

《刑法修正案(七)》的得与失^{*}

付晓雅

(华东政法大学 法律学院, 上海 200042)

关键词: 刑法修正案(七); 宽严相济; 谦抑性; 犯罪

摘要:《中华人民共和国刑法修正案(七)》对侵犯公民人身权利的犯罪、经济犯罪、贪污贿赂犯罪以及其他刑事犯罪的立法内容进行的修改与完善,贯彻宽严相济的基本刑事政策,彰显刑法在新时期构建和谐社会、保障人权、严惩贪污贿赂犯罪中的功能与作用,反映时代的诉求,但也存在一些需要改进的问题。

中图分类号: D914 文献标志码: A 文章编号: 1001-2435(2010)01-0068-05

Gains and Losses of Criminal Law Amendment Act (The Seventh)

FU Xiao - ya (School of Political Science and Law, East China University, Shanghai 200042, China)

Key words: Amendment VII to the Criminal Law of the PRC; temper justice with mercy; modest restraint; crime

Abstract: Amendment VII to the Criminal Law of the PRC, revising and improving legislation on crimes against citizens' personal rights, economic crimes, bribery and corruption, carries out the basic criminal policy of temper justice with mercy and shows the functions of criminal law in building harmonious society, protecting human rights and severely punishing bribery and corruption crimes in the new period. This reflects the demands of the times, but some issues still remains to be improved.

第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(七)》(以下简称《刑法修正案(七)》)共计 15 个条文,涉及刑法典分则第三、四、六、七、八章共计 20 种罪刑规范,对侵犯公民人身权利的犯罪、经济犯罪、贪污贿赂犯罪以及其他刑事犯罪的立法内容进行了修改与完善。它基本贯彻了我国在构建和谐社会的背景下所确立的宽严相济的基本刑事政策,体现了国家严惩腐败犯罪的决心和保障和谐稳定的社会秩序所做出的努力。从立法旨趣和具体内容上均展现出一些新的特点和动向。

一、贯彻了宽严相济的基本刑事政策

宽严相济是我国当前及今后相当长的一个时期内应当坚持的基本刑事政策。^[1]《刑法修正案(七)》打破了过去刑法修正仅注重扩大犯罪圈以

及提高法定刑的从严从重之惯例,首次对某些犯罪的刑事处罚由重改轻,对宽严相济刑事政策中刑罚宽缓化的要求作出了积极回应。同时,针对新出现的严重危害社会的行为以及现行刑法规制力度不够的犯罪,《刑法修正案(七)》则予以犯罪化或者加大刑罚力度。这种坚持入罪与出罪、从严与从宽相结合的立法态度,较好地体现了宽严相济的刑事政策。

(一)《刑法修正案(七)》对刑事政策中宽的一面的体现

首先,《刑法修正案(七)》对偷税罪的构成要件做出了重要修改,适当地缩小了该罪的犯罪圈。《刑法修正案(七)》第 3 条第 4 款规定,有该条第 1 款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任。如此规定将过去应当以犯罪论处的某些偷逃税款的行为作出了非犯罪化的处理,体现了刑事政策中宽的一面。考虑到

偷税罪^①属于法定犯，行为人只是不想把自己的财富或者收益中应当贡献给社会的那一部分交出来，其社会危害性在经济犯罪当中相对较小，在税务机关已经对偷税行为进行查处的情况下，将这种行为进行出罪处理，无疑是合理的。否则，行为人受到双重处罚，有失公正。因此，《刑法修正案（七）》对偷税行为所增加的出罪化规定，既维护了税务机关行政执法的权威性，又节约了刑事司法资源，是可取的。

其次，《刑法修正案（七）》对绑架罪的法定刑增设了较低的量刑档次。在1997年刑法中，绑架罪的法定最低刑为十年有期徒刑。对绑架罪法定刑的这种设置明显违背了罪责刑相适应原则。绑架罪虽然是一种暴力犯罪，但是，不同的绑架案件危害程度并非完全相同。有的绑架犯罪分子所使用的绑架手段较为缓和，对人身权利的侵犯并不严重，有的在劫持人质后善待甚至主动释放人质，主观恶性相对较小，客观危害也相对较轻，按照1997年刑法对绑架罪的规定，却都应当判处10年以上的有期徒刑。这明显有违罪责刑相适应原则，不利于绑架者在犯罪后幡然悔悟，自动中止犯罪。“犯罪和刑罚即使在法律中明确规定，但其内容欠缺处罚的必要性和合理的根据时，成为刑罚权的滥用，实质上就会侵害国民的人权”。^[3]对此，《刑法修正案（七）》第6条对刑法第239条规定的绑架罪增加了一个量刑档次：“情较轻节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”这也体现了宽严相济的刑事政策宽的一面。

