



当代经济刑法研究丛书
总主编·顾肖荣 林荫茂

经济犯罪疑难问题 与审判政策解析

曹 坚·著



JINGJIFANZUI YINANWENTI YU SHENPANZHENGCE JIEXI



上海社会科学院出版社



当代经济刑法研究丛书

总主编·顾肖荣 林荫茂

经济犯罪疑难问题 与审判政策解析

JINGJI FANZUI YINAN WENTI YU SHENPANZHENGCE JIEXI



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济犯罪疑难问题与审判政策解析 / 曹坚著. — 上海: 上海社会科学院出版社, 2010
ISBN 978-7-80745-783-1

I. ①经… II. ①曹… III. ①经济犯罪-法律解释-中国 IV. ①D924.335

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 211013 号

经济犯罪疑难问题与审判政策解析

著 者: 曹 坚

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: 上海新文印刷厂

开 本: 890×1240 毫米 1/32 开

印 张: 9

插 页: 2

字 数: 220 千字

版 次: 2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-80745-783-1 / D · 166

定价: 25.00 元

版权所有 翻印必究

序 一

2009年,上海市人民检察院印发了《上海检察机关为加快国际金融中心和国际航运中心建设服务的意见》,明确了检察机关为加快上海“两个中心”建设服务的指导思想、基本要求、工作重点、工作机制和相关组织保障措施。该意见实施以来,上海各级检察机关始终将为加快“两个中心”建设创造良好的法治环境,作为当前和今后一个时期本市检察工作服务大局的中心工作。部分检察机关及时设立专门办理金融类、航运类案件的处(科)或办案小组,一批具有较强实践经验和研究能力的同志被吸收参与到上海市人民检察院检委会领导下的金融犯罪专业研究小组和航运领域犯罪专业研究小组,形成了一批较有针对性和理论性的金融、航运检察研究成果。

曹坚同志系上海市人民检察院第一分院的检察官,专业工作之余,他还是上海市人民检察院检委会金融犯罪专业研究小组的成员,国家检察官学院上海分院综合教研室的成员。他积极参加检委会专业小组组织的各种研讨研究工作,承担并完成了一批调研任务。这本《经济犯罪疑难问题与审判政策解析》就是他近年来在检察工作中对金融犯罪刑事问题理论探讨的结晶,部分内容已经在《学习时报》、《检察日报》、《上海金融报》等媒体上发表。本书能够出版,对于检察工作具有十分积极的意义。

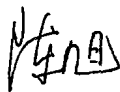
检察机关是国家的法律监督机关,金融检察是检察工作的重要内容。随着现代金融、航运等服务业的蓬勃发展,必然对检察工作提出更高的要求。检察工作要找准服务国际金融、航运中心建设的结

经济犯罪疑难问题与审判政策解析

合点和着力点,必然需要我们提高检察专业水平,要求检察官具有较强的专业素养和工作能力,能够通过对金融、航运检察工作中出现的新情况、新问题及时总结和梳理,从理论与实践相结合的角度出发研究问题,提出针对性的解决方案。《经济犯罪疑难问题与审判政策解析》一书既有对宏观刑事政策的分析和把握,也有对中观经济犯罪一类问题的归纳和阐述,还有对微观经济犯罪个案的剖析和论述,内容较为丰富,观点较为新颖,具有较强的工作指导性。该书在分析相关问题时,不人云亦云,敢于提出自己的观点,并辅以相关理论铺垫,理论参考价值较强。撷取一例,书中《从三个方面规范量刑问题》一文结合有关经济犯罪案例,以最高人民法院发布的《人民法院第三个五年改革纲要(2009~2013)》为依据,谈到如何规范量刑问题,提出了三种主张:一是要正确处理好规范量刑与尊重法官自由裁量权之间的关系,强调平衡规范量刑与自由裁判之间的关系;二是要采取有效措施增强量刑活动的公开性和透明性,提出要合理规范审判委员会对量刑的影响力;三是要切实有效地加强对量刑活动的检察监督工作,认为检察机关履行量刑监督职责,能够有效促进量刑的公正与合法。

