

证券行政执法与刑事司法 衔接问题研究*

陈起阳**

摘要:我国证券行刑衔接机制已形成基本框架,但在实践操作中仍面临障碍。20年来的实践样本集中反映出七方面难点问题:刑事优先原则下责任追究效率受限、对一事不再罚原则存在理解冲突、案件移送及接受主体不明确、证据认定标准存在差异、缺乏有效的外部监督机制、衔接协调机制不畅以及地方利益保护。借鉴境外经验,宜从基本模式、实体衔接、程序衔接三方面入手,由刑事优先单轨模式转向双轨并行模式,明确移送标准以及折抵并罚规则,完善衔接协调、监督等一系列配套机制。

关键词:行刑衔接 刑事优先 双轨并行 折抵并罚

自2013年党的十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》中将“完善行政执法

* 本文仅代表作者个人观点,与所任职单位无关。

** 就职于深圳证券交易所研究所(金融创新实验室),法学博士。

与刑事司法衔接机制”(以下简称行刑衔接)列为全面深化改革的战略部署之一以来,行刑衔接问题一直是理论研究的热点。^[1] 2021年7月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于依法从严打击证券违法活动的意见》,再次强调要建立健全执法司法体制机制,加强协调配合。但既有研究多集中于整体制度架构以及环境、工商、医疗等一般性领域,对证券这一特殊领域的关注不足。应当看到,证券违法犯罪的行为模式、证据形式等与一般的行政违法犯罪行为存在差异,证券行刑衔接的价值判断与目标设定也有别于一般性的行刑衔接规则框架,有必要立足于证券领域特殊性进行细分化的深入探索。

长期以来,行刑衔接不畅一直是困扰证券执法及司法领域的突出问题,极大影响了法律责任追究效果。^[2] 资本市场在我国经济金融体系中发挥重要的枢纽功能,随着深化资本市场改革进程的不断推进,破除证券行刑衔接机制的障碍已经成为亟待解决的现实问题,对于提升证券违法违规成本、强化法律责任追究效果具有重要意义。同时,新《证券法》大幅提升了行政处罚的力度,《刑法修正案(十一)》针对性提高了欺诈发行、信息披露造假、中介机构提供虚假证明文件和操纵市场等四类证券期货犯罪的刑事惩戒力度,在此背景下加强证券行刑衔接研究对于两法的落实也将起到重要推动作用。

基于此,本文立足于规范与实践的视角,在对我国既有实践中行刑衔接障碍症结进行细致拆解的基础上,结合境外制度构建经验以及本土化经验积累,提出优化我国证券行刑衔接机制的政策建议,以期进一步完善证券法律责任追究体系,强化对证券违法违规行为的阻却效果,

[1] 参见练育强:《行刑衔接中的行政执法边界研究》,载《中国法学》2016年第2期;赵旭光:《“两法衔接”中的有效监督机制——从环境犯罪行政执法与刑事司法切入》,载《政法论坛》2015年第6期;练育强:《行政执法与刑事司法衔接困境与出路》,载《政治与法律》2015年第11期;闻志强:《论“两法衔接”中行政处罚与刑事处罚的实体衔接——以规制非法集资行为为分析样本》,载《政法学刊》2016年第1期;谢登科:《论行政执法证据在刑事诉讼中的使用——基于典型案例的实证分析》,载《华东政法大学学报》2016年第4期。

[2] 参见“证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究”课题组:《证券行政处罚与刑事制裁衔接的问题及解决思路》,载黄红元、徐明主编:《证券法苑》(第8卷),法律出版社2013年版。

提升证券行政执法及刑事司法实效。

一、证券行刑衔接的立法及实践现状考察

目前,加强行刑衔接已成为境内外证券市场执法及司法领域的普遍共识,并形成了不同的衔接模式。我国针对证券行政犯罪主要采用散在型、依附型的立法模式,辅以程序性的司法解释以及部门规章、规范性文件,已形成证券行刑衔接的基本制度框架。但从立法现状和20年来的实践情况来看,证券行刑衔接机制未能得以顺畅运转。

(一) 证券行刑衔接的立法现状考察

立法层面对行刑衔接问题的关注始于20世纪90年代,最初作为一个整体的概念提出,以服务于《行政处罚法》的制定及具体适用,并未着重关注某一具体领域。^{〔3〕}《行政处罚法》于1996年10月开始正式实施,其中有6个条文涉及行刑衔接问题,明确“违法行为构成犯罪的,行政机关必须将案件移送司法机关,依法追究刑事责任”。^{〔4〕}随后,1997年《刑法》修订增设了“徇私舞弊不移交刑事案件罪”,两部基本法律对行刑衔接问题进行了原则性规定。

2001年7月,国务院就行刑衔接问题制定了一部专门的行政法规《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》(以下简称2001年《移送规定》),首次对行刑衔接中的各项程序性问题进行了统一规制。随后,为进一步落实2001年《移送规定》,最高人民检察院分别于2001年12月、2004年3月、2006年1月先后出台了三份部门规范性文件,对案件移送的实体标准和程序性问题进行了细化规定。此外,2011年2月,中共中央办公厅、国务院办公厅共同转发了国务院法制办等八部门制定的《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》,为进一步加强行刑衔接排除政策障碍。公安部也于2016年6月出台《公安机关受理

〔3〕 对于我国行刑衔接制度发展历程的梳理及分析,参见练育强:《行政执法与刑事司法衔接制度沿革分析》,载《政法论坛》2017年第5期。

〔4〕 1996年《行政处罚法》中关于行刑衔接问题的条文包括:第7条第2款、第22条、第58条、第60条、第61条、第62条。

行政执法机关移送涉嫌犯罪案件规定》，以进一步回应实践中出现的疑难问题。

证券行刑衔接除适用一般性的基础法律规范以外，还包括多份专门规范。主要有证监会于2006年3月颁发的《关于在打击证券期货违法犯罪中加强执法协作的通知》，证监会、公安部等四部门于2008年1月颁发的《关于整治非法证券活动有关问题的通知》，以及最高检、公安部于2010年5月颁发的最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（以下简称《立案追诉标准（二）》）等。此外，国务院于2020年8月对2001年《移送规定》进行了修订（以下简称2020年《移送规定》），进一步明确了行刑衔接的基本要求，2021年7月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于依法从严打击证券违法活动的意见》，部署了加强证券行刑衔接的工作重点，证监会于2021年7月颁发《证券期货违法行为行政处罚办法》，对证券行刑衔接的部分关键问题进行了细化安排。

整体来看，我国目前已经形成了以“刑事优先”“一事不再罚”为基本原则，涵盖实体衔接规范与程序衔接规范的证券行刑衔接制度基本框架，但主要沿用2020年《移送规定》等行刑衔接一般规范，针对证券领域作出的特殊安排较少。此外，仍存在两方面问题：一是“刑事优先”“一事不再罚”两项基本原则未有明文规定，具体含义不清。二是规定偏于原则化，可操作性不足，包括实体衔接规范中的移送标准、折抵并罚规则，以及程序衔接规范中的移送与接受主体、衔接协调、衔接监督等。

（二）证券行刑衔接的实践情况考察

本文以2001年至2020年10月31日证监系统作出的2174份行政处罚决定书（证监会1391份，地方派出机构783份）以及法院作出的212份证券犯罪刑事判决书为样本，对我国证券行刑衔接的实践情况进行考察。^{〔5〕} 一是证券行政执法与刑事司法的整体情况，考察两种责

〔5〕 行政处罚决定书样本源于证监会及各地方派出机构官网，刑事判决书样本源于北大法宝、北大法意、聚法案例，以及本文调研广东省高级人民法院、深圳市中级人民法院、上海金融法院获得的案例样本，样本采集时间截至2020年10月31日。

责任追究机制在实践中各得到多大程度的应用,所侧重的违法犯罪行为类型是否有所不同;二是证券行政处罚措施与刑事处罚措施的应用情况,考察两种责任追究机制中处罚措施使用的侧重和惩处力度;三是涉嫌犯罪案件的移送情况,考察证监系统对涉嫌犯罪案件采取了哪些移送方式以及后续处理情况。

1. 证券行政执法与刑事司法的整体情况

提升刑事责任追究效果是证券行刑衔接机制的主要功能之一,证券行政责任与刑事责任的追究情况是考察行刑衔接效果的重要指标。当然,由于并非所有的证券行政违法行为都构成犯罪,二者的绝对比例并不能客观反映出追究频率及效果的差异,但也能从该组数据了解整体情况。从样本反映的情况来看,我国证券行政执法与刑事司法呈现以下特点:

第一,刑事责任的追究频率显著低于行政责任。从2001年以来证券行政处罚案件以及刑事裁判案件的分布来看,证券刑事责任的追究频率与行政责任相差悬殊,整体比例超过1:10。且从发展趋势上来看,2018年以来这一比重还在不断扩大,反映出实践中证券刑事责任的追究频率显著低于行政责任。(见图1)

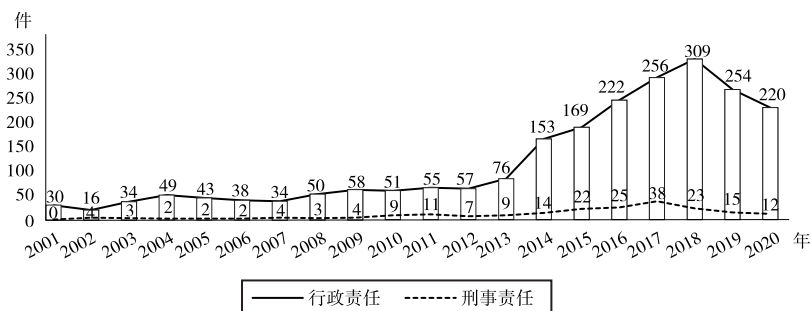


图1 2001年至2020年10月31日证券行政责任与刑事责任追究情况

第二,行政执法与刑事司法重点查处的违法行为存在一定差异。从历年来行政处罚决定书反映的情况来看,证券行政执法重点查处四类行政违法行为:内幕交易(634起,占比29%)、虚假陈述(770起,占比35%)、市场操纵(165起,占比8%)、利用他人账户交易(179起,占比8%)。从证券刑事判决书反映的情况来看,证券刑事司法重点查处五类

证券犯罪行为:内幕交易(65起,占比31%)、利用未公开信息交易(51起,占比24%)、擅自发行证券(33起,占比16%)、虚假陈述(欺诈发行罪16起、违规披露或不披露重要信息罪15起,共31起,占比15%)、市场操纵(22起,占比10%)。其中,擅自发行股票、公司、企业债券罪是2013年以前比较多见的犯罪行为,近年来极少出现。因此整体来看,近年来证券刑事司法重点查处的犯罪行为主要是内幕交易、虚假陈述、市场操纵以及利用未公开信息交易四类。

从前述两组数据可知,既有实践中证券行政执法与刑事司法重点查处的违法犯罪行为类型存在一定差异,反映出两种责任追究机制未能完全发挥合力。此外,样本中违法犯罪的分布还反映出两点现象:一是部分阶段中证券行政执法与刑事司法查处的重点行为也存在差异,如2012~2014年证监会查处了23起市场操纵案件,同期司法机关仅判决1起市场操纵案件;二是对部分违法犯罪的查处侧重也存在一定差异,如刑事司法机关查处了50余起利用未公开信息交易案件,而证券执法机关仅查处20起。主要原因可能是2009年《刑法修正案(七)》增设利用未公开信息交易罪后,法院系统重点判罚此类新设罪名,证监会移送后通常不再作出行政处罚。

2. 证券行政处罚措施与刑事处罚措施的应用情况

第一,证券行政执法侧重财产罚与申诫罚,资格罚应用频率较低。从历年来数据的变化趋势来看,采取申诫罚的行政处罚案件占比逐渐降低,由2001~2005年平均近70%下降到2016~2020年平均约50%。

财产罚在证券行政处罚中包括没收违法所得和罚款两种措施,从样本反映的情况来看,近年来存在违法所得的行政违法案件中,绝大部分案件都采取了没收违法所得与罚款一并实施的方式。从数据整体变化趋势上来看,采用罚款措施的案件数量呈现增长趋势,占当年总案件数量的比重基本持平。(见图2)

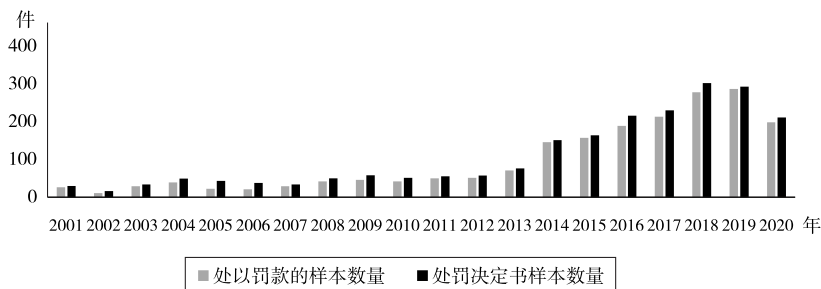


图2 2001年至2020年10月31日行政处罚决定书中应用罚款措施情况

从既有样本中反映的情况来看,采取资格罚的案件相对较少,全部2174份行政处罚决定书中仅有81份处以资格罚。最主要的惩处主体首先是证券公司及其从业人员,共48份;其次是证券服务机构及其从业人员,共20份;最后是不特定主体,主要是针对法人以个人名义开立账户买卖证券、或针对基金经理等其他证券从业人员的“老鼠仓”行为处以吊销从业资格的处罚,共13份。即便加上历年来证监会作出的272份市场禁入决定,也仅有不到15%的案件处以资格罚。反映出实践中资格罚仍是最为严厉的一种行政处罚措施,对于证券公司、证券服务机构及相关从业人员具有较强威慑力。

第二,证券行政处罚款的应用频率、罚款数额以及相对于非法所得的倍数均高于刑事罚金。就应用频率而言,证券行政处罚中处以罚款的案件有1947份,占总案件数的比例约为90%;而刑事判决中判处罚金的案件有159份,占总案件数的比例约为75%。这反映出证券行政处罚款的应用频率高于刑事罚金。

就罚款数额而言,历年来行政处罚款数额达到1亿元以上的有28起案件,1000万元到1亿元的有119起案件,500万元到1000万元的有57起案件,100万元到500万元的有258起案件。而历年来刑事罚金数额达到1亿元以上的仅有5起案件,1000万元到1亿元的有13起案件,500万元到1000万元的有11起案件,100万元到500万元的有45起案件,其余都在100万元以下。从数额上看,证券刑事罚金普遍低于行政处罚款。

就罚款、罚金相对于非法所得的倍数而言,证券行政处罚案件中一

并实施罚款与没收违法所得措施的案件有 745 起,罚款相对于非法所得的倍数平均约为 1.76;证券刑事犯罪案件中一并判处罚金与没收违法所得的案件有 146 起,但其中只有 112 起说明了没收的具体数额,在该 112 起案件中,罚金相对于非法所得的倍数平均约为 1.32。

3. 涉嫌犯罪案件的移送情况

从实践情况来看,证券行政执法过程中发现的涉嫌犯罪案件实际移送并得到处理的比例较低,且证监系统移送涉嫌犯罪案件存在两种不同的形式,衔接不畅,证券行刑衔接机制的运转效果不佳。

第一,涉嫌犯罪案件的移送比例较低。本文结合《立案追诉标准(二)》中的具体标准,对 2001 年至 2020 年 10 月 31 日的行政处罚决定书进行了全样本梳理,发现符合移送标准的案件数量远超实际追究刑事责任的案件数量,部分反映出实践中涉嫌犯罪案件的移送比例较低。以最为多见的内幕交易、市场操纵、虚假陈述三类违法行为为例,从行政处罚数据中反映的各项具体指标来看,2001 年至 2020 年 10 月 31 日符合移送标准的内幕交易案件为 406 起(共 634 起)、市场操纵案件为 123 起(共 165 起)、虚假陈述案件为 67 起(共 770 起)。而同期作出刑事判决的内幕交易案件为 51 起、市场操纵案件为 17 起、虚假陈述案件为 22 起,占比分别为 12.6%、13.8%、32.8%。

第二,证监系统移送涉嫌犯罪案件存在两种不同形式,在实体衔接和程序衔接上都存在明显差异。^[6]一种形式是移送后行政处罚程序与刑事司法程序同时进行,又可细分为行政处罚对象“包括涉嫌犯罪行为在内的全部行政违法行为”以及“仅限于不涉嫌犯罪的行政违法行为”两类。^[7]另一种形式是刑事司法程序结束后再进行行政处罚,在移送

[6] 由于在证监系统和公安机关所得到的移送情况口径存在较大差别,也无法获取准确数据。因而本部分对移送案件样本范围的确定采取严格标准,即只有行政处罚决定书或刑事判决书中明确提及移送相关事项,才认为其确实已经移送并作为研究样本。在 2174 份行政处罚决定书以及 212 份刑事判决书中,共筛选出 30 份由证监系统移送的样本。

