

## 论经济犯罪刑事责任的立法模式

杨兴培

**内容提要:**经济犯罪是中国当下社会最为大量、甚为严重、常有争议的一类犯罪。经济犯罪具备了传统的自然性犯罪所不具有的行政犯属性和经济性因素,所以,经济犯罪必定具有明显的二次性违法行为的表现特征,经济刑法就应当成为经济犯罪第二次违法行为的规范形式,需要专门建构一个适应经济犯罪多发、易变特点的刑事立法模式。因此,经济犯罪刑事责任的规范形式和立法设计应当要有与此相适应的刑事立法模式。经济犯罪有典型的经济犯罪与非典型的经济犯罪两种不同的表现类型。对此,经济犯罪的刑事立法模式也应该分门别类采取多元化的模式。典型的经济犯罪应当采取附随式的刑事立法模式,以满足刑事司法实践适应惩治经济犯罪的适时性、针对性和灵活性的需要。非典型的经济犯罪则可采取制定单独的《经济犯罪法》,即使经济形势和非典型的经济犯罪发生某些变动,也与现有刑法典不发生直接的关联,以保持其基本的稳定性。

**关键词:**经济犯罪 自然犯 行政犯 刑事立法模式 附随式立法模式

杨兴培,华东政法大学法律学院教授。

经济犯罪是中国当下社会最为大量、甚为严重、常有争议的一类犯罪。说其最为大量,除了在刑事立法的章典中经济犯罪的罪名数量最多以外,在刑事司法实践中,经济犯罪的发案率也是最高;说其甚为严重,现在的经济犯罪数额涉及几千万、几个亿、十几亿的案件比比皆是,甚至几十亿、几百亿的大案要案也时有听闻,严重地扰乱和破坏了国家的经济秩序和社会的正常秩序;说其常有争议,是因为有些经济犯罪的罪与非罪、此罪与彼罪的区分在刑法理论上和司法实践中常常伴有激烈的争议。2017年底最高人民法院下令再审广东佛山的顾维军案<sup>〔1〕</sup>河北衡水的张文中案<sup>〔2〕</sup>江苏南京的许荣华案<sup>〔3〕</sup>其本

〔1〕《最高法院对顾维军案再审开庭审理十大亮点》,中国法院网,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/06/id/3359895.shtml>,最近访问时间[2018-11-11]。

〔2〕周俊生:《最高法直接再审改判无罪,张文中案应当成为完善产权保护的“公开课”》,上观新闻,<https://www.jfdaily.com/news/detail?id=91473>,最近访问时间[2018-11-19]。

〔3〕《许荣华十年维权路:在看守所被迫转卖的股权最终物归原主》,界面新闻,<https://www.jiemian.com/article/2447097.html>,最近访问时间[2018-11-11]。

身就表明了这些案件的罪与非罪认定的复杂性和反复性。<sup>[4]</sup>而所有这些问题的产生,或多或少与我国刑法对经济犯罪的立法模式和立法技术有着一定的关联性。

因为中国的刑事立法是在1949年后至改革开放前三十多年仓促进行的,这一历史的缺憾形成了一个巨大的理论旋涡,曾留给无数的刑法学子大展身手的空间。然而,在经过两次大型的刑法制定、修订活动之后,大规模的刑事立法动议已经明显减弱,刑法进入了一个不断进行局部补充修改的状态中;而刑法学研究似乎也进入了某种疲于应对热点事件的状态,有时刑事司法实践中一、二个热点案例都会使无数的刑法学子卷入其中。

从人类的社会发展史来看,可能是先有犯罪而后有刑法;但是从人类社会的法制史来看,肯定是先有刑法而后有犯罪;倘若以“器物——制度——文化”<sup>[5]</sup>的文明发展路径来检视我国的刑事立法活动的发展进程和基本状况,经济犯罪及其刑事责任的制定是否科学合理,在某种程度上或许会制约经济犯罪的认定和刑事责任的追究。法律不过是一个时代社会生活的写照,尽管法律的反映于社会而言总会有一定的滞后性,但社会的发展、变化又总是要顽强地反映在法律之中。浮生恰如冰底水,日夜东流人不知。一个人是如此,其实一个国家、一个社会有时也是如此。所以当→一个社会在悄悄地发展、变化的时候,法律也必须有所反映。我国的刑事立法特别是经济犯罪的刑事立法仍然处在需要观念更新、制度检视、文化培植的初级阶段。这是因为即使在刑法不断进行补充修改过程中,我们已经看到,经济犯罪所占的比重最大,对其进行的补充、修改的内容也最为明显。所以,如何加强经济犯罪的刑事立法研究,仍然是我国刑事立法中的一个重要任务。

## 一 高度一统还是分散独立:经济犯罪立法的回顾与反思

刑事立法模式,是指刑事立法者对于刑法所规定的犯罪内容通过什么样的结构体系加以表现的存在形式。刑事立法关涉到国家的治国安邦,关涉到社会的平安稳定,关涉到公民的生杀予夺,所以刑法是一个国家长治久安的护国公器。<sup>[6]</sup>保持刑法典章的稳定性是刑事立法的一个基本追求,例如,一部法国《刑法典》从1810年制定后直到1994年才进行大规模的修订,可为体现其稳定性之楷模。但是经济犯罪又有其自身的发生、发展和变异的规律性,它往往会随着社会的发展、变化而发生着迅速的发展、变化。如何保持刑法典章的稳定性与经济犯罪刑事立法的适时性,是整个刑事立法不可忽视的重要问题。

往事并不如烟。自1997刑法大规模修订以来,刑法已经又进行了十多次补充修改,

[4] 《最高人民法院决定对三起重大涉产权案件依法再审》,法制网, [http://www.legaldaily.com.cn/zt/content/2018-01/24/content\\_7456066.htm?node=90845](http://www.legaldaily.com.cn/zt/content/2018-01/24/content_7456066.htm?node=90845),最近访问时间[2018-11-11]。目前三个案件审理情况:张文中已被改判无罪,许荣华案判定股权转让无效,顾维军案延期宣判。

[5] 梁启超曾言文明的发展时期大体经历三个阶段,一是器物文明,二是制度文明,三是文化文明;“近五十年来,中国人渐渐知道自己的不足了。……第一期,先从器物上感觉不足;第二期,是从制度上感觉不足……第三期,便是从文化根本上感觉不足……革命成功将近十年,所希望的件件都落空,渐渐有点废然思返,觉得社会文化是整套的,要拿旧心理运用新制度,决计不可能,渐渐要求全人格的觉悟。”梁启超著:《饮冰室合集(文集三十九)》,中华书局1989年版,第43-45页。

[6] 参见杨兴培:《公器乃当公论,神器更当持重——刑法修正方式的慎思与评价》,《法学》2011年第4期,第5页。

还有三个专门性刑事决定,其中对经济犯罪的补充修改最为引人瞩目。一个国家、一个时代和一个社会的刑事立法及其内容,总是与这个国家、这个时代和这个社会的基本状况和经济发展相适应的。在市场经济条件下,商品经济、价值规律、市场因素都是一个社会中最活跃的因素。马克思曾经说过:“商人来到了这个世界,他应是这个世界发生变革的起点。”<sup>[7]</sup>有关经济犯罪的刑事立法及其立法模式是否具有特殊性,关键在于这个国家、这个时代和这个社会的经济活动是否具有相应稳定的模式,从而使得有关经济犯罪的刑事立法和立法模式具有相对长期的稳定性。我国还处于由高度集中的计划经济模式转向到市场经济模式的初始阶段和发展过程中,很多观念还模糊不清,很多制度还不很健全,一些工商行政执法活动的运行模式还经常性的出现变化。特别是在某种情况下,政治因素对市场经济发展仍然具有重要影响力。经济犯罪作为第二次违法行为的表现形式,在对其进行刑法规制之前,要先制定和完善一些前置性的其他部门法律。如果说刑法是违法行为的第二次规范形式,那么犯罪必定具有第二次违法的表现特征,在这方面,经济犯罪表现得更为突出。因此,围绕着经济犯罪的刑事立法,往往是跟经济活动、经济法规和经济违法行为联系在一起的,而具有合理性的经济犯罪刑事立法模式反过来可以更好地规范和服务于刑事司法实践。

