

破坏社会主义市场经济秩序罪若干问题探讨

刘仁文 刘 淼

新刑法典中的破坏社会主义市场经济秩序罪,构成了大刑法典中的一部小经济刑法典。本文着重从新罪名的增设、本章规定的主要特点以及有关条款的理解与适用等三个方面作了探讨。作者指出,新刑法从现实性和预见性相结合出发,编织了一张比较严密的经济刑事法网,并在立法技术上作了较大改进,增强了法律规范的明确性和可操作性。同时,本章的一些规定也给刑法理论和刑事司法带来了新的课题,值得进一步深入研究。

继八届人大四次会议全面修订《中华人民共和国刑事诉讼法》之后,八届人大五次会议又通过了修订后的《中华人民共和国刑法》(以下简称新刑法),至此,按照本届人大的立法规划,顺利完成了两大基本刑事法典的修订。此次刑法修订是在我国正处于由计划经济向市场经济转轨的特定背景下进行的。刑法如何适应这一转轨,并为社会主义市场经济体制的建立和运行提供全面、有力的保障,既是刑法修订的主要动因之一,也是此次刑法修订的重点和难点。新刑法第三章用 8 节 92 个条文的篇幅规定了各种类型的破坏社会主义市场经济秩序罪,构成了刑法典中的一部完整的“经济刑法典”。它以 1979 年刑法分则第三章破坏社会主义经济秩序罪为基础,以 1979 年刑法颁布后全国人大常委会相继制定的近 10 个有关惩治经济犯罪的《决定》和《补充规定》为主干,吸收有关民事、经济、行政法律中的附属刑法内容,并针对保护社会主义市场经济的实际需要,增加了 30 余个新的罪名。这是我国刑法第一次系统地对各种破坏社会主义市场经济的犯罪行为作出规定,具有重要的现实意义。本文试就该章的几个问题作一探讨。

一、本章新罪名的增设

这里所说的新罪名,是指以下三种情形:一是过去的刑法(包括刑法典和单行刑法及附属刑法中完全没有,纯粹是此次刑法修订新增加的,如证券犯罪、侵犯商业秘密罪、洗钱罪等;二是过去的刑法虽然有现在某些条款的部分内容,但此次修订又增加了独立于原罪名的新内容的,如新《刑法》第 227 条第 1 款的规定,由于在犯罪的行为特征方面增加了一项倒卖伪造有价票证的行为,“伪造”和“倒卖”二者互相独立,互不包容,因而倒卖伪造的有价票证罪就宜以新罪名论;三是过去的刑法罪名及其相关的司法解释里虽然包含了现在某些罪名的内容或者大部分内容,但由于此次修订取消了原罪名,而将那些需要保留的内容分解或具体罪名的,如新《刑法》第 225 条规定的非法经营罪、第 227 条第 2 款规定的倒

参见储怀植、梁根林:《论刑法典分则修订的价值取向》,载《中国法学》1997 年第 2 期。

卖车、船票罪等,就是在取消了投机倒把罪这个罪名后分解出来的具体罪名,我们认为,这些具体罪名也应当算是新罪名。凡1979年刑法以及其后的单行刑法和附属刑法中已有的罪名,此次修订原封不动地搬进来的当然不算新罪名,如新刑法第140条规定的生产、销售伪劣产品罪,与《关于惩治生产、销售伪劣商品的犯罪的决定》第1条规定的生产、销售伪劣产品罪相比,虽然将“违法所得”改为“销售金额”,将无限额罚金改为倍比罚金,但由于犯罪的基本构成没变,故仍不能算是一个新罪名。

据此思路,现将本章增设的新罪名归纳如下:

