

苏某某涉嫌内幕交易案二审判决 若干法律问题探讨

黄江东*

摘要:北京市高级人民法院对苏某某涉嫌内幕交易案作出二审判决,撤销证监会行政处罚、复议及一审法院判决。法院对行政执法机关调查程序只应作合法性审查,具体采用哪些调查行为应由行政机关根据案件具体情况自主裁量,法院不应过多干预。本案证据已达到了足以证明殷某某为内幕信息知情人的程度,法院不应苛求行政机关“穷尽调查手段”。在基于联络接触推定的情况下,交易特征须达到“高度吻合”程度。对涉密证据,也应进行质证,审查证据的“三性”。

关键词:苏某某案 内幕交易 程序违法 推定

近日,北京市高级人民法院公开宣判苏某某诉中国证监会对其作出的行政处罚和行政复议决定上诉案,以事实不清、程序违法为由终审判决撤销被诉行政处罚决定和行政复议决定,一并撤销此前驳回苏某某诉讼请求的一审判决。北京市高级人民法院官网随即刊发《为何这起证券行政处罚被撤销——北京市高级人民法院判决详解内幕交易调查规则与标准》的文章,^①对审理的焦点问题及判决依据进行了详细解析;第二天,《人民法院报》刊发文章《北京高院终审撤销一证券行政处罚——判决详解内幕交易调查规则与标准》,最高人民法院官网原文转发,^②各大网络媒体更是争相

* 上海专员办。

① 载北京市高级人民法院网站:<http://bjgy.chinacourt.org/article/detail/2018/07/id/3395185.shtml>,最后访问日期:2018年7月18日。本文以下直接引用部分若未经特别说明的,均引自北京市高级人民法院文章。由于该案判决书尚未公开,北京市高级人民法院文章视同为其二审判决的主要内容。

② 载中华人民共和国最高人民法院官网:<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-108051.html>,最后访问日期:2018年7月18日。

转载,一时间该案成为资本市场广为关注的热点。由于该案较为详细阐明了法院对内幕交易调查规则与标准的态度,且判决证监会败诉,更是引起了证监会系统的广泛关注和深入讨论。笔者不揣浅陋,试对本案涉及的若干焦点法律问题进行探讨,以期对改进工作有所裨益。

一、案情简介

中国证监会认为苏某某涉嫌内幕交易,决定对其进行立案调查,并对威华股份及相关人员进行了检查、调查。经核查,中国证监会认为苏某某在内幕信息公开前与内幕信息知情人员殷某某联络、接触,相关交易行为明显异常,且其没有提供充分、有说服力的理由排除其涉案交易行为系利用内幕信息,违反了《证券法》第73条、第76条第1款的规定,构成《证券法》第202条所述内幕交易行为。2015年8月27日,中国证监会向苏某某作出《行政处罚事先告知书》,并委托上海局于同年12月9日送达。同年12月11日,苏某某表示需要陈述申辩并举行听证会。同年12月25日,中国证监会向苏某某送达了《听证通知书》。2016年1月19日,中国证监会举行听证会,听取了苏某某的陈述申辩意见。

中国证监会认为,苏某某交易威华股份的时点与资产注入及收购铜矿事项的进展情况高度吻合,但是苏某某没有为其与殷某某在涉案期间存在接触联络以及其交易行为与内幕信息形成过程高度吻合提供充分、有说服力的解释。苏某某的上述行为违反了《证券法》第73条、第76条第1款的规定,构成《证券法》第202条所述内幕交易行为。根据苏某某违法行为的事实、性质、情节与社会危害程度,依据《证券法》第202条的规定,中国证监会作出[2016]56号行政处罚决定:没收苏某某违法所得65,376,232.64元,并处以65,376,232.64元罚款。苏某某不服被诉处罚决定,向中国证监会申请行政复议。中国证监会经审查作出[2017]63号行政复议决定,决定维持被诉处罚决定。苏某某仍不服,诉至法院。

