

刑法论丛

CRIMINAL LAW
REVIEW VOL. 34

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

经济刑法专栏

【克劳斯·梯德曼】

德国经济刑法导论

中国刑法

【储槐植 闫雨】

刑事一体化司法适用若干问题探讨

【曾粤兴 李梦】

劳动教养的改革路径分析

外国刑法

【龙长海】

俄罗斯刑法人权保障的经验及对中国的启示

比较刑法

【莫洪宪 吴占英】

中俄刑法中的洗钱罪之比较

区际刑法

【赵国强 潘星丞】

论澳门刑法中的“贩卖人口罪”

犯罪学与刑事政策

【赵秉志 袁彬】

论中国刑事司法政策的现状及趋势

——以三起典型死刑案件为切入点



刑法论从

100

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

100

[illegible]

2013年第2卷

第34卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 34

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主 编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 袁 彬 黄晓亮 张 磊 / 专业编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2013 年. 第 2 卷: 总第 34 卷/赵秉志主编.
—北京: 法律出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4930 - 4

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 095004 号

刑法论丛(2013 年第 2 卷)
(总第 34 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013 年 6 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 固安华明印刷厂

印张 16.625 字数 492 千

印次 2013 年 6 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4930 - 4

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

	【经济刑法专栏】
1	德国经济刑法导论 [德]克劳斯·梯德曼著 周遵友译
31	经济刑法规范适用的独立性判断问题 刘 伟
	【中国刑法】
56	刑事一体化司法适用若干问题探讨 储槐植 闫 雨
74	走出法定犯与行政犯等同说的误区 谭兆强
92	预见能力基础理论研究 张 健
105	论正当化情状的错误 张健一
146	教唆未遂的可罚性问题研究 ——兼议我国刑法第 29 条第 2 款的问题 与完善 武良军
200	劳动教养的改革路径分析 曾粤兴 李 梦
230	减轻处罚司法适用问题新探 敦 宁
248	论“醉驾一律入罪”的适用性限制路径 徐 苗

266	器官犯罪的刑法规制研究	贾学胜
286	食品监管渎职罪的若干问题研究	高 星
	【外国刑法】	
296	瑞典犯罪概念之解读 ——从瑞典是世界上刑事犯罪率最高的国家 说起	谢 焱
310	俄罗斯刑法人权保障的经验及对中国的启示	龙长海
	【比较刑法】	
333	中俄刑法中的洗钱罪之比较	莫洪宪 吴占英
	【国际刑法】	
349	论危害人类罪中的性暴力犯罪	李明奇 廖 恋
	【区际刑法】	
370	论澳门刑法中的“贩卖人口罪”	赵国强 潘星丞
400	论国际视野中的海峡两岸反洗钱刑事司法 互助问题	黄晓亮
	【刑事执行法】	
416	刑事禁止令若干问题研究	庄乾龙
440	社区矫正中社会工作者参与的问题困难与 对策建议 ——以京沪为主要考察对象	廖 明
	【犯罪学与刑事政策】	
457	论中国刑事司法政策的现状及趋势 ——以三起典型死刑案件为切入点	赵秉志 袁 彬

481	反腐败的中国经济语境探微 ——以市场条件下的经济转轨为视角的分析 李 翔
	【书评】
508	新中国注释刑法学的扛鼎之作 ——试评高铭暄教授著《中华人民共和国刑法的 孕育诞生和发展完善》 赵秉志 阴建峰
521	稿 约

CONTENTS

[Special Column for Economic Criminal Law]

Introduction of German Economic Criminal Law

..... Written by Klaus Tiedemann, translated by Zhou Zunyou 1

On the Independence During the Application of the Economic

Criminal Law Liu Wei 31

[Chinese Criminal Law]

