

证券监管规则供给机制的反思

——以证监会作为规则供给主体的考察

陈 洁*

内容摘要: 分析现行证券法方面的制度文本,特别是证券监管机构制定的部门规章和其他规范性文件,可以发现,我国的证券市场监管规则供给机制同法理学中的法则供给哲学存在严重背离现象。在体系上,诸多规则供给表现为一种杂乱无章、逻辑缺失之状态;在内容上,相当多的制度措施是在赋予证券监管规则不应有的功能,而证券监管规则应有的功能却缺乏充分合理的制度支持。由“证监会规范性文件为主、法律规则为辅”组合而成的一个庞大规则群体体现了我国证监会监管规则供给机制之种种弊病。改善证监会监管规则供给机制,需要规则供给理念上的调整,严格规范性文件的立法程序,以及加强司法监督。

关键词: 证券监管规则 供给机制 证监会

我国市场经济法治推进的时代就是一个法律文本爆炸的时代。我国证券市场法制的发展很大程度上也表现为制度规模的迅速扩大——法律文件的数量急剧增加,法律规范的内容急速增多。可以说,仅就法律文件的数量而言,以证券法为主体的证券法律体系,已经成为商法部门中最为庞大最为复杂的规范集合。而证券监管法律体系则是我国专业领域内规范数量最多、体系最庞杂、层次最复杂的部门法律体系之一。⁽¹⁾

在我国的证券市场,十几年来政府在证券市场制度建设和变迁中一直发挥着绝对的主导作用。政府是主要的制度供给主体,强制性制度变迁是其主要变迁形式。⁽²⁾ 作为证券市场的组织者、发动者和建设者,政府对证券市场的管理、调控和培育是通过各种层次的制度来实现的。从法律渊源来看,我国证券市场法律体系由三个层次构成,即由全国人大常委会的法律、国务院的行政法规和中国证监会及有

* 中国社科院法学所副研究员,法学博士。

(1) 蔡奕“法制变革与金融创新”,载《中国金融》2006年第1期。

(2) 张育军《转轨时期中国证券市场改革与发展》,西南财经大学出版社2004年版,第37页。

关部门的规章构成。

考察我国证券市场的制度供给方式和制度变迁途径,我国证券法律实践的一个突出特点,就是现实的证券法律制度无法用《证券法》进行简单概括。在《证券法》之外,存在大量的证券法规、部门规章和司法解释等。而在证券法律的制定和执行中,中国证监会始终扮演着至关重要的角色。即便在2005年《证券法》修订之后,证监会作为规则供给主体的角色非但没有趋弱反而有不断增强的迹象。如果说,《证券法》造就的是一座宽大的房子,而在房子的各个房间里并无实质性的摆设。因此,为了增加房间的可适用性,证监会就不断借用“办法”、“通知”及“试行”等形式来对各个房间进行规则的充实。⁽¹⁾

虽然某种层面上,文本法律的健全也是一件令人值得骄傲的事情,但是,证券法制进程中,市场的发展需要我们从我国证券市场的特殊社会经济背景入手,理性地考察、反思我们的证券文本法治与实践,尤其需要认真看待与市场发展密切相连的证监会行政立法事实上的兴起与扩张,由表及里地剖析这种行政立法的背景及其所可能带来的负面影响,从而为恰当处理政府在证券市场中的角色、保证证券市场健康发展提供可资借鉴之建议。

一、证监会监管规则的基本供给状况

根据《证券法》第7条的规定,国务院证券监督管理机构拥有对全国证券市场实行集中统一监督管理的权力,其中包括依法制定规章、规则的权力。自1992年设立至今,作为国务院证券监督管理机构的中国证监会以自身名义(包括与其他机构联合的名义)公开发布的规范性文件已达一千多项,这一数字还不包括中国证监会内设职能部门、派出机构公开发布的规范性文件和中国证监会及其内设职能部门、派出机构不公开发布的规范性文件。⁽²⁾这些规范性文件使中国证监会的监管触角延伸到了中国证券市场的每一个角落。⁽³⁾

(1) 黎四奇“中国金融法律规则供给机制混乱状态的反思”,载《中南大学学报》(社会科学版)2006年第4期。

(2) 规范性文件不是一个法律概念,而是一个学理概念。目前学界对于行政主体针对不特定的人或事创制的除了行政法规、规章以外的具有普遍约束力的规范性文件的称谓不一,有“规范性文件”、“行政规范性文件”、“其他规范性文件”、“行政规范”等。本文采常用的“规范性文件”之说,意指证监会为实施法律和执行政策,在法定权限内制定的除行政法规和规章以外的具有普遍约束力的决定、命令及行政措施等。

(3) 柯湘“中国证券监管机构立法权问题研析”,载《财经理论与实践》2011年第1期。

证监会颁布的这些规范性文件通过以下几个方面影响着我国证券市场法律制度的构建:(1)在我国证券市场基础先天不足的初始制度缺陷下,相当数量的行政规章、规范性文件瞬间填补了我国证券市场法律制度的空白。这些规则不仅解决了市场发展、稳定中出现的新情况和新问题,而且以具体的制度或规则形式规范证券市场主体行为,监督市场各项活动,进而影响着证券市场法制的发展与执行。(2)由于政府在证券市场制度变迁过程中处于主导地位,政府对证券市场的制度安排一直在证券市场发展中发挥着不可替代的作用,这些制度在为我国证券市场的有序发展及风险防范提供了急需的法律保障的同时,还为上位法的制定提供了必要的经验(我国的立法实践也表明,法律草案大部分是由行政机关提出的)。(3)由于我国传统的计划经济体制存在较大的制度刚性,使得证券市场和现实制度间存在许多碰撞与摩擦,加大了证券市场建立和发展过程中的制度安排成本。政府通过颁布一系列规范性文件使用强制力推动市场发展具有很大的规模效益,可以比竞争性组织以低得多的费用提供制度性服务,从而降低制度变迁中的组织成本和实施成本。

