



论加入WTO之后中国刑事法的符合性

孙万怀

WTO的规则是以市场的自由化和准则的趋同化为基础的，而中国正经历着由公有制为基础的计划经济向市场经济转轨的过程，当各种利益主体进入市场并开始追逐经济利益时，指导市场经济运行的规则制度却大大滞后，导致利益主体的自利行为缺乏有效的法律约束。由于自由性程度受到不合理的产业政策的制约，市场自有的制约机制无法形成，合理的自利行为在很大程度上转化为损人利己的自私行为，并由此孳生一系列阻碍市场化进程的现象，从而导致法律成本过高。尤其是刑法，作为一部带有普遍意义的强行法，其调控范围具有广泛性，在秩序失范的情况下，立法者往往希图通过刑法的适用达到秩序协调的目的。这一倾向在我国市场培育中有充分体现，其直接产生两个方面的效应：一是刑法成本的提高，二是市场规则中刑法的作用被过分张扬。随着WTO体制的规则在中国的展开，市场化进程的加速，无论是构造层面还是价值层面，刑法都将发生实质性的变化。

中国WTO研究会副会长吴加焯先生认为：“如果中国的开放史从洋务运动算起的话，那么加入WTO可以看作是百年开放史最重要的实践。加入WTO的中国开放将是在接受WTO各种规则下的开放，对于世贸组织各项规则要全面接受并遵守，从此中国经济将从真正意义上与世界接轨。”虽然WTO规则体系属于国际经济组织准则的范畴，但建立与健全服务于开放市场的刑事法律规则当然属于市场准入的内在要求。不仅如此，WTO的一些框架规则对于加入WTO后刑法的实施也同样存在着直接或间接的并且是较为深远的影响。

一、市场主体的非歧视性待遇与刑事法价值维护

在中国经济市场化初期，由于计划经济的痼疾，产权界定不够清晰，国家对经济活动的干预仍然较为普遍，“公共领域”没有明确的权利归属，必然导致寻租行为和租金耗散。租金耗散使得市场主体受到有差别的法律保护，从而在竞争中居于不平等地位，扭曲了市场原则，成为主体违法犯罪的诱因。权力寻租行为则成为腐败滋生土壤，其不仅侵犯了社会经济伦理，而且扭曲了资源的配置。譬如，当政府官员掌握着对企业过多过大的权力时，企业为了在竞争中能够处于有利地位，必然通过不正当的手段，获得优先或优势的地位。

WTO协定显著地体现了非歧视性原则，其要求通过消除成员之间不合理的歧视促进贸易自由化。当缔约一方发现自身面对专断、矛盾或是不合理的国内法则时，即形成歧视。其二级原则被表述为最惠国待遇原则和国民待遇原则。WTO多边贸易体制作为GATT1947之体制的继承与发展，在全面吸收GATT1947之规则的同时，也接纳了国民待遇原则和最惠国待遇原则作为基本原则，并且已经扩充到GATS、TRIPS协定、TRIMS协议中。TRIPS协定第4条规定：“在关于知识产权的保护方面，（WTO）一成员给予任何其他国家国民的优惠、利益、特权或豁免，应立即给予所有其他成员方的国民。”这基本采纳了GATT第1条的规定模式。根据GATT第3条的规定，国民待遇要求的义务之一便是——在实施“关于产品的国内销售、推销、购买、运输、分配或适用全部法律、条例和规章方面”给予从另一缔约方进口产品的待遇不应低于相同的外国产品所享

受的待遇。国民待遇原则在WTO体制下的TRIMS协议中得以体现，在一定条件下也适用于服务贸易的领域。最惠国待遇原则与国民待遇原则所规定的内容不同，前者强调对外国企业的一视同仁，后者面临的是外国企业与本国企业之间的关系，注重的是本国与外国企业的平等待遇。

