

操纵证券、期货市场罪司法解释的法理解读

刘 宪 权*

摘 要:操纵证券、期货市场罪的司法解释规定了兜底条款的适用情形,总体上贯彻了同质性解释原则,但其中对刑法条文“兜底的兜底”条款设置不妥当。前置性法律、法规没有纳入规范的行为的刑事认定需要谨慎,部分操纵行为理应纳入法律规制范围。司法解释中的情节标准设置采用了不同类型的评价要素,属于混合认定模式。司法解释对违法所得的计算规定得过于笼统,缺乏明确的计算方式。司法实务中对于违法所得的计算存在诸多困难,需要通过以被滥用优势的价值转化衡量为基本原则,并允许以反证的方式来实现违法所得的计算公正。

关键词:操纵证券、期货市场罪 操纵市场行为 司法解释 兜底条款 违法所得

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.01.002

一直以来,操纵证券、期货市场罪都是司法实践中发案率较高的金融犯罪之一,而在刑法适用上理论界和实务界都存在较多的争议,其中,包括新型操纵市场行为能否适用1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第182条规定的兜底条款?如何判断“情节严重”和“情节特别严重”?如何对操纵行为计算违法所得?等等。2019年6月18日,最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《司法解释》)填补了操纵证券、期货市场罪司法解释的空白,对于严厉打击证券、期货犯罪,保障金融市场的稳定和安全有着重要的意义。但是,《司法解释》规定的部分内容似乎仍然存在可能引发争议或有待商榷之处,本文主要针对这些问题并围绕对《司法解释》的理解与适用展开讨论。

一、有关兜底条款的司法解释解读

1997年《刑法》第182条关于操纵证券、期货市场罪的规定采用了列举加兜底的形式,即在规定连续交易、约定交易和自我交易3种具体操纵证券、期货市场犯罪行为的基础上又规定了“以其他方法操纵证券、期货市场”的兜底条款。鉴于司法实践中出现了诸多新类型的操纵市场行为并不符合刑法规定的3种具体操纵证券、期货市场犯罪行为,《司法解释》第1条的规定明确了适用1997年《刑法》第182条规定的兜底条款的情形:蛊惑交易操纵、“抢帽子”交易操纵、重大事项操纵、控制信息操

* 华东政法大学法律学院教授、博士生导师

纵、虚假申报操纵以及跨期、现货市场操纵6项操纵行为。在此基础上,《司法解释》第1条再次规定了兜底条款,即形成所谓“兜底的兜底”的情形。笔者认为,准确理解和适用1997年《刑法》第182条兜底条款的司法解释,既需要在认识操纵证券、期货市场犯罪行为本质的基础上正确应用同质性解释规则,也需要准确理解《司法解释》规定的6种具体适用情形。

(一)兜底条款的解释规则:同质性解释

一般而言,对兜底条款的解释适用同质性解释规则,也即通过概括例示条款的共同本质与内涵来判断兜底条款的适用情形。实际上,同质性解释规则中的“质”即为犯罪行为的本质。换言之,操纵证券、期货市场罪兜底条款的解释范围实际上是由操纵证券、期货市场犯罪行为的本质决定的。同时,对兜底条款的解释也绝非可以无限扩展,而必须受到一定的限制。

1.操纵证券、期货市场犯罪行为的本质

关于操纵证券、期货市场犯罪行为本质的争论主要围绕“欺诈说”是否成立而展开。持“欺诈说”者认为,操纵证券、期货市场犯罪行为的本质是欺诈。其理由是,操纵证券、期货市场犯罪行为获利的主要手段是制造市场假象,包括交易量假象、价格假象、信息假象等,其他投资者基于对假象的错误认识使证券、期货的价格发生了相应的变化。^①但是,笔者认为,对犯罪行为本质的考察除了应关注犯罪手段特征外,还需要结合犯罪行为侵害的法益、对象等进行综合考察。

就犯罪行为指向的对象而言,操纵证券、期货市场犯罪行为并不针对证券、期货市场中的其他投资者。虽然操纵证券、期货市场犯罪行为会给其他投资者带来经济损失,但是这种损失是间接的。证券、期货市场千变万化,操纵证券、期货市场犯罪行为的获利数额并不等同于某个投资者的经济损失数额。同时,理论界一般认为,欺诈的对象必须是具体、明确的特定对象,而证券、期货市场中其他投资者这一概念并非具体、明确的特定对象,贸然用一个不确定、笼统的概念作为欺诈的对象似乎并不妥当。因此,在缺乏可欺诈对象的情况下,欺诈行为能否成立本身就值得质疑。有论者认为,在缺乏可欺诈对象的情况下,欺诈行为仍然可以成立,其理由是金融欺诈可以不以非法占有为目的,只要行为人以非法获利为目的并实施了虚假陈述的行为,就可以成立欺诈。^②笔者认为,利益的范围十分宽泛,如果在犯罪行为中并不存在欺诈对象或者行为人获取的利益并非直接来源于欺诈对象,那么行为人非法获取利益的行为就不能理解为欺诈,否则就直接突破了欺诈行为中存在被骗人这一传统的理论构造。由此观之,由于在操纵证券、期货市场犯罪活动中实际上不存在具体的可欺诈对象,而不存在可欺诈对象的犯罪行为,从本质上讲也就不构成欺诈。行为人通过影响证券、期货市场中的价格、交易量以及资本配置获得相应的利益,其“操纵”行为直接指向的对象就只能是证券、期货市场。这进一步证明操纵证券、期货市场犯罪行为的本质内涵中必然包含非法控制市场的内容。

就犯罪行为侵害的法益而言,操纵证券、期货市场犯罪行为侵害的主要法益是证券、期货市场的管理制度,而非其他投资者的个人利益。操纵证券、期货市场罪归属于我国刑法分则第3章第4节规定的破坏金融管理秩序罪。理论界一般认为,我国刑法分则分类的依据是不同犯罪行为所侵犯的主要法益(客体)。据此,可以认为操纵证券、期货市场罪侵犯的主要法益为金融管理秩序中的证券、期货市场管理制度。我国刑法分则设置的体系,把纷繁复杂的各种各样的犯罪规划成一个井然有序的

