

论刑法“过程危机”的金融之维

史 强

(厦门大学 法学院 福建 厦门 361005)

【摘 要】过程危机论沿袭了法兰克福学派的系统论与批判传统,为当代马克思主义与中国特色社会主义刑法理论的发展注入了新的源泉与动力;从奥菲提出过程危机的概念中可以提炼出“活的东西”继而跳出哲学范畴,完全可以运用到当下中国的刑法之中;不仅本土刑法中有适合过程危机的文化土壤,而且制度思想体系也一脉相承。在对金融刑事规范修正的批判和对典型案例的反思中,可以用实证分析出中国刑法确已存在稳定性之过程危机。未来,金融刑法处于一种在摇摆中寻找平衡的状态,社会环境的稳定只决定了金融刑法更加多元化、专业化与体系化的基本方向,但金融创新与制度滞后的正负合力却导致了其摇摆态势。研究者们主流学术使命只有回到批判与反思之中,才能迎接过程危机给刑法带来的新挑战。

【关键词】过程危机;金融刑法;稳定;法兰克福学派

【中图分类号】D924 【文献标志码】A 【文章编号】1000-8284(2017)09-0136-08

21世纪以来,中国经济持续发展并进入一种“新常态”。未来为了培育和催生经济社会发展新动力,仍将展开“创新”大旗,改造传统经济引擎,打造新引擎。^①现代金融是市场经济的核心,经济货币化和金融化程度提高是经济发展的必然趋势,金融对经济发展的推动作用日益增强。^[1]近年来,金融创新与金融脱媒迅速发展,我国金融市场的多元化结构也越来越明显,金融监管也正随时准备着迎接一场又一场硬仗,从而协调发展与稳定之间的平衡。然而,全球范围内的金融危机频发,没有哪个国家能逃此“劫数”,目前全球经济还尚处在上一轮国际金融危机后的深度调整期。危机过后是对原有体制的改革与创新,为了保持市场的稳定,金融监管常常被寄予厚望。而法律无疑是金融监管的最有力武器,刑法也自然成了博弈装备中最后那张“红牌”。^②作为西方马克思主义思潮中影响最大的法兰克福学派,自霍克海默(Max Horkheimer)开创“批判理论”以来,虽然经历了哈贝马斯(Jürgen Habermas)阶段、霍耐特(Axel Honneth)阶段,但仍秉承一种批判精神与批判意识。在法兰克福学派中,“危机”一直以来都是在对前述社会状态的概括性描述,包括该学派前的马克思主义,危机总是批判的前置结论。

① 参见第十二届全国人大三次会议《2015年政府工作报告》。

② 从整体分析,金融监管与刑事立法共同参与构建了一种制度结构,其分别在结构中处于前段与末端,共同受制于秩序价值的引导。

【收稿日期】2016-09-26

【基金项目】2015年度广西高校科学技术研究项目“我国个人金融信息的刑法保护研究”(KY2015YB275);2013年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“云计算背景下金融市场风险的法律保障机制研究”(13YJC820006)

【作者简介】史强(1977-),男,河南信阳人,广西财经学院法学院副教授,博士研究生,从事法学研究。

金融危机重重。而作为经济发展的最大引擎,必然会使前行方向发生左右摇摆。如何保持稳定,至少使得摇摆的幅度可控,是世界各国面临的一大难题。为了保持一定的高速,只有安装一些制度扶手,才不至于将经济主体甩出摇摆前行的车体之外。刑法本身固有的特性,可视为这些扶手中最为稳定的一把。然而,现实也许会令人失望,至少满足不了立法者的全部期许。金融中的危机借助于力学的相对性,纵然也会使刑法这把扶手带来某种危机,法兰克福学派新的危机理论能否解答这种危机?该研究或许能为当下中国特色社会主义刑法理论体系的修正与补充提供一种方法论及新时代内容。

一、“过程危机”理论的延展:映射于本土刑法是否妥当?

目前,我国刑法学者并未真正将“过程危机”理论运用到刑法领域中。虽然张文教授曾在《刑法人格化 21 世纪的抉择》一文中提到过“刑法危机”一词,^[2]付立庆博士也在《“刑法危机”的症结何在——就犯罪圈、刑罚量问题的些许感想》一文从不同角度对张文教授的观点予以补充。^[3]但二文均未对“刑法危机”的内涵做进一步阐述,仅仅用“危机”一词来描述刑法处于一种“危急”状态,实际上与法兰克福学派的危机理论也并无任何关联。需要说明的是,刑法的过程危机也不仅仅限于以金融为代表的经济系统所带来的刑法的稳定之危机,还包括以反腐为代表的政治系统所带来的刑法的信赖之危机、以生态为代表的社会系统所带来的明确之危机等。在奥菲之前,“危机”在法兰克福学派那里只是资本主义经济、政治、文化状态的一个代名词,尽管哈贝马斯对其填涂了一定色彩,但终未对概念进行具体诠释,更未进行细化与分类。

