

证券行政处罚与刑事制裁衔接的问题 及解决思路*

“证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究”

课题组**

摘要: 证券行政处罚与刑事制裁衔接中存在的问题主要体现在立案移送、证据的运用及认定、处理结果以及强制措施的实施等方面。产生衔接难的原因既有行政处罚与刑事制裁衔接难的一般原因,也有证券领域中的特殊原因。解决证券行政处罚与刑事制裁衔接难的指导思想应立足于证券监管要求管制权的高度集中以及证券监管要求的高度专业性,同时应以“同步协调”原则和“效率优先”的价值取向来建构我国证券领域行政处罚与刑事制裁的衔接机制。

关键词: 证券 行政处罚 刑事制裁 衔接

长期以来,困扰证券领域行政执法的一个重要问题就是行政处罚与刑事制裁的衔接问题,即在案

* 本文为上证联合研究计划“证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究”课题的部分成果。本文仅代表课题组观点,与课题组成员所在单位无关。

** 课题组由来自中国证监会行政处罚委、中国行政法学研究会和中国政法大学法治政府研究院的相关人员组成。

件审理过程中,相关违法行为涉嫌犯罪,向公安机关移送后,证券行政执法部门能否继续审理以作出相应的行政处罚?如草原兴发案、高新张铜案、江苏琼花案等9个案件,在移送公安后长期处于中止状态,这一一定程度上影响了监管执法的效率与效果。除此外,涉嫌犯罪的案件是全案移送还是部分移送?针对同一证券违法行为,行政责任与刑事责任能否同时合并适用?行政调查中取得的证据与刑事调查中取得的证据能否衔接?这些问题都是证券领域执法过程中需及时解决的问题,是惩治违法行为者、保护广大投资者的关键所在。

一、证券行政处罚与刑事制裁衔接中存在的主要问题

(一) 立案、移送过程中出现的衔接问题

虽然2006年,证监会和公安部联合下发的《关于在打击证券期货违法犯罪中加强执法协作的通知》中就两部门在追究证券期货领域中违法犯罪行为如何协作作出了规定。但是,根据对发生案件的分析,目前证券领域行政处罚与刑事制裁在衔接方面还存在诸多问题,在立案方面存在的问题主要有以下几个方面:

1. 移送及接受主体问题

根据现有的证券行政执法体制,在相关违法行为涉嫌犯罪后,证监会内能够移送的主体有调查部门、审理部门以及派出机构。调查部门,即稽查局在案件的调查阶段,如认为相关的违法行为涉嫌犯罪,应将案件移送公安部证券犯罪侦查局。审理部门,即行政处罚委员在案件的审理阶段,如认为相关的违法行为涉嫌犯罪,也应将案件移送公安部证券犯罪侦查局。派出机构,如认为相关的违法行为涉嫌犯罪,如系重大案件则上报稽查部移送公安部证券犯罪侦查局,如系一般案件则直接移送派出机构所在地公安局的经侦部门。此外,自2010年10月,证监会试点在上海证监局、广东证监局、深圳证监局3个派出机构开展行政处罚的试点工作。由于《中国证券监督管理委员会派出机构行政处罚试点工作规定》中也明确规定了“查审分离”的原则,因此,在派出机构内也会存在着调查部门、审理部门将涉嫌犯罪案件移送公安的情况。

那么,在中国证券监督管理委员会的内设机构中,就有3个部门能够将涉嫌犯罪的证券违法行为移送公安部门,这里涉及的问题是认定标准以及部门协调的问题,即如何确定相关的违法行为是否涉嫌犯罪,如果调查部门没有认定相关的行为涉嫌犯罪移送公安机关,而是将违法行为移送处罚委员会进行行政处罚,那么处罚委员会依据什么来认定相关的行为涉嫌犯罪。此外,派出机构在面对相关的违法行为可能涉及犯罪时,也面临着选择判断问题,是移送稽查局再移送公安机关,还是直接移送公安机关,目前也没有明确的规定。

除了移送主体外,接受主体也是目前存在的问题之一。基于证券市场犯罪的严重性以及所需要侦查手段的专业性,2003年12月正式成立了公安部证券犯罪侦查局,同时成立了6个直属分局。从字面意思来理解,那就是所有的涉及证券领域的犯罪都应该由证券犯罪侦查局及其分局进行侦查,证监会也自然应该将所有的涉及证券犯罪的案件全都移送证券犯罪侦查局。但事实并非如此,根据《关于公安部证券犯罪侦查局直属分局办理证券期货领域刑事案件适用刑事诉讼程序若干问题的通知》中的规定,证券犯罪侦查局直属分局只管辖5类案件,即(1)欺诈发行股票、债券案件;(2)上市公司提供虚假财会报告案件;(3)内幕交易、泄露内幕信息案件;(4)操纵证券、期货交易价格案件;(5)公安部交办的其他经济犯罪案件。这就必然涉及这样一些问题:如果一起案件涉及多种犯罪类型,既有上述证券犯罪类型,也有其他证券犯罪类型,或其他经济犯罪类型,事实上也确是如此,每一起案件几乎都涉及多个犯罪的行为,那么这时证监会相关部门就面临着移送给公安机关的哪一个具体部门的问题,是移送给证券犯罪侦查局及其分局,还是移送地方公安机关?

2. 一并移送还是分别处理问题

一并移送还是分别处理问题是指在一起案件中,多个行为人共同实施的多项行为,这些行为中既有涉及行政违法行为的,并且该行为不可能涉及犯罪;也有涉及犯罪行为,而且行政违法行为和犯罪行为有着一定的关联性。如一则案例涉及的违法行为包括股票价格操纵及非法咨询。股票价格操纵涉及《刑法》第182条“操纵证券、期货市场罪”,该案中行为人操纵股票价格运用的手段涉及抢帽子交易。由于涉及犯

罪,股票价格操纵案已经移交公安进行刑事侦查。非法咨询涉及《证券法》的第197条,即“未经批准,擅自设立证券公司或者非法经营证券业务的,由证券监督管理机构予以取缔,没收违法所得,并处以一倍以上五倍以下罚款;没有违法所得或者违法所得不足三十万元的,处以三十万元以上六十万元以下罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处以三万元以上三十万元以下的罚款”。非法咨询涉及该条款中的非法经营证券业务的行为,从现有的规定来看,该行为只是涉及行政违法行为,不涉及犯罪,因此,对于该行为只能由证监会进行查处。这样就出现了一起案件中,既有公安机关对犯罪行为进行调查,也有证监会对行政违法行为进行调查的现象。由于涉嫌犯罪的材料已移送公安机关,这种情况下就出现了一起案件中部分材料由公安机关掌握、部分材料由证监会掌握的现象。

具体调查过程中,无论是公安机关还是证监会都面临着困难。对于公安部门而言,其对股票价格操纵案部分的调查认定存在一定困难,原因有二:其一在于被移送公安部门的犯罪嫌疑人没有咨询师资格,认定其抢帽子交易存在主体是否适格的问题。其二在于犯罪嫌疑人操纵股票价格是通过咨询师非法咨询完成的,把非法咨询部分和操纵割裂开来不利于认定操纵股票价格。同样,证监会对于非法咨询部分的认定也存在困难。原因在于,离开了操纵股票价格的主体事实,难以获取充分的证券分析师涉嫌非法从事证券咨询活动的证据;如果刑事程序部分不能认定犯罪嫌疑人操纵股票价格,证监会只处罚违法情节相对较轻的咨询师,就必然会出现本末倒置及执法不公等问题。

因此,这里涉及的问题有:第一,全案移送给刑事处理,还是部分移送;第二,对于此类案件是先刑事后行政,还是先行政后刑事,还是刑事行政同时进行。

3. 移送立案后、行政行为状态问题

移送立案后,行政行为的状态问题是上一个问题的延续。不同的是上一个问题是多个行为,既涉及行政违法行为,也涉及犯罪行为,该问题是同一违法行为在涉嫌犯罪移送公安机关后,证监会如何处理的问题。

涉及这一问题的具体案例是:2005年,证监会对A上市公司违法

行为进行立案调查。2006年8月,证监会将A上市公司及董事陈某某等3人移送当地公安厅。2007年11月,当地检察院向人民法院提起公诉。2007年12月28日,证监会作出处罚决定及市场禁入决定,给予陈某某警告并处10万元罚款,认定其为市场禁入者,对其实施10年市场禁入。陈某某不服,提起行政复议,经审查,证监会予以维持。陈某某仍不服,于2008年7月向国务院申请裁决。目前国务院法制办中止了陈某某行政裁决案件的审理,人民法院尚未对该上市公司刑事案件作出一审判决。

这一问题的核心就是行政机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件时,如果该违法行为被立案,行政机关是中止,还是终止该案件的行政处罚,还是继续审理的问题。

(二) 证据运用及认定中出现的问题

证据的运用与衔接问题是行政执法与刑事司法相衔接程序性设计中的基础性因素。^[1]这主要包括以下几个方面的问题:第一,行政执法机关在将涉嫌犯罪的案件移送公安后,行政执法机关在调查过程中所获取的证据材料是否具有刑事证据的诉讼效力,即司法机关如何对待行政执法机关收集的证据;第二,司法机关在对相关的事实证据认定后,行政执法机关在进行行政处罚时如何对待;第三,对于同一行为,司法机关没有进行最后的认定,行政执法机关能否依据调查的证据进行处罚。这几个方面的问题也同样存在于证券行政处罚与刑事制裁的衔接之中,而且还较为突出。

