

证券法中“封存”措施的理解与适用

翁凯一* 樊增东**

摘要:《证券法》规定证券监督管理机构有权使用封存措施,但是未明确如何具体实施。根据《行政强制法》,封存是行政强制措施,也是证据保全措施。稽查总队有权以自己名义作出封存决定。封存对象包括纸质文件和资料,也包括存储光介质、磁介质、电子介质等载体形式的文件和资料,以及承载上述载体的特定物件。封存期限应规定为 30 日。

关键词:封存 文件 资料

一、“封存”措施的适用现状

《证券法》第 180 条授予国务院证券监督管理机构相应的强制措施,第 5 项明确规定在调查过程中有权封存可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料。实践中,封存措施鲜有使用,究其原因主要有四点:

* 中国证监会稽查总队干部,法学博士。

** 中国证监会稽查总队第七支队副支队长。

一是缺乏实施细则,执法人员不知操作规程。《中国证券监督管理委员会案件调查实施办法》第21条虽然设计了“封存”操作规范,但是没有明确封存的报批程序、期限、对象、特殊情况处理,一线执法人员缺乏工作指引。

二是审批程序不明确。95%以上封存文件和资料的需求发生在第一现场,极具紧迫性。《案件调查实施办法》虽然规定报经案件主办单位负责人同意,但是对于如何报告、如何审批,特殊情况如何处理没有明确规定。如果参照冻结、查封程序,则需要6道审批、证监会主要负责人审批,在第一现场实施封存措施的可能性几乎为零。

三是封存措施存在双方对抗的风险,而稽查执法部门应对执法风险的措施和能力尚不完备,相关法律法规并未赋予保障措施。

四是被行政相对人投诉、起诉的风险。由于封存措施容易引起相对人的激烈反应,在操作规程不完善的情况下,一线执法人员为避免执法过失,难免有多一事不如少一事的心理。

由于证券法规定的封存措施无法具体落实,导致部分案件的关键证据,如内幕交易、操纵市场等类型案件中以电子数据存储的文件和资料,以及发行人违法违规案件中认定关联关系的印章、印鉴等,不能及时有效固定,致使部分案件事实无法查实。其危害有三:一是挫伤一线调查人员的执法积极性,加重调查人员的办案压力,动摇调查人员维护资本市场“三公”的信心;二是个案办理效果不佳,办案周期延长,短期损害证券监管机构的执法权威,损害广大投资者对于资本市场“三公”的期望;三是长远来看,因证据固定不力,办案效果打折,可能弱化证券监管机构市场监管的主体地位。

二、封存权的法律性质

《证券法》第180条第5项规定,国务院证券监督管理机构依法履行职责,有权采取下列措施:(五)查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料;对可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料,可以予

以封存。如何封存？首先需要明确封存的法律性质，确定适用何种法律程序。

（一）封存是不是一种行政强制措施

有观点认为，封存不是一种行政强制措施，证监会实施封存可以不受《行政强制法》的约束。

首先，封存的对象不在强制措施范围内。从《行政强制法》第2条第2款强制措施的定义来看，行政强制措施，是指行政机关在行政管理过程中，为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形，依法对公民的人身自由实施暂时性限制，或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。定义规定，行政强制措施的对象是人身自由或者财物。法律概念中的财物，一般是指具有使用价值和交换价值的财产和物品，如工商查封的假冒伪劣产品、走私物品、赃物等。证券法中规定的封存对象是文件和资料，与财物的内涵和外延均有一定差异。

其次，行政强制措施中未明确列举封存措施。《行政强制法》第9条列举了行政强制措施的的五种类型：（1）限制公民人身自由；（2）查封场所、设施或者财物；（3）扣押财物；（4）冻结存款、汇款；（5）其他行政强制措施。上述措施的对象未包括文件和资料，手段也未明确包含封存措施。根据法律的谦抑性原则，既然强制措施列举的类型不包括封存，封存就不宜认为是强制措施。

