

## 我国引入证券执法和解制度的 法律争点与解决途径

丁 丁\* 侯凤坤\*\*

**摘要:**在证券执法领域构建和解制度有利于提高案件的处理效率,较好地兼顾执法的效率、公平与权威。理论界和实务界对于构建证券执法和解制度的合理性已基本取得共识,但在该制度的合法性基础、权力滥用的操作性问题以及具体制度设计中的路径选择等方面还存在争点。笔者逐一梳理出这些争点,并提出有针对性的解决建议,以期引起有识之士的成熟思考。

**关键词:**证券 行政执法 和解制度

证券执法和解制度是指在证券执法过程中,证券监管机构通过与被监管者协商,就特定的被调查行为达成和解,以被监管者自愿的作为或不作为代替形式上的行政处罚,从而终结案件的一种执法机制。<sup>[1]</sup>通过证券监管机构与相对人之间的平等协商,达成和解,能够提高相对人的参与率、遵循度,

---

\* 对外经济贸易法学院法学院副院长。

\*\* 北京证监局处长。

[1] 叶林等:“证券执法和解制度的比较研究”,载《西部法学评论》2009年第4期。

节约或者更有效地配置证券执法资源,提高证券执法效率,保护投资者合法权益,促进市场健康发展。

国(境)外理论界和实务界较早就认可了证券执法和解的独特作用,并以各种形式推动证券执法和解的实践应用,同时积极立法明确证券执法和解的适用范围,将其纳入法制化轨道。<sup>〔2〕</sup>而证券执法和解在我国尚缺乏理论上的有效支撑和立法上的授权规定。中国证监会曾于2006年10月首次表示希望在证券市场引入执法和解制度,<sup>〔3〕</sup>并作为两会议案提出了相关建议,同时也向国务院法制办申请进行和解试点。中国证监会也曾会同全国人大、国务院法制办、最高人民法院对此问题加以研讨,但至今未见实践。

## 一、证券执法和解制度的合理性共识

我国目前关于证券执法和解制度的研究并不是很多,包括邵亚良的《证券监管与执法 ADR 模式探讨》<sup>〔4〕</sup>叶林等的《证券执法和解制度的比较研究》<sup>〔5〕</sup>宋功德的《证券执法和解机制》<sup>〔6〕</sup>任莉的《证券监管和解理论与制度研究——我国证券监管路径新选择》<sup>〔7〕</sup>林丽霞和薛成勇的《我国试行证券监管和解制度问题初探》<sup>〔8〕</sup>邱永红的《从境外成熟市场的经验看我国证券监管和解制度的构建——以美国、

〔2〕 在证券执法和解制度较为发达的美国,SEC 还专门制定了《执法程序、公平基金与罚没计划规则》(Rules of Practice and Rules on Fair Fund and Disgorgement Plans),专门在第 240 节“和解”中规定了执法和解工作程序,包括和解的启动、程序、和解要约的考虑、和解承诺以及和解的拒绝和批准等。

〔3〕 参见林旭:“证券市场有望引入和解制度”,载 <http://finance.sina.com.cn/stock/1/20061027/05531004314.shtml>,2013 年 9 月 28 日最后访问。

〔4〕 邵亚良:“证券监管与执法 ADR 模式探讨”,载《证券市场导报》2005 年 12 月号。

〔5〕 叶林等:“证券执法和解制度的比较研究”,载《西部法学评论》2009 年第 4 期。

〔6〕 宋功德:“证券执法和解机制”,载《甘肃行政学院学报》2010 年第 3 期。

〔7〕 任莉:“证券监管和解理论与制度研究——我国证券监管路径新选择”,载《研究生法学》2009 年 10 月第 24 卷第 4 期。

〔8〕 林丽霞、薛成勇:“我国试行证券监管和解制度问题初探”,载《证券市场导报》2010 年 10 月号。

香港为中心》、〔9〕吴陶的《论我国证券行政执法领域和解制度之构建》〔10〕等,林丽霞〔11〕、周华群〔12〕、高娟〔13〕等人的博士、硕士论文也分别对证券执法和解机制加以研究,这些研究对于我国引入证券执法和解制度的合理性、必要性认识基本一致。

研究普遍认为,由于证券市场的特殊性,证券违法行为的隐蔽性、专业性、多发性和复杂性,使中国证监会在查处证券违法行为时面临诸多难题,甚至在耗费了高昂的执法成本之后,仍然无法避免违法事实难以完全查清、追究行政责任的构成要件难以满足,或者遭遇处罚对象逃逸、解散、罚没款难以催缴执行的情形,甚至还包括现行法律规范无法涵盖复杂的市场活动等现实状况。如果在法律基本原则范围内适当变通执法手段,采取证券监管机构和相对人都能接受的一种方式,尽管可能是执法机关做出了某些让步和妥协,但在总体效果上是得大于失,明显优于放过证券违法行为的选择,最终起到制裁、教育和遏制证券违法行为的作用,这无疑是一种较好的选择。执法和解制度正是这种可选方式。美、德等国家和我国香港、台湾地区均针对自身证券监管执法特点,建立起一套完善的证券执法和解制度,取得了执法效率和执法效果的良好统一,值得我国借鉴。

## 二、关于证券执法和解制度的法律争点概述

证券执法和解制度是一个舶来品,我们将其引入中国法律层面,首先要解决的是对该制度本身合法性、内涵、外延以及与利弊得失权衡问

---

〔9〕 邱永红的“从境外成熟市场的经验看我国证券监管和解制度的构建——以美国、香港为中心”,载中国民商法律网,<http://www.civillaw.com.cn/qqf/weizhang.asp?id=41869>,2013年9月28日访问。

