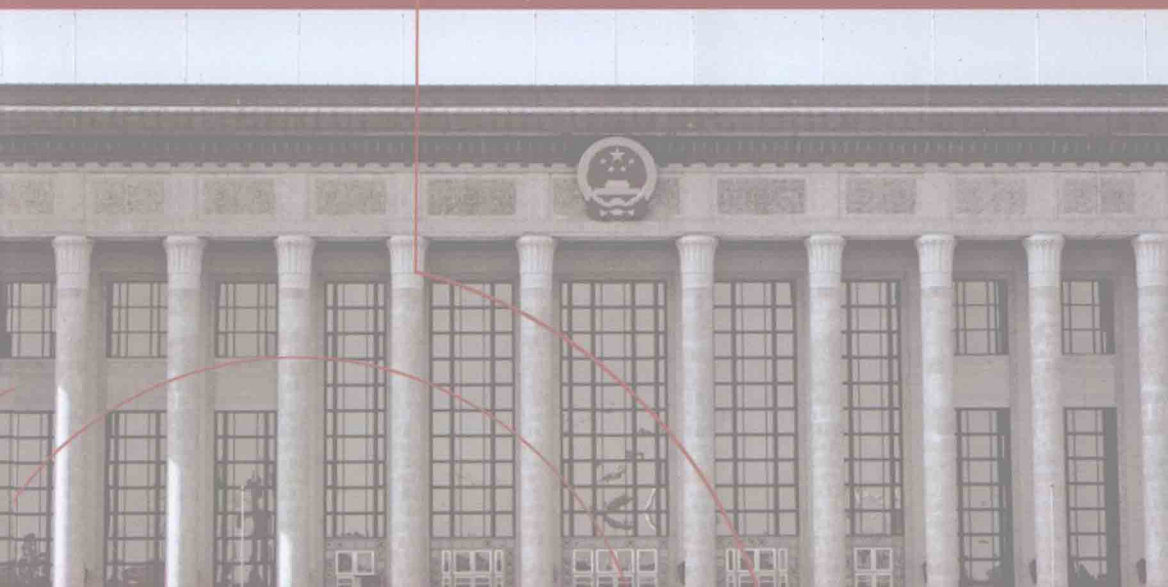


中国法评注与适用丛书·刑法系列



刑法历次修正案权威解读

▲ 主 编◎周光权

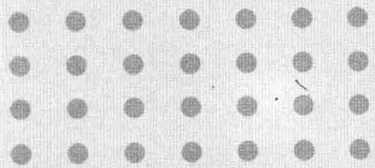


 中国人民大学出版社

中国法评注与适用丛书·刑法



刑法历次修正案权威解读



▲ 主 编 周光权
副主编 车 浩
撰稿人 (以撰写章节先后为序)

张振山	关 涵	周光权	马卫军
尹晓静	裴 欣	郑 铮	叶建勋
车 浩	柏浪涛	黄丽娜	

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法历次修正案权威解读/周光权主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2011. 5
ISBN 978-7-300-13567-0

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑法-法律解释-中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 076133 号

中国法评注与适用丛书·刑法系列

刑法历次修正案权威解读

主 编 周光权

Xingfa Lici Xiuzhengan Quanwei Jiedu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010—62511242 (总编室)

010—62511398 (质管部)

010—82501766 (邮购部)

010—62514148 (门市部)

010—62515195 (发行公司)

010—62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京中印联印务有限公司

规 格 170 mm×240 mm 16 开本

版 次 2011 年 6 月第 1 版

印 张 27.25 插页 2

印 次 2011 年 6 月第 1 次印刷

字 数 514 000

定 价 69.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

序：刑法修改的回顾与展望

《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）在我国法律体系中，处于举足轻重的地位。制定完善、科学的刑法，对社会主义法律体系的形成与完善至关重要。

1997年大幅度修改后颁行的《刑法》，在14年时间里有了8个修正案。《刑法》修改的力度不可谓不大。特别是最新的这个修正案，涉及对近五十个条文的修改。在社会主义法律体系形成之际，回顾过往的修法，展望刑法在未来的进一步完善，具有现实意义。

总结这8个刑法修正案，大致有四个方面的变化：一是增设新的犯罪。例如，醉驾和飙车是我国社会转型中遇到的问题。近年来，在人口上百万的大城市，机动车特别多，在很多人的心理还没调整过来应对这种场面时，醉驾和飙车等行为发生了，有的还很严重。2010年发生的一些醉驾危害后果很严重，飙车也发生过几起，同时带有危害公共安全的性质。立法想从源头上堵住这种行为。组织买卖人体器官的问题，如果没有单独的罪名设计，要定其他罪，都比较牵强。以前有的法院定非法经营罪，但非法经营罪是破坏市场经济秩序的犯罪，意味着一定有合法的经营秩序被破坏才能对非法经营者定罪，但人体器官是绝对禁止买卖的，谈不上合法的人体器官的买卖问题，所以，定非法经营罪会面临其是否会破坏合法的市场经济秩序的问题。新的规定主要是为了解决目前定罪中的困惑和分歧，统一各地司法机关对这种行为的定性，彻底贯彻罪刑法定原则。类似增设新罪的做法，还有设立处罚“老鼠仓”的规定，将组织传销活动规定为犯罪等。二是改变一些犯罪的构成要件，且多为降低定罪标准或扩大处罚范围，例如，对非法占用农用地罪、重大环境污染事故罪的修改。三是修改法定刑，包括提高或者降低一些犯罪的法定刑，削减死刑罪名等。四是修改《刑法》总则关于刑罚执行的规定，如修改特别累犯的成立范围，严格限制减刑、假释的条件等。

从总体上看，这8次刑法修改呈现出以下特色：（1）充分保障公民的人身权利，根据公民权利的最新变化作出了及时的反应，关注民生。比如，依法保障公民获取劳动报酬的权利，对恶意欠薪行为进行处罚；保障公民的个人信息不受侵犯，使得宪法、民法、行政法上关于保护公民个人信息、隐私权的规定能够落到



实处。(2) 充分重视市场经济发展过程中出现的一些新问题。比如, 针对传销组织的恶劣影响, 打击非法传销行为; 对证券业发展过程中出现的一些新问题, 特别是“老鼠仓”行为进行打击; 对于偷税犯罪和走私犯罪中出现的新变化, 在修正中有所涉及。(3) 充分反映了打击腐败犯罪过程中碰到的一些突出问题。例如, 提高巨额财产来源不明罪的法定最高刑; 增设了利用影响力受贿行为必须承担刑事责任的规定, 尽量不留下处罚漏洞。

二

回望过去的 8 次刑法修改, 特别是《刑法修正案(八)》有不少可圈可点的地方。

(一) 取消 13 个经济性非暴力犯罪的死刑

我国以前的刑法立法, 基本上都是在做“加法”, 死刑罪名在一定程度上增加, 刑罚总量加重, 这主要是因为中国社会正在转型, 这个过程中各种社会矛盾、暴力犯罪不断涌现, 动用刑罚手段似乎更符合我们的惯性思维。

在这种情况下, 纵观最近 30 年的刑事立法, 一直有个特别大的压力, 就是死刑的增加问题。尤其是在增设新罪时, 很多人在立法时就会考虑这个罪名要不要挂死刑。所以增加而不是减少死刑, 一直是立法时难以绕开的问题。这也和我们的重刑主义思想有关系, 中国从封建社会发展过来, 严刑峻法的思想有些影响; 另外, 死刑在发挥其威慑功能方面, 的确有民事、行政法律难以比肩的效果。所以死刑罪名数量一直降不下来。

《刑法修正案(八)》下决心取消了 13 个死刑罪名, 对中国未来立法的影响是积极的, 表明了中国刑法最基本的价值取向。一方面, 在增设新罪时, 不会动不动就设死刑。刑法立法并不是只有重刑主义一个进路, 并不是只有一种做“加法”不做“减法”的思路, 并不是只有一种严厉的思路, 有的问题换个角度去思考也是可能的。另一方面, 也是向国际社会表明, 中国对死刑问题一直都很重视, 除了司法机关慎重适用死刑以外, 立法上也致力于严格限制死刑罪名。

这次削减的死刑不涉及贪污、贿赂罪。客观地说, 和普通经济犯罪比较, 贪污、贿赂罪有一定的特殊性, 其除了有侵犯财产的性质外, 还有损害国家公职人员职务行为廉洁性、公正性的成分, 它们动摇公众对国家工作人员的信赖, 甚至动摇我们的执政根基, 因此, 和市场交易中出现的经济犯罪相比, 危害要大一些。因此, 把贪污贿赂犯罪的死刑问题, 和一般经济犯罪的死刑问题相提并论, 本来就是有问题的。此外, 在中国, 贪污、贿赂罪死刑的适用非常严格, 除了有数额上的特殊要求之外, 还要求情节严重, 所以即使保留了死刑, 也不会导致刑

罚的滥用。

（二）法制传统的回归

《刑法修正案（八）》在对未成年人、老年人犯罪从宽的方面作出了比较大的改变。实际上，刑法中三种人需要特别关照——老人、未成年人和妇女。老人和未成年人，因为年龄决定了他们的判断力、对社会的认识和控制能力都弱，所以需要特别保护；妇女因为生理的原因，也需要特别保护。

