

经济刑法

6

Economic Criminology

顾肖荣 主编

Economic Criminology

许其勇 杨兴培
经济犯罪的刑法控制
——兼谈刑法的最后手段性

姜发根
垄断行为犯罪化研究

周建中 等
知识产权犯罪认定的共性问题研究

杨亚民 等
证券公司非法委托理财行为的刑事责任认定

王佩芬 等
对“虚开”的理解与认定

杨宏亮 等
商业受贿犯罪主体认定中的疑难问题研究

Economic Criminology

Economic Criminology

Economic Criminology

Economic Criminology

Economic Criminology



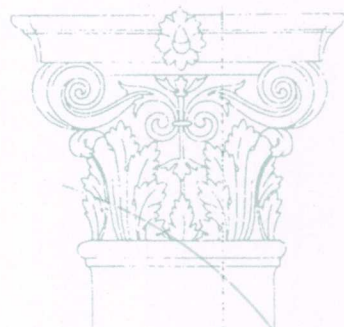
上海人民出版社

经济刑法

Economic Criminology

6

顾肖荣 主编



上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

经济刑法. 6/顾肖荣主编. —上海: 上海人民出版社,
2008

ISBN 978 - 7 - 208 - 07848 - 2

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 (2008) 第 054105 号

责任编辑 曹培雷 张 晗
封面装帧 王小阳

经济刑法

(6)

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 23.5 插页 4 字数 405,000

2008年5月第1版 2008年5月第1次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 07848 - 2/D · 1377

定价 40.00 元

卷首语

《经济刑法》第六辑以总论研究、知识产权犯罪、证券领域犯罪、虚开增值税专用发票犯罪、商业贿赂犯罪及个罪研究为主要内容。2007年上海社会科学院法学研究所经济刑法重点学科在上海市人民检察院第二分院成立了经济犯罪研究基地,并合作开展了若干课题研究。本辑中大部分文章系课题研究之成果,在选题上、论述角度上都反映出务实的特点。

总论研究栏目下的论文着眼于经济刑法的总则性问题,具有较强的理论性。经济犯罪的刑法控制一文鲜明地提出在对经济犯罪控制的同时,更应强调加强市场经济的道德基础与相关法律建设,刑法只是其他手段无法实现预期目的时的最后手段。单位犯罪与自然人犯罪的界分历来是司法实务界遇到的难点问题之一,公司法人格否认在单位犯罪刑事责任中的运用与发展一文或许为解决这个难点问题提供了一个新的视角。单位犯罪司法实践中的若干问题之思考一文从单位犯罪的司法解释入手,提出了单位犯罪自然人犯罪化的司法认定的理论依据和若干标准,同时对单位自首的认定和刑罚的完善提出了颇有见地的观点和主张。垄断行为的犯罪化研究一文则从有效制止垄断行为、维护正常的市场竞争秩序、保护社会公共利益和消费者的合法权益角度论述了扩大经济犯罪的惩罚面的必要性。

知识产权犯罪在《经济刑法》第五辑曾设专题研究,文章主要集中在知识产权犯罪的“点”上研究的较多,本辑在这个专题下的论文则多关注知识产权犯罪的“面”上的问题。五篇论文涉及知识产权犯罪的入罪数额标准问题、共同犯罪问题、未遂犯问题、知识产权犯罪中的被害人问题、网络知识产权犯罪的问题、知识产权犯罪案件的程序适用问题及知识产权刑事保护的对策思考。应该说专家、学者对这些“面”上问题的思考拓宽了知识产权犯罪研究的视野,加深了该领域的研究深度。“点”“面”结合,相得益彰。

证券领域犯罪研究专题下的论文主要围绕着证券领域内非法委托理财行为的刑事责任的认定及证券领域挪用客户资产行为的刑事责任认定两方面展开,论文通过案例分析的方法阐述了认定一行为刑事责任的刑法法理,显示了

