

刘宪权 ◎主编

刑法学研究

Research on Criminal Jurisprudence

第4卷



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D914.04/18

:4

2007

上海市教委重点学科项目

刑法学研究

Research on Criminal Jurisprudence

主 编 刘宪权

副主编 杨兴培



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法学研究. 第4卷/刘宪权主编. —北京:北京大学出版社, 2007. 11
ISBN 978-7-301-13044-5

I. 刑… II. 刘… III. 刑法-研究-丛刊 IV. D914.04-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 172901 号

书 名: 刑法学研究(第4卷)

著作责任者: 刘宪权 主编

责任编辑: 朱 彦 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-13044-5/D·1914

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 16 印张 305 千字

2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

前 言

随着改革开放的不断深入,我国的金融市场也在逐步完善过程中。由于金融产品不断变动的特点,导致与金融相关的民商事法律的不断修正,由此导致与金融相关的犯罪处于变动不居的状态。金融犯罪是对金融市场的最大侵害,研究金融犯罪对维持健康的金融市场、完善社会主义市场经济具有重要意义。为此,本卷特组织了华东政法大学的在读博士生和硕士生就金融犯罪展开一组笔谈。笔谈围绕金融犯罪展开了热烈讨论——既涉及我国金融犯罪立法的沿革,也涉及中外立法模式的比较;既有对我国金融犯罪现状和趋势的宏观研究,也有针对具体罪名的微观研究;在微观研究中,既有对既有犯罪含义的重新诠释,也有对司法实务中新出现事物的处理意见。限于篇幅,笔谈的文章或许仅仅是浅尝辄止,但我们希望该组笔谈能起到抛砖引玉的作用,激起学术界和实务界对金融犯罪的关注,从而加强对这一问题的研究。

本卷“学者专稿”一栏刊登的是上海交通大学法学院张绍谦教授和赵运锋博士研究生的《民营企业原罪问题探究》。文章认为,由于我国法律不完善,导致有些民营企业家在创业初期,实施过违法甚至犯罪行为。如何评价这一行为,对完善我国社会主义市场经济、建设社会主义和谐社会具有重要意义。所谓企业原罪,是指民营企业在创业初期实施的,根据当时法律视为是犯罪,根据现在法律也是犯罪的行为。由于企业在现阶段守法经营,为社会创造财富,如何正确认识之前的犯罪行为引起了社会各界的关注。作者认为,刑法介入企业原罪的原则是刑法面前人人平等原则和宽严相济的刑事政策,也即对企业原罪应当采取区别对待、宽严相济的策略。在社会主义市场经济不断完善,民营企业地位不断提升,作用不断加大的今天,这篇论文值得一读。

刊登在“学术争鸣”一栏的是我国刑法学者肖中华教授的《我国现行犯罪构成(成立)理论总置评——为我国现行犯罪构成(成立)理论的辩护》。这是肖教授自其博士论文《犯罪构成及其关系论》出版以来,近些年对犯罪构成理论持续展开研究的重要成果。首先,文章分析了我国犯罪构成理论的渊源,认为我国的犯罪构成理论渊源于前苏联,而前苏联的犯罪构成理论又脱胎于大陆法系犯罪成立理论。

因此,我国犯罪构成理论与大陆法系国家相关的刑法理论存在共通之处。其次,文章比较了我国犯罪构成理论与大陆法系犯罪成立理论,认为两者虽然存在着诸多不同,但是各有利弊。据此,文章最终认为,中国现行的犯罪构成理论的确存在一些体系性和实用性的缺陷(有些问题也同时是研究方法失误所致)。这些问题值得进一步深入探讨、解决,但不必重构,更不必推倒重来。对体系上的缺陷,应当通过概念、范畴、体系的重新整合予以解决;对实用与体系的矛盾,应当通过刑法解释等途径予以消解。将近四万字的论述对正确认识我国犯罪构成理论大有裨益。

