

对于定罪的影响是很大的。

形势是指社会所处的某种客观状态，包括政治形势、经济形势、社会治安形势（包括犯罪形势）等等。形势对于定罪，主要是通过它对行为的社会危害性和行为人的身危险性影响，从而对行为的犯罪构成的影响来发生作用的。例如，根据刑法第186条的规定，构成泄露国家重要机密罪，必须具备“情节严重”的要件。如果某人在平时因疏忽而遗失一份国家重要文件，我们或许不会认定其为“情节严重”并予以定罪，但如果某人在战争期间因疏忽而遗失了一份国家重要文件，我们就有可能认定其为“情节严重”并予以定罪了。可见，形势对于定罪的影响也是不可低估的。

当然，影响犯罪构成从而影响定罪的因素并不止于上述几种，还包括其他许多方面的因素，如判例、司法上的传统和社会舆论等等。司法人员在根据犯罪构成进行定罪活动时，必须在坚持犯罪构成的前提下，同时考虑到各种其他因素，只有这样，才能正确地运用犯罪构成并达到正确定罪的目的。

（作者单位：中国人民大学法律系）

责任编辑：王敏远

## 论经济违法行为刑事化的立法原则

陈泽宪

经济违法行为，即违反国家经济法规（或经济行政法规）的行为。经济违法行为的刑事化，是指国家通过刑事立法手段将某些严重经济违法行为规定为犯罪，并予以刑罚处罚。在同经济违法行为作斗争的众多法律手段中，刑事化手段虽然不一定是最有效的，然而却是不可或缺的。它表明国家和社会对严重违法行为最严厉的谴责和最强烈的否定，对经济违法犯罪活动具有巨大的威慑和遏制力。但是，国家没有必要也不可能将经济领域中纷繁众多的违法行为都予以刑事化。因为任何法律手段只有得到科学适度的运用，才能收其最佳功效。在我国社会经济生活发生深刻变革，经济刑法亟待完善的今天，应当遵循哪些立法原则来正确界定经济违法行为刑事化和非刑事化的范围，以及确保经济刑法规范的科学性和可能性，这是值得法律界认真探讨的具有积极现实意义的重要课题。本文就此略抒管见。

### 一、行为的较大社会经济危害性原则

较大的社会危害性是一切犯罪的本质特征。确认行为具有较大的社会经济危害性，应当成为对经济违法行为刑事化的基本原则。一般来说，任何经济违法行为都具有一定的社会经济危害性。这并非因其违法性决定其具有危害性，相反，而是此类行为在社会经济生活中表现出一定危害性，才促使立法者通过有关经济行政法规将其非法化，即行为的违法性是其危

害性在立法上的反映。当某种具有一定社会危害性的经济违法行为在社会经济生活中相对频繁出现，且对正常的经济秩序和良好的经济环境构成较大危害，国家非以最严厉的反应手段不足以有效遏制时，就有必要从立法上考虑将这种经济危害行为的一般非法化上升为刑事非法化，以便发挥刑事手段所特有的调整功能。

行为之较大的社会经济危害性可分为以下几种形式：

1. 可以具体量化的物质性的社会经济危害。这通常表现为侵占较大数额的公私财物或造成较大数额的经济损失。如贪污、偷税、逃汇套汇、走私、投机倒把等违反财政、税务、金融、海关、工商等经济行政法规的行为，当其所侵犯的财产或所造成的经济损失数额较大时，就被立法者规定为犯罪，从而由一般经济违法行为升格为刑事违法行为而受到刑事追究。由于这种物质性的社会经济危害可以具体测量，故易为公众所感受，也多被立法者所关注，从而在经济刑事立法上得到较充分的明确反映。

2. 难以量化的物质性的社会经济危害。例如制造、经营有毒有害食品、药品、化妆品对人民身体健康造成的现实的和潜在的危害；假冒商标给被害厂家带来的直接损失和对企业发展后劲的间接损害；严重污染环境不加治理对经济和生态的恶劣影响；破坏自然资源对经济发展潜力的巨大危害等。这类严重经济违法行为所造成的较大社会危害也表现为物质性的，但却难以具体测算。虽然其间接的和潜在的经济危害往往甚于其直接的和现实的经济危害，但却因其危害后果的隐蔽性和延迟显现性而不易为人们所充分认识。反映在立法上，表现出对这类严重经济违法行为的刑事化不够及时和充分，有关刑事规定亦显得软弱和含混，因而不足以有效地遏制这类经济违法犯罪的势头。如何保证对此类严重经济违法行为的刑事化程度与该行为的社会经济危害性程度相均衡，是今后经济刑事立法应予注重的问题。

