

刑法修正案(七)

XINGFA XIUZHENGAN QI
ZHUANTI YANJIU

专题研究

赵秉志◎主 编

黄晓亮 李山河◎副主编

关于《刑法修正案(七)》，刑法学界就其中改动较大或者完全属于新增的具体犯罪从司法适用和立法完善的角度作了一定的研究，逐步形成了较为成熟的理论认识，但在某些问题上还存在争议。当前，有必要总结刑法学界关于《刑法修正案(七)》的理论成果，深化对《刑法修正案(七)》改动较大或者新增之具体犯罪相关疑难问题的研讨，为刑事法实务界准确地适用《刑法修正案(七)》以及立法机关在未来进一步修正和完善刑典的相关规范提供理论上的参考。



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

京师刑事法文库
JINGSHI XINGSHIFA WENKU

61

刑法修正案(七)

XINGFA XIUZHENGAN QI
ZHUANTI YANJIU

专题研究

上



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法修正案(七)专题研究/赵秉志主编. —北京:北京师范大学出版社, 2011.1

ISBN 978-7-303-11701-7

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—专题研究—中国
IV. ①D924.334

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第206215号

营销中心电话 010-58802181 58808006
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com.cn>
电子信箱 beishida168@126.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn

北京新街口外大街19号

邮政编码: 100875

印刷: 北京京帅印务有限公司

经销: 全国新华书店

开本: 155 mm × 235 mm

印张: 21.75

字数: 355千字

版次: 2011年1月第1版

印次: 2011年1月第1次印刷

定价: 44.00元

策划编辑: 周彩云

责任编辑: 李洪波

美术编辑: 毛佳

装帧设计: 毛佳

责任校对: 李茵

责任印制: 李啸

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

京师刑事法文库

总 序

现代化的国家是法治国家。现代文明进步的社会是法治社会。我国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻，对社会的发展进步至关重要。而现代刑事法治则在现代化法治国家中扮演着非常重要的角色。改革开放以来，我国的刑事法治已经取得了长足的进步。但是，在新世纪建设社会主义法治国家的进程中，无论是刑事法学理论还是刑事法治实践，都仍需要进一步发展完善，以更为充分地发挥其应有的作用。

北京师范大学刑事法律科学研究院于2005年8月建立，系专门从事刑事法学研究的、中国刑事法学领域首家且目前唯一的、独立的实体性综合性学术研究机构。研究院以一批中青年专家学者为中坚力量，并聘请了包括老一辈著名刑法学家、中央政法机关专家型领导以及重要国际组织领导人在内的国内外知名刑事法专家、学者担任特聘顾问教授、专家委员会委员、兼职教授(研究员)。研究院的设立，旨在建设全国领先并与国际知名刑事法学机构看齐的新型刑事法学术机构，本着刑事法学一体化的精神，逐步全面发展中外刑法学、国际刑法学、区际刑法学、刑事政策学、犯罪学、刑事执行法学、中外刑事诉讼法学、刑事证据学、刑事司法制度等刑事法的诸多学术领域，培养高级刑事法学专门人才，为中国法学研究和高层次人才培养进行新的探索，力争为中国依法治国、建设社会主义法治国家的伟大事业在刑事法学领域作出更大的贡献。

为达此目标，研究院成立伊始即创办“京师刑事法文库”。研究院的主要成员在中国人民大学刑事法律科学研究中心工作时，亦曾设立“刑事法律科学文库”与“国际刑法研究所文库”，并已颇具规模。为获得更为广阔的学术发展空间与学术交流平台，数位专家学者首批加入北京师范大学创立了全国首家实体性的刑事法律科学研究院。学术事业是薪火相传、继承发展的事业，为使刑事法学术事业得到进一步传承和发扬，北京师范大学刑事法律科学研究院遂在我们设立的原“刑事

