

经济刑法

4

Economic Criminology

顾肖荣 主编

顾肖荣 安文录

证券犯罪惩治规制国际化研究

肖中华

经济犯罪的规范解释刍议

刘远 赵玮

金融刑法改革探究

史建三

并购交易中的涉罪问题及刑法干预研究

柯葛壮 张震

《联合国反腐败公约》与我国
反腐败追诉机制的完善

Economic Criminology

Economic Criminology

Economic Criminology

Economic Criminology

Economic Criminology



上海人民出版社

经济刑法

Economic Criminology

4

顾肖荣 主编



上海人民出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

经济刑法 .4/顾肖荣主编. —上海: 上海人民出版社, 2006

ISBN 7 - 208 - 06662 - 0

I. 经... II. 顾... III. 经济犯罪—刑法—研究—文集 IV. D914.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 145788 号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 王小阳

经济刑法

(4)

顾肖荣 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 18 插页 4 字数 304,000

2006 年 12 月第 1 版 2006 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 7 - 208 - 06662 - 0/D · 1164

定价 30.00 元

上海社会科学院重点学科

主编：顾肖荣

副主编：林荫茂 肖中华

本期执行主编：林荫茂

编委会顾问：高铭暄 马克昌 苏惠渔
赵秉志

编委(以姓氏笔画为序)：

刘 华 成 涛 肖中华 张国炎
林荫茂 柯葛壮 顾肖荣 徐澜波

《经济刑法》作为我国第一本以经济犯罪与刑法为研究对象的论丛，重点研讨我国经济犯罪立法和司法实务的重大疑难争议问题，深入推进经济刑法一般理论之研究，并根据我国刑事法治的现状与发展趋势，有选择地推介海外经济刑法的学术成果，介绍有关学说观点，以繁荣我国经济犯罪和刑法的理论与实践。

《经济刑法》编委会

电子邮件地址: Gxr@sass.org.cn

联系电话: 021-53067220

联系地址: 上海淮海中路622弄7号

邮政编码: 200020

卷首语

《经济刑法》第四辑汇集了 19 篇论文,分为四个主题,分别是经济犯罪基本理论问题研究、证券金融犯罪研究、新经济现象中的涉罪问题研究、洗钱犯罪和反腐败追诉机制研究,约 27 万字。这些论文大部分选自首届“中国经济犯罪基本理论问题”研讨会的交流论文。

2006 年 6 月 23 日,上海社会科学院法学研究所和贵州大学法学院联合在贵州省贵阳市召开了首届“中国经济犯罪基本理论问题”研讨会。经济刑法重点学科的全体成员与来自上海、贵州、北京、山东、澳门等地的专家学者、法官、检察官 30 余人共同交流研究成果,并相约 2007 年再共聚一堂,交流研究心得,以推动经济刑法研究的深入和创新。

本辑论文反映了上海社会科学院法学研究所经济刑法重点学科的最新研究视角和成果,并体现了以下研究特点:

证券金融犯罪研究,是经济刑法重点学科带头人顾肖荣研究员多年研究的领域,他早年就开展了证券违法违规犯罪研究、美国证券犯罪案例研究,编撰了全国统编教材《证券法学》,本辑发表的《证券犯罪惩治规制国际化研究》包含了其近两年新的研究视角和研究成果,对证券犯罪的国际性特征、惩治规制国际化的表现形式、惩治证券犯罪的国际标准、惩治证券犯罪的国际机构和国际合作机制、我国的法律对策等作了论述。

经济刑法基本理论问题研究是经济刑法重点学科骨干肖中华研究员多年研究的方向,他在犯罪构成理论研究方面的许多重要成果被法学界关注,本辑发表的《经济犯罪的规范解释刍议》,就是他将刑法学的基本理论运用于经济犯罪研究中的重要成果,提出了注重刑法价值的独立判断,防止规范解释的从属性;注重构成要件的实质解释,防止规范解释的形式化;注重构成要件的体系解释,防止规范解释的片面性。