(1)走私核材料罪;(2)走私珍稀植物及其制品罪;(3)向公司、企业人员行贿罪;(4)非法经营同类营业罪;(5)非法为亲友谋取商业利益罪;(6)签订、履行合同失职被骗罪;(7)徇私舞弊造成破产、亏损罪;(8)低价折股或低价出售国有资产罪;(9)变造国家证券罪;(10)变造股票、债券罪;(11)套取信贷高利转贷他人罪;(12)内幕交易罪;(13)编造并传播证券交易虚假信息罪;(14)诱骗投资者买卖证券罪;(15)操纵证券交易价格罪;(16)用客户资金非法拆借、发放贷款罪;(17)对违法票据承兑、付款或保证罪;(18)洗钱罪;(19)使用伪造、变造的有价证券诈骗罪;(20)侵犯商业秘密罪;(21)损害商业、商品信誉罪;(22)虚假广告罪;(23)串通投标罪;(24)合同诈骗罪;(25)非法经营罪;(26)强迫交易罪;(27)倒卖伪造的有价票证罪;(28)倒卖车、船票罪;(29)非法转让、倒卖土地使用权罪;(30)过失出具失实证明文件罪;(31)逃避进出口商品检验罪。

上述增设的新罪名中,比较引人注目的是:

(1)有关国有公司、企业人员的犯罪。针对现实生活中国有资产流失严重,而许多国有资产的流失又与国企负责人的失职有很大关系,修订后的刑法规定了非法经营同类营业罪,非法为亲友谋取商业利益罪,签订、履行合同失职被骗罪,徇私舞弊造成破产、亏损罪和低价折股或低价出售国有资产罪等五个新罪名,其犯罪主体主要是国有公司、企业直接负责的主管人员。

(2)证券犯罪。随着证券市场在我国的兴起,证券领域的违法犯罪活动亦与日俱增。此次刑法修订吸收了学界近年来的研究成果,对证券犯罪作了比较全面的规定,特别是增设了内幕交易罪、编造并传播证券交易虚假信息罪、诱骗投资者买卖证券罪、操纵证券交易价格罪等四种证券交易过程中的犯罪,这对保护证券市场的健康发展、保障社会稳定,都是有积极意义的。

(3)洗钱罪。洗钱,简单地说,就是把犯罪收入合法化。洗钱犯罪,是当今国际社会所共同面临的一个问题,世界上许多国家的刑事立法都把洗钱作为一个独立的罪名加以规定。我国虽然还没有发现这方面的犯罪现象,但考虑到未来犯罪发展的趋向,为有效的防治此类犯罪,此次刑法修订增设了“洗钱罪”这样一个新罪名,规定:单位或个人,明知是毒品犯罪、黑社会性质的有组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益,为掩饰、隐瞒其

新刑法从广义和狭义两方面对证券犯罪作了规定,广义的证券犯罪是指一切与证券有关的犯罪,包括虚假发行股票或者证券罪,伪造、变造股票或者债券罪,等等。狭义的证券犯罪专指在证券交易过程中的犯罪,如内幕交易罪,编造并传播证券交易虚假信息罪,等等。详情可参见刘仁文:《狭义与广义证券犯罪》,载《中国证券报》1997年3月17日。

来源和性质,而实施提供资金帐户、协助将财产转换为现金或者金融票据等行为的,是犯罪,要受到相应的刑罚处罚。

(4) 侵犯商业秘密罪。在高度工业化、信息化的现代社会里,商业秘密对于一个企业的生存和发展至关重要。我国1993年通过的《反不正当竞争法》,曾把侵犯商业秘密的行为列为一种不正当的竞争行为,对商业秘密给予法律保护。但由于这只是一种民事保护,因而在严厉程度上还不足以震慑那些严重侵犯商业秘密的行为。新刑法基于这一考虑,加强了对商业秘密的刑事保护,增设了侵犯商业秘密罪的新罪名,规定对那些侵犯商业秘密致使权利人遭受重大损失的行为,无论单位还是个人,都构成犯罪,都要承担刑事责任。这是我国对商业秘密法律保护的一大飞跃。

