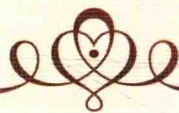
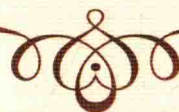


《国际经济行政法》系列丛书



道器兼具

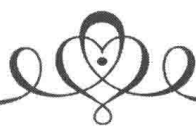
全球化与经济规制行政法前沿研究



朱淑娣 王雅琴·主 编

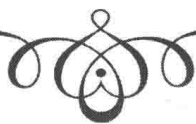
时事出版社

《国际经济行政法》系列丛书



道器兼具

全球化与经济规制行政法前沿研究



朱淑娣 王雅琴♦主 编

时事出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

道器兼具：全球化与经济规制行政法前沿研究/朱淑娣，
王雅琴主编. —北京：时事出版社，2016.6

ISBN 978-7-80232-988-1

I. ①道… II. ①朱…②王… III. ①经济法—研究
IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 114192 号

出版发行：时事出版社

地 址：北京市海淀区万寿寺甲 2 号

邮 编：100081

发行热线：(010) 88547590 88547591

读者服务部：(010) 88547595

传 真：(010) 88547592

电子邮箱：shishichubanshe@sina.com

网 址：www.shishishe.com

印 刷：北京市昌平百善印刷厂

开本：787×1092 1/16 印张：24 字数：361 千字

2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷

定价：96.00 元

(如有印装质量问题，请与本社发行部联系调换)

主 编：朱淑娣 王雅琴

副主编：孙秀丽 张 翔 黄莉娜

耶鲁—复旦国际福克斯基金项目“WTO 体制下的国际
行政法”研究成果，项目编号：(04) 纽教（文）证字 960

上海市人大项目“国际金融中心建设规制立法比较研究
——以中美金融消费者保护为中心”研究成果，
项目编号：2010RD10LX075

关系范畴视角下的中国经济 规制行政法的新发展 （代自序）

引例：经验事实与哲理思考

2015年1月23日，国家工商总局发布了《2014年下半年网络交易商品定向监测结果》，其中淘宝的样本正品率最低。4天后，淘宝微博转发的一封公开信质疑和反驳该报告，总局新闻发言人对此进行了回应，由此拉开了阿里巴巴与国家工商总局之间论战的序幕。1月28日上午，事件继续升级，国家工商总局披露了2014年《关于对阿里巴巴集团进行行政指导工作情况的白皮书》（简称《白皮书》），指出阿里作为网络交易平台所存在的五个方面突出问题，并对阿里提出相关工作要求，淘宝在其官方微博上表示将向国家工商总局投诉网监司司长。当日傍晚，工商总局的网站上撤下了《白皮书》。1月30日，国家工商总局正式表态，表示该文并非白皮书，实质是行政指导座谈会会议记录，不具有法律效力。二者之间的论战，引起了美国证券交易委员会（SEC）的关注，阿里巴巴股价大跌近9%，两日市值蒸发330亿美元，还引发了美国投资者集体诉讼。

统观该事件，既有电子商务领域的行政规制（行政调查、行政指导、域外效力）等一般经济规制领域的法律问题，又关涉金融规制领域的特别法律问题（如金融信息披露、金融投资者权益保护、金融业国别规制的国际协调等）。一般认为，金融是现代经济的核心与灵魂，然而全面考察，特别是在中国遭遇严重股灾之后，更应当厘清实体经济与虚拟经济的关系，适度把握金融在经济生活中的重要性。

该案与本书的其他案例昭示，经济行政规制领域应当重视一般经济规制（一般市场监管）与金融规制（金融市场监管）、经济法律规制的全面性与重要性、硬法规制与软法规制、平等保护与正当程序、全球化与本土化、合法性与合理性等这几对关系范畴。在关系范畴视角指引之下，本书所择取的中国国内、国外及国际层面经济规制领域的代表性案例，彰显了经济规制行政法的新发展。以下分述几对关系范畴。

