

非法出具存单犯罪新议

李娜, 冷凌, 余翔

(中国石油大学(华东)人文社科学院, 山东 东营 257061)

摘要:非法出具存单犯罪的主体包括银行或者其他金融机构及其工作人员,主观方面包括直接故意和间接故意,客观方面的行为表现为违反规定非法出具存单,客体是金融秩序以及金融机构和善意存单持有人的利益。探讨了定罪量刑中“损失”的认定,并对非法出具存单犯罪与相关犯罪的关系问题展开讨论,提出应该将非法出具存单犯罪独立出来,“存单”应改称为较规范的“存款凭证”或“存款证书”,增加罚金刑的适用等完善建议。

关键词:非法出具金融票证罪;存单;构成要件

中图分类号:D920.4 **文献标识码:**A

根据1997颁布的《中华人民共和国刑法》第188条以及刑法修正案(六)的规定,刑法设立了非法出具金融票证罪,该条规定:“银行或者其他金融机构的工作人员违反规定,为他人出具信用证或者其他保函、票据、存单、资信证明,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处五年以上有期徒刑。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。”该罪的前身是全国人大常委会于1995年6月30日制定的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》中所规定的非法出具资信证明罪,该决定第15条规定:“银行或者其他金融机构的工作人员违反规定为他人出具信用证或者其他保函、票据、资信证明,造成较大损失的……”但当时的规定中并没有包括存单这种金融凭证,没有规定非法出具存单为犯罪行为。在新刑法的修订中,总结吸收了《中国人民银行法》、《商业银行法》等立法内容和惩治金融犯罪的实际情况,对原有的条文进行了扩充,增加了非法出具存单构成犯罪的规定。文章拟就刑法第188条规定明知违反规定而出具存单,扰乱金融秩序,造成金融机构和客户经济损失的犯罪行为的若干问题谈一些见解。

一、非法出具存单犯罪的构成特征

刑法中非法出具金融票证罪的规定比较简练和抽象。根据立法本意和司法实践,笔者认为,本罪在构成要件上具有如下特点:

(一)犯罪主体属于特殊主体

即以特定身份作为要件的主体^[1],包括银行或者其他金融机构及其工作人员,即有资格从事存款业务、开出存单的机构和个人。具体而言,我国法律规定能够从事存款业务的主要是银行类金融机构,包括各类中资商业银行、城市信用合作社、中国信合和其他的农村信用合作社、邮政储蓄机构,外资和中外合资银行在经中国人民银行批准后也可在一定范围内从事本外币存款业务^[2],另外也规定信托投资公司、企业集团财务公司等非银行类金融机构可以在特定范围内从事存款业务,而典当行、保险公司、证券公司、基金管理公司则没有从事存款业务的资格。

银行和金融机构工作人员按照工作职责的不同大致可以划分为两类:一类是有权决定或具体从事出具存单的业务活动的人,如银行的高级业务主管、储蓄岗位操作员;另一类是无权接触到存单的金融机构工作人员,如信贷人员、出纳人员等。这两类人员是否都是本罪的犯罪主体呢?对此,刑法没有做出具体规定。笔者认为,前一类人员是利用岗位和职权,在履行工作职责的过程中实施犯罪,构成本罪是毫无疑问的,而后一类人员则是乘人不备偷偷实施犯罪,其行为表现形式通常是窃取存单然后打印或填写,这与金融机构外部的犯罪分子实施窃取存单的犯罪行为没有多大的区别。刑法将本罪限定为金融机构工作人员应有其更深的用意,因为此条旨在打击带有“金融业务犯罪”色彩的违规违法行为,而不应当把窃取存单

之类行为包括在内。因而对刑法中规定的金融机构工作人员的理解应加以限制,是特指那些在金融机构从事吸收存款业务,负责办理存单的工作人员以及有权指令下属开出存单的领导人员。

同时本罪存在单位犯罪的情况,具体表现为金融机构的内部领导人员、管理人员、经办人员经事前预谋,遵照单位的意志和指令,或在单位知情、同意的情况下,按照内部程序,共同实施非法出具存单的行为。本罪是一种只能由金融机构构成的单位犯罪。

