

# 援引法定刑的刑法解释

——以马乐利用未公开信息交易案为例

孙 谦\*

---

**内容提要：**刑法分则对某些性质相近、危害程度相当的犯罪，采用了援引法定刑的立法技术。由于有的法条罪状表述特殊，实务中容易产生分歧。这突出地表现在刑法第180条第4款援引同条第1款的法定刑时，是全部援引还是部分援引的争议。这一争议影响了地方检察院、法院在类似利用未公开信息交易等案件的处理上，对法律适用的理解。以最高人民法院提起抗诉的马乐利用未公开信息交易案为例，围绕刑法第180条第1款、第4款的规定，运用文义解释、体系解释和目的解释等方法，按照罪刑法定原则和罪刑相适应原则的要求，对援引法定刑问题进行探讨，可得出刑法第180条第4款对同条第1款法定刑的援引，是全部援引而非部分援引的结论。另外，存疑时有利于被告原则仅适用于案件事实存疑的场合，法官解释刑法时只需得出正确的解释结论而非有利于被告的结论。在马乐案的处理上坚持抗诉和上述刑法解释立场，对于统一法律适用和法治发展都有积极意义。

**关键词：**援引法定刑 刑法解释 存疑时有利于被告 罪刑相适应 马乐案

---

2015年12月11日，最高人民法院对最高人民法院提起抗诉的马乐利用未公开信息交易案，作出再审终审判决，撤销广东省高级人民法院和深圳市中级人民法院判处马乐有期徒刑3年，缓刑5年的原审裁定、判决，认定马乐利用未公开信息交易犯罪“情节特别严重”，鉴于其有自首、退赃、认罪悔罪、原判罚金刑已全部履行等情节，予以减轻处罚，改判马乐有期徒刑3年。<sup>〔1〕</sup>这一判决终于为马乐案划上了句号。可以说，马乐案在我国刑事司法史上开创了若干个第一：第一个由三级检察机关接力抗诉的经济犯罪案件；第一个由最高人民法院向最高人民法院仅就刑法法条适用问题提起抗诉的案件；第一个由最高人民法院开庭审理，最高人民法院派员出庭履行职务的刑事抗诉案件。

---

\* 最高人民法院副检察长。

周光权教授、曲新久教授、黄河博士、陈国庆博士、罗曦博士、韩晓峰博士对本文的研究论证提出了完善意见，特此致谢。

〔1〕 见最高人民法院（2015）刑抗字第1号刑事判决书。

## 一、争议焦点与问题的提出

### （一）基本案情

2011年3月至2013年5月，马乐在担任博时精选股票证券投资基金经理期间，掌握了博时精选股票证券投资基金交易的标的股票、交易时点和交易数量等未公开信息。马乐利用上述未公开信息，操作自己控制的3个股票账户，通过不记名神州行电话卡下单，先于、同期或稍晚于其管理的基金账户，买入或卖出相同股票76支，累计成交额10.5亿余元，非法获利1912万余元。马乐的这一行为就是业内人士所说的“老鼠仓”。

### （二）诉讼经过和争议焦点

2013年12月26日，深圳市人民检察院向深圳市中级人民法院提起公诉，指控被告人马乐犯利用未公开信息交易罪，情节特别严重。2014年3月24日，深圳市中级人民法院作出一审判决，认定马乐构成利用未公开信息交易罪，但刑法第180条第4款并未对该罪的情节特别严重作出相关规定，故马乐属于犯罪情节严重；由于马乐具有自首、退赃、认罪态度良好、罚金能全额缴纳等可以从轻处罚情节，故判处其有期徒刑3年，缓刑5年，并处罚金1884万元，同时对其违法所得1883万余元予以追缴。

深圳市人民检察院于2014年4月4日向广东省高级人民法院提起抗诉，认为被告人马乐的行为应当认定为犯罪情节特别严重，依照“情节特别严重”的量刑档次处罚；马乐的行为不属于退赃，应当认定为司法机关追赃；一审判决适用法律错误，量刑明显不当，应当依法改判。2014年8月28日，广东省人民检察院决定支持抗诉，认为一审判决认定情节错误，导致量刑不当，应当依法纠正。

广东省高级人民法院于2014年10月20日作出终审裁定，认为刑法第180条第4款并未对利用未公开信息交易罪规定有“情节特别严重”情形，马乐的行为属“情节严重”，应在该量刑幅度内判处刑罚，抗诉机关提出马乐的行为应认定为情节特别严重缺乏法律依据，驳回抗诉，维持原判。广东省人民检察院认为终审裁定错误理解法律规定，导致认定情节错误，适用缓刑不当，于2014年11月27日提请最高人民检察院抗诉。

2014年12月8日，最高人民检察院检察委员会讨论决定，按审判监督程序向最高人民法院提起抗诉，认为本案终审裁定以刑法第180条第4款并未对利用未公开信息交易罪规定有“情节特别严重”为由，对此情形不作认定，降格评价被告人的犯罪行为，属于适用法律确有错误，导致量刑不当，并对类似案件及法律适用有重大误导，应当依法纠正。

2015年7月8日，最高人民法院在第一巡回法庭公开开庭审理马乐案，最高人民检察院派员出庭履行职务，当庭发表的主要抗诉理由是：第一，刑法第180条第4款属于援引法定刑的情形，应当援引同条第1款的全部规定。第4款中的“情节严重”是入罪标准，在处罚上应当依照第1款的全部罚则处罚，即区分情形依照第1款的“情节严重”和“情节特别严重”两个量刑档次处罚。第二，利用未公开信息交易罪与内幕交易、泄露内幕信息罪的违法和责任程度相当，法定刑亦应相当。两罪的主要差别在于信息范围不同，其通过信息的未公开性和价格影响性获利的本质相同，均严重破坏金融管理秩序，损害公众投资者利益。刑法将两罪放在第180条中分两款予以规定，亦是对两罪违法和责任程度相当的确

认。第三，马乐的行为应当认定为“情节特别严重”，对其适用缓刑明显不当。马乐利用未公开信息进行交易活动，累计成交额和非法获利额特别巨大，显然属于“情节特别严重”，应当在5年以上10年以下有期徒刑的幅度内量刑。马乐虽有自首情节，但适用缓刑无法体现罪责刑相适应原则，无法实现惩罚犯罪和预防犯罪的目的，量刑明显不当。第四，正确理解和适用本案所涉法律规定，对明确同类案件的处理，对同类从业人员犯罪的处罚具有重要指导作用，对于加大打击“老鼠仓”等严重破坏金融管理秩序的行为，保障资本市场健康发展，维护社会主义市场经济秩序，均具有重要意义。

马乐案辩方的主要辩护理由是，原审裁判认为刑法第180条第4款对利用未公开信息交易罪没有规定“情节特别严重”这一理解是正确的。第一，利用未公开信息交易罪是情节犯，“情节严重”是入罪标准，同时也是量刑依据，该罪只有一个量刑标准即情节严重。情节严重和情节特别严重是并列关系，把“情节严重”理解为包含情节严重和情节特别严重两档，会造成刑法语义的混乱。该罪立案追诉标准只规定了情节严重，而没有规定情节特别严重，相关司法解释也没有规定该罪有情节特别严重。第二，在对刑法第180条第4款是否包含了同条第1款的“情节特别严重”存在争议的情况下，应当采纳有利于被告人的解释。第三，利用未公开信息交易罪和内幕交易、泄露内幕信息罪在信息范围和危害程度等方面存在重大差异，内幕交易对股票市场价格必然造成直接重大影响，利用未公开信息交易对股票价格影响小，信息重要性低，可能不会造成危害，只有一个量刑档次符合罪刑相适应原则。第四，司法实践中，没有任何一个判决认定该罪有情节特别严重，如果支持抗辩，可能导致原先已经产生既判效力的判决都存在错误的后果，会动摇判决的稳定性。