法律科学文库”与“国际刑法研究所文库”的基础上，重新创办两个系列著作项目，并定名为“京师刑事法文库”和“京师国际刑事法文库”。两个文库是分工不同、相辅相成的姊妹项目，前者以国内刑事法著作为范围，后者以国际刑事法著作为范围。两个文库以百年名校北京师范大学深厚的学术积淀、悠久的历史传统和浓郁的文化氛围为依托，凭借北京师范大学坚实宽广的人文社会科学和自然科学的综合实力，并广泛争取和吸纳中外刑事法学界的支持与帮助。“京师刑事法文库”的出版领域主要包括国内刑事法律与刑事法学方面(包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事訴訟法学、刑事侦查、刑事物证技术等领域)的有新意、有深度、有分量的著作与译作，也会涉及我国港澳台地区刑法暨中国区际刑事法等领域的科研成果，可以是专题研究、综合研究，也可以是论集、有价值的文献资料等形式。同时，为积极关注刑事法治领域重大现实问题，“京师刑事法文库”还将相关专题的著作予以集中，设立若干系列，并聘请著名刑事法学专家担任总主编。文库的作者以研究院专职、兼职研究人员为主，并向其他专家、学者开放。

我们希望通过文库的形式能逐步积累学术成果，繁荣、深化和开拓刑事法领域的学术研究，促进国内外刑事法学界的交流合作，不断提高我国刑事法理论与实践水平，进而有力地促进国家现代法治之昌盛和社会的文明进步。

北京师范大学刑事法律科学研究院院长

赵秉志 教授

谨识于乙酉年初秋

Criminal Law Library of BNU

Preface

A modern country and a modern civilization should be governed by law. The establishment and actualization of the principal guideline of rule by law is crucial for our society to make progress in the efforts of constructing socialism under rule of law. Modern criminal law, playing a very important part in the development of modern society under rule of law, has achieved great progress since 1978 when the reform and opening-up policy was carried out. Whereas, further development and reform for both theory and judicial practice of criminal law are required in the process of building socialist legal democracy, so as to bring it into full play.

The College for Criminal Jurisprudence Studies of Beijing Normal University, founded in August of 2005, is the first and, at present, the only academic research organ in China specializing in criminal jurisprudence that is independent and comprehensive entity. The College is staffed with a group of famous young and middle-aged criminologists as academic nucleus and a group of criminologists and scholars known home and abroad as specially invited consultative professors, member of experts committee, guest research fellows (professors), including those senior professors, leaders with judicial expertise from the central procuratorial, judicial and public security departments and leaders of some important international academic organizations. The college, aiming at turning into a new national leading academic body which can keep pace with international prestigious organs of criminal jurisprudence, is gradually extending its research fields covering Chinese and foreign criminal jurisprudence, international criminal law, trans-regional criminal law, criminal policy science, criminology, criminal executive law, Chinese and foreign criminal procedure law, criminal evi-

dence law, criminal judicatory and so on following the spirit of integrated criminal science. Meanwhile, the College trains high-level criminal jurisprudence professionals and makes new exploration into research of jurisprudence and cultivation of high-level professional in China. We are trying our best to make a greater contribution in the field of criminal law science to the great cause of building our socialism under rule of law.

Cherishing this hope, the College initiated the *Criminal Law Library of BNU* as soon as it is founded, with the working experience of *Criminal Jurisprudence Library of Renmin University of China* (RUC) and *International Criminal Jurisprudence Library of RUC* which had been established in the Criminal Jurisprudence Research Center of RUC and in a rather large scale before the main staff's transfer to the College. In order to obtain a broader space for academic research, we six scholars transferred from RUC to BNU and founded this first and the only one independent academic entity in our country—College for Criminal Law Science of BNU. Learning is a continuous business, so the College reestablishes two book-series programs named “*Criminal Law Library of BNU*” and “*International Criminal Law Library of BNU*” based upon the former two libraries so as to further develop our academic cause. The two sisterly programs undertake different missions and supplement each other. The domain of the former focuses on domestic criminal jurisprudence literatures and the latter on international criminal jurisprudence literatures. Depending upon the profound academic deposit, centuries-old historical traditions and full-bodied cultural atmosphere of the prestigious Beijing Normal University and with BNU's comprehensive and powerful integrative strength in both fields of humanity social science and nature science, the two libraries will attract and accept the contributions from the field of criminal jurisprudence home and abroad. The publications of *Criminal Law Library of BNU* cover the creative and profound works and translations on domestic and foreign criminal jurisprudence (criminal law, criminology, criminal execution law, criminal procedure law, criminal investigation and criminal evidence etc.) and those academic and research fruits in the field of extroversive criminal law (including inter-

