

DOI:10.19430/j.cnki.3891.2024.06.005

数字经济犯罪治理专题

数字经济时代金融犯罪的刑法应对

刘博涵*

摘要 以互联网金融为代表的初阶数字金融在我国经历了从“野蛮生长”到“集中整顿”的发展历程，以“金融管理秩序法益观”建立起的金融刑事法治体系滞后于数字经济发展所需。数字金融创新与刑法规定的金融犯罪构成要件具有契合性，频频突破信息中介政策定位加剧了其入罪的可能性。从表面上看刑法介入金融是为了保护金融管理秩序，但秩序的建立、维持旨在消除欺诈横行导致的金融市场失灵、防控非理性市场狂热可能引致的金融风险，因而规制欺诈和管理风险是刑法介入金融的两大动因，我国《刑法》对金融诈骗罪和破坏金融管理秩序罪的分类立法反映了这一原理。刑法介入数字金融，保护的是复合性法益即金融市场秩序及其所保护的实体性利益。金融犯罪中“非法”“违反国家规定”“未经国家主管部门批准”等不法要件须依据金融法规进行认定，实质考察是否提升了法律所不允许的不当金融风险、秩序下的实体性利益是否受到侵害，准确适用财产犯罪罪名或者金融犯罪罪名，审慎入罪或者出罪。刑法不宜将数字金融平台限定为信息中介，入罪时应强化公共利益保护和数字金融创新的目的论解释，发挥刑事违法性判断对行政不法的“遴选”、限缩功能，为数字金融创新创造合法空间。

关键词 数字金融 金融犯罪 破坏金融管理秩序罪 金融诈骗罪 行刑关系

在数字经济时代，金融业运行的全部要素均已数字化，数字技术几乎已经覆盖金融运行的整个过程。数字技术与传统金融深度联结，改变了金融业的运行模式和服务方式，带来了金融业的颠覆性革命，一种被称为“数字金融”的金融新业态业已形成。^①一般认为，“数字金融”是互联网科技企业和传统金融机构等多元市场主体借助科技和

* 贵州大学法学院副教授。

本文系国家自然科学基金重大项目“数字经济的刑事安全风险防范体系建构研究”（项目编号：21&ZD210）的研究成果。

① 参见靳文辉《数字金融公平价值的实现路径研究》，载《中国法学》2023年第4期，第70页。

数据双轴驱动,提供融资、支付、投资和其他新型金融服务的新型商业形态,^①是“互联网金融”和“金融科技”的进阶产物。^②以P2P网贷平台为代表的互联网金融近十年间在我国经历了曲折的发展历程,暗藏其中的融资诈骗层出不穷,这预示着数字金融如若不在法律的框架内有序发展,极易引发个体性、区域性甚至系统性金融风险。

习近平总书记在党的二十大报告中指出,“加强和完善现代金融监管,强化金融稳定保障体系,依法将各类金融活动全部纳入监管,守住不发生系统性风险底线。”数字金融的跨界融合无疑会给传统的法律规制工具带来挑战,加强金融领域行政法规与刑事法规的协同研究刻不容缓。^③那么,在行政法规“依法将各类金融活动全部纳入监管”的前提下,作为后盾法、保障法的刑法应该如何面对方兴未艾的数字金融创新?根据经济刑法的基本理论,经济犯罪是针对国家经济运行(主要表现为重要经济部门、经济制度等)所实施的可罚性行为,侵害的是一种被称为经济秩序的“超个人法益”。^④作为经济犯罪的一种基本类型,金融犯罪总是与行政法规搭建的金融体制、因时而异的金融监管政策紧密相关。面对数字金融创新中的刑事安全风险,本文立足现有金融刑事法规,还原隐藏于“金融市场秩序”背后的利益主体,在规范内外对数字金融创新中的刑事安全风险进行检视,厘清刑法介入金融的原始动因和现代延伸,在此基础上为正在到来的数字金融刑法规制划定合理界限。

一、在罪与非罪之间:方兴未艾的数字金融革命

金融是现代经济的核心,具有优化资源配置、调节经济运行的作用。通过制度供给促进金融良好发展已成为现代国家普遍并可行的做法。毫无疑问,刑事法律制度是现代金融法律制度的重要方面,我国自20世纪90年代起通过刑法典、单行刑法和刑法修正案已经建立起较为完备的金融刑事法网。应当看到,在前数字经济时代的刑事法律体系下,单纯不服从金融管理秩序、威胁传统金融机构垄断性利益的行为因其形式上符合犯罪构成要件极易受到刑事处罚。但是,如果跳脱现行刑法规范之外,本质地考察数字金融创新在解决信息不对称、建立融资信任中所起的作用,可以发现某些形式上符合犯罪构成、突破金融监管政策定位的金融创新能够促进资本要素合理配置而具有非害性。数字金融创新成为刀尖上的舞蹈,游走于罪与非罪之间。

(一) 前数字经济时代的金融刑事立法及其法益定位

1995年是我国的“金融立法元年”,《中国人民银行法》《商业银行法》《保险法》

① 参见黄益平、黄卓《中国的数字金融发展:现在与未来》,载《经济学(季刊)》2018年第4期,第1489页。

② 参见许多奇《论数字金融规制的法律框架体系》,载《荆楚法学》2021年第1期,第147页。

③ 最高人民检察院于2023年12月15日颁布的《关于充分发挥检察职能作用 依法服务保障金融高质量发展的意见》要求各级检察机关主动参与金融法治建设,加强金融领域行政立法与刑事立法协同研究,推动行政立法与刑事立法有效衔接。

④ 参见王世洲《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,第4页。

等多部金融法规颁布实施，奠定了我国当下金融体系的法律基础。我国对金融犯罪的规制也始于1995年全国人大常委会出台的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》，相关规范被1997年施行的《刑法》所吸纳，集中规定于《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的第四节“破坏金融管理秩序罪”和第五节“金融诈骗罪”中。1998年颁布的单行刑法《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》以及后来相继出台的刑法修正案将金融犯罪的适用范围扩张至“期货交易”并增加多个金融犯罪新罪名，对部分金融犯罪的入罪标准、法定刑进行了修正。应当说，上述法律法规体现了积极、稳妥的金融刑事立法理念，共同构筑起了我国规制金融犯罪的刑事法网。

尽管在数字经济时代的当下，我国的金融刑事立法活动仍然相对频繁，但基本都是对既有金融刑事法律框架的修补和完善。整体而言，我国当前规制金融犯罪的刑事法律局限于前数字经济时代，缺乏对数字金融创新中新型刑事安全风险的回应。^①而更为关键的是，引导编织前数字经济时代金融刑事法网的金融管理秩序法益观，与数字金融跨界融合、去中心化、分布式运营和智能化处理等核心要素存在矛盾，如不厘清、重塑，势必会限制数字金融的创新空间，阻碍数字金融在我国的发展。当前的主流学说认为，区别于侵害公私财产所有权的传统财产犯罪，金融犯罪侵害的法益是国家的金融管理制度和金融管理秩序。^②这一金融犯罪法益观的形成，与我国经济转型初期特殊的经济体制和时代背景有关。

改革开放之后，我国告别计划经济，迈入管制经济与市场经济并存的新时期。“渐进式”“双轨制”改革导致特定地区和特殊领域出现大量社会失序行为，稳定改革秩序、确保社会经济秩序成为国家的主导观念。在此背景下，鉴于金融在经济系统中的基础地位以及确保经济转型稳定的需要，构建秩序保障型金融刑法成为立法机关的基本立场。这一观念不断巩固、深化，形成了金融管理秩序法益观，货币信用秩序、金融准入秩序、金融机构运行和管理秩序成为金融刑法法益的基本内容。^③金融管理秩序法益观的确立看似为金融刑法教义学的发展奠定了基础，实则因其空泛性滑向了金融行政管理部门的管理性利益和金融机构的垄断性利益，表现为行政审批、金融牌照管制、经营范围限定对其他市场主体涉足金融业务的排除以及由此带来的存在金融抑制问题的金融体制。^④

