

我国经济犯罪变化与立法改革研究

游 伟 赵运锋*

内容摘要:从经济犯罪的本质属性来看,经济犯罪的概念应采狭义说;经济变迁导致经济犯罪发生变化,继而引起刑法变革;与财产犯罪和贪污贿赂犯罪不同,经济犯罪有其鲜明的特点;根据刑法文本与经济犯罪的特点,我国经济犯罪的立法模式应采用集中与分散性相协调、统一性与明示式相结合的立法模式;经济犯罪的刑罚适用应分类处理,刑罚配置应强化变革。

关键词:经济发展 经济犯罪 刑事政策 刑罚配置 刑事立法

我国改革开放以来,社会从计划经济向市场进行经济转变。在新旧体制转换过程中,一方面旧的计划经济体制尚未完全被打破;同时,新的市场经济体制尚在发育之中,经济运行中出现许多漏洞,给经济犯罪以可乘之机。在向市场经济转型中,社会分配政策存在不合理之处,贫富差距持续拉大,使一部分人心理失衡,不惜用犯罪手段获取财富。除了体制方面的因素,经济管理工作也存在许多漏洞和薄弱环节。一方面是规章制度不完善,监督机制不健全;另一方面是有章不循、有令不行的现象大量存在。针对因社会变迁而带来的经济犯罪高发状况,目前应如何应对,显然是立法主体、司法主体及理论学界应当认真思考的问题。

一、经济犯罪的概念聚讼及其界定

经济犯罪的概念在国内外都存在一定争议。为了达到正确界定经济犯罪概念之目的,须先对国内外关于经济犯罪的不同内涵予以梳理和分析,然后在我国的具体语境下,对经济犯罪的概念进行合理界定。

苏联著名刑法学家 A.H.特拉伊宁将“经济犯罪”所侵犯的社会关系归为两类:一方面,重点集中在国家和其他经济主体的利益,而不论其所有制形式如何;另一方面,则集中在公民利益上,因为它们同机构或个人的经济活动是交织在一起的。由此,其将经济犯罪区分为两种,即对作为经济主体的国家利益的侵犯和对劳动者利益的侵犯。^[1]根据上述分类,特拉伊宁建构了苏联早期经济犯罪理论体系的基本框架。随后,德国学者林德曼也从刑法学的角度提出了经济犯罪的概念。林德曼认为,法益

* 游伟,上海市政府文史研究馆教授;赵运锋,上海政法学院讲师,刑法学博士。

[1][俄]Ю.В.戈洛弗廖夫:《经济犯罪:概念和体系》,安道译,《国外社会科学》1993年第11期。

对于刑法理论的建构极为重要,因此,在经济犯罪中应把国家的整体经济当作刑法所保护的法益,据此来进一步探讨经济犯罪的具体内容。基于这种考虑,林德曼将“经济犯罪”定义为:侵犯国家整体经济体制及重要经济部门和制度的可罚性的行为。这一定义抓住了经济犯罪的本质,于是这种观点遂成为德国刑法学界的主流论断且影响深远。1954年,联邦德国在修改经济刑法时,进一步明确下列两种情况都是经济犯罪:(1)该行为按其所波及的范围或造成的影响具有严重破坏经济秩序,特别是现行市场秩序或价格制度性质的;(2)行为人顽固地反复进行违法行为,或在营业上追求应受谴责的利益,或实施其他不负责任的行为从而表现出对经济秩序,特别是对关于保护现行市场秩序和价格制度的公共利益持藐视态度。^[2]在对其他人的犯罪理论进行深刻剖析后,美国学者萨瑟兰于1939年提出“白领犯罪”概念,之后又于1949年出版《白领犯罪》一书,该书系统阐述白领犯罪理论。萨瑟兰认为,经济犯罪就是一种“白领犯罪”,“具有体面的社会地位与很高的身份地位的人,在其职业活动过程中所实施的犯罪行为”。^[3]《白领犯罪》一书的出版对“经济犯罪”的研究具有划时代意义,对刑法学和犯罪学的发展起着十分重大的作用。

从上述论者的不同观点可知,其争议之处主要在于经济犯罪侵害的客体属性,由此,决定了不同观点所指的经济犯罪涵盖的范围有所不同。从特拉伊宁的观点来看,其认为经济犯罪侵害的法益包括两个方面,即国家的经济秩序的侵犯与个人财产利益的侵犯,因此,他将财产犯罪涵盖在经济犯罪的范畴之内。但分析德国学者林德曼教授与美国学者萨瑟兰教授的论点可知,其主要将经济犯罪侵害的法益定位在社会经济秩序方面,而不包括财产法益。由此,国外学者在经济犯罪上的分歧主要是应否将财产犯罪包容在经济犯罪当中。

受国外经济犯罪理论的影响,我国刑法学界对经济犯罪概念的认识也不统一。主要体现在狭义说和广义说之争上。(1)狭义说。这种观点认为,经济犯罪是指在商品经济的运行领域中,为谋取不法利益,违反国家经济法规,严重破坏社会经济秩序,依照刑法应当受到刑罚惩罚的行为。这一定义将经济犯罪的本质特征揭示为商品经济运行过程中的非法经济活动,经济犯罪的法律特征在于违反了经济法规和刑事法律,经济犯罪的心理状态表现为犯罪的故意和谋取非法利益的目的。(2)广义说。这种观点认为,经济犯罪是指一切侵害社会经济秩序和侵害公私财产所有权,依照刑法应当受到刑罚处罚的行为。这一定义不但包括狭义说的全部内容,而且还包括所有财产犯罪和其他贪利图财的犯罪。根据前文所述,经济犯罪这一概念最早是由德国刑法学者林德曼提出的,此后美国犯罪学家萨瑟兰又提出了“白领犯罪”的概念,两者的含义是相近的,都是指经济主体为获取不正当的经济利益而实施的破坏正常经济秩序的行为。从这一概念的产生时间和国外对这一概念的使用情况来看,经济犯罪已经有了特定含义,即是一种与市场经济紧密联系的新型犯罪。因此,经济犯罪的概念应当界定在经济领域当中与经济秩序密切相关的犯罪行为。

既然须将经济犯罪限定为与经济秩序有关的行为,那么,广义说中的侵害财产所有权的犯罪显然超出了经济犯罪的本质范畴。为什么不能将财产犯罪纳入经济犯罪的范畴?经过分析,原因主要有以下几个层面:首先,尽管财产犯罪与经济犯罪一样均侵犯到国家、集体或个人的财产安全,但在经济犯罪中,犯罪行为对市场经济运行与管理秩序的破坏是首位的、直接的,也是国家惩治的重点对象。而在普通的财产犯罪中,往往是针对特定人的财产权益,并不涉及对市场经济运行与管理秩序的破坏,即便偶尔有损害社会经济秩序的情形,其直接客体也不是社会经济秩序;其次,就经济犯罪的本质而言,它是一类秩序犯,凸显的是行为人对市场经济运行与管理秩序的蔑视。与之不同的是,财产犯罪是典型的自然犯,体现的是行为人对财产的贪欲;再次,从犯罪手段看,普通财产犯罪大多为体力犯罪,且与犯罪的职业行为无关,而经济犯罪则大多为智力犯罪,且与犯罪所从事的职业有关。从犯罪背景看,经济犯罪发生在经济活动的过程中,而普通财产犯罪中并不存在真实的经济活动;最

