

# 论我国资本刑法的完善

刘仁文<sup>1</sup>, 陈妍茹<sup>2</sup>

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

**摘要:**我国目前的资本刑法立法仍受计划经济思维模式的影响,偏重对笼统经济秩序的保护,犯罪圈过大,自由刑过重,且立法过于模糊,公众的认同度低。完善资本刑法,一方面,要秉持审慎犯罪化的态度;另一方面,要对某些资本犯罪作除罪化、轻刑化处理,改变资本刑法笼统保护经济秩序的做法,在有其他调控方法可供选择的前提下尽量避免轻易入刑。此外,还要改进刑罚配置,必要时用罚金刑和资格刑来取代自由刑,并在资本刑法领域推动真正的附属刑法立法。

**关键词:**资本刑法;资本犯罪;社会转型;刑法规制

**中图分类号:**D9

**文献标识码:**A

**文章编号:**1007-905X(2017)05-0057-07

近年,我国资本市场发展迅速,资本在国家和社会生活中所占地位日趋重要,使得资本刑法脱颖而出,成为刑法学界一块新的相对独立的研究领地<sup>①</sup>。同时,由于我国资本市场正处在“新兴加转轨”阶段,更应加强对资本犯罪及其刑法规制的研究之必要。

## 一、资本刑法的概念

探讨资本刑法的概念,首先需要明确资本犯罪的概念。资本犯罪是指破坏国家资本市场管理制度、造成资本法益受损、其社会危害性达到应用刑法来予以规制的行为。这一定义又可从两个层面来理解:一是实然层面,即现有刑法对该类行为所规定的罪名,它反映的是现行立法者所持有的态度;二是从应然层面,即刑法应当将哪些破坏资本法益的行为入罪,它既有可能在某些方面窄于现行立法(如某些现行刑法规定为犯罪的不应入罪),也有可能宽于现行立法(如某些现行刑法没有规定为犯罪的应当入罪)。有学者将资本犯罪分为六大类:资本市场发行环节中的犯罪,资本市场交易环节中的犯罪,资本市场管理环节中的犯罪,资本市场中的公司犯罪,资本市场中的贪污贿赂犯罪,资本市场中相关的财产犯

罪如职务侵占罪、挪用资金罪等<sup>②</sup>。如果从广义说和狭义说来看资本犯罪,则广义的资本犯罪可以包括一切与资本有关的犯罪。例如,针对因所有制性质不同,同质的行为罪名不同、法定刑也不同的立法现状,笔者曾提出“刑法应平等保护公有和非公有经济”的命题。虽然现行刑法使用的是国有或非国有的财物、资金、资产等概念,但按照党的十八届三中全会的决定,发展“国有资本、集体资本、非公有资本等交叉持股、相互融合的混合所有制经济”也必然要适用刑法对不同所有制经济平等保护的思路(刘仁文,2014)。因此,将刑法中涉及国有或非国有资本的犯罪纳入资本犯罪的研究视野,在平等保护国有或非国有资本的语境下是有意义的。又如,证券期货市场作为重要的资本市场,有关证券期货的犯罪毫无疑问也可以纳入广义的资本犯罪范畴中来。不过,为使研究对象相对确定,特别是站在社会变迁与刑法发展的角度来思考问题,本文拟采用狭义的资本犯罪概念[但不排除在必要的时候(如对策建议部分)也对该概念持一定的开放性],即现有刑法条文和学理表述中含有“资本”字眼的犯罪及与之密切相

收稿日期:2017-02-10

基金项目:国家社会科学基金项目(11BFX129)

作者简介:1.刘仁文,男,中国社会科学院法学研究所研究员、刑法研究室主任,博士生导师,主要从事刑法学研究;2.陈妍茹,女,中国社会科学院法学研究所博士研究生,主要从事刑法学研究。

关的犯罪。具体而言,主要包括以下两类:一是有关公司资本制度的犯罪,如虚报注册资本罪、虚假出资罪和抽逃出资罪等(以下将这三种犯罪简称“两虚一逃”罪);二是有关非法筹集资本的犯罪,即非法集资犯罪<sup>③</sup>,如非法吸收公众存款罪,集资诈骗罪,擅自发行股票、公司、企业债券罪,高利转贷罪,擅自设立金融机构罪,欺诈发行股票或债券罪,以及特定情形下的非法经营罪等。