^① 参见张保华:《操纵市场行为的几个基本问题》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2005年第2期。

^② 参见陈晨:《操纵证券市场犯罪要素认定的司法观察》,载黄红元、卢文道主编:《证券法苑》(第21卷),法律出版社2017年版,第208~228页。

整体。这对于认识同一类犯罪所侵犯的社会关系,从而认清某一类犯罪的共性以及深入掌握各类犯罪之间的差异具有相当重要的作用。^①因此,犯罪行为侵犯的主要法益在一定程度上体现了犯罪行为的本质特征。在一般情况下,以欺诈为本质特征的犯罪行为侵犯的主要法益属于个人法益,而操纵证券、期货市场犯罪行为侵犯的主要法益属于集体法益。两者之间存在明显的差异,而这一差异理所当然地应体现在对操纵证券、期货市场犯罪行为本质的理解及认识上。

依笔者之见,操纵证券、期货市场犯罪行为的本质主要包含两个方面的内容:一是滥用优势,二是非法控制市场。其中,滥用优势是手段,体现了操纵证券、期货市场罪与其他证券、期货犯罪的不同之处;而非法控制市场是目的,体现了操纵证券、期货市场罪作为典型的证券、期货犯罪所理应具有的本质特征。滥用优势包括滥用资金优势、信息优势、持股持仓优势(以后还应包括技术优势)等。应当看到,公平、公正和公开原则是证券法律、法规的基石,证券、期货市场交易只有满足公平、公正和公开原则,才具有其应当具有的市场经济价值。在此情况下,如果出现了拥有某方面绝对优势的交易者,那么无疑将对其他交易者的利益造成不同程度上的损害。这是法律不允许出现的破坏证券、期货市场监督管理制度的行为。而非法控制市场既体现了操纵证券、期货市场犯罪行为直接指向的对象,也体现了该犯罪行为侵犯的法益特征。因此,综合来看,操纵证券、期货市场犯罪行为虽然具有一定的欺诈成分,但是其本质在于滥用优势非法控制市场,而对于操纵证券、期货市场罪兜底条款的解释也必须基于这一内容而展开。

2.兜底条款的解释限制

正如前述,对兜底条款的解释须围绕犯罪行为的本质展开。如果对兜底条款的解释不加以限制,那么就可能存在类推解释的嫌疑。有学者提出,如果仅以实质相同说为基础解释兜底条款可能会导致出现两个问题:一是突破罪刑法定边界的问题,二是法官适法难以统一的问题。^②笔者认为,合理解释刑法中的兜底条款既不会突破罪刑法定原则,也不会阻碍法律的统一适用。因为同质性解释规则的核心部分在于归纳和总结,例示条款已经为其提供了基本的解释依据。应当承认,兜底条款本身具有模糊性,但兜底条款的存在有利于解决立法时无法考虑到的新型犯罪行为适用法律问题。克服兜底条款中“天然”风险的方法论是同质性解释原则,也即兜底条款在同质性解释原则的约束下能与罪刑法定原则并行不悖。当然,笔者同时还认为,对兜底条款的解释确实需要加以限制,并且应着重注意以下两点:

第一,“兜底的兜底”条款需要谨慎适用。《司法解释》第1条第7项的规定在解释兜底条款时再次使用了兜底条款,属于典型的“兜底的兜底”条款。笔者认为,应当尽量限制“兜底的兜底”条款的适用空间,也即在司法实践中应当尽可能地避免适用此类条款。其理由是:兜底条款本身就存在适用争议,需要司法解释对此予以明确,在此情况下如果司法解释再使用“兜底的兜底”解释条款,那么无疑会使刑法中兜底条款的适用情形表现出无限开放的状态,而这必然会带来司法解释的效力与明确性大大降低的效果。当然,我们也应该看到,如果对“兜底的兜底”解释条款加以限制,那么可能出现的问题和疑惑是司法解释能否完全控制兜底条款的适用内容?笔者认为,这种担心是多余的。因为滞后性本身就是法律天然属性,而这一天然属性必然会引发对法律限制适用的问题,能够被司法人员绝对自由裁量的法律是不允许存在的。在罪刑法定原则的要求下,对于刑法条文中已经作了模糊性

^① 参见刘宪权:《我国金融犯罪刑法分类质疑》,《法学评论》2007年第4期。

^② 参见李谦:《双层次界定刑法同质性解释》,《检察日报》2018年1月17日。

的兜底条款规定,而司法解释又没有明确列举的情形,我们更应该秉持将其做出罪处理的态度。如果司法解释的规定不合理,那么我们需要做的工作是修改司法解释而不是制定并适用“兜底的兜底”的解释条款。

第二,前置性法律、法规没有纳入规范的行为需要谨慎认定。在《司法解释》发布以前,有学者认为,“抢帽子”交易行为不应当被认定为操纵证券、期货市场罪。其主要理由是,如果某种行为的违法性无法被前置法确定,那么该行为就不应当被刑法规制。^①一般而言,刑法和前置性法律、法规同时设立兜底条款的情形被称为“双重兜底”,而操纵证券、期货市场罪的兜底条款就是典型的“双重兜底”条款。笔者认为,“双重兜底”条款不同于“兜底的兜底”条款,前者需要适当的适用空间。应当看到,前置性法律、法规的属性仍然是法律,其与刑法一样具有滞后性,需要兜底条款进行调节。如果认为前置性法律、法规没有明确将某种行为纳入规范就无法适用刑法中的兜底条款,那么就是直接闲置刑法中的兜底条款。因为在许多情况下,刑法中例示条款的设置直接参考了前置性法律、法规的内容,刑法的规定与前置性法律、法规的规定具有相当的重合性。此时,一旦出现新类型的、尚未被立法者考虑到的犯罪行为,就需要司法解释明确该行为的性质。这也是司法解释的功能所在。因此,《司法解释》将“抢帽子”交易行为纳入操纵证券、期货市场犯罪行为的范围并无不当且具有相当的合理性。

