

刑事司法前沿问题
疑难解析书系

总主编 ● 何 帆

刑法修正案中的

经济犯罪疑难解析

刑法修正案的条文应如何援引？

国家参股、控股的公司是否属于刑法中的“国有公司”？

医生开处方收受回扣是否属于“利用职务之便”？

公司企业通过隐匿财产恶意避债是否构成虚假破产罪？

如何确定掏空上市公司罪的犯罪主体？

如何区分贷款诈骗罪与骗用贷款罪？

“盗窃信用卡并使用”的行为应如何定罪？

如何认定“以其他方法操纵证券、期货市场”的行为？

何 帆 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

刑事司法前沿问题
疑难解析书系

总主编 何帆

刑法修正案中的 经济犯罪疑难解析

何帆 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



图书在版编目 (CIP) 数据

刑法修正案中的经济犯罪疑难解析/何帆著. —北京:
中国法制出版社, 2006. 11

(刑事司法前沿问题疑难解析书系)

ISBN 7 - 80226 - 632 - 7

I. 刑... II. 何... III. 经济犯罪 - 刑法 - 研究 -
中国 IV. D924. 334

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 133638 号

刑法修正案中的经济犯罪疑难解析

XINGFAXIUZHENGAN ZHONG DE JINGJIFANZUI YINANJIEXI

编著/何帆

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/13.625 字数/260 千

版次/2006 年 12 月第 1 版

2006 年 12 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80226 - 632 - 7

定价: 26.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010493

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

● **何帆**，1978年生，湖北襄樊人，中国人民大学刑法学博士，
现任职于最高人民法院刑事审判庭。

在《法学家》、《刑事法评论》发表文章多篇，参著《控制洗钱及相关犯罪法律问题研究》（人民法院出版社2003年版）、《国际法院新近案例研究：1990-2003》（商务印书馆2006年版）。



总 序

刑事法学生命力的体现，除了学派之争与学术之盛，还在于对司法实践的无限接近。脱离实际的抽象理论构建，注定是虚幻的空中楼阁。毕竟，法学从其诞生之日起，就不仅仅是载满人权、正义、公平等价值符号的宏大叙事，它更应关注现实中的繁琐细节，通过对细节的条分缕析，才能发现问题，探究方法，并最终回到“解决问题”这一本位价值上来。

本书系即是一组以“解决问题”为宗旨的丛书，纳入书系选题的，主要是刑事司法中的前沿问题。所谓“前沿”，是指在当前刑事司法实务中疑点难点较多，新类型问题不断涌现的领域，如刑法修正案中的经济犯罪、单位犯罪、“刑民交叉”案件的审理、附带民事诉讼、经济犯罪中罪数形态的认定、刑事诉讼证据规则的适用，等等。大家可以发现，书系的选题是开放式的，可以是刑法分则与总则问题的结合，也可以涉及到刑法学、刑事诉讼法学乃至刑事证据法学等各个层面。

之所以作上述考虑，是因为我们强烈地感觉到，学术从来不是一个封闭的体系，贴近现实的学术更应该务实、开放、多元。选题如此，探讨问题的方法也应如此。本书系的内容虽然围绕刑事司法中的前沿问题展开，但讨论的视角完全不受学科藩篱约束，也就是说，不必拘泥于某一部门法的本位，也不必固步自封于某一学科，而是根据问题找思路，顺着思路求答案，哪怕这一思路跨越了实体法与程序法、国际法与国内法，甚至是刑事法与民事

法，只要对解决实际问题有所帮助，均不受窠臼所限。事实上，每一个嵌于司法现实中的问题，学科界限都并非泾渭分明。比如刑民交叉案件的审理领域，既包含了“先刑后民”与“先民后刑”的选择，也包括刑事责任、民事责任的分割与合并，在存单纠纷、票据纠纷、商业秘密纠纷、证券侵权纠纷、交通肇事等各类案件中，刑民交叉的形式也有不同呈现。可以想象，单一采用刑法视角或民法视角进行分析，都难以实现解决问题的目标。

