

论新形势下危害国家安全罪

孙继科

(郑州大学 法学院, 郑州 450001)

[摘 要]危害国家安全罪法定犯的性质,决定了在保护国家安全法益方面刑法与国家安全法律的一体性及刑法自身的受限性。伴随新《国家安全法》《反间谍法》《反恐法》等国家安全法律的相继实施,我国已经构筑起以新《国家安全法》为统筹以其他特定领域安全法、刑法为内容的完整的保护国家安全的法律体系。同时,在总体国家安全观业已确立、间谍行为扩大化、行政责任宽严两极化的局面下,刑法必须顺势而为,积极贯彻新《国家安全法》总体国家安全观的理念、反思自身规制的行为、恰当处理与行政责任的衔接。刑法应然的做法是,在立法层面,改变仅将“国家安全”理解为政治、军事安全的传统理念,重构首章罪名体系,将传统安全类罪名作为第一节规定,将恐怖活动类犯罪作为第二节规定,涉及其他安全类罪名进行兜底式规定,增加首章的包容性和协调性,以空白罪状修改间谍罪规定,堵截处罚漏洞;在司法层面,在划清刑事责任与行政责任界限的同时,在确定间谍罪刑事责任时必须对《反间谍法》第27条第2款、第28条的规定给予必要的观照,避免唯刑法论的错误思维。

[关键词]总体国家安全;危害国家安全罪;法定犯;责任衔接

[中图分类号]D90 [文献标志码]A [文章编号]1000-8284(2017)03-0100-07

DOI:10.19309/j.cnki.zyx.2017.03.026

国家安全是国家长治久安的必要保证,危害国家安全罪作为最严重的犯罪,历来是立法者规制的重点。近几年来,有关国家安全行政性法律立法频繁,如新《国家安全法》《反间谍法》《反恐法》相继出台,展示了立法者在面对现实局面下保护国家安全新思路、新想法。在新的形势下,刑法中危害国家安全罪是否也应进行同步反思?同步反思的理论基础何在?

一、起点论:危害国家安全罪是法定犯

犯罪可以分为自然犯和法定犯,“自然犯是违反正直和怜悯最基本的道德情绪,在任何文明社会都不能否认这种犯罪并可以适用刑罚加以抑制的行为;法定犯是法律规定予以禁止的行为,只说明法律认为什么是犯罪行为,是由于某些国家的具体情况而规定的”^[1]。对于自然犯与法定犯的区分标准尽管理论上存在诸多争议,但是主流见解认为区分标准在于犯罪行为的违法性与伦理道德关系上。自然犯行为的违法性与其说是刑事违法性,毋宁说是明显悖德性。现代意义上的法定犯虽非完全无涉道德,但其不以伦理道德为依归,而是偏离伦理道德由立法者进行考量后的结果。换言之,从行为人角度看,自然犯违法性容易认识,法定犯违法性不容易认识(需借助法律认识)。从行为性质上看,自然犯是对刑事规范的突破,法定犯则是在行政规范基础上对刑法规范的二次突破,从而呈现双重违法性特征。相应的,法定犯较之自然犯具有较强的专业性和技术性。

[收稿日期]2017-01-21

[作者简介]孙继科(1990-),男,河南鲁山人,硕士研究生,从事刑法学理论与实践研究。

危害国家安全罪是自然犯,还是法定犯?在礼法结合的古代社会,危害国家安全的犯罪由于适用刑罚严酷,从而一定程度上强化了行为本身的“恶性”,更倾向于其为自然犯。然而,现代意义上的危害国家安全罪(刑法分则首章罪名)应认为是法定犯。究其原因:首先,“国家”和“国家安全”都是观念的、抽象的存在,危害国家安全的行为,并不像典型的自然犯(故意杀人罪、强奸罪、抢劫罪)给人以直观的感受,导致行为的悖德性并不直观、明显,其更多地反映出立法者出于维护社会整体秩序的需要将特定危害国家安全的行为规定为犯罪。其次,危害国家安全罪彰显出双重违法性的特征,犯罪行为既违反与国家安全相关法律法规的规定,也触犯《刑法》的具体规定,例如,间谍行为既为《反间谍法》所禁止,又为《刑法》所禁止。再次,危害国家安全罪具有较强的专业性,危害国家安全的行为是否入罪通常人们不能通过道德规则和生活常识来判断识别,而必须借助于专业的知识进行,例如,资助敌人的行为通常被认为是违反道德的,但并不当然得出构成资敌罪的结论,是否构成资敌罪必须严格依据刑法对该罪犯罪构成的规定才能确定。因此,危害国家安全罪系法定犯,而非自然犯。

