

中国刑法学研究会

全国刑法学术年会文集(2017年度)

The Collected Papers of Annual Conference of China Criminal Law Society (2017)

时代变迁与刑法现代化

The Change of Times and the Modernization of Criminal Law

(下 卷)

学术顾问 / 高铭暄 储槐植

主 编 / 郎 胜 朱孝清 梁根林

 中国人民公安大学出版社

 群 众 出 版 社

中国刑法学研究会

全国刑法学术年会文集（2017 年度）

The Collected Papers of Annual Conference of China

Criminal Law Society (2017)

时代变迁与刑法现代化

The Change of Times and the Modernization of Criminal Law

（下卷）

学术顾问/高铭暄 储槐植
主 编/郎 胜 朱孝清 梁根林
副 主 编/阴建峰

中国人民公安大学出版社

群众出版社

·北 京·

图书在版编目 (C I P) 数据

时代变迁与刑法现代化/郎胜, 朱孝清, 梁根林主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2017. 11

ISBN 978-7-5653-3072-8

I. ①时… II. ①郎…②朱…③梁… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 244823 号

全国刑法学术年会文集 (2017 年度)

时代变迁与刑法现代化

主编 郎 胜 朱孝清 梁根林

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京普瑞德印刷厂

版 次: 2017 年 11 月第 1 版

印 次: 2017 年 11 月第 1 次

印 张: 90.5

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 1981 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-3072-8

定 价: 310.00 元 (上、下卷)

网 址: www.cppsupsup.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律图书分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

目 录

上 卷

第一编 刑法典颁行 20 周年来刑法立法的回顾与展望

我国刑事立法的现状及展望	储槐植 杨崇华	(3)
晚近 20 年我国刑法立法发展要论	赵秉志	(12)
大变革时期的中国刑法与刑法学		
——纪念 1997 年刑法颁行 20 年	刘仁文	(23)
刑法颁行 20 年间刑法修正态势概览	夏 勇 尉立坤	(35)
我国 20 年来刑法修正的隐忧及其匡正	秦宗川	(43)
我国刑法典颁行 20 年来立法理念的变迁及论析	邓红梅	(50)
我国刑法修正的基本回顾与初步展望	孙道萃 麦 芒	(59)
我国刑法立法问题研究	何 群	(68)
刑事立法调整的缘由与取向	孙万怀 闻志强	(76)
理性对待积极刑法立法观	何荣功	(83)
刑事立法理念的变迁刍议	向朝阳 范婧雯	(91)
刑法立法理念的变迁		
——以刑法之修正案为视角	王耀忠	(99)
从《刑法修正案（九）》谈我国刑法的新发展	郎 胜	(107)
社会公众参与刑法立法的基本问题	阴建峰 赵英鹏	(112)
论我国刑法立法民主性的贯彻与提升	熊永明	(123)
频繁修法下刑事立法模式的反思与重构	行 江 唐大森	(130)
刑事立法之“遗留”问题		
——刑法修正对已决犯影响问题之存在、归因与消解	田熹文	(136)
“风险社会”中国民立场与国家立场之协调		
——兼论刑法典颁布 20 周年后的立法理念变迁	李晓明 褚 础	(142)

刑事立法论对风险刑法理论的审视：以刑法典颁布 20 周年的纪念为契机

..... 周 详 刘 浩 (149)

我国刑法边界的扩张及其信条学基础 马 聪 (156)

刑法法益理念审视

——以刑法典颁行 20 年来的修改为研究对象 彭凤莲 徐子盼 (164)

刑法典修订 20 年来我国海上刑事法的匮乏与解决方案 赵 微 (171)

论我国刑法平等原则缺位及其立法规制 朱建华 谷 超 (178)

关于罪刑法定原则上升为宪法原则的再思考 张国轩 (186)

二

犯罪化立法视阈下刑事不法内涵之解构与适用 童伟华 徐海波 (192)

犯罪门槛之 20 年变迁：形态、特征与走势 姜 瀛 (199)

1997 年以来单位犯罪立法的修改与完善 周振杰 胡圣鑫 (207)

刑法典颁行 20 年来的单位犯罪立法问题思考

(8) ——基于《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》的思考
(51) 杨国章 (215)

中国公司刑事责任规范的确立历程 李山河 (222)

对过失行为犯罪化趋势的反思

(28) ——以抽象危险犯的扩张为切入点 田 旭 宋伟卫 (231)

