

# 金融刑事立法改革构想

屈学武\*



金融刑法  
研究专题

加入世界贸易组织后的中国金融体系,必将更进一步地在金融主体、金融市场、金融产品、金融工具等方面全方位的跟进。为有效保障金融体制的高效、有序、良性运营,刑事法学界有必要未雨绸缪,就有关金融刑事立法的改革做系统的研究。笔者认为,中国刑法学界有必要重塑与21世纪中国金融体制契合的新观念,并在此基础上,着手中国金融刑事立法模式、罪名设计、罚则设计等多方面的体例与内容上的革新。

## 一、金融罪种的调适

金融罪种的调适主要牵涉两大方面:一是对有关金融违法行为的适度犯罪化;二是对现行有关金融罪种构成要件的适度修改或补充。

关于金融违法行为的适度犯罪化问题,有学者认为,中国刑法应增设诸如危害信用罪、违背信任罪、对国家不实报告罪、欺诈消费罪等多种具体信用犯罪;另有学者建议增设“网络信用卡诈骗罪”,等等。笔者认为,从我国金融经济发展现状看,金融信贷消费于公民个人而言,还不具备规模性,范围也相对狭窄,且多集中于城市之中的高、中收入群体,难以形成较为全面且相对健全充分的信用消费关系。换言之,由于此类信用消费目前我国尚欠

缺普世性、一般性,建立于该社会关系之上的个人与国家规范之间的冲突尚不凸显。有鉴于此,中国立法机关恐难在金融法本身尚不健全的前提下,贸然将此类行为设定成金融犯罪。否则,就有可能违背刑法谦抑性原则。

至于设立网络信用卡诈骗罪,在当下情况下,也欠缺必要性与可行性。称其欠缺必要性,是因为根据我国刑法第二百八十七条的规定,所有利用计算机实施的金融犯罪,均可按相关金融犯罪处罚。例如对网络信用卡诈骗行为,应根据刑法第一百九十六条的规定,按信用卡诈骗罪定罪量刑。从可行性方面看,鉴于我国国内银行的网络化程度相当有限,与此相对应,国内目前无论是金融专家还是刑法学专家、计算机网络专家,均对此类犯罪的特征、趋势、危险性等研究不够,立法机关不宜匆忙将此行为设定成新型金融犯罪。

其次,在犯罪构成要件的修改上,当前主要问题集中于:其一,对洗钱罪之上游罪范围的扩大;<sup>①</sup>其二,对贷款诈骗罪主体的修改。关于洗钱罪,根据我国刑法第一百九十一条及《中华人民共和国刑法修正案(三)》的规定,洗钱罪的原生罪仅限于毒品犯罪、走私犯罪、黑社会性质的组织犯罪及恐怖活动犯罪。此一限制性规定,既不符合有关国际公约

以从刑事政策的角度分析,如果重打击的话可以强调行为犯,如果重保护的话可以趋向结果犯。

经过讨论,与会学者就金融犯罪的立法技术问题基本形成如下共识:不应当过多地采用结果犯这种单一犯罪构成模式,应尽量确保立法技术的多样化,对不同情况下体现的社会危害性分别处理。

## 五、金融犯罪之预防

针对当前金融犯罪行为不断升级的严峻局面,与会学者一致认为,不能一味强调刑法的惩治功能,还要注意发挥刑法的预防功能,而且应该更多地从金融制度的角度制定防控措施,建立和实施民事、商事、行政、刑事法律相互衔接的综合

预防机制。首先要完善金融立法,构筑民事、行政、刑事法律相衔接的金融法律体系,完善集团诉讼机制,将遏制金融犯罪的中心放到民事和行政手段上来;其次要注重金融刑法与金融法的衔接、配合,改变对违规行为主要靠行政处罚的局面,改革刑事责任的担当方式,增设“禁止从业”的资格刑;第三要改变金融监管手段落后、方式单一、标准随意、金融监管重点只放在市场准入环节而非市场交易环节的现状,构筑严而不紧、疏而不漏的金融监管体系和迅捷的风险信息传递机制;第四要把打击金融犯罪与惩治职务犯罪结合起来,加强国内与国际社会打击金融犯罪方面的合作。

\* 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。

<sup>①</sup>上游罪,按照《联合国打击跨国组织犯罪公约》第2条(h)款的规定,它是指“由其所产生的所得可能成为本公约第6条所定义的犯罪(指洗钱罪)的对象的任何犯罪”。可见,公约中文文本所称“上游罪”,实则指中国刑法学界所称的洗钱罪的原生罪。

就洗钱上游罪的范围规定,又与我国中央银行2003年1月3日发布的《金融机构反洗钱规定》确定的洗钱范围不一致。

这里所谓国际公约,主要指《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》,两公约都要求各缔约国扩大洗钱罪上游罪的范围,要求各缔约国得将所有犯罪列为洗钱罪的上游罪,至少应将公约所确认的各类腐败犯罪列为洗钱罪的上游罪。