作为传统法益论“一切法益都能够也应当找到归属的主体，因为法益必然属于特定的主体所有”^⑤的现代延伸，金融管理部门和金融机构顺理成章地成为金融管理秩序这一“超个人法益”的法益主体。金融活动被视为银行、保险公司和证券公司等金融机构的专有活动，任何其他市场主体涉足金融业务都被视为对金融秩序的破坏，^⑥金融犯罪

① 参见刘宪权《金融犯罪最新刑事立法论评》，载《法学》2021年第1期，第61-62页。

② 参见刘宪权《金融犯罪刑法学原理》（第2版），上海人民出版社2020年版，第3页。

③ 参见钱小平《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”》，载《政治与法律》2017年第5期，第37-40页。

④ 参见刘博涵《信用图像与金融刑法重塑》，载《西部法学评论》2020年第6期，第27页。

⑤ 劳东燕《金融诈骗罪保护法益的重构与运用》，载《中国刑事法杂志》2021年第4期，第13页。

⑥ 参见姜涛《非法吸收公众存款罪的限缩适用新路径：以欺诈和高风险为标准》，载《政治与法律》2013年第8期，第56页。

的认定越来越沦为对既有金融管理体制的单纯不服从和对金融机构垄断性利益的保护。脱胎于前数字经济时代的金融管理秩序法益观本质上是一种金融管制主义和金融机构中心主义,据此构建的金融刑事法律制度已不适应数字经济时代更具普惠性的数字金融的发展所需。

金融垄断限制其他市场主体进入金融行业造成了机会不公平,妨碍了市场机制在资本资源配置中的决定性作用。金融的发展历史表明,规模经济和范围经济虽然在一定程度上能够推动金融发展,但二者均不是推动金融发展的决定性力量,真正推动金融不断向前发展的关键力量是行业内的“新物种”。新型金融企业的创建以及新型金融业务的开展将对金融业造成“破坏性创造”,进而良币驱逐劣币地促使劣势企业消亡,最终促成金融业的进化、更新。^①传统金融经由互联网金融、科技金融向数字金融发展的过程即为适例。对此,刑法不应片面维系过去的管制型金融体制,而应追寻先于金融管理秩序而存在并与市场机制密切关联的实体性法益。

(二) 数字金融在管制型金融刑法体系下的犯罪风险

立足现行刑法规范,基于金融管理秩序法益观构建的金融刑法体系一直是悬于数字金融从业者头顶的“达摩克利斯之剑”。归纳来看,在现行的“管制型”金融刑法体系下,数字金融创新涉及的刑事犯罪主要有以下三类。

一是非法经营类犯罪。根据我国《刑法》第174条规定,未经国家有关主管部门批准,擅自设立商业银行、保险公司、证券公司、证券(期货)交易所、期货经纪公司 etc 金融机构的行为,以及伪造、变造、转让金融机构经营许可证或者批准文件的行为,构成擅自设立金融机构罪。此外,《刑法》第225条还规定,未经国家有关主管部门批准,非法经营证券、期货、保险业务或者非法从事资金支付结算业务的行为,构成非法经营罪。数字金融从业机构利用互联网等信息通信技术和数字技术开展资金融通、支付、投资和信息服务等新型金融业务,在很大程度上是将传统金融机构在线下点对点、一对一开展的金融业务搬到线上进行,涉嫌变相设立网络金融机构和非法经营资金支付结算业务,存在构成擅自设立金融机构罪和非法经营罪的风险。

二是非法集资类犯罪。《刑法》第176条规定,非法吸收、变相吸收公众存款扰乱金融秩序的行为构成非法吸收公众存款罪。对此,《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2022〕5号)第1条从表现形式、宣传方式、利诱方式和行为对象等四个方面进一步具化了该罪的罪状,^②该解释第2条明确

^① 参见[英]尼尔·弗格森《货币崛起》,高诚译,中信出版社2012年版,第305-320页。

^② 《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2022〕5号)第1条规定“违反国家金融管理法律规定,向社会公众(包括单位和个人)吸收资金的行为,同时具备下列四个条件的,除刑法另有规定的以外,应当认定为刑法第一百七十六条规定的‘非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款’: (一) 未经有关部门依法许可或者借用合法经营的形式吸收资金; (二) 通过网络、媒体、推介会、传单、手机信息等途径向社会公开宣传; (三) 承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报; (四) 向社会公众即社会不特定对象吸收资金。未向社会公开宣传,在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的,不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。”

规定“以网络借贷、投资入股、虚拟币交易等方式非法吸收资金”同时满足前述四个条件的行为构成非法吸收公众存款罪。区别于传统银行信贷，数字金融中的借贷业务是通过数字技术为投资方和融资方提供信息交互、供需撮合、资信评估等居间服务的，属于直接金融的范畴。而在实践中，从业机构极易为了提高资金供求匹配率、增强客户黏性而自建资金池，进而成为事实上的吸储放贷主体，存在构成非法吸收公众存款罪的风险。

三是金融诈骗类犯罪。是否具有非法占有的目的，是否将资金投入实质性经营活动是非法集资类犯罪和金融诈骗类犯罪的重要分水岭。《刑法》第192条规定，以非法占有为目的，使用诈骗方法非法募集数额较大资金的行为构成集资诈骗罪。数字技术在推动金融业快速更新迭代的同时，也为金融诈骗提供了滋生的土壤，同时衍生了其他关联诈骗犯罪。具体来说，不法分子利用金融监管部门对数字金融持包容态度的监管空隙，打着金融创新的幌子虚构项目、发布虚假信息骗取公众钱财后卷款“跑路”，使具有普惠性的数字金融异变为“普骗金融”。此外，数字金融的诈骗案件常常导致受害人的身份信息、银行账号、消费记录等较为私密的个人信息发生泄露，引致后续对于受害人更具针对性、迷惑性的诈骗犯罪。因此，数字金融欺诈呈现出欺诈技术专业、欺诈案件高频化、欺诈行为关联化等特征。^①

（三）促进资本要素错配纠偏的数字金融不宜动辄入罪

基于对我国常规金融渠道金融抑制现象的体认，金融监管部门对互联网企业涉足金融的“试探”表现出了十分包容的态度，互联网金融、金融科技在我国得以迅猛发展。即便在P2P网贷平台开始爆雷的初期，中国人民银行等十部委联合发布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（银发〔2015〕221号）依然肯认“互联网与金融深度融合是大势所趋”，认为互联网金融在深化金融改革，提升金融服务质量和效率，构建多层次金融体系和促进小微企业发展等方面具有传统金融机构难以替代的积极作用。当然，立足我国当前的金融法规体系，金融监管部门对非传统金融平台的政策定位是信息中介，典型的业务模式是通过发布、展示融资方的资金需求，为出借方靶向提供投资渠道，实现融资方获得资金、出借方获得收益、金融平台获得佣金的多赢局面。正鉴于此，恪守中介职能、不得提供担保、不得归集资金和不得非法集资是监管部门为互联网金融平台划定的“四条红线”。^②

