

公安学学术丛书 尚建荣、主编

江苏高校优势学科建设工程资助项目(PAPD)

金融刑法立罪研究

JINRONGXINGFALIZUIYANJIU

蒋苏淮◎著



中国人民公安大学出版社

公安学学术丛书 尚建荣 主编

江苏高校优势学科建设工程资助项目 (PAPD)

“青蓝工程”资助项目

江苏高校品牌专业建设工程资助项目 (TAPP)

江苏警官学院侦查学科科研创新团队建设项目

江苏省教育厅高校哲学社会科学研究项目

《新时期金融刑法观的理论建构》(2015SJB239)

江苏省法学会研究项目《金融违法行为犯罪化研究》(SFH2013C06)

金融刑法立罪研究

蒋苏淮 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

金融刑法立罪研究/蒋苏淮著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2016. 12
(公安学学术丛书/尚建荣主编)

江苏高校优势学科建设工程资助项目 (PAPD)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 2837 - 4

I. ①金… II. ①蒋… III. ①金融—刑事犯罪—刑法—定罪—研究—中国 IV. ①D924. 334

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 319486 号

金融刑法立罪研究

蒋苏淮 著

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: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2016 年 12 月第 1 版

印 次: 2016 年 12 月第 1 次

印 张: 8.75

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 162 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 2837 - 4

定 价: 33.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.poreclub.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

教材分社电话: 010 - 83903259

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

总 序

为加强公安学建设，推动公安学理论研究和实践创新，更好地发挥公安学科建设服务公安教育和公安实战的作用，江苏警官学院于2011年启动了《公安学学术丛书》编撰工作。这在国内尚属首次。作为一套系列学术丛书，其编选采用了开放性、灵活性和包容性的形式，即不预先设定书目，不预先确定著者，而是采取面向全校征集，由个人申报、专家评审遴选的方式确定。入选丛书的作者，大多长期在江苏警官学院从事教学、科研工作，他们中有学识深厚的学科带头人，有年富力强的学术骨干，也有朝气蓬勃的青年才俊。他们治学严谨，勇于开拓，传承而不守旧，务实而不唯书，以自己的学术专长和敏锐的学术视角，赋予这套丛书扎实厚重的学术分量。希望这些成果的付梓，能够引起越来越多的人对公安学学科的关注，能够对推动公安学发展有所裨益。

公安学是伴随着国家、警察的诞生而产生的一门学科，但就现代意义上的公安学学科建设而言，在中国起步较晚。众所周知，中国近代警察制度移植自西方，关于警察学科的研究也大多沿用西方范式。新中国成立后，伴随着人民公安事业的创建和发展，中国特色的公安学学科建设随之展开。尤其是改革开放以来，在波澜壮阔的社会主义现代化建设中，公安工作日新月异，公安教育恢复发展，公安人才队伍逐步壮大，公安学术交流不断拓展，这些都直接推动了当代公安学科快速发展。在几代人的不懈努力下，2011年3月，国务院学位委员会和教育部正式批准增列“公安学”和“公安技术”两个一级学科，结束了公安高等教育没有一级学科的历史，标志着公安学学科建设翻开了新的一页，在公安学术史上具有里程碑意义。

学科建设不仅是公安高等教育的龙头，而且对经济社会发展具有重要促进作用。近年来，江苏警官学院积极适应经济社会发展新形势，主动融入高等教育改革发展主流，主动融入公安工作改革发展大局，大力实施转型升级发展战略，着力抓好内涵建设、队伍建设、硬件建设“三大建设”，努力打造公安学科建设品牌。2010年，江苏省政府启动实施了“江苏高校优势学科建设工程”，这是全面提升高等教育水平和核心竞争力、加快江苏由教育大省向教育强省转变的战略举措。江苏警官学院申报的“公安学”一级学科经过多轮遴选评审，成功入选江苏省优势学科建设工程项目。这一重大突破，标志着江苏

