

证券市场禁入制度合法性考察及其控制路径

沈福俊¹, 许海建²

(1. 华东政法大学 法律学院, 上海 201620; 2. 华东政法大学 研究生教育院, 上海 201620)

摘要: 证券市场禁入制度是以限制违法行为人职业自由选择权的方式, 实现对违反行政法律规范相对人的制裁和惩戒的一种行政处罚措施。同时, 职业自由属于我国宪法保障的劳动权中自由权的辐射范畴, 换言之, 市场禁入的实施产生了限制公民基本权利的严重后果。以《行政处罚法》确立的基本原则和相关规定为标准, 对现行市场禁入规范及其实施现状进行对比分析, 可以发现市场禁入制度中存在部门规章超越立法权限不当扩大实施范围、法律概括性授权致使行政裁量空间过大、市场禁入的违法构成要件在执法和司法审查中被部分弱化以及威慑效果有限等问题。实现对市场禁入的合法性控制应当在完善市场禁入法律规范基础之上, 加大对市场禁入措施的司法审查力度。

关键词: 证券市场禁入; 行政处罚; 基本权利; 司法审查

中图分类号: D912.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2019)05-0142-11

一、引言

针对证券领域当中存在的操纵股价、内幕交易、违规信息披露等违法行为, 行政监管机关除作出警告、罚款等行政处罚决定外, 还会同时采取终身或者一定期限内市场禁入措施。证券市场禁入制度在我国最早出现于1997年3月证券监督管理委员会(以下简称证监会)颁布的《证券市场禁入暂行规定》(已失效)当中, 但是1999年7月1日开始实施的《证券法》中未见相关规定。直至2005年《证券法》第二次修改, 在第233条中明确规定“违反法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构的有关规定, 情节严重的, 国务院证券监督管理机构可以对有关责任人员采取证券市场禁入的措施”, 并对其进行定义: “证券市场禁入, 是指在一定期限内直至终身不得从事证券业务或者不得担任上市公司董事、监事、高级管理人员的制度。”自此该项制度才以法律形式确定下来。证监会在《2018年证监会行政处罚情况综述》^①中公布的数据显示, 2018年全年证监会作出行政处罚决定310件, 被采取市场禁入措施的有50人。在证券监管领域, 市场禁入已经成为规范证券市场交易活动、稳定证券市场发展秩序、保护投资者权益的一项重要法律制度。

在域外证券监管体系中同样存在以限制违法行为人特定行为的方式, 来惩戒违法、保障证券市场交易秩序稳定的法律制度。以美国为例, 负责证券法律实施和承担监管职责的美国证券交易委员(SEC)既可以向联邦法院提起民事诉讼, 请求法院给予违法者签发禁止令(injunction)^②,

收稿日期: 2019-03-16

作者简介: 沈福俊(1961—), 男, 上海人, 华东政法大学法律学院教授、博士生导师;
许海建(1980—), 女, 黑龙江大庆人, 华东政法大学研究生教育院, 博士研究生。

^① 参见《2018年证监会行政处罚情况综述》, http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201901/t20190104_349383.html, 2019年2月14日最后访问。

^② 参见《1933年证券法》第20(b)条以及《1934年证券交易法》第21(d)(1)规定。

也可以在行政审裁程序中以发布行政制止令(cease and desist order)的方式实施市场禁入。但是司法禁止令是一种较为温和的预防方法^①,主要目的在于制止正在从事的违法行为,或者预防违法行为的发生^②,并不具有很强的威慑力。所以SEC可以附带向法院提出衡平救济请求权^③,其中包括请求对违反反欺诈条款的违法行为人禁止其在公共公司担任高管和董事职务。除司法程序外,1990年的《证券执法救济和小额证券改革法》赋予SEC在通知和听证后,直接向违法行为人签发制止令的权力。而被称为继《1933年证券法》和《1934年证券交易法》之后影响最广泛的《2002年萨班斯—奥克斯利法案》^④,则将SEC的制止令权力扩大到可以禁止违法行为人出任公司高管和董事。根据该法案以及SEC的执业规则,SEC对证券市场相关行业如律师业、会计业等从业人员具有监督权,制定相应行为准则以及暂停或取消其SEC的从业资格。

与我国作出市场禁入决定主体仅为证券监管机构不同,美国采用了法院、行政机关二元主体结构,SEC可以综合考量“不法行为的严重程度、技术性问题、战术考虑和可获得的制裁手段”^⑤等因素决定选用何种法律程序。与司法禁止令相比,行政制止令的一个明显优势在于不要求SEC证明违法行为人未来很可能违法,^⑥可以保障SEC更有效地应对复杂多变的市场状况。但是,市场禁入属于极其严厉的惩罚手段,由法院作出更符合司法权对行政权约束的特征^⑦,而SEC主动采用司法程序就显示出其在实施市场禁入时的态度也是十分谨慎的。

