

证券期货犯罪 理论与实务

刘宪权 著



商务印书馆

国家社会科学基金项目

证券期货犯罪理论与实务

刘宪权 著

商务印书馆

2005年·北京

图书在版编目(CIP)数据

证券期货犯罪理论与实务/刘宪权著. —北京:商务印书馆, 2005

ISBN 7-100-04348-4

I. 证... II. 刘... III. ① 证券交易—刑事犯罪—研究 中国 ② 期货交易—刑事犯罪—研究—中国
IV. D924.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004) 第 134476 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

ZHENGQUAN QIHUO FANZUI LILUN YU SHIWU

证券期货犯罪理论与实务

刘宪权 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 7-100-04348-4/D·363

2005年4月第1版

开本 880×1230 1/32

2005年4月北京第1次印刷

印张 15½

定价: 25.00 元

前 言

本人对于证券、期货犯罪问题的研究工作开展较早,至今十年有余。从 1995 年公开出版专著《证券市场与证券犯罪探论》(在此之前,已经发表有关证券犯罪的研究论文二十多篇)到现在,始终没有放弃或减弱对我国证券、期货犯罪的状况以及有关证券、期货犯罪刑事法律规范的发展和完善的关注。我在证券、期货犯罪的研究上投入了不少精力,也取得了一定的成果。承蒙有关部门和专家的青睐,我有幸获得 2002 年度国家社会科学基金项目“证券犯罪研究”这一课题,这对于自己的进一步研究无疑增加了不少动力。本专著就是完成这一课题后的科研成果总结。需要说明的是,虽然原来课题项目为“证券犯罪研究”,但是,由于证券市场与期货市场具有很多相似之处和相当密切的联系,且证券犯罪与期货犯罪在内容和特征上极为相似,全国人大常委会对刑法所作的修正案也明确地将期货犯罪列入原证券犯罪的刑法条文中,因此,本人在重点研究证券犯罪同时,将期货犯罪也列入了研究范围。

毋庸置疑,在我国,有关证券、期货的理论研究目前正处于起步和发展阶段,与之相对应的证券、期货犯罪理论研究也较为薄弱。特别是由于我国证券、期货犯罪的刑事立法时间并不长,理论上和司法实践中反映出来的问题很多,所以有关

证券、期货犯罪宏观及微观理论亟待深化研究。同时,证券、期货市场行为是专业性很强的经济活动,证券、期货犯罪也具有相当的复杂性和很强的专业性。加强证券、期货犯罪的理论研究,正确界定证券、期货市场行为的合法与违法、违法与犯罪,可以为司法机关正确适用法律提供帮助,同时也可以为立法机关制定和完善相关法律、法规提供参考。

本书以专题的形式对证券、期货市场上的犯罪行为进行了全方位、多层面的研究。成果共分十二个专题,具体包括:证券、期货犯罪概述;证券、期货犯罪的概念及特征;证券、期货犯罪的成因及防范;证券、期货犯罪的刑法完善;共同证券、期货犯罪研究;证券、期货犯罪中罪数形态研究;证券、期货犯罪数额问题分析;证券、期货犯罪的刑罚惩罚;内幕交易、泄露内幕信息罪研究;编造并传播证券、期货交易虚假信息罪研究;诱骗投资者买卖证券、期货合约罪研究;操纵证券、期货交易价格罪研究。

本书在分析了世界各国和地区有关证券、期货犯罪立法的情况后认为,我国对证券、期货犯罪的刑事立法应注意“集中”规定罪名,而在刑法理念上则要强化“宽松”的犯罪观和刑罚观。我国的证券、期货市场是在建立和完善市场经济过程中恢复和发展起来的,因而不可避免地存在人们的观念和思想较保守,对于证券、期货市场的负面效应注意较多,立法“滞后”、“片面”等问题。因此,我国的刑事立法完全应该从这些客观实际出发,对有关证券、期货犯罪作出合理、协调的规定。另外,还从证券、期货市场特性角度分析出证券、期货犯罪具有的现象特征以及必须具备的法律要件。本书在分析证券、

