

刑法谦抑理论下金融犯罪圈的界定

□乔青 张绍谦

刑法谦抑性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。刑法谦抑性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发挥着重要作用,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。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的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不当的纳入刑事法律管辖的范围。

一、刑法谦抑理论下限制金融犯罪圈的基本原则

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。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颠覆下产生并发展的，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，对打破垄断和抑制的渴望，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、

(一) 从金融犯罪的本质特征理解和适用刑法规定

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行为行有效应对。当一种全新的金融不法行为出现时,司法机关不能僵化地适用法律,简单地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对比,片面地套用刑法法定基本原则,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

(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生效处罚手段，在危害行为发生后我们才动用刑法予以处罚。

(三)保持刑法介入的审慎性

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,则刑法应当体现实行刑法谦抑理论谦卑、退让的品性,避免刑法不恰当地介入金融

灵活性,能更高效更透明的配置市场资源 and 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。

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。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。

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,按照在案件里面面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,从而准确地适用法律和罪名。

这在处理因违反行政法情节严重而认定为犯罪的案件，既行政犯时，特别需要注意。社会个体之间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，才能够由公法调整，进而追究刑事责任。

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,同时也不可避免地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,

二、刑法谦抑理论下金融犯罪圈的具体界定

刑法谦抑理论要求犯罪圈的划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

第一,对金融犯罪圈的不当扩张实施有效限制

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,才不遗余力地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信用成本。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

第一 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。

以信用卡诈骗罪为例,透支行为具有典型的资金流通本质,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

第三、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

罚,倾向采用非犯罪化和轻缓的方式进行规制。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适当性、必要性、衡平性。

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。

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。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對象。

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关键的因素。因此,将特定金融行为纳入刑事犯罪圈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。

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。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。

(作者简介:乔青,上海市青浦区人民检察院
检察官,博士生;张绍谦,上海交通大学凯原法学
院教授、博士生导师)