(一)“过程危机”的理论脉络

1984年,奥菲出版了论文集《福利国家的矛盾》,借此在英美学界名声大噪,哈马斯对他的推崇更是使其为更多人所知晓。他从系统论的角度对危机的概念进行了全面考察,具体区分了偶发危机与过程危机,表示对后资本主义福利国家无法消除过程危机的担忧。^[4]在“危机管理的危机:政治危机理论的要素”章节中,奥菲第一次将过程危机表述为“违反社会过程之语法(grammar)的过程,过程危机指的是系统所面临的抵消性发展趋势,它意味着危机的结果是相当不可预知的。而且,过程性危机概念还有其好处,那就是它可以把系统的危机发展趋势与系统的特征联系起来。这种发展趋势不必把危机看成是偶然产生的灾难性事件”^[5]。在随后的“不可能管理性:保守危机理论的复兴”章节中又进一步阐述了其所重构的危机理论,并与新保守主义的危机理论进行了区别。奥菲在批判一般危机概念的前提下,继而对外后期资本主义系统的危机做了进一步分析,从规范性结构和强制性关系两种非核心原则出发论证过程危机在资本主义社会的存在。但总体上来看,奥菲的过程危机理论由于始终没有脱离政治批判的企图,因而在有些学者看来具有一定的局限性,之前也较鲜见适用在其他领域。但从他鲜明的观点中却能明显看出其吸收了马克思主义、批判理论、系统论和经验社会研究等其他一系列基础性理论和方法论。

过程危机的概念是否能随着历史变迁、制度差异而“被抓破”,应交给时间与实践去检验。但是,对一个概念科学的研究分析方式不应该是保守的,可在该理论体系中区分“活的东西”和“死的东西”。^[6]奥菲在提出过程危机概念时所处的那个时代的社会背景是无法复制的“死的东西”,过滤掉那些具有浓厚意识形态色彩的“死的东西”,仍能挖掘出“活的”、有价值的东西。概念与理论的真正意义在于提供一种思维或方法,而哲学的社会功能恰恰在于其对流行性东西所进行的批判。“这并不意味着哲学家要提出纠正的方法。这种批判的主要目的在于,防止人类在现存社会组织慢慢灌输给它的成员的观点和行为中迷失方向。”^[7]过程危机理论在分析社会问题时,至少提供了一种系统的方法,而且也延续了法兰克福学派的批判性思维。其中的系统论、批判论不仅是过程危机的理论前提,也恰恰是其最光彩夺目的地方。奥菲的批判论思想在某种程度上受惠于第一代批判理论家,尤其是霍克海默、阿多诺、马尔库塞、哈贝马斯等,他的过程危机理论是一种“批判中的批判”,即对传统批判理论再进行的“二次批判”,他多次强调“系统”一词,但却未对系统做进一步展开。

(二)过程危机理论与刑法范畴之间的连接

奥菲提出的过程危机理论能否跳出哲学范畴,运用到法律领域?过程危机理论是否可以在当下中

国刑法中运用?这是两个不同层阶的问题,前者是一种逻辑的演绎,而后者则是一种理念的移植。解决过程危机——哲学思辨在法律上的跨越,必先找出两者之间的连接。如若法律制度散发出智慧之光,必须找出哲学智慧输入法律土壤的具体面相。当把解决第一个问题看作是逻辑演绎的过程,那么必先假设过程危机的绝对正确性,是一种“真理”,否则,要么则无推理的必要,要么则只能沦落为一种“匹配”。这一“真理”是否能够植入法律制度的土壤,它们之间契合的面想必是:面临的对象、产生的过程与发展的路径。过程危机有别于偶发危机的最显著特征就是采用了一种系统论的方法,阐述危机在政治、经济、社会三大子系统中的互动。法律同样面临解决子系统的问题,在一个社会单位,某一项子系统的相关法律出现过程危机,也必将会给整个法律体系带来某种危机。从这个意义上讲,第一个面相应当是一致的。法的产生遵循从个体行为的调整到规范性调整,由习惯到习惯法,由与道德、宗教等混为一体逐渐分化相对独立的不同规范的过程。这个“分散——抽象——具体”的过程完全与过程危机理论的产生轨迹相一致,过程危机先以分散的偶发危机为参照,抽象出一般规律性概念,然后再放到具体子系统中进行分析,只不过侧重强调了政治子系统的作用。因此,两者在产生过程上即第二个面相也是一致的。如前所述,过程危机是对传统批判理论的一种批判,只有建立批判的基本论调,过程危机才有理论发展的空间,否则,该理论就欠缺了最实质的灵魂,同时这也是过程危机理论发展的基本路径。从某种层面来看,所谓“法律的进步”也正是在对现有制度进行批判中前行的,追求自然的法律规范更接近自然法所倡导的基本价值。但事实上,谁又能完全知晓自然法中的“终极价值”,也或许自然法的存在就是一场“骗局”。所以,法律发展的路径总是在不断地循环一种反思与批判。也就是说,过程危机与法律制度的第三个面相也是相对比较统一的。