WTO极为重视企业之间的平等待遇对我国投资等领域的法律将产生直接的影响。但绝不仅限于此，其对我国经济市场化的影响将是多层次的，尤其是价值观念层面的意义将是持久而深远的，其中对刑法价值观念的更新同样有指导或参考意义，这直接体现在刑法保护的平等性问题上。由于国际投资是以私有企业为主流，在我国刑事法律如何平等保护不同性质市场主体的地位将成为刑事法无法回避的问题。

报纸曾刊载“信用社主任侵占2·3亿，定罪量刑引起争议”的署名文章，对发生在深圳市的某信用社主任邓宝驹等人的职务侵占案、非法经营案进行了披露，邓宝驹等人在不到两年间侵占信用社资金达2·3亿元。在此案审理过程前后，仍然引发了一系列的争议，进而引发了刑法的平等保护问题。这种类似问题至今仍未解决，这种争议至今仍在延伸，从WTO规则的延伸看来，尤为具有现实意义。信用社是集体所有制企业而不是国家机关或“国有公司、企业以及其他国有单位”，邓宝驹等人只是集体所有制企业职工而不是国家工作人员，因此只能被以职务侵占罪被提起公诉。按刑法第271条规定，公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额巨大，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产，国有公司、企业或其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业以及其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款罪行，依照《刑法》第382条、383条关于贪污罪的规定定罪。对于职务侵占罪和贪污罪的量刑是非常悬殊的。根据刑法第383条的规定，个人贪污10万元以上的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。经济学家茅于軾先生认为，过去我国没有民营企业，在企业中犯经济罪等同于在政府中犯罪，都具有贪污性质。现在出现了大量的民营企业和集体企业，在这些企业中犯经济罪就不算贪污。同样是通过犯罪的手段用别人的钱，在国有企业中是挪用公款，在非国有企业中只算挪用资金，二者判的刑区别很大。这样就发生了同罪异判异罚的现象。更有些个别情况，职员侵犯了老板的利益，竟然找不到可以适用的法律条款来治罪。侵犯公款的罪大，侵犯私款的罪小。其原因是在我国对待公共财产和对待私人财产的态度不同。宪法规定合法的私人财产不受侵犯，而公有财产则没有这一限定。其实，宪法需要规定的是财产所有权，承认财产所有权的不可侵犯性。法律不可能保护非法的财产，这是不言而喻的。在宪法中特别对公私财产给予区分，对公私财产的保护加以不同的限定，使得个人持有财产感到不确定、不安全。尤其是个人在企业（私人的或者集体的）中的财产更缺乏安全感。对待公私财产应该一视同仁。而且公有财产的发生是在私有财产之后。为了保护私有财产这才有了政府，然后才有公有财产。所以保护公有财产的最终目的还在于保护私有财产，否则就成了本末倒置。

我们不能苛求经济学家同时也是法律专家，也不能简单地从死刑的角度评价界定刑法的平等保护问题，但是对不同类型企业中发生的犯罪现象，当前我国刑法中确实存在着差别待遇问题。这主要和长期以来非市场型的、封闭型的体制因素同步。众所周知。在计划体制之下，国营企业工作人员被界定为国家工作人员，尽管刑法第93条顺应了时代发展要求，只是按照国家工作人员论处，但在实际的罪刑设置中，与国家机关工作人员并没有实质差别。国家工作人员犯罪从严惩处的规定带有共性的特征，但在市场体制下，尤其是在加入WTO之后，国有企业中的工作人员已经逐步褪去了国家工作人员的色彩，作为市场主体的特征凸现，再完全按照国家工作人员对待必将造成在市场竞争过程中市场主体处于不同的地位，造成刑法的保护实质上的不平等，进而形成某些歧视性的成分。

