

·当代经济刑法研究丛书·

总主编·顾肖荣 林荫茂

金融消费者刑事保护 问题研究

JIN RONG
XIAO FEI ZHE
XING SHI BAO HU
WEN TI YAN JIU

胡春健◎著

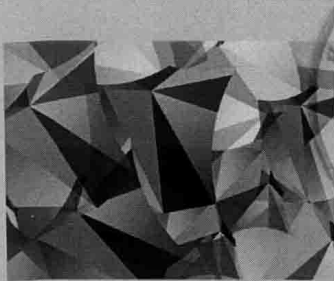


上海社会科学院出版社

金融消费者刑事保护 问题研究

JIN RONG
XIAO FEI ZHE
XING SHI BAO HU
WEN TI YAN JIU

胡春健◎著



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

金融消费者刑事保护问题研究/胡春健著. —上海:
上海社会科学院出版社, 2015

ISBN 978-7-5520-0806-7

I. ①金… II. ①胡… III. ①金融—刑事犯罪—研究—中国 IV. ①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 052930 号

金融消费者刑事保护问题研究

著 者: 胡春健

责任编辑: 周 河

封面设计: 黄婧昉

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.org.cn> E-mail: sassp@sass.org.cn

排 版: 南京展望文化发展有限公司

印 刷: 凤凰数码印务有限公司

开 本: 890×1240 毫米 1/32 开

印 张: 8.375

插 页: 2

字 数: 216 千字

版 次: 2015 年 4 月第 1 版 2015 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-0806-7/D·315

定价: 28.00 元

版权所有 翻印必究

主 编 郭伟清 杜文俊

副主编 尹 琳 朱以珍 赵拥军

撰稿人 (以姓名拼音顺序)

杜文俊	郭伟清	黄姣姣	蒋 骅	连文静
楼 洁	罗 涛	彭 涛	戚 俊	王佩芬
王旭光	魏大众	魏 华	徐孝帅	杨静雯
杨莉莉	杨晓晨	尹 琳	张 杰	张焱萍
赵 挺	赵拥军	朱锡伟	朱以珍	左静鸣

目 录

导 论	1
第一章 金融消费者刑事保护概论	8
第一节 金融消费者的概念辨析	9
第二节 金融消费者的权益	22
第三节 金融消费者刑事保护的特点和价值	30
第二章 金融消费者刑法保护的范围	38
第一节 金融消费者刑法保护范围的争议	38
第二节 日本关于金融消费者刑法保护范围的分类	41
第三节 我国关于金融消费者刑法保护的范围及犯罪 分类	44
第三章 金融消费者刑事保护的立法模式	47
第一节 金融消费者刑事保护立法模式概论	47
第二节 金融消费者刑事保护立法模式的评析	53
第三节 金融消费者刑事保护的立法模式比较	58
第四节 我国金融消费者刑事保护立法模式的评析	62

第四章 金融消费者刑事保护的政策	71
第一节 金融消费者刑事保护政策的基石	72
第二节 金融消费者刑事保护政策的比较	76
第三节 我国金融消费者保护政策的现状	82
第四节 检察机关在金融消费者刑事保护政策中的职能 延伸	90
第五章 分类罪名中金融消费者的刑法保护	118
第一节 以诈骗犯罪为中心的金融消费者保护	120
第二节 行政刑法对金融消费者的保护	134
第三节 信用卡犯罪中的金融消费者保护	141
第四节 与金融消费者保护相关的信息犯罪	154
第五节 涉众型非法集资类犯罪中的金融消费者保护	172
第六节 互联网金融中的消费者刑事保护	190
第六章 完善我国金融消费者刑事保护制度的建议	215
第一节 金融消费者刑事保护立法的总则性完善	216
第二节 金融消费者刑事立法的分则性完善	236
第三节 金融消费者刑事保护诉讼程序的完善	244
结 语	253
参考文献	255
后 记	263

