

刑法调整违反经济规制行为的边界

时延安

〔摘要〕 在我国，由公权力实施的惩罚类型主要是行政处罚和刑事处罚，相应地，针对违反国家对经济活动规制行为的惩罚，也存在“惩罚二元制”。在法律实践中，如何区分经济性违法行为与经济犯罪是一个相当复杂的问题。结合规制理论，可以将“破坏社会主义市场经济秩序罪”区分为单纯规制犯和非单纯规制犯。两者都违反了国家对经济活动的规制；不同的是，非单纯规制犯还侵犯了个体性法益。在我国现有法治框架下，对于单纯规制犯的刑法立法应当持十分审慎的态度，对这类行为原则上以行政处罚为宜；对属于单纯规制犯的犯罪类型，在司法适用中，应通过目的解释方法限缩其实际适用范围。

〔关键词〕 单纯规制犯；经济犯罪；非法经营类犯罪；目的解释

〔作者简介〕 时延安：法学博士，中国人民大学法学院教授，博士生导师，刑事法律科学研究中心特聘研究员（北京 100872）

一、引言

国家运用强制力治理经济事务的手段无外乎两种：规制与惩罚。本文中的规制，是指国家对经济活动的规范和控制。规制一般可分为两种类型：社会性规制和经济性规制。^{〔1〕〔P2〕}前者如安全和健康、环境保护、消费者保护等领域的规制，后者主要适用于具有垄断性质的企业。^①惩罚，在这里是指由法定机构依法作出的能够对个人或组织权利形成剥夺或限制效果的终局性制裁措施。在经济活动中，政府、媒体或者行业组织对市场经济主体作出的谴责、信誉评价、名誉排行等，虽然也能带来一定的不利后果，但这些并非法律意义上的惩罚；同时，这里的惩罚具有外部性，不包括经济主体内部或者纯粹基于内部管理关系而给予的处罚。在现有法制框架内，惩罚包

括行政处罚和刑事处罚（即刑罚）。对经济领域违法行为的行政处罚，也可以视为规制的附属部分，即所谓事后规制。行政处罚的规制效果，就是为事前和事中规制提供保障，确保规制的有序实施。从效果上看，刑罚权的实施也有利于规制目的的实现，但并不能将刑罚也作为规制的手段来看待，因为刑罚权的具体实现（即定罪量刑）要坚持罪责原则，要充分考虑犯罪人的可谴责性，在一定程度上还要考量危害行为对社会伦理价值的影响。而对经济活动的规制，是一种对社会基本秩序的维护，它并不强调对违反规制行为主体危险性的谴责，而且国家对经济活动的规制与维护社会伦理价值也没有直接关系。

国家运用刑罚惩罚违反经济规制行为自古有之。在前现代社会，政府主要在制币、税收、专营等方面干预经济活动，其目的并非维护市场的繁荣稳定，而是为解决其对内统治和外部安全所

① 对两种规制类型还有更为宽泛的界定，就是从规制行政的角度进行划分：前者是以保障人民的生命安全和身体健康，确保人民的生活秩序为目的而进行的规制，其外延接近于治安；后者是对企业及其经济活动的规制。参见杨建顺：《规制行政与行政责任》，2-3页，载《中国法学》，1996（2）。

需的财政支持。由于政府管制这些经济活动对于其统治具有重要意义，因而对于违法行为会给予重刑。就有关制币犯罪中危害相对较轻的“私铸钱”^①而言，在汉代早期仅判处黥^{[2](P122)}，后期则要处以“弃市”，在唐代要处以“流三千里”^{[3](P676,683)}，在明代要处以“绞”^[4]，在清朝也是死刑。进入现代社会，国家对经济的干预更为频繁，刑罚权介入经济生活的范围也日益扩大。以中国刑法为例，有关经济领域的犯罪集中规定在刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中，共计108种犯罪，几乎占全部犯罪的四分之一；在妨害社会管理秩序罪中，有些条款也与经济活动相关，如破坏环境资源保护罪。回顾自1979年以来刑法的发展过程，也会明显发现经济违法行为的犯罪化是整个刑法立法中最为突出的一个部分。

在西方国家也是如此。在英美法系中，传统上，刑法是针对较为贫困阶层的控制手段，将它针对新兴的产业阶层不太妥当。^{[5](P37)}当然，从刑法理论上讲，犯罪成立要求犯意的存在，因而难以对行为人定罪，同时当面临大量来自行业的关切时，也很难对行为人进行谴责，治安法官也不愿意给社会“同侪”贴上罪犯的标签。但是，经济发展带来各种社会问题，政府开始运用民事和刑事手段进行干涉。在19世纪70年代前，就开始尝试这类做法，但直到第二次世界大战后这类做法才广泛推行，其中最具代表性的法律工具就是“规制性犯罪”，又称“民事犯罪”^{[6](P373)}，即引起刑事惩罚的轻微违法，但被认为仅具有民事性而不具有刑事性，因为这类行为属于违反禁止的行为（即“禁止恶”），本质上不属于应予以谴责的行为（即“自体恶”），而且惩罚方式为罚金。德国经济刑法的发展具有相同的历史背景，不过，

