

论证券犯罪

王世洲

证券市场必须有法制的保障,其中,刑法的保障是不可缺少的一部分。这已是今天社会各界的共识。但是,如何具体运用刑法手段打击证券犯罪,保护证券市场,却是我国证券立法中面临的一个急迫问题。本文就此问题提一点看法,希望能有助于我国证券法的完善。

一、影响证券刑法的几个政策性问题

在确定证券犯罪时,应当首先注意以下几方面的政策。这几方面的政策性问题,将从宏观上对证券犯罪的范围、程度,以及证券刑法的立法模式产生重要影响。

1. 证券市场中的经济政策和管理模式

证券市场中的经济政策是指国家对证券市场的总的态度。其中,实行的管理模式是实现国家经济政策的手段。国家的经济政策和管理模式最鲜明地体现在证券法对证券的发行和交易的控制方式上。不同的控制方式,首先会对证券犯罪的范围和种类产生影响。

例如,在证券发行方面,如果采取的是“注册制”,任何公司,不论其资产信誉如何,只要它根据证券法的要求,如实地将公司的全部重要情况向证券管理机关备案,保证投资者能准确地决定自己的投资方向,就可以发行股票。在这种控制方式中,刑事责任只能发生在没有遵守“公开义务”的情况下。我国现行的证券发行控制方式是“额度控制制”。它要求发行股票的公司,不仅需要具有良好的资产信誉,而且必须取得发行股票所必需的“控制额度”。这种控制方式对股票发行人的限制比“注册制”要严得多,因此,承担刑事责任的范围也可能要大。然而,由于这种控制方式带有很强的试验性,其本身的不稳定就会影响到刑事责任的确定性。

又如,在证券交易方面,如果对股票的保证金和证券商的借款额实行限制,就可能产生违反这项规定的刑事责任。我国目前的证券管理条例中,尚没有允许场外交易的规定。如果需要对外交易实行管理,就可能涉及场外交易的刑事责任问题。

证券刑法从根本上说,是为保证国家实现其在证券市场中的经济政策和管理模式服务的。因此,明确经济政策和管理模式,是明确证券活动中的刑事责任的前提。

2. 证券刑法中的刑事政策

证券刑法中的刑事政策,主要是指如何看待规定证券犯罪在管理证券市场中的作用及其性质。

在经济犯罪(证券犯罪是其中的一种)的研究中,理论界对经济刑法在管理市场和经济活

• 本文作者系北京大学法律系副教授。

动中的作用与性质有三种看法:

第一种观点主张,经济刑法是经济管理活动的后盾。经济刑法的目的仅仅在于保证经济法规的贯彻执行。根据这种观点,经济犯罪只能绝对地取决于经济法规中的技术性规定。法律可以在任何管理性条款之后都规定刑事责任,而不管这种违反管理法规的行为本身在本质上是否符合犯罪必须具有的被社会强烈谴责的属性。

第二种观点以传统的犯罪对社会的危害性的观念为基础,主张经济刑法是对在经济领域中造成“严重危害”结果的罪犯的惩治,强调的是具体危害结果的存在,尤其是对人的生命、健康以及财产的物质性损害。根据这种观点,经济犯罪只能依据危害结果,尤其是造成财产的有形损失的结果来规定。

第三种观点一方面强调刑法在惩治犯罪时独立的品格,主张必须坚持犯罪必须具有的“社会危害性”和“受社会道德谴责”的特征,另一方面承认经济法规在决定犯罪是否成立时的基础作用。

经济犯罪一般理论研究中的这些观点,对于确定证券刑法的目的、性质和作用,无疑有重要的指导作用。我认为根据证券市场的特殊情况,以下几点应在确立证券刑法时特别予以考虑:

(1) 证券刑法是国家保护证券市场不可缺少的手段,也是国家保护证券市场可以使用的最后手段,这种手段只有在不得已时使用,才是合理的。死刑不适用于证券犯罪。

(2) 证券市场首先是依靠完整而严密的证券法规来建立和保护,刑罚手段的使用虽然具有当然的惩罚性质,证券刑法如果不能作为证券管理活动的后盾,那就失去了其最重要的实用价值,然而,从根本上说,这种惩罚的作用是表现在强化对证券市场的指导和管理上的。

(3) 证券犯罪不仅仅在形式上是违反证券管理法规的行为,在实质上,也是具有严重的社会危害性和应受社会道德谴责的行为。证券犯罪的违法性并没有否定犯罪的社会危害性及其本质中具有的应受社会道德谴责的特征。