(二)主观方面存在直接故意和间接故意两种罪过形式

学界对刑法该条规定的罪过形式在理解上存在较大分歧。有的观点认为本罪只能是直接故意犯罪,间接故意或过失不能构成本罪,即行为人明知开出存单的行为是违反金融法规和金融机构内部关于存单管理的制度性规定,会造成损失的严重后果,还是积极实施非法出具存单的行为。有的观点则相反,认为本罪只能由间接故意或过失构成,而且绝大多数情况下是过失犯罪,即行为人作为金融从业人员,应当预见到违规出具存单可能会给金融机构造成损失,但因疏忽大意或者轻信损失可以避免,或者放任危害结果发生。持这种观点的学者同时也承认行为人对违反金融法规及规章的认识上则是故意的^[3]。笔者不同意上述观点。首先,根据我国刑法第15条规定:“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”,而对于本罪,刑法和非刑事法律都没有规定过失类型。其次,违法性认识与社会危害性意识同为判断故意犯罪的重要标志之一,违法性的实质是违反国家、社会的伦理规范,给法律造成侵害或者威胁^[4]。行为人预知其行为违法而继续实施行为,无论其是否清楚地认识到行为的社会危害性,无论其对损失结果抱希望还是放任的态度,均应构成故意犯罪^[5]。对于本罪,上述两种观点都提到了行为人必须具有对非法出具存单行为的违法性认识,而对违法性的认识是故意成立不可缺少的本质要件,是故意与过失的分水岭。因此,本罪应该存在直接故意和间接故意两种罪过形式。

(三)客观方面的行为表现为违反规定非法出具存单

根据存款业务种类的不同,存单有不同的表现形式。常见的有纸质存折(定期或活期存款)、存款单(主要是用于定期存款)、存款证明书(根据我国规定,单位存款不得开具存单、存折,只能出具存款证明书)。另外,随着金融电子化的发展,

还出现了储蓄卡,也可视为存单。

所谓开具存单的行为,是指银行在吸收存款人交存的存款时,签发给存款人的书面凭证,内容包括户名、账号、金额、存期、利率、经办人等,金融机构工作人员必须严格按照法律法规和单位内部的操作规范要素认真审核存单的记载事项,然后将存单交给存款人。

所谓非法出具存单的行为,则统指行为人本身无权而擅自出具存单,为不具备资格和条件的他人出具存单以及违反规定出具存单的行为,具体表现为:(1)存单记载内容与事实不符,特别是户名、金额不符,包括在没有客户资金入账的情况下开出空头存单,开出票面金额与金融机构实际入账金额不符的存单,即通常所说的虚开存单、“鸳鸯存单”;(2)存单形式违反规定,如使用已停用的银行印鉴和空白存单或使用其他不规范的存款凭证等。

那么,对于“为他人”非法出具存单的行为应该如何理解呢?笔者以为,此处应指为满足其他人(如关系人、亲友)的非法目的而开出与事实不符的存单,但也不能排除行为人出于自身非法目的而开出与事实不符的存单,如有的金融机构为搞账外经营牟利亦采取虚开存单的犯罪手法^[6]。但如果是行为人故意为自己出具或虚构捏造户名出具存单去兑付以骗取钱财的,则属于监守自盗,应以贪污罪或职务侵占罪论处。

另外,关于认定非法出具存单行为的依据到底有哪些,在《商业银行法》和《储蓄管理条例》并没有明确述及,而国务院发布的《金融违法行为处罚办法》第13条则规定:“金融机构不得出具与事实不符的信用证、保函、票据、存单、资信证明等金融票证……”在实务中认定存单违法性的主要依据是各个商业银行的管理制度,如《××银行存单管理办法》等。这些制度是在中国人民银行的要求和指导下制定的,对空白存单的保管、存单的开出、记账、复核都有相应的规定。

(四)侵犯的客体主要是表现为扰乱和破坏了金融秩序

非法出具存单行为的可罚性着重表现在它直接威胁到金融机构的正常经营和生存。金融机构所吸收的存款规模巨大,单靠其有限的自有资本和盈利来偿付这些存款是不可能的,只有尽力保证资金的流动和业务的安全才能确保金融机构有能力兑付存款。如果在存款环节出现问题,造成存款损失,导致资金链中断,对银行和储户可能是灭顶之灾。非法出具存单严重地损害金融业赖以

