

经济犯罪 热点问题 研究

马长生 主编

◆ 湖南师范大学出版社



经济犯罪 热点问题 研究

马长生 主编
◆ 湖南师范大学出版社



D924.334

M4

图书在版编目(CIP)数据

经济犯罪热点问题研究 / 马长生主编. —长沙: 湖南师范大学出版社, 2005. 7

ISBN 7-81081-519-9

I. 经... II. 马... III. 经济犯罪—研究—中国
IV. D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 055076 号

经济犯罪热点问题研究

马长生 主编

◇责任编辑: 宋 瑛

◇责任校对: 蒋旭东 胡晓军

◇出版发行: 湖南师范大学出版社

地址/长沙市岳麓山 邮编/410081

电话/0731. 8853867 8872751 传真/0731. 8872636

◇经销: 湖南省新华书店

◇印刷: 湖南航天长字印刷有限责任公司

◇开本: 670 × 960 1/16

◇印张: 32

◇字数: 524 千字

◇版次: 2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷

◇印数: 1—3000 册

◇书号: ISBN 7-81081-519-9/D·018

◇定价: 55.00 元

编委会主任

马长生

编委会副主任

邱兴隆	唐世月	李名元
胡凤英	余松龄	孙昌军
成光海	戴一云	谭孝敖
翟玉华	杨金柱	许庆生

编委会委员（按姓氏笔划为序）

丁维群	马长生	尹南飞
孙昌军	李名元	许庆生
成光海	邢伟国	刘建
邱兴隆	杜雄柏	杨凯
杨金柱	余松龄	邱昭开
沈柏成	张惠芳	陈炜
陈彰福	罗芳忠	周训芳
周恩良	胡凤英	郭荣通
唐世月	徐发科	曹运伟
黄明儒	蒋兰香	翟玉华
谭孝敖	潘爱民	蔡俊伟
蔡雪冰	戴一云	戴著辉

编务办公室主任

伍志坚

前 言

《经济犯罪热点问题研究》一书是湖南省法学会刑法专业委员会2003—2004年度重点科研课题的成果。

2003年以来,我们以《经济犯罪热点问题研究》为总课题,由会员们组成开放型的课题组,各自选择子课题,分别对经济犯罪的基本理论、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、贪污贿赂罪等方面的一系列热点、难点问题进行研究,并通过研讨会、座谈会等形式进行学术交流,在交流的基础上筛选出一部分较有学术价值的成果,再进一步进行整理、加工和修改,最终形成了五十余万字的科研成果。这是本会会员们在完成2002—2003年度的重点科研课题《刑法热点问题研究》之后,同心协力共同完成的又一项重点科研课题。

本书的初稿由诸多作者共同完成(撰写分工在本书《后记》中另作介绍)。作者中既有高等院校的刑法学教授、副教授、博士、硕士,也有从事刑事司法实务工作的专家;有的理论功底深厚,有的实践经验见长,大家优势互补,共同为本课题的完成作出了各自的贡献。

本课题由湖南省法学会刑法专业委员会会长、湖南师范大学法学院刑法所研究员、湘潭大学法学院教授、博士生导师马长生主持,由湖南师范大学法学院副教授张惠芳协助主持,并由两人分别担任本书的正副主编。湘潭大学法学院刑法学硕士研究生伍志坚受聘担任本书编务办公室主任。本书初稿由张惠芳、伍志坚分别审阅修改,最后由马长生统改审定。湘潭大学法学院刑法学硕士研究生彭颖、尹卫华,湖南师范大学法学硕士、吉林大学法学院博士研究生罗开卷,湖南师范大学文学硕士姜国平,湖南三湘律师事务所主任、法学硕士马峻等参加了编务工作。湖南师范大学法学院副教授、中国人民大学法学院博士研究生邓文莉审阅了部分书稿。

本书是湖南省法学会刑法专业委员会集体智慧的结晶。参与本书撰稿工作的人员比较多,因此,文中某些观点难免存在不一致之处。编审人员在审稿过程中,也充分尊重各章节作者本人的思想,只要文章观

点能够自圆其说，有一定的道理或者借鉴意义，一般不对其观点进行更改。因此，本书各章节所反映的学术观点、思想等，也并不完全代表本书主编人员的观点和思想。另外，本书主编在审定书稿过程中，对文中有待探讨的个别问题以注释的形式作了一些补充说明，以期引起学界对此问题有兴趣的同志展开更深层次的思考和研究。

