

# 上海自由贸易试验区 检察实务研究

陈辐宽 主编

NEW CRIMES AND PROSECUTOR'S  
FUNCTION IN THE SHANGHAI  
PILOT FREE TRADE ZONE



上海检察文库·专题研究

金融检察 ⑤



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



上海檢察文庫·專題研究

金融檢察

陈辐宽 主编

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 上海自由贸易试验区 检察实务研究

NEW CRIMES AND PROSECUTOR'S  
FUNCTION IN THE SHANGHAI  
PILOT FREE TRADE ZONE

## 图书在版编目(CIP)数据

上海自由贸易试验区检察实务研究 / 陈辐宽主编.  
—北京:法律出版社,2016.1  
(上海检察文库)  
ISBN 978-7-5118-8984-3

I. ①上… II. ①陈… III. ①自由贸易区—检察机关  
—工作—研究—上海市 IV. ①D926.32

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第008119号

上海检察文库

上海自由贸易试验区检察实务研究  
陈辐宽 主编

编辑统筹 政务出版社

策划编辑 张瑞珍

责任编辑 周洁

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 固安华明印业有限公司  
责任印制 吕亚莉

开本 710毫米×1000毫米 1/16  
印张 20.25  
字数 271千  
版本 2016年1月第1版  
印次 2016年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

重庆公司/023-65382816/2908

深圳公司/0755-83072995

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-8984-3 平装定价:56.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 上海检察文库系列丛书

---

编委会主任：陈旭

副主任：陈辐宽

委员：叶青 郑鲁宁 周越强 陆建强  
周永年 徐金贵 苏华平 龚培华  
林立 丁谷平 李宁 居广鉴  
方全

---

分册主编：陈辐宽

副主编：肖凯

上海市人民检察院  
服务保障自贸区建设领导小组

---

组 长：陈辐宽

副 组 长：陈思群

成 员：朱文波 谭 滨 陶建平 吴 盛

郑永生 何艳敏 戴 杰 肖 凯

朱毅敏

## 《上海检察文库》总序

当前,新一轮司法体制改革已经启动,检察机关迎来历史上难得的发展机遇,同时也面临前所未有的挑战。此次司法体制改革是党中央推进依法治国的重大战略决策,涉及面广,改革项目多、力度大,影响深远。上海作为首批改革先行试点省市之一,肩负着中央赋予的为全国改革创造有益经验的使命,改革试点任务繁重,时间紧迫,责任重大,许多深层次的问题亟待研究论证,迫切要求检察机关深入总结经验,不断深化对检察工作发展规律的认识,使检察工作更好地回应改革的要求和时代的期许。

2010年下半年,作为推进检察理论研究工作的一项重要举措,上海市人民检察院启动《上海检察文库》编制工作。“文库”的编制旨在为上海检察机关构建更为广阔的研究交流平台,为发展繁荣上海检察理论研究提供必要条件,推动上海检察工作科学持续发展。通过统一规划、整合资源、统筹编辑、结集出版,“文库”编制工作已取得初步成效。目前已形成“两大类、五个系列”的基本框架,“两大类”是指公开出版物和内部资料;“五个系列”是指“专题研究”、“实务应用”、“案例选编”、“文书精选”和“检察官文集”。其中,“专题研究”主要汇编出版检察业务专家和专业人才撰写的体现本市检察理论研究水平的专著,包括重点研究课题、调研成果等;“实务应用”主要对检察业务工作中形成的具有指导性的实务研究成果进行系统概括、归纳提炼并结集出版,与业务培训相结合,兼具指导和培训功能;“案例选编”主要选取司法办案中形成的具有

典型性、指导性和研究价值的案例,进行系统编制;“文书精选”主要选编优秀起诉书、抗诉书、检察建议书等法律文书,并进行评析;“检察官文集”主要出版检察业务专家、挂职学者以及检察官博士论文等专著。

