

《中国证监会行政处罚案件违法所得认定办法 (征求意见稿)》起草说明

为进一步规范证券期货行政处罚案件违法所得认定工作,根据《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)、《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)、《中华人民共和国证券投资基金法》(以下简称《证券投资基金法》)、《中华人民共和国期货和衍生品法》(以下简称《期货和衍生品法》)等相关规定,结合执法实践,我会起草了《中国证监会行政处罚案件违法所得认定办法》(以下简称《办法》)征求意见稿。现就相关情况说明如下:

一、制定《办法》的必要性

证券期货行政处罚案件的违法所得是重要的违法事实,直接关系到违法行为的立案、量罚和涉刑移送,对行政相对人权益影响重大。长期以来,我会形成了相应的执法惯例,但尚未制定统一的违法所得认定规则。执法实践中,各方对违法所得计算问题经常发生分歧。为统一行政处罚标准,提升证券期货行政执法规范化水平,有必要制定《办法》。

《行政处罚法》第二十八条将违法所得定义为“实施违法行为所取得的款项”,同时规定“法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的,从其规定”。《证券法》《证券投资基金法》《期货和衍生品法》《私募投资基金监督管理条例》等法律、

行政法规多处条款涉及“没收违法所得”的法律责任，但未明确计算规则。我会制定的《证券期货违法行为行政处罚办法》（证监会令第186号）第三十四条规定：“证券期货违法行为的违法所得，是指通过违法行为所获利益或者避免的损失，应根据违法行为的不同性质予以认定，具体规则由中国证监会另行制定。”因此，制定《办法》也是细化落实法律、衔接规章的具体要求。

二、起草思路

《办法》的起草秉持了以下原则：

一是以法律为依据原则。坚持以法律为依据的原则，紧紧围绕《行政处罚法》《证券法》《证券投资基金法》等法律、行政法规的规定起草，相关规定符合上位法精神。

二是公平公正原则。违法所得是对当事人权利义务具有重大影响的基础事实。违法所得数额的计算须客观、公平、公正，符合市场逻辑和经验常识，不人为加大或减少违法所得。

三是问题导向原则。对行政处罚实践中行之有效的惯例予以确认。对各方尚有分歧的事项，则在遵循法律规定、梳理历史案例、征询各方意见基础上作出原则规定或暂不规定。

三、主要内容

《办法》征求意见稿共有23条。第一条为制定依据，第二条至第六条为违法所得认定的共性原则，第七条至第十六条为交易类违法行为的计算方法，第十七条至第十九条为非交易类违法行为的计算方法，第二十条至第二十三条为有关名词的解释、说明

以及关于施行日期的规定。

（一）关于违法所得的定义

依据《行政处罚法》《证券期货违法行为行政处罚办法》，同时借鉴“内幕交易刑事司法解释”“操纵市场刑事司法解释”对违法所得的定义，明确违法所得是指通过证券期货违法行为所获利益或者避免的损失。因违法所得计算兼具法律属性和专业性，本身较为复杂，故既要保证规则“刚性”，约束过大的自由裁量权，同时又要保证规则“弹性”，以适用特殊情形。根据执法实践，明确违法所得应当根据违法行为的不同性质予以认定，同时允许我会对特定类型证券期货违法行为的违法所得认定另作特别规定。

（二）关于两类违法行为的基本计算方法

将违法类型区分为两大类：一类为交易类违法行为，包括内幕交易、操纵市场、利用未公开信息交易和其他交易类违法行为。根据惯例，交易类违法行为原则上以“交易获利（避损）”作为违法所得，部分情况下包括获取的其他经济利益，同时扣除与交易直接相关的成本和税费。另一类为非交易类违法行为，包括证券公司违法承销证券、编造传播虚假信息、机构及其从业人员违法等。非交易类违法行为原则上以“违法行为收入”作为违法所得。

（三）关于多次违法是否盈亏相抵

当事人实施两个以上同类违法行为，不同行为既有盈利也有亏损的，计算违法所得时是否盈亏相抵，是起草中的焦点问题，在操纵市场案件中尤为明显。如当事人实施数个操纵行为，既有盈利又有亏损的，是以盈亏相抵后的获利作为违法所得，还是以盈亏不相抵的获利作为违法所得，计算结果差异巨大。《办法》征求意见稿规定为，对于两个以上独立的违法行为分别计算违法所得，彼此盈亏不得相抵。主要考虑是当事人实施数次违法行为，社会危害性更大，且现有执法实践已采纳“以盈亏不相抵为原则”。而盈亏相抵则面临一系列问题，如将时间间隔久远的两个违法行为盈亏相抵，不符合一般的认知规律；允许盈亏相抵，可能为当事人减少违法所得提供调整空间，例如在查处期间故意实施“亏损”的操纵行为，以抵消前期“盈利”。

（四）关于“余券”的数量基准日和价值基准日

“余券”数量及其账面盈亏直接影响违法所得金额。《办法》征求意见稿对于“余券”数量基准日规定为违法行为影响消除或违法行为结束后第五日。主要考虑是，该时间可以减少基准日的随机性、偶然性，同时和违法行为之间的因果关系更为紧密。而“余券”数量确定后，以哪个日期的价格计算“余券”的基准价值同样重要。《办法》征求意见稿拟将价格基准日和数量基准日予以统一，内幕交易按照内幕信息公开后打开涨跌停板日起5个交易日平均收盘价作为余券基准价格，操纵市场按照操纵行为结束后5个交易日平均收盘价作为余券基准价格。主要考虑是此方

案能够最大程度体现违法行为和违法所得之间的因果关系，且具有客观公正、限缩裁量空间、平滑余券盈亏金额等优点。同时，如果涉案证券后续出现连续涨跌停的极端情况，5个交易日均价也不至于和违法行为结束时的价格偏离太大。