其通过区分刑法和违反秩序法，将不同类型的违反经济规制行为分别加以规定。^{[7](P119-127)}

对经济行为的法律规制，在不同社会制度中、基于不同意识形态会有不同的模式。我国在计划经济体制下，政府对经济行为的规制力十分强大，对个人经济行为予以严格限制，因而将违反这类规制的行为规定为投机倒把罪有其道理。^②而实行社会主义市场经济体制之后，在认识到个体经济行为对整体经济活动的正向促进作用后，政府放松了对个体经济行为的管控，投机倒把罪的除罪化自然是水到渠成之事。^③不过，政府对个体经济行为的规制仍继续存在，尤其是在重要经济领域，政府对个人经济行为的限制仍十分严厉，在违法性的判断上，奉行的并非“法不禁止即可为”的原则，而是采取“法不授权（利）不可为”的思路，授权的方式就是行政许可。对于这类违反规制的行为，尤其是在特定领域未经许可或者超越许可范围的行为，在达到一定程度时，执掌刑罚权的国家机关就会予以追究，最为典型的就刑法中非法吸收公众存款罪、非法经营罪的存在。也正是由于违反规制行为只是表现为对政府管控经济行为的单纯违反，因此，在尚未对他人的财产权益造成潜在危害的情况下，动辄以刑罚权相威慑或者进行刑事追究，则难免产生争议。

在现有法治框架内，针对经济领域的违法行为，运用公权力进行的惩罚包括行政处罚和刑事处罚（即刑罚），即存在着所谓“惩罚二元制”。^④对违反法律规制的行为予以行政处罚，可以看做是维护经济秩序的体现。不过，对何种并达到何种程度的违反规制行为规定为犯罪，以及应否适用现行刑法进行惩罚，则是比较复杂的问题。前者属于立法问题，后者属于司法问题，

① “私铸钱”指未经政府授权或许可而铸造钱币，与伪造相区分，即“铜钱言私铸，其体质犹铜钱也；金银言伪造，则体质全非金银矣”。参见薛允升：《唐明律合编》，676页，北京，法律出版社，1999。

② 1979年刑法第117条规定：“违反金融、外汇、金银、工商管理法规，投机倒把，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处、单处罚金或者没收财产。”根据该法第118条的规定，该罪的最高法定刑为10年有期徒刑，且可以并处没收财产。同样带有明显的、与计划经济相关联的条文，还有第120条有关伪造、倒卖计划供应票证的规定。

③ 废除该罪的理由，立法机关认为是“投机倒把罪的规定比较笼统，界限不太清楚，造成执行的随意性”。但也同时指出，废除该罪的背景是“社会主义市场经济发展的要求”。参见王汉斌：《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉的说明》，载高铭喧、赵秉志编：《新中国刑法立法文献资料总览》（中），1833页，北京，中国人民公安大学出版社，1998。

④ 以公权力实施的惩罚类型还包括司法处罚，即对违反司法程序（主要是审判程序和执行程序）的行为也可以处罚。例如，《民事诉讼法》第110条第2款规定：“人民法院对违反法庭规则的人，可以予以训诫，责令退出法庭或者予以罚款、拘留。”虽然该法将这种司法拘留和罚款界定为“妨害民事诉讼的强制措施”，但这类措施带有终局性质，因而应视为惩罚的一种。

但两者的通约之处在于：违反规制与刑罚权适用的关系，即刑罚权调整违反规制行为的边界在哪里？换个角度发问，以刑罚相威吓的、违反规制的行为应具备哪些条件？与此相似的问题就是，行政处罚权指向的违法行为范围与刑事司法权指向的犯罪行为范围应当如何界分？不过，两者并非同一个问题：前者分析的基点是规制本身，行政处罚被视为规制的后置手段，而从规制这一基点考察刑罚权的适用，可以更为便利地分析和探究将违反经济规制行为作为犯罪处理的正当性问题；后者只是对两种公权力适用空间的实然区分，区分的尺度是“量”，即将行为导致危害程度轻重作为区分两者适用范围的根据，这实际上就是比例性原则的适用。

本文试图解决的问题是，将哪些违反经济规制的行为作为犯罪加以规定（立法层面）或依照刑法进行处罚（司法层面）才是正当的。这里所说的正当性判断，并非在现有法制之外寻求标准或者观念上的可接受性，而是在现行法制框架内，依循现行体制下的分权原则进行分析。借以分析的尺度首先是刑法的而非行政法的，这当然是基于专业角度作出的选择。

二、基于刑法调整利益类型的判断

学理上认为，现行刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的客体或者法益是社会主义市场经济秩序。从整体法制角度观察，这一秩序首先是由国家制定法律、政府通过行政规制形成的。^①这一秩序的形成过程，是对自主经济行为运用法律进行规范，借此形成相应的法定条件、标准，进而通过行政许可授权个体（自然人或者单位）从事经济活动。从这个过程看，规制的本质在于将自主经济行为予以法律化，进而对经济主体的资格、行为等进行控制和约束，以保障经济活动的平稳进行、有序发展。这个过程同

时也可看做是将依靠自治和道德规范约束行为转换为主要依靠法律规范约束行为的过程。对经济行为进行规制的正当理由，主要是管控自主经济活动可能具有的风险：经济活动是财产流动和分配的过程，因而这种活动可能会影响他人的财产安全，例如商业欺诈；经济活动的终端在于各种形式的消费，而生产、经营活动所具有的风险可能最终在消费环节出现，例如涉及衣食住行等方面的产品欺诈乃至健康权侵犯；货币是经济活动的“血液”，保障其正常流通是维系经济运转的关键环节，保持这种“商品”供应的稳定、有序，自然也十分重要；政府要维持国内市场秩序、保持国内就业和经济发展，势必要对域外经济的进入加以控制，尤其是对有可能严重影响国内市场波动的外来经济行为进行必要监管。经济活动中的风险客观存在，但某种经济活动中风险存在的程度以及转换为实际损害的可能性，对其判断却又有主观性，而如果为了保护特殊利益群体或者形成垄断，那么，有关经济活动的风险判断就会被人为操纵，进而通过公权力进行规制。从刑法的角度看，违反规制行为的入罪或定罪问题，不能仅仅将违反规制本身作为适用刑罚权的根据，而是要更多地考虑违反规制行为对个体性权益构成威胁的程度。

