

2002年第1辑(总第1辑)

刑事法判解研究

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

主 编 赵秉志

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 第1辑/赵秉志主编:中国人民大学
刑事法律科学研究中心主办. —北京:人民法院出版社,
2002.9

ISBN 7-80161-359-7

I. 刑… II. ①赵…②中… III. 刑法-判例-研
究-中国 IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 054620 号

刑事法判解研究

2002 年第 1 辑(总第 1 辑)

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290586(责任编辑) 65290516(出版部)

(010)65290558 65290541 65290543(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 230 千字

印 张 13.5

印 数 6000

版 次 2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-359-7/D·359

定 价 22.00 元

2002 年第 1 辑(总第 1 辑)
中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

《刑事法判解研究》

顾 问

高铭暄 马克昌 王作富
刘家琛 姜兴长 张 军

编辑委员会

主 任 赵秉志

委 员 (以姓氏笔划为序)

王新清 卢建平 任卫华
何家弘 杨万明 南 英
高憬宏 黄尔梅 黄京平
谢望原 甄 贞 熊选国

主 编 赵秉志

副主编 黄京平 谢望原

编 辑 杜 澎 肖中华

发 刊 词

刑事法治之建立与完善，与刑事司法的状况密相关联。刑事司法的公正、合理与进步，是刑事法治昌盛发达的真正标志，也是现代法治国家的重要标志之一。因此，任何一个有历史使命感的刑事法学者，在研究刑事法基础理论的同时，都必须重视对刑事司法实务的研究；任何一个有职业责任心的刑事司法实务人员，在运用刑事法的过程中，都必须追求对刑事司法实务的法理思考。深切关注刑事司法、细致探究刑事司法、正确引导刑事司法，是刑事法学者义不容辞的职责；树立刑事法治理念、维护刑事法治权威、推动刑事法治发展，是刑事司法实务工作者责无旁贷的重任。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是专门从事刑事法研究的新型综合性学术研究机构，经教育部 1999 年 11 月批准，首批成为教育部全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地，是刑事法领域惟一的国家级重点研究机构。该中心以作为国家级重点学科点的刑法学科为龙头，涵盖刑事实体法、刑事程序与刑事证据法、刑事侦查与刑事物证技术、刑事法律史等刑事法律学科群中的基本和主要领域。该中心一向重视刑事法实务与理论问题的研究，并与国家最高司法机关长期保持着广泛而密切的专业交往与合作关系。为有效地推进对刑事法治实务的研究，经与人民法院出版社协商，由中国人民大学刑事法律科学研究中心主办并得到最高人民法院鼎力支持的《刑事法判解研究》（系列论丛），经过较长时间的酝酿和较充分的准备，终于与读者见面了。《刑事

法判解研究》以裁判生效的疑难典型刑事案件和现行有效的刑法、刑事诉讼法之立法解释与司法解释为主要研究内容，设置“案例研究”、“解释研究”、“实务专题”、“热点论争”等栏目，精选佳作，目前计划每年编印4辑，每期约20余万字，由人民法院出版社公开出版。

开垦这样一片新土地，是我们的宿愿，也是广大刑事司法工作者的期待。评判刑事法个案法律适用之疑难争议，剖析刑事法解释规范内容之利弊得失，对于阐释立法真义、促进司法完善和深化理论研究，意义直接、深远、重大。《刑事法判解研究》旨在通过对刑事司法个案和刑事法解释的学理研究，在刑事法理论与刑事司法实务之间架设一座明快、务实而稳固的桥梁。我们希望广大刑事司法实务界的朋友、刑事法理论研究者热情参与，并把对刑事司法实务有指导意义、有启发作用的作品推荐给我们，以使《刑事法判解研究》实至名归，不负众望。

《刑事法判解研究》编委会

2002年7月

目 录

发刊词	(1)
-----------	-------

案例研究

我国证券刑法之机能性缺陷评析

——广东欣盛投资顾问有限公司等操纵证券交易价格案 … 王安异(1)

如何认定刑法上的因果关系和过失犯罪的注意义务

——张某交通肇事案

..... 游 伟(18)

如何把握合同诈骗罪的构成及处理使用数种诈骗

方法诈骗的行为

——林某合同诈骗、诈骗、票据诈骗案 李泽龙(31)

如何区分抢劫罪与敲诈勒索罪及理解“入户抢劫”

