



金融安全的刑法保护

董秀红 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

福建警察学院资助出版



金融安全的刑法保护

董秀红 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

金融安全的刑法保护 / 董秀红著. —北京: 法律出版社, 2015. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8584 - 5

I. ①金… II. ①董… III. ①金融法—研究—中国②刑法—研究—中国 IV. ①D922.284②D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 247236 号

金融安全的刑法保护

董秀红 著

责任编辑 易明群 黄倩倩

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.75 字数 329 千

版本 2015 年 11 月第 1 版

印次 2015 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8584-5

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

金融安全的刑法保护是一个在重要性上显而易见却鲜见深入探讨的论题。在金融安全日益成为经济安全的核心领域进而占居国家安全战略地位的背景下,作为国家公器的刑法如若对金融安全的保护没有预见或者毫不作为将是不可思议的。近年来,围绕各种社会风险的法律防范,学界的讨论沸沸扬扬。在刑法领域,发生了一场关于“风险刑法”正当性的高水平论争,但是没有涉及具体的风险领域。这不仅容易导致“风险刑法”的研究陷入无的放矢、难有建树的局面,也直接影响着金融安全刑事政策的确立及其对立法和司法的引领。据此,本研究将金融安全的刑法保护作为一个专门的论题加以探讨。在研究范畴的界定上,既不在微观层面上对具体个罪进行深入的探查,也不在宏观层面上对刑法原理展开宏大的论述,而是将金融安全刑法保护的研究设定在“中观”层面,专注于金融刑法的体系构建。本研究主要探讨五个方面的问题:金融安全刑法保护有何意义和价值?刑法是否能够保护金融安全?刑法应当如何保护金融

安全? 现行刑法是否足以保护金融安全? 怎样构建金融安全刑法保护的法律体系? 为此, 本书分五章分别进行专题讨论。

第一章探讨金融安全刑法保护的意義和价值问题。本章从现实需要、理论意义、法理规范和体系协调四个方面, 对金融安全的刑法保护进行价值考量, 论证金融安全应当成为金融刑法的价值首选。

其一, 刑法保护金融安全合乎现实需要。金融危机的影响程度、金融安全的利益承载、金融风险的时代特征以及我国金融安全的现状等表明, 刑法保护金融安全已是刻不容缓。金融安全是历久弥新的现实课题, 其爆发的频率在加快、影响的范围在扩大; 金融安全往往与一国的政局稳定、社会安定乃至国家安危息息相关, 是国家和社会重大利益所在; 当代金融风险具有广泛的扩散性、被动的输入性和快速的传染性等特征, 特别是在开放经济条件下, 金融系统的脆弱性不断加大; 就我国金融安全的现状而言, 金融系统也存在不容忽视的巨大隐患。

其二, 刑法保护金融安全关涉重大前沿。金融安全的国际实践、国家战略、学术研究以及风险刑法的理论争议等诸多事实表明, 刑法保护金融安全具有重要价值。金融安全是国际社会甚为关注的领域, 正越来越多地凝聚着国际共识, 有关这一领域的研究为金融安全理论发展提供了有益的思路和启发。同时, 在全球范围内, 发达国家金融安全国家战略的实施, 正经历着从战略构想到加快推行的转变, 这些也为金融安全提供了丰富的政策处方和个案经验。金融安全还是近十五年来国内学者持续关注的热点问题, 涵盖多个领域, 可以为金融安全刑法保护的理论研究提供广阔的学术视野和深厚的智识根基。此外, 金融危机还深刻地影响着法律的理念更新和制度创新, “风险刑法”论题近年来引起了学术界的热议, 有关金融安全刑法保护的研究也应当从理论上对这些争议予以回应。

其三, 刑法保护金融安全体现法理规范。从法益角度考察, “金融

安全”比“金融管理秩序”更能体现金融刑法的核心利益。这主要体现在以下三个方面：一是刑法的目的是保护法益，金融安全具有法益属性，并且“安全”作为法益已有立法先例；二是金融管理秩序作为法益不能说明金融犯罪的本质，并且金融管理秩序不具有法益的机能，无从体现金融刑法价值的终极性，也不利于刑法功能的实现；三是金融安全体现金融刑法的终极价值，可以最广泛地包含其他的金融法益，并且能够承担金融刑法法益的功能。金融安全作为金融刑法的法益更符合刑法规范的要求。

