

“认定为不适当人选”监管措施： 制度构造与完善路径

周学文*

摘要：“认定为不适当人选”监管措施实施20余年来,发挥了重要监管作用,但其在法律性质、任职禁止范围和期限的裁量标准、实施程序等方面仍存在诸多模糊之处。就法律性质而言,“认定为不适当人选”可归为限制从业罚,但其本质属性应为预防性。建议进一步明确概括授权模式下的适用条件,将再犯可能性考量融入适用标准与任职禁止期限的裁量标准,以职务“相似度”作为任职禁止范围,设置听证程序与对任职禁止的提前解除程序等四个方面,进一步加以完善。

关键词：认定为不适当人选 行政处罚 限制从业 预防性

“认定为不适当人选”是证券监管机构认定在证券市场上担任特定职务的从业人员,在一定期限内不适合担任相应职务或实际履行相应职责的监

* 华东政法大学法律学院2020级宪法学与行政法学博士研究生。

管措施。^[1]近年来,其在监管实践中有着颇高的“出镜率”。比如,在康美药业财务造假案、乐视网财务造假案中,就有多名证券公司投行业务人员因在项目主办过程中未勤勉尽责而被认定为不适当人选。^[2]而伴随股票发行注册制的推行,市场对发行人履行信息披露义务提出更高要求,各类中介机构的职能和作用也将愈加凸显,为压实发行人、中介机构责任,监管机构也意图将“认定为不适当人选”打造为其在未来监管从业人员执业行为的重要“武器”。^[3]

然而,较之“认定为不适当人选”越发重要的监管作用,学界对其关注甚少,为数不多的讨论也只是将其置于监管措施的主题下,作为例证一笔带过,^[4]尚无专门且深入的实践考察及学理分析。但事实上,尽管该项措施已实施多年,其法律性质、适用标准等问题仍有待从学理上予以明晰,且在相关法规作出调整的背景下,更有厘清之必要。比如,2019年修订的《证券法》第170条第2款增设监管措施条款,则监管机构可否直接依据该条款适用“认定为不适当人选”?又如,2021年修订的《行政处罚法》第9条将“限制从业”确立为行政处罚种类,则“认定为不适当人选”应否归入限制从业罚?再如,2020年3月证监会发布《证券期货市场监督管理措施实施办法(征求意见稿)》(以下简称《实施办法(征求意见稿)》),拟对“认定为不适当人选”的实施规则进行修订,则当前拟定的规则是否妥当?有无改进空间?

[1] 《证券期货市场监督管理措施实施办法(试行)》第15条规定:“认定为不适当人选,是指实施机构认定证券公司、基金公司、期货公司、上市公司以及上市公司股东、实际控制人、收购人的董事、监事、高级管理人员或者其他人员,发行人、保荐人、询价对象、证券服务机构、基金代销机构、资产托管机构的高级管理人员或者其他人员,在一定期限内不适合担任相应职务或者实际履行上述职责的监督管理措施。”

[2] 参见梁冀:《投行业务重启 广发证券仍面临风控挑战》,载《经济观察报》2021年7月5日版;谭楚丹:《乐视网造假案余波未了!这家券商遭暂停保荐资格3个月,4名责任人被罚》,载证券时报网, https://news.stcn.com/sd/202206/t20220625_4684552.html, 2022年8月20日访问。

[3] 参见《证监会有关负责人就创业板改革并试点注册制答记者问》,载中国证券监督管理委员会官网, <http://www.csrc.gov.cn/csrc/c100028/c1000717/content.shtml>, 2022年8月20日访问。

[4] 参见柯湘:《中国证券监管权的行使与制约研究》,知识产权出版社2015年版,第152页;张红:《证券行政法专论》,中国政法大学出版社2017年版,第87页。

为此,本文拟抛砖引玉,针对“认定为不适当人选”展开专门探讨,以期为其制度完善提供理论支持。结构上,本文将先予阐述“认定为不适当人选”的制度缘起与演进,明确其创设背景及目的,并考察和评估其运行现状,而后指出该项措施现存的规范与实践问题,最后在界定其法律性质的基础上,对之提出初步的制度完善建议。

一、“认定为不适当人选”的制度概观:缘起、演进与运行现状

(一)“认定为不适当人选”的缘起与演进

因“认定为不适当人选”适用于市场从业人员,故其缘起与演进,与我国证券监管机关对从业人员的监管职能及其监管方式的变迁历程密切相关。

早在证券市场创建初期的1993年,国务院颁行的《股票发行与交易管理暂行条例》就有多处条文授予了当时作为证券监管机关的国务院证券委对从业人员的管理和处罚权限。1995年,为执行该权限,国务院证券委员会下发《证券业从业人员资格管理暂行规定》(已失效),明确从业人员范围及取得从业资格的条件、申请程序等事项,并于罚则部分针对违反证券法规的从业人员设定了“暂停从业资格”的处罚措施。从效果上看,该项措施可被视为认定为不适当人选之“前身”,因二者都带有限制从业人员从事业务活动的效果。对应于当时在从业资格上实行的许可制,该项措施应归为“资格罚”。这亦反映了彼时证券监管机关对从业人员的资格管理,乃是一种从事前“资格准入”到事后“资格罚”的监管方式体系。

1998年9月,国务院制定《中国证券监督管理委员会职能配置、内设机构和人员编制规定》(“三定方案”)确立证监会为“全国证券期货市场的主管部门”,承接原证券委职能,包括对从业人员的监管职能。同年12月通过的《证券法》第167条第4项亦规定了证监会对从业人员的监管权,即“依法制定从事证券业务人员的资格标准和行为准则,

并监督实施”,〔5〕并针对部分从业人员的特定违法行为设定“取消从业资格”的资格罚,〔6〕而对于其他从业人员,当其对所属机构的特定违法行为负有责任时,将受到警告、罚款的行政处罚。〔7〕然而,该法设定的处罚措施难以满足证监会监督从业人员遵从行为准则的监管需求。一方面,此类处罚措施仅适用于特定违法行为,无法涵盖更为宽泛的构成违反行为准则的行为;另一方面,处罚措施的类型有限,且对于证监会不具有资格管理权限的从业人员(如律师、注册会计师)与未实行资格许可的从业人员(如上市公司的董事、监事、高管)来说,无法对其设定暂停或取消从业资格的资格罚;同时,警告、罚款的威慑作用亦较为有限,难以规制那些本身已不适宜出任相关职务的从业人员。

当然,彼时证监会的“工具箱”中还有证券市场禁入这一规制包括从业人员在内的市场主体的行政措施。1997年,尚属证券委执行机构的证监会出台《证券市场禁入暂行规定》,其可依此规定将严重违反证券法律、法规、规章的从业人员认定为市场禁入者。因市场禁入不与从业资格挂钩,可面向所有从业人员而适用,故在一定程度上弥补了《证券法》设定的处罚措施之不足。但市场禁入对从业人员的监管也存在局限:其一,其主要适用于欺诈发行、操纵市场等严重扰乱市场秩序的违法行为,亦未与从业人员违反行为准则形成联结;其二,在禁入范围上,被认定为市场禁入者的从业人员在将在一定时期内或永久被禁止担任上市公司董事、监事、高管或从事证券业务,其法律后果相当严厉,〔8〕

〔5〕 结合1998年《证券法》第167条第3项的规定,此处的“证券业务人员”具体可包括证券发行人、上市公司、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券投资基金管理机构、证券投资咨询机构、资信评估机构以及从事证券业务的律师事务所、会计师事务所、资产评估机构等组织机构的从业人员。

〔6〕 参见1998年《证券法》第181条、第193条。

〔7〕 同时,根据1996年《行政处罚法》(已被修改)第12条的规定,证监会制定的部门规章也只能设定警告和一定数量罚款的行政处罚。

〔8〕 参见黄辉、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》,载《比较法研究》2018年第1期。

