

## 证券执法和解行政优益权 平衡限缩论

——对《行政和解试点实施办法》

“和解终止条款”的反思

白云锋\*

**摘要:**证监会《行政和解试点实施办法》作为正在修订的《证券法》中执法和解条款的制度蓝本,其第三章第四节“和解终止条款”出现了对相对人权益保障不足的系列问题。根源在于证券执法机关对新型合作行政尚不适应,直接原因在于合作行政领域行政规章制定者与适用者身份的重叠。传统单方行政的“平衡论”仅要求事后权义总量上的平衡,执法和解则基于其合意行为的性质还要求合意过程即事中的权义平衡。建议明确经济利益平衡原则,并将其扩充为权义平衡原则;限缩适用《立法法》第80条的规定——“国务院的决定、命令”不宜作为行政规章中行政优益权的立法依据。

**关键词:**执法和解协议 和解程序终止 行政优益权 事中平衡论

---

\* 上海交通大学凯原法学院博士研究生。本文为国家社科基金重大专项项目(16ZZD019)“十八大以来党中央推进法治社会建设重要战略研究”的阶段性成果。

## 一、问题的提出

为缓和资本市场执法手段单一与市场主体多元诉求之间的紧张关系,2014年1月,时任证监会主席肖钢在《行政管理改革》杂志发表署名文章《积极探索监管执法的行政和解新模式》。文章表示“目前,《证券法》的修订和《期货法》的制定已经纳入十二届全国人大的立法工作规划。在缺乏统一的行政和解法律制度规定情况下,可以借此机会,争取在《证券法》和《期货法》中先行确认我国证券期货执法中的行政和解制度”,〔1〕并呼吁“在有关行政和解制度的法律规定正式出台之前,可以经过必要的批准程序,先行试点”。〔2〕其后,经过起草与公开征求意见,证监会《行政和解试点实施办法》(以下简称《办法》)于2015年2月17日正式发布,并于2015年3月29日正式实施。

证券执法和解,简言之,即证券执法机关与行政相对人通过相互让步达成合意以解决他们之间纠纷的活动。囿于“公权力不可处分”的理念,长期以来,我国行政执法领域一直对和解机制的运用保持保守态度。〔3〕虽然《反垄断法》与《反倾销条例》之中均可见行政执法和解机制的影子,〔4〕但相比于法律、行政法规中的零星规范,此次证监会的规定可以说是关于行政执法和解制度的首次系统性规定,其拓荒意义毋庸置疑。〔5〕但仔细分析《办法》的内容,却不难发现其中部分条款——主要是第三章第四节“行政和解程序的终止”(以下简称“和解终止条款”)——的内容颇待商榷:相关条款凸显出在合作行政法律关系中如何平衡执法和解行为的行政性与契约性的问题,即如何设置与控制行政优益权的限度问题。

---

〔1〕肖钢:《积极探索监管执法的行政和解新模式》,载《行政管理改革》2014年第1期。

〔2〕同注〔1〕。

〔3〕杨锋:《论行政过程中的和解制度》,载胡建森主编:《公法研究》2011年第9辑。

〔4〕参见《反垄断法》第45条,《反倾销条例》第31~36条。

〔5〕本文所谓行政执法和解之行政执法,仅指行政决定作出及之前的行政执法阶段,并不包含行政执行段的和解。

目前,我国《证券法》修订草案已进入“二读”程序,<sup>[6]</sup>已草拟出“二稿”的《期货法》也有望提交审议,<sup>[7]</sup>两部法律之中均有望确立证券执法和解制度,<sup>[8]</sup>结合官方关于试点规定“为今后制定统一而完备的行政和解法律制度提供立法经验”的表述,<sup>[9]</sup>《办法》中的试点规定很可能直接作为两部法律之中行政执法和解条款的制度蓝本。而且,《办法》作为首部完整的“合作行政类立法”,其关于合作行政领域行政优益权与相对人权益保障之间关系的把握也很可能为今后我国行政协议立法提供直接参考。<sup>[10]</sup>另外,《办法》虽属于证券执法类行政规章,但其证券执法和解以行政协议为制度载体,可以说《办法》兼具证券法、行政法与契约法的属性,处于证券法、行政法与契约法的理论交叉地带。证券执法的专业性决定了《办法》许多条款的特殊性,但其特殊性如果构成对行政法与契约法基本属性与理论的违背,则其合法性与正当性将受到根本上的质疑。如是,则对《办法》中疑似问题条款进行多维度的反思并揭示与解决其内在的理论问题就显得尤为必要了。

## 二、“和解终止条款”问题之表现

“和解终止条款”位于《办法》第三章“行政和解的实施程序”之中,该章共四节内容,分别是第一节“申请与受理”,第二节“和解协商”,第三节“行政和解协议的签订和执行”,第四节“行政和解程序的终止”。“和解终止条款”即指第四节中的相关条款。该节共四条内

---

[6] 王比学:《分组审议证券法修订草案二次审议稿》,载人民日报网,[http://paper.people.com.cn/rmrb/html/2017-04/27/nw.D110000renmrb\\_20170427\\_2-02.htm](http://paper.people.com.cn/rmrb/html/2017-04/27/nw.D110000renmrb_20170427_2-02.htm),2017年5月18日访问。

[7] 《〈证券法〉二审在即〈期货法〉草案有望尽快提交审议》,载新浪网,<http://finance.sina.com.cn/money/future/fmnews/2017-03-11/doc-ifychihc6182785.shtml>,2017年5月18日访问。

[8] 同注[1],肖钢文。

[9] 同注[1],肖钢文。

[10] 本文谓之行政协议为行政机关与行政相对人达成的外部行政协议,不包括行政机关之间缔结的内部行政协议,其与行政合同、行政契约同义。

容,分别从终止适用情形<sup>〔11〕</sup>终止程序<sup>〔12〕</sup>和解协议无效情形<sup>〔13〕</sup>超期未达成协议和解一次适用原则<sup>〔14〕</sup>不履行协议和解一次适用原则<sup>〔15〕</sup>虚假记载或重大遗漏重启和解金不予返还制度<sup>〔16〕</sup>以及告知程序<sup>〔17〕</sup>等方面进行了规定。本文认为,除了告知程序可以为正式的证券执法和解制度的构建无碍采纳外,其余规定都因在规定行政优益权之时存在对相对人权益保障不足的问题而需要在反思中进行重构。

其实,在《办法》之前的征求意见稿中并没有单独的“行政和解程序的终止”一节内容,且征求意见稿中虽然已有部分行政优益权条款,但同时也规定了多处保障相对人权益的条款,但《办法》颁行稿却在继续增加证券执法机关优益权的同时,删除了征求意见稿中“和解终止”中保障相对人权益的绝大部分条款(见表1),这使《办法》“和解终止条款”部分的相对人权益保障有所欠缺。

〔11〕 参见《办法》第30条第1款:“有下列情形之一的,中国证监会应当终止行政和解程序:(一)中国证监会在受理行政相对人的行政和解申请后,达成行政和解协议前,经调查发现新的事实、证据,认为案件不再符合行政和解受理条件的;(二)未能在本办法第二十三条规定的期限内达成行政和解协议的;(三)行政和解协议达成后,行政相对人不履行行政和解协议的;(四)中国证监会在受理行政相对人的行政和解申请后,行政和解协议执行完毕前,发现行政相对人存在所提供的行政和解材料有虚假记载或者重大遗漏等情形的;(五)中国证监会基于审慎监管原则认为有必要终止行政和解程序的。”

〔12〕 参见《办法》第30条第2款:“有前款规定情形的,和解实施部门应当向行政相对人出具行政和解程序终止通知,并抄送案件调查部门、案件审理部门、行政和解金管理机构。已中止调查、审理的案件,案件调查部门、案件审理部门应当及时恢复调查、审理程序。”