回顾和检视我国有关经济犯罪的刑事立法模式,可以看到曾出现过多形式、多层次、多体系的立法现象。

### (一) 法典式的刑事立法模式

这里所指的法典式刑事立法模式,并非是指单独的法典式规定模式,而是指它融合于整个刑法典之中的立法模式,它集中体现在 1979 年我国第一部刑法典分则第三章破坏社会主义经济秩序罪中,条文从第 116 条开始到第 130 条止,共 15 条。这种粗糙的、法典式的、“宜粗不宜细”的立法模式,在高度集中的计划经济时代,反而给了刑事司法实践伸屈自如的操作空间,一个投机倒把罪就可以“包治”众多的经济犯罪。但随着商品经济、市场经济时代的到来,原有的刑法规定一下子显现出严重的滞后性。为了适应整个社会经济形势发生剧烈变化的需要,单行式的经济犯罪刑事立法模式应运而生。

### (二) 单行式的刑事立法模式

经济犯罪单行式的刑事立法模式是相对于法典式刑事立法模式而言的一种存在形式。所谓单行式刑事立法模式是指独立于刑法典之外的,专门针对某一类经济犯罪所规定的,具有独立的罪刑内容的单独制定颁行的刑法规范形式。单行式刑事立法模式有其自身的某些特点和优点。

#### 1. 适时性

单行式刑事立法模式意味着刑事立法者根据经济犯罪形势的发生、发展、变化的需要,可以随时、适时和及时地补充制定和颁布单独的刑法规范,例如最早的经济犯罪的补充修改规定——1982 年 3 月 8 日全国人民代表大会常务委员会通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》。这样的规范,总是与当时的经济形势和经济活动的违法犯罪现

[7] 马克思著:《资本论》(第三卷),人民出版社 1965 年版,第 1019 页“增补”。

象有着密切的联系。在我国,全国人大常委会每两个月就召开一次会议,所以由全国人大常委会来制定有关经济犯罪的单行式刑事法规,在时间上能够保证适时性和及时性。

## 2. 灵活性

刑法是国家的基础性法律,十分强调自身的稳定性,它的制定有着一整套严格的法定程序。在我国,刑法的制定权属于全国人民代表大会,不可能适时修改变动。而且一国的刑法一般也不能轻易全面修订,这是当今世界各国刑事立法的通例。因此,当经济犯罪状况发生了较大的变化时,通过制定单行的刑事立法来惩治经济犯罪而不触动整个刑事法典,不但是一种比较合理适宜的立法选择,而且灵活简便,针对性强,可以大大节省立法机关的立法成本。

## 3. 针对性

由于刑法是一个国家的基础性法律,它是针对一个国家、一个社会的整体犯罪状况制定的,具有体系性和全局性的特点,但这一特质导致刑法无法随着某一类特定犯罪的具体发展而随时变化。经济因素是社会运行中最为活跃的因素之一,当一个社会既缺乏外在的制度规范,又没有内在的道德规训,经济犯罪就会成为这个社会中最容易产生、最活跃多发的犯罪形式。这样,单行式的经济犯罪刑事立法模式,就可以在刑法典基本内容仍然有效不变的前提下,补充、修改和替代刑法典中某一部分过时的内容。以往有关走私罪,假冒注册商标罪,生产、销售伪劣商品犯罪的相关规定,颇能说明单行式刑事立法在这方面的积极作用。

在至今为止颁布的二十三个单行式刑事法规,十个刑法修正案以及三个刑事决定中,超半数都涉及到了对经济犯罪的规制问题。尽管这些单行式刑事立法,在惩治经济犯罪方面曾发挥了重要作用,但大量的涉及经济犯罪的单行式刑事法规的产生和存在,也造成了我国整个经济犯罪立法模式的杂乱。

### (三) 附随式的刑事立法模式

附随式的经济犯罪刑事立法模式,是指立法机关在刑事法典之外的部门法规中设立刑法规范的模式,主要有原则性规定<sup>[8]</sup>和比照性规定两种模式<sup>[9]</sup>。这种模式很容易受到刑法本身条文变化的制约,遇到适用难题。尽管为了弥补1979年第一次刑事立法存在的诸多不足和遗憾,1997年对刑法进行了全面修订。原刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪修改为破坏社会主义市场经济秩序罪,条文从原来的15条增加到92条,并将涉及到的原先有关市场经济犯罪的12个补充规定(除贪污贿赂犯罪之外)几乎全部纳入到市场经济犯罪一章中,并根据市场经济发展的要求,取消了投机倒把罪,对需要规定的犯罪行为,通过分解后作出具体的罪名规定,同时又增加了一些新的犯罪。<sup>[10]</sup>但这次刑法修订,特别是刑法修订以后的十多个刑法修正案的出台,并没有消除经济犯罪刑事立法模式的多头并进现象。上述所提及的我国经济犯罪的多形式、多层次、多体系的多种刑事立

[8] 例如,《会计法》第六章法律责任中有多个条文中规定了“构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

[9] 例如,原修订前的《专利法》第63条规定,假冒他人专利……情节严重的,对直接责任人员比照(79)刑法第127条的规定追究刑事责任。

[10] 参见杨兴培:《经济犯罪的刑事立法模式研究》,《政治与法律》2006年第2期,第34页。

法模式依然存在。

日前,某明星的“逃税首罚免刑”的案件<sup>[11]</sup>引发社会热议,不仅成为人们议论经济犯罪将以何种形式追究刑事责任和采取何种立法模式才是比较科学合理的一大话题,也引起学界对经济犯罪刑事立法模式利弊得失的反思。在我们看来,经济犯罪的刑事立法和立法模式与整个经济活动的违法行为是紧密联系在一起,这是因为在经济违法行为和经济犯罪行为之间并没有一条天然的鸿沟,即使有距离,也只是人为划定的“界限”。这一界限会随着经济形势的发展变化而改变,也会随着立法者的意志变化而改变。如何认识经济犯罪不过是经济违法行为的第二次违法表现形式,因而经济犯罪的刑事立法不过是经济违法行为的第二次规范形式,经济犯罪的刑事责任不过是经济违法行为前置性法律责任的一种提升。这些问题都提醒着我们对于经济犯罪的刑事立法模式的思考研究,必须首先回到如何认识经济犯罪的法律属性,如何认识经济犯罪的表现特征,如何认识经济犯罪刑事立法的随时性、适时性和针对性的特点等基本原理上来。

## 二 自然犯与“法定犯”:经济犯罪的重新解读与重构

从宏观上来看,经济犯罪当然也是刑事犯罪的一个组成部分;但从微观来说,经济犯罪毕竟有其自身的发生、发展和变异的规律性。所以在当下一般刑事法学的理论叙事中,经济犯罪往往是与国事犯罪、军事犯罪以及传统的刑事犯罪相对应、相区别而言的。简而言之,经济犯罪与传统的自然犯罪之间既有某种本质上的不同规定性,又有现象上的不同表现性。

