

委托实施证券期货案件 调查的法律分析

何艳春* 张朝辉**

摘要:长期以来,资本市场执法力量与执法任务之间严重不匹配,案多人少问题突出。为破解这一难题,中国证监会拟委托证券交易所实施行政处罚的案件调查试点工作,这是资本市场稽查执法的一项重大制度创新。中国证监会能否作为委托主体、证券交易所能否作为受托主体、委托证券交易所执法的法律依据何在、是否可行,以及委托范围能否在总结试点工作经验之后进一步扩大?从法律层面对上述问题进行梳理分析,对于委托执法试点工作顺利开展,实现加强资本市场稽查执法力量的政策初衷,具有重要的理论和现实意义。本文拟分析委托执法的现实背景,论证非行政机关及其工作人员参与行政执法可能的模式选择,对具体实施委托执法涉及的问题进行梳理,在此基础上为下一步如何落实和完善委托执法制度提出相关建议。

关键词:行政委托 行政授权 委托调查 行政执法主体资格

* 任职于中国证监会法律部。

** 任职于中国证监会法律部。

2014年10月17日,中国证监会就《中国证监会委托上海深圳证券交易所实施案件调查试点工作规定(草案)》(以下简称《委托调查规定》)向社会公开征求意见。^[1]委托证券交易所实施案件调查,被视为中国证监会稽查执法的一项重大制度创新,贯彻落实国务院《关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》(国发[2014]17号)提出的“严厉打击证券期货违法犯罪行为”的精神,解决证券期货执法任务不断加重与执法力量相对不足的突出矛盾的重要举措。^[2]这种委托属于何种性质、其法律依据是否充分、受托的证券交易所及其工作人员是否具有行政执法主体资格、其调取的证据是否有法律效力,以及如何做好后续配套安排和下一步的委托调查工作,从法律的角度厘清上述问题,对于实现委托执法的政策初衷具有重要现实意义。

一、资本市场执法资源与执法任务严重不匹配

资本市场经过20多年的发展,从无到有、从小到大、从区域到全国,市场规模显著扩大,功能日益丰富,层次日益多元,产品和业务日益多样。据统计,截至2013年12月31日,沪深两市共有上市公司2489家,总市值23.91万亿元,流通市值19.96万亿元。2013年全年,我国期货市场共成交20.63亿手,同比上升42.15%,成交金额267.47万亿元,同比上升56.31%。^[3]在世界主要经济体资本市场业务量排名中,我国资本市场业务量市值排名第4,成交金额排名第2。^[4]伴随着市场规模的扩大,资本市场违法违规案件数量不断增加。公开资料显示,中国证监会2013年全年共受理各类违法线索611件,同比增长61%,

[1] 中国证监会官方网站, http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201410/t20141017_261944.html, 2014年10月28日访问。

[2] 中国证监会官方网站, http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201410/t20141017_261944.html, 2014年10月28日访问。

[3] 中国证券监督管理委员会编:《2014年中国证券期货统计年鉴》,中国统计出版社2014年版,第3~4页。

[4] 中国证券监督管理委员会编:《2014年中国证券期货统计年鉴》,中国统计出版社2014年版,第512页。

新增调查 350 件,同比增长 40%,^[5]案多人少问题日益突出。

与此同时,资本市场利益多元、矛盾直接、关系复杂、无纸化程度高、信息传导快、违法行为高智能化特征明显,对执法的质量和效率要求较高。特别是近年来市场创新导致产品结构和业务模式更加复杂,违法犯罪的种类更加新颖多样,手段更加智能专业,方式更加复杂隐蔽,案件复杂程度和查办难度不断加大。尤其是通过跨境、跨市场、跨产品交易实施的违法犯罪行为,在线索发现、证据调取、性质认定等方面难度更大。在上述因素共同作用下,资本市场执法任务越来越重,现有人员配置与稽查执法工作需求之间的不匹配性越发明显,监管执法力量亟待加强。

从境外来看,近年来,为应对金融监管面临的突出问题,各国普遍加强金融监管力量。以美国为例,2010 年出台了《多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法》(Dodd - Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act),授权国会在 2015 年前将美国证券交易委员会(SEC)预算增加一倍。2011 年 2 月,奥巴马总统即向国会提交了 2012 财年预算计划,大幅增加美国证券交易委员会(SEC)和商品期货交易委员会(CFTC)的预算,分别比上年增长 28% 和 82%。^[6]同时,美国商品期货交易委员会(CFTC)原来是 600 人,在 2011 年即计划再扩大 600 人的规模。^[7]

从国内来看,放松管制和加强监管是政府职能转变的“两个轮子”,加强资本市场监管是当前和今后一段时期政府职能转变的工作重点之一。2013 年 3 月,马凯副总理在就《国务院机构改革和职能转变方案》作说明时专门强调,要加强市场监管。^[8]2013 年 5 月,李克强总理在国务院机构职能转变动员电视电话会议上再次强调,要切实

[5] 中国证券监督管理委员会编:《2013 年中国证券监督管理委员会年报》,中国财政经济出版社 2014 年版,第 43 页。

[6] “奥巴马预算计划大幅增加 SEC 和 CFTC 预算”,载新浪财经,<http://finance.sina.com.cn/stock/usstock/c/20110215/08139375003.shtml>,2014 年 11 月 10 日访问。

[7] 马险峰:“中国期货市场未来的发展战略”,载和讯网,<http://futures.hexun.com/2011-05-24/129912304.html>,2014 年 11 月 10 日访问。

[8] “关于国务院机构改革和职能转变方案的说明”,载新华网,http://news.xinhuanet.com/health/2013-03/11/c_124440992_3.htm,2014 年 10 月 29 日访问。

