

風險社會經濟犯罪態勢及其防範對策

——以中國自貿區構建為視角

文立彬*

一、風險社會下中國經濟犯罪之發展態勢

據公安部的統計，全國公安機關查處的經濟犯罪案件由 2010 年的 9 萬餘件上升至 2014 年的 19 萬餘件，尤其在 2012 年達到了 23 萬餘件之多，呈現了翻倍式增長趨勢。統計報告同時指出，全國犯罪形勢呈現出暴力犯罪持續下降而經濟犯罪呈現井噴式遞增的走勢，這說明經濟犯罪已經成為了中國刑事防控體系的首要任務。¹ 最為典型的經濟犯罪規定於中國《刑法》第三章之破壞市場經濟秩序罪中，其中網絡金融犯罪案件頻發且常與涉稅犯罪及職務犯罪交織，侵犯知識產權犯罪具有產業化、網絡化和跨國組織犯罪化的特點，因此以網絡金融犯罪為代表的新型經濟犯罪成為了刑事防控體系的重點。德國學者盧曼曾指出，我們生活在一個除了風險別無選擇的社會，風險已和人類生活密不可分。或許這一觀點有絕對化的嫌疑，但科技高度發展背景下的當今社會確實處於高度風險之中，且人為風險已逐步取代自然風險成為阻礙人類社會健康發展的因素。風險社會理論源於社會學家貝克對風險社會的深刻認識，他指出，“風險社會並非具體某個國家或地區的歷史狀態而是當前人類社會的客觀反映。”² 隨着上世紀德國學者普里維特將此理論運用並發展於刑法學領域，該理論發展至今已經成為了一種獨立的刑法範式，即風險社會理論為刑事立法的發展開闢了一條新的路徑——對傳統刑法進行體系性的反思，在此邏輯下，刑法通過立法轉變以積極應對風險社會下新型犯罪的挑戰。因此，採用風險社會理論對當下中國經濟犯罪態勢進行

深入分析具有合理性。自由貿易區的構建一方面將有力推動經濟產業的協調與發展，另一方面會對刑事防控體系的適用與修訂產生深遠影響。根據《中國(上海)自由貿易實驗區總體方案》的相關規定，自貿區內實行“金融創新”、“一綫徹底放開”、“二綫安全高效管住”、“負面清單管理”、“改善公司企業投資環境”等一系列政策，部分犯罪因為自貿區內制度的創新而失去適用空間，這將會使刑法的自由保障和安全保護機能產生激烈的碰撞。通過自貿區內經濟犯罪刑事防控體系的研究，一方面將從制度層面保障自貿區的高效運行，另一方面將推動中國經濟犯罪刑事防控措施的體系優化，最終服務於中國經濟產業的優化轉型和協調發展。

二、經濟犯罪本質屬性之理性剖析

(一) 風險社會安全訴求與刑法積極一般預防機能之契合

中國正處於風險社會背景下，科技的高度發展推動國家經濟繁榮的同時也孕育了經濟犯罪滋生的土壤。在風險社會中“風險”具有顯著區別於傳統風險的屬性，其一是人為性，即人為製造的風險，人類以理性製造出來的高科技產業蘊含着高程度的風險；其二是國際性，指風險多跨區域甚至波及全球，如網絡金融犯罪依託互聯網絡，迅速吸納和轉移資金，造成法律規制的困難；其三為現代性，即風險與社會發展密切關聯；其四是危害性，即風險具有嚴重的法益侵

* 廣西民族大學法學院教師

害性；其五是不確定性，即風險處於難以控制的狀態，一方面難以預警，另一方面補救困難。以網絡金融犯罪為代表的新型經濟犯罪屬於風險社會下的產物，無疑具有上述風險的特點。刑法作為法律防控體系的最後一道防線，有必要對經濟犯罪實施者施加刑罰，以避免這種危險行為給社會公眾帶來更大風險，進而維護社會的長治久安。可知，風險社會的安全訴求與刑法積極的一般預防機能具有高度的契合性。強調刑法積極的一般預防機能，是因為任何社會的良好運行都必須以安全秩序為基礎。刑法作為風險社會下的一項重要社會行為規範，刑法應有所轉變，從消極的、事後的規制手段向積極的、事前的規制方式演化，從而管控風險和保障安全，實現法律效果和社會效果的有機統一。