“文库”在编制方向上旨在体现以下特色:一是注重检察实践。理论创新永无止境,实践发展永不止步,检察理论研究必须从检察实践中汲取营养,从实践中来,到实践中去。融入实践、服务实践、指导实践是“文库”编制的内在动力和要求。二是突出上海特色。当前上海正在加快“四个中心”建设,上海检察机关在金融、知识产权、自贸区建设等领域对热点、难点问题研究的针对性和前瞻性较强,在未成年人刑事检察、社区检察等检察工作中积累了较为成熟的经验,及时汇集、展现、推广这些成果,有利于推动上海检察工作向专业化、规范化发展。三是打造精品成果。努力推出能够指导业务实践、成为领导决策参考的检察理论精品,注重发现、归纳和分析典型情况、问题,促进研究成果转化为行之有效的工作措施,努力实现理论研究和司法实践的良性互动。

《上海检察文库》的编制离不开上海检察同人们的辛勤努力,在此衷心期盼《上海检察文库》能够为上海检察理论研究构筑崭新的理论研讨和实务探索高地,充分展现上海检察官们的法律智慧和研究成果,成为上海检察机关理论和实务研究的一大品牌,为上海检察事业的科学发展提供不竭动力!

上海市人民检察院党组书记、检察长



二〇一五年六月三十日

# 序

建设中国(上海)自由贸易试验区是我国进一步全面深化改革的国家战略部署,也是上海经济发展转型和社会治理创新的重要契机。自贸试验区是试行高度开放条件下的贸易、投资与金融政策,并率先探索政府管理模式改革的创新试点,积极探索我国经济发展的新路径和新模式,推动加快政府职能和行政体制改革。十八届四中全会上,中央通过了《关于全面推进依法治国的若干重大问题的决定》,明确提出要以法治思维和法治方式推动改革。因此,检察机关作为国家机器的组成部分,这项重大的国家战略参与者和执行者,需要通过自身的改革与创新,实现服务、保障和推进自贸试验区试点成功的总体目标,责任重大。

我们上海检察机关正紧锣密鼓地按照中央关于推进司法体制改革的总体部署,先行先试,大胆实践,坚持立足于检察职能,积极对接自贸试验区建设的法治需求,深入探索与改革相适应的检察理念和举措部署。2013年8月,上海市人民检察院成立了服务保障自贸试验区建设领导小组,2013年11月5日,上海市人民检察院设立专门的派驻自贸试验区检察室,积极履行相关检察职能,深入研究自贸试验区的各项改革措施,探索创新可复制、可推广的司法保障实践,主动与自贸试验区管委会,与公安机关、人民银行上海总部等“一行三会”进行工作沟通衔接,积极对接融入战略大局,具体已形成多项工作机制,近两年的努力得到了社会各界的肯定。2014年年初,上海检察机关又紧扣自贸试验区改革主要内容,



确定了《检察机关服务保障自贸试验区的定位、作用与措施》等六项专项调研课题,通过缜密、充分论证,对今后相关法律法规的调整以及区内检察工作应对提出了具体指导性对策建议,出台了首部涉上海自贸试验区刑事法律适用指导意见,对全市检察机关涉自贸试验区案件办理统一法律适用作出规定,并编制完成了《中国(上海)自由贸易试验区涉检政策法规汇编》。

我欣喜地看到,上海检察机关服务保障自贸试验区工作次序展开,不断深入,已经有了一些有效的运作机制,积累了不少有价值的实践经验。此次,上海市人民检察院编写《上海自由贸易试验区检察实务研究》,旨在总结这些实践探索与思考,其中汇集了六项专项调研成果、2014年自贸试验区检察白皮书、典型案例分析等内容。这些研究成果紧紧把握执法办案的实际需求,立足于检察机关的法律监督职能,提出了一些具体可操作的对策建议,对推动上海检察机关进一步完善服务保障自贸试验区工作体制机制,提供更高效、高质的法律服务有重要的指导借鉴意义。