明确资本犯罪的概念之后,资本刑法的概念就清晰了:所谓资本刑法,就是规定资本犯罪罪名及其刑罚的刑法规范。我国刑法诞生于计划经济时代,虽历经修改,仍带有较强的国家管制色彩。在资本刑法领域,表现为维护国家对金融的垄断地位、禁止民间金融、打击违反统制的经济秩序的行为,典型的如非法吸收公众存款罪、“两虚一逃”罪等。不可否认,这些罪名在设置之初对于维护特定历史时期的市场稳定、控制投机行为和规范公司运作起到过积极作用。但随着经济体制和社会治理模式的转型,原有的一些规定显示出与社会发展不相适应的一面。公司资本领域内“两虚一逃”犯罪被虚置,民间金融行为非但没有在严厉的法律威慑下减少,反而因市场这只看不见的手的调节而呈愈演愈烈之势。

十八届三中全会后,国家推进金融改革,扩大金融业对内、对外开放,对民间金融采取鼓励和支持的态度,除法律、行政法规另有规定的外,注册资本由实缴登记制改为认缴登记制,不再限制最低注册资本、首次出资比例及缴足期限,对公司资本的管制基本放开。在此背景下,原有的单纯以管制、打压为主的资本刑法立法思路亟须调整。

## 二、我国资本刑法的立法回顾

我国刑法对资本的规制经历了一个从无到有,从党的十一届三中全会后的开始萌芽到20世纪90年代的迅速发展、严格管控,再到十八届三中全会后逐渐放开的过程。

### (一)刑法规制空白期

十一届三中全会以前,我国对资本的管控以政策调控为主,刑法规制基本处于空白状态。新中国成立之初,民间资本较少,但旧中国遗留下来的私营行庄仍然存在,并继续对私营工商业开展贷款业务。考虑到当时仍然存在的部分私营经济的需要,国家对其采取了利用并疏导的政策,如规定其经营范围仅限于与私营工商业有关的存放款业务、汇兑和个人存款等;同时,鼓励其依法继续经营正当业务,组织运用其资金,在其有资金困难时给予贷款支

持等。社会主义改造基本完成后,国家建立了统一的计划经济体制及高度集中的金融体制,私营行庄被公私合营的银行取代。1955年,公私合营银行与中国人民银行储蓄部合署办公,其地位类似于中国人民银行的一个部门,原来办理的私营工商业业务归并于人民银行。1956年,公私合营银行总管理处与中国人民银行总行私人业务管理局合署办公,公私合营银行最终被纳入中国人民银行体系。此后,民间资本活动逐渐失去生存空间。

### (二)刑法规制萌芽期

十一届三中全会后,我国实行改革开放政策,经济体制也转变为以计划经济为主、市场调节为辅、多种经济形式并存,社会上开始出现中小私营企业、个体工商户,资本活动逐渐兴起。尽管1979年《刑法》没有专门规定资本犯罪,但其中的诈骗罪和投机倒把罪在实践中被用于对偶发的集资诈骗行为和高利贷行为追究刑事责任。计划与市场的双轨制加剧了当时社会上的投机倒把行为,以致全国人大常委会在1982年通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》将投机倒把罪的最高刑升格为死刑。同年4月,中共中央、国务院发布了《关于打击经济领域中严重犯罪活动的决定》,指出要严厉打击“投机诈骗”的经济犯罪行为,资本流通领域的犯罪得到重视。

### (三)刑法规制发展期

1992年党的十四大明确提出建立社会主义市场经济体制,我国经济建设掀起了新的热潮。经济建设中的资金需求也刺激了民间资本的发展,但由于缺乏系统的监管制度,资本领域秩序混乱,无固定资产、无固定经营地点及定额人员的“皮包公司”,以及无资金、无场地、无机构的“三无公司”大量滋生,“乱集资”“乱办金融业务”“乱办金融机构”的现象也很严重。这些资本乱象破坏了正常的经济秩序。国家相继颁布一系列法律法规,开始了长时间的整顿治理工作,资本刑法的立法规制取得较快发展。

为防止公司设立和经营中的欺诈行为,1993年《公司法》采用严格的法定资本制度,规定股东在设立公司时必须一次性募足所认缴的全部资本,注册资本应达到法定最低资本额,且对违反《公司法》的行为明确规定了行政处罚制度,并概括性地规定了刑事责任。就刑事责任而言,由于1979年《刑法》没有与之对应的罪名,直到1995年全国人大常委会通过《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》,才正式确立了“两虚一逃”的罪名及其具体的刑事责任。相应地,1997年《刑法》在对法律后果及个别表述稍作调整后吸纳了上述决定的内容,“两虚一逃”罪被纳入

