

论证券犯罪刑事政策之重构

张守涛* 刘德利**

摘要:随着资本市场的一体化的发展,证券犯罪的预防和惩罚政策也出现趋同的现象。不同的学科在坚持原有领域的同时,借助其他学科研究成果研究本领域问题的趋向也更加明显,本文以米海依尔·戴尔马斯-马蒂在其《刑事政策的主要体系》一书中提出观点为分析工具,研究当前针对证券犯罪刑事政策存在的问题,并运用犯罪学、民法学等相关学科的理论和方法,提出相应的防治措施:建立和完善证券民事赔偿责任和民事诉讼程序;形成“又严又厉”的刑法结构,增强证券刑法的必然性;构建科学监管体系和完善中小股东的特殊保护政策。

关键词:证券犯罪 刑事政策 刑法结构 犯罪防治

* 法学硕士,犯罪学专业,现就职于中国证监会稽查总队。

** 法学硕士,经济刑法专业,现就职于烟台市公安局开发区分局。

一、前言

当前有关证券犯罪的刑事政策所存在的问题与股市的长期低迷及大量的证券违法犯罪问题关联紧密,对证券违法犯罪的防范和打击成了活跃股市的关键因素之一。为净化资本市场,监管层可以说使出了各种方法,但是笔者研究发现,单纯强调监管,或者单纯强调惩罚对遏制证券犯罪的作用不大。之所以如此,是因为当代的社会问题,包括证券犯罪问题出现了“无界限”(borderless)特征,所谓无界限,即犯罪行为的发生已经突破了一国之边界,犯罪人可以随心所欲地游走于国内国外的证券市场,跨境联合打击证券犯罪势在必行;对证券违法犯罪的打击,也出现了“无界限”的问题,单纯依赖刑罚或者行政处罚打击证券犯罪显然已经力不从心,在运用刑罚的同时,必须借助行政、民事等方法或者综合采用上述方法来对付证券犯罪;对证券犯罪研究的学科上也出现了“无界限”的问题,在保持原有学科分类的同时,研究者必须广泛借鉴其他学科研究成果。所以有必要在反思原先的证券责任体系和监管方式的基础上,从刑事政策的高度采取综合的措施,以有效遏制证券违法犯罪的多发势头,扭转我国证券市场的低迷状况。

二、分析工具——刑事政策

(一)何谓刑事政策

所谓刑事政策实际上就是“刑事政治”,即首先在政治层面上考量如何对付犯罪。“刑事政策”一词是德国古典刑法学家费尔巴哈于1803年首次提出的。他认为,所谓刑事政策,是国家据以与犯罪作斗争的惩罚措施的总和,是“立法国家的智慧”。20世纪初,德国著名的刑法学家冯·李斯特赋予刑事政策更广泛的内涵,他认为,所谓刑事政策就是“国家与社会据以组织反犯罪斗争的原则的总和”,其将刑事政策的主体扩展到除了国家外的社会。法国著名的刑法学者马克·安塞

尔将刑事政策视为“集体对犯罪的、越轨的或反社会活动的有组织的果敢反应”，强调刑事政策既是“观察的科学”又是“反犯罪斗争的艺术或战略”，从而将刑事政策的对象、依据和措施等进一步扩大，从而成为广义上的刑事政策。所谓的广义上的“刑事政策”或者是“刑事政策学”，指的是“探求犯罪的原因，从而树立犯罪之对策”，包括“犯罪原因之研究，内含刑法学、刑事立法和刑事司法政策，或是犯罪人之处遇对策之统合学科”。^① 在刑事政策领域里，刑法实践并不是一枝独秀的，而是被其他的社会控制的实践包围着。这些实践有非刑事性的，比如说行政制裁，也有非惩罚性的，如预防、赔偿和调解，甚至非国家的民间组织。笔者运用系统分析的方法，从广义的刑事政策学的立场出发，针对广义的犯罪现象（犯罪和越轨，也就是一般违法行为），认为刑事政策就是国家和社会对犯罪现象的“反应”或者是“反作用”。

法国刑事政策学者米海依尔·戴尔马斯-马蒂提供了另一个研究的方法，她在《刑事政策的主要体系》一书中提出，“刑事政策就是社会整体据以组织对犯罪现象的反应方法的总和，因而是不同社会控制形式的理论和实践”。从反应的主体来看，既有国家的反应也有社会民众的反应；从反应的形式看，既有惩罚打击，也有教育安置、矫正、赔偿等，从反应的依据来看，既有国家制定的法律，也有市民社会的习惯。在刑事政策中，刑法依然是最重要的核心，亦是最高压区。^②

（二）刑事政策的内容及特征

刑事政策中有两个常量：一是偏离社会规范的行为，包括犯罪行为与一般的越轨行为；二是社会的整体反应，包括正式反应，即法律意义上的处罚，包括刑事、民事、行政或者纪律的反应；非正式的反应，如调解、治疗、教育措施、自卫以及众多的隐蔽的整合或自我调节的过程。国家的反应与市民社会的反应相互影响，相互促进。这样一来，原先封闭的、与市民社会分立的国家机构也向市民社会开放，两者出现了某种程度的融合，从而加强了社会的团结，增强了打击犯罪的效能。再加上

^① 廖正豪：“刑法之修正与刑事政策之变迁”，载《台湾刑事法杂志》第4期第50卷，第7~8页。

^② [法]米海依尔·戴尔马斯-马蒂：《刑事政策的主要体系》，卢建平译，法律出版社2000年版，第3~4页。

两者之间的关系,就构成了刑事政策的结构。

从反应主体上看,既有国家及其附属机器,也有市民社会,如受害人、各种协会、行业中介组织等。从反应的形式上看,既有惩罚、打击甚至消灭,也有安置、教育矫正,还有赔偿、补偿和调解。从反应的依据上看,既有国家正式的法律,也有社会的非正式习惯,还有超越国家之上的国际及区域法律公约,等等。从这个意义上理解刑事政策,其在以下几个方面得到了扩展:从原来的单纯惩罚性措施扩展到赔偿、调解等其他的方法;刑事政策的主体从原来的国家扩展到社会整体,前提是社会整体要组织反犯罪的反应;从原来的斗争扩展到“反应”,以便在原有的事后的“反作用的反应”再加上事前的预防性的反应;最后,犯罪也扩展到犯罪现象,以包罗一切犯罪行为或者越轨行为。

