

## 证券监督管理工作中的 行政诉讼实践与法制思考

——以上市公司现场检查为例

安徽证监局调研课题组\*

**摘要:**本文以证券监管派出机构依法履行监管检查职责,开展实施上市公司现场检查活动为例,探讨证券监管履职过程中容易产生的行政诉讼,分析其表现形式和成因,并有针对性地提出应对建议措施,深入推进依法、全面、从严监管。

**关键词:**证券监管 行政诉讼 风险应对

根据《证券法》的规定,证监会作为证券监督管理机构,依法对全国证券市场实行集中统一监督管理,并可以根据需要设立派出机构,按照授权履行监督管理职责。但近年来,证监会及派出机构在依法对证券市场实行监督管理、维护证券市场秩序、保障市场合法运行的过程中,被市场主体出于不同目的诉诸法院的案例逐渐增多,证券监管部门在肩负维护资本市场健康稳定发展职能的同时,还面临着行政履职行为的涉诉法律风险,有必要通过对当前

---

\* 课题组组长叶锦伟,副组长张文生,课题组成员蒋诚、杨柳、刘子成、俞瑜、申浩、夏晖。

证监会系统行政应诉形势的分析,明确行政诉讼案件特点、成因及风险点,以规范监管执法工作、降低行政应诉风险、保护证券市场投资者利益。

## 一、问题的提出:证券监管工作中的“民告官”成常态

公开资料显示,<sup>[1]</sup>2016年证监会系统在履行证券市场监督管理职责中,行政诉讼工作呈现出以下特点:

第一,案件数量急剧增长。2016年证监会系统共办理行政诉讼应诉案件共171件,其中证监会行政处罚涉诉案件43件,此外还办理了201件行政复议案件。

第二,案件涉及的派出机构及监管辖区较广,对应的法院层级、地域分布较广。2016年证监会系统涉诉案件中,证监会全年共出庭约120次,涉及北京、上海、深圳、南京等19个城市的地方人民法院。

第三,经行政复议后诉讼的案件数量增长,以证监会与派出机构为共同被告的案件数量相应增长。2016年证监会办结的行政复议案件中,有32件因申请人对复议决定不服而提起行政诉讼。

第四,案件涉及的类型增多。2016年证监会系统涉诉案件事由包括行政许可、行政检查、信息公开、信访投诉以及行政处罚等各类行政行为。

第五,证监会系统涉诉案件的终审胜诉率较高。2016年证监会系统涉诉案件中,法院共计作出的生效判决45件,其中支持证监会的案件为44件,终审胜诉率98%。经复议后诉讼的32件案件中,法院已作出判决10件,全部支持了证监会的复议决定。

## 二、行政诉讼案件特点的原因分析

### (一)行政行为的司法审查力度加大

为落实十八届三中全会对全面深化改革做出的顶层设计,加大对

---

[1] 朱宝琛:《证监会扎实推进“四梁八柱”法治建设护航股市稳中求进》,载《证券日报》2017年3月11日B03版。

行政纠纷的解决力度,切实保障行政相对人及利益相关人的合法权益以及监督行政主体依法行使行政职权,2014年,全国人大常委会对《行政诉讼法》进行了修订,并于2015年5月1日正式施行。《行政诉讼法》的修订实施为公民、法人及其他组织利用行政诉讼维权创造了更多便利,“民告官”也已成为常态,这是行政执法过程中普遍发生的现象,证券监管工作中也不可避免地面临更为全面、严格的司法审查。

此次《行政诉讼法》的修订,一方面,进一步扩大了行政诉讼的受案范围,即将更多的行政争议纳入行政诉讼的救济轨道,加大了依法解决行政纠纷的力度;另一方面,赋予行政相对人更加宽松的起诉权利,即认为行政行为侵权,就有权启动行政诉讼,从而使得行政机关履职做出行政行为的涉诉可能性随之上升。同时,根据《行政诉讼法》第26条的规定,“经复议的案件,复议机关决定维持原行政行为的,作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告;复议机关改变原行政行为的,复议机关是被告。复议机关在法定期限内未作出复议决定,公民、法人或者其他组织起诉原行政行为的,作出原行政行为的行政机关是被告;起诉复议机关不作为的,复议机关是被告”。由此大大地提高了证监会作为行政复议机关成为行政诉讼被告的概率。