1. 司法机关如何对待行政执法机关收集的证据

就司法机关如何对待行政执法机关收集的证据,目前存在三种不同的观点:第一种观点认为,证据的形式是必不可少的,行政执法证据和刑事证据的形式不同,行政执法证据材料是由行政执法机关获取的,没有经过刑事司法部门认定,其证据形式不合乎刑事诉讼证据的要求,所以不能直接提交法庭质证。只有经过刑事司法人员重新调取并加以转换,才能为刑事法庭所认可。第二种观点认为,行政执法中获取的证据可以直接作为刑事证据提交法庭。因为与待证事实相关联的事实就

[1] 刘艳红、周佑勇:《行政刑法的一般理论》,北京大学出版社2008年版,第182页。

是证据。行政执法机关也是依法获得材料的,有法律依据,应当对行政执法机关依法办理行政案件过程中收集证据的工作予以肯定。司法机关对于行政执法机关办理案件中收集到的证据应该当作法律规定的证据予以接收,至于能否作为刑事案件的证据,要由司法机关审查决定。第三种观点认为,对于具体证据要区别不同情况进行分析,其中有些证据,如证人证言等直接证据,在获取时难以排除提取人的主观因素,因此这些证据一般应当由司法机关重新提取后才可以作为证据来使用;而有些证据本身是一种客观存在的原始资料,如书证等,只要经过司法机关核实即可作为证据。〔2〕

当前,在证券行政执法与刑事制裁衔接过程中采取的大多是第一种观点,存在的现实问题有这样两个方面:(1)行政执法往往是一个较长的过程,重新提取,势必会耗费大量的人力物力,甚至到案件移送时,已时过境迁,证据在形式和证明效力上都对案件失去了原有的意义。(2)行政机关先已作出处罚,若对于行政处罚所依据的定案证据或关键证据,在其后的司法程序中不予认定或存在差异性认定,行政机关将面临着推翻原有行政决定的现实问题。这样,不仅行政机关的公信力难以树立,而且已趋于稳定的社会关系和渐次达致平衡的社会秩序也将再次破坏。

新修改的《刑事诉讼法》采用了第三种观点,该法第52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、电子证据等证据材料,在刑事诉讼中可以作为证据使用”。

2. 行政机关如何对待司法机关认定的证据

在证据衔接过程中出现的第二个问题就是行政机关如何对待司法机关认定的证据,这里又涉及两个小问题:一是移送司法后,在刑事程序中查明的事实和证据可否当然地作为行政机关作出行政处罚决定的依据;二是当司法程序认定的证据事实与行政执法过程中认定的事实有较大差异时,行政执法机关是否就必然要放弃执法过程中认定的事实。

〔2〕 刘艳红、周佑勇:《行政刑法的一般理论》,北京大学出版社2008年版,第183~184页。

(1)移送司法后,在刑事程序中查明的事实和证据可否当然地作为行政执法机关处罚的依据的问题在证券领域的执法过程中也是常见的问题。例如,2009年,某地方高级人民法院对顾某某证券违法违规案作出终审裁定。该高级人民法院以虚报注册资本罪,违规披露、不披露重要信息罪,以及挪用资金罪三罪并罚决定对顾某某执行有期徒刑10年,并处罚金人民币680万元。8名同案犯中除1人被判无罪外,其余7人分别被判处有期徒刑1年、缓刑两年到有期徒刑4年不等,并处罚金人民币2万元到10万元不等。根据《证券市场禁入规定》相关规定,对于严重违反法律、行政法规或者中国证监会有关规定,构成犯罪的,可以对有关责任人员采取证券市场禁入措施。对顾某某等有关违法犯罪人员,中国证监会可否根据刑事判决认定的事实、证据直接作出市场禁入措施?

(2)当司法程序认定的证据事实与行政执法过程中认定的事实有较大差异时,行政执法机关是否就必然要放弃执法过程中认定的事实?证券领域的典型案例是某上市公司虚假陈述案。

法院在判决书中认定某上市公司涉嫌犯罪的事实是:该上市公司2005年年度报告、2006年半年度报告、2006年年度报告连续披露虚假信息,并在年度报告的关键数据中虚列资产、利润,同时认定关键责任人李某2005年9月挪用上市公司资金。而中国证监会在其稽查部门调查中认定的事实,无论是具体事项还是涉及数额均差距巨大,如虚列利润一项,法院认定虚增利润上千万元,证监会认定虚减利润数万元。法院认定的事实是根据司法鉴定作出,证监会认定的事实是根据调查取得的客观证据计算得出。两种事实认定的差距具体产生在什么地方,仅从法院的判决无法得知。司法鉴定采集的数据及证明标准与证监会调查取得的事实的差异也无从比对。行政案件的最后审理,为避免听证等程序中当事人质证,证监会采用了刑事判决认定的数据,认定的责任人范围也限于刑事判决的范围。但问题是切实存在的,如何解决?

3. 行政执法机关对于涉嫌犯罪的行为,能否依据未经司法认定的证据进行处罚

这一问题就其实质而言,还是立案、移送衔接问题的延伸,即相关

行为移送立案后,行政行为状态问题的延伸,如果相关行为刑事立案后并不必然导致行政行为的中止或终止,那就必然涉及行政执法能否依据未经司法认定证据进行执法的问题,如果能够进行,那么与随后的司法认定证据如何衔接又是一问题。

(三) 处理结果中出现的衔接问题

处理结果中出现的衔接问题包括以下几个方面:

1. 同一证券违法行为的刑事责任和行政责任衔接问题

(1) 责任主体的衔接问题

责任主体上的衔接问题是指由于立法上的原因,导致了对于同一违法行为行政责任的追究主体和刑事责任的追究主体不同,这就涉及二者如何衔接的问题。以虚假陈述为例,《证券法》对虚假陈述行为实行双罚制,即不仅要对公司进行处罚,还要对公司内部直接主管责任人员和其他直接责任人员进行处罚。具体包括,发行人、上市公司、其他信息披露义务人以及发行人、上市公司或者其他信息披露义务人的控股股东、实际控制人,还包括在发行人、上市公司或其他信息披露义务人及其控股股东工作的自然人。《刑法》则对虚假陈述行为实行单罚制,排除了对相关法人的处罚,只对其内部直接负责的主管人员和其他直接责任人员进行处罚。同时,也未将发行人、上市公司或者其他信息披露义务人的控股股东、实际控制人纳入涉案主体范围。由于该违法行为的刑事法律责任主体与行政法律责任主体在范围上存在差异,如果移交司法后不再进行行政处罚,则意味着法人主体及相关责任人员行政法律责任的免除。如果案件移送司法程序后,司法判决并未追究责任主体的法律责任,行政执法也将面临质疑。行政处罚权是一种法定的行政管理权,既不能滥用,也不能随意放弃。如果对此种违法行为移交后即不再进行行政处罚,监管机构将面临社会舆论放纵违法的指责。

(2) 承担责任类型上的衔接

根据《行政处罚法》,当前违法行为人承担行政责任的处罚方式有:警告;罚款;没收违法所得、没收非法财物;责令停产停业;暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;行政拘留以及法律、行政法规规定的其他行政处罚。根据《刑法》的规定,犯罪嫌疑人承担刑事责任的制裁

方式有:主刑五种:管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑;附加刑四种:罚金、剥夺政治权利、没收财产以及驱逐出境(对于犯罪的外国人)。这样在两种责任的衔接上就会出现两种情况:一是同种类或类似处罚,如罚款与罚金以及没收违法所得、没收非法财物与没收财产等之间如何衔接的问题;二是违法行为人在承担刑事责任后,不同种类或类似的行政责任如何承担。

2. 犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任时,时间间隔很长,再作行政处罚是否还有必要

行政处罚,从一般预防的角度看,对违法行为查处越快,对社会上试图实施违法行为的人员来说,具有的警示作用越大。如果在违法行为对社会的危害性已经消失的情况下,再对违法当事人进行处罚,不仅难以收到适用行政处罚的预期效果,同时还会带来社会对行政处罚效率的质疑和不满。据统计,2003年以来,有的涉嫌犯罪的证券违法案件,从立案侦查到审结用时4年。其中有的案件,在移交司法后历经长年累月的调查,最终因为犯罪事实显著轻微不构成刑事违法,而退回证监会。此时,进行行政处罚还有无必要?