警官学院的学科建设进入高起点、高层次发展的新阶段，也为江苏的公安学学科建设搭建了高端平台。这套丛书，从一个侧面反映了江苏警官学院承担省优势学科建设工程项目以来所取得的代表性成果。

公安学学科建设有着自身的特点和规律。江苏警官学院在公安学研究中，力求从实际出发，努力探索和形成自己的特色。从这套丛书入选成果看，主要体现出三个特点：一是研究方向和选题比较广泛。涉及治安学、侦查学、公安管理学、警察法学、犯罪学、心理学、警察文化、警察史学等公安学的主要方向或领域。二是理论和实践并重。在公安学研究中坚持“顶天立地”的原则，顶天，就是注重理论创新，丛书选题中大多瞄准学科理论前沿，具有前瞻性；立地，就是注重回应实践需求，丛书选题中有不少来自于公安实践，主要解决公安实际工作中的问题。三是与相关学科的融通。特别是从公安学与相邻学科结合的视角，对公安学及交叉学科研究领域的诸多理论和现实问题进行了比较系统的梳理，力图揭示公安学及交叉学科理论演进的路向及其规律，这一探索与尝试，为公安学研究开启了一个很有意义的努力方向。

当代公安事业发展进步迫切需要科学理论的指导，迫切需要学术研究的引领。相对于成熟学科，公安学是年轻的。公安学要赢得更高的地位和更大的影响力，关键是要有一大批社会广泛认可的标志性成果，关键是要有一大批高水平的学术人才，最终的衡量标准是看对公安工作和社会发展进步的贡献度。实现这个目标，需要公安系统和社会各界的共同努力，公安院校更有大量工作要做。与众多知名学府相比，江苏警官学院的公安学学科建设才刚刚起步，任重而道远。我们希望借助这套丛书的编撰出版，为公安学学术研究和交流搭建一个平台，通过发挥这个平台集聚和整合学科研究力量的作用，不断催生一批公安学的名师和大家，产生更多影响深远的精品力作，以推动公安学研究走向辉煌，更好地为提升公安教育水平、推动公安事业发展进步服务。这是我们的愿望，也是我们的责任。

二〇一二年十一月

前 言

金融刑法观，即对金融刑法的价值、机能、目的任务、基本原则等问题的根本观点与基本态度。这是金融犯罪圈设定的理论研究基石。

金融刑法观的理论起点，即刑法的基本立场。当前，一个最为流行的刑法研究思路及论证脉络当属用风险社会理论解读当代中国社会的风险图景，进而提出“风险刑法”或称“安全刑法”理论，要求重构刑法观。在这些论著中，论者向我们展示了这样的一个“中国”：“我们现在所处的这个社会，风险真可谓无所不在，天灾人祸时时困扰着我们。……自加入到世界一体化进程后，中国社会除了受到全球风险社会中的风险浪潮波及，具有全球风险中的一般风险特征外，还存在着具有中国特色的诸多自我特征。经济成就的辉煌无法遮蔽各种社会问题的集群性爆发……今天的中国已经充满着各种各样的社会风险。……中国社会已进入风险社会。”^①

在这样的社会认知背景下，以人权保障和社会保护为核心的传统刑法观遭到各方面的苛责，认为其无法胜任保障社会安全之责：（1）传统刑法中的法益范畴无法涵盖风险社会产生的新的法益类型，如超个人法益及一些面向未来的现阶段尚无法认识的法益；（2）传统刑法由于以处罚实害犯为核心，使得对某些罪行的处罚过于滞后，可能会导致对共同体安全造成不可估量的和灾难性的破坏；（3）传统刑法强调犯罪的本质是法益侵害，且一般要求是现实的物质侵害的后果，但在风险社会中，侵害后果往往难以估测甚至无法认定；（4）传统因果关系理论以相当因果关系说为核心，难以评断风险社会中的危险或损害的原因，因为其往往是由众多的复杂因素引发，而非源于个人的特定罪行；（5）传统刑法的责任主体只限于个人，而风险社会中绝大多数的风险都由团体所为，因此传统的心理责任论很难解释风险社会下的团体责任。