在加快“两个中心”建设的背景下,上海检察机关要进一步加强相关的检察理论研究,研究成果要兼具实务性和前瞻性,充分发挥检察智库的服务作用。通过对金融、航运领域犯罪新情况、新问题的调查分析,及时提出应对的方针政策,为立法机关提供法律建议,为领导机关决策提供参考,不断提高检察机关的执法办案水平和打击犯罪的能力。希望能有更多的检察官在检察工作之余,加强理论学习和理论研究。“没有实际的理论是空虚的,同时没有理论的实际是盲目的。”只有始终将目光聚焦于检察工作中遇到的各种情况和问题,从理论的高度加以解决,检察工作才会更加理性、规范、科学。

上海市人民检察院检察长



2010年8月

序 二

2009年,国务院发布了《关于推进上海加快发展现代服务业和先进制造业建设国际金融中心和国际航运中心的意见》,明确了上海加快发展现代服务业和先进制造业,建设国际金融中心和国际航运中心的重要目标。上海国际金融中心和国际航运中心建设的总体目标是,到2020年,基本建成与中国经济实力以及人民币国际地位相适应的国际金融中心,基本建成航运资源高度集聚、航运服务功能健全、航运市场环境优良、现代物流服务高效,具有全球航运资源配置能力的国际航运中心。上海“两个中心建设”离不开金融法制建设,既需要系统完善的金融法律制度,也需要高效专业的金融司法服务。通过研究金融法律实务问题,提出针对性的解决方案,对提高司法机关的金融法律业务水平和能力,无疑具有积极意义。本书正是在这一背景下撰写而成,是司法实务工作者对上海“两个中心建设”的积极响应。

曹坚同志系我指导的刑法专业博士研究生,他在读博期间就结合检察工作的实际开展法律政策研究工作,撰写了一批兼具实践性和理论性的科研成果。《经济犯罪疑难问题与审判政策解析》系其博士毕业后完成的又一部刑法学术著作,全书共计20余万字,分为上篇“最新经济刑法司法解释及政策解读”、中篇“经济刑法司法实务热点问题观察”、下篇“经济刑法疑案评述”。每篇之下又有若干小的专题。在我看来,该书有以下三方面的特点:

一是内容较为新颖。该书的撰写体例区别于传统的刑法学术著

经济犯罪疑难问题与审判政策解析

作,初看似乎缺乏严密的体例格式要求,内容较为丰富而松散。但是,这种以某一司法解释、某一问题或某一案例为研究对象而形成的一篇篇内容短小精悍的应用型法律“时文”,其所反映的问题均为当前刑事立法和刑事司法实务工作中遇到的最新问题,因而具有较强的超前性和针对性。例如,书中关于信用卡犯罪的系列文章,以美国最新出台的《信用卡持卡人权利法案》为借鉴,针对我国当前信用卡管理工作中存在的粗放经营等问题,提出建立预防为主、打击为辅的信用卡犯罪治理机制,一定程度上包含了宽严相济刑事司法政策的内涵。

二是观点较为务实。作者作为一名检察官,职业定位决定了其研究成果不像科研院所学者的理论成果那样具有理论的宏大性和体系的严密性,但是这丝毫不会降低对其研究成果价值的评价。相反,这种充满司法务实精神的著作可能更加贴近司法工作的实际需要,也更能为司法工作者所接受。书中较多地采取引用案例的形式揭示出问题所在,然后结合相关刑法理论阐述自己的认识。例如,书中援引黄金高案、吴英案等热点案例,从刑事法的角度对其中蕴涵的没收财产刑执行、集资诈骗罪之“以非法占有为目的”认定等问题进行理论阐述,提出的观点具有较强的可操作性。


