

罪刑法定视野下的 侵犯商业秘密罪

唐 稷 尧

(西南政法大学,重庆 410031)

摘要:从罪刑法定主义出发,侵犯商业秘密罪的法律规定存在不合理内容:将普通的合同违约行为犯罪化,处罚过失性的间接侵害商业秘密行为;对违反职务或业务活动形成的法定保密义务而泄密的行为采取了宽容甚至放纵的态度,对危害性最严重的商业间谍行为采取与泄露商业秘密行为、间接侵害商业秘密行为相一致的结果犯构成模式和法定刑幅度。克服这种不合理性存在立法与司法两种途径。

关键词:侵犯商业秘密罪;罪刑法定;刑法

中图分类号:DF623 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2003)03-0041-07

引论:从形式向实质的发展——罪刑法定主义的当代意蕴

罪刑法定主义作为现代刑法的铁则在传统上从来都被理解为“无法律即无犯罪,无法律即无刑罚”。但是,自20世纪中叶以来,罪刑法定主义出现了从形式化向实质化演进的重大变化,其不仅具有形式的侧面(法律主义、禁止溯及既往、禁止类推、禁止不定期刑),而且还有实质的侧面。正如外国学者所指出的,罪刑法定原则是法治在刑法领域的表现,而“法治国家具有形式意义和实质意义之分。形式意义的法治国家以法律为中心,凡对公民自由和财产的侵害必须具有议会法律的授权;而只要国家活动形式上符合法律,即视为达到法治国家的要求。实质意义的法治国家不仅要求国家受到法律的约束,而且要求法律本身具有社会的正当性。实质意义的法治国家是形式意义的法治国家的补充和发展”[1](25页)。由此出发,关于罪刑法定主义

的新的解释认为,由于其从一开始就是基于法治和尊重人权的意旨而确定下来的,所以必须从实质上保障人权。这就要求超越形式的法律主义的要求而实现刑罚法规内容的正当。这在美国体现为“正当程序”条款,在日本表现为“刑罚法规正当”原则的确立[2](25页)。我国有些学者也指出,罪刑法定主义除了传统的内容之外,还发展出新增的内容,包括明确性原则、实体的适当原则、判例不溯及的变更等[3]。其中实体的适当原则尤其值得我们注意。该原则又称之为刑罚法规内容正当性原则,它要求对刑法中规定的犯罪和刑罚,必须有关于该行为规定为犯罪的合理根据,而且刑罚与该犯罪必须相均衡和适当,即禁止处罚不当罚的行为、禁止不均衡的刑罚、禁止不人道的刑罚,被誉为罪刑法定的“实质的侧面”,是人类对传统的形式主义的罪刑法定原则进行反思的结果。

自柏拉图以来,人们基本上就不再对立法权的

收稿日期:2002-12-15

基金项目:四川省哲学社会科学“十五”规划青年基金项目。

作者简介:唐稷尧(1972—),男,四川省乐山市人,四川师范大学法学院讲师,西南政法大学刑法学博士研究生。

合法化过程表示怀疑。传统的罪刑法定主义在主张法律的形式合理性、提倡绝对的法律主义、防范司法专横的同时,也铸就了立法至上甚至立法一贯正确的神话。然而,人类的历史不止一次表明,立法并不万能,也并不一贯正确,立法权亦有为恶的可能,而且在有的情况下立法权为恶比司法权的滥用更为恐怖。正如有的学者指出,这种形式的罪刑法定主义内含国家实证主义法律观,它所引发的对国家所制定的法律的迷信,有可能使法律成为维护专制主义的工具[4]。正是由于立法权容易衍生立法神话,将罪刑法定主义的基石单纯建立在形式理性的基础上就始终存在问题,超越形式的法律主义的要求而实现刑罚法规内容的正当性成为必然。今天的罪刑法定原则事实上已更多地具有了限制立法权滥用、反诘现行法律的正当性的意蕴与功能。