作者对该问题的真知灼见。

在虚开增值税专用发票犯罪研究的主题下,四篇论文分别从四个方面,即对虚开的理解与认定、虚开增值税专用发票罪主观故意的分析、犯罪主体、虚开增值税专用发票罪与相邻犯罪的界限作出了深入的论述,其中不乏作者的新思考、新观点。

商业贿赂犯罪研究虽不是一个新的话题,但随着我国治理商业贿赂方面的政策不断出台,法规不断健全和完善,商业贿赂犯罪研究仍然方兴未艾。本辑发表的论文,有的侧重于商业贿赂的司法认定问题,论文鲜明地指出,在一般行贿罪中,“为谋取不正当利益”应作为必备要件,而在经济行贿罪中并不以“为谋取不正当利益”为其必备要件;有的着重论述了如何认定商业受贿犯罪的主体问题;有的对商业受贿犯罪中“利用职务上的便利”作出了界定;还有的论文从商业贿赂的根源上分析,并提出了对策思考;更有作者从治理商业贿赂的角度提出了在我国建立反商业贿赂犯罪信息联络员制度的设想。所有这些论文,无论是要件的界定、原因的分析、对策的思考,还是制度的设想,都不同程度地推进了商业贿赂犯罪研究向纵深发展。

个罪研究主题下的论文主要涉及国有资产流失犯罪、走私犯罪、保险诈骗罪、洗钱罪、虚假陈述罪及信用卡犯罪的研究。这些研究为相应个罪的立法完善或司法应用提出了颇具见地的思路或观点,如国有资产流失犯罪研究一文,作者将国资流失犯罪定义为国家工作人员利用职务之便背信渎职侵犯纯国有资产的犯罪,分析并充分论证了国资流失犯罪将从高发于企业改制活动中转移到企业经营过程中,从而形成一种比较稳定的犯罪形式,这些论断为预防和惩治国有资产犯罪提供了积极的现实意义。

最后,我们期待着《经济刑法》能成为读者的良师益友,并希望读者能成为本刊的作者,拨冗赐稿。

《经济刑法》编委会

2008年1月



目录

CONTENTS

第六辑

[总论研究]

- | | | | |
|-----|-------------------------|-----|-----|
| 003 | 经济犯罪的刑法控制——兼谈刑法的最后手段性 | 许其勇 | 杨兴培 |
| 012 | 经济领域犯罪化若干问题探讨 | | 万国海 |
| 026 | 公司法人格否认在单位犯罪刑事责任中的运用与发展 | | 杜文俊 |
| 036 | 单位犯罪司法实践中的若干问题之思考 | | 曹 坚 |
| 046 | 垄断行为犯罪化研究 | | 姜发根 |
| 063 | 我国刑法意义上的合同研究 | | 蒋建荣 |
| 071 | 当前经济犯罪的特点、原因及对策 | | 刘佩兰 |

[知识产权犯罪研究]

- | | | | |
|-----|---------------------|-----|-----|
| 081 | 知识产权犯罪认定的共性问题研究 | 周建中 | 等 |
| 093 | 认定网络知识产权犯罪若干问题探究 | 涂龙科 | 高 宇 |
| 103 | 商标类犯罪法律适用问题新探讨 | 薛莉萍 | 杜小丽 |
| 113 | 知识产权犯罪案件程序适用中的若干新问题 | 周建中 | 邹积超 |
| 121 | 公安机关实施知识产权刑事保护的对策思考 | | 朱 彧 |

[证券领域犯罪研究]

- | | | | |
|-----|---------------------|-----|---|
| 129 | 证券公司非法委托理财行为的刑事责任认定 | 杨亚民 | 等 |
|-----|---------------------|-----|---|

152 挪用客户资产涉罪行为研究

胡健涛 等

[虚开增值税专用发票犯罪研究]

