

山东大学刑事司法与刑事政策研究中心文丛

1



金融犯罪与 金融刑法 新论

张智辉
刘 远


主编



山东大学出版社

山东大学刑事司法与刑事政策研究中心文丛


1



金融犯罪与 金融刑法 新论

张智辉
刘 远

主编

 山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

金融犯罪与金融刑法新论/张智辉,刘远主编. — 济南:山东大学出版社,2006. 2

ISBN 7-5607-3136-8

- I. 金…
- II. ①张…②刘…
- III. 金融—经济犯罪—研究—中国
- IV. D924. 334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 154738 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

山东景升印业有限公司印刷

787×980 毫米 1/16 28 印张 516 千字

2006 年 2 月第 1 版 2006 年 2 月第 1 次印刷

定价:48.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

编者的话

在金融犯罪日趋严重,金融刑法显露不足的背景下,山东大学法学院与最高人民检察院检察理论研究所主办的《中国刑事法杂志》,基于共同的现实关心和良好的合作意愿,于2005年6月18日至19日在泉城济南联袂举办了“全国金融犯罪与金融刑法理论研讨会”。会议共收到学术论文57篇。现在,我们按照以质取文原则将其选辑成书,以飨读者。

本论文集由最高人民检察院检察理论研究所所长、《中国刑事法杂志》主编张智辉研究员和山东大学刑事司法与刑事政策研究中心主任、山东大学法学院教授刘远博士共同主编,并作为“山东大学刑事司法与刑事政策研究中心文丛”之一出版。

需要再三强调的是,本论文集的编选始终坚持以质量为唯一标准,同时,对论文本身的评价并不代表我们对作者的评价。鉴于研讨会闭幕时已直接或间接(通过其论文代交者)通知作者在规定时限内对论文进行修改,经修改后仍不符合收录标准的论文,我们只能忍痛割爱。对论文没有入选的作者,我们只能表示诚挚的歉意,由于我们的水平所限,明珠暗投也未可知。我们自己将不断提高水平,改进工作。

论文篇目选定后,我们按照论文集的整体框架和具体内容,在保持每篇论文结构与风格基本不变的前提下,对大部分论文进行了部分删节和文字修改,甚至改变了个别论文的题目,但愿改了比不改好。

感谢全体与会人员对本次会议的积极参与,没有他们的支持与厚爱,就不会有这部论文集的面世。感谢我国德高望重的刑法学家高铭暄、马克昌两位教授,他们虽然由于工作繁忙未能光临此次学术会议,但却以口头或书面的方式向我们表达了对此次会议的关心与祝贺,这

给我们办好这次会议增添了信心和动力。感谢山大法学院刑法专业硕士生赵玮、汪雷同学,他们为文集的编辑工作付出了辛勤的劳动,由于他们的积极工作,文集才得以尽快出版。感谢参加文字校对工作的山大法学院刑法专业硕士生葛进、范真、谭静、李璐、吕春蕾、彭波等诸位同学。感谢山东大学出版社有关同志为论文集的出版而付出的辛勤劳动。

论文集编辑中的疏漏与不当,敬请作者和读者批评指正。

编者

2005年11月

目 录

理论篇

- 论金融犯罪和金融刑法的概念与地位…………… 刘远 赵玮(3)
- 从金融视角看金融犯罪…………… 黄伟明 李涛(14)
- 金融犯罪惩治规制国际化解读…………… 顾肖荣(21)
- 惩治金融犯罪机制研究…………… 顾肖荣(30)
- 论金融刑法的立法模式…………… 刘远 赵玮(45)
- 论金融刑法的立法技术…………… 刘远 赵玮(61)
- 论金融刑法的罪名体系…………… 刘远 赵玮(74)
- 关于金融刑事立法改革的法律构想…………… 屈学武(89)
- 金融犯罪刑事抗制之思考…………… 刘守芬 申柳华(104)
- 刑事政策视野下的金融刑法的立法完善…………… 曲伶俐 杨晓静(120)
- 金融犯罪刑罚现状及完善…………… 赵喜臣(133)
- 证券期货刑事立法的反思与重建…………… 汪 雷(141)
- 中英两国反洗钱立法发展比较与启示…………… 阮方民(157)
- 金融诈骗罪之立法重构…………… 张新玲(165)
- 金融诈骗罪若干问题研究…………… 冯殿美 孙 丽(178)
- 信用卡犯罪立法修正的理论解读…………… 孙国祥 魏昌东(185)

