

金融 法苑

2008 总第七十四辑

Financial Law Forum

北京大学金融法研究中心 编

- 对吸收客户资金不入账行为的刑法规制
- 从洗钱罪和赃物罪的相互关系看洗钱罪上游犯罪范围
- 论虚假信用申请罪——严密信贷法网
- 异议股东股份公平价值的确定



中国金融出版社

总第七十四辑 2008

金融法苑

Financial Law Forum

北京大学金融法研究中心 编

- 执行主编：洪艳蓉
- 助理编辑：王彦鹏
- 文稿校订：张霄杨

 中国金融出版社

责任编辑：刘小平

责任校对：李俊英

责任印制：尹小平

图书在版编目 (CIP) 数据

金融法苑 (Jinrong Fayuan). 2008 年. 总第 74 辑/北京大学
金融法研究中心编. —北京：中国金融出版社，2008. 1

ISBN 978 - 7 - 5049 - 4589 - 1

I. 金… II. 北… III. 金融法—研究—丛刊
IV. D912. 280. 4 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 198605 号

出版
发行

中国金融出版社

社址 北京市广安门外小红庙南里 3 号

市场开发部 (010)63272190, 66070804 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com>

(010) 63286832, 63365686 (传真)

读者服务部 (010)66070833, 82672183

邮编 100055

经销 新华书店

印刷 北京市松源印刷有限公司

尺寸 148 毫米×210 毫米

印张 3.75

字数 94 千

版次 2008 年 1 月第 1 版

印次 2008 年 1 月第 1 次印刷

定价 9.00 元

ISBN 978 - 7 - 5049 - 4589 - 1/F. 4149

如出现印装错误本社负责调换 联系电话 (010) 63263947

金融法苑 Financial Law Forum

总第七十四辑 2008

目录

Contents

金融刑法

- 1 对吸收客户资金不入账行为的刑法规制 李春阳 雷 璐
- 12 违法发放贷款罪的修改评析 李春阳
- 22 从洗钱罪和赃物罪的相互关系看洗钱罪上游犯罪范围 王 璐
- 32 论擅自运用客户财产罪
——《刑法修正案（六）》第十二条第一款述评 王 炜
- 41 论虚假信用申请罪——严密信贷法网 谢 静

金融法庭

- 57 大庆联谊虚假陈述案若干实体法律问题探析 叶 可

公司法前沿

- 70 上市公司收购中目标公司中小股东保护 彭雪峰

海外金融法

- 81 海外证券信用交易制度比较分析 任彦
- 100 异议股东股份公平价值的确定 罗莉娅

金融刑法

对吸收客户资金不入账 行为的刑法规制

李春阳* 雷 路**

2006年6月29日，全国人大常委会通过了《中华人民共和国刑法修正案（六）》（以下简称《刑法修正案（六）》）。修正后的《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第一百八十七条规定：“银行或者其他金融机构的工作人员吸收客户资金不入账，数额巨大或者造成重大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额特别巨大或者造成特别重大损失的，处五年以上有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”

该条是对原第一百八十七条“用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪”的修正。为了论述方便，结合定罪的一般经验，本文将修

* 作者单位：湖南省人民检察院。

** 作者单位：北京大学法学院。

正后的罪名定为“吸收客户资金不入账罪”。那么，新旧罪名之间有什么区别？新罪名的认定需要注意哪些问题？本文试作出回答。

一、吸收客户资金不入账罪的前世今生

（一）用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪

修正前的《刑法》第一百八十七条规定：“银行或者其他金融机构的工作人员以牟利为目的，采取吸收客户资金不入账的方式，将资金用于非法拆借、发放贷款，造成重大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；造成特别重大损失的，处五年以上有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。”

最高人民法院司法解释将该罪的罪名确定为“用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪”。此前，我国1979年《刑法》和1995年全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》都没有规定该罪。如果要找渊源，当是《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》第十九条：“银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，挪用单位或者客户资金的，分别依照全国人民代表大会常务委员会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》和《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》的有关规定处罚。”可以将修正前《刑法》第一百八十七条看做是该条细化而来，实践中也大都如此认为。^①