中国刑法对未成年人是有特别规定的，对于老人缺乏这样的规定，所以这次作了特别规定：75岁以上不适用死刑。在全国人大常委会讨论过程中，也有一些人认为，对于老年人，应该到70岁就可以不适用死刑了，根据有关部门统计，70岁至75岁的人犯重罪，被判处死刑的极其罕见，基本可以忽略不计，针对这样极少数的人设立死刑是不合适的。

这次修改，实际上也是一种法制传统的回归。中国的刑事法制传统是很尊重老年人的，从古代开始就一直有对老年人犯罪从宽处罚的规定，《唐律》以及此后的历朝历代刑法中都会有宽宥老年人犯罪的规定。1979年刑法是在拨乱反正之后出台的，需要重点考虑的问题太多，没来得及规定老年人犯罪的处理问题。这次修改，从时机上看是合适的。

三

刑法将来应该如何继续完善？这是一个值得思考的问题。我个人的不成熟看法是：从修改规模上看，未来应该循着“小修小补”的方向修改《刑法》。在一般情况下，似乎不宜再像《刑法修正案（八）》那样大规模地修改。必须认识到，刑法是一个国家最重要的法律之一，在政策甚至政治的层面上发挥影响，具有强烈的导向作用，不应该处于经常变动的状态。刑法变动过于剧烈，不但会对公民个人生活有影响，而且会对整个国家和社会的治理造成一定冲击。也正是在这个意义上，可以说，刑法应当是整个社会中最保守的部门法。事实上，世界上大多数国家的刑法正是如此，在长时间内基本处于稳定的状态。以日本为例，它的现行刑法是1906年制定的，但迄今为止经过一百多年，也没有进行大的修订。

我个人认为，首先，未来对刑法的修改应该放慢步伐。特别重要的一点是，目前这种增设新罪的趋势不应该加快，在增设新罪的时候应该认真斟酌现有的刑法是否可以惩罚新的犯罪行为，只有在出现特殊权益需要刑法保护的情况下，才新设罪名。

当然，为不出现处罚漏洞，对一些表面上看是新的犯罪的行为，需要法官合理地解释现行刑法，对危害行为按照现行法律处理。因此，解决问题的要害还是提高现在司法人员的法律运用技术和解释能力。法律上对某些行为其实已经有了



规定，需要法官去寻找这些规定，并把规定用足；假如司法技术无法解决问题，那么可以求助于司法解释或者立法解释；假如还是没有办法，这个时候再考虑是否增设新罪。

其次，未来刑法修订应当进一步降低某些犯罪的法定刑。某些经济犯罪、职务犯罪、财产犯罪的法定刑，还是显得过于严厉，可以考虑再降低。这些犯罪毕竟不侵犯人身，不是以暴力方式实施的，社会危险性有限，降低法定刑不会冲击罪刑均衡原则。

有的人担心作这样的修改可能会影响打击犯罪的效果，是向犯罪分子释放错误的信号。我并不赞成这种观点。某一类犯罪的多少和法定刑的高低有一定联系，但是关联比较微弱。比如过去盗窃罪的最高法定刑是死刑，但那个时候盗窃罪的案发率很高。在1997年《刑法》修订后，除非是盗窃金融机构或者国家珍贵文物，普通盗窃罪的最高刑变成了无期徒刑，但社会上的盗窃行为并没有增加，所以，法定刑轻重和犯罪发生率之间的关系，在很多时候并不是正比例关系。

最后，未来似乎应该考虑进一步削减死刑。《刑法修正案（八）》削减了13个罪名的死刑。我认为，这一步伐还可以加大。例如，运输毒品罪就应该废除死刑。现在是制造、贩卖、运输、走私毒品都可以判死刑。多数学者的意见是：在全面废除毒品犯罪死刑还不太现实的情况下，先把贩卖和运输单独挑出来，不适用死刑。主要是考虑到贩卖毒品的人很多都是被利用的，这些人往往处于社会底层，对这种人判死刑不太合适。从法院的统计资料来看，贩卖和运输毒品的危害相对要小一些，不像制造、走私毒品的危害那么大。另外，像集资诈骗罪、组织卖淫罪，也是大家建议废除死刑的，这是大势所趋。有的学者甚至觉得，三十多个不用或者少用的死刑罪名，可以一次性废除，步子可以迈得再大一些。

以上是我2008年3月当选全国人民代表大会法律委员会委员之后，亲历《刑法修正案（七）》、《刑法修正案（八）》制定全过程的一些感想，以及从事刑法学研究的一些心得。虽不成熟，但也愿与读者诸君分享。

是为序！

周光权

2011年3月30日于清华大学

contents 目 录

中华人民共和国刑法修正案	1
中华人民共和国刑法修正案(二)	37
中华人民共和国刑法修正案(三)	44
中华人民共和国刑法修正案(四)	73
中华人民共和国刑法修正案(五)	96
中华人民共和国刑法修正案(六)	130
中华人民共和国刑法修正案(七)	207
中华人民共和国刑法修正案(八)	280
主要参考文献	421
后 记	422

目 录

中华人民共和国刑法修正案

第一条	〔隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪〕	… 1
第二条	〔国有公司、企业、事业单位人员失职罪，国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪〕	… 6
第三条	〔擅自设立金融机构罪，伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪〕	… 11
第四条	〔内幕交易、泄露内幕信息罪〕	… 17
第五条	〔编造并传播证券、期货交易虚假信息罪，诱骗投资者买卖证券、期货合约罪〕	… 20
第六条	〔操纵证券、期货市场罪〕	… 24
第七条	〔挪用资金罪、挪用公款罪〕	… 27
第八条	〔非法经营罪〕	… 31

中华人民共和国刑法修正案（二）

〔非法占用农用地罪〕	… 37
------------	------

中华人民共和国刑法修正案（三）

第一、二条	〔投放危险物质罪〕	… 44
第三条	〔组织、领导、参加恐怖活动组织罪〕	… 51
第四条	〔资助恐怖活动罪〕	… 55
第五条	〔非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪〕	… 57
第六条	〔盗窃、抢夺危险物质罪，抢劫危险物质罪〕	… 60
第七条	〔洗钱罪〕	… 64
第八条	〔投放虚假危险物质罪，编造、故意传播虚假恐怖信息罪〕	… 69

中华人民共和国刑法修正案（四）

第一条	〔生产、销售不符合标准的医用器材罪〕	… 73
第二、五条	〔走私废物罪〕	… 77
第三条	〔间接走私〕	… 80



第四条	〔雇用童工从事危重劳动罪〕	83
第六条	〔非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪，非法收购、运输、加工、出售国家重点保护植物、国家重点保护植物制品罪〕	85
第七条	〔盗伐林木罪，滥伐林木罪，非法收购、运输滥伐、盗伐的林木罪〕	87
第八条	〔执行判决、裁定失职罪，执行判决、裁定滥用职权罪〕	92

中华人民共和国刑法修正案（五）

第一条	〔妨害信用卡管理罪，窃取、收买、非法提供信用卡信息罪〕	96
第二条	〔信用卡诈骗罪〕	110
第三条	〔过失损坏武器装备、军事设施、军事通信罪〕	126

中华人民共和国刑法修正案（六）

第一条	〔重大责任事故罪，强令违章冒险作业罪〕	130
第二条	〔重大劳动安全事故罪〕	135
第三条	〔大型群众性活动重大安全事故罪〕	138
第四条	〔不报、谎报安全事故罪〕	141
第五条	〔违规披露、不披露重要信息罪〕	144
第六条	〔虚假破产罪〕	150
第七条	〔非国家工作人员受贿罪〕	154
第八条	〔对非国家工作人员行贿罪〕	158
第九条	〔背信损害上市公司利益罪〕	159
第十条	〔骗取贷款、票据承兑、金融凭证罪〕	165
第十一条	〔操纵证券、期货市场罪〕	168
第十二条	〔背信运用受托财产罪，违法运用资金罪〕	174
第十三条	〔违法发放贷款罪〕	179
第十四条	〔吸收客户资金不入账罪〕	182
第十五条	〔违规出具金融票证罪〕	184
第十六条	〔洗钱罪〕	186
第十七条	〔组织残疾人、儿童乞讨罪〕	191
第十八条	〔赌博罪，开设赌场罪〕	194
第十九条	〔掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪〕	199

第二十条 [枉法仲裁罪]	203
中华人民共和国刑法修正案（七）	
第一条 [走私禁止进出口的货物、物品罪]	207
第二条 [内幕交易、泄露内幕信息罪，利用未公开信息交易罪]	212
第三条 [逃税罪]	217
第四条 [组织、领导传销活动罪]	222
第五条 [非法经营罪]	226
第六条 [绑架罪]	231
第七条 [出售、非法提供公民个人信息罪，非法获取公民个人信息罪]	235
第八条 [组织未成年人进行违反治安管理活动罪]	239
第九条 [非法获取计算机信息系统数据罪，非法控制计算机信息系统罪，提供用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪]	243
第十条 [掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪]	249
第十一条 [妨害动植物防疫、检疫罪]	254
第十二条 [伪造、变造、买卖武装部队公文、证件、印章罪，盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪，非法生产、买卖武装部队制式服装罪，伪造、盗窃、买卖、非法提供、非法使用武装部队专用标志罪]	258
第十三条 [利用影响力受贿罪]	263
第十四条 [巨额财产来源不明罪]	275
中华人民共和国刑法修正案（八）	
第一条 [对老年人的从宽处罚]	280
第二条 [管制的执行]	283
第三条 [老年人免死的特别规定]	289
第四条 [死缓的法律后果]	292
第五条 [减轻处罚]	297
第六条 [累犯]	299
第七条 [特别累犯]	304
第八条 [坦白]	306
第九条 [删除第六十八条第二款]	314



