

从问题性思考到体系化安排

——《关于依法从严打击证券违法活动的意见》评述

陈洁*

摘要:中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于依法从严打击证券违法活动的意见》,立足体系性思维,对分散的监管资源、司法资源及其他相关资源进行合理配置,以期形成系统完备、科学规范、运行有效的打击证券违法活动的执法司法体制机制,提升打击证券违法活动的整体效益。在落实过程中,需要注重多元平衡的监管理念,建立执法司法协调机制的规范流程,弥补监管漏洞与程序规范不足。

关键词:证券法 证券监管 证券执法 资本市场

打击证券违法活动是资本市场永恒的主题。资本市场的发展史一定意义上也是不断识别证券违法行为并予以有效规制的演进史。鉴于资本市场的规范发展及其良好生态对维护我国社会经济秩序平稳运行的重大意义,2021年7月,中共中央

* 中国社科院法学所商法室主任,研究员,博士生导师。

办公厅、国务院办公厅印发了《关于依法从严打击证券违法活动的意见》(以下简称《意见》)。《意见》是我国资本市场历史上第一次由“两办”联合发布的具体指导市场监管工作的专门性文件,它从证券法整体功能运行机制的角度为从严打击证券违法活动提供了顶层设计,体现了中央对资本市场法治建设以及资本市场长远健康发展的高度重视。而在方法论意义上,此次《意见》从体系化视角出发,强调从立法、执法、司法和协调配合机制构成的整个制度体系来实现从严打击证券违法活动的重大部署。这种系统性的具有战略意义的联动安排超越了从具体问题出发解决个别问题的问题性思考路径的局限,谋求从证券违法行为责任设定到实施机制整个运行体系中获得解决问题的综合方案,从而实现从立法、执法、司法等各系统的资源整合和协调配合中获得更大的监管效能。

一、打击证券违法活动需要体系化思维

所谓体系,是一定范围内的事物按照一定的秩序和联系组合而成的整体。体系化思维是通过梳理各个部分之间的内在联系,从而将一系列零散的问题进行有序整理从而分析问题的思维方法,同时也是立足于全面、整体的视域通盘考虑进而解决问题的思维框架。打击证券违法活动是个巨大的系统工程,涉及立法、执法、司法、社会监督等多方面的系统构成,其各自内容的合理性和相互之间的协调性,是打击证券违法活动的法律规范和实施机制具有科学性适当性的前提,也是建构更为有效的资本市场运行机制的必然要求。

(一) 现有庞大的立法规范的整合需要体系化思维

《公司法》《证券法》《证券投资基金法》《刑法》等是规范资本市场的重要法律,也是打击证券违法活动的基本依据。为具体落实上述法律规范,国务院、证监会、最高人民法院、最高人民检察院等依据这些法律制定了数目众多的行政法规、部门规章、司法解释以及规范性文件。其中,仅证监会颁布的规范性文件就数以千计。尽管庞大的立法规范本身也是我国资本市场发展的重大成就,它为我国打击资本市场违法

活动提供了坚实的法律基础,但是,如此众多产生于不同部门、不同时期的法律渊源之间的冲突也给资本市场证券执法造成了极大的困扰。事实上,随着资本市场的迅猛发展,我国证券监管领域“权宜之计”的解决问题方式和“头痛医头、脚痛医脚”的“应急式”的规则供给方式,因严重欠缺整体性与长远性的考虑,极大地损害了法律规则应有的逻辑性与稳定性,致使不同法律部门之间、不同效力等级的法律规范的协调衔接成为我国资本市场执法司法实践的一大难点。要对现有作为证券执法司法依据的各种法律渊源进行整理衔接,消弭冲突、理顺关系,就需要从法律规范体系意义上进行通盘考虑,用系统论的观念,厘清不同规范性文件的功能定位以及不同责任种类与不同执法形态间的界限,尽量实现各种责任及执法措施的协调与平衡。