该罪在主观方面表现为故意，且必须具有牟利的目的。对于“牟利”，此处应该理解为“谋取用账外客户资金非法拆借、发放贷款所产生的非法收益”，如利息、差价等。这实际上限制了后面手段

① 参见孙宁、成弘、程静用账外客户资金非法拆借、发放贷款案判决书。判决书来源：<http://www.lawyee.com>。

行为的主观内容，在司法实践中也必须要对此作出认定，不具有牟利目的的，例如向亲友、关系人发放贷款，即便造成较大损失，也不能定罪。同时，又因为没有入账，也不能定“违法发放贷款罪”。

在修改之前，“吸收客户资金不入账”只是作为“非法拆借、发放贷款”的手段行为，其本身的地位没有得到凸显，即立法当时对于吸收客户资金不入账这种行为的危害性本身是没有太多重视的。随着社会经济的发展，金融市场不断发育，大批的证券公司、投资基金管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司、融资公司、融资中心、信用担保公司等如雨后春笋般出现，他们都具有吸收客户资金的资格，因此，违法手段也就多种多样，不入账的资金也不再限于“非法拆借、发放贷款”了。

最后，“造成重大损失”在实践当中往往难以认定，即对于是否造成了损失，是否是现实的损失往往存有争议，对于案发后剩下的那些表现为股票、债券等的财产认定起来也比较困难。

（二）修改情况

鉴于上述不足，《刑法修正案（六）》第十四条作了如下修改：

1. 将原罪名中的“以牟利为目的”这一限定犯罪人主观方面的目的的条件去掉，从而解决了司法实践中认定牟利目的的难题。没有牟利目的的吸收客户资金不入账，数额巨大或者造成重大损失的行为也构成犯罪。

2. 将原罪名中的“采取吸收客户资金不入账的方式，将资金用于非法拆借、发放贷款”修改为“银行或者其他金融机构的工作人员吸收客户资金不入账”，而并没有具体规定不入账的资金用途。这样实际上扩大了该罪的内涵，从而降低了入罪的标准，减轻了控方的举证责任，有利于打击出于各种动机而吸收客户资金不入账的投机分子。

3. 将本罪原来仅调整“造成重大损失”情形,扩大为“数额巨大”或者“造成重大损失”。这就意味着吸收客户资金不入账,没有造成重大损失,但是数额巨大的同样构成犯罪,表明了刑法对于客户资金安全以及金融安全的进一步关注。

(三) 修改后本罪的犯罪构成

1. 吸收客户资金不入账罪的犯罪主体是特殊主体,包括自然人和单位,即银行或者其他金融机构及其工作人员,具体包括能够吸收客户资金的银行、证券公司、保险公司、证券投资基金管理公司、信托投资公司、企业集团财务公司、金融租赁公司以及中国人民银行认定的其他从事金融业务的机构及其工作人员。无权吸收客户资金的金融机构及其从业人员不能成为本罪的犯罪主体。

2. 本罪侵犯的客体是我国的金融管理制度。就自然人犯罪而言,行为人利用金融机构信用欺骗客户或与客户相勾结,逃避单位监管,进行账外经营的行为违反了国家有关贷款、客户资金的管理制度,破坏了金融机构的正常经营管理秩序。就单位犯罪而言,金融机构吸收客户资金不入账进行“体外循环”,实际上逃避了国家对金融活动的监督管理,使得国家无法准确地把握金融运行的整体状况,容易导致信用失控,从而危害国家金融安全。

3. 本罪在主观方面为故意,即行为人明知吸收客户资金不入账的行为会造成危害社会的结果,而希望或者放任这种结果的发生。有人认为,在造成重大损失的场合,行为人的主观心态是过失。这种观点着眼于物质性的危害结果,但本罪行为的危害结果并不只是造成金融机构的重大损失,重要的是破坏了金融管理秩序。在1997年修订《刑法》的过程中,对用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪的最初建议稿就以非法拆借、发放贷款数额较大为构成的起点,后来考虑到刑罚打击面而只追究造成实际损失重大的行为人的刑事

