

中国应确立何种金融检察政策?

——基于宽严相济理念的思考

林喜芬

(上海交通大学 凯原法学院, 上海 200240)

摘要:宽严相济理念对西方金融犯罪的治理主要体现为两个维度:刑事实体法层面,量刑严苛,旨在威慑;刑事程序法层面,司法是否积极介入金融犯罪案件较为审慎,同时习惯采用辩诉交易或暂缓起诉的追诉策略。在我国,宽严相济理念之内涵及外延还存在一些争议。未来宽严相济理念对我国金融犯罪的治理,不仅应谨防严控理念与运动执法的短路相接,也应正确区分刑民纠纷界限,“抓大防小”,而且有必要借鉴“实体严苛、程序灵活”的策略。

关键词:金融检察;刑事政策;宽严相济;金融犯罪

中图分类号:DF438 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2013)05-0026-07

一 西方国家的宽严相济刑事政策:两个维度

宽严相济之刑事政策,又称宽严并进之刑事政策,乃是严厉刑事政策与和缓刑事政策的综合。在西方世界,该刑事政策是英美等发达国家自 20 世纪 80 年代以来在面临高犯罪率的社会现状时,逐渐发展出的一种两极分化的刑事处理方式。它主要强调两个方面:一方面,当犯罪者进入刑事司法系统时,区分严厉或和缓两种截然不同的处理态度以及相对应的处遇流程。另一方面,将犯罪者分为两类:一类是需要集中打击火力给予严厉制裁的类型;另一类则是尽量借由审前转化或审后的自由刑替代方案,尽可能地将犯罪者排除在刑事审判体制或监狱之外。

从政策起源上讲,宽严相济的刑事政策之所以在西方尤其是英美法系国家中兴起,主要是基于以下几个重要因素。第一,晚近欧美社会的犯罪率激增,尤其是暴力犯罪、毒品犯罪等严重犯罪大幅度上升,社会治安恶化,民众对于犯罪的集体性恐惧增加,由此,民众

也要求严惩犯罪,这使刑事政策的设定也必须顺应和调整“强硬对待犯罪”的民意。第二,对犯罪强硬的后果使监禁率不断提高,监狱人满为患,这对一国的司法财政而言乃是一个相当沉重的负担。要缓解国家财政恶化的问题,就必须将强硬打击的犯罪集中在犯罪行为凶残、犯罪倾向严重的行为人身上,而其他尚有挽回余地的犯罪人应尽量以节约司法资源的方式,在司法程序中(如刑事和解、恢复性司法等)或刑罚执行上(如假释、罚金、社区劳动等)寻求替代机制。

当然,这仅仅是宽严相济刑事政策在实体法层面的表现特征。除此之外,宽严相济刑事政策在程序法层面的表现特征也同样值得重视。

在西方的刑事司法语境中,正当程序与司法成本一直以来都是互相博弈且相互并存的一对关键词。对于正当程序这一层面,体现出严格司法的一面,对于严重犯罪案件中被追诉人,国家不仅应充分尊重其基本人权,而且应给予其公正审判和正当程序的待遇。这

收稿日期:2012-11-15

基金项目:本文受笔者主持的上海市浦江人才计划“论经济转型期的金融检察职能之优化——基于上海区域的实证考察”(项目编号:13PJC074)资助。

作者简介:林喜芬(1982—),男,天津静海人,法学博士,上海交通大学凯原法学院副教授,上海市人民检察院法律政策研究室副主任。

势必要耗费大量的国家司法资源,导致大量案件积压与久拖不决,因此,对于司法成本这一层面,就主要从轻微刑事案件上着眼。一来,侦查机关有一定的立案选择权。例如,德国刑事诉讼法虽然规定了侦查法定原则。德国刑事诉讼法第一百五十八条、一百六十条和一百六十三条规定,一旦有犯罪行为的嫌疑时,警察应当接受对犯罪行为的告发、告诉和启动侦查程序。但实际上对于一些案件,警察往往不履行这个法定义务,如在家庭、朋友或者邻居等社会亲近范畴内发生了轻微的身体伤害、强迫或者侮辱情况的时候,警察往往是拒绝受理告发的。这是因为,面对这类情况,警察不怎么视自己为一个犯罪行为追究机关,而更视自己是一个调解、安抚部门,它不愿意启动程序,以免进一步加深争执^[1]。在这里,警察作出决定的依据主要就是国家刑事政策。二来,检察机关有充分的起诉裁量权。例如,在美国司法实务中盛行着辩诉交易机制,美国刑事案件的大约90%以上是由控辩双方协商后,不经正式庭审而结案的。其中,以纽约市为例,纽约市1990年犯重罪而被逮捕的有118000人次,其中64000人在侦查阶段就作了辩诉交易处理,占54.24%;有54000人是按辩诉交易解决的,占83.33%;5000人因证据不足而撤销案件,占9.26%;仅4000人按正式程序开庭审判,占7.41%^[2]¹⁰。在英美法系以外,德国等传统大陆法系国家检察机关的不起诉裁量权也呈逐渐扩张之势。事实上,正是因为这些轻微罪处理机制降低了大量的司法耗费,从而使得严重刑事案件的正当程序变得如此“从容”。

