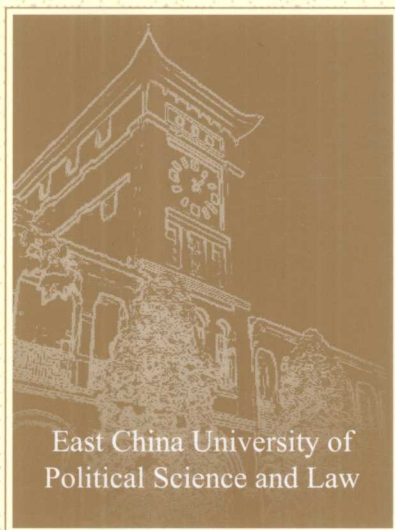




复校三十周年庆典文丛



证券市场刑事责任研究

毛玲玲 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



复校三十周年庆典文丛

证券市场刑事责任研究

毛玲玲 著



图书在版编目(CIP)数据

证券市场刑事责任研究 / 毛玲玲著. —北京: 法律出版社, 2009. 9

(华东政法大学复校三十周年庆典文丛)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9923 - 8

I. 证… II. 毛… III. 证券交易—资本市场—刑事责任—研究—中国 IV. D924. 33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 163020 号

证券市场刑事责任研究

毛玲玲 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9 字数 217 千

版本 2009 年 9 月第 1 版

印次 2009 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9923 - 8

定价: 23.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

纪念,以学术的名义

——华东政法大学复校三十周年庆典文丛总序

忆往昔,桃李不言,自有风雨话沧桑。1952年6月,经华东军政委员会批准,华东政法学院由原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学等9所院校的法律系、政治系和社会系等合并组建成立。其后由于历史原因,于1958年和1972年两度停办,1979年经国务院批准复校。2007年3月,经教育部批准,华东政法学院正式更名为华东政法大学。2009年系华东政法大学复校三十周年。

自20世纪50年代从华政的红墙绿瓦中走出新中国第一批政法干部开始,五十多年来,学校在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究等方面均取得了飞速发展。目前,学校设有长宁、松江两个校区,占地面积1300余亩,是“教育部依法治校示范校”、“国家语言文字规范化示范校”、“上海市文明单位”、“上海市建筑保护单位”、“上海市花园单位”、“国家司法考试阅卷基地”。学校设有22个

本科专业,18个硕士点,2个专业学位点,10个博士点,1个博士后流动站;拥有法学一级学科硕士、博士学位授予权;1个国家重点学科、1个国家级教学团队,3门国家级精品课程。学校在教育部的教学评估中两次获评优秀,毕业生司法考试通过率在全国名列前茅,被誉为“法学教育的东方明珠”。

复校三十年来,华政披星戴月,风雨兼程,赢得桃李满天下,更在中国的法制现代化进程中,留下了浓墨重彩的一笔。而华政的莘莘学子,也见证着学校各方面的长足发展。硬件方面,从帐篷办学到长宁校区的精致典雅,再到松江校区的恢宏大气且美轮美奂;软件方面,从实现上海市法学博士点零的突破,到一举拿下法学一级学科博士点、获得非法学专业硕士学位授予权,再到填补上海市法学国家重点学科零的空白,2009年国家社科基金课题法学类立项数名列全国第一。而2007年3月,华政更名大学的成功,更标志着学校从此踏上了多科性特色大学的新的征程。

此番出版复校三十周年庆典文丛,华政并未走“遍寻成功校友、为其寻章摘句并编撰成册”之路径,而想虚中求实,为青年教师提供出版著作、展示才华之机会。故而,入选本文丛的,绝大多数是并不拥有教授职称的青年学者。华政奖掖才俊、提携后学之美意,尽在其中矣!

值此华政复校三十周年之际,谨祝这颗法学教育的东方明珠更加光彩夺目!