[7] 第一类可参见[2004]31号、[2016]2号、[2016]7号、[2016]32号以及[2016]61号行政处罚决定书;第二类可参见[2002]10号、[2005]43号、[2006]16号、[2009]20号、[2010]46号、[2013]47号、[2017]64号、[2017]65号、[2019]123号行政处罚决定书。

后中止行政处罚程序,待刑事司法程序结束后再行恢复。(见表1)

表1 证监系统移送涉嫌犯罪案件的主要形式及相关情况

移送形式		案件数量 (件)	占比 (%)	典型案件
移送后行政处罚程序与刑事司法程序同时进行	行政处罚对象包括涉嫌犯罪的行为	5	17	谢某华、朱某、黄某中、刘某轩、孔某操纵市场案:证监会发现涉嫌犯罪后将案件移送至公安机关,并随后于2016年5月6日作出行政处罚,分别对违法行为人处以3.25亿元、90万元以及30万元不等的罚款。根据管辖规则,深圳市人民检察院于2017年提起公诉,深圳市中级人民法院依法判处各被告有期徒刑并处罚金。([2016]第61号行政处罚决定书)
	行政处罚对象仅限于不涉嫌犯罪的行为	9	30	万福生科欺诈发行案:证监会在发现案件涉嫌犯罪后即将该案移送司法机关处理,对于未涉及犯罪的违法行为继续作出行政处罚。长沙市中级人民法院于2014年判处万福生科罚金850万元,龚某福有期徒刑3年6个月,并处罚金10万元。([2013]47号行政处罚决定书)
刑事司法程序结束后再进行行政处罚		16	53	陈某泉内幕交易案:证监会在发现案件涉嫌犯罪后即移送司法机关处理,上海市第一中级人民法院于2018年1月25日判处陈某泉有期徒刑3年,缓刑4年,没收违法所得1466万余元,并处罚金5000万元。随后,证监会于2019年3月12日就陈某泉未被认定为犯罪的部分时间段内的短线交易行为作出行政处罚,给予警告,并处以10万元罚款。([2019]15号行政处罚决定书)

第三,有案难移以及移送后得不到及时处理。从本文调研情况来看,导致行刑衔接困境的一个重要原因是**有案难移以及移送后得不到及时处理**。证监会将案件移送给公安机关后,公安机关不予接受或接受后不及时推进立案、侦查等后续程序,已经成为实践中**证券行刑衔接机制运转的重要障碍**。以市场操纵案件移送情况为例,2001年至2013年,证监会稽查总队共向公安机关移送市场操纵案件16起,司法机关作出刑事有罪判决的7起(占移送的44%),其余9起(占移送的56%)未得到后续处理。^[8]

二、证券行刑衔接面临的难点问题辨析

通过对规范层面以及实践层面的考察,可以看到**证券行刑衔接的机制运转仍存在障碍**。障碍的产生既有根源于行刑衔接机制的一般原因,也有**证券领域的特殊原因**。本部分不欲过多进行成因分析方面的理论探讨,^[9]而是结合对规范及实践层面的考察以及调研情况,提炼出当前**证券行刑衔接机制面临的七方面主要难点问题**并做深入辨析。

(一) 刑事优先原则下证券违法行为责任追究的效率受限

刑事优先原则是指对同一不法行为需要同时予以行政处罚和刑事处罚时,应当**优先追究刑事责任**。在20世纪80年代中期以前,刑事优先原则具有无可挑战性;20世纪80年代中后期,该原则虽然遇到了一些质疑,但是相关司法解释文件仍然维护其不可动摇的地位。^[10]20世纪90年代初学者们开始关注行政处罚和刑事处罚的衔接时,刑事优先原

[8] 参见陈彬:《证券市场操纵行为的变化情况及监管执法对策研究》,深证综内字第0128号研究报告,第59页。

[9] 既有研究已有关于障碍成因的探讨,认为主要包括立法、体制和机制三个层面的原因。参见练育强:《问题与对策:证券行政执法与刑事司法衔接实证分析》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2018年第4期。

[10] 参见马济林:《从刑事优先到民事优先》,载《法学评论》2008年第5期。

则亦得到广泛认可。^[11] 目前,除了个别学者反对在行政处罚和刑事处罚竞合时适用刑事优先原则外,^[12] 该原则仍然是行刑衔接领域的基础性理论,并影响行刑衔接机制的建立和运行。该原则虽然并未在法律条文中明确规定,但在立法过程中得到了广泛认可并策略性地融入各具体条文之中。

刑事优先原则能成为行刑衔接领域的通说理论,依赖于我国的法律文化传统、社会结构形态、刑事处罚的严厉程度、保护利益的重要程度、立法时的利益衡量等因素。这一基本理论蕴含浓厚的法域特色和法治理念特征,在经济发展、社会转型、法制改革等过程中折射出法律理念的冲突,^[13] 也在行刑衔接的实践当中凸显出理论修正的必要性。^[14] 近年来,学界已有观点探讨刑事优先原则在行刑衔接领域适用中的问题并提出变革建议。^[15]

刑事优先原则虽然并未在法律条文中明确规定,但已经成为理论界的通说,在立法过程中得到了广泛认可并策略性地融入各具体条文之中。现行证券行刑衔接机制也遵循这一原则,行政执法机关如发现所调查的案件涉嫌犯罪,应优先移送刑事司法机关查处并中止行政执法程序。然而,证券领域的违法行为具有专业性、复杂性、危害后果严重等特征,专业性和复杂性决定了目前尚不具备充分资源及经验储备的司法机

[11] 参见练育强:《完善行政执法与刑事司法衔接机制之反思》,法律出版社2017年版,第143页;顾向一、曹婷:《“两法”衔接:从刑事优先原则到同步协调原则》,载《西部法学评论》2018年第1期;陈兴良:《论行政处罚与刑罚处罚的关系》,载《中国法学》1992年第4期。

[12] 参见谢治东:《行政执法与刑事司法衔接机制中若干问题理论探究》,载《浙江社会科学》2011年第4期;田宏杰:《行政犯罪的归责程序及其证据转化——兼及行刑衔接的程序设计》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2014年第2期;田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,载《法学家》2013年第3期。

[13] 参见周福民、白江:《刑事优先原则中的法律理念冲突》,载《法学》2006年第2期。

[14] 例如在刑民交叉领域,已有学者明确主张从刑事优先原则变更为民事优先原则,参见马济林:《从刑事优先到民事优先》,载《法学评论》2008年第5期。

[15] 参见蒋兰香:《论行刑衔接刑事优先原则及其在环保领域的适用与例外》,载《时代法学》2020年第4期;顾向一、曹婷:《“两法”衔接:从刑事优先原则到同步协调原则》,载《西部法学评论》2018年第1期;闻志强:《论“两法衔接”中行政处罚与刑事处罚的实体衔接——以规制非法集资行为为分析样本》,载《政法学刊》2016年第1期。

关难以高效惩处证券犯罪行为,再加之刑事司法机制固有的复杂程序,导致通过刑事司法机制追责的效率远低于行政执法,不利于对违法行为的及时纠正与惩戒。

刑事优先原则对证券行刑衔接最突出的负面影响就是极大地挤占了证券行政执法的适用空间,降低了责任追究效率。行政执法的优势就在于其高效性,行政执法机关对本领域内的违法违规行为具有充分的专业能力和查处经验,能够最大化提升责任追究效率,及时惩处违法行为人,避免危害后果扩大并恢复正常秩序。所有涉嫌犯罪的证券违法行为一概优先追究刑事责任,客观上限制了行政执法机制的适用,不利于及时制止违法行为以及修正违法后果。

更重要的是,涉嫌犯罪的证券违法行为本就比一般的违法行为情节更为严重,危害后果通常也更大,涉及的受损投资者群体也更为庞大。从前期线索发现到行政执法机关介入调查,再经过移送、公安机关补充侦查、检察机关起诉、法院裁判等程序,将会使案件的查处周期持续3年至4年乃至更久。就这一角度而言,刑事优先原则对证券行政执法适用空间的挤占,将可能在一定程度上影响责任追究的整体效果。尤其考虑到我国当前实际情况下坚持刑事优先原则的法理基础面临较大质疑,^[16]有必要重新审视在证券行刑衔接机制中延续刑事优先单轨模式的正当性及可行性。