诚然,证监会自成立以来所颁布的一系列规范性文件在一定程度上解决了我国证券市场发展中出现的“无法可依”之尴尬,在证券市场法治中起到了一定的指引、评价、预测之功能,但是,若严格依照立法原理来探讨我国目前的证券法律规则供给制度,仔细分析现行证券法方面的制度文本,特别是证券监管机构制定的部门规章和其他规范性文件,我们不难发现,我国的证券市场监管规则供给机制同法理学中的法则供给哲学存在严重背离现象。在体系上,诸多规则供给表现为一种杂乱无章、逻辑缺失之状态;在内容上,相当多的制度措施是在赋予证券监管规则不应有的功能,而证券监管规则应有的功能却缺乏充分合理的制度支持。

(一) 立法内容上的问题

1. 立法内容缺乏连贯性、一致性和稳定性

从法理学观点出发,法律规则的供给应当具有连贯性、一致性、条理性、稳定性及前瞻性。然而,由于我国证券市场法制处于一个“摸着石头过河”的探索时期,所以证监会在规则供给上缺乏必要的连贯性、稳定性。以新股增发政策为例,2000年4月30日,中国证监会发布了《上市公司向社会公开募集股份暂行办法》,规范上市公司以向社会公开募集方式增资发行股份。办法规定增发的上市公司范

围局限于四类企业⁽¹⁾而且主承销商在一家增发全部完成后,才能接受第二家增发申请。2001年3月28日,中国证监会又发布了《上市公司新股发行管理办法》及《关于做好上市公司新股发行工作的通知》,取消了增发公司范围的限制,大大放宽了增发的条件。但2002年7月24日,中国证监会又发布了《关于上市公司增发新股有关条件的通知》,提高了增发的门槛,对上市公司增发新股的行为形成了有力的约束。再如战略投资者配售政策。2000年4月4日,中国证监会发布了《关于修改“关于进一步完善股票发行方式的通知”有关规定的通知》,放宽了战略投资者配售制度的应用范围。2000年8月21日,又出台了《关于发布“法人配售发行方式指引”的通知》,对战略投资者的数量、资格、配售比例进行了更严格的限定。还有补充审计政策。2001年12月30日,中国证监会发布了《公开发行证券的公司信息披露编报规则第16号——A股公司实行补充审计的暂行规定》,要求拟首次公开发行股票并上市的公司和上市后拟在证券市场再筹资的上市公司必须聘请国际会计师进行补充审计。2002年2月28日,又出台了《关于2002年A股公司进行补充审计试点有关问题的通知》,将补充审计试点范围严格限定,而且国内会计师经认定也可以取得补充审计资格,致使补充审计制度名存实亡。⁽²⁾

2. 立法内容超越证监会应有的立法权限

关于中国证监会的立法权争论,理论问题远甚于实际问题。主流观点认为,中国证监会的立法权只能来自国家立法机关,即全国人大或全国人大常委会的授权。截至目前,只有全国人大常委会在《证券法》、《公司法》和《基金法》中授予作为“国务院证券监督管理机构”的中国证监会以一定的立法权。这些被授予的立法权概括起来包括规定保荐人的资格及其管理办法、规定批准基金募集申请的条件等共计38项。⁽³⁾此外,《中国证监会三定方案》明确规定,中国证监会有权“制定证券期货市场的规章”,以及有权制定具有普遍约束力的规范性文件。按照中国证监会目前适用的《证券期货规章规定程序规定(试行)》,中国证监会的“准立法

(1) 《上市公司向社会公开募集股份暂行办法》第3条规定:申请公募增发的上市公司原则上限于以下范围:(1)符合上市公司重大资产重组有关规定的公司;(2)具有自主开发核心技术能力、在行业中具有竞争优势、未来发展有潜力的公司;(3)向社会公开发行股份的比例小于总股本25%或15%(总股本为4亿股以上时)的公司;(4)既发行境内上市内资股,又发行境内或境外上市外资股的公司。

(2) 李强“中国证券市场法律规制的实证分析”,载《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2007年第3期。

(3) 柯湘“中国证券监管机构立法权问题研析”,载《财经理论与实践》2011年第1期。

权”包括规章制定和规范性文件的制定。但在实践中,中国证监会存在在权限之外制定大量规范性文件的情形。如《证券法》第14条已明确列举了公司公开发行新股应当向国务院证券监督管理机构报送的文件,而并未授权中国证监会制定要求申请者提交在明确列举之外的文件的规定,国务院的行政法规、决定、命令也无相关规定,但中国证监会却专门就此制定了《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第9号》、《首次公开发行股票并上市申请文件》和《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第10号上市公司公开发行证券申请文件》,其中要求申请人提交的文件大大超出了《证券法》中第14条规定的文件。⁽¹⁾ 2005年12月31日,证监会颁布了《上市公司股权激励管理办法(试行)》,其中规定“上市公司实行的股权激励计划,应当符合法律、行政法规、本办法和公司章程的规定,有利于上市公司的持续发展,不得损害上市公司利益”。上市公司实行股权激励计划,确有属于证券法规制的方面,如计划内容的公开与说明,但是,上市公司实行股权激励计划内容是否符合公司章程的规定,其激励对象的选择结果及其选择依据,其激励计划在公司内部如何形成,则不属于证券法规制的范围,也不应当属于证券市场监管机构的权限。此外,证监会还制定了许多本属于公司法范畴的规范,如上市公司股东大会规范意见,上市公司章程指引等。

