

# 证券监管执法类型及其规范研究<sup>\*</sup>

李东方

(中国政法大学民商经济法学院, 北京 100088 教授)

摘要: 证券监管立法的宗旨得以实现, 需要以证券监管机构的执法为保障。对于证券监管执法的类型及其规范, 无论在理论上, 还是在实践中, 在我国都存在许多值得探讨的地方。本文重点探讨了证券监管执法的基础理论以及对证券行政法和证券监管措施等行为的规范与制约。

关键词: 证券监管 证券行政法 证券监管措施 规范与制约

中图分类号: DF3 文献标识码: A 文章编号: 1005-0078 (2018) 6-019-13

证券监管立法的宗旨得以实现, 需要以证券监管机构的执法为保障。对于证券监管执法的规范与制约, 无论在理论上, 还是在实践中, 在我国都存在许多值得探讨的地方。本文着重对证券监管执法的基础理论以及证券行政法、证券监管措施等行为的规范与制约进行研究。证券行政法和解属于证券行政法的有机组成部分, 笔者已经就此发表过学术论文,<sup>①</sup>在此不加赘述。

## 一、证券监管执法基础理论

### (一) 证券监管执法的定义、特征及其与相关概念的关系

本文涉及证券监管法<sup>②</sup>和行政法两个领域, 在用语或语境上, 需要对一些主要概念进行界定并说明这些概念相互之间的关系。

1. 证券监管的涵义。证券监管, 是指国家的证券主管机关或者社会的证券自律机构对证券的发行和交易等活动以及参与证券市场活动的主体所进行的经常性的督促、检查、协调和控制等行为, 是国家证券主管机关或者证券自律机构对证券业的介入或干预。证券监管执法就是这种介入或干预的重要方式之一。经济法所涉及到的国家干预, 包括立法、司法和执法等干预手段。执法干预主要是指通过行政机关依法贯彻实施国家的某项干预意图。从这个方面讲, 经济法的干预主体在很大程度上离不开行政机关。行政机关的任何执法行为都必须受到法律的规范

\* 基金项目: 国家社科基金后期资助项目—《证券监管法论》阶段性成果, 项目批准号: 16FFX020。

① 有关证券行政法和解的详细论述, 见李东方《论证券行政法和解制度》, 载《中国政法大学学报》2015年第3期。

② 证券监管法是调整证券监管机构在实施对证券业的监督和管理过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。它属于经济法的范畴。对此, 笔者在国家社科基金后期资助项目—《证券监管法论》成果中有详细的论述。

与制约,其行为称为行政执法行为。在这里经济法与行政法形成了最紧密的结合,经济法干预主体的行政执法行为,没有行政法的规范与制约将是不可想象的。行政法在这里为经济法立法目的的实现起到保障作用,在这个前提下可以说行政法是经济法的保障法。

2. 证券监管执法的定义及其与证券行政法和证券监管措施在概念上的相互关系。证券监管执法是国家干预或者监管证券市场的具体作用方式,是一个涵盖了证券行政法和证券监管措施在内的一个范围较大的复合性概念,证券行政法和证券监管措施是证券监管执法的具体内容,两者是一个平行的概念。

基于上面的论述可知,证券监管执法行为本质上就是一种政府行为,任何政府行为都要依法进行,从这个角度而言,整个证券监管执法行为均具有行政执法行为的性质。根据行政法的相关原理,可以将证券监管执法定义为:证券监管主体为了实现证券监管立法目的而依法实施的直接影响被监管主体权利义务的行为。证券监管执法这一概念在实践中已被广泛使用。<sup>①</sup>

### 3. 证券监管执法行为的基本特征;<sup>②</sup>

(1) 以社会利益为本位的公共服务性。证券监管执法的目的在于维护证券市场的社会公共利益,其行为的本质上具有公共服务性。而且社会公共服务,一般是无偿的。<sup>③</sup>因为行政相对方,即证券市场经营主体通过缴纳税款和规费等已经无偿地分担了公共负担,税收的目的在于取之于民用之于民,因此,接受证券监管执法主体的服务理应是无偿的。另外,证券监管执法主体的权力也是一种职责或义务,而职责或义务的履行相对于证券市场经营主体而言应该是无偿的。证券监管执法主体执法所需的经费只能由国家财政负担。当然,证券监管机关实施的某些行政行为是要收取一定费用的。但这些一方面是由于监管的目的,另一方面是出于增加对公共服务的财力保障力度,而非为营利的目的。<sup>④</sup>此外,在证券行政法和解的过程中,接受和解的相对人一方往往需要缴纳相应的和解金,用于弥补受损害的投资人或者作为处罚金上缴国库。

(2) 执法行为的从属法律性。证券监管执法行为是执行法律的行为,其必须从属于法律,即任何证券监管执法行为必须于法有据。证券监管执法行为的从属法律性也是由行政执法主体的法律地位决定的。证券监管执法主体的执法行为是一种行政行为。依法理,立法行为是国家权力机关按照立法法的程序创制法律规范,而证券行政执法行为只能是执行法律规范。虽然部分行政机关根据《立法法》的规定也在进行立法,但是,行政立法与国家权力机关立法相比较,