### (一) 自然犯与法定犯的滥觞与发展

意大利刑事犯罪学家加罗法洛第一次从犯罪学的角度提出了自然犯与法定犯的概念,给后世的刑事法学研究带来了很大的影响。加罗法洛在他的代表作《犯罪学》一书中提出自然犯与法定犯的范畴,指出“自然犯就是对怜悯和正直这两种基本情感的侵害,而法定犯则是纯粹违反法律规定但并不违背基本道德的行为”。<sup>[12]</sup>加罗法洛的这种犯罪分类方法是从刑事犯罪学的角度出发的,但又是从犯罪社会学的层度来认识犯罪的基本属性的。也许这种划分在今天看来可能过于简单,这是因为在现代社会日常生活中,各种生活内容和生活现象日益复杂多变,人们的价值观念也在不断发生变化,所谓的自然犯和法定犯的界限不会是固定不变的,两者经常会出现交叉与互变。而在现代世界各国大多国家的刑事立法开始奉行罪刑法定主义原则的情况下,自然犯实际上只有被法律明文规定的情况下才能成为犯罪。所以在刑法规范意义上来说,自然犯也是法定犯,自然犯与法定犯的界限实际上已不存在了。

但是加氏所提出的自然犯与法定犯这对范畴依然深刻影响着犯罪学、社会学的研究,

[11] 参见《税务部门依法查处范冰冰“阴阳合同”等偷逃税问题》,人民网, <http://politics.people.com.cn/n1/2018/1004/c1001-30325236.html>, 最近访问时间[2018-11-11]。

[12] [意]加罗法洛著:《犯罪学》,耿伟、王新译,中国大百科全书出版社1996年版,第44页。

反过来这多少也影响着刑事规范法学的研究和刑事立法的进程。毕竟所谓的自然犯侵害的是人类社会千百年所形成的人伦常理和道德习俗。而这些人伦常理和道德习俗支撑着人类社会不断向着文明的高度进化,它并不会受到朝代更替太多的影响。历朝历代都有杀人、放火、强奸、抢劫、盗窃等等侵害人伦道德的罪恶行为,所以历朝历代都将这些行为认定为是犯罪。几千年的传统文化所蕴含的人伦常理和道德赓续是中华文明乃至世界文明之所以能绵延不断演进的不可忽视的基本动力。有文化学者指出:在人类的社会发展史上,“所谓‘文明’,是指人类借助科学、技术等手段来改造客观世界;通过法律、道德等制度来协调群体关系;借助宗教、艺术等形式来调节自身情感,从而最大限度地满足基本需要、实现全面发展所达到的程度……因此文明是一元的,是以人类基本需求和全面发展的满足程度为共同尺度的”。<sup>[13]</sup>从这个层面来看,自然犯是对整个人类道德赓续的侵害和对社会文明价值的损害,而法定犯罪则主要是对一个国家、一个时代对社会管理规则的违反和侵害,它有时跟人类社会的人伦常理和道德价值没有必然的联系,比如早先违反国家规定进行粮食、布料、日用工业用品的转手倒卖;又如违反银行法规有关非法吸收公众存款的犯罪等。就自然犯而言,刑事立法强调的是它内在的“自体恶”;而对于法定犯来说,刑事立法强调的是它外在的“人定恶”“法定恶”和“禁止恶”。所以有美国学者也认为,刑罚是基于社会管理的功利需求而设置,<sup>[14]</sup>与道德无关。

## (二) 法定犯转向行政犯的法学意义

由于受现代刑事立法奉行罪刑法定主义原则的制约,法定犯的名称受到了理论的质疑。但是“循名责实”,原有法定犯含义中的各行为依然存在,人们对它的价值评价和规范评价依然没有根本性的变化。佛家有语:心随境转,念由心生。法律本为人心所涉,也为人心所解,更为人所执行,但首先是为人心所设。比如,在中国社会实行计划经济的年代,通过刑法的规定,任何违反国家制定计划的行为都有可能是犯罪,一个投机倒把罪就涵摄了几乎所有破坏经济的行为。然而时代变了,“人心”一变,投机倒把就不是犯罪了,连罪名都烟消云散了(其中有个别的具有社会危害性的行为分解后,被刑事立法作为新的具体犯罪规定在修订后的新刑法之中,这里不作赘言)。而过去相当长的一段时间内,可以看作是社会主义集体协作精神体现的未经许可冒用、应用他人商标、专利、著作权的行为,现在都被规定为犯罪了。所以就这种所谓法定犯而论,它强调的是“人定恶”、“法定恶”,国家以行政法的规范形式的“禁止恶”。规定这种犯罪的刑法规范往往与其他前置性的部门法相连接又相分野。法定犯罪相对于一个国家和社会来说,是根据社会自身管理、秩序控制和发展经济的需要随时制定的。这种犯罪完全是建立在其他前置性法律规范基础之上的,犯罪的认定是在其他前置性法律规范对违法行为的认定之后才形成的。由此我们可以将这种传统犯罪学意义上所命名的“法定犯”转化命名为行政犯,如此更符合这一类犯罪在刑法立法上“实事求是”、“名至实归”的规范意义。

其实,自从加氏提出自然犯和法定犯概念以后,刑事法学界对“法定犯”进行改造的

[13] 陈炎:《文明与文化》,《光明日报》2011年5月30日第05版。

[14] 转引自邱兴隆、许章润著:《刑罚学》,中国政法大学出版社1999年版,第46页。

努力一直进行着。从“自然犯和法定犯”到“刑事犯与警察犯”再到“刑事犯与行政犯”，有些学者在运用上述范畴进行分析和交流时已经加以区分。德国刑法习惯使用“刑事犯与行政犯”。我国刑法学界也有学者认为法定犯等同于行政犯。<sup>[15]</sup> 还有学者进一步指出，站在刑法学的立场，在罪刑法定原则已经成为统辖刑法的原则的背景下，我们理应站在范畴演变的理论角度和刑法变革的现实场景中区分法定犯和行政犯的概念，并建立自然犯与行政犯的范畴。<sup>[16]</sup>

中国是一个行政管理系统极其强大的国家，一切社会事务都可以纳入到行政管理的涵摄之内。经济活动在我国是国家工商管理的主要内容，经济违法行为实际上就是指违反了国家工商管理法规的经济行为。尽管在民法和经济法的学理研究中，一直有着经济法到底属于民法范畴还是属于行政法范畴，抑或它是一类可以命名为独立的“经济法”的争论。根据中国传统的“指事定名”的哲学观念，关键看其行为本身的表现是发生在国家工商管理的特定领域，还是发生在民间社会的日常生活领域中。从这一意义上说，经济法本质上属于工商管理法。但是行政法又是一个庞大的法律体系，违反行政管理法规的经济活动与其他违反行政管理法规的社会活动违法行为之间的区别，就在于行为人主观上是否具有直接的追求经济利益的心理活动和客观上是否实施了违反具有经济管理内容的工商管理法规。比如醉酒驾车就是违反了交通管理法规的行政犯，这种违法行为直接损害交通安全的社会秩序。再比如，涉及侵犯公民个人信息方面违法犯罪行为的行政犯，就是侵害了国家对于公民个人信息保护方面的制度安排。从这一意义上说，经济违法行为就是经济犯罪，就是违反了经济管理法规的行政犯。

经济犯罪是在近现代商品经济高度发达，市场经济深入发展，国家管理日益严密后才成为一大犯罪类型，是伴随着现代经济制度的建立和完善而进入刑法学的研究视野，因而，经济犯罪具备了传统的自然性犯罪所不具有的行政犯属性和经济性因素，前者意味着经济犯罪涉及众多行政性法律规范和刑事法规范之间的衔接和配合，后者意味着经济制度和经济结构的变革都会引发经济犯罪的不同反映和态势。<sup>[17]</sup>

从法定犯到行政犯的转变，蕴含着某种人类社会发展过程中的需要和无奈，但从刑事法学科学合理性的发展进程来看，这种转变既是合理的，又是必然的，进而具有了刑事法律上的规范意义。