接下来要解决的是,刑法本土化与过程危机理论之间是否融通问题。理念的移植离不开两个重要元素:其一,文化土壤;其二,制度体系。法兰克福学派便是对马克思主义思想的继承与发展,这也使得“过程危机”移植到中国刑法中具有一定的先天优势。既然整个法律制度存在过程危机理论生存的空间,那么刑法作为一种与政治关系较为密切的部门法,发生过程危机的可能性也无需再进一步证明。中国刑法的社会文化离不开马克思主义思想的传播,尤其是深受前苏联刑法文化的影响。即便当代中国刑法借鉴德日的热潮,溯其本源也很难脱离德国哲学的影响。2011年中国特色社会主义法律体系已经形成,本身就是马克思主义法学中国化的一个过程。而马克思主义法学中国化也包含了马克思主义哲学思想的中国化。奥菲的过程危机理论同样是西方对马克思主义哲学思想的进一步发展及延伸,同宗思想的借鉴与移植也就变得非常合理。事实上,早前我国刑法学的理论与实践也一直缺少批判,甚至一直对应然规范制度保持怀疑与戒备,哪怕这种制度新近出台,也总能找到一些批判的靶子,“缺陷与完善”思维充斥着刑法学的研究,而非另辟捷径地找寻“解释论”这把万能钥匙,不得不说,这与马克思主义、法兰克福学派的批判风格不谋而合。

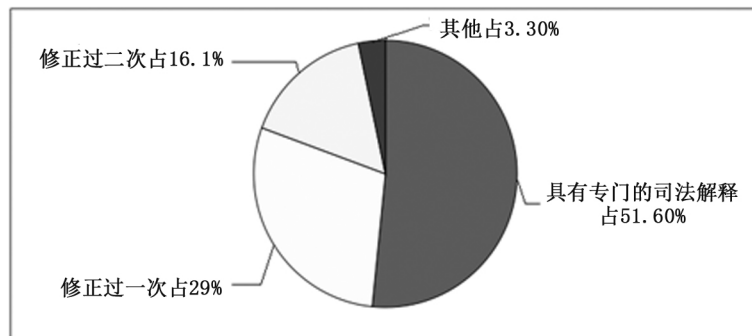
二、金融刑法的实证性批判:是否存在稳定性之过程危机?

法律自产生之初,似乎都较在乎保持规则的稳定。亚里士多德认为,随便改变法律就会破坏法律的权威,轻率的变革所得的利益不足以抵偿更张所受的损失;最好也像对待犯错的人一样,宽大为怀,因为法律不可能完美。他把保持法律的稳定视为法治必须具有的三个基本条件之一。老百姓如果养成不服从法律的习惯,那么“这个国家就完了”。^[8]但如今,刑法的功能正被逐渐放大,以金融犯罪为典型的行政犯越来越多,人们开始提出了刑法稳定的一种相对性。^[9]是否能更好地把控“相对”的度,我们却无能为力,只能靠不断地重复试探,期望能够不会动摇这块基石。然后,通过大量解释,来平衡“社会需求”与“规则稳定”,试图穷尽扩大解释、目的解释等方法再逐渐走向刑法规则的修正。是否每一条被修正的规则都已“寿终正寝”,我们不得而知。但刑法越来越频繁的解释与修正却正在吞噬规则的稳定,不得不担忧它一旦被惊醒,又将如何根源性“报复”?刑法的过程危机就此发生。

(一) 金融刑事立法的过程危机:以修正案的批判为主

从我国97刑法颁布至今,全国人大常委会先后出台了一个单行刑法和九个《刑法修正案》,其中有八个涉及了金融犯罪。其中,在九个修正案共修改的162条刑法规范中,直接有关“破坏金融管理秩序