〔10〕 吴陶:“论我国证券行政执法领域和解制度之构建”,载《云南大学学报法学版》2013年3月第26卷第2期。

〔11〕 林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学2010年博士学位论文。

〔12〕 周华群:“证券监管和解制度研究”,郑州大学2011年硕士学位论文。

〔13〕 高娟:“我国证券监管和解机制之构建”,湖南大学2011年硕士学位论文。

题,其次还要在操作层面构建一个切实可行的有效路径安排。比较研究表明,在证券执法和解制度的合法性以及操作路径方面,还存在以下一些争点问题值得深入探讨。

### (一) 公权不可处分之不同理解

我国行政法传统主流理论坚持“行政权(公权力)不得处分”原理,认为行政权代表的是国家利益和公共利益,对行政机关而言,行政权既是一种职权又是一种义务或职责,<sup>[14]</sup>具有法定性,不能由当事人自由约定、选择和处分,否则将损害公共利益。简言之,从传统的形式主义法治要求来看,执法者被选定为公共利益代表,行政执法权既是一种“权力”,又是一种“职责”,处于支配地位,同时又具有不可随意处分的属性,必须严格按法律授权而为,任何机关和个人都无权转让,放弃和随意变更、处分。执法和解以“和解”代替“处罚”,本质上是公权的让步,乃至对公共利益的处分。从这个意义上看,行政机关通过与相对人协商让步来规范行政执法法律关系,背离了其应有的职责使命,对于受害者来说也是不公正的,是出卖公权力、违反法治精神与依法行政要求的行为。<sup>[15]</sup>即使在证券执法和解有明确法律依据并得到广泛运用的美国,也有人认为对证券执法和解决定的规范作用<sup>[16]</sup>和创新作用<sup>[17]</sup>,提出合法性质疑。

针对“行政执法权的不可处分性”问题,有研究提出,随着社会的发展,行政管理呈现出多元性、复杂性、技术性等特点,加上政府工作重点由政治向经济的转移,个人权利观念的转变,传统的“机械法治主

---

[14] 张正钊主编:《行政法与行政诉讼法学》,中国人民大学出版社1999年版,第69、71页。

[15] 刘薇薇:“行政执法和解的机理研究”,东南大学2006年硕士学位论文,第6页。

[16] Flannery, “Time for a Change: A Re-examination of the Settlement Policies of the Securities and Exchange Commission”, *Washington & Lee Law Review*, Vol. 51, Summer, 1994. 转引自林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学2010年博士学位论文,第48页。

[17] Committee, “Report On SEC Settlements”, p. 1127. Originally, “Nevertheless, because the Staff is acting outside of the scope of its express statutory authority, the negotiation of this type of settlement may give rise to questions concerning the propriety of such relief”. 转引自林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学2010年博士学位论文,第48页。

义”的思想逐渐被“机动法治主义”取代。<sup>[18]</sup>“机动法治主义”要求政府在法律法规授权范围内,依照法律的一般精神和原则,机动灵活地处理行政事务,行使自由裁量权。有研究进一步提出,《行政处罚法》第4条为执法和解提供了制度空间<sup>[19]</sup>。其规定,行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。在和解的情况下,行政相对人会承认违法事实,因此,行政和解这种形式的行政处罚属于《行政处罚法》第4条规定的“以事实为根据”。同时,行政相对人有主动承认错误的情节,且自愿停止违法行为,并愿意缴纳罚款,此时,行政机构减轻处罚属于第4条所规定的“情节相当”。因此,建议证监会可依据该条直接和解。

也有研究认为,现代社会服务行政的发展,使政府与公民间的行为关系变为一种服务与合作的关系,行政行为变为一种在公民参与下的服务行为。<sup>[20]</sup>因此,政府有必要重新规划行政手段,增加公权力运作的合力,减少公权力运作的阻力,从而增强权力运行的有效性。

实践层面,20世纪以来,国外行政法领域正逐步讨论、引入和建立起了行政和解制度,德国、美国,以及我国台湾、香港地区均在规则层面建立了执法和解制度,这都是对于公权不可处分的一种变革。

## (二) 权力滥用的质疑

行政处罚设立的初衷在于对违法行为进行惩戒,使相对人在经济上受到损失,让其在思想上不敢违反以致不愿违反相关规定,同时告诫其他人违反相关规定必将招致同样的对待,从而维护社会秩序。证券执法和解使证券监管者在相对人同意的条件下,可以在法定罚则之外对案件进行处理,从某种意义上讲,监管者获得了更大的自由裁量权,同时,复议、诉讼监督力度降低,为徇私枉法提供了更大的空间,<sup>[21]</sup>难

[18] 刘薇薇:“行政执法和解的机理研究”,东南大学2006年硕士学位论文,第21页。

[19] 牛广济、张啸尘:“金融危机后美国金融衍生品市场最新违法特点的实证研究及启示——以CFTC监管案件为视角”,载《证券法苑》(2013年第8卷),第369页。

[20] 刘薇薇:“行政执法和解的机理研究”,东南大学2006年硕士学位论文,第25页。

[21] 夏春海、张尊敬:“谈当前非诉执行中存在的执行和解现象”,载中国法院网,<http://www.chinacourt.org/article/detail/2005/11/id/184606.shtml>,2013年9月28日访问。

以实现“同案同判”的公平、正义原则,难以有效阻却违法行为。执法和解可能掩盖事实真相,使违法行为人逃避本应受到的更严厉的处罚;另外,增加监管对象的侥幸心理,在违法与否之间选择时,严厉惩罚所形成的“威慑”作用可能不甚明显,因为一旦被查处,还可依执法和解来减轻甚至免除责任,这无疑在理论可能鼓励违法。执法和解或多或少具有免除责任的效果,其运作又会降低现有惩罚措施的威慑力,从而有可能“鼓励违法”,<sup>[22]</sup>不利于维护市场秩序。