实务篇

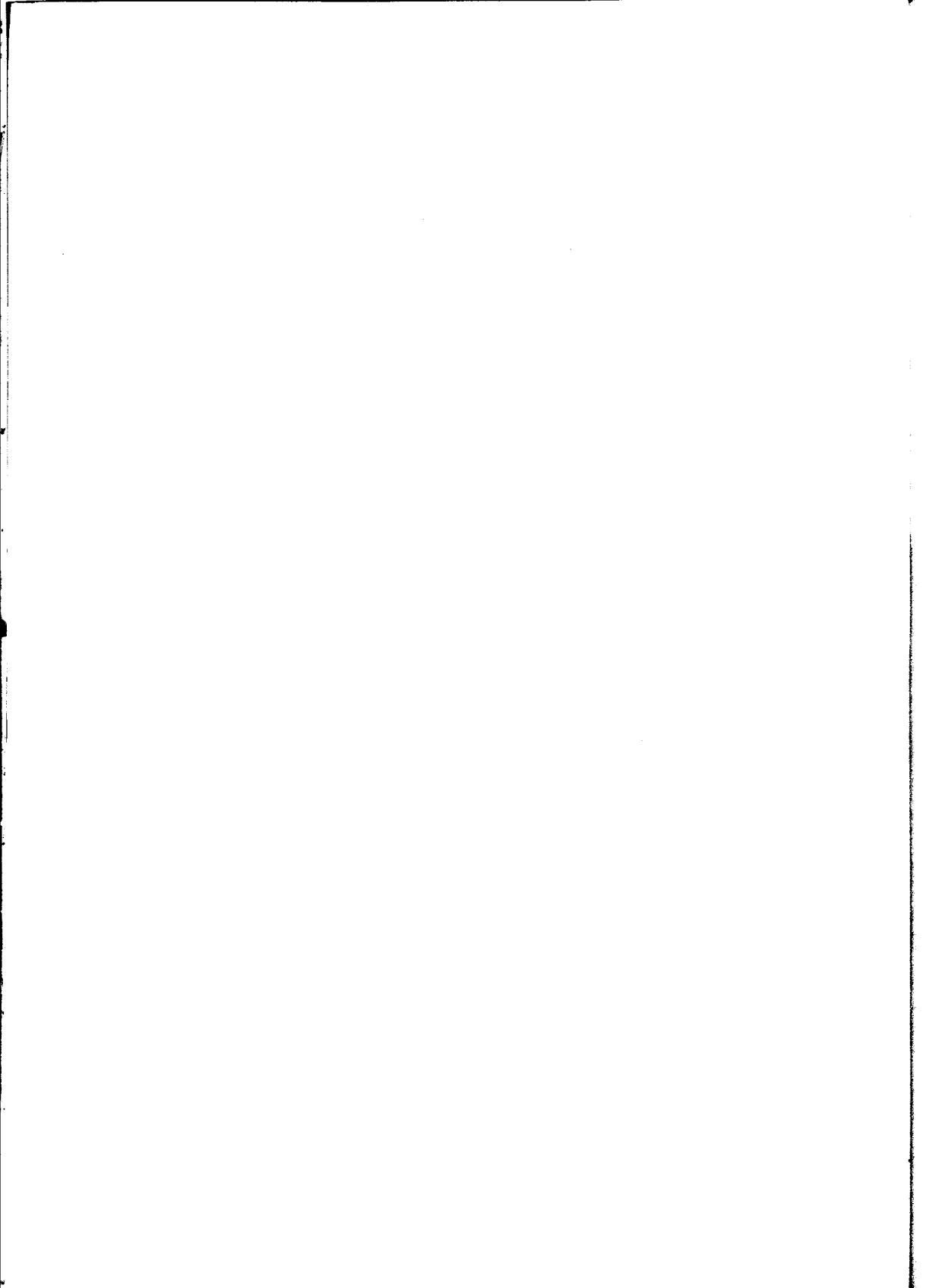
- 金融诈骗罪疑难问题新探索…………… 郭泽强(201)
- 货币犯罪的制度原因及其防范…………… 柳忠卫(213)
- 欺诈发行股票、债券罪现状及立法完善浅议…………… 张远煌 杨静(224)
- 内幕交易、泄露内幕信息罪若干问题研究…………… 杜娟(236)
- 论我国《刑法》第187条立法设计的问题与重构…………… 曹希国(247)
- 非法出具票据犯罪的认定…………… 但伟 石磊(256)
- 洗钱罪若干争议问题研究…………… 贾宇 舒洪水(263)
- “地下钱庄”的刑法思考…………… 许士友 刘仁文(277)
- 论集资诈骗罪的客观要素…………… 张明楷(289)
- 论贷款诈骗罪目的的认定及立法完善…………… 初炳东(308)
- 票据诈骗罪若干问题研究…………… 于改之(318)
- 信用卡诈骗罪若干问题研究…………… 黄京平 左袖阳(331)
- 信用卡犯罪若干疑难问题探析…………… 谢望原 史全领(340)
- 信用卡诈骗罪若干问题研究…………… 侯庆奇(356)
- 盗窃信用卡并使用行为之定性分析…………… 马长生 王珂(365)
- 保险诈骗罪若干问题研究…………… 包雯 禹嵩(374)
- 保险诈骗共同犯罪问题探析…………… 侯艳芳(382)
- 论我国金融犯罪的侦查机制之完善…………… 周长军 王海平(388)
- 通过诉讼制度创新应对金融贪官外逃…………… 黄士元(399)
- 简论证据法学视野中的金融诈骗犯罪…………… 胡常龙(411)