3. 移送司法,相关的司法机关作出不予追究刑事责任的决定,行政机关能否进行相应的处罚

有时,相关司法机关作出不予追究刑事责任的决定但不说明理由,行政执法机关应如何应对?涉嫌犯罪的案件移送后,地方司法机关可能受到地方势力的干扰,迫于压力无法将案件继续下去,如在相关检察机关作出不起诉决定,或者法院作出无罪的判决,但并未说明任何理由。这时行政执法机关是否能够进行相应的行政处罚,存在一定的问题。

发生在证券领域的典型案例是:安徽某公司信息披露违法违规行为分成两个部分:一是年报中虚增利润:2002~2003年度,安徽某公司以少转主营业务成本、非正常调整应收账款计提坏账准备的手段虚增利润,在2002年年度报告中做虚假记载,总计虚增利润139,475,341.38元。2003年年度报告中做虚假记载,总计虚增317,067,438.03元。二是未按规定及时披露重大事件。2004年1至9月,安徽某公司陆续向中国银行A分行借款1亿元,随即划转至其大股东飞彩集团账户,

为飞彩集团偿还债务;2004年12月,安徽某公司向浦发银行B支行借款3000万元,随即划转至其大股东飞彩集团账户,为飞彩集团偿还债务。上述重大事件,安徽某公司直到2005年3月29日才公开披露。对于如上违法事实,有相关书证、当事人陈述等证据证明。经审理,证监会认为某公司虚假陈述行为符合最高人民检察院、公安部《关于经济犯罪追诉标准的规定》第5条之规定,涉嫌构成《刑法》第161条规定的提供虚假财务报告罪,建议移送公安机关。公安机关积极配合移送,于短时间内控制了涉案当事人,并移送检察机关。检察机关审查后,决定不起诉。但是并未与公安机关说明不起诉的原因是由于证据不足而存疑不起诉,还是由于犯罪情节轻微而不起诉。

(四) 强制措施实施中出现的衔接问题

强制措施在行政执法与刑事制裁过程中的含义是不相同的。在行政执法过程中,行政强制措施是指行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。行政强制措施的种类主要有:限制公民人身自由;查封场所、设施或者财物;扣押财物;冻结存款、汇款;其他行政强制措施。^[3] 刑事诉讼中的强制措施,是指公安机关、人民检察院和人民法院为了保证刑事诉讼的顺利进行,依法对刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人的人身自由进行限制或者剥夺的各种强制性方法。刑事诉讼强制措施的种类有:拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕。可见,单纯从强制措施的含义上来看,两者之间不可能出现衔接上的问题,但是如果仅从行政强制措施的具体举措的实施上,在行政执法领域和刑事制裁过程中还是存在一个衔接协调的问题,只不过是某些行政强制措施在刑事诉讼过程中体现为侦查的手段。此外,如果一行为人被采取刑事诉讼中强制措施,如何保障他的行政执法过程中的权益也是衔接中存在的问题。

1. 行政强制措施与刑事侦查措施的衔接

根据《证券法》第180条第6项的规定,对于有证据证明已经或者

[3] 《行政强制法》第2条、第9条。

可能转移或者隐匿违法资金、证券等涉案财产或者隐匿、伪造、毁损重要证据的,经国务院证券监督管理机构主要负责人批准,可以冻结或者查封。为此,2005年12月28日中国证券监督管理委员会第169次主席办公会议审议通过了《中国证券监督管理委员会冻结、查封实施办法》,该办法于2011年5月23日修订。该办法的第21条规定:“案件调查结束后,当事人的违法行为涉嫌犯罪需要移送公安机关的,应当将冻结、查封的证据、材料一并移送。”问题是如果当事人的行为,有些涉嫌犯罪需要移送公安机关,有些不涉嫌犯罪需要行政执法机关自身继续调查处理的,此时应如何移送?此外,移送公安机关后,公安机关是否还需要重新作出冻结查封的侦查措施?

2. 在行政执法过程中,对正处于刑事诉讼强制措施中的行政相对人,如何保障他们的相关权益

违法行为人在一起案件中可能会出现多项违法行为,有些违法行为触犯刑事法律,有些则只是触犯了行政法律,而且由于刑事制裁与行政制裁不完全相同,那么违法行为人就有可能在被追究刑事责任的同时也应被追究行政责任。此外,还有一种情况是,刑事制裁宣判后继续追究违法行为人的行政责任。在这两种情况下都会发生这样的情况,那就是违法行为人在被羁押过程中,追究其行政责任时,如何保障他的相关权益,尤其是听证的权利。

有学者提出,从当今世界各国的行政程序立法来看,听证程序实际上是现代行政程序法的核心制度。例如美国的“正当程序”,其核心内容就是指行政裁决要经过“听证”。我国在《行政处罚法》中首次确立了听证制度,《行政处罚法》第42条规定:“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证和执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前应当告知当事人有要求举行听证的权利;当事人要求听证的,行政机关应当组织听证。”听证的意义和价值就是公正和民主。应行政处罚当事人的要求,给其一个陈述自己意见的机会,这种机会实质上是与行政决定有利害关系的当事人享有的、与行政机关的行政权力相对应的一种自卫权利。这种自卫权利必须借助于公开的、为法律所承认的程序形式才能发挥实际的效果。当某一违法行为相对人享有法律赋予的听证权,且提出听证申请,但其正处于强制状态,那么,行政执法部门要如何保障其听

证的权利?具体发生的案例是:C证券公司违反证券法律法规行为,包括挪用客户交易结算资金、挪用客户债券、承诺保底收益的违规委托理财等。在审理过程中,有两个当事人已经被处刑罚,处于羁押状态。《行政处罚及市场禁入事先告知书》送达当事人后,该两名当事人均提出听证申请,但因处于羁押状态,本人未参加。此外,在证监会审理的案件中,也有处于刑事强制措施状态下的当事人在送达事先告知书后,提出听证申请的。

此外,这一问题的延伸问题是,如果在刑事程序过程中,对相关事实证据已经经过了充分的质证,那么在随后进行的行政程序过程中是否有必要再对同一事实证据问题进行听证。

二、证券行政处罚与刑事制裁衔接不畅的原因

(一)行政处罚与刑事制裁衔接不畅的一般原因

1.立法上将行政处罚与刑事制裁分置于不同的部门法领域

2011年3月10日上午,全国人大常委会委员长吴邦国在十一届全国人大四次会议第二次全体会议上宣布,一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法、商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。具体而言,我国的法律体系由在宪法统领下的宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法7个部门法构成,包括法律、行政法规、地方性法规三个层次。

顾名思义,行政法就是规范行政活动的法,是有关行政权的组织和活动的国内法律规范的总称。^{〔4〕}当前,就法律层次而言,行政法共有

〔4〕 俞子清主编:《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社2001年版,第6页。

78部,^[5]主要包括了《行政诉讼法》、《公务员法》、《立法法》、《行政许可法》、《行政处罚法》、《治安管理处罚法》、《行政复议法》、《行政强制法》等法律。行政处罚也称“行政罚”,是指特定的行政主体对被认为违反行政法律规范的公民、法人和其他组织的一种制裁,是行政主体有效地进行行政管理、维护公共利益和社会秩序,保障法律贯彻实施的一个重要手段。^[6]涉及行政处罚的条款广泛的存在于各种行政法律、法规之中,证券领域的法律、法规也规定了大量的行政处罚条款,其中,《行政处罚法》和《治安管理处罚法》是就行政处罚的种类和设定、管辖和适用、决定、执行、法律责任等进行规范的法律。显然,行政处罚属于行政法这一部门法领域。

刑法,是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律,具体些说,也就是掌握政权的阶级即统治阶级,为了维护本阶级政治上的统治和经济上的利益,根据自己的意志,规定哪些行为是犯罪和应负刑事责任,并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律。刑法有广义和狭义之分。广义上的刑法是指一切规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总和,它不仅指刑法典,还包括单行刑法以及非刑事法律中的刑事责任条款(也称附属刑法)。狭义刑法是指系统规定犯罪、刑事责任和刑罚的刑法典,在我国,即指1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过、1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修改的《刑法》,此外,至2011年2月25日,全国人民代表大会常务委员会共通过8个修正案。^[7]就证券领域的刑事制裁而言,有些规定于刑法典中,有些规定于证券法律、法规中的部分条款,这些都属于广义上的刑法。因此,所有追究刑事制裁的法律,包括证券领域中有关刑事制裁的法律条文都属于刑法部门。

由于行政处罚与刑事制裁分属于不同的部门法,实施时受着不同的法律原则与规范的制约。当同一违法行为既违反行政法律规范,又

[5] 2011年3月10日15时,全国人大及常委会有关负责人就中国特色社会主义法律体系答记者问。

[6] 俞子清主编:《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社2001年版,第125页。

[7] 本部分内容主要参考高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第9页。

违反刑事法律规范,由于规制的原则与规范均不尽一致,必然就会产生衔接的问题。

2. 法律实施将行政处罚与刑事制裁分置于不同的国家机关

法律实施,即法的实施,是指法在社会生活中被人们实际施行。法是一种行为规范,其在被制定出来后实施前,只是书本上的法律,处在应然状态;法的实施,就是使法律从书本上的法律变成行动中的法律,使它从抽象的行为模式变成人们的具体行为,从应然状态进到实然状态。法律的实施服务于法律的制定,但有其自身的独立价值追求。法律本身反映了统治者或立法者通过法律调整社会关系的愿望与方法,反映了立法者的价值追求。法律的实施则是实现立法者的立法目的、实现法律的作用和前提,是实现法的价值的必由之路。此外,法的实施也是建立法治国家的必要条件。在人治社会下,法律的效力来源于掌权者的个人权威;是否实施法律,不是依据通过民主协商制定的规则决定,而是凭少数掌权者的个人意志。这种社会没有一个保证全面严格地实施法律的有效机制。法治国家的要义在于法律的权威高于个人的权威,是依法而治,而不是依人而治。^{〔8〕}

由于行政处罚与刑事制裁分属于不同的部门法,因此,实施行政处罚与刑事制裁也就由不同的国家机关来行事。^{〔9〕}根据《行政处罚法》第三章的规定,行政处罚的实施机关主要有三类:一是具有行政处罚权的行政机关,但必须在其职权范围内实施;二是法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,但只能在法定授权范围内实施;三是行政机关依照法律、法规或者规章委托的组织,但接收委托的组织只能以委托行政机关的名义实施。从《行政处罚法》的规定来看,行政处罚的实施

