doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2019.04.014

刑法谦抑理论下金融犯罪圈的界定①

乔青[1,2],张绍谦[1]
(1.上海交通大学 凯原法学院,上海 200240;2.上海市青浦区人民检察院,上海 201700)

摘　要:刑法谦抑理论作为现代刑事法律体系的基础,要求立法者和司法者在判断特定行为是否纳入刑事犯罪圈时,必须从该行为的本质特征出发,在保持刑事法律适度介入的前提下,从适当性、必要性、衡平性三个角度对特定行为进行考察,以决定是否将其纳入刑事法律管辖范围。金融犯罪同时侵犯金融管理秩序和特定金融参与者的经济利益,因此在对金融犯罪圈进行界定的过程中,一方面要防止行为人打着金融创新的旗号实施金融犯罪,另一方面也要从金融犯罪的本质特征出发理解和适用刑法规定,坚持刑法的补充性和保障性特点,结合刑法谦抑理论下适当性、必要性、衡平性的犯罪圈界定标准,合理界定金融犯罪圈范围。

关键词:刑法谦抑理论;金融犯罪;犯罪圈
中图分类号:D914　　**文献标志码**:A　　**文章编号**:1672-7835(2019)04-0099-07

刑法谦抑理论是现代刑法理论中的重要组成部分,也日渐成为刑事司法实践中的一项基本原则。刑法谦抑理论不仅在刑事立法过程中要求立法者本着谦抑的态度,严格控制特定犯罪圈的大小;同样在刑事司法过程中要求司法者本着宽容的态度,对特定行为的入罪进行严格限制的同时为其出罪预留空间①。金融犯罪作为典型的侵犯金融管理秩序和特定金融参与者经济利益的犯罪,其犯罪圈的划定必须严格限制,一方面从客观行为方面限制犯罪的构成,另一方面更为重要的则是对行为人主观犯罪故意的考察,必须从刑法谦抑性的角度对行为人的主观心理进行司法判断,避免司法实践中不恰当地扩大金融犯罪圈范围,将原本可不作为犯罪处理的金融违法行为纳入刑事法律管辖的范围。应当本着刑法谦抑理论下刑法的补充性、不完整性和宽容性特征,对金融犯罪的犯罪圈进行准确、合理的界定。

一　刑法谦抑理论下对金融犯罪圈进行限制的逻辑正当性

(一)刑法谦抑理论要义

刑法学界普遍认为,在刑法谦抑理论下,刑法应当按照预先设定的基本原则和具体规则,对刑事处罚的范围、力度进行规制,如果通过民事、行政等其他法律规制手段足以对特定的不法行为进行有效规制,便不能将该种不法行为纳入刑事法律的处罚范围②。作为现代刑法的一项基本精神,刑法谦抑理论与我国传统刑法观念中的重刑主义思想针锋相对。重刑主义思想简单地将刑法作为全部社会法益的直接保护者,并且崇尚使用严刑峻法对违法行为进行规制,与现代刑法的谦抑性理念存在根本性的冲突。刑法对于不法行为进行调控的过程中,根据刑法谦抑理论,应当对刑法调控的发动机制、适用范围进行有效的限制。刑法谦抑理论下的刑法,应当具有谦卑、退让的基本品性,成为现代社会生活背景下,统治阶级对刑事立法和刑事司法进行有效调控的自然展现③。

理论界对于刑法谦抑性的内容进行过大量的阐释,包括刑法的紧缩性、刑法的补充性、刑法的经济性、刑法的不完整性、刑法的最后性、刑法的克制性、刑法的宽容性等等④。当刑法要做出对某一具体的行为是否加以规范的抉择时,要持一

① 收稿日期:2019-04-09
作者简介:乔青(1985-),男,河南郑州人,博士生,检察员,主要从事刑法学、刑事诉讼法学、检察学研究。
①张明楷:《网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心》,《人民检察》2014 年第 9 期。
②苏永生:《刑法谦抑主义的西方图景与中国表达》,《法学杂志》2016 年第 6 期。
③周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016 年第 4 期。
④刘宪权:《刑法严惩非法集资行为之反思》,《法商研究》2012 年第 4 期。