附录

- “全国金融犯罪与金融刑法理论研讨会”综述…………… 庆霞(425)
- 完善金融刑法 遏制金融犯罪…………… 倪爱静(431)
- “禁止从业”可有效预防金融犯罪…………… 刘金林(437)



理
论
篇



论金融犯罪和金融刑法的概念与地位^{***}

何谓金融犯罪？何谓金融刑法？金融犯罪和金融刑法在犯罪概念与刑法概念之中居于何种地位？金融刑法学上的这些基本理论问题，虽有一些相关研究成果问世，但尚有待进一步探讨。

一、金融犯罪是什么

金融犯罪这个名词经过相当一段时间的使用，现在已成了约定俗成的刑法学术语了。^①但是，对金融犯罪的内涵与外延，认识尚不统一。其实无论国内还是国外，正如日本学者芝原邦尔所说：“对金融犯罪并没有什么严格的定义，一般是指与金融机构或与金融交易相关的犯罪。”^②在我国，金融犯罪的概念问题一直没有得到科学的解决。从我们所见的立法资料来看，“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。^③当时上述《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。针对这种观念，有的学者指出，金融犯罪、金融系统中的犯罪、金融领域中的犯罪是既相联系又相区别的概念；具体说，“金融领域中的犯罪”包括“金融系统中的犯罪”与“非

· 山东大学法学院教授。

** 山东大学法学院刑法专业硕士研究生。

*** 本文系第一作者主持的国家社会科学基金项目“金融欺诈犯罪立法完善研究”的阶段性成果之一，项目编号03CFX008。

① 参见刘远《金融诈骗罪研究》，中国检察出版社2002年版，第6页。

② [日]芝原邦尔著、金光旭译：《经济刑法》，法律出版社2002年版，第25页。

③ 参见郎胜主编《〈关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定〉释义》，中国计划出版社1995年版，第194~196页。

