

论建议型内幕交易

Research on Insider Trading of Advisement Type

肖 伟

XIAO Wei

【摘 要】我国对建议型内幕交易的行政责任和刑事责任的法律规定存在着明显不协调的现象。前者将其作为独立的一种行为样态，而后者却没有规定相关的罪名。域外法律对此主要有两种做法。欧盟、我国香港地区、韩国等国家和地区的法律将建议型内幕交易行为单列为一种独立的内幕交易行为样态，但美国、日本、我国台湾地区等国家和地区的法律却未规定该种内幕交易行为样态。我国香港地区法律以建议行为引起了相关交易作为建议型内幕交易的构成要件，而欧盟、韩国法律规定只要发生建议行为，不论其是否引起相关交易行为，均可构成内幕交易。我国应当借鉴欧盟等法域的做法，将建议行为单独作为一种内幕交易行为类型，不必以建议行为引起他人从事证券交易为构成要件，但应以被建议人知道或者应当知道建议人系根据内幕信息向其提出买卖证券建议为要件。另外，应将建议行为纳入刑法规制，将现有刑法第180条第1款“明示、暗示他人从事上述交易活动”修改为“以明示、暗示的方式建议他人从事上述交易活动”。

【关键词】 内幕交易 建议型内幕交易 内幕交易罪

【中图分类号】 DF438.7 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2016)02-0094-06

Abstract: As for insider trading of advisement type, there is striking discord between the legal provisions of administrative liabilities and those of criminal liabilities. China should make advisement type as an independent type of insider trading. It is not necessary to take leading the advised into conducting corresponding transactions as one of the constitutive requirements of insider trading of advisement type, whereas it is essential to take that the advised knows or should know the adviser gives him the suggestion based on insider information as such. Advisement act should be governed by criminal law. The provision of Section 1 of Article 180 of China's Criminal Law, which is "to express or imply the others to conduct the above transactions" could be revised as "advise the others to conduct the above transactions in express or implied ways".

Key words: Insider trading Insider trading of advisement type Insider trading crime

【收稿日期】 2015-11-12

【作者简介】 肖伟，男，1965年6月生，厦门大学法学院教授，法学博士，研究方向为证券法、国际贸易法。

一、我国法律和实践中存在的问题

对建议型内幕交易是否要追责？将其合并还是在泄露型内幕交易当中还是将其单列？其构成要件应当如何设置？上述一系列问题，在我国追究行政责任和刑事责任的法律中存在着明显差异，出现了许多不协调的现象，亟需进行深入的法律研究。

（一）追究行政责任的法律规定

1993年国务院制定的《股票发行与交易管理暂行条例》第72条规定：“内幕人员和以不正当手段获取内幕信息的其他人员违反本条例规定，泄露内幕信息、根据内幕信息买卖股票或者向他人提出买卖股票的建议的，根据不同情况，没收非法获取的股票和其他非法所得，并处以五万元以上五十万元以下的罚款。”同年国务院颁布的《禁止证券欺诈行为暂行办法》^①第4条中也规定了内幕交易包括“买卖证券”、“泄露内幕信息”、“建议他人买卖证券”三种行为。上述做法被吸收到1998年制定的《证券法》中，表现为该法第70条禁止的内幕交易行为包括上述三种行为，并在后续《证券法》的修订中得到保留，沿用至今。现行有效的《证券法》第76条规定：“证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，不得买卖该公司的证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券。”这里显然列明了三种内幕交易行为。

然而，我国现行《期货交易管理条例》第73条规定：“期货交易内幕信息的知情人或者非法获取期货交易内幕信息的人，在对期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，利用内幕信息从事期货交易，或者向他人泄露内幕信息，使他人利用内幕信息进行期货交易的，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款……”可见，对于期货内幕交易而言，受法律规制的行为主要是交易行为和泄露内幕信息行为，并未提及建议交易。即使在追究行政责任的法律规定方面，《证券法》与《期货交易管理条例》也存在着不一致。