(二) 一事不再罚原则下证券行政处罚与刑事处罚能否并处

从理论渊源上来看,一事不再罚原则发轫于古罗马法刑事诉讼领域中的一事不再理原则,即对于已发生法律效力案件,除法律另有规定,不得再行起诉和处理。英美法系与之类似的是禁止重复危险原则,即在同一罪行被起诉和审判之后,不得因同一罪行对其再次进行起诉和审判。^[17]一事不再理原则后来在刑事实体法领域发展为禁止重复评价原

[16] 参见练育强:《“两法”衔接视野下的刑事优先原则反思》,载《探索与争鸣》2015年第11期。

[17] 参见陈兴良:《论行政处罚与刑罚处罚的关系》,载《中国法学》1992年第4期;闻志强:《论“两法衔接”中行政处罚与刑事处罚的实体衔接——以规制非法集资行为为分析样本》,载《政法学刊》2016年第1期。

则,在行政法领域发展为一事不再罚原则。^[18] 由理论渊源可知,行政法中的一事不再罚和刑事领域的一事不再理、禁止重复评价至少蕴含两个相同的价值观念,即限制国家公权力的滥用和保障公民的人权。行政法中的一事不再罚原则可以理解为对当事人的同一违法行为,不得根据同一事实和同一理由进行两次以上的处罚。我国《行政处罚法》第29条明确体现了该原则,该条款规定“对当事人的同一个违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚”。不过该条款属于行政处罚的管辖和适用部分,仅仅规定了一事不再两次罚款,结合当时的立法背景和学界讨论状况来看,该条款是一事不再罚原则的限缩运用。^[19]

在制度实践中,该问题尚存在较大争议。从20年来证券行政处罚及刑事裁判案例样本所反映的情况来看,只有寥寥几十起案件同时采取了行政处罚与刑事处罚措施,大多数案件只择其一。如何正确理解证券行刑衔接中的一事不再罚原则,关乎证券行政处罚与刑事处罚能否并处以及如何并处的重要问题,现行法律规范在该问题上的语焉不详已经对证券行刑衔接实践造成了一定障碍。

一事不再罚原则是世界各国立法中普遍设立的基本原则,但从处罚结果角度出发,对该原则的界定有两种不同路径:竞合主义以及并罚主义。竞合主义认为,当同一违法行为既属于行政违法又构成刑事犯罪时,只能择一处罚,典型如德国;并罚主义则认为,当同一行为具有行政违法与刑事犯罪的双重属性时,应当采取刑罚与行政处罚分开处罚的方式,典型如美国、奥地利等。^[20] 从理论界的主流通说来看,我国大多数学者都主张并罚主义,即对于同一违法行为的行政处罚与刑罚分属不同性质,并不违反一事不再罚的原则。^[21]

但在现行法律规范设计中,却存在竞合主义和并罚主义两种理解的

[18] 参见魏浩锋:《行刑衔接语境下“一事二罚”之正当性探究——以周某某诉证监会行政处罚案为例》,载《法律适用(司法案例)》2018年第10期。

[19] 参见练育强:《完善行政执法与刑事司法衔接机制之反思》,法律出版社2017年版,第160页。

[20] 参见练育强:《完善行政执法与刑事司法衔接机制之反思》,法律出版社2017年版,第163~164页。

[21] 参见闻志强:《论“两法衔接”中行政处罚与刑事处罚的实体衔接——以规制非法集资行为为分析样本》,载《政法学刊》2016年第1期。

矛盾。我国《行政处罚法》与《移送规定》中采用的是有限的并罚主义理解,即同类处罚应予折抵,不同类处罚可以并罚。而2008年国务院法制办在《对陕西省人民政府法制办公室〈关于对行政执法机关移送涉嫌犯罪案件后管辖权问题的请示〉的复函》(国法秘政函[2008]199号)中则采竞合主义理解。^[22] 前述两种理解实际上代表了实践中两种截然不同的机制运转逻辑,对证券行政处罚与刑事处罚的有效衔接造成障碍。

(三) 案件的移送及接受主体存在不确定性

在程序衔接方面,既有实践中存在多个较为突出的难点问题,证券行政案件移送、接受主体的不确定性就是其中之一。^[23] 现行规范只明确了由证监会移送,由公安机关接受,但再进一步由哪些部门具体承担相应职责则并未规范,导致实践中证券行政案件的移送、接受主体存在多种模式,出现程序上的低效。

在证监会的内设机构中,稽查局、处罚委和各地方派出机构均有权将涉嫌犯罪的证券违法行为移送公安部门,此种多主体、多情形的现状导致实践中存在认定标准以及部门协调的问题。在公安机关的内设机构中,证券犯罪侦查局以及地方公安机关均有权接受移送案件,前者专属管辖五类证券犯罪案件,^[24] 后者管辖一般的犯罪行为。通常多数证券犯罪案件中会存在多种类型的犯罪行为,如既包括内幕交易等前述五类由证券犯罪侦查局直接管辖的犯罪行为,也包括伪造股票、债券等其他由地方公安机关管辖的犯罪行为,那么此时的证监会及其派出机构必然面临移送给公安机关的哪一个具体部门的困境。从既有实践情况来看,因立案管辖权问题引起的争议屡见不鲜,其间繁复的周转程序和沟通成本也削弱了证券行刑衔接机制的运转效率。

(四) 行政执法与刑事司法对证据的认定标准存在差异

证据是法律责任认定的依据,案涉证据的移送及效力认定一直是行

[22] 参见顾向一、曹婷:《“两法”衔接:从刑事优先原则到同步协调原则》,载《西部法学评论》2018年第1期。

[23] 参见练育强:《行政执法与刑事司法衔接困境与出路》,载《政治与法律》2015年第11期。

[24] 包括欺诈发行股票债券案件、上市公司提供虚假财会报告案件、内幕交易泄露内幕信息案件、操纵证券期货交易价格案件以及公安部交办的其他经济犯罪案件。

刑衔接机制中的重要问题,目前行政执法与刑事司法在证据的收集主体以及认定标准上仍存在明显差异,对证券行刑衔接机制的实效造成较大影响。

一是行政证据与刑事证据的法定收集主体不一致,影响证据效力。《刑事诉讼法》第52条中规定的刑事证据法定收集主体仅限于审判人员、检察人员以及侦查人员,分别对应人民法院、检察机关和公安机关,不包括行政执法机关。根据这一规定,行政执法机关并不具有收集、调取刑事证据的权利。^[25]从程序法角度出发,行政执法机关依据《行政处罚法》所收集的相关证据不能在刑事司法程序中使用。《刑事诉讼法》第54条第2款部分解决了移送后证据的效力问题,但其涵盖的范围仅包括物证、书证等客观证据,言词证据(如证人证言)等主观证据的效力仍处于未明的状态。^[26]

二是刑事司法对证据的认定标准高于行政执法,重新取证成本较高。行政处罚以及刑事裁判的作出都需要满足“证据确凿”的条件,但二者对“证据确凿”的具体判断标准并不相同。行政执法中“证据确凿”的条件是“主要证据充足”以及“不能严重违法法定程序”;而刑事司法中的“证据确凿”则需达到确实、充分的程度,并满足定罪量刑的事实都有证据证明、据以定案的证据均经法定程序查证属实、排除合理怀疑的判断标准。前述三项判断标准的严格程度显著高于行政执法中的“主要证据充足”以及“不能严重违法法定程序”,这也导致在部分情况下,行政执法过程中所收集的定案证据并不能满足刑事司法的需要。由于刑事司法程序的滞后性,当案件移送至公安机关之后,通常情况下多数证据已经无法再进行采集,或者重新侦查并收集证据的成本较高,这也为行刑衔接机制以及后续刑事司法程序的运行带来一定障碍。

(五) 缺乏有效的外部监督机制

外部监督机制的缺失是导致证券行刑衔接不规范、效率低的重要原

[25] 参见高通:《行政执法与刑事司法衔接中的证据转化——对〈刑事诉讼法〉(2012年)第52条第2款的分析》,载《证据科学》2012年第6期。

[26] 《刑事诉讼法》第54条第2款规定:“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,在刑事诉讼中可以作为证据使用。”根据该条款,虽然行政机关并非刑事证据的法定收集主体,但其在查办案件过程中收集的相应证据可以作为刑事证据使用。

因之一,我国现行法律规范中对于证券行刑衔接监督机制的设计存在两个明显问题。^[27] 一是监督主体多元化,导致各主体的监管职能存在重叠,反而无人担责。现行法律规范中共规定了三类监督主体:检察机关、监察机关、上级行政执法机关和本级或上级人民政府。应当看到,三类监督主体分别对应着三套不同的监督机制,检察机关对应检察监督机制、监察机关对应职务违法违规监察机制、上级行政执法机关和本级或上级人民政府则对应行政监督机制。三套监督机制原本各有其自身的适用范围,但一并聚合在证券行刑衔接领域,不可避免地会出现职能重叠问题,导致反而没有一个具体、明确的主体承担监督职能及相应责任,影响监督效果。