此外,结合最高人民法院印发的《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》,人民法院立案登记制自2015年5月1日起施行,根据该意见,人民法院案件受理制度由立案审查制变为立案登记制,对依法应该受理的案件,做到有案必立、有诉必理,以保障当事人诉权,也加大了行政机关的应诉压力。就证券监管执法而言,新修订实施的《行政诉讼法》和人民法院立案登记制的实施,行政行为相对人基于不同的诉求起诉证券监管部门的案例逐渐增多。

## (二) 证券监管工作的执法力度加大

一是证券市场违法违规案件的监管查处力度加大。2016年,证监会作出的监管措施、案件调查、行政处罚、移送司法等案件数量大幅增加,监管执法效能明显增强,全年共采取行政监管措施974件;启动调查551件,新增立案302件,累计对393名涉案当事人采取限制出境措施;作出行政处罚决定书218份,罚没款42.83亿元,对38人实施市场禁入;将55起涉嫌犯罪案件移送公安机关追究刑事责任。证监会在依

法、全面、从严监管理念下履行监管职责,对各类证券期货违法行为“全覆盖、零容忍”,执法力度不断加大,涉诉案件数量也显著同步增长,呈现多发、高发的态势。

二是股市异常波动的后续效应。2015年中国股市发生的异常波动,暴露出了我国证券市场存在的问题,分级基金等金融创新、场外配资等金融行为、私募基金等金融产品中都存在诸多不规范之处,为此,证监会也开展了一系列专项执法行动,股市异常波动产生的后续效应逐渐通过2016年行政诉讼案件数量的增多与类型的丰富而显现出来。

三是监管执法权限的下放。根据2015年12月1日开始实施的《中国证监会派出机构监管职责规定》(证监会第118号令)第四章的规定,派出机构可以依法履行案件调查与行政处罚职责。因此,派出机构更为积极履行证券监管执法职责,行使监管执法权。根据《证券法》的授权,证监会及其派出机构为履行证券监管职责所做出的具体行政行为属于《行政诉讼法》规定的可诉行为,行政相对人有权提起诉讼,派出机构履行监管执法职责的案例增多,行政诉讼的数量与风险也相应加大。

### (三)市场主体维权意识增强

近年来,随着我国证券期货市场的不断发展,市场主体的维权意识不断增强,以证监会及派出机构为被告的行政诉讼案件数量也有所增加。目前,证券监管领域行政诉讼类型逐渐呈现出两种模式:

一类是直接的“异议维权”模式。根据《行政诉讼法》的规定,公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益,有权提起行政诉讼。具体到证券监管领域,证监会系统做出的行政许可、行政监管、行政处罚、市场禁入、信息公开、举报答复等各种具体的行政行为,都可以为市场主体所起诉。因此,市场主体不服证券监管部门的各种行政行为而提起诉讼的案件越发常见。

另一类是以“举报维权”等形式实现其他目的的间接模式。由于证券民商事案件的专业性较强、案情相对复杂且涉案金额往往较多,所以实践中还出现了当事人以寻求民事赔偿为终极目的,向证券监管部门举报上市公司涉嫌违法违规事项,如果监管部门不予确认或未予处罚则提起行政复议、诉讼或信息公开的情形,以此向涉案金融机构施加

压力,向证券监督管理机构寻求保护。尤其是行政诉讼的成本较低,当事人提起诉讼的情况越发多见、日益随意,甚至可能会出现滥用行政诉权的情形。因此,证券监管行政案件逐年增多,特别是“举报维权”后诱发的诉讼案件,客观上倒逼证券监管部门主动反思。

### 三、证券监管行政应诉风险的表现及成因

司法机关对证监会监管执法工作的监督与支持,为证监会依法、全面、从严监管提供了充分保障。特别是通过诉讼,证监会的有关监管政策、执法标准等得到了法院的支持,增强了证券期货相关执法工作的法律效果与社会效果。但是,在证券监管“民告官”成常态的大背景下,监管部门行政诉讼案件审判结果的不确定性在逐渐增强。通过查找自身执法过程中的薄弱点,进而规范监管执法行为,提高行政应诉能力,拓展纠纷解决渠道,成为证券监管部门的当务之急。

#### (一) 证券监管行政应诉风险的表现

本文探讨的证券监管行政应诉风险,主要是指行政诉讼启动后,证券监管部门是否能够获胜的不确定性。法院进行的司法审查是对行政主体具体行政行为从实体到程序是否合法的全面审查。基于司法审查角度分析,行政应诉风险的要素主要表现为监管职责的把握、检查程序的执行程度、检查证据的收集保存、法律法规的适用与理解等四个方面。由于证券监管机构的监管行为主要是围绕上市公司监管开展的,且行政诉讼案件多由此引发,所以,笔者对证券监管行政应诉风险的相关探讨主要以上市公司监管为核心展开讨论。

