

上海审判

SIFA JIETI—SHENPAN QIANYAN WENTI YANJIU

司法阶梯

——审判前沿问题研究

(第四辑)



上海市黄浦区人民法院 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

上海审判

SIFA JIETI—SHENPAN QIANYAN WENTI YA

司法阶梯

——审判前沿问题研究

(第四辑)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法阶梯:审判前沿问题研究. 第4辑/上海市黄浦区人民法院编. —北京:法律出版社,2011.1

ISBN 978-7-5118-1498-2

I. ①司… II. ①上… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第224255号

司法阶梯——审判前沿问题研究(第4辑)

上海市黄浦区人民法院编

编辑统筹 法律应用出版分社

责任编辑 韦钦平

装帧设计 汪奇峰

© 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 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

开本 787×960毫米 1/16

印张 31.25

字数 568千

版本 2011年1月第1版

印次 2011年1月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-1498-2

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会成员

主 任：许伟基

副主任：王天亮 金民珍 王国新 章小平 魏宛平 蒋 宏

委 员：黄正龙 卞爱生 汤文元 沈解平 冯志勤

刘廷碧 朱 奇 竺常赟 凌 崧

刘为念 田家俊

主 编：许伟基

副主编：王天亮 金民珍 王国新 章小平

编 辑：刘为念 虞 憬 王连国

序

伴随着社会文明的发展与进步,尤其是处在我国经济社会快速发展,各种新情况、新问题不断涌现的特定历史时期,人民群众的司法需求不断增长,司法期待不断增强。积极回应人民群众的新需求和新期待,正成为人民法院司法工作的新要求和新挑战,也是人民法官面临的新任务。在构建社会主义和谐社会,践行社会主义法治理念的过程中,作为司法活动中最关键主体——法官,尤其是基层法院的法官,处于司法活动最前沿、审判第一线,掌握着最为丰富的审判实践资料,负载着正确诠释和适用法律,促进社会和谐进步的责任。因此,在完成繁重审判任务的同时,倡导、鼓励、引导和支持法官善于学习,善于思考,善于总结,善于升华,从而加快培养与建设一支既有实践经验又具理论水平的专家型法官队伍,既是时代的要求和形势的必须,也是上海法院正大力推进的队伍建设工程。

地处上海市中心城区的黄浦区人民法院,是一个具有优良传统的法院,素有“南京路上好法院”之美誉。近年来,该院更是以建设一流法院为工作目标,通过开展“争办精品案件,争做优秀法官”等活动,大兴调研之风,大力加强法官队伍的司法能力建设,取得了可喜的成绩,在全院营造出了争先创优、奋发向上的良好氛围,并涌现出一批业务素质与调研能力俱佳的优秀法官群体。

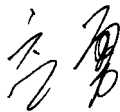
展现在我们面前的基层法院审判实务研究系列丛书《司法阶梯——审判前沿问题研究》,便是该院在总结近年来调研成果的基础上,遴选部分优秀论文、案例汇编而成的。其中,既有全国法院学术讨论会获奖论文、重大调研课题优秀成果,也有被《最高人民法院公报》刊登的案例以及在全国、省市级期刊上发表的学术论文,还有资深法官对审理方法、审判技巧以及审判管理经验的提炼与总结。见微知著,通过这一篇篇颇具专业功底的文章,我们看到了该院法官应对和谐司法亟须解决的热点、难点问题,知难而进、迎难而上的勇气和睿智;仔细研读其中的内容,我们能真切感受到,该院法官对法学理论研究和审判实务相结合的有益尝试与积极探索,既富有实践性、创新性,亦不乏理论价值和实

践意义。

“法之善者,仍在用法之人”。希冀越来越多的法院像黄浦区法院一样,立足我国基本国情,立足区域法治实践,再接再厉,激发起更大的调研热情,并加强调研成果的转化与利用,不断提升全体法官的业务素质,为推进社会主义民主法治建设,构建社会主义和谐社会的伟大事业谱写新的篇章。