（二）追究刑事责任的法律规定

我国现行《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，处五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，处五年以上十年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。”这里没有提到建议型内幕交易行为，而是提到了“明示、暗示他人从事上述交易活动”。

需要特别指出的是，“明示、暗示他人从事上述交易活动”这一表述是2009年《刑法修正案（七）》新增的，其与当时《证券法》已规定的“建议行为”之间关系如何，值得探讨。有些学者认为，新增“明示、暗示他人从事上述交易活动”就是《证券法》第76条规定的建议行为。^[1-2]而有些学者主张两者间存在区隔。在建议人单纯建议自己的亲朋好友的情况下，被建议人自可清楚该建议的倾向性，此时是否明确地告知内幕信息并不重要，因此，“明示、暗示他人从事上述交易活动”应构成泄露内幕信息罪。^[3]

《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》（简称《两高司法解释》）延续了《刑法》的做法。值得注意的是，我国《刑法》尽管规定了“明示、暗示他人从事上述交易活动”，但只有“内幕交易罪”和“泄露内幕信息罪”这两个罪名，并没有“建议内幕交易罪”的罪名。为了解决《刑法》中“明示、暗示他人从事上述交易活动”与《证券法》中“建议他人买卖证券”二者关系的争议，应当修改《刑法》，对上述问题做出更加明确的规定。

（三）我国实践情况

从证监会公布的内幕交易行政处罚决定书来看，曾有一些涉及到“推荐”、“建议”买卖证券的案例。在况勇、张蜀渝、徐琴内幕交易案中，证监会认定：张蜀渝作为内幕信息知情人况勇的配偶，在家中听到况勇电话中与人谈论的内幕信息后，将有关信息告诉了徐琴，并建议徐琴买入

^① 已于2008年1月15日废止。

“海星科技”股票，其行为构成了《证券法》第202条规定的知悉内幕信息者在信息公开前“泄露该信息”并“建议他人买卖该证券”的行为。徐琴从张蜀渝处获悉内幕信息后，接受了张蜀渝的建议，多次买入“海星科技”股票，其行为构成了《证券法》第202条规定的知悉内幕信息者在信息公开前“买卖该证券”的行为。^[4]在包维春、冯振民、吴春永内幕交易案件中，内幕信息知情人包维春向冯振民泄露内幕信息，并建议其买入“宏达股份”。证监会系仅以“泄露内幕信息行为”来追究包维春行政责任的，未认定亦属于建议他人买卖证券的行为。^[5]可见司法实务中，泄露内幕信息和建议证券买卖行为存在着高度重合性，经常是既泄露又建议。证监会有时认定同时构成泄露行为和和建议行为，有时却仅仅认定构成泄露行为。

在深圳财富成长投资有限公司（简称“财富成长公司”）、唐雪来、肖猛内幕交易案中，唐雪来担任财富成长公司的总经理，代表财富成长公司建议其广大客户买卖“天音控股”股票的行为，被证监会认定为构成“建议他人买卖证券的行为”。^[6]这是一起典型的单独以“建议他人买卖证券的行为”进行了行政责任追究的案件，在这起案件中，不涉及财富成长公司或唐雪来向客户泄露内幕信息的问题。

需要指出，由于我国刑法目前没有建议内幕交易的罪名，所以有些案件如广发证券董正青案、杭州钢构陈玉兴案、天山纺织姚荣江曹戈案等虽然查实发生建议内幕交易行为，但均仅以泄露内幕信息罪定罪量刑。

二、域外的立法与实践

（一）欧盟

欧盟2003年《反市场滥用指令》第3条规定：成员方应禁止本指令第2条所列人员从事：

(a) 向任何其他人泄露内幕信息，除非其泄露内幕信息是在正常履行其雇用、专业职责或其他义务；(b) 以内幕信息为基础，推荐或劝诱第三人从事与内幕信息有关证券的交易活动。可见《反市场滥用指令》把泄露行为和和建议行为分别作为平行的两种内幕交易行为进行规制。