本卷“理论前沿”栏目刊登了《刑事优先原则的适用及其限制》和《论刑法中“客观的超过要素”的类型》两篇论文。《刑事优先原则的适用及其限制》是上海市虹口区人民检察院课题组在司法实务及高校科研人员的共同参与下,对我国司法实践适用非常广泛的“刑事优先原则”较为系统的研究成果。文章在总结刑事优先原则适用现状的基础上,深入分析了这一原则适用与限制的基础及必要,并结合司法实践中存在的问题,对其适用与限制提出了具有可行性的建议。这对于刑事优先原则如何具体在司法实践中获得更合理的应用是很有裨益的。《论刑法中“客观的超过要素”的类型》则针对刑法中客观的超过要素展开论述,在理论界已有诸多相关研究成果的基础上,结合我国刑法规范,总结了客观超过要素的种类。文章认为,在犯罪构成中,客观超过要素的具体表现形式多种多样,可归纳为以下几个类型:危害结果、非实行行为、犯罪数额、犯罪时间、犯罪地点、特殊身份、年龄和刑事责任能力,并分别进行了详细论述。研究这一问题,对正确解释刑法,认定罪与非罪、此罪与彼罪都具有重要意义。

刊登在本卷“实务探索”栏目的是肖本山、吴世林的《骗取贷款、信用担保罪若干问题探析》和杨国章、金宏、孙军的《网络犯罪若干问题研究》。前一篇文章将《刑法修正案(六)》第10条确定的罪名概括为骗取贷款、信用担保罪,认为构成本罪不需要“以非法占有为目的”,这种立法模式是设置“堵截构成要件”的重要方式之一,具有“堵截”功能,能够有效地维护我国正常的金融管理秩序。本罪是结果犯和情节犯并列的立法模式。文章重点论述了本罪的客观行为、成立时间、“重大损失”、“其他严重情节”的界定,以及本罪的罪数形态,从而对这一新设罪名进行了较为全面的探讨。后一篇文章则就网络犯罪的含义、管辖标准、虚拟财产以及电子证据进行了论述,在此基础上提出了修正刑法的意见。

“热点透视”栏目刊登了两篇与商业贿赂相关的论文。商业贿赂是我国2006年重点打击的犯罪之一,在刑事司法层面表现为全国范围内对于商业贿赂犯罪展开了更为有力的“严打”。不得不指出的是,在我国惩治商业贿赂的相关刑事立法以及司法实务中均存在着诸多问题和认识偏差。因此,研究如何完善我国立法以

指导司法实践,对有效打击商业贿赂犯罪具有重要意义。卢勤忠教授的《中外商业贿赂犯罪立法比较及对我国的启示》,将我国商业贿赂立法与大陆法系、英美法系国家以及国际公约和区域性公约的相关规定予以比较,涉及立法模式、章节设置、罪名范围、构成要件以及刑事责任诸方面。他据此提出了完善我国商业贿赂立法的具体措施,涉及贿赂的内容、行为方式、犯罪主体、构成要件以及刑罚种类。可见,比较研究对正确认识和完善我国相关立法具有重要意义。来自司法实务部门的谢杰、吕继东则就商业贿赂中的“经济往来”条款进行了详细研究,通过实证调查,发现在司法实践中该条款基本上处于虚置状态。文章据此分析了实践中该条款虚置的原因,并提出了完善意见。通过多种解释方法和原理,文章明确了“经济往来”系列条款的构成要件范围,并详细分析了“在经济往来中”、“违反国家规定”、“账外暗中”和“回扣、手续费”的具体含义。这篇论文对正确认识刑法相关条款具有重要的指导意义。

随着华东政法大学刑法专业第一位博士后的出站,我们在本卷新开辟了一个栏目:“博后报告”,刊登了华东政法大学首位刑法学专业博士后、武汉大学杜国强博士的博士后研究报告:《侵犯商业秘密罪若干问题研究》。文章首先分析了商业秘密的构成要件在于价值性和秘密性,接着根据我国刑法的规定,详细论述了该罪的客观要件和主观罪过,明确了“重大损失”的含义和计算方法。之后,根据司法实践中的常见情形,文章分析了侵犯商业秘密罪与盗窃罪的界限、侵犯商业秘密的犯罪形态和共犯形态。最后,文章就我国刑法规定的缺陷提出了进一步的修正意见。作为华东政法大学刑法学专业的第一篇博士后出站报告,其精彩内容不容错过。