——李某敲诈勒索案

..... 吴大华 张建(44)

婚内强奸案的新近理论与实务研究

——吴某强奸案 李立众(53)

受聘看管国有财产的人员能否构成贪污罪

——张某等职务侵占案 刘为波(74)

如何把握斡旋(间接)受贿犯罪的构成要件

——陆某受贿案 谢锡美(81)

对跨越数个法律的行为如何适用从旧兼从轻原则

——陈甲等挪用资金、商业受贿案..... 梁 剑(94)

解释研究

关于黑社会性质组织犯罪的司法解释	(103)
------------------------	---------

解读黑社会性质组织罪·····	储槐植(103)
关于黑社会性质组织犯罪的司法解释的若干思考·····	赵秉志(106)
关于认定黑社会性质组织的研究意见·····	熊选国(115)
“保护伞”不是黑社会性质组织的必备特征·····	穆红玉 罗庆东(118)
“黑社会性质组织”之我见·····	李文燕(120)
黑社会性质组织认定之我见·····	张明楷(122)
关于黑社会性质犯罪司法解释的意见·····	阮齐林(125)
关于黑社会性质组织犯罪司法解释的看法·····	张 文(128)
对关于黑社会性质组织犯罪解释的几点看法·····	陈泽宪(129)
关于挪用公款罪的司法解释·····	(132)
关于挪用公款罪法律解释的思考和建议·····	赵秉志(132)
依法科学界定“挪用公款归个人使用”问题·····	穆红玉 罗庆东(140)
《关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》 的理解与适用·····	孙军工(142)
《关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》 评析·····	阮齐林(146)
如何理解挪用公款归个人使用·····	张 文(149)
《关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》 评说·····	陈泽宪(150)
实务专题	
贪污贿赂罪若干疑难问题论要·····	肖中华(152)
《刑事法判解研究》稿约及体例、内容说明·····	(207)

我国证券刑法之机能性缺陷评析

——广东欣盛投资顾问有限公司等操纵证券交易价格案

王安异*

一、问题的提出^①

“亿安科技”案是我国迄今为止最严重的一起操纵证券交易价格案。2001年4月23日，中国证券监督管理委员会作出证监罚字〔2001〕7号处罚决定，依据证券法第184条、第190条的规定，以操纵证券交易价格之由对广东欣盛投资顾问有限公司等四家公司作出行政处罚，没收上述四家公司违法所得4.49亿元，并罚款4.49亿元。具体违规事实为：

广东欣盛投资顾问有限公司、广东中百投资顾问有限公司、广东百源投资顾问有限公司、广东金易投资顾问有限公司等四家

* 华中科技大学法学院讲师，武汉大学法学院博士研究生。

① 考虑到证券市场期货市场的区别、期货的复杂性及我国期货市场的现状，本文所指的“证券犯罪”仅指“股票、债券”类犯罪，未包括期货犯罪。另外，陈家林博士对本文的写作提出了一些中肯的建议，在此谨致谢意。

公司自1998年10月5日起,集中资金,利用627个个人股票账户及3个法人股票账户,大量买入“深锦兴”(后更名为“亿安科技”)股票。持仓量从1998年10月5日的53万股,占流通股的1.52%,到最高时2000年1月12日的3001万股,占流通股的8.5%。同时,还通过其控制的不同股票账户,以自己为交易对象,进行不转移所有权的自买自卖,影响证券交易价格和交易量,联手操纵“亿安科技”的股票价格。该股价格从1998年10月5日的最高价8.95元/股被操纵到2000年2月5日的最高价126.31元/股,被操纵的幅度为14倍。截至2001年2月5日,上述四家公司控制的627个个人股票账户及3个法人股票账户共实现盈利4.49亿元,股票余额77万股。

这一沸沸扬扬的案件至此亦告一段落,欣慰之余仍颇感不足。因为,对社会危害性如此严重的一起“操纵证券交易价格”案仅作行政处罚似乎不够。根据我国刑法第182条规定,集中资金,或者以自己为交易对象,进行不转移所有权的自买自卖,影响证券交易价格和交易量,联手操纵证券交易价格,“情节严重的”,可以构成操纵证券交易价格罪。本案中证券交易价格被操纵的幅度为14倍,涉案的非法所得为4.49亿元,给当时的股市造成恶劣影响,给广大中小投资者带来巨大投资风险,无论从哪个方面看都是一个堪称“情节严重”,可以定罪量刑的刑事案件,所以对于本案的处罚应当适用刑法而不是证券法。但是该案实际的处罚则并非如此,^①这不禁引发笔者对于证券刑法机能和刑罚强制力的追问。

