也应被修改或废除。

由此可见,上述这些应予废除或修改的法律只是香港现有法律中的一小部分。大部分法律在1997年后将被继续保留下来。因此,不必担心废除和修改现行法律中与基本法相抵触者会给1997年后的香港法律带来太大冲击。作为现行香港社会支柱的大部分法律,仍将继续维持未来香港的稳定和繁荣。

三、一国两制条件下的香港法律体系的基本特征

从上述对未来香港法律体系结构的分析中可看出,实施一国两制后,香港将会呈现出以基本法为先导,以特别行政区立法机关制定的法律和与基本法不相抵触的香港原有法律为主体,以一国两法两系两域为特色的多层次的法律体系新格局。这一新的法律体系构筑无疑将会更加适应香港的社会现实与法制现实,为香港法制建设注入新鲜活力。与香港现有法律体系相比,一国两制条件下的香港法律体系具有三个显著的基本特征:

(一) 基本法作为“母法”的特殊性

香港基本法作为未来香港社会的“小宪法”,是香港法律体系的中心与灵魂,但其性质与一般宪法明显不同。它既不象中国82宪法那样,是完全的社会主义宪法,同时也不象香港现行的《英皇制诰》和《皇室训令》那样,是完全的资本主义性质的宪法性文件。香港基本法在法律体系中的特殊性,表现在它是

一部跨越社会主义与资本主义两种社会制度的法律。一方面,它是根据中国社会主义的宪法制定的,体现了中国社会主义的国家主权和国家利益;另一方面,它又规定了资本主义的原则,体现了资本主义政治、经济和社会生活的特点,确立了未来香港的资本主义制度。从其实施的范围上看,它既全面实施于未来的资本主义香港,同时又对社会主义的中国大陆有一定的约束力。正由于基本法作为“母法”的特殊性,使得未来香港法律体系呈现出复杂性的特点。这又使得基本法在实施中,由于社会基础和人们思想意识存在的较大差异而遇到较多的困难。仅从这个角度讲,作好基本法实施的思想准备是非常必要的。

(二) 制定法与判例法并重

现在香港法律体系是以判例法为主体,1997年后,随着香港特别行政区立法机关制定的法律逐渐增多,未来香港法律体系将会呈现出制定法与判例法并重的新变化,而这又将进一步丰富香港法律体系的内容,表现出法律体系多样化的特点。

(三) 一国两法两系两域的中国特色

“一国”指统一的中国;“两法”指大陆的社会主义法律和香港的资本主义法律;“两系”指大陆的社会主义法系与香港的普通法系;“两域”指大陆与香港两个不同的地方。这种“一国两法两系两域”的板块式组合是未来香港法律体系的最大特色,也是实施一国两制给法学带来的新课题。它标志着我国法学理论与实践的新突破、新进展。

(作者单位:西安,西北政法学院法律系)

①参见:《台港澳及海外法学》,一九八九年第十一期,第15页。

关于渎职罪立法问题的系统研究

邓又天 李永升

内容提要:本文从宏观与微观相结合的角度,针对我国现行刑法典存在的问题以及反腐倡廉的现实需要,对渎职罪的立法问题进行了较为全面系统的研究。作者认为,为了进一步完善渎职罪的立法内容,使之更具实用性和科学性,首先宜将渎职罪修改为“公务员违背职务罪”。其次为了突出渎职罪在刑法分则中的地位,应将其排列顺序前移。再次就是对我国现行刑法所规定的内容作出必要的修改和增删,并建议对我国现行刑事立法中规定的职务犯罪作相对的集中,使之系统化,然后在此基础上增设某些新罪名,使惩治职务犯罪的罪名体系更加完备。最后针对我国现行渎职罪立法处罚机制上存在的问题,作者认为应扩大纯粹职务犯罪从重处罚的范围,提高现行刑法分则中某些渎职罪的法定刑,注意加强对职务犯罪施以财产刑和资格刑。

我国现行刑法自颁行至今已经历了十五载风雨的洗礼。十五年来,刑法在惩治腐败、加强廉政建设方面成效显著,功不可没。然而,随着我国政治、经济形势的急剧变化,在职务犯罪大肆泛滥的严酷现实面前,现行刑法的规定就显得捉襟见肘,相形见绌。尽管在过去的几年中,立法部门对有关职务犯罪方面的规定作了些许修补,但是在我国现实生活中一些新出现的职务犯罪仍未纳入其中,以致于司法机关在一些新形式的职务犯罪面前因无法可依而显得畏首畏尾、束手无策。这种状况的存在,不仅严重地影响到刑法的惩腐兴廉的功能发挥,而且严重地阻碍了我国现代化经济建设的向前发展。鉴此,我们认为,针对我国司法实践中存在的新情况、新问题,为充分发挥刑法的治腐功能,有必要对我国现行刑法中关于渎职犯罪的规定,作一全面的修改和补充,以使其更加适应司法实践和时代发展的需要。本文拟就渎职犯罪的立法问题作较系统的研究,以资共同商讨。

