

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2020.05.021

# 关于经济刑法重构的思考

王晓东

(山东警察学院 经济犯罪侦查系,山东 济南 250200)

**摘要:**由于经济刑法存在逻辑混乱、法律工具主义严重、体态“臃肿不堪”、概念不明、刑罚设置滞后等问题,经济刑法必须重构。经济刑法的重构必须考虑政府与市场、打击与保护、西方理论与中国特色三大关系和保护法益、反垄断等问题。经济刑法的重构应当有明确的目标,而实现经济刑法重构的目标,既要有理念上的转变,又要有理论上的坚守。

**关键词:**经济刑法;重构;问题与思考;目标

**中图分类号:**D914

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-7835(2020)05-0143-07

从1997年至今,新刑法已经实施了23个年头,其使用寿命已远超1979年刑法。一部并不完善的刑法之所以如此长寿,多达11个的刑法修订案<sup>①</sup>起了重要的补漏作用。有必要考虑11个刑法修订案中有9个涉及对经济刑法的修订,经济刑法是刑法修订频次最多的部分,有的条文甚至修改了3次之多。由此也可以看出,经济刑法是刑法中最活跃的部分。

## 一 1997年后经济刑法的修订情况

本文所说的经济刑法仅指刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”涉及的内容。1997年新刑法出台后,自1998年起,经济刑法历经《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》和除《刑法修正案(二)》《刑法修正案(十)》外的8个刑法修正案,共涉及43个条文53次的修订,修订的条文总数占到1997年经济刑法全部条文的46.7%。其中增加条文10个,删减条文1个,修改条文32个。修订次数达三次之多的有3个条文,分别是刑法第151、164和225条;修订次数达两次的有4个

条文,分别是第180、182、191、199条。刑法第199条在第二次修订后被删除,致使刑法典出现了唯一的“天窗”。

经济刑法的修改涉及八类经济犯罪中的七类,侵犯知识产权罪至今从未被修订。修改面超过条文总数50%的有走私罪(7条修改了5条),妨害对公司、企业的管理秩序罪(12条修改了8条)和破坏金融管理秩序罪(22条修改了14条)三类。除了增加的条文外,修改的条文涉及的内容包括犯罪对象、犯罪客观方面、犯罪主观方面、犯罪主体和量刑等多个方面。修改后的经济刑法使经济犯罪处罚与预防的刑事法网更加严密<sup>②</sup>,财产刑的使用更加灵活,死刑罪名数量大幅收窄<sup>③</sup>。但修改后的经济刑法,仍然存在着诸多自身不能克服的问题。

## 二 现行经济刑法存在的问题

现行经济刑法存在的问题既有与生俱来的,也有1997年后修正案造成的,具体地说,主要五个方面的问题。

收稿日期:2019-05-16

基金项目:山东省高等学校人文社会科学计划项目(J16WB05)

作者简介:王晓东(1974—),男,山东莱州人,副教授,硕士生导师,主要从事经济刑法、经济犯罪侦查研究。

<sup>①</sup>迄今为止,以“刑法修正案”命名的有10个法律案,在这10个刑法修正案之前,还有1998年出台的《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的决定》,也就是说1997年之后,有11个法律案对刑法进行修订。

<sup>②</sup>郎胜:《我国刑法的新发展》,《中国法学》2017年第5期。

<sup>③</sup>1997年刑法设置了16个经济犯罪罪名的死刑,《刑法修正案八》取消了其中9个罪名的死刑,《刑法修正案九》取消了其中5个罪名的死刑。目前经济刑法只有生产销售假药罪和生产销售有毒有害食品罪两个罪名有死刑设置。