二 西方宽严相济刑事政策对金融犯罪的治理

金融系以货币作为交换媒介进入总体经济活动,尤其是在信用发达的时候,各种金融工具加速运转,使得其影响更为深远,它不但与个人发生关系,而且与家庭、工商企业、甚至国家的关系也密不可分。现代社会中若缺乏金融,其经济发展必将僵化,缺乏活力,更无法期待其安定繁荣。现代西方经济的重要支撑之一即是金融业的发展和发达。同时,西方国家也更早地经历了并继续经历着金融犯罪所带来的金融风险。因此,如何应对金融犯罪?尤其是在刑事政策上有何特征?殊值探讨。经过梳理,笔者认为,以美国为典型的西方国家在金融犯罪治理的刑事政策上表现出较典型的特征,甚至可以说,是宽严相济刑事政策的一种独特应用,即刑事实体法严苛、刑事程序法灵活。

1. 刑事实体法的严苛惩罚

第一,在实体法层面,域外金融犯罪领域的宽严相

济主要表现为量刑方面的严苛化^①。由于金融不法行为(如内幕交易、挤油交易等)具有隐蔽性强、不易发现、不易侦查的特点,因此,对金融不法行为(包括金融犯罪)的处理就天然地带有惩罚性特征,以减少不法行为者攫取暴利的利益驱动,弥补投资者、受害者的过度损失,同时体现国家惩治金融不法行为的效能。例如,因为只有1/3内幕交易案件被调查,所以,一旦违法者被追究,被要求给予三倍损害的赔偿,就可能是合理的。也正是基于此,美国在《内幕交易惩戒法案》(1984)、《内幕交易与证券欺诈执行法案》(1988)中均规定,内幕交易违法者除了返还不法利益之外,还应上缴不法牟利三倍的罚款^②。对此,Edward D. Cavanagh也曾针对违反信托法的不法行为指出,在实际对等的损失之外,对不法行为者施以惩戒性的处罚,这之所以是必要的,主要是因为很多违法很难被发现,也很难侦破^[3]。

第二,在实体法层面,域外金融犯罪领域的宽严相济主要表现为威慑,而非惩罚。从金融犯罪的影响来看,当一个重要公司因金融诈骗而导致数以千计的人失业或破产时,在公众意识中,一定会希望该公司或该公司管理者对此负责。正如一些学者指出的,“事实上,如果仔细观察政府与市场的互动关系,不难发现,通过使用刑事手段来管制商业行为已经形成一般潮流,其结果就是美国联邦刑事立法的爆炸性增长”^[4]。然而,尽管政府当局和社会公众均希望严厉惩治金融犯罪,尤其是在经济危机期间,对于引发金融危害的公司或管理者,就更是如此。但是,各国均不得不承认,刑法乃是一种杀伤力强却又顿挫的法律工具^③。鉴于此,在美国,尽管金融刑事立法呈增长趋势,但是,无论理论上还是实务中,是否动用刑法都并非是一味迎合民意,检察官在追诉金融犯罪的问题上会积极地去引导公众的认知。例如,如果将“安然”的失败解释为金融衍生品的连锁反应和9·11事件后能源需求方面的下滑,则公众可能就不会全部都为此而生气。事实上,在一个金融衍生品或金融创新畅行的时代,经常性地诉诸刑事追诉也并不公平^[5]。正是在此意义上,刑法的严厉性在美国金融犯罪的治理问题上主要体现为威慑性,而非惩罚性。同样的,英国也存在类似的情况。正如英联邦安全署执行局局长指出的,“作为金融犯罪之一种,市场滥用行为,如内幕交易,可能没有暴力犯罪那样在道德上刺痛公众的神经,但在我们看来,同样也在英国政府看来,它的确是一种非常严重的白领犯罪。英国规定触犯该罪名可能被判处最高达7年有期