数额犯的兴起与衰微 卢建平 王晓雪 (239)

我国数额犯“法定性兼定量”模式的回顾与展望 欧锦雄 (249)

罪刑关系的新进展及其未来发展趋势

(82) ——以我国晚近刑事立法为基础的分析 王志祥 臧 蒙 (259)

我国刑法微罪制度初探 储槐植 李 梦 (267)

中国轻微犯罪立法的反思与完善 陈志军 (273)

我国微罪刑法立法的回顾与展望 孙本雄 (281)

从刑法修正案看我国轻微犯罪的立法趋势及其影响 王 烁 (290)

我国刑事立法中的轻罪标准设置研究 凌萍萍 焦孟頔 (297)

轻微罪处置模式的立法选择 王明辉 唐煜枫 (304)

“后劳教时代”构建我国轻罪制度的若干反思 李颖峰 (311)

三

刑法典颁行 20 年来主刑修正及刑罚结构的调谐完善研究 董文辉 (317)

我国刑罚体系中预防性措施的立法进路与功能定位

——以风险刑法为视角 李岚林 (326)

刑罚体系中的终身监禁 李卫红 (333)

生刑与死刑的立法结构调整及其司法实效考量

——我国现阶段死刑控制模式的选择	茹士春	(341)
我国死刑立法改革与完善的几点思考	鲜铁可 肖先华	(347)
死刑修改的刑罚论分析	魏 东	(355)
20 年来死缓制度的层级变化、动力、走向	赵 亮 张 凯	(362)
刑法第 35 条驱逐出境的立法与实践问题探讨	王 姝	(370)

四

刑法规范绝对明示化罪名并冠首之立法建议	徐留成	(377)
论我国反恐刑事立法的演进	王政勋	(384)
限定“敌人刑法”立场下对我国反恐刑事法的反思 ...	陈京春 范炯宇	(391)
反恐怖刑法立法若干疑难问题研究	王秀梅 任成玺	(399)
反恐刑法的立法嬗变与完善	杨森鑫 刘胜超	(410)
刑法典颁行 20 年来反恐怖刑法立法演进与评析	高劲松 高小艳	(417)
我国恐怖主义犯罪刑事立法之论衡	郭泽强 段玉英	(424)
我国反恐怖刑法立法完善问题研究		

——以《刑法修正案（九）》为观察视角	邢 冰	(433)
刑法典颁行 20 年来反恐刑法立法之评价	闫永安 唐大森	(440)
国内外反恐怖融资研究现状及对策	兰立宏	(447)
跨国犯罪管辖之中国视角		

——以参与打击国际恐怖主义犯罪为例	张 屹	(455)
刑法典中交通刑法体系的立法问题		

——以对危险驾驶罪的立法梳理和评析为视角	杨 宁	(464)
经济刑法 20 年来犯罪化趋势及检讨	孙国祥	(473)
回顾与展望：危害食品安全犯罪刑事立法 20 年	张伟珂 杨 朔	(484)
刑法颁行 20 年来操纵证券市场罪立法问题研究	郭 研	(493)
代替考试罪与微罪立法趋势	敦 宁 黄云波	(501)
我国有组织犯罪刑法立法 20 年的回顾、反思与展望	蔡 军	(508)
环境犯罪非刑事处罚制度的立法探析	曾粤兴 蔡鑫韵	(517)
污染环境罪侵害法益的规范分析		

——20 年来中国环境犯罪刑事立法述评	李 梁 李文超	(524)
刑法典颁行 20 年来毒品犯罪的立法演进问题	莫洪宪 薛文超	(531)
我国反腐败刑事立法的回顾与展望（1997-2049 年）	曾明生	(538)
20 年来我国腐败犯罪刑法立法的基本走向及展望	张兆松	(548)
监察体制改革背景下完善反腐败刑事立法的思考	蔡春生	(554)
我国腐败犯罪刑事治理的困境与出路		
——基于刑事政策的实践反思	刘春花	(562)

从反腐败刑事政策反思贪污贿赂犯罪的立法与司法	赵吉平	(569)
近 20 年非公经济领域腐败犯罪刑事规制及其完善	操宏均	(576)
对贪污罪的主体范围及量刑立法的再思考	陈结森 王 刚	(583)
我国贿赂犯罪的刑法立法完善建议	刘 夏	(591)
论我国受贿罪刑事立法的发展与完善		
——以 1997 年刑法颁行 20 年为背景	于雪婷	(598)
论贪污贿赂犯罪数额规定之立法完善	罗 猛	(606)
我国财产申报制度与刑法反腐制度衔接	张曙光	(612)
我国行贿罪立法完善问题研究	牙韩选	(619)

