



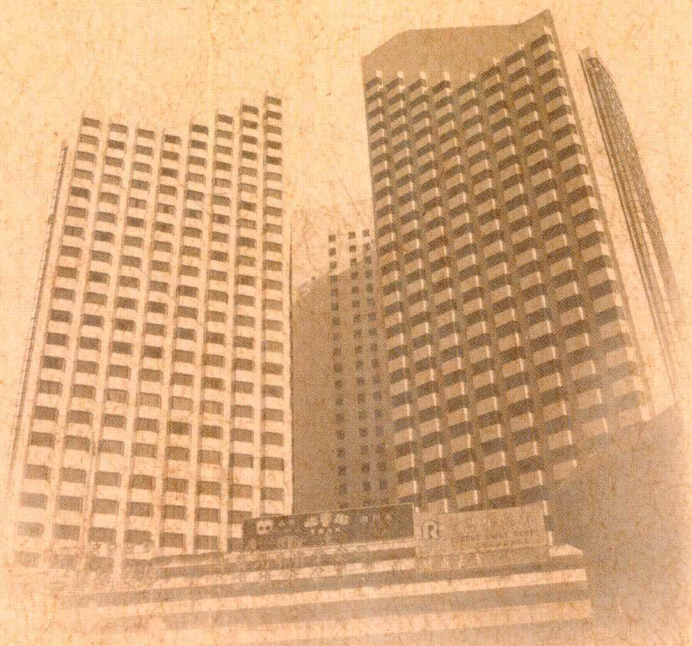
经济法文库 (第二辑)

Economic Law Library

判例与原理：证券交易所自律管理司法介入比较研究

Prejudication and Theory: Legal Research on Judicial Intervention into self-disciplined of Stock Exchange

◎ 徐明 卢文道 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

判例与原理：证券交易所自律管理司法介入比较研究

Prejudication and Theory: Legal Research on Judicial Intervention into Self-discipline of Stock Exchange

◎ 徐 明 卢文道 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

判例与原理:证券交易所自律管理司法介入比较研究/徐明,卢文道编著. —北京:北京大学出版社,2010.9

(经济法文库·第2辑)

ISBN 978-7-301-17566-8

I. ①判… II. ①徐… ②卢… III. ①证券交易所-监督管理-法规-对比研究-世界 IV. ①D912.280.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第144430号

书 名:判例与原理:证券交易所自律管理司法介入比较研究

著作责任者:徐 明 卢文道 编著

责任编辑:黄 蔚 尹 璐 王业龙

标准书号:ISBN 978-7-301-17566-8/D·2646

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者:河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者:新华书店

730毫米×980毫米 16开本 24.75印张 458千字

2010年9月第1版 2010年9月第1次印刷

定 价:58.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《经济法文库》总序

我国改革开放三十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字形容。仅从经济立法看,在完善宏观调控方面,我国制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而,应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉、不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

三十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但是,总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入 WTO 以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法和手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制和监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

引 论

证券市场参与者众多、利益主体多元、权益纷争频发。总体而言,人们讨论、关注、研究证券市场诉讼纠纷时,大多将目光投向虚假陈述、内幕交易、市场操纵、欺诈客户、侵吞上市公司资产等常规而典型的违规行为,很少将纠纷与组织管理证券交易、履行自律监管职责的证券交易所联系在一起。

事实上,自沪深证券交易所建立以来,以交易所为被告的诉讼案件时有发生。特别是近年来,伴随资本市场迅猛发展,证券交易所在市场发展、变革中的地位和作用日益突出,证券交易所推动市场产品创新、开展自律管理的热情、职能和作用明显提升,以交易所为被告针对交易所自律管理的诉讼纠纷呈相应的上升趋势。以上海证券交易所为例,2000年以来,针对其自律管理行为提出要求承担损害赔偿责任的诉讼近二十起,而这其中又有十余起发生于2005年之后。