种谦卑退让的态度,这就意味着刑法不能主动出击,只有在其他社会规范调控不力时,刑法才予以干预①。从刑法与其他社会规范的关系来看,体现了刑法的补充性和最后性;而从刑法在整个法律体系中的地位进行考察,就体现了刑法的不完整性和宽容性。刑法在划定调控范围和选择调控方法时的谦卑退让,就意味着刑法应该谨慎考量其调整范围和调整方法,尽最大的可能限制自身触角的伸展,尽可能使用轻缓的方法和手段,而这些正是刑法的宽容性和克制性的应有之义。至于刑法经济性则体现在刑法运行的各个环节所具有的谦卑退让的品性中,就是要不用或少用刑法,这无疑会相应降低刑法成本,实现效益的优化②。

上述观点均从不同的角度说明了刑法谦抑理论所具有的特征,但单个特征的表述又不足以全面阐释刑法谦抑理论所具有的全部内涵。通过对刑法谦抑性所具有的功能的详细划分,部分学者又进一步对刑法谦抑性的特征进行选择和归纳,最终认为可以从三个方面对刑法谦抑性进行最简洁而全面的概括,即刑法的补充性、不完整性和宽容性③。刑法的补充性是指刑法不是调控社会关系的唯一手段,而是为补充其他法律手段而运用的最后手段;刑法的不完整性是指刑法并不必须对社会生活的各个角度进行调控,而只应将其调控的范围控制在保障社会正常秩序的最低限度和范围之内;刑法的宽容性则是指对于已经触犯刑法的行为人,也不是必须动用最严厉的刑罚,而应本着宽容的态度尽量不动用刑罚或者选择适用较轻的刑罚,刑罚仅仅是为了保护法益而不得已使用的方法。

在以往的司法实践和理论研究中,往往将研究的重点集中于刑事立法层面,较少关注刑法谦抑理论在刑事司法活动中具有的作用。刑法谦抑理论作为刑法的基本理念,不仅仅在刑事立法中具有指导意义,应该更多地在刑事司法过程中发挥积极作用,要从刑法运作意义上动态地贯彻其精神意旨④。正如大塚仁教授所言:“谦抑主义应该总是必须在刑法的立法和运用中都加以考虑的基本原理。”⑤因此,在司法人员对某一具体行为进行判断时,更应该本着刑法本身所具有的补充性、不完整性、宽容性的谦抑性特征,对特定行为的入罪及量刑持审慎的司法态度,在司法过程中进一步体现刑法的谦抑性特征。

(二)刑法谦抑理论要求对金融犯罪圈实施有效限制

在我国的刑事司法实践中,司法机关对于金融犯罪的打击长期呈现高压态势。究其原因,便是因为金融犯罪往往会对正常的社会管理和社会生活秩序带来高度不确定的风险,使人民群众对于自身经济利益存在明显的不确定性和不安全感。因此,立法机关和司法机关对金融犯罪进行“零容忍”式的打击,以期从源头上将可能演变为金融犯罪的一般金融违法行为扼杀于摇篮之中,属于刑法意义上的“事前预防”⑥。然而,纵观我国金融犯罪的发展路径,尽管立法机关和司法机关始终对金融犯罪保持高压打击态势,但金融犯罪不仅没有销声匿迹,反而借助金融市场的复杂结构和新类型金融产品的不断创新,呈现出智能化、科技化、多样化的全新特点,导致司法机关办理金融案件时的难度成倍增加,对于证据和事实的认定、把握也经常出现意见分歧,使得对于金融犯罪的“零容忍”往往难以实现。

