

顾肖荣 主编

经济刑法

Economic Criminology

8

顾肖荣

金融刑法制度能力建设的五个注意点

陈辐宽

金融监管的刑事法律介入和检察机关的实证路径

肖晚祥

上海市金融犯罪基本情况及防治对策

陈 玲

金融危机背景下美国金融犯罪的新形势及其应对

沈新康 胡春健

妨害信用卡管理犯罪的司法认定

毛玲玲

集资行为的刑事管制



上海社会科学院出版社

经济刑法

Economic Criminology

8

顾肖荣 主编



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济刑法. 第八辑/顾肖荣主编. 上海: 上海社会科学院出版社, 2009

ISBN 978-7-80745-596-7

I. 经… II. 顾… III. ①经济犯罪—刑法—研究—文集
②金融—经济犯罪—惩罚—研究—文集③金融—经济犯罪—预防犯罪—研究—文集 IV. D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 203851 号

经济刑法(第八辑)

主 编: 顾肖荣

责任编辑: 周 河

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海社会科学院印刷厂

开 本: 720×1 000 毫米 1/16 开

印 张: 21.25

插 页: 4

字 数: 380 千字

版 次: 2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-80745-596-7/D·105

定价: 40.00 元

版权所有 翻印必究

卷首语

2007年4月,以美国次贷危机为导火索引发的金融海啸席卷全球,至2008年10月,金融危机波及我国,对我国的实体经济及社会各方面的负面影响开始显现。可以预测,受全球金融危机的影响,金融犯罪的形势将变得更为复杂、严峻,金融犯罪的特征和特点较以往将发生重大变化。

在此背景下,研究和把握金融危机与金融犯罪之间的规律、了解金融危机对当前上海金融犯罪的实际影响;研究如何打击和惩治金融犯罪以防止其蔓延,并将金融犯罪的负面影响控制在最小范围内,具有重要的意义。为此,上海社会科学院法学研究所联合上海市人民检察院、上海市犯罪学会、上海金融法制研究会共同举办了“金融犯罪惩治与防范研讨会”。本辑根据研讨会的主题特设“惩治防范金融犯罪的实践”和“金融犯罪法律适用问题”两个专栏,将研讨会的主要研究成果奉献给读者,以期将本次研讨会的影响社会化,并继续深入对研讨会主题的探讨、研究。

“惩治防范金融犯罪的实践”专题下的论文,视角多样、资料翔实、论证有力。《金融刑法制度能力建设的五个注意点》一文,在阐述制度能力和金融犯罪的含义的基础上,从宏观角度,论证了我国在积极参与金融犯罪惩治的国际化进程的同时,应保持自己行之有效的制度和传统的学术观点。《上海检察机关办理金融犯罪案件情况分析 & 惩治与防范对策》归纳总结了上海市检察机关办理金融犯罪案件的基本情况和主要特点,同时对金融犯罪的原因进行了全方位、多角度、多层次的 analysis。论文通过翔实的资料分析,提出了惩治与防范金融犯罪的相关对策与建议,具有重大的参考价值和实践意义。《金融监管的刑事法律介入和检察机关的实证路径》以金融监管为核心,论述了刑事法律介入金融监管的必要性,提出了刑事法律介入金融监管的原则,进而指出了刑事法律监管金融市场的实证路径。《充分发挥金融检察在浦东建设金融核心功能区中的服务和保障作用》依托上海市浦东新区的经济建设特色和建设定位,分析了当前浦东新区金融犯罪的特点,同时从金融检察的角度审视在惩治与防范金融犯罪中存在的问题;另外还对如何充分发挥金融检察职能,为浦东建设金融

核心功能区提出了积极建议。《上海公安经侦部门打击防范金融犯罪的实践探索》是从公安经侦部门的视角理解当前上海金融犯罪的总体形势,分析当前金融犯罪的成因,介绍了上海市经侦部门惩治与防范金融犯罪的实践探索。