1. 关系范畴之一：经济法律规制的全面性与重要性

国内层面，金融规制领域的“光大乌龙指案”^①从行政处罚延伸由其引发的行政诉讼，显示了一般经济规制（一般市场监管）与金融规制（金融市场监管）关系范畴之下金融规制的特殊性。因此，宏观经济规制中不仅要继续发展除金融市场监管以外的一般经济规制法律制度，而且要着力构建与完善具有特别重要性的金融规制法律制度。金融是现代经济的核心力量，金融规制是经济规制的核心领域。面对日新月异的金融创新与金融风险，金融行政规制行为的运行环境平添了更多不确定因素，但对其合法性与合理性的评判标准则不离其宗，既要维护金融秩序的稳定，又要保障金融消费者/投资者的权益。“光大乌龙指案”研究对于金融规制行政法具有重要价值。

“光大乌龙指案”与行政行为法的新发展。以行政处罚视角观之，有必要对“光大乌龙指”案件中事实的认定、行政处罚的规范依据、法律适用以及法定程序的层面研析行政处罚行为。光大证券行政处罚既对金融行政规制提出了挑战，也为金融规制的制度完善提供了契机。以“光大乌龙指案”为契机，可以进一步探讨如何完善我国金融规制领域的行政处罚制度。证券市场自营业务的风险控制缺位、高频交易模式的采用加大了金融市场风险发生的可能性，金融行政规制需要对此做出回应。其一，规制目的维度。金融监管部门在处理金融创新、技术性突发事件时，如果面临规范依据有待完善的现实情况，应秉持维护投资者权益与稳定金融市场秩序的规制目标，最大程度地保证金融监管部门采取的执法行为是最适当的选择。其二，规制依据维度。在金融行政处罚面临规范缺位的情形下，如何使行政权依法正当行使，合理地做出行政行

^① 案例详见本书上编第一、二章。

为。其三，规制方式维度。随着我国金融创新与新技术发展程度的日益加深，金融行政执法的方式也将进一步多样化，需要更多柔性行政执法行为的融入。其四，规制主体维度。监管部门在行使职权过程中，应强化自身行为的规范与责任意识，加强行政权行使过程中的自我规制，还应不断提高金融行政执法人员的执法素质，减少行为瑕疵。

“光大乌龙指案”与行政诉讼法的新发展。“光大乌龙指案”中的行政相对人之一杨剑波对证监会的行政处罚不服，提起了行政诉讼，从而使该行政处罚行为进入司法审查。司法审查是对行政权力在司法层面的控制。首先，“光大乌龙指”行政诉讼案的主要内容是人民法院围绕内幕信息的认定标准、信息披露时间的确定、内幕交易行为的认定等焦点问题，对行政处罚的实施主体、职权范围、事实认定、法律适用、执法程序等方面是否合法、适当进行全面的审查，以进一步保障行政相对人的合法权益。其次，本案的特殊意义在于进一步探寻金融规制行政诉讼中的特殊性。研究表明，当诸如“光大乌龙指”诉讼案这类金融行政诉讼缺乏直接法律规范依据时，行政法基本原则在金融行政诉讼过程中的作用显得尤为重要，从保护中小投资者合法权益和《证券法》所规定的“公开、公平、公正”原则出发进行法律适用，是一种有效途径。最后，从制度完善的视角看我国经济规制领域的行政诉讼，相较于一般意义上的行政诉讼，在专业性层面对案件的审理人员提出了更高的要求，需要建立一支懂法律、懂金融、懂管理的高素质的金融审判法官队伍。

2. 关系范畴之二：硬法规制与软法规制

在法治时代，硬法及其硬法规制自不待言，软法是相对于硬法而言的，软法总的来说是不具有法律约束力但可能产生实际后果的行为规则。相应的，软法规制可理解为运用不具有法律约束力但可能产生实际后果的行为规则对国家与社会进行治理，如行政指导等。行政指导是指行政主体在职责范围内，为实现特定的行政目的，而进行的指导、劝告、建议等对相对人权利义务不产生实质处分效果的行为。行政指导大致可分为三类：一是助成型指导，如产业政策指导，从宏观层面帮助企业克服市场机制的盲目性、负外部性。二是规制性指导，如监管指导，从微观层面对企业规范经营进行日常监管，提出意见或建议，促使企业