加强市场监管。^[9] 资本市场是市场体系的重要组成部分,加强资本市场监管,是落实加强市场监管要求的应有之义。加强市场监管,固然需要夯实法律基础、完善法律责任体系、健全执法权限、增强监管有效性,但同时也应当适度增加监管人力资源配置。在2013年“两会”期间,李克强总理在答记者问时明确表示,本届政府内,财政供养的人员只减不增,^[10]因此,适度增加监管人力资源不能依靠“增量”,只能在“存量”上做文章,即动态调整存量人力资源。具体而言,就是要对现有的财政供养人员进行统筹,对监管人力资源做结构性调整,把传统履行投资审批、生产经营活动审批、资质资格认可和认定等职能的人力资源,逐步调整到市场监管、宏观调控的岗位上来。从现实情况来看,存量监管资源调整尽管是大势所趋,但由于受到政府职能转变进度、机构编制改革、有关方面认识统一等多种因素制约,势必需要一个长期过程。然而资本市场风险大、社会关注度高,切实履行维护市场公开、公平、公正,维护投资者特别是中小投资者合法权益,促进资本市场健康发展的核心职责,对加强监管资源配置的需求非常迫切,存量监管资源调配在实施力度、时效性方面远远无法满足需要,如何化解这一矛盾,是摆在证券监管当局面前的一道现实难题。

为纾解资本市场稽查执法面临的现实困难,2013年8月19日,中国证监会召开全国证券期货稽查执法工作会议,要求加快推进工作重心从事前审批向事中、事后监管执法转变,把监管重心转到加强稽查执法工作上。会议宣布要大幅充实执法力量,实现全系统稽查执法队伍在现有基础上翻一番。这一方面需要在监管系统内部挖潜,调整监管人力资源配置,同时也要求从业内专业人员及应届毕业生等之中招聘,进入6个证券期货交易所与中国证券登记结算有限责任公司(以下

[9] “在国务院机构职能转变动员电视电话会议上的讲话”,载新华网,http://news.xinhuanet.com/mrdx/2013-05/15/c_132383183.htm,2014年10月29日访问。

[10] 李克强:“财政供养人员和三公经费只减不增”,载新浪网,<http://news.sina.com.cn/c/2013-03-17/110626556807.shtml>,2014年10月28日访问。

简称中登公司)以及沪深支队等相关执法部门。^[11] 在短期内难以通过大规模增加编制来缓解执法压力的现实条件下,上述举措不失为解决资本市场执法任务与执法资源尖锐矛盾的一次积极探索。

二、非行政机关及其工作人员行政执法的模式选择

从中国证监会上述安排来看,新增人员将进入6个证券期货交易所、中登公司以及沪深支队。与沪深支队属于中国证监会直属执法机构不同,证券期货交易所和中登公司并非行政机关或执法机构,其工作人员是否具有行政执法主体资格、能否从事行政执法工作、从事行政执法的模式是什么,解决好这些问题,是资本市场稽查执法力量能否依法合规地“翻番”的前提与关键。

(一)我国行政执法主体资格制度的相关要求

按照“国家垄断公权力原则”,公权力原则上不能委托给非行政机关组织行使。^[12] 一直以来,我国对行政执法实行严格的资格管理制度。2004年,国务院印发《全面推进依法行政实施纲要》(国发〔2004〕10号,以下简称《纲要》)提出,“建立健全行政执法主体资格制度。行政执法由行政机关在其法定职权范围内实施,非行政机关的组织未经法律、法规授权或者行政机关的合法委托,不得行使行政执法权;要清理、确认并向社会公告行政执法主体;实行行政执法人员资格制度,没有取得执法资格的不得从事行政执法工作”。为贯彻落实《纲要》要求,2005年,国务院办公厅印发的国务院办公厅《关于推行行政执法责任制的若干意见》(国办发〔2005〕37号)提出,“对各行政执法部门的执法人员,要结合其任职岗位的具体职权进行上岗培训;经考试考核合格具备行政执法资格的,方可按照有关规定发放行政执法证件”。2010年,国务院《关于加强法治政府建设的意见》(国发〔2010〕33号)

[11] “肖钢主席在证券期货稽查执法工作会议上的讲话”,载中国证监会官方网站, http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201308/t20130819_232830.html,2014年10月28日访问。

[12] 王天华:“行政委托与公权力行使”,载《行政法学研究》2008年第4期。

提出,要“加强行政执法队伍建设,严格执法人员持证上岗和资格管理制度,狠抓执法纪律和职业道德教育,全面提高执法人员素质”。前不久十八届四中全会通过的中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》再次强调,“严格实行行政执法人员持证上岗和资格管理制度,未经执法资格考试合格,不得授予执法资格,不得从事执法活动”。

归纳起来,我国行政执法主体资格制度的核心要求包括:行政执法权只能由行政机关、法律法规授权的组织或者行政机关合法委托的组织实施;行政执法人员实行持证上岗和资格管理制度,只有经过岗位培训、考核合格具备行政执法资格,取得行政执法证件才能从事行政执法工作。

(二)解决非行政机关及其工作人员行政执法资格的现有模式

法律法规授权的组织虽不属于职权性行政主体的行政机关,但作为授权性行政主体,也具有行政执法的权能。从实践来看,解决除法律法规授权的组织之外的非行政机关及其工作人员行政执法资格的具体模式包括:

一是行政委托。所谓行政委托,是指行政机关委托行政机关系统以外的社会公权力组织或私权利组织行使某种行政职能、办理某种行政事务。^[13]目前,行政委托在行政许可、行政处罚、税收征管、治安管理等领域广泛存在。委托主体一般为行政机关,受托主体范围比较宽泛。委托的行政权力属性不同,法律对委托的具体要求也不同:(1)行政强制措施权不得委托。2011年《行政强制法》第17条第1款规定,行政强制措施由法律、法规规定的行政机关在法定职权范围内实施。行政强制措施权不得委托。(2)行政许可的委托对象为行政机关。2003年《行政许可法》第24条第1款规定,行政机关在其法定职权范围内,依照法律、法规、规章的规定,可以委托其他行政机关实施行政许可。(3)行政处罚的委托对象是管理公共事务的事业组织。1997年《行政处罚法》第18条和第19条规定,行政机关依照法律、法规和规章

[13] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第2版),北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第145页。