他山之石,可以攻玉。专题特别挑选出两篇有关国外金融犯罪的论文。《日本非法集资犯罪的现状与对策》详尽介绍了日本非法集资犯罪的现状、法律规制、司法对策以及对我国的启示。《金融危机背景下美国金融犯罪的新形势及其应对》则选取了正处于金融危机之中的美国作为研究标本,选例典型,代表性强,介绍了金融危机背景下美国金融犯罪所出现的新情况及其应对措施,从中可以看到对我国的可鉴之处。

在对金融犯罪研究进行宏观分析与探讨的同时,“金融犯罪法律适用问题”专题则是从微观角度,研究具体的金融犯罪个罪。本专栏组织了22篇论文,着重分析了破坏金融管理秩序犯罪和金融诈骗罪的法律适用问题。《金融危机背景下货币犯罪的惩治与防范》基于金融危机爆发以来,我国货币犯罪案件数量逐步上升、犯罪活动更加专业化、手段翻新的现状,分析其成因,同时提出了数项可行的防范举措。《加强打击我国洗钱犯罪的思考——从FATF评估报告角度分析》,针对FATF提出的有关我国反洗钱工作的意见,提出我国加强打击洗钱犯罪的建议,以及完善我国洗钱犯罪刑事立法的建议和途径。《集资行为的刑事管制》论述了当前集资行为的刑事管制路径、所面临的困境以及集资行为非刑事管制的方案等。《当前信用卡诈骗犯罪的情况分析及其防范对策》和《恶意透支的新情况及应对措施》则从不同角度对信用卡诈骗犯罪出现的新情况、新问题进行探究并提出了应对措施。《保险诈骗罪若干疑难问题研究》从司法实践的角度提出了处理有关保险诈骗案件中出现的疑难问题,如共犯的范围及定性、犯罪形态等,从学理上予以了充分论述。本专题所选论文不仅视角独特、选题新颖,而且牢牢把握时代脉搏,契合全球金融危机背景下司法实践的需要,因此具有一定的理论与实践参考价值。

希望《经济刑法》第八辑所选诸文可为我国金融刑法制度的设计、金融犯罪的惩治与防范等问题的解决添份薄力。

《经济刑法》编委会

2009年10月

目录

CONTENTS

第八辑

001 卷首语

[惩治防范金融犯罪的实践]

- 003 金融刑法制度能力建设的五个注意点 顾肖荣
- 009 金融监管的刑事法律介入和检察机关的实证路径 陈辐宽
- 020 上海检察机关办理金融犯罪案件情况及惩治与防范对策
上海市人民检察院法律政策研究室
- 032 上海公安经侦部门打击防范金融犯罪的实践探索 上海市公安局经侦总队
- 037 充分发挥金融检察在浦东建设金融核心功能区中的
服务和保障作用 上海市浦东新区人民检察院
- 044 营造良好金融法治环境 服务保障国际静安建设
上海市静安区人民检察院
- 049 上海市金融犯罪基本情况及防治对策 肖晚祥
- 062 上海市金融诈骗犯罪态势与对策研究——以上海市第一中级
人民法院近五年金融诈骗案件为对象的分析 唐震 庄建明
- 075 当前金融犯罪趋势与预防的思考 黄璐
- 081 日本非法集资犯罪的现状与对策 尹琳
- 091 金融危机背景下美国金融犯罪的新形势及其应对 陈玲
- 101 论经济、金融类刑民交叉案件处理机制——以金融危机为
研究背景 李翔 张新亚

- 117 金融危机背景下信用卡违法犯罪的动向及治理对策 曹 坚
126 金融危机背景下的资金掳夺犯罪分析 吕 颢 李 磊
132 试析以境外驻国内办事处或成立投资管理公司名义进行的
金融犯罪 邵义祖

[金融犯罪法律适用问题]