三是关注经济社会前沿。刑法作为法学中一门传统而古老的分支学科,在经济快速发展、社会急剧转型的中国,必然遇到各种新情况和新问题,必然要求刑法学作出积极的应对。经济刑法作为刑法学的重要分支,愈来愈引起诸多刑法学者和刑法实务工作者的重视。经济犯罪问题内容复杂,不仅仅局限于犯罪构成要件的认定等传统刑法理论问题,还涉及刑事方针政策、预防经济犯罪等新问题。《经济犯罪疑难问题与审判政策解析》一书的上篇就集中阐述了作者对相关经济刑法司法解释和司法政策的理解。例如,《在司法工作中以三种精神服务“三保”大局》一文就提出,要在司法服务经济工作大局中提倡三种精神,即:坚守法律底线的精神,坚持司法为民的精神,发

挥能动司法的精神。又如,《三起盗窃案背后的刑事法治问题》一文以3起社会舆论聚焦的热点盗窃案例为范本,详细阐述了作者对刑事法治中的刑事观念、刑事方法、刑事判断等问题的见解。

当然,该书观点也有值得商榷研讨之处。例如,《非法经营同类营业罪认定中存在的几个争议问题》一文,以无身份者利用有身份者的职务便利,实施只有有身份者才能实施的犯罪,无身份者构成有身份者的共犯的理论为依据,认为非国有公司、企业的董事、经理在一定条件下也能构成该罪的共犯。但是在司法实践中,审判机关的倾向性意见认为,该罪的犯罪主体是特定主体,刑法之所以限定主体范围,目的在于缩小刑事打击面,因此非国有公司、企业的董事、经理不能构成该罪。目前,对这一问题,检法两家的意见还不够统一,有必要继续深入探讨。

总之,该书内容较为翔实,涉及相当多的经济犯罪刑事理论、刑事政策等问题,具有较强的实务参考价值。希望曹坚同志在今后的司法工作中,继续理论联系实际,以敏锐的眼光观察分析司法实践中纷繁复杂的问题,为刑事法治建设尽自己的努力。

上海社会科学院法学研究所所长、博士生导师



2010年8月

目 录

序一	陈 旭	1
序二	顾肖荣	1

上篇 最新经济刑法司法解释及政策解读

一、从五个方面理解“两高”妨害信用卡管理刑事案件司法解释	3
二、对“两高”《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用	8
三、对中纪委“八项禁令”与“两高”关于受贿犯罪意见的理解与适用	16
四、应注意中纪委关于安全生产领域党纪处分条例解释与刑法相关规定的衔接	20
五、对“两高”《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》的理解与适用	24
六、从三个方面规范量刑问题	30
七、《刑法修正案(七)》十大问题略解	32
八、“两高”新解释规范从宽处罚认定	39
九、司法工作着力服务经济社会发展	42
十、倡导和谐执行,有效应对国际金融危机	44
十一、在司法工作中以三种精神服务“三保”大局	47