一、渎职罪宜修改为“公务员违背职务罪”

根据我国现行刑法的规定,有关国家工

作人员弄权渎职的犯罪统称为渎职罪。将这类犯罪的章名冠以“渎职罪”,虽然在国外的刑事立法中也不乏其例,但从这类犯罪的性质和范围结合我国司法实践的形势发展来看,将国家工作人员亵渎职务的犯罪总称为“渎职罪”是不科学的。我们认为,为了加强同职务犯罪作斗争,顺应形势发展的要求,使我国的刑事立法不断走向科学化,应将刑法分则第八章的章名由“渎职罪”修改为“公务员违背职务罪”,其主要理由是:

第一,“渎职罪”这一章名的内容太笼统、模糊,而使用“公务员违背职务罪”这一名称,既具体又明确。因为就“渎职罪”而言,除了现行刑法第八章之外,在刑法分则的其他章节中亦有渎职罪存在,例如在危害公共安全罪中,交通肇事罪、重大责任事故罪、违反危险品管理规定肇事罪就属于渎职犯罪;在破坏社会主义经济秩序罪和侵犯财产罪中,挪用特定款物罪、贪污罪、挪用公款罪也是渎职犯罪;在侵犯公民人身权利、民主权利罪当中,刑讯逼供罪、报复陷害罪、非法剥夺宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪等等,也属于渎职犯罪的范畴;还有军人违反职责罪更是典型的渎职犯罪。从我国刑事立法的这些规定来看,“渎职罪”绝非只限于国家工作人

员犯罪这一范畴,它还包括某些非国家工作人员以及军人违反职责的犯罪。这样将本章的罪名冠以“渎职罪”,就往往容易混淆国家工作人员与非国家工作人员犯罪、利用职务构成的犯罪与违反职责构成的犯罪之间的界限,从而违背了罪刑相适应和对国家工作人员从重处罚的法律精神。将“渎职罪”更名为“公务员违背职务罪”,首先它可以明确该类犯罪的主体范围,以免使其与其他主体构成的犯罪相互混淆,其次它可以将违背职务的犯罪同违反职责的犯罪相互区别开来,以免与刑法分则中其他渎职犯罪相混同。

第二,将“渎职罪”更名为“公务员违背职务罪”是我国刑事立法发展的必然趋势。首先,从我国现行刑法和有关的单行刑事法律来看,渎职罪的主体为国家工作人员,但由于国家工作人员是一个非常广泛的概念,无论是在刑法理论上还是在司法实践中,对此都争议颇大,其范围很难确定,往往给司法实践中认定这类犯罪带来很多困难。若将“国家工作人员”修改为“国家公务员”,不仅可以明确渎职犯罪的主体范围,而且给司法实践中认定该类犯罪带来诸多方便。其次,我国目前正在全国各地推行国家公务员制度,随着国家公务员制度的进一步实施,必然会对刑事立法产生巨大的影响。因此,将“渎职罪”更名为“公务员违背职务罪”也符合我国公务员立法的精神,与时代发展的要求相合拍。

第三,将“渎职罪”修改为“公务员违背职务罪”也符合当今国际刑事立法的大趋势。在我国现行刑法起草和制定过程中,由于深受“苏联模式”的影响,因此在确定刑法分则的分类罪名方面也烙下了苏俄刑法典的痕迹。“渎职罪”这一名称就是从苏俄刑法典中照搬过来的。但是,从世界各国刑事立法的主流来看,一般都该将这类犯罪称之为“公务员犯罪”。例如,1969年波兰刑法典第四十一章将本章取名为“公务员犯罪”,1972年新加坡刑法典

分则第九章将该章称之为“公务员犯罪或与公务员有关的犯罪”,1975年韩国刑法分则第七章将该章叫做“关于公务员职务之罪”。特别是北欧的芬兰,为了着重惩治国家公务人员的犯罪,还专门制定了《公务刑法》。国外的这些刑事立法经验无疑是值得我们参考和借鉴的。如果我们总是囿于现行的立法模式,抱残守缺,墨守成规,拒绝接受他人科学、合理的立法经验,将使我国的刑事立法永远落于世界先进的行列。因此,及时修改“渎职罪”的章名,不仅使我国的刑事立法更为科学、合理,也使其在世界各国的刑法中更具通用性。

