

周剑云 谢 杰/著

金融刑法

——问题、争议与分析

JINRONGXINGFA

JINRONGXINGFA

JINRONGXINGFA

JINRONGXINGFA

周剑云 谢 杰 著

金融刑法

——问题、争议与分析

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

金融刑法:问题、争议与分析/周剑云,谢杰著.

—上海:上海人民出版社,2016

ISBN 978-7-208-13794-3

I. ①金… II. ①周… ②谢… III. ①金融-刑事犯罪-刑法-研究-中国 IV. ①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 102266 号

责任编辑 秦 堃

封面装帧 甘 璐

金融刑法

——问题、争议与分析

周剑云 谢杰 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 17.25 插页 2 字数 292,000

2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-13794-3/D·2864

定价 48.00 元

本书为贵州省教育厅“法学专业综合改革”项目教学内容改革成果之一。

前 言

本书以金融刑法理论与实务中的重点、难点、热点问题为导向,相对系统且深度地阐述金融刑法学研究中的重要问题,以判例为引导,以核心概念与刑法知识点为串联,以金融刑法解释为主要内容,以金融刑法反思为思维拓展,通过对财经类犯罪的专题研究,深化对刑法理论与实务的认知、判断、理解与反思。作为财经类大学法学专业综合改革的探索,本书内容注重金融法与刑法的交叉,将刑法理论与司法实践相结合,在剖析刑法条文的原意和精神的基础上,重点对相关立法及司法解释进行了详细的分析和解读。

本书主要具有以下特点:

一、秉持问题意识

判例的选择与核心刑法概念的布局都围绕着刑法理论与实务中亟须深入研究的问题而展开。突出刑法理论与实务中的争议性问题,不仅仅提出刑法世界中的理论分歧与实务操作差异,更是纵深性地提出刑法观念冲撞与现实断裂的根源性争议。在刑法解释与反思中,不仅对基本问题进行理论与实务结合的观点阐释与论证,更强调通过对衍生问题的反思深化对争议问题提出不同分析视角。

二、强调理论实用

本书针对近年来金融刑法理论与实务中面临的重大难题与热点问题,充分运用刑法原理深入分析刑法中的基本概念、常用概念、争议问题、经典与热点判例等,以期为刑法理论与实务界提供一种解决刑法理论与实践疑难问题的分析视角。同时,作者长期从事教学研究与司法实践,掌握了相当数量的刑法实务疑难问题,本书通过对近十年教研成果与实践经验的提炼,对刑法疑难问题进行总结归纳与深度规则研究,期待能够为刑法学习者、研究者、实务者提供一份可以进行后续学习与深入研究的翔实资料。

三、突出视野开放

写作本书的启发源自作者多年来在美国、加拿大从事科研与教学工作的切

身经历。在作者的域外研究工作过程中,我们研究了美国、加拿大等国家不同刑法专家的教学与科研特点。他们非常重视教学科研的重点与视角的多样性,即几乎每位著名刑法教授的教学与科研工作都在体例、视角、观点、论证思路上坚持非常独立的想法,没有架构上的雷同性。刑法教学主要集中在对特定问题的自我看法论证与读者思维启发。这些经验对我们的启发非常大。所以,在本书的撰写过程中,作者对特定问题的观点与论证,以及对读者独立思考相关问题的启发,构成了两项非常重要的内容。

本书不仅适合金融法、经济法、刑法学专业博士研究生和硕士研究生精读,也可以作为刑事、金融等法律方向本科生研习参考书,更可以作为法学专业本科生刑法学、金融法学核心教材的一种创新与突破。同时,由于本书内容注重金融法与刑法的交叉,将刑法理论与司法实践相结合,书中很多内容来自实践,在剖析刑法条文的原意和精神的基础上,重点对相关立法及司法解释进行了详细的分析和解读。因此,对广大司法实践部门的工作人员办案及研讨问题也会有所裨益。

本书作为贵州财经大学法学专业综合改革阶段性成果之一,其观点、结构、论证、思考等只是一家之言,对于刑法理论与实务问题的表达、阐释与思考也只是一种探索,恳请广大读者与同仁批评指正。

