

阶层理论下挪用资金罪的出罪体系研究

彭文凤

华东交通大学人文社会科学学院, 江西 南昌

收稿日期: 2024年10月15日; 录用日期: 2024年11月9日; 发布日期: 2024年11月25日

摘要

《刑法修正案(十一)》对挪用资金罪的修改幅度较高, 表明国家对挪用资金罪所保护法益“民营企业的财产”的重视, 以及对加强企业产权保护和优化营商环境的决心, 同时也对司法机关提出了针对挪用资金罪谨慎、精准入罪的潜在要求。文章基于“二元相对”的思维模式阐述了出罪研究对于犯罪认定的必要性。并且梳理了立法层面(刑民衔接增设前置法、向结果犯转化、积极适用刑事和解制度)和司法层面(构成要件限缩解释、违法性阻却、有责性阻却、不可罚性阻却)的具体出罪路径和理论。

关键词

三阶层体系, 挪用资金罪, 出罪, 立法出罪, 司法出罪

Research on the Excludes Crime System of the Crime of Misappropriation of Funds under the Hierarchy Theory

Wenfeng Peng

College of Humanities and Social Sciences, East China Jiaotong University, Nanchang Jiangxi

Received: Oct. 15th, 2024; accepted: Nov. 9th, 2024; published: Nov. 25th, 2024

Abstract

The high degree of amendment to the Criminal Law (XI) on the crime of misappropriation of funds shows that the state attaches great importance to the crime of misappropriation of funds to protect the “property of private enterprises”, as well as the determination to strengthen the protection of enterprise property rights and optimize the business environment, and also puts forward potential requirements for the judicial organs to be cautious and precise in the crime of misappropriation of funds. Based on the “dualistic relative” mode of thinking, this paper expounds the necessity of crime

文章引用: 彭文凤. 阶层理论下挪用资金罪的出罪体系研究[J]. 争议解决, 2024, 10(11): 219-225.

DOI: 10.12677/ds.2024.1011457

research for crime identification. Moreover, the paper analyzes the concrete ways and theories of crime from the legislative level (adding the advance law, transforming to the result crime, actively applying the criminal reconciliation system) and the judicial level (constraining the interpretation of constitutive elements, preventing illegality, preventing responsibility, preventing unpunished).

Keywords

Three-Level System, Crime of Misappropriating Funds, Excludes Crime, The Legislative Level Excludes Crime, The Judicial Level Excludes Crime

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

鉴于目前企业刑事合规的大趋势和优化营商环境的政策取向,对待经济犯罪的认定应谨慎把握。《刑法修正案十一》对挪用资金罪的第一款做出了重大修改:增加量刑幅度、提高法定刑、废除“数额较大不退还”的特别处罚规定,并增设了特别从宽处罚情节作为第三款。“虽然立法机关此次修改的主旨是提高法定刑,但也充分注意到了宽严相济刑事政策的运用。《刑十一》虽然有两个条文规定了退赃、退赔的可以从宽处罚,但挪用资金罪从宽幅度更大[1]。”挪用资金罪的此次修改使得其更合理化和科学化。轰动一时的张文中诈骗、挪用资金案,最高人民法院于2018年5月31日进行了公开宣判。再审判决中宣告张文中无罪。该案的再审无罪判决为挪用资金罪出罪提供了重要的司法路径,也是我国开始注重对公司企业财产自主权的尊重的体现。基于保护公司企业完整财产权的目的,2016年11月国务院发布了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》,意见指出对待民营企业公司中的违法违规问题要依法处理,要以发展的眼光客观的角度科学看待。无论是刑事立法、司法还是刑事政策,都表明国家对挪用资金罪所保护法益——市场经济秩序和公司财产权的重视,以及对加强公司企业财产权保护和优化营商环境的决心。由此,挪用资金罪犯罪认定问题的研究价值便不言而喻。