随着自贸试验区建设的加快推进和金融、贸易改革创新的不深化,自贸试验区内法治保障工作将面临更加艰巨繁重的任务,上海检察机关将坚持解放思想,继续开拓创新,全面提升自身服务改革的能级,扎实推进自贸试验区内各项检察工作的开展,为更好地服务保障自贸试验区建设作出新的、更大的贡献。

上海市人民检察院党组书记、检察长



# 目 录

## 第一编 自贸试验区检察实务前沿研究

检察机关服务保障自贸试验区建设的定位、作用与措施 .....	(003)
自贸试验区涉检工作相关法规政策调整的梳理 .....	(032)
自贸试验区检察监督的重点、难点与对策 .....	(071)
上海自贸试验区“两法”衔接工作机制探索 ——以政府职能转变为背景 .....	(114)
自贸试验区金融贸易改革的刑事法律适用 .....	(136)
探索建立符合自贸试验区特点的预防与惩治职务犯罪工作机制 .....	(156)

## 第二编 2014年自贸试验区检察白皮书

上海市人民检察院派驻中国(上海)自由贸易试验区检察室 2014年刑事检察白皮书 .....	(185)
--	-------

## 第三编 自贸试验区检察专题论文

上海自贸试验区建设中的检察保障 ——上海自贸试验区知识产权刑事司法保护机制研究 .....	(199)
自贸试验区检察监督角色定位与路径展开 .....	(210)
自贸试验区检察监督问题初探 .....	(221)
自贸试验区离岸金融业务发展对刑法适用的影响 .....	(230)

自由贸易试验区新规对金融犯罪之影响·····	(239)
刍议自贸试验区背景下逃汇骗汇犯罪的刑法适用·····	(249)
自贸试验区民事行政检察工作的若干思考·····	(259)
检察机关服务保障自贸试验区若干问题的思考·····	(267)

#### 第四编 金融、知识产权典型案例

##### 李某波、王某、徐某晖侵犯著作权案

——首例利用手机 APP 侵犯著作权案·····	(281)
--------------------------	-------

##### 黄某勇信用卡诈骗案

——新型信用卡业务的刑法认定·····	(288)
---------------------	-------

##### 上海大某某实业有限公司、上海某某动力机械有限公司、王某财逃汇案

——逃汇罪的理解和适用·····	(294)
------------------	-------

彭某松骗取贷款案·····	(303)
---------------	-------

##### 邵某凡信用卡诈骗案

——如何区分信用卡业务与贷款业务·····	(310)
-----------------------	-------

第一编

自贸试验区检察实务前沿研究

---



# 检察机关服务保障自贸试验区 建设的定位、作用与措施\*

## 一、自贸试验区改革推进对检察工作的客观需求

自贸试验区的设立,通过对外开放倒逼国内改革,标志着我国开始新一轮的深层次改革开放。作为一项重大的国家战略,理论界将自贸试验区建设视为与建立深圳特区、加入 WTO 同等级别的重大改革举措。中国的对外开放,通过自由贸易试验区这个突破口,犹如“二次入世”一般,中国与世界的接触会更加深入和广泛,将给中国的政治、经济、法律等各方面带来一系列的影响。自贸试验区建设所带来的首要课题就是法律问题。作为我国法律监督机关的检察机关无疑会受到重大影响,为此,必须准确定位,更新执法理念,树立人权保护意识、诉讼效益观念、公益监督意识,加快检察体制改革,使检察工作进一步规范化、科学化、专业化,这样才能在推进自贸试验区建设过程中充分履行检察职能,发挥服务保障作用。

### (一) 自贸试验区的制度创新“倒逼”检察机关组织机构创新

自贸试验区制度创新令人耳目一新,诸如准入前国民待遇和负面清单管理模式,“一线放开、二线管住”的贸易监管模式,人民币资本项目自由兑换、金融市场利率市场化、人民币跨境使用的金融制度创新,由注重事先审批变为注重事中、事后监管的政府管理体制创新,等等。经过近一年的实