下 卷

第二编 金融秩序与安全的刑法保护

金融刑法中“明知”的司法判定	李邦友 姚树举	(629)
金融平台的类型化及刑法调整	张 建 俞小海	(636)
我国参与金融反恐的现状与挑战	焦 阳	(643)
我国金融行为入罪化分析	王海桥	(650)
宽严相济刑事政策指导下的金融犯罪治理问题研究	李存海 宋 鹏	(657)
民间融资犯罪化的价值、问题及理念转换	王利宾 付传军 赵新彬	(664)
网络金融犯罪的刑法规制探究	王远伟	(671)
网络金融平台犯罪的刑法规制		
——以治理网络金融平台为视角	皮 勇 汪恭政	(678)
论互联网金融视野下第三方支付的刑事风险	张启飞	(688)
互联网金融犯罪之现状及其刑事规制研究	董邦俊 马君子	(695)
互联网金融犯罪的刑事司法认定		
——基于互联网金融创新模式探究构成要件之外的刑事认定规则	林 静	(704)
互联网金融风险防范和犯罪控制	马爱平	(712)
金融创新中涉众型经济犯罪的风险处置与预防	杨 蕊	(732)
以非法集资犯罪为切入点探析金融风险犯罪现状	朱艳菊 宋 涛	(737)
多层次资本市场中集资类犯罪行为的研究	赵文聘 杨 蕊	(744)

非法集资共同犯罪实务问题研究	刘德法 司伟攀	(750)
传销式网络非法集资犯罪的司法认定	傅跃建 胡晓景	(757)
——以圣·歌莲娜网络股权投资案为例剖析	傅跃建 胡晓景	(757)
金融改革背景下非法吸收公众存款罪的适用标准	张亚平	(765)
非法吸收公众存款罪规制行为类型略论	刘志洪 黎嘉弦	(773)
单位犯罪与否之下的共同犯罪	喻贵英	(781)
——以非法吸收公众存款罪为例	喻贵英	(781)
非法吸收公众存款案件中集资参与人所获利息、分红相关问题研究	雷爱民 沈超	(788)
银行“飞单”案的刑法适用逻辑	谢焱	(794)
P2P 模式下非法集资行为刑事规制的难点及对策	彭新林 胡雪	(802)
P2P 网络借贷平台非法集资刑事问题研究	陈禹潼	(812)
——以 55 个裁判文书为实证分析样本	陈禹潼	(812)
P2P 网络借贷中非法集资行为的刑法规制	张爱艳 苏泽琳	(821)
——以“e 租宝”案件为视角	张爱艳 苏泽琳	(821)
我国 P2P 网络借贷平台犯罪及其防控	王彦青	(1200)
——以《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》的 出台为背景	沐玲	(829)
擅自发行公司、企业债券罪适用研究	张利兆	(836)
擅自发行股票、公司、企业债券罪疑难问题研究	田维	(844)
——以司法审判与刑法解释为视角	田维	(844)
成本考量与刑事治理	游伟 赵运锋	(851)
——对内幕交易罪的思考	游伟 赵运锋	(851)
非典型短线交易行为犯罪化的理论路径	童德华 张湄茹	(860)
——基于个案的分析	童德华 张湄茹	(860)
证券市场内幕交易行政处罚与刑事规制的实证分析	李睿 冯柳笛	(868)
马乐利用未公开信息交易案法理分析	商浩文	(879)
证券市场操纵犯罪的刑事政策及司法适用问题	王新	(886)
违法发放贷款犯罪问题研究	王美鹏 李俊	(898)
金融诈骗罪立法完善研究	谢治东	(906)
新型网络诈骗犯罪的共犯问题研究	范捷 许磊 张岳男	(915)
——以某网上销售假文凭案实例展开	范捷 许磊 张岳男	(915)
网络投资诈骗行为的若干司法问题探讨	曾于生 金庆微	(920)
集资诈骗罪“非法占有目的”研究	莫晓宇 李丹	(925)
集资诈骗罪“非法占有目的”的司法认定	张勇 赵宗涛	(933)

