

·当代经济刑法研究丛书·
总主编·顾肖荣 林荫茂

经济刑法规范 特性研究

JINGJI
XINGFA
GUIFAN
TEXING
YANJIU

涂龙科◎著

 上海社会科学院出版社

·当代经济刑法研究丛书·
总主编·顾肖荣 林荫茂

经济刑法规范 特性研究

JINGJI
XINGFA
GUIFAN
TEXING
YANJIU

涂龙科◎著

上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济刑法规范特性研究/涂龙科著. —上海: 上海社会科学院出版社, 2012

(当代经济刑法研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5520 - 0142 - 6

I. ①经… II. ①涂… III. ①经济犯罪—刑法—研究—中国 IV. ①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 206897 号

经济刑法规范特性研究

著 者: 涂龙科

责任编辑: 杨 国

特约编辑: 周 河

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

排 版: 南京展望文化发展有限公司

印 刷: 上海社会科学院印刷厂

开 本: 890×1240 毫米 1/32 开

印 张: 8

插 页: 2

字 数: 210 千字

版 次: 2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5520 - 0142 - 6/D · 228

定价: 30.00 元

版权所有 翻印必究

目 录

绪 论——追寻经济刑法基础理论研究的特性	1
一、研究的缘起	1
二、“规范”的界定	3
三、“特性”的阐释	8
四、研究的思路	8
第一章 概念的界定	11
第一节 德国、日本和我国台湾地区关于经济犯罪的概念及其启示	13
一、德国的经济犯罪概念	13
二、日本的经济犯罪概念	15
三、我国台湾地区的经济犯罪概念	16
四、上述经济犯罪概念对国内研究的启示	17
第二节 我国的经济犯罪概念	20
一、国内实务界对经济犯罪概念的认识及其演变	20
二、国内学界界定经济犯罪的维度及评析	22
三、我国经济犯罪概念研究的认识与反思	29
四、经济犯罪的范围	32
第二章 经济刑法与罪刑法定原则	37
第一节 罪刑法定中“法”的界定	37

一、问题的缘由	37
二、观点之争	41
三、笔者的见解	42
第二节 罪刑法定在经济刑法中的展开	45
一、空白罪状是否违反罪刑法定	45
二、兜底条款是否违反罪刑法定	51
三、补充规范行为构成是否允许类推	53
第三节 刑法溯及力制度反思	54
一、补充规范变更的效力	54
二、经济刑法司法解释的溯及力	61
三、限时法	62
第三章 规范形成	65
第一节 非刑事规范与经济刑法的关联途径	65
一、概念、术语	66
二、空白刑法与补充规范	69
三、附属刑法规范	70
第二节 经济刑法条文与非刑事规范处理原则	80
一、行政先定原则	80
二、经济刑法的独立判断	85
第三节 非刑事规范对经济刑法的补充规则	86
一、补充规范的形式范围	87
二、补充规则	88
第四节 几种具体情形的补充	102
一、非刑事规范对兜底条款适用的参照	102
二、补充规范中的空白条款的补充与援引	106
三、非刑事规范对刑法空白罪状的恰当补充	109
第五节 经济刑法的立法模式	110

一、立法沿革	111
二、观点概览	114
三、面临的矛盾关系	117
四、我国经济刑法立法模式的选择	122
第四章 规范关系	129
第一节 经济刑法总则与分则条文关系	129
一、总则与经济刑法分则的一般关系	130
二、附属刑法对刑法总则的例外	134
三、单行刑法对总则的例外	136
四、刑法分则对总则的例外	137
第二节 分则规范关系的一般问题	140
一、经济刑法法条关系研究的意义	140
二、法条关系的具体类型及其意义	145
第三节 法条竞合的一般理论	157
一、法条竞合的肯定	158
二、法条竞合的归属	160
三、法条竞合的概念与本质	163
四、法条竞合的类型	169
第四节 经济刑法中法条竞合的展开与辨析	174
一、同类罪之内的竞合	175
二、类罪之间的法条竞合	181
三、经济刑法与刑法分则其他条文的竞合	182
第五章 规范构造	189
第一节 经济刑法中的目的犯	189
一、目的犯的目的与直接故意意志因素的目的的关系	
.....	190