生存的信誉,造成储户的不信任感,而且存单流入社会后可能使金融机构承担不应有的风险,可能承担对第三人的损害赔偿赔偿责任,并使善意第三人受损。

二、非法出具存单犯罪的认定

非法出具存单是一个较新的罪名,在具体的追诉、定罪、量刑环节都有不少问题值得探讨。

(一)非法出具存单犯罪的定罪与量刑

1. 本罪中“情节严重”与“情节特别严重”的认定。刑法典原本以规定“造成较大损失”作为本罪的成立要件,但刑法修正案(六)将之修改为以“情节严重”作为成立要件,显然是放宽了本罪的成立条件。所谓情节严重,既包括造成较大损失的情形,同时还包括非法出具金融票证数额较大、多次非法出具金融票证等行为。限于篇幅,文章仅就如何认定“损失”展开论述。从立法来看,这里所指的损失当为物质损失,即资金损失^[7]。非法出具存单造成的资金损失有两种情况:一类是在犯罪行为尚未暴露时,非法出具的存单已经过流通转到善意持有人手中,持有人要求金融机构兑付存单引发民事纠纷。根据最高人民法院《关于审理存单纠纷案件的若干规定》的要求,存单持有人只要证明自己没有过失,而金融机构又提供不出证明存款关系不真实的证据的话,法院就会认定存单持有人与金融机构间存款关系成立,金融机构必须按存单面额加以兑付,这时金融机构自身损失在所难免。实践中就出现过金融机构工作人员与犯罪分子内外勾结,虚开、空开存单及开出“鸳鸯”存单流入社会,引起兑付上的纠纷,给金融机构带来非常巨大的损失,此类案件时有发生。另一种情况是经查实是非法出具存单犯罪,但是涉案款项已被行为人提取、挥霍,存单持有人及金融机构只能通过追缴犯罪的赃款赃物来获得补偿从而形成损失。对于损失幅度,刑法未作出具体规定。依据2001年4月18日最高人民检察院和公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》:个人违反规定为他人出具存单,造成直接经济损失数额在10万元以上的,单位违反规定为他人出具存单,造成直接经济损失在30万元以上的,应予追诉。对于量刑上如何确定造成“较大损失”及“重大损失”,现在尚未有明文规定,笔者认为应当结合当地经济水平,受害人经济状况等因素综合确定,留待司法解释加以完善。

根据台湾学者林山田先生的观点,经济犯罪(大多数是所谓“白领犯罪”)破坏了经济社会赖以生存的诚实信用原则及彼此间的相互信任,造成

经济活动中相互不信任,造成社会解体,即造成非物质的损失^[8]。本罪情况尤甚。在金融业务上,存单是一种信用工具,需要建立在储户对金融机构充分信赖的基础上。在现实生活中,存款单是金融机构独家使用的凭证,是金融机构对储户做出的按期还本付息的承诺,在人民群众心目中具有很高的可信度,与流通中的货币无异。金融机构及其工作人员如果违法出具与事实不符的存单,就会使长久以来金融机构积累的良好口碑和守信形象遭到破坏,严重的还会累及其他的金融机构,引发挤兑等信用危机,这些非物质损失的影响和后果都是无法用金钱准确衡量的,也是在本罪的立法中应当充分考虑的。

2. 本罪的量刑。刑法规定,犯本罪的起刑点是拘役,其次是五年以下有期徒刑,情节特别严重的处五年以上有期徒刑。即本罪的最高刑期是十五年,对单位犯罪实行双罚制。这个刑罚幅度在妨害金融管理秩序罪中是属于较轻的。应该说,这个规定基本上是符合罪刑相适应原则的要求的。在司法实践中执法人员对伪造存单、诈骗存单的行为危害性的认知比较清晰,警惕性比较高,打击力度也较大,但却或多或少地认为非法出具存单是违规、渎职行为,害不甚烈,对有些案件的处理失之宽纵。这种看法有些片面,非法出具存单的行为违背了存单管理制度规定,制造了虚假的存款关系,歪曲了存单应有的法律效力,削弱了存单的可信度,动摇了群众对金融机构的信赖;同时,不按规定出具的与事实不符的存单在流通过程中或在最终兑付时往往会造成纠纷,使金融机构、客户和他人蒙受财产损失,完全应当严厉打击。