反腐败追诉机制的研究归属于刑事诉讼法研究领域,经济刑法重点学科骨干柯葛壮研究员长期专攻刑事诉讼理论,本辑发表的他与上海社科院法学研究所研究生张震合作撰写的论文《〈联合国反腐败公约〉与我国反腐败追诉机制的

完善》，应对我国批准加入的《联合国反腐败公约》，就我国刑事追诉机制方面的完善问题提出了诸多建议，如特殊侦查手段的法制化、规范化、证人保护制度、污点证人制度、缺席审判制度、被害人赔偿制度、反腐败领域的国际合作等。

经济刑法重点学科中有部分科研人员从民商事法研究的角度来探讨经济犯罪问题，如专长于国际经济法研究的侯放研究员撰写了《中美反洗钱法律机制之比较》；专长于并购法研究的史建三研究员撰写了《并购交易中涉罪问题及刑法干预研究》；专长于商事法研究的成涛研究员撰写了《德隆系委托理财涉罪问题的法律思考》；专长于期货交易法研究的张国炎研究员撰写了《经济犯罪成因与防范》。他们的研究还体现了对新经济现象中犯罪的关注，像刘长秋的论文所涉及的生命科技犯罪就是一个全新的领域。

当然，本辑中非经济刑法重点学科成员的论文，如刘远教授的论文、屈学武教授的论文等都是值得一读的，感谢他们为本辑《经济刑法》增色。经济刑法研究需要法学界同仁共同关注，我们热忱地欢迎大家的参与，相信 2007 年第二届经济刑法基本理论问题研讨会将有更多的专家学者参与，其成果更丰富、更深入，我们期待着。

目录

CONTENTS

第四辑

[经济犯罪基本理论问题研究]

- | | | |
|-----|-----------------|---------|
| 003 | 经济犯罪的规范解释刍议 | 肖中华 |
| 023 | 经济犯罪成因与防范 | 张国炎 |
| 034 | 加强经济犯罪的财产刑适用探究 | 刘 君 |
| 047 | 经济犯罪的数额问题研究 | 杜文俊 黄伯青 |
| 065 | 关于经济犯罪死刑存废的几点思考 | 王佩芬 |

[证券金融犯罪研究]

- | | | |
|-----|-------------------------|---------|
| 075 | 证券犯罪惩治规制国际化研究 | 顾肖荣 安文录 |
| 097 | 证券领域犯罪新问题及对策研究 | 王延祥 秦新承 |
| 114 | 金融刑法改革探究 | 刘 远 赵 玮 |
| 139 | 金融犯罪防治：金融监管与法律规制的双重选择 | 金泽刚 |
| 152 | 中国金融诈骗犯罪司法与立法问题聚焦及其法律建言 | 屈学武 |
| 164 | 金融体制改革中金融犯罪的立法及其完善 | 张 建 林安民 |

[新经济现象中的涉罪问题研究]

- | | | |
|-----|-------------------|-----|
| 175 | 并购交易中的涉罪问题及刑法干预研究 | 史建三 |
|-----|-------------------|-----|

- | | | |
|-----|---------------------------------------|-----|
| 198 | 垄断行为的刑法规制问题初探——兼评《反垄断法(草案)》
刑事责任条款 | 唐 震 |
| 212 | 德隆系委托理财涉罪问题的法律思考 | 成 涛 |
| 222 | 生命科技犯罪及其刑法应对策略研究 | 刘长秋 |

[洗钱犯罪和反腐败追诉机制研究]

- | | | | |
|-----|-------------------------|-----|-----|
| 235 | 《联合国反腐败公约》与我国反腐败追诉机制的完善 | 柯葛壮 | 张 震 |
| 249 | 国外职务犯罪侦查监督机制的比较评析 | 童建平 | 史胜其 |
| 259 | 对惩治与防控洗钱犯罪的一些思考 | | 侯 放 |
| 272 | 中美反洗钱法律机制之比较 | | 杜民霞 |