(4) 证券市场的根本利益在于公众对这一投资场所的信心。因此,任何妨害投资者确立这一信心的行为都是证券刑法禁止的对象。这种对证券市场的破坏,不可能完全根据刑法中经常采用的有形的物质性损害来衡量。证券犯罪中罪与非罪的界限,首先只能根据是否实施了故意损害证券市场利益的行为来确定。

明确证券刑法的作用与性质,对于确立证券违法的刑事责任的根据,明确证券违法的刑事责任范围与界限,乃至进一步划分证券犯罪的处理程序,都有根本性的意义。

3. 刑事司法制度对刑事立法的影响

在证券刑法的立法过程中,尤其在借鉴国外立法经验时,应当考虑审判方式对刑事立法的影响。现代刑事立法是一把双刃的剑,一方面使用刑罚遏制犯罪,另一方面也要使用法律的规定遏制司法专横,这两方面的作用都是在审判过程中实现的。

例如,在实行判例法的美国,在制定经济法规中的刑事条款时,只考虑一个问题,即刑事手段是否是法律所要保护的利益所需要的,只要是保护该利益所必须的,就毫不犹豫地加以规定。至于与刑事责任有关的各种问题,都留给审判实践,通过判例进一步加以明确。在成文法系的德国,强调罪刑法定,刑事责任在经济法规中有比较严谨的规定,然而,对法律条文的解释也要受到判例和法学家意见的限制。国外审判方式,尤其是判例的作用,使得经济法规中的刑事条款可以使用比较简明的方式来说明。

我国目前的审判方式中,判例的作用远远没有美国和德国那么大,司法实践中虽然有司法解释这种形式,然而,在司法人员普遍缺乏证券知识的情况下,如何保证证券刑法的有效执行,需要引起立法者的注意。我认为,在目前的条件下,在我国要制定实用有效的证券刑法,只能在法律条文的具体化上下功夫。经济刑法的条文多采用列举方法以使之具体化,也符合当前的世界趋势。

二、证券犯罪的种类及其构成特征

现在,世界各国的证券法没有不用刑法来保护其实施的。从形式上看,有的国家,如美国,明确规定违反证券法“任何条款”的,都构成犯罪;有的国家或地区,则以证券法中维护某项制度的禁止性规定或义务性规定为基础,规定违反这些条款的才构成犯罪,如德国的证券法。从实质上看,两种规定区别不大。在实践中,以刑法保护证券市场时,都是以行为人违反了遵守某项证券制度的义务为根据的。因此,在制定我国的证券犯罪时,应当以我国证券市场依据的几项基本制度为根据。这几项制度就是:证券监管制度、证券信息公开制度、证券信息保密制度、证券股市操作制度。如果这几项制度得不到刑法的保护,我国的整个证券制度就会从根本上受到损害。

1. 危害证券监管制度的证券犯罪

危害证券监管制度的犯罪是非法发行、交易证券罪。这种罪是指未经国家证券管理机关批准,擅自发行、交易证券的行为。

这个罪的本质是危害国家证券管理机关对证券市场的宏观管理活动,使不符合证券发行交易条件的“人”和“证券”进入了证券市场。任何国家,不论其采取“注册制”、“批准制”,还是其他什么制度,都必须对证券市场实行一定的监督和管理。我国无论采取“额度控制制”,还是“审批制”,也都不会放弃对证券市场的这种宏观监督管理活动。从目前证券市场的状况看,建立统一、规范、高效的证券市场,是摆在证券法面前的一项任务。统一性和规范化是实现证券市场公开、公平、公正的必不可少的前提条件。任何摆脱、逃避国家证券机关的监管活动,擅自发行、交易证券的行为,都将从根本上危害我国的证券市场和证券事业。

这个罪在客观方面有两个特征:第一,未经国家证券管理机关批准。应当强调,我国有权批准证券发行交易的机关只是国家证券管理机关。国家任何其他机关以及各级人民政府都无权行使这一权力。目前,在我国证券市场尚未完全理顺的情况下,各地在个别国家机关或地方政府或明或暗的支持下,也搞了一些股票和证券。对此,在处理上要注意具体分析:

(1)出于搞活地方经济的动机,在地方政府明文支持下,未经国家证券管理机关批准,擅自发行、交易证券的,应当立即停止工作接受审查。符合股票发行条件的,经过规范化改造之后,批准发行和交易;不符合股票发行标准和条件的,由发行人自行购回。这种行为不应构成犯罪。对于拒绝接受审查继续发行交易股票证券的,可以通过行政处罚解决。有关国家机关和地方政府应当严守国家法律、法令,保护国家法律和证券市场的统一。

(2)在报请地方政府批准的文件中,故意歪曲事实和法律,或者使用贿赂、欺骗等非法手段的,应当撤销地方政府的批准文件,追究有关人员的刑事责任。在证券法公布之前的行为,按照行为人触犯的贿赂罪、诈骗罪从重处罚;在证券法公布之后的行为,对这些行为按照从一重处原则处罚。

(3)没有地方政府的批准文件,在证券法颁布后,非法发行、交易证券的,一律构成犯罪。但

主动收回所发证券,或者在有关部门警告之后立即停止发行交易并在期限内收回所发证券的,可以免除或减轻刑事责任。对于的确由于证券法的传达较迟,“不知证券法规定”的,可以作为从宽处理的理由,但不能作为无罪的根据。

第二,擅自发行、交易证券的行为。这包括未取得发行许可而发行股票和不符合交易条件而进行交易的行为。这些行为包括但不仅限于以下行为:

- (1) 未经批准发行或者变相发行证券的;
- (2) 以欺骗或者其他不正当手段获准发行证券或者获准进行证券交易的;
- (3) 没有按照规定方式、范围发行证券,或者在招股说明书失效后销售股票的;
- (4) 未经批准擅自购回发行在外的证券的;
- (5) 买卖不允许自由买卖的股票(如法人股)的;
- (6) 发行歧视性股票(非同股同权)的。

这些行为的共同特征,都是发行和交易“不合格”的、即未经合法批准的证券。

在主观方面,本罪应当由故意构成。在一般情况下,只要在未经批准的情况下擅自发行交易证券的,证明其主观上具有犯罪故意都不会有特别的困难。困难主要会产生于发行那些以“技术转让合同”、“产权转让合同”等诸多名目发行的变相证券时的主观心理状态。被告常用的辩护理由是“我们发行的不是股票”,“我们不知道那是股票”。

问题的关键是在证券法中关于“证券”是如何规定的。目前,“股票发行与管理暂行条例”(以下简称“暂行条例”)在第81条第1项以定义式对“股票”作了本质的说明,但只限于“股份有限公司发行的,表示其股东按其持有的股份享受权益和承担义务的可转让的书面凭证”。“证券法(草案)”第6条第1项以列举式指出了证券的各种类型,其中第8种是“经主管机关认定的其他证券”。从刑法的角度看,运用这种不完整的规定来追究那些“非股份有限公司”发行的、须“经主管机关认定的其他证券”的刑事责任时,根据行政机关在没有明确法律标准的情况下于事后作出的认定,认为被告人“明知”他所发行的就是“须经国家证券管理机关批准的证券”,很难说与现代刑法的罪刑法定这一基本原则相一致。从证券法的角度看,“证券”这个概念也是十分重要的,它直接关系到证券市场的规模和证券法的适用范围。为了保证法律的有效适用,一些证券市场管理好的国家,总是在证券法中对“证券”这个概念给予尽可能详细准确的说明。比如美国证券法,一方面用几乎穷尽的列举方式指明“证券”种类,另一方面,又把“证券”的认定方式明确规定为必须是“公认”的。在刑事案件中,被告发行交易的是不是“证券”,必须由陪审团认定,这样就能较好地避免司法专横。

从我国目前的情况看,完善“证券”这个概念较好的方式,可以是把“暂行条例”和“证券法(草案)”的方式结合起来,一方面说明证券的基本特征,另一方面说明证券的主要表现形式。在国家证券管理机关认定某种“券”的性质时,这种规定一方面可以作为认定的法律根据,另一方面也是限制主管机关滥用权力的法律保障。在这样的概念基础上,判断行为人是否“明知”自己发行“技术合同”或其他东西的性质时,就有了一个可靠的法律基础。在犯罪主体上,本罪可以由自然人,也可以由单位、法人构成。