由于诸多原因，本书尚有部分课题未能完成，致使本书内容尚不够全面，同时，由于水平所限，书中疏漏在所难免，恳请专家和读者指正。

本书在课题调研、编撰、出版过程中，得到了湖南省高级人民法院、湖南省人民检察院、湖南中联控股集团、湖南太子奶集团、湖南通程律师集团、湖南天地人律师事务所、湖南醒龙律师事务所、湖南成光海律师事务所、湖南三湘律师事务所以及湖南师范大学出版社等单位的大力支持，谨致诚挚的谢意。

湖南省法学会刑法学专业委员会会长
湖南师范大学法学院刑法所研究员 马长生
北京师范大学刑事法律科学研究院兼职教授

2005年10月31日

目 录

第一编 经济犯罪基础理论研究

第一章 经济犯罪概述	3
第一节 经济犯罪的概念和立法概况	3
第二节 经济犯罪构成	19
第三节 经济犯罪的刑罚适用	30
第二章 经济犯罪的几个理论问题	44
第一节 数额犯之数额系统观	44
第二节 数额犯未遂问题研究	51
第三节 单位经济犯罪的特征	56
第四节 经济犯罪中死刑的存置空间之理性思考	61
第五节 经济犯罪高发行业遏制机制思考	73

第二编 破坏社会主义市场经济
秩序罪热点问题研究

第三章 危害税收征管罪热点问题研究	81
第一节 偷税罪的司法认定	81
第二节 偷税罪共犯与徇私舞弊不征、少征税款罪之辨析	93
第三节 抗税罪的行为方式及犯罪形态	95
第四节 当前危害税收征管犯罪的特点、成因与对策	99
第四章 妨害对公司、企业管理秩序罪与“制假” 犯罪热点问题研究	106
第一节 虚报注册资本罪的构成与司法适用	106
第二节 非法经营同类营业罪问题解析	111
第三节 生产、销售假药罪问题研究	117

目 录

第五章 破坏金融管理秩序罪热点问题研究	130
第一节 持有、使用假币罪问题研究	130
第二节 内幕交易、泄露内幕信息罪解析	138
第三节 操纵证券、期货交易价格罪及其立法完善	143
第四节 洗钱罪的立法完善	150
第六章 金融诈骗罪热点问题研究	158
第一节 金融诈骗罪立法评析	158
第二节 金融诈骗罪重刑思想之检讨	167
第三节 票据诈骗罪的司法认定	174
第四节 信用证诈骗罪问题解析	182
第五节 恶意透支型信用卡诈骗之立法重构	188
第六节 评析刑法第一百九十六条第三款	195
第七节 解析信用卡诈骗罪的两个问题	202
第八节 信用卡诈骗罪疑难问题探析	209
第九节 信用卡诈骗罪之行为犯立法初探	216
第七章 侵犯知识产权罪热点问题研究	220
第一节 侵犯知识产权罪罪名设定及其法定刑研究	220
第二节 TRIPS 协议与中国：假冒注册商标罪的立法完善	224
第三节 侵犯商业秘密罪新探	231
第四节 我国刑法中的侵犯商业秘密罪	244
第五节 从两大法系的比较看“商业秘密”的界定	257
第六节 侵犯商业秘密罪的立法缺陷及其弥补	262
第八章 扰乱市场秩序罪热点问题研究	268
第一节 合同诈骗罪若干问题探讨	268
第二节 合同诈骗罪的主观要件	277
第三节 合同诈骗罪的几个司法界限问题	282
第四节 单位合同诈骗罪若干问题研究	287
第五节 强迫交易罪实行行为的双重性	294

目 录

第六节 强迫交易罪的司法认定	301
第七节 伪造、倒卖伪造的有价票证罪研究	309

第三编 贪污贿赂罪和侵犯
财产罪热点问题研究

第九章 贪污挪用犯罪热点问题研究	321
第一节 贪污罪犯罪主体解析	321
第二节 一次挪用公款犯罪数额的认定	325
第三节 多次挪用公款犯罪数额的认定	329
第四节 挪用非特定公物归个人使用行为的定性	334
第十章 受贿罪构成问题研究	339
第一节 受贿罪选择客体及其对定罪量刑的影响	339
第二节 我国受贿犯罪之应然主体	346
第三节 受贿罪中“职权或者地位形成的便利条件”之解析	356
第四节 受贿罪的共同犯罪	365
第十一章 比较法视野下的受贿罪研究	372
第一节 受贿罪概述	373
第二节 受贿罪的比较研究	386
第三节 完善我国刑法受贿罪的立法构想	394
第十二章 巨额财产来源不明罪研究	410
第一节 巨额财产来源不明罪的客观方面	410
第二节 巨额财产来源不明罪的实行行为及认定	415
第三节 巨额财产来源不明罪法定刑设置的价值分析	422
第四节 巨额财产来源不明罪的司法困惑及解决途径	427