是为序。

上海市高级人民法院院长



二〇〇八年七月

导 读

《司法阶梯——审判前沿问题研究(第4辑)》是我院组织编写的每年一本汇集上一年度优秀调研成果的系列图书之一。近年来,我院通过完善调研工作机制,整合调研力量,开展调研培训,搭建“法研社”调研平台等多项措施,每年均有一大批高质量的审判调研成果涌现。本辑收录近60篇调研成果,即是从我院广大法官和其他工作人员在2009年度撰写完成的约200余篇各类调研成果中精选而成。

本辑共分“审判研究”、“精品案件”、“案例精解”和“探索与实践”四个部分。“审判研究”部分选录的22篇论文,系作者或课题组针对审判实践中遇到的各类疑难问题,进行理论联系实际后所形成的具有较强实践价值和理论深度的调研成果。“精品案件”和“案例精解”两大部分,汇集了我院在2009年审(执)结的具有典型性的近30个疑难、新颖案件。“精品案件”为读者们提供了当年度最典型案件的审理(执行)情况全貌,每篇均附有概要、法律文书、调研成果及法宣报道等内容。“案例精解”立足于典型个案中的一个或若干个法律疑难点,展开分析和说理,或条分缕析,或答疑释惑,或剖析案件背后的逻辑,意图为同类型案件的审理提供参考。“实践与探索”部分选取的7篇论文系作者立足于审判实践,在实证调研分析基础之上进行深入思考、探索后所形成的经验、成果,反映了作者们富于实践、勇于探索的创新精神。

由于时间、精力和水平所限,本辑所编选的各类文章可能存在种种不足之处,特此恳请广大读者批评指正。

编者

2010年9月

目 录

CATALOGUE

审判研究

金融犯罪实证调研与法律适用分析	本院课题组 / 3
审判权运行的内部规制	
——以基层人民法院审判管理为视角	本院课题组 / 22
民刑交叉金融案件的困境与出路	
——以恶意透支信用卡案件的实证研究为角度	本院课题组 / 31
在“疑罪”事实认定与“从无”价值选择中寻觅新生	
——疑罪从无原则的尴尬境遇及合理出路	沈解平 陈柱钊 / 44
论我国行政诉讼中其他规范性文件的审查适用	菅莉娜 / 55
民事案件送达难的原因与解决途径	
——以信用卡案件审理中的送达为视角	金民珍 陈 红 / 66
论破解“执行难”的信息化途径	徐 亮 / 76
信用卡恶意透支行为入罪问题探析	
——以“非法占有目的”主观要件的认定为核心	王连国 / 87
信用卡的债权保护与风险防范	金民珍 陈 红 / 101
财产保全实践中成就保全担保的程序规范	金民珍 张 宁 / 110
审前羁押原因行为与定罪行为不一致时刑期折抵问题研究	
	沈解平 孙明德 陈柱钊 / 118
刑事诉讼严格证明与自由证明规则的构建	竺常赞 / 127
“不当出生”侵权诉讼民事审判实证研究	张 健 向 婧 / 137
租赁关系终止后承租人返还房屋义务的履行及责任承担	
——从两起被二审改判的占有物损害赔偿纠纷案件谈起	蒋 宏 / 148