有研究认为,权力滥用不是证券执法和解特有的风险,其他执法领域、其他执法手段中也可能存在权力滥用的情况,控制权力滥用、规范执法的关键是对公权力的代理人——证券监管执法人员,建立有效的激励和约束机制,尽可能降低代理成本。<sup>[23]</sup>这些年,无论是在国家整体安排下的反腐倡廉工作,还是中国证监会层面对于监管执法人员采取的激励约束机制,<sup>[24]</sup>都可以在一定程度上防止权力滥用。证券执法和解制度和任何制度一样,都具有两面性,我们不能因为担心权力滥用而因噎废食。

### (三) 法律授权问题

当前,实行证券执法和解的国家地区对于证券执法和解制度主要有三种法律授权模式:<sup>[25]</sup>

第一种是普遍适用于所有行政执法部门的行政法明确授权执法和解。如美国 SEC 与其他联邦政府部门一样根据《1946 年联邦行政程序法》、<sup>[26]</sup>《1996 年行政争议解决法》<sup>[27]</sup>等来实施和解制度。《联邦德国行政程序法》(1997 年)、<sup>[28]</sup>台湾地区“行政程序法”(2005 年 12 月 28

[22] 焦海涛:“反垄断执法和解中的利益平衡”,载《西南政法大学学报》2007 年第 2 期,第 57 页。

[23] 林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学 2010 年博士学位论文,第 57 页。

[24] 中国证监会专门制定《中国证监会稽查办案奖励办法》,对稽查办案有功集体和个人进行奖励表彰。

[25] 叶林等:“证券执法和解制度的比较研究”,载《西部法学评论》2009 年第 4 期,第 20 页。

[26] The federal Administrative Procedure Act (APA) of 1946, 5. U. S. C. A. ,571 - 583.

[27] The Administrative Dispute Resolution Act of 1996, 5. U. S. C. A. ,571 - 583.

[28] 《联邦德国行政程序法》(1997 年)第 54 条规定:“公法范畴的法律关系可以通过合同设立、变更或撤销,但以法规无相反规定者为限。”

日修订)<sup>[29]</sup>也都在综合性行政法律中规范了执法和解制度。这种模式因其明确授权所有行政执法和解,而使证券执法和解之法律根基更加牢固。

第二种是在证券法中明确授权证券监管部门实施执法和解。我国香港地区《证券及期货条例》(2003年4月1日起生效)第201条第3款规定,SFC如在任何时间考虑根据第194(1)或(2)、195(1)(a)、(b)或(c)、(2)或(7)、196(1)或(2)或者197(1)(a)或(b)或(2)条就某人行使权力,并认为就维护投资大众的利益或公众利益而言,作出以下作为是适当的,则可与该人达成协议,作出以下作为:(a)行使SFC根据本部可就该人行使的任何权力(不论该等权力是否与SFC考虑行使的权力相同);及(b)采取SFC认为就有关个案的情况而言属于适当的进一步行动。<sup>[30]</sup>由于证券监管机构可以在证券法的制定过程中起到更大的推动作用,相对而言是一种可行的法律授权模式。

第三种则是证券法的概括性授权。如英国在2001年12月生效的《金融服务与市场法》授予FSA包括制定规则、准备和公布法则、进行一般性指导、决定基本政策和原则、行政处罚权力等在内的广泛的权力。该法第66条规定,如果FSA认为任何人有违法行为,并且在考虑所有情况的基础上仍认为对其采取执行措施是适当的,就可以施加其认为适当数量的罚款,并公开对该违法行为的说明。<sup>[31]</sup>这种广泛的授权也为证券执法和解提供了法律依据,但是由于和解制度未得到法律的明文授权,存在一定的法律风险。

---

[29] 台湾地区“行政程序法”(2005年12月28日修订)第三章专章规定了“行政契约”制度。

[30] 《证券及期货条例》“双语法例资料系统 Bilingual Laws Information System”,载 [http://www.legislation.gov.hk/blis\\_ind.nsf/CurAllEngDoc?OpenView&Start=568.1.173&Count=30&Expand=568.1#568.1](http://www.legislation.gov.hk/blis_ind.nsf/CurAllEngDoc?OpenView&Start=568.1.173&Count=30&Expand=568.1#568.1),2013年9月28日访问。

[31] Financial Services and Markets Act 2000, section 66. Originally, “Disciplinary powers (1)The Authority may take action against a person under this section if—(a)it appears to the Authority that he is guilty of misconduct;and(b)the Authority is satisfied that it is appropriate in all the circumstances to take action against him. . . (3)If the Authority is entitled to take action under this section against a person,it may—(a)impose a penalty on him of such amount as it considers appropriate;or(b)publish a statement of his misconduct. . . ”

#### (四) 证券执法和解的适用条件

关于和解的适用条件,目前主要有两种方式:

第一种是设定和解的积极条件,即明确规定证券执法案件只有在满足一定条件的基础上,证券监管机构才能与相对方和解。如德国《联邦德国行政程序法》第55条规定:“经明智考虑事实内容或法律状况,对存在的不确定性可通过相互让步(和解)消除时,可以签订第54条第2句意义上的公法合同,但以行政机关按义务裁量认为达成和解符合目的者为限。”<sup>[32]</sup>这一规定比较严苛,只有当行政过程中出现有关事实状况或者法律观点的不确定状态,而这种不确定状态不能查明,或者非经重大支出不能查明,行政机关可以选择用和解契约的方式与相对人进行协商,行使裁量权来最终解决问题。<sup>[33]</sup>台湾地区“行政程序法”第136条规定:“行政机关对于行政处分所依据之事实或法律关系,经依职权调查仍不能确定者,为有效达成行政目的,并解决争执,得与人民和解,缔结行政契约,以代替行政处分。”<sup>[34]</sup>该条规定只有在依职权调查后仍不能事实的行政处分行为才能适用和解,这样在适用范围上就窄了很多。香港《证券及期货条例》在授权SFC实施执法和解的同时,并未对其前提条件作出具体限制,仅概括性地要求,和解就维护投资大众的利益或公众利益而言是适当的。根据SFC于2004年印发的《纪律处分程序概览》说明,SFC有权在其认为就维护投资大众的利益或公众利益而言是适当的情况下,就纪律处分程序达成和解。SFC于2005年实施了一项政策规定,SFC选择被告配合调查、事实相当明显以及有足够同类案例以致有关处罚较易预见的个案,达成和解。<sup>[35]</sup>