毋庸讳言,法律实践与法律理论存在一定的距离,法律实践更重视工作的便利和法律的可操作性,而法律理论则往往追求理论的完整和逻辑的严密。惩治证券犯罪的理论和实践悖离则更是一个带有普遍性的问题,在我国证券监管机构近两年处罚的案件中,2000年1—9月份的47个处罚决定有12件,2001年1—11月作出的28个处罚决定中有14件,一些案件理论上

^① 中国大陆亦有“在操纵‘亿安科技’股票价格一案中,行为人难道没有刑事责任吗?”之类的疑问。参见许克显:《刑事责任不该缺位》,载《法制日报》2001年5月9日第8版。司法机关对此有自己的说法。如深圳市公安局二处罗敏光认为:由于深圳证券市场开放较早,早在90年代初他们就已经遇到过类似的案例,“但至今还没有一例送上法庭的(在深圳市)”。参见:<http://www.sina.com.cn>, 2001/07/23, 15:00,《三联生活周刊》。

应当适用证券刑法^①，但是实践中均没有适用。对此，笔者无意评价证券监管机构处罚案件的正确与否，笔者的本意在于通过这些经验事实揭示证券刑法所存在的“理论和实践相悖离”的现象，即证券刑法之规定虽昭昭在日，适用起来却大相径庭。

当理论与实践相悖离的时候，我们在批评实践工作的低效或腐败之余，也应检讨制度本身。因为逻辑严谨、理论圆通的刑法并不等于行之有效的刑法，有效的刑法应当富有生命力而且具有一定的社会回应性，其与社会相关元素共同作用时能够形成良性互动。刑法制度的有效性必须有一定社会基础的存在。“现实的利益只有在与调整规范有效性的观念相联系时，才可以通过一般化的行为预期获得满足；而理论观念只有在与导致动机力量的利益相关时，才能获得广泛的实践经验的认同。”^② 规范的有效性在这个意义上讲是与其合理性相伴生的。

既然如此，下面我们从制度分析入手，检讨我国证券刑法中一些合理性问题，或称功能性缺陷。

① 2000年的处罚决定参见中国证监会第12号、16号、17号、30号、31号、32号、33号、34号、40号、41号、45号、46号的处罚决定，即高法山内幕交易，大庆联谊石化股份有限公司提供虚假财会报告，哈尔滨会计师事务所提供虚假财会报告，上海粤海企业发展股份有限公司提供虚假财会报告，上海会计师事务所提供虚假财会报告，中国信达信托投资公司操纵证券交易价格，原重庆川仪股份有限公司提供虚假财会报告，重庆华源会计师事务所提供虚假财会报告，上海嘉定宝实业（集团）股份有限公司提供虚假财会报告，林东模、傅林生提供虚假财会报告，西藏圣地股份有限公司提供虚假财会报告，四川君和会计师事务所提供虚假财会报告等。2001年的处罚决定参见中国证监会第3号、5号、7号、11号、12号、13号、17号、18号、19号、20号、21号、22号、25号、26号处罚决定，即海南大东海公司与黄玉珍等提供虚假财务报告案、广东欣盛公司操纵证券交易价格案、山东三联公司内幕交易案、张家界公司及开元会计师事务所提供虚假财务报告案、西安圣方公司提供虚假财务报告案、牡丹江石化集团股份有限公司提供虚假财务报告案、郑百文公司与龚淑敏等提供虚假财务报告案、九州股份与华兴会计师事务所提供虚假财务报告案、金路公司与德阳会计师事务所提供虚假财务报告案等。

② See Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, the MIT Press, 1999. pp.67.