[2][日]神山敏雄:《德国经济刑法制度的变迁》,《经济犯罪研究(第1卷)》,日本成文堂1991年版,第3页。

[3]参见杨敦先、谢宝贵主编:《经济犯罪学》,中国检察出版社1991年版,第65页。

后,从刑法分则体系的形式要求来看,财产犯罪也不宜纳入经济犯罪的范畴。否则,不仅会影响分类的明细化,而且会导致分类体系不合理。

因此,笔者认为,经济犯罪应采狭义说,不应该将财产犯罪拉入经济犯罪的范畴,因为经济犯罪与财产犯罪在诸多方面都存在显著差异,将财产犯罪归入经济犯罪显属不当。由此,在下文中谈到的经济犯罪都是指狭义上的经济犯罪。换言之,就是将经济犯罪限定为破坏社会主义经济秩序的危害行为。

二、经济发展与经济犯罪的立法发展

经济犯罪与社会经济发展密切相关,不同的经济发展阶段会产生不同经济犯罪类型和态势。从我国的经济发展历程来看,大致可以分为三个阶段:计划经济阶段、市场经济初期阶段及市场经济深化阶段。鉴于经济犯罪的动态性,在三个阶段中,犯罪的规律和特点都有较大差异,由此,立法主体也会根据不同的犯罪形势进行相应的刑事立法。

首先,计划经济阶段与经济犯罪立法。根据中国改革开放的进程,可以将中国的经济发展分为以下三个阶段:1978年之前的计划经济时期,整个经济都是由国家进行调整和控制,市场在经济发展进程中的调配作用基本不能发挥。1978年12月,邓小平同志在《解放思想,实事求是,团结一致向前看》的讲话中指出:“现在我国的经济管理体制权力过于集中,应该有计划地大胆下放,否则不利于充分发挥国家、地方、企业和劳动者个人四个方面的积极性,也不利于实现现代化的经济管理和提高劳动生产率。”^[4]在这种体制下,国家公权力充斥在经济社会中的每一个角落,影响了市场在经济发展中的作用。比如,每个地方同类货物的价格不是由市场供求关系决定,而是由国家行政部门根据需要对货物进行核定。在这种经济模式下,任何与国家计划相背离的经济行为都是违法的,甚至触犯刑律。在计划经济下,由于国家垄断与国家控制的发达,社会中的经济形式都相对简单,经济关系也相对单一,金融工具、经济手段等都比较简单。于是,在这种社会当中,国家对刑法调整经济秩序的要求也比较低。由于国家对经济发展的控制能力很强,并且经济结构单一,所以经济犯罪相对稀少,即使出现一些犯罪现象,犯罪形式与犯罪手段也都相对简单。在计划经济下,社会流动性差,公众的生活范围相对固定,基本是处于一种熟人社会的状态。在这种社会情势下,犯罪发生的机率相对较低。并且,从实证数据来看,这个时期的犯罪率也确实是比较低的。

立法是对以往经验的总结,1979年刑法典的出台基本上反映了当时社会经济发展的真实情况。比如,在1979年刑法典第三章破坏社会主义经济秩序罪中,关于经济犯罪的条文仅有15条。分析这15个条文可知,其中关于投机倒把罪、走私罪及伪造货币或有价证券罪的条文占了很大比例。即使规定了伪造犯罪与走私罪,对罪状的描述也都非常简单,鉴于这个阶段的走私罪与伪造罪在客观表现上相对单一,基本上可以将其归入初级的经济犯罪阶段。另外,投机倒把罪也是国家政策与计划经济的产物,只有在特定的计划经济模式下才会存在,因此,可以将其归入“社会造罪”的范畴。^[5]

其次,市场经济初期阶段与经济犯罪立法。1992年10月,党的十四大报告作了明确表述:“我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制”,“我们要建立的社会主义市场经济体制,就是要使市场在社会主义国家宏观调控下对资源配置起基础性作用”。^[6]从1978年改革开放开始到1997年,在这个期间,经济改革在深度上与广度上开始得以稳步推进。社会改革与对外开放,一方面为经

[4]《邓小平文选》第2卷,人民出版社1983年版,第145页。

[5]政策造罪是指,犯罪行为是具体社会背景或国家政策的产物。只有在具体的社会环境下或特定的社会政策中才会出现某种罪名,如果不具备相应的社会条件,该种犯罪就不存在,因此,可称之为“政策造罪”。

[6]《十一届三中全会以来党的历次全国代表大会中央全会重要文件选编》(下),第170页。

济发展提供外部环境,一方面也打破了旧有体制和传统观念。但是,由于新的价值观与社会体制并没有随着社会发展而及时更新,致使公众价值观与社会现实之间出现脱节。另外,随着社会改革开放的推进,社会主体的流动性加强,以往的生活模式与交往形式发生剧烈转变,熟人社会逐渐解体,一直约束社会主体的道德机制开始弱化和退却。正是基于整个社会机制的变化,社会观念也逐渐发生变革,行为方式开始呈现出多样化与复杂化。另外,随着市场经济的发展,计划经济逐渐退出历史舞台,国家对经济的控制权开始让位于市场,于是,一些因体制而生的犯罪因素不复存在。但是,鉴于市场经济的复杂性与市场主体的功利性,各种背离公共道德的市场行为开始出现,并日益侵蚀社会主义市场经济的健康肌体。

上述各种变化反映在立法层面上非常明显,比如,从1981年开始到1997年,立法主体连续颁布了20几个单行刑法,其中大部分都和经济犯罪有关。从立法主体对经济犯罪的完善与补充来看,基本上反映了社会的变革与需求。比如,1998年全国人民代表大会常务委员会《关于惩治走私罪的补充规定》,该补充规定共包括16个条文,涉及走私毒品、武器、伪造货币、淫秽物品、贵重金属等多种犯罪对象,还对共同走私与变相走私行为作了明确规定。与1979年刑法第116条走私罪相比,该补充规定显得完善与丰满。立法者之所以在补充规定中对走私罪作出相当大的改变,就是因为经济发展过程中出现了新形式、新现象与新事物,依靠旧有的刑法典已不能达到规制危害行为之目的,于是就要对原有法条进行更新和补充。类似的还有1995年全国人民代表大会常务委员会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》,该决定共24个条文。无论是从内容上还是从形式上,该决定都是对1979年刑法典金融犯罪的扩充和完善。其实,在1979年刑法典中也有关于破坏金融秩序的犯罪,比如,1979年刑法典第122条伪造或者贩运伪造货币罪、伪造有价证券罪、伪造有价票证罪等。但是,随着市场经济的深入,金融市场不断完善,金融关系日趋复杂,金融工具日益增多等,从而导致更多、更新的危害行为的产生,仅靠1979年刑法典已经达不到抑制金融犯罪之目的。于是,立法主体不得不在1995年通过单行刑法对金融犯罪重新厘定,具体包括扩大犯罪对象的范围、纳入新的刑法概念及增设新的刑法条款等等。