〔13〕 参见《办法》第31条:“行政和解协议达成后,行政相对人不履行行政和解协议的,行政和解协议无效。”

〔14〕 参见《办法》第32条前段:“行政相对人未能在规定期限内与中国证监会达成行政和解协议的,中国证监会在继续调查、恢复审理时不得再次适用行政和解程序”。

〔15〕 参见《办法》第32条后段:“行政相对人未按照约定履行行政和解协议的,中国证监会在恢复调查、审理后不得再次适用行政和解程序。”

〔16〕 参见《办法》第33条第1款:“中国证监会在向行政相对人出具行政和解结案通知后,发现行政相对人存在所提供的行政和解材料有虚假记载或者重大遗漏等情形的,重新启动案件调查、审理程序。行政相对人已根据行政和解协议交纳的行政和解金,不予返还。”

〔17〕 参见《办法》第33条第2款:“出现前款所规定情形的,和解实施部门应当及时告知行政相对人。”

表1 《办法》征求意见稿与颁行稿“和解终止条款”中的  
相对人权益保障条款对比

序号	《办法》征求意见稿中“和解终止条款”中的相对人权益保障条款	《办法》颁行稿中“和解终止条款”中的相对人权益保障条款
1	第30条第1款后段的“程序告知条款”	在第30条与第33条中保留
2	第30条第3款:行政相对人存在本条第1款规定情形的,行政和解协议无效。但行政相对人缴纳的行政和解金已由行政和解金管理机构依法补偿投资者的除外	删除
3	第33条:行政相对人在行政和解过程中作出的自认、承诺等,中国证监会不得作为行政处罚的证据	删除
4	第35条:行政相对人全面履行了行政和解协议约定的全部义务,中国证监会未按照本办法的规定作出终止案件调查、审理决定,行政相对人可以依法提起行政复议或行政诉讼	删除

具言之,《办法》第四节有关“和解终止”的规定至少有以下值得商榷之处:

(一) 关于“和解终止”适用情形的规定不够全面

《办法》第30条第1款规定了五项和解终止的适用情形,但可以发现其关于何种情形下适用和解终止程序的规定并不全面。其五项和解终止规定分别为:(1)证券执法机关经调查认为不再符合和解受理条件的;(2)未能在期限内达成和解的;(3)相对人不履行和解协议的;(4)相对人提供和解材料有误的;(5)证券执法机关认为有必要的。<sup>[18]</sup>

具体何种情形下才导致和解终止,依不同执法领域的具体情况可能有所差别,不过基于和解的双方合意行为本质与现代行政法“平衡法”

[18] 《办法》中试点和解的行政主体仅限于中国证监会,出于理论研究层面的需要,本文以证券执法机关或证券机关代替之。

的属性,<sup>[19]</sup>其关于和解终止的规定应遵循的一个基本的原则是,在对所有可能导致和解终止的实际情形进行考察的基础上,全面规范合意双方行为可能导致和解终止的情形。<sup>[20]</sup>一言以蔽之,即证券执法和解“是经人民合意的行为,不似行政处分是行政单方意志的行为,故应考虑公平原则及公益维护”。<sup>[21]</sup>但具体考察《办法》第30条第1款之规定,其显然违背了该原则:在适用和解终止的五项情形中,全部涉及相对人行为可能导致的和解终止的情形,而只有一项[第(2)项]可能涉及证券执法机关行为导致和解终止的情形,且和解终止的认定权全部为证券执法机关掌握,而未赋予相对人申请证券执法机关认定和解终止的权利。

证券执法和解作为一种以合意方式改变行政法律关系的行为,性质上是一个行政协议,证券执法机关具备一定行政优益权当属无疑。但“如果过分强调行政特权,就会违背创设行政合同这种管理模式的本意——……尊重相对方的意思自治与平等地位”,<sup>[22]</sup>“行政机关并无广泛的解约权……尤其不能以概括的公共利益考虑,授予行政机关解约权,否则有违当事人权益保障原则”。<sup>[23]</sup>一个可能合理的解释是,该条款形式上的不平等并不导致实质上的不平等。但从实质上看,是否在和解过程中只存在少数证券执法机关行为导致和解终止的情形呢?是否只需赋予证券执法机关认定和解终止的权力而无须赋予相对人申请认定终止的权利呢?答案是否定的。具体分析如下:

### 1. 缺乏相对人方根据考察结果向证券执法机关申请终止和解的权利规定

就第(1)项而言(其属于颁行稿中才加入的特权条款),只规定了证

[19] “现代行政法既不是管理法,也不是控权法,而是保证行政权与公民权处于平衡状态的平衡法。”罗豪才、袁曙宏、李文栋:《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》,载《中国法学》1993年第1期。

[20] 和解作为一种ADR,其功能之有效发挥的前提之一,即“纠纷当事人具备平等之法律地位。唯有基于平等之地位,当事人才能可能通过有效对话和交涉而寻求合意”。王锡锌:《规则、合意与治理——行政过程中ADR适用的可能性与妥当性研究》,载《法商研究》2003年第5期。

[21] 郑艳:《私法原则在行政合同制度中的适用与超越——一个认识行政合同的新视角》,载《行政法学研究》2000年第4期。

[22] 同注[21]。

[23] 同注[21]。

券执法机关在调查后认为不符合受理条件应当终止的情形,但很显然在和解启动之后,为了更好地了解案件事实以达成一个尽可能减轻本方和解义务的和解协议,面对“尚难完全明确的案件事实或者法律关系”,相对人自然也有动机为了了解情况而展开己方对事实的考察。

如果相对人经过考察,其也“发现新的事实、证据,认为案件不再不符合受理条件”,即其认为当初自己申请和解有误,其是否可以终止和解程序或者向证券执法机关提交新的材料申请终止和解程序呢?例如,其发现的新事实、证据导致案件事实或法律关系已然明确,不再符合《办法》第6条第1项的“案件事实或者法律关系尚难完全明确”的和解适用条件,此时,如不赋予其申请认定终止的权利,则除了形式上有违公平原则之外,更会实质上对相对人的权益产生影响。

《办法》第20条规定了“行政相对人在提交行政和解申请后,中国证监会正式受理前”申请撤回和解的权利,但并未规定在证券执法机关受理和解申请之后的撤销权,也即相对人的和解申请一旦被受理,则此后无论发生何种情势,则其均无主动使和解程序回转的权利。<sup>[24]</sup>可能的质疑在于,相对人发现相关事实之后,如果其认为和解确已经不符合受理条件且终止和解对己有利的,其自然会想办法告知证券执法机关,请其终止和解。事实上确实可以。但由于法律上并没有明确指明相对人拥有这一项权利,则证券执法机关不必然会对相对人的这一请求表示尊重,尤其当相对人这一请求与证券执法机关的行政利益相悖时。<sup>[25]</sup>

## 2. 缺乏证券执法机关违约情形下相对人方救济权利的规定

就第(3)项而言,其规定为“行政和解协议达成后,行政相对人不履行行政和解协议的”证券执法机关应当终止和解程序。《办法》中的执法和解行为以和解协议为制度载体,虽然行政优益权的存在使得双方在协议中的权义不尽对等,但证券执法机关显然也负有一定的协议义

---

[24] 当然,这里的申请终止权仅限于证券执法机关受理和解之后达成协议之前,协议达成之后即便是证券执法机关的和解终止权也应满足法定终止(也即撤销)事由。

[25] 关于行政利益的相关论述可参见[德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第1卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第331页。

务。<sup>[26]</sup> 具体至和解协议之中,相对人可能负有支付和解金、承诺不再发生类似行为等义务,而证券执法机关则显然负有中止或终止调查等不作为的义务。