二、渎职罪在刑法分则中的位置应当提前

渎职犯罪在刑法分则中的位置显要与否,不仅可以反映一个国家立法者的立法意识,同时也可以反映他们对渎职犯罪的重视程度。从世界上一些国家的刑法规定来看,关于渎职犯罪的排列顺序一般有以下几种情况:(1)位置靠前。例如1975年的韩国刑法分则共设42章,“关于公务员职务之罪”设在第七章。我国台湾地区的刑法分则共有35章,“渎职罪”被列为第四章,等等。(2)位置居中。例如1960年的苏俄刑法典分则共有12章,“渎职罪”被列为第七章。1968年的日本刑法分则共有40章,“渎职罪”被排在第25章,等等。(3)位置偏后。例如,1971年的瑞士刑法分则共有19章,“违反职务或职业义务之罪”被列为第18章。此外,还有1976年的联邦德国刑法和1975年的奥地利刑法分则都将职务犯罪排在倒数第二位和第三位。

我国现行刑法将“渎职罪”一章排在刑法分则各章之末,放在倒数第一位。对于刑法为什么要作出这样的排列,据参加我国现行刑法起草过程的同志解释:“渎职罪之所以排在

最后,不仅考虑到这类犯罪的危害性一般要小于前面几类犯罪,而且考虑到这类犯罪是由国家工作人员利用职务上的便利构成的,其犯罪主体带有特殊性。”对于职务犯罪来讲,“其犯罪主体带有特殊性”固系事实,但以此作为将渎职罪排在刑法分则之末的理由,则是难以令人信服的,尤其是将渎职罪的社会危害性表述为“一般要小于前面几类犯罪”更值得探讨。那么,对我国刑法分则中的“渎职罪”究竟应放在什么位置才恰到好处呢?关于这一问题,在修改刑法的研讨过程中,法学界对此给予了高度的关注,并就此发表了以下几种不同的观点:第一种观点认为,应将“渎职罪”置于反革命罪和危害公共安全罪之后,位置应朝前靠。第二种观点主张将“渎职罪”作为刑法分则第五章置于侵犯公民人身权利、民主权利之后,位置居中较为合适。第三种观点主张“渎职罪”还是靠后妥当,但应与妨害婚姻家庭罪换位。^①对于以上三种意见,我们基本上倾向于第一种意见,即渎职罪在刑法分则中的位置应当尽量前移。其主要理由是:

第一、根据我国刑法理论之通说,在我国刑法分则中,各类犯罪的排列顺序,主要是根据各类犯罪所侵害的同类客体及其社会危害程度,按照由重到轻的顺序排列的。一般来讲,排列在前的各类犯罪较之在后的各类犯罪其社会危害性显然要大得多,正因为如此,反革命罪被列为各类犯罪之首。按刑法理论这一通说,将渎职罪放在刑法分则各类犯罪之末,显然不能反映该类犯罪的性质及其社会危害性程度。因为,从性质上来看,由于渎职罪是国家工作人员利用职权所实施的犯罪,其造成的危害和影响往往都是非常严重的。若这种犯罪一旦发生,不仅损害了国家工作人员在人民心目中的形象,影响国家机关的正常活动,而且严重破坏了党和政府的威信,挫伤广大人民群众建设社会主义现代化

的积极性,严重的有可能导致亡党亡国的危险。虽然这类犯罪造成的实际危害较之反革命为轻,但其造成的无形影响和危害并不亚于危害公共安全罪。例如,国家工作人员玩忽职守所造成的犯罪后果有时并不一定轻于危害公共安全罪的犯罪后果。因此,将“渎职罪”置于危害公共安全罪之后,更符合这类犯罪的性质和社会危害程度,从而也使得刑法分则在体系结构上更趋科学、合理。

