

金融欺诈犯罪 立法原理与完善

刘 远 著

国家社科基金项目最终成果

2008年11月结项，鉴定成绩为良，后几经修改



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

金融欺诈犯罪立法原理与完善 / 刘远著. —北京:
法律出版社, 2010. 11

(南京师范大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1345 - 9

I. ①金… II. ①刘… III. ①金融—诈骗—刑事犯罪
—立法—研究—中国 IV. ①D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 201363 号

南京师范大学
法学文丛

金融欺诈犯罪立法原理
与完善

刘远著

责任编辑 董飞
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.25 字数 321 千

版本 2010 年 12 月第 1 版

印次 2010 年 12 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 保定市中国画美凯印刷有限公司

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 - 1345 - 9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

刘远 男，山东章丘人，1971年生于河北饶阳。中国政法大学法学学士（1992）、法学硕士（1995），中国人民大学法学博士（1999）。曾任首都师范大学政法系教师，山东大学法学院副教授、教授。曾在法国巴黎第一大学从事法学博士后合作研究。2007年4月至今任南京师范大学法学院教授、博士生导师。兼任中国法学会刑法学研究会理事、江苏省法学会刑法学研究会副会长等职。

已出版个人专著《金融诈骗罪研究》（2002）、《刑事法哲学初论》（2004）、《刑事政策哲学解读》（2005）、《刑法本体论及其展开》（2007），合作（包括主编）专著《新型经济犯罪研究》（2000）、*Juridictions nationales et crimes internationaux*（2002）、《危害公共卫生罪》（2003）、《刑法学关键问题》（2007）、《金融诈骗罪立案追诉标准与司法认定实务》（2010）等，发表学术论文一百余篇。当前，致力于刑法哲学、司法刑法学和刑法社会学研究。

目 录

第一章 金融犯罪治理与欺诈犯罪定型	001
第一节 我国治理金融犯罪的政策与模式	001
一、引言：历史起点	001
二、金融管理本位主义抑或金融交易本位主义	004
三、单一刑事主义抑或综合治理主义	015
第二节 犯罪定型：金融欺诈与金融诈骗	026
一、引言：吊诡的立法现象	027
二、金融欺诈犯罪概念的形成	028
三、两种定型技术对刑事司法的影响	046
第三节 金融欺诈犯罪的立法修正述评	067
一、纯正金融欺诈犯罪的立法修正	067
二、非纯正金融欺诈犯罪的立法修正	071
三、金融欺诈犯罪立法修正的可取面	074
四、金融欺诈犯罪立法修正的不足面	079
五、骗取贷款、票据承兑、金融票证罪评说	107

第二章 金融欺诈行为的犯罪性与犯罪化 121

第一节 对犯罪概念的反思与重构 121

一、《刑法》第13条的司法解读与逻辑重述 121

二、应受刑罚处罚性评判的逻辑结构 126

第二节 金融欺诈犯罪的规范与法益评价 136

一、金融欺诈犯罪的规范违反性 136

二、金融欺诈犯罪的法益侵犯性 144

第三节 金融欺诈的犯罪化限度及路径 149

一、金融欺诈的犯罪化限度 149

二、金融欺诈的犯罪化路径 162

第四节 地下钱庄的刑法规制问题探究 187

一、地下钱庄的类型性分析 189

二、地下钱庄的对策性分析 193

第三章 金融欺诈犯罪立法的制度性条件 217

第一节 金融监管制度和社会信用制度 217

一、金融监管制度 217

二、社会信用制度 230

第二节 金融行政执法与刑事司法衔接机制 235

一、行政执法与刑事司法衔接机制论略 235

二、金融情报机构的现状与完善 263

第四章 金融欺诈犯罪立法的渊源模式 288

第一节 罪刑法定原则与刑法渊源模式 288

一、刑法渊源模式的道德性问题 289

二、刑法典的意义及入典犯罪类型	301
第二节 金融欺诈犯罪渊源模式的选择	304
一、金融刑法渊源的可能模式及其制约因素	305
二、我国金融刑法渊源模式的改革方向	313
第三节 立法框架与金融诈骗罪的去留	324
一、破坏金融交易秩序罪的立法化	324
二、金融诈骗罪的去留	328
第五章 金融欺诈犯罪的法定刑设置及完善	351
第一节 金融欺诈犯罪的刑罚理念	351
一、刑罚理念的一般探讨	351
二、金融欺诈刑罚理念的探讨	359
第二节 金融欺诈犯罪罚金刑完善路径	376
一、必并制与得并制之选择	376
二、罚金数额的立法方式	378