但是，实务中许多互联网金融平台的实际作用早已超出撮合资金供求的信息中介功能预设，在某种程度上事实地承担着信用中介的职能。以P2P网贷平台为例，单个融资主体或者投资项目的资金往往来源于成百上千的“散户”出借人，贷款条件需要全体出借人一致同意，要达成该条件的交易成本显然过高，而且为数众多的出借人极易陷入集体行动困境，导致交易失败。因此，在实践中通常由平台与出借人签订《会员注册协

^① 参见李珮《数字金融反欺诈仍任重道远》，载《金融时报》2019年9月9日，第8版。

^② 《银监会：P2P网络借贷平台不得突破四条红线》，载中国证券网2014年4月21日，https://news.cnstock.com/news_bwqx-201404-2994076.htm。

议》和《借款/投资服务协议》，约定平台利用自建或者购买的征信系统帮助出借人分析融资者的资信状况，代理出借人完成付款，并监督融资者是否按照事先发布的融资需求和方式使用资金。在此过程中，一方面，平台为融资者发布融资需求，大平台的“背书”事实上发挥了担保增信的功能；另一方面，平台作为众多出借人的代理人，根据不同融资者和融资项目的营利状况、风险状况为出借人匹配最适当的投资项目，事实上发挥着投资咨询的功能。可见，实践中存在的互联网金融平台项目审核、增信担保等经营活动本质上已经属于信用中介，异于监管政策对其信息中介的基本定位。^①

从“破坏性创新”的金融发展规律来看，数字金融对传统金融的升级迭代甚至颠覆性革命恰恰在于其能够更好地降低资金融通中的信息不对称，提升资本要素的配置效率。^②传统上，银行通过查阅贷款企业上一季度、上一年度的财务报表，结合央行的征信数据，同时要求贷款企业提供抵押物来消除金融中的信息不对称，建立信任，控制金融风险。然而，这一模式最大的弊端在于形成、加剧了金融的“二八法则”，^③不利于金融普惠，而更加注重金融发展的普惠性是中国特色金融发展之路与西方金融发展道路的显著区别，是金融工作人民性的充分体现。^④对此，数字金融利用大数据和云计算等科技方法抓取融资主体昨天甚至今天的财务数据，能够更准确地反映融资主体当前的资信状况。同时，根据融资者数字足迹中包含的社会关系、行为偏好、财务状况以及长期以来形成的相对稳定的行为数据，通过机器学习分析复杂的非线性关系以及不同变量之间的交互作用，能够更准确地判断融资主体的信用状况和财务实力，实现金融的去抵押化，而这对于金融业乃至整个宏观经济都具有非凡的意义。因为以信用替代资产抵押不仅能够提高金融的普惠性，还因其切断了抵押资产与银行贷款之间的有形联系缓解了“金融加速器”效应，更有利于稳定宏观经济。^⑤可见，突破信息中介政策定位的数字金融在一定程度上能够更好地消减金融中的信息不对称，促进资本要素合理配置。

我国当前的金融刑事法网较为严密，许多司法解释又进一步扩张了有关犯罪构成的适用条件。数字金融甫一诞生便行走于刑事犯罪的边缘，“包容”“试错”的金融监管政策是其免于入罪的“附身符”。但是，信息中介的监管政策定位在某种程度上束缚了数字技术赋能金融建立、增强信任的业态升级。可以预见，频频突破信息中介政策定位的新型数字金融业态一旦出现资金链断裂“无法兑付”的危害后果，新一轮金融风险集中治理几乎不可避免。事实上，在上一轮互联网金融风险专项整治工作中，金融监管部

① 参见宿营 《猫虎之辨：互联网金融平台定位的信息中介与信用中介之争》，载《法学论坛》2021年第3期，第101-111页。

② 参见张宗新、张帅 《数字金融提升我国资本要素配置效率研究》，载《社会科学》2022年第11期，第129-139页。

③ 金融的“二八法则”，是指一家金融机构进入市场只须关注前20%盈利状态最好的企业和收入比较高的家庭就可以获得80%的市场份额。

④ 参见中央金融委员会办公室、中央金融工作委员会 《坚定不移走中国特色金融发展之路》，载《求是》2023年第23期，第23-24页。

⑤ 参见黄益平 《中国的数字金融革命》，载《21世纪经济报道》2020年3月27日，第7版。

门行政监管和司法机关刑事治理的滞后就曾引发人们的广泛关注，对于互联网金融风险有关部门为什么没能防患于未然？问题的重点在于，我们是否有能力提前识别数字金融的罪与非罪？对此，有必要回到法律规制金融的历史原点探寻刑法介入金融的法理，在此基础上辩证刑法规制数字金融的可行进路。

二、欺诈规制与风险管理：刑法介入金融的法理基础

习近平总书记在2023年的中央金融工作会议上指出，“坚持把防控风险作为金融工作的永恒主题，坚持在市场化法治化轨道上推进金融创新发展”。实定法上，在“破坏金融管理秩序罪”之外独立设置“金融诈骗罪”的立法体例颇具中国特色，有学者认为这一立法分类突破了传统刑法理论，与现行刑法体例结构不协调，与世界各国和地区的金融犯罪立法现状和发展趋势不吻合，暴露了立法者前后不一的立法思路，在立法与司法上均无必要。^①而事实上，我国《刑法》对金融犯罪的立法分类恰恰反映了刑法介入金融的两大动因。从表面上看，金融犯罪侵犯的法益是由金融行政法规建立、维持的“金融管理秩序”，但秩序的建立、维持还有更进一步的目的，即消除欺诈横行导致的金融市场失灵以及防控非理性市场狂热可能引致的金融风险。市场机制的客观性、外在性和风险防控的实体性、社会性成为刑法介入金融的基本锚点。

（一）欺诈规制：刑法介入金融的原始动因

“危机引致（Crisis Making）”是产生金融管制的直接原因。“1929年大萧条”是人类历史上经历的最严重的经济灾难，造成此次经济崩溃和大萧条的原因有许多，^②普遍的股市操纵和金融欺诈是其中的重要方面。在“大萧条”发生以前，操纵市场、内幕交易都是不受法律制裁的行为，交易所的交易规则默许甚至鼓励炒作股价，大部分证券承销商为了追求销售业绩都对所承销证券的过往业绩和增长潜力进行虚假宣传，而这吸引了大量投资者涌入证券市场，飙升的股票价格严重脱离其真实价值，形成巨大的股市泡沫。泡沫破灭时股票价格暴跌，投资者的资产顷刻“蒸发”，继而引发恐慌性抛售、信贷紧缩和市场流动性等一系列问题，最终造成全球性的经济大萧条。本次经济危机对全球经济产生了深远影响，引致未来几十年证券市场监管和法规的重大变革。

法律对金融业的系统性规制肇始于美国“罗斯福新政”时期为了应对此次危机而颁布的《1933年银行法》《1933年证券法》《1934年证券交易法》等一系列金融管制法规。就证券业而言，《1933年证券法》和《1934年证券交易法》一改此前完全放任自由主义时期的“买者自负”原则，通过建立证券发行注册制度以及覆盖证券发行、交

^① 参见刘宪权《我国金融犯罪刑法分类质疑》，载《法学评论》2007年第4期，第62-66页。

^② 一般认为，造成1929年大萧条的原因包括经济结构失调、长期居高不下的失业率、资本性收益在国民收入分配的比例过高以及金融业信用扩张造成过度的信用交易等。参见[澳]戴维·L·韦斯顿《泡沫·膨胀·破裂——美国股票市场》，张德远主译，上海财经大学出版社2009年版，第173-179页。