Discussion on Some Problems of Criminal Integration Judicature

..... Chu Huaizhi & Yan Yu 56

Walk Out of the Error That Statutory Crime and Administrative

Offense is Equivalent Tan Zhaoqiang 74

Research on the Basic Theory of the Ability to Foresee

..... Zhang Jian 92

On the Error of Justified Situation Zhang Jianyi 105

The Punitiveness of Attempted Instigation——Problem and

Improvement of Article 29 2nd of criminal Law Wu Liangjun 146

Analysis on the Reform Path of Education-through-labor

..... Zeng Yuexing & Li Meng 200

A New Academic Probe into the Judicial Application of

the Mitigated Punishment Dun Ning 230

Discussion on the Limit Path of all Drunk Driving Constitute

a Crime Without Exception Xu Miao 248

Research on the Criminal Regulation of Organs Crime	
.....	Jia Xuesheng 266
Study on the Crime of Food Regulatory Malfeasance	
.....	Gao Xing 286
[Foreign Criminal Law]	
The Concept of Crime in Swedish Penal Code: Based on the	
Fact that Sweden's Crime Rate is Highest in the World	
.....	Xie Yan 296
The Experience of Russian Substantive Criminal Law on	
Human Rights Protection and its Enlightenment to China	
.....	Long Changhai 310
[Comparative Criminal Law]	
The Comparison on the Crime of Money Laundering in	
China's and Russia's Criminal Law	
.....	Mo Hongxian & Wu Zhanying 333
[International Criminal Law]	
Sexual Violence in the Crimes against Humanity	
.....	Li Mingqi & Liao Lian 349
[Interregional Criminal Law]	
The Crime of Human Trafficking in Criminal Law of	
Macau	Zhao Guoqiang & Pan Xingcheng 370
On the Anti-money Laundering Criminal Judicial Assistance between	
Mainland and Taiwan in the International View	
.....	Huang Xiaoliang 400
[Criminal Enforcement Law]	
Research on Some Problems of Criminal Prohibition	
.....	Zhuang Qianlong 416
Study on the Difficulties and Countermeasures about Social	
Workers Participating in Community Correction——Taking	

Beijing and Shanghai as the Main Research Object	Liao Ming 440
[Criminology and Criminal Policy]	
On Current Situation and Trend of Criminal Judicial Policy ——From the View of Three Specific Cases of Death Penalty	Zhao Bingzhi & Yuan Bin 457
Touch on Anti-graft under Chinese Economy Context ——Analysis in an Angle of Economic Transformation Conditioning on Market Economy	Li Xiang 481
[Book Review]	
A Masterpiece of the Explanation Criminal Law in New China; Review on Professor Gao Mingxuan' s New book	Zhao Bingzhi & Yin Jianfeng 508
Notice to Contributors	521

〔经济刑法专栏〕

德国经济刑法导论*

〔德〕克劳斯·梯德曼**著 周遵友***译

目 次

一、序言

二、经济刑法的历史发展和定义

* 本译文系2012年国家社会科学基金项目“经济刑法的立法边界问题研究”(项目编号12BFX052)的阶段性成果。本文源于作者1987年10月30日在位于东京的日本刑法学会发表的演讲。倘若本文引用的法条未标明来自哪部法律,那么该法条就是来自德国刑法典。

本文原文标题为“Wirtschaftsstrafrecht-Einführung und Übersicht”(经济刑法:导论与概述),载JuS 1989, Heft 9, S. 689 - 698(德国《法学教育》杂志1989年第9期第689至698页),发表于1989年,反映了联邦德国当时的法律状况。

** 克劳斯·梯德曼(Klaus Tiedemann)教授,1938年出生,德国著名刑法学家,被誉为“经济刑法之父”。他于1968年完成的教授资格论文《附属刑法中的构成要件功能》是经济刑法学这门新学科的奠基之作,他所撰写的经济刑法教科书(《经济刑法总论》和《经济刑法分论》)是经济刑法学的扛鼎之作,他的名字和部分学术思想转道台湾地区和日本而为中国大陆刑法学界所知悉。梯德曼教授于1961年大学法学专业毕业(辅修经济学和外国语),1962年从敏斯特(Münster)大学获得法学博士学位,毕业成绩为“优秀”(summa cum laude),其博士论文获得该校该年最佳法学论文奖。1963年起在图宾根(Tübingen)大学担任助理研究员,于1968年在校完成教授资格论文《附属刑法中的构成要件功能》。他于1968年被聘为吉森(Gießen)大学刑法学教授,后于1973年转到弗莱堡(Freiburg)大学任教。1972年至1978年间,担任德国联邦司法部“惩治经济犯罪专家委员会”委员。他曾于1980年被任命为耶赛克教授(位于弗莱堡的马普外国与国际刑法研究所所长)的接班人,但他予以拒绝。1973年至2003年间,他在弗莱堡(Freiburg)大学法律系先后担任“刑法、刑诉法与犯罪学”教授,以及“犯罪学与经济刑法研究所”所长,其学术研究的重点为公司刑法、竞争刑法、破产刑法和环境刑法,以及捐税和补贴犯罪。1995年获得“马普研究奖”。他是德国若干经济刑法丛书的主编,以及德国著名刑法学刊物《整体刑法学杂志》的编辑成员。他曾担任国际刑法学协会(AIDP)副主席以及该协会德国分会主席,目前是国际社会防卫协会副主席,以及日本刑法学协会荣誉成员。基于他对经济刑法学的卓越贡献,他被国外六所大学授予荣誉博士学位。