由此可见，马乐案一审、二审和再审中，控辩审三方的争议焦点是，如何理解刑法第180条第4款援引同条第1款法定刑的问题。

### （三）问题的提出

刑法分则“罪状+法定刑”的立法模式，决定了在性质相近、危害程度相当的犯罪的法条规范上，经常采用援引法定刑的立法技术。其中绝大多数表述是明确的，司法实践中一般不会产生歧义。但由于有的法条罪状表述特殊，容易产生如刑法第180条第4款援引法定刑是全部援引还是部分援引的争议。事实上，在马乐案之前，已经有多个判决认为该款只是对同条第1款的部分援引。<sup>〔2〕</sup>

追根溯源，我们还得回到原点，看看刑法的规定。刑法第180条第1款规定：证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，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，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。同条第4款规定：证券交易所、期货交易所、证券公司、期

〔2〕 如苏竞利用未公开信息交易案。苏竞利用未公开信息先于或者同期其管理的基金买入或者卖出相同股票130支，累计交易金额7.33亿余元，获利3652万余元。上海市第一中级人民法院以利用未公开信息交易罪，判处被告人苏竞有期徒刑2年6个月，并处罚金3700万元；冻结在案的银行账户名为王某的账户内全部资金予以追缴，其余违法所得责令退赔。见上海市第一中级人民法院（2014）沪一中刑初字第113号刑事判决书。

货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券、期货交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动，情节严重的，依照第1款的规定处罚。争议点在于，第4款规定“情节严重的，依照第一款的规定处罚”是全部依照第1款“情节严重”和“情节特别严重”两个量刑档次处罚，还是仅有“情节严重”一个量刑档次。即，是全部援引法定刑还是部分援引？这不仅是刑法解释上的理论问题，也是困扰司法界的重大实践争议问题。事实上，马乐案一、二审宣判后舆论反响强烈，普遍的认识是量刑畸轻。一、二审判决无法取得公众认同和检察机关的支持。造成这一局面的症结何在？这主要涉及刑法解释方法的运用。

任何一部刑法典都不可能将社会生活中的所有复杂问题“一网打尽”，刑事司法应当探究法律的意义和精神。早期的法律观念认为，司法人员仅是“宣告及说出法律的嘴巴而已”，是一种无意志的生物，其权力“在某种形式上等于零”。〔3〕但是，人们很快发现，法律适用离不开法官的创造性解释活动。“法律人的技艺，就是论证”。〔4〕而刑法解释属于法律人“技艺”的核心内容。刑法解释是对刑法条文含义的阐释，是从“纸面上的刑法”到“生活中的刑法”的重要一环，〔5〕是连接刑法条文与刑事案件裁量的桥梁；“法官或学者往往将这整个适用法律的过程或法律推理过程概括为‘法律解释’”。〔6〕归根结底，对刑法第180条第4款援引法定刑的理解争议，就是法律适用过程中的刑法解释问题。〔7〕因此，综合运用多种刑法解释方法对援引法定刑的适用问题进行深入研究，保证刑法解释得出的结论既不违背罪刑法定原则的精神，又符合罪刑相适应原则的要求，从而使法律得到统一正确实施，就具有重要的理论和现实意义。

## 二、援引法定刑的文义解释

在马乐案中，对利用未公开信息交易罪援引法定刑的解释分歧，首先来自对法条文义的不同理解。“在一般情况下，语义解释当然是优先考虑的。”〔8〕通过分析法条语言文字及其逻辑结构来准确把握法条的含义，是正确适用法律的前提。

（一）从文义上看，刑法第180条第4款“情节严重”的表述并不排斥全部援引法定刑。刑法第180条第4款和第1款都有“情节严重”的规定，形式上两者文字表述一模一样，但两者的实质含义是不一样的。众所周知，刑法中的“情节严重”在不同情形下有三种理解：第一种是定罪条件，第二种是刑罚条件，第三种是定罪+刑罚条件。从文义上分

〔3〕 [德] 阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2011年版，第60页。

〔4〕 [德] 英格博格·普珀：《法学思维小课堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社2011年版，第1页。

〔5〕 参见蒋熙辉：《刑法解释限度论》，《法学研究》2005年第4期，第114页。

〔6〕 苏力：《解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问》，《中国社会科学》1997年第4期，第13页。

〔7〕 一般认为，法律解释有狭义和广义之分。狭义的法律解释是指特定主体根据法律的授权性规定而对法律所作的解释，是法律效力层面的解释，包括立法解释、司法解释和行政解释。广义的法律解释是指社会主体对法律的规定和含义所作的理解与说明，是法律思维层面的解释，包括法官、检察官、律师、学者以及一般公民对法律的理解和说明。本文采用广义的法律解释概念。

〔8〕 陈兴良：《判例刑法学》上册，中国人民大学出版社2008年版，第65页。

析,刑法第180条第1款的“情节严重”既是内幕交易、泄露内幕信息罪的犯罪构成要件,表示该罪是情节犯,又是适用第一档法定刑的前提(即内幕交易、泄露内幕信息情节严重的,处5年以下有期徒刑或者拘役)。同条第4款利用未公开信息交易罪,则采用了援引法定刑的立法技术。前段关于犯罪构成的规定方式与第1款相同,在描述行为方式后,规定“情节严重”为犯罪构成要件,明确该罪的情节犯属性,将情节未达到严重程度行为排除在处罚范围之外。因此,前段的“情节严重”之后并未规定明确的法定刑,“情节严重”主要起的是限定处罚范围的提示作用,是定罪条件。由此,并不能认为其对“情节特别严重”情形的量刑问题,也同时进行了规范。在第4款后段关于法定刑适用的规定中,“情节严重”不可能约束情节特别严重情形的量刑,因为该款规定采用援引的方式规定“依照第一款的规定处罚”。所以,第4款“情节严重”的文义具有限定处罚范围的作用,这主要是因为利用未公开信息交易的行为总共存在三种情形:一是情节不严重,二是情节严重,三是情节特别严重。对第一种情形,当然不得以犯罪论处;对第二、三种情形,应当分别选择内幕交易、泄露内幕信息罪的基本法定刑与升格法定刑。<sup>[9]</sup>因此,第4款的“情节严重”作为入罪标准,其作用是避免将情节不严重的情形也入罪,而非对量刑档次的限缩。也就是说,其有“举重以明轻”的作用——刑法仅处罚重的行为,而不处罚未达到情节严重程度的轻行为。总之,刑法第180条第4款对同条第1款法定刑的援引为全部援引而非部分援引,即第4款同时存在“情节严重”、“情节特别严重”两种情形和两个量刑档次。

