

经济犯罪的规范解释

肖中华*

内容提要:在经济犯罪的规范解释中,应当注重对经济犯罪规范进行刑法价值上的独立判断。当某种经济不法行为不具有经济犯罪规范所指向的特定的社会危害性而刑法条文在字面上又能够将该种行为包含在其中时,规范的实质内容应当优先,对该种行为要从实质上进行理解,而不应从形式上理解。当值得处罚的经济不法行为在实质上具有某个刑法规范所禁止的性质、但刑法用语在形式上对其无法予以包含的,亦应当从实质上解释经济犯罪规范。由于经济犯罪规范数量众多,法条大小系统庞杂,所以在经济犯罪规范解释中应当特别关注构成要件的体系解释。

关键词:经济犯罪 刑法解释 构成要件 规则

作为实定法意义或者法解释学上的经济犯罪和普通犯罪,在刑法解释基本方法的运用和刑法解释规则的遵循上,不应有所分别。因此,经济犯罪的规范解释,并非独立于刑法解释的特别体系,也不是特别意义的刑法解释。然而,由于经济犯罪具有普遍采用空白罪状形式表达犯罪构成要件的特点,经济犯罪的构成要件的解释往往以非刑事法律法规的规范之解释为前提,或以非刑事法律法规的规范为值得特别考虑的因素,因此,在条文适用和规范解释方面,对经济犯罪应当特别强调刑法的某些价值观念,突出刑法解释规则的某些要求。本文从三个方面对经济犯罪规范解释中应当注意的原则性问题展开论述。^{〔1〕}

一、注重刑法价值的独立判断,防止规范解释的从属性

刑法具有补充性,是其他法律的补充法。这意味着,刑法应该是“国家为达其保护法益与维持法秩序的任务时的‘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的目的时,则务必放弃刑罚的手段。”^{〔2〕}同时,刑法具有保障性,是其他法律的保障法。这意味着,其他法律在不能充分保护法益时需要刑法的保护,“没有刑法作后盾,作保证,其他部门法往往难以得到彻底贯彻实施。”^{〔3〕}刑法通过经济犯罪规范的设置,在整体上,^{〔4〕}既反映了

* 上海社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 由于行政犯与经济犯罪的解释存在相同的值得关注的问题,本文的一些例释,或以行政犯为例。

〔2〕 林山田:《刑罚学》,台湾商务印书馆1985年版,第128页。

〔3〕 高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第12页。

〔4〕 之所以说“在整体上”,是因为对于客观存在的经济不法行为而言,经济犯罪的规范本身具有片断性,不可能将所有值得非难和谴责的经济不法行为规定为犯罪。

刑法对民事、经济、行政法律法规的补充性,也体现了刑法对民事、经济、行政法律法规的保障法地位。甚至可以说,因为经济犯罪规范的构成要件的“犯罪类型”,基本上来源于民事、经济、行政法律法规中的经济不法行为类型,故其经济犯罪规范最为明显地体现了刑法的补充性和保障性,在经济刑法与非刑事法律法规之间架设了一座不同部门法相互衔接的桥梁。

然而,必须注意的是,刑法的补充性并不等于刑法依附于其他法律法规,具有依附性;刑法的保障性也并不等于刑法从属于其他法律法规,具有从属性。刑法作为惟一规制犯罪与刑罚的部门法,具有独立的规制对象和范围,刑法对犯罪行为的设置必然出于相对于其他法律而言的特定的宗旨,具有独立的评价观念和机制。在经济犯罪的规范解释中,必须注重对经济犯罪的规范进行刑法价值上的独立判断,否则不仅可能背离刑法的特定目的,而且易导致刑法独立性的丧失。有鉴于此,经济犯罪的规范解释必须强调:

1. 经济犯罪构成要件的用语即使与非刑事法律法规用语相同,也应进行独立的评价,刑法用语的解释结论未必要与非刑事法律法规用语的解释结论一致。

例如,虽然中国刑法第213条将假冒注册商标罪的客观要件表达为“未经注册商标所有人许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标”,但在理论上仍有人认为,在同一种服务商标项目上使用与他人注册的服务商标相同的商标,也是假冒他人注册商标的行为,同样构成假冒注册商标罪。^{〔5〕}笔者认为,这样的解释结论,显然是完全受制于我国商标法(以下简称商标法)规定及经济法律解释的结果。考察我国商标法的历史可见,我国1982年颁布的商标法,只适用于在商品上使用的商标,未将服务商标纳入保护的范畴,然而,随着我国商品经济的发展,特别是第三产业的兴起,服务商标越来越多,服务商标的保护越来越显得必要和重要,同时为了与《保护工业产权巴黎公约》的要求相适应,根据1993年2月22日七届全国人大常委会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》,修正后的商标法将服务商标纳入商标法的保护范围,在第4条第3款规定:“本法有关商品商标的规定,适用于服务商标”。这一款的规定一直保留至今。这一款规定意味着,在商标法上对商品商标的各种保护措施,也同时适用于服务商标;在商标法上对注册商品商标专用权的侵权行为类型,在针对服务商标实施时也属于侵权行为。但是,在笔者看来,刑法上假冒注册商标罪的构成要件,不能脱离刑法规范进行评价、判断——仅仅对刑法第213条进行文义解释便可知,不但服务商标专用权不属于现行刑法保护的法益,而且,刑法也只惩治商标法规定的部分侵犯商品商标专用权的行为类型。比如,对于未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标的,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的,刑法第213条均不适用。

又如,关于中国刑法第216条假冒专利罪之“假冒他人专利”构成要件的理解,理论界也存在不小的争论。根据《专利法实施细则》的有关规定和司法实践经验,假冒他人专利的行为主要表现为以下几种情况:(1)未经许可,在其制造或者销售的产品、产品的包装上标注他人专利号的;(2)未经许可,在广告或者其他宣传材料中使用他人的专利号,使人将所涉及的技术误认为是他人专利技术的;(3)未经许可,在合同中使用他人的专利号,使人将合同涉及的技术误认为是他人专利技术的;(4)伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件的。最高人民法院、最高人民检察院2004年11月颁发的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条也明确刑法第216条规定的“假冒他人专利”的行为仅限于上述四种情形。但是,有的论著却认为,以欺骗手段在专利局登记,骗取专利权,也是本罪的行为方式之一。^{〔6〕}还有学者认为,在专利权已经终止或者被宣告无效后,仍然使用原专利标识或者专利号的行为也构成假冒专利罪。^{〔7〕}毫无疑问,上述两种观点均