2. 挪用资金罪“出罪”问题的困境及前路

对于犯罪认定问题,不论是理论界还是实务界都是以入罪为主,出罪相较边缘化。目前对挪用资金罪犯罪认定问题的研究绝大部分也只是从入罪层面展开,但出罪与入罪一样,都是犯罪认定不可或缺的组成部分。完整的犯罪认定,应当包括积极和消极两个方面。入罪判断以及犯罪构成要件,是犯罪成立的积极方面;出罪判断以及出罪事由,是犯罪成立的消极方面。根据正反相对、二元背反的哲学原理,事分黑白,物有阴阳,万事万物的构成都可分为相生相克、相对相反的两部分。阴阳相对的二元哲学框架,在自然科学中得到了完美的运用,在社会科学中,也可从正反两个方面论述问题以求得接近事物本质。在我国刑法学理论研究中,学者们提出的刑法机能的二元论(惩罚犯罪与保障人权)、刑罚目的的二元论(报应与预防),从思维模式上也是切合这种阴阳相对的二元哲学的[2]。但在犯罪认定领域,二元相对思维方式被忽视已久,若仅探讨促进犯罪成立的积极因素,而不考虑排除犯罪成立的消极因素,犯罪认定就会存在逻辑缺陷。又如胡赛克所言:“有时,重视一种理论所排斥的东西比重视该理论所包括的东西更有意义[3]。”犯罪应当是符合了入罪认定的标准而又不具备出罪事由的行为。

加之挪用资金罪为行为犯,本就存在“入罪容易出罪难”、“过度入罪化”的现实难题。其出罪研究

刻不容缓。之所以出罪判断被长久的忽视，很大原因是出罪的事由或理论分布较为零散，不成体系。为增强挪用资金罪认定研究的完整性，本文拟为挪用资金罪梳理出一套出罪体系，以平衡出罪研究遭到的忽视和冷遇。

我国刑法深受苏联刑法的影响，具有十分明显的权威主义刑法特征，权威主义刑法下的犯罪论体系，倾向放大刑法打击犯罪的工具性功能，而对人权保障和人性关怀稍显忽视。在犯罪构成四要件体系中，对挪用资金罪而言，行为只要与刑法分则条文中规定的客体、客观方面、主体、主观方面相一致就可直接认定成立犯罪。四要件的这种“填充式”结构是平面的，各个构成要件之间并不具有阶层性，更何谈及有出罪事由的容身之地。从正当防卫、紧急避险在现行刑法中所处的地位上就可见一斑。在德日刑法的三阶层体系中，在行为符合构成要件该当性之后，要继续对行为违法性和有责性进行判断。并且三阶层的犯罪论体系中各阶层间的层递性，也可作为出罪体系的阶层性提供逻辑根据，故而德日刑法中的出罪事由便呈现出多元性、开放性和阶层性的体系特征^[4]。他山之玉，可以攻石。德日刑法阶层性的出罪体系值得借鉴。出罪有两种路径。一种体现的是立法变动的思维：将原来规定为犯罪的行为不再规定为犯罪，从根本上将某种行为排除犯罪圈，而使犯罪圈缩小；另一种表现在司法判案的逻辑上：对符合犯罪构成表面特征的行为作朝向无罪的认定。分别对应立法出罪和司法出罪^[4]。

3. 立法层面：挪用资金罪出罪的路径选择

阶层理论下的出罪研究主要是司法出罪范畴，但力求研究挪用资金罪出罪问题过程的完整性和科学性，立法出罪的探讨也不可忽视。“治国有常，利民为本”坚持科学立法，要在满足社会需要的基础上构建法治化营商环境。目前我国正处于保护民营企业产权、优化营商环境的大背景下，对于侵害企业产权、挪用资金等行为的治理应从严从深，对之进行全面且精准的打击。