经济犯罪基本理论问题研究

JING JI FAN ZUI JI BEN LI LUN WEN TI YAN JIU

经济刑法

Economic Criminology

经济犯罪的规范 解释刍议

肖中华*

作为实定法意义或者法解释学上的经济犯罪和普通犯罪,在刑法解释基本方法的运用和刑法解释规则的遵循上,不应有所分别。因此,经济犯罪的规范解释,并非独立于刑法解释的特别体系,也不是特别意义的刑法解释。然而,由于经济犯罪具有普遍采用空白罪状形式表达犯罪构成要件的特点,经济犯罪的构成要件的解释往往以非刑事法律法规的规范之解释为前提,或以非刑事法律法规的规范为值得特别考虑的因素,因此,在条文适用和规范解释方面,对经济犯罪应当特别强调刑法的某些价值观念,突出刑法解释规则的某些要求。本文从三个方面对经济犯罪规范解释中应当注意的原则性问题展开论述^[1]。

一、注重刑法价值的独立判断, 防止规范解释的从属性

刑法具有补充性,是其他法律的补充法。这意味着刑法应该是“国家为达其保护法益与维持法秩序的任务时的‘最后手段’。能够不使用刑罚,而以其他手段亦能达到维持社会共同生活秩序及保护社会与个人法益的目的时,则务必放弃刑罚的手段”^[2]。同时,刑法具有保障性,是其他法律的保障法。这意味着其他法律在不能充分保护法益时需要刑法的保护,“没有刑法作后盾、作保证,其他部门法往往难以得到彻底贯彻实施”^[3]。刑法通过经济犯罪规范的设置,在整体上^[4],既反映了刑法对民事、经济、行政法律法规的补充性,也体现了刑法对民事、经济、行政法律法规的保障法地位。甚至可以说,因为经

* 上海社会科学院法学研究所研究员、贵州大学法学院教授、法学博士、博士生导师。

济犯罪规范的构成要件的“犯罪类型”基本上来源于民事、经济、行政法律法规中的经济不法行为类型,故其经济犯罪规范最明显地体现了刑法的补充性和保障性,在经济刑法与非刑事法律法规之间架设了一座不同部门法相互衔接的桥梁。

然而,必须注意的是,刑法的补充性并不等于刑法依附于其他法律法规,具有依附性;刑法的保障性也并不等于刑法从属于其他法律法规,具有从属性。刑法作为惟一规制犯罪与刑罚的部门法,具有独立的规制对象和范围,刑法对犯罪行为的设置必然出于相对于其他法律而言的特定的宗旨,具有独立的评价观念和机制。在经济犯罪的规范解释中,务必注重对经济犯罪规范进行刑法价值上的独立判断,否则不仅可能背离刑法的特定目的,而且更易导致刑法独立性的丧失。有鉴于此,经济犯罪的规范解释必须强调:

(一) 经济犯罪构成要件的用语即使与非刑事法律法规用语相同,也应进行独立的评价,刑法用语的解释结论未必要与非刑事法律法规用语的解释结论一致。

例如,中国刑法第二百一十三条虽然将假冒注册商标罪的客观要件表达为“未经注册商标所有人许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标”,但在理论上仍有人认为,在同一种服务商标项目上使用与他人注册的服务商标相同的商标,也是假冒他人注册商标的行为,同样构成假冒注册商标罪^[5]。笔者认为,这样的解释结论,显然是完全受制于《商标法》规定及经济法律解释的结果。考察我国《商标法》的历史可见,我国于1982年颁发的《商标法》,只适用于在商品上使用的商标,未将服务商标纳入保护的范畴,然而,随着我国商品经济的发展,特别是第三产业的兴起,服务商标越来越多,服务商标的保护越来越显得必要和重要,同时为了与《保护工业产权巴黎公约》的要求相适应,根据1993年2月22日七届全国人大常委会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》,修正后的《商标法》将服务商标纳入《商标法》的保护范围,在第四条第三款规定:“本法有关商品商标的规定,适用于服务商标”。这一款的规定一直保留至今。这一款规定意味着,在《商标法》上对商品商标的各种保护措施也同时适用于服务商标;在《商标法》上对注册商品商标专用权的侵权行为类型,在针对服务商标实施时也属于侵权行为。但是,在笔者看来,刑法上假冒注册商标罪的构成要件,不能脱离刑法规范进行评价、判断——仅仅对刑法第二百一十三条进行文义解释便可知,不但服务商标专用权不属于现行刑法保护的法益,而且,刑法也只惩治《商标法》规定的部分侵犯商品商标专用权的行