易全流程的强制信息披露挤压金融欺诈的生存空间，同时明令禁止在证券发行、销售过程中进行欺诈、虚假陈述或其他误导性行为，^① 虚假陈述、信息披露遗漏法律规定的必须事项和对证券价格有重大影响的事项甚至可能面临刑事处罚。《1933年证券法》第24条规定，任何故意违反本法以及根据本法颁布的任何规则或条例的人，或者在任何注册声明、申请、报告或文件中故意作出虚假陈述、重大遗漏或不实陈述的人，最高可被判处五年监禁和（或）10000美元罚金。《1934年证券交易法》第32条同样规定了证券欺诈的刑事处罚，故意违反该法任何规定或证券交易委员会（SEC）根据该法案制定的规则和法规，可能面临高达500万美元罚金，或者最长可达20年的监禁，罚金和监禁可以并处。单位犯罪则可能会面临高达2500万美元的罚金。

与大萧条以前的美国相同，英国在“经济自由”的大旗下对金融业长期持行业自律的立场。而为了适应金融市场的混业化和全球化，英国在第二次“金融大爆炸”^②中制定了《2000年金融服务与市场法》（Financial Services and Markets Act 2000，以下简称FSMA），转型为以正式行政监管为特点的“新型监管国家”。尽管FSMA主要关注金融市场和金融服务的监管框架，没有直接规定证券欺诈的具体刑事处罚，但该法通过赋予英国金融行为监管局（FCA）和审慎监管局（PRA）相应的权力来执行和实施《1993年刑事司法法》《2006年反欺诈法》等金融法规中的刑事处罚规定。例如，《1993年刑事司法法》第61条规定，内幕交易犯罪经简易程序审判定罪可处法定最高限额以内罚金或（和）6个月以内监禁，经普通程序审判定罪的可处罚金或（和）10年以内监禁。《2006年反欺诈法》详细规定了虚假陈述欺诈（第2条）、未披露信息欺诈（第3条）和滥用职权欺诈（第4条）等证券欺诈犯罪的构成要件，经简易程序审判认定构成上述罪名将被判处12个月以内监禁或（和）法定最高限额以内的罚金，经普通程序审判认定构成上述罪名则将被判处10年以内监禁或（和）罚金。

同一时期，作为欧洲大陆代表性国家的德国在1994年颁布了《第二部金融市场促进法案》。德国对证券市场的干预也由自律管理向政府监管模式转变。作为该法案核心组成部分的《有价证券交易法》与《德国刑法典》共同构成了全面规制证券欺诈行为的法律体系。《德国刑法典》第264a条规定了资本投资欺诈罪，即在招股说明书、金融

① 《1933年证券法》第17条规定，在证券发行或者销售过程中使用任何欺诈手段、计划或策略，对重大事实做出虚假陈述或者由于遗漏使陈述具有误导性从而欺骗或误导购买者，以及从事任何导致欺骗或欺诈购买者的交易、行为或业务均属违法。

② 第一次金融“大爆炸”后，以美国为代表的国际金融机构开始主导英国金融市场，市场竞争日趋激烈，金融业混业经营越来越普遍，而当时英国的金融监管体系非常复杂，有包括英格兰银行在内的9家监管机构对金融机构进行监管，传统的分立监管框架已经不适应新的形势，阻碍了金融业效率的进一步提高和创新发展。为此，英国政府于1997年将英格兰银行的金融监管职能分离出来，使其专注于货币政策，同时成立英国金融服务监管局，逐步将分散的金融监管职能集中到金融服务监管局，这一以混业监管体系为核心的金融改革被称为英国的第二次金融“大爆炸”。参见宋清华《金融体系变迁与现代化：商业银行与资本市场的关系研究》，中国财政经济出版社2007年版，第17页。

产品说明中对影响投资、增资的事项进行虚假陈述或者隐瞒不利事实的,将被判处3年以下监禁或者罚金。《*证券交易法*》第14条明令禁止内幕交易,违者将被处以5年以下监禁或罚金的刑事处罚。^① 值得一提的是,在2008年次贷危机之前并非所有欧盟国家都对证券市场欺诈施以刑事处罚。然而,为了应对2008年金融危机中暴露出来的市场操纵、内幕交易等市场欺诈行为,欧洲议会与欧盟理事会专门制定了《*关于对市场滥用行为的刑事制裁(市场滥用指令)*》(第2014/57/EU号),要求所有欧盟成员国对金融欺诈行为实施刑事制裁,以有效威慑潜在的金融欺诈犯罪。^② 尽管英国已脱离欧盟不再受该指令约束,但在脱欧之前,该指令的要求已经被纳入英国法律体系。

从美国、英国、德国和欧盟的立法实践可以看到,运用刑事的法律手段防治金融欺诈已成为世界主要资本市场的普遍共识。金融是对信息依赖性极强的行业,信息先占在资本市场往往意味着良好的交易机会和丰厚的交易利润,全面、真实、准确的信息是投资者据以作出投资决策、决定投资盈亏的关键,因而现代金融行政法规建立的金融管理秩序几乎都是围绕信息披露和信息真实而展开。从表面上看金融欺诈只是破坏了金融管理秩序,在更深层次却是破坏了公平竞争、公正交易的金融市场基本行为准则,沉重打击了投资者的信心。投资者信心的丧失不仅会导致企业融资困难,还会降低资本市场的流动性及其他效能,进而对资本市场的内在逻辑、运行机制和远景发展均会产生不利影响,甚至严重影响国民经济。可见,金融欺诈对资本市场根基的侵蚀是世界各国以刑法介入金融的原始动因以及金融刑事立法的主要思想渊源。^③

(二) 风险管理: 刑法介入金融的现代延伸

历史地看,发轫于“大萧条”时期的现代金融监管经历了管制、放松管制到再管制的发展历程。以监督和检查的方式保障行政规则得以有效执行和遵守,使金融管制“进化”为现代意义的金融监管。金融创新与金融稳定此消彼长的博弈是金融监管需求和法规供给联动变化的底层逻辑。在此过程中,国家对金融市场的干预经历了单纯贯彻信息披露消除资本市场信息不对称、稳定金融市场职能,到深入金融机构内部规范市场主体谨慎经营、稳定金融中介职能的监管升级,表现为一种从宏观到微观、从刚性规范金融机构信息披露内容和范围到弹性保障信息披露质量的监管变化。从表面上看,这种变化只是监管内容更加细致入微,实际上金融监管的对象和目标也在悄然迁移。

① 德国《*证券交易法*》第14条规定“禁止:(1)利用内幕信息为自身或他人利益或者代表他人买卖内幕证券;(2)未经授权向他人报告内幕信息或提供获取的途径;(3)利用内幕信息建议他人买卖内幕人证券或以其他方式诱使他人如此交易……”第38条规定“任何人,将被处以5年以下监禁或罚款,当其违反第14条第1款第1项文件规定,购买或转让内幕人员所持证券……”参见中国证券监督管理委员会组织编译《*德国证券法律汇编(中德文对照本)*》,法律出版社2016年版,第349、489页。

② See Herlin-Karnell, Nicholas Ryder, *Market Manipulation and Insider Trading: Regulatory Challenges in the United States of America, the European Union and the United Kingdom*, Hart Publishing, 2019, p.26-28.