导 论

一、研究意义

随着经济全球化和我国经济的迅速发展,金融产业日趋空前繁荣,金融商品与金融服务超乎想象地进入了普通消费者日常生活。消费者不仅在证券市场购买金融商品、银行理财产品及投资连结保险等新型金融商品,甚至包括一些金融创新产品、金融衍生商品等也成为他们的选择对象。同时,消费者为满足自己的金融消费需求,开始广泛地接受金融机构所提供的金融服务。这些接受金融机构所提供的商品或者服务的对象实际上就是金融消费者。

金融消费者一词于 20 世纪 90 年代末由一些金融市场发达国家所提出和使用,并被英国、美国、日本等一些国家的法律所吸纳。在法律规范中首次出现“金融消费者”是在英国 2000 年出台的《金融服务与市场法》中,但该法没有对金融消费者作出规范性的定义。之后,在美国《金融隐私权法》中正式将金融消费者界定为使用或曾经使用过金融机构任何服务的任何个人或其全权代表,包括任何作为金融机构的委托人的个人。

我国首次在金融立法中提及“金融消费者”是银监会于 2006 年 12 月颁布的《商业银行金融创新指引》,其第 4 条在解释“金融创新”时将金融消费者与投资者一并提及,但并没有就我国金融消费者的概念作出界定。2013 年 5 月 8 日,中国人民银行《金融消费者权益保护工作管理办法(试行)》首次以规章的形式对金融消费者作出了界

定：“金融消费者是指在中华人民共和国境内购买、使用金融机构销售的金融产品或接受金融机构提供的金融服务的自然人。”笔者基本赞同该观点。本书所涉的金融消费者应界定为：金融消费者是接受金融服务业提供的金融产品或服务的、且在金融交易中处于相对弱势地位的自然人，不包括专业投资机构或公司、企业等法人。

在理论界和实务界，有不少学者和专家一直呼吁通过地方立法推动关于金融消费者保护的专门立法，进而建立健全我国金融消费者法律保护的构架。

2012年，由笔者导师顾肖荣研究员提议并起草、全国人大代表林荫茂研究员等30名代表提交的《关于加强金融消费者权益保护的提案》被列为十一届全国人大五次会议第21号议案；《关于加强金融消费者权益保护，促进金融市场健康发展的建议》被确定为2012年度全国人大重点议案和重点建议。可见，金融消费者保护的立法工作已经引起立法机关的高度重视。

立法的迫切，是因为实践的需求。在金融消费领域，无论是国外还是国内，都出现了消费者利益受到严重损害的诸多事例和案件。

就国外而言，美国摩根大通银行和瑞士信贷证券的美国子公司于2012年11月16日同意支付逾4亿美元的罚款，从而了结美国证券和交易委员会(SEC)对其在销售债券过程中误导消费者的指控。美证交会指控摩根大通银行在2006年12月出售18亿美元住宅抵押贷款支持债券时，对抵押房产的贷款偿还情况做了虚假和误导性陈述。在此交易中，摩根大通银行获得270多万美元收入，而投资者损失至少3700万美元。为了了结指控，摩根大通银行同意支付2.969亿美元罚款。另外，美证交会当天还指控瑞信证券美国公司在75笔涉及抵押贷款支持证券的交易中误导消费者，从2005~2010年，瑞信证券频繁与贷款发放者商谈债券打包业务，但向投资者隐瞒了此类交易获得的收入。此外，美证交会还发现瑞信证券在两笔抵押贷款支持债券的销售中违背了“首次违约”条款。该条款规定，抵押贷

款如出现首次违约,贷款发放人在贷款证券化之前或不久后必须回购或替换这些贷款。为了结这两项指控,瑞信证券同意支付 1.2 亿美元。

另外,2001 年美国发生安然公司通过安达信会计师事务所虚报利润 5.86 亿美元的事件,成为有史以来最大的企业破产案。其中,作为全球五大会计师事务所的安达信会计师事务所扮演的角色值得深思。该公司将安然公司的众多不良资产通过设立子公司的方式予以剥离,从而虚增安然公司的利润,最终导致众多投资者的利益受到严重损害。在当今的大众投资时代,金融市场向公众兜售的实际只有诚信。公众投资者在将辛苦劳动赚来的血汗钱交给证券公司用于投资股票、债券、公共基金等投资工具时,他们必须确信自己会受到公正对待。正如美国证券与交易委员会前任主席列维特所言:“诚信是市场的基石,只有它才是推动市场前进的真正力量。”