第十条 [数罪并罚的原则]	321
第十一条 [缓刑条件]	328
第十二条 [缓刑的特别限制]	331
第十三条 [对缓刑犯的社区矫正]	332
第十四条 [缓刑撤销]	333
第十五条 [减刑条件、限度]	335
第十六条 [假释条件, 假释的限制]	338
第十七条 [假释考验方式]	342
第十八条 [假释撤销]	343
第十九条 [前科报告义务的免除]	345
第二十条 [资助危害国家安全犯罪活动罪]	346
第二十一条 [叛逃罪]	348
第二十二条 [危险驾驶罪]	350
第二十三条 [生产、销售假药罪]	354
第二十四条 [生产、销售不符合安全标准的食品罪]	356
第二十五条 [生产、销售有毒、有害食品罪]	359
第二十六条 [走私特定违禁品的犯罪]	362
第二十七条 [走私普通货物、物品罪]	365
第二十八条 [武装掩护走私的处罚]	368
第二十九条 [对非国家工作人员行贿罪, 对外国公职人员、 国际公共组织官员行贿罪]	369
第三十条 [集资诈骗罪的死刑]	371
第三十一条 [单位犯金融诈骗罪的处罚]	373
第三十二条 [删除虚开增值税专用发票、用于骗取出口退 税、抵扣税款发票罪的死刑]	374
第三十三条 [虚开发票罪]	376
第三十四条 [删除伪造、出售伪造的增值税专用发票罪的死刑]	377
第三十五条 [持有伪造的发票罪]	379
第三十六条 [强迫交易罪]	381
第三十七条 [组织出卖人体器官罪]	383
第三十八条 [强迫劳动罪]	386
第三十九条 [盗窃罪]	388

第四十条 [敲诈勒索罪]	394
第四十一条 [拒不支付劳动报酬罪]	398
第四十二条 [寻衅滋事罪]	400
第四十三条 [组织、领导、参加黑社会性质组织罪，入境发展黑社会组织罪，包庇、纵容黑社会性质组织罪]	402
第四十四条 [传授犯罪方法罪]	407
第四十五条 [盗掘古文化遗址、古墓葬罪，盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪]	409
第四十六条 [污染环境罪]	411
第四十七条 [非法采矿罪]	414
第四十八条 [协助组织卖淫罪]	415
第四十九条 [食品监管渎职罪]	417
第五十条 [施行时间]	420
主要参考文献	421
后记	422

中华人民共和国刑法修正案

(1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过)

第一条 [隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪]

第一百六十二条后增加一条，作为第一百六十二条之一：“隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。

“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。”

【立法理由】

本条增设了隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪。在1997年修改《刑法》时，立法机关考虑到隐匿、销毁会计资料的行为一般是行为人进行其他经济犯罪的手段，或是犯罪后出于掩盖犯罪事实、毁灭犯罪证据的目的而实施；司法实践中，行为人实施一系列经济犯罪时，一般都会伴随着隐匿、故意销毁财会资料的行为。所以，基于以上两点，1997年《刑法》并未将隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告的行为单独规定为犯罪。此次刑法修正案首先增设了隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪，究其原因，全国人大常委会给予了简单而明了的说明：“《关于惩治违反会计法犯罪的决定（草案）》将隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的行为，规定为犯罪行为。现行刑法中没有这方面的规定。因此，法律委员会建议将上述规定补充到刑法中。”^①

由此并结合相关立法背景可见，随着我国社会主义市场经济的建立和发展，

^① 全国人大法律委员会副主任委员顾昂然1999年10月25日在第九届全国人大常委会第十二次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（草案）〉的说明》。



会计工作的重要地位日益凸显，违法操作将会具有严重的社会危害性。某些单位和个人出于非法目的，在办理会计事务时对依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告等，进行隐匿、销毁，情节严重，尤其是一些会计人员在他人教唆、指使下，恶意隐匿、故意销毁相关财会数据、凭证、单据、报表等会计资料，导致有关数据核算、经济调控、审计监察工作失去宝贵的资料，准确的数据、证据或依据，危害巨大：（1）财会资料详细记录了公司企业、机关、事业单位的真实经济情况，是搞好本单位经济核算的基础，隐匿、销毁财会资料将使本单位的经营管理和战略规划丧失依据并陷入混乱；（2）隐匿、销毁单位财会资料将严重影响国家的经济统计、税收和宏观调控；（3）隐匿、销毁财会资料不仅给国家追究违法犯罪行为设置障碍、增加难度，而且其日益猖獗之势必将助长经济犯罪行为，对社会主义市场经济构成严重破坏。“有些单位为小团体利益弄虚作假，有的甚至从事某些经济犯罪活动，当有关部门监督检查时，将有关的会计资料转移、藏匿起来，拒不交出接受检查，有的甚至将其销毁，给行政机关、司法机关查处经济违法犯罪活动设置障碍，严重影响了司法机关对经济犯罪的追究”^①。有鉴于此，全国人大常委会制定刑法修正案将该种行为纳入刑事法律调整的范围。

【条文解释】

隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪，是指隐匿或者故意销毁依照会计法律、法规应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的行为。

1. 保护法益

本罪保护的法益是会计管理制度。众所周知，刑法是其他部门法的保障和后盾，当某种行为严重违法其他部门法以致必须适用刑事法律进行调整时，才是犯罪行为。《会计法》最基本的立法初衷就是要规范会计行为，保证会计资料的真实、完整，该法还规定，隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料的应当承担相应法律责任，构成犯罪的，还要追究刑事责任。《中华人民共和国刑法修正案》（以下简称《刑法修正案》）将隐匿、销毁会计资料的行为单独规定为犯罪，不仅弥补了刑法的空白，而且正是希望通过刑法来保护国家的会计管理制度。

^① 全国人大常委会法制工作委员会编：《中华人民共和国刑法释义》，3版，北京，法律出版社，2006。

2. 客观要件

本罪的行为对象是依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告。会计凭证是记录经济活动发生、往来和结果的书面证明，是明确经济责任和登记账簿的主要依据。会计凭证按照制作程序和作用的不同，可分为原始会计凭证和记账会计凭证，前者即单据，后者又称为传票。会计账簿，是指由一定的格式、相互联系的账页所组成，并以会计凭证为依据，用以分类地、全面地、系统连续地记录各项经济业务的会计簿册，会计账簿按照其不同用途和会计法的规定，又可分为总账、日记账、明细账和其他辅助性账簿。财务会计报告，又称财务会计报表，是单位以会计账簿和日常的核算资料为主要依据所编制的总体上反映本单位财务状况和经营成果的报告文件，主要包括资产负债表、损益表、财务状况变动表、财务情况说明等。值得注意的是，本罪行为对象应被严格限定为依法应当保存的会计凭证、会计账簿和财务会计报告，判定本罪行为对象主要依据《会计法》、《企业会计准则》、《企业财务通则》等法律法规。关于行为对象的另外一个重要问题就是“小金库”问题，“小金库”账目是否属于本罪之“依法应当保存的会计凭证、会计账簿和财务会计报告”？回答是肯定的，并且已有法院的判决支持该种观点。^①虽然“小金库”账目违反国家财经秩序，且形式千变万化，但其本质仍属于依法应当保存的会计资料，因为“小金库”账目也是单位核算、国家经济统计、审计检查和追究犯罪的依据，隐匿、故意销毁“小金库”账目的行为同样构成本罪。

本罪的主体包括自然人和单位。根据全国人大常委会的相关答复意见，“任何单位和个人在办理会计事务时对依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，进行隐匿、销毁，情节严重的，构成犯罪，应当依法追究其刑事责任”^②。可见，任何单位和个人只要实施了该款规定的隐匿、故意销毁会计资料行为，情节严重的就构成犯罪，所以本罪的主体通常是但并不限于单位财会人员以及直接负责的主管人员，还可以包括所有办理会计事项的单位和个人。

处理隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿和财务会计报告案件还应对《刑法》第162条之一中的“单位”进行准确的理解。《刑法修正案》将新增的隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿和财务会计报告罪放在第162条之后，作为第162

^① 相关案例及判决，请参见刘远主编：《刑事案例诉辩审评——妨害对公司、企业管理秩序罪》，90~94页，北京，中国检察出版社，2005。

^② 2002年1月14日全国人大常委会法制工作委员会《关于对“隐匿、销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告构成犯罪的主体范围”问题的答复意见》。



条之一，主要是考虑到新增内容与《刑法》第162条的内容最为接近^①，但不可否认，将该罪纳入到“妨害对公司、企业的管理秩序罪”一节也是无奈之举。隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪所侵犯的法益与作为类罪名的妨害对公司、企业的管理秩序罪所侵犯的法益之间不存在和谐的被包容关系，尽管会计凭证、会计账簿、财务会计报告是公司、企业最常见的财务凭证，但其他单位如机关、事业单位、人民团体等也同样存在上述会计资料。因此，切不可只看到该条罪名放在“妨害对公司、企业的管理秩序罪”一节里就断然认定本罪的犯罪主体仅限于公司、企业，其实该罪的单位主体不仅包括通常意义上的公司、企业，其他单位，如机关、事业单位、人民团体等均可构成本罪。