新的刑法典。在这一时期,除“两虚一逃”罪以外,司法机关还颁布了许多其他有关资本刑法的规定,如《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》等。此外,1997年《刑法》还增设了高利转贷罪<sup>④</sup>。1997年《刑法》颁行后,有关部门出台了一系列管控民间金融的措施,这些措施基本以禁止和打击民间融资为主,如国务院1998年颁布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》,最高人民法院2004年颁布的《关于依法严厉打击集资诈骗和非法吸收公众存款犯罪活动的通知》等。在当时的背景下,对混乱的资本行为进行管制是保护刚刚起步的社会主义市场经济、维护社会稳定的需要。但是由于过度依赖刑法规定,对很多资本违法行为作简单的入罪化处理,没有其他配套规制措施,因而管控效果并不令人满意。

#### (四) 刑法规制逐步放开期

十八届三中全会通过了《关于全面深化改革若干重大问题的决定》,与此同时,国家放开了对公司注册资本的管制,除法律、行政法规另有规定外,注册资本由实缴登记制改为认缴登记制,不限最低注册资本、首次出资比例及缴足期限,且公司实收资本不再登记。在民间借贷领域,2015年最高人民法院发布《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》,对民间借贷行为的主体范围及利率作出清晰的界定,放宽对民间借贷利息的限制;对于企业之间的借贷给予一定条件的许可,将自然人、法人、其他组织之间及其相互之间的资金融通行为纳入民间借贷的范围,合法的民间借贷范围扩大。

面对国家对资本管制态度的转变,《刑法》也作出相应调整,如2014年全国人大常委会通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第一百五十八条、第一百五十九条的解释》,明确了《刑法》第一百五十八条、第一百五十九条的规定只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司,即实行注册资本认缴登记制的公司不再适用上述规定。由于暂不实行注册资本认缴登记制的行业仅限于国家规定的银行业、金融机构、证券公司、期货公司、基金管理公司等27类,虚报注册资本、虚假出资和抽逃出资等罪名的适用范围大大缩小。同时根据最高人民检察院、公安部《关于严格依法办理虚报注册资本和虚假出资抽逃出资刑事案件的通知》的规定,虽然实行注册资本实缴登记制的公司仍然可以适用“两虚一逃”罪,但在追究刑事责任时“应当认真研究行为性质和危害后果,确保执法办案的法律效果和社会效果”,表明了有关机关在法律适用时的谨慎态度。应当看到,尽管立法

机关和司法机关已经作出上述局部调整,但我国资本刑法的立法依然存在很多亟待解决的问题。

### 三、我国资本刑法存在的问题

#### (一) 计划经济思维模式影响下的刑事立法滞后于经济体制转型

我国目前资本刑法的立法基本成型于1997年《刑法》,彼时我国仍然是政府主导型的经济模式,市场经济尚未完全成熟,维护市场秩序仍然是首要任务,且计划经济时期对经济行为严格全面管理的思维方式还有很大的影响力,这个背景决定了当时出台的资本刑法注重维护经济秩序。

注重维护经济秩序的特点从刑法分则的体例安排及罪名设置也可以看出,如“两虚一逃”罪,非法吸收公众存款罪,擅自发行股票、公司、企业债券罪,集资诈骗罪,高利转贷罪等罪名均规定在破坏社会主义市场经济秩序罪中。这表明在立法者看来,这些犯罪侵犯的主要客体是经济秩序,而不是具体法益。以非法吸收公众存款罪为例,只要行为人实施非法吸收公众存款或变相吸收公众存款的行为,并达到所谓“扰乱金融秩序”的程度,即使吸收公众存款实际上让存款方获利,也构成非法吸收公众存款罪。

应当看到,现在我国政府主导型的经济体制已经逐渐被较为自由的市场经济体制取代。经济体制转型要求资本刑法对经济自由、金融创新及资本行为持更加宽容的态度。良好的经济秩序的形成与维护是社会多方面作用的结果,如良性的市场规则、合理的激励机制、透明的信用查询系统、公平的赔偿制度等,应更多地靠市场自律及行政法、经济法、民法等非刑法规范来调整。如果刑法仍然将保护笼统的经济秩序作为主要目标,则不利于市场自发秩序的形成,也与我国经济体制改革的方向不符。