长期以来,我国都存在过度追求实质合理性的传统,这使得法律规范常常面临虚无化的危险。由于罪刑法定主义首先强调的是严格遵循刑法,而刑法同时也是一种形式要求,因此,在我国1997年刑法正式确立了罪刑法定原则在刑法中的地位后,大多数人更多的是关注这一原则所具有的传统的形式合理性的一面,更多的强调对既定规范的遵守和适用,而忽视了对法条合理性、正当性的反思和追问,它的有关强调内容正当性的当代意蕴却并未受到刑法理论界和实务界的应有重视。在刑法的微观研究上,这种状况体现得尤其突出,如罪状的具体设计、法定刑的配置等等。笔者认为,由于我国长期存在过度追求实质合理性的传统,坚持罪刑法定主义形式合理性的一面,坚持“规则之治”有极其重要的现实意义。但是在我国目前的社会转型期,失范行为的激增使刑事立法权存在过度膨胀的可能,社会对立法权的迷信正渐露端倪。我们理应对立法权的滥用保持应有的警惕,对成文法律规范存有几分质疑,防止我们从一个极端走向另一极端。因为“一旦社会关系复杂化,便可看到作为社会控制手段而随便创设犯罪的倾向。对于这种过剩犯罪化应当慎之又慎”[5](86页)。基于此,笔者认为,罪刑法定主义的实质化内容同样值得关注。如果既存的制定法规范本身内容的正当性值得质疑,那么,坚持形式的罪刑法定主义充其量不过是在不正义前提下的正义。

对商业秘密的保护是市场经济条件下的必然结果,世界各国都日益重视对它的法律保护。目前刑

法学界对侵犯商业秘密罪虽有较深入的探讨,但多是注释性论说,而鲜有对该刑法规范内容合理性、正当性的评说。从实质的罪刑法定主义出发,我们发现它的罪状内容、犯罪构成模式设计和法定刑配置的合理性、正当性都值得质疑和反思。

本论一:对侵犯商业秘密罪罪状内容正当性的反思

根据刑法第二百一十九条的规定,我国的侵犯商业秘密罪的行为主要表现为:(一)以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取权利人的商业秘密的行为;(二)披露、使用或允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;(三)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;(四)明知或者应知前述三种违法行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密的行为(即刑法第二百一十九条第二款)。这四项规定可大致概括为三种类型。第一类俗称商业间谍行为,包括前二项。有学者指出,第(二)项实际上是对第(一)项规定的补充,所列举的行为是前项行为的自然延伸[6](213页),这是有道理的。从法律的文义解释和逻辑解释来看,第(一)项与第(二)项的行为主体是相同的,前者强调的是非法获取,后者强调的是非法使用获取的秘密的行为(披露和允许他人使用事实上都是一种使用方式),商业秘密的来源都具有非正当性。第二类即第(三)项的内容,可称为泄露商业秘密的行为,所涉及的商业秘密应是行为人合法知悉的,行为人与权利人之间存在合同上的保密约定,法律强调的是行为人对合同中约定的保密义务的违反。第三类即第(四)项的内容,一般称之为“间接侵犯商业秘密的行为”[7](546页),其特殊性在于行为人不是直接从商业秘密权利人那里获取商业秘密,而是前二类侵权人向其提供的。这三类行为中,商业间谍行为因其获取商业秘密的手段自身的非正当性而成为最为严重的一种侵权行为,将其予以犯罪化是世界上许多国家的通例,美、德、奥地利、俄罗斯等国刑法都有类似的规定,我国在刑法修订前就已在司法活动中将其作为盗窃罪处理(非法使用获取的秘密的行为也被视为盗窃行为的延伸)。但现行刑法对泄露商业秘密的行为的规定则大有反思的必要。