市场禁入制度在证券执法中的广泛应用也引起了我国学者的关注。概括而言,学者们的研究进路主要有以下两种:一是围绕市场禁入法律性质的辨析而展开。多数学者都认为市场禁入剥夺了违法行为人的职业选择自由,构成比从事违法行为前更为不利的状态,具有行政处罚的制裁性,属于一种行政处罚措施^⑧。二是在对市场禁入执法实践的实证分析基础上,提出通过完善执法程序、强化司法审查等方式,重构体系化市场禁入法律制度。^⑨然而无论市场禁入性质理论研究还是实证分析,都是以现行规范框架下制度实施的实然状态为基点而展开的,忽视了市场禁入实质上是限制、剥夺公民职业自由权的一项行政措施。而公民职业自由权是涉及公民生存、发展的一项宪法所保障的基本权利,质言之,市场禁入的实施产生了限制公民基本权利的法律后果。这是市场禁入与证券领域其他监管措施之间最根本的差异,也应当是市场禁入制度研究的理论前提。本文将延续上述思路,首先论证市场禁入是以限制职业自由权为内容的一种行政处罚措施,在此理论预设前提下,就市场禁入实施过程中所呈现出的规范与实践问题及如何强化其合法性控制展开分析与论述。

① See SEC v. Capital Gains Research Bureau, Inc., 375 U.S. 180, 191-92(1963).

② James R. Farrand, Ancillary Remedies in SEC Civil Enforcement Suits, 89 Harvard Law Review, 1976: 1779-1814.

③ 参见《1934年证券交易法》第21条(d)(2)及(5)条规定。

④ [美]K. 弗莱德·斯考森、斯蒂芬·M. 格洛夫、道格拉斯·F. 普莱维特:《公司治理与证券交易委员会》,方红星译,东北财经大学出版社2006年版,第57页。

⑤ 章武生:《美国证券市场监管的分析与借鉴》,《东方法学》2017年第21期。

⑥ [美]罗斯·赛里格曼:《美国证券监管法基础》,张路译,法律出版社2008年版。

⑦ Steven J. Crimmins, Where Are We Going with SEC Officer and Director Bars? 38 Bloomberg/Bna SEC. Reg. & L. R. 717 (2006). 转引自黄辉、李海龙:《强化监管背景下的中国证券市场禁入制度研究:基于实证与比较的视角》,《比较法研究》2018年第1期。

⑧ 参见王贵松:《“证券市场禁入”是什么样的处罚?》, http://www.legalweekly.cn/article_show.jsp?f_article_id=14924 (最后访问日期,2019年2月22日); 杨解君、蒋都都:《〈行政处罚法〉面临的挑战与新发展——特别行政领域行政处罚应用的分析》,《行政法学研究》2017年第3期。

⑨ 参见郭昌盛:《我国证券市场禁入制度的发展与实践》,《证券法苑》2017年第5期; 黄辉、李海龙:《强化监管背景下的中国证券市场禁入制度研究:基于实证与比较的视角》,《比较法研究》2018年第1期。

二、市场禁入法律性质辨析

对千差万别的行政活动进行精准的类型化理论作业,是行政法学研究的基本范式。其目的在于通过法律规范形式赋予行政活动明确的构成要件、法律效果,从而有效促进行政法秩序的稳定明确、可预测和可计算性^①。如果能准确辨析认定市场禁入的法律性质,将其精准地定位于行政行为体系当中,就可以利用已经成熟化的行政行为理论及所衔接的既定法律规范为下一步研究提供分析工具。

(一) 市场禁入属于一种行政处罚措施

市场禁入的法律后果剥夺了相关人员从事证券业务以及担任特定职位的资格,这就意味着,其获得财产性利益的可能性也随之减损,这显然对被禁入者而言是一种不利处分。然而对相对人所造成的不利益或者负担,并非是行政处罚独有的法律效果,如行政强制也具有限制相对人权利的特征。实质上,所有行政的作用都在于“维持公共安全与秩序,并避免对此所产生的危险”^②,而为维护社会秩序常常会在违背相对人意愿的情形下行使行政权。例如,为缓解大城市交通拥挤,在北京、上海等地采取的机动车尾号或者外地牌照限行措施,就对机动车所有人的财产权造成了限制。虽然限行措施的法律性质存在争议,但可以明确的是这不是一种行政处罚行为。所以仅仅以不利益这一法律效果的存在就断言市场禁入是一类行政处罚应当还不够周延。

行政处罚“是指特定的行政主体对被认为违反行政法律规范的公民、法人和其他组织所给予的一种制裁”^③。它是以行为人对财产、自由、名誉的剥夺与限制作为代价,来体现法律对违法行为的非难和否定性评价,在行政处罚的处分性、不利性、最终性等诸多特性中,制裁性是行政处罚最本质的特性。^④台湾地区“行政罚法”中使用了“裁罚性不利处分”这一概念,以便与不具有制裁目的或者非因违反行政法上义务而对公民作出的不利行政行为相区分。^⑤以下结合中国台湾学者关于制裁性不利处分的相关学说,分析市场禁入给相对人造成的不利后果是否具有制裁性。