再如,1993年全国人民代表大会常务委员会《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》,在1979年刑法典中没有这个罪名,这是一个新设的罪名。为什么在1979年刑法典中没有这个罪名呢?由于当时还处于改革开放的初期阶段,计划经济在社会发展中还处于主导地位,市场经济处于萌芽状态,各种商品的生产和销售都是由国家按照经济计划进行配置的,任何单位都没有自主和自营的权力。在这种经济形态下,没有人会去生产和销售伪劣商品。因为如果没有国家的配额和计划,即使生产和伪造出来,也没有具体的销售途径。所以,在这个阶段基本不存在生产、销售伪劣商品这种犯罪行为。但是,随着计划经济的萎缩,市场经济的发展,国家对商品的配额逐渐退出生产和领域流通。于是,由市场调整商品供求关系的时代来临。在市场经济下,生产和销售主体根据市场需要作出判断,这就给不法商业主体提供了违法土壤。因为在市场经济下,不法商家通过生产和销售伪劣商品可以迅速获得巨大的商业利益,由此,就推动了生产、销售伪劣商品的发展和兴盛。立法主体正是看到这种不法形式对社会公正和市场秩序的危害,所以通过单行刑法将其纳入刑法的规制范畴。类似的单行刑法还有1995年全国人大常委会《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》。在1979年的刑法典中,也没有这个罪名,是立法主体根据社会需要而作的补充规定。1979年刑法典中之所以没有这个罪名,是因为在1979年之前我国还没有关于增值税的法律和规定,在税务机关征收的税目当中不包括增值税。由此,实际生活当中也就不可能出现有关增值税发票的犯罪。但是,随着社会的发展,基于调配收入的需要,中央政府在1993年开始设立增值税。当然,有交税的义务就有逃税的行为,一些不法商家就通过虚开增值税发票达到逃税目的。同时,由于增值税发票具有抵消部分税金的功能,于是,伪造增值税发票和出售伪造增值税发票的行为随之出现。

再次,市场经济深化阶段与经济犯罪立法。21世纪初,党的十六大召开标志着我国社会主义市场

经济体制初步建立。市场机制从改革初期的辅助作用,逐步发展到在资源配置中起基础性作用。^[7]因此,1997年以后,我国改革开放已经推进到一个较高层次,各个领域的开放程度都较以往有很大提高,各种经济关系更为复杂,新的经济行为应运而生,社会主体的流动更加频繁。在各个领域的变革中,尤以金融领域发展最为迅速,这里有国际、国内等层面的原因。1997年东南亚的经济危机肇始于金融领域,这对我国金融行业已有警示,也为中央政府加快推动金融领域改革起到重要的推动作用。另外,2001年我国加入世贸组织,其中一个非常重要的条件就是要加快各个经济领域的开放速度和深化金融领域的改革,于是,这也导致我国金融领域的变革较其它行业更为迅速和彻底。

不过,随着经济领域改革的深化,各种矛盾也随之浮出水面,经济关系错综复杂,各种金融产品不断翻新,由此,经济领域的违法犯罪现象日益增多,这就对1997年刑法典提出了严峻挑战,即依靠该法典当中关于经济犯罪的条文能否应对复杂的犯罪态势,尤其是能否抑制日益猖獗的金融犯罪,当然,答案是否定的,这从1997年以来颁布的刑法修正案中可以得到印证。比如,1999年刑法修正案当中,共有9个条文,其中有6个条文都是关于经济犯罪的,有5条是关于金融犯罪的;在2001年刑法修正案三当中,共有8个条文,有1条是关于经济犯罪的;在2002年刑法修正案四中,有2条是关于经济犯罪的;在2005年刑法修正案五中,共有4个条文,有2条是关于金融犯罪的;在2006年刑法修正案六中,有21个条文,其中有10个条文是关于经济犯罪的,有7个是金融犯罪条文;在2009年刑法修正案七中,共有14个条文,其中有5个条文关于经济犯罪,有1条是金融犯罪条文。从1997年至今的七个刑法修正案可知,除了修正案二之外,其它修正案都有关于经济犯罪条文的修订,并且基本上每个修正案中都有关于金融犯罪条文的修订。总之,在1997年之后,刑法修订的速度与社会经济变革的深度和广度是一致的,主要体现在经济犯罪与金融犯罪的修订上。这一方面反映出我国经济社会变革的深化,经济领域矛盾的激化。另一方面反映出立法主体根据社会需要而对法律作出的及时修订,以应对不同的、新兴的犯罪形式,这尤其体现在对经济犯罪与金融犯罪的修订上面。

总体来看,我国从1978年改革开放至今,社会经济发展大致可分为三个阶段,根据不同阶段的特点,经济犯罪形式也在发生变化,从初期的违背国家计划的投机倒把罪到市场经济萌芽时期的生产、销售伪劣商品罪等初级的经济犯罪与伪造支票、有价证券等简单的金融犯罪,再到市场经济深化阶段的操纵证券、期货交易价格、内幕交易等高级金融犯罪与复杂的经济犯罪。总之,从刑法的立法进程来看,经济犯罪的立法变化与我国社会经济发展进程是一致的。随着经济发展的深化,刑法立法也在加快;随着经济关系的复杂,刑法立法也在发展。

三、经济犯罪的主要特点

与财产犯罪、贪污贿赂犯罪相比,经济犯罪具有非常鲜明的特点。通过对经济犯罪特点的分析和归纳,可以为经济犯罪立法模式的选择与经济犯罪刑罚适用与设置提供客观、合理的基础和依据。通过对经济犯罪与财产犯罪、贪污贿赂犯罪比较分析可知,其主要有国际性、动态性、二次性及交错性等特点。

(一)经济犯罪的国际性

经济犯罪与财产犯罪、贪污贿赂犯罪存在显著不同,其中一个重要差别就是经济犯罪具有国际性的一面。随着经济全球化进程的加快,国际经贸活动日益频繁。对内搞活、对外开发是我们的国策,而且近年来我国在国际性事务中也发挥着愈来愈重要的作用。要发展经济,中国必须面对世界。对外

[7]参见陈炎兵:《论社会主义市场经济体制形成和发展的四个阶段》,《党的文献》2009年第1期。

经济交往的加强,一方面促进了我国经济的持续发展,另一方面也使国外的腐朽思想渗透进来,从而诱发经济犯罪。于是,国际性、区域性的经济犯罪日益增多。香港、澳门陆续回归之后,跨境犯罪也日益严重。

经济犯罪的跨国性可以从以下几个角度考虑:首先,犯罪主体是外国公民或法人。在金融市场上,参与主体不但包括中国公民和法人,也包括外国公民和法人,比如,国外经济主体购买我国的股票、期货,与国外主体签订合同,国外公司参与投标及国外公司实施的不正当竞争等。在这些经济行为当中,经常可以发现外国公民、法人参与的情况。如果在这些经济行为中发生了触犯刑法的情况,那么,由此产生的经济犯罪就因主体的跨国性而具有国际性。“跨国性经济犯罪实质上是经济犯罪活动在地域上的扩展和延伸。犯罪要素跨越两个或两个以上的国家或地区,是国际性经济犯罪的主要特征。入世后,随着人员跨境流动的进一步方便,境外人员入境犯罪将逐步增多。”^[8]其次,犯罪主体是我国公民或法人。随着对外开放程度的加强,我国公民与国外法人、自然人进行商业交易的情形日益频繁,这就为行为人在经济活动中实施经济犯罪提供了便利。根据实证分析可知,近年来我国经济主体涉嫌对本国经济犯罪的情形愈来愈严重。再次,犯罪行为本身具有跨国性,也即犯罪行为的发生可能涉及不同的国家和地区。比如走私罪,行为人将禁止或限制流通的东西违法带出境外,抑或违法带进国内。最后,国内外主体相互勾结实施某种犯罪,达到获取非法利益、破坏社会经济秩序的目的。“值得注意的是,随着市场竞争日趋激烈和国际贸易交往增多,在经济犯罪案件中,法人单位和境外犯罪集团、不法分子内外勾结,共同参与作案的现象也不断增加。”^[9]经济犯罪之所以具有国际性,与当前的全球化与国际化趋势密不可分。在计划经济时代,由于国家对经济活动的干预渗透到每一个领域,与国外的经济来往被严格限制,因此,当时的经济犯罪基本局限在国内层面。但是,随着改革开放的进一步深入,对外开放的进一步加快,我国与国外的经济来往日益紧密,国外公司、企业积极投入到我国的经济建设中,这就为跨国性经济犯罪提供了合适的环境。“随着经济全球化,世界经济发展的中心逐步正由南向北转移,人、财、物由发达国家向发展中国家转移,经济犯罪国际化越来越明显,金融投机、金融诈骗、洗黑钱、造假等犯罪活动尤为突出。”^[10]