目 录

第十三章	私分国有资产罪研究	433
第一节	私分国有资产罪辨析	433
第二节	私分国有资产罪的认定	439
第三节	私分国有资产罪中的“单位”之概念解析	444
第十四章	贪污贿赂罪的犯罪学与侦查学分析	446
第一节	我国职务型经济犯罪的预防对策	446
第二节	贪污受贿犯罪病态心理探析	450
第三节	挪用公款犯罪的成因及对策	453
第四节	国土、拆迁管理部门贪污贿赂犯罪的成因及对策	458
第五节	源头治腐：加大对行贿犯罪的打击力度	462
第六节	“一对一”贿赂案件侦查工作中的证据固定	468
第七节	受贿犯罪案件的侦破	480
第十五章	侵犯财产罪热点问题研究	480
第一节	侵占罪的客观要件	480
第二节	我国侵占罪对象的立法完善	486
第三节	破坏生产经营罪的司法认定	493
第四节	盗窃罪罚金刑司法适用中的问题	497
后记		502

第一编

经济犯罪基础理论研究

第一章 经济犯罪概述

经济犯罪是商品经济发展的产物。在自然经济时代,商品经济极不发达,因而只有传统的财产犯罪,并无现代意义的经济犯罪。随着商品经济的高度发展,经济犯罪已成为我国乃至当今世界具有国际性的严重社会问题,它对社会造成的物质损失远远超过传统的财产犯罪给社会带来的损害的总和。它不仅干扰和破坏经济秩序,阻碍社会生产力的发展,而且对精神领域也带来巨大的腐蚀作用。加强经济犯罪研究,对立法和司法均有重要的现实意义,也应是刑法学者的责任。本章将从经济犯罪的概念和立法入手,进而探讨经济犯罪构成和经济犯罪的刑法完善等问题。

第一节 经济犯罪的概念和立法概况

一、经济犯罪的概念

经济犯罪是一个十分抽象的概念,如何准确地表述这个概念是个相当困难的问题。早在1987年,德意志联邦共和国的刑法学者Klaus Tiedemann在日本讲学时就曾经指出:几十年来,许许多多的研究者围绕这个问题的争论耗尽了精力,但收获却是微乎其微,相关的各种尝试也并不令人满意。^①这位德国学者甚至不无失望地认为:“关于经济犯罪的定义问题仅存在惟一的解决办法,即:将所能考虑到的犯罪列举出来,再用一般的条款来进行补充和修正。”^②时至今日,对经济犯罪的概念究竟应如何界定和表述,国内外学界仍然仁者见仁、智者见智。学界一般

① 参见〔德〕Klaus Tiedemann著,〔日〕西原春夫、宫泽浩一监译:《经济犯罪与经济刑法》,日本成文堂1990年版,第264~265页。

② 〔德〕Klaus Tiedemann著,〔日〕西原春夫、宫泽浩一监译:《经济犯罪与经济刑法》,日本成文堂1990年版,第265页。

认为,经济犯罪这个概念最早是由英国学者希尔在1872年伦敦举行的预防与遏制犯罪的国际会议上作的《犯罪的资本家》的学术报告中提出的。之后各国学者从不同的角度对经济犯罪进行了很多有益的探讨。我们不妨对国外和我国台湾与大陆学者关于经济犯罪概念的观点进行归纳和梳理,在此基础上力求对经济犯罪概念进行较为科学的界定。

(一) 经济犯罪概念的观点之争

1. 外国和我国台湾学者的观点。

大致分为犯罪主体型、犯罪客体型、犯罪行为型三类。

其一是犯罪主体型经济犯罪概念。这种概念强调经济犯罪的主体特征,美国学者萨瑟兰等持这种观点。他在1939年的一次犯罪学会议上首次提出“白领犯罪”的概念,1940年在《美国社会学报》(American Sociological Review)上公开发表“白领犯罪”的专题论文,1949年写成“白领犯罪”的专著。萨氏所谓“白领犯罪”是指“受社会所尊重并且有崇高的社会及经济地位者,在其职业活动中谋取不法利益而破坏刑法的行为”。^①萨瑟兰认为,构成“白领犯罪”的条件或要素,均可以在经济犯罪中发现,因此经济犯罪是“白领犯罪”的一种典型形态。晚近,德国学者认为,经济犯罪是指“由在社会经济中的上层阶级成员,在职业活动中进行的触犯刑法的行为”。^②