3. 非物质性的社会经济危害。它表现为败坏社会经济风气，造成商业道德沦落，恶化社会经济心理环境。例如在广告中严重弄虚作假，为牟取非法利益而在商业帐目簿记票据上造假舞弊，作虚伪记载；通过不正当手段垄断行业，操纵物价；在经济统计中伪造、谎报重要数据，影响国家经济决策，导致重大失误等。这些不法行为造成和加剧经济生活中人与人之间的不信任感，损害商贸活动赖以正常运行的诚实信用原则，破坏经济社会中的正当竞争，迫使处于劣势的守法经营者为求生存和发展而加入违法者的行列，从而诱发出更多的经济违法犯罪，导致社会经济秩序的混乱，乃至危及国计民生。此类社会经济危害是无法估量的。就单个具体案件孤立地看，这种非物质性的经济危害很难为人们所具体感受和深刻认识。因此，对这类尚未造成较大物质性的经济危害，但却对社会经济心理造成恶劣影响之严重经济违法行为的刑事化进程相当缓慢，立法反应迟纯，决策犹疑困惑。这种状况说明在以往的经济刑事立法中，对行为之社会经济危害性的考察偏重于物质性的一面而忽视非物质性的一面，以及对社会经济心理条件之于经济发展的重要意义认识相当不足，这也是导致许多经济刑事规范欠缺或不完善的原因之一。

对经济违法行为之危害性程度的大小，还应当注意从社会的全局的角度来考察，而不能囿于地区的局部的表象。有些经济违法行为，特别是法人单位所实施的某些严重经济违法行为，虽然对该单位、该部门、该地区似乎危害不大，甚至被认为是“提高了本单位职工福利”、“救活了一个厂”、“增加了地方财政收入”的“有功”行为，但实际上却坑害了广大消费者，或造成其他企业陷于困境甚至濒临破产，或给国家财税收入造成很大损失。对这类经济违法行为的刑事化恰恰极易被忽视。其实从长远观点看，在区域之间行业之间协作互助相互

依存的经济联系日趋密切的现代社会，以损害全社会的经济利益来谋求局部的经济利益，最终也必然对该局部的经济利益造成危害。因此，对这类严重经济违法行为予以刑事化，有利于引导人们充分认识这些行为之危害的社会性，动员全社会的力量积极预防并与其作斗争，以保障社会经济的全面良性发展。这也是经济刑法功效的应有之义。

## 二、法律协调原则

对严重经济违法行为的刑事化不是一种孤立的立法活动。刑事化手段既然只是对社会经济活动进行法律调整的众多环节之一，那么就应当注重它与总体立法活动和整个法律体系发展的内在协调。否则会大大削弱甚至失去经济刑事立法的预期效果。法律协调原则包含以下几方面的内容：

1. 与宪法的协调。宪法作为国家根本大法，是一切立法活动的基本依据，经济刑事立法亦不例外。对经济违法行为的刑事化强调以宪法为依据，要注意两个方面：一方面，不得制订缺乏宪法依据的经济刑事法规，若发现任何经济刑法规范与宪法规定相抵触，则应立即予以修改或废止。另一方面，经济刑事立法应当全面地反映宪法的有关规定。这方面以往有所忽略。例如我国宪法规定：“禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序，破坏国家经济计划”，“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家和集体的财产”，“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”。我国经济刑法反映宪法在经济方面的这些禁止性规范时，较注重对个人严重违法行为的刑事化，而对以法人等组织为行为主体的严重违法行为的刑事化却很不够。这是我国经济刑事立法应予重视和加强的薄弱环节。