于是，对刑法观进行重新定位的观点被提了出来：（1）风险刑法的价值中心逐渐转变为以维护社会秩序为重心；（2）风险刑法以防范风险发生为目的，因而不预设法益的特定内容，不关注个体法益的保护，仅以一般危险性

^① 杨兴培：《“风险社会”中社会风险的刑事政策应对》，《华东政法大学学报》2011年第2期，第59~60页。

和预防必要性作为划定可罚性的界限，以义务违反取代法益侵害作为处罚的基础，将违法性而非社会危害性作为犯罪的本质特征；（3）风险刑法评价或非难的对象从行为的结果转为行为本身，即由结果本位转向行为本位，将犯罪成立的标准前移，同时扩大行为范畴，增加不作为及持有型行为；（4）风险刑法将客观构成要件的类型化，引入严格责任，解决行为人的归责问题，以取代行为人主观归责要素的决定作用；（5）风险刑法以防范风险为出发点，风险通过某些特定行为标示出来，并以实施特定行为所产生的象征标示作为刑法发动的条件，而不再以因果关系作为规则的客观基础；（6）风险刑法将罪责功能化，以预防必要性决定处罚的内容，风险行为的不法基础是抵触规范，罪责基础是行为人破坏法忠诚的可责意志。

在这样的思想指引下，“风险刑法”理论被运用于包括金融犯罪在内的多个领域的讨论中，涉及立法、司法适用以及犯罪防控与治理等多个方面。从1997年刑法出台到《刑法修正案（八）》的公布，立法机关通过在刑法典及单行刑法、附属刑法中增加新罪数量（如由《刑法修正案（五）》增加的妨害信用卡管理罪、由《刑法修正案（七）》增加的利用未公开信息交易罪），修改犯罪要件（如《刑法修正案》对内幕交易、泄露内幕信息罪的修改）等方式将以前的非犯罪行为拉入犯罪圈；刑事司法机关通过在司法解释或司法性文件中降低“入罪”门槛、扩张解释等方式扩大某些犯罪构成要件的外延范围；具体的执法者则在自由裁量中根据自己的理解调整着个罪的罪与非罪的界限（民间融资是否构罪的探讨说明了这一点）。面对金融犯罪圈急速扩张，一个无法回避的问题是：是否所有所涉的“犯罪化”都是正确的？刑法是禁止性规范，在金融行为领域每增加一条规范，就设定了一个禁区，若对金融行为规范得过于严格，则极有可能在一定程度上扼杀部分人的冒险创新精神和投机动力，这既不完全符合市场经济运行的规律，也不符合我国当前经济建设和社会生活的实际，从而最终不利于国家和社会的发展。在经济新常态背景下，我国刑法制度改革应如何对待犯罪化与非犯罪化问题是值得认真探讨的。同时，通过频繁修法来扩张金融犯罪圈的方式也是需要斟酌的。法律作为一种对社会关系进行制度性安排的工具体系和排除个人主观任性的理性制度，必须是相对稳定的，必须是社会发展中的一股相对稳定而保守的力量，因为，只有这样，法律秩序才能形成，法律的权威性方能得到确立和维持。刑法的剧烈而快速的变化会对人们的行为预期造成影响，从而使人容易失去对其的信任感。

究竟什么是金融违法行为犯罪化的依据与标准？当下的金融刑法扩张是否合理？我之所以选择金融刑法立罪问题作为研究主题，一来是与工作有关，更重要的是希望通过自己的研究解决一直以来的困惑。作为一个法律保守主义