金融犯罪圈的界定,不仅应当直面现实存在的社会风险,还应预见未来可能出现的潜在社会风险⑦。然而,保持刑法对于金融犯罪“零容忍”打击,并非仅仅从社会秩序的安定性角度来审视刑法规制金融犯罪的正当性,更深层面的则是对于金融犯罪产生的土壤、原因进行系统的分析,综合运用民事、行政等更为缓和的法律规制手段,使金融犯罪赖以生存和发展的土壤自我消解⑧。对于上述观点,刑法理论界同样存在这种共识。金融犯罪圈的范围,不能为了保障和改善民生、转变

①储槐植,何群:《刑法谦抑性实践理性辨析》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2016 年第 3 期。
②朗胜:《我国刑法的新发展》,《中国法学》2017 年第 5 期。
③(日)大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社 2008 年版,第 4 页。
④焦旭鹏:《现代刑法的风险转向——兼评中国当下的刑法观》,《西南民族大学学报(人文社科版)》2018 年第 12 期。
⑤(日)大塚仁:《刑法概说》,冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 24 页。
⑥姜涛:《互联网金融所涉犯罪的刑事政策分析》,《华东政法大学学报》2014 年第 5 期。
⑦胡启忠:《金融刑法立罪逻辑论——以金融刑法修正为例》,《中国法学》2009 年第 6 期。
⑧高铭暄,孙道萃:《预防性刑法观及其教义学思考》,《中国法学》2018 年第 1 期。

经济发展方式而无限制的扩张;不能将刑事规制手段作为不当金融行为的主要规制和防范手段。我们不能指望刑法成为引领社会进步的力量,但必须尽可能避免刑法成为社会进步的阻碍力量①。有必要对于不同类型的金融不当行为的性质和社会危害性进行细致的划分,有选择的通过民事、行政、刑事等强度不同的法律规制手段对金融不当行为进行规制,构建金融犯罪阶梯式的治理体系②。

对于金融犯罪而言,其本质是金融市场行为主体不正当的利用其自由经济主体的地位,从而侵害金融市场其他平等参与主体的利益,或者损害社会公共利益。因此可以看出,成立金融犯罪的前提是行为人的行为造成了具体的法益损害,这种法益的损害既可以是具体的金融市场交易主体,也可以是抽象的社会公共利益③。因此本文认为,对于金融犯罪圈的限制,应当以刑法谦抑理论为基本出发点,保持刑法对于金融犯罪打击的后发性定位,合理区分金融违法与金融犯罪。如果某一特定的行为虽然违反了金融市场管理法规,危害了金融市场管理秩序,但并没有造成对他人或者社会公共利益的损害,则应当通过经济行政手段进行规制,将其认定为金融违法行为,避免将所有违反金融市场管理法规的行为全部纳入金融犯罪圈。

二　刑法谦抑理论下限制金融犯罪圈的基本原则

在金融犯罪领域坚持刑事司法的适度介入原则,是指刑法在保持谦抑和有所作为之间取得平衡,既不因过度介入而阻碍金融市场的创新与发展,又不因无所作为而任由严重危害金融市场和投资者利益的行为肆意蔓延。

刑法犹如一把双刃剑,用之得当,国家、社会和个人利益之间实现平衡和共赢;用之不当,则均受其害,刑法的双重性决定了“谦抑性”应当成为现代刑法追求的价值目标④,一方面,从现代金融活动在我国兴起的历史背景来看,几乎每一项金融业务都是在对传统金融管制的挑战甚至是背叛下产生并发展的,如余额宝之于固定利率,P2P 之于存贷业务,又如众筹之于证券发行。这说明市场本身蕴含着对灵活和普惠金融的需求,对打破垄断的渴望,是市场规律使然,法律应当予以尊重。如果说对现有法律有所突破,那也不能将所有不利后果由市场主体承担,更不能以刑事责任的方式承担。另一方面,从金融活动在我国的发展现状来看,由于其具有便捷性、灵活性,能更高效更透明的配置市场资源和市场需求,促进了经济结构和金融政策的优化。任何一种新兴的金融业务本质都是一种重大的金融创新。正因为如此,“如果对这一创新活动,过度动用刑法,可能会阻碍一个新行业、新经济的兴起,也可能会阻滞一种创新性服务模式的兴起以及相关的技术革新,最终甚至堵塞经济的生长点”⑤。

