

金融刑法与金融检察 创新研究

李永升 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014004262

D924.334
88

金融刑法与金融检察 创新研究

李永升 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北航

C1690952

D924.334

88

图书在版编目(CIP)数据

金融刑法与金融检察创新研究 / 李永升主编. —北京: 法律出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5217 - 5

I. ①金… II. ①李… III. ①金融—刑法犯罪—刑法
—中国—文集 ②金融监管—金融法—中国—文集 IV.
①D924.334 - 53 ②D922.280.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 180294 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/大恒数码印刷(北京)有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/11 字数/353 千

版本/2013 年 9 月第 1 版

印次/2013 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5217 - 5

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1690952

《金融刑法与金融检察创新研究》编委会

编委会主任 付子堂 李文燕 刘 建

编委会委员 梅传强 朱建华 王利荣

高维俭 石经海 袁 林

刘湘廉 卢有学 刘 霜

杨洪梅 曾 军 高松林

主 编 李永升

前 言

为探索金融检察工作,深化对金融刑法学的研究,全面深入贯彻落实党的十八精神,积极促进金融和谐,2012年12月15日,“全国金融刑法与金融检察研讨会”在著名的雾都重庆举行,此次研讨会由中国行为法学会和西南政法大学联合主办,西南政法大学法学院和重庆市人民检察院第五分院共同承办,来自中国行为法学会、最高人民检察院以及北京、天津、上海、广东、浙江、福建、四川、海南、江西、重庆等省市的高校和司法实务部门的专家学者共60余人参加会议。

中国行为法学会副会长、中国人民公安大学原副校长李文燕教授,最高人民检察院申诉厅罗庆东副厅长,江西省人民检察院张国轩副检察长,重庆市人民检察院第五分院戴仕俸检察长以及西南政法大学校长付子堂教授等应邀出席。研讨会开幕式由西南政法大学法学院执行院长唐力教授主持,李文燕副会长、付子堂校长和戴仕俸检察长先后致辞。

中国行为法学会李文燕副会长在致辞中简要介绍了中国行为法学会的发展历程并代表中国行为法学会对研讨会的顺利举行表示热烈祝贺。他表示,随着社会经济的发展,金融犯罪表现出诸多新特点和新形式,给司法实践带来了诸多新的挑战,同时也为理论研究提出了许多新课题,希望与会专家围绕会议主题进行深入研讨,努力推出更多新的理论成果,促进金融刑法学的进一步发展。

西南政法大学校长付子堂教授在致辞中对与会领导和嘉宾的到来表示热烈欢迎。他说,此次研讨会是党的十八大之后召开的第一次全国金融犯罪学术研讨会,对于探索金融检察工作和进一步深化金融刑法学研究具有十分重要的意义。西南政法大学作为新中国最早建立的高等政法学府之一,近年来取得了巨大的办学成绩,特别是2012年10月签署的《教育部重庆市人民政府共建西南政法大学合作协议》,标志着西南政法大学成为重庆市第一所部市共建高校。中国行为法学会与西南政法大学渊源深厚,本次会议在我校召开,特别是由我校担任主办方之一,这是中国行为法学会对

西南政法大学的高度重视与肯定,是对我校学术科研发展的宝贵支持。

重庆市人民检察院第五分院戴仕俸检察长在致辞中代表共同承办单位向研讨会的顺利举行表示热烈祝贺。他表示,此次研讨会的主题密切关注司法实践中的现实问题,重庆市人民检察院第五分院将加强与中国行为法学会和西南政法大学的合作交流,共同推动金融刑法的理论研究。

开幕式结束后,研讨会举行了三场专题研讨,共有12位来自法学理论界或司法实务部门的专家作了主题发言。与会学者围绕金融刑法学的学科建设、金融犯罪的刑事立法、民间借贷的法律适用、网络金融犯罪的法律规制、金融犯罪疑难问题的法律认定、金融风险的防范和犯罪控制等问题进行了深入的探讨。大会专题研讨由中国行为法学会金融法律行为研究会副会长、西南财经大学博士生导师胡启忠教授等三位专家主持,由西南政法大学博士生导师、中国犯罪学学会副会长袁林教授、西南政法大学硕士生导师刘湘廉副教授、中国行为法学会金融法律行为研究会副会长、海南省人民检察院研究室刘建副主任、《中国法律》总编辑董彦斌、重庆市人民检察院第五分院研究室曾军主任、西南政法大学硕士生导师卢有学教授对各位专家所作的主题发言进行了精彩的点评。大会闭幕式由重庆市人民检察院第五分院杨洪梅副检察长主持,西南政法大学博士生导师、中国行为法学会金融法律研究会常务理事李永升教授对本次大会研讨的内容进行了较为全面、细致的总结。会议在非常热烈的掌声中结束。