更进一步从文义上分析,刑法第180条第4款的表述方式,有立法技术上的特殊考虑。援引法定刑的主旨是减少法条的重复表述,使法条更简洁,不至于太繁琐、拖沓。尤其是,第4款是刑法修正案(七)增设到刑法第180条的条款,采用目前这种表述方式更具有合理性。换言之,在刑法分则条文采用援引法定刑的立法技术时,仅就基本构成要件作出表述即可,没有必要同时表述基本构成要件与加重构成要件,否则无法达到精简法条表述的目的。但是,法条文字的减少并不意味着立法者的核心意思不清晰。在刑法第180条第4款中,简洁流畅的援引法定刑规定的题中之意,是对第1款全部处罚规定的援引。

## (二) 从语法结构分析,刑法第180条第4款是全部援引同条第1款的法定刑

尽管刑法第180条第4款条文内容很长,但在语法上还是非常典型的主谓宾结构,即“证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员,利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息,违反规定,从事与该信息相关的证券、期货交易活动,或者明示、暗示他人从事相关交易活动,情节严重的”整体构成主语,意指利用未公开信息交易犯罪;“依照……处罚”构成谓语;“第一款的规定”构成宾语。<sup>[10]</sup>从这个语法结构分析来看,第4款援引的应当是第1款的全部量刑规定,而非对于利用未公开信息交易罪情节特别严重的情形,也仅适用第1款“情节严重”的处罚规定。因为第4款明确规定“依照第一款的规定处罚”,而并未使用“依照第一款‘情节严重’的量刑规定处罚”的表述。

[9] 参见张明楷:《论援引法定刑的适用》,《人民法院报》2014年11月12日第6版。

[10] 参见谢杰:《利用未公开信息交易罪量刑情节的刑法解释与实践适用——“老鼠仓”抗诉案引发的资本市场犯罪司法解释反思》,《政治与法律》2015年第7期,第40页。

其实，刑法中的一些相关条文，也可以反证刑法第180条第4款为部分援引法定刑的观点是错误的。比如，刑法第300条第1款组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪，分为破坏法律实施一般情节、“情节特别严重”、“情节较轻”三个量刑幅度。同条第2款组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人重伤、死亡罪则规定，组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信蒙骗他人，致人重伤、死亡的，依照前款的规定处罚。如果按照部分援引法定刑的观点，“致人重伤、死亡”就是量刑条款，但因前款无“致人重伤、死亡”的表述，此时将面临无法适用前款任何一个量刑幅度的局面。因此，这一情节只能是定罪条件，即“组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信蒙骗他人，致人重伤、死亡”是一个基本犯罪行为，援引前款法定刑也是全部援引。如此一来，才符合罪刑相适应原则，也不会出现无法适用前款进行量刑的困局。

### 三、援引法定刑的体系解释

体系解释是将个别的法律观念放到整个法律秩序中，考察规范的内在关联。体系解释包括四个方面：（1）无矛盾的要求；（2）不赘言的要求（明确规范的适用范围，避免使某些规范成为多余的规定）；（3）完整性的要求（通过解释排除法律漏洞）；（4）体系秩序的要求（法律规定的编排都是有意义的）。<sup>〔11〕</sup>体系解释之所以重要，是因为刑法为国民及司法人员的行为提供指示，对其必须体系性地加以理解，不能有内在矛盾；如此，刑法的指示才能得到一体遵守和执行。体系解释虽然超越刑法文本词语通常的字面含义，但仍然是依据刑法文本本身对特定刑法词语含义进行解释，属于从客观上理解刑法，因而无疑是论理解释的首选方法。<sup>〔12〕</sup>

在通常的刑法解释中，如果运用文义解释难以得出确定结论，或者其结论难以说服其他解释者时，就会用到体系解释方法。这是因为每一个法律规范在目的上都与整个法律秩序有关，对法律条文不能作孤立理解。如果解释结论能够得到其他条文的印证，那么可以通过明确的规定来阐释不明确的规定，故“法律之间相协调是最好的解释方法”。<sup>〔13〕</sup>在同一法律体系中，对法条的解释结论应当是与其他法条无矛盾、不冲突的，即法律不会自相矛盾，这是体系解释的首要要求，<sup>〔14〕</sup>也是进一步将刑法第180条第4款放入整个刑法体系进行阐释的积极意义。

刑法第180条第4款属于援引法定刑的情形。由于涉及被援引的条文，甚至可能涉及除援引条文和被援引条文之外的其他条文，要正确理解援引条文，就应当运用体系解释的方法，在整个法律体系中“将需要解释的法律条文与其他法律条文联系起来，按照逻辑规则，从该法律条文与其他法律条文的关系、该法律条文在所属法律文件中的地位、有关法律规范与法律制度的联系等方面入手，系统全面地分析该法律条文的含义和内容，以免孤立地、

〔11〕 参见前引〔4〕，普珀书，第56页以下。

〔12〕 参见戚进松：《刑法解释方法的位阶与运用》，《国家检察官学院学报》2015年第4期，第100页。

〔13〕 张明楷：《刑法分则的解释原理》上，中国人民大学出版社2011年版，第55页以下。

〔14〕 参见前引〔4〕，普珀书，第56页以下。

片面地理解该法律条文的含义”。<sup>〔15〕</sup>

首先,从刑法类似规定的文字表述看,援引法定刑为全部援引有其他条文的印证。纵观刑法分则条文,与第180条第1款、第4款在法条关系、条文结构、量刑情节配置等方面完全相同的,还有第285条第2款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与同条第3款提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪。对于第285条第3款的法定刑配置是部分还是全部依照同条第2款的规定,尽管刑法理论并未将之作为问题予以深究,但司法实践毫无争议地对提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪,适用“情节严重”与“情节特别严重”两个档次的法定刑。2011年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第3条明确规定,刑法第285条第3款包含有情节严重、情节特别严重两个量刑幅度。司法解释的这一规定,表明了最高司法机关对援引法定刑立法例的一贯理解。

其次,从刑法其他条文的反面例证看,法定刑设置存在细微差别时即无法援引。如刑法关于单位犯罪的规定,一般采取援引法定刑的方式表述为“单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚”。前款是指关于个人犯罪的规定。但是,刑法第180条第2款关于内幕交易、泄露内幕信息罪单位犯罪的规定,却没有援引前款个人犯罪的法定刑,而是单独明确规定处5年以下有期徒刑或者拘役。这是因为第1款规定了情节严重、情节特别严重两个量刑档次,而第2款只有一个量刑档次,并且不对直接负责的主管人员和其他直接责任人员并处罚金。由此可见,如果量刑档次限缩,为避免歧义,在立法上根本不会采用援引法定刑的方式,而会作出明确表述。再比如,刑法第153条第2款是关于走私普通货物、物品罪单位犯罪的规定,其在主刑的量刑档次上与第1款的个人犯罪完全相同,同样有情节严重、情节特别严重两个加重构成要件和三个不同量刑档次,但仍然没有采用援引前款法定刑的形式。这是因为与第1款的量刑条款相比,第2款仍存在两处不同:一是情节特别严重的,处10年以上有期徒刑而无期徒刑;二是对直接负责的主管人员和其他直接责任人员不并处罚金。由此可见,即使量刑档次一致,仅部分内容发生变化,也不可能采用援引法定刑的方式。