责任。^①在《刑法修正案(六)》讨论时,也有一些机构鉴于金融机构账外经营越来越普遍,建议对金融机构工作人员只要有吸收客户资金不入账的行为就规定为犯罪,不要规定情节严重才是犯罪。^②可见,立法本意在于防范账外经营的行为破坏金融秩序。行为人吸收客户资金不入账,至少是放任了破坏金融秩序的结果的发生,因此宜将本罪的主观方面认定为故意。

4. 本罪的客观方面表现为,吸收客户资金不入账,数额巨大或者造成较大损失的行为。

所谓吸收客户资金不入账,是指违反金融法律、法规,对收受客户资金不如实记入银行等金融机构的账目,导致账目上反映不出新增加的存款、保证金、委托资金业务,或者与出具给储户的存单、存折、资金凭证上的记载不相符合。至于是否记入法定账目以外设立的账目,不影响该罪成立。^③其手段主要有销毁原始凭证、自制来账凭证、私自篡改凭证、将款项转入私设账户、向存款客户提供假账号等。^④

值得注意的是,吸收客户资金不入账还可以构成以金融机构工作人员为主体的挪用公款罪、挪用资金罪、贪污罪、职务侵占罪、非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等金融犯罪的手段行为,我们把这些犯罪称为吸收客户资金不入账手段的关联犯罪。在认定本罪的客观表现时,有必要区分这些犯罪,通过主观目的、个人还是单位

① 高铭喧:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),2641页,中国人民公安大学出版社,1998。

② 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第51集),94页,法律出版社,2006。

③ 参见《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》。

④ 邓宇琼、许成磊:《危害金融安全、利益和管理秩序罪司法适用》,161页,法律出版社,2005。

行为、资金流向等作出此罪与彼罪的区分，或者一罪与数罪的取舍。

二、吸收客户资金不入账罪的司法认定

（一）数额巨大或者造成重大损失的理解与认定

这里的“数额巨大”是指吸收客户资金不入账的数额，具体标准有待于司法解释。在司法解释出台之前，我们认为，可以参照《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》认定单位犯罪数额的做法，在重大损失的基础上翻倍，至于多少倍，则要根据当地的社会经济发展的具体情况确定，确定自然人的犯罪数额后，再根据若干倍数原则确定单位犯罪的数额巨大的标准。数额特别巨大的认定以此方法类推。

这里所称的“造成重大损失”，通常认为包括行为人吸收客户资金不入账后未能收回的部分，银行等金融机构向客户支付的利息，银行等金融机构为追讨不入账的资金而支出的费用等。具体标准，可以参照《刑法》第一百八十七条修改前的司法解释。2001年最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定：对于银行或者其他金融机构工作人员以牟利为目的，采取吸收客户资金不入账的方式，将资金用于非法拆借、发放贷款，造成50万~100万元以上损失的，可以认定为“造成重大损失”；造成300万~500万元以上损失的，可以认定为“造成特别重大损失”。对于单位实施用账外客户资金非法拆借、发放贷款，造成损失构成犯罪的数额标准，可按个人实施上述犯罪的数额标准2~4倍掌握。

（二）银行存单的真实性以及客户知情与否对定罪的影响

最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定：“吸收客户资金不入账，却给客户开具银行存单，客户也认为将该款已存入银行，该款却被行为人以个人名义借贷给他人的，应

认定为挪用公款罪或者挪用资金罪。”

该规定实际上是从民法角度通过“银行存单”“客户不知情”组成的事实构成^①表明这种情况下该款项是属于金融机构的资金，此时行为人仍然以个人名义借贷给他人的，属于典型的挪用公款或者本单位资金，构成挪用型犯罪（挪用公款罪和挪用资金罪，下同）。

那么，是否只要开具不是真实的银行存单或者客户知情就一律构成本罪？我们认为，银行存单的真实性或者客户不知情只是存款关系真实的证据，它们不能单一地对定罪产生影响。比照我国《刑法》关于挪用型犯罪的定义，我们不难发现，挪用型犯罪要求挪用的是本单位的资金或者公款，资金的归属是明确的。因此，吸收客户资金不入账之后的资金归属决定了罪名的不同。要确定资金的归属，从民事案件中对银行存单纠纷的审理来看，关键是看存款关系的真实与否。