3. 立法内容不适当、不合理、不全面

在繁重的立法任务面前,证监会由于时间紧迫、经验不足等致使规范性文件的内容欠周全之现象并非鲜见。股权分类表决制度的仓促实施就是明证。按照证监会《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》(2004年12月7日)的规定,诸如向社会公众增发新股、发行可转换公司债券等影响社会公众股东权益的行为,在进行股东大会决议时,须经参加表决的社会公众股东所持表决权的半数以上通过。这一规定存在许多待解的问题:其一,影响市场行情的行为是否等同于影响证券法保护的社会公众股东权益的行为?其二,公司发行证券筹资以获得发展,与因证券供求关系变化导致公司已发行证券市场行情的下降,哪一种更关系到公司及投资者的长远利益?其三,股权分类表决实际上使上市公司一些已发行股份的表决权扩张了,而另一些则缩小了,因而是一个涉及私权的制度安排。这种涉及私权的制度安排,应当由公司自己决定还是应当由证券监管机构决定更为合理?其四,即使采取股权分类表决制度,是在相关股份发行之前确定,还是在发行之后甚至过

(1) 中国证监会新闻发言人就发布《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》答记者问,载 <http://finance.qq.com/a/20090331/002240.htm> 2009年3月31日访问。

了很长时间再确定,哪一种确定方式更为合理?其五,股权分类表决制度使得极少的股份(如参加股东大会的社会公众股股东所持表决权甚少)便能决定重大事项,如何防止少数社会公众股东恶意利用该项制度?就其第五点问题来说,上市公司为使其决议顺利获得通过,其与个别社会公众股股东之间的事先同谋与利益收买,将不可避免。⁽¹⁾此外,我国《上市公司股权激励管理办法(试行)》第42条规定:“上市公司应在定期报告中披露报告期内股权激励计划的实施情况,包括:报告期内激励对象的范围;报告期内授出、行使和失效的权益总额;至报告期末累计已授出但尚未行使的权益总额;报告期内授予价格与行权价格历次调整的情况以及经调整后的最新授予价格与行权价格;董事、监事、高级管理人员各自的姓名、职务以及在报告期内历次获授和行使权益的情况;因激励对象行权所引起的股本变动情况;股权激励的会计处理方法。”该条详细地规定了上市公司在定期报告中应该披露的内容,但对于股票期权实施过程中发生哪些重大事件应做出临时公告披露没有规定。这显然不利于投资者全面掌握公司股票期权制度的实施情况。

(二) 立法程序上的问题

1. 发布规范性文件的主体不合格

依据国务院颁布的《国家行政机关公文处理办法》第15条之规定,政府部门内设机构除办公厅(室)外不得对外正式行文。中国证监会作为国务院直属的具有行政管理职能的机构,在行使行政职能出具公文时本应符合该办法的规定,然而,实践中,却普遍存在中国证监会的内设职能部门对外发布规范性文件或出具公文的情形。例如,中国证监会发行监管部发布《关于调整预先披露时间的通知》、基金监管部发布《托管银行监督基金运作情况报告的内容与格式指引(试行)》等。中国证监会内设职能部门不按照《国家行政机关公文处理办法》规定的发文办理流程向外出具的公文,不具有法律效力,完全可能导致其不被其他内设职能部门认可和执行的结果。

2. 规范性文件的制定程序不够规范

关于中国证监会规章的制定程序,我国目前已有较为完备的规范,其依据主要是国务院颁布的《规章制定程序条例》和中国证监会制定的《证券期货规章制定程序规定》及《证券期货规章草案公开征求意见试行规则》等。然而,关于中国证监会制定规范性文件的程序之规定却基本缺位。尽管《规章制定程序条例》中规定:

(1) 陈甦《证券法专题研究》,高等教育出版社2006年版,第209页。

“依法不具有规章制定权的县级以上地方人民政府制定、发布具有普遍约束力的决定、命令,参照本条例规定的程序执行。”但实践中,对于相关主体制定发布具有约束力的决定、命令的程序则是一个盲点。此外,国务院颁布的《国家行政机关公文处理办法》中对制定规范性文件也有一些涉及,但该等规定相当粗陋。例如,该办法对公文签发前的审核重点是格式,而对于内容合法性的审查却无规定;又如,该办法没有规定公布程序和公众参与程序等。⁽¹⁾这种立法规范上的严重欠缺,致使中国证监会大量规范性文件的制定程序普遍存在不规范现象。

(三) 立法技术上的问题

1. 抽象性立法

美国著名法学家博登海默认为“从社会学的角度看,把越来越多的、模糊的、极为弹性的、过于宽泛的和不准确的规定引入法律制度之中,无异于对法律的否定和对某种形式的专制统治的肯定。这种状况必定会增加人们的危险感和不安全感。”⁽²⁾

规章及规范性文件作为行政立法的一种类型,具有普遍适用的特点,它能给行政相对人遵守行政法规范提供清楚的行为规则,使其获得明确的依据。这些监管规则本质上是一种制度。经济学家诺思认为,制度是人类设计的构成政治、经济和社会相互作用的强制,用以把人与人之间的作用具体化,在交往中建立秩序和减少不确定性,从而决定交易成本以及参加经济活动的获益性和可知性。⁽³⁾规则规定的不明确不仅会使当事人丧失对其行为应有的法律预期与自我评价,而且规则的修修补补也会极大地削弱与破坏法律的权威性。