本卷“疑案分析”栏目刊登的是项谷、高维的《到网友家中聊天实施麻醉抢劫是否属于“入户抢劫”——兼谈预谋型与转化型“入户抢劫”的司法认定》。来自司法实务一线的检察官结合具体案例,就“入户抢劫”的含义进行了具体阐释,并将其分为预谋型“入户抢劫”和转化型“入户抢劫”两种类型。要构成前者,在主观上,行为人入户前必须具有抢劫故意;在客观上,行为人入户必须具有非法性;同时,入户行为与抢劫行为之间必须存在方法和目的的牵连关系。要构成后者,必须具备的条件是:转化型“入户抢劫”的先行行为仅指盗窃犯罪行为,而不应包括诈骗、抢夺等犯罪行为;盗窃先行行为应当理解为犯罪行为;入户前后的犯罪故意发生变化;使用暴力的目的条件应受《刑法》第269条限制。本文结合具体案例,就司法实践中常见的问题进行了详细论述,对指导司法实务具有一定指导意义。

“书评书讯”栏目刊登的是对华东政法大学刑法学研究中心近期的两部研究成果的简要书评。《正义秩序寓以节,谦抑道义关乎情》对《情节犯研究》一书进行

了评析。《情节犯研究》是华东政法大学刑法学副教授李翔的博士论文,文章就《情节犯研究》进行了客观评述,既指明其对学术界的贡献,又客观地指出其不足之处。无论是书评还是被评的作品,均值得一读。《理论与实践兼顾,吸收与创新结合》则是对刘宪权教授主持的上海市教委重点课题、于近期出版的《侵犯知识产权犯罪理论与实务》一书的简要评述。文章指出,作为一部知识产权刑法保护研究的新作,该书必将以其理论与实践兼顾、吸收与创新结合的特点引起国内知识产权刑法保护研究界的注目,同时也有助于促进知识产权刑法保护的深入研究。

刘宪权

2007年4月于华东政法大学

目 录

专题笔谈

金融犯罪笔谈	(1)
我国金融犯罪立法回顾及评述	尹华蓉(1)
金融刑法比较研究初探	
——以立法模式比较为中心展开	周 旋(10)
金融犯罪法定刑研究	赵能文(20)
金融诈骗罪中法条竞合问题研究	朱铁军(29)
非法委托理财业务中的金融犯罪问题研究	曹 坚(37)
非法出售未上市公司股权(股票)行为的刑法分析	杨庆堂(45)
违法发放贷款罪若干问题评析	陈 健(54)
洗钱罪认定中的几个问题探究	邓建辉(59)
信用证诈骗罪疑难问题研究及其防范	程兰兰(67)

学者专稿

民营企业原罪问题探究	张绍谦 赵运锋(77)
------------------	-------------

学术争鸣

我国现行犯罪构成(成立)理论总置评	
——为我国现行犯罪构成(成立)理论的辩护	肖中华(86)

理论前沿

刑事优先原则的适用及其限制	上海市虹口区人民检察院课题组(118)
论刑法中“客观的超过要素”的类型	康 诚 朱德才(149)

实务探索

- 骗取贷款、信用担保罪若干问题探析 肖本山 吴世林(161)
网络犯罪若干问题研究 杨国章 金宏 孙军(174)

热点透视

- 中外商业贿赂犯罪立法比较及对我国的启示 卢勤忠(187)
商业贿赂犯罪“经济往来”系列条款研究 谢杰 吕继东(206)

博后报告

- 侵犯商业秘密罪若干问题研究 杜国强(214)

疑案分析

- 到网友家中聊天实施麻醉抢劫是否属于“入户抢劫”
——兼谈预谋型与转化型“入户抢劫”的
司法认定 项谷高维(233)