(二)对兜底条款适用情形的理解

1. 蛊惑交易操纵

《司法解释》第1条第1项规定的“利用虚假或者不确定的重大信息,诱导投资者作出投资决策,影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量,并进行相关交易或者谋取相关利益的”行为,理论界和实务界称其为“蛊惑交易操纵”。分析该项规定不难看出,蛊惑交易操纵行为的结构是滥用虚假或不确定的重大信息——控制市场中的资本配置——破坏正常的价格机制。就操纵手段而言,蛊惑交易操纵属于滥用信息优势型操纵,也称信息操纵。尽管《司法解释》对蛊惑交易操纵中利用的信息没有作明确的限制,但是在笔者看来,蛊惑交易操纵中利用的信息必须是能够对证券、期货市场价格造成明显影响的信息。因为只有利用具有价格敏感性的信息才能使行为人具有滥用信息优势的可能,否则在证券、期货市场价格可能受各方因素影响的情况下,我们无法判断行为人滥用信息优势的手段是否与非法控制证券、期货市场密切相关,进而无从判断操纵证券、期货市场犯罪行为是否成立。

2. “抢帽子”交易操纵

根据《司法解释》第1条第2项的规定,“通过对证券及其发行人、上市公司、期货交易标的公开作出评价、预测或者投资建议,误导投资者作出投资决策,影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量,并进行与其评价、预测、投资建议方向相反的证券交易或者相关期货交易的”,构成“抢帽子”交易操纵。“抢帽子”交易行为是否应当认定为操纵证券、期货市场罪曾引发较大的争议,而这一争议是由以“汪建中案”^②为代表的一系列同类型案件的出现引发的。由于在审理“汪建中案”的时候并没有法律、法规对“抢帽子”交易行为进行明确性,因此对于该案能否适用操纵证券、期货市场罪的规定颇具争议。笔者认为,“抢帽子”交易行为通过操纵投资者的资本配置造成对证券、期货市场正常管理秩序的破坏,与蛊惑交易操纵具有相同的性质,将其认定为操纵证券、期货市场罪是合理且妥当的。

需要指出的是,《司法解释》明确了“抢帽子”交易操纵的主体为一般主体,即只要达到法定年龄,

^① 参见何荣功:《刑法“兜底条款”的适用与“抢帽子交易”的定性》,《法学》2011年第6期。

^② 参见北京市高级人民法院(2011)高刑终字第512号刑事判决书。

具有刑事责任能力的人均可构成。而此前最高人民检察院、公安部发布的《关于操纵证券、期货市场罪立案标准的规定》中规定,“抢帽子”交易操纵的主体为“证券公司、证券投资咨询机构、专业中介机构或者从业人员”。依笔者之见,将“抢帽子”交易操纵的主体规定为一般主体有其合理性。因为“抢帽子”交易操纵能够实施的基础是行为人能对公众产生影响力,而只要是具有这种影响力的人就能通过实施“抢帽子”交易操纵行为对证券、期货市场管理秩序造成破坏。但是,在办理具体案件的过程中,是否应当考虑司法解释的溯及力问题似乎值得加以研究。依笔者之见,虽然刑事立案标准不属于司法解释,但是其在司法实践中实际上具有司法解释的效力。就此而言,我们不当将《司法解释》颁布前一般主体实施的“抢帽子”交易行为认定为操纵证券、期货市场罪。

3. 重大事项操纵

根据《司法解释》第1条第3项的规定,操纵证券、期货市场犯罪行为中涉及的重大事项包括“资产收购或者重组、投资新业务、股权转让、上市公司收购等”。笔者认为,重大事项操纵中的“重大事项”必须是虚假的,否则利用这些重大事项信息进行交易就可能构成内幕交易、泄露内幕信息罪。有人可能会将重大事项操纵与蛊惑交易操纵进行比较,笔者认为两者具有相似之处,即都是通过滥用信息的方式对证券、期货市场实施非法控制;而两者的主要区别在于行为人是否实施具体的虚假行为。重大事项操纵中存在实际发生的欺骗投资者的虚假行为,而蛊惑交易操纵中行为人只是利用虚假或者不确定的重大信息,并不存在实际的虚假行为。

4. 控制信息操纵

根据《司法解释》第1条第4项的规定,“通过控制发行人、上市公司信息的生成或者控制信息披露的内容、时点、节奏,误导投资者作出投资决策,影响证券交易价格或者证券交易量,并进行相关交易或者谋取相关利益的”,属于控制信息操纵。控制信息操纵是主要的信息操纵类型,实际上,信息操纵并不仅仅包括控制信息操纵,蛊惑交易操纵、重大事项操纵等也都属于信息型操纵。对控制信息操纵类型案件的讨论源于著名的“徐翔等人操纵证券市场案”^①。在该案中,徐翔等人通过控制上市公司择机发布“高送转”方案、引入热点题材等方式进行证券交易获取高额利润,属于典型的控制信息操纵。从某种意义上说,此案的发生推动了《司法解释》第1条第4项对控制信息操纵专门规定的出台。

5. 虚假申报操纵

《司法解释》第1条第5项规定的“不以成交为目的,频繁申报、撤单或者大额申报、撤单、误导投资者作出投资决策,影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量,并进行与申报相反的交易或者谋取相关利益的”行为,理论界和实务界称之为虚假申报操纵。在虚假申报操纵中,行为人通过高频交易,可以在极短的时间内进行多次虚假申报,虽然每次虚假申报获益不多,但是行为人可以通过反复的操作积累丰厚的收益。事实上,高频交易行为还包括塞单、趋势引发、试单等多种行为类型,而《司法解释》仅明确了虚假申报行为构成操纵证券、期货市场罪。笔者认为,其他高频交易行为同样可能构成操纵证券、期货市场罪,^②对这些行为的规制有待未来的司法解释进一步明确。同时,笔者注意到,《司法解释》在规制虚假申报操纵行为时只将进行“反向”交易的行为纳入规制范围。依笔者之见,

^① 参见《徐翔操纵证券市场案一审结束》, <https://mp.weixin.qq.com/s?src=3×tamp=1576071405&ver=1&signature=wnc>, 2019-12-11。

