



方式实现每一个司法案件的公平正义。从这个角度而言，没有个案公正，司法公正就无从谈起。

（一）“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”是全面推进依法治国的迫切需要

党的十八大报告根据到 2020 年全面建成小康社会的新形势和新要求，作出了“全面推进依法治国”的重大决策和战略部署，明确指出：“法治是治国理政的基本方式。要推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，坚持法律面前人人平等，保证有法可依、执法必严、违法必究。”未来五年，是全面建成小康社会的决定性阶段，也是全面推进依法治国的关键时期。公正司法与全面推进依法治国联系紧密，是全面推进依法治国不可或缺的重要组成部分，在一定程度上堪称依法治国进程的晴雨表，直接反映国家和社会的法治状况，直接衡量公民权益的保障程度。司法公正不是抽象的，而是具体的，是通过每一个司法案件体现出来的，特别是能够让人民群众以看得见、感受得到的方式体现出来。司法活动是保障法律公正的最后一道关口，个案的公平正义是法律公正的集中体现。“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”既是司法活动自身的目标和要求，也是依法治国的目标和要求。当前，我们要切实按照党的十八大确立的“司法公信力不断提高”的目标，重点解决影响司法公正和制约司法能力的深层次矛盾和问题，加快建设公正高效权威的中国特色社会主义司法制度。

（二）“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”是维护社会公平正义的迫切需要

实现社会公平正义，是坚持和发展中国特色社会主义的重大任务，而维护社会公平正义则是人民法院义不容辞的神圣职责。人民法院作为国家审判机关，是人民群众利益和国家安全的保护神，也是社会公平正义的根本保障。随着社会主义民主政治的发展和依法治国方略的实施，人民群众权利意识不断增强，对公平正义的追求和渴望更加强烈，对事关公平正义的执法不严、裁判不公和诉讼难等问题更为关注。维护社会公平正义内容非常丰富，范围也非常广泛，但其最核心的内容体现在对既定法律的坚定维护和正确实施上。人民法院处在维护社会公平正义的最后一道防线，必须把维护社会公平正义作为首要价值追求，坚持公正司法，从实体、程序和时效上充分体现维护社会公平正义的要求，既要善于从法律视角依法办案，又要善于从社会视角处理问题，确保每一起案件的办理都成为维护社会公平正义的具体实践，让人

民群众感到公平正义就在身边。人民法院如果执法不严、司法不公，甚至办关系案、人情案、金钱案，社会就失去了最起码的公平公正。

(三)“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”是建设社会主义和谐社会的迫切需要

社会和谐是中国特色社会主义的本质属性，推动社会主义和谐社会建设是党的十八大提出的重要任务。随着改革开放的不断深化，社会利益趋于多元化，利益分化逐渐明显。当前，影响和制约社会和谐稳定的因素不断增多，因利益调整引发的社会矛盾纠纷处于持续高发多发，一些群体性事件时有发生。化解社会矛盾纠纷、建设社会主义和谐社会的方式很多，但基本方式是法治方式。法治是构建社会主义和谐社会的重要基础，从某种意义上讲，社会的和谐直观地表现为良好的秩序，而良好的社会秩序又主要是通过法治来维系的。在社会主义和谐社会建设中不可能没有社会矛盾纠纷，关键在于矛盾纠纷能够在法治轨道上解决。构建社会主义和谐社会是一个不断化解社会矛盾纠纷的持续过程。而社会矛盾纠纷的法治解决，很大程度取决于当事人诉求能否得到充分表达，社会公平正义能否得到维护。人民法院作为社会矛盾纠纷处理的终局机关，通过依法审理案件，回应社会诉求，解决社会纠纷，维护社会公正，修复社会关系，确立社会规范，维护社会秩序。司法审判活动过程实质上是对社会主体活动进行评价、规范和引导的过程。因此，如果人民法院通过公正司法，充分发挥法对社会的控制功能，引导公民以理性合法的形式表达利益要求，就可以及时地消弭社会的紧张关系。但如果丧失公正，即使用国家强制力来维持社会稳定与和谐，也只能是权宜之计，矛盾和冲突不仅不会得到有效的解决，反而会越来越激烈。

(四)“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”是改革司法权力运行机制的迫切需要

人民法院的审判活动是在司法权力运行机制下实现的，司法权力运行机制的设置是否科学直接关系到司法公正的实现。司法的性质、功能和使命，要求司法主体必须具有中立性。司法不中立便无法获得当事人的认同和接受；而司法的中立必须以确保司法机关独立行使职权并有足够的能力抵御任何形式的干扰为条件。要实现公正，除了司法人员的优良素质和高度自律之外，还必须通过设立具有高度正当性的程序，通过赋予当事人及其代理人的充分的程序权利，通过科学、有效且符合司法规律的管理，通过有效而理性的层级监督和外部监督等等，以确保事实认定的客观性、法律适用的正确性以及