书系以“疑难解析”为主题，而不是“对策汇集”。这就意味着作者不能仅仅就事论事的挑毛病、给对策，而是针对实务中的前沿问题，在现有法律框架内寻找思路、给出答案。之所以强调在“现有法律框架内”，是为了令答案更趋务实、更高效率，也更具操作性，能够真正帮助律师、警察、检察官、法官等实务工作者解决实际问题。

不超越现行法律进行批判与前瞻，缘于“法律不是嘲笑的对象”，只有通过合情合理的解释方法，实现与立法原意的对接，才是解决问题的有效途径。当然，不作批判，并不意味着搁置问题，更不意味着现有的法律体系就是完美的。恰恰相反，在现有法律框架内寻求答案，也是一个暴露法律自身矛盾、缺漏与不足的过程，本身就为理论研究者提供了引玉之砖。

近些年，我国的刑事实体法研究日益接受大陆法系国家的制度与理论，刑事程序法研究却愈加向英美法系国家的制度与理论靠拢。这种发展趋势，固然有学科本身发展的因素，但理论一旦与现实发展相契合，将产生什么样的效果，却颇值得我们深思。在未来一段时间内，无论是引进大陆法系的犯罪构成要件理论，还是套用英美法系的刑事诉讼程序，如果脱离“中国的问题”，忽略实体与程序的衔接，都会使有益的借鉴沦落为机械的移植。因此，本书系的立足点，在于紧贴司法实务，解释本土问题，不做

深入的理论阐述，也不做过多的比较。在体例上，对前沿领域主要理论争议、热点问题的综述，一般在开篇绪论内集中梳理，正文则以问答形式，着力于实务问题的解答。

总之，本书系的写作理念，系着重实证而非刻意求玄，崇尚交叉而非闭门造车，以讨论与解释为主，而非一味否定、批判。书系的选题还将随着刑事司法的发展而不断补充。为了更贴近实务，参与书系写作的作者，主要来自最高人民法院的刑事审判部门，也包括一些具有博士学位，兼有理论水平与实践经验的青年学者。所有选题都经主编与作者审慎讨论、斟酌确定，由各人结合本人学术特长、业务实践，以个人独著或合著的形式完成，最后由书系主编统一审稿、定稿。当然，“庙廊之才，非一木之枝”，我们也欢迎更多的理论界、实务界人士加入这一书系的选题、创作，为中国刑事法治的发展，尽自己的一份努力。

何 帆

2006年11月10日

总 目 录

绪论：认真看待刑法修正案 / 1

——以刑法修正案中的经济犯罪为视角

第一章 刑法修正案适用的共性问题 / 21

第二章 公司、企业或其他单位人员受贿罪 / 59

第三章 对公司、企业或其他单位人员行贿罪 / 85

第四章 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 / 95

第五章 挪用资金罪、挪用公款罪 / 105

第六章 擅自运用客户资产罪、违规运用公众资金罪 / 127

第七章 非法经营罪 / 139

第八章 妨害信用卡管理罪、信用卡诈骗罪 / 157

第九章 提供虚假财务会计报告罪、违规披露信息罪 / 179

第十章 隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪 / 191

第十一章 虚假破产罪 / 199

第十二章 掏空上市公司罪 / 207

第十三章 骗用贷款、票据承兑、信用证、保函罪 / 221

第十四章 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 / 229

第十五章 内幕交易、泄露内幕信息罪 / 239

第十六章 编造并且传播影响证券、期货交易虚假信息罪；诱骗

投资者买卖证券、期货合约罪 / 249

第十七章 操纵证券、期货市场罪 / 259

第十八章 违法发放贷款罪 / 277

第十九章 吸收客户资金不入帐罪 / 289

第二十章 非法出具金融票证罪 / 301

第二十一章 洗钱罪；以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益
罪 / 309

第二十二章 生产、销售不符合标准的医用器材罪 / 331

附录：相关规定 / 344

后 记 / 412

目 录

绪论：认真看待刑法修正案 / 1

——以刑法修正案中的经济犯罪为视角

- 一 刑法修改的必要性：解释刑法还是修改刑法？ / 1
- 二 谁来发布修正案：全国人大还是全国人大常委会？ / 8
- 三 刑法修正案的文本：一体的还是分离的？ / 10
- 四 经济犯罪：修改刑法还是单行立法？ / 12
- 五 本书的内容与架构 / 19