^② 参见刘宪权、林雨佳:《新型市场操纵行为的刑法认定》,载黄红元、卢文道主编:《证券法苑》(第22卷),法律出版社2017年版,第441~454页。

无论交易是否相反都需要纳入规制范围,因为即便是同向的交易,在不同时间节点进行买卖也能获取不同的利润,本质上都是对证券、期货管理制度的一种破坏。

6. 跨期、现货市场操纵

由于跨期、现货市场操纵中最为常见的行为方式为囤积现货,因此《司法解释》第1条第6项将囤积现货的跨期、现货市场交易行为纳入了规制范围。跨期、现货市场操纵属于跨市场操纵,其利用现货市场与期货市场之间的价格传导机制使掌握现货筹码的交易者可以通过控制现货市场价格在期货市场中谋利。在我国出现的最典型的案例为“姜为操纵期货市场案”^①。在该案中,姜为通过大量囤积甲醇现货影响期货市场,使该期货价格发生异常变动。应当看到,将跨期、现货市场操纵行为认定为操纵证券、期货市场罪,对于防范期货市场中的异常风险有着重要的作用。

此外,虽然《司法解释》已经对6种市场操纵行为作出了明确的定性,但是仍有部分市场操纵行为未被纳入规制范围,尤其是滥用技术优势进行市场操纵的行为未被纳入。这多少会令人感到遗憾。笔者认为,应当全面将滥用技术优势进行市场操纵的行为定性为操纵证券、期货市场的犯罪行为。虽然利用高频交易技术的虚假申报操纵也属于滥用技术优势进行操纵,且《司法解释》明确对其作出规定,但是虚假申报操纵并不能完全涵盖所有滥用技术优势进行市场操纵的行为。笔者注意到,目前前置性法律、法规已经考虑把程序化交易纳入规制范围。^②一旦前置性法律、法规对交易技术作出规定,那么利用法律规定之外的交易技术参与交易就可能会造成规范意义上的交易不公,从而为市场操纵行为留下一定的实施空间。特别是在人工智能技术高速发展的状态下,未来如果出现绝对理智、智能的“人工智能交易员”(甚至“人工智能交易投顾”),那么证券、期货市场的正常交易秩序必将受到高强度的冲击和挑战。在此种情况下,对交易技术进行限制或许是一种较为合理的选择。

二、有关情节标准设置的司法解释解读

1997年《刑法》第182条规定操纵证券、期货市场罪时,针对“情节严重”和“情节特别严重”设置了不同的法定刑。可见,认定“情节严重”和“情节特别严重”对于行为人的量刑有至关重要的影响,但如何认定“情节严重”和“情节特别严重”一直没有明确的规定。《司法解释》第2、3、4条分别规定了操纵证券、期货市场罪“情节严重”和“情节特别严重”的标准,弥补了操纵证券、期货市场罪情节设置的缺失。

(一)情节标准设置中的评价要素

从《司法解释》第2、3、4条的规定可以看出,《司法解释》衡量操纵证券、期货市场犯罪行为情节严重的标准主要来源于:持仓数、成交量、违法所得、特定身份、行政处罚与刑事责任追究历史、市场情况等。笔者将这些标准视为操纵证券、期货市场罪情节标准设置中的评价要素,并根据其不同的特征作如下分类与解构。

1. 体现滥用优势的评价要素

如前所述,操纵证券、期货市场犯罪行为的本质在于滥用优势非法控制市场,《司法解释》规定的

^① 参见四川省高级人民法院(2017)川刑终70号刑事裁定书。

^② 《中华人民共和国证券法》(修订草案三次审议稿)第53条规定:“通过计算机程序自动生成或下达交易指令进行程序化交易的,应当符合国务院证券监督管理机构的规定,并向证券交易所报告,不得影响证券交易所系统安全或者正常交易秩序。”

持仓数、成交量比例等均可以体现行为人在持股、资金等方面的优势。例如,体现持股、持仓优势的评价要素有《司法解释》第2条第1项规定的“持有或者实际控制证券的流通股份数量达到证券的实际流通股份总量10%以上”,第2条第4项规定的“实际控制的账户合并持仓连续10个交易日的最高值超过期货交易所限仓标准的2倍”等。行为人所具备的资金优势可以通过成交量比例得以反映,如《司法解释》第2条第1项规定的“连续10个交易日的累计成交量达到同期该证券总成交量20%以上”。由于将体现行为人滥用的优势情况作为操纵证券、期货市场罪情节设置的评价要素,既反映了行为人的主观恶性,也在一定程度上反映了犯罪行为对证券、期货市场造成的社会危害,因此《司法解释》将其作为衡量情节严重的主要评价要素具有明显的合理性。

2. 体现犯罪数额的评价要素

一般认为,犯罪数额包括行为数额和结果数额。行为数额在操纵证券、期货市场罪中的直接体现为成交量。除了上文提及的成交量比例,《司法解释》也直接将具体的成交数额作为评价要素,如《司法解释》第2条第3项规定,证券交易成交额为1000万元以上的操纵证券市场行为构成“情节严重”。而结果数额在操纵证券、期货市场犯罪中的直接体现为违法所得。具体规定包括:实施操纵证券、期货市场行为,违法所得数额在100万元以上的,构成“情节严重”;违法所得数额在1000万元以上的,构成“情节特别严重”;违法所得数额在50万元以上,并且还有其他情节的,构成“情节严重”;违法所得数额在500万元以上,并且还有其他情节的,构成“情节特别严重”。作为行为数额,成交量体现了操纵证券、期货市场犯罪行为可能造成的危害;而作为结果数额,违法所得直接体现了操纵证券、期货市场犯罪行为实际造成的危害。理论界认为,对操纵证券、期货市场犯罪行为情节严重的衡量应当建立在其行为实际造成危害的判断之上,然而对于证券、期货犯罪违法所得的计算总是存在或多或少的困难与障碍,因而《司法解释》也将成交量作为部分市场操纵行为的重要犯罪数额标准进行考量。在一般情况下,操纵证券、期货市场犯罪行为可能造成的危害大于实际造成的危害,加之证券市场本身存在大量的不确定因素,所以《司法解释》规定的成交量数额远远高于违法所得数额,应该说这也是合理的。

3. 体现行为人自身特征的评价要素

除了上述反映操纵证券、期货市场犯罪行为本身特点的评价要素外,《司法解释》第3条规定将体现行为人自身特征的评价要素纳入评价范围,包括行为人的特定身份、行政处罚与刑事责任追究历史以及行为人被调查状态等。符合该规定并且违法所得数额在50万元以上的,构成“情节严重”;而违法所得数额在500万元以上的,构成“情节特别严重”。