经济刑法规范特性研究

二、经济刑法中“目的”实体法规定性质辨析	196
三、经济刑法中非法定目的犯的存在依据	200
第二节 经济刑法中的危险犯	204
一、立法趋势	204
二、经济刑法中的抽象危险犯	206
三、经济刑法与过失危险犯	214
第三节 经济刑法中的数额犯	217
一、数额的实体法意义	219
二、数额犯的界定	221
三、数额犯的数额的地位	224
四、经济犯罪数额犯之既遂与未遂	229
参考文献	234
后 记	246

绪 论

——追寻经济刑法基础理论研究的特性

一、研究的缘起

首先有必要说明为什么选择“经济刑法规范特性研究”这一题目。

据可查资料,国内学术研究领域的经济犯罪概念最早出现在《内蒙古社会科学》(1981年第3期)上的《略论经济犯罪与经济违法》一文中。一般认为,刘白笔发表在1986年9月26日《中国法制报》的题为《经济刑法学初探》一文,在国内首次提出了经济刑法学的概念。从1981年至今,有关经济犯罪、经济刑法研究的论著,如果包括经济刑法分则的解释适用的论著在内,可以说不计其数。在期刊网上,直接以“经济犯罪”、“经济刑法”命名的文章多达千余篇,涉及经济刑法总则方面基础理论研究的专著几十部,直接以“经济刑法学”、“经济刑法”等命名的著述就有十几部之多。

但是,在经济刑法基础理论研究表面繁荣的背后,隐藏的是诸多的尴尬和困惑。细察我国的经济刑法基础理论研究方面的论著,包括大量以“经济刑法学”命题的著作,其内容很难发现经济刑法的特质,言之无物。许多相关论著在构成要件、犯罪停止形态论、共同犯罪论、罪数形态论等方面,都只是刑法学一般理论在经济刑法中的复制,而少有甚至没有经济刑法的特色,“经济”两字可有可无。直白地

说,该类研究很大程度上并不是“经济刑法”之学,而是加上“经济”两字的“刑法学”。在分则条文的具体个罪的解释适用之外,经济刑法基础理论领域的研究是否具有自己的特质,具备独特的规律呢?如何探究、发现其中的规律,避免经济刑法研究蜕变成个罪适用研究,这是经济刑法研究要面对的重要问题,也是当前我国经济刑法基础理论研究面临的尴尬和困惑。

事实上,关于经济刑法的特性、关于经济刑法相对于刑法学的独立性的追问,并不是我国才有,也并不是现在才出现。早在1932年,德国的刑法学家Lindemann的《有独立的经济刑法吗?》^①,就开始致力于发现经济刑法的特性,尝试探讨经济刑法的体系性问题。在日本,从20世纪80年代开始,以神山敏雄、芝原邦尔为代表的日本经济刑法学家提倡从法律的角度出发的分析法益论,并试图以此为基础,实现经济刑法研究的体系化。神山敏雄教授认为:经济刑法有别于适合刑法典中有关传统犯罪的刑罚的基本原理及理论,必须具有独自的原则及理论^②。芝原邦尔教授在其《经济刑法》中更是明确断言:经济刑法,现在已经是独立于传统的刑法学之外的自成体系的学科领域^③。

在国内学界,对经济刑法是否具有独立性或者具有相对的独立性,有不同的看法,大体上可以分为三种:

第一种观点认为,经济刑法学是一门以经济刑法为研究对象的科学。经济刑法学作为一门独立学科在我国刑法学界得到了正式认同^④。

第二种观点认为,经济刑法作为刑法学的一个分支,在理论上只

① 林东茂:《危险犯与经济刑法》,五南图书出版公司2002年版,第63页。

② [日]神山敏雄著,尹琳译:《经济刑法的理论框架》,顾肖荣主编:《经济刑法》(1),上海人民出版社2003年版,第16页。

③ [日]芝原邦尔著,金光旭译:《经济刑法》,法律出版社2002年版,第7页。

④ 陈兴良主编:《经济刑法学》,中国社会科学出版社1990年版。

具有相对的独立性。

第三种观点主张,经济刑法完全是刑法学研究的一个组成部分,不具有学科意义上的独立性。

笔者认为,主张经济刑法已经形成独立学科的断言为时尚早。在我国,认为经济刑法为学科体系的观点,并没有理论与事实依据。在日本,学界围绕“超个人法益”,正孜孜不倦地进行体系化努力。笔者认为,“超个人法益”对于界定经济犯罪的范围有比较明显的作用,但在犯罪论中尚不具备体系性的意义,要实现经济刑法的体系化,为期尚远。