徒刑的刑罚。……但我们至今还没有动用该刑罚去起诉内幕交易者；我们认识到最有效的威慑乃是保障潜在的犯罪人担心被抓住，同时，我们也担心刑事定罪和审前羁押所可能带来的潜在风险”^[6]。

2. 刑事程序法的灵活操作

各国在加大刑法对金融犯罪的惩治力度的同时，(尤其是在实务操作层面)也非常注重刑事程序的灵活性。

第一，是否以及如何介入金融犯罪的追诉？对此，即使是在金融和经济发达国家，如美国，检察机关和监管者是否以及在多大程度上积极地介入到金融犯罪问题的调查之中，至今为止仍然是一个争论不休的问题^[7]。检察机关过度介入金融领域，将导致好的金融机构和金融管理者变得过度保守，这是投资者不想看到的。因此，从投资者福利的角度出发，应当限制检察机关过度介入金融领域。首先，在美国，相关的统计数据显示，1991年至2011年20年间，前后历经老布什、克林顿、小布什、奥巴马等四任总统，美国刑事司法机构对金融机构的诈骗类案件起诉数量呈逐渐降低趋势，其中，当前的奥巴马政府时期的案件起诉数量是最低的。这与2008年(奥巴马2009年开始任美国总统)之后的金融危机不无关系^④。这也导致社会各界纷纷批评奥巴马时期在金融检察方面的刑事司法政策。其次，无独有偶，英国在金融危机期间的情况也较为类似。在银行主席及相关主管针对银行破产及金融危机所带来的风险和危害，纷纷向股东、雇员及其他人致歉之时，却并无任何人对引发危机的诸种事件负个人责任。例如，Sir Fred Goodwin，苏格兰皇家银行(RBS)的CEO；Andy Hornby，苏格兰哈里法克斯银行(HBOS)的CEO^[8]。

第二，刑事司法机关在办理金融犯罪案件的过程中经常采用辩诉交易^⑤或暂缓起诉等诉讼策略。以暂缓起诉为例，“近年来，由于金融危机的蔓延，美国司法部在惩治金融犯罪领域中较为广泛地采取了一种新兴手段——暂缓起诉协议，取得了良好的效果，被称之为金融检察的结构性变迁”^[4]。之所以采取暂缓起诉的方式应对金融犯罪，也是有其原因的。据萧凯教授考察，“毫无疑问，当公司涉及严重犯罪行为时，科以刑事追诉不但符合刑法的基本价值追求，也是检察机关基本职责所在；但另一方面，对公司进行刑事追诉在很多情况下也会带来殃及无辜的连带后果：诸如公司员工、退休人员、股东、债权人、消费者甚至社会公众等，虽然没有参与犯罪行为、不知道也无力阻止犯罪的发生，但

也不得不承担该公司犯罪的严重后果。正是基于对公司追诉的社会效果的全面考虑，美国司法部出台了《联邦起诉商业组织的原则》，要求联邦检察官在裁量是否起诉公司时，合理考虑刑事定罪的连带影响，并使用刑事追诉之外的其他手段来为受害者和公众实现正义的目标。这其中，暂缓起诉协议以及不起诉协议正是重要手段”^[4]。

三 我国宽严相济的刑事政策：两个争议及界定

在我国，宽严相济刑事政策也逐渐成为当前刑事司法体系利用刑罚手段与犯罪作斗争的基本策略思想。它要求在与犯罪作斗争时，“实行区别对待，注重宽与严的有机统一，该严则严，当宽则宽，宽严互补，宽严有度”^⑥。然而，虽然从字面含义上去解析具有以上共识基础，实务中，也有很多积极的探索与应用。例如，2005年浙江省高级人民法院、检察院和公安厅联合下发的《关于当前办理轻伤犯罪案件适用法律若干问题的意见》规定，在符合刑事诉讼法的前提下，可对轻伤犯罪案件适用法律作出明确规定，其中民间因纠纷引发的此类案件可以不再追究刑事责任。另外，2004年江苏无锡惠山区检察院开始探索“恢复性司法”模式，2006年烟台市检察院推行“平和司法”程序等，这些改革举措的法律依据主要就是“宽严相济”、“轻轻重重”、“便宜主义”等轻刑化刑事政策。但是，学界和司法界对如何界定宽严相济刑事政策仍然存在多重争议。

