

证券执法和解信息公开的范围及其限度

——以证监会〔2019〕11号公告为分析对象

梁 艺*

内容提要：证券执法和解带有鲜明的制度特征，其对于行政处罚具有替代性，行政和解协议具有合意性特征。在确保证券执法和解的合法与有效之间，和解信息公开与保密的限度需要寻求平衡。可操作性地划定执法和解的公开范围，需要区分行政和解具体实施阶段的不同以及和解协议本身的内容组成。在现有“以公开为原则，不公开为例外”的政府信息公开制度框架下，弥合行政和解过程中适度的保密性较为困难，需要明确《政府信息公开条例》对证券执法和解的有限适用，同时确立投资者对执法和解案卷的阅览权。

关键词：证券执法 行政和解 信息公开

《证券法》（2019年修订）在2020年3月1日正式施行，作为强化监管执法和风险控制的重要举措，《证券法》（2019年修订）第171条正式规定了行政和解制度。^{〔1〕}而在此之前，2019年4月23日，中国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）发布了〔2019〕11号公告（以下简称“11号公告”），对外公布其与高盛（亚洲）有限责任公司等9名行政和解申请人就相关事项的处理达成了行政和解协议。这是自《行政和解试点实施办法》（以下简称《和解办法》）2015年施行以来，证监会与申请人达成的第一起行政和解案件。本文主要关注的是在行政和解达成后，证监会应当在何种范围内公开与行政和解相关的信息，以及公开的限度如何划定的问题。因为根据《证券法》（2019年修订）第171条的规定，证监会决定中止或者终止调查后，应当按照规定公开相关信息。这一表述相对模糊，对于和解信息的公开范围与限度有赖于相关规范的体系解释，以及今后国务院在制定专门办法时的政策考虑。

需要说明的是，之所以从信息公开的视角切入，一方面与笔者一直以来的研究旨趣有关，另

* 梁艺，浙江工业大学法学院讲师。

〔1〕 参见侯捷宁：《证监会详解新证券法十大亮点》，载《证券日报》2019年12月30日，第A2版。

一更重要的原因在于,进一步探讨和解的适用范围、和解协议的效力等实体问题的前提是外部观察的可能性。所以,作为《和解办法》首次适用的案例,证监会对外公开上述信息的唯一形式即11号公告,是考察应在何种范围内公开行政和解信息的重要切入;通过梳理该公告与当时《和解办法》等相关规范间的互动关系,不仅可以形成探讨该问题的基本框架,也是《证券法》(2019年修订)施行后相关配套新规出台时的重要参考。

一、证券执法和解保密与公开的作用基础

证监会与高盛公司等9名申请人的行政和解,发生在《证券法》2019年修订之前,彼时其中并无涉及行政和解的相关规定。所以,本文针对11号公告的相关分析将首先以《和解办法》确立的解释框架为基础。从概念上看,证券执法和解,即证监会在执法调查过程中,可以依据行政相对人的申请,与其协商签订和解协议,约定由当事人改正涉嫌违法行为,消除涉嫌违法行为不良后果,交纳行政和解金补偿投资者损失,而证监会则终止调查执法程序的纠纷解决方式。根据这一定义与《和解办法》相关条款的解读,证券执法和解带有两项鲜明的制度特征:第一,行政和解对于行政处罚的替代性;第二,行政和解协议的合意性。也正是上述两项特征左右了证券执法和解公开与保密的作用基础,成为制度设计中不可忽视的因素。

(一) 作为代替行政处罚的行政和解

根据《和解办法》的规定,行政和解的适用以证监会的立案调查为前提,但与一般情况下以行政处罚结案的案件不同,案件经过了必要的调查程序,案件事实或者法律关系尚难完全明确,出于执法效率的考量,行政和解成为了当事人可选择的方案。

应当注意的是,案件事实难以明确,并不意味着案件事实无法明确,《证券法》并未对证监会的结案期限作出规定,例如宝硕股份信息披露违法案,证监会于2006年10月18日送达立案调查通知书,直至2014年7月1日作出行政处罚决定,调查时间长达八年。^{〔2〕}另一方面,基于和解的自愿原则,如果证监会未能掌握认定违法事实的一定证据,也很难想象当事人会主动提出行政和解的请求并接受高额的和解金条款。

换言之,行政和解的达成对双方而言均是利益衡量下的理性选择。证监会虽然可以坚持调查并作出行政处罚决定,但除了耗费过高的执法成本外,还可能面临后续争议处罚败诉的风险。2018年的苏嘉鸿案打破了证监会行政处罚实体零败诉的“应诉记录”,^{〔3〕}法院不仅没有认可证监会对内幕交易违法所得的认定与计算,甚至对证监会在执法过程中开展调查的方式进行了质疑,最终撤销了其针对苏嘉鸿个人没收违法所得、罚款总计1.3亿余元的处罚决定。^{〔4〕}而对当

〔2〕 参见中国证监会〔2014〕69号《行政处罚决定书》(河北宝硕股份有限公司、周山、闫海清等10名责任人),载 http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/G00306212/201409/t20140919_260656.htm, 最后访问时间:2019年9月2日。

〔3〕 2017年证监会行政处罚诉讼的48件案件中,法院对其中35件案件作出判决或裁定。35件案件中,原告主动撤诉5件;法院驳回再审申请1件;剩余案件无一例判决撤销或改变行政处罚决定。参见《2017年证监会行政处罚案件诉讼情况综述》,载 http://www.gov.cn/xinwen/2017-12/31/content_5252006.htm, 最后访问时间:2019年9月2日。

〔4〕 参见北京市高级人民法院(2018)京行终445号行政判决书。该案系《人民法院报》“2018年度十大民事行政案件”之一。

事人而言，暂且不论证监会继续调查后是否作出行政处罚决定，根据证监会《行政许可实施程序规定》《证券发行上市保荐业务管理办法》的规定，证券中介服务机构或其从业人员涉嫌违法违规被立案调查的，其保荐业务以及同类业务的行政许可均不予受理或中止审理，这意味着调查期限延长带来的潜在损失，将可能远远超出协商后和解金的支付数额。