第一章 金融犯罪治理与欺诈犯罪定型

第一节 我国治理金融犯罪的政策与模式

从20世纪90年代中期开始的我国治理金融犯罪的实践,从政策和模式上都选择了金融管理本位主义,而现在应该转向金融交易本位主义了。为此,需要将“破坏金融管理秩序罪”与“金融诈骗罪”的立法模式改为“破坏金融交易秩序罪”与“破坏金融管理秩序罪”的模式,需要从国有金融机构保护主义转向平等保护主义。与此相适应,应当摒弃单一刑事主义,而采取综合治理主义。当务之急是对交易型金融犯罪的刑事政策和治理模式从严苛转向宽和,从消极预防转向积极预防。

一、引言:历史起点

探究我国治理金融犯罪实践的政策与模式,首先需要确定这一实践的历史起点。笔者认为,这一问题可以通过探讨“金融犯罪”这一名词的形成来解决。日本法学家川岛武宜说:“一般情况下,若非人们要将

一事物从他事物中区别、辨认出来,或必须或感觉到有此必要指称该事物,一个词汇不可能形成。”^①很明显,早就有伪造货币的犯罪,如今这些犯罪已毫无争议地被纳入金融犯罪的范畴,但反过来,“金融犯罪”一词的出现却大大晚于伪造货币犯罪的立法,这至少说明伪造货币犯罪并非“金融犯罪”一词所指称的核心内容。那么,是什么导致了“金融犯罪”一词的形成并构成其核心内容呢?回顾历史,不难发现,是金融市场上的交易型犯罪。也就是说,金融犯罪是人们为了指称金融市场上的交易型犯罪而造就的词汇。^②

“金融犯罪”一词形成的历史前提是金融市场的存在。在我国,金融市场形成于20世纪90年代。学者指出,从1978年到2003年,我国经济体制改革的重心是建立工业部门的现代企业制度,与之相适应,金融部门的改革旨在建立独立于财政的市场取向的金融体系,目的在于创造与企业改革相适应的外部环境。其间,以20世纪90年代为界,之前的金融体系最大特点就是“有机构无市场”,金融市场在当时不存在,更没有发展起来。随着上述金融体制改革任务的完成,90年代后我国金融体系发生了较大变化。银行系统呈现出多层次的市场主体,非银行金融中介也得到空前发展,金融体系改变了之前“有机构无市场”的窘境。^③1994年被称为我国的“金融体制改革年”,^④而1995年则被称

① [日]川岛武宣:《现代化与法》,申政武等译,中国政法大学出版社2004年版,第138页。

② 从所见的立法资料来看,“金融犯罪”一词最早出现在1995年全国人大常委会法工委主任向全国人大常委会所作的《〈关于惩治破坏金融秩序的犯罪分子的决定(草案)〉的说明》中,该文件是在“金融领域中的犯罪”意义上使用“金融犯罪”一词的。当时《关于惩治破坏金融秩序的犯罪分子的决定(草案)》把金融工作人员的受贿、挪用资金、挪用公款等职务犯罪都规定进去了。当时也有不少人是在“金融系统中的犯罪”意义上使用“金融犯罪”一词的。这表明,人们并非一开始就能认识到金融犯罪与金融交易、金融市场的内在联系。参见刘远、赵玮:“论金融犯罪的概念与地位”,载《河北法学》2005年第7期。

③ 参见曹远征:“对我国金融体制改革的回顾与展望”,载 <http://www.studa.net/jinrong/090218/15444982.html>,2010年4月13日访问。