在欧盟法院的EuC-03/05/2001裁决和EuC-22/11/2005裁决中争议的问题是如何从法律上理解“建议”的概念。^[7]从法理的角度分析，“建议”一般是指单方的意思表示，即表意人欲通过该意思表示达到影响他人从事具有某种有利结果的行为。欧盟法院在禁止内幕人基于内幕信息建议他人买卖与该内幕信息相关的金融产品的解释方面，提出了一个理论，即“建议”的行为能够达到影响他人决策买卖金融产品的程度，而且“建议他人买卖”要求的是积极的建议行为，即建议他人实际买进或者卖出内幕信息涉及的金融产品，如果内幕人建议他人不要购买或者不要卖出（消极的建议行为），则这种建议一般不构成禁止的行为。

（二）英国

1993年《刑事审判法》第52条第2款a项禁止任何内幕信息的持有人，在明知或应当知道该交易可能属于内幕交易的情况下，仍然鼓动他人利用该信息进行证券交易，无论他人是否知晓该内幕信息。可见，英国建议型内幕交易行为并不以被建议人知悉内幕信息为要件，也不以被建议人实施了相关交易行为为要件，但要求建议人主观状态为明知或应知，并且实施了建议行为。2000年《金融服务和市场法》第123条第1款b项对建议行为也做出了规定，金融服务监管局如果认为某人以采取或不采取某种行动的方式要求或鼓励他人从事市场滥用的行为，则监管局可以对其处以适当数额的罚款。^①《市场行为手册》^②1.2.23G则进一步解释，下面的这些行为将构成

^① Section 123 of the Act (Services and Markets Act 2000) 英文原文为“(1) If the Authority is satisfied that a person (“A”) — (a) is or has engaged in market abuse, or (b) by taking or refraining from taking any action has required or encouraged another person or persons to engage in behaviour which, if engaged in by A, would amount to market abuse, it may impose on him a penalty of such amount as it considers appropriate.”

^② 针对金融市场的监管，英国金融服务局(FSA)的理念是订立详尽的市场行为准则(Code of Market Conduct)，提供市场参与者作为其行事的参考依据。这些准则包括了提供投资建议给企业或个人投资者的专业公司所订立的Inter-Professional Conduct，企业从事稳定价格操作的Price Stabilizing Rules，以及从事并购的Takeover Code。FSA将这些准则合称为Market Conduct Sourcebook(MAR)，作为其从事市场监管时判定违规行为的依据。

(金融服务和市场)法第123条第1款b项所规定的行为:(1)拥有内幕信息的公司董事,指示公司员工进行涉及内幕信息的有价值的投资;(2)一个人建议或者推荐一个亲戚或朋友从事如果他自己从事则可能构成市场滥用的行为。^①

英国金融服务局(FSA)于2010年7月审结的William James Coppin案可以对英国法上的建议型内幕交易做出实例说明。被告人Coppin是就职于Pacific Continental Securities(UK)Limited(下称PCS)的一名经纪人,在2007年3月29日或是之前不久,他获得了关于Provexis公司将与大国际公司(Unilever)达成新的合作协议的信息,这一信息不久将向市场发布。2007年3月29日Coppin在与一些PCS零售客户的通话中泄露了这一内幕信息,并且鼓励零售客户购买与内幕信息相关的公司的股票。2007年3月30日,Provexis宣布了这一合作协议,之后其股票上涨了19.81%。FSA认为Coppin违反了《金融服务和市场法》第123条第1款b项。

(三) 我国香港地区

我国香港地区现行有效的《证券及期货条例》第270条、第291条分别对内幕交易行为和内幕交易罪做了细致的规定,其中多款涉及到建议型内幕交易行为。为了理解上的便利,本文以第270条为例对香港法上的建议行为进行评析。

第270条第1款a项禁止与该法团有关连的人在掌握他知道属于关于该法团的有关消息,并在知道或有合理理由相信另一人会进行该等证券或工具的交易的情况下,怂使或促致该另一人进行该等交易。270条第1款e项则从消息受领人的角度出发,禁止任何人知道另一人与该法团有关连,并知道或有合理理由相信该另一人因该项有关连而掌握关于该法团的有关消息,而他在直接或间接从该另一人收到他知道属于关于该法团的有关消息的情况下,怂使或促致他人进行该等证券或工具的交易。