其二是犯罪客体型经济犯罪概念。这种概念强调经济犯罪的侵害客体,德国学者林德曼(K. Lindemann)和荷兰法学家莫达(A. Muder)持这种观点。林德曼主张把国家的整体经济当作刑法所保护的法益,认为经济犯罪便是一种“侵犯国家整体经济及其重要部门与制度的可罚性行为”。莫达1963年提出:“经济犯罪是违反所有以直接或间接影响经济生活为目的而制定的法规的犯罪行为。”^③

其三是犯罪行为型经济犯罪概念。这种概念强调犯罪客观方面的犯罪行为特征,日本学者藤木英雄和我国台湾学者林山田等持这种观点。藤木英雄认为经济犯罪是“正常的经济往来场合上活动的人们,在履行其职务时,为图自己或第三人的利益所犯的触犯刑法或其他罚则的行

① 转引自李卫红著:《经济犯罪热点问题研究》,北京大学出版社1996年版,第1页。

② 转引自王世洲著:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,第3页。

③ 转引自林山田著:《经济犯罪与经济刑法》,台湾三民书局1981年版,第5~13页。

为”。林山田认为：“经济犯罪乃指意图谋取不法利益，利用法律交往和经济交易所允许的经济合同方式，滥用经济秩序赖以存活的诚实信用原则，违犯所有直接或间接规范经济活动之有关法令，而足以危害正常之经济活动与干扰经济生活秩序，甚至于破坏整个经济结构的财产犯罪或图利犯罪。”^①

可见，国外和台湾学者对经济犯罪这一概念表述的角度虽然不同，但却基本上都反映了“经济犯罪发生在经济运行领域，是扰乱经济秩序的犯罪”这一特征。

2. 我国大陆学者的观点。

改革开放以来，研究经济犯罪的早期著作如欧阳涛、马长生主编的《经济犯罪的定罪与量刑》认为，“所谓经济犯罪，简单说来，就是经济领域内的犯罪，或者说是直接破坏经济发展的犯罪。具体地说，就是以非法谋取经济利益或其他利益为目的，违反国家关于工业、农业、财政、税收、金融、海关、工商、森林、水产等经济方面的管理法规，破坏社会主义经济管理秩序，或者侵犯公私财产的所有权，以及通过其他非法活动，破坏国家、集体、公民个人之间和公民相互之间的正常经济关系，严重危害社会主义经济发展，触犯刑律，应当受到刑罚处罚的行为。”^②刘白笔等著《经济刑法学》则对经济犯罪的概念作了如下的表述：凡是违反经济法规，破坏国家计划指导下的对外贸易管理、市场管理和财政税收、金融等经济秩序，侵犯全民所有制、劳动群众集体所有制和公民私人所有的合法财产，破坏国家机关、经济部门的正常经济活动，以及其他有关侵犯社会主义经济关系，阻碍社会主义生产力的发展，致使国家、集体和人民利益遭受严重损害，依照法律应当受到刑罚处罚的行为，都是经济犯罪。^③

通过近二十年对经济犯罪的研究，刑法学界取得了许多成果。首先是完成了关于经济犯罪研究的一系列国家级和省部级课题，如高铭暄教授主持的国家社科“九五”规划重点项目《新型经济犯罪问题研究》和中法合作项目《经济犯罪和侵犯人身权利罪研究》，马克昌教授主持的国家社科“八五”课题《社会主义市场经济体制下的经济犯罪研究》，杨敦

① 林山田：《经济犯罪与经济刑法》，台湾三民书局1981年版，第13页

② 欧阳涛、马长生主编：《经济犯罪的定罪与量刑》，广西人民出版社1988年版，第4页。

③ 参见刘白笔等著：《经济刑法学》，群众出版社1988年版，第53页。

先教授等主持的国家“七五”重点规划课题《经济犯罪学》，赵秉志教授主持的北京市社会科学“九五”规划项目《侵犯财产罪研究》，黄京平教授主持的国家社科“八五”青年课题《社会主义市场经济条件下新型经济犯罪及对策研究》等。还出版了一些有价值的专著，较具代表性的有高铭喧教授主编的《新型经济犯罪问题研究》和《经济犯罪和侵犯人身权利犯罪研究》，马克昌教授主编的《经济犯罪新论》，陈兴良教授主编的《经济刑法学》，赵秉志教授主编的《侵犯财产罪研究》，赵秉志教授著的《侵犯财产罪》，黄京平教授主编的《侵犯市场经济秩序罪研究》，周密教授主编的《美国经济犯罪和经济刑法研究》，王世洲教授著的《德国经济犯罪和经济刑法研究》，赵可主编的《国外经济犯罪与对策研究》等。^①尤其是1997年刑法在分则第三章规定了“破坏社会主义市场经济秩序罪”，使得经济犯罪概念的外延有了法律依据上的“参照系”。该法颁布以来，国内学者们对经济犯罪概念的探讨更加深入，逐渐形成了最广义说、次广义说和狭义说的对立。