national criminal law, comparative criminal law, foreign criminal law and criminal laws of Hong Kong, Macao and Taiwan). The publications may be of either special topics or general topics or translations of foreign literatures and codifications. Meanwhile, in order to attract active concerns with important realistic issues, publications on the related topics will be collected and affiliated to *Criminal Law Library of BNU* as new bookseries with famous criminal jurisprudence specialists as their chief editor. The authorships of *Criminal Law Library of BNU* are mainly entitled to fulltime and guest research fellows besides other experts and scholars engaged in criminal jurisprudence.

Through these programs of libraries, we seek to help to accumulate academic fruits, to exploit and deepen and thrive the academic researches on criminal jurisprudence, to facilitate exchanges and cooperations between domestic and foreign colleagues engaged in criminal jurisprudence and to gradually improve our theoretical and practical expertise of criminal law so as to accelerate the prosperity of our country under rule of law and the progress of social civilization.

Prof. Zhao Bingzhi
Dean of College for Criminal Law Science
Beijing Normal University
Autumn of 2005

前 言

第十一届全国人大常委会第七次会议于 2009 年 2 月 28 日,通过了《中华人民共和国刑法修正案(七)》(以下简称“《刑法修正案(七)》”)。这是我国全国人大常委会自 1999 年 12 月 25 日第一次颁布修正案以来对刑法典的第七次修正。从内容上看,这次立法活动顺应了社会发展和刑事司法实践的需要。在该修正案发布后,全国刑事法界和政法机关都非常重视,及时展开学习,并从司法适用的角度给予了相当的研究。作为专门从事刑事法学研究的学术研究机构,北京师范大学法律科学研究院(以下简称“北师大刑科院”)历来重视研究刑法立法的有关问题,对《刑法修正案(七)》的理解与适用问题自然也给予了充分的重视。我们即时组织北师大刑科院的青年教师、博士后研究人员、博士研究生对《刑法修正案(七)》进行全面的研究,并对刑事法学界关于刑法修正案以及此前六个刑法修正案的研究作了较为全面的综述,形成了《刑法修正案最新评释——〈刑法修正案(七)〉理解适用暨历次刑法修正案研究综述》一书,于 2009 年 4 月交由中国法制出版社出版。该书的出版促进了国内刑事法学界对《刑法修正案(七)》的研讨,有助于司法实务界正确地理解和准确地适用该刑法修正案。但是,在当时,国内刑事法学界对《刑法修正案(七)》的研究刚刚开始,刑事司法实务机关尚未适用《刑法修正案(七)》的相关内容,没有积累任何司法经验,加之时间也较为紧张,该书在今天看来显然粗疏,对有关问题的研究缺乏足够的深入,写作过程也存在一定的不尽如人意之处。

在《刑法修正案(七)》颁布以来的一年多时间里,刑事法理论与实务界对《刑法修正案(七)》给予了持续的关注。例如,由中国法学会刑法学研究会主办的 2009 年全国刑法学术年会,将“《刑法修正案(七)》具体罪名的理解和适用”作为重要的实务议题进行研讨,并受到刑法学界的热烈回应,提交了数量可观的学术论文,由中国人民公安大学出版社于 2009 年 8 月出版的 2009 年全国刑法学年会文集《新中国刑法 60 年巡礼下卷:聚焦〈刑法修正案(七)〉》收录了其中学术理论水平较高的数十篇论文。同时,一年多来,在其他学术著作和相关的学术报刊中也陆续发表了专家学者们关于《刑法修正案(七)》中相关具体犯罪司法适用问题的不少著述。可以说,刑法界关于《刑法修正案(七)》的研究已经颇具规模,