金融系统中的但涉及金融机构及其工作人员的犯罪”，前者与后者都分别包括“金融犯罪”与“非金融犯罪”两部分。^①我们认为，论者对金融犯罪外延（范围）的清理是相当准确、合理的，但对其内涵（特征）的界定则不够科学、完整。论者认为：“所谓金融犯罪就是指自然人或组织、单位违反有关货币、贷款、结算、证券、保险、外汇、信托等金融管理法规，侵害金融管理秩序，非法从事金融活动或相关活动的一类经济犯罪。”^②这种观点在当时颇具代表性。1995年前后，我国金融体制尚处于从行政化向市场化改革的起步阶段，金融管制观念发达而金融交易观念淡薄，人们普遍地把金融秩序归结为金融管理秩序，应该说在这种背景下论者对金融犯罪内涵的揭示不够科学、完整也是可以理解的。因为社会存在决定社会意识，建国后几十年时间里，金融长期依附于财政，充当后者的出纳，金融活动被人们视为一种行政管理活动。^③然而伴随金融体制改革的深化，经济货币化和市场信用化的程度也随之提高^④，金融市场呈现出以“放”为主，“放”、“管”结合的发展趋向^⑤，在这种背景下金融交易观念逐步成为主流而为人们所接受。相应地，人们对金融秩序的理解也不再局限于金融管理秩序，建立在金融机构之间以及它们与客户之间经营货币及信用业务的平等经济关系基础上的金融交易秩序，与金融管理秩序一起成为金融秩序两个相辅相成、有机统一的方面。由于完整意义上的金融是货币与信用的结合，而信用就是用契约关系保障本金回流和增殖的价值运动^⑥，所以金融从本质上说是以货币资金为实质对象的信用交易行为，而所有这些交易行为的总和构成金融市场；由于金融交易的复杂化、风险化^⑦，我们在强调金融交易自由的同时，也必须确保金融交易的安全，金融管理就是金融交易安全的保障。正是由于金融交易的存在，金融管理才有

① 参见陈正云主编《金融犯罪透视》，中国法制出版社1995年版，第34～35页。

② 陈正云主编：《金融犯罪透视》，中国法制出版社1995年版，第28页。

③ 参见王松奇编著《金融学》，中国金融出版社2000年版，第531页。

④ 19世纪的德国经济学家布鲁诺·希尔德布兰德以交易方式作为划分经济时期的标志，认为社会经济的发展经历了三个时期，即以物物交换为特征的自然经济时期，以货币为媒介交易的货币经济时期，以及以信用为媒介交换的信用经济时期（参见李新天、朱琼娟《论“个人信用权”——兼谈我国个人信用法制的构建》，载《中国法学》2003年第5期）。

⑤ 参见王松奇编著《金融学》，中国金融出版社2000年版，第530～531页。

⑥ 参见朱淑珍《金融创新与金融风险》，复旦大学出版社2002年版，第54页；王松奇编《金融学》，中国金融出版社2000年版，第34页。需要指出，人们对信用的理解并不一致，有人认为信用应属于无形财产，有的学者对此进行了有力的批驳（参见李新天、朱琼娟《论“个人信用权”——兼谈我国个人信用法制的构建》，载《中国法学》2003年第5期）。

⑦ 正如学者所言，一部金融史就是一部金融创新史，而金融创新的根本性特征是风险性（参见朱淑珍《金融创新与金融风险》，复旦大学出版社2002年版，第6页）。

意义;反之,也正是由于金融管理的介入,金融交易才会规范。因此,金融交易秩序是金融秩序的目的和核心,金融管理秩序则是金融秩序的手段和保障。

在对上述观念进行反思的基础上,1999年至2002年间(从博士学位论文到专著出版),本文第一作者曾经认为,金融秩序是由横向的金融交易关系、纵向的金融管理关系、内部的金融组织关系和经营协作关系共同构成的。^①现在,我们则认为,内部的金融组织关系和经营协作关系不应当是金融秩序的一部分。理由是:

第一,金融秩序应当被理解为一个规范概念。因为法律是规范,虽然基于事实却不停留于事实,至少法律是往返于规范与事实之间的。因此,从法律意义上看金融秩序概念,它应当是规范性的。任何规范都意味着一定的对事实的裁剪和取舍,规范性的金融秩序概念不等同于事实性的金融秩序概念。我们在刑法上说某种行为是否侵犯了以及在多大程度上侵犯了金融秩序,是为了公正合理地解决行为人的刑事责任问题,为此我们总是希望能把金融秩序与其他一切社会秩序范畴相互区别开来,否则上述目的很难达到。金融组织关系和经营协作关系虽然与金融交易和外部型金融管理密切相关,但如果我们把它作为金融秩序的一部分,势必造成下述后果,即金融机构内部的贪污、挪用等腐败行为也成了金融犯罪。^②这样一来,金融犯罪中就有很多同时也是职务犯罪或别的什么犯罪了。研究金融犯罪和金融刑法,是为了遏止金融违法和金融犯罪,而不是为了反金融腐败。侵犯金融秩序的行为与侵犯其他法益的行为的概念性竞合,不仅不利于对金融犯罪进行总体性评价,也不利于对其他犯罪进行总体性评价。