中还存在着行政执法等其他类型的调整机制。因此,司法不可能适用于一切社会行为和领域,司法也只能在它所调整的那一领域内实现公正。对于司法调整领域外的其他社会领域行为的公正,司法公正无法调整和涉及。因此,应当正确看待司法公正正在维护社会公正中的职能作用。

(二) 实体公正与程序公正

司法是保障社会公平正义的最后一道屏障。司法公正既要求法院的审判过程坚持正当平等的原则,也要求法院的审判结果体现公平正义的精神。前者可以称为程序公正,后者可以称为实体公正。它们共同构成了司法公正的基本内容。所谓程序公正,是指诉讼参与人在诉讼过程中受到公正对待,所得到的权利主张机会是公正的,它要求法官在审判过程中应当不偏不倚、平等对待当事人各方。所谓实体公正,是指司法活动就诉讼当事人的实体权利和义务关系所作出的裁决或处理是公正的。总体而言,实体公正的实现需要程序公正来保障,只有程序公正才能够最大限度地保证案件办案的质量,最终达到实体公正的目的。实践中,如果人为地把二者割裂开来,片面追求实体公正而忽视司法程序公正,或者片面追求程序公正而忽视实体公正,都会走向极端,都是不可取的。人民法院在审理案件中不仅需要每一起司法案件的程序正当而无可挑剔,也要通过审判使法律体现的公平正义在每一起司法案件裁判或者处理中实现。实践中,“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”首先应当从保障程序公正做起。程序公正要求法官必须站在中立的立场上审理案件,坚持司法公开,充分听取各方当事人的意见,不能偏袒任何一方当事人,等等。程序公正是外在的形式上的公正,这种公正对于当事人以及广大人民群众而言是看得见、感受到的公正。可以说,没有程序公正就难有实体公正。

(三) 个案公正与整体公正

公平正义是司法的生命和灵魂,在广大人民群众看来,司法公正不是抽象的空泛概念,而是身边每一起具体案件的处理。并且,人民群众往往会依据具体个案的处理对司法作出是否公正的评价,而每一起具体个案公正处理构成了司法的整体公正。并且,没有个案公正,也就没有整体公正。同时,司法的整体公正并不是每一起个案公正的简单相加或者相减。不同案件的个案公正处理有时会存在差别和矛盾乃至冲突,因此必要时为维护司法的整体公正就需要牺牲个案公正。当然,虽然构成司法整体公正的每一起具体个案公正所占比重小,甚至对整体公正不会产生根本性影响,但是一起具体个案



的不公正裁判或者处理，对于案件的当事人来说，影响是巨大的，甚至是终生的。人民法院千分之一甚至万分之一的错案，在当事人眼里就是百分之百的不公。正是由于屡屡发生的不公个案，才造成社会公众对司法公正的怀疑。这种个案不公，不仅直接影响当事人的合法权益，也会损害司法机关的公正形象，并且实质上会影响到公众对司法的信任和對法律的信仰。因此，无论人民法院还是广大法官，都应该把注意力和着力点放在如何提高每一起具体个案的审判质量上来，确保每一起具体个案都能得到公正裁判或者处理。唯有通过成千上万个每一起具体个案的公正裁判或者处理，司法整体公正才能打下坚实的个案公正基础。虽然当前由于受一些因素影响，实践中容易出现错误裁判，但是不能因为存在出现错案的概率和机会，而放松或者降低对每一起具体个案公正裁判的要求。司法公正的实现不仅依赖于法治的大环境和社会公众对法律信仰和尊崇，更重要的是有赖于全国各级人民法院和广大法官对千千万万个具体个案的正确、公正处理。试想如果各级人民法院和广大人民法官更加重视并且尽最大努力公正处理每一起具体个案，整个社会都能积极支持人民法院和法官对每一起具体个案的公正处理，那么司法整体公正就能够得以实现。

（四）司法裁量与同案同判

“法律制度的内部公平要求，不论具体情况如何，对于具有相同的特点，根据这些特点法律将他们划分为同一类型的人，法律在适用时不能有所例外。”^① 并且，“在一切法律体系中，不论是成文法还是不成文法体系，法官为了公平的缘故，一般总是倾向于以他们在以往的相似案件中所使用的相同做法来对新的案件进行判决。”^② 因此，同案同判也就成为社会公众评价司法公正的直接标准。由于法律所具有的概括性、原则性和抽象性特征，司法自由裁量权是客观存在的，有其存在的正当理由，但是司法自由裁量权并非任性裁量权，必须防止司法自由裁量权的滥用。当前，随着各种新类型案件、重大疑难等案件不断出现，同案不同判的情形在各地法院时有出现。例如，同是一个法院受理的案件，类似的法律事实，由不同的业务庭审理，适用法律的标准却不统一，甚至同一业务庭内不同合议庭对相似的法律事实也会作出大相径庭的裁判；不同法院之间也存在裁判标准不统一的问题。由此，社