二、悖论 1: 刑法规制与刑法保护

刑法保护机能,是刑法具有的保护国家所关切的重大法益的功能。^① 证券刑法的保护机能是刑法保护证券市场秩序的功能,是证券市场共同体中的一部分,正如细胞、器官之身体,证券市场需要刑法的保护,刑法的规制也不能脱离证券市场发展的要求。

我国刑法保护证券市场的力度是很大的,突出表现为刑事立法方面。我国刑法对证券犯罪的规制与美、德等其他国家刑事立法比较而言,^② 数量上我国刑法规定的罪名较多,规定较为严密,规制的范围较宽,刑罚上亦有较严厉的自由刑。具体见下表:

中、美、德三国证券刑法比较

最高自由刑	中 国	美 国	德 国
10 年以上	非法经营罪 (1999 刑法修正案第 8 条)	无	无
10 年	1. 伪造、变造股票、公司债券罪 (刑法第 178 条) 2. 内幕交易、泄露内幕信息罪 (刑法第 180 条) 3. 诱骗投资者买卖证券、期货罪 (刑法第 181 条第 2 款) 4. 挪用资金罪 (1999 刑法修正案第 7 条)	内幕交易 (1984ITSA, 1988ITSFEA, 1934SEA § 16, SEA Rule 10b (5))	售信罪 (德国刑法 § 266)

① 参见 [日] 木村龟二主编, 顾肖荣、郑树周译:《刑法学词典》, 上海翻译出版公司 1991 年版, 第 10 页。

② 英美法系与大陆法系国家对证券犯罪的刑法规制采取不同的态度, 英美法系国家对证券犯罪的处罚一般较严厉。美国、德国分别为两大法系的代表, 本文选择两国作比较分析, 以期使结论具有较强的代表性。

最高自由刑	中 国	美 国	德 国
5 年	1. 欺诈发行股票、公司企业债券罪（刑法第 160 条） 2. 擅自发行股票、公司、企业债券罪（刑法第 179 条） 3. 编造并传播证券、期货交易虚假信息罪（刑法第 181 条第 1 款） 4. 操纵证券、期货交易价格罪（刑法第 182 条）	1. 欺诈性州际交易（1933SA § 17, 1934SEA § 15 (c)） 2. 违反州际贸易和邮递的禁令（19933SA § 5 (a)） 3. 非法陈述（1933SA § 23） 4. 操纵股市（1933SEA § 9, § 15 (c), SEA Rule § 10 (b)）	1. 内幕交易罪（德国证券交易法 § 14、§ 38） 2. 侵占交付保管的有价证券罪（有价证券保管法 § 263） 3. 诈骗罪（刑法 § 263）
3 年及以下	提供虚假财会报告罪（刑法第 160 条）擅自设立金融机构罪（1999 刑法修正案第 3 条）	无	1. 诈骗投资罪（刑法 § 264 (a)） 2. 以欺诈手段交易所牌价或者市场价格施加影响罪（交易所法 § 88） 3. 为获暴利而诱使进行证券投资交易罪（交易所法 § 89） 4. 对所有权作不实说明罪（有价证券保管法 § 35）

此外，我们还可以比较几个国家地区的刑罚情况。如法国《关于设立交易所业务委员会和向有价证券持有人提供信息及引进交易所业务的广告的法令》（1993 年）第 10-1 条规定，内幕交易罪最高可处自由刑两年监禁；英国《1993 年刑事审判法》第 61 条规定，内幕交易罪的自由刑为不超过 7 年的监禁；日本《证券交易法》第 197 条规定，虚假陈述、非法经营证券业罪的最高刑为 3 年自由刑。其刑罚均比我国轻缓。

对证券犯罪的刑法规制是我国保护证券市场秩序的必要手段，其严密、严厉性规定对于限制司法机关恣意裁决、加强对证券市场威慑效应肯定是一定的积极作用。但是我们也发现，刑罚是一柄双刃剑，它能保护证券市场，同时也能损害证券市场。上表表明，同样是惩治证券犯罪，德国刑事立法较美国轻缓，日本、法国更次之。其原因在于：美国证券市场发展百余

年，其监管制度健全，市场成熟稳定，具有相当的规模，市场对刑罚的负面效果承受能力也较强，所以美国以相对较严的刑法控制证券市场是适宜的。德、日、法等国的证券市场发展较美国稍逊一筹，如采用美国刑法的严厉性，则未必合适。反论之，美国若采用德、日、法等国的宽缓刑法控制证券市场也未必适宜。证券市场的发展存在一定的时空维度，刑法规制如果与这种维度相适，法律的功效就较大，反之则可能弊大于利。我国证券市场是以政府为推动力的市场，不同于德日等国内生发展的市场，所以其成熟稳定性，较之德、日、法国远为不及。如上市公司尚存功能性缺陷，市场效率低下，信息公开制度得不到落实等等，市场对刑罚的负面效应承受能力相对较弱，如果我国控制证券市场的刑法规制反而比美、德、法、英、日等国更严苛，拳棒交加，其消极效果甚至可能大于其积极效果。我国证券市场中存在着对操纵市场的行为“一罚就死，一放就乱”的现象。所以，以刑法惩罚证券犯罪确实应根据证券市场的实际情况而定。

