

上市公司高管犯罪问题研究

金泽刚* 于 鹏**

摘要:自我国证券市场建立以来,一些上市公司高管犯罪呈现愈演愈烈的态势。高管犯罪多发既有案件的查处、移送缺乏具体标准,经济犯罪圈失衡,入罪门槛偏高等原因;也有刑罚设置不尽合理,司法裁量失当等因素。为此,需要在法律上进一步明确案件查处、移送的标准,规范行政执法与刑事司法的衔接机制;增设短线交易犯罪,修改、细化相关犯罪的构成要件,提高有关犯罪的法定刑,完善背信损害上市公司利益罪等措施,从而规制和防范上市公司高管犯罪问题。

关键词:上市公司 高管 高管犯罪

一、高管与高管犯罪的界定

高管一般是公司高级管理人员的简称,境内外的立法和学理对于公司高管的具体范围有不同的表述。

* 上海交通大学凯原法学院教授。

** 上海交通大学塑性成形工程系教师。

在英文中,高级管理人员常用“Officer”表示,它是对具体执行董事会决策,并负责公司日常经营管理的人员的统称。例如,Hambrick 和 Mason 将高管层界定为“所有的高级管理人员”,Elron 将高管层界定为那些“从首席执行官到高级副总裁层次的高级管理人员”,Krishnan 等将高管层界定为“首席执行官(CEO)、总裁、首席运营官(COO)、首席财务官(CFO)和下一个层次的最高级别的人员”。^①但有些法律并不认同这一说法,如加拿大《安大略省公司法》规定,“高层管理人员包括董事会主席、副主席、总裁、副总裁、财务总监、助理总监、秘书、助理秘书、总经理等人”。香港的《公司条例》将高层管理人员定义为包括“董事、经理和秘书”。^②

在我国,官方文件对高管的界定也不统一。2002年发布的《上市公司治理准则》将公司高管层领导人称为“董事、监事、经理等高级管理人员”。^③2005年修订后的新《公司法》规定,“高级管理人员,是指公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员”。而在《上市公司章程指引》(2006年修订)中,将公司高管层领导人定义为“董事、监事、经理和其他高级管理人员”,“其他高级管理人员是指公司的副经理、董事会秘书和财务负责人”,并指出公司可以根据实际情况,在章程中规定属于公司高级管理人员的人员。^④2007年发布的《企业内部控制规范》(征求意见稿)中,“高级管理人员”被定义为对企业决策、经营、管理负有领导职责的人员,包括董事长、董事会成员、经理、副经理、总会计师等。^⑤

本文认为,公司管理是包括公司董事、监事和经理高层人员在内的一系列决策经营、决策控制、决策监督的过程。故而,从事实的角度出发,本文所指的“上市公司高管”是指公司的高管层领导人,包括上市

① 贺家铁:“上市公司高级管理层激励组合研究”,2006年学位论文,湖南大学图书馆。

② 何美欢:《公众公司及其股权证券》(上册),北京大学出版社1999年版,第338页。

③ 《上市公司治理准则》导言。

④ 《上市公司章程指引》(2006年修订)第一章“总则”中的第10条和第11条。

⑤ 《企业内部控制规范》(征求意见稿)第一章第14条。

公司董事、监事、高级管理人员(也可称为“高级经理人员”)在内的高层管理团队。^⑥

关于“高管犯罪”,其核心特征在于高管犯罪必须是与高管自身的职责密切相关的犯罪,不包括与公司职责无关的高管个人违法犯罪行为。所以,高管犯罪的一个重要特点是利用其在公司管理层拥有的职务上的权力,为谋取一定经济利益而实施的犯罪。根据职务犯罪的相关概念法理,本文的“高管犯罪”是指上市公司高管违背职务,妨害国家对上市公司高管行为的管理活动,损害公司法益和其他超个人法益,依法应受刑罚处罚的一类犯罪行为的总称。

二、上市公司高管犯罪的态势

为了更深刻地认识高管人员犯罪特征和原因,本文对A股市场上,全国自1993年至2007年年底全部上市公司高管犯罪案件情况进行调查,采取的方法主要是依据上市公司的信息披露与重点案件的裁判文书并根据上市公司和国家有关机关、部门公开披露的涉案信息为线索,进行个案调查、收集文书资料、归类统计等,调查以上市公司高管犯罪中“利用职务型”犯罪为重点。由于存在犯罪黑数,调查的数据与

^⑥ 需要强调的是,这里的上市公司高管实际上也将公司的实际控制人和控股股东包含在内。之所以将上市公司的控股股东和实际控制人也包含在内,是因为在对上市公司高管犯罪情况的调查过程中我们发现,虽然涉案公司的实际控制人和控股股东并不直接参与涉案公司的经营管理,但是他们仍然能够利用手中握有的对上市公司的影响力或者利用上市公司的高管在控股股东或实际控制人所在的公司工作这一有利条件,指使或影响参与上市公司直接管理的其他高管,让他们成为犯罪的辅助者或者为犯罪的实施提供便利条件。据统计,在2006和2007两个年度中,涉案的上市公司共38家,高管人数为68人。其中根据披露的资料能够查实的,与控股股东具有直接或间接关系的有45人,关系不明的有4人,完全没有关系的仅有19人,占整个涉案高管人员总数的27.9%。调查结果表明,控股股东和实际控制人在上市公司运作过程中对上市公司所产生的影响与董事等高级管理人员并无二异,在很多方面甚至还远远地超过他们。因此,他们实际上也间接地控制或掌握着上市公司的运行,属于上市公司的高层管理团队。

实际的公司高管的犯罪数据很难取得一致。^⑦

(一)上市公司高管犯罪数量分布

表1 按年度分类统计

年度	案件数量	涉案上市公司高管人数
1993~1999年	4	9
2000年	6	10
2001年	3	5
2002年	9	19
2003年	8	9
2004年	17	29
2005年	19	32
2006年	16	22
2007年	17	30
合计	99	165

(根据上市公司年报等信息披露资料和相关司法文书整理)