〔5〕 参见马克昌主编:《经济犯罪新论》,武汉大学出版社1998年版,第492页。

〔6〕 参见赵秉志主编:《新刑法全书》,中国人民公安大学出版社1997年版,第801页。

〔7〕 参见张明楷:《刑法学》(下),法律出版社1997年版,第674页。

受经济法律层面解释的影响。作为经济违法行为的“假冒专利”行为,将骗取专利权的行为,以及在专利权已经终止或者被宣告无效后仍然使用原专利标识或者专利号的行为包含其中,疑问不是很大。^{〔8〕}但是,对假冒专利罪的构成要件的理解,不应完全以经济法律层面的解释为标准。应当认为,在刑法上,假冒专利罪的客观行为是经过“筛选”的,因为假冒专利罪被设置于“侵犯知识产权罪”而非“妨害社会管理秩序罪”之中。这意味着,对刑法规范进行独立评价,我们只能将可能侵犯到行为人之外的其他人(包括自然人与单位)的专利权的行为归结为假冒专利罪的客观行为,如果不存在专利权的被侵害人,便不可能成立假冒专利罪。然而,以欺骗手段在专利局登记而骗取专利权的行为,以及在专利权已经终止或者被宣告无效后仍然使用原专利标识或者专利号的行为,只是单纯地破坏专利申请、审批和专利权行使制度的行为,没有侵犯到他人(专利权人)的专利权,因而均不能以本罪论处。顺便指出,所有以非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法的行为,只要没有冒充他人(专利权人)的专利,就不成立假冒专利罪;构成其他犯罪(如虚假广告罪、诈骗罪或者生产、销售伪劣产品罪等)的,依照这些犯罪处理。

2. 空白罪状下,经济不法行为的刑事责任之承担,虽然以违反非刑事法律法规之规定(一般表现为对构成要件的具体说明)为前提条件,但不以非刑事法律法规中存在刑事责任条款(附属刑法)为必要条件。换言之,经济犯罪的成立,虽然在构成要件的说明上必须借助非刑事法律法规之规定,但根本条件在于刑法的罪刑规范规定,而不依赖于非刑事法律法规具有“追究刑事责任”这样的规定。

上海市曾经处理一起案件:被告人方某为南极星公司的直接负责人,南极星公司和上海呼叫公司签订“合作”协议,租用上海呼叫公司的英特网专线和模拟电话线,并先后在呼叫公司租用的上海声讯信息有限公司机房和呼叫公司机房内设立语言转接平台,非法经营澳大利亚至中国的国际电信来话转接业务。经查,上述期间非法经营国际电信业务通话时间长达820余万分钟,共造成我国电信资费损失人民币1766万余元。2003年年底,被告单位南极星公司和作为南极星公司直接负责人的被告人方某因涉嫌非法经营罪,被起诉至上海市第一中级人民法院。然而,方某的辩护律师却“向最高法院叫板”,提出被告单位南极星公司和被告人方某无罪的意见,理由是刑法第225条非法经营罪中“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”只限于全国人大制定的法律和国务院制定的行政法规规定的“非法经营行为”,而不包括最高人民法院的司法解释。而国务院2000年9月25日291号令公布实施的《中华人民共和国电信条例》(以下简称《电信条例》)对扰乱电信秩序的行为只规定了行政处罚,而没有刑事处罚。最高人民法院2000年4月28日通过的《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》不仅早于国务院的《电信条例》,而且其第1条的规定(即:“违反国家规定,采取租用国际专线、私设转接设备或者其他方法,擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务进行营利活动,扰乱电信市场管理秩序,情节严重的,依照刑法第225条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪处罚”)直接违反了刑法和刑法所指引的行政法规的规定,是违法无效的。^{〔9〕}

笔者认为,检察机关指控被告单位南极星公司和被告人方某成立非法经营罪,不仅不违背罪刑法定原则,而且是体现、贯彻罪刑法定原则“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”之要求的。被告单位南极星公司和被告人方某是否成立非法经营罪,关键在于两点:一是被告单位和被告人的行为在行为时是否已有“国家规定”禁止,此点决定其行为是否该当刑法第225条空白罪状中“违反国家规定”要件;二是被告单位和被告人的行为是否可以按照体系解释的规则解释到刑法第225条第(四)项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”之中,此点决定其行为在类型上是否属于法律明文规定

〔8〕事实上,严格按照中国《专利法实施细则》第84、85条的规定,“假冒专利”(假冒他人专利)与“冒充专利”(非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法)是两种不同的经济违法类型,专利权被宣告无效后继续在制造或者销售的产品上标注专利标识的行为,属于后一类型,规定在第85条。只是在经济法学界,有学者广义地将“冒充专利”也纳入“假冒专利”之中理解。

〔9〕参见卢劲松:《向最高法院‘叫板’有没有法律依据》,http://www.Law-lib.com,2004-4-14,17:41。

的内容。经过分析,我们可以肯定:第一,《电信条例》是国务院制定的行政法规,其第59条规定擅自经营国际电信业务属于扰乱电信秩序、应当受到处罚的行为。被告单位南极星公司和被告人方某非法经营澳大利亚至中国的国际电信来话转接业务,违反了《电信条例》的规定;又根据刑法第96条的规定,“违反国家规定”包括违反国务院制定的行政法规的规定,故被告单位和被告人的行为该当非法经营罪的“违反国家规定”要件。第二,《电信条例》第7条规定国家对电信业务经营实行许可制度,未取得电信业务经营许可证,任何组织或者个人不得从事电信业务经营活动。这说明擅自经营国际电信业务行为具有“违反国家经营许可制度”这一非法经营罪的本质特征。“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”作为概括性、开放性构成要件,虽然缺乏明确性,但亦属明文规定的要件,完全可以包容擅自经营国际电信业务的行为。因此,检察机关起诉被告单位南极星公司和被告人方某犯有非法经营罪,完全具有刑法上的依据(即刑法第225条)。

笔者认为,在本案处理中,辩护律师提出的关于《电信条例》没有对擅自经营国际电信业务行为规定“依法追究刑事责任”因而最高人民法院就不应当将这种行为解释为非法经营罪的观点,实际上是对罪刑法定原则、经济犯罪构成要件解释原理以及刑法司法解释功能的误解:(1)首先,在中国,由于附属刑法规范并不规定罪名和法定刑,即便存在“依法追究刑事责任”的条款,实际上定罪处刑的依据仍在刑法(包括刑法典、单行刑法、刑法修正案),因而所谓“罪刑法定”之“法”,只能是刑法,不包括附属刑法规范。^[10] 一个行为是否构成犯罪,最终只能、也必须按照刑法的规定进行判断;就经济不法行为而言,固然,如果在非刑事法律法规中找不到“违反国家规定”等空白罪状要求的具体内容,便不能对该行为以经济犯罪论处(理由是由于作为前提的非刑事法律法规规定缺失,经济犯罪的构成要件无法充足)。但是,当经济不法行为被非刑事法律法规所规制且刑法规范可以包容这种行为类型、只是非刑事法律法规没有设置“依法追究刑事责任”这样的刑事责任条款(附属刑法规范)时,不能借口“法无明文规定”对行为人处以适当的经济犯罪定罪处罚,因为刑法规范本身可以评价这种经济不法行为并当然地设置刑罚。必须强调,“罪刑法定”之“法”仅限于刑法,在事实上是因为我国附属刑法规范不具有实质的刑法性质,在理论上是因为犯罪的“刑事违法性”特征决定的——只有触犯刑法规定的行为,才能被定罪处罚;刑法规定的、可以评价的行为,即使非刑事法律法规没有设置刑事责任条款,也必须依法(依据刑法)定罪处罚。被告单位南极星公司和被告人方某的行为既被《电信条例》所禁止,也被刑法第225条所包容,如果对其行为不依照刑法第225条定罪处罚,则必然违背罪刑法定原则。(2)其次,由于刑事司法解释仅是对刑法规范的解释,因而应当认为,最高人民法院2000年4月28日通过的《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》仅是对刑法第225条的解释,而不涉及对《电信条例》的解释,只要该解释方法和规则合理、在结论上将擅自经营国际电信业务行为解释到“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”之中得当(事实上也是得当的),就不存在所谓违反刑法和相关行政法规规定的问题。又由于刑事司法解释乃依据一定规则对刑法规范所作的解释,其功能是阐明刑法规范的含义,帮助司法人员或公民正确适用或理解刑法规范,而非修正刑法、创制刑法,提供新的刑法依据,因而即便是最高人民法院没有做出有关司法解释,只要有《电信条例》的禁止性规定和刑法有关非法经营罪的规定,司法人员仍然应当将擅自经营国际电信业务行为解释到“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”之中,对其予以定罪处罚。在上述案件中,我们当然可以说检察机关将刑事司法解释作为指控被告单位和被告人成立非法经营罪的依据,但是,从刑事司法解释依附于刑法规范的性质来说,不如说是检察机关依据了具有刑事司法解释的刑法规范。