167 对“虚开”的理解与认定

王佩芬 等

179 虚开增值税专用发票罪主观上是否要求有偷逃税款的故意

秋 芳

188 虚开增值税专用发票犯罪主体问题研究

曾国栋 赵 罡

193 虚开增值税专用发票罪与偷税罪、骗取出口退税罪的界限

王佩芬 沈 健

[商业贿赂犯罪研究]

205 论商业贿赂犯罪的惩治与预防对策

柯葛壮 秦新承

218 行贿犯罪的司法认定

项 谷 张 勇

233 商业受贿犯罪主体认定中的疑难问题研究

杨宏亮 等

241 对商业受贿犯罪中“利用职务上的便利”的理解

熊小芳 汪 晓

250 行贿犯罪“为谋取不正当利益”要件分析

谢 杰 杨宏亮

256 建立反商业贿赂犯罪信息联络员制度设想

何向南 常 谏

268 商业贿赂的根源及对策分析

郭理蓉

[个罪研究]

279 国有资产流失犯罪研究——兼谈私分国有资产罪的刑法适用问题

林荫茂

293 关于保险诈骗犯罪行为方式的若干疑难问题研究

张利兆

312 走私犯罪主体的认定

沈新康

322 非法获取信用卡信息虚构网上购物骗财问题探讨

王延祥

329 论洗钱罪上游犯罪的刑事立法界定

蔡桂生

340 虚假陈述罪研究——从《刑法修正案(六)》第5条谈起

周建军 黄伯青

354 共同走私犯罪中的认定问题

胡春健

363 上海银行卡犯罪国际化趋势及其防控策略

陈梦醒



总论

研究

ZONG LUN YAN JIU

经济刑法

Economic Criminology

经济犯罪的 刑法控制

——兼谈刑法的最后手段性

许其勇* 杨兴培**

一、引言

计划经济的失势和市场经济的逐步确立,激发了人们的积极性,使人们更加自由、主动地参与社会生产与交换,活跃了社会。然而,大潮涌起泥沙俱下,在经济建设空前繁荣的大背景下,与经济活动有关的社会失范行为却也同步增长。以经济最为活跃的 20 世纪 90 年代初为例,1994 年,全国法院共审结严重破坏经济秩序的案件 12 220 件,比 1993 年上升 32.88%;1995 年全国法院共审结此类案件 13 425 件,比 1994 年上升 10.3%;1996 年判处经济犯罪分子 17 473 人,比 1995 年上升 17.66%。^[1]大量的经济失范行为极大地消解了经济发展给社会带来的成果,需要国家加以有效干预,将其控制在合理的范围之内。这其中法律发挥着极其重要的作用。就刑法而言,新刑法与修正案共规定了 95 个有关经济犯罪的罪名,已初步建立起严密的刑事法网,刑法的触角广泛地伸入到经济领域;而从动态上来考察,对经济犯罪的控制也是近年来刑事法制的重点,我国在 1997 年修订新刑法的时候,共增加了 283 个具体罪名,而除去原来单行刑法、附属刑法中原有的 180 个左右的罪名之外,真正属于新增加的罪名大约 100 个左右,其中经济犯罪的就占了近 40%,而且新刑法颁布后又出台的 4 个刑法修正案也大多是涉及经济犯罪的。不无遗憾的是,刑法犯罪圈的扩大并没有收到预期的效果——控制并减少经济犯罪。1998 年,经济犯罪的

* 许其勇,上海市公安局法制处干部。

** 杨兴培,华东政法学院教授、博士生导师。

势头有增无减,尤其是走私犯罪和骗购、非法买卖外汇、虚开增值税专用发票等破坏金融管理秩序和财税征管秩序的犯罪大幅度上升,全国法院受理破坏金融管理秩序的案件 4 834 件,比 1997 年上升 4 倍,其中金融诈骗案件 1 468 件,比 1997 年上升 2 倍;危害税收征管案件 1 147 件,比 1997 年上升 2.96%。^[2]1999 年,在经历了声势浩大的严打之后,岁末在京召开的全国经济犯罪侦查工作会议仍强调:“尽管打击经济犯罪取得了不小的战果,但目前这方面的形势依然十分严峻。”^[3]这样一种尴尬的境地,不得不让人们真诚地反思,刑法到底在调控市场经济活动中能起多大的作用,以怎样的方式起作用,刑法在抗制经济失范行为中与市场经济道德基础、其他前置性法律是一种怎样的关系,只有对这些问题有一个正确、明晰的答案,刑法在打击经济犯罪中才能将其效能发挥到极致而不损害社会正义与阻碍经济的健康有序发展。