最广义说认为，经济犯罪是指违反国家工业、农业、财政、金融、税收、价格、海关、工商、森林、水产、矿山等经济管理法规，或者盗窃、侵吞、骗取、哄抢、非法占有公共财物和公民的合法财物，破坏社会主义经济秩序和经济建设，使国家、集体和人民的利益遭受严重损害，依法应当受到刑罚处罚的行为。由此引申，经济犯罪应当包括以下犯罪：破坏社会主义经济秩序触犯刑律的行为；侵犯财产权触犯刑律的行为；其他以获取经济利益为目的触犯刑律的行为，如贪污贿赂等职务犯罪、毒品犯罪等。^②

次广义说认为，经济领域的犯罪即物质资料的生产、交换、分配和消费领域的犯罪是上位概念，亦即全称谓的概念；破坏经济秩序的犯罪相对于经济领域的犯罪来说，则是下位概念；而经济犯罪恰巧处于经济领域的犯罪和破坏经济秩序的犯罪之间，因而是一个中位概念。^③这种观点把经济领域看成是一个动态领域，把经济犯罪同经济运行环节、经济活动过程紧密相连，经济犯罪只能发生于社会经济活动和经济管理之中。

① 参见张国轩：《经济犯罪、商业犯罪、财产犯罪的罪刑关系研究》，载《政治与法律》2003年第2期。

② 参见孙个华：《论经济犯罪》，载《中国法学》1988年第2期。

③ 参见夏吉先：《论经济犯罪观》，载《宁夏社会科学》1987年第5期。

它与传统的财产犯罪是两类不同的犯罪，不能混为一谈。因为盗窃、抢夺、抢劫等犯罪与物质资料的生产和流通没有直接关系。但是如果犯罪直接与经济运行有关，如盗窃公共财物、诈骗公共财物等犯罪行为影响了经济的正常运作，就应属于经济犯罪。所以，次广义说的经济犯罪实际上包括以下两类：刑法分则第三章规定的破坏社会主义经济秩序罪；我国刑法分则第五章侵犯财产犯罪当中的一部分，也即侵犯了国家整体经济运行的部分财产犯罪。

狭义说认为，经济犯罪仅限于我国刑法分则第三章规定的破坏社会主义市场经济秩序罪。马克昌教授主编的《经济犯罪新论》持这种观点。此种观点把经济犯罪限定在“破坏社会主义市场经济秩序罪”上，认为：传统的财产关系与经济关系存在较大差别，传统财产犯罪侵犯的都不是经济关系，因而经济犯罪不应当包括传统的财产犯罪在内。如果某种财产犯罪直接与经济运行有关，例如集资诈骗，那就已经不是传统的财产犯罪，而是经济犯罪了。而且，传统的财产犯罪固然不在经济犯罪当中，即使是原来规定在“破坏社会主义经济秩序罪”一章中的破坏自然资源的犯罪（如盗伐、滥伐林木罪，非法捕捞水产品罪，非法狩猎罪等），虽然它们也破坏了经济资源，但由于它们主要不是侵犯社会主义经济，并且1997年刑法已将它们从“破坏社会主义经济秩序罪”一章中移出，因而也不属于经济犯罪研究范围。^①

（二）经济犯罪概念的界定

1. 在学科定位上，我国的经济犯罪概念本质上只能是刑法学概念，而不能是犯罪学概念。^②

1982年3月，全国人民代表大会常务委员会通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》首次使用了“经济犯罪”这一概念，从而使得学者们将经济犯罪纳入刑法学的研究视野，依刑法学的特有范式对经济犯罪予以界定，并摆脱犯罪学的侧面干扰，不受犯罪主体、犯罪行为等形式性特征的羁绊而专注于经济犯罪自身本质特征的研究。因此，国外和我国台湾学者的犯罪主体型和犯罪行为型经济犯罪概念不同于本章所

^① 参见马克昌主编：《经济犯罪新论——破坏社会主义经济秩序罪研究》，武汉大学出版社1998年版，《前言》、第4页、第47页。

^② 当然，犯罪学的概念同刑法学的概念有着非常密切的关系，一般地说，犯罪学的概念以刑法学的概念为基础，二者的内容是相互交叉、相互渗透、相互联系的，但二者又有着明显的不同，即使在文字表述上完全相同的概念，在刑法学和犯罪学上的内涵也不一定完全相同。