集资诈骗罪若干问题研究	赵新河	(940)
信用证诈骗罪的司法适用	林亚刚	(946)
信用证诈骗罪的司法认定	廖 明	(953)
信用卡诈骗犯罪实证研究		
——以辽宁省信用卡诈骗犯罪数据为样本	王继余	(963)
使用他人遗忘在自动柜员机内的信用卡之定性		
——从刑法教义学与刑事政策一体化的视角展开		
.....	韩 轶 于 璟	(970)
信用卡类似品被冒用处理的不合理性问题	朱建华	(977)
银行信用卡业务创新发展与信用卡诈骗罪的认定		
——以信用卡诈骗罪中专项分期型贷款为例	徐铭勋	(981)
外汇型非法经营罪的类型分析与司法认定	叶良芳 申屠晓莉	(988)

第三编 公民个人信息的刑法保护

我国公民个人信息刑法保护前置条件之研讨	赵秉志 张 拓	(999)
侵犯公民个人信息犯罪刑法规制之省思	汪明亮	(1008)
大数据背景下公民个人信息刑法保护的若干问题	兰跃军 薛 宽	(1018)
论信息安全的刑法保护	杨 磊 周楚漪	(1026)
大数据时代下个人信息的刑法保护研究	杨彩霞 牛慧荣	(1034)
论互联网大数据产业发展背景下的公民个人信息刑法保护		
.....	李振林 何 俊	(1040)
公民个人信息保护中的刑事与非刑事责任	金 晶	(1048)
个人信息权的性质及刑法规制重点	赵香如	(1055)
公民个人信息保护的刑法应对策略	李怀胜	(1064)
大数据时代公民个人信息的刑法保护		
——以被遗忘权为视角	马松建 徐 楠	(1071)
刑法能否使公民的个人信息更安全		
——基于 2014-2016 年 650 份刑事判决书的经济学分析		
.....	叶小琴 赵忠东	(1079)

二

侵犯公民个人信息犯罪研究	郭理蓉 吴 珊	(1089)
侵犯公民个人信息罪的入罪情节及其模式	袁 彬 刘司墨	(1100)
侵犯公民个人信息罪的法益属性辨正	靳 宁	(1110)
论个人信息犯罪的法益	马改然	(1116)

侵犯公民个人信息罪评价体系之建构	迟大奎	(1122)
——以法益保护与行为评价为中心		
论侵犯公民个人信息罪的“违反国家有关规定”	刘 昊 彭文华	(1131)
行政法视角下的公民个人信息刑法保护	周光营	(1142)
——以“违反国家有关规定”构成要件为切入点		
侵犯公民个人信息罪中“违反国家有关规定”的限缩解释	胡 江	(1148)
——兼对法释〔2017〕10号司法解释第2条之质疑		
侵犯公民个人信息罪中非法“提供公民个人信息”行为的认定	韩红兴 刘铭扬	(1157)
大数据环境下“个人信息”的界定及其特征	王肃之	(1163)
——从识别中心到法益中心		
“非法获取公民个人信息”的认定	于 涛 赵进维	(1170)
大数据背景下“公民个人信息”的界定	赵天红 杨建民	(1176)
侵犯公民个人信息罪中“公民个人信息”的范围认定	闫 雨	(1184)
刑法中“非法获取公民个人信息”的认定	薛剑祥 黄 志	(1191)
非法获取公民个人信息的认定	王彦青	(1200)
大数据背景下“公民个人信息”的界定	孔 超 方玉霞	(1207)
论侵犯公民个人信息罪的犯罪客体及立法完善	万云峰 王 飞	(1212)
——对“两高”司法解释的检讨		
侵犯公民个人信息罪的司法认定与适用	刘宪权 房慧颖	(1219)
——以《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律		
若干问题的解释》为视角	薛 培	(1228)
侵犯公民个人信息罪法律适用若干问题考辨	孟红艳	(1237)
侵犯公民个人信息罪司法适用研究	张东生 戴有举	(1244)
侵犯公民个人信息罪若干司法争议问题研究	罗世龙 张成东	(1251)
侵犯公民个人信息罪相关行为的认定	李冠煜 张 冬	(1259)
侵犯公民个人信息罪共犯竞合问题探析	鲁海军	(1266)
侵犯公民个人信息罪中共犯的司法认定	冯振国 马玉男	(1273)
浅析公民个人信息保护中的法律责任		