因为上述悖论的存在，证券监管机关、司法机关在查处涉嫌证券犯罪的案件时不得权衡惩罚证券犯罪的利弊，从而做出或者有利于市场法制或者有利于市场稳定发展的艰难决定。因为有时二者不能两全，选择保护证券市场的同时就可能意味着必须损害刑法的威严和确定性，这就是我国证券市场刑法保护的艰难处境。

三、悖论 2：刑罚威慑与惩罚

惩罚和威慑是刑罚的基本功能。惩罚是对犯罪人的抑制功能，是刑罚对犯罪一定权益的剥夺，同时包含着国家对犯罪人的否定评价，其偏重特别预防；威慑是刑罚对社会的抑制功能，即刑罚以其具有剥夺权益的强制力使人畏惧而不敢犯罪，其偏重一般预防。

但是，就惩治证券犯罪而言，刑罚威慑与刑罚惩罚存在深刻的悖论。下面首先分析刑罚威慑的保护性机能。

片面强调刑罚的威慑功能可以称为威慑主义。如我国古代哲学家有“刑期于无刑”，“威厉而不试、刑措而不用。”（《史记·礼书》）的观点，德国刑法学家费尔巴哈甚至将刑罚理解为威慑，即“所谓市民的刑罚是因为实行了权利分割由国家所加用刑法予以威吓的感性恶害。”^① 但是，遏制证券犯罪，

^① 参见马克昌主编：《西方刑法学说史略》，中国检察出版社 1996 年版，第 92 页。

刑罚威慑存在机能性局限，主要体现在：

1. 证券法规范的漏洞损害刑罚的威慑效果

德国刑法学者宾丁说：“在实定法中，多数的刑罚法规，将它的构成要件看作在刑罚法规彼岸的命令、禁令的违反，是无疑的事实。”^① 作为证券犯罪的前题要素，证券法规范是一些技术性规则，如信息公开制度、证券发行审批制度等等，其目的是建构良性的证券市场秩序、规范入场者的行为、规范国家的管理，其根本要求是操作性和实用性，只有好的技术规则才能有效规范证券市场并促进市场运行。证券法的科学性和可操作性、证券市场的运行状况等对证券犯罪均有直接的影响，规范的漏洞多、运行状况差、公信度低的证券市场常常是证券犯罪滋生、肆虐的重要土壤。如信息公开制度未落实，发行人应当公开的信息未得到及时披露，常常同时伴随着内幕交易、操纵证券市场价格等行为的发生。

在这个意义上说，证券犯罪的产生是双向的，既取决于犯罪者的贪欲动机，又取决于证券制度本身的漏洞。证券犯罪不同于自然犯罪，自然犯罪的归责机制是明知不可为而为之，犯罪产生的向量是单一的；而证券犯罪则是利用制度的漏洞，趁虚而为，其动因则是双向的。换言之，证券制度如果严密、科学，证券犯罪极可能得以遏制。

2. 证券犯罪的贪利性决定了刑罚威慑的局限

马克思对经济犯罪的贪利性曾经有过一段精彩的描述，他说：“一旦有适当的利润，资本就胆大起来。如果有 10% 的利润它就保证到处被使用；有 20% 的利润，它就活跃起来；有 50% 的利润，它就铤而走险；为了 100% 的利润，它就敢践踏一切人间法律；有 300% 的利润，它就敢犯任何罪行，甚至冒绞首的危险。”^② 在证券犯罪巨大的利润面前，刑罚高悬的威慑之剑在贪猥之徒心目中黯然失色。这就是欺诈上市、虚构利润骗取配股资格、操纵证券交易价格等违法犯罪行为何以屡禁不止的原因。因而，仅靠刑罚的威慑预防来遏制证券犯罪，其功效令人怀疑。

3. 伦理性依据的缺乏影响刑罚的威慑效果

刑法规制证券犯罪的实质根据是保护证券市场的法律秩序，具有较强的行政目的性，而无需求证于伦理根据或非制度化的文化规范。正因为缺乏伦理根据，社会乃至受害人对证券犯罪就缺少类似对自然犯罪的那种伦理感