综上，证券执法和解的功能定位是双方在风险评估后达成的行政处罚替代方案。这也意味着，原本通过行政处罚实现的公益维护、市场秩序恢复、损失补偿等监管目的，是否能够以行政和解的方式实现，成为证成其合法性的关键。不仅如此，根据《和解办法》的规定，行政和解应当遵循公平、自愿、协商、效能原则。但上述规定仅对自愿原则的内容作了进一步阐述，即“证监会不得向行政相对人主动或者变相主动提出行政和解建议，或者强制行政相对人进行行政和解”。除此之外，尤其是如何理解“公平”原则，并非不存在讨论的空间。公平原则是否意味着证监会实施行政和解也应当受到平等原则、比例原则等行政法原则的规范，在不同的行政和解案件中是否存在执法尺度不一的现象，都是合法性要求在作为行政处罚替代之行政和解中的延伸，上述问题最终导向的基本前提是，行政和解信息公开的充分性，从而保障外部监督与问责的可能。

（二）行政和解协议的合意性确认

行政和解协议的达成以双方协商为前提，遵循自愿和解原则。《和解办法》对和解协议合意性的确认有其先进性，因为具有上述和解特征的执法方式并不仅限于证券监管领域，事实上，此前《反垄断法》与《反倾销条例》中均对经营者承诺制度进行了规定。^{〔5〕}以前者为例，在对涉嫌垄断行为的调查过程中，若经营者承诺消除影响，执法机构可以中止调查。但一直以来对于“公权不可处分性”的争议与担忧，^{〔6〕}使得经营者承诺制度在表述上始终回避“双方合意”的特征。在国家市场监督管理总局依据《反垄断法》制定的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》《禁止垄断协议暂行规定》中，这一过程被表述为由经营者提出中止调查的申请，行政机关审查决定是否接受承诺，最终决定是否中止调查。^{〔7〕}也就是说，对于承诺内容的确定，看似仅为经营者一方提出，行政机关仅考虑接受与否。双方是否存在协商一致的空间，在规范层面无法得知，而以中止（终止）调查决定书而非行政协议的方式结案，更在形式上强调了这种执法模式“单方性”的特征。

《和解办法》的出台正式明确了双方协商解决证券执法争议的可能性，规范上的推进显然与理论、实践中观念上的转变密不可分。公私合作的理念在行政法的各个领域均得以铺陈展开，对于行政和解等“中性”执法方式的运用也被视为行政机关裁量权行使的具体表现。^{〔8〕}在这个过

〔5〕《反垄断法》第45条第1款规定：“对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为，被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。”《反倾销条例》第33条第1款规定：“商务部认为出口经营者作出的价格承诺能够接受并符合公共利益的，可以决定中止或者终止反倾销调查，不采取临时反倾销措施或者征收反倾销税。中止或者终止反倾销调查的决定由商务部予以公告。”

〔6〕参见王锡锌：《规则、合意与治理：行政过程中ADR适用的可能性与妥当性研究》，载《法商研究》2003年第5期。

〔7〕参见《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第29-33条。

〔8〕参见章志远：《迈向公私合作型行政法》，载《法学研究》2019年第2期。

程中,更新的不仅是行政机关的执法手段,更重要的是在行政过程中,相对人的主体性成为有效协商的关键。这种主体性在行政和解的过程中则意味着双方都必须在彼此探知“底线”的情况下作出让步,而非单方面的妥协。^[9]《和解办法》明确规定,协商应当以当面的形式进行,与反垄断调查中“提出申请—审查—决定”的书面模式大相径庭,这种面对面的方式本身便能在最大程度上降低沟通成本与信息损耗,^[10]若当事人乃至行政机关担心协商过程中的所有谈话内容今后有公开之虞,沟通实效则必然有所削减,如此,和解过程需要一定的保密性来确保其有效性。

二、证券执法和解信息公开的范围

以上可见,在保证证券执法和解的合法性与有效性之间,和解信息公开与保密的限度需要寻求平衡。可引为戒的是,我国台湾地区2005年3月发布的“金融监督管理委员会缔结行政和解契约处理原则”第12条曾规定,“行政和解契约缔结后,除依法有保密之必要外,应公开行政和解契约内容。”但施行未及半年便全然转向,同年8月该条即修正为“行政和解契约缔结后,除依法令应公开者外,应予保密”。足见在这一问题上的简单化处理并不是最佳的解决方案。

(一) 学理观点梳理

学界对于执法和解的讨论在《和解办法》之前便已展开,从经营者承诺制度切入探讨建立执法和解制度的可能性,或者集中于域外和解制度借鉴的必要性,已有诸多研究。但对于执法和解与信息公开之间的兼容关系,目前的结论仍是相对简单的,概括而言现阶段学理观点大致可作如下总结:

第一,行政和解作为行政执法的方式之一,自然需要接受依法行政的拷问,在这个过程中,为确保公权力在行政和解时的正当行使,需要信息的充分公开,以防止行政机关借“和解”之名滥用公权。^[11]

第二,信息公开除了能够保障行政和解的合法性之外,鉴于和解协议的达成同时也将影响在证券活动中受损的第三人,确保和解过程的透明度可以促进利益相关人员的有效监督。^[12]

第三,和解信息公开的具体内容及其限度未能取得共识。一方面,主张和解公开应当有其特殊性的学者认为,鉴于和解过程中“涉嫌违法行为往往缺乏确凿的证据或者充分的法律依据来判断其行为的违法性或者失当性”^[13],以及部分信息对于经营主体而言具有重大价值,应当在公开与保密之间取得平衡,建立区别于一般行政违法信息公开的特殊制度。^[14]另一方面,也有学者主张和解公开的信息应当具有全面性,“不应限于涉嫌违法行为的案情说明,还应包括行政法