#### (二) 自由刑偏重

我国有着重刑主义的传统,在经济犯罪领域(包括资本犯罪领域)尤其如此,如非法吸收公众存款罪、擅自设立金融机构罪均最高可处十年有期徒刑。《刑法修正案(九)》虽然废除了集资诈骗罪的死刑,但该罪的最高刑仍为无期徒刑。这些资本犯罪毕竟是经济主体在从事经济活动中的行为,属于法定犯,较之杀人、强奸等自然犯,行为人的主观恶性要小很多<sup>⑤</sup>,而且它使受害人蒙受的更多的是经济损失。在物质日益丰富的现代社会,人的自由价值要远远高于财产价值,不宜再对资本犯罪处以过重的剥夺人身自由的刑罚。无期徒刑是自由刑的终极形式,其严厉性仅次于死刑,在某些国家和地区,无期徒刑和死刑一样,也是不可引渡的。例如,1973年

《美洲国家间引渡公约草案》就将无期徒刑与死刑同时作为拒绝引渡的理由。根据德国《刑事案件国际司法协助法》，在需要将德国公民引渡至欧盟成员国时，终身自由刑也不引渡（除非当事人有重获自由的审查机会）。因此，无期徒刑应只适用于社会危害性和行为人人身危险性都很严重的犯罪，对于行为人几乎没有人身危险性的集资诈骗罪等，适用无期徒刑过于严厉<sup>⑥</sup>。

### （三）公众认同度低

刑法学是一门精巧的、专业性强的学科。由于个人背景、知识结构、价值取向等方面的差异，对刑法的理解不可能做到完全一致，在某些方面不一致是允许和正常的。但尽可能地保持刑事立法与公众感情的一致性，使刑法获得公众的认同，对刑法的实施以及公众的守法乃至社会的稳定都具有重要作用。资本刑法领域内公众认同度低的现象表现突出，这方面的许多案件争议都很大。如“孙大午非法吸收公众存款案”，社会公众大都对孙大午抱以同情态度，认为其行为并不构成犯罪；不少专家学者也纷纷对刑法中的非法吸收公众存款罪提出质疑，不认可“孙大午案”的处理方式。再以该罪为例，该罪的构成要件规定“以非法占有为目的”，但实践中往往通过不能归还借款的结果来倒推主观目的，致使很多非法吸收公众存款的行为被认定为集资诈骗罪。由于集资诈骗罪的刑罚远重于非法吸收公众存款罪，导致很多所谓的集资诈骗案中犯罪人被处以死刑或无期徒刑，这些严厉的刑罚措施超出了公众的预期，很难得到认同。以“吴英案”为例，该案一审、二审时吴英均被判处死刑，但该死刑判决在学界和民间引起激烈争论，绝大多数民众认为吴英不应判死刑；不少学者也认为吴英不具有非法占有的目的，不构成集资诈骗罪。在群众的呼声和学者的强烈质疑下，最高人民法院最终没有核准死刑，而是将案件发回重审，重审法院虽然最后还是认定吴英构成集资诈骗罪，但“综合考虑，对吴英判处死刑，可不立即执行”。可以说，“吴英案”的最终改判是刑法规定及其适用与公众认同之间激烈对抗的一个折中结果。

### （四）犯罪边界模糊

由于资本领域内交易结构的复杂性、金融工具的不断创新发展、立法的模糊等原因，很多案件的定性往往边界模糊。例如，非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪的罪名规定都很简单，因此需要不断对法条进行解释。国务院、中国人民银行、最高人民法院在明确何为非法集资时都规定，非法集资行为应具有“面向不特定的社会公众吸收资金”的特征，但何为“面

向不特定的社会公众吸收资金”仍很难把握，定性错误的情况时有发生。2014年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合颁布的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》又增加了间接公众的概念<sup>⑦</sup>，使如何认定“不特定社会公众”更加复杂。

犯罪边界的模糊性不仅在案件认定阶段造成大量问题，而且导致人们对自己行为性质认识上的模糊。行为人不能准确预见自己的行为是否有可能被认定为犯罪，因此，他不得不缩手缩脚、踌躇不前，并且忍受利益相对方的威胁。这种模糊不仅在微观上折磨了行为人，也在宏观上阻碍了金融发展和金融创新，导致民间融资成本增高，引发一系列的寻租行为，最终可能会阻碍实体经济的发展。