所谓“隐匿”会计资料，是指当他人依法要求提供会计资料以备核查之时，行为人采取故意隐藏、转移等方式予以妨碍、阻止的行为。所谓“故意销毁”，是指行为人故意将依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告等资料予以毁灭、丢弃、损坏的行为，从实质解释的角度看，行为人故意将财会资料弃于人迹罕至之处或者虽未从物理形态上毁损财会资料但却使之永远丧失查阅功能的，也属于本款之“故意销毁”。此外，如果不是单纯地隐匿、损毁会计资料，而是对有效的会计凭证、会计账簿、财务会计报告进行涂改，增加或缩小其金额，改变财务收支用途的，不属于本罪的“隐匿、故意销毁”，而可能成立违规披露、不披露重要信息罪、逃税罪、职务侵占罪、骗取出口退税罪等。

3. 主观要件

本罪主观构成要件为故意，过失行为不构成本罪。行为人对隐匿、销毁的是依法应当保存的会计凭证、会计账簿和财务会计报告要有明知，由于工作上的疏忽或其他原因过失毁损会计资料的不构成本罪。由于“隐匿”行为一般出于故意，刑法条文为了简省之需就没有必要予以强调，而销毁行为却并不必然表现为故意，实践中存在过失销毁会计资料的行为，所以该款特意强调司法机关只能处罚故意销毁会计资料的行为。

值得注意的是，目的不影响本罪的成立，不论出于何种目的，只要故意实施本罪客观行为并且情节严重的，就构成犯罪，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金，单位犯本罪的，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，依照自然人犯罪的规定处罚。

^① 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室（以下简称全国人大法工委刑法室）编：《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》，274页，北京，北京大学出版社，2009。

【适用指南】

1. 本罪与违规披露、不披露重要信息罪的界限

这两罪有诸多相似因而易混淆之处，如犯罪对象都包括财务会计报告，都侵犯了单位的财务会计制度，一般都由单位财会人员实施犯罪，都是故意犯罪等，但两罪仍有可以区别之处：其一是保护法益和犯罪对象不尽相同，隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪的保护法益只有会计管理制度，而后者则不仅包括会计管理制度，而且还有股东或者他人利益。在犯罪对象上，前者包括依法应当保存的会计凭证、会计账簿和财务会计报告，而后者仅包括财务会计报告；其二，两罪的行为方式不同，这是主要区别，前罪表现为隐匿或者故意销毁会计资料两种方式，而后者则表现为向股东和社会公众提供虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告，或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定进行披露；其三，犯罪主体范围不同，隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪的犯罪主体为一般主体，即负有保存会计凭证、会计账簿、财务会计报告的任何单位和个人，且单位不限于公司企业，其他单位，如机关、事业单位、人民团体等均可构成本罪，而违规披露、不披露重要信息罪则是纯正的单位犯罪，仅包括公司、企业。

2. 本罪与逃税罪的界限

逃税罪的行为方式主要是虚假纳税申报或者不申报，虚假纳税申报主要有以下手段：（1）伪造、变造、隐匿和擅自销毁会计账簿、记账凭证；（2）在账簿上多列支出或者不列、少列收入。逃税罪在行为方式上与隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪存在相同或类似之处，因而容易发生混淆。隐匿、故意销毁会计账簿、记账凭证的行为如果情节严重，不仅符合逃税罪的行为特征，而且构成隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪，存在手段行为与目的行为之间的牵连关系，应按照牵连犯的原则进行处理。此外，隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪与逃税罪还有一些重要区别，如在行为方式、侵犯法益、犯罪主体等方面均不尽相同，据此可以明显区别两罪。此外，隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪还与妨害清算罪等罪存在易混淆之处，区分这些罪名，应牢牢把握隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪的本质特征。

3. 本罪的立案标准

根据最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第8条的规定，在隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会



计报告案件中，隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（1）隐匿、故意销毁的会计凭证、会计账簿、财务会计报告涉及金额在 50 万元以上的；（2）依法应当向司法机关、行政机关、有关主管部门等提供而隐匿、故意销毁或者拒不交出会计凭证、会计账簿、财务会计报告的；（3）其他情节严重的情形。

第二条 [国有公司、企业、事业单位人员失职罪，国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪]

将刑法第一百六十八条修改为：“国有公司、企业的工作人员，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。

“国有事业单位的工作人员有前款行为，致使国家利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。

“国有公司、企业、事业单位的工作人员，徇私舞弊，犯前两款罪的，依照第一款的规定从重处罚。”

【立法理由】

本条是对《刑法》第 168 条的修改。《刑法》第 168 条原条文为：“国有公司、企业直接负责的主管人员，徇私舞弊，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”原罪名为“徇私舞弊造成破产、亏损罪”，修改后的罪名为“国有公司、企业、事业单位人员失职罪，国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪”。

《刑法修正案》对第 168 条进行全面修改有其立法背景。根据有关立法资料，在 1997 年修改刑法时，考虑到国家机关工作人员玩忽职守、滥用职权给国家和人民利益造成重大损失的行为与企业领导人的类似行为毕竟性质不同，所以对国家机关工作人员的渎职犯罪在渎职罪一章中作了规定，同时，对国有公司、企业的工作人员严重不负责任，签订、履行合同被诈骗，徇私舞弊造成破产、亏损，徇私舞弊低价折股、出售国有资产等犯罪，在破坏社会主义经济秩序罪中作了规定。但有些人大代表、最高人民检察院和一些部门、地方反映，在刑法执行过程中，对国有公司、企业、事业单位的工作人员由于严重不负责任或者滥用职权，

致使国家利益遭受重大损失的行为，根据刑法现有规定难以追究刑事责任。针对这种情况，经征求中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院、公安部和相关部的意见^①，决定对1997年《刑法》第168条进行全面修订。

具体说来，《刑法》已经规定有徇私舞弊造成破产、亏损罪，但在刑法执行过程中，第168条的规定与司法实践的要求经常发生冲突，问题很多，主要体现在：

(1) 犯罪主体范围过窄，不能有效保护法益。《刑法》第168条的犯罪主体为“国有公司、企业直接负责的主管人员”，即仅限于领导人员，但司法实践中，一些国有公司、企业、事业单位工作人员在履行工作职责过程中由于严重不负责任或者滥用职权、徇私舞弊，给国家和人民利益造成重大损失，却无法追究其刑事责任。

(2) 犯罪构成要件规定的入罪门槛过高。《刑法》第168条将客观构成要件规定为“徇私舞弊，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失”，也就是说，只有当国有公司、企业直接负责的主管人员徇私舞弊，并且造成上述后果时才能定罪，这样的规定显然难以有效保护法益。实践中，原第168条的规定至少使以下几种严重侵害法益并且应当被追究刑事责任的行为人逍遥法外：1) 一些国有公司、企业的主管人员未徇私舞弊，但却严重不负责任或者滥用职权，致使国家利益遭受重大损失；2) 国有事业单位的工作人员徇私舞弊、严重不负责任或者滥用职权造成国家利益遭受重大损失的；3) 国有公司、企业的工作人员徇私舞弊、严重不负责任或者滥用职权造成国家利益遭受重大损失的。此外，《刑法》原第168条徇私舞弊造成破产、亏损罪的主观方面是故意，修改后的第168条中，国有公司、企业、事业单位人员失职罪的主观方面是过失，国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪的主观方面则是故意。最后，《刑法修正案》将原第168条中的“严重亏损”修改为“严重损失”，入罪标准也降低了。

(3) 处罚过轻。原第168条规定的刑罚是“三年以下有期徒刑或者拘役”，最高刑为三年有期徒刑，显然不利于有效打击犯罪保护法益。1999年《刑法修正案》将原第168条的“处三年以下有期徒刑或者拘役”修改为“三年以下有期徒刑或者拘役”和“三年以上七年以下有期徒刑”两个量刑档次，并且规定上述主体徇私舞弊犯前两款罪的，要依照第1款的规定从重处罚。

^① 参见全国人大法律委员会副主任委员顾昂然1999年10月25日在第九届全国人大常委会第十二次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（草案）〉的说明》。



【条文解释】

（一）国有公司、企业、事业单位人员失职罪

国有公司、企业、事业单位人员失职罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，由于严重不负责任，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为。

1. 保护法益

本罪的保护法益是国家对国有公司、企业、事业单位的资产管理制度和国家利益。在现今我国社会主义市场经济条件下，国有公司、企业、事业单位是国民经济和社会发展的中流砥柱，国家对国有公司、企业实行所有权与经营权的分离制度，公司、企业工作人员负有使国有资产保值、增值的义务，但一些国有公司、企业、事业单位的工作人员却反其道而行之，对经营管理严重不负责任，导致国有公司、企业严重亏损或者破产，国有财产大量流失，影响国民经济健康发展和社会稳定，因此对这种行为必须予以严惩。

2. 客观要件

本罪在客观方面表现为，国有公司、企业、事业单位的工作人员严重不负责任，造成国有公司、企业、事业单位破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为。

本罪的主体为国有公司、企业、事业单位的工作人员，为特殊主体，但主体范围较广，从1997年《刑法》的“国有公司、企业直接负责的主管人员”扩大到“国有公司、企业、事业单位的工作人员”，显然包括国有公司、企业、事业单位的所有责任人员。