书评书讯

- 正义秩序寓以节,谦抑道义关乎情
——李翔博士《情节犯研究》述评 孙万怀(242)
理论与实践兼顾,吸收与创新结合
——评《侵犯知识产权犯罪理论与实务》 蒋涛(245)
《刑法学研究》征稿启事 (249)

金融犯罪笔谈

编者按 随着金融业在国民经济中所起的作用越来越大,我国金融法制也日益健全。金融犯罪作为对市场经济最具破坏力的一类犯罪,近几年来一直是备受学者们关注的热点。随着我国加入 WTO,经济的全球化势必带来金融的全球化,金融犯罪将是一个需要长期讨论和深入研究的课题。本刊特组织一批中青年学者对金融犯罪刑法理论予以讨论,这些论文或者提出了独立见解,或者对司法实践中有关金融犯罪的认定和法条适用遇到的疑难问题提出对策。本刊希望以此起到抛砖引玉的作用,激起学界对金融犯罪的更多深入探讨。

关键词 金融 金融犯罪 完善

我国金融犯罪立法回顾及评述

尹华蓉*

金融是现代经济的核心。世界各国都高度重视各种影响金融安全、高效、稳健运行的因素,其中金融犯罪是危害最大的因素。在认识新形势下的金融立法问题之前,回顾我国已有的金融刑事立法体系,总结以往立法的经验和教训,认识现行法律体系的框架和缺陷,对回应新形势的挑战以及与新的立法接轨均有助益。

一、我国金融犯罪立法历程的回顾

1979 年以来,我国以经济建设为中心,实行改革开放,逐步建立了多样化的金融体系。伴随着金融市场的发展,金融犯罪也急剧膨胀。据统计,1998—2003 年,

* 华东政法大学法律学院讲师,华东政法大学刑法学博士研究生。

涉及金融犯罪的案件平均以每年4.8%的比例递增。^① 根据金融犯罪有关立法的演变状况,笔者暂将新中国成立以来的金融犯罪的立法历程划分为四个阶段:萌芽期、筹备期、确立期、完善期。

(一) 萌芽期(1949—1978年)

新中国成立之初,金融体制僵化,金融主体单一,金融监管关系简单。在这一时期,我国实行高度集中的计划经济体制,人民银行垄断金融业务,实行“统收统支”的信贷管理制度,现代意义上的金融市场并未出现。因此,保障金融市场公平、自由的交易秩序的刑法规范也几近于无。

1979年《刑法》制定前,有关金融犯罪的规定集中体现在对危害货币管理犯罪的打击和制裁等方面,如1951年政务院颁布的《妨害国家货币治罪暂行条例》和《中华人民共和国禁止国家货币出入境办法》。

1955年和1957年国家发行新货币时,政务院颁布了《关于发行新的人民币和收回现行的人民币的命令》和《关于发行金属分币的命令》等法令,重申对伪造货币行为的严惩。

(二) 筹备期(1979—1995年)

1979年,我国实行改革开放政策,建立以计划经济为主、市场调节为辅的经济体制。1979年《刑法》是在计划经济体制背景下出台的,规定的金融犯罪罪名并不多,主要有走私罪、伪造国家货币罪、贩运伪造的国家货币罪、伪造有价证券罪等条款。现实中存在的私自放贷、高利贷等违法的融资活动,一般被纳入投机倒把罪或者诈骗罪中进行处罚。

随后,在全国人大常委会颁布的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》中增设了逃汇、套汇罪;在《关于惩治走私罪的补充规定》中增设了走私黄金、白银的规定;在《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》中规定了非法募集资金罪以及相应的单位犯罪的刑事责任,并提高了部分犯罪的法定刑。

按照1993年国务院颁布的《关于金融体制改革的决定》,我国金融体制改革的目标是:建立在国务院领导下,独立执行货币政策的中央银行宏观调控体系;建立政策性金融与商业性金融分离,以国有商业银行为主体、多种金融机构并存的金融组织体系;建立统一开放、有序竞争、严格管理的金融市场体系。

^① 参见李敏:《防范金融犯罪问题研究》,载《学术探索》2005年第4期。

1995年,全国人大及其常务委员会先后颁布了“五法”和“一决定”^①。这标志着我国金融法律体系的基本确立,金融事业步入了法制化、正规化的轨道。这一年也因此被称为中国的“金融立法年”。