## 四、完善我国资本刑法的建议

刑罚是一种不得已的成本昂贵的“恶”，这种“恶”要取得一定的正当性，至少要符合“法益损害原则”或者“伤害原则”。同时，其使用前提应该是刑罚是有效的，且没有其他可替代措施。结合目前我国资本刑法领域存在的问题，本文提出如下完善建议：

### （一）秉持审慎犯罪化的态度

可以预见，在我国资本市场的发展过程中，由于融资手段不断创新，资本市场中的不规范行为还会继续出现，这就不排除将有的行为上升为刑事犯罪来处理<sup>⑧</sup>，或者已有的罪名需在犯罪主体、犯罪行为方式等方面扩大涵盖范围<sup>⑨</sup>，或者有的罪名在现有刑罚体系下需要适当提高刑罚以实现罪与罪之间处罚力度的均衡<sup>⑩</sup>。需要注意的是，今后不应仅仅以侵犯笼统的经济秩序为入罪理由，且如果可以通过适用其他规制手段来达到目的，就要避免轻易适用刑法。

不可否认，那些对人类社会的存在具有底线意义的秩序本身就是刑法需要保护的重要法益，但如果不区分秩序的价值、类型和内涵，一概强调刑法对所有秩序的保护，将动摇刑法的根本属性，使其功能产生变异。在资本违法领域，很多行为因维护秩序的需要而被入罪，但在有些罪中，对秩序的违反并不会给国家和人民造成重大的生命、财产损失，因此不一定非要用刑法来规制，如妨害对公司、企业的管理秩序罪中规定的“两虚一逃”罪等。甚至，某些秩序的维护不排除只是在维护特定垄断部门的利益，如破坏金融管理秩序罪中规定的高利转贷罪<sup>⑪</sup>。对于部分确实危害了经济秩序但不具有具体法益侵害的行为而言，虽然用刑法来维护秩序必然是有效率的，但刑法在关注效率的同时更应关注公平。因此，如果这些行为只违反经济秩序，并不具有具体的法益侵害，就应当原则上用别的法律来取代刑法进行干涉。

对于资本犯罪这种法定犯而言,只有在穷尽其他规制方式仍然无效后才可考虑刑法规制,也就是说,刑法必须建立在相关民商法、经济法和行政法的基础之上。这不仅是刑法的谦抑性和最后保障性所要求的,更有法律调控效果的考虑,同时也是由资本犯罪的自身特点所决定的。资本犯罪的受害人遭受的大多是经济损失,相比让被告人失去人身自由,受害人更关注的是如何弥补自己的经济损失。此时,赔偿损失更能修复受损的社会关系,更利于社会的和谐稳定。大量案件也表明,鉴于刑事程序的复杂性,很多时候受害人往往更倾向于民事程序。简单的刑事入罪排斥了通过其他法律规制手段调控的可能性,而且往往由于入罪的效果不好,又引发立法机关希望通过加重刑罚的方式来遏制犯罪的想法,从而形成恶性循环。德国1972年成立的经济刑法改革委员会确定的经济刑法改革的基本方针就是:刑法应当尽量减少对经济关系的干预,尽可能以行政、民事赔偿措施和企业的自我监督来取代刑罚<sup>⑩</sup>。我们在资本刑法的立法中,尤其需要有此思维。

## (二)部分资本犯罪应适时除罪化、轻刑化

一种行为是否需要被认定为犯罪与其所处的时代有关。社会在变迁,犯罪圈也会相应发生变化。某些在特定历史时期被认定为犯罪的行为,可能在之后又会被除罪化。现行资本刑法中的部分罪名或者体现了国家对金融的垄断,或者体现了国家对经济秩序的过度保护,应在完善相关配套措施的同时,对其作除罪化处理。

例如,非法吸收公众存款罪实际上是20世纪90年代国家对金融采取垄断政策的立法表现。到了今天,打破金融垄断、拓宽民间融资渠道已是大势所趋,该罪退出历史舞台也就成为时代发展的要求。另外,由于该罪对“公众存款”的界定模糊,没有规定犯罪目的,导致实践中大量正当的为扩大生产经营而筹集资金的行为被纳入非法吸收公众存款罪的范畴,阻碍了民营经济的发展,使该罪实际上成为规制非法集资的口袋罪。因此,非法吸收公众存款罪应尽快除罪化。当然,除罪化并不意味着对各种吸收公众资金的行为就不再规制,在废除该罪的同时,应扩大《证券法》中对“证券”的界定范畴,将具有公开募集资金性质的行为按照证券发行来界定范畴,将其纳入《证券法》的管理之下。此外,吸收公众资金行为的规范还需要依赖多方面的努力,如金融监管制度的完善,公众担保、抵押等法律法规的健全等。