的规定,可以在其法定权限内委托依法成立的管理公共事务的事业组织实施行政处罚。(4)税收征收的委托对象是有关单位和人员。2002年《税收征收管理法实施细则》(国务院令第628号)第44条规定,税务机关根据有利于税收控管和方便纳税的原则,可以按照国家有关规定委托有关单位和人员代征零星分散和异地缴纳的税收,并发给委托代征证书。受托单位和人员按照代征证书的要求,以税务机关的名义依法征收税款,纳税人不得拒绝;纳税人拒绝的,受托代征单位和人员应当及时报告税务机关。总体而言,立法者对行政权的委托采取趋严的原则,即颁布时间越晚的法律,对行政委托的限制越严格。

二是行政授权。何谓行政授权,在法学界是一个颇具争议的话题。第一种观点认为,在我国,行政授权有特定的内涵,是指法律、法规直接将某些行政职能及行政权授予行政机关以外的组织行使的法律制度。^[14]第二种观点认为,行政授权是指行政主体在法律、法规许可的条件下,通过法定的程序和形式,将自己的行政职权的全部或者部分转让给有关组织,后者据此以自己的名义行使该职权,并承受该职权行为效果的法律制度。^[15]第三种观点认为,上述两种定义均存在缺陷,前者否认行政主体授权,将行政授权等同于法律、法规授权,与域外立法例不符,也不符合行政管理实践;后者机械地将法律法规(规章)规定作为行政授权的前提,未能反映授权的本质,行政机关能否进行行政授权,被授权主体能否真正取得行政职权,不仅仅取决于有无授权法律规范的存在,更重要的在于授权法律规范是否合法。其进而提出,所谓行政授权,是指行政机关在经其行政职权原授予机关同意或者许可的情况下,根据行政管理的实际需要,自主将其自身拥有的行政职权的一部分(或全部)通过授权决定的方式授予其内设机构、派出机构或者其他行政机关、组织行使,被授权主体依法行使该职权并独立承担法律责任。^[16]

笔者总体赞同上述第三种观点,行政授权应当属于行政机关职权

[14] 薛刚凌:“行政授权与行政委托之探讨”,载《法学杂志》2002年第3期。

[15] 胡建森:“有关中国行政法理上的行政授权问题”,载《中国法学》1994年第2期。

[16] 耿宝建:“行政授权新论”,载《法学》2006年第4期。

的授予,在经其行政职权原授予机关同意或者许可的情况下,可以根据需要自主决定将自身拥有的行政职权授予其他主体行使。因此,行政授权既要有法律法规的依据,其本身又是行政职权转授的行政行为。至于行政机关通过什么形式进行授权,目前国家并无明确规定,我们理解,只要具备一定的公示形式,能为社会所周知即可,可以通过规章的形式,也可以通过其他规范性文件的形式。将授权形式限定为法律、法规,只承认立法授权的看法,实际上排斥了行政授权的存在,^[17]不仅与法律规定不符,也不能满足实践需要。

从资本市场相关规定来看,有关法律法规已经同意中国证监会将其职权授权派出机构行使:《证券法》第7条第2款规定:“国务院证券监督管理机构根据需要可以设立派出机构,按照授权履行监督管理职责”;《证券投资基金法》第11条规定:“国务院证券监督管理机构依法对证券投资基金活动实施监督管理;其派出机构依照授权履行职责”;《期货交易管理条例》第5条第2款规定:“国务院期货监督管理机构派出机构依照本条例的有关规定和国务院期货监督管理机构的授权,履行监督管理职责”;《证券公司监督管理条例》第6条规定:“国务院证券监督管理机构依法履行对证券公司的监督管理职责。国务院证券监督管理机构的派出机构在国务院证券监督管理机构的授权范围内,履行对证券公司的监督管理职责”。值得注意的是,除上述法律法规同意国务院证券期货监督管理机构授权派出机构履行职责外,1998年通过的原《证券法》第43条第2款同意国务院证券监督管理机构授权证券交易所依照法定条件和法定程序核准股票上市申请;第164条规定国务院证券监督管理机构可以“赋予”证券业协会相关职责。2005年修订后的《证券法》删除了上述规定。同时,2014年11月1日审议通过的《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》,也认可规章

[17] 笔者认为,《行政处罚法》第17条关于“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚”的规定,与《行政处罚法》第15条关于“行政处罚由具有行政处罚权的行政机关在法定职权范围内实施”的规定一样,属于《行政处罚法》对哪些主体可以实施行政处罚权,即行政处罚主体的规定,本质上属于立法行为,与行政机关将其职权授予其他主体行使的行政授权完全是两回事。

作为授权的形式。^[18] 根据上述规定,笔者认为,一方面,授权不仅限于法律法规,中国证监会有权以规章形式授权派出机构履行监督管理职责;另一方面,授权的对象仅限于其派出机构,对证券期货交易所、证券业协会的授权,目前缺乏法律依据。

除行政委托和行政授权外,实践中还有一种编办批复的特殊做法,通过编制管理部门批复明确专门的事业单位专职履行行政执法职责。比如,根据中央编办批复,2007年11月组建中国证监会稽查总队,主要职责为:承办证券期货市场重大、紧急、跨区域案件,以及上级批办的其他案件。^[19]

(三) 证券期货交易所和中登公司及其工作人员参与行政执法的路径选择

如前所述,落实全国证券期货稽查执法工作会议执法人员“翻番”的要求,同属执法机构的沪深支队本身具有执法的权能,其工作人员不存在行政执法主体资格问题;但不是执法机构的证券期货交易所和中登公司,其工作人员如何参与行政执法,需要有专门的体制机制安排。从执行操作的角度来看,大体有以下几种路径可供选择:

一是直接为相关人员颁发行政执法证。该种方式虽然从形式上解决了相关人员行政执法证问题,但并没有解决非行政机关工作人员为何可以从事行政执法工作这一本质问题,明显违反行政执法主体资格制度,其调查取证活动缺乏合法性。