《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》(以下简称《决定》)是一部单行刑法,它为打击金融犯罪提供了较充分的法律依据,是金融犯罪立法历史上的里程碑。《决定》增加了15项新罪名,^②修改了部分原有罪名,补充了单位犯罪的规定,调整了有关犯罪的法定刑。与1979年《刑法》相比,《决定》将伪造货币罪、集资诈骗罪、金融票据诈骗罪的最高法定刑提升为死刑。违反规定向关系人发放贷款的犯罪,其最高刑由5年(按玩忽职守罪处刑)提升为15年。同时,犯保险诈骗罪的,依照1979年《刑法》应认定为诈骗罪,其最高刑是无期徒刑;而《决定》中的最高刑为15年,相比之下有所降低。另外,《决定》将1979年《刑法》中对罚金刑的选择适用改为“并处”。

从立法技术看,《决定》重视与其他法律之间的协调。比如,在条文中规定相关的犯罪行为应参照《关于惩治走私罪的补充规定》、《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》和《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》的有关规定处罚。

(三) 确立期(1996—1997年)

在《决定》颁布后的两年里,立法机构紧锣密鼓地开始了《刑法》的修订工作并于1997年颁布了新《刑法》。1997年《刑法》继承了1979年《刑法》的基本框架和体例,但在金融犯罪方面的规定上有较大的突破。

1997年《刑法》在《决定》的基础上进行了修正,采用专节集中对“破坏金融管理秩序罪”与“金融诈骗罪”进行相对全面而系统的规定,共设31个条文,占整部《刑法》的8.8%,规定了30多个金融犯罪罪名,增加了洗钱罪、证券犯罪、金融诈骗罪等内容。

另外,1997年《刑法》加强了对涉案金额巨大、危害显著的金融犯罪的打击力度。

(四) 完善期(1998年至今)

随着经济的快速发展、改革的不断深化以及对外开放的进一步深入,我国经济

^① 即《中国人民银行法》、《商业银行法》、《担保法》、《票据法》、《保险法》和《全国人大常委会关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》。

^② 参见陈兴良:《金融犯罪的特征及立法完善》,载《法学》1996年第1期。学界关于具体罪名的划分各异,少的16个,多的24个,可参见宣炳昭、李麒:《经济犯罪与刑法完善——1995年刑法研究会学术讨论会综述》,载《法律科学》1996年第1期。

体制中长期存在的一些矛盾和困难已经或正在向金融领域转移并积聚。这一时期的金融犯罪呈现出以下特征:发案率高,涉案金额巨大,犯罪主体复杂化,犯罪手段和方式专业化、多样化、智能化,犯罪活动国际化、网络化,资本转移迅捷等。由此,金融犯罪已经成为金融秩序和金融安全的重大隐患。处于转型时期的中国,在发展金融市场管理制度、金融交易活动制约机制的同时,完善金融犯罪立法已刻不容缓。从这一阶段的立法状况看,我国在金融犯罪立法方面的力度和速度都是前所未有的。

首先,这一时期出台的《刑法修正案》有六部,其中四部涉及金融犯罪,分别是:(1) 1999年12月25日通过的《刑法修正案》,将《刑法》第174条中的“未经中国人民银行批准”改为“未经国家有关主管部门批准”,实际上是扩大金融机构范围,从而与相关的行政法律、法规配套;(2) 2001年12月29日通过的《刑法修正案(三)》,增加了恐怖犯罪为洗钱罪的上游犯罪,并规定“单位犯本罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处五年以上十年以下有期徒刑”; (3) 2005年2月28日通过的《刑法修正案(五)》,共四条,其中两条涉及金融犯罪的修正;(4) 继2006年1月1日起施行的《公司法修订案》和《证券法修订案》之后,2006年6月29日又通过了《刑法修正案(六)》,使得金融市场的规范有了重大发展。^①