周剑云 谢 杰

2015年12月3日

目 录

前言	(1)
第一章 金融刑法的功能与犯罪的边界	(1)
第一节 金融刑法的克制性:侵权与犯罪	(3)
第二节 金融刑法的审慎性:违法与犯罪	(6)
第二章 金融(经济)犯罪主体与共犯结构	(10)
第一节 国家工作人员的解释	(10)
一、与国家工作人员有关的刑法及司法解释规定	(10)
二、国家工作人员的实质内容:从事公务	(12)
三、国家工作人员的形式侧面:委派	(14)
第二节 非国家工作人员的解释	(15)
一、非国家工作人员主体基本范围	(15)
二、非国家工作人员能否构成特殊主体犯罪(受贿罪)	(17)
三、非国家工作人员能否构成特殊主体犯罪实行犯	(19)
第三节 单位犯罪的解释	(21)
一、单位犯罪主体基本范围	(21)
二、单位犯罪特征:以贿赂犯罪为例	(22)
第四节 共同犯罪的解释	(23)
一、共同犯罪基本内涵	(23)
二、共犯结构:以共同贿赂犯罪为例	(24)
第五节 特殊主体类型的刑法解释	(37)
一、国有资本控制公司中国国家工作人员的刑法甄别	(37)
二、一人公司刑法主体定位模式化分析	(48)
第三章 金融犯罪的刑罚与非刑罚处罚	(62)
第一节 刑罚理念	(62)

一、刑罚宽和理念	(62)
二、宽和处罚理念的具体实现	(63)
第二节 犯罪的刑罚裁量	(64)
一、量刑原则	(65)
二、量刑方法	(68)
第三节 非刑罚处罚的刑事适用	(70)
一、非刑罚处罚刑事适用的实体标准	(71)
二、非刑罚处罚刑事适用方法的具体运作	(74)
第四节 金融犯罪量刑改革	(85)
一、量刑规范化改革的基础:以罪责为核心重构量刑原则	(86)
二、非刑罚处罚刑事适用方法的创新	(92)
第五节 非刑罚处罚刑事适用的配套程序	(104)
一、建构非刑罚处罚检察监督制度	(104)
二、建构融入非刑罚处罚的暂缓起诉、不起诉程序	(105)
三、建构独立的非刑罚处罚裁量程序	(106)
 第四章 融资犯罪	(109)
第一节 融资犯罪:金融监管制度错位下的规范僭越	(109)
第二节 融资犯罪刑事控制实践问题:结构性失衡及校准	(113)
一、融资犯罪刑事控制结构性失衡	(113)
二、融资市场刑法平等保护与构成要件均衡配置	(115)
第三节 融资犯罪刑事违法性认定问题:机制扭曲及纠偏	(119)
一、融资犯罪行为违法性认定机制扭曲	(119)
二、融资违法与融资犯罪的二次违法性梳理	(121)
第四节 融资犯罪刑事风险规制	(124)
一、融资犯罪金融风险控制规则缺失	(124)
二、融资犯罪金融风险控制规则建构	(126)
 第五章 金融诈骗犯罪	(130)
第一节 金融诈骗犯罪主观目的认定	(130)
一、非法占有目的的构成要件地位	(130)
二、非法占有目的的推定	(132)

第二节 集资诈骗罪的认定	(135)
一、集资诈骗犯罪的定罪量刑标准	(135)
二、集资诈骗犯罪的规范界限把握	(137)
第三节 贷款诈骗罪的认定	(138)
一、改变贷款用途是否构成贷款诈骗犯罪	(139)
二、骗取贷款罪与贷款诈骗罪的规范界限	(140)
第四节 信用证诈骗罪的认定	(140)
一、信用证欺诈与信用证诈骗的一般界限	(141)
二、信用证“软条款”的行为性质评价	(141)
第五节 信用卡诈骗罪的认定	(143)
一、信用卡诈骗犯罪司法解释的法律适用规范基础	(144)
二、为持卡人办理信用卡套现业务并收取手续费行为的司法 认定	(145)
三、骗领信用卡诈骗与恶意透支均达“数额较大”行为的认定	(148)
四、冒用他人信用卡取现后返还被害人损失行为的认定	(153)
第六节 金融犯罪刑法规制的思维拓展	(155)
一、美国金融欺诈犯罪不起诉制度的实践	(155)
二、金融诈骗犯罪控制策略	(160)
 第六章 证券期货犯罪	(170)
第一节 内幕交易犯罪的司法认定	(170)
一、内幕交易行为违法性的判断	(170)
二、内幕信息的认定	(173)
三、泄露内幕信息行为的认定	(181)
四、建议他人从事证券、期货交易行为的认定	(184)
五、信息攫取行为的认定	(189)
六、内幕交易犯罪故意的把握	(191)
第二节 利用未公开信息交易犯罪的司法认定	(193)
一、未公开信息的认定	(194)
二、利用未公开信息从事证券、期货交易的认定	(201)
三、建议他人从事证券、期货交易行为的认定	(206)
四、利用未公开信息交易行为违法性的判断	(209)