在司法实践中,法院审理这些案件时面临诸多困惑,案件背后的一些深层次的问题不断浮出水面。阅读本书选编的涉及上海证券交易所的诉讼案件,能使我们感受到问题之所在。如交易所作为自律管理组织,其引发的损害赔偿诉讼,法院是否应当受理介入?在诉讼中交易所是作为行政主体还是民事主体?交易所自律管理行为是否应当像行政行为那样受到正当程序的约束?在履行自律管理这一公共职责中是否应当对投资者的交易损失承担民事责任?法院是否应当审查交易所业务规则的正当性与合法性?交易所的业务规则具有什么样的法律效力?等等。这些不仅涉及个案本身的处理,也涉及司法妥善介入交易所自律管理这一特殊领域之政策考量,涉及司法如何平衡规范交易所自律监管行为与保障交易所依法履行一线监管职能之间的关系。

当我们带着困惑,试图从成熟市场交易所自律管理运行时间中寻求可资借鉴的经验和启示时,惊讶地发现,在有两百余年发展史、证券法制高度成熟、司法深度介入资本市场运行、法院事实上行使市场监管职能的美国等地,司法如何介

入交易所自律管理曾经同样是一个争论不休、摇摆不定的“老大难”问题，交易所自律管理的司法介入政策直到最近二十年才大体成型、趋于稳定。

本书上篇汇集了近十年来以上证所为被告的七起典型的诉讼案件，两起通过交易所复核机制和证监会行政复议机制处理的权益纠纷，逐一对案件背景和裁决情况归纳介绍，在此基础上挖掘、评析案件背后深层次的法律理论和实践问题。本书中篇梳理了美国及我国香港地区法院介入交易所自律管理的典型案例，逐一翻译，并按照司法介入政策类型进行排列。本书下篇对本土和以美国为代表的域外交易所自律管理司法介入政策，进行了归纳整理和深层次的理论分析。

阅读本书，思考和研究中、美两地交易所自律管理的司法介入典型案例时，应当注意到中、美两地证券交易所以及自律管理产生的历史背景、市场环境的差异。前者是在政府主导和推动下建立发展起来的，后者则是在证券市场自发演进中自主生存的，交易所也是证券商自主设立的。我国证券交易所按照自律组织的模式组建和运行，一定意义上是在与国际惯例接轨的惯性思维下，模仿和借鉴美国资本市场的结果，但美国式的交易所自律管理制度，更多地停留在法律文本中，远未变成现实。我们宣称的交易所自律管理，在组织形态、运行机制、自律监管与行政监管的关系、法制安排等方面，还与其存在重大差异。

因此，两地司法介入交易所自律管理时产生了形式上大致相同的法律问题，如司法是否介入、如何介入、如何归责等，但并不能简单地按照“美国如此我们也应这样”这一先入为主的比较性思维和表达方式，将美国的司法政策直接引进至中国。尽管如此，美国司法政策历史、渐进的发展脉络和动态形成过程，对我国司法如何介入具有中国本土特色的交易所自律管理，还是具有积极的启示意义。总体而言，美国法院长期介入交易所自律管理过程中，始终坚持司法为市场发展服务、促进交易所履行自律管理的实用主义立场。在这一立场之下，交易所为被监管对象提供的救济渠道得到了尊重，证监会对交易所的行政监管能力得到了信任，所确立的“内部救济用尽原则”使得涉及交易所自律管理的争执，能够首先在自律体和行业内解决。在这一立场之下，投资者针对交易所自律监管主张民事赔偿受到更严格的限制，交易所正当监管的民事责任得以豁免，保护交易所自律监管的热情和能力、支持交易所履行职责的意图清晰可见。这些启示，是值得我们认真对待和借鉴的。

我国证券交易所的自律管理尚待调整和完善，交易所自律管理和司法介入审查的关系也正处于动态调适阶段，系统、完整、合理的司法介入政策之形成将是一个动态的过程。司法政策的演变不仅取决于法院，还取决于交易所自律管理法制供给和运行实践的变化，存在诸多不确定性。在法治意义上，交易所自律