法定犯的属性使刑法出现了内外之别,刑法之内判断行为是否构成犯罪必须严格依据刑法对特定犯罪构成要件的规定进行确定,刑法之外“环抱”在刑法周围诸多相关法律法规的存在,对刑法进行着“诠释”和“理解”。刑法之内与刑法之外结合成为一个有机的整体,从而在保护国家安全法益方面,法律适用的过程,恰恰是调动所有相关法律规范进行全方位、整体性、一体性保护的过程,同时,也因为相关法律规范的存在,呆板的、生硬的刑法条文开始灵动起来,彰显出“生命的活力与光彩”。

二、关系论:刑法之内与刑法之外

刑法之内与刑法之外关系是指在保护国家安全方面,刑法自身与国家安全法律之间的关系。国家安全法律,并不限于《国家安全法》,主要包括新《国家安全法》《反间谍法》《反恐法》,在未来有可能进一步包括《网络安全法》《食品安全法》等法律。在讨论二者关系前有必要对国家安全法律内部进行必要澄清。

(一) 国家安全法律内部关系

新《国家安全法》在国家安全法律体系中居于“领导性地位”,对保护国家安全做出了全局性的、一般性的规定,具有统筹指导的意义。《反间谍法》《反恐法》是特定领域里维护国家安全的“专门法”,将新《国家安全法》的抽象规定在特定安全领域具体化。例如,新《国家安全法》第15条中规定:国家依法惩治窃取、泄露国家秘密等危害国家安全的行为。《反间谍法》在该原则性规定的基础上,对国家安全机关的职权、公民在反间谍行为中权利和义务、间谍行为的类型和法律责任进行了详细的规定。又如,新《国家安全法》第28条中规定:国家依法取缔恐怖主义活动组织和严厉惩治暴力恐怖活动。而《反恐法》重申国家反对一切形式的恐怖主义,并对恐怖主义进行了定义,明确了恐怖活动的行为类型和恐怖组织及人员的认定。《反恐法》《反间谍法》变《国家安全法》抽象规定为具体的可操作的制度性规定,确保《国家安全法》统筹性地位得以实现。

(二) 国家安全法律与刑法关系

由于刑法立法模式是以保护特定法益为引导,并在行为基础上考量行为人承担刑事责任的轻重并最终确定行为人责任。因而,对于刑事立法和司法而言,法益、行为、责任对于刑法具有决定性意义,下文将依次展开论述。

1. 保护理念层面。《国家安全法》作为国家安全法律体系中的“领导法”和“最高法”,对国家安全相关的法律有统筹全局的意义。刑法中设置危害国家安全罪,其目的在于采用严厉的手段保护国家安全法益免受不法侵害,遏制严重危害国家安全的行为产生。这与新《国家安全法》的理念是一脉相承的,新《国家安全法》第1条开宗明义指出其立法直接目的在于维护国家安全,深层意义在于维护社会主义制度,为现代化建设创造良好的外部环境,实现民生利益的保障,最终目标在于实现中华民族的伟大复兴。也即新《国家安全法》是站在更为宏大的、长远的角度对维护国家安全做出原则性规定。此外,《反间谍法》第1条表明,《反间谍法》保护的理念在于通过构建以“间谍行为”为中心、“前期预防、中期制止、后期惩罚”三位一体的体系,以最大限度减少和消除间谍行为。《反恐法》第1条则表明,《反