首先,行政处罚中不利后果的施加是以行为人违反行政法上义务为前提的。我国《行政处罚法》第3条规定:“公民、法人或其他组织违反行政管理秩序的行为,应当给予行政处分的,依照本法由法律、法规或者规章规定,并由行政机关依照本法规定的程序实施。”依据该条款,实施行政处罚是以相对人存在违反行政管理秩序行为为前提,而这种行政管理秩序也是由法所确立的秩序,或者更具体地说是通过执法者执法行为所建立或维持的法的秩序^⑥,所以行政处罚所要规范的对象为相对人违反行政法上作为或者不作为义务。以撤销授益行政行为为例,根据《执业医师法》第37条第1款第(五)项规定“隐匿、伪造或者擅自销毁医学文书及有关资料的”,情节严重,吊销其执业证书。医学文书如患者病例记载了患者病情、诊治方案等基本书面资料,根据该法第23条第1款规定医师必须亲自诊查、调查,并按照规定及时填写医学文书,不得隐匿、伪造或者销毁医学文书及有关资料。对于违反上述义务而吊销医师执业证书显然是一种行政处罚。除此之外,根据同法第36条规定,对于以不正当手段获取医师执业证书的,由颁发证书的卫生行政部门予以吊销。此处吊销行为所依据的上位法为《行政许可法》第69条第2款,

① 赵宏:《行政行为作为行政法教义学核心的困境与革新——兼论我国行政行为学理的进化》,《北大法律评论》2014年第2期。

② 翁岳生:《行政的概念与种类》,载翁岳生:《行政法》(上册),中国法制出版社2009年版,第35页。

③ 沈福俊、邹荣:《行政法与行政诉讼法学》(第三版),北京大学出版社2019年版,第177页。

④ 胡建淼:《“其他行政处罚”若干问题研究》,《中国法学》2005年第1期。

⑤ 洪家殷:《“行政院”版“行政罚法草案”有关处罚种类之探讨》,《月旦法学杂志》第111期,2004年8月。

⑥ 杨小君:《行政处罚研究》,法律出版社2002年版,第6页。

即“被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得的行政许可,应当予以撤销”。该撤销行为应视为行政机关对自身存在瑕疵的行政行为的纠正措施,^①虽然就实施效果而言对相对人权利义务产生了影响,但并非是行政处罚。具体到市场禁入实施,它是对违反了法律规定的作为义务如信息披露当中存在重大遗漏,或者不作为义务如内幕交易等法定义务而采取的行政措施,属于前述《行政处罚法》中所规定的“违反行政管理秩序的行为”。

其次,当行为人因行政机关采取的行政措施而遭受财产、自由、名誉上的不利益,而且当这种不利益“溢出”应履行法定义务内涵,或者说该不利益于行为人而言是在原来义务之外额外的负担,才能体现出“制裁性”。^②如果不利负担与原义务内容是一致的,或者仅仅是消除违法状态,那么就不能认为这是一种行政处罚。譬如,《土地管理法》第77条第1款规定,农村村民未经批准或者采取欺骗手段获取批准,非法占用土地建住宅的,由县级以上人民政府土地行政主管部门责令退还非法占用的土地,限期拆除在非法占用土地上新的房屋。该条款当中“退还非法占用土地”、“限期拆除”的行政措施目的在于去除违法状态或排除危险,同样也不应属于是一种行政处罚。而市场禁入实施所产生职业自由选择受限的法律后果,对于违法行为人而言构成比实施违法行为前更为不利的状态,明显具有制裁的性质。

最后,“违反行政法上义务”与“不利法效果”两者客观事实之间,必须存在立法者“处罚意图”之主观要件的联结,^③换言之,可以从立法目的上推论出立法者对违法者采取不利益行为是对其过去行为的一种“偿罪”或者“赎咎”。^④这其实是以法律解释的方式来探求市场禁入的立法旨意当中是否意涵制裁目的。从立法结构设计上,市场禁入被规定在《证券法》第十一章“法律责任”当中。法律责任是“由特定法律事实引起的对损害予以补偿、强制履行或接受惩罚的特殊义务,亦即由于违反第一性义务而引起第二性义务”,“属于一种惩恶或者纠错机制”,^⑤从立法体系解释而言,将市场禁入置于“法律责任”章节中,应当可以推导出立法者存在将其设定成为一种对违法行为附加新义务的惩恶机制的立法意图。而且立法者在相关立法释义中表示,证券法中增设市场禁入制度,“对规范上市公司、证券公司、证券法服务机构及其相关工作人员在证券市场的行为,维持证券市场的正常秩序具有重要意义,是对我国证券市场行政处罚制度的完善。”^⑥市场禁入被视为一种行政处罚类型的立法设定是十分明确的。

(二) 市场禁入是关涉职业自由权限制的行政处罚措施

市场禁入是以限制职业自由权的方式来实现对违法行为人的惩戒。而权利具有何种法律效力取决于受到哪一位阶法律规范的保护。宪法处于整个法律规范体系最高端,由宪法所确认和保护的权利即基本权利就相应获得了最高效力的保障。如何确认是否为宪法所保障的权利,最主要的识别方式就是在宪法规范中找到有关职业自由权的直接表述。不过我国宪法当中并没有职业自由的明文规定,仅《宪法》第42条规定“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务”,所以可以明确的是劳动权作为基本权利已经被宪法文本所承认。劳动权“具有自由权和社会权的综合性质”^⑦,它一方面要求国家为公民获得工作机会创造有利条件,保障公民在失业时获得