<sup>①</sup> 参见《2017年证监会监管执法情况综述》,证监会网站, [http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201805/t20180511\\_338037.html](http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201805/t20180511_338037.html) (最后访问时间:2018年5月13日)。

<sup>②</sup> 参见罗豪才、湛中乐主编《行政法学》(第四版),北京大学出版社2016年版,第115-117页。

<sup>③</sup> 证券监管执法行为的公共性决定了该种服务的无偿性。我国的有关法律明确地规定了这种无偿原则,如《行政复议法》第39条规定:行政复议机关受理行政复议申请,不得向申请人收取任何费用。行政复议活动所需经费,应当列入本机关的行政经费,由本级财政予以保障。《行政许可法》第47条第2款规定:申请人、利害关系人不承担行政机关组织听证的费用。该法第58条还规定:行政机关实施行政许可和对行政许可事项进行监督检查,不得收取任何费用。但是法律、行政法规另有规定的,依照其规定。行政机关提供行政许可申请书格式文本,不得收费,行政机关实施行政许可所需经费应当列入本行政机关的预算,由本级财政予以保障,按照批准的预算予以核拨。再如,《道路交通安全法》第93条第2款规定:机动车驾驶人不在现场或者虽在现场但拒绝立即驶离,妨碍其他车辆、行人通行的……公安机关交通管理部门拖车不得向当事人收取费用,并应当及时告知当事人停放地点。

<sup>④</sup> 罗豪才、湛中乐主编《行政法学》(第四版),北京大学出版社2016年版,第115页。

在立法权限上受到很大限制，立法内容更多体现为实施性立法。

(3) 执法行为的监管机关单方意志性。证券监管执法行为是证券监管执法主体行使国家行政权的行为。该执法行为只要是在行政组织法或法律、法规的授权范围内，即可自行决定和直接实施，而不是必须与行政相对方协商并征得相对方的同意。证券监管执法行为的单方性不仅表现在执法主体依职权进行的行为，如执法机关进行证券监督检查，采取行政强制措施等；也体现在执法主体根据行政相对方申请而实施的行为，如颁发许可证，发放救济金等。

随着行政法的现代化，行政行为单方意志性发生如下一些变化，需要特别注意：第一，有些行政行为是双方性行政行为，如行政合同或行政契约的签订等，必须是双方意思表示一致的行为，否则该协议无法成立。如，在证券行政执法和解中签订的和解协议即是如此。第二，证券市场经营主体，即行政相对方的参与性越来越受到重视，也就是证券市场经营主体的意志应当在一定程度上反映到行政行为中去。即行政行为的作出过程必须充分地考虑到行政相对方的参与，要求听取证券市场经营主体一方的意见。尽管如此，最后在行政法律关系中起决定作用的还是行政主体，证券监管执法机关单方意志性的基本特征并未动摇。<sup>①</sup>

(4) 执法行为的强制性。证券监管执法行为的强制性与上述单方意志性是紧密相关的。即证券执法主体实施证券监管执法行为无需事前与证券市场经营主体协商，并取得其同意。证券被监管主体无权拒绝监管执法主体依法和依职权实施的执法行为。一旦被监管主体拒不履行执法主体的执法令或者证券监管措施，执法主体可以依法强制其履行或者依法申请人民法院强制执行。部分国家或者制定了专门的《行政强制法》，或在《行政程序法》中，或在单行的法律中规定了相应的行政强制措施等。我国继在一些单行的法律、法规，如《治安管理处罚法》《税收征收管理法》等规定了一些行政强制措施之后，于2011年又颁布了《行政强制法》，对于行政强制行为作了较为系统的规定，这就为规范行政强制行为提供了统一的法律规范。<sup>②</sup>

当然，由于现代行政行为形式的多样化，有些证券监管执法行为并不绝对地体现其强制性特点。例如在证券行政执法和解案件中，就是用一种双方妥协而非单方强制处罚行为结案。

(5) 执法行为的效力先定性。所谓效力先定，是指证券监管执法行为一经作出后，就事先假定其符合法律规定，在没有被国家有权机关宣布违法无效或被撤销之前，对证券监管执法机构本身和证券市场经营主体（即行政相对人）以及其他国家机关都具有拘束力，任何个人或组织都必须服从该执法行为。这一特征乃源于实现维护和保障证券市场上的公共秩序和公共利益这一目的的需要。

证券监管执法行为的效力先定只是一种预设假定，并不意味着该执法行为就一定正确、不可否定。在该种执法行为违法或者执法行为没有法律依据的情况下，经国家有权机关依职权和法定程序审查确认之后就可以否定其效力。

(6) 一定幅度的自由裁量性。证券监管执法行为虽然必须依法进行，其所采取的任何措施

<sup>①</sup> 罗豪才、湛中乐 主编 《行政法学》（第四版），北京大学出版社2016年版，第116页。

<sup>②</sup> 罗豪才、湛中乐 主编 《行政法学》（第四版），北京大学出版社2016年版，第117页。

必须于法有据。由于法律是具有相对稳定性的，一旦制定非经特定程序就不能随意修改，而现代国家社会经济在不断发展变化，因此，立法机关在立法时就应该给行政机关留有一个自由裁量的幅度，否则行政机关不仅无法有效地实施行政管理，而且，还可能给国家和社会利益造成重大损失。<sup>①</sup>行政权所包含的权力因素决定了行政行为具有一定幅度的裁量性。