二是安排相关人员从事后台工作或者联合调查取证。具体而言,即安排证券期货交易所和中登公司有关人员从事案卷装订、证据整理、文书撰写、案件复核等无须执法证件的后台工作;或者开展联合调查取证,证券期货交易所和中登公司有关人员到一线辅助中国证监会具有行政执法资格的人员开展工作。该种方式虽然回避了行政执法证问题,实施起来难度最小。但如果将大量人员全部放在后台,将无法实现

[18] 《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》第2条规定:“第二条增加一款,作为第二款:‘前款所称行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为’。”

[19] 中国证监会官方网站, <http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/jczd/>, 2014年10月29日访问。

充实一线执法力量的政策初衷;同时,联合调查仍需中国证监会两名以上正式工作人员参与,^[20] 证券期货交易所和中登公司工作人员不能独立调查取证,无法有效缓解目前中国证监会稽查人手不足问题。

三是行政授权。如前所述,《证券法》第7条第2款规定中国证监会可以授权派出机构履行监督管理职责,并未规定其可以授权其他主体行使行政执法权。中国证监会直接授权证券期货交易所和中登公司行使行政执法权缺乏法律依据。此外,虽然《行政处罚法》第17条规定,法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚,但上述组织实施行政处罚的前提是法律、法规的直接授权,在现行立法体制下,推动国务院或者全国人大通过立法授权,其合理性、必要性和可行性论证,难度不亚于直接由有关部门增加执法人员编制,从根本上解决问题。

四是编办批复。即借鉴中编办批复中国证监会成立稽查总队的做法,由中编办通过批复方式明确证券期货交易所和中登公司的行政执法职责。该种方式需要向中编办专门报批。从实践情况来看,已批复的机构均为事业单位,中登公司属于企业,难以通过中编办批复的形式获得行政执法主体资格。况且目前中编办正在按照中央关于分类推进事业单位改革的相关要求分类清理事业单位,总体思路是,对承担行政职能的事业单位,逐步将行政职能划归行政机构或转为行政机构。^[21] 在此背景下,通过中编办为证券期货交易所增加事业编制,并赋予行政职能的思路,在现实中恐难行得通。

五是行政委托。与行政授权相比,该种方式在委托依据上相对灵活,可操作性较强。因此,可以考虑作为解决证券期货交易所和中登公司行政执法主体资格的现实选择。

[20] 《证券法》第181条明确要求,国务院证券监督管理机构依法履行职责,进行监督检查或者调查,其监督检查、调查的人员不得少于2人,并应当出示合法证件和监督检查、调查通知书。《证券投资基金法》第115条也有类似规定。

[21] “中央提出不再批准设立承担行政职能的事业单位”,载中国新闻网,<http://www.chinanews.com/gn/2012/04-16/3822707.shtml>,2014年10月29日访问。

三、行政委托的合法性分析

目前,国家层面对行政委托缺乏统一规定,相关要求散见于《行政处罚法》、《行政许可法》等单行法中。委托事项不同,应当适用的法律规定也不相同。由于案件调查属于行政处罚的一个环节,因此委托实施案件调查本质上属于委托实施行政处罚,应当遵守《行政处罚法》的规定。委托实施案件调查,重点需要解决好以下两个问题:

(一) 中国证监会能否作为委托主体

有观点认为,一是根据《行政处罚法》第18条第1款,^[22]行政处罚委托主体需为行政机关,中国证监会是国务院直属事业单位,不能作为委托主体;二是根据《行政处罚法》第18条第3款,^[23]中国证监会不宜将法律、法规和国务院授权行使的证券期货市场监督管理职能(包括稽查处罚职责)再委托给其他事业组织承担。笔者认为,上述观点对《行政处罚法》相关条款的理解有失偏颇,中国证监会依法可以作为行政处罚的委托主体,主要理由如下:

第一,中国证监会作为国务院直属事业单位,从行政主体分类的角度看,属于法律法规授权的组织,确实不属于职能性主体的行政机关,但这不能成为否定其委托实施行政处罚的理由。《行政处罚法》仅在第17条对法律、法规授权的组织可以实施行政处罚作了原则规定,除此之外,没有再对其如何实施行政处罚作专门规定。无论是行政处罚的管辖、程序、执行,还是法律责任、对工作人员的纪律处分,通篇条款仅使用了“行政机关”的表述,未再赘述授权组织。笔者理解,这是由于《行政处罚法》制定于近20年前,当时立法技术还不完善,法律条文表述不够严谨所致。但在解释上,应当认为法律、法规授权的组织在具

[22] 《行政处罚法》第18条第1款规定:“行政机关依照法律、法规或者规章的规定,可以在其法定权限内委托符合本法第十九条规定条件的组织实施行政处罚。行政机关不得委托其他组织或者个人实施行政处罚。”

[23] 《行政处罚法》第18条第3款规定:“受托组织在委托范围内,以委托行政机关名义实施行政处罚;不得再委托其他任何组织和个人实施行政处罚。”

体实施行政处罚时,可以直接适用《行政处罚法》关于“行政机关”的规定。否则,如果简单、机械地从字面理解,中国证监会作为事业单位而非“行政机关”,将不能依据《行政处罚法》规定的程序实施处罚,也无须受《行政处罚法》的规范和约束,这显然不符合立法的本意。2003年制定《行政许可法》时,立法者已经注意到这一立法技术上的不足,在第23条专门明确“被授权的组织适用本法有关行政机关的规定”,^[24]使得条文表述更趋完善。因此,笔者认为,中国证监会虽然属于国务院直属事业单位,但并不影响其直接适用《行政处罚法》第18条的规定,享有委托实施行政处罚的资格。

第二,《行政处罚法》第18条第3款规定,受委托组织在委托范围内,以委托机关的名义实施行政处罚,不得再委托其他任何组织或者个人实施行政处罚。根据上述规定,禁止再委托的适用主体是“受委托组织”,其行政处罚的权力来自于其他行政机关的委托,但中国证监会属于法律、法规授权的组织而非“受委托组织”,其行政处罚权来源于《证券法》、《期货交易管理条例》等法律、行政法规的直接设定,并非其他行政机关的委托,因此,中国证监会委托实施行政处罚不存在“再委托”问题。