从构成要件上来讲,“与该法团有关连的人”

构成建议型内幕交易需具备:第一,建议人是与该法团有关连的人;第二,建议人知悉内幕信息;第三,建议人知道或有合理理由相信被建议人会进行交易;第四,建议人实施了怂使或促致行为。“与该法团有关连的人”之外的其他任何人构成建议型内幕交易需具备:第一,建议人直接或间接从他人(泄密人)处收到消息;第二,建议人知道泄密人与法团有关连,即知道泄密人是内幕主体;第三,建议人知道或有合理理由相信泄密人因为与法团有关连而掌握内幕信息;第四,建议人知道其收到的消息属于内幕消息;第五,建议人实施了怂使、促致的行为。结合有关案例,我们可以确认香港法上建议型内幕交易的构成需以被建议人实际实施了相关交易为要件。^②

(四) 韩国

韩国2007年通过的《资本市场法》第174条、第175条和第176条均规定这些条文所列内幕人“不得利用或者让他人利用”其所规定的相关内幕信息,从事相关的特定证券等的买卖以及其他交易。可见,韩国对内幕交易行为是按照使信息被自己利用还是被他人利用而进行分类的,对使信息被他人利用没有进一步细分下去。这里“让他人利用”可以包括三种情况:第一,泄露但未建议;第二,建议但未泄露;第三,泄露且建议。泄露与建议应当是平行并列的两种行为。

(五) 其他法域

美国、日本、我国台湾地区并未专门禁止建议型内幕交易行为。美国通过判例法发展出的信息泄露责任主要还是用于规制信息泄露行为,没有关于根据内幕信息建议他人进行内幕交易的案例。我国台湾地区由于其内线交易制度完全以美国为蓝本建构,所以也只禁止买卖行为和提供消息行为(学界称消息传递行为),而所谓的提供消息行为实际上也仅限于消息泄露行为。日本在法律条文上只禁止买卖型内幕交易,但实务中也

^① 英文原文为:“As per MAR (Market Conduct Sourcebook) 1.2.23G, the following are examples of behaviour that might fall within the scope of section 123 (1) (b): (1) a director of a company, while in possession of inside information, instructs an employee of that company to deal in qualifying investments or related investments in respect of which the information is inside information; (2) a person recommends or advises a friend to engage in behaviour which, if he himself engaged in it, would amount to market abuse.”

^② 参见香港特别行政区 V. Ma Hon-yueng 等 5 人案, 刑事案件编号 No. 229 - 240 (2008)。

出现了劝诱交易的案例——东京地判平成15·5·19案，并最终通过共同正犯理论追究劝诱者的刑事责任。该案的特点在于：获知内幕信息的人员并未直接实施交易，而是泄露并劝诱他人实施了交易。由于日本法并未直接规定泄露行为与劝诱行为构成内幕交易罪，因此，只有在认定被告有共谋的基础上，才能认定共同构成内幕交易罪。

三、建议型内幕交易行为的单列

通过比较法的考察可知，在是否有必要对建议行为专门进行规制问题上，各法域存在明显差异。否定者是美国及深受美国内幕交易立法影响的我国台湾地区，肯定者是欧盟及所属各国，还有香港地区，它们的立法明确把建议型内幕交易纳入规制范围。对此，我国应采取何种立法例？本文认为，我国应维持《证券法》现有做法，区分泄露行为和建议行为，将建议行为单独作为一种内幕交易行为类型。主要理由如下：

第一，泄露行为与建议行为二者的内容不同。泄露内幕信息多是直白的，泄露人直接告知对方信息的具体内容，信息泄露人对他人的投资决定并未发表意见，因泄露而获取信息的人是否进行交易取决于其自身的判断。而建议行为可能不涉及内幕信息的具体内容，而是建议人根据自己对信息的了解，对他人的投资决定发表意见，建议他人买入或者卖出相关证券。二者内容上的不同决定了区别规制的必要。上述财富成长公司只是建议客户买卖相关证券，但未向客户泄露内幕信息的内容，这是应当将建议行为单独作为一种内幕交易行为类型的极佳例证。