3.1. 刑民衔接：增设前置法

挪用资金罪原本只有两个量刑级别，《刑法修正案十一》将其增加到三个量刑级别，根据数额的较大(或违法活动)、巨大和特别巨大，将其量刑范围相应规定在3年以下、3年以上7年以下、7年以上有期徒刑。最高刑期从原定的10年提高至15年。纠正了“数额巨大”与“数额特别巨大”之间量刑差距过小的不合理现象，使得量刑更加合理化。但随着法条的修改也伴随出现了数额标准认定难的问题。挪用资金罪定罪量刑数额起点以两高发布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的第十一条规定为标准，按照挪用公款罪的2倍执行。但是，修订后的挪用资金罪在法定刑和量刑标准上相较于挪用公款罪均发生了重大变化，两者已完全不具备数额标准对应的条件。为了回应国家加强对非公财产保护的政策，有学者提出：“两高”应降低挪用资金罪定罪量刑的金额标准；挪用资金罪应单设定定罪量刑数额的标准，而不是以挪用公款罪的倍数为标准^[1]。笔者对此有不同建议，就算下调数额标准也总不会降到太低，况且犯罪数额标准拉太低，难免会因重刑主义而被人诟病，犯罪圈的划定应当是相较狭隘的并且具备量的约束性。

提高法定刑的立法原意是加大力度惩治侵害民营企业财产的行为。惩罚是手段，治理才是根本。严惩严查两手抓。但从犯罪预防效果的角度来讲，严查要好于严惩。单从刑法角度考量，其威慑性必然可以拉到最高，但毕竟要受制于刑法的谦抑性：必然不能制定过低的犯罪起点数额。故笔者认为，若要切实做到严查应当为挪用资金罪设立前置不法规范。挪用资金行为只能使用刑法规制吗？能不能有一个替代性的方案。挪用资金行为侵害的法益最终是公司财产的占有、使用和收益权或者说侵害的主要对象是民营企业内部的财会制度，从根本而言是一种侵权违规行为，应当以民商事途径解决优先，刑法干预应审慎而行。对没有构成犯罪的挪用资金行为，应允许公司可以追究责任人的民事侵权责任。只有当挪

用资金行为具有严重法益侵害性时才能划定为犯罪行为，以刑罚惩罚之，而一般侵权行为或者未达到量的标准的侵害行为应认定为普通民事侵权行为，由行为人承担民事责任。如此，挪用资金的行为链条便可得到完整的评价。坚持先民法调整后刑法干预的原则，刑法只在当行为造成严重的社会危害，私法救济无济于事时，作为权利保障的最后手段予以救济，这也契合刑法“保障性”的特征并可凸显其谦抑性原则。

3.2. 转化为结果犯

事实上，《刑法修正案十一》中增设的退还从宽处罚款项，在某种程度上就存在向结果犯倾斜之势。比如：起诉前自愿返还的，可从轻或者减轻处罚，如果罪行较轻，则可从轻或免除刑罚。即对于挪用资金罪的立法宗旨已经从“重秩序价值”向“重经济价值”转化。对挪用资金罪这类涉民营经济案件，应当坚持实质刑法观以及结果无价值论的观点，将单纯违反“秩序”的行为排除在刑法圈外^[5]。挪用资金罪作为行为犯大都属于法定犯，且相当一部分案件侵犯的法益仅限于“市场经济秩序”，并未对个人法益造成侵害，甚至实践中部分满足挪用资金罪构成要件的挪用行为反而会给企业带来可观收益。可见其社会危害性极其有限，故更应当坚持实质刑法观。以结果无价值评价挪用资金罪，排除行为无价值的入罪根据，才是合理科学的定罪出路。