第二,金融秩序应当被理解为一个科学概念。金融刑法学应当是一种科学,任何科学都是局部的理论,都只能局部地、深入地研究本学科的对象。金融刑法学的研究对象无疑是金融犯罪及其刑事惩治。如果不对金融秩序进行一定的学科性限制,就会导致金融刑法学将金融系统中的职务犯罪甚至财产犯罪、人身犯罪等,都纳入金融刑法学的研究范围。因为金融刑法学只要把金融组织关系和经营协作关系视为金融秩序的一部分,就无法否认那些侵犯金融组织关系和经营协作关系的职务犯罪、财产犯罪、人身犯罪等,都是金融犯罪。这样一来,金融刑法学作为一种学科建制,就成了大杂烩。何况,名词本是具有标识意义的,金融犯罪这个名词与刑法学上的其他犯罪类型名词重合度越高,其标识意义越小。

^① 参见刘远《金融诈骗罪研究》,中国检察出版社2002年版,第81、93页。

^② 金融权力的寻租现象十分严重,一些人的发迹既不是通过计划调拨,也不是通过市场行为,而是通过既不同于计划体制又不同于市场体制的资源配置系统,即“关系网”这个权力寻租系统实现的(参见钱弘道《中国金融法律体系如何适应WTO规则》,载《现代法学》2000年第6期)。

总之,本文认为金融犯罪是自然人或单位违反金融法律规范,侵犯或者主要侵犯金融交易秩序或金融管理秩序的一类犯罪。这一内涵的界定与上述外延的框定,一起构成了金融犯罪概念的完整表述。关于这一定义,我们认为以下几种认识需要进一步澄清:

第一,有的日本学者是将金融犯罪与证券犯罪相分离的。论者认为,金融犯罪中的核心部分,是金融机关负责贷款的董事或职员所进行的不法贷款行为,这种行为主要涉及的是《刑法》中的背信罪或《商法》中的特别背信罪。此外,金融犯罪还包括违反《银行法》的犯罪,违反《出资法》的犯罪以及违反《取缔导入存款法》的犯罪等。论者在“金融犯罪”的标题下,还讨论了“一些虽不是严格意义上的金融犯罪但与此紧密相关的犯罪。比如,对接受贷款方来说,可能涉及妨碍债权回收的妨碍强制执行罪,妨碍拍卖或竞买罪;洗钱罪,因为主要通过金融机关和金融交易来进行,因此也可以说是一种新型的金融犯罪,有理由将其作为金融犯罪的一环加以探讨;计算机犯罪,虽然不光是与金融机关相关的犯罪,但通过金融机关联机系统汇款时往往会出现计算机犯罪的问题,因此,可以说该罪与金融机关有密切的关系。此外,现金卡等种种电磁卡犯罪也都将在本章中加以说明”^①。我们认为,论者对金融犯罪内涵和外延的理解是不可接受的。一方面,证券犯罪是金融犯罪的一部分,因为证券业是一种金融业,将证券犯罪放到金融犯罪之外去毫无道理。另一方面,说金融犯罪的核心是金融机构不法贷款而构成的背信罪或特别背信罪也是没有根据的。随着金融证券化发展,金融业的中心逐渐转移到证券业上来,金融业中心决定金融犯罪的核心。第三方面,对金融犯罪的外延不靠逻辑分析而靠逐一列举是不够科学的。