其四，刑法保护金融安全有助体系协调。金融安全需要多层次和多渠道的机制来共同保护，刑法保护金融安全，有助于各机制要素的协调。一是刑法保护金融安全可以与刑法典以法益作为章节标题相统一，也与学理研究相呼应；二是可以与“非传统安全”观在法规中的全面建立相契合，也与刑法分则章节结构相对应；三是可以与金融安全的司法理念相融合，也与经济安全的关系更为明确；四是可以与完善经济安全法律制度的要求相适应，与中国特色社会主义法律体系的目标相一致。

第二章探讨金融安全刑法保护的制度能力问题。本章着力回答传统刑法如何应对风险规制，论证刑法的制度机能能够保护金融安全的学理机制。章下三节分别从金融发展与刑法的机能、金融风险规制与刑法的核心原则、金融深化需求与刑法的制度能力三对具有内在矛盾的范畴关系出发，研究金融安全刑法保护的制度冲突及其化解途径。

首先，刑法在机能上可以保障金融发展。金融是一种集自然资源与社会资源属性为一体的特殊资源，金融安全、金融效率和金融公平是金融法的三个核心价值领域。基于金融公平与金融安全内在互通的特点以及刑法的保障法性质，金融安全应当成为金融刑法的核心价值。就刑法而言，从法律技术上设计刑法的机能是可能的，特别是法益保护

机能和人权保障机能,本质上是价值机能,可塑性较高。然而,刑法的机能化必须是有限度的,应当将刑法机能的实现置于刑法的核心原则之下。

其次,金融风险规制与刑法的核心原则之间的矛盾并非不可化解。原因在于:第一,“安全”法益虽然具有不同于传统刑法核心法益的特征,但是法益的抽象化、精神化和超个人化不是否定法益保护原则的理由。第二,罪责判断标准的客观化不会改变罪责的主观责任性质。将罪责建立在预防功能之上,或者以预防作为罪责基础,是对罪责的体系性地位和功能的误读。第三,风险责任归责困难不是放弃归责原则的理由。不应当以客观归责取代主观归责,或者将客观归因与客观归责彼此替代,也不应当借故意的客观化将意志因素形骸化。风险责任的认定,应当在归责原则下寻求可行的解决方案。

最后,金融创新、金融全球化和金融安全的法律保障,对刑法的稳定性、刑法的主权和刑法的保障法地位均提出了挑战。然而这些矛盾并非不可协调。具体而言:一是保持刑法的适度开放和弹性,可以协调金融创新与刑法稳定性之间的矛盾;二是通过刑事管辖权的安排、非主权的跨境(国)司法合作以及建立超主权的区域刑法等途径,能够保障金融犯罪惩治国际化下国家司法主权的实现;三是纠正通说对刑法的补充性、从属性、最后手段性、谦抑性等属性的认识偏差,刑法在立法和司法上就能摆脱在风险治理中的困境,更好地为金融风险的法律规制提供周全而有力的保护。

第三章探讨金融安全刑法保护的刑罚边界问题。本章例举了刑法保护的早期化、外围化、直接化和政策化现象,探讨了诸种路径下刑法保护的限度,以约束刑法在保护金融安全中的功能性扩张。

刑法保护早期化的主要表现有:预备行为的实行行为化、未遂行为的既遂化、共犯行为的正犯化、间接正犯的直接正犯化以及处罚预备

犯、未遂犯、教唆犯、帮助犯等。刑法保护的早期化应当遵循“行为”立法的思路,将自身限定在规制行为的功能上,重点考虑这些行为在刑事政策上是否应当予以处罚,并且在立法技术上是否会破坏法治国刑法的基本原则。具体而言,具备独立设罪条件的,应尽量单独立法;不具备个别化立法条件的,应尽量类型化立法;为避免刑法的过度干预,应设置刑罚的约束机制。

刑法保护外围化的主要表现有:设立与实害犯对应的危险犯;设立保护核心法益的辅助法益;设立抽象危险犯和过失危险犯等。刑法保护的外围化已是立法趋势,应当从三个方面为其设定限度:一是通过刑法的法益保护目的划定立法边界;二是明确抽象危险犯是法律推定,需要对个案进行司法上的认定并且允许反证;三是设置处罚的限制性机制,以缩小可罚范围。

刑法保护直接化的主要表现有:刑法保护范畴的自主性、刑法规范判断的独立性以及刑事责任的一体性。刑法保护直接化的理论根据在于刑法的独立性论。当然,刑法保护的直接化有一定的限度。其主要原因在于:刑法保护范畴的自主性需要一定的条件;刑法规范判断的独立性也有限度;刑事责任的一体性须以刑罚的必要性为前提。