罪”“金融诈骗罪”两节内容的共 22 条,占总修正案规范比例的 14%,如包括间接关于金融犯罪内容的规范修正共有 27 条,高达修正案规范比例的近四分之一。而在“体系前时代”,关于金融犯罪的刑法修正高达整个刑法修正比例的 40%以上,但金融刑法规范却在整个刑法典规范中的比例仅约 6%。从金融刑事规范系统内部微观分析,也不难发现:其一,从修正时间上看,目前金融刑事规范的整体稳定一般不会超过五年。仅“破坏金融管理秩序罪”与“金融诈骗罪”两节共 31 条刑法规范中,1999 年修正了 7 条、2001 年修正了 1 条、2005 年修正了 2 条、2006 年修正了 7 条、2009 年修正了 1 条、2011 年修正了 2 条、2015 年修正了 2 条。而在 1998—2012 年间相关的司法解释竟有十五部之多,这些司法解释不仅在司法审判中对金融犯罪问题有进一步具体规范,而且不乏一些扩张性解释的内容。其二,从修正内容上看,金融刑事规范整体被修正或解释的幅度高达 96.7%(具体见下图)。目前,在“破坏金融管理秩序罪”和“金融诈骗罪”两节内容中,没有进行修正又不涉及司法解释内容的仅有刑法典第 183 条的注意规定。最为显著的是,通过修正案的方式还对洗钱罪等三个原有罪名进行了两次修正,增加了近十个罪名等。这种对规范修正内容幅度的整体评价不能再说仅仅是“小部分”或“局部”,更何况,在其他章节中涉及金融犯罪的刑事法律规范的修正和解释同样也较为常见。其三,从修正方式上看,金融刑事规范的修正包括了“修”“增”“删”所有方式。与 1997 年刑法典最初文本相比,目前第 170 条至第 200 条中,有 13 条采用的是修改的方式进行修正,有 3 条采用的是增设的方式进行修正;而第 199 条则采取删除的方式进行修正。以第 199 条关于集资诈骗罪的刑罚特别规定为典型,《刑法修正案(八)》才对之进行过修改,而《刑法修正案(九)》却又将之删除。且不论其修正是否该当、合理,仅就该修正后的规范如此“短命”,我们不得不对规范的稳定性深表担忧。



“破坏金融管理秩序罪”与“金融诈骗罪”刑法规范稳定性示意统计图①

金融领域犯罪方式的多变,必然会导致相应刑事规制的变化。是“无先而后”^②还是“立罪至后”,学者们意见其实并不统一。^[10]但在立法实践中,却较多倾向于“无先而后”。^[11]这种立法观念继而扩大到整个经济犯罪领域,使得经济刑法成了刑法体系中“最活跃”的部分。然而,就目前而言,刑法中的其他规范怎能脱离“经济主义”的无形之手?势必导致刑法的修正时间越来越密集或修正内容越来越广泛。部分学者不无担忧,“刑法修正何时休”^[12]。的确,这种担忧不无道理。自现行刑法实施的 17 年里,平均不到两年刑法变动一次,总修正的条文数约近刑法典全部条文的 30%,如果不包括针对一些非普通刑事犯罪条文或只针对特殊主体的犯罪条文,如“危害国防利益罪”“军人违反职责罪”等,该比例则会更高。

(二) 金融刑事司法的过程危机:以典型案例的反思为线

一个社会的法律的全部合法性最终必须而且只能基于这个社会的认可,而不是任何外国的做法或抽象的原则。^[13]近年来,刑事案件屡屡成为公众关注的焦点,被关注的不仅仅是事实问题,更多地指向

① 需要说明的是,具有专门司法解释内容的规范也有不少修改过两次的部分。

② 在立法上出现的一些无序、失范行为,在没有取得规律性认识,没有动用民商法、经济法和行政法手段予以有效调整的情况下,就匆忙地予以犯罪化,纳入刑罚圈的现象,使刑罚的触须不适当地伸入到经济活动的某些领域。这种现象被称为“无先而后”。