现行刑法中将单纯违反经济规制行为直接作为犯罪进行规定的情形很少，只有虚报注册资本罪、虚假出资、抽逃出资罪、擅自设立金融机构罪、非法吸收公众存款罪、擅自发行股票、公司、企业债券罪、违法运用资金罪、违法发放贷款罪、吸收客户资金不入账罪、违规出具金融票证罪、逃汇罪、非法经营罪、非法买卖、转让土地使用权罪、逃避商检罪。这类犯罪的共同特点是，行为人违反国家法律法规所确立的经济规制秩序，在没有造成其他利益损害的情况下，当达到一定程度（数额、数量、情节）时，即作为犯罪处理。^②而该章其他犯罪虽然也是以违反规制

^① 这里存在的问题是，民商法律是否具有规制性？商法显然具有规制性，因为政府对商事主体的行为具有明显的规制性，而且恰恰是依靠行政许可（批准）等手段进行规制的。一般而言，民法并不具有规制性，但是其关于民事主体（如法人）权利能力和行为能力的规定，多少也带有一定的规制色彩。

^② 这些犯罪的构成要件中并没有“造成其他损失”的规定。但一些司法解释或者准司法解释，为个别犯罪增加了带有其他经济损失性质的成立要素，如逃避商检罪。根据最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第83条规定，逃避商检的进出口货物价值金额在300万元以上的和多次逃避商检的，属于违反规制行为，而“导致病疫流行、灾害事故的”以及造成损失等情形，并不属于单纯违反规制行为。

作为犯罪成立要件的条件，但同时也将其他损失作为犯罪成立的要素，或者犯罪既遂必然对他人的利益形成危险或者实害。例如，生产、销售伪劣商品罪一节的九个犯罪都具有一定的欺诈性质，都会对消费者的财产权形成不同程度的侵犯，其中药品、食品、医用器材、电器等产品、化妆品的造假、售假行为，还会对消费者的人身健康、财产带来危险或者造成损害；走私罪的存在，不仅是为了保护国内经济稳定，也是为了确保国家的税收，而税收是国家财政收入的主要来源，可以说，走私行为会直接导致国家税收的减少。^①

结合以上列举，可以将经济犯罪分为单纯违反规制的经济犯罪和非单纯违反规制的经济犯罪，出于行文便利的考虑，本文将两者简称为“单纯规制犯”和“非单纯规制犯”。从如上列举可以看出，刑法中非单纯规制犯要远远多于单纯规制犯。^②非单纯规制犯的成立，要考虑对其他自然人的身、财产利益或者单位乃至国家的财产利益的危害，这些利益都属于重大利益，本来就属于刑法确认和保护的范围；单纯规制犯，虽然最终也可以与财产利益建立起“微弱”的联系，但仅仅表现为一种对经济秩序的违反，而不是直接表现为对个体性利益的损害。^③从目前有关立案标准或者定罪量刑标准的法律、司法解释或准司法解释的规定看，非单纯规制犯的定罪或者追诉“门槛”多以造成财产损失或者人身健康损害作

为标准，而单纯规制犯的“门槛”是从事违反规制行为的“量”，如经营数额等。^④如此，就可以提出一个在立法论和解释论上都值得思考的问题：如何确保单纯规制犯与非单纯规制犯的比例关系？

从刑法立法的维度分析，非单纯规制犯的犯罪化问题本身不会引起太大争议，可能引发质疑的仅仅在于将其独立规定为犯罪的必要性问题，如有没有必要在诈骗罪之外规定金融诈骗罪。^{[8](P3)}对于单纯规制犯的犯罪化问题，其争议相对而言就比较大。例如，《公司法》（2013年12月28日经过全国人大常委会决定修改）修改前，有关虚报注册资本罪、抽逃注册资金罪的讨论就属于这种情形。有论点认为，将这类行为规定为犯罪不妥。^⑤对于非法经营罪、非法吸收公众存款罪也存在同样的争议。对于单纯规制犯而言，在立法上讨论其存在的正当性，往往会从社会危害性程度上进行比较，或者从刑法的补充性或谦抑性角度进行论证；在解释论层面讨论，实际上也从危害程度判断，哪些单纯违反规制行为可以作为犯罪处理，哪些则只应作为经济违法行为进行行政处罚。

从社会危害性程度判断，对于违反经济规制行为而言，实际上要综合考虑四个方面的因素：（1）侵犯秩序性利益的重要性。例如，一般认为，金融秩序作为一种利益看待，要比一般市场秩序所体现的利益重要，这可以看做是非法吸收公众

^① 当然，刑法有关走私罪的规定存在较大的问题，其中有些走私行为不属于经济犯罪，如走私武器、弹药、核材料的行为应归入危害国家安全罪中，因为走私行为实际上属于运输形式的一种；走私假币应放入破坏金融管理秩序罪中，与货币犯罪归入一类。除走私普通货物、物品罪外，其他类型的走私犯罪也可以在刑法分则其他章节中找到“归宿”。立法机关将走私毒品罪放在毒品犯罪中，是较为妥当的。