[9] 参见林明锵:《行政契约》,翁岳生编:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第772页。

[10] 参见萧鸣政、郭晟豪:《当前社会主义协商民主实践及其完善建议》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2016年第3期。

[11] 参见刘桂清:《反垄断执法中的和解制度研究》,载《当代法学》2009年第2期。

[12] 参见殷守革:《论行政和解中的行政优先权行使》,载《行政与法》2019年第5期。

[13] 宋功德:《证券执法和解机制》,载《甘肃行政学院学报》2010年第3期,第99页。

[14] 参见颜运秋:《税务和解的正当性分析》,载《法学杂志》2012年第8期。

和解协议的具体内容和履行情况”^{〔15〕}，特别是对于违法事实的公开，能够起到警戒公众、树立违法典型的教育作用。^{〔16〕}

综上所述，在《和解办法》已经施行且已有实例发生的当下，笼统地指出和解活动应当通过信息公开确保其合法性，同时应当关注执法和解的特殊之处给予其一定的保密性，应当不会有太大的异议，但对于如何划定公开与保密的限度，提出更具操作性的思考框架是当务之急。

（二）证券执法和解公开的若干层次

《和解办法》第 28 条第 1 款规定：“中国证监会应当依照规定公开行政和解协议的主要内容。”在这一规定中，仅关注到和解协议本身是否公开。但事实上，证券行政和解的达成是一个包括了相对人申请、和解申请的审查与受理、和解协议的协商签订等复杂多环节的活动。根据《和解办法》的相关规定，其具体的实施流程如图 1 所示：

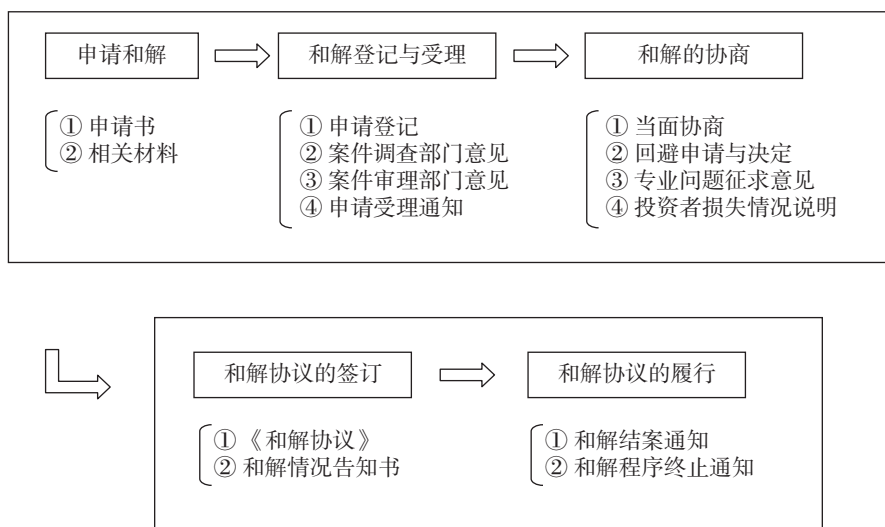


图 1 证券行政和解流程图

上述过程大致可被区分为三个阶段：其一，行政和解协议达成的准备阶段，包括申请、受理与双方协商的过程；其二，行政和解达成的结果，即和解协议本身；其三，和解协议达成后实际的履行阶段。

具体来看，首先，行政和解准备阶段的协商过程包含了证监会内部机构之间就是否同意进入和解程序的审议决策过程，以及双方就违法事实、整改措施以及和解金缴纳问题的当面协商，其间必然存在着相互的妥协、协商，甚至让步，^{〔17〕}进而促进一致意见的达成；同时专家意见与投资者损失说明也将对协商结果的形成产生影响。其次，和解协议作为和解达成的法定形式，将在多大范围上囊括此前协商的具体过程，则显得尤为重要。最后，和解协议的履行则会涉及经营主体的具体整改措施及其实现，以及和解金缴纳与使用的问题。

〔15〕 王婷、张平：《论行政执法和解的风险控制》，载《政法学刊》2015年第6期，第22页。

〔16〕 参见吴陶：《论我国证券行政执法领域和解制度之构建》，载《云南大学学报》（法学版）2013年第2期。

〔17〕 参见王贵松：《论行政法上的法律优位》，载《法学评论》2019年第1期。

但对于和解协议之外其他环节的相关信息,《和解办法》并未给出明确的规定。该条规定留下的另一个疑虑是,所谓“依照规定公开”究竟是否可能指向《和解办法》之外的其他依据,尤其是《政府信息公开条例》。而《和解办法》附则部分的第37条规定了和解工作的保密义务,“中国证监会及其工作人员应当对行政和解工作情况严格保密,但法律、行政法规和本办法另有规定的除外”。结合第28条的规定,这似乎是将和解协议之外的相关信息排除在了公开的范围之外。

但事实上,上述不同阶段的公开及其限度的划定,涉及的法益侧重也有所区别:忌惮于协商过程公开的可能性,一方面可能影响当事人申请和解的积极性,另一方面也将导致协商过程中,双方难以实现充分的信息沟通,^[18]从而影响和解程序的有效性;和解协议的公开范围,对于确保社会公众监督和解实施的合法性至关重要;而履行阶段的信息公开,则将最直接地影响在证券违法活动中受损的利害关系人。所以,对于证券执法和解信息公开讨论的基本框架,应当首先区别执法和解过程的不同阶段,进而形成层次化的规范设计。

(三) 和解协议的公开方式及其内容

如前所述,根据《和解办法》第28条的规定,证监会将行政和解公开的范围限定在“和解协议的主要内容”,考察11号公告可知,该公告并未公开协议全文,而是简略地概括了和解协议的大致内容,包括和解的主要申请人、简要事实、和解金的数额以及整改措施涉及的工作。^[19]