且不具有针对性,^[9]不宜作为常规监管手段。

直至2003年,证监会出台的《证券公司客户资产管理业务试行办法》第62条第2款首次出现“认定为不适当人选”(“认定为不适宜担任相关职务者”)。^[10]结合语词使用及创设时间,该项措施的引入,其渊源可能是2000年沪、深交易所股票上市规则中针对上市公司的董事、监事设定的纪律处分,^[11]即交易所在一定情形下“公开认定不适合担任上市公司董事、监事”。

至此,监管机构终于具备一项可供监管任何从业人员,且法律效果适当的监管措施。相比资格罚,认定为不适当人选不关联于资格许可;较之市场禁入,其一般只禁止从业人员在一定期限内担任其原本所担任的职务,故其禁止范围更为精准化。更重要的是,创设“认定为不适当人选”的目的即在于监督从业人员恪守其所任职务之行为准则。比如,2005年《国务院批转证监会关于提高上市公司质量意见的通知》(国发[2005]34号)中指出,“要制定上市公司高级管理人员行为准则,对违背行为准则并被证券监督管理机构认定为不适当人选的上市公司高级管理人员,要责成上市公司及时按照法定程序予以撤换”。是故,所谓“认定为不适当人选”,即从业人员因违反其本应恪守之行为准则,致其被监管机构认定不再适合继续担任该项职务及从事与之相关的业务活动。

此后,证监会通过制定部门规章面向各类从业人员(包括上市公司、证券投资基金经营机构、证券服务机构等的从业人员)设定“认定为不

[9] 按2021年证监会出台的《证券市场禁入规定》第4条的规定,市场禁入者在禁入期间内,除不得继续在原机构从事证券业务、证券服务业务或者担任原证券发行人的董事、监事、高级管理人员职务外,也不得在其他任何机构中从事证券业务、证券服务业务或者担任其他证券发行人的董事、监事、高级管理人员职务。

[10] 《证券公司客户资产管理业务试行办法》(已失效)第62条第2款规定:“证券公司、资产托管机构的高级管理人员、直接负责的主管人员和其他直接责任人员违反本办法规定的,中国证监会及其派出机构根据不同情况,对其采取谈话提醒、暂停履行职务、记入诚信档案、认定为不适宜担任相关职务者等行政监管措施。”时至今日,在证监会制定的不同部门规章中仍存在“认定为不适宜担任相关职务者”与“认定为不适当人选”两种规制内容同一的措施名称。

[11] 参见《上海证券交易所股票上市规则(2000年修订本)》(已失效)第12.2条;《深圳证券交易所股票上市规则(2000年修订本)》(已失效)第12.2条。

适当人选”。又因当时证监会对部分从业人员仍实行任职资格准入,故而在很长一段时期内,出现了“撤销任职资格”的资格罚与认定为不适当人选并存的局面。但近年来,在我国深化“放管服”改革,推动政府职能转变的趋势下,各类任职资格准入被逐步取消,认定为不适当人选逐渐代替撤销任职资格,^[12]成为监管机构监督从业人员的重要“抓手”。不仅如此,伴随证券市场专业分工的日趋多元化、精细化,认定为不适当人选所规制的职务类型亦愈加丰富和细致。例如,在近期的一起案件中,某证券公司从业人员因在外兼职并与他人签订相关协议,约定由其管理账户并进行收益分成,违反了证监会部门规章的相关规定,监管机构认定其为不适当人选,禁止其在2年内担任或实际履行“证券公司客户开发服务”相关职务。^[13]

(二)“认定为不适当人选”的运行现状

证监会对“认定为不适当人选”的设定及适用迄今已有近20年的历史,则其在监管实践中的运行现状如何?在适用上存在哪些特征?为进一步把握其实施与发展趋向,本文以2014年至2022年8月间证监会及其各派出机构官方网站的公示信息为基础,^[14]对此予以考察。

1. 适用数量呈现增多趋势。从2014年起至今监管机构共作出了70份“认定为不适当人选”监管措施决定书,因存在并案处理情形,共有78名从业人员被认定为不适当人选。各年度案件数量的分布情况如图1所示:

[12] 例如,因2019年修订的《证券法》取消证券公司董事、监事、高级管理人员的任职资格准入,撤销任职资格被替换为认定为不适当人选。参见程合红主编:《〈证券法〉修订要义》,人民出版社2020年版,第279页。又如,证监会2020年修订的《证券发行上市保荐业务管理办法》取消保荐代表人的事前资格准入,相应将暂停、撤销保荐代表人资格等监管措施调整为认定为不适当人选。

[13] 参见广东监管局《关于对张某采取认定为不适当人选监管措施的决定》([2022]62号)。

[14] 受限于证监会及其各派出机构的信息公开情况,本文以2014年作为数据统计的初始年份。

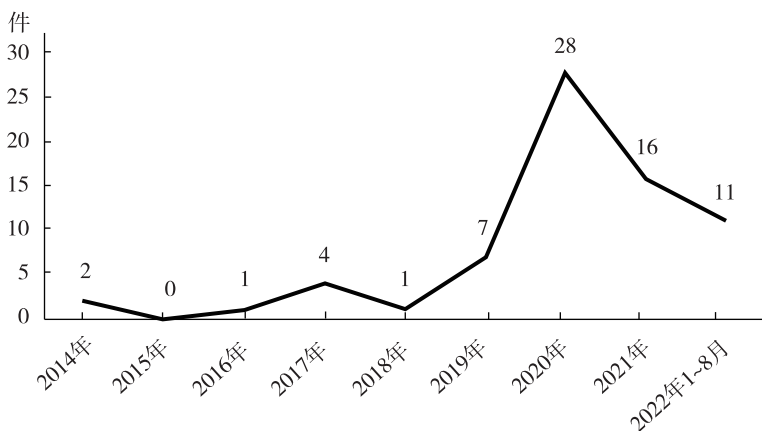


图1 2014年至2022年8月适用“认定为不适当人选”的案件数量

由图1可见,近年来监管机构适用“认定为不适当人选”的案件数量大体呈现增多趋势。其中,2020年与2021年的案件数量,均超过了2014年至2017年间案件数量的总和;2022年前三个季度的案件数量也已达两位数。

此一趋势大体可反映监管机构从严监管从业人员的政策导向。因这一导向的延续性,“认定为不适当人选”的适用数量在未来仍有增长可能。一方面,因事前各类任职资格准入的取消,监管机构将强化对从业人员执业行为的事中事后监管;另一方面,随着注册制改革的深入推进,证券发行的市场化程度持续提高,中介机构作为市场“看门人”的把关责任也愈显重要,为提高监管威慑,监管机构将加大对从业人员实施违法违规行为的惩戒力度。^[15]

2. 适用对象以证券公司从业人员为主。被监管机构认定为不适当人选的78名从业人员,如依其所属组织机构对其类型加以划分,其适用对象分布如图2所示:

[15] 参见《证监会有关部门负责人就创业板改革并试点注册制有关问题答记者问》,载中国证券监督管理委员会官网,<http://www.csrc.gov.cn/csrc/c100028/c1000791/content.shtml>,2022年8月22日访问。

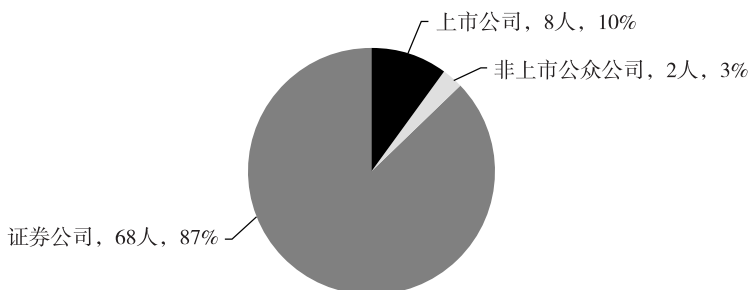


图2 “认定为不适当人选”的适用对象分布

由图2可知,尽管依据现行规定,监管机构有权对证券市场上几乎所有的从业人员适用认定为不适当人选,但在实践中,其适用对象呈现高度的集中化特征。除一部分上市公司、非上市公众公司的从业人员(具体案件中主要为董事、董事会秘书等)外,证券公司从业人员是认定为不适当人选的主要适用对象,其数量占比接近90%。如进一步按职务类型将证券公司从业人员划分为高级管理人员、^[16]分支机构负责人、部门负责人与从事特定证券业务的从业人员,^[17]其人数分布如图3所示:

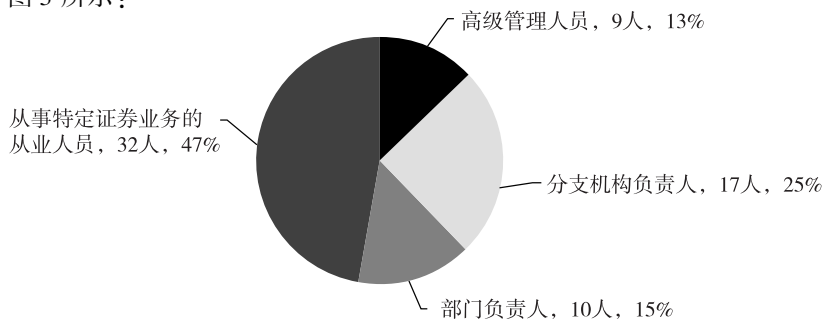


图3 “认定为不适当人选”对证券公司从业人员的适用分布

[16] 按《证券投资基金经营机构董事、监事、高级管理人员及从业人员监督管理办法》第2条第2款的规定,包括证券公司的总经理、副总经理、财务负责人、合规负责人、风控负责人、信息技术负责人、行使经营管理职责并向董事会负责的管理委员会或执行委员会成员,和实际履行上述职务的人员。

[17] 包括保荐代表人、债券项目主办人、证券投资顾问、财务顾问主办人、投资经理、证券经纪人等。如果证券公司其他职务类型的从业人员同时具有此类从业人员身份的,仅归入相应职务类型加以统计。

缘何证券公司从业人员成为主要的适用对象？究其原因，可能为：其一，业务范围层面，因证券公司承揽了市场上多数且主要的证券业务，天然拥有庞大的从业人员基数；其二，监管关系层面，证券公司从业人员的任职资质、条件等多由证监会作出规定，受证监会的“源头监管”，更易成为重点监管对象。相比之下，律师、注册会计师等证券服务机构从业人员的执业行为还受其他行政主管部门、行业协会的监管。另外，实践中监管机构更偏好对此类人员适用“不接受签字人员出具的相关专项文件”的监管措施，事实上也带有限制执业活动的效果。

3. 以行为准则作为必要适用依据。实践中，监管机构通常会援引从业人员所应遵守的行为准则条款，作为适用认定为不适当人选的必要依据。行为准则是对从业人员履职标准的高度概括，是从业人员展开执业活动所应遵循的基本原则。^[18] 以之作为适用依据，契合该项措施之创设目的，即监督从业人员依其行为准则行事。具体言之，从业人员所实施的某种行为，不仅受到特定行为规范的约束，还应接受其行为准则的评判。例如，某上市公司董事在知悉公司大股东资金占用事项后，未能立即向公司履行对重大事件的报告义务，构成违规。监管机构以此作为事实基础，指出其同时违反了上市公司董事在信息披露方面的行为准则，^[19] 决定对其适用“认定为不适当人选”。^[20]

值得注意的是，监管机构有时会援引约束组织机构的行为准则来约束从业人员，事实上也将之作为从业人员的行为准则。例如，某证券公司资管业务部门存在协助证券承销部门销售债券、将资管产品与该公司提供的投顾服务的信托产品进行交易的情形，违反了资管业务应与其他业务分开管理及不得混合操作的规定，监管机构据此判定对

[18] “准则”在现代汉语中意为“言论、行动等所依据的原则”。参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2016年版，第1729页。

[19] 2007年《上市公司信息披露管理办法》（已失效）第3条规定：“发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员应当忠实、勤勉地履行职责，保证披露信息的真实、准确、完整、及时、公平。”

[20] 参见青海监管局《关于对马某强采取认定为不适当人选措施的决定》（〔2017〕4号）。

该违规行为负有责任的资管业务部门负责人违反了证券公司从事资管业务应当维护客户合法权益,避免利益冲突的行为准则。^[21]

4. 适用情形的多元化。因行为准则是监管机构适用“认定为不适当人选”的必要依据,故监管机构将基于一定情形,判定从业人员之行为违反行为准则。实践中,此类情形呈现多元化特征,主要包括下列三类事实:

其一,违法违规事实。此为实践中的主要情形,因从业人员出现的违法违规事实多与其行为准则相抵触,故监管机构可以之判定其违反相应行为准则。从实践来看,一案中往往并存多项违法违规事实,包括从业人员自身的违法违规行为或其对所属机构的违法违规行为负有责任。其中,上市公司、非上市公众公司从业人员的违法违规事由集中在信息披露方面,证券公司从业人员的违法违规事由则纷繁多样,结合业务类型,常见事由如表1所示:

表1 “认定为不适当人选”适用的违法违规事由

业务类型	违法违规事由
经纪业务	对赔偿证券买卖的损失作出承诺 为客户之间的融资以及出借证券账户提供中介和其他便利 私下接受客户委托买卖证券 与客户约定分享投资收益 介绍他人进行账户管理
资产管理	对异常交易行为缺乏管控 未有效隔离资管业务与其他业务部门(如投顾业务) 违规新增表外代持 将资管业务与其他业务混合操作 部门岗位人员未有效隔离和管理(债券交易的投资决策、交易执行等关键岗位存在混合操作)

[21] 参见证监会《关于对张某采取认定为不适当人选措施的决定》(2017年7月27日作出)。

续表

业务类型	违法违规事由
投资银行	项目尽职调查不充分、未尽审慎核查义务 出具的发行保荐书存在虚假记载 保荐工作内部控制不足 投资银行业务内部控制存在漏洞(债券承销与资产管理等业务缺少有效隔离)
自营业务	对交易员资格管理及交易行为管控不足 对标的证券和对手方管理不到位 未对相关交易存在的利益冲突进行审批,反映出内部控制不完善
金融产品销售	组织员工擅自代销金融产品
其他履职事项	分支机构负责人擅离职守、从事其他营利性活动、向监管机构提供虚假信息、隐瞒重大事项、授权其他人员代为行使职权 公司印章管理违规 部门合规专员发现违法违规行为后未及时向公司合规部门报告

其二,直接违反行为准则的事实。即监管机构直接根据从业人员的履职表现判定其违反行为准则,与上一情形的主要区别在于,其在法律适用上仅以行为准则作为“认定为不适当人选”的适用依据。例如,监管机构基于保荐代表人出现的尽职调查程序履行不到位、未有效反馈落实内核会议意见要求等情状,判定其违反行为准则中的勤勉尽责义务。^[22]又如,某证券公司分支机构负责人违背监管机构对其提出的保密要求,向被调查对象透露案件调查情况,监管机构遂认定该负责人违反行为准则所要求的恪守诚信义务。^[23]

其三,发行人出现的特定事实。在证监会的部门规章中,某些发行人出现的特定事实被作为从业人员违反行为准则的根据,在实践中已有

[22] 参见深圳证监局《关于对汪某胜采取认定为不适当人选监管措施的决定》([2022]90号)。

[23] 参见内蒙古监管局《关于对赵某信采取认定为不适当人选措施的决定》([2017]7号)。

体现。例如,有2名可转债发行项目的保荐代表人被监管机构认定为不适当人选,其事由系2020年《证券发行上市保荐业务管理办法》第71条规定的“发行人公开发行证券上市当年即亏损”。^[24]结合该办法第75条之规定,从业人员可据以抗辩的核心理由为其已履行勤勉尽责义务,故该类事实的出现,其实质在于推定从业人员违反行为准则中的勤勉尽责义务。