二、刑法只是最后的手段

经济犯罪的产生具有一定的必然性,“是经济繁荣带来的一个具有必然型的附随现象,它可以说是工商企业活动中所无法避免的一种社会事实。”^[4]其产生的原因也是极其复杂的,是多种因素综合作用的结果。这就决定了要实现经济失范的有效控制,需要从多方面着手,比如强化市场经济的道德基础,完善相关的经济行政法规等,而将刑法视为其他手段无法发挥作用时的最后手段。这是刑罚正义的基本要求。正如英国著名功利主义哲学家葛德文所言:“惩罚的正义性是建立在这样一个简单的原则上的:一切人都有责任采取能够想到的各种手段来防止有害于社会安宁的罪恶,但必须首先根据经验或推理,肯定一切比较温和的办法都不足以应付这种紧急事态。”^[5]除此之外,我们还可以从以下几点理由中找到合适的注脚。

(一) 经济犯罪产生原因的复杂性

一方面,由于我国正处于转轨时期,计划经济的枷锁已经打破,面对全新的经济活动方式,法律并没有及时地跟上,“成熟一个,制定一个”的经验型立法,使许多经济法规在相当长时期内缺乏有效的经济法规进行调控管理,“法律的规定跟不上经济的发展”^[6]成为一种不得不面对的现实。而另一方面,市场经济的发展所需要的相应道德基础和价值体系,在我国还远未形成,也是我国经济犯罪多发的一个不可低估的因素。由于我国的市场经济运行的规则并不是市场主体在长期的交易活动中通过不断地博弈和积累而形成的,^[7]而是国家

强行提供给社会的,这使得那些在西方因其产生的自发性、渐进性而带有自律特征的市场规范在我国成了一种外加于人的强制,尚未得到广泛的认同。但人们对经济利益的追求却因先前的压抑而强烈地反弹。在长期的计划经济体制下,集体主义、利他主义在社会意识形态中占据不容置疑的地位,个人利益诉求被挤压得几乎丧失殆尽。随着市场经济而来的个人自由主义与价值多元的理念得到了人们的认可,个人便视一切禁忌与规范为对个人的束缚,甚至对市场经济的基本要求——诚信都不遵守,而一味地追求利益最大化,造就的不是“取之有道”的君子,而是唯利是图的小人。“用各种社会压力强制社会成员表面上遵守的奉献型经济伦理,在短短 10 多年时间内陷入土崩瓦解之中,并被一切围绕实利做取舍的价值判断标准取代。结果导致社会严重混乱脱序的局面:社会成员失去了理想,生活成了纯粹的买和卖。”^[8]在相应的法制基础和道德观念缺失的情况下,中国的市场经济是一场缺乏规则和伦理规范的市场游戏,经济越轨行为的发生是不可避免的。^[9]为了有效处理经济活动中的失范行为,就必须深入调查、了解其中的原因,从多方面着手,如加强经济监督、建立经济犯罪记录制度、建立诚信调查机构、培养健康的经济伦理等,从制度上、经济行政法规上设置预防经济犯罪的防线,而不是将所有的赌注都押在刑法上,一味地强调犯罪化和重刑化,否则,这种“快刀斩乱麻”的对付犯罪的方式只会陷入“剪不断,理还乱”的困境,犯罪圈的扩大与刑罚结构的重刑化^[10]不但收不到遏制犯罪的功效,反而不利于社会的发展,并使国家控制社会的回旋余地大大减小,处于被动地位。美国著名法学家埃利克森在谈到秩序的自发性时就说,“法律制定者如果对那些会促成非正式合作的社会条件缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。”^[11]这个论断对于刑法来说尤为合适。急于功利的心易于模糊我们的视野,如果我们盲信刑法的威力,让刑法迷惑了我们的视线,不从更为根本上消除犯罪发生的原因,在刑法之前构筑起预防犯罪的“社会条件”,我们造就的可能就是一个“刑法更多但秩序更少的世界”。