(二) 证券期货交易所和中登公司能否作为受托主体

《行政处罚法》对受托组织的资格做了严格限定,除对单位性质作出限定外,还对工作人员和技术设备提出了明确要求。^[25]目前,我国共有6家证券期货交易所,包括上海证券交易所、深圳证券交易所、上海期货交易所、大连商品交易所、郑州商品交易所、中国金融期货交易所(以下简称中金所),其中除中金所属于企业性质外,其他5家证券期货交易所均为事业单位。中登公司的单位性质也属于企业。

[24] 《行政许可法》第23条规定:“法律、法规授权按的具有管理公共事务职能的组织,在法定授权权限内,以自己的名义实施行政许可。被授权的组织适用本法有关行政机关的规定。”

[25] 《行政处罚法》第19条规定:“受委托组织必须符合以下条件:(一)依法成立的管理公共事务的事业组织;(二)具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员;(三)对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的,应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。”

由于《行政处罚法》明确要求受托组织必须为事业组织,对中金所和中登公司等企业,一种观点认为,《行政处罚法》规定的“事业组织”,并不等同于“事业单位”,根据《期货交易管理条例》第7条和《证券登记结算管理办法》第4条的规定,^[26]包括中金所在内的期货交易所和中登公司,属于不以营利为目的的自律法人,可以作为受托组织;另一种观点认为,《行政处罚法》规定的“事业组织”在单位性质上必须为事业单位,中金所和中登公司属于企业,不符合受托条件,不能受托实施行政处罚。

对于其他5家事业单位性质的证券期货交易所能否受托实施行政处罚,实践中也存在不同认识。从技术、人才条件来看,上海证券交易所等5家证券期货交易所掌握交易数据,技术手段领先,人员专业化水平较高,在案件线索发现、证据搜集、数据分析等方面具有独特优势,具备《行政处罚法》规定的履行案件调查的技术和人才条件,对此各方基本没有异议。但在单位性质条件方面,有观点认为,虽然其属于事业单位性质,但不属于“管理公共事务”的事业组织,因此不能作为受托主体。对此,笔者认为,关于《行政处罚法》规定的“管理公共事务的事业组织”的内涵和外延,目前国家法律、法规或者政策均未明确界定。但一般理解,与“管理公共事务的事业组织”相对应的是那些只管理本组织自身事务、为了自身利益的组织。从《证券法》和《期货交易管理条例》等相关规定来看,证券期货交易所不同于一般的经营性、竞争性组织,具有明显的管理公务事务的属性:一是在机构设置方面具有专属性,设立证券期货交易所是专属于国务院或者国务院期货监督管理部门的决定或者审批的中央事权。^[27]二是在机构职责方面具有法定性,证券期货交易所的主要职责由法律直接规定,除履行提供交易的场所和设施等服务职能外,还承担旨在维护公共利益的组织 and 监督交易、对

[26] 《期货交易管理条例》第7条明确规定,期货交易所不以营利为目的,按照其章程的规定实行自律管理。根据《证券登记结算管理办法》第4条,证券登记结算机构是为证券交易提供集中登记、存管与结算服务,不以营利为目的的法人,实行行业自律管理。

[27] 根据《证券法》第102条第2款,证券交易所的设立和解散,由国务院决定。《期货交易管理条例》第6条规定,设立期货交易所,由国务院期货监督管理机构审批。

会员进行监督管理等职责。^[28] 三是在规范对象方面具有广泛性,证券期货交易所对筹资者与投资者、上市公司与股东、证券期货经营机构与客户等都具有监管权限。^[29] 这些主体涉及面广、人数众多、利益敏感度高,特别是作为公众的中小投资者,遍布全国各地,而市场的风险又具有突发性强、影响面广、传导速度快等特点。因此,证券期货交易所规范对象具有明显的公众性。四是在管理目标方面与行政监管具有一致性,证券期货交易所提供交易场所和设施,安排证券、合约上市,建立健全安全、高效的交易机制,有利于活跃市场,发挥市场功能作用,促进市场健康发展;证券期货交易所监督交易,监管会员及其客户,监管上市公司,对违规行为采取自律管理措施,管理和发布市场信息等,有利于维护市场公开、公平、公正,维护投资者特别是中小投资者合法权益。因此,从管理目标看,证券期货交易所自律管理与中国证监会行政监管具有一致性。^[30] 五是在监管权限方面具有强制性,法律、行政法规明确赋予证券期货交易所技术性停牌、临时停市、限制交易等具有法律强制性的权力。^[31] 这些权力的行使由证券期货交易所单方面决定,不以管理对象的合意为前提,对市场和市场主体产生直接的拘束力。总之,上海证券交易所等5家证券期货交易所具有明显的公共职能属性,应当归为《行政处罚法》规定的管理公共事务的事业组织。

另有观点认为,从事业单位分类改革方向看,上海证券交易所等5家证券期货交易所不宜再受委托承担行政管理职能。对此,笔者认为,委托证券期货交易所承担稽查执法职能,确需考虑事业单位分类改革的因素,避免为下一步改革遗留问题和困难。但应当看到,即使今后进行证券期货交易所改革,公司制也不是唯一的方向和模式,况且目前5家证券期货交易所仍属于事业单位性质,受托实施行政处罚不存在法律障碍。

[28] 条文详见《证券法》第102条第2款、第115条,《期货交易管理条例》第10条。

[29] 条文详见《证券法》第118条,《期货交易管理条例》第10条。

[30] 条文详见《证券交易所管理办法》第3条,《期货交易所管理办法》第3条、8条。

[31] 条文详见《证券法》第114、115、121条,《期货交易管理条例》第12条。

四、行政委托的可行性分析

解决了行政委托的合法性问题后,在具体开展行政委托时,还需要研究讨论委托对象、委托方式、委托案件类型、委托内容、受托对象调查权限等问题。应当说,《委托调查规定》及其说明对此作了较为翔实的回应。