尽管刑法作为国内的强行法，是司法主权的体现，以国家权力设定保护范围，而待遇以国与国之间的关系为基础，但在市场日益自由化的今天，尤其是在加入WTO之后，刑法这种差别性的保护必将超出其本身的范围，在国际投资法意义上更是如此。国际投资法作为调整国际间私人直接投资关系的法律规范，其仅限于国际私人投资关系，不包括政府间或国际组织间的资金融通关系，至于一国的国家公司或国营企业在海外进行的投资，接受国一般将其作为私人投资者加以对待。在某些情况下，政府参与私人投资活动，由于其活动是以商业活动为基础的，一般也将其作为私人投资加以对待。进入90年代以来，我国外商投资的规模和质地都得到较大幅度地优化，但是依照我国有关规定，三资企业取得中国的法人资格，受到中国法律的管辖保护，但这无法排除其国际投资的实质，企业的性质一般属于私有企业，但部分中外合资企业的性质则较为特殊，长期以来，刑法中对于合资企业中出现的犯罪性质的界定也较为困难，首先是企业所有权性质的界定问题，其次是企业工作人员身份的认定问题。对此，最高人民法院曾数次出台司法解释解决其中的刑法适用问题。与贸易有关的投资措施协议（TRIMS协议）是乌拉圭回合的三大议题之一，第一次就投资问题达成协议，将国民待遇和数量限制作为其核心内容，协议目录的解释性清单进一步列举了与其不相符的投资措施，譬如，那些国内法或行政命令下强制性的或可予强制性执行的措施或为取得优势所必需的措

施都在限制的范围之内，其中虽然不直接涉及刑法规范，但可能会涉及不同成员国之间罪与非罪的问题，更大意义上涉及到整个国家的投资环境问题，所以梳理刑事法以优化投资环境就成为刑法的一种取向。

二、贸易自由化趋向与刑事犯罪圈界定的动态平衡

上诉机构关于“韩国——对含酒精饮料征税”报告中将自由化原则置于WTO诸原则的最上方，该原则的重要性在WTO协定导言（自由化尝试）和GATT1994导言中被提及。但自由市场的建立是以一种政府与市场之间特殊关系的建立为条件的。这种关系有三个基本前提：第一，国家必须保护私有财产和签约权利，即政府具有建立有效的法律保障体系的义务，保障私有财产和缔约权不受公共权力和私人权力的剥夺。第二，国家必须服从市场对资源的配置。第三，政府必须维护市场便利，这主要是界定政府对市场的干预度问题。

所以，贸易的自由化是和国家的产业政策以及法律体制联系在一起的，而关税政策成为国家公共权力倚重的对象。17世纪以来重商主义曾一度占据主导地位，通过实行高关税的政策限制进口或实行进口替代。但是从长远分析，这一保护主义政策必将作茧自缚。美国的关税史提供了惨痛的教训。因此，从草拟哈瓦那宪章和GATT开始，减让关税并使之不成为贸易自由化的壁垒成为成员国的基本共识。我国在加入WTO的过程中已经逐步开始对传统的关税政策加以调整以符合WTO有关的规则体系。

作为刑法中的犯罪，法定犯的性质与违法行为的犯罪化相关联，而犯罪化又和国家的功利性目的有一定渊源。在市场化初期，由于制度和资源的稀缺性，更因为“保护本国幼稚产业”的名义，高关税的政策观念在我国具有较大的市场。然而事实却是不断地在纠正高关税政策导致的弊病。一方面，过分利用关税政策保护本国市场，结果阻碍了本国经济发展。另一方面，高关税现象导致利益集中度过高，成为各种违法犯罪的驱动力之一。

以当前我国普通货物走私为例（因为此类走私行为实际上就是违背了国家的关税管制制度），犯罪猖獗，屡禁不止，形势一度极为严峻。近些年我国有力地开展了打击走私行动，效果是比较显著的，这也是投入了大规模社会资源之后的成果。在刑事政策的指导之下，在以刑法为主打击走私行为过程中，如何界定刑法的地位，分析刑法的技术性特征，如何做到标本兼治，以遏制走私犯罪的根源，是我们在加入WTO之后尤其是在逐步大幅度削减关税之后需要反思的问题。