2. 危害证券信息公开制度的证券犯罪

危害证券信息公开制度的犯罪有两种,一种是证券虚假公告罪,另一种是证券不实报告罪。

证券虚假公告罪是指证券发行人为了证券发行与交易,在招股说明书、上市公告书、年度

报告书、中期报告书、重大事件公告书等面向社会公众的文件中,对重要事实故意作虚假、严重误导性陈述或者重大遗漏的行为。

证券不实报告罪是指证券发行人、证券经营机构以及其他依法应向国家证券管理机关提交报告、证明、说明、申请、记录等各种文件的人,在所提交的文件中,对重要事实故意作虚假、严重误导性陈述或者重大遗漏的行为。注册会计师、律师以及其他专业人员,在向国家证券管理机关提交的审计报告、法律意见书等专门文件中,对重要事实作虚假、严重误导性陈述或重大遗漏,致使证券发行人的报告得以公布的,从重处罚。

证券信息公开是现代证券市场的一项基本管理原则。保持证券市场良好的透明性,是保证社会公众对证券市场信心的重要方式,也是防止证券诈骗的重要手段。要求证券发行人以及其他与证券的发行交易有关的人依法充分、完整地向社会公开所有与证券投资有关的信息,依法准时、完整地与国家证券管理机关报告各种可能影响证券发行、交易和投资人决心的信息,是实现证券市场有效管理的保障。因此,侵害证券信息公开制度,将从根本上败坏证券制度,使证券市场成为投机诈骗者的乐园。

在行为方面,危害证券信息发行制度的行为主要有两种:一种是没有向公众公开重要信息。这种行为是各国普遍禁止的。没有向公众公开重要信息或者重要信息不准确,投资者是无法根据自己的意愿进行投资的。另一种是没有向国家证券管理机关报告重要信息。这一种行为在我国实行“额度控制制”或者“审批制”时,其危害性具有特别的针对性,即针对国家证券管理机关日常的监督、审查等管理活动。很明显,如果不向证券监管机关报告重要信息,或者报告不实,国家将不能对证券市场实施有效的管理。这两种犯罪行为,都包含了作为形式与不作为形式。无论以作为的虚假或严重误导性陈述形式还是以不作为的遗漏、沉默形式,都能够构成这种犯罪。

行为人不公开或者报告的事实,必须与证券投资有重大关系,否则不能构成犯罪。某种事实是否重要,在国外普遍是在司法实践中通过案例来确定,由此发展起来的标准是:该事实是否会影响一个正常的投资者购买或抛售证券的决定,是否可能使投资者获得或失去财产利益。我国不实行判例制度,因此,有必要在立法中,对行为人应当公开、应当报告的事实的性质加以规定,以便为执法提供一个准绳。目前,在“禁止证券欺诈行为暂行办法”(以下简称“暂行办法”)第11条中,对这一点作了“对证券发行、交易及其相关活动的性质、性质、前景、法律等事项”以及“致使投资者在不了解事实真相的情况下”的规定。在“证券法(草案)”第13、24、25、26、41、42条等一系列条文中,以列举式指明了证券发行人及其他人应当报告的事实。“暂行办法”确定的标准,对于行政执法是必要和适当的,但用以追究行为人的刑事责任,就有过于宽泛之嫌;“证券法(草案)”列举的事实当然可以作为刑事责任的根据,但是,也只有这些事实可以作为刑事责任的根据。任何由主管机关在事后根据不是在法律中明确载明的标准所作的解释来追究刑事责任的作法,都是与现代民主与法制的原则不相符合的。

因此,我认为,在我国条件下,采取定义加列举的立法方法是比较符合我国国情的。事实上,在“暂行办法”中,关于内幕信息、内幕人员的规定,在“证券法(草案)”第26条关于“重大事件”的规定,都已经采取了这种方法。应当把这种方法运用到法律中的一切关键点。

在犯罪故意方面,理论和实践中都存在着如何掌握认定注册会计师、律师等专业人员的罪过问题。专业人员认定应当以职业团体规定的职业标准为根据;检察官们主张,只要专业人员轻率地忽视了报告可能有假的那些信号,就应当负刑事责任。国外从实践中发展起来的比较成