第二，从我国的立法史考察，早在1993年的《股票发行与交易管理暂行条例》和《禁止证券欺诈行为暂行办法》，一直到现行《证券法》，均规定了内幕交易包括买卖证券、泄露内幕信息、建议他人买卖证券共三种行为。我国《刑法》一开始并未重视建议型内幕交易行为，但在其修正案（七）中为适应实践需要加上了“明示、暗示他人从事上述交易活动”的表述。在后续的《两高司法解释》中对这种表述做了进一步确认。现在只差在《刑法》上明确增列“建议内幕交易罪”的罪名。为了维护法律的稳定性和协调性，区分泄露行为与建议行为，对建议型内幕

交易行为单列，符合我国的立法传统和现实需要。

第三，我国在反内幕交易立法方面也应当采取健全市场论的基本立场，因此欧盟的相关法律制度具有较强的参考价值。从法律移植的角度出发，我国应维持买卖行为、泄露行为、建议行为的三元划分，并且在三种行为的构成要件上主要参考欧盟的相关立法和判例。美国判例法的传统及基于普通法发展出来的信义义务与我国的成文法传统相去甚远，由此发展出来的信息传递理论并不适合我国。当然这不妨碍我们在立法的过程中对其有益经验进行借鉴。

综上，本文认为，我国法律上的内幕交易行为样态应为三种：即买卖行为、泄露行为和建议行为。

四、完善相关法律的建议

（一）建议型内幕交易的构成要件

建议型内幕交易的构成要件，需要解决两个主要问题：第一，是否需要被建议人实际实施了相关证券买卖行为？第二，是否需要被建议人从建议人处获悉了内幕信息？或者被建议人知道或者应当知道建议人系根据内幕信息向其提出买卖证券建议的？

我国《证券法》第202条规定：“证券交易内幕信息的知情人或者非法获取内幕信息的人，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息公开前，买卖该证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券的，责令依法处理非法持有的证券，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款……”显然，根据上述规定，我国《证券法》处罚针对的是“行为”，只要实施了建议行为，就满足了行政处罚的客观要件，而不需要以建议行为引起他人实际从事证券交易为要件。欧盟奉行健全市场理论，只要建议人发生了建议行为，不论被建议人是否实施了相关的交易，均须追究其建议内幕交易之责。如果被建议人知道或者应当知道建议人向其提出买卖证券的建议系根据内幕信息做出，则被建议人无须知道内幕信息的具体内容，就可以通过实施内幕交易行为而获利，进而损害证券市场的公平秩序和广大投资者的合法权益，就具备了法律上的可罚性。所以，建议内幕交易的构

成,不以被建议人知悉内幕信息的具体内容为必要条件。不过,它必须以被建议人知道或者应当知道建议人系根据内幕信息向其提出买卖证券建议的。离开这一点,建议人的建议行为就与内幕信息无关了,也就不会产生被建议人根据内幕信息进行证券交易的后果,因此,法律也就不必以内幕交易对其进行追责了。

综上所述,建议型内幕交易行为的构成应当满足如下几个要件:第一,建议人知悉内幕信息;第二,建议人根据内幕信息向他人做出了买卖证券的建议;第三,被建议人知道或者应当知道建议人系根据内幕信息向其提出买卖证券建议的。只要满足了这三个要件,就可以对建议型内幕交易行为人追究责任。内幕交易罪的构成要件和行政法上建议行为的构成要件,大体类似,只是在情节上要求“情节严重”方能构成犯罪。具体如何判断“情节严重”,应当适用《两高司法解释》第6条的规定,即:具有下列情形之一的,应当认定为刑法第180条第1款规定的“情节严重”:1. 证券交易成交额在五十万元以上的;2. 期货交易占用保证金数额在三十万元以上的;3. 获利或者避免损失数额在十五万元以上的;4. 三次以上的;5. 具有其他严重情节的。