如此,则证券执法机关也可能存在不按约定履行义务之情形,《办法》征求意见稿第 35 条的规定也表明了这种可能性,<sup>[27]</sup> 如达成协议之后,其本应中止调查或者相对人协议义务履行完毕之后其理应终止调查,但却不遵守约定继续展开调查。若证券执法机关根据调查的事实,认为出现法定撤销事由,<sup>[28]</sup> 则似有打破约定进行撤销的正当性。但若基于非法定事由,如仅认为根据更清晰的事实或法律状态的和解协议内容与之前的协议内容不一致(这种不一致并非显失公平)而决定撤销则有侵害相对人信赖利益之虞。和解协议达成本身即表明双方承诺用和解方式解决问题,为维护法律关系的稳定,非法定事由不得再转入单方处理程序。且此处的重点在于,当相对人履行完毕和解协议义务而证券执法机关未按照约定中止或终止调查就应当给予相对人防止利益受损的救济权,而不是出现法定撤销事由,只是在相对人行使救济权的结果意义上的支持或驳回。在此,有学者就认为,“为督促行政机关履行其契约责任,在契约的权利义务配置上,也要允许相对人在行政机关不履行义务时可以要求赔偿或诉诸法院”。<sup>[29]</sup>

由此可见,就第(3)项终止和解适用的情形(不履行协议的终止)而言,只规定相对人不履行协议时证券执法机关可以终止和解,而未规定证券执法机关不履行协议时,相对人申请终止和解或者其他救济的权利也面临风险。《办法》征求意见稿第 35 条在颁行稿中被删除,从相对人权益保障层面而言,这种变化堪谓可惜。

[26] 行政协议中的“信守约定”原则“不仅要求对方当事人信守约定、善意履行,也要求行政主体主动承担合同的内容,履行合同中的各项义务”。参见注[21]。

[27] 《办法》征求意见稿第 35 条规定为“行政相对人全面履行了行政和解协议约定的全部义务,中国证监会未按照本办法的规定作出终止案件调查、审理决定,行政相对人可以依法提起行政复议或行政诉讼。”

[28] 例如,《办法》第 30 条第 1 款第(4)项规定的“行政相对人存在所提供的行政和解材料有虚假记载或者重大遗漏等情形”。

[29] 余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 3 页。



## (二) 缺乏和解程序终止后保障相对人权益之规定

### 1. 和解程序终止后,和解双方总体的权义状态

据前述,《办法》第30条第1款关于和解五项终止情形的规定可谓有明显偏向,而在有关和解终止后的程序走向及相关规定中似乎依然呈现出一定不足:在进一步赋予证券执法机关权力,施予相对人义务之时,并未给证券执法机关设置相关责任,也未赋予相对人救济权利。

继第30条第1款和解终止适用情形的规定之后,其第2款从总体上规定了和解终止情形发生后证券执法机关应当展开的两项一般程序:第一,应当向相对人或相关部门出具或抄送“行政和解程序终止通知”,即告知程序;第二,“已中止调查、审理的案件,应当及时恢复调查、审理程序”,即重启程序。也即证券执法机关因前述五项原因将和解程序终止后,其一般会终止情况告知相对人或相关部门,并重启之前暂停的调查、审理程序。

其后,《办法》第31条与第32条后段则从一般到特殊,作了关于前述五项终止情形之三“行政相对人不履行行政和解协议”的特殊规定——“行政相对人不履行行政和解协议的,行政和解协议无效”,且“在恢复调查、审理后不得再次适用行政和解程序”。第32条前段则作了关于五项终止情形之二“未能在期限内达成协议”的特殊规定——“证监会在继续调查、恢复审理时不得再次适用行政和解程序”。第33条则是因行政相对人“虚假记载或重大遗漏”而重启调查、审理程序的,相对人缴纳的和解金不予退还条款。

可见,四个终止条款之中,在证券执法机关依第30条第1款终止和解程序之后,除了第30条第1款与第33条第2款的相对人得到通知权外,其余皆为关于证券执法机关带有惩罚性质的和解权力之赋予,而关于相对人和解程序被终止之后的救济权利规定则暂付阙如。

### 2. 除得到通知权外,《办法》“和解终止”部分无其他相对人权益保障性规定

就《办法》本身而言,其第38条附则部分虽然规定了行政和解机关的责任条款,证券执法机关“违反程序实施行政和解”分别可能承担两种责任:一是行政责任——“根据情节轻重,给予处分”;二是刑事责任——“构成犯罪的,依法追究刑事责任”。但问题在于,在附则之前的

“和解终止”程序中并没有关于证券执法机关义务(如说明理由)与相对人权利(如陈述、申辩权)的明确规定,也即纵然相对人这些权利未得到有效保障,也不属于“违反程序实施行政和解”的行为。《办法》中赋予了相对人的两项得到通知权,应该说有积极意义。但除此“通知”“告知”条款外,《办法》没有关于相对人接收到该损益性行为通知之后的其他正当程序权利与其他救济措施的规定。

现代行政法治的一个基本原则是,执法机关作出损益行政行为之时或之后应当通知相对人,并说明作出行政决定的理由、听取相对人陈述申辩以及告知其申诉权。<sup>[30]</sup> 我们可以看到,在我国几部主要行政程序的单行法——《行政许可法》《行政处罚法》《行政强制法》中,并非仅规定了相对人的得到通知权,其在告知、通知等条款后必定附带“说明理由”要求或者“告知诉权”的规定。例如,《行政许可法》第38条第2款“行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由,并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利”;《行政处罚法》第31条、《行政强制法》第18条中也都有类似规定。<sup>[31]</sup> 但《办法》在告知条款之后只有关于如何重启调查、审理程序,以及协议无效、和解金不予退还等进一步的损益性规定,而没有说明理由、听取陈述申辩以及拥有诉权的权利保障性规范。

### (三)“不履行协议导致协议无效”之规定不完全符合契约法理

《办法》第31条规定“行政和解协议达成后,行政相对人不履行行政和解协议的,行政和解协议无效”,这一规定与传统契约法法理并不完全相合。

[30] 王贵松:《论行政裁量理由的说明》,载《现代法学》2016年第5期。

[31] 《行政处罚法》第31条规定“行政机关在作出行政处罚决定之前,应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据,并告知当事人依法享有的权利”,第32条便规定“当事人有权进行陈述和申辩”。该法第39条第1款第5项规定“行政机关依照本法第38条的规定给予行政处罚,应当制作行政处罚决定书。行政处罚决定书应当载明下列事项:……(五)不服行政处罚决定,申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限”等。同样,《行政强制法》也是如此,其第十八条中如此规定:“行政机关实施行政强制措施应当遵守下列规定:……(五)当场告知当事人采取行政强制措施的理由、依据以及当事人依法享有的权利、救济途径;(六)听取当事人的陈述和申辩……”

### 1. “不履行协议”属于违约而非协议无效

根据契约法法理,“合同无效是指合同在内容上违反了法律、行政法规的强制性规定以及公序良俗”而不按当事人合意赋予法律效力的法律后果。<sup>[32]</sup> 合同无效是法律对当事人达成的合意所进行的一种否定性价值判断,其后果是合同当然的(无须法院宣告)、自始的(自成立时)、绝对的(任何人都可以主张)无效,<sup>[33]</sup> 其“因在内容上违反了法律的强制性规定或者公序良俗,因此具有不得履行性”。<sup>[34]</sup> 合同被确定无效后,当事人应当承担“返还财产”、“赔偿损失”、财产“收归国有或返还集体、第三人”等责任。<sup>[35]</sup>

而“不履行协议”,一般而言则属于违约责任的范畴,“债务因履行而消灭、债务不履行构成违约”。<sup>[36]</sup> “如果当事人不履行合同,则依靠强制力强制当事人履行合同并承担违约责任。但如果合同不符合法律、行政法规的强制性规定以及社会公共利益,则应当被宣告无效。”<sup>[37]</sup> 可见,不履行协议若不违背法律、行政法规的强制性规定或者公序良俗,一般而言并不会导致协议无效,而是产生违约责任的后果。