① [英] 彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，第93页。

② [英] 彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，第115页。

目 录

专题一 货币犯罪

1 伪造不存在的货币如何认定?	1
[疑案解析] 伪造外币可以构成伪造货币罪	2
2 伪造货币构成犯罪是否有仿真度的要求?	5
[疑案解析] 加工半成品制作假钞构成伪造货币罪	5
3 出售、购买变造的货币或者明知是变造的货币而运输的行为应如何定性?	7
4 如何计算出售、购买、运输假币犯罪的数额?	8
[疑案解析] 行为人持有同一宗假币又出售的构成出售假币罪	9
5 如何认定出售、购买假币犯罪的停止形态?	11
[疑案解析] 出售、购买假币罪的既遂与未遂的认定	13
6 对购买假币被骗的行为人如何处理?	14
[疑案解析] 购买假币上当受骗的认定为犯罪未遂	15
7 如何划清金融机构工作人员以假币换取货币罪与贪污罪、职务侵占罪及盗 窃罪的界限?	16
[疑案解析] 使用假币偷换成真币的构成盗窃罪	18
8 金融工作人员购买假币、以假币换取货币构成犯罪是否有数额的要求?	20
[疑案解析] 金融机构工作人员以假币换取真币数额较大的, 应予追诉	20
9 误收假币而持有或者使用是否构成犯罪?	21
10 盗窃假币后持有、使用的应当如何定罪?	22
[疑案解析] 盗窃假币的行为构成盗窃罪	24



的，共同伪造美元的行为，均已构成伪造货币罪，且数额特别巨大，情节特别严重。杨某某在共同犯罪中起主要作用，系本案主犯，应予严惩，李某、赵某在共同犯罪中起次要作用，系本案从犯，应依法判处；被告人刘某某明知是伪造的美元而予以购买销售的行为，已构成出售伪造货币罪，亦应依法判处。原审判决认定的基本事实清楚，定罪正确，审判程序合法，但对被告人赵某量刑过重。据此，于1998年7月23日依法判决：1. 驳回被告人杨某某、李某的上诉；2. 维持一审刑事判决中以被告人杨某某、李某犯伪造货币罪，判处杨某某死刑，李某无期徒刑，均剥夺政治权利终身，并处没收财产，被告人刘某某犯出售伪造货币罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币五万元的部分；3. 撤销一审刑事判决中对被告人赵某的量刑部分；4. 被告人赵某犯伪造货币罪，判处有期徒刑十年，并处没收财产。

四川省高级人民法院依法将此案报送最高人民法院核准。最高人民法院经复核确认：1995年7月至9月，被告人杨某某伙同他人印制500元、100元面额的假美元共计1380.6万元，但1995年6月30日全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》颁行前杨某某等人印制的假美元80万元，不应认定为犯罪数额。一、二审法院将其计入犯罪数额不当。

最高人民法院认为，被告人杨某某伙同他人伪造美元的行为，已构成伪造货币罪。其伪造货币数额特别巨大，且系主犯，依法应予严惩。一、二审判决认定的基本事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。据此，于1999年4月30日依法裁定：核准四川省高级人民法院维持一审以伪造货币罪判处被告人杨某某死刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产的刑事判决。

伪造货币罪的对象是货币，不仅包括我国的国家货币即人民币，也包括外币在内。这里所说的外币是广义的，是指境外正在流通使用的货币。既包括可在中国兑换的外国货币如美元、英镑、马克等，也包括港、澳、台地区的货币，还包括不能在中国兑换的外国货币。并且，只要伪造出假货币，不管是成品还是半成品，均应视为犯罪行为。就本案而言，根据中国银行四川分行鉴定，100元面值美元在市场中流通，500元面值美元美国财政部早已收回，已退出流通领域，不在市场中流通。但考虑到500元面值美元通过银行仍可兑换成流通面值美元，因此杨某某等人伪造500元面值美元的行为仍应以犯罪论处。故此部分伪造货币数额二审判决予以认定是正确的。但根据中国银行四川分行鉴定，美国财政部从未发行过面值100万元和1万元的美元，



方是否达成意思一致只是犯罪的预备阶段，不是犯罪的未遂，更不是犯罪的既遂。犯罪预备是指为了实施犯罪，准备工具，制造条件，但未能着手实施犯罪的形态。犯罪未遂是指已经着手犯罪，但由于犯罪分子以外的原因而未得逞的形态。犯罪预备与犯罪未遂的区别在于犯罪行为是否着手。我国的通说认为，所谓着手就是开始实行刑法分则所规定的某一犯罪构成客观要件的行为。出售、购买假币罪的客观要件表现为出售、购买伪造的货币的行为。一般而言，只有这种出售、购买伪造的货币的行为已经实施与展开，才能认定着手，单纯的买卖双方意思表示达成一致而未能具体实施交易行为，还不能认定着手，只能认为是双方为出售、购买伪造的货币积极创造条件、做准备工作，属于犯罪预备。第二种意见将“进入买卖假币的销售环节”作为判断依据，有其合理性，毕竟交易行为在此时已经实施，但是实施并不等于完成，按照行为犯理论，认定犯罪既遂要坚持行为完成说，行为虽已实施但未能完成的应为犯罪未遂或中止。