^② 刑法其他章节中的单纯规制犯也不多，具体包括：危险驾驶罪，非法生产、买卖警用装备罪，非法生产、销售专用间谍器材，窃听、窃照专用器材罪，扰乱国家机关工作秩序罪，组织、资助非法聚集罪，非法集会、游行、示威罪，组织他人偷越国（边）境罪，运送他人偷越国（边）境罪，偷越国（边）境罪，非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪，倒卖文物罪，非法出售、私赠文物藏品罪，非法组织卖血罪，非法占用农用地罪，非法生产、买卖武装部队制式服装罪。有些犯罪表面上看具有单纯规制犯的特征，但实质上并非如此。例如，非法狩猎罪以违反规制为前提，但并非单纯规制犯，因为野生动物资源的所有权归属国家，非法狩猎的行为同时也是侵犯国家财产权的行为。

^③ 在这里，对国家财产权的侵犯，是将国家作为个体加以看待的，这种看法受到了民事侵权法的启发。

^④ 有的非单纯规制犯也会以经营数额或者相类似的数额为定罪标准，但该经营数额也可以看做造成他人损失数额或者对应着一定的损失数额。例如，生产、销售伪劣产品罪的定罪数额为销售金额5万元人民币，该金额即对应着（并不一定等于）消费者的损失金额。

^⑤ 关于虚报注册资本罪存废的讨论，在新公司法出台前就有广泛讨论。参见丁若：《关注“虚报注册资本罪”：权威之间的激烈争论》，载《21世纪经济报道》，2003-09-11。在新公司法出台后，也有一些论者提出废除虚报注册资本罪的观点。参见王志祥、韩雪：《论与公司资本制度有关的犯罪圈——以公司资本制度的重大调整为视角》，载《法治研究》，2014（2）；蒋安杰：《公司法定资本制度改革的理解与思考——专访中国政法大学教授、中国商法研究会常务副会长赵旭东》，载《法制资讯》，2014（3）；刘凯湘、张其鉴：《公司资本制度在中国的立法变迁与问题应对》，载《河南财经政法大学学报》，2014（5）。

存款罪、非法经营罪中有关证券、期货、保险业务、结算业务规定的立法理由。(2)对特定经济秩序的不当影响范围。对此,主要从市场影响规模来判断。由于单纯规制犯并没有直接的受害人群,因而其主要是对正常经济秩序的影响。例如,非法吸收公众存款的情形,主要看吸收存款的金额和存款来源所涉及的人数,由此大致推断对正常的存贷款秩序的影响。(3)对最终利益产生威胁的远近程度。如上所述,单纯规制犯虽然不直接表现为对个体性利益的侵犯,但会影响到个体性利益,如果违反经济规制行为与形成利益损害之间的“距离”相对较近,则入罪或定罪的可能性就大,反之就小。例如,在饲料和动物饮用水中加入有害的添加剂,最终会影响到人体健康,司法解释将这种行为规定为犯罪。^①(4)社会舆论的影响。对此,当社会舆论关注度较高,尤其是“予以严惩”的呼声较高时,入罪和定罪的可能性较大,反之较小。

不过,对上述因素的判断都具有相当的主观性。就利益的重要性判断来讲,不同类型经济秩序之间是否存在位阶关系,很难说有一致而明确的标准,甚至可以说刑法中所保护的经济关系也不见得比其他经济关系更重要。例如,刑法中没有将房地产市场秩序、公共建设工程管理秩序、为婴幼儿等易受害个体提供服务方面的市场秩序等纳入其中,违背这类规制的行为只有造成严重损害的情况下,才可能被刑事追究,而仅仅违反规制的行为并不能构成犯罪。^②再如,有关粮食安全^③方面,刑法中只有生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪(第147条),但涉及开发、种植、物流、储存等方面,刑法基本上不闻不问。如此比较,并非主张所有涉及民生的违反规制行为统统入罪,而只是想强调立法者判断利益

的重要性时具有较强的主观性,而且在提出立法建议和制定草案的过程中,部门利益不可忽视地影响到立法决策。违反规制行为产生不利影响范围大小,也不一定与社会危害性有关。例如,非法吸收公众存款行为,会否对正常的存款秩序形成侵犯,缺乏足够的实证研究予以说明。对于银行等金融机构而言,这充其量是一种不正当竞争行为,因为非法吸收存款行为会承诺更高的利率,而银行等金融机构的利率要受到央行的制约。至于非法吸存行为是否会造成“投资人”的财产损失问题,应当说如此投资行为显然风险很大,但投资人难道不是甘愿冒险吗?^④对最终利益形成威胁的远近程度,在判断上同样具有主观性,因为从违反规制到造成实际损害的因果关系判断(或者盖然性判断),在很多情形下,对其判断缺乏足够的科学支持。例如,在“毒豆芽”案件中,虽然行为人在豆芽生长环节中加入了未被许可添加的生长添加剂,但科学证据不能证明“毒豆芽”有毒、有害。^⑤对社会舆论诉求合理性的判断过程也具有相当大的主观性,如果要做到客观准确,也需要实证研究予以佐证。

通过以上简要分析,可以大致得出结论,单纯规制犯的社会危害性证成,与非单纯规制犯相比要更为困难。对此,是否可以说单纯规制犯缺乏立法正当性呢?在已经入罪的情况下,在具体适用时是否要大幅度限缩其适用范围呢?