熟的标准是：只要该专业人员是在不知真假的情况下，轻率地作出自己的陈述和说明，或者是在有义务并且一旦了解到有关情况就能知道有关陈述的虚假性，但有意不去了解或有意避开的，即使他事实上并不知道有关陈述和说明是虚假的，从刑法上说，也是有罪的。这个标准并没有完全否定职业标准，相反，它是以职业标准为基础的。它所强调的只是要防止和惩治那些钻职业标准空子的罪犯，惩治那些不根据变化了的事实，尽自己的职责来保护社会大众利益的犯罪。目前我国，证券业正处于起步阶段，行业公认的业务标准和道德规范尚未成熟定型，而各地搞股票证券的呼声又很高，专业人员面临的考验是非常严峻的。“暂行条例”第18条和“证券法(草案)”第31条对专业人员的职业标准作了原则的规定。现在的问题是如何在实践中确定“行业公认的业务标准和道德规范”。我认为，这个问题可以通过组织和程序加以解决，即由国家证券管理机关或其委托的组织(如证券自律性组织)，经过法定的调查程序(其中包括聘请适当的本行业专家和给予被调查人以充分的辩护权利)，对该行为是否违反“行业公认的业务标准和道德规范”作出结论。如果由主管机关单独作出，无论是否个别征求过本行业专家的意见，那么，都很难说它是“经过公认”的了。

国家在管理证券业时要求专业人员的意见和证明，目的就是要专业人员运用专业知识，帮助管理好这一块市场。专业人员如果为了追求经济利益，放任危害证券市场的结果发生，就应受到严厉的刑罚惩罚。由于这种责任，法律规定对专业人员的犯罪从重处罚是合适的。

在犯罪主体方面，这两个罪都可以由自然人和单位、法人构成。但是，专业人员犯罪的，会计师事务所和律师事务所不能成为犯罪主体。这是因为专业知识只能由个人具有。在现代的会计师事务所和律师事务所内部，个人负责制是很明显的。在这种专业组织中，不可能出现那种在其他经济组织中出了问题难以查明谁应对此事负责的情况。

3. 危害证券信息保密制度的犯罪

危害证券信息保密制度的犯罪有两种：内幕信息交易罪和利用职务和业务便利买卖证券罪。

内幕信息交易罪是指内幕人员利用内幕信息买卖证券或者建议他人买卖证券；故意向他人泄露内幕信息，使他人利用该信息买卖证券；或者非内幕人员通过不正当的手段以及其他途径获得内幕信息，并根据该信息买卖证券或者建议他人买卖证券从中获利的行为。

证券信息保密制度是根据这样一项原则建立的：在证券市场中，所有的投资者对于重要情报都享有同等的权利。在重要情报公之于众之前，掌握这种内幕信息的人员(内幕人员)不得利用它为自己和他人牟利或者避免损失服务，否则，就使其他的证券投资者处于极不公平的位置上。内幕信息交易罪就是一种违反了这一证券市场原则，从根本上破坏证券市场的公开、公平与公正原则的行为。

内幕信息交易罪在客观上表现为泄密和利用机密两种形式。泄密行为包括内幕人员向他人泄露内幕信息，使他人利用该信息买卖证券和建议他人买卖证券两种情况。利用机密行为包括内幕人员利用内幕信息买卖证券，以及非内幕人员通过不正当手段或者其他途径获得内幕信息，并根据该信息买卖证券或者建议他人买卖证券从中获利这三种情况。

关于内幕信息，在“暂行办法”和“证券法(草案)”中都作了明确规定，其实质是“尚未公开”和“可能影响证券价格”。这两部法并且都列举了最常见的一些内幕信息。当然，在实践中，判断一条信息是不是内幕信息，不是以它是否被法律所列举，而是以它是否具有法律规定的性质为根据。

关于内幕人员,“暂行办法”与“证券法(草案)”的要求有所不同。“暂行办法”第4条对内幕人员与非内幕人员的责任作了区分:“证券法(草案)”则强调“任何人”(草案第50条及“关于对刑法进行补充规定的建议”第1条)。我认为,在刑事责任方面,对内幕人员与非内幕人员不加区分恐怕不妥。对内幕人员的责任认识比较一致,其泄露机密与利用机密的行为都应受惩罚,因为内幕人员的职业地位、业务地位或者工作地位要求了他们保守证券机密的义务。而非内幕人员如果没有滥用他所知悉的内幕信息牟利的话,那么,第一,我们可能很难证明他知道的就是内幕信息,从而证明他有保守秘密的义务;第二,他并没有从内幕信息中获利,我们也很难说他违反了证券市场的公平原则。事实上,我们不用刑罚方法惩罚非内幕人员的“再泄密”行为,并不会使证券市场失去可靠的法律保护。对于那些千方百计要获取内幕信息的非内幕人员来说,由于他们一般均会利用该信息买卖证券或者利用该信息获利,这就使他们的行为具有了刑事可罚性,当然,如果非内幕人员使用犯罪手段,例如贿赂,那就使事情的性质发生了根本变化,非内幕人员的行为就可能构成贿赂罪,或者与内幕人员构成共同犯罪。