我国《合同法》第40条(格式合同条款的无效)、52条(合同无效的法定情形)、53条(合同免责条款的无效)规定了民事合同无效的诸情形,但并没有关于不履行导致合同无效的条文。其中第52条第5项虽有兜底条款“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同亦无效,但《办法》只属部门规章,能否规定此类协议无效有待商讨。

### 2. “不履行协议导致协议无效”加重执法负担

虽然具体到行政契约,为了保证证券执法机关所代表的公共利益的实现,证券执法机关拥有合同中的优益权的观念已成共识。<sup>[38]</sup> 但纵使

[32] 杨立新:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第120页。

[33] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第168~169页。

[34] 同注[32],第121页。

[35] 郭明瑞、房绍坤:《合同法学》,复旦大学出版社2016年版,第70~71页。

[36] E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第549页。

[37] 王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2015年版,第609页。

[38] 叶必丰主编:《行政法与行政诉讼法》,中国人民大学出版社2011年版,第173~175页;莫于川主编:《行政法与行政诉讼法》,中国人民大学出版社2012年版,第211页;姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2015年版,第315页。

如此,面对“不履行”这一情形,也并非是导致合同无效。“尽管是没有根据情况下缔结的契约,考虑到保护相对人和第三人的权利,也应当注意这些契约并非当然归于无效。”〔39〕

首先,一般理论认为,行政优益权在行政契约中主要表为:行政主体享有选择契约对方当事人的权利,享有对契约履行的指导与监督权,对不履行契约义务的相对方的直接强制执行权,因公共利益需要单方面变更和解除契约的权力,对当事人履行契约不当的制裁权,以及对行政契约的解释权。〔40〕其中所谓履行不当的“制裁权”一般包括金钱制裁、强制执行和解除合同。〔41〕可见,行政主体纵使拥有行政契约优益权,其优益权也不包括直接宣告“不履行行政和解协议的,行政和解协议无效”权。因为当相对人不履行协议之时,证券执法机关大可以基于现有优益权权能通过单方解除、强制履行等手段维护合同中的公共利益,而无须在协议内容没有违法而仅是履行瑕疵时直接宣告合同无效。

其次,依照该《办法》第30条第2款之规定,和解协议无效后,证券执法机关得重启调查、审理程序。如此,则至少会面临以下两个问题:(1)前期和解成本白费,降低执法效率。因为此处只是相对人不履行已确定的合同义务,而非合同权利义务本身存在显失公正或表意不实之情形,即和解的内容本身是基于已掌握之事实并符合表意的,是可以强制(或申请强制)执行的,直接宣布无效使前期的和解工作白费。(2)再次陷入“案件事实或者法律关系尚难完全明确”之执法窘境。双方之前之所以选择以和解方式解决纠纷,乃在于实情满足了《办法》第6条的规定:“中国证监会已经正式立案,且经过了必要调查程序,但案件事实或者法律关系尚难完全明确”。此时,仅因“不履行”而非合同内容本身存在问题再次重启调查、审理程序,面对不明的事实或法律关系,无疑仍将

〔39〕 [日]市桥克哉等:《日本现行政政法》,田林等译,法律出版社2017年版,第172~173页。

〔40〕 张树义:《行政法与行政诉讼法》,高等教育出版社2004年版,第127~128页;余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2006年版,第107页;胡建森、江利红主编:《行政法与行政诉讼法》,中国人民大学出版社2010年版,第294~295页;马怀德主编:《行政法与行政诉讼法》,中国法制出版社2010年版,第264页。

〔41〕 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2016年版,第153页。

陷入不能查明或非耗巨资不得查明之窘境。且其后《办法》第32条关于和解一次用尽之规定也堵住了证券执法机关重启调查后再次启动和解程序的可能。此时,则证券执法机关必须做出一个单方处理决定。因为之前已经过必要调查,如果不是发现新的事实或证据,则其后这个单方处理决定依然要在事实或法律关系不明之情形下作出。如此,《办法》的这一规定就会使证券执法机关陷入两难的境地:如果决定处罚或处罚过重则对相对人可能不公,如果不处罚或处罚过轻则又不利于投资者权益和公共利益的维护。

其实,之所以无有“不履行一无效”的契约法规则,乃在于无效是内容违法而不得履行,不履行则是在协议有效情形下的消极履行。给予不履行或违约责任或强制执行或解除合同的处理,乃在于考虑在合同内容本身无违法性之前提下,给予合同对方权利人根据实际需要选择继续合同或解除合同之权利。《办法》此种放弃选择权而直接无效的制度设计,也加重了自身的执法负担。

#### (四)和解金不予返还制度有超越职权之嫌

和解金不予返还制度规定于《办法》第33条第1款,具言之,即在证券执法机关出具和解结案通知后,因相对人提供和解材料有虚假记载或重大遗漏等情形而重启调查、审理程序的,相对人已缴纳的行政和解金不予返还。

1. 和解金不予返还制度仅是对和解行为本身违反诚实信用原则的制裁

在证券法上,“虚假记载或重大遗漏”属于违反信息披露义务的证券违法行为。<sup>[42]</sup> 具体而言,“虚假记载是指信息披露义务人在披露信息时,将客观不存在的事实信息披露文件中予以记载的行为”。重大遗漏则是指“信息披露义务人在信息披露文件中,未将应当记载的事项完全记载或者仅部分予以记载”。<sup>[43]</sup>

结合证据法理论,因涉嫌证券违法行为而开展的执法和解大致需要相对人提供两类材料:一是直接涉及违法行为的材料;二是间接辅助案

[42] 李燕:《证券法学》,武汉大学出版社2009年版,第301页。

[43] 同注[42],第301页。

件调查的材料。<sup>[44]</sup> 如此,则在行执法和解过程中,信息披露材料可能出现在以下两种情形中:(1)如果是因为信息披露问题涉嫌违法而进行和解,则相对人所提交的和解材料中必然涉及信息披露义务中所要求提供的材料;(2)如果不是因信息披露问题而是其他原因,如内部交易、操纵市场等行为涉嫌违法进行和解,则相对人所提交的和解材料中主要为涉及涉嫌内部交易、操纵市场等行为的材料,信息披露材料则可能被用作辅助调查内部交易、操作市场等行为的材料而提供。

如果是情形(1)中的信息披露材料被确定出现了“虚假记载或重大遗漏”的情况,则相对人不仅是和解行为涉嫌违反诚实信用原则,且之前的涉嫌违法行为也因该“虚假记载或重大遗漏”情况被发现而被确定为违法。如果是情形(2)中出现“虚假记载或重大遗漏”,则可能分为两种情况:一是公司之前的信息披露行为并不存在违法情况,而仅和解行为本身违反诚实信用原则,在和解需提供的信息披露材料中出现了“虚假记载或重大遗漏”之情形。二是公司之前的信息披露行为便存在“虚假记载或重大遗漏”等违法行为,但未被发现,而在这些材料被提交到和解中用以辅助调查其他违法行为时才被发现。

以上情形,无论涉嫌违法行为本身为何,其都将在重启的调查、审理程序中得到法律的重新评价。<sup>[45]</sup> 如此,则和解金不予返还仅是对之前和解行为本身违反诚实信用原则(实质上是缔约过失行为)的制裁。那么,证券执法机关是否有权这样做呢?