物权法定原则下的人文关怀

——非房屋所有权人基于婚姻家庭关系要求确认居住

使用权案件的审理思路

李名坚 / 152

离婚时对婚前购买房屋的认定与分割

邱冬梅 / 159

股东名实不符法律纠纷的解决思路

孙巾淋 / 167

析保险费的交付对保险合同效力的影响

邵宁宁 / 174

对保险人说明义务的再思考

邵宁宁 / 182

我国商业外观法律保护问题的探讨

——以《反不正当竞争法》的适用为中心

钱光文 孙巾淋 / 190

教育管理纠纷之司法审查刍议

吴 行 / 198

关于我国地域管辖制度之反思

程 珊 / 210

精品案件

汪某某等四人职务侵占案

孙明德 崔 群 石志仁 / 221

王某某诉上海某旅行社有限公司旅游合同纠纷案

赵冰清 金於疆 王连国 / 234

纪某诉周某、第三人上海某投资管理有限公司等股权转让纠纷案

徐 立 周伟荣 赵文英 / 244

上海某银行股份有限公司甲支行诉倪某某金融借款合同纠纷案

施 浩 / 261

佛山某唱片公司诉上海某通信公司、北京某技术公司侵犯著作

财产权纠纷案

凌 崧 金 滢 方 产 / 273

林某等五人诉陆乙等八人按份共有纠纷案

李名坚 冯丽娟 王凌冰 / 289

郁某诉上海市住房保障和房屋管理局行政赔偿案

鲍 浩 蒋伟君 陈瑜庭 / 304

某银行股份有限公司上海分行申请执行马元某等金融借款纠纷案

刘廷碧 陈禹钢 顾剑东 / 322

案例精解

无刑事责任能力者起主导作用的共同盗窃行为之共犯性探究

——析艾某某盗窃案

孙明德 陈平建 陈柱钊 / 337

共同销售伪劣产品中从犯的认定标准

——析张某甲等销售伪劣产品案

蔡丽明 陈柱钊 / 343

使用他人遗留于 ATM 机内信用卡取财行为之定性

——析徐某某信用卡诈骗案

吴明峰 陈柱钊 / 350

继承权纠纷诉讼时效的理解和适用

——析原告许某信等诉被告许某中等法定继承纠纷案 汤文元 / 355

论基于同居关系的欺诈性抚养之法律认定及救济 朱红卫 徐婷姿 / 360

论建设工程强制拍卖中权利负担的转移

——析孙某、吴某诉上海某置业发展有限公司房屋预售合同纠纷案 蒋 宏 / 365

论地下车位、车库的归属及权利限制

——从一起排除妨害纠纷案看我国《物权法》及相关司法解释的规定 梅松松 / 371

信用卡冒用背景下特约商户的审核义务 翟国静 向 婧 / 378

保险合同特别约定条款的效力

——析曹某某与某财产保险股份有限公司上海分公司财产保险合同纠纷案 邵宁宁 / 384

股东知情权行使的范围及边界

——析龚某某诉上海某装潢建材公司股东知情权一案 凌 崧 孙巾淋 / 390

同住人资格的认定及动拆迁补偿款的分割

——析周某某诉孙某某、孙父等财产权属纠纷案 张 宁 / 393

拆迁补偿安置案件中同住人诉讼资格探究

——析吴某等诉上海某动拆迁有限公司等拆迁安置补偿案 王艳姮 王昕煜 / 398

工伤认定行政案件举证主体与证明责任辨析

——析上海某饮用水送配有限公司不服黄浦区劳动和社会保障局工伤认定行政案 鲍 浩 吴 行 / 407

连续工龄核定行政案件中争议焦点剖析

——析张某某诉上海市社会保险事业基金结算管理中心工龄核定案 吴 行 / 412

违规停车行政处罚相对人的确定和处罚程序的规范

——析顾某不服上海市公安局黄浦分局交通警察支队行政处罚案 戴明辉 沈 丹 / 423

名誉权案件执行方式及思路

——析傅某申请执行沈某名誉权纠纷案 沈 丹 / 427

金某申请执行倪某离婚后财产纠纷案

——协助执行网络机制下解决执行难问题

朱夏玲 / 431

论民事案件中的事实认定及调解策略

——析某银行股份有限公司上海某支行诉马某信用卡纠纷案

朱 奇 王佩鑫 / 434

