



## 图书在版编目(CIP)数据

经济违法行为刑事制裁介入度研究 / 龙兴盛著. —  
北京: 法律出版社, 2015. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8649 - 1

I. ①经… II. ①龙… III. ①经济犯罪—刑事诉讼—  
研究—中国 IV. ①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 258530 号

经济违法行为刑事制裁  
介入度研究

龙兴盛 著

责任编辑 黄琳佳  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 10.625 字数 258 千

印次 2015 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

---

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 8649 - 1

定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 序 言

市场经济是法治经济,这已经成为人们的共识。但什么叫“法治”?什么叫“法治经济”?目前学术界尚未达成共识。根据《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的精神判断,法治经济至少有两个层面的含义:第一,市场经济运行的各个层面都有法律的保障,如有平等的产权保护制度、有公平的交易制度、有市场监管制度和宏观调控制度。第二,必须不断修改、完善市场经济赖以运行的各项制度,使之符合客观经济规律的要求,使之适应不断发展变化的国际国内经济形势。在现代市场经济条件下,法治经济必须同时满足这两个要求,由此决定,法治经济就可能具有与传统法治理念不同的特征——动态性。

经济刑法是法治经济体系的重要组成部分,其与经济法、经济私法一起组成了经济法,在维护“统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管”“促进商品和要素自由流动”方面发挥核心作用。法治经济的动态性特征决定经济刑法呈现出建构性、易变性、关联性等其他法律少有的特征。所谓建构性,

指经济刑法是一种经由人为设计而确立的法秩序。尽管经济刑法的构建必须遵循客观经济规律这种客观法的要求,但由于人类只具有有限的知性,对客观法的把握总具有滞后性。因此,对经由人为设计而确立的经济刑法秩序是否符合客观法的要求,并不存在一个先验的、十分精确的评价标准。所谓易变性,指经济刑法总体上不如民法等法律部门那样稳定。经济刑法上权利、义务、权力、责任的设置,必须随着国际、国内经济形势之变化及执政当局经济政策的变化而变化。所谓关联性,即遵守或违反经济刑法规范的行为会对他人的权利义务产生直接或间接的影响,即所谓的“牵一发而动全身”。吴英集资诈骗案也许是一个很不错的例证。该案引起了社会的广泛关注,也引起了法学界对经济法治问题的深度思考。

龙兴盛博士一书《经济违法行为刑事制裁介入度研究》就是这类思考的成果之一。该书运用跨学科研究方法,对刑事制裁介入经济违法行为的广度与深度进行了较为深入的探讨,提出在广度设置方面,如果刑事制裁对经济违法行为无效果、刑事制裁太昂贵或者有其他方法可代替刑事制裁时,则刑事制裁不得介入经济违法行为。在深度设置方面,该书提出,对经济违法行为,立法不应当设置生命刑;应当少用短期自由刑,以防止交叉感染;最优自由刑的确定要考虑经济违法行为人的预期违法收益、经济违法行为有可能造成的预期损害、经济违法行为被刑事制裁的概率、经济违法行为被刑事制裁的及时性四个要素;财产刑具有符合经济犯罪的等价报应要求与预防犯罪的功利需求,在制裁经济违法行为方面具有天然的优势。这些观点也许并非其首倡,但确实体现了法治经济的时代要求。值得称赞的是,龙兴盛博士本科所学专业为经济学,但他对法律具有浓厚的兴趣。所以,在本科阶段取得了经济学、法学双学位,其硕士和博士所学专业均为法学,这种跨学科教育背景使其在写作本书时,能够较为熟练地运用统计、计量等研究方法,

对经济违法行为刑事制裁的宽度、广度等进行数理上的说明和论证。这可能成为本书的亮点之一。另外,自硕士毕业之后,作者先是在检察院工作,后又调入法院,从事刑事审判工作,在繁忙的工作之余对当下我国经济违法行为刑事制裁司法实践层面存在的不足有自己的许多思考。该书在某种程度上也是他对十余年司法实践工作进行思考的一个阶段性成果。

我与兴盛相识于我们的母校——西南政法大学。15年来,他留给我的印象是,不管是对待学习,还是对待工作,一直都非常执著、刻苦、认真。作为他的导师,我对此感到特别欣慰。“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”,我期待兴盛博士能一如既往,更上一层楼。