就刑法第二百一十九条第一款第(三)项规定而言,泄露商业秘密行为的刑事可罚性根据首先在

于该行为给权利人造成了某种损失,但在现实生活中,由于行为人与权利人之间存在合同上的保密约定,而合同交易本身具有可预测性,违约行为及后果是双方可以预见的,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非刑罚的方式(如损害赔偿义务、违约金等)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。另一方面,根据刑法第二百一十九条第一款第(三)项的规定,泄露商业秘密行为的主体是特殊主体,即因工作关系、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另一根据应在于其对保密义务的违反。应当说,在中外刑法中,对违反义务的行为给予刑罚处罚本是十分常见的,如故意犯罪中的偷税罪,过失犯罪中的交通肇事罪。但值得注意的是,该义务都是法律直接对具有特殊身份主体明确赋予的法定义务。而从刑法规定来看,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,是对债的违反。虽然这种保守秘密的合同义务从广义上看也是一种法律义务,但它与类似《律师法》第三十三条中所规定的律师在执业中保守国家秘密、商业秘密的义务却并不相同。后者的产生是基于法律的明确规定,是因职业身份而被法律所赋予的,违反这种义务会受到法律处罚。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。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,甚至连行政法也很少介入这一领域(因其不属于行政违法行为),更不用说刑法了^①。从刑法存在的特殊性和刑法与市场经济的关系的角度来看,刑法在这里显然是“热心过度”。

漫长的法律发展史已使人类认识到,刑法以剥夺人之自由乃至生命为主要的制裁手段,其所具有的暴力强制性使它如两刃之剑,用之不当则会造成极大的代价,不良的刑法无疑是对公民自由的最大威胁,孟德斯鸠由此而得出了“公民的自由主要依靠良好的刑法”的结论。因此,实质的罪刑法定主义要求刑罚法规的内容必须有合理的根据,禁止处

罚不当罚的行为。正如当代意大利学者所言,当一种制裁直接或潜在地涉及到剥夺人身自由的时候,立法者是不能随心所欲的,只有在最适当的情况下,立法者才有权规定刑事制裁;在不用刑事制裁措施就足以有效地处罚和预防某种行为时,就不允许对该行为规定为刑事制裁,即刑法具有辅助性和补充性[8](3—5页)。这种限制立法权滥用的刑法(刑罚)的“必要性”准则是实质的罪刑法定主义的表现,也是现代公认的刑事立法必须遵循的准则。就刑法所规定的泄露商业秘密行为来说,我们并未发现这种行为与通常情况下的合同违约存在特别的不同乃至因此要对违约方给予刑罚处罚的必要。在我国现行刑法中对合同违约行为给予刑罚处罚的法条仅此一项,而在笔者所能查阅到的域外刑事法律规范中则尚未见到对违约行为给予刑罚处罚的规定。在行政处罚法律体系尚未介入之前,刑法将这种本来仅属于民事违约行为予以犯罪化,将这种纯粹的违约行为给予刑罚的处罚,违背了现代刑法的辅助性和补充性准则,处罚了不当罚的行为,其合理性、正当性是值得怀疑的。

而对于包括侵犯商业秘密罪在内的经济犯罪来说,强调这一点还有更重要的意义。经济犯罪本质上是市场主体一种非常态的市场活动,刑法对经济犯罪的打击与控制实质上是国家通过行使刑罚权干预(或者说管理)市场经济活动的特殊形式。其特殊性在于:第一,它是通过刑罚制裁经济犯罪的方式来恢复被破坏的经济秩序,即通过限制或剥夺个体的经济活动自由达到维护整体经济秩序的目的;第二,由于刑罚的强制性、严厉性和最后手段性,刑法规范体现出一个社会对个体行为的最后容忍度,是为个体的自由行为划定最后界限,刑法对经济犯罪的设立也就意味着社会经济活动最后边界的划定。因此,刑法在维护经济秩序的同时始终存在着限制经济活动自由的趋势。作为一种与计划经济相对的经济模式,市场经济不仅要求国家确保市场运行的有序化、正常化,更强调市场主体经济活动的自由,强调经济活动这一私人领域同国家权力活动这一公共领域相对分离,其本身更需要一种宽松自由的社会环境以利于自由竞争和鼓励个体大胆创造。倘若国家一味以维护社会经济秩序为由扩张刑法对经济犯罪的调控范围,那么就有可能导致束缚市场主体自由而不利于社会发展的效果。因为“法律的最终