三、单纯规制犯的刑事处罚必要性论证

对这一问题的讨论,首先要解决的疑惑是,刑法有没有规制经济的功能。如果说刑罚对经济主体有所威慑,进而使其不敢或者轻易不敢违反经济规制的话,则刑法具有“规制”经济的功

^① 最典型的例子就是,2002年8月16日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中的相关规定。

^② 笔者曾提出,对建筑工程中偷工减料的行为可以按照刑法第140条生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。参见时延安、徐丽娟:《建筑工程中严重偷工减料行为的定性》,载《中国检察官》,2013(4)。该看法得到一些基层司法机关的关注,但迄今没有以此观点处理案件的例子。其主要原因在于,现行法律并未清晰地给出适用根据,因而法官不太愿意主动“试水”。

^③ 区别于食品安全(food safety)。

^④ 当然,这里有个问题,就是很多非法吸存行为带有一定欺诈性,主要表现在对风险说明不够的情况。

^⑤ 同样的问题也存在于“地沟油”案件中。或许有观点认为,只要是违背公序良俗的食品生产、加工行为即可构成犯罪,因为“民以食为天”。但刑法第144条毕竟将“有毒有害”作为定罪的根据之一,而有毒有害显然不是一个凭情感判断的问题,而要依据科学来判断,如果没有科学证据能够证明食品“有毒有害”,则很难予以定罪。

能。不过，这时刑法所发挥的作用，与对其他公民的作用是一样的。这时的“规制”并非是建立秩序，而仅仅是稳定秩序；这时刑法也没有告诉经济主体应该如何从事经济活动，而只是告诉他们做了什么事情可能受到惩罚。此时的“规制”也是二次性的，而且刑法根本无法修复被破坏的经济秩序，具有修复功能的法律是民法和商法。所以说，刑法中的“规制”与经济规制中的“规制”意思已然不同。更为重要的是，刑罚的适用带有强烈的人格谴责性，而规制的目的仅仅在于经济秩序的正常运转。可能的问题是，经济性行政处罚是否具有规制功能呢？对这个问题的回答会困惑于应然与实然的区分。从现行法律看，由于我国刑法认可单位犯罪，经济性行政处罚与刑罚在适用标准上是很难区分的，而且前者的惩罚效果并不低于后者，如此就存在一个比较明显的比例性失调的问题。^① 不过，如果将视线集中在自然人犯罪来看，两者目的是不同的，因为前者并没有明显的人格谴责性，而仅仅是对违反经济规制行为的纠偏，所以说，经济性行政处罚还是辅助于经济规制的，而且由于是行政权的作为范围，可以看做是政府进行经济规制的组成部分；而刑罚则属于司法权，对经济秩序维持而言，其发挥作用的“点”与经济秩序维持的“线”之间距离太远了。所以，可以简单地说，刑法没有直接规制经济的功能。

如此认识，是否意味着对违反经济规制行为只以行政处罚就足够了？如果经济性行政处罚会发挥足够的遏制效果或者预防“再次”违反规制行为，那么，对于单纯违反经济规制的行为只给予经济行政处罚就足够了，而且，如此对经济主体的损害最小，也有利于其再生。但从我国的实践看，经济行政处罚的预防功能比较弱，因为其针对违反经济规制行为本身，对经济主体经济活动的限制能力是有限的，因而刑罚被赋予了更多期待。比较而言，刑罚的预防功能要强得多，而且功能也更为多元，经济主体由此付出的代价更

大，而且再生的可能性极小。因为刑罚适用带有强烈的谴责性，必然会对经济主体赖以存在的信誉形成毁灭性的打击。从这个角度分析，单纯规制犯的正当性主要建立在预防的基础上，即是为了防止违反规制的经济主体再次犯错，以施以刑罚的方式进行预防。可以说，对于单纯规制犯而言，适用行政处罚即可达到惩罚效果，但刑法却冲到了前头。

对这一认识的可能质疑是：单纯规制犯确实对现行法律秩序构成了侵犯，对其追究刑事责任不也是实现报应吗？不过再次追问会发现，单纯规制犯并没有对一个具体的、现实的、可归属的^②利益构成危险，而只是违反了抽象的秩序。这就涉及对报应的理解问题。对此，存在三种学说：（1）被害报应论，认为刑罚的正当化根据在于，刑罚是被害人因犯罪而遭受的具体损害的代偿；（2）秩序报应论，认为法秩序被犯罪所搅乱；（3）罪责报应论，认为犯罪人基于自己的意思选择了犯罪行为，刑罚就是对这种选择追究责任。^③[9](P3-4) 对于单纯规制犯的惩罚根据问题，显然是基于秩序报应而非被害报应的。不过，从秩序报应论出发来证成单纯规制犯存在的正当性，其基础是比较弱的。理由有三点：（1）如果一项秩序缺乏道德基础，则单纯违反秩序而没有妨害其他个体性利益行为的可谴责性是十分微弱的；（2）如果一项秩序不以利益保护为目的，则违反秩序行为的可谴责性无法得以支撑；（3）单纯违反秩序的行为，对具体个体利益不会造成不当影响，实际受损的是政府权威，对此，以行政权进行干涉就可以了，没有必要动用本质上属于司法权的刑罚权。当然，如果将刑罚的正当化根据建立在预防基础上，也会认为对单纯规制犯的惩罚根据更多地在于实现预防：在特殊预防上，为克服行政处罚在预防上的弱势，通过刑罚处罚首先会使行为人丧失（短期的或长期的）犯罪能力，甚至通过刑法和其他法律的“配合”达到职业禁

^① 如此结论会极大地削弱单位犯罪存在的正当性。不过，如果将单位犯罪的存在视为对自然人犯罪罪责的减轻，似乎可以解决其正当性的问题，但带来的另一个质疑就是，对单位完全可以进行严厉的经济行政制裁，同样缓和了对自然人犯罪的刑事责任负担。