五、利用未公开信息交易行为关联性的判断	(216)
第三节 市场操纵犯罪的司法认定	(219)
一、单位操纵证券、期货市场犯罪的认定	(219)
二、以其他方法操纵证券、期货市场行为的认定	(222)
三、抢帽子交易行为的性质辨析	(230)
第四节 证券期货犯罪刑法规制完善	(238)
一、内幕交易犯罪:规则有待完善	(239)
二、“老鼠仓”犯罪:疏堵还须结合	(242)
三、市场操纵犯罪:监管盲区亟须填补	(247)
四、互联网金融时代证券市场犯罪的法律规制与市场化控制	(252)
参考文献	(254)

第一章 金融刑法的功能与犯罪的边界

金融刑法的存在与发展归根结底依托于该项法律制度的有用性,即刑法在公民的国家、社会、经济、文化生活中承担着独立的制度功能。

以最为基本的时间维度划分,刑法承载着两大功能:其一,事前的行为规则宣示功能,即通过刑法禁止性规定的宣告,在刑法的规制范围内管理、引导人们的行为;其二,事后的裁判原理界定,即建构违反刑法规则行为的裁判原理,为刑事司法程序中的各个参与者提供裁判依据与刑事制裁后果或者预期。这也是非专业性的普通公众与专业性的、法律制度链上的特殊从业人员了解、学习、掌握、完善金融刑法的实用性驱动。

金融刑法规范的两大功能经常性地处于紧张关系之中。行为规则宣示与裁判原理界定,分别需要不同的金融刑法规范表述、强调不同的内容以及目标。为了有效地实现金融刑法规范的事前预防功能,行为规则必须以容易理解与记忆的方式进行建构,从而确保法律专业人士之外具有不同能力、知识以及背景的社会成员能够在日常生活中进行应用。宣示行为规则的有效性建立在金融刑法规范简洁、清晰、客观的基础之上。而裁判原理界定的目标在于评估规则违反行为的责任与刑罚的程度。这就会涉及众多建立在刑罚理论基础之上的微妙的、主观的、复杂的判断。简洁且容易的规范表述会影响复杂的规范适用原理的传达;技术性的法律判断标准的导入也会影响普通民众的通俗化理解。

刑法两大功能之间的冲突可能会难以处理。这意味着刑法会持续地陷入一种价值妥协的状态。为了凸显一种利益,刑法必须潜在地限制另一种功能的实现。立法者在现实中往往只能在冲突性的价值与竞争性的功能紊乱之中进行利弊权衡。但这种妥协与权衡是没有必要的,因为服务于行为规则宣示功能的原理独立于裁判规则界定功能的相关原理。通过刑法原理的辨识与隔离,以优化功能服务有效性为导向建构相应的刑法原理,两种功能都可以实现最大化,从而在最大程度上保障金融刑法的实用性。优化金融刑法在整个社会制度中的运作效率,并非学习金融刑法及其相关原理并对相关刑事法律规则加以完善的全部价值。但是,在更为崇高与全面的价值目标被无可争议地确认之前,刑法功能的有效发挥以及刑法在社会整体制度安排中的有效运作,仍然是学习并完善金融刑法最为重要的价值之一。

刑法的裁判原理功能很容易理解,因为金融刑法规范的基本效果就在于指引裁判者针对业已发生的、涉嫌违反既有规则的行为作出应否认定责任以及如何量化刑罚的判断。但究竟是什么原理指引着刑法的行为规则宣示功能?如果社会公众想要了解法律的要求,刑法中的哪些部分是必要的,哪些部分服务于裁判原理而对于公众了解法律规范而言又是不必要的?哪些原理对于社会公众了解刑法所禁止的行为、所要求的行为、所许可的行为(排除特殊情况刑法通常禁止的行为)是必要的?