第二,有的学者认为金融犯罪是指行为人在货币资金的融通过程中,以获取非法利润为目的,违反金融管理法规,非法从事融资活动,破坏金融秩序,情节严重的行为。^② 这一定义至少存在以下问题:其一,该定义只考虑到了金融交易过程中的交易型犯罪,而没有囊括金融管理过程中的管理型犯罪,如伪造货币罪。其二,虽然论者也使用了“金融管理法规”一词,但只涉及了交易过程的管理问题,而没有设计市场准入和市场退出的管理问题。其三,该定义将“以获取非法利润为目的”作为金融犯罪的必备要素,混淆了金融犯罪的事实形态和规范形态。事实上,金融犯罪都是以非法获利为目的的,但在规范层面,很多金融犯罪的构成并不要求控方证明被告非法获利目的的存在;否则,就不得不宽纵那些上述目的无法证明的行为人。所以,作为一个规范定义,金融犯罪概念应当是严

① [日]芝原邦原著、金光旭译:《经济刑法》,法律出版社2002年版,第25页。

② 参见王新《金融刑法导论》,北京大学出版社1998年版,第43页。

谨的。

第三,有的学者认为,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我们认为,首先,金融犯罪不一定是发生在金融业务活动领域中的,如变造货币罪;其次,这个定义在表述上重复之处较多,不够简练;再次,只突出了金融管理而没有强调金融交易。

二、金融犯罪居于何地位

我们认为,在现代市场经济条件下,金融犯罪是核心经济犯罪。下面分三个层面加以说明:

第一,犯罪总体是一种结构性总体,每一类犯罪由于其对社会生活之根本价值体系的侵犯程度不同,而在犯罪总体中居于不同的地位;同理,每一种犯罪由于其对社会生活某一领域根本价值的侵犯程度不同,而在其所属的某一类犯罪中居于不同的地位。一般而言,侵犯社会生活之根本价值体系最极端最明显的犯罪行为在犯罪总体中具有核心地位,往往成为刑罚惩治的重中之重;而侵犯社会生活某一领域之根本价值最极端最明显的犯罪行为虽然在犯罪总体中不具有核心地位,但在其所属的某一类犯罪中具有核心地位,往往成为刑罚惩治的重点。在全球化时代,整个人类社会趋向于形成一个最大的社会共同体,在这个共同体中,各种犯罪对人类生存的根本价值的侵犯程度并不相同。侵犯程度最高的那些犯罪,最容易被国际公约或国际习惯公认为国际犯罪。而在国际犯罪的体系中,危害人类和平与安全最极端、最明显的那些严重犯罪,如侵略罪、战争罪、反人道罪和灭绝种族罪,被公认为“核心国际犯罪”。同样,就国内犯罪而言,侵犯社会生活根本价值体系最极端最明显的犯罪,如故意杀人、背叛国家等等,在犯罪总体中居于核心地位,所以在各国废除死刑的道路上,这些犯罪往往成为死刑废除的终点站。

第二,金融犯罪是经济犯罪,而不是财产犯罪。经济犯罪与财产犯罪不同,前者是指侵犯或主要侵犯经济秩序的犯罪,后者是指侵犯或主要侵犯财物所有权的犯罪。经济秩序是宏观经济系统的有条不紊的运行状态,是经济体制的实践过程的具体表现,因此经济秩序表征着经济系统和经济体制,是一个经济的结构性概念;而财物所有权是经济系统的构成要素,是微观经济主体的产权状态的法律表述,因此财产所有权表征着经济主体和经济关系,是一个经济的要素性概

^① 参见刘宪权、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。

念。从系统观念来说,要素是系统的基础和前提,但结构对于系统的整体质量的影响比要素更大。侵犯或主要侵犯经济秩序的经济犯罪比侵犯或主要侵犯经济要素的财产犯罪,对于国民经济质量和人民生活水平的危害要严重得多。因此,经济犯罪在犯罪总体中的地位高于财产犯罪。为什么金融犯罪是经济犯罪而不是财产犯罪呢?如前所述,金融犯罪是侵犯或主要侵犯金融交易秩序或金融管理秩序的犯罪,而金融交易秩序和金融管理秩序都属于经济秩序的范畴,而不是财产所有权的范畴,所以金融犯罪是经济犯罪而不是财产犯罪。