3.3. 程序法维度：积极适用刑事和解制度

国家正在着力改善营商环境，强调在处理涉民营经济类案件上突出贯彻宽缓的刑事政策。挪用资金案件绝大多数仅涉及普通民事主体间的利益纠纷，触及公共利益和国家利益的案件仅有极少数。一味追究行为人的刑事责任，并不必然有利于企业产权的保护。给企业一个自主选择公权力保护还是私权利保护的权利，让企业决定保障自己权益的最优途径。在当前的市场经济背景下，我们应当努力避免刑法的过度干预，并尊重市场的自主调节能力，这样才能确保企业能够最大化的行使民事权利。挪用资金罪所保护的法益为单位财产权，挪用行为人如能如数退还所挪用资金并令受损法益复归，则无追究其刑事责任之必要。否则民营企业在面临经济风险的同时还要承担一定的刑事风险，无益于企业发展。我国民营企业强烈依赖经营管理者，一个民营企业能够平稳有序的发展一定程度上有赖于企业内部人员的稳定。引入刑事和解制度不仅会避免企业因涉刑而面临的市场信誉危机，而且还能化解企业的经济风险。避免刑事措施对民营市场经济的频繁干预，才有利于民营经济持续健康发展。

4. 司法层面：挪用资金罪出罪的路径选择

司法出罪首先考虑的便是构成要件认定范围的限缩，入罪圈的缩小也就意味着出罪的扩张。除此，根据德日刑法理论，满足构成要件该当性的行为有三种情况不构成犯罪：存在违法阻却事由、责任阻却事由或诉讼阻却事由。此外，德国刑法对客观的不可罚事由也有特别的强调。诉讼阻却事由在上文程序出罪中已有着墨，此处不再赘述。

4.1. 形式出罪：构成要件该当性的限缩性认定

挪用资金罪作为行为犯，入罪标准偏低，无需具有非法占有目的或造成实际损害，只需对单位的资金构成潜在灭失危险即符合入罪标准。对于如此抽象的入罪危险，应当做出相较严苛的限缩的解释。

第一，犯罪主体的限缩。“公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利……”¹，根据

¹ 《中华人民共和国刑法》第 272 条：公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑；数额特别巨大的，处七年以上有期徒刑。

条文判断，挪用资金罪的犯罪主体盖涵了私营单位中所有的工作人员，该表达不免过于宽泛。挪用资金实质上属于滥用权利，没有权限亦或者没有获得许可的管理人员不经正式合法手续而擅自变更资金用途。

“工作人员”由普通员工与管理人员构成，但只有具有一定权限能够依靠职务上的方便转移资金的管理人员应当是该罪的适格主体，普通员工不应当被纳入其中。由于“利用职权”以具有“职务”为前提，无“职务”的普通员工自然不应在其范围之内。

第二，对“营利活动”范围的限缩。从民法来讲，“营利活动”是指将资本投放于市场进而获得利润的行为。因为刑法上对“营利活动”没有明确的定义，故而在刑事司法实践中进行入罪判断时对营利活动的概念是基于民法上的理解。但民法与刑法有不同的立法定位，笼统使用同一概念本就欠妥。挪用资金罪在《刑法》中的位置处于侵犯财产罪的章节，主要保护的法益是财产安全。实际上，并不是所有的“获得利润的行为”都会危及到财产安全，比如购买银行“保本型”理财产品。在崔某挪用资金案²中，崔某使用单位存放在其个人账户的资金购买银行“保本型”理财产品，该行为对于单位的资金安全不具有威胁性，单位资金不存在灭失的可能。但崔某此行为最终被法院认定为成立挪用资金罪，判处缓刑，笔者认为是不合理的。从财产安全的法益保护之角度来说，刑法中只有行为伴随亏损风险、可能危及所挪用资金安全才可被认定为营利活动。购买银行“保本型”理财产品与银行储蓄具有相似性质，具有相对安全性，应区别于高风险的投资行为，不应被纳入刑法“营利活动”的范围内。

4.2. 实质出罪：违法阶层和有责阶层的出罪判断

到犯罪评定圈中来的行为是在刑法上具有重大的意义的行为，它被裁判者认为符合了犯罪大体轮廓，在形式上符合了成立犯罪的大概条件，但并不等于成立犯罪[4]。对任何一个犯罪行为的判定都应从犯罪的本质出发，对行为、意志和危害性分别判定，如图1所示，当行为违法、意志有责、结果恶害时，犯罪才得以成立。