者，我对刑法频繁修改、犯罪圈不断扩大一直有一种本能的抗拒，公安院校教师的身份更使我时常站在公安的立场思考司法实践中的法律适用问题。

研究的过程充满了纠结与自我否定，研究越深入，越感到自己研究视野的局限，我要特别感谢我的恩师孙国祥教授。恩师深厚的理论功底让我敬仰，学以致用治学理念对我影响甚巨。孙老师包容并支持我坚持自己的学术主张，这是我坚持完成研究的重要动力来源。可以说，没有老师的教导与严格要求，本书是不可能完成的。本书的写作，还得到了刘伟博士、黄旭巍博士、徐凌波博士、陈晓钟博士、时方博士的倾力相助。感谢江苏警官学院的领导与同仁们，感谢南大法学院的老师们，感谢共同追随“孙行者”孙老师的同门，感谢我的家人。

目 录

CONTENTS

绪 论	1
一、选题背景与意义	1
二、研究综述	6
三、基本思路及创新	8
四、研究方法	12
第一章 金融刑法的价值取向	13
第一节 金融刑法的核心价值——自由	14
一、自由还是安全——有关金融刑法核心价值的争议	14
二、争议焦点的理论基础	17
三、金融市场的健康发展需要金融自由	34
四、金融刑法自由价值的具体要求	36
第二节 金融刑法的基础价值——平等	37
一、正视中国金融市场中的不平等	38
二、金融刑法平等价值的基本要求	39
第三节 金融刑法的功用价值——效益	40
一、入罪效果考量	40
二、金融刑法效益价值的基本要求	41
小 结	41
第二章 金融刑法的立罪根据	44
第一节 遵循宪法指引	44
一、尊重和保障人权	44
二、对不同性质经济体平等保护	46
三、维护社会经济秩序	47
第二节 回应金融发展的现实需要	48

一、立足本国金融发展现状	48
二、根据情势变化及时调整	53
三、立足于本国实践	54
第三节 适应金融犯罪全球化趋势	59
小 结	60
 第三章 金融刑法的立罪边界	61
第一节 金融刑法的保护法益	61
一、金融刑法的保护法益归根到底是个人法益	62
二、金融刑法保护法益确定和缩限	68
第二节 金融刑法应仅规制严重侵害金融法益行为	72
一、“严重”是二元制裁体系下立罪设计的基本要求	72
二、对“严重”的界定	74
第三节 无效果与太昂贵的行为不应入罪	78
一、无效果行为不应入罪	78
二、太昂贵的行为不宜入罪	81
小 结	83
 第四章 实然金融犯罪圈之检视	85
第一节 金融犯罪圈扩大化趋势	85
一、金融犯罪圈的立法扩张	85
二、金融犯罪圈的司法扩张	89
三、金融犯罪圈变化总结	96
第二节 金融犯罪圈扩大化之评述	97
一、明显的实用主义倾向	97
二、合理性与必要性的追问	100
小 结	105
 第五章 边界理论检视下的个罪矫正	107
第一节 高利转贷罪应做非罪化处理	107
一、侵害法益之缺失	107
二、除罪化的利益衡量	109
第二节 如实陈述吸收公众存款自用行为应作非罪化处理	110
一、现实：非法吸收公众存款罪成为“口袋罪”	110

二、反思：非法吸收公众存款罪立罪背景已发生了巨大变化	111
三、出路：如实陈述吸收公众存款自用行为应作非罪化处理	112
第三节 金融诈欺犯罪应以损失结果的发生为成立要件	112
一、金融诈欺犯罪的保护法益应限于金融资金安全	112
二、“欺骗”行为不应成为独立的入罪评价标准	114
三、金融诈欺犯罪应以损失结果的发生为成立要件	114
小 结	115
主要参考文献	116

绪 论

一、选题背景与意义

在现代市场经济条件下,金融在经济发展中扮演着至关重要的角色。近年来,随着我国金融自由化程度的提高、金融改革步伐的加快、金融开放程度的不断加深,金融风险也在不断增加。尤其是全球金融危机爆发之后,受其影响,我国金融领域中的各种经济繁荣时期的矛盾从隐性走向显性,金融犯罪活动呈现蔓延之势。面对日趋激烈的金融犯罪的挑战,探求刑事立法及司法实践的有效应对之策成为理论界与实践界共同关注的热点话题。