二、本案证据是否足以认定殷某某为内幕信息知情人

本案上诉人苏某某认为,中国证监会在调查过程中,并未找到殷某某,核实清楚殷某某的身份信息,也未对殷某某的情况展开调查,认定殷某某属于内幕信息知情人

事实不清,法律依据不明。中国证监会认为,其已穷尽各种手段调查收集证据,而且即使找到了相关人员,其不配合调查的情况也很常见,虽然作为涉案人员的殷某某一直未被找到,但其他涉案人员询问笔录以及有关会议记录证明,殷某某实际参与了资产注入事项的形成过程并知悉铜矿收购事项,为内幕信息知情人。

北京市高级人民法院审理认为,《行政处罚法》第36条的规定,在行政处罚一般程序中,行政机关发现公民、法人或者其他组织有依法应当给予行政处罚的行为的,必须全面、客观、公正地调查,收集有关证据。“全面”要求“调查范围上既要向涉嫌违法的相对人进行调查,也要向了解案件事实的直接当事人和利害关系人进行调查,特别是案件涉及的直接当事方,是案件事实的直接经历者,也是权利攸关方,理当成为行政调查不可或缺的对象。”中国证监会认定殷某某为内幕信息知情人,除了相关会议记录以及其他相关人员的证人证言外,还必须向殷某某本人进行调查询问,除非穷尽调查手段而客观上无法向殷某某本人进行调查了解。法院进而认为,中国证监会的这些努力尚不构成穷尽调查方法和手段,也不能根据这些努力得出客观上存在无法向殷某某进行调查了解的情况。这是因为,中国证监会寻找殷某某的相关场所,只是殷某某可能从业的单位,并不是确定的实际可以通知到殷某某的地址,而且看不出中国证监会曾到殷某某住所地、经常居住地或户籍所在地等地方进行必要的调查了解。即使是便捷通知方式,在案证据显示,中国证监会联系殷某某的方式也并不全面,电话联络中遗漏掉了“1392091 × × × 9”号码,且遗漏掉的该号码恰恰是苏某某接受询问时强调的殷某某联系方式,也是中国证监会调查人员重点询问的殷某某联系方式,更是中国证监会认定苏某某与殷某某存在数十次电话和短信联络的手机号码。执法中存在的上述疏漏,说明中国证监会对殷某某的调查询问并没有穷尽必要的调查方式和手段,直接导致其认定殷某某为内幕信息知情人的证据,因未向本人调查了解而不全面、因其他证据未能与本人陈述相互印证并排除矛盾而导致事实在客观性上存疑、因未让当事人本人参与内幕信息知情人的认定并将该过程以当事人看得见的方式展示出来而使得公正性打了折扣。

综上,北京市高级人民法院在此问题上的核心逻辑可概括如下:第一,行政处罚法规定了“全面”的调查义务,本案证监会仅有相关会议记录以及其他相关人员的证人证言不够,还必须向殷某某本人调查询问,除非穷尽调查手段后客观上不能;第二,本案中虽然证监会为寻找殷某某采取了一些行动,但只去了单位,没有去其住所地、经常居住地或户籍所在地等地方进行必要的调查了解的证据,且电话联络中遗漏掉

了“1392091 × × ×9”号码,而该号码正是中国证监会认定苏某某与殷某某存在数十次电话和短信联络的手机号码;第三,由于存在以上情况,故证监会没有穷尽必要的调查方式和手段,因而调查不全面,且因其他证据未能与本人陈述相互印证并排除矛盾而导致事实在客观性上存疑。简言之,证监会在此问题上调查程序不到位不全面、证据不充分。

本文认为,以上观点值得商榷。理由:

其一,法院对行政执法机关调查程序只应作合法性审查,至于具体采用哪些调查行为法律没有要求,应由行政机关根据案件具体情况自主裁量,法院不应过多干预。程序正当是法律的基本价值追求之一,实体正当必须通过程序正当来实现,这是诉讼法的精义所在。对行政行为而言,必须严格遵守相应的程序要求,如《行政处罚法》第37条所规定的调查或检查时“执法人员不得少于两人,并应当向当事人或者有关人员出示证件”,再如不得采取非法手段,如威胁、欺诈手段取证等。行政行为包罗万象,涉及的领域也千差万别,在程序合法的前提下,行政机关具体采取哪些调查行为,应由其根据具体案件的不同进行自由裁量,如果法院要对各领域、各类型的行政行为做出判断,恐怕也未必适应实际情况。比如,在调查证券违法行为时,证监稽查部门最为清楚应当采取哪些具体调查行动,甚至在长期实践的基础上总结出一套取证规范和工作指引,以使全系统的稽查执法行为更为规范化、统一化。而如果由从未干过此类稽查工作的法官来判断并规定应当做什么,难免有越俎代庖之嫌,在此问题上,司法理应保持必要的谦抑态度。