注:这里的案件数代表了涉案公司的数量,一案代表一公司,在一起案件中,可能存在多个犯罪罪名。

我国证券市场始建于1990年,在1995年之前上市公司高管犯罪在我国刑法领域还是一个颇为陌生的概念,对上市公司高管犯罪,这一阶段的刑法规范几乎是空白。上市公司高管违背职责的行为,即使具有极大的社会危害性,但是否追究刑事责任,则完全取决于其本人的身份条件。因为当时刑法保护的是国有、集体性质的公司、企事业单位利益与秩序,刑法惩治经济犯罪的主体严格限定在国家工作人员、集体经济组织工作人员,以及其他受委托从事公务的人员范围之内。那些新出现的市场经济组织,如中外合资企业、中外合作企业、外商独资企业、私营公司以及股份有限公司(上市公司)的资产并不当然地被视为具有“公共财产”性质。相应地,这些公司、企业的工作人员就不具有刑法规定的犯罪主体身份,除非他们具有国家工作人员的身份,或具有受委托从事公

⑦ 究其原因:一是在建市初期信息披露很不规范,大多数上市公司对本公司高管犯罪的信息根本不予披露,导致这方面的数据难以准确获得;二是相关部门在统计时由于统计方法不一致导致收集到的数据不一定真实。但是这对于我们认识上市公司高管犯罪情况仍然具有一定的代表性。

务的身份条件。^⑧因此,上市公司高管犯罪的总体数量在这一时期较少。随着1995年2月全国人大常委会颁布了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》(以下简称《决定》);^⑨1997年10月新《刑法》颁布施行;^⑩1998年《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)的颁布和1999年《中华人民共和国刑法修正案一》(以下简称《刑法修正案(一)》)的出台,我国方初步构建起了防范上市公司高管犯罪的刑事法网,但从统计数据来看,这一时期上市公司高管犯罪的案发率仍然很低。

自2000年至2003年期间,上市公司高管犯罪案发率较以前有了大幅度上升,但总体上处于稳定状态,涉案公司年均6.5家,涉案高管年均10.75人。这说明了国家对上市公司高管犯罪的重视和打击力度的加强。但是,通过对上市公司高管犯罪惩治也透露出刑法在规制上市公司高管犯罪中的众多不足,或付诸阙如、无法可依;或规定过于原则,难以操作;或量刑较轻,难有威慑作用;与其他法律、法规之间的衔接也存在诸多问题。

自2004年至2007年期间,上市公司高管犯罪案发率曲线陡升,并基本保持稳定,未有减缓趋势。截至2007年年底,境内上市公司(A股)共有1441家,平均案发率为0.87%。每年案发比率分别为:1993~1999年平均为0.85%,2000年度为0.62%,2001年度为0.29%,2002年度为0.81%,2003年度为0.68%,2004年度为1.34%,2005年度为1.18%,2006年度为1.21%,2007年度为1.18%。可见,案发率呈递增趋势且在一定时期内保持稳定。

^⑧ 参见李燕兵:《上市公司高管犯罪问题研究——论违反忠实义务行为的犯罪化》,中国检察出版社2006年版,第59~60页。

^⑨ 《决定》改变了原刑法仅以公司企业所有制性质和行为人身份论罪的传统原则,规定在公司中担任董事、监事等领导职务的高管人员及其他利用了公司职务便利的职工为犯罪主体,并将具有严重社会危害性的上市公司法人行为规定为犯罪。此外,规定了商业受贿罪、公司侵占罪和挪用资金罪,对公司内部人员实施的危害公司合法权益的犯罪行为和公司实施的危害社会公众合法权益的犯罪行为,作出了全面规制。《决定》随着1997年10月新《刑法》的颁布施行被废止。

^⑩ 新《刑法》吸纳了《决定》规定的各项公司犯罪,通过修改和补充,完善了刑法对公司犯罪的法律规范。

(二)上市公司高管犯罪触犯罪名的概况

表2 按罪名分类统计

罪 名	罪数	涉案高管数	涉案公司数
受贿罪	37	37	23
职务侵占罪	4	4	4
贪污罪	26	26	15
挪用资金罪	17	17	16
挪用公款罪	16	16	19
行贿罪	11	11	8
滥用职权罪	3	3	3
欺诈发行罪	13	13	2
虚报注册资本罪	11	11	6
操纵证券、期货市场罪	4	4	4
诈骗罪	15	15	12
走私普通货物罪	7	7	2
违规披露、不披露重要信息罪	24	24	9
重大环境污染事故罪	2	2	1
其他罪名	8	8	11
数学合计(涉罪数)	198	198	135
实际涉案数	198	165	99

(根据上市公司年报、公告等信息披露资料和司法文书汇总整理)

注:(1)数学合计是指简单相加。实际涉案数是指去除重复状态后的实际数。(2)“其他罪名”包括巨额财产来源不明罪、非法占用农用地罪和伪造金融票证罪三个罪名。(3)在本统计中,对非国家工作人员受贿罪和受贿罪合并统计;在行贿罪中包括了行贿罪、单位行贿罪和向单位行贿罪三个罪名;诈骗罪中包括诈骗罪和合同诈骗罪两个罪名。之所以合并统计,是由于涉案案件在侦查、起诉,特别是审判阶段,罪名认定变更频繁。(4)《刑法修正案(六)》修正后,原来的“提供虚假财务报告罪”被修改为“违规披露、不披露重要信息罪”,为了方便,这里在统计时将其合并在了一起,同样的还有操纵证券、期货市场罪。

从统计资料来看,上市公司高管犯罪所涉及的犯罪罪名共19个,涉及的广度和复杂程度超过其他经济犯罪。此外,涉案公司所涉罪名数量最多的前六位依次是受贿罪,贪污罪,违规披露、不披露重要信息罪,挪用资金罪,挪用公款罪和诈骗罪。这六类犯罪占所涉罪名的64.14%,犯罪比较集中,较多地表现为利用职务便利进行犯罪。另据统计,职务侵占罪与欺诈发行罪在2006年、2007年两年中案发率均为零,表中所列这

两款罪均为 2006 年以前上市公司高管所犯。

另一个比较突出的现象是共同犯罪案件比较多。在共同犯罪中,共犯成员主要集中于公司核心高管,公司董事长、副董事长、总经理在许多案件中往往同时成为共同犯罪成员。个别几个案件共同犯罪成员几乎囊括上市公司董事会半数或过半数成员。还有一个值得注意的情况是,凡成为共同犯罪成员的涉案高管,往往是同一控股公司委派或聘任的。

(三) 犯罪上市公司高管的职位分布

表 3 按职务分类统计

董事长	董事长兼 总经理	副董事长	副董事长 兼总经理	一般董事	总经理	副总经理	财务经理	其他 成员
61	6	7	7	13	12	15	11	33

(根据上市公司公告、年报等信息披露资料以及司法文书汇总整理)