恐法》重申立法目的在于维护国家安全,为此,通过不断加强反恐怖主义工作,防范和惩治恐怖活动。因此,《反间谍法》《反恐法》,包括《刑法》在内,既不能与《国家安全法》理念抵触,又必须确保“领导法”的保护理念得到积极的贯彻执行。

2. 规制行为层面。国家安全法律所调整的行为在性质上为违法行为,刑法所规制的行为在性质上为犯罪行为(严重的违法行为)。由于危害国家安全罪系法定犯,因而,刑法所规制的行为以前置性法律规范(国家安全法律)所调整的行为为基础。如新《国家安全法》第15条规定和我国刑法首章罪名体系一一呼应,又如《反间谍法》对“间谍行为”进行了详细的规定,相应的《刑法》对间谍罪的构成要件做出了具体的规定。而《反恐法》对“恐怖活动行为”进行了列举式规定,我国《刑法修正案九》中也顺势增设招募、运送恐怖活动人员罪,利用极端主义破坏法律实施罪等罪名^[2]。因此,危害国家安全的犯罪行为应源自于国家安全法律所禁止的行为。

3. 责任衔接层面。一般而言,如果把其他部门法比作第一道防线,那么刑法便是第二道防线,没有刑法做后盾、作保证,其他部门法往往难以贯彻实施^[3]。反观法律具体规定,就国家安全的保护而言,国家安全法律主要采用行政责任的方式,如《反恐法》第85条-第88条采用行政处罚,《反间谍法》第29条-第32条、《反恐法》第80条、第81条采用行政拘留等,而刑法分则罪名则采用了刑罚这一最严厉的责任方式,剥夺个人自由甚至直接剥夺个人生命。因此,刑法与国家安全法律应当是刑法在上、国家安全法律在下,并且刑法以保障法角色出现的高低位阶关系。然而,国家安全法律并未单纯的仅对行政责任进行规定,而是偶然的对刑事责任的减免进行了规定,如《反间谍法》27条第2款、第28条之规定。从而使二者呈现交叉关系的特征。故而,相较规制行为层面关系而言,二者表现出相对复杂的特征,既存在位阶关系又有交叉关系。

伴随新《国家安全法》《反间谍法》《反恐法》等行政性法律的相继实施,我国已经构筑起以新《国家安全法》为统筹以其他特定领域安全法、刑法为内容的完整的安全法律体系。刑法除了必须贯彻新《国家安全法》的保护理念外,必须恰当的处理与特定领域安全法在行为、责任层面的衔接,刑法表现出受限性特征,这种特征决定了在国家安全法律发生变动之际,刑法必须应时而变、顺势而为,才能在有序衔接和良性互动中最大限度的实现保护国家安全的现实需要和时代需求。

三、变迁论: 国家安全法律

从形式上看,国家安全相关法律近几年来立法修改增设频繁,在原有《国家安全法》基础上修改为《反间谍法》,同时增加新《国家安全法》和《反恐法》两部法律来应对国家安全保护的现实需要。透过现象反思问题的实质,国家安全法律的主要变动具体表现在以下方面:

(一) 总体国家安全观的确立

1993年颁布实施的《国家安全法》虽然未对“国家安全”的内涵和外延做出明确的界定,但《国家安全法》第4条对“危害国家安全的行为”进行了具体的、列举式规定。危害国家安全的行为包括下列行为:分裂国家,对抗政府和社会主义制度的行为;间谍行为;针对国家秘密实施的行为;诱发国家工作人员叛变的行为;针对国家安全的其他破坏行为。透过这些规定,我们可以看出,此时的国家安全主要还是停留在政治安全和军事安全领域。这些包含传统安全要素的安全观理论上称为狭义的国家安全。事实上,在狭义国家安全之外还存在广义国家安全概念。广义的国家安全将非传统国家安全要素(经济安全、食品安全、网络安全等)亦纳入其中。相较而言,非传统安全具有无形性、非暴力性、后果严重性的特点对于国家安全的危害更甚。因此,当前我国国家安全呈现出非传统安全问题日益凸显,传统国家安全问题并没有消失,而是与非传统国家安全问题同时存在、相互交叉、相互影响、相互作用^[4]的特点。正是面对现实的情况,习近平总书记明确指出:当前国家安全内涵和外延比历史上任何时候都要丰富,时空领域比历史上任何时候都要宽广,内外因素比历史上任何时候都要复杂^[5]。新《国家安全法》积极贯彻习总书记在国家安全方面的思想和理念,对国家安全及国家安全观做出明确的规定。其中,第3条明确指出:国家安全工作应坚持总体国家安全观。全新的国家安全理念“总体国家安全观”的确立实现了从狭义国家安全到广义国家安全,从“传统二元”走向“非传统无穷尽”的历史性转折,标志着我国国

家安全法在国家安全理念上的重大转变。

(二) 规制行为扩大化

国家安全法律的颁布意在预防和减少危害国家安全的行为,同时,在发生危害行为时能够及时地运用处罚机制消除行为给社会带来的不良影响。因此,国家安全法律对国家安全系统下诸多参与主体(公民和组织、违法分子、国家安全机关)的行为做出了具体的规定,具体可以分为两类:第一类,违法分子的行为(潜在的或现实的),该类行为是国家安全法律主要规制的行为,意在明确直接危害国家安全的行为类型。如间谍行为、恐怖活动行为。第二类,公民和组织及国家安全机关的行为,该类行为是国家安全法律次要规制的行为,用以保障国家安全法律的有序实施,构建良性的违法应对机制。如新《国家安全法》第三章对各国家机关维护国家安全职责的做出规定,并且在第7条明确强调:任何个人和组织除了不得实施危害国家安全行为外,也不得向实施该行为的个人或者组织提供资助或协助。

国家安全法律在上述两类行为上都表现出扩大化的趋势。前者以间谍行为最为典型。1993年颁布实施的《国家安全法》由于是包括反间谍工作在内但不限于反间谍的全面的国家安全范畴,因而并未对“间谍行为”做出明确具体的规定。对“间谍行为”的规制主要有赖于《刑法》对“间谍罪”的规定。《刑法》第110条将间谍罪的客观行为规定为两种:一是参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务;二是为敌人指示攻击目标。《反间谍法》在参照原《国家安全法》和《刑法》有关规定的基础上,对间谍行为做明确列举。在上述两类行为基础上增加三类行为,从而使“间谍行为”表现出扩大化的倾向。换言之,《反间谍法》实施以后,间谍行为的内涵较之早前更加丰富。后者以《反间谍法》第33条的规定为典型,作为新增的法律条文,《反间谍法》禁止涉案人员和相关人员对涉案财物进行非法处置,保障国家安全机关正常的调查、侦查活动,防止国家安全和利益遭受进一步危害。从而国家安全法律在次要规制行为上呈现出扩大化趋势。

(三) 宽严两极化

宽严两极化具体指的是“不予追究”相对更严把握,“自首、立功、重大立功”相对更宽把握,从而使宽严向两级发展。《反间谍法》第28条对实施间谍行为后在特定情形下责任不予追究进行了明文规定。与1993年通过实施的《国家安全法》相比,《反间谍法》在“不予追究”方面表现出以下特点:一是“不予追究”的前提中增加“有悔改表现”这一行为要件,使得不予追究的条件更加严苛;二是“可以不予追究”也即纵然满足以上诸多条件,国家安全机关仍然保留追究刑事责任的自由裁量权。《反间谍法》在“不予追究”的更严掌握,应该说严格贯彻了《反间谍法》第6条的精神:一切危害国家安全的间谍行为都必须受到法律追究的总原则。对于“自首、立功、重大立功”情形下刑事责任,《反间谍法》第27条第2款明确规定。与1993年通过实施的《国家安全法》相比,《反间谍法》对“自首、立功、重大立功”的优惠待遇已经突破了行为必须构成“间谍罪”这一硬性要件限制,意在鼓励间谍分子能够及时地实施自首、立功、重大立功行为,以消除或减轻间谍行为的违法性和社会危害性。在有宽有严、宽严相济的基础上,使得对危害国家安全行为的责任承担上呈现出宽严两极化的特征。