但在金融犯罪领域保持刑法谦抑,并不意味着刑法在该领域的无所作为或对具有严重社会危害性的行为坐视不理。相反,由于金融市场的发展相当迅猛和快速,导致相关行政法规严重不足或制定不及时,甚至存在部分行政机关监管不力,各类犯罪行为便假借金融之名行犯罪之实,此时刑法就当有所作为,承担起防范金融风险、确保社会金融秩序稳定的职能。

(一)从金融犯罪的本质特征理解和适用刑法规定

罪刑法定即法无明文规定不为罪,是司法工作者必须遵循的刑法基本原则。但是现实社会中,随着经济不断的发展和变化,金融犯罪手段和方法也不断翻新,新类型犯罪不断出现,给司法人员带来了很大的挑战。如果司法人员局限于法律条文的字面意义理解法律,很多案件可能无法处理。作为司法人员,应当有一定的司法能动性,来适应社会的需要,回应社会的要求。犯罪的本质特征是具有社会危害性,司法人员“应善于从犯罪的本质特征即行为社会危害性方面把握行为性质,正确区分罪

①许恋天:《金融犯罪的刑法规制及限度》,《民主与法制时报》2018 年 7 月 5 日,第 7 版。
②何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017 年第 4 期。
③刘宪权:《互联网金融市场的刑法保护》,《学术月刊》2015 年第 7 期。
④陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社 2013 年版,第 292 页。
⑤刘宪权:《金融犯罪刑法学原理》,上海人民出版社 2017 年版,第 559-560 页。

与非罪的界限”①。这又有两方面的含义:一方面对于触犯了刑法规定,但没有社会危害性或社会危害性不大的行为,应当尽量不采用、少采用刑事措施,采用刑事措施的也应当考虑免除处罚或从轻处罚(例如针对特定人的委托理财、证券咨询行为;高利贷;没有损失的民间集资行为等)。另一方面,对于一些社会危害性较大的行为,可能刑法的规定并不明确,行为性质有一定争议或迷惑性,但司法人员可以通过对刑法进行实质解释,以及适度的扩张解释追究刑事责任。

金融犯罪行为普遍隐藏于金融创新的背景之下,所体现的违法性要素往往难以符合典型的犯罪构成要件。而刑法的稳定性也决定了刑法条文往往难以对层出不穷的新类型金融犯罪进行有效应对。当一种全新的金融不法行为出现时,司法机关不能僵化的适用法律,简单的将金融不法行为外在表现形式与特定犯罪构成要件进行机械的比对,片面地套用罪刑法定基本原则,直接将可能构成犯罪的金融不法行为排除在犯罪圈之外。在应对新类型金融犯罪的过程中,司法人员应当充分发挥主观能动性,承担起“寻法者”的角色,重点考察金融不法行为对金融市场正常秩序的危害性程度,按照在案件中对立的利益来分析案件,然后根据当时的利益评价即立法者所进行的利益评价,来评价所确定的利益。正如张明楷教授所说,在对金融不法行为进行评判的过程中,应当在价值评判和规范评判之间,进行合理切换,从而准确的适用法律和罪名。

(二)坚持刑法的补充性和保障性

刑法是最为严厉的法律规制手段,因此决定了刑法具有补充性的特点,是民事、行政等其他法律规制手段的补充手段。同时,刑法又是民事、行政等法律规制手段的最后保障手段,因而对于金融创新中发生的危害行为应当是在其他法律无法调整或者违反其他法律情节严重时,才动用刑事手段处罚。并且一般来说刑法又是事后性处罚手段,在危害行为发生后我们才动用刑法予以处罚。