综上，不能认定《证券法》中的封存措施是一种行政强制措施，执法过程中不能根据《行政强制法》适用封存措施。

（二）封存是不是一种证据保全措施

有观点认为，封存与《行政处罚法》第37条第2款规定“先行保存”意义相同，都是证据保全措施。

第一，封存和先行保存的对象相同。《行政处罚法》第37条第2款规定，行政机关在收集证据时，……在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，经行政机关负责人批准，可以先行登记保存……可以看出，“先行登记保存”的对象是可能灭失或者以后难以取得的证据，而封存的对象也是可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料，与证据保全措施的对象相同。

第二,封存和先行保存的目的相同。封存目的是固定可能灭失的文件和资料,先行保存的目的也是保存可能灭失或者以后难以取得的证据,两者在目的上具有相同性。

因此,封存与《行政处罚法》中的先行保存具有相同的法律意义,是一种证据保全措施,应当按照《行政处罚法》、《行政诉讼法》关于证据保全的具体规定实施。

(三)封存是为保全证据而采取的行政强制措施

本文认为,封存是证券法规定的、证券监督管理机构有权实施的行政强制措施,同时也是一种证据保全措施。

第一,封存符合行政强制措施的概念特征。首先,封存的对象是文件和资料,属于财物的范畴。虽然文件和资料是记载信息的载体,其社会价值并不在于载体形式,而是该载体所承载的信息,如同刻录软件的光盘,谁也不能否认刻录软件的光盘属于财物。其次,封存是对公民、组织的财物实施的暂时性控制行为。封存是为了防止当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料被转移、隐匿或者毁损,而采取的暂时性控制行为。

第二,《行政强制法》第9条所列举的其他行政强制措施涵盖了封存措施。该条列举的4项强制措施虽然未包括封存,但是在第5项中设置了兜底条款,以涵盖其他未明确列举到的、符合行政强制措施概念特征的未尽类型,这是立法法所允许的、符合社会发展要求的立法技术形式。

第三,封存措施不属于《行政强制法》第3条第3款所规定的金融业审慎监管措施。金融业审慎监管措施,首先具有明显的行业特点,仅限于金融业领域;其次,是审慎监管措施,具有审慎性、监管性特点,一般是指限制证券账户买卖等行为。封存是固定证据的一种形式,适用范围并不局限于金融业,同时也不具有审慎性和监管性,不属于金融业审慎监管措施。

第四,行政强制措施与证据固定措施存在包含关系,即证据固定措施是行政强制措施多种目的之一。根据行政强制法,行政强制措施具有以下目的:制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩

大等,行政机关为防止证据毁损而采取的证据固定措施是行政强制措施的一种情形。另外,证据法上的证据固定措施,并不局限于司法活动中,行政执法同样面临固定证据的需求,封存作为一种证据固定措施与行政法上的强制措施性质并不冲突。

三、封存权的审批主体

(一) 封存权的审批权限

证券法第 180 条明确规定冻结、查封需要国务院证券监督管理机构主要负责人批准,而同一条中并没有规定封存的审批权,是立法者的疏漏,还是对于封存的审批权另有考虑?

第一种观点认为,封存的审批权应当归属国务院证券监督管理机构,其他部门及地方派出机构无权批准封存。参考《证券法》第 180 条第 6 项的规定,查封、冻结的审批权由证监会主要负责人批准,同一条中的其他强制措施,也应当由证监会主要负责人批准。

第二种观点认为,证监会及其派出机构负责人均有权批准封存。冻结、查封明确规定需要国务院证券监督管理机构主要负责人批准,是因为冻结、查封可能涉及当事人重大财产,而封存的对象是文件和资料,对公民基本权利影响相对较小。因此,在法律没有明确授权且审批权未明确层级的情况下,审批权可以由具有法人主体资格的证券法执法单位实施。地方派出机构虽然作为国务院证券监督管理机构的派出机构,但在法律上是具有法律主体资格的参公事业单位,根据《行政强制法》第 70 条之规定,法律、行政法规授权的具有管理公共事务职能的组织在法定授权范围内,以自己的名义实施行政强制,适用本法有关行政机关的规定。因此,封存措施可以由以行政机关论的证监会及地方证监局负责人批准。本文同意第二种观点。

(二) 稽查总队负责人有权批准封存

稽查总队负责人是否有权批准封存? 这涉及稽查总队在国务院证券监督管理机构中的特殊地位。

第一种观点认为,稽查总队不具有封存的审批权限。理由是:

(1)稽查总队人事上由证监会统一管理;(2)业务上受证监会领导,没有独立稽查公章;(3)稽查总队财务上不独立,不是独立会计核算单位;(4)分工上,稽查总队是作为证监会的一个业务部门,承办证券期货市场重大、紧急、跨区域案件,以及上级批办的其他案件。因此,从稽查总队的职权范围、责任能力方面来看,不具有行政法上的主体资格,不适宜审批行政强制措施。

第二种观点认为,稽查总队是中编办批复的证监会直属事业单位,有单独的机构代码,能够作为封存权的审批主体。理由如下:(1)稽查总队系中编办批复的证监会直属事业单位,授予的职责是承办证券期货市场重大、紧急、跨区域案件,以及上级批办的其他案件,其权力来源系中编办以行政法规的形式授权,^[1]属于行政法规授权的具有管理公共事务职能的组织;(2)稽查总队具有独立的法人机构代码、独立的事业法人公章;(3)稽查总队作为中编办批复的、承办证券期货市场案件的证监会直属事业单位,在法律性质上属于《证券法》第7条规定的国务院证券监督管理机构范畴;(4)根据(1)、(2)以及《行政强制法》第70条的规定,稽查总队适用行政强制法有关行政机关的规定;(5)根据(3)、(4)以及《证券法》第180条第5项,稽查总队有权适用封存的规定。同时,根据《行政强制法》第70条的规定,稽查总队作出的封存决定必须是以自己的名义作出,印章必须适用稽查总队的专用章。本文同意第二种观点。

(三)封存审批权能否再委托

根据《行政强制法》第17条第1款之规定,行政强制措施由法律、法规规定的行政机关在法定职权范围内实施。行政强制措施权不得委托。那么,在审批权限未变更的情况下,能否在何时实施、什么情况下实施由具体部门负责人决定?

本文认为,《行政强制法》第18条规定,行政强制措施的审批权是行政机关负责人,该强制性规定是不可改变的。但是,由于具体案件现

[1] 关于中编办批复的法律性质,参考最高人民检察院对《关于中国证监会主体认定的请示》的答复函(高检发法字[2000]7号),以及最高人民检察院对《关于中国保险监督管理委员会主体认定的请示》的答复。

场情况复杂,一线情况需要及时决策。同时,考虑到稽查总队第六、七支队长期处在沪深两地,作为变通方案,可以由稽查总队负责人概括批准,具体情形由第六、七支队主要负责人决定,既避免违反强制法关于审批权的规定,又能够有效保证封存措施的有效实施。

四、封存的范围

根据《证券法》第180条第(5)项的规定,封存对象应当是可能被转移、隐匿或者毁损的当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料。实践调查中,文件和资料的范围如何界定?常见的电子数据、光介质数据是否属于文件和资料的范畴,需要运用法律解释方法予以明确。

(一)文件和资料的解释方法

如何理解“文件和资料”,涉及法学中一个基本问题:解释方法论。

法律一旦制定,由于语言的局限性、时代变化,不可避免存在新情况、新问题。解释,是将“纸面上的法律”落实到“生活中的法律”的重要一环。然而,解释都带有一定程度的创造性。司法活动中,人们或注重文义,或注重价值与目的,或注重现实社会关系,形成了文义解释方法、价值衡量方法、目的解释方法、社会学解释方法等。文义解释是法律解释中最基本的方法。^{〔2〕}

根据对文义内涵的解释幅度,文义解释又包括字面解释、限缩解释、扩大解释等。文义解释不完全是按照文字的字面含义进行解释,而是在探讨文字的法治语境下应该是什么意思,是要确认文字多义性之一种,而不是死抠字眼。法律解释不能超越其可能的文义,否则就超越了法律解释的范畴,进入另一种意义上的造法活动(法律续造)^{〔3〕}。文义解释中,科学意义上的扩大解释,并不违背罪刑法定原则,不仅有助于准确理解刑法规范的立法精神和具体含义,有利于刑法的统一正确