三、当前证券犯罪的刑事政策存在的问题

(一) 反应主体单一

法律制定的部门化倾向严重。目前制定法律过程中,立法者深刻地受到传统国家主义思潮影响,认为通过强化国家权力就能够达到预防或者打击犯罪的目的,这就造成制定法律的过程就是强化国家机关监督管理以及增加处罚措施或者权力的过程。《证券法》修订后强制性规范和禁止性规范增多,赋予证监会类似美国联邦证券交易委员会(SEC)的准司法权,如 SEC 有事前的规制制定权和主动执法权,包括监督权、调查权、禁止损害行为权,以及处罚权或请求法院制裁的权力。研究显示,新兴市场的证券管制不但成本高昂,成效不彰,并产生道德风险,甚至产生反效果,而且还严重阻碍了市场本身的自发演进和自净机制,造成了欺诈行为屡禁不止的恶果。^③

单纯依靠监管手段导致证监会成为证券犯罪的刑事政策的主要反应主体这一尴尬局面。公安、检察等司法机关的工作人员因证券知识

^③ 蔡文海:“中国证券管制:加强抑或放松”,载 http://www.usc.cuhk.edu.hk/webmanager/wkfiles/1380_1_paper.doc,2012年3月1日访问。

和实践经验的欠缺,导致其不可能主动对证券犯罪做出反应,而更多的是被动接受证监会认为构成犯罪案件的移送;作为证券市场基础之一的投资者,尤其是中小投资者当自己的权利受到损害的时候,本来可以在最短的时间内做出反应,但是因为法律规定模糊,比如说“情节严重”、“数额巨大”等,或者囿于执法者的专业素质或制度安排缺失,相关的机关不接受他们的“反应”,如报案或者控告;或者相互推诿,造成中小投资者的反应无果的状况。由此可见,构建多部门综合连动式的动态监管体系势在必行。

(二) 反应依据缺乏

中小投资者作为证券市场的弱势群体,手中没有公权力,只能是在自己的权益受到侵害以后向人民法院提起侵权诉讼或者向监管部门、公安、检察等机关检举揭发。实际上,投资者不怎么关心侵权者或者犯罪行为入受到什么样的行政或者刑事处罚,最关心的是自己被损害的权益在多大的程度上得到赔偿或者补偿。所以,证券损害赔偿的民事责任以及证券侵权赔偿程序对投资者保护尤为重要。但直至2003年1月9日,最高人民法院公布《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件若干规定》出台以前,虽然当时的《证券法》第63条、第161条和第202条规定了民事赔偿责任,但是最高人民法院通知要求,全国各级人民法院不得受理因虚假陈述引发的民事赔偿案件,投资者告状无门,权益得不到有效的保护。就是在若干规定颁布以后,仅能就虚假陈述提起民事赔偿诉讼、而且不能采取集团诉讼的方式,对于因内幕交易、操纵市场以及欺诈客户等违法犯罪行为对投资者造成的损害提起诉讼的多不被受理,造成投资者的反应缺乏依据。而且,《证券法》的规定与《刑法》若干规定不衔接,给相关国家机关和社会公众查明法律条文带来了困难。“不严不厉”的刑法结构,“情节严重”和“数额巨大”等含混词汇造成了法律适用的困难,引起了行政机关和司法机关的管辖冲突,影响了反应主体的反应效能。

(三) 反应方式单一

上述因素决定了证券犯罪刑事政策的反应方式的单一性。证券犯罪刑事政策的反应方式绝大部分是行政措施和行政处罚;其次是刑罚处罚,而且刑罚偏轻,犯罪者为犯罪行为支付的犯罪成本极低,难以起

到遏制犯罪的作用;民事诉讼的反应方式被限制在虚假陈述这一小范围内,而且以“条件不具备”等各种理由禁止适用集团诉讼方式。本来刑法是刑事政策中最重要核心、最高压区和最亮点所在,但是现今的刑事政策中,行政处罚反而“鸠占鹊巢”,出现了极不合理的局面。

四、对当前的证券犯罪刑事政策进行调整的建议

(一)概述

我国经济和社会的结构自1978年来发生了深刻变化,逐渐向市场经济和市民社会转轨。在转轨的过程中,犯罪的控制模式中的社会因素也逐渐增多,储槐植教授曾提出了国家本位的犯罪控制模式向国家社会双本位犯罪控制模式转换的观点。随着中国社会主义市场经济的发育成熟,政治国家和市民社会二元格局的社会结构逐步形成,但还没有建立起国家和社会双本位的犯罪控制模式。国家应当将一部分与犯罪作斗争的权力从国家刑罚中分割出来还给社会,使刑法运行模式由“国家本位”向“国家·社会”双本位过渡。^④

储槐植教授从刑事政策的角度,将这种“国家·社会”双本位的社会控制模式概括为“轻轻重重”。并指出“轻轻”和“重重”两方面是相辅相成的,“轻轻”有利于更好地实现“重重”,使司法机关腾出力量打击重罪。^⑤所谓“轻轻”,也就是“轻者恒轻”即是缓和的刑事政策;所谓“重重”,也就是“重者恒重”,即是严格的刑事政策,两者合起来就是“宽严并进的刑事政策”,也可以称为“两极化的刑事政策”。两极化的刑事政策是大陆法系刑法改革发展的方向。^⑥可喜的是,2006年10月11日,党的十六届六中全会通过了《中共中央关于建立社会主义和谐社会的决定》,在“加强社会治安综合治理,增强人民群众安全感”一节