### (一)从犯罪归类看,经济刑法存在先天的逻辑紊乱

刑法分则部分以犯罪客体进行归类分为十章,并基本上以客体重要程度进行排序。经济刑法是刑法分则中仅有的两类章节结构部分,旗下又根据保护客体的不同分为八节,而这八节的排序并无轻重之分。除了第八节有兜底其他经济犯罪的含义之外,其他七类经济犯罪基本是按经济领域进行归类的。但有些非经济领域的犯罪被归入经济刑法当中,也有一些经济犯罪没有被纳入经济刑法,从而造成经济刑法和经济犯罪的概念紊乱。如走私武器、弹药、核材料等危险物品、走私假币、淫秽物品等违禁物品侵害的并不是关税管理秩序而是社会秩序却被纳入经济刑法;有毒有害食品、假药等危害的不仅仅是经济秩序,更是公共安全,其危险性与投放危险物质无异,刑法却将其“屈尊”归入经济犯罪。破坏环境资源犯罪或者是因经济原因造成环境的污染破坏,或者是直接破坏市场经济体系中的资源分配关系,当属经济犯罪,但刑法却将其归入“妨害社会管理秩序罪”;绝大多数职务侵占、挪用资金罪发生在公司、企业等经济体内,会对公司、企业等单位的生产经营秩序造成很大破坏,刑法却将其排除在经济犯罪之列。犯罪归类的错乱造成了经济刑法和经济犯罪概念的紊乱,这是1997年刑法的先天不足。

### (二)从修法频度和内容看,法律工具主义倾向突出

法律工具主义强调法律只是实现特定社会目标的工具和手段<sup>①</sup>。中国传统的儒家、法家以及中华人民共和国成立后很长时期都把法律当成工具来对待,不具有至尊性<sup>②</sup>。这种观点与法治社会理念格格不入。刑法过分工具主义化必将导致国家刑罚权的恶性膨胀和公民个人权利与自由的严重萎缩<sup>③</sup>。在我国,刑法立法已成为我国立法活动中最积极、最活跃的一个方面。这种积极的立法不仅表现为立法活动的频繁,还表现在立法

内容的取向,在历次对刑法的修改中,常态化的是增加罪名、扩充罪名涵摄范围和加重对某些犯罪的刑罚,除了取消死刑外,少见缩小适用范围、取消罪名或减轻处罚的情况。刑法工具主义的一个重要体现就是过度的犯罪化倾向。1979年到1997年的18年间,经济刑法条文从15条增加到92条,1997年至今的23年间,经济刑法的条文增加到102条。在可预见的未来,违法经济行为犯罪化的趋势不会改变,步伐甚至会越来越快。当前,违法经济行为犯罪化最突出的表现尚不在于经济犯罪罪名的增加,而在于非法经营罪的扩容,非法经营罪已不折不扣地沦为刑法干预市场主体正常经济交往活动的“口袋罪名”。目前,该罪名已经覆盖银行、证券、保险、信用卡、集资、高利贷、外汇、外贸、烟草、出版物、电信、食盐、食品安全、药品、传染病、淫秽色情网站、网络诽谤、毒品、赌博、兴奋剂、防疫物资等诸多领域。非法经营罪的无限扩容反映了刑法过分工具化的严重程度。

### (三)从体态看,经济刑法已臃肿不堪

法律工具主义的重要表现就是“刑法肥大症”<sup>④</sup>。从十一个刑法修订案看,经济刑法中增加了10个条文12个罪名。刑法规定的罪名有增无减,调整对象越来越广,范围越来越大,条文越来越多,很明显地表现出“刑法肥大症”。即便没有增加条文,经济刑法中广泛设置的兜底条款也使刑法调整的范围越来越广,甚至一些杂乱无章、毫不相关的内容都聚集在同一罪名之下。最为典型的就是前述的非法经营罪。一个非法经营罪条款以及与之相关的司法解释本身便可以组成一部经济刑法典,尽管其内容庞杂且毫无体系性和逻辑性而言<sup>⑤</sup>。而通过增加犯罪行为方式、扩展犯罪对象、提前刑法介入时点等方式,刑法的调整范围在隐晦中无限扩大,如《刑法修正案(六)》将第188条违规出具金融票证罪从结果犯修改为情节犯,可入罪行为比修改前增加了N倍。虽然学界对经济刑法的扩张普遍地提出质疑,甚至有学者呼