对司法公正的怀疑。其中,金融犯罪、贪腐、黑社会、食品安全与环境污染、交通肇事、恶性杀人等案件受到的关注度较高。^[14]严格意义上,公众关注不应成为影响刑事司法的主要因素,但却能成为检验刑事司法社会认可的重要指标。时至今日,回顾“孙大午案”“许霆案”“吴英案”三起涉及金融犯罪的热点案件可见一斑,仍有不少值得反思之处。2003年的“孙大午案”曾引起了众多学者(包括经济学家、法学家)对民营企业的生存空间、草根金融的存在合理性、中国农村民生问题的严重性,甚至人权、自由等宪政问题进行了大量的反思,振聋发聩之言每每见诸报端。当时我国最著名的经济研究机构之一——天则经济研究所曾召开孙大午案件座谈会,经济学界、法学界的著名学者对我国现行的金融体制和金融刑法进行了猛烈的批判,甚至申请立法机关对“非法吸收公众存款罪”进行解释。^[15]近几年,随着金融改革步伐的加快,民间融资与借贷正逐步放开,如今类似案件已不再存在获罪的可能性,但这种在短时间内实现罪与非罪之间的反转大大降低了刑法本身的稳定性。如果说“孙大午案”是对金融领域罪与非罪的标准提出挑战,而2006年的“许霆案”则主要是对金融领域此罪与彼罪、量刑适度问题发生的较大争议。司法机关虽最终仍按盗窃金融机构对许霆行为予以定性,但学者中不同的观点依然不少。^[16]即便“金融机构”“信用卡”等词义在刑法中均已有明确的司法解释,但公众(包括犯罪人)的理解与这种扩大解释仍存在较大差距。为了保持刑法的稳定,合理解释刑法规范,有学者们开始主张刑法教义学的立场和方法。^[17]2007年至2012年的“吴英案”更是让司法机关在审理案件中不得不面对强烈的公众质疑。有媒体曾统计并研究表明,在该案二审判决当月原创新浪微博中转发次数在1000次以上的认证加“V”用户(个人)对法院审理的质疑和判决结果的反对比例占到100%,令人惊诧的是,竟然没有一条博文从正面支持法院的判决,也没有一条博文引述和回应法院判决时给出的事实依据。^[18]上述三例个案事实并非真正“典型”,但社会影响力却非同“平常”,而且更不意味着公众舆论对刑案反思与批判的终结。恰恰相反,司法的理性与民意的“盲动”之间凸显的现实性吊诡正悄然地发生扩张,刑法危机的出现亦并非一种“耸人听闻”。

同时,刑法的不稳定也给公民守法增加了一定的困难。普通民众尚未“消化”原有立法,新的内容又出现了,即便加大了立法宣传,但要使得民众对经济领域的“禁止性行为”了如指掌,变得越来越困难。哪怕一些人知晓特定经济行为一定是不道德的、违法的,但未必会清楚是否构成犯罪以及所应承担的刑事风险,选择铤而走险获得某种经济回报。这样,经济犯罪率自然就会大幅度提高,刑法司法及时性与必然性的降低也严重影响犯罪成本,经济犯罪的“侥幸性”增大,反而会使得犯罪人与非犯罪人同时抱怨刑法中存在的“不公”。更何况,刑法的修正必然会产生溯及力、前后归责的范围与程度差距较大等问题,尤其是刑法规范频繁修改,刑法的不公正感就愈发强烈。当以学者为代表的立法者群体、司法官群体、普通民众群体等的批判呼声越来越高时,刑法的过程危机就悄无声息地到来了。

三、金融刑法的前瞻性预测:过程危机将是一种常态

随着中国特色社会主义法律体系的逐渐形成,我国金融刑法也由立法的初始阶段进入发展阶段以至达到最终完善阶段。但也有学者悲观认为,基于基础性金融法律制度的欠缺,金融刑法是根本完不成任务的。^[19]现阶段,我国金融刑法的立法模式技术、构成设计技术、刑罚配置技术之背后分别是法典主义、事后主义、重刑主义立法理念,这些理念使我国金融刑法对国家本位的传统金融体系具有保护金融机构主义、保护管理秩序主义和片面刑事规则主义的适应性特征。^[20]未来金融刑法具体规制,我们无法预测。但可以肯定的是,随着时代的发展,为适应和推动金融创新与金融全球化的发展趋势,立法理念与立法技术的更新与变革是必然的,金融刑法必将在摇摆的经济形式下寻找平衡并前行。

(一) 稳定的社会环境决定金融刑法的基本前行方向

在一切都商品化的市场经济里,经济活动在社会关系中居于决定性地位,形成了经济自由主义的运动;而与此相对应,为了防止市场机制给社会带来的侵害,还存在反向的社会自我保护运动,并因而需要政府对市场经济进行干预。^[21]经济自由主义引导下的市场化与政府弥补市场失灵之间的“双向运动”逐渐被认识,政府干预与市场自由之间的边界需要法律率先明确,合法与违法之间的分界也需要法律逐步确认与保障。