三

公民个人信息保护中网络服务提供者的“罪”与“责”	冉 翥 金朝榜	(1280)
论网络服务提供者的信息网络安全管理义务及刑事责任	皮 勇	(1287)
——从快播案判决及相关评论切入		
论公民个人信息刑法保护中网络服务提供者的不作为	高珊琦 杨建超	(1307)

论网络服务提供者承担刑事责任的理论根据及其性质 杨国举 刘梦遥 (1313)

——从拒不履行信息网络安全管理义务罪出发

论网络服务提供者侵犯公民个人信息的刑事责任 郭洁 王洋 (1319)

网络犯罪的多向维度与刑法应对 陈璐 (1326)

信息网络犯罪的刑法规制 李婕 (1336)

计算机网络犯罪行为模式的类型化与刑法应对

——基于相关概念的分析 彭景理 (1344)

第四编 中国区际刑法 20 年实践的检讨与发展

内地与香港地区刑罚基本制度比较研究	张 磊 高 玥	(1355)
澳门刑法之宽容与内地刑法之反思	吴 霞	(1365)
论引渡基本原则在我国区际刑事司法协助中的适用		
——以港澳《关于移交被判刑人的安排》为视角	王文华 牛怡芳	(1374)
国际引渡原则框架下区际逃犯移交的原则选择	朱 敏	(1380)
区际追逃之劝返模式本体研究	莫洪宪 黄 鹏	(1388)
区际刑事诉讼移管机制的构建		
——以肯尼亚、马来西亚跨第三地电信诈骗案为例	陈 晖	(1396)
海峡两岸关于被判刑人移管程序的构建	杨 超	(1404)
区际刑事司法互助之逮捕令制度	潘 超	(1411)

下 卷

第二编 金融秩序与安全的刑法保护

第三编 公民个人信息的刑法保护

第四编 中国区际刑法 20 年实践的检讨与发展

金融刑法中“明知”的司法判定

李邦友* 姚树华**

一、问题提出

第二编 金融秩序与安全的刑法保护

经济利益有关的刑法规定,包括刑法典、单行刑法以及金融管制相关的附属刑法,如分散地规定于中国人民银行法、商业银行法、保险法等中的刑事法律规范。经

“明知”的。“明知”是构成相关金融犯罪不可或缺的主观认识因素。例如,在持有、使用假币罪中,行为人在主观上必须明知是伪造的货币而持有或者使用。判定行为人是否构成相关金融犯罪,必须判断行为人在主观上对犯罪对象、行为性质是否明知。另外,判定行为人主观上是否明知也是区分相关金融犯罪界限的核心要素。

考察国外和国际金融犯罪条款,其中也不乏“明知”这一主观要素的规定。例如,根据《英国刑事审判法》,成立协助洗钱罪要求行为人明知或者合理地怀疑他人已经从事犯罪活动或者从犯罪行为中受益。^①《联合国打击跨国有组织犯罪公约》关于洗钱犯罪的规定:明知(knowing)财产为犯罪所得,为了隐瞒或者掩饰该财产的非法来源,或者为了协助任何参与实施上游犯罪的人逃避其行为的法律后果而转换或者转让财产;明知(knowing)财产是犯罪所得而隐瞒或者掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处置、转移所有权或者有关权利。^②

结合金融犯罪司法实践,我们发现在认定相关金融犯罪时,有的司法工作人员将“应当知道”等同于“明知”。例如,一份判决书在判定被告人“明知”时写道:被告人胡某甲在与文某甲交往过程中,“应当知道”文某甲的家庭经济状况,

* 中央财经大学法学院教授。

** 中央财经大学法律硕士。

① 刑法第 171 条第 1 款出售、购买、运输假币罪中“明知是伪造的货币”,第 172 条持有、使用假币罪“明知是伪造的货币”,第 177 条之一妨害信用卡管理中“明知是伪造的信用卡”“明知是伪造的空白信用卡”,第 191 条洗钱罪“明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益,为掩饰、隐瞒其来源和性质”,第 194 条第 1 款票据诈骗罪第 1 项“明知是伪造、变造的汇票、本票、支票而使用的”,第 2 项“明知是作废的汇票、本票、支票而使用的”,单行刑法《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 1 条第 3 款“明知用于骗购外汇而提供人民币资金的”,第 5 条“明知是伪造、变造的凭证和单据而汇兑、付汇的”,等等。

② See Criminal Justice Act, S. 1(1994), No. 1739, § 93A.