(一) 关于委托的对象

如前所述,按照《行政处罚法》的规定,上海证券交易所等5家证券期货交易所都可以作为受托对象实施案件调查,但这并不意味着中国证监会必须委托全部5家证券期货交易所实施案件调查,中国证监会根据资本市场实际,完全可限定委托对象范围,在这5家证券期货交易所中选择若干家先行试点。《委托调查规定》将委托对象限定为上海、深圳两家证券交易所,^[32]根据中国证监会新闻发言人的解释,“主要考虑是委托交易所实施案件调查属于执法工作的创新举措,为稳妥推进相关工作,试点初期将委托的对象限定在上海、深圳证券交易所”^[33]。因此,待试点一段时间,积累总结经验后,不排除中国证监会将委托对象扩大到同样具有事业单位性质的上海期货交易所、大连商品交易所和郑州商品交易所。此外,笔者认为,即使中登公司等企业被认为由于目前存在法律障碍无法作为行政处罚的委托对象,但退一步讲,这只是意味着其员工不能申领行政执法证,无法从事一线调查取证工作,并不影响实践中安排相关员工从事案卷装订、证据整理等无须行政执法证的后台辅助工作。

(二) 关于委托的内容

根据《行政处罚法》第18、19条关于委托实施行政处罚的规定,符

[32] 由《委托调查规定》的标题和第2条可知,载中国证监会官方网站, <http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhppublic/index.htm?channel=3300/3312/3403>, 2014年11月10日访问。

[33] 中国证监会官方网站, http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwd/201410/t20141017_261944.html, 2014年11月10日访问。

合条件的事业组织一经合法委托,即可履行委托行政机关依法享有的调查取证、审理听证、处罚决定、处罚执行等行政处罚所有环节的工作职责和职权。同时,基于委托关系的基本法理,行政机关作为委托人,也可以自主决定对上述行政处罚的部分职责和职权事项作出保留,仅委托受托组织履行行政处罚部分职责和职权。《委托调查规定》仅委托证券交易所实施案件调查,调查终结,证券交易所应将证据等案件材料移交中国证监会稽查执法部门或其指定的派出机构,^[34] 审理听证、处罚决定、处罚执行等行政处罚的后续环节均由中国证监会负责。应当说,中国证监会出于审慎考虑,仅委托证券交易所承担案件调查环节职能,也是其行使委托权的具体体现。

(三)关于委托的方式和案件范围

《行政处罚法》并未对委托实施行政处罚的委托方式和案件类型作出限定,从理论上讲,所有类型的案件均可以委托证券期货交易所调查。根据行政委托的原理,中国证监会也可以对委托的方式和案件类型作出限制。从《委托调查规定》相关规定来看,^[35] 中国证监会结合资本市场实际,对委托的方式和案件类型作了限定:对欺诈发行、内幕交易、操纵市场、虚假陈述等常规类型的案件,采用专项委托的方式进行委托;而对涉嫌重大、新型、跨市场等特定个案,采用一事一委托的方式进行委托。有意见认为,专项委托和一事一委托并非法律概念,人为区分委托方式是否必要、合理性是否充分,值得进一步研究。笔者认为,上述意见具有一定道理,试点之后可以结合委托实践,对上述委托方式的划分做评估论证。另需说明的是,中国证监会可以委托证券交易所

[34] 《委托调查规定》第4条第1款规定:“交易所在委托的范围内,应当以中国证监会的名义,依照法律、行政法规和中国证监会相关规定实施案件调查;调查终结,将证据等案件材料移交中国证监会稽查执法部门或其指定的派出机构复核后,由中国证监会或其授权的派出机构依照法定程序对调查结果进行审查、作出决定”。载中国证监会官方网站, <http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/index.htm?channel=3300/3312/3403>, 2014年11月10日访问。

[35] 《委托调查规定》第3条规定:“中国证监会委托交易所对部分涉嫌欺诈发行、内幕交易、操纵市场、虚假陈述等违法行为,实施调查取证;采用一事一委托的方式,委托交易所对涉嫌重大、新型、跨市场等特定违法行为,实施调查取证”,载中国证监会官方网站, <http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/index.htm?channel=3300/3312/3403>, 2014年11月10日访问。

调查上述类型的案件,并不等于说凡是上述类型的案件均必须委托证券交易所调查,实施委托之后,证券期货案件的调查工作主要仍由中国证监会及其派出机构负责,证券交易所只是起到补充或者辅助作用。^[36]

此外,值得注意的是,行政委托与具体案件交办并不是一回事。专项委托和一事一委托是关于行政委托方式的分类,表明的是委托方可以委托被委托方的一种状态或者可能性,本质上是委托双方的一种法律关系;虽然专项委托和一事一委托在实际实施过程中都会涉及具体案件交办,但具体案件交办只是工作层面的具体事务性程序和事实行为,与行政委托并非同一层面的概念,建立委托关系后,才能进行具体案件的交办。

(四)关于是否需要签订委托协议

有意见认为,从委托的构成要件看,委托行政机关与受委托组织要有一致意思表示,签订书面的委托协议,明确双方的权利义务关系,并对委托内容和范围进行公示。因此,中国证监会委托证券交易所实施案件调查,应当与证券交易所签订书面委托协议,载明委托依据、委托事项、委托权限、委托期限、法律责任等内容,并将委托事项予以公开。对此,笔者认为,是否必须签订书面委托协议,是一个可以讨论的问题。从现有规定来看,无论是《行政处罚法》、《行政许可法》,还是其他法律法规,对开展行政委托是否必须专门签订书面委托协议并没有统一要求。如果通过公开发布的规章,明确规定委托依据、委托事项、委托权限、委托期限、法律责任等内容,同样可以起到委托公示的效果,无须再通过签订书面委托协议的形式,重复约定上述内容。《委托调查规定》采用了规章直接委托的形式,没有明确要求另行专门签订书面委托协议。