- 141 妨害信用卡管理犯罪的司法认定 沈新康 胡春健
153 论货币犯罪中的“伪造”、“明知”及“持有” 文 武 陈洪兵
163 非法经营金融业务案件刑事审查的实践路径探析
——以违反市场准入和金融欺诈为中心 吴卫军
173 论非法吸收公众存款的综合治理——以国际金融危机为背景 童 君
180 金融危机背景下货币犯罪的惩治与防范 樊亚军
187 内幕交易罪、泄露内幕信息罪认定中的若干问题
——以《刑法修正案(七)》为视角 蒋 涛
195 内幕交易罪刑法适用疑难问题 闫 艳 张铭训
204 内幕交易罪的经济分析：行权模型架构下的金融犯罪
控制路径 谢 杰
212 非法代理客户买卖股票行为涉罪问题分析
——以非法经营罪的认定为视角 胡健涛
220 浅析背信运用受托财产罪 王恩海
230 论洗钱罪的立法完善——以增设获取、持有、使用犯罪所得、
犯罪所得收益罪为视角 杜文俊
239 加强打击我国洗钱犯罪的思考——从 FATF 评估报告角度分析 林勇康
250 我国洗钱罪的主体不应包括上游犯罪的主体
——以期待可能性理论为视角 李雅璇
259 地下钱庄洗钱行为的罪数形态问题思考 林清红 金 灿
266 设立“非法侵入他人股票账户交易罪”之立法建议
——从几例非法侵入他人股票交易账户买卖股票案谈起 黄汉勇
273 集资行为的刑事管制——金融危机背景下的考察 毛玲玲
289 浅论贷款诈骗罪的数额认定 唐 玺 王春丽
295 当前信用证诈骗罪新问题及对策 安文录

305 当前信用卡诈骗犯罪的情况及防范对策

赵 昱

312 恶意透支的新情况及应对措施

李 文

320 保险诈骗罪若干疑难问题研究

黄伯青 林永鹏

327 刍议金融诈骗犯罪中的“以非法占有为目的”

——兼论贷款诈骗罪与骗取贷款罪的区别

王春丽



惩治防范 **金融** 犯罪的实践

经济刑法

Economic Criminology

金融刑法制度能力建设的五个注意点

顾肖荣*

所谓制度能力,通常是指政府运用制度和体制来控制社会、经济和政治的能力。它是可以用来分析涉及政治和社会经济系统运行效果的因素。社会变动和经济危机往往对原有的制度和体制形成挑战或冲击,如何应对?能否适用这种变化?这也是一种制度能力。在社会转型的过程中(即从计划经济向市场经济、外向型向内需拉动型、人治向法治转型),政策往往缺乏连贯性和稳定性,因而创建能有效运作的新体制、新制度的能力十分重要。

金融刑罚制度能否或在多大程度上能够帮助本国政府抵御金融风险(或金融危机)?这是自2007年美国次贷危机引发的国际金融危机以来,各国政府和司法机关都十分关注的问题。改革开放30年来,特别自1990年上海建立证券交易以来,我国已经建立起全国性的金融市场,并相应设立了金融刑罚制度,虽然前后只有20多年时间,却有效发挥了积极作用;保障我国安然渡过1997年的亚洲金融风暴并坦然应对本次国际金融危机的来临。在制度选择和建设上我们进行了大量卓有成效的工作,增强了我们的制度能力,但也有很多教训值得汲取。

自20世纪90年代以来,我国政府果断决策、勇敢面对挑战,积极参与金融刑罚制度国际化的进程。同时,我们又从我国国情和传统出发,坚持一系列被实践证明是行之有效的制度并不断加以改革、创新和完善,从而保证我国在关键时刻、关键问题上能始终保持主动,从容应对国际金融危机。