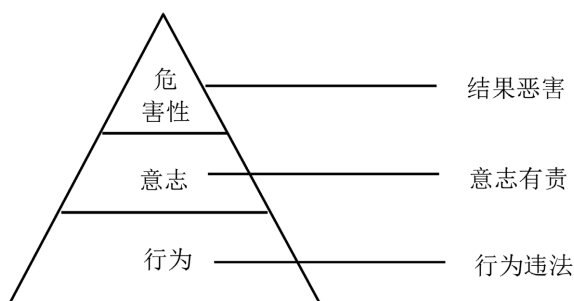


Figure 1. Schematic representation of criminal structure

图 1. 犯罪构造图示

在实践中，若要认定企业经营者违规运转资金的行为成立犯罪，不能仅仅因其在形式上符合犯罪构成条件。完整的犯罪本质有三要素，不单纯是指社会危害性，还包括刑事违法性和应受刑罚惩罚性。因此，在审理挪用资金案件时，应对行为的违法性、有责性及社会危害性进行全面考察。

4.2.1. 违法性阶层：社会相当性理论

如果一个挪用资金的行为是正当合法甚至是值得赞许和鼓励的，那么它便可凭借具备违法阻却事由而出罪。理论依据便是社会相当性，故违法阻却事由也被称为正当化出罪事由。判断一个行为是否符合社会相当性，要考量五个基准要素，包括：法益侵害的轻微性、目的的正当性、手段的相当性、法益的均

² 参见菏泽经济开发区人民法院(2019)鲁 1791 刑初 472 号刑事判决书。

衡性、行为样态的微异性[6]。还有学者提出了事实与规范两步骤的判断构造：先从社会事实层面以一般人为实质标准进行判断，行为须具有通常性；然后从规范价值层面进行判断，行为须具有适当性[7]。比如正当防卫和紧急避险都是属于违法性阶层的出罪事由。司法者应根据社会相当性理论对初步进入犯罪圈的挪用资金行为进行第一次出罪判断。

4.2.2. 有责性阶层：期待不可能

如果一个挪用资金的行为本身是非法的应为社会否定责难的，但因行为人自身原因而不应予以处罚的，那么它便可凭借具备责任阻却事由而出罪。其理论基础是期待可能性。笔者认为，部分个人独资企业和家族企业间的资金拆借行为可依凭期待不可能而出罪。期待不可能作为出罪事由体现出的价值诉求正是刑法的人文关怀，即刑法的制定与适用都应与人的本性相符[8]。期待不可能理论的核心是“法律不强人所难”。尊重人类合理的“脆弱和自私自利”的人性。体现刑法柔和的一面，化解刑罚的严酷与人性的脆弱之间紧张对峙的局面。日本学者大冢仁将期待可能性这一理论描述为：试图对在强大的国家法律法规下挣扎的脆弱的人性流下同情的眼泪的理论。司法者应根据期待可能性理论对进入犯罪圈且具备违法性的挪用资金行为进行第二次出罪判断。

4.2.3. 对客观可罚性的认定与出罪

在德日刑法中，要承担刑事责任的行为，除了应具备构成要件该当性、行为违法性和行为有责性的要件后，还需具备客观处罚条件。行为违法，行为人也归责，原则上应构成犯罪，但基于特定的客观的不可罚事由而使其免受刑罚处罚。

客观可罚性判断的核心内容是行为、行为人和刑罚的对等性。当行为的客观危害性、行为人的主观恶性和人身危险性与刑罚等严厉制裁措施不对等时，不应予以处罚，按照“不当刑则无罪”的逻辑推演，也可得出无罪的结果。应全面考量行为的危害程度以及行为人的危险程度，危害极轻微或危险程度较小的，可以判断其不存在可罚性。虽然行为人已经构成犯罪，并出于有罪必有罚的因果关系的强化，理论上讲，行为人应当受到惩罚，但对于犯罪的危害程度和情节较轻，或者及时悔过，补救措施足以恢复被侵害的法益的行为，再处罚就显得过于严厉，因此从刑罚经济性和罚当其罪的角度来看，此种行为是不值得科以刑罚的。正如平野龙一所说：即使侵犯或威胁他人的生命利益，也没有必要直接使用刑法。如果可能的话，其他的社会控制手段是更理想的。可以说，只有当其他社会控制手段不足时，或者当其他社会控制手段(如私刑)如此强大以至于有必要以刑罚代替时，才能使用刑法。