(二) 自由貿易區內經濟犯罪之法律屬性

其一，法定犯罪之確立與調整。相較產生於自然經濟條件中的自然犯而言，法定犯的設置是國家為了適應新型安全需要而將某類行為納入犯罪，通過刑罰加以威懾。在風險社會下刑法最應關注的是科技迅猛發展下衍生的新型經濟犯罪，較於傳統的自然犯罪，此類犯罪涉及的領域更為廣泛、危害行為更為隱蔽且危害結果更為長久。換言之，經濟犯罪兼具嚴重的法益侵害性和道德譴責性。大谷實曾指出，將某種行為作為犯罪進行處罰，行為不僅應具有法益侵害性或危險性而且還應立足於國家道義觀。法益侵害性的高低是將行為犯罪化的重要標準，道義觀的重視是為了維持社會正常秩序，即被道德譴責的行為通常表現為對自然道德情感的蔑視和否定。例如，P2P 網絡貸款詐騙行為、侵犯商標權的行為體現了程度不同的道德譴責性。因此將經濟犯罪納入犯罪，既有利於懲罰犯罪保護經濟安全，又有助於發揮刑法的自由保障機能。在風險社會背景下，經濟犯罪還常引發二次犯罪，進而刑法的任務在於強調風險管控和安全保障，因此將嚴重侵害市場經濟的行為納入犯罪且嚴格規劃其範圍具有正當性。

法定犯最大的特徵在於“二次違法性”，即行為首先觸犯行政法規中的禁止性規定，其次滿足刑法中的犯罪構成要件。風險社會滋生大量經濟犯罪，立法

者有必要對經濟犯罪的圈劃進行重新審視。自貿區內的法制構建和創新機制成為了調整經濟管理模式，尤其是調整經濟犯罪圈劃的重要試點。自貿區的構建對中國刑法適用主要有四點深遠影響：首先影響中國刑法的適用範圍，即自貿區法律制度和模式的創新，將使部分罪名喪失適用空間；其次是影響單位犯罪之認定。根據《關於支持中國(上海)自由貿易試驗區建設的若干意見》的相關規定³，將導致自貿區內公司主體與自然人主體界限模糊的現象。再者是某些具體犯罪的認定將出現限制，由於自貿區內實行一系列的制度創新，同時暫停實施外資企業法、中外合資經營企業法和中外合作經營企業法等法律，民商事法律的暫停實施必然導致刑法適用範圍的縮窄，進而刑法中部分行政犯如逃匯罪、騙購外匯罪、逃避商檢罪、非法經營罪等罪名之適用將在一定程度上喪失適用空間；最後是部分經濟犯罪將在自貿區內呈現上升趨勢。自貿區的創設以制度創新和推動經濟為導向，在簡化手續、拓寬渠道、推動經濟發展的改革背景下，很有可能造就諸如內幕交易、操縱證券、期貨市場犯罪、金融詐騙犯罪、洗錢犯罪等經濟犯罪的頻發。面對自貿區內的金融管理模式構建和法律防控制度創新，刑法應以未來為導向，擺脫以刑法典管控一切犯罪行為的傳統模式，應順應金融行業發展規律進行限縮性規制，強調刑法典與附屬刑法的有機銜接和實現刑法典內部的優化，恪守刑法作為法律防控體系最後一道屏障的地位。

其二，刑法適用的特殊性。自貿區的構築順應了經濟全球化和貿易區域化的主流趨勢，亦是中國在經濟領域深化改革、擴寬開放的具體體現。經濟犯罪屬於法定犯且具有二次違法之特性，因而自貿區內的經濟法律和行政法規之調整勢必影響經濟犯罪的圈劃與認定，故自貿區內的刑法適用呈現特殊性。但同時有學者指出自貿區域內不存在刑法適用的衝突，其理由在於同一客觀行為之所以在自貿區內外具有不同的法律評價，是因為該種行為的法定犯屬性和相應刑法條文的空白罪狀所致。若行為不能滿足法定犯“二次違法性”中第一階層的行政違法性，那麼就不能進行第二階層的刑事違法性判斷。在自貿區內外受到不同刑法評價的同一行為，從本質上看並不是刑法條文