<sup>①</sup>有关我国学者论述法律工具主义的内容参见谢晖:《法律工具主义评析》,《中国法学》1994年第1期;蔡玉琴:《论法律工具主义》,《理论观察》2004年第4期;周永坤:《法律工具主义及其对司法的影响》,《学习论坛》2006年第7期。

<sup>②</sup>姚建宗,侯学宾:《中国“法治大跃进”批判》,《法律科学》2016年第4期。

<sup>③</sup>谢望原:《谨防刑法过分工具主义化》,《法学家》2019年第1期。

<sup>④</sup>何荣功:《经济自由与刑法理性:经济刑法的范围界定》,《法律科学》2014年第3期。

<sup>⑤</sup>张小宁:《经济刑法机能的重塑:从管制主义迈向自治主义》,《法学评论》2019年第1期。

吁“停止犯罪化的刑事立法”<sup>①</sup>,但“刑法肥大症”依然存在。经济刑法泛化不仅在我国,在其他国家也是一大顽疾。在德国,“总是有新的犯罪构成被纳入刑法典之中,这些新的犯罪构成不断地把经济活动的新形式评定为对社会有害的,日益将其置于严厉的刑罚之下。直到今天,也看不出终止将刑法扩展到经济活动领域的迹象”<sup>②</sup>。然而,质疑并不能阻碍经济刑法的扩张趋势,犯罪化将会作为优化违反秩序之行为方式的拿手工具,国家仍将会强化而不是遏制经济刑法的扩张<sup>③</sup>。即便强调刑法只保护个人法益,也不能完全避免现代刑法的活性化 and 前置化<sup>④</sup>。在今后很长的时间里,对经济刑法进行修改、补充仍将是我国刑事立法的一个重要任务。很显然,解决经济刑法泛化问题,靠“停止犯罪化的刑事立法”是不可能的,笔者建议,应当根据经济社会发展状况,在减缓“增肥”的同时,不断给经济刑法“减肥”,把一些已经不适宜刑法调整的内容进行“出罪化”处理。一是“僵尸罪名”从刑法中移除。如虚报注册资本罪、虚假出资罪、抽逃出资罪,在公司法已基本抛弃实缴资本制的情况下,实在没有刑法上的存在意义。实际上,这三个罪名已经作为“僵尸罪名”存在十余年了。通过查询最高人民法院裁判文书网发现,1997年以来以伪造变造国家有价证券罪、有价证券诈骗罪、逃避商检罪、对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪等判处刑罚的案件均为个位数,甚至为零,“僵尸罪名”没有必要占用刑罚资源。二是移除没有刑法保护必要的犯罪。“对于那些没有具体法益侵害而只是单纯违反基于行政管理便利所建立的行政秩序或制度的行为,或者没有法益侵害只是单纯违反公民政治义务的行为,国家不具有将其纳入刑法调整的当然正当化事由。”<sup>⑤</sup>如擅自设立金融机构罪、高利转贷罪、骗取贷款罪、骗购外汇罪等。