某一领域的研究,其最高境界是加以体系化,形成学科体系。经济刑法要实现学科化、体系化,目前尚不可能。那么,在经济刑法的基础理论研究领域,是否存在自己的特质、独特的规律?对此的回答是肯定的。这也是经济刑法基础理论研究的价值所在,避免经济刑法总论研究沦落为伪命题的事实所依。例如,在刑罚论中,一般认为,经济犯罪的行为人的危险性较低,应当处以相对较轻的刑罚。在废除死刑的讨论中,通说主张应当从废除经济犯罪的死刑着手。在违法性认识领域,一般的原则是“不知法、不免罪”。但是,在经济刑法中,由于立法的变动较大,而且行为人并不必然可以认识到违反相关经济刑法条文的可罚性,因此,对部分行为人没有违法性认识且不可能有违法性认识的,学界主张可以不以犯罪处罚。由此,可以认为,在经济刑法中,确实存在有别于一般刑法的特别之处。笔者认为,经济刑法领域中,最具有特色的、最具有理论蕴含的是经济刑法规范。所以,本书拟以“经济刑法规范特性研究”为题加以展开,挖掘经济刑法规范的理论价值。

二、“规范”的界定

本书从事经济刑法领域的研究,落脚于“规范分析”,自然应当首

先对“规范”进行界定。

刑法规范其本身可以在两个层次来理解：

一是作为刑法立法根据的规范。

俗话说，无规矩不成方圆，无论在古代社会还是现代社会甚至是原始社会，无论是人类社会，甚至是动物世界，都存在一定的规则。这些规则有的是习惯，有的是法律；有的成文，有的不成文。人类的有序运行，必须有行为规则、准则的存在。规范在社会文化心理层面是一种社会的行为准则。规范的形成，根源于基于一定历史条件下社会、经济、政治、文化、地理环境等各方面的综合因素。生活于其中的人们根据这些行为规范与准则判断行为的对错，选择、决定某行为的做与不做。一般来说，先有具备社会相当性的规则即规范的存在，再通过立法以条文的形式将之外化。正如德国刑法学家宾丁所言“犯罪人所犯之法，在概念上、原则上甚至时间上，必须在规定判决方法的法律（即刑罚法规）之前便已存在”^①。在此意义上，所谓的规范是立法的社会正当性的依据，而不是已经成文的表现条文的法律。正是在这个角度，宾丁将规范与法律区分开来，“犯人的行为，是对广义的法，即一定的法规的可罚性的违反，而不是对预告刑的规范即刑罚法规的违反”。按照这种理解，刑法条文是刑法规范的载体，在立法上，刑法规范是通过刑法条文表现出来的。刑法条文是刑法规范的立法表现形式，与刑法规范的关系是形式与内容的关系，两者互为表里。刑法规范是从刑罚法规全体中抽象出来的，该刑法规范虽然与刑罚本身并非一样，但应当认为是包含于刑罚法规之中。这种刑法规范是作为动态的行为规范、制裁规范，并且作为审判规范而发挥其机能的^②。刑法条文与刑法规范两者相辅相成，互相依存。没有抽

① 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社 2004 年版，第 229 页。

② [日]野村稔著，全理其、何力译：《刑法总论》，法律出版社 2001 年版，第 38～39 页。

象的刑法规范,就无法进行刑法条文的制定。同样,在现代法治理念下,刑法规范必须以刑法条文明确规定,没有刑法条文,刑法规范就无所依凭。

上述观点可以认为是实质说,我国学界也有学者在实质说的层面定义规范的概念。具体包括:(1)行为规则说。该观点认为,刑法规范是“由国家制定和认可的,体现统治阶级意志的,以国家强制力保证实施的,关于犯罪与刑罚的一般行为规则”^①;“是作为一定的刑罚法条的前提而存在的行为法即行为规范。它表现为国家为实现自己的目的而命令其国民及其国家机关为实现目的而进行必要的行为,禁止实行被认为是有害的行为,体现的是国家意志”^②。(2)社会规范说。该种观点侧重于刑法规范的社会性根据,主张,“刑法规范具有社会性,是一种社会规范,社会规范具有两重含义:一方面,它表明通常的或者多数人的事实行为;另一方面,社会规范通过其存在和发展,影响着集体的、社会的意识;它调整着人们的行为,并因此‘规范地’发挥作用。一个人如果不想被孤立,就必须将社会规范作为自己的行为标准”^③。在此角度,规范是社会得以有序运行的凭据,同时也是使个人行为具有社会恰当性的指引。