^④ 储槐植:“市场经济与刑法”,载《中外法学》1993年第3期。

^⑤ 冯卫国:“两极化刑事政策导向下的刑罚修订——简评2005年最新修订的台湾刑法典”,载《山东警察学院学报》2005年第5期。

^⑥ 冯卫国:“两极化刑事政策导向下的刑罚修订——简评2005年最新修订的台湾刑法典”,载《山东警察学院学报》2005年第5期。

中,《决定》指出:“要实行宽严相济的司法刑事政策……”中共中央的这个决定标志着我国“严打”的刑事政策,已经调整为“宽严相济的刑事政策”。

具体到证券犯罪的刑事政策,从缓和的刑事政策的角度来说,首先,将那些虚置的证券刑法规范非犯罪化,比如擅自发行证券的犯罪和伪造证券类的犯罪,这类犯罪可以通过管理和提高技术水平加以预防。其次,更大程度地使用行政的或者民事的等非刑事的反应方式来惩治证券违法犯罪。再次,完善证券犯罪刑事责任,尤其是资格刑体系,比如,从预防犯罪目的角度,市场禁入可以有效预防证券违法犯罪,自由刑就是刑罚过剩,是否可以考虑建立自由刑的替代措施,比如易科罚金或者劳役等。从严格的刑事政策角度来说,首先要严密法网,提高证券刑罚的必然性;其次,对那些危害证券市场基础的犯罪严厉刑罚,延长自由刑刑期,加大罚金额度,以增加犯罪成本,如虚假陈述犯罪、操纵市场犯罪、内幕交易犯罪和欺诈客户犯罪等。

(二) 建立并完善证券犯罪的民事赔偿责任及相关的民事程序

1. 证券民事侵权赔偿的特殊价值^⑦

(1) 对投资者的补偿功能

美国 20 世纪 30 年代证券市场崩溃以前,美国对付证券欺诈的方法和我们现在的方法几乎一样,就是大量地运用行政和刑事的方法惩罚欺诈者,而让投资者自食其果。股市崩溃以后,美国充分意识到投资者对股市的意义:广大的中小投资者和投资机构才是证券市场的最重要和最本质的来源,他们承担着股市的造血功能,没有中小投资者的信任,美国的经济就不会得到发展。所以,基于这种理念,通过建立证券欺诈民事赔偿责任和赔偿程序,倾向投资者以保护投资者的利益。

(2) 威慑作用

在证券领域,民事诉讼的特殊好处就是具有更大的威慑作用,在每个证券诉讼中,每个人都可以为了自己的利益提起诉讼,出于个人利益的追求他们更有动力找出欺诈者,这样欺诈者被查处的风险就加大了,从而对其有更大的威慑作用。此外,民事诉讼的举证责任相对于刑事

^⑦ 陈洁:《证券欺诈侵权损害赔偿研究》,北京大学出版社 2002 年版,第 22~27 页。

诉讼的举证责任比较轻,从而比较容易界定责任。由于没收不义之财的处罚比服刑的监禁具有不同层面的威慑作用,所以美国的法院认为,民事诉讼的特殊功能是威慑而不是补偿。而在中国的证券市场上,证券刑事责任和行政责任的威慑作用非常有限,从被追究刑事责任的案件来看,相当多的犯罪者最终被判缓刑;而行政处罚中的罚款对欺诈所得来说,更是九牛之一毛。

(3) 强化对上市公司的治理

如果没有证券领域民事诉讼制度,中小股东的弱势地位则助长上市公司肆意侵犯股东权利;而建立这种制度则是对肆意侵犯股东权利的最大制约。在美国,证券民事诉讼案件的数目远远高于监管部门的处罚数目,公司及其管理层随时都处在证券民事诉讼的威慑之下,此乃美国拥有世界上最强大和最有活力的资本市场的一条重要的经验。实践证明,提高市场监管的有效性,最好的办法就是通过证券民事赔偿诉讼动员广大投资者参与监督,利用私人诉讼来监督惩治违法行为。鼓励广大投资者积极与不法行为作斗争,这种监督方式一旦被发挥出来,其力量是任何部门的监管都无法比拟的。投资者利用民间资源,为了自己的利益打击证券违法犯罪行为的同时也促进了证券市场秩序的维护,也节约了国家的监管成本。在美国,这些人被称为“私人检察官”,通过追求和实现自己的利益实现了社会公益。^⑧与行政责任和刑事责任相比,“证券民事责任在我国证券法律责任体系中处于核心的地位。”^⑨

2. 当前证券民事责任和民事诉讼程序的不足

2002年1月15日,最高人民法院下发了《关于证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》(以下简称《受理证券民事纠纷通知》)标志着法院开始介入证券市场,受理因虚假陈述引发的民事赔偿案件。该司法解释是在程序上解决了法院受理虚假陈述民事侵权赔偿案件的管辖、诉讼方式和前置程序等问题。2003年1月9日,最高人民法院又公布了《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔

^⑧ 彭冰:《中国证券法学》,高等教育出版社2005年版,第415页。

^⑨ 刘俊海:“证券市场法律责任的立法和司法协调”,转引自彭冰:《中国证券法学》,高等教育出版社2005年版,第416页。

偿案件的若干规定》(以下简称《审理证券民事赔偿规定》),这个规定基本体现了保护中小投资者的倾向,在因果关系、损失认定、归责原则、适用范围和赔偿范围等实体问题作了规定。但是两个司法解释还是有很多差强人意的地方。

仅就《受理证券民事纠纷通知》来分析,一是规定了证券民事诉讼的前置程序。《通知》规定,人民法院受理的虚假陈述民事赔偿案件,其虚假陈述行为,须经中国证券监督管理委员会及其派出机构调查并做出生效处罚决定。当事人依据查处结果作为提起民事诉讼事实依据的,人民法院方予依法受理。从学理上来说,本来是民事诉讼的举证责任比刑事责任轻,这个规定无异于将其倒置。二是诉讼方式的局限性,我国《民事诉讼法》规定了两种诉讼方式,即单独诉讼和共同诉讼,其中共同诉讼又分为两种:当事人一方人数确定的共同诉讼和当事人一方人数不确定的共同诉讼。《受理证券民事纠纷》没有选择类似美国的“集团诉讼”方式,也没有采纳当事人人数不确定的共同诉讼方式,而是采取单独诉讼和当事人人数确定的共同诉讼。很显然,采用集团诉讼和当事人不确定的共同诉讼对于保护投资者权益是有利的。