其二,从证明标准上看,本案证据已达到了足以证明殷某某为内幕信息知情人的程度。通说认为,行政处罚应采取“明显优势”证明标准,这高于民事责任中的优势证明标准,低于刑事责任中“排除合理怀疑”的证明标准。北京高级人民法院文章称,行政诉讼证明标准“需要根据具体案件情况,在排除合理怀疑的上限标准与合理可能性的下限标准之间合理确定个案中所适用的证明标准”,与上述理论通说基本一致。刑法是保障法,刑事责任是最严厉的法律责任,所以其证明标准当然也应是最严格的,只要存在合理怀疑不能排除,就应“疑罪从无”;民事纠纷是在平等主体之间进行,而且主要是财产责任,因此以优势证据为已足;行政责任则介于两者之间,其性质是国家公权力对相对人的惩罚,但程度又不及刑事责任严重,现代行政法的理念是在授权与控权之间、公平与效率之间寻求平衡,这就决定了在行政处罚中采取明显优势证据标准是合理的。本案中,证监会为了证明殷某某是内幕信息知情人,取得了相关会议

记录及相关当事人证人证言,这些客观证据是非常有力的,远较殷某某本人的陈述证明力强,且上诉人也并没有提出足以令人对上述证据产生合理怀疑的反证,只是强调调查人员没有找到殷某某,欠缺将殷某某认定为内幕信息知情人的直接证据。^①从证据理论上来说,证据分为直接证据和间接证据,直接证据单独即可证明待证事实,而间接证据只有形成一个完整的证据链条才能证明待证事实,但这显然不是只有直接证据才有效。即使在证据标准最为严格的刑事诉讼中,在符合一定条件下,间接证据也可定案,^②司法实践中也不乏“零口供”定罪的实例。^③所以,苏某某提出的上述抗辩理由不足以构成对证监会证据的有效反证。至于本案判决书中所称“因其他证据未能与本人陈述相互印证并排除矛盾而导致事实在客观性上存疑、因未让当事人本人参与内幕信息知情人的认定并将该过程以当事人看得见的方式展示出来而使得公正性打了折扣”,更是显得似是而非,哪条法律规定了“其他证据”要与“本人陈述相互印证”?要排除什么矛盾?当事人避而不见不配合调查,相应不利后果是否应由其自身承担?证监会公开听证、公开行政处罚难道不是“当事人看得见的方式”?

其三,本案判决书所提出的“穷尽调查手段”,极易引发证券稽查执法标准的模糊、混乱和无限扩大,同时还可能诱发潜在的不配合调查行为,实不可取。判决书多处强调,证监会没有“穷尽调查手段”,因而没有尽到法定调查义务。这种要求一是无依据,没有哪部法律哪个条文要求行政机关要“穷尽调查手段”,《行政处罚法》中关于调查要“全面”的规定,只是一个宣示性条款,主要是要求调查要涉及案件事实的各个方面,不能漏掉某个方面的事实,此外就是既要收集对当事人不利的证据,又要收集对当事人有利的证据,而不能理解为是要求“穷尽调查手段”。二是不妥当,“穷尽调查手段”是一个很宽泛的概念,不同的人理解可能大不相同,此人认为已穷尽调查手段,他人却很可能认为没有穷尽,由此极有可能导致案件取证标准的模糊化和无限提高,由此将可能引发证券稽查执法实践的混乱。更加令人担忧的是,该案的示范效应极有可能诱发被调查对象潜在的不配合行为,任你怎么找就是避而不见,这将对证