值得一提的是,在本次大会筹办过程中,西南政法大学法学院办公室左春曼主任、陈银珠、胡江、付其运等各位老师,刑法专业博士研究生李涛、张飞飞、贺国荣等同学,刑法专业硕士研究生胡胜、张超、屈冬梅、叶静、周文文、李楷、朱燕婷、张楚、刘小荣、吴贻浩、师福伟、胡苗玲、鲁照兴、潘升东、王建秀、唐大琳、汪铁柱、杜娟、许璇璇、袁红玲、马海焕、吴宗镜等同学,重庆市人民检察院第五分院研究室杨毅伟、师亮亮等同志在会议筹备、接待和论文校对等工作中付出了大量心血和努力,在此书出版之际,对于上述老师和同学的大力协助表示最诚挚的谢意!

最后,对于与会的代表和本书的作者以及法律出版社丁小宣社长的大力支持和帮助表示最崇高的敬意!但愿本书的出版对于我国金融刑法与金融检察的深入研究能够尽到我们的一份力量!

李永升

谨识于2013年6月

目 录

套取贷款行为的责任认定	王 冬(1)
证券内幕交易案件中内幕信息的认定分析	宋 伟(6)
宽严相济刑事政策指导下的金融犯罪治理问题研究	宋 鹏(14)
金融检察探索	刘 建 刘咏梅(23)
私募股权投资基金疑难案件实证研究	赵 刚 卢 斌(29)
我国检察机关介入金融监管问题研究	方兴刚(38)
银行工作人员利用职务伪造凭证骗取本银行款项之定性	李小华(47)
我国金融犯罪刑事立法的孕育诞生和发展完善研究	李永升(55)
网络金融犯罪分析与法律规制	郑兆龙 曾 军(67)
陈钧信用证诈骗案	郭 佳(74)
涉众型经济犯罪初探	王 瑶 李晓娟(79)
金融风险防范与金融犯罪刑事立法创新研究	袁 林 吕焱瑶 吕昭仪(85)
金融犯罪案件中被害人民事权益救济之思考	林安民(102)
我国反洗钱罪名体系之反思	杨学文(114)
洗钱罪主体范围探讨	张 超(123)
“机器能否被骗”之再探讨	郭 航(132)
办理涉众型金融犯罪案件的困境与出路	苏本茂 张长龙(139)
非法经营罪中“非法买卖外汇”的理解	刘东根(150)
金融刑法与金融犯罪的理性分析	刘国良(160)

高利借贷行为的入罪化思考	孙利国 (166)
非法吸收公众存款案件的惩办难点与金融风险防范	李亚威 (173)
金融犯罪防范懈怠论	夏吉先 (178)
非法集资与民间借贷(含私募基金)的界限	傅 强 孙利国 (181)
民间高利贷司法入罪的合法性探析	胡启忠 秦正发 (192)
金融犯罪检察专业化发展的瓶颈与路径探索	
..... 吴春妹 卢 楠 (217)	
利用未公开信息交易罪疑难问题探析	解 辉 (224)
非法集资犯罪若干疑难问题	孙海泉 徐华玲 王 瑶 (234)
离岸金融法律行为探析	胡江萍 (242)
从官、民、匪三角视窗看金融诈骗犯罪的预防	金其高 (249)
金融凭证诈骗罪立法完善思考与建议	李美娟 (263)
非法吸收公众存款罪若干问题研究	金英梅 孙利国 (270)
民间借贷融资的民刑交叉适用问题探讨	熊进光 刘 红 (277)
非法代理境外黄金期货交易行为之刑法规制	
..... 薛 培 马明镜 (286)	
非法从事资金支付结算业务犯罪的特点及防范措施	林晓梅 (305)
基于法律视角金融全球化下我国金融监管机制的完善	
..... 林晓梅 (311)	
涉众型经济犯罪的刑法规范性解读	黄福涛 (326)
全国金融刑法与金融检察研讨会综述	李永升 (337)