从法理上分析,对于法律没有规定或规定比较原则的事项,在不违背法律基本精神的前提下,层次较低的立法可以做出规定或予以细化,这也体现了不同层次立法之间的分工与配合。证监会制定规章和规范性文件的主要目的就是执行法律的需要。由于法律、法规的条文规定得比较原则,对实现这些法律规范的具体措施往往没有给予具体的规定,行政机关的具体行政行为就缺少详细具体的操作规范作为依据,这就需要行政机关制定行政规范性文件来执行行政法律、法规的规定,以实现法律、法规所创设的权利义务,从而实现其对市场的监管功能。然而,从证监

(1) 柯湘“中国证券监管机构立法权问题研析”,载《财经理论与实践》2011年第1期。

(2) [美]博登海默著《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第245页。

(3) 诺斯“制度”,载《经济译文》1994年第3期。

会制定的规章与规范性文件来看,不少还是抽象性立法,或只作原则性规定,不易把握和操作。例如,《证券发行上市保荐业务管理办法》(证监会令[2009]第63号)第11条规定,⁽¹⁾对个人申请保荐代表人资格应当具备的条件之一就是要求申请人“未负有数额较大到期未清偿的债务”,但如何界定“数额较大的债务”又语焉不详。在信息披露方面,《上市公司信息披露管理办法》规定证监会和证券交易所对信息披露义务人的行为均有权进行监督,但对二者如何分工并未进行明确区分,致使实践中双方职责不清。

2. 与上位法及其他部门规章的冲突

依据立法之应有逻辑,上位法优于下位法、后法优于前法及同位法之间相互协调是毋庸置疑的。无论有多少种类部门规章,也无论规则多么具有特殊性和专业性,原则上不能违反比其层级高的法律。然而,我国证券行政法律规范“善意违法”现象并非个别。

(1) 与上位法的冲突

中国人民银行和证监会2000年2月联合发布了《证券公司股票质押贷款管理办法》,允许符合条件的证券公司以自营的股票和证券投资基金作为质押,向商业银行贷款。《开放式证券投资基金试点办法》也规定,商业银行可以买卖开放式基金,开放式基金管理公司也可以向商业银行申请短期贷款。这些规定实际上违反了国内金融业分业经营、分业管理之法律规范。因为证监会、央行及保监会所发布的关于金融业的文件为部门规章,属于下位法的范畴,当其与上位法,即《商业银行法》及《保险法》等发生碰撞时,无疑上位法优先。然而,银行法与证券法等修订前的法律规则运行实践表明,下位法已凌驾于上位法之上。这无疑是对我国法律制度构建中的系统性的严重挑战。⁽²⁾有学者呼吁指出,我国目前处于经济发展较快和体制过渡的时期,法律不可能十分定型。如果层级高的法律是早年出台的,行政部门的规章是近年出台的,此时应该通过立法机关的解释或授权行政部门制定规章来处理问题,而不应该在没有获得授权的情况下,行政部门就单独进行解释

(1) 《证券发行上市保荐业务管理办法》第11条规定“个人申请保荐代表人资格,应当具备下列条件:(一)具备3年以上保荐相关业务经历;(二)最近3年内在本办法第二条规定的境内证券发行项目中担任过项目协办人;(三)参加中国证监会认可的保荐代表人胜任能力考试且成绩合格有效;(四)诚实守信,品行良好,无不良诚信记录,最近3年未受到中国证监会的行政处罚;(五)未负有数额较大到期未清偿的债务;(六)中国证监会规定的其他条件。”

(2) 黎四奇“中国金融法律规则供给机制混乱状态的反思”,载《中南大学学报》(社会科学版)2006年第4期。

或制定超越高层级法律的规章。这种做法在过去的时间里已经发生了多次,既没见立法机关提出过异议,也没见法院提出过异议。因为没有人反对,所以就出台了,并且采用了行政修改立法的做法。⁽¹⁾

(2) 同一层次立法互相冲突

实践中,证监会之外的其他政府部门的一些规定也常常会对证券市场产生影响。理想状态下,这些立法应当相互协调,相辅相成构成一个严密的体系。但由于政出多门和部门之间协调沟通不够,现实并不如此。以外资并购上市公司的相关规定为例,自2002年11月4日以来,有关部门先后发布了4个文件,其中颇多重复甚至冲突之处。如《关于向外商转让上市公司国有股和法人股有关问题的通知》第5条规定,外方转让价款支付完毕之前,证券登记结算机构和工商行政管理部门不得办理过户和变更登记手续。据此理解,即使外商已经缴付大部分股份转让价款,也不能取得股东地位和行使股东权利。而《外国投资者并购境内企业暂行规定》却规定,外国投资者可按实际缴付的出资比例分配收益,其股东地位显然是得到承认的。不同立法部门之间利益割据造成立法相互冲突,其直接恶果就是市场主体无所适从,破坏了市场参与者对法律规则的稳定预期。在利己导向下,市场主体往往选择使用不同的具体规范。由于不同主体利益取向各异,其选择结果也就不同,因此引发市场争议,给市场的平稳运行增添了本可避免的干扰和成本。⁽²⁾