分析财产犯罪与贪污、贿赂犯罪可知,虽然这两种犯罪形式也随着社会发展而有所变化,但从财产犯罪的现状来看,其犯罪主体基本上还是局限于国内主体。就贪污、贿赂犯罪而言,鉴于其主体的特殊性,不可能出现国外主体涉嫌该类罪名,所以该类犯罪也不具有国际性。通过比较分析可知,随着市场经济的发展,经济犯罪的一个重要变化就是,一些经济犯罪开始走出国门,逐渐具有了国际性特征。

(二)经济犯罪的动态性

传统的财产犯罪侧重于保护静态的财产所有权,经济犯罪则主要是在商品的生产、流通、交换、分配、消费过程中所伴生的犯罪,由于经济运作的过程本身具有动态性,因此,人们通常更关注经济犯罪对于经济运作正常秩序的破坏性及其程度。虽然经济运作秩序本身也会涉及财产数额和数量等带有财产所有权属性的因素,但是,由于经济犯罪的破坏力和影响面涉及经济运作正常秩序的层面,所以,理论上需要把经济犯罪独立于财产犯罪进行专门研究。就具体的经济犯罪而言,虽然它们也会涉及个体利益,但更多的是对市场交易秩序、诚实信用体系、公平竞争规则造成破坏,甚至是对市场主体独立性构成破坏。^[11]刑法之所以惩治经济犯罪,是为了在保障经济运作正常秩序的同时,进一步实现对个体财产利益的切实保护。所以,要从动态秩序危害的角度考察经济犯罪问题,而不仅仅是关注它所造成的静态的财产利益损失。

[8] 贺海霞:《浅谈经济犯罪的预防策略》,载 <http://edu.cqdx.gov.cn/fanwen/diaoyan/13866.html>。

[9] 韦振团:《转轨时期我国经济犯罪的特点、成因分析及防范对策探讨》,《广西公安管理干部学院学报》1999年第4期。

[10] 叶氢、黄辉:《当前经济犯罪的特点及对策》,《政法学刊》2006年第2期。

[11] 游伟:《经济犯罪规律与刑事政策的确定》,《检察日报》2009年12月3日,第4版。

在经济发展的整个过程,都不乏经济犯罪的影子。当一些新的经济政策或者措施推进经济改革、促进制度完善和发展的同时,也往往会附带伴生新的经济犯罪形式。因此,在制定经济政策和措施时,必须充分考虑这些政策措施推出后经济犯罪的同步预防问题。比如,增值税作为流转税的征收税种在1994年推出,从经济管理的角度看,这对完善税收管理和促进经济发展非常有利,于是,增值税专用发票逐渐开始流通和使用。但是,虚开增值税专用发票、侵害增值税发票管理秩序犯罪问题也随之而来。比如,一般人都可以开出巨额的虚假增值税发票,原因就在于推出经济措施的同时,没有设计好防止简单操作就可实施大量违法犯罪活动的制度。再如,新兴的证券市场也有过类似情况。当时的证券商自营和代营混同,隔日交割,证券公司的从业人员利用职务便利进行证券违法犯罪的情况很多。比如,擅自动用客户资金进行股票买卖、伪造客户指令进行交易操作谋利、自营和代营混同转嫁损失等。那么,对于诸如此类的行为能否按照挪用公款、贪污等相关犯罪处理,在理论上和实践上争议不断。其实,类似的犯罪行为之所以发案量大,与证券市场的管理不善、交易规则存在漏洞和制度不全有密切关系,之后证券市场在完善制度、加强监管等方面付出了极大努力,通过制度改革,规范了证券从业人员的行为,堵塞了相应漏洞,于是这类违法犯罪的发生率大大降低。

那么,对上述特定时期下的危害行为适用刑法予以规制的目的究竟是什么?是防止犯罪主体再次犯罪?还是警戒社会上的潜在犯罪人不实施类似的犯罪?鉴于社会情势发生了根本变化,刑法的“双重预防”功能都已经实现。因此,完全可以将该部分危害行为交由其它部门法调整,而不要再动用刑法。这表明,经济犯罪有时是在特定的历史条件下、在经济发展的动态过程中形成的,随着社会的发展变化,犯罪的形态也发生着变化。这就和典型的财产犯罪不同,这种犯罪侧重侵害静态的财产所有权,其没有更多的可变性特征。因此,研究经济犯罪往往需要有一种动态的、发展的、变化的眼光,甚至还要研究变化发展中的犯罪为什么会形成,犯罪成因中的个人原因和社会责任的比重如何,如果对这类经济犯罪从严处置会不会在一定程度上过多地加重了被告人的责任,是不是有将社会的责任转嫁到个人身上的嫌疑等,对这些问题都需要进行深入的思考和研究。

(三)经济犯罪的法定性

这里所讲的“法定性”,是指相对于传统的自然犯而言的经济犯罪的一个特征。法定犯原本是犯罪学研究领域当中的概念,它最早是在学者研究犯罪对策时提出的。因为进行犯罪对策的研究,就需要对犯罪类型进行有针对性的划分,而且通常是从犯罪现象的特点上进行划分的。经研究发现,各种犯罪类别的特点之间具有明显的差异,有的犯罪会引起群情激奋,比如,抢劫罪、绑架罪、盗窃罪、杀人罪等,对这种民愤极大的犯罪,根据“治乱世用重典”的社会传统,司法机关往往会对该类犯罪施以重刑。还有一类犯罪,虽然也符合刑法分则上的犯罪构成,但社会反响并不强烈,比如,偷税罪、抽逃注册资本罪、骗取出口退税罪等。由于这两类犯罪有差别,理论界将第一类犯罪称为“自然犯”,是指严重违反人类基本伦理、道德的犯罪,只要凭着人类的良知、直觉就能判断出行为人是否构成犯罪,比如,上面提到的杀人、抢劫及盗窃等就是以伦理作为基础犯罪类型。还有一类犯罪,它们并不具有明显直观的反伦理性,从形式上看,是因为法律的规定该种行为才构成犯罪,这类犯罪就被称之为“法定犯”。“违反行政法规范因而构成的犯罪,就是行政犯。刑事犯则是指直接违反刑法典规范所构成的犯罪。”^[12]

后来,一些学者将犯罪学上关于自然犯与法定犯的分类引入刑法学理论,将其作为刑法学研究的重要术语,并将法定犯称作“行政犯”。之所以称作行政犯,是因为这类犯罪行为一般表现为首先违反国家的行政法律、法规。经济犯罪就是这种类型的犯罪,它们对社会的危害具有潜在性,但这种潜在的危害又往往具有整体性,不太容易被直接察觉,而危害则日积月累,最终将对整体经济和社会利益造成灾难性破坏。因此,其危害又具有普遍性。如果市场交易的规则和公平竞争环境被破坏,人与