〔2〕 陈金钊:“文义解释:法律方法的优位选择”,载《文史哲》2005年第6期。

〔3〕 王泽鉴:《法律思维与民法方法》,中国政法大学出版社2001年版,第220页。

实施,而且也是对刑事立法不够详尽之处的有效弥补。〔4〕

在刑法理论上,扩张解释是常见的解释方法之一,扩张解释的实质是以刑法语词含义为中心向外围拓展,〔5〕如盗窃罪的对象是“财物”,一般指向有体物,随着社会发展,“天然气”、“电力”、“电信号码”、“网络游戏装备”、“网络游戏中的虚拟货币”、“软件激活码”等不具备有体物特征、但又具有财产属性的资源,也纳入盗窃罪“财物”的规范范畴。外围的限度为词语的可能含义,扩张分为对象扩张、行为方法扩张和主体扩张。〔6〕刑法理论上,一般以“文义射程”界定扩张解释的范围,而“射程”则以“国民预测可能性”为标准。“刑法是一种社会规范,对于‘可能具有的含义’的判断当然也应当采取社会的标准,一种解释的结论能够被一人接收,就意味着其没有超出国民预测可能性,如果一般人对其某种解释的结论会大吃一惊,则意味着这种解释结论超出了国民的预测可能性。”〔7〕

根据文义解释法,狭义的“文件”就是档案的意思,广义的“文件”指公文书信或指有关政策、理论等方面的文章。随着时代的发展,文件的范畴也在逐步扩大,如电脑上运行的程序、杀毒软件等都叫文件。资料的意义非常的广泛,指需要查到某样东西所需要的素材。通常理解为:(1)生活、生产中所有的必需品:生活资料;生产资料;(2)可供参考作为根据的材料:复习资料;资料不全。从上述文义中可以发现,文件和资料的内涵十分丰富,文件是指解决某项具体内容的、具有一定规范形式的数据组合;资料内涵更为宽泛,泛指能够满足某种使用需求、没有一定表现形式的材料。

在法学意义上,文件应指具有规范形式外观、内容完整、用于说明特定事项的正式材料。其载体可能是纸质,也可能是电子介质、磁介质、光介质等。

资料应指内容能够证明特定事实,但是其存在形式可能规范也可能不规范、内容可能完整也可能不完整的一类材料。其载体可能是纸

〔4〕 陈泽宪:“罪刑法定与扩大解释”,载《人民检察》2007年第19期。

〔5〕 蒋熙辉:“刑法解释限度论”,载《法学研究》2005年第4期。

〔6〕 李希慧:《刑法解释论》,中国人民公安大学出版社1995年版,第110页。

〔7〕 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2011年版,第15页。

质,也可能是电子数据,如电脑中存储的文件碎片、恢复出的文档碎片等。

(二)文件和资料的解释范围

根据《证券法》第180条第5项之规定,封存文件和资料的意义,在于固定相应的证据,封存对象应是文件和资料的载体。2013年《刑事诉讼法》第48条第2款已经将电子数据列入证据法定类型,作为封存对象的文件和资料,理当回应证据类型的最新形势,涵盖电子数据形式的文件和资料。

基于上述理论论证以及现实诉求,《证券法》第180条第5项规定的文件和资料,具体应包括下列载体的文件和资料:1. 纸质载体的;2. 以光学介质存储的,如光盘等载体的;3. 以磁性介质存储的,如磁盘、磁带、磁卡等载体的;4. 以电子数据存储的,如优盘、U盾、硬盘、电脑主机、笔记本电脑、平板电脑、网卡、内存条、芯片卡、移动上网设备等载体的;5. 以塑料、木质、瓷质、玉质、合金及复合材料等其他形式载体的,如会员卡、印章等。

(三)特殊情况下文件和资料的理解

实践中,涉案当事人的重要文件资料通常藏在保险柜、文件柜等密闭物件中,如果涉案当事人现场不打开密闭物件,稽查执法人员将无法查阅、复制该文件和资料,从而造成稽查执法目标无法实现。

为加强证券监管执法力度,保证证据收集及时有力,有必要将国民普遍认为的存放文件和资料的特定物件纳入封存范围,即特定物件虽然不是文件和资料,但是根据已调查到的线索或者生活经验,可能存放有本细则规定的文件和资料,调查对象拒绝检查的,稽查执法人员可以将特定物件视为可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料。特定物件是指封闭的、能够存放文件和资料的物件,如文件夹、文件包、文件柜、保险柜等。