（二）《刑法修正案（七）》刑事政策中严的一面的体现

宽严相济刑事政策中严的一面可以表现为两种形式。一是严密法网，扩大刑法调控范围；二是严厉刑罚，提升刑罚幅度。首先，扩大了刑法调控范围。《刑法修正案（七）》通过增设罪名以及增补犯罪行为、犯罪主体、犯罪对象以及犯罪形态，扩大了刑法调控范围。其中，增设的罪名有10个，包括第2条第2款的利用未公开信息交易罪，第4条的组织、领导传销活动罪，第7条的出售、非法提供公民个人信息罪和非法获取公民个人信息罪，第8条的组织未成年人进行违反治安管理活动罪，第9条的非法获取计算机信

息系统数据罪、非法控制计算机信息系统罪和提供用于侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪，第12条第2款的伪造、盗窃、买卖、非法提供、使用武装部队专用标志罪，第13条的利用影响力受贿罪。《刑法修正案（七）》还在第1条增补了1997年刑法第151条规定的走私犯罪的犯罪对象，在第5条增补了非法经营罪的犯罪类型，在第10条增设了走私犯罪的单位犯罪主体，在第11条增补了逃避动植物检疫罪的犯罪行为方式和危险犯形态。其次，提高了个别犯罪的法定最高刑。《刑法修正案（七）》第14条将巨额财产来源不明罪的法定最高刑由原来的5年有期徒刑提高到10年有期徒刑。

总体上看，《刑法修正案（七）》体现宽严相济刑事政策中严的一面较多，宽的一面较少，但体现的宽严相济的立法思路，是一种有益尝试；解决的是局部性、突出性的问题，探索的却是全局性、前瞻性的框架。随着宽严相济刑事政策研究的深入，必将对犯罪预防理论与实践、刑事立法理论与实践产生重大而深远的影响。^[3]

二、修法过程的公开性、民主性增强，增加了保障民生的立法

有学者指出，“在刑法立法过程中，只有坚持‘开门立法’，广泛征求社会各界的意见，坚持走群众路线，充分发扬民主，才能真正集思广益，使法律能充分反映人民群众的意愿并合乎规范、科学的立法要求。”^[4]在本次修正案讨论和审议的过程中，立法机关通过各种渠道向全社会广泛征求意见，并将《刑法修正案（七）（草案）》的全文及《草案》的说明在“中国人大网”上公布。学界、公众和媒体对这次修法都给予了前所未有的关注，通过各种渠道行使立法建议权，表达自己的利益诉求，同时立法者也积极吸取各方意见。为此，《刑法修正案（七）》的修订过程使得我国立法的民主性、透明度大大增加，也使本次刑法修正案的质量有所提升，突出体现在对民生的关注度提高。