① 李孝猛:《行政许可撤销行为的法律属性》,《华东政法大学学报》2005年第3期。

② 参考詹镇荣:《行政法总论之变迁与续造》,元照出版公司2016年版,第434页。

③ 詹镇荣:《“裁罚性”不利处分之概念及其范围界定——兼论“抽菸害防止法”第二十三条“戒菸”之法律性质》,《台湾法学杂志》2007年4月,第93期。

④ 李建良:《“行政罚法”中“裁罚性不利处分”的概念意涵及法适用上之若干基本问题——“制裁性不利处分”概念之提出》,《月旦法学杂志》2010年6月,第181期。

⑤ 参见张文显:《法理学》(第五版),高等教育出版社2018年版,第166页、第167页。

⑥ 全国人大证券法修改起草小组编:《中华人民共和国证券法释义》,中国金融出版社2006年版,第257页。

⑦ 胡锦涛、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2007年版,第295页。

最低生活保障,另一方面在自由权属性辐射下,“劳动权也必然意味着公民有选择职业自由,国家不得禁止公民从事自己选择的职业,不得禁止公民工作”^①。由此可见,职业自由虽然不是宪法上明确列举的权利,但是作为劳动权的一项内容被宪法所承认和保护是非常清晰的,所以市场禁入是关涉到公民基本权利限制的一项行政处罚措施。

综上所述,虽然在行政机关的执法实践中将市场禁入与行政处罚作区别对待,但是从理论分析以及立法目的探究可知,市场禁入是以限制违法行为人基本权利为制裁手段的一种行政处罚类型,应当被列入《行政处罚法》第8条第7项所规定的“法律、行政法规规定的其他行政处罚”的范畴,适用《行政处罚法》中有关行政处罚权的设定、适用原则、责任年龄、管辖、处罚程序等相关规定。

三、市场禁入制度规范与实践问题考察

在完成上述关于市场禁入法律性质辨析以及市场禁入关涉到基本权利限制的理论铺垫之后,下面将以《行政处罚法》以及其他法律规范中相关规定为基准,对现有市场禁入法律规范及其在执法实践和司法审查中出现的问题进行考察。

(一) 市场禁入规范依据合法性欠缺

《证券法》和证监会制定的部门规章《证券市场禁入规定》(以下简称《禁入规定》)是我国市场禁入制度实施的主要规范依据。根据《行政处罚法》第12条规定,部门规章行政处罚的立法权限限于两种情况:一是在上位法已规定的情况下,仅能在上位法规定行政处罚的行为、种类和幅度范围内作出具体规定;二是在没有法律、行政法规的领域,设定警告或者一定数量罚款的行政处罚创制权。部门规章是以执行和实施法律和国务院的行政法规、决定、命令为主要功能的执行性立法,由于其行政处罚设定权与部门规章所具备的立法权限相违背,而只能被理解为是适应行政管理需要而制定的“过渡性规定”^②。鉴于法律层面已经由《证券法》设定了市场禁入的行政处罚措施,作为部门规章的《禁入规定》仅能在《证券法》设定的幅度范围内进一步细化和具体化,而不能创设或扩大处罚种类和幅度。

根据《证券法》第233条第2款规定,市场禁入实施期间包括一定期限到终身;禁入范围包括从事证券业务以及担任上市公司的董事、监事和高级管理人员,这就是说部门规章的具体化操作空间也仅限于此。证券法在市场禁入期间设定上预留空间十分之广,所以在不考虑合理性的情况下,对于禁入期间的细化并不存在违反法律保留原则的问题。相对而言,禁入范围的规定是比较明确的,仅限于从事证券业务以及担任特定职位即上市公司的董事、监事和高级管理人员。但是证监会制定的部门规章《禁入规定》第4条将禁止担任的职位范围由“上市公司”董事、监事和高级管理人员,扩大到“非上市公众公司”的董事、监事、高级管理人员。这实际上超越了部门规章的立法权限,不当地扩大了市场禁入实施效果,明显已经违反《行政处罚法》中关于部门规章设定权限的规定。

(二) 法律概括性授权形成广泛裁量空间

《证券法》第233条第1款将适用市场禁入的行为要件描述为“违反法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构的有关规定,情节严重的,国务院证券监督管理机构可以对有关责任人采取证券市场禁入的措施。”立法者是以“空白要件”+“不确定法律概念”的形式授予行政机关依据个案情形来具体决定是否实施市场禁入的裁量权。空白要件是指,“对处罚之构成要件,法律

^① 张翔:《基本权利的规范建构》,法律出版社2017年版,第69页。

^② 沈福俊:《部门规章行政处罚设定权合法性分析》,《华东政法大学学报》2011年第1期。

本身不予明定或者不为完整之规定,而授权以命令订定。”^①证券领域属于专业性较强的行政管理领域,基于法律所规范社会事务的复杂性与技术性,需要立法者以空白要件的方式给行政机关预留创设、补充的立法空间,有学者将空白要件评价为是“为了顺应从自由法治国到社会法治国、形式法治到实质法治的时代环境做出的理性选择”^②。而不确定法律概念的出现是源自于法律具有普遍性、一般性的特征,^③因为只有具有包容性的法律概念才有可能将复杂多变的社会现象涵摄其中。但是由于证券法中对市场禁入的构成要件没有提供任何可供法律适用者进行参考的情节,如此抽象的行为要件设定让行政机关在市场禁入的实施上享有了几乎不受限制的裁量权。