湖南大学法学院副院长、教授、博士生导师 郑鹏程  
2015年8月29日

# 目 录

## 第一章 导论 001

第一节 选题背景及意义 002

第二节 文献综述 004

第三节 主要研究内容与研究方法 019

## 第二章 经济违法行为概述 024

第一节 经济违法行为的界定 024

一、经济法主体的行为 025

二、经济法规范的含义与特征 029

第二节 经济违法行为的特征 032

一、经济违法行为的经济性 033

二、经济违法行为的社会危害性 035

三、经济违法行为的可责性 038

第三节 经济违法行为的种类 040

一、根据侵害同类客体的分类 040

二、根据违法程度的分类 044

三、根据违反经济法律体系的分类 050

<b>第三章</b>	<b>经济违法行为刑事制裁的法理基础与域外实践</b>	<b>055</b>
第一节	经济违法行为刑事制裁的理论解释	056
一、	经济违法行为的民事制裁的优势及其不足	057
二、	经济违法行为的行政制裁的优势及其不足	063
三、	经济违法行为刑事制裁的价值功能	070
四、	经济违法行为刑事制裁规范的分类与特征	078
第二节	经济违法行为刑事制裁域外立法与司法实践	086
一、	美国	086
二、	德国	093
三、	俄罗斯	096
四、	日本	099
五、	意大利	101
六、	台湾地区	102
<b>第四章</b>	<b>确立经济违法行为刑事制裁介入度的基本原则</b>	<b>107</b>
第一节	资源优化配置原则	108
一、	资源优化配置原则是经济法的价值目标与 基本原则	108
二、	资源优化配置是一种公共利益	110
三、	资源优化配置要求刑事制裁的效益最大化	113
第二节	社会本位原则	123
一、	社会本位原则的缘起与确立	123
二、	社会本位原则的立法体现	129
三、	社会本位原则的司法适用	131
第三节	谦抑原则	139
一、	谦抑原则的价值蕴含	139

二、刑、行、民协调 148

三、刑事制裁只能作为最后的制裁手段 154

## **第五章 经济违法行为刑事制裁广度与深度设置 158**

第一节 经济违法行为刑事制裁介入的目标设置 161

一、维持最优威慑 161

二、保护刑法公正 165

三、促进社会效率提高 168

第二节 经济违法行为刑事制裁的广度设置 172

一、广度设置的客观背景与历史沿革 172

二、广度设置的前提与标准 178

三、广度设置的具体限制 188

第三节 经济违法行为刑事制裁的深度设置 190

一、生命刑的设置 192

二、自由刑的设置 198

三、财产刑的设置 207

## **第六章 我国经济违法行为刑事制裁介入度反思 212**

第一节 我国经济违法行为刑事制裁立法现状及完善 212

一、我国经济违法行为的刑事制裁立法的渊源 215

二、我国经济违法行为的刑事制裁立法的特点 219

三、我国经济违法行为的刑事制裁立法的缺陷及完善 222

第二节 我国经济犯罪侦查现状及完善 240

第三节 我国经济违法行为刑事制裁司法现状及完善 247

一、湖南某市两级法院的经济犯罪审理情况 247

二、经济违法行为刑事制裁司法之个案剖析 255



三、经济违法行为刑事制裁司法之缺陷及完善	291
四、湖南某市两级法院经济犯罪刑事法官的调查	295
第四节 我国经济刑事制裁司法评估体系的建立	299
一、具体框架	299
二、具体操作	302
<b>结语</b>	305
<b>参考文献</b>	310
<b>后记</b>	327

## 第一章

### 导论

因为人类逐利与贪婪的本性,经济违法行为在任何社会形态中都大量存在,在市场经济社会中尤其如此。市场经济具有一定的欺骗性,给人们形式上的自由,市场也同样可以被人利用,从而变成少数人用来欺诈、垄断、剥削的工具。对市场经济中出现的越轨行为,怎样才能进行有效的制裁?是否需要刑法来介入?这是一个基础性的问题。利用行政法与经济法来制裁经济违法行为是否足够?如果需要运用刑法来制裁经济违法行为,那么对经济违法行为应该如何进行刑事制裁?其“度”在哪里?也就是说,国家应当如何确定刑法制裁经济违法行为的“介入度”?在十八届三中全会明确“在资源配置中市场起决定性作用”的大背景下,回答好这些问题尤其具有时代意义。