4. 其他评价要素

在上述3种类型的评价要素之外,还有其他情形可能构成“情节严重”:一是“在市场出现重大异常波动等特定时段操纵证券、期货市场的”,但《司法解释》并未针对特定时段作出明确的规定;二是“造成恶劣社会影响或者其他严重后果的”。此规定实际上属于兜底条款。如前所述,笔者认为在司法解释中不宜再次设置兜底条款,而在司法解释已经设置兜底条款的情况下,司法实务部门也应当尽量避免具体适用该兜底条款。

(二) 对情节标准设置的评析

1. 采用数额加情节的混合认定模式

从对上述评价要素的解构可以看出,《司法解释》对于“情节严重”和“情节特别严重”的设置采用的是数额加情节的混合认定模式。其中,数额为犯罪数额,情节包括特定身份、行政处罚与刑事责任

追究历史、社会影响、对象受害程度等。近年来,诸多有关情节标准设置的司法解释都采用数额加情节的混合认定模式,如侵犯公民个人信息罪、非法经营罪、贪污贿赂罪、侮辱诽谤罪等罪的司法解释。但是,在刑法学理论界有不少学者对司法解释中“情节严重”的混合认定模式提出了质疑。其主要理由是:第一,混合认定模式缺乏内在的逻辑层次性,“情节严重”不应当包括预防性要素;^①第二,混合认定模式将主观因素和客观因素一同纳入评价范围,使“情节严重”在犯罪论体系中的定位不明;^②第三,混合认定模式回避了适用证据收集难度较大的认定标准,当行为符合多项标准时司法实务部门倾向于适用更容易认定的标准,容易导致量刑失当。^③

笔者认为,从司法解释制定者的角度看,如果采用单一认定模式来衡量“情节严重”和“情节特别严重”容易导致标准过于机械化,存在使仅因数额没有达到标准但具有严重社会危害性的犯罪行为逃脱制裁的风险。上述对于混合认定模式的批评有些具有可取之处,如第三点理由证明了司法解释制定者在制定“情节严重”和“情节特别严重”标准时有考虑不全面之处,即使有些标准存在证明困难的问题,但从理论上讲也不影响标准制定本身。但是,在笔者看来,上述第一点和第二点理由的成立是建立在对四要件犯罪论体系的否定之上的,四要件犯罪论体系并不要求“情节严重”的认定排除主观因素,也不要求对“情节严重”的认定有先后顺序抑或主次之分。在我国司法实务部门仍然普遍接受四要件犯罪论体系的今天,试图通过司法解释的规定模式来颠覆传统理论似乎并不妥当。依笔者之见,混合认定模式本身是可取的,但要注意司法解释制定者设计混合认定模式的初衷是为了避免出现认定标准唯数额论的结果,因此在考虑的过程中一定要更加全面,如需要适当考虑设定为刚刚达到数额标准的犯罪行为出罪的情形,进而达到入罪一出罪情形的动态平衡。对此,《司法解释》第7条规定“行为人如实供述犯罪事实,认罪悔罪,并积极配合调查,退缴违法所得的,可以从轻处罚;其中犯罪情节轻微的,可以依法不起诉或者免于刑事处罚”。但是,《司法解释》并未将该带有出罪性质的条款置于情节标准的认定之中,因而其出罪的实质依据为何就值得讨论。

2.体现行政违法与刑事犯罪的区分

由于操纵证券、期货市场罪是典型的法定犯,具有二次违法性的特征,其与行政违法意义上的操纵证券、期货市场行为最明显的不同就在于情节是否严重,因此,《司法解释》对操纵证券、期货市场罪中“情节严重”的设置直接决定了行为人的行为是否构成犯罪。关于行政违法与刑事犯罪的区分标准,存在以下几种不同的观点:第一种观点是,刑法规范具有增强其他法律规定的禁止性命令的作用,^④行政违法与刑事犯罪的区分是量的差异,而非质的差异,即行为所体现出的社会危害性不同;^⑤第二种观点是,行政违法与刑事犯罪界分的标准是应受刑法处罚性,刑法与其他法律具有不同的属性,二者之间存在“质”的差异;^⑥第三种观点是,刑事犯罪必须建立在行政违法的基础上,但行政违法

^① 参见石聚航:《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》,《法学研究》2018年第2期。

^② 参见赵祖斌:《论非法经营罪“情节严重”认定标准的重构》,《西北民族大学》(哲学社会科学版)2019年第2期。

^③ 参见石聚航:《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》,《法学研究》2018年第2期。

^④ 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第3页。

^⑤ 参见王莹:《论行政不法与刑事不法的分野及对我国行政处罚法与刑事立法界限混淆的反思》,《河北法学》2008年第10期。

^⑥ 参见杨兴培、田然:《刑法介入刑民交叉案件的条件——以犯罪的二次性违法理论为切入点》,《人民检察》2015年第5期。

与刑事不法的区分要根据法益的不同性质来判断究竟是质的差异还是量的差异。^①

笔者基本认同上述第三种观点。在许多情况下,行政违法行为与刑事犯罪行为在表现形式上没有明显的差异,两者最为直观的区别就是危害结果不同。传统的刑法学理论认为,社会危害性是犯罪的本质特征,刑事违法性和应受刑法处罚性是社会危害性的“衍生品”,因此社会危害性的不同将直接导致行政违法与刑事犯罪的本质不同。但是,在特殊情况下,社会危害性不能等同于“量”的大小。这是由于社会危害性除了表现为危害结果外还反映在法益的侵害上。例如,有学者指出:“销售假药的行为,固然是违反了相关行政法规(药品管理法)的规定,但成立犯罪不完全是因为‘量’的变化,而是可能危害不特定多人的生命健康安全,仅从‘量的差异论’出发,就无法真正厘清销售假药行为的行政不法与刑事不法的界限”。^②作为证券、期货犯罪,操纵证券、期货市场犯罪行为与行政违法行为的区别就在于“情节严重”与否,这里的“情节严重”主要是指量的区别,最直观的反映是成交量的大小以及违法所得的多少。因此,情节标准设置必须以操纵证券、期货市场犯罪行为与行政违法行为的区别为中心。例如,根据我国证券法的规定,持有股份占总股本的5%以上要向上市公司和公众公告,且在一定的时期内限制进一步交易;之后每变动超过5%都要公告,并在一定时期内限制进一步交易。就此而言,从证券法意义上讲,持有流通股份5%以上就可以认为行为人具有持股优势。但是,一般认为,刑事犯罪对于持股优势的要求必须高于前置法规对于持股优势的要求,为此,《司法解释》第2条第1项规定的判断行为人持股优势的标准是持有实际流通股份总量的10%而非5%。