1. 宽严相济刑事政策仅限于刑事实体法层面，还是包括了刑事程序法层面？

2010年2月最高人民法院发布的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》，就将政策的基本内容解读为依法从“宽”的政策要求、依法从“严”的政策要求，以及宽严“相济”的政策要求^⑦。当然，最高人民法院和最高人民检察院对宽严相济的界定也不尽相同。由于检察系统涉及更多的审前程序环节，因此，在对宽严相济的刑事政策界定上范围更为广泛，包括刑事实体层面，也包括了刑事程序层面^[9]^⑧。具体而言，最高人民检察院《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》第二条明确规定：“对犯罪的实体处理和适用诉讼程序都要体现宽严相济的精神。”意见的第二部分“在履行法律监督职能中全面贯彻宽严相济刑事司法政策”中，对检察环节贯彻宽严相济政策提出了具体要求。其中相当一部分是程序性要求，如就职务犯罪侦查，“对罪行严重、拒不认罪、拒不退赃或者负案潜逃以及进行串供、毁证等妨害诉讼活动的，要果断采取必

要的侦查、控制手段或者拘留、逮捕等措施。对于罪行较轻、真诚悔罪、证据稳定的,特别是其中的过失犯罪,可以依法不予逮捕或者及时变更强制措施。”(第六条)意见的第七条,更是明确而具体要求“严格把握‘有逮捕必要’条件,慎重适用逮捕措施”。在此,笔者比较同意一些学者的广义界定,即宽严相济刑事政策是国家基于特定刑事治安形势的要求,以符合法治要求的方式,从“宽”与“严”两个向度上合理运用刑事权,通过实体刑法与程序刑法(包括行刑法)的制定、修改、实施,以应对复杂的犯罪态势和犯罪人类型,从而达到防卫社会、保障人权、增进社会和谐和刑事策略系统^{[10][11]}。

2. 宽严相济刑事政策是“宽字当头”,还是“以严为主”?

固然,宽严相济刑事政策包含了宽缓和严苛两个层面,法学界和法律界也均较为强调宽缓和严苛两个层面的互补,但是,作为一项宏观的刑事政策,仍显得过于模糊,缺乏宏观导向。在基层实践中,如果诉诸自由裁断,就很容易使该刑事政策成为具体操作的借口。由此,一些学者主张“以严为主”,认为“当前和今后一个时期,从总体上来说,我们应当实行‘宽严相济,以严为主’的刑事政策。具体来说,在刑事立法上,应对各类犯罪保持较重的刑罚配置,并进一步严密法网,以发挥法律的威慑力,而不宜大幅度地轻刑化、去罪化,即要实行宽严相济、以严为主的刑事立法政策”^[11]。另有一些学者主张“以宽为主”,认为宽严相济刑事政策相较于惩办与宽大相结合的刑事政策,它的重点体现在“宽”上;它的实质要义是呼唤刑事立法、刑事司法和刑事执行的“宽和”^[12]。尽管上述观点都有一定的支撑理由,同时,学者们和实务者们试图分析出一种核心导向,但是,笔者认为,宽严相济刑事政策除了在一般意义上强调“重罪严苛、轻罪宽缓”之外,很难在理论上推演出到底以宽为先,还是以严为主。不仅如此,“以宽为先”或“以严为主”在具体领域的犯罪治理或具体罪名的犯罪治理上,很容易流于简单化;更为重要的是,“以宽为先”或“以严为主”很容易停留在实体法层面讨论,而忽视了具体犯罪的治理问题。实际上,很多特定类型的犯罪治理很可能会存在“实体法层面严厉,程序法层面宽缓”或者“实体法层面宽缓,程序法层面严厉”等政策设定,如近年来英美国家在金融犯罪的治理上所呈现的政策趋势。因此,关于宽严相济刑事政策在我国金融犯罪领域的具体应用问题,仍需要进行深入探讨。