---

\* 课题组组长:肖凯,上海市人民检察院金融检察处处长。课题组成员:朱毅敏、吴卫军、严忠华、杜晓丽、杨震宇、樊蓉、陆川。

践,自贸试验区在投资管理、贸易监管、金融创新、综合监管四大改革领域步入实质性运行阶段,对检察机关完整的服务保障功能有着迫切需要。这些制度创新都将带来法律法规的调整,<sup>①</sup>需要完善相应的法制保障,将引发一次重大的系统性法律变革。

根据《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》(以下简称《方案》)的规定,除了目前暂时调整的“三资企业法”,停止实施的与试点内容冲突的有关行政法规和国务院文件的部分规定外,还将形成新的投资和贸易规则体系、金融政策。上海市政府于2014年7月25日颁布出台了《中国(上海)自由贸易实验区条例》,上海法院系统也进一步推出了《涉中国(上海)自由贸易试验区审判指引》、《关于适用〈中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则〉仲裁案件司法审查和执行的若干意见》,自贸试验区制度改革和法律调整配套的框架正在形成,很明显,这将带来法律适用的变化,对履行刑事检察权和法律监督权的检察机关的刑事和民行检察工作提出了新的要求。同时,法律纠纷多元解决机制和法律适用的国际化特征,需要较为完整的检察组织机构和具备专业化、职业化、国际化素质的检察人员与之相配套,才能应对自贸试验区的制度创新。

## (二) 自贸试验区的“境内关外”属性“倒逼”检察机关完善监督职能

自贸试验区作为中国继加入WTO后又一次更高层级的对外开放,远远超越一般意义上“特区”“新区”争取政策优惠的层面,而是探索要素市场开放、政府边界厘清和行政管制放开,打造中国自己的对外开放平台,属

---

<sup>①</sup> 2014年12月21日国务院印发《关于推广中国(上海)自由贸易试验区可复制改革试点经验的通知》(国发〔2014〕65号,以下简称《通知》),对中国(上海)自由贸易试验区可复制改革试点经验在全国范围内的推广工作进行了全面部署。《通知》明确,进一步在全国范围内复制推广的改革事项28项。其中,在投资管理领域包括外商投资广告企业项目备案制、涉税事项网上审批备案等9项;贸易便利化领域包括全球维修产业检验检疫监管、中转货物产地来源证管理等5项;金融领域包括个人其他经常项下人民币结算业务、外商投资企业外汇资本金意愿结汇等4项;服务业开放领域包括允许融资租赁公司兼营与主营业务相关的商业保理业务、允许设立外商投资资信调查公司等5项;事中事后监管措施包括社会信用体系、信息共享和综合执法制度等5项。此外,在全国其他海关特殊监管区域复制推广的改革事项6项,包括期货保税交割海关监管制度、境内外维修海关监管制度、融资租赁海关监管制度等3项海关监管制度创新,以及进口货物预检验、分线监督管理制度、动植物及其产品检验检疫负面清单管理等3项检验检疫制度创新。

于单边自由贸易区,俗称“境内关外”。从保税区的“境内关内”向自贸试验区的“境内关外”的转变,带来最根本性的变化就是更大的贸易自由度及投资便利性,也是自贸试验区一系列金融、投资体制改革的前提。其法律特征为“隔离封闭、充分自由、政策优惠、港区结合”,“充分自由”则体现在贸易自由、运输自由、投资自由、金融自由。区内企业数量的快速增长和企业资本的国际化,促进了国际间人员和资本的流通,使得自贸试验区呈现出高度国际化、开放型、经济活跃型的特殊“居民”社区特点。