为类型。比如,对于未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标的,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的,刑法第二百一十三条均不适用。

又如,关于中国刑法第二百一十六条假冒专利罪之“假冒他人专利”构成要件的理解,理论界也存在不小的争论。根据《专利法实施细则》的有关规定、司法实践经验,假冒他人专利的行为主要表现为以下几种情况:(1) 未经许可,在其制造或者销售的产品、产品的包装上标注他人专利号的;(2) 未经许可,在广告或者其他宣传材料中使用他人的专利号,使人将所涉及的技术误认为是他人专利技术的;(3) 未经许可,在合同中使用他人的专利号,使人将合同涉及的技术误认为是他人专利技术的;(4) 伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件的。最高人民法院、最高人民检察院 2004 年 11 月颁发的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十条也明确刑法第二百一十六条规定的“假冒他人专利”的行为仅限于上述四种情形。但是,有的论著却认为,以欺骗手段在专利局登记,骗取专利权,也是本罪的行为方式之一^[6]。也有学者认为,在专利权已经终止或者被宣告无效后,仍然使用原专利标识或者专利号的行为也构成假冒专利罪^[7]。毫无疑问,上述两种观点均受经济法律层面解释的影响。作为经济违法行为的“假冒专利”行为,将骗取专利权的行为,以及在专利权已经终止或者被宣告无效后仍然使用原专利标识或者专利号的行为包含其中,疑问不是很大^[8]。但是,对假冒专利罪的构成要件的理解,不应完全以经济法律层面的解释为标准。应当认为,在刑法上,假冒专利罪的客观行为是经过“筛选”的,因为假冒专利罪被设置于“侵犯知识产权罪”而非“妨害社会管理秩序罪”类罪之中。这意味着,对刑法规范进行独立评价,我们只能将可能侵犯到行为人之外的其他人(包括自然人与单位)的专利权的行为归结为假冒专利罪的客观行为,如果不存在专利权的被侵害人,便不可能成立假冒专利罪。然而,以欺骗手段在专利局登记而骗取专利权的行为,以及在专利权已经终止或者被宣告无效后仍然使用原专利标识或者专利号的行为,只是单纯地破坏专利申请、审批和专利权行使制度的行为,没有侵犯到他人(专利权人)的专利权,因而均不能以本罪论处。顺便指出,所有以非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法的行为,只要没有冒充他人(专利权人)的专利,就不成立假冒专利罪,而构成其他犯罪(如虚假广告罪、诈骗罪或者生产、销售伪劣产品罪等)。

(二) 空白罪状下,经济不法行为的刑事责任之承担,虽然以违反非刑事法律法规之规定(一般表现为对构成要件的具体说明)为前提条件,但不以非刑事法律法规中存在刑事责任条款(附属刑法)为必要条件。换言之,经济犯罪的成立,虽然在构成要件的说明上必须借助非刑事法律法规之规定,但根本条件在于刑法的罪刑规范规定,而不依赖于非刑事法律法规具有“追究刑事责任”这样的规定。