合规经营，防止违法行为发生并给他人或社会造成损失。三是调解型指导，行政机关作为中立第三方调解特定的民事纠纷，最终促成双方当事人在自愿基础上达成和解协议。如我国已有的土地确权等争议的调解机制。在规制行政裁量权方面，软法的作用主要有三方面：指导裁量、促进裁量与制约裁量。^①

“阿里巴巴 VS 工商总局事件”^② 运用约谈、《白皮书》等软法规制方式，相对于行政处罚、行政许可等传统的硬法规制方式，行政指导具有柔性化、开放性、行政相对人的参与度高等特征，因而更加契合国家治理新常态模式下的行政规制实践。软法规制对行政执法行为的科学性、艺术性、法制性要求更高。该事件反映了中国经济规制行政法新发展的现象之一，即经济规制领域硬法规制与软法规制是共存的。尽管经济规制领域软法规制切实受到市场主体的欢迎，但目前以行政指导为代表的软法规制面临着不少现实问题。在我国政治体制与市场环境孕育下的行政指导与政府主导具有天然的联系，实践中行政指导异化现象并不鲜见。如何将软法规制嵌入我国现行行政管理体制、发挥软法规制的预期效用，需要多方力量的共同作用，需改变长期以来硬法规制模式之下形成的行政体制与行政习惯，提高经济行政规制过程中的民主元素。

行政指导的规范化。2004 年国务院规范性文件《全面推进依法行政实施纲要》第 9 条规定：“要充分运用间接管理、动态管理和事后监管等手段对经济社会事物实施管理，充分发挥行政规划、行政指导、行政合同等方式的作用。”由此可以看出行政指导已经逐渐成为一种常规的行政管理方式。从行政法学理上讲，行政指导不具有强制力保障实施，由此一般认为行政指导不具有法律效力。但从“阿里巴巴 VS 工商总局事件”中可以看出，《白皮书》公布之后产生了一系列的重要影响。在经济规制领域的行政指导虽然在行政指导内容的实施上没有强制力保障，但围绕行政指导的一系列重要信息实际上更为重要，这些信息具有更加深远的社会效力，由此行政指导的规范化是本事件引发的一个关键性问题。

① 姜明安：《行政裁量的软法规制》，载《法学论坛》2009 年第 4 期。

② 案例详见本书上编第五、六章。

行政指导与行政诉讼制度的衔接。行政指导制度的发展还需要完善行政指导与行政诉讼制度的衔接，缘于行政指导的非强制性，行政指导的可诉性问题讨论甚多。“阿里巴巴 VS 工商总局事件”也引发了行政指导诉讼问题，是由行政指导和政府信息公开行为引发的经济行政诉讼案件。将行政指导纳入我国行政诉讼受案范围具有现实必要性与可行性，应着力于构建经济规制领域行政指导诉讼制度。“阿里巴巴 VS 工商总局事件”所引发的两次诉讼案件，一是数家中美法务机构相继对阿里巴巴提起的集体诉讼，二是北京中闻律师事务所的律师吴革提起的政府信息公开诉讼，事实上均不是直接的行政指导诉讼，虽然两次诉讼均是围绕着工商总局针对阿里巴巴集团所作的行政指导行为展开的，但该事件也并未真正引起行政指导诉讼。换句话说，在法律运行层面，我国仍未有真正意义上的直接针对行政指导行为所提起的行政指导诉讼。在制度规范层面，依据《行政诉讼法》的规定，行政指导行为已逐渐纳入我国的法治框架，未来能否对行政指导行为予以更具有规范性、可操作性的救济措施尚待相应配套制度的完善，行政指导诉讼的制度建构亦有待法律进一步的予以明确化、清晰化的规定。

在经济领域，软法规制与硬法规制优势互补、相得益彰，共同适应新兴的治理环境和新型的治理模式。“在公共治理背景之下，一种以硬法的初次规制与软法的二次规制结合而成的混合法规制模式正在悄然兴起，后来居上。”^①但是，择其要者，首先需要从行政法法理上准确地理解行政指导的属性/功能与救济问题，特别是行政指导的法律效力与法律后果、行政指导的可诉性及国家赔偿诸问题。其次，需要从行政法制度上妥善处理行政指导等软法规制与行政处罚等硬法规制之间的逻辑关系。最后，需要从国际行政法学理与制度上深入思考经济规制法律与行为的域外效力、经济规制机构与机制的国际协调、金融投资者/消费者权益的跨国保护。