由于较长一段时期以来，在高关税政策以及其他相关社会条件的影响下，走私犯罪的性质方式、规模数量等方面都急剧扩张，这从刑法的打击力度上就可以想见。1979年刑法制定于计划体制时期，囿于当时的社会历史背景，偷逃关税犯罪尚不足以加以细化，走私罪仅仅是作为个罪罪名被设定在刑法中。但是随着改革开放的深入，贸易自由的倾向初步显现，而高关税政策制约着贸易自由的有序化，加之资源稀缺等因素，为规避高关税政策达到经济利益最大化而实施犯罪行为呈现出复杂的态势。出于形势的需要，1987年《海关法》对海关走私行为进行了较为具体的规定，随后公布的《关于惩治走私罪的补充规定》对1979年刑法中的走私罪进行了分解与细化。1997年刑法则将《补充规定》纳入其中，同时也进行了一些具体的完善。走私普通货物犯罪的社会性成因决定了对此类走私行为刑事规制价值取向的定位，从刑法对于走私犯罪的严厉程度以及近几年的实践状况来看，应当从刑事规制价值取向的应然性和实然性进行分析，才能对走私犯罪行为进行理性定位。如果说打击自然走私（如毒品走私）犯罪是严厉的，打击法定走私犯罪（普通货物走私）则应当严而不厉。就法理意义而言，普通走私行为侵犯的法益主要是国家的对外贸易管制制度以及海关的正常法律秩序。所谓对外贸易管制，是指国家依据自身的社会经济发展程度和规律，根据国家的生产力水平、资源配置等经济规律的要求，通过海关对进出口货物的种类、数量以及价格进行的控制和监督，并在一定程度上实行对外贸易垄断。走私行为的法益——对外贸易管制——的特殊性决定了此类违法犯罪的增生与国家的经济制度甚至国家的发展阶段相关联。在市场化或者社会发展过程中，产业结构趋向于由旨在节约外汇的进口替代以及积极获得外汇为目的的出口主导转向开放体制推进自由化的过程。在节约外汇的主导贸易政策之下，囿于海关作为国家主权的特征，国家必将通过海关实行对外贸易管制，由此落实到刑事法律中必将体现为对外贸易管制的强保护政策。国家十分注重对此类犯罪的严厉打击，不仅较为详尽地设定了大量的罪名，而且规定极为沉重的法定刑。但正是由于对普通货物进出口本身的危害性没有确定的标准，其犯罪化或刑罚化的程度往往与国家贸易保护程度联系在一起，导致行为本身的应受谴责性带有典型的国家色彩。当然就阶段性特征而言，这种贸易强保护是具有一定现实性的。在战后，西方曾经允许国家以国际收支方面的困难为理由限制进口。但是西方各国随着贸易自由化的发展，相继成为适用国际货币基金组织第8条规定的国家，尤其是关税与贸易总协定的第11条规定，不能用国际收支的理由实行进口限制，成员国国家的对贸易管制由强保护过渡到弱保护。以日本为例，在战后的较长一段时期内以进口替代为政策，对一切对外交易实行票据集中制度以及对外币的无限制持有集中制度，其《进

出口交易法》容许国内同行业缔结进出口限制令，并且还制定了不适用于《禁止垄断法》的必要规定。甚至在必要的时候，刑事处分成为最后的保障手段。在此阶段，侵犯贸易政策的行为丛生。但是随着20世纪60年代社会经济的发展，进口自由化成为主导之后，《外汇及外贸管理法》由“原则禁止或限制”修改为“原则自由”，其既标志日本自由化政策基本完成，也是弱保护政策的转制成功。

所以从刑法意义上对走私行为尤其是对侵犯贸易管制的行为进行强制裁只是短暂的，刑法的强保护甚至成为贸易自由的羁绊，同时，侵犯贸易管制制度的走私行为实际上是最完整意义的法定犯。其所以构成犯罪，已经失缺了传统自然犯的伦理基础，国家对此类犯罪的规制也失去了社会伦理非难性的依据而纯粹是一种违背法律的规定作为前提的犯罪，此类犯罪的根本遏制不是重刑的结果，而是真正市场化的结果。此外，此类犯罪所依赖的刑罚正义性很大程度上并不体现为基本的正义内容，而部分来源于国家的超强制力，所以适用刑罚既严又厉是不可取的，是急功近利的反映。随着国家关税政策与WTO体制的接轨，关税减让的落实，普通货物走私的基础得以遏制，相应的犯罪现象也会趋于递减。