因此,从整个刑法体系的协调性考量,其他刑法条款既有正面印证又有反面例证,都证明了刑法第180条第4款的援引法定刑,应当是对同条第1款法定刑的全部援引。

#### 四、援引法定刑的目的解释

立法活动都是有目的的。“目的是刑法的创造者,刑法是国家为了达到特定目的而制定的,刑法的每个条文尤其是规定具体犯罪与法定刑的分则性条文(文本)的产生,都源于一个具体目的。”<sup>〔16〕</sup>目的解释,是指根据规范保护目的、具体情境权衡各种解释理由,形成具体的协调规则,限制刑法解释上的恣意。目的解释主张在解释刑法的过程中,基于法益保护的立场,对刑法根据其客观上可能具有的含义进行严格解释。“在进行目的解释时,

〔15〕 葛洪义:《法律方法讲义》,中国人民大学出版社2009年版,第182页。

〔16〕 前引〔13〕,张明楷书,第83页。

需要确定法规的意义和目的,也就是规范的保护目的,并且要将该目的用于确定具体的构成要件要素的含义。”〔17〕“每一个法律规范,当它们大部分承担着与其他规范一道实现具体的目的,最终补充其他规范这一任务时,在意义上关系到整个法律程序,它们主要是目的性的,所以,体系解释很少可以与目的解释分开。它作为体系解释很大程度上同时又是目的的解释。”〔18〕因此,在将刑法第180条第4款的规定,通过体系解释方法放入整个刑法体系进行考量后,还应当继续考量利用未公开信息交易罪的立法目的,考量其保护的法益。〔19〕

#### (一) 从利用未公开信息交易罪的立法目的进行分析

2009年,刑法修正案(七)在刑法第180条增加一款,规定了利用未公开信息交易罪。1997年刑法根据当时证券市场的发展状况和犯罪形势,在第180条规定了内幕交易、泄露内幕信息罪。但是,由于证券法将内幕信息限定于与上市公司有关的信息(如上市公司增资配股、重大投资、重要经营行为等信息),导致内幕交易、泄露内幕信息罪无法规制后来市场上大量出现的利用内幕信息以外的其他未公开信息(与证券、期货交易有关的信息,如基金公司、证券公司等即将建仓、出仓的信息等)交易的行为。相关从业人员利用职务便利获取以上信息,利用公众投入到基金的资金或者证券、期货公司的自营资金,抬高证券、期货价格,通过提前(同期或稍晚于)买入或卖出相同标的,搭便车获利。这类行为在金融行业内多发的现状,促使立法机关认识到“这种被称为‘老鼠仓’的行为,严重破坏金融管理秩序,损害公众投资者利益,应当作为犯罪追究刑事责任”,〔20〕因此,在刑法修正案(七)增加了利用未公开信息交易罪。由此可见,利用未公开信息交易罪和内幕交易、泄露内幕信息罪的差别,仅仅在于信息范围存在差异,其通过信息的未公开性和价格影响性获利的本质是相同的,均损害了相关投资者的合法利益和证券、期货市场公平公正的交易秩序,都对金融市场的长远健康发展造成严重破坏。刑法将两罪一并放在第180条分两款予以规定,亦是对两罪违法和责任程度相当的认可。因此,从目的解释的角度看,如果刑法第180条第4款不能全部援引同条第1款的法定刑,就达不到全面、有效保护法益的目的,会人为造成处罚漏洞,放纵犯罪。

实际上,在美国、英国、德国等资本市场发达的国家,立法上也没有区分内幕信息和内幕信息之外的其他未公开信息,对利用这类信息交易的行为一般都作为内幕交易或证券欺诈犯罪予以规定。例如,美国通过1933年《证券法》第17条、第24条、1934年《证券交易法》第10条(b)款、第32条(a)款、1988年《内幕交易与证券欺诈执行法》、美国证券交易委员会(SEC)根据1934年《证券交易法》授权制定的10b—5规则和14e—3规则等规定,将证券市场上不实陈述、欺诈或欺骗、利用实质性未公开的收购信息买卖公司股份等行为,都界定为内幕交易或者证券欺诈行为,最高可处对个人不超过500万美元(对单位不超过2000万美元)、不超过20年监禁的刑事处罚。

〔17〕 [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第31页。

〔18〕 [德] 卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版,第92页。

〔19〕 本文不对主观的目的解释和客观的目的解释进行细分,对两者持包容、并存的态度,并以此态度解释刑法第180条第4款的规定。

〔20〕 李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(七)草案〉的说明——2008年8月25日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第四次会议上》。

## （二）从两罪的行为性质和侵害对象进行分析

“刑法整体目的的易变性很小，在任何时候，都可以将刑法目的归纳为保护法益”。<sup>〔21〕</sup>从行为性质的角度而言，两罪的本质都是通过信息的未公开性和价格影响性获利，其侵害的法益相同。从法益保护的角度而言，对两罪适用相同的法定刑，平等保护金融管理秩序和公众投资者利益，才能真正实现刑法规范的保护目的。

一方面，两罪的行为性质决定了其行为均侵害市场公平交易秩序和公众投资者利益。股票是股份公司的所有权凭证，每股股票都代表着对公司资产一个单位的所有权，股票的市场价格根本上体现的就是公司的资产价值，因此，公司经营业绩的好坏或公司资产的变化会当然、直接地影响股票的市场价格。内幕信息就是与上市公司有关的增资配股、重大投资、重要经营行为等信息，这些信息正是决定、影响公司经营业绩和公司资产变化的重大信息。内幕交易通常是利用获取的内幕信息，在信息公开前提前买入、信息公开后适时卖出股票以谋取利益，或在信息公开前提前卖出股票以避免损失。而股票作为资产凭证上市进入证券交易市场后，作为交易标的，其价格必然受到市场供求关系的影响，如果有大量买入或卖出的市场交易，当然会影响股票价格的涨跌。内幕信息之外的其他未公开信息是与证券交易相关的信息，而且往往是基金公司、证券公司的大额交易信息，这些信息正是二级市场上影响股票价格的另外一类重大信息。利用未公开信息交易就是利用获取的内幕信息之外的其他未公开信息，在大额公众资金买入前低价买入股票，在大额公众资金买入、股价拉升后高价卖出股票以获利，或者在大额公众资金卖出前卖出股票以避免损失的行为。对于市场上的其他投资者而言，在内幕信息或其他未公开信息尚未公开时，他们无从获知相关信息，并且，许多未公开信息作为基金公司、证券公司的商业秘密根本不予公开，自然也就不可能根据该信息作出相应的投资决定以获利或避免风险。因此，如果有人利用了这些没有公开的信息违规交易，则信息的不对称会导致交易的不公平，从而侵害证券市场的公平交易秩序。同时，证券市场作为一个大资金池，资金的流动是双向的，有人利用以上信息获利，必然有人相应地遭受损失，这些受损失的人就是证券市场上没有获得相应内幕信息或未公开信息的其他投资者。所以说，虽然两罪在信息范围上有所不同，但是，其相似的交易原理和获利模式决定了其行为性质相同、侵害的法益相同，即均侵害了证券市场公平交易秩序和公众投资者利益，其社会危害性相当。那么，基于法益保护的平等性，对两罪设置相同的法定刑亦理所应当。