(二)非法出具存单犯罪与相关犯罪的关系

1. 非法出具存单犯罪与非法吸收公众存款罪的联系与区别。非法吸收公众存款罪和非法出具存单犯罪都可能发生在金融机构吸收存款过程中,但是两个不同的罪名在构成要件、定罪情节上有着差异。第一,在主体方面,非法吸收公众存款罪的主体是一般主体,金融机构工作人员和非金融机构职员均可触犯此罪,而非法出具存单犯罪的主体仅限于特殊主体;第二,在客观方面,非法吸收公众存款罪主要针对不特定的公众存款,采用的方式是擅自提高利率、支付手续费等,非法出具存单犯罪则是针对特定的某一笔存款或者甚至是根本没有存款,采用方式是出具不符合事实的存单;第三,从成立犯罪既遂的类型上,非法吸收公众存款罪是行为犯,只要实施了非

法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,扰乱金融秩序的行为,即为犯罪既遂;非法出具存单犯罪则是情节犯,要求情节严重的才成立犯罪既遂。值得注意的是两个犯罪有所交叉,实践中有的金融机构在非法吸收公众存款过程中同时伴有非法出具存单行为,笔者认为,上述情况下两罪之间虽存在着一定的牵连关系,但刑法对此的打击重点以及可罚性看法是不同的,两罪的犯罪目的、行为后果也不尽一致,故应以数罪并罚进行处理更为妥当。

2. 非法出具存单犯罪与伪造、变造存单犯罪的联系与区别。刑法第177条规定了伪造、变造金融票证罪,其中包括了伪造、变造存单的犯罪行为。二者之间最大的区别体现在犯罪对象上,非法出具存单犯罪的犯罪对象是与事实不符的存单,这些存单从根本上说是经金融机构的营业窗口,由金融机构工作人员之手开出的,是表面真实的存单;而伪造、变造存单的犯罪对象是仿照真存单特征而制作的假存单或者是对真实存单进行了篡改、变动。其次,伪造、变造存单罪犯对行为人的身份没有限制。另外,两罪的故意内容、定罪情节也有不同。

3. 非法出具存单犯罪与诈骗犯罪的区别。经金融机构工作人员非法出具的存单流入社会后,有的被违法犯罪分子利用从事金融凭证、合同或者其它的诈骗活动,增加了定罪的复杂性和争议性。笔者认为应根据刑法的基本理论和各种犯罪行为的具体表征,区分情况处理。对金融机构工作人员与外部犯罪分子互相勾结,以存单作为犯罪工具实施诈骗犯罪,应认定为诈骗罪的共同犯罪;对金融机构内部工作人员仅仅从事了非法出具存单行为,未参与诈骗行为、与诈骗犯罪分子无故意联络的,以非法出具金融票证罪论处。

三、完善非法出具存单犯罪的建议

金融行业是国民经济的命脉,金融体系是现代市场经济的重要组成部分。在全世界范围内,金融犯罪都是刑事法关注的焦点之一。我国关于金融犯罪的立法历史较短,在内容和体系上还需要加强和完善。为了增强非法出具存单罪的打击效用和力度,需要对本罪进行进一步的研究和完善,笔者有如下几点建议:

第一,现有的非法出具金融票证集中归罪的模式应该改变,非法出具存单犯罪应当独立出来。从金融学的角度来看,存单是银行内部重要的金融凭证,是银行和存款客户建立存款关系,象征存款所有权的法律凭证,银行负有按存单记载事项

无条件兑付存款的法定义务。存单同时也是一种物权载体,在履行了必要手续后可以转让、质押。存单这种具备物权和债权的双重属性,与其它金融凭证性质差别很大。并且,存单业务属于负债业务,而出具信用证、票据、资信证明等属于中间业务(所谓中间业务,是指金融机构在存放款、投资等主业之外,不动用资金或者只是从代理客户承办、支付和其它委托事项中收取手续费的业务,包括结算业务、表外业务、代理融通、信托、租赁等)。两种业务的性质不同导致风险不同,金融机构在其中承担的责任也不同。从立法上考察,全国人大常委会1995年制定《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》时,新设一个关于信用凭证犯罪条文的用意是对当时较为猖獗的信用证、保函等中间业务凭证犯罪做出规定,如轰动一时的河北衡水农行巨额信用证诈骗案,但在修订新刑法时立法机关对原单行刑法条文所做的增补性规定反而破坏了原有的非法出具信用凭证罪性质的单一性。同时,涉及存单案件的处理有其特殊性,最高人民法院专门为审理存单纠纷案件做出民事司法解释就体现了这一点^[9]。因而,对案情复杂、致损性较高存单犯罪案件,有必要在刑法中单列条文加以规定,并使民事和刑事处理衔接起来。