这在处理因违反行政法情节严重而认定为犯罪的案件,即行政犯时,特别需要注意。社会个体之间的有时也会存在一些提供金融商品或者金融服务的行为,这不是公法调整的范围,公法,特别是刑法有其谦抑性,不应干涉私人之间的一般经济金融行为。如果行为人面向社会公众的开展金融经营性行为,特别是法律明文禁止的行为,就可能会对社会造成危害,才能够由刑法调整,进而追究刑事责任。

(三)保持刑法介入的审慎性

金融创新是金融发展的源动力与基础,没有金融创新就没有金融的产生和发展。同时金融创新又十分复杂,一些行为性质争议会非常之大。因此,需要我们认真仔细鉴别金融创新中的各类行为,慎重的判断行为性质,以防止将真正的金融创新行为错误的予以处罚。金融市场涵盖多个专业领域,使得依托于金融市场的金融产品具有相当的复杂性,特别是金融创新背景下的金融不法行为,往往存在于传统刑法尚未涉及的范围和领域之内,因此刑法在介入一个全新的规制领域的过程中,必须保持足够的审慎性。刑法介入金融市场之前,需要考察金融市场现有的规制手段,特别是行政规制手段能否应对新类型的金融不法行为。如果现有的行政规制手段已经足以应对此种新型金融不法行为时,则刑法应当体现出刑法谦抑理论谦卑、退让的品性,避免刑法不恰当的介入金融市场。如果刑法在介入金融市场的过程中,没有保持审慎性的基本要求,对于所有金融不法行为均予以刑事打击,将使得一般金融违法行为与金融犯罪行为的界限出现混淆,难以体现一般金融违法行为与金融犯罪行为之间社会危害性的差异。使得对金融不法行为的行政规制手段难以充分发挥其应有的作用,同时也不可避免的阻碍金融市场创新和发展的步伐。温州早年便有民间放贷的地下钱庄,各级政府主管部门多次对其进行考察,体现出对金融创新宽容的态度。针对金融犯罪发展迅速、易于蔓延的特点,在确认行为社会危害性和刑事违法性后,应当及时打击,将危害降至最低程度。

这里还需注意的是,金融创新的目的是为了提高金融业的风险防范能力,更好的为客户服务,金融创新应当遵守现有金融法律法规,并接受监管。金融业脱离监管是十分危险的。金融危机前,美国对不向社会公众发行的私募基金是不进行监管的,但是由于金融危机期间,私募基金业相

①徐彰:《互联网金融行为构成非法集资犯罪的实质判断》,《中国刑警学院学报》2018 年第 5 期。

继爆发了前纳斯达克主席麦道夫(涉案 500 余亿美元)、德州富豪斯坦福(涉案 80 余亿美元)等多起数额十分惊人的欺诈案件,造成巨大损失。事后,美国也在对私募基金业的监管进行反思,并准备将此类行为纳入证券监管体系。金融创新绝不能成为逃避法律责任的避风港,更不能成为欺诈投资人的借口。

三　刑法谦抑理论下金融犯罪圈的具体界定

刑法谦抑理论是现代刑法必须坚持的一项基本原则,刑法应当根据这一原则,对其惩罚的范围和惩罚的程度进行控制。而对于刑罚而言,应当抛弃历史发展过程中固有的严刑酷法思维。刑罚的严厉性和适用刑罚的高昂成本决定了刑罚并非是社会治理的最佳选择,在刑罚之外一定存在其他替代的方法足以替代刑罚,对侵害合法权益的行为进行制裁或者某种意义上的“缓和”。刑罚与其严厉不如缓和,因为刑罚的完善总是随着刑罚的宽大程度一起并进①。