政府规章在审判中的参照适用

——原告来某、陈某诉被告黄某合伙合同纠纷案

赵文英 / 439

论对当事人撤回再审申请的处置

——析范甲与上海市某区建设委员会等房屋拆迁安置纠纷案

汤文元 徐 亮 / 444

探索与实践

上海市黄浦区二〇〇八年度医疗纠纷诉讼情况调查报告

金民珍 竺常赞 向 婧 / 451

上海市黄浦区二〇〇八年度劳动争议诉讼情况调查报告

金民珍 竺常赞 陈一鸣 张 健 / 458

应对金融危机、构建胜诉权益兑现机制的执行思路及对策

刘廷碧 钱端镇 / 467

行政案件中协调和解机制的探索与实践

王艳姮 沈 丹 / 470

关于消费者权益纠纷调解的几点思考

竺常赞 张 健 / 477

网络著作权纠纷案件审理中需要注意的问题

金 滢 / 483

当前物业管理纠纷中存在的问题及原因、对策分析

常彩玲 / 486

审判研究

金融犯罪实证调研与法律适用分析

审判权运行的内部规制

民刑交叉金融案件的困境与出路

在“疑罪”事实认定与“从无”价值选择中寻觅新生

论我国行政诉讼中其他规范性文件的审查适用

民事案件送达难的原因与解决途径

论破解“执行难”的信息化途径

信用卡恶意透支行为入罪问题探析

信用卡的债权保护与风险防范

财产保全实践中成就保全担保的程序规范

审前羁押原因行为与定罪行为不一致时刑期折抵问题研究

刑事诉讼严格证明与自由证明规则的构建

“不当出生”侵权诉讼民事审判实证研究

租赁关系终止后承租人返还房屋义务的履行及责任承担

物权法定原则下的人文关怀

离婚时对婚前购买房屋的认定与分割

股东名实不符法律纠纷的解决思路

析保险费的交付对保险合同效力的影响

对保险人说明义务的再思考

我国商业外观法律保护问题的探讨

教育管理纠纷之司法审查刍议

关于我国地域管辖制度之反思

金融犯罪实证调研与法律适用分析*

◎ 本院课题组

【提要】 近年来,上海地区金融犯罪数量不断攀升,新类型金融犯罪案件频繁发生,个别案件涉案人员众多、金额巨大,严重威胁到了我市的金融安全和社会和谐。在此背景下,适时地对我市近年来发生的若干典型性金融犯罪现象、案例作一总结回顾,深入分析金融犯罪的构成要件,针对审判实践中存在的若干疑难问题,进行实证调研,提出解决问题的方案、思路或倾向性意见,很有必要,也是实现调研为审判实践服务的最佳途径之一。考虑到金融犯罪涉及金融领域中诸多类型犯罪行为,故本文在深入解析金融犯罪构成要件的基础上,着重对金融诈骗罪的主观要件和刑民交叉程序两个审判实践中的疑难问题进行了深入阐述。

【关键词】 金融犯罪 构成要件 主观要件 刑民交叉

一、金融犯罪的概念

经济学中,所谓金融,是指货币流通和信用活动以及与之相联系的经济活动的总称。金融活动是一个动态的流通过程,必须在有序的状态下才能运作。而为了保证这种有序性,规范金融市场参与者的行为,就得依靠一定的规则、准则,对金融活动进行控制,使其按特定的秩序轨道正常运行,此为金融秩序。秩序意味着一种有序状态,制度意味着规则、准则,规则作为秩序的实际内容,是秩序的中心环节,具体表现为国家的管理制度。^① 国家金融主管机关则在依法履行监督管理职能的过程中,与各类金融机构以及各金融活动主体之间产生金融管理关系。金融犯罪,其最本质的共同特征就是对国家这种正常的金融管理秩序和金融管理制度的侵犯。因此,所谓金融犯罪,就是指发生在金融业务活

* 本文系 2009 年上海市高级人民法院批准立项课题研究成果,并被评为该年度优秀调研课题。

① 邢建国等:《秩序论》,人民出版社 1993 年版,第 32 页。

动领域中,违反金融管理法律法规及有关规定,危害国家货币、银行、信贷、票据、外汇、保险、证券期货等金融管理制度,破坏金融管理秩序,侵犯金融财产利益,情节严重,依照刑法应受刑罚处罚的行为。^①