十二、构建多渠道的金融纠纷解决机制 50

中篇 经济刑法司法实务热点问题观察

一、走私文物犯罪对象的司法适用疑难问题 57

二、走私珍贵动物、珍贵动物制品犯罪的认定问题 60

三、非法经营同类营业罪认定中存在的几个争议问题 66

四、惩治假币犯罪的四个新动向 76

五、假币犯罪的罪数与数额认定问题 79

六、假币犯罪的犯罪形态认定 81

七、对证券犯罪要“执法必严” 83

八、利用未公开信息交易罪的适用难点 85

九、“老鼠仓”行为的犯罪化及相关法律问题 88

十、非法委托理财业务中的金融犯罪认定问题 90

十一、从三个方面区分吸收客户资金不入账罪与“挪用型”犯罪
..... 103

十二、须对投资所谓场外股票现象提高警惕 104

十三、警惕非法集资危害社会安全 106

十四、针对当前集资犯罪的新特点采取有效应对措施 108

十五、信用证欺诈案件认定中的几个难点问题 110

十六、信用证刑事案件执法理念的更新与改进 113

十七、信用证违法犯罪案件的综合治理政策 117

十八、信用卡诈骗犯罪司法认定中的几个难点问题 119

十九、谨防无序发卡成为信用卡诈骗犯罪的诱因 123

二十、境外信用卡犯罪的刑事规制 126

二十一、美国信用卡持卡人权利法案的几点启示 130

二十二、信用卡非法套现行为亟待治理 133

二十三、建立以预防为主、打击为辅的信用卡犯罪治理机制 ... 135

二十四、持有型信用卡犯罪主客观要件的界定	138
二十五、打击银行卡犯罪的法律竞合问题	141
二十六、地下钱庄犯罪化须谨慎	143
二十七、警惕房地产假按揭危及金融安全	146
二十八、非法经营罪堵漏条款的合理认定	149
二十九、论非法经营罪与销售侵权复制品罪之界定	159
三十、数额概念在侵犯知识产权刑事犯罪案件中的认定问题	166
三十一、从实质性角度出发,把握侵占罪的认定范围	168
三十二、关于贪污债权行为的刑法规制问题	171
三十三、查办商业贿赂犯罪案件中的若干疑难问题	173
三十四、治理涉众型经济犯罪的若干思考	182

下篇 经济刑法疑案评述

一、黄金高案引发的对没收财产刑的思考	197
二、经济犯罪中适用免除、减轻处罚的疑难问题	200
三、股东发生变更时如何认定单位走私犯罪	213
四、出资申请公司注册登记又抽取资金的行为应如何定性	215
五、如何认定擅自转让未上市公司股权	217
六、从景顺长城“老鼠仓”案看利用未公开信息交易罪的适用难点	219
七、从吴英案看集资违法犯罪行为的处罚难点问题	221
八、信用证诈骗犯罪认定中的难点	223
九、利用互联网盗刷信用卡套现的行为是信用卡诈骗犯罪	226
十、为自己虚开增值税专用发票应否计入犯罪数额	228
十一、解读“世博知识产权刑事第一案”	230
十二、超出合同内容骗取他人财物的行为应如何定性	233
十三、经济犯罪诈骗数额的认定	235

十四、签订合同后签发空头支票骗取他人财物的行为应如何定性	237
十五、与他人虚假出资设立公司后诈骗的是否为单位犯罪	239
十六、无资格期货交易行为当以非法经营罪论处	242
十七、行政法规的变化影响非法经营犯罪的认定范围	244
十八、三起盗窃案背后的刑事法治问题	246
十九、“走钱”骗取真币应认定为盗窃罪	250
二十、多次挪用资金应如何计算犯罪数额	252
二十一、增设经营环节型贪污犯罪如何界定	254
二十二、擅自将公车牌照转为私车使用的行为应如何认定	257
二十三、对国开行胡汉成受贿案的法律思考	260
二十四、从李培英案看职务犯罪新动向	262
二十五、利用影响力收受贿赂行为如何定性	265
后 记	269

上 篇

最新经济刑法司法解释 及政策解读

一、从五个方面理解“两高”妨害信用卡管理刑事案件司法解释

最高人民法院、最高人民检察院正式发布《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(简称《解释》),旨在加大对相关信用卡犯罪的打击力度,统一司法认定标准,规范执法行为。2005年2月28日,全国人大常委会通过《刑法修正案(五)》,增加了妨害信用卡管理罪和窃取、收买、非法提供信用卡信息罪,还修改了信用卡诈骗罪的规定。但随着形势的发展,信用卡犯罪日益增多,特别是在金融危机的背景下,各种涉“卡”犯罪活动层出不穷,有的甚至呈产业化、集团化发展趋势,严重危害国家金融安全和正常的经济秩序。反映在刑事司法活动中,由于相关信用卡犯罪的刑法规定比较原则抽象,缺乏定罪量刑的标准,司法机关在理解适用时存在不少问题。此次《解释》经历了近一年的酝酿修改时间,最终颁布,必将为准确打击信用卡犯罪提供明确具体的法律适用依据。综观《解释》全文,可从五个方面予以理解、掌握。

(一) 妨害信用卡管理犯罪的量刑标准得到量化

《解释》出台之前,司法机关在认定妨害信用卡管理刑事案件时,由于没有明确的量刑标准,如何认定相关具体罪名中的“数量较大”、“数量巨大”等比较弹性模糊的数额要件,往往无所适从,影响了刑事司法活动的及时有效性。此次《解释》着重明确妨害信用卡管理犯罪的量刑标准,从涉案信用卡的数量、透支金额、诈骗数额等方面确定相应信用卡犯罪行为的罪刑轻重。