四 通过宽严相济实现我国金融犯罪治理的路径

尽管宽严相济刑事政策在整体层面尚存在一些争议,但是,随着该刑事政策在我国刑事领域的广泛适用,立法机关与司法机关已经在办理普通刑事案件(如人身伤害案件、传统侵财类案件等)的问题上达成了一些基本的原则和共识。然而,对于之前社会各界较为忽视、司法界应对不足的金融类犯罪案件如何适用宽严相济刑事政策,则没有一定之规。为此,根据现有的法律法规及实践中的相应问题,笔者认为,今后检察机关在办理金融犯罪案件过程中,至少应在以下一些方面给予充分的注意。

1. 从我国金融犯罪刑事政策的历史沿革看,立法和司法机关较为注重严控,这可能会与“宽严相济”发生冲突

自20世纪80年代起,由于社会转型加剧、经济犯罪日增,我国已逐步加强对金融犯罪的法律治理。至1997年修订后《刑法》出台,通过出台《关于严惩严重破坏经济的犯罪的决定》(1982)、《中国人民银行法》、《票据法》、《保险法》、《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》(1995)等,分别增加了套汇罪,加重了对走私、投机倒把牟取暴利犯罪的惩罚,金融法律体系得以建立。“这一时期国家继续严密金融犯罪的法网,调低金融犯罪的入罪门槛,加大刑罚资源的投入,保持对金融犯罪的高压态势。同时,相关金融行政法规加大了对金融活动的行政监管,行政金融与刑事金融一体化的监管格局初见成效”^[13]。1997年《刑法》吸收了之前规范所确立的多种金融犯罪罪名,是金融犯罪治理的一个集大成者。1997年之后,国家主要是通过颁布单行刑法或发布刑法修正案的方式调整、增加、修改金融罪名^⑥。总体上,我国金融刑法乃呈现出“逐步细化”、“偏向严厉”的发展趋势。相对的,刑事司法政策也保持经济犯罪领域一向较为严苛的打击趋势。首先,在整个经济领域,2001年4月,最高人民检察院与公安部联合下发关于经济犯罪案件追诉标准的规定,使《刑法》的制裁条款具体化和量化,增强了《刑法》的可操作性。这个追诉标准实际上也规定了一种实际上比较严厉的追诉制裁制度^⑥。其次,就金融领域的经济犯罪而言,《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》也指出,当前和今后一段时期,对于集资诈骗、贷款诈骗、制贩假币以及扰乱、操纵证券、期货市场等严重危害金融秩序的犯罪^⑥,要依法从严惩处,维护国家的经济秩序,保护广大人民群众的生命健康安全。可见,最高法院非常有针对性地强调对金融诈骗类犯罪中的集资诈骗、贷款诈骗,货币犯罪中的伪造、出售假币犯

罪,以及证券、期货犯罪中的操纵金融市场交易型犯罪予以严厉打击^[14]。可以说,这在一定程度上与我国“乱世用重典”的刑事传统或建国以来的“严打”刑事政策,是一脉相承的。

但事实上,这种针对金融犯罪的“严控”政策与当前的宽严相济刑事政策确实存在一定的冲突,并且,这种冲突尤其体现在刑事司法层面。一方面,笔者担心,这种“严控”政策在金融危机期间,很容易与“运动式”的严打政策短路相接,形成对金融犯罪乃至经济犯罪的大范围打击和治理。这显然是与宽严相济刑事政策的价值理念相悖的。正如学者指出的,宽严相济刑事政策“一改‘严打’政策对犯罪的消极被动反应和‘运动式’治理弊端,因应各种犯罪的性质和程度,结合国家总体刑事安全局势和刑事防治目标,在刑罚和诉讼程序的配给上区别对待,使有限的司法资源投入取得最佳的刑事治理效益”^[15]。另一方面,这种刑事司法层面“严控”政策也过度高估了刑事司法在治理金融犯罪方面的威慑功能,同时,也可能过度损伤金融创新的热情。

2. 应正确区分刑事犯罪和民事纠纷的界限,适度非犯罪化,“抓大放小”