基于以上分析,考察经济不法行为在刑法和非刑事法律法规中被规制的不同情况,在涉及刑法和

[10] 刑法理论界习惯将附属刑法规范作为刑法的渊源或者广义刑法的内容看待,但可以肯定地说,附属刑法规范实质上缺少规范的“制裁”要素,因而实质上不是刑法的渊源。

非刑事法律法规关于刑事责任相互衔接的问题上,应把握如下准则:(1)非刑事法律法规没有关于某种经济不法行为的具体规定,即使该行为被认为值得处罚(包括刑罚处罚),也不能认为该行为符合经济犯罪的空白罪状中“违反国家规定”等要件的要求;当经济犯罪规范中存在“其他……”之类的开放性构成要件时,该行为不能被解释到开放性构成要件之中。(2)非刑事法律法规存在关于某种经济不法行为的具体规定,也存在“情节严重构成犯罪的,依法追究刑事责任”之类的条款,而刑法中也存在相应的经济犯罪规范的,对经济不法行为依照刑法的规定定罪处罚。(3)非刑事法律法规存在关于某种经济不法行为的具体规定,但不存在“情节严重构成犯罪的,依法追究刑事责任”之类的条款,而刑法中却存在相应的经济犯罪规范的,对经济不法行为同样应当依照刑法的规定定罪处罚。(4)非刑事法律法规存在关于某种经济不法行为的具体规定,也存在“情节严重构成犯罪的,依法追究刑事责任”之类的条款,但刑法中也缺乏相应的经济犯罪规范对这种行为进行评价的,该经济不法行为属于“法没有明文规定为犯罪”的行为,应作无罪处理,因为此时没有与附属刑法规范对应的刑法规范,“依法追究刑事责任”条款没有最终归宿,形同虚设。

3. 经济不法行为的刑事责任之归咎,未必以经济、行政责任的确定为直接依据,而应进行独立评判。换言之,行为人因为经济不法行为而承担经济、行政责任,并不意味着该不法行为的危害性程度增加就必然承担刑事责任。^[11]

在许多学者(特别是经济法、行政法学者)看来,行为人只要因为其行为在经济法、行政法的层面上可以被评价为具有经济责任、行政责任,那么只要不法行为的数量、数额或其他情节达到刑法所规定的定罪要求,就应当对行为人予以刑事追究;经济处罚或行政处罚的依据可以直接成为刑事责任的刑事违法性依据。

笔者认为,从刑法与其他部门法、经济犯罪规范与经济法律规范、行政犯与行政法律规范之间的密切关系或者刑法的补充性特征来说,总体上,经济犯罪与经济不法行为、行政犯与行政不法行为在“不法”方面具有同质性,^[12]经济犯罪与行政犯的刑事责任实际上是经济责任、行政责任量变积累到质变的结果。但是,由于经济法、行政法主要追求合目的性,而刑法作为司法法主要追求的是法的安定性,^[13]经济责任、行政责任与刑事责任毕竟性质不同,责任归咎的原则也存在重大区别,因而不能排除行为人具有经济法或行政法层面上的可罚性而缺乏刑法上可罚性的可能。这种例外的情况,主要发生在经济责任、行政责任有赖于推定事实的基础上时。例如,行为人甲驾驶机动车辆在高速公路正常行驶,因被害人乙违章横穿公路,甲发现后采取刹车措施,但终未能避免将乙冲撞身亡的后果,甲在将乙撞飞后因害怕承担赔偿责任而逃逸,后被高速公路巡警拦截。公安机关交通管理部门依照《中华人民共和国道路交通安全法》第99条的规定对甲进行罚款,并依据《中华人民共和国道路交通事故处理办法》第20条的规定(“当事人逃逸或者故意毁坏、伪造现场、毁灭证据,使交通事故无法认定的,应当负全部责任”),作出《道路交通事故责任认定书》,认定甲在交通事故中负全部责任。与此同时,公安机关刑事侦查部门以交通肇事罪立案侦查,对行为人甲采取强制措施,尔后检察机关也以交通肇事罪对甲提起了公诉。检察机关的公诉理由是:公安机关已经认定被告人甲在交通事故中负全部责任,而最高人民法院2000年11月10日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条明确指出违反交通运输管理法规发生重大交通事故“在分清事故责任的基础上”对于构成犯罪的,依照刑法第133条的规定定罪处罚;第2条明确交通肇事“死亡一人或者重伤三人以上,负事故全部或者主要责任的”处3年以下有期徒刑或者拘役。那么,检察机关的指控能否成立、

[11] 这里当然以刑法存在针对该经济不法行为的经济犯罪规范为前提。如果刑法没有相应经济犯罪规范,自然经济不法行为属于“法无明文”的行为。前文对此已作论述,兹不赘言。

[12] 参见杨解君、周佑勇:《行政违法与行政犯罪的相异和衔接关系分析》,《中国法学》1999年第1期。

[13] 参见[日]大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第20页。

法院应否认定甲构成交通肇事罪?笔者认为,对甲不能认定有罪。主要理由是:公安机关交通管理部门认定甲对交通事故负全部责任,是建立在推定事实的基础上的,即因为甲在交通事故发生之后具有逃逸行为,致使交通事故责任无法认定,在此情况下,公安机关交通管理部门只能认定其承担全部的责任。然而,与行政责任可以建立在推定违法事实基础上不同,刑事责任的归咎应当消极地进行,在犯罪事实的确定上应当遵循无罪推定原则。显然,由交通肇事罪中违章行为与交通事故之间的因果关系决定,如果没有证据能够证明交通事故发生之前被告人甲实施了“违反交通运输管理法规”的违章行为,就不能认定甲成立交通肇事罪。检察机关指控以最高人民法院的司法解释为形式依据,但却没有考虑到行政责任与刑事责任归咎的原则差别,因而是存在疑问的。