上海市曾经处理一起案件:被告人方某为南极星公司的直接负责人,南极星公司和上海呼叫公司签订“合作”协议,租用上海呼叫公司的因特网专线和模拟电话线,并先后在呼叫公司租用的上海声讯信息有限公司机房和呼叫公司机房内设立语言转接平台,非法经营澳大利亚至中国的国际电信来话转接业务。经查,上述期间非法经营国际电信业务通话时间长达 820 万余分钟,共造成我国电信资费损失人民币 1 766 万余元。2003 年年底,被告单位南极星公司和被告人方某作为南极星公司的直接负责人因涉嫌非法经营罪,被起诉至上海市第一中级人民法院。然而,方某的辩护律师却“向最高法院叫板”,提出被告单位南极星公司和被告人方某无罪的意见,理由是刑法第二百二十五条非法经营罪中“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”只限于全国人大制定的法律和国务院制定的行政法规规定的“非法经营行为”,而不包括最高人民法院的司法解释。而国务院 2000 年 9 月 25 日第 291 号令公布实施的《中华人民共和国电信条例》(以下简称《电信条例》)对扰乱电信秩序的行为只规定了行政处罚,而没有刑事处罚。最高人民法院 2000 年 4 月 28 日通过的《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》不仅早于国务院的《电信条例》,而且其第一条的规定,[即:“违反国家规定,采取租用国际专线、私设转接设备或者其他方法,擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务进行营利活动,扰乱电信市场管理秩序,情节严重的,依照刑法第二百二十五条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪处罚”],直接违反了刑法和刑法所指引的行政法规的规定,是违法无效的^[9]。

笔者认为,检察机关指控被告单位南极星公司和被告人方某成立非法经营罪,不仅不违背罪刑法定原则,而且是体现、贯彻罪刑法定原则“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”之要求的。被告单位南极星公司和被告人方某是否成立非法经营罪,关键在于两点:一是被告单位和被告人的行为在行为时是否已有“国家规定”禁止,此点决定其行为是否该当刑法第二百二十五条空白罪状中“违反国家规定”要件;二是被告单位和被告人的行为是否可以按照

体系解释的规则解释到刑法第二百二十五条第(四)项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”之中,此点决定其行为在类型上是否属于法律明文规定的内容。经过分析,我们可以肯定:第一,《电信条例》是国务院制定的行政法规,其第五十九条规定擅自经营国际电信业务属于扰乱电信秩序,应当受到处罚的行为。被告单位南极星公司和被告人方某非法经营澳大利亚至中国的国际电信来话转接业务,违反了《电信条例》的规定;又根据刑法第九十六条的规定,“违反国家规定”包括违反国务院制定的行政法规的规定,故被告单位和被告人的行为该当非法经营罪的“违反国家规定”要件。第二,《电信条例》第七条规定国家对电信业务经营实行许可制度,未取得电信业务经营许可证,任何组织或者个人不得从事电信业务经营活动。这说明擅自经营国际电信业务行为具有“违反国家经营许可制度”这一非法经营罪本质特征。“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”作为概括性、开放性构成要件,虽然缺乏明确性,但亦属明文规定的要件,完全可以包容擅自经营国际电信业务的行为。因此,检察机关起诉被告单位南极星公司和被告人方某犯有非法经营罪,完全具有刑法上的依据(即刑法第二百二十五条)。