以上数据表明,首先,“一把手”比重大,在统计的 165 人中,直接实施或参与实施犯罪的董事长人数占全部犯罪高管人数的 40.60%,亦即自 1993 年以来上市高管犯罪人员中有接近一半的人是公司的董事长。处在犯罪人员第二梯队的是总经理和副总经理,共有 36 人,^①占犯罪高管总人数的 21.82%。第三梯队是上市公司的财务负责人,共有 19 人,^②占犯罪高管总人数的 11.52%。三者共占上市公司高管犯罪总人数的 73.94%。

其次,董事长犯罪大多具有“一把手综合症”,其基本的症状主要表现在:一是“决策一言堂”;二是“权力一把抓”;三是“用人一朝臣”;四是“花钱一支笔”;五是“言论一个音”。这就决定了共同犯罪的数量居多。在纳入统计的 99 起案件当中有 36 起是共同犯罪案件,占案件总数的 36.36%。

最后,值得注意的是,在 36 起共同犯罪案件中有 13 起案件有财务方面的负责人参与,占共同犯罪案件的 36.11%,并且这些案件大多与财务负责人的份内职责紧密相关,主要涉及的罪名是提供虚假财务报告罪

^① 其中副董事长兼副总经理有 2 人,副董事长兼总经理和副董事长兼副总经理犯罪更倾向于总经理和副总经理犯罪,其不具有董事长犯罪的特征。

^② 此外,除了表中统计的财务经理以外,像财务总监、财务督察、总会计师等主管公司财务事项的高管人员也列入了其他人员之中,经统计此类人员共有 8 人。

和欺诈发行罪。这同时说明了财务负责人在共同犯罪中已经成为董事长和总经理的主要帮手。

(四) 涉案上市公司高管的人文特征

表 4.1 学历情况

学历	研究生	本/专科	专科以下	总人数
涉案高管人数	40	106	19	165

(根据上市公司公告、年报等信息披露资料以及司法文书汇总整理)

从图例中可以看出,在上市公司高管犯罪中高学历人员犯罪占绝大多数,本专科以上学历的涉案高管人数占上市公司高管犯罪总犯罪人数的 88%。这一方面说明了上市公司高管犯罪中的高学历犯罪特征。有调查显示,我国上市公司自 20 世纪 90 年代以来,董事会成员的学历水平呈上升趋势,本科以上的比例在 60% 左右,而在董事长群体中这一比例则上升到 67.7%。这说明,学历水平也随职位升高而上升。^⑬ 此外,高学历人员的犯罪还存在于其他行业。据北京市朝阳区人民法院刑事第一审判庭统计,该庭 2007 年受理案件中,犯罪人员学历为大学专科以上的共 281 名,占收案总人数的 7%。其中本科以上的 135 人,约占大学专科以上的 50%。与 2005 年及 2006 年同期相比,分别提高了 48.5% 和 51%。^⑭ 另一方面也说明了上市公司高管犯罪已经具备高技能、高智商趋势,并且涉案金额巨大,危害程度加深。从犯罪侦破过程上看,上市高管作案日趋隐蔽,反侦查能力越来越强,这些人做事情都很小心谨慎,不易露出马脚。在侦查过程中,只要有一线希望,他们都不会轻易放弃,揣测讯问人员所掌握犯罪事实的多少、虚实,同侦查人员斗智,并利用各种关系网干扰办案等。

表 4.2 年龄情况

年龄段(岁)	20~30	30~40	40~50	50~60	60~70	总人数
涉案高管人数	12	46	65	40	2	165

^⑬ 屠光绍、朱从玖主编:《公司治理——国际经验与中国实践》,人民出版社 2008 年版,第 140 页。参见李燕兵:《上市公司高管犯罪问题研究——论违反忠实义务行为的犯罪化》,中国检察出版社 2006 年版,第 82 页。

^⑭ 李郁:“北京朝阳法院披露:高学历人员犯罪增长迅速”,载 http://www.ce.cn/xwx/gnsz/gdxw/200802/13/t20080213_14506606.shtml,2009 年 4 月 12 日最后访问。

从上市高管发案年龄段来看,主要集中在30~40岁、40~50岁和50~60岁这三个年龄段,其中40~50岁这一年龄段发案率最高,职务犯罪呈现低龄化趋势。而到了50~60岁这一年龄段,犯罪人数较前一年龄段明显下降,职务犯罪传统的“59岁现象”不再突出,到了60岁以上犯罪人数则寥寥无几。如果50多岁是贪污受贿的多发、同时也是最危险的年龄段,反映的是再不捞就再也没机会捞的最后疯狂,那么,45岁左右正是事业有成、如日中天之时,此时犯罪又是为何呢?可见,腐败堕落没有年龄之分。只要手中有权,权能生利,权可滥用,不论在哪个年龄段,都会有腐败分子涌现,但相对比较,“40岁”现象比起“59岁现象”将会更可怕,因为它的潜伏期更长,危害性更大。

三、我国上市公司高管犯罪的原因

上市公司高管犯罪频发,原因无疑是多方面的。下面仅从刑事法制建设层面探讨高管犯罪的原因。

(一) 司法层面的问题

1. 高管犯罪案件查处和移送制度存在缺陷

首先,鉴于相关案件的社会影响力而致使案件执法力度不够,司法介入的速度较为缓慢。我国在查处上市公司高管犯罪的案件时,容易受到国家经济金融政策的影响,使得查处上市公司高管犯罪与国家的金融政策密切相关,致使执法力度不够。同时遇到这类案件,司法机关也可以向监管部门推诿,而监管部门也面临种种难处。如果政府主管经济的格局并没有根本改变,各级政府职能部门对证券市场尤其是上市公司仍拥有一定的权力,上市公司的各项重大决策仍不时受到政府的干预,甚至重大事件仍然要报告政府,即使出现违法犯罪行为也就“情有可原”了。政府“包办”市场必然延伸到出现违法犯罪后不得不继续“包办”下去,否则有“渎职”之嫌。在政府的包办下,有犯罪的地方可能就变成只是一般违纪行为。^⑮此外,由于我国证券市场是新兴市场,到目前为止

