

经济刑法

On the Application of
the Economic Criminal Law

规范适用原论

刘伟 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

经济刑法

规范适用原论

On the Application of
the Economic Criminal Law

刘伟 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济刑法规范适用原论 / 刘伟著. —北京: 法律出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4285 - 5

I. ①经… II. ①刘… 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 283325 号

经济刑法规范适用原论

刘伟 著

编辑统筹 法律应用出版分社

责任编辑 聂颖

装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶松

开本 A5

印张 12

字数 272 千

版本 2012 年 12 月第 1 版

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

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 - 4285 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

经济刑法是刑法学的一个重要研究领域。无论是在英美法系的国家如,美国、英国,还是在大陆法系的国家如,德国、日本以及我国的台湾地区,近年来对经济刑法的研究始终热度不减。由于经济犯罪属于法定犯的范畴,加之各国刑事立法模式和理念的不同,各国经济刑法的研究内容差异较大,可供参鉴之处相对有限。我国大陆对经济刑法的研究始于改革开放之初,发展于社会主义市场经济逐步建立的过程中。1979年的刑法典在分则的第三章规定了破坏社会主义经济秩序罪,但当年学界对经济犯罪的研究着墨不多。1982年3月8日全国人大常委会通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》则成为学界注重经济犯罪、研究经济刑法的一个标志性立法。此后通过的一系列惩治专门领域经济犯罪的决定以及相关司法解释,引发了学界对经济刑法的持续关注。除有不少研究经济犯罪和经济刑法的论文发表外,试图构建“经济刑法学”理论体系的著作也不断涌现,较早的如陈兴良教授的

《经济刑法学》(1990年)、赵长青教授的《经济刑法学》(1991年),我本人也曾出版过《中国经济刑法学》(1989年)、《经济刑法原理与适用》(1995年)。

1997年《刑法》进行了大规模修订,将相关惩治经济犯罪的单行法律吸收至刑法典中,确立了一元制的刑法典模式。由此,对经济刑法的研究也开始专注于对刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪的研究,名为“经济刑法学”的教材开始大量出现。然而,经济刑法作为刑法学研究的一个重要领域,大量的研究成果往往关注的是刑法分则第三章中类罪、个罪的研究,在基础理论研究上并没有多少创新,更没有对经济犯罪相较于一般犯罪的特殊性问题进行挖掘和探索,以至于经济刑法的研究陷入“瓶颈”。由此,在对经济刑法的深入研究中,其基础理论的建构就成为重中之重。

实际上,随着市场经济的发展,社会关系多样而复杂,随之而来的就是社会生存、人类生活的方方面面时时处处都有风险相伴。可以说,随着市场经济的发展,风险社会到来了;随着风险社会的到来,法定犯时代也到来了。^{〔1〕}也正是在这一大背景下,近年来刑法学界越来越关注德日刑法中的行政犯、法定犯,并运用其基本理论来分析我国刑法中的法定犯罪问题。在经济刑法研究领域中,充分吸收这一理论,无疑有助于推动该领域基础理论的深化。

刘伟博士在攻读硕士学位期间,就在我的指导下从事经济刑法的研究,毕业后又从事经济刑法的教学科研工作,在经济刑法研究领域具备了一定的理论基础。为此,他在攻读博士之初便确立了经济刑法的研究方向。在论文选题上,经过多次讨论,最终选择研究经济刑法的一般理论,一方面是希望能结合法定犯的基本特

〔1〕 储槐植:“要正视法定犯时代的到来”,载《检察日报》2007年6月1日。

征,在经济刑法基础理论上有所拓展;另一方面也是希望能够在刑法与民商、经济、行政法律的关系上有进一步的深入研究。因为经济刑法在理解和适用中,往往更多地存在刑法与非刑事法律关系的处理问题,这也是司法机关办案时面临的棘手问题,更是在理论界缺乏足够回应的学科交叉领域。经济刑法在我国往往比在国外显得更加复杂,同时,完成这一选题不仅要具备扎实的刑法理论功底,而且需要充分的民商、经济、行政法律的知识储备,这样的选题无疑有相当大的难度且极富挑战性。