管理是一项公共职责,带有准行政权力之特征,由此,司法保持适度介入,作为一种外部性的威慑力量,防止自律管理权滥用,是交易所自律管理法治化的有机组成部分。但应当注意的是,交易所自律管理是一种市场自治行为,司法权力应当保持一定的克制,谨慎、理性、有限、妥善介入,其中有三个环节值得关注:

其一,根据交易所自律管理的规范程度及时调整司法介入的力度。司法介入交易所自律管理的一个基本前提是:无救济无权利。我们首先主张,我国交易所自律管理行为应当引入正当程序原则,在交易所内部设置符合法治原则的权利救济渠道,强化证监会对交易所自律管理行为合法化的行政监督。在此基础上,可以借鉴美国的“内部救济用尽原则”,将向交易所申请复核、向证监会申请复议,作为司法介入自律管理的前置程序,以尊重交易所自律管理权,尊重证监会对交易所的监督权。

其二,交易所自律管理行为的司法审查范围应受限制。总体而言,应当坚持“合法性审查为主,合理性审查为辅”之原则。交易所自律管理活动是一项复杂的自治行为,法官很难根据自己的判断和事后的认识,对交易所自律管理行为或者措施的合理性,予以正确判断。比如,交易所开除会员会籍、终止股票上市之理由,是交易所自主决策的事项,除非存在明显违反事项,否则法官不应审查。需要审查的是,交易所的自律管理是否违反了法治原则,包括:(1)正当程序原则。交易所作出决定者与管理事项是否存在利害关系,是否给予被监管对象以申辩的机会等。(2)证据原则。交易所作出决定,是否将调查的事实记录在案,是否仅仅根据传闻证据作出决定。(3)决定附理由原则。对监管对象的处理,应当有正式的书面决定,并列明裁决事实、裁决理由、裁决意见。

其三,实现从限制起诉到限制承担民事责任转变。最高人民法院2005年颁布的《关于对于证券交易所监管职能相关的诉讼案件管辖与受理问题的规定》,采取了限制投资者起诉交易所权利之方式,但所依据的“没有直接利害关系”标准,本身难以判断,存在歧义,或者涉嫌违反“无救济无权利”之法治原则,可能受到质疑。本书认为,交易所因履行自律管理职责而承担民事责任之标准应当从有利于发挥交易所自律监管作用之角度予以确立。原则上,只要交易所实施自律管理行为中没有主观恶意,即便客观上给投资者造成损失,也无须承担任何赔偿责任。比较而言,这一原则比“限制诉权”原则,更符合法治精神,也会更加有利于交易所在证券市场进行强有力的自律管理。

CONTENTS 目 录

上篇 本土典型案例解析

第一章 上市公司监管相关案例	3
案例一:上海水仙电器股份有限公司终止上市诉讼案	3
案例二:黑龙江科利华网络股份公司终止上市行政 复议案	9
案例三:大庆联谊退市复核案	18
案例四:广东机场权证信息披露诉讼案	24
第二章 证券交易组织管理相关案例	37
案例一:“327 国债期货事件”案	37
案例二:虹桥机场可转换公司债券异常交易诉讼案	45
案例三:邯郸钢铁认购权证行权失败诉讼案	63
第三章 与证券交易所其他职能相关案例	80
案例一:证券交易信息许可使用诉讼案	80
案例二:南航认沽权证创设纠纷案件	102

中篇 域外典型案例

第一章 证券交易所规则合法性相关案例	123
案例一:新世界发展有限公司等诉香港联合交易 所有有限公司一审案	123
案例二:新世界发展有限公司等诉香港联合交易 所有有限公司上诉案	141