在实行行为方面，所谓“严重不负责任”，主要是指两种情况：不履行职责和不正确、不认真履行职责，前者是指行为人在应当履行且能够履行的职责情况下却不履行；后者主要表现为行为人虽然履行了一定的职责，但却工作马虎、行事草率，或者违反职责规范，不正确、不依法履行。失职行为，具体包括以下情形：（1）国有公司、企业、事业单位的工作人员在工作中为谋取个人利益，对工作严重不负责任，不履行或者不正确履行职责和义务，草率行事。（2）在经济合同履行完毕之后，发现被诈骗，但仍不及时采取补救措施，不向有关机构报案或者不及时提起民事诉讼。（3）在仓储或者企业管理方面严重失职，造成重大损失，例如负责管理粮库的保管员，由于严重不负责任，致使库存粮食发霉、变质，给国家利益造成重大损失的等。由于国有公司、企业、事业单位人员失职罪的主观构成要件表现为过失，包括过于自信的过失和疏忽大意的过失，所以对

“严重不负责任”的认定主要从过失的罪过形态上入手进行把握。

在危害结果方面，所谓“破产”，按照《中华人民共和国企业破产法》，是指国有公司、企业由于无法偿还到期债务，法院依申请将破产财产对全体债权人按比例进行分配的一种特殊程序。但该罪中的“破产”并不必然等于宣告破产，即确定行为人严重不负责任的行为是否造成国有公司、企业破产，不需要先有通过民事法庭审理破产案件，或由有关组织参与债权、债务关系的清理，分配破产财产的法定程序。换言之，本罪的成立与否，取决于行为人是否使国有公司、企业、事业单位陷入无力清偿到期债务的状态，刑法上的判断是独立判断，不以民事程序是否启动或者有生效裁判为前提。还需要注意，破产是市场经济条件下竞争的必然产物，规定本罪并不意味着只要有国有公司、企业破产就要追究单位负责人的刑事责任，只有严重不负责任造成公司、企业破产的，才可能构成本罪，故必须将由于市场变化而使得公司、企业破产等非行为人过错等情况排除在外，否则，就会给破产制度的实施带来困难。所谓“严重损失”，是指因经营管理不善，使国有公司、企业、事业单位的支出大大超过收入，致使国有资产既不增值，也不保值而出现亏空损失巨大。严重损失既包括直接经济损失，也包括间接的或者其他方面的损失，如企业信誉、商品声誉等。值得注意的是，《刑法》第168条将原刑法条文中的“严重亏损”修改为“严重损失”，扩大了对犯罪的打击力度，更有利于保护国有资产，因此，即使单位经营总体上没有出现亏损，但国有公司、企业、事业单位工作人员的行为造成单位本应获得的利润大量减少的，也属于此处的“严重损失”，符合其他要件的仍应以本罪追究。“致使国家利益遭受重大损失”，是指亏损数额巨大，导致大量职工生活陷入困难，发生大范围的社会秩序动荡，给政府声誉造成严重影响或者使国家利益遭受其他不可挽回的损失等。

本罪是结果犯，行为人在履行职责过程中有严重不负责任，并且造成国有公司、企业破产或者严重损失的才构成犯罪，行为之危害性如果尚未达到致使国家利益遭受重大损失的严重程度则不构成此种犯罪。这就是罪与非罪的界限。

最后，对《刑法》第168条第3款应有准确理解。该款是关于国有公司、企业、事业单位人员，徇私舞弊，犯前两款罪的规定。“徇私舞弊”，是指行为人徇个人私情、个人私利的行为，尽管《刑法修正案》第2条是由1997年《刑法》第168条徇私舞弊造成破产、亏损罪演变而来的，但在《刑法修正案》第2条第3款中，“徇私舞弊”已经成为了从重处罚的法定情节，不再是犯罪构成要件。之所以要对国有公司、企业、事业单位人员徇私舞弊犯前两款罪的行为从重处罚，是由于此种行为主观恶性较大，对法益的侵害往往更为严重。



3. 主观要件

本罪在主观方面是过失，行为人已经预见到自己严重不负责任的行为会造成国有公司、企业、事业单位破产或者严重损失，但却轻信能够避免；或者应当预见到自己严重不负责任的行为会致使国家利益遭受重大损失，却因为疏忽大意而没有预见。

(二) 国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪

国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为。

1. 保护法益

本罪的保护法益是国家对国有公司、企业、事业单位的资产管理体制和国家利益。

2. 客观要件

本罪在客观方面表现为国有公司、企业、事业单位的工作人员滥用职权，造成国有公司、企业、事业单位破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为。

在实行行为方面，所谓“滥用职权”，一般是指行为人超越职权或者不按照程序、不正当地行使职权，在司法实践中，滥用职权一般包括以下情形：（1）擅自为他人提供担保，给本单位造成损失。（2）大肆请客送礼，四处游览，铺张浪费，挥霍公款，致使公司、企业破产或者严重亏损。（3）违反规定擅自动用公司、企业资金在国际外汇、期货市场上进行外汇、期货投机，造成公司、企业资金严重短缺、无法收回，给国家造成重大损失的等。

在危害结果方面，所谓“破产”，按照《企业破产法》，是指国有公司、企业由于无法偿还到期债务，法院依申请将破产财产对全体债权人按比例进行分配的一种特殊程序。但该罪中的“破产”并不必然等于宣告破产。在其他危害结果方面，上文对国有公司、企业、事业单位人员失职罪已有详细论述，此处不赘述。本罪是结果犯，行为人在履行职责过程中有滥用职权行为，并且造成国有公司、企业破产或者严重损失的才构成犯罪，行为之危害性如果尚未达到致使国家利益遭受重大损失的程度则不构成犯罪。这就是罪与非罪的界限。

3. 主观要件

本罪的主观方面是故意，即明知自己滥用职权的行为会造成国有公司、企业、事业单位破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失，而希望或者放任该结果的发生。

【适用指南】

1. 国有公司、企业、事业单位人员失职罪与签订、履行合同失职被骗罪的界限

两罪在构成要件上有一定的相似，如所侵害的法益、危害结果、主观方面等，但两罪在行为方式、犯罪主体方面存在差异。国有公司、企业、事业单位人员失职罪的行为方式表现为行为人严重不负责任，而签订、履行合同失职被骗罪的行为方式则仅限于因严重不负责任而被诈骗。此外，两罪的犯罪主体范围也不相同，前者为国有公司、企业、事业单位的所有工作人员，而后的主体则仅限于国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员。司法实践中，国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员在签订、履行合同过程中，合同的对方当事人并未实施欺骗行为，只是因单位主管人员自身严重不负责任，致使国家利益遭受重大损失的，不符合签订、履行合同失职被骗罪中因严重不负责任而被诈骗的构成要件，只能以国有公司、企业、事业单位人员失职罪论处。

2. 对《刑法》第168条“致使国家利益遭受重大损失”的认定

本罪是结果犯，如何认定本罪之“致使国家利益遭受重大损失”？依据2010年5月7日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第15条，国有公司、企业、事业单位的工作人员，严重不负责任，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（1）造成国家直接经济损失数额在50万元以上的；（2）造成有关单位破产，停业、停产一年以上，或者被吊销许可证和营业执照、责令关闭、撤销、解散的；（3）其他致使国家利益遭受重大损失的情形。^① 据此，行为人严重不负责任的行为只有达到上述严重后果，才能成立国有公司、企业、事业单位人员失职罪。同样，依据该规定第16条，国有公司、企业、事业单位的工作人员，滥用职权，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（1）造成国家直接经济损失数额在30万元以上的；（2）造成有关单位破产，停业、停产6个月以上，或者被吊销许可证和营业执照、责令关闭、撤销、解散的；（3）其他致使国家利益遭受重大损失的情形。

第三条 [擅自设立金融机构罪，伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪]

将刑法第一百七十四条修改为：“未经国家有关主管部门批准，

^① 参见2010年5月7日最高人民检察院、公安部联合发布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》。



擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。

“伪造、变造、转让商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的经营许可证或者批准文件的，依照前款的规定处罚。

“单位犯前两款罪的，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，依照第一款的规定处罚。”

【立法理由】

商业银行等金融机构是社会主义市场经济的重要成员，金融秩序的稳定对于国民经济的持续健康发展至关重要。擅自设立金融机构等破坏金融秩序犯罪不仅严重干扰了国家对金融机构和金融市场的监管，而且可能增加金融风险，造成社会主义市场经济秩序的混乱，因此，全国人大常委会在1995年6月30日通过了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》，其第6条规定：“未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行或者其他金融机构的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。伪造、变造、转让商业银行或者其他金融机构经营许可证的，依照前款的规定处罚。单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”该条明确禁止擅自设立金融机构和伪造、变造、转让金融机构经营许可证的行为，这起到了打击危害金融秩序犯罪，维护金融秩序稳定的作用，1997年修改《刑法》时，继续保留了这一条款。随着《商业银行法》、《银行业监督管理法》、《保险法》、《证券法》等金融监管法律法规的公布以及修改完善，金融市场秩序变得有法可依，“其他金融机构”的范围变得越来越宽并且越来越明晰，设立商业银行、证券交易所、保险公司、证券公司、期货经纪公司等金融机构不仅需要符合《公司法》的一般要求，而且还要符合相关金融法律法规的要求，要由相关金融监管机构批准，有鉴于此，1999年《刑法修正案》又增加了擅自设立证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构，以及伪造、变造、转让商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构批准文件的规定。