第三种意见与第四种意见均主张将交易行为是否完成作为判断标准，两者的差异主要在于如何理解“交易行为完成”。第三种意见认为只要出售、购买的行为已经实施业已完成就可以构成既遂，并不要求出售者交付假币后必须取得了价款、购买者领受假币后必须支付了价款。而第四种意见则认为既遂成立必须是双方已经交付了假币或者支付了价款。相比较而言，第三种意见更具合理性。因为，从实际看，交付行为的方式是多种多样的，交付假币与支付价款的行为并不必然发生在同一时空下，仅就支付价款而言，可能有现场支付、邮政汇款、网上支付等，如果机械地认为只有出售者交付假币后取得了价款、购买者领受假币后支付了价款才认为是“交易行为完成”，才能认定犯罪既遂，将可能放纵一部分案件。实际上，只要出售者交付了货币，购买者领受了货币，交易行为就已经完成，社会危害性客观存在，并不受价款是否实际取得或支付的影响，据此认定出售、购买假币的犯罪构成既遂，更符合行为犯的本质特点。2001年1月最高人民法院印发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）指出，只要有证据证明行为人实施了出售、购买、运输、使用假币行为，且数额较大，就构成犯罪。应当说，《纪要》所持的立场就是行为犯说，只要相关行为实施完毕就可以构成犯罪既遂。

此外，出售、购买假币罪，是选择性罪名，行为人只要实施了其中任何一种行为即可构成相应假币犯罪的既遂，并不要求行为人客观上必须将出售、

实务难题 10 盗窃假币后持有、使用的应当如何定罪？

实践中经常发生盗窃假币后持有、使用的情况，对此如何处理争议较大。一般而言，盗窃假币后明知是假币而持有、使用，依法构成持有、使用假币罪，应无异议。问题在于，之前的盗窃假币行为能否构成盗窃罪，以及如何处理盗窃罪和持有、使用假币罪的关系？

关于盗窃假币的定性问题，有两种不同意见：一种意见认为，被告人的行为不构成犯罪，主要理由是：被告人盗窃的是假人民币，没有实际价值，不能体现盗窃罪侵犯的客体。盗窃假币的行为虽然是采取秘密窃取的手段，符合盗窃罪客观方面的构成要件，主观上也是出于非法占有他人财物目的，但行为人盗窃的是假人民币，其行为侵犯的是国家的货币管理制度，而不是我国刑法保护的公私财产的所有权。因此，这种盗窃假币的行为不构成犯罪。盗窃假币后必然会持有假币，乃至使用假币，对此依法以持有、使用假币罪定罪处罚即可。^① 另一种意见则认为，无论是在基于明知假币的故意下盗窃假币的行为，还是在基于概括的盗窃财物的故意下实际上盗窃了假币的行为，均应构成盗窃罪。^②

我们赞同第二种意见。那种认为假币没有实际价值，不能体现盗窃罪侵犯的客体，因而盗窃假币不构成盗窃罪的理由，是不能成立的。首先，该观点未能真正理解财物价值的含义。“从实际上看，作为财物罪对象的财物，一般都是具有客观的经济价值即金钱交换价值的财物。但从理论上说，作为财物罪对象的财物，并不要求具有客观的经济价值，只要所有人、占有人主观上认为该物具有价值，即使其客观上没有价值，也不失为财物。”^③ 并且，假币的产生即源于为获取非法利益，法律虽然禁止持有、流通假币，但在高额利润的驱动下，其地下流通性依然很强。行为人在盗窃假币后通过出售、使用，可以获得一定的非法利益。其次，假币属于违禁品。《刑法》第 64 条规定：“违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，

① 祝铭山主编：《破坏金融管理秩序罪》，中国法制出版社 2005 年版，第 5 页。

② 冯育军：“浅析盗窃假币行为的刑事违法性”，载正义网，http://www.jcrb.com/procuratorate/theories/academic/201107/t20110707_568968.html。

③ 张明楷：《刑法学（第三版）》，法律出版社 2007 年版，第 705 页。

条的规定，变造货币罪是指以真币为基础，采用挖补、揭层、涂改、拼接等手段，改变货币的真实形态、色彩、文字、数目等，使其升值，且数额较大的行为。在一些案件中，行为人利用市场上的验钞机认半边的特性，将真实的货币和伪造的货币对半拼接，通过验钞机的辨认，使接受者或金融机构的自动存款机信以为真而接受这些货币。对这类案件中行为人制假行为的定性，理论和司法实践中存在有不同的观点。有的认为，这种行为的性质属于伪造，因为这种“半真半假”的货币毕竟存在较大成分假币的内容。有的则认为，这种行为的性质属于变造，因为这种“半真半假”的货币中存在一半真币的成分。

