



Principles of Criminal Law on Financial Crime



金融犯罪 刑法学原理

刘宪权◎著



国家社科基金重大项目“涉信息网络违法犯罪行为法律规制研究”

(项目批准号:14ZDB147)阶段性成果

2016年中国法学会重点课题“互联网金融犯罪的法律规制”

(项目编号:CLS(2016)ZDWT48)阶段性成果



Principles of Criminal Law
on Financial Crime

金融犯罪刑法学原理

刘宪权◎著

图书在版编目(CIP)数据

金融犯罪刑法学原理/刘宪权著.—上海:上海
人民出版社,2017

ISBN 978-7-208-14499-6

I. ①金… II. ①刘… III. ①金融犯罪-刑事政策-
法的理论-中国-教材 IV. ①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 111909 号

责任编辑 龙 敏

封面设计 零创意文化

金融犯罪刑法学原理

刘宪权 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 39 插页 2 字数 752,000

2017 年 7 月第 1 版 2017 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-14499-6/D·3035

定价 88.00 元

自序

资金的融通,是为金融。金融的本质是人与人之间跨时间、跨空间人际价值的交换,其伴随着现代法治制度的发展而发展。金融能够引导资源配置、支持实体产业、调节经济运行、分散未知风险、提高社会福利,其在现代社会生活中的价值是不言而喻的。在当前经济学家们普遍认为中国已开始由产业资本时代进入金融资本时代的大背景下,金融毋庸置疑地将成为现代国家治理中最为关键的部分。金融犯罪的研究与治理工作当然概莫能外。

所谓金融犯罪,是指发生在金融业务活动领域中的,违反金融管理法律法规,危害国家有关货币、银行、信贷、票据、外汇、保险、证券期货等金融管理制度,破坏金融管理秩序,情节严重,依照刑法应受刑罚处罚的行为。目前我国的金融犯罪形势依然严峻,表现为金融犯罪的数量在逐年增加,如2015年上海市检察机关受理金融犯罪审查逮捕案件1387件1725人,金融犯罪审查起诉案件2140件2684人;涉案金额越来越大,如2016年“邦家集资诈骗案”涉案金额高达99.5亿多元,受害人数多达23万余人,是当时中国规模最大、涉案金额最高、受害人最多的金融犯罪案件;金融机构工作人员作案和内外勾结共同作案的现象突出;单位犯罪和跨国、跨地区作案增多;金融犯罪手段趋向于专业化、智能化,新类型犯罪不断出现;等等。并且,与以往人们更多关注伦理犯罪所不同的是,如今金融犯罪案件的社会关注度显著提升,“e租宝案”、“马乐案”、“邦家案”等著名金融犯罪案件均成为媒体竞相报道的焦点。鉴于金融犯罪正处于严峻态势与广泛关注之下,2016年最高人民检察院工作报告已将“重点打击金融犯罪”提上日程。

笔者很早便涉足金融犯罪领域的研究,至今已十八载有余。1998年出版《金融风险防范与犯罪惩治》,这是1997年《刑法》实施以来我国的第一部金融犯罪专著,2005年出版《金融犯罪理论专题研究》与《证券期货犯罪理论与实务》,2008年出版《金融犯罪刑法理论与实践》(2014年修订更名为《金融犯罪刑法学新论》),此四部专著是笔者在该领域的主要研究成果,并有幸借此频频斩获多项殊荣,如第二届全国法学教材与科研成果奖三等奖、第三届全国法学教材与科研