值得一提的是,证监会的部门规章还曾以从业人员多次受到自律组织纪律处分或对公司受到的多次纪律处分负有责任,推定其违反行为准则。^[25]深交所目前亦设定了对于多次受到该所纪律处分的会员董事、监事、高管,报请证监会认定其为不适当人选的纪律处分种类。^[26]但因近期证监会已废止此类规则,该纪律处分种类还有无保留必要,尚待明确。

5. 适用结果集中在1~5年任职禁止期限。监管机构在确定从业人员的任职禁止期限时,倾向于在1~5年的幅度范围内进行裁量。如图4所示,在78名从业人员中,共有58名从业人员被确定1~5年的任职禁止期限,其占比近75%。其中,又以被确定2年任职禁止期限的从业人员数量居多(38人)。如结合职务类型,在此适用幅度范围内的从业人员主要为上市公司、非上市公众公司的从业人员,以及证券公司的高管、分支机构负责人和部门负责人。而对于从事特定证券业务的从业人员,其适用结果呈现“两极分化”。例如,在康美药业财务造假案中,8名为康美药业2014年至2018年的投行项目担任主办人或保荐代表人的广发证券所属从业人员被分别确定10~20年不等的任职禁止期限。但在其余案件中,保荐代表人、财务顾问主办人等从业人员大多被确定3个月到2年的任职禁止期限。

[24] 参见证监会《关于对郭某、刘某亮采取认定为不适当人选3个月措施的决定》(2022年3月1日作出)。以发行人出现的事实作为认定为不适当人选的适用情形,还可见于《证券发行上市保荐业务管理办法》(已被修改)第72条。

[25] 参见《证券公司董事、监事和高级管理人员任职资格监管办法》(已失效)第53条。该办法已因2022年证监会出台的《证券投资基金经营机构董事、监事、高级管理人员及从业人员监督管理办法》而废止。

[26] 参见《深圳证券交易所自律监管措施和纪律处分实施办法》(2022年修订)第46条第1款第12项。

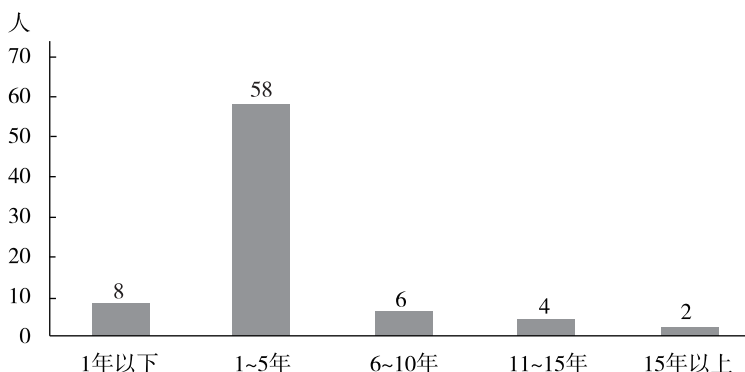


图4 “认定为不适当人选”的适用结果分布

上述基本事实或可表明：监管机构在裁量确定任职禁止期限时，通常较为审慎、适度，除非出现诸如康美药业案中从业人员严重违反勤勉尽责义务等情形，监管机构不轻易确定过长的任职禁止期限。

二、“认定为不适当人选”存在的规范与实践问题

通过上文对“认定为不适当人选”之制度演进与运行现状的梳理、评估，可合理预见该项措施在未来仍将发挥重要的监管作用，成为督促从业人员恪守行为准则之有力保障。与此趋向形成对立的是，虽然该项措施已实施多年，但仍有诸多从相关规范与实践中的问题亟待回应。

（一）法律性质争议

实务界与学界对“认定为不适当人选”的法律性质存在认识分歧。就实务立场而言，证监会向来将包括“认定为不适当人选”在内的监管措施归为一类独立的、有别于其他行政行为形式的执法措施，集中表现为监管机构在采取这类措施时，仅适用《证券期货市场监督管理措施实施办法（试行）》（以下简称《实施办法》）的规定。例如，在近期的一起行政复议案件中，针对复议申请人提出的监管措施应当适用《行政处罚法》的抗辩理由，作为复议机关的证监会重申监管措施不适用《行政处

罚法》的立场。^[27]

但学界对该立场多持批判态度,即主张包括各种证券监管措施在内的诸多金融监管措施在定位上并无独立性,实际上可归入行政处罚、行政强制措施等行政行为形式,^[28]甚至有观点直指证监会区分监管措施与行政处罚之举有故意规避《行政处罚法》之嫌。^[29]就“认定为不适当人选”而言,其法律效果在于限制行政相对人的从业资格,^[30]具有制裁性、最终性,^[31]应属行政处罚。

上述争议,事关监管机构对“认定为不适当人选”的实施是否受《行政处罚法》之约束。譬如,倘若“认定为不适当人选”属于《行政处罚法》第9条规定的限制从业罚,则相对人可依法向监管机构申请听证,但《实施办法》并未明确相对人的听证申请权,其实施程序之合法性将因此招致诘问。故认定为不适当人选是否属于行政处罚,有待从学理上加以明晰。

(二) 设定及适用依据疑义

如前所述,“认定为不适当人选”最早见诸证监会制定的部门规章,也一直由部门规章加以设定。在上位法中,当前仅有《证券法》第140条针对证券公司董事、监管、高管规定了此项措施,且适用于特定情形。但因其适用将限制相对人担任特定职务的权利,故其设定现状是否符合《立法法》第80条第2款,即“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”,不无疑问。

对此,证监会可能持有的观点是:《证券法》第170条第2款,即“为

[27] 参见证监会《中国证券监督管理委员会行政复议决定书(王磊)》([2021]75号)。

[28] 参见邢会强:《金融监管措施是一种新的行政行为类型吗?》,载《中外法学》2014年第3期。

[29] 参见杨解君、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》,载《行政法学研究》2017年第3期。

[30] 参见孙宏涛、支超颖:《证券期货市场监管措施的法律性质——基于〈证券期货市场监督管理措施实施办法〉第二条的思考》,载《民主与法制时报》2020年4月16日版。

[31] 参见杨海静、万国华:《论证券市场公开承诺的监管》,载《证券市场导报》2016年第8期;华东政法大学课题组、吴弘:《证券公司证券服务机构法律制度完善研究》,载徐明、黄红元主编:《证券法苑》(第10卷),法律出版社2014年版。

防范证券市场风险,维护市场秩序,国务院证券监督管理机构可以采取责令改正、监管谈话、出具警示函等措施”的概括授权,可作为上位法依据。正如证监会在其2020年3月发布的《证券期货市场监督管理措施实施办法(征求意见稿)》(以下简称《实施办法(征求意见稿)》)起草说明中指出,该条款“为证监会实施法律、行政法规规定之外的监管措施提供了明确的制度依据”。事实上,也确有监管机构在相关部门规章并未明确上市公司实控人是否系“认定为不适当人选”之适用对象的情况下,直接依据该条款对实际控制人适用该项措施。^[32]

以上观点如若成立,无疑将扩张监管机构适用“认定为不适当人选”的权限,因其可直接根据该条款于任何证券领域的违法违规情形下,对任何在其看来属于从业人员的相对人适用该项措施,且不再受部门规章具体规定之限制。则该条款能否作为证监会设定及适用“认定为不适当人选”的概括授权?若持肯定立场,其在适用上又有何限定或特殊之处?殊值讨论。

(三) 适用标准有待具体化

当前,监管机构对“认定为不适当人选”的适用存在两种模式:(1)直接适用。如当发行人出现特定事实时认定保荐代表人为不适当人选。(2)选择适用。如《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》第32条第1款规定:“证券基金经营机构违反本办法规定的……对直接负责的董事、监事、高级管理人员和其他责任人员,可以采取出具警示函、责令参加培训……认定为不适当人选等行政监管措施。”

在选择适用模式下,监管机构将面临“选择裁量”,即“在不同的法定措施中,行政机关根据案件的具体情况选择哪一个”。^[33]从现行规定来看,该选择裁量标准通常为“情节严重”。^[34]但因“情节严重”属