CONTENTS 目 录

案例三:新世界发展有限公司等诉香港联合交易所有限公司终审案	167
第二章 内部救济穷尽案例	197
案例一:上诉人 MFS 证券公司诉被上诉人证券交易委员会、诉讼参加人纽约证券交易所	197
案例二:原告—上诉人 Philip Barbara 诉被告—被上诉人纽约证券交易所公司	209
第三章 宪法正当程序适用相关案例	221
案例一:原告 John J. Villani、Donald Eucker、Fergus M. Sloan, Jr. 诉被告纽约证券交易所	221
案例二:被上诉人美利坚合众国诉被告—上诉人 Alan C. Solomon 案	228
第四章 自律监管民事责任豁免相关案例	237
案例一:原告—被上诉人奥斯汀(Austin)市政证券公司诉被告—上诉人 NASD 公司等	237
案例二:原告—上诉人 John R. D'Alessio, D'Alessio 证券公司诉被告—被上诉人纽交所, Richard A. Grasso, Edward A. Kwalwasser 和 Robert J. McSweeney	258
案例三:原告—上诉人 DL 集团公司诉被告—被上诉人纳斯达克等	269

CONTENTS 目 录

案例四:原告—被上诉人 Steven I. Weissman 诉 被告—上诉人全国证券交易商协会及 纳斯达克证券市场公司	274
第五章 默示民事诉权相关案例	298
案例一:原告 Lynn G. WALCK 诉美国证券交易所 公司及纽约证券交易所公司	298
案例二:上诉人—上诉人 Beatrice J. Feins 诉被告—被上诉人美国证券交易所公司	312
案例三:原告 Clark E. Niss 诉被告全国证券交易商 协会公司等	322
第六章 证券交易所自律管理自由裁量权相关案例	330
案例一:三元集团股份有限公司诉香港联合交易所 有限公司	330
案例二:香港联合交易所有限公司诉三元集团股份 有限公司上诉案	342

下篇 司法政策评析

第一章 美国法院介入交易所自律管理司法政策梳理	351
第二章 我国证券交易所自律管理司法介入的实践 与反思	366

上篇

本土典型案例解析

第一章 上市公司监管相关案例

案例一：上海水仙电器股份有限公司终止上市诉讼案

[背景情况]

本案系由我国证券市场第一例上市公司退市——上海水仙电器股份有限公司(以下简称“水仙公司”)发行的股份在上海证券交易所(以下简称“上交所”)终止上市而引起。

1993年1月,水仙公司发行的A股在上交所上市,1994年11月,其所发行的B股上市交易。1997年、1998年水仙公司连续两年出现亏损。1999年5月4日,上交所根据《股票上市规则》有关规定,对公司上市交易的股票实行特别处理,公司股票简称调整为“ST水仙”。1999年水仙公司继续亏损,上交所根据《股票上市规则》有关规定,于2000年5月12日暂停“ST水仙”上市,同时为股票提供特别转让服务,公司股票被简称为“PT水仙”。^①

2001年2月22日,中国证监会颁布实施《亏损上市公司暂停上市和终止上市实施办法》(以下简称《实施办法》),正式启动上市公司退市机制,并将已经连

^① 上交所1999年修订的《股票暂停上市相关事项的处理规则》第4条规定,公司股票暂停上市期间,上交所于每周五为持有或欲购买该公司原上市流通股的投资者提供“特别转让服务”,公司股票简称前冠以“PT”字样(PT为“Particular Transfer”的缩写,即“特别转让”),投资者可在当日开市期间内进行转让委托申报,交易所在当日收市后对有效申报按集合竞价方法进行撮合成交,申报价格的涨幅限制为5%,跌幅没有限制。

续三年以上亏损,被交易所暂停上市的 PT 公司作为退市的首选。^①

为减少上市公司退市可能产生的市场影响和外部压力,《实施办法》设置了“宽限期”制度。依该制度,暂停上市的公司,在暂停上市后,可以向交易所申请延长暂停上市的期限,交易所对公司申请进行审核,作出是否给予宽限期的决定。公司不提出宽限期申请或者申请宽限期未获交易所批准的,证监会将决定公司股票终止上市。