其一,犯罪构成显然是第一位的行为规则宣示信息来源。金融刑法规范所禁止的行为,其犯罪定义通常出现在《刑法》构成要件配置中的客观行为及其伴随状况等要素部分。犯罪构成中的主观责任要件通常服务于裁判原理界定功能——展示特定情形下法律所禁止的行为是否应当受到处罚以及处罚的程度。刑法总则中的精神病、未成年以及刑法分则中的正当行为^①等免责抗辩、认识错误等正当性抗辩,是有责性的重要补充。犯罪构成中的结果要件同样服务于裁判原理界定功能。相对于没有出现法律所禁止的结果而言,特定的犯罪结果对应的是更为严厉的刑罚。行为规则不仅细化了禁止的行为,而且规定了法律所要求的行为。不作为犯罪的客观要件集中表述了这种法律所要求的行为。违反此类作为义务的裁判原理主要体现于责任要件部分并由免责抗辩进行补充。不作为责任还包括特定能力的要求。例如,行为规则要求父母抚养儿女,如果父母没有履行义务,裁判原理将审查其不作为是蓄意、明知、轻率还是疏忽,其是否有能力履行其义务,以及其不作为是否具备充分的免责事由。

其二,完整的行为规则必须向社会公众宣示在何种情形下允许人们实施通常为法律所禁止的行为。这部分行为规则体现在正当性抗辩的客观要求之中。例如,行为规则通常禁止从事伤害他人的风险行为,但其允许人们在对抗非正当攻击时实施此类行为。总之,绝大多数向社会公众进行行为禁止宣示的行为规则体现于犯罪构成客观行为要件及其伴随状态、法律规定的积极作为义务以及正当性抗辩的客观方面等内容之中。指引刑事司法程序参与者如何判断行为规则违反情形的裁判原理同样分散于《刑法》的不同条款中,其主要由犯罪构

^① 例如,在排除内幕交易犯罪行为属性的正当化事由层面,2012年最高人民法院、最高人民检察院《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》第4条规定了不属于从事与内幕信息有关的证券、期货交易的情形:一是持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有上市公司百分之五以上股份的自然人、法人或者其他组织收购该上市公司股份的;二是按照事先订立的书面合同、指令、计划从事相关证券、期货交易的;三是依据已被他人披露的信息而交易的;四是交易具有其他正当理由或者正当信息来源的。参见张先明:《“两高”联合出台司法解释 指导司法机关正确办理内幕交易犯罪案件》,《人民法院报》2012年5月23日第1版。

成的客观结果要素、责任要素、义务条款以及免责事由组成。

由于现有的刑法理论与实务并不重视功能独立界定的实践价值,两种刑法功能存在于同一刑法条文之中,导致行为规则与裁判原理之间一般规范指引与专业技术阐释的功能联动,在特定情形下并不容易实现。规则指引与裁判标准的不明确会导致犯罪边界的难以界定。

第一节 金融刑法的克制性:侵权与犯罪

金融刑法制度在实践运作中应当致力于冲淡刑罚权具备的扩张性倾向,在提升公众刑罚认同感的同时,保障民法等非刑事法律规范正常的适用环境。然而,长期以来,刑法实务与司法思维过程中所遵循的定势是:涉案行为社会危害性较大的,就应寻找最为契合的刑法条文进行刑事归责。由于构成要件刑法解释具有天然的延展性与包容性,这种思维模式极易导致刑法过度介入,产生刑法不当干预非刑事领域的种种司法现象。

引起热烈讨论的经典案例“许霆盗窃案”,在本质上即涉及刑民实体界限模糊状态下刑事司法应当选择能动还是克制的问题。客观冷静地分析本案法院判决,不能否认其在盗窃罪构成要件解释层面具有刑法规范解释的合法性基础。虽然许霆既没有篡改密码,也没有破坏机器功能,在形式上并不符合“秘密窃取”的行为要件。但其不仅利用了ATM机的自身错误,而且反复实施恶意取款行为,非法占有财物的目的与行为都具有接受盗窃罪规范评判的合法空间。