^⑮ 金泽刚:《证券市场监管与司法介入》,山东人民出版社2004年版,第317页。

我国还没有相对完善配套的证券法律体系,每当诉讼出现法律空白时,只能等最高人民法院出台专门司法解释明确操作规程。这导致司法介入的速度较慢,法律的执行力度不够,大多停留在经济惩罚上,缺乏足够的刑事处罚。在高管犯罪行为的处置过程中,往往以行政行为代替法律约束,大大地降低了法律的威慑力和惩戒效应。蓝田股份1999年被查出上市时存在严重的造假行为,涉及伪造有关批复和土地证、虚增公司无形资产、伪造银行账户、以及“压缩”公司公开发行前的总股本等违法行为。对此,蓝田股份有限公司原法定代表人、董事长、总经理瞿兆玉也只是被处以警告并罚款10万元。蓝田股份造假的数额之大已属严重的经济犯罪,对有关责任人追究刑事责任不为过。如果1999年在监管部门给予行政处罚后就把蓝田案移送检察院,司法能及时有效地介入,那么,蓝田股份的利润造假行为不会迟迟未被曝光。可见,以行政处罚代替刑事处罚等于姑息养奸,对上市公司违法行为的司法介入不可不加以重视。法律惩治不及时,必将大大地减弱其威慑力。

其次,案件移送缺乏完善的程序和具体的执行标准。这主要是指行政执法机关对查获的涉嫌构成犯罪的行政违法案件如何向司法机关移送,缺乏明确的法律规定。具体表现为:(1)初查权限不明确。此前,国务院颁布的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》、《公安机关办理刑事案件程序规定》以及《人民检察院刑事诉讼规则》、《人民检察院办理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》,对行政执法机关移送刑事案件作了规定,但初查权限归行政执法机关还是公安机关不够明确,这使得案件在行政执法机关与公安机关间推来推去、互相扯皮,不能充分维护司法公正和法律的统一正确实施。(2)立案期限不确定。除最高人民法院在《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》中对自诉案件规定了15日的立案期限以外,《公安机关办理刑事案件程序规定》以及《人民检察院刑事诉讼规则》均没有明确规定立案期限,这不仅容易使案件长期悬而未决,以致于被害人利益得不到有效保护,犯罪分子也得不到及时惩罚,更不能充分维护司法公正和法律的统一正确实施。(3)标准不够细化。《规定》第5条、第6条对标准作出了相应规定,但不尽规范和完善。2008年3月5日,最高人民检察院、公安部联合发布了《关于经济犯罪案件追诉标准的补充规定》(以下简称《补充规

定》),其意义非同一般。《补充规定》的制定是对《中华人民共和国刑法修正案(六)》(以下简称《刑法修正案(六)》)规定证券期货犯罪构成的细化,为认定证券、期货犯罪与非罪的界限进一步提供了明确依据,有利于司法机关统一执法,有利于行政机关及时向司法机关移送案件,从而有效打击上市公司高管犯罪,必将大大震慑上市公司高管层。但从整体来说移送标准还有待于进一步细化和完善。

此外,还存在一些其他方面的原因,如一些执法部门办案人员素质不高;有的执法人员对经济行政业务不够熟悉,办案能力不强,影响了对违法犯罪案件的查处;有的办案人员对《刑法》规定的一些罪名的法律适用不够清楚,分不清“罪”与“非罪”的界限,凭经验办案,导致一些案件以罚代刑或不了了之,甚至发生定性不准、处罚失当的问题。行政执法机关对移送涉嫌经济犯罪案件在认识上存在偏差,对行政执法机关移送的已作罚款处罚的涉嫌经济犯罪案件,有的公安机关坚持不再立案查处,还有对公安机关能否直接立案查处与行政执法管辖相关的经济犯罪案件认识不一等。^⑩

2. 对高管犯罪人量刑失当

从前述表1中可以看出,上市公司高管犯罪历年发案率“节节攀升”,虽然国家对控制上市公司高管犯罪的法条一再制定、修改和完善,但是上市公司高管犯罪的数量却不降反升。究其原因,主要是我国正处于经济转型时期,个人希望能更快地完成原始积累,在巨大的诱惑面前,不少公司高管会选择铤而走险,以身试法,加之国家对上市公司高管犯罪处罚力度不够,量刑偏低,更加使得这种欲望的迸发变得肆无忌惮。而法院对上市公司高管犯罪之所以量刑失当,原因又可归结为刑法法规本身法定刑设定偏低和司法机关由于难以取得确凿的犯罪证据不得已降低判处致使量刑偏低两个方面。

以前对于上市公司高管们的违规违法行为,证监会处罚一般是对上市公司高管进行行政处罚,交易所最多也就是“公开谴责”,很少进行司法追究,极少数受到刑罚的,量刑也不重。从琼民源、东方锅炉、红光实

^⑩ 徐燕平:“行政执法与刑事司法相衔接工作机制研究”,载《犯罪研究》2005年第2期。

业、郑百文、黎明股份到银广夏,众多的股市造假者被曝光时,往往引来媒体和股民的一阵痛骂。骂过之后,造假者的下场却不像人们想象的那样惨烈。靠虚报利润1亿多元蒙混上市、当年就宣告亏损、害的许多股民血本无归的红光实业就是明证。涉案的四名高级管理人员最多也只被判了3年有期徒刑。还有前面提到的许多造假者最终的判决却是“缓刑”。一方面,造假的违规成本十分低廉,另一方面,造假可以骗取上市、骗取配股增发、和庄家联手拉高自己的股票赚取差价,风险小而收益巨大。再如操纵证券交易价格的案件。以“中科创业”案为例,2003年7月23日,被称为“中国股市第一案”的“中科创业”有了结果,北京市第二中级人民法院“鉴于朱水祥犯罪后认罪态度好,有明显的悔罪表现”,以操纵证券交易价格罪一审判处“中科创业”股票操纵案重大参与者朱水祥有期徒刑两年,罚金12万元。^①据不完全统计,2004年被证监会正式作出处罚决定或由公安机关立案的,涉及上市公司有31家,而涉及的高管有200名,其中触犯刑法的有20人,其余180人主要因为虚假信息披露而受到处罚。不过,这些案件所涉数额特别巨大,例如几千万甚至数亿元的利润或资产虚构,而他们所受到的惩罚只是区区的警告、市场禁入、3万至50万元的罚款。而且有的时间可追溯到9年前,而损失早已成为了现实。在过去的监管制度下,上市公司或高管违规的机会成本几乎为零。中科创案的庄家吕梁也认为:“一旦东窗事发,最多被判刑5年。”^②难怪有学者称,过低的违规成本和高额的违规回报,“激发”违规者在证券市场前赴后继,铤而走险,最终导致“劣币驱逐良币”。