## （二）证券监管执法的种类与法律功能

### 1. 证券监管执法行为的种类

证券监管执法的行为种类主要包括：证券行政许可行为，证券行政强制行为，证券行政处罚行为，还有目前存有争议的处于上述三类典型证券行政执法行为之外的一部分证券行政执法行为，如监管谈话、临时接管、限制业务活动以及责令暂停履行职务等等，相关法律法规将其统称为证券监管措施。

### 2. 证券监管执法行为的法律功能

证券监管执法行为的法律功能即是指证券监管执法行为所产生的法律效果，这种效果主要体现在以下四个方面：<sup>②</sup>

（1）设定权利与义务的规则。证券监管执法行为具有设定行政相对人享有权利与履行义务之规则的功能。如证券监管机构作出的各种“规定”，往往是设定权利与义务的规则行为，属于行政行为中的行政规定，<sup>③</sup>它虽不能创制证券市场经营主体的权利与义务（因为行政相对人行政法上的权利义务是由法律直接设定的，行政规定只能落实由法律设定的权利与义务，而不能直接创制权利与义务），但它可以落实证券市场经营主体（即行政相对人）的权利与义务并为享有权利与履行义务规定一定的程序。因为行政相对人行政法上的权利与义务是由法律直接设定的，行政规定只能落实由法律设定的权利与义务，而不能直接创制权利与义务。这种功能虽然不直接导致相对人权利与义务的形成，但它为形成权利与义务提供了条件。<sup>④</sup>

（2）形成权利与义务。有的证券监管执法行为具有直接产生相对人权利与义务的功能，如股票发行审核作为一种行政许可，赋予了相对人进行股票公开发行的权利；对进行虚假陈述的某上市公司进行行政处罚，则是课以其一定的义务。

（3）确认权利与义务。有的证券监管执法行为，既没有直接赋予证券市场经营主体（相对人）的权利，也没有直接处分证券市场经营主体（相对人）的权利，而是对相对人已有的权利进行确认，从而使相对人的权利获得国家的宣示和保护。如股份发行登记中的首次公开发行登记和增发新股登记。

（4）处分权利与义务。处分相对人的权利与义务功能是指证券监管执法行为又直接导致相

<sup>①</sup> 罗豪才、湛中乐 主编 《行政法学》，北京大学出版社 2016 年版，第 116 页。

<sup>②</sup> 参见胡建森 《行政法学》，法律出版社 2015 年版，第 128-129 页。

<sup>③</sup> 所谓行政规定，是指各级人民政府及其工作部门依据法律、法规、规章或者上级行政机关的有关规定，基于其行政职权的范围，针对不特定的行政相对人作出的，并可反复适用的行政规则。行政规定是由行政主体所制定的具有普遍约束力的行政规则。行政主体制作行政规则的行为就是“行政规定行为”。参见胡建森 《行政法学》，法律出版社 2015 年版，第 205 页。

<sup>④</sup> 胡建森 《行政法学》，法律出版社 2015 年版，第 128 页。

对人权利与义务的变化或消灭。如中国证监会罚没证券非法经营所得导致相对人非法所得收归国有，而证券监管机关减轻处罚的决定则使相对人义务得以减少。

## 二、证券行政执法的规范与制约

### （一）证券行政执法的界定

证券行政执法是经济法中政府干预证券市场的具体方式，当然也是行政执法之一种。人类历史发展到近现代，为了防止权力滥用，将国家权力一分为三：立法权、行政权、司法权，三权相互制衡。行政权是执行法律规则的权力，因而行政执法是指国家行政机关或者法律授权、委托的组织及其公职人员，在行使行政管理权的过程中，依照法定的职权和程序，贯彻实施法律的活动。在现代社会，国家行政机关是国家立法机关的执行机关，其将立法机关制定的法律付诸实现，遵照执行。故证券行政执法就是证券监管机关依法定的职责（或职权）和程序具体实施立法机关制定的证券法律的活动。由此，对证券市场违法违规行为的查处（如中国证监会稽查局、行政处罚委的执法行为）只是证券行政执法的一种形式，而不是证券行政执法的全部。

### （二）证券行政执法行为的内容

证券行政执法行为的内容，是指某一证券行政执法行为对证券市场经营主体（即相对人）在权利、义务上产生的具体影响，亦即对证券市场经营主体的权利、义务作出某种具体处理和决定。证券行政执法行为涉及证券业领域的方方面面，内容广泛而复杂，不同种类的证券行政执法行为有着不同的对象和执法目的。大体可归纳如下：