就该修正案中改动较大或者完全属于新增的具体犯罪从司法适用和立法完善的角度所作的探讨也相当深入,并逐步形成了较为成熟的理论认识。因此,当前很有必要进一步研究总结刑法学界关于《刑法修正案(七)》的理论成果,深化对《刑法修正案(七)》改动较大或者新增的具体犯罪相关问题的研讨,为刑事法实务界准确地适用《刑法修正案(七)》以及立法机关在未来进一步修正和完善刑法典提供理论上的参考。因此,我们决定,在已有研究成果的基础上,尽可能吸收最新的理论研究成果和司法实务经验,侧重从解决司法适用疑难问题的角度深化对《刑法修正案(七)》作较大改动或者新增的具体犯罪进行专题性的研究,以此撰写了这本《〈刑法修正案(七)〉专题研究》。

本书由本人担任主编,从总体上负责组织编写队伍、设计写作提纲、确定写作风格和审定书稿等工作,并约请北师大刑科院青年教师黄晓亮副教授、李山河讲师担任副主编,协助本人进行研究的组织实施、稿件的初审、稿件字句校改等工作。参与本书研究和撰写的人员以及具体分工为:

- 第一专题——林少波(北京市第一中级人民法院干部,法学硕士);
- 第二专题——姚兵(北京社会科学院助理研究员,法学博士);
- 第三专题——仇芳芳(北京市第一中级人民法院干部,法学硕士);
- 第四专题——赵秉志(北师大刑科院暨法学院院长,教授,博士生导师);
- 钱小平(南京审计学院讲师,北师大刑科院博士生);
- 第五专题——杜纤茹(中国农业银行总行干部,法学硕士);
- 第六专题——方加亮(河南财经学院讲师,法学博士);
- 第七专题——黄晓亮(北师大刑科院副教授,法学博士);
- 第八专题——李山河(北师大刑科院讲师,法学博士);
- 第九专题——苏明月(北师大刑科院副教授,法学博士)。

本书承蒙北京师范大学出版社有关领导的鼎力支持,编辑周彩云和李洪波为本书顺利并及时地出版付出了辛勤的劳动。在此,衷心致谢。诚望读者对本书批评指正。

北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长

赵秉志教授 谨识

2010年8月于北京

目 录

第一专题 未公开证券、期货信息犯罪问题研究	1
一、内幕交易、泄露内幕信息罪的司法适用问题	1
二、“老鼠仓”行为的认定与处理	15
三、利用未公开信息交易罪与“老鼠仓”犯罪的司法处理	37
第二专题 逃税罪问题研究	43
一、立法修改的内容	43
二、立法修改的动因	44
三、逃税罪的司法适用	55
四、除罪条款的理论定位	64
五、逃税罪修改的立法导向	69
第三专题 组织、领导传销活动罪疑难问题研究	74
一、组织、领导传销活动罪主体范围的确定	74
二、组织、领导传销活动罪主观罪过的具体形式	78
三、逐步犯罪化的传销活动	79
四、组织、领导传销活动罪的客观方面	92
五、组织、领导传销活动罪客体的理解与把握	96
六、“情节严重”的司法认定	98
七、组织、领导传销活动罪的犯罪界限	99
八、共同犯罪问题	105
第四专题 绑架罪争议问题研究	107
一、绑架罪主体的刑事责任年龄问题	108
二、绑架罪的犯罪目的问题	111
三、绑架罪客观行为的疑难问题	114
四、绑架罪的犯罪停止形态问题	122
五、绑架罪的加重构成问题	127
六、绑架罪的减轻构成问题	134
七、绑架罪的立法完善问题	138

第五专题 侵犯公民个人信息犯罪问题研究	142
一、出售、非法提供公民个人信息罪	143
二、非法获取公民个人信息罪适用问题	162
三、关于“人肉搜索”是否入罪的探讨	169
四、对于我国个人信息刑法保护的完善	171
第六专题 组织未成年人进行违反治安管理活动罪	
司法适用问题研究	174
一、犯罪主体要件的确定	175
二、犯罪主观罪过的认定	175
三、犯罪客观行为的理解与认定	180
四、犯罪侵犯之法益的确定	208
第七专题 新增计算机信息系统犯罪司法适用问题研究	220
一、新增侵犯计算机信息系统犯罪的立法背景	220
二、非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机 信息系统罪的司法适用问题	222
三、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的 司法适用问题	234
第八专题 利用影响力受贿罪问题研究	247
一、立法背景	247
二、罪名问题	249
三、犯罪主体问题	252
四、犯罪客观方面问题	259
五、犯罪客体问题	264
六、司法适用问题	266
第九专题 巨额财产来源不明罪问题研究	273
一、巨额财产来源不明罪立法 20 年历程	276
二、巨额财产来源不明罪的存在合理性辨析	278
三、巨额财产来源不明罪正当性的支撑点	281
四、巨额财产来源不明罪的司法应用	298
附录 《刑法修正案(七)》暨相关资料选汇	307
一、《中华人民共和国刑法修正案(七)》	307
二、《刑法修正案(七)》历次审议稿及说明	311