第一章 刑法修正案适用的共性问题 / 21

- 一 刑法修正案对其施行之前的行为有无追溯力？ / 23
- 二 刑法修正案的条文应如何援引？ / 25
- 三 刑法修正案所列犯罪的罪名如何确定？ / 29
- 四 何谓刑法中的“国家机关”？在中国共产党机关、人民政协机关中的工作人员，是否属于“国家机关工作人员”？ / 32
- 五 如何认定刑法中的“国有公司”？国家参股、控股的公司是否算国有公司？ / 36
- 六 如何认定“受委派从事公务”中的“委派”？金融、电信等特殊行业中，由“受委派从事公务”的人员再次“任命”、“委派”的人员，是否仍属于“受委派从事公务”的人员？ / 39
- 七 “委派”与“委托”有何区别？不具备国家工作人员身份，受委托管理、经营国有财产的人员，利用职务之便收受贿

- 赂，应当成立何罪？ / 42
- 八 哪些人属于“其他依照法律从事公务的人员”？ / 43
- 九 单位的分支机构或者内设机构、部门实施的犯罪是否应被认定为单位犯罪？ / 45
- 十 单位犯罪案件中，对直接负责的主管人员和其他直接责任人是否区分主、从犯？ / 47
- 十一 如何根据单位犯罪中自然人所起的作用判处刑罚？单位犯罪中，对自然人的处罚是否应以职权大小确定主次责任？ / 48
- 十二 如何认定单位犯罪中自然人的“直接责任”？ / 49
- 十三 本属于单位犯罪，检察机关按自然人犯罪起诉的，应如何处理？ / 50
- 十四 单位犯罪后，犯罪单位发生分立、合并、破产等情形，如何追究刑事责任？如何在判决书中表述？ / 52
- 十五 单位犯罪中自然人兼犯其他罪行应如何处理？ / 54
- 十六 单位与个人共同犯罪时，应如何确定追诉标准与量刑幅度？ / 55
- 十七 单位犯罪案件没有诉讼代表人出庭的如何处理？ / 56

第二章 公司、企业或其他单位人员受贿罪 / 59

- 一 医生利用处方权收受回扣的行为是否属于“从事公务”？如何认定“从事公务”？ / 62
- 二 《刑法修正案（六）》为何将受贿犯罪的主体扩展到“其它单位的工作人员”？其范围该如何确定？ / 64
- 三 经修正后的刑法第一百六十三条、第一百六十四条罪名如何确定？ / 66
- 四 “利用职务上的便利”是否仅限于利用本人职务上的便利？

- 是否包括“利用职权或地位形成的便利条件”? / 68
- 五 医务人员、科研人员因与职务行为混杂的技术服务、劳务支出收受报酬, 是否属于受贿? / 72
- 六 受贿犯罪是否应以“为他人谋取利益”的实现为既遂点? 如何理解“为他人谋取利益”? / 74
- 七 “为他人谋取利益”涉及多罪该如何认定? / 75
- 八 “索取贿赂”时, 是否还以“为他人谋取利益”为必要条件? / 76
- 九 受贿中“索而不取”的情况该如何处理? / 77
- 十 “案发前退回财物或将资金存入廉政账户”是否影响“收受”的成立? 将贿款捐给公益事业是否可以作为免罪事由? / 78
- 十一 以借款为名, 索取或者非法收受财物行为应如何认定? / 79
- 十二 国家工作人员在经济往来中收受回扣, 却没有利用职务之便, 是否成立受贿罪? / 81
- 十三 逢年过节收取下级部门、业务对口单位财物的行为如何定性? / 82
- 十四 如何计算股票受贿案件的受贿金额? / 83