3. 关系范畴之三：平等保护与正当程序

平等保护与正当程序是法律共同体早已形成共识的公法基本原则，

^① 宋功德：《行政裁量法律规制的模式转换——从单一的硬法或软法模式转向软硬并举的混合法模式》，载《法学论坛》2009年第5期。

正当程序的实质是公平正义在程序领域的体现。这包括：行政机关和司法机关的行为必须基于客观事实而非主观臆断，要在程序上平等对待各方当事人，保障当事人的程序权利，如知情权，申辩权，对行政决定或司法判决、裁定不服的控告权等。正当程序的基本原则体现在公开、公正、正当、参与、复审、效率等方面。美国宪法修正案第14条提出了平等保护原则。我国1982年《宪法》也有明确规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”

作为动态宪法的行政法，当贯彻实施平等保护原则，“阿里巴巴 VS 工商总局事件”所引发的选择性行政执法之疑问即关涉平等保护原则的贯彻实施。《白皮书》显示：“为了不影响阿里系上市前的工作进展，该座谈会以内部封闭的形式进行，鉴于目前监管情势，为廓清种种认知，现将行政指导座谈会有关情况如实披露。”而阿里巴巴集团在该座谈会召开两个月后的9月19日正式在纽约证券交易所挂牌上市。这一敏感的时间差仿佛有利益考量，但却使得国家工商总局的行政指导行为引发了选择性行政执法/执法平等的疑问：在工商行政规制的行政相对人中，作为行政主体的国家工商总局是否非平等地对待了海外上市公司与非海外上市公司？平等恰恰是公法规范实现规制目的的必然要求，公众对平等的感知，除了结果上的公平，更有过程中的平等。这一事件也关涉正当程序原则，北京中闻律师事务所律师吴革要求公开工商总局作出公布、收回《白皮书》以及宣告无效的依据未果，后以国家工商总局侵犯其知情权为由，将国家工商总局诉至北京市第一中级法院，要求法院判决被告依法公开所申请的政府信息。正当程序是实现平等保护的重要方式，经济规制中应当高度重视这两项基本原则及其相互关系。

美国投资规制领域著名的罗尔斯公司诉奥巴马政府案^①关涉平等保护与正当程序关系范畴。理论层面上，权利平等保护原则和正当程序原则都是行政法的基本原则，应贯穿于各国行政法治的运行之中，包括投资规制领域，概莫能外。实践层面，本案存在着美国总统和行政机关对具有涉华背景的罗尔斯公司歧视性执法、选择性执法的嫌疑，相应的，行政行为中也被指控有违正当法律程序原则。因此，美国行政行为的利

^① 案例详见本书下编第八章。

益相关方应当运用平等保护原则和正当程序原则，谋求合法权益保护。就中国而言，也应当在其投资规制法律领域中贯彻平等保护与正当程序原则，推进相关领域法治的发展与完善。

4. 关系范畴之四：全球化与本土化

全球化是人类社会发展的现象过程，通常意义上的全球化是指包括政治、教育、社会、文化等诸多领域的全球联系的不断增强，人类生活在全球规模的基础上发展及全球意识的崛起。本土化可理解为从自身需要出发，基于当地实情，在借鉴外来文明的同时提出自己的理论设想与制度结构。

其一，在全球化与本土化的关系范畴视角下，经济规制行政法的功能也必将面临着一种转变。阿里巴巴集团是一家国际化的互联网公司，其与国家工商总局之间的论战引发了海内外高度关注。美国 SEC 的发声，是美国经济行政法域外效力推行下的权力延伸。SEC 依据证券法以及 SEC 的相关制规，对阿里巴巴的行为是否构成违反证券法上的信息披露义务加以检视。“阿里巴巴 VS 国家工商总局事件”俨然已成为全球化背景下本土事件与海外连锁反应的典型代表。市场主体、行政主体之行为的跨国影响、国别经济规制的域外效力、国际经济规制的冲突与协调值得深思。