综合来看,《司法解释》对于“情节严重”和“情节特别严重”的规定有可取之处,但这些规定总体上属于原则性规定,对于诸多适用上的细节问题仍未加以明确。

三、有关违法所得计算的司法解释解读

因为操纵证券、期货市场罪的犯罪数额是行为人主观恶性与行为危害结果的集中体现,所以对操纵证券、期货市场罪犯罪数额的准确计算是确保实现操纵证券、期货市场罪精确定罪量刑的关键。如前所述,根据《司法解释》的规定,操纵证券、期货市场犯罪中涉及的犯罪数额包括证券、期货交易成交量及比例、违法所得、流通股份数量、期货交易占用保证金数额、期货交易最高值、撤单比例及撤回申报的期货合约占用保证金数额等。其中,绝大部分的数额都能根据从事操纵证券、期货市场犯罪行为的账户交易数据予以计算,不存在疑难问题,但违法所得的计算却不一样,其无法根据明确直观的账户交易数据直接获得,需要通过一定的计算公式得到最终的结果。由于《司法解释》关于违法所得的计算规定得较为笼统,因此笔者希望专门针对此问题进行讨论。

(一) 违法所得计算的困境

根据《司法解释》第9条的规定,操纵证券、期货市场犯罪的违法所得,是指通过操纵证券、期货交易所获利益或者避免的损失,而对所获利益或者避免的损失该如何计算却没有明确的计算规则。笔者认为,违法所得的计算是操纵证券、期货市场犯罪数额计算中最为困难的部分,具体表现在以下几个方面:

第一,其他市场因素无法得到具体衡量。原则上司法实践中计算证券、期货犯罪中的违法所得主要是根据金融商品买卖之间的价格差,也即根据建仓成本与平仓成本之间的差额计算违法所得的数

^① 参见孙国祥:《行政犯违法性判断的从属性和独立性研究》,《法学家》2017年第1期。

^② 孙国祥:《行政犯违法性判断的从属性和独立性研究》,《法学家》2017年第1期。

额。但是,证券、期货市场的风云变幻莫测,即使操纵证券、期货市场的行为人拥有非法控制市场的能力,其他市场要素对证券、期货价格的影响也完全可能阻碍行为人的控制,甚至覆盖行为人非法控制的影响力,如宏观政策的变化等。这也是在不少操纵证券、期货市场犯罪的案件中行为人并没有实际获利的原因。也正因如此,诸多被告人或其辩护人都会提出违法所得的计算应当排除其他市场因素的介入影响,包括亏损的部分应当予以扣除。^①实际上,即使认为其他市场因素应当排除在违法所得的计算范围,如何衡量其他市场因素的介入影响也是一个难以解决的问题。

第二,未平仓的部分如何计算违法所得存在争议。通过证券、期货交易获取经济利益是行为人的根本动力,如果行为人通过操纵证券、期货市场的行为完成了建仓和平仓两个步骤,那么违法所得的计算可以通过衡量建仓成本与平仓成本之间的价差完成。然而在诸多操纵证券、期货市场犯罪的案件中,行为人建仓之后并未全部平仓,对于未平仓部分违法所得的计算存在不同的观点:第一种观点是,未平仓的部分因没有可供核算的经济利益不应当算作违法所得;第二种观点是,应当将操纵行为实施停止后的市场价格作为计算未平仓部分违法所得的标准;第三种观点是,应当将操纵行为被立案调查后的市场价格作为计算未平仓部分违法所得的标准。实际上,如何计算未平仓部分的违法所得涉及两个方面的问题:第一个方面的问题是要不要计算未平仓部分的违法所得?第二个方面的问题是如果要计算未平仓部分的违法所得,那么以何时间点来计算未平仓部分的违法所得?这些问题都是违法所得计算过程中必须考虑并予以解答的。

第三,除了价差外行为人也有可能获取其他非法利益,如利用证券抵押融资的利益、股票分红利益等。对于这些利益是否应当计算在操纵证券、期货市场犯罪行为的违法所得之中存在不同的意见,在特殊情况下甚至可能影响行为人的量刑结果。

第四,除了建仓成本外,违法所得是否需要扣除其他因为实施市场操纵行为所付出的成本?如支付给其他操作人员的佣金、手续费以及税收,等等。美国有案例确认了直接交易成本原则,即在计算违法所得时可以扣除与交易直接相关的成本,如手续费等,但用于辅助实施市场操纵行为的成本,如操作人员的佣金等,不应当扣除。与之相类似,我国证监会于2007年发布的《证券市场操纵行为认定指引(试行)》第51条规定,在计算违法所得的数额时,已向国家缴纳的税费、向证券公司交付的交易佣金、登记过户费、交易中其他合理的手续费等交易费用可以扣除。

第五,关于卖出股票与买入股票的配对也有不同的计算方法。对此,主要有4种方法:第一种方法是“先入先出”法,指最先卖出的对应最先买入的进行价差计算;第二种方法是“后进后出”法,指某次卖出的对应最后买入的进行价差计算;第三种方法是“平均”法,指用卖出与买入的平均价格进行价差计算;第四种方法是“最高最低”法,指用最高卖出价与最低买入价进行价差计算。^②笔者发现已有判决书通过多种计算方式计算违法所得,^③这一做法避免了单一计算方式可能带来的不当计算风险。

(二)摆脱违法所得计算困境的出路

从以上分析可以看出,对于同一操纵证券、期货市场犯罪行为而言,采用不同的计算方法最终认定的违法所得数额可能截然不同。但是,每一种计算方法似乎都有其优点和缺点。由于证券、期货市场的复杂性决定了我们无法做到完美计算犯罪行为的违法所得,只能尽量做到通过违法所得的计算

