

【法学研究】

信息化背景下金融犯罪的治理结构转变*

王海桥

摘要:信息化背景下传统金融的样态趋于网络化,网络金融无序发展导致系统性刑事风险高度集聚,金融创新与金融犯罪的界限愈加模糊。在积极治理的语境下及时转变金融监管思路,化解、防范金融风险已势在必行。“二元并行”的金融犯罪治理结构可有效统合刑法与行政手段,形成治理金融犯罪的合力。“违法相对论”尊重不同法域价值与机能的差异,强调依据法益对金融刑法规范进行独立判断,避免刑法从属于金融法。为有效防范金融风险、维护金融安全,应推动金融法由管制向监管转变、刑法由事后刑法向预防刑法转变。基于金融犯罪法定犯的特性,应对其继续沿用空白罪状模式,保持金融刑法规范的弹性,同时恪守刑法的谦抑性,防止行政权力的刑法实质化。

关键词:金融犯罪;积极治理;二元并行;违法相对论

中图分类号:D924.11

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2021)05-0044-10

随着信息金融时代的到来尤其是金融体制改革的推进、金融市场的放开、国内金融市场与国际金融体系逐渐接轨,我国金融领域的犯罪活动大有泛滥之势,针对金融投资人和消费者的犯罪、金融犯罪的互联网化、互联网金融犯罪等都呈现出新的行为样态和发展趋势。与我国金融市场从无到有、逐步建立相适应,信息化背景下法律对金融市场秩序的保护也从传统的偏重管理逐渐转向同时重视维护金融安全和保护金融投资人、消费者权益。就信息化背景下的金融犯罪治理而言,因为金融刑法主要关涉经济法与刑法的协调、信息技术创新与金融安全的兼顾,主要价值最终体现为划定信息金融违法与信息金融犯罪圈的边界,实现对金融犯罪的有效打击和防范,所以有必要改变传统的金融犯罪治理思路,在科学的刑事政策指导下兼顾金融秩序与安全和金融参与者权益保护,秉持积极治理主义立场,采取金融法与刑法并行的二元治理结构,注意二者的相对独立性,同时重视二者的同向性、协调二者的关系,实现规范调整的有机衔接。

一、信息化背景下金融犯罪的特点 要求刑事治理创新

(一) 信息化背景下金融犯罪的特点

根据2015年麦肯锡公司的调查数据,中国在新兴国家中整体债务对GDP的占比是最高的,并且处于过去20多年的最高点,意味着中国经济增长无法再依靠投资拉动。^①2014年11月,中央经济工作会议提出了“经济新常态”的研判。随后,我国开始进行供给侧结构性改革,经济增长主要依靠消费驱动和技术革命,能将二者有效结合起来的互联网金融成为投资热衷的“风口”。在这种大环境下,创新成为金融领域的主旋律,中国人民银行、银保监会、证监会等金融监管机构的理念发生变化,监管政策出现阶段性调整,积极支持互联网金融创新。国外的数字金融主要是指传统金融公司利用信息技术,与此不同,我国信息化背景下的金融创新主要是指互联网公司从事金融交易活动。一些互联网公司的金融业务能弥补传统金融业务的不足,为一大批企

收稿日期:2020-01-22

* 基金项目:国家社会科学基金重点项目“刑法的立体分析与关系刑法学研究”(19AFX007);北京市教委社会科学计划重点项目“京津冀一体化进程中经济刑法规范适用问题研究”(SZ201710009004)。

作者简介:王海桥,男,北方工业大学文法学院教授、硕士生导师,法学博士(北京 100144)。

业和个人特别是中小企业和个体商户提供较好的金融服务、个性化的消费金融产品。信息金融业由此蓬勃展开,对我国经济新常态发展起着重要作用。法律制度层面应当鼓励和保障信息金融创新,这也是刑事政策应当坚持的基本理念。但在现实中,很多互联网公司不懂信息技术也不懂金融业务,不掌握金融数据也不懂金融技术利用,经常引发社会不稳定事件甚至金融犯罪。信息化背景下金融犯罪突出表现为网络金融的系统性刑事风险高度集聚并现实化,具体表现在三个方面:一是有相当数量的互联网金融机构与市场间的风险敞口休戚相关;二是任意一家重量级互联网金融机构的失败都会产生多米诺骨牌式连锁反应;三是这种反应会因跟风或其他形式的非理性恐慌而传播开来。^②居心不良的人会故意利用网络金融监管漏洞实施金融诈骗、非法吸收公众存款等金融犯罪活动,对互联网金融缺乏了解的金融投资者和消费者很容易受到诱惑、欺诈甚至成为信息金融违法犯罪的侵害对象。金融犯罪一旦发生,危害后果往往十分严重。因此,加强对信息金融风险的管控显得十分重要且紧迫。

近年来在我国,金融犯罪数量呈增加趋势,信息金融技术的运用改变了金融业的经营模式,也使金融犯罪出现新的动向和特征。比如,区块链技术运用于金融领域使得金融去中心化趋势凸显,金融数据信息化更使金融资本的流动能轻易脱离传统的金融监管,掌握金融大数据的主体使用较少的金融资本就能轻易获得巨额利益回报。在传统金融结构发生巨大变化、信息金融业快速发展的同时,金融领域的违法经营活动高发,有组织地利用信息技术实施金融犯罪成为普遍现象,金融犯罪的侵害性和非法得利性增强,给社会秩序稳定和国家金融安全带来极大隐患,也给刑事治理带来新的难题。如何既督促金融科技公司在信息化金融从业活动中保持刑事合规,又不抑制其技术创新和金融创新的活力,使刑法对信息金融活动的规制产生最佳法律效果和社会效果,成为金融犯罪刑事治理面临的新挑战。

(二)作为金融体系保障的刑事治理之反思

我国现阶段处于市场经济体制深化完善的关键时期,国家仍需以宏观调控的方式介入经济领域,以克服市场缺陷、维护交易安全。在金融领域,国家既是宏观调控者,又是直接参与竞争者。我国金融市场仍然属于一种不完全竞争市场,任何对金融体系