套取贷款行为的责任认定

王冬*

基本案情:

原告陈某(卖方)与被告李某(买方)签订房屋买卖合同,并进行了产权过户登记。同时,被告李某向银行申请购房贷款40万元。之后,原告陈某一直实际居住于系争房屋,并每月存入被告李某还贷账户2400元或2500元不等。其间,被告李某持系争房屋产权证向案外人张某抵押贷款20万元,该抵押现尚未注销。原告称,双方系虚假买卖,目的为套取银行贷款,要求确认买卖合同无效,恢复原告产权;被告称,双方意思表示真实,买卖已成立,要求解除租赁关系,原告迁出系争房屋。

一、从民事角度审视套取银行贷款行为

上述套取银行贷款行为在实践中屡见不鲜,有的为了规避限制,有的为了逃避债务,有的为了少付利息,当事人双方大多数有亲戚、朋友等密切关系,可谓你情我愿、万无一失。但仍会出现反目成仇式的纠纷,作为案外人,我们能做和应该做的是还给当事人一份公平,这份公平应从各种角度评价。首先,在民事领域,我们可以这样看待:

(一)以意思表示为切入点认识套取贷款行为

众所周知,对民事行为进行评判的核心依据是意思表示,意思表示指“旨在达到某种特定法律效果的意思的表述。”^{〔1〕}意思表示真实与否,决定着民事行为的效力,如果意思表示不一致或不健全,则构成意思表示瑕疵。在《德国民法典》中,意思表示瑕疵分为“‘心理保留’、‘游戏表示’、‘虚假意识表示’、‘表示错误’、受欺诈的意思表示、受胁迫的意思表示和重要性

* 作者简介:王冬,北京市顺义区人民检察院侦查处干部。

〔1〕 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第447页。

质错误七种瑕疵形式。”^{〔2〕}其中,虚假的意思表示又称为虚伪表示,指“表意人与相对人同谋,共同订立法律行为的外观,而不使此法律行为原应产生的法律效果产生,是为虚伪表示。”^{〔3〕}本文中的套取贷款行为即表现为合同双方当事人目的并不是买卖房屋,而是通过房屋买卖的形式获得银行贷款,即虚伪表示。这意味着为套取贷款而签订的合同并不能认定为有效合同,所以需要进一步分析合同的效力问题,以正确解决纠纷。

(二)“套贷”与“骗贷”两种情形中的不同合同效力

通过上文的分析,我们应认识到为套取贷款而签订的合同并不能认定为有效合同,具体的合同效力问题,可以通过以下两种情形分别讨论:“套贷”与“骗贷”。所谓“套贷”,是指行为人虽然骗取贷款,但并没有非法占有贷款拒不返还的意思,即本文开篇所列举的案例情形;而所谓“骗贷”,是指套取贷款者在套取贷款时有将银行贷款据为己有或无归还意思的情况。在“套贷”情形中,名义出卖人签订合同时并不是基于真实的意思表示,因此,此时的合同属于可变更、可撤销的合同;在“骗贷”情形中,合同行为已经损害了国家、集体和第三人的利益,因此应认定为无效合同。

二、民事效力与刑事责任的关系

合同的民事效力因具体情形不同而有差异,如果是可变更、可撤销的合同,会因为当事人不行使撤销权而使合同变为自始有效,但这种效力的差异是否会影响刑事责任问题,则需要我们进一步分析。

(一)民法与刑法指导精神的差异

合同的民事效力如何并不会影响行为人的刑事责任问题,因为民法和刑法指导精神存在差异:民法调整的是平等主体之间的人身、财产关系,其目的是确认民事主体的权利义务以定分止争。由于民事案件数量十分庞大,所以其更注重的是以形式要件的规范提高确权的效率,因而当民事领域的法律事实与客观真实背离时,民法允许为追求效率而采信形式真实、牺牲客观真实,进而导致民事责任承担与客观真实的背离。民事领域责任承担以财产转移或金钱支付为主,不涉及公民自由或生命的剥夺,即使是为追求效率而有悖于部分实质正义(毕竟客观真实与法律真实背离的案件不多),也系两害相权取其轻的明智选择。而刑法的内容是认定罪与非罪、此罪与