不適用於自貿區，而是該行為在自貿區內因滿足了特殊的行政法律規範而不具有行政違法性。此種觀點值得商榷，因為行政法規和刑法規定之間的關係非常緊密。在法定犯領域，僅憑刑法規範無法完成對行為的價值評定，行政法規作為與刑事法律的有機結合且具有補充刑法真空部分的作用，同時行政法規作為刑事評價的前置規範，雖不等同於刑法本身但確屬於違法性評價和可罰性判斷的重要標誌，進而被視為刑法的實質內容。⁴ 綜上，經濟法律和行政法規的內容對刑法的規制界限和規制對象具有直接影響，自貿區內刑法適用的特殊性是客觀存在的，且刑法適用的特殊性與刑法適用的普遍性之間的碰撞無法避免。

（三）自由貿易區內刑法法益保護機能之重新衡量

刑法保護法益的範圍早已超出了個體法益範圍，國家法益和社會法益等超個人法益已被刑法承認。自貿區內法律制度以深化體制改革為導向的創新，如在資本項目上實行人民幣與外匯的自由兌換，導致逃匯行為和騙購外匯行為在自貿區內不再構成犯罪，再如自貿區內實施“認繳等級制”、“先照後證登記制”、“年度報告登記制”等工商登記註冊方面的政策，造成虛報註冊資本罪、虛假出資、抽逃出資罪在自貿區內喪失適用空間。一系列的制度創新壓縮了刑法適用的範圍，進而我們有必要追問刑法應在何種程度內保護超個人法益，如何在刑法的自由保障機能和安全保護機能之間進行重新衡量。德國學者馬克思認為，共同法益只具有一種被導出的功能，只有當它保護個人利益且與個體具有本質性關聯時，才是正當的。超個人的法益必須能夠從個人法益中直接推導出來，才應當被承認。⁵ 從社會發展的視角考察，現代各國國家政府職能的發展呈現出政治統治職能逐漸減弱和社會管理職能不斷增長的趨勢。在自由競爭時代，資本主義國家奉行亞當·斯密的古典經濟學理論，強調自由市場競爭，反對政府干預，這導致了壟斷龐大的企業和托拉斯。出於對絕對自由主義經濟和社會政策的反思和救濟，20世紀初西方部分發達國家通過一系列反托拉斯立法，採納凱恩斯為代表的經濟學家的建議，主張政府積極干預經濟，採取多元化

手段調控需求，運用擴張或緊縮政策抑制經濟危機。社會發展至今，政府普遍採取宏觀調控、間接管理的方式，盡可能多地把社會管理職能交給社會行使，實現社會職能社會化。從刑法規制的角度出發，刑法法益保護的界限應根據社會發展狀況進行適時調整，刑法對超個人法益的保護應視為對個人法益保護的預防和前置化措施。即只有對含有個人法益侵害危險的超個人法益才有必要納入刑法規制範疇，行為只是單純違反了一定的社會經濟、管理秩序，沒有發生最終具體法益侵害的場合，應審慎對待犯罪化。對於存在具有可以確定的具體法益侵害的場合，立法不能輕易地以保護超個人法益為理由，規定犯罪和設定行為的構成要件。總之，在自貿區金融創新過程中，較大刑事風險是客觀存在的，但在綜合考量下，金融創新將產生更大的價值。因此面對自貿區內出現的法律風險，刑法應多一點寬容甚至是容忍的態度，強調以多元化法律手段保障經濟建設，不應讓法律尤其是刑法成為自貿區制度構建和金融創新的障礙，同時我們認為不阻滯或扼殺金融創新是刑法在自貿區構建階段的規制界限。

三、自由貿易區內經濟犯罪刑事防控體系之優化策略

（一）刑事立法模式之多元化轉變

通過中國刑事立法的歷史沿革研究，不難發現中國刑事立法模式具有刑法典單一式之顯著特徵，亦稱“大一統”立法模式。此種刑事立法模式將所有的犯罪構成和刑罰配置都集中規定於刑法典之中，不利於部門法間的有機結合。風險社會下，犯罪手段不斷翻新且日漸複雜，如何實現控制風險和保障安全，僅憑一部刑法典或許難以實現，因此應重視單行刑法和附屬刑法的有效銜接。其中，附屬刑法能為刑法條款的補充及適用提供重要依據，並且為將來的刑法典修改奠定基礎，因此附屬刑法雖不具有刑法之名義，卻能發揮刑法之作用。如德國、日本、澳門地區和台灣地區，都採用了附屬刑法的方式將經濟犯罪予以及時規定和補充，有效添補了刑法典規定的間隙。就附屬刑