二是作为刑法实然性规定即刑法条文的规范。

对于刑法规范,还存在一种理解,就是指法律的条文。在刑法条文的层面理解刑法规范,国内外有不同的表述,包括:(1)有的学者认为:“由国家制定与认可并由国家强制力保证实施的,禁止人们实施犯罪行为、命令人们履行义务以免犯罪、指示司法人员如何认定犯罪和科处刑罚(包括免除刑罚处罚)的法律规范,就是刑法规范。”^④(2)有的学者认为,刑法规范,“是指以指引裁判者定罪处刑为手段,

① 赵廷光:《中国刑法原理(总论卷)》,武汉大学出版社1992年版,第54页。

② 马克昌:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第208~209页。

③ 周光权:《刑法学的向度》,中国政法大学出版社2004年版,第125页。

④ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第30页。

以禁止社会大众实施犯罪为目的的法律规范”^①。(3)有学者认为,所谓刑法规范,是指由国家统治者通过立法机关制定与认可,为人们在面对某些重大事项时应如何行动即如何有效履行禁止性或者命令性义务提供准则,指示司法人员如何认定犯罪和追究刑事责任,并由国家强制力保护实施的一种法律规范^②。(4)有学者认为,所谓刑法规范,是指代表国家享有立法权者以国家的名义制定或认可的,反映统治者意志的,以国家强制力保障实施的,具有效力的,关于刑事实体方面的权利、义务以及因实施了一定的行为而接受刑事实体方面的评价的规范^③。概览之,具体包括罪刑说、制裁说、罪果说、罪责刑说、罪刑关系说与罪刑及其关系说等多种不同的表述。笔者认为,上述多种表述,其内容各不相同,各有侧重,但仔细分析各种概念之间的差别,其意义在于实现“刑法”这个概念的圆满性。对于如何理解“规范”这一概念本身,各种观点之间差别不大。

在实体法规定上理解和使用“规范”,有两种不同的做法:

第一种是着眼于规范的逻辑结构来认识和理解“规范”。从方法上,该类做法将规范分为几个要素,要素齐全的,才认为是一个完整的规范;规范结构要素之外的,即不属于该规范而是其他规范的内容。对规范的逻辑结构,学界有不同的观点,包括:(1)四要素说,认为刑法规范应由假定、处理、假定行为、法律后果四个要素组成。(2)二要素说,认为刑法规范由行为模式和法律后果两个要素组成。(3)三要素说,认为刑法规范包括假定、处理和制裁三个要素。

从逻辑结构来理解规范,虽然在实质上刑法规范是法律的具体条文,但是,两者之间并不完全是一一对应的关系。具体包括以下几

① 刘志远:《二重性视角下的刑法规范》,中国方正出版社2003年版,第6页。

② 黄明儒:《也论刑法规范的概念》,《佛山科学技术学院学报(社会科学版)》2008年第5期。

③ 杨凯:《刑法规范定义之检讨》,《河南公安高等专科学校学报》2005年第2期。

种情形：(1) 一个刑法条文对应一个完整的刑法规范。例如，《刑法》第 167 条规定：国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的……该条以一个单独的刑法条文表达了一个完整的刑法规范。(2) 一个刑法条文包括两个或两个以上的刑法规范。例如，《刑法》第 168 条规定：国有公司、企业的工作人员，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处……刑法以第 168 条一个条文表述了用以规制国有公司、企业的工作人员失职和国有公司、企业的工作人员滥用职权的两个刑法规范。(3) 一个刑法规范涵盖两个或两个以上的刑法条文。例如，我国《刑法》第 140 条规定的生产、销售伪劣产品罪；同时，刑法在 149 条规定了生产、销售伪劣产品与其他犯罪行为竞合如何适用刑法；在第 150 条又规定了生产、销售伪劣产品的单位犯罪条款。由此，生产、销售伪劣产品一个刑法规范至少涵盖了三个刑法分则条文。又如，关于公司、企业人员受贿罪，刑法有第 163 条和第 184 条等几个条文加以规定。(4) 一个刑法规范涵盖两个或两个以上的刑法和非刑事法律法规条文。这种情况主要表现在设有空白罪状的刑法条文中。刑法条文规定行为的法定刑，而其全部或部分的构成要件由非刑事法律法规加以规定。