(四)证券法第180条第5项“文件和资料”与第6项“重要证据”的区别

根据证券法第180条第5、6项规定,国务院证券监督管理机构封存文件和资料与查封、冻结涉案财产和重要证据的程序不同。封存文件和资料并没有要求国务院证券监督管理机构主要负责人批准,而查

封、冻结涉案财产和重要证据必须国务院证券监督管理机构主要负责人批准。当同一份资料既具有文件和资料的属性,又具有重要证据的属性时,对该证据采取行政强制措施时,应当如何审批?

根据案件调查规律,证据的收集、重要性的判断是一个渐进过程,只有先查阅、复制或者封存了相应的文件和资料,通过固定证据等手段,才能研判证据的重要性;然后,经过分析论证,才能认定该文件和资料为重要证据。

封存时的重要性判断,是判断行政强制措施是否具有必要性的条件。因为封存处于案件的调查探索阶段,对于案件调查具有重要性的文件和资料,可能是下一步调查的线索,也可能是其他证据的辅助证据,还可能是认定案件性质的重要证据,即封存时考虑的重要性与《证券法》第180条第6项规定的重要证据之间存在的两方面的差异:(1)认定时间上,先有文件材料重要性的判断,固定证据之后才能够继续判断是否属于重要证据;(2)认定结果上,封存后的文件资料,有可能成为重要证据,也有可能不是具有重要性的文件和资料,能否认定为案件的重要证据,还具有很大的不确定性。

因此,在案件调查阶段,对于文件和资料在固定证据过程中,可以使用封存程序,无须证监会主要负责人批准。如果该文件和资料转化为重要证据需要查封,则需要证监会主要负责人批准。

五、封存的期限

关于封存的期限,《证券法》、《行政强制法》以及《中国证券监督管理委员会案件调查实施办法》均未作出明确规定,理论上存在多种观点:

(一)“六个月”的观点

该观点参考《中国证券监督管理委员会冻结、查封实施办法》中冻结、查封的期限,以6个月为限,并且可以延长、继续。根据案件办理周期,封存期限规定为6个月,有利于案件调查工作。

(二)“三十日”的观点

该观点认为应当参考《行政强制法》中冻结、查封的期限,以30日为限,可以延长,特殊情况下可以申请鉴定。该观点认为,《行政强制法》是新法、上位法,而且是关于行政强制措施的特别法;《中国证券监督管理委员会冻结、查封实施办法》是部门规章,是下位法。根据上位法优于下位法的基本规则,冻结、查封的期限应当适用30日的规定。参考《行政强制法》关于冻结、查封期限的规定,封存的期限在没有明文规定的情况下,以30日规定为限。

(三)“七日”的观点

该观点认为参考《行政处罚法》“先行登记保存”的规定,封存期限应当是七日。理由是:(1)封存的性质是一种证据保全措施,其目的在于保全相应证据,与《行政处罚法》中的“先行登记保存”意义相同;(2)文件和资料一旦查阅、复制,再继续封存没有实际意义;(3)封存符合《行政强制法》关于行政强制措施的概念规定,在行政强制法没有明确规定强制期限的情况下,参考类型、目的最相近的“先行登记保存”的期限,最具合理性;(4)《行政处罚法》中规定“先行登记保存”的期限是7日。

(四)封存的期限应当规定为30日

本文赞同封存期限规定为30日,理由是:

1. 先行登记保存并没有规定具体期限。《行政处罚法》第37条第2款规定,“行政机关在收集证据时,可以采取抽样取证的方法;在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,经行政机关负责人批准,可以先行登记保存,并应当在七日内及时作出处理决定,在此期间,当事人或者有关人员不得销毁或者转移证据。”根据法条规定,7日是先行登记保存之后行政机关做出处理的期限,即先行登记保存后,行政机关应当在7日内及时作出处理决定,而不是先行登记保存的期限为7日。因此,《行政处罚法》对于“先行登记保存”也没有规定具体的期限。

2. 在法律没有作出明确规定的情况下,参照新法《行政强制法》中关于冻结、查封等强制措施期限为30日的规定,更具合理性。