(1) 在伪造信用卡类的伪造金融票证罪中,《解释》规定伪造信

用卡1张以上的,就应当认定为刑法第177条第1款第4项规定的“伪造信用卡”,以伪造金融票证罪定罪处罚。其中,伪造信用卡5张以上不满25张的;伪造的信用卡内存款余额、透支额度单独或者合计数额在20万元以上不满100万元的;伪造空白信用卡50张以上不满250张的;其他情节严重的情形,应当认定为伪造金融票证罪的“情节严重”。

(2) 在妨害信用卡管理罪中,持有、运输10张以上不满100张伪造的空白信用卡的,非法持有他人信用卡5张以上不满50张的,应当认定为“数量较大”;而持有、运输10张以上伪造的信用卡的,或者持有、运输100张以上的伪造空白信用卡的,或者非法持有他人信用卡50张以上的,或者使用虚假的身份证明骗领信用卡10张以上的,或者出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领信用卡10张以上的,就是“数量巨大”。

(3) 在窃取、收买、非法提供信用卡信息罪中,涉及信用卡1张以上不满5张的,是定罪的起点标准;涉及信用卡5张以上的,就达到该罪的“数量巨大”标准。

(4) 在信用卡诈骗罪中,使用伪造的信用卡、以虚假的身份证明骗领的信用卡、作废的信用卡或者冒用他人信用卡的,数额在5000元以上不满5万元的,应当认定为信用卡诈骗罪的“数额较大”标准;数额在50万元以上的,应当认定为该罪的“数额特别巨大”标准。

(5) 在恶意透支型的信用卡诈骗罪中,恶意透支数额在1万元以上不满10万元的,应当认定为信用卡诈骗罪的“数额较大”标准;数额在10万元以上不满100万元的,应当认定为“数额巨大”标准;数额在100万元以上的,应当认定为“数额特别巨大”标准。

(6) 在非法套现型的非法经营罪中,实施非法套现行为,数额在100万元以上的,或者造成金融机构资金20万元以上逾期未还的,或者造成金融机构经济损失10万元以上的,应当认定为该罪的“情节严重”;数额在500万元以上的,或者造成金融机构资金100万元以

上逾期未还的,或者造成金融机构经济损失 50 万元以上的,应当认定为该罪的“情节特别严重”。

(二) 中介组织帮助实施妨害信用卡管理犯罪的要定罪处罚

实施妨害信用卡管理犯罪往往需要借助有关中介组织提供相应的资信证明材料,某些中介组织为牟取非法利润,故意帮助犯罪分子出具虚假的资信证明材料,在客观上起到帮助犯罪分子顺利实施妨害信用卡管理犯罪的作用,因此对这部分行为有必要予以惩治。《解释》的第 4 条专门针对中介组织帮助实施妨害信用卡管理犯罪的行为予以了明确规定,有利于司法机关及时援引相应的罪名惩治此类行为。中介组织帮助实施妨害信用卡管理犯罪的行为主要有两种:一种是对为信用卡申请人制作、提供虚假的财产状况、收入、职务等资信证明材料,涉及伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章,或者涉及伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章,应当追究刑事责任的,分别以伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪和伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪定罪处罚;另一种是承担资产评估、验资、会计、审计、法律服务等职责的中介组织或其人员,为信用卡申请人提供虚假的财产状况、收入、职务等资信证明材料,应当追究刑事责任的,分别以提供虚假证明文件罪和出具证明文件重大失实罪定罪处罚。

(三) 冒用他人信用卡的具体表现形式

冒用他人信用卡是信用卡诈骗罪的罪状之一,但是如何理解冒用他人信用卡,在司法实践中存在不同认识,影响了执法统一的尺度。为此,《解释》专门规定了冒用他人信用卡的若干具体情形,方便司法操作:

- (1) 拾得他人信用卡并使用的;
- (2) 骗取他人信用卡并使用的;
- (3) 窃取、收买、骗取或者以其他非法方式获取他人信用卡信息