#### (四)从法的基本要素看,概念不明的问题比比皆是

概念是法所有问题的逻辑起点,厘清概念对于刑法这样一部关系人的生死自由的法律而言无疑是必要的,也是第一位重要的问题。但在现行的经济刑法中,概念不清的问题大量存在,严重影响法律的适用。经济刑法中的概念不清主要表现在两个方面:一是具体概念不清。如生产销售伪劣产品罪中产品的范围是否仅限于普通商品?是否包括商品房等不动产?为亲友非法牟利罪中亲友的范围如何确定?<sup>⑥</sup>非法吸收公众存款罪中所谓的“变相吸收公众存款”如何理解?作为犯罪主体的企业是否包括个人独资企业和合伙企业?二是刑法中的概念与经济法中的概念是否一致的问题。在经济快速发展、转轨的时期,经济法的制定、修改、完善是立法的常态化动作,而经济刑法中的概念多来自经济法。如果经济法立法在前,经济刑法在后,经济刑法中概念的内涵外延当然应与经济法相一致;但若经济刑法未修改,经济法中的概念却进行了修改,能否认定经济刑法中的概念就是修改后的经济法中的概念?如果认为一致,必然导致刑法的适用受制于经济法,出现刑法条文不变,但刑事司法却不得不变的情况,且经济法修改的内容入刑是否符合刑法的立法原义则无法保障。但若认为刑法中的概念与经济法中概念不一致,又带来了法制统一问题的争论。

#### (五)从刑罚的设置上看,经济刑法已严重滞后

长期以来,我国刑法存在重自由刑,轻财产刑和资格刑<sup>⑦</sup>的问题。虽然《刑法修正案(九)》增加了从业禁止<sup>⑧</sup>的规定,但由于该规定比较笼统,实践中存在不小的争议,且仅规定“从业禁止”这一种资格刑远远不能适应刑事法律发展和司法实践需要。而对于单位犯罪,尚无资格刑的规定。诚然,对于自然犯而言,刑罚的主要目的是报应,

①刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,《法学》2011年第11期。

②唐莱:《舒纳曼教授学术讲演介绍》,《法学家》2000年第3期。

③托马斯·魏根特:《德国刑法何去何从?》,《刑法论丛(第49集)》,法律出版社2017年版,第382页。

④马春晓:《中国经济刑法法益:认知、反思与建构》,《政治与法律》2020年第3期。

⑤何荣功:《经济自由与刑法理性:经济刑法的范围界定》,《法律科学》2014年第3期。

⑥张阳:《论刑法中的“泛亲友关系”》,《法学论坛》2018年第4期。

⑦《刑法修正案(九)》之前,我国刑法中的资格刑仅有“剥夺政治权利”一种。

⑧有人认为从业禁止属于保安处分,有的认为属于资格刑。笔者认为,《刑法修正案(九)》把“从业禁止”置于刑法典的“刑罚”章节之中,从业禁止即具有资格刑的性质。

自由刑为主理所当然;但对于经济犯罪这种法定犯而言,大面积采用严厉的自由刑来惩治犯罪人,其社会效果和法律效果均值得商榷。对法定犯施以刑罚的主要目的是抚慰、修补受损的社会经济关系和法律关系,而不应该是报复或者报应。因此,对法定犯特别是经济犯罪这类法定犯,应当更多地设置、运用财产刑和资格刑。

在现行经济刑法的108个罪名中,100%的罪名设置有自由刑,还有两个罪名设置了死刑,但财产刑却未实现罪名的全覆盖,有7个罪名没有设置罚金刑,其中非国家工作人员受贿罪未设置罚金刑却设置了没收财产刑。有54个罪名规定了可以单处罚金,但司法实践中鲜见单科罚金的处理。经济刑法中没有单处没收财产刑的设置,没收财产刑往往与处罚较重的自由刑或死刑并处。在设置罚金刑的罪名中,罚金刑的规定比较混乱:有的仅规定并处或者单处罚金,并未规定罚金的数额或比例;有的规定了罚金的比例或倍数;还有的规定了罚金的具体数额。现行经济刑法关于罚金刑的规定,使经济刑法的各个部分看似不同的“法律体系”,而有关罚金刑的字数占据经济刑法条文近30%篇幅的体量也使经济刑法的体态看似“臃肿不堪”。