内幕信息交易罪在主观上只能由故意构成。这种故意要求行为人知道自己掌握的信息可能具有的意义,并且意识到自己正在作应当谨慎对待的事或者正在说自己不应该说的事。问题的关键在于明确内幕人员的范围,因为内幕人员明确了自己的身份,也就明确了自己的责任。从这个意义上说,我认为“暂行办法”第6条关于内幕人员的定义和种类的规定是必要的。

内幕信息交易罪在主体上主要由自然人构成,其中,内幕人员的泄密行为和非内幕人员的犯罪行为只能由自然人构成,单位和法人只能实施利用机密的行为。

利用职务和业务便利买卖证券罪主要是指国家禁止买卖股票的人员,违反规定接受、买卖股票的;国家限制买卖股票的人员,在禁止买卖股票的期限内接受、买卖股票的;公司内部重要人员在管制期限内买卖股票,未将所获利益归公司所有的;以及公司未经批准购回其发行在外的股票的行为。

这个罪从侵犯的客体上看,当然包括有关人员的利益冲突问题。不过,从根本上说,在证券法中,避免有关人员的利益冲突问题,还是为了维护证券市场公平、公正的问题。这个罪直接与证券信息的保密问题相联系。

这个罪的主体和行为方面特别重要,因为不同的人由于国家不同的规定,要受到不同的限制。在认定这方面的情况时,不仅要根据证券法的有关规定,还需要根据有关的具体规定,才有可能最终解决行为人的刑事责任问题。然而,证券法及有关法规对有关人员的禁止、限制或者管制,尤其是禁止、限制、管制的程度,都直接与我国证券市场的管理手段的改进,特别是电脑技术的进步有着密切的联系,因此,在可以预见的将来,随着我国电脑电信事业的发展 and 证券市场管理水平的提高,这部分限制的范围和期限都有可能发生变化。我认为,这种属于对行为主体进行日常证券管理性质的规定,不一定都在证券法中加以规定,由证券法的实施细则具体规定比较妥当,以免由于不必要的变动而动摇证券法的稳定性。

4. 危害证券交易操作制度的证券犯罪

危害证券交易操作制度的犯罪包括操纵证券市场罪和欺诈证券客户罪。

操纵证券市场罪是指以制造证券市场假象,诱骗他人作出错误的证券投资判断为目的,利用资金和工作便利等优势,操纵证券市场价格的行为。

欺诈证券客户罪是指证券经营机构、服务机构以及其他机构,在证券交易活动中,以多获取佣金或为自己谋取不正当利益为目的,利用业务上的便利,损害投资者利益的行为。

证券交易操作制度的目的,是为了保护证券市场中敏感的价格免受操纵和控制,使其准确地根据投资市场供求关系和价值规律的法则运动,同时为投资者提供一个公平、诚实信用的投资场所。操纵证券市场和欺诈证券客户的行为,会在市场上造成虚假的供求关系,并且将从根本上破坏投资者对证券市场的信任感。

关于操纵证券市场与欺诈证券客户的行为,在“暂行办法”和“证券法(草案)”中都有非常详细的规定。我在这里强调的是,要构成操纵证券市场罪与欺诈证券客户罪,不仅需要具有法律法规规定的违法行为,而且必须具有一定的犯罪目的。“以制造证券市场假象,诱骗他人作出错误的证券投资判断为目的”和“以多获取佣金或为自己谋取不正当利益为目的”是划分这两种罪的罪与非罪的重要界限。这两种目的中具有欺诈性质,才使得这两种罪具有了应受刑罚惩罚的性质。缺乏主观方面的这种要求与限制,这两种行为的刑事责任就将很容易地无限扩大了。