二、本章规定的主要特点

(一) 从立法模式来看,采取了在刑法典中设大章、大章下设节的办法

我国现行经济刑法需要予以完善,这大概没有异议。但如何完善,则从形式到内容都是有争议的。形式上的争议主要在立法模式的选择上,即通过什么样的立法模式来规定经济刑法。首先,在要否将经济刑法独立出来,制定一部统一的经济刑法典问题上,存在较大的争议。有的学者主张,为保持刑法典的稳定,也为避免刑法典的“过于臃肿庞杂”,应把经济刑法和一般刑法分开,形成一般刑法典和经济刑法典。另一种意见认为,制定单行经济刑法典的立法方式不可取,而应通过系统修订刑法典来完善经济刑事法律规范。从刑法修订的结果来看,立法机关采纳了后一种意见。其次,在刑法典中是设大章还是小章来规定经济刑法,也是颇有争议的一个问题。从讨论的情况看,学界多数人的意见是实行小章制,在1995年8月8日全国人大常委会法工委刑法室印发的《刑法分则条文汇集》也曾采取小章制的汇集办法。但后来还是改成了大章制,不过在大章下面分设了若干节。这与笔者的如下思路不谋而合:采取章节制,即在一些较大的章下面设节,既可避免刑法典只分大章、过于笼统的缺点,又可避免刑法典因小章太多而显零乱甚至使得各章分类标准不统一的弊端,因而这一思路不失为可行之举。

(二) 从立法内容来看,编织了一张比较严密的经济刑事法网

前面提到,这次刑法修订,在完善经济刑法的内容方面也是存有争议的。争议的焦点归根到底是一个犯罪化与非犯罪化的问题。持非犯罪化观点的学者认为,调整经济领域的活动秩序应首推经济、行政等基本规范,刑法只能是最后的屏障和最无奈的选择。但当前我国的刑事立法存在着对市场经济的不适当干预问题,这一方面会使刑法越俎代庖,不堪重负,另一方面也会出现其他部门法袖手旁观,当管不管的局面。因此,这些同志主张,“对于大多数经济违法行为,刑法都应当置之不理,留待行政管理部门根据调整经济的行政、经济法规处理,……不能一发现社会上新出现某种危害经济的行为,就把它规定为一种经

参见刘白笔、刘用生著:《经济刑法学》,群众出版社1989年版,陈兴良主编:《经济犯罪学(总论)》,中国社会科学出版社1990年版。

参见赵秉志、赫兴旺:《关于经济刑事法律完善的若干问题》,载王作富主编:《刑法完善专题研究》,中央广播电视大学出版社1996年版。

济犯罪。”有的学者还针对一些具体立法例提出了批评,如针对生产、销售伪劣产品罪把“在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品”的行为都作为刑事处罚的对象,认为对这种“在社会生活中几乎我们每天都能遇到”的现象,应充分发挥行业管理、行业监督以及工商、税务、质检等部门的作用,而不要把责任都推给司法部门,否则,“其结果必然是一方面大量的违法行为无人管,另一方面少数的违法行为受过重的处罚。”又如,针对倒卖车、船票罪的立法例,认为对此类行为“应当通过加强行业内部和外部的管理来处理”。再如,针对侵犯商业秘密罪的立法例,认为有些侵犯商业秘密的行为不宜犯罪化,否则,就会造成刑法对商业秘密的过度保护,限制或者侵害其他一些方面的利益,给社会和其他人带来损害。与此同时,持犯罪化观点的学者则认为,中国现行刑法“主要的问题还不是非犯罪化,而是犯罪化,尤其是经济犯罪,在经济体制改革以后伴生了大量的商品经济所特有的经济犯罪,而这些经济犯罪在现行刑法中都没有规定,因而当务之急是予以犯罪化。”从新刑法规定来看,也大体如此。虽然废止了原刑法的伪造或者倒卖计划供应票证罪等极个别罪名,并将投机倒把罪予以分解,部分内容如倒买倒卖紧俏商品予以非犯罪化,但更多的注意力还是放在编织一张严密的经济刑事法网上,这不仅表现在原刑法的罪名基本得以保留下来,以及全国人大常委会颁布的有关《决定》和《补充规定》的内容尽数纳入其中,还表现在大量新罪名的增设上。这些增设的新罪名既有已经在现实生活中具有一定严重性的普遍性的行为,如本章第三节增设的签订、履行合同失职被骗罪等各种妨害对国有公司、企业的管理秩序的行为,第八节增设的虚假广告罪等各种扰乱市场秩序的行为;也有在现实生活中虽然还不严重、还不普遍但已初露端倪的行为,如本章第四节增设的内幕交易罪等各种证券犯罪,第七节增设的侵犯商业秘密罪;还有一些甚至是现实生活中暂时还没有出现,只是基于国际社会的立法经验,从预见性和超前性出发而规定的,如本章第二节增设的走私核材料罪,第四节增设的洗钱罪,等等。