四、问题论:刑法中危害国家安全罪

事实上,变迁后的国家安全法律对刑法产生了新的“冲击”,刑法中危害国家安全罪面临法益内涵重构、规制行为反思、法律责任衔接诸多的问题。具体而言:

(一) 法益内涵滞后,罪名体系失当

危害国家安全罪侵害的法益是国家安全,具体指的是我国的主权、领土完整和安全、人民民主专政的政权和社会主义制度的安全^[6]。易言之,当前刑法中对国家安全法益的理解仍然囿于传统的政治安全和军事安全,缺乏总体国家安全观宏大的思维理念。总体国家安全观作为对国家安全的更深入认识,表明了国家已经从传统的“敌我矛盾”敌对式保护国家安全向依赖保障民生利益维护国家安全思路上的转变,由维护国家利益向维护公民利益转变,契合了刑法由国权主义刑法向民权主义刑法转变的历史发展路径。国权主义刑法以国家利益为出发点,将人民放在对立的位置,通过限制国民行为以实现对国家利益的保护。民权主义刑法是通过限制国家行为以保护国民利益为出发点的刑法^[7]。作为民权主

义刑法核心内容罪刑法定原则业已成为刑法首要的基本原则的情况下,刑法更应坚持民权主义的刑法观。从而,在维护国家安全法益方面更应关注与民生相关的民生利益(经济安全、食品安全、环境安全等),以民生利益的关注和维护化解传统政治安全和军事安全的难题。

与保护法益紧密相关的是刑法分则首章罪名体系。现行刑法分则首章比较集中的规定了12种典型的危害国家安全罪,总体上可以划分为三类:一是危害国家安全颠覆政权的犯罪,如背叛国家罪、分裂国家罪、煽动分裂国家罪、武装叛乱罪、暴乱罪、颠覆国家政权罪、煽动颠覆国家政权罪以及资助危害国家安全犯罪活动罪;二是叛变、叛逃犯罪,如投敌叛变罪、叛逃罪;三是间谍、资敌罪,如间谍罪,为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪,资敌罪^[8]。这些罪名是现阶段坚持传统国家安全的必然结果。然而,一旦确定国家安全法益系总体的国家安全,那么,刑法首章罪名将极具包容性。除了传统安全罪名以外,涉及经济安全、文化安全、网络安全、食品安全等的罪名,均应纳入刑法首章罪名体系中,构建完善的、立体化维护国家安全的罪名体系,便于刑事司法实践。

(二) 处罚漏洞的客观存在

刑法上规制的行为有异于国家安全法律所规制的行为,由于刑法处罚手段更具严厉性,刑法上规制行为应是较之具有更严重社会危害性且值得科处刑罚的行为。因此,可能并不需要实现刑法和国家安全法律在规制行为层面的衔接,刑法或许有独立的考量。然而,事实上处罚的漏洞是客观存在的。在《反间谍法》对“间谍行为”进行明确界定的情况下,对刑法上“间谍行为”是否也应进行同步的理解?如果一味地固守传统的“间谍行为”的行为方式,那么对于新增加的间谍行为行为方式,在达到危害国家安全程度具有处罚必要性时,便不可避免的形成处罚上的漏洞。在罪刑法定原则之下,排除类推适用的情况下只能得出无罪的结论。