[44] “所谓直接证据,就是指能够单独、直接证明案件主要事实的证据。而间接证据是指不能单独直接证明,而需要与其他证据结合才能证明案件主要事实的证据。”参见樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2007年版,第227页。

[45] 对于情形(1),因为已经确定出现了“虚假记载或重大遗漏”,则重启调查、审理程序后多半可以做出处罚决定。如此,则和解金不予返还仅是对和解行为本身违反诚实信用原则的制裁。对于情形(2),引起和解的涉嫌违法行为(如内部交易、操纵市场等)与在和解协商中提供“虚假记载或者重大遗漏”材料的辅助行为都将在重启的调查、审理程序中被评价。若确定违法,证券执法机关将作出对违法行为的处罚,如此则没收的和解金仅是对和解行为本身违反诚实信用原则的制裁。如果事实或法律状态依然不足以作出处罚决定,《办法》并没有禁止此种情形下的再次和解,但此时和解无疑需要再次收取和解金,如此则没收的和解金也仅是对和解行为本身违反诚实信用原则的制裁。

## 2. 和解合意已然破裂,没收和解金可能超越职权

和解行为的采用替代了行政处罚,和解行为本质上是一个合意行为。按照契约法理论,合意行为中,合意双方都有义务提供真实、准确情报的先合同义务。<sup>[46]</sup>此时,相对人在和解协商中提供“虚假记载或重大遗漏”的和解材料,无疑属于违反先合同义务的缔约过失行为,应承担缔约过失责任。<sup>[47]</sup>其责任后果为根据造成损失的大小给缔约对方支付赔偿金,而并非和解金被没收。

在和解行为中,相对人与证券执法机关因为某种双赢的目的而可以达成一个合意:证券执法机关面对“事实或法律状态不明”之案件陷入执法窘境,无法保证处理决定的合法性、合理性,也无法完成对于投资者的损害救济,但证券执法机关手中有执法权;而相对人则也无充分证据证明自身未涉嫌违法,僵持至最后可能等来证券执法机关的一纸处罚,但其手中有支付投资者损失的资金。故双方“各取所需”,在法律的框架下达成合意,证券执法机关的合同义务是不再追查,相对人的义务是支付能够有效弥补投资者损失的和解金。也即和解金是相对人支付的替代行政处罚的合同对价,本质上是和解协议的交易金额。现下和解不成直接没收和解金的行为,相当于缔约过失行为产生之后不计量损害进行赔偿,而直接没收了合同的交易金额。<sup>[48]</sup>而根据前述行政优益权理论,如此做法可能还需进一步的合理解释。<sup>[49]</sup>

那么此时,证券执法机关若是将和解金转交给受损投资者是否能补正其行为的正当性呢?貌似可以,实则不然。此处容易被忽略的一个关键点是,此时证券执法机关重启了调查、审理程序,和解合意的基础已然

---

[46] 施建辉:《行政契约缔结论》,法律出版社2011年版,第125~126页。

[47] “因为行政契约也是一种契约,只有个别法律没有特别规定,原则上应当适用或者类推适用民法。”同注[39],第174页。

[48] 交易金额是依据主合同权利义务而定的,损害是因为缔约过失造成的对方基于信赖而进行缔约的损失,这二者数量一般并不正好相等,且就算恰好相等,因其性质不同,也不能不经过损害计量确认程序直接冲抵。

[49] 如果这一行为是证券执法机关依据行政契约优益权而为,其制裁权在这里已经体现为和解协议已经履行完毕,而为了公共利益却可以推翻之前的和解协议重新开始调查、审理,甚至也可以体现为处罚。

不存在了,和解已然破裂了。<sup>[50]</sup> 在此种情形下,则属于回转到单方处理程序之中,按照现行法律,此时对于相对人的涉嫌违法行为,证券执法机关只能就触犯证券监管法律制度的行政责任部分展开调查,并作出处罚或不处罚之决定。而投资者的损失问题则是相对人与投资者之间的民事侵权或违约责任问题,其只能依照相关法律通过民事途径予以解决。<sup>[51]</sup> 证券执法机关在和解合意已然不再成立的前提下,不能直接将基于合意行为的对价支付转交给投资者。

### 三、“和解终止条款”诸问题之成因

据上,在《办法》“行政和解程序的终止”一节中,出现了诸种问题。问题虽纷繁,但本文以为,其背后的症结却并不复杂:出现以上诸种问题的主要原因乃在于行政立法者规定“和解终止条款”时的立场失衡。

#### (一) 根本原因:合作行政中的行政立场尚不准确

前文已述,证券执法和解作为一种以合意方式改变行政法律关系的行为,性质上是一个行政合同,证券执法机关具备一定行政优益权当属无疑。但如果“片面强调行政主体的特权,将会使行政契约徒具合意的表象,失去契约的本质和存在的意义”。<sup>[52]</sup> 也即证券执法机关优益权之行使必须适当平衡契约对方的利益,如“应当赋予受到不利影响的相对人要求政府补偿的权利”等。<sup>[53]</sup> 由《办法》第三章第四节“和解终止条款”的适用情形以及后续程序走向等相关规定可知,证券执法机关主动进行的和解终止,并非因为和解履行完毕而终止,也不包括和解因证券执法机关自身原因或不可抗力、情势变更等客观原因不得继续而终止,

[50] 具言之,重启调查、审理,对证券执法机关意味着,相对人不符合和解条件,不能和解结案,只能在查清案情的基础上作出处罚或不处罚的单方决定。对相对人而言,此时,证券执法机关不再承诺不再处罚,和解替代处罚的方案已然行不通,只能等待证券执法机关的调查结果,并根据调查结果选择不申诉或通过复议或诉讼渠道申诉。

[51] 同注[29],第41页。

[52] 步兵:《行政契约履行研究》,法律出版社2011年版,第29页。

[53] 同注[29],第3页。



而仅包括因相对人一方原因而由证券执法机关进行的程序截断,这种截断的具体情形与后果基本上体现为对相对人的惩罚,且在这一实质上可能对相对人造成损害的终止权实施之后,并无其他关于相对人保障、救济性权利之规定。

显然,如果说此举是为了保障公共利益,则从横向的规制范围上讲,其理应就可能导致公共利益受损的所有主要情形进行规定,如客观因素、证券执法机关因素等,而非所有终止情形仅局限于行政相对人。而从纵向各情形下终止权行使之后的程序安排等规定上看,理应赋予和解被终止方、可能因和解终止的其他受损害方以保障、救济性权利,如说明理由、陈述申辩权、告知诉权等制度,而非只是赋予自身各种对相对人的制裁权。诚如斯,则不免让人质疑其规定。另外,具有惩罚性质的和解终止适用情形的适用范围在局限于相对人因素的同时,还覆盖了从相对人和解申请——协议达成——协议执行的全过程,甚至根据《办法》第33条之规定,在协议执行完毕之后,证券执法机关依然可以进行程序反转,并单方规定不予返还相对人缴纳的和解金。如此,则相对人随时(包括和解协议履行完毕之后)均有可能在这种终止权下,面临既已稳定的法律关系再次发生变动的法律后果,承受信赖利益的损失。

如果说单纯从终止适用情形的覆盖范围,或者是从终止后的程序走向无法论断这些规定背后潜在的偏颇之处,那么横向终止适用情形覆盖主体上的单一性、纵向终止后程序安排与相关规定的损益性,具体终止适用情形的偏颇性以及终止权启用(截断和解程序)的全程性等诸因素都结合在一起,可以说其已经使得和解本应建立的“证券执法机关—相对人”这块相对平衡的跷跷板已经发生了一定的失衡。证券执法机关的控制性权力较为密集而相对人权利保障相对薄弱的事实,使得证券执法和解的合意色彩被大大淡化。

行政执和解是一种新型的替代性纠纷解决方式(ADR),其具有缓和执法矛盾,提高执法效率等功能,和解成立的关键是和解双方合意的达成。相关行政机关无疑对这种ADR机制的优势有着明确认知,面对传统执法手段无法满足市场主体多元诉求的执法现状,其积极地引入