① 参见 [日] 木村龟二主编：《刑法学入门》，有斐阁，第 60 页。

② 马克思：《资本论》第 1 卷，人民出版社 1975 年版，第 829 页。

情，证券犯罪并不必须导致社会公愤和人们的道德谴责。对证券犯罪，刑罚威慑力缺乏伦理感情基础，而伦理感情的缺乏对刑罚威慑效果或威慑预防减少了一个重型的砝码。

4. 罪犯的侥幸心理不利于刑罚的威慑

侥幸心理使罪犯觉得刑罚与己无关，使他们不怵刑罚的威慑，严厉的刑罚不能引起他们的恐惧感。意大利犯罪学家菲利揭示这种侥幸心理时说：“在行为人经过预谋和准备之后而犯罪的案件中，刑罚更是无力阻止他去实施犯罪，因为他希望犯罪之后能够逃脱惩罚。所有的罪犯都异口同声地说，在其预谋犯罪时，只有一件事在推动他，那就是希望在犯罪之后安然地逍遥法外，如果他们稍微考虑到有可能被发觉、被惩处，也不会犯罪，只有一时感情冲动者除外。”^① 证券犯罪的技术性强，隐秘性大，查处难度大且实效不明显，罪犯的侥幸心理更是有增无减。这种侥幸心理上，单靠文字上的重刑打上威慑的烙印，是很难遏制其技术性的犯罪行为的。

5. 偏重刑罚威慑的负面效果明显

荀子说“刑当罪则威，不当罪则侮”（《荀子·君子》），试图以重刑威慑证券犯罪，其效果会适得其反。我国台湾学者林山田说：过于强调刑罚的威吓功能，而把“重典”当作刑事政策的万灵丹，事实上却无抗制犯罪之功能，这是古今中外均有过的现象。^② 日本刑法学家宫本英修批评重刑时说：如果强要为此利益而科以严厉的刑罚，恰如机械在运转到极限时，欲使其增加速度而过量投放燃料使汽缸爆炸一样，其害远超过其利。^③

存在上述机能性局限的刑罚威慑主义，对证券犯罪而言，如同虎皮羊质，实无可畏。

结合刑罚威慑与刑罚惩罚以遏制犯罪，可以称为结合主义。如日本学者宫本英修认为，刑罚即“警告社会上的一般人应当回避实行犯罪，”又“对于警告无效果的人，具有将他从社会上予以淘汰的作用。”^④ 遏制证券犯罪，刑罚威慑与惩罚有相存辅的一面，惩罚功能发挥了威慑功能，而刑罚的强制力则是刑罚惩罚的前提，因而本体论上分析，结合主义似乎有一定的合理性。但是从效能上分析，刑罚威慑与惩罚并用则会陷入无法排解的两难境

① 参见[英]菲利：《实证派犯罪学》，中国政法大学出版社1987年版，第28页。

② 参见林山田：《刑罚学》，台湾商务印书馆1983年版，第70页。

③ 参见[日]宫本英修：《宫本英修著作集》第2卷，成文堂1985年版，第47页。

④ 参见宫本英修：《宫本英修著作集》第2卷，成文堂1985年版，第36-37页。

地。威慑主义追求“设重刑而奸尽止”（《韩非子·六反》）的理想效果，必然要求对证券犯罪设严苛之刑，而惩罚主义则要求对触犯刑律者无一例外地处以刑罚。如将两者结合，则会导出“设重刑而处重刑”的结论。

申论之，证券犯罪属行政犯，规制证券犯罪的刑法属于行政刑法，具有较强的目的性，执行一定的社会、经济政策的职能。根据政策的需要，一段时期内，某些证券犯罪应重点打击、从重处罚；另一段时期内，某些证券犯罪可能应从宽处罚。如果坚持结合主义，威慑与处罚并重，尤其是威慑主义要求的刑法规制严密化、刑罚严厉化的倾向，则行政刑法的政策运作空间就会被挤兑，因而不利于实现证券市场的政策目的。