需要说明的是，刑法的弱保护是基于贸易管理政策而言的。刑法中走私行为可区分为两类：一类是本文主要谈及的以对外贸易管制为法益的犯罪。另外一类是以社会风尚为法益的犯罪，如走私毒品以及其他违禁物品的犯罪。本文所谈及的强保护向弱保护的过渡，主要是针对前者而言。后者或许以国民风尚而言，存在着保护程度的差别，但其不是我国当前走私犯罪等走私行为的打击重心，其应时性特征不够明显，不作过多阐述。

还需要说明的是，通过对以贸易管制为法益的走私行为的成因性分析为我们有效地规制、预防此类犯罪提供了犯罪控制新思路。随着世界经济发展的趋同性以及WTO的准入要求，对外贸易国家垄断被废除，按照“乌拉圭回合谈判”将国营贸易定义为“被授予法定专营特权代权政府或非政府企业”，关税壁垒被有效打破，市场价格导向作用得以回归，经济自由化可望成为现实，此类犯罪产生和生存的土壤日益贫瘠，刑法的弱保护成为发展的必然趋势。所以，对于走私行为控制的主流不是最大程度的完善罪名，也不应进一步严刑峻法，更不能导致立法过程陷入进退维谷的境地。不仅本类犯罪如此，当前我国刑法中大量法定犯的控制同样存在着对其理性思考的问题。

三、法律的趋同化对实定刑法的意义

自和平与发展成为时代主题以来，作为WTO成员的国家多将经济发展作为社会发展的中心，法律的社会管理尤其是经济管理职能得到极大程度的弘扬，法律的趋同特征得以体现。WTO的诞生，从某种意义上说，实际上就是法律趋同化的结果。GATT最初没有明示关贸总协定的法律规则性质，占主导地位的认识将GATT规定作为一种契约（contract）而不是作为法律（law）加以对待，长期以来传统派与尊法派更是争论不休，实践中，由于传统派的盛行以及GATT自身的缺陷导致规则失灵，法纪废弛，违反协定的非关税措施泛滥，削弱了GATT的作用。WTO的建立，统一法度与规则的建立，从根本上改变了GATT的尴尬局面。较为明确的组织机构、成体系的实体法条约以及强化的管辖与监督机制，确立了世界贸易法的地位，从而消除了法与契约的争论。此外，WTO不仅在诞生过程中体现了法律趋同化，就其内在体制而言，也加速或强化了这种趋向。长期以来，国际法缺乏对违法行为的强制性手段，主要依靠“条约必须信守”的道义性约束加以维持，因而被称之为“弱法”（Weak Law），而WTO的体制、规则明显加强了国际条约的强制性，使得法律趋同性得到保证。

尤为值得一提的是，1994年4月关贸总协定乌拉圭回合最后文件中的《与贸易（包括假冒商品贸易在内）的有关知识产权协议》（TRIPS协议）规定：“全体成员均应提供刑事程序及刑事处罚，至少对有意于以商业规模假冒商标或对版权盗版的情况是如此。可以采用的救济应包括处以足够起威慑作用的监禁，或处以罚金，或二者并处，以符合适用于相应严重罪刑的惩罚标准为限。在适当场合，可采用的救济还应包括扣留、没收或销毁侵权商品以及任何主要用于从事上述犯罪活动的原料及其工具，成员可将刑事程序以及刑事处罚适用于侵犯知识产权的其他情况，尤其是有意侵权并且以商业规模侵权。”上述规定以国际条约的方式，把各国对于知识产权的刑事保护由国内法提高到了国际法的高度。中国作为缔约国，在维护我国国家利益，促进我国经济发展进步的同时，有遵守和执行条约的义务。条约最直接的体现便在于国内的立法运作。总体而言，客观上确实也促进了我国知识产权刑事立法的发展。