3. 其他立法技术问题

除上述外,同其他行政规范体系一样,我国证券监管规则还有三点突出的立法技术问题。首先,规章、规范性文件的名称、种类及名称的使用上比较混乱。行政规范性文件的名称有决定、决议、指示、布告、公告、通告、通知、通报、报告、请求、批复、函、会议纪要等多达十几种。实践中,许多行政规范性文件的名称与行政法规、规章的名称混用,而且,许多规章是以规范性文件的形式表现出来的,还有些规范性文件又披上了规章的外衣,给证券市场实践造成许多困扰。其次,制定技术不够规范,在概念范畴、内容体系、逻辑结构等方面普遍存在不协调、不明确、不严谨等问题,用词用语不够规范,语言有的缺乏逻辑性,存在表述不清等现象;第三,清理不够及时。实践中证监会的许多规范性文件清理不及时,往往上位依据发生了变化了,也不加以及时清理,导致整个监管规范性文件体系不配套、不协调,造成证券市

(1) 吴志攀“证券法适用范围的反思与展望”,载《法商研究》2003年6月。

(2) “上证联合研究计划”第15期课题“我国证券市场核心竞争力的法制环境研究”,载上海证券交易所网站2011年9月8日访问。

场执行和管理的无所适从,从而影响了证券监管规范性文件在适用上的统一性。⁽¹⁾

二、对证监会监管规则供给状况的评价与反思

立足于行政法学的视野考察行政国家背景下行政立法的发展与扩张,其深层次的原因是社会生活的复杂化,对立法数量、立法技术以及立法时限等提出了越来越多、越来越高的要求,仅靠议会立法已经不能满足社会发展的需要,必须赋予行政机关以行政立法权。英国1932年提出了著名的“杜哥赫姆报告”(Donoughmore Report)。该报告对行政立法提出了相当有力的支持理由:(1)议会受时间的限制,必须将具体的法律细节交由行政机关加以规范;(2)立法事项的专业化特点使拥有大量专家的行政立法更为适宜;(3)议会对难以预见的情况很难制定有效的规范;(4)立法需要一定程度的灵活性;(5)行政立法灵活且容易修改,适宜于进行社会改革实验;(6)紧急状态下行政立法更加成为不可或缺。⁽²⁾而上述理由显然构成了法制社会对行政立法的基本功能需求。反观我国证券监管规则供给状况,是否能够真正满足社会对行政立法的功能需求有待商榷。

(一) 对证监会监管规则供给机制之评价

对立法形式的完备性要求法律制度主要以法律为主,辅之以必要的行政法规和部门规章。但我国证券法规供给体位不高,在目前的法律体系下体现为“证监会规章规范性文件为主、法律规则为辅”之格局。据不完全统计,证监会规章占所发布法规总数的92.17%。⁽³⁾这种由“证监会规范性文件为主、法律规则为辅”组合而成的一个庞大规则群体现了我国证监会监管规则供给机制之种种弊病。

1. 供给机制的实用主义

作为一种哲学流派,实用主义产生于19世纪70年代的美国。波斯纳说“实用主义分析的目的就是要引导人们离开语义学和形而上学问题的讨论,要面向事实和现实问题。”⁽⁴⁾在《超越法律》一书中,波斯纳说他使用实用主义这个概念时,

(1) 郑绪辉“论行政规范性文件体系的缺失与规范”,载《西安电子科技大学学报》(社会科学版)2009年3月。

(2) 转引自周汉华“行政立法与当代行政法——中国行政法发展方向论略”,载张庆福主编《宪政论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第446页。

(3) 李强“中国证券市场法律规制的实证分析”,载《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2007年第3期。

(4) 波斯纳《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第484页。

“首先是指一种处理问题的进路,它是实践的和工具性的,而不是本质主义的;它感兴趣的是什么东西有效和有用,而不是这‘究竟’是什么东西。因此,它是向前看的,它珍视与昔日保持连续性,但仅限于这种连续性有助于我们处理目前和未来的问题。”⁽¹⁾归结起来,实用主义强调法律是用来解决问题的。

由于我国证券市场欠缺法治的本土资源,因此实用主义的规则供给范式能迅速缓冲我国市场发展与法律滞后之间的矛盾,比较符合经济快速发展的内在需求。但这种供给机制的实用主义也产生了许多弊端。

首先,这种以“部门立法”为主导的实用至上性的规则供给模式在事实上导致国家正式立法权被架空的同时,也在一定程度上挫伤了人们对法治的信仰。法律被架空,法律会止步于纸面,变成“死”法,在法律——法规——规章——其他规范性文件的链条传递中,法律的辐射力逐步弱化,甚至归零。⁽²⁾

其次,这种“应急式”的规则供给严重欠缺整体性与长远性的考虑,往往只是为应付危机、解决问题、弥补漏洞而采取的应急举措,例如,证监会的许多规范性文件往往就是规定一时一事的权利义务,因而不可避免地在解决一些问题的同时又遗留一些问题,甚至在解决旧问题的同时又引发新问题,从根本上损害了法律规则应有的逻辑性与稳定性。这种规则供给的方程式可以归结为:发现规则漏洞——出台新的规则进行矫正——再发现漏洞——再供给新的规则进行填补。这种“头痛医头、脚痛医脚”的规则供给范式无疑与立法学原理中的稳定性与统一性原则相悖。其直接结果是导致法律规则的指引、评价与预测功能的丧失及规则之间的诸多重叠。⁽³⁾

第三,这种目的明确、程序简单的快餐式规则供给模式不可避免地以“解决问题的实践技巧‘取代’对问题本身的理性思考”,从而注定了在法律制度化构建中势必出现一些与法治理念不和谐的音符,如立法中对事实度关注的不足、立法内容“一事一议”、规则朝令夕改以及规则效应边际递减等。