### 三 经济刑法重构需要考虑的几个问题

#### (一) 政府与市场的关系问题

经济体制改革的核心问题是处理好政府和市场的关系。而政府和市场的关系,是一个世界性的问题,是各国经济发展实践中的难点。折射到法律中,同样存在政府与市场的关系问题。党的十八大、十九大报告都强调市场的主导地位,但现行刑法更多体现的是政府主导,对市场主体的权益保障始终没有到位。而市场主体的经营行为稍有不慎,却很容易陷入非法经营罪等犯罪的窠臼。处理好政府与市场的关系,关键就是要确定经济刑法的管辖范围。笔者认为,要充分发挥市场的能动性和决定性,市场能够处理的全部交给市场,以民事的手段来处理;市场管不了或管不好的交

由政府,用行政手段或刑事手段进行处理;必须用刑事手段进行处理的事项就是经济刑法的管辖范围。这既是刑法谦抑性的要求,也是市场的决定性作用和主导地位的体现<sup>①</sup>。因此,应当给市场和市场经济设置一个虚拟边界和负面清单,市场和市场经济范围内的以及负面清单之外的,由市场调节或协调,公权力特别是刑事权力不能轻易介入。只有当某种行为具有较高的社会危害,而市场却不起作用或者市场作用的发挥受到限制的领域,刑事权力才能干预其中。这是解决“刑法肥大症”的根本之策。

#### (二) 保护法益问题

秩序是经济刑法的法益,这是很多年来学界和实务界的共识,经济刑法的全称就是“破坏社会主义市场经济秩序罪”。诚然,一定的经济秩序是经济关系稳定发展的基础,但是,如果“单纯追求经济秩序的保护,必然导致经济刑法犯罪化标准偏差,引发立法的恣意、膨胀和模糊”<sup>②</sup>;如果过分强调秩序法益,也必然导致经济刑法的滞后性和对生产力的阻滞性。1993年党的第十四届三中全会通过了《关于建立社会主义市场经济若干问题的决定》,标志着我国经济正式踏上社会主义市场经济之路。社会主义市场经济意味着我国的经济从本质上说是市场经济,但又不同于西方国家的市场经济。那么,我国的市场经济与西方成熟的资本主义市场经济哪里不同?两种市场经济有没有绝对的边界?如有边界,边界在哪?这些问题没有人能说清楚,否则我国的改革开放就不会采用“摸着石头过河”<sup>③</sup>的态度。社会主义市场经济体制的内涵至今尚处在探索和完善的过程之中,社会主义市场经济秩序也是在一刻不停地变化着的。如果将现有的社会主义市场经济秩序作为经济刑法保护的法益,经济还如何发展,社会还如何进步,中国政治制度的先进性还如何体现?实际上,改革就意味着对现有体制的突破,经济体制改革就必须“破坏”现有经济秩序,新的经济秩序才能破茧而出。那种将既有体制视为经济犯罪的法益并动用刑法保护,本身就是自我循

①乔青,张绍谦:《刑法谦抑理论下金融犯罪圈的界定》,《湖南科技大学学报(社会科学版)》2019年第4期。

②马春晓:《中国经济刑法法益:认知、反思与建构》,《政治与法律》2020年第3期。

③1980年12月在中央工作会议上,陈云讲话称:“我们要改革,但是步子要稳……随时总结经验,也就是要‘摸着石头过河’”。参见《陈云文选(第3卷)》,人民出版社1984年版,第279页。

环、自相矛盾的<sup>①</sup>。不区分秩序的价值和内涵而过分强调对现有秩序的保护,刑法必然成为社会发展的掣肘。在自由竞争的市场秩序和产权制度尚未形成成熟的当下,因部门利益、地方利益、特权制度、垄断地位形成的秩序不在少数,经济刑法对秩序的规定,多半会成为强权者欺凌的工具,而经济也不得不面临着强权的凄风苦雨。以维护秩序为幌子,随意解释刑法的现象频现,也违反了刑法目的解释的初衷而走向歧途<sup>②</sup>。近年来,我国学界也出现了一种抑制秩序法益的主张,认为单纯违反经济秩序的行为并没有法益侵害性质,无须动用刑罚<sup>③</sup>。