第二,随着金融的创新以及科技的运用,存单的表现形式越来越多样化,并向着无纸化、电子化、智能化方向发展,这些“存单”虽本质相同但名称各不相同,我们在适用刑法时实际上已经作了扩展的理解。本着罪刑法定的原则,建议将现行刑法的提法加以扩大解释,将“存单”改称为较规范的“存款凭证”或“存款证书”的术语^[10]。

第三,在本罪的定罪情节上,应考虑金融行业是风险极高的行业,金融违规行为引致的风险有的无法用数量来衡量,也不应用数量来衡量,如造成金融机构信誉、信用受损对金融机构而言是无法估量的损失。因而,建议综合衡量犯罪行为的直接和潜在危害性,新增其它的情节,比如“多次非法为他人出具存单”,或“有其他情节严重的行为”作为定罪情节。

第四,本罪的刑罚结构单一,未规定罚金刑。立法者的考虑可能是把本罪限定于渎职型犯罪,认为行为人在犯罪过程中无取利性,根据罪刑相适应的原则,未设定经济上的处罚。笔者认为,这种考虑未免过窄,本罪并不局限于一种渎职性犯罪,现在刑法对诸多经济犯罪均设置了罚金刑,因为罚金刑对贪利性犯罪是罚当其罪^[11],能震慑犯罪分子,增强打击实效。金融机构工作人员往往

地位稳定、待遇优厚,为增加其守法自律意识,促使其遵守职业操守、不贪利,设立罚金刑不仅可以起到预防犯罪的作用,同时也是一种有力的打击手段。

参考文献:

- [1] 高铭暄,马克昌.刑法学[M].北京:北京大学出版社,2007:107.
- [2] 鲜铁可.金融犯罪定罪与量刑[M].北京:人民法院出版社,1999:79.
- [3] 王亚雄.金融犯罪认定与处罚[M].北京:中国金融出版社,1999:163.
- [4] 大■仁.刑法概说[M].北京:中国人民大学出版社,2003:303.
- [5] 童伟华,李希慧.违法性意识在故意犯罪成立中的地位[J].石油大学学报,2003(6):76.
- [6] 王建.浅析存单纠纷案件中的法律责任[J].湖北农村金融研究,2004(1):47-48.
- [7] 高铭暄.刑法专论[M].北京:高等教育出版社,2002:782.
- [8] 林山田.经济犯罪与经济刑法[M].台北:三民书局,1981:46.
- [9] 吴应珍.最高人民法院关于审理存单纠纷案件的若干规定之缺陷分析[J].海南金融,2005(4):50.
- [10] 冷凌,李娜.关于完善非法出具存单犯罪法条的思考[J].商业时代,2008(27):75.
- [11] 马克昌.刑罚通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999:194.

On the crime of offering deposit receipt illegally

LI Na, LENG Ling, YU Xiang

(School of Humanity and Social Sciences, China University of Petroleum, Dongying 257061, China)

Abstract: The article discusses the problems of offering deposit receipt illegally contained in the crime of offering certificates of credit status illegally. After analyzing the characteristic of the problems of offering deposit receipt illegally, the article discusses the problem that how we can determine the ‘loss’ in the course of conviction and sentencing, together with the relationship between this crime and the relevant ones intensively. Finally, the article defines the identification of this crime and comes up with several proposals about this crime. For example, we should make the crime of offering deposit receipt illegally independent from other crimes, and ‘deposit receipt’ should be named ‘certificate of deposit’ which is more standardized. Besides, we can apply the criminal fine in the sentencing.

Key words: crime of offering certificates of credit status illegally; deposit receipt; constitution of crime

本文编辑:邹小荣