为了预防和惩治这种犯罪,近20年来我国先后制定了大量以金融犯罪及其刑事处罚为专门内容的刑事立法。1997年修订后的《刑法》在分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中,第四节从金融监管的角度对破坏金融管理秩序的犯罪行为作出了规制,第五节规定了发生在金融领域的八种特殊诈骗犯罪形式。因此,金融犯罪并不是刑法理论上独立的一个罪名,而是由破坏金融管理秩序罪及金融诈骗罪所组成,同属于一类犯罪的总称。“由于这类犯罪涉及金融领域,且所有的犯罪行为所指向的社会关系均为国家的金融管理制度和管理秩序,因而,理论上将这些犯罪统称为‘金融犯罪’。”^②

但确切地说,金融犯罪上述定义的内涵和外延是不确定的。因为金融领域极为广泛,涉及的罪名多种多样。除《刑法》分则第三章第四节破坏金融管理秩序罪和第五节金融诈骗罪外,具有破坏国家金融管理秩序和金融管理制度这一共同特征的,至少还包括发生在金融领域内的非法经营行为。比如《刑法》第225条第3项规定,未经许可,非法经营证券、期货、保险业务的,构成非法经营罪。非法经营罪侵害的直接犯罪客体,是国家的专营专卖制度。国家对某些经营实施许可证制度或者专营制度,未经批准任何单位和个人不得擅自实施此类经营行为。但金融领域内的非法经营行为同样也侵犯了国家正常的金融管理秩序,甚至其社会危害性也远远超出了对国家专营制度的损害。因此,实务中,一般也将涉及金融类的非法经营犯罪行为归类于金融犯罪范畴。金融领域内的非法经营行为主要涉及证券、期货、保险、外汇、票据等领域。

二、金融犯罪的构成特征

我国刑法理论通说认为,犯罪构成由四大要件构成,即犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件和犯罪主观要件。只有四个要件同时具备,犯罪才能成立,缺少其中的任何一个要件,都不能成立犯罪。

(一)金融犯罪的客体

犯罪客体,就是我国刑法所保护而为犯罪行为所侵犯的社会关系。犯罪客体要件从犯罪行为的社会属性角度揭示了各类具体犯罪的本质事实特征——

① 刘宪权:《金融犯罪刑法理论与实践》,北京大学出版社2008年版,第3页。

② 刘宪权:《金融犯罪刑法理论与实践》,北京大学出版社2008年版,第16页。

刑法所保护的人或物的存在状态。各种犯罪行为由于其所侵害的社会关系的性质、种类不同,即犯罪客体不同,其犯罪性质就不同,罪名也就不同。因此,犯罪客体不仅是犯罪分类的主要依据和标准,还是司法机关正确认识和确定犯罪性质,区分罪与非罪、此罪与彼罪的重要界限。

就金融犯罪而言,其最根本最直接侵犯的客体便是国家对金融活动的监督管理秩序和金融运作的正常秩序。这是金融犯罪的本质特征,也使得金融犯罪能与其他犯罪得以区分开来。我国《刑法》分则第三章第四、五节分别规定了破坏金融管理秩序罪、金融诈骗罪。破坏金融管理秩序类的犯罪客体为金融管理秩序比较容易理解。金融诈骗罪直接侵害的是公私财产权,但同时还侵害了国家正常的金融管理秩序;只是这一类犯罪在客观行为方面都采取诈骗的方法,即隐瞒事实真相、捏造事实的方法破坏金融管理秩序。非法经营罪侵害的直接犯罪客体是国家的专营专卖制度,但金融领域里的非法经营行为同时也侵犯了国家正常的金融管理秩序。