我们主张，对此类假币案件中行为人的行为应以变造货币罪定性。主要理由是：第一，在此类“半真半假”的假币案件中，行为人实际上是利用了验钞机认半边的特性而实施了制造行为，也即在制造出来的“半真半假”货币中，行为人所利用的是该货币的真实一半，且被市场最后所接受的也是因为该货币中存在真实的一半。简言之，验钞机之所以认可这一货币，完全是基于半边真实的货币，而并非是属于对半边虚假货币的误解。这种通过真实部分进行使用的行为性质较多地符合变造货币罪的特征，因为变造货币罪的本质特征就在于对真实货币进行改造。第二，“半真半假”的货币并没有“失去货币同一性”，在没有“失去货币同一性”的物体基础上所进行的制造，理应属于变造。第三，从有关金融业务规则看，“半真半假”的货币也没有“失去货币同一性”。例如，对于自然灾害、人的过失等原因导致“票面撕裂、缺损，或因自然磨损、侵蚀，外观、质地受损，颜色变化，图案不清晰，防伪特征受损”等残缺货币的处理，按照2004年2月1日施行的《中国人民银行残缺污损人民币兑换办法》规定，能辨别面额，票面剩余四分之三（含四分之三）以上，其图案、文字能按原样连接的残缺、污损人民币，金融机构应向持有人按原面额全额兑换。能辨别面额，票面剩余二分之一（含二分之一）至四分之三以下，其图案、文字能按原样连接的残缺、污损人民币，金融机构应向持有人按原面额的一半兑换。通常只要该残缺货币的剩余部分存在百分之五十以上即可获得更换。这一规则充分表明，金融业务中事实上也是以百分之五十作为判断该货币是否“失去货币同一性”的标准。由于“半真半假”的货币中确实存在“半真”的部分，因而我们完全有理由认为这些货币没有“失去货币同一性”。所以，在此基础上所进行的制造行为，理解为是变造行为而不是伪造行为，更为妥当。



实务难题 13 如何认定妨害货币管理犯罪的罪数形态?

妨害货币管理的各种犯罪行为经常相伴而生,一个犯罪分子也可能实施刑法规定的数个货币犯罪行为,因此,罪数是司法实践中处理货币管理犯罪经常遇到的问题,也是困扰司法实务部门的难题。2000年9月20日至22日最高人民法院在湖南省长沙市召开的全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会上,就货币犯罪中的罪数问题进行了研讨。根据会后形成的《座谈会纪要》,同时参照刑法及最高人民法院有关货币犯罪的司法解释,我们认为,确定妨害货币管理犯罪罪数的主要原则,一是依据数行为是否属于刑法规定的选择性罪名中的行为;二是依据数行为是针对同一宗假币还是不同宗假币实施的;三是依据数行为之间是否存在吸收关系。具体来说:

1. 对同一宗假币实施刑法规定为选择性罪名的数个行为,应根据行为人所实施的数个行为,按相关罪名刑法规定的排列顺序并列确定罪名,数额不累计计算,不实行数罪并罚。刑法规定的货币犯罪中的选择性罪名有:出售、购买、运输假币罪;金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪;持有、使用假币罪。例如,行为人购买假币后又出售、运输所购买的假币,由于其出售、运输的假币与购买的假币系同一宗,数额不累计计算,以出售、购买、运输假币罪一罪论处。同样,金融工作人员如果先购买假币,然后再以购买的假币换取真币,构成的也是一罪。

2. 对同一宗假币实施刑法没有规定为选择性罪名的数个犯罪行为,数行为之间如果存在吸收关系,应当按照吸收犯的处罚原则,以一罪从重处罚,不数罪并罚。例如,行为人伪造货币后,又对自己伪造的货币从事出售、运输、持有、使用行为,后行为被前一行为吸收,以伪造货币罪从重处罚。再如,行为人购买假币后而持有、使用,持有、使用行为是先前购买行为的延续,被先前的购买行为吸收,以购买假币罪从重处罚。但是需要注意的是,行为人出售、运输假币构成犯罪,同时又有使用行为,由于使用行为不是出售、运输假币行为的自然延续,依据司法解释规定,应当按照出售、运输假币罪与使用假币罪数罪并罚。

3. 对不同宗假币实施法律规定为选择性罪名的数个行为,并列确定罪名,数额累计计算,但不数罪并罚。例如,行为人实施了出售、购买、运输假币

专题二

金融管理犯罪^①

实务难题 1 如何理解“擅自设立金融机构罪”中的“擅自设立”？

《刑法》第174条第1款规定的擅自设立金融机构罪，是指未经国家有关主管部门批准，擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的行为。成立该罪的核心要件是“擅自设立”金融机构。所谓擅自设立，是指未经中国人民银行等国家有关主管部门批准设立金融机构。《商业银行法》第11条第1款规定：“设立商业银行，应当经过中国人民银行审查批准。”第79条规定：“未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行……依法追究刑事责任。”金融管理体制改革后，非银行金融机构的设立不再由中国人民银行批准。《证券法》第122条规定：“设立证券公司，必须经国务院证券监督管理机构审查批准；未经国务院证券监督管理机构审查批准，任何单位和个人不得经营证券业务。”《保险法》第71条规定：“设立保险公司，必须经保险监督管理机构批准。”《期货交易管理条例》第15条规定：“期货公司是依照公司法和本条例规定设立的经营期货业务的金融机构；设立期货公司，应当经国务院期货监督管理机构批准，并在公司登记机关登记注册；未经国务院期货监督管理机构批准，任何单位或者