华东政法大学复校三十周年庆典文丛编委会

2009年9月

前 言

英国著名经济学家亚当·斯密认为,人是理性的,追求个人经济利益,是人类一切活动的根本,是人的本能要求,“经济人”的这种利己本能形成一种不可抗拒的自然的经济力量,是无法加以限制的。^①以这种理性主义行为观的假设为基础,功利主义者认为,为了达到“最大化”^②的目的,人们可以不择手段。这种功利的追求方式符合自私的人性,更与商业社会中“经济人”追盈逐利的本能一脉相承。尤其是在希望与危机并存的证券市场中,富于冒险而贪婪的人们将种种欺诈手段用到了极致。19世纪英国“南海泡沫”风波之后,牛顿不由得感叹“我能算出天体的运行,但计算不出股市的险恶”。^③

市场造假之风,即使在资本市场监管严密的美国

① [英]亚当·斯密:《国民财富的性质与原因的研究》,商务印书馆1974年版。

② 在经济分析法学中,存在三个基本概念,那就是最大化、均衡和效率。它们是解释理性行为,尤其是包含许多不同人的互相牵制作用的市场这样的分散化的制度中的理性行为的基本概念。最大化被看作是经济行为主体的目标。参见[美]考特、尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店1991年版,第22~25页。

③ 转引自祝二军:《证券犯罪刑事立法原理》,中国方正出版社2000年版,第24页。

也层出不穷。2002年,“9·11”事件的冲击还未结束,美国安然、世通、施乐等一批上市公司因财务欺诈而纷纷落马。随着黑幕被揭穿,一桩桩会计丑闻将不少大公司、大会计师事务所摔到谷底,一批超级金融机构也受到牵连,华尔街股市受到重挫,美国人聊以自豪的诚信大厦受到严重冲击。造成上述事件的原因很复杂,既是“资本主义的天性”使然,又与法律制度存在缺陷有关。尽管许多舆论批评美国证券监管和立法部门在丑闻披露后行动过于缓慢。但事实上,迫于各种压力和政治、经济需要的美国政府部门在这场行动中采取了许多积极的应对和改革措施。在所有措施中,最具深远影响的便是检讨修改现行的有关法律规则。在美国参众两院和证券交易委员会等部门的既有斗争又有协作的合力下,2002年7月30日,美国总统布什签署了一项旨在结束“低道德标准和虚假利润时代”的企业改革法案——《2002萨班斯-奥克斯利法案》。为了确立证券市场赖以生存的基本诚信,打击财务欺诈,给投资者一份真实的上市公司财务报表,该法案采取的措施主要有三方面:一是对上市公司管理层的行为制定了更加严格的行为规范,要求上市公司的CEO和CFO必须对公司财务报表的真实性和公平性作出个人保证,并承担相应责任。管理层股票期权方案必须得到股东的批准,并进行详细披露。该法案增大了对管理层欺骗股东行为的处罚力度,延长了对构成欺诈罪的管理人员的刑期,禁止具有欺诈行为的公司董事和经理人员出任其他上市公司的董事或经理。公司管理层采用虚增利润的方法获得的绩效收入将被全部没收,并返还给投资者。二是增强对会计师行业的监管,该法案要求成立一个独立的监管部门对会计师的审计业务进行监管,制定相应的行为规范,并对违规行为进行处罚。禁止会计师事务所为上市公司同时提供审计和咨询业务,以消除两者之间的利益冲突,保证审计的独立性和客观性。三是增强执法力度。该法案赋予了政府机构更多的执法权力和执法资源。美国证券交易委员