第三,金融犯罪是核心经济犯罪。这里包括三层含义:首先,现代市场经济是信用经济,这意味着:其一,诚信原则居于现代市场经济伦理体系的核心地位,是经济领域中的根本价值和最基础的行为准则,因此信用是一种处于灵魂地位的市场经济文化。其二,信用是以偿还为条件的暂时让渡价值的行为。作为一种行为方式,它在市场经济中具有普遍性。其三,信用在货币流通领域中的具体表现构成金融。金融是信用发展的高级形式,也是现代市场交易行为体系的核心行为,成为信用文化的最重要象征和最集中体现。其四,金融是现代市场经济的核心。一方面,在现代市场经济中,各个银行和非银行金融机构不仅自身的分支机构遍布整个经济系统,到处发挥着经济要素龙头的作用,而且它们之间相互联结,成为一体,是经济系统的关键结构;另一方面,金融是现代市场经济中最重要的宏观调控手段,是国家经济政策得以实施的主要途径甚或咽喉要道。因此,正如学者所言,在现代市场经济条件下,金融不仅成为国民收入的主要分配手段,而且集中反映了国民经济的各种矛盾。虽然在产业划分上,金融属于为实体经济服务的第三产业,但实物资源的流动总是为货币资金的流动所牵引,因此金融并不是一个被动的、仅仅满足实体经济中微观主体需求的部门,而是一个既提供服务又具有巨大调节作用的部门。如果将国民经济看作一个人的身体,那么金融部门就是这个人体中的血液系统和神经系统。^① 作为金融工具交易场所的金融市场与商品市场、劳动力市场、技术市场等一起构成了完整的现代市场体系,而金融市场始终处于“神经中枢”的地位。^② 货币资金融通的安全即金融安全,乃是一国经济安全的核心。金融安全的基本要求是:维护金融体系的安全与稳定;保护投资者和存款人的利益;保持货币稳定,防止通货膨胀,促进经济的稳定增长。^③ 再次,侵犯或主要侵犯金融交易秩序或金融管理秩序的金融犯罪,不仅将矛头直接指向作为现代市场经济条件下普遍行为方式和根本经济伦理的信

① 参见王松奇编著《金融学》,中国金融出版社2000年版,第558页。

② 参见朱淑珍《金融创新与金融风险》,复旦大学出版社2002年版,第96页。

③ 参见周道许编《金融全球化下的金融安全》,中国金融出版社2001年版,第27~28页。

用,而且由于金融在经济系统中的弥散存在、对经济系统的结构作用,使其对金融安全的危害性必然向经济系统和经济体制进行周身扩散,导致市场信号失真,市场功能紊乱,宏观调控失灵,社会资源浪费,市场文化崩溃,确如病菌对人体血液系统和神经系统的侵袭。

三、何谓金融刑法

我们认为,金融刑法是指作为金融法后盾的,以刑法典、单行刑法或附属刑法为单一载体或多元载体规制金融犯罪的刑罚法规体系。对这一定义的理解,有三点需要特别阐述:

首先,金融刑法是一种刑罚法规体系。从司法视角而言,没有犯罪就没有刑罚(无罪无刑);而从立法视角而言,没有刑罚就没有犯罪(无刑无罪),即是说,如果一个立法文件或一条法律规范没有对一个行为规定刑罚,这个行为就不是犯罪,那么这个立法文件或这条法律规范就不是刑法或刑法规范。在法治发达国家,刑法并不总是很容易被从法律体系中识别出来的。特别是随着当代西方刑事范畴的解体和各种法律制裁之间界限的模糊化,如何把金融刑法与金融法区别开来,也并不总是一件很容易的事。中国在法治建设中也必将不可避免地遇到同样问题。所以,强调金融刑法是一种刑罚法规体系很重要,这对于区别金融刑法与金融法具有原则性意义。

其次,金融刑法是金融法后盾。对金融犯罪的预防,不仅要靠刑法,更要靠非刑事预防机制。现代刑法具有谦抑性、补充性、第二次性,这依存于一个犯罪综合预防体系的规范环境。所以,在考察金融刑法及其改革路径时,不能就刑法而论刑法,而是应当将刑法放到犯罪综合预防体系中去审视,以提出符合现代法治文明的立法建议。在金融犯罪综合预防体系中,金融法与金融刑法具有特殊亲缘关系。所以,两者之间的关系,是研究金融刑法时应当考察的一个重点。