^② 可归属，这里指具有明确的所有者或者利害关系人。

^③ 三种学说并非一个层次上的，前两种学说在讨论报应的伦理根据，主要是对立法论进行指导，而罪责报应讨论的是哲学根据，主要着眼于对解释论进行指导，因为前两种学说可以作为将某一危害行为予以犯罪化的根据，而罪责报应论则没有这样的功能。

止的效果^①；在一般预防上，会对其他“不守规矩”的人形成心理威慑。不过，如此论证很容易引发刑罚功利主义的联想，也容易引来康德式的批评：将人作为手段，而不是目的。

从惩罚必要性角度论证单纯规范犯的正当性，会发现其基础是比较弱的。同样，从犯罪化理论角度分析，会发现单纯规制犯的惩罚根据也是比较弱的。关于犯罪化的根据，按照美国学者范伯格的观点，犯罪化正当性的根据及界限有四个：（1）损害原则，以对他人的福利性权利利益的不法损害为界限；（2）冒犯原则，以不可避免的深度冒犯为界限；（3）法律家长主义原则，以自愿性不足为界限；（4）法律道德主义原则，以固有的非道德性为界限。^{[10](P111-121)}从这些原则判断，也很难认为单纯规制犯符合上述犯罪化的正当性原则。关于犯罪化理论，美国学者胡萨克强调最后手段性（last resort）^{[11](P217)}、英国学者安德鲁·艾什沃思在“最小主义路径（minimalist approach）”中将最后手段性作为判断标准之一^{[12](P31-35)}，其实也都意在强调，如果其他手段能够发挥作用的话，没有必要予以犯罪化。而就我国而言，在行政权如此强势的情况下，动用行政处罚手段来对付违反规制行为，其实是可以达到控制效果的；在懈怠行政权的同时，发挥刑罚权的“镇压”作用，并无积极意义可言。

对于上述分析，可能会有学者举英美刑法中“规制性犯罪”的例子，从比较法上证成单纯规制犯处罚的必要性。规制性犯罪，是指本质上并不属于恶害，但因法律禁止而具有违法性质。^[13]这类犯罪又被称为“公共性侵权”、“公共福利犯罪”、“禁止性犯罪”、“被禁止行为”、“行政性微

罪”、“民事犯罪”、“准犯罪”。^{[14](P832)}这类罪行并非真正意义上的犯罪，例如非法贩卖食物、非法贩卖酒类、向未成年人兜售彩票等。^{[15](P83)}与我国法律进行比较，英美法中的规制性犯罪基本上属于行政处罚调整的范围。

总之，单纯规制犯的惩罚必要性是微弱的，其犯罪化根据也不充分。在我国现有法制框架内，在存在行政处罚这一惩罚类型的情况下，将单纯违反规制行为作为犯罪处理的正当性是不足的。即便如有的学者建议取消刑法第13条规定的“门槛”^{[16](P141-143)}，那也不能直接将违反经济规制的行为统统纳入刑法当中。^②

四、对单纯规制犯适用的限缩解释

从以上分析看，笔者反对将单纯违反经济规制的行为作为犯罪来规定，并主张立法机关不要在刑法中增添新的类似条款。不过，在刑法还没有将这类犯罪废止之前，为解决单纯规制犯惩罚正当性薄弱的问题，可通过法律解释来限缩这类犯罪的适用。这种带有“二次立法性”的做法，并不违反罪刑法定原则，而且可以从刑法第13条规定获得支持。^③限缩解释不是解释方法，而是解释后结论给出的印象，即比对构成要件字面的基本含义（小于可能含义）的范围还要狭窄。限缩解释运用的解释方法主要是目的解释，具体方式包括^④：（1）增加构成要件要素。例如，刑法关于伪造货币罪的规定看似“只要伪造货币就可以构成该罪”，但司法解释为该罪成立设定了数额和数量的要素^⑤，通说还认为该罪成立要求行为人以“流通（或使用）为目的”^{[17](P243)}。（2）提

① 刑法第37条之一、《公司法》等法律的规定。

② 以限制行政权为理由来扩张司法权，其立论是明显不足的，这只是简单套用“三权分立、权力制衡”理论而已。将治安管理处罚法所规定的行为纳入刑法当中，主要是因为刑事法律可以提供更多的法律保障，尤其是刑事程序保障，进言之，是出于保护人权的考虑。而对于违反经济规制行为而言，以财产处罚为主，因而不必有人权方面的过度担忧。

③ 经济犯罪的司法解释带有明显的“二次立法性”，就是刑法规定不能直接确定具体的处罚范围，需要司法解释进一步作出规定。例如，货币犯罪、金融诈骗罪中有关犯罪数额的规定，本属于立法事项，却由司法解释予以确定。对于像非法经营罪这类“口袋罪”，司法解释的“二次立法性”就更为明显。司法解释的“二次立法性”是我国刑事司法实践的现实，在我国目前法律体制下，可以认为是来自于立法机关的授权。

④ 将刑法分则条文中模糊的定量要素通过司法解释予以明确，可以限制相关犯罪的适用范围，但这种情形并非解释，而是一种准立法行为。

⑤ 参见2000年9月8日最高人民法院《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》第1条。

升不法程度,即将行为犯解释为抽象危险犯^①,将抽象危险犯解释为具体危险犯,将具体危险犯解释为实害犯。(3)缩小法条规定中的语词指涉范围,例如,将刑法第213条假冒注册商标罪中注册商标的范围限定在商品商标,而将服务商标、集体商标和证明商标排除在外。^②对于单纯规制犯的限缩解释,即可以通过上述方式达到尽可能少地适用这些犯罪的目的。

在具体适用过程中,可以考虑确立三条规则以实质性地限缩单纯规制犯的适用范围:

(一)行为人仅仅违反经济规制但没有威胁到个体性权益的,不应作为犯罪处理

当违反规制行为只对政府规制的权威形成不利影响,但没有对其他自然人或者单位造成任何威胁,或者可能存在威胁但缺乏实证根据的,只应以行政处罚对待,而不应作犯罪处理。例如,虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪,在现行公司制度下,其刑事惩罚的必要性是极弱的;在刑法还没有除罪化的情况下,应最大限度地限制其适用;只有当这类行为被用来实施商业欺诈时,才可以考虑适用这些犯罪。

(二)对于刑法所规定的单纯规制犯,应从抽象危险犯的角度进行解释

单纯规制犯的罪状表述方式,一般就是“违反规制+特定行为(+情节严重)”。如果违反经济规制行为并没有影响到个体性权益,即便次数多、涉及数额大,也不应认定为犯罪。如前所述,这种情况仅是对政府规制权威的冒犯而已,只有同时对其他个体性权益造成威胁时,对行为人进行刑事处罚才有正当性。例如,非法经营行为主要是违反了有关特许经营规制,而这类规制常常被认为是对重要经济秩序的保护性手段。不

过,这一规制类型也往往会与行政垄断联系在一起,其目的在于限制经济主体从事这类经济活动。众所周知,非法经营罪脱胎于投机倒把罪,实际上这“母子俩”都带有政府强力干涉经济自由的色彩。在这样的背景下,非法经营罪存在的正当性就令人质疑。以2000年5月12日最高人民法院《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》为例,可以明显看出这点。根据该解释,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,以非法经营罪定罪处罚。将这种行为解释(实际上是规定)为犯罪,其意图就是保证国有公司对国际、跨境电信业务的垄断地位,而非法经营这类业务的行为是对这种垄断地位的挑战。但客观来讲,这类非法行为会为消费者带来实益,况且这类活动也未必会给国有电信公司带来经济损失。^③有关非法生产、储运、销售食盐及非法经营烟草专卖品的司法解释也存在类似情形。^④因此,非法经营罪能否成立,不能仅仅将单纯的违反特许经营规制行为作为处罚根据,还应考虑是否会对其他经济主体的利益构成威胁。例如,“伪基站”会被用来非法获取个人信息、实施诈骗等违法犯罪活动,因而将非法生产、销售伪基站的行为作为犯罪处理是适当的。^⑤将非法生产、销售具有赌博功能的电子游戏设施或者其专用软件的行为作为非法经营罪处理,也是适当的。^⑥

(三)合理区分违反经济规制行为的风险与危险,对未达到危险程度的违法经济规制行为不应作为犯罪处理

任何经济活动都存在一定的风险,只要经济

^① 本文无意对有关行为犯和抽象危险犯方面的争论进行评析并作出选择。本文在使用“抽象危险犯”一词时,是指虽然刑法分则条文中并没有明确规定“危险”要素,但法官在适用法律时,在行为符合构成要件时,仍要特别考虑是否已经形成对个体性利益的潜在性危险;对于“行为犯”,则不需要特别考虑是否存在这类危险。

^② 现行《商标法》规定的商标种类包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标(第3条)。刑法中的商标犯罪只包括商品商标,如此解释的根据是从相关条文规定得出结论的。

^③ 可能会有学者认为,这样的行为会危及国家安全或者公共安全。以如此观点主张将非法经营电信活动作为犯罪处理,也是缺乏说服力的,因为非法经营罪本身并没有保护国家安全和公共安全的目的。

^④ 例如,2002年9月4日最高人民法院《关于办理非法经营食盐刑事案件具体应用法律若干问题的解释》;2010年3月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

^⑤ 参见2014年3月14日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部《关于依法办理非法生产销售使用“伪基站”设备案件的意见》第1条第1段。

^⑥ 参见2014年3月26日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的解释》。

主体采取必要而谨慎的措施对风险进行了预测、控制，即便风险最终造成损害，设若能够证明这种损害是不可避免的，该经济主体就不应该被谴责，在法律责任承担上，其只应承担违约的民事责任，而不应承担侵权的民事责任和行政法上的法律责任。对于单纯违反经济规制行为而言，倘若行为人对可能存在的风险进行了必要的管控，在风险没有实现或不可避免实现的情况下，不应作为犯罪处理；如果因外力干涉而导致风险实现，则不宜以犯罪论处。例如，由于我国金融管理体制有着较强的计划色彩，民间借贷成为中小企业融资的主要渠道，同时，由于国内投资环境较差，为保证自己的资产保值和增值，“地下金融”应运而生。对“地下金融”存在的必然性，在有关“吴英案”的讨论中，一些学者即提出要谨慎适用非法吸收公众存款罪。非法吸收公众存款行为，实际上也是对国家金融垄断秩序的侵犯，其本质上仍属于民事借贷关系^①，而且投资人对这种行为存在风险是明知的且自愿承担的^②，是行使其财产权的一种选择，因而对非法吸存行为本身难以予以强烈谴责。在“孙大午非法集资案”中，孙大午向本单位职工集资且用于本单位生产经营，将类似行为作为犯罪处理是难以为公众所接受的。对于非法吸收公众存款罪的适用进行限制，就应当认为，行为人以欺诈的方式非法吸收公众存款且没有合理控制经营风险，进而构成对投资人财产损失的危险时，才应考虑对行为人以非法吸收公众存款罪追究刑事责任。对于行为人能够按照承诺从事非法吸存并进行相应投资活动的，因政府职能部门介入而导致无法管控经营风险进而造成资金链断裂的，虽然会给投资人造成经济损失，但也不宜以犯罪论处，理由在于：（1）经济损失并非行为人直接导致的；（2）对行为人予以刑事追究，反倒使其偿还债务能力下降，不利于挽回投资人的经济损失。对于这种情形，政府职能部门及时纠正并处以行政处罚，并要求行为人积极挽回投资人经济损失，在政策上也不失为理性选择。