[32] 参见河北证监局《关于对李某成采取责令改正、认定为不适当人选的行政监管措施的决定》([2022]8号)。

[33] [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125页。

[34] 如《创业板首次公开发行股票注册管理办法(试行)》(已失效)第67条第2款规定:“保荐代表人存在前款规定情形之一的,中国证监会视情节轻重,三个月至三年不受理其具体负责的推荐;情节严重的,认定为不适当人选。”

不确定法律概念,其规范内涵由监管机构于个案中加以填补,至于应考量哪些因素予以填补,现行规定尚不明朗,或有导致“同案不同判”的可能。例如,对于组织客户出借证券账户,并为他人融资提供中介或其他便利的违规行为,同一监管机构在两起案件中对从业人员分别适用认定为不适当人选和警示函,区别仅在于一人为分支机构负责人,^[35]一人为业务管理岗员工。^[36]当然,鉴于实务中监管机构对决定理由的说明大多较为粗糙,^[37]不排除其有简化案件情节的可能。但此现象仍可作为提示:以“情节严重”作为适用标准,其规范内涵有待具体化,相对明晰的适用标准也有助于提升监管机构决定的说服力与妥当性。

(四) 任职禁止范围和期限的裁量标准尚待进一步明确

“认定为不适当人选”的适用结果包含两部分:任职禁止范围和任职禁止期限。从实践来看,监管机构对这二者的裁量标准有待进一步明确。

乍看之下,监管机构对任职禁止范围的确定无涉裁量问题——从业人员在担任何种职务时违反行为准则,即禁止其担任何种职务。但现实情形却非如此,监管机构在此事项上似乎也在有目的地行使某种裁量权。例如,证券公司分支机构负责人除被禁止担任负责人职务外,往往还被禁止担任证券公司董事、监管和高管(简称董监高),但部分案件的禁止范围又止于前者。^[38]又如,非上市公众公司的董事除被禁止担任同类公司的董监高外,还被禁止担任上市公司的董监高,^[39]相反,上市公司的董事一般只被禁止担任上市公司的董监高。^[40]再如,2名证券公司高管(管委会委员)因印章管理违规被同时禁止担任证券公司董监

[35] 参见陕西监管局《关于对杨某采取认定为不适当人选措施的决定》([2021]4号)。

[36] 参见陕西监管局《关于对王某光采取出具警示函措施的决定》([2020]36号)。

[37] 参见洪艳蓉:《我国证券监管独立性的检讨与制度完善》,载《法律适用》2018年第3期。

[38] 参见河南监管局《关于对杨某实施认定为不适当人选行政监管措施的决定》([2021]14号)。浙江监管局《关于对黄某峰采取认定为不适当人选措施的决定》(2021年11月29日作出)。

[39] 参见江苏监管局《关于对魏某红采取认定为不适当人选措施的决定》([2019]62号)。

[40] 参见江苏局监管局《关于对钱某华采取认定为不适当人选措施的决定》([2019]24号)。

高、分支机构负责人、部门负责人等多项职务。^[41] 但监管机构是否享有这样的裁量权,其行使标准又为何,似未明晰。

相对而言,监管机构对任职禁止期限的确定属典型裁量问题。如前所述,监管机构倾向于在1~5年的幅度范围内确定禁止期限,亦存在短至几个月或几年,长至十几、二十年的“两极分化”情形,其典例为不同案件中对保荐代表人的处理。但目前尚无层次化的裁量标准指引和约束监管机构。因此,如何进一步明确和细化禁止期限的裁量标准,或是接下来监管机构应予考虑的问题。

(五) 程序设置的诸项议题

实施程序方面,“认定为不适当人选”目前适用《实施办法》对监管措施作出的一般性规定。另外,近期的《实施办法(征求意见稿)》拟对之作出调整和补充。基于这两份文件的规定,有如下程序设置议题值得商榷:

第一,如何适用听证程序?《实施办法(征求意见稿)》第6条第1款拟规定相对人的听证申请权,但第2款又规定监管机构对是否组织听证享有裁量权。然而,若“认定为不适当人选”属限制从业罚,则依《行政处罚法》第63条之规定,相对人如申请听证,监管机构“应当”组织听证。故听证程序的适用方式仍取决于“认定为不适当人选”的法律性质。

第二,是否设置对任职禁止的提前解除程序?根据《实施办法》第47条的规定,相对人在任职禁止期限内如符合解除限制条件的,监管机构可以自行或根据相对人的申请,解除任职禁止。而《实施办法(征求意见稿)》第25条第2款规定,有期限规定的监管措施到期自动解除。可见,二者在可否提前解除任职禁止的问题上存在立场冲突。实务中,监管机构的决定书未涉及此事项,似可推知其对此持否定态度。但因《实施办法》尚属现行有效规范,故该程序设置的去留问题仍有待解决。

第三,如何设置对相对人不履行决定的处置程序?《实施办法(征

[41] 参见深圳监管局《关于对石某燕采取认定为不适当人选措施的决定》([2020]155号)(2020年8月13日作出)。深圳监管局《关于对孙某斌采取认定为不适当人选措施的决定》([2020]154号)(2020年8月13日作出)。

征求意见稿)》第25条第3款拟增加对相对人不履行监管措施决定的处置程序,即以警告、一定数量罚款之方式对不履行决定的相对人施以惩戒。该条款系面向所有监管措施种类作出的一般性规定,但不履行“认定为不适当人选”决定具有特殊性,表现为相对人再次担任相关职务,则单纯的警告、罚款是否足以形成威慑并契合“认定为不适当人选”的规制功能,值得探讨。

三、“认定为不适当人选”的法律性质:基于学理和比较法的考察

面对以上“认定为不适当人选”存在的规范与实践问题,应先予澄清法律性质这一基础性问题,作为匹配或完善相应实施规则的前提。而其争议所在业已明了:“认定为不适当人选”究竟是否为行政处罚?若持肯定立场,则行政处罚之定位又是否足以揭示该项措施之本质属性?

(一) 实定法项下的学理证成:“认定为不适当人选”属行政处罚

证监会一直将“认定为不适当人选”等监管措施区隔于行政处罚,但判断某项行政措施是否为行政处罚,不取决于其称谓,而取决于其是否符合行政处罚之实体标准。^[42]当前,《行政处罚法》第2条已规定行政处罚概念条款,即“行政处罚是指行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织,以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为”。据此,可归结行政处罚的两项实体标准:其一,针对违反行政管理秩序的行为作出;其二,以减损权益或增加义务的方式予以惩戒,即“制裁性”标准,具体包括客观制裁效果与主观制裁目的。^[43]对照这两项实体标准,应当肯定不适当人选具备行政处罚性质。

首先,“认定为不适当人选”针对违反行政管理秩序的行为作出。一般认为,所谓违反行政管理秩序,即相对人违反行政法律规范为其设定的作为或不作为义务而构成“违法”。但“认定为不适当人选”旨在规

[42] 参见王贵松:《论行政处罚的制裁性》,载《法商研究》2020年第6期。

[43] 主流观点认为行政处罚的制裁性应包含主观制裁目的,即对违法行为人过去违法行为的谴责、非难。参见王明喆:《行政处罚种类扩张论批判》,载《交大法学》2022年第1期。

制“违反行为准则”的从业人员,则“违反行为准则”与“违法”之间的关系为何?尤其是在监管机构仅援引行为准则作出决定的情形下。应当认为,行为准则确立了从业人员的一般履职标准,是规范其执业活动的基本原则,亦属具有法律拘束力的强制性规范,故违反行为准则即违法。只不过,有别于具体行为规范,因行为准则的原则性,其含义多较为宽泛、抽象,如《上市公司重大资产重组管理办法》第6条规定为重大资产重组提供服务的从业人员应当“遵循本行业公认的业务标准和道德规范,诚实守信,勤勉尽责”。其中,“道德规范”“诚实守信”“勤勉尽责”等均属不确定的法律概念,当行政机关将个案事实与之进行“涵摄”时将享有较大的裁量权,^[44]但这无碍行为准则作为“法”的强制性效力。