(二) 市场分割与多头监管的统合需要体系化思维

在我国资本市场发展进程中,因证券法的制度建构受制于行政体制分权,导致多头监管、市场分割等问题始终未能得到彻底解决。长期以来,中国人民银行、证监会、财政部以及其他金融监管机构在不同的权限范围内负责对不同对象的监管造成的市场割裂与监管割裂,是我国资本市场中不可回避的问题。而在执法司法层面,证监会和公安机关、检察机关、人民法院之间的行政执法、刑事司法以及民事诉讼的衔接问题也是相当突出。即便在证监会系统内,证监会、证监会派出机构、交易所也是不同程度地行使对证券市场的管理权。由此,与市场割裂、多头监管相伴共生的监管主体授权不明、权责界限不清、监管主体之间协调困难等致使我国打击证券违法活动的效能严重受损,一定程度上阻碍了资本市场的健康发展和平稳运行。为此,在总结证券执法司法实践的基础上,急需根据不同系统的运行特点、分工职能等要素,从不同机构之间的界限划分、职责要求和协调机制方面对多头监管、市场分割等予以体系化的统合安排。

(三) 法律责任制度措施同法律实施机制的协调衔接需要体系化思维

在建构高效的打击证券违法活动的体制机制中,法律责任制度措施同法律实施机制的协调配合无疑是至关重要的环节。就技术设计层面而言,各个法律责任措施与实施机制相协调,意味着在特定证券市场

活动的各个法律关系之间实现了有效的统筹兼顾,相关制度措施协调有效地发挥功能。^[1]然而,在我国证券法律责任制度体系中,由于配套机制的缺乏,很多证券法精心设计的法律机制无法实现。例如,由于缺乏暂缓入库和财政回拨制度,证券法诞生伊始就确立的证券民事赔偿责任优先原则至今无法落实。此外,由于立法规定过于原则及可操作性不足,某些具体制度因缺乏体系配合而未能充分发挥预期功能,很多证券法规定的责任制度难以落到实处。例如,《证券法》第55条明确规定,操纵证券市场行为给投资者造成损失的,行为人应当依法承担赔偿责任。但由于该条款过于笼统,缺乏相应的配套机制,在司法实践中难以适用,从而无法实现操纵市场民事责任制度的实施完整化。可以说,法律责任制度措施同法律实施机制的不协调实质上导致了资本市场监管效能的弱化,难以适应新形势下对证券违法行为零容忍的迫切要求。从法律责任贯彻实施的角度看,树立体系化思维对确保立法、执法和司法的顺畅衔接至为关键,对于消除因证券立法随意化、片面化、碎片化造成的不良影响至为关键。

二、《意见》关于打击证券违法活动的体系化安排

在全球经济金融环境深刻变化、我国资本市场改革开放不断深化的背景下,随着市场规模日益扩大,市场交易产品日趋多样以及交易模式的日益丰富,资本市场违法行为更加隐蔽,案件查处难度加大,相关执法司法等工作面临新形势和新挑战。《意见》经由常规的问题性思维进阶体系性思维,从打击证券违法活动的系统性、整体性、协同性入手,在证券执法司法的重要领域和关键环节做针对性的安排,其核心就是对分散的监管资源、司法资源及其他相关资源进行合理配置,以期形成系统完备、科学规范、运行有效的打击证券违法活动的执法司法体制机制,从而提升打击证券违法活动的整体效益。概括而言,《意见》从

[1] 参见中国社会科学院课题组:《证券法律责任制度完善研究》,载黄红元、徐明主编:《证券法苑》第10卷,法律出版社2014年版。

总体目标、实施路径以及基础建设三方面对打击证券违法活动做了重大体系化的战略部署。

（一）明确总体目标与基本要求

打击证券违法犯罪活动是资本市场长期不懈的任务。《意见》开门见山,从指导思想、工作原则及主要目标三个方面确立了打击违法活动的总体思路,即在遵循资本市场市场化、法治化方向的指导思想下,坚持零容忍要求,坚持法治原则,坚持统筹协调,坚持底线思维的工作原则。争取到2022年,资本市场违法犯罪法律责任制度体系建设取得重要进展,资本市场秩序明显改善;到2025年,资本市场法律体系更加科学完备,中国特色证券执法司法体制更加健全,崇法守信、规范透明、开放包容的良好资本市场生态全面形成。

《意见》的总体要求,一方面强调了资本市场发展必须以市场化、法治化为基本方向,另一方面明确了实现总体目标的是四个工作原则,这些原则体现了我国打击证券违法活动的价值取向和基本精神,是贯穿证券立法、执法、司法整个过程的根本性原则,也是确保分阶段实现未来目标的基本保障。《意见》指导思想与工作原则的提出,不仅从文本上明确了我国资本市场未来相当长时间内打击证券违法活动的目标和要求,也对市场实践中打击证券违法活动指导思想和实施手段的统一指明了方向,进一步厘清了我国资本市场惩处不当行为的基本思路框架。