刑法谦抑理论要求犯罪圈的界定和刑罚的适用必须坚持最小的损害,也就是在同等条件下,应当采用对犯罪嫌疑人自身权利侵害最小的方式进行刑罚,倾向采用非犯罪化和轻缓的方式进行规制。在现代刑法理念下,对于刑罚这种限制公民人身权利的规制手段,必须严格遵循实质和形式的双重标准。而形式上的标准则正是刑法本身。刑法谦抑性不仅仅是刑法的基本精神,更应是对刑事立法、司法、执法有着直接约束力的原则性内容。从具体的要求而言,直接限制他人人身权利的刑法,其介入社会生活关系需要具备以下的核心要素:适当性、必要性、衡平性②。

适当性要求刑法规定的刑罚方法必须具有实效性,即刑法所规制的行为与刑法所要避免的危害结果之间,不仅仅要存在因果关系,而且必须体现出对行为进行规制后可以有效的避免危害结果的发生之效果。在划定犯罪圈过程中,若要将某一行为划入犯罪圈,需要衡量该行为与刑法所欲保护的法益之间是否存在因果关系且禁止该行为是否能够有效的达到限制犯罪圈之目的,也就是行为对于结果必须具有原因力且此类法益的损害具有普遍性。必要性是指刑法介入社会生活必须是不得已而为之,刑法的介入是实现刑法目的的最温和的手段,对公民权利的侵害必须维持在最低的限度。在划定犯罪圈过程中,要考虑行为是否侵害了社会中的重要利益,行为对社会的副作用完全大于正面效果且被全体社会成员所难以容忍,其他方法难以弥补其损害和预防其再次发生③。衡平性则指刑法介入某一社会关系后所造成的对公民权利的损害后果,与刑法介入的目的之间存在着合理的平衡关系。当刑法所追求的各种价值之间存在着利益冲突时,适用位阶关系对存在冲突的价值进行协调。划定犯罪圈时,要考虑司法资源的投入与社会总体收益之比是否符合经济效益的原则,考虑将特定行为纳入犯罪圈后对社会所产生的效果是否利大于弊,避免刑法的不恰当介入造成对其他有利于社会发展行为的遏制。

第一,践行刑法谦抑理论,应坚持金融犯罪圈划定的必要性标准,对金融犯罪圈的不当扩张实施有效限制。

金融犯罪圈的划定,首先需要明确的就是适当性标准,金融犯罪行为必须与刑法所欲保护的金融管理秩序之间存在因果关系,具体的金融犯罪行为应当是金融管理秩序被侵害结果的主要原因,并且同时要求此类金融犯罪行为在日常的金融市场中具有相当的普遍性。因此适当性标准要求刑法通过规制特定类型的金融犯罪行为,可以有效的避免金融管理秩序被侵害后果的发生。

判断刑法介入金融犯罪圈是否符合刑法谦抑理论下的适当性标准,一个前提条件是判断特定的金融不法行为与实际存在的金融管理秩序损害后果之间,是否存在事实上和刑法意义上的因果关系。金融行业的发展过程本身就是风险与收益并存的过程,金融行业中的行为主体往往为了实现自身利益的最大化,宁愿承担一定的风险,而非不加条件的杜绝任何形式的金融风险。以信用卡透支业务为例,透支是信用卡最基本和最重要的功能属性,发卡银行基于对信用卡申领人的信用等级审查结果,对不同信用等级的申领人赋予不同的信用额度,信用卡透支过程中发生的手续费

①张明楷:《刑法格言的展开(第三版)》,北京大学出版社 2013 年版,第 491 页。

②于改之,吕小红:《比例原则的刑法适用及其展开》,《现代法学》2018 年第 4 期。

③张绍谦:《从刑罚特性看犯罪圈的界限》,《河南政法管理干部学院学报》2007 年第 5 期。

收入及透支款的利息、滞纳金构成了发卡银行所追逐的利润来源。而且发卡银行对手续费、利息、滞纳金收入的期待程度远超过透支过程中可能发生的坏账风险,因此发卡银行在开展信用卡业务过程中,才不遗余力的鼓励当事人申领并使用信用卡,将信用卡业务经营过程中的风险损失归为经营成本。因此可以看出,金融犯罪背后的金融交易秩序和金融参与者的经济利益是金融活动正常开展的关键,金融参与者的目的就是最大可能的追逐利润,而这一追逐利润的过程必然伴随着风险损失。