*** 德国弗莱堡大学博士毕业,现为德国马普外国与国际刑法研究所研究人员,中国部主管。

三、经济刑法的分类(分论)

四、经济刑法的原则和特点(总论)

五、经济犯罪案件的程序(刑事诉讼法)

六、展望:经济刑法中的法安定性

虽曾有过悠久的历史,经济刑法(Wirtschaftsstrafrecht)仍是一个具有现实性、跨学科的新法域。经济刑法在教育(尤其是大学教育)中有时还是处于一个次要的、甚至是可有可无的地位,然而在实务中,它的重要性日益增强。大约三分之一的检察官从事经济刑法事务,而在州级法院^①层面上,经济犯罪合议庭的数量在过去数年中大幅增加。在20年前,经济刑法的状况是:侦查时间漫长,侦查人员专业知识匮乏,不予起诉常有发生。跟那时相比,当下的企业和企业家早就感受到了严密法网和(并非罕见的)严厉裁判的巨大压力。从法学方法论的视角来看,这些裁判本身存在着重大问题,因为它们只使用了独立的刑法概念,而没有顾及经济法和公司法上的细致规定。

本文将首先简要介绍经济刑法的总貌、扩展及其最重要的问题。为了具有针对性,本文将论及一些具体问题,但不一一列出文献。对于这里提出的大部分问题的具体引用以及详细文献,读者可在笔者合编的《经济刑法与捐税刑法小词典》^②一书中查寻。

一、序 言

关于“经济刑法”,早在几十年前,德国通说只将其理解为以刑罚手段防卫经济行政法(Wirtschaftsverwaltungsrecht)——国家调控与监督经济之法律——的那一小部分刑法。在此,经济刑法也只是《刑法典》之外一个狭小的特殊领域。自从经济法彻底脱离行政法而被提升

① 相当于中国的中级法院。——译者注

② Krekeler/Tiedemann/Ulsheimer/Weinmann(Hrsg.): Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 1985 ff.

为一个独立的学科后,经济刑法在当今德国是在广义上予以理解的:与食品和酒类假冒犯罪、竞争犯罪和走私犯罪一样,逃漏捐税、(国库)补贴诈骗、银行和保险公司犯罪(包括由银行和保险公司实施的犯罪,以及针对银行和保险公司实施的犯罪)、破产犯罪以及伪造财务报表也被当作经济犯罪。^①对经济刑法概念进行的扩张解释是由1976年《第一部惩治经济犯罪法》和1986年《第二部惩治经济犯罪法》予以推动的。依据这些法律,在传统且悠久的第265条之外,第264、265b、283条及以后各条,以及后来的第263a、264a、266a、266b、269、270、303a、303b、152a条和第202a条都被新增进入《刑法典》中。《法院组织法》引入了一个旨在法院对经济犯罪实现特别管辖的罪名录(第74c条,该条从实务与程序的角度全面列举了经济犯罪的种类),这也推动了对于经济刑法的扩张解释。然而,这种扩张解释同时也使用了犯罪学和刑法学上的标准,即经济犯罪是经由经济企业(Wirtschaftsunternehmen)或者为了经济企业而实施的犯罪(英语为 corporate crime,德语为 Unternehmensstrafrecht)。

于是,经济刑法这个概念和领域在德国得以拓宽,其范围大约相当于法语概念 *droit pénal des affaires* (包括 *droit pénal économique et financier*),囊括了涉及整个现代经济生活之经济刑法的广泛意义。但是,在对“经济刑法”进行定义和界分时,也产生了诸多新困难。这里存在的一个难题是:就此而言,经济刑法是否可被称为整个刑法学之内的一个独立学科?而且,经济刑法的当今意义和实践也提出了立法政策上的问题,尤其是刑法的辅助性问题,以及刑法与经济法之间的关系问题。罗马人(也)曾经有过以刑事法对经济事务进行规制的倾向,但是德国在很早以前就在原则上拒绝了这种倾向。自那时起,人们开始认识到:相对于建立一个全面的行政法体系(包含行政法规与行政措施)而言,将经济违法行为(比如在电子数据处理领域)予以犯罪化而

^① 总结性内容, Tiedemann, Art. Wirtschaftsstrafrecht, in: Herders Staatslexikon, 7. Aufl. (1989), Bd. V; 也可参见 Lampe, in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, 1981, Bd. IX. S. 310 ff.