第三章 对公司、企业或其他单位人员行贿罪 / 85

- 一 如何理解对公司、企业或其他单位人员行贿罪中的“为谋取不正当利益”? / 87
- 二 如何正确区分公司、企业向医疗、科研、体育等事业单位提供赞助、捐赠与商业贿赂? / 89
- 三 医药代表行贿是否应追究其所在单位的刑事责任? / 91
- 四 单位对单位行贿的, 应定单位行贿罪还是对单位行贿罪? / 92

第四章 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 / 95

- 一 刑法修正案为何对刑法第一百六十八条进行修改？修改后的罪名如何确定？ / 97
- 二 《刑法修正案（一）》实施以前发生的国有公司、企业人员渎职行为，应当如何适用法律？ / 99
- 三 如何认定行为人失职、滥用职权的行为造成了“严重损失”？ / 100
- 四 如何理解行为人因“徇私舞弊”导致从重处罚的情节？“徇私”是否仅指个人私利？ / 102

第五章 挪用资金罪、挪用公款罪 / 105

- 一 《刑法修正案（一）》对刑法第一百八十五条进行了哪些修改？理由何在？ / 108
- 二 如何理解挪用公款非法营利的行为？党政干部挪用公款经商是从事“非法活动”还是“营利活动”？ / 109
- 三 如何理解挪用公款罪中的“归个人使用”？ / 111
- 四 挪用资金罪中挪用本单位资金“归个人使用”该如何理解？相关司法解释与立法解释的内容应如何协调？ / 113
- 五 如何区分合法借贷公款与擅自挪用公款之间的区别？ / 115
- 六 多次挪用行为的犯罪数额应如何计算？ / 116
- 七 挪用公款存单为本人或他人质押贷款的行为如何定性？挪用金额以存单为准还是以贷款数额为准？ / 118
- 八 挪用数额巨大的公款，是否属于“情节严重”？ / 121
- 九 如何计算挪用公款犯罪的追诉时效？ / 122
- 十 对挪用犯罪行为直接造成的财产损失能否提起附带民事诉讼？ / 124

第六章 擅自运用客户资产罪、违规运用公众资金罪 / 127

- 一 《刑法修正案（六）》对刑法第一百八十五条进行了哪些修改？理由何在？ / 129
- 二 如何确定擅自运用客户资产罪、违规运用公众资金罪的犯罪主体？ / 131
- 三 何谓“违背受托义务”？“违背受托义务”是否应当以“违反国家规定”为前提？ / 133
- 四 违规运用公众资金罪中的“违反国家规定”应如何理解？ / 135
- 五 擅自运用客户资产罪、违规运用公众资金罪与挪用资金罪有何区别？ / 136

第七章 非法经营罪 / 139

- 一 如何理解非法经营罪中的“违反国家规定”？非法经营罪是不是工商管理中的“非法经营”在刑法上的延伸？ / 141
- 二 如何理解《刑法修正案（一）》对刑法第二百二十五条的修改？ / 142
- 三 如何理解未经许可经营中的“许可”？ / 144
- 四 如何认定“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”？ / 146
- 五 构成非法经营罪是否必须以“非法牟利”为目的？ / 149
- 六 如何处理非法经营罪与生产、销售伪劣产品罪的竞合问题？ / 150
- 七 评价非法经营罪中的“情节严重”主要以非法经营数额还是非法获利数额为标准？ / 152
- 八 经过行政机关罚款的非法经营行为涉及金额是否应计算入犯罪数额？ / 153
- 九 没有违法所得或无法查清违法所得数额的非法经营行为如