[12]张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第58页。

人之间的基本信赖关系和商品流转效率被破坏。那么,经济交往的正常秩序就会被打破,社会经济发展就会遭遇困境。所以,市场经济国家制定了大量的维护诚实信用、保护交易安全、禁止不正当竞争和维护市场主体独立性等保证经济效率的法律、法规。经济犯罪的一大特征,就是首先违反了这样一些法律、法规,其次才是危害程度达到了刑法规范设定的标准。“由于现代市场经济的法治化特征,市场主体所遵循的规则往往是通过法律规范的形式表现出来,而且首先是以非刑事法律规范的形式表现出来。这就使得被规定为经济犯罪的经济失范行为同时也是其他非刑事法律规范所调整的(违反非刑事法律规范)的行为。”^[13]所以,经济犯罪是两次性违法(经济法规范和刑法规范)的犯罪行为。探讨经济犯罪必须研究规制经济行为的经济性、行政性的法律法规,而不能仅仅研究刑法规范本身。我国刑法中规定的大量经济犯罪采用空白罪状的刑法分则规范模式,它的实质构成要件都在相关的经济、行政法律、法规之中。这就是经济犯罪法定性的特征所在,它是由经济犯罪作为一种“法定犯”的性质所决定的。

(四)经济犯罪的交错性

交错性也可以表述为复杂性,它是经济犯罪非常重要的特性之一。经济犯罪从形态、结构、成因直至判断等,都比普通的治安犯罪、财产犯罪要纷繁复杂得多。^[14]经济犯罪不仅表现形式要比财产犯罪复杂,而且犯罪成因也较财产犯罪复杂得多,除了个人责任,特定的社会背景、一定的经济环境、事件的刺激、他人的影响,在经济犯罪案件中往往也起着重要作用。因此,经济犯罪往往和其他正常的经济行为或者经济违法交织在一起,罪与非罪、此罪与彼罪的界限纵横交错,很多疑难案件、法律适用难题都是发生在经济犯罪认定的领域。许多新类型的经济犯罪行为,虽经法院作出了确定的判决,但是刑法学界的学理争论依然不断。不过,学界对于某一个案件的判决尤其是定性问题提出诸多意见,其实也非常正常。因为司法部门在案件的实际定罪量刑的讨论中,对一些问题的看法也同样存在争议,裁判结论通常是依法按照少数服从多数的原则作出的。这与司法活动的特点有关,它必须在法定时间内给出有确定结论的判决,不能久拖不决。但法院对外的判决书出于保证确定性和司法权威性的需要,就必须是“一致性”的结论,比如,判决书上都会写上“事实清楚、证据确凿、定性准确、程序合法”之类的词语。如果法官们像学者那样自由发表见解,也会形成百家争鸣的情形。如果没有科学合理的表决机制,就无法形成判决结论,就不能达到“定分止争”和提供行为价值的目的。法官的职责要求他们在判决以后不得对判决发表评论,对外要形成一致意见。但是,裁决本身就是有争议的问题,法官必须在比较短的时间内给出结论,结论就是要给社会一个确定的回答,即所谓的“定分止争”。这种情况在经济纠纷和经济犯罪案件的处理过程中表现得尤其突出。正如有的学者所指出的:“教授就是那些个性突出的独唱演员,而法官则是共性强烈的合唱队员。”^[15]作为理论学者,可以始终坚持自己的“一孔之见”,甚至长期论证、坚持不懈,对同一问题争论再久也没有关系,因为是学术之争,可以百花齐放。但法院的判决对当时的行为尤其是当事人的利益影响很大,对其他同类行为又有导向作用。因此,面对已经进入诉讼程序的案件,法院必须及时作出相对确定的结论,即使在有争议的情况下,也必须作出是否构成犯罪、构成何种犯罪及如何确定刑罚处罚的结论。“教授是理想主义者,法官是现实主义者。教授面对的法律是学术的,学术要求开放与争鸣,百花齐放、百家争鸣都是为了实现法律的理想,各种认识在争鸣与碰撞中不断完成试错与纠错。法官面对的法律是现实的,每个具体案件要求法官通过获得案件事实——择取法律规范——解释法律规范——对法律规范与案件事实的价值和逻辑关系进行内心确信——形成判决”的工作过程,实现对具体当事人合法权益的保护,将纠纷了断。”^[16]尤其是一些所谓的“首例案件”,大多属于新型的案件类型,必然会引起社会的关

[13]唐稷尧:《论我国经济犯罪的立法模式选择——兼谈空白罪状内涵的解释与补充》,《四川师范大学学报》2006年第6期。

[14]前引[11],游伟文。

[15]吕忠梅:《法学家茶座》,山东人民出版社2004年版,第5辑。

[16]同上书。

注、学者的讨论甚至定性争议。所以,司法机关在判断对某个案件的各种评论时,考虑的因素要比学者更多一些。对经济犯罪的分析与判断,其所具有的复杂性也正在于此。无论是从法律法规的变化、专业知识的要求,还是从刑民交叉的关系等方面来看,都具有相当大的复杂性,需要理论界、司法机关付出更大努力去进行认真研究和判断。

四、经济犯罪的立法模式

通过上文分析可知,从1997年刑法典颁布至今,立法主体已出台了1个单行刑法和7个刑法修正案,刑法修改频繁之程度令人咋舌。刑法典修改如此之快固然与当前瞬息万变的经济发展形势不无关系,这是刑法典不断修正的客观原因,但也与理论界缺乏理论创新、立法上因循守旧有很大关系。要想真正解决刑法典修订过快的现状,就必须厘清行政犯与刑事犯、行政法与刑事法之间的关系,根据它们的异同构建与之相适应的理论体系,并藉此对刑法与行政法进行一体化建构。目前,当务之急是对经济犯罪的立法模式进行反思和探讨,尽快建立起适应我国经济发展形势的立法模式。

西方国家刑法对经济犯罪的调控在立法上形成了三种模式:第一种模式是将具体经济犯罪类型规定在刑法典中,它们或是主要以专章的形式规定,或是在刑法典有关财产犯罪、伪造文书(货币、有价证券)犯罪、背信犯罪等章节中规定有关经济犯罪的具体条款。可以称之为“大一统立法模式”。目前采用这种模式的国家有法国等西方国家。这种立法模式的优点是整体性强,直观明了。它的缺点也很明显,就是难以适应形势发展对规制经济犯罪的需要,使刑法典朝令夕改,从而影响其稳定性和权威性;或者过度“稳定”,使刑法典落后于时代发展,丧失其应有的功能。“将经济犯罪一律规定在刑法典中,表现了对罪刑法定主义、刑法典文化蕴涵理解上的幼稚和肤浅。”^[17]论者的观点虽然有些偏激,但也正道出立大一统立法模式的不足之处。第二种模式是以附属刑法的形式将具体经济犯罪类型规定于非刑事法律中,也即,将经济犯罪分散规定在不同的经济行政法规之中,可以称之为“分散性立法模式”。目前,日本和我国台湾地区等采用这种立法模式。其主要特点是,在经济、行政法律中的法律责任(或者“罚则”)部分直接将经济犯罪的罪状和法定刑作出明确规定。这种立法模式的优点是针对性较强,并且比较灵活,可以根据经济社会发展的需要,在制定或者修订经济、行政法律时及时对经济犯罪作出规定,避免对刑法典的频繁修改。但其缺点是立法内容比较分散,系统性不强,不利于社会公众对经济犯罪条文及时全面的了解、学习与掌握适用。^[18]第三种模式是在刑法典和附属刑法以外制定独立的经济刑法典。可以称之为“并列式立法模式”。荷兰1950年的《经济犯罪法》、德国1954年的《简化经济刑法》都属于独立的经济刑法典。^[19]这种立法模式的优势在于,能够根据经济犯罪的不同性质和特点规定不同的刑法原则和刑罚措施,但也存在着与大一统立法模式相同的适用性不强的缺陷。就这三种经济犯罪的立法模式来说,第三种方式目前仅存在于大陆法系的荷兰与德国。但即使在这两个国家,它们也还同时存在第一种与第二种经济犯罪的立法模式,而且这种独立的经济刑法典模式在实际使用上或日渐式微,或缺乏可操作性,因此,并非刑法规定经济犯罪的主流表现形式。上述几种立法模式都有各自的优缺点,因此,不能孤立地说,哪一种立法模式是好是坏,而是需要具体问题具体分析。一个国家的立法主体选择哪一种立法模式与本国国情、历史习惯等因素密切相关。