③ United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, Article 6, L. (4) (1) (B).

金融刑法中“明知”的司法判定

李邦友* 姚树举**

一、问题提出

“明知”的判定是刑事司法实践中常见的难题之一。我们以金融刑法为视角,探寻“明知”的司法判定方法和规律。本文所称金融刑法,是指与金融活动、金融经济利益有关的刑法规定,包括刑法典、单行刑法以及金融管制相关的附属刑法,如分散地规定于中国人民银行法、商业银行法、保险法等中的刑事法律规范。综观金融刑法规范,立法机关多次使用“明知”。^①在金融刑法中,对于明确规定“明知”的,“明知”是构成相关金融犯罪不可或缺的主观认识因素。例如,在持有、使用假币罪中,行为人在主观上必须明知是伪造的货币而持有或者使用。判定行为人是否构成相关金融犯罪,必须判断行为人在主观上对犯罪对象、行为性质是否明知。另外,判定行为人主观上是否明知也是区分相关金融犯罪界限的核心要素。

考察国外和国际金融犯罪条款,其中也不乏“明知”这一主观要素的规定。例如,根据《英国刑事审判法》,成立协助洗钱罪要求行为人明知或者合理地怀疑他人已经从事犯罪活动或者从犯罪行为中受益。^②《联合国打击跨国组织犯罪公约》关于洗钱犯罪的规定:明知(knowing)财产为犯罪所得,为了隐瞒或者掩饰该财产的非法来源,或者为了协助任何参与实施上游犯罪的人逃避其行为的法律后果而转换或者转让财产;明知(knowing)财产是犯罪所得而隐瞒或者掩饰该财产的真实性质、来源、所在地,处置、转移所有权或者有关权利。^③

结合金融犯罪司法实践,我们发现在认定相关金融犯罪时,有的司法工作人员将“应当知道”等同于“明知”。例如,一份判决书在判定被告人“明知”时写道:被告人胡某甲在与文某甲交往过程中,“应当知道”文某甲的家庭经济状况,

* 中央财经大学法学院教授。

** 中央财经大学法学院博士。

① 刑法第171条第1款出售、购买、运输假币罪中“明知是伪造的货币”,第172条持有、使用假币罪“明知是伪造的货币”,第177条之一妨害信用卡管理罪中“明知是伪造的信用卡”“明知是伪造的空白信用卡”,第191条洗钱罪“明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益,为掩饰、隐瞒其来源和性质”,第194条第1款票据诈骗罪第1项“明知是伪造、变造的汇票、本票、支票而使用的”,第2项“明知是作废的汇票、本票、支票而使用的”,单行刑法《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第1条第3款“明知用于骗购外汇而提供人民币资金的”,第5条“明知是伪造、变造的凭证和单据而售汇、付汇的”,等等。

② See Criminal Justice Act, S. I. 1994, No. 1759, § 93A.

③ United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, Article 6, 1. (a) (i) (ii).

在文某甲要求其提供公司账户用于转账时,“应当知道”该款项有可能系文某甲贪污受贿所得,而积极帮助寻找相关公司为其提供账户。在文某甲转账到公司后,胡某甲又从中提取现金并交与文某甲,故其行为构成洗钱罪。^①在审理金融犯罪案件中,根据行为人“应当知道”是否能判定行为人“明知”,是本文首先需要重申的问题。

此外,在金融犯罪案件中,有的刑事裁定书没有对“明知”的判定过程进行充分说理。即使被告人以“不知”为由提起上诉,二审刑事裁判文书并未对被告人“不知”这一上诉理由予以回应,对“明知”的判定过程几乎陷入“因为明知,所以明知”式的循环论证。例如,在刘某、吴某非法持有假币案中,两名被告人均以不知所持有美元是假币为由提起上诉,二审法院没有对“不知”是假币予以回应,在“本院认为”部分只是简单地提到两名上诉人“明知”是假币仍然持有。^②再如,在赵某洗钱案中,赵某以事先不明知其父所划拨款项是违法所得为由提出上诉。二审法院仅对“不知”予以回应,但并未回应其他与认定明知密切相关的辩护理由。^③还有的刑事裁判文书关于明知的说理论证违背逻辑规则。例如,有的刑事裁判文书一方面认定没有证据证实上诉人明知他人骗取贷款的事实;另一方面又认定上诉人可能知道涉案钱款是他人金融诈骗犯罪或者破坏金融管理秩序犯罪所得。^④该说理论证显然自相矛盾,违背不矛盾律这一基本逻辑规律。