〔8〕 沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社1999年版,第406~407页。

〔9〕 法理学界认为法律实施的途径有三种,分别是法律遵守、法律适用和法律执行。法律的执行,是指国家行政机关及其公职人员依照法定的职权和程序,贯彻、执行法律的活动。法律的适用通常指国家司法机关根据法定职权和程序,具体应用法律处理案件的专门活动。(参见沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社1999年版,第406~413页;张中秋、杨春福、陈金钊编著:《法理学——法的历史、理论与运行》,南京大学出版社2001年版,第390~400页。)从这一分类来讲,行政处罚的实施应属于法律的执行范畴,刑事制裁则属于法律适用的范畴。但本课题不做这样的细分,只是从法律实施的角度进行论述。

主体,是指依法拥有行政处罚权,以自己的名义实施行政处罚,并且独立地承担相应法律责任的行政主体。可见,行政处罚的实施主体是拥有国家行政权的行政机关或具有公共事务管理职能的组织,具体到证券领域的行政处罚,根据《证券法》的规定,其实施的主体是1992年10月成立的中华人民共和国证券监督管理机构。

根据《刑事诉讼法》的规定:对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审,由公安机关负责;检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉,由人民检察院负责;审判由人民法院负责;国家安全机关依照法律规定,办理危害国家安全的刑事案件,行使与公安机关相同的职权;军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权;对罪犯在监狱内犯罪的案件由监狱进行侦查。从这些规定中,可以看出,刑法的实施主体主要有公安机关、检察机关、人民法院,特殊情形下的刑法实施主体还包括国家安全机关、军队保卫部门以及监狱。就证券领域的刑事制裁的实施主体,主要是公安机关、检察机关内以及人民法院,就公安机关而言,涉及证券领域的重大案件则由2003年12月成立的公安部证券犯罪侦查局及其6个直属分局进行侦查,其余案件的侦查则有犯罪行为发生地的公安机关进行。

由于行政处罚的实施机关是行政部门,刑事制裁的实施机关是司法机关,在具体实施过程中,工作人员所应遵循的理念、原则、规范均不相同,因此,当同一行为既违反行政法律规范需要接受行政处罚,又违反刑事法律规范需要接受刑事制裁时,就必然会有衔接难的问题。

3. 衔接立法的不完善

有关行政处罚与刑事制裁衔接的规定,既散见于一些法律之中,也有专门的行政法规以及规范性文件予以规范。如《行政处罚法》的第7条第2款规定“违法行为构成犯罪,应当依法追究刑事责任,不得以行政处罚代替刑事处罚”。第61条规定“行政机关为牟取本单位私利,对应当依法移交司法机关追究刑事责任的不移交,以行政处罚代替刑罚,由上级行政机关或者有关部门责令纠正;拒不纠正的,对直接负责的主管人员给予行政处分;徇私舞弊、包容纵容违法行为的,依照刑法有关规定追究刑事责任”。《刑法》第402条规定:“行政执法人员徇私舞弊,对依法应当移交司法机关追究刑事责任的不移交,情节严重的,处三年以下

有期徒刑或者拘役;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑。”

专门规定行政处罚与刑事制裁衔接的规定始于国务院于2001年4月发布的《关于整顿和规范市场经济秩序的决定》,该决定中要求,要“加强行政执法与刑事执法的衔接,建立信息共享、沟通便捷、防范有力、查处及时地打击经济犯罪的协作机制,对破坏市场经济秩序构成犯罪的,及时移送司法机关处理”。根据这一要求,国务院于2001年7月9日公布了《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》,2001年12月3日最高人民检察院印发了《人民检察院办理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》,2004年3月18日最高人民检察院、全国整顿和规范市场经济秩序领导小组办公室、公安部颁发了《关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联系的意见》,2006年1月26日最高人民检察院、全国整顿和规范市场经济秩序领导小组办公室、公安部、监察部又共同颁发了《关于在行政执法中及时移送涉嫌犯罪案件的意见》,2011年2月10日中共中央办公厅秘书局印发《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》。

从这些规范行政执法与刑事制裁衔接的法律、法规以及规范性文件颁布的时间来看,近年来,这一问题一直困扰着各级行政、司法机关,甚至已到必须中共中央发文予以规范的地步,其原因何在?仅仅从这些法律、法规以及规范性文件的文本角度分析还不够,课题组认为还有这样一些原因:

第一,原则性规定较多。原则性规定较多主要体现在规范性文件中的宣示性表述较多,具体可执行的措施较少。如2004年颁发的《关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联系的意见》中的第1条规定的主要内容是要“树立全局观念,形成打击合力”,2011年的中共中央颁发的《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》也是如此。这些原则性、宣示性的规定要落到实处,还需要各地方以及各行业根据自身的特点制定具体可操作的措施。此外,对于是否涉嫌犯罪的判断标准以及证据的衔接等方面的规定也较为原则,在实际操作中不好把握。

第二,责任追究难以落实。根据《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》中的规定,行政机关应当向公安机关移送涉嫌犯罪的案件,不

得以行政处罚代替移送,如逾期不将案件移送公安机关的,由本级或者上级人民政府,或者实行垂直管理的上级行政执法机关,责令限期移送,并对其正职负责人或者主持工作的负责人根据情节轻重,给予记过以上行政处分,构成犯罪的,依法追究刑事责任。这一规定存在这样的问题,那就是是否构成犯罪,只有法院的最后判决才能决定;在这之前,是否涉嫌犯罪的判断标准属于行政执法机关,只要行政执法机关不认为涉嫌犯罪,或者说只要行政执法机关不移送,就很难最后确定该案件构成犯罪,也就意味着行政执法机关认为该案不涉嫌犯罪是正确的。相关的责任追究也就无从谈起。

此外,监督和追究责任的主体不一致也导致了责任追究难以落实。根据《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第14条的规定,行政执法机关移送涉嫌犯罪案件,应当接受人民检察院和检察机关的监督。但是根据该规定的第16条,追究相关责任人不移送所应承担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。显然,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。而且,由于本级或上级政府,或者垂直管理的上级行政机关与行政执法机关千丝万缕联系,也很难将这种主观判断的情形去追究相关领导的责任。

第三,法律位阶稍低。虽然《刑法》、《行政处罚法》中都有关于行政处罚与刑事制裁衔接的规定,但这种规定只局限在个别条款上。国务院虽也制定了专门衔接的行政法规——《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》,但由于行政执法与刑事司法的衔接涉及司法制度的问题,国务院的行政法规的效力等级就稍嫌低了。此外,2004年颁布的《关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联系的意见》、2006年《关于在行政执法中及时移送涉嫌犯罪案件的意见》、2009年《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》等意见只能属于规范性文件,其在“法”上的效力等级自然就值得怀疑了。

(二) 证券领域行政处罚与刑事制裁衔接不畅的特殊原因

1. 证券领域行政监管与刑事侦查、审判机关在指导思想上的差异,埋下了衔接难的隐患

《证券法》第1条规定,“为了规范证券发行和交易行为,保护投资者的合法权益,维护社会经济秩序和社会公共利益,促进社会主义市场

经济的发展,制定本法”。我国证券监管的目标有四个方面:一是规范证券发行和交易行为;二是保护投资者的合法权益;三是维护社会经济秩序和社会公共利益;四是促进社会主义市场经济的发展。这四个目标从理论上分析是递进的,只要规范了证券的发行和交易行为,也就自然的保护了投资者的合法权益,而只要规范了证券的发行和交易行为以及保护好了投资者的合法权益,自然也就维护了社会经济秩序和社会公共利益以及促进了社会主义市场经济的发展。为了实现这一监管目标,《证券法》第4条规定了“证券的发行、交易管理活动,必须实行公开、公平、公正的原则”。第5条规定了“证券发行、交易活动的当事人具有平等的法律地位,应当遵循自愿、有偿、诚实信用的原则”。从这三条的规定来看,我国证券行政监管的指导思想是通过公开、公平、公正的原则来实现证券监管的目标。

从广义上来说,证券监管的措施包括了行政监管以及刑事制裁,监管的基本原则——“公开、公平、公正”等原则同样适用证券领域的刑事制裁。从狭义角度来看,《证券法》中规定的证券监管更多是指行政监管,“公开、公平、公正”等原则更多指的是行政监管应遵循的原则。刑事制裁过程中应遵循的原则是“罪法定原则”,其目标则是“为了惩罚犯罪,保护人民”。在具体的举措上就是坚持“侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使的原则”,即“对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审,由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉,由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外,其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力”。还有就是“分工负责、互相配合、互相制约的原则”,即“人民法院、人民检察院和公安机关进行诉讼,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效的执行法律”。