的破坏实质上都是对国家利益的侵害。传统刑法作为金融法的后盾和保障,主要任务是惩治严重破坏金融秩序的犯罪行为,不太重视对金融参与者合法权益的保障。国际金融市场格局变化对我国金融市场发展产生重要影响,1997年东南亚金融危机和2008年美国次贷危机之后,我国在金融法治方面采取更加严格监管的态度。金融立法采用窄口径控制方式,严格限制金融品种、金融交易方式创新;强化金融监管,严密刑事法网,重视对偏离国家金融监管范围的违法活动进行事后追究刑事责任甚至予以重刑制裁;经济刑法领域的恢复性司法理念逐渐式微,严打成为刑法规制金融犯罪的优先选择;对实施信息金融犯罪的自然人加大适用自由刑的比例,对单位则处以高额罚金,既忽略金融行政法规的前置防范作用,又忽视对金融犯罪受害方的权益保障。这种刑事治理方式不仅不能从根本上化解金融风险,还易导致信息金融产业发展陷入两难困局:如果刑法手段运用不力,信息金融业就会出现失控状态,互联网金融领域的P2P非法集资乱象就是例证;如果刑法手段急剧跟进,对造成金融风险的金融违法活动直接施以重刑以期快速予以遏制,又会导致信息金融业出现休克状态。这种“不管就乱,一管就死”的偏重事后处置的刑事治理方式,在信息化背景下无法发挥对金融秩序和金融安全的保障功能。

国家金融业的繁荣不只以金融机构的多寡为标志,在此基础上建立完备、公平、有序的金融市场,更是金融业健康顺利发展的必备条件。完备、公平、有序的金融市场需要建立在信任的基础上,投资者、消费者等金融参与人对金融法治的信仰、对金融机构的信任是金融市场稳定的基石,更是金融市场繁荣的支柱。我国对金融业发展从以前单一强调金融安全到后来兼顾企业的融资脱困功能再到现在同时重视金融投资者和消费者利益保护,正是金融政策在市场发展的不同阶段作出的合理回应。据此,要重新思考和厘定信息化背景下金融犯罪侵害的法益,并且充分认识信息技术快速发展对信息金融领域交易主体、交易结构和权力契约层面^③引发的变化以及潜在的金融自由化。唯有如此,对金融犯罪的刑事治理才真正称得上重大革新。

要使我国金融市场走向成熟、完善,就要在坚持信息金融创新、强化对金融管理秩序和交易安全的刑法保护过程中,摒弃偏重于事后处置的消极治理

模式,秉持积极治理主义理念,向刑法与金融法“二元并行”的刑事治理结构转变,注重监管与打击、预防与惩治相结合。一方面,刑法作为补充法,应充分尊重市场机制起主导作用的金融创新,不过度介入金融活动领域,在因金融制度缺陷造成暂时的金融管理混乱或者因金融监管缺失导致金融创新领域未能形成特定管理秩序时,对信息金融失范行为不轻易进行刑事制裁,可先进行民事、行政处理,待金融法规完善、监管制度健全后予以最终规制,从而给金融渐进式改革和创新发展留下足够的空间。另一方面,刑事立法应及时回应金融法规的修改完善,不断完善金融犯罪圈。在司法实践中,当基于信息金融保护现实而确需对金融违法行为进行刑事打击时,应坚持刑法判断的相对独立性,恰当区分信息金融违法与犯罪,避免以金融违法性完全替代刑事违法性。同时,刑事法律适用要从强调单方面维护金融管理秩序转向维护金融安全和保护金融投资人、消费者合法权益并重。当某些信息金融活动严重危害投资人、消费者的合法权益,这些权益又完全具有受刑法保护的必要性和正当性时,只要这些活动同时危害国家信息金融监管秩序,就应对其予以刑事制裁。通过这种“二元并行”的治理方式,可以形成金融法与刑法的治理合力。这种治理思路和方式与本文倡导的积极治理主义理念之间关系密切。

二、坚持刑事政策指导下的积极治理主义立场

作为一种新型治理理念,积极治理主义伴随着西方国家经济政策的转型而出现。20 世纪初,由于经济危机的发生,美国放弃了自由经济主义,开始转向凯恩斯主义,主张国家权力积极介入经济活动相关事项。积极治理主义强调以环境治理为核心的“间接整治”,针对现代公共权力架构,积极扩展预防措施的作用场域,深化预防措施的作用效果,形成以预防为主导的治理模式。^④在信息社会与风险社会的双重背景下,金融风险由微风险、显风险逐渐升级为高风险,金融犯罪也由个案犯罪、集团犯罪逐渐升级为跨国犯罪。对金融犯罪予以积极治理已成为各国共识,各国普遍构建了金融犯罪防控体系,既关注金融运行中的常态、显性风险,又关注金融运行中的个体、隐性风险;既注重对金融犯罪的前瞻性预防,又兼顾对金融犯罪的事后治理,形成信息化背景下多手段、广渠道、系统化的金融犯罪防控体系。^⑤

对于信息化背景下的金融犯罪,本文坚持刑法语境下的积极治理主义立场,即通过刑法预警来化解金融风险,将预防金融犯罪与惩治金融犯罪并重。这既是宽严相济刑事政策在金融犯罪领域的具体化,也是适应信息化背景下金融业发展的理性选择。其中,刑事立法层面的积极治理主义强调刑法对重大信息金融风险进行提前防范,织密刑事法网,前置刑事介入节点;刑事司法层面的积极治理主义主要体现为刑法规范适用的独立性与法官适用规范的能动性。