法的優勢而言，首先附屬刑法有利於在精確規制定犯罪，尤其在經濟犯罪和行政犯罪，這對於完善自貿區內多元化的管理體系具有積極意義。其次，附屬刑法有助於預防犯罪。“大一統”立法模式支配下的修法思路往往導致部門法的禁止內容與刑法內容相脫離。明確而具體的刑法規定能有效的為社會公眾提供清晰的行為指引，積極發揮刑法預防犯罪之功效。再有，附屬刑法對於在不修改刑法典的情況下根據社會需求調整犯罪圈劃具有積極意義。並且，刑法典與附屬刑法具有相同的法律位階，在適用上具有平等性。總之，中國有必要完善附屬刑法的規定，發揮其應有機能。具體至自貿區內經濟違法及犯罪行為而言，首先就嚴重違反行政法、經濟法規範的行為而言，立法機關可在行政法、經濟法等非刑事法律中直接規定罪狀和刑罰。若維持現狀，一律將可由部門法規定的犯罪轉由刑法典規定，一是顯得蒼白無力，限制了預防犯罪之效果，二是提高了司法機關的辦案難度，不利於社會的和諧穩定。其次，對於借助自貿區寬鬆經濟管理模式而實施類如洗錢犯罪、內幕交易、操縱證券、期貨市場犯罪、走私犯罪、騙取出口退稅犯罪的行為主體，在嚴厲打擊和懲處之時，仍應堅守罪刑法定原則，遵循“法無明文規定不為罪，法無明文規定不處罰”的刑法基本理念，恪守罪責刑相適應原則，從而維護刑法權威。總之，在構建自貿區自由、高效的貿易環境的進程中，對於頻發的經濟犯罪必須堅持刑法是最後一道屏障的準則，以行為是否具有二次違法性作為法定犯的認定標準，強調刑法典與附屬刑法的有機結合。

(二) 自貿區域內刑法適用衝突之解決路徑

隨着中國經濟體制改革的逐步深入，以自貿區構建為契機的法律體制轉變將從體制上保障和推動經濟的健康發展。正如自貿區內經濟、行政法律規範的諸多變化，不能忽視刑法與其他部門法之間的密切關係，刑法應有所轉變，以滿足創新變革中的自貿區構建階段的需求。部門法的調整已經影響到了法定犯的適用，更為明顯的轉變還體現在自貿區內刑法適用特殊性與刑法適用普遍性之間的碰撞。因此如何找尋一條可行性發展路徑成為了自貿區法律制度創新的重

要課題。前述談及在自貿區大刀濶斧改革的背景下，刑法適用在自貿區域內特殊性將是客觀存在且不能避免的事實。從整體層面來看，刑法適用的普遍性應在自貿區域內遵循。在查閱相關文獻資料的基礎上我們認為，過度強調刑法的普遍適用性而一味地否定自貿區在刑法適用發麵的特殊性，將不利於自貿區法律體系之創新與構建。對此，我們或可通過探索一些適應自貿區發展需要又不影響刑法普遍適用性的路徑，以化解刑法適用的困境。詳言之，或可依賴於刑法修正案的推出、立法解釋的出台和司法解釋的發佈這三種途徑。

其一，刑法修正案之推行。刑法修正案的主要功能之一即是根據社會發展狀況對刑法典的內容進行調整和刪除。就中國立法沿革來看，自1999年全國人大常委會頒佈第一個刑法修正案至2015年第九個刑法修正案。在這16年間，刑法修正案作為中國刑法典修正和補充的重要路徑已發揮了積極作用。換言之，在自貿區法律制度的演化過程中，可以採用刑法修正案模式來化解和協調自貿區內刑法適用的特殊性和適用的普遍性之間的衝突。因為隨着經濟體制變革的不斷演化及民眾認識的日益轉變，犯罪圈劃的範圍亦要發生變化，某些個罪可能已經喪失了存在的必要，而某些個罪儘管能夠保留但不及時進行合理的調整，那麼這些個罪將難以滿足自貿區域內經濟轉型和體制創新帶來的現實需求。

