



倪维尧 主编

CHENGZHI YU FANGFAN FEIFA JINRONG HUODONG

惩治与防范 非法金融活动

上海金融法制研究会

上海市立法研究所

中共上海市金融纪律检查工作委员会

上海财经大学出版社

惩治与防范非法金融活动

上海金融法制研究会
上海市立法研究所
中共上海市金融纪律检查工作委员会

倪维尧 主编



上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

惩治与防范非法金融活动/上海金融法制研究会,上海市立法研究所,中共上海市金融纪律检查工作委员会,倪维尧主编. —上海:上海财经大学出版社,2008. 4

ISBN 978-7-5642-0189-0/F · 0189

I. 惩… II. ①上… ②上… ③中… ④倪… III. 金融法-研究-中国
IV. D922. 280. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 031550 号

☐ 责任编辑 周 河

☐ 封面设计 周卫民

CHENGZHI YU FANGFAN FEIFA JINRONG HUODONG

惩治与防范非法金融活动

上海金融法制研究会

上海市立法研究所

中共上海市金融纪律检查工作委员会

倪维尧 主编

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海第二教育学院印刷厂印刷

宝山蕤村书刊装订厂装订

2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

890mm×1240mm 1/32 12.875 印张 370 千字

定价:32.00 元

《惩治与防范非法金融活动》

编委会

主 编 倪维尧(上海金融法制研究会会长)

副主编 沈国明(上海市人大法制委员会主任委员)

周 平(中共上海市金融工作委员会副书记、中共上海
市金融纪律检查工作委员会书记、上海金融法
制研究会副会长)

李克渊(上海市银监局巡视员)

执行副主编 吴 弘 刘晓明

编 委 (按姓氏笔画排列)

丁 伟 许慧诚 徐 敏 夏 青 黄 钰 沈 洁

管 理 刘姚莹 王裕寰 黄爱民

序

金融是现代经济的核心。正如胡锦涛总书记指出的,做好金融工作,保障金融安全,是推动经济社会又好又快发展的基本条件,是维护经济安全、促进社会和谐的重要保障,越来越成为关系全局的重大问题。现代金融业已渗透到社会经济生活的各个领域,金融又是一个特殊的高风险行业。世界各国金融实践表明,金融业的发展既是一个业务创新日益增多、规模总量持续扩大的过程,同时也是一个风险因素不断加大,监管要求越来越高的过程。当前,我国金融业处在一个重要的转折期,也处在一个重要的发展期,金融业既有新的发展机遇,也面临更为严峻的挑战。党的十七大报告强调指出要“加强和改进金融监管,防范和化解金融风险”,对新时期的金融改革发展提出了更新更高要求。

伴随着我国金融事业的蓬勃发展,各类非法金融活动亦愈加频繁,非法集资、非法证券活动、洗钱等各类非法金融活动就是当前金融领域突出的风险隐患之一。这些非法金融活动严重破坏金融秩序,严重危害国家经济安全和公众利益,如果不采取切实有效措施予以治理整顿,势必造成更大的社会危害。因此,通过有效的法律途径规范金融市场秩序,取缔非法金融机构,惩治与防范各类非法金融活动,防范和化解金融风险就显得十分重要和紧迫,同时也是摆在我们面前的重大理论和实务课题。

处于改革开放前沿的上海,肩负着建设国际经济、贸易、金融和航运中心的艰巨任务。而国际金融中心建设是上海“四个中心”建设

的关键,是事关全局的国家战略。正在加快推进国际金融中心建设的上海,是金融资源、金融市场、金融机构、金融交易的集聚地,也是不法分子进行非法金融活动的重点区域。上海市委、市政府对打击非法金融活动高度重视,坚决贯彻国务院和中央有关部门的部署,认真开展打击非法金融活动各项工作,取得了积极的成效,非法金融活动蔓延的势头也得到了有效遏制。但我们还要清醒地认识到,打击非法金融活动的长期性、艰巨性、复杂性,只要仍然有利可图,非法金融活动就决不会自动销声匿迹,甚至还会出现反复。要从根本上遏制非法金融活动,必须坚持标本兼治、综合治理的方针,通过加强宣传,提高全社会防范金融风险的意识,切实加强监管,强化法制建设,依法规范和维护金融市场秩序,保证金融市场的安全、高效、稳健运行,最终把金融市场一切活动纳入规范化、法制化的轨道。