进一步分析《审理证券民事赔偿规定》,一是该规定仅仅就虚假陈述民事侵权赔偿做出了规定,没有对内幕交易、操纵市场和其他欺诈行为的民事侵权赔偿做出规定。综观西方各证券市场成熟的国家,如美国、英国、日本甚至我国台湾地区都对内幕交易、操纵市场以及其他证券欺诈违法犯罪行为的民事侵权赔偿做出了规定。加入WTO以后,我们不可能关起门来搞个与世界资本市场不相关的证券市场,所以构建起完善的关于内幕交易、操纵市场以及其他证券欺诈侵权民事赔偿制度具有十分重要的意义。二是《审理民事赔偿规定》第18条规定仅对诱多性虚假陈述的民事诉讼做出了规定,而对诱空性虚假陈述没有规定。其实在证券市场上,诱空性虚假陈述还是大量存在的,尤其是在内幕交易和操纵市场违法犯罪行为中。随着股指期货及融资融券业务开展,股市不再是只靠上涨才可获利的单边市,下一步,这种诱空性虚假陈述会大幅度增多。司法解释没有对诱空性虚假陈述做出规定不能不说是解释的一大漏洞。三是关于归责原则。司法解释规定了发起人、发行人或者上市公司的严格责任;实际控制人的过错责任;董事、监事和经理等高级管理人

员的过错推定责任;证券承销商、证券上市保荐人及其负有责任的董事、监事、经理的过错推定责任;中介机构及其责任的过错推定责任。2005年10月,《证券法》修订后,将原先的上述自然人和机构的连带严格责任修改成为上述责任承担方式。可以看出,上市公司的实际控制人或者控股股东的责任由原先的严格责任减轻为过错责任;而上市公司的责任由原先的过错责任改为现在的严格责任。发行人或者上市公司的虚假陈述,完全是在控股股东或者实际控制人操纵上市公司虚假陈述,让上市公司承担严格责任无异是让应当由控股股东承担的责任转移到上市公司头上。上市公司向受害的投资者承担责任后,上市公司的损失又由全体股东承担,这种情况下,受害的投资者无异于再次受到损失。如上所述,司法解释和法律这样规定还是为了维护国有企业控股股东的利益或者实际控制人的利益,而没有真正为了保护中小投资者的利益。四是司法解释关于被告抗辩理由的规定无异于又为作为被告的控股股东等找到一根救命稻草。^⑩这就很有可能让本来处于强势地位的被告援引这条规定从而掌握“话语权”随意解释来逃避责任。

3. 完善证券民事责任和诉讼程序

我国在建立和完善证券市场侵权民事责任和民事诉讼程序方面还有很长的路要走。我们不能仅仅对虚假陈述引起的民事侵权赔偿诉讼受理和审判,而且还要对内幕交易和操纵市场等欺诈行为进行受理和审判;不能仅仅采取单独诉讼和人数确定的诉讼方式,还要采取集团诉讼方式或者人数不确定的诉讼方式;不仅归责原则要更倾向于保护中小投资者,还要取消证券侵权民事诉讼的前置程序。美国的“律师风险代理制度”对于维护中小投资者的利益作用巨大,建议引进这一制度。这样,才能为广大的中小投资者提供权利救济的依据和途径。

(三) 建立“又严又厉”的证券刑法结构,增强刑罚的必然性

1. 目前的证券刑法结构“不严不厉”

根据储槐植教授提出的刑法结构的概念,刑法结构的基本内涵是

^⑩ 《审理证券民事赔偿规定》第19条第(4)项规定,损失或者部分损失由证券市场系统性风险等其他因素造成所导致的;第(5)项规定,属于恶意投资,操纵证券价格的。对那些是系统性风险和恶意投资没有很好的界定。

犯罪圈大小与刑罚量轻重的不同比例搭配和组合。犯罪圈大小基本体现为刑事法网严密程度,刑罚量轻重即为法定刑苛厉程度。从“罪与刑”相对应“严与厉”的关系上,罪刑配置不外有四种组合。即四种刑法结构:不严不厉,又严又厉,严而不厉,厉而不严。严而不厉刑法结构的特点是刑罚轻缓和与犯罪态势和刑事政策变动相适应的严密刑事法网;厉而不严刑法结构的特点是刑罚苛厉和法网不严。严而不厉与厉而不严两种刑法结构价值比较,前者更有利于刑法两大功能的实现,即更有利于犯罪控制,也更有利于人权保障。刑法结构合理与否的标准是刑法保护社会和保障人权两大功能的实现程度,以及是否易于协调实践中可能出现的法与情的冲突。多数经济发达国家和法治水平较高国家的刑法大体上可归属于严而不厉的结构类型。而我国当前的刑法结构基本上算是厉而不严。^①但单就证券刑法来说,是不严不厉的刑法结构。这种刑法结构很难发挥打击犯罪保护社会的功能、保障人权的功

(1) 法网不严

与证券犯罪相关的刑法规定基本是结果犯或情节犯,几乎都有“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”、或者“情节严重”、“情节特别严重”等措辞;这种“既定性也定量”的立法方式和大陆法系国家刑事立法方式是不一样的,在大陆法系国家,通常采用“立法定性,司法定量”的方法,即根据行为的性质区分罪与非罪的界限,任何犯罪都是一种行为,这种行为具有特定的性质,是否属于刑法规定的行为,就成为定罪的根据,在这种情况下,犯罪构成是行为质的构成,而不涉及行为的量。^②我国这种立法方式造成以下后果:一是因为不同的人或者不同的机构对“数额较大”的理解不同,可能造成因人不同而出人人罪,从而有违刑罚的公平。二是司法实践中,司法人员可能因为上述规定的模糊而在罪与非罪之间摇摆不定,犹豫不决,从而影响了司法机关的反应效率。三是因为案件的难易不同,或者是否涉及经济利益可能使行政机关和司法机关相互争抢案件的管辖权冲突或者相互推诿,这