成果奖二等奖、上海市第十届哲学社会科学优秀成果著作类三等奖,等等。本人开设的课程《金融犯罪研究》被评为2012年度上海高校市级精品课程。此外,笔者还曾相继主持2002年度国家社科基金项目“证券犯罪研究”(项目号02BFX022)、2005年度国家社科基金项目“金融犯罪研究”(项目号05BFX040)、2011年度国家社科基金项目“涉信用卡犯罪研究”(项目号11BFX107)、2012年度国家法治与法学理论研究部级科研一般项目“集资类案件中的刑民交错现象及其归宿”(项目号12SFB2020)、2014年度国家社科基金重大项目“涉信息网络违法犯罪法律规制研究”(项目号14ZDB147)以及2016年度中国法学会重点课题“互联网金融犯罪的法律规制”。尤其在对后两个课题的研究过程中,互联网金融犯罪开始进入笔者的研究视野。笔者陆续于《中国法学》、《法学家》、《法学》、《法商研究》、《政治与法律》、《环球法律评论》等期刊上发表有关金融犯罪(尤其是互联网金融犯罪)的系列文章,如《内幕交易违法所得司法判断规则研究》、《互联网金融刑法规制的“两面性”》、《互联网金融时代证券犯罪的刑法规制》、《互联网金融股权众筹行为刑法规制论》、《网络犯罪的刑法应对新理念》、《互联网金融平台的刑事风险及责任边界》等。撰写专著、论文与主持课题这两项工作并行不悖,使得笔者多年来始终对金融犯罪领域保持着应有的关注与敏感。

应当看到,我国的金融犯罪刑事立法相对而言是较为频繁的,迄今为止几乎平均每隔几年便会会对金融刑法作出补充和修正。如全国人大常委会陆续于1999年12月25日、2001年8月31日、2001年12月29日、2002年12月28日、2005年2月28日、2006年6月29日、2009年2月28日、2011年2月25日以及2015年8月29日通过了九个刑法修正案,其中除了《刑法修正案(二)》与《刑法修正案(四)》不涉及金融犯罪外,其余七个刑法修正案都规定了与金融犯罪有关的内容。《刑法修正案》修改了擅自设立金融机构罪的罪状,将内幕交易、泄露内幕信息罪、编造并传播证券交易虚假信息罪、诱骗投资者买卖证券罪、操纵证券市场罪的对象由证券扩大到期货;《刑法修正案(三)》将洗钱罪的犯罪对象在“毒品犯罪、黑社会性质组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益”基础上增加“恐怖活动犯罪所得及其产生的收益”;《刑法修正案(五)》增设妨害信用卡管理罪,增加信用卡诈骗罪的行为方式“使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的”;《刑法修正案(六)》增设骗取贷款、票据承兑、金融票证罪,背信运用受托财产罪,违法运用资金罪,分别取消操纵证券、期货市场罪与吸收客户资金不入帐罪中“获取不正当利益或者转嫁风险”、“以牟利为目的”的要件等;《刑法修正案(七)》增加内幕交易、泄露内幕信息罪的行为方式,增设利用未公开信息交易罪;《刑法修正案(八)》增设虚开发票罪,废除票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪的死刑等;《刑法修正案(九)》废除伪造货币罪、集资诈骗罪的死刑。可以合理预

期的是,随着时代的发展以及金融在国家经济生活中的地位渐趋重要,将会不断有新的刑法修正案出台以回应刑事处罚与国家治理的需要。

在金融犯罪刑事立法频繁变动以及互联网金融如火如荼发展的大背景下,笔者深感几年前修订出版的《金融犯罪刑法学新论》有必要再次作出修订。本次修订的内容主要包括以下几个方面:第一,依据最新的行政立法、刑事立法及其立法解释、司法解释对该书原有内容进行删改或补充;第二,增加刑法理论界的最新研究成果与司法实务界出现的最新案例;第三,纠正笔者之前思虑不周、自觉偏颇的观点;第四,新设第十七章“互联网金融犯罪研究”;第五,更新统计数据;第六,纠正原书中的表述瑕疵。此次再版,决定将本书定名为“金融犯罪刑法学原理”。

修订工作繁杂而琐碎,但所幸得益于我的博士李振林,博士研究生胡荷佳、黄辰、李舒俊、钟菁、张弘,以及硕士研究生房慧颖、范肇宇、何俊、林雨佳的精心协助。他们利用课余闲暇为我收集最新资料、数据并反复校对稿件,在此特向他们表达谢意。此书得以再版,离不开上海人民出版社龙敏博士及其同事的策划与心血,衷心致谢!对于书中错漏之处,敬请读者不吝斧正。联系邮箱:jrfzxfxyl@126.com。