首先,从现行《证券法》的文本以及相关立法解释当中无法获知市场禁入具体的适用范围,这也就意味着,其范围广泛到无论违法或者违反行政规定所侵犯的法益的大小,都授权给证券监管机关以限制职业自由方式来行使行政处罚权,相对人的权利处于极其不确定的状态之中。其次,市场禁入实施稍有不慎就有可能对公民的职业自由造成侵害,所以市场禁入的设定与实施应当受到法律严格规范。而在目前的立法模式下,从违法行为构成到法律效果设定都可以由部门规章进行设定,证监会既是裁判员也是运动员,立法无法对行政机关形成有效的立法控制。最后,由于根本不能从现有法律规范中提取到有效的要素来检验行政机关行为的合法性,而司法机关通过司法解释或者个案裁判对市场禁入进行严格审查容易引起僭越立法权或者行政权的质疑。宽泛的法律授权使得法院通过司法审查监督、纠正行政机关违法行为的组织功能也无法正常发挥。

(三) 市场禁入的违法构成要件被部分空置

在前述中已经提及《证券法》第233条第1款规定市场禁入的构成要件包括两方面内容,除了违反法律、法规或者证监会规定之外,还需要满足“情节严重”要件,然而这一定罚要素无论是在行政执法当中还是在司法审查中都没有被充分重视。通过对证监会在其官方网站发布的2018年21份《中国证监会市场禁入决定书》统计和分析,可以归纳出行政机关在作出市场禁入决定时所考量的情节主要包括涉案交易金额^④、存在多种违法行为^⑤、使用多种违法手段^⑥、违法行为持续时间^⑦、主观过错程度^⑧、处罚次数^⑨、社会影响^⑩、违法行为人事后表现^⑪等。但是部分市场禁入决定书中,在对违法事实进行罗列之后直接得出“违法行为情节严重”^⑫,或者笼统认定“违法行为的事实、性质、情节与危害程度”^⑬符合法律规定,却并没有明确指出违法事实当

① 吴庚:《行政法之理论与实用》(增订八版),中国人民大学出版社2005年,第310页。

② 熊樟林:《行政处罚上的空白要件及其补充规则》,《法学研究》2012年第6期。

③ 参见王贵松:《行政裁量的构造与审查》,中国人民大学出版社2016年版,第56页。

④ 参见《中国证监会市场禁入决定书(朱益宇)》(〔2018〕21号)、《中国证监会市场禁入决定书(姚丽)》(〔2018〕4号)。

⑤ 参见《中国证监会市场禁入决定书(陈志樟)》(〔2018〕9号)。

⑥ 参见《中国证监会市场禁入决定书(林庆丰、林玉婷、李俊苗)》(〔2018〕5号)。

⑦ 参见《中国证监会市场禁入决定书(王兴、常宝强、金晓峰)》(〔2018〕2号)。

⑧ 参见《中国证监会市场禁入决定书(王涛、王应虎、郭立红)》(〔2018〕1号)。

⑨ 参见《中国证监会市场禁入决定书(孔德永)》(〔2018〕10号)。

⑩ 参见《中国证监会市场禁入决定书(孔德永、赵薇、黄有龙)》(〔2018〕7号)。

⑪ 参见《中国证监会市场禁入决定书(林庆丰、林玉婷、李俊苗)》(〔2018〕5号)。

⑫ 参见《中国证监会市场禁入决定书(韩雁林)》(〔2018〕19号)、《中国证监会市场禁入决定书(张方平、兰际伟)》(〔2018〕15号)、《中国证监会市场禁入决定书(陈肖强、刘涛)》(〔2018〕6号)。

⑬ 参见《中国证监会市场禁入决定书(高俊芳、张晶、刘景晔等7名责任人员)》(〔2018〕18号)、《中国证监会市场禁入决定书(贺文哲、贺凯)》、《中国证监会市场禁入决定书(胡宜东、覃辉、康璐)》(〔2018〕14号)、《中国证监会市场禁入决定书(高勇)》(〔2018〕8号)。

中哪些事实属于“情节严重”。在市场禁入决定中缺乏情节严重的说明,难免会引起对行政机关采取市场禁入措施正当性的质疑。

在市场禁入引发的行政诉讼中,法院的司法审查主要集中在相对人行为是否构成违法事实的认定上,而在“情节严重”这一构成要件上也没有过多关注。譬如在陶暘与中国证券监督管理委员会复议决定书上诉案^①中,法院用较大篇幅论证相对人行为构成价格操纵违法事实之后,概括性认定“证监会根据违法行为的性质、情节、社会危害程度及其在涉案操纵行为中所起作用等,并考虑行为人在调查过程中的配合调查等情节,对违法行为人实施3年市场禁入,符合法律、法规规定,被诉禁入决定并无不当”。法院实际是将作为定罚构成要件的“情节”与量罚意义上的“情节”混杂一起,最终得出被诉禁入决定并无不当的结论。量罚要素中“情节”是指那些对裁量最终处理决定具有影响和作用的除法定构成事实之外的其他各种主客观事实情况^②,除了包括行为人主观过错程度、违法手段和方法、危害结果,也包括违法行为人的生活状况、行为后的表现、社会影响和社会形势等。而构成要件中的“情节严重”是对违法行为的整体法律评价,它体现的是市场禁入规制对象的违法行为已经严重到一定程度,以至于必须通过限制或剥夺相对人从业自由的方式来达到规制目的,可以说是市场禁入措施当中最为核心的构成要件。二者混同的后果就是法院将涉及减损公民基本权利的市场禁入的司法审查仅限定在其实施结果“明显不当”,无疑降低了审查标准,缩小了审查范围。

