

论操纵证券市场行情认定的行刑衔接问题

——基于“量的区分说”的分析

李宇燕

华东政法大学刑事法学院, 上海
Email: 752883890@qq.com

收稿日期: 2021年6月30日; 录用日期: 2021年7月28日; 发布日期: 2021年8月6日

摘要

操纵证券市场罪的行刑衔接问题源于其作为法定犯的双重违法性, 现行法律的规定又引发了“出行入刑”标准的思考。“量的区分说”已成为区分操纵证券市场行为构成行政违法或刑事犯罪的理论支撑, 但该学说的内涵未在现行法律制度中完全体现。在操纵证券市场行为认定的行刑衔接问题上正确适用“量的区分说”, 其关键在于结合个案客观考量操纵行为对法益的侵害是否达到紧迫、具体的危险程度。

关键词

量的区分说, 操纵证券市场, 行刑衔接, 法益

Discussion on the Connection between Administrative Law and Criminal Law in the Manipulation of Securities Market

—Based on the Analysis of the Theory of “Quantitative Differentiation”

Yuyan Li

School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai
Email: 752883890@qq.com

Received: Jun. 30th, 2021; accepted: Jul. 28th, 2021; published: Aug. 6th, 2021

Abstract

The dual nature of the manipulation of securities market as a legal crime results in the problem of the connection between administrative violations and criminal offences of manipulating the securities market. In addition, the current legal provisions also lead to the consideration of the standard of defining the manipulation of the securities market as a criminal offence instead of a violation in administrative law. The doctrine of “quantitative differentiation” has become the theoretical support to distinguish administrative violations and criminal crimes caused by manipulating the securities market. However, the connotation of the theory is not fully reflected in the current legal system. To analyze the connection between administrative law and criminal law in the manipulation of securities market, the key is to determine objectively with regard to a specific case whether the infringement of legal interest has reached the extent of urgent and specific danger.

Keywords

Quantitative Differentiation, Manipulating the Security Market, The Connection between Administrative Law and Criminal Law, Legal Interest

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的产生

对于操纵证券市场行为的有效制裁，当以行政违法而论不足以起到有效的惩罚与保护作用时，则必然需要由刑法介入。处理好操纵证券市场行为中的行刑衔接问题是认识操纵证券市场行为可罚性的关键，也是正确认定操纵证券市场罪并对其做出合理处罚的前提。操纵证券市场罪同时具有行政违法性和刑事可罚性的双重属性，而将某种操纵市场的行为从行政违法上升至刑事犯罪行为，这其中所存在的行刑衔接问题，正是源于操纵证券市场罪作为法定犯的双重违法性。

(一) 行刑衔接问题源于法定犯的双重违法性

一般而言，证券犯罪属于法定犯的范畴，操纵证券市场犯罪作为证券犯罪的类型之一，同样属于法定犯，而与自然犯相对。法定犯齐具了行政违法性和刑事违法性的双重属性，具有二次违法性特征^[1]。严重的操纵市场行为首先违反了证券法等行政法规的规定，从而需要由证券监督机关进行查处与惩罚¹；进而触犯了刑法，需要由司法机关进行制裁。

行政处罚与刑事制裁的依据不尽一致。实施行政处罚的原因在于行为人违反了行政法律、法规，从实质上侵害了行政法所保护的行政关系，对社会具有一定的危害性，但该危害性并未达到极其严重的程度，因此行为人所实施的行为也尚未构成犯罪。而施行刑事制裁需要兼顾到行为的社会危害性、刑事违法性与刑罚当罚性，以谦抑性为指导原则，对犯罪行为进行惩处。对操纵证券市场行为来说，将其以刑事犯罪进行制裁，必然需要分析该行为是否对证券交易秩序及市场经济造成了极大影响(社会危害性)、是