刘宪权

谨识于华政东风楼

2017年5月

目 录

CONTENTS

自序		1
第一章 金融犯罪的概念及分类依据		1
第一节 金融犯罪的定义		1
第二节 金融犯罪的范围		4
第三节 金融犯罪的分类		8
第二章 我国金融犯罪的成因及对策		19
第一节 我国金融犯罪的现状及趋势		19
第二节 我国金融犯罪的成因分析		31
第三节 我国金融犯罪的防治对策		39
第三章 我国金融犯罪刑事立法轨迹		46
第一节 我国古代有关金融犯罪的立法概况		46
第二节 我国近代有关金融犯罪的立法概况		51
第三节 我国革命根据地时期有关金融犯罪的立法概况		53
第四节 我国当代有关金融犯罪的立法概况		55
第四章 金融犯罪刑事立法模式及立法完善		64
第一节 金融犯罪刑事立法模式		64
第二节 金融犯罪刑事立法完善		73

第五章 共同金融犯罪与单位金融犯罪研究		83
第一节 共同金融犯罪问题		83
第二节 单位金融犯罪问题		98
第六章 金融犯罪数额研究		114
第一节 金融犯罪中数额的作用		114
第二节 金融犯罪数额的分类		120
第三节 共同金融犯罪成员的犯罪数额		123
第四节 共同金融犯罪成员的数额认定		129
第五节 金融犯罪数额规定及适用的完善		130
第七章 金融犯罪法定刑研究		135
第一节 金融犯罪法定刑设置		135
第二节 金融犯罪法定刑设置的特点		141
第八章 危害货币管理制度犯罪研究		147
第一节 危害货币管理制度犯罪的立法依据		147
第二节 危害货币管理制度犯罪罪名设置比较		154
第三节 危害货币管理制度犯罪的对象		158
第四节 危害货币管理制度犯罪行为主观目的认定		165
第五节 伪造货币罪与变造货币罪的界定		170
第六节 金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪的司法认定		173
第七节 购买假币和以假币换取货币共同犯罪的司法认定		178
第八节 持有、使用假币罪的司法认定		182
第九章 危害金融机构设立管理制度犯罪研究		187
第一节 危害金融机构设立管理制度犯罪的立法依据		187
第二节 擅自设立金融机构罪的司法认定		190
第十章 危害金融机构存贷管理制度犯罪研究		201
第一节 危害金融机构存贷管理制度犯罪的立法依据		201
第二节 高利转贷罪的司法认定		203

第三节	骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的司法认定	212
第四节	非法吸收公众存款罪的司法认定	220
第五节	违法发放贷款罪的司法认定	227
第六节	吸收客户资金不入帐罪的司法认定	237
第十一章	危害客户、公众资金管理制度犯罪研究	244
第一节	背信运用受托财产罪的司法认定	245
第二节	违法运用资金罪的司法认定	255
第十二章	危害金融票证、有价证券管理制度犯罪研究	266
第一节	危害金融票证、有价证券管理制度犯罪的立法依据	266
第二节	伪造、变造金融票证罪的司法认定	267
第三节	妨害信用卡管理罪的司法认定	279
第四节	违规出具金融票证罪的司法认定	298
第五节	对违法票据承兑、付款、保证罪的司法认定	303
第十三章	危害证券、期货管理制度犯罪研究	308
第一节	危害证券、期货管理制度犯罪概述	308
第二节	内幕交易、泄露内幕信息罪的司法认定	317
第三节	利用未公开信息交易罪的司法认定	353
第四节	编造并传播证券、期货交易虚假信息罪的司法认定	362
第五节	诱骗投资者买卖证券、期货合约罪的司法认定	372
第六节	操纵证券、期货市场罪的司法认定	380
第十四章	危害外汇管理制度犯罪研究	402
第一节	危害外汇管理制度犯罪的立法依据	402
第二节	逃汇罪的司法认定	406
第三节	骗购外汇罪的司法认定	409
第十五章	洗钱犯罪研究	421
第一节	洗钱犯罪的起源、现状和特点	421
第二节	我国洗钱犯罪刑事立法的发展轨迹	423