(四) 市场禁入的威慑效果有限

显然与警告、罚款等行政处罚相比,市场禁入是更为严厉的一种处罚措施。然而与措施的严厉性形成鲜明反差的是,市场禁入措施并没有引起相对人强烈的反抗与质疑。在证监会官方网站上公布的自2004年至2019年4月2日的237份市场禁入决定书中,被宣布市场禁入539人次。以“市场禁入”为关键词在北大法宝上进行搜索,截至2019年4月2日共查询到以市场禁入为争议焦点的行政案件9件。从提起行政诉讼案件数量上看,似乎相对人对限制自身职业自由的市场禁入决定的认可度非常高。当然,不能否认的是,可能正是因为市场禁入措施给相对人造成的损害比较严重,行政机关是经过周密分析、严谨论证以及透彻的说理才谨慎作出决定,所以相对人接受度比较高。除此之外,认可度高的原因也可能在于市场禁入的实施并没有产生制度构建之初所预设的威慑效果。

以信息披露违法为例,策划、主导实施信息披露违法的行为人往往是公司的大股东或者实际控制人。根据《公司法》第216条规定,实际控制人,“是指虽不是股东,但是通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人”。大股东或者实际控制人操控公司并不是通过其所从事的业务或者利用董事、监事、高级管理人员等职务便利,而是以任命董事会成员、高级管理人员的方式实现对公司重大事项决策的影响与支配。所以禁止从事证券业务或者担任特定职务都不能防止股东或者实际控制人继续从事违法行为。市场禁入措施对于上述违法行为人而言就看似严苛却无实际约束力。

四、市场禁入制度合法性控制路径

可以说在授权如此宽泛的规范背景下,现有的立法和司法所确立的监督机制都不能充分抑制行政机关在市场禁入的实施过程中自我赋权的发生。以下将以《行政处罚法》所确立的一

^① 北京市高级人民法院行政判决书,(2017)京行终2039号。

^② 参见周佑勇:《论行政裁量的情节与适用》,《法商研究》2008年第3期。

般原则为法律指引,从立法和司法两个层面探求市场禁入制度合法性控制路径。

(一) 市场禁入规范层面的修正

1. 市场禁入立法层面的修正

市场禁入制度的实施将会对公民基本权利产生重大影响,应当受到法律保留原则以及《立法法》和《行政处罚法》等法律规范的约束。关于法律保留适用范围,虽然先后出现了“侵犯保留”“全部保留”“重要保留”“国会保留”等主要学说,其主要争议点在于给付行政和特别权利关系是否适用和如何适用,但是对于传统的侵害行政和干涉行政适用“法无授权即禁止”则是确定无疑的。^①所以关涉到职业自由限制的市场禁入应当适用法律保留原则。

行政处罚种类的设定受到《行政处罚法》第二章有关行政处罚权创设的层级化限制,即特定的处罚种类仅能由特定位阶的法律规范进行设定。市场禁入并不属于行政处罚法中被明确列举的六种处罚类型,但从其性质上看应当属于行政处罚中的“资格罚”。资格罚是对行为人从事某一方面特定职业或生产、经营活动的权利的剥夺或限制,^②吊销营业执照就属于一种比较典型的资格罚。营业执照是准许公民个人或法人从事生产经营活动的书面凭证^③,吊销营业执照是通过收回营业执照的方式禁止行为人继续从事经营活动,是严重干预商事主体经营自由的一种处罚措施。而营业自由与职业自由是密不可分的,职业自由不仅包括选择职业自由也应当包括自主创业的自由。有学者认为营业本身就是劳动的一种形式,除了解决营业者自身就业问题也同时创造了更多的就业机会,所以应当将营业自由纳入宪法劳动权的保障范围中来。^④由此可见,市场禁入决定虽然不是以许可证、执照等书面凭证被收回的方式作出,但是其实施产生了与限制经营自由相同的法律效果,自然也应当接受与经营自由限制同样的法律控制。《行政处罚法》第11条第2款已经排除了地方性法规设定“吊销企业营业执照”的权限,所以市场禁入也应当仅能由法律或行政法规设定。

值得关注的是,2019年4月20日《证券法》修订草案提请全国人大常委会第三次审议。而在公布的三次审议稿中扩大了公司任职的禁入范围,由现行《证券法》规定“上市公司”扩大为“证券发行人”,不仅包括《禁入规定》中非上市公众公司而且将范围延伸至所有以出售股票、公司债券以及其他证券方式筹集资金的非上市的股份有限公司、有限责任公司以及金融机构等法人主体。如果三次审议稿最终通过,前文所提出的《禁入规定》超越立法权限,不当地将市场禁入范围扩大到非上市公众公司,缺乏法律依据的合法性瑕疵将得到补正。