有人认为,从刑事政策的角度考虑,即便是建立在推定事实基础上的经济、行政责任,也可以延伸推定到刑事责任的确定之中,因为惟有如此才能有效地打击经济法、行政法基于某种事由所要推定的违法行为(如逃逸行为)。但笔者仍然认为,除非刑法对推定具有明文规定(拟制事实),否则,将行政推定事实作为犯罪事实予以认定,有违刑事诉讼证据规则。

二、注重构成要件的实质解释,防止规范解释的形式化

包括经济犯罪构成要件在内的所有构成要件的解释,存在形式解释与实质解释之别。在大陆法系国家,通说关于犯罪的形式概念是:犯罪是指具有构成要件符合性(该当性)、违法性和有责性的行为。关于构成要件与违法性、有责性的关系,存在不同的构成要件理论。其中行为构成要件说主张构成要件与违法性无关,与法的价值判断相分离,构成要件是纯粹形式的、记述的、价值中立的、中性无色的行为类型,不包含主观的、规范的要素;违法类型说认为构成要件本身就是违法的类型,是违法性的妥当根据、实在根据,行为符合构成要件就可以推定行为具有违法性;违法责任类型说则更进一步认为构成要件不仅是违法的类型也是责任的类型或认识根据。显然,在构成要件的解释论上,大陆法系国家学说上必然会存在明显的形式解释论与实质解释论的分野。行为构成要件说在动因上是为了坚持罪刑法定原则、捍卫刑法保障机能,故居于构成要件没有实质内容的形式解释论立场。违法类型说与违法责任类型说则认为构成要件本身具有违法有责任的实质内容。^{〔14〕}中国刑法学界关于构成要件的解释,普遍强调遵从罪刑法定原则,但由于罪刑法定原则在刑法解释中只具有观念性的指引作用而缺乏技术性的指导功能,导致人们对于构成要件的解释究竟是应当进行形式的解释还是实质的解释还没有明确的立场。但是,在长期缺乏人权保障观念和刑事法治基础的背景下,有学者认为应当以形式的违法性(刑事违法性)约束实质的违法性(社会危害性)。该学者强调:“在刑法中,主要是在刑事司法中,我们经常面临着这种实质合理性与形式合理性的冲突,传统的以社会危害性为中心的刑法观念是以实质合理性为取舍标准的。而罪刑法定所确立的刑事法治原则,却要求将形式合理性置于优先地位。因此,形式理性是法治社会的公法文化的根本标志。”^{〔15〕}这样的立场无疑是主张刑法的法治就是形式的法治,犯罪构成要件的解释在形式解释与实质解释之间必须选择前者。

笔者认为,从罪刑法定的理念出发,当某种行为具有社会危害性或者被认为具有社会危害性而刑法规范(构成要件)的形式无法将该种行为包含其中时,法律规定的形式应当优先,即对该行为不得定罪处罚。比如,在前些年的足球“黑哨”事件中,裁判收受财物而故意吹“黑哨”的行为激起了广大民众的愤怒,引起了广泛的社会舆论,许多民众甚至司法人员认为这样的行为具有相当严重的社会危害性,但是,由于吹“黑哨”的裁判既不属于国家工作人员,又不属于公司、企业工作人员,因而无论是以国家工作人员受贿罪还是公司、企业人员受贿罪对其定罪处罚都是缺乏刑事违法性依据的,最后,事

〔14〕 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第95页以下。

〔15〕 陈兴良主编:《刑事法评论》(第4卷),中国政法大学出版社1999年版,主编絮语,第3页。

实上有关司法机关对一些裁判进行刑罚处罚,乃脱离形式法治而以“社会危害性”为标准的、公然违背罪刑法定原则的错误做法。

然而,在笔者看来,由中国犯罪构成体系决定,中国刑法中的构成要件不可能仅仅是形式的构成要件,而应当包括实质的违法内容。因为在大陆法系国家,即使构成要件不评价犯罪的实质内容,在“违法性”和“有责性”的评价中也包含实质内容。而在我国,构成要件就是犯罪的成立要件,在构成要件之外不可能存在刑事责任的依据,这就注定:如果在构成要件中不进行实质评价,就没有评价实质内容的空间了。罪刑法定原则虽然强调的是犯罪的刑事违法性,但是,刑事违法性绝对不仅仅包括法律规定的形式,而是也包括法益侵害的实质内容。在解释刑法时,通常要解决法律规定的形式与法律规范实质内容之间的矛盾,但坚持罪刑法定原则并不意味着任何时候形式都优于内容;贯彻罪刑法定原则,不能机械地、仅仅从形式上去理解和适用刑法的罪刑规范,而应在形式合理性的范围内,尽量从实质上去理解罪刑规范,以实现实质的合理。

首先,在经济犯罪规范的解释中注重构成要件的实质解释,应当坚持这样的立场:当某种经济不法行为不具有经济犯罪规范所指向的特定的社会危害性而刑法条文的字面又能够将该种行为包含在其中时,规范的实质内容应当优先,对该种行为要从实质上进行理解,而不应从形式上理解,从而对其定罪处刑。以虚开增值税专用发票罪的认定为例如,对于“虚开”的内涵,就应当从刑法设立该罪的目的、刑法保护法益的范围这样一个角度进行实质的理解,以正确区分罪与非罪。在刑法中,虚开增值税专用发票罪是一个重罪,法定最高刑为死刑。刑法为什么对“虚开”票据的行为的刑罚规定得如此之重?是因为形式上的“虚开”行为就可以造成很大的社会危害吗?不是,是因为这种犯罪的危害实质上并不在于形式上的“虚开”行为,而关键在于行为人是通过虚开增值税专用发票抵扣税款以达到偷骗国家税款的目的,其主观恶性和可能造成的客观损害,都可以使得其社会危害性程度非常之大。所以,刑法虽然没有明确规定该罪的目的要件,但是偷骗税款的目的应当作为该罪成立的必要条件。实际生活中,有的行为人,特别是单位之间,为了人为地增大销售额,制造虚假繁荣“包装”企业,从而相互虚开增值税专用发票,但主观上不具有偷骗税款的目的。这种“虚开”增值税专用发票的行为,虽然违反了增值税专用发票管理和使用制度,具有一定的社会危害性,但并不具有刑法上实定的、成立虚开增值税专用发票罪意义上的社会危害性,故不能以该罪定罪处罚。因此,从虚开增值税专用发票罪的这一实质特征出发,在司法实务中,应当将非法如实代开增值税专用发票的行为排除在犯罪之外。在新刑法施行后,司法实务中对于非法如实代开增值税专用发票行为是否构成犯罪,产生了巨大争议。有人认为,为他人如实开发票,实质上也是虚开,代开不过是虚开的一种形式,对于达到定罪标准的,应当以虚开增值税专用发票罪定罪处罚,因为对于代开者来说没有实际经营活动;有人则认为,如实开发票行为只违反了增值税专用发票的独立使用原则,尽管对于代开者来说没有实际经营活动,但取得发票者毕竟存在实际的经营活动,如实代开是“实开”而非“虚开”;还有人认为,对于让他人为自己如实代开者不应定罪,但对于代开者应当定罪处罚。笔者认为,虚开增值税专用发票的行为形式包括代开,但代开未必就是虚开:“虚开”系指内容虚假,“代开”系指形式虚假。如果代开的发票内容本身也虚假(包括根本没有实际经营活动,虚构货物销售额和税额等内容开具发票,以及存在实际经营活动但开具与实际经营活动涉及金额不符的发票两种情况),对代开者和要求他人代开者无疑应当认定为犯罪;但是,如果代开的发票有实际经营活动相对应,则对代开者和要求代开者都不应认定为犯罪,因为从总体上考察,发票的开具是“实开”而非“虚开”。由于存在真实的经营活动,对于国家税收来说,没有也不可能造成税收损失。比如,有的行为人在取得货物后,由于销售方没有开具增值税专用发票,便让与自己无实际货物交易的他人代开与实际货物相对应的进项增值税专用发票,这种行为固然因为开票者与用票者之间没有实际货物交易而具有行政违法性,但却因为用票者与第三方具有实际货物交易而在实质上不具有虚开增值税专用发票罪的刑事违法性。如果以代开行为违反行政法律为由而从形式上一律评价其为刑事违法行为,必然偏离刑事立法设立虚开增值税专