(二) 刑事立法层面的问题

1. 经济犯罪圈失衡

从刑事立法层面看,犯罪圈的制定过程实际上是立法者依据一定的标准对各种危害社会的行为进行选择的过程。基于刑法谦抑的要求,立法者所划定的犯罪圈应当是必要且最小的。但犯罪圈并不是静止不动的,而是随着社会发展而动态变化,吐故纳新。“吐故”是“非犯罪化”,“纳新”是“犯罪化”。就上市公司高管犯罪立法而言,我国立法者还是

^① 金泽刚:《证券市场监管与司法介入》,山东人民出版社2004年版,第311页。

^② 刘畅、崔丽:“中科创案点中法律死穴”,载《中国青年报》2002年6月20日。

持一种谨慎和循序渐进的态度,导致我国目前对上市公司高管犯罪的控制方面存在法律依据上的缺漏和浪费两种现象。首先表现为刑法依据上的缺失。虽然我国《刑法》在历经几次修正案的补充和修改之后,在规制上市公司高管职务犯罪方面初具体系,但是仍然还有一些严重危害上市公司的行为并未入罪,使得这些危害行为徘徊在责任“难产”的边缘,对上市公司造成了严重的危害,如短线交易的行为,^①控股股东、实际控制人利用除“指使”之外的其他关联关系损害公司利益的行为等。其次是刑法资源的浪费。2006年出台的《刑法修正案(六)》规定了“背信损害上市公司利益罪”这一罪名,一方面为控制上市公司高管犯罪确立了刑法依据,但是另一方面也使得刑法体系中原有罪名与其重复,产生了“虚置”的现象,如《刑法》第163条规定的非国家工作人员受贿罪等。

2. “入罪”门槛太高

一是“身份”上存在歧视。在刑法规定的犯罪中,有些犯罪仅要求犯罪主体只要具有法定的刑事责任能力即可构成,但也有一些犯罪,刑法规定其在符合法定的责任能力条件外,还必须具有特定的身份方可成立。新《公司法》第148条第2款、第149条第1款第1、6项规定的收受贿赂、侵占公司资产和挪用公司资金的危害行为,分别在《刑法》第163条、第271条和第272条中被非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪和挪用资金罪所涵盖,然而,由于身份的不同,国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业及其他单位从事公务的人员犯有以上行为的,则分别依照受贿罪、贪污罪和挪用公款罪定罪量刑,这样就会导致为了查明“身份”而浪费大量的司法资源。尤其在共同犯罪中,此罪与彼罪的查证将在很大程度上拖延案件的审结期限。上市公司高管“公职人员”的身份也为有关的政府部门进行干预审案留下了借口,导致难以及时使该类危害行为“入罪”。

^① 短线交易(short-swing trading),是指上市公司董事、监事、高级管理人员及持有法定比例股份的大股东,在6个月的法定期间内对公司上市股票买进后卖出,或是卖出后买进的行为。

二是犯罪构成要件中僵硬的标准限制。这主要表现在主观要件和客观要件两个方面。从上市公司高管犯罪社会危害性的客观表现来看,由于上市公司高管犯罪所侵害的不是像传统的财产犯罪那种特定个体的利益,而是对社会整体利益的侵害,而且在实践生活中,许多违反市场规则的危害行为并没有明确的某一特定个体,德国、日本刑法甚至认为它是对超个人的法益的侵害,这种危害往往要很久之后才能显示出来,因此,对该危害行为刑事可罚性的判断就不能局限于具体的利益大小,特别是具体利益损害的大小。此外,在主观方面存在标准僵化的问题,要么目的要件规定过于简单,抑或规定得过于苛刻。诚然这样做可以限制刑法打击的范围,缩小犯罪圈,但这样对于上市公司的保护却非常不利,放纵了可能情节更为恶劣的犯罪。如在涉及上市公司高管犯罪的所有罪名中,有的是以非法占有为目的,如非法侵占罪;有的则是以为亲友非法牟利为目的,如为亲友非法牟利罪等,但是对于其他的针对上市公司实施具有严重危害性的行为的目的却没有被纳入刑法规制的范畴,如非法经营同类营业罪要求行为人必须具有获取非法利益的目的,但是如果出于报复或者加害的目的则不能用该罪对该危害行为进行规制。而之所以导致这种情况的出现,笔者认为这是与立法技术的低劣分不开的。

四、规制上市公司高管犯罪的对策

对于犯罪的高管,证券监管等行政部门在严格依法处罚的同时,也要积极寻求与司法部门的配合以加大司法介入的力度。此外,从国内外对上市公司高管的监管经验来看,对上市公司的高管最有效和最现实的监管方法就是严刑峻法。

(一) 规范行政执法与刑事司法的衔接机制

1. 厘清金融政策与法律规定之间的关系

德国比较法学家茨格威特·克茨在讨论社会主义国家政策对法律的影响后指出:“这绝不是说西方法律体系中法律不受政策的影响。恰恰相反,即使在西方国家,每一项法律规则也都具有或明确或模糊的政策背景,否则是几乎不可能理解法律是如何产生或在实践中是如何适用

的。实际上,许多制定法都有意地寻求推进重建社会生活的某些经济的或社会的政策。”可见,任何一项法律的创制都具有一定的政策背景,都要受到执政党的政策影响。可以说,执政党的政策是国家法律、法规最核心的内容。但是,由于金融政策不具有系统性和稳定性,极易对法律规定造成冲击,损害法律的权威。这同时也在一定程度上给实施犯罪的上市公司高管们逃避法律制裁留下可乘之机,为司法腐败的滋生提供土壤,也为地方或部门保护主义提供了温床。因此,有必要把相关的金融政策予以制度化、规范化。比如,严格贯彻国家关于政企分开的规定,将部门利益、地方利益与上市公司的利益予以分离,与此同时也需要上级部门完善对下级部门的考核指标,作为贯彻“政企分开”的配套措施。对于不能及时列入法律的临时性政策,也要做到执行的规范化、合理化,不单要考虑本部门当时的利益需求,更要从长远、宏观的角度考查其对司法体制的影响,而且执行的过程和结果要做到事后有据可查。还有,要加强法制建设,使法律以其高质量获得压倒政策的优势,“在个人的日常生活领域和国家的行政活动领域之间打开一条‘法制的走廊’”。^②