1.金融刑法必将更加多元化。传统的金融模式正逐渐被电子化、信息化的金融活动更新,金融犯罪的新变化也正日新月异,而且社会危害性也越来越严重。比如,互联网金融的蓬勃发展,利用互联网进行金融犯罪的手段越来越隐蔽,稽查措施也变得越来越困难,而往往犯罪成本又较为低廉,侵害速度一般呈几何状扩散,受害对象又较为不特定,都会使金融刑法规制的范围不得不越来越宽泛,需保持对虚拟与现实空间的并重。传统金融刑法侧重保护秩序价值,这种理念在严峻的现实面前不得不进行修正。一方面,人们对金融的依赖程度越来越高,甚至从广义上说,人们各项活动都直接或间接地离不开金融;另一方面,人们对金融市场的要求越来越严苛,权利保护的诉求也正发生着变化。金融私权在当今社会越来越受到关注,金融消费权、隐私权、信息自由权等不再继续被让度或隐忍,民众对金融刑法的价值也开始由单一的秩序维持转向多元化的趋势。

2.金融刑法必将更加专业化。金融市场存在明显的易变性与流动性,“没有人会以刑法列举的典型方式去实施危害金融市场的行为”^[22]。在遵循罪刑法定的前提下,刑事司法要做到不拒绝与特定构成要求不完全相符的严重不法金融行为是十分困难的。这就要求金融刑法不仅要与整体刑法理念与制度相一致,而且也应突显金融专业性。金融与刑法的交叉与融合不仅要体现在立法技术上,而且也要贯彻在司法活动中。金融犯罪本身越来越专业化、高智能化,尤其是在一定时期内的新型金融犯罪,行为入往往具有高于一般人的专业技术。此外,重视建立与完善金融刑法的中国特色外,在内容和形式上也要注意体现国际通行的要求。从目前国际金融活动的实践来看,金融犯罪的国际化主要表现为货币犯罪的国际化、洗钱犯罪国际化、有组织金融犯罪国际化、信用卡与信用证犯罪的国际化等;且在未来,证券、期货、保险等金融领域内出现的犯罪活动也都伴随着金融全球化态势逐渐显露国际化的发展势头。^[23]

3.金融刑法必将更加体系化。目前,我国金融刑法的渊源包括频繁修改的刑法典、过于单一的单行刑法以及无实际意义的附属刑法。“将经济犯罪行为规定于刑法典之中,使经济刑法具有刑法之外形,自然较易产生一般预防作用而且具有阻碍经济犯罪之功能,唯将经济刑法规定于刑法以外之其他法规中,就刑事立法政策与社会心理学的观点而言,具有不可避免的缺失”,^[24]这种立法理念也是导致刑法典中关于金融犯罪的规范过于频繁变动的主因。的确,将金融刑法规定在民商或行政等其他部门法中,虽具有刑法的实质,但却易以隐蔽刑法的威慑性,容易为民众与刑事司法人员所忽视,阻碍其一般预防功能。然而,为了保持刑法典的相对稳定,完全可以激活相对处于“休眠状态”的单行刑法之渊源,既突出了金融刑法的独特性,又强调并便于法官在具体实践中运用。当然,完善现有刑法典的结构,改变既有的金融刑法分类框架也是非常必要的。随着我国经济、文化、政治的发展,学者们对我国金融刑法的改革提出了若干构想,未来金融刑法理念的更新与相应立法技术的革新则是一种必然。甚至有学者曾提出,如果我国刑法典在未来5至10年内进行全面修订,则我国金融刑法的立法模式应该采取以特别刑法为主的模式同样具有必然性。^[25]

(二) 经济发展的新常态决定金融刑法的主要态势

最初西方舆论普遍用“新常态”(The New Normal)一词来形容危机之后经济恢复的缓慢而痛苦的过程。而中国经济发展新常态中的“新”体现了一种创新与变化,“常”表达了对经济运行变化的整体评价,而“态”是一种要求即应保持平常心态。金融刑法,作为一种经济发展良性运行的重要保障,必然在这种“新常态”的背景下摇摆前行,而这种摇摆态势也正是一种合力的结果。

1.金融创新手段与发展速度的加快。创新,是指把一种从来没有过的生产元素的“新组合”引入现有的生产体系,而金融创新却是一种各种金融要素的新组合,为了追求最大利润发生的一场金融变革。往往金融创新并非自愿、积极主动,而是“金融企业为了追求最大的利润,减轻外部对其产生的压制而采取的‘自卫行为’”^[26]。目前,面对全球化的金融危机,各国为了刺激本土经济,都不得不整合各种元素,进行大胆创新。而金融创新除了指金融产品的创新、交易技术和交易方法的创新之外,也包括金融制度的创新。宏观经济学在1929年危机过后知识体系的反思中“降生”,自此经济政策就开始在“自由”与“调控”之间平衡博弈。人们总希望找到一种一劳永逸、放诸四海皆准的演绎式理论来应对频繁发生的危机,但历史的经验太短且又充满偶然性。面对危机,唯有改变;于是,创新就成为了金融乃至整个经济领域的“灵丹妙药”,但服下这剂的同时,又要找寻那剂,时刻准备着迎接下一场危机,因为没有