形成的国家干预,可能会对个人自由造成更少的侵犯。这种观点被第一和第二部《惩治经济犯罪法》的制定者所接受,也符合国际刑法学协会(AIDP)第十三届国际刑法大会的建议。将刑法作为社会政策与刑事政策的工具加以使用,这创造了新的视角,而这些视角(及其蕴含的问题)就体现在第264a条的引入上。在这个条文被引入之前以及同时,投资广告领域里均未出台过商事法律。只有当经济刑法在实践中经由专业性的刑事执法机构^①付诸实施时,这些规范和改革才会有真正的意义。换言之,这些规范不只是存在于纸面上。

二、经济刑法的历史发展和定义

1. 无论是在德国,还是在其他国家,经济刑法都不是一种全新的现象。相反,在历史长河中,诸国的法律制度曾对经济活动施以刑罚。例如,为了确保谷物供应,罗马法对于囤积与投机行为施以刑罚,戴克里先(Diokletian)大帝曾以死刑威胁手段维持货物和工资之最高价额。在罗马帝国里,特定货物(尤其是铁器和武器)的输出,要被处以死刑和没收。从罗马法时代起,假冒营养品和享乐品的犯罪行为在德国中世纪是以“伪造”之类罪予以追究的,此后的《卡洛林纳刑法典》(Constitutio Criminalis Carolina)以及当今的刑法典和附属刑法也对这种犯罪予以追究。^②

然而,欧洲诸国经济刑法的最新发展要追溯到第一次世界大战之紧急时期,当时各国为了满足需求而开始在经济行政法领域里制定了全面而又繁多的法律。在“一战”后的德国,经济领域中实行的国家干涉主义(Interventionismus)被广为抛弃,但是经由战时经济孕育而成的法律改革则全部保留下来,并成为新的工业法与经济法的基础。海伊曼斯(Heymanns)于1912年发表的一篇题为《作为德国新工业法基础

^① 即警察与检察部门。——译者注

^② 关于历史发展的详细论述,参见 Jescheck, JZ 1959, 457 ff.; Tiedemann, GA 1969, 71 ff.

的军事性战时经济的法律改革》的著名文章就足以说明问题。

国家行政权在第二次世界大战期间过度膨胀,在此之后的1949年,德国通过制定《经济刑法简化法》(简称《1949年经济刑法》)首次实现了全面的法典化。在当时的计划经济体制下,德国新增了诸多罪名,这些罪名涉及违反会计义务、骗取提货(Erschleichen von Bezugsberechtigungen)、囤积货物、哄抬物价,以及触犯交货、提货、课税估价以及申报之规定。鉴于此,《1949年经济刑法》引入了独立的程序性和制裁性规定(比如执业禁止、勒令歇业、没收、扣除额外收入和公布判决)。^① 鉴于由自由竞争所主宰的“社会性市场经济”(soziale Marktwirtschaft)取代了强制性或者计划性经济,德国的1954年《经济刑法简化法》(简称《1954年经济刑法》)导致了大量——以危害计划行为作为规制对象的——经济罪名的废止。今天,《1954年经济刑法》只有干巴巴的10段,主要只是惩治价格违规的行为和违反1965/68年所谓《保障法》的行为。这部经济刑法旨在从刑法上和罚款法^②上加强旨在保证工商、水利、交通、食品、农业、林业以及金融和投资等行业的服务与产品在战争时期和其他类似时期的供应。

2. 自1972年以来,由联邦司法部任命的“惩治经济犯罪专家委员会”工作了五年多,旨在从实证和法政策的角度对经济刑法进行改革。这个委员会的工作成为欧洲其他国家类似委员会的楷模,但也只有德国的这个委员会对于刑法和刑事诉讼法,以及商法、经济法、捐税法和社会法的整体改革提出了广泛而又系统的建议。1976年生效的《第一部惩治经济犯罪法》就归功于这个委员会的工作。该法除了修改《民法典》、商法和破产法外,还引入了文首提及的惩治补贴诈骗(第264条)和信贷诈骗(第265b条)的特别刑罚条款,改革了破产刑法(第283条及其以后各条)和暴利罪(第302a条),并且制定了一个惩治补贴诈骗的行政法律。10年后,立法机关出台了《第二部惩治经济犯罪法》。同样,这部法律也引入了(文首已提及的)新罪,不仅包括计算机犯罪

① 对此参见 Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950。

② 即违反秩序法。——译者注

和投资诈骗,还尤其包括借记卡和信用卡之滥用(第266b条)和拒绝替雇工缴纳社会保险费的行为(第266a条)。在《刑法典》之外,德国加大了对对于有限责任公司及其子公司拖延破产的惩罚,并补充了不正当竞争犯罪。^① 目前尚未完成的最新改革是通过强化若干(旨在保护知识产权的)附属刑法的方式惩治产品假冒行为。