## 第一节 选题背景及意义

一度被民众与媒体高度关注的吴英集资诈骗案<sup>①</sup>慢慢淡出了公众的视野,但留给我们的问题依然存在。吴英的集资诈骗行为违反法律规定的金融体制,对吴英定罪体现出国家对金融市场的管理法益;吴英集资诈骗行为造成巨额损失无法收回,在量刑时却最终“免死”,又表现出社会之利益对国家经济管理利益的制约与平衡。类似“吴英案”的案件,国家是否有权力剥夺其生命?对“吴英案”的讨论实质上反映出对经济违法行为应如何进行刑事制裁的问题。类似的案件与问题常见诸媒体,牵动着公众的神经如空姐走私案<sup>②</sup>,媒体议论热烈,其焦点集中在对被告人的量刑上,对空姐走私案的讨论实质上反映出对经济违法行为刑事制裁程度应当多深的问题。一方面是刑事制裁对部分经济违法行为的适用过于严厉,另一方面,大量的经济违法行为没有得到制裁。比如食品安全犯罪、银行证券犯罪、企业员工的背信行为、高利贷牟利行为,这些行为有如癌细胞,不断地侵蚀着正在成长的经济有机体,刑事制裁应该介入经济违法行为时却时常缺位。

<sup>①</sup> 吴英集资诈骗案:从2005年5月至2007年2月,吴英以高额利息为诱饵,以投资、借款、资金周转等为名,非法集资人民币近7.7亿元,用于偿还本金、支付高额利息、购买房产、汽车及个人挥霍等,实际集资诈骗人民币近3.9亿元。2009年12月,被金华市中级人民法院以集资诈骗罪一审判处死刑。2012年1月18日,浙江省高级人民法院二审驳回上诉,维持原判并报最高人民法院核准。2012年4月20日,最高人民法院未核准吴英死刑,该案发回浙江高院重审。2012年5月21日,浙江省高级人民法院作出终审判决,以集资诈骗罪判处吴英死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身,并处没收其个人全部财产。

<sup>②</sup> 空姐走私案:离职空姐李晓航伙同他人采用以客带货的方式从机场无申报通道将化妆品等货物携带入境,偷逃海关进口环节税,北京二中院做出一审判决,以走私普通货物罪判处李晓航有期徒刑十一年,并处罚金50万元,上诉后案件被发回重审,重审改判李晓航有期徒刑三年,并处罚金4万元。

对经济违法行为进行刑事制裁,其本质就是刑事制裁介入市场经济活动。这种干预与制裁达到何种程度才能使市场的自由空间不会受到不必要的限制,经济法与刑法在理论上都应当对这个问题做出回答,最大限度地保护市场的自由与犯罪人的基本人权。从应然角度来看,刑事制裁对市场经济的介入应当更多地体现为对产权制度、产权交易、自由竞争的维护方面。就维护产权交易制度的刑法而言,刑法应当打击不遵守诚实守信的合同欺诈行为,使不稳定和随机性的产权交易纳入可控的规范中,确保合同当事双方的产权收益。而对基本市场秩序的维护而言则应当遵循经济效益最大化这一目标。比如,对于垄断行为是否需要定罪,美国对垄断行为规定了刑事责任,我国现行的反垄断法没有规定垄断行为的刑事责任。从刑法与经济法的角度来看,诸如对垄断行为是否需要刑法制裁等类似的问题都值得研究。

对经济违法行为进行刑事制裁的更深层次的意义在于确保司法独立于行政。对经济违法行为进行刑事制裁的前置法是国家制订的法律法规,也就是刑法第96条所规定的“本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”。刑事法律应当是对经济违法行为的二次规范。但在司法实践中,判处经济犯罪的依据往往是各部委如银监会、证监会等部门向法院出具的关于被告人某某违反国家规定的“函”。以内幕交易罪主体的认定为,根据《刑法》第180条的规定,“内幕信息、知情人员的范围,依照法律、行政法规的规定确定”,但法院在具体处理案件中,对于是否系内幕信息、知情人员,依据上基本都是国务院各下属部委的事后认定红头文件。这时,行政对司法已经产生实质性的影响。对经济违法行为进行刑事制裁是一种法定犯,因为禁止“恶”所以“恶”。根据分权理论,司法应当独立于行政,而不能依附于行政。研究解决好对经济违法行为进行刑事制裁的问题

更大程度上是处理好司法与行政的关系问题。

本书试图用经济法的视角看经济刑法,用刑法的视角看经济法规。经济刑法的目的是国家社会经济利益的最大化即经济刑法是国家管理经济的一种手段。而经济法要达到预期的经济管理效果,将刑法作为一种基本的调整手段不可或缺。两者之所以融合的最根本原因在于部门法在划分时,刑法是按照调整手段来划分的,而经济法是按照调整内容来划分的。两者在刑事制裁对经济违法行为的介入度这一课题下获得了新的内涵与意义。