会得到更多的预算投入,以便对上市公司进行更加强有力的监管。有的观点认为,该法的重要性可以和20世纪30年代初期大萧条过后一系列的证券立法相提并论。众所周知,1929年,由于股市操纵、内幕交易等欺诈行为的泛滥导致了美国证券市场的崩溃,并引发了世界性的经济危机。1933年和1934年,美国先后颁布了《证券法》和《证券交易法》,成立了证券交易委员会(SEC)作为证券市场的政府性监管机构,对证券市场的各个利益主体的行为进行规范。从此,美国证券市场告别单纯的自律管理,政府监管在证券市场有了明确的地位,并形成了美国证券市场的基本制度框架。《2002萨班斯-奥克斯利法案》确实是美国20世纪30年代证券立法之后制定的涉及范围最广、措施最为严厉的关于公司的法律,意味着美国的企业制度乃至整个经济制度将发生重大变革。^①2008年末,因为金融危机而风雨飘摇的华尔街再次震荡,12月11日,前纳斯达克交易所主席麦道夫(Bernard Madoff)因涉嫌欺诈被捕。在以金融监管完善著称的美国市场,麦道夫以一种并不新鲜的欺骗手段——“庞氏骗局”(即用高额回报引诱投资者,同时用后来投资者资金偿付前期投资者)营造了一个长达20年、高达500亿美元的投资骗局,一大批具有丰富专业经验的投资人成为其受害者。虽然纵观金融监管史,不乏种种欺诈行径推陈出新,但麦道夫欺诈案因其主体、被害人身份之特定性,骗局的规模和延续时间之长期性等特征引发关注,均表明该案有可供监管者思量参酌之处。更何况该案发生于当今全球金融时局动荡时期,对于民众投资信心的消极影响不容忽视。经济法、金融法学界围绕全球性金融危机展开研究,尝试从法学角度进行观察和介入。金融安全受到全球金融市场的关注,因此,金融监管理

^① 张忠军:“让政府与市场各就各位——从安然事件看美国拯救华尔街的制度选择”,载《学习时报》2002年10月13日。

念将会发生质的变更。而刑事责任方式作为各种管制措施的后盾力量,必将在宏观理念和制度建构方面进行新的调整。

2000年10月,中国著名的《财经》杂志刊登了一篇名为《基金黑幕》的财经报道,^①以众多数据直指中国基金管理公司的违规操作行为,中国股市风起云涌。2001年初,中国证监会开始调查亿安科技和中科系股票事件,更是引起了人们的关注。著名经济学家吴敬琏将中国股市类比为“大赌场”。^②中国的证券市场虽然“经过十余年的发展,取得发达国家和地区上百年时间达到的成绩,令世人瞩目”。^③但市场的繁花似锦总是无法掩盖一连串臭名昭著的证券欺诈丑闻。在每轮“牛市”之中,总是伴随着各种欺诈案件,危害市场的健康发展。2000年至2003年,从琼民源、红光实业、大庆联谊、亿安科技、蓝田股份等证券欺诈案浮出水面,到号称“中国第一蓝筹股”的银广夏发布虚假信息、虚增巨额利润的事实曝光,再到号称“中国股市第一案”的中科创业案公开审理,公众对于资本市场的信心屡受重挫,伤心的投资者只好选择黯然离场,缺乏了散户的跟风,机构和庄家无法“独舞”。2003年,中国证券市场“缺乏吸引力”、“日益边缘化”的讨论,一时成为财经媒体讨论的热点。2004年,券商危机成为中国经济生活的主题词。2005年的中国股市经受规模日益萎缩、结构性矛盾日益加大的双重煎熬,大盘持续下跌,不仅直接导致在点位上跌去了近40%,流通市值直接损失高达8000亿元,而且在股市的日益萎缩中,上市公司和证券公司等中介机构中的问题公司和问题人士似乎也越来越多。2005年1月2日,上证指数首次跌破1200点,中国证监会在同一天发布稽查令,宣布对八家问题券商进行立案稽查,并依法对公司和相关负责人作出处罚。《财经》杂志再