可见,证券领域的行政监管与刑事制裁的指导思想是不完全相同的,这种指导思想上的差异为证券行政处罚与刑事制裁衔接的困难留下了隐患。

2. 证券领域行政处罚管辖权与刑事制裁管辖权的错位,加剧了衔接难度

管辖在行政处罚与刑事制裁领域的含义不尽相同。行政处罚中的

管辖是指拥有行政处罚权的行政主体受理和处理行政处罚案件上的权限和分工。^[10] 根据行政处罚法和相关法律,行政处罚的管辖只涉及地域管辖和指定管辖。《行政处罚法》第20条规定:“行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖,法律、行政法规另有规定的除外。”第21条规定:“对管辖有争议的,报请共同的上一级行政机关指定管辖。”可见,行政处罚是由违法行为发生地的行政机关管辖。刑事制裁中管辖则和行政处罚中管辖内涵不尽相同,它是指国家专门机关在依法受理刑事案件方面的职权范围上的分工。具体到我国刑事诉讼法中的管辖,是指公安机关、人民检察院和人民法院等依照法律规定立案受理刑事案件以及人民法院系统内审判第一审刑事案件的分工制度,分为立案管辖和审判管辖。根据2007年10月25日公布的《公安机关办理刑事案件程序规定(修正)》的第14条和15条的规定^[11],除一些案件外,大多数案件由犯罪地的公安机关立案侦查。

从关于行政处罚的管辖机关和刑事制裁的管辖机关的规定来看,都是根据属地原则来确定管辖机关的,即都是由违法行为发生地或犯罪地的国家相应的机关立案查处。在这种情况下,当同一行为既触犯行政法规需要追究行政处罚,同时又触犯刑法需要追究刑事责任时,从管辖的角度来看,应不会存在衔接上的问题。

但在证券领域,更多涉及的是虚拟经济,无论是行政违法行为,还是刑事犯罪行为,其形态都和普通的违法或犯罪行为不尽相同,因此,法律上对证券行政处罚和刑事制裁的管辖作出了特殊的规定。正是由于这些管辖上的特殊规定进一步导致了证券行政处罚与刑事制裁衔接

[10] 俞子清主编:《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社2001年版,第140页。

[11] 《公安机关办理刑事案件程序规定(修正)》第14条:按照刑事诉讼法对刑事案件管辖分工的规定,除贪污贿赂犯罪,国家机关工作人员的渎职罪,国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、暴力取证、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪,监管人殴打、体罚虐待被监管人的犯罪、军人违反职责的犯罪,经省级以上人民检察院批准的国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件,以及自诉案件以外,其他刑事案件由公安机关管辖。第15条:刑事案件由犯罪地公安机关管辖。如果由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖更为适宜的,可以由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖。

的困难。

根据《证券法》第179条第1款第(七)项的规定国务院证券监督管理机构的职责之一是“依法对违反证券市场监督管理法律、行政法规的行为进行查处”,即证券领域行政违法行为的查处主体是国务院证券监督管理主体,而且是唯一主体。为了健全和完善证券执法工作,证券监督管理委员会于2010年10月26日发布了《关于派出机构行政处罚试点单位案件调查工作的指导意见》,该意见中将部分“案情简单、规则明确、影响较小、能够快速结案的自立案件”的行政处罚权授予上海、广东、深圳三家派出机构。从《证券法》和《指导意见》的规定来分析,证券行政处罚管辖的设定显然不是完全按照属地原则来确定的,其绝大多数案件的行政处罚的执法主体是唯一,即中国证券监督管理委员会。例外情况是,只有自办案件的行政处罚的管辖具有一定的属地性,即上海、广州、深圳三家试点证监局可以在本辖区内行使部分行政处罚管辖权。

证券领域涉嫌犯罪行为的立案管辖较为复杂,根据2005年2月28日发布的《关于公安部证券犯罪侦查局直属分局办理证券期货领域刑事案件适用刑事诉讼程序若干问题的通知》中的规定,五类案件由证券犯罪侦查局直属分局直接立案侦查^[12],具体的分工是:北京分局负责“北京、天津、河北、山西、新疆(含生产建设兵团)”地区的证券犯罪行为的立案侦查;大连分局负责“辽宁、吉林、黑龙江、内蒙古”地区的证券犯罪行为的立案侦查;上海分局负责“上海、江苏、浙江、安徽、山东”地区的证券犯罪行为的立案侦查;武汉分局负责“河南、湖北、湖南、陕西、甘肃、宁夏”地区的证券犯罪行为的立案侦查;深圳分局负责“福建、江西、广东、广西、海南”地区的证券犯罪行为的立案侦查;成都分局负责“重庆、四川、贵州、云南、青海、西藏”地区的证券犯罪行为的立案侦查。其他案件则还由有管辖权的地方公安机关管辖。从《通知》中的规定来看,目前证券领域的犯罪行为的立案管辖实行的是一

[12] 五类案件分别是: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;公安部交办的其他经济犯罪案件。

种不完全的属地管辖原则,管辖权的确定要根据案件的性质类型来决定。

从分析中可知,无论是证券领域行政违法行为的立案管辖,还是涉嫌犯罪行为的立案管辖,都和普通的行政违法行为以及涉嫌犯罪行为的立案管辖不尽相同,而且行政违法行为的立案管辖与涉嫌犯罪行为的立案管辖所依据的标准也不相同,这必然导致行政处罚与刑事制裁在立案衔接中存在着困难。

3. 行政案件与刑事案件在证据认定上的不同标准,导致衔接不畅

证据通常是指能够证明案情真实情况的一切事实,从相关法律的规定来看,目前在证据的种类、收集主体以及认定标准上的不同,导致了行政处罚与刑事制裁衔接上的困难。根据《行政诉讼法》的规定,行政案件处理过程中涉及的证据种类有:书证;物证;视听资料;证人证言;当事人陈述;鉴定结论;勘验笔录、现场笔录。根据《刑事诉讼法》的规定,刑事案件处理过程中涉及的证据包括:物证、书证;证人证言;被害人陈述;犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;鉴定结论;勘验、检查笔录;视听资料。从证据种类来看,行政案件处理过程中收集的证据和刑事案件处理过程中收集的证据只有一种不相同,那就是刑事证据种类中没有“现场笔录”这一证据形式。此外,行政案件中的“当事人陈述”,在刑事诉讼中被分解为“被害人陈述和被告人供述和辩解”两种证据。这种证据种类上的不同,尤其是行政机关的“现场笔录”这一证据形式是无法在刑事诉讼过程中予以认定的,这必然会在一定程度上导致衔接上的困难。

证据收集主体上的不同是指《刑事诉讼法》和《行政处罚法》等法规中对收集证据的主体有着不同的规定。《行政处罚法》第36条规定“除本法第三十三条规定的可以当场作出的行政处罚外,行政机关发现公民、法人或者其他组织有依法应当给予行政处罚的行为的,必须全面、客观、公正地调查,收集有关证据;必要时,依照法律、法规的规定,可以进行检查。”从该条的规定来看,行政案件证据收集的主体是行政机关。但这一主体收集的证据没有能够得到《刑事诉讼法》的认可。《刑事诉讼法》第43条规定“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各

种证据”。根据这一规定,在刑事诉讼过程中能够认定的收集证据的主体只有审判机关、检察人员以及侦查人员,即只有公安机关、检察机关和人民法院具有收集、调取刑事证据的权力,其他任何机关包括行政机关都不具有收集、调取刑事证据的权力。这种情况下,行政机关收集到的相关证据是不能够在刑事程序中使用的,一定程度上导致了衔接上的困难。这一现象随着此次《刑事诉讼法》的修改有了一定的改观,即“行政机关在行政执法过程中收集的物证、书证等证据材料,经过司法机关核实,可以作为证据使用”。但这只是涉及物证、书证等客观证据,对于言辞证据,如证人证言等主观证据如何衔接还是问题。

行政案件和刑事案件在证据认定的标准上也是不相同的,这种不同也是导致行政处罚与刑事制裁衔接在证据方面的困难之一。根据《行政诉讼法》第54条第1款第1项的规定,具体行政行为只要证据确凿,就会作出维持判决。而对证据确凿的具体判断标准,也就是具体行政行为的合法性标准,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第30条中的规定以及最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第57条中的规定作出了进一步的说明,那就是行政机关严重违反法定程序收集到的证据不能作为定案根据,即不能作为认定被诉具体行政行为合法的根据。这也就意味着在行政处罚过程中对行政机关在证据方面的要求之一是不能严重违反法定程序。根据《刑事诉讼法》第162条、第174条的规定,宣告被告人有罪的证据要求是确实、充分。而对于确实、充分的判断,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》的第5条第2款中的规定包括这样几个方面:(1)定罪量刑的事实都有证据证明;(2)每一个定案的证据均已经法定程序查证属实;(3)证据与证据之间、证据与事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除;(4)共同犯罪案件中,被告人的地位、作用均已查清;(5)根据证据认定案件事实的过程符合逻辑和经验规则,由证据得出的结论为唯一结论。可见,刑事案件中对于证据确实、充分的要求不同于行政案件中对于证据的要求只是不严重违反法定程序,其要求更加的严格,这种不同的要求也导致了衔接过程中的困难。

此外,在证券领域中,证据衔接方面存在的问题还涉及“专业意

见”的问题,从现有的法律规定来看,“专业意见”不是法定的证据形式,但从2011年6月23日最高人民法院《关于审理证券行政处罚案件证据若干问题的座谈会纪要》中的规定来看,专业意见是行政案件的证据形式之一,并得到最高法院的认可。该《纪要》的“三、关于专业意见”中的规定是“会议认为,对被诉行政处罚决定涉及的专门性问题,当事人可以向人民法院提供其聘请的专业机构、特定行业专家出具的统计分析意见和规则解释意见;人民法院认为有必要的,也可以聘请相关专业机构、专家出具意见”。但显然,目前“专业意见”不是证券刑事案件处理过程中的证据形式,这样,如证监会依据“专业意见”得出可能涉嫌犯罪移交时必将面临衔接困难的情况。