令人高兴的是,刘伟博士顺利完成了这一写作计划,不但通过了论文答辩,而且该论文被评为“南京大学优秀博士论文”。博士论文通过以后,刘伟博士在博士论文的基础上,又进行了修改充实。在我看来,本书就经济刑法规范适用的典型问题,结合近年来刑法理论的发展,进行了深入的剖析,论题不仅理论性强,而且具有实践意义,是非常前沿的选题。本书首先对经济刑法的规范结构进行了解构。由于非刑事法律与刑事法律规范之间的冲突,导致了经济刑法规范适用存在一定的困难。书中提出违法性并不单纯为刑法的相应条文所决定,也可以为其他立法以及立法以外的法律渊源所决定。经济刑法的适用应注意经济刑法双重违法性的特征,对于经济刑法适用中的民刑关系,应基于缓和违法性一元论立场,判断行为是否具备刑事违法性时,既应当立足于刑法文本,也应当从全体部门法的立场予以考察。此外,经济刑法渊源的多元化,为行政权对司法权的侵蚀、司法权对立法权的篡夺等权力错位留下了空间。经济刑法的规范适用应在坚持罪刑法定原则的前提下,对低位阶的非刑事规范进行合宪性审查。应当说,书中关于民刑冲突情况下的法律适用选择的内容,具有理论创新意义和实践价值。

当然,经济刑法由于其自身的复杂性,对其中所涉及的基础理论问题并不仅限于本书的内容,更多相关问题还有待于进一步的深入研究和拓展,同时也需要实践的进一步检验。本书是刘伟博士的第一本学术专著,作为他的导师,我很高兴本书得以出版,也希望他以此作为新的起点,在未来的学术生涯中取得新的佳绩。

是为序。

孙国祥

2012 年 11 月于南京大学

目 录

导论 1

- 一、典型案例的展开 1
- 二、典型案例所引发的争议问题 5
- 三、相关主题的现有研究成果与不足 12
- 四、研究的背景和意义 17
- 五、研究思路与研究方法 22

第一章 经济刑法规范的立法解构 24

第一节 经济刑法规范的立法模式 24

- 一、经济刑法立法模式的域外考察 24
- 二、我国经济刑法立法模式的历史梳理 27
- 三、我国经济刑法立法模式的现状解读 30

第二节 附属型经济刑法规范的构造 35

- 一、附属型刑法模式的域外立法梳理 36
- 二、我国附属型经济刑法规范的立法梳理 38
- 三、我国附属型经济刑法规范的疏漏与不足 42

第三节 空白型经济刑法规范的构造 45

- 一、空白型经济刑法规范的生成逻辑 46
- 二、空白型经济刑法规范的基本构造与分类 52
- 三、空白型经济刑法规范的问题与反思 60

第二章 经济刑法规范适用中的违法性判断 67

第一节 经济刑法规范违法性的理论逻辑 68

- 一、大陆法系刑法理论违法性的逻辑展开 68
- 二、我国刑法理论刑事违法性的理论逻辑 76
- 三、经济刑法规范中的双重法规范违反结构模式 80

第二节 经济刑法规范适用的从属性表象 86

- 一、经济刑法规范适用中一般违法性前提的必要性 87
- 二、经济刑法规范适用中概念的从属性判断 94
- 三、经济刑法规范适用中客观行为特征的从属性判断 98
- 四、经济刑法规范适用中正当化事由的从属性判断 103

第三节 经济刑法规范适用的独立性判断 107

- 一、一元抑或多元：大陆法系刑法违法性的争论与解读 108
- 二、缓和的一元论：中国语境下刑法违法性的内涵界定 113
- 三、缓和违法一元论下经济刑法规范适用的独立性判断 119

第四节 非刑事法律规范的变更与经济刑法的规范适用 134

- 一、法律变更抑或事实变更：作为参照适用的非刑事法律变更性质的争论 135
- 二、法律变更：非刑事法律变更的法律性质界定 139
- 三、非刑事法律变更的刑法判断：基于溯及力的考察 142