（二）确立统筹兼顾的实施路径

一个科学高效的打击证券违法活动的体系构建,其核心是优化立法、执法、司法三大体系,并形成环环相扣、功能齐全、纵横交错的打击证券违法活动的立体架构,最终实现对证券违法行为从立法、执法到司法的系统应对及管理机制。

在立法方面,《意见》强调完善资本市场违法犯罪法律责任制度体系。证券法律责任制度的实施与完善,是实现我国资本市场法治的基本路径,也是追求证券法价值目标的根本保障。为此,《意见》从法律、司法解释、行政规章及行业自律规范性文件方面提出了五项基本举措:其一,完善证券立法机制,增强法律供给及时性;其二,加大刑事惩戒力度,完善相关刑事司法解释和司法政策;其三,完善行政法律制度,贯彻

实施新修订的《证券法》,加快制定修订上市公司监督管理条例、证券公司监督管理条例等配套法规制度;其四,健全民事赔偿制度,具体包括推进证券纠纷代表人诉讼制度实施,修改因虚假陈述引发民事赔偿有关司法解释,开展证券行业仲裁制度试点;其五,强化市场约束机制,完善交易场所、行业协会等对证券违法违规行为的自律监管制度。

在执法司法方面,《意见》着力强调建立健全依法从严打击证券违法活动的执法司法体制机制。基本思路是建立打击资本市场违法活动协调工作机制,加大对重大案件的协调力度,完善信息共享机制,推进重要规则制定,协调解决重大问题。至于基本举措,则是从纵横两方面做全面的部署安排。在横向方面:其一,完善证券案件侦查体制机制。进一步发挥公安部证券犯罪侦查局派驻中国证监会的体制优势。其二,完善证券案件检察体制机制。研究在检察机关内部组建金融犯罪办案团队,探索在中国证监会建立派驻检察的工作机制。其三,完善证券案件审判体制机制。探索统筹证券期货领域刑事、行政、民事案件的管辖和审理。在纵向方面:其一,加强办案、审判基地建设。在证券交易场所、期货交易所所在地等部分地市的公安机关、检察机关、审判机关设立证券犯罪办案、审判基地。其二,强化地方属地责任。在坚持金融管理主要是中央事权前提下,加强中国证监会与地方政府及有关部门之间的信息互通和执法合作,研究建立资本市场重大违法案件内部通报制度,有效防范和约束办案中可能遇到的地方保护等阻力和干扰,推动高效查办案件。

在上述基础上,《意见》提出要强化重大证券违法犯罪案件的惩治和重点领域的执法,重点包括依法严厉打击非法证券活动,加强债券市场统一执法,加大对私募领域非法集资、私募基金管理人及其从业人员侵占或挪用基金财产等行为的刑事打击力度,从而突出分类监管、精准打击的思路,以全面提升证券违法大案要案查处质量和效率。此外,《意见》提出进一步加强跨境监管执法司法协作,积极探索加强国际证券执法协作的有效路径和方式,积极参与国际金融治理,推动建立打击跨境证券违法犯罪行为的执法联盟。

(三)全面夯实基础建设

《意见》构建的打击证券违法活动的立法、执法、司法协同配合的

治理体系离不开基础性制度供给条件的支持。治理体系与基础建设是相互依存、相互促进的关系：一方面，基础建设是治理体系构建的基础，治理体系的提升必须依赖于基础建设的扎实有效；另一方面，治理体系的提升和强大，也彰显了基础建设的完善和高效。鉴于治理体系与基础建设相辅相成的关系，《意见》提出全面夯实打击证券违法活动的人力、物力、财力资源保障不足可能对打击证券违法活动综合治理体系效能的各种限制。

首先，着力提升证券执法司法能力和专业化水平。具体包括：（1）增强证券执法能力。通过加强证券执法力量，优化证券稽查执法机构设置，推动完善符合资本市场发展需要的中国特色证券执法体制机制。（2）丰富证券执法手段。有效运用大数据、人工智能、区块链等技术，建立证券期货市场监测预警体系，构建以科技为支撑的现代化监管执法新模式，提高监管执法效能。（3）严格执法公正司法。牢固树立权责意识、证据意识、程序意识，切实提升执法司法专业性、规范性、权威性和公信力。