(二)金融犯罪的客观方面

金融犯罪的客观方面,是指违反金融管理法规,以伪造、变造、欺骗或其他方法破坏金融管理秩序,应受刑罚处罚的行为。

1. 违反金融管理法规

金融犯罪,尤其是破坏金融管理秩序罪和非法经营罪,性质上属于法定犯,与传统的犯罪有区别,因此行为人违反有关金融管理法律、法规,是其构成犯罪的前提特征。这是由于金融犯罪往往不是根据长期历史时期中逐渐形成的道德意识所能评定的,对其评价的依据是法律。^① 为了促进金融关系的正常发展,保证金融事业的顺利进行,国家制定了一系列以金融关系为调整对象的法律规范。参与金融活动的各个主体,都必须依照法律的规定行为,如果违反了金融法律法规,情节严重,达到应受刑罚处罚的程序,就构成了犯罪。因此,金融犯罪成立的前提条件就是违反了国家规范金融活动的法律法规。比如,《刑法》第235条则明文规定:“违反国家规定,有下列非法经营行为之一,扰乱市场秩序,情节严重的……”

^① 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第17页。本文认为,在此,金融诈骗这一类罪与破坏金融管理秩序罪和非法经营罪两类有较大区别。金融诈骗原来就是来自于普通诈骗罪,只是刑法为了突出该类诈骗的金融特点,而特别作出的规定。虽然从广义上看,金融诈骗罪也是违反金融管理法规的行为。

2. 行为人实施了破坏金融管理秩序的行为

按刑法理论,危害行为可以划分为“作为”和“不作为”两种基本形式。破坏金融管理秩序的行为在行为形式上主要表现为作为形式。比如,金融诈骗罪,伪造货币罪,出售、购买、运输、使用假币罪等皆由作为方式构成。少数犯罪既可以是作为形式,也可是不作为方式,主要表现为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,吸收客户资金不入账,违反规定为他人出具信用证或者其他保函、票据、存单、资信证明等行为。

审判实践中,金融犯罪的手段主要有以下几种:(1)伪造或变造。金融工具是金融市场赖以运作的媒介,货币资金在金融市场中的流动和配置,都必须借助于金融工具。而货币资金的流动,在很大程度上完全取决于谁拥有金融工具,尽管伪造、变造金融工具要冒较大的风险,但行为人只需花很小的代价就可以收到极大的利润。因此,伪造、变造的手段在本类罪中比较多见。这突出体现在伪造货币罪,变造货币罪,伪造、变造、转让金融机构经营许可证罪,伪造、变造金融票证罪,伪造、变造国家有价证券罪,伪造、变造股票、公司、企业债券罪等罪中。由于犯罪分子采取伪造、变造手段,也衍生出了许多其他犯罪,如货币犯罪中的持有、使用假币罪,运输假币罪等。(2)欺骗手段。即指采取虚构事实或隐瞒真相的方法,使他人产生认识上的错误而上当受骗。以欺骗为手段的犯罪,最集中的体现就是在刑法规定的各类金融诈骗罪和非法经营罪中。比如,犯罪分子编造并且传播影响证券交易的虚假信息,以承诺将“在境内外上市等上市”、“保底收益”、“到期回购”等为诱饵,向社会公众非法买卖或代理买卖未上市公司股票,诱骗社会公众购买所谓“原始股”等非法经营行为,也均具有欺骗性。(3)其他手段。这主要是指犯罪分子利用职务上的便利实施的犯罪以及其他采取逃避法律的手段实施的犯罪。比如内幕交易泄露内幕信息罪、违法发放贷款罪、非法出具金融票证罪、擅自设立金融机构罪、非法吸收公众存款罪等。

3. 具备了法定的须以刑罚处罚的情节

金融领域中的一般违法行为与犯罪行为的区别在于二者对金融管理秩序的危害程度不一样,尽管实施了破坏金融管理秩序的行为,但情节显著轻微,危害不大的,不能认定为犯罪;只有行为达到严重程度,才应作为犯罪行为予以追究。破坏金融管理秩序的程度是一个综合指标,应通过多方面的因素进行综合判断。从我国现行刑法的规定来看,大致有以下几种要求:(1)数额要求。金融犯罪多与一定量的数额联系在一起。“金融犯罪数额直接反映着经济犯罪行为的规模及其社会危害的程度,既是区别违法与犯罪、重罪与轻罪的主要标准,又