笔者并不反对将秩序作为法益进行保护,反对的是过度保护现有的秩序,主要因为秩序法益极具工具性扩张潜能。刑法,特别是经济刑法要保护的秩序应是动态发展的秩序,而不是僵化滞后的秩序,破坏或突破现有经济秩序的行为要以历史发展的视阈审视其价值,确定其是否真正存在具有社会危害性。而刑法保护秩序法益的目的也不在于单纯的秩序本身,而在于秩序背后的利益。经济刑法保护的秩序法益可能是模糊的或者不确定的,但具体利益法益却是客观存在的、明晰的。在没有具体利益受损的情况下,要审慎以破坏秩序为由将一定的行为规定为犯罪或解释为犯罪,非法经营罪、非法吸收公众存款罪、寻衅滋事罪的不断扩容越来越清楚地反映出秩序法益保护的劣端。实践不止一次证明,“盲目信从和追随秩序和制度,终将要付出巨大的代价”<sup>④</sup>。

政府更侧重于秩序,市场更侧重于利益。而现行经济刑法,对秩序的维护可以说严密周全,虽然很多领域其实是无序或者恶序的。如有学者就认为“中国的金融市场恰好是一个没有基本规则的赌场”<sup>⑤</sup>。笔者认为,经济刑法保护的法益更应当侧重于利益,毕竟利益是现实的也是具体的,而秩序是抽象的和在“摸着石头过河”中发展的,经济秩序只是利益的前置性条件,违反经济秩序的

行为也一般不具有实质的法益侵害性<sup>⑥</sup>。但考虑到现代市场经济中因果关系的匿名性和市场对损害结果的放大效果,简单地将违反经济秩序的行为从经济刑法中排除出去的做法也不利于市场经济体制的完善<sup>⑦</sup>。

### (三) 打击和保护的关系问题

打击和保护是刑法的两大目的。《中华人民共和国刑法》第一条就开宗明义:为了惩罚犯罪,保护人民,根据宪法,结合我国同犯罪做斗争的具体经验及实际情况,制定本法。在经济刑法中,同样存在打击和保护两大目的。现行经济刑法的打击目的体现得淋漓尽致,但保护目的没有得到体现或体现地并不充分。如:内幕交易罪和泄露内幕信息罪,自1997年刑法开始就被规定为犯罪,后又经《刑法修正案》《刑法修正案(七)》两次修改完善,还增设了利用未公开信息交易罪这一新罪名,此外多个规范性文件对这三个罪名中的关键要素进行了详尽的解释,可以说打击这类犯罪的规范非常完备。但普通投资者的利益如何保护,却没有下文。近年来,经济犯罪大案要案频发,司法机关查处力度很大,成绩斐然。这些大要案的吸睛效果不可谓不强,但却与普通投资者、消费者的切身利益相距甚远<sup>⑧</sup>。

经济刑法的保护功能不足,也间接造成了打击功能的透支。近年来,各类经济犯罪特别是涉众型经济犯罪数量越打越多,涉案金额越打越大,司法机关打击工作和维稳工作顾此失彼、焦头烂额不断揭示着经济刑法的预防和保护机制的疲软无力。与此同时,各种新的社会问题却应接不暇,如问题疫苗案件发生后,增设新型医事犯罪罪名的呼声很高,认为只要增设了罪名,完善了刑法,这种犯罪即可得以遏制,万事大吉了,而对事先如何强化监管,事后如何补偿受害人的问题无有建树。因此,应当补强经济刑法的保护功能,适当抑制一味推崇打击功能的立法态势。

