

# 互联网平台企业刑事合规建设重在“责任分离”

对操纵证券、期货市场罪难以用传统理论来解释——

## 以抽象危险标准界定因果关系



□王延祥

刑法修正案(十一)对刑法第182条操纵证券、期货市场罪进行了修订,在原来4种操纵行为的基础上,与新的证券法有效衔接,针对市场中出现的新的操纵情形,增加了3种新型操纵行为:“幌骗交易操纵”,即不以成交为目的,频繁或者大量申报买入、卖出证券、期货合约并撤销申报的行为;“蛊惑交易操纵”,即利用虚假或者不确定的重大信息,诱导投资者进行证券、期货交易的行为;“抢帽子操纵”,即对证券、证券发行人、期货交易标的公开作出评价、预测或者投资建议,同时进行反向证券交易或者相关期货交易的行为。因此,其扩大了追责范围,进一步完善了资本市场监管规则。

操纵证券、期货市场罪中的因果关系,是指行为人实施了最高法、最高检《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》(下称《解释》)中所规定的“情节严重”的操纵行为,产生了“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”的后果。刑法之所以要惩治犯罪,就是因为犯罪行为对客观事物产生了破坏力,造成了危害结果。刑法根据这一因果关系的原理,要求行为人对自已行为造成的危害结果承担刑事责任。

但是,在司法实践中,对于操纵证券、期货市场罪的因果关系,难以用传统因果关系的理论来解释,因为,行为人实施的操纵证券、期货市场的行为,并未完全契合法条所规定的产生了“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”的后果。

在证券、期货市场,影响证券、期货交易价格的因素错综复杂,行为人的操纵行为,有时会出现没有价值波动的结果。这是因为:第一,行为人的操纵行为,自身并未获利,而是出现了亏损,操纵结果背离了操纵预期。第二,在双方各自操纵的情况下,做多与做空,相互对冲,相互抵销。第三,在多方各自操纵的情况下,有人做多,有人做空。同向的力,相互竞争;逆向的力,相互抵销,结果不明显。第四,操纵的数量虽然很大,但结果轻微。第五,根据现有证据,操纵的结果无法查明。因此,不能因为没有价值波动的结果,或者结果无法确定而影响操纵证券、期货市场罪的认定。

实践中,对操纵证券、期货市场罪中的因果关系认定,应当把握以下几点:

首先,只要操纵行为与结果之间具有“关联度”,就可以认定因果关系。从法条来看,本罪属于结果犯,因为证券法第55条规定的是“影响或者意图影响”,表述为“影响”。但是,由于证券、期货市场的复杂性,以及犯罪主体的专业性、犯罪手段的隐蔽性,不能用传统的因果关系理论来判断。

其次,价值波动是一种“盖然性”的判断。只要操纵行为具有“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”的可能性,就可以认定因果关系成立。

再次,盖然性的判断,不能

对实施轻罪的平台企业能作出相对不起诉的决定。因此,将来应在程序法上修改附条件不起诉的规定,将有效进行事后刑事合规建设的企业重罪案件纳入到此规定中来。同时,进一步明确有效进行事后刑事合规建设的企业轻罪案件适用相对不起诉,以划清两类不起诉的适用界限。

从责任分离论上厘清平台企业相关主体的刑事责任。所谓责任分离论,强调的是要分离平台企业相关主体的刑事责任。就平台企业与企业人员的刑事责任而言,无论是事前刑事合规建设还是事后刑事合规建设,厘清平台企业与企业人员责任的关键是从单位犯罪的规定中分离两者的责任,结束二者彼此纠缠的状态。基于此,对于企业人员违背事前刑事合规建设方案实施犯罪的,若这一方案是有效的,则说明平台企业缺乏单位意志并不构成单位过失犯罪,此时只追究企业人员的刑事责任即可;在事后刑事合规建设中,无论是直接负责的主管人员还是其他直接责任人员,这些企业人员所实施不法行为的情形,都只是辅助判断平台企业是否在单位意志下实施了单位不法行为。因此,即使对有效进行事后刑事合规建设的平台企业决定不起诉的,若能证明是企业人员有责地实施不法行为的话,仍要追究企业人员的刑事责任。就平台企业与企业人员的刑事责任而言,由于发生的法益侵害结果并非由平台企业直接所为,所以分离两者责任的关键宜从保证人上考虑。换句话说,平台企业是否有责,取决于其对平台用户的危险源监管或法益保护是否负有保证人地位。若平台企业有监管危险源或保护法益的作为义务,有能力履行而不履行,以致发生法益侵害结果的,则应承担不作为犯的责任,反之则是实施不法行为的平台用户的责任。