二是虽然以检察机关为主要监督主体,但对于其如何实施监督以及行政执法机关、公安机关所负有的义务等却缺乏必要的规定。一方面,检察机关只能对接过程中的不当行为出具检察建议,无法直接追究相应责任,威慑力较弱。根据2020年《移送规定》第14条至第17条的规定,检察机关虽然负有监督职能,但追究相关责任人不移送的行政责任的主体是本级或上级人民政府,或者实行垂直管理的上级行政机关。监督主体和责任追究主体的一致容易导致责任追究的落空,检察建议也缺乏足够的强制力和威慑力。^[28] 另一方面,检察机关缺少知情权等履职必备手段,检察监督作为典型的外部监督机制,在缺乏知情渠道的情况下难以获取案件相关信息,自然难以实现有效监督。^[29]

(六) 既有的衔接协调机制难以得到有效应用

现行法律规范中设计了三种可用于证券领域的行刑衔接协调机制:联席会议、案件会商以及信息共享,实践中除案件会商制度发挥了一定

[27] 关于行刑衔接监督方面的困境,另参见李辰星:《行政执法与刑事司法衔接机制研究》,武汉大学2013年博士学位论文,第70~73页。

[28] 参见“证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究”课题组:《证券行政处罚与刑事制裁衔接的问题及解决思路》,载黄红元、徐明主编:《证券法苑》(第8卷),法律出版社2013年版。

[29] 参见刘福谦:《行政执法与刑事司法衔接工作的几个问题》,载《国家检察官学院学报》2012年第1期。

效果以外,其余两项衔接协调机制几乎没有得到应用。^[30] 证券行刑衔接涉及跨部门、跨领域的协作,证监会、公安机关、法院以及检察机关之间的顺畅沟通协作是证券行刑衔接机制取得实效的关键所在。其中,信息共享这一常态化沟通协调机制难以落实的影响较为严重。

信息共享机制是为解决行政执法机关与司法机关之间的情报信息交换问题而设计的衔接协调机制,是实现常态化沟通的重要途径。从实践情况来看,信息共享机制在地方层面得到了一些应用,但在证券领域却难以得到具体落实。根据本文调研了解的情况,目前证监系统与公安机关的信息共享尚无稳定的机制作为保障,移送过程中所采用的案件管理系统也只是服务于案件文书的传送程序,并未发挥信息共享功能。^[31] 对案件相关信息的充分占有是高效、准确地厘清案件脉络,并作出相应认定或裁判、追究法律责任的重要依据;而证监会、公安机关、法院、检察机关等衔接参与主体的顺畅沟通,对于实现跨部门、跨领域的有效合作同样意义重大。从制度层面来看,既有的三种衔接协调机制已经足够,从目前实践中存在短板的信息共享机制入手,使既有的制度设计得以落实,既是完善我国证券行刑衔接机制的良好切入点,也是现阶段面临的一项难点问题。

(七) 地方利益保护影响行刑衔接及刑事责任追究效果

除了前述实体或程序上的难点问题以外,证券行刑衔接还面临地方利益保护干预的问题。证券行政处罚与刑事处罚的主要对象之一是上市公司,国有上市公司本就带有行政属性,而民营上市公司与地方政府的关系也非常密切。这也导致在证券行刑衔接及后续刑事处罚过程中,地方政府的干预对相应机制的正常运转带来较大障碍。

具体而言,证券行刑衔接受到的行政干预主要来自两方面:一是在我国国有企业体制下,部分国务院国资委直接控股企业具有厅局级乃至副部级的行政级别,企业内的董事、监事、高管也具有较高的行政职级,

[30] 参见练育强:《行政执法与刑事司法衔接困境与出路》,载《政治与法律》2015年第11期。

[31] 应用案件管理系统进行移送是证监会的明确规定,《中国证券监督管理委员会案件调查实施办法》第59条规定:“证监会调查部门与派出机构之间的案件文书传送,通过案件管理系统进行。必要时,也可采用其他替代方式。”

对此类企业及其主要责任人追究刑事责任面临一定的行政干预风险;二是不少上市公司由地方政府控股,此类上市公司与地方政府关系密切。此外,在各地方政府行政辖区内的民营上市公司在地方经济发展方面发挥重要作用,也事关政府官员的政绩考核。^[32] 基于前述原因,很难让地方政府去真正追究上市公司的各种违法犯罪行为,反而会促使其利用对地方司法机关的影响力百般保护,对于同属国有的另一类主要查处对象——证券公司而言,也是如此。

总体而言,前述七方面难点问题是当前我国证券行刑衔接机制运转不畅的主要原因,同时也是下一步完善证券行刑衔接机制过程中需要解决的重点、难点。应当看到,随着我国资本市场的发展以及证券法律制度的逐步完善,部分固有理念的现实基础已经发生变化,如“刑事优先”和“一事不再罚”最初是为了解决行政处罚领域里的“软”和“滥”,^[33] 在当下则需要着重解决责任追究效率低、违法成本不足的问题。前述难点问题的突破,尚需结合我国实际情况和境外经验,进行系统、审慎的思考。

三、境外证券行刑衔接的主要模式及经验总结

从世界范围来看,各主要证券市场国家和地区在证券行刑衔接机制的设计上主要形成了三种模式:以美国为代表的行政执法与刑事司法双轨并行、以德国为代表的刑事优先单轨程序以及以我国香港特别行政区为代表的证券监管机构直接提起检控。三种模式各有侧重,其设计理念与制度逻辑可以为境内证券行刑衔接机制的完善提供镜鉴。

(一) 境外证券行刑衔接的三种主要模式

美国证券监管及司法实践中,行政责任与刑事责任的追究大体上采

[32] 参见“证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究”课题组:《证券行政处罚与刑事制裁衔接的问题及解决思路》,载黄红元、徐明主编:《证券法苑》(第8卷),法律出版社2013年版。

[33] 参见周佑勇、刘艳红:《论行政处罚与刑事处罚适用衔接》,载《法律科学》1997年第2期。

用“行政与法院相配合”的模式,司法部门主导的刑事司法程序与美国证券交易委员会(SEC)主导的行政执法程序并行,也被称为双轨并行程序(parallel proceeding)。双轨并行的核心在于,SEC在移送案件后,仍将继续进行自身职权范围内的行政处罚程序,^[34]这与我国现行的单轨程序存在明显区别。在职权分工方面,(除个别例外情况)SEC仅有权发起民事和行政程序,以调查可能违反联邦证券法的行为,而司法部对刑事程序有唯一管辖权。^[35]

德国作为大陆法系的代表性国家,其证券行政执法及刑事司法衔接具有鲜明的体系化特点:以成文法为基础,遵循严格的程序法要求。“刑事优先”和“一事不再罚”是德国法律责任追究制度的两大原则,在两大原则的基础上,德国证券行刑衔接机制一直秉承刑事优先的单轨模式。^[36]

我国香港特别行政区所采用的证券行刑衔接机制与美国双轨并行、德国刑事优先单轨模式存在一定差异,其是由证券监管机构直接提起检控的。《证券及期货条例》第388条第1款规定,“证监会可以本身的名义就任何有关条文所订罪行及串谋犯该罪的罪行提出检控”。根据该条文,证券监管机构得以在行刑衔接机制中发挥贯穿始终的作用,避免了烦冗的移送程序。

(二) 境外证券行刑衔接制度设计及实践经验总结

整体来看,行政执法与刑事司法双轨并行、刑事优先单轨程序以及证券监管机构直接提起检控三种模式在价值判断、调整目标侧重上存在

[34] See Megan Smith, *SEC Receivers and the Presumption of Innocence: The Problem with Parallel Proceedings in Securities Cases and the Ever Increasing Powers of the Receivers*, 11 Hous. Bus. & Tax L. J. 203, 217 - 219 (2011); Anthony O' Rourke, *Parallel Enforcement and Agency Interdependence*, 77 Md. L. Rev. 985, 1017 (2018).

[35] See Mark D. Hunter, *SEC/DOJ Parallel Proceedings; Contemplating the Propriety of Recent Judicial Trends*, 68 Mo. L. Rev. 149, 160 (2003); Urska Velikonja, *Public Enforcement After Kokesh; Evidence from SEC Actions*, 108 Geo. L. J. 389, 423 (2019).