④ 参见叶青、周杰编著:《中国金融警世录》,湖北人民出版社1995年版,第1~28页。

为“金融立法年”。^①有了金融市场,也就有了金融市场上的交易型犯罪。这类交易型犯罪被人们称为“金融犯罪”,正如美国司法部文件所说,它们是“以对信用的欺骗、隐瞒或者违反为特征,无须依赖物理强制、暴力或威胁而实施。是个人或组织基于私人或商业利益的获取而实施的”。^②而一旦有了金融市场上的交易型犯罪,也就有了采取相应法律对策的行动。1995年,我国制定颁布了4部金融法律及1个单行金融刑法,即《中国人民银行法》、《商业银行法》、《票据法》、《保险法》及《全国人大常委会关于惩治破坏金融秩序的犯罪分子的决定》,初步形成了我国金融法体系的基本框架。“金融犯罪”一词,正是在这一背景下,经由相关的“金融领域的犯罪”^③、“侵犯金融管理制度的犯罪”、“国家金融证券经济制度的被侵犯与犯罪”、“危害金融罪”、“危害金融犯罪”等前期词汇的磨合,才逐渐形成的定型词汇。^④它的形成,体现了我国金融体制改革对刑法的新的实践要求。

不难看到,不是金融管理而是金融市场决定了“金融犯罪”一词的产生,金融市场上的交易型犯罪是金融犯罪的核心内容,这意味着金融市场是理解金融犯罪的关键因素。以金融市场上的交易型犯罪为核心的金融犯罪概念一旦形成,伪造货币等各种旧的或新的破坏金融管理的犯罪也就由于自身与金融市场上交易型犯罪这种新型犯罪之间具有的家族性关联,被吸纳到金融犯罪之内,构成了金融犯罪的边缘内容。只有以金融市场为逻辑基础,才能看到金融犯罪的这种内部结构及其决定性因素。因此,本书的讨论不应以我国治理伪造货币等破坏金融

① 参见朱大旗:《金融法总论(四)》,载 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=19794>, 2010年4月15日访问。

② 转引自[美]尼尔·沙福尔、安迪·霍克斯特勒:“金融犯罪的成因及控制”,杨洁译,载刘明祥、冯军主编:《金融犯罪的全球考察》,中国人民大学出版社2008年版,第435页。

③ 参见王大为:“金融欺诈被害人的研究”,载《公安研究》1996年第5期。

④ 参见刘远:《金融诈骗罪研究》,中国检察出版社2002年版,第6页。

管理的犯罪的实践为历史起点,而只能以 90 年代中期以来治理金融市场上的交易型犯罪的实践为历史起点。

二、金融管理本位主义抑或金融交易本位主义

我国治理金融犯罪的实践,是从反金融诈骗开始的。^①古罗马法学家西塞罗说:“犯罪有两种形式,一种是使用暴力,另一种是使用诈骗的手段。”^②我国最早的金融市场上的交易型犯罪恰好就是金融诈骗。所以,20 世纪 90 年代中期,人们也在观念上把金融犯罪归结为一个“骗”字。^③金融诈骗成为交易型金融犯罪的最早形式不是偶然的,而是我国金融体制改革初期的必然现象。从 1978 年到 1986 年,在原来单一银行体制基础上,我国逐步建立起适应有计划商品经济发展需要的二级银行体制(中央银行体制)。国家改变资本分配体制,对国有企业的财政拨款改为银行贷款,重建专业银行。同时,为了调动各方面发展经济的积极性,进行了“放权让利式”改革。随着资源配置的计划控制减弱,乡镇企业等非国有企业发展起来,由非政府部门掌握的剩余也多了起来,加上国有企业自主权扩大,客观上产生了对金融服务的需要。^④从 1987 年到 1993 年,我国又试办商业银行和其他非银行金融机构,初步形成了以中央银行领导,以国有专业银行为主体,多种金融机构并存、分