③ 参见孙运梁《*内幕交易的经济分析*与刑事法规制》,载《*中共浙江省委党校学报*》2008年第6期,第69-74页。

随着金融衍生品市场的快速发展,联结能源市场、货币市场和房地产市场的金融体系愈发脆弱,1973-1975年石油危机、1997年亚洲金融危机、2007-2008年次贷危机均引发了不同程度的经济衰退。为了有效回应金融创新过程中控制风险、分化风险的现实需要,有学者提倡金融法研究范式由“公司—银行—证券”(Company-Bank-Security, CBS)范式向“金融—保险—地产—能源”(Finance-Insurance-Real Estate-Energy, FIRE)范式扩容,以妥善管理能源、不动产金融化的风险。^①在金融监管方面,关注系统性金融风险的内在特征,利用多种指标和体系监测风险,使用流动性要求、资本缓冲和贷款规模限制等政策工具在横截面维度、时间维度事前抑制风险积累、事后应对风险冲击的宏观审慎监管成为金融监管的重要目标,^②即通过对金融机构产品开发、业务经营等进行审慎监管,以确保金融系统的稳健运行,防范系统性金融风险的产生。事实上,金融学界在研究金融市场定价和收益机制时已越来越强调风险分析和风险管理。金融法律制度的创设和更新也越来越服务于风险管理。正如有学者指出的那样,风险是金融体制改革的阿基米德支点,也是评估金融法现代化成败的出发点。金融法应当在金融创新、金融效率和金融安全之间寻求符合一国金融生态的“黄金分割点”,并以风险管理为核心进行法律制度建构。^③

与此同时,对现代化过程中社会风险的回应也成为现代刑法的整体发展方向。人类社会从简单社会向复杂社会“进化”使社会生活更加丰富,为“每个人自由而全面地发展”提供了更为广阔的舞台,但同时也带来了环境污染、食品安全、经济危机等公民个体难以预见、难以防范的风险。对此,垄断法律权威和暴力武装的国家被寄予更高期待,国家的身份和角色完成了从“守夜人”到“大管家”的嬗变,现代国家必须肩负起防控社会风险、保护民众生活安宁的重任。工业社会向风险社会的转型促成古典刑法向风险刑法的转变,风险刑法的基本教义表现为刑法角色从消极惩罚到积极治理、刑法功能从事后报应到事前预防、不法判断从结果无价值向行为无价值、责任判断从罪责道义化向罪责功能化等一系列改变。对于风险刑法的现代化转型,有学者将其总结为预防风险的新工具、强化安全的新价值、控制风险的新功能以及预防性干预的新形象。^④

在数字金融时代,由互联网建立起来的金融关系网络使金融风险不仅具有复杂程度高、传播速度快、波及面广等基本特征,还具有“太多连接而不能倒”以及“传播太快而不能倒”的新表现形式。^⑤就金融犯罪而言,一方面,由于金融领域的犯罪行为一旦

① 参见管斌《我国金融法学研究范式亟须升级:从CBS到FIRE》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2009年第3期,第13-16页。

② 参见杨雪斌、姜俊羽、王红梅《宏观审慎监管的历史变迁、国际经验与实践进路》,载《宏观经济研究》2024年第3期,第52页。

③ 参见管斌《论金融法的风险维度》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2012年第4期,第56-58页。

④ 参见姜涛《现代刑法的立法转型与再法典化》,载《中国刑事法杂志》2023年第2期,第21-24页。

⑤ 参见许多奇《互联网金融风险的社会特性与监管创新》,载《法学研究》2018年第5期,第20-25页。

从危险变为实害，势必会对不特定多数投资者的财产利益造成侵害，还会引起不同程度的资本市场动荡，而在实体经济与金融市场深度绑定的今天，人们往往难堪其重。鉴于此，刑法一改往日仅在事后惩罚犯罪的形象，通过增设金融领域的抽象危险犯预防金融风险转变为实害。另一方面，尽管金融管理秩序作为超个人法益因其内容上的空洞性以及国有金融机构垄断性利益的偏向性保护而饱受诟病，但在“不完美的金融秩序”和“金融失序”之间，前者显然更能为民众和社会所接受。在有效规制风险和公正分配风险成为金融行政法规立法思维和行动逻辑的当下，对金融行政法规搭建起的金融管理秩序的维护成为刑法满足金融稳定需求、实现刑法社会保护机能最简单的手段。

无论从金融法的发展历程还是从刑法的发展现状来看，金融风险已成为二者共同的规制对象，而金融脆弱性是创造金融风险法律规制需求的经济根源。区别于具有物理属性、可供消费的实体商品，金融资产是一种以货币计价的信用工具，是为了牟利而非消费、通过法律关系拟制的产品，其本身并没有消费效用，因而金融资产的意义不在于消费本身，而在于价值转移。金融资产的这一属性决定了金融市场是一个为交易而交易的市场，本身具有脆弱性。此外，金融资产的质量随着市场的变化发生波动，且这种波动具有自我强化的特征，这就导致金融机构的资产质量极具不稳定性而损害其偿债能力，进而影响金融机构的融资能力、诱发流动性短缺。这种脆弱性经过金融市场的放大呈现出危机化的倾向，稍有不慎便会引发大范围的金融危机。^①“危机引致”是催生金融法律供给的主要模式，对金融脆弱性的认知使现代金融法律从过去的信息真实规制转向金融风险规制，对法律所不允许的不当金融风险的防范也成为刑法介入金融的现代延伸。

三、模式穿透与效能释放：刑法介入数字金融的进路

“加强和完善现代金融监管”，“依法将各类金融活动全部纳入监管，守住不发生系统性风险底线。”是党的二十大对我国金融体制改革的总体部署。为了实现这个目标，需要加强金融行政法规和刑事法规的功能协调。^②其中，金融行政法规的有效规制是全覆盖的，作为保障法的刑法应当是补充性的。有学者指出刑法过度介入金融会阻滞、扼杀金融创新，呼吁对互联网金融犯罪采用高于一般金融犯罪的追诉标准和量刑标准，借此体现国家对金融创新的鼓励和认同，避免完全让社会个体承担金融创新“试错”的风险。^③应当说，以《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》为代表的政策文件展现了金融监管部门对数字金融创新足够的包容。但不可否认的是，数字金融在提高金融效率的同时也为金融诈骗提供了更多的藏匿空间，数字技术的应用还可能无节制地放大金融风险。因此，面对数字金融创新，刑法在保持足够克制的同时也需要精准介入。

^① 参见周子衡 《金融管制的确立及其变革》，上海三联书店、上海人民出版社 2005 年版，第 301-315 页。

^② 参见刘博涵 《证券法律责任制度的功能协调研究》，法律出版社 2024 年版，第 149-164 页。

^③ 参见黄辛、李振林 《互联网金融犯罪的刑法规制》，载《人民司法》2015 年第 5 期，第 31-35 页。

(一) 模式穿透：数字金融商业模式的实质考察

数字金融创新方兴未艾，在大数据、区块链、云计算等数字技术的“加持下”，数字货币、智能投顾、大数据征信等一系列新型金融业务不断涌现，其中既有提升效率、风险可控的真实创新，也有“新瓶装旧酒”的金融犯罪混杂其中。实务中，涉及数字金融创新的刑事案件往往都因涉案主体的资金链断裂而案发，而在资金链断裂以前，潜藏的金融犯罪往往难以发现。^①这是因为数字金融创新行为方式多样、法律关系复杂，犯罪行为隐蔽性高、迷惑性强，无论理论研究还是监管实践都缺乏对涉案金融商业模式的准确认识，对数字金融“破坏性创新”的包容反而成为隐藏金融欺诈、积聚金融风险的温床。鉴于此，国务院办公厅印发的《互联网金融风险专项整治工作实施方案》要求对互联网金融主要风险领域采取“穿透式”监管方法，最高人民检察院出台的《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》亦要求深入剖析各种类型互联网金融活动实质并据此判断其性质，不能机械地被“互联网金融创新”表象所迷惑。