和解的执法方式,以期利用其多元化的执法功能弥补传统执法方式之不足。<sup>[54]</sup>这是证券执法部门引入和解执法方式的初衷,和解行为本质上是双方合意才能成立的行为,这一点需要得到充分的贯彻。从关于终止条款的分析中,我们可以看到,在真正决定引入这种执法方式之后,在具体的权利义务配置上,证券执法机关尚未脱离自己在单方执法行为中所拥有的单方性、支配性权能,而依然以传统执法者姿态出现。

行政执法和解本质上是行政机关与相对人的合意行为,其是必须在只保留证券执法机关一定优益权之情形下于双方之间展开的平等对话与协商。但基于前述分析,《办法》第四节“行政和解程序的终止”的规定尚未完全达到这一效果。

## (二) 直接原因:合作行政中立立法者与适法者身份的重叠

和解终止权转变为单方控制权的事实根源于证券执法机关对于合意行为中需放低自身姿态的认识不足,但其直接原因则在于合作行政规范制定机制上的问题。《办法》“和解终止条款”为何呈现出以上状况?显而易见的一点是,《办法》是规章,《办法》的制定者是中国证监会,《办法》的适用者也是中国证监会,也即中国证监会在证券执法和解这一行为中既是制规者又是运动员。

其实,自行政国家以降,行政机关既是制规者又是运动员甚至又是裁判员的现象已不足为奇。基于一定的“规范授权—控制”机制与长期的实践运作,行政机关“准立法”职能的行使虽难言无虞,但基本能够保持正常运作。然而,在证券执法和解中却仍存在问题。一个关键但却容易被忽视的原因在于,《办法》所规范之行政行为并非常见的单方行政行为,而是和解这一双方行政行为。以和解为代表的合作行政行为为本质上对于合意双方权利义务平衡性的要求要远远高于单方高权行政管理行为,而这种平衡性对于行政规范制定者的中立性要求与行政规范制定者同时作为行政规范适用者的趋势有所不同。

### 1. 单方行政行为的平衡论意蕴

有关单方行政管理行为的规章制定也强调权利义务的平衡,但并不存在合作行政行为中那样的中立性要求。有关单方行政管理行为的规

[54] 参见《关于〈中国证监会行政和解试点实施办法(征求意见稿)〉的起草说明》。

章制定,在某一事项的内容上本身就旨在给予证券等执法机关一方以管理权限。是故,行政执法机关天然无法避免的行政本位立场与规章内容的要求在某种程度上具有内在一致性,行政权的扩张性也并不是一个问题。

具言之,单方行政的权义平衡性,按照目前的行政法平衡法理论,其并不体现在某一具体内容或环节上证券执法机关与相对人权力(利)义务的平衡,而只需体现在整个行政行为双方权力(利)义务总量上的平衡。<sup>[55]</sup>在具体内容或中间某一环节上,出于行政管理效能的需要,法律并不要求行政机关给予相对人实时的平衡地位,一般只要求其能与相对人达成权利义务总体上的平衡状态。这种总体上的平衡不一定体现在事中的具体内容或交涉程序上,而一般会集中体现在相对人事后的救济权利中,也即单方行政管理行为中公私权义的平衡性是事中与事后的总体上的平衡。事中的不平衡能够通过事后的制度通道找补回来,也依然符合权力(利)义务“平衡论”的要求。<sup>[56]</sup>在很大程度上,其相对人的权利保障是基于正当程序、权利保障等外部原则来达成的。这些原则不受证券机关自身控制,不是行政行为本身所要求的,而是一种法治主义的外部“加持”。

## 2. 合作行政行为的平衡论意蕴

以和解为代表的合作行政行为不同于单方行政行为,其要求的平衡性不仅体现在总体权力(利)义务上的平衡,也因为合作行为本身之合意性质而要求在合意过程中、合意内容上的权义平衡。也就是说,合作行政要求证券执法机关在事中行为的过程之中以一个平等者的视角与相对人展开对话,并赋予确保相对人能够发出自愿、真实表意的权利。<sup>[57]</sup>

---

[55] 现代行政法是“平衡法”,“在行政机关与相对一方的权利义务关系中,权利与义务在总体上应当平衡。”参见注[19],罗豪才等文。

[56] “在行政实体法律关系中,行政机关与相对一方的权利义务是不对等和不平衡的,行政机关总是居于主导地位,可以单方面决定相对一方的权利和义务,后者只能服从;但在行政诉讼法律关系中,则相对一方居于优越地位,可以作为原告要求法院对行政行为进行审查,而行政机关则应对其行为负举证责任。”同注[19],罗豪才等文。

[57] 当然,合作行政也并不是要求合意过程中绝对的平等,其行政优益权力的对应权利缺口一般也需要在事后找补。但要提防的是这种基于保护公共利益而具备正当性的行政优益权演变为执法机关扩张自身在合意过程中权力的护身符。因为,执法机关是理论上公共利益的代表人,但却也是实践上自身利益的代表人。

如果只是以总体上的平衡性为要求或者忽略合意过程的平衡,仅在事后抚平由于合意过程不平衡性造成的相对人权利义务缺损,则此时面临的问题是,所谓的合作行政行为在很大程度上又转化为单方的行政管理行为。可以说,相比于单方行政行为中证券执法机关与相对人权利义务的平衡性而言,合作行政中相对人的权利保障一方面是基于正当程序、权利保障等外部原则来达成的;另一方面则是由于合作行政的合意行为性质本身的内在要求。

总体而言,合作行政行为与单方行政行为的平衡都要求总体上的平衡。但不同的是合作行政行为除了总体上要求平衡之外,基于保存其合意行为性质的需要,事中(也即协商合意的过程中)也必须有接近于整体平衡性的权义配置。前文已述,这种基于合作行政内在要求的事中“平衡论”对行政规范制定者高度的自觉性、中立性要求与行政规范制定者同时作为行政规范适用者的趋势有所差异,这是造成《办法》中“和解终止条款”诸问题的直接原因。对此,正如日本学者所言,“从行政契约的性质来看,契约自由是个前提,以行政行为为典型的权利保护程序并不适合行政契约”。<sup>[58]</sup>

综上,《办法》“和解终止条款”诸问题表明和解程序终止认定权演变为和解程序单方控制权,其根源于证券执法机关在合作行政中自身立场的不准确,直接原因则在于合作行政中规范制定者与规范适用者身份的重叠造成的证券执法机关中立性问题。合作行政要求事中合意过程中的权义平衡,不过这种事中平衡并非完全的权利义务对等,基于公共利益的需要,有必要赋予证券执法机关一定的行政优益权。但这种相对平衡也要保守在一定限度。因此,所谓保持合意行为性质,维护相对人在执法和解中的权益,解决《办法》中诸问题之关键实在于如何安放(设置与控制)执法和解中行政优益权的问题。

---

[58] 同注[39],第170页。

#### 四、“和解终止条款”诸问题之解决思路

“公共利益是所有行政活动的理由和界限所在”,<sup>[59]</sup>公共利益的范围决定了行政优益权的界限,<sup>[60]</sup>但公共利益本身是一个不确定的法律概念,其具有一张普罗透斯似的脸,<sup>[61]</sup>公共利益范围的不确定性造成了行政优益权边界的模糊性。在实体上完全清晰地划出一条关于行政优益权的界限是一项不可能完成的任务。正如哈耶克所言,“自由社会的共同福利或公共利益的概念,绝不可定义为所要达致的已知的特定结果的总和,而只能定义为一种抽象的秩序。作为一个整体,它不指向任何特定的具体目标,而是仅提供最佳渠道”。<sup>[62]</sup>如何安放证券执法和解中的行政优益权以使公共利益得到有效且正当的保护实际上是如何通过一定的机制设计来使得其行政优益权的内容相对确定,不轻易发生越界,出现过分限制公共利益或相对人权益之情状。