(一) 刑事立法层面的积极治理主义

积极刑法立法观是积极治理主义在刑事立法层面的具体表现。信息金融风险的系统性、无法预见性、不可避免性对社会治理的法治现代化提出了挑战,网络信息技术的广泛运用使得这种挑战愈发猛烈,刑法正视并及时回应这种挑战的主要途径就是积极立法。周光权教授提出积极刑法立法观,主张增设新罪以满足社会发展的刚性需求,实现刑法处罚的早期化,并增强立法的实证基础。^⑥劳东燕教授也提出了近似的概念——功能主义刑法立法观,包括积极介入的立法导向、追求预防效果的立法导向、注重灵活回应的立法导向。^⑦事实上,近年来我国金融犯罪立法的变化已经鲜明体现了积极立法观。2021 年 3 月 1 日起施行的《刑法修正案(十一)》就积极回应金融法规的修改完善,进一步扩大金融犯罪圈,加大对可能引发金融风险行为的干预,强化刑法对金融风险的事先防范。例如,在欺诈发行股票、债券罪的罪状中,将“招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法”扩充为“招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法等发行文件”,“发行股票或者公司、企业债券”扩充为“发行股票或者公司、企业债券、存托凭证或者国务院依法认定的其他证券”,通过犯罪对象的扩张,更多种类的欺诈发行股票、债券的不法行为被纳入犯罪圈。又如,在操纵证券、期货市场罪的罪状中,将“操纵证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”改为“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”,以“影响”代替“操纵”意味着刑法介入的提前,相关行为不必达到“操纵”的程度,只要对证券、期货交易价格或交易量产生影响即可构成犯罪。此外,该罪状中增添了“虚假交易”“虚假诱导”“反向交易”三种欺诈性操纵行为,进一步严密了刑事法网。再如,在洗钱罪的

罪状中新增“自洗钱”与通过支付结算方式或跨境转移资产的洗钱行为。另外,金融犯罪的刑罚幅度普遍延展,起刑点进一步提高,倾向于以抽象罚金制代替比例罚金制与数额罚金制,给予司法机关更大的裁量空间。这些都体现了刑事立法对金融犯罪的积极治理态度。

(二) 刑事司法层面的积极治理主义

刑事司法层面的积极治理主义强调刑法的独立地位与法官的司法能动性,重视积极发挥刑法对维护金融秩序、保护金融参与者权益的作用,防止刑法功能“失活”与机械司法现象产生。

刑事司法层面的积极治理主义与刑法的谦抑性并不矛盾。对于特定情形下的金融失范行为,刑法确实应适时彰显其谦抑性,让位于前置法进行处理。这是刑法的补充性决定的。信息化背景下金融信息更加动态化、宽泛化,除了一般金融信息,还有很多非内容型技术元数据。这使得普通金融经营主体和一般金融消费者对金融信息的辨认、控制能力大大减低或基本缺失。这些人作为金融信息领域的边缘群体,在获得金融信息方面通常处于显著弱势地位。从刑事政策角度考虑,对那些因经济压力而被迫游走于网络金融灰黑产业地带的信息弱势主体在缺乏金融辨别能力情况下实施的金融违法行为给予非犯罪化或从宽量刑处理,是妥当的,体现了刑法“有教而诛”的宽缓的一面。比如,现阶段对民营网络金融企业的经济犯罪,就要灵活贯彻从宽的刑事政策,协调政治效果、法律效果、社会效果之间的关系。正如最高人民检察院检察长张军指出的,在国际经济下行压力的形势下,对民营网络金融企业在经济上的违法犯罪,可捕可不捕的,不捕;可诉可不诉的,不诉;目的是让违法犯罪情节较轻的企业不致因被诉而彻底垮掉,给信息金融创新留下社会复归的空间。^⑧但是,谦抑性与适度扩张干预是刑法在不同情况下应具有的不同姿态,对于确有干预必要的危害行为,刑法如果不适时积极介入,就不利于保护合法利益、促进社会发展。当前我国信息金融发展面临新的情况,维护国家金融安全的任务非常艰巨,为防范金融风险,避免重大金融危害事件发生,对于一些具有重大金融风险的危害行为,刑法确实有扩大介入范围、提前介入干预的现实必要。

有些学者认为,对于金融领域的行为,在前置法缺位的情况下,刑法不宜介入处置。“判断一个行

为是否构成犯罪,必须首先看其是否违反了相关行政法规或者经济法规,如果没有违反相关规则则不可能成为行政犯。因为很多金融创新产生的新事物,在行政法规或者经济法规中都没有规定,不存在违法一说,自然也就不可能构成刑法上的行政犯。”^⑨这种观点是对刑法的谦抑性和补充性的误读,也是对刑法的独立地位及法官能动性的罔顾。

(1) 刑法谦抑的初衷在于限制将不值得动用刑罚处罚的行为纳入犯罪圈,这并不意味着处罚范围越窄越好。刑法的补充性只是强调刑法对法益的兜底保护功能,对于值得保护的重要法益,当前置法保护不力时,不仅不能排斥刑法的适用,反而要充分发挥刑法保护法益的功能。“刑法谦抑性的介入程度与法益的重要性成反比,与法益的自我保护可能性成正比。”^⑩

(2) 刑法适用与否不应完全取决于前置法是否缺位,刑事违法性的判断具有相对独立性。如果司法机关在认定金融犯罪时过度依赖金融监管部门的行政违法认定,这种从行政到刑事的“流水线”程序易导致两种后果:一是刑法的功能无法正常发挥。在行政监管部门疏于履行职责、不予行政违法认定的情况下,对金融违法行为无法及时予以刑事司法追责以致放纵犯罪,妨碍刑法对法益的保护。二是刑法虽正常发挥功能却面临不应有的苛责。如果互联网金融活动中一些严重危害行为已经处于法定犯构成要件的射程范围之内,而前置法规明显滞后、缺位,在此情况下,刑法依照自身的适用规律作出反应,有助于及时揭开互联网金融“裸奔”的“遮羞布”。此时,刑法为前置法的亏空“补仓”,却可能承受金融创新“刽子手”的骂名。这并不公正,真正受质疑的应该是规制不力的前置法规范,而非刑法。^⑪在金融活动领域,当前置法未能有效发挥作用时,刑法应在严守罪刑法定原则的前提下及时发挥兜底保护功能,确保金融秩序稳定及金融参与者的合法权益。事实上,即使在前置法上属于形式合法的行为,也会因具备实质的刑事违法性而使刑法存在突破前置法的可能性。比如,对于经常性的民间放贷行为,尽管向不特定主体放贷从民法等前置法的角度难以认定为违法,但根据《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》(最高人民法院会同最高人民检察院、公安部、司法部联合制定印发),违反国家规定,未经监管部门批准,或者超越经营范围,以营利