¹2019年新修订的《证券法》第五十五条第一款第一至七项中分别列举了七种类型的操纵证券市场行为，符合第一至第七项所列举的行为模式，或满足第一款第八项中的“操纵证券市场的其他手段”，根据第五十五条第二款规定，给投资者造成了损失，操纵行为即可作为行政违法行为予以行政处罚。

否为刑法明文列举的行为类型或可以归为“其他操纵市场的行为”(刑事违法性)并需要动用刑罚加以处罚(刑罚当罚性)。因此,行政责任和刑事责任的承担不能相互替代。一方面,作为已经构成操纵证券市场罪的行为,不能够以行政处罚来代替刑事制裁,即以罚代刑,另一方面,也不能够无限扩大刑法的介入范畴,刑罚作为最为严厉的制裁手段只有在其他法律无力起到有效惩罚作用时才应得以适用。

然而,在司法实践中,因操纵证券市场罪作为法定犯所引发的“以罚代刑”或“泛刑事化”倾向时有发生,较为普遍的是以罚代刑现象。在中国证券监督管理委员会官网的信息公开平台以“操纵证券”为关键词在“行政处罚决定”体裁文种中进行检索,自2015年1月1日至今(2021年7月1日),证监会公开的对于操纵证券市场类案件的处罚为88起²,而根据中国裁判文书网所公开的涉及操纵证券、期货市场罪的刑事判决书,自2015年1月1日至今,仅可查阅到10起案件³。虽然不排除某些操纵证券、期货市场罪的刑事判决书未在中国裁判文书网公开的可能性,但将操纵证券市场行为行政处罚案件的数量与目前所知的移送刑事审判案件的数量相比较,可以看出,行政执法数量与刑事执法数量差距十分悬殊,这已引起关于以罚代刑问题的质疑,也即在大量未进行刑事处罚的操纵证券市场行为中,存在着有一部分将行政处罚取代刑事司法作用的现象[2]。有案必移是法律与司法实践的强制原则性规定,而有案不移、有案难移、以罚代刑等现象涉及到了操纵证券市场行为的行刑衔接问题[3],源头在于操纵证券市场罪作为法定犯的双重违法性。

(二) 现行法之规定引发对“出行入刑”标准的思考

对于操纵证券市场罪的规定,体现在《刑法》第一百八十二条中。该条文规定了符合连续交易、约定交易、洗售操纵等行为在情节严重的情况下应以操纵证券市场罪论处,同时,第一百八十二条的第七款作为兜底条款为其他操纵市场行为类型提供了拓展空间。操纵证券市场罪具有法定犯的行政、刑事双重违法性,因而判断操纵证券市场行为是否构成犯罪完全取决于其是否达到《刑法》第一百八十二条中规定的“情节严重”。由于刑法对操纵证券市场罪的规定条文较为简单,并未明确操纵市场行为由行政违法上升为刑事犯罪的具体标准所在,2019年6月18日,最高人民法院与最高人民检察院发布了《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》)。该解释采用了数额加情节的混合认定模式来为操纵证券市场行为拟定入罪标准。其中的“数额”为犯罪数额,包括行为数额和结果数额,与之对应的是成交量和违法所得数额,如《司法解释》第二条第三项规定,证券交易成交额为一千万元以上的操纵证券市场行为构成“情节严重”、第七项规定了违法所得数额在一百万元以上的构成“情节严重”。其中的“情节”包括特定身份、行政处罚与刑事责任追究历史、市场情况、行为人被调查状态等[4]。比如《司法解释》中规定,在达到违法所得数额五十万的基础上,另有指定情节如“曾经因操纵证券市场行为受过刑事追究”,构成《刑法》第一百八十二条的“情节严重”。