本书汇集了来自金融、法律、经济管理等领域的专家学者的最新研究成果。围绕惩治与防范非法金融活动这一主题,从法理、立法、司法、行政执法以及金融机构内控管理等各个层面,深入分析和探讨了非法金融机构的产生背景,非法金融活动的性质、特点和形成原因,并就如何惩治和防范非法金融活动提出了许多政策性建议,相信必将有助于我们充分认识非法金融活动的社会危害性,有利于我们更加有效地惩治和防范非法金融活动,对促进金融活动的健康发展,维护我国金融秩序的稳定,完善上海建设国际金融中心的生态环境产生积极的影响。

中共上海市金融工作委员会书记
中共上海市金融纪律检查工作委员会书记 周 平
上海金融法制研究会副会长

2007年12月

前 言

金融是现代经济的核心,与政治稳定、社会稳定等息息相关,金融领域始终受到国家重点监管。然而,伴随着我国金融需求日益增长、金融市场蓬勃发展,也出现了一些非法金融机构,以及一些人非法从事金融业务活动,严重危害市场经济安全和公众利益。上海是我国的经济金融中心,市场化程度高,也是非法金融机构和不法分子进行非法金融活动的重点区域。因此,通过有效的法律途径规范金融市场秩序,取缔非法金融机构,惩治与防范非法金融活动就显得十分重要和紧迫,也是摆在我们面前重大的理论与实践课题。在国家有关部门和上海市委、市府领导下,上海有关执法与金融监管机构共同努力,打击非法金融活动的实践已取得阶段性成果。

为了更加有力地惩治与防范非法金融活动,增强上海金融业防范和化解风险的能力,在党的十七大胜利闭幕之际,“惩治与防范非法金融活动研讨会”于2007年10月25日隆重召开。上海市人大常委会副主任周慕尧出席会议并讲话,来自本市金融界、司法界的专家以及法学科研院校的学者共100多人出席了会议。本次研讨会向获奖征文的单位和作者颁发了获奖证书,进行了交流讨论,沪上多家媒体作了报道。

举办方在研讨会筹备阶段向社会各界发出征文通知,共收到论文40余篇。参会论文涉及范围较广,内容具有较强的现实性、针对性和创新性,作者以胡锦涛总书记在党的十七大报告中有关加强和改进金融监管,防范和化解金融风险的精神为指引,紧紧围绕“惩治

与防范非法金融活动”这一主题,展开了三个方面的讨论,即:打击非法金融机构和非法金融经营活动;反洗钱;惩治与防范金融欺诈。从法理、立法、司法及行政执法各个层面,深入分析和探讨了当前非法金融活动的现状、性质、特点和形成原因,并就有效遏制与惩治非法金融活动提出了许多对策性建议。研讨会为理论与实务提供了一个交流的平台,与会人士通过这一平台畅所欲言、各抒己见,深入探讨、交换意见,形成了不少共识,许多意见建议切中要害,有理论基础、操作性强,引起较大反响。

为进一步推动相关理论研究与法制实践的深化,充分发挥本次研讨会成果的作用,我们编辑出版了这本论文集。所选论文秉承了上海金融、法学和执法等领域的一贯传统,理论联系实际,反映了当前热点的问题、新鲜的实践、前沿的理论和敏捷的思考。尽管有些观点还需要在实践中进一步检验与完善,但相信会有助于我们在有效地惩治与防范非法金融活动,维护我国金融秩序的稳定,促进金融市场的健康发展,以及营造上海国际金融中心的生态环境的过程中,获得有益的依据与参考。

编者

2007年12月

目 录

序

周 平/1

前言/1

第一篇 打击非法金融机构与非法金融经营活动

论非法金融活动治理机制的完善 沈 洁/3

上海市非法金融活动现状、特点及治理对策 钱红昊/11

非法经营金融业务行为若干问题研究 龚培华 秦新承/16

上海地区打击非法证券期货活动的实践与探讨

上海证监局稽查二处/26

非上市股票非法交易的治理 吴 弘 刘迎霜/44

出售未上市公司股权(股票)的定性及预防 吴卫军/55

非法出售未上市公司股权(股票)行为的刑法分析

贺平凡 杨庆堂/66

网络非法证券活动的惩治与防范 范黎红/76

非法证券活动的民事责任 李 秦/89

非法集资的法律思考 赵 静/103

非法集资性犯罪原因的动态性机制认识 岳 平/114

中小企业非法集资行为的惩治与防范 殷盈盈/123

非法集资对县域经济影响的调查与思考 陈跃兴/131

健全非法集资处置机制	许文康/137
非法吸收公众存款罪中变相吸存的认定	
——以一起案例为视角	杨庆堂/144
论打击地下钱庄的法律适用及防范对策	林华昌/150
打击外币型地下钱庄的若干法律问题	吴汉铭/159
地下钱庄在我国蔓延问题的思考	郭洪根/174
从两起大案看地下钱庄的地域特征	吴芳兰/181
非法网络外汇保证金交易的现状及对策	杨伟杰/189
依法惩处非法经营票据贴现案	汪德生/195