那么,我国未来的经济犯罪立法模式究竟应当如何选择?笔者认为,对此应从经济犯罪的特点上

[17]刘远:《经济犯罪死刑立法的多维解析》,《现代法学》2007年第6期。

[18]游伟:《模式构建与罪刑设置——对我国经济犯罪立法的宏观思考》,载陈兴良主编《刑事法评论》第1卷,中国政法大学出版社1997年版。

[19]参见林山田:《经济犯罪与经济刑法》,台湾三民书局1981年版,第96—97页。

去进行考虑和统筹设计。通过对经济犯罪的特性分析可知,经济犯罪作为法定犯的一种,其法定犯的属性存在层次差异,每个层次的经济犯罪其经济、行政法律关系都有不同,反伦理性的程度也存在区别,社会危害性也不一样。因此,在立法时应区别对待。正如有的学者所言:“经济犯罪存在着典型、次典型和不典型的层次差异,其中法定犯属性典型的经济犯罪,与经济、行政法律的关系最为密切,其专业性最强,犯罪所涉及的范围一般也最小,犯罪主体通常仅限于相关专业人员,其反社会伦理的属性最低,与一般自然犯的距离最远;而法定犯属性不典型的经济犯罪,则恰恰相反;而法定犯属性次典型的经济犯罪,则介乎于两者之间。”^[20]针对经济犯罪的层次性,立法者应当根据经济犯罪的层次特点,采取不同的立法方式,即采用集中与分散性相协调、统一性与明示式相结合的立法模式。具体而言,对于经济犯罪中的典型法定犯,采用分散性立法模式,在经济、行政法律中直接规定罪状和法定刑。这种立法模式简单明了,适应性强,能够随着形势的发展随时对罪状与法定刑进行增减和修正,可以克服大一统立法模式、并列式立法模式以及我国依附式立法模式的缺陷。但是,如果所有的经济犯罪全部采取这种立法模式,其缺陷也显而易见。一是它可能使国家统一的刑法典显得单薄。二是可能过于分散,体系性不强,不利于人们系统了解和掌握。并且,如果每一个经济、行政法律中的刑事法条都单独规定一个罪状(罪名)和法定刑,就会使犯罪罪名过于膨胀,不同罪名、类似罪名之间的法定刑也难以做到全面协调。另外,对于法定犯属性不典型的经济犯罪,如金融诈骗类犯罪、伪劣产品犯罪等,如果不把它们集中规定在刑法典中,也不利于发挥法典规范指引和震慑惩戒的功能。所以,对于法定犯属性不典型和次典型的经济犯罪,可以仍然将其规定在刑法典中,并对有关罪状作直接、详细的描述。这样既避免了目前刑法典对法定犯语焉不详的缺点,也避免了将所有经济犯罪全部规定在经济、行政法律所带来的缺陷。如果形势的发展导致某些经济犯罪出现了新的类型和变化,则可以采用明示式的立法模式进行补充,即在相应的经济、行政法律制定或者修改时,在其中的罚则中对这种新出现的犯罪类型明确规定依照刑法典中某一具体条款定罪处罚,这样既避免了我国目前依附式立法模式存在的缺乏明确性、对应性及口袋化的问题,也会具有较强的适应性,避免刑法典的频繁修改。

其实,在世界上大多数国家和地区,附属刑法规范在刑法调控经济行为活动中都占据着主导地位,同时,辅之以将某些行为方式相对稳定且典型的经济犯罪规定在刑法典中,形成了附属刑法规定为主、刑法典规定为辅的立法模式。有的学者将这种立法模式称之为双轨制立法模式。“在双轨制下,刑事犯(自然犯)规定在刑事法律里,行政犯(法定犯)基本上存在于刑法以外的法律中,后者数量几乎无例外地绝对超过前者,其优点在于:在社会实际生活中,刑事犯的法规变异很小,而行政犯的法规变异性大,相应地修改也较简便,这就有利于保持刑法典的稳定,……有关经济运行和行政管理的犯罪被置于相关的经济法律和行政法律中,罪状可以描述得详尽具体,法定刑也与之贴切,大大便利司法操作。”^[21]当然,这种集中与分散性相协调、统一性与明示式相结合的双轨制立法模式,也是一个动态的过程。随着时间的推移,经济社会的发展,某些行政管理及经济领域的行为与社会公众生活的关联性不断加深,一些以前对社会公众而言较为陌生的事物,也会变得为大家熟知。同时,刑法理论和司法实务的不断发展,使理论界和实务部门对某些新类型犯罪的经验积累也愈加丰富,从而也会使经济犯罪中原本比较典型的法定犯逐渐定型化,作为某一具体个罪或者某一类犯罪而逐步“深入人心”,使这些犯罪的反社会伦理性不断增强,并逐渐失去原来法定犯的特性,更多地具备自然犯的某些特性,由典型的法定犯转化为次典型的法定犯,可能再进一步转化为不典型的法定犯,具备刑事犯的特性。同时,一些原来作为犯罪处理的经济犯罪,随着社会情势的变化而失去犯罪化的必要,故刑事立法针对这种动态变化的情况也应作出相应调整:一方面,将定型化的经济犯罪予以刑事犯化;另一方面,将作为犯罪规定的经济犯罪非犯罪化。当然,这种情况不能频繁发生,否则,将会影响刑法

[20]游伟、肖晚祥:《我国经济犯罪立法模式的回顾与重构》,载 <http://www.sfyj.org/search.asp>。

[21]储槐植:《议论刑法现代化》,《中外法学》2000年第5期。

典的稳定性。但是,刑法典也不可能一劳永逸地解决所有问题而永不修改,在刑法典适用了较长时间并确有修改必要时,就应当对经济犯罪进行比较系统地梳理和整合,将部分比较成熟的经济犯罪规定在刑法典之中。

五、经济犯罪的刑罚适用与配置

经济犯罪一直是立法主体、司法主体重点关注的犯罪种类,从以往的司法实践来看,对经济犯罪一般是采取相对严厉的政策和方针。随着社会的发展,对经济犯罪的认识也日益科学,因此,在关于经济犯罪的刑罚适用上更加理性,在刑罚配置方面也日趋合理。不过,总体来看,还需要从刑罚适用与刑罚配置两个层面深化认识和改革,使之更加适应当下的社会背景与经济现状。

从司法上来看,根据以往的司法政策,往往是对经济犯罪采取重刑政策,以维护社会经济秩序的平稳发展。不过,随着理论界、司法界对刑罚功能认识的加深及犯罪规律的变化,对重刑化弊端的认识也愈来愈清晰。于是,有的学者开始呼吁对经济犯罪适用轻缓的刑事政策。其实,从目前来看,对经济犯罪单纯实施严厉的刑事政策还是宽缓的刑事政策都是片面的。分析我国刑法文本的经济犯罪类型可知,其内部个罪之间存在一些区别。比如,有的经济犯罪是纯粹的破坏经济秩序的犯罪,有的犯罪则是牟取非法财产利益的犯罪,更类似于财产犯罪。由此,两者所产生的社会危害性与对社会公众的现实影响都是不同的,也就决定了对这些经济犯罪在适用刑罚时应采取区别对待的策略。