其次,全国人大常委会以决定和解释的方式对金融犯罪予以规定:(1) 1998年12月29日,全国人大常委会通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,将逃汇罪主体扩张为“公司、企业或者其他单位”,并对罪状细化,提高了最高法定刑,增强了可操作性;(2) 2004年12月29日通过的《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》,使“信用卡”成为一个开放性概念,从而解决了司法上银行卡、借记卡、信用卡等金融术语带来的难题。^②

再次,国务院制定了如下与金融犯罪相关的法规:(1) 1998年7月13日,国务院发布了《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》;(2) 1998年8月11日,国务院办公厅转发了《中国人民银行整顿乱集资、乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案》,对整顿金融“三乱”工作的政策措施等问题作出了规定。对于未经中国人民银行批准,但是根据地方政府或有关部门文件设立并从事或变相从事金融业务的各类基金会、互助会、储金会等机构和组织,由各地人民政府和各有关

① 学界对具体的罪名归纳并不一致,甚至对哪些属于新增或者修改都有不同意见。

② 当然,理论上对这一定义是否“科学”依然存在争议。参见刘宪权、张宏虹:《涉信用卡犯罪刑法修正案及立法解释解析》,载《犯罪研究》2005年第3期;刘艳红、许强:《论〈刑法修正案(五)〉对信用卡犯罪的立法完善》,载《法学评论》2006年第1期;王培斌:《刑事立法摆脱被动应对局面的思考——评全国人大常委会关于信用卡犯罪的立法解释与刑法修正案》,载《天津市政法管理干部学院学报》2005年第3期。

部门限期进行清理整顿,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

复次,最高人民法院、最高人民检察院颁布了相关的司法解释:(1) 2001年1月21日最高人民法院的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》,针对法院受理案件发现的新情况和新问题,对《刑法》相关条文的具体实施细节进行了规定;(2) 2001年4月18日,最高人民检察院、公安部发布了《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》,用接近半数的条文对金融犯罪的追诉标准进行了规定(第16—48条);(3) 2001年7、8月,最高人民法院、最高人民检察院与金融部门两次联合发布了《关于在查处金融违法犯罪案件中加强协作配合的通知》、《关于在金融系统共同开展预防职务犯罪工作的通知》,强调并细化打击金融系统内部犯罪的规定;(4) 2004年11月15日通过的最高人民法院《关于依法严厉打击集资诈骗和非法吸收公众存款犯罪活动的通知》,对金融领域大面积出现的非正规募集资金的违法、犯罪行为予以专项打击;(5) 2006年7月31日通过的最高人民法院《关于审理走私刑事案件具体应用法律的若干问题的解释(二)》,其中也涉及金融犯罪。

最后,金融业的相关立法与金融犯罪也存在密切关系。2003年10月28日,全国人大常委会颁布了《证券投资基金法》,在详细规定基金管理的同时,也涉及了许多《刑法》没有规定的新犯罪行为。例如,分账管理、保管及非法挪用基金财产的行为构成犯罪的,基金管理人 and 托管人非法操作等构成犯罪的行为等。另外,《银行法》、《票据法》和《证券法》也进行了修正。2006年10月31日,全国人大常委会颁布了《反洗钱法》,对洗钱行为的监管问题进行专项立法。

二、我国金融犯罪立法的特点

“金融犯罪”一词最早出现在1995年时任全国人大法工委主任的顾昂然同志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”的意义上使用“金融犯罪”一词的,在司法领域沿用至今。我国在立法或者司法解释中将金融领域的其他犯罪与其一起规范。原因在于,从管理机构或者司法机构的视角考察,金融犯罪通常与金融领域的其他犯罪是并发的。

(一) 立法内容的特点

从立法内容看,我国的金融犯罪立法存在以下特点:

第一,及时回应金融市场和金融管理的需要,紧密联系当时的经济制度甚至国际经济环境。1979年《刑法》是高度计划经济制度下的产物,已不能满足市场经济运转下对社会秩序的保障要求。针对金融市场严重破坏金融管理秩序和发案率