第三节	洗钱罪构成要件的司法认定		426
第四节	洗钱罪的刑事立法完善		434
第十六章	金融诈骗犯罪研究		443
第一节	金融诈骗罪主观目的辨析		444
第二节	贷款诈骗罪的司法认定		451
第三节	票据诈骗罪的司法认定		466
第四节	信用证诈骗罪的司法认定		484
第五节	信用卡诈骗罪的司法认定		496
第六节	保险诈骗罪的司法认定		530
第十七章	互联网金融犯罪研究		551
第一节	互联网金融刑法规制的“两面性”		552
第二节	互联网金融的刑法规制路径		560
第三节	互联网金融平台的刑事风险及责任边界		565
第四节	互联网金融时代证券犯罪的刑法规制		580
第五节	互联网金融中股权众筹行为的刑法规制		595

丨 第一章 丨

金融犯罪的概念及分类依据

随着我国社会主义市场经济体制的建立和不断完善,金融在国家经济和社会发展以及人们经济生活中所起的作用越来越明显和突出。可以说,没有金融,就没有一国经济和社会的发展;没有金融,就没有现代意义上人们的经济生活。在现代社会中,我们可以毫不夸张地说,经济须臾离不开金融,金融活动是经济活动的中心。

1997年东南亚金融危机的创伤尚在愈合之际,由美国次贷危机引发的2008年金融危机已瞬间席卷全球。2008年金融危机波及范围更广,负面影响更为深远。2012年,互联网金融模式由国外传导至中国大地,出乎意料般地得到迅速发展,出现了前所未有的金融业态,也滋生了一些始料未及的新问题,互联网金融领域的刑事案件呈井喷式发展。正因如此,金融安全引起了各国的高度重视和关注。如何维护金融安全成为目前许多国家的第一要务。金融犯罪滋生和蔓延是破坏金融管理秩序的相当重要的因素。预防金融犯罪、防范金融风险对于国家经济建设和社会发展有重大的意义。

第一节 金融犯罪的定义

所谓金融,按字面意思解释,是指货币的转移和资金的融通。从经济学角度分析,金融是货币流通和信用活动以及与之相关的经济活动的总称,它理应属于现代经济学中生产、分配、交换、消费四大领域中的分配范畴。理论上一般认为,金融的内容包括货币的发行与回笼,存款的吸收与付出,贷款的发放与回收,金银外汇的买卖,有价证券的发行、认购与转让,保险,信托,国内、国际的货币结算等等。作为商品货币关系发展的产物,金融从其产生到发展,可以说每一个过程均对社会的经济发展起着极其重要的促进作用。特别是在现代社会中,金融活动已经渗透到社会经济生活的各个领域和方方面面,并成为“现代经济

的核心”，^①进而在很大层面上起着影响社会政治稳定的作用。

尽管金融在现代经济中已经占有核心地位，影响着社会生活的方方面面，但是我们也应该清醒地认识到，不同的金融秩序会给社会带来不同的效应，即良好的金融秩序必然会对社会经济乃至政治的发展产生巨大的推动力，而金融秩序的混乱则必然会阻碍社会经济的发展并使金融风险加大。国际金融领域一系列风险不断显现和发生，严重威胁着各国和各地区乃至世界的金融安全与发展。例如，2008年席卷全球的金融危机，使得美国曾经叱咤风云的华尔街五大投资银行或倒闭或被并购，一批商业银行破产；保险业巨头AIG、巨型商业银行CITIBANK以及房利美和房地美，只因美国联邦政府巨额财政救助才免遭灭顶之灾；三大汽车业巨头深陷泥潭，失业率攀升，厂商和消费者信心陡降。有学者还据此将1973年的石油危机，1987年、2001年的股市崩盘，1980年的美国经济衰退，1994年的债市崩盘，2008年的次级债危机这些时间节点联系在一起，提出了全球金融危机“七年一循环”的理论，并大胆预测这个轮回如今又将重新开启。^②笔者认为，产生这些金融风波的原因固然有很多，其中存在严重的金融犯罪却是一个不争的事实。这些现象给我们提出了一些紧迫的课题：在经济和金融全球一体化的背景下，我们应该如何加强对金融秩序的管理？在现代社会中，刑法是否应该介入金融领域并加强对金融犯罪的打击？