### （三）作为行政犯的经济犯罪具有不断增多的趋势

由于自然犯主要侵害了人类社会共同的人伦常理和传统的道德赓续，它在人类社会的文明进程中，一直起着破坏的作用，即使没有前置性法律的提示（应该说有时自然犯的前置性法律规范和表现特征不怎么十分显眼），它的社会危害性特征也表现的十分明显，其社会危害性也是十分严重的，所以各朝各代都视为严重的刑事犯罪。在中国这个传统刑法文化十分浓厚的社会里，以在中国传统的宗法专制、中央集权时代起到承上启下的作

[15] 参见马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 89 页。

[16] 参见郑旭江著：《经济违法犯罪法律责任立法一体化研究》，法律出版社 2018 年版，第 56 页。

[17] 参见郑旭江著：《经济违法犯罪法律责任立法一体化研究》，法律出版社 2018 年版，第 19 页。

用并对中国周边四域发生重大影响的《唐律》为例,<sup>[18]</sup>其中就规定了五百多条严厉的犯罪条款。尽管在实际的司法实践中,依然要根据唐太宗李世民所确定“一准乎礼”的刑事立法指导思想作为“出礼入刑”的出入准则(这也是整个中国宗法专制时期“礼之所去,刑之所取,失礼则入刑,相为表里者也”刑文化的体现),但其中所规定的有违人类社会基本人伦常理的杀人、放火、强奸、抢劫、盗窃之类的犯罪可谓一应俱全,不但被唐朝以后的各朝各代所继承,而且这些传统的自然犯至今依然是现代刑法的主要自然犯形式。这表明人类社会文明一元化的进程不可逆转。随着人类社会文明的渐序进步,刑事立法上自然犯的设定空间日益饱和,自然犯的犯罪类型和罪名在过去相当长的一段时间内呈现出缓慢的增长态势直至逐渐停止,进而逐渐发展到现在具有了需要做“减法”的必要性和可能性,比如一些无被害人的犯罪,或涉及道德义务方面的行为等。在如何理解自然性犯罪是人类社会发展进程中必然伴随的现象时,意大利犯罪学家菲利曾提出了著名的犯罪饱和理论:“即每一个社会都有其应有的犯罪,这些犯罪的产生是由于自然及社会条件引起的,其质和量是与每一个社会集体的发展相适应的。”<sup>[19]</sup>

如果说对于自然犯来说,其刑事立法的空间基本上已经饱和,现有犯罪的种类和罪名基本上已经周延,那么对于经济犯罪来说恰恰是相反的。由于工业革命的兴起,在自然科学领域,各种新兴的领域不断被拓展,商品经济的发达,新兴市场的开发,加上有的地方、有的时候、有的社会成员道德意识淡化甚至堕落,有些人唯利是图,很多新生的经济性违法罪错行为就会不断涌现出来。正如马克思在《资本论》中引用邓宁的话说到:“一有适当的利润,资本就胆大起来。如果有10%的利润,它就保证到处被使用;有20%的利润,它就活跃起来;有50%的利润,它就铤而走险,有100%的利润,它就敢践踏一切人间法律;有300%的利润,它就敢犯任何罪行,甚至冒绞首的危险。”<sup>[20]</sup>因此,经济犯罪急剧的增长不足为奇。经济犯罪不断增长的趋势,意味着经济犯罪的规制空间还很广阔,那么作为经济犯罪的刑事立法就得“与时俱进”,不断地拓展经济犯罪向外延伸的空间,也就意味着经济犯罪的刑事立法需要做“加法”。前文所揭示的我国经济犯罪刑事立法的变迁过程中罪名不断增多的事实充分说明,在市场经济发展过程中,特别是像我国处于经济体制的转轨过程中,经济犯罪的增长和猖獗是一种必然现象,幻想通过严刑峻法使得经济犯罪急剧下降乃至被消灭是不现实的。

我们通过自然犯与行政犯之间此消彼长的相互关系,认识这两类具有不同法律属性和不同表现特征的犯罪之间的区别,努力建构一个具有稳定性的主要针对自然犯的刑事法典,同时为适应经济犯罪多发、易变特点而设定专门性针对经济犯罪的刑事立法模式,既是必要的也是可能的。具体而言,刑法典专门规定典型的自然性犯罪,使之成为具有稳定性的刑事法典,垂范久远。而作为行政犯的经济犯罪则采取具有针对性的能与经济犯罪相适应的专门独特的刑事立法模式。

[18] 尽管这是一部刑民不分、诸法合体的宗法专制时代的典型法典,但主要是刑法典。

[19] [意]菲利著:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国政法大学出版社1987年版,第43页。

[20] 参见[英]托·约·邓宁著:《工联和罢工》,1860年伦敦版第35、36页。转引自《马克思恩格斯选集(第二卷)》,人民出版社1995年第2版,第266页。



### 三 经济犯罪二次性违法行为的证实

作为行政犯的经济犯罪有其自身的显著特征,即经济犯罪具备了传统的自然性犯罪所不具有的行政犯属性和经济性因素,这就决定了经济犯罪行为必定首先违反了相关的具有经济内容的工商行政管理法规,从而具有明显的二次性违法特征。

#### (一) 经济犯罪二次性违法特征的基本原理

追求经济利益的最大化原本就是人们从事经济活动的出发点和归宿点,正是所谓“君子爱财,取之有道”。然而,在极度物化的社会,对财富和物质享受的偏执却致使一部分人铤而走险,不惜违法犯罪,需要采取包括刑法的手段在内的各种法律手段加以规制。但我国在相当长的一段时间内,外部没有有效的制度规范,内在没有必要的道德规训,经济犯罪成为一类突出而多发的犯罪。

毋庸讳言,现代国家对一个社会的管理、控制应当主要依据民法、经济法和行政法。在一个国家的法律体系中,民法、经济法和行政法作为国家法律体系的主力部队,分兵把守着社会的各个关隘。刑法在这个法律体系中应当属于战略预备队,它以最强大的强制力量、最严厉的暴力手段保障其他法律规范的得以实施,不到万不得已的时候,不能轻易出手。所以,现代刑法在国家的法律体系中应当处于保障法的地位,属于国家管理社会、控制社会的最后一道防线。“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,只有在其他社会统制手段不充分时,或其他社会统制手段(如私刑)过于强烈,有代之以刑法的必要时,才可以动用刑法。”<sup>[21]</sup>

中国社会自古就有着将“礼之所去、刑之所取”的“出礼入刑”的观念奉为圭臬的法制传承,“失礼则入刑,相为表里”。<sup>[22]</sup>这样的观念下,“礼乐”是刑罚的先导,违反“礼乐”既是刑罚的前提,也是刑罚的归宿,“刑也者,始于兵而终于礼者也。”<sup>[23]</sup>“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”。<sup>[24]</sup>尽管中国社会发展至今,“礼乐”也即传统道德的地位已不似先前那么重要,但是伦理、道德作为比较平和的手段对社会的安抚作用仍然是刑罚所无法企及的。“出礼而入刑”并不会与当代的刑罚自省、内敛、谦抑等价值观念发生更本性的冲突。

中国古代的“出乎礼而入于刑”的刑事立法思想,延续到今天,通过观念的转换,就可以演变为“出乎他法而入于刑法”的刑事立法原则,即刑事法律规范应当从平缓的前置性法律规范当中递增而来,对犯罪和刑罚的设定有一个尽可能先显平和、轻重缓急拾级而上的阶梯通道。中国古代“出乎礼而入于刑”的立法观念与现代法治社会对特定行为的犯罪化机制(先设立前置性法律对社会进行全面的管控,以此作为第一道法网进行过滤,然

[21] 参见[日]平野龙一著:《刑法总论 I》,有斐阁 1972 年版,第 47 页。转引自陈兴良:《刑法谦抑的价值蕴含》,《现代法学》1996 年第 3 期,第 17 页。