从第28条的规定来看,其并未明确指出和解协议的“主要内容”需要涵盖何种信息,而且作为证监会实施的首例执法和解案例,无从就先例进行比较,所以本文加以对照分析的依据主要包括三点:

第一,正式的和解协议文本。《和解办法》第21条对和解实施部门与相对人之间应当协商的事项进行了规定,第26条则提出了和解协议应当载明的事项。综合比较11号公告的内容,有助于我们认识在整个环节中,和解信息不断被“隐藏”的过程。

第二,证监会发布的行政处罚决定书。根据《证券期货监督管理信息公开办法(试行)》的规定,行政处罚决定属于证监会应当主动公开的信息。行政执法和解作为正式程序外的纠纷解决机制,具有行政处分的替代性功能,^[20]对比分析证监会对于处罚决定与行政和解信息公开的区别,可以观察到两者政策定位的不同。

第三,反垄断执法机构在经营者依据《反垄断法》第45条作出承诺后,发布的中止调查决定书。如前所述,执法机构与涉嫌垄断行为人之间的承诺制度,本质上亦属行政执法和解,^[21]通过考察各级市场监督管理局发布的中止调查决定书,对比其与和解协议公开内容的差异。

就公开的形式而言,证监会对于其作出的行政处罚,均以“行政处罚决定书”的形式全文公

[18] 参见曹伊清、崔小峰:《和解契约的行政法建构》,载《江西社会科学》2017年第8期。

[19] 参见中国证监会〔2019〕11号公告,载http://www.csrc.gov.cn/zjhpublic/zjh/201904/t20190423_354756.htm,最后访问时间:2019年9月2日。

[20] 参见谢小元:《行政和解法律属性之辨析》,载《福建行政学院学报》2016年第2期。

[21] 参见焦海涛:《反垄断法承诺制度的功能解释——从我国实践案例切入》,载《财经法学》2016年第6期。

开，包括当事人存在的违法事实、陈述申辩以及证监会的复核意见与处罚依据。^[22] 与之类似的还有反垄断执法机构发布的中止调查决定书，亦以全文形式公布，明确指出相对人涉嫌滥用市场支配地位行为的事实、承诺采取消除行为后果的具体措施等。^[23] 唯有行政和解的公开为公告的形式，系对和解协议内容的简要叙述，从公开的内容来看，和解公告与行政处罚决定、中止调查决定在违法主体、违法事实的认定以及整改措施的说明上存在的差异最为显著，具体差异请见表 1：

表 1 行政处罚决定、中止调查决定与行政和解公告在公开内容上的差异

类 型	公布内容	违法主体信息	(涉嫌) 违法事实	整改措施或处罚内容
行政处罚决定		○	○	○
中止调查决定		○	○	○
行政和解公告		×	×	×

(说明：“○”表示公布内容包含此项，“×”表示公布内容不包含此项或存在省略。)

在违法主体信息的处理上，前两者对于机构或者个人违法主体，均明确公布机构名称与个人身份信息。但 11 号公告仅公布了违法机构信息，即“高盛（亚洲）有限责任公司与北京高华证券有限责任公司”，但对于违法个人，仅表述为“相关工作人员等 9 名”，未表明身份信息。

对于违法事实及其证据的公布，处罚决定书自不待言。需要说明的是，反垄断执法中的中止调查决定，以及行政和解公告，两者均未对相对人的行为是否构成违法作出明确结论。根据《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》的规定，一旦反垄断执法机构调查核实后，认定构成涉嫌滥用市场支配地位行为的，应当依法作出处理决定，而不再接受经营者提出的中止调查申请。^[24] 类似的，根据《和解办法》，若违法行为事实清楚，证据充分，则依法应当给予行政处罚，而不得进行行政和解，^[25] 所以在这两种情形下，当事人涉嫌违法行为的认定均处于不明确的状态，但中止调查决定需要明确载明涉嫌违法的事实，^[26] 而在 11 号公告中，则是笼统地表述为“从事了其他相关股票及股指期货合约交易”。

在整改措施部分，《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》要求中止调查决定应当载明经营者承诺的具体内容以及消除影响的具体措施，如：修改《公司章程》，允许社会资金加入；重新制定与生产企业之间的合同，删除生产企业不得向当事人以外企业销售的违约条款等。^[27] 证监

[22] 可以参考中国证监会〔2019〕65号《行政处罚决定书》（上海普天邮通科技股份有限公司、邢炜、徐千、王治义、李中耀），载 http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/G00306212/201907/t20190711_359213.htm，最后访问时间：2019年9月2日。

[23] 可以参考江苏省市场监管局〔2019〕1号《中止调查决定书》，载 http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/201903/t20190308_291810.html，最后访问时间：2019年9月2日。

[24] 参见《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第29条。

[25] 参见《行政和解试点实施办法》第7条。

[26] 如“在调查过程中，当事人承认其存在采取发放《催缴预结算电费通知书》、派人登门、电话、微信通知的方法，要求用电客户缴纳标准为上月度的用电量80%的预付电费，同时还承认对高压电新增客户采取《履约保函》的形式收取保证金”。江苏省工商行政管理局〔2018〕1号《中止调查决定书》，载 http://www.cqn.com.cn/zj/content/2018-10/11/content_6331556.htm，最后访问时间：2020年1月17日。

[27] 参见湖北省市场监管局〔2018〕1号《中止调查决定书》，载 http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/bgt/201902/t20190216_288680.html，最后访问时间：2019年9月2日。

会11号公告公布的信息仅为“采取必要措施加强公司的内控管理”，至于究竟公司存在何种内控风险以及改进措施的内容则无从得知。

（四）小结

综上所述，结合《和解办法》的规范表述与11号公告的实际操作可知，证券执法和解信息公开涉及的主要内容包括行政和解的准备与协商、和解协议本身以及协议的履行阶段。证监会主动公开的内容仅指向和解协议，对其他相关环节的公开方式与范围需进一步考量。同时，和解协议的公开并未囊括其全部内容，系以公告形式进行了主要内容的概括，与证监会处罚决定、反垄断中止调查决定，在违法主体信息、违法事实与整改措施的公布上均存在较大差异，这种差别是否能为执法和解公开的特殊性所解释与容纳，抑或应当课以更充分的披露义务，值得探讨。