---

[32] 叶林等:“证券执法和解制度的比较研究”,载《西部法学评论》2009年第4期,第21页。

[33] 周佑勇、李俊:“论行政裁量中的和解——以德国法和美国法为观察”,载《行政法学研究》2007年第1期,第2页。

[34] 参见我国台湾地区“全国法规资料库”,载 <http://law.moj.gov.tw/Scripts/Query4B.asp?FullDoc=所有條文&Lcode=A0030055>,2013年9月28日访问。

[35] Securities and Futures Commission Annual Report 2005-06, [www.sfc.gov.hk](http://www.sfc.gov.hk). 转引自林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学2010年博士学位论文,第70页。



第二种是设定和解的消极条件,即禁止和解的情形,从反面对积极和解条件明确化。美国《1996年行政争议解决法》在列举不适用和解的6种情形之外,授权证券监管等机构根据公共利益和个案的特殊性,自由裁量决定案件是否适用和解。这6种情形包括:(1)由于确立先例的考虑,要求事件有一个确定的或是权威的解决结果;(2)事件涉及政府政策的重大问题或者可能对此产生影响,为此在最终决定作出前需要引入另外的程序;(3)坚持已确定的政策,对于确保不增加个案决定的偏差,具有特殊的重要性,而拟采用的ADR程序不利于保持个案决定的一致性;(4)事件对未参与程序的个人或组织影响重大;(5)有关该处理过程的完全公开的记录有着重要意义;(6)行政机关必须保持对事件的持续管辖权,以确保其有权随情势变化而改变对事件的处理,而拟采用的ADR程序会妨碍实现这一目的。<sup>[36]</sup>

### (五) 和解的运行程序

#### 1. 和解程序的启动

无论是执法机关,还是相对人,只有在掌握一定情况、能够对和解利弊作出一定判断的基础上才能决定是否启动和解程序。因此,各国家地区关于和解程序的启动时点较为类似,一般而言,都是经过必要的调查才能启动和解。

---

[36] 5 U. S. C. § 572 (b). Originally, “(b) An agency shall consider not using a dispute resolution proceeding if—(1) a definitive or authoritative resolution of the matter is required for precedential value, and such a proceeding is not likely to be accepted generally as an authoritative precedent;(2) the matter involves or may bear upon significant questions of Government policy that require additional procedures before a final resolution may be made, and such a proceeding would not likely serve to develop a recommended policy for the agency;(3) maintaining established policies is of special importance, so that variations among individual decisions are not increased and such a proceeding would not likely reach consistent results among individual decisions;(4) the matter significantly affects persons or organizations who are not parties to the proceeding;(5) a full public record of the proceeding is important, and a dispute resolution proceeding cannot provide such a record; and (6) the agency must maintain continuing jurisdiction over the matter with authority to alter the disposition of the matter in the light of changed circumstances, and a dispute resolution proceeding would interfere with the agency’s fulfilling that requirement”.

	美国	德国	英国	我国台湾地区	我国香港地区
启动主体	相对人	作为处罚主体的 BAFIN 对程序的启动拥有主动权	相对人	相对人和金管会授权委员会或各承办单位 <sup>[37]</sup>	由严格限于相对人逐渐转变为监管部门也可以主动提出
启动时间	开始调查程序为起点,无论在调查阶段还是调查完毕以后的诉讼或行政仲裁阶段	证券违法行为的处罚阶段或可处罚阶段	可以在执法的任何阶段进行	调查程序开始后一段期间	调查程序开始到拟处罚的任何阶段
常见表现形式	调查人员与相对人在行政处罚程序启动之前达成和解,和解决定与 SEC 启动处罚程序决定在同一公告中发布 <sup>[38]</sup>	由于此类案件不公开,难以获得相关数据	在实践中,很少在发出《处罚决定通知书》后达成和解 <sup>[39]</sup>	目前尚无和解案例发生	公开的和解案例趋少

我国有学者认为,无论在行政调查启动之后的推进阶段,还是在行政调查阶段结束后告知被调查人拟作出的处理决定并听取其陈述或者举行听证会的阶段,只要是在行政处理决定正式作出之前,被调查人都可以向监管主体提出和解请求。<sup>[40]</sup>

## 2. 和解的谈判与决策

在和解实践较多的美国、英国、我国香港地区,与相对人进行和解谈判的都是有关案件的执法人员。在决策方面,都是采取二者分离的做法:美国由 SEC 委任的利害关系部门予以考虑并向委员会提出建议;英国在《金融服务与市场法》中规定了执行与决策分离的制度,执行中由两名 FSA 董事组成的执行案件处理组作为和解决策者,而原来设定和解的标准和批准和解条件的 RDC 不再参与和解,但在和解失败的情况

[37] 林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学 2010 年博士学位论文,第 74 页。

[38] 同上注。

[39] FSA, EG 5.6, 5.7.