(二) 从刑法与民事、经济、行政法规的关系来看

随着柏拉图“哲学王”统治的理想国的破灭,法治在世人心目中地位随之不断攀升。18 世纪末,当资本主义在世界上大多数地方建立起自己的统治的时候,韦伯所称的法理型统治更是因其特有的形式合理性与资本主义经济所要求的稳定性、可预见性相契合取代传统型统治与超凡魅力型统治,而取得了绝对稳固的地位。^[12]在这样的社会中,法不仅是至高无上的,而且无所不在,法日益渗透到社会、经济生活的方方面面,整个社会形成非人格化的法律关系。这些

法律组成了一个多方面、多层次的有机体系,共同维护着社会秩序的稳定和社会整体的发展。但在这个法律体系中,刑法并不是与民商事法规、经济法规和行政法规等平行的部门法,而是保障上述法律规范得以实施贯彻的最后一道屏障。正是基于这样的启示,卢梭才断言:“刑法在根本上与其说是一种特别法,还不如说是其他一切法律的制裁力量。”^[13]因此,那种将刑法等同于一般的部门法,机械地认为一部分行为由刑法处理,一部分行为由其他法律处理,而不是将刑法与民事、经济、行政法律视为不同地位的法律的看法,并不符合刑法与其他部门法之间的“普遍实施与最后保障的关系”^[14]。一般的违法行为通过民事制裁、行政制裁等就足以遏制,恢复利益平衡,只有当违法行为已超越了其他法律,其他的法律制裁手段不足以制止该违法行为,不足以保护某种社会关系,匡扶社会正义时,才有必要考虑需不需要将这种行为规定为犯罪动用刑罚。

社会、经济生活的有序运行要依靠整个法律体系的协调运转,各种法律规范之间相互配合,共同构筑防止犯罪的法律堤坝。大量的违法行为通过民事、经济、行政法规的作用予以消解,而不待其蔓延、升级。在防范犯罪的法律堤坝中,如果没有其他法律作为前沿屏障,没有分层次地对不同危害行为适用不同法律制裁,而将其全部纳入刑法调整的范围,则刑法直接面对危害大小不同的越轨行为,必然面临困境。不加处罚,无疑放纵此类行为的蔓延,导致对社会秩序的破坏和对个人权利的侵害;强行加以升格作为犯罪处理,又使得刑法无法获得认同,且因直接面对日益增多的各种失范行为,必然疲于应付,效果也不尽如人意。在这一点上,我国证券方面的犯罪情况就是一个极好的例子。我国在实行国有企业改革、试行股份制、设立证券市场时,由于股票一级市场实践在前,法规在后,总是在发现一些问题后才匆忙地出台相应的法规,股票二级市场也同样极不成熟,股份制企业进入和退出都没有完备的规则,加之政府对证券市场的违法行为监督不力,导致“内部人”的寻租活动,证券从业人员与参与者利用内幕信息与凭借资金实力操纵股市行情这样的事情频频出现,使股市成为过度投机活动滋生的肥沃土壤。^[15]立法者出于对刑法功能的迷信,在新刑法修订之时便匆忙将其纳入刑法的调整范围之中,而作为证券交易基本法的《证券法》却于1998年12月29日才“千呼万唤始出来”。立法者似乎认为只要刑法积极介入对证券期货市场的保驾护航,严厉打击证券期货犯罪行为,则规范健康的证券期货市场的形成指日可待。但这种做法并未取得预期效果,据中国证监会公布的数字,1997年之后证监会立案调查的案件较之以前反而有增无减,证券市场的混乱状态并无多大改观。^[16]对刑事法制中这种急功近利、违背刑法谦抑性的做法,菲利普这样嘲讽:“由于对统计学、生物学、人种学、人类学资料