〔2〕 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第484页。

〔3〕 黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第284页。

彼罪,以及如何量处相应刑罚。刑事责任动辄涉及公民财产、人身自由乃至生命的剥夺,一旦误判将给公民带来无以恢复的痛苦,因此其价值定位是公正高于效率,更注重的是实质合理性。认定罪与非罪、此罪与彼罪应该而且只能以客观真实为依据,在形式真实与客观真实背离时也不例外。但合同的效力如何在一定程度上能够对刑事责任的认定进行指导,下文进行具体论述。

(二)不同的民事效力对刑事责任认定的指导

众所周知,合同是市场经济的主要载体,在大力发展市场经济的今天,出于维护交易安全、保护信赖利益的需求,公权力介入私权领域,认定合同无效应秉持限制精神。正因如此,《合同法》修改了《民法通则》的规定,如果不涉及损害国家利益、恶意串通等情形,欺诈合同的效力就不是绝对无效而是可撤销,并且《合同法》将撤销与否的选择权授予了被欺诈方。肯定此合同的效力是为了维护市场秩序的稳定,避免交易主体时刻提心吊胆,担心自己的利益无缘无故被法律否定。

这种对无效合同与可变更、可撤销合同两种效力类型的区分一方面最大限度地维护了市场流通与秩序,另一方面也从某种角度为刑事责任的认定提供了思路。以本文的套取贷款行为为例:如果是“套贷”行为,则行为人为人因没有非法占有贷款的目的,不会构成诈骗罪类罪,而如果是“骗贷”行为,则行为人为人已经具有非法占有的目的,可能会涉及诈骗类犯罪。本文便以此为切入点,进一步进行分析。

三、套取贷款行为的刑事责任认定

对于可变更、可撤销的合同,名义买受人可能会因为无人行使撤销权而获得了不应得的利益;即使是无效的合同,名义买受人也并不会因此失去任何自身财产,这一结果是不公平的。所以,我们要从刑法角度反思这一行为。

(一)套取贷款行为可能涉及的刑事责任

在这种假戏真做的行为中,名义买受人、名义出卖人和银行都是潜在的受害者,社会秩序因这种行为的存在而受到了破坏。因此,在刑法中,规制这类行为的条款有以下三个:1. 根据刑法第175条之一规定,骗取贷款是指以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等,给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。2. 根据刑法第193条规定,贷款诈骗罪是指以非法占有为目的,通过编造引进资

金、项目等虚假理由、使用虚假的经济合同、使用虚假的证明文件、使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保等方法诈骗银行或者其他金融机构贷款的行为。3. 根据刑法第 224 条规定,合同诈骗罪是指以非法占有为目的,在签订、履行合同过程中,以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的,或者以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的,或者没有实际履行能力,以先履行小额合同或者部分履行合同的方法,诱使对方当事人继续签订和履行合同的,或者收受对方当事人给付的货物、贷款、预付款或者担保财产后逃匿的,骗取对方当事人财物的行为。如何确定这一行为的性质,是我们需要进一步分析的问题。

(二)“套贷”行为应定性为骗取贷款罪

我们知道,骗取贷款罪与贷款诈骗罪及合同诈骗罪的区别是是否有非法占有的目的,判断行为人是否具有非法占有目的,是区分骗取贷款罪与贷款诈骗罪的关键,即骗取贷款是借而欲还,而贷款诈骗是借而不还。对于本文列举的案例,我们应从这一角度分析:既遂以贷款的发放为标志,从着手到既遂都要求其有贷款诈骗罪的故意和非法占有的目的,而行为人占有贷款后形成非法占有目的的,因不可能再有诈骗的行为,而属于事后故意,而非行为实施中的故意(事中故意)。事后故意是不能构成故意犯罪的罪过的。肯定这一观点的立法依据是 2001 年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》:“对于合法取得贷款后,没有按规定的用途使用贷款,到期没有归还贷款的,不能以贷款诈骗罪定罪处罚;对于确有证据证明行为人不具有非法占有的目的,因不具备贷款的条件而采取了欺骗手段获取贷款,案发时有能力履行还贷义务,或者案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因,如因经营不善、被骗、市场风险等,不应以贷款诈骗罪定罪处罚。”本案当事人双方按时归还贷款,并不存在非法占有贷款的目的,所以,应否定其构成贷款诈骗罪和合同诈骗罪。进一步分析,骗取贷款罪的逻辑结构为:借款人实施了欺骗行为,相关银行工作人员陷入了认识错误,并在认识错误的基础上决定向借款人发放贷款,借款人因而取得了贷款,并给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节。本案中,当事人双方通过签订房屋买卖合同,骗得银行信贷人员的信任,获得房屋贷款 40 万元,这一行为具有很大的不稳定性,不仅会使当事人双方陷入未知的风险中,也使银行面临不应有的风险,因此是一种扰乱社会秩序的行为,需要受到刑法规制。