为目的,经常性地向社会不特定对象发放贷款,扰乱金融市场秩序,情节严重的行为,也可认定为非法经营罪。因此,刑法在应对层出不穷的信息金融犯罪时应保持独立地位,在充分考虑金融法规前置规范保护目的、恪守罪刑法定原则的前提下,允许法官充分发挥能动性,将有严重社会危害性与处罚必要性的行为及时纳入犯罪圈。

三、采取“二元并行”的金融犯罪治理结构

刑法上的金融犯罪多为空白罪状,规制对象常与金融法规的规制对象发生重叠。刑法和金融法规都对金融犯罪治理起着一定作用,具有较大的互补性。对信息金融犯罪秉持积极刑事治理主义立场,就要摒弃单一依靠刑法进行事后处置的传统治理方式,在治理结构上实现根本性的转变。要采取“二元并行”的治理结构,重视刑法与金融法各自作用的发挥,并且实现两者既有效界分又互相衔接。“二元”强调刑法与金融法的相对独立性,厘清两者在金融犯罪领域的不同功能和作用,使其各司其职、并行不悖,减少乃至避免金融犯罪治理中的规范冲突;“并行”强调刑法与金融法的同向性,认识到两者具有相同的目标与价值倾向,应齐头并进、共同发力,在此基础上建构跨越刑法与金融法的预防性治理对策。在信息金融犯罪的认定中,要将刑法作为后置法,参照甚至严格依照金融法的相关规定,同时不能机械司法。对于刑法与金融法的有机衔接,下文展开进一步分析。

(一) 注意刑法与金融法的相对独立性

刑法与金融法虽然在内容上有重叠之处,但法律属性不同,金融行为的行政违法性不能完全决定其刑事违法性的成立,针对某行为的金融前置法缺位或规制不力与刑法是否需要介入干预之间也不存在必然联系。金融法与刑法在金融违法行为的规制上应为“二元”平行关系而非主从关系。对此,张明楷教授以民法与刑法的关系为例指出,“显然不能认为,只要在民法上得出了案件事实属于民事欺诈的结论,就不能从刑法上得出案件事实构成合同诈骗罪的结论”,“如果认为只要某种事实符合其他法律的规定就不得再适用刑法,那么刑法必然成为一纸空文”。^⑫不可否认,“刑法是最古老的法律形式,至今它还独立地调整很广泛的范围,如生命、自由、荣誉或风俗等,它不需要借鉴其他法领域的概念和

作用”^⑬。

1. 提倡刑事违法相对论,更好地协调不同法律之间的关系

德国学者恩吉施提出了“法秩序统一原理”,认为法官对个案虽应个别裁判,但不能脱离整体法秩序而进行判断,因为对某个法律条文的适用其实是在整体法秩序之下进行的,若一个行为在某一法领域被认定为违法,则其在整体法秩序中都被认定为违法。^⑭如何理解这里的法秩序统一性?对此,学界有“存在论”指引下的形式统一说和“目的论”指引下的实质统一说之争,现在越来越多的学者意识到,法秩序统一的内涵并非“违法”在概念上与形式上的统一,不同法律规范对同一概念的规定完全可能存在差异,法秩序统一的内涵应为法目的统一。

在“法秩序统一原理”影响下,刑事违法性判断具有统一性成为德日学界的通说,并以此发展出“严格的违法一元论”“缓和的违法一元论”与“违法相对论”。“严格的违法一元论”过于绝对地理解法秩序的统一,否认不同部门法之间在机能上的差异,混淆不同类型的法律责任,故不为多数学者所采纳。“缓和的违法一元论”试图弥补“严格的违法一元论”的缺陷,主张只有同时具备一般违法性与可罚的违法性,才能推导出刑事不法性。根据这种理论,刑法与其他部门法在合法性判断上具有一致性,经济法上的合法行为在刑法中就不具有违法性;但刑法对违法性的判断又具有独特性,较之其他部门法的违法概念增添了“量”的要求,即其他部门法中的违法行为不必然是刑法中的违法行为。^⑮“违法相对论”则认为,违法性的判断应在不同法域中独立进行,不存在贯通整个法秩序的“一般违法性”,刑事违法性是“实质的违法性”。前田雅英认为,对刑事违法性必须以行为具有值得处罚的法益侵害性为核心进行独立判断,即使前置法上的合法行为也可能具有刑事违法性。^⑯“缓和的违法一元论”与“违法相对论”之间的本质区别在于,根据前者,“要认定某行为具有刑事违法性,该行为首先应具有一般违法性,即民事违法性或行政违法性是认定刑事违法性的前提”^⑰,后者则否定不同部门法在违法性认定方面必然存在共通性,不承认其他部门法与刑法在违法性判断方面存在必然联系。