三、《政府信息公开条例》对证券执法和解的适用

《和解办法》留下的空白之处，《政府信息公开条例》是否能够填补，或者是否应当由《条例》来填补，是接下来要讨论的问题。证监会作为《证券法》授权的全国证券市场监督管理机构，其依法履行职责产生的政府信息当然受到《政府信息公开条例》的调整。2008年《政府信息公开条例》颁行之后，证监会也制定了《证券期货监督管理信息公开办法（试行）》（以下简称《公开办法》），将依法履行证券期货市场监督管理职能的过程中制作或者获取的信息纳入政府信息公开的范围。虽然根据《公开办法》第7条的规定，行政处罚、市场禁入等执法决定属于应当主动公开的证券监管信息，但这并不必然意味着行政和解相关信息也应如此。从11号公告来看，证监会采取的差异化处理是显而易见的。

（一）执法和解信息是否属于政府信息

首先需要回答的问题是，执法和解信息是否属于《政府信息公开条例》的调整范围。《政府信息公开条例》在2019年的修订中对政府信息的定义进行了一定的调整。此前，旧《政府信息公开条例》对于政府信息的产生限定为基于“行政机关履行职责”的目的，其核心在于判定行政机关法定职责是否存在，亦契合《政府信息公开条例》促进依法行政的立法目的。但在施行过程中，这个概括式的范围划定仍留下诸多讨论空间，由此产生许多实践中的争议，^[28]于是在新《政府信息公开条例》中，这一限定条件被进一步细化，修正为基于“行政机关履行行政管理职能”的过程，从“职责”到“行政管理职能”的细化，对政府信息的范围划定作了进一步的明确，回答了此前诸如公安机关具有行政机关和刑事司法机关的双重职能，其在履行刑事司法职能时制作的信息是否属于政府信息的疑难问题。^[29]

与之相应的则是行政机关参与民事活动时产生的信息应当如何定性的问题。例如行政机关作为买受人与其他主体间的房屋转让合同，法院在审查中认为受让房屋的行为并非履行行政管理职

[28] 参见王军：《“政府信息”的司法认定》，载《华东政法大学学报》2014年第1期。

[29] 参见“奚明强诉中华人民共和国公安部案”，《全国法院政府信息公开十大案例》，载《人民法院报》2014年9月13日，第3版。

责的行为，由此所形成的信息不属于政府信息，因此将房屋转让合同排除在政府信息公开的范围之外。^{〔30〕}而对于如何区别民事合同与行政协议，一些案件中给出了更为明确的阐述，“补偿协议受行政法规的调整，按照行政法规的规定形成，协议签订的目的是为了公共利益、为了实施行政管理的需要”，并判令行政机关依法公开涉案行政协议。^{〔31〕}概括而言，行政机关签订的合同，若属民事合同的，一般不属于行政机关履行行政管理职责时产生的信息，属于行政协议的，则应当依法受到《政府信息公开条例》的调整，尤其是自行政协议纳入行政诉讼的受案范围以来，已有学者从信息公开的角度着眼，认为“政府通过招标等公平竞争方式在公用事业领域签订的政府特许经营协议，以及土地房屋征收补偿协议等协议，均属于行政协议。这些协议的履行、变更、解除等显然属于政府履行法定职责行为，由此制作或者获取的信息属于政府信息，应当纳入《政府信息公开条例》调整范围”^{〔32〕}。虽然和解协议并未被《行政诉讼法》明确列举，从内容上看也约定了支付和解金等“金钱给付”义务，但该项给付义务系为了换取行政机关中止调查的职务行为，且协议的目的乃是为实现《证券法》上的公法监管任务，应属行政协议无疑。^{〔33〕}由此产生的信息当属《政府信息公开条例》所调整政府信息。

（二）现有例外事项与证券执法和解的兼容性

《政府信息公开条例》对于例外信息的规定已经形成了较为成熟的规范体系，在2019年修订之后，可以具体区分为绝对不公开信息（国家秘密；可能危及国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定的政府信息），以及相对不公开信息（商业秘密与个人隐私、内部事务信息、过程性信息以及行政执法案卷信息）。行政和解信息是否公开的具体判断应当遵循《政府信息公开条例》的适用框架自不待言，需要特别考虑的是《和解办法》未明确规定的行政和解准备与协商阶段及其履行，以及公告对和解协议的“删减”公开在《政府信息公开条例》中应如何评价的问题。

1. 行政和解实施环节的过程性判断

如本文第二部分的图表所示，行政和解实施环节主要涉及相对人向行政机关提出的和解申请与相关材料，此后和解实施部门、案件调查部门以及案件审理部门就本案是否适用行政和解进行意见征询与书面反馈，案件进入具体的协商过程时，还可能形成就专业问题征求专家学者意见的咨询报告、投资者受损情况的意见听取等材料。在《政府信息公开条例》的判定框架中，与上述信息最直接关联的即为是否属于过程性信息的争议。

在证监会以往的申请信息公开案件中，笔者以“过程性信息”为关键词在北大法宝上进行检索，有四则案件对该类例外信息的判断给出了实体意见，具体内容参见表2：^{〔34〕}