(五)关于受托证券期货交易所的执法权限

在受托从事案件调查过程中,证券期货交易所案件调查人员是否享有与中国证监会稽查人员相同的调查取证权力?笔者认为,证券期

[36] 中国证监会官方网站, http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201410/t20141017_261944.html, 2014年11月10日访问。

货交易所接受委托后,将以中国证监会的名义开展案件调查,其员工经培训、考试考核合格,将取得行政执法资格,并由中国证监会统一颁发执法证件,因此,原则上应当享有与中国证监会稽查执法人员相同的调查取证权力,有权采取《证券法》、《证券投资基金法》、《期货交易管理条例》等法律、行政法规规定的调查措施。同时,也应当与中国证监会稽查执法人员承担相同的义务,共同遵守法律法规、规章和中国证监会有关文件规定的执法程序、行为约束和法律文书使用规范等义务性规定。但是,由于我国《行政强制法》第17条明确规定,行政强制措施权不得委托,证券期货交易所受托实施案件调查过程中,需要采取查封、冻结、封存等与行政处罚权有关的行政强制措施的,应当报请中国证监会稽查执法部门依法办理,其本身无权直接采取行政强制措施。为此,《委托调查规定》第4条对实施行政强制措施作了特别规定。^[37]

(六) 关于受托证券期货交易所及其工作人员的法律責任

证券期货交易所未根据委托实施案件调查,将导致委托的目的无法实现;如果其超越委托范围、权限、期限实施案件调查,则有可能损害行政相对人合法权利,甚至会导致中国证监会承担严重法律后果。因此,应当对证券期货交易所及其工作人员设定一定的法律責任,对其委托调查行为予以约束。对此,《委托调查规定》针对证券交易所存在上述情形的,规定中国证监会可以撤销委托,并依法对证券交易所直接负责的主管人员和其他直接責任人员给予行政处分。如果证券交易所的工作人员执行案件调查任务时,滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守、泄露秘密,或者有违反法律、行政法规、中国证监会规定的其他情形,造成严重后果的,中国证监会有权依法给予处分;构成犯罪的,移送司法机关依法追究刑事責任。^[38] 对此,有意见认为,中国证监会对证券交易所及

[37] 《委托调查规定》第4条第2款规定:“交易所受托实施案件调查,有权采取《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国证券投资基金法》、《期货交易管理条例》等法律、行政法规规定的措施,但需要采取查封、冻结、封存等与行政处罚权有关的行政强制措施的,应当报请中国证监会稽查执法部门依法办理”,载中国证监会官方网站, <http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/index.htm?channel=3300/3312/3403>, 2014年11月10日访问。

[38] 参见《委托调查规定》第8条,载中国证监会官方网站, <http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/index.htm?channel=3300/3312/3403>, 2014年11月10日访问。

其工作人员最严厉的处理措施仅为处分,惩处力度明显过轻,有可能放纵违法行为。笔者认为,《委托调查规定》之所以作出上述规定,主要是因为其作为规章,立法权限有限,不宜对民事责任、刑事责任等作出实体性规定,但刑法等法律的相关条款也可适用于证券交易所及其工作人员。因此,如果证券交易所及其工作人员相关行为违反了法律法规的强制性规定,并不影响依照相关法律法规追究其法律责任,《委托调查规定》的规定并不会放纵违法行为。此外,工作人员在案件调查过程中存在违法违规行为的,证券交易所作为用人单位,也应当根据内部管理制度,对相关人员采取开除、降职、降薪、调换岗位等处理措施。

五、结论与建议

正如中国证监会新闻发言人所说,委托案件调查是“解决证券期货执法任务不断加重与执法力量相对不足的突出矛盾,加强证券期货市场稽查执法力量,更好地履行‘两维护、一促进’核心职责的重要举措”,^[39]这一制度安排既有强烈的实践需求,又有充分的法律依据,可以说是当前及今后一段时期有效补充稽查执法力量的现实选择和可行路径,将成为证券期货案件调查的“新常态”,应当在试点基础上不断总结经验,完善相关制度。以下几个问题值得关注:

(一) 夯实委托调查的法律基础

如前所述,在现行《行政处罚法》确定的制度框架下,目前对上海证券交易所等事业单位性质的证券期货交易所是否能够受托实施行政处罚,仍有质疑的意见;对于中金所和中登公司等企业能否接受委托,分歧意见更大。但从职能来看,中金所、中登公司,以及证券业协会、期货业协会、基金业协会、上市公司协会等单位,均承担一定的自律管理职能,作为自律管理的企业法人和社会团体,对特定市场主体的特定行为,其识别、监察、处置其中的部分违法行为,具有特殊的技术和信息优

[39] 中国证监会官方网站, http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201410/t20141017_261944.html, 2014年11月10日访问。

势,在与行政监管有效衔接的基础上,更有加强合作的空间。特别是中金所,除在单位性质上与其他期货交易所不同外,法定职能大体一致,是否可以接受委托实施案件调查,是一个值得进一步研究的问题。目前全国人大财经委正在牵头修改《证券法》,修订稿在2014年12月接受全国人大常委会初审,^[40]如果能经充分研究论证,及时总结实践经验,在《证券法》中对相关问题予以明确,规定中国证监会可以委托证券期货交易所及有关自律组织实施案件调查,不仅可以夯实委托调查的法律基础,统一各方面对委托实施案件调查的不同认识,还可以扩大受托对象范围,最大限度缓解资本市场稽查执法力量不足的问题。

(二)厘清委托调查与协助调查的关系

有观点认为,实践中,中国证监会在调查某些案件时,有时需要证券期货交易所提供资料或协助计算数据,应当将上述事项纳入行政委托范畴。笔者认为,上述观点混淆了行政委托与证券期货交易所配合调查义务、执法协作的关系。