[36] Vgl. Schwark/Zimmer/Zetzsche/Lehmann, 5. Aufl. 2020, WpHG § 11 Rn. 1 - 8; Krenberger/Krumm, 6. Aufl. 2020, OWiG § 40 Rn. 1 - 13; BeckOK OWiG/Inhofer, 28. Ed. 1. 10. 2020, OWiG § 42 Rn. 6 - 8; Wolfgang Schomburg/Irene Suominen - Picht, *Verbot der mehrfachen Strafverfolgung, Kompetenzkonflikte und Verfahrenstransfer*, NJW 2012, S. 1190 - 1194.

明显差异。三种模式在调整效果上并无当然的高下之分,但前述差异也在实践中引致不同的制度导向和机制运转逻辑。

双轨并行程序强调效率价值,其合法性基础源于对责任追究效率的大幅提升,对于执法机关、司法机关、违法行为人均有利。且在案件移送后不中止行政处罚程序,也有助于通过快捷、高效的行政执法机制及时制止违法违规行为,保护投资者并避免违法违规行为所致不利后果的扩大。但在强调效率价值的同时,双轨并行程序不可避免地会带来加重违法行为人责任的隐患,如果违法行为人同时在行政诉讼与刑事诉讼中败诉,则其可能会承担过重的责任。事实上,由于美国行政和解的高适用率,违法行为人通常会选择与 SEC 就行政执法相关事项达成和解,而和解金通常又由责任险覆盖,因而这一问题并不突出。

刑事优先单轨程序强调刑罚的优先性和一事不再罚,对公平价值的重视高于效率价值。这一模式在大陆法系国家得到普遍应用,其基本的制度逻辑包括两方面:强调刑罚的优先性是基于刑事处罚手段通常较行政处罚更为严厉;而一事不再罚则是基于对公民基本权利的保护,避免出现过罚不匹配的情况。同时,刑事优先单轨程序涉及多部门、跨领域的程序衔接,这也源于大陆法系复杂的程序法体系,虽然在制度设计上保障了公平性,但不可避免地使衔接程序偏于烦琐,责任追究效率降低,制止违法行为及修正不利影响的及时性较差。

证券监管机构直接提起刑事检控的模式则属居于前述两种模式之间的折中做法。由证券监管机构直接提起检控,省去了跨部门、跨领域合作的协作成本,但不可避免地会带来选择性检控的问题以及较高的败诉风险。一方面,证券监管机构完全依赖内部决策机制来判断哪些案件应当移送,在机制设计上无法平衡其决策的专断性,也难以引入外部监督机制。另一方面,由证券监管机构承担检控职能,也增加了其履职成本,证券监管机构需要支付额外的人力、物力来应诉,这也会降低证券监管机构提起检控的意愿。从数据上来看,我国香港特别行政区证监会在 2003~2004 年、2004~2005 年分别对 60 名、72 名个人及公司提起刑事检控,而在 2019~2020 年已经下降至 7 名。此外,证券监管机构本身并非刑事检控的专业部门,在调查权限、检控能力等方面都与律政司存在一定差距,提起的刑事检控也有较大的败诉风险,这也将进一步降低其

提起检控的积极性,不利于对违法犯罪行为人追究刑事责任。

我国现行证券行刑衔接模式与德国法中的刑事优先单轨程序大体一致,只是在移送程序方面存在细微不同,监督机制、移送标准等方面也不及德国法规定得细致。在《证券法》大幅提升行政处罚力度的背景下,刑事处罚措施相对于行政处罚的严厉性并不明显,宜充分借鉴三种模式的制度逻辑与实践经验,立足我国实际情况优化证券行刑衔接制度的基本理念与具体机制设计。

四、优化我国证券行刑衔接机制的具体路径

基于前述讨论,本文认为应当从基本模式、实体衔接、程序衔接三方面入手,以体系性的优化思路来回应当前证券行刑衔接面临的各项难点问题。在基本模式方面,我国目前采用的是与德国相近的刑事优先单轨模式,宜重构为行政执法与刑事司法程序同步开展的双轨并行模式;在实体衔接方面,宜明确案件移送标准以及行政处罚与刑事处罚的折抵、并罚规则;在程序衔接方面,宜改变当前较为粗放的规范模式,细化完善证据效力认定标准、移送与接受主体、衔接协调、监督等一系列具体机制。

(一) 重构基本模式:由刑事优先单轨模式转向双轨并行模式

从既有实践情况来看,我国证券行刑衔接所采用的刑事优先单轨模式暴露出许多问题,最突出的一点就是大幅降低了责任追究效率,不利于及时惩戒违法主体、修正危害后果。在国际上主要的三种基本模式中,德国的刑事优先单轨模式与我国基本相同,也同样存在效率较低、程序繁冗的问题;我国香港特别行政区的证券监管机构直接提起检控模式与我国的基本法律制度并不匹配,且存在较严重的案件选择性以及移送主动性不足的问题;而美国的双轨并行模式最大化提升了责任追究效率,虽然可能存在“滥”“散”的问题,但可以通过折抵、并罚以及程序衔接规则来解决,是重构我国证券行刑衔接基本模式的可行选择。

就必要性而言,主要有以下几方面理由:一是延续当前的刑事优先单轨模式,无法解决责任追究效率低、移送程序不顺畅的问题,这是由该

种基本模式固有的特性所决定的。因此,想要从根本上破解当前的难点问题,提升责任追究效果,就必须从根上入手,重构基本模式。二是刑事优先单轨模式无法实现效率与公正的统一,难以满足我国资本市场对责任追究机制的要求。随着新《证券法》大幅提升行政处罚力度,目前的罚款幅度普遍为100万元至2000万元不等,资格罚的强度也大大提升,“软”的问题已经得到根本改观,甚至对证券行业参与主体而言比有期徒刑等刑事处罚还要“硬”。这一基本现实情况的改变,决定了刑事优先单轨模式的价值取向已经不再和我国资本市场发展需求相匹配,无法实现效率与公正的统一,因而在基本模式层面的重构具有迫切的现实意义。三是有可用的重构选择,双轨并行模式能够提升责任追究效率,并解决现实中存在的其他难点问题。^[37]从境外经验来看,双轨并行模式的核心特征是通过行政执法与刑事司法机制的同步推进,最大化提升责任追究的效率。一事不再罚原则有了新的解释基点,可以促进并罚、折抵规则的进一步完善;此外,证据效力认定、外部监督等一系列配套机制在双轨并行模式下也有较大的发展空间。

就可行性而言,一是双轨并行模式与现行法律规范并不冲突,现行规范中并未规定必须“优先”追究刑事责任,而只是强调应当及时移送并追究刑事责任。^[38]双轨并行模式下,行政执法机关同样应当及时移送刑事司法机关,只是在移送后不中止行政处罚程序,因此在法律规范层面不存在明显障碍。二是证券违法案件的证据等材料多为电子化形式,行政执法机关和刑事司法机关可以同时共享、同步办案。证券违法案件的证据等材料多为电子数据、电子证据,如账户归属信息、持有证券信息、交易记录、转账记录、通话记录等。这些证据都具有可复制性,证监会与公安机关、检察院乃至法院完全可以共享证据材料,同步推进行政处罚程序以及刑事司法程序,双轨并行模式在我国证券交易高度电子

[37] 主张同步协调原则、效率优先的建议参见“证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究”课题组:《证券行政处罚与刑事制裁衔接的问题及解决思路》,载黄红元、徐明主编:《证券法苑》(第8卷),法律出版社2013年版。

[38] 《行政处罚法》的表述是“必须移送”,《移送规定》的表述是“必须及时移送”,《证券法》的表述是“依法追究刑事责任”,在相关的部门规章及规范性文件中同样没有明确强调“优先”追究刑事责任的表述。

化的基础条件下,具备较强的可操作性。三是境外实践中暴露的程序不规范、处罚重叠等风险可以通过我国既有的折抵、并罚以及程序衔接等规则来解决。在美国双轨并行模式的应用实践中,主要暴露出两方面问题:一方面,正式和非正式的移送程序相互掺杂,程序缺乏规范性,容易产生关于移送行为合法性的争议;另一方面,美国证券行政处罚和刑事处罚没有明确的并罚规则,法院对此具有较大的自由裁量空间,可能导致“过罚不匹配”的结果。这两方面问题在我国都有现成的制度资源来加以解决。就程序不规范问题而言,我国作为成文法国家已经形成了一套基本的程序性规范,进行相应完善后可以保障移送程序的规范性,且我国只有正式移送这一种合法途径,跨部门协作的规范性更强。就处罚重叠问题而言,我国有关于折抵、并罚的制度基础,进一步细化后即可形成明确的处理标准,出现“过罚不匹配”结果的风险很小。因此,依托我国作为成文法国家的法律稳定性、明确性优势,双轨并行模式有望在我国实现比美国更好的应用效果。