“两虚一逃”罪也应彻底除罪化。“两虚一逃”罪是我国旧公司法严格的法定资本制下的产物(黄伯

青、黄晓亮,2008)。国务院进行注册资本改革后,对于大多数实行注册资本认缴登记制的公司而言,已经没有虚报注册资本、虚假出资、抽逃出资的必要,且新修订的《公司法》及有关公司法的司法解释对虚报注册资本、虚假出资、抽逃出资等均规定了相应的民事责任和行政责任。在已有相应民商事规范的情况下,应尽量为当事人创造更大的自治空间,保护可能的交易机会,使其不因公权力的过分干预而被破坏。虽然目前“两虚一逃”罪的范围仍然可以适用于暂不实行注册资本认缴登记制的行业,但笔者认为,公司的注册资本只是公司成立时的一个账面数额,并不代表公司实际拥有的资产,也不能反映公司的资信情况、偿债能力和对债权人的保护程度。随着《公司法》由资本信用向资产信用的转变,企图通过严格控制公司注册资本来保护债权人利益的立法理念已经过时(卢建平,2014)。废除“两虚一逃”罪,通过经济及行政法律来规制公司资本制度中的违法行为是完全可行的<sup>⑪</sup>。

再如高利转贷罪。本罪是金融机构利益在立法上的强势表达,其立法目的是确保银行在信贷市场中的垄断地位及资金安全,保证信贷市场的利率处于计划条款之下。依据现行法律,只要以转贷牟利为目的,套取金融机构信贷资金高利转贷他人,违法所得数额较大的,都将被纳入刑法的调整范围。但是随着经济转型,信贷市场已经发生了改变,信贷资金的来源及投放都已市场化,民间借贷、信托投资、P2P网贷均成为银行信贷的有益补充。特别是十八届三中全会决定推进利率市场化的改革及金融改革,未来的信贷市场会越来越开放。在这种情况下,高利转贷罪的立法目的已经完全落空(蒋涤非,2014)。其实,对于高利转贷的行为完全可以通过民事法律及个人和单位贷款信用体系的完善来处理。如果个人或单位高利转贷给银行造成了损失,可以要求其赔偿损失,并取消此人或该单位再次贷款的资格;没有给银行造成损失的,则取消此人或该单位再次贷款的资格即可。

此外,我国资本犯罪领域还存在自由刑过重的问题。除集资诈骗罪最高可判无期徒刑过重外,其他一些资本犯罪的自由刑也应适时轻缓化,如擅自设立金融机构罪最高可处十年有期徒刑也过重。当然,轻缓化并非要放纵犯罪,而是在完善刑罚配置的基础上,针对资本刑法的特点采取更有效的处罚措施<sup>⑫</sup>,以便更好地达到惩罚犯罪和预防犯罪的目的。

## (三)完善资本犯罪的刑罚配置

资本犯罪是法定犯,且多以牟利为目的,犯罪人

几乎没有人身危险性,因此资本犯罪的刑罚配置可以区别于暴力犯罪,即不单纯倚重自由刑,在完善罚金刑的前提下尽量使用罚金刑,并合理使用《刑法修正案(九)》规定的预防性措施。