从实体上厘清行政优益权内容不太可能,问题即由实体梳理转向程序约束,“必须考虑建立有效的行政程序来保证自由合意的实现以及规范和控制行政机关主导性权利的行使”。<sup>[63]</sup>避免合作行政中行政立法机关同时作为行政立法适用者的中立性不足,可从两个层面入手:第一,内部机制,确立设置行政优益权范围的基本原则,使行政优益权的内容相对明确;第二,外部机制,通过行政立法授权机制的控制,使证券执法机关的中立性尽量提高。

##### (一) 内部机制:确立权义平衡原则

据前述,行政机关在合作行政领域无法转变其在单方行政中以行政本位为主导的管理论思维方式乃《办法》“和解终止条款”诸问题之根本成因。

[59] 同注[25],第323~324页。

[60] 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2016年版,第151页。

[61] 王太高:《行政补偿制度研究》,北京大学出版社2004年版,第125页。

[62] [英]弗里德里希·哈耶克:《经济、科学与政治——哈耶克思想精粹》,冯克利译,江苏人民出版社2000年版,第393页。

[63] 同注[29],第63页。

由此,则树立行政机关在合作行政领域中的合意行为意识与姿态成为必要。

### 1. 基于相对人过错与否的权义平衡分析

以往关于包括证券执法和解在内的合作行政之研究,多从公共利益之需要角度展开,而少关注相对人过错角度。合作行政中对于公共利益的保护实际上是基于两种情况展开:一是相对人过错行为本身即导致或可能导致公共利益受损而有必要动用行政优益权;二是非因相对人过错,而是由于情势变更等客观原因,需要对相对人合法权益进行限制以保护公共利益。<sup>[64]</sup>这两种情形下启动行政优益权的基础是不同的,相对人有无过错决定了证券执法机关道义上的主被动地位,进而直接影响到证券执法机关动用行政优益权的正当性以及相关程序。

基于相对人是否有过错可将证券执法机关的行政优益权分为“基于相对人过错的行政优益权”与“非基于相对人过错的行政优益权”。基于相对人过错的行政优益权在实体上是正当的,公益优先原则主要在于弥补程序上的正当性不足,即它的优益地位主要体现为可以不经司法程序而直接为限制对方权利之行为。非基于相对人过错的行政优益权在实体上与程序上都是缺乏正当性的,它的优益地位不仅体现在实体上对方非有违约行为而直接单方变动原初合意,还体现为程序上这种变动无须先经司法程序认定。

具言之,在程序上,行政优益权体现为行政判断权在公共利益保护上超越司法权的自主性和即时性,但其却并不体现为在个体权益保护上拥有超越司法的最终认定权。所以,基于公益优先原则,证券执法机关可以自主、即时地对个体权益进行限制,但基于权利保障原则,无论相对人是否存在过错,在行政优益权行使后均应给予其司法上最终的程序保障权。也即,无论相对人是否有过错,均应在行政优益权之规定外赋予相对人申诉的程序通道。

而在实体上,对于非因过错而对相对人权益进行限制之情形,若没有行政优益地位的存在,依据私法契约理论,则其本质上是一个违约行为,公益优先原则体现为在法律上将这一行为性质予以合法化,但其不能完全填补事实上合理性的缺失,此时的解决方案是给予相对人一定

[64] 杨解君主编:《法国行政合同》,复旦大学出版社2009年版,第40页。

的物质利益。也即,一般而言,相对人无过错时行使行政优益权,既要给予程序上的申诉通道,又要给予一定的物质补偿。那么,现在的问题是,相对人有过错时实体上是否不需要物质上的平衡呢?这应该以过错所应该受到的惩罚与启动行政优益权对其进行的权利限制是否大体相当而论,如果不相当则存在对相对人应受损失之外的权益损害问题。因为除个别法定或双方约定惩罚性违约赔偿金的情形,契约法理论要求过错方承担的缔约过失责任或违约责任均以造成的损害为参照标准。由此,无论相对人有无过错,行政优益权均不排除相对人的申诉权利,且除了相对人过错造成的损失大于或大体相当于动用行政优益权对其造成的损害的情形外,证券执法机关均应对相对人的损失进行物质上的平衡填补。

## 2. 权义平衡原则:对经济利益平衡原则的扩充

毋庸赘言,“公益优先不是绝对的,承认公共利益优先并不否定对私人利益的保护,否则,就违背了法治原则”,<sup>[65]</sup>“如果缺乏具体的实体内容和程序标准约束公共利益,那么公权力机关极易滥用自由裁量权,以‘公共利益’为幌子侵蚀个人利益”。<sup>[66]</sup>行政特权的正当行使必须建立在相对人拥有相应保障性权利基础之上。在有行政法母国之称的法国,与行政特权相伴随的是相对人的经济利益平衡原则——“行政主体的特权和对方当事人经济利益平衡原则,可以说是行政合同在履行时的两个主要特点”。<sup>[67]</sup>该原则保障了在“不可预见义务”“君王行为”等行政优益权行使情形之下的相对人权益的保障,<sup>[68]</sup>无疑可以为我国行政合同立法以及解释、适用所借鉴。

但本文认为,仅明示经济利益平衡的要求并不足以准确、合理安排证券执法和解中行政优益权与相对人权益保障的关系。一者,结合前述分析,相对人申诉权亦是必不可少的权利;二者,在经济利益平衡之外,如不赋予相关保障这一权利得以实现的途径,则会使经济利益平衡面临难题;三者,以行政处罚法、行政许可法等为例,其均在其中规定了告知权、申诉途径等规范;四者,观《办法》,其“和解终止条款”不仅没有完

[65] 同注[52],第29页。

[66] 高志宏:《论公共利益的立法表达及立法模式》,载《东方法学》2012年第5期。

[67] 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2016年版,第151页。

[68] 杨解君主编:《法国行政合同》,复旦大学出版社2009年版,第37~39页。

全体现经济利益平衡原则——在一系列的优益权规范之后并没有关于相对人补偿权利的规定——且“和解终止条款”在很大程度上也缺乏关于相对人其他程序保障权利之规定。

应当说,实体上经济利益的平衡与程序上保障这种平衡的权益规定缺一不可,前者为相对人损失的弥补提供理由,后者为前者提供保障。所以,结合前述分析,本文认为在相关行政合同条款规定之中,在规定行政优益权之时应当贯彻经济利益平衡原则,且要对这一原则进行扩充,行政优益权的行使不仅要使相对人在经济利益上得到补偿,而且还要赋予程序上的保障权利。所谓经济利益平衡的背后,实际上是整体上证券执法机关与相对人权义的平衡。这种平衡具体体现为,在动用行政优益权之时,不仅要给予相对人获得物质补偿权,也需要给予其程序保障权利。若能完全贯彻权义平衡原则,前述《办法》“和解终止条款”的诸多问题便迎刃而解。<sup>[69]</sup>

通过对相对人“补偿权+申诉权”的明确赋予,将行政优益权置于与相对人的平衡位置,那么此时的公益优先原则体现在何处呢?所谓公益,即个体利益的“现实或理想整合”,<sup>[70]</sup>证券执法和解中的公益优先已然体现为在特定情况下证券执法机关可动用行政优益权这一行为本身。在行政优益权与补偿权的关系之中,公益优先体现为动用行政优益权保护之公共利益类型与给予相对人补偿的利益性质上的可替代性之差。因为所保护之公共利益类型多样,给予相对人之补偿权一般为可替代性较高的物质利益。而在行政优益权与申诉权的关系之中,公益优先原则体现为证券执法机关动用行政优益权的即时性、自主性与相对人动用申诉权之延时性与被动性之差。因为,无论相对人是否申诉成功,行政优益权已经先行行使并发生效力。