《刑法修正案（七）》对民生的关注主要体现在三个方面。其一，增设了出售、非法提供公民

① 《刑法修正案（七）》对本罪作出修改后，罪名实际上已经变成逃税罪。

个人信息罪和非法获取公民个人信息罪,加大了对公民个人信息的保护力度。随着信息技术的不断发展,政府行政管理以及金融、电信、交通、医疗等社会公共服务领域收集和储存了大量的公民个人信息。一些国家机关和电信、金融等单位的工作人员为谋取不正当利益,将公民个人信息泄露给他人或商业公司,公民遭受垃圾短信的骚扰,甚至受到诈骗、敲诈勒索的可能性大大增加。公民的生活安宁以及人身、财产安全、个人隐私受到日益严重的侵犯或者威胁。《刑法修正案(七)》第7条规定对国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员,违反国家规定,将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,出售或者非法提供给他人,情节严重的,按非法泄露公民个人信息罪定罪处罚。其二,增加了组织未成年人进行违反治安管理活动罪,加强了对未成年人身心健康的保护力度。近年,一些不法分子组织未成年人从事扒窃、抢夺等违反治安管理活动的情况比较突出,不仅严重危害社会治安秩序,而且对未成年人的身心健康造成严重损害。增设组织未成年人进行违反治安管理活动罪,旨在有效地打击这类损害未成年人身心健康的违法犯罪行为,充分保护未成年人,并力图促进未成年人的健康成长和全面发展,表现了我国政府对保护未成年人权利的高度重视。其三,增设了利用未公开信息交易罪和组织、领导传销活动罪,有利于保护投资者和普通民众的合法权益。证券领域的“老鼠仓”行为不但严重破坏了金融管理秩序,而且严重损害了投资者利益;传销活动则对社会伦理道德体系造成巨大破坏,严重危及社会稳定、和谐社会建设。《刑法修正案(七)》将这些行为犯罪化,切实、有力地保障普通公民的合法权益,体现了对民生问题的关注以及对民生诉求的积极回应。

三、重刑主义的立法观念尚未明显转变

当立法不当时,“刑法的破坏性比其遏制的罪行要多要重”。^[5]由于传统重刑主义观念的影响以及严峻的社会治安形势的重压,自1997年刑法修订以来,先后颁布的六个刑法修正案走的均

是扩大犯罪圈以及提高法定刑的严刑峻罚之路,对刑法工具主义、刑法万能主义、重刑主义的危害性没有保持应有的警惕。由此导致刑法立法陷入了怪圈,一方面诸多的罪名基本上处于虚设状态没有得到运用,^①另一方面立法一直无法停下扩大犯罪圈的脚步。与此同时,现实生活中大量的犯罪行为却未能得到有效遏制。《刑法修正案(七)》虽然在贯彻宽严相济刑事政策方面作出了开创性的努力,但重刑主义的阴云依然密布于许多规定之中。

(一) 过度犯罪化的现象明显

《刑法修正案(七)》第4条增设了组织、领导传销活动罪,而在国际上,有的传销活动连违法性都不存在,更不用说构成犯罪。立法如此严厉禁止组织、领导传销活动的根据很成问题,为将来该领域的刑事司法的正当性埋下了隐患。《刑法修正案(七)》第7条增设了出售、非法提供公民个人信息罪和非法获取公民个人信息罪,然而,在现实生活中,扩散的公民个人信息主要是电话号码、邮箱地址、工作单位等,这类信息并非隐秘性信息,公民并不介意被外界所知悉,即使泄露也不会给公民造成精神上的实质性伤害。其实公民厌恶的并非上述扩散信息的行为,而是获得信息的人所实施的后续滥用行为,比如滥发垃圾短信、垃圾邮件等等。因此,如果说需要处罚的话,也应该处罚后续滥用行为,而不是之前的信息扩散行为。对上述危害性并不严重的行为,在尚未规定行政处罚的情况下,径直采用刑事处罚的方法,难免有违背刑法谦抑性原则。“刑法在根本上与其说是一种特别法,还不如说是其他一切法律的制裁力量。”^[6]因此,首先应当对上述行为采用行政处罚的方法,如果此方法不能奏效,再采用纳入刑法调控的范围也为时不迟。^[7]《刑法修正案(七)》第8条增设了组织未成年人进行违反治安管理活动罪。在被组织者的行为并不构成犯罪的情况下,将组织行为认定为犯罪,缺乏十分充分的理论根据,极易导致刑法的打击面不适当地扩大。上述种种规定,都是过度犯罪化的表现。须知,“即使行为侵害或威胁了他人的生活利益,也不是必须直接动用刑法。

① 例如,在1997年刑法公布之前,金融机构吸收客户资金不入帐的行为十分普遍,却未对其进行过行政和经济方面的处罚,1997年刑法直接将此种行为规定为犯罪,然而,由于银行内部监管的到位,这种行为很快销声匿迹,于是刑法第187条成为一个闲置无用的条款。

可能的话，采取其他社会统制手段才是理想的。”^[8]