第二、从我国同刑事犯罪作斗争的实际情况来看,如果说在刑法制定和颁布之时,因渎职犯罪的严重危害性尚未充分暴露,立法者囿于当时的历史局限将其置于刑法分则之末尚无可厚非的话,那么在我国当前弄权渎职的腐败现象日趋恶化的情况下,仍无视时代的发展变化和司法实践的需要,将职务犯罪这一具有严重社会危害性的行为放在十分不恰当的位置,不仅反映了立法者的考虑不周,而且也不利于同这种犯罪进行长期有效的斗争。从我国近年来的刑事犯罪实际情况来看,以国家工作人员作为犯罪主体的渎职罪,不仅在刑事犯罪中所占的比例增加,而且趋于大幅度上升状态,其发案绝对数大大超过妨害婚姻家庭罪,甚至在某些地区并不低于破坏社会主义经济秩序罪。据××市检察机关统计,在今年全市查办的经济案件中,属于权钱交易职务型犯罪,占立案侦办经济案件总数的70%。^②这一严重的现实告诉我们,对渎职犯罪若不从长远的眼光来看待其社会危害性,将会严重阻碍我国的改革开放和社会主义市场经济的向前发展。

第三、从国外刑事立法通例和我国刑事立法的演进过程来看,提前渎职罪在刑法分则中的章序,是世界性刑法立法的大潮所趋。例如《日本刑法》在1968年修正公布时,其分则共规定了40类犯罪,而渎职罪就被排在第25位。1974年的日本刑法修正案,又将职务犯罪从原来的第二编第25章提到第4章,仅

仅置于“关于内乱之罪”、“关于外患之罪”和“关于国交之罪”的后面。又如《西班牙刑法典》分则共规定了15类犯罪,而渎职罪就居于第7位。再如《泰国刑法》分则共设12章,而“渎职罪”和“司法渎职罪”被分别设在第二章(第二节)和第三章(第二节),等等。由此可见,这些国家的立法者将职务犯罪放在何等重要的位置。如果说以上这些立法例都是外国的东西,不足以为鉴的话,那么从我国刑事立法的历史来考察,也可以看出立法者曾经对渎职罪的重视程度。例如,我国1950年起草的《中华人民共和国刑法大纲(草案)》将“职务上的犯罪”就曾经放在相当于现行刑法第四章的位置,仅次于反革命罪、妨害国家统治秩序罪和侵害国有或公有财产罪,而置于经济上的犯罪和其他几类犯罪之前。这一历史的注脚对于我们如何摆正渎职罪在刑法分则体系中的位置,我们想是大有裨益的。

综上所述,我国现行刑法对渎职罪的排列顺序,显然已不能适应新的历史条件下同该类犯罪作斗争的需要,低估了这类犯罪的社会危害性,同时也与世界各国的刑事立法潮流大相径庭。鉴此,依据该类犯罪的性质和社会危害性,结合我国今后一个很长时期内同该类犯罪作斗争的需要以及国外的立法经验,我们认为,将该类犯罪置于反革命罪和危害公共安全罪之后,而排在破坏社会主义经济秩序罪之前是比较合适的。

三、关于渎职罪立法内容的修补与删除

我国现行刑法分则第八章规定的渎职罪,共有八个条文,涉及到受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪、泄露国家机密罪、玩忽职守罪、徇私舞弊罪、体罚虐待被监管人罪、私放罪犯罪、妨害邮电通讯罪等九个罪名。自从我国刑法颁行以来,经过长期司法实践的检验,证明

上述大多数犯罪的法律规定是基本上符合司法实际需要的,但在某些犯罪的法律规定上和立法内容上则有很大欠缺,为此必须给予必要的修补增删。

(一)对于下列犯罪的法律规定应进一步明确和完善

1、受贿罪

关于受贿罪的立法规定,随着我国经济形势的发展,自刑法颁布以来,已作了多次修改补充。但尽管如此,从目前惩治贿赂犯罪的需要来看,仍不尽人意。本罪在立法上存在的问题主要有以下几点:(1)犯罪主体的性质和界限不明,容易转移刑法打击的锋芒,同时将国家工作人员与集体经济组织工作人员和其他从事公务的人员加以混合,不利于从量刑上体现对国家工作人员从重处罚的法律精神。(2)犯罪行为的表现形式单一,从而使许多变相的受贿行为和特殊形式的受贿行为在现行刑法中找不到处罚的依据。我国现行刑法对受贿行为只规定了收受贿赂这一种形式,1982年《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》增加了一个索取贿赂的行为方式。但除此之外,在司法实践中,还有大量的受贿行为就成了漏网之鱼,例如国家工作人员斡旋受贿、间接受贿、事前受贿、事后受贿以及国家工作人员利用职务上的便利,收受与其有隶属关系或管辖关系人员的财物和国家工作人员的近亲属收受贿赂的行为,因于法无据,就逃脱了法律的应有制裁。(3)犯罪的对象范围过于狭窄,使许多受贿犯罪没有受到惩处。我国现行刑法将贿赂的内容仅限于财物,而把财产性利益和其他不正当利益统统拒之于受贿罪对象之外,这在立法上对于打击受贿犯罪也无疑起到了消极的阻碍作用。(4)犯罪处罚的规定太笼统,不利于贯彻区别对待的法律精神。如在受贿罪的处罚上,国家工作人员与非国家工作人员(这里专指集体经济组织工作人员和其他从事公务人员)、普通公务