笔者认为,在金融刑法制度能力的建设上,有以下5个问题需要注意。

一、体制目的

这指的是体制目标所反映的物质和精神内容,制度所拥有的人力、物力、财

* 顾肖荣 上海社会科学院法学研究所所长、研究员、博士生导师。

力,以及对制度效能的各种限制。体制目的在决定制度能力方面起重要作用。金融刑罚的制度目标有两个:一是惩罚违法犯罪者;二是为防治系统性的金融风险提供刑法保障。目标必须定得恰如其分,一方面,不能定得过高,比如把目标定在制止所有的金融犯罪上,这是不可能也做不到的;否则,制度所拥有的人力、财力和物力就难以保障该目标的实现。当然,另一方面,目标也不能定得过低;否则,既浪费了资源也容易放纵犯罪,引起群众不满意,并使金融机构的一大堆问题总是得不到制止和解决,这样,就难以凝聚起前进的动力。中国金融刑法制度履行国际标准的能力依赖政策目标的清晰性和一致性。如果目标前后不一致、相互矛盾,就会白白消耗各种资源,削弱制度能力。目前,我国已经参加了联合国打击毒品犯罪、有组织犯罪等多个公约。这些公约规定了惩治相关犯罪的国际标准。在目标清晰、明确、前后一致的前提下,这些标准才能得到切实履行。

二、体制范围

这是指所处的阶段、位置对观念和行为的影响。改革开放 30 年来,尽管中国经济社会有了很大发展,但仍处于社会主义初级阶段,中国面临的经济社会问题与发达国家有很大差别,即经济水平低、不发达、社会财富分配不公平,经济发展建立在对资源和环境的过分开发利用上等问题,仍然比较突出。因而,中国国内面临的经济问题、金融问题与发达国家并不在同一个层面上,更不可能用发达国家的模式来解决我们的问题。此外,由于我国金融刑法有很多罪名采用“空白罪状”的形式,因而与金融监管制度有密切关系。发达国家的金融监管在 20 世纪已经走过了四个时期,即:金融自由化发展时期(30 年代以前)、美国 1929 年经济大危机之前广泛的金融监管时期(30~70 年代)、从管制到自由化的回归时期(70~90 年代)、安全与效率并重时期(90 年代)。目前出现的金融监管改革实际上是经历第五个时期演进的过程^①。我国的金融监管制度目前到底处在什么位置?属于哪一时期?这是个见仁见智、争论不休的问题。有人一直强调要学习、仿效“成熟”的金融监管体制。但这种体制本身也在一直变动,甚至是剧烈的变动。可见,我国目前很难一劳永逸地找到一个发达国家的范例来照搬照抄。我们只能根据我国自身的历史背景、传统、政治、文化因素,探索符合我国国情的金融监管和金融刑罚制度。改革开放的前 30 年,我们对西方技术、管理、制度引进、效仿比较多,这是可以理解的(当然我们在引进、效仿的同时,也有消化、吸收和自主创新);现在,随着改革的深入和自身经验的积

累,我们更应该加强探索我们的本土模式而放弃对西方模式的盲目追求和复制,这样才能真正增强我们的制度能力。

制度能力的模型可以帮助解释国际法律标准在本地履行时的互动过程。因此,惩治金融犯罪国际标准的本地解释和本地化可以被看作是国际标准被本地的法律传统与政治条件所调和,而结果则是认知形态、互补性和受认同度这些因素影响了国际标准的解释与应用这一选择性适用的互动过程。国际标准的本地实施也可以通过目的、范围、定位和连贯性制度能力因素来理解,可以看到这些因素对履行国际标准所产生的影响^②。

在经济全球化的背景下,各国一般都会选择加入有关经济贸易和金融的国际公约,例如关于国际货物买卖的公约和世贸组织规则等。当然,各国一般也会积极参加打击“走私毒品、洗钱和贪污贿赂等”犯罪的国际公约,接受国际共同的法律标准。但是,各国的具体情况又是千差万别的,不太可能在同一时间立即适用同一规则。因此,各国在加入国际公约、适用国际标准时,一般都有一个接受、保留、选择和逐步扩大范围的过程。在这一过程中,哪些因素发挥了主要作用呢?许多专家认为,当地的人文准则和制度能力发挥了至为关键的作用。