(二) 确立建议型内幕交易罪

《证券法》第76条将“建议他人买卖该证券”明确列为内幕交易行为的一种,而《刑法》第180条在内幕交易行为方面原本仅规定“买入或者卖出该证券”与“泄露内幕信息”,即使是在后来修订时也舍弃了“建议行为”的概念而采用了“明示或暗示他人从事内幕交易”的表述。因此引发的冲突问题在于:《刑法》的规定方式是否意味着将建议行为明确地排除在内幕交易、泄露内幕信息罪之外?是否能将建议行为作为内幕交易罪的一种行为样态?对于该问题,学术界存在较大的争议。

1. 赞同说。有见解不仅认为建议行为应列入本罪的行为方式,并对建议行为进行了解释:“行为人根据内幕信息建议他人进行期货、证券买卖。即内幕信息的知悉者根据内幕信息对他人的证券、期货交易提出倾向性意见”^[8]。另有观点从理论与实践的双重角度出发,认为对该行为“不作为犯罪处理的观点是不妥的,因为从理论上讲,内幕交易中的买卖证券、期货合约应该包括知情人员

自己买卖证券、期货合约和建议他人买卖证券、期货两种情况,从实践上看,这种行为具有社会危害性,对于情节严重的,应以犯罪论处”^[9]。至于法条的适用问题,可直接依据《证券法》的第231条追究行为人的刑事责任,“因为《证券法》的相关规定构成以附属刑法形式对刑法的补充,不需要经过将此种行为解释为刑法上的本罪就可以作为追究刑事责任的根据”^[10]。

2. 反对说。多数学者持反对说。该学说从刑法条文的原意出发,将内幕交易行为仅解释为行为人的买卖行为和泄露行为,其理由是:《股票发行与交易管理暂行条例》属于行政法规,《证券法》属于商法,从维护市场交易秩序以及保障投资人的合法权益的角度出发,自应对内幕交易行为做宽泛的解释。而《刑法》作为公法,仅对严重的危害社会的行为进行惩治。一般而言,建议行为对证券市场的危害远小于交易行为与泄露行为,因此,不妨通过行政处罚等方式进行惩治。此外,既然建议行为不被明文规定为犯罪行为,这便表明了立法机关认为该行为的社会危害性不强,不应作为犯罪处理的态度。根据“法无明文规定不为罪”的原则,也不应将其作为犯罪处理。如果该建议行为符合泄露内幕信息行为的特征,自可作为泄露内幕信息罪处以刑罚,否则不应作为犯罪处理。^[11]

3. 本文认为,我国应确立建议型内幕交易罪,理由如下:

第一,建议型内幕交易行为具有社会危害性,需要用刑法规制。首先,建议行为可以成为利益输送的重要手段。比如“中山公用”的谭庆中为了讨好和报答中山市时任市长李启红,就建议后者购买“中山公用”的股票。再如前述张蜀渝、包维春、深圳财富成长公司、董正青等案件。类似的例子并不鲜见。如果对建议型内幕交易行为不进行刑法规制,则掌握内幕信息的人就可能肆意地向其亲友进行利益输送,仅仅依靠行政责任是不足以威慑和遏制这种行为的。其次,建议行为很可能导致被建议人的交易行为,从而可能使得被建议人获取巨额的不正当利益,严重损害广大投资者利益和他们对证券市场的信心,极大破坏证券市场秩序,进而严重侵蚀证券市场存在和发展的基础。

(下转第128页)