从立法上看,我国经济犯罪刑罚配置是以自由刑和财产刑(总则中规定的所有刑种均有涉及)为中心。在现行刑法典的破坏社会主义市场经济秩序罪一章中和《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》这部单行刑法中共涵盖了95个经济犯罪,其中,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个可处死刑的罪名,约占罪名总数的1/6。而法定最高刑在3年以下的仅为13个。与此形成鲜明对比的是,在西方国家针对经济犯罪广泛适用的“禁止从事特定职业活动”等资格刑在我国刑法典中则没有被采纳。

(一)对经济犯罪的刑罚适用应分类处置

在理论界,一种主张是对经济违法犯罪实行严格规制。体现在:其一,法网细密,规制全面;其二,处罚严厉,以儆效尤;其三,依法追诉,既往也咎。应当说,这种主张与中国传统的“治乱世用重典”的社会规制思想相通。^[22]这种严格规制的主张在我国现行刑事立法中已经有所体现。1997年我国《刑法》修改,为规范市场经济,在经济犯罪方面增加了不少新罪名,基本做到了对各种经济越轨行为都有制裁条款,使经济法网更加严密。另一种主张则倾向于“规制缓和”,强调惩治违法犯罪要注意违法的具体原因与情况,采取宽缓的刑事政策,将一批违法行为“非犯罪化”。如有的学者曾指出:对不同类型的犯罪来说,应当体现出“宽”与“严”的差别。对于严重危害社会秩序的暴力犯罪来说,所体现的是“严”;而对于经济犯罪这类非暴力犯罪,所体现的是“宽”。^[23]根据上文分析可知,经济犯罪内部存在区别,有的犯罪与传统的财产犯罪相近,有的犯罪则是纯粹的经济犯罪。就这两种经济犯罪而言,其对社会公众心理的影响是不同的,对社会经济秩序的损害也存在差别。由此,对这两类经济犯罪应分类处置,即对有的经济犯罪可采取严格规制手段,对其它经济犯罪可采取缓和规制手段。

经济犯罪其实是脱胎于传统的财产犯罪,但现行刑法中的一部分经济犯罪还没有完全成功转型。分析我国目前的经济犯罪可以发现,相当一部分犯罪还带有传统财产犯罪的特性,尤其是欺诈类犯罪,比如金融诈骗罪等,它们虽然也破坏经济运作的正常秩序,但行为人大都是以非法占有财物为目的,甚至客观上造成了巨大的财产损失,危害很大以致引起了公愤。也就是说,这类经济犯罪并不

[22] 龙宗智:《论我国转型期规制经济的刑事政策》,《法学》2005年第1期。

[23] 万国海:《论我国经济犯罪刑罚配置的完善》,《政治与法律》2008年第9期。

是纯粹的破坏经济秩序的犯罪类型。因此,在研究经济犯罪时,至少可以进行两个种类的区分:一类是纯粹的秩序犯罪,比如虚假广告、抽逃资金等,属于比较纯粹的破坏经济秩序的犯罪,即使是从目前的刑事立法和司法情况看,也是设置和适用轻刑而无需适用重刑;还有一类经济犯罪则与传统的财产犯罪联系紧密,特别是占有型犯罪、欺诈类犯罪,这种经济犯罪可以说是传统财产犯罪和新型经济犯罪的混合物,目前仍然适用着重刑,也有设置和适用重刑的必要。因为传统的财产犯罪一般都有适用重刑的社会基础,属于反伦理性的犯罪,社会的可责程度较高,对于处罚的要求也比较强烈。由此,在刑事政策方面,对经济犯罪就不能笼统地说要适用轻刑或者重刑,而是要根据经济犯罪的内在特征进行分类,然后对其予以分类处置。比如,金融诈骗中的票据诈骗,往往给企业、个人造成重大的损失,集资诈骗则常常涉及公共群体。虽然立法者将此类犯罪也定义为经济犯罪,但它们与传统的财产犯罪却没有分离清楚,仍然带有明显的传统财产犯罪的特征。因此,适用轻刑根本制止不了这些犯罪的发生和蔓延,也根本不可能得到社会公众的支持。所以,当学者提出对经济犯罪要采用较为宽缓的刑事政策时,必须考虑这一刑事政策所针对的犯罪的范围。如果是纯粹的破坏秩序犯罪,由于它们与传统犯罪脱离得比较明显,可以普遍地适用轻刑;如果是与传统犯罪(特别是财产犯罪)密切关联的占有型犯罪、欺诈类犯罪,虽然它们目前在法律上也被归为经济犯罪,但由于它们带有明显的自然犯特征,如占有巨额财物、造成重大损失甚至严重的人员伤亡结果,就应当适用相对较重的刑罚。因此,必须对经济犯罪进行类型梳理,在司法上采取分类处置的原则。

其实,对经济犯罪予以分类处置的原则与当下宽严相济刑事政策也相一致。根据宽严相济刑事政策的思想,对经济越轨行为不能单纯依靠重刑进行刑事制裁,甚至主要不是依靠刑事制裁,而是应当按照“综合治理”的社会治理理念与方针,为经济运作创造良好环境与条件,才是防治经济越轨行为的治本之举。因此,不能过高估量刑事制裁手段的效力,只能将其作为规制经济的一种辅助性手段。不过,也应当注意,坚持上述“谦抑原则”的刑事政策,并不是一味宽容、姑息犯罪。对于具有相当大社会危害性,超过刑罚惩治底限的行为,应当严肃查处,严格执法,以树立法律权威,维护经济秩序。也就是说,刑法就必须有所为,有所不为,有所多为,有所少为。只有“放小”,即“放”那些应该“放”和可以放的,才能真正抓大。只有这样,才能合理有效地组织对犯罪的反应,从而达到既保护社会又保障人权的双重目的。^[24]

(二)对经济犯罪的刑罚配置应予以重构

边沁有句名言:“没有包治百病的灵药。必须根据患者的性质及情况同时适用不同的措施。医药的秘诀就是研究所有的治疗措施将它们结合使用,并且根据具体情况决定让它们何时生产。”^[25]这句话说明,每个刑种都有它们的优点,也有其局限性,必须“对症下药”才能达到治疗犯罪这一“恶疾”的目的。就经济犯罪而言,我国现行刑法的刑罚配置之所以严苛,在很大程度上与死刑的广泛适用有关。同时,我国经济犯罪适用的资格刑过于单一,仅有剥夺政治权利一种,这与经济犯罪的特性并不一致,尤其是我国在经济犯罪中规定了大量单位犯罪,资格刑的缺失使得单位犯罪可判刑单一,达不到惩治的效果和目的。所以应从刑罚配置方面入手来解决当前谦抑性缺失与资格刑不足的问题,即减少死刑的适用和增设资格刑。

随着经济与人权的发展,现代社会的价值观念发生了变化,曾适用于古代社会的死刑已经不适应于现代社会。人的生命价值不可与财产价值等价齐观。人的生命价值高于财产价值已成为共识,这是社会文明的一个标志。只有严重侵犯社会公共利益和他人权益,并且潜在地对社会公共利益构成巨大威胁时,为了确认和保护更高的价值,才有必要动用死刑这种严厉的刑罚。在这种情况下,并非漠视或放弃了犯罪人个人利益的保护,也不是借此否定犯罪人的生命价值,只是出于价值衡量考虑到对更高价值的维护,才不得已设置并适用死刑。而我国现行刑法中对经济犯罪适用死刑的主要依