[40] 宋功德:“证券执法和解机制”,载《甘肃行政学院学报》2010 年第 3 期,第 99 页。

下针对被调查事项作出行政处罚;香港 SFC 为避免利益冲突,不是由原调查人员与相对人进行执法和解谈判,而是由法规执法部承担案件复核职责机构的人员进行。<sup>[41]</sup>

在我国证券监管机构内部,对于和解谈判的参与者、审查者、决策者存在不同的看法。有观点主张调查部门不能作为和解谈判主体,以实现内部隔离和制衡。

### 3. 第三人参与

第三方利害关系人如何参与到和解程序中是证券执法和解机制中不可回避的问题,一些国家在和解程序中引入了第三方参与制度,如台湾地区金管会于行政和解契约协商过程中,应就所欲和解之内容征询利害关系人的意见或举行听证,但金管会不受利害关系人意见或建议的拘束,其仅作为和解决策的参考。同时,根据台湾地区“行政程序法”第 140 条的规定,行政契约依约定内容履行将侵害第三人之权利者,应经该第三人书面之同意。类似的,德国《联邦行政程序法》第 58 条规定了两项生效条件,即和解损及第三人权益的,应当经该第三人书面同意;和解所代替的行政行为须经其他行政机关批准、同意的,应当经其批准或同意。<sup>[42]</sup>

但是,带来一个操作层面的问题是,如果权益受损方参与和解谈判程序,并就该赔偿或民事和解享有决定权,这样其对赔偿或民事和解中某一事项的不同意,必然影响证券执法和解的达成。因此,通过证券执法和解一并解决利害关系人的赔偿问题,初衷是好的,但实际操作起来可能需要克服较多困难。<sup>[43]</sup>

## (六) 和解协议的内容与效力

### 1. 和解协议的内容

境外关于证券执法和解制度在违法或责任的承认上,有不同规定。

---

[41] 林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学 2010 年博士学位论文,第 78 页。

[42] 叶林等:“证券执法和解制度的比较研究”,载《西部法学评论》2009 年第 4 期,第 25 页。

[43] 徐浩等:“证券执法和解制度研究”。转引自林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学 2010 年博士学位论文,第 93 页。

如在美国法上,虽然不允许当事人否认关于违法行为的指控,但却允许当事人不承认,因此,几乎所有公开的和解决定中都使用“既不承认也不否认违法行为之指控”的措辞,即和解不具有违法行为之推定功能。台湾地区金管会《行政院金融监督管理委员会缔结行政和解契约处理原则》也有允许“既不承认亦不否认”的类似规定,但以经相对人请求为前提。与之相反,英国 FSA 的相关执法规则规定,任何和解都必须包括相对方所承认的关于事实和任何违法行为的陈述,即承认违法或责任是和解的必备内容。而香港 SFC 的执法和解既可以在承认过错的基础上作出,也可以在不承认过错的基础上作出,但对不承认过错的和解更为慎重,将征询受该和解决策影响的相关部门的意见,实务操作上取决于针对个案的具体判断。违法或责任承认与否的制度设计,恐怕更多要考虑特定的证券执法和解环境,适时而变化,能够提高相对人和市场的认可是最重要的,不必追求统一的标准。

## 2. 和解协议的效力

和解具有代替行政处罚的效力,是行政执法案件的一种结案方式,这是境外立法基本一致的内容。执法机构不能继续调查和处罚。

同时,和解协议通常都要求相对人承诺放弃复议、诉讼等救济权利,如在美国 SEC 和英国 FSA 的执法和解实践中,和解要约都要包含此类弃权声明。除非和解协议的作出非相对人真实意思表示,相对人不能提起行政诉讼。

### (七) 和解金的使用

关于和解金的使用,目前主要有两种做法:一种是美国的做法。根据《萨班斯·奥克斯利法》第 308 条(a)款,SEC 通过和解或其他执法程序没收的违法所得和获得的罚款,可以由 SEC 申请法院或其自主决定设立公平基金(fair fund),以补偿受到有关违法行为损害的投资者。另一种则是德国〔44〕

---

[44] 《违反秩序法》第 47 条在授权 BAFIN 实施执法和解的同时,明确规定,不得以向公益机构或其他机构缴付钱款为条件而停止程序或者使二者之间产生关联。因此,可以推断 BAFIN 通过和解决定获得的和解金,应与其通过行政处罚程序施加的罚款一样,根据《违反秩序法》第 90 条第 2 款的规定,归联邦财政所有,而不能用于赔偿受损害的投资者等其他目的。参见林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学 2010 年博士毕业论文,第 96 页。

我国香港地区、<sup>[45]</sup>我国台湾地区<sup>[46]</sup>等大多数国家地区的做法,即上缴国库。而我国遵循何种路径选择,需要审慎决策并做好与相关部门的沟通工作。

### 三、可行的路径选择

任何制度的移植都要结合本土的历史、社会、文化、法律特点而设计。围绕前述证券执法和解的合法性基础、权力滥用的质疑以及操作层面的具体争点,证券监管机构应进一步推动理论界和实务界的研究,加强和立法界及其他管理部门的沟通,就和解的适用范围、运行程序、监督等进行严格细致的规定,用好和解制度,为解决证券执法难题创新手段。

#### (一) 进一步争取立法界的共识

我国2005年修订《证券法》过程中,由于当时理论认识尚未成熟、监管理念尚未接受和解制度,没有将授权证券监管部门实施证券执法和解写入法律。我国现行《行政处罚法》规定了适用于所有行政机关实施行政处罚应遵循的程序,但未考虑到证券等领域行政执法工作的特殊要求,未规定行政执法和解制度。已列入全国人大常委会立法规划的《行政程序法》的专家试拟稿也将“行政合同”限定为经济性行政合同,未将本质上也属于行政合同的执法和解行为纳入规范。<sup>[47]</sup>这些法律上面的缺失反映了理论研究的不足或者认识分歧。