① 参见《财经》2000年10月号。

② 吴敬琏:《吴敬琏:十年纷纭话股市》,上海远东出版社2001年版。

③ 北京市律师协会编:《首都律师论坛》,法律出版社2002年版,第57页。

度组织探讨“证券市场该往何处去”。^①在权威网站的民意调查中,“证券市场如何走出困境”以72%的百姓关注率在各个议题中一马当先。^②面对证券市场违法违规行为的泛滥,公众呼吁“治乱世用重典”;为重振股市,相关主管部门也一再强调,对于证券犯罪,将严惩不贷。在2006年到2008年的市场行情中,指数大幅攀升,但也发生了“杭萧钢构内幕信息案”、“董正青券商内幕交易案”等。同时,金融机构从业人员“老鼠仓”行为成为证券市场,尤其是基金业发展的积弊。在证券市场中,基金持有者户数逐渐增多,据中国证监会介绍,2007年投资理财中理财产品约有一万亿元投入,保险业、私募基金中投入市场的数额也非常巨大,有一些证券公司、基金管理公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员,利用其因职务便利知悉的未公开的经营信息,如受托管理资金的交易信息等,运用大量资金提前建仓,建立“来得快,跑得也快”的“老鼠仓”,牟取非法利益或者转嫁风险。金融从业人员运用“老鼠仓”牟利,账户比较隐蔽,是目前证券市场的一大顽疾,严重危害证券市场的健康。2008年4月21日,中国证监会发布处罚决定,对基金管理公司从业人员唐建、王黎敏违反证券法规案作出处理,取消两人的基金从业资格,没收其违法所得并处以罚款50万元。对唐建实行终身市场禁入,对王黎敏实行7年市场禁入。论及社会危害性,“老鼠仓”比挪用资金更为严重,而挪用资金罪的最高刑期为15年有期徒刑。“老鼠仓”案件的背后反映出—个犯罪成本不高的事实。但是,无法适用原有的操纵证券、期货市场罪,内幕交易、泄露内幕信息罪等罪名。因此《刑法修正案(七)》在原《刑法》第180条“内幕交易罪、泄露内幕信息罪”中增加一款作为第4款:“证券交易所、期货交易

① 参见《财经》2005年第1期。

② 刘纪鹏:“解决股权分置——用有形之手加快股市转折”,载 <http://finance.sina.com.cn>,访问日期2005年2月21日,来源于上海证券报网络版。

所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员,利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息,违反规定,从事与该信息相关的证券、期货交易活动,或者明示、暗示他人从事相关交易活动,情节严重的,依照第一款的规定处罚。”

由于证券市场蕴涵着巨大的获利机遇,投资与投机并存,普通民众与证券从业人员一样,面临着巨大的谋利诱因。而我国证券市场热衷于“跟庄”与“消息市”,客观上纵容了内幕交易或操纵市场行为。^①利用内幕信息从事交易、利用资金等资源优势操纵市场便成为证券市场违法犯罪的典型“范本”。2008年2月4日,被称为“牛市内幕交易第一案”的杭萧钢构案一审宣判,杭萧钢构证券事务代表罗高峰构成泄露内幕信息罪。^②2009年3月27日,“券商内幕交易第一案”终审结果公之于众,主犯原广发证券总裁董正青将面临4年牢狱之灾。^③而金融从业人员运用“老鼠仓”牟利,一度成为证券市场的一大顽疾。唐建、王黎敏“基金经理老鼠仓”案、广济药业分析师案、“最牛教授”任准秀案,“老鼠仓”案例屡禁不止。^④

所有社会都试图界定获取财富不得超越的底线。就社会契约论而言,人们以契约的形式让渡了自由而组成了社会共同体。但为避免由于纯粹的个人理性而导致整体的无序和混乱的状态,确立适当的公共准则就成为必须。的确,就宏观层面考察,三公(公平、公正、公开)原则无疑构成了证券市场的公共准则,是市场稳健和持续发展的基石。在此原则之下,人们在证券市场中的正当行为及其合理预期都将得到保