《司法解释》所设立的操纵证券市场行为“出行入刑”的标准,应当说是具有一定可行性的。一方面,具体设置一定入罪数额,从而使“出行入刑”的标准在客观上得以明晰;另一方面,在拟定犯罪数额的基础上辅以特定入罪情节,从而规避了唯数额论的弊端,以防止对某些刚达到入罪数额但明显不具备严重情节并有出罪可能性的情形进行定罪。是否能够因此认为,解决操纵证券市场行为认定的行刑衔接问题的思路,仅在于把握《司法解释》中所列举的数额?实际上,数额并非是在处理行刑划分问题时需要考虑的唯一因素。操纵证券市场行为之所以能够“出行入刑”,是由于相对于操纵市场的违法行为而言,操纵证券市场罪具有更高的可谴责性,而这种高度可谴责性并非在所有场合下都能够由数额表现。

² 参见中国证券监督管理委员会网站, <http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/>, 2021年7月1日访问。

³ 参见中国裁判文书网,

<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=8c1e50181bc0d8d237c46f887b98433e&s21=%20%E6%93%8D%E7%BA%B5%E8%AF%81%E5%88%B8&s16=%E5%88%91%E4%BA%8B%E6%A1%88%E7%94%B1&s11=1&s8=02&s6=00&cprqStart=2015-01-01&cprqEnd=2021-07-01>, 2021年7月1日访问。

举例而言，当将违法所得数额作为入罪标准时，违法所得数额越高，并不意味着操纵行为的可谴责性就会越强。同样的违法所得数额，可能经由行为人一次操纵市场即得，也可能是多次操纵市场的结果，而多次操纵证券市场的可谴责程度也许远远高于一次操纵。

由此观之，仅将《司法解释》中列举的犯罪数额解读为行刑衔接的标准存在不足，究竟应当以何种方式对操纵证券市场行为认定的行刑衔接问题做出更完整的解释，可从处理行刑衔接问题的理论出发进行思考。

2. 处理行刑衔接问题之理论聚讼

“质的区分说”、“量的区分说”、“质量区分说”是对于处理行刑衔接关系问题的三种思考。这三种学说的产生原因、理论依据有所不同，因此在解释行政违法与刑事犯罪的关系时，各自内容有所差异。

(一) 质的区分说

“质的区分说”是德国的传统理论，以德国法学家郭特希密特为代表。在此学说下，“质”的区别主要表现为社会伦理价值上的区别^[5]。“质的区分说”的具体内容在于，行政违法与刑事犯罪二者之间存在着本质的差异，这种质的区别在于二者所损害的利益有所不同。行政违法所损害的利益是行政法律法规所保护的利益，即行政利益，它的本质在于，行政违法行为是对行政命令的不服从，损害了行政法的权威，侵犯了某种特定利益，破坏了行政秩序。与之不同，刑事犯罪所损害的利益是社会普遍利益，表现为社会伦理的谴责，从表面看来是对刑法的不服从，而实质上则侵犯了整个社会所维护的伦理价值，事关人们的普遍利益，并非是一种特定的利益^[6]。因此，在“质的区分说”下，行政违法与刑事犯罪从根本上属于不同性质，存在着质的区别。正是基于该种理论，在刑事司法实践中，对于法定犯操纵证券市场罪的判断，必须具有刑事上的独立性，应依据刑法及相关司法解释的规定来判断某一行为是否符合操纵证券市场罪的构成要件，而不应因证券法等行政法上的认定影响到刑事上的判断。

“质的区分说”所产生的疑问在于，在判断某一行政违法行为是否构成犯罪时，法官应采用何种独立判断方式来认定该行为的刑事违法性？由于“质的区分说”下，行政违法与刑事犯罪的区别主要在于行为损害的利益是否为社会普遍利益、是否败坏整个社会伦理价值，是否能够以此作为判断标准？通说认为，这并不恰当。“社会普遍利益”、“社会普适伦理价值”的概念是不确定的，它们的内容因社会的多元化、复杂性与时代的变迁而难以确定，且变动频繁^[7]。基于此，“质的区分说”很难成为处理操纵证券市场行为行刑衔接问题的理论依据。