^① 见《中国证监会行政处罚决定书(苏嘉鸿)》([2016]56号),载中国证监会官网:http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/G00306212/20160504_296825.htm,最后访问日期:2018年7月20日。

^② 见《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的司法解释》(法释[2012]21号)第105条规定:没有直接证据,但间接证据同时符合下列条件的,可以认定被告人有罪:(1)证据已经查证属实;(2)证据之间相互印证,不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问;(3)全案证据已经形成完整的证明体系;(4)根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑,结论具有唯一性;(5)运用证据进行的推理符合逻辑和经验。

^③ 《首例零口供老鼠仓案:父母双亲同判实刑 罚没3573万》,载凤凰网财经网:http://finance.ifeng.com/a/20180501/16225643_0.shtml,最后访问日期:2018年7月18日。

券稽查执法效能产生严重负面影响。该案公布后,也正是此点受到广大证券稽查执法人员的热议并引发忧虑。如前所述,本文认为,稽查取证的标准只有一个,那就是是否达到行政处罚证明要求的明显优势程度,而不是什么“穷尽调查手段”。

综上,本文认为,北京市高级人民法院在本案证据是否足以认定殷某某为内幕信息知情人部分所提出的“穷尽调查手段”“必须与本人谈话询问”等观点,其法律依据不足,说理也不充分,且容易引发稽查执法实践的混乱和效能下降。法院只应对执法程序的合法性及证据的真实性、合法性和关联性进行审查,并就是否达到相应的证明标准作出判断,而不应就行政机关应作哪些具体调查行为进行界定。本案调查人员没有找到殷某某本人进行谈话询问,调查工作存在一定疏漏,但这并非必备的法定程序,本案在案证据已足以证明殷某某为内幕信息知情人。

三、关于内幕交易推定的适用条件和标准

证监会认为,内幕信息敏感期内,苏某某与殷某某有过多次数联络,且苏某某交易威华股份的时点与资产注入事项的进展情况高度吻合,交易行为异常,且没有为此交易行为提供充分有说服力的解释,应当推定构成内幕交易。苏某某认为,其买入威华股票具有合理理由和依据,交易时间与中国证监会认定的内幕信息形成没有高度吻合的特征,且中国证监会的认定反复摇摆,在行政处罚事先告知及被诉复议决定中对于内幕交易的认定皆为“较为吻合”,与被诉处罚决定中认定的“高度吻合”不同。

北京市高级人民法院文章要点如下:第一,基于内幕交易的隐蔽性,若现有证据已经足以推定交易行为是基于获知内幕信息而实施的,即可以认定当事人存在内幕交易行为,除非当事人能作出合理说明或提供证据排除其存在利用内幕信息从事相关证券交易活动。本质是通过推定的方式适当向原告转移部分特定事实的证明责任。这已被《关于审理证券行政处罚案件证据若干问题的座谈会纪要》(以下简称《座谈会纪要》)所确认。第二,证监会应当对据以推定的基础事实承担举证责任,本案中证监会主张殷某某为内幕信息知情人,事实不清、证据不足,因此推定当然也不能成立。第三,本案中,被诉处罚决定中的“高度吻合”已为被诉复议决定中的“较为吻合”所修正,且该修正与在案证据显示的内幕信息形成发展与相关交易活动进行的案件事实基本一致。交易特征与内幕信息“高度吻合”是证券监管机关对据以推定的基础事实所要达到的证明程度要求,本案没有达到。

关于内幕交易推定的问题,理论上没有障碍,实践中也广泛使用,已没有争议。对于推定的具体情形和适用条件则需细为考察,《座谈会纪要》第五部分“关于内幕交易行为的认定问题”核心内容是明确两种主要适用推定情形,分别是基于特殊身份的推定:“(二)证券法第七十四条规定的内幕信息知情人的配偶、父母、子女以及其他有密切关系的人,其证券交易活动与该内幕信息基本吻合”,和基于联络接触的推定:“(五)内幕信息公开前与内幕信息知情人或知晓该内幕信息的人联络、接触,其证券交易活动与内幕信息高度吻合”。图示这两种情形下推定内幕交易构成要件如图1所示:



图1

可见,这两种推定的最大区别是对于证券交易特征的证明要求不同。根据日常生活经验,在基于特殊身份推定的情形下,知情人近亲属或关系密切的人在敏感期内有交易行为,其内幕交易的盖然性是较大的,在此情况下可以适当放低对于其交易特征的证明要求,也即只要证明其与内幕信息“基本吻合”,且当事人又不能“自证清白”的,就可推定为内幕交易;而在基于联络接触推定的情形下,现代社会中每个人在一段时间内联络接触的对象都会相当多,因此必须对其交易特征有更高的证明要求,也即需要证明其与内幕信息“高度吻合”(否则将会有较大误伤的可能),同时当事人又不能“自证清白”的,方可推定为内幕交易。

本案显然是基于联络接触的推定,故必须证明当事人的交易特征是“高度吻合”。

在此点上,被诉处罚决定^①与被诉复议决定^②表述不一致。被诉处罚决定在“交易动机及特征”部分认为“苏某某使用‘浦江之星 12 号’、‘马某强’、‘朱某海’账户于 2013 年 3 月 11 日至 4 月 12 日期间持续买入‘威华股份’,交易时点与威华股份筹划注入 IT 资产事项形成过程较为吻合”,在回应当事人申辩意见时则称:苏某某交易“威华股份”的时点与资产注入及收购铜矿事项的进展情况高度吻合,同时被诉处罚决定还出现了“相关交易行为明显异常”的表述(“明显异常”的概念在内幕交易相关刑事司法解释中使用^③),处罚决定书本身表述前后不一致的问题很突出,也没有对构成“高度吻合”的理由进行具体论证。而被诉复议决定则认为“交易时点与威华股份筹划资产重组的形成过程较为吻合”,可见复议决定改变了处罚决定中“高度吻合”的认定。北京市高级人民法院认为,本案推定内幕交易,证监会需要证明当事人交易特征达到“高度吻合”的程度,而被诉复议决定只是认定“较为吻合”,没有达到相应证明要求,且该结论与在案证据基本一致。应当说,被诉处罚决定与被诉复议决定在内幕交易推定的构成要件和证明标准上认识不清、表述混乱,北京市高级人民法院的认定既有《座谈会纪要》作为依据,也符合法理,作出在案证据没有达到“高度吻合”的心证判断也难谓不妥。

值得强调的是,在案证据的证明力到底是达到了“基本吻合”还是“高度吻合”,最终取决于法官根据逻辑推理和日常生活经验作出的心证,但《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》给出了较为详细的指引,该司法解释第 3 条^④详细规定了从三个方面七个具体维度综合判断是否构成“明显异常”。本文认为,“明显异常”的概念外延大于“高度吻合”,因为“明显异常”包括时间

① 见《中国证监会行政处罚决定书(苏嘉鸿)》([2016]56号),载中国证监会官网:http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/Goo306212/201605/t20160504_296825.htm,最后访问日期:2018年7月20日。

② 见《中国证券监督管理委员会行政复议决定书(苏嘉鸿)》([2017]63号),载中国证监会官网:http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/Goo306211/201708/t20170802_321419.htm?keywords=苏嘉,最后访问日期:2018年7月20日。

③ 见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》法释[2012]6号。

④ 该司法解释第 3 条规定:“本解释第二条第二项、第三项规定的‘相关交易行为明显异常’,要综合以下情形,从时间吻合程度、交易背离程度和利益关联程度等方面予以认定:(一)开户、销户、激活资金账户或者指定交易(托管)、撤销指定交易(转托管)的时间与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致的;(二)资金变化与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致的;(三)买入或者卖出与内幕信息有关的证券、期货合约时间与内幕信息的形成、变化和公开时间基本一致的;(四)买入或者卖出与内幕信息有关的证券、期货合约时间与获悉内幕信息的时间基本一致的;(五)买入或者卖出证券、期货合约行为明显与平时交易习惯不同的;(六)买入或者卖出证券、期货合约行为,或者集中持有证券、期货合约行为与该证券、期货公开信息反映的基本面明显背离的;(七)账户交易资金进出与该内幕信息知情人员或者非法获取人员有关联或者利害关系的;(八)其他交易行为明显异常情形。”