另一方面，内幕交易犯罪侵害了证券市场公平交易秩序和公众投资者利益，而利用未公开信息交易犯罪除此以外，还有背信的一面，其对法益的侵害与内幕交易犯罪相比，有过之而无不及。自2009年增设利用未公开信息交易罪至2014年底，全国检察机关公诉部门共受理利用未公开信息交易案件16件26人，起诉12件18人，均为基金经理“老鼠仓”案件，犯罪手段基本一致。即，基金经理利用职务便利，获取基金投资股票的名称、数量、价格、盈利预期以及买卖时点等未公开信息，假借他人名义，由本人或其亲属、朋友、关系人，先行、同期或稍晚于基金以低价买入股票，用客户资金将股价拉升到高位后，自己率先卖出股票牟取非法利益。就交易关系而言，基金份额持有人以高度的信任，将自有资

〔21〕 前引〔13〕，张明楷书，第85页。

金交付基金公司代为投资理财，而实施“老鼠仓”行为的基金经理却违背委托投资人的高度信任，违背对委托投资人所负有的忠实和诚信义务，利用客户资金为个人利益“抬轿”，其投资决策罔顾客户利益和基金公司声誉，侵害了基金份额持有人和基金公司的利益。因此，利用未公开信息交易罪在法益侵害方面具有背信犯罪的特征。而刑法并未将背信犯罪作为轻罪来看待，例如，刑法第169条之一背信损害上市公司利益罪和第185条之一背信运用受托财产罪，在量刑上都有两个档次，两罪显然属于重罪。两相对照，将具有背信性质的利用未公开信息交易罪，视为只有一个量刑幅度的轻罪，明显是不合适的。

### （三）从两罪的操作模式和市场影响进行分析

有观点认为，与内幕交易相比，利用未公开信息交易属于搭便车获利，其对股票价格影响较小，危害性较低，法定刑降档是合理的。这种观点没有深入研究证券交易行为的经济原理和“老鼠仓”行为的实质危害性。实际上，从操作模式和市场影响来看，利用未公开信息交易的危害均不小于内幕交易，法定刑相当才能真正体现法益保护的平等性。

第一，从操作模式看，利用未公开信息交易往往长期操作多支股票，搭便车谋利。这比起内幕交易利用一次信息赚一笔，影响的股票更多，持续的时间更长，对市场交易秩序的破坏更持久。因此，从实质危害性衡量，两罪法定刑相当完全合理。对此，可分别选取在证券市场具有较大影响的内幕交易和利用未公开信息交易典型案例进行对比。比如，李启红等内幕交易、泄露内幕信息案。2007年4月至10月，广东省中山市原市长李启红利用其因职务便利获悉的将公用集团公司优质资产注入上市公司公用科技公司，并实现公用集团整体上市的内幕信息，由其丈夫、弟弟、弟媳等人在信息公开前低价买入“公用科技”股票，买入资金669万余元，信息公开后连续14个涨停卖出股票，账面收益1983万余元。<sup>[22]</sup>再比如，黄光裕内幕交易、泄露内幕信息案。黄光裕分别于2007年4月、7月和8月利用中关村上市公司拟与鹏泰公司进行资产置换和拟收购鹏润控股公司全部股权进行重组的内幕信息，在信息公开前指使他人购入“中关村”股票，成交额分别为9310万余元和13.22亿余元，信息公开后卖出股票，账面收益分别为348万余元和3.06亿余元。<sup>[23]</sup>对比马乐案，从2011年3月至2013年5月，马乐先于、同期或者稍晚于基金买入或卖出相同股票76支，累计成交额10.5亿余元，非法获利1912万余元。

以上均是近年来我国证券市场上非常具有代表性的案例，这些案例体现了内幕交易犯罪和利用未公开信息交易犯罪在操作模式上的典型特征，都是利用信息的未公开性和价格影响性谋利。内幕交易以一次性交易操作影响一支股票为主，单次成交额较大，而利用未公开信息交易以长期逐笔交易操作影响多支股票为主，单次成交额相对较小。在总成交额上，由于利用未公开信息交易的长期交易特性，往往其累计成交额更高。在非法获利上，两罪则不相上下。综合考虑以上因素，两罪在危害性上实际相当。考虑到操作的股票数量和总成交额等因素，在一定程度上，利用未公开信息交易犯罪的危害性甚至更大。

据统计，自设立利用未公开信息交易罪以来，证监会已移送司法机关此类案件44起，平均涉案股票98支，平均交易额5.75亿元，平均非法所得1174万元。其危害性之大，可

[22] 见广东省广州市中级人民法院（2011）刑二初字第67号刑事判决书。

[23] 本案为最高人民法院2012年5月22日公布的内幕交易犯罪典型案例之一。具体案件事实，见北京市第二中级人民法院（2010）二中刑初字第689号刑事判决书。

见一斑。实际量刑上,在内幕交易案件方面,李启红被判处有期徒刑6年6个月,并处罚金2000万元;黄光裕被判处有期徒刑9年,并处罚金6亿元;亦有诸多内幕交易案件的被告人被判处有期徒刑5年以下。在利用未公开信息交易案件方面,马乐被原审判决判处有期徒刑3年,缓刑5年,并处罚金1884万元;<sup>[24]</sup>苏竞被判处有期徒刑2年6个月,并处罚金3700万元;至今为止量刑最重的被告人为李旭利,被判处有期徒刑4年,并处罚金1800万元。<sup>[25]</sup>据统计,迄今为止,所有已经判决的利用未公开信息交易案件,除韩刚案外,<sup>[26]</sup>均达到了内幕交易、泄露内幕信息罪“情节特别严重”的标准,却均在5年以下有期徒刑的幅度内量刑,并有多人适用缓刑。两类危害性相当、犯罪数额相当的犯罪,在量刑上却存在明显的档次差别,这种错误的法律适用不仅没有实现惩罚和预防犯罪的目的,反而使利用未公开信息交易成为低风险、高收益的代名词,在一定程度上纵容了该类犯罪。

第二,从对证券市场价格的影响看,内幕信息和未公开信息对单支股票价格的影响大小是不确定的,受到某支股票发行量的大小、信息的重要程度、市场对信息的反应程度、某支基金入市资金的规模等多种因素的影响,甚至基金经理的操作手法和风格都会影响市场的不同反应。因此,同样是内幕信息或未公开信息,有可能对这支股票影响巨大,对那支股票就影响不大;有可能对这支股票是内幕信息的影响更大,对那支股票则是未公开信息的影响更大。所以,从这一角度看,两类信息的价格影响力是相当的,并无绝对的高下。对价格的影响最终体现在成交额与获利额的对比上,大量案例也表明利用这两类信息进行交易的犯罪,其成交额与获利额之间并无明显的规律性,会因各种市场因素的影响而各有高低。例如,同样是利用未公开信息交易,郑拓案成交额4638万余元,非法获利1242万余元;<sup>[27]</sup>而季敏波案成交额5460余万元,非法获利仅53万余元。<sup>[28]</sup>同样是内幕交易,黄光裕案中成交额9310万余元的一笔,非法获利仅为348万余元;而杜兰库案中成交额96万余元的一笔,非法获利就达173万余元。<sup>[29]</sup>由此可见,内幕交易对证券市场价格影响大、危害大,利用未公开信息交易对证券市场价格影响小、危害小的说法,在证券市场分析和实际案例面前是无法成立的。两种犯罪行为对证券市场价格的影响取决于复杂的市场因素,在不断变化的市场中各有高低大小,其危害性大致相当,并无大小之分。