(二) 量的区分说

德国理论界中，对于处理行刑衔接问题占据主要地位的学说为“量的区分说”。与“质的区分说”相反，“量的区分说”不承认行政违法与刑事犯罪存在质的差异，二者只是在不法程度上存在差别^[8]。它认为一个行为从行政违法上升到刑事犯罪的标准在于，该行为已超出某个“量”，从而从行政违法行为跃居成为刑事犯罪。“量的区分说”之所以成为解决行政违法与刑事犯罪衔接问题的主要理论，其原因主要在于，“量的区分说”考虑到了法定犯的双重违法性问题。正如上文所述，相比于普通的操纵市场违法行为，构成操纵证券市场罪的行为具有更高的可谴责性，其不法程度达到了需要由刑法制裁的程度。通俗而言，相比于仅受到行政处罚的操纵市场行为，构成操纵证券市场罪的行为达到了更为严重的程度，这种严重程度表现为，操纵市场的犯罪行为相比于违法行为多出了具有高谴责性的一定“量”，若能够明确这多出的“量”，那么从理论上，操纵证券市场行为的行刑处罚界限便得以明晰，这正是判断操纵证券市场罪作为法定犯双重违法性的特殊之处所在，而“量的区分说”考量到了这种特殊性。法定犯的特殊性决定了操纵证券市场行为涉及到的证券交易行为具有很强的专业性，需要结合《证券法》

等法律法规进行判断,而判断刑事违法性则必须参照该类规定[9]。在第一层次,对行政违法性做出判断,在第二层次,对刑事违法性做出判断,并且后者在很大程度上需要参考前者[10]。

对于“量的区分说”,也存在部分质疑。有观点认为,既然行政违法上升到刑事犯罪仅存在“量”的差异而不存在“质”的区别,那么行政认定的结论与根据则可以直接适用于刑事认定上。然而,当判断某一行政违法行为是否构成犯罪时,行政认定只具有作为犯罪线索的作用,对犯罪行为的判断要秉持独立判断原则,基于刑法上的构成要件和案件事实做出刑事认定,因而不得直接将行政责任的认定作为刑事责任认定的结论与依据[11]。实际上,将行政认定等同于刑事认定是对“量的区分说”的一定曲解。采取“量的区分说”并非意味着将行政认定与刑事认定相等价,只是肯定了行政认定在刑事认定中的参考作用。操纵证券市场罪作为法定犯,其首先具备的是行政违法性,在判断刑事违法性时,也无法绕开对其行政违法性的审视。正基于此,在认定操纵证券市场行为是否构成犯罪时,《证券法》具备了前置法的地位,因而刑事司法机关在认定犯罪行为时,也需要对证监会做出的行政处罚等认定意见进行充分的参考,继而依据《刑法》对该行为做出刑事上的独立判断。

(三) 质量区分说

“质量区分说”是“质的区分说”与“量的区分说”的折中学说。其在认为行政违法与刑事犯罪存在质的区别之余,也为二者存在量的区别留下了余地。该学说并未得以采纳的原因依旧在于“质的区分说”本身存在的判断标准模糊的问题,即上文所论述的社会伦理价值的不确定性。实际上,对判断某种行为构成违法行为或犯罪行为,并不存在界限清楚的质量性区别[12]。“质量区分说”将“质的区分说”与“量的区分说”相结合,看似为解决行刑衔接问题提供了更为全面的思考角度,却无法回避“质的区分说”自身所存在的缺陷,这无形中为行刑衔接问题的解决增添了难度。

由此可见,对于处理行政违法与刑事犯罪的关系,通过分析“量的区分说”、“质的区分说”与“质量区分说”,可以肯定,“量的区分说”应当作为解释该问题的理论指引。对于解决操纵证券市场行为认定的行刑衔接问题而言,也应当在“量的区分说”下进行。