目的始终是确保每一个人最大限度的自由发展而不是束缚人们的想象力和创造性”[9](42页)。刑法在控制经济犯罪过程中必须始终面对是否束缚经济自由这一问题的诘难,将一种普通的民事违约行为予以犯罪化显然有悖于市场经济的基本价值取向。

更为严重的是,刑法的这项规定一方面对普通民事违约行为过于严厉,处罚了不当罚的行为,另一方面又将一些更为严重的违法行为排斥在处罚之外,放纵了当罚的行为。在现实生活中,存在大量因职务或业务原因而接触权利人商业秘密的情形,前者如税务官员、证券市场监管官员,后者如律师、会计师等。这些行为人(尤其是前一类人员)在履行其职务或业务时很可能并未与权利人就保密事项存有约定,他们一旦泄露所获悉的商业秘密,权利人不仅会因该行为的难预见性和不可控性而遭受重大损失,而且难以通过违约之诉获得赔偿^②,而且现行刑法囿于罪刑法定的要求又不能处罚这种事先缺乏保密义务约定的行为,这对权利人的保护显然不利。更重要的是,这些行为人由于从事特定的职务或业务行为而具有了特定的身份,其易于知悉权利人商业秘密的职业特点使保守义务不仅应成为他们当然的职业道德,而且更因法律的明确规定而成为法定义务,如我国《商业银行法》第五十三条、八十四条、《律师法》第三十三条、《证券法》第一百六十九条、《税收征收管理法》第三十六条对银行从业人员、律师、证券市场监管官员、税务官员有关保密义务的规定。这些人员故意泄露所知悉的权利人的商业秘密,既是对职业道德的亵渎,对诚实信用准则的违反,更是对法定义务的明知故犯,是对国家法律的藐视,其主观恶性要远大于普通民事活动中对合同约定义务的违背。由此看来,违反职务或业务活动形成的法定保密义务而故意泄露所知悉的权利人商业秘密的行为的刑事可罚性要明显强于刑法第二百一十九条第一款第(三)项规定的泄露商业秘密行为。外国刑法对泄露秘密(包括但不限于商业秘密)犯罪的有关规定正是依循上述思路制定的。如《德国刑法典》第二百零三条侵害他人秘密罪就是针对具有各种特殊职业身份的主体泄露他人秘密行为的规定,这些主体包括:执业医师、药剂师、职业心理学家、律师、公证人员、会计师、审计人员、辩护人、税务代理人 and 顾问、婚姻、教育及青年问题顾问、人寿保险人员、国家承认的社会工作人员和社会教育人员、

公务人员、依职位代理法执行任务或职权的人员、立法机构所属调查委员会的成员。其他国家如法国刑法典第二百二十六条,瑞士刑法典第三百二十条、三百二十一条,日本刑法典第一百三十四条、日本改正刑法草案第三百一十七条、三百一十八条、一百三十四条,俄罗斯刑法典第一百八十三条、韩国刑法典第三百一十七条以及奥地利刑法都有类似的规定。但是,我国刑法做出相反的选择,一方面对普通违约行为过于严厉,另一方面对违反职务或业务活动形成的法定保密义务而泄密的行为则采取了宽容甚至放纵的态度。