2. 与经济行政法规的协调。经济刑事立法与经济行政法规的制订和完善具有密不可分的内在联系。从我国经济刑法体系来看，采取的是混合式的立法方式，即不仅在刑法典等专门刑事法中对经济犯罪作出规定，而且在一些经济行政法规中也设立有关刑事规范。诸如海关法、专利法、药品管理法、食品卫生法等，此类附设刑法规范的经济行政法规近年来逐渐增多。因此，对严重危害社会经济的行为刑事化时，顾及与经济行政法规的协调发展，就愈加显得至关重要。这种协调主要应从两个方面考虑：首先，注重法规性质的协调。对某一行为的刑事化，需要有关调整同类行为的经济行政法规的配套实施，否则难免收效甚微或形同虚设。这里试以“巨额财产来源不明罪”的规定为例加以说明。该规定是立法者借鉴国外有关立法例，为了减少经济犯罪“黑数”，防止国家工作人员利用职务便利秘密牟取非法经济利益逃避法律制裁，而设立的刑事规范。根据我们的多次调查，一些地方的党政干部“工资几十块，楼房高高盖，家庭现代化，花钱如流水”的情况已非罕见，群众对此反应强烈。可见这一规定并非无的放矢，而是出于实际需要。然而勿庸讳言，各地司法机关却普遍感到该规定难以执行。这种有法难依现象的一个主要原因，就是缺乏相配套的有关法规。由于我国至今尚无国家公务员财产申报的法规和制度，对国家工作人员合法财产的审核，国家工作人员申报和说明财产来源的义务等，均缺乏相应的法律依据。因此司法机关对此类案件的纠举、侦查、起诉和审判都颇感棘手和心存疑虑。以致此项立法颁行一年多来，全国仅有一例该罪判决，而且至今仍在争议之中。所以，应尽早制订和颁布《国家公务员财产申报条例》和有关法规，并在今后的经济刑事立法活动中，明确将这种刑事化进程与相关经济行政法规的同步协调发展，作为一个原则给予高度重视。其次，罚则层次的协调。这包含两层意思：刑事罚则要与经济行政法规中的有关经济罚则和行政罚则衔接配套；不同层次的相关罚则应该是同

类行为之不同危害性程度的相对反映。对任何经济违法行为的刑事化，都只能是从法律上否定该行为的多层次制裁中的最后手段，而不应作为初始的和唯一的制裁手段。这乃是慎刑和注重发挥法律手段的综合立体功效的必然要求。

3. 刑法体系内部的协调。随着社会主义商品经济的发展，犯罪分子更多地把作案目标选在经济领域，对严重经济违法行为的刑事化也势必会相应增加。由于要兼顾立法的及时性和刑法典的相对稳定性，许多新的经济刑法规范仍将附设于各种各样新制订的经济行政法规之中，然后在适当的时候吸收补充于刑法典。在这一过程中，如何保证各种刑法规范和谐而不相抵触，是对经济违法行为刑事化时所不可忽视的重要问题。明确以下两点对于确保刑法体系自身的协调发展至关重要：第一，在立法层次上，并非任何经济行政法规都可以作为经济违法行为刑事化的载体，而只能在由全国人大或其常委会审议通过并颁行的重要经济行政法律、法规中，才可设立必要的有关刑法规范。那些由国务院或其所属行政部门通过和颁布的经济行政法规、条例，则不宜设立规定犯罪与刑罚的规范。这便于保证所有新订经济刑法规范与其他刑事规范一样，由同一立法者进行审议和权衡，以利于维护整个刑事立法体系的高度统一与内在和谐。第二，在刑罚适用上，如果应予刑事化的某一经济违法行为之性质与已规定为犯罪的某种行为的性质相类似，或其社会危害性程度相等同，则对二者所适用的刑罚轻重应注意保持均衡；倘若认为对原有犯罪所规定的刑罚在现在看来确属偏重或偏轻，故而在新的经济刑法规范中规定了较轻或较重的刑罚，则应适时对既有罚则作相应的修改，以保证法制的严肃性和刑罚尺度的统一。

4. 与程序法的协调。严重经济违法行为的刑事化作为实体法上的立法活动，它需要有关程序法规范的协调发展，来保障其有效实施。有关程序法的协调要求，至少涉及几方面：管辖程序规范的协调发展；侦查程序规范的协调发展；证据及其证明方式规范的协调发展；执行程序规范的协调发展等。举例来说，有的经济刑法规范公布实施十一个多月后甚至更长时间，有关部门才作出关于此类案件管辖的规定。案件管辖权限不明，法规自然难以执行。缩短乃至消灭这种实体法规范与程序法规范的脱节期，是完全可以而且应当做到的。另外，由于经济犯罪的隐蔽性、复杂性、专业性强、牵涉面广、触及领导干部相对多、办案阻力和难度大等特点，侦办经济罪案比侦办普通刑事案件所实际需要的时间一般要长些。因此，在刑事诉讼法中关于侦查期限的规范有必要作相应的补充规定，以适应揭露和打击经济犯罪活动的需要。又如“巨额财产来源不明罪”的规定，对于传统的刑诉举证责任的原则和证据的一般证明方式来说，无疑是一个例外。那么似乎也应该在刑事诉讼法中作出某种严格的特殊规定。一方面使对这种罪的侦查、起诉和审判获得程序法的支持；另一方面明确限制责令被告人自证合法的证明方式滥用于其他刑事诉讼活动。随着我国经济刑法学、刑罚学以及经济刑事立法实践的发展，还可能增加适用于经济犯罪人的新刑种，如剥夺从事某种职业或行业之资格的刑罚等。那么刑事执行程序的有关规范也就需要有相应的协调发展。此外，由于经济犯罪常与经济纠纷相互交织衍生，所以从广义上讲，对经济违法行为的刑事化与程序法的协调，有时还会涉及非刑事诉讼的程序法问题，比如有关经济纠纷的仲裁程序和行政诉讼程序的规范等。这些都需要立法者在宏观上予以兼顾和协调。