2001 年 4 月 17 日,PT 水仙向上交所提出了《关于申请延长暂停交易期限的报告》,次日,水仙公司公布了 2000 年报,显示经营亏损。随后,上交所对 PT 水仙的申请进行了审核,认为从 PT 水仙提供的申请材料 and 质询情况看,没有债权人对债务重组的承诺,也没有重组各方对在有限的时间内完成重组必备程序的保证,因而无法认定其 2001 年上半年可能盈利。4 月 21 日,上交所决定不予 PT 水仙宽限期。由此,4 月 23 日,证监会决定 PT 水仙退市。

[诉讼事由]

原告:朱某等数名上海水仙电器股份有限公司股东

被告:上海证券交易所

被告上海证券交易所不给予 PT 水仙宽限期导致其退市后,原告朱某等多名投资者以上交所为被告,向上海市浦东新区人民法院提起行政诉讼,申请撤销上交所 2000 年 4 月 20 日作出的不给予 PT 水仙宽限期的决定,并赔偿相应的经济损失。

数名原告起诉的主要理由是,依据 2000 年 5 月 1 日颁布实施的《上海证券交易所股票上市规则》第 10.1.11 条规定,因连续三年亏损被暂停上市的公司,

① 证监会《亏损上市公司暂停上市和终止上市实施办法》规定了连续三年亏损的上市公司暂停上市、恢复上市、终止上市的标准、程序、证交所与证监会的职责分工。该办法的发布通知对当时已在证券交易所暂停上市的公司恢复上市和终止上市的办法作了明确规定,主要内容为:(1) 公司应当在 2001 年 4 月 30 日前公布 2000 年年度报告,未在此期限内公布的,中国证监会终止该公司上市。(2) 公司 2000 年度盈利的,在年度报告公布后,可以按照《办法》第三章的规定申请恢复上市,申请获中国证监会核准的,按《办法》第三章规定的程序恢复上市;未获核准的,公司可以向证券交易所申请自未获核准之日起 6 个月的宽限期。公司年度报告公布之日起 45 天内未提出恢复上市申请的,中国证监会终止其上市。(3) 公司 2000 年度亏损,或财务报告被注册会计师出具否定意见或拒绝表示意见审计报告的,在年度报告公布后 45 天内,可以按照《办法》第 9 条规定的程序向证券交易所申请从公布年报之日起 6 个月的宽限期;公司决定不提出宽限期申请的,或在 45 天内证券交易所未接到公司提出的宽限期申请的,按照《办法》第四章的规定终止上市。(4) 对上述经批准给予宽限期的公司,其 2001 年中期报告必须审计。中期盈利的,比照《办法》第 2 条的规定再获得自中期报告公布之日起 6 个月的宽限期;中期亏损的,按照《办法》第四章的规定终止上市。再次获得宽限期的公司,2001 年度盈利的,可以按照《办法》第三章的规定申请恢复上市,2001 年度亏损或财务报告被注册会计师出具否定意见或拒绝表示意见审计报告的,按照《办法》第四章的规定终止上市。(5) 有关恢复上市、终止上市的其他程序,依照《办法》的相关规定执行。

在暂停上市后三年内任何一年有盈余的,可以向交易所提出恢复上市的申请,交易所收到申请后三个工作日内提出意见,报中国证监会批准后恢复该公司股票上市。因此,被告在水仙公司暂停上市后还不满一年时间时,突然作出不给予水仙公司宽限期的决定,没有法律依据,依法应予撤销,并依法赔偿由此而直接造成交易价格异常波动所带来的经济损失。

[法院裁判]

上海市浦东新区人民法院对原告的起诉审查后,作出了书面裁定,认为“就目前证券市场不成熟,相关法律制度尚未完善”,故对股东就上交所作出的不给予股票暂停上市的上市公司宽限期决定不服提起的行政诉讼,人民法院暂不予受理。法院裁定后,原告未提出上诉。

[法律评析]

PT水仙退市,结束了此前一段时期上市公司只能生不能死、只能进不能出的历史,上市公司优胜劣汰的退出机制由此正式启动。其所具有的标志意义,以及对证券市场市场化、规范化发展起到的推动作用,自不待言。时至今日,上市公司退市已成为资本市场优胜劣汰机制的有机组成部分,已基本实现常态化。