[22] 《后汉书·陈宠传》。

[23] 《辽史·刑法志》。

[24] 《旧唐书·刑法志》。

后再设置刑事法律作为国家法律体系一个兜底的战略预备队,以此作为第二道法网进行堵截),即“出乎他法而入于刑法”的立法原则依然是如出一辙的。可见,作为行政犯的经济犯罪,必定首先违反前置性的经济行政管理法规,从而具有了二次性的违法特征。

因为我国市场经济体制尚不完善,不足以应对不断涌现的新的经济关系,从而出现许多越轨和失范行为。一方面人之于钱财,就像鱼之于池水,传统的贪婪性的财产犯罪居高不下。而另一方面随着新兴的各种经济生活内容的增加,大量的新型经济违法现象和经济违法手段也会不断出现。所以,如果我们的刑事立法不将一些具有严重社会危害性的经济违法行为确定为犯罪,就会导致这些经济违法行为进一步泛滥,其结果必然会破坏正常的市场经济秩序,我国经济犯罪刑事立法的主要任务就是将这些具有严重社会危害性的违法、失范行为予以犯罪化。但是,如果我们操之过急,如果能够用民法、行政法加以管控的行为,没有通过民法、行政法的第一道防线进行有效过滤,对众多的经济违法行为、经济失范行为不加选择,而将其过多地纳入到刑事法律中来,也会伤及一些具有创造性因素的新生事物。所以,尽可能把一些经济违法行为、经济失范行为通过前置性的法律加以处置也是立法者必须要优先考虑的。

尽管现代经济学界普遍掘弃了完全自由的市场经济理论,承认国家干预的必要性和正当性,但这种干预必须是合理的、适宜的。在一个成熟的市场经济制度下,对人们经济生活的干预基本上是通过民事手段和行政手段进行的,刑事立法对经济生活的干预和调整手段只能是不得已而为之的手段。换言之,只有当民事法、行政法调整手段无法达到目的时,我们才求诸于刑事法的规制作用。所以,构成经济犯罪的行为,必须是既触犯了相应的经济、行政管理等部门法律法规,又要违反刑法的明文规定。也就是说在确定刑法对经济活动的干预程度、干预范围和干预对象时,不能无所依托,要以某种经济行为已经严重违反了特定的前置性法律为前提。刑法不能在缺乏前置性法律的违法性规定和超越已有的前置性法律责任的条件下就“盲目介入、提前介入、拔高介入”。从发展经济、搞活市场的角度来看,刑法尽可能保持“懒惰性”是刑法自省、内敛、节俭的需要和反映。人们应当要知道刑法作为一种极端的暴力性法规,每增加一个条文、每设定一个新罪,就意味着对市场经济多增设了一个禁区。刑法设置的禁区越多,刑法介入力度越强,刑法管控的范围越宽,就意味着人们的自由度越低,就越会压制人们的创造力,就越会使市场经济丧失活力。这就要求我们对待各种经济违法行为、经济失范行为,首先要完善各种前置性法律规范,尽可能地将各种违规违法的市场行为,通过前置的经济手段、行政手段加以调整,减少刑法运用的机会和成本,将预防的防线推至经济违法行为,尽量将其扼杀在引发严重后果之前,保证刑法手段在整个市场治理体系中处于最后的,而且是迫不得已时才使用的一种辅助手段。<sup>[25]</sup>

## (二)经济犯罪二次性违法原理的基本效用

虽然刑法具有保障法的性质,但是在我国,由于经济犯罪刑事立法变动之快,也反映出这样一种现状:我们打击经济违法越轨行为时,频繁进行刑事立法,有一点过于倚重刑

[25] 参见任燕珠:《论转型社会背景下金融犯罪刑罚观念的调整》,《中国刑事法杂志》2013年第3期,第50页。

事法律,使得刑法有受到过度关注的荣耀,也担当着灭火“消防队”的职责。由于作为行政犯的经济犯罪是对人造的、派生的社会秩序和生活秩序的违反,这种行为对社会利益所造成的危害和对个人利益的损害并不为社会普通民众直接感知、即时感知和普遍感知,比如非法吸收公众存款的犯罪,诸多假冒商标、假冒专利、侵犯著作权之类的犯罪,一般社会成员是无法感知的。与自然犯相比,具有经济内容的行政犯其道德非难性比较低,社会危害性程度也比较难以把握,用社会危害性理论难以解释经济违法行为犯罪化的原因,因此我们不得不需要回到犯罪的本质上去寻找将其入罪的依据。

对于经济犯罪来说,如果缺少前置性法律的调整和拦截,任何经济违法行为、经济失范行为就会像一个不守规矩的足球运动员,会在没有守门员的赛场上横冲直撞一样,轻而易举地便能进入到刑法的禁区。因此在犯罪的二次性违法性理论的视域下,与刑事法律自身的完备相比,经济领域的前置性法律的完备显得更为重要。正像菲利所说的:“关于预防犯罪措施的改革哪怕进步一点,也比出版一部完整的刑法典的效力要高上一百倍。”<sup>[26]</sup>

经济犯罪的刑事立法本应该是对经济性行政前置立法的亦步亦趋,刑事立法者在制定经济犯罪时,更应注意经济犯罪与前置性法律的衔接。对于没有前置性法律规制的行为,不能急忙着手设定某种经济犯罪的罪名和刑事责任而将其直接纳入到刑法领域。如果人们对某种经济违法行为、经济失范行为还没有进行必要的社会管理和前置性法律的拦截、过滤和鉴定,就被冠以犯罪的名义而加以刑事惩罚,是有违于合理性和二次性的,更会反映出国家管理社会的未能尽责甚至无能。因此如果某一经济违法行为、经济失范行为急需法律调整的,应当由相关部门首先进行前置性法律的制定或修订,根据前置性法律的执法效果再着手刑法的制定或修订。<sup>[27]</sup>

刑法虽然是一个独立的法律部门,但并非自给自足,需要从其他法律部门中汲取前置性规定来充实自己的需要。<sup>[28]</sup>在这方面我们已经有着很多的教训,比如著名的帅英保险诈骗案,<sup>[29]</sup>王力军非法经营案,<sup>[30]</sup>还有前文所提到的广东佛山的顾维军案、河北衡水的张友中案、江苏南京的许荣华案。其实“帅英骗保案”、“王立军非法经营案”背后不仅仅是保险市场、粮食流通市场上可能产生的连锁反应,因为这些案件完全可以通过保险法、民法、行政法的规定加以解决,一旦提高到刑法的高度加以处理则会陡生风波。从司法机关来说,一旦碰上这类刑民交叉的疑难案件,往往会派上精兵强将,各部门协同“作战”,甚至还要延请各路专家学者进行“会诊”,所耗的人力、物力、精力、财力和时间非一

[26] [意]菲利著:《犯罪社会学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社1990年版,第94页。

[27] 参见杨兴培编著:《犯罪的二次性违法理论与实践》,北京大学出版社2018年版,第172页。

[28] 参见杨兴培:《刑民交叉案件中“先刑观念”的反思与批评》,《法治研究》2014年第9期,第73页。

[29] 案情参见何海宁:《难倒法官的骗保案——保险法说她该得27万保险金,刑法说她该坐10年大牢》,《南方周末》2005年4月14日第A6版。

[30] 内蒙古自治区的一个平时务农的农民王力军,有时在附近地区利用自己的农用车收购玉米卖给当地粮管所,方便了当地的农民,本来是一桩利人利己的好事,促进了农村产品的流通,也是农村现状的正常现象,但被当地司法机关以非法经营罪判刑。之所以定了非法经营罪,关键在于他违反了国家有关主管部门规定的有关必须办理相关证件的法规。此案经过媒体报道后,国家主管部门于2016年11月修改了相关法律规定,最高法院也就此案发出了再审决定书,指出了此案的错误。最终此案被告人被宣告无罪。