就国内而言,2013 年 8 月,上海保险中介市场龙头企业上海泛鑫保险代理有限公司(简称泛鑫公司)总经理陈怡携巨款潜逃海外,引起全国震惊。泛鑫公司在销售自制的固定收益理财产品时,采用承诺固定回报率的方式,向不特定公众销售保险理财产品,涉嫌采用集资诈骗的方式骗取 3 000 余名投资人的钱款共计六七亿元,其中仅挽回损失共计 2 000 余万元,造成投资人的巨额财产损失。

2013 年 11 月 26 日,据《21 世纪经济报道》报道,原宁波银行员工刘永盛在上海涉嫌借银行渠道私售“上海市闵行区动迁安置房项目二期 D 款”理财产品。而本案的案发也是在上述理财产品偿付时因为无法兑现才浮出水面,除了投资者蒙受资金损失外,银行的善后工作也处处面临被动尴尬的境地。

另外,近几年还涌现了联泰炒金案、华夏交易所案、世纪黄金案等一系列“地下炒金”案件。犯罪行为人以自己成立皮包公司或以境外公司上海代表处名义,介绍投资者通过境外期货公司进行黄金期货保证金交易;境外的期货公司替客户在国际市场上开设账户并提

供交易平台,从而操作包括伦敦黄金市场、纽约黄金市场、香港黄金市场在内的全球主要市场的黄金衍生品,这种境外保证金交易或者外盘交易即俗称为“地下炒金”。这些“地下炒金”案具有行政不法性、风险不可控性以及面向公众的不特定性,给众多的投资者带来了巨大的财产损失。值得注意的是,2014年2月底发生的市值4.67亿美元“比特币”被盗案,造成了互联网金融中消费者的巨额财产损失。2014年3月,李克强总理所作的政府工作报告中亦将加强互联网金融的监管、维护良好的互联网金融秩序作为一部分专门阐述,显示了我国政府对迅猛发展的互联网金融的重视。

正是基于理论研究中出现的不同观点,司法实践中出现的认定疑难,有必要开展对金融消费者刑事保护的专门研究,对于保护金融消费者合法权益,维护金融市场健康发展具有重要意义。

二、研究现状

通过搜集和整理资料,笔者发现我国目前对于金融消费者保护的研究大多从民事和行政法层面进行,且有诸多专著和论文,但鲜有从刑事角度进行专门和系统的研究和探讨。虽有一些研究,也只是从个别角度展开的,如对于侵犯金融消费者个人信息的刑事保护等。凡涉及侵犯金融消费者合法权益的非法集资类犯罪、信用卡类犯罪、非法经营类犯罪等,通常都是从这些犯罪的构成要件、疑难问题和完善角度予以探讨和研究,鲜有从金融消费者保护角度进行专门的论述。

笔者认为,刑事法律保护作为金融消费者保护的最后一道防线,是金融法律法规有效实施的重要保障。特别是2008年世界性的金融危机爆发后,全世界已经进入了一个从投资服务法向消费服务法转变的时期。美国、欧盟、日本等发达国家纷纷从金融危机中吸取教训,各自都制定或完善了金融消费者保护法或金融商品交易法、金融商品销售法等,其宗旨都是加强对金融消费者的保