真正所谓的“灵丹妙药”,只不过是一时的“止痛针”罢了,而且也为下一次危机埋下了“种子”。这就不得不推动创新的步伐加快,尽量缩短危机的时间、减少萧条带来的影响。

2.金融立法的保守与刑事规制的滞后。金融立法并不像其他产品、技术、方法等创新那样灵活、随意,哪怕是金融政策的制定往往都要比较慎重。而相关的刑事规制则更应该相对滞后,否则,过早动“重典”,隐藏着金融机构的内控软肋和金融腐败发生的制度风险,不仅会导致刑事司法资源的浪费甚至滥用,而且极易造成司法不公,反而会阻碍经济发展。^[27]金融刑法作为风险防范的最后一道制度屏障,在抵御金融风险、维护金融安全中起到重要作用,但其本身固有的诸多缺陷也是无法回避的。部分学者从我国目前金融刑法的实践经验出发,开始担忧刑法的过早与过度干预不仅导致刑法系统自身规律性的紊乱,造成法益保护位阶错乱和罪刑失衡现象,而且还带来经济系统自身功能的丧失,无法合理应对风险社会给金融刑法带来的挑战。^[28]所以,金融刑法的控制更要强调谦抑性原则,体现“选择性打击”的特点。事实上,我国立法虽已新增许多经济犯罪罪名,但政法机关并非对所有新罪名都抱积极态度,实际上他们也只选择那些比较熟悉、有过近似经验的罪名出手;对不熟悉的则抱等待、观望态度,期待吸取其他地区的处理经验。^[29]由此可见,这种宿命注定了未来金融刑法必然存在稳定性的过程危机。

四、结语:过程危机给刑法带来新的机遇与挑战

过程危机理论是否能够真正反映现实问题?是否仅仅停留在一种“形而上”的研究,也或许只能对过去发生的现象进行描述?奥菲近期的研究予以回答并证实并非属于一种“乌托邦”,保持批判与反思的科学态度是不会过时的。^[30]实际上,国外也有学者近些年开始在国际法、劳动法、公司法等领域借鉴与吸收危机理论。^[31]法兰克福学派所倡导的“Kritische Theorie und Politik”理论不仅仅只是批判、否定,同样也包含倡导与肯定。这种“误会”往往会导致理论的“误读”,这也造成了本土借鉴的一大思想障碍,毕竟纯粹地批判未免会显得“刻薄”,让人不易接近,甚至排斥。法学界相对理性,历来不缺少反思与批判之声,但却仍不愿正视或承认危机的存在。然而,见或者不见,过程危机就在那里。

我们正处在大变革的时代,对私权保护的重视越来越明显,自由终将回归高于效益与秩序价值的位阶。作为“小宪法”的刑法,需稳定地驾驭经济变革的时代潮流,但却不能随波逐流。刑法不是完全固定在那里的“安全阀”,应当是摇摆时的“扶手”,对经济与社会发展不起决定作用,但却能稳定秩序又能防止经济主体不被“甩出”。金融发展瞬息万变,刑法也应时刻保持一种反思与批判,而不只是一味地迎合,是在被需要的时刻能够伸一伸手就被抓住,而不是过于遥远或滞后,尽可能多地满足权利保护的诉求,而不是成为民众失望与抱怨的对象。这是新的机遇,也是新的挑战。刑法的解释总归主要是立法机关、司法机关的本职,在解释刑法时坚持教义主义也是非常合理的,因为他们总要对现有规范“自圆其说”并能顺利完成审判任务;但学者的研究却不能对立法者过于信赖,“越俎代庖”只能使有权解释主体形成懈怠,应回归将批判与反思作为主流的学术使命,“恺撒的归恺撒”,这才是中国刑法学研究的正确之路。

[参 考 文 献]