金融犯罪是伴随金融市场的建立和发展而出现的一类新型犯罪。就刑法理论而言，金融犯罪其实并不是一个独立的罪名，而是包含在经济犯罪之中的一类犯罪的总称。由于这类犯罪涉及金融领域，且所有的犯罪行为所指向的社会关系均为国家的金融管理制度和管理秩序，因而理论上将其统称为“金融犯罪”。

时下，刑法理论界对于金融犯罪的定义各有不同，既有广义的，也有狭义的；既有列举式，也有概括式；既有行为说，也有结果说，真可谓众说纷纭，莫衷一是。笔者认为，正确定义金融犯罪应遵循以下两个原则：

一是要符合下定义的一般要求。在理论上认为，给一个法律概念下定义必须做到：其一，准确性。即对概念的定义首先要求做到准确，这是下定义的最基本条件。离开了准确性，概念的正确性就无从谈起。其二，合法性。即法律概念不能随意而定，必须从法律的具体规定出发。法律规定发生变化，具体概念也必须发生变化。其三，概括性。即概念要体现具体特征，但又不能是具体特征的罗列和堆积，否则会显得琐碎和繁杂。其四，周延性。这是从概念的外延上说的。

^① 《邓小平文选》(第3卷)，人民出版社1993年版，第366页。

^② 《全球金融危机“七年一循环”又到时间了》，http://finance.ifeng.com/a/20150824/13928488_0.shtml，2016年12月18日访问。

概念应该将所有可能的情形都包括在内,而不能把某些特定情形遗漏。其四,一致性。即概念自身内部要素之间必须保持一致,不能出现矛盾。

二是要符合金融犯罪自身的特点。金融犯罪侵害的客体主要是国家金融管理制度和金融管理秩序,因而从刑法理论上分析,所有的金融犯罪均属于法定犯,即金融犯罪行为均违反了行政法规中的禁止性规范,在其社会危害性达到一定程度时,刑法强调要加以惩罚。正是由于金融犯罪的这一特点,我们在给金融犯罪下定义时,必须紧密结合金融犯罪所侵害的主要客体,否则会将所有发生在金融领域中的犯罪都视为金融犯罪。

根据上述正确定义金融犯罪的原则要求,金融犯罪概念中理应包含以下要素:发生在金融领域,违反金融管理法规,破坏金融管理秩序,依照刑法应受刑罚处罚等。这在理论上已经成为共识。由此而言,笔者认为,金融犯罪是指发生在金融业务活动领域中的,违反金融管理法律法规,危害国家有关货币、银行、信贷、票据、外汇、保险、证券期货等金融管理制度,破坏金融管理秩序,情节严重,依照刑法应受刑罚处罚的行为。

金融犯罪与刑法上诸如盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪和抢劫罪等传统财产犯罪在某些方面具有许多相似之处。如在犯罪的主观方面,金融犯罪中的金融诈骗犯罪行为人在主观上均具有非法占有的目的,而传统财产犯罪行为人在主观上也具有这一犯罪目的。同时,金融犯罪与传统财产犯罪又存在本质区别:

首先,金融犯罪与传统财产犯罪在侵犯的主要客体上存在区别。尽管大多数金融犯罪也可能对公私财产所有权造成损害,但是从犯罪的分类依据及归类标准角度进行分析不难发现,金融犯罪侵害的客体主要是国家的金融管理制度和金融管理秩序。即无论是在货币、贷款、金融票证、有价证券、金融业务专营等领域,还是在证券、保险、外汇等领域,金融犯罪所指向的均是国家的金融管理制度和金融管理秩序。与此不同的是,传统财产犯罪主要侵犯的客体是公私财产所有权。即行为人的行为所指向的是他人的合法财产权利,并非金融管理制度和金融管理秩序。行为侵害的主要客体不同,显然是刑法中金融犯罪与传统财产犯罪的最主要区别之一。