般普通案件可比拟。<sup>[31]</sup>

### (三) 犯罪二次性违法原理对经济犯罪刑事立法的反作用

通过上述对经济犯罪二次性违法特征基本原理和基本效用的揭示,对于经济犯罪,刑事立法明确把前置性法律与刑事法律紧密地联系起来之后,再设定经济犯罪种类和刑事责任是其基本的技术要求。这样,无论是对经济活动的管理规则放到刑法之中,如现行刑法的走私罪的规定,还是将刑事规制置于经济法之中,如前述的附随性经济犯罪刑事立法模式(特别是原修订之前的《会计法》),都能够起到特别的提示、警告作用。有了这样的立法机制,及时落实到司法实践,就可以也应该先注重对前置性法律的分析与评价。一种经济违法行为能否构成犯罪,实际上就是这种行为是否已经超越了经济性的前置性法律而需要进入到刑法的领域之中,才可以评价为触犯了刑法的规定。进而言之,经济犯罪的法律根据首先在于前置性法律中设定的违法性,经济犯罪刑事违法性的前提也在于前置性经济法律的违法性。如果在前置性经济法律上无法得出违法性的结论,刑法就不应该启动;如果仅仅违反了前置性的经济法律,但没有超越前置性经济法律所设置的法律 responsibility 藩篱,依然没有刑法的用武之地。

## 四 经济犯罪的典型性与非典型性的分析

通过对自然犯与行政犯的重新解读和重构,给了我们一个新的视角去理解和完善这两种不同类型犯罪形式所需要建立的刑事责任结构体系。由于经济犯罪就是行政犯,其必然有着二次性的违法表现特征。从广泛的视角来看,自然犯也具有二次性违法特征,但从国家行政管理层面来说,自然犯没有行政犯来得那么明显突出。当我们仔细分析研究经济犯罪的运行规律,在市场经济体制下,经济活动总是最活跃的规律告诉我们,经济犯罪在整个社会的犯罪活动中也是最活跃的,最活跃的犯罪又总是具有最常变的表现形式。要想将最活跃的、最具有“变数因素”的市场经济犯罪规定在大一统的、力求稳定的而需要保持不能常变的刑法典之中,理想虽然美好,但过往的立法实践告诉我们,“现实”常常会来“捣乱”而很难做到。所以经济犯罪的刑事立法应当要有别于一般的自然犯罪,于是也就有了将经济犯罪从传统的刑事法典当中独立出来的必要性。因时设想,因情设规,因势设制,制定出相对独立于刑法典的经济犯罪与相应的刑事责任,势所必然。

然而在当前的社会生活中,经济犯罪本身也是一类具体犯罪众多的集合性犯罪,其内部也有不同类别表现。而且我们还应当看到,社会是发展的,经济活动也是不断产生、发展和变化的,由于经济发展的迅捷性以及难以预测性,经济犯罪作为经济发展过程中的一个副产品,也会呈现出“与时俱进”的特征,势必会随着经济运行态势的变化、国家经济政策的改变以至于前置性法律规范的修订和废除而发生变化。可以说,经济犯罪是整个犯罪中变数最大的一类犯罪。

经济犯罪由于和经济利益紧密相关,而经济利益又和财产性利益交织在一起,所以在

[31] 参见杨兴培:《刑民交叉案件中“先刑观念”的反思与批评》,《法治研究》2014年第9期,第70页。

进行经济犯罪的刑事立法时,必须先厘清经济犯罪与传统财产性犯罪的区别。同时经济性犯罪内部具有的不同类别的表现,也要求我们将经济犯罪划分为典型的经济犯罪和非典型的经济犯罪,以此在规制经济犯罪的过程中做到分门别类,各有针对性,以最大限度实现经济犯罪刑事立法的最大效用。

### (一) 经济犯罪与财产犯罪的趋同关系与异味分野

在现实的社会生活中,经济性的犯罪与财产性的犯罪在实现以金钱为内容的涉财性行为时,具有相当的一致性。这样在我们讨论经济犯罪的刑事立法时,首先要界定经济犯罪的性质和范围,并以此与财产性犯罪有效地区别开来。然而从法律上要作出这样的界定是有一定难度的。因为从一般的意义上说,经济犯罪不外乎是行为人以攫取经济利益为目的,实施刑法所禁止的行为。然而在现实生活中,人们的行为多多少少都会伴有经济利益的成分。贩卖毒品、买卖枪支弹药、组织引诱卖淫者也是为了获取一定的经济利益才铤而走险的。所以可以这样说,行为人实施经济犯罪是为了增加其财产利益,而行为人实施财产性犯罪,不过就是为了经济利益。更何况在法律上,经济犯罪本身还不是一个严格的法律概念。1982年3月8日,全国人大常委会制定颁布了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》,在中国刑法的理论上和实践中才正式开始出现经济犯罪的名词。但何为经济犯罪?刑事法学领域一向有广义和狭义之分,至今莫衷一是。一般来说,广义的经济犯罪包括了所有涉及经济利益内容的犯罪,甚至把具有财产利益为内容的犯罪也看成是广义经济犯罪的一个组成部分。狭义的经济犯罪概念仅仅把破坏市场经济秩序的犯罪看成是经济犯罪。但我们认为最起码从刑法的层面而言,经济性犯罪与财产性犯罪毕竟有着法理意义上和刑法规范上的区别。

#### 1. 是否属于近现代工商业社会的犯罪产物

财产性犯罪是一种很古老的犯罪,所以很多罪名都有着悠久的历史,如抢劫、盗窃、诈骗,历经多少时代,其基本内涵没有发生多大的变化;而经济犯罪一般来说,是随着现代商品经济出现的一种刑法专有名词。有别于传统的抢劫、盗窃、诈骗等财产性犯罪,经济犯罪是伴随着现代各类金融、经济制度的建立、发展和完善而进入刑事立法的规制领域,并由此设立了一定的禁区,违反经济领域法律法规的不法行为发展到一定程度就将触犯刑法,从而成为刑法上的经济犯罪。所以,财产性犯罪在传统的刑法典章中历朝历代都是固定不变的,即使具有经济内容的财产性犯罪,也不能纳入到经济犯罪的范畴之中。

#### 2. 有无明确、明显的前置性行政法规的提示性关照、威慑性警示、过滤型拦截

在我国,对经济犯罪尽管有多种理解,但是其最明显的一个特征就是以违反前置性的工商管理法规为构成犯罪的必要前提。所以违反前置性的工商管理法规是研究经济犯罪和进行经济犯罪刑事立法的一个必要起点,这同样意味着,一个经济违法行为是否构成犯罪,要以前置性的工商管理法规为前提基础。这与传统的财产性犯罪仅仅通过人伦常理和道德习俗也能够轻易作出判断形成鲜明对比,也即对传统的财产性犯罪的评价判断,具有刑法规范意义上的相对独立性,而不像经济犯罪本身并不具有法律规范意义上的独立性,经济犯罪的评价与认定应当来源于刑法前置性工商管理规范。

#### 3. 犯罪行为是否发生在经济活动的动态运行过程中

有学者指出,“经济犯罪”之“经济”至少可以从以下三个方面加以理解:第一,“经济

犯罪”之“经济”代表“经济利益”。经济犯罪的目的或动机往往出于获取非法的经济利益或影响合法的经济利益,从而与非经济性的侵害人身权利、扰乱社会秩序的犯罪相去甚远。第二,“经济犯罪”之“经济”代表着经济领域,从而与政治领域、军事领域或一般生活领域相去甚远。第三,“经济犯罪”之“经济”代表着“经济秩序”。经济犯罪通常利用非法手段干扰或破坏了经济活动的正常运转,从而在给具体的生产者、消费者造成损害的同时也危害到国家对经济活动的管理秩序。<sup>[32]</sup> 这种理解也将营利性的经济犯罪与即使具有谋利性刑事犯罪特别是传统的财产犯罪有效地区别开来。刑事立法过程中,财产性犯罪一般以财产的静态占有状态作为刑法的保护利益,所以财产性犯罪一般在主观要件中设定行为人以非法占有为目的,从而获得处于静止状态中他人固有的存量财物。而经济犯罪一般以非法牟利为目的,行为人获得的经济利益主要通过破坏经济活动正常运行秩序的破坏,以便从中获得增量的经济利益。所以经济犯罪只是到了现代市场经济阶段才有可能成为一种比较普遍的犯罪现象。即使经济犯罪也会涉及到财产性利益,这种财产性利益是在动态过程中产生,是一种“动态的财产利益”。