行政委托是行政主体依法将自身执掌的部分职权委托给符合一定条件的组织行使,受托组织行使的是委托主体的权力。而根据《证券法》、《期货交易管理条例》等相关规定,中国证监会在依法履行职责时,有权要求查阅、复制当事人和被调查事件有关的单位和个人的证券期货交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料,^[41]相关单位和个人应当予以配合。这里的“有关的单位和个人”,应当包括证券期货交易所。因此,向中国证监会报告相关情况、提供有关资料是证券期货交易所的义务,中国证监会在执法过程中,要求证券期货交易所提供有关资料,是要求证券期货交易所依法履行其自身担负的法定义务,与委托调查存在质的区别。

此外,中国证监会在案件办理过程中,存在请求证券期货交易所协助计算数据等情况,笔者理解其属于执法协作的范畴,并非委托调查。委托调查与执法协作的主要区别表现在:一是行使权力的名义和权力

[40] “证券法修订路径明晰,争取明年6月通过三审”,载《证券时报》2014年9月4日A2版。

[41] 参见《证券法》第180条、《期货交易管理条例》第51条。

属性不同。委托调查中证券期货交易所以中国证监会的名义开展调查活动,行使的是行政执法权,权力来源于中国证监会的委托;执法协作中证券期货交易所以自己的名义开展活动,行使的不是行政权力,权力来源于证券期货交易所自身。二是法律责任归属不同。委托调查中证券期货交易所行为引发的法律后果由中国证监会承担,执法协作中证券期货交易所行为给第三方造成损害的,相关责任由证券期货交易所自行承担。三是行为的法律效力不同。委托调查中证券期货交易所通过依法调查取得的材料可以直接作为中国证监会行政处罚的定案证据,执法协作中证券期货交易所提供的材料,非经证据固定程序,不能直接作为案件处理的证据使用。

(三) 健全委托调查的配套制度

委托调查是资本市场一项执法创新举措。对证券交易所而言,从人员配置到机构设置,从工作制度到程序规范,都需要一系列配套制度安排。

一是落实行政执法人员。由于案件调查是一项法律专业属性很强的执法活动,完全不同于证券交易所现有的日常运营和自律监管活动,甚至在部分领域和环节,案件调查与日常运营还可能存在利益冲突。因此,为顺利承接中国证监会的案件调查任务,证券交易所需要成立专门部门,设立专门岗位,落实工作人员,专职从事案件调查取证工作。行政执法人员落实后,还应配套建立岗位设置、薪酬待遇、人事管理等相关内部管理制度。

二是建立案件调查的流程和制度安排。比如,证券交易所调查结束后,是需要经承办人、执法部门负责人、总经理、理事长层层审批后再交中国证监会稽查执法部门,还是由证券交易所执法部门负责人把关后直接送中国证监会稽查执法部门? 证券交易所案件调查终结后,要不要设计案件复核环节,如果需要复核环节,是送中国证监会稽查局复核,还是送沪深支队复核? 调查环节结束,案件移交中国证监会行政处罚委员会办公室审理,还是由其指定相关派出机构办理? 等等。上述问题均为实施委托调查必须面对的问题,在正式启动委托调查前,应当通过具体实施方案“一揽子”予以明确。

三是加强对证券交易所执法人员的监督和指导。接受委托后,证

券交易所将以中国证监会的名义开展案件调查,相关法律责任也由中国证监会承担,因此,为确保证券交易所调查取证工作正常进行,中国证监会应确定稽查执法部门对口管理、指导和监督证券交易所的案件调查工作,建立证据调取、技术培训、质量控制、工作评价等一整套业务管理制度,加强业务指导与监督。同时,为确保持证上岗,中国证监会需要专门组织对证券交易所执法人员进行了岗位培训、考试考核,并为考核合格的人员统一颁发行政执法证。

(四) 研究解决证券期货交易所公司化改造后的利益冲突防范问题

20世纪90年代以来,全球范围内证券期货交易所公司化改造和并购浪潮此起彼伏,许多原来采取会员制的证券期货交易所转而采用公司制。如果上海证券交易所等5家具有事业单位性质的证券期货交易所日后也进行公司化改造,还能否继续接受中国证监会委托实施案件调查,是一个需要研究的问题。不可否认,证券期货交易所公司化改造后,利益冲突问题将会变得比较突出,这种冲突主要表现在两个方面:一是所有者和消费者之间的利益冲突。在会员制下,证券期货交易所的所有者(会员)同时也是消费者(市场参与者),所有者和消费者是统一的。实现公司化之后,证券期货交易所的所有者与消费者之间可能会发生分离,不可避免会出现利益冲突。二是商业角色与监管角色的冲突。在会员制下,证券期货交易所往往不易营利为目的,^[42]公司化改造后,证券期货交易所股东可能会奉行利益最大化原则,更多关注是否会带来利润。而履行公共职能(比如受托实施案件调查)有时无法为证券期货交易所带来直接的经济利益,可能会出现利益冲突。

笔者认为,不能仅仅因为存在利益冲突,就完全否认证券期货交易所受托实施案件调查。从境外的做法看,通过法律制度、机构设置等特别安排,一些证券期货交易所即使采用公司制的组织形式,仍具备市场运行和自律监管的双重属性,作为管理公共事务和非公共事务的结合

[42] 比如,我国《期货交易管理条例》第7条明确规定,期货交易所不以营利为目的。

体,承担管理公共事务的职能。^[43] 公司化改造后的证券交易所仍被视作“被赋予了一定监管职能的公共产品”,^[44] 仍需要履行一定的公共职能。为此,笔者认为,公司化改造并不是证券期货交易所接受委托实施案件调查的实质性障碍,只要法律上做好相关安排,即便证券期货交易所进行了公司化改造,仍可受托实施行政权力。然而,如何采取切实可行的措施,有效防范利益冲突,确实是必须面对并加以研究解决的重大课题。

[43] 比如,可以通过监管与运作相分离的控股公司、多个自律组织合作分工监管等多种模式等来化解这种利益冲突。参见朱琳:“完善我国证券交易所监管职能的法律思考”,西南政法大学2003年硕士学位论文。

[44] 李海龙:“全球并购背景下的证券交易所”,载《清华法学》2014年第3期。