具體至個罪而論，非法吸收公眾存款罪可以通過刑法修正案之方式予以廢除，同時非法經營罪的構成要件亦需要經由刑法修正案之形式進行調整。從該罪的歷史沿革考察，非法吸收公眾存款罪具有較為濃郁的計劃經濟色彩。該罪設立之時全球正處於經濟危機時期，該罪的設立對保護中國金融秩序起到了重要作用，但從近年來的司法實踐觀察，非法吸收公眾存款罪有擴大化的趨勢，但這樣的趨勢並未能有效控制非法吸收公眾存款的現象發生，還致使該罪陷入了理論的爭議。在市場經濟日益發達的今日，尤其是自貿區建設如火如荼的當下，非法吸收公眾存款罪與經濟發展、制度創新整體策略顯得格格不入。近幾年來該罪就因為嚴重阻礙民間融資的發展而處於輿論批判的中心，自互聯網金融活動在民眾間普及，該罪又因涉

嫌阻滯互聯網金融的發展而受到了民眾的質疑。在另一方面，互聯網金融活動通過網絡信息平台向不特定的社會公眾吸收資金，這樣的行為缺乏刑法的有效規制；在另一方面，不少集資人採用面對面的傳統方式向不特定的社會公眾吸收資金的行為卻受到了刑法的嚴厲打擊。在市場經濟條件下，市場主體應當具有平等的地位和權利，特定行業的壟斷經營權不應輕易通過刑罰手段進行保護。任何行為構成犯罪都必須要解決其侵害法益的關鍵問題，當前和今後很長的時期中國都處於社會轉型期，在經濟體制改革的背景下，經濟犯罪的處罰犯罪需要慎重劃定。⁶ 在此邏輯下我們可預見，在自貿區域內利率化市場日益實現之時，互聯網金融業務儼然要成為自貿區域內一項重要產業，應然層面上互聯網金融活動理應受到刑法規制與實然層面上互聯網金融活動不可能被追究刑事責任的矛盾將會逐日顯現。因此，有必要採取刑法修正案之方式廢除非法吸收公眾存款罪，為自貿區經濟制度創新掃除不應有的法律阻礙。此外，自貿區域內的制度改革採取負面清單模式，這擴大了市場准入的範圍，任何主體可以自由進入或退出負面清單以外的行業，而非法經營罪的構成要做則難以契合該種管理模式。對此，採用刑法修正案對非法經營罪構成要件進行調整成為了優化刑法典的可行性路徑。詳言之，對“違反國家規定、未經批准或是未經許可”的規定作出符合社會發展狀況的解釋，或增加“違反禁止進入的法律規定”之內容，從而使得該罪能夠適應自貿區的構建與發展。

其二，立法解釋之出台。自貿區內刑法適用存在的衝突問題的解決亦可借助於立法解釋的出台。針對《刑法》第 158 條和第 159 條規定的立法解釋已經為我們協調自貿區內刑法適用的衝突解決指明了方向。⁷ 可知在自貿區構建的過程中，對於類似情況，即由於自貿區新政策的施行而使得刑法中的某些罪名需要被賦予新的含義或者是需要重新明確刑法適用依據時，便可以借助於立法解釋的出台來調整犯罪圈劃，同時協調刑法適用性之衝突。

其三，司法解釋之發佈。風險社會背景下，隨着科技變革的不斷深入，經濟領域內呈現的犯罪形式層出不窮。對此，一方面強調刑法典與附屬刑法的有機

結合，理性分配國家權力的佈局，另一方面則應要求刑法應契合時代發展，減少成文法體系法律滯後的弊端。自貿區內經濟、行政法律法規的轉變勢必造成犯罪圈劃的擴張與縮窄，會造成同一行為在自貿區內外受到不同的刑法評價。對此，若不加區別的適用刑法而不顧及自貿區建設的特殊情況，在自貿區內外劃定相同的犯罪圈，則將有悖於罪刑相適應的刑法基本原則，亦違背了自貿區構建的初衷。因此我們可採取司法解釋的方式，在自貿區內外劃分不同的犯罪區域和設置不同的量刑標準，以符合社會發展狀況的現實需求。