笔者认为,案件处理中,辩护律师提出的关于《电信条例》没有对擅自经营国际电信业务行为规定“依法追究刑事责任”,因而最高人民法院就不应当将这种行为解释为非法经营罪的观点,实际上是对罪刑法定原则、经济犯罪构成要件解释原理以及刑法司法解释功能的误解:首先,在中国,由于附属刑法规范并不规定罪名和法定刑,即便存在“依法追究刑事责任”的条款,实际上定罪处刑的依据仍在刑法(包括刑法典、单行刑法、刑法修正案),因而所谓“罪刑法定”之“法”,只能是刑法,不包括附属刑法规范^[10]。一个行为是否构成犯罪,最终只能、也必须按照刑法的规定进行判断;就经济不法行为而言,固然,如果在非刑事法律法规中找不到“违反国家规定”等空白罪状要求的具体内容,便不能对该行为以经济犯罪论处(理由是由于作为前提的非刑事法律法规规定缺失,经济犯罪的构成要件无法充足),但是,当经济不法行为被非刑事法律法规所规制且刑法规范可以包容这种行为类型、只是非刑事法律法规没有设置“依法追究刑事责任”这样的刑事责任条款(附属刑法规范)时,不能借口“法无明文规定”对行为人处以适当的经济犯罪定罪处罚,因为刑法规范本身可以评价这种经济不法行为并当然地设置刑罚。必须强调,“罪刑法定”之“法”仅限于刑法,在事实上是因为我国附属刑法规范不具有实质的刑法性质,在理论上是因为犯罪的“刑事违法性”特征决定的——只有触犯刑法规定的行为,才能被定罪处罚;刑法规定了、可以评价的行为,即使非刑事法律法规没有设置刑事责任条款,也

必须依法(依据刑法)定罪处罚。被告单位南极星公司和被告人方某的行为既被《电信条例》所禁止,也被刑法第二百二十五条所包容,如果对其行为不依照刑法第二百二十五条定罪处罚,则必然违背罪刑法定原则。其次,由于刑事司法解释仅仅是对刑法规范的解释,因而应当认为,最高人民法院2000年4月28日通过的《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》仅仅是对刑法第二百二十五条的解释,而不涉及对《电信条例》的解释,只要该《解释》方法和规则合理、在结论上将擅自经营国际电信业务行为解释到“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”之中得当(事实上也是得当的),就不存在所谓违反刑法和相关行政法规规定的问题。又由于刑事司法解释乃依据一定规则对刑法规范所作的解释,其功能是阐明刑法规范的含义,帮助司法人员或公民正确适用或理解刑法规范,而非修正刑法、创制刑法,提供新的刑法依据,因而即便是最高人民法院没有作出有关司法解释,只要有《电信条例》的禁止性规定和刑法有关非法经营罪的规定,司法人员仍然应当将擅自经营国际电信业务行为解释到“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”之中,对其予以定罪处罚。在上述案件中,我们当然可以说检察机关将刑事司法解释作为指控被告单位和被告人成立非法经营罪的依据,但是,从刑事司法解释依附于刑法规范的性质来说,毋如说是检察机关依据了具有刑事司法解释的刑法规范。

基于以上分析,考察经济不法行为在刑法和非刑事法律法规中被规制的不同情况,在涉及刑法和非刑事法律法规关于刑事责任相互衔接的问题上,应把握如下准则:(1)非刑事法律法规没有关于某种经济不法行为的具体规定,即使该行为被认为值得处罚(包括刑罚处罚),也不能认为该行为符合经济犯罪的空白罪状中“违反国家规定”等要件的要求;当经济犯罪规范中存在“其他……”之类的开放性构成要件时,该行为不能被解释到开放性构成要件之中。(2)非刑事法律法规存在关于某种经济不法行为的具体规定,也存在“情节严重构成犯罪的,依法追究刑事责任”之类的条款,而刑法中也存在相应的经济犯罪规范的,对经济不法行为依照刑法的规定定罪处罚。(3)非刑事法律法规存在关于某种经济不法行为的具体规定,但不存在“情节严重构成犯罪的,依法追究刑事责任”之类的条款,而刑法中却存在相应的经济犯罪规范的,对经济不法行为同样应当依照刑法的规定定罪处罚。(4)非刑事法律法规存在关于某种经济不法行为的具体规定,也存在“情节严重构成犯罪的,依法追究刑事责任”之类的条款,但刑法中也缺乏相应的经济犯罪规范对这种行为进行评价的,该经济不法行为属于“法没有明文规定为犯罪”的行为,应作无罪处理,因为此时没有与附属刑法规范对应的刑法规范,“依法追究刑事责任”条款没有最终归宿,形同虚设。