① 本专题主要涉及以下罪名：“擅自设立金融机构犯罪”、“伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪”、“高利转贷罪”、“骗取贷款、票据承兑、金融票证罪”、“非法吸收公众存款罪”、“擅自发行股票、公司、企业债券罪”、“背信运用受托资金罪”、“违法运用资金罪”、“违法发放贷款罪”、“吸收客户资金不入账罪”、“违规出具金融票证罪”、“对违法票据承兑、付款、保证罪”，以及“欺诈发行股票、债券罪”等。



个人不得设立或者变相设立期货公司，经营期货业务。”可见，商业银行等金融机构必须经法定批准程序才得设立；未经国家有关主管部门的批准，任何单位或个人都不得自作主张设立金融机构，否则即为非法。所以，凡违反上述金融管理法律法规，未经有关主管部门批准，设立金融机构的行为，都属于“擅自设立”。

有观点认为，擅自设立商业银行，其具体表现为三种形式：一是未向中国人民银行提出申请而设立商业银行；二是虽然向中国人民银行提出过申请，但在经审查未获批准的情况下而成立商业银行；三是虽经中国人民银行批准设立但在未办理登记、领取营业执照的情况下即予开业。具备这三种情形之一的，即属于擅自设立商业银行。^①我们认为，该观点对“擅自设立”的理解是不准确的。根据我国刑法的规定，擅自设立金融机构罪成立的关键在于设立金融机构的行为未经国家有关部门的批准，这意味着如果设立金融机构经过了国家有关部门的批准，这种行为就是合法的，如果没有按照有关规定履行审批程序而设立金融机构就是构成犯罪的行为。这里的审批程序当然不是指到工商行政管理部门去登记，而是指没有经过中国人民银行等国家有关主管部门批准；金融机构设立的标志应当是行为人获得金融机构经营许可证，而不是其是否登记注册，没有履行登记程序而开展金融业务是违反公司法的行为，而不是构成本罪的行为。所以，擅自设立金融机构罪主要是指前两种情况。并且，擅自设立只能是作为，不可能是不作为。擅自设立既包括行为人擅自成立一个原本并不存在的新的金融机构，也包括行为人未经国家有关主管部门批准，直接冒用真实的金融机构或其分支机构的名义或名称的情形。

此外，在认定“擅自设立”时，还应注意界定作为行为对象的“非法金融机构”。一般而言，未经国家主管部门批准，擅自设立的金融机构，即为“非法金融机构”。1998年6月30日第247号国务院令发布实施的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第3条规定：“非法金融机构，是指未经中国人民银行批准，擅自设立从事或者主要从事吸收存款、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、外汇买卖等金融业务活动的机构。非法金融机构的筹备组织，视为非法金融机构。”中国人民银行1998年7月29日发布的《整顿乱集资乱批设金融机构和乱办金融

① 马克昌主编：《经济犯罪新论》，武汉大学出版社1998年版，第253页。

自然属于合法的行为，但是，没有经过批准而设立的，则是可能构成犯罪的行为。金融机构的分支机构也是金融机构，这样的分支机构只有经过批准以后才能作为金融机构开展业务，没有经过批准而擅自设立的，理应在刑罚规制范围内。其次，从犯罪客体看，擅自设立金融机构行为侵犯了国家的金融管理秩序，这种秩序首先体现为国家对金融机构严格审批的法律秩序。金融分支机构与金融机构一样，对它的擅自设立同样侵扰了国家对金融机构的监管而形成的审批法律秩序，故那种认为金融机构未经批准擅自设立分支机构行为不宜以犯罪处理的意见，是不合理的。最后，现行法律对金融机构设立分支机构有明确的要求。根据《商业银行法》第19条的规定，商业银行根据业务需要可以在中华人民共和国境内外设立分支机构。设立分支机构必须经中国人民银行审查批准。该法第75条和第76条还对金融机构未经批准设立分支机构的法律责任作了具体规定，其中明确规定“构成犯罪的，依法追究刑事责任”。可见，对擅自设立金融分支机构的行为不宜以犯罪处理的论断，不符合现行立法。换言之，金融机构未经国家有关主管部门批准，擅自设立分支机构可以犯罪论处，是有法律依据的。



【疑案解析】

金融机构擅自设立分支机构可以构成擅自设立金融机构罪^①

2002年9月，某信用社为扩展其业务，在未经有关主管部门批准的情况下，经该信用社领导集体讨论后擅自决定在当地某区内设立分支机构。同年9月起，该信用社为筹办其分支机构在当地某区内租下了办公场地，置办了办公设备，雇佣了相关工作人员，至2003年2月，新设分支机构的筹备工作基本完成，2003年4月该分支机构正式开始营业。至2003年7月，该分支机构已吸纳储户资金共计500余万元，放贷金额共计200余万元。同年8月初，相关主管部门发现并制止了此一违法情况，并将案件上报公安机关。