把握金融犯罪圈界定的适当性标准,应当正确区分金融业务经营过程中的风险损失和刑法意义上的损害,当行为是基于正常金融活动而获得利益时,此种行为所造成的损失只能认定为经营过程中的风险损失,而非刑法意义上的损害。对于金融市场行为主体认识和预料范围内可能发生的风险损失,不能将导致风险产生的金融不法行为认定为刑法意义上导致损害后果的犯罪行为,从而阻断二者之间刑法意义上的因果关系。具体到的特定的金融行为而言,其构成犯罪进而纳入刑事犯罪圈的前提应当是行为人通过自己恶意的金融行为,使自己获得了不正当的利益,并且这一行为还导致其他金融参与主体利益的损失,使正常的金融管理秩序受到侵害。也就是说,受到侵害的金融市场行为主体利益和金融管理秩序必须是刑法所欲保护的对象时,才能考虑将特定的金融行为纳入犯罪圈之中。

适当性的判断与接下来本文需要论及的必要性标准之间存在紧密的联系,因为必要性决定着可能,也决定着有效。因此适当性标准的判断必须与必要性标准中的是否存在可替代的法律规制方法相结合。如果通过前述的适当性标准判断,发现特定的金融行为不具有普遍性,并非金融机构利益和金融管理秩序受侵害后果的主要原因,则一定存在导致侵害后果发生的其他主要原因,而对该原因进行规制则成为替代性方案。若这一替代性方案相比将该金融行为纳入犯罪圈更为温和,则更有可能成为规制犯罪的首选。因此接下来需要对必要性标准展开进一步的分析。

第二,践行刑法谦抑理论,应坚持金融犯罪圈划定的必要性标准,对金融犯罪圈的打击力度予以合理规制。

刑法具有“保障法”属性,是最为严厉的法律规制手段,因而对金融犯罪圈进行划定的过程中,必须使金融犯罪圈的刑法打击力度处于合理范围之内,也就是必须坚持刑法谦抑理论下的必要性标准。必要性标准体现为两个方面,一是特定不法行为侵害了法益并且这一行为为社会一般公众难以容忍;二是其他替代性的规制手段不足以规制此种行为。为避免刑法规制手段直接越过民事、行政等其他可替代性规制手段,要求立法者在各种能达到规制效果的手段之间进行权衡,选择对公民个人权益损害最为轻微的规制手段,需要与前述的适当性标准同时考虑。因此,无可替代性规制手段的标准在确定金融犯罪圈的边界时有着更为具体的内涵。

在前述适当性标准论述部分对信用卡透支业务中存在的经营风险进行分析的基础上,本文继续以司法实践中最为常见的信用卡诈骗罪为例,来分析金融犯罪圈界定过程中所应体现的必要性标准。透支行为具有典型的资金流通本质,因此可以认为,在信用卡透支法律关系中,并非仅仅包括金融管理秩序,更为重要的则是相关权利人资金的流通安全。金融活动应当同时包括金融交易秩序和金融管理秩序,因而恶意透支行为并非仅仅侵害了金融管理秩序,更为重要的则是恶意透支行为对金融交易秩序的侵害。因此在恶意透支型信用卡诈骗罪中,金融交易秩序和金融管理秩序这对复杂客体中,金融交易秩序构成了金融活动的根本。金融活动的要旨在于资金流通,金融管理秩序只是为了使金融交易秩序得到顺利进行的保障措施,其实质是“运用公权力保障金融交易主体间平等的交易自由”①。金融管理秩序是维护金融交易秩序的手段,正常的金融交易秩序才是刑法真正意图保护的对象。