第一专题

未公开证券、期货信息犯罪问题研究

结合金融犯罪的新情况,《刑法修正案(七)》对《刑法》第 180 条作了较大的修改。首先,修正案增加了内幕交易、泄露内幕信息罪的客观表现形式——在“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”之外,增加“明示、暗示他人从事上述交易活动,情节严重”的行为。其次,针对“老鼠仓”犯罪,修正案在刑法典第 180 条下增加一款作为第 4 款,规定了“利用未公开信息交易罪”。通过“利用未公开信息交易罪”的立法模式,实际上是把“老鼠仓”行为定性为一种准内幕交易罪。立法机关没有从正面对“未公开信息”进行界定,而是使用了“内幕信息以外”这样的兜底性表述。立法机关希望通过对该罪的规定不仅仅堵上刑法对基金“老鼠仓”和其他市场“老鼠仓”等严重违法行为无法处罚的漏洞,还能惩治其他类似的利用非公开信息进行市场交易的行为。《刑法修正案(七)》完善了惩治非法证券、期货交易的刑事法网,对金融市场的公平、有序发展起了积极的促进作用。

一、内幕交易、泄露内幕信息罪的司法适用问题

(一)犯罪构成疑难问题

1. 犯罪主体的认定

本罪的主体是特殊主体,即证券、期货交易内幕信息的知情单位和个人,以及非法获取证券、期货交易内幕信息的单位和个人。

证券、期货交易内幕信息的知情人员,简称内幕人员。根据《证券法》第74条的规定,证券交易内幕信息的知情人员主要包括:(1)发行人的董事、监事、高级管理人员;(2)持有公司5%以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员,公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员;(3)发行人控股的公司及其董事、监事、高级管理人员;(4)由于所任公司职务可以获取公司有关内幕信息的人员;(5)证券监督管理机构工作人员以及由于法定职责对证券的发行、交易进行管理的其他人员;(6)保荐人、承销的证券公司、证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员;(7)国务院证券监督管理机构规定的其他人员。

非法获取证券、期货交易内幕信息的人员,是指上述内幕信息知情人员以外,通过非法手段获取内幕信息的人员。非法手段主要有窃取、骗取、抢夺、收买、套取等。需要注意的是,如果行为人不是通过非法手段获得内幕信息,而是偶然获得或者巧合猜中,即使加以利用或泄露也不属于此处情形。因此,非法获取内幕信息的人员的主观方面必须是故意的,明知自己并非合法的知情人员,仍然积极地以非法手段获取内幕信息。

2. 主观罪过的确定

本罪在主观上表现为故意,但故意的内容因不同行为方式而有所差异。就内幕交易罪而言,其主观方面只能是直接故意,即明知内幕信息而根据该信息买卖证券、期货,并且具有为自己或使他人牟取非法利益(获取利益或者减少损失)的目的。就泄露内幕信息罪而言,其主观方面是故意,包括直接故意和间接故意,即明知自己的行为会泄露内幕信息而希望或放任内幕信息泄露出去。

过失泄露内幕信息的行为是否能够构成犯罪具有一定的争议。有论者认为,过失不能构成泄露内幕信息罪,过失犯罪以法律规定为准,而相应的法律并没有明确规定。因此,过失不是泄露内幕信息罪的主观方面。^①另有论者认为,“故意无目的说”最能体现内幕交易罪的主观方面。犯罪的本质是侵犯法益,而与目的的关系不大。^②还有论者赞同此观点,指出本罪的内幕交易行为,虽然行为人一般都具有获利或者减少利益损失的目的,但并非本罪的成立要件。^③也有论者指出,