护,而刑事法保护是其中重要的一环。只有构建民事、行政和刑事三位一体的立体法网,才能真正切实起到保护金融消费者和维护金融市场稳定的作用。

虽然有观点认为,金融消费者权益受到侵害,如果对金融服务提供者予以刑事打击,比如对于某一上市公司的高官追究刑事责任,一旦披露,该上市公司的股价必然会下跌,从而对消费者的权益进行第二次侵害。但笔者认为,刑罚具有特殊预防和一般预防的功能,虽然消费者的权益可能因为股价下跌而受损,但从金融市场的长期发展和刑罚的一般预防功能而言,可以减少同类犯罪的发生,从而在更广泛的层面上保护更多消费者的利益。当然,笔者也赞同,就金融消费者刑事保护而言,要做到的是像啄木鸟一样将树上的害虫清除,而不是用锯子将这棵树锯掉。因此,如何加强对金融消费者的刑事保护研究,从而在打击犯罪、保护金融消费者合法权益和维护金融市场稳定及发展方面做到平衡,达到最佳的结合点是值得探讨的课题。

三、研究方法

本书主要采用比较研究的方法。比较研究的方法包括以其他金融发达国家的金融消费者刑事保护措施和立法作为借鉴,结合我国的立法和司法分析我国的金融消费者刑事保护;同时,还包括系统整理和归纳我国刑事法律体系中涉及金融消费者保护法律法规的发展历程,从而为系统地研究我国刑法中的金融消费者刑事保护提供更好的支撑。

在内容上,本书从金融消费者刑事保护的概论,金融消费者刑事保护的范围和分类,金融消费者刑事保护的立法、刑事政策、分类罪名中的金融消费者刑事保护及其完善(包括实体和程序)等方面,系统性地探讨和研究了我国目前法律体系中的金融消费者刑事保护。

四、研究内容

在研究对金融消费者的刑事保护方面,必须紧密结合对金融消费者保护的各项规定,同时还必须考虑金融消费者本身地位的特殊性。本书就是对金融消费者这一特殊而且热门的主体,从刑事角度探讨对其的保护。

全书共分为六章。第一章是关于金融消费者刑事保护的概论;第二章是关于金融消费者刑法保护的范围及分类;第三章是关于金融消费者刑法保护的立法模式研究;第四章是关于金融消费者刑事保护的政策研究;第五章是关于刑法分类罪名中的金融消费者保护研究;第六章是完善金融消费者刑事保护的建议。

五、研究的创新和不足

(一) 本书的创新性

第一,确定了刑事体系中的金融消费者的概念。在2013年5月8日中国人民银行《金融消费者权益保护工作管理办法(试行)》出台之前,笔者曾在发表的论文中即探讨过金融消费者的概念。在本书的写作过程中,通过系统地整理我国关于金融消费者的概念的法律法规,并采用比较方法借鉴国外金融发达国家关于金融消费者的概念,从而界定了我国刑事法律体系中的金融消费者的概念。

第二,根据上述概念,结合我国刑法典中的罪名,确定了我国刑法典中关于金融消费者刑事保护的范围。

第三,在上述刑事保护的范围内,确定了我国刑法中侵犯金融消费者合法权益的31个罪名,并采用对行为特征和对金融消费者侵犯权益的不同,将31个罪名分为4种类型:(1)以诈骗罪为中心的相关犯罪;(2)以行政刑法所规定为中心的相关犯罪;(3)以信用卡犯罪为中心的相关犯罪;(4)与金融消费者保护相关的信息犯罪。就目前而言,从刑事保护角度系统性地专门研究金融消费者合法权益

保护是首创,而且上述的分类标准和方法也是首次进行探索。

第四,本书不是专门研究上述类罪名,而是注重对上述分类罪名下如何更好地保护金融消费者的合法权益。

第五,在论述金融消费者刑事保护过程中,提出了复合型诈骗犯罪中运用消费者反制思维来定罪,以及认定涉众型非法集资类案件中运用证据优势原则等确定犯罪数额。

第六,通过借鉴国外金融发达国家的金融消费者刑事保护的完善方面,提出了在我国引入惩罚性赔偿、资格刑适用、公益诉讼、加强对证监会等监管机构查办和移送案件的监督等措施。另外,在对涉及单位犯罪方面,建议增加缺席审判程序。

(二) 本书研究的不足

第一,资料收集的不足。笔者对诸多国家的语言并不了解,受语言能力限制,德国、意大利和法国的相关资料主要均来自国内学者的翻译著作,未能接触原版信息和资料,使得本文的研究受到一定的局限。