首先,应正确区分刑事犯罪与民事纠纷的界限,谨防刑罚权过度介入民事纠纷。一些实证数据显示,在经济危机期间,我国法院“收案数量的增加主要在于民商事案件收案数量的大幅增加,尤以民间借贷、金融借款担保、国际贸易、劳动争议以及房地产等类型的案件为最”^⑩。这说明刑法并不是最为亟需的法律手段。这就要求刑法做到“适度”,一方面,既不能都以犯罪处理,造成打击面过宽,“尤其是转型时期,由于社会关系变化、社会利益调整,社会规制手段跟不上,不可避免地出现违法普遍甚至犯罪高发。国家刑罚权适用如缺乏谦抑性,划定犯罪圈及司法打击如不慎重,将会扩大社会打击面,增加社会消极因素,而实际上也不可行”^[9]。实际上,在我国当前,针对金融行为,无论是经济性制裁举措,还是法律性制裁举措,均表现出“监管过度”的特点。这种“过度监管”不仅会影响金融创新行为^⑪,而且会影响到经济行为主体的安全感。最近一项统计所显示的富豪撤资或离资现象,与此不无关系。据报道,“中国有两万名资产在1亿元(约合1500万美金)以上的富豪,他们中27%已经移民海外,47%正在考虑移民”^⑫。当然,另一方面,检察机关也不宜对金融犯罪行为一味纵容,也不能都以民事纠纷处理,否则将会陷入地方保护主义与例外横行的不良处境,使

犯罪分子得不到应有的惩罚。相反,检察机关应承担起应有的司法责任,必要的示范作用是需要。具体言之,如果金融纠纷在法律性质上已明显超出民事纠纷的范畴,而成为刑事纠纷,并且夹杂着诸多传统犯罪形态或犯罪行为(如绑架、勒索、杀人等),刑事司法机关对此应谨守刑事准则,积极介入,而不应过多迁就维持经济稳定等法律以外的价值需求^⑬。

其次,适度非犯罪化,采取“抓大放小”的刑事策略。金融犯罪内部也存在严重与轻微之分,在严重和轻微之间,宽严相济刑事政策本来就有很强的适用空间。“由于我国转型期社会存在的上述特点,在社会失范与无序化较为普遍,而支持规范运作的社会条件资源支持严重不足的情况下,我们不能以规范社会的规制方法应对转型期社会。因为,在普遍性违法及广泛的社会纠纷发生的情况下,我国目前的法律规制,难以切实做到普遍性的‘严格执法’”^[9]。除此之外,金融犯罪与金融创新紧密相关,因此,绝不能像普通刑事犯罪那样,存在“命案必破”、“打击数”等硬指标。对此,已有学者指出,应采取“抓大放小”的刑事策略,即对严重的金融犯罪采取严厉打击的政策,对轻微金融犯罪或定性模糊的采取宽缓的刑事政策^[16]。这种观点总体上值得采行,毕竟,“在打击金融犯罪时,并非对所有符合构成要件的行为,都进行无差别对待,而是只选择其中一部分进行重点打击。这种情况在打击内幕交易、操纵证券期货等金融犯罪时比较突出。实践中更应强调对金融违法行为的行政处罚,扩大行政处罚的范围,而非一味追求金融犯罪的刑事立案率。行政处罚应当优先于刑事处罚,且应当通过大量的行政处罚,来掌握金融违法行为的规律和特点,为可能启动的刑事处罚积累经验”^[14]。当然,在笔者看来,“抓大放小”也存在一定弊端,即金融犯罪的发展,都有一个由小及大的演化趋势,一味放纵会助长金融犯罪向严重的方向发展。并且,集中刑事手段治理严重的金融犯罪也并不意味着就要放纵轻微的金融犯罪。事实上,刑事手段的“有限性”和“谦抑性”,主要目的乃是兼顾金融行为的自身规律,以其他规制手段为前提,避免越俎代庖。在此意义上,“抓大放小”不如“抓大防小”准确,后者不仅体现了宽严相济的理念,更体现了“刑法谦抑”和“综合治理”的取向。

3. 坚持刑事实体法严苛与刑事程序法灵活相结合的原则

金融犯罪方面的刑事实体法以严苛的面目进行犯罪威慑,确实可以在一定程度上打消潜在金融违规者

恣意犯罪。但同时,也可能因为严苛而导致犯罪数和受案数激增。以上海为例,近五年间,金融犯罪案件占公诉案件受理比例从2005年的2%发展到2009年的5%,增长了150%;受案增加绝对数为32、66、153、398件,逐年上升的比例分别为9%、18%、36%、69%,绝对数和增长率均逐年翻倍,其中2009年相当于2007年和2008年的总和,比2007年上升130%^①。在此情势下,如何提升办理金融犯罪案件的效率,就变得非常重要。可以说,这也是世界范围内打击金融犯罪的一个普遍问题。在我国台湾,民间司法改革团体甚至以“金融犯罪做大,司法成帮凶”为题,指控司法审判的怠