对于新刑法的上述立法倾向,到底如何评价?笔者的看法是,总的来说应当予以肯定,至少应当予以理解。毕竟,“无论是政治的立法或是市民的立法,都只能是表明和记载经济关系的要求而已。”刑法修订面对“经济犯罪的严重情况”和“法律要为市场经济保驾护航”的呼声,不可能无动于衷。况且,与世界其他一些国家的刑法相比,即使刑法修订后增加了这么多的罪名,我们的刑法面临的问题仍不是罪名太多的问题,而是刑罚投入量太大、特别是死刑太多的问题。

(三)从立法技术来看,增强了条文的明确性和可操作性

作为罪刑法定原则的具体贯彻,新刑法在促进刑法规范的明确性和可操作性方面作出了一些努力,取得了一些进展。具体到本章,主要体现在以下几个方面:

1. 取消了“投机倒把罪”这个著名的“口袋罪”罪名,除将其一部分内容非犯罪化外,

参见胡云腾:《现行经济刑法及其立法完善》,载陈宝树、冯锐主编:《市场经济与刑法完善》,中国人民公安大学出版社1996年版,第175-181页,王勇:《轻刑化,中国刑法之路》,载赵秉志等著:《中国刑法的运用与完善》,法律出版社1989年版,第323页。

参见全理其:《刑法增设新罪的基本原则》,载《法学研究》1996年,第5期。

参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第8页。

《马克思恩格斯全集》第4卷,第121-122页。

其他内容被分解成若干个具体罪名,如生产、销售伪劣商品罪一节中的各种犯罪,扰乱市场秩序罪一节中的非法经营罪,倒卖车、船票罪等。

2. 对大多数犯罪的构成要件都采用了叙明罪状的立法方式,有的还用列举式的方法逐项列举了犯罪构成的各种形态,并对一些重要的概念作了界定。如新《刑法》第191条对洗钱罪的规定,采用的就是列举式的立法方式;第219条对侵犯商业秘密罪的规定,也是用列举的方式先列举了三项侵犯商业秘密的行为,然后在条款后面专门就什么叫“商业秘密”、什么叫“权利人”作出解释;第196条对信用卡诈骗罪的规定,在原来《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》第14条规定的基础上,就什么叫“恶意透支”作了补充规定。

3. 法定刑的幅度有所缩小。基本采纳了学者们量刑幅度层次化的建议,对需要规定较大跨度法定刑的条文,都设置了两个以上的犯罪构成等级和与之相适应的刑罚幅度。如第178条将伪造、变造国家证券罪分为以下三个量刑档次:三年以下有期徒刑或者拘役;三年以上十年以下有期徒刑;十年以上有期徒刑或者无期徒刑。第224条合同诈骗罪,也分划了上述三个量刑档次。

4. 部分改变了无限额罚金制,对一些犯罪规定了罚金的上下限额。如第141条规定的生产、销售假药罪,原来的《关于惩治生产、销售假冒伪劣商品犯罪的决定》规定的罚金就是无限额的,但此次修订改成了倍比罚金;又如第187条增设的用客户资金非法拆借、发放贷款罪,在设置罚金刑时,也直接规定了上下限额。

当然,新刑法在促进本章刑法规范的明确性和可操作性方面也还存在一些不足,例如,在列举某些罪状时,往往在最后一款留下一个“尾巴”,如旨在分解投机倒把罪的非法经营罪,最后却留下一款“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,以致于有人认为,这是“分解了投机倒把罪的大口袋,又留下了一个小口袋”:在对一些新型经济犯罪如证券犯罪的规定时,还是较多地使用了“情节严重”、“情节特别严重”、“严重后果”等弹性用语,有的条文没有做到“一条文一罪名”,而是涵括数个罪名;刑罚幅度也还缩小得不够;有些地方的罚金刑依然是无限额的,特别是对单位设置的罚金刑则全部是无限额的,这实际上是绝对不确定刑的一种表现形式,将来可能会随着罚金刑在我国刑法中适用范围的扩大而暴露出一些操作上的问题。