“穿透式”监管是在金融跨市场、跨行业创新、金融产品层层嵌套、紧密互联的背景下被提出的。作为功能监管的升级，“穿透式”监管不仅要求对金融产品结构进行纵向、多次、深度穿透，直达金融业务底层实质，还要求对金融交易形式实施横向、跨市场、跨行业穿透，甄别金融交易行为性质，结合金融产品的功能确定监管主体和监管规则，进而从根本上消除监管盲区，防范金融风险。^②对于数字金融的刑法规制来说，同样应该运用“穿透式”方法准确把握数字金融创新的实质，深入分析各方法律关系，准确认知各类金融创新现象。由于规制金融欺诈和防范法律所不允许的金融风险是刑法介入金融的根本动因，对于以数字金融创新之名行金融诈骗之实，以及显著提升金融风险、无节制放大金融风险的“金融创新”行为，应当实质解释现行金融刑法规范以实现涉罪行为的有效规制。当然，在刑事司法中引入“穿透式”监管理念仍须循着“从法益到构成要件”的经典教义学路径精细论证。

1. 明确刑法介入数字金融创新所应保护的法益

前已述及，刑法介入金融的法理基础经历了从规制金融欺诈到防控金融风险的转变，这在某种程度上昭示着金融刑法所保护的法益可能也是流变的。事实上，除了传统自然犯所保护的生命权、健康权等法益具有相当稳定性，法定犯所保护的法益表现出明显的时代性和流变性。学界关于金融刑法所保护法益主要有金融管理秩序、^③金融消费者利益、^④金融交易利益^⑤和金融安全^⑥等学说。由于“大萧条”后世界各国普遍以行政

^① 参见张晓津 《金融安全的刑法保护边界》，载《政法论坛》2023年第6期，第93页。

^② 参见许恋天 《互联网金融“穿透式”监管研究》，载《金融监管研究》2019年第3期，第103页。

^③ 参见赵长青 《经济刑法学》，法律出版社1999年版，第251页。

^④ 参见刘博涵 《重塑金融刑法：法理基础与实现路径》，载《新疆大学学报（哲学·人文社会科学版）》2022年第2期，第29-36页。

^⑤ 参见魏昌东 《中国金融刑法法益之理论辨正与定位革新》，载《法学评论》2017年第6期，第63-71页。

^⑥ 参见董秀红 《金融安全的刑法保护》，法律出版社2015年版，第53页。

法规建立强制性金融管控规则，金融管理秩序成为金融刑法法益的通说。但是，随着2008年全球金融危机中投资者不平等的弱势地位被体认，金融消费者概念借势生成，其利益保护被置于十分重要的地位，金融消费者利益、金融交易利益作为金融刑法所保护的法益而被提出。可以看到，以上观点的提出都烙有明显的时代印迹，每一种观点在其所提出的时代背景下都有相当的合理性，这也进一步印证了刑法介入金融所保护的法益具有时代性和流变性。对于法益流变性的认知有利于我们跳脱过去单一、非此即彼确认法益的窠臼，有利于从整体上全面把握金融刑法所保护的法益。

那么，在数字经济时代，刑法介入数字金融所应保护的法益是什么呢？有学者对既有金融刑法法益的不同理论评述道，金融管理秩序法益观容易将金融犯罪等同于金融领域的行政犯罪，过于凸显行政管制利益而忽视金融主体的利益，在司法中不当扩大刑法的规制范围，因而失之于宽泛；而金融消费者利益与金融交易利益法益观忽视了金融管理制度的刑法需保护性，同时杂糅集体法益和个人法益，混淆同类法益和具体法益的界限，不当限缩了金融刑法保护法益的内容。^①经济社会转型是推动金融刑法法益理论变革的决定性力量，如果我们置身金融创新与金融监管“螺旋交织”的发展历程，可以发现金融资产的财产属性催生了财产利益法益，金融市场的构成性机制催生了金融秩序法益，金融安全与国家整体安全的密切关联催生了金融安全法益。在复合法益视野下检视既有理论，数字经济时代金融刑法法益的确证难题便可以迎刃而解。

基于我国《刑法》分则“破坏金融管理秩序罪”“金融诈骗罪”相关罪名的罪状描述以及该两类犯罪在“破坏社会主义市场经济秩序罪”的体系定位，可以将刑法介入数字金融创新保护的法益界定为金融市场秩序及其所保护的实体性利益。^②这一法益界定有三个方面须加以注意。其一，承认金融市场秩序的刑法需保护性并不等价于以刑法保护金融管理秩序。金融市场秩序由市场自治机制和必要的市场监管两部分组成，前者在资本资源配置中起决定性作用，后者是由于金融脆弱性的必要补充。其二，作为“外壳”法益的金融市场秩序旨在保障金融资源市场化配置、防控系统性金融风险，其与“内在”的实体性利益也存在保护与被保护的关系。其三，主要由财产性利益表征的金融消费者利益和金融安全表征的社会利益、国家利益共同组成金融刑法法益的实体性利益，对该两大实体性利益的保护分别彰显了刑法规制金融欺诈、保护金融消费者财产安全的原始动因，以及刑法防控金融风险、保障金融安全的现代延伸。

2. 对金融创新中涉嫌犯罪之行为进行实质判断

法益具有指导构成要件的机能，对金融创新中涉罪行为的实质判断须将保护法益的要求贯彻在对金融犯罪构成要件的解释之中。区别于自然犯，作为法定犯的金融犯罪多

^① 参见孙国祥《金融犯罪的保护法益》，载《国家检察官学院学报》2022年第6期，第6-8页。

^② 金融法益是以金融市场秩序为外壳，以实体性利益为内容的复合体。其中，实体性利益以金融消费者利益为核心，由金融安全表征的国家利益、社会利益依附于金融消费者利益，通过金融消费者利益的实现间接地、反射性地实现。参见刘博涵《资本丛林的达摩克利斯之剑——论金融刑法的价值诉求、法益目标与学科定位》，载《西部法学评论》2019年第6期，第118-119页。

数包含“非法”“违反国家规定”“未经国家主管部门批准”等不法要件，对这些要件的准确把握直接影响涉罪行为是否侵害金融市场秩序法益的认定，以及犯罪嫌疑人对涉罪行为显著提升金融风险之违法性认识的司法判断。除此之外，金融犯罪的罪状中还存在大量作为规范性构成要件要素的金融专业术语，这需要法官以法益保护为导向进行理解，根据一定的标准判断案件事实是否符合犯罪构成要件。^① 立基于此，笔者根据前述复合性金融刑法法益提出对金融犯罪不法要件和规范性构成要件要素的实质判断进路。

首先，根据法秩序统一性原理，金融犯罪中“非法”“违反国家规定”“未经国家主管部门批准”等不法要件须根据《商业银行法》《证券法》《证券投资基金法》等金融法律的相关规定进行认定，但不法要件的确证不能唯金融法马首是瞻。尽管由金融法律构筑的金融管理秩序是金融市场秩序的重要组成部分和有形表现形式，但我国当前以大型国有金融机构为本位的金融体系导致金融资源配置不甚合理，压制金融业务创新，阻碍金融制度变革，刑法需要进行适当纠偏。鉴于此，面对数字金融创新中的涉罪行为，刑事司法不能仅依据金融法的形式性规定来判断金融管理秩序在刑法上的应予保护性，必须进一步考察相关前置性规定所指向的实体性利益是否遭到侵害，以及涉罪行为是否有利于促进金融体系的良性发展。^②