其次,“认定为不适当人选”具有客观制裁效果。制裁的表现形式为减损权益或增加义务,即“不利益性”。^[45]“认定为不适当人选”的法律后果在于禁止原本担任某一职务的相对人,在一定期限内于任何组织机构担任或实际履行相关职务,因而其限制了相对人担任某项职务并依托该职务从事特定业务活动的权利,确属限制从业的制裁效果范畴。^[46]此外,其附带的制裁效果还包括:一是剥夺相对人在未来因任职而可获得的预期利益;二是“不适当人选”的否定性评价是为相对人施加的负面标签,^[47]加之监管措施决定公开的常态化,不免会对相对人的声誉、职业前景造成影响,因为在优胜劣汰机制的作用下,市场更倾向于选择信誉良好的从业人员。

最后,“认定为不适当人选”具有主观制裁目的。探究一项具有“不利益性”的行政措施有无制裁目的,须考察立法者在创设此项措施时有

[44] 这或许可以解释为什么证监会的部门规章要以发行人出现的特定事实、多次受到自律组织纪律处分等推定从业人员违反行为准则,因为这样的客观化认定可以尽量控制、减少监管机构的自主裁量判断。

[45] 参见熊樟林:《行政处罚的概念构造——新〈行政处罚法〉第2条解释》,载《中外法学》2021年第5期。

[46] 限制从业包括限制任职身份、限制业务活动。参见马迅:《行政限制从业的角色定位、实效保障与体系协调》,载《行政法学研究》2022年第6期。

[47] 参见王瑞雪:《声誉制裁的当代图景与法治建构》,载《中外法学》2021年第2期。

无报应、谴责相对人过去违法行为的主观意图。^[48]因“认定为不适当人选”的创设起源于监管机构监督从业人员遵从行为准则,从而履行其监管职能的现实需要,故从业人员被认定为不适当人选,是其因违反行为准则而承担行政责任的一种方式,故该项措施具有对违法行为加以惩戒、报应的意图。

因此,“认定为不适当人选”符合行政处罚的实体标准,且其制裁效果符合限制从业罚的特征,应将其归为一种限制从业罚。

(二) 比较法视野下的审思:“认定为不适当人选”的预防性本质

行文至此,前述部分规范与实践问题似乎可迎刃而解——既然认定为不适当人选是对从业人员的处罚、惩戒,则其适用标准、裁量标准等自然可依循行“以牙还牙”“罚当其过”的报应性逻辑而得以构建。但警告、罚款也是针对违法者的报应手段,且后者直接剥夺违法者的财产权利,其报应性更为强烈。倘若纯粹出于报应目的,证监会也不必在其“工具箱”中添置认定为不适当人选。再者,因惩戒而派生的对违法者和潜在违法者的威慑(deterrence)功能,亦非为该项措施所独有。

那么,使“认定为不适当人选”区别于其他处罚措施的本质属性究竟为何?鉴于美国的监管实践中也存在类似针对从业人员的执业限制或任职禁止措施,因此,透过对美国法的考察,或可得以管窥。

执业限制方面,在美国,对从业人员不当行为的制裁主要由监管机构适用专门的纪律处分程序作出。其中,证券从业人员的执业行为主要受行业自律性组织美国金融业监管局(The Financial Industry Regulatory Authority, FINRA)的监管。在1934年证券交易法的授权下,FINRA制定自律规则规范其成员的行为,由其内设机构国家裁决委员会(FINRA's National Adjudicatory Council, NAC)对违反证券法律和自律规则的公司及相关人员实施纪律制裁(disciplinary sanctions)。对于律师、会计师等专业人士,本应受到各州特许机构和行业协会的管制,但因这类监管机构难以对此类人员在证券业务上实施的不当行为提供充分

[48] 参见詹镇荣:《行政法总论之变迁与续造》,台北,元照出版公司2016年版,第433页。

监管,^[49]美国证券交易委员会(SEC)遂于1935年颁布从业规则2号(Rule 2 of the rules of practice),根据Rule 2(e)(1)的规定,SEC可对此类人员行使纪律处分权(disciplinary power),即针对特定事项,^[50]在经调查确认并给予当事人听证机会后,可以谴责(censure)当事人,并根据情况暂时或永久停止当事人在SEC前执业的资格。^[51]

SEC与NAC对制裁措施的确定均享有较大的裁量权,且都将“补救性”(remedial)作为确定制裁措施的基本准则。在SEC的纪律处分程序中,“暂停或永久停止当事人在SEC前执业”无疑构成对专业人士的执业限制,但因“执业”含义的开放性,SEC可基于个案情形选择最为适当的制裁措施。^[52]实践中,SEC对制裁措施的确定强调补救(remedy)功能,原则上“仅限于保护公众投资者和SEC的程序在未来免受其不当行为的影响”。^[53]在一起涉及会计师事务所的案件中,SEC详细阐述了确定制裁措施时应予考量的因素,包括所涉不当行为或专业失误的严重性;不当行为或其他失误,在多大程度上令人怀疑其将来是否有能力或意愿提供称职、可靠的专业服务等。^[54]NAC亦有权在个案中自主确定制裁措施,为确保裁决的一致性并指导NAC确定适当的制裁措施^[55],FINRA出台制裁指南(Sanction Guidelines),指南开宗明义地指出了制裁的补救性:“纪律制裁的性质在于补救,其目的应是防止未来的不当行

[49] See J. Randall Minchew, *The Illusory Statutory Basis of SEC Rule 2(e)*, Washington and Lee Law Review, Vol. 40, 1983.

[50] 包括:(1)未取得代理权的情况下代理他人行为;(2)缺乏诚信基础,或者参与不道德和不适当的专业行为;(3)蓄意违反,或蓄意帮助和教唆违反联邦证券法律、规定和规范。

[51] 《萨班斯—奥克斯利法案》进一步确认了该项纪律处分权力。See Sarbanes - Oxley Act of 2002, Sec 602.

[52] 例如,在一些涉及律师的案件中,SEC根据具体案情,分别作出了禁止律师在行政诉讼中代表委托人、禁止律师以任何书面、口头的方式为任何公开发行证券的发行人提供建议、禁止律师就联邦证券法提供法律建议的制裁措施。See Daniel I. Goelzer & Susan Ferris Wyderko, *Rule 2(e): Securities and Exchange Commission Discipline of Professionals*, Northwestern University Law Review, Vol. 85, 1991.

[53] In re Carter, 47 S. E. C. 471, 477 (Feb. 28, 1981).

[54] See In re Ernst & Ernst, 46 S. E. C. 1234, 1273 n. 73 (May 31, 1978).

[55] See Barbara Black, *Punishing Bad Brokers: Self - Regulation and FINRA Sanctions*, Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, Vol. 8, 2013.

为和提高证券行业的整体业务标准。”^[56]因此,包括禁止执业(bar)在内的制裁措施,其性质是补救性而非惩罚性的,旨在预防不当行为的再次发生,保护公众投资者的利益。

任职禁止方面,早期 SEC 通过向法院申请禁令(injunction)禁止违法者担任公司职务,通常只有当被告的行为足以表明其未来存在“违法的合理可能”时,法院才准予发布禁令。^[57]之后,1990 年证券执法救济和小额证券改革法(Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act)授权 SEC 基于被告违反 1933 年证券法第 17(a)(1)条或者 1934 年证券交易法第 10(b)条的规定之事实,在证明其“严重不称职”(substantial unfitness)的前提下,申请法院作出暂停或永久禁止其担任发行人高管或董事的决定。2002 年《萨班斯—奥克斯利法案》(Sarbanes - Oxley Act)则进一步授权 SEC 启动行政仲裁程序,通过禁止令(cease - and - desist order)实现公司任职限制,同时将适用标准降低为“不称职”(unfitness)。

尽管适用标准几经更迭,但再犯可能性一直是法院施加公司任职禁止的核心判准。为提升 SEC 的执法力度,“严重不称职”标准在理论上要比此前的“违法的合理可能”标准更为灵活,^[58]但法院在实践中仍倾向于重点考察被告的再犯可能性,即便在调整为“不称职”标准后,法院也未改变这一倾向,^[59]其原因在很大程度上源于“不称职”含义的模糊性,但 SEC 认为,在禁止令方式下,其只需证明被告未来存在不当行为的“一些风险”(some risk)即可。^[60]

由上可见,在美国,针对从业人员的执业限制,监管机构不是出于惩

[56] Finra, Sanction Guidelines, at 2(General Principle 1).