员与特殊公务员、索取贿赂与收受贿赂、贪污又枉法与贪污不枉法等,在处罚上没有差别,加上法定刑规定的档次不清,都明显地有违于罪刑相适应的基本原则。为此我们认为,对于受贿罪应从以下几个方面加以修改和完善:(1)对受贿罪的主体进行分解,在立法上对国家公务员受贿的行为单列一款进行规定,对集体经济组织和其他从事公务的人员另列一款,规定可以比照前款罪酌情处理。(2)增设斡旋受贿罪和准受贿罪。对国家工作人员利用职权所进行的其他变相的、特殊的受贿行为作出明确的法律规定,以严密法网,防止犯罪分子逍遥法外。(3)扩大受贿罪的对象范围,在刑事立法中明确贿赂的内容不仅包括财物,还应包括财产性利益和其他不正当利益,使收受财物之外的行为也一并受到刑事追究。(4)在处罚上对国家工作人员与集体经济组织工作人员和其他从事公务的人员,普通公务员与特殊公务员,收受贿赂与索取贿赂的行为,贪污又枉法与贪污不枉法的行为,还有情节严重与情节特别严重等情况区别对待,以保证司法机关定罪量刑的准确性,从而更好地贯彻罪刑均衡的原则。

2、行贿罪

行贿罪与受贿罪是一种对合性犯罪,由于这种犯罪不是纯粹的职务犯罪,而是非纯粹职务犯罪,因此,在立法规定上,应当充分考虑到这种犯罪的性质和特点。从我国目前的刑事立法来看,关于行贿罪在立法上存在的问题主要有以下方面:(1)对于为谋取正当利益而行贿的,是否按犯罪处理,关于这个问题,现行刑法与1988年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(以下简称《补充规定》)是相互矛盾的。根据刑法第185条规定,此种情况应以犯罪论处,而按《补充规定》第7条规定,此种情况不应以犯罪论处。究竟哪种规定比较科学?我们认为从惩治腐败、鼓励行贿人事后挺身检举的角度讲,应当将谋取正当利

益的行为排除在犯罪之外。(2)对行贿罪的处罚到底是轻还是重好?关于这个问题,现行刑法的规定与《补充规定》的规定也是背道而驰的。刑法第185条对行贿罪规定的法定最高刑是3年,而《补充规定》第8条规定的法定最高刑是无期徒刑。很显然,前者的规定太低,而後者的规定又偏高。鉴于受贿与行贿是对合犯罪、前者是纯粹的职务犯罪,后者为非纯粹的职务犯罪,为体现对国家工作人员的犯罪从重处罚的精神,我们认为对行贿罪的处罚不宜过严,最高法定刑控制在有期徒刑的范围内即可。(3)在免刑的问题上,为充分体现惩办与宽大相结合的原则,对《补充规定》中第8条第二款规定的内容可予适当修改,将“可以减轻处罚或者免于刑事处罚”修改为“应当免除或减轻处罚”。这样可以更好地鼓励行贿人积极检举揭发受贿人,以减少受贿案件的发生。

3、泄露国家重要机密罪

关于本罪在立法上存在的问题主要有以下两个方面:(1)对本罪的罪名应修改为“泄露国家秘密罪”。因为根据《中华人民共和国保守秘密法》规定,国家秘密分为“绝密”、“机密”和“秘密”三个密级。而该法第31条规定,泄露国家秘密的行为即可构成犯罪。但现行刑法第186条规定的则是国家重要机密,这样在司法实践中就容易发生分歧意见。为了保证刑法与保密法在规定上的一致性,因此将该罪的名称定为“泄露国家秘密罪”比较准确。(2)对本罪的主观罪过形式应加以明确的规定。因为根据我国现行刑法规定,很难说明本罪在主观上是故意犯罪还是过失犯罪。而根据保密法第31条的规定,虽然在主观罪过形式上明确了故意和过失均可以构成该罪,但在处罚上并没有区别对待。目前存在的问题是,在该罪的主观罪过形式明确以后,如何使其处罚更符合罪刑相适应的原则。为此,我们认为,在刑法修改的过程中,应将故意泄密