(四) 从犯罪主体来看,规定了大量的单位犯罪

单位犯罪也就是我们平时所说的法人犯罪,是近来刑法学界所关注的一个焦点,也是此次刑法修订不可回避的一个问题。新刑法在总则第2章设专节规定了单位犯罪,并在分则的有关章节里规定了各个具体的单位犯罪构成,从而构筑起了一个集个人刑事责任和单位刑事责任于一体的刑法新体系。单位犯罪在分则中的体现莫过于本章了。据笔者统计,本章第一节“生产、销售伪劣商品罪”,第七节“侵犯知识产权罪”,第八节“扰乱市场秩序罪”,其全部罪名均可由单位构成,其他五节的绝大部分罪名也都可由单位构成。究其原因,这与单位犯罪主要集中在经济领域密切相关。

本章对单位犯罪及其处罚的规定,体现了如下精神和特点:1. 单位犯罪的可罚性标准与自然人犯罪相同。本章对单位犯罪的可罚性标准,虽然没有明确规定,但从以下两种

参见万学忠:《商海弄潮,勿踏雷区,新刑法细划禁行线》,《法制日报》1997年4月9日第三版。

对单位犯罪的规定方式来看,似应理解为与自然人犯罪的可罚性标准相同。这两种规定方式是:(1)单位犯前款罪的,对单位处罚金,……(2)单位犯本节第×条至第×条规定之罪的,对单位处罚金……。由此可见,新刑法并没有吸收那种主张“将单位犯罪的可罚性标准提升到自然人犯罪的可罚性标准之上”的观点,而是将二者的可罚性标准界定在同一水平线上。这样规定是否可行,还有待将来司法实践进一步观察。2. 单位犯罪责任人的法定刑原则上与自然人犯罪的法定刑相同,少数情况下轻于自然人犯罪。本章对单位犯罪的处罚也有以下两种规定方式:一是大多数情况下规定对单位处罚金,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依自然人犯该罪的规定处罚,如本章第一节“生产、销售伪劣商品罪”的最后一条规定;第八节“扰乱市场秩序罪”的最后一条规定。二是少数情况下规定对单位处罚金,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处较轻的刑罚,如第191条第2款对单位犯洗钱罪的规定。也就是说,单位犯洗钱罪的,其直接负责的主管人员和其他直接责任人员最高刑只能到五年有期徒刑,而根据该条的第一款规定,自然人犯洗钱罪的其最高刑则可达十年有期徒刑。再如,根据第199条和第200条的规定,自然人犯集资诈骗罪、金融票据诈骗罪、信用证诈骗罪的,最高刑可判处死刑,但单位犯上述罪的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,则最高刑只能达无期徒刑。3. 在对单位犯罪实行“两罚制”的同时,其直接负责的主管人员和其他责任人员的刑罚往往比较明确好操作,而单位的刑罚则只笼统地规定一句“对单位处罚金”,相比之下,其明确性和可操作性就要差得多。

(五)从刑罚设置来看,扩大和完善了罚金刑的适用

尽管在刑法修订之前以及修订过程中,围绕死刑的削减和刑罚的轻缓化,学界争论得热火朝天。但由于“考虑到目前社会治安的严峻形势和经济犯罪的严重情况”及“刑罚投入总量的削减,特别是死刑的削减涉及刑法观念和刑事政策的重大调整,难度大”,因而此次刑法修订在死刑条款和刑罚轻重上基本保留了原有的规模,没有大的变动。但对经济犯罪等贪利性犯罪扩大罚金刑的适用,则取得了理论界和实务界的一致认同,并最终在新刑法中得到了体现。具体到本章,除去第167条签订、履行合同失职被骗罪等少数几个罪没有设罚金刑外,其他所有的罪都设了罚金刑,是刑法分则设立罚金刑最多的一章。不仅如此,新刑法还对罚金刑的规定作了诸多改进,显著的一点就是将很多条文的无限额罚金改为倍比罚金、比例罚金,或者直接规定罚金的上下限额,使其确定性和可操作性大大加强。应当说,新刑法这种注重对经济犯罪等贪利性犯罪实行“以牙还牙”的处罚措施,无论对于扼制犯罪还是减少国家损失,乃至逐步实现国家惩治经济犯罪的刑事政策的调整,都是有益的。