^① 参见湖北省武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中刑初字第123号刑事判决书。

^② 参见陈舜:《操纵市场违法所得的计算方法》,《中外法学》2005年第6期。

^③ 参见山东省聊城市中级人民法院(2016)鲁15刑初5号刑事判决书。

对行为人的行为进行准确定罪量刑,因此,尽量避免采用单一的计算方式可能是一种更佳的选择。与此同时,笔者认为,可以考虑通过以下几种路径来摆脱违法所得的计算困境。

1. 违法所得的计算应以被滥用优势的价值转化衡量为基本原则

《司法解释》第9条规定,违法所得是行为人通过操纵证券、期货交易所获利益或者避免的损失,而操纵证券、期货市场犯罪行为的本质在于滥用优势非法控制市场。可见,操纵证券、期货市场犯罪的违法所得来源于行为人滥用优势非法控制市场的行为。换言之,操纵证券、期货市场犯罪的违法所得本质上是在资本市场中有价值的优势被滥用的经济转化或现金兑现,笔者将其统称为价值转化。应当看到,法律并不禁止利用交易者自身能力的优势从事证券、期货交易,也不禁止利用接收、理解信息能力的优势从事证券、期货交易,而是禁止滥用影响证券、期货交易公平的优势进行交易。因此,违法所得的计算应当以被滥用优势的价值转化衡量为基础,根据被滥用的不同优势进行计算。以滥用信息优势型操纵为例,计算滥用信息优势型操纵行为的违法所得需以该信息优势在证券、期货市场交易中的价值转化为基础,也即只有来源于信息优势的交易利润才能被计算在违法所得的范围之内。在“抢帽子”交易中,推荐信息带来的价格波动即为被滥用的信息优势的价值转化。例如,在“吴定昌操纵证券、期货市场案”^①一审刑事判决书中,人民法院对吴定昌违法所得的认定,是根据其通过四川卫视频道《天天胜券》节目推荐股票前后的价格差进行计算的。根据被滥用优势的价值转化衡量原则,我们或许可以尝试对上述几个在违法所得计算过程中遇到的疑难问题予以解答。

首先,正因为违法所得的计算需以被滥用优势的价值转化衡量为基本原则,所以受到其他市场因素影响的金融利润不能被认定为操纵证券、期货市场犯罪行为的违法所得。一方面,以被滥用优势的价值转化衡量为基本原则计算操纵证券、期货市场犯罪行为的违法所得,实际上是在强调操纵证券、期货市场犯罪行为与平仓时市场价格之间的因果关系,如果该价格水平是被滥用优势与其他市场因素共同作用的结果,那么无疑会弱化被滥用优势与价格波动因果关系的相当性,故应当扣除非被滥用优势作用下价格波动对违法所得的数量影响。^②另一方面,虽然其他市场因素对于证券、期货市场价格的影响难以衡量,但是也存在能够对平仓价格起到显著影响的容易被量化的特殊市场因素。例如,在滥用信息优势型操纵中,如果有证据证明在行为人平仓以前,信息对于市场的影响力已经消耗殆尽,那么在影响力消耗殆尽后受其他市场因素影响获得的利润应当被排除在违法所得的计算范围之外。

其次,行为人实施市场操纵行为之后未平仓的部分需要纳入违法所得计算范围。被滥用的优势在实现价值转化的过程中,除了已平仓部分转化为现金利润外,未平仓的部分也具有其可计算的公允价值。我们没有理由因为未平仓的部分不具有可供计算的现金利润而否定其同样也是违法所得之属性。笔者注意到,在不少判决书中未平仓部分的金融商品同样也被计算在违法所得的范围。例如,在“唐万川操纵证券市场案”^③中,人民法院就采用了移动平均法的计算原理计算余股成本,其与余股市值的价差计算在违法所得之内,但余股市值的计算基准判决书中并未写明。事实上,已有相关规章制度,对于未平仓部分价值的计算应当以操纵行为终止、操纵影响消除、行政调查终结或其他适当时点

① 参见江苏省南京市中级人民法院(2017)苏01刑初31号刑事判决书。

② 参见刘宪权:《内幕交易违法所得司法判断规则研究》,《中国法学》2015年第6期。

③ 参见湖北省武汉市中级人民法院(2013)鄂武汉中刑初字第36号刑事判决书。

为基准计算市值。^①可以看出,此规定对于未平仓部分价值的计算具有一定的开放性,提供了多个选择方案,但对于具体市值如何计算也没有作出明确的规定。有学者认为,如果操纵行为还未完全结束就被发现,那么应当以发现时点作为未平仓部分价值的计算依据;如果操纵行为已经结束才被发现,那么未平仓部分价值的计算也应当以行为结束时为标准;同时应当模拟违法者在不被发现的情况下卖出的价格来计算未平仓部分的价值。^②笔者认为,在计算违法所得时我们只能实现无限接近被滥用优势转化的实际价值目标,在不同的案件中可能最适当的计算时点是不同的。例如,如果我们能准确找到操纵影响消除的时点,那么我们或许就不需要寻找操纵行为终止的时点。因为操纵影响消除的时点比操纵行为终止的时点更能体现被滥用优势转化的实际价值。但是,如果我们无法准确找到操纵影响消除的时点,那么我们或许只能以操纵行为终止的时点为基准来计算未平仓部分的价值。同理,在计算未平仓部分市值时也需要尽可能完整地评价被滥用优势转化的实际价值。