^① 自 1991 年下半年至 1994 年 4 月,金融系统开展了以“防诈骗、防盗窃,保金融资金安全”为内容的“两防一保”;自 1994 年 5 月开始,又开展了以“防诈骗、防盗窃、防抢劫,保障金融资金安全”为内容的“三防一保”。显然,防盗窃、防抢劫并不具有防治金融犯罪的意义,但是防诈骗却具有这一意义。1994 年年底全国政法工作会议将金融诈骗列为翌年重点打击犯罪。1995 年全国人大会议上的政府工作报告也要求把金融诈骗犯罪作为重点打击对象。

^② 转引自[西]Francisco Muñoz Conde、[意]Luigi Foffani:“作为金融犯罪的犯罪者和受害者的银行或其他金融信贷机构”,朱婷译,载刘明祥、冯军主编:《金融犯罪的全球考察》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 455 页。

^③ 参见杨春洗主编:《我国当前经济犯罪研究》,北京大学出版社 1996 年版,第 340 页。

^④ 参见林毅夫:“我国金融体制改革的方向是什么?”,载 <http://finance.sina.com.cn/d/20040611/1841810003.shtml>,2010 年 4 月 13 日访问。

工协作的金融体制。^①在我国金融体系从“有机构无市场”到“有机构有市场”的这一过渡时期,金融犯罪自然是以诈骗为主要形式的。^②

在我国治理金融犯罪实践的初期,面对上述现实,如果立足于不同的刑事政策理念,可能会构建出不同的刑法规范框架,然而,立法者选择了金融管理本位主义,于是将所有金融犯罪都看作是对金融管理秩序的破坏,金融诈骗也不例外,只是因金融诈骗行为方式统一且最显著,才将其从中分离出来单独规定,最终形成刑法中“破坏金融管理秩序罪”一节规定在先,“金融诈骗罪”一节规定在后的立法框架。^③当然,金融管理本位主义不是空穴来风,它反映了计划经济体制的残余影响,也适应了90年代前我国金融市场十分混乱和非市场因素太多的状况,因此,在缺乏金融市场观念的情况下,金融诈骗没有被理解为金融市场上的交易型犯罪,而主要是被理解为古老的诈骗犯罪向金融领域的蔓延。长期以来,在金融管理本位主义刑事政策支配下,刑法教科书把金融诈骗罪的主要客体也理解为“金融管理秩序”。^④但是,却不能说金融管理本位主义在当时是唯一的选择。因为,按照1993年12月国务院《关于金融体制改革的决定》和《关于进一步改革外汇管理体制的通知》的规定,我国自1994年1月1日起开始进行金融体制的全面改革,以建立适应社会主义市场经济发展需要的金融体制。在这样的背景下,立法者仍然维持了金融管理本位主义的政策立场,不无遗憾。此

① 参见朱大旗:“金融法总论(四)”,载 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=19794>, 2010年4月15日访问。

② 这一时期的三次金融犯罪高潮,主要是金融诈骗猖獗。参见熊选国:《刑法刑事诉讼法实施中的疑难问题》,中国人民公安大学出版社2005年版,第151页。由于金融市场刚开始发育,“非法集资”还没有成为一个法律概念,刑法中也没有对应罪名。1993年、1994年前后几起集资大案,如长城机电公司非法集资案、无锡新兴公司非法集资案中,对被告人是以投机倒把罪定罪判刑的。

③ 1995年制定的《全国人大常委会关于惩治破坏金融秩序的犯罪分子的决定》,就是以金融诈骗的刑法规制为重心的,其关于其他金融犯罪的规定基本上也是围绕着防治金融诈骗而立的。1997年《刑法》在分则第3章分两节即第4节“破坏金融管理秩序罪”和第5节“金融诈骗罪”对金融犯罪的规定,是上述立法逻辑的自然延伸。此后至今,金融犯罪的立法经单行刑法和刑法修正案多次修改,但金融犯罪的基本立法逻辑一以贯之。

④ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2001年版,第427~438页。

后,金融管理本位主义一直主导着金融执法。例如,为打击手机短信诈骗犯罪,福建省安溪县公安局、中国人民银行安溪支行、中国银监会泉州监管分局安溪办事处联合发布公告,规定“为严厉打击虚假信息诈骗违法犯罪活动……用户需持本人有效身份证原件到银行柜台办理相关业务,持他人存折或储蓄卡取款时,应提供开户人和取款人有效身份证原件办理”。这意味着该县所有的银行柜员机将暂时因此全部关闭。^①安溪柜员机事件给日常金融交易带来诸多不便:一是原来占据银行业务总量 1/3 的柜员机业务现在都由银行柜台承担,这无疑增加银行的工作负担,导致金融资源的低效配置;二是银行柜台交易程序的繁琐性和时间限制性,影响了普通客户正常的金融交易,降低了金融交易的效率。这一事件反映出当地政府和金融监管部门金融管理本位的思维方式,是“情政”思维的又一个样本。

一旦采取金融管理本位主义,刑事立法自然就只是简单反映当时金融犯罪现象的结构状况。这种客观描述式的立法逻辑,一旦固定下来,对此后金融犯罪现象的结构状况的变化就难以适应。从 1998 年以来,全国人大常委会对金融刑法的修改补充,全是针对“破坏金融管理秩序罪”,对“金融诈骗罪”基本上未作修改,^②以至于“破坏金融管理秩序罪”一节日益膨胀,与“金融诈骗罪”日益不协调。金融诈骗罪不仅在立法实践中失去了往日的风光,更在司法实践中捉襟见肘。因为,随着

^① 参见“福建安溪为打击短信诈骗封杀所有银行柜员机”,载 <http://news.sina.com.cn/c/2006-06-06/02219125868s.shtml>,2006年6月6日访问。

^② 2005年2月28日施行的《中华人民共和国刑法修正案(五)》,第2条对刑法第196条“信用卡诈骗罪”进行了修改,增加了使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的犯罪行为,即(第1款:“信用卡诈骗罪”)有下列情形之一,进行信用卡诈骗活动,数额较大的,处5年以下有期徒刑或者拘役,并处2万元以上20万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处5万元以上50万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产:(1)使用伪造的信用卡,或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的;(2)使用作废的信用卡的;(3)冒用他人信用卡的;(4)恶意透支的。(第2款)前款所称恶意透支,是指持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。(第3款:“盗窃罪”)盗窃信用卡并使用的,依照本法第264条的规定定罪处罚。

市场经济的发展,金融犯罪成为越来越重要的经济犯罪。例如,上海市的金融犯罪从1998年起5年间,平均每年以4.8%的速度增长;贵州省法院系统2001年1月至10月份共审结破坏市场经济秩序犯罪案件190件,其中涉及金融犯罪的案件就多达129件,占经济犯罪案件总数67.9%。^① 这些数字,从不同角度反映出惩治金融犯罪在惩治经济犯罪中的重要性。然而在实践中,金融诈骗罪却越来越不中用。以山东省为例,金融诈骗案件的立案占经济犯罪立案比例在2003年继续下降,涉案总价值占经济犯罪涉案总价值的比例随之下降,而挽回经济损失占经济犯罪挽回损失的比例却创下2000年以来最低点,仅为7%。同时,由于金融诈骗罪要求以非法占有为目的等原因,许多金融诈骗案件受理后只有经过初查才能决定是否立案,所以破坏金融管理秩序犯罪案件的受理与立案的比例要高于金融诈骗犯罪案件的这一比例。^②

但这还不是问题的关键。关键在于,现代金融经济要求于金融刑事政策的,不是金融管理本位主义,而是金融交易本位主义。因为,金融经济是信用经济,^③信用只有在金融交易过程中方能发挥其资金融通的作用。^④ 因此,金融活动的核心是金融交易,金融秩序在本质上是以信用为基础的金融交易秩序。与此相适应,金融法的核心主线是金融交易合同法律制度。^⑤ 金融管理及由此形成的金融管理秩序,是在金融交易基础上逐步产生和发展的,其实质是运用公权力保障金融交易主体间平等的交易自由。哈耶克认为,自由是一种状态,在这种状态下社会中的一些人对另一些人的强制被降低到最低程度。自由的“制度框架”在为个人的首创精神提供最广阔活动空间的同时,又为个人努力进