^① 储槐植:“再说刑事一体化”,载《刑事法学》2004年第5期,第2~11页。

^② 陈兴良:“作为构成要件的罪量要素”,载《环球法律评论》2003年秋季号。

也影响了司法机关和行政机关对证券违规犯罪的反应速度。四是《证券法》和《刑法》没有很好地衔接,比如新《证券法》对操纵市场的行为做出新的规定,2006年6月才通过《刑法修正案(六)》,2009年2月才通过《刑法修正案(七)》,从而造成刑事立法的滞后。反观西方大陆法系国家的刑法规定,立法的定性规定极大地增强了法律的可操作性;而且一种行为如果是违反行政法的行为,它就不是犯罪行为,如果是违反刑法的行为,它就不是一般的违法行为,法律这样规定又减少了行政机关和司法机关的管辖冲突,提高了他们对违法犯罪行为的反应速度和效率。

大量的应当犯罪化的行为未犯罪化,造成了证券刑法犯罪圈的狭小,如上市公司的董事、监事、高级管理人员以及持有上市公司股份5%以上的股东的短线交易行为。^⑬

刑事立法单轨制造成证券刑法与相关的证券行政法规相互脱离。所谓刑事立法单轨制,即罪与刑的法律规范只存在于刑法典中,以及相关的单行刑法中,其他的法律规范即刑法以外的行政管理和经济运行等领域法律不能有独立的罪行条款。在单轨制下,将行政犯纳入刑法典,罪状不得不采取空白罪状方式或者概括性地叙明罪状,这样就不可避免地出现了刑法规范这些“毛”与其依附的相关的法律这张“皮”脱离的现象,而且还经常出现行政法规这张“皮”变化了,而刑法规范这些“毛”没有变化,或者“毛”变化了,而“皮”没有变化,如新《证券法》关于操纵市场的规定和现行《刑法》关于操纵市场的规定。这种脱离不利于法律适用过程中的法律查明,不利于法律的可操作性。而将刑事犯规定在刑法中,从而使刑法相当稳定,而行政犯规定在其他的行政法规中,并且罪状明确细密,附属刑法规范(刑法以外的法律如果需要都可以规定独立的罪行条款)这种立法方式就使“皮”和“毛”紧密相连并不可分离,有利于法律的查明以及法律的适用,极大地增强了可操作性。^⑭

^⑬ 顾雷:《证券市场新型犯罪识别与赔偿途径》,中国民主法制出版社2004年版,第154~161页。

^⑭ 储槐植:“再说刑事一体化”,载《刑事法学》2004年第5期,第2~11页。

(2) 刑罚不厉

首先,法定刑较低。欺诈发行证券罪的最高法定刑是五年;提供虚假财务报告罪是三年;内幕交易、泄漏内幕信息罪是十年;编造并传播证券交易虚假信息罪和诱骗投资者买卖证券罪是十年;操纵证券市场罪是十年等。这个法定刑标准和美国刑法几乎一致,表面上看,法定刑不低,但是从大陆法系的视角看,西方两大法系的刑法规定都是行为犯,没有类似我国的“结果犯、情节犯或者数额犯”的规定,而且还有发达的民事诉讼机制,所以,英美等国家的法定刑相对偏重。对于我们来讲,有两个路径可以选择:一是完善证券民事诉讼的相关制度,二是提高法定刑来填补民事赔偿诉讼不完善造成的真空。如前所述,虚假陈述犯罪、内幕交易犯罪和操纵市场犯罪是危害证券市场存在基础的犯罪,性质最恶劣,但是其法定刑有的三年,有的五年,最高的才十年,罪刑不相称。再加上司法实践中,很多的证券犯罪量刑难并且低,判的多数是缓刑,比如最近公开审理的“绿大地”案。^⑮“中科创业”的庄家吕梁就说过,一旦东窗事发,最多被判刑5年。^⑯这样的刑罚对证券犯罪根本没有威慑力。

其次,证券犯罪刑罚结构不合理,造成刑事惩罚反而不如行政处罚严厉。目前对证券犯罪刑事立法规定了有期徒刑和拘役两种自由刑和罚金刑;司法实践中,很少采用拘役,可以说,我国目前对证券犯罪仅仅采用有期徒刑和罚金刑两种刑罚。这就造成我国证券刑法的刑罚结构非常不合理,法院对犯罪分子可以采用的刑罚非常有限。结构不合理的主要表现是我国刑法仅有剥夺犯罪人政治权利的资格刑,而没有剥夺犯罪人从事一定职业资格资格刑。而世界上多数国家都剥夺犯罪人一定从业资格资格刑完善体系。从一定程度上来讲,剥夺一定从业资格与短期有期徒刑和罚金刑相比,对犯罪人有更大的威慑力和更好的犯罪预防效果,如市场禁入等。可能有人认为,我国证券法规定了很多类似资格刑的规定,如市场禁入、剥夺证券从业资格等,这些规

^⑮ 人民日报:“不能让投资市场猎杀百姓财富”,载 <http://stock.stockstar.com/SS2012013000001142.shtml>,2012年3月1日访问。

^⑯ “‘中科’案点法律的死穴,量刑难以震慑证券犯罪”,载 <http://www.china.org.cn/chinese/law/162047.htm>,2012年3月1日访问。

定可以弥补刑法不足。但是我们认为,这些规定的确弥补刑罚资格刑的不足,但是作为行政处罚的资格剥夺与作为刑罚的资格剥夺对犯罪人的谴责的严厉程度是不一样的,而且因为刑罚没有资格刑,还造成了刑罚的严厉性不如行政处罚的严厉性的畸形状况。