2. 滥用制定权,缺乏立法谦抑

在我国经济体制转轨之前,政府长期以“全能政府”的面目出现,其触角及于

(1) 波斯纳《超越法律》苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第4页。

(2) 王庆廷“隐形的‘法律’——行政诉讼中其他规范性文件的异化及其矫正”,载《现代法学》2011年3月。

(3) 黎四奇“中国金融法律规则供给机制混乱状态的反思”,载《中南大学学报》(社会科学版)2006年第4期。

社会生活的各个方面。作为政府控制社会的工具之一,法律亦为“全能法律”,希望将尽可能多的社会关系纳入自己的调整范围。表现在证券市场就是,政府在向市场输出法律的时候,也借此向市场全方位地扩张自己的意志和权力,致使我国证券市场的生态格局呈现出“强政府、弱市场”的态势。例如,据不完全统计,2000年至2002年这3年间,证监会及有关立法机构出台了各种证券法规、规章、规范性文件共230余项,是中国证券市场立法数量最多、频率最高、内容最广的时期。这样的立法规模和立法速度,固然有中国证券市场属于新兴市场和转轨市场的客观原因,但更多的还是管理层以法代管、全面管制市场的理念的集中反映。由于法律的颁布落后于时代发展,就为政府在执法中提供后续性制度安排来弥补立法留下空间。于是“立法行政、行政立法”的本末倒置现象借势而生又长期存在。⁽¹⁾面对证券市场如此庞大错综复杂的规则群,难怪有学者感慨,“证券市场不是缺乏法律,而是太多的法律未能有效回应市场失效问题,却试图用一些别出心裁的人定规则去代替市场规则”。⁽²⁾

近年来,随着对现代政府职能认识的进步,《行政许可法》的出台,在证券市场,证监会也对有关法规、规章和内部文件进行了清理,废除了一大批不符合行政许可法要求的行政许可事项,将许多原本由自己行使的权力交由证券交易所、证券业协会等自律监管组织行使。此等改革方向体现了政府的积极努力,但是必须看到,我国证券市场的制度变迁主要依赖于政府的主导和推动,要政府主动放弃自己的权力和利益,改变维持既有利益格局的法律制度安排,扩大市场自治的范围,将是一场艰难的利益博弈过程。例如,证监会至今仍保留了数十项行政许可,是否有必要尚待进一步的考量。⁽³⁾

洛克曾说过“如果同一批人同时拥有制定和执行法律的权利,这就会给人们的弱点以绝大诱惑,使他们动辄要攫取权力,借以使他们自己免于服从他们所制定的法律,并且在制定和执行法律时,使法律适合于他们自己的私人利益。”⁽⁴⁾应该承认,我国证监会的“部门立法”有着强烈的实践需要,但是当其过于泛滥之时,就必然构成对国家正式立法权的蚕食,从而出现一个得不偿失的恶果。极端地说,我

(1) 李强“中国证券市场法律规制的实证分析”,载《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2007年第3期。

(2) 方流芳“关键在于改善法律”,载《财经》2002年总第73期。

(3) “上证联合研究计划”第十五期课题“我国证券市场核心竞争力的法制环境研究”,载上海证券交易所网站,2011年9月1日访问。

(4) [英]洛克《政府论》(下)叶启芳等译,商务印书馆1997年版,第89页。

国证券市场不是在法律体系相对完备基础上建立起来的,而是在适应复杂的社会实践基础上形成的,这些社会实践是以证券监管机构规章的形式体现出来的,证券监管机构颁布的部门规章其实已架空了诸多证券法规则。⁽¹⁾

3. 规则自身的质量不高

证券市场法律规范质量不高,是证券市场法制失灵的內因。证券市场法律规范属于“公共产品”,也存在质量的好坏,即通常所说的“良法”与“恶法”。归纳其“恶”,不外乎规则过时、落后,不能与时俱进;规则内容粗疏,缺乏可操作性;规则朝令夕改,缺乏可预期性等。究其原因,大体有二:其一,在证券市场国际化、规范化、市场化背景下,以部门规章为载体的法律移植,对本土资源的考虑多有不周;其二,证券市场的一些基本制度滞后于市场需求,且保持超级稳定,良性违法成为习惯。⁽²⁾

事实上,我国证券市场长期以来对风险防范措施非常关注,对未来市场的发展空间则预见不足。体现在诸多规则有意或无意地回避证券市场长期积累的深层次矛盾和历史性、结构性、制度性缺陷,长期回避市场变革和创新需求,缺乏回应性。而且,这些规范性文件的立法技术与手段也是值得推敲的,尤其是规则的包容性太强而导致空洞的法律应对不了现实的市场问题,不仅滋生了架空法律的风险,而且也引发了法律规则之间的矛盾丛生。⁽³⁾

(二) 对证监会监管规则供给机制的反思

反思我国证券监管规则供给机制之弊端,立法价值取向上的偏差难逃其咎。但从证监会行使立法权的内部机制及其外部监督制约机制分析,主要有以下三个问题。

1. 包括《证券法》在内的相关授权不明确

授权明确性原则未能得到很好的体现是证券监管规则供给失范的一个重要原因。授权不明确主要表现在相关立法对证监会的授权没有规定应有的限制,权限不清、随意性大,授权缺乏明确性,致使出现大量空白授权或概括授权。例如,《证券法》第179条第1款规定国务院证券监督管理机构在对证券市场实施监督管理中“依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则,并依法行使审批或者核准权”。