事实上,在《反恐法》对“恐怖活动”“恐怖组织”进行明确界定的情况下,刑法也同样面临上述的问题。刑法中打击恐怖活动的犯罪仅有组织、领导、参加恐怖组织罪和资助恐怖组织罪两个罪名。对于《反恐法》第3条明确规定的四种“恐怖活动行为”在达到严重社会危害性程度的情况下,如何进行处罚,是否也会形成处罚上的漏洞?尽管《刑法修正案九》先于《反恐法》颁布实施,但客观上却减少或消除了处罚上的漏洞。对于恐怖活动的第一种行为,《刑法修正案九》增设策划、准备恐怖活动罪;对于第二种行为,增设制作、散发恐怖主义、极端主义物品,宣扬恐怖主义、极端主义,煽动恐怖活动罪,利用极端主义煽动、胁迫群众破坏法律实施罪,强制佩戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪,非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪;对于第四种行为,增设资助恐怖活动培训罪^[9]。这种一一对应的关系实现了对恐怖行为一体化的规制路径,避免了处罚漏洞的存在。同时,这种采用刑法修正案的方式克服处罚漏洞的方法为“间谍罪”提供了借鉴。

(三) 刑事责任的确定唯刑法论

危害国家安全罪刑事责任的确定依据刑法进行并没有错误,然而危害国家安全罪法定犯的性质以及《反间谍法》间接对刑事责任作出规定的情况下,单纯的依赖刑法,而不考虑相关法律在保护国家安全与刑法的一体性,唯刑法确定刑事责任便是不恰当的。这种做法也许是常识性的一贯做法,也可能是有意地减少法律适用过程以节约时间,然而却忽视了《反间谍法》第27条第2款、第28条都对刑事责任的减免做出了规定这一基本事实。这样的规定是否科学呢?首先,《反间谍法》仅仅对刑事责任的量刑做出了规定,而非创设了新的罪名和法定刑,也即并不违反民主主义的原则;其次,《反间谍法》对刑事责任的规定都是给予犯罪分子的优惠待遇,意在鼓励犯罪分子能够及时做出法律认可的行为以获得优惠待遇,旨在最大限度地减少消除间谍行为造成的严重后果,维护国家安全符合《反间谍法》立法的宗旨;最后,刑事责任的规定一般建立在犯罪行为基础上,而《反间谍法》需要对间谍行为不区分行为性质(违法或犯罪)做出规定,因而旁及刑事责任的规定也是不可避免的。在此情况下,刑事责任的确定上必须突破刑法的圈子,给予相关法律必要的注意,防止人为割裂法律在体系上的一体性,违反法律的内在价值取向。

五、建议论:刑法立法与司法的应然选择

面对基于国家安全法律变动而对刑法所产生的问题,刑法必须相应地做出变动。法益内涵滞后、体

系失当、处罚漏洞存在主要是立法论的问题。而刑事责任确定唯刑法论,则更多的关涉法律适用过程中或司法论中的问题。因此,对刑法建议也有针对性的从立法和司法方面展开。

(一) 刑法立法层面

刑法立法层面应最大限度的贯彻总体国家安全观的理念,改变仅仅将“国家安全”法益理解为政治、军事安全的传统做法,以总体国家安全观为指导,在保留原有罪名的基础上吸纳相关安全领域的罪名,增强其包容性和协调性。对于规制行为而言,应实现对间谍行为规制的完整性及《刑法》与《反间谍法》之间的无缝衔接,堵截已然生成的处罚漏洞。应然的做法是:

1. 重构法益内涵及罪名体系。刑法上“国家安全”应冲破政治安全、军事安全等传统安全的束缚,更加关注“非传统类安全”,树立“总体国家安全观”的理念。相应的,在保留现行刑法首章12个罪名基础上,吸纳相关安全所涉及的罪名。涉及经济安全的,如金融领域犯罪、非法集资罪、金融诈骗罪、贷款诈骗罪等;涉及文化安全的,如侵犯商标、知识产权、商业秘密犯罪等。涉及网络安全的,如非法侵入计算机信息系统罪、非法控制计算机信息系统罪等;涉及食品安全的,如生产假冒伪劣产品罪等;涉及生态安全的,如危害公共卫生罪、破坏环境资源保护罪等。诸罪名均应纳入危害国家安全罪名体系中。