TRIPS协议带有强制性地对知识产权侵权行为犯罪化的要求体现了刑事规则趋同化社会基础。从社会发展角度来看，刑事制裁与侵权行为是统一的，最原始的刑法就是侵权行为法。以刑为主，诸法合体，刑法的职能在古代带有总体性，只是随着社会文明程度的提高，刑事责任的适用领域受到了限制，但刑事制裁对于严重的侵权行为来说仍不可避免，这是知识产权侵权行为得以刑事化的本质和历史基础，是问题共性所

在。另一方面，犯罪学文化冲突论者认为，文化造成的冲突直接造成行为规范的冲突，而行为冲突的一方必然是犯罪。只有当一个稳定的社会进入剧烈变革时期或者社会的文化结构反映出尖锐冲突并且不可调和为外部表现时，文化冲突才可能在一定程度上成为犯罪的一个重要原因。知识产权犯罪首先表现为意识理念上的冲突，其次才表现为法律上的冲突。其直接制约各国对侵权行为犯罪化的程度。某些类似商标权、著作权的犯罪古亦有之，但其或者是为维护统治者秩序而采取的愚民政策，或者是为了统治行为能够有效运作，对行为进行刑罚的依据主要是政治理念或者道德理念，或者说基本上是一种自然犯罪。文化冲突的显性化到了近现代社会才日渐加剧，尽管其与近现代社会追求个性的张扬密不可分，但矛盾的主要方面还在于摆脱农业社会后生产力日新月异发展所带来的价值观念上的冲突。相对于其他法定犯罪而言，知识产权方面的犯罪受各国文化背景、经济发展水平以及意识形态的制约尤为明显，因此在犯罪化与非犯罪化的程度上存在着较大的差异。

在我国，基于初步确立市场经济状态的现实，经济违法（有时甚至很难界定是否违法）存在着犯罪化与非犯罪化的分歧。一种观点认为，市场经济的形成和运作均需要法制，而刑法是市场经济法制调控机制中的一环，只有刑法大量介入，有序地规范市场主体行为、市场秩序、规范程序，才足以保证社会资源的合理配置。另一种观点认为非刑事化应是刑法改革中的一大主题，包括侵害公共福利犯罪、无受害人犯罪以及许多市场领域的犯罪都应非刑事化。较为折衷的观点认为，刑法规制市场行为有现实必要性，但刑法对不法经济行为的规制必须适度。折衷性得到较大程度的赞许，但显然难以把握，对于怎样才能达到“适度性”，往往论述得相当不够充分。

绝大多数国家刑事保护制度从确立直至自成体系就象各国经济发展进程一样，经历了长期的过程。以著作权的刑事保护为例，当代意义上的刑事保护以美国起步为早，从20世纪初将刑事罚则扩大到所有的版权制品直至1995年为适应版权的发展颁布刑事版权修正案，已经经历了上百年的历程。我国当代的知识产权刑事立法是近二十余年的事情，但值得一提的是，立法初始我国便十分注重对严重侵权行为的刑事责任的追究。早在1979年刑法典中就规定了商标犯罪的刑事责任。随着体系的确立和强化，我国关于知识产权刑事保护体系也逐渐成熟。以后随着商标、著作权法的修改，全国人大常委会相继颁布实施了《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》、《关于惩治侵犯著作权犯罪的决定》等单行刑事法律，知识产权法中大多也明确标明对严重侵犯知识产权的行为追究刑事责任。这样，实际便形成了以单行刑事法律为核心的刑事保护体系。1997年，我国对刑法进行了较大规模的修订，刑法分则第三章第六节专门规定知识产权犯罪，废止了原有的单行刑事法律，既纳入已有的商标、专利、著作权犯罪，又新增了侵犯商业秘密犯罪；既规定了自然人犯罪，又规定单位犯罪；既保持了刑法规范的稳定性，又完善了某些定罪量刑的方法。至此形成了以刑法典为核心的新的更为规范和统一的刑事法律保护体系。在短短的十几年中，知识产权从意识物化为法律体系乃至刑事保护体系，新中国走完了一些发达国家通常是几十年甚至上百年来才完成的历史过程，其世界范围内也得到了高度评价。