3. 这些新的立法举措并未显著厘清——在国际上也有争论的——经济刑法的概念。如上所述,根据“二战”后第一批经济刑事法律的理念,经济刑法的概念仍然局限于违反国家计划措施(Maßnahmen der staatlichen Planung)的行为。鉴于经济法的扩张,经济刑法的概念如今也大幅拓宽,至少包含了竞争法领域(《反不正当竞争法》和《反限制竞争法》)、商业公司法领域(《股份公司法》、《特定公司账目公示法》、《有限责任公司法》与《合作社法》)、食品法和酒业法领域中的犯罪,补贴诈骗和信贷诈骗,以及破产和暴利犯罪。此外,这里还包括“传统”行政法上的计划与调控法律,诸如关于对外经济(包括外汇交易)的法律,以及银行、证券、金融与保险等业务的法律。这些法律与罪名大都适用于——正如环境刑法之众多罪名(第324条及以后各条)那样——公司和企业的所有者和领导者,属于刑法教义学术语上的特别犯(Sonderdelikte)。这在很大程度上符合犯罪学上对于经济犯罪的定义,即从事职业而为的犯罪(occupational crime,意为职业犯罪)。然而,经由《第二部惩治经济犯罪法》引入的大部分新罪名——尤其是支票卡与信用卡的滥用,以及电子数据处理设备的滥用——都涉及了现代经济活动之工具遭到滥用的情形,从而以此方式而与经济刑法建立了联系。这也适用于经由1985年《会计指令法》统一化了的会计报告伪造罪(《商法典》第331条)。该罪也是特别犯,因为它只适用于特定的公司(见下文第三部分第六项)。

^① 关于《第一部惩治经济犯罪法》的概述及其原则,参见 Tiedemann, ZStW 87 (1975), 253 ff.; 关于《第二部惩治经济犯罪法》,参见 Achenbach, NJW 1986, 1835 ff., 以及 Tiedemann, JZ 1986, 865 ff.; 还有 Frommel, JuS 1987, 667 f. 关于专家委员会的活动以及尚未解决的改革问题, Weinmann, in: Festschrift für Pfeiffer, 1988, S. 87 ff.

经济犯罪在犯罪学与刑事侦查学上的定义不仅包含前述《法院组织法》第 74c 条,还包含 1977 年《捐税法》第 30 条第 5 款第 5b 项。根据《捐税法》此处之规定,泄露捐税秘密的行为构成(经济)犯罪,“倘若该行为依其实施方式,或者基于由其造成的损失的范围,易于对经济秩序造成较大的破坏,或者极大地动摇公众对于税收业务的可靠性或者对于国家机关和公共机构的正当工作的信任”。这里尤其表明了经济刑法的超个人的(Überindividuelle)层面。

在刑法学界,由 1977 年《选择草案》(Alternativ-Entwurf)奠定的经济刑法理论已经居于主导地位。据此理论,经济犯罪与经济刑法的特点是:行为并非(仅仅)针对个人利益,而是针对经济活动的社会性/超个人利益,即经济生活之社会性/超个人法益(sozial-überindividuelle Rechtsgüter des Wirtschaftslebens)遭到侵害,或者当今经济生活之工具(Instrumente des heutigen Wirtschaftslebens)遭到滥用。^①所以,被保护的法益主要不是经济者个体的个人利益,而是国家的整体经济秩序,以及经济的有序过程;简言之,即国民经济及其各个分支(比如财政经济、金融经济等)。逃漏捐税,补贴诈骗,竞争犯罪以及针对银行的信贷诈骗等等,这些是第一个领域(即社会性/超个人法益遭到侵害)的实例;财务报表的滥用,汇票与支票的滥用,这些属于第二个领域(即经济生活之工具遭到滥用)的实例。此外,旨在保护消费者与公众的犯罪也是经济刑法的一个领域;这个领域的适例不仅包括虚假广告罪,还包括食品刑法以及关于工商业与劳动者保护的刑法。

最近,有人针对经济刑法概念上的超个人(社会性)法益提出异议称,这种概念助长了刑法的——比如通过增设抽象危险犯之罪名而实现的——扩张趋势,因为“超个人的”或者社会性的法益往往只是一种称谓而已,并非真实地存在。^②这个观点提到了在经济刑法领域中确定法益的诸多困难,因而具有一定合理成分,但是在整体上有失妥当。

① AE eines Strafgesetzbuches Besonderer Teil, Straftaten gegen die Wirtschaft, 1977, S. 19.

② Volk, JZ 1982, 87; 与之相反的中肯意见,参见 Baumann, JZ 1983, 935 ff.