[57] See Daniel J. Morrissey, *Sec Injunctions*, Tennessee Law Review, Vol. 68, 2001.

[58] Jayne Barnard 教授在 1992 年提出“六要素测试法”判断被告是否构成“严重不称职”。包括:(1)被告违法行为的严重性;(2)被告的“惯犯”身份;(3)被告从事欺诈活动时的角色或地位;(4)被告的故意程度;(5)被告在违法行为中的经济利益;(6)违法行为再次发生的可能性。See Jayne W. Barnard, *When is a Corporate Executive “Substantially Unfit to Serve”?*, North Carolina Law Review, Vol. 70, 1992.

[59] See Jon Carlson, *Securities, Officer and Director Bars, and the Unfitness Inquiry after Sarbanes - Oxley*, Fordham Journal of Corporate & Financial Law, Vol. 14, 2009.

[60] See Jayne W. Barnard, *SEC Debarment of Officers and Directors after Sarbanes - Oxley*, Bus. Law, Vol. 59, 2004.

罚过去违法行为的意图,而是出于补救和预防的目的来选择和适用相关制裁性措施。也正是为了防止不称职的董事、高管再度违法,法院才需在考量被告再犯可能性的基础上决定是否对其施加公司任职禁止。

诚然,我国没有如美国法那般严格区分一项制裁措施究竟为惩罚性还是补救性、预防性的传统,但既然同属基于从业人员之不当行为作出的执业限制或任职禁止措施,似无理由拒绝同以预防性作为认定为不适当人选的本质属性。并且,从相关规范及制度安排来看,尚有如下具体理据作为支持:

其一,“认定为不适当人选”的适用着眼于从业人员自身的“不适合”。虽然“认定为不适当人选”具有限制从业的制裁效果,但《实施办法》并未简单以“不得”“禁止”等语词加以表达,而是采用了“不适合担任相应职务”的表述。“不适合”带有美国法上“不称职”的某些意蕴,旨在表征从业人员在该职务上存在的违法风险。因此,将某一从业人员认定为不适当人选,其主要目的不在于对其违法行为施以报复、打击,而是确因其“不适合”,有必要以限制从业的方式防止其在该职务上再次实施违法行为,以维护市场秩序和投资者利益。

其二,以预防性作为“认定为不适当人选”的本质属性,契合证监会对监管措施的功能定位。证监会区隔监管措施和行政处罚之举虽饱受学界批评,却不无合理性。证券产品的虚拟性、价格决定的主观性等特点,以及证券市场更为显著的信息不对称和外部性问题,为大量违法行为的发生创造了条件,其危害后果也更易扩散、蔓延。^[61] 故带有及时矫正、风险防范功能的各种监管措施应运而生。从风险预防的角度出发,从业人员的依法、勤勉履职是证券市场平稳运行的重要保证,反过来,这亦使得监管机构需格外防范“不适合”的从业人员给市场埋下风险隐患。就此而言,证监会将认定为不适当人选归为监管措施,可能不是有意规避《行政处罚法》,而是确实将其定位为一种预防性措施,弱化其惩戒功能。

其三,只有“认定为不适当人选”的预防性可为关联制度安排提供

[61] 参见陈儒丹:《证券监管机构行政执法权行使的理论剖析——以证券市场的现实为背景》,载徐明等主编:《证券法苑》(第5卷),法律出版社2011年版。

正当性基础。例如,证券发行人的签字保荐代表人、签字律师、签字会计师等中介机构签字人员被认定为不适当人选且尚未解除的,发行人将被中止相应发行上市审核程序或发行注册程序。^[62]这是因为从业人员被认定为不适当人选,即表明其存在较大的违法风险,所以由其主办的其他服务项目的合法性也有待严加审视,故交易所和监管机构可以中止相关程序,以阻却该风险对投资者利益造成损害。像这样带有制裁色彩的“株连”式程序机制,衍生自“认定为不适当人选”的预防性,难以在“罚当其过”的报应性逻辑中得到解释。

四、“认定为不适当人选”的制度完善建议

综上所述,对照行政处罚的实体判断标准,“认定为不适当人选”应属限制从业罚;同时,预防性是其本质属性,即其主要目的在于预防而非惩戒,故而对该项措施的适用,不应简单遵照纯以惩戒为目的的报应性逻辑。循着这一基本结论,本部分将尝试对前述规范与实践问题作出回应,为认定为不适当人选的制度完善提供些许建议。

(一)进一步明确概括授权模式下的适用条件

前文指出,证监会欲以《证券法》第170条第2款,即“为防范证券市场风险,维护市场秩序,国务院证券监督管理机构可以采取责令改正、监管谈话、出具警示函等措施”作为其设定和实施“认定为不适当人选”的上位法依据。则有待澄清的问题是:其一,该条款是否系对证监会设定和实施此项措施的概括授权?其二,监管机构能否直接以该条款作为适用依据?

对于前一问题,尽管《证券法》第170条第2款并未规定“认定为不适当人选”,但从《证券法》的修订经过来看,立法机关在拟定相关条文时,皆明确列举了“认定为不适当人选”等诸种监管措施。^[63]基于此一

[62] 参见《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票注册管理办法(试行)》第28条。

[63] 参见《证券法(修订草案一审稿)》第256条、《证券法(修订草案二审稿)》第255条、《证券法(修订草案三审稿)》第182条。

立法背景,可推知立法机关在本次修订过程中自始就有为各类监管措施提供上位法依据的目的。故该条款中的“等”字应解释为“等外等”,包括但不限于条文所列举的三种监管措施,还应包括过往证监会已设定的各类监管措施。因此,该条款可作为证监会设定和实施“认定为不适当人选”的概括授权。

对于后一问题,关涉《证券法》第170条第2款的概括授权是否须作进一步具体化。因“认定为不适当人选”属于行政处罚,若按行政处罚设定的一般结构,即“应受处罚的具体行为+处罚种类+处罚幅度”,^[64]则原则上,只有在部门规章针对某违法违规行爲所设定的制裁措施包括“认定为不适当人选”的情况下,监管机构才有权选用该项措施。但若直接以第170条第2款的概括授权作为依据,则监管机构似乎只需在满足“为防范证券市场风险,维护市场秩序”的条件时,便可选用“认定为不适当人选”。

应该说,概括授权模式十分符合“认定为不适当人选”的适用特征。因为该项措施的特殊性在于,其适用情形的实质为从业人员违反行为准则,而具体的违法违规行为仅是证明其违反行为准则的表象,因而理论上该项措施可适用于任何与违反行为准则相关的违法违规行为。^[65]因此,采概括授权模式具有可行性。

但是,第170条第2款规定的适用条件过于宽泛,须进一步明确适用条件加以限定。其中,对于适用情形可规定为“从业人员违反行为准则”,但须明确何谓“从业人员”?如前文案例涉及的“上市公司实际控制人”是否属于从业人员?尽管上市公司实际控制人并非某种具体职务,而是一种具有法律意义的特殊地位,但从相关规定来看,处于该地位的相对人也受类似行为准则规范的约束。^[66]可见,监管机构对从业人员的界定,其标准在于有无专门的行为准则来规范此类人员的行为,如