用发票罪的宗旨。

其次,当值得处罚的经济不法行为在实质上具有某个刑法规范所禁止的性质、但刑法用语在形式上对其无法予以包含的,亦应当从实质上解释经济犯罪规范。例如,刑法第271条第1款关于职务侵占罪的规定,将行为人把他人财物或本单位财物“非法占为己有”作为要件。^[16]有人认为,只有行为人将财物转移归行为人本人所有,才能成立侵占罪或职务侵占罪;如果把财物转移给本人以外的他人所有的,则无法成立该两罪。因为刑法已经明确地规定了“非法占为己有”而不是“非法占有”。依照这种观点,对于公司人员利用职务上的便利将本单位财物转移给朋友,或者代替自己或亲属占有股份的公司偿还债务的,就不能成立犯罪。实践中这样的案件的确也曾被认定为无罪,而被纯粹作为民事案件处理。笔者认为,作这样的解释形式上似乎存在刑法依据,因为刑法对有些取得型财产犯罪规定的是“以非法占有为目的”,比如合同诈骗罪,而不像侵占罪或职务侵占罪条文中那样。但实际上,这样的解释结论是违背罪刑法定的,没有合理性。理由是:和盗窃罪、各种诈骗罪一样,职务侵占罪的主观上都要求具有非法占有(不法所有)的目的,客观上具有非法占有的行为,刑法规定“非法占为己有”,不是为了区分被侵占的财物究竟是给了行为人本人还是他人,而是为了区分罪与非罪、职务侵占罪与挪用资金罪。比如,将本单位的财物转移给本人或他人使用,不具有永久占有的意图,显然不能认定为职务侵占罪,而属于挪用资金罪;将单位的财物单纯地破坏,没有转移给本人或他人,属于故意破坏财物罪,也不能认定为职务侵占罪。但是,只要行为人具有永久性地剥夺单位财产的性质,就具备职务侵占罪的本质特征。本人占有是这样,将财产转移给他人所有也是这样,财产转移给他人时,单位的财产也被剥夺了。从主观故意上看,只要行为人明知自己的行为会侵害单位财产所有权即可,至于最后由谁非法取得,不影响罪过。所以,对“非法占为己有”必须进行合乎目的的、实质性的解释,解释为行为人实际上以财产所有人自居而“非法处分”财产,否则将可能导致刑法惩治犯罪功能的萎缩。

最后,有些经济犯罪规范在形式上可以描述应当由其他刑法规范评价的行为,此时也应从实质上解释规范,以准确地界定此罪与彼罪的界限。例如,给国家造成经济损失的为亲友非法牟利罪,其与贪污罪具有诸多共同特征:其一,两罪的主体具有交叉关系。国有公司、企业、事业单位的工作人员属于国家工作人员,可以成立两种犯罪。其二,两罪均是职务犯罪,行为人利用职务上的便利实施犯罪。其三,两罪均属于贪利性犯罪,均给国家财产或者公共财产造成损失。从司法实践的情况看,最为疑难的问题是,当国有公司、企业、事业单位的工作人员,利用职务便利,以过分高于市场的价格向自己亲友经营管理的单位采购商品,或者以过分低于市场的价格向自己亲友经营管理的单位销售商品,使自己的亲友从中牟取非法利益的,是否只能认定为亲友非法牟利罪?可否就行为人给国家造成的经济损失或者其亲友牟取的非法利益认定为贪污罪?例如,被告人郝某系某国家事业单位科研开发处处长,具体负责单位“网络改造、办公自动化”工程的招标、评标、监管、验收的组织协调工作。在工作期间,郝某隐瞒了投标人——某技术开发中心的法定代表人为其母亲的情况,使该技术开发中心经评标会的评委确定成为中标人。郝某所在国家事业单位与该技术开发中心签订“网络改造及办公自动化建设工程合同书”,工程款为260.89万元。由郝某负责的工程验收小组对该工程进行了验收,向技术开发中心支付了全部工程款。但工程交付使用后却出现诸多问题,网络管理人员和用户经常投诉,该单位从2000年9月到2002年12月为网络工程的修复共支付各种费用25.6万元,严重影响了该事业单位的正常工作。后经受委托的价格认证中心对该单位网络工程做出价格鉴定,该项工程造价仅为60.8万元。经查,在签合同时,对于工程造价仅为60余万元的事实,被告人郝某及其母亲已基本清楚,但郝某为了其母亲的利益仍有意掩饰真相,拍板确定合同造价条款。本案中,被告人郝某利用职务上的便利,将本单位的网络改造及办公自动化工程交予自己的母亲所在的中心建设,可

[16] 相关条款,如刑法第183条也规定“骗取保险金归自己所有”。

以解释为“向自己亲友经营管理的单位采购商品”,但是,该工程造价按照市场最高价格不过60.8万元,被告人郝某所在的国有单位却为此支付了260.89万元,高出实际造价200余万元,而且因为工程技术质量太差,该国有单位为网络工程的修复还支付各种费用25万余元。对于被告人郝某的行为如何定性,审判过程中存在两种意见:一种意见主张定亲友非法牟利罪,理由是,郝某作为国有事业单位工作人员,利用职务上的便利,以明显高于市场的价格将本单位的工程暗中发标给自己母亲经营管理的单位,给国家造成直接经济损失225余万元,完全符合该罪的构成要件。另一种意见主张定贪污罪,理由是,郝某事先明知该工程造价不过60余万元,但仍利用其具体负责招标的职务便利,与其母亲串通,通过虚开造价的方式骗取超出实际价格的200.89万元国有财产,属于变相贪污。