所以,对于金融犯罪而言,在划定犯罪圈的过程中,不能将金融犯罪侵害的客体仅限于金融管理秩序,更为重要的则是考察该金融行为是否对金融机构及金融消费者之间的金融交易秩序造成实质损害。金融机构与金融消费者之间基于金融行为而产生的金融交易秩序,最关键的问题就在于参与主体的信用,信用是金融交易中最为关键的因素。因此,将特定金融行为纳入刑事犯罪圈

①刘远:《我国治理金融犯罪的政策抉择与模式转变》,《中国刑事法杂志》2010 年第 7 期。

的必要性标准要求该行为首先侵犯了金融交易秩序和金融管理秩序,同时该行为必须严重地损害了金融信用体系。只有行为人主观上有对金融信用体系的欺骗、违反或者隐瞒时,才能将特定金融行为认定为金融犯罪,进而运用刑法对其进行规制。

第三,践行刑法谦抑理论,应坚持金融犯罪圈划定的衡平性标准,对金融犯罪圈的合理范围进行精准限定。

犯罪的本质特征是对法益的侵害,刑法的最终目的即为保护重要的法益。金融犯罪中侵害的法益,当然包括金融管理秩序,而更为重要的则是市场经济环境下的金融参与主体的财产所有权。刑法谦抑理论所要求的衡平性标准,就是在对金融犯罪圈的合理范围进行限定的过程中,对相冲突的利益加以权衡思考,以牺牲较小的利益换取较大的利益,以牺牲低位阶的价值换取高位阶的价值。对于金融犯罪而言,衡平性标准的首要内容就是衡量对特定金融行为进行刑事处罚是否能够对该行为的发生实现有效遏制,是否会导致相应金融活动的流通速度和频率的降低。

在市场经济环境下的金融活动中,刑法所欲进行保护的法益并非绝对观念下的公私财产所有权,也非阻止竞争者获得相关利益,而是保护公私财产所有权不受不当损失。具体到金融犯罪圈的界定,刑法打击金融犯罪的目的在于维护公平合理的金融市场交易秩序,只有当特定金融行为违反了正当竞争原则,侵害金融交易秩序时,才能考虑将其纳入刑事犯罪圈之内。刑法要对金融法律关系中的相关各方实现平等保护,避免对金融机构利益的单方面维护,促使金融机构靠高质量的金融服务来维持生存,改变目前司法机关刻板办理金融案件的窘境,“使旧法条适应新时代”①。因此,衡平性标准的核心内涵就是找到“保护金融行为参与各方利益的目标”与“实现金融行为参与各方平等保护目的”之间的平衡点。

Definition of Financial Crime Circle Under the Humility Theory of the Criminal Law

QIAO Qing[1,2] & ZHANG Shao-qian[1]

(1.Koguan Law School, Shanghai Jiaotong University, Shanghai 200240, China;

2. Shanghai Qingpu People's Procuratorate, Shanghai 201700, China)

Abstract: As the basis of modern criminal law system, the humility theory of the criminal law requires legislators and judicial officials proceed from the essential characteristics of the specific behavior and examine from three perspectives of appropriateness, necessity and equity on the premise of maintaining the appropriate involvement of criminal law, when judging whether a specific behavior is included in the crime circle. Financial crime infringes on the financial management order and the economic interests of specific financial participants. Therefore, in the process of defining the circle of financial crimes, it is necessary to prevent the perpetrators from committing financial crimes under the banner of financial innovation and apply the criminal law provisions based on the essential characteristics of financial crimes. We shall combine with the standard of appropriateness, necessity and equity to reasonably define the scope of financial crime circle.

Key words: the humility theory of the criminal law; financial crimes; crime circle

(责任校对　刘兰霞)

①张明楷:《刑法理论与刑事立法刑法理论与刑事立法》,《法学论坛》2017 年第 6 期。