（二）绑架罪的法定刑设置依然过重

《刑法修正案（七）》对于绑架罪的修订，回应了司法实践中存在的一些问题，在刑事立法宽缓化方面作出了有益尝试，但绑架罪的刑罚配置仍然过重。

首先，修正后的绑架罪规定，对两种性质不同的加重结果仍然未做区分，对“致使被绑架人死亡”情形配置的刑罚明显偏重。“致使被绑架人死亡”和“杀害被绑架人”是绑架罪的两种加重根据。“杀害被绑架人”是行为人故意实施的，而行为人“致使被绑架人死亡”通常是出于过失，而且在现实生活中“致使被绑架人死亡”存在多种情形，社会危害性也各异，将“致使被绑架人死亡”与“杀害被绑架人”两种社会危害性存在重大区别的情形并列，一概配置最严厉的死刑，对“致使被绑架人死亡”情形的法定刑配置明显偏重，违反了罪责刑相适应原则。

其次，绑架罪的法定起刑点仍然偏高。《刑法修正案（七）》第6条规定：“以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”绑架者的犯罪目的是获取非法利益，绑架人质仅仅是一种手段与方法。为此，在绑架罪的犯罪对象中，非法利益是主要的犯罪对象，侵犯他人的人身权益服从于犯罪目的，这一点不同于故意杀人罪。故意杀人罪侵犯的是他人的生命权，为专属法益，一旦损害则不可能恢复原状，而财产等其他权益通过某种手段则可以加以恢复，虽然两者侵犯的法益具有重合之处，但着眼点还是有所区别。如行为人甲基于杀人的故意，将被害人砍伤，后基于害怕受到法律处罚而自动中止犯罪，对行为人甲可能判处三年以下有期徒刑；如行为人乙基于勒索财物的目的绑架人质，后基于害怕受到法律处罚而自动释放人质，对行为人乙可能判处五年以上有期徒刑。显然前者造成的后果较为严重，反而量刑较轻。正如有学者指出：“诚然，绑架罪严重威胁公民的人身安全，但总体而言，其危害不会大于故意杀人罪和抢劫罪。”^[9]而我国现行刑法典中故意杀人罪和抢劫罪的最轻量刑档次均为“三年以上十年以下有期徒刑”，从保护法益的重要性以

及实际情况来看，将绑架罪的法定最低刑规定为5年有期徒刑仍然过高过重，不符合罪责刑相适应原则。

四、严惩腐败犯罪，但相关立法仍然存在可商榷之处

《刑法修正案（七）》在第13条增设了与国家工作人员关系密切的人受贿犯罪的规定，把受贿犯罪的主体作了较大幅度的扩张，在第14条将巨额财产来源不明罪的法定最高刑由原来的5年有期徒刑提高到10年有期徒刑，较好地满足了反腐败斗争的需要。然而从有关立的具体内容来看，存在可商榷之处。

首先，将受贿犯罪的主体扩大到“关系密切的人”容易导致罪刑擅断。《刑法修正案（七）》13条将受贿犯罪的主体范围扩大到国家工作人员的近亲属以及其他与该国家工作人员关系密切的人。从字面上分析，行为人必须具备特殊身份（与国家工作人员关系密切）才能构成本罪，因而本罪主体属于特殊主体。一般认为，特殊主体的特殊身份必须是在行为人开始实施危害行为时就已经具有的特殊资格或已经形成的特殊地位或状态。^[10]然而，由于“关系密切的人”这一概念过于模糊，在司法实践中往往难以判断，反而可能在认定上会产生因果关系倒置的情形。即只要行为人对国家工作人员实施了有效的影响力，即被认为对国家工作人员有足够的影响力，从而被认定是与国家工作人员关系密切的人。如此一来，成立本罪只需要根据行为人实施了有效的影响这一结果定罪即可，而无须再去审查行为人是否真的与国家工作人员关系密切。“关系密切的人”这一概念也就难免有可能成为司法人员滥用权力对行为人任意出入人罪的借口。同样，尽管行为人对国家工作人员实施了影响力，也可以否认与国家工作人员关系密切，从而又使得“关系密切的人”这一概念成为犯罪人作无罪辩解的理由。^[11]由此不难看出，将受贿犯罪的主体扩大到与国家工作人员“关系密切的人”，容易导致罪刑擅断，似乎不妥。

其次，巨额财产来源不明罪的刑种较为单一。《刑法修正案（七）》第14条规定：“国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令该国家工作人员说明来源，不能