所以,问题并不在于司法实践或者刑事立法如何廓清罪与非罪的实体界限,而是在于如何把握刑法介入的适当性、刑法功能的实现方式以及对犯罪边界的掌控。

定性争议极大的“许霆盗窃案”带给我们的方法论启示是——当关于出罪与入罪的两种对立解释均具有合理性因素时,坚持规范解释很难找到出路,应当转换视角,从探悉刑法规范内涵转向追求刑法规范价值与功能,考察动用刑法规范对具有一定甚至是较大的社会危害性行为进行评价是否具有正当的价值基础。

在民事法律规范层面,利用ATM机技术性故障提取现金,显然属于储户违反领用合同的违约行为与恶意取款的侵权行为之间的竞合,金融机构可以根据合同法要求返还不当得利,或者选择在证明许霆具有过错的基础上要求侵权损害赔偿。在刑事法律规范层面,盗窃罪的构成要件与许霆涉案行为的事实存

在一定的紧张关系,但刑事司法着眼于 17.5 万元涉案数额所承载的社会危害性,亦可在罪刑法定的底线内进行能动性解释。在合同法、侵权法等民事法律规范具有完整涵射能力的前提下,存在紧张性解释危险的刑法规范应当秉持谦让与克制的态度,坚守刑法介入必要性原则的刑事司法理念。

再来看两起类似案件:河南洛阳的肖某本想登陆自己的期货账户,却因输错密码误打误撞进入党某账户,在“赚了联系党某分钱、亏了自己没损失”的侥幸心理的驱使下,“帮人”炒期货,亏损 14 万元;上海虹口的张某在无意中记下了张女士的股票账号和密码,决定拿其股票“练练手”,操作“钾肥 JTP1”权证造成 11 万元的资金损失。^①

上述案件均因涉嫌故意损坏财物罪被依法提起公诉。实践中司法机关对上述行为是否能够成立犯罪存在较大争议,对故意损坏财物罪的故意内容、财物内涵、损坏行为作出了截然不同的刑法解释。其实,类似争议并不是刑事司法实践中的新问题。早在多年之前,上海市静安区就出现侵入朋友证券账户并多次进行股票、基金交易,造成 19 万元损失的案例,最后司法机关以故意损坏财物罪定性。

在刑法解释理论激烈争辩的过程中,司法机关可曾尝试过对此类案件进行反思? 侵犯他人对股票、权证、期货、基金的处分权,理应是一种侵权行为。在适用侵权法追究行为人民事赔偿责任的情况下即可补偿被害人的损失,何必动用刑法来调整本属于侵权法调整的法律关系? 进入他人账户炒股练手案件的犯罪嫌疑人张某在与记者的对话中留下了一句意味深长的话:“我真的错了,但如果要坐牢,出来后还有什么能力继续承担现在无力赔偿的部分?”启动刑事司法程序后的刑罚震慑力产生了特殊预防的效果,但犯罪标签与刑罚烙印亦会对业已紊乱的社会关系造成进一步的伤害。侵权行为造成他人损失,本可以通过承担损害赔偿责任的方式进行及时恢复与修补。但刑法介入之后,侵权人成为犯罪嫌疑人、被告人乃至犯罪人,一旦接受刑罚,必将面临回归社会的阵痛;民事受害者成为刑事被害人,在犯罪人生活困难的情况下极有可能无法获得全面赔偿。恢复性司法与刑事和解成为跨越犯罪学、刑事诉讼法学、刑法学的热点问题。我们在进行理论借鉴、实践探索的同时,是否能有意识地在刑事司法思维的层面进行刑法能动性向刑法谦抑性的思维模式转置? 刑法的宽容与自抑,不仅可以让前置性的法律充分发挥规范功能,而且能够防止已经受到伤害的社会关系与社会利益不再经历又一次的痛楚。