其次,金融犯罪与传统财产犯罪在侵害的对象上存在区别。许多金融犯罪的对象是不特定的,如擅自设立金融机构罪,就不可能有特定的受害对象;而传统财产犯罪的对象一般是特定的,如盗窃、诈骗某人的财物,抢劫某家银行,其受害对象显然是特定的某人或某家银行。

最后,金融犯罪与传统财产犯罪在发生的范围上存在区别。金融犯罪一般只能发生在金融活动中(如货币、信贷、集资、证券期货交易、保险、外汇等金融活动中),即金融犯罪是行为人在参与非法金融活动过程中实施的,行为构成犯罪

的前提条件一般首先是违反金融法规。正是由于这一点,我们才说,金融犯罪是法定犯。传统财产犯罪则不具备这些特征,这些犯罪无须在金融活动过程中进行,也不以违反金融法规为前提条件,反映出来的只是直接侵占(或者毁坏)公私财产的犯罪行为。正是由于这一点,刑法理论才将传统的财产犯罪归入刑事犯或称“自然犯”的范畴之内。例如,刑法中规定的集资诈骗罪、贷款诈骗罪、票据诈骗罪等与传统财产罪中的诈骗罪,虽同为诈骗罪,但却有本质的区别:前者只能发生在集资、信贷、票据等金融领域的活动过程中,而后者则可能发生在任何领域的活动过程中。

第二节 金融犯罪的范围

金融犯罪主要规定在我国现行《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第四节“破坏金融管理秩序罪”和第五节“金融诈骗罪”中。在《刑法》颁布生效后,1998年12月29日全国人大常委会通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》以及此后的《刑法修正案(六)》、《刑法修正案(七)》中,也规定了一些涉及金融犯罪的新罪名。就此而言,到目前为止,金融犯罪共涉及的具体罪名有38个,即伪造货币罪,出售、购买、运输假币罪,金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪,持有、使用假币罪,变造货币罪,擅自设立金融机构罪,伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪,高利转贷罪,骗取贷款、票据承兑、金融票证罪,非法吸收公众存款罪,伪造、变造金融票证罪,妨害信用卡管理罪,窃取、收买、非法提供信用卡信息罪,伪造、变造国家有价证券罪,伪造、变造股票、公司、企业债券罪,擅自发行股票、公司、企业债券罪,内幕交易、泄露内幕信息罪,利用未公开信息交易罪,编造并传播证券、期货交易虚假信息罪,诱骗投资者买卖证券、期货合约罪,操纵证券、期货市场罪,背信运用受托财产罪,违法运用资金罪,违法发放贷款罪,吸收客户资金不入帐罪,违规出具金融票证罪,对违法票据承兑、付款、保证罪,逃汇罪,骗购外汇罪,洗钱罪,集资诈骗罪,贷款诈骗罪,票据诈骗罪,金融凭证诈骗罪,信用证诈骗罪,信用卡诈骗罪,有价证券诈骗罪,保险诈骗罪。

在明确了金融犯罪的定义和范围后,笔者认为,有两个与金融犯罪定义及范围有密切关系的问题值得探讨:一是发生在金融领域中的贪污、贿赂罪是否属于金融犯罪;二是《刑法》第183条的立法意图是什么,即为什么只对保险公司的工作人员犯职务侵占罪或贪污罪予以规定,而对其他金融工作人员犯职务侵占罪或贪污罪则不作规定。

一、金融领域中贪污、贿赂犯罪的归属

金融领域中的贪污、贿赂犯罪,主要是指金融工作人员在金融活动中利用职务上的便利侵占、贪污、受贿和挪用资金、公款等犯罪。对于金融领域中的贪污、贿赂犯罪是否属于金融犯罪,理论界主要有“肯定说”和“否定说”两种决然对立的观点。

“肯定说”认为,金融领域中的贪污、贿赂犯罪应该属于金融犯罪。其理由是:

首先,基于金融犯罪的定义。因为金融领域中的贪污、贿赂犯罪也是发生在金融业务活动中的,违反金融管理法规,破坏金融管理秩序,情节严重,依照刑法应受刑罚处罚的行为。

其次,有法律规定的依据。我国《刑法》第 183、184、185 条对金融贪污、贿赂犯罪作出了明确规定,金融工作人员侵占、贪污、受贿和挪用资金、公款等犯罪应该看做金融犯罪。