第二篇 反洗钱

浅析洗钱罪	应悦/203
以 FATF 标准看我国反洗钱、反恐融资措施	何萍 周卫平/211
反洗钱战略与金融法治生态环境建设	赵圆圆 王琼/225
我国保险业反洗钱工作现状研究及对策分析	张昕叶/233
我国反洗钱立法模式的演变与完善	林安民/241
论金融机构的反洗钱义务	虞瑾/251
浅谈健全反洗钱工作机制	李余强/264

第三篇 惩治与防范金融欺诈

当前信用卡诈骗犯罪情况分析及其防范对策	钱静怡 江学/279
网络信用卡诈骗的认定及预防	
——以一起案件为例	王延祥/286
信用卡与 POS 机不良结合的危害与防范	
——由一起信用卡犯罪所引发的思考	沈望云 商骏/294
惩治和防范非法信用卡中介活动的法律思考	陆庆发 王宇/301
涉信用卡类犯罪定性问题研究	田欢忠 王立华/310
金融诈骗罪中法条竞合问题研究	朱铁军/319

贷款诈骗罪的若干疑难问题	张 勇/329
骗取贷款罪的法律适用问题探讨	黄汉勇/341
保险欺诈犯罪预防惩治的国际化与我国对策	王 朋/350
骗取社会保险基金行为之探究	翟国建/361
基金老鼠仓的成因及其防治	殷 洁/368
内幕交易罪的经济学分析	
——行权模型架构下的金融犯罪控制路径	谢 杰/375
和谐社会建设与经济犯罪治理	上海市公安局经侦总队课题组/386

第一篇

打击非法金融机构与 非法金融经营活动

论非法金融活动治理机制的完善

沈 洁*

非法金融经营活动是我国改革开放进入深化期以来的多发病，有时甚至成为一个时期影响局部地区社会稳定的顽症。十多年来，国务院、国家金融监管部门以及地方政府不时地开展对各类从事非法金融业务的违法犯罪的治理整顿，并且不断地完善相关法律制度。然而，当非法金融经营活动一旦以新的形式出现，变换了经营模式或推出新的花招，在处理过程中仍然会出现障碍，社会成本很高。为了提高对非法金融经营活动的治理效率，维护金融秩序，有必要对目前我国治理非法金融经营活动的机制进行客观的分析，以期有关方面重视治理工作的有效改善。

一、我国治理非法金融活动有明确的法律规范

自 1993 年党中央决定建立社会主义市场经济体制以来，全国人大常委会加快了制定金融法律的步伐。1995 年颁布了《中国人民银行法》、《商业银行法》、《保险法》等金融法律，并公布了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》；1998 年公布《证券法》，同年 7 月国务院颁发了《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》，即第 247 号令；

* 沈洁：上海市公安局经侦总队副总队长。

2003年公布了《银行业监督管理法》。应当说,我国在金融管理方面的法律法规基本完备,对认定与处理非法金融经营活动的法律依据已相当充分。

1. 金融业务是典型的“许可证业务”

与世界各国的法律明文规定从事金融业务必须经过国家主管部门专项批准一样,我国金融管理法律法规也明确规定了从事金融业务必须具备的条件和批准程序。在我国现行的金融分业监管体制下,由银监会、保监会和证监会分别对银行以及信托投资、融资租赁等业务、保险业务和证券业务、期货等业务履行从业许可的行政职能,分别公布依法需要行政许可的事项。