第二,全面论证的不足。在论证过程中,由于各国在金融消费者刑事保护方面的立法模式不同、罪名归类不同,进而带来梳理上的困难。因此,笔者主要借鉴了在金融消费者刑事保护专业化研究较早的日本进行比较,难免出现不全面的状况。

第三,专业化深入的不足。在金融消费者刑事保护研究方面,许多司法、立法和政策都依附于专业性较强的金融领域。鉴于笔者在金融知识方面的有限性,虽然尽力学习和搜集相关资料,但难免出现研究不够深入的情况。

第一章

金融消费者刑事保护概论

无论是金融市场发达的国家,还是正处于不断发展繁荣的市场经济国家,对于金融消费者的保护主要通过民法与行政法等进行,刑法只起到补充和保障作用。但无论是民事手段还是行政手段,相应的保护均存在不足之处。

就民事保护而言,我国现行的金融立法往往缺少金融机构对消费者民事损害赔偿责任的内容。以金融消费者知情权保护为例,现有法律规范仅对金融机构的信息披露和风险提示规定了一定的义务,但却没有规定违反该义务后应该承担的民事责任,导致对金融消费者的救济力度不够。另外,在民事诉讼程序的举证方面,法律规定的是“谁主张谁举证”的一般举证责任,只有部分案件实行举证责任倒置,导致原本弱势地位的金融消费者在举证问题上存在难题^①。

就行政保护而言,虽然我国在很长一段时间内通过消费者保护协会和工商管理部门开展对消费者的保护,但由于金融消费者的特殊性和专业性,导致这些机构很难有效地开展对金融消费者的保护工作。即使近几年我国的“一行三会”^②分别设立了专门的消费者保

① 顾肖荣、陈玲:《试论金融消费者保护标准和程序的基本法律问题》,《政治与法律》2012年第6期。

② “一行三会”系中国人民银行、银监会、证监会、保监会的简称。

护部门,但却分别管辖各自领域,没有统一协调的保护制度。而且在保护过程中,这些机构也没有建立切实有效的制度来防范诸如金融机构乱收费、交易欺诈和泄露消费者个人信息等行为,从而侵犯金融消费者的合法权益。另外,上述行政管理部门在保护消费者的程序设计、纠纷解决机制方面亦存在较多的不完善之处,不能起到很好的保护作用。

考虑到民事手段和行政手段在保护金融消费者合法权益方面的缺陷和不足,将金融消费者的刑事保护予以专门研究则具有重要意义。首先,刑事保护主要是从打击犯罪角度着手,由于其天然的威慑性,较民事、行政手段更能起到特殊预防和一般预防的作用。其次,刑事保护可以发挥公权力的特有作用,弥补民事和行政保护中消费者的弱势地位。再次,刑事保护作为补充,可以弥补民事和行政保护中的缺位,如对于金融机构的严重违法行为,就可以通过追究金融机构刑事责任判处罚金予以惩戒。

在探讨金融消费者刑事保护时,有必要从司法、立法和刑事政策等多层次进行探讨,进而对相关问题加以剖析,并提出完善的建议和措施。这是本书研究的主要方向和脉络。同时,在研究过程中,通过比较借鉴金融市场发达国家关于侵犯金融消费者合法权益的刑事犯罪保护方面的长处,为我所用,进而完善我国关于侵犯金融消费者合法权益的刑事保护。

第一节 金融消费者的概念辨析

一、金融消费者的界定

金融消费者是一个外来词,曾于 20 世纪 90 年代末由一些金融市场发达的国家提出和使用,并被英国、美国、日本等国的法律吸纳。首次出现在正式法律文件中的是英国于 2000 年 6 月出台的《金融服

务与市场法》(FSMA2000)。

目前,国际上对金融消费者概念的界定主要有两种观点:一种是以英国和美国为代表,认为金融消费者仅限于个人或者自然人,不包括法人;另一种是以日本为代表,认为金融消费者不仅限于自然人,还包括法人。但总体而言,国际上的主流观点还是倾向于将金融消费者的主体仅限于自然人。