同时,恐怖活动类犯罪应当单独设一节进行规定。这主要是因为我国反恐怖主义面临严峻复杂形势,尤其是2013年、2014年爆发了一系列恐怖案件,如2013年4月23日新疆巴楚县暴力恐怖活动案件、2013年10月28日天安门金水桥暴力恐怖案件、2014年3月云南昆明暴力恐怖案件、2014年5月乌鲁木齐爆炸案、2014年7月新疆莎车县暴力恐怖事件,接二连三的恐怖犯罪案件造成了社会的不稳和民众的恐慌,我国反恐怖主义的形势十分严峻。伴随《刑法修正案九》增设恐怖活动犯罪和《反恐法》的出台,我国已经逐步构建起相对完善的反恐立法。一般认为,恐怖活动犯罪侵犯的法益是公共安全,即不特定多数人的生命财产安全。然而,恐怖活动犯罪更是对国家政治安全的巨大威胁,在总体国家安全观下更是对一国民生利益、民生安全的巨大威胁,因此,有必要设专节规定恐怖活动类犯罪,将其纳入危害国家安全罪名体系中,从而刑法首章罪名体系如下:

第一章危害国家安全罪,

第一节传统安全类犯罪(12个罪名),

第二节恐怖活动类犯罪(9个罪名),

第三节其他安全类犯罪。

2. 以空白罪状修改间谍罪的表述方式堵截处罚漏洞。能否采用刑法修正案的方式,通过增设罪名消解处罚漏洞?刑法修正案在实现刑法社会需要和与相关法律的贯通方面发挥了重要的作用,但是采用修正案的方式将会带来以下弊端:其一,刑法修正案不仅仅是刑法与国家安全法律贯通的工具,更承载着法安性基础上实现法律灵活性的使命,当二者发生冲突时,刑法必然舍弃前者照顾优位价值。其二,刑法修正案增设罪名,导致刑法罪名的庞杂,间谍罪可能被拆解为多个罪名成为类罪,事实上这种拆分完全不必要。其三,刑法修正案增设罪名过程并不是一蹴而就的,既需要经过严格的程序,又需要对实体性罪名进行诸多考量,费时费力。

因此,完全可以在立法技术上采用空白罪状堵截处罚上漏洞。刑法分则对具体罪名的罪状进行了具体的表述,表述方式可以分为四种情况:简单罪状、叙明罪状(说明罪状)、引证罪状、空白罪状(参见罪状)^[10]。空白罪状是指刑法并未对具体罪名的构成要件进行明确,构成要件必须借助其他法律、条令才能进一步明晰的情形。典型的如交通肇事罪、侵犯知识产权类犯罪等。现行刑法对间谍罪采用的是叙明罪状,由此导致了刑法与相关法律在规制“间谍行为”上的不协调,事实上刑法完全可以采用空白罪状以增强其与《反间谍法》之间的协调,修改后间谍罪的表述方式为:违反《反间谍法》的规定,从事间谍行为,应受刑罚处罚的行为。

(二) 刑法司法层面

对行为人刑事责任的确定,应恰当处理行政责任与刑事责任之间的关系,避免司法适用的简单化。对于相关行政性法律中有关刑事责任减免的规定尤其要给予高度的关注,这既是对行政性法律的必要回应,也是司法适用完整性和公正性的必然要求。

1. 以“指示性标志”明定刑事责任与行政责任的视野范围。指示性标志,具体指的是法律明确规定的关联词,认清“关联词”便把握了责任的界限,从而通过“关联词”引导,使行为进入行政责任的视野范围。进入行政责任视野最常见的表述是“情节轻微,尚不构成犯罪的”,典型的如《反恐法》第80条、第81条、第82条。当然也有不完整表述的情况,表述为“尚不构成犯罪的”,例如《反间谍法》第36条第1款第2项。进入刑事责任视野的经典表述为“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,例如,《反间谍法》第27条、第29条、第32条、第33条。这些“指示性标志”为司法适用提供了“方向标”,在明定责任界限同时,也确定法律适用的范围。