印象模糊,并且仍然抱着社会和政治可以人为地创造的旧偏见,今天的立法者一开始就急于成为十足的立法癖,似乎每一个新发现的社会现象都需要一部专门的法律、规则或一个刑法条文。”^[17]实际上,证券发行交易毕竟是商事活动,它有商事活动的一般活动规律,其健康、稳定的发展主要靠国家经济发展模式、管理制度来维系,普通证券法律的严密、合理、公正与否直接对期货证券市场中的越轨行为的增减起决定作用,用刑法直接干涉不但效果不佳,甚至可能遏制了证券市场的活力,给市场的健康发展带来消极影响。这种滥用刑法而导致的“种瓜得豆”的经验,在经济犯罪领域并非个别现象。正如有学者所总结的,“纵观近 20 年我国经济犯罪的态势,我们发现一个值得探究的事实:一边是不断扩大的犯罪圈和增加的刑罚量,另一边却是日益高涨的经济犯罪浪潮。”^[18]的确,这种不重视民事、经济、行政法规的作用,不认清刑法与其他法律之间的恰当关系,轻易动用刑法这个“杀手锏”,效果并不尽如人意,即使使用重刑也未必能见成效。

因此,刑法应把原属于民法、经济法、行政法等部门法调整的领域归还给它们,慎重地设置自己的控制范围,尽量地收缩。“刑罚的界限应该是内缩的,而不是外张的,而刑罚为国家达其保护法益与维护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之目的时,则務必放弃刑罚手段。”^[19]这无论是从发挥其他法律的作用有效预防犯罪,还是从有利于刑法集中力量有效打击真正需要动用刑法干预的严重犯罪来看都是不无裨益的。

(三) 刑法明确性的要求

刑法规范具有双重属性,^[20]既是一种行为规范,又是一种裁判规范,但无论作为何种规范存在都要求刑法规范要明确。如果刑法规范含混、模棱两可或互相矛盾,则不能有效指导公民行为,有损公民的预测可能性,同样也不能为法官严格司法提供保障,不能合理限制和防止国家刑罚权的滥用,难以避免司法擅断。正因为如此,西方才有“法律不确定时,法律就不存在”这样的格言,宣称“没有法律的状态比有不确定的法律要好”,^[21]西方一些实行违宪审查制度的国家甚至将法律是否明确视为法律有效与否的一个重要指标。刑法的明确性要求刑法对什么行为是犯罪、应处何种刑罚的规定必须明确,使人们能够确切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围。因此,刑法要合理地介入经济生活,必须以相关领域存在相应的法规为前提,这些规范为当事人主体创设权利义务时,也就为社会主体设定自由的范围。由于多数此类