2. 市场禁入司法层面的修正

由于立法层面宽泛的授权使得立法和司法都无法对市场禁入的实施形成有效控制,可以说,市场禁入实施法律效果的严重性与其法律规范设计的严密性上是不匹配的。然而证券领域的专业性与复杂性也不宜通过法律设定严格的构成要件。不过立法与执法之间的张力可以通过立法技术予以消解。具体而言,以列举方式将符合立法规范目的的、具有典型性的违法行为列明在法律要件条款中,并辅之以“其他”等概括性语词作为兜底条款。这样在执法实践中,行政机关所认定的“情节严重”的违法行为必须与示例中的行为类似或者程度相当,“示例”+“概括”的立法模式在满足行政机关执法灵活性需求的同时,也为法院的司法审查提供了相对明确的指示参照。

3. 责任条款的完善。对利用职务实施证券欺诈、操纵股价、内幕交易等行为的人员在一定

^① 参见周佑勇:《行政法基本原则研究》,武汉大学出版社2005年版,第191页。

^② 杨解君:《秩序·权力与法律控制——行政处罚法研究》,四川大学出版社1995年版,第52页。

^③ 应松年、杨解君:《行政许可法的理论与制度解读》,北京大学出版社2004年版,第125页。

^④ 王德志:《论我国宪法劳动权的理论建构》,《中国法学》2014年第3期。

期限内禁止其从事特定业务或者限制任职资格,是从源头减少虚假信息发布、操控市场等违法情况发生的可能性,就实践经验和事实逻辑而言是有助于投资者权益的保护。然而如前所述,对于一些不需要有特定业务或者任职资格就可以实施的违法行为而言,市场禁入措施并不能产生实质性的约束作用。所以对于已经被实施市场禁入的人员再次实施违法行为时,应当在法律责任方面加大处罚力度,譬如美国证券法律体系中,如果违法行为人一旦违反禁止令,从事禁令所禁止的行为,就会被视为是为藐视法庭罪,而被处以罚款或一定期限内的监禁。^①我国也应当增设相应惩罚措施,如大幅度提高罚款额度,或者鉴于其在证券市场中的不良记录,将其禁入范围进一步扩大到所有金融领域等,以此才能真正发挥出市场禁入的震慑效应。

(二) 强化司法审查

法院将构成要件中的“情节严重”等同于量罚过程中的情节要素,审查范围仅限缩在“明显不当”,由此导致司法审查的权利救济功能被弱化。作为法律构成要件的“情节严重”属于不确定法律概念,行政机关在执法过程中对不确定法律概念的具体化是通过解释技术来探寻立法目的的“认识行为,而非意志行为”^②。而解释法律是法院的专属领域,所以“应当认为不确定的法律概念可以并且必须受到全面司法审查,只有在情形或者事物特殊、不可能审查或者不能全面审查,即遇到不可逾越的事实界限及与其相应的法律界限情况下,例外才是适法的”^③。简单来说,除关涉到学术、考试等专业评价需要行政机关的专业智识或涉及公共政策等价值判断的“判断余地”司法机关予以尊重外,法院可以对行政机关就不确定法律概念适用于具体事件进行全面审查。具体到证券领域中的市场禁入,“情节严重”虽然很难完全剔除行政机关基于特定时期内的金融政策考量的价值性判断,但是法院可以结合《证券法》的立法目的并通过事实经验如涉案金额、手段恶劣程度等对违法行为中是否属于情节严重进行完全审查。

对于量罚中情节的判断以及效果裁量,因其在法定幅度范围内就不存在合法性而仅存在合理性问题,法院在审查范围上仅限于市场禁入决定“明显不当”,例如禁入范围是否过大、禁入期限是否明显过长等。源自于法治国家原则的比例原则是法院审查行政行为合理性的重要工具,具体而言就是审查行政机关选择的行为手段与目的是否存在一定的比例,譬如行政机关在作出具体行政决定时,是否有助于实现法律目的、所采取的措施是否对相对人权益损害最小以及所追求的公共利益与所采取的手段给公民权利造成的损害是否成比例。此外,还可以通过判断过程的方式对行政裁量进行程序性实体审查^④,即根据行政机关的举证或者说明理由,审查行政机关作出市场禁入决定过程是否考虑相关因素,是否过大评价了某个要素等,通过重构行政机关判断过程的方式来判断量罚的裁量是否合理。

五、结 语

在2019年4月28日向社会公布的《证券法》修订草案第三次审议稿中,对于前两次审议皆未涉及的市场禁入制度进行了修改。修改后的市场禁入是指“在一定期限内直至终身不得从事证券业务、证券服务业务,不得担任证券发行人的董事、监事、高级管理人员,或者一定期限内买卖在证券交易所、国务院批准的其他全国性证券交易场所交易证券的制度”^⑤。此次修改扩大了市场禁入的实施范围,凸显出立法者希望借由强化实施效果严厉打击证券违法行为、保护投资

① 参见《1934年证券交易法》第21条(d)(3)(D)条规定。

② 周佑勇、熊樟林:《裁量基准司法审查的区分技术》,《南京社会科学》2012年第5期。

③ [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第146页。

④ 王天华:《行政裁量与判断过程审查方式》,《清华法学》2009年第3期。

⑤ 参见:《中华人民共和国证券法(修订草案)(三次审议稿)》:<http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/20/20190428092234.htm>,最后访问日期,2019年6月2日。