^① 参见《检察日报》2007 年 10 月 9 日,11 月 14 日。

实践中屡屡出现个别被拆迁人通过诈骗手段获取补偿款或者被拆迁人群体冲击国家机关的案例。追究诈骗补偿款、故意利用被拆迁群众扰乱国家机关正常工作秩序相关行为人的刑事责任是刑法的任务。然而,在利益变迁过程中,刑法介入是否应当区分不同情况?拆迁协议本质上属于对价商谈的合同谈判。被拆迁人通过虚增户口、青苗等方式多获取部分拆迁补偿款是不争的事实,但拆迁公司同样也存在着压低补偿价格的不正当行为,在被拆迁人没有极度违背合同对价原则的情况下,司法机关不应根据刑法将其行为评价为诈骗,而应在合同相对方提起民事诉讼的情况下认定为欺诈。实践中曾经出现如下群体性事件:城乡结合部的居民积极配合征地拆迁,但政府向居民许诺的补偿迟迟没有兑现,居民无法搬入新房。居民进行群体请愿,在此过程中受尽机关工作人员的冷落、白眼和蔑视。等待了一天,又饿又渴又累的请愿者聚众冲入机关哄抢存放于仓库中、准备发放给干部的水果,部分情绪激动的群众砸烂了机关的牌子。最后,首要分子和其他积极参加者以聚众冲击国家机关罪被追究刑事责任。但笔者认为,聚众冲击国家机关罪的构成要件本身具有相当程度的排斥功能,对于事出有因、群众利益确实遭受严重损害或者危险前提下发生的群体性事件,不能一律认定为聚众冲击国家机关罪。在利益调整的重要时期,应当着重思考刑法介入的底线。群众并没有利用被拆迁人的身份坐地起价,而是在自身利益无法保障时无奈地选择“对抗”。群体性事件固然具有严重社会危害性,但生成该种风险的根源在于政府职能部门没有以人为本地履行职责。刑法介入的正当性基础在于保护社会利益。严格规制渎职者与适当宽容请愿者,才是刑法实现法益保护的政策定位。

刑法频繁介入民法领域,主要是因为行为人在客观上造成了重大损失,而经济损失又是经济或财产犯罪定罪量刑的核心指标。既然行为人所造成的经济损失数额较大,具有严重社会危害性,刑法介入貌似具有正当性基础。不仅个案认定存在刑法过度干预问题,刑事司法解释也在一定程度上具有刑法能动倾向。

这集中体现在知识产权犯罪司法解释中。例如,2004年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释一》)第1条将假冒注册商标罪的“情节严重”规定为非法经营数额在五万元以上或者违法所得数额在三万元以上,将“情节特别严重”规定为非法经营数额在二十五万元以上或者违法所得数额在十五万元以上。2007年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释(二)》更是明显降低侵犯著作权罪的数量门槛,将《刑法》第217条规定的“有其他严重情节”的标准降低为500张(份),将“有其他特别严重

情节”的标准降低为2500张(份),数量标准较《解释一》降低了一半。尽管司法解释实质性地加强了对知识产权的刑事保护,却存在越位干预侵权法的危险——现阶段审理的大部分知识产权侵权案件都可以达到甚至是远超知识产权犯罪的立案标准,是否都要移送公安机关立案侦查?答案显然是否定的。实践中也不存在这样操作的可能性。这就势必导致刑事立案标准虚置,不仅浪费司法解释资源,而且影响刑事实体规范的权威性。也就是说,即使刑法可以成功地在个案中介入侵权法领域,也不可能在整体上越权干预不应当由刑事法律调整的法律关系。刑法的宽容,是对公民自由的体恤,也是对非刑事法律的尊重,更是对刑罚权威的维护。从长远来看,刑法介入应当谨慎与克制。这是因为,刑法的品性在于谦抑,刑法的功能在于指引行为与设定裁判规则。在认识局限与规范争议十分突出的情况下,既然刑法功能的实现存在障碍,就应当适当放弃刑罚权的启动。

第二节 金融刑法的审慎性:违法与犯罪

刑法规定了大量行政犯,其均以行政违法为前提,犯罪行为的表现形式与行政违法完全相同,只是在社会危害性程度层面存在量化差异。对于此类犯罪,通过司法解释填充行政犯空白罪状中的具体内容,能够明确行政违法与行政犯罪之间的界限,对于实务部门适用法律具有重要意义。但是,刑法司法解释超越前置性行政法律法规,对行政违法行为进行刑事司法干预,业已成为一个不容忽视的越位解释问题。