(三)“骗贷”行为应定性为贷款诈骗罪

如上所述,“套贷”与“骗贷”行为的区别在于行为人是否有非法占有贷款的故意,这会引起民事合同的效力差异,也会影响刑事责任的认定,因为骗取贷款罪与贷款诈骗罪的最大区别也在于行为人是否有非法占有的目的。“这就要从以下几个方面判断:申请贷款时是否使用了刑法规定的诈骗手段(对于合法取得贷款后,没有按规定的用途使用贷款,到期没有归还贷款的,不能以贷款诈骗罪定罪处罚);取得贷款后是否按贷款用途使用;是否使用贷款进行违法犯罪活动;是否携款潜逃;到期后是否积极准备偿还贷款等等。”^[4]这些判断方法具有一定的客观性,能够使非法占有这一主观目的得到明确。具体的标准可细化为:“(1)假冒他人名义贷款的;(2)贷款后携款潜逃的;(3)未将贷款按贷款用途使用,而是用于挥霍致使贷款无法偿还的;(4)改变贷款用途,将贷款用于高风险的经济活动造成重大经济损失,致使无法偿还贷款的;(5)为谋取不正当利益,改变贷款用途,造成重大经济损失,致使无法偿还贷款的;(6)使用贷款进行违法犯罪活动的;(7)隐匿贷款去向,贷款到期后拒不偿还的;等等。”^[5]如行为满足上述标准之一,可认定套取贷款行为人具有非法占有的主观目的,应构成贷款诈骗罪。

四、总结

综合全文,我们可以看出套取贷款行为本身会使得合同本身存在效力瑕疵,或者构成无效合同,或者构成可变更、可撤销合同。但民事领域的规制并不能否定此类行为需要承担相应的刑事责任,在我国的二元体制下,是否受到刑事追究需要考虑行为性质是否达到一定程度。最高人民检察院、公安部2010年《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第27条规定,凡以欺骗手段取得贷款等数额在100万元以上的,或者以欺骗手段取得贷款等给银行或其他金融机构造成直接经济损失数额在20万元以上的,或者虽未达到上述数额标准,但多次以欺骗手段取得贷款的,以及其他给金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的情形,应予立案追诉。因此,面对套取贷款行为,一方面要从民事角度确定当事人签订的合同效力;另一方面可以合同效力为参考,判断行为人构成何种罪名,并依据立案追诉标准追究行为人的刑事责任。

[4] 张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第630—631页。

[5] 张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第631页。

证券内幕交易案件中内幕信息的认定分析

宋 伟*

2012年6月1日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，是我国首部关于内幕交易和泄露内幕信息犯罪的司法解释，该司法解释部分解决了当前司法实践中争议较大、反映突出的法律适用问题，在内容上吸收了中外法学理论研究成果，借鉴了国外司法实践经验，并且在主体等问题的认定上有所突破，在内幕信息的认定上也更加明确和具体。

我国《刑法》第180条内幕交易犯罪中对内幕信息范围的表述是“涉及证券的发行、交易或者其他对证券交易价格有重大影响的信息”。我国2005年修订的《证券法》第75条规定：“证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息，为内幕信息”。该规定是我国对“内幕信息”比较明确的正式版本，为了清楚地说明哪些是内幕信息，该条列举了典型的内幕信息种类并规定第67条第2款所列“重大事件”同为内幕信息。