5. 几个待研究的问题

(1) 银行与证券市场的关系以及信用交易的刑事责任

银行能不能从事证券买卖活动,尤其是股票交易活动?这个问题在国外经济界是有争论的。美国基于本世纪二十年代末股市崩溃的教训,基本是采取否定态度的。日本近年来,一直有人主张银行也可以从事股票交易。我国的“股票发行与交易管理暂行条例”第43条明确禁止任何金融机构为股票交易提供贷款。但是“证券法(草案)”第55、56条规定,金融机关经批准可以为证券买卖提供信用。银行从事证券交易的问题直接关系到证券市场的规模与证券市场的宏观控制。然而,无论是禁止、还是限制银行从事证券交易,都可能涉及信用交易的刑事责任问题。国家在必要时,可以使用刑法手段保护证券信用融通制度。当然,这时的刑法规定需要以详细的证券信用融通管理法规为其适用的基础。

(2) 股票及其指数的期权、期货交易及其有关的刑事责任问题

证券市场在我国是一个新的事物,证券的期货制度更是一个新的事物。这个制度贯彻的经济政策以及其中要求的运行规则,比一般的政策与规则都要复杂,这就给证券期货市场的管理提出了很高的要求。对此我们应当加强调查研究,必要时,可以考虑使用刑法手段支持证券期货管理制度中一些最重要的反诈欺条款的实施。

(3) 证券广告的管理以及有关的刑事责任问题

广告在现代经济生活中的作用是人所共知的。证券业可否使用广告或者其他出版物来宣传某种股票或证券,以推销该种股票或证券?我国目前的证券市场由于受额度控制,需求大于供给。然而,如果采取审批制,证券市场的供求关系可能就会发生重大变化。那时,使用广告或者其他出版物作为促销手段的事,可能就会发生。由于广告和其他出版物不是招股说明书,它们可不可以使用夸大誉美甚至不实之词来吹捧某种股票或证券?这种吹捧诱导行为要不要受到约束和管制?考虑到近几年来我国股票证券市场良好的声誉,以及大多数人对证券投资的风险性认识不足并且具有较强的盲从性,我们是否应对证券广告管理制度作些规定?美国证券法中关于禁止不正当使用出版物推销证券的规定,虽然没有完全消灭这方面的违法行为,但却的确防止了在这方面出现较大的混乱,这个经验值得我们重视。

三、证券犯罪的刑罚

在证券犯罪中,刑罚适用的对象是两种人,一种是证券犯罪分子个人,另一种是单位和法

人。证券犯罪份子都是有知识、有文化的人,其中,绝大多数人都有一定的社会地位,有一定的事业。他们与其他犯罪分子相比,具有明显较小的人身危险性。单位和法人触犯证券法,应受刑事处罚的,在我国条件下,也主要是一些有一定企业信誉、有一定经济实力的组织。证券业务的性质也决定了没有知识、没有文化、没有经济实力的人,是没有资格从事证券发行与交易活动的。证券罪犯的这些特点说明,只要定罪,就足以毁灭犯罪分子个人多年来成就的一切事业和社会地位,就足以使单位和法人的声誉扫地。虽然证券犯罪都是贪利型犯罪,即罪犯的犯罪动机都是为了追求经济利益,然而,针对这种犯罪和罪犯的特点,严厉的财产刑加上适当的监禁刑,是足以遏制这种犯罪的。

世界各国正反两方面的经验与教训都表明,维护证券市场,防止证券犯罪不可能通过对证券犯罪分子判处重刑来实现。良好的证券市场,首先需要国家证券管理机关高效率的日常活动。刑事惩罚永远只能作为最后使用的执法手段。无论从理论还是从实践上看,证券刑法的目的,都不是单纯为了把罪犯送入监狱加以惩罚,而是在于指导人们严格遵守证券法的各种规定,维护证券法的各项制度。

对证券犯罪可以适用的刑罚包括有期徒刑和财产刑。

对证券犯罪,不适用死刑和无期徒刑的理由是很明显的:因为证券犯罪中表现的人身危险性很小。生命刑只应当对那些可能直接对人的健康与生命造成危害的犯罪,或者是那些可能从根本上动摇社会根基的犯罪适用才是合理的。证券犯罪不具有这种犯罪性质。