再次,这类犯罪与其他金融工作人员利用职务的犯罪特征相同。两者都表现为利用职务之便,违反金融业务操作规定,直接破坏了金融管理秩序,既是渎职犯罪,又是金融犯罪。行为人所渎之职是金融职务之职,这与违法发放贷款罪中银行工作人员违反规定向关系人发放贷款的行为特征、行为性质是完全相同的。如果说前者不属于金融犯罪,那么将后者作为金融犯罪进行规定就无法解释了。

最后,理论研究和司法实务的需要。在司法实践中,金融行业是侵占、贪污、挪用、受贿犯罪的多发区。金融犯罪的极大破坏性亦突出体现在金融机构内部人员的上述几种职务犯罪中。如果不把上述几种犯罪作为金融犯罪,那么对金融犯罪的诸多问题的研究将会失去说服力。事实上,许多学者和实际部门工作者所提出的旨在遏制、预防金融犯罪的对策,主要是针对金融机构内部人员利用职务所犯的侵占、贪污、挪用和受贿等罪提出来的。把上述几种犯罪纳入金融犯罪,与其他金融犯罪一起作为重点研究的课题,有助于突出金融犯罪的整体特点,多角度透视金融犯罪的应用,提出富有说服力的预防对策,也有助于更深刻认识金融犯罪的危害,在打击金融犯罪的实践斗争中不至于心慈手软。^①

“否定说”认为,将金融领域中的贪污、贿赂犯罪作为金融犯罪,很容易混淆金融犯罪与发生在金融活动中以营利、牟取私利为目的的渎职犯罪,金融机构工作人员的侵占、贪污、挪用、受贿犯罪,以及盗窃、抢劫金融机构财物等犯罪行为

^① 参见孙际中主编:《新刑法与金融犯罪》,西苑出版社 1999 年版,第 36 页。

的界限。^①实际上,除诈骗银行外,盗窃银行、抢劫银行这两类犯罪均属于传统的财产犯罪,而不是现代意义上的经济犯罪,更不是金融犯罪。^②

笔者认为,“肯定说”与“否定说”的争议关键在于研究的视角不同。“肯定说”侧重于广义的角度,“否定说”则侧重于狭义的角度。从刑法理论及现行《刑法》规定分析,从狭义角度研究这一问题,即认为金融领域中的贪污、贿赂犯罪不属于金融犯罪的观点似乎更为合理。

首先,把金融领域中的贪污、贿赂犯罪与盗窃、抢劫银行犯罪相提并论,混淆了两者之间根本的区别。因为金融领域中的贪污、贿赂犯罪虽然也可能是针对银行实施的,即在对象上与盗窃、抢劫银行犯罪一致,但是前者发生在从事金融业务活动过程中,并破坏了金融管理秩序;后者则与金融业务活动毫无关系,也不破坏金融管理秩序。在此,笔者尤其要强调的是,不能因为盗窃、抢劫银行犯罪行为使银行的财产遭受损失,就认为是破坏了金融管理秩序,从而把金融领域中的贪污、贿赂犯罪与盗窃、抢劫银行犯罪予以等同对待。这些观点显然是将犯罪对象与犯罪客体混淆了,即以犯罪对象的相同性代替了犯罪客体的相异性。

其次,我国刑法理论在论述金融犯罪时通常都是从狭义上说的,无论是在论述金融犯罪总体的分类和构成要件还是个罪的概念和特征时,都未将金融领域中的贪污、贿赂犯罪作为金融犯罪看待。究其原因,无非是金融领域中的贪污、贿赂犯罪虽然也破坏了金融管理秩序,但是同时也侵犯了公司、企业人员和国家工作人员职务行为的廉洁性,而且后者理应理解为主要客体。根据我国刑法理论,犯罪的性质应由行为所侵害的主要客体决定。由此看来,金融领域中的贪污、贿赂犯罪应该属于普通职务犯罪(指《刑法》第 271 条规定的职务侵占罪、第 163 条规定的非国家工作人员受贿罪和第 272 条规定的挪用资金罪等)或国家工作人员贪污贿赂犯罪(指《刑法》第 382 条规定的贪污罪、第 385 条规定的受贿罪和第 384 条规定的挪用公款罪等)。对此,“肯定说”显然没有注意到。