三、本章几个具体条款的理解与适用

(一)第151条到底有几个罪名,走私数个对象时如何处罚

由于第151条没有采取“一条文一罪名”的立法方式,将数个不同的走私对象规定在

余松龄:《论法人犯罪的立法问题》,载高铭暄主编:《刑法修改建议文集》,中国人民大学出版社1997年2月版。
参见储槐植、梁根林:《论刑法典分则修订的价值取向》,载《中国法学》1997年第2期。

同一条款里,因此引起了对于该条包括几个罪名的争议。从已出版的论著看,主要有三种观点:一种观点认为本条包括三个罪名,这就是第一款的走私武器、弹药、核材料或者伪造的货币罪,第二款的走私文物、珍贵动物及其制品、黄金、白银或者其他贵重金属罪,第三款的走私珍稀植物及其制品罪。另一种观点认为包括四个罪名,即走私武器、弹药、核材料罪,走私伪造的货币罪,走私文物、珍贵动物、贵重金属罪,走私珍稀植物罪。还有一种观点认为包括五个罪名,它们是:走私武器、弹药、核材料罪,走私伪造的货币罪,走私国家禁止进出口的文物罪,走私国家禁止进出口的珍贵动物、珍稀植物及其制品罪,走私黄金、白银和其他贵重金属罪。笔者认为,上述三种观点都不甚准确,尤其是第一种观点,只简单地按照条款数来确定罪名数,却忽略了本节的一个重要特点是以走私的对象不同来区分罪与罪的界限,如第152条的走私淫秽物品罪,第153条的走私一般货物、物品罪,等等。新刑法正是通过这种方式把走私罪从1979年刑法中的一个罪名变为现在的一节的,因此,除非象武器、弹药这种内容接近又习惯上连在一起的走私对象可以合并成为一个选择性罪名外,其他的都宜一个对象构成一个罪名。按此原则,可将本条的罪名归纳为如下七个罪名:走私武器、弹药罪;走私核材料罪;走私伪造的货币罪;走私文物罪;走私黄金、白银和其他贵重金属罪;走私珍贵动物及其制品罪;走私珍稀植物及其制品罪。

这样确定罪名后,接着一个问题是:如果行为人实施了走私数个对象的行为,构成数个走私罪名,如何处罚?若这数个罪名分别在不同款项里,那当然应以数罪并罚的原则来处理,但若这数个罪名都在同一款项里,如既构成走私文物罪,又构成走私黄金、白银和其他贵重金属罪,甚至还构成走私珍贵动物及其制品罪,这三个罪名都在本条第二款里,怎么办?笔者的意见是,此种情况下仍要以数罪并罚来处理,因为其触犯的是数个独立的罪名。如果行为人触犯的的不是数个独立的罪名,而是一个罪名中的数种行为,如既走私黄金,又走私白银,甚至还同时走私其他贵重金属,则只从一罪即走私黄金、白银和其他贵重金属罪处理。这有点类似于危害公共安全罪一章中的某些立法例,如第114条规定的放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法危害公共安全的,由于各个行为分别构成独立的罪名,因此若行为人实施数个行为,就要按数罪并罚来处理;但第116条规定的破坏火车、汽车、电车、航空武器等交通工具的,则即使行为人实施了数个行为,也由于这数个行为包含在同一个罪名(破坏交通工具罪)之中,故仍只按一罪处理。当然,新刑法将数个罪名规定在同一条文里的立法方式是否可取,是值得研究的。

(二)第157条第一款是否构成一个独立的“武器掩护走私罪”;第二款的“数罪并罚”如何理解

第157条第一款规定:“武器掩护走私的,依照本法第151条第1款、第4款的规定从重处罚。”对于该款规定,有两种理解:一种理解认为“凡是武装掩护走私,无论所掩护的走私行为是否构成走私犯罪,也无论所构成的是何种走私犯罪,一律都按走私武器、弹药、核