4. 证券监管领域的高度专业性和特殊性,造成国家机关之间的技术分歧,致使衔接不畅

证券是股票、债券等多种经济权益凭证的统称,是证明证券持有人有权按其券面所载内容取得应有权益的书面证明,是货币资金或真实资本的转化状态,是一种虚拟资本。虚拟资本的“价值”是由市场来评价或预期,它可能与真实资本的实际价值不一致,与公司的经营状况不一致,其价格的确定在相当程度上受到人们的未来预期以及市场供求关系的影响。^[13] 与实体经济的运行遵循生产、流通、消费这一过程不同的是,证券市场有着其自身的运行状态,主要反映的是证券的供求关系。由于是虚拟经济,因此,证券市场具有不同于实体市场的特殊性,那就是易受政治、经济、社会因素影响而产生大动荡,会出现获得暴利的可能而助长投机心理、虚假繁荣而导致企业过度竞争、个人收入差距拉大而引发社会不安定等问题,存在极大的风险。^[14]

证券市场的虚拟性,意味着从事这一行业的高度专业性,该市场的高风险性,则意味着它的特殊性。同样,证券市场中的违法行为也体现为专业性以及隐蔽性,因此,对于证券市场的监管也体现为高度的专业性与特殊性。如内幕交易、老鼠仓、抢帽子、违规披露、不披露重要信息、市场操纵等证券违法行为都具有很强的专业性与隐蔽性,对这些行

[13] 毛玲玲:《证券市场刑事责任研究》,法律出版社2009年版,第3页。

[14] 吴弘主编:《证券法教程》,北京大学出版社2007年版,第14页。

为的监管也必须要有很强的专业知识才能够有效。证券市场的监管包括市场行为发生前的事先制约(如入市资格)、市场行为发生时的同步制约(实时监控、及时制止违法行为)、市场行为发生后的事后制约(如定期或不定期的检查、经营财务资料的披露、违法行为的处罚)等。^[15]涉及的监督主体则既有政府行政机关,也包括了非政府的社会团体(如同业公会)和市场组织(如交易所),如违法行为涉嫌犯罪则还包括了司法机关。

由于涉及高度的专业性,那么不同的监督主体之间对于同一违法行为的判断就可能基于自身对于专业的把握不同而产生一定的差异,如上文对于某一上市公司处罚的案例中就反映了这一情况。中国证监会在其稽查部门调查中认定的事实,无论是具体事项还是涉及的数额均与法院的认定有着巨大差距,如虚列利润一项,法院认定虚增利润上千万元,证监会认定虚减利润数万元。可见,由于高度专业性与特殊性,造成证监会与法院之间的技术分歧也是当前证券领域行政处罚与刑事制裁衔接困难的原因之一。

5. 地方利益对证券领域案件处理的影响

与一般的行政处罚与刑事制裁衔接困难不同的是,证券领域行政处罚与刑事制裁衔接困难的原因之一还在于地方利益对于证券刑事制裁的影响。

我国上市公司大多是由国有企业转制而来,历史原因造成了国有股占主导地位的股权结构,又由于国企改革的不彻底,导致了目前上市公司的政企关系没有完全理顺,更由于国有股的“一股独大”,不少地方政府将其控制的上市公司看作自己的附属机构,地方政府与上市公司的关系非常密切,如现任贵州茅台酒股份有限公司董事长袁仁国的另一个身份是贵州省委委员,现任宜宾五粮液股份有限公司的董事长则由前宜宾市副市长唐桥担任。可见,在这种情况下要想让地方政府追究上市公司及其主要负责人的违法犯罪行为是极其困难的。此外,还有一重要原因也导致了地方政府尽力维护上市公司的各种合法、非法利益,那就是官员的考核评价机制。自20世纪开始我国的经济分权

[15] 吴弘主编:《证券法教程》,北京大学出版社2007年版,第321页。

伴随着的是政治集权,晋升激励使得地方政府有着非常强的动力促进地方经济的快速发展。对于地方政府而言,通过属于当地的上市公司从资本市场获取资源非常有利于地方经济的发展。^[16] 在这种情况下,也很难让地方政府去真正的追究上市公司的各种违法犯罪行为。

现有的证券监督执法体制已考虑到了地方政府对于证券监管、违法行为查处的影响。1997年8月,国务院决定将上海、深圳证券交易所统一划归中国证监会监管,同年11月,中央召开全国金融工作会议,该会议决定对地方证券监管部门实行垂直领导,由中国证监会统一领导,不受地方政府管辖,随后,这一体制也得到了《证券法》的确认。此外,为了防止证券领域的犯罪侦查行为受到地方政府的影响,2002年5月,中央机构编制委员会办公室批复公安部成立证券犯罪侦查局,该局于2003年12月正式成立,并在北京、大连、上海、武汉、成都和深圳六地派驻直属分局,实行垂直管理体制,分局直接对公安部证券犯罪侦查局负责,其人事、财务及业务工作均由公安部证券犯罪侦查局领导管理,与地方政府没有任何关系。

根据现在的刑事诉讼体制,证券违法行为涉嫌犯罪,其中“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”四类案件由公安部证券犯罪侦查局及直属分局直接侦查,一定程度上防止了地方政府的干预。但是,在侦查过程如需要逮捕还必须移送犯罪地或犯罪嫌疑人所在地的人民检察院批准;同样,侦查终结也必须移送犯罪地或犯罪嫌疑人所在地的人民检察院审查决定是否提起公诉。人民检察院认为直属分局移送的案件,犯罪事实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任的,应当依照《刑事诉讼法》有关管辖的规定向地方人民法院提起公诉。由于地方人民检察院的检察官和地方人民法院的法官是由地方人大产生,各种经费大多纳入地方财政,这种情况下,人民检察院与人民法院的司法活动完全不受地方控制也是不现实的。因此,在追究证券违法犯罪行为的后两个程序时必然会受到地方政府的的不当的干涉。这也就是上文所提到的安徽某上市公司信息披露违法违规行为,公安

[16] 章轶生:“证券监管、地方政府与投资者保护”,载《财政研究》2008年第11期。

机关积极配合移送,于短时间内拘留了涉案当事人,并移送检察机关。检察机关审查后,决定不起诉的原因之一。因此,导致证券领域行政处罚与刑事制裁衔接困难的原因之一还在于地方利益对于证券刑事裁决的影响。

三、解决证券行政处罚与刑事制裁衔接的指导思想、原则与价值取向

(一) 指导思想

1. 证券监管要求管制权高度集中

证券监管的管制权高度集中,是由证券场所承载的功能所决定。证券市场是证券供求关系和交易网络的总称,是筹资者和投资者的桥梁,通过证券市场的直接信用方式,吸纳社会闲散资金,即可满足企业扩大经营规模和国家平衡财政收支对大量资金的需求,又可满足社会公众投资获利、积累财富的需要。^[17] 从这一概念中可以看出,证券的市场的功能具有三个方面:第一是资源配置功能;第二是宏观调控功能;第三是投资者权益增值功能。首先,证券市场通过调节资金投向的渠道,通过企业之间的合理竞争、优胜劣汰,使信誉良好、业绩可靠、发展前景良好的企业获得资金的支持,从而实现资源的优化配置功能,同时也能促进企业深化改革创新、增强其市场竞争的能力。其次,证券市场是国家实现宏观调控和维护市场秩序的重要平台,一方面国家通过证券市场进行公开市场业务操作,实施货币政策对宏观经济进行调控;另一方面通过证券市场的反应,能够及时把握各项经济政策是否有效,观测经济的走势和存在的问题,这样就可以及时采取促进经济健康持续发展和保障市场安全稳定的措施。最后,投资者是证券市场繁荣的根本,投资者的权益只有不断增值,其才能有更大的意愿参与交易,才会促进证券市场的繁荣。反之,如果投资者权益得不到增加,反而不断缩水,投资者参与的意愿必然减弱,相应的证券市场也得不到发展,因

[17] 吴弘主编:《证券法教程》,北京大学出版社2007年版,第13页。

此,证券市场的一个重要功能也就是促进投资者权益的不断增值。

证券市场这些功能的发挥离不开有效的监管,由于这些功能的实现,无论是资源的合理配置,还是宏观调控,以及投资者权益的增值,都不是某一地方政府或者某一行政部门监管以及几个部门联合管理所能实现的。要促使资源的真正合理配置以及有效的实施经济的宏观调控,都必须立足于全国市场的视角,以防止地方和部门的利益的干扰和阻碍,这样就非常有必要建立全国统一的、集中的、独立的证券市场监管体系。由于证券市场的高风险性以及高流动性,也使得投资者权益的保护需要一个集中的、统一的监管机构,以防止各种不法行为侵犯投资者的权益。因此,要使得证券场所承载的功能得到真正有效的发挥,就必须要建立全国集中、统一的监管制度。