刑法政策化的主要表现有:立法上的政策化;解释与适用上的政策化;处罚上的政策化。不过,罪刑规范和刑事政策毕竟是两套独立的规则体系,刑法的政策化并非可以不受约束。其原因在于:罪刑法定原则是刑事政策的法律边界;并非所有的刑事政策都可以进入刑法中;刑事政策可能具有一定的负面效应;法律技术有适用的前提和条件;刑法的政策化应当考虑刑法的有效性和经济性。

第四章探讨我国现行刑法对于金融安全保护的适用性问题。本章选取美国次贷危机进行案例分析,依照我国刑法对其中的不当行为予以检验,并就提高我国刑法的适用性问题展开立法讨论。

我国刑法对主要行为体不当行为的规制存在立法上的不足。其一,商业银行向信用缺失人群发放贷款的行为,不适用我国刑法规定的违法发放贷款罪。综观我国贷款类经济行政法规,立法者的基本立场在于保护金融机构信贷资金的安全。在贷款金融机构与借款人之间,立法者是分别将前后者作为潜在的被害方和加害方进行权利安排和义务分配的,没有考虑到两者关系在现实中可能完全颠倒。因此,对商业银行隐瞒风险推销贷款的行为,在既有的立法思维下,很难找到追究其刑事责任或者其他法律责任的依据。

其二,商业银行隐瞒风险推销贷款的行为,无法适用合同诈骗罪和诱骗投资者买卖证券、期货合约罪。首先,商业银行既无“非法占有”的主观故意,也不存在“骗取对方当事人财物”的客观行为,其隐瞒风险推销贷款的行为,不适用合同诈骗罪。其次,诱骗投资者买卖证券、期货合约罪在行为主体、行为对象以及行为方式上均有特殊的限定性,无法适用于商业银行隐瞒风险推销贷款的行为。

其三,对投资银行等金融机构高杠杆经营的行为,在我国还无法追究刑事责任。银监会在多个法规中对控制商业银行的杠杆化程度有相应要求;保监会、银监会对金融机构从事金融衍生品交易也有相关规定;《公司法》规定董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务;《商业银行法》对金融机构高杠杆经营行为也有比较接近的法律责任条款。然而,上述规定在刑法中找不到对应的条款。

其四,投资银行过度证券化的行为,难以适用擅自发行股票、公司、企业债券罪和欺诈发行股票、债券罪。首先,擅自发行股票、公司、企业债券罪的罪质行为在于程序条件上的“未经批准”,投资银行对次贷产品的过度打包出售不属于这种情况。其次,在行为人与行为对象的关系上,欺诈发行股票、债券罪是发行主体隐瞒自身财务和经营状况向社会直接融资的行为,证券的风险来自发行主体,并且对资金的用途也必

须事先经过核准。而资产证券化是企业的风险管理行为,一般情况下企业是真实出售其债权资产。由于资产支持证券不代表发起机构的负债,证券风险因而与发起机构无关。投资银行过度证券化行为,无法适用欺诈发行股票、债券罪。

其五,对信用评级机构违背职责的行为,主要依据刑法第 229 条和第 231 条,以“提供虚假证明文件罪、出具证明文件重大失实罪”追究相关个人和单位的刑事责任。但是,该法条在适用上存在两个方面的问题:一是在主体上,对信用评级机构未予明确,而信用评级机构又是特殊的中介机构;二是法定的两种行为方式仅限于对信息真实性要求的违反。至于中介机构违反信息披露准确性和完整性要求而进行误导性陈述或者造成重大遗漏等情形,则完全没有涉及。对于次贷危机中信用评级机构的相关行为,该法条也无法涵盖。

其六,机构投资者过度投机行为,不适用操纵证券、期货市场罪。现行刑法中,赌博罪、内幕交易罪和操纵证券、期货市场罪所规定的行为方式,虽然都具有投机性质,但并不适用于过量持有衍生产品的投机行为。过度投机行为与操纵市场行为极为相似,但两者在行为人的主观方面、行为方式以及行为后果上均存在本质区别。机构投资者过度投机行为在我国刑法上还没有可以直接适用的条款。

其七,我国刑法对职务犯罪,通常适用贪污受贿、徇私舞弊、滥用职权、玩忽职守、泄露国家秘密等罪名。对监管机构监管失职的行为,上述立法存在主体不适格、行业受限定、行为对象和方式特定等问题。金融监管过失的刑事责任,还需立法作出明确的规定。