笔者认为,现行刑法中为亲友非法牟利罪所包含的行为,在旧刑法时代,有的是按照贪污罪定罪处罚的,有的则作了无罪处理。原因在于,为亲友非法牟利的行为具体表现形式比较复杂,绝大多数案件中行为人并非直接将公共财物非法占有,尽管行为人以向亲友经营管理的单位高价购买商品或者低价销售商品、或者将盈利业务交给亲友进行经营的手段,使其亲友获取非法利益,有的案件中行为人事后还从其亲友处分得了非法利润,但毕竟行为人没有以窃取、骗取、侵吞等方法获取公共财物,所以一概以贪污罪论处,从犯罪构成的符合性上来说多有不贴切之弊。有鉴于此,新刑法增设了为亲友非法牟利罪,以严密法网,用更为贴切的罪刑规范来惩治那些用贪污罪无法十分恰当地评价的为亲友非法牟利行为。毫无疑问,在形式要件上,为亲友非法牟利罪完全可以包容那些国有公司、企业、事业单位工作人员将公共财物通过亲友及其单位而非法占有的贪污行为,或者说,国有公司、企业、事业单位工作人员利用职务上的便利将公共财物非法占为己有或亲友及其单位所有的贪污行为,在形式上也可以解释为为亲友非法牟利的行为,但是,刑法设立为亲友非法牟利罪之独立罪名后,就应当从实质上进行构成要件的解释。

区分国有公司、企业、事业单位工作人员将公共财物通过亲友及其单位而非法占有的贪污罪与为亲友非法牟利罪,应当依次考查以下两点:(1)考查行为人的亲友有无实质性的经营活动。立法之所以设立为亲友非法牟利罪,所要“堵截”的,就是那些无法用贪污罪评价的国有公司、企业、事业单位工作人员的损公肥私行为,那些因为亲友具有实质性的经营活动而获取非法利益并以经营活动作为客观基础的行为。如果行为人的亲友根本没有经营活动,或者仅仅是为了从行为人处获取公共财产的非法利益而虚设经营活动之形式,那么,行为人实际上就是实施变相贪污了。例如,被告人张某,原系某市某国有机器设备制造厂厂长。2003年12月,该制造厂决定购买次年生产所需钢材原材料,张某为了给其叔父获取非法利益,在本厂领导层会议上,故意隐瞒供货商郑州市某工贸公司为其叔父控股公司的真相,擅自决定从该工贸公司采购钢材原材料。后查明,该批钢材原材料的生产厂家乃本市某钢铁集团,张某对此早已明知,其故意通过工贸公司这一虚设的中间环节,使制造厂为钢材原材料多支出了320万元的货款和运费,其叔父在扣除从本市某钢铁集团购进钢材原材料的货款支出和运费后,获得310万元的非法利润。对于被告人张某的行为,究竟是按照贪污罪还是为亲友非法牟利罪定罪处罚?对此存在争论。笔者认为,张某的行为应当以贪污罪论处,因为被告人张某本来可以决定单位从本市就近购买原材料,却故意利用职务上的便利,舍近求远,以其叔父控股的郑州市某工贸公司为虚设的中间环节,为其叔父牟取暴利,实质上是以采购为幌子而行贪污之实。^[17](2)在行为人的亲友具有实质性经营活动的情况下,还必须考查其非法利润的数量是否严重违背市场等价交换规则,过分超出“牟取私利”的界限而变成“非法占有公共财物”。固然,为亲友非法牟利罪中行为人必然要为其亲友牟取私利,而且按照刑法第166条的规定,当行为人利用职务上的便利促使所在单位与其亲友

[17] 贪污罪中的“非法占有”,不仅包括非法占为己有,而且也包括非法占为他人或其他单位所有。非法占为他人或其他单位所有,可以实质地解释为行为人以财产所有人自居将财产处分给他人或其他单位。下文关于职务侵占罪的有关实质解释问题将对此进行详述。

经营管理的单位进行商品买卖时,采购价格必须“明显”高于市场价格、销售价格必须“明显”低于市场价格,结果必须是“致使国家利益遭受重大损失”,然而,通过行为人的职务便利,亲友及其经营管理的单位获取的非法利益,在总体上还是符合价值规律的。如果其所获得非法利润过分背离价值规律,则应认定为借为亲友非法牟利而行利用职务之便为亲友非法占有公共财物之实,应以贪污罪定罪处罚。比如,上述被告人郝某一案中,被告人郝某利用职务上的便利,将本单位的网络改造及办公自动化工程交予自己的母亲所在的中心建设,该工程造价不过 60 万余元,郝某却与其母亲串通,签订了价额 260.89 万元的合同,比市场价格高出 200 万多元、实际造价的 3 倍以上,显然,这样的“非法利益”已经不再是用市场价值规律可以解释的了,对于超出的 200 余万元国有财产支出,应当认定为贪污罪。^{〔18〕}

三、注重构成要件的体系解释,防止规范解释的片面性

体系解释是指根据刑法规范在整个刑法中的地位,把一项刑法规范或用语作为有机的组成部分放置于更大的系统内进行的,使得刑法规范或用语的含义、意义相协调的解释。对刑法进行体系解释,从形式上讲是文本逻辑的要求,从实质上讲是刑法公平的要求。由于经济犯罪规范数量众多,“罪群”立法(如十个走私犯罪、各种诈骗犯罪)和概括立法(“其他……”)现象较多,法条大小系统庞杂,所以在经济犯罪规范解释中应当特别关注构成要件的体系解释。

首先以金融诈骗罪中未明确规定“以非法占有为目的”的 6 个罪为例作具体说明。在金融诈骗罪中,共有 8 个具体的诈骗犯罪,但只有刑法第 192 条的集资诈骗罪和第 193 条的贷款诈骗罪分别明确规定了“以非法占有为目的”为构成要件。这样就产生一个问题:其他 6 个刑法没有明确规定“以非法占有为目的”的诈骗犯罪(票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、有价证券诈骗罪、保险诈骗罪),是否必须以非法占有为目的?刑法理论和实践中存在争论。在司法实践中就有人认为,“按照立法原意”,这 6 个犯罪不必以非法占有为主观要件,因为刑法有的条文规定“以非法占有为目的”,有的则不规定,表明立法者有意对犯罪构成在主观要件上作出区别对待。有的则持相反意见,认为这 6 种犯罪也必须以非法占有为目的,刑法条文没有一致的规定乃由于立法技术上存在疏忽。2001 年 1 月 21 日最高人民法院印发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》对此提出了明确的意见:“金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪”,从而采纳了肯定说的观点,但是并没有说明法理。由于最高人民法院印发的会议纪要并非司法解释,内容没有当然的法律效力,目前在司法实践中有的司法机关仍坚持否定说的立场。笔者认为,从体系解释的角度看,应当肯定任何金融诈骗罪都是以非法占有为目的的犯罪。因为,无论什么特殊诈骗罪,都是诈骗犯罪的一种,都是从旧刑法中的诈骗罪中分离出来的,尽管新旧刑法条文都没有对诈骗罪规定以非法占有为目的,但不论理论上还是实践中对诈骗罪以非法占有为目的,均是普遍予以认可的。事实上,诈骗犯罪也是以非法占有为本质特征的,如果没有非法占有目的,就谈不上“诈骗”。因此,否定某些诈骗犯罪以非法占有为目的,解释结论是不协调的。事实上,从实质解释的角度看,是否具有非法占有的特定目的,也是反映行为社会危害性的决定因素,因而所有诈骗犯罪在主观上必然具有非法占有的目的。