在规定对证券犯罪适用的法定刑时,最重要的是确定最高法定刑的期限。我认为,对证券犯罪中最严重的非法发行、交易证券罪、证券虚假公告罪和内幕信息交易罪规定刑期时,应注意与我国刑法规定的诈骗罪相协调,一般情节的法定刑幅度以7年有期徒刑为宜。当犯罪具有最严重情节,例如,非法发行、交易的是政府债券或者金融债券,或者非法获利额特别巨大时,最高法定刑也不应超过10年有期徒刑。这个标准,不仅与我国现行刑法的规定相协调,而且与国外的有关规定有可比性。国外关于证券犯罪的法定最高刑,除了内幕交易犯罪最高可处10年有期徒刑之外,一般都是规定5年有期徒刑。例如,美国联邦刑法典规定,一般诈骗罪处5年以下有期徒刑,而联邦证券法规定,对证券犯罪的处刑也是5年以下有期徒刑。又如,我国台湾刑法规定,普通诈骗罪处5年以下有期徒刑,而证券交易法中对虚伪、诈欺或是致人误信之行为,处7年以下有期徒刑。我国刑法对诈骗罪的规定是,诈骗数额较大的,处5年以下有期徒刑,数额巨大的,处5年以上10年以下有期徒刑,情节特别严重的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

证券犯罪在徒刑刑期上如果能做这样的安排,那么一方面,因为证券犯罪以故意实施法律禁止的行为为罪与非罪的界限,并且一般情节的量刑幅度高于诈骗罪的“数额较大”的量刑幅度,这就能够体现特别法条重于一般法条的立法原则;另一方面,因为这样的法定刑幅度已经能够解决证券犯罪目前可以预见到的各种严重的危害结果,没有必要规定更重的刑罚,因而可以体现刑罚经济的原则。

我认为,对证券犯罪不适宜适用拘役和管制刑。我国的拘役刑期为15日以上6个月以下,是一种短期的剥夺自由的刑罚。而证券犯罪是一种比较复杂的经济犯罪,对这种犯罪进行调查、起诉和审理,通常都要经过比较长的时间才能完成。对证券犯罪判处太轻的刑罚,不仅与这种犯罪的危害性不相称,而且容易挫伤执法队伍的士气。对于管制这种不剥夺罪犯人身自由的刑罚来说,适用于证券犯罪也是不适当的。证券犯罪属于一种智力型犯罪,在电信发达的今天,

仅仅对这种罪犯加以身体移动性的限制,是不能起到惩罚作用的。

证券刑法中的财产刑罚,对于追求不法经济利益的犯罪分子,特别是犯了罪的单位或法人,能够起到更现实的惩罚与教育作用。通过这种经济上的惩罚,还能够剥夺罪犯继续犯罪的物质条件,达到预防犯罪的目的。在财产刑的立法与执行中,以下几点应予以充分注意:

(1)应当在没收非法所得的基础上适用罚金。非法所得是罪犯从他人或社会上攫取的非法利益,罚金则是一种刑罚方法。如果不是在没收非法所得的基础上判处有期徒刑,罚金的判处就只不过变成一种仅仅是减少罪犯犯罪所得的方法而已。这就大大削弱了这种刑罚的作用与意义。

(2)对证券犯罪规定罚金时,应有明确的幅度,并区分对个人适用和对单位、法人适用的不同情况。在法律中,规定罚金的幅度,一方面便于执法中使用,另一方面更能体现法律的严肃性,产生适当的威慑力。这个幅度,可以用具体数额表示,也可以用倍数表示。但是,在使用倍数表示时,以二到三倍为最高倍数比较妥当。“证券法(草案)”对内幕交易规定了高达十倍的罚款,恐怕不现实。在使用具体数额表示时,区分对个人适用还是对单位、法人适用特别重要。对这两种罪犯应当采取不同的标准,理由是很容易被理解的。

(3)没收财产这种刑罚的规定和使用应当慎重一些,因为这是最严厉的财产刑。原则上说,只有在罪犯掌握的财产全部或绝大部分是犯罪所得,或者是累犯,或者由于罪犯毁灭帐目因而无法区分非法所得与其原有财产的情况下,才能适用没收财产。根据我国刑法规定,“没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或全部”。当对犯罪的单位和法人适用没收财产时,法律应有明确的规定。

实践证明,写在纸上的法律与实践生活中的法律是有距离的,并且我国十几年法制工作的经验也证明,这个距离与违法而不受惩罚的可能性成正比;这种可能性越大,纸上的法律和实际的法律之间的距离就越大;反之,违法受惩罚的可能性越大,纸上的法律和实际的法律之间的距离就越小,法制的效果就越好。要最大限度地遏制证券违法犯罪,缩小我们的愿望与现实的距离,需要在法律与制度的各个方面都进行努力,使证券刑法在完善我国证券管理制度方面发挥其应有的作用。

责任编辑:王敏远

责任校对:默予