3. “量的区分说”下操纵证券市场行为的行刑界分

现行法律在认定操纵证券市场行为的行刑衔接问题时,是以“量的区分说”为指导的。《刑法》第一百八十二条规定了操纵证券市场罪需要达到“情节严重”,“情节严重”所指向的,正是操纵证券市场行为作为行政违法与刑事犯罪行为“量”上的区别。为将这种“量”上的区别具体化,《司法解释》拟定了一定犯罪数额来确定操纵证券市场罪的入罪门槛。然而,由于《司法解释》中所列举的犯罪数额并不足以作为操纵证券市场行为行刑界分的标准,对“量的区分说”的理解也不应仅仅局限于以数额标准划分行政违法与刑事犯罪。从该意义上来说,在处理操纵证券市场行为认定的行刑衔接问题时,仅依据现行法对入罪数额的规定,并不能完全释明“量的区分说”并将其正确适用于解决行刑衔接的问题上,现行法对“量的区分说”的体现是不完全的。在数额标准之外,需要采用一个更上位的概念作为指引,进一步加深对“量的区分说”的理解并将其正确适用于操纵证券市场行为认定的行刑衔接问题。

我国对证券违法与证券犯罪分别规定在不同法律中,采取的是违法与犯罪二元论体系,二者在法律条文中对操纵证券市场罪的规定完全相同,因此在处理行刑衔接问题上,必须要坚持形式解释与实质解释相结合[13],一方面对法律的明文规定进行解释,另一方面则需要从法益侵害性的角度来把握操纵证券市场罪,以合理区分其与操纵市场行政违法行为。要在“法益”这个大概概念的指引下,正确适用“量的区分说”,以解决操纵证券市场行为认定的行刑衔接问题。

(一) 操纵证券市场罪所保护的法益

操纵证券市场犯罪所保护的法益,包括了集体法益与个人法益。集体法益与个人法益分别对应了证

券市场的管理秩序与投资人的利益，其中集体法益应当作为操纵证券市场罪主要保护的法益。对操纵证券市场行为人与市场关系的判断影响到了操纵证券市场罪法益的确定。一说认为，行为人与市场的关系在于欺诈，行为人操纵市场的行为就是针对市场中“其他投资者”的欺诈，操纵的结果是扭曲了证券市场真实的交易价格与交易量、阻碍了通过市场机制价值形成的正常过程，使其他投资者只能观察到操纵力量下被扭曲的虚假市场交易情况[14]。在这种观点下，应当认为操纵证券市场罪保护的是市场中其他投资者的个人利益。然而，欺诈需要有明确、具体的对象，“其他投资者”是一个笼统的概念，并不能作为明确的被欺诈的个体，操纵行为并不针对证券市场的其他投资者，而其他投资者因操纵行为得到的虚假市场信息从而使个人利益受损，这只是操纵行为的间接结果。此外，如果承认无欺诈对象也能成立欺诈行为，便会颠覆欺诈行为需要存在被骗人的传统理论[4]。实际上，行为人与市场的关系可以直接理解为操纵关系，操纵行为所指向的客体是证券市场应当具备的公平、公正、公开的市场管理秩序[15]。从《刑法》第一百八十二条“影响证券交易价格或交易量”、“操纵证券价格”的表述中也可以看出，操纵证券市场行为所造成的最终危害在于整个证券交易市场行情的非正常波动，导致的是市场管理秩序的混乱。固然，在行为人操纵市场的过程中，存在一定的欺诈投资者的因素，但操纵证券市场行为之所以能够被纳入刑法规制的范围内，归根到底是由于其破坏了证券市场的正常管理秩序[16]，而投资者利益受损只是证券市场管理秩序受到破坏的体现。因此，不能认为操纵证券市场罪主要保护的法益是个人法益，而应是集体法益。