说明来源的,差额部分以非法所得论,处五年以下有期徒刑或者拘役;差额特别巨大的,处五年以上十年以下有期徒刑。财产的差额部分予以追缴。”对行为人构成巨额财产来源不明罪的,仅对财产的差额部分予以追缴,而不予处以罚金。如此规定明显不妥。巨额财产来源不明罪的直接客体虽然是国家公职人员从事职务的廉洁性,但是本罪的源头实际上是贪利性犯罪,只不过没有充分的证据加以证明。“罚金刑无论从抑制贪欲,预防犯罪的角度还是从让犯罪人欲得反失,强调惩罚的角度看都大有必要。”^[12]对行为人构成巨额财产来源不明罪的,仅对财产的差额部分予以追缴,显然放纵了犯罪分子,滋长了其拒不交待的底气,不利于发挥本罪的威慑力和惩罚功能。因此,对巨额财产来源不明罪,除了判处实体刑罚外,还应该没收、追缴全部非法所得,并处罚金。同时,我们应当认识到,巨额财产来源不明罪只是不完美制度下的一种不得已的选择,^[13]可取的做法应当是尽快建立财产申报制度,制定国家工作人员财产申报法,从而有效遏制贪污腐败犯罪。否则,巨额财产来源不明罪即便将法定刑提升得更高,也难如人意,终究还是难以发挥本罪设立的初衷或主动遏制犯罪的功能。

最后,个别条文用语欠规范,内涵和外延不甚明确。《刑法修正案(七)》将国家工作人员(或离职的国家工作人员)的近亲属以及“其他与该国家工作人员(或离职的国家工作人员)关系密切的人”作为受贿犯罪的独立主体,扩大了反腐败的范围,加大了反腐败的力度。但是,对于“其他与该国家工作人员(或离职的国家工作人员)关系密切的人”的范围如何界定,根据不同的标准,可能得出不同的解释。王作富把“其他与国家工作人员关系密切的人”概括为三种类型:第一种是男女双方存在着不正常或者正常的情感关系,表现亲密,超出一般同志关系的人;第二种是近亲属之外的亲戚朋友,因为双方存在共同利益关系从而形成了密切关系的人;第三种是因为情趣相投而形成密切关系的人,如酒友、

棋友、牌友、票友、旅友等等。^[14]但是,这仍然属于形式界定,“其他与国家工作人员关系密切的人”范围难以确定,容易造成司法适用的困难,不能不说是一个需要解决的实际问题。

参考文献:

- [1] 马克昌.论宽严相济刑事政策的定位[J].中国法学,2007,(4).
- [2] 大谷实.刑法讲义总论[M].4版.东京:成文堂,1994:70;马克昌.比较刑法原理[M].武汉:武汉大学出版社,2002:76.
- [3] 翁凯一.宽严相济在刑事立法中的适用及前景——以《刑法修正案(七)》为例[J].法学杂志,2009,(6).
- [4] 赵秉志.刑法修正案最新理解适用[M].北京:中国法制出版社,2009:13.
- [5] 陈正云.刑法的精神[M].北京:中国方正出版社,1999:1-2.
- [6] 卢梭.社会契约论[M].何兆武,译.北京:商务印书馆,1962:63.
- [7] 侯国云.刑法修正案(七)(草案)修改建议[J].人民检察,2008(23).
- [8] 张明楷.刑法格言的展开[M].北京:法律出版社,1999:104.
- [9] 赵秉志,赵远.试论绑架罪的立法完善[N].法制日报,2009-2-18,(12).
- [10] 高明暄,马克昌.刑法学[M].2版.北京:北京大学出版社,2005:104.
- [11] 左坚卫,赵恩颀.对《刑法修正案(七)》的解读与反思[Q]//赵秉志,陈忠林,齐文远.新中国刑法60年巡礼下卷:聚焦《刑法修正案(七)》.北京:中国人民大学出版社,2009:1536.
- [12] 马克昌.刑罚通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999:177.
- [13] 苏明月.制度不足与兜底条款[C]//赵秉志,陈忠林,齐文远.新中国刑法60年巡礼下卷:聚焦《刑法修正案(七)》.北京:中国人民大学出版社,2009:1645.
- [14] 吴华清.斡旋受贿犯罪主体的扩张与界定[J].中国检察官,2009,(4).

责任编辑:肖建新