## 第二节 文献综述

对经济违法行为进行刑事制裁在经济法领域和刑法领域的研究现状如何呢?在经济法与刑法的交叉领域,大多集中在经济法的刑事责任上。其研究结论是经济法刑事责任是经济法责任的一种形式。因此,就目前研究成果来看,经济法与刑法的交叉领域仍然是一个较为空白的领域,现有的研究成果也只是把经济法与刑法两张皮强贴在一起,而没有找到两者的契合点。

在刑法的研究领域,主流的观点是注重基本法益功能保护的经济刑法观。它认为中国经济刑法的第一任务,就是打击经济犯罪,服务经济改革与建设,强化刑法的经济保障功能,全面保护各种所有制经济成分的共存和发展,保护以按劳分配为主的多种分配形式,保护各种经济主体的合法权益。也存在着以刑法为经济调控手段的经济刑法观,认为经济法成为一个独立的法律部门,而经济刑法相应地成为对经济法进行支持保障的“二次规范”,刑法成为国家经济政策实施过程中的保障者,经济刑法成为经济法的后盾与保障。因此,经济刑法在结构上隶

属于刑法,但在内容上是刑法之下服务于经济法的保障法。

此种经济刑法观认为应当科学把握刑法对市场经济调控的“度”,论及了刑法对市场经济活动介入的正当性、必要性以及介入的基本底线、刑罚配置等问题;但均没有总结出刑法对市场经济活动干预与刑法对其他领域的介入的异同,刑法干预边界仍然模糊化,没有确立好立法和司法干预的“度”。在刑法与经济学的交叉领域,运用经济学方法来分析法律问题的著作较多,陈正云早年就对刑法的经济分析做过重要的拓荒。分析者均试图以前提假定为基础,构建或借鉴经济学模型来分析刑法问题。这些著作虽然构建了若干模型,却始终无法清晰地表述出刑法对市场经济活动进行干预的度,无法将“介入度”落到实处,其分析大多是一种范式研究,立法与司法实务意义不大。

以下就有关经济法与刑法有关对经济违法行为进行刑事制裁以及刑事制裁对经济违法行为的介入度的研究现状做几个方面的简单综述:

### (一) 经济法上的刑事责任

关于经济法的责任问题,目前学界有多种观点,有学者认为,经济法不存在自己独立的法律责任形态,“根据法律规定,违反经济法律、法规应负的法律责任有经济责任、行政责任和刑事责任三种”。<sup>①</sup>有人认为,经济法存在自己独立的法律责任形态,但是,它只是一种综合责任,没有自己独立的承担责任的方式。<sup>②</sup>有人认为,经济法存在自己独立的法律责任形态,且具有独立的承担责任的方式。“经济法责任是在综合传统法律责任基础上,具有自身新的特点的新型法律责任,它突破了传

<sup>①</sup> 杨紫烜、徐杰主编:《经济法学》,北京大学出版社2001年版,第34页。

<sup>②</sup> 邱本:《经济法原论》,高等教育出版社2001年版,第180页。

统的责任形式及其内容,形成了与经济法的各种制度、各种规范相一致的特殊责任制度体系。”<sup>①</sup>有的学者认为,经济法责任形式不包括行政责任、民事责任和刑事责任。“国家制定的经济法规范性文件,其中往往包含属于行政法、民法、刑法等部门法的一些法律规范。有些行为除了违反经济法规范外,有时还同时触犯其他部门法规范。这时,法律文件中就出现规定几种部门法法律责任形式的情况……并不能说明经济法责任形式中包括有行政责任、民事责任和刑事责任。”<sup>②</sup>无论从哪个角度来看,学界各种观点都无法否认经济上的刑事责任与经济刑法的刑事责任之间的密切关系。

关于经济法上刑事责任采取什么样的立法方式问题,多数经济法学者认为,经济法上的刑事责任不应当规定在一部刑法典中。当代刑法发展的一个趋势就是社会关系暨实体法律关系附有罪刑规定的越来越多,刑法典之外的刑罚规定层出不穷,许多经济法中都直接规定了刑事责任。这种现象代表着现代经济和法律发展的客观要求和趋势,期望一部刑法典永远能容纳所有的罪刑条款,或者编撰一部经济刑法来包罗各种专业刑责,都是不合时宜的。从长远来看,规范经济的具体规定,都将从刑法典和刑法部门中分化出去,最终使刑法纯化为刑事普通法和以自由刑制度为主干的人身侵权法。<sup>③</sup>刑法是在一定历史条件下产生的,它不可能穷尽所有的罪名。我们能够做的,一是要把经济法律中已经确立为犯罪并不受时限影响的行为,移植在刑法中加以规定,以加重人们对该行为犯罪性质的认识;二是适时地把那些需要及时运用刑罚的方法才能有效制止的经济犯罪行为,在颁布的经济法律中加以