（二）操纵证券市场罪的法益侵害程度

在明确操纵证券市场罪所保护的法益基础上，进一步认定法益侵害程度是有必要的。刑法理论上存在着危险犯与结果犯这一对概念。对操纵证券市场罪来说，其构成危险犯或是结果犯关系到操纵行为达到何种法益侵害程度时才应以刑事犯罪处理的问题，换言之，正确适用“量的区分说”以对操纵证券市场行为做出行刑划分，除了以法律规定的数额作为标准，还需要认定操纵行为对法益的侵害程度。

有观点认为，操纵证券市场犯罪应归属于结果犯，原因在于《刑法》第一百八十二条及《司法解释》中皆出现了某一类操纵市场行为“操纵证券交易价格或交易量”、“影响证券交易价格或交易量”的表述模式，由此认为只有当操纵行为在交易市场上造成了实际影响时才应当认定为犯罪，也就是行为已经对法益造成了实际损害时方构成操纵证券市场罪。秉持该种观点将在实践中造成一定的认定困境。构成结果犯则意味着操纵证券市场的行为与市场行情变动的结果之间存在因果关系，若未出现行为人所预期的变动结果，或变动结果在客观上是其他市场因素所致，与操纵行为并无实际因果关系，则无法将操纵行为入罪。然而去证明操纵证券市场的行为与市场行情变动的结果之间存在因果关系在实际操作上是十分困难的，因为证券交易市场的行情往往千变万化，存在众多的不确定因素，而行为人的操纵因素往往只是最终形成证券市场交易价格、交易量相对时间内定值的一个因素，要证明该因素对结果所起到的作用程度，实在勉为其难[17]。所以，操纵证券市场罪不宜认定为结果犯，将其认定为危险犯更为合理，并且只有当其构成具体危险犯，即操纵行为具有对法益的紧迫、具体危险时，该行为才应当定性为刑事犯罪。

从证监会颁布的《证券市场操纵行为认定指引》(以下简称《认定指引》)中，可为操纵证券市场罪构成具体危险犯提供合理化根据。根据《认定指引》第14条第1款规定，“影响证券交易价格或者证券交易量”，是指操纵行为导致了证券交易价格、交易量异常，或形成了虚拟的价格水平、交易量水平。而《认定指引》在第14条第2款又明确指出，“致使”是指：操纵行为是导致证券市场行情异常的重要原因。这充分表明，操纵证券市场行为若作为入罪处理，操纵行为只需构成证券市场行情异常变动结果的一大因素、存在左右市场行情的可能性即可[18]，只要求该行为导致证券市场非正常管理秩序的危险状态，而并不要求造成实际的法益损害结果。基于法定犯的双重属性，将《认定指引》的精神应用于刑法领域，则应肯定操纵证券市场罪的具体危险犯地位。此外，《司法解释》中对“情节严重”的具体规定也充分

体现了操纵证券市场罪具体危险犯的性质。《司法解释》对操纵证券市场行为入罪的要求，包括行为人的持股量、成交量、撤回申报量等数量或数额上的种种规定。这些规定都是对行为人操纵证券市场行为本身所达成的数量或数额的要求，难以理解为是对操纵行为所造成的实际危害结果的具体描述——行为人的持股量、成交量、撤回申报量等数据并不足以直接说明证券市场行情非正常波动的结果，因此也无法表明证券市场的管理秩序受到了实际损害。只要操纵行为本身达到一定数量或数额要求，即认定该行为对证券市场的管理秩序存在紧迫、具体的危险，构成操纵证券市场罪，而无需判断行为是否对证券市场行情造成了实际的不利后果。