最后,直接交易成本和非直接获得的经济利益应当扣除。如上文所述,以美国为代表的许多国家和地区都认为直接交易成本应当在违法所得的计算中被扣除。笔者认同这一做法。因为直接交易成本并非被滥用优势价值转化的体现,而间接的交易成本本身可以理解为被滥用优势的一部分,如雇佣他人的费用即为一种滥用的优势资源,并且在计算犯罪数额的过程中一般不会将此类犯罪成本进行扣除,因而间接的交易成本无需从违法所得中扣除。同理,非直接获得的经济利益因不属于被滥用优势价值转化的部分,也不应当计入违法所得。以股票分红为例,绝大部分操纵证券、期货市场行为人滥用优势非法控制市场的目的并非为了获取上市公司的股票分红,而是为了通过证券、期货市场的价格变化获取相应的利益,因此,不能直接将在实施操纵证券、期货市场犯罪行为中获取的股票分红作为违法所得进行计算。实际上,在其他犯罪中股票分红等具有孳息性质的经济利益一般也不作为犯罪数额认定,对此可以参考贪污贿赂犯罪的有关司法解释。^③但是,不能排除在司法实践中出现行为人持重仓就是为了获取股票分红的情况,如果这种操纵证券、期货市场犯罪行为的直接指向是股票分红等经济利益,那么此时这些经济利益即属于直接经济利益,应当计入违法所得的范围。

2. 允许通过反证来实现违法所得计算的公正

从上文的分析可知,采用不同的计算方式最终获得的操纵证券、期货市场犯罪的违法所得结果可能截然不同。鉴于证券、期货市场的复杂性,不同的计算方式可能具有不同的优势,我们似乎无法找到最完美的计算操纵证券、期货市场犯罪行为违法所得的方式,只能无限接近于真实的数据结果。例如,在一般情况下,只要行为人实施操纵证券、期货市场的犯罪行为,并且在行为实施后证券、期货的市场价格确实产生相应的变动,就可以将建仓与平仓的价格差作为违法所得的计算依据。但是,应当承认,如果有证据表明其他市场因素对证券、期货市场造成相当的影响,那么该市场因素造成的价格影响应当排除在违法所得的计算范围之外。又如,关于未平仓价格的计算也存在多个可选择时点,以“抢帽子”交易操纵行为为例,在“抢帽子”交易操纵中,操纵行为结束的时间点往往不同于操纵行为影

^① 参见《证券市场操纵行为认定指引(试行)》第50~51条。

^② 参见陈舜:《操纵市场违法所得的计算方法》,《中外法学》2005年第6期。

^③ 1993年最高人民法院《关于贪污、挪用公款所生利息应否计入贪污、挪用公款犯罪数额的问题的批复》规定,贪污、挪用公款(包括银行存款)后至案发前,被贪污、挪用的公款所生利息,不应作为贪污、挪用公款的犯罪数额计算。但该利息是贪污、挪用公款行为给被害单位造成实际经济损失的一部分,应作为被告人的非法所得,连同其贪污、挪用的公款一并依法追缴。虽然该司法解释已被废止,但是对后续的司法解释以及在司法实践中判断经济犯罪中孳息类经济利益的性质仍有较大的影响力。

响消除的时间点,操纵行为结束与操纵行为影响消除之间存在一定的时间差,那么以操纵行为结束的时点计算未平仓部分价值与以操纵行为影响消除的时点计算未平仓部分价值可能存在差距。笔者认为,在这种情况下,司法解释应当在规定一个计算方式基准的基础上允许辩方采用反证方式提出在具体案件中更为合理的计算方式进行违法所得的计算,此举有利于弥补违法所得计算方式的不足,并有助于实现计算操纵证券、期货市场犯罪行为违法所得的公正、确保对行为人准确量刑的目标。

一方面,基于节约司法成本与提高诉讼效率的考虑,采用推定的方式规定操纵证券、期货市场犯罪行为违法所得的基础计算方式降低了控方的证明责任,实现了严厉打击证券期货犯罪的刑事政策目标。实际上,诸多罪名的司法解释与规范性文件在规定犯罪数额计算时都采用了类似于推定的方式,如2010年《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》中关于赌资认定的规定,^①2017年《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》中关于公民个人信息条数认定的规定。^②有论者认为,这种概括化认定犯罪数额的方式并非以证据确实充分为前提,而是以证据推导出事实的可能性替代以充分证据认定事实的必然性,其笼统化、模糊化的认定方式必定偏离刑事认定的精确性要求。^③依笔者之见,司法成本与诉讼效率是绝对精确定罪数额的天然障碍,未来解决这一问题的办法可能需要依赖人工智能技术对不同数据之间关联性的不断求证与考察,而目前解决这一问题的方法,是司法解释在规定具体违法所得数额标准时适当考虑这种司法认定数额与实际数额之间可能存在的差异,保持不同数额标准之间的协调性与体系性,从而对不同犯罪行为人进行不同程度的量刑就有一定的依据。

另一方面,在采用推定的方式计算操纵证券、期货市场犯罪行为违法所得的同时,也应当允许辩方提出反证排除不属于违法所得的数额。应当看到,推定绝非有利于犯罪行为人的方式,而是有利于国家指控犯罪的方式。^④允许反证似乎是对推定使用过程中可能出现的风险的最好“预防剂”和“调和剂”。允许反证意味着在操纵证券、期货市场犯罪行为违法所得的计算过程中,如果辩方有证据证明是其他市场因素的影响导致证券、期货的价格变化,那么这部分价格变化就需要排除在违法所得的计算之外;允许反证也意味着如果辩方提出更能反映被滥用优势价值转化的计算时点,那么就应当采用该时点进行违法所得的计算。然而遗憾的是,《司法解释》关于违法所得的规定过于笼统,只是对违法所得进行简单的定义,没有详细讨论违法所得的具体计算过程。笔者认为,应当考虑在以后的司法解释中加入违法所得的计算内容,特别是加入允许反证的内容,以使违法所得的计算更加精确、公正。

责任编辑 田国宝

^① 2010年最高人民法院、最高人民检察院和公安部发布的《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》规定:“对于开设赌场犯罪中用于接收、流转赌资的银行账户内的资金,犯罪嫌疑人、被告人不能说明合法来源的,可以认定为赌资。向该银行账户转入、转出的银行账户数量可以认定为参赌人数。”

^② 2017年最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》规定:“对批量公民个人信息的条数,根据查获的数量直接认定,但是有证据证明信息不真实或者重复的除外。”

^③ 参见张平寿:《刑事司法中的犯罪数额概括化认定研究》,《政治与法律》2018年第9期。

^④ 参见劳东燕:《揭开巨额财产来源不明罪的面纱——兼论持有与推定的适用规制》,《中国刑事法杂志》2005年第6期。