在当今许多西方国家的刑罚体系中,罚金刑都已成为主刑,并在刑事司法实践中得到广泛运用,其适用比例一般已达到被定罪判刑的刑事案件的70%以上,有的国家甚至达到90%以上<sup>⑤</sup>。我国罚金刑的适用范围虽然已经扩大,且资本犯罪基本都配有罚金刑,但罚金刑仍然是附加刑,很多时候并不单独适用,而附加适用时又大多执行不了,使罚金判决成为法律白条。对于资本犯罪而言,由于犯罪人具有逐利目的,如果将罚金刑上升为主刑,并确保罚金能得到有效执行,那么,单处罚金刑可能比自由刑更能达到预防犯罪的目的,且有利于弥补被害人损失,避免自由刑适用的副作用(如造成服刑人回归社会困难)<sup>⑥</sup>。要想使罚金刑发挥更大作用,除将其上升为主刑外,还需要完善罚金数额的确定方式。按照现有规定,资本犯罪的罚金数额的规定方式一般有无限制制、限额制和比例制三种。无限制制完全不规定具体数额,不符合罪刑法定原则的要求;限额制罚金一般数额不高,往往被犯罪人计算为违法成本,难以取得威慑作用;按照比例收取的罚金对某些犯罪人来说数额不大,也难以发挥威慑力,但是对另外一部分犯罪人来说则数额过大,很难执行。建议在确定罚金数额时综合考虑犯罪人实际违法所得及个人经济情况,制定个性化的罚金数额确定机制及缴纳机制,确保罚金刑的执行和罚金威慑效果的实现<sup>⑦</sup>。

在完善罚金刑的同时,还要合理使用预防性措施。《刑法修正案(九)》规定了预防性措施条款,对于因利用职业便利实施犯罪,或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的,人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要,禁止犯罪人在三至五年内从事相关职业,期限自刑罚执行完毕之日或者假释之日起开始计算。由于很多资本犯罪都需要利用特定的职业便利来实施,因此在预防资本犯罪中应当利用好这一规定。需要注意的是,适用预防性措施条款实际上在一定意义上是对犯罪人职业自由权的限制,可能增加其回归社会的难度,因此在适用预防性措施条款时需要遵循必要性原则和比例原则(叶良芳、应家赞,2015)。如果不适用预防性措施,犯罪人也没有再犯的危险,就无须适用。即使适用预防性措施,也建议先对职业进行详细分类,并对所限制的职业力求准确描述,避免限制过多而使犯罪人难以再就业。

#### (四)推动资本犯罪的附属刑法立法

如前所述,资本刑法还存在犯罪边界模糊的问题,而犯罪边界模糊多由立法的模糊所致。导致立法模糊的原因是多方面的,其中之一是我国法典式的刑法立法模式。为了追求法典的稳定性,立法者只能尽量运用概括性的表述方法,以便使刑法能涵盖更多可能出现的犯罪方式。

在传统社会中,自然犯占绝大多数,法典式的立法具有很大优势。但人类步入工业社会之后,法定犯占的比重越来越大,人类逐渐进入法定犯时代。以刑法典为主的单轨制刑法立法体制也随之变成了双轨制:自然犯规定在刑法典中,法定犯则规定在其他法律中<sup>⑧</sup>。这是因为刑法典要想获得公众认可,其内容必须是普通人能够理解的。自然犯贴近日常生活,符合普通人的自然情感,更适合纳入刑法典中;而法定犯具有很强的专业性,往往充斥着大量公众陌生的名词,普通人难以理解,甚至有时不具备专门知识的法律人员也难以理解,并不适合全部运用法典式立法来规定,而需要附属刑法来补充规定。

附属刑法是指规定在《经济法》《行政法》等非刑事法律中的有关犯罪与刑罚的具体规范<sup>⑨</sup>。严格说来,我国并不存在真正的附属刑法,因为我国所谓的附属刑法并没有规定犯罪的具体成立条件及明确的法定刑,只是笼统规定“构成犯罪的,依法追究刑事责任”。本文所倡导的附属刑法是指在其他法律中明确规定具体的犯罪构成要件和法定刑的刑法规范。资本犯罪不仅都为法定犯,而且具有不断变化、不断创造新的犯罪方法的特点,资本刑法只有及时调整才能准确对此类犯罪现象作出反映。这些特征决定了采用附属刑法的立法模式更为可行,这样不仅能使刑法典保持相对稳定,也便于司法机关适用法律,还有利于相关人员随时查阅法律规定,从而起到更好的预防犯罪的作用。

#### 注释:

- ①有学者质疑提出资本刑法概念的意义,笔者认为,创制一个资本刑法的概念,有利于刑法学界展开对资本犯罪领域的系统研究,具有现实意义和理论价值。
- ②参见刘建:《资本市场安全与刑法规制》,中国人民公安大学出版社2009年版,第126—127页。作者对资本犯罪作了详细分类。
- ③刑法上并没有非法集资罪,它是学理上对非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪等犯罪的统称。
- ④高利转贷罪规制的是套取金融机构的信贷资金并