三、体制定位

这指的是一个体制的习惯行为和确定工作重点的能力。对于政府而言,体制定位具体表现在其常规运作和非常规运作的矛盾中。常规运作就是依法行政,按规则办事,按程序办事;非常规运作,就是“关系”优先,“灵活性”优于“原则性”。这两者的矛盾往往会造成体制内的资源流失并削弱制度的能力。

再如,基础性制度供给条件的获取^③。所谓基础性制度供给条件,包括法律法规等正式制度安排,也包括商业文化传统、股权文化传统等非正式制度安排。相比较而言,后者更不容易获得,但在很多情况下它对维系金融市场有序运行更为重要。由于我国证券市场和金融市场十多年来发展过于迅速,法律法规等正式的制度性安排总算勉强跟上了,但非正式的制度性安排却跟不上,特别是以契约精神、诚信原则和股权至上等核心制度因素没有被一些企业接受并实践,也没有被投资者广泛认同,因此出现了许多不规范的投资行为,甚至是违法行为。例如,在一段时间里,大股东把上市公司当成提款机的现象非常普遍。证监会虽然三令五申要求归还,也采取了很多有力措施,但这一问题的基本解决却花了几年时间。这种情况在发达国家是很难想象的。

四、制度能力也取决于体制连贯性

连贯性是指体制内的个人遵从组织内外领导者指令的意愿,从而实现体制的目标。一般认为,遵从应包括对于规范的认同和执行。当体制内的个人规范与组织规范有差异时,两者就会形成冲突。例如,证券市场上的个人投资者进行内幕交易的行为,就是个人追逐非法利益的行为与证券监管规范发生了冲突。好的制度容易得到广大守法者的认同和执行,从而有利于孤立和惩罚违反制度者。

五、制度能力建设还取决于继承传统,完善工作机制和体制

在制度能力建设,我们必须注意保持自己长期以来形成的,在实践中被证明是行之有效的制度和做法。

1. 集中整治专项活动

以集中整治专项活动为例,目前在理论和实务界对这一举措的争论都比较大。有人认为,这是一种“运动”式的执法活动,往往治标不治本,而且恐怕也不符合很多西方发达国家的逻辑。而笔者认为,目前至少在金融犯罪的惩治方面,专项整治还是相当必要的。

拿打击非法证券活动来说,几年前,未上市公司股权转让仍是一个金融监管中的“灰色地带”,事端频发,从发达城市向中西部地区蔓延。2006年初,全国首例经营未上市公司股权转移案件发生在上海,由浦东新区人民检察院查办。直到案件进入起诉阶段,有关上市公司股权转移是否合法,仍是争执不下的焦点。后来,这个案子得到国家证监会的认可后才最终判决。

这之后,2006年12月,国务院办公厅下发文件,对打击非法证券活动的组织体系、政策界限、执法标准、善后处理等各方面做出了进一步明确;同时成立了由中国证监会牵头,公安部、工商总局、人民银行、银监会以及最高人民法院、最高人民检察院等参加的整治非法证券活动的协调小组。

到2008年1月,最高人民检察院、最高人民法院、公安部、中国证监会联合下发《关于整治非法证券活动有关问题的通知》,对公司或公司股东向社会公众擅自转让股权的行为做了界定;规定擅自发行股票的,可以依照不同的犯罪事实,按照刑法分则的规定,分别追究擅自发行股票罪、非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪等。

据官方统计,自2008年初到2008年11月,中国证监会系统处理涉及非法证券活动的来信来访一共是931件,比2007年同期下降了30%。而且,投诉反映的活动也多半发生在2007年或者更早以前,当年发生的只占总投诉量的3%左右。像金园汽车集资诈骗案、华财信达非法经营案、美国第一联邦北京代表处非法经营案等重大金融案件都是在行政执法和司法机关共同努力下查处的。

更主要的是,在专项整治活动期间,证监会相关业务部门根据公安部门和司法机关的要求,对非法证券活动做出性质认定的将近120件。整治非法证券活动的协作机制和长效机制也在这期间建立起来了,证券临管系统、各有关部门和地方政府的职责也渐渐明确了。