① 罗培新等:《证券市场违法违规的惩戒实效及制度成本研究》,复旦大学出版社2005年版。

② 齐雁冰:“杭萧钢构内幕交易者被‘割肉’8000万”,载《北京青年报》2008年2月5日。

③ “广发证券原总裁内幕交易案终审维持原判”,载《信息时报》2009年3月28日。

④ 案例详见 google 关键词搜索。2009年2月《刑法修正案(七)》第2条增设新款,严惩金融从业人员“老鼠仓”行为。

障,但当其违反规范侵害他人或社会整体利益时,就必须以种种方式追究其责任。

法律制度除了发挥防范作用,保证因欺诈行径受到损害的人获得救济外,还必须从社会的整体利益出发,赋予国家必要的权力以追究行为人的刑事责任。但是,在现代法治国家,泛刑思想备受指责,刑法的谦抑品性则为人们所倡导,德国著名学者耶林指出“刑罚如两刃之剑,用之不得其当,则国家与个人两受其害”。尤其在经济社会中,刑事责任往往由于其严苛为人非议,日本刑法学者平野龙一指出:“即使行为侵害或威胁了他人的生活利益,也不是必须直接动用刑法。可能的话,采取其他社会统制手段才是理想的”。^① 事先治理、事前预防是社会之良策,但是,由于来自政治、经济,乃至文化传统等诸多因素的限制,“防患于未然”几乎仍然只是一种理想状态和社会追求。因此,即使在刑法谦抑性理论中,刑法的补充性仍得到应有的承认。“在其他社会统制手段不充分,或者其他社会统制手段(如私刑)过于强烈、有代之以刑罚的必要时,可能动用刑法”。^② 而且,根据成本效益理论,事事细为监督相对于其所取得的收益,成本过大,一种可行的替代性选择就是留出自由行动的空间,但同时以制裁不当行为为后盾。对少数后果严重的违法违规行为规定相应的制裁措施,不但惩罚行为实施者,还威慑可能的犯罪人。尤其是在中国,经济社会中管制色彩逐渐褪化,市场取向化趋势日益明显,为保持自由活力,经济生活由事前限制的规范模式逐渐向事后问责的惩戒模式转变。在此背景下,相对于行政机能而言,司法机关的机能将大为强化。而其中,刑罚作为最后的国家救济手段,无疑构成了司法职能的重要部分。^③ 自我国于2005年修订《证券法》后,我国刑

① [日]平野龙一:《刑法总论第一卷》,有斐阁1972年版,第47页。

② [日]平野龙一:《刑法总论第一卷》,有斐阁1972年版,第47页。

③ [日]芝原邦尔:《经济刑法》,金光旭译,法律出版社2002年版,第1页。

法在证券犯罪的立法上采取了较为积极的态势,通过《刑法修正案》扩大证券犯罪的主体、行为模式,提高法定刑等方式体现了立法“犯罪化”的趋势,也因此受到主张“市场自由”,主张“刑法谦抑性”人们的一些批评。但是,笔者认为,刑法在证券市场究竟采用扩张路径还是信守紧缩政策,其选择涉及证券市场监管理念的抉择。在抉择刑法究竟应采取何种立场时,需要考虑:第一,以往的刑事措施是否已经足以应对证券市场的发展过程中产生的证券违法犯罪的新情况;第二,在国家法律责任体系中,作为刑事措施补充的行政、经济手段或其他民事责任承担方式是否能够充分发挥作用。