①何荣功:《经济自由与经济刑法正当性的体系思考》,《法学评论》2014年第6期。

②何萍,张金钢:《刑法目的解释的教义学展开》,《法学论坛》2019年第1期。

③何荣功:《经济自由与刑法理性:经济刑法的范围界定》,《法律科学》2014年第3期。

④何荣功:《经济自由与经济刑法正当性的体系思考》,《法学评论》2014年第6期。

⑤吴敬琏,江平:《市场经济与法治经济》,《中国政法大学学报》2010年第6期。

⑥魏昌东:《中国经济刑法法益追问与立法选择》,《政法论坛》2016年第6期。

⑦张小宁:《论制度依存型经济刑法及其保护法益的位阶设定》,《法学》2018年第12期。

⑧张小宁:《经济刑法机能的重塑:从管制主义迈向自治主义》,《法学评论》2019年第1期。

#### (四) 反垄断问题

反垄断是市场经济的法治基石。对于一个现代国家而言,是否拥有反垄断法律,是检验市场经济法治化程度的一个重要标识。我国现行的《反垄断法》是2007年8月颁布,2008年8月开始实施的,这在世界范围内是比较晚的。但《反垄断法》未规定经营者的刑事责任,整个刑法中也几乎看不到反垄断的影子,这在市场经济的法治社会中是罕见的。究其原因,现行的经济刑法过于执着于巩固政府对市场的管控。在《反垄断法》草案审议过程中,现行《反垄断法》第五章“滥用行政权力排除、限制竞争”险些被整体删除,也看得出国家资本主义、权贵资本主义对于既得利益的难舍之情<sup>①</sup>。而垄断并不违反甚至可以说随顺了行政权力对市场的管控。如今,在金融、土地、石油、电力、煤炭、钢铁、电信等领域中垄断的蔓延态势,不正是现行《反垄断法》刚性不足造成的吗?真正要转变政府职能,让市场在资源配置中起决定作用,必须强化《反垄断法》的威慑力。2020年1月2日,国家市场监管总局就《反垄断法》修订草案公开征求意见,《反垄断法修订草案(公开征求意见稿)》中增设了经营者垄断行为的刑事责任条款,针对久为诟病的《反垄断法》刚性不足病症“精准给药”,有利于有效遏制垄断行为。《反垄断法》有所呼,经济刑法就应有所应,适时增设“垄断罪”势在必行。

#### (五) 立法模式问题

刑法典应当保持相对的稳定。97刑法典实施以来的二十三年,平均每两年就要修改一次,最短的两个修正案的出台相隔不到四个月。立法模式的选择是经济刑法立法技术的焦点问题,刑法典之所以这样修改,一个非常重要的原因是我国经济刑法的立法模式存在问题。我国采取了刑法典“一统天下”的一元化立法模式,而这种立法模式在我国经济社会快速发展时期,特别是经济转型过程中必然造成刑法特别是经济刑法的修改频频。笔者认为,要改变这种状况必须改变一元化立法模式,采用并完善附属刑法立法模式。附属

刑法是相对于单一刑法即刑法典而言的,附属刑法所附属的法律,大多是对经济领域某种特定社会关系进行调整的专门法。将较为常见、相对稳定的犯罪集中规定在刑法典中,而将那些非典型或者易变动的犯罪分散规定到相关的经济管理法中去<sup>②</sup>,逐渐成了学界的共识。完整、科学的附属刑法立法模式,既是一个国家刑法立法高度完善的重要表征,同时也折射出一个国家刑事司法水平的高低<sup>③</sup>。

#### (六) 西方理论与中国特色关系问题

由于市场经济的共性,我国市场经济法律有很多或很大程度上借鉴西方法学理论,甚至囫圇吞枣地采取拿来主义,将西方的法律条文直接用于中国法律之中。在市场经济初期无法可依的情况下,这种做法尚可理解,但在改革开放40多年后,还以西方理论和经验为依据探索“中国问题”的解决方案,既得不出有效的结论,又因为牵强附会的论证反向造成原有概念、理论的边界模糊与混乱<sup>④</sup>。