最后,摒弃牵连犯通行的处断原则。对于牵连犯的处断原则,学界有三种观点:一是从一重处断说;二是数罪并罚说;三是双重处断原则说。^⑮ 目前比较通行的观点是第三种,即“法律规定按照数罪并罚处罚的按照数罪并罚的规定处罚,如果没有规定的,按照从一重的原则处罚”。这一句的前半句好理解,问题是,对于牵连犯法律没有规定按照数罪并罚规定处罚的按照“从一重”的原则处罚的法律依据何在?比如行为人既内幕交易,又操纵市场,同时虚假陈述,三者牵连都构成犯罪,如果仅按照一罪处罚是不是有放纵犯罪的嫌疑?相比之下,我国台湾地区在2005年1月修订“刑法”过程中,学者以及立法者认为,牵连犯的规定有鼓励犯罪的嫌疑,于是将牵连犯和连续犯的规定删除,修订后的刑法仅仅保留了想象竞合犯的规定,而对于牵连犯则按照数罪并罚的规定处罚。^⑯ 建议确立牵连犯数罪并罚的处断原则。

2. 建立“又严又厉”证券刑法结构

(1) 严密法网

一是修改现行刑法中情节犯和结果犯为行为犯的相关规定。对虚假陈述、内幕交易和操纵市场或者欺诈客户的行为,不管是否情节严重,也不管是否后果严重或者违法所得数额是否巨大,一律界定为犯罪行为。如此规定的理论依据是现代西方大陆法系国家占主流的以行为为中心的刑法客观主义。在这种客观主义内部,有的强调结果侧面,主张强调结果的无价值;有的强调行为的侧面,主张行为的无价值。结果无价值主张刑法的机能是法益保护;行为的无价值主张犯罪的本质是规范的违反。现在这两种观点差别已经很小,两者已经走向融合,从而成为“二元论”,即从法益保护的立场看,刑法规范所关心的行为是使

^⑮ 高铭暄:《刑法专论》,高等教育出版社2002年版,第409页。

^⑯ 马克昌:“我国台湾地区刑法修正述评”,载《中国刑事法杂志》2005年第4期,第103~109页。

法益受到侵害或使之危险化的行为,必须对行为的违法和结果的违法同时判断。^⑨行为无价值论将可能引起法益的侵害的行为犯罪化,重视行为的规范违反性,从而对犯罪的预防有很大的意义。所以我们应当在“二元论”的指导下,首先,改情节犯和结果犯为行为犯,从而严密刑事法网,通过规定违反规范的行为为犯罪行为,让刑法发挥超前打击或者预防功能,从而预防行为人的行为结果向“后果严重”方向发展。其次,根据主体的不同情况实行差别对待政策。证券犯罪可以分为典型的优势犯罪和非典型的优势犯罪,或者职务型犯罪和非职务型犯罪。典型的优势犯罪和职务型犯罪都是行为人利用自己在社会资源分配关系中处于优势地位或者利用职务地位的优势进行犯罪,与非典型的优势犯罪和非职务犯罪相比,法律应当对他们进行更严厉的惩罚,因为他们承担更大的责任,而且他们的犯罪行为对社会和证券市场的危害更大。

二是将性质严重的证券违规行为犯罪化,扩大犯罪圈。如上述的短线交易行为、披露信息有重大遗漏的行为、欺诈客户的行为等。可喜的是,《刑法修正案》(六)、(七)对证券刑法部分做了重大修改:修改了《刑法》第161条,扩大了犯罪的主体范围和行为样态。修改了《刑法》第182条的规定,使操纵市场的行为客观方面将与证券法衔接。对上市公司高管通过违规担保、关联交易、大股东占款等方式侵占上市公司权益,掏空上市公司,侵害上市公司股东和债权人利益的行为犯罪化。修改了《刑法》第180条的规定,严惩从业人员“老鼠仓”,利用其因职务便利知悉未公开的经营信息,牟取非法利益或者转嫁风险行为。

三是通过刑事程序法来严密法网。首先,建立证券团体责任。有组织犯罪是20世纪新出现的一种犯罪形态,这种有组织的犯罪,尤其是黑社会组织犯罪,个人责任难以分清,而且首要分子一般不参与犯罪活动,为了惩治这种犯罪,出现了“团体责任”。在立法上,主要体现为创制“组织罪”,建立或者参加某种组织就可构成犯罪,犯罪组织整体的犯罪行为,算到首要分子头上,以解决首要分子的刑事责任问题,这

^⑨ 黎宏:“行为无价值论与结果无价值论:现状与展望”,载《法学评论》2005年第6期,第120~133页。

一实体罪名实际上出于诉讼上的考虑,在个人责任难以分清的情况下而不使犯罪分子逃脱法网的一种弥补,这是实体法所不能做到的。^②在惩处证券犯罪上,我们可否借鉴这一制度,来弥补证券实体法的不足呢?尤其是操纵市场犯罪,单个人或者单位犯罪几乎是不可能的,因为他们没有足够的操纵资金,行为人如果想操纵市场一般都组成一个操纵集团,对于操纵集团组织的犯罪采用类似于惩处黑社会组织的原则和方法,应当说是加强对证券犯罪打击,严密法网的一个很好的办法。其次,确立公开保证制度和严格责任或者过错推定责任。首先证券法规定上市公司、证券公司等市场主体的有关负责人承担一定的义务,包括认真检查自己的职务活动,反省自己是否遵守有关法律,是否对公司公开的信息进行了认真的审查。然后要求这些负责人就自查的结果做出公开的声明,保证自己认真履行了作为公司领导人的职责,并承诺对公司的信息披露和其他重大行为的真实性负责,此后公司出现了违法犯罪事件,那么公司的负责人要对自己违反承诺的行为承担刑事责任。这就是公开保证制度。证监会已经公布了系列《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则》,已确立了公开保证制度。而作为司法机关只需证明行为人违反自己的承诺并有违法的行为,而没有必要证明行为人是否有过错,或者是什么过错(是故意或者过失),就可以追究行为人的责任,包括刑事责任。这就是严格责任或者是过错推定责任。美国刑法上有严格责任,但是在大陆法系国家和我国都没有严格责任的规定。如果我国确立了严格责任制度,就可以极大地减轻检察机关的举证责任,提高刑法的效率和打击效能,同时因为公开保证程序的存在也兼顾了公平。再次,建立证券违法犯罪保护人制度。证券犯罪人和司法机关之间存在严重的信息不对称,证券犯罪一般非常隐蔽,司法机关很难从外部获得犯罪人的犯罪证据,所以必须发动内部人员提供线索帮助破案。但是我国刑法规定的报复陷害罪、打击报复会计统计人员罪、打击报复证人罪都不足以敢为敢于挺身而出的“内幕人员”提供保护。所以刑法应当修改打击报复罪,以保护证券犯罪的举报人。具体的方法就是按照空白罪状的方式,不具体规定犯罪的主体范围,保护