其次，对于实际侵害了金融消费者财产性利益的涉嫌犯罪行为，应考察防范不当金融风险的相当性，妥当解释相关罪名中的规范性构成要件要素进而准确适用刑法。“受托财产”“内幕信息”“金融机构”等金融专业术语都是规制金融犯罪刑法条文中的规范性构成要件要素。对于这类专业术语的刑法解释同样主要参照金融法律的相关规定，但是，对于引致的金融风险低于刑法规范的涉罪行为，应当对相关规范性构成要件要素作限缩解释，落实罪刑相适应原则。例如，如将小贷公司认定为刑法上的“金融机构”，骗取小贷公司贷款的行为可能构成骗取贷款罪。但是，不同于向不特定社会公众吸储放贷的商业银行，小贷公司的放贷资金主要来源于自有资金和贷款资金，骗取小贷公司贷款与骗取商业银行贷款不具有提升金融风险的相当性，应将小贷公司排除在“金融机构”之外进而不适用骗取贷款罪。^③

最后，对于没有造成金融消费者财产性利益实害，但提升法律所不允许的不当金融风险的数字金融创新，应“穿透”数字金融的商业模式审慎入罪或者出罪。基于罪刑法定原则，对于刑法没有明文禁止的金融创新，即便其提升了金融风险，造成了某种程度的金融动荡，也不能让个体承担金融创新必需的、应由社会整体承担的代价。在此前提下，再将以数字金融创新之名、行非法集资之实的犯罪行为准确适用刑法定罪量刑。相反，对于行为人从事数字金融创新业务缺乏违法性认识或者得到监管层面的允许，尤其得到金融监管部门“不违法”的认定意见的行为，不能以事后变更的金融监管政策或

① 参见张明楷《规范的构成要件要素》，载《法学研究》2007年第6期，第88-93页。

② 参见劳东燕《非法经营罪中证券业务的限定与出罪》，载《政治与法律》2024年第7期，第78页。

③ 参见张晓津《金融安全的刑法保护边界》，载《政法论坛》2023年第6期，第97页。

法规追溯其刑事不法，而应运用违法性认识错误不可避免性原理予以出罪。^①

(二) 效能释放：激励数字金融创新的刑法调适

从数字金融的发展现状来看，数字技术对金融的颠覆性革命主要体现在以下五个方面：(1) 金融消费网络化，包括传统持牌金融机构金融业务上线和民间借贷等非正规金融的在线化；(2) 金融机构平台化，表现为资金、数据、产品等金融要素在各类金融机构和互联网平台之间互通抑或集团内共享协同；(3) 金融服务算法化，信贷、证券和保险作为典型的金融业务，依靠数据采集和算法驱动正在迅速智能化，升级为大数据征信、智能投顾和智慧保险等智能金融服务；(4) 金融数据产权化，金融数据直接反映了数据主体的金融行为，能够帮助金融机构更加深刻了解客户，提供个性化的金融产品与金融服务，从而提高获客能力，因而金融数据已成为数字金融从业机构的核心资产；(5) 货币信用数字通证化，传统货币的信用建立在国家主权信用和黄金等稀缺金属的实物信用之上，而以区块链为底层技术的数字货币以“数字通证信用”为基础，在隐私性和价值稳定性方面具有显著优势。^②

鉴于互联网科技企业所从事数字金融创新活动与传统金融犯罪构成要件的契合性，如果任意扩大解释犯罪构成要件，互联网科技企业进行数字金融创新的空间十分有限。擅自设立金融机构罪、非法经营罪、非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪构筑起的严密金融刑事法网使任何未经批准的金融创新都行走于刑事犯罪的边缘。从过往的互联网金融刑事治理经验来看，有些司法实务没能正确认识刑法介入金融的动因和目的，加之互联网金融的刑事安全风险较难识别，在过去的互联网金融刑事治理中存在司法效果不佳的情况。刑法介入互联网金融的时机深受行政监管政策影响，在考虑合理社会需求、允许试错的包容监管时期，刑事司法对互联网金融犯罪选择严格限制刑法适用，限缩犯罪圈，而在资金链断裂“无法兑付”监管政策收紧时，刑事司法又会倾向于扩大解释刑法罪名。^③面对如火如荼的数字金融创新，刑法应如何找准自身定位呢？对此，集中体现为对两个问题的回答：其一，刑法是否坚持行政监管政策对数字金融平台的信息中介定位；其二，刑法对数字金融创新的介入是否坚持行政不法前置。

1. 数字金融政策作为刑法解释工具的原则与例外

《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》等政策文件对互联网金融平台的定位均为金融信息中介，要求其不得归集资金，不得提供增信服务。由于资金归集是期限错配的核心，中介增信是信用转换的关键，这两项机制的禁止在政策上完全否决了互联网金融平台的信用中介功能。对互联网

^① 参见张亚平 《法定犯违法性认识错误不可避免性的出罪适用》，载《中国刑事法杂志》2023年第6期，第3-19页。

^② 参见刘少军、赵一洋 《数字金融创新发展与新型金融风险的法律规制》，载《金融论坛》2023年第6期，第37-46页。

^③ 参见毛玲玲 《互联网金融刑事治理的困境与监管路径》，载《国家检察官学院学报》2019年第2期，第34-46页。

金融平台从事信用中介业务的否定强化了银行的信用中介专营权，有利于抑制监管套利、防范系统性金融风险，但也关闭了新兴市场主体修正金融抑制、改善金融排斥的通道，容易造成新一轮的资金供需矛盾。^①当前对互联网金融平台的政策定位具有很强的时域性，很可能随着我国数字金融市场主体的丰富和监管法规的完善而不断修正。鉴于此，作为国家基本法律并具有极强稳定性的刑法不宜跟随金融监管政策频繁变动，而应保持独立判断。对于互联网金融平台实质承担信用中介，但并未从事金融欺诈、谨慎管理金融风险没有放任风险无限扩大的金融创新，刑法应保持最大限度的宽容和克制。

那么，如何在数字金融涉罪案件的司法技术上保持刑法的谦抑性呢？从形式上看，司法是将案件判决结果与权威性法律文本对接起来的过程，但实质上司法是法官价值判断的过程，因而作为司法技术的法律解释从来不在于搞清楚法律语言的含义是什么，而在于判断什么样的裁判结果是比较好的，是社会可以接受的。^②鉴于金融监管政策的易变性以及刑法作为风险规制工具所蕴含摧毁自由的巨大危险，不宜在金融刑事司法中过多渗透针对数字金融的监管政策，亦即刑法介入数字金融创新须坚持比例原则以及罪刑法定、法益侵害、责任主义等刑事司法基本原则，在准确认知金融刑法所保护法益的基础上遵循法益保护原则，同时强化对危害后果的考察。具体来说，不能简单将金融市场秩序等同于金融监管部门对市场的监管秩序，而应体认金融市场秩序的自生性和自治性，更多以合规指南、“监管沙盒”等行政法规引导、规范新型金融业务，借此促进自主运作金融系统的形成，释放市场的信息机制和激励机制。

恪守刑事司法基本原则构成刑法介入数字金融创新的一般处理方式。在此基础上，刑法仍需在必要的时候为数字金融监管政策“背书”，亦即通过政策型论证进路扩大解释刑法相关罪名的构成要件，将显著提升金融风险、肆意放任金融风险的行为纳入犯罪进行刑法规制。作为金融刑事司法的例外情形，法院必须说明正当性根据，即为什么某些金融创新行为不按照刑事司法的一般方式来处理。在此种刑事司法中，仅仅宣称为了维护金融市场秩序并不足以对市场主体施加此种枷锁。数字金融监管政策影响法官对涉罪行为刑事处罚必要性的判断，需通过目的论解释、构成要件解释从以下几个方面论证说理：（1）存在压倒性紧迫的公共利益；（2）非此不足以保护公共利益，或者其他手段保护成本过大，社会整体不能承受；（3）没有合理的替代手段，且例外的刑事司法符合刑法目的；（4）例外司法不会钳制数字金融创新活动；（5）犯罪人存在提出积极抗辩的机会。^③