西方国家的经济刑法构建在传统自由竞争基础上,犯罪化实际上是在自由竞争基础上的拾遗补阙<sup>⑤</sup>。我国的经济刑法脱胎于计划经济体制,计划经济是管制经济,管制经济更加注重的不是自由而是秩序,而经济刑法就是秩序的坚强后盾。在中国特色社会主义市场经济的语境中,即要遵循市场经济的基本共性,又要突出中国特色。市场经济的基本共性是重视市场这只“无形的手”;中国特色的根本在于中国政府是“有为的政府”,“有为的政府”为市场主体提供了大量其自身无法解决的公共产品,从而促使经济的快速发展和持续繁荣。作为上层建筑的经济刑法,必然要反映经济基础的这一特点而表现与西方经济刑法的不同之处。另外,我国的产业结构、经济发展方式、市场成熟度、交易信用、公司治理结构以及政府在市场中所起的作用等均与西方市场经济国家存在差异,并且经济刑法的立法立场、保护法益等也与西方不同,完全照抄西方经济刑法难免人言人殊,水土不服。

“法律制度是一种有生命的有机体,它不仅

①吴敬琏:《市场经济应防止陷入“权贵资本主义”》,《决策与信息》2004年第1期。

②胡启忠:《经济刑法立法与经济犯罪处罚》,法律出版社2010年版,第4页。

③袁华江:《中国与马来西亚矿产资源刑事规制比较研究》,《西南石油大学学报(社会科学版)》2011年第6期。

④毛玲玲:《经济犯罪与刑法发展研究》,法律出版社2017年版,第1页。

⑤孙国祥:《改革开放以来经济刑法基础理论述评》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期。

本身是由一系列有着特定功能和特定结构的要素有机组合而成的,而且还受到特定的政治、社会、经济、文化、宗教、传统等因素的深刻影响。”<sup>①</sup>中国经济刑法的修改完善应当秉持“不忘本来,吸收外来,面向未来”的立场:“不忘本来”,就是铭记中国特色社会主义市场经济的“前世今生”,立足中国历史、中国国情和中国社会经济基础;“吸收外来”,就是要借鉴吸收西方成熟经济体经济刑法法律制度,在这过程中必须辨识西方法中那些与我国社会不兼容的部分;“面向未来”,就是要用发展的眼光,要站在国家治理体系和治理能力现代化的高度修改完善经济刑法,既不能放纵具有严重社会危害性的经济违法行为,也不能目

光如豆,缺乏远见,使急于突破传统枷锁的新兴经济业态“胎死腹中”。

### 结论

经济刑法必须重构。经济刑法重构的目标是建立一个立足新时代中国特色社会主义市场经济现实,适应进一步深化改革开放需要,体现市场主体和主导地位,兼顾秩序法益与利益法益,吸收借鉴改革开放 40 年多来立法、司法实践经验和国外先进立法理念、立法技术的精确凝练而又相对稳定的经济刑法体系。实现经济刑法重构的目标,既要有理念上的转变,又要有理论上的坚守,从而实现我国经济刑法的“君子豹变”。

## Reflections on the reconstruction of economic criminal law

WANG Xiao-dong

(department of economic crime investigation, shandong police college, jinan 250200, China)

**Abstract:** the economic criminal law must be reconstructed because of the problems such as the confusion of logic, the serious legal instrumentalism, the bloated body, the unclear concept and the lag of penalty setting. The reconstruction of economic criminal law must consider the relations between government and market, attack and protection, western theory and the three major relations with Chinese characteristics and the issue of protection of interests and anti-monopoly. The reconstruction of economic criminal law should have a clear goal, and the realization of the goal of the reconstruction of economic criminal law should not only have the change of the concept, but also have the theoretical adherence.

**Key words:** economic criminal law; Refactoring; Questions and reflections; The target

(责任校对 王小飞)

<sup>①</sup>陈瑞华:《论法学研究方法》,法律出版社 2017 年版,第 324 页。