高、危害大的金融犯罪,《决定》应运而生。1997年《刑法》也是在新的经济形势下酝酿出台的。同样,针对亚洲金融危机带来的金融风险,全国人大常委会及时通过《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,补充新的罪名,调整法定刑,有力地保证了国家金融和经济安全。再者,通过的六个《刑法修正案》,无一不是对现实社会的回应。如为适应打击洗钱活动的需要,履行国际公约规定的反洗钱义务,在《刑法修正案(六)》中对洗钱罪作出了修改。

第二,金融犯罪类型增加显著。从立法内容的变化看,新中国成立以来,比较新旧两部《刑法》,其中金融犯罪的改动幅度非常大。从1979年《刑法》的寥寥无几,到1997年《刑法》的两个专节共31个条文、32个罪名,无论从数量计算还是从立法的程度看,都是一个飞跃。另外,在颁布的六部《刑法修正案》中,除第二和第四修正案未涉及金融犯罪外,金融犯罪的相关规定在其他四部修正案中都是重头戏。据统计,六部修正案关于罪名的规定共有48条,^①其中关于金融犯罪的规定有15条,占31.25%。除此之外,全国人大常委会颁布的有关决定中涉及金融犯罪的主要有七个。同时,金融领域的有关法律中“罚则”部分也有金融犯罪的一些附属规定。

第三,犯罪构成不断完善。从犯罪主体看,由于我国在1983年以前,刑事法律并未赋予单位犯罪主体的地位,有关的金融犯罪主体只能是自然人。1987年1月22日通过的《海关法》首次将单位作为犯罪主体。1997年《刑法》统一了单位犯罪的概念,并确立了双罚制。金融犯罪不再局限于自然人主体,从而加大了打击力度。

随着金融市场的发展和金融手段的创新,金融犯罪的个罪犯罪构成要素不断精细。这主要体现为罪名、犯罪对象、行为方式、情节、刑种和刑度的变化。例如,《刑法》第182条规定的“操纵证券交易价格罪”,被《刑法修正案(三)》修改为“操纵证券、期货交易价格罪”,《刑法修正案(六)》又将其修改为“操纵证券、期货市场罪”,其具体的犯罪行为方式、犯罪对象等都发生了变化。

第四,关于量刑情节等技术性内容,主要由司法解释予以规定。与刑法其他部分一样,金融犯罪在具体量刑标准上仍然是以司法解释为操作指南,这使得刑法本身可以言简意赅,保持一定的抽象性和开放性,又不至于无法运用。

第五,金融犯罪的立法逐渐实现与国际接轨。由于经济和金融的全球化,我国的金融立法也借鉴、吸收国外金融法律中通行的立法体例、术语等,加之遵循国际条约和惯例所确定的规则 and 规定,关于金融业方面的法律、法规都呈现出国际化趋势。金融犯罪也不再受国界限制。以银行卡犯罪为例,境内外勾结、分工专业化、

^① 除修正案二外,其他五部修正案最末一条关于生效时间的规定不计入内。

集团化、高科技高智能化成为此类犯罪的新特点。再如洗钱罪,我国立法从无到1990年《关于禁毒的决定》将毒品犯罪列为洗钱罪的上游犯罪,《刑法》将上游犯罪扩大为毒品犯罪、走私犯罪、黑社会性质的组织犯罪,至《刑法修正案(三)》又增加了恐怖活动犯罪,《刑法修正案(六)》又再次增加了贪污贿赂罪、破坏金融管理秩序罪、金融诈骗罪。这一系列变化与我国签署了《联合国禁毒公约》、《联合国打击跨国组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》等有着不可分割的关系。

(二) 立法技术的特点

从立法技术看,与刑法典的立法发展同步,关于金融犯罪的规定也有如下特点:

第一,1997年《刑法》对金融犯罪的立法采用专节进行规定。首先,将金融犯罪与其他破坏市场秩序的经济犯罪区别开来,表明金融犯罪的独特性。市场秩序的内容非常广泛,而金融市场仅仅是其中一部分。相应的金融犯罪,也指在银行业、证券业、保险业、租赁业等金融市场中的犯罪行为。其次,金融诈骗罪单成一节。将金融诈骗罪从破坏金融管理秩序罪中独立出来,虽与刑法整体按照犯罪客体的分类排序有冲突,但凸现了其犯罪行为方式的特殊性以及其与普通诈骗罪的区别。