① 彭颖、伍志坚:《论内幕交易、泄露内幕信息罪的几个问题》,载《湖南科技学院学报》,2006(2)。

② 梁华仁、王洪林:《析证券内幕交易罪》,载《法学杂志》,2001(5)。

③ 程皓:《内幕交易、泄露内幕信息罪若干问题研究》,载《法学评论》,2006(4)。

过失泄露内幕信息的行为没有主观恶性，不具有刑事可罚性，没有必要对其进行定罪量刑。^① 有论者提出不同的观点，认为泄露内幕信息罪中，行为人有一种明知自己的行为会泄露内幕信息但是仍然持希望或者放任的态度，或者应当预见到自己的行为会泄露内幕信息但是没有预见到，以及预见到但轻信能够避免的心理态度，因此，既可能是故意，也可能是过失。^② 有论者指出，“非法获取证券、期货内幕信息的人员”构成本罪主观上应当包括故意和非故意两种。有关法条上并非包含了必须是故意的内容，并且非故意地获取内幕信息的人员实施的证券、期货内幕交易、泄露内幕信息行为并不比故意实施这种行为的社会危害性小。^③ 笔者同样认为过失不能构成本罪。其一，过失犯罪有着较高的可罚性标准，应以刑法明文规定为准。刑法典第180条并没有关于过失犯本罪的规定，且从罪状描述看，行为人所持的应是追求犯罪结果发生的故意。其二，本罪的主体是从事证券、期货工作的专业人员，对于内幕交易及其可能造成的后果有明确的认识，很少会有过失泄露内幕信息的行为发生。即使发生，其行为的可罚性要低于故意行为的可罚性，一般也不满足“情节严重”的条件，没有必要动用刑罚手段，可以采用民事或行政处罚手段处理。

3. 犯罪实行行为的理解与认定

本罪在客观上表现为，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，情节严重的行为。本罪的行为方式包括以下方面。

第一，在内幕信息尚未公开前，利用合法获得或非法获取的内幕信息，掌握有利的条件和时机，买入或卖出相关证券、期货合约，以获取利益或减少利益损失。无论行为人处于自己还是他人的利益，只要利用了对证券、期货产品价格有重大影响的内幕信息，从事该类产品的交易即构成本罪。因此，内幕信息知情人员利用他人的身份证、股东卡等，以他人名义买卖证券，应当认定为内幕交易。如果行为人还通过该行为操纵了证券、期货市场，那么，行为人在构成操纵证券、期货市场罪的

① 王昌来：《论证券内幕交易罪》，载《安庆师范学院学报（社会科学版）》，2001（5）。

② 张维新、伍芬艳：《论内幕交易、泄露内幕信息罪》，载《乌鲁木齐成人教育学院学报》，2005（1）。

③ 王政勋：《证券、期货内幕交易、泄露内幕信息罪研究》，载《中国刑事法杂事》，2003（4）。

同时,也触犯了内幕交易罪,应该按照想象竞合犯的原则处理。^①

第二,在内幕信息尚未公开前,泄露该信息使他人利用该信息买入或者卖出该种证券、期货合约。至于行为人泄露传播的范围大小、知悉的人数多少等,均不影响本罪的成立。这里需要分析犯罪的成立是否要求内幕信息知情人员必须将信息内容告知他人?对此,我国刑法学界存在着肯定说和否定说两种不同的主张。^②笔者认为,否定说比较妥当,行为人泄露内幕信息,并非都是非常具体、明确地将内幕信息全面地告诉他人,很多时候是悄悄地将有关内容或者购买哪种证券、期货合约的意见告诉他人,因为内幕信息的秘密性和重要性,行为人不会非常详细地告诉他人,而所告诉的人通常也是对此方面比较熟悉的人,能够通过其意见得出重要的结论或者及时采取措施,所以,行为人泄露内幕信息的行为方式并不一定就是公开具体地告知他人。