我们认为,准确判定行为人是否明知,关系到金融犯罪案件的准确性,制约着相关金融犯罪罪与非罪的认定,以及此罪与彼罪的区分。如果不能科学合理地判定行为人是否“明知”,那么会造成两种结果:一是行为人对所涉金融犯罪确实不是明知,如果错误地认定行为人在主观上是明知,那么势必造成冤假错案;二是行为人虽然对所涉金融犯罪的对象或者行为性质确属“明知”,由于司法机关判定“明知”的裁判说理缺乏充分性,行为人可能不会真正认罪服判,从而难以收到良好的法律效果和社会效果。研究金融刑法中的“明知”,对于正确审理金融犯罪案件,准确打击金融犯罪,有效避免刑事错案,具有重要理论意义和实践价值。

二、法理分析

根据刑法基本原理,“明知”的内容应当包括作为犯罪构成要件的客观事实,亦即法律规定的构成某种故意犯罪必不可少的危害事实,具体包含三个层面:一是行为人对刑法规定的危害社会行为的内容及其性质的认识;二是行为人对将要产生的危害结果的内容和性质的认识;三是行为人对危害行为或者危害结果相联系的其他构成要件要素事实的认识。^⑤《美国模范刑法典》从两个层面界定“明知”:如果

① 四川省仁寿县人民法院(2015)仁寿刑初字第83号刑事判决书。

② 广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2016)桂01刑终字第480号刑事裁定书。

③ 广东省珠海市中级人民法院(2014)珠中法刑终字第97号刑事裁定书。

④ 浙江省绍兴市中级人民法院(2016)浙06刑终字第635号刑事裁定书。

⑤ 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第107页。

行为人明确地意识到自己的行为会产生危害结果,那么行为人对该危害结果即是“明知”;如果行为人认识到行为性质或者事实要件,那么行为人对其行为出于“明知”。^①从类型上看,“明知”分为确定的明知和推定的明知。前者是指犯罪嫌疑人或者被告人自己供述的明知;后者是根据案件事实、行为人的年龄、文化程度、职业、社会阅历等情况,推定行为人明知。

问题在于,应当知道(应知)是否属于“明知”的范畴?刑法总则区分使用了“明知”与“应知”(应当知道),刑法分则在同一条款中也区分使用了“明知”与“应知”。例如,《刑法》第219条第2款规定:“明知或者应知前款所列行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密的,以侵犯商业秘密论。”在刑法总则中,“应当知道”具有注意义务,毕竟事实上不知道,通常用于表述犯罪过失。有学者指出,刑法分则规定有大量“明知”,都是行为以外需要证明的主观违法要素,不能在行为中直接确证,客观行为并不能为主观要素的认定提供直接根据。因此,在司法活动中对主观要素的认定采取推定的证明方法。有些司法解释设置推定规范,为司法认定明知提供了法律依据。^②

我们认为,如果使用“应当知道”表述推定明知,那么就违反了刑法基本理论而加大行为人的刑事责任。在审判实践中,由于证据收集困难,司法机关通常难以认定“明知”,这样司法机关就会根据事理、情理推定行为人“明知”,而不是从客观上寻找行为人“明知”的证据。毋庸置疑,证明行为人是否“明知”确有一定难度;但是,并不能因此降低证明标准,将“应当知道”也认定为推定明知,否则违反刑事证明原则。毕竟,“应当知道”是以“不知”为前提,是刑法判断行为人过失的认识标准,将故意的认定标准降低到过失的认定标准,违反了责任主义原则。

职是之故,在认定相关金融犯罪时不能将“应当知道”作为“推定明知”。根据司法实践,可以采用推定方法判定明知。与司法解释中使用“应当知道”表达“明知”相比,采用推定明知具有科学合理性。原因在于,一方面,从本质上看,“应当知道”是过失心理状态的表现,仅属于犯罪过失的范畴;^③另一方面,“应当知道”实际上仍然蕴含着行为人对犯罪行为或者犯罪对象的不知。在此情形下,既不排除行为人在主观上的无认识状态,又认定行为人具有认识的罪过而对其科以刑责,这显然自相矛盾。采用推定方法这一特殊的证据标准是一般证明标准的例外,在证据标准上比较宽松,需要严格把握;否则,会造成适用法律错误和侵犯公民权利。^④

三、判定方法

一般地,行为人供述是认定金融犯罪中“明知”的重要根据。譬如,被告人供

① See Model Penal Code § 2.02 (2) (b) (ii) .