以上是合理限定经济型单纯规制犯适用的三条解释规则。此外，需要强调的是，保障经济自由是维护市场经济的基本法则，刑事司法应充分尊重经济规律，尊重市场经济主体的自治行为，只要经济活动不会给其他经济主体带来有形财产或者无形财产的损失，原则上就不要运用刑罚权进行干涉。例如，对于在特定时期“哄抬物价、牟取暴利”^③的行为，就不应作为犯罪处理。理由在于：市场价格的形成是供需关系的表现，当供给明显不能满足需求时，特定商品价格自然会明显攀升；在市场经济条件下，经济主体的逐利行为是正常的，即便看起来不那么良善。对此，政府职能部门进行必要行政规制并施之以行政处罚就可以了，没有必要由司法机关追究行为人的刑事责任。

从我国现行刑法所确立的犯罪规模看，在经济犯罪中，单纯规制犯的数量不是很大，但诸如非法经营罪、非法吸收公众存款罪的实际适用数量并不少。无论是从惩罚必要性上看，还是结合犯罪化理论进行分析，这种犯罪类型存在的正当性都是值得商榷的。刑罚权对经济生活的介入应具有相当的保守性。以刑罚手段来干预经济，是要通过惩罚经济主体达到特殊预防和积极一般预防的效果。对从事经济活动的主体，无论是个人还是单位，对其刑事追究几乎会导致其生产、经营资格的丧失或者带来极大困难，进而造成破产、失业、债权人损失等一系列问题。与其他犯罪相比，对经济主体的刑事追究带来的副作用要大得多。从这个角度说，对经济主体适用刑罚秉持谦抑性原则是必要的。现行刑法中有关单纯违反经济规制行为的规定，潜在地会形成对经济活动的不当干涉或者过度干涉，因而应通过目的解释来限制其适用。

至于本文进行的讨论是否同样适用于危害公共安全罪（如危险驾驶罪）和妨害社会管理秩序罪（如非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪等），答案应该是肯定的。不过，由于危害公共安全罪和妨害社会管理秩序罪所保护利益的类型不同，

① 在实践上，对于非法吸存的行为，即便法院判决构成犯罪，对于投资人的本金都予以返还。

② 通过合法金融机构投资也存在较大风险，金融机构只要告知风险并按照合同约定投资，就可以免责。

③ 2003年5月14日最高人民法院、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》。

本文对单纯违反经济规制犯的结论，不能直接运用到这两类犯罪当中。

参考文献

- [1] 安东尼·奥格斯：《规制——法律形式与经济学理论》，北京，中国人民大学出版社，2008。
- [2] 程树德：《九朝律考》，北京，中华书局，2003。
- [3] 薛允升：《唐明律合编》，北京，法律出版社，1999。
- [4] 雷梦麟：《读律琐言》，北京，法律出版社，2000。
- [5] Harry Glassman. "Why don't We Teach Criminal Law?". *Journal of Legal Education*, 1962 (15).
- [6] Arie Freiberg, Pat O'Malley. "State Intervention and The Civil Offense". *Law & Society Review*, 1984.
- [7] 汉斯·阿亨巴赫：《德国经济刑法的发展》，载《中国刑事法杂志》，2013 (2)。
- [8] 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京，清华大学出版社，2006。
- [9] 松原芳博：《刑法总论重要问题》，北京，中国政法大学出版社，2014。
- [10] 方泉：《犯罪化的正当性原则——兼评乔尔·范伯格的限制自由原则》，载《法学》，2012 (8)。
- [11] Douglas Husak. "The Criminal Law as Last Resort". *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004 (2).
- [12] Andrew Ashworth, Jeremy Horder. *Principles of Criminal Law*. 7th edition, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- [13] <http://www.yourdictionary.com/regulatory-offense>, 2016-08-12.
- [14] Rollin M. Perkins. "The Civil Offense". *University of Pennsylvania Law Review*, 1951-1952.
- [15] Jacqueline Martin, Tony Storey. *Unlocking Criminal Law*. 3rd edition, London: Hodder Education, 2010.
- [16] 陈兴良：《犯罪范围的合理定义》，载《法学研究》，2008 (3)。
- [17] 马克昌主编：《百罪通论》，上卷，北京，北京大学出版社，2014。

How to Use Criminal Punishment on the Act of Violating Economic Regulation

SHI Yan-an

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872)

Abstract: In China, there are two main punishments by the state: administrative penalty and criminal penalty. Accordingly, punishments on individual's violating economic regulation constitute a penalty system of duality. In current practice, it is indeed a rather tough legal issue how to distinguish economic crimes from economic administrative violation. Referring to the theory of regulation, economic crimes can be divided into two categories: purely regulatory crimes and mixed regulatory crimes. Both of them violate the legal orders formed by the regulation of the state on economic acts, and the latter also violates individual rights. Under the current framework of legal system, utmost vigilance and prudence is required to provide a new article in criminal code on violating the economic regulation, as such behaviors can be punished by administrative penalty. For those provisions already in criminal code, they should be applied with cautiousness by using teleological method of interpretation.

Key words: purely regulatory crimes; economic crimes; unlawful business operation; teleological method of interpretation

(责任编辑 李 理)