当然,我们必须回答的是,既然诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪,那么刑法为何有的明确规定目的要件有的又不明确规定?笔者认为,不能把没有明确规定目的要件的条文看成是立法技术

〔18〕 当然,司法实务中,如何把握好为亲友非法牟利罪中“非法利益”和变相贪污中“非法占有”的尺度,有时是一个难题。比如,行为人利用职务便利向自己亲友经营管理的单位采购商品的价格高出 5%、10% 属于牟取非法利益,那么高出 20%、30% 甚至 50% 呢?是否还属于为亲友非法牟利罪的范畴?如果属于,那么比例应当增加到什么程度才可以以贪污罪评价呢?需要司法人员根据具体情况自由裁量。笔者认为,从实质解释的角度,应当综合考虑实际数额和高出部分所占比例两个方面。

上的疏忽。刑法之所以对不同的诈骗犯罪在目的要件上有的明确规定规定有的不明确规定,是有其特别意义的——这种意义不在于是不是以非法占有为目的为要件——而在于对“非法占有目的”要件的证明要求上存在差异。笔者认为,对于没有明确以非法占有为目的的诈骗犯罪,通过刑法规定的客观行为本身可以推定行为人主观上的非法占有目的;换言之,控方只要能够证明行为人实施了法定的客观行为,就可以认定行为人主观上具有非法占有的目的。行为人对于自己没有非法占有目的承担举证责任。比如,刑法第194条对票据诈骗罪,列举了“明知是伪造、变造的汇票、本票、支票而使用”等5种客观行为,控方只要证明行为人主观上明知自己的行为不法而仍实施法定客观行为即可认定非法占有目的的存在。这正如刑法中其他许多非法占有型犯罪(如抢劫、抢夺、盗窃)一样,刑法对这些犯罪并没有明确规定目的要件,但是,以非法占有为目的无疑是这些犯罪的主观要件,只不过控方也只须证明行为人有以暴力、胁迫或者其他方法劫财、公然夺取财物或者秘密窃取财物等客观行为,即可认定其非法占有目的的存在。因为只要行为人实施以暴力、胁迫或者其他方法劫财、公然夺取财物等行为,就有极高的概率推定行为人具有非法占有的目的。^[19]

相比较而言,对于刑法明确规定了“以非法占有为目的”的犯罪,控方的证明责任更大。这是因为,在这些犯罪的认定中,普遍存在罪与非罪、以非法占有为目的的此罪与不以非法占有为目的的彼罪之间的界限。比如,集资诈骗罪,其特点是以集资的形式进行诈骗。如果行为人在集资过程中采取了虚假的方法,但主观上并没有非法占有目的的,就只能构成非法吸收公众存款罪或者欺诈发行股票、债券罪,而不构成集资诈骗罪。在此情形下,是否具有非法占有的目的,就成为区分集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪或者欺诈发行股票、债券罪的关键。在贷款诈骗罪的认定中,同样也存在区分贷款诈骗与贷款纠纷之界限的问题。因此,对于刑法明确规定“以非法占有为目的”的诈骗犯罪,控方除了必须查明行为人实施了法定客观行为外,还必须结合案件的具体情况,综合各种案件事实,从经验法则出发,进行司法认定。只要不能完全排除行为人不具有非法占有的可能性,就不能认定诈骗犯罪的成立。

又以我国刑法第225条第(四)项(修正后)非法经营罪中“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的解释为例。如何合理解释这一行为类型?笔者认为,对于这种概括性、开放性的构成要件,最为重要的是体系解释。遵循同类规则是解释刑法条文中“等”、“其他”术语时必须坚持的体系解释原则。按照同类规则,“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,应当符合以下三个条件:(1)该行为是一种经营行为,即是一种以营利为目的的活动。(2)该经营行为属于非法。从刑法第225条前三项的规定来看,非法经营行为均与国家经营许可制度有关。所以,这里的“非法”的特定内涵是违反国家有关经营许可制度的法律、法规。国家关于经营许可制度的审定,往往与经营主体资格、经营条件和经营物品范围有关。(3)该非法经营行为严重扰乱了市场秩序。值得注意的是,最高人民法院、最高人民检察院有关司法解释和一些地方法院的做法,严重违背了同类规则,这是值得反思的。(1)最高人民法院2001年3月29日《关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》,将从事传销或者变相传销扰乱市场秩序情节严重的行为,认定为非法经营罪。(2)最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》也规定:“违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理规定,哄抬物价、牟取暴利、严重扰乱市场秩序,违法所得数额较大或者有其他严重情节的”,依照非法经营罪从重处罚。笔者认为,传销和哄抬物价,并不必然违反国家有关经营许可制度,所以上述司法解释是违背体系解释规则的,不合理的。

[19] 当然,也不能绝对排除行为人不以非法占有为目的的情形,比如,因他人拖欠自己债务而以暴力抢取,行为在客观上符合抢劫罪“类型的外部轮廓”,但因行为人主观上无非法占有目的而不能成立抢劫罪,构成故意伤害罪或者过失致人重伤罪的另当别论。

必须指出,最高司法机关针对非法经营罪的司法解释在司法实践中起到了负面的诱导作用,非法经营罪在实践中大有成为“口袋罪”的趋势。比如,对于销售侵权复制品的行为,很多人就认为可以不适用销售侵权复制品罪的条款来评价,对于数额达不到销售侵权复制品罪的起刑点的,可以按照非法经营罪定罪处罚。这种不顾体系解释规则的做法应当引起警惕。