笔者倾向于“违法相对论”,原因有三。第一,“违法相对论”未背离“法秩序统一原理”,兼顾各部

部门法的法目的,有助于缓解部门法之间的冲突。尽管不同的部门法具有不同的目的,但其目的背后都隐藏着一定的利益倾向,不同利益之间是可以比较衡量的。统合各部门法目的的过程就是对不同利益进行衡量与取舍的过程,最终达到公民利益保护的最大化。在这一过程中,法律解释发挥着关键作用。“违法相对论”认为法秩序统一是法律解释的目的而非前提,意味着承认不同部门法对“违法”的不同理解,意图通过法律解释以尽量消除冲突,而不是罔顾各部门法之间的冲突,强行将各部门法对“违法”的不同理解统一化。第二,“缓和的违法一元论”过于强调一般违法性,忽视各部门法均有独特的目的、价值与机能,忽视刑法适用的独立性,与理不合、与实不符。有学者认为:“在不同法领域间必须保持违法性评价的一致性,刑法处罚其他法领域明示允许的行为,从刑法补充性的见地来看,是不妥当的。”^⑩这种观点曲解了刑法的补充性,将“补充性”与“从属性”等同,将法秩序统一狭义地理解为法概念在形式上一致。这种理解在立法层面也许可行,在法律适用层面必然遭遇困境。法律适用中必须面对部门法之间存在巨大差异的客观事实,通过体系性解释、目的解释等方法实现法秩序的实质统一,否则会使法律脱离社会现实。例如,我国婚姻法不认可事实婚姻,对长期非法同居关系不予保护。如果依照“缓和的违法一元论”,刑法上的婚姻概念必须与婚姻法上的婚姻概念保持一致,那么,已婚者与他人长期维持事实婚姻关系就不构成重婚罪,但事实婚姻属于重婚罪中的“婚姻”已成为刑法学界共识。“违法相对论”从部门法的目的差异出发,注意到婚姻法对“婚姻”进行限定的目的在于维护婚姻登记制度,刑法规定重婚罪的目的在于保护婚姻关系,这种差异能够为统一的法秩序所容忍。第三,“违法相对论”已被我国法律实践所采纳。例如,为了应对新冠病毒肺炎疫情,国家卫健委发布公告,将新冠病毒肺炎纳入《传染病防治法》中的乙类传染病,采取甲类传染病的预防、控制措施;之后,《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制定发布),将拒绝执行防控措施,引起新冠病毒传播或有传播严重危险的行为,认定为妨害传染病防治罪。如果按照“缓和的违法一元论”,新冠病毒肺炎不属于《传染病防治法》上的甲类传

染病,刑法就不能将其视为甲类传染病。这显然不利于新冠病毒肺炎疫情的防控,因此,“缓和的违法一元论”无法为司法实践所接受。此外,《刑法修正案(十一)》删除《刑法》第141条、第142条关于假药、劣药的认定须依照相关前置法的规定,体现了刑事违法性判断的独立性。

2. 刑法适用中坚持独立判断,更好地发挥金融刑法的功能

刑法中金融犯罪的罪状表述看似与金融法中违法行为的表述相同,二者内涵却不完全一致,此时就要适用刑法上的相关规定。比如,对于信用卡的含义,根据《商业银行信用卡业务监督管理办法》(银监办发〔2011〕222号),信用卡是指具有透支功能的贷记卡;但2004年全国人大常委会作出立法解释,将借记卡也纳入信用卡的范围。信息金融刑法规范多为空白罪状,援引相关信息金融法规予以填补时,必须注意刑法价值的独立判断性,防止刑法完全从属于前置法,避免简单地以金融法规定直接补足刑法中的犯罪构成。^⑪当然,对于同一概念,金融法与刑法的理解完全一致时,刑法适用自应依赖前置法,但定罪量刑时仍然要注意刑事违法与行政违法在量上的差别。对行为的违法性进行刑法上的独立判断时,还要考虑金融刑法规范的保护任务。即使金融法中有关于追究刑事责任的指引性条款,但如果刑法中没有相应的犯罪构成,也不能依据金融法追究刑事责任。值得注意的是,对于刑法明确授权金融法规定的事项,应当按照金融法规范确定相关责任。比如,《刑法》第186条“违法发放贷款罪”明确规定“关系人的范围,依照《中华人民共和国商业银行法》和有关金融法规确定”,此种情况下对刑法规范的理解与对有关金融法规的理解应当保持统一。

适用金融刑法规范进行独立判断的直接根据是刑法条文,深层次根据是刑法所保护的金融秩序法益及金融参与人的合法权益受损及受损的程度。法益具有规范解释功能,使人们能够清楚地分析犯罪构成要件的实质内容,明确刑法规范的保护方向,确定是否存在该当阻却违法或责任的事由,厘清刑法规范适用与其他法律规范适用之间的关系,决定适用刑法的必要性或非必要性。刑法保护法益与金融行政法保护法益并非完全一致,行政法更注重保护秩序和效益,刑法则兼顾保护权利和自由,因此,刑法法益的判断具有相对独立性,正是这种相对独立

性在本质上决定了金融刑法规范判断的独立性。我国现行金融立法体现出浓厚的“金融抑制”色彩,过分重视对金融秩序的严格管制性保护,对金融参与人交易权益的保障相对不足。^①在这种情况下,信息金融刑法的适用中有必要突出金融刑法对法益的独立性判断,充分考虑投资人利益在刑法适用所考量因素中的分量,推动金融刑法适用从偏重于维护金融管理秩序转向维护金融秩序与安全和保障金融投资人权益并重。

(二) 重视刑法与金融法的同向性

风险管理已成为现代金融法规制的核心功能。^②金融犯罪治理的最佳途径也在于提前发现各类金融风险,及时予以干预和化解,防止金融违法与犯罪发生。刑法与金融法在维护金融体系稳定、防范金融风险的目标上存在一致性,因而在防范各类信息金融风险方面,要重视两者的同向性,提倡预防性的积极治理措施,并注意两者相互协调,共同实现相应的功能转变。具体来说,在信息金融领域,金融法规制应实现由管制向监管转变,刑法规制应实现由事后惩治向事前预防转变。

1. 金融法规制由管制向监管转变

信息金融活动旨在通过资金数据融通实现资源优化配置,本质上具有鲜明的市场性。对信息金融活动的监管应以维护金融市场秩序、增强金融业的活力和效率、促进金融业发展为目的,避免不当、过度干涉市场机制发挥作用。信息化背景下政府对金融活动的管理面临两难困境,典型表现是政府对P2P网贷的管理:如果政府过度包容、豁免,各网贷平台肆无忌惮地实施背离普惠金融基本理念的资金炒作行为,极度推高资本市场泡沫;出现不能兑付事件,酿成严重社会问题时,政府全力介入、强化管制,又会引起网贷平台纷纷倒闭,“跑路”事件频发。^③金融市场管理要想走出“不管就乱,一管就死”的怪圈,必须在金融法治领域实现由管制向监管的转变,注重事前预防与事中控制,严把网络金融企业准入关并注重过程管理,及时防范金融风险。在这方面,德国的经验可资借鉴。德国对网络金融业务实行审慎监管模式,德国央行将存款准备金制度适用于网络银行,以保护存款者的利益和金融业的稳定发展;德国政府还完善征信体系,在金融监管机构设立登记系统,保障网络金融信息的真实性,降低网络金融活动风险。^④我国对信息金融领域的管