第三章 经济刑法规范适用中的民刑关系 147

第一节 民刑法律价值的差异及其构造展开 148

- 一、功利与道义：民刑法律规范的价值差异 148
- 二、私权利确认与法益保护：民刑法律规范的衍生机理 156
- 三、效力与违法：民刑法律规范对行为评价效果的差异性 171

第二节 民法法律行为的刑法判断 182

一、问题的提出	182
二、欺诈行为的法律效果:民刑法律规范评价的展开	185
三、民刑交叉案件中表见代理行为的刑事法律判断	198
第三节 民法侵权行为的刑法判断	211
一、问题的提出	211
二、违法与犯罪:民法侵权行为与刑事犯罪行为	214
三、侵权型经济犯罪行为的刑法判断	225
第四节 民刑法律概念的刑法判断	231
一、问题的提出	231
二、形式与实质:一人公司单位犯罪主体的肯定与理论缺陷	233
三、实质标准的展开:一人公司单位犯罪主体资格的否定	240
四、实质判断:民刑法律概念的理解	245
 第四章 经济刑法规范适用中的宪政制约	 248
第一节 经济刑法规范的权力构造	249
一、权力运行的逻辑展开	249
二、附属型经济刑法规范的权力构造	253
三、空白型经济刑法规范的权力构造	257
第二节 经济刑法立法权的宪政制约	265
一、罪刑法定原则的宪政逻辑	265
二、经济刑法规范立法权的宪政制约	272
第三节 经济刑法规范适用中权力的冲突与协调	279
一、行政刑法衍生逻辑中的行政权与司法权	279
二、行政违法与刑事违法界分的理论逻辑与立法表象	288
三、经济刑法规范中行政违法对刑事违法判断的影响路径	294
四、经济刑法规范适用的权力协调与制约	298

第四节 经济刑法规范适用的权力运行与制约 314

一、作为违法性判断前提的“国家规定” 314

二、经济刑法规范适用中的法律主义原则 316

三、权力等级性视域下的非刑事法律规范适用规则 323

四、权力同质性视域下的非刑事法律规范适用规则 333

结 论 343

主要参考文献 348

后记 371

导 论

一、典型案例的展开

【案例1】“德隆系”中富证券有限责任公司和彭军等非法吸收公众存款案

“德隆系”是指以唐史四兄弟(唐万新、唐万里、唐万平、唐万川)为核心而形成的类家族模式的企业集群体系。“德隆系”在高速成长过程中,也伴随着诸如采用承诺保底和固定收益方式与公众签订委托理财协议等方式的违规违法行为,并在2004年以后崩溃。2005年8月30日,被称为“德隆刑事第一案”的德恒证券涉嫌非法吸收公众存款208亿元一案由重庆市第一中级人民法院一审判决;2005年9月9日,被称为“德隆刑事第二案”的中富证券涉嫌非法吸收公众存款7.91亿元一案由上海市第二中级人民法院一审判决;随后的“德隆刑事第三案”——伊斯兰国际信托投资有限公司涉嫌非法吸收公众存款一案,“德隆刑事第四案”——金新信托投资股份有限公司涉嫌非法吸收公众存款一案,“德隆案主案”

涉嫌非法吸收公众存款案相继作出一审判决。

从中富证券案来看,中富证券于2002年2月在上海市成立,具有受托投资管理等业务的资质。2003年7月,上海友联经济战略管理研究中心有限公司(以下简称友联公司)总裁唐万新委派被告人彭军担任其控股的中富证券总裁助理,全面负责资产管理业务;被告人陈军任中富证券资产管理部总经理,具体负责资产管理业务的操作。其间,彭军、陈军为完成唐万新提出的以保本和支付高于银行同期利率数倍利息开展受托投资管理业务的方法吸收公众资金6亿元的指标,先后制定具体规则,拟制合同格式文本,多次召开各部门和下属营业部负责人会议,组织员工培训和向各营业部分解指标等。2004年1月,彭军离开中富证券后,被告人楼群受唐万新委派接任中富证券副总裁,全面负责资产管理等业务。同年2月,被告人陈军离开中富证券,资产管理部的业务由时任该部门副总经理的被告人李刚具体操作。同年4月,楼群被任命为中富证券总裁,李刚任中富证券资产管理部总经理。其间,楼群、李刚为完成唐万新下达的吸收资金30亿元指标,除沿用以前制定的相关运作制度外,还通过提高利率、到各营业部巡查等方法,继续以上述同样方法吸收公众资金。