【条文解释】

（一）擅自设立金融机构罪

擅自设立金融机构罪，是指未经国家有关主管部门批准，擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的行为。

1. 保护法益

本罪的保护法益是国家对商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司和其他金融机构的审批管理制度。按照我国相关金融监管法律法规，设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司和其他金融机构必须由中国人民银行、中国证券监督管理委员会（以下简称证监会）、中国银行业监督管理委员会（以下简称银监会）、中国保险监督管理委员会（以下简称保监会）等主管机关审查批准，这体现了国家金融监管体系和社会主义市场经济体制的发展完善，尤其是在当今经济和金融全球化的时代，国家加强对金融机构和金融秩序的监管显得尤为重要，擅自设立商业银行等金融机构破坏了国家金融监管秩序，必须纳入刑法调整的范围。

2. 客观要件

本罪在客观方面表现为行为人实施了非法设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司和其他金融机构的行为。本罪主体为一般主体，包括自然人和法人。

按照《商业银行法》的规定，“商业银行”是指由中国人民银行批准、以银行名义对外吸收公众存款、发放贷款、办理结算以及开展其他金融业务、具有法人资格并以实现利润为其经营目的的金融机构。本罪对象除商业银行以外，还包括其他依法参与金融活动、开展金融业务，具备法人资格的组织，如证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司等，值得注意的是，对上述金融机构的认定，应从实质解释的角度，按照《商业银行法》、《银行业监督管理法》、《保险法》、《证券法》、《信托法》、《金融机构管理规定》等金融监管法律法规进行认定，尤其是要以银监会、证监会、保监会等金融监管机构的有关规定为标准。此外，从我国目前的金融构成体系来看，“其他金融机构”主要是指信托投资公司、融资租赁公司、城市信用合作社、农村信用合作社、企业财务公司等。

“擅自设立”，是指违反金融管理法规，未经中国人民银行批准或者申请未被批准，非法自行设立商业银行或者其他金融机构的情形。根据《银行业监督管理



法》、《商业银行法》和《保险法》等有关金融法律法规的规定，商业银行和其他金融机构应分别依法接受银监会、证监会、保监会的监督管理，商业银行和其他金融机构的设立都必须依法经过上述监管机构的审查和批准，任何单位和个人凡是擅自设立商业银行和其他金融机构的，就属于《刑法》第 174 条第 1 款中的“擅自设立”。地方政府和部门越权批准设立金融机构；伪造公文、证据、印章后设立金融机构；利用他人转让的金融机构经营许可证设立金融机构的，都属于擅自设立行为。擅自设立的金融机构包括商业银行和其他金融机构。合法设立的商业银行、期货经纪公司或者其他金融机构为了扩展业务，不向主管机关申报而擅自扩建营业网点，增设分支机构，或者虽向主管机关申报，在主管机关未批准前擅自设立分支机构进行营业活动的，行为也具有非法性，但是，其与未取得金融业务经营资格的单位或者个人违反法律、法规的规定擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或其他金融机构的行为有一定区别，原则上不宜以本罪处理。擅自设立金融机构后，是否开展商业银行或者其他金融机构相应的金融业务，对成立本罪没有影响。

本罪的成立不以“情节严重”为构成要件，“情节严重”只是本罪的加重处罚要件。因为只要行为人未经国家有关监管机构批准就擅自设立金融机构，就必然严重地侵害了法益并具有严重的社会危害性，应予入罪。但是对于那些虽有擅自设立金融机构行为，但情节显著轻微危害不大的，按照《刑法》第 13 条和《刑事诉讼法》第 15 条的规定，应当免于追究刑事责任。根据有关司法解释，未经国家有关主管部门批准，擅自设立金融机构，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（1）擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货公司、保险公司或者其他金融机构的；（2）擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货公司、保险公司或者其他金融机构筹备组织的。^① 司法实践中要判断情节严重与否，主要从擅自设立金融机构的规模、次数、危害后果、手段等方面进行分析认定，一般认为，下列几种情况属于《刑法》第 174 条第 1 款中的“情节严重”：伪造了重要文件使得金融机构被擅自设立；擅自设立金融机构规模巨大，造成的影响恶劣；多次擅自设立金融机构；因擅自设立金融机构，导致对当地的金融秩序造成重大冲击；其他因其擅自设立金融机构行为给国家、社会和他人利益造成重大损失。^②

擅自设立金融机构后非法吸收公众存款的，如果非法吸收公众存款行为与擅

^① 参见 2010 年 5 月 7 日最高人民法院、公安部联合发布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第 24 条。

^② 参见王作富主编：《刑法分则实务研究（上）》，3 版，475 页，北京，中国方正出版社，2008。

自设立金融机构行为之间有牵连关系的，应以擅自设立金融机构罪和非法吸收公众存款罪从一重罪处断。

3. 主观要件

本罪在主观方面是故意，还要求行为人有违法性认识，即明知设立金融机构应当经过国家主管机关的批准，擅自设立金融机关的行为违反金融管理法规并会发生扰乱金融秩序的危害后果，并且希望或者放任这种结果的发生。

(二) 伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪

伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪，是指行为人伪造、变造、转让商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司和其他金融机构经营许可证或者批准文件的行为。

1. 保护法益

本罪的保护法益是国家对商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司和其他金融机构的管理秩序。在我国，金融机构的设立和其他重大事项的变更须经特许批准，金融机构的经营许可证、批准文件只能由中国人民银行统一印制，并由相应的机构颁发，不得擅自制造、变造或者加以买卖，否则就会严重侵害国家的金融监管秩序。

2. 客观要件

本罪在客观方面表现为伪造、变造、转让商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司和其他金融机构经营许可证或者批准文件的行为。

本罪的行为对象是金融机构经营许可证、批准文件。金融机构经营许可证，是指中国人民银行审查批准商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或其他金融机构经营金融业务及其经营范围的证明文件。“批准文件”，是指中国人民银行允许商业银行或其他金融机构经营金融业务，确定其经营范围的相关文件。“伪造”，是指无中生有，制作假的经营金融业务许可证的行为。“变造”，是指对现存的金融业务许可证进行加工、改造，赋予其新内容的行为。“转让”，是指合法、特定的金融机构经营许可证持有者非法让渡该经营许可证的行为（真正身份犯）。转让是有偿的出卖、出租还是无偿的出借、赠与，都在所不问，简言之，“转让”包括有偿和无偿的出租、出借、出卖等行为。

3. 主观方面

本罪在主观方面是故意，行为人对伪造、变造、转让的是金融机构经营许可证、批准文件有认识，并且希望或者放任危害金融秩序的后果发生。行为人对伪造、变造、转让行为为法律所禁止有认识。



【适用指南】

1. 犯罪既遂的认定

擅自设立金融机构罪的客观行为是作为，行为人事实上已经设立了金融机构。如果行为人仅仅是预谋设立金融机构，但从未付诸实施，不构成犯罪。由于擅自设立金融机构罪侵犯的法益为国家的金融监督管理和审批制度，所以一般而言，不管行为人是否已然开展“业务”，只要擅自设立了金融机构，就破坏了国家对设立金融机构的审批制度，破坏了国家正常的金融秩序，也就构成擅自设立金融机构罪。也正因此，行为人擅自设立的金融机构“开业”即为本罪既遂，至于其是否接收储蓄存款、是否实际开展其他金融业务、是否获取非法利益，不影响犯罪既遂的成立。

2. 伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪与伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪之间的关系

《刑法》第174条规定了本罪，又在“妨害社会管理秩序罪”一章规定了伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，两罪之间存在法条竞合关系。由于金融机构经营许可证、批准文件须由中国人民银行、保监会、银监会、证监会批准颁发，故金融机构经营许可证、批准文件属于“国家机关公文、证件”，伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件的行为包含在伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪的犯罪构成之中。

3. 牵连关系

利用伪造、变造、转让的金融机构经营许可证、批准文件擅自设立金融机构的，原则上以结果行为即擅自设立金融机构罪定罪处罚。行为人伪造或者变造金融机构经营许可证、批准文件后，凭借伪造或者变造的经营许可证、批准文件又擅自设立金融机构的，前后两行为之间存在牵连关系，但由于伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪与擅自设立金融机构罪的法定刑相同，故应以结果行为定罪。

4. 非金融机构非法从事金融活动案件的处理

1998年7月13日，国务院发布了《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》。1998年8月11日，国务院办公厅转发了中国人民银行整顿乱集资、乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案，对整顿金融“三乱”工作的政策措施等问题作出了规定。各地根据整顿金融“三乱”工作实施方案的规定，对于未经中国人民银行批准，但是根据地方政府或有关部门文件设立并从事或变相从事金融业务的各类基金会、互助会、储金会等机构和组织，由各地人民政府和各有关部门

限期进行清理整顿。超过实施方案规定期限继续从事非法金融业务活动的，依法予以取缔；情节严重、构成犯罪的，依法追究刑事责任。因此，上述非法从事金融活动的机构和组织只要在实施方案规定期限之前停止非法金融业务活动的，对有关单位和责任人员，不应以擅自设立金融机构罪处理；对其以前从事的非法金融活动，一般也不作犯罪处理；这些机构和组织的人员利用职务实施的个人犯罪，如贪污罪、职务侵占罪、挪用公款罪、挪用资金罪等，应当根据具体案情分别依法定罪处罚。