期货犯罪的原因后,将防范证券、期货犯罪作为一个系统工程加以考虑,具体提出了各项防范措施,并进而认为刑法应该介入证券、期货市场,将刑法手段纳入调控证券、期货市场的法律体系之中,不仅是可能的而且是完全必要的。但是,刑法对于证券、期货市场的调控应该掌握一定的度,以避免因为过度而扼杀证券、期货市场本身应有的特性。针对证券、期货犯罪定罪量刑中的一些难点问题,本书还从刑法一般原理出发对证券、期货犯罪中共同犯罪的认定,罪数形态的确定,犯罪数额的认定和法定刑的规定等基本理论问题作了较为全面、深入的探讨和分析。并着重就我国刑法中规定的一些诸如内幕交易、泄露内幕信息罪,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,操纵证券、期货交易价格罪等犯罪从构成要件和司法认定上进行了全面的分析。就理论和实践中所存在的一些重大疑难问题进行了研究,提出了解决问题的方案和思路。

应该看到,证券、期货犯罪是市场经济体制下发生较多的一类新型犯罪,由于我国刑法对这类犯罪的规定时间不长,司法实践中的处理也不很多,人们对此认识也不很深,尽管,近年来,司法实践越来越注意对证券、期货犯罪案件的处理,但由于经验不足和刑事立法中尚有许多不尽如人意之处,实践中积累的问题不少,因此,本书从理论和实践的结合上,就立法、司法中存在的问题开展研究,肯定会具有一定的学术价值。

经过自己的努力,国家社会科学基金项目终于完成了,也到了交稿出书的时候了。此时,我要说的还是—些老话,但又

是必须要说的：即由于本人才疏学浅，虽已十分努力，但书中确实可能存在有许多不足之处，特别是有些观点阐述可能并不一定十分到位，谬误之处在所难免，还望各位学界同仁不吝指教。

华东政法学院刑法学科是上海市教委重点学科，本人作为学科带头人在从事本书的写作中得到了上海市教委的大力资助；本书的出版得到了享誉中外的商务印书馆的全力支持。在此，一并表示感谢！

刘宪权

2004年9月于华政园

目 录

第一章 证券、期货犯罪概述	1
一、证券、期货以及证券、期货市场概述	1
二、证券、期货犯罪立法概况及比较	14
三、我国证券、期货犯罪及其立法概况	34
第二章 证券、期货犯罪的概念及特征	47
一、证券犯罪和期货犯罪的概念	47
二、证券、期货犯罪的特征	54
第三章 证券、期货犯罪的成因及防范	72
一、证券、期货犯罪的成因	72
二、证券、期货犯罪的防范	81
第四章 证券、期货犯罪的刑法完善	97
一、证券、期货犯罪的立法依据	97
二、证券、期货犯罪的立法原则	103
三、证券、期货犯罪的立法模式	116
四、证券、期货犯罪的刑法完善	124
第五章 共同证券、期货犯罪研究	141
一、共同证券、期货犯罪的主体	142
二、共同证券、期货犯罪的主观罪过	172
三、共同证券、期货犯罪的共同行为	178

第六章 证券、期货犯罪中罪数形态研究	180
一、证券、期货犯罪罪数形态的概念及分类	180
二、证券、期货犯罪中的结合犯	182
三、证券、期货犯罪中的牵连犯	200
第七章 证券、期货犯罪数额问题分析	220
一、证券、期货犯罪中数额的作用	221
二、证券、期货犯罪数额的分类	230
三、共同证券、期货犯罪成员的犯罪数额	235
四、共同证券、期货犯罪成员的数额认定	244
五、证券、期货犯罪数额规定及适用的完善	247
第八章 证券、期货犯罪的刑罚惩罚	253
一、证券、期货犯罪的法定刑研究	254
二、证券、期货犯罪的量刑原则	265
三、证券、期货犯罪的量刑方法	276
第九章 内幕交易、泄露内幕信息罪	281
一、内幕交易、泄露内幕信息罪的立法依据	282
二、内幕交易、泄露内幕信息罪的法律规定比较	294
三、内幕交易、泄露内幕信息行为的刑罚惩罚 比较	309
四、内幕交易、泄露内幕信息罪的构成特征	315
第十章 编造并传播证券、期货交易虚假信息罪	357
一、编造并传播证券、期货交易虚假信息罪的 立法依据	357
二、编造并传播证券、期货交易虚假信息罪的法律 规定比较	359