再以受贿罪的共犯问题为例。1988年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第1条第2款规定:“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处”;第4条第2款规定:“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员勾结,伙同受贿的,以共犯论处。”但是,修订后的刑法第382条第3款对内外勾结的贪污罪的共犯作了明文规定,对于受贿罪则没有保留非国家工作人员的共犯规定。理论界和司法实践中对于非国家工作人员可否构成受贿罪的共犯,产生了争议。有的司法人员指出,刑法实际上已经取消了内外勾结的受贿罪共犯,修订刑法施行以后,对非国家工作人员勾结国家工作人员,伙同受贿的,不能以受贿罪共犯追究刑事责任。其主要理由是:(1)受贿罪主体是特殊主体,必须由国家工作人员构成,伙同受贿的非国家工作人员不构成受贿罪主体。对于受贿罪主体,权威刑法论著也认为是特殊主体。(2)刑法总则关于共犯规定的适用前提必须是共同犯罪人的行为均符合犯罪构成四要件,缺一不可。特殊主体犯罪,共犯人必须都是特殊主体,非国家工作人员连犯罪的主体资格都不具备,谈不上构成受贿罪的共犯。(3)刑法分则明文规定国家工作人员为受贿罪的主体,直接排除了非国家工作人员成为其主体。女子可以成为强奸罪的教唆共犯和帮助共犯,但强奸罪并非特殊主体的犯罪,因为特殊主体是指犯罪主体的特殊身份,而非指人的性别、生理等身体上的特殊状况。所以,不能以女子可以成为强奸罪共犯的主体为理由来论证非国家工作人员可以成为受贿罪共犯。(4)受贿罪与贪污罪两者侵犯的客体不同。非国家工作人员虽不能利用职务便利构成贪污罪,但是伙同贪污中能勾结国家工作人员完成贪污行为,侵占公共财物的所有权,而在伙同受贿中,非国家工作人员虽然得到了贿赂款,却不能利用职权为他人谋取利益。^[20]

笔者认为,上述否定非国家工作人员可与国家工作人员成立受贿罪共犯的观点,在理论上是完全错误的,在解释上是片面的,在实务中是十分有害的。针对上述错误观点及其理由,有必要予以辨析的是:(1)刑法理论上和刑事立法中对所有特殊主体犯罪(包括受贿罪)“特殊主体”的界定或规定,仅仅是就单独实行犯罪而言的,而不可能泛指共同犯罪中的所有共犯,对于组织犯、教唆犯、帮助犯等非实行犯,不可能要求特殊主体身份,否则,根本就不发生无身份人与有身份人构成共同犯罪之问题。(2)刑法总则与分则是一个系统的两个有机组成部分。刑法总则关于共同犯罪的规定,强调共同犯罪的成立必须存在共同犯罪故意和行为,但没有、也不可能要求所有共犯必须具备刑法分则规定的特殊身份才能构成特殊身份犯罪。(3)特殊主体身份分为自然身份和法定身份、男子作为强奸罪特殊主体身份乃一种自然身份,属于刑法理论之常识。女子可以因其教唆、帮助男子实施强奸行为而成为强奸罪的共犯,这一点完全应当归结为“无身份人教唆、帮助有身份人实施特殊主体犯罪而成为特殊主体犯罪之共犯”的范畴。刑法分则明文规定国家工作人员为受贿罪的主体,只是直接排除了非国家工作人员成为其单独实行犯主体,结合刑法总则规定,恰恰应当肯定非国家工作人员可以因教唆、帮助行为而成为受贿罪的共犯。(4)受贿罪与贪污罪两者侵犯的客体不同,不足以成为非国家工作人员可以成立贪污罪共犯而不能成立受贿罪共犯的理由。如果说非国家工作人员可以伙同国家工作人员完成贪污行为,侵占公共财物的所有权,那么,也没有理由否定非国家工作人员可以教唆、帮助国家工作人员利用职务上的便利索取他人财物或者非法收受他人财物、为他人谋取利益,与国家工作人员一起共同完成侵犯国家工作人员职务行为不可收买性的行为。否则,解释的结论就是不协调的、有矛盾和丧失公平的。(5)刑法仅仅就内外勾结的贪污罪的共犯问题作了规定,并不意味着受贿罪就不存在内外

[20] 参见下发强:《内外勾结的受贿罪共犯是否已被取消》,《人民司法》1998年第9期。

勾结的共犯。应当明确,刑法第382条第3款的规定是提示性规定,没有强调只有在贪污罪中才存在、而在其他犯罪中就不存在无身份人与有身份人共同犯罪的问题。否则,以此推论,对于刑法分则没有共犯提示性规定的犯罪(即使仅就特殊主体犯罪而言,刑法分则中绝大多数犯罪也都没有共犯提示性规定,如强奸罪、刑讯逼供罪、暴力取证罪、职务侵占罪、挪用公款罪,等等),即使存在事实上的共同犯罪,也都不能认定共同犯罪了。若如此,刑法总则关于共同犯罪的规定还有何意义?或者说,对于个罪共犯的认定,难道均需要分则的相应规定为依据?总之,无论在理论上,还是在实践中,非国家工作人员与国家工作人员可以成立受贿罪共犯,都是应当肯定的。2003年11月13日最高人民法院下发的《全国法院审理经济犯罪案件座谈会会议纪要》指出:“根据刑法关于共同犯罪的规定,非国家工作人员与国家工作人员勾结,伙同受贿的,应当以受贿罪的共犯追究刑事责任。”上述纪要内容明确了非国家工作人员可以与国家工作人员成立受贿罪的共犯,而且,由于收受财物的客观行为可以由非国家工作人员实行,因而非国家工作人员不仅可以成为受贿罪的教唆犯、帮助犯,还可以与国家工作人员成立受贿罪的共同实行犯。

最后需要强调,在经济犯罪规范的体系解释中,还应当注意,当照应性规定与所照应的条款存在差异时,应以所要照应的条款为标准进行解释。比如,中国刑法第163条第1、2款是对公司、企业人员受贿罪的规定,第3款是针对国有公司、企业中具有国家工作人员身份的人实施前两款行为应以受贿罪(第385条)定罪处罚的规定。然而,刑法第163条关于公司、企业人员受贿罪与第385条关于受贿罪的表述存在很大差异:前者索贿行为构成犯罪应当以“为他人谋取利益”为要件,而且必须数额较大,但后者对于索贿行为构成犯罪并没有“为他人谋取利益”要件的限制。那么,根据刑法第163条第3款的规定,国有公司、企业中具有国家工作人员身份的人,索贿成立受贿罪,应当按照第163条第1款的规定还是按照第385条的规定为标准呢,似乎十分困惑。笔者认为,照应性规定只是提醒司法人员注意相关条款的适用,而非改变所要适用罪名的构成要件,因此,国有公司、企业中具有国家工作人员身份的人,索贿的,应依刑法第385条评价,其成立受贿罪不以“为他人谋取利益”为要件。

Abstract: In order to reach standard explanation concerning with economical crime, extreme emphasis should be paid on the requirements of the rule explaining the criminal law and the fundamental values of the criminal law. And separate evaluation of economic criminal norm in criminal value is required in standard explanation. We must evaluate the norm of the criminal law concerning with economic crime. When certain illegal economical conduct actually does not contain the certain social harmfulness according to the standard of the criminal law but such conduct is literally contained in the criminal clause, and the result is that the substantive meaning of the norm has the priority. And when certain economic wrongful conduct deserves punishing which actually possess the forbidden essence described by the criminal clause but can not be included by the criminal words in form, and the same the substantive meaning of the norm applies. With a large quantity and complex frame of legal clause, special attention should be paid on the system/frame explanation of constitutes in standard explanation of economic crime.

Key words: change of accusation, legal interpretation, theory about defining crimes, quality of justice