第四条 [内幕交易、泄露内幕信息罪]

将刑法第一百八十条修改为：“证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。

“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，处五年以下有期徒刑或者拘役。

“内幕信息、知情人员的范围，依照法律、行政法规的规定确定。”

【立法理由】

本条是对《刑法》第180条的修改，原条文是：“证券交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者泄露该信息，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。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，处五年以下有期徒刑或者拘役。内幕信息的范围，依照法律、行政法规的规定确定。知情人员的范围，依照法律、行政法规的规定确定。”



本次修改有两处：（1）增加期货交易内幕信息。具体而言，在行为主体上增加“期货交易内幕信息的知情人”和“非法获取期货交易内幕信息的人员”；在行为方式上增加在涉及期货交易或者其他对期货价格有重大影响的信息尚未公开前，从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息。（2）将第3款、4款合并为一款，即将“内幕信息的范围，依照法律、行政法规的规定确定。知情人员的范围，依照法律、行政法规的规定确定”合并为“内幕信息、知情人员的范围，依照法律、行政法规的规定确定”。这主要是出于条文用语简洁性的考虑。

将期货交易纳入本条调整范围，主要是考虑到随着期货市场的不断发展，期货交易方面的犯罪越来越多，必须予以严厉打击。1997年修订刑法时就有人提出应增加惩治期货犯罪的规定，但是考虑到当时我国期货交易市场尚处在探索阶段，国家的相关政策尚不明确，也未制定有关期货交易管理的行政法规，期货犯罪难以准确界定。1999年5月25日国务院通过了《期货交易管理暂行条例》，该条例比较明确地规定了期货交易规则，并对期货交易中的违法行为明确规定了行政处罚和行政处分。为了对扰乱期货交易秩序、情节恶劣的行为予以严厉打击，保障期货交易健康发展，国务院于1999年6月22日向第九届全国人大常委会第十次会议提出《关于惩治期货犯罪的决定（草案）》。经全国人大常委会审议，考虑到在犯罪构成和对社会的危害方面，期货犯罪与证券犯罪基本一致，因此，《刑法修正案》中增加了期货犯罪的规定。

【条文解释】

内幕交易、泄露内幕信息罪，是指证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，情节严重的行为。

1. 保护法益

本罪的保护法益是证券、期货市场的客观性、公正性。内幕交易、泄露内幕信息是一种不公平的交易行为，违背证券发行、期货交易的公开、公平、公正原则，严重违反《证券法》和《期货交易管理暂行条例》的相关规定，侵犯投资者的利益，同时会导致公司股东与管理层之间的不信任，破坏证券发行者、期货公司的信誉，危害其正常的经济发展，严重影响证券发行、期货交易秩序，进而危及整个金融市场秩序。

2. 客观要件

本罪在客观方面表现为从事证券、期货的内幕交易或者泄露内幕信息的行为。

内幕交易，是指在涉及证券的发行、证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息公开之前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易。

泄露内幕信息，是指在涉及证券的发行、证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息公开之前，故意泄露该信息。知悉内幕信息，但并未泄露也未利用该信息从事证券、期货交易活动的，不成立本罪。

内幕信息，是指为知情人员所知悉的、尚未公开的和可能影响证券、期货交易市场价格的重大信息，具体包括：（1）证券发行人、期货交易人订立的，可能对公司的资产、负债、权益和经营成果中的一项或者多项产生显著影响的重要合同；（2）证券发行人、期货交易人的经营策略、经营范围发生重大变化；（3）证券发行人、期货交易人发生重大的投资行为或者购置金额较大的长期资产的行为；（4）证券发行人、期货交易人发生重大债务；（5）证券发行人、期货交易人未能归还到期重大债务的违约情况；（6）证券发行人、期货交易人发生重大经营性或者非经营性亏损；（7）证券发行人、期货交易人资产遭受重大损失；（8）证券发行人、期货交易人的生产经营环境发生重大变化；（9）可能对证券、期货市场价格有显著影响的国家政策变化；（10）证券发行人、期货交易人的董事长、1/3 以上的董事或者总经理发生变动；（11）持有发行人 5% 以上的发行在外的普通股的股东，其持有该种股票的增减变化每达到该种股票发行在外总额的 2% 以上的事实；（12）证券发行人的分红派息、增资扩股计划；（13）涉及证券发行人、期货交易人的重大诉讼事项；（14）证券发行人、期货交易人进入破产、清算状态；（15）证券发行人、期货交易人章程、注册资本和注册地址的变更；（16）因证券发行人、期货交易人无支付能力而发生相当于被退票人流动资金的 5% 以上的大额银行退票；（17）证券发行人、期货交易人更换为其审计的会计师事务所；（18）证券发行人、期货交易人债务担保的重大变更；（19）股票的二次发行；（20）证券发行人、期货交易人营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的 30%；（21）证券发行人期货交易人的董事、监事或者高级管理人员的行为可能依法负有重大损害赔偿责任；（22）证券发行人的股东大会、董事会或者监事会的决定被依法撤销；（23）证券监管部门作出禁止证券发行人有控股权的大股东转让其股份的决定；（24）证券发行人、期货交易人的收购或者兼并；（25）证券发行人、期货交易人的合并或者分立以及其他重大信息。内幕信息不包括运用公开的信息和资料对证券市场作出的预测和分析。



本罪的行为主体是证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员。(1) 知情人员的范围, 依照法律、行政法规的规定确定, 具体而言是指由于持有发行人的证券, 或者在相关公司中担任董事、监事、高级管理人员, 或者由于其会员地位、管理地位、监管地位或者职业地位, 或者作为雇员、专业顾问履行职务, 能够接触或者获得内幕信息的人员。这类主体可谓特殊主体。(2) 非法获取证券、期货交易内幕信息的人员, 是指内幕信息的知情人员以外的, 不是基于职务或者业务, 而是通过偷听、监听、私下交易等非法手段获取证券、期货交易内幕信息的人员。此外, 单位也可以成为本罪主体。

3. 主观要件

本罪在主观方面是故意, 对利用、泄露的信息是内幕信息有所认识。将内幕信息误认为是已公开信息加以传播、泄露, 或利用其从事证券、期货交易的, 不具有本罪故意。

【适用指南】

根据 2010 年 5 月 7 日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第 35 条规定, 证券、期货交易内幕信息的知情人员、单位或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员、单位, 在涉及证券的发行, 证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前, 买入或者卖出该证券, 或者从事与该内幕信息有关的期货交易, 或者泄露该信息, 或者明示、暗示他人从事上述交易活动, 涉嫌下列情形之一的, 应予立案追诉: (1) 证券交易成交额累计在 50 万元以上的; (2) 期货交易占用保证金数额累计在 30 万元以上的; (3) 获利或者避免损失数额累计在 15 万元以上的; (4) 多次进行内幕交易、泄露内幕信息的; (5) 其他情节严重的情形。

第五条 [编造并传播证券、期货交易虚假信息罪, 诱骗投资者买卖证券、期货合约罪]

将刑法第一百八十一条修改为: “编造并且传播影响证券、期货交易的虚假信息, 扰乱证券、期货市场, 造成严重后果的, 处五年以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处一万元以上十万元以下罚金。”

“证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司的从业人员，证券业协会、期货业协会或者证券期货监督管理部门的工作人员，故意提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券、期货合约，造成严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金；情节特别恶劣的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金。

“单位犯前两款罪的，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，处五年以下有期徒刑或者拘役。”

【立法理由】

本条是对《刑法》第181条的修改，原条文是：“编造并且传播影响证券交易的虚假信息，扰乱证券交易市场，造成严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金。证券交易所、证券公司的从业人员，证券业协会或者证券管理部门的工作人员，故意提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券，造成严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金；情节特别恶劣的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金。单位犯前两款罪的，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，处五年以下有期徒刑或者拘役。”

本次修改主要是增加期货交易的内容。具体而言，在第1款中增加了“编造并且传播影响期货交易的虚假信息，扰乱期货市场”的规定，在第2款中增加了“期货交易所、期货经纪公司的从业人员，期货业协会或者期货监督管理部门的工作人员，故意提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖期货合约”的规定。

将期货交易纳入本条调整范围，主要是考虑到期货犯罪越来越多，必须予以严厉打击。1999年5月25日国务院通过了《期货交易管理暂行条例》，该条例比较明确地规定了期货交易规则，并对期货交易中的违法行为明确规定了行政处罚和行政处分。考虑到在犯罪构成和对社会的危害方面，期货犯罪与证券犯罪基本一致，为了防止和打击期货市场出现类似证券犯罪的情况，1999年12月全国人大常委会在通过的《刑法修正案》在《刑法》第181条中增加了期货犯罪的规定。



【条文解释】

（一）编造并传播证券、期货交易虚假信息罪

编造并传播证券、期货交易虚假信息罪，是指故意编造并且传播影响证券、期货交易的虚假信息，扰乱证券、期货交易市场秩序，造成严重后果的行为。

1. 保护法益

本罪的保护法益是证券、期货交易市场秩序。

2. 客观要件

本罪在客观方面表现为编造并且传播影响证券、期货交易的虚假信息，扰乱证券、期货交易市场秩序的行为。

“编造”，是指捏造虚假信息，既包括虚构本不存在的信息，也包括篡改、加工、隐瞒真实的信息。“传播”，是指使用各种方式使虚假信息处于不特定人或者多数人知悉或可能知悉的状态。编造行为与传播行为必须同时具备才能构成本罪。如果只有编造行为而没有传播行为，或者只有传播行为而没有编造行为，不构成本罪。