法院经审理认为，该信用社在未经有关主管部门批准的情况下，经该信用社领导集体讨论后擅自决定在当地某区内设立分支机构的行为构成擅自设立金融机构罪，判处该信用社罚金五十万元，信用社社长被判处有期徒刑一

^① 案例来源：刘宪权主编：《金融犯罪案例研析》，上海人民出版社2011年版，第119-122页。

某区人民法院经审理认为，被告人周某某、袁某某未经中国人民银行批准，擅自设立非法金融机构，吸收存款，发放贷款，进行非法经营活动，给储户造成经济损失，引起部分群众上访，二被告人的行为已构成擅自设立金融机构罪。据此，依法判决：被告人周某某犯擅自设立金融机构罪，判处有期徒刑一年，并处罚金五万元；被告人袁某某犯擅自设立金融机构罪，判处拘役六个月，并处罚金二万元。

本案中，二被告人于1999年9月16日参加市工商业联合会后，清楚知道会议精神，明知须停止存储业务，清理发贷，但二被告人却未按市政府办公厅〔1999〕135号文件《关于转发中国人民银行西安分行营业管理部整顿金融“三乱”工作实施方案的通知》要求实施，而是继续揽储和高息放贷。并且，本案中给储户造成的损失大多是在1999年9月16日以后发生的，根据法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会议纪要》的通知要求，超过整顿金融“三乱”工作实施方案而继续从事非法金融业务活动，情节严重的应依法追究刑事责任。被告人袁某某对1999年9月16日以后该互助会继续揽储和高息放贷的事实是知道的，因此二被告人在其犯罪主观方面表现为故意，其行为侵犯了国家的金融管理制度，在客观方面表现为未经中国人民银行批准而擅自设立非法金融机构，故二被告人的行为构成擅自设立金融机构罪。

从本案的实际情况看，二被告人实施犯罪行为的目的并不着眼于擅自设立金融机构，而是为了吸收存款、发放贷款，进而获取非法的经济利益。也就是说，二被告人基于一个犯罪目的，而实施了两个犯罪行为，触犯了两个罪名，即被告人在实施擅自设立金融机构犯罪行为的同时，又实施了非法吸收公众存款的犯罪行为。在行为人牵连实施的上述两个行为中，非法吸收公众存款行为是目的行为，擅自设立金融机构行为是方法行为，成立刑法理论上的牵连犯，在刑法未作特别规定的情况下，应当从一重罪处罚。由于刑法规定的擅自设立金融机构罪和非法吸收公众存款罪的法定刑相同，在法定的重罪与轻罪之间无法比较，法院转而根据被告人分别实施两种行为的轻重来比较。在本案中，二被告人周某某、袁某某擅自设立金融机构是认定案件构成犯罪的主要行为，根据主行为吸收从行为的定罪原则，所以，法院判决以擅自设立金融机构罪对被告人定罪处罚。



罪处罚。对于出卖金融机构经营许可证的,可按照《刑法》第280条规定的买卖国家机关证件罪定罪处罚;对于出租、出借金融机构经营许可证的,由于刑法没有明文规定,因此不能按照犯罪处理,可以按照金融法规的有关规定对行为人予以适当的行政处分。^①

第二种意见认为,转让是指通过出租、出售、赠与等方式有偿或无偿将经营许可证、批准文件转与或者让与其他机构或个人使用。换言之,刑法规定的“转让”,本身就包含“出租、出借、出卖等方式”。所以,出租、出借、出卖金融机构经营许可证或者批准文件的行为,可以构成“转让金融机构经营许可证、批准文件罪”。^②

我们同意第二种意见。首先,从刑法与其他部门法的关系看,刑法是其他部门法的“保障法”,虽然建立在其他部门法的基础之上,但刑法本身具有独立性,其调整对象不是必然、完全地拘泥于其他部门法,可以随着时代的变迁而发展。所以,并不能因为《商业银行法》和《金融机构管理规定》没有明确地将“出租、出借、出卖”归于“转让”,而排除刑法规定的“转让金融机构经营许可证、批准文件罪”对出租、出借、出卖等行为的适用。其次,从实际看,出租、出借、出卖行为与一般的转让行为相比较,其危害性丝毫不亚于后者,把出租、出借、出卖金融机构经营许可证、批准文件的行为排除在可追究刑事责任的范围之外,不具有合理性,明显有放纵犯罪之嫌。应当承认,伪造、变造、转让金融机构营业许可证、批准文件罪的目的是为了防止有人擅自设立金融机构,利用金融机构非法吸收公众存款,从而扰乱金融秩序。出租、出借、出卖经营许可证的行为亦会造成行为人擅自设立金融机构,利用金融机构非法吸收公众存款,扰乱金融秩序的危害后果。再次,如果将“转让”严格解释为“无偿让与”,也是与罪刑责相适应原则矛盾的,“转让”即“无偿让与”需要追究刑事责任,可包括出租、出卖在内的“有偿让与”却不能追究刑事责任,显然违反了罪刑相适应原则。最后,从文义上看,“转让”本身就应包含“出卖”,“出卖”是转让行为的一种,也是转让行为最主要的表现形式。同时,把出租、出借行为解释为转让行为的一种,也不违反罪刑法定。这只是一种扩大解释,而非类推解释。扩大解释是指刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义窄,于是扩大其字面含义,使其符