三、编造并传播证券、期货交易虚假信息罪的 构成要件·····	373
四、编造并传播证券、期货合约罪的刑事责任 ·····	384
第十一章 诱骗投资者买卖证券、期货合约罪 ·····	387
一、诱骗投资者买卖证券、期货合约罪的 立法依据·····	387
二、诱骗投资者买卖证券、期货合约罪的法律 规定比较·····	389
三、诱骗投资者买卖证券、期货合约罪的 构成要件·····	399
第十二章 操纵证券、期货交易价格罪 ·····	408
一、操纵证券、期货交易价格罪的立法依据 ·····	408
二、操纵证券、期货交易价格罪的法律规定比较 ···	421
三、操纵证券、期货交易价格罪的概念 ·····	431
四、操纵证券、期货交易价格罪的构成特征 ·····	433
五、操纵证券、期货交易价格罪的刑事责任 ·····	463
六、操纵证券、期货交易价格罪与其他证券、期货 犯罪的界限 ·····	465
参考书目·····	469

第一章 证券、期货犯罪概述

证券、期货在中华人民共和国建立后的大陆地区销声匿迹已达三十余年,其中的历史原因是众所周知的。近年来随着社会主义市场经济的建立和发展,在当今的中国,尽管证券、期货市场对有些人来说仍可能是一个十分陌生的领域,但是一个不可否认的事实已摆在我们面前,即证券、期货以及证券、期货市场业已深入到社会的方方面面,且已不时成为人们社会生活中的一个热门话题。随着证券、期货市场的不断发展,证券、期货犯罪也呈日益严重的趋势,加强对此问题的研究无疑是摆在我们面前的一项十分重要和紧迫的任务。

一、证券、期货以及证券、期货市场概述

证券源于中世纪后期意大利威尼斯、热那亚等城市发行的军事公债,当时为筹集军饷,政府以此变相地征税。16世纪初,威尼斯、比萨等地中海沿岸城市成为欧洲与近东的贸易中心,为满足资金需求,城市中出现了邀请公众入股的城市组织。1581年成立的英国利凡特公司和1602年成立的荷兰东印度公司等早期的殖民公司都发行了股票。进入19世纪后,随着政府开支的不断增长和工商业迅速发展,债券、股票开始

① 见《证券词典》，复旦大学出版社 1993 年版，第 1 页。

② 见《辞海》缩印本，上海辞书出版社 1998 年版，第 348 页。

③ 见谢怀轼：《票据法概论》，法律出版社 1990 年版，第 2—4 页。

④ 见杨志华：《证券法律制度研究》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 1 页。这里的“表彰”具有显示、宣扬的含义，区别于单纯的证明，我国台湾学者多用此表达权利的存在与行使权利依据所在。

⑤ 见《证券词典》，复旦大学出版社 1993 年版，第 1 页。

成为资本主义国家筹措资本的主要形式。^①

什么是证券？从广义上讲，证券就是权利凭证，这是一种区别于仅记载法律事实的证书。理论上对于证券有不同的理解：其一为“证明或设定权利说”，按照《辞海》的解释，所谓证券是指以证明或设定权利为目的所作成的凭证。按此说观点，证券的种类繁多，一般包括：① 有价证券，如货币证券、商品证券、资本（价值）证券；② 证据证券，如借据、收据、保险单等；③ 免责证券，如货物存据、行李提取单等；④ 其他证券，如土地所有权证书等；⑤ 无价证券，如购货券、粮票、油票等。^②其二为“结合说”，该说认为证券是权利载体，是权利和纸的特定形式的结合物，它不仅记载权利，还代表一定的权利，通常“权利与证券结合在一起，权利不能离开证券而存在”^③。其三为“表彰说”，该说认为证券是“借助文字图形，表彰特定民事权利的书据”^④。广义的证券通常包括三类：① 商业证券（又称货币证券），如车票、汇票、期票、支票等；② 财物证券，如栈单、提货单和交货单等；③ 资本证券，如股票、债券等。^⑤

我们通常所说的或见诸于报端的证券是狭义的证券，也即是指有价证券中的资本证券，它分为股权证券和债权证券，即股票和债券。股票是股份公司收到投资者交付的股股份额后交付给投资者的股权凭证。它具有赢利性、风险性、不返还性和流动性的特点，其本身没有价值，是股份公司为筹集资本所发行的一定数量和一定份额的证书。债券是社会各界经济主体（政府、企业等）为筹集资金而以一定的发行条件如偿还期限、付息办法、担保等和一定的面额向公众出售的一种有价证券，承诺到一定的时期支付固定的利息和偿还本金。