2. 完善立法,规范行政执法机关移交刑事案件的程序

首先应明确初查权限。法律、法规及有关司法解释应当明确公安机关在受理行政执法机关移送的上市公司高管涉嫌职务犯罪案件以后,要积极开展初查工作,要围绕犯罪构成要件,针对报案材料及有关线索进行调查,获取立案依据,而不能局限于报案材料中的证据。其次应限定立案期限。法律应当明确规定立案期限,但在具体期限的设定方面,要符合客观情况的需要。考虑到上市公司高管犯罪涉及面广、案情复杂的情况,在立案期限上应予以适当的延长,而不可机械地套用刑事诉讼法上关于立案期限的规定,如《江苏省涉嫌土地犯罪案件移送查处暂行办法》规定:“公安、检察机关对土地行政主管部门移送的案件应及时受理、审查,并在一个月内作出是否立案的决定,特殊情况可延长至两个月。”当然,为了法律内部的统一,还需要对法律的相关规定进行修改或者由有权机关作出例外规定。

^② 季卫东:“当前法制建设的几个关键问题”,载《中国法学》1993年第5期。

3. 确立检察机关对行政处罚案件具有法律监督权

行政公开是现代行政法的一项基本制度。行政公开制度是指行政主体在实施行政行为的过程中,除法律规定的情形外,必须将其行政行为公开于社会和相对方,让其知晓和了解相关情况的一种制度,内容主要包括法律公开、情报资料公开、行政决定公开、程序公开、公务员的相关情况公开。但是,检察机关的法律监督是外部监督,所以对行政行为的实施过程不能够加以干涉,只能调取案卷。同时,如果行政执法机关对案件的处理仅涉及合理性问题,而没有违法,检察机关不能启动移送监督程序。根据这一原则,法律法规应当赋予检察机关对行政机关案件处理结果的调查权、对不移送理由的质询权和对违法不移送的检察建议三个基本部分。这种调查权是监督权本身的组成部分,是与监督权同时存在的。检察机关具体的调查措施,如案卷调查权能够确保检察机关及时了解执法机关是否掌握了犯罪线索。检察机关应该建立案件移送的监督制度,定期调查各行政执法部门的执法情况,主动去发现是否存在刑案未移的现象。

(二) 调节犯罪圈,降低入罪门槛

犯罪圈的设立必须从中国的实际情况出发,立足于中国的实践经验,借鉴吸收外国刑事立法经验为本国实践服务。同时,刑事立法的修改与完善要适应改革开放的需要,注意吸收世界各地刑法发展的总趋势,顺应和迎合当今世界刑法的发展方向。

1. 增设短线交易罪

经过半个多世纪的发展,如今世界各证券发达国家都把短线交易作为非法行为,给予刑事处罚,并支持公司或股东行使归入权。^①我国的新《公司法》和《证券法》规定了短线交易的行为界定及相应的行政责任,^②1997年的《刑法》及其后的历次刑法修正案均未将短线交易行为入罪,无法追究短线交易行为的刑事责任。因而,短线交易这一非法行为虽

^① 王作富、顾雷:“证券内幕交易中短线交易犯的认定与处罚研究”,载《法学论坛》2001年第2期。

^② 《证券法》第195条规定:“上市公司的董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东,违反本法第四十七条的规定买卖本公司股票的,给予警告,可以并处三万元以上十万元以下的罚款。”

在证券领域中屡有发生,却难咎其责,形成刑法处罚短线交易的盲点,如以这些行政性处罚措施作为追究短线交易者的刑事责任的替代工具,似乎让人有种隔靴搔痒、药不对症的感觉,这不能不说是立法的一大缺漏。^⑳

《证券法》对短线交易行为严格限制,将持有公司5%以上股份的股东作为短线交易的规制对象。另外,《股票发行与交易管理暂行条例》将董事、监事、高级管理人员也纳入短线交易主体范围,以上规定在《刑法》中均未体现。新出台的《刑法修正案(七)》对内幕交易罪进行了补充,将建议他人买卖的行为也规定为犯罪。实际上短线交易行为与利用、泄露以及建议行为都是严重扰乱证券市场公平竞争的危害行为,严重的将导致证券市场交易价格的波动,进而导致证券交易秩序的混乱。如果仅对利用、泄露以及建议行为规定为犯罪,而未对短线交易行为进行规制,不能不说是立法的一大漏洞。此外,将短线交易行为入罪还可以使短线交易与内幕交易立法相互补充,相互支撑,表4的统计结果也为此提供了坚实的客观依据。上文已经提到,上市高管作案日趋隐蔽,反侦查能力越来越强,这些人做事情都很小心谨慎,不易为办案人员留下证据,这些都是与其受过高等教育密不可分的。如果将短线交易入罪,势必在很大程度上切断此类人员的后路,虽然无法认定内幕交易行为的存在,但是仍然可以以短线交易罪对这些高管进行惩治,这对于维护证券市场的正常秩序、树立法律的权威,具有重大意义,也是我们提出在刑法上需要补充短线交易犯罪规定的主要原因。^㉑笔者认为,在“券商内幕交易第一案”中若以短线交易罪对董德伟、赵书亚二被告进行惩罚,将会比用内幕交易罪对二者进行规制收到更好的预防效果,审判的过程和结局也可能会更趋向于公正。

2. 消除身份歧视、修改有关犯罪的构成要件

鉴于“身份”产生的种种弊端和上市公司高管犯罪在实践中的“频频上演”,笔者认为,我们在审判实践中应更多地从事刑平等的原则出发对上市公司高管犯罪进行惩治。面对同一公司实施相同性质的危害行

^⑳ 王作富、顾雷:“证券内幕交易中短线交易犯的认定与处罚研究”,载《法学论坛》2001年第2期。

^㉑ 王作富、顾雷:“证券内幕交易中短线交易犯的认定与处罚研究”,载《法学论坛》2001年第2期。

为,却因为“身份”的不同受领不同的刑罚的现象应该逐步减少。“刑法对不同所有制‘一体保护’的法意还没有形成,并没有充分体现宪法修正案对非公有制经济地位、作用加以重新定位后的基本精神和要求。”“有些过去,或者今天看来是维护社会主义公共财产的刑法条款”,“随着经济社会的发展,已经或者正在发生变化,实际已经变得不利,甚至可能是有害的了”。^⑤今后立法应该在这个方面有所作为。而且从笔者对受贿罪统计的情况来看,上市公司高管涉案的数量并没有因为受到比其他的高管更重的刑罚而有所收敛。