此外,从30年来我国证券市场监管制度的发展历程来看,监管体制也是一个从分散到集中的发展过程,即集中的监管体制是历史发展的必然要求。我国证券市场渊源于改革开放之初,1980年国家开始发行国库券,随后一些企业,如上海飞乐等先后发行股票。由于股票的发行,活跃了金融市场,为此,20世纪80年代中期,不少地方政府为了规范和促进股票市场的发展颁布了一些管理规定。1986年《银行管理条例》颁布,中国人民银行作为国务院管理全国金融事业的最高国家机关,负责兼管证券市场的发行和交易。因此,在20世纪80年代中期之前,证券市场的监管体制在中央层面是中国人民银行兼管,在地方则是各级人民政府担负着监管重任。客观地讲,这样的监管体制在证券市场的发展之初是有着一定的积极意义的:对于地方政府而言,通过证券市场的建立来搭建融资平台,对于经济的繁荣发展起着很大的促进作用,因此,部分地方政府有着极大的动力发展证券市场;对于中国人民银行而言,作为证券主管部门有利于社会资金统一调度以实现宏观金融统一,这为我国创建和培育新兴的证券市场发挥了积极的作用。但是,这样的监管体制其弊端也使显而易见的,导致了债券发行不规范,股票乱集资现象严重,黑市猖獗等非法现象频繁发生。

1992年12月,根据国务院《关于进一步加强证券市场宏观管理的通知》,成立了国务院证券委和证券监管机构作为证券市场的监管机构,初步实现了证券监管权力从地方向中央的集中。但是,这一集中还

不彻底,只是初步体现为地方向中央的集中,在中央层面还存在着多头管理的现象。首先,地方政府对证券市场还具有一定的监管权力,这主要体现在两个方面:一方面是沪、深证券交易所有当地政府归口监管,证监会实施监督;另一方面是地方证券监管机构由地方政府直接领导,证监会实施监督。其次,中央层面的多头管理也反映了集中的不彻底性,这一时期国务院部委中涉及证券监管的部门达6个之多,具体分工是:国务院证券委是国家对证券市场进行统一宏观监督的主管机构,负责拟定有关证券方面的法律、法规草案,研究制定有关政策方针,指导协调各地区、各部门有关证券市场的工作;证券监管机构是证券委的监管执行机构,负责对证券的发行、交易、经营等实施全面监管;国家计委根据证券委的计划建议进行综合平衡,编制证券计划;人民银行负责审批和归口监管证券经营机构;财政部归口监管注册会计师和会计师事务所;国家体改委负责拟定股份制试点的法规并组织协调有关试点工作。随着市场的发展,这种多头管理体制越来越暴露出职责不明、权威性差、政出多门、条块分割,政府包办、淡化自律等问题,^[18]因此集中统一的监管体制的建立也就势在必行了。

1998年颁布的《证券法》适应证券市场的需要,在证券监管体制的改革上采取了大的举措,从而奠定了我国目前管制权高度集中的监管体制。现有的监管体制关于监管权的集中主要体现在:第一,明确国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一的监督管理,除国家审计机关依法对证券交易所、证券公司、证券登记结算机构以及证券监督管理机构进行审计监督外,其他国家机关均不享有监督管理证券市场的权力。第二,地方证券监管机构性质上属于证券监督管理机构的派出机构,统一归国务院证券监督管理机构直接领导,按照授权履行监督管理职责。这样设置地方证券监管机构有两方面的好处:一是实现了全国证券监管权力的高度集中;二是使得地方监管机构超脱于地方政府,摆脱地方利益的影响,以有效实施监管。第三,在国家对证券发行、交易活动实行集中统一监督管理的前提下,依法设立证券业协会,实行自律性监督。

[18] 吴弘主编:《证券法教程》,北京大学出版社2007年版,第325页。

从分析中可知,无论是基于证券市场功能发挥的现实需要,还是从我国证券监管历史的发展变化来看,高度集中监管权的制度设置是证券市场健康发展的必然要求。这样的高度监管权,既包括证券领域许可权的集中,也包括了处罚权的集中,处罚自然包括了行政处罚与刑事制裁。因此,在设置行政处罚与刑事制裁衔接制度时一定要充分考虑到证券监管需要的是监管权的高度集中。

2. 证券监管要求高度的专业性

证券是股票、债券等多种经济权益凭证的统称,是长期资金的需求者公开发行的由投资者购买,且具有对一定收入享有请求权的投资凭证,是货币资金或真实资本的转化状态,是一种虚拟资本。由于证券是一种虚拟资本,那么反映证券供求关系和交易网络的证券市场也就必然是一种虚拟市场。由于是虚拟市场,那么其运行的方式以及规则就与实体市场有着巨大的区别,在这一市场运行中的合法行为与违法行为同样与实体市场有着巨大的区别,尤其是违法行为,其与实体市场的普通违法行为相比,具有以下一些特殊方面:

首先,违法行为的主体范围广泛,而且多为共同行为。

证券违法行为的主体几乎涵盖了这一市场中的所有参与者,具体包括发行人、上市公司及其董事、监事、高级管理人员,证券经营机构,证券登记结算机构,投资基金管理机构、投资咨询机构及其执业人员,从事证券业务的会计师事务所、律师事务所以及资产评估机构等中介服务机构及其执业人员,并且某一违法行为的发生大多是这些主体共同实施的结果。根据2007年至2009年证监会所作出的行政处罚的统计,其中上市公司及高管占所受处罚主体的44.14%,上市公司股东占所受处罚主体的15.17%,证券经营机构占所受处罚主体的13.10%,中介机构占所受处罚主体的15.52%,其他机构和个人占所受处罚主体的2.07%。^[19]可见,违法行为的主体范围广泛。

国家为了规范上市公司的行为,防止其违法,往往赋予一些专业机构,如律师事务所、会计师事务所以及资产评估机构等一定的职能,对拟上市公司和上市公司的诉讼状况、财务以及资产等进行评估,以确保

[19] 具体数据来源于《证券行政处罚案件统计分析报告(2007~2009)》。

上市公司的信息披露以及其他证券行为的真实合法。这样拟上市公司和上市公司的行为由于有专业机构和专业人员的监督,就不容易出现证券违法行为。这带来的后果就是,发行人和上市公司要想在证券发行、交易中违规、违法操作就少不了这些专业机构和人员的配合。因此,证券市场中的违法行为不仅仅涉及的主体较多,而且往往都是这些主体共同实施完成的。

其次,违法行为表现形式多样,并具有很强的隐蔽性。

在我国新兴加转轨的证券市场中,任何法律禁止的行为都可能发生,从证券发行、交易、信息披露到公司的收购重组等各个领域都曾发生过违法行为,可以说违法行为贯穿于证券市场运行的各个不同的环节之中。根据统计,2007年至2009年间,证券市场中发案率较高的违法行为就有信息披露违法(包括虚假陈述与信息披露违规)、券商等机构违规经营、市场操纵、内幕交易和非法证券经营活动等,其中信息披露违法行为占全部案件的51.87%、券商等机构违规经营占全部案件的13.9%、市场操纵占全部案件的8.56%、内幕交易占全部案件的3.74%。^[20]可见,违法行为表现形式多样。

由于上市公司的股票上市、转让以及资产重组等具有很强的专业性,需要法律、经济、会计等方面的专业知识,还有一系列的规则予以约束,一般投资者很难把握。因此,这类违法行为往往披着合法外衣,如会计报表是经过专业的注册会计师反复调整各种财务数据做出来的,从表面上看全部符合会计规则,只有具有一定的专业知识的内部人士才能知道报表的真实状况。可见,我国证券领域的违法行为的隐蔽性极强。

最后,违法行为的受害人数量巨大,并且所涉金额巨大。

证券市场中的违法行为还有一重要特点就是受害人数往往数量极大,并且所涉金额巨大,这是由证券市场的特点所决定的。由于绝大多数证券违法行为针对的对象往往是不知真相的广大中小股民,因此这就导致了违法行为所侵害的主体往往数量庞大,并具有不特定性以及无意识性。由于证券违法主体的目的性极强,即利益的巨大化,因此,上市公司一旦实施违法行为往往数额巨大。由于为广大投资者提供证

[20] 具体数据来源于《证券行政处罚案件统计分析报告(2007~2009)》。

券交易服务的证券公司遍布全国各地,上市公司的投资者具有广泛的公众性,现在证券交易大都采用全国联网的电脑撮合买卖委托,使得数以亿计的资金能在以秒计的时间内完成交易。^[21]

从分析中可知,与一般的违法行为相比,证券市场中的违法行为不仅仅所涉数额巨大、受害人数众多,而且违法行为的表现形式多样,专业性、隐蔽性都极强,因此,要及时的防范并打击这些违法行为也必须具备很强的专业性,即证券监管要求高度的专业性,这自然包括了对证券违法行为实施行政处罚与刑事制裁以及两者之间衔接的专业性要求。

(二) 制度建构的原则——同步协调

“同步协调”原则即指同一违法行为既要适用行政处罚,又要适用刑事制裁。课题组之所以认为应采用“同步协调”的原则作为建构我国行政处罚与刑事制裁衔接的基本原则,其理由有以下几个方面:

1. “同步协调”原则与现行法律不相违背

就法律层面而言,目前我国涉及行政处罚与刑事制裁衔接的法律是《行政处罚法》、《刑法》以及《刑事诉讼法》。《行政处罚法》涉及的条文有4条:第7条的第2款“违法行为构成犯罪,应当依法追究刑事责任,不得以行政处罚代替刑事处罚”。第22条“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”。第28条“违法行为构成犯罪,人民法院判处拘役或者有期徒刑时,行政机关已经给予当事人行政拘留的,应当依法折抵相应刑期。违法行为构成犯罪,人民法院处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金”。第38条“调查终结,行政机关负责人应当对调查结果进行审查,根据不同情况,分别作出如下决定:……(四)违法行为已构成犯罪的,移送司法机关”。