回顾各国证券市场的发展进程,解析各种证券违法犯罪的新态势,诸种迹象中,需要面对的事实是:第一,证券违法犯罪,其手段、形式、方式与证券业新兴业务甚至科技发展如影随形,借助电子化、信息化网络等新型技术实施证券违法犯罪,不仅涉案数额惊人,而且受害人处于分散状态,因此,如果没有以国家公权力保障实施的刑事制裁作为后盾,显然不足以维护普通证券投资者的合法利益,无法构建一个公平、公正、公开的证券市场。^① 第二,现行的行政政策或民事举措未能充分实现预期目标,证券市场刑事责任的存在可能是不得已之选择。^② 因此,面对全球金融危机的新态势,不惧刑法的扩张,面对证券领域各种违法犯罪的新态势,采用积极的“犯罪化”立场,或在立法中增加罪名,提高法定刑,或在司法中放松举证责任,仍然具有一定的现实基础。

我国证券市场自1980年重建以来,经过近三十年的发展,已经逐步发展壮大。虽然虚假陈述、操纵市场、内幕交易等形形色色的证券违

① 例如,证券市场的传播虚假信息,过去采取拨打电话通知方式,需要动用大量人力、物力,而现在通过网络传播,瞬时能够传遍全球,行为的影响力和传播力与过去相比有天壤之别。

② 例如,在证券犯罪的惩治上,行政处罚存在政策性、滞后性、不一致性等缺陷;而证券损害民事赔偿之路实则阻碍重重。参见罗培新等:《证券违法犯罪的惩戒实效及制度成本研究》,复旦大学出版社2005年版。

法违规行为频频发生,危害了投资者的利益与证券市场的正常秩序,阻碍了证券市场的繁荣发展,但是,即使证券市场因欺诈而陷入困境,全球金融危机的背景下,“治乱世用重典”是否是应当的选择并得以不加限制,仍需提出充分的依据。即使承认“治乱世可用重典”,但如何掌控轻重,适可而止,使之不伤害投资者参与市场的热情与积极性,亦需要作出妥善的制度配置。刑法是否能承受重托,通过惩治各种欺诈行径,保障证券市场的健康有序发展?刑法如何合理介入投资与投机并存、创新与安全共重的证券市场,是民众,也是证券管理层思索的问题。法律的终极原因是社会的福利,因此,目前如何在本土制度资源环境下,合理架构证券市场的罪刑框架,无疑具有一定的研究价值。

本书的研究方法包括:

一、系统分析的研究方法

本书认为,对证券市场刑事责任问题的研究不能局限于刑法规范学之内。虽然规范学的研究能够促进司法实践中对案件的准确性与量刑,但以现行本国的刑事立法规则为基础,以传统的犯罪构成“四要件”理论为框架,以分析证券犯罪中各个罪的客体、客观方面、主体、主观方面为主要内容,虽然具有形式上的对称与逻辑上的完美,但这是对于“实然”的证券市场刑事责任规范的考察,显然不足以引发思考并解决问题。

违法犯罪是一种社会现象,它以社会为基础。在中国这个具有经济转轨特征的国家中,证券市场相关的制度设计及其运作都渗入了很多体制性因素。证券市场法律制度的立法设计与司法实效,必然离不开整体的社会背景,作为研究者,必须置身其中进行思考。本文借鉴北京大学储槐植教授一直以来倡导的“刑事一体化”研究路径,将证券市场的刑事责任问题置于中国证券市场的制度资源环境中进行考察,研

究各种证券违法犯罪滋生、繁衍的土壤。首先采用系统分析的研究方法,以本土的制度资源环境作为对证券市场刑事责任问题进行研究的背景,结合证券市场的宏观背景、行业背景和专业特点,对证券市场刑事责任的必要性与适度性进行考察。其次,结合了公司法、证券法的知识,对证券市场法律体系的组成部分进行多方位、多层面的剖析,以探讨证券市场刑事责任的合理架构。最后,本书在分析证券市场刑事立法的同时,还对如何完善相关司法机制进行了探讨。因为法治,往往不仅在于是否制定了足够的法律,还取决于司法是否能够及时惩治行为人,给当事人提供充分、及时的救济。