- 高利转贷给他人以牟利的行为。前文提及的高利贷行为系用自有资金来发放高利贷,迄今《刑法》并没有将其入刑。
- ⑤储槐植教授曾指出,经济犯罪处罚太重,这是我们面临的一个很大的问题。他同时还形象地指出,自然犯既有客观上的罪,也有主观上的恶,但法定犯只有客观上的罪,没有主观上的恶。
- ⑥当然,从体系化角度而言,对普通诈骗罪等其他非暴力犯罪的刑罚也要相应地降低其严厉性。
- ⑦所谓间接公众是指集资人本人并没有直接向不特定的公众集资,而是向特定人借款,由该贷款人向不特定的公众吸收存款。
- ⑧例如,在证券期货领域,目前比较一致的看法是:应当明确保荐人在不履行法定职责时的刑事责任,以加强对保荐人相关违法违规活动的制约。另外,在当前兴起的私募股权基金、投融资公司、网络P2P融资平台以及“众筹模式”中,也存在很多不规范行为,某些操作方式引发了应否犯罪化的讨论。
- ⑨如目前我们的内幕交易罪犯罪主体还是特殊主体,将来也许会扩大到一般主体。
- ⑩如根据现行《刑法》规定,欺诈发行股票、债券罪,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的,最高可处五年有期徒刑。这个确实需要作适当提高,因为这种行为实质上就相当于集资诈骗。
- ⑪高利转贷罪的立法目的主要是为了维护银行在信贷市场上的垄断地位及国有资金的安全。这个罪名不应当存在,其部分内容应当非犯罪化,部分内容可以被吸纳进骗取贷款罪中。
- ⑫参见朱华荣主编:《各国刑法比较研究》,武汉出版社1995年版,第53页。
- ⑬需要注意的是,刑法上的除罪化一定要与经济及行政法律上的监管相配套才能取得最佳效果。参见刘燕:《公司法资本制度改革的逻辑与路径》,载《法学研究》2014年第5期。
- ⑭对于包括资本犯罪在内的经济犯罪之处罚,国际上的共识是少用自由刑,而主要靠以下两个办法:一是资格的剥夺,二是财产罚。
- ⑮参见卢建平主编:《刑事政策学(第2版)》,中国人民大学出版社2013年版,第74—75页。
- ⑯当然,将罚金刑作为主刑还涉及刑罚体系的调整,以及各刑种之间的衔接(如罚金刑与自由刑的转换)等问题。另外,罚金刑成为主刑,并不排斥在特定情形下可以实行自由刑与财产刑并处的刑罚配置,只不过从国外的立法例来看,这种并罚的刑罚制度不是原则,而是例外。
- ⑰比如,我们可以参考按照应缴纳罚金的天数和每天根据自己经济能力应交付罚金的数额的日额罚金制,这种制度既能让每个受处罚的人感受到刑罚的效果(经济能力好的人要多交罚金,反之则少交),又能改善罚金刑的执行状况。
- ⑱储槐植:《要正视法定犯时代的到来》,《检察日报》2007年6月1日,第3版。
- ⑲许多西方发达国家的附属刑法中的罪名数量都大大超过刑法典中的罪名数量,如日本刑法典及几个单行刑法规定的自然犯大概不到300个罪名,但是规定在附属刑法中的法定犯却有5000个之多。参见储槐植:《要正视法定犯时代的到来》,《检察日报》2007年6月1日,第3版。

编辑 潭影  
王小利

## On the Perfection of Criminal Law Regulation of Capital Crime in China

Liu Renwen, Chen Yanru

**Abstract:** Under the thinking mode of planned economy, current legislation on capital crime in china lays particular stress on the protection of general economic order, which results in an over-sized crime circle and excessive penalty against freedom. Meanwhile, the legislation is too ambiguous and public recognition is low. In order to perfect the criminal law regulation of capital crime, it is necessary to adopt an attitude of prudent incrimination. At the same time, the traditional practice of protection of general economic order should be moderated so that some capital crimes could be decriminalized or punished lightly. Where there are other optional ways of regulation, criminal sentence should be avoided. Besides, penalty configuration should be improved. That is to say, when necessary, fine penalty and qualification penalty could be substitutes for penalty against freedom. Legislation for subsidiary penal provision in the area of criminal law regulation of capital crime will thus be promoted.

**Key words:** Criminal Law Regulation of Capital Crime; Capital Crime; Social Transformation; Criminal Law Regulation