加入WTO以及法律趋同化特征为中国刑事立法也提供了一些新的渊源，为刑法干预的前瞻性、同步性奠定了基础，也促使我们对刑事干预的必要性、效益性进行思考。随着我国初步接受并适用WTO规则，刑事法的观念与规则也必将作出一些带有前瞻性的调整，避免了一些法律规避行为的产生，事实上一些后来加入国家如挪威、韩国等国的立法就较为明显体现了前瞻性原则和刑法干预的同步性原则。我国近年来已经加入了由WTO管辖的大部分生效的国际公约、议定书，而且WTO正在进行新一轮讨论，其目的在于将各种法律程序国际化，最终达到犯罪控制国际化。与此同时，WTO有关知识产权协议的某些条款对知识产权保护的范围愈加宽泛，要求也愈加严格，如对软件信息的保护、集成电路设计等，均为我国知识产权的刑事法律保护提出了新的课题。此外，由于市场的一体化趋势，我国过去所没有涉及的领域也存在着国际市场的准入问题，而其是以完整的法律保护体系为前提的。

当然，法律的趋同性表现为多种形式，不仅包括上述的犯罪化，还包括非犯罪化的过程，等等。但在强调法律趋同性的同时，无论如何不能将趋同等同于划一。因为内国法律的传统性特征，无论是立法体例还是实体内容，法律的特殊性总是存在的，在国际条约内化为本国法律时，客观存在着方式和程度的差异，这是国际社会的现实，也同样为WTO规则所认可。

四、透明度原则对刑事法律关系的契合

透明度原则（Transparent Principle）是指WTO成员方一切影响贸易活动的政策和措施都必须及时公布，以便于各个成员方的了解和熟悉。该原则最早规定在GATT1947第10条中，WTO加以承袭，主要有两个方面的

特征：就形式而言，所涉及的法规十分宽泛，包括法律、法规、行政规章、条例、行政决定、司法判决、多边协定、紧急措施的书面通知以及其他的规范性文件；就实质内容而言，透明度原则对WTO成员国法治运作具有相应的约束力，并要求迅捷、简便。我国在WTO谈判中已经做出对透明度原则的承诺，尽管允许对于透明度原则的落实必须以自愿为前提，并且尊重成员国的宪政体制和法律传统，但在市场准入的条件下，透明度原则的贯彻带有主动地完善和被动地接受的双重特征。