### (二) 典型的经济犯罪与非典型的经济犯罪

为便于理解经济犯罪,我们进而根据经济犯罪自身的稳定性和变异性,将经济犯罪划分为典型的经济犯罪和非典型的经济犯罪。这种划分对于刑事立法来说,具有不同的立法意义。

典型的经济犯罪,主要是指与传统的自然犯罪相去甚远的犯罪种类。其反道德、反伦理的属性较浅。其能成为犯罪,主要是基于国家对社会经济秩序的管控和对社会经济活动的管理需要而作出的禁止性规定,如非法经营罪、非法吸收公众存款罪、擅自设立金融机构罪、商标犯罪、著作权犯罪、偷税逃税犯罪等。

非典型的经济犯罪,主要是指介于典型性经济犯罪与传统财产性犯罪之间的具有财产性利益内容的经济犯罪。它具有一定的反道德伦理的属性,但它又是存在于经济活动的动态运行过程中。如生产、销售伪劣产品的犯罪,有关走私的犯罪,涉及到货币方面的犯罪等。这种经济犯罪的行为方式基本已经定型化了。

应当指出,我们在刑法理论上将经济犯罪划分成典型与非典型的类别并不是绝对的,一成不变的。层出不穷的经济违法行为以及由此导致的经济犯罪刑事立法的变化恰好可以证明典型性经济犯罪的敏感多变。

### (三) 经济犯罪的范围

由于市场经济秩序的全方位多层次性,经济犯罪的分类也有不同的标准。有人提出若以是否明确保护超个人利益为标准分为三类,也有人提出以国民经济部门基础作为划分标准分为五类。标准不同,结论也自然不同<sup>[33]</sup>。更有学者以经济犯罪所涉及的领域或者所侵害的对象为依据,从人与自然、人与物和人与人的相互关系中,将经济犯罪分为三类。<sup>[34]</sup> 上述对经济犯罪虽有不同的界定,但大致为我们建构追究经济犯罪之刑事责任

[32] 参见陈兴良主编:《经济犯罪学》,中国社会科学出版社1990年版,第13-14页。

[33] 参见王世洲著:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,第151-154页。

[34] 参见郑旭江著:《经济违法犯罪法律责任立法一体化研究》,法律出版社2018年版,第18页。

的刑事立法模式圈定了一个可能涉及的范围。

## 五 经济犯罪刑事立法模式的优选和完善

通过对经济犯罪所具有行政犯法律属性的确认,通过对经济犯罪必定具有二次违法特征的必然性和必要性的证实,通过对经济犯罪本身具有的典型形式与非典型形式的分类,接下来可以进一步探讨经济犯罪刑事立法应然模式的选择。

### (一) 对以往经济犯罪刑事立法模式的反思与评价

可以说,目前经济犯罪的刑事立法模式主要还是法典式为主的刑事立法模式。这种立法模式是在刑法典中设立某一经济犯罪独立的罪名罪状和法定刑,但是与刑法前置性的行政规范有相互脱节的现象,彼此不能关照,由此必然产生顾此失彼、技术应用上缺乏有效衔接,前置性行政规范的参照性提示、威慑性警示、过滤型拦截等问题。同时,由于前置性行政规范对经济违法行为禁止性规定繁多,刑法典为了将某种具体的经济违法行为明确化、具体化,往往会在刑法典中引入前置性行政规范的条文,从而造成了刑法典的拖沓、臃肿和累赘,例如,刑法第 154 条特殊形式的走私普通货物、物品罪,第 219 条侵犯商业秘密罪的规定,都有大量重复性地引入前置性法律法规内容的现象,给刑法典造成了不必要的臃肿和膨胀。

从纳入前置性法律法规内容的刑法规定中可以看出,这些规定本身就是前置性法规的基本内容,不断重复规定,浪费太多的立法资源。其实即使法典式刑事立法模式有种种优势,但仍然无法克服在中国社会急剧转型过程中经济犯罪不断产生与惩治之间内在的矛盾冲突,高度一统的经济犯罪法典式刑事立法在惩治新型的经济犯罪面前总是捉襟见肘、难以稳定适用。日本学者穗积陈重谈到法典式立法模式涉及之范围时认为:“法典之范围,当便宜画定。非必一切法律,悉(数)编入一法典之中。如民法法典中,画其关于商事者,别为商法;刑法法典中,画其关于军人犯罪者,别为海陆军刑法。此其最著者也。”<sup>[35]</sup>此言甚是!

经济犯罪单行式的刑事立法模式应该说有其很多的优点,在惩治经济犯罪方面,起到了十分重要的积极作用,比如,具有适时性、灵活性、有针对性。但在我国新刑法修订之后基本不复存在,估计今后也很难专门采用这种补充修改的立法模式,最起码自新刑法修订以来已经多年没有采用了。如果今后再用这种模式,一个罪或一类罪就是一个法规,会造成过多的经济犯罪单行式刑事法规多元化的产生和存在,也会造成整个刑法规范的杂乱现象,会损害和削弱刑法的一统性和稳定性。

经济犯罪附随式的刑事立法模式应该说有它诸多的优越之处,只是现有的附随式刑事立法没有很好地发挥它的优越性,比如,前置性行政规范的禁止性规定中,即使达到情节严重的程度,本身也没有直接规定罪名罪状和法定刑,提示性规定也没有指明违反其适用的具体刑法规范,而一般的刑法规范又没有明确表明应受处罚的严重经济违法行为,应

[35] 转引自方潇:《“法典”意向变迁考——以中国语境为核心》,《比较法研究》2005 年第 2 期,第 134 页。

当属于哪一种具体的禁止性行为,由此就造成了前置性法律与继起的刑法规范之间缺乏有效衔接和罪刑之间的对应性。但是只要我们对这一经济犯罪的立法模式进行必要的改造,发挥其长处,遏制其短处,是能够作为较好的规制经济犯罪的刑事立法模式加以深入采用的。

## (二) 高度一体化与分散多元化的利弊思考

高度一元化一直是我国刑事立法追求的一种立法模式和价值目标,这里有着明显的、历史悠久的“路径依赖”原因,最初修订1997年刑法的立法者期待产出一部稳定的法典,<sup>[36]</sup>谁曾料想世事难预,新刑法修订以后发布的十多个修正案、三个关于惩治专门领域犯罪的决定,意味着高度大一统的刑事立法格局已经被打破,可以想见,以后还将有新的补充修正案和相关规定出台。

高度一元化也许是好事,容易保证刑法的稳定性,但是它必须有很多必要的前提条件。作冷静思考,由于中国社会目前依然处在激烈的社会解构与重构过程之中,很多的制度设定还在论证之中,很多的观念还在形成之中,很多的行为模式还在发展变化之中,因此刑法作为第二次违法规范形式的产物,它的完善定型,还有赖于首先制定和完善一些前置性的法律为刑法的制定提供基础。<sup>[37]</sup>刑法的有效执行,也还赖于前置性法律的有效执行。即使这样,我们仍然无法否认经济犯罪的复杂性、变异性,以及因一定的政治、经济和社会因素的变动,而产生对经济犯罪本身的影响作用。如果我们今天已经无法实现刑事立法高度的一体化、法典化,那么考虑到经济犯罪本身的多元化表现形式,对附随式刑事立法模式就不得不需要加以重新考虑。