法律制度往往是社会现实的映射。当一种社会现象多次出现并引起关注时,立法者应当作出反应并在法律规定中体现出来。自2005年

---

[45] 《证券及期货条例》第194条第6款规定,依据一项根据第(2)款作出的命令而付予SFC 或由其追讨所得的罚款,须拨入政府一般收入。

[46] 台湾地区“行政程序法”和金管会的《行政院金融监督管理委员会缔结行政和解契约处理原则》都对和解金的使用作出特别规定,在此情况下,根据行政执法的一般原则,和解金应当收归政府财政所有。参见林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学2010年博士毕业论文,第96页。

[47] 姜明安:“中华人民共和国行政程序法(试拟稿)”,载北大公法网,[http://article.chinalawinfo.com/Article\\_Detail.asp?ArticleID=26210](http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=26210),2013年9月28日访问。

以来,我国理论和实务界对于证券执法和解的探究不断深入,我们有必要从理论和实践两个方面来说服立法机关。

一是在理论层面。行政权并非不可处分,而是不能随意处分。行政和解是行政主体对行政权进行裁量、处分的运作形式。在证券执法活动中的行政行为可分为羁束性行政行为和裁量性行政行为。羁束性行政行为是指法律对行政行为的条件、方式、程序等均有详细、具体和明确的规定,行政主体必须依照法定的条件和方式作出行政行为。裁量性行政行为是指法律仅对行为目的、行为范围等作原则性规定,行政主体可根据具体情况选择适当的方式、手段和程序作出行政行为。<sup>[48]</sup>但是,行政自由裁量权也遭遇一定的困境:第一种情况是,个案事实明确,但是由于法律滞后或者对于法律适用的理解存在差异导致了法律的不确定状态;第二种情况是,个案事实依据难以查证,或者可以查证但需要耗费大量的行政资源;第三种情况是,行政机关单方面做出的判断虽然合法,但是却产生负面效应或无法收到对等的积极效果等。这些情况都要求行政机关要推进案件的解决,不能长时间查而不罚,带来社会对于执法效率的质疑。而执法和解制度在一定程度上能为裁量困境带来转机,缩短时间,提高行政效率,及时有效伸张社会正义,并能够得到相对人的积极配合和执行,避免执行难题。和解可以看作是“在法律授权行政机关裁量的情况下,行政机关依据法律的规定,运用行政裁量权,从法定的行为方式中选择一种方式,而后通过与相对人协商合意的方式行使行政裁量权的制度。”<sup>[49]</sup>

二是在实践层面。2006年,我国中共中央办公厅在《关于预防和化解行政争议、健全行政争议解决机制的意见》(中办发[2006]27号)中首次规定“要积极探索行政执法和解制度”。<sup>[50]</sup>在复议领域中,有《行

---

[48] 崔卓兰主编:《行政法与行政诉讼法》,人民出版社2010年版,第155、156页

[49] 周佑勇:《行政裁量治理研究——一种功能主义的立场》,北京法律出版社2008年版,第194页。

[50] 参见江凌:“在全国地方规范性文件备案审查示范点工作座谈会结束时的讲话”,载<http://www.chinalaw.gov.cn/article/fzjd.200711/20071100016853.shtml>,2013年9月28日最后访问。

政复议法实施条例》第40条,<sup>[51]</sup>在诉讼领域,最高人民法院于2007年3月7日出台了《关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》(法发[2007]第9号),明确规定,对行政诉讼案件,人民法院可以根据案件实际情况,参照民事调解的原则和程序,尝试推动当事人和解,不断探索有助于和谐社会建设的多种结案方式,不断创新诉讼和解的方法。在其他执法领域,有《行政强制法》第42条,<sup>[52]</sup>《反垄断法》第45条,<sup>[53]</sup>《反倾销条例》第31条至第33条<sup>[54]</sup>等都已经涉及了一些较为粗糙和碎片化的执法和解规定。一些研究也开始探索在税务执法,<sup>[55]</sup>反

---

[51] 《中华人民共和国行政复议法实施条例》第40条:“公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为不服申请行政复议,申请人与被申请人在行政复议决定作出前自愿达成和解的,应当向行政复议机构提交书面和解协议;和解内容不损害社会公共利益和他人合法权益的,行政复议机构应当准许。”

[52] 《行政强制法》第42条:“实施行政强制执行,行政机关可以在不损害公共利益和他人合法权益的情况下,与当事人达成执行协议。执行协议可以约定分阶段履行;当事人采取补救措施的,可以减免加处的罚款或者滞纳金。执行协议应当履行。当事人不履行执行协议的,行政机关应当恢复强制执行。”

[53] 《反垄断法》第45条:“对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为,被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的,反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。反垄断执法机构决定中止调查的,应当对经营者履行承诺的情况进行监督。经营者履行承诺的,反垄断执法机构可以决定终止调查。”该条明确规定了涉嫌垄断的经营者可承诺放弃垄断以终止反垄断调查的“经营者承诺制度”,实质上就是执法和解制度。

[54] 《反倾销条例》第31条:“倾销进口产品的出口经营者在反倾销调查期间,可以向商务部作出改变价格或者停止以倾销价格出口的价格承诺。商务部可以向出口经营者提出价格承诺的建议。商务部不得强迫出口经营者作出价格承诺。”《反倾销条例》第32条:“出口经营者不作出价格承诺或者不接受价格承诺的建议的,不妨碍对反倾销案件的调查和确定。出口经营者继续倾销进口产品的,商务部有权确定损害威胁更有可能出现。”《反倾销条例》第33条:“商务部认为出口经营者作出的价格承诺能够接受并符合公共利益的,可以决定中止或者终止反倾销调查,不采取临时反倾销措施或者征收反倾销税。中止或者终止反倾销调查的决定由商务部予以公告。商务部不接受价格承诺的,应当向有关出口经营者说明理由。商务部对倾销以及由倾销造成的损害作出肯定的初裁决定前,不得寻求或者接受价格承诺。”这几条详细规定了境外出口商通过承诺提高对华出口价格、与商务部签署价格承诺协议以终止反倾销调查的“价格承诺制度”,近十年来,该做法已多次采用,成为成熟的执法制度。