第三,明示、暗示他人从事证券、期货的交易活动。该行为方式是《刑法修正案(七)》新增加的。在现实生活中,由于行为人职务或者地位的特殊性,使得行为人根本无须说明其提出建议的理由,其亲友也是心领神会,依此建议行事,虽然其亲友不知道内幕信息,但此建议也起到了比告诉他人内幕信息更为直接和关键的作用。^③这种行为同泄露内幕信息的行为具有相当的社会危害性,同样破坏了证券、期货交易市场的管理秩序,损害了证券、期货交易活动本身的信用机制,因而,应该给予行为人严厉的惩治。在这种行为方式中,“明示”,是指明确地告诉他人进行某种证券、期货合约交易活动;而“暗示”,则是指对证券、期货交易活动隐讳地提供线索,如某种股票近来表现不错、某种期货价值挺好等。“暗示”的信息能够使得听者得出进行买卖某种证券、期货合约的判断。对此,应该综合各种情况作出分析。当然,该种行为成立犯罪,也要求“情节严重”。

4. 内幕信息范围的确定

所谓内幕信息,是指为证券、期货交易内幕人员知悉的,尚未公开的而对证券、期货交易价格有重大影响的信息。内幕信息不包括运用公开的信息资料,对证券市场作出的预测和分析。一般说来,内幕信息具有以下特征。

① 王昌来:《论证券内幕交易罪》,载《安庆师范学院学报(社会科学版)》,2001(5)。

② 刘宪权:《内幕交易、泄露内幕信息罪若干疑难问题探析》,载《犯罪研究》,2003(2)。

③ 陈柱钊:《不作为型内幕交易罪》,载《长春工程学院学报(社会科学版)》,2007(2);张惠芳:《浅析内幕交易、泄露内幕信息罪的几个问题》,载《河北法学》,2004(9)。

(1)相关性

必须与证券市场交易的公司有关,而且与该公司的经营、财务有关。凡是不涉及公司的信息,对证券价格再有影响,也不属于内幕信息的范畴,如宏观经济形势的好坏,利息率的升、降,重大经济政策的调整,证券交易税费的调整等,都不属于内幕信息的范畴。

(2)重要性

所谓重要的证券信息,应当是对该公司证券价格有重大影响的信息。重大影响,是指如果信息一旦被公布就可能使一些投资者改变其所掌握信息的性质,投资者可能依此重新估算有关证券的价值,改变投资方向,从而很有可能造成证券价格发生较大波动。

(3)真实性

信息真实、准确,是内幕交易与利用谣传的其他证券欺诈行为相区别的根本特征。对“真实、准确”的信息应有一个比较广义的理解,即只要不是谣传,不是凭空想象和凭印象,只要它是关于正在发展中的事物的准确信息,尽管尚未实现,尚未构成事实,都必须考虑进去。例如,在公司兼并过程中,两个公司开始谈判合并事宜这一情况,就构成真实、准确的信息,尽管最后没有合并成功,但合并没有成为事实并不妨碍该信息的真实、准确。

(4)未公开性

尚未公开,是指信息尚未由公司按照一定的程序公开,尚未被社会公众及投资者所知悉而影响其买卖证券。如果股票市场的价格受到有关报纸或媒体通知的影响而波动,但很快趋于稳定,则该稳定的时间可以认为是该通知已公开的时间。内幕交易的实质是投资者利用内幕信息公开前后的时间差谋利,因而内幕交易公开化的时间关系到内幕交易罪的犯罪时间的认定。例如,内幕交易人员利用的内幕信息是该消息公开后引起股票价格波动的唯一因素,从消息公布之日起,到市场消化、分析消息及引起股票变动这一段时间,均应视为信息尚未公开。在此之前,利用内幕信息进行证券交易的行为应当构成内幕交易罪。关于公开性的判断,一般来说,内幕信息已按规定在国家有关部门规定的报刊或者在专项出版的公报上刊登,同时将其置备于公司住所、证券交易所,供公众查阅。但是,鉴于时代的发展,信息的公开不能局限于中国证监会规定的几种报刊的范围,应当包括通过网络对信息公开的形式。^① 总之,应当综合考虑信息本身的内容和性质、

^① 梁华仁、王洪林:《析证券内幕交易罪》,载《法学杂志》,2001(5)。