可见，我国《证券法》对内幕信息的规定是原则性和开放性的，即“对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息”。由此所知，内幕信息具有“秘密性”和“重要性”两个重要特征，“秘密性”即该信息尚未公开，“重要性”即该信息可能影响该证券的市场价格。当然，还有人提出内幕信息具有三个特征^{〔1〕}，或者认为具有四个特征^{〔2〕}，实际上论述的核心是一致的，只是从不同角度归纳的而已。需要指出的是，该信息只要求“可能”

* 作者简介：宋伟，北京市人民检察院第二分院公诉二处金融犯罪公诉科主诉检察官。

〔1〕 参见祝二军著：《证券犯罪的认定与处理》，人民法院出版社2000年版，第399页。

〔2〕 参见高铭喧主编：《新型经济犯罪研究》，中国方正出版社2000年版，第680页。

影响证券交易价格,但并不要求必然影响到证券交易价格。

一、内幕信息“秘密性”的判断

“秘密性”是内幕信息第一属性,是内幕信息具有“含金量”的基础,不为公众投资者所知,因此才具有可利用的价值。司法实践中,围绕内幕信息“秘密性”主要的问题是认定秘密的时间段,或称“内幕信息敏感期”。对此,《内幕交易司法解释》第5条表述为“内幕信息自形成至公开的期间”。对于内幕信息形成时间的认定,该司法解释区分了一般情况和特殊情况。一般情况下,内幕信息形成的时间与《证券法》第67条第2款、第75条规定的可能对上市公司股票价格产生重大影响的“重大事件”、“计划”、“方案”形成时间是一致的;特殊情况下,要看交易主体对市场预期判断的主要依据是什么,由于影响内幕信息形成的动议、筹划、决策或者执行人员对其行为所带来的市场影响具有较高的确信度,且该类人员往往是在“重大事件”、“计划”、“方案”和“决定”形成时间之前就从事相关证券交易,所以其动议、筹划、决策或者执行的初始时间,应当认定为内幕信息的形成之时。

(一)内幕信息“秘密性”的起点问题

个案中,内幕信息什么时间“形成”就成为争议的焦点。以上市公司资产重组这一内幕交易重灾区为例,资产重组这一内幕信息的形成一般要经历一方的起意、双方接触洽谈、初步协议、中介机构进场、签订协议等过程,涉及国有资产的,其中还要经过政府主管部门逐级报批。上述哪个环节可以作为内幕信息“形成”的标志是一个司法实践中争议较大的问题。以往刑事认定中,一般是以重大业务或资产重组双方达成初步意向为时间点。如陈玉兴等人“杭萧钢构”内幕交易案中,内幕信息的形成是以双方草签了项目框架协议为标志。

因为证监会作为对全国证券市场进行统一监管的国家机构,对上市公司涉及内幕信息有关问题进行认定属于其法定职能范围,所以证监会对“内幕信息敏感期”的认定在公诉证据中属于有效的“公文书证”。我们不妨参考一下证监会在行政处罚中对内幕信息形成日的认定。如辽河纺织、由春玲内幕交易案中,证监会的行政处罚决定书认定:“自2008年2月14日辽源得亨与百瑞信托重组的实际运作方沿海国际控股公司管理层进行商

谈,确定重组合作意向,双方核心重组条件达成一致为内幕信息形成日”〔3〕。在瞿湘内幕交易行政处罚案中〔4〕,证监会仍然采用了上述相同的标准,并且在证监会行政处罚委员会组织编写的案例判解中对该案的表述为:“一般情况下,应以初步合同或者框架协议签订之日确定(内幕信息形成日期)”〔5〕。该案还涉及一个问题,即初步合同或者框架协议签订后,最终协议须报控股股东审批后才能确定时,如何认定内幕信息形成日的问题。上述案例判解中表述为:可以将内幕信息形成日适当向后推迟,但最晚不能晚于集团领导班子会议决定同意履行协议这一时点。这一看似周延的结论衍生出一个问题:内幕信息形成日是一个客观事实还是一个情节?对于客观事实,我们只能去认识,进而得出判断,不能“适当推迟”;如果是一个情节,我们可以作为酌定情节处理。答案我们认为是前者,该判断源于内幕信息的另一特征:“重要性”,即能对证券的市场价格有重大影响,影响是客观的,是任何人不能改变的,只能去判断。