参见王作富主编:《中国刑法的修改与补充》,中国检察出版社1997年3月版,第96页;邓又天主编:《中华人民共和国刑法释义与司法适用》,中国人民公安大学出版社1997年4月版,第237页;陈兴良著:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年4月版,第274页。

参见曹子丹、侯国云主编:《中华人民共和国刑法精解》,中国政法大学出版社1997年3月版,第133页。

参见欧阳涛等主编:《中华人民共和国刑法注释与适用》,人民法院出版社1997年4月版,第289页。

材料或者伪造的货币罪从重处罚。另一种理解认为,只有“将武器掩护走私理解为一个独立罪名,才能解决武装掩护走私一般货物、物品而定走私武器、弹药、核材料或伪造的货币罪的尴尬局面。”笔者同意后一种意见。因为如果不作这样理解,就会存在如下逻辑障碍:若武装掩护走私的对象是武器、弹药、核材料或者伪造的货币,定走私武器、弹药罪,走私核材料罪,走私伪造的货币罪还说得过去;若武装掩护走私的对象不是上述物品,而是淫秽物品或者一般的货物、物品,仍定走私上述特定物品的罪名,就显得非常牵强。值得指出的是,由于我国刑法对“依照”和“比照”这两个词没有加以认真区分,因而在确定某个条文是否构成独立的罪名时,不能简单地认为“依照”的就不是,“比照”的就是,比如本款,虽然使用的是“依照”,但实际上宜作“比照”来理解。

本条第2款规定:“以暴力、威胁方法抗拒辑私的,以走私罪和本法第277条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪,依照数罪并罚的规定处罚。”笔者认为,由于在新刑法中走私已不是一个具体罪名,而是一个节罪名,因此这里的“数罪并罚”应理解为某种具体走私罪与阻碍国家机关工作人员执行职务罪的数罪并罚,如走私武器、弹药罪与阻碍国家机关工作人员执行职务罪的并罚,走私淫秽物品罪与阻碍国家机关工作人员执行职务罪的并罚,等等。

(三) 第168条徇私舞弊造成破产、亏损罪的主观罪过如何认定

新刑法第168条增设了徇私舞弊造成破产、亏损罪这样一个新罪名,对国有公司、企业直接负责的主管人员徇私舞弊,造成公司、企业破产或者严重亏损,致使国家利益遭受重大损失的行为予以制裁,这对保护国有资产具有重要意义。如何认定本罪的主观罪过,是司法实际面临的一个现实问题。在学界目前有两种看法,一种认为本罪的主观方面是过失,另一种认为是故意。我们认为,这两种看法都有片面性。说是过失,要“徇私舞弊”明明应当是故意;说是故意,可行为人对于造成破产或者严重亏损的后果又往往是过失。对此,笔者试以混合罪过来解释。所谓混合罪过,是指这样一种状况:即在一个要求以某种后果作为其犯罪构成内容的犯罪中,行为人的犯罪行为是故意的,但对造成该后果却常常是过失的,它既不同于传统意义上单纯的故意犯罪,也不同于传统意义上单纯的过失犯罪,而是行为故意与后果过失的混合。类似这样的立法例,在新刑法别的章节里也还能找到,如第397条的滥用职权罪,行为人“滥用职权”的行为是故意的,但对造成“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的”后果却往往是过失的。新刑法这种混合罪过立法例,无论给刑法理论还是刑事司法都带来了新的课题,值得进一步研究。

〔作者单位:中国社会科学院法学研究所
四川联合大学法学院〕
(责任编辑:白岫云)

参见邓又天主编:《中华人民共和国刑法释义与司法适用》,中国人民公安大学出版社1997年4月版,第243页。

参见陈兴良:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年4月版,第285-286页。

参见王作富主编:《中国刑法的修改与补充》,中国检察出版社1997年3月版,第113页。

参见邓又天主编:《中华人民共和国刑法释义与司法适用》,中国人民公安大学出版社1997年4月版,第275页。