理,是要为信息金融从业者提供宽松、安全的经营环境,同时加大对信息金融服务重要信息披露的监管力度,逐步建立信息披露和风险预警制度,及时消除金融风险,使金融投资人、消费者树立对金融服务提供者的信任和信心。金融机构的信息披露不仅便于监管部门开展监管工作,还能使广大投资者知晓金融机构的具体经营情况,有利于金融活动透明化、规范化。如果金融机构故意不履行信息披露义务或未能及时、全面、明确地履行上述义务,就要对其进行相应的行政处罚。此外,要利用信息技术优势,在金融监管部门与司法机构之间建立信息共享与协同执法机制,提升金融风险防范效能。

2. 刑法规制由事后惩治向事前预防转变

现代社会重视刑法对未然犯罪的预防,要求刑法介入节点适当前置,将可能发生的犯罪及时控制在未然状态,阻断危险发展路径。这在刑事立法上的表现就是危险犯的增设,经济刑法领域对此表现得非常显著。在信息化背景下,金融领域的违法行为不但更易实施,而且行为的危害性在互联网的信息放大功能作用下明显加剧,一些看似不经意的金融违法行为也可能造成严重的金融财产损失甚至引发社会危机,刑法对此类行为提前介入防范乃势所必然。为了应对渗透面极广的信息金融风险,刑法保护前置化已成为中外刑事立法的发展趋势,具体表现为抽象危险犯增多。金融犯罪是法定犯,而设立法定犯是为立法者所青睐的应对金融风险的利器,法定犯也是与抽象危险犯最为匹配的犯罪类型。^⑤近些年我国金融刑法的修改,如增设擅自设立金融机构罪,伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪,非法吸收公众存款罪,伪造、变造金融凭证罪,妨害信用卡管理罪,擅自发行股票、公司、企业债券罪等罪名,都体现了这种立法倾向。不过,金融刑法保护的法益,通常是超越传统刑法保护的个人信息法益的抽象法益或超个人法益,即整体的金融秩序,如信用市场、资本市场、营业竞争秩序、非现金交易制度等。对这种抽象法益的保护体现了刑法对个人法益的前置性保护,金融刑法中的抽象危险犯实际上是对这种抽象法益的再次前置性保护。抽象危险犯与抽象法益的结合使刑法介入保护的节点不断前移,这种刑法规制方法如果运用不当,就可能产生反向效果,即刑法的滥用、干预过度,以致抑制金融业的创新和发展。

基于上述分析,需要从两个方面着手规范金融刑法的扩张。第一,将抽象法益具体化。法益的抽象化、精神化、超个人化与法益的确定性、具体性并不矛盾,抽象法益也能转化为具体法益。“法益必须进行塑造,并且每一种法益都必须准确地加以描述”^{②5}，“一切法律均是为了人的缘故而制定”^{②6}，“与其苦苦追求抽象的、超个人的、飘忽不定的‘秩序法益观’，不如转换成对具体的、个人的、较为稳定的‘个人法益观’的坚守”^{②7}。信息化背景下金融业发展越来越表现出金融活动的契约精神与平等交易的一面,因而刑法对参与主体予以平等保护愈显重要。与此同时,现代社会信息金融活动的特点之一是,社会大众普遍参与却往往缺乏必要的信息、金融知识和风险意识,很容易受到金融犯罪行为侵害。因此,在判断某一信息金融不法行为是否构成犯罪时需要进行双层判断,既要视其是否破坏金融秩序(客观上违反金融行政法规或者造成金融市场动荡),又要视其是否对具体参与者个体或群体的合法利益造成侵害,通过发现抽象法益与个人法益或群体法益相关联并建立它们之间的特定联系,实现刑法预防与具体法益保护的统一。第二,将危险现实化、量化。刑法重视危险与风险的区别,二者是本质不同的概念。具有危险的行为能导致法益侵害现实化的后果,仅具有风险的行为则未必能导致这样的后果,因而只应将具有危险的行为纳入金融刑法的规制范围。我国刑法规定金融犯罪要件时,应在“定性+定量”的定罪模式下重视金融违法行为的现实危险性,尽可能进行必要的量化,将不具有现实危险性或者危险性较小的行为排除出犯罪圈,将规制重点集中在可能对金融秩序及金融参与者的合法利益造成严重侵害的危害行为上。司法解释也应坚持这样的思路,确定具体金融犯罪的定罪量刑标准。例如,恶意透支型信用卡诈骗行为虽然对金融机构的资金安全带来一定的危险,但该行为往往是民事违约行为转换而来的,多数行为的危害性相当有限,以前的司法解释将其入罪数额标准确定为1万元,导致打击面过宽,现行司法解释将其入罪数额标准提高为5万元,压缩了入罪空间,收到了比较好的社会效果。

对金融不法行为的危险性进行量化时,要特别注意信息金融犯罪危害的特殊性。由于网络的信息放大功能,一些不法行为尽管在线下的危害较小,在

线上金融平台则爆发出惊人的传染性、破坏力。对于这类行为,要综合考虑各种相关因素,灵活解释和认定其是否构成具体的金融犯罪。

(三) 协调刑法与金融法的关系

对信息化背景下的金融违法活动进行刑事追究,需要考虑刑法与金融法之间的关系。通过发挥金融法在金融犯罪认定中的应有作用,使金融法与刑法相协调,形成金融犯罪治理的合力。