在表2中,关于上市公司高管犯罪触犯的罪名一共是17个,从构成这些罪名的客观要件来看大致可以分为两类:一类是单纯以法定的犯罪数额作为追究犯罪的要件,如挪用资金罪、受贿罪等;另一类是以犯罪数额与犯罪情节两者的综合作为追究犯罪的要件,如操纵证券、期货市场罪,虚报注册资本罪等。无论是第一类还是第二类,具体到上市公司高管犯罪这一领域均或多或少地存在一定的缺陷。首先,无论是从立法上还是在实践中主要是以犯罪的数额作为追究上市公司高管犯罪的标准。但是,由于上市公司高管犯罪的潜伏期比较长、涉案面比较广,在查证其具体犯罪数额的时候往往需要花费很长的时间,同样也会导致案件审理的拖延。因此,有必要减弱犯罪数额对构成犯罪的影响,适当地将情节因素引入相关犯罪的构成要件,如涉案范围、受到侵害的投资者的数量等。其次,在有关上市公司高管类犯罪中,一般均规定“严重损害股东或者其他利益”、“情节严重”、“情节特别严重”、“造成严重后果”等定罪和量刑的要件。比较典型的,如《刑法》第185条的虚报注册资本罪,第161条的违规披露、不披露重要信息罪以及第182条的操纵证券、期货交易价格罪等。实际生活中究竟以多少数额为“情节严重”?多少数额为“情节特别严重”?这些关系到罪与非罪的界限以及认定方面的问题,显得非常模糊,缺乏可操作性。而“情节严重”等构成要件,恰恰在司法实践中又备受重视,要证实“情节严重”,往往需要较长的时间、较有力的证据。正是由于这些要件的不当限制,使得我们对上市公司高管犯罪不能做到及时查处、及时惩治。从而使上市公司高管们在实施危害

^⑤ 张军:“非公有制经济法律地位的变迁及其启示”,载《中国法学》2007年第4期。

上市公司行为时抱有极大的侥幸心理。在笔者统计的 165 名涉案上市公司的高管中,从涉案高管被采取强制措施到一审判决结束,绝大多数超过了一年,在一年之内审结完毕的案件为数寥寥,有的甚至长达两三年,如科龙电器一案中涉案的六名公司高管在 2005 年 9 月 2 日被依法逮捕之后,直到 2008 年 2 月 29 日才作出一审判决,又如东北高速涉案的原董事长张晓光自 2005 年 1 月 13 日被采取强制措施后到 2007 年 12 月 6 日作出一审判决时,已经过去了近三年。而之所以会耗费这么长的时间,是与证实上市公司高管犯罪的证据难以查证、查实分不开的。虽然 2008 年 3 月 5 日最高人民检察院、公安部联合发布的《最高人民检察院 公安部关于经济犯罪案件追诉标准的补充规定》对违规披露、不披露重要信息罪,背信损害上市公司利益罪,内幕交易、泄露内幕信息罪,操纵证券、期货市场罪,背信运用受托财产罪这五类犯罪的追诉标准进行了细化,但是仍有许多上市公司高管经常触犯的罪名中的情节需要进一步充实,如表 2 中的贪污罪、受贿罪等。

此外,在涉及上市公司高管的职务犯罪中,有些犯罪在犯罪构成中要求行为人必须具有某一特定的目的,如上文提到的非法经营同类营业罪。出于该特定目的之外的其他任何目的均不符合此类犯罪的犯罪构成,当然也就不能用相关的罪名对其加以评价,即使主观构成要件以外的目的在危害性上更为严重。因此,笔者建议进一步修改此类犯罪的目的要件,以满足打击上市公司高管犯罪的需要。

(三) 适当提高相关犯罪的法定刑

从表 2 中统计的数据可以看出,除了一些传统的职务性犯罪如贪污罪、贿赂罪等,像欺诈发行罪、虚报注册资本罪、违规披露、不披露重要信息罪这三种犯罪的案发率在上市公司高管犯罪中均位列前端。虽然操纵证券、期货市场的案发率比较低,但这并不能就此推断实践中操纵证券、期货市场的行为很少。“操纵证券、期货交易价格罪离不开三个关键的环节:融资、二级市场的运作和一级市场的配合,在每个环节中我们都会发现此罪的‘漏网之鱼’。”^②原因可以归结为两个方面:一是该罪对

^② 杜鹏:“操纵证券、期货交易价格罪的‘是是非非’”,载《检察风云》2008 年第 3 期。

实施主体的条件要求比较高,要实施该罪,需要大量人员的密切配合。二是该罪的构成需要证明行为人在主观上具有故意,而从表4中可以看出,实施该行为的行为人绝大多数具备高智商,这种高智商的犯罪人很少会给司法人员留下蛛丝马迹,从而大大增加了司法认定的难度。

虽然《刑法修正案(六)》加大了对上市公司高管犯罪的打击力度,新设“掏空上市公司罪、金融机构挪用客户资金犯罪”,修改了原刑法对“操纵证券、期货市场价格罪”和“提供虚假财会报告罪”的有关规定,提高了操纵证券、期货市场罪等犯罪的法定刑期和罚金幅度,增强了对犯罪行为的惩罚强度。但对上市公司高管犯罪的判罚从总体上来说仍然较轻。对掏空上市公司的行为最高刑罚只有7年,对操纵股市的行为最高刑罚也只有10年。上文中提到,在涉案的99家上市公司中信息披露不准确、不及时及无披露的占调查总数的62%,信息披露很不规范,且有多达24名上市公司高管触犯违规披露、不披露重要信息这一罪名,在整个涉案上市公司高管所触及的罪名中位列第三,在非传统类罪名中位列第一。而违规披露、不披露重要信息罪的法定刑最高刑期却仅为3年,这一过低的惩罚与超额的违法收益比较起来,显然后者对违法者具有更大的诱惑力。对此,笔者认为可以借鉴美国2002年通过的《萨班斯—奥克斯利法案》(以下简称《萨奥法案》)对我国上市公司高管类犯罪的法定刑进行补充和完善。《萨奥法案》的最大亮点是对证券犯罪作出了一系列严厉的惩罚规定:将进行财务欺诈的公司主管最高刑期由5年提高到20年,并且新设立证券欺诈罪,最高刑期长达25年。自2002年美国通过《萨奥法案》以来,加强对证券市场的法律调控,加重证券领域经济犯罪,特别是上市公司高级管理人员的刑事责任,已成为多数国家立法的趋势,对上市公司高管犯罪的惩处已经从单纯给予经济和行政处罚的“浪漫主义”过渡到严刑峻法的“现实主义”时代。