本论二:对侵犯商业秘密罪犯罪构成模式及法定刑正当性的反思

一般说来,犯罪构成的模式包括是采用行为犯模式还是结果犯模式,是否设立目的犯,是否设立过失犯罪等问题。同样,一种不正当行为,采取不同的犯罪构成模式取决于行为的社会危害性,体现出刑法对该种行为谴责的程度和打击的程度,最终对实际的刑事法网疏密程度产生重要影响。就侵犯商业秘密罪而言,过失犯罪的立法模式与结果犯的立法模式是最值得反思的。

根据刑法第二百一十九条第二款的规定,明知或者应知前述三种违法行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密的行为,以侵犯商业秘密论。从法条的字面意义来看,“应知”是指行为人负有“应知”的义务,但事实上未知法律所规定的“前述三种违法行为”,行为人“应知”而未知的,应是一种疏忽大意的过失,目前大多数的刑法学者也都持这种意见。

然而,这一规定却存在不合理性。首先,从有关过失犯罪的理论来看,近代以来,各国从刑法处罚的正当性原则和谦抑与人道的价值取向出发,都奉行在具体犯罪的设立上以处罚故意行为为原则,以处罚过失行为为例外,这就决定了所有拟给予刑罚处罚的过失行为应当具有较为明显的刑事可罚性。而就行为社会属性而言,包括侵犯商业秘密罪在内的知识产权犯罪属于典型的法定犯,在伦理道德上的可谴责性较弱。因为综观知识产权的发展历史可以发现,将知识作为私有财产对待的现代知识产权制度的出现只是近二、三百年来的事,它的建立是期望通过满足个体的利益需要而鼓励知识的再生产,让人们在知识的创造中有利可图,并最终使社会在知识的创造和传播中获得进步。故这一制度的产生源

于人类社会一种纯粹的功利需求,而与道德诉求无关。保护知识产权不属于伦理学中所谓的“第一原理”(如不可杀人,不可偷盗等)[10]。国家之所以认为这种侵犯知识产权行为是犯罪更多的是出于某种行政的社会政策的需要。因此,从刑罚处罚的正当性出发,刑法不宜对主观犯意过于苛责,行为人只有在出于故意的情况下,才宜作为犯罪对待。过失行为因其不具有较强的刑事可罚性不应给予刑罚处罚,而只宜作为一般违法行为处理。其次,从分类上看,因刑法未对过失侵犯商业秘密罪的主体身份做出任何规定,故其应属于普通过失犯罪。但是,根据过失犯罪的基本理论,普通过失犯罪都以日常生活为内容,存在于日常生活和社会交往活动中,行为人违反的是适用于一般人的普通注意义务,它们大多是与日常生活有关的社会共同生活准则[11]。其刑事可罚性多在于这种对普通注意义务的违反存在明显的伦理可谴责性,如过失致人死亡罪、失火罪等。而对于具有典型法定犯特点的侵犯商业秘密罪来说,显然不具备设立普通过失犯罪的刑事可罚性。事实上,在笔者目前所能查阅到的境外刑法中也的确未曾发现有关过失侵犯商业秘密罪的规定。再次,综观现行刑法对近一百个经济犯罪即破坏社会主义市场经济犯罪(它们大都是典型的法定犯)的规定,只有两条涉及过失犯罪的规定,即刑法典第一百六十八条国有公司、企业、事业单位人员失职罪和第二百二十九条第三款出具证明文件重大失实罪,而这两罪都属于业务过失犯罪,行为之可罚性在于行为人在业务活动中对特别注意义务的违反。目前,包括中国在内的世界各国刑法普通过失在过失犯罪总数中比重都逐渐缩小,而业务过失则继续增长并已在数量上超过普通过失。在这一趋势下,现行刑法对过失性经济犯罪的设立却如此吝啬显然是体现出立法的基本态度,即对这类过失行为的刑事可罚性另有考虑,认为对大多数这类行为适用刑罚并不具有必要性,应当说这符合过失犯罪的基本理论,也遵循了实质罪刑法定有关刑法的辅助性和补充性准则。而刑法对过失侵犯商业秘密罪的规定则明显是这一正确立法取向中的不和谐音符。