其二，美国贸易规制领域基于“捷康案”^①的行政裁决研究，再次充分体现出全球化与本土化关系范畴之下中美两国知识产权行政规制的制度性差异，而知识产权的跨国保护问题是当前贸易规制领域的重要课题。美国关税法所确立的“337 调查”制度在贸易规制领域具有极强的杀伤力，形成了具有更广的受案范围、被诉主体应诉难度大、可规避性低、胜诉难度大等特点。捷康本是泰莱公司“337 调查”的案外者，但面对被排除美国市场的风险，选择了主动参与调查，其对生产工艺具有自主知识产权，以实际行动证明捷康公司充分尊重他人的知识产权，也希望他人同样尊重捷康公司的知识产权。“捷康案”也为我国知识产权行政法保护制度的完善提供了良好契机，行政裁决在知识产权纠纷解决中具有重要作用，对其司法监督必不可少。在国家战略层

^① 案例详见本书下编第九章。

面,创新发展和知识产权保护是相互依存的。在企业发展层面,如何通过知识产权战略提升自身的市场竞争力是一个急需关注的课题。从政府责任的层面来看,基于保护我国出口企业知识产权利益的目的,我国政府应当加强知识产权国际组织的指导和协调,紧密把握国际知识产权制度的最新动态,积极参与知识产权的国际事务的交流与合作,不仅能在知识产权国际保护规制的制定中表达自己的利益诉求,同时也要加强相关规则制定中的制度性话语权,为我国对外贸易事业保驾护航。

国际层面,在电子商务规制领域“世贸组织电子支付案件”^①体现了国际规则约束下的我国制度运行所遭遇到的挑战,以及自我发展与革新的意愿,进一步阐释了经济规制领域的全球化与本土化这一对关系范畴。从国际层面上看,WTO 法的服务贸易总协定(GATS)的结构表明,GATS 覆盖了政府职能之外的所有服务,因此成员可就任何服务做出具体承诺;由于成员的义务决定于其做出的具体承诺,一项具体服务就不能同时属于两项不同的服务,即成员减让表中的服务门类之间是相互排斥的。从国内层面上看,具体操作性极强的其他行政规范性文件是制度触礁的重灾区。GATS 关于“市场准入”的原则规定和“国民待遇”的原则规定是银行监管国际协调的依据。从该案出发重新审视我国电子支付制度,还应进一步完善电子支付行政立法制度、执法制度与救济秩序。该案的积极意义在于从国际层面推动国际经济运作的理性化与规范化,从国内层面应对国家经济安全与稳定的现实难题和严峻挑战,在市场整体层面促进市场经济发展的有序、高效与可持续,在经济主体层面实现经营主体利益与消费主体权益的双赢。

5. 关系范畴之五:合法性与合理性

“实际上,所有的抽象或者具体的执法活动都位于完全的自由和严格的法律约束之间。即使受最严格指令约束的法律适用活动在方式和方法方面也存在一定的自由。”^②行政裁量的广泛存在,客观上要求对行

^① 案例详见本书下编第十章。

^② [德] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔著,高家伟译:《行政法》(第一卷),商务印书馆,2002年版,第346页。

政行为的审查不仅仅关注合法性，还应注重行政行为的合理性。“依法行政不拒绝广泛和合理的自由裁量权，但依法行政决不允许自由裁量权的失控。”^① 投资规制领域的“可乐—汇源案”^② 为我国 2008 年 8 月 1 日《反垄断法》实施后的并购未获通过的第一案，因并购申请人的外资身份，使该案引发了诸多讨论。我国商务部做出禁止收购决议的行为，应置于合法性与合理性这一关系范畴之下予以考量。依据行政合理性原则衡量行政行为符合现代行政法治的发展趋势，也进一步促使行政主体适应现代社会治理环境，加强行政相对人权益的保障。从合法性和合理性两个视角出发来看，商务部这一决议从当时的法律规定来看合法有效，但从政府信息公开、行政许可、国际经济行政法等角度来看，这一决议合理性不足，从行政合理性原则和行政法治发展趋势来看，我国反垄断制度仍然有很大的完善空间。