其次，加强资本市场信用体系建设。具体包括：（1）夯实资本市场诚信建设制度基础。建立资本市场诚信记录主体职责制度，明确市场参与主体诚信条件、义务和责任，依法合规开展资本市场失信惩戒和守信激励。（2）建立健全信用承诺制度。建立资本市场行政许可信用承诺制度，明确适用主体范围和许可事项。（3）强化资本市场诚信监管。建立健全全国统一的资本市场诚信档案，全面记录资本市场参与主体诚信信息。

最后，加强组织保障和监督问责。具体包括：（1）加强组织领导。明确职责分工，加强工作协同，落实工作责任，确保各项任务落到实处。（2）加强舆论引导。做好立体化打击证券违法活动的新闻舆论工作，多渠道多平台强化对重点案件的执法宣传。（3）加强监督问责。坚持全面从严治党，坚决落实深化金融领域反腐败工作要求。

综上，《意见》遵从资本市场运行基本规律的内在要求，强调完善资本市场违法犯罪法律责任体系，建立健全打击证券违法活动的执法

司法体制机制,夯实跨部门监管协作机制的基础建设,旨在构建一个立体型全方位的系统打击证券违法活动的综合体系,以实现立法、执法、司法对打击证券违法活动职能的一体化整合,使立法、执法、司法各系统既按照各自不同的职责发挥功能,又彼此协作制衡,有效发挥各个系统科学聚合产生的合力作用,力求实现维护资本市场秩序的最大法治效益。

三、落实《意见》急需处理好的三个问题

尽管《意见》从总体要求、基本原则、制度实施层面提出了打击证券违法活动的体系化的思路框架及具体措施,但在具体落实《意见》精神中还要注意以下三个问题。

(一)注重多元平衡的监管理念

证券市场不当行为的复杂性、多样性决定了证券法律责任的多样性以及实施机制的多样性。鉴于打击证券违法活动目标的多维性和广泛性,如何协调和平衡不同责任制度及实施机制的多元价值,实际上关涉对证券监管理念的选择和把握。尽管民事、行政、刑事是打击证券违法活动制度体系的三大支柱,但在我国证券法整体功能运行机制设计层面,我国现行证券法是行政法律规范和行政实施机制更占优先地位,行政监管的过度控制在制度和实施效果上都压缩了民事责任及司法机制的作用空间。^{〔2〕}成熟市场的实践经验表明,打击证券违法活动的关键不仅在于行政处罚及刑事制裁有多严厉,还在于惩治违法行为是否存在多元的法律救济机制。就我国而言,只有基于市场发展阶段以及对监管资源、司法资源的合理利用,合理协调民事、行政和刑事责任及实施机制的配比关系,三种责任制度之间相互联结、相互协调,成为相互促进、不可分割的责任救济机制,才能共同承担履行证券法律责任的使命,并使证券法制度功能发挥出最大系统效应。当前在证券监管

〔2〕 参见陈霆、陈洁:《证券法的功效分析与重构思路》,载《环球法律评论》2012年第5期。

部门屡屡强调要对证券犯罪进行“零容忍”式打击的背景下,本文以为,司法实践中不能过分倚重行政刑事打击这一途径,而应以制定综合性解决方案为前导,在整体上通盘考虑证券市场中的各种法律关系,尤其是行政法律关系与民事法律关系的交接与互动,由此引申出去,则是科学建构证券市场机制与行政监管体制的关系,倡导并践行证券市场多元化纠纷解决机制,从而使行政监管机制有机地融入证券市场机制,确保证券法的宗旨、目标及功能措施切实而有效地得以实现,并使打击证券违法活动最终达到法律效果、社会效果和经济效果的统一。