最高人民法院《关于审理存单纠纷案件的若干规定》第五条规定：人民法院在审理一般存单纠纷案件中，除应审查存单、进账单、对账单、存款合同等凭证的真实性外，还应审查持有人与金融机构间存款关系的真实性，并以存单、进账单、对账单、存款合同等凭证的真实性以及存款关系的真实性为依据，作出正确处理。

从这条我们看到最高人民法院对于民事存单纠纷的审理强调两点：一是形式上的真实性；二是实质上的真实性，即存款关系的真实性。离开这两点的认定，就不能判定债权债务的归属。因存款合同为实践合同，存单持有人与金融机构之间建立真实的存款关系不仅需要存单、进账单、对账单、存款合同等凭证证明双方有建立

^① 事实构成是法律事实的复数形式，是由数个事实同时出现才能引起法律后果的法律事实。

存款关系的意思表示,而且还要有存款的实际交付行为。虽然与形式真实相比较,实质真实更加重要,但是如果客户能提供存单等形式凭证,而银行不能提供存款关系不真实的证据,银行就要承担兑付款项的义务。该条第(二)项明确规定:持有人以上述真实凭证为证据提起诉讼的,如金融机构不能提供证明存款关系不真实的证据,或仅以金融机构底单的记载内容与上述凭证记载内容不符为由进行抗辩的,人民法院应认定持有人与金融机构间存款关系成立,金融机构应当承担兑付款项的义务。这里的存单关系是否真实又体现为法律真实,是经过法律对证据的衡量最终认可的真实。^①

实践中,一些金融机构工作人员给客户出具银行内部的对账单或者有瑕疵的存款单,甚至是伪造的存单。但是只要客户能够证明单据是银行出具的,自己又确实有存款的事实,银行同样要承担民事责任。

由此可以看出,金融机构是否承担兑付款项义务与客户与金融机构之间是否存在存款关系有关,并不完全取决于客户是否知情,也不单独取决于存单的真实与否。我们主张以存款关系^②的真实性作为区分本罪与挪用型犯罪的标准。如果存款关系是真实的,那么金融机构就需要履行支付款项的义务,这时候要看是否符合挪用型犯罪的其他构成要件,符合的则构成挪用型犯罪;如果存款关系不真实,那么金融机构无须承担支付款项的义务,则不成立挪用型犯罪。

(三) 吸收客户资金不入账罪与其他罪名的区分

① 与法律真实相对的是客观真实,客观真实更强调此种认识结论的绝对正确性,而法律真实观则包含对此种认识结果可错性的承认。法官唯有借助证据,才能对案件事实形成认识,由此得到的多是法律真实。

② 存款关系显然不能包含所有金融机构与客户之间的关系,但其实质是一样的,即表现为行为时客户与金融机构间是否形成了法律上的债权债务关系。

1. 本罪与违法发放贷款罪的区别

《刑法修正案（六）》对本罪和违法发放贷款罪都作了修改，都以“数额巨大或者造成重大损失”作为具体犯罪构成的结果要件。本罪以“吸收客户资金不入账”作为行为方式，违法发放贷款罪以“违反法律、行政法规规定，发放贷款”作为行为方式，由于吸收客户资金不入账之后可以用来拆借、发放贷款，因而客观方面有相似之处。

但是，两罪的区别还是很明显的。首先，两罪侵犯的客体不同。违法发放贷款罪侵犯的客体是国家的信贷管理制度，性质上属于没有按照法律、法规的规定发放贷款。一般来说，发放的贷款应当是已经在金融机构业务账户上的资金。而本罪侵犯的客体是国家的金融管理制度以及银行等金融机构正常经营的活动及其财产所有权，性质上属于逃避金融监管，搞“体外循环”。其次，客观方面不同。违法发放贷款罪的客观方面表现为违反国家规定，向不符合条件的借款人发放贷款或者向符合条件的人发放贷款未遵守有关规定。行为人一般不隐瞒发放贷款之事实及资金来源。本罪的客观方面表现为吸收客户资金不入账，行为人对资金来源、去向都进行掩饰，不入银行或其他金融机构的账户，而入自己私设的账户甚至没有账目。