从刑法第二百一十九条的规定可知,任何一种侵犯商业秘密行为,其犯罪构成要件中都存在“给权利人造成重大损失”这一定量因素,因此,侵犯商业秘密罪属于典型的结果犯,即以出现实际的损害

结果为犯罪既遂。根据刑法的基本理论,作为犯罪完成状态的犯罪既遂存在阴谋犯、行为犯、危险犯、结果犯等法律形式。在这四种形式中,结果犯的既遂标准是以犯罪的实际完成状态(即发生特定的危害结果)为依据,而前三种形式则与犯罪的实际完成状态并不一致,其既遂的标准被提前到了实际犯罪中的实行阶段,甚至预备阶段。法律如此规定其原因在于界定犯罪既遂的最终标准是各种犯罪之社会危害性质及其程度,对于危害性质比较严重的犯罪,刑法完全可将其犯罪既遂的标准提前。因此,不同的犯罪既遂形式,集中反映着不同犯罪危害社会的性质及危害程度的不同[12](111页)。同时,也体现出刑法对不同犯罪行为的基本刑事政策态度,越是危害严重的行为,刑法对其犯罪既遂的标准就设定得越为提前,以彰显刑法对其谴责的严厉性以及更有效地实现对这种犯罪的预防。而就具体的犯罪而言,这种危害性不仅体现在行为的结果及行为的主观状态上,行为本身往往也反映出其危害性及其程度。正如德国学者所指出:“对应受处罚性而言,攻击的特别危险性必须算入被保护的法益的价值中,……行为的不法性存在于对行为客体的攻击的方式中。”[13](66页)因此,对不同的行为来说,设立不同的犯罪构成模式是理所当然的,也是实质罪刑法定主义的基本要求。然而,现行刑法有关侵犯商业秘密罪的规定却有悖于这一基本理论。

如前所述,我国的侵犯商业秘密罪的行为主要表现为四项规定三种类型,即商业间谍行为、泄露商业秘密的行为、间接侵犯商业秘密行为。虽然这三类行为在法律上都被称为侵犯商业秘密行为,都是以商业秘密为犯罪对象(即行为客体),侵犯的都是权利人的知识产权和社会主义市场经济秩序中的知识产权制度,行为的主观状态(除部分间接侵犯商业秘密行为存在尚值得商榷的过失状态外)也基本一致,都是直接故意,但由于三类行为“对行为客体的攻击方式”迥然相异,其对商业秘密的危害性及其程度是有明显差别的。在知识产权制度中,商业秘密与专利、商标、版权有较为明显的区别,后者所覆盖的是公开的信息,而商业秘密所覆盖的是保密信息。根据世界贸易组织的知识产权协议(即Trips)的规定,这种作为商业秘密而保护的“未被披露过的信息”必须因为被保密才具有商业上的价值[14](607页)。商业秘密一旦为他人所非法获知,就成为