(1) 叶林“无纸化证券的权利结构”,载《社会科学》2009年第3期。

(2) 吴志攀“证券法适用范围的反思与展望”,载《法商研究》2003年6月。

(3) 黎四奇“中国金融法律规则供给机制混乱状态的反思”,载《中南大学学报》(社会科学版)2006年第4期。

由于该法条笼统规定授予证监会“审批或核准权”,致使证监会以行政审批方式过度介入证券市场种种行业准入许可制度,如证券公司承销许可、经纪许可、基金管理公司从业许可等,结果开辟了极大的寻租空间,造成极大的诚信隐患。

在实施法律法规的现代立法进程中,许多的内容是议会会有意识地留给行政官员去填补的。当多数法律只是为行政机关制定了基本原则时,制定法规的自由裁量权使行政机关得以依据授权法,同时结合具体情况进行立法,以此决定如何分配由其控制的有限资源,并保障行政行为在其管理范围内得到有效的执行。⁽¹⁾ 实践中,由于法律授权规定过于笼统、简单,尤其是现行法律一般不规定被授权行政机关制定行政规范性文件的程序、范围和内容等,而且缺少对所受职权的适当的控制,以至于出现“授权空泛则直与无须授权并无二致,驯至‘子法’超越‘母法’而不自知”。⁽²⁾

2. 缺乏必要的立法程序规范

在我国的法律传统中,程序文化是十分贫乏的,程序设计和运用长期受到冷落,在行政规范性文件的制定技术上就体现得更加明显突出。如前所述,根据我国《立法法》的规定,制定法律和行政法规具有严格的程序,规章以上行政法渊源在制定程序方面,已经拥有了《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》、《法规规章备案条例》、《法规、规章备案规定》、《行政法规制定程序暂行条例》、《国务院办公厅关于法规审查有关工作程序规定的通知》等诸多规定,而行政规范性文件在制定程序方面,目前除了国务院2000年制定发布的《国家行政机关公文处理办法》外,就只有一些地方性的为数甚少的补充性规定。⁽³⁾ 由于规范性文件是目前我国证券市场数量最多、最贴近市场监管的基本规范,而现行立法对这些规范性文件的制定恰恰没有明确的程序要求,致使规范性文件的制定随意性较大,甚至出现了证监会越权制定各种规范性文件、严重侵害市场秩序的行为。

3. 监督机制的严重缺乏

由于我国证券市场立法的发展在相当大的程度上属于一种非法内因素作用下的构建,与其他一些行政法制度相同,我国证券市场行政立法的监督制度同样缺乏

(1) [英]威廉·韦德著《行政法》徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第55页。

(2) 吴庚《行政法之理论与实用》,三民书局1996年版,第247页。

(3) 郑绪辉“论行政规范性文件体系的缺失与规范”,载《西安电子科技大学学报》(社会科学版)2009年3月。

较为充分、完整的理论准备。⁽¹⁾

首先,从立法监督来说,立法机关对于证券规章、规范性文件的制定监督基本上处于无为状态。其次,从司法监督来说,尽管目前法学界普遍认为应将抽象行政行为列入司法审查的范围,先行步骤就是把行政规章以及其他低位阶的规范性文件列入司法审查的范围,⁽²⁾但实践中,法院是否可以对证券规章及其他规范性文件进行审查,目前尚未明确。显而易见的是,《行政诉讼法》第12条第2项明确规定对行政规范性文件的违法不能通过行政诉讼进行救济。尽管《行政复议法》第7条规定可以通过行政复议进行救济,但必须是申请对具体行政行为进行复议的同时提出对其依据的行政规范性文件进行审查,而不能单独申请对行政规范性文件进行复议,这些规定显然不利于有效保护行政相对人的合法权益,不利于有效监督行政机关制定行政规范性文件。还有行政监督,尽管依照法律,国务院有权撤销证监会制定的规章,但是在实践中,由于国务院基本上对包括证券规章在内的行政规章的监督大多数是程序意义上的,因此,这种撤销的事例非常少。至于其他媒体监督的作用等更是非常有局限性的。

综上所述,表面上看,尽管我国对行政规范的监督从体系上看似乎也很完整,既有事前的立法监督,也有事中的备案审查,还有有限的事后监督——行政复议、司法审查,但是,由于每一种监督自身存在的无法克服的痼疾势必导致这种监督体系并不能真正发挥构建时有效地监督行政权的预期效果。⁽³⁾

三、改善证监会监管规则供给机制的思考

(一) 规则供给理念上的调整

1. 立法的前瞻性与稳定性相结合

我国立法传统上重视对过往经验的总结,而忽视对未来发展趋势的理性把握,思维上习惯于“成熟一个,制定一个”,但这种滞后性立法模式无法适应我国社会快速发展变革的需求,尤其是当代证券市场活动的活跃性使人们期待经验充分、时机成熟后立法推广的设想不合时宜。因此,在规则供给模式上,未来证券立法必须善于借鉴国际先进经验,注重把握证券市场活动的发展规律,强调市场规范适度的超前性,为将来的实践发展留有余地,否则一些规范性文件刚出台,就忙不迭地进