更进一步分析，我国有重视重刑威慑的思想传统，如“刑乱世用重典”（《周礼·秋官司寇》），“刑重而必得，则民不敢试，故国无刑民。”（《商君书·赏刑》），“重一奸之罪，而止境内之邪”、“设重刑而奸尽止”（《韩非子·六反》）等等。我国证券市场也迫切要求刑罚的介入，我国证券市场比较混乱，证券犯罪的危害性大、隐蔽性强，打击犯罪难度大、成本高、牵涉面广，短时间内确实是剪不断、理还乱，所以刑罚威慑就成了最简单、最富诱惑力的方法。事实上，我国对证券犯罪所规定的严厉刑罚已凸显立法者对刑罚威慑功能的钟爱和期望。

这样，将威慑与惩罚等量齐观实际上已蜕变为威慑主义的倾向。

四、悖论 3：证券监管与惩罚犯罪

惩罚证券犯罪，是为了实现证券市场的刑法保护机能；而证券监管也是为了保护我国证券市场的良性运行秩序，二者必然存在一定的工作配合和职能交叉。这种配合和交叉主要是证券监管机构对司法机关查处证券犯罪的工作协助。

我国证券法第 172 条规定：“国务院证券监督管理机构依法履行职责，发现证券违法行为涉嫌证券犯罪的，应当将案件移交司法机关处理。”证券监管机构对证券犯罪有一定的调查权和移交的义务。

而我国刑事诉讼法第 18 条规定：“刑事案件的侦查由公安机关进行，法律另有规定的除外。”1998 年 1 月 19 日人大常委会法制委等六部委联合发布的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》进一步解释为：“刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中规定的犯罪由公安机关管辖。”即证券犯罪主要由公安机关负责侦查。

所以我国证券市场监管和惩罚证券犯罪之间的配合主要是犯罪侦查的配合。虽然如此,证券监管机构的刑事配合是惩罚证券犯罪的应有之义和工作基调。因为:(1)证券监管机构是我国查处、惩罚证券犯罪的第一道防线,较易掌握证券犯罪的第一手材料,其工作人员的专业素质和职业责任感有着对证券犯罪的敏锐的嗅觉,有利于及时对证券犯罪作出反应,准确甄别犯罪材料,并进行深入调查,抓住时机,获取确实、充分的证据材料;(2)有利于对证券犯罪的指控。证券具有很强的专业性,其罪与非罪的区分、此罪与彼罪的定性,如无丰富的专业知识是难以胜任的。证券监管机构有相当的专业优势和行业威信,对于证券市场工作重心的把握,证券犯罪危害性的认识,动用刑罚武器必要性的理解,也掌握得准确;特别对于狡猾罪犯——因为其具备一定的反侦查手段——就更要求有较高的专业素质来加以控制,灭其侥幸之心,煞其猖獗之焰。所以,证券监管机构的刑事协助对指控证券犯罪,其作用不容忽视;(3)我国司法机关对证券业专业人才配备和侦查设施不足,必然要求证券监管机构提供一定的专业知识帮助和侦查设备上的帮助,便于及时揭发犯罪。

然而,事实并非如此,就目前的情况看,现实工作中证券监管与惩罚犯罪多数时候是各行其是。^①法律上不仅缺乏关于二者工作配合的实质性的、可操作的规定,而且现有法律所要求的一种简单的“移交”也难以实现。

较为现实的问题是:证券犯罪是技术型犯罪,犯罪手段较为高明,且系特定领域的犯罪,“魔高一尺,道高一丈”,侦查人员和检察人员如无相应甚至是更高专业知识,且对证券市场这一特殊的犯罪领域有特殊的侦查权,欲想查处证券犯罪,其困难不言而喻。

更严重的问题却是:公安机关和证券监管机构同时处于两难境地。公安

^① 2000年上海市静安区人民法院判决赵某的行为构成操纵证券交易价格罪,其侦破过程为被害单位三亚证券交易营业部发现被告人的犯罪事实后,向公安机关报案,进而由公安机关侦破,判决认定被告人违法所得为7277.01元,股票价格由10.93元/股被操纵致12.98元/股,判处有期徒刑3年,罚金若干,没收违法所得,赔偿损失若干。2000年6月2日中国证券监督管理委员会作出证监罚字[2000]32号处罚决定,《关于中国信达信托(下称信达信托)与投资公司违反证券法规行为的处罚决定》称:“信达信托多次通过其控制的不同股票帐户做价格相近、方向相反的交易,以制造成交活跃的假象,使得该股价格从4月8日的10.01元涨至9月21日的高时的19.12元,涨幅达91%。截至1999年2月9日,信达信托共获利10.322万元。”该决定以操纵证券交易价格对信达信托作出了行政处罚。