1. 坚持刑法上金融犯罪的空白罪状模式,保持金融刑法的弹性与稳定性

刑法上对金融犯罪的规定多采取空白罪状的立法模式,这具有正当性、合理性。一方面,行政机关本身就有获得立法机关授权进行委任立法的职能,这种间接立法模式与罪刑法定原则并不矛盾。另一方面,面对种类繁多、内容多变的金融活动,国家立法机关无法将所有应予刑罚制裁的金融不法行为在刑法中毫无遗漏地加以规定,并且因应各种行为的变化适时作出立法上的改变;刑法需要有相对的概括性以维持其相对稳定性,此时空白罪状就成为不可避免的立法选择,只有这样,才能使刑法更加适应金融犯罪治理的客观需要。法律实践已经证明这种立法模式的妥当性,不应轻易否定该模式。

对于空白罪状的适用,关键在于准确选择能够填补空白罪状的前置法规范。这些规范通常存在于法律、行政法规中,但在一定条件下,政府职能部门为执行法律、行政法规而制定的更为具体的行政规则,对于确定刑法中相关空白罪状的内容也具有重要的参考价值,对此不能一概排斥。只要行政规则不违背罪刑法定的要求,就应予以参考。例如:近些年有关部门重拳打击内幕交易、泄露内幕信息的违法犯罪行为,但实际查处时困难重重,一方面是因为此类行为的隐蔽性较强、调查取证困难,另一方面是因为《刑法》《证券法》关于内幕交易的规定比较原则,适用中存在较多争议;鉴于此,中国证监会于2007年印发《证券市场内幕交易行为认定指引(试行)》,对内幕人、内幕信息和内幕交易行为的认定、不构成内幕交易行为的情形及证明标准等作了比较详细的规定,而《刑法》第180条规定“内幕信息、知情人员的范围,依照法律、行政法规的规定确定”;该指引作为证券监督部门的行政执法指导文件属于部门规章,不能被法院判决书引用,但其是依据《证券法》的有关规定制定的,因而对司法机关认定

内幕信息、知情人员具有重要的参照价值。2012 年最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，对此类犯罪的法律适用问题重新作出解释，其中借鉴了该指引中的相关内容。

2. 恪守刑法的谦抑性，避免行政权力的刑法实质化

王利明教授认为，“民法应当扩张，刑法应当谦抑，只有民法无法很好解决相关纠纷，且相关行为可能危及公共安全和公共秩序时，才有必要动用刑法”²⁸。一般情况下，前置法的扩张并不必然影响刑法的谦抑性，但有时也会引起刑法的扩张，金融刑法更是如此。由于补足金融刑法中空白罪状所需援引的金融法规内容丰富且复杂多变，使得金融刑法规范具有极大的弹性空间，掌握行政法规立废改权力的国家行政机关通过修改前置金融法规而间接影响金融刑法适用范围的情况就在所难免。这种情况虽然有利于金融刑法规范与时代发展紧密结合，但也存在一定的隐患：一是，行政权力在实质上刑事化，事实上行使了司法解释权，甚至变相修改刑事立法，损害国家法治基础；二是，如果前置金融法规的有关规定失当，就会导致信息金融犯罪的认定偏离刑事立法原意也超出民众预期，既有违刑法基本原则，又不利于刑法规制功能的发挥；三是，行政权力过度扩张，导致刑法适用过度扩张，损害刑法的谦抑性。鉴于此，需要在国家刑事司法层面建立一种前置法过滤机制。可以由最高人民法院、最高人民检察院承担对空白罪状所需填补的前置法规范的审查职能：一是，对于重要的空白罪状，通过司法解释，将相关行政规范内容引入刑事适用领域；二是，对于司法解释没有涵盖的空白罪状，通过挑选并发布指导案例，对地方司法机关进行指引；三是，通过审判监督机制，对适用法律明显失当的判决予以改判，对纠正错案起到示范作用。2017 年最高人民法院通过审判监督机制发现并纠正王某军因无证贩卖玉米而被判非法经营罪一案²⁹，就是很好的例证。在空白罪状比较密集的金融犯罪领域，最高人民法院更应表现出这种积极主义司法态度。

3. 慎重认定信息金融犯罪，防止刑法介入民事纠纷

在信息金融领域，金融机构与投资人、消费者之间经常发生利益纠纷，有些纠纷中投资人或消费者

实施了一定的违法违规行为，该行为从形式上看可能符合刑法中某种金融犯罪的构成要件。对于此类行为是否需要认定为犯罪，应持谨慎态度，切忌受强势金融机构的影响或利益推动而轻易将违法违规行为作为入罪处理。笔者认为，对于此类行为，应首先考虑以民事手段处理的可行性，只有在民事手段处理乏力，确实有刑法介入的必要性和正当性时，才考虑刑事制裁。

以信用卡诈骗罪为例展开分析。金融机构与持卡人之间存在民事借贷关系，持卡人归还透支款时，金融机构能从中获取高额利息；持卡人不能归还透支款时，金融机构承担风险损失也在情理之中。金融机构若要挽回这种损失，可以提起民事诉讼寻求救济，以体现民事领域的公平原则。信息金融的出现加大了利用信用卡透支的风险，金融机构要想降低被恶意透支的风险，就应事先在发卡环节和用卡环节加强风险管控，而不能完全指望刑事司法机关为其讨债。前些年由于刑法对恶意透支型信用卡诈骗罪构成要件的规定比较抽象，一些金融机构利用自己的强势地位竭力影响司法办案，导致恶意透支型信用卡诈骗罪的司法认定出现偏差，不但入罪数额标准过低，而且以客观要件认定替代主观要件判断（非法占有目的这一主观要件被虚化），行为人只要使用信用卡透支，被银行 2 次催收、3 个月内未归还透支款，数额达到 1 万元，就可能被法院定罪判刑。实践中常常出现令人费解的现象：几个司法机关通力合作，动用大量司法资源，结果却仅帮助银行讨回几万元，投入与收益严重不成比例；并且，投入的是公共资源，收益的却是个别银行，刑法过度干预民事纠纷。另外，一些银行发放信用卡无序，对持卡人情况不作了解，使得很多根本不具备信用资质的人取得了信用卡甚至一人多卡，由此引发的透支风险实际上是银行不负责任招致的。对于这种刑事被害人自冒风险的行为，原则上不应将信用卡透支人的违法行为认定为金融犯罪，此时应特别考虑银行自身过错，由其担负一定的责任。³⁰只有那些非法占有目的明显，通过巨额透支以侵吞金融机构财产，明确符合诈骗罪构成特征的行为，才需要以信用卡诈骗罪定罪处罚。2018 年最高人民法院对该罪的认定重新作出司法解释，不但大幅度提高入罪数额标准，而且强调刑事司法要重视主观非法占有目的与客观行为的双重审查，不能简单办案、客观归罪。这