为提高应对金融危机的适用性,我国刑法应当加强对金融消费者的保护,增设过度投机罪,规制信用评级道德风险行为,完善包括监督过失在内的金融监管犯罪立法。

第五章探讨金融安全刑法保护的立法完善问题。基于上文对金融

安全刑法保护的多维度考察,本章以总分论证的方式,从两个角度思考金融刑法的立法完善:一是回溯金融本质,从金融资源观的角度讲,提出金融安全刑法保护的立法原则和建议;二是以“信用风险行为”的刑法规制为切入点,提出金融安全刑法保护的具体构想。

本章总论部分首先从金融资源观审视金融安全,提出金融安全刑法保护的四项立法原则:主体平等原则、权义对等原则、法益本体原则和国际协同原则。我国现行刑法在这些方面均存在欠缺,表现在:过于侧重对金融机构及其金融业务的保护,忽视对金融消费者和民间金融的保护;金融机构和单位主体义务承担不足,而对民间借贷的出资人又保护过度;金融刑法还未回归保护金融资源安全的本旨,局限于对财产性利益的保护,偏重数额犯和情节犯的设置;立法上缺乏国际视野,一些罪状和罪名尚未与国际接轨。

总论部分还提出了金融安全刑法保护的三点具体建议。一是在立法模式与编排体例上,保留金融刑法的刑法典模式,将“破坏金融管理秩序罪”与“金融诈骗罪”合并为“危害金融安全罪”,节下各法条根据不同种类金融资源的不同侵害方式进行编排,采用先客体再行为的混合分类法。具体而言,将金融资源分为货币资源和信用资源,前者主要包括法律意义上的货币和经济意义上以货币计价的支付结算工具,后者主要包括各类以资本形态存在的金融商品。对前者的保护重在资源的真实性,保护货币资源的静态安全;对后者的保护重在资源的价值及其实现,规制信用风险行为,保护信用资源的动态安全。二是在罪状设计上采用类型化、开放式犯罪构成,提高法律用语中核心概念的概括性和评价性。我国金融刑法类型化不够,缺乏对行为的罪质定性,对行为方式的描述又过于具体,仅少数罪名采用了开放式的犯罪构成。现行金融刑法中,核心概念的概括性不足,评价性概念也使用不多。三是提高刑罚配置的多样性,明确法律责任竞合的处理原则。我国金融犯

罪的刑罚配置比较单一,没有管制刑、资格刑、刑罚易科制度以及其他更多非监禁的刑种。各种法律责任还存在承担顺序、折抵关系以及责任平衡上的问题,尤其是行政处罚的罚款额普遍高于刑事处罚的罚金额,造成行政责任与刑事责任的倒置。

本章分论部分着重探讨信用风险行为的刑法规制。信用风险行为是指虚构信用或者明知是虚构的信用而加以确认或者传播的行为。将信用风险行为类型化为犯罪行为,可以更好地规制金融危机初期的各种风险行为。信用风险行为的基本构造是:行为人实施欺诈行为——对方陷入或者继续维持认识错误——对方基于认识错误提供(或接受)了信用——行为人或者第三者取得(或者提供了)信用——被害人承担信用风险。信用风险行为类似于古罗马法中对应于民法上法律行为制度运作过程中的诈欺。信用风险行为与信用缺失行为、背信行为均有本质的区别。

信用风险行为分为以下六类:一是授信中的信用风险行为。其实质在于高出信用度授信,其创设的风险要么由授信银行承担,要么随着证券化产品的交易链条传导至金融市场的最终投资者或消费者。二是受信中的信用风险行为。其实质在于高出信用度受信,该信用风险造成的损失一般最终由授信方承担,但在信用关系延伸到金融市场并且受信方具有较大市场影响力的情形下,受信方的违约会加剧市场动荡甚至形成系统性风险。三是信用担保中的信用风险行为。其实质在于以虚假的担保为受信人增加信用度,虚假的信用担保弥补了受信方信用度的不足,以便其取得高额授信,或者获得更高的信用评级以推销证券,或者促成信用交易。四是信用产品交易中的信用风险行为。其实质有两点:在发行环节,将信用被虚构的“有毒有害”产品投放市场,并且藉由市场交易扩散此信用风险;在流通环节,违规交易创设了新的信用风险,使资本市场的资金流向被人为扭曲,导致金融市场的资源配置