2. 间谍罪刑事责任确定必须补充适用《反间谍法》第27条第2款和第28条。《反间谍法》第27条第2款可以归纳为:行为人实施间谍行为后,自首或者立功可以从轻、减轻或者免除处罚;重大立功给予奖励。现行刑法也对“自首、立功、重大立功”下的刑事责任减免做出了规定,可简单归纳为:自首可以从轻或减轻处罚,犯罪较轻的可以免除处罚;立功可以从轻或减轻处罚;重大立功可以减轻或免除处罚。整体来看,在“自首、立功”优惠处遇上《刑法》与《反间谍法》规定基本趋于一致,问题主要集中在“重大立功”的优惠待遇,如何理解这里的“奖励”?奖励既可以指有形的物质性奖励,也可以指无形的抽象奖励,如给予减轻或免除处罚的奖励。这里的“奖励”应指物质性奖励,而非抽象的奖励。如果《反间谍法》给予的是抽象的奖励,完全可以采用像刑法一致的明确的表述方式,既然没有这样做,就应从文理解释的角度确定为“物质性奖励”。这样在行为人构成间谍罪,同时又有重大立功的情况下,既要给予行为人刑法上“可以减轻或免除处罚”的待遇,同时也要给予行为人《反间谍法》确定的“物质奖励”。双重优惠待遇完全符合国家安全法律变迁后对“自首、立功、重大立功”更宽把握的立法精神。

《反间谍法》第28条对可以不予追究的情形做出了规定。这里“不予追究”应是行政责任与刑事责任的统一。就行政责任而言,行为人实施的危害国家安全活动尚未进入刑法视野只构成一般的违法行为,只要具备其他情节,可以认为该行为不是违法行为,也无须承担行政责任。就刑事责任而言,行为人为人行为虽然符合间谍罪的构成要件,但只要同时满足其他情节,根据具体的情况,可以不认为是犯罪,不运用刑罚进行处罚。

六、结论

危害国家安全罪法定犯的性质是国家安全法律对刑法产生影响的核心所在。在保护国家安全法益方面刑法与国家安全法律具有整体性,同时在法益理念、规制行为、法律责任层面刑法呈现出受限性特征,这种特征决定了在国家安全法律业已发生变动之际,刑法中危害国家安全罪必须重构法益理念、反思规制行为、实现责任衔接。刑法应然的选择是,在立法层面,贯彻总体国家安全观理念,重构首章罪名体系,以空白罪状表述间谍罪罪状,堵截处罚漏洞;在司法层面,在明定刑事责任与行政责任基础上,确定间谍罪刑事责任时必须对行政性法律中相关规定给予必要观照,防止人为地割裂法律体系的内在一致性。

【参考文献】

- [1] 马克昌.比较刑法学原理:外国刑法总论[M].武汉:武汉大学出版社,2002:97.
- [2] 赵秉志.刑法修正案九理解与适用[M].北京:中国法制出版社,2015:84-136.
- [3] 高铭暄.中国刑法学[M].北京:中国人民大学出版社,1989:12.
- [4] 刘跃进.总体国家安全观视野下的传统国家安全问题[J].当代世界与社会主义,2014(6):12.
- [5] 习近平.坚持总体国家安全观 走中国特色国家安全道路[N].人民日报,2014-04-16:(1).
- [6] 高铭暄,马克昌.刑法学(第五版)[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2007:326.
- [7] 李海东.刑法原理入门[M].北京:法律出版社,1998:4-5.
- [8] 穆伯祥.国事罪的刑法规制[M].北京:知识产权出版社,2011:273.
- [9] 时延安,王烁,刘传稿.中华人民共和国刑法修正案九解释与适用[M].北京:人民法院出版社,2015:75-108.
- [10] 张明楷.刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社,2012:579.

(责任编辑:徐雪野 李彬琳)