上述分析表明,利用未公开信息交易罪之所以要视情形全面援引内幕交易、泄露内幕信息罪的两档法定刑,是因为两罪的违法和责任程度相当,具备全部援引法定刑的基础。如果只截取情节严重情形所适用的法定刑进行援引,势必违反罪刑法定、罪刑相适应等原则,最终使相关刑法规定的规范目的落空。

如果说上述两个罪名比较专业,容易存在认识分歧,那么,刑法分则中还有一些比较

[24] 见广东省高级人民法院(2014)粤高法刑二终字第137号刑事裁定书。

[25] 见上海市高级人民法院(2013)沪高刑终字第5号刑事裁定书。

[26] 2009年1月至8月期间,韩刚利用其因基金经理职务便利获得的非公开信息,与其妻史某、其母李某共同操作其亲属的账户,先于或同步于其管理的基金,多次买卖相同股票共15支,成交金额247万余元,非法获利30万余元。见广东省深圳市福田区(2011)深福法刑初字第49号刑事判决书。

[27] 见上海市第一中级人民法院(2013)沪一中刑初字第3号刑事判决书。

[28] 见重庆市第一中级人民法院(2012)渝一中法刑初字第00212号刑事判决书。

[29] 本案为最高人民法院2012年5月22日公布的内幕交易犯罪典型案例之一。具体案件事实,见江苏省无锡市中级人民法院(2011)锡刑二初字第0002号刑事判决书。

易于理解的例证。比如，刑法第168条第1款规定的国有公司、企业人员失职罪和国有公司、企业人员滥用职权罪，有两个量刑档次：致使国家利益遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑。同条第2款规定，国有事业单位的工作人员有前款行为，致使国家利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。前后两款规定在行为模式上没有什么差异。如果将第2款的援引法定刑解释为，无论危害后果如何，只能适用第1款的第一个量刑档次，则显然违背罪刑相适应原则，是错误的解释结论。

总之，依据目的解释方法，遵循刑法的基本原理和罪刑相适应原则来分析，援引法定刑应当是引用其他罪名或条文的全部量刑规定。基于同一原理和原则，对于援引和被援引的两个罪名，如果其中一个罪名的具体量刑标准尚未由司法解释规定时，就应当参照适用关于另一罪名量刑标准的司法解释规定。因此，目前虽然没有关于利用未公开信息交易罪情节特别严重情形认定标准的司法解释规定，但鉴于刑法规定该罪依照内幕交易、泄露内幕信息罪的规定处罚，在司法实践中就应当依照2012年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对内幕交易、泄露内幕信息罪情节特别严重情形的规定执行。

## 五、存疑时有利于被告原则的适用范围

已如前述，马乐案辩方的另一辩护理由是，在刑法第180条第4款只规定“情节严重”适用同条第1款规定的法定刑，而未明确情节特别严重情形如何处刑的情况下，对该款是否包含第1款的“情节特别严重”情形存在争议时，应当采纳有利于被告人的解释。这就涉及了存疑时有利于被告原则的适用范围问题。

有观点认为，存疑时有利于被告原则既适用于事实认定又适用于法律适用。即，在事实认定并无疑问，但刑法适用出现难以解决的疑难时，也应当作出有利于被告人的适用结论。其主要理由是：（1）刑法解释并不能解决所有问题，在法律适用上总会有难以解决的疑问；（2）刑法解释出现难以解决的问题，是因为法律规定不完善，这一后果应当由国家承担，而不能转嫁给被告人；（3）法律应当发挥好指引作用，当刑法规范的指引作用不明确时，对行为人科处刑罚是不正当的；（4）刑法和刑事诉讼法都有保障人权和保护社会的价值追求，当两者不能协调时，应当按照罪刑法定原则的要求，选择优先保障人权。也就是，在此种情况下，适用法律要有利于被告人，以防止司法擅权、侵犯人权。<sup>[30]</sup>

笔者认为，上述主张值得商榷。存疑时有利于被告原则只能适用于事实认定有疑问的场合，刑法解释不能一味追求有利于被告。如此，当然也就不能以存疑时有利于被告作为认定刑法第180条第4款援引法定刑是部分援引的依据。

（一）存疑时有利于被告原则的适用范围有限，刑法解释不适用此原则

存疑时有利于被告，有的学者称其为“怀疑法则”或“罪疑唯轻”（in dubio pro reo）。

[30] 参见叶良芳：《罪刑法定的司法实现——以刑法解释的正当性为中心》，《刑法论丛》2012年第4卷，第141页；邱兴隆：《有利被告探究——以实体刑法为视角》，《中国法学》2004年第6期，第148页；时延安：《试论存疑有利于被告原则》，《云南大学学报（法学版）》2003年第1期，第41页。

其核心意思是：司法上如果尽其所能也仍然无法排除对关键事实的怀疑时，就应该作出有利于被告人的结论；禁止在刑事程序中运用没有被完全证明的事实，从而对被告人产生不利后果。因此，事实认定清楚无误时，没有存疑时有利于被告原则的适用空间。

存疑时有利于被告原则的适用之所以只及于事实认定，一方面，是由于控诉机关与被告人力量差距悬殊，刑事诉讼实行无罪推定原则并由控方承担举证责任，如果控方举证不能达到定罪或者量刑标准，即对罪与非罪、罪轻与罪重存在合理怀疑时，就应当认定被告人无罪或罪轻。另一方面，是由于证明案件事实是利用证据还原已经发生的事实的过程，这是一个非常复杂的认识过程；受人类认识能力和认识活动的局限，有时在法定时间内难以查清案件事实，甚至永远难以查清，这就会导致“存疑”。同样是基于控诉机关与被告人力量差距悬殊，为保障被告人权利，当事实存疑时，控诉机关不能无限期地调查下去，司法程序不能停滞或瘫痪，不能损及被告人的合法权益，因此，必须由法院作出有利于被告人的认定。

与事实认定不同，刑法解释是在事实查清之后，对刑法规范和案件事实进行对照比较的过程。不同的解释者可能由于采用的解释方法不同、采用的解释思路不一致以及个人的主观理解不同而产生不同的解释结论，这是再正常不过的现象。但是，产生不同的解释结论不等于解释不清。<sup>[31]</sup>“在疑罪情况下，在对法律规范的解释方面，法院不是选择对被告人最为有利的解释，而是选择正确的解释。”<sup>[32]</sup>刑法条文不可能绝对明确，因此，几乎所有的条文都存在解释问题。如果一旦存在不同解释，就采用有利于被告人的观点，就会像有的学者所批评的那样，会导致很多条文不能适用于被告人，从而使整个刑法体系趋于崩溃，刑法解释更是没有存在的必要。就马乐案而言，该案事实清楚，对援引法定刑的疑问实际上是对利用未公开信息交易罪法定刑幅度存在两种不同观点。此时要做的，是判断哪种结论更为讲得通，而不能简单适用存疑时有利于被告原则作出不可靠的结论。