① 从全球范围的金融创新实践来看，坚持信用中介业务银行专营绝不是规制非银行金融机构涉足信用中介业务、防范金融风险的唯一方法。例如，通过强制注册将其纳入正式的金融监管之下，扩张央行的最后贷款人职权，强制规定机构的资本充足率等均可以实现风险管理，发挥非银行金融业务融资效率的同时减小引发系统性风险的可能。参见郭雳《中国式影子银行的风险溯源与监管创新》，载《中国法学》2018年第3期，第223页。

② 参见苏力《解释的难题》，载梁治平编《法律解释问题：对几种法律文本解释方法的追问》，法律出版社1998年版，第58页。

③ 参见劳东燕《公共政策与风险社会的刑法》，载《中国社会科学》2007年第3期，第139页。

2. 合理建构数字金融创新涉罪行为的“行刑关系”

金融犯罪作为典型的法定犯，犯罪成立以行政不法为基本前提。但有学者指出，刑法规制具有独特的道德意义，刑罚具有报应性公共谴责的独特功能，行政法与刑法之间是平行关系而非“前置—后置”关系，二者各有其独特功能和调整领域。^①对此，笔者赞同刑法规制的独特意义，行政犯入罪应坚持独立的判断标准，但作为法定犯时代刑法谦抑性的新表达，^②刑法介入数字金融创新无论立法还是法律适用均须坚持行政不法前置。值得注意的是，坚持行政不法前置不能落入“刑事违法从属于行政不法”的误区。行政法规规制的不法行为，无论行为类型或者行为范围都比刑法宽泛得多。对于具有双重违法性的行政犯罪来说，构成犯罪必然意味着行政不法，反之则不然。因此，某一行政不法行为是否构成犯罪，必须置于刑法的视野下以刑事违法性的标准进行独立判断，在此过程中表现出刑法的选择性和不周全性。有鉴于此，应根据行政不法与刑事违法的必要非充分关系合理建构金融创新涉罪行为的“行刑关系”，限制解释金融刑法条文中的“违反国家规定”。

数字金融创新涉罪行为经过行政不法和刑事违法的双重“过滤”才可能构成犯罪，刑事违法性的判断必然是对行政不法的进一步“遴选”和限缩。从这一入罪路径来看，与其说是刑事违法从属于行政不法，毋宁说行政犯中的不法受刑法制约而从属于刑事违法。这对于合理建构金融创新涉罪行为的“行刑关系”至关重要。具体来说，对数字金融创新涉罪行为的刑事违法性判断，在形式上违反行政法规定的基础上进一步审查涉罪行为所侵害法益是否在实质上值得刑法保护，在前述金融刑法所保护法益的指导和约束下能动地调节犯罪圈，^③尤其应注重限缩犯罪圈给行政处罚保留足够空间。金融抑制下的资金供需矛盾是数字金融创新在我国异常活跃的经济原因，在金融监管政策尚持包容、克制姿态的情况下，作为最严酷调整手段的刑法不宜径行扑灭金融创新的火苗。数字金融创新的刑法介入必须以行政不法为前提，但行政不法并不必然引致刑法的介入，刑法应在这个层面保持其独特的判断标准和规制意义，为数字金融创新创造合法空间。

前述数字金融创新涉罪行为的“行刑关系”建构也存在行政法依据。以证券业务为例，《证券法》第120条列举了证券公司经核准可以经营的七种业务，第八项兜底条款旨在使立法尽可能周延。就明确列举的七种证券业务而言，尽管其都须经证券监管部门核准后才可以经营，但在立法者眼里，该七种证券业务绝非“等而视之”。^④证券经纪、

① 参见张峰铭《刑法是后置法吗？——法域冲突问题之体系反思》，载《法制与社会发展》2023年第4期，第131-149页。

② 有学者指出，在个罪中设置行政前置性要件，借助形式性与实质性的行政要素限缩行政犯的处罚范围，在法定犯时代具有实现刑法谦抑性的积极价值。参见姜涛《法定犯中行政前置性要件的法理基础与制度构造》，载《行政法学研究》2022年第1期，第63页。

③ 参见简爱《我国行政犯定罪模式之反思》，载《政治与法律》2018年第11期，第42页。

④ 根据《证券法》第120条第3款、第4款和第5款的规定，证券承销、证券保荐、证券经纪和证券融资融券业务只能由证券公司经营，同时特别要求证券公司经营证券资产管理业务须符合《证券投资基金法》等法规的特殊规定，从事证券融资融券业务须采取必要措施严格防控风险，不得违规向客户出借资金或者证券。

证券承销、证券保荐、证券资产管理和证券融资融券业务之所以在立法上受到立法者的特别关注，原因在于这些业务的经营不慎更容易形成风险敞口，引起金融体系乃至整个经济系统的动荡。相反，证券资产评估、证券投资咨询、证券财务顾问等外延业务与金融风险关联度则低得多。对于“违反国家规定”“未经国家有关主管部门批准”经营证券业务构成的非法经营罪，不能将所有证券业务都纳入非法经营罪的规制范围，而应限制于证券核心业务，在司法技术上限制解释“违反国家规定”，将未经批准经营证券外延业务的行为排除在金融犯罪之外。

四、结语

习近平总书记在中央金融工作会议上系统阐述了中国特色金融发展之路，要求“坚持金融服务实体经济作为根本宗旨，坚持把防控风险作为金融工作的永恒主题，坚持在市场化法治化轨道上推进金融创新发展”。西方国家的金融市场发展历史表明，以现代商业银行、现代资本市场、现代投资银行、创业投资体系为特征的金融革命推动了人类三次工业革命，为西方国家现代化提供了金融支持。但在此过程中，金融资本暴露出明显的垄断性、掠夺性和脆弱性，不仅造成巨大的贫富差距，还屡次引发经济金融危机。因此，党的二十大和中央金融工作会议均强调，要全面加强金融监管，有效防范化解金融风险，切实提高金融监管有效性，依法将所有金融活动全部纳入监管，守住不发生系统性风险底线。

“金融的活力在市场，金融的秩序在法治。”金融法治需要行政法规和刑事法律有效衔接、高效协同。面对方兴未艾的数字金融创新，以专门监管机构在金融行政法规的授权下进行全面、持续、穿透式监管是打击金融欺诈、化解金融风险的题中之义。但就金融刑事法治而言，刑法应当保持补充性、后盾性和不周延性。立足我国现行金融刑法规范，数字金融创新因其突破金融业务审核准入、信用中介业务银行专营的金融体制，与刑法规定的金融犯罪构成要件具有契合性，但实质地看，数字技术的利用使互联网科技企业能够更好地识别融资主体的资信状况，更好地提供增信服务，进而促进资本要素合理配置。金融法和刑法的发展历程表明，金融欺诈和金融风险是法律介入金融的最终规制对象，金融市场管理秩序的建立和维持也是为了避免金融欺诈、防控金融风险。鉴于此，面对数字金融创新，刑法不应拘泥于前数字经济时代制定的金融刑法规范以“金融管理秩序”作为根本法益，而应穿透数字金融商业模式，把握金融创新的实质，对暗藏其中的金融欺诈和畸高风险加以规制，准确适用刑法。

(责任编辑：高磊)