上述案件中证监会对内幕信息形成日的认定属于“一般情况”,但是吕道斌内幕交易案件〔6〕、黄光裕等人内幕交易案件以及“上海祖龙”内幕交易案件内幕信息的形成就属于“特殊情况”。

吕道斌内幕交易案件中,涉及的内幕信息是乐山电力股份公司投资多晶硅项目,该决议是2007年11月20日新光硅业召开第十四次股东会会议审议通过的,一般理解“价格敏感期”应当以此为起点,但是吕道斌于2007年9月14日就开始以自己及妻、女的股票账户大量买卖“乐山电力”股票,早于决议日期两个多月,证监会仍然对吕道斌的行为以内幕交易进行了行政处罚,原因在于吕道斌于2007年夏天(7、8、9月)因其任职并且和相关公司高管熟悉等原因知悉乐山电力将能够参与投资多晶硅项目。这份行政处罚实际上突破了上文中内幕信息形成日的形式上的认定,而采用了实质性判断标准——虽然到2007年11月20日新光硅业召开第十四次股东会会议审议通过的“重大投资事项”,但吕道斌在2007年夏天已经知悉该“重大

〔3〕 参见中国证监会行政处罚决定书2010(22)号。

〔4〕 参见中国证监会行政处罚决定书2008(49)号。

〔5〕 参见证监会行政处罚委员会编:《证券行政处罚案例判解》,法律出版社2009年版,第12页。

〔6〕 参见中国证监会行政处罚决定书2009(24)号。

投资事项”,或者说该“重大投资事项”已经具有极大的“确定性”,以此点作为认定内幕信息“开始形成”,进而对吕道斌处罚笔者认为是不枉不纵的。

黄光裕等人内幕交易案件及“上海祖龙”内幕交易案件反映出,因部分民营上市公司实际控制人具有决定公司重大事项的权力,虽然形式上仍然经过董事会讨论、中介机构磋商等环节,但实际上其个人内心确定某重大事项的时间就是内幕信息开始形成之日,而不必等到公司开会宣布、讨论等形式上的时间点。否则,大量的“提前”内幕交易行为都要逃脱法律的应有制裁,削弱刑法对证券市场的保护力度,这完全不符合立法本意。内幕信息开始形成的时间点问题,实际上长久以来都是困扰监管机构、司法人员的一个难题,首部内幕交易司法解释虽然明确了“动议、筹划、决策或者执行初始时间为内幕信息的形成之时”,但司法实践中司法机关需要举出有力的证据证明在某个“一般的”内幕信息确定日前,“重大事项”实际上已经在公司实际控制人内心确定了,当然,这里没有“读心术”,这里只能靠大量的证据证明,论证出内幕信息开始形成的真实时间。这涉及举证责任和证明标准的问题,刑事案件中控方承担的证明压力较大。一般而言,行为人内心确定了“重大事项”后,其控制的股票账户开始出现大量异常交易,但反过来,用其异常交易推论出其内心确定了“重大事项”似乎存在循环论证的嫌疑。但这种论证方式并不是完全不能用,我们可以“定量分析”,当交易异常程度符合我们预先设定的多项“指标”时,我们可以结合其他证据证实行为人内心确定了“重大事项”。这些“指标”可以包括行为人用于交易的股票账户数量、交易金额、交易风格等,如行为人在一个时间段内一改从前的交易策略,集中、大量、坚决购买某支股票,或在某一价格区间内多次反复吸筹,或者控制多个新开户股票账户、动用较大的资金集中购买某支股票等行为方式。我们把这类型证据和其他证人证言、书证等证据整合到证明体系中,往往可以证实行为人内心确定了“重大事项”,或者称内幕信息开始形成了。

(二)内幕信息“秘密性”的终点问题

内幕信息“秘密性”的终点是“内幕信息公开或者该信息对证券的交易价格不再有显著影响”。内幕信息如何公开或者怎样才能对证券的交易价格不再有显著影响?我国《证券法》第70条规定“应当在国务院证券监督管理机构指定的媒体发布,同时将其置备于公司住所、证券交易所,供社会公众查阅”。这是我国对证券市场信息披露制度的一般性规定,同时也是披