(二) 建立执法司法协调机制的规范流程

打击证券违法活动是一个连续的动态过程,不仅包含刑法和刑事诉讼法,也包括民事、行政等法律实体法和程序法的相关内容,涉及证券违法的行政处罚、民事赔偿以及证券犯罪的预防、侦查起诉、审判、执行等各个环节。这种司法执法活动的全程性、多样性特点决定了必须建立不同系统执法司法机制协调配合的规范化的操作流程。一方面是要建立常态化的沟通协调机制,包括《意见》提出的成立打击资本市场违法活动的协调工作小组,加大对重大案件的协调力度,尤其是要推进衔接平台的建设,实现信息共享机制。例如,可以推进行政执法与侦查检察以及刑事司法的衔接平台建设,建立双向信息共享平台及联络机制,实现数据的双向互联以及案件移送等的密切配合。目前实践中证券行政处罚与刑事制裁衔接问题相当突出。以案件移送为例,尽管最高人民检察院、公安部等相关部门出台了《公安机关受理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》、《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》以及《关于加强行政执法与刑事司法衔接工作的意见》等,但实践中执法司法系统对案件移送的管理衔接依然混沌不清。一方面,当前行政处罚法只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,依法追究刑事责任,但对那些没有构成犯罪但又涉行政处罚的案件,司法机关如何将涉行政处罚案件及时移送行政机关的操作规范及检察监督没有规定。另一方面,在各个系统相应的规范性文件中也缺乏针对案件互相移送科学、合理、明确、规范的流程设计及程序安排。为此,本文建议在充分尊重各个系统自身运行机制的前提下,根据实体法、程序法的有关规定,建立一套执法司法部门针对重大案件

的协调沟通、互相配合的办案规则、工作流程及工作标准,力求民事责任、行政责任与刑事责任的衔接环节都有实践运行的法律依据。例如,针对如何将行政执法中发现达到刑事立案标准的线索移送刑事处理作详细规定,同时,对司法机关在刑事办案中发现案件达不到刑事处罚标准或对犯罪行为人进行刑事处罚后仍需对犯罪行为人或其他违法行为人进行行政处罚的,司法机关如何移送作详细规定。^{〔3〕}只有从流程规范入手,使执法司法协调工作具有规范性、管理工作具有连续性,才能有效地约束当前不同系统之间协调沟通工作的随意性,从而实现打击证券违法活动中涉行政刑事案件处理的专业整合,弥补“刑行交叉”的执法和监管漏洞,更好地发挥执法司法系统管理的综合效能。

(三) 弥补监管漏洞与程序规范不足

由于我国证券法未能采纳“实质证券”的概念界定,因此证券法形式上确定的证券市场小于实质上的证券市场,从而导致部分证券市场活动游离于监管机制之外,一些需要由证券法规范的市场关系或活动并不在证券法的调整范围内。此外,由于证券市场交易形式的多样化、复杂化,证券法在设计行政法律规范时,由于对证券经济活动的交易运作方式、利益与风险分配模式等缺乏深入周延的分析,再加上现行的行政处罚条文沿袭刑事处罚之思路,对行政违法行为的构成规定过于详细具体,致使具体法律条文可适用的空间太小,导致一些强制性的证券行政法律规范被规避,客观上造成打击证券违法活动的监管漏洞或真空地带。例如,尽管国务院曾颁布《关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》(国发〔2011〕38号)和国务院办公厅《关于清理整顿各类交易场所的实施意见》(国办发〔2012〕37号),但市场实践中各种名目的交易所打着现货挂牌交易的幌子,实际上开展的是期货交易活动。对这种“名为现货交易而实为期货交易”的情形,证券监管部门始终未能采取积极应对措施,客观上使相当多的投资者权益在交互影响的金融市场得不到充分有效的保护。

此外,证券法是实体法与程序法的结合,打击证券违法活动的实施

〔3〕 参见王斌、邓烈辉:《完善“两法衔接”逆向移送和监督机制的思考》,载《人民检察》2021年第1期。

就是落实证券法制裁手段的实体规范与程序规范的结合运用。然而,实践中,不仅证券法领域,其他关涉执法、司法权限行使的程序性规定普遍存在过于简陋的现象。为此,应进一步强化打击证券违法活动中的程序规范制度建设,尤其要对特殊制度的特殊程序,包括行政刑事案件的移送程序等予以科学设计、合理安排,这也是当前完善资本市场执法司法机制、确保打击证券违法活动目标有效实现的重要方面。

四、结语

经过体系性的思考形成体系性的安排来实现体系化的秩序,是保证证券市场健康长远发展的重要保障。《意见》运用体系化思维从整体视角统筹安排证券立法、执法和司法活动的协同实施,强调充分发挥证券市场制度机制的系统效益,这对提高我国证券市场的监管效益,增强各个系统在规范证券市场秩序方面的角色功能,真正构建一个既能推动市场创新又能有效控制风险的证券市场法律制度体系将具有深远积极的影响。

(编辑:邹露)