再次,金融刑法以刑法典、单行刑法或附属刑法为单一载体或多元载体。载体的情况决定了金融刑法立法模式的多样。抽象地说,金融刑法如果以刑法典为单一载体,可以称之为刑法典模式;如果以刑法典为主要载体,可以称之为刑法典为主模式;如果以单行刑法或附属刑法为单一载体,可以称之为特别刑法模式;如果以单行刑法或附属刑法为主要载体,可以称之为特别刑法为主模式。对何种立法模式更为科学的问题,另文探讨。

金融刑法在历史上是怎样产生的呢?换言之,金融刑法所赖以存在的社会基础是什么呢?我们应当区分金融刑法之实与金融刑法之名,金融刑法之实产生在先,金融刑法之名产生于后。我们认为:

第一,金融市场的存在是金融刑法之实产生的经济前提。金融是指货币的

转移、资金的融通为一种借贷关系,其所形成的供需市场便是金融市场。金融市场的原动力为信用,而以信用工具为交易工具,金融机构便以信用的授、受为其主要业务;金融市场的交易对象是资金,资金就其表面形态而言就是流通货币,包括产业资金、消费资金、储蓄资金与财政资金等四种不同形态,而在辗转流通中从一个形态转换为另一个形态。金融市场的构成,则系由供、需者借种种中介机构进行经济关系(资金交易)的一种公开市场。其交易条件,完全取决于供需双方的自由竞争。^① 金融市场的历史性形成,是商品经济发展的必然结果。以我国为例,从“夏后氏以玄贝”的传说来推测,夏朝可能已出现了交换的媒介物,如玉、贝、牲畜、工具之类,但还不可能发生金融活动,因为当时不存在商品货币经济。由于商代青铜器制造和使用的发达,这给当时从普遍使用原始货币转向金属铸币创造了条件。但到西周,金融铸币仍不够用,以重量称的铜竟也被充作货币而流通,在贵族、商贾之间还有以珠、玉和贵重的皮张作为货币流通,在平民之间则以生产用具和产品作为货币来流通。春秋战国时期,由于农业、工业和商业的发展,交换日益发达,货币的需要量也日益增大,原来的自然实物货币已不能满足当时经济发展的要求。因此,铸币(如铜币)便开始广泛流行,从而确立了货币经济。铸造铜币的广泛流行和黄金的大量使用,加剧了货币财富的集中,刺激着人们对货币的追求,使货币拜物教现象也发生了。商人手中集聚了大量的货币财富,当时还没有新的生产部门,因此就将货币投向土地买卖或转入高利贷活动。这是中国封建社会中以土地买卖、高利贷和地租剥削为主体的金融活动得以长期存在的一个重要原因。秦统一中国后,于公元前 210 年颁布了货币改革令,这也是中国较早的货币立法之一。“以秦法同天下之法,以秦币同天下之币”,实行金钱本位。汉初一度放任民间自由铸币,给货币管理和流通带来了混乱的局面,直到公元前 119 年,即汉武帝元狩四年才实行铸币权统一。^② 秦朝为保证国家直接控制金融经济命脉,禁止民间私铸货币。根据《封诊氏》记载,私人铸钱是一种犯罪行为^③,汉代以后均有禁止私铸的刑法规定。汉律有此规定,三国时沿用之。^④

第二,金融犯罪的产生是金融刑法之实产生的基础。从金融刑法的立法发展轨迹来看,金融刑法作为经济刑法的一个分支,它是在商品经济发展到形成了金融市场并出现了多种多样的危害金融秩序的犯罪行为时才产生的。它是在在

① 参见周大中《现代金融学》,北京大学出版社 1994 年版,第 106~107 页。

② 参见桑润生编著《简明近代金融史》,立信会计出版社 1995 年版,第 4~12 页。

③ 参见张晋藩总主编《中国法制通史》第 2 卷,法律出版社 1999 年版,第 117 页。

④ 参见张晋藩总主编《中国法制通史》第 3 卷,法律出版社 1999 年版,第 151 页。