金融刑法^①立法问题既是一个重要的理论问题,也是一个重要的实践问题。

从立法与司法实践来看,金融刑法频繁修改,金融犯罪圈扩张是一个显见的事实。尽管法律作为制度性安排,必然体现对社会的回应,但从法理学角度而言,法律作为一种对社会关系进行制度性安排的工具体系和排除个人主观任性的理性制度,必须是相对稳定的,必须是社会发展中的一股相对稳定而保守的力量,因为,只有这样,法律秩序才能形成,法律的权威性方能得到确立和维持。法律剧烈而快速地变化势必会对人们的行为预期造成影响,从而使人容易失去对其的信任感。我们看到,自1997年刑法之后我国共出台一个刑法单行条例和9个修正案,而其中,涉及刑法分则第三章第四节、第五节修改的,包括单行条例和7个修正案在内,有8个之多。在本书所研究的38个罪名中,有的甚至被修改过两次。那么,作为国家的基本法之一,刑法做如此频繁的变动是否合理与必要?

同时,规范具有限制性,在金融行为领域每增加一条规范,就设定了一个枷锁,而刑法又是最为严厉的禁止性规范,行为入刑便代表着设定禁区。若对金融行为规范得过于严格,则极有可能在一定程度上扼杀部分人的冒险创新精

^① 有关金融刑法的概念及范围,学界有最广义、广义、狭义以及最狭义之分。参见安曦萌:《金融犯罪概念之争》,《河北学刊》2015年第5期,第158~163页。为研究方便,本书将采用最狭义的金
融刑法的概念,即在检视实然金融圈时仅以刑法分则第三章第四节与第五节中的罪名为对象进行考察。

神和投机动力,这既不完全符合市场经济运行的规律,也不符合我国当前经济建设和社会生活的实际,从而最终不利于国家和社会的发展。立法机关通过在刑法典及单行刑法、附属刑法中增加新罪数量(如由《刑法修正案(五)》增加的妨害信用卡管理罪、由《刑法修正案(七)》增加的利用未公开信息交易罪)、修改犯罪构成要件(如《刑法修正案》对内幕交易、泄露内幕信息罪的修改)等方式将以前的非犯罪行为拉入“犯罪圈”;刑事司法机关通过在司法解释或司法性文件中降低“入罪”门槛、扩张解释等方式扩大某些犯罪构成要件的外延范围。金融刑法的这种扩张是否合适?理论基础何在?

针对实然金融刑法犯罪化进程,学界的理论研究主要集中在以下几个方面:(1)在金融犯罪圈设计方面,尽管对于金融犯罪圈的扩大这个事实,学者们都表达了不同程度的担忧,但是,多数观点仍认为现行金融刑法圈并不能满足实践需要。部分学者指出,金融刑法保护不全面:如缺乏对金融活动全过程的刑法保护^①,对外国金融机构及交易人员规制缺位^②,以及缺少对信用安全的保护^③。还有部分学者提出,金融刑法保护不平等,包括重金融秩序保

① 有学者认为现行金融刑法只关注金融准入过程,而对金融交易少有涉及,建议金融刑事立法应做到事先评估、事中化解、事后防范,在刑法分则第三章中增加对金融交易秩序侵害行为的规定,将金融刑事立法的触角延伸到金融活动的全过程,以实现金融准入、金融交易、金融退出全过程的风险监督和有效控制。参见吕焱瑶:《论我国金融犯罪刑事立法理念的重构》,《辽宁警专学报》2015年第1期,第6~10页。

② 有学者认为我国现行金融刑法对外国金融机构及交易人员规制缺位,认为在金融全球化背景下,外资金融机构逐步进入国内市场,必然会带入新的价值体系和投资理念,这会使得金融市场运行规则发生全方位的新变化,会出现一些金融市场控制“盲点”,有可能会引发金融市场危机。因此应立足构建全球金融市场的共同法律语言和惩治金融犯罪的普遍性规制。参见尹凤桐、刘远、赵玮:《论金融刑法改革的视域扩展》,《东岳论丛》2007年第4期,第147~150页。