2003年9月至2004年4月间,中富证券以承诺保本和支付4.5%~13%利息的方法分别与20家单位和62名个人签订《资产管理委托协议书》、《资产管理委托协议附加条款》等合同,吸收资金共计7.9亿余元。其中,被告人彭军任职期间吸收资金1.9亿余元,被告人楼群任职期间吸收资金6亿余元,被告人陈军任职期间吸收资金2.2亿余元,被告人李刚任职期间吸收资金5.7亿余元。中富证券将吸收的资金全部交友联公司支配,主要用于购买股票和国债、支付本息、开展其他业务等。至2004年7月7日案发时,

中富证券客户账户上的资金余额仅为 3370 万余元,证券市值仅为 2.6 亿余元,且尚有 6.1 亿余元未向客户兑付。^{〔1〕}

【案例 2-1】网游外挂案

《恶魔的幻影》(又名《传奇 3》)是经新闻出版总署审查批准引进,由中国大百科全书出版社出版、中国广州光通通信发展有限公司运营的网络游戏出版物。自 2004 年 6 月起,被告人谈文明未经授权或许可,组织他人破译《恶魔的幻影》,并在游戏服务器端与客户端之间经过加密的用于通信和交换数据的特定通信协议的基础上,研发出“007 传奇 3 外挂”计算机软件。后谈文明等人设立“007 智能外挂网”网站和“闪电外挂门户”网站,上载 007 外挂软件和《恶魔的幻影》动画形象,向游戏消费者进行宣传并提供下载服务,并向游戏消费者零售和向零售商批发销售 007 外挂软件点卡。销售收入汇入名为“王亿梅”的账户。被告人刘红利负责外挂软件销售,被告人沈文忠负责网站日常维护。2005 年 1 月,北京市版权局强行关闭上述网站并将网络服务器查扣之后,谈文明、刘红利、沈文忠另行租用网络服务器,在恢复开通“闪电外挂门户”网站的基础上,先后设立“超人外挂”等网站,继续宣传并陆续研发“008 传奇 3 外挂”等计算机软件,提供上述软件的下载服务,并使用恢复开通的“闪电外挂门户”网站销售上述两种外挂软件的点卡,销售收入仍汇入名为“王亿梅”的账户。至 2005 年 9 月,谈文明、刘红利、沈文忠通过信息网络等方式经营上述外挂软件获取人民币 281 万余元。北京市海淀区人民检察院以谈文明等人犯侵犯著作权罪

〔1〕 参见上海市第二中级人民法院(2005)沪二中刑初字第 117 号一审判决书;上海市高级人民法院(2005)沪高刑终字第 160 号二审裁定书。

提起公诉。^{〔1〕}

【案例2-2】网游代练案

2006年年底,董某买了4台电脑,并在“淘宝网”上花200元钱买了网络游戏《热血传奇》的外挂软件,组成了“代练公司”。2007年3月,为了扩大生意的规模,董某在网上重新购买了一个名为“冰点管家”的非法外挂程序。该外挂通过修改的客户端程序,破坏了原《热血传奇》游戏的防外挂检测功能,绕过正常的游戏客户端与服务器端之间的通信协议,使游戏商计算机系统上的客户认证功能丧失。为此,陈某、董某购置了80余台电脑,申请了QQ号、银行账号、客服电话和40条电信宽带成立了“土人部落工作室”。妻子陈某负责人力资源管理工作,雇用了12名员工,分成客服组和技术组。客服组专门负责接听玩家打来的电话,在QQ上接“生意”,处理投诉;技术组则负责具体的“代练”操作。代练人员的工作有两项:一是在游戏《热血传奇》中“刷屏”,告诉玩家们“土人部落工作室”提供“代练”业务;二就是负责在QQ上接洽玩家,介绍具体价格。从2006年到案发,他们先后替1万多个《热血传奇》游戏玩家代练升级,接受来自全国各地游戏玩家汇入的资金500多万元,获利近200万元。2007年11月,《热血传奇》的运营商——上海盛大网络发展公司向南京市警方报案。^{〔2〕}