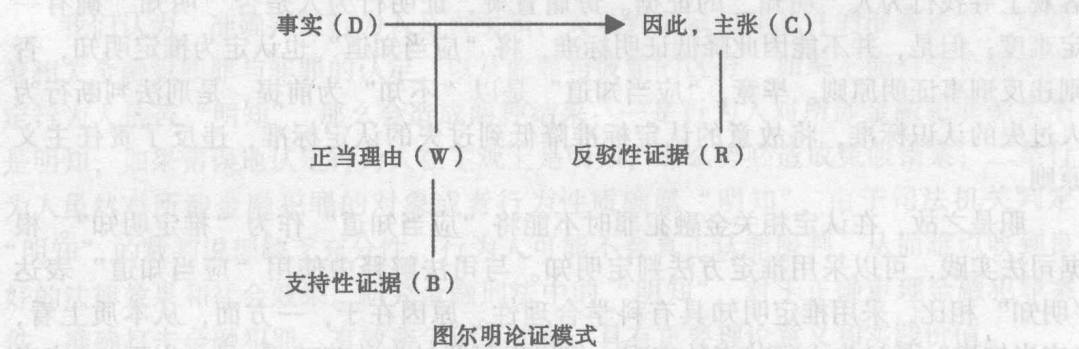
② 陈兴良:《刑法分则规定之明知:以表现犯为解释进路》,载《法学家》2013年第3期。

③ 张明楷:《如何理解和认定窝藏、销赃罪中的“明知”》,载《法学评论》1997年第2期。

④ 王作富主编:《刑法分则实务研究》(第五版)(上册),中国方正出版社2013年版,第420页。

述他人已经告诉自己所持货币是假币仍然持有，而且证言、录像也印证了有罪供述。此种情况下司法机关可以认定被告人在主观上系“明知”。如果被告人又以不知为由提起上诉，应当驳回上诉。^①但是，大多数情况下行为人通常不会供述自己“明知”而是以不知为由进行辩解。司法机关可以根据案件证据排除合理怀疑地推定行为人明知自己实施了相关金融犯罪行为。最高人民法院《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》关于洗钱罪中“明知”的认定方法，其实质是刑事推定。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》更是明确地将推定作为“明知”的判定方法：对于洗钱犯罪要素的明知（knowledge）、故意或者意图，可以根据客观事实进行推定（infer）。^②

推定是指在不能使用其他证明方法时根据已知事实作出新知性判断。由于推定的逻辑前提是经验，经验的逻辑基础是归纳推理和类比推理，而这两种推理方法得出的推理结论均具有或然性。因此，作为推理前提的经验命题也具有或然性。这决定了推定结论不可避免地具有可反驳性。如果被告人提出正当事由证明自己不知，那么推定结论无效。推定的本质是论证。根据图尔明（Toulmin）论证理论，一个推理要素包括：（1）事实——D，D 主张 C；（2）主张——C，C 由 Q 证成；（3）模态量词——Q，其正当性由 W 证明；（4）正当理由——W，W 由 B 支持；（5）支持——B，B 可能受主张 R 的制约；（6）例外情况或者反驳证据——R。



图尔明论证模式

图尔明提出的论证理论中可能出现六个要素，其中，结论称作主张（Claim），用以支持和证成主张的事实是数据（Data）。但是，论证者可能会面临怀疑者关于“根据什么得出该结论”的诘问。于是，保证（Warrant）这一要素必不可少，用于解释数据与主张之间具有相关性。不同的保证使结论的有效性程度不同：对于有些情形保证能够证明数据与结论之间具有必然性，而对于有些情形保证仅能证明可能性。指示不同有效性程度的算子称作模态词（Qualifiers）。鉴于有些保证只能在一般或者通常情况下适用，如果出现例外情形，那么保证即被撤销。与保证相关联的是例外条件或者反驳（Rebuttal）。最后，保证可能受到挑战，图尔明把论证者用以

① 北京市第二中级人民法院（2014）二中刑终字第 48 号刑事裁定书。
② United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, Article 6, 2. (f).