沃尔特在他的实质犯罪阶层体系中指出，违法性和有责性分别对应着应罚性和需罚性，除此之外，客观的处罚条件也是成立犯罪的必备条件，其对应的实质是值得国家发动刑罚权，也就是可罚性。故而，只有当行为具备了应罚性、需罚性以及可罚性，此时才能受到刑罚处罚，被认定为犯罪。即犯罪成立进程包括构成要件该当性、违法性、有责性和可罚性四个部分，缺一不可。

5. 结语

对挪用资金罪犯罪认定问题行正反兼顾之举、才可达攻守平衡之态。并且积极对挪用资金罪进行出罪判断，并非从根本上否认其行为无价值，只是将其从犯罪圈排除，并不妨碍其他法律对它的否定性评价。排除刑罚后，依然可能会有行政或者民事处罚。刑法是正义的根本保障，但刑罚却是对个人自由最高程度的威胁，是否定个人意志和个人自由的非正义形式，要赋予这种威胁以正当性，其发动理由则必须足够充分。入罪和出罪判断分别对应的是形式和实质(价值)判断。犯罪行为归根结底是危害社会的坏行为，它理应归于价值层面的判断。构成要件该当也仅行为符合立法者根据大家所推崇的价值观对犯罪行为的基本表征作出的形式规定，但具有形式有害性并不必然满足实质有害性。故而，需要对出罪事由进

行考虑,也即对满足形式要件的行为再次进行实质(价值)判断,为行为认定为犯罪增加一层验证机制。从出罪方向限缩犯罪圈,更加细致的体现刑法的人权保障功能。根据实质刑法观,要贯彻刑法谦抑性,保证司法活动的正当与合理。刑法对待挪用资金罪等涉民营经济类案件,应尊重市场经济的自主调节性,保持谦抑性,以审慎善意的态度,做到少捕慎诉。司法机关应严防走向重刑主义泥沼,坚决秉持实质刑法观,落实民营企业司法保护的刑事政策,加固民营企业产权保障,优化民营企业营商环境。在个人独资企业、关联企业和家族企业昌盛的今天,刑法应谨慎介入挪用资金罪等涉民营经济类案件,这是市场经济健康快速发展的必然要求。刑法若对涉及民营经济的案件采取谨慎缩敛的态度,既能调和社会矛盾,改善营商环境,鼓励私营企业家“甩开膀子加油干”放心大胆经营、投资,进而推动民营经济持续健康稳定发展;又可以促进司法资源节约和司法效益提高,并且对精准打击重点犯罪,维护社会的长治久安也大有裨益。

参考文献

- [1] 张兆松. 论挪用资金罪的修改完善和司法适用——以《刑法修正案(十一)》为视角[J]. 河南警察学院学报, 2021, 30(4): 99-107.
- [2] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 北京: 中国人民大学出版社: 2017: 965.
- [3] [美]胡赛克. 刑法哲学[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社: 2003: 548.
- [4] 方鹏. 出罪事由的体系和理论[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社: 2011: 617.
- [5] 梅丽. 论挪用资金罪的司法认定[D]: [硕士学位论文]. 绵阳: 西南科技大学, 2021.
- [6] 郭献朝. 刑法中的社会相当性理论[D]: [硕士学位论文]. 济南: 山东大学, 2007.
- [7] 陈璇. 刑法中社会相当性的理论研究[M]. 北京: 法律出版社: 2010: 218.
- [8] 陈兴良. 刑法的价值构造[M]. 北京: 中国人民大学出版社: 2017: 617.