4. 客观考量法益侵害性：以“抢帽子”交易行为为例

下文以操纵证券市场行为中的“抢帽子”交易行为为例，对从客观上考量法益侵害性的途径做出一定探析。根据《刑法》第一百八十二条及《司法解释》，“抢帽子”交易行为的行为模式为“事先建仓—公开荐股—反向操作”，详细来说，是对市场具有一定影响力的行为人事先买入股票，对股票进行公开预测等发布信息行为，影响到投资者的决策，导致证券市场产生其所期待的市场反应，如证券交易价格或交易量产生波动，行为人得以从中获利^[19]。当行为人已满足该行为模式时，即构成“抢帽子”交易行为，根据《证券法》应受到行政处罚。而将该行为上升成为刑事犯罪，不仅需要认定证券交易成交额是否达到《司法解释》所规定的一千万元以上，从而构成“情节严重”，从本质上更要去识别行为对法益的侵害。

“抢帽子”交易行为具备了扰乱证券市场管理秩序的一定侵害性。从事“抢帽子”交易的行为人具有一定的市场影响力，其投资建议等披露的公开信息对证券市场中其他投资者的交易行为具有很强的引领作用，而这种作用强烈影响到相关的证券交易市场行情，使市场的供求关系发生变动，行为人则利用市场行情的异常变动获取巨大利益。行为人的“抢帽子”行为以虚假性或误导性信息支配了其他投资者的投资行为，而投资者的交易行为则导致了最终证券市场行情的变动。虽然行为公开发布信息的行为与证券市场交易价格、交易量改变的因果关系并非是直接的，二者中间介入了投资者行为的因素，但不可否认的是，该种行为作为“抢帽子”行为的核心，是扰乱整个证券交易市场管理秩序的重要因素。在明确“抢帽子”交易行为所侵害的法益的基础上，需要进一步判断该行为对法益的侵害程度是否达到了紧迫、具体的危险性。即使“抢帽子”交易行为已达到《司法解释》在数额上的入罪标准，如果无法认定该行为对法益的侵害已存在具体危险，仍然不能将其入罪。

判断“抢帽子”交易行为法益的具体危险性，也即论证其是否有扰乱证券市场行情的极大可能性，需要把握“抢帽子”交易行为主体的特征，该特征能够作为判断法益侵害程度的客观标准。在《司法解释》颁布之前，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)》(下文简称《追诉标准(二)》)，“抢帽子”交易行为的主体只限于特殊主体，如证券公司、证券咨询机构、专业中介机构等金融行业从业人员。《追诉标准(二)》中对行为主体身份的限定是出于对“抢帽子”型操纵证券市场行为违法性本质的考虑，该本质在于行为人与证券市场中其他投资者之间的利益冲突。其他投资者受到行为人发布投资信息的影响，在证券交易市场中处于弱势的地位，其投资行为基于的是行为人作为“专业人士”所发布信息的信赖心理。如果行为人与其他投资者之间存在利益冲突，则会使投资者的信赖受到伤害，从而损害了投资者的利益^[20]。

然而，在《司法解释》中，“抢帽子”交易行为的主体身份范围被扩大了，不仅仅是特殊主体，不具有特殊身份者也可以构成“抢帽子”型操纵市场罪的主体。实际上，将行为主体扩大至一般主体有悖于“抢帽子”交易行为的违法性本质。非特殊主体与证券市场的其他投资者之间并不存在法定的信赖关系，与特殊主体和其他投资者间的直接利益冲突相比，一般主体和其他投资者间的利益冲突是相对的、

间接的。此时，这种利益冲突可通过行为主体披露利益冲突的方式而化解——行为人在发布投资消息之前或之时，充分表明其实施的相关证券交易可能或已经利用了该种信息的影响力及其所引发的证券市场行情波动，从而获取交易利益[20]。一旦非特殊主体免除了源于利益冲突产生的责任，市场中的其他投资者对非特殊主体所发布的信息便不再秉持“盲从”态度，行为人对其他投资者投资决策的支配力将减弱，从而降低了非特殊主体扰乱证券市场行情的可能性。因此，从《司法解释》所规定的行为模式、数额上看，具备非特殊身份的行为人即使已满足“抢帽子”型操纵证券市场罪的客观特征，但若具备利益冲突免责情节，则无法认定证券市场管理秩序面临紧迫、具体危险，不可作为操纵证券市场罪处罚。