行为不同于许多违反道德的自然犯那样是一种自体恶,一般人都能知道何者可为何者不可为。这些经济活动、行政管理上的要求是出于国家管理的需要而制定的,并无明显的善恶之别,^[22]这就需要先有民事、经济、行政法规等予以界定。刑法不能在无所依托,在缺乏其他部门法规界定违法的情况下就提前介入。尤其是现代法治所必需的罪刑法定原则的确立,更是要求刑法在对行为进行评价时,构成要件要明确。在我国的刑法中,对于因违反民事法规、经济法规、行政法规等法定犯一般都采取空白罪状(或称参见罪状)的形式,行为具体特征一般要参照相应的法律法规,才有一个清楚的界定。因此,这些部门法规便承担起确定界线的任务。只有当其他法规对这些行为作出反应后,确立公民在社会生活中自由的界线,并逐渐对此达成较为一致的共识。在此基础上刑法作为保障法,对违反这些规则导致的社会无序状态,才进行制裁。对于经济犯罪,日本就有学者认为,“日本的经济法规中的犯罪,多为违反规则的形式性违反行为,不论怎样,必须明确的是,以经济犯罪处罚经济脱轨行为,其危害程度的标准需要社会达成共识。”^[23]毫无疑问,在经济活动中,经济主体的逐利活动与越轨行为之间的界限比传统犯罪要模糊得多,如果没有一个有层次、分范围的、有机的经济规范通过指导、约束经济主体的行为,惩罚违法行为,为经济主体提供一系列行为模式和行为评价尺度,不能认为社会对此达成某种共识,刑法的介入就不合理,就违背了法律的明确性原则。但我国由于改革开放之后,经济失范行为大量增加,立法者缺乏应有的冷静,急于用刑法来规制社会,没有很好地坚持这个原则。比如向关系人发放贷款的行为,原为所谓的不正之风,并无具体金融法规予以制约,但是1995年6月30日全国人大常委会发布的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》第9条就直接将其规定为“向关系人发放贷款罪”。期货方面的犯罪同样如此。虽然期货交易的基本大法《期货法》至今尚未出台,1999年的刑法修正案却已将其纳入刑法的调整范围。这种做法无异于不教而诛。正如孔子所云,“不教而杀之谓之虐,不戒视成谓之暴,慢令致期谓之贼。”一个开明、负责任的政府,对人民有给予教诲、告诫和反复叮咛的义务。政府于事没有在前在相关领域确立该领域的基本法规,告知民众何者可为,何者不可为的情况下,骤然将某种行为直接上升为犯罪行为,用刑罚对人民施加惩罚,便有违刑法的明确性原则,有悖于现代法治的精神。

三、一个更为一般的结论

对于经济犯罪,我们要求刑法保持其谦抑性,只在不得已的时候才动用。

其实对于其他失范行为,又何尝不是如此呢?刑法作为社会控制的最后手段应该可以看作是一个具有普遍意义的结论来使用,而不仅仅局限在经济犯罪领域。

社会是一个有序的整体,为了维护社会基本的秩序和安全,人类制定了各种的规范与戒律,以尽可能地避免个人与个人、个人与群体间的冲突。尽管如此,在这个由凡人组成的社会中,违反各种规范侵害他人权利的行为还是会不可避免地发生。这就需要社会组织起有效的反应,以弥补损失,恢复秩序。而一个社会对反社会行为的防治与控制体系具有复杂的层次和结构。既有规范调整又有非规范调整,既有法律规范又有非法律规范,既有刑法规范又有其他法律规范。在这个预防和抗制违法犯罪的系统中,刑法以其严厉性的调整手段为依托而将其触角涉向社会生活的方方面面,“像财产权和亲属权,生存和版图问题,国家元首的地位,公民的政治权利,国家行政机关的利益,商业公司的利益,对女性的尊重以及交通安全——一切利益均毫无例外地享受刑罚的最强有力的保护。”^[24]可以说从涉及面来讲,刑法涵盖了包括国家安全、政治活动、社会秩序、经济交往、人身安全、财产关系、婚姻家庭等比任何一个部门法所调整的都要广泛的社会关系。但也恰恰因为其调整手段的独特性使得自启蒙时代以来的现代国家从未间断用理性的眼光审视刑法在整个社会控制体系中的地位,古代社会以刑法全面控制社会生活的做法遭到现代人道主义的持续质疑,^[25]在法律不断增加其涵括面的同时,刑法在整个法律体系中的比重却在不断降低,刑法日益褪去其神圣光环,不再作为对付违法犯罪的首要选择,只是在万不得已的时候才动用,就像葛德文所讲的那样:“惩罚是同人类天性禀赋不相容的一种不得已的痛苦行为,它的实施是由人类中占统治地位的腐败和无知所暂时强加给我们的。最荒谬的莫过于把惩罚看成是进步的源泉。……除非在千钧一发的关头,再没有什么事情比乞灵于惩罚更为非正义的了。真正的政治家将会把强制限制在最小的范围之内并且不断地寻求减少使用它的机会,而不是增加强制的机会并且把它当作挽救一切道德败坏的药方。在一切情况下,可以得到认可的为之辩解的理由只有一个,那就是放过罪犯会对公共安宁造成十分明显的危害。”^[26]也就是说,“即使行为侵害或威胁了他人的生活利益,也不是必须直接动用刑法。可能的话,采取其他社会统制手段才是理想的。可以说,只有在其他社会统治手段不充分时,或其他社会统治手段(如私刑)过于强烈,有代之以刑法的必要时,才可以动用刑法。”^[27]