惰与粗糙^[17]。在我国当前经济转型期,检察机关在追诉金融犯罪的问题上也遭遇到一些困境,其中因为金融案件复杂导致的办案效率下降、办案成本增加、办案人员短缺等问题,已悄然呈现。在此意义上,积极地借鉴美国式的“实体法严苛”、“程序法灵活”的宽严相济策略,是有必要的。尤其是考虑到金融犯罪涉案证据多、办案压力大、办案成本多、被迫诉人(或组织)反侦查能力强、社会影响重大等因素,在金融检察领域试点和践行辩诉交易或暂缓起诉等起诉策略,可以很大程度上缓解上述压力。

注释:

①当然,对某些新型金融行为的入罪化,会持谨慎态度。

②参见:Jerry Edward Farmer, Note, The Role of Treble Damages in Legislative and Judicial Attempts to Deter Insider Trading, 41 WASH. & LEE L. REV. 1069, 1071 (1984); Michael Siconolfi, NASD Is Developing Guidelines for Punitive Awards to Investors, WALL ST. J., June 7, 1991, at C1.

③刑法要不然就惩治效果极强,要不然就很难发生效力。Anne Bowen Poulin, Prosecutorial Discretion and Selective Prosecution: Enforcing Protection After United States v. Armstrong, 34 AM. CRIM. L. REV. 1071, 1080 n.33 (1997).

④Criminal Prosecutions for Financial Institution Fraud Continue to Fall, <http://trac.syr.edu/tracreports/crim/267/>.

⑤关于辩诉交易,参见:林喜芬、成凯《程序如何衍生:辩诉协商的制度逻辑与程序改良》,载《厦门大学法律评论》2008年第1期。

⑥参见:最高人民检察院《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》(高检发研字[2007]2号)第2条。

⑦参见:最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》(法发[2010]9号)第二、三、四部分。

⑧单行刑法,例如,全国人大常委会于1998年颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,增加了骗购外汇罪。通过刑法修正案增加金融犯罪罪名,例如,刑法修正案对内幕交易罪、操纵证券、期货市场罪、非法经营罪等作了修改补充;《刑法修正案(五)》集中对信用卡犯罪作出了全面修订,增加了妨害信用卡管理罪,窃取、收买、非法提供信用卡信息罪,修改了信用卡诈骗罪的犯罪构成要件;《刑法修正案(六)》修改了违规披露、不披露重要信息罪的犯罪构成要件,进一步完善了操纵证券、期货市场罪,新增了虚假破产罪、背信损害上市公司利益罪、骗取贷款、票据承兑、金融票证罪、背信运用受托财产等金融犯罪新罪名;《刑法修正案(七)》对内幕交易、泄露内幕信息罪作了新的补充修改,同时新增了利用未公开信息交易罪,修改完善了非法经营罪;《刑法修正案(八)》删除了虚开增值税专用发票罪中原有“有前款行为骗取国家税款,数额特别巨大,情节特别严重,给国家利益造成特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产”的规定,从而废除了该罪的死刑,另外增加了持有伪造的发票罪。参见:曹坚《金融犯罪刑事政策的历史变迁》,载 <http://www.shfinancial-news.com/xww/2009jrb/node5019/node5036/fz/userobject1ai98410.html>.

⑨如该追诉标准规定:虚报注册资本或者抽逃出资给他人造成经济损失10万元以上的,“应予追诉”;偷税数额在1万元以上,并且偷税数额占各税种应纳税总额的百分之十以上的,“应予追诉”;虚开增值税发票1万元,或骗税5千元,“应予追诉”;国有公司、企业、事业单位的工作人员,滥用职权造成经济损失30万元,严重不负责任、失职造成经济损失50万元,“应予追诉”;当企业破产倒闭时,隐匿财产或提前分配财产造成债权人或其他人10万元损失的,“应予追诉”;等等。参见:龙宗智《经济犯罪防控与宽严相济刑事政策》,载《法学杂志》2006年第4期。