透明度原则宣扬的是信息公开。公开与公平、公正是相互依存、互为因果的概念，公开是公平、公正的必然要求和结果。公平与公正是带有历史性内容的概念，同时又是带有不同价值观色彩的概念，在我国法制建设进程中，一直伴生着程序公正与实质公正的矛盾。在近晚时期，程序正义的追求日益得到重视，程序正义本身的必然归宿就是法律实体与法律程序的公开化。WTO侧重的并非是国内实体法和国内程序法本身的完善，但透明度原则追求的公开性确实是任何WTO成员国所无法回避的，其对国内法以及管理体制的影响具有直接性、紧迫性。对于刑事法而言，以公开来保障、促进公平的实现成为必然选择。当代刑事法的精髓在于通过对国家权力的适度限制避免被追诉人的权利被过分剥夺，直接的路径是强化对被追诉人权利的保障。由于长期以来，在意识形态中强行地在犯罪分子与人民之间划出一道界限，导致被追诉人权利保护无法被全面接受。一旦将意识形态领域中的概念从法律内容中摒弃，刑事法所体现的便是国家刑权力与公民之间的对抗，而公民是一个中性的法律概念，其行为的犯罪性与非犯罪性只是法律评价的结果。为保护公民的权利，则刑事法的公开性变得尤为重要，只有在公开性的条件下，法律的向善与向恶才会被尽可能客观地加以审视，国家刑权力的运行才可能被最大程度地被约束，法律的正义才可能最大程度地得到体现，法律才能最大程度地得到遵循。公开性、透明性在刑事实体法中最为基本也是最为重要的体现是罪与刑及其关系的明确化和确定化，但绝不仅限于此，因为仅仅罪刑关系的明确化还不足以体现现代法制的取向，罪刑关系的设定必须是在公民的权利得到实体法合理而有效地认可的基础之上，从这一意义上说，WTO规则体系与刑事实体法的发展是契合的，因为WTO规则体系多数是对政府权力的分散和限制，通过直接赋予或扩充市场主体权利，使得规则的公正性符合现代市场的公平公正的要求；其次，通过透明性原则的确定避免政府权力扩张，保护市场权利不受损害。就刑事程序法而言，对于透明度的需求则更为直接，程序公正不断得到体现和强化本身就是通过透明度的不断增加而实现的。从某种意义上说，透明度本身就意味着程序正义的程度。我国当前刑事法治领域产生的纷争大多可以总结为透明性程度的分歧，具体集中在对被追诉人权利的保障程度上。二者具有一定的互动关系，权利保障的程度首先表现为刑事程序的透明程度以及保证透明的程度，如果透明度原则不能得到有效的贯彻，对被追诉人权利保障就无法得到根本实现。尽管我国现行刑事诉讼法增强了刑事诉讼的透明性，在法制层面上迈出了一大步（譬如律师的提前介入），但是在走向权利的时代，这只是一小步，而且由于相关的规范未能有效承继透明性原则，使得透明性原则无法得到根本实现。

此外，在刑事诉讼中最为极端干涉人权影响司法公正的行为莫过于酷刑。根据联合国大会于1975年通过的《保护人人不受酷刑和其他残忍或有辱人格待遇或处罚宣言》，酷刑是指“政府官员或在其怂恿之下，对人故意施加的任何在肉体上或精神上极度痛苦或苦难，以谋从其或第三者取得情报或供述，或对他的行为或涉嫌行为加以处罚，或对他或别人施加恐吓的行为。酷刑是过分严厉的、故意施加的、残忍、不人道和有辱人格的待遇或处罚”。1984联合国大会通过的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》对酷刑进行了更为严格的规定，且国际范围之内对于严格禁止酷刑已经达成共识，作为国家刑权力体现的酷刑已经基本上被摒弃，但是由于刑事制度的透明性、公开性程度在许多国家仍然不尽如人意，作为权力个性化体现的酷刑仍然在很大范围之内蔓延。在我国，尽管“情感上不愿意接受大量酷刑存在的事实”，但“以刑讯逼供为主要表现方式的各种形形色色的酷刑行为和现象已经由来已久，并逐步演变为社会的痼疾或顽症”。尽管实践乃至理论中可以存在种种理由，解析种种原因，但透明性、公开性的缺失致使权力缺少制衡和监督不能不说是最为现实性的结论。传统的变更需要过程，制度的完善则显得直接有效得多。透明性、公开性是法律民主的需要，阳光是最好的防腐剂。透明度原则将政府以及个人执法权力置于国家以及民众监督之下，将主权国家置于国内民众和国际社会的监督之下，从而避免个人权利受到公权力的践踏，这是WTO规则体系带给我们的又一启示。在刑事法律实践中，无论是从自身内在的发展要求还是就外在的WTO规则体系在中国运行的环境要求，透明度原则都将作为现实性的结论而不断得以完善，这也是法治文明化进程的必然结果。

（作者系华东政法学院副教授、法学博士）

上篇文章：试论我国刑法改革的几个问题

下篇文章：中国刑罚轻缓化之肇始

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号