(作者分别为中国社会科学院法学研究所博士后、研究员)

严格管控对公账户的设立,对系统提示存在洗钱风险的,及时将情况推送公安机关进行初查。市场监督管理部门严格管控无社保缴纳记录、无缴税记录等空壳公司,从源头控制虚假注册公司、开立对公账户用于信息网络犯罪活动的行为。

四是明确地缘普法责任,预防帮信类犯罪案件发生。参照反诈集中宣传的做法,对跑分洗钱、出售“两卡”等行为进行持续的普法宣传,尤其是要针对普通高中、职业学校等的在校学生等特殊群体,进行有针对性的普法宣传。在案件高发地区,如车站、码头等,进行普法宣传,提高群众知晓度,减少跨区域新开卡帮信行为。

(作者单位:甘肃省兰州市安宁区人民法院)

再次,盖然性的判断,不能

受到侵害或者存在具体危险为要件,行为的危险性由立法者拟制。为了合理控制抽象危险犯的处罚范围过大问题,可以在抽象危险犯的实质性规范中植入程序性内容,允许行为人对拟制罪责进行反驳,如虚假信息非常虚假,完全没有可能被采信,不存在抽象的危险,从而通过反证的方式证明推定的危险行为实际上在个案中并不存在,进而予以出罪或者减轻、免除处罚。

(作者为上海市人民检察院第二分院研究室副主任)

行为是否需要给予相应行政处罚、其他相关人员的行为是否构成行政违法等进行全面审查。建立推送机制,即依托全国检察业务应用系统2.0,通过案件管理部门设置权限等方式,实行特殊结果自动推送。建议增设不起诉案件“刑行衔接”罪名,梳理刑事与行政衔接的问题,研究意见、对策,提出具体的解决方案。

构建“刑行衔接”在检察机关内部的运行模式。“刑行衔接”机制的顺利运行需要充分发挥检察机关刑事检察部门、行政检察部门、案件管理部门等多部门的整体效能。为此,笔者建议,在检察机关内部协作上着力加强两方面机制建设:一是加强归口管理;二是建立推送机制。加强归口管理,建议刑事检察部门在作出行政处罚决定后,认为需要对被不起诉人进行行政处罚的,在提出部门意见后,将相关材料移送行政检察部门办理,行政检察部门对被不起诉人的

□平台企业应根据自身平台类型、级别所评估的刑事合规风险进行事前刑事合规建设。同时,有必要根据对应类型、级别的平台所处的犯罪情境,找出导致刑事犯罪风险发生的致罪因素和控罪因素,进而在控制致罪因素和加强控罪因素的基础上确立事后刑事合规建设方案。

□对于单位犯罪的规定,其中理解的重心在于采用组织体责任论来明确单位犯罪的责任。也即,平台企业承担刑事责任的依据在于其在单位意志下实施了单位不法行为,以此来分离平台企业与企业人员的刑事责任。

预期效果。而且,随着平台企业规模的逐步扩大,因平台服务的规模效应和平台用户的集聚效应所显现的刑事合规风险也会增多,危害也会加剧,如果对此只采取“就事论事”式的整改措施,就容易使已防控的刑事合规风险“死灰复燃”,妨碍防止平台企业再次犯罪这一目标的实现。

刑事合规建设的刑事激励方式需要完善。包括平台企业在内的企业刑事合规的有效建设,一般离不开有效的刑事激励,但现有的激励方式仍有不足。在事前刑事合规的建设上,由于我国尚未在法律上规定刑事合规,因而在现有规定没有被改变的当下,如何更好地理解这些规定就很重要。以单位犯罪的规定为例,刑法第31条规定,单位犯罪的,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判处刑罚。多数观点认为,单位无独立犯罪能力,对于单位犯罪的认定,一般只能通过直接负责的主管人员和其他直接责任人员来考虑。如此理解的话,势必会降低平台企业进行刑事合规建设的积极性。

平台企业相关主体刑事责任的追究容易混淆。通常来说,平台企业的运营离不开企业人员和平台用户的参与,而当发生犯罪时,到底由谁负责,有待厘清。一是平台企业与企业人员的责任有待厘清。就事前刑事合规而言,企业人员违背事前刑事合规建设方案实施犯罪的,此时是否因平台企业存有监督过失而追究其过失犯罪的责任?就事后刑事合规而言,若认为刑法第31条规定表明个人刑事责任追

究应以单位构成犯罪并追究刑事责任为前提,那么对有效进行事后刑事合规建设的平台企业决定不起诉的,是否也意味着,不以不起诉方式不追究企业人员的刑事责任?二是平台企业与企业人员的责任有待厘清。相比其他类型的企业,平台企业提供平台服务时汇聚了平台用户,平台用户既存在自身犯罪的可能,也可能存在被犯罪行为侵害的情形。其中,前者涉及平台企业是否需要承担监管责任,后者涉及平台企业是否需要承担保护职责。