偷逃过路费被定性为诈骗罪且被判无期徒刑的案件,深刻地体现出刑法解释对于行政违法行为的越位干预——2010年10月17日,平顶山市检察院指控时建某犯诈骗罪,向平顶山市中级人民法院提起公诉。同年11月19日,平顶山市中级人民法院公开审理此案。法院审理查明,2008年5月4日至2009年1月1日,被告人时建某为牟取非法利益,非法购买伪造武警部队士兵证、驾驶证、行驶证等证件,并购买两副假军用车牌照,在郑石高速公路下汤收费站、长葛西收费站、禹州南收费站、鲁山收费站多次骗免通行费,共计人民币368万余元。平顶山市中级人民法院审理认为,时建某以非法占有为目的,虚构事实、隐瞒真相,骗取河南中原高速公路股份有限公司免收其通行费,造成财物损失达360多万元,数额特别巨大,其行为符合诈骗罪的构成要件,已构成诈骗罪。2010年12月21日,法院作出判决,时建某犯诈骗罪,判处无期徒刑,剥夺政治

权利终身,并处罚金 200 万元,并追缴违法所得的一切财物。判决书显示,时建某对检察机关指控的犯罪事实及罪名均无异议,并当庭认罪、悔罪,请求法庭从轻处罚。在开庭审判中,时建某未请代理律师,而法官在开庭前曾专门通知过他的家属。法院判决后,他也未提起上诉。2011 年 12 月 15 日,河南省鲁山县人民法院重审,法院依法对“时军某、时建某诈骗案”进行了公开审理并当庭宣判,四名被告人分别被以诈骗罪、伪证罪判处有期徒刑一至七年不等刑罚。法院经审理查明:2008 年年初,被告人时军某通过武警干部李某某、张某某取得了伪造的武警部队车辆号牌、武警部队车辆行驶证、驾驶证、士兵证及作废的武警部队派车单等物品。2008 年 5 月 4 日至 2009 年 1 月 1 日,时军某使用上述假牌证及两辆货车,经由郑尧高速部分路段运送河沙。运行过程中车辆多次被查扣,由李某某、张某某出面协调,使得两辆货车顺利通行。经会计师事务所审计:2008 年 5 月 4 日至 2009 年 1 月 1 日,悬挂武警号牌的两辆货车在郑尧高速公路通行共计 2 363 次,骗免高速公路通行费计 492 374.95 元。被告人时建某在明知拉沙车辆所用武警部队车辆号牌、证件等均系伪造的情况下,从 2008 年 10 月底开始全面参与沙场经营活动。经会计师事务所审计:2008 年 11 月 1 日至 2009 年 1 月 1 日,悬挂武警号牌的两辆货车在郑尧高速公路通行,骗免高速公路通行费计 117 660.63 元。

实践中的倾向性意见是:2002 年最高人民法院《关于审理非法生产、买卖武装部队车辆号牌等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《部队车辆号牌刑事案件解释》)第 3 条规定,使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌,骗免养路费、通行费等各种规费,数额较大的,依照《刑法》第 266 条的规定定罪处罚。因此,本案中行为人假冒军车疯狂从事非法运营且偷逃过路费 368 万余元,应当定性为诈骗罪,数额特别巨大,判处无期徒刑,具有合法性。

诚然,严格按照《部队车辆号牌刑事案件解释》的规定进行定罪量刑,本案的判决不存在任何疑问。但是,刑法理论界与实务部门是否有必要反思该司法解释本身是否符合罪刑法定原则中更为深刻的合法性解释要义?是否有必要反思该司法解释是否符合刑法谦抑精神中的合理性解释要求?

笔者认为,对于行政犯罪,刑法司法解释必须遵循罪刑法定原则与刑法谦抑精神,理性控制越位干预行政违法行为的解释冲动,努力寻求刑法司法解释在行政违法与行政犯罪之间的合理定位。因为司法解释对行政违法行为的越位干预,本质上就是司法解释超越了行政法律法规的规范界限,将国家刑罚权强行介入行政违法领域。其不仅导致行政违法与行政犯罪界限模糊,而且超越了刑法规范本身的正当辐射范围,违背罪刑法定原则。