世界各国对证券的种类和范围规定各不相同。美国证券法上的证券范围很广泛,根据《联邦证券法》第2条第1款的规定,证券包括意图使商业社会中使用的一些工具,无论其形式如何,都能包含在普通的证券概念范围内。也即证券的外延包括:票据,股票,债券,担保物品信托债券,投资契约,可转让的股份,公司股份认购证,石油、天然气及其他矿权的部分未分割权利等等。美国联邦法院认为,惟有证券的定义富有弹性,才能应付“那些为利益而谋求赚取他人钱财的人,他们诡计多端而且变化无数”^①。日本证券法中的证券范围比美国窄,该国《证券交易法》第2条第1项规定,有价证券指包括国债,地方债券,法人根据特别法律发行的证券,有担保的公司债券,根据特别法律设立的法人所发出和出资的证券、股票,或表示新股承购权的证书、证券投资信托和贷款的受益证书,外国或外国法人发行的证券,或证书中具有以上各款证券或证书性质者,其他由政令规定的证券或证书等九种。

① 转引自毛玲玲:“证券犯罪规范问题探究”,《法学》2004年第6期。

在我国有关法律中对证券并未作明确的定义,只作了列举性规定,如《证券法》第2条规定:“在中国境内,股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易,适用本法。本法未规定的,适用公司法和其他法律、行政法规的规定。政府债券的发行和交易,由法律、行政法规另行规定。”1992年12月12日国务院发(1992)86号令《国务院进一步加强证券市场宏观管理的通知》中列举的证券有股票、国债、金融机构债券、投资基金证券、国家投资债券、国家投资公司债券、中央企业债券、地方企业债券、地方投资公司债券等。从法律上分析,在民法中,作为民事法律关系客体的证券,主要是指

有价证券。有价证券可以按不同标准分类:按券载权利的性质不同,可分为商品证券和价值证券;按转移方式不同,可分为无记名证券、记名证券和指示证券;按权利的原因不同,可分为要因证券和不要因证券;按权利与证券的关系密切程度不同,可分为完全的有价证券和不完全的有价证券;按记载事项是否为法定的不同,可分为要式证券和不要式证券;按发行人的不同,可分为国家(政府)证券、公共团体证券和私证券;按是否具有流通性的不同,可分为流通证券和非流通证券等等。但是在证券法中所规范的证券(有时也称为有价证券),其范围与民法上的有价证券范围不很一致。通常证券法上的证券不包括商业上支付的货币证券,如支票、汇票等,也不包括代表商品财物的实物证券,如提单、仓单等,而主要指股票、债券等资本证券。从这一点上讲,其范围小于民法上的有价证券;然而,证券法上的证券有时也包括一些被民法排除在证券之外的、可表明权利的凭证,如认股权证、证券价款缴纳凭证等,从这一点讲,其范围又大于民法上的有价证券。^①从以上证券的性质来看,只有资本证券才具有投资收益性,才能成为投资的对象,其他证券均不具有这种特性,所以,只有资本证券才能成为证券法和证券交易法上的对象,并因此成为证券犯罪及证券犯罪刑事立法涉及和调整的对象。为方便起见,人们一般将资本证券简单称为证券。

我国刑法中对于证券犯罪中的证券规定主要有几种表述方式:其一是直接使用“国库券或国家发行的其他有价证券”的提法,例如《刑法》第178条第1款规定的伪造、变造国家有价证券罪;其二是直接使用“股票、公司、企业债券”等提法,例

① 见吴宏主编:《证券法论》,世界图书出版公司1998年版,第2—3页。

如《刑法》第178条第2款规定的伪造、变造股票、公司、企业债券罪；其三直接使用“证券”的提法，例如《刑法》第180、181、182条规定的内幕交易、泄露内幕信息罪；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；操纵证券、期货交易价格罪等。为此，理论上和实践中有人提出，我国证券犯罪中的证券必须具有如下特征：①证券犯罪的证券是资本证券，是投资和筹资的重要手段，以区别于期票、支票、汇票、本票等货币证券；②证券犯罪的证券以财产权利为内容，表明一定的财产价值；③证券犯罪的证券具有一定票面货币价值表示；④证券犯罪的证券具有在特定场所（证券交易所）的流通和转让性；⑤证券犯罪的证券不是由国家发行的。^①