第二,注重与相关法律、法规的衔接,以及立法解释、司法解释对立法的补充。由于金融犯罪本身与银行、证券、保险等专业领域密切相关,不可能重复立法,因此大量的金融犯罪立法都必须依赖金融领域的法律和法规。另外,金融犯罪随着技术发展、全球化趋势而不断变化,使得法律不得不保持高度的开放性,从而为立法解释和司法解释留出了大量的空间。

第三,采用修正案的方式修改刑法典,确保刑法的稳定性。我国1997年修正《刑法》之后的刑事立法多以颁布单行决定的方式进行。截至1997年全面修订《刑法》,全国人大常委会共制定了22个修改和补充刑法的决定和补充规定。为保持刑法的相对稳定性,全国人大常委会之后即采用修正案的方式对刑法予以修正,并通过刑法解释对一些问题进行补充,使之成为刑法的重要渊源。1997年以来,全国人大常委会共通过了9个关于刑法有关条文和章节含义的解释。

1999年通过的《刑法修正案》创设了法条“之一”的方式,对《刑法》进行修正。^①这既保持了刑法典的原有结构和条文序数,又将新内容充实其中,还体现了与原有条文之间的紧密关系,是值得肯定的一种修正方式。

^① 金融犯罪中类似条文,如《刑法修正案(五)》增加第177条之一,《刑法修正案(六)》增加第175条之一、第185条之一。

三、我国金融犯罪立法的反思

尽管立法和实务部门对金融犯罪的含义相对一致并比较稳定,但是学界对金融犯罪的具体内容却有相当大的分歧和争议。有学者在分析了数十种概念后认为:“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及有关规定,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。”^①笔者认为,此定义相对全面,既体现了刑法处罚的行为具有二次违法的性质,也概括了金融犯罪的特点。在此定义下展开,我国立法中对于金融犯罪的规定明显有以下不足:

首先,金融犯罪的范围需要明确界分。比如,1997年《刑法》第183—185条就不必专门单独规定。这三条规定的是金融领域从业人员的职务犯罪,应归属于贪污贿赂犯罪。

其次,金融犯罪的内容需要增加弹性。自1997年《刑法》确立金融犯罪以来,其主要内容仅限定为第二编第三章第四节“破坏金融管理秩序犯罪”和第五节“金融诈骗犯罪”两部分。这种排列虽具有中国特色,却无法体现出金融犯罪的立法重点和全面性。从严格意义上说,金融诈骗也属于破坏金融管理秩序的一部分。实际上,这种结构会妨碍条文的抽象性和包容性。除去结构上的问题,内容方面缺乏对交易本身的重视和规制,也是非常不完整的。^②

随着金融市场的发展和健全,在金融业务中,目前已有委托理财业务、金融中介行业。可以预见,在今后将不断出现新的行业与领域。这些金融业务中的犯罪并未被纳入现有刑法予以规制。那么,如何在立法时保持其开放性和包容性,是在修改刑法典时必须考虑的。

再次,已有金融犯罪的具体罪名、罪状和刑种的构建不完善。从金融犯罪的立法沿革看,对金融犯罪罪、责、刑三方面的规定,还有一些应当改进的地方。这主要表现在下列几个方面:

其一,一些法律条文中存在所指不明的情况,有的已经通过立法解释、司法解释等予以改善,但有的仍然受到质疑。如关于伪造货币罪中的“货币”,《决定》第23条明确规定包括人民币和外币。2000年最高人民法院通过的《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》第7条又指出,货币“是指可在国内市场流通或者兑换的人民币和境外货币”。那么,伪造不可兑换的货币,究竟如何定

① 刘宪权、卢勤忠:《金融犯罪理论专题研究》,复旦大学出版社2002年版,第9页。

② 参见刘远、赵玮:《论我国金融刑法的罪名体系》,载《政治与法律》2005年第5期。