在具体方案设计方面,可以有两种总体思路:第一种是行政执法先行,待行政处罚程序结束后再移送刑事司法机关;第二种是行政执法机关发现涉嫌犯罪即移送案件,移送后不中止调查和处罚。比较而言,本文认为采第二种思路较为适当。一方面,处罚程序结束后再行移送与2020年《移送规定》中“及时移送”的要求不符,2020年《移送规定》作为所有领域内行刑衔接均需适用的基础行政法规,很难专为证券领域单独开这个口子,几乎没有可行性。另一方面,发现涉嫌犯罪即移送也能够提升责任追究的整体效率,利用证券案件电子化证据的可复制、可共享性,行政执法程序以及刑事司法程序可以互相促进、同步协调。^[39] 如此,既为双轨并行留出充分空间,也避免了对一系列例外情形的设计以及可能导致的应用混乱。

[39] 有观点认为,2011年《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》中“行政执法机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件,应当移交案件的全部材料”这一规定让“并行程序”成为不可能。本文对此并不赞同,证券案件电子化证据的可复制、可共享性一方面使移交材料的方式更灵活,原件与复制件并无差别;另一方面行政证据无效的唯一法定情形是严重违法取证,此种情形下应当不属于无效证据,因而移送后证券行政执法机制仍然可以进行。

(二) 优化实体衔接:明确移送标准以及折抵、并罚规则

在明确了双轨并行的基本模式之后,后续的制度优化就有了清晰的脉络。就实体衔接而言,既有实践中面临的主要难点在于,对一事不再罚原则下行政处罚与刑事处罚能否并处以及如何折抵,这也是落实双轨并行基本模式所必须解决的关键问题。本文建议从移送标准、折抵以及并罚规则两方面加以优化。

1. 适当提高移送标准,实现过罚相当

目前关于证券案件移送标准的规范主要为2010年5月颁布的《立案追诉标准(二)》。该部门规范性文件自实施至今已超过10年,其中关于证券犯罪案件的立案追诉标准已经滞后于我国资本市场的发展,突出表现为移送标准偏低,将过多的证券违法行为都纳入应予移送并追究刑事责任的范畴,导致情节较轻的违法行为人承担过于严厉的刑事责任。

应当看到,随着我国资本市场的快速发展,证券发行及交易的规模、金额都显著提升,现行的移送标准已经较为滞后。例如《立案追诉标准(二)》第5条规定的欺诈发行立案标准之一为“发行数额在500万元以上”,现阶段无论股票还是债券的发行额都远超这一数额,新《证券法》中的定额罚^[40]额度也已提升到2000万元,刑事立案标准明显偏低。又如第35条规定的内幕交易立案标准之一为“成交额累计在50万元以上”,这一数额也明显过低,将可能导致绝大部分内幕交易行为都纳入刑事犯罪的范畴。如果移送标准过低,那么行政违法与刑事犯罪的情节区分就会失去意义,导致惩处过严的不利后果,有损法律的公正性。

因此本文建议,应结合当前资本市场中违法行为的实际情况适当提高证券案件的移送入刑标准,可考虑商请最高人民检察院、公安部对《立案追诉标准(二)》中证券犯罪的立案追诉标准进行修正。具体修正还需要进一步的定量分析作为支撑,但至少应当考虑新《证券法》中行政处罚的标准、证券违法行为的涉案金额情况等因素。比如新《证券法》

[40] 根据《证券法》的规定,证券行政处罚款可分为定额罚和浮动罚。定额罚是指确定数额的罚款,不与违法所得挂钩,如欺诈发行的定额罚幅度为200万元~2000万元;浮动罚则是按照违法所得的倍数计算的可变金额,如欺诈发行的浮动罚区间为非法所募资金金额10%以上1倍以下。

第181条第2款中规定“没有违法所得或者违法所得不足二百万元的,处以二百万元以上二百万元以下的罚款”,那么关于违法所得的移送标准也应当在2000万元以上,否则行政违法和刑事犯罪的情节将存在明显重叠。

2. 明确行政处罚与刑事处罚的折抵及并罚规则

关于折抵问题,2020年《移送规定》已经作出了原则性规定,申诫罚(如警告)、资格罚不折抵,财产罚应予折抵。2020年《移送规定》中列举的行政处罚措施并不全面,如“证券市场禁入”由于不属于《行政处罚法》明列的行政处罚类型,因而没有涵盖在内,可能导致在处罚结果方面的衔接障碍。关于并罚问题,应采有限的并罚主义,即同种类的处罚措施不得并罚,如行政处罚中的罚款与刑事处罚中的罚金(通过折抵实现不并罚的效果);^[41]不同种类的处罚措施可以并罚,包括行政处罚中的资格罚、申诫罚,刑事处罚中的自由刑。

建议考虑在未来修订过程中,在《证券期货违法行为行政处罚办法》中增加1条,其中第1款为“中国证监会及其派出机构在刑事程序结束前,已经就移送案件作出的警告、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照的行政处罚决定以及市场禁入决定,不停止执行”。第2款为“中国证监会及其派出机构在刑事程序结束前,已经就移送案件依法给予当事人罚款的,人民法院处罚罚金时,依法折抵相应罚金。人民法院在行政处罚程序结束前,已经就移送案件依法给予当事人罚金的,中国证监会及其派出机构在依法给予当事人罚款时,依法折抵相应罚款”。如此,既不与2020年《移送规定》中“移送涉嫌犯罪案件前”的规定相冲突,只是进行了扩张解释,同时又充分明确了双轨并行模式下的折抵及并罚规则,对实践有较强的指导意义。

(三) 细化程序衔接:完善衔接协调、监督等一系列配套机制

在双轨并行基本模式下,我国证券行刑衔接的程序性设计应着重考虑四方面问题:证据效力认定标准、移送主体与接受主体、衔接协调机制

[41] 另一个同种类的处罚措施是“没收违法所得”,在先的责任追究程序采取这一措施后,违法行为人自然不再有非法所得,因而并不存在并罚的问题。

以及监督机制。^[42] 其他的一些基本的程序衔接问题,2020年《移送规定》等法律规范中已经作出了规定,适用一般的行刑衔接程序性规范即可。

1. 肯定电子证据“副本”可作为行政案件的定案依据

如前所述,行政证据和刑事证据在效力认定标准上存在差异,导致实践中存在两个主要障碍:一是行政执法机关采集的主观证据不能作为刑事证据使用;二是行政执法机关采集的证据可能不足以满足刑事司法机关的需要,还需要重新取证。另外,现行规定要求案件移送必须移交全部材料,全部材料移送后行政执法机关是否能继续作出行政处罚?结合证券违法案件中客观证据的电子化属性,以及双轨并行模式下刑事司法机关介入较早的优势,前述三个问题都可以有解决的路径。

首先是行政执法机关移送后证据的效力认定问题。《刑事诉讼法》中确立的基本原则是“客观证据有效,主观证据无效”,这一规定是统筹所有领域行刑衔接证据效力认定的基本原则,专为证券领域作出调整或开一个口子的可能性不大。事实上,肯定客观证据的效力就已经足够,行政执法机关采集的主观证据(如证人证言)等是否能够作为刑事证据并不重要,且允许行政执法机关代为采集可能会违背司法权的专属性和独立性。因此,对于证据效力认定标准宜延续现有规范,不必进行改动。

其次是移送后刑事司法机关需要重新取证的问题。产生该问题的主要原因是行政案件的定案证据标准比刑事案件低,刑事司法机关为满足定罪的证据需求,需要在行政执法机关移送的证据的基础上再进行补充调查。应当看到,这一问题本身是正常现象,只是因为既有实践中刑事司法机关介入通常较晚,导致很多客观证据都无法再采集或者采集成本较高。在双轨并行模式下,早移送早介入,这一问题会被大大弱化。因此,该问题也不需要专门修改相应规范来进行调整。

最后是全案材料移送后行政执法机关能否继续作出行政处罚的问题。该问题的关键在于全案材料中包括的证据材料,移送后行政执法机关是否不再具有定案和作出行政处罚的依据?本文认为,解决该问题的