## （二）解释结论对被告不利与存疑时有利于被告原则不冲突

“刑法要同时实现法益保护与自由保障两个机能，因此，判断解释结论是否合理，要看是否在法益保护与自由保障两方面求得均衡与协调，而不可能在任何场合都作出有利于被告的解释。”“我们不能因为自己不愿意深究法律条文或者不善于澄清法律疑点，而在遇到法律疑点时，就来一个‘有利于被告’。”<sup>[33]</sup>也就是说，任何刑法解释均应以实现法益保护和保障人权之平衡与协调为出发点，其最直接的要求就是遵循罪刑法定原则和罪刑相适应原则，而非有利于被告人。刑法解释存在疑问时，“关键不在于哪种解释结论有利被告人就予以采纳，而在于何种解释在不超出可能文义的范围能促进刑法的正义”。<sup>[34]</sup>如果对存在争议的法律问题，一律得出有利于被告人的结论，一律援引“法无明文规定不为罪”，就无公平正义可言。这就决定了，“当法律问题有争议时，依一般的法律解释之原则应对被告为不利之决定时，法院亦应从此见解”。<sup>[35]</sup>

[31] 参见段启俊、郑洋：《论存疑时有利于被告人原则不应适用于刑法解释》，《刑法论丛》2015年第1卷，第128页。

[32] [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第190页。

[33] 张明楷：《许霆案的刑法学分析》，《中外法学》2009年第1期，第53页。

[34] 苏彩霞：《刑法解释方法的位阶与运用》，《中国法学》2008年第5期，第105页。

[35] [德] 克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第128页。

如前所述,由于利用未公开信息交易罪与内幕交易、泄露内幕信息罪对法益的危害相当,如将前者的量刑幅度仅限于“情节严重”这一档,就会片面强调所谓的保障被告人权利,而弱化了法益保护。这反而是曲解法律的精神,有悖于公平正义的要求。对马乐案的处理特别提示司法机关,需要准确把握解释结论对被告人不利与存疑时有利于被告原则之间的关系。“在解释法律概念时,是否应该作出对被告有利或不利的解释,绝不是取决于法律效果对于被告有利与否,而是取决于应如何正确地解释所涉及的规范,即取决于对于解释具有重要性的观点。正确的解释结果当然可能对被告人不利,但这和罪疑唯轻原则之间没有任何的矛盾,没有在单纯的法律适用不明的情形一定要优先适用较轻的构成要件的道理。”〔36〕

### (三) 法官在事实无疑问时有责任作出正确的而非有利于被告的解释

如果说举证是公诉机关的责任,利用科学的方法解释刑法、准确适用刑法就是法官的责任。法官要在公平正义理念的指引下,在法律规范和案件事实之间目光往返:一方面,把法典条文文字规定具体化,朝着案件适用的方向去解释出裁判规范;另一方面,从案件事实出发,向着法律的方向进行归纳和抽象,看能不能抽象到裁判规范,从而得出准确的结论。〔37〕法官如果一遇到法律适用争议,就适用有利于被告人原则,就是失职。而允许在刑法解释中采用有利于被告人原则,实际上是剥夺了法官的刑法解释权。

另外,加强对法官刑法解释活动的制约,防止其专断擅权,也不能依靠存疑时有利于被告原则,而是要系统地实现程序正当。其中主要是:一要保障程序的参与性,确保受裁判影响的人参与到诉讼中,就有关刑法解释问题充分表达自己的意见并进行辩论。二要保障法官的中立性。法官不偏袒任何一方,不对任何一方有歧视或者偏见,认真听取和慎重考虑各方意见。三要保障刑法解释的公开性。法官要在裁判文书中阐述其据以作出裁决的刑法解释方法、理由、依据,接受当事人和社会的监督。如此既保障各方的救济权,又督促自己审慎地作出决定。

## 六、统一法律适用的重要意义

通过分析可以看出,无论是运用文义解释、体系解释方法,还是适用目的解释方法,其结论都是一致的:刑法分则相关条款间的法定刑援引应当理解为全部援引,刑法第180条第4款的法定刑援引当然也是全部援引。这一结论的得出符合罪刑法定原则所框定的解释限度,也符合罪刑相适应原则的基本要求。罪刑法定并不意味着仅能对刑法条文进行囿于文本和字面的机械理解,并不意味着仅仅根据文字表面含义就可以发现刑法的全部真实内涵。正确理解适用刑法条文应当以文义解释为起点,在不超出文义射程的情况下,综合运用体系解释、目的解释等多种解释方法,在整个法律体系中把握立法目的、平衡法益保护,“通过解释法律展示刑事政策和‘司法的智慧’”,〔38〕追寻真正的正义。

〔36〕 蔡圣伟:《论罪疑唯轻原则之本质及其适用》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》第2卷,中国人民公安大学出版社2005年版,第246页。

〔37〕 参见曲新久:《刑法解释的若干问题》,《国家检察官学院学报》2014年第1期,第159页。

〔38〕 周光权:《刑法解释方法位阶性的质疑》,《法学研究》2014年第5期,第174页。

司法办案就是生产公平正义这一公共服务产品。公正始终是司法的生命线,这要求我们要以公正为价值追求,并秉持这一理念来解释法律、适用法律。“人们对于正义存在不同的理解,但大体可以肯定的是,正义的基本要求是,对于相同的案件必须得到相同的或者至少是相似的处理,只要这些案件按照普遍的正义标准在事实上是相同的或者相似的。换言之,对于相同的事项应相同处理,对于不同的事项应不同处理,是正义的基本要求。所以,使刑法条文之间保持协调,使相同的犯罪得到相同的处理,就是正义的;否则就是非正义的。”<sup>[39]</sup>也正是在这个意义上,马乐案的再审终审判决有助于我们不断深入认识统一法律适用在推进依法治国、提高司法公信力方面的作用。

#### (一) 对马乐案法律适用问题产生认识分歧的原因

法律适用不统一是司法实践中经常遇到的问题。其成因复杂,既有法律规范自身不完善的问题,也有法官或者检察官能力水平不足的问题;既有司法体制内部运行不畅的问题,也有外部不当干预等法治、舆论环境因素;既有经济社会发展不平衡、矛盾冲突与利益诉求多样化等因素,也有自由裁量权运用不当等司法自身因素。从马乐案的办理过程看,一审、二审均认为刑法第180条第4款没有规定“情节特别严重”情形,故对被告人只能在“情节严重”的量刑幅度内判处刑罚。而深圳市人民检察院、广东省人民检察院,直至最高人民检察院均认为该款的法定刑援引系全部援引,故对被告人应当在“情节特别严重”的量刑幅度内判处刑罚。由此,三级检察院接力抗诉。这是因为法律规定不明确?显然不是。正如最高人民法院审判监督庭负责人在详解马乐案为何改判及法律适用问题时所说,“从该条款的立法技术看,该条款援引法定刑的目的是为了避免法条文字表述重复,并不属于法律规定不明确的情形”。<sup>[40]</sup>

笔者认为,相关司法解释不成体系、相互脱节,是导致马乐案法律适用不统一的重要原因之一。2009年,刑法修正案(七)增设了利用未公开信息交易罪;2010年《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)》第35条、第36条分别对内幕交易、泄露内幕信息案和利用未公开信息交易案“情节严重”的入罪标准作了规定,相应的数额是完全相同的;<sup>[41]</sup>2012年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,对“情节严重”和“情节