## (三) 经济犯罪刑事立法模式最佳方案的选择与尝试

关于我国在刑法全面修订之前和修订之后有关破坏经济秩序犯罪的刑事立法模式,很早就有人做过专门的思考研究,理论上也一直存在着多元的立法模式建议。<sup>[38]</sup>但经济犯罪刑事责任的立法模式是一个常说常新的问题,刑法理论的思考研究就是要不断反复提出和证明某种理论观点的真伪得失,为刑事立法者提供多元的理论参考。其实关于经济犯罪的刑事立法模式,当今世界市场经济比较发达的国家,也在积极地研究和尝试。在国外也有类似的三种立法模式。第一种是将经济犯罪一并规定在刑法典中,这在大陆法系的刑事立法中较为常见;第二种是将经济犯罪与传统的刑事犯罪分立于不同法典中,如德国有诸多专门针对经济犯罪的法规与传统的刑法典并存;第三种是将经济犯罪分散规定在不同的经济行政法律法规中,这在英美法系和大陆法系国家都有尝试,而且存在一定的普遍性。

尽管他国的立法模式可以借鉴,但是,就刑事立法而言,却是一个国家视自己的国情随时而动、随势而动、随情而动的国家活动。那么我国经济犯罪的刑事立法将何去何从?我们认为,应当从经济犯罪的本质特征和法律属性出发,应当以经济犯罪必定具有二次违

[36] 参见王汉斌:《关于〈中华人民共和国刑法(修订草案)的说明〉——1997年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上的报告》。

[37] 参见杨兴培:《公器乃当公论,神器更当持重——刑法修正方式的慎思与评价》,《法学》2011年第4期,第5页。

[38] 杨兴培著:《破坏市场经济秩序犯罪概论》,法律出版社、中央文献出版社2000年版,第321页。



法特征的必然性和必要性表现作为设置经济犯罪的技术要求,结合我国市场经济尚处于转型期,各种经济违法行为、经济失范行为不断涌现的实际情况,以有利于维持整个刑法典的稳定性和照顾到经济犯罪立法的及时性、有效性和有针对性为基本原则,同时考虑到刑事立法规定要有利于司法操作的适应性和便捷性,综合以上要素,采取单独制定经济犯罪法和分散附随式的刑事立法模式相结合,方是必要的刑事立法选择和追求。

### 1. 有利于维护刑法典整体稳定性的需要

自古以来,重视刑法的相对稳定性,一直是中外刑事立法所追求的目的。刑法作为国家的基本大法,稳定性是其基本特征。从某种意义上说,没有刑法的稳定性,就没有刑法的权威性。刑法朝令夕改,严重影响民众对法律的信赖,使得法律缺乏预测可能性,社会成员无法根据法律来选择自己的行为,最终只能造成民众自由的萎靡,而这与社会发展的趋势与要求是格格不入的。所以,除非刑法出现了大规模明显滞后于社会现实生活,不到迫不得已之时,不轻言修改刑法。不同于传统危害公共秩序、公共风俗和公共安全的犯罪表现形式的固定性,市场经济犯罪时时挑战着刑法的稳定性,因此,当经济犯罪从一般的犯罪中脱离出来,实际上也是从一般的刑法典中独立出来,不管单独的经济犯罪立法如何发展变化,不管刑事立法对经济犯罪如何“以动制动”,对于整个刑法典都不会发生直接的“牵一发而动全身”的影响,从而也就最大程度地保持了刑法典的稳定性。

### 2. 根据非典型的经济犯罪模式制订一部独立的《经济犯罪法》

尽管非典型的经济犯罪类型,也有前置性的行政管理法规为基础,但是这种前置性行政法规一般来说都是比较稳定的。对这种经济犯罪的认定,凭着传统的伦理道德也可以做出大概的价值评价和规范判断。但这种犯罪的经济犯罪的属性依然比较明显的,他们与传统的财产性犯罪依然有着一定区别。这种经济犯罪的前置性行政管理法规并非没有,但可以作为一种参考依据加以考虑。因此,我国刑法学界早就有人提出制定单独的《经济犯罪法》(俗称经济刑法典)的主张。<sup>[39]</sup>

### 3. 典型的经济犯罪应当采取附随式的刑事立法模式

在我国,经济法规均需经过多次反复修改,而且以后还得要继续修改。这种前置性经济法规的变动必然要带来经济犯罪刑事规范的变动。更何况在很多的经济行政规范中,立法者一般会就某一经济违法行为作出二次行政处罚规定,那么第三次违法行为就不需要严格按照原先设定的入罪标准。这样将这种典型的经济犯罪刑事责任直接规定在前置性的经济法规、行政法规中,就可以解决诸多前置性经济法规、行政法规和刑事法律之间因相互脱节而带来的种种弊端。同样由于国家出于宏观需要的考虑,诸如虚假出资、抽逃出资的犯罪就会发生罪与非罪的变化,偷税逃税的刑事立法还特别作出了“首罚免刑”的规定。<sup>[40]</sup> 所有这些经济犯罪的构成,都必须以相关经济行政法的规定作为依据,这些经济行为的罪与非罪与它的前置性行政法规的规定具有紧密的依存有关系,它们经常是随

[39] 参见杨兴培著:《破坏市场经济秩序犯罪概论》,法律出版社、中央文献出版社 2000 年版,第 330 页。

[40] 参见《中华人民共和国刑法修正案(七)》第 3 条第 4 款对《刑法》第 201 条的修改:“有第一款行为,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;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”

着前置性行政法规的发展变化而发展变化的。所以,当这些经济违法犯罪行为的法律责任在前置性法规中做到一体化的规定,司法实践在确定法律责任时,一部法律就能够提供全景图式映像对照。

如果说原先众多的附随式刑事规范不但在刑法修订前大量存在,而且在刑法修订后被明确要“将一些民事、经济、行政法律中‘依照’、‘比照’刑法有关条文追究刑事责任的规定,改为刑法的具体条款”,但实际上仍然存在,而且在一些新的法规中继续出现。在新刑法已明确规定罪刑法定基本原则之后,这种附随性刑事规范至多只有理论上的意义,所以对其及时加以废止和不再继续规定,也并非不可。况且,一旦将这些民事、经济、行政法律中“依照”、“比照”刑法有关条文追究刑事责任的规定,直接改造成为具体的刑法规范规定在这些前置性的民事、经济、行政法律中,其应有的刑法价值功能和刑法规范功能将会以十倍百倍的效用体现出来。

目前,我们可以先制定一部单独的《经济犯罪法》,一方面先维持现有的经济犯罪格局,另一方面,当今后某一部经济法规、行政法规有可能进行补充修改时,就通过附随式的刑事立法模式,将与此相关的经济犯罪条款逐渐转移到前置性的经济法规、行政法规中,从而完成经济犯罪刑事责任立法模式的体系化和多元化。

---

---

[Abstract] Economic crimes are the most common, extremely serious and often controversial crimes in contemporary Chinese society. They have administrative properties and economic elements that traditional natural crimes do not have and, as such, have clear characteristics of secondary unlawful acts. As a result, economic criminal law ought to be norms that regulate secondary unlawful acts and it is necessary to establish a special mode of criminal legislation suited to such characteristics of economic crimes as high-occurrence and variability. Economic crimes have two different types of manifestation: typical economic crimes and non-typical economic crimes. The mode of criminal legislation on economic crimes should take different forms in light of different types of economic crimes: the attached legislation mode should be adopted for typical economic crimes, so as to meet the need for punishing economic crimes in a timely, targeted and flexible way, whereas separate laws on economic crimes can be adopted for non-typical economic crimes, so that changes in economic situation and the situation of non-typical economic crimes will not be directly related to the existing criminal code and affect its basic stability.

---

---

(责任编辑:贾元)