### 完善平台企业刑事合规建设策略方案

平台企业应制定契合自身特点的刑事合规建设方案。一方面,要制定负有平台区分性的事前刑事合规方案。平台企业应根据自身平台类型、级别所评估的刑事合规风险进行事前刑事合规建设。具体而言:在合规管理职责上,要根据平台的类型、级别来明确平台企业、企业管理人、平台用户的职责范围及大小,并建立与平台类型、级别相匹配的合规管理组织;在合规管理事项上,要根据平台的类型、级别确立以防控刑事合规风险为核心的合规管理体系,既有规制刑事合规风险所涉及禁止性、命令性内容的行为规范,也有事前预防、事中识别、事后应对刑事合规风险的运行机制,还有事关刑事合规的培训工作、奖惩机制、数字化管理、文化建设的保障事项;在合规管理标准上,要确立有效性标准,关键是能

### 在惩防帮信类犯罪中——

## 注重发挥居住地管辖溯源治理优势

行为发生地和犯罪结果发生地,同时对犯罪行为发生地和犯罪结果发生地作出了较为宽泛的解释;还规定最初发现地、最初受理地亦有管辖权。对刑事司法解释关于补充管辖的规定,该《意见》规定,如果由犯罪嫌疑人居住地公安机关侦查更为适宜的,由犯罪嫌疑人居住地公安机关立案侦查。

帮信类犯罪案件具有一定的地域性,在一些省份的偏远地区存在高发、频发情况,当地公安机关因本地无被害人对此未予立案管辖。帮信类犯罪案件多在被害人居住地进行立案,在侦查过程中,利用大数据查获大量的帮信类犯罪,异地抓获后押解回当地管辖,导致帮信类犯罪案件跨区域刑事处理的现实普遍存在。

信息网络犯罪由犯罪行为发

生地、结果发生地等多地管辖,可以形成全力打击的态势,有效遏制信息网络犯罪的发生。但从溯源治理的视角来看,由犯罪嫌疑人居住地管辖更具优势。一是在居住地法院审判,便于与当地社区矫正机关有效衔接,及时进行社区评估;二是在帮信类犯罪案件高发地区审判、执行刑罚,可以有效震慑潜藏在犯罪人,从而发挥刑罚的一般预防作用。

强化帮信类犯罪案件犯罪嫌疑人居住地管辖的实践路径。可以从以下几个方面入手:一是明确帮信类犯罪案件居住地管辖责任。帮信行为的发生地、预谋地一般在其居住地,居住地公安机关有管辖权,为有力打击帮信类犯罪案件,有效减少帮信类犯罪案件的发生,建议研究制定强化帮信类犯罪案件居住地管辖的司

法解释或者指导意见,强化帮信类犯罪案件犯罪嫌疑人居住地管辖。

三是强化溯源治理,减少帮信类犯罪。帮信类犯罪严重扰乱社会秩序,必须从源头控制。反洗钱部门、银行机构对个人在多家银行短时期内开立多张银

可分为递进处罚案件、双罚并行案件、衍生处罚案件。递进处罚案件,是指行政机关移送的刑事案件,在检察机关作出行政处罚决定时,被不起诉人均未受到行政处罚。此外,“刑行衔接”也包含双罚并行案件,这主要是体现检察机关的法律监督职能,避免行政机关怠于执法,确保行政处罚执行到位。

完善检察机关与行政机关之间的衔接处理机制。“刑行衔接”机制最关键的环节是检察机关与行政机关之间的衔接。对此,笔者建议以配合、监督、交流三方面完善衔接机制。首先是配合。检察机关在将案件移送行政机关前,应与行政机关进行事前沟通,这就要求检察机关要了解行政机关的办案规则、程序。在

其违法所得的,检察机关应当提出检察意见,移送有关主管机关处理,有关主管机关应当将处理结果及时通知检察机关。因此,在落实与不起诉案件相关行政处理上,检察机关负有移送和监督的职责,应当在不起诉案件“刑行衔接”中充分发挥检察监督职能。这种检察监督并非单纯的行政违法监督,而是对“两法衔接”机制的进一步完善,对于推进国家治理体系和治理能力现代化具有重要意义。

笔者认为,不起诉案件“刑行衔接”的机制完善,可以从以下三方面着手:

明确刑事案件与行政案件的交叉范围。“刑行衔接”作为“两法衔接”的重要组成部分,其所涉及案件类型必然包含“刑行交叉案件”。根据行政处罚环节和对象的不同,“刑行交叉案件”