一种相对公开的信息,其商业价值也就大部丧失了。商业间谍行为不仅使权利人的商业秘密丧失秘密性,而且获取秘密的手段本身具有不正当性和非法性,故是危害性最严重的行为。泄露商业秘密的行为因行为人是合法获取商业秘密后而泄露,其危害性显然较商业间谍行为轻,而间接侵犯商业秘密行为则因其必须以前二项行为的发生为前提,这使它的危害性较前两种行为更轻。这种危害性的差异在刑法中理应体现为不同的犯罪构成模式及其轻重不同的法定刑。当代外国刑事立法就注意到了上述差异并在罪名、犯罪构成模式以及法定刑上有所反映。商业间谍行为以其严重的危害性大多是被单独设立的罪名并处以较重的刑罚而且都采取行为犯的构成模式。如德国刑法中前者成立秘密间谍活动罪或探知他人信息罪,后者成立侵害他人秘密罪[15](310—314页)。前者处5年以下自由刑或罚金,或处3年以下自由刑或罚金,后者则处1年以下自由刑或罚金[16](156—157页)。在奥地利,商业间谍行为成立刺探工商秘密罪,处2年以下自由刑,或科或并科360日额以下罚金,泄露商业秘密的行为则成立侵害工商秘密罪,量刑较轻[17](552—553页)。尤其值得赞赏的是现行俄罗斯刑法典第一百八十三条,其不仅针对商业间谍行为和泄露商业秘密的行为分别规定了非法获取构成商业秘密或银行机密的信息罪与泄露构成商业秘密或银行机密的信息罪,而且分别对两罪明确规定了行为犯和结果犯构成模式,前者犯罪构成中不存在造成重大损失这一要件而后者则存在该要件[18](93页)。遗憾的是,我国现行刑法却对这三种行为设置了完全相同的结果犯构成模式和相同的法定刑幅度,这在立法上造成对商业间谍行为轻纵而对其他侵害商业秘密行为又相对严厉的状况,这不能不说是我国刑事立法上的失误。

余论:立法与司法解决的基本途径

我国著名刑法学家储槐植教授曾指出,中国现行刑法宏观实质结构是“厉而不严”,不能有效发挥刑法保护社会与保障人权的功能。笔者以为,从实质的罪刑法定主义角度而言,“厉而不严”也是现行许多刑罚法规在内容上所存在的不合理性因素的反映。所谓“厉”不单是指刑罚过于严厉,更是指刑法处罚了不当罚的行为;而所谓“不严”是指罪状设计不严密,致使法网不严而放纵了应当处罚的违法者,

二者都是对实质罪刑法定主义的违反,都是一种非正义。这种“厉而不严”不仅体现在刑法的宏观面上,同时也体现在微观领域即具体个罪的犯罪构成与法定刑的设置上。上文分析的侵犯商业秘密罪就是一个典型的例证。一方面,刑法不惜将普通的合同违约行为犯罪化,处罚过失性的间接侵害商业秘密行为,另一方面,刑法却对违反职务或业务活动形成的法定保密义务而泄密的行为采取了宽容甚至放纵的态度,对危害性最严重的商业间谍行为采取与危害性较轻的泄露商业秘密行为、间接侵害商业秘密行为相一致的结果犯构成模式和法定刑幅度。这立法上的一轻一重既处罚了不当罚的行为,又放纵了最危险的潜在犯罪人,实在是得不偿失。

笔者以为,克服这种缺陷可以有两种途径。

一是立法途径,即从实质罪刑法定主义的要求出发修改现行规定。首先,取消处罚过失性的间接侵害商业秘密行为的规定,对泄露商业秘密行为则变处罚普通的违反保密约定行为为处罚违反职务或业务活动形成的法定保密义务的行为;其次,借鉴外国刑法的经验,对商业间谍行为可采取行为犯模式,以突出刑法的预防功能和主动性,而对泄露商业秘密行为、间接侵害商业秘密行为则采取结果犯模式,对造成同样损害后果的商业间谍行为、泄露商业秘密行为、间接侵害商业秘密行为,其法定刑幅度设置应当由高到低依次减轻。

二是司法途径。虽然修改刑法可以对现存侵犯商业秘密罪的不合理规定进行根本性改变,但考虑到刑法的相对稳定性,实现这种修改在短期内尚有困难,因此,刑法在较长的一段时间内都会面临形式合理性与实质合理性的矛盾。这种矛盾事实上是当代刑法罪刑法定原则在形式侧面与实质侧面存在相互冲突的体现。一方面,成文法的局限使刑法不可能对所有“犯罪”做出毫无遗漏的规定,事实上存在值得科处罚金但缺乏形式规定的行为;另一方面又存在刑法的形式规定包含了在实质上不值得科处的行为的情况。笔者同意我国一些学者的意见,解决第一个冲突应当以形式的合理性优先,法无明文规定不为罪,而不能过分强调以罪刑法定的实质侧面克服形式侧面的局限;解决第二个冲突则应当通过实质的犯罪论来克服,即从实质合理性的角度出发,通过对刑法做出实质的解释,使刑法所规定的行为仅限于值得科处罚金的行为。当行为不具有形式的