吻合、交易背离和利益关联三个方面,但该司法解释所列举的前四项均属于交易吻合程度的判断,因此,在内幕交易行政处罚中判断是否属于“高度吻合”时,该四项指标具有重要的参考价值。调查部门在调查取证时要从这四个方面去取证,而处罚部门在处罚决定书中也要从这四个方面进行论证,如此,才能在接受司法审查时更有说服力。

与此相关还有一个程序上的问题是,若如苏某某所称:本案在行政处罚事先告知中对于内幕交易的认定是“较为吻合”,而被诉处罚决定中认定的是“高度吻合”,那么这种改变是与案件定性密切相关的重大改变,应当再次事先告知当事人,并保障其提出再次听证、进行陈述申辩的权利,否则将极有可能被认为没有有效保障当事人听证的权力而构成程序违法。

四、关于违法所得认定标准问题

苏某某认为,违法所得应当按照三个账户的实际情况分别计算,中国证监会依据深圳证券交易所《苏某某操纵控制账户盈利计算数据》计算苏某某违法所得,没有显示数据的计算过程及相关事实、相关证据。中国证监会认为,本案违法所得的计算方法是其惯用的计算方法,计算结果由深圳证券交易所计算并由中国证监会确认,深圳证券交易所的计算结果是对涉案股票账户实际交易记录的相关数据进行核算后作出的专业统计,计算数据准确。

北京市高级人民法院文章认为:第一,违法所得计算要标准明确、方式清晰,并公之于众,具有可验证性,以提升当事人对违法行为制裁后果的预期,也有利于对行政处罚进行事后监督。第二,《证券市场内幕交易行为认定指引(试行)》虽为内部参考性文件,但互联网等公开渠道可以查询到,当事人对此予以相应信赖具有一定合理性。第三,被诉复议决定认为“本案违法所得的计算符合法律规定,计算数据准确”,只有寥寥数语,没有相应的理由说明,看不出认真审慎履行法定复议监督职责,很难让人信服。第四,建议证监会修改完善该指引。如此,既可以为自身执法提供规范指引,推进执法规范化,也可以给市场主体提供行为指引和法律预期,提升执法行为的可接受性,最终促进对内幕交易行为的规制效果。简言之,内幕交易违法所得计算的标准和过程要明确、公开。

本文赞同上述意见。长期以来,证监会系统内部存在大量的“指引”“纪要”等规

规范性文件,其目的是内部就某个问题统一认识、指导工作,但这些文件有些是纯内部性的,有些则是直接与当事人权益密切相关的,本案提到的《证券市场内幕交易行为认定指引(试行)》就是这样。总体来看,这些规范性文件存在两个较突出的问题:一是非公开性。工作中依据这些文件处理与当事人相关的事务,但当事人却看不到依据何在,甚至有些关于对法律问题认识的“纪要”被定为秘密级,只在极少范围内知悉,系统内绝大多数的稽查执法人员都看不到。二是修订不及时。有的文件“试行”了10多年,始终未见正式发布,随着时过境迁,许多内容已经明显不适应当前需要,也未予以及时修订。这样的“僵尸”文件对内容容易引起工作上的混乱,对外容易导致当事人的误解,引起相对人、社会公众甚至司法机关的质疑。政府行政行为应以公开为原则,以非公开为例外,这是依法行政的内在要求。对与当事人权益密切相关的规范性文件更是应当公开,以便当事人查阅知悉,获得稳定的预期,并对行政行为进行监督。

与此相关的另一个例子是,证监会稽查执法立案标准也未对外公开(该标准实际即是稽查处罚实践中掌握的是否构成违法、是否应予处罚的标准)。有观点认为,立案标准是内部掌握的是否需要处罚的标准,如果公开,潜在的违法者即会根据该标准进行规避,不利于打击违法行为。例如,若将信息披露违法行为占总资产的比例的标准(如5%)公开,则违法者就可能会每次掐准在这个红线以下(如4.9%)来做,容易被钻空子。本文认为,以上观点似是而非。既然画出了一条合法与非法的红线,当事人在红线以内进行活动,这恰恰说明规则起到了指引当事人行为的预期效果,应当是执法者乐于见到的,不能认为是钻空子。如果实践中发现当事人这种行为危害后果也较明显,那只能说明这条红线定得不够准确,或者说随着实践的发展需要调整,此时及时作出调整即可。