^② 储槐植:“再说刑事一体化”,载《刑事法学》2004年第5期,第2~11页。

的对象等,只要出于打击报复的目的,不管采取什么样的报复手段,也不管针对谁,就构成犯罪,一概予以处罚。最后,提高破坏文件罪的法定刑。因为犯罪人掌握大量的犯罪证据,他们就有可能销毁有关证据,所以必须加大对销毁文件的处罚力度,我国虽然规定这一犯罪,但是规定的法定刑偏低。美国《索克斯法案》规定,任何人有意改动、毁灭、毁伤、隐匿、掩藏、伪造任何记录、文件或者有形的物件或者伪造其条目,以旨在对合众国任何部门或执法官所辖的任何时间的调查或执法根据11章所提起的诉讼(或者对预期中将发生的时间或者诉讼)构成阻止、妨碍或者影响的,应根据本章处以罚金或20年以下之监禁,或并罚之。^④ 吸收其经验,我国宜相应提高该罪的法定刑。

四是通过行政法律规范严密证券刑事法网。将证券犯罪相关的刑法规范规定在《证券法》中,实现刑事立法的双轨制。首先,在目前不能实现刑事立法双轨制,制定附属刑法的情况下,可否在《证券法》等法规中能够构成犯罪的条款后边加上“构成犯罪的,依照《刑法》第××条的规定定罪处罚”?这样做的好处是,加强了《证券法》等法规与《刑法》的衔接和结合,提高了法律查明的速度,减少了法律适用过程中的争议。旧的《证券法》对可能构成犯罪相关条文后边附有“构成犯罪的,依法追究刑事责任”。新法将此删除,而用专条规定“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。这样做,虽然为以后相关违法行为的犯罪化提供了条件,但是降低了法律之间的衔接性和关联性。其次,国家机关工作人员责任的绝对不确定性。刑法上有绝对不确定刑,比如说对某种犯罪行为,仅仅规定处罚金,而没有说判处多少罚金。新《证券法》对国家工作人员的证券违规违法行为,仅仅规定了“属于国家人员的,还应当给予行政处分”,这种规定就好像刑法上的绝对不确定刑,在证券法上,应当属于“绝对不确定行政处罚”。建议采用《突发公共卫生事件应急条例》中关于“法律责任”的规定,将各种违法行为划分为不同的档次,并根据严重程度给予不同的处分。这样做增强了可操作性,减少了不确定性,压缩了相关机关或者主管人员

^④ 廖志敏:“中国证券市场治理之刑事政策思考——兼论证券刑法的改革”,载《金融法苑》2003年第7期,第13~20页。

的自由裁量空间,降低了腐败的可能。最后,建立检举揭发制度。1988年增添的美国《1934年证券交易法》第21A条鼓励对内幕交易的检举揭发。该条(e)款规定,如果检举人提供的情报最终使美国证券交易委员会(SEC)锁定了内幕交易并获得了罚款的话,SEC可以酌情从罚款中获得至少10%的数额的奖励给检举人。^②我国也可以尝试建立这样的检举揭发制度。通过严密刑事法网,增强了刑法的可操作性,提高了反应速度和效率,增强了法的必然性。犯罪学鼻祖贝卡利亚曾说:“刑罚的严厉性在于它的必然性”,证券犯罪的受处罚必然性的增强必然增强证券刑法的威慑力。

(2) 严厉刑罚

一是对于证券犯罪,只要有行为的,一律处三年以下有期徒刑,造成严重后果或者有其他严重情节的或者情节特别严重或者后果特别严重的,可以处三年以上十年以下有期徒刑或者无期徒刑,但笔者坚决反对证券犯罪的死刑。二是建立完善的资格刑体系。建议在我国证券刑法中,对于个人证券犯罪增加“剥夺证券从业资格”的规定,并且根据证券犯罪的危害程度规定不同的期限或者永久剥夺证券从业资格;对于法人证券犯罪增加“停业整顿”、“限制从事一种或者多种证券业务活动”并规定相应的期限、“解散法人”,类似于香港的“刑事破产”。^③三是将所有牵连犯按照数罪并罚的规定定罪处罚。四是刑事责任个人化,就是证券刑法不处罚上市公司、证券公司等单位,而应当处罚这些单位中具体实施犯罪的自然人,比如上市公司的董事、经理、监事、大股东,中介机构的有关负责人或者行为人。单位和自然人都可以称为犯罪的主体,但是如果是单位犯罪,仅仅处罚自然人。之所以这样,是因为单位在实际控制人的操纵下,单位也是受害者,而且因为公众公司的特点,单位在承担责任后,实际上是众多无辜的股东承担责任,失去了惩罚单位的意义,而且本应由个人承担的责任转由公司和其他股东承担,有失公平。

^② 朱锦清:《证券法学》,北京大学出版社2004年版,第53页。

^③ 顾雷:《证券违规犯罪的新趋势与认定处罚》,经济日报出版社2002年版,第167~205页。

(四) 建立科学的证券监管体系,提高监管效率^{②④}

建立科学监管体系的目标就是监管部门将该管的管起来,监管部门不缺位;该管的要管好,监管部门不错位;不该管的不要管,监管部门不越位。该管的就是信息披露,强制性的信息披露制度是证券监管的核心,监管部门主要通过执行法律,制定法规或者规则,将人力和精力放到治理虚假陈述、内幕交易、操纵市场行为,其他的事情放给市场来做,为市场的“自主性”创造条件。