英国《金融服务与市场法》虽然没有对消费者作出一个概括性的定义,但可以确定的是,消费者的范围被限定于“经授权之人”或“经指定代理人”过去、现在或潜在的客户,甚至延伸到“非经授权之人”从事相关“受监督行为”之客户,其界定的范围相当广泛,并且不限于私人身份,包含自然人和法人^①。

美国在《金融隐私权法》中,将金融消费者定义为使用或曾经使用过金融机构任何服务的任何个人或其全权代表。该定义也包括任何作为金融机构的委托人的个人。公司及6人或多于6人的合伙企业不被认定为该法案中的消费者^②。根据该定义,金融消费者只能是个人,不能是公司或者企业。

日本于2001年开始实施的《金融商品销售法》将金融消费者定义为“资讯弱势一方当事人”,从而实现了金融消费者的界定的历史性突破:一是该法对金融消费者的界定在消费目的方面突破了非营利性的限制,将消费者的保护延伸至投资者;二是该法对金融消费者的界定突破了自然人资格的限制,将保护主体扩展至法人^③。

我国台湾地区2011年6月颁布的“金融消费者保护法”第4条规定:“本法所称金融消费者,指接受金融服务业提供金融商品或服务者,但不包括下列对象:专业投资机构;符合一定财力或专业能力

① 刘媛:《金融消费者法律保护机制的比较研究》,法律出版社2013年版,第14页。

② 美国联邦储备委员会消费者与社区事务局编,中国人民银行西安分行译:《美联储金融消费者保护合规手册》,经济科学出版社2013年版,第398页。

③ 李健男:《金融消费者法律界定新论》,《浙江社会科学》2011年第6期,第77页。

之自然人或法人。”同时,第3条规定:“本法所定金融服务业,包括银行业、证券业、期货业、保险业、电子票证业及其他经主管机关公告之金融服务业。”^①

关于金融消费者的概念,我国理论界对此也有不同的观点和标准。有学者认为“所谓金融消费者,实际上是指为生活需要购买、使用金融产品或者接受金融服务的个体社会成员”,所以非基于基本金融需要而为金融活动的投资者应界定为金融投资者^②。也有学者以消费过程中是否处于弱势地位导致易受损害为判断标准,将个人投资者纳入消费者权益保护机制之中,而非机械地将投资类消费者排除在保护机制之外^③。还有学者从个人的金融需求角度对金融消费者进行界定:“个人的金融需求可以分为支付结算需求、信用需求和金融资产运用需求三个方面,前两者可以明确纳入金融消费者范畴,而对于第三者中的一般投资性产品,仍然可以纳入金融消费者范畴,而对于那些需要市场准入门槛(专业投资人)的产品等,则不应将其纳入金融消费者的范畴。”^④

我国首次在金融立法中提及“金融消费者”是在2006年12月银监会颁布的《商业银行金融创新指引》。其第4条在解释“金融创新”时将金融消费者与投资者一并提及^⑤。第18条又规定:“商业银行开展金融创新活动,应遵守职业道德标准和专业操守,完整履行尽职义务,充分维护金融消费者和投资者的利益。”但遗憾的是,《商业银行金融创新指引》并没有对金融消费者作出明确的界定。

① 李婧:《我国台湾地区金融消费者保护制度的最新发展及启示》,《政治与法律》2011年第12期,第141页。

② 周浩昊:《“金融消费者”概念辨析》,《东方企业文化》2010年第4期。

③ 李明奎:《制度变迁视角下金融消费者保护机制刍议》,《法律适用》2011年第1期。

④ 丁克基:《应立法保护金融消费者利益》,《上海金融报》2009年8月11日。

⑤ 《商业银行金融创新指引》第4条规定:“金融创新是商业银行以客户为中心,以市场为导向,不断提高自主创新能力和风险管理能力,有效提升核心竞争力,更好地满足金融消费者和投资者日益增长的需求,实现可持续发展战略的重要组成部分。”