这一刑法理念的确立对于有效控制经济犯罪乃至对整个中国刑事法制的建设是至关重要的。正如研究国家与人的现代化进程的学者所指出的,“如果

一个国家的人民缺乏一种能够赋予这些制度以真实生命力的广泛的现代心理基础,如果执行和运用着一些现代制度的人,自身还没有从心理、思想、态度和行为都经历一个现代化的转变,失败和畸形发展的悲剧结局是不可避免的。”^[28]的确,任何一套制度的创设和有效运行都需要有与之相应的价值观念的支撑。中国刑事法制的建设要摆脱“刑法工具论”的窠臼,实现“从政治刑法到市民刑法”的转变,只有制度的建构而没有一个深刻的观念变革与价值重塑是远远不够的。在经济体制实现由中央集权的计划经济向开放的市场经济转变,社会结构也从政治国家的一元结构向政治国家与市民社会的二元分立转换的大势之下,确立刑法是对付犯罪的必要但却是最后手段这样一个理念,无疑符合人们对刑法属性的正确把握和对以人为本的政治文明内涵的真切意会。

注:

- [1] 1995年、1996年、1997年《最高人民法院工作报告》,http://www.court.gov.cn/work。
- [2] 1999年《最高人民法院工作报告》,http://www.court.gov.cn/work。
- [3] 王雷鸣、吴兢:《朱镕基就全国经济犯罪侦查工作会议作出重要批示》,载《人民日报》1999年10月9日,第一版。
- [4] 林山田:《经济犯罪与经济刑法》,台湾三民书局1985年版,第179页。
- [5] [英]葛德文:《政治正义论》,下卷,何慕李译,商务印书馆1980年版,第560、563页。
- [6] 林山田:《经济犯罪与经济刑法》,台湾三民书局1985年版,第2页。
- [7] 哈耶克认为市场秩序乃至整个社会秩序都是自生自发的,是个体在交往过程中不断博弈、取舍的结果,而不是人为设计并强加于个体之上的。美国著名学者埃利克森在其《无需法律的秩序》一书中,作了同样精彩的论述。
- [8] 何清涟:《现代化的陷阱——当代中国的经济社会问题》,今日中国出版社1998年版,第169页。
- [9] 金融诈骗犯罪就是其中极好的一例。虽然近年来,我国金融领域出台了若干重大改革举措,《银行法》、《票据法》等基本金融法规为我国初步建立一套金融法律框架,但这些法规无具体配套实施方案。金融机构自身建设薄弱,没有完全向市场化的经营主体的角色转换,风险意识差,工作人员的职业资格、行为规范、处分规定无专门管理条例,某些金融运作环节没有严格操作程序和制度,而且金融监管也不到位,因此,无论是行政监管还是市场监管都没有充分发挥作用,在这些原因的综合作用下,金融领域的越轨、犯罪不可抵挡,大面积的蔓延。
- [10] 新刑法中因刑罚过重而饱受非议的经济犯罪就是一个明证。我国目前涉及经济犯罪的共95个罪名,法定最高刑为10年以上有期徒刑的有58个,占总量的60%,其中还有16个法定最高刑为死刑,而法定最高刑3年以下的只有13个,这在其他国家看来是不可思议的。