五、关于程序合法性正当性问题

苏某某认为,一审判决违反法定程序,被上诉人在一审中提交了一份“涉密证据”,用以证明上诉人与殷某某“45次通话记录”“71次短信联系”的事实,该证据无论在庭前证据交换环节还是在开庭时都没有进行质证,即使涉密也应当经过质证才能作为裁判的根据。证监会认为,一审法院对其提交的涉密证据未在开庭时公开质证并无不当。

北京高级人民法院认为:第一,行政处罚程序也存在前述未履行全面、客观、公正调查收集证据职责的问题,这既是事实和证据问题,也是程序问题,因而也应确认行政处罚程序违法。第二,对于苏某某与殷某某的通信记录,证监会以“涉密”为由不予保障苏某某在行政程序中的质证权利,也构成对苏某某合法享有的陈述申辩权利的侵害,一审法院审理程序也存在同样问题,一并指出并纠正。

本文认为,程序违法是一个严格的法律概念,不能作过于扩大化的理解,只有在明确违反法定程序要求的情况下方可认定为程序违法。北京高级人民法院的认定逻辑是,没有证据证明调查人员拨打了殷某某这个关键的手机号码,因此就是没有“全面”履行调查义务,违反《行政处罚法》的“全面”要求,故认定为程序违法。如前所述,本文认为,本案在案证据已足以证明殷某某为内幕信息知情人,法院认为“未穷尽调查手段”、必须找到殷某某本人调查谈话等观点法律依据不足,亦与法理不符。没有哪条法律法规要求证监会行政调查必须要找到当事人进行询问谈话,更无必须拨打当事人手机的要求;《行政处罚法》的“全面”要求,是一个相当原则的规定,理解为宣示性条款较合适。退一步说,即使法院认为本案证据尚不足以证明殷某某为内幕信息知情人,那也只是实体证据不足,而不是程序违法,这是两回事,不可混为一谈。

对于苏某某与殷某某的通信记录在行政处罚程序和一审法院审理程序中没有质证的问题,这确实应属程序违法。《行政诉讼法》第43条规定,证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据,不得在公开开庭时出示。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第35条规定,证据应当在法庭上出示,并经庭审质证。未经庭审质证的证据,不能作为定案的依据。第37条规定,涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据,不得在开庭时公开质证。由上可见,证据应当在法庭上接受质证,这是法律的明确规定,违反即构成程序违法。令人意外的是,在行政处罚程序和一审法院审理程序中居然都忽略了此点,这是硬伤。即使是考虑到当事人通信记录属于个人隐私,那也只需将公开质证改为非公开方式即可(如不公开听证、不公开开庭),而不能不质证。

与此相关还有一个问题经常引起争议,那就是证监会是否有权调取调查对象的通信记录。肯定说认为,《证券法》第180条明确规定,国务院证券监督管理机构依法履行职责,有权查阅、复制与被调查事件有关的财产权登记、通信记录等资料;否定说认为,《宪法》第40条规定中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保

护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。《证券法》上述规定违宪,因而应无效。本文认为,从理论上来看,《宪法》对通信自由和通信秘密的保护明确而具体,虽然从字面上看“通讯记录”并不等于“通信秘密”,但从法律精神上讲,《证券法》上述规定是与《宪法》不相契合的。但从程序上来看,《证券法》是经全国人大依照严格的法定程序制定的法律,其是否违宪只能由全国人大作出立法解释,其他任何组织和个人都无权决定停止其中哪个条文的执行。在全国人大对此作出相应决定或解释前,证监会作为证券市场监督管理机构,有权且必须严格履行《证券法》赋予的相关法定职责,而被调查对象也必须依法给予配合。