⑩除此之外,还包括生产、销售假药、劣药、有毒有害食品等严重危害食品药品安全的犯罪,走私等严重侵害国家经济利益的犯罪,造成严重后果的重大安全责任事故犯罪,重大环境污染、非法采矿、盗伐林木等各种严重破坏环境资源的犯罪,等等。

⑪参见:青岛市中级人民法院课题组《关于金融危机司法应对问题的调研》,载《山东审判》2010年第2期,第33页。

⑫考虑到我国当前金融机制尚落后于西方国家,显然,金融创新行为更应当予以鼓励。

⑬相关数据,参见《中国富豪们为什么要移民海外?》, http://www.360doc.com/content/11/1013/08/0_155639790.shtml, 2013年6月5日访问。

⑭季卫东教授也指出,正确处理刑民交叉问题的法庭技术,慎重办理因资金链断裂引发的集资刑事案件,不轻易动用刑事追诉。

⑮参见:上海市检察院课题组《上海检察机关金融检察工作专业化调研报告》。

参考文献:

- [1]德国刑事诉讼法典[M]. 李昌珂译. 北京:中国政法大学出版社,1995.
- [2]美国联邦刑事诉讼规则和证据规则[M]. 卞建林译. 北京:中国政法大学出版社,1996.
- [3]Edward D. Cavanagh. *Detrebling Antitrust Damages; An Idea Whose Time Has Come?* [M]. New York:Fordham University Press,1987.
- [4]萧凯. 美国金融检察的监管功能:以暂缓起诉协议为例[J]. 法学,2012,(5).
- [5]Richard A. Booth. What is a Business Crime? [DB/OL]. <http://ssrn.com/abstract=1029667>.
- [6]Is Financial Crime a “Crime”, Proper so Called? [DB/OL]. Financial Crime LAWS 65062. <http://ssrn.com/abstract=1354052>.
- [7]Gretchen Morgenson, Louise Story. In Financial Crisis, No prosecutions of Top Figures[N/OL]. *New York Times*, 2011-04-14. www.nytimes.com/2011/04/14/business/14prosecute.html?
- [8]Roman Tomasic. The financial crisis and the haphazard pursuit of financial crime[J]. *Journal of Financial Crime*, Vol. 18 (2011), Issue 1, p. 13.
- [9]龙宗智. 宽严相济政策相关问题新探[J]. 中国刑事法杂志,2011,(8).
- [10]刘沛涌. 宽严相济视阈下罪刑圈的标准设定[J]. 中国刑事法杂志,2008,(1).
- [11]周玉华. 宽严相济刑事政策的定位与司法适用[N]. 法制日报,2009-12-09.
- [12]黄京平. 宽严相济刑事政策的时代含义及实现方式[J]. 法学杂志,2006,(4).
- [13]曹坚. 金融犯罪刑事政策的历史变迁[N/OL]. <http://www.shfinancialnews.com/xww/2009jrb/node5019/node5036/fz/userobject1ai98410.html>.
- [14]曹坚. 金融犯罪刑事治理应关注三大问题[N]. 上海金融报,2011-05-24.
- [15]刘沛涌. 宽严相济政策的模式构建与实证研判[J]. 犯罪研究,2007,(1).
- [16]龙宗智. 经济犯罪防控与宽严相济刑事政策[J]. 法学杂志,2006,(4).
- [17]林伟澜. 司法奈何不了金融犯罪? [EB/OL]. http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/topic_sue_detail.asp?id=1133.

What Kind of Financial Prosecution Policy Should China Set Up?

LIN Xi-fen

(Koguan Law School, Shanghai Jiaotong University, Shanghai 200240, China)

Abstract: In terms of financial prosecution in western Countries, the policy of temper justice with mercy is embodied in two dimensions: on the criminal law side, it emphasizes the value of deterrence through harsh sentence; on the criminal procedure law side, it emphasizes the prudence and the tactics of financial prosecution, such as deferred prosecution and plea bargaining. In China, there are still some arguments on the policy of temper justice with mercy. In terms of the potential introduction of the policy into financial crime control, three dimensions should be paid attention: the first is to be aware of the crackdown policy and sporty legal enforcement manner, the second is to clarify the boundary of criminal and civil financial dispute, and the third is to used for reference the tactic of financial crime control, i. e. , severe criminal law and flexible criminal procedure law.

Key words: financial prosecution; criminal policy; temper justice with mercy; financial crime

[责任编辑:苏雪梅]