[55] 翁岳生:《行政法》(下册),法律出版社2000年版,第775~772页。

垄断执法、<sup>[56]</sup>环保<sup>[57]</sup>中实施执法和解。不少地方法院还进行了行政诉讼和解的实践探索。相关政策和立法方面关于行政和解制度的进展情况表明,推进证券执法和解试点的环境和条件日趋成熟。

## (二) 法律授权问题的路径选择

虽然有关规定已经在理念上认可了一些领域的执法和解制度,但是由于欠缺可直接操作的具体程序内容,影响了行政和解的效果和广泛推广。法律无明文规定,和解制度难以成为执法常态,治本之策是在法律层面明确认可行政执法和解制度。

一个最优的选择路径是推动正在制定进程中的《行政程序法》确认执法和解制度,以期在行政法综合法层面提供最高位阶的法律授权,夯实行政和解的法律基础,为包括证券监管执法在内的所有行政执法领域提供法律依据。但是,目前我国《行政程序法》立法进展缓慢,难以在短时间内实现上述目标。

一个次优的选择是在证监会正在推动修改的《证券法》中明确允许证券监管机构实行执法和解制度。但需要说明的是,执法和解不是行政处罚,有点类似2005年修改《证券法》新增的市场禁入措施,<sup>[58]</sup>在法律责任一章体现,但又区别于行政处罚。同时,在《证券法》中授权证券监管机构制定执法和解规则。

但是,无论是《行政程序法》的制定还是《证券法》的修改,都需要耗费3~5年甚至更长的时间,不可能解决当前的问题。中国证监会已经向国务院法制办申请进行和解试点,建议继续推动相关立法、行政、司法部门形成一致意见。获得批准后,制定证券执法和解试点办法,并积极稳妥地推进执法和解工作。在认真总结经验教训的基础上,适时提出完善立法的建议。

---

[56] 郑鹏程:“论现代反垄断法实施中的协商和解趋势——兼论行政垄断的规制方式”,载《法学家》2004年第4期,第92页。

[57] 涂怀艳:“行政执法和解初探”,载《法商研究》2008年第2期,第70页。

[58] 2005年《证券法》新增的第233条规定:“违反法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构的有关规定,情节严重的,国务院证券监督管理机构可以对有关责任人员采取证券市场禁入的措施。前款所称证券市场禁入是指在一定期限内直至终身不得从事证券业务或者不得担任上市公司董事、监事、高级管理人员的制度。”



### (三) 和解的适用范围

从境外实践来看,可以适用证券执法和解的案件一般包括涉嫌违法行为事实难以查清或者调查成本巨大的;涉嫌违法行为查处依据不够明确的;涉嫌违法行为虽然事实清楚、查处依据充分,但情节较轻的;涉嫌违法行为人积极配合监管机构调查或者主动赔偿投资人损失等情形。

在引入执法和解的初始阶段,如果将和解限定在事实与法律经过合理调查仍无法明晰的复杂疑难案件,对于事实与法律调查不清而作出的和解妥协,容易对证券监管机构的执法权威造成消极影响,使公众对其执法权丧失信任。这种和解,无论是执法机关、相对人还是社会公众都是难以接受的。笔者建议,为了尽可能发挥和解的作用,我国不应有过严的前提条件限制,在试点阶段,为确保试点成功、积累经验,有必要限制和解的适用范围,在规定消极条件的同时,设定和解的积极条件,即明确规定证券执法案件只有在满足一定条件的基础上,证券监管机构才能考虑与相对方和解。

正如政协委员侯外林的建议一样,试点阶段,适用执法和解程序的案件应符合如下条件:和解案件首先应是当事人自愿案件,和解不成可自愿退出,不加重处罚,自认证据不作为初步证据;其次,应是违法行为基本事实已初步查清,但短期内难以达到“事实清楚、证据确凿”的处罚要求;最后,社会影响不大的案件。<sup>[59]</sup> 还有研究建议在试点阶段适用于内幕交易案件等存在证据获取难问题的案件类型或者证据收集已经较为完备的案件。<sup>[60]</sup>

从长远来看,随着中国法治进程的加快,比较合适的做法是参照德国式的和解制度,将事实或法律状态不明确,不能查明或非经重大支出不能查明作为限定条件,以有效解决证券市场复杂案件查处过程中遭遇的事实及法律困境。

---

[59] 江凌、卢申伟:“和谐语境下的权力运作——行政和解制度探析”,载《行政法学研究》2012年第1期,第49页。

[60] 吴陶:“论我国证券行政执法领域和解制度之构建”,载《云南大学学报法学版》2013年3月第26卷第2期,第53页。

#### (四) 和解的运行程序

##### 1. 启动时间

参考前述各国家地区的相关做法,只有在执法机关对案件事实和违法情况有基本的判断和掌握的情况下,才能启动和解。中国证监会目前实行的是“查审分离”的执法工作程序。本着效率原则,建议将我国证券执法和解的启动时机,明确规定为稽查部门认定违法事实成立,拟移送处罚委审理的阶段。对可以适用和解的案件,经适当的内部审批程序后,由稽查部门向相对人发出案件调查初步结果告知书,载明初步调查结果和拟采取的行政处罚措施,告知相对人可以在规定的时间内提出和解要约。<sup>[61]</sup>