在法律诉讼层面,本案作为起诉交易所的行政诉讼,引起了广泛关注。法院基于实用主义,以证券市场不成熟、相关法制不完善为由,采取了“暂不予受理”这一权宜之策,相关有争议的具体问题因诉讼未能展开而被搁置,但本案内含的案件受理和审理问题,值得探讨和发掘。在受理层面,需要讨论本案是否符合行政诉讼案件的受理条件;在审理层面,需要讨论上交所不同意PT水仙宽限期申请的合法性问题。

一、本案中的行政诉讼受理问题

本案中,原告提起的是行政诉讼,故案件的受理自应遵守行政诉讼条件。依照行政诉讼基本原理、我国《行政诉讼法》以及2000年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》,行政诉讼最基本的要义在于:与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的,可以依法提起行政诉讼。由此,将本案作为行政诉讼受理,在法律事实和逻辑上,必须具备两个要素:第一,上交所作出的不给予PT水仙宽限期的决定,属于具体行政行为,如不属于具体行政行为,则自无行政诉讼可言。第二,原告尽管不是该具体行政行为的相对人,但应与之具有法律上的利害关系,否则原告将不具备诉讼资格。

(一) 上交所作出的不给予PT水仙宽限期决定是否属于具体行政行为

最典型的具体行政行为是由行政机关作出的。如果上交所属于行政机关,则其作出的不给予PT水仙宽限期决定自应属于具体行政行为。但面临的问题是,PT水仙退市时,相关法律文本,无论是《证券法》还是《证券交易所管理办法》抑或《上海证券交易所章程》,对证券交易所的基本法律身份的文字表述虽有差异,但总体上是将交易所定位为“实行会员制的自律组织”。换言之,交易所不具有行政组织的法律身份,在法律规则层面,是十分清楚的。

在理论界,有学者对现实经济中交易所自律组织的法律身份提出质疑,认为交易所“会员制的自律组织”定位,仅存在于法律文本,没有走进经济生活,组建上交所根本不是私法意义上的社团发起行为,而是地方政府、中央政府批准的一个改革试点,为实现公共利益而组建,事实上属于证监会下属的公立机构,其对市场的监管,究竟是自律管理还是行政管理,是存在疑问的。^①

我们认为,这一解释交易所历史和现实状态的学术观点,有合理部分。确实,上交所有别于境外成熟市场“市场选择模式”下的自生自发的证券交易所,其设立是一种政府选择模式,其组建和运行中政府型构的色彩十分浓厚,上交所并非完全意义上的纯粹的自律组织,其市场监管也带有公权力因素。但由此将其等同于政府组织,将其实行的一线监管等同于行政监管,显然过于绝对。准确、客观地说,现实经济生活中的上交所,兼具政府机构和自律组织双重身份,市场监管兼具行政监管和自律监管的双重特征。

基于上述理解和认识,考察交易所的监管行为是否属于具体行政行为,也难以一概而论,应当对具体行为本身的性质及行为背后的权力之性质进行细致分析。^② 这样的立论和方法,在我国行政诉讼法中并不存在障碍。行政诉讼法规定,法律法规授权或者行政机关委托的组织实施行政行为也属于行政诉讼的受案范围。而最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第1条规定:“公民、法人或其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员行政行为不服,依法提起行政诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。”由此可以看出,行政诉讼审查的对象不仅限于“行政机关及其工作人员的行政行为”,而是扩展到了“具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为”。这意味着只要是行使行政职权的行为,不管其行为主体是

^① 参见方流芳:《证券交易所的法律地位——反思与“国际惯例”接轨》,载《政法论坛》2007年第1期。

^② 这一点在大陆法系行政法律和诉讼理论中也得到认可。如在德国,是否为行政主体,判断依据并非在于组织,而是在于作用;凡是以自己的名义行使权力,负担义务来执行公权力皆属之,而不论其是否公法或私法组合。参见黎军:《论司法对行业自治的介入》,载《中国法学》2006年第4期。