者合法权益的立法意图。但笔者认为,上述规范模式所构建的市场禁入制度不仅依旧没有明确违法构成要件,而且在缺乏相应控权措施的情况下,赋予了行政机关更为广泛的行政处罚裁量权,最终只会加重法律效果的严苛性与规范设计的严密性间不匹配程度,加剧侵害相对人合法权益的风险。这样的立法成果与在现阶段缺乏有关市场禁入制度深入研究,对其实施后果严重性认知不足不无关系。本文的目的不仅在于深化有关市场禁入制度的理论研究,更希望能够引起立法者的关注,认识到市场禁入是涉及公民基本权利一项制裁措施,必须受到法律严格规范与控制。循此,才能构建出与之相匹配、科学合理的证券市场禁入制度。

主要参考文献:

- [1] 郭昌盛. 我国证券市场禁入制度的发展与实践[J]. 证券法苑, 2017, (5).
- [2] 洪家殷. “行政院”版“行政处罚法草案”有关处罚种类之探讨[J]. 月旦法学杂志, 2004, (111).
- [3] 胡锦涛, 韩大元. 中国宪法[M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [4] 胡建淼. “其他行政处罚”若干问题研究[J]. 中国法学, 2005, (1).
- [5] 黄辉, 李海龙. 强化监管背景下的中国证券市场禁入制度研究——基于实证与比较的视角[J]. 比较法研究, 2018, (1).
- [6] 李建良. “行政处罚法”中“裁罚性不利处分”的概念意涵及法适用上之若干基本问题——“制裁性不利处分”概念之提出[J]. 月旦法学杂志, 2010, (181).
- [7] 李孝猛. 行政许可撤销行为的法律属性[J]. 华东政法学院学报, 2005, (3).
- [8] 全国人大证券法修改起草工作小组, 许健. 中华人民共和国证券法释义[M]. 北京: 中国金融出版社, 2006.
- [9] 沈福俊. 部门规章行政处罚设定权的合法性分析[J]. 华东政法大学学报, 2011, (1).
- [10] 沈福俊, 邹荣. 行政法与行政诉讼法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2019.
- [11] 王德志. 论我国宪法劳动权的理论建构[J]. 中国法学, 2014, (3).
- [12] 王贵松. 行政裁量的构造与审查[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016.
- [13] 王天华. 行政裁量与判断过程审查方式[J]. 清华法学, 2009, (3).

Investigation on Legality of Debarring Orders in Securities Market and Its Control Path

Shen Fujun¹, Xu Haijian²

(1. School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China;
2. Graduate School of Education, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Summary: In the field of securities regulation, debarring orders have become an important legal system for regulating the trading activities of securities market, stabilizing the development order of securities market and protecting the rights and interests of investors. From the perspective of legal nature, market entry prohibition is an administrative punishment measure for implementing sanctions and punishments on the counterpart who violates the administrative law by means of restricting the illegal person's free choice of occupation. However, to impose administrative penalty by restricting or depriving the right to professional freedom, which is closely related to the survival and development of citizens and guaranteed by the Constitution, is the most fundamental difference between debarring orders and other administrative penalty measures in the securities field.

It can be found that there are many problems in the normative design and legal implementation of debarring orders by making comparative analysis of the current debarring orders norms and their implementation status based on the standards such as the basic principles and relevant provisions established in the Administrative Punishment Law. Firstly, some norms concerning debarring orders is lacking of legitimacy. For example, Provisions on Banning the Entry into the Securities Market improperly enlarges the implementation effect of debarring and violates the provisions on establishment authority for departmental regulations in the Administrative Punishment Law. Secondly, the administrative organs enjoy almost unlimited discretion because no applicable reference for the constituent elements of market entry prohibition has been provided to law applicants in the Securities Law. Thirdly, the element “serious circumstances” in the illegal elements of debarring orders has been neglected in the process of law enforcement. On the one hand, people tend to raise doubts about the legitimacy of debarring orders measures adopted by the administrative organs. On the other hand, the circumstance elements of discretionary punishment and fixed punishment are confused in the juridical review, resulting that the review on debarring orders is just limited to those with “obviously improper” implementation result, the review standards are lowered and the review scope is narrowed. Fourthly, the deterrent effect of debarring orders is limited because the prohibition of engaging in securities business or holding specific positions cannot prevent shareholders or actual controllers from continuing to engage in illegal activities.

The implementation of legality control on debarring orders shall be based on improving the legal norms of debarring orders and enhancing the review on the judicial review of debarring orders measures. The implementation of debarring orders has the same legal effect as that of free operation restriction. Therefore, debarring orders should be subject to the same legal control as that for free operation restriction, which means it only can be set by laws or administrative regulations. The legislative model of “example” + “generalization” can not only meet the needs of administrative organs for flexibility of law enforcement, but also provide relatively clear instructions and references for judicial review by courts. The deterrent effect of debarring orders only can be really brought into play by perfecting the setting of legal liability and adding corresponding punishment measures. In terms of judicial review, in addition to respecting the judicial organs concerned with the “judgment margin” of administrative organs, a comprehensive review of the application of uncertain legal concepts can be conducted by the administrative organs. Judgment on whether the violation is serious or not shall be made by combining with the legislative purpose of the Securities Law and factual experience such as the amount involved and the degree of bad means, etc. Whether the discretion of discretionary punishment is reasonable or not shall be determined with the help of the principle of proportionality and the way of the administrative organs.

Key words: debarring orders in securities market; administrative penalty; fundamental rights; judicial review

(责任编辑: 倪建文)