违法性时,应以形式的违法性为依据将其排除在犯罪之外;当行为不具有实质的违法性时,应以实质的违法性为根据将其排除在犯罪之外[19](126—127页)。具体到侵犯商业秘密罪而言,首先,虽然违反职务或业务活动形成的法定保密义务而泄密的行为有明显的刑事可罚性,但在刑法未做明文修改之前不能对其给予刑罚处罚;对具有严重危害性的商业间谍行为也应当坚守法律规定的结果犯处罚模式。其次,对于现行刑法规定的违反保密约定泄露商业秘密的行为和过失性的间接侵害商业秘密行为,在

司法实践中则可以视为行为情节显著轻微危害不大,援引刑法第十三条犯罪定义中有关书的规定,不将其作为犯罪处理。正如有论者所指出的,罪刑法定原则不是只具有形式合理性,也包含了实质合理性,刑法所规定的行为必然是值得科处刑罚的行为[19](125页)。我国刑法中的犯罪本身就具有定量因素,犯罪圈的划定是由第十三条正文和但书两段结合共同完成的,该但书具有出罪功能,可使情节显著轻微危害不大行为排除在犯罪之外[20](91—93页)。

注释:

- ①由于现代刑法都遵循补充性和最后手段性的要求,刑法中所规定的犯罪同时也是应受行政处罚的行为。
②因为其是通过合法途径获悉秘密,而双方就保密事项又无合同约定。

参考文献:

- [1](德)哈特穆特·毛雷尔.行政法学总论[M].北京:法律出版社,2000.
[2]赵秉志.外国刑法原理(大陆法系)[M].北京:中国人民大学出版社,2000年.
[3]马克昌.罪刑法定主义比较研究[J].中外法学,1997,(2).
[4]陈忠林.从外在形式到内在价值的追求[J].现代法学,1997,(1).
[5](日)大谷实.刑事政策学[M].黎宏译.北京:法律出版社,2000.
[6]高晓莹.侵犯知识产权罪的认定与处理[M].北京:中国检察出版社,1998.
[7]马克昌.经济犯罪新论——破坏社会主义市场经济秩序罪研究[M].武汉:武汉大学出版社,1998.
[8](意)杜里奥·帕多瓦尼.意大利刑法学原理[M].陈忠林译.北京:法律出版社,1998.
[9]冯亚东.刑法的哲学与伦理学[M].成都:天地出版社,1996.
[10]唐稷尧.知识产权犯罪:利益背景与刑事控制[J].中国刑事法杂志,2002,(3).
[11]姜伟.论普通过失与业务过失[J].中国人民大学学报,1994,(3).
[12]姜伟.犯罪形态通论[M].北京:法律出版社,1994.
[13](德)汉斯·海因里希,耶赛克·托马斯.魏根特德国刑法教科书(总论)[M].徐久生译.北京:中国法制出版社,2001.
[14]郑成思.知识产权论[M].北京:法律出版社,1998.
[15]王世洲.德国经济犯罪与经济刑法研究[M].北京:北京大学出版社,1999.
[16]徐久生,庄敬华译.德国刑法典[Z].北京:中国法制出版社,2000.
[17]张铭楷.外国刑法纲要译[M].北京:清华大学出版社,1999.
[18]俄罗斯联邦刑法典[Z].黄道秀译.北京:中国法制出版社,1996.
[19]张铭楷.刑法的基本立场[M].北京:中国法制出版社,2002.
[20]储槐植,张永红.善待社会危害性观念——从我国刑法第十三条但书说起[J].法学研究,2002,(3).

[责任编辑:苏雪梅]