#### 1. 赋予相对人一定的权益或课以其一定的义务

证券行政执法行为内容表现的一个重要方面，就是赋予证券市场经营主体以一定的权益或对证券市场经营主体课以一定的义务。赋予一定的权益，具体表现为赋予证券市场经营主体以一种法律上的权利（或利益）和权能。所谓权利，是指能够从事某种活动或要求他人不为某种行为，或指基于某种权利所得到的利益，在很多情况下，这种权利的取得具有持久性，可以重复行使，但也有一些则表现为一次性行为后即告结束（如依法发给奖金或证券行政执法和解金的行为等）。如我国《行政许可法》中规定的行政许可的决定，就是一种赋予权利或权能的行为。其中包括一般许可，特别许可、认可、核准、登记等。运用到证券发行执法行为中，就是股票发行核准制。相对人的股票发行申请一旦通过证监会的核准，即获得了在证券市场公开发行股票的权利。所谓权能，是指能够从事某种活动或行为的一种资格，如赋予证券市场经营主体以证券从业资格。

科以一定的义务，是指证券行政执法主体通过证券行政执法行为命令相对人为一定的行为或不为一定的行为，如，中国证监会依据《证券法》第233条和《证券市场禁入规定》（证监会令第33号）第5条规定，对相关责任人员作出的市场禁入决定。

#### 2. 确认证券法律事实与证券法律关系

确认证券法律事实，指证券行政执法主体通过证券行政执法行为对某种法律关系有重大影响的事实是否存在，依法加以确认。确认证券法律关系，则是指证券行政执法主体通过证券行政

执法行为对某种法律关系是否存在及存在范围的认定。如，证监会根据《证券法》第20条第2款、第173条，认定某律师事务所出具的《法律意见书》存在虚假记载，就是对虚假记载的事实加以确认，其结果将影响该律师事务所与被服务的股份公司是否共同承担责任的证券法律关系。

确认证券法律事实与确认证券法律关系既有联系也有区别。确认证券法律事实必然影响确认证券法律关系，但确认证券法律事实并不等于确认证券法律关系，当事人之间是否存在某种法律关系，往往还需要通过是否存在主观过错，行为人的行为与法律事实是否存在因果关系等诸多因素来判定。当然，在多数情况下确认证券法律关系是以证券法律事实确认为前提的，在有些证券法律关系确认之中，也同时包含着对证券法律事实的确认。

### 3. 变更证券法律地位

这是证券行政执法行为对证券市场经营主体原来存在的证券法律地位予以改变，具体表现为对其原来所享有权利或所负担义务范围的缩小或扩大，如，根据《证券法》第125条对证券公司经营业务部分或者全部的批准，即意味着证券公司营业范围的扩大或缩小。从而使其在证券市场中的法律地位也相应发生变更。

### 4. 剥夺证券权益或免除证券义务

剥夺证券权益，是指证券行政执法行为使行政相对人失去原有的法律上的权能或权利和利益，如，《证券法》第197条规定，“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。”这里的“取缔”即是对权能的剥夺，而“没收违法所得”则是对利益的剥夺。免除证券义务，是指证券行政执法行为的内容表现为对行政相对人原来所负义务的解除，不再要求其履行义务。如，1998年《证券法》第81条规定，“通过证券交易所的证券交易，投资者持有上市公司已经发行的股份的30%时，继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购要约。但经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外。”该条的“但书”部分即是免除义务的情形。

## (三) 证券行政执法行为的效力

证券行政执法行为具有如下效力：

### 1. 证券行政执法行为具有公定力

证券行政执法行为的公定力，是指证券行政执法主体的证券行政执法行为一经作出，不论其实体上是否合法，都具有被推定为合法而要求所有机关、组织或个人予以尊重的一种法律效力。这种公定力是一种推定或假定的法律效力，非经法定程序并由法定机关将其撤销、废止或者宣布无效，均当推定其合法。作此合法推定的理由有二：第一、稳定相关权利义务关系，从而维护证券市场秩序；第二、提高证券行政执法效率，避免久拖不决。

最后需要说明的是，证券行政执法行为实质上是国家的公权行为，因而，证券行政执法行为的公定力是一种对世权，即此种效力不仅及于证券行政相对方与证券行政主体，还及于社会上其他任何机关、组织和个人。

## 2. 证券行政执法行为具有拘束力

证券行政执法行为的拘束力，是指证券行政执法行为成立后，其内容对相关人员或组织所产生的法律上的约束效力，相关人员和组织必须遵守。具体表现如下：第一、对证券市场经营主体（即证券行政相对人）的拘束力。证券行政执法行为是针对证券监管相对方作出的。故其拘束力首先针对证券市场经营主体（证券行政相对人），即对于生效的证券行政执法行为，证券市场经营主体必须服从和执行，全面履行证券行政执法行为的内容或设定的义务、不得违反或拒绝。第二、对证券行政机关的拘束力。证券行政执法行为生效后、证券监管机关同样要受其拘束，包括作出该证券行政执法行为的证券监管机关和其他证券监管机关。

## 3. 证券行政执法行为具有执行力

证券行政执法行为的执行力，指证券行政执法行为一旦生效，证券行政执法主体与证券行政相对人必须自觉履行相应的义务，拒绝履行或延迟履行的一方应当承担相应的法律责任。

在证券行政相对人拒绝履行或延迟履行的情况下，有关证券监管行政主体可以依法采取强制措施，或者依法申请人民法院强制执行证券行政执法行为的内容。我国《行政处罚法》第44条明确规定，行政处罚决定依法作出后，当事人应当在行政处罚决定的期限内，予以履行。第45条又规定，当事人对行政处罚决定不服申请行政复议或者提起行政诉讼的，行政处罚不停止执行，法律另有规定的除外。当事人逾期不履行行政处罚决定的，作出行政处罚决定的行政机关可以采取下列措施：到期不缴纳罚款的，每日按罚款数额的3%加处罚款；根据法律规定，将查封、扣押的财物拍卖或者将冻结的存款划拨抵缴罚款；申请人民法院强制执行。<sup>①</sup>