- [16] 蔡乐渭. 交通部“专车新规”或置出租汽车行业创新于死地 [N]. 法律与生活, 2015-11-21.
- [17] 陈振明. 评西方的“新公共管理”范式 [J]. 中国社会科学, 2000 (6): 74.
- [18] 章志远. 现实困境与路径选择: 中国行政法学研究之省思 [J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2006 (1): 57.
- [19] 宋华琳. 加强事中事后监管 推动市场监管体系的改革与创新 [N]. 中国工商报, 2015-11-26.
- [20] 蒋建湘, 李沫. 治理理念下的柔性监管论 [J]. 法学, 2013 (10): 32-34.
- [21] 李洪雷. 行政法释义学: 行政法学的更新 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2014: 208.
- [22] 李沫. 激励型监管的行政法思考 [J]. 政治与法律, 2009 (10): 89.
- [23] [美] 本杰明·N·卡多佐. 法律的成长·法律科学的悖论 [M]. 董炯, 彭冰译. 北京: 中国法制出版社, 2002: 4.
- [24] 陈金钊. 如何理解法治与改革的关系? [J]. 苏州大学学报法学版, 2014 (2): 46.
- [25] 喻中. 改革中的法治与法治下的改革 [N]. 北京日报, 2014-06-30.
- [26] [英] 马丁·洛克林. 公法与政治理论 [M]. 郑戈译. 北京: 商务印书馆, 2002: 8.
- [27] 金自宁. 《公法与政治理论》: 阐释性方法的一个样本 [J]. 北大法律评论, 2003 (5): 559.
- [28] 季卫东. 社会变革与法的作用 [J]. 开放时代, 2002 (1): 36.

(责任编辑: 于文豪 赵建蕊)

(上接第99页)

第二, 泄露内幕信息罪不能涵盖建议型内幕交易罪。如前所述, 泄露行为和建议行为实属两个不同的行为, 在行为内容上具有不同的特征, 在构成要件上也有所区别, 用泄露内幕信息罪来涵盖建议型内幕交易罪是不合适的, 也会造成适用上的混乱。

第三, 保持《证券法》和《刑法》的协调。实际上, 我国《证券法》规定了建议型的内幕交易行为, 只是在《刑法》中缺乏相关的罪名, 但

已经增加了“明示、暗示他人从事上述交易活动”的规定, 即把明示、暗示他人买卖证券, 明示、暗示他人从事与该内幕信息有关的期货交易定为内幕交易罪。本人认为, 明示或暗示正是建议型内幕交易行为的表现方式。为了实现《证券法》和《刑法》的协调, 应将建议行为纳入刑法规制, 将现行《刑法》第180条第1款“明示、暗示他人从事上述交易活动”修改为“以明示、暗示的方式建议他人从事上述交易活动”, 即通过简单地增加几个字, 便可有效地解决这一问题。

参考文献

- [1] 蒋涛. 内幕交易罪、泄露内幕信息罪认定中的若干问题——以刑法修正案(七)为视角 [M] // 顾肖荣. 经济刑法. 上海: 上海社会科学院出版社, 2009: 191.
- [2] 刘行星. 证券内幕交易犯罪的客观行为探析 [J]. 江苏警官学院学报, 2009 (4): 61.
- [3] 张小宁. 证券内幕交易罪研究 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2011: 139-140.
- [4] 中国证监会行政处罚决定书(况勇、张蜀渝、徐琴), [2010] 32号 [Z].
- [5] 中国证监会行政处罚决定书(包维春、冯振民、吴春永), [2013] 14号 [Z].
- [6] 中国证监会行政处罚决定书(深圳财富成长投资有限公司、唐雪来、肖猛), [2014] 1号 [Z].
- [7] 主力军. 欧盟禁止内幕交易制度的立法实践及启示 [J]. 政治与法律, 2009 (5): 32.
- [8] 张军. 破坏金融管理秩序罪 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1999: 264.
- [9] 魏东. 关于内幕交易、泄露内幕信息罪司法认定的若干问题再研究 [M] // 赵秉志. 新千年刑法热点问题研究与适用. 北京: 中国检察出版社, 2001: 854.
- [10] 邓剑光, 张波. 对证券内幕交易罪的合理解释 [J]. 当代法学, 2001 (1): 57.
- [11] 胡启忠等. 金融犯罪论 [M]. 成都: 西南财经大学出版社, 2001: 268.

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)