[64] 参见俞祺:《行政处罚设定权的“同位保留”原理》,载《中外法学》2022年第4期。

[65] 证监会的诸多部门规章中出现的“违反本办法规定……可以采取认定为不适当人选”的宽泛授权,亦可印证这一判断。

[66] 《上市公司治理准则》第71条第2款规定:“控股股东、实际控制人及其关联方应当尊重上市公司财务的独立性,不得干预上市公司的财务、会计活动。”

存在,则此类人员可归入从业人员范畴。^[67]

除适用情形外,在概括授权模式下还须明确“认定为不适当人选”的适用标准,详见下文讨论。

(二) 将再犯可能性考量融入适用标准与任职禁止期限的裁量标准

如前所述,目前证监会的部门规章多以违法违规行为“情节严重”作为“认定为不适当人选”的适用标准,换言之,如未达“情节严重”,则监管机构应采取其他侵益性相对较小的监管措施。因此,以“情节严重”为适用标准,体现的主要是面向过去的、在惩戒目的主导下的报应性逻辑,即违法违规情节越严重,相对人的可非难性就越强,对其施加的报复应当越严厉。

然而,因适用“认定为不适当人选”的主要目的在于面向未来,预防相对人在其职务上再次实施违法违规行为,而预防必要性取决于相对人是否存在一定的再犯可能性。因此,“情节严重”标准应当融入对相对人再犯可能性方面的考量。是故,相对人已实施的违法违规行为不仅仅是其受到惩处的原因,还应作为考量其再犯可能性的客观依据。具体而言,下列三类因素可资参照:

其一,相对人的主观状态。即评估相对人是否有遵从其职务相关义务的意愿,若相对人实施违法违规行为时蔑视相关法律法规、业务规则、行业规范,刻意寻求某种结果的发生,可表明其遵从意愿较低,有比较大的再犯可能性。

其二,相对人的客观能力。即评估相对人是否因能力欠缺而存在再犯可能性,如对于担任专业性职务的相对人,若其对专业事务的处理屡现低级错误并导致违法违规行为发生,则其专业能力将遭到质疑。又如对于担任管理性职务的相对人,若其所任职的公司或部门长期经营管理混乱,最终引发违法违规行为,表明其缺乏应有的管理、领导能力。

其三,相对人过往的违法信息。基于当前违法违规行为可能不足以全面、准确地评估相对人的再犯可能性,还可结合其过往的违法信息作出判断,违法违规行为反复发生的,表明其再犯可能性较大。部分执法

[67] 还有待讨论的问题是:对于这类因特殊地位而具有从业人员身份的相对人,应如何确定其任职禁止范围?因篇幅所限,本文在此不作展开。

实践对此已有所体现,如有监管机构在决定书中写道:“此外,鉴于韩某曾在2018年11月因信息披露违法违规被我局给予行政处罚,本次直接参与违规担保行为,属短期内再次违规……我局决定认定韩某为不适当人选。”^[68]

另外,由于裁量标准的设定“并不是单纯对法律效果的格次化,也包含着对引起该效果的事实情节的细化”,^[69]因此,任职禁止期限的裁量标准亦须融入对再犯可能性的考量。可以考虑细化以上三类因素,区分再犯可能性的不同等级,分设不同的禁止期限区间。

(三)以现任职务同其他职务的“相似度”作为任职禁止范围的裁量标准

从“认定为不适当人选”的预防性出发,实践中那种监管机构除禁止相对人担任现任职务以外,还禁止其担任其他职务的做法,可获致正当性解释:如果相对人被认为在某一职务上具有再犯可能性,则基于不同职务类型之间的联系,其亦有可能在担任其他职务时实施类似不当行为。为此,出于充分、有效预防的考虑,应当赋予监管机构裁量确定任职禁止范围的权力。但为控制该裁量权的行使,监管机构应当在考察现任职务同其他职务的“相似度”的基础上,决定有无必要将其他职务一并纳入禁止范围。

具体而言,对“相似度”的考察可围绕两方面展开:其一,职务工作的相似度。即现任职务与其他职务在工作性质、内容上的相似程度。其二,任职要求的相似度。即现任职务与其他职务对任职者提出的要求,包括专业资质、职业素养、相应行为准则等是否相近。举例来说,某一担任证券投资咨询职务的从业人员还被监管机构禁止担任与期货投资咨询相关的职务,^[70]这是因为证券和期货投资咨询业务均是为高风险的投资决策提供分析、预测或建议,对从业人员的专业能力、职业操守要求

[68] 参见新疆监管局《关于对韩某锋采取认定为不适当人选措施的决定》(〔2020〕3号)。

[69] 周佑勇:《裁量基准的技术构造》,载《中外法学》2014年第5期。

[70] 参见贵州监管局《关于对潘某韬采取认定为不适当人选监督管理措施的决定》(〔2020〕2号)。

也高度重合,^[71]故可认定相对人不适宜担任与这两类投资咨询相关的职务。又如,前文提到监管机构禁止2名证券公司高管担任分支机构负责人、部门负责人等多项职务,其合理性在于,因此类职务的工作内容皆与证券公司内部的组织管理活动相关,均要求任职者具备管理、组织、领导能力,以严格保证公司、部门的运转合法合规,故相对人如不适宜担任其中某种管理性职务的,亦不适宜担任其他管理性职务。^[72]

(四) 设置听证程序与对任职禁止的提前解除程序

因认定为不适当人选属限制从业罚,故按《行政处罚法》第63条之规定,在决定作出前,相对人有权向监管机构申请听证,且相对人提出申请的,监管机构应当组织听证。因此,证监会今后在完善《实施办法(征求意见稿)》时,应保留当前增设的听证程序并修改其适用方式。同时,在操作层面,监管机构应适用证监会出台的《中国证券监督管理委员会行政处罚听证规则》。

此外,有必要设置对任职禁止的提前解除程序,激励相对人改善自身行为,允许其加速回归职位和行业,保护其从业权利。原理上,因相对人存在一定再犯可能性是适用“认定为不适当人选”的前提,则当再犯可能性下降或消除时,监管机构应适时解除任职禁止。鉴于再犯可能性的变化有待长期观察,可将该程序的适用对象限定为被确定较长任职禁止期限的相对人。具体而言,可由相对人向监管机构提出申请,并附上相关证明(如经过一定课时数的业务能力培训),监管机构基于一定方法和指标评估其再犯可能性,以决定是否提前解除任职禁止。

与之相关的是,相对人如不履行决定,意味其无视监管机构的约束再次出任或实际履行相关职务,这本身也是再犯可能性持续存在之证明,在此情形下监管机构除对其施以罚款、警告外,还可停止对其适用提前解除程序。若其在所任职务上再次实施不当行为的,可以考虑适当延长任职禁止期限。

[71] 参见《证券、期货投资咨询管理暂行办法》第12条、第13条、第19条、第20条。

[72] 就此而言,证券公司分支机构负责人被认定为不适当人选后,除禁止其担任分支机构负责人外,原则上还应禁止其担任证券公司的其他管理性职务。

五、结语

本文对“认定为不适当人选”相关议题作了初步分析论证和阐述,提出了制度完善建议。随着今后监管机构进一步提高对该项措施的适用频率,或将呈现更多实践及理论问题有待深入探讨。另外,本文的讨论尚未触及监管体制这一结构性问题。如前所述,在美国,行业自律性组织是从业人员的主要监管主体,包括执业限制在内的纪律制裁也多由其作出。而我国目前主要由证监会及其派出机构担负对从业人员的监管职能,故今后有无必要进一步将类似“认定为不适当人选”的执业限制实施权下放于证券交易所、证券业协会等自律管理组织,^[73]以强化后者的自律监管职能,分担行政监管压力,或许可成为今后研究的一个重要议题。

(编辑:谢贵春)

[73] 目前,沪、深两地交易所针对上市公司的相关从业人员设定了“公开认定不适合担任相关职务”的纪律处分措施。证券业协会对证券业从业人员设定了“暂停执业”和“停止执业”的纪律处分措施,但有别于认定为不适当人选,前者在实施上均有明确的期限限制,最长不超过3年。