和风险配置功能丧失。五是信用服务中的信用风险行为。其实质在于利用信用服务的法定效力和社会公信力,对评价对象虚构的信用进行确认或者通过确认虚构了评价对象的信用。这种确认行为会对信用交易起决定性的影响,可能误导他人做出错误的信用交易决策,也可能延误信用交易时机。六是信用监管中的信用风险行为。其实质在于由于监管缺位,给他人创设、扩大和传播信用风险提供了条件。

现行刑法对以上信用风险行为均存在不同程度的立法缺漏,应予完善。

目 录

导 言 001

- 一、选题背景与意义 001
- 二、文献综述 004
- 三、问题界定与论证思路 013
- 四、研究方法 with 预期创新 014

第一章 金融安全刑法保护的价值考量 016

第一节 刑法保护金融安全合乎现实需要 017

- 一、金融安全是历久弥新的现实课题 017
- 二、金融安全关系国家和社会重大利益 022
- 三、开放经济条件下金融系统需要特殊的保护 025
- 四、中国金融安全存在隐患 030

第二节 刑法保护金融安全关涉重大前沿 034

- 一、金融安全凝聚国际共识 035
- 二、金融安全涉及国家战略 039
- 三、金融安全研究涵盖多个领域 043
- 四、金融安全刑法保护回应理论创新 045

第三节 刑法保护金融安全体现法理规范 047

- 一、刑法的目的：法益保护 047

二、金融安全的法益属性	049
三、金融管理秩序法益的局限性	053
四、金融安全法益的规范性	056
第四节 刑法保护金融安全有助体系协调	058
一、“安全”法益的刑法考察	059
二、法律规范中“经济安全”的历时性考察	060
三、“金融安全”的法律规范考察	064
四、体系协调的实现途径	068

第二章 金融安全刑法保护的制度能力 070

第一节 金融发展与刑法的机能	070
一、金融发展与金融发展观	071
二、新金融观下的金融法制	078
三、金融发展下刑法机能的实现	086
第二节 金融风险规制与刑法的核心原则	091
一、金融风险预防与法益保护原则	091
二、金融风险控制与罪责原则	095
三、金融风险责任与归责原则	100
第三节 金融深化需求与刑法的制度能力	105
一、金融创新与刑法的稳定性	105
二、金融全球化与刑法的主权	109
三、金融安全法律保障与刑法的位阶	116

第三章 金融安全刑法保护的刑罚边界 124

第一节 刑法保护的早期化及其边界	124
一、刑法保护早期化概述	124

二、刑法保护早期化现象	126
三、刑法保护早期化评析	150
第二节 刑法保护的外围化及其边界	152
一、刑法保护外围化概述	152
二、刑法保护外围化现象	154
三、刑法保护外围化评析	160
第三节 刑法保护的直接化及其边界	163
一、刑法保护直接化概述	163
二、刑法保护直接化现象	165
三、刑法保护直接化评析	179
第四节 刑法的政策化及其边界	181
一、刑法政策化概述	181
二、刑法政策化现象	184
三、刑法政策化评析	200
第四章 金融安全刑法保护的实践检验	204
第一节 美国次贷危机案例的情景借用	204
一、美国次贷危机概述	204
二、危机中主要行为体的不当行为	207
第二节 我国刑法适用性的检验	221
一、商业银行推销住房贷款的行为	221
二、投资银行高杠杆经营和过度证券化的行为	224
三、信用评级机构违背职责的行为	229
四、机构投资者过度投机的行为	232
五、监管机构监管失职的行为	236
第三节 提高刑法适用性的立法讨论	239

- 一、金融消费者的刑法保护 239
- 二、过度投机行为的刑法规制 249
- 三、信用评级的刑法干预 255
- 四、金融领域监督过失的刑法介入 265

第五章 金融安全刑法保护的立法展望 269

第一节 金融安全刑法保护的基本立场 270

- 一、金融资源观下的金融安全 270
- 二、金融安全刑法保护的立法原则 272
- 三、金融安全刑法保护立法完善的若干建议 281

第二节 金融安全刑法保护的具体构想 296

- 一、金融安全刑法保护的核心：信用安全的刑法保护 296
- 二、金融安全刑法保护的关键：信用风险行为 299
- 三、金融安全刑法保护的环节：信用风险行为表现形式 304
- 四、金融安全刑法保护的改进：信用风险行为立法评析 311

参考文献 317

后记 357