## 观察

□汪恭政 刘仁文

互联网平台企业(下称“平台企业”),是指为用户提供经营场所、交易撮合、信息交流等互联网服务的企业。平台企业刑事合规,则是指平台企业为防控刑事风险而制定并实施的遵守刑事法律的计划与措施。按照刑事合规风险的现实化与否,平台企业刑事合规分为事前刑事合规和事后刑事合规。尽管两者在平台企业治理上都发挥着积极作用,但在具体建设时则面临各自问题,有必要结合平台企业的自身特点予以针对性完善。

### 平台企业刑事合规建设存在的问题

刑事合规建设方案缺乏平台自身特点。就事前刑事合规建设方案而言,一是存在表面性,实践中不少平台企业不是根据平台特点而是基于平台企业所有可能存在的刑事合规风险制定“一揽子合规计划”,如此容易导致事前刑事合规的建设流于形式;二是缺乏区分性,按照《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》的规定,互联网平台有网络销售、生活服务、社交娱乐、新闻资讯、金融服务、计算应用六种类型和超级平台、大型平台、中小平台三种级别,然而,不少平台企业并未根据自身平台类型、级别的区分性特点来制定事前刑事合规建设方案,而更多的是模仿其他平台企业甚至是其他类型企业的事前刑事合规建设方案。就事后刑事合规建设方案而言,其建设的针对性程度不够,实际上多数平台企业仍是就已显现的刑事合规风险采取“就事论事”式的整改措施,在刑事合规风险既有来自平台自身,也有来自平台用户的情况下,远未达到有效防控的

## 视角

□高琪 杨泉

自全国开展“断卡”行动以来,司法机关依法从严从快惩处帮助信息网络犯罪活动罪等相关犯罪,对于维护人民群众合法权益发挥了重要作用。目前,帮信类犯罪案件呈现跨区域刑事处理的普遍现象,为落实能动履职、溯源治理的工作理念,有必要对当前帮信类犯罪案件的管辖进行研究。

根据《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》(下称《意见》)规定,电信网络诈骗犯罪案件由犯罪地公安机关侦查,犯罪地包括犯罪

□姚弘韬

健全行政执法和刑事司法衔接机制,是《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》提出的明确要求。目前“两法衔接”更多关注的是行政机关向司法机关移送刑事案件案件的流程设计,对于司法机关向行政机关移送行政处罚案件的机制构建涉及不多,尤其是对不起诉案件,由于监督不全面、刑行处罚衔接不到位等,使得一些符合行政处罚条件的案件,没有及时予以行政处罚。对此,亟须充分发挥检察监督职能,完善不起诉案件刑行衔接机制,以适应新时代社会治理新要求。

国家法律监督机关的宪法定位,决定了检察机关在不起诉案件“刑行衔接”中要发挥主导作用,履行主导责任。刑事诉讼法第177条第3款和《人民检察院刑事诉讼规则》第373条第2款均规定,对被不起诉人需要给予行政处罚、处分或者需要没收

# 设立合理程序完善不起诉案件“刑行衔接”

案件移送行政机关之后,配合行政机关询问和查阅卷宗。其次是监督。在依法作出不起诉决定并发出检察意见书后,继续加强后续追踪,积极跟进行政立案、处罚全过程,并要求行政机关在行政处罚执行完毕后及时反馈,保证行政机关高效执法,减少职能推诿现象。需要注意的是,开展行政检察监督,不能干预行政机关正常履职,更不能替代行政机关履行本应由行政机关履行的法定职能。如果行政机关对被不起诉人作出的行政处罚属不当,被不起诉人或其他行政相对人向法院提起行政诉讼,检察机关可以在案件进入行政诉讼程序后依法进行监督。再次是交流。大力推进检察机关与行政机关之间信息共享和意见交流平台建设,对于检察机关作出不起

诉决定后,需要给予行政处罚的案件,这里的既不起诉既包括法定不起诉,也包括酌定不起诉和存疑不起诉。因为,无论是递进处罚案件还是衍生处罚案件,在检察机关作出行政处罚决定时,被不起诉人均未受到行政处罚。此外,“刑行衔接”也包含双罚并行案件,这主要是体现检察机关的法律监督职能,避免行政机关怠于执法,确保行政处罚执行到位。

完善检察机关与行政机关之间的衔接处理机制。“刑行衔接”机制最关键的环节是检察机关与行政机关之间的衔接。对此,笔者建议以配合、监督、交流三方面完善衔接机制。首先是配合。检察机关在将案件移送行政机关前,应与行政机关进行事前沟通,这就要求检察机关要了解行政机关的办案规则、程序。在