再者,中国人民银行2003年1月3日颁布、同年3月1日起施行的《金融机构反洗钱规定》第三条称“本规定所称洗钱,是指将毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪或者其他犯罪的违法所得及其产生的收益,通过各种手段掩饰、隐瞒其来源和性质,使其在形式上合法化的行为。”从该规定可见,除刑法明文规定的四类犯罪外,洗钱对象还包括“其他犯罪的违法所得及其产生的收益”。

值得说明的是,鉴于中国不但已经签署而且已经批准业已在缔约国范围内正式生效的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》,公约因而对中国有法律拘束力。换言之,中国有义务按照公约对洗钱罪上游罪的规定,修订中国刑法中关于洗钱罪上游罪的范围,适度扩张其罪种范围。

除洗钱罪外,当前市场经济条件下,单位实施贷款诈骗犯罪的情况也相当普遍,但碍于刑法中贷款诈骗罪的犯罪主体只能是自然人而不包括法人、非法人单位,因此,司法机关在遇到单位贷款诈骗时,大多只得按合同诈骗罪定性。刑法学界有必要就此问题进行更为前瞻性的实证研究,以最终确定刑法上是否有必要将贷款诈骗罪的犯罪主体扩大到既可由自然人,也可由单位构成。

## 二、金融刑事立法模式的反思

我国的金融刑事立法,从形式上看,仍属刑法典为主、单行刑法、附属刑法为辅的立法模式。而所有附属刑法,无论是否金融犯罪,均属单轨制立法。

(一)新法与旧法的冲突问题。新颁布的附属刑法相对于1997年刑法典而言可谓新法,二者之间时有不同。例如1998年底颁布的《中华人民共和国证券法》第一百七十八条、第一百七十九条、第一百八十六条就分别新设了“非法开设证券交易场所罪”、“擅自设立证券公司罪”、“非法为客户买卖证券罪”;《金融机构反洗钱规定》则将洗钱罪的上游罪由原刑法的走私、毒品、黑社会性质组织犯罪和

恐怖活动犯罪扩大到全部刑事犯罪。如今,“非法开设证券交易所”、“擅自设立证券公司”等行为虽然已经通过《刑法修正案》被纳入刑法,但上述“非法为客户买卖证券”问题、洗钱罪上游罪之扩大问题,仍未得到解决。

(二)有罪无刑问题。尽管按照《中华人民共和国立法法》的规定,凡法律均可设置犯罪与刑罚规范,但按照中国刑事立法的惯例,上述多种新的附属金融犯罪规范,均为有罪无刑的单轨制附属刑事立法。即其只有罪状而无相应罚则规定(没有附设定法定刑),因此,在附属刑法创制了新罪名的场合,司法机关就不能据此对触犯了此类犯罪规范的嫌疑人提起公诉并定罪判刑。这样,司法机关只得等到立法机关通过修订刑法典或出台单行刑事法律来照应附属刑法规定的新型犯罪后,附属刑法规范才能成为真正的、令行禁止的刑法规范。如此操作难免产生以下几点弊端:(1)从社会效益上看,作为刑法规范的法令长时间形同虚设——令不能行,禁不能止,必然损害法律的严肃性乃至权威性。(2)从经济效益上讲,立法不能一步到位,很可能导致既定的市场经济规则难以及时有效运行。

(三)金融刑法与附属金融刑法的协调问题。当刑法与附属刑法之间并不发生冲突而仅属认可或重申关系时,两类规范之间又时常出现法律逻辑或形式逻辑上不一致。例如《证券法》第一百七十九条所规定的擅自设立证券公司的犯罪行为,与刑法第一百七十四条第一款所规定的擅自设立金融机构罪就不协调。主要表现在:刑法第一百七十四条及《刑法修正案》仅仅要求行为人实施了“擅自设立有关金融机构”的行为;《证券法》上则除了“擅自设立”行为外,还要求行为人同时具有“经营证券业务”的行为等等。

(四)在同时含有经济与刑事责任的条文中,两种责任的行为范围划定问题。现行金融法中往往含有两类行为及其责任界定不明的条文。例如《证券法》第一百九十三条规定:“证券公司、证券登记结算机构及其从业人员,未经客户的委托,买卖、挪用、出借客户账户上的证券或者将客户的证券用于质押的,或者挪用客户账户上的资金的,责令改正,没收违法所得,处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款,并责令关闭或者吊销责任人员的从业资格证书。构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

根据以上规定,本条属于金融法与刑法并存的混合规范,但对上述行为中,哪些行为应负金融法



金融刑法  
研究专题

律责任、哪些行为应承担刑事责任,该条未作厘定——而按刑法的规定,能构成刑事责任的行为仅止于上述出卖、挪用行为。由此可能造成认识和司法实践的混乱,影响法律的统一实施。