2. 本罪与挪用公款、挪用资金罪的区别

从上文对银行存单的真实性以及客户知情与否对定罪的影响的分析来看，本罪与挪用公款、挪用资金罪容易产生混淆。两者的区别表现为：

首先，侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是国家的金融管理秩序和管理制度，而挪用资金罪侵犯的客体是单位的财产权利，挪用公款罪侵犯的客体是国家工作人员职务的廉洁性和公共财产的占有、使用、收益权。

其次,虽然犯罪对象都表现为资金,但是仍有细微区别。本罪的对象是客户资金。而挪用资金和挪用公款罪的对象是本单位的资金或者公款。

再次,在行为方式上,有以下几点不同。一是使用人不同。本罪吸收客户资金不入账之后,是进行“体外循环”。至于何种方式的“体外循环”,本罪没有予以限定,所以,使用人可以是任何个人、单位;而挪用公款罪、挪用资金罪则是要归个人使用,或者以个人名义给他人使用,如果是给单位使用,则必须符合“以个人名义将公款供其他单位使用”或者“个人决定以单位名义将公款供其他单位使用,谋取个人利益”的要求。二是使用的名义不同。吸收客户资金不入账罪的行为人往往以金融机构的名义非法使用资金,挪用公款罪的行为人则是以个人名义将公款私用。三是挪作他用的性质有所区别。吸收客户资金不入账罪的行为人将资金用于非法发放贷款或者其他用途,尽管非法,但发放贷款等是银行或者其他金融机构获得利润的一种主要的资金运用方式,因此,行为人特别是金融机构对账外资金的使用仍带有银行或其他金融机构资金运用的色彩,具有“账外经营”的特点。挪用公款罪的行为人对公款的使用属于纯粹的公款私用。

最后,犯罪主体不同。除了规定自然人犯罪外,本罪还规定了单位犯罪,而挪用资金罪与挪用公款罪的犯罪主体是自然人。

3. 本罪与擅自运用客户财产罪的区分

《刑法修正案(六)》第十二条将商业银行、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,违背受托义务,擅自运用客户资金以及其他委托或者信托财产,情节严重的行为作了犯罪处理,本文将其罪名定为擅自运用客户财产罪。

实践中，一些证券公司吸收客户资金不入账用于给其他客户融资，实际上也属于擅自运用客户资金，有的造成重大损失，数额巨大，完全可以称为情节严重。那么这是否也构成擅自运用客户财产罪呢？本文认为，两罪的区别关键体现在客户资金的入账与否。擅自运用客户财产罪必须是违背受托义务，擅自运用客户资金以及其他委托或者信托的财产，也就是说单位未按照客户的意愿运用其资金，这里的资金应该是已经存入金融机构并且在账户上有所反映的资金。而本罪的客观方面为吸收客户资金不入账，资金在金融机构的账面上没有反映出来，数额巨大或者造成重大损失，至于其擅自运用与否则在所不问。

违法发放贷款罪的修改评析

李春阳*

一、修正的基本情况

(一) 修正后的法条

2006年6月29日,全国人大常委会通过了《刑法修正案(六)》。修正后的《刑法》第一百八十六条规定:“银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定,发放贷款,数额巨大或者造成重大损失的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处一万元以上十万元以下罚金;数额特别巨大或者造成特别重大损失的,处五年以上有期徒刑,并处二万元以上二十万元以下罚金。银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定,向关系人发放贷款的,依照前款的规定从重处罚。”

(二) 修改亮点

1. 本次修改将原来的违法发放贷款罪与违法向关系人发放贷款罪合二为一,以违法发放贷款罪统一定罪,将原来的违法向关系人发放贷款作为本罪的法定从重情节,丰富了违法发放贷款罪的内涵,同时也使得刑法典减少了一个罪名,节约了罪名资源。

* 作者单位:湖南省人民检察院。