证券行政执法行为的执行效力同样及于证券行政主体。证券监管机关作出某种证券行政执法行为，证券行政相对方可能直接或间接从中获得某种利益。如果证券行政执法主体在之后不持续作为或者采取相应保障措施，则证券行政相对方的利益可能难以甚至无法实现。因此，证券行政相对方可以申请证券监管机关履行证券行政行为，在证券监管机关拒绝履行或者拖延履行的情况下，证券行政相对人则可以向有关机关提起行政复议或向法院提起行政诉讼等。

理解证券行政执法行为的执行力需要注意以下几点：①证券行政执法行为的执行力与上述证券行政执法行为的拘束力密切相关，一方面，拘束力是执行力的前提，拘束力要求当事人必须履行相应证券行政执法行为所确定的义务，在当事人不履行时，才存在依法强制执行的问题。另一方面，执行力是拘束力的保障，只有执行力的存在，才能够使拘束力最终能够落到实处。②证券行政执法行为虽然具有执行效力，但是，这并不意味着证券行政执法行为每次都必须强制执行。只有当证券行政相对方拒不履行义务的情况下，证券行政执法行为才有必要采取强制执行的方式。③有些证券行政执法行为本身就不涉及强制执行的问题。④对于生效的证券行政执法行为，一般采取不停止执行的原则，即不论证券行政相对方对证券行政执法行为是否提出异议，或者证券行政相对方提出申请复议和提起行政诉讼，这期间都不能停止对证券行政执法

<sup>①</sup> 见《行政处罚法》第51条。

行为的执行。

#### 4. 证券行政执法行为具有确定力

证券行政执法行为的确定力,是指有效成立的证券行政执法行为,非依法不得随意变更或撤销和不可争辩的效力。即证券行政执法行为一旦有效成立就具有不可更改力。这里不可更改力中的“更改”,既包括变更,也包括对证券行政执法文书的撤销或者重作;既包括对证券行政相对人权利义务的改变,也包括对证券行政执法事实的认定和法律适用的改变。

对证券监管执法主体的确定力,称为实质确定力。它要求证券监管执法主体,非依法定理由和程序,不得随意改变其证券行政执法行为的内容,否则要承担相应的法律责任。我国《行政许可法》第8条第1款就规定,公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。例如,证券行政许可行为,证券监管机关在发给证券公司经营证券业务许可证后,就不得随意更改许可事项和范围。这种实质确定力的目的,主要在于防止证券监管主体反复无常,任意变更、撤销、废止其已作出的证券行政执法行为,导致对证券行政相对人权益的损害。

对证券行政相对人的确定力,称为形式确定力或不可争力。这是指证券行政相对人不得任意否认证券行政执法行为的内容或随意改变行为内容,非依法也不得请求改变证券行政执法行为。被许可人要求变更行政许可事项的,应当向作出行政许可决定的行政机关提出申请;符合法定条件、标准的,行政机关应当依法办理变更手续。<sup>①</sup>根据行政法的相关原理,如果证券行政相对人超过行政复议和行政诉讼期限后,则不得对该证券行政执法行为申请行政复议或提起行政诉讼。即使在行政复议、行政诉讼期间,证券行政相对人非经法定程序,亦不得停止对该行为确定的义务的履行。

证券行政执法行为对第三方的确定力。证券行政执法行为的确定力,也包含着对第三方的确定力,即除证券监管主体和证券行政相对人以外的国家机关(含行政机关)、社会组织和公民,都不得否认或拒绝证券行政执法行为所确认的事实和法律关系。

#### (四) 建立和完善证券行政执法的程序性规范

在证券行政执法过程中,相关行政行为应当受到《行政许可法》、《行政强制法》和《行政处罚法》的规范与制约,由于证券监管执法专业性强,情况比一般行政执法更为复杂,有许多证券市场特有的情形,仅凭上述三种类型化行政程序法,尚不足以规范和制约现实中的证券行政执法行为。在证券行政执法的实践中,还需要依据上述三个基本行政程序法的精神,制定出具体程序性规范,用以规范和制约政府证券监管权的行使。

就目前而言,中国证监会依据《证券法》、《行政许可法》、《行政强制法》和《行政处罚法》针对证券市场监管的具体情况相继颁布实施了一系列的证券行政执法程序性规范,主要包括:2000年《证券公司检查办法》、2008年《中国证券监督管理委员会行政处罚委员会组成办

<sup>①</sup> 见《行政许可法》第49条。

法》、2010年《上市公司现场检查办法》、2011年《信息披露违法行为行政责任认定规则》、2011年《中国证券监督管理委员会冻结、查封实施办法》、2015年《中国证券监督管理委员会行政处罚听证规则》，2018年《中国证券监督管理委员会行政许可实施程序规定》。同时，中国证监会还对证券行政执法人员制定了一些内部规范，严格要求其执法人员依法行政。这些可以说都是证券监管法治建设的阶段性成果，上述各类行政执法规范尚需进一步协调，避免相互脱节，甚至冲突。这就需要我国加快行政程序基本法《行政程序法》的立法步伐，用以统领上述各项证券行政执法的程序性规范。