形而上者谓之道，形而下者谓之器。秉承道器兼具，复旦大学国际经济行政法研究团队学者根据全球化与经济规制行政法的发展动态，贯彻经验事实、制度规范、法理思辨三位一体的原则，就全球化与金融规制行政法、全球化与投资规制行政法、全球化与贸易规制行政法、全球化与电子商务规制领域的的前沿问题做了探索性的研究。

本书分为上编、下编和附录三部分，从国内层面延展到国外及国际层面，基于金融规制领域、投资规制领域、贸易规制领域、电子商务规制领域的典型案例，运用国际经济行政法学理论研析全球化视野下的经济规制行政法前沿问题，并选取代表性文献进行译评以做经济规制行政法域外镜鉴。朱淑娣教授、王雅琴教授承担本书的主编工作。副主编张翔协助主编进行本书谋篇布局与案例材料选取工作，副主编孙秀丽协助主编进行全书统稿工作，副主编黄莉娜协助主编进行附录部分外文译评的审校工作。其他作者有江国强、李敏、王瑶、黄正华、马淑华、赵

^① 李军、蒋兰香：《比较法视野下合理性原则的实践与超越》，载《求索》2010 年第 2 期。

^② 案例详见本书上编第三章。

悦、郑磊斌、代文馨、朱婧敏（按内容顺序），大家通力合作，协同完成整部书稿。

学术报国，历代士子情怀，简陋之处，尚祈方家雅正！

复旦大学法学院 朱淑娣

2016年3月

目 录

上编 中国经济规制行政法新问题

第一章 金融规制领域——基于“光大乌龙指案”的行政处罚

研究	(3)
导论	(3)
一、研究背景	(3)
二、研究述评	(3)
三、关键问题	(5)
四、主要观点	(6)
第一节 “光大乌龙指事件”分析	(8)
一、“光大乌龙指案”简述	(8)
二、“光大乌龙指案”与金融行政规制	(9)
第二节 “光大乌龙指事件”中的行政处罚行为研究	(10)
一、“光大乌龙指”行政处罚事实的认定	(10)
二、“光大乌龙指”行政处罚的规范依据	(17)
三、“光大乌龙指”行政处罚的法律适用	(22)
四、“光大乌龙指”行政处罚的法定程序	(24)
第三节 “光大乌龙指事件”行政处罚的相关制度	(26)
一、“光大乌龙指”行政处罚与民事责任	(26)
二、“光大乌龙指”行政处罚与刑事责任	(28)
三、“光大乌龙指”行政处罚与行政诉讼	(30)
四、“光大乌龙指”行政处罚与行政和解	(30)

第四节 从“光大乌龙指案”看中国行政处罚制度的

完善	(32)
一、中国金融规制领域行政处罚的现状	(32)
二、中国金融规制领域行政处罚的完善	(33)
结语 衍生思考与愿景展望	(35)
一、域外金融行政规制法治经验	(35)
二、中国金融创新与金融行政规制	(37)

第二章 金融规制领域——基于“光大乌龙指案”的行政诉讼

研究	(39)
导论	(39)
一、研究背景	(39)
二、关键问题	(39)
三、研究述析	(42)
第一节 “光大乌龙指事件”引发的诉讼案件分析	(43)
一、“光大乌龙指事件”过程简述	(43)
二、“杨剑波诉证监会案”判决分析	(46)
三、基于本案行政诉讼判决的“投资者诉光大证券” 民事赔偿诉讼简析	(49)
第二节 “杨剑波诉证监会案”中的行政诉讼问题研究	(51)
一、行政诉讼中的合法性审查——内幕信息的认定 标准问题	(51)
二、行政法基本原则在行政诉讼中的适用	(55)
三、“光大乌龙指案”中行政诉讼与民事诉讼的衔接 问题研究	(57)
第三节 “杨剑波诉证监会”行政诉讼案件相关行政法 问题分析	(59)
一、“光大乌龙指事件”中的“信赖保护”问题分析	(59)
二、内幕交易行为刑事责任问题研究	(60)
结语 从“光大乌龙指事件”看中国经济规制领域的行政 诉讼	(62)