

《反间谍法》五种间谍行为的刑法罪名适用问题浅析

谭伟民

国际关系学院 北京 100091

摘要:《反间谍法》对五种间谍行为做出了定义,与刑法间谍罪等罪名的规定相比,扩大了间谍行为主体的范围,具体可以细分为三类主体和准三类主体。其他间谍行为与刑法的相应条款相比也出现一定程度的扩张,并加入了兜底性的条款,但缺乏对间谍等概念的定义。未来刑法在适应《反间谍法》相关行为定义的扩张的同时,更应明晰既有的国家安全概念的范围,同时继续保持其原有的谦抑性。

关键词:反间谍法;间谍行为;间谍组织;刑法;国家安全

中图分类号:D922.14 文献标识码:A 文章编号:2095-4379-(2017)33-0088-02

作者简介:谭伟民(1984-),男,汉族,辽宁鞍山人,国际关系学院2016级法律专业硕士,研究方向:宪法行政法及国家安全法。

一、问题的提出

《反间谍法》对5种间谍行为做出了定义,并设定了刑事责任。^①然而《刑法》对于间谍罪的处罚规定仅为2种。^②显然《反间谍法》对间谍行为的解释要比《刑法》间谍罪的相关规定更为宽泛,然而两者相互交叉,显然《刑法》第一百一十条所规定的间谍罪无法涵盖《反间谍法》第三十八条所涉及的五种间谍行为。本文试图对此问题进行分析,探讨《刑法》与《反间谍法》就此问题的衔接。

二、既有研究

张明楷教授曾注意到了此问题,他认为《刑法》第110条仅将(《反间谍法》——笔者注)其中的部分行为以间谍罪论处;对于《刑法》第110条规定之外的其他行为,只能以其他犯罪(如背叛国家罪、投敌叛变罪等)论处。^③或许出于篇幅的考虑,张明楷教授并没有对此问题深入展开。实际上,《刑法》第110条的间谍罪行为与反间谍法第38条的间谍行为内容虽有交叉,但互不包含。《反间谍法》规定的五种间谍行为内容除了涉及到《刑法》第110条间谍罪以外,还涉及到《刑法》第111条“为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪”。但考察背叛国家罪、投敌叛变罪,诚然在某种程度上是间谍罪的外延,如《刑法》102条的“背叛国家罪”是指“勾结外国,危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全的”,或“与境外机构、组织、个人相勾结,犯前款罪的”;“《刑法》第108条投敌叛变罪,是指中国公民投奔敌人营垒进行危害国家安全的活动,或者在被敌人捕俘后投降敌人进行危害国家安全活动的行为。”^④但两者事实上要想涵盖《反间谍法》规定的5种间谍行为都需要对法条做出扩大解释,否则还是无法涵盖《刑法》间谍罪行为之外的《反间谍法》规定的五种间谍行为。

三、对《反间谍法》规定的五种间谍行为和《刑法》相关罪名的比较分析

总体来看,《反间谍法》对于五种间谍行为的规定与《刑法》第110条相比显得十分复杂,第38条第(四)项与《刑法》第110条第(二)项有较明显的对应关系,第(五)项为兜底条款,除此以外前三项内容相互之间存在交叉,与《刑法》规定不存在明显的对应关系,通过列表详细说明(见表格1)五项间谍行为与《刑法》相关罪名的比较。

(一)涉及间谍组织及其代理人相关的行为

从主体上看,《反间谍法》第38条第(一)项的行为主体有三类,均和间谍组织及其代理人相关:I类

主体是间谍组织及其代理人本身,II类主体是I类主体指使、资助的第三者,III类主体是与I类主体勾结的境内外机构、组织、个人。

那么第(一)项行为和第(二)项行为的不同之处则在于行为的客观方面。第(一)项行为要求实施了危害国家安全的活动,而第二项无此要求。而在《刑法》上,对于第(一)项行为主体并没有具体的适用罪名,按照实施的行为即危害国家安全的活动,则可将此项间谍行为的外延扩张到《刑法》第二编第一章的所有罪名。在总体国家安全观提出以及新的《国家安全法》出台以后,国家安全的范围有了前所未有的扩大,危害国家安全的行为如何定义,在《刑法》中是否要做出相应的扩大,也是一个亟待解决的问题。

(二)参加间谍组织或接受间谍组织及其代理人的任务的行为

《反间谍法》第38条第(二)项内容看似与《刑法》第110条第(一)项可以对应,然而通过对比可以发现,《刑法》第110条第(一)项除了主体行为的规定以外还要求有危害国家安全的结果,这是反间谍法第38条第(二)项所不具备的构成要件。如上文所说反而《反间谍法》第38条第(一)款要求具有危害国家安全的结果。因此可以得出的结论是参加间谍组织或接受I类主体的任务的行为都是间谍行为,无论是否造成危害国家安全的结果;而作为I类主体实施、I类主体指使、资助他人(即II类主体)实施或者境内外机构、组织、个人与I类主体相勾结(即III类主体)实施的行为需要有危害国家安全的要件才构成间谍行为。那么是否可以得出这样一个结论:上述行为只要未危害国家安全的行为则不是间谍行为。因此,这样的细分是否有必要还是值得商榷的。

(三)涉及间谍组织及其代理人以外的其他境外机构、组织、个人的相关行为

在行为主体上,此项内容与第一项的区别是比较明显的,即间谍组织及其代理人以外的其他境外机构、组织、个人的相关实施行为。具体也包括三类:一是I类主体以外的其他境外机构、组织、个人,这里称之为准I类主体;二是准I类主体指使、资助的第三者,称之为准II类主体;三是与准I类主体相勾结的境内机构、组织、个人,称之为准III类主体。