5. 结语

在“量的区分说”下，操纵证券市场行政违法行为与操纵证券市场犯罪都对证券市场的正常管理秩序构成了侵害，二者的区分标志不仅限于《司法解释》做出的数额性规定。根据操纵证券市场罪具体危险犯的性质，当操纵证券市场行为对法益的侵害程度具有具体危险性，即证券市场的正常管理秩序存在紧迫、具体的危险时，操纵行为将构成刑事犯罪，而不能再以行政违法行为来评价。法益侵害程度的具体危险性也就是在适用《司法解释》的入罪数额之外，操纵证券市场行为行刑界分的标准所在。不仅仅是“抢帽子”交易行为，对其他操纵证券市场行为也应当采取类似的方法理念解决操纵行为的入罪问题。满足《司法解释》数额性的规定之余，更要把握各个操纵行为的外在特征，从客观上分析行为的法益侵害性，根据个案具体判断该行为对证券市场管理秩序是否具备紧迫危险性，这个过程也便是在行刑衔接问题中将“量的区分说”正确适用的过程。

参考文献

- [1] 于冲. 行政违法、刑事违法的二元划分与一元认定——基于空白罪状要素构成要件化的思考[J]. 政法论坛, 2019, 37(5): 95-105.
- [2] 毛玲玲. 证券刑法的矛盾样态及反思[J]. 中外法学, 2014, 26(3): 777-795.
- [3] 乔远, 吴波, 赖佳文. 金融警戒线: 证券刑事法律实务探析[M]. 北京: 法律出版社, 2018.
- [4] 刘宪权. 操纵证券、期货市场罪司法解释的法理解读[J]. 法商研究, 2020(1): 3-15.
- [5] 林山田. 经济犯罪与经济刑法[M]. 台北: 台湾三民书局, 1981.
- [6] 施锐利. 行政违法与行政犯罪界分研究[D]: [博士学位论文]. 济南: 山东大学, 2016.
- [7] 洪家殷. 行政秩序罚论[M]. 台北: 五南图书出版公司, 1998.
- [8] [德]汉斯·海因里希·耶塞克, 托马斯·魏根特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 2017.
- [9] 赵希. 证券期货违法行为的行刑衔接困境再思考——“量的区分说”的倡导与完善[J]. 财经法学, 2019(5): 29-40.
- [10] 时延安. 行政处罚权与刑罚权的纠葛及其厘清[J]. 东方法学, 2008(4): 100-105.
- [11] 张明楷. 避免将行政违法认定为刑事犯罪: 理念、方法与路径[J]. 中国法学, 2017(4): 37-56.
- [12] [德]克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005.
- [13] 王崇青. 全流通时代的证券犯罪问题研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2014.
- [14] 陈晨. 操纵证券市场犯罪要素认定的司法观察[J]. 证券法苑, 2017, 21(3): 208-228.
- [15] 刘宪权, 林雨佳. 操纵证券、期货市场犯罪的本质与认定[J]. 国家检察官学院学报, 2018, 26(4): 112-124+177.
- [16] 林雨佳. 操纵证券、期货市场罪中兜底条款的适用[J]. 中国检察官, 2019(22): 8-12.
- [17] 李泳霖. 操纵证券市场罪研究[D]: [硕士学位论文]. 兰州: 兰州大学, 2018.
- [18] 陈立聪. 新型市场操纵行为的刑法规制[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2019.
- [19] 刘宪权. 操纵证券、期货市场罪“兜底条款”解释规则的建构与应用——抢帽子交易刑法属性辨正[J]. 中外法学, 2013, 25(6): 1178-1198.
- [20] 左坚卫, 张淑芬. “抢帽子交易”型操纵证券市场罪研究[J]. 法学杂志, 2019, 40(6): 86-92.