##### 1. 监管职责把握不准

监管实践中,基于上市公司涉嫌存在违法违规行为而发生的举报事项呈多发态势,其中涉及上市公司信息披露等多方面内容,当事人举报的涉嫌违法违规行为多涉及工商、税务等其他政府部门。对于举报人要求派出机构履行监管检查职责的申请,如果以不属于证券监督管理机构的监管职责范围为由不予受理,则易引发举报人以行政不作为为由提起的行政诉讼;如果受理并作出答复后,又可能引发第三方以涉

及事项属于其他政府部门责任为由而起诉监管越权的行政诉讼。

## 2. 检查程序的执行不到位

程序正义是依法行政的基本要求,在履行监管检查职责,开展上市公司现场检查过程中,实体重于程序的思想驱使往往容易造成检查小组成员轻视部分程序要素要求,如通知时限上并没有严格遵守提前5个工作日以书面形式告知检查对象的要求;检查发现问题拟对检查对象采取措施时未事先告知认定事实及理由并听取检查对象的陈述和申辩;检查事项处理完毕后发现认定事实的证据材料存在遗漏进行补正等。如果行政相对人不服或不满检查结果提起诉讼的话,检查程序步骤、时限等要素的遗漏或不严格符合规定要求就会满足《行政诉讼法》第70条、第74条的规定,从而间接成为审判的关注点。

## 3. 检查证据的收集保存不完备

在证据收集方面,为认定检查对象违法违规或不规范行为事实,收集的证据就一定要满足真实性、合法性、关联性的“三性”要求。上市公司现场检查实践中,检查小组成员在调查取证过程中,有时会忽视证据“三性”要求,如直接采纳检查对象所提供的书面盖章材料,而未进行第三方验证的真实性核实;直接将谈话类笔录的执法人员、谈话人员的姓名进行电子打印而未进行本人亲自签名或盖章;只收集检查对象提供的电子数据材料,并未要求其提供数据材料的制作方法、制作时间、制作人和证明对象等辅助材料等。如果仅以不符合证据“三性”要求、不满足《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《证据规定》)相关要求的证据作为认定事实的依据,一旦相对人起诉,极易让法院认定为主要证据不足。

在证据保管方面,上市公司检查收集的证据要进行妥善保存,因为行政诉讼实行举证责任倒置原则,一旦相对人起诉,行政主体要负举证责任,如果因证据保管不利导致举证不足,也会客观造成法院裁判证券监管部门败诉的可能性增加。

## 4. 法律法规的适用与理解不足

一方面,适用低层级法律规范性文件。在对上市公司现场检查中,当发现相对人存在违规事实,却无法找到上位法依据,只能依据其他规范性文件对相对人采取行政监管措施时,如果相对人不服进而诉讼,该

处置措施是否达到司法审查判定法律法规适用错误的认定标准则是个未知数。

另一方面,法律法规的自我解读。对相对人申请履行监管检查职责的事项进行答复后,相对人再次提出公开相关政府信息时,行政主体对公开政府信息的范围做出的自我解读是否一定会得到司法审查的认可具有不确定性。例如,上海李国机律师事务所龙静文向中国证监会多个派出机构申请政府信息公开事项,派出机构虽依据《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》等规范性文件对申请内容是否属于可公开的政府信息做出了解读和适用,但各地方法院在进行司法审查时,是否同样适用该类规范性文件进行裁判却存在不一致性。

## (二) 证券监管行政应诉风险产生的成因

证券监管行政诉讼风险的产生是由多方面原因共同造成的产物,既有外部证券监管法律规范体系不健全、证券审理专业人员不足、相对人特殊目的诉求等原因,也有内部证券监管人员监管执法规范意识不够、应诉经验及同司法审查部门沟通协调不足等原因。

### 1. 证券监管法律规范体系不健全

一方面,现行法律法规对个别市场行为有禁止性规定,但相应的法律责任并未完全配套,使监管处于履职不能状态,如上市公司董监高在窗口期发生买卖公司股票的交易行为,如果不同时触及短线交易,则无法对其采取具体的处罚。发现违法违规行为却无依据进行处置,很容易让投资者误解为监管部门不履行查处职责。另一方面,现有的规范性文件对部分市场主体有义务性要求,但却缺少相应的上位法依据,容易造成监管处置依据不充分的质疑,如上市公司股东、实际控制人、关联方等主体违反承诺及履行,如果对其采取行政监管措施,仅能依据证监会发布的规范性文件中的规定。