（三）司法猶豫制度之試行

司法猶豫制度是指中國處置權的行使應充分考量其社會效果，以暫緩或節制國家刑罰權的行使為指向，裁量作出不啟動或暫緩啟動司法處分決定的制度。⁸ 該制度的產生源於社會防衛的刑事理念，表達了對真實個人的價值與尊嚴的尊重，體現了犯罪人回歸社會可能路徑的關注。按照刑事訴訟程序所處階段的不同，刑事司法中的司法猶豫制度可以分為偵查階段移送的猶豫、審查起訴階段的猶豫以及審判階段宣告和執行的猶豫。這亦表明了司法猶豫制度與刑事政策二者之間具有緊密的聯繫。基於某些刑事政策的考量，法律會賦予司法機關一定的自由裁量權，在特定情況下，通過司法猶豫制度的推行來實現對犯罪嫌疑人、被告人、犯罪人的非刑事化處理，以預防和化解潛在的社會矛盾，實現和諧穩定的社會狀態，這與風險社會下的安全訴求不謀而合。在查閱相關文獻的基礎上，我們認為或可在自貿區域內試行司法猶豫制度，該制度的採用不僅有助於調和自貿區內刑法適用性之衝突，促進刑法典與附屬刑法的有機結合，還有利於自貿區的構建與發展，實現法律效果與社會效果的協調統一。此外不應忽視的是自貿區內採取寬緩的刑事政策，這是由自貿區內實施的經濟制度改革與創新的背景所決定的。若忽視了自貿區的特殊性，在自貿區內外規定相同的犯罪圈劃，顯然不符合自貿區內寬緩刑事政策的要求。況且在刑法修正案、立法解釋和司法解釋沒有對自貿區內刑法體系進行調整的情形下，就以嚴苛的標準對相關行為主體施加刑罰，這

不僅嚴重損害自貿區內從業者的積極性，造成廣泛的消極影響，而且對今後類似問題的處理亦將造成長遠的負面效應。對於那些在自貿區內出現的具有爭議的刑事案件應當審慎對待，首先根據自貿區“先行、先試”的特殊性政策，適當地推行司法猶豫制度，暫緩

追究自貿區內相關責任人員的刑事責任。總之，司法猶豫制度的推行不僅可以緩解自貿區內刑法適用的衝突，而且該制度所產生的積極效果也與自貿區寬緩刑事政策相契合，有助於實現法律效果與社會效果的有機統一。

註釋：

- ¹ 靳高風：《2014 中國犯罪形勢分析與 2015 年預測》，載於《中國人民公安大學學報》(社會科學版)，2015 年第 2 期，第 3 頁。
- ² [德]烏爾里希·貝殼：《世界風險社會》，吳英姿等譯，南京：南京大學出版社，2004 年，第 102 頁。
- ³ 根據《關於支持中國(上海)自由貿易試驗區建設的若干意見》的相關規定，除法律特別規定的情形外，取消了公司最低註冊資本的規定，不再限制公司設立時全體股東的首次出資額及比例，不再限制公司全體股東的貨幣出資金額佔註冊資本的比例，不再規定公司股東繳足出資的期限。
- ⁴ 劉憲權：《自貿區建設中刑法適用不可迴避的“四大關係”》，載於《政法論壇》，2014 年第 9 期，第 152 頁。
- ⁵ 楊萌：《德國刑法學中法益概念的內涵及其評價》，載於《暨南學報》(哲學社會科學版)，2012 年第 6 期，第 68 頁。
- ⁶ 何榮功：《自由秩序與自由刑法理論》，北京：北京大學出版社，2013 年，第 301 頁。
- ⁷ 在全國人大常委會於 2014 年出台的《關於〈中華人民共和國刑法〉第一百五十八條、第一百五十九條的解釋》中對實行註冊資本實繳等級制、認繳登記制的公司的適用範圍問題進了解釋，即對於《刑法》第 158 條、第 159 條之規定，只適用於依法實行註冊資本實繳登記制的公司。該立法解釋對虛報註冊資本罪和虛假出資、抽逃出資罪適用範圍的限制級縮小，很大程度上契合了自貿區內有關政策的推行，滿足了犯罪圈劃的現實需求。
- ⁸ 徐鶴喃、郭雲忠：《刑事司法中的猶豫》，載於《法學家》，2006 年第 6 期，第 80 頁。