- [1] 刘应森,马耶.金融学[M].北京:经济管理出版社,2012:5-7.
- [2] 张文.刑法人格化 21 世纪的抉择[J].中外法学,2004,(5):261-269.
- [3] 付立庆.“刑法危机”的症结何在——就犯罪圈、刑罚量问题的些许感想[J].云南大学学报(法学版),2007,(5):63-66.
- [4] 谢静.奥菲的福利国家危机理论研究[D].上海:复旦大学,2012:1.
- [5] [德]克劳斯·奥菲.福利国家的矛盾[M].郭忠华,等译.长春:吉林人民出版社,2011:42.
- [6] [美]胡克.理性、社会神话和民主[M].金克,徐宗温,译.上海:上海人民出版社,1987:105-106.
- [7] [德]霍克海默.批判理论[M].李小兵,等译.重庆:重庆出版社,1989:37.
- [8] [古希腊]亚里士多德.政治学[M].吴寿彭,译.北京:商务印书馆,1965:81.
- [9] 张明楷.刑事立法的发展方向[J].中国法学,2006,(4):18-37.
- [10] 储槐植.罪刑矛盾与刑法改革[J].中国法学,1994,(5):108-116.
- [11] 胡启忠.金融刑事立罪逻辑论——以金融刑事修正为例[J].中国法学,2009,(6):78-81.

- [12] 于志刚.刑法修正何时休[J].中国法学 2011 (4):9-13.
- [13] 苏力.道路通向城市:转型中国的法治[M].北京:法律出版社 2004:298.
- [14] 饶辉华.10年100件公众关注刑事案件的普遍性问题探究[J].法律适用 2013 (1):8-13.
- [15] 刘燕.发现金融监管的制度逻辑——对孙大午案件的一个点评[J].法学家 2004 (3):130.
- [16] 刘明祥.许霆案的定性:盗窃还是信用卡诈骗[J].中外法学 2009 (1):57-66.
- [17] 冯军.刑法教义学的立场和方法[J].中外法学 2014 (1):172-197.
- [18] 王维佳 杨丽娟.被代表的民意——从“吴英案”看微博的舆论一致[J].中国党政干部论坛 2013 (6):74-76.
- [19] 黄韬.刑法完不成的任务——治理非法集资刑事司法实践的现实制度困境[J].中国刑事法杂志 2011 (11):36-45.
- [20] 刘远.关于我国金融刑法立法模式的思考[J].法商研究 2006 (2):35-40.
- [21] [英]波兰尼.大转型:我们时代的政治与经济起源[M].冯刚 刘阳 译.杭州:浙江人民出版社 2007:136-164.
- [22] 陈轶宽.检察机关介入金融监管的依据与标准[J].法学 2009 (10):147-153.
- [23] 赵永林.金融全球化对我国金融刑事法制的的影响[J].法学杂志 2007 (2):75-77.
- [24] 林山田.经济犯罪与经济刑法[M].台北:三民书局,1981:99-100.
- [25] 赵秉志 周国良.刑法学研究的新进展[J].中国法学 2007 (1):183.
- [26] Siber W. The process of financial innovation[J].The American Economic Review,1983 (5):89.
- [27] 毛玲玲.金融领域刑事司法状况的实证考察与启示[J].法学 2014 (2):143-153.
- [28] 姜涛.我国金融刑法中的重刑化立法政策之隐忧[J].中国刑事法杂志 2010 (6):33-43.
- [29] 顾肖荣.金融刑法的制度能力建设与抵御金融风险[J].法学 2009 (8):16-26.
- [30] Claus Offe.Europe entrapped: does the EU have the political capacity to overcome its current crisis[J].European Law Journal 2013,19(5):595-611.
- [31] Lilach Lurie. Can Unions promote employability? Senior workers in Israel's collective agreements[J]. Industrial Law Journal, 2013 42(3):249-280.Federico Cenzi Venezze. The cost of control-enhancing mechanism: how regulatory dualism can create value in privatization of state-owned firms in Europe[J]. European Business organization law Review, 2014,15(4):499-544.John M.Wood. The objectives of administration [J]. Company lawyer 2015 36(1):1-7.

On the Financial Dimension of “Process Crisis” in Criminal Law

Shi Qiang

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: The process crisis theory, inherited from the system theory of the Frankfurt School and their critical tradition, has injected new sources and powers for the new development of contemporary Marx doctrine and the criminal law with Chinese socialist characteristics; Extracted the “living matters” from Offe’s concept of process crisis, it jumped out of philosophical category and available to current criminal law in China. The process crisis found out both its proper culture to develop and the same stem of ideological system. Through correcting financial criminal norms and reviewing typical cases, we can dig out the existing crisis affecting the stability of Chinese criminal law by empirical analysis. In future, the financial criminal law would be in the search for balance in swing state. The stability of social environment only determines the basic direction of financial criminal law—more diversified, specialized and systematized, but the positive and negative effect of financial innovation and the lagging system has led to its swing trend. Only through the major mission’s returning to criticism and reflection, scholars would meet the new challenges brought by the process crisis to criminal law.

Key words: process crisis; financial criminal law; stability; the Frankfurt School

(责任编辑:冯胜利)