二、比较借鉴的研究方法

比较借鉴是法学研究中普遍运用的方法。证券市场发展的历史也是证券法律研究的历史。在证券市场的发展过程中,我国法学领域对于证券法律制度的研究取得了一定的成绩。相关著述或立足本国实际或借鉴他国经验,对我国证券领域的立法、司法实践及理论研究作出了相当的贡献。从这些研究成果中,我们可以知道,如果想对本国的制度设计提出些看上去不是天方夜谭的建议,那么,进行历史纵向分析和地域横向比较,都是非常必要而且有益的。但是,由于西方证券市场发展时间长,证券法律制度在立法技术与司法能力上较发达,我国的一些相关研究不可避免地陷入“国外的相关制度规定——中国的立法建议”的窠臼,脱离中国本土制度资源的“实然性”环境而满足于对“应然性”目标的追求,考虑中国“应该怎么样”,而忽视了中国“是什么样”和“能够怎么样”,没有充分认识到技术移植与制度移植的不同。中国与西方国家证券市场成熟度的悬殊,证券监管理念与监管模式的差异,证券诉讼模式的不同,甚至诸如举证责任的配置这些细微的区别,都可能导致移植借鉴他国技术设计面临种种困难。

中国的证券市场发端于政府的直接指导,与西方市场导向性的证券市场模式存在相当大的区别,这决定了中国证券市场的问题在背景和原因方面,呈现出更多的个性化特征,比较借鉴国外的法律制度必须要回应本土立场,也即能够“为我所用”。因此,比较借鉴方法应基于“取其精华,去其糟粕”的方式进行研究。我国证券市场法律问题的设计,在吸收英美等证券市场发达国家的法律制度时,更需要关注本国实际,分析本国的资源环境。对本国的未来制度提出设想,必须建立在热切关注本国现实性的基础上。我们不但要理解和吸收国外的成熟经验以节约研究成本,还需关注自身实际,寻找法律制度存在的价值基础和有效运行的资源环境。当然,这并不意味着在研究过程中否认借鉴的价值,而只是更多地强调制度移植的局限性。毫无疑问,如果一味移植国外的理论观念甚至具体操作规则,忽视本国的政治经济环境、社会文化环境,只会站在错误的平台上,无论如何尽力演绎,都无法形成具有实践性共识的成果。

三、实证分析的研究方法

实证分析的研究方法将有助于提出有说服力的观点。证券市场刑事责任问题无法脱离对证券违法违规行为的惩治经验。将近年典型的证券违法犯罪案件,如中科创业案、亿安科技案、杭萧钢构案等纳入分析过程,有助于剖析在立法改进与司法进程中所存在的共性与个性问题。此外,本人在2004年参与了上海法学会、上海证券交易所联合课题《证券市场违法违规的惩戒实效与制度成本研究》,该课题组根据中国证监会的公告及其他公开资料所整理的证券市场的一些案例与数据,也有助于为文中的一些观点提供实证材料的支撑。

目 录

第一章 证券市场刑事责任的必要性 001

第一节 背景:证券市场面临的危机 001

一、证券市场的市场失灵危机 001

二、证券市场的生态平衡危机 007

三、证券市场的投资信心危机 009

第二节 现实基础:证券市场违法违规的盛行 010

一、“庄家”群落现象 013

二、庄家操纵与“做市商”的区别 017

三、上市公司及其高管的违法违规行为 019

四、证券经营机构的违法违规 026

五、会计师事务所、律师事务所等中介机构的违法违规行为 029

六、监管机构工作人员的违法违规 031

第三节 法律基础:完善证券市场违法违规惩戒的法律体系 034

一、证券违法违规行政处罚体系的缺陷 034

二、证券违法违规民事赔偿制度的缺位 042

三、证券市场刑事责任的价值 053

四、小结 060

第二章 证券市场刑事责任的有限性 062

第一节 背景:刑事制裁的补充性 062

一、政府监管失败理论 062

二、刑法的有限性 064