③ 有学者认为现行金融刑法在防范和化解信用风险方面表现出了明显的不足。其指出信用已成为现代市场经济运行中的一种重要的资本形态,是商业经营者精神财富和生命价值所在,其安全与否不仅影响着金融交易主体的利益也关乎国家的金融安全,域外立法例已有相关规定,但在我国刑法学界却并未受到应有的重视。首先,没有专门针对信用保护的犯罪规定;其次,在金融诈骗犯罪中,也仅将立法焦点放置于对财产性利益的保护,忽视信用安全维护。参见袁林、吕焱瑶、吕昭义:《金融风险防范视野下我国金融刑法创新研究》,《西南政法大学学报》2013年第6期,第56~62页。

护,轻投资者权益保护^①,以及优先保护金融机构利益^②。部分学者批评金融刑事立法创新不足,缺乏对新兴融资交易方式的关心与规制^③,也有学者对现行刑法规定可能阻滞金融创新表达了担忧^④。(2)在刑罚配置方面,批评的声音主要在刑罚的种类、量刑幅度以及单位犯罪的设计上,包括刑罚的种类单一^⑤,刑罚幅度档次少,跨度大^⑥,单位犯罪罚金的标准及认定方法缺乏清晰

① 有学者指出,受半统制半市场化经济体制的制约,我国金融刑法关注的重心一直是扰乱金融秩序,对投资者权益保护缺少足够的关注,这使得类似的行政违法行为因为侵犯的法益不同而受到不同的认可与对待。参见张小宁:《“规制缓和”与自治型金融刑法的构建》,《法学评论》2015年第4期,第62~74页。

② 有学者认为现行金融刑法沿承了金融抑制的老旧思想,出现了严重的“政府俘获现象”,公权力过度资本化,在罪名设置上体现了对金融机构的倾斜性保护。如现行刑法只固定了金融客户欺诈银行的犯罪行为,却未对银行恶意隐瞒、欺诈客户利益的行为做出否定性评价。这种单方面立罪模式,是为了满足金融机构强烈的要求而做的情绪化的规定,缺乏对相关利益的衡量。“高利转贷罪”的设立也体现了刑法对正规金融机构垄断利益的保护以及对民间资本自由借贷的限制。参见吕焱瑶:《论我国金融犯罪刑事立法理念的重构》,《辽宁警专学报》2015年第1期,第6~10页。尹凤桐、刘远、赵玮:《论金融刑法改革的视域扩展》,《东岳论丛》2007年第4期,第147~150页。

③ 有学者认为金融刑事立法建立在传统金融交易模式之上,缺乏对新兴融资交易方式的关心与规制,无法有效抵御因金融创新带来的风险,从而弱化了金融刑法的风险防控功能。金融创新理念要求金融刑事立法拓宽立法视域,保持对金融创新的高度敏感,尤其对于网络虚拟经济如淘宝交易、网络融资平台等新型交易方式的犯罪手段做出高效的制度回应。参见吕焱瑶:《论我国金融犯罪刑事立法理念的重构》,《辽宁警专学报》2015年第1期,第6~10页。

④ 有学者认为互联网金融面临着巨大的刑事风险,不利于金融创新。按照现行刑法,众筹、P2P网贷、第三方支付平台、余额宝等互联网金融可能涉嫌构成非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、洗钱罪等十余种罪名。非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等罪名的设置如同悬在互联网金融机构头顶的“达摩克利斯之剑”,阻滞了互联网金融企业的创新。参见吴文嫔、张启飞:《论互联网金融创新刑法规制的路径选择——以非法集资类犯罪为视角》,《中国检察官》2015年第11期,第38~41页。

⑤ 如张小宁博士通过与日本刑法比较,批评刑罚的种类单一。其认为应在金融刑法中增加“课征金”,为了实现金融刑法理念的衡平,在金融犯罪的制裁方面,民事罚款、课征金、民事损害赔偿等应当限于刑罚。在不得已适用刑罚时,罚金刑应当优先于自由刑,缓刑优先于实刑。参见张小宁:《“规制缓和”与自治型金融刑法的构建》,《法学评论》2015年第4期,第62~74页。