### 三、明确具体切实可行原则

对经济违法行为的刑事化，总是需要形成一定的法律规范。明确具体、切实可行的经济

刑法规范对于立法者来说,是实现遏制经济犯罪这一立法目的之有效法律形式;对于执法者来说,是正确理解立法精神,准确有力地惩治经济罪犯的必要法律依据;对于守法者来说,是避免经济犯罪及其侵害,揭发检举经济犯罪的法律指南;对违法者来说,则是一种严厉警告和巨大威慑。那种含混、笼统,难于执行的经济刑法规范,无疑不能包含如此丰富的法律功能。在经济刑事立法中坚持这一原则,应当注意以下几点:

1. 刑事化的对象行为明确具体。经济刑法规范必须具体指明何种经济违法行为是犯罪。那些“构成犯罪的,由司法机关惩处”、“违反本法,情节严重的,按犯罪论处”之类空泛含混的规定,对于执法者来说,既可能会因其缺乏具体内容难以适用而形同虚设,也可能会因理解有误而罪及无辜。不是科学意义上的刑法规范,应在经济刑事立法中彻底杜绝。

2. 犯罪构成要件明确具体。正确认定犯罪离不开犯罪构成要件。由于需要予以刑事化的经济违法行为大多是现代商品经济发展过程中出现的新的犯罪现象,因此不宜用简单罪状即只规定罪名的方式,而应尽量采用叙明罪状的方式来阐明其犯罪构成的特征。如果有必要采用引证罪状或参见罪状的方式,则行为特征应在相关的法律条款中得到具体反映。同时,对所规定的犯罪仅限于明知故犯抑或过失亦罚,以及该犯罪主体是否包括法人,均应有明确的规定。那种有意识地在立法上规定得含混笼统,以便执法时灵活掌握的观点和倾向,既不符合现代刑事立法的要求,也具有相当危险性和有害性,应当予以摒弃。

3. 适用罚则明确具体。以往经济法规中的某些刑事规范,只用“依法追究刑事责任”之类的表述来作为对有关犯罪的处罚规定。结果往往是既搞不清依什么法,也追究不了刑事责任。对某一经济违法行为予以刑事化,就必须从立法上指明所适用的具体罚则。通常有这样几种可供选择的方式:(1)如果认为该行为是某种经济犯罪之新的表现形式,从而可以归属于既定罪名时,则明确规定该行为按这种犯罪论处。这表明该行为适用关于这种犯罪的所有罚则,包括刑法典的有关罚则和其他刑事法规对该罪补充规定的罚则。(2)如果认为该行为之犯罪构成要件特征以及社会危害性程度与某种既定犯罪相类似,则可规定对该犯罪行为比照所相类似之犯罪的有关刑法条文规定追究刑事责任。(3)如果出现新的行为主体实施既定的犯罪行为而需要加以治罪,虽然罪名未变,但该罪既有的罚则规定显然不能适用于新的犯罪主体时,则应明确规定该犯罪主体所适用的新罚则。例如对法人从事走私、投机倒把、行贿、受贿等行为予以刑事化时,由于刑法中关于这些犯罪的自由刑和生命刑之规定显然不适用于法人,所以应在有关法人犯罪的经济刑事立法中直接规定适用罚金等财产刑。(4)当予以刑事化的经济违法行为无法归属于任何既定罪名,而且在现行刑法中找不到相类似的犯罪和可供比照适用的罚则时,则需要在新设立的经济刑法规范中直接明确规定该犯罪行为适用的刑罚。在经济行政法规的刑事规范中直接订立罚则的方式,在我国经济刑事立法中迄今尚未被采用。其原因并不在于没有出现那种无法归属于既定罪名,亦无相类似的刑法条文可供比照适用的新的犯罪,而是我国经济刑事立法的理论与实践均未成熟到足以完全突破刑事立法上的某种传统观念和模式。有些重要经济行政法规草案在规定某种新的犯罪时,也直接规定了适用的刑罚,但在征求意见过程中,往往遭到权威的传统论者的强烈反对而放弃这类规定,转而牵强采用比照适用的传统方法,以求法规顺利出台。但从长远观点看,随着社会主义市场经济的不断发展,自然会出现一些新的经济犯罪,而刑法典既不适宜也不可能作频繁的补充修改,因而上述立法方式以其所固有的简明实用方便司法的优点,完全可能为我国今后的经济刑事立法所采用。这一趋势与当代大多数国家的经济刑事立法之发展进程也是相吻合的。