[39] 张明楷:《注重体系解释,实现刑法正义》,《法律适用》2005年第2期,第35页。

[40] 王地:《“两高”共同维护了法律的统一正确实施——最高法、最高检有关部门负责人就马乐案答记者问》,《检察日报》2015年12月12日第2版。

[41] 第35条关于内幕交易、泄露内幕信息案的立案标准规定,证券、期货交易内幕信息的知情人员、单位或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员、单位,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,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:1. 证券交易成交额累计在50万元以上的;2. 期货交易占用保证金数额累计在30万元以上的;3. 获利或者避免损失数额累计在15万元以上的;4. 多次进行内幕交易、泄露内幕信息的;5. 其他情节严重的情形。第36条关于利用未公开信息交易案的立案标准规定,证券交易所、期货交易所、证券公司、期货公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员,以及有关监管部门或者行业协会的工作人员,利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息,违反规定,从事与该信息相关的证券、期货交易活动,或者明示、暗示他人从事相关交易活动,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:1. 证券交易成交额累计在50万元以上的;2. 期货交易占用保证金数额累计在30万元以上的;3. 获利或者避免损失数额累计在15万元以上的;4. 多次利用内幕信息以外的其他未公开信息进行交易活动的;5. 其他情节严重的情形。

特别严重”分别作了明确规定。但是，截至目前，还没有一个司法解释文件，像2011年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》明确了提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪同样存在“情节特别严重”情形那样，对利用未公开信息交易罪“情节特别严重”情形进行规定。这可能就是为什么有些人会认为利用未公开信息交易罪不存在“情节特别严重”情形的原因，而这直接导致了在这个问题上适用法律的不统一。司法实践再次表明，司法解释以其及时性、针对性、具体性、可操作性等多种优势，成为司法机关统一法律适用的一种基本手段，司法解释统一法律适用的作用是其他机制不能替代的。<sup>[42]</sup>

### （二）法律适用不统一的危害

法治的基本特征之一就是法律的一致性和可预测性。法律不仅要求前后的一致，也要求左右的一致；不仅要求静态规范层次上的一致，也要求动态适用层次上的一致。任何环节出现问题，都将破坏这些要求的实现。法律适用不统一，无论如何都难逃司法不公之恶名。所以，法律适用不统一是司法公正的“硬伤”，严重影响司法权威，破坏司法公信。<sup>[43]</sup>从马乐案来看，法律适用不统一使被告人没有及时得到法律应有的处罚，是对罪刑相适应原则的违背。被告人利用未公开信息，买入或卖出相同股票76支，累计成交额10.5亿元，非法获利1912万余元，两审均只被判处缓刑，当时在社会上就引起了较大反响。从刑法修正案（七）实施以来对利用未公开信息交易罪的处罚情况看，相当数量的行为人仅被判处缓刑；在马乐案被最高人民法院再审改判前，尚无一例被认定为“情节特别严重”。对此，社会公众普遍认为惩处力度不够。<sup>[44]</sup>正是这种法律适用的不统一，导致司法实践中大量“老鼠仓”犯罪案件被错误地适用缓刑，刑事处罚畸轻在客观上也促使“老鼠仓”案件频发，犯罪数额不断攀升，社会危害愈来愈严重，甚至到了影响金融秩序稳定的程度。

### （三）检察机关依法行使抗诉权是保障法律统一适用的重要方式

宪法将检察机关确定为国家的法律监督机关，使之专门承担法律监督职能，其基本任务之一是保障国家法律的统一正确实施。检察机关依法行使抗诉权是履行法律监督职能的重要内容，是审判监督职能的核心和基本实现方式，也可以说是维护司法公正的最后一道防线。具体而言，对法院错误适用法律的判决、裁定提起抗诉，对保障法律统一适用具有重要作用。在马乐案的办理过程中，辩方认为，司法实践中没有任何一个判决认定利用未公开信息交易罪也存在“情节特别严重”情形，如果支持抗诉，可能导致原先已经产生既判效力的判决都存在错误的后果，会动摇判决的稳定性。但是，如果以不动摇已生效判决的稳定性为由，仍然对马乐案不予改判，其后果岂不是：以前错了的案件无法救济，以后发生的案件将一错再错。

由此不难看出，马乐案的依法抗诉和再审改判具有非常重要的意义。一方面，援引法定刑是刑法经常使用的立法技术，关于援引法定刑的争议和分歧，绝非只存在于刑法第180条，也并非只发生在马乐案一案之中。最高人民检察院的抗诉和最高人民法院的再审改判，展示了最高司法机关对于援引法定刑问题，在刑法解释上的立场和达成的共识，统一了法

[42] 参见蒋惠岭：《法律统一适用机制再认识》，《法律适用》2007年第3期，第4页。

[43] 同上文，第2页。

[44] 参见前引[10]，谢杰文，第39页。

律适用标准,使这一法律适用争议最终尘埃落定。<sup>[45]</sup>另一方面,最高人民检察院的抗诉和最高人民法院的再审改判,体现了尊重法律、信仰法律的法治精神。尊重法律、信仰法律是每一个法律人的精神支柱,面对疑惑或者争议,与其动辄批判刑法条文有漏洞,不如科学运用解释方法、正确解释刑法规定、严格公正适用法律。这个正确适用法律的过程,是法律科学性的体现,是法治精神的魅力所在,也是公正司法的价值所在。另外,马乐案的抗诉和再审改判进一步明确了法律适用问题,对同类案件的依法正确处理将发挥重要指导作用,对潜在的“老鼠仓”犯罪将形成巨大的震慑作用,对维护市场公平、维护国家金融秩序、保障金融安全、保护广大投资者合法权益、促进金融市场健康发展、稳定社会经济大局意义重大。最后,马乐案的再审改判也为纠正之前因认为刑法第180条第4款援引法定刑是部分援引,而仅被判处缓刑的一批案件提供了依据。

---

**Abstract:** The specific provisions of Chinese Criminal Law apply the legislative technique of invocational statutory sentence to some crimes of similar nature and harm. The special expressions of the provisions on some crimes can easily lead to disagreements and controversies in practice. One prominent example in this respect is Article 180 Paragraph 4 of the Criminal Law invoking the statutory sentence in Paragraph 1 of the same article. The question of whether Paragraph 1 is invoked in whole or in part affects the application of law by local people's procuratorates and local people's courts in cases similar to using undisclosed information in transaction. This paper, by taking the Case of Ma Le Using Undisclosed Information in Transaction as an example and using the methods of literal interpretation, systematic interpretation and teleological interpretation, discusses invocational statutory sentence in Chinese Criminal Law, especially in Article 180 Paragraph 1 and Paragraph 4 of the Law, in light of the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime and the principle of suiting punishment to crime, and analyzes the relationship between criminal law interpretation and the pro defendente doctrine and the positive significance of Supreme People's Procuratorate's protest against the court's judgment in this case to the application of law and development of rule of law in China.

**Key Words:** invocational statutory sentence, criminal law interpretation, the pro defendente doctrine, suiting punishment to crime, the Ma Le Case

---

[45] 马乐案的再审改判为地方司法机关处理类似案件提供了标准,具有“类案”指导价值。目前,全国检察机关起诉到法院,等待法院判决的类似案件还有不少(仅重庆市就有两起),本案的再审改判具有标杆意义。