〔30〕 参见南通市中级人民法院（2017）苏06行终208号行政判决书。

〔31〕 参见广州铁路运输中级法院（2017）粤71行终477号行政判决书。

〔32〕 程琥：《〈政府信息公开条例〉的修改》，载《国家检察官学院学报》2016年第3期，第65页。

〔33〕 参见陈敏：《行政法总论》，新学林出版有限公司2013年版，第567页。

〔34〕 表2中四则案例依照顺序分别是：（2019）沪74行终3号“王璐嘉诉中国证券监督管理委员会上海监管局、中国证券监督管理委员会案”、（2016）京行终1575号“余某诉中国证券监督管理委员会信息公开案”、（2018）闽02行终58号“宏亿隆投资管理有限公司诉中国证券监督管理委员会厦门监管局案”、（2017）粤行终1429号“龙某某诉中国证券监督管理委员会深圳监管局案”。

表 2 四则申请信息公开案件的裁判意见

序号	涉案信息	裁判理由	是否公开
1	从收到核查举报到出具行政监管措施过程中形成的报告、请示、批复和其他文书	意见性信息，属于过程性、内部信息	不予公开
2	向某上市公司发布的《行政许可项目审查一次反馈意见通知书》	行政许可程序已经结束，并非处于讨论、研究或者审查过程中的信息	应当公开
3	案件调查中对某有限公司董事会秘书王某某进行调查询问时制作的询问笔录	执法调查内容，具有“内部性”或“非终极性”的特点	不予公开
4	调查过程中所做的谈话记录、工作日志，以及认定过程中形成的讨论记录	决策者个人的意见、观点等，均属于个人主观信息，影响决策公平公正	不予公开

在上述案件中，法院对于过程性信息的认定呈现出多元的判断标准，结合 2019 年《政府信息公开条例》修订从国办发〔2010〕5 号文中对过程性信息的吸纳，可以看到证券执法中过程性信息认定的特殊性：

第一，过程性信息的内部性与外部性影响是否公开的判断。案例 2 中，法院认为行政程序已经终结，《行政许可项目审查一次反馈意见通知书》即不再具有过程性，应当予以公开。但是，其余 3 则案件亦全都处于程序终结的状态，换言之，程序是否结束在此并非决定性的因素。案例 2 与其余案件的另一重要差异是，《行政许可项目审查一次反馈意见通知书》系行政机关经由外部行政程序送达给行政相对人的文书，而案例 1 中的报告、请示，案例 3 中的询问笔录，案例 4 中的工作日志、讨论记录等均为内部行政程序产生的相关材料，^{〔35〕}即便行政程序终结，法院依然认定其存在过程性的因素。

第二，意见性的个人主观信息是否要与事实材料相区分。在案例 1 与案例 4 中均明确指出请示批复、讨论记录内容包含个人主观的意见性信息，且在案例 4 中法院对意见性的过程性信息不予公开的目的进行了详细的阐述，因这类信息的公开容易给决策者带来压力，进而可能影响到行政决定过程的科学性和客观性，最终影响决策结果的公平、公正。这一裁判思路在最高人民法院案例中也有较为清晰的阐述。^{〔36〕}但较为特殊的是，案例 4 进一步指出对于决策所依据的事实信息的公开也应当慎重，其指出过程性信息不仅包括行政机关作出决策的参考依据，也包括决策的事实根据。而在近来的讨论中，有学者认为，事实信息本身具有成熟性，事实信息的公开是参与和讨论得以进行的前提，秉承客观性的原则，对于行政决策过程中的事实信息，应以公开为原则。^{〔37〕}

综上，在行政和解的准备与协商阶段，信息既包括行政机关经由外部程序向相对人发出的受理通知书，也涉及因行政机关内部行政程序而产生的书面征求意见函等相关信息，从而直接影响关于过程性的判断。同时，在证券和解的协商过程中，对事实信息与意见性个人主观信息的区别

〔35〕 参见何海波：《内部行政程序的法律规制（上）》，载《交大法学》2012 年第 1 期。

〔36〕 “内部信息、过程信息、决策信息通常被列为可以不公开的情形。这些信息普遍具有内部性和非终极性的特点，属于意思形成的信息，一旦过早公开，可能会引起误解和混乱，或者妨害率直的意见交换以及正常的意思形成。”最高人民法院（2016）最高法行申 2769 号行政裁定书。

〔37〕 参见王敬波：《过程性信息公开的判定规则》，载《行政法学研究》2019 年第 4 期；顾建兵、刘羽梅：《过程性信息的认定及不予公开的范围》，载《人民司法·案例》2016 年第 14 期。

对待则愈加复杂：一方面，当事人的违法事实以及行政机关掌握的初步证据等，相较于一般行政决定的事实依据而言，具有更高的保密性要求；另一方面，意见性信息的来源主体并不相同，除了行政机关工作人员的意见信息外，还包括外部专家的意见以及案件相关投资者的损失情况说明，主体来源的不同也将影响利益衡量的结果。^{〔38〕}而上述证券和解的特殊性在现有《政府信息公开条例》关于过程性信息的表述中难以得到体现。

2. 和解协议部分公开的可能依据

在之前的比照分析中，可以看到证券执法和解作为证监会行政处罚的替代手段，在对外公布和解程序的结果，也就是和解协议时，相较于行政处罚决定以及同样具有和解性质的反垄断中止调查决定，其在违法主体信息、违法事实、整改措施的部分进行了删减处理。

从具体的政策考量来看，和解协议仅披露机构信息而隐匿违法个人的相关信息，目的在于降低和解信息披露对相关人员的执业声誉产生影响，尤其是在证券从业活动中，声誉资源具有更为重要的意义。2019年8月，中国证券业协会还发布了《证券公司声誉风险管理指引（征求意见稿）》，其目的即是为了引导证券公司有效管理声誉风险，完善全面风险管理体系，防范证券从业人员道德风险。但关键在于，这种区分处理如果成立，则意味着从业人员个人声誉对证券业务的影响，应当比机构声誉更大。而已有相关实证研究显示，在本案高盛公司主要从事的保荐业务领域，“同时检验处罚程度、机构特征、客户特征、媒体关注度等因素的影响后发现，中国证券市场的保荐人声誉关联效应机制主要体现在保荐机构层面，而保荐代表人的个人声誉关联效应较弱”^{〔39〕}。所以，若是从执业声誉的角度出发，更应当隐匿机构信息而非个人信息。