#### 四、民主与科学论证原则

国家既要保障经济生活的有序和安定，又要维系经济社会的生机与活力。因此，在坚决惩治经济犯罪的同时，不得不注意避免刑事手段对经济活动的不当干预。这决定了对经济违法行为的刑事化是一项十分复杂和慎重的立法活动。任何违反大多数人的经济要求，不符合社会经济发展需要和缺乏科学依据的刑事立法，都应予以禁绝。防止不良经济刑事立法的根本途径，就是要坚持立法过程的民主化和立法上的科学论证。立法的民主化是使立法获得科学论证的前提，同时也只有经过对立法进行周密的科学论证，才能使立法的民主化得以充分实现。为了保证在经济刑事立法中贯彻这一原则，以下三点不可忽略：

1. 公开化。由于法律是全体人民共同意志的体现，是全社会必须一体遵行的强制性规范，所以人民有权利知道法律产生的全过程。立法活动无疑应当成为国家所有职能活动中公开性程度最高的活动。经济刑事立法工作中的任何神秘化倾向都是不可取的。对经济违法行为刑事化而形成的法律规范草案，除应在全国人民代表大会或其常委会上充分讨论和审议之外，还应在有关的司法、经济、行政、科研等部门征求意见，必要时还应在经济社会的各个阶层征求意见。同时，邀请法学理论界特别是刑法学经济学等方面造诣较深的专家学者参与立法工作和进行科学论证，并利用现代新闻媒介让人民了解法规讨论过程。

2. 实质化。经济刑事立法中的民主征求意见和科学论证活动要避免形式化倾向。正确的意见和科学的论证应当对法律规范的形成有实质性的影响。不应为固定不变的立法意图寻求支持意见而采取实用主义的态度对待民主与科学论证原则。因此，要让各种不同意见得到充分阐述和交锋，并以客观的公正的对人民负责的态度从中汲取精华，作为立法的科学依据。

3. 制度化。民主与科学论证对于经济刑事立法来说，决不是一种权宜的临时措施，而应当作为一项重要制度加以确立。为了保证这一原则的制度化，除了订立必要的立法工作规则和制度外，有两项相关联的工作值得做：（1）成立一个经济刑事立法专家咨询组。随着国家在组织和发展经济方面之职能的日益加强，保护社会生产力已成为我国刑法的一项主要任务，经济刑事立法也将逐步成为我国刑事立法的一个最重要和最主要的内容。然而，我们又恰恰在涉及商品经济的刑事立法方面经验最为缺乏，因而需要集中有关各方面专家的集体智慧来做好这项工作。通过设立一个相对稳定的咨询机构，可以进一步密切立法者与各界专家的工作联系，并有利于借助各方面的力量和多种渠道，就社会商品经济发展对经济刑事立法的需求、已有经济刑事立法的社会经济效应、国外经济刑事立法例及其得失利弊和最新发展趋势等，进行经常性的调查、研究和咨询，提出完善我国经济刑事立法的构想和方案。（2）立法机构要有自己的高水平的科研队伍从事立法学包括经济刑事立法学的专门研究。长期以来，我国的立法机关被当作行政机关来建设，立法机关的研究部门被视为行政机关的“政策研究室”，立法工作者对法规草案的审查往往仅限于政策性把关。我国立法学的学科发展相对缓慢和立法上不尽人意之处甚多，这在很大程度上与我国立法机构缺少专门的高水准的立法科研机构 and 科研队伍有关。立法工作者无疑应当成为最优秀的法学专家群的一部分，否则无法在立法的民主征求意见和科学论证中对纷纭众说进行正确判断、评介和提炼，从而集中科学的最富有建设性的成果。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：肖 岚