在行为客观方面,第(三)项要比第(一)项更加严格,具体而言为两类:一是窃取、刺探、收买或者非法提供国家秘密或者情报;二是策动、引诱、收买国家工作人员叛变的活动。对于第一类窃取、刺探、收买或者非

法提供国家秘密或者情报在《刑法》上有第 111 条“为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪”可以与之对应。区别在于《刑法》上该行为的目的对象为境外的机构、组织、人员,至于是否是间谍机关及其代理人在所不问,事实上包括了 I 类主体、准 I 类主体以及 II 类主体和准 II 类主体的境外部分主体。而对于 I 类主体,则罪名适用上更为适合的是《刑法》第 110 条第(一)项。而对于第二类策动、引诱、收买国家工作人员叛变的活动是对比《刑法》的规定无疑是一种新列举新的间谍行为,在无法按照间谍罪适用罪名时,现阶段是否可以考虑以危害国家安全行为如投敌叛变罪或者叛逃罪的教唆犯来进行定罪,未来可以在间谍罪中增设一项来解决此问题。

(四) 为敌人指示目标的行为

《反间谍法》第 38 条第(四)项《刑法》第 110 条第(一)项的对应关系是比较明确的,区别在于两点。一是在具体行为上,《反间谍法》使用了攻击目标一词,而《刑法》用的是轰击目标,《反间谍法》的行为范围又有所扩大。二是《刑法》在为敌人指示攻击目标行为的同时,还要求具有危害国家安全的后果,在此情况下虽然此后果是否具有约束的必要性是有疑问的。

(五) 进行其他间谍活动的行为

《反间谍法》在定义间谍行为时使用了兜底性条

表 1 《反间谍法》间谍行为与《刑法》相关罪名的对应和比较

反间谍法			刑法			
间谍行为			危害国家安全犯罪			
法条	行为主体	行为危害	法条	行为	危害	
反间谍法 38 条第(一)项	I 类: 间谍组织及其代理人	实施危害中华人民共和国国家安全的活动	刑法第二编第一章	危害国家安全犯罪		
	II 类: I 类指使、资助的第三者					
	III 类: 与 I 类相勾结的境内外机构、组织、个人					
反间谍法 38 条第(二)项	参加间谍组织		刑法 110 条第(一)项	参加间谍组织	危害国家安全的	
	接受 I 类主体的任务的			接受 I 类主体的任务的		
反间谍法 38 条第(三)项	I 类主体以外的其他境外机构、组织、个人(准 I 类主体)	窃取、刺探、收买或者非法提供国家秘密或者情报	第 111 条	为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的		
	准 I 类主体指使、资助的第三者(准 II 类主体)					
	与准 I 类主体相勾结的境内机构、组织、个人(准 III 类主体)					
反间谍法 38 条第(四)项	为敌人指示攻击目标的		刑法 110 条第(二)项	为敌人指示轰击目标的	危害国家安全的	
反间谍法 38 条第(五)项	进行其他间谍活动的					

[注 释]

①<反间谍法>第 38 条定义的间谍行为包括:(一)间谍组织及其代理人实施或者指使、资助他人实施,或者境内外机构、组织、个人与其相勾结实施的危害中华人民共和国国家安全的活动;(二)参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的;间谍组织及其代理人以外的其他境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施,或者境内机构、组织、个人与其相勾结实施的窃取、刺探、收买或者非法提供国家秘密或者情报,或者策动、引诱、收买国家工作人员叛变的活动;为敌人指示攻击目标的;进行其他间谍活动的。同时<反间谍法>第 27 条第 1 款规定“境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施,或者境内机构、组织、个人与境外机构、组织、个人相勾结实施间谍行为构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

款,即第 38 条第(五)项“进行其他间谍活动的”。显示出相较于《刑法》对于间谍罪行为的 2 项列举,《反间谍法》的有限列举加兜底性条款的定义无疑是间谍行为的范围大大地扩大了,实质上将间谍行为等同于间谍的行为。但却没有对间谍一词给出没有定义,在某种程度上导致了循环定义和定义的嵌套,不能不说是一大遗憾。在此情况下,《刑法》由于其自身的谦抑性加入兜底条款的可能性不大,因此两者间如何协调和衔接仍值得探讨。

四、结论

通过将《反间谍法》定义的五种间谍行为与《刑法》的相关罪名进行比较分析可以看出,《反间谍法》对间谍行为的定义范围比《刑法》要更加扩大,前三项行为的定义体现了分类的细致,但有些方面存在相互重复的问题,第二、四项与《刑法》间谍罪可以一一对应,但第一、三项的加入与第二项产生交叉重复,同时大幅扩大了间谍行为的范围,兜底条款的采用过于保守,而缺乏对间谍一词的定义使得间谍行为的边界不明,容易受到诟病。从《刑法》角度来说,今后修法时应当考虑《反间谍法》定义的五种间谍行为,适当调整以保持法律的一致性,同时对国家安全等概念在刑法内的范围做出进一步的明确。

②<刑法>第 110 条规定的间谍罪包括:一是参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的,二是为敌人指示轰击目标的。
③张明楷. 刑法学(下)[M]. 第五版. 北京: 法律出版社, 2016: 684.
④张明楷. 刑法学(下)[M]. 第五版. 北京: 法律出版社, 2016: 683.