[24] 蔡道通:《中国刑事政策的理性定位》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第11卷),中国政法大学出版社2002年版,第76页。

[25] 转引自左卫民:《刑事程序问题研究》,中国政法大学出版社1999年版。

据是犯罪数额,这无疑是对人的生命的贬低。“从人的生命至高无上、人的价值高于物的价值的角度看,由于经济犯罪没有侵害他人的生命权,并不需要通过死刑来进行等价交换,如果对经济犯罪的罪犯判处死刑,则产生了罪刑不相称,不符合等价报应原则,也贬低了人的生命价值。”^[26]而且随着社会经济发展和人类文明程度的提高,人的价值处于不断提升的过程中。生命成为人的价值中至高无上的价值,与可计量的经济利益之间不存在等价交换的基础。对于个人而言,生命权是第一权利,物质财富可以失而复得,人死却不可再生。即使经济犯罪造成的经济损失再大,与人的生命价值相比都是次要的,所以现行刑法对经济犯罪适用死刑不符合现代社会的伦理价值观念。

第一,限制死刑适用。这可以从两方面来谈:首先,从立法上及时废除经济犯罪的死刑。废除破坏市场经济秩序罪中规定的死刑符合当前我国的刑法立法趋势。废除这类犯罪死刑具有现实的社会基础。近几年来,随着社会经济的发展,人们生活水平的提高,人权观念的加强,市场经济秩序与人的生命价值已经不能等量齐观了。同时,国家经济实力不断增强,国家机关“以人为本”执法、执政理念的确立,为废除经济犯罪的死刑提供了强有力的推动力量。理论界对于废除经济犯罪死刑的认识也逐渐趋于一致,为实现废除经济犯罪的死刑提供了理论基础和智力支持。我国刑罚体系存在着死刑过重生刑过轻的结构性缺陷,其不合理性显而易见。在保持刑罚威慑力不变的情况下,应当进行刑罚的结构性调整。^[27]基于上述原因,可以在立法修改中完成刑罚结构调整的变革。但是,在短时间内废除死刑只是一种理性。其实,要想真正达到控制经济犯罪适用死刑的目的,还需从司法实践入手。其次,从司法上减少死刑的适用。其实,诸如伪造货币罪、走私假币罪、集资诈骗罪、金融票据诈骗罪、金融结算凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、虚开增值税发票罪、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪、伪造、出售伪造的增值税专用发票罪等单纯的经济犯罪适用死刑是不适合的,但考虑到我国的基本国情与刑法规定,可以逐步减少死刑的适用。因为这些犯罪不可能造成他人死亡的结果,死刑则是以剥夺犯罪人的生命为内容的一种最严厉的刑罚措施,经济秩序与生命权利的价值孰高孰低,是一个明显的问题。“生命无价这一断言同样适用于犯罪人,简单地以经济价值决定是否合法地剥夺一个人的生命并大量地适用死刑,实际上使得我们的生命观金钱化,最终使得我们对生命丧失尊重。”^[28]因此,本着对生命的尊重和敬畏,在刑法对一些经济犯罪仍然规定了死刑的情况下,必须严格限制死刑的司法适用。另外,在我国已加入WTO和经济全球化的背景下,诸如走私文物罪、走私贵重金属罪、走私动物罪、走私普通货物、物品罪的社会危害性已逐渐降低,刑法的宽容精神可以有侧重地向这些罪名倾斜,尽量减少对这些犯罪的死刑适用。

第二,完善罚金刑的适用。作为我国刑法附加刑其中的一个刑种,罚金刑在惩治经济犯罪中起着重要的作用。在刑法文本中,除了适用于一些妨害社会管理秩序的犯罪以外,罚金刑主要适用于贪利性犯罪与经济犯罪。其实,就罚金刑与经济犯罪之间的关系,早在200多年前,刑法学家贝卡利亚就作过精辟阐述:“对那些大发他人之财的人应该剥夺他们的部分财产。”^[29]由此,对经济犯罪应当根据其犯罪收益(或造成的损失)再配以一定数额的罚金进行刑事处罚,才是合理的处罚方式。就我国的实际情况看,应当从刑罚手段上加以完善,即采取罚金刑与易科罚金刑相结合的手段。因为采用单一的罚金刑往往会带来执行难的问题,将罚金刑与易科罚金刑结合起来则能够有效解决经济犯罪中死刑适用过多的问题。对于罚金应如何易科,在国外的立法当中有不同规定:有易科社区劳动的,有易科为劳动改造的,也有易科为自由刑的。根据我国的司法实践需要,我国应采用罚金易科自由刑的制度。因为易科为自由刑有助于保障罚金刑的执行,而自由刑比罚金刑的威慑力更高,给犯罪主体造成一定压力,从而积极缴纳罚金,使罚金刑的执行得以顺利实现。因为在“中国国民心目中‘犯罪即等于坐牢而

[26]黄伟明:《论经济犯罪死刑的废除》,《法律适用》2007年第7期。

[27]参见陈兴良:《刑罚结构亟待调整 限制死刑加重生刑》,《人民检察》2007年第19期。

[28]林维:《对经济犯罪限制适用死刑》,《瞭望》2005年第17期。

[29][意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第7页。

不是赔钱’”。如果某种行为只需要判处罚金即可,那就有足够的理由将其排除在犯罪之外。^[30]并且,其他方法都显得相对轻缓,对犯罪主体形不成压力,达不到预定的法律效果。

第三,增设资格刑。资格刑的优点是比较较好地弥补了自由刑的不足。因为在犯罪者有人身自由、但缺乏特定资格的情况下,其犯罪的可能性将会受到极大限制,犯罪者想再次犯罪,就会因缺乏资格而难以得逞,从而可以有效地预防犯罪人再次犯罪。“如果有针对性地剥夺犯罪人相应的资格或能力,完全可以完成对类似犯罪行为的预防。比如,对走私犯罪人实行高额度的罚金,并没收犯罪工具和犯罪所得,起码在相当的时间内无法积累再次犯该罪的犯罪条件,限制其犯罪能力;对于贪污罪、受贿罪的犯罪人判处资格刑免除其较高的职位,使其不能再利用手中的职权去贪污公共财产或收受贿赂了。”^[31]具体来说,资格刑的设置可以从自然人与法人两个角度来谈:对自然人设置禁止从事特定职业的资格刑。比如,对于应当被判轻罪的,即对于应当被判处3年以下有期徒刑、拘役、管制或罚金的犯罪主体,可以并处或单处禁止从事特定职业活动的资格刑。对于应当被判重罪的,即对于应当被判处3年以上有期徒刑的犯罪主体,可以并科禁止从事特定职业活动的资格刑。于是,这不但可以起到对轻微犯罪短期自由刑的替代刑作用,有效地发挥惩罚和预防犯罪的刑罚功能,而且可以起到对严重犯罪的功能互补作用,即在对犯罪分子进行适当刑罚处罚的同时,剥夺其继续犯罪的机会;对法人经济犯罪增设剥夺荣誉称号的资格刑。现行刑法中剥夺荣誉称号只适用于军人,可将其扩展到适用于法人。因为法人的荣誉称号能够给法人带来经济利益,也是法人在自由竞争的经济活动中的优势所在,即谁享有较多的荣誉,谁的竞争力就强,就能取得较好的经济效益。因此,对法人剥夺荣誉权可以成为遏制经济犯罪的一种强有力的手段。

[30]参见刘明祥:《论解决罚金刑执行难题的立法途径》,《法学家》2009年第2期。

[31]莫远航:《经商法度——经济犯罪的法律界限》,中国方正出版社2001年版,第211—212页。