## (二)外部机制:限缩适用有关行政优益权条款的行政立法授权机制

如果仅着眼于补救《办法》文本内容对于保障相对人权益的不足,内部机制中权义平衡原则的设置已然从大体上解决了问题,但这非治本之

[69] 依据该原则,并结合本文第二部分分析的问题点,《办法》“和解终止条款”各疑似问题条款具体的修改方向与方式已基本明确。限于篇幅,本文不再赘列。

[70] 同注[25],第325页。



策。据前述,合作行政除了要求行政机关与相对人总体上权利义务平衡之外,还基于合作行政本身的性质而要求合意过程权利(力)义务的平衡。以往单方行政行为的规章制度并不存在这一问题,要从源头上提升行政规章制度制定机关的中立性,现行行政规章立法授权体系是一个不容回避的问题。

### 1. 行政规章立法授权体系

行政国家时代下,立法机关已然无法完全承担起“法必躬亲”的立法任务。<sup>[71]</sup>相当多的规范“并不是由所谓立法机关发布的,而是由其他机关在立法者所发布的一般规范的基础上发布的”,<sup>[72]</sup>其中,“行政机关颁布命令的权力一直在不断地扩张”。<sup>[73]</sup>法律秩序真实地体现为“一个不同级的诸规范的等级体系”。<sup>[74]</sup>根据《立法法》以及相关法律的规定,我国行政规范的制定体系呈现出宪法、法律、行政法规、行政规章、规范性文件层的诸层授权系统。<sup>[75]</sup>具体行政规章的立法授权体系,如表2所示:

表2 行政规章立法授权体系表

授权规范效力级别	内容	参见法条
宪法	一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触	《宪法》第5条
法律	11项事项只能制定法律,但其中八项可以授权国务院制定行政法规	《立法法》第8~9条
行政法规	执行性立法、职权性立法、授权性立法	《立法法》第65条
行政规章	可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责	《立法法》第80条

[71] 周旺生:《立法学》,法律出版社2009年版,第303页。

[72] [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第202页。

[73] [法]狄骥:《公法的变迁》,郑戈译,商务印书馆2013年版,第78页。

[74] 同注[72],第193页。

[75] 此处的授权是指广义的授权现象,而非狭义的授权立法。参见注[71],第305~306页。

行政规章立法权限的直接依据主要来源于三类:法律、行政法规、国务院的决定和命令。国务院的决定和命令若以成文的形式发布则实际上是国务院的规范性文件,也即俗称的“红头文件”。<sup>[76]</sup>

就《办法》而言,关于其立法依据的规定与表述可见于《办法》第1条之规定与证监会关于《办法》的起草说明中。《办法》第1条规定:“为了试点开展证券期货领域行政和解工作,规范行政和解实施行为,保护投资者的合法权益,根据有关法律、行政法规的规定,制定本办法。”《办法》的起草说明中则表示在证券执法领域开展行政和解试点是为了落实《国务院办公厅关于进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》中关于“探索建立证券期货领域行政和解制度,开展行政和解试点”的工作要求,并得到了国务院的批准。由于上位法并没有明确的关于行政和解的规定,所以,《办法》的立法权限并没有法律和行政法规上的依据。但根据《办法》的起草说明和《立法法》第80条的规定,《办法》的制定也是符合目前我国的行政立法授权体系的,因为其有“国务院决定、命令”作为授权依据。

不过,对于行政合同行为而言,“应当将合同方式的适法性与合同内容的适法性区分开来”。<sup>[77]</sup>结合前述关于单方行政与合作行政区别与特性的分析,有必要反思现有行政立法授权机制对于指导和控制合作行政领域立法的有效性。

2.“国务院的决定、命令”不宜作为行政规章中行政优益权的立法依据

“行政法规是行政法的组成部分,具有法的性质,而行政措施、决定和命令不是一种法的形式,不具有法的性质。”<sup>[78]</sup>国务院的决定和命令具有一定的政策性、不稳定性,作为非正式的法源,其不具有明文规定的法律约束力,而根据其授权制定的行政规章却具有法律明文规定的约束

[76] “国务院规范性文件,是指国务院依据《宪法》第89条制定和发布的除行政法规以外的行政措施、决定和命令的公文载体。”参见金伟峰、张效羽:《论国务院规范性文件与省级地方性法规冲突的处理》,载《法治论丛》2008年第6期。

[77] 同注[25],第154页。

[78] 同注[71],第272页。

力。<sup>[79]</sup> 根据《行政诉讼法》第63条的规定可知,国务院的决定和命令并非审判的规范依据,而规章却可以作为人民法院审理行政案件的参照。其带来的后果是,在具有不稳定性的决定和命令的授权下,行政规章也可能具有不稳定性。

在需要制度全面支持经济发展的初期,这种由政策到法的渠道使得市场调控行为有充分而快速的制度供给,其使市场配置资源的效率大大提高,“市场失灵”的现象得到较为有效克制。但本质上讲,这种授权机制并不是完全符合法治原则的。在具备一定优势之时,这种政策性立法授权机制却会同时造成诸如相对人权益保障不足等问题。《办法》中“和解终止条款”即例证。

但若要短期内完全清除这种政策性色彩是不可能也是不必要的,因为在“在社会和技术的频繁变化中,行政法规常常是灵活地执行和补充立法者的原则性决策的唯一工具”,<sup>[80]</sup>保持证券执法机关履行职能上一定的能动性是促进行政职能更好发挥的需要。因此,本文并不盲目主张剔除国务院决定和命令作为行政规章的制定依据。但却可以根据一定的原则,对上位法进行不同领域的分类适用,也即在某一分支领域对上位法进行一定的限缩适用。

《立法法》第80条第2款规定,“没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责”。显然,该款规定“遵循自由法治国时期的侵害保留理念”,旨在“强调行政权对公民自由和财产的干涉必须获得法律授权”。<sup>[81]</sup>这条法律保留规定表明了立法者对于行政规章这种较低位阶规范的立法扩张性的防范,有积极意义。但其在认识到规章可能具备一定的不稳定性而需要防范的同时,却忽视了决定和命令这类政策性规范不稳定性的后果。这种不稳定性也不利于相对人权利保障。因而,应当以增加立法稳定性、贯彻权利保障原则为由,分类限缩适用《立法法》等相关法律关于规

[79] 陈章干:《关于制定部门规章的根据问题》,载《厦门大学法律评论》2001年第1辑。

[80] [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第101页。

[81] 谭冰霖:《论行政法上的减轻处罚裁量基准》,载《法学评论》2016年第5期。

章授权依据的规定:(1)规章作出合作行政领域减损公民权益、增加自身权力等规定必须有法律和行政法规层面的依据,国务院的决定和命令不宜成为行政规章合作行政规范中侵益性规定的依据。行政优益权实际上是对于相对人权利的一种限制,性质上属于侵益性规定,从而,国务院的决定和命令不宜成为包括证券执法和解在内的合作行政中行政优益权规定的依据。(2)除此之外的领域,依然保留国务院的决定和命令的行政规章授权依据地位。也就是说,这一调整仅针对合作行政中的行政优益权条款,并不妨碍合作行政领域其他条款的制度创新与试点。

## 五、结语

《办法》诸问题条款对相对人权益的保障不够充分,这反映出合意行为中证券机关基于立法者角色的中立性要求与适法者角色的一定冲突。必须在证券执法和解内部确立起权义平衡原则,以维护执法和解作为行政合意行为的性质;还须在外部微调行政规章立法授权机制——国务院的决定和命令不宜成为行政规章合作行政规范中侵益性规定的立法依据——以防止证券执法机关对于相对人权益的忽视。无论是《证券法》或是《期货法》,在行政执法和解条款的拟定中均需认识到执法和解的合意行为本质,在赋予执法机关行政和解优益权之时,建立起相对人权益保障机制。此外,在之后有关两部法律执法和解条款可能的实施细则以及以后有关行政合同的行政立法中,也有必要遵循调整后的行政规章立法授权机制,以实现对于证券执法机关的必要抑制,从而避免出现对证券执法和解相对人权益保障不足的现象。