① 参见吕绍忠、李川：“山东省金融犯罪问题调研”，载《中国刑事法杂志》2005年第1期。
② 参见吕绍忠、李川：“山东省金融犯罪问题调研”，载《中国刑事法杂志》2005年第1期。
③ 参见王爱俭、孟浩：“建立我国个人信用制度对策研究”，载《经济学动态》2001年第12期。
④ 参见周大中著：《现代金融学》，北京大学出版社1996年版，第44～45页。
⑤ 参见张宇润：“金融自由和安全的法律平衡”，载《法学家》2005年第5期。

行有效合作提供最佳机会。历史主义、实证主义、唯科学主义、建构论理性主义等可用“计划派”一词来概括,与之针锋相对的哈耶克及整个奥地利学派则可以概括为“自由派”。前者在社会共同生活的组织原则上相信“计划”的优越性,而“计划”一旦成为组织原则,就不可能只停留在经济领域,势必会在政治及社会生活的一切领域推行。后者则相信“自由”的优越性,用哈耶克的概念,就是相信“自发秩序”的优越性,“自由”也不可能只停留于经济领域,它要求“法治下的自由”这样一种政治秩序。^①作为这样一种“制度框架”的体现,“自由市场经济制度成为当今世界最具有活力和竞争性的制度”,因为“人类历史的经验证明,人性的基本面是不可以改造的,尽管人的道德水准和文明程度可以获得提升。人为了自身福利的提高,必然选择专业化的生产方式,而市场交换又使人由专业化的生产者成功转变为全方位的消费者。市场交换越是自由,这种转变的效率就越高,人的福利水准也就越高。”^②具体到金融领域,金融自由化在其本质上是金融交易的自由化,其基本特征是金融交易市场的开放性、金融交易业务的广泛性、金融交易领域的综合性。因此,要适应金融自由化和金融全球化^③的要求,促进本国金融及经济的发展,就必须树立金融交易本位的金融法制观。尽管在金融全球化中,金融监管也为国际政治服务,^④但一般来说,金融监管的目的有三个:第一,维护金融体系的安全和稳定;第二,促进金融业开展公平竞

① 参见朱正琳:“执著地关注哈耶克”,载《南方周末》2007年10月18日第26版。

② 党国英:“让市场经济更自由 让社会主义更民主”,载《南方周末》2007年10月11日第29版。

③ “全球化”被用来形容“商品、服务、资本和技术在世界性生产、消费和投资领域中的扩散”,并在贸易领域、生产领域、金融领域三个层面上被使用。经合组织前首席经济学家弗朗索瓦·沙斯奈指出:“经济全球化的本质是资本全球化,而金融领域则是资本全球化的枢纽和杠杆。”转引自盛学军:“冲击与回应:全球化中的金融监管法律制度”,载《法学评论》2005年第3期。

④ 例如,联合国安理会2010年6月9日就伊朗核问题通过第1929号决议,决定对伊朗实行自2006年以来的第四轮制裁。决议的主要制裁措施中包括禁止各国与伊朗进行与核活动有关的金融交易,禁止伊朗在国外开设可能会被用于资助其核活动的独资或合资金融机构。参见“安理会通过第四份对伊朗制裁决议 制裁力度更大”,载 <http://news.sohu.com/20100609/n272683911.shtml>,2010年6月10日访问。

争;第三,保护投资者和存款人的利益。金融监管的三个目的是相互联系的,最终落脚点是维护投资者和存款人的合法利益。^① 各国证券法在信息披露制度上均恪守“三公”原则,公开和公正是手段和途径,而公平是目的。公平原则要求发行人、证券中介机构公平对待其他市场参与者,特别是投资者、客户,禁止“有选择地披露”。^② 英国金融业通过制定和实施《2000年金融服务与市场法》实现了综合经营之后,其统一的单一金融监管部门就叫“金融服务局”(FSA)。^③ 综上所述,在金融秩序的结构中,金融交易秩序是目的,金融管理秩序是手段。金融交易本位主义正确理解和处理了这种关系,而金融管理本位主义则走向反面。至少在以下问题上,两者具有不同取向:

其一,采取“破坏金融管理秩序罪”与“金融诈骗罪”的分类框架,抑或“破坏金融交易秩序罪”与“破坏金融管理秩序罪”的框架?