##### 2. 启动主体

将和解启动权赋予相对人,有利于贯彻自愿和解的原则,确保和解是相对人的自愿选择,而不是迫于监管者的压力。另外,还有利于消除或缓解证券执法和解可能导致监管部门降低案件调查工作质量的顾虑,由于和解启动权完全掌握在相对人手中,执法人员在案件调查过程中,就不会因为案件有可能以和解方式解决而不受或少受相关监督,而有意或无意的降低执法工作质量。当然,这一做法也存在限制证券监管部门和解主动性的弊端。但从实际情况来看,即使证券监管机构没有被赋予和解谈判的启动权,其也可以通过各种形式传达愿意和解的意图,或者引导相对方提出和解,如在向相对人送达拟实施处罚告知书等文件的同时,附上关于申请和解的相关资料等。

##### 3. 谈判与决策

从美国、英国和我国香港地区的经验来看,由调查部门人员进行和解谈判并提出是否接受和解的建议,在整体制度设计得当的情况下,可以控制道德风险,是符合公平与效率要求的做法。因此,笔者建议,借鉴香港 SFC 的做法,即案件调查部门作为和解谈判的主体,以提高效率。

关于决策程序,笔者建议,由稽查部门提供决策建议,并会签相关部门。稽查部门建议接受和解的,应说明理由,会签法制部门及案件涉及

---

[61] 林丽霞:“论中国证券执法和解制度之构建”,对外经济贸易大学 2010 年博士学位论文,第 130 页。

业务部门后,报证监会领导最终决策。其中,法制部门将对和解建议的合法性进行审查和把关,包括法律依据是否充分、法律适用是否适当合理、关键证据是否有效等。稽查部门建议拒绝和解的,应当及时将案卷及陈述申辩意见移送处罚部门,但不提交和解要约,以免其中相对人为达成和解作出的承诺、自认等影响处罚部门对案件提出不利于相对人的处罚建议,除非相对人有相反的请求。

#### 4. 第三人参与和监督问题

在试点阶段,建议暂不实行第三人参与制度,由证券监管机构来审查和决策是否接受和解申请,并按照信息公开的相关规定公开和解情况,接受社会监督。可参照美国《反托拉斯法》的相关规定,和解协议应于60日内在行政机关官方网站或《公报》上公布,同时附上所有对该和解协议的书面评论和反映,对影响较大案件同时提交公布公众影响说明书。《说明书》应包括以下主要内容:案情简介;协议解释;引起和解的特殊原因及相关法条;对有关公众的预期性影响;对利害关系人的有效救济;公众意见提出程序等。<sup>[62]</sup>

考虑到和解的效率和质量工作,和解的运行期间应在30个工作日为宜,并且将和解限定于中国证监会层面,暂不授权派出机构执行该制度。

#### (五) 和解协议的内容与效力

结合笔者对于试点阶段适用案件类型的建议,和解协议中应体现出相对人对于违法事实的承认,同时承诺放弃了处罚程序赋予的听证、复议、诉讼等救济权利,并应切实履行和解承诺。

和解的成立是以让步、承诺为前提的,行政机关应随着法律与社会的变迁、当事人履行情况,定期监督、审查和解协议的执行情况,及时变更或指导、劝诫,或作出新的行政行为。

证券执法和解是证券监管机构与相对人就解决调查事项达成的一致意思表示,具有合同性质,又是证券监管部门依法作出的正式行政决定。相对人未履行承诺,监管部门可以选择申请强制执行或者撤销和

---

[62] 江凌、卢申伟:“和谐语境下的权力运作——行政和解制度探析”,载《行政法学研究》2012年第1期,第50页。

解决定,重新启动行政处罚程序。

#### (六)和解金的使用

如前文所述,关于和解金的使用,目前主要有两种做法:美国将和解金纳入公平基金,用于赔偿因和解之证券违法行为而受害的投资者;德国、我国台湾地区、我国香港地区等均上缴国库。考虑到我国证券市场投资者司法维权渠道的不通畅问题,建议继续寻求财政部等部门的支持,利用现有的证券投资者保护基金制度,将相对人根据和解协议缴纳的和解金归入证券投资者保护基金,以相关案件所缴和解金为限,赔偿因和解决定书列明事实受害者的损失,剩余部分归保护基金公司专户管理,用于投资者教育、投资者保护等一般用途,并接受证监会和国家有关主管部门的监督。

### 四、结论

证券执法和解制度可以使证券监管机构以最经济的方式迅速排除不明确的事实和法律状态,较好地兼顾执法的效率、公平与权威,以较低的执法成本达到较好的执法效果。从境外成熟市场来看,美国、德国、英国、我国台湾地区、我国香港地区建立了证券执法和解制度,并在实践中得以大量应用,市场并没有太多的负面评价。我国证券执法领域引入执法和解制度意义重大,理论和实务界的研究已经趋于一致,但尚缺乏理论上的有效支撑和立法上的授权规定,合法性前提还需要立法界的支持,在操作层面仍需要证券监管机构进一步论证。

本着务实的态度,本文所论述的争点问题基本围绕着证券执法和解制度的合法性前提以及制度运行本身,提出证券执法和解规则法律授权的几种不同模式,建议以《行政程序法》和《证券法》中确定执法和解制度为长期目标,以争取国务院的执法和解试点的模式为短期目标,并对和解的适用范围、程序运行和和解金适用等提出了相关建议。

但是,任何制度的运行,都有其外部性问题,证券执法和解与移送公安机关的问题与证券市场侵权民事赔偿诉讼前置程序或证据相关

的问题,<sup>[63]</sup>以及证券执法和解案件的复议和司法审查问题等同样值得研究。限于篇幅,本文并未涉及,但同样值得研究。

---

[63] 根据2002年最高人民法院《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第6条的规定,投资人提起虚假陈述证券民事赔偿诉讼,应提交行政处罚决定或者公告。据此,行政处罚决定或公告成为投资者虚假陈述赔偿诉讼的起诉条件之一,证监会的行政处罚成为民事赔偿诉讼的前置程序。而执法和解文件能否同样作为前置程序文件,或者作为认定被告违法的证据,目前理论研究基本没有涉及。