至于持“肯定说”观点者以金融工作人员违法发放贷款犯罪与金融领域中的贪污、贿赂犯罪都属于金融业务中的渎职犯罪,前者属于金融犯罪,而后者不属于金融犯罪不合理为理由,从而得出金融领域中的贪污、贿赂犯罪也应属于金融犯罪的结论,笔者不能赞同。依笔者之见,这两种情况还是有一定区别的。虽然金融工作人员违法发放贷款犯罪侵犯的是复杂客体,但是刑法已明确将其规定

^① 参见林亚刚:《金融犯罪的概念与构成中若干问题研究》,载《珞珈法学论坛》(第 1 卷),武汉大学出版社 2000 年版。

^② 参见陈正云主编:《金融犯罪透视》,中国法制出版社 1995 年版,第 32 页。

在金融犯罪之中,这足以表明刑法将金融工作人员违法发放贷款这种犯罪的主要客体视为金融管理秩序。对某一个侵害复杂客体的犯罪,究竟以哪一个客体为主要客体,这完全取决于立法者的立法意图。例如,刑法中的抢劫罪,既侵害了财产权利,又侵害了人身权利,到底何者为主要客体,完全依立法者侧重于财产权利保护还是人身权利保护的立法意图而定。现行《刑法》将抢劫罪归在侵犯财产罪中,这就说明抢劫罪所侵害的主要客体应是财产权利。刑法将金融领域中的贪污、贿赂犯罪与金融工作人员违法发放贷款犯罪作了分类规定,充分表明了两者侵害的主要客体的相异性。

这里需要说明的是,我国《刑法》第 183、184、185 条对金融领域中的贪污、贿赂犯罪确实作了特别规定。但是,仔细研读这些规定不难发现,其实这些条文仅仅只是一种提示性规定,而并非归类性规定。在这些条文中,立法者不仅提示人们在认定金融领域中的贪污、贿赂犯罪时特别要注意划清此罪与彼罪的界限,而且还明确指明了具体法条的适用,即分别适用《刑法》第 271、272、163 条以及第 382、384、385 条的规定。由此可见,我们不能因为我国《刑法》中存在第 183、184、185 条的规定,而简单地将金融领域中的贪污、贿赂犯罪侵害的主要客体理解为金融管理秩序,更不能就此认为刑法将金融领域中的贪污、贿赂犯罪归入了金融犯罪。

二、《刑法》第 183 条的立法意图分析

这个问题的内容实际上是:《刑法》第 183 条为什么只对保险公司的工作人员犯贪污罪或职务侵占罪作特别规定,而对其他金融工作人员犯职务侵占罪或贪污罪不作规定?

正如前述,现行《刑法》第 183、184、185 条对金融领域中的职务侵占罪,贪污罪,公司、企业人员受贿罪,受贿罪,挪用资金罪和挪用公款罪作了专门规定。但是,第 184 条和第 185 条所规定的主体均为银行或者其他金融机构工作人员,而第 183 条所规定的主体则是保险公司的工作人员,即对金融系统发案最多的金融工作人员犯职务侵占罪或贪污罪,刑法条文只涉及保险公司的工作人员,对其他金融工作人员犯职务侵占罪或贪污罪则只字未提。为此,有的学者认为,从立法科学上说,这是欠妥当的。因为金融工作人员所犯的职务侵占罪或贪污罪,与保险公司人员犯该两罪具有同样的性质、同样的危害,那么其定罪量刑问题应采取同样的立法方式解决。同时,金融工作人员利用职务之便犯贪污罪或职务侵占罪,与金融工作人员利用职务之便犯受贿罪,公司、企业人员受贿罪,以及挪用公款、挪用资金罪也具有同样的性质、同样的危害,同属职务上的犯罪。既然对他们所犯的受贿、挪用类犯罪在金融犯罪中作出规定,那么就没有理由对他们