⑥ 认为刑罚幅度档次少,跨度大,司法裁量的范围过于宽泛,许多罪名设计的量刑幅度跨度达五年、十年甚至十五年,易造成同罪不同罚的情况。参见袁林、吕焱瑶、吕昭义:《金融风险防范视野下我国金融刑法创新研究》,《西南政法大学学报》2013年第6期,第56~62页。

明确的准则^①以及罪刑失衡^②。(3)在立法技术方面,批评的声音集中在法条内容模糊^③,兜底性条款的过度适用^④。(4)多层次多体系立法模式带来弊端。还有学者认为,我国刑法采取的是刑法典、刑法修正案、单行刑法、附属刑法并存的立法模式,伴随着金融形式的不断发展,这种模式支配下的金融刑法逐渐暴露出适应性不强、前瞻性不够、协调性不足、立法逻辑倒置等缺点。有关

① 批评的声音主要关乎单位犯罪罚金的标准及认定方法,认为缺乏清晰明确的准则。同时,认为对于单位而言,单一的罚金刑并不足以达到预防和惩治金融犯罪的目的,由于缺失对单位营业资格方面的处罚规定,导致实力雄厚的企业在缴纳罚金之后仍然具备继续犯罪的能力,这使得金融犯罪的单位罚金设计在一般预防上来讲是失败的。与之相对立的观点则认为,应重视刑法解释,以保证刑法的稳定。参见袁林、吕垚瑶、吕昭义:《金融风险防范视野下我国金融刑法创新研究》,《西南政法大学学报》2013年第6期,第56~62页。

② 持此观点的学者认为将证券犯罪和期货犯罪同一视之,无视其破坏性的差别,不够合理。参见袁林、吕垚瑶、吕昭义:《金融风险防范视野下我国金融刑法创新研究》,《西南政法大学学报》2013年第6期,第56~62页。

③ 有学者认为,在“立法宜粗不宜细”的指导思想的影响下,我国刑法中金融犯罪的构成要件一般都规定得比较模糊,带来适用上的麻烦。尤其是引证罪状、空白罪状的运用,常常导致处罚范围不明确。比如内幕信息采用引证罪状的表述方式,“内幕信息的范围,依照法律、行政法规的规定确定”。作者批评道,《证券法》第75条给出了内幕信息的法定概念,但对于该概念,学界解读却并不一致,有说三特征,有说四特征,由于证券法中欠缺“准确性”(作者后使用“确定性”一词予以说明)的规定,这使得内幕信息界定范围的宽泛化,体现了我国证券市场发展的“不成熟状态”以及证券法制的“强化管控”倾向。另有学者对金融刑法的罪状设定大多是以数额或情节作为犯罪成立以及犯罪轻重的衡量标准提出了批评,其认为对于多少是“较大”“巨大”“特别巨大”,对于什么样的情节是“严重”“特别严重”并无具体的区分标准。参见张小宁:《“规制缓和”与自治型金融刑法的构建》,《法学评论》2015年第4期,第62~74页;袁林、吕垚瑶、吕昭义:《金融风险防范视野下我国金融刑法创新研究》,《西南政法大学学报》2013年第6期,第56~62页。

④ 持此观点的学者认为,我国金融刑法中设置了大量的兜底性条款,实践中也常见兜底条款被使用的问题,这是中国金融刑法交易规则不明确的表现之一。以内容模糊的兜底条款追究刑事责任的做法与刑法谦抑主义相悖,也违反了罪刑法定主义,其适用理应慎之又慎。参见张小宁:《“规制缓和”与自治型金融刑法的构建》,《法学评论》2015年第4期,第68~69页;何荣功:《刑法兜底条款的使用与抢帽子行为的定性》,《法学》2011年第6期,第154~159页。