在反思过上述立法弊端之后,笔者想要强调:至少对金融刑法而言,中国应当适度借鉴西方以金融法附设金融刑事犯罪为主的立法模式。在我国已经步入WTO后时代的今天,采取倒置我国金融刑事立法的现行构架——变以刑法典为主的金融刑法立法模式而为以附属金融刑法规范为主的立法模式的方法,确实值得推崇。

### 三、金融刑罚配刑设置及其结构的协调

我国金融刑罚的种类包括除管制刑以外的全部刑种,即罚金、没收财产、有期徒刑、无期徒刑、死刑及判处无期徒刑、死刑时应予附加判处的剥夺政治权利等刑罚。这当中,除了应当根据《联合国人权宣言》及《公民权利与政治权利国际公约》第6条第6款的规定,逐步废除经济犯罪(包括金融犯罪)中的死刑设置外,在金融刑罚的配刑设置及其结构协调中,还有下述多个事项有待改革。

#### (一)财产刑设计问题

第一,可单科财产刑的罪种太少。目前金融刑罚中,可以单处财产刑的犯罪设置仅仅3个罪种,不足现有33个金融犯罪1/10的比例。准确地说,在33种现有金融犯罪中,30种金融犯罪一旦被判处附加财产刑,就得同时接受被判处剥夺自由或剥夺生命的刑罚。鉴于死刑的不人道;鉴于死刑之外的自由权利乃属仅次于生命权利的人生最宝贵的权利;鉴于监禁刑本属耗财性刑罚,财产刑则属收益性刑罚,<sup>②</sup>可见现行金融刑罚的配置结构,有失刑罚的人道原则、刑罚的等价原则、刑罚作为预防与遏制犯罪的功利原则与效益原则等。因此,适度扩大金融刑罚中的可以“单处”财产刑的比例幅度,十分重要。就中国社会经济发展现状看,“可以单处”财产刑的调适空间至少可扩大到现有金融刑罚设置的1/2或2/3以上。

第二,罚金刑与自由刑的易科问题。金融刑罚结构的合理性,还应与刑罚结构有利其刑罚个别化功能的有效发挥相结合。“法有限、情无穷”的实况,决定了刑罚机制的畅行及其功能的有效发挥,要求

其结构多样化,为此,有必要考虑财产刑与自由刑的易科。当犯罪人迟迟不能如数缴纳罚金时,对其易处自由刑之立法例,已出现在不少国家的刑法典中。例如德国、瑞士、意大利刑法等均有此类规定。可以考虑在我国金融刑罚中适度借鉴此一立法例。

#### (二)增设针对实施了金融犯罪的法人、非法人单位的资格刑

资格刑,指剥夺犯罪分子从事或参与一定事务的权利的刑罚。当前,我国刑法中的资格刑设置仅一种:即刑法第五十四条至第五十八条所规定的“剥夺政治权利”。笔者认为,在我国金融刑罚中,有必要增设“剥夺犯罪单位的经营权”的资格刑。此类刑罚不同于作为行政处分之一的工商行政管理局签发的“吊销营业执照”,主要不同点在于:其一,处分性质上的不同。前者属于刑罚,后者属于行政处罚;其二,适用主体上的不同,前者由人民法院适用,后者由工商行政管理机关适用;其三,前者可无限期的剥夺其营业权,后者则有一定期限。前者惟有刑法在设置此类资格刑的同时规定“复权”的条件与程序限制,经人民法院作出“复权”裁决后,方可重操旧业,后者则是一俟开业条件具备,即可重新获得营业执照。<sup>③</sup>

此外,单位犯罪设置较多,也是金融犯罪的特征之一;与此同时,对每一单位犯罪附有“对单位判处罚金”的规定,也是金融刑罚的特征之一。<sup>④</sup>然而,实践表明,对单位仅仅科以罚金尚不利刑罚目的的实现,一些犯罪单位的决策者甘冒缴纳小额罚金的风险而实施单位高利转贷罪、单位非法吸收公众存款罪、单位操纵证券期货交易价格罪等等有巨额收益的犯罪;更何况,在外资金融机构不断涌入中国金融市场之际,外资金融机构的强大金融实力,也决定了罚金刑对其可能仅属隔靴搔痒。此时,惟有剥夺其经营权利才可能有效遏制其犯罪,因而在金融刑罚中增设此一资格刑,十分必要。

#### [参考文献]

[1] 储槐植. 试论刑罚机制[A]. 高铭喧. 刑法学研究精品集锦[C]. 北京:法律出版社,2000.222.

[编辑:杨涛]

<sup>②</sup>关于耗财性与收益性刑罚的论述,请参见储槐植:《试论刑罚机制》,载高铭喧主编:《刑法学研究精品集锦》,法律出版社2000年版,第222页。

<sup>③</sup>现行刑法中并非每一单位犯罪均附有“对单位判处罚金”的刑罚规定。这是因为刑法上对单位犯罪的罚则并非都是双罚制。在单罚制、且仅罚犯罪单位直接负责的主管人员或其他直接责任人员的场合,刑法则无“对单位判处罚金”的规定。