2. 对非法金融经营活动有明确的定义

非法金融活动是指未经国家金融监管部门批准,擅自从事提供金融服务的经营性活动。国务院颁布《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》指出,非法金融业务活动,是指未经中国人民银行批准,擅自从事的下列活动:(1)非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款;(2)未经依法批准,以任何名义向社会不特定对象进行的非法集资;(3)非法发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖;(4)中国人民银行认定的其他非法金融业务活动。该《办法》第28条规定,取缔非法证券机构和非法证券业务活动参照本办法执行,由中国证券监督管理委员会负责实施,并可以根据本办法的原则制定具体实施办法;取缔非法商业保险机构和非法商业保险业务活动参照本办法执行,由国务院商业保险监督管理部门负责实施,并可以根据本办法的原则制定具体实施办法。

2007年7月,国务院法制办公室负责人就什么是非法金融业务活动答记者问时重申:非法金融经营活动是指未经有关金融监管机构批准,擅自从事金融活动,包括非法从事银行类业务、非法从事证券类业务和非法从事保险类业务活动等。

3. 对非法从事金融活动有明确的禁止性规定

我国《银行业监督管理法》第19条规定:未经国务院银行业监督

管理机构审查批准,任何单位或者个人不得设立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动。

我国《证券法》第122条规定:未经国务院证券监督管理机构批准,任何单位或者个人不得经营证券业务。该法第169条规定:投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所从事证券服务业务,必须经国务院证券监督管理机构和有关主管部门批准。《保险法》第6条规定:经营商业保险业务,必须是依照本法设立的保险公司,其他单位和个人不得经营商业保险业务。《期货交易管理条例》第15条规定:未经国务院期货监督管理机构批准,任何单位或者个人不得设立或者变相设立期货公司,经营期货业务。

4. 查处非法金融活动的主管部门及其职权,以及违法者的法律责任,也都有明确的规定

《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第二章规定了对非法吸收公众存款以及非法集资的取缔程序,即调查核实、认定、取缔。涉嫌犯罪的及时提请公安机关依法立案侦查。

《银行业监督管理法》第44条规定:擅自设立银行业金融机构或者非法从事银行业金融机构的业务活动的,由国务院银行业监督管理机构予以取缔;构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由国务院银行业监督管理机构没收违法所得,违法所得50万元以上的,并处违法所得1倍以上5倍以下罚款;没有违法所得或者违法所得不足50万元的,处50万元以上200万元以下罚款。

《证券法》第197条规定:未经批准,擅自设立证券公司或者非法经营证券业务的,由证券监督管理机构予以取缔,没收违法所得,并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足30万元的,处以30万元以上60万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处以3万元以上30万元以下的罚款。

《保险法》第142条规定:违反本法规定,擅自设立保险公司或者非法从事商业保险业务活动的,由保险监督管理机构予以取缔;构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由保险监督管理机构

没收违法所得,并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足20万元的,处以20万元以上100万元以下的罚款。第149条规定:违反本法规定,未取得经营保险代理业务许可证或者经纪业务许可证,非法从事保险代理业务或者经纪业务活动的,由保险监督管理机构予以取缔;构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由保险监督管理机构没收违法所得,并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款,没有违法所得或者违法所得不足10万元的,处以10万元以上50万元以下的罚款。

此外,1997年修订的《刑法》删除了专门针对非法经济活动的“投机倒把罪”,增加了非法吸收公众存款罪。1999年的《刑法修正案》明确将“未经国家有关主管部门批准,非法经营证券、期货或者保险业务的”增加为《刑法》第225条第3项(原第3项改为第4项),按非法经营罪定罪处罚。

二、治理非法金融活动存在一定障碍

尽管我国在治理非法金融活动方面的法律法规较完备,惩罚也比较严厉,但是在法律的实施过程中还是存在不少的障碍,这种障碍又会刺激或诱导非法金融经营活动的传播与蔓延。与合法的金融业务一样,非法金融活动的表现形式也是复杂多样的。当然,不同业务种类的非法金融活动其形成和发展具有特定的原因和条件,对金融秩序的破坏程序也存在着差别。尽管目前没有相关的统计分析资料,也没有对非法金融业务的分类描述,但搜索近年来媒体有关报导以及公开的案件处理信息,可以看到大致的情况:非法经营银行业务中,主要是非法吸收公众存款和非法买卖外汇两种;非法经营证券业务中,主要是非法从事证券经纪、证券承销、证券资产管理以及证券投资咨询业务。浏览媒体发布的广告,可以看到最近比较常见的境外黄金、外汇保证金投资等代客理财业务、变相非法发行证券投资基金等,然而尚没有查处这类行为的信息。

吸收公众存款即储蓄业务是商业银行的最主要的基本业务。非法吸收公众存款是指未经银监会批准,向社会不特定对象吸收资金