### 三、证券监管措施的规范与制约

证券监管措施是证券监管机构对证券业各类不当或者违法行为所采取的监督管理措施的总称。其本质上是证券监管机构对证券监管权的运用，是证券监管的某一类具体手段或形式，是前述证券行政执法行为之一。任何证券行政执法行为均需依行政程序进行，但是部分证券监管措施由于无法纳入行政强制法，也无法纳入行政处罚法的规范与制约，于是使其看似处于脱离行政程序的状态，特别是《行政强制法》第3条第3款规定，“行政机关采取金融业审慎监管措施、进出境货物强制性技术监控措施，依照有关法律、行政法规的规定执行”。行政机关所采取的金融业审慎监管措施不适用《行政强制法》，那么，对作为金融监管措施有机组成部份的证券监管措施如何进行规范与制约？

#### （一）证券监管措施的实证考察

##### 1. 证券监管措施的产生

证券监管措施并不是一个严格的法律术语，但由于在证券监管领域已经约定俗成，故笔者也沿用这一概念。在基本法层面，1998年《证券法》并未直接使用“监管措施”一词，首次直接使用“监管措施”一词是在2005年修订后的《证券法》第153条的规定之中，即“证券公司违法经营或者出现重大风险，严重危害证券市场秩序、损害投资者利益的，国务院证券监督管理机构可以对该证券公司采取责令停业整顿、指定其他机构托管、接管或者撤销等监管措施。”有文章认为1998年的《证券法》没有规定证券监管措施是不准确的，因为1998年《证券法》第168条所规定的证监会可以采取的措施中，就包含了相应的监管措施。只是此时证券监管措施尚未被自觉地大量运用，2005年的《证券法》才增加了大量证券监管措施的内容并在实践中大量加以运用。究其原因，可从2005年4月24日全国人大财政经济委员会副主任委员周正庆在第十届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议上所做《关于〈中华人民共和国证券法（修订草案）〉的说明》中得到解答，该“说明”指出“现行证券法对证券经营机构监管的特殊性考虑不够，监管手段不足，影响监管效率和效果。修订草案参照《银行业监督管理法》规定，<sup>①</sup>补充和完善了监管措施，要求证券公司及其股东、实际控制人向国务院证券监督管理机构报送有关信息、资料；可以委托会计师事务所、资产评估机构对证券公司进行审计或者评估；对风

<sup>①</sup> 《银行业监督管理法》以专章的形式规定了“监督管理措施（即第四章33条-42条）”。

险控制指标不符合规定的限期改正或限制其业务、限制分配红利;对虚假出资、抽逃出资的股东限期改正并可责令转让股权;对违法违规的证券公司高级管理人员取消任职资格;对严重违法违规的证券公司责令停业整顿、指定其他机构托管、接管或者撤销;在证券公司清算时,优先偿付挪用的客户资产。”可以认为,证券监管措施是基于证券业监管特殊的专业性和复杂性,根据实际需要而产生的监管手段。

## 2. 证券监管措施的具体类别

考察现有的证券监管措施,其规范可分为三个位阶。即第一,法律位阶;第二,行政法规位阶;第三,中国证监会规章(规范性文件)位阶规定的证券监督管理措施。具体而言,上述三个位阶的规范包括:法律包括《证券法》和《证券投资基金法》;行政法规包括《期货交易管理条例》和《证券公司监督管理条例》;而诸如《证券发行与承销管理办法》等规范性文件则多达几十余种。中国证监会于2008年12月制定的内部规范性文件《证券期货市场监管措施实施办法(试行)》对监管措施的种类进行了统一设定,具体包括:①责令改正;②监管谈话;③出具警示函;④责令公开说明;⑤责令参加培训;⑥责令定期报告;⑦认定为不适当人选;⑧暂不受理与行政许可有关的文件;⑨责令增加内部合规检查的次数;⑩公开谴责;⑪责令处分有关人员;⑫责令停止职权者解除职务;⑬责令更换董事、监事、高级管理人员或者限制其权利;⑭撤销任职资格;⑮暂停核准新业务或者增设、收购营业性分支机构申请;⑯限制证券期货经营机构业务活动;⑰限制股东权利或者责令转让股权;⑱临时接管。<sup>①</sup>其中,上述第1项至第8项属于中国证监会规章规定的监管措施,第9项至第18项属于法律、行政法规规定的监管措施。2008-2012年四年间,中国证监会制定或者修改了多部规章,新增了大量证券监管措施。有人通过对规定有证券监管措施的47部法律、行政法规和部门规章的统计得出结论,截至2012年底,我国证券监管措施多达114种,<sup>②</sup>这些措施包括:责令改正、监管谈话、出具警示函、暂停许可、限制经营、限制分红、任职评鉴、查封冻结、撤销许可、注销资格、市场禁入、违法处罚等诸多方面。对此,经过梳理可以将其划分为限制行为类监管措施、申诫类监管措施、限制资格类监管措施、限制财产权类监管措施。<sup>③</sup>归纳如下:

### (1) 限制行为类证券监管措施

限制行为类监管措施,是指证券监管机构限制或者剥夺监管对象特定行为能力的措施。这类措施最为常见,共有78种,<sup>④</sup>例如:责令限期改正;公开谴责;责令更换董监高人员或者限制其权利等等。

① 见《证券期货市场监管措施实施办法(试行)》第9-26条。

② 张红《证券监管措施:挑战与应对》,载《政法论坛》2015年第4期。

③ 此类划分方式参见张红《证券监管措施:挑战与应对》,载《政法论坛》2015年第4期。

④ 这78种证券监管措施的主要渊源,集中体现在《证券法》、《证券发行上市保荐业务管理办法》、《首次公开发行股票并上市管理办法》、《上市公司证券发行管理办法》、《上市公司信息披露管理办法》、《上市公司收购管理办法》等二十余项法律和规范性文件之中。

## (2) 申诫类证券监管措施

申诫类证券监管措施是比照行政处罚法中的申诫罚而设定的一种证券监管措施。申诫罚是行政机关对违法行为人的名誉、荣誉、信誉或精神上的利益造成一定损害以示警诫的行政处罚。又称为声誉罚或精神罚。其主要形式有警告、通报批评等。

申诫类证券监管措施，共有 11 种：<sup>①</sup>监管谈话；出具警示函；谈话提醒；询问；出具监管关注函；提示；予以重点关注；要求证券交易所对发行人证券的交易实施特别提示；记入信用记录；记入诚信档案并公布；通报批评。

## (3) 限制资格类证券监管措施

限制资格类监管措施，是指证券监管机构剥夺或者限制监管对象从事特定行为的资格的措施。共有 14 种：<sup>②</sup>资格年检；<sup>③</sup>暂停任职资格；撤销任职资格；取消任职资格；认定为不适当人选；暂停基金托管资格；不得再次申请基金托管资格；吊销任职资格；取消客户资产管理业务资格；取消从事证券交易结算资金存管业务资格；取消基金管理资格；吊销基金托管资格；取消基金托管资格；取消托管人资格。

## (4) 限制财产权类证券监管措施

限制财产权的监管措施，是指证券监管机构对监管对象的财产或某种财产权利进行限制或者剥夺的措施。这类措施共有 11 种：<sup>④</sup>限制向董事、监事、高级管理人员支付报酬、提供福利；限制分配红利；限制转让财产或者在财产上设定其他权利；限制期货公司自有资金或者风险准备金的调拨和使用；限制有关股东行使股东权利；限制股东权利；责令控股股东转让股权；责令转让所持证券公司的股权；责令转让股权；责令转让所持期货公司的股权；不具有表决权、分红权。

上述 114 项证券监管措施包含了政府监管机构对证券市场具体干预的方方面面，其中，责令改正、责令限期整改、监管谈话、出具警示函，责令公开说明、责令定期报告、认定为不适当人选、暂不受理与行政许可有关的文件等几种是实践中运用最多的监管措施。对于这些监管措施的法律定位，学界观点不一，因此有必要对其进行深入研讨。

## (二) 证券监管措施的法律特征及其定位

如前文所述，证券监管执法的行为种类主要包括：证券行政许可行为，证券行政强制行为，

<sup>①</sup> 这 11 种证券监管措施的主要渊源，集中体现在《证券法》、《证券发行与承销管理办法》、《证券公司董事、监事和高级管理人员任职资格监管办法》、《证券公司风险控制指标管理办法》、《公司债券发行与交易管理办法》、《上市公司信息披露管理办法》等十余种法律和规范性文件之中。

<sup>②</sup> 这 14 种证券监管措施的主要渊源，集中体现在《证券法》、《证券公司董事、监事和高级管理人员任职资格监管办法》、《证券公司客户资产管理业务管理办法》、《证券投资基金销售管理办法》、《公开募集证券投资基金运作管理办法》、《证券投资基金管理公司管理办法》、《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》、《证券投资基金托管业务管理办法》等法律和规范性文件之中。

<sup>③</sup> 见《期货公司董事、监事和高级管理人员任职资格管理办法》第 43 条 《证券公司监督管理条例》第 72、73 条 《证券投资基金法》第 40 条。

<sup>④</sup> 这 11 种证券监管措施的主要渊源，集中体现在《证券法》、《期货交易管理条例》、《证券公司风险控制指标管理办法》、《合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办法》、《证券投资基金销售管理办法》、《公开募集证券投资基金运作管理办法》、《证券投资基金管理公司管理办法》、《证券投资基金托管业务管理办法》、《上市公司收购管理办法》等法律和规范性文件之中。