金融管理本位主义由于缺乏金融交易型犯罪与金融管理型犯罪的分类理念,所以其关于“破坏金融管理秩序罪”与“金融诈骗罪”的立法分类只具有形式性(行为方式性)分类意义,因为就连金融诈骗罪本身也是被从金融管理秩序的角度来评价的。在金融交易本位主义看来,金融诈骗固然是金融市场上的交易型犯罪,但金融市场上的交易型犯罪并非都是金融诈骗。除了金融诈骗,还包括是“骗”但非“诈骗”的犯罪,对于这些金融交易型犯罪,可称为“金融欺诈犯罪”。^④ 但需注意,不属于金融诈骗的金融交易型犯罪除了金融欺诈犯罪外,还有金融背信犯罪(后文详述)。对金融交易可以进行各式各样的分类,有多少种金

^① 参见魏方:“简论我国的金融监管”,载徐杰主编:《经济法论丛》(第2卷),法律出版社2001年版,第425-426页。

^② 参见郝银钟、王莉君主编:《证券违法与犯罪研究》,人民法院出版社2004年版,第19页。

^③ 参见葛敏、郑人玮:“金融衍生品市场统一监管法律制度的构建”,载《环球法律评论》2005年第6期。

^④ 参见刘远:“金融欺诈犯罪的概念及其功用”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第13卷),法律出版社2008年版,第384-397页。

融交易分类法,就有多少种金融欺诈犯罪分类法。传统金融业的分类法,可以把金融欺诈犯罪分为银行欺诈犯罪、证券欺诈犯罪、保险欺诈犯罪、信托欺诈犯罪。按照现行刑法的逻辑,所有金融欺诈犯罪都该归入“破坏金融管理秩序罪”之中。这样,下述问题,即对金融欺诈犯罪,究竟是以金融市场所要求的金融交易秩序还是以金融当局所诉求的金融管理秩序为刑法评价尺度,才合乎刑法正义,就被遮蔽起来了。从金融交易本位主义看,金融欺诈犯罪作为金融交易型犯罪,理应被以金融交易秩序来评价,而事实上是一直被以金融管理秩序来评价。

最典型的是,内幕交易罪,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、期货市场罪等证券、期货欺诈犯罪,从金融交易本位主义看,其危害性都主要在于对金融交易秩序的侵犯。例如,内幕交易犯罪“首先和最重要的是一种破坏金融市场运行的犯罪”,“我们可以看到荷兰和欧盟在几年的时间里内幕交易的立法已经改变了很多,但是一个重要的特征始终保留着”,那就是“内幕交易犯罪被视为是破坏金融市场完整性的犯罪”,“证券市场的平稳运行和公众对市场的信心是经济增长和财富的先决条件。滥用市场会破坏金融市场的完整性,损害公众对股票及其衍生物的信心”。^① 由于没有与“破坏金融管理秩序罪”相对的“破坏金融交易秩序罪”,内幕交易罪就在立法上无法归入“金融诈骗罪”,而只能归入“破坏金融管理秩序罪”。不把金融欺诈犯罪的评价基点放在破坏金融交易秩序方面,而是放在破坏金融管理秩序方面,这并非立法者不得已而为之,而是陈旧过时的金融刑事政策的体现。

再如,现行立法将内幕交易与泄露内幕信息这两种不同的行为规

^① [荷]B. F. Keulen, J. Hielkema, J. A. Nijboer: “荷兰和欧盟的反金融犯罪斗争”,郝艳兵译,载刘明祥、冯军主编:《金融犯罪的全球考察》,中国人民大学出版社2008年版,第18、23页。