何判处罚金? / 154

第八章 妨害信用卡管理罪、信用卡诈骗罪 / 157

- 一 如何理解信用卡犯罪中的“信用卡”? / 161
- 二 如何理解“伪造信用卡”的“伪造”?“变造”、“涂改”信用卡的行为应如何处理? / 164
- 三 为什么要将持有、运输伪造的信用卡列为犯罪行为? / 166
- 四 如何理解“非法持有他人信用卡”? / 166
- 五 如何理解“使用虚假的身份证明骗领信用卡”? / 168
- 六 如何理解“窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料”? / 170
- 七 如何理解“使用伪造的或作废的信用卡”中的“使用”? / 171
- 八 持伪造信用卡在自动取款机上提取现金的,是否成立信用卡诈骗罪? / 172
- 九 如何理解“使用以虚假的身份证明骗领的信用卡”? / 172
- 十 “使用作废的信用卡”如何认定? / 173
- 十一 如何区分“冒用他人的信用卡”与借用亲属、朋友信用卡的行为? / 173
- 十二 “冒用他人伪造的、作废的信用卡”如何定性?无卡冒用的行为是否属于“冒用他人的信用卡”? / 174
- 十三 “恶意透支”是否仅限于合法持卡人? / 174
- 十四 如何认定“经发卡银行催收后仍不归还”? / 175
- 十五 “盗窃信用卡并使用”的行为应如何定罪处罚? / 177

第九章 提供虚假财务会计报告罪、违规披露信息罪 / 179

- 一 《刑法修正案(六)》对刑法第一百六十一条进行了哪些修改?理由何在? / 181

- 二 何谓“虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告”? / 183
- 三 如何理解违规披露信息罪中的“其他重要信息”? / 185
- 四 “股东和社会公众”的范围如何确定? / 186
- 五 如何界定“严重损害股东或者其他入利益”? / 187
- 六 如何确定本罪的“直接负责的主管人员”与“其他直接责任人员”? / 188

第十章 隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪 / 191

- 一 为什么设置隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪? / 193
- 二 本罪的犯罪主体是否只包括公司、企业及其工作人员? / 194
- 三 如何理解本罪中的“隐匿”与“故意销毁”? / 195
- 四 如何确定隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪中的“情节严重”? / 195

第十一章 虚假破产罪 / 199

- 一 《刑法修正案(六)》为何在刑法第一百六十二条中增设虚假破产罪? / 201
- 二 公司、企业通过隐匿财产、虚构债务恶意逃避债务是否构成本罪? / 203
- 三 如何理解虚假破产罪中的客观构成要件? / 204
- 四 如何区分虚假破产罪与妨害清算罪? 虚假破产后又妨害清算的, 该如何处理? / 206

第十二章 掏空上市公司罪 / 207

- 一 刑法修正案为何添置掏空上市公司罪? / 209

- 二 如何确定掏空上市公司罪的犯罪主体? / 210
- 三 如何认定“违背对公司忠实义务”? / 212
- 四 如何认定“无偿向其他单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产”? / 213
- 五 如何认定“以明显不公平的条件,提供或者接受资金、商品、服务或者其他资产”? / 214
- 六 如何界定“明显不具有清偿能力的单位或者个人”? / 215
- 七 何谓“无正当理由”放弃债权、承担债务? / 217
- 八 如何理解“采用其他方式损害上市公司利益”的行为? / 217

第十三章 骗用贷款、票据承兑、信用证、保函罪 / 221

- 一 《刑法修正案(六)》为何增加骗用贷款、票据承兑、信用证、保函罪? / 223
- 二 区分贷款诈骗罪与骗用贷款罪的关键是什么? / 225
- 三 如何认定贷款诈骗中“非法占有”的目的? / 226

第十四章 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 / 229

- 一 《刑法修正案(一)》对刑法第一百七十四条进行了哪些修改?理由何在? / 231
- 二 如何理解擅自设立金融机构罪中的“擅自”? / 232
- 三 合法的金融机构擅自设立分支机构、分支网点的行为是否构成本罪? / 233
- 四 如何理解伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪中的“转让”? / 235
- 五 如何认定伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪中的“情节严重”? / 237