证券行政处罚行为,而对于在证券监管中大量实施的证券监管措施行为的法律定位目前颇有争议。就广义而言,证券行政许可行为、证券行政强制行为、证券行政处罚行为均可视为证券监管机构对证券业实施的干预行为,均可视为是一种证券监管措施,在这种语境下实施证券监管措施行为的范围涵盖了证券行政许可行为、证券行政强制行为和证券行政处罚行为,但是,上述三种类型化的行政行为,却不是证券监管措施行为的全部。通过上面对证券监管措施行为的实证考察,可见,在三种类型化的行政行为之外还有大量的诸如监管谈话、临时接管、责令暂停履行职务以及限制业务活动等非类型化的证券监管行为。这类非类型化的证券监管行为或称证券监管措施<sup>①</sup>在我国行政法中没有独立的地位,依据现行的行政法无法对其进行规范与制约。因此,需要在目前的行政法之外探寻对其规范与制约的法律制度。

### (三) 建立和完善规范与制约证券监管措施的法律制度

尽管“证券监管措施”在我国行政法中不是独立的行政行为类型,但是只要是行使政府公权力均要受到相应的制约,即任何行政行为都要受到相应的法律规制。证券监管措施其适用应具有一定的前提条件,不能由证券监管机构恣意行使,不能专横无常、滥用自由裁量权。由于目前我国尚无《行政程序法》,因此对证券监管措施的规范与制约,须通过制定特别法律法规予以规制。与此同时,对于证券监管措施在实施过程中发生的纠纷,行政相对人对于维护自己的合法权益需要有相应的救济渠道。

#### 1. 加快制定我国《行政程序法》

“以行政的公正、公开、参与、高效为立法目标的行政程序法,是现代国家规范行政权力的基本法,它的制定对国家机关之间的关系、国家与公民之间的关系有着深远影响。当今社会,无论中外,行政权力空前强大,一国如果没有建立起完善的行政权力规范机制,法治的实现无从谈起,公民权利的保障难以实现。”<sup>②</sup>由于行政行为在程序上具有统一规范性,这就为立法机关制定规范基本行政行为的行政程序法典提供了前提。基于此,20世纪后半叶以来,世界上许多发达国家和地区均通过制定行政程序法典的方式对行政程序进行统一规范。在英国、美国、德国和法国都立有《行政程序法》作为对行政行为进行规制的基本法。而在我国,制定《行政程序法》已列入十届全国人大常委会的立法规划,全国人大常委会法制工作委员会早已开始征求意见,进行立法调研,启动了具体的立法工作。如前所述在证券监管措施中,行政许可行为、行政强制行为和行政处罚行为相应受到《行政许可法》、《行政强制法》和《行政处罚法》的规范与制约,而在这三种类型化之外的证券监管措施必然受到作为行政程序基本法《行政程序法》的规范与制约。因此在《行政程序法》的立法过程中应当将金融监管措施(含证券监管措施)中非类型化的政府金融监管行为的程序规范与制约纳入其中。

<sup>①</sup> 下文除非特别说明,证券监管措施均意指不包括证券行政许可行为、证券行政强制行为和证券行政处罚行为等三种类型化的行政行为,即只限定在非类型化的行政行为范围内。

<sup>②</sup> 应松年《中国行政程序法立法展望》,载《中国法学》2010年第2期。

## 2. 修改《证券法》，建立和完善证监会部门规章与规范性文件

2015年《证券法（修订草案）》第255条以专条的形式规定了证券监管措施，国务院证券监督管理机构依法履行职责，可以在规章中规定下列监督管理措施：①责令改正；②监管谈话；③出具警示函；④责令公开说明；⑤责令参加培训；⑥责令定期报告；⑦暂不受理与行政许可有关的文件；⑧认定为不适当人选；⑨法律、行政法规规定的其他监督管理措施。然而，该“草案”对于实施证券监管措施的行政程序并没有规定。对此有两种解决的途径，一是在证券法的修订过程中补充制定相应的程序规范；二是可以通过制定行政法规或者是部门规章对其进行具体规定。

目前，中国证监会内部施行的《证券监管措施实施办法》法律层次的位阶太低，且属内部规范性文件。因而有必要将其进一步修订完善后上升为中国证监会的部门行政规章。

## 3. 因实施证券监管措施而发生的纠纷解决

因证券监管措施而发生的纠纷，行政相对人向法院提起行政诉讼的案件无一例外地均被驳回。<sup>①</sup>这既不利于保护行政相对人的合法权益，也不利于有效制约行政执法机关的行政行为。新修改的《行政诉讼法》已将“具体行政行为”修改为“行政行为”，使得“行政行为”的可诉性在广度和深度上得到推进。从行政法治的要求出发，我们应当确立这样的理念，只要是行政行为，就是可诉的。<sup>②</sup>这当然包括因实施证券监管措施而发生的行政诉讼。

# Research on the Types and Regulations of Securities Supervision Enforcement

LI Dong-fang

(China University of Political Science and Law, Beijing, 100088)

**Abstract:** In order to realize the purpose of securities supervision legislation, the law enforcement of securities supervision agencies should be guaranteed. The types and norms of securities supervision enforcement worth discussion in China, both in theory and practice. This article focuses on the basic theory of securities supervision enforcement and also focuses on the normalization and restriction of relevant measures.

**Key Words:** Securities Supervision; Securities Administrative Law Enforcement; Securities Supervision Measures; Normalization and Restriction

(责任编辑：王万华)

① 见张红《证券监管措施：挑战与应对》一文中所引用的相关案例，载《政法论坛》2015年第4期。

② 胡建森《行政法学》，法律出版社2015年第4版，第125页。