更加体现了刑事司法的公平公正价值,也迫使金融机构更加重视信用卡发放及使用风险的事先管控。

传统金融业主要存在信用风险、产品风险和道德风险,信息化背景下的金融业除了存在此类风险,还因追求发展速度、依赖技术和算法而产生新的风险类型,如因数据获取、存在技术缺陷或网络安全隐患、金融垄断权力异化等而导致风险现实化。金融风险给金融犯罪的有效治理带来诸多困难,信息金融的高度专业性、复杂性和风险集聚性加大了金融犯罪的治理难度。本文对信息金融犯罪秉持积极治理主义立场,提出采用金融法与刑法“二元并行”的治理结构,希望对克服相关困难有所帮助。

注释

①麦肯锡全球研究院:《债务与(微弱的)去杠杆化》,麦肯锡公司网站, https://www.mckinsey.com.cn/wp-content/uploads/2015/04/MGI-Debt-and-not-much-deleveraging_CN_.pdf。②[美]海尔·斯科特·安娜·葛蓬:《国际金融:法律与监管》(上),刘俊译,法律出版社,2015年,第23—27页。③关于互联网金融的三个层次,详见李耀东、李均:《互联网金融框架与实践》,电子工业出版社,2014年,第189—196页。④钱小平:《我国惩治贿赂犯罪立法探讨——以积极治理主义为视角》,《法商研究》2018年第1期。⑤⑥徐汉明、张乐:《大数据时代惩治与预防网络金融犯罪的若干思考》,《经济社会体制比较》2015年第3期。⑦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。⑧劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017年第6期。⑨《张军讲述中国特色社会主义司法制度优越性》,最高人民检察院网, https://www.spp.gov.cn/tt/201910/t20191022_435455.shtml,2019年10月22日。⑩高媛:《互联网金融犯罪刑法治理的完善研究》,《延边大学学报》(社

会科学版)2018年第1期。⑪简爱:《一个标签理论的现实化进路:刑法谦抑性的司法适用》,《法制与社会发展》2017年第3期。⑫宋盈:《互联网金融刑法规制谦抑说之反驳——兼与刘宪权教授商榷》,《学术界》2017年第7期。⑬张明楷:《刑法学中的概念使用与创制》,《法商研究》2021年第1期。⑭[德]耶塞克、魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社,2001年,第69页。⑮郭研:《部门法交叉视域下刑事违法性独立判断之提倡——兼论整体法秩序统一之否定》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2020年第5期。⑯吴翰飞:《法秩序统一视域下的刑事违法性判断》,《法学评论》2019年第3期。⑰欧阳本祺:《论行政犯违法判断的独立性》,《行政法学研究》2019年第4期。⑱王昭武:《法秩序统一视野下违法判断的相对性》,《中外法学》2015年第1期。⑲王骏:《违法性判断必须一元吗?——以刑民实体关系为视角》,《法学家》2013年第5期。⑳肖中华:《经济犯罪的规范解释》,《法学研究》2006年第5期。㉑钱小平:《中国金融刑法立法的应然转向:从“秩序法益观”到“利益法益观”》,《政治与法律》2017年第5期。㉒管斌:《论金融法的风险维度》,《华中科技大学学报》(社会科学版)2012年第4期。㉓刘辉:《论互联网金融政府规制的两难困境及其破解进路》,《法商研究》2018年第5期。㉔刘炯:《经济犯罪视域下的刑法保护前置化及其限度》,《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2020年第4期。㉕[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社,2005年,第16页。㉖[德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社,2006年,第6页。㉗梅传强、张永强:《金融刑法的范式转换与立法实现——从“压制型法”到“回应型法”》,《华东政法大学学报》2017年第5期。㉘王利明:《民法要扩张 刑法要谦抑》,《中国大学教学》2019年第11期。㉙《最高法院发布第19批5个指导性案例 一案推进良法善治法治进程》,《法制日报》2018年12月20日。㉚关于刑事被害人自冒风险的详细阐释,参见王海桥、马渊杰:《被害人自冒风险的刑事归责——论自我负责原则》,《中国刑事法杂志》2011年第1期。

责任编辑:邓林

The Transformation of Governance Structure of Financial Crimes Under the Background of Informatization

Wang Haiqiao

Abstract: Under the background of informatization, the pattern of traditional finance tends to be networked. The disordered development of network finance leads to highly concentrated systematic criminal risks, and the boundaries between financial innovation and financial crime become more and more blurred. In the context of active governance, it is imperative to change the path of financial supervision in time and to resolve and prevent financial risks. The "dual parallel" governance structure can effectively integrate criminal law and administrative means to form a joint force in the governance of financial crimes. "Relativity of illegality" respects the differences of values and functions between different jurisdictions, emphasizes the independence of judgment for the financial criminal law based on legal rights, and avoids the subordination of criminal law to financial law. In order to effectively prevent financial risks and maintain financial security, we should promote the transformation of financial law from regulation to supervision, and criminal law from ex post criminal law to preventive criminal law. Based on the characteristics of the legal offense of financial crime, we should continue to use the blank crime pattern, keep the flexibility of financial criminal law, abide by the modesty of criminal law to prevent the substantialization of the criminal law of administrative power.

Key words: financial crime; active governance; dual parallel; relativity of illegality