[42] 关于完善行刑衔接程序的建议,另参见李辰星:《行政执法与刑事司法衔接机制研究》,武汉大学2013年博士学位论文,第109~114页。

关键在于对电子证据“原件”与“副本”效力的认定。证券违法案件的客观证据大多是电子证据,比如交易记录、结算记录、账户信息等电子书证,一些纸质的如发行文件、财务报告文件等也有具备法律效力的电子化存档,且证券发行、交易程序的电子化程度还在不断提高。因此,以电子证据的可复制性、可共享性为抓手来优化电子证据的效力认定标准,能够解决移送后行政处罚与刑事司法程序同步推进的问题。

目前我国对电子证据的效力认定标准存在很大争议,现行法律规范并没有进行明确规定。从国内外实践来看,争议主要集中在电子证据“原件”和“副本”的区分和效力认定上,存在功能等同法、范围扩大法、副本替代法等不同观点。^[43] 本文认为,证据法上“原件”的功能是对信息进行认证以维护其真实可信度。既然如此,就没有必要把电子证据的原件认定思路限定在传统证据原件的认定思维上。前述三种观点虽视角各不相同,但都认同电子证据的“原件”不限于自然意义上的证据原件。由于通过与原始记录的比对完全可以确保“副本”的真实性和完整性,在证券行刑衔接机制中可以考虑对电子证据“原件”和“副本”的效力等同视之,如此即便在全案材料移送后仍然具有作出行政处罚的证据条件。^[44]

综上所述,建议证监会在执法工作中明确电子证据“副本”的有效性。这一调整主要是观念层面,由于现行立法中对电子证据并没有明确规定,不宜在部门规章或正式的规范性文件中作出明确规定。可考虑制定内部工作指引,明确“涉嫌犯罪的案件移送后,证券处罚委员会及各派出机构可以依据电子证据及其他证据材料进行案件认定并作出行政处罚,但电子证据应当充分、完整、与原始记录一致”。而行政执法机关移送后证据的效力认定以及移送后刑事司法机关需要重新取证的问题无

[43] 参见刘品新:《论电子证据的原件理论》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2009年第5期。

[44] 关于行刑衔接证据转化的建议,另参见王圆圆:《行政执法与刑事司法衔接研究——以食品安全两法衔接为视角》,中国政法大学出版社2016年版;谢登科:《论行政执法证据在刑事诉讼中的使用——基于典型案例的实证分析》,载《华东政法大学学报》2016年第4期;练育强:《行政执法与刑事司法衔接中证据转化研究》,载《探索与争鸣》2017年第4期。

需作出规范层面的调整,双轨并行模式下自然得到解决。

2. 明确移送主体为证监会处罚委,接受主体为公安部证券犯罪侦查局

目前证券行刑衔接实践中移送程序的混乱很大程度源于对接主体的不确定性。如前所述,“证监会稽查局——公安部证券犯罪侦查局或地方公安机关”“证监会处罚委——公安部证券犯罪侦查局或地方公安机关”“地方派出机构——证券犯罪侦查局分局或地方公安机关经侦部门”三种主要情形的对接主体和程序各不相同。尤其在地方层面,由于证券犯罪侦查局只在北京、上海、深圳下设了三个直属分局,虽然在管辖区域上横跨多个省级行政区划,但也很难做到与证监会各地方监管局的有效对接。^[45] 证监系统内的三类移送主体和公安机关内的多种接受主体导致实践中存在衔接不畅,也不利于实现有效监督。

在双轨并行模式下,无论在调查阶段还是行政处罚阶段,只要发现涉嫌犯罪,最终都会进入行政处罚程序。因此,移送主体宜设定为处罚委,稽查部门在调查阶段发现涉嫌犯罪以及地方派出机构在调查或处罚阶段发现涉嫌犯罪的,都应当移交处罚委,由处罚委统一移送。接受主体宜设定为公安部证券犯罪侦查局,由其在接受案件后在系统内部进行分派调整。此外,证监会系统内的移交以及向公安机关的移送行为,可以通过电子化信息平台来实现,这将进一步加强程序的规范性和便捷性。

3. 以电子化信息平台为载体落实信息共享机制

从制度功能角度出发,衔接协调机制的主要目标包括两方面:一是在处理重大、复杂、疑难案件时,加强各部门之间的沟通合作;二是形成常态化的沟通机制,在处理一般案件时降低沟通成本,提升协作效率。为此,一方面要建立针对重大复杂案件的特别协调机制,案件会商机制即可实现这一功能;另一方面是要建立常态化的沟通机制,信息共享机

[45] 目前,证监会下设33个地方监管局以及上海、深圳两个专员办,共35个派出机构。而公安部证券犯罪侦查局只下设三个直属分局:北京分局[北京、天津、河北、山西、内蒙古、辽宁、吉林、黑龙江、陕西、甘肃、青海、宁夏、新疆(含生产建设兵团)];上海分局(上海、江苏、浙江、安徽、福建、江西、山东、河南、湖北、湖南);深圳分局(广东、广西、海南、重庆、四川、贵州、云南、西藏),两个体系难以一一对应。

制应是实现这一功能的重要抓手。^[46]目前,案件会商机制可以满足特别协调的需求,其规范已经较为明确,实践中也积累了一定经验,延续现有模式即可;而联席会议机制所发挥的功能与案件会商机制存在较大重叠,且体制上的障碍很难破除,不宜耗费额外成本来加以优化。因此,本文认为宜考虑优化信息共享机制,补齐衔接协调机制的短板。

从既有实践来看,信息共享机制难以落实的主要症结是缺少便捷的运行载体,通过传统的面对面、点对点沟通方式所需耗费的成本过高,程序也过于烦琐。本文建议以电子化的信息平台作为载体落实信息共享机制,该方案有三点显著优势:一是能够大幅提升信息共享的效率,便利案件移送以及移送后证监会与公安机关的协作;二是能够应用于证监系统内部案件移交信息的沟通及存证记录,稽查部门、地方派出机构在查处过程中发现的涉嫌犯罪案件,可以通过信息共享平台移交给处罚委,提升内部案件移交的效率与规范性;三是能够为外部监督机制提供知情渠道,在信息共享系统中向检察机关开放移送案件的查阅权限,便利其进行有效监督。^[47]

4. 丰富检察机关的知情渠道,强化衔接监督机制

如前所述,证券行刑衔接的外部监督机制运行存在两点主要问题:一是多元监督主体的职能重叠导致监督责任难以落实,突出表现为监察委的设置较为冗余;二是检察院缺乏知情渠道,难以找到监督抓手。

关于第一个问题,现行规范是出于加强监督的考虑才引入了检察机关、监察机关、上级行政执法机关和本级或上级人民政府三类监督主体,检察机关负责移送立案监督、监察机关负责职务违法违规监督、上级行政执法机关和本级或上级人民政府负责行政监督的设计也具有一定的合理性。但在立法技术上需要考虑的问题是,设置多元监督主体要避免职能重合,针对同一职能领域如存在多个有权监督主体,将可能导致互相推诿无人履责或竞相履责造成冲突等问题。从实践效果来看,只要证

[46] 关于信息共享机制的建议,参见元明、刘福谦、朱荣力:《完善行政执法与刑事司法衔接机制的建议》,载《人民检察》2010年第6期。

[47] 实践中已有信息共享平台的成功案例,参见徐燕平:《开发信息共享平台提升法律监督能力——上海市浦东新区检察院关于刑事司法与行政执法信息共享的探索》,载《人民检察》2006年第12期。

券行刑衔接各相关主体在国务院的统筹协调下明确由检察机关承担主要的监督责任,则也能够避免出现监督责任难以落实的问题。因此,从短期来看,只需证监会、公安机关、监察机关、检察机关就由检察机关承担主要监督责任的问题达成一致;长期来看,可以考虑在2020年《移送规定》第14条中对检察机关和监察机关的监督职能进行更细化的安排,从规范层面解决职能重叠问题。

关于第二个问题,信息共享机制的建立将为检察机关提供重要知情渠道。随着电子化信息共享平台的建立,检察机关可以充分利用信息共享平台,督促行政执法机关将案件移送平台,同时通过平台发现犯罪线索,监督公安机关及时立案。通过此种方式,也能更好地落实《关于依法从严打击证券违法活动的意见》中关于加强最高人民检察院与中国证监会、公安部协同配合的要求。

总体而言,通过重构双轨并行基本模式,优化移送标准、折抵并罚等实体衔接规则,完善细化衔接协调、监督等一系列配套机制,应能构建起一套适应我国实际情况、最大化统一公平与效率、实现过罚相当的证券行刑衔接制度体系,进一步提升针对证券违法违规行为的惩戒效果。

(编辑:谢贵春)