---

① 李昌麒主编:《经济法学》,法律出版社2008年版,第672页。

② 漆多俊:《经济法基础理》,法律出版社2008年版,第153页。

③ 史际春、邓峰:《经济法总论》,法律出版社2008年版,第131页。

规定,以增加我国刑法制裁的及时性功能。<sup>①</sup>

## (二)经济刑法中的干预理论

在经济法的研究领域,“需要国家干预说”是经济法的一种主流学说。20世纪90年代初,李昌麒教授在其个人专著《经济法——国家干预经济的基本法律形式》以及其他著述中提出了“需要国家干预说”,并在此基础上构建了该学说的基本框架,经历了二十余年的发展,成为大家之说。“需要国家干预说”从历史的角度阐明了国家运用法律特别是经济法的方法干预社会经济生活的历程,提出了经济法的概念、本质、原则,构筑了经济法的理论体系。其后的研究者们围绕“需要国家干预说”进行了法哲学、伦理学、宪政学、法律社会学、法律经济学、科学方法论等多角度与领域的研究。“需要国家干预说”以市场失灵与政府失灵为国家干预出发点,以经济民主和社会公平作为基本目标,强调国家对经济的适度干预和谨慎干预,并对国家干预的合法性进行了论述,较为充分地论述了国家对市场经济活动干预的哲学基础、价值取向以及干预的形式等,成为本论文刑法干预市场活动的一个基础性理论。因为经济刑法是经济法上的刑法,因此“需要国家干预说”为刑事制裁介入经济违法行为提供了经济法学上的理论支撑。

经济刑法中对经济违法行为的刑事制裁最为重要的研究对象就是刑事制裁介入经济的深度与广度。由于刑法是维持国家秩序的强有力的工具,经济刑法成为经济法的后盾与保障。在刑法对市场经济活动介入度问题上,论述者较多,有的甚至还举行了“经济违法行为的刑法介入”研讨会。经济刑法的真正难题在于,如何在立法和司法中明确地

---

<sup>①</sup> 李昌麒:《经济法——国家干预经济的基本法律形式》,四川人民出版社1999年版,第281~283页。



界定合适的干预度,目前的研讨会还没有从操作层面上解决这一问题。

关于经济违法行为的刑事制裁的目的与类型方面,有的学者认为,经济刑法的价值目标为“严厉打击严重危害经济安全的犯罪,保障市场经济自由”。保障市场自由并非是指放任市场自由,而是最大限度地压缩刑法对市场的干预,保障市场主体的经济自由权,实现人权保障之价值目标。提出有必要采取以下措施:(1)重视经济法的建设,对经济犯罪的防范治理,不能仅依靠事后惩罚,而应以事前预防为主,通过完善经济法规体系,构建预防经济犯罪的第一道防线,防患于未然;(2)加强经济法规与刑法的衔接;(3)刑法立法的必要收缩,对于罪与非罪的中间地带行为,刑法立法不应过早实施犯罪化;(4)建立有效的出罪机制,立法应根据国家经济调控政策、解决经济利益失衡需求、经济犯罪趋势、公众容忍度等因素对经济行为的社会危害性予以综合判断,如果行为的社会危害性程度降低,则应及时将此行为排除出犯罪圈,如以前的投机倒把罪。<sup>①</sup>有的学者将经济犯罪大致分为类似于自然犯类型的犯罪和法定犯类型的犯罪两类。对于法定犯纯粹是因为违反国家某一时期特殊的禁止性规定而构成犯罪,应当在考察其实质危害性后谨慎介入。

关于市场经济的刑法调控原则方面,比较一致的意见是,在市场经济条件下,刑法的调控功能不可削弱,而应相应转变和加强。刑法参与对市场经济的调控必须遵循一定的原则。这些原则应当是由市场经济所固有的竞争性、统一性、开放性等基本特征和刑法的特定功能所决定的。这些原则包括适度原则、预防原则、协调原则和统一原则。<sup>②</sup>

---

<sup>①</sup> 钱小平:《中国经济犯罪刑事立法政策之审视与重构》,载《政治与法律》2011年第1期。

<sup>②</sup> 陈泽宪:《市场经济的刑法调控原则》,载《法学》1994年第3期。