所以,就打击非法证券专项整治活动实施三年的情况看,不但“有始有终”,而且“治标又注重治本”。这是符合中国国情的一种制度创新,也符合金融犯罪类型更新快的特点。由于金融犯罪领域涉案人员的高智商和犯罪形式隐性化,现有的法律、法规、政策等都相对滞后,光有法律是不够的,法律不会自动去找金融犯罪分子惩处,我们要有“犯罪变我变”的意识。

2. 宽严相济的刑事政策

这也是传统和当前的结合。从严的方面来讲,要从重从快到位。例如,对惩治商业贿赂,窃取商业机密,危害国家金融安全、社会经济秩序、公众利益等方面的犯罪就应从严,不能久拖不决。宽的方面更要扩大范围,也就是要扩大“刑事和解”和宽严相济中宽的范围。例如,对被害人进行有效赔偿后,被害人不要追究刑事责任的被告人,尽可能从轻减轻判处,甚至免于刑事追究都可以。扩大宽的范围,还有一个理由:我国刑法中某些条文有数额规定。十多年过去了,我国经济有了飞速发展,但这些数额标准都没有变,如果都严格执行,效果不一定好。因此,通过“宽严相济”的刑事政策和“刑事和解”,可以消化一部分不合理之处。这样做既能解决问题,又不违法,可以一举两得。

3. 工作机制和体制的创新

例如,在法院设立金融审判庭,将刑事、民事、行政、执行等功能集中在一个庭;在检察院设立专门机构对金融犯罪案件进行公诉等。

综上,近20年来,我国金融刑法制度能力的建设,通过积极参与国际化进程和坚持并改善我国的传统体制及做法相结合的途径,取得了长足的进步。但无论在正式的制度安排,还是非正式的制度安排方面,还有很大差距,仍有很长的路要走。金融刑法的制度能力建设要充分尊重金融市场自然演进的秩序,要协调好短期的技术性措施与长期的基础性安排这两方面的因素,注意防止因任何一方面超前或滞后带来的负面影响。

注:

① 参见连平:《次贷危机背景下对全球金融监管的反思与启示》,《21 世纪经济报道》2009 年 5 月 25 日。

② 参见彭德、顾肖荣主编:《“选择性适用”的假设与中国的法治实践》,上海社会科学院出版社 2009 年版,第 5 页。

③ 参见评论员:《我国证券市场发展的“后发劣势”》,《证券市场导报》2009 年 5 月号第 1 页。

金融监管的刑事法律介入和检察机关的实证路径

陈辐宽*

论及金融监管,人们会普遍地、联系性地想到国家行政对金融业和金融市场的监督管制,而很少想到刑事法律介入也是金融监管的一个重要组成部分,或者是怀抱对刑罚的崇拜,希望刑事法律对任一金融违规行为都予以刑罚制裁,而未虑及万事皆有度,刑罚亦如是。金融市场本身的存在和发展需要,决定了刑事法律介入是金融监管的一个重要组成部分,而刑事法律介入金融监管,又受制于刑事法律本身的属性和功能,因而又是有限的。本文试图以对近年来刑事检察介入金融监管实践的总结为基础,阐述对金融监管的刑事司法介入的理解和检察机关的实证路径。

一、刑事法律介入金融监管之必要性

刑事法律作为国家对金融监管介入方式的一个重要组成部分,源自金融活动及其所存在的市场的特性和需要,也源自法治条件及国家依据规范管理社会、政治、经济功能的层次性分配的需要,更源自刑事法律的本体特性。具体而言,国家以刑事法律介入金融监管,并将此视为金融监管的重要组成部分,其必要性在于:

(一) 金融市场兼具的重要性和脆弱性

众所周知,金融是国民经济的命脉,是现代经济的核心。金融市场在整个经济市场中,发挥着供血供氧和调节的功能作用。金融市场的安全稳定事关经济发展和社会稳定大局,金融安全直接决定国家经济安全乃至国家安全。然

* 陈辐宽 上海市人民检察院第二分院党组书记、检察长。