违法事实与整改措施的公开关系到的最核心问题是，当事人是否违法以及对违法行为的认定。从《和解办法》的规定来看，双方在协商过程中必须对“涉嫌违法行为的情况”进行沟通协调，但对于和解协议需要载明的内容，则表述为“行政和解的事由”，所以准确来说，基于11号公告提供的信息，并不能得知和解协议中原本是否包含对当事人违法行为确认的内容。这一问题在比较法上也存在分歧，^{〔40〕}问题的根源或许是和解协议一旦确认了当事人的违法行为，其是否会如其他行政决定一样具有构成要件效力与确认效力，^{〔41〕}从而可能拘束后续其他案件中对当事人违法性的认定。这个问题《和解办法》没有给出规定，但从第30、31条的规定来看，当事人不履行和解协议的，并不能强制执行，而是协议无效并终止和解程序，恢复调查。可见和解协议至少并不具有一般行政决定效力中的执行力。所以，此类信息的不予公开很难归结于商业秘密等事项的保护，而应当考虑在和解过程中，证监会对部分违法事实并未完全确认的情况下，公开此类信息可能带来的误导性。

以上可见，证监会公告中隐匿和解协议中部分信息的做法，似乎很难在现有《政府信息公开条例》的框架下得到证成，本文尝试提出的思路是，可以从执法案卷信息的角度进行一定的修

〔38〕 参见王敬波：《政府信息公开中的公共利益衡量》，载《中国社会科学》2014年第9期。

〔39〕 应千伟、张怡、刘劲松：《保荐人声誉的关联效应——来自中国证券市场的经验证据》，载《经济与管理研究》2016年第11期，第39页。

〔40〕 参见李东方：《论证券行政执法和解制度——兼评中国证监会〈行政和解试点实施办法〉》，载《中国政法大学学报》2015年第3期。

〔41〕 参见章剑生：《现代行政法总论》，法律出版社2019年版，第156页。

正与展开。

证监会前主席肖钢曾撰文提出：“监管机构与当事人达成的和解协议，在不涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私和不影响执法工作的情况下，原则上应当向社会公开。”^{〔42〕}这一观点在与《政府信息公开条例》对接时产生的疑问是，如何理解“不影响执法工作”。2019年《政府信息公开条例》修订时增加了一项例外信息，即执法案卷信息。《政府信息公开条例》本身并未对执法案卷信息进行界定，但一般而言执法案卷是指行政执法过程中制作和收集的调查记录、证据、文书和审核签批，以及记录行政执法过程的声像和电子信息等经整理归档形成的卷宗材料。^{〔43〕}根据这一定义，行政机关在执法过程中收集制作的所有材料几乎都能被囊括其中。但准确来说，执法案卷信息并非当然作为一种例外存在，而是信息内容的载体。司法部负责人就《政府信息公开条例》修订答记者问时亦曾表示：“行政执法案卷信息与当事人、利害关系人之外的其他主体没有直接利害关系，且通常涉及相关主体的商业秘密和个人隐私”，这意味着执法案卷信息的不予公开仍旧需要回溯至个人隐私、商业秘密等其他例外事由的判断中予以考量。

本文不赞同上述理解。对执法案卷信息的广义界定混淆了政府信息是否可以公开与政府信息是否对外生效的问题，且未能赋予其区别于其他例外事项的独特意涵。在这一点上，最高人民法院曾有案例体现出的裁判观点值得参考：“具体行政执法活动中有关执法调查方法、机密信息来源、内部研究意见等敏感信息，通常不应公开，否则将有可能妨碍行政执法活动的正常进行。”^{〔44〕}在这里，执法信息被限缩为公开后可能妨碍执法活动正常进行的敏感信息，无论是从比较法的角度还是执法实践的现实需要来看，此种限缩解释都更为合适。

如此，证监会对于违法主体信息、违法事实以及整改措施的保密处理，从尽量降低和解相对人社会负面评价，促进执法和解的积极适用的角度来说，可以在《政府信息公开条例》中的执法案卷信息中寻得一定的规范依据。

四、证券执法和解的补充性定位与规则因应

总体而言，在《政府信息公开条例》“以公开为原则，不公开为例外”的框架下，试图弥合行政和解过程中适度的保密性是较为困难的。行政和解的准备、协商过程在现阶段“过程性信息”的判断体系中，难免受制于最高人民法院“当决策、决定完成后，不再是过程性信息”的基本认知。^{〔45〕}对和解协议的部分公开则需要对“执法案卷信息”做进一步的限缩解释才能实现，而这总归是打补丁式的修复《和解办法》对于行政和解公开问题留下的空白，因此需要结合证券执法和解在现有体系中的功能定位，给出适当的规则因应。

〔42〕 肖钢：《积极探索监管执法的行政和解新模式》，载《行政管理改革》2014年第1期，第4页。

〔43〕 《福建省行政执法条例》第36条规定：“行政执法机关应当根据档案管理有关规定建立行政执法案卷，将办理完毕的行政执法事项的调查记录、证据、文书和审核签批等材料，以及记录行政执法过程的声像和电子信息等资料，及时归档保存。”

〔44〕 最高人民法院（2017）最高法行申4750号行政裁定书。

〔45〕 参见“姚新金、刘天水诉福建省永泰县国土资源局案”，《全国法院政府信息公开十大案例》，载《人民法院报》2014年9月13日，第3版。

（一）证券执法和解的补充性定位

证券执法和解作为协商解决行政争议的积极尝试，固然有其优越之处，但总的来看，目前它还无法取代行政处罚等单方行政决定在行政机关执法体系中的地位，质言之，其在执法工具中的定位仍是补充性的，主要体现在以下两方面：