① 利子平、胡祥福主编:《金融犯罪新论》,群众出版社2005年版,第117页。

② 赵秉志主编:《新刑法全书》,中国人民大学出版社1997年版,第659页。



为构成擅自设立金融机构罪；同时，刘某某等人为了筹建所谓中华国际银行，还实施了伪造国务院批准组建中华国际银行的批件等行为，触犯了伪造金融机构批准文件罪，与擅自设立金融机构的行为构成手段与目的行为的牵连犯，在刑法没有明文规定如何处理的情况下，应按照择一重罪处罚的原则处理，不实行数罪并罚；由于两罪的法定刑相同，一般按照目的行为触犯的罪名即擅自设立金融机构罪定罪，这样更能解释行为人的犯罪行为的危害特征。

实务难题 8

如何认定高利转贷罪中的“高利”？

《刑法》第 175 条规定的高利转贷罪，是指以转贷牟利为目的，将套取的金融机构信贷资金高利转贷给他人，违法所得数额较大的行为。对于何为高利转贷罪中的“高利”，学界有不同认识。有一种观点认为，“高利”是指以高出金融机构贷款利率的较大比例转贷给他人，或者说是指行为人将套取的金融机构信贷资金转贷他人所定利率远远高于其从银行或其他金融机构所套取的信贷资金利率。^① 这种观点的主要依据是 1991 年通过的《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第 6 条的观点，即民间借款合同中所约定的利率可以适当高于银行的利率，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍。据此，支持该观点的学者认为，在确定高利的标准时可参照该司法解释进行。^② 而另一种观点则认为，“高利”是指将银行信贷资金以高于银行贷款的利率转贷他人，具体高出银行贷款利率多少并不影响本罪的成立。^③ 总而言之，上述观点一致将认定“高利”解读在“高利率”的思维范畴内，主要分歧在于以哪种利率为衡量标准以及是否要求高出该标准利率一定限额。

目前，无论从刑法规范性来讲，还是司法实践来看，第二种观点均占据主导地位，即高利指将银行信贷资金以高于银行贷款的利率转贷他人，而不论具体高出银行贷款利率多少。原因在于：首先，从法律规定看，我国《刑法》第 175 条并没有指出本罪必须以行为人以高出金融机构贷款利率较多的利率转贷给他人构成，而只是指出高利转贷他人就可能构成犯罪。本罪中的“高利”与

① 张国轩：“试析套取信贷资金转贷牟利罪”，载赵秉志主编：《新千年〈刑法〉热点问题研究与适用》（下），中国检察出版社 2001 年版。

② 黄京平主编：《破坏市场经济秩序罪研究》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 373 页。

③ 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，人民法院出版社 1998 年版，第 265 页。

构成理论的。

实务难题 12 金融机构能否成为高利转贷罪的犯罪主体？

高利转贷犯罪的主体包括单位，只要能够从金融机构获得信贷资金的单位都可以成为高利转贷的犯罪主体。在司法实践中也主要表现为单位犯罪。其中，根据《中国人民银行法》的规定，金融机构之间可以互相拆借，而拆借和贷款在实质上是相同的，因此，商业银行、政策性银行和其他非银行金融机构都可以是贷款的对象。那么，除中国人民银行之外的金融机构是否都能够成为高利转贷的主体？

我们认为，金融机构因其自身的特殊性，在判断是否构成高利转贷罪时还应当区分不同的情况。我国的金融机构种类繁多，有的本身就可以从事信贷业务，低息借入，高利贷出，从中赚取利差，这是银行法允许的经营活动，而有些金融机构则不具有发放贷款的经营权。对于前者，即使是通过虚构事实、隐瞒真相的方法套取了其他金融机构的信贷资金，高利转贷给他人牟利，也不能以本罪追究刑事责任，而是作为违反金融管理制度的一般违法、违规行为处理。对于后者，由于其本身不具有经营信贷资金的权利，套取其他金融机构的信贷资金高利转贷的行为，与一般企事业单位高利转贷的行为并无区别，应当以本罪定罪处罚。因此，金融机构能否成为高利转贷罪的主体，关键在于其能否成为贷款对象，以及是否具有贷款经营权。

实务难题 13 如何认定高利转贷犯罪中金融机构工作人员的行为性质？

高利转贷犯罪之所以能够实施，一方面需要行为人编造各种理由骗取金融机构的信任，另一方面也取决于金融机构对信贷资金的审查把关。目前我国有关调控贷款业务的法律、法规有很多，关于经营管理贷款业务的法律框架已经较为完备，但在实际上，却普遍存在着有法不依、执法不严、违法不究、有章不循、为政不廉的“五不”现象，导致了我国贷款法律约束机制的弱化和虚化，进而造成贷款违法犯罪案件的不断发生。其中，金融机构工作