(1) 湛中乐“论对行政立法的监督与控制”,载《国家行政学院学报》2004年第3期。

(2) 崔卓兰“行政规章可诉性之探讨”,载《法学研究》1996年第1期。

(3) 刘丽“行政规范的司法审查”,载《河北法学》2005年6月。

行修订,或者立法尚未执行,解释起草的工作却已在进行中,实难逃“二次立法”之嫌。

2. 全球视野与本土资源相结合

全球经济的日趋融合以及由此带来的金融规则的趋同化,要求我国的金融法治必须充分把握整个国际金融立法的走势及监管理念。全球视野下的证券市场的变化与走向无疑是我国未来证券立法进程中必须着重论证与考察的重点。证券监管制度的供给者既应该着眼于全球证券市场的发展趋势,又要以本国市场状态为基准来自我调整和完善,以保证我国制度变迁内部程式的衔接效率。在法律规则移植的过程中,尤其要高度重视国外法(供体)与本国法(受体)之间的同构性与兼容性。要对受体进行必要的机理调适,以防止移植之后出现被移植的“组织”的变异。⁽¹⁾我国在2001年引进的独立董事制度的实际效果一直受到人们的责难就是一个很好的说明。因此,在规则供给的过程中,立法者对于中国市场现状必须有个客观的认识,在出台相关规则时既不能操之过急,也不能全部对西方的治理模式与规则进行翻版照抄。

3. 立法精细化与统筹兼顾相结合

法律规范虽然不能从根本上解决中国证券市场面临的所有问题,但是,这并不意味着可以忽略那些应当规定、应当细化的规则。证券法极强的专业性、技术性和操作性,都要求立法尽可能地细致周全,尤其是对一些程序性事项的规定应具有较强的可操作性。但长期以来,我国的证券立法奉行“宜粗不宜细”的模式,往往只规定框架性、原则性的东西,对程序性问题没有细化,导致很多条款因可操作性差而无法适用。当然,我国证券市场曾经的粗放式的立法路径也有其历史必然性。在证券市场初期,立法经验相对欠缺,对很多问题不可能作出详细规定;加之各种社会关系变动不居,即使在技术上对某些问题细致规定,可能会因灵活性的丧失而失却其适应性。但时至今日,市场之发展要求我们立法上该细就应当细化,实在不能细化的才可以粗放。只有这样,法律才能给市场的行为提供明确的预期。

此外,法律的一致性要求确保法律规则之间具有严谨的层级性、系统性和协调性。现阶段我国商事立法数量上的剧增以及与相关领域关联性的增强,致使各法律部门之间、不同效力等级的法律规范之间、实体法与程序法之间的协调衔接成为我国商事立法的一个难点。目前我国各商事单行法之间的矛盾冲突现象并不鲜

(1) 张文显著《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第57页。

见,加强对现有商事单行法律的整理,重视各单行法之间的衔接,消弭冲突、理顺关系尤值关注。就证券法而言,证券监管规则严重欠缺统筹兼顾,不仅在事实上架空了程序繁杂的正式立法,而且部门规范与正式法律、及其他规范性文件之间的冲突也使得规则之效果及其社会评价人为地降低。

(二) 严格规范性文件的立法程序

证券规范性文件具有数量庞杂、技术性强、复杂多变、公开性差等特点,不利于公众了解、认同并进而加以遵守。而且行政立法程序在操作中易产生利益集团控制、公众无法表达意见、程序不透明等问题,因此强化制定规范性文件的程序是改善证券监管规则供应机制的关键环节。

现代法治国家特别重视民主立法程序的设计和运作,确立了“无程序便无立法”的原则。程序的价值主要包括程序参与、尊重公民权利与尊严、程序理性、自由、效率、秩序和公正等。程序一方面可以限制行政官吏的裁量权、维持法的稳定性和自我完结性,另一方面却容许选择的自由,使法律系统具有更大的可塑性和适应能力。⁽¹⁾

就证券监管规则而言,严格规范性文件的制定程序就是要求证监会按照一定的步骤、时序和方式,进行创制和完善行政规范性文件的行为过程。具体来说,主要有制定前程序、起草程序、协商程序、核发程序和公开程序等。每一个规范性文件制定程序的规范与完善都应涵盖以上五个方面。我国目前证券市场的诸多规则之所以量多质次,无不与供给者自身的业务素质水平、专业法律知识、规则供给技术水平相关。严格规范立法程序,尤其是公开化的立法程序会使更多的专家能够参与规则供给的过程,并运用较好的立法技术,无疑可以在很大程度上克服上述弊端。

(三) 加强司法监督

从法理上说,行政规范性文件的内容是依据法律的规定制定的,法律没有规定的行政规范性文件不能做出决定,但在实际执行中,由于各种原因,致使行政机关所制定的行政规范性文件并不遵守法律的规定,即行政规范性文件本身违法。由于行政规范性文件的违法,必然导致依据该行政规范性文件做出的具体行政行为违法,并且这种违法涉及面广,影响大。

在立法监督、行政监督易流于形式的现状下,考虑到司法监督具有专业性和中

(1) 季卫东《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社2002年版,第46页。

立性强等特点,加强对证监会行使立法权的司法监督无疑是值得认真思考的,比较具有可操作性的建议。其中,加大对制定证券市场规范性文件的监督和事后救济力度,把证券规范性文件本身违法纳入司法审查范畴是当前证券市场急需付诸实现的问题。

归纳学者们之思考,加强对中国证监会立法的司法监督应主要从以下几个方面着手:(1)将证监会制定的规章和规范性文件纳入法院的受案范围,允许公民、法人或者其他组织对其认为违法的规章和规范性文件提起行政诉讼;(2)将法院案件审理中“参照适用”的范围从规章扩大到规章和规范性文件;(3)在法院审理任何案件中发现规章和规范性文件违反上位法规定的,或规章与规章、规范性文件与规范性文件之间有冲突的,可由最高人民法院送请有决定权的机构做出解释或者裁决。^{〔1〕}

〔1〕 柯湘“中国证券监管机构立法权问题研析”载《财经理论与实践》2011年第1期。