① 见竹怀军：“证券犯罪若干问题初探”，《韶关大学学报》（社会科学版）2000年第3期。

什么是证券市场？从经济学上分析，所谓证券市场是指有价证券的发行和交易的空间场所或指有价证券供给和需求关系的总和。一般而言，自从有了证券，就有了证券的发行和转让，也就有了早期的证券市场。但严格而言，一个成熟的证券市场必须具备一系列条件：

其一，应具有一定特性和规模的有价证券。从长期资本需求一方看，政府、金融机构和企业有不同的特点和要求，适合其各自特点和要求的金融工具（有价证券）的创新和定型是满足它们对长期资本需求的前提条件；从供给一方看，具有一定特性（即有别于直接投资和单纯的储蓄存款）的有价证券的创新和定型同样也是使这种供给力量参与到证券市场上来的前提条件。与此同时，有价证券的足够品种和相当规模，也是证券发行和流通成其为市场的前提；证券市场也正是随着有

价证券品种的丰富和规模的扩大而不断发展起来的。

其二,应具有健全的中介组织和中介机构。无论在发行还是流通过程中,成熟的证券市场都离不开中介组织和机构的参与。这些中介组织和机构主要有信托公司、投资公司、证券公司和证券交易所等。

其三,应具有一定的有效管理制度。没有规矩不成方圆。一个成熟的证券市场必须建立包括证券法规、管理机构、管理体制等在内的有效的管理制度。

证券市场之所以能够存在,就在于其具有相当重要的功能:首先,人们通过投资于有较高收益证券的微观行为,客观上起到了优化资本组合、提高社会资源配置效率的作用。其次,有利于集聚巨额资本、分散投资风险;有利于企业经营机制的改善,通过竞争提高经济效益,客观上达到了鼓励竞争、促进经济发展的目的。再次,证券市场是联系资金供给者与资金要求者的纽带,为素不相识的买卖双方提供了交易的平台;另外,证券市场还为企业参加世界经济活动开辟了道路。

通过以上分析可知,证券市场形成的前提条件是资本的股份化和证券化。世界上最早具有正规形式的股份公司是1600年英国成立的东印度公司。此后,西欧各国的股份公司渐渐增多,最原始形态的证券市场开始逐渐在英国的咖啡馆里、荷兰的街道上和美国的梧桐树下出现,进行分散的、零星的证券交易。随着时间的推移,以提供发行和交易中介专门职业的证券商和证券交易所就应运而生。1608年荷兰阿姆斯特丹证券交易市场成立,以此为标志,以证券交易所为中心的证券市场在欧美主要国家相继建立。经过几百年的风雨变

迁,世界证券市场目前已经形成以纽约、伦敦、法兰克福、东京、香港等证券交易所为中心的、全球性的、昼夜 24 小时连续运行的市场体系。证券市场成为实行市场经济体制的国家经济体系中最重要且须臾不可分离的一部分。在一些国家和地区证券市场上证券市值已经等于甚至超过本国和本地区的国民生产总值。

我国的证券市场是在改革开放和社会主义市场经济体制的确立和发展中兴起并形成的。首先形成的是国债市场。从 1981 年起,国家为了解决财政上的困难,开始发行国库券,以后又陆续发行了基本建设债券、重点建设债券、保值公债、特种国债等多个品种。公债的大量发行,使公债交易成为我国证券市场交易的主流。以后又开放了国库券交易市场,各地纷纷批准成立证券公司经营证券交易,如 1986 年 8 月 5 日沈阳市信托投资公司主办的以债券为交易对象的沈阳证券交易中心正式开业,同年 9 月 26 日上海市工商银行信托投资公司静安业务部开办的股票柜台交易市场开业,可以说这些均是我国证券市场开始形成的标志。应该看到,社会主义市场经济体制的形成和发展为我国证券市场的全面形成准备了条件。它使企业冲破了过去僵化体制的种种束缚,走向自主经营的道路。企业股份化是我国经济体制改革的一种尝试,它为企业提供了一条筹集资金的新途径。股票的出现和发展成为我国证券市场强有力的一翼。1990 年 12 月,上海成立了首家证券交易所,1991 年 7 月,深圳证券交易所又正式营业,这标志着我国证券市场正式诞生。经过十余年风风雨雨的发展,截止 2003 年 12 月底,在沪、深证券交易所挂牌上市交易