应注意的是，证券、期货交易的专业分析人士利用已公开的事实、数据、资料以及证券、期货交易原理对交易市场走势进行分析和预测，没有捏造事实，即使其分析和预测对投资者造成误导，客观上导致证券、期货交易价格波动的，不构成本罪。

“影响证券、期货交易的虚假信息”，主要指可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的虚假信息，例如涉及公司分配股利或者增资的计划；公司债务担保的重大变更；公司发生重大亏损或者遭受重大损失；公司减资、合并、分立、解散等虚假信息。影响期货交易的虚假信息，主要指可能对期货合约的交易产生较大影响的虚假信息，例如金融银根政策、有关会议内容、市场整顿措施、新品种上市、税率调整、大户入市、保证金比例的提高、交易头寸变化、仓量调整、新法规新措施出台等。

本罪是实害犯，要求扰乱证券、期货交易市场，造成严重后果。这是指编造并且传播虚假信息引起证券、期货交易秩序混乱，例如导致股价狂泻或者飙升，引起股票的狂抛或者抢购，使大众投资者利益受到严重损失等。

3. 主观要件

本罪主观上是故意，但是不要求具有牟利目的。

（二）诱骗投资者买卖证券、期货合约罪

诱骗投资者买卖证券、期货合约罪，是指证券交易所、期货交易所、证券公

司、期货经纪公司的从业人员，证券业协会、期货业协会或者证券期货监督管理部门的工作人员，故意提供虚假信息，或者伪造、变造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券、期货合约，造成严重后果的行为。

1. 保护法益

本罪的保护法益是证券、期货市场交易秩序。

2. 客观要件

本罪在客观方面表现为提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券、期货合约的行为。

提供虚假信息，是指为了诱骗投资者买卖证券、期货合约而故意向其提供与事实不符的重要信息，例如证券经营机构为非法获取手续费而提供虚假信息，诱导投资者进行损害其自身利益的证券买卖；发行人或者代理人在出售证券时向其提供虚假的招股说明书；证券经营机构向客户作出在法律上无效的保证客户交易利益或赔偿客户投资损失的承诺。应注意的是，由于提供虚假信息行为和编造并传播证券、期货交易虚假信息罪之间有法条竞合关系，所以证券从业人员编造虚假信息并提供给客户，诱导其从事证券交易，扰乱证券交易秩序的，都应以诱骗投资者买卖证券罪定罪处罚。

伪造交易记录，是指按照证券、期货交易记录的数据、样式，制作假的交易记录单据，或向电脑系统输入虚假的交易数据，隐瞒真相，使客户违背其真实意愿买卖证券。变造交易记录，是指对真实的证券、期货交易记录进行不法变更，或者在电脑系统上删改证券交易数据，改变证券交易记录内容的行为，如改变客户委托的时间、价格、数量，改变成交时间、价格、数量的。销毁交易记录，是指将证券、期货交易的数据及相关文书毁灭的行为，如将电脑系统记录的交易数据删除，将打印交易记录单据毁灭等。

需要研究的问题是，本条规定“诱骗投资者买卖证券、期货合约”，这是一种实行行为还是仅指一种意图？有观点认为，“诱骗”只是一种意图，不要求实施，也即本罪的实现行为只有“提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录”。然而，成立本罪要求造成严重后果，如果只有“提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录”而没有实施“诱骗”，难以造成严重后果，所以“诱骗”应是指一种行为。这表明本罪的实行行为是一个复合行为，既包括提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录，又包括诱骗投资者买卖证券、期货合约。

本罪的主体为特殊主体，既可以是证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司的从业人员，证券业协会、期货业协会或者证券、期货管理部门的工作人员，也可以是证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司以及证券、期货管理部门等单位。



3. 主观要件

本罪在主观方面是故意。

【适用指南】

根据最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第37条的规定，编造并且传播影响证券、期货交易的虚假信息，扰乱证券、期货交易市场，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（1）获利或者避免损失数额累计在5万元以上的；（2）造成投资者直接经济损失数额在5万元以上的；（3）致使交易价格和交易量异常波动的；（4）虽未达到上述数额标准，但多次编造并且传播影响证券、期货交易的虚假信息的；（5）其他造成严重后果的情形。

根据最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第38条的规定，证券交易所、期货交易所、证券公司、期货公司的从业人员，证券业协会、期货业协会或者证券期货监督管理部门的工作人员，故意提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券、期货合约，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（1）获利或者避免损失数额累计在5万元以上的；（2）造成投资者直接经济损失数额在5万元以上的；（3）致使交易价格和交易量异常波动的；（4）其他造成严重后果的情形。

第六条 [操纵证券、期货市场罪]

将刑法第一百八十二条修改为：“有下列情形之一，操纵证券、期货交易价格，获取不正当利益或者转嫁风险，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金：

（一）单独或者合谋，集中资金优势、持股或者持仓优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券、期货交易价格的；

（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券、期货交易，或者相互买卖并不持有的证券，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的；

（三）以自己为交易对象，进行不转移证券所有权的自买自卖，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量的；

(四) 以其他方法操纵证券、期货交易价格的。

“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，处五年以下有期徒刑或者拘役。”

【立法理由】

本条是对《刑法》第182条的修改。原条文是：“有下列情形之一的，操纵证券交易价格，获取不正当利益或者转嫁风险，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金：（一）单独或者合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格的；（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易或者相互买卖并不持有的证券，影响证券交易价格或者证券交易量的；（三）以自己为交易对象，进行不转移证券所有权的自买自卖，影响证券交易价格或者证券交易量的；（四）以其他方法操纵证券交易价格的。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，处五年以下有期徒刑或者拘役。”

本次修改主要是增加了操纵期货交易的内容。具体而言，在行为方式上增加四种情形：（1）单独或者合谋，集中持仓优势操纵期货交易价格的；（2）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行期货交易，影响期货交易价格或者期货交易量的；（3）以自己为交易对象，自买自卖期货合约，影响期货交易价格或者期货交易量的；（4）以其他方法操纵期货交易价格的。

1997年修改《刑法》时，由于期货市场尚在清理、整顿过程中，相关规章制度还不健全，对期货业存在的违规违法现象界限不太清楚，所以《刑法》第182条未将操纵期货交易价格的行为规定为犯罪。但是随着期货交易市场的发展，1999年国务院颁布了《期货交易管理暂行条例》，健全了期货交易的规章制度。这为判断操纵期货行为提供了判断依据，也为用刑罚来惩治期货犯罪提供了基础。为此，《刑法修正案》将操纵期货交易价格、情节严重的行为规定为犯罪。

【条文解释】

操纵证券、期货市场罪，是指违反证券、期货交易管理法规，以法律明令禁止的方式操纵证券、期货市场，获取不正当利益或者转嫁风险，情节严重的行为。



1. 保护法益

本罪的保护法益是证券、期货市场交易秩序。

2. 客观要件

本罪在客观方面表现为单独或者合谋，集中资金优势、持股或者持仓优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券、期货交易价格的行为。

所谓“单独或者合谋”，是指操纵证券、期货交易价格的行为人既可以是买方也可以是卖方，甚至既是买方又是卖方，可以是一个人所为也可以是多人联合所为。“集中资金优势、持股或者持仓优势或者利用信息优势”，是指证券、期货的投资大户、会员单位等利用手中持有的大量资金、股票、期货合约或者了解某些内幕信息等优势，进行证券、期货交易。“联合买卖”，是指行为人在一段时间内共同对某种股票或者期货合约进行买进或者卖出的行为。“连续买卖”，是指行为人在短时间内对同一股票或者期货合约反复进行买进又卖出的行为。

“与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券、期货交易，或者相互买卖并不持有的证券，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”，俗称“对敲”，主要表现为行为人与他人通谋，在事先以约定的时间、价格在自己卖出或者买入股票或者期货合约时，另一约定人同时实施买入或者卖出股票或者期货合约，或者相互买卖证券或者期货合约，通过几家联手反复实施买卖行为，目的在于虚假造势，从而获取暴利或者转嫁风险。这种行为会使其他投资者对证券、期货市场产生极大误解，导致错误判断，对证券、期货市场具有很大的破坏性。

“以自己为交易对象，进行不转移证券所有权的自买自卖”，是指将预先配好的委托分别下达给两个证券公司，经由一个证券公司买进，另一个证券公司卖出，实际上是自买自卖，所有权不发生转移。

“以自己为交易对象，自买自卖期货合约”，主要包括两种情形：一是自我买卖，即会员单位或者客户在期货交易中既做卖方又做买方，形式上买进卖出，实际上期货合约的所有人并没有发生变化；二是不同行为人之间进行的交易，他们事先合谋，相互买卖期货合约，但事后买进的一方返还给另一方。这种不转移合约所有权的虚假交易行为，显然会影响期货行情，制造出虚假价格。

此外，由于操纵证券、期货市场的手法会层出不穷，法律难以一一列全，所以采取“以其他方法操纵证券、期货交易价格的”这种兜底式概括性规定，可以应对复杂的实际情况。

3. 主观要件

本罪在主观方面是故意。至于行为人是否具有获取不正当利益或转嫁损失的目的，在所不问。