【案例3】帅英骗保案件

四川省达州市渠县有庆镇财政所的会计帅英曾于1998年、2000年两次为母亲投保康宁终身保险。康宁险的合同约定,“凡

〔1〕 参见罗鹏飞:“谈文明等非法经营案”,载最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(总第60集),法律出版社2008年版,第16页。

〔2〕 参见崔洁、肖水金、唐琳:“‘网游代练’:究竟犯了哪宗罪”,载《检察日报》2009年3月25日版。

70 周岁以下,身体健康者均可作为被保险人”。被保险人身故后,保险公司将赔付基本保额 3 倍的保险金。而实际上,1998 年时帅英母亲已有 77 岁高龄,所以投保时对年龄进行了修改,保险业务员对此也心照不宣。2003 年帅英母亲身故后,渠县分公司进行理赔调查,帅英再次修改母亲入党申请书上的年龄,后来获得了 27 万元保险金。消息传开后,保险公司收到多个举报,称帅英母亲年龄有假。保险公司报案后,公安局仅立案侦查一天便宣告破案。但是,该案中涉案行为人是否构成保险诈骗罪却引起了法律适用上的极大争论。^[1]

二、典型案例所引发的争议问题

(一)非法吸收公众存款罪认定中的“非法”性如何判断

“德隆系”中富证券案件在一审期间,被告单位辩护人意见认为,中富证券具有受托资产管理业务资质,其向客户收取 7.9 亿余元资金中的大部分均用于资产管理业务,故指控中富证券的部分行为构成犯罪,缺乏法律依据。

上海市第二中级人民法院的裁判理由为:被告单位中富证券在未经中国人民银行批准的情况下,以开展所谓的资产管理业务的名义,采用保本付息的方法,向社会不特定的单位和个人变相吸收存款 7.9 亿余元,其行为已构成非法吸收公众存款罪,依法应予惩处。

二审期间,上诉人(原审被告)楼群及其辩护人的辩护意见认为,中富证券具有合法的资产管理业务资格,其行为不构成非法

[1] 参见何海宁:“难倒法官的骗保案”,载《南方周末》2005 年 4 月 14 日版。

吸收公众存款罪。中富证券的资产管理业务无须中国人民银行批准,原判认为“中富证券在未经中国人民银行批准的情况下,以开展所谓的资产管理业务的名义,采用保本付息的方法,向社会不特定的单位和个人变相吸收存款 7.9 亿余元,其行为已构成非法吸收公众存款罪”的表述不当。

上海市高级人民法院裁判理由为:中富证券采用承诺保本和支付 4.5% ~ 13% 固定收益的方式,向社会不特定的单位和个人吸收资金 7.9 亿余元,其行为与《证券法》^{〔1〕}第 143 条关于“证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺”的规定相违背。中富证券除与客户签订资产管理合同外,另签订承诺保本付息的补充合同或出具《承诺函》,开展所谓的资产管理业务,其行为方式本身已足以说明其明知法律不允许以承诺保本和固定收益率的方式开展资产管理业务的相关规定。国务院颁布施行的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第 4 条规定:“前款所称非法吸收公众存款,是指未经中国人民银行批准,向社会不特定对象吸收资金,出具凭证,承诺在一定期限内还本付息的活动;所称变相吸收公众存款,是指未经中国人民银行批准,不以吸收公众存款的名义,向社会不特定对象吸收资金,但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的活动。”中富证券的行为,与未经中国人民银行批准,变相吸收公众存款的性质相同,严重扰乱了国家的金融秩序,已触犯《刑法》第 176 条的规定,构成非法吸收公众存款罪。

而在“德隆刑事第一案”——德恒证券非法吸收公众存款案件中,辩方认为,2003 年 9 月 23 日以后德恒证券公司开展的资产管

〔1〕 这里的《证券法》是指犯罪行为实施时有效的 1998 年 12 月 29 日公布的《证券法》。