### 2. 证券审理专业人员不足

证券监管所涉及的业务专业性极强,所涉及的行政诉讼较其他政府部门具有一定的特殊性,但我国现有的法院系统机构设置中尚无专门的证券期货审理庭,仅将行政诉讼纠纷统一归入行政庭审理,容易造成审理过程中参考其他政府部门的案件做法而忽略了证券监管行政的

特殊性。另外,履行上市公司监督检查职责,进行现场检查所查证市场主体是否存在虚假记载、误导性陈述、重大遗漏等事项时,通常需要会计、金融、法律等综合性判断,但现有法院系统审判人员多以法律专业居多,容易造成审查过程以形式审查为主而忽视实质判断。

### 3. 原告特殊目的诉求

现行行政诉讼的起诉标准较低,行政相对人认为具体行政行为侵犯其合法权益时就可提起诉讼。以先申请履行监管职责,后申请政府信息公开类型案件为例,有些相对人的申请履职并不是仅仅出于维护其公民权益目的,更多的是想借助监管机构通过检查获取证据资料后,通过信息公开来达到其个人特殊知情权的真实企图,如借助信息公开途径获取其他民事诉讼相关证据,对于存在上述特殊目的的相对人,如果证券监管部门无法达到其目的要求,被提起行政诉讼在所难免。

### 4. 证券监管人员监管执法规范意识不够

部分证券监管人员执法规范意识不够,从而导致在履行证券监管职责过程中,未严格按照执法的程序性规定,遗漏或未注意到部分法定程序环节要求,造成程序上存在瑕疵,甚至是违规的风险;未严格按照《证据规定》中有关证据材料的要求,收集整理证据材料,造成证据材料使用上存在瑕疵,从而为行政诉讼埋下风险隐患。另外,监管人员在上市公司检查执法过程中有时存在工作疏忽,遗漏或丢失相关检查材料,也会造成行政诉讼败诉风险的发生。

### 5. 应诉经验及同司法审查部门沟通协调不足

证券监管机关及其工作人员的日常工作重点是履行日常监管职责,查处证券期货违法违规行为,但对于参加行政诉讼的应诉经验和能力不足,对于应诉后是否能够获得法院认同没有十足把握。另外,法院具有一定的司法自由裁量权,可以自行对证券监管职责权限进行认识和把握,虽然证券监管行政案件具有较多特殊性,但如果缺少同法院的沟通协调,无法让其对证券监管有个清晰的认识,很容易让法院在认定问题时的做法同我们日常监管所采用的方式、方法存在差异,从而造成行政败诉的发生,如证券监管在贸易业务中有关虚假记载的认定,司法部门通常采用文意解释方法,即将不存在的事实在信息披露文件中予以记载的行为认定为虚假记载,并且该事实更多强调的是法律关系成



立的客观事实,而并不考虑该贸易业务背后的账务处理提前或延迟确认的影响。证券监管部门则与之不同,通常采用实质认定方法,即事实不仅包括相关法律关系成立的客观事实,更包含业务背后的相关会计处理问题,如跨期提前确认收入就应该属于不存在的事实。由于认定上的歧义客观上导致某市中院就某上市公司涉嫌虚假记载被行政处罚事项,在一审中判决证券监管部门败诉的案例(目前判决尚未正式生效)。

#### 四、证券监管行政应诉风险的应对与防范

##### (一)完善证券监管法律体系,提升依法监管能力

证券监管部门在制定证券监管相关规范性文件时,要把三公原则贯穿立法全过程,深入推进科学与民主立法。把所有规范性文件都纳入备案审查的范围,由上级行政机关统一备案登记,以此对规范性文件的合法性进行审查,确保证券监管法律体系的协调一致。同时还要加快证券期货市场法律法规数据库建设,对失效以及与上位法相抵触的规范性文件进行清理,对新法以及相关监管动态进行更新,以科技手段助力证券监管。

同时,推进证券立法精细化,做好立法事中、事后评估工作。系统内可以建立常态化的向上沟通反馈机制,通过上级部门对下级部门援引、适用法律过程中的疑难问题进行定期集中的释义与解释,本着“谁制定,谁解释”的原则,及时明确法律规定的含义和适用法律的依据。通过集中的梳理与总结,规范性文件的制定机关可以及时了解法律的适用情况,保证系统内法律适用的口径一致,避免监管人员在适用法律时无所适从,反从司法案例中寻求法条释义的情况出现。