第二种做法并不注重规范的逻辑结构的分析，而是在通常的意义上使用“规范”的概念。正如有的学者所言，刑法关于犯罪与刑罚普遍性的一般规定，就是总则规范；刑法关于犯罪与刑罚个别问题的规定，就是分则规范……从整体上来说，刑法条文与刑法规范可以等同，为论述方便，条文与规范可以互换^①。也就是说，规范指笼统的刑法条文。值得注意的是，本书中，规范不仅仅局限于刑法典条文的自身规定，还包括刑法条文直接相关的补充规范、附属刑法规范。这是

^① 陈兴良：《刑法各论的一般理论》，内蒙古大学出版社 1992 年版，第 1 页。

本书对“规范”概念的定位。本书就是在此基础上理解和使用“规范”概念的。

三、“特性”的阐释

所谓特性,是指某事物所特有的性质,特殊的品性、品质,是某一事物区别于其他事物的质的规定性。

在本书中,经济刑法规范的特性表现为两个方面:一是经济刑法作为行政刑法的一部分具有的特性。也就是说,经济刑法规范具有的某一方面的鲜明特征,是相对于行政刑法之外其他刑法规范而言,实质上是经济刑法作为行政刑法的极重要组成部分所具有的特性。例如,补充规范变更在刑法上的效力、有关附属刑法的讨论等。二是人有我多。也就是某一特征,虽然在经济刑法以外的刑法规范中也存在,但是表现在经济刑法中特别明显突出。在这方面的例子比较多,如大量的空白罪状的设置、非法定目的犯的集中存在、法条竞合的大量出现等,在经济刑法规范中都有明显的表现。

本书将围绕经济刑法规范的上述两个方面的特性展开阐述。

四、研究的思路

本书分为五章。

第一章界定经济刑法、经济犯罪的概念,其目的和意义在于建立研究的前提和基础。

第二章为罪刑法定原则在经济刑法中的贯彻与展开。基于经济刑法规范结构的特殊性,本章将对罪刑法定的“法”作出界定,包括“法”的实然与应然含义;经济刑法规范中是否存在违反罪刑法定原则的情形,如何在规范的适用中贯彻罪刑法定原则。本章的最后,结

合经济刑法规范,对我国刑法的溯及力制度进行了反思,提出了修改意见。

第三章规范形成,关注的是经济刑法条文与非刑事法律、法规中相关条文之间关系的处理。例如,空白刑法与补充规范、刑法条文与附属刑法、兜底条款与对应的非刑事法律等。大致上,本章包括两方面的内容:一是立法上,经济刑法规范与非刑事法律、法规的关系如何处理?经济刑法应当采用何种立法模式?是选择附属刑法的模式,还是经济刑法典,抑或是在刑法中设立专章;二是致力于研究司法上非刑事法律法规与刑法条文关系的处理,如何通过非刑事法律、法规对经济刑法规范的补充、参照,正确形成需要适用的经济刑法规范。本书就此提炼出相关的补充、参照规则。

第四章规范关系,立足于研究刑法条文之间的逻辑关系。如果说规范形成研究的是规范之外,那么规范关系关注的就是规范之间。在我国刑法学界,对规范之间关系(也即是法条之间关系)进行的研究本来就不多,相关的有价值的研究更少。本章要做的是:(1)发现、挖掘、明示法条关系研究的意义;(2)对法条关系进行分类,加以类型化;(3)明确不同类型的法条关系的具体意义;(4)深化法条竞合关系的理论研究;(5)依据法条竞合理论,对经济刑法条文中法条竞合进行界分,厘清谬误。

规范关系并不为经济刑法所独有,在经济刑法中存在规范关系类型,在刑法的其他部分也存在。但本书在此的意义在于,(1)规范关系研究本身有待深化;(2)相比刑法的其他部分,经济刑法规范中,规范之间关系本身较为复杂,需要加以进一步分析;(3)经济刑法规范之间有特色,例如,刑法中的法条竞合,在经济刑法中就特别集中。本章从事的就是规范关系的研究。

第五章规范构造,致力于规范之内的具体构造研究。但是,该构造并不是单个条文的特殊构造,而是经济刑法规范中有普遍性的一般构造规律。在经济刑法中,在规范构造上确有一定的特征。例如,

刑法中的非法定目的犯,大多出现在经济刑法中;经济刑法中更倾向于采用抽象危险犯;在经济刑法中,数额犯的立法极为普遍;等等。本章对此展开研究。

第三、四、五章为本书主体部分,其研究的思路一言以概之,即规范之外—规范之间—规范之内的渐进的过程。