《刑法》涉及的条文是第37条和第402条:第37条的规定是“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚,但是可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分”。第402条的规定是“行政执法人员徇私舞弊,对依法应当移交司法机关追究刑事责任的不移交,

[21] 吴弘主编:《证券法教程》,北京大学出版社2007年版,第360页。

情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑”。《刑事诉讼法》涉及的条文是第142条第3款,该款的规定是“人民检察院决定不起诉的案件,应当同时对侦查中的扣押、冻结的财物解除扣押、冻结。对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的,人民检察院应当提出检察意见,移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将处理结果及时通知人民检察院”。

从这些条文的规定来看,可以分为两类:一类是行政处罚过程中,涉及犯罪应如何处理;另一类是刑事制裁过程中,不构成犯罪但需要接受行政处罚时应如何处理。虽然在《行政处罚法》中明确规定了违法行为构成犯罪的,行政机关必须将案件移送司法机关,不得以行政处罚代替刑事制裁,《刑法》和《刑事诉讼法》也只是规定了不构成犯罪的情况下追究行政责任的具体做法,似乎在行政处罚与刑事制裁之间只能选择一种,但是从《行政处罚法》第28条中关于行政拘留与有期徒刑和拘役以及罚款与罚金可以相互折抵的规定来看,法律允许对于同一种违法行为同时施以行政处罚与刑事制裁。

2. “同步协调”原则与现行理论不相冲突

与“同步协调”相对立的是“选择适用”的主张,该主张最主要的理由就是同作为公法上的责任形式,行政处罚和刑事制裁在法的限制与促进机能上,二者的价值功能是类似的,因此,当同一不法行为同时触犯行政法规范和刑法规范,需要同时接受行政处罚与刑事制裁时,只能选择一种,否则不符合处罚经济的原则,也可能导致不当牺牲个人权利。对此,课题组认为,行政处罚与刑事制裁都是属于公法上的两种责任形式,具有一定的同质性,但是必须要承认的是两者之间的区别也是显而易见的,无论是处罚的实施机关、责任主体以及种类都有很大的不同。因此,当一违法行为同时触犯了行政法律规范和刑事规范,就必须接受两种责任形式,即行政责任和刑事责任。但是由于两者之间具有一定的同质性,都是不法行为人因不法行为向国家承担的责任,因此,两者之间具有折抵的可能性,这也就是《行政处罚法》第28条规定的理论基础,同时也可以说明为什么民事责任与行政责任、刑事责任不可能存在折抵的问题的原因所在。此外,不能因为考虑处罚的经济原

则而放弃本应追究的各种责任,否则对于相关的国家机关来讲,就是一种失职行为。而对于公民权利的保障问题,应考虑的是其违法行为应与承受法律责任相对应,这也是社会公平正义的需要,不存在双重处罚以侵犯其合法权益的问题。

3. “同步协调”原则能解决现实中存在的问题

虽然在制裁种类上行政处罚与刑事制裁具有一定的同质性,但并不是完全相同,事实上也不可能完全相同,尤其是在能力罚或曰资格罚方面,行政处罚的方式与刑事制裁的方式就有着较大的不同,如行政处罚中的责令停产停业、暂扣或者吊销许可证或执照,刑事制裁中的剥夺政治权利等。因此,对于同一违法行为,如果只能适用其中一种处罚方式,那就极有可能发生某一法人的违法行为虽然已接受了刑事制裁,但由于没有采取责令停产停业以及吊销许可证等行政处罚措施,其相应的生产还能继续进行。所以,对于同一违法行为同时适用行政处罚与刑事制裁两者方式也是及时、有效解决现实中存在违法行为的需要。

4. “同步协调”原则的实施方案选择

最后,在“同步协调”原则的具体实施中又可分为四种状况:第一种是刑事制裁先行,待刑事处理好后再施以行政处罚;第二种是行政处罚先行,待行政处罚后再移交司法进行刑事制裁;第三种是刑事制裁与行政处罚分别独立进行调查以及实施制裁;第四种是行政机关与司法机关先立案的先处罚,然后再行移送。由于不同的执法领域所追求的价值目标不尽相同,因此,具体选择哪种模式也是不尽相同。就证券领域的行政处罚与刑事制裁的衔接,笔者认为应以效率优先为原则,采取先立案、先调查、先处罚,涉嫌犯罪采取移送而不停止调查及处罚的形式建构行政处罚与刑事制裁衔接的机制。

(三) 制度建构的价值取向——效率优先

从哲学意义上讲,价值指的是客体与主体之间的一种特定关系,是客体(各种物质的、精神的、制度的对象)能够满足主体生存和发展需要的一种性能。在这一范畴之下,法律的价值,即法律作为客体对于主体人所体现出来的法律上的积极意义或有用性,这种积极性或有用性

体现为秩序、自由、公正以及效率等方面。^[22] 效率的基本含义是：从一个给定的投入量中获得最大的产出，即以最少的资源消耗取得同样的效果，或以同样的资源消耗取得最大的效果。法律的效率价值体现之一就是确认、保护、创造最有效率的经济运行模式，使之容纳更多的生产力，每个国家，每种社会制度都有其经济有效运行的最佳模式。就我国当前的社会发展状况而言，最佳的经济运行模式就是社会主义市场经济体制。通过市场把生产者和经营者置于自由竞争的地位，为他们施展才能创造场所，同时也使资源能够从低效率利用转向高效率利用。因此，就当前我国涉及维护市场经济秩序的法律制度而言，其价值取向应是以效率为优先进行设置。

作为金融市场一个重要组成部分的证券市场是我国社会主义市场经济不可缺少的一个重要方面，通过证券市场，一方面可以有效地调节资源从低效率利用企业向高效率利用企业流转，以促进企业深化改革、增强市场竞争能力；另一方面国家通过证券市场可以有效地实施宏观调控，以维护正常的市场经济秩序。可见证券市场的内在的价值就是效率，因此，作为维护证券市场的法律制度的设置，其价值追求的目标也自然应是效率。此外，在当前的证券市场中，以效率作为证券市场法律制度设置的价值取向还与证券市场中的违法行为有着密切关系，当前，我国证券市场中的违法行为不仅所涉数额巨大、受害人数众多，而且违法行为的表现形式多样、专业性、隐蔽性都极强，为了保护受害人的合法权益，维护正常的证券市场制度，就必须要及时有效地打击违法行为，效率就体现的尤其重要。不仅我国证券市场如此，美国证券市场监管同样强调效率的价值，在一篇专门调查投资者意识的文章中，作者提到：“再没有比新世纪的投资者们更需要保护的，天真、信息闭塞、毫无防备的社会大众，需要对违法者给予快速、高效、严厉的惩罚。”^[23] 因此，作为证券市场监管制度中的证券行政处罚与刑事制裁都应效率作为价值追求之一，两种处罚之间的衔接自然也应以效率作

[22] 张中秋等编著：《法理学——法的历史、理论与运行》，南京大学出版社2001年版，第238～240页。

[23] See Frank Musero, *Surveyt Says: Investors Get Downgraded, IPO Repr.*, Aug. 13, 2001.

为主要的价值追求。

此外,笔者所主张的法律的效率价值不是以牺牲公正作为代价的,事实上公正与效率之间绝不是一种此消彼长的负相关关系,即高效率是以牺牲公正为代价。法律资源配置是将权利和义务、权力和责任在法律主体之间进行分配、组合和协调的过程,效率和公正既是法律资源配置的价值取向,又是对配置结果的一种评价。一方面,效率和公正常与社会目标及其阶段宗旨(稳定或发展)联系在一起,追求稳定易强调公正,追求发展则常常强调效率;另一方面,效率和公正是一种利益比较的结果,并非截然对立而不相容,追求或放弃公正亦非必然造成低或高的效率状态,追求或不追求效率也并非导致不公正或公正的效果。事实上,效率和公正是内在统一的,没有公正的效率只能是皮鞭下的效率和饥饿压力下的效率;没有效率的公正只能是一种乌托邦式的公正,^[24]即迟来的正义还是正义吗?

具体落实到证券监管领域,则更体现为这种效率与公正的内在一致性,即只有迅速及时地打击证券领域的各种违法行为,才能使各方利益主体的合法权益得到维护,尤其是广大中小股民的合法权益才能得到及时有效的保护,也才能实现法律上实质的正义。针对证券领域的违法行为,行政处罚与刑事制裁各有优劣,行政处罚的优势更多体现为及时,刑事制裁的优势更多体现的是严厉。只有及时地打击制止各种违法行为才能及时维护相关主体的合法权益,同样只有严厉的处罚违法犯罪分子,通过刑罚的手段使其不敢或没有能力再做出相关的违法行为,从而达到维护证券市场秩序的目的。因此,在具体设置证券领域行政处罚与刑事制裁衔接时,在“同步协调”原则的基础上,首先需要的是迅速打击违法分子,使其丧失违法能力,以及时维护市场秩序和各方主体利益;涉嫌犯罪的移送司法机关,根据情节轻重,施以刑罚处罚,但不应中止相应的行政调查以及处罚。这就是效率与公正原则的内在的有机统一。

[24] 张中秋等编著:《法理学——法的历史、理论与运行》,南京大学出版社2001年版,第263页。