此外,“市场机制是防范证券欺诈行为的最基础也是最重要的屏障”。^{②⑤}这样既保证了监管的权威性,也保证了市场的有效性。主要重点有:一是就政府监管和司法保障相比,更突出司法保障的作用,司法保障包括证券犯罪的刑事诉讼和中小投资者提起的民事损害赔偿诉讼。二是突出中介机构的作用,赋予中介机构更大的信誉担保责任。三是为投资者提供广泛的救济途径,对证券公司的服务不服可以到证券业协会投诉,标的额较小的证券纠纷可以通过仲裁解决。四是采用先进的通讯、交易和清算交割的技术装备监控预防证券犯罪的发生。五是赋予民营企业的国民待遇,改变对国有控股股份公司 IPO 关爱有加的局面;允许民营资本进入证券公司经营的所有领域并予以同等对待。六是改革现行发审制度,完善退市制度。七是在对证券违法犯罪行为进行行政处罚的同时,更加侧重发挥证券刑罚处罚以及证券民事诉讼和民事赔偿的作用,可以尝试引进类似美国的“集团诉讼”制度和“律师风险代理”制度,以加强对证券违法犯罪人的威慑。

(五) 完善对中小股东的特殊保护政策

美国 SEC 有一句名言:“保护中小投资者,就是保护整个华尔街”。换句话说,就是“保护中小投资者,就是保护所有投资者的利益”。打个形象的比喻,中小投资者就好像一个人的骨髓,承担着造血职责,具有造血功能,证券市场中的犯罪都是直接或者间接危害了这种造血功能,对中小投资者进行保护,无异是对他们造血功能的维护,从而使他

^{②④} 蔡文海:“中国证券管制:加强抑或放松”,载 http://www.usc.cuhk.edu.hk/webmanager/wkfiles/1380_1_paper.doc,2012年3月1日访问。

^{②⑤} 蔡文海:“中国证券管制:加强抑或放松”,载 http://www.usc.cuhk.edu.hk/webmanager/wkfiles/1380_1_paper.doc,2012年3月1日访问。

们更有能力、有动力造血并与证券市场上的各种违法违规行为做斗争。只有保护他们的这种积极性我们的证券市场才有希望!

上述各种措施都是直接或者间接保护中小投资者利益,我国新《证券法》在中小投资者保护方面也确定了很多措施,如证券公司从每年税后利润中提取风险准备基金,国家建立投资者保护基金等,最近又热议上市公司强制分红制度。但现实的问题是,被告在被证监会罚没处罚和追缴违法所得后,或者被法院判处刑罚执行后,尤其是罚金刑执行后,被告已经无力支付对投资者的赔偿。实践中,投资者根据赔偿判决向法院提出请求,法院根据民事赔偿优先的法律规定,向证监会提出《协助执行通知书》将罚没款分配给投资者,这种程序非常漫长,增加了投资者的成本,所以有学者提出一个追缴分配程序,即由证监会将罚没收入直接分配给投资者。^⑤

但是就是这个追缴分配程序也仅仅停留在理论层面,而没有立法保障。笔者建议,借鉴新西兰、美国、英国等西方国家的先进经验,全国人大制定《刑事被害补偿法》,然后依据该法成立一个仅仅面向证券市场的,仅赔偿证券投资者的“赔偿投资者基金”。投资者只要受到证券违规或者犯罪行为的侵害并按照公平原则确定损害的数额,就由这个基金先行进行赔偿,基金赔偿后,代投资者之位再追究侵权者的侵权责任。基金的资金来源可以是证监会的罚没收入,法院的罚金收入,证券市场的税收等。

这种先由国家向受害人承担责任的做法在一些西方发达的国家已经有相关的实践。1963年,新西兰出台了一个政策,凡是行人在交通法规中受到损害的,均由国家赔偿,这一措施标志着被害人救济补偿制度的确立,自1965年后,被欧美等国迅速采纳,日本甚至成立了专门的国家赔偿委员会,由国家代替那些确实拿不出钱的刑事被告人给受害人以应得到的补偿;既让受害人切实得到法律的保护,同时也维护了国家法律的尊严。^⑥所以,笔者认为我国可以建立“赔偿投资者基金”或者

^⑤ 彭冰:《中国证券法学》,高等教育出版社2005年版,第418页。

^⑥ 马克昌:“死刑,民事赔偿成白条”,载 <http://www.aviationlaw.com.cn/ShowArticle.asp?ArticleID=3144>,2012年3月1日访问。

被害人救济补偿制度。但是建立这样的制度有很大的阻力,这种阻力来自于国家机关,因为罚没收入和罚金与证监会和法院的部门利益直接相关,如果将这些收入用来建立基金,势必影响到他们的利益。不过如果我们切实站在国家和人民的利益之上,这样的阻力是一定能够克服的。令人鼓舞的是,2006年年底,最高人民法院和最高人民检察院先后对外宣布,将建立对被害人补偿救济的制度,并推动人大的相应立法,这是一个很好的开端。

五、结论

证券犯罪是一种专业性、高智商的犯罪,对其研究必须具有金融学、经济学、会计学、法学、犯罪学等相关知识。另外,随着经济全球化和社群一体化的发展,经济犯罪已经突破一国领域,这些因素就决定了研究证券犯罪必须采取一种更高的、综合的方法;否则,对证券犯罪的认识或者提出的防治对策很难不失片面性。笔者分析认为,宜采取综合的治理对策,即建立和完善证券民事赔偿责任和相关民事诉讼程序;建立“又严又厉”的证券刑法结构,增强证券刑法的必然性;建立科学证券监管体系,提高监管效能;完善中小股东的特殊保护政策等。