在这种背景下,检察机关面临的局势将更加复杂:一是我国所保护的社会关系变得更加复杂,刑法调整的社会关系的形式会更加多元,刑事法律保障经济秩序的方法将更加多样化,“罪刑相适应”“人权保障”“程序公正”的价值取向将更加突出。二是在打击犯罪方面对检察机关提出了更高的要求。随着国际经济贸易活动的增加,如洗钱犯罪、毒品犯罪、伪造货币犯罪等跨国经济犯罪案件数量会有所上升,而且其犯罪类型、特点等将会出现新的变化。金融流通更加频繁,跨境投融资、新型金融资产交易平台、知识产权等热点领域将面临新的挑战,容易成为经济犯罪的高危领域。三是法律适用的专业性更强。检察机关在执法活动中,既要依据国内法,同时也要关照相关的国际法规则,特别是在查处犯罪中,要考虑涉外案件和跨国犯罪的特殊问题:如域外证据的取证和认定标准问题、外国人犯罪的程序性权利保障问题以及与外国司法机关的跨国司法合作问题,等等。四是民事行政监督难度加大。一方面,政府和市场之间的关系进一步优化,行政执法由事前审批转为事中事后的监督,行政机关的履职裁量权需要完善监管标准,检察机关的“两法”衔接平台也需随之作出调整,以应对行政执法模式的转变。另一方面,在开放条件下,涉外民事、行政案件将明显上升,民事行政监督的任务更重。民事、行政审判的公开、公正将直接关系到我们国家的形象 and 我国法律的尊严。

因此,在这种新的极富挑战的形势下,对刑事检察、民事检察办案以及社会预防并重的职能需求已日渐紧迫。检察机关不能仍停留在传统的刑事检察职能基础上,而要赋予检察职能新的历史使命,充分施展法律监督



职能的完整内涵。

### (三) 自贸试验区的法规调整“倒逼”检察机关提升服务决策能力

法治创新是建设自贸试验区的前提和基础。自贸试验区各种法律法规调整修改的进程中,不可避免地将出现各种新类型的法律争议问题,有待司法部门予以厘清。专业化和高水平的司法纠纷解决机制的建立是自贸试验区良性运转的重要保障,它将直接影响到是否能够公正、便捷地解决各类争端。司法作为社会正义的最后一道防线,只有专业性和权威性裁判才能保证贸易领域的正义实现。在这个意义上,司法纠纷解决机制的高效运转是自贸试验区法治环境建设的重要内容,事关自贸试验区能否成功培育出国际化和法治化的营商环境。

自贸试验区法律调整的完善和多元法律纠纷解决机制的建设,需要检察机关积极参与法律调整活动。传统上,检察机关的监督职责主要是针对法律的实施活动,如行政执法和司法裁判等。但在法律改革变动不居的背景下,这种对事后的法律实施活动的检察监督很难匹配动态的司法保障需求。一个可行出路在于:检察机关立足于自身的司法实务专业知识,积极参与法律调整活动,将事后的法律监督转为事前的立法建议,在某种程度上达到预防性监督的效果。首先,自贸试验区内法律适用的特殊性决定了检察机关要加强刑事、民事、行政等相关法律适用的研究,及时出台具有可操作性的司法政策。其次,根据《立法法》第43条、90条的规定,检察机关具有提请法律解释和法律审查的职权。作为宪法授权的法律监督机关,检察机关对相关规范性文件提请法律审查是其法律监督的应有职责之一,且检察机关作为司法实务部门,对于法律问题能够及时发现并提出专业意见。因此,自贸试验区的立法过程依法应当有检察机关的参与、推动,检察机关也须依法承担起积极审慎建议的职责。最后,围绕完善自贸试验区的法律体系框架,积极参与法律调整、修订等立法活动。要着眼区内管理型法律调整修改与经济活动纠纷解决层面的法律衔接点,积极发挥检察机关的法律政策研究功能,如对自贸试验区的投资准入、公司监管、金融开放、安全审查机制和反垄断审查机制等所涉及的相关法律调整、设置作出有效