(四)完善背信损害上市公司利益的犯罪

《刑法修正案(六)》第9条为我国刑法新增设了一个罪名即背信损害上市公司利益罪。该罪是指上市公司的董事、监事、高级管理人员违背对公司的忠实义务,利用职务便利,操纵上市公司,致使上市公司利益遭受重大损失的行为。而其中的控股股东或实际控制人损害上市公司利益的行为往往是通过假借任职公司的董事、监事等高管之手,利用他

们的职务便利,以不公平或零对价的方式实施“掏空上市公司”。因此,《刑法修正案(六)》第9条并没有囿于新《公司法》第149条设定的违背公司忠实义务的主体范围,而是对违背公司忠实义务的主体范围进行了扩展,把“上市公司的控股股东和实际控制人”也纳入了其中,《刑法》的这一规定显然更加符合现实情况。不过,《刑法修正案(六)》第9条虽然也将新《公司法》第21条规定的部分内容纳入了刑法规制的范畴,但并未全部予以吸收,这不能不说是种遗憾。

根据修正后的《刑法》第169条第3款规定:“上市公司的控股股东或者实际控制人,指使上市公司董事、监事、高级管理人员实施前款行为的,依照前款的规定处罚。”在该款中立法者使用了“指使”这一动词,且范围限定在“上市公司董事、监事、高级管理人员”三者身上,而根据新《公司法》第21条的规定:“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。”在这里立法者并未在“控股股东、实际控制人”与“董事、监事、高级管理人员”设立“指使”与“被指使”的关系,只要“控股股东和实际控制人”利用关联关系实施了损害公司利益的行为,就是新《公司法》第21条加以禁止的对象,而无论“控股股东和实际控制人”利用什么样的行为方式。《刑法》第169条第3款这种对行为方式的限定,一方面大大地限制了刑法对“控股股东和实际控制人”利用其他行为方式而非“指使”方式的打击,使得刑法对其他行为方式的规制出现真空,而其他行为方式可能对上市公司的利益造成更为严重的损害;另一方面为了查明“指使”的证据,往往会耗费大量的诉讼成本,不利于诉讼经济的目的,这从上面提到的“券商内幕交易第一案”中围绕对电话记录效力问题的争议中可见一斑。因此,笔者建议将《刑法》第169条第3款规定中的“……指使上市公司董事、监事、高级管理人员实施前款行为的,依照前款的规定处罚”修改为“上市公司的控股股东或者实际控制人利用关联关系实施前款行为的,依照前款的规定处罚”。

按照《刑法修正案(六)》第9条的规定,是否“致使上市公司利益遭受重大损失”是区分该罪与非罪的界限,亦即上市公司的董事、监事、高级管理人员操纵上市公司的行为必须使上市公司的利益遭受“重大损失”,这是对构成本罪量上的要求。从必须实际造成损失的角度看,本罪

属于典型的结果犯。但是,司法实践中认定“重大损失”的具体标准是什么,相关部门至今未予以明确规定。因此,亟待司法机关作出相应的司法解释。在作司法解释时笔者认为可以以非法经营同类营业罪,为亲友非法牟利罪,徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪这三罪作为认定本罪的重要参考依据。主要理由是:(1)非法经营同类营业罪与本罪同是违背忠实义务的行为,具有义务上的可比性。(2)为亲友非法牟利罪与本罪都具有损害公司利益的行为,具有行为上的可比性。(3)徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪与本罪都是造成财产损失的行为,具有结果上的可比性。另外,公司的注册资本也应成为认定本罪的一项参考因素。但是需要注意的是,财产的性质不应成为认定本罪的重要标准,无论是公有财产、单位财产还是对私有财产、个人财产的侵犯,都体现为对法律所保护的物的财产所有权的侵犯,二者并无本质上的差异。就本罪来讲,影响行为的社会危害性并不应以对象的性质作为判断的标准,而只应以数额的多寡作为判定的依据。

从国外法律制度来看,日本《公司法》在第960条已经规定了董事等特别背任罪(也有人称为特别背信罪)的情况下,仍然在第963条规定了危及公司财产罪,即股份有限公司的董事、监事、发起人、经理等人或者检查人员实施了危及公司的以下四类行为的,处5年以下有期徒刑或者500万日元以下罚金:(1)向法院或股东大会作虚假陈述、隐瞒事实;(2)获取本公司股份;(3)违法分红;(4)营业外投机交易。^②我国《刑法》中并未将类似于日本《公司法》第963条第2款的获取本公司股票罪和第3款的违法分红罪规定为犯罪。笔者建议,可以另外制定相应罪名,也可以考虑在司法解释时,将该两种行为列为《刑法》第169条之一第1款的第6项中,作为“采用其他方式损害上市公司利益的”一种表现形态。

^② 顾肖荣:“危害公司财产犯罪的比较研究——以中国和日本危害公司资本制度的犯罪为核心”,载《政治与法律》2007年第5期。

结 语

美国作家戈登所著《伟大的博弈》一书告诉我们：一个国家股市的兴衰很大程度上取决于政府实施的公共政策，而证券市场公共政策得到执行的最佳方式是通过司法的强力介入，严惩各种违法犯罪行为。以“自由”著称的美国资本市场，尚且不计代价对上市公司的监管采用严刑峻法，对于问题不断的中国资本市场来说，急需大幅度提高上市公司的违规犯罪成本，在建立完善民事赔偿责任和市场禁入制度的同时，发挥刑法的最大惩罚和威慑功能。法律的生命在于执行。伯尔曼在《法律与革命》一书中指出，西方现代法治之所以形成今天较为成熟的形态，民众对法律普遍具有一种宗教般的信仰至关重要，如果有法不依，则可使民众无法形成法律神圣之心理认同，丧失法律信仰，进而导致法律人文基础的失落。^② 我们绝不能使刑法在上市公司高管犯罪面前沦为一部被“打折抛售”的法律。

^② [美] 伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社1993年版，第33页。