第一，行政和解程序的启动要件。根据《和解办法》的规定，证券执法和解程序的启动仅以相对人提出为限，相较于其他国家地区的类似制度而言，应是较为谨慎的。^[46]证监会不得主动或者变相主动提出行政和解的建议，换言之，适用行政和解的主动权并不属于作为执法主体的证监会。

第二，行政和解的适用范围限制。案件必须符合必要的条件，才能适用行政和解，在《和解办法》的规定中，首要条件即为“经过了必要调查程序，但案件事实或者法律关系仍然尚未明确”。这意味着经过适当调查，违法事实证据确凿的案件，应当采用行政处罚等方式结案，而并非从效率最优的角度出发，允许在案件调查之初便进入和解程序。相较于此，反垄断调查中的经营者承诺制度带有明确的“效率优先”色彩，只要在被调查期间，经营者随时可以提出中止调查的申请，但一旦反垄断执法机构掌握足够的证据调查核实后，认定构成涉嫌滥用市场支配地位行为的，则不再接受经营者提出的中止调查申请。^[47]这就意味着对经营者而言，如果意图通过申请中止调查减轻自身损失，需要尽早提出为宜。

如何理解这里的“经过了必要调查程序”，可能与案件类型及其复杂程度密切相关，《和解办法》的技术处理是规定“立案调查不满3个月的案件”^[48]原则上不予和解，这一规定亦有学者表示了质疑，认为未能考虑到行政和解在提高争议解决效率上的追求，对于瞬息万变的证券市场更是如此。^[49]但审慎地来看，3个月时限的确定并非是随意为之的结果，而是由于证券行政和解与经营者承诺制度的定位存在根本上的差异。^[50]

《和解办法》实施当年，《2015年度中国证监会稽查执法情况通报》显示“立案案件调查周期平均为86天”^[51]，这意味着立案调查超过3个月的案件，基本可以归属于在调查取证上存在较大阻力的复杂案件。由此可见，将申请行政和解限定在必须立案调查满3个月以上，体现出行政和解的适用前提带有“穷尽职权主义”的意味，^[52]也进一步显示出证监会对于行政和解在执法适用中的补充性定位。

（二）可能的规则因应

基于这样一种补充性定位，适度关注执法和解信息公开区别于其他政府信息的特殊性，可以促进相对人申请和解的积极性，换言之，也决定了证券行政和解制度能在多大程度上发挥效用。所

[46] 参见前引 [40]，李东方文。

[47] 参见《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第29条。

[48] 《和解办法》第18条规定：“立案调查不满3个月的案件，行政相对人提出行政和解申请的，不予受理，但有特殊情况经中国证监会主要负责人批准的除外。”

[49] 参见游小灵：《行政执法和解程序制度探究——基于证券行政执法和解的观察》，载《各界》2017年第4期。

[50] 但值得注意的是，新《证券法》第171条的表述回避了“和解协议”的规范概念，而是采用了类似反垄断执法中的“承诺”。鉴于目前仅有原则性规定，下结论为时尚早，究竟在后续制度展开的过程中，证券执法和解会偏向之前的《和解办法》，还是经营者承诺制度，有待持续观察。

[51] 《2015年度中国证监会稽查执法情况通报》，载 http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/jcj/gzdt/201601/t20160122_290097.html，最后访问时间：2019年8月28日。

[52] 参见前引 [15]，王婷、张平文。

以，国务院在依据《证券法》（2019年修订）第171条制定专门办法时，应当注意以下两个问题：

第一，如果延续11号公告对和解信息主动公开的方式与限度，需要明确《政府信息公开条例》对证券执法和解的有限适用。《和解办法》作为部门规章，仅能对应当公开的信息进行特别规定；若需排除部分事项在《政府信息公开条例》框架的公开判断，需要行政法规以上位阶的法律法规，才能对禁止公开的信息或者信息获取方式进行特别规定。^[53] 在具体的政策选择上，需要注意区分行政和解的准备、协商阶段与和解协议的区分处理。协商过程中涉及的个人主观意见、不确定违法事实的陈述等，其公开与否可能对行政和解的有效适用产生巨大影响。就和解协议而言，处理好和解协议的效力范围是划定其公开范围的前置条件。

第二，确立投资者对执法和解案卷的阅览权。《政府信息公开条例》设置“执法案卷信息”作为例外事项，其中一方面的考虑在于行政程序中的当事人、利害关系人能够通过卷宗阅览了解到执法案卷中所记载的相关材料。^[54] 而在《和解办法》中，对于投资者知情权的规定仅限于“就行政和解金的数额与行政相对人进行协商的过程中，可以采取适当方式，就投资者损失情况听取投资者的意见”；若今后明确《政府信息公开条例》对证券执法和解的有限适用，则更应当明确投资者对和解案卷的阅览权，一来保障投资者权益充分主张的可能，二来可以弥补因缺乏信息披露而带来的社会公众监督的不足。

Abstract: There are distinct institutional characteristics of securities law enforcement reconciliation. Firstly, it is the substitution of administrative settlement for administrative punishment, and secondly, it comes from the agreement of administrative settlement. In order to ensure the legitimacy and effectiveness of securities law enforcement reconciliation, the limits of information disclosure and confidentiality need to seek a balance. To demarcate the open scope of law enforcement reconciliation operationally, we need to distinguish the different stages of the implementation of administrative reconciliation and the content of the reconciliation agreement itself. Under the existing government information disclosure system framework of “openness as the principle and confidentiality as the exception”, it is difficult to bridge the appropriate confidentiality in the process of administrative reconciliation. It is necessary to clarify the limited application of the regulations on the disclosure of government information to securities law enforcement reconciliation and establish the investors’ reading rights to the files of law enforcement reconciliation.

Key Words: securities law enforcement, administrative reconciliation, disclosure of government information

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

[53] 参见《政府信息公开条例》第14、36条。

[54] 如《湖南行政程序规定》第79条规定：“行政机关应当建立行政执法案卷。公民、法人或者其他组织可以查阅与其相关的行政执法案卷，但是依法应当保密的除外。”