##### (二)壮大证券监管应诉队伍,提升规范执法水平

加强证券监管公职律师建设,加快资本市场智库建设,积极推行法律顾问制度,建立法制机构人员为主体、吸收专家和律师参加的顾问队伍,保证法律顾问团队在证券监管过程中能够提供专业化的决策建议并发挥积极作用。同时,发挥证券监管系统内部法律专业人才的专业

优势,形成跨部门协作的法律工作小组,通过建章立制完善小组工作机制。除此之外,证券监管人员在日常履职过程中要依法、从严、全面履行监管职能,坚持以法治的理念、思维、程序合法开展工作。在实施行政许可,尤其是行政强制措施以及行政处罚等具体行政行为时要加强法律研究,提高援引法律的准确性、行政文书的说理性、证据采集的有效性,整个执法过程要做到程序合法、证据充分、定性准确。

### (三) 加强司法领域沟通协作,提升法律适用准度

根据最高院与证监会《关于在全国部分地区开展建立证券期货纠纷多元化解机制试点工作的通知》的精神,全国部分地区结合辖区实际业已发布了《关于进一步推进证券期货纠纷诉调对接的工作意见》。这种诉调对接的工作模式充分利用了人民法院与证券监管部门各自的专业优势,为解决证券领域诉讼提供了良好的平台。因此在证券监管领域,证券监管部门应充分利用该平台与司法部门加强协作,加强业务交流。针对资本市场的新兴资本运作模式,证券监管部门应当及时通报法院相关业务部门,让人民法院能充分解构出其中的法律关系以及适用的法律法规,避免进入诉讼程序后,证券监管部门还要再花费大量时间对相关市场术语进行解释;而对于证券期货市场法律的迭代更新,人民法院也应当及时释义并通过权威平台对外发布,通过案例探讨的方式让各方在法律适用上形成稳定的心理预期,消除监管部门与市场主体因为对政策法规的不同认知而涉诉的隐患。

### (四) 健全非诉纠纷解决机制,提升纠纷化解效率

证监会《关于贯彻执行〈法治政府建设实施纲要(2015-2020年)〉的实施意见》中指出,要健全多元纠纷解决机制。首先,证监会作为系统内的原级复议机关,要把握好行政复议这道权利救济的防线,进一步发挥行政复议在解决证券期货纠纷中的重要作用。在当事人提请复议后,复议机关应当严格按照相关规定,组成复议小组,围绕争议点对检查程序的合法合规性以及相关证据的真实性、合法性、关联性进行新一轮审查,必要时可以询问双方当事人,以期到达息诉止争。

其次,要推动证券期货民事诉讼制度机制的优化与完善,加强与中证中小投资者保护中心的合作,进一步加强证券期货公益诉讼制度研究。尤其是投资者不满监管部门回应信访、举报事项而诉其不作为的

案件,有关监管部门应适时改进处理问题的路径。对此可借鉴香港证监会就市场失当行为提起民事诉讼为投资者提供民事救济的监管思路,通过在民事诉讼中为投资者请求财产保全、撤销原合同或宣告合同无效,监管部门可以集中专业知识、证据采集等方面的优势积极履职,最大限度地为投资者挽回损失,维护市场公共利益,降低监管部门因“不作为”而涉诉的可能性。

最后,稳步推进行政调解与和解工作,探索先行赔付的进一步规范化、制度化。2011年在创业板上市的万福生科,因欺诈发行和财务造假而被证监会立案处罚,涉嫌犯罪的事实也被移送司法机关另案处理。该案中,为先行偿付符合条件的投资者遭受的投资损失,平安证券作为保荐机构及主承销商,出资3亿元设立了专项补偿基金与适格投资者实现和解。平安证券作为连带责任方,利用该“先偿后追”的非诉讼纠纷解决途径有效地保护了投资者的权益,大大降低了投资者维权的成本,提高了投资者行权的效率,避免民事纠纷转化为行政纠纷。

总之,随着我国证券期货市场不断发展,中小投资者维权意识的不断提升,“民告官”的行政诉讼业已成为普遍性趋势,在积极面对证券监管行政诉讼的同时,通过自觉规范证券监管部门的行政行为,提升监管检查行为法治化、规范化水平,才能以最大的努力减少诉讼和受案后的负面示范效应,并借助良好的行政诉讼机制化解行政纠纷,达到证券监管依法、从严、全面监管的要求。