

香港证监会专家证人初探

齐 宁*

摘要:香港地区证券司法实践中,基于证券类案件的复杂性和专业性,在案件进入审裁阶段后,为法庭或市场失当行为审裁处提供专家意见,是香港证监会的一项重要工作。香港证监会在委聘专家证人方面具有专业性、独立性和限定性三个明显特点。香港证监会提供的专家意见包括专家资格、背景资料、分析论证和结论意见四个方面的内容。

关键词:香港 专家证人 专家意见

2011年7月13日,最高人民法院印发了《关于审理证券行政处罚案件证据若干问题的座谈会纪要》(法〔2011〕225号),该纪要首次规定了在证券行政处罚案件中,当事人或人民法院针对专门性问题,可以聘请专业机构、专业人员出具意见,这实际上在一定程度上借鉴了英美法系专家证人制度的有关做法。而在香港地区证券司法实践中,由于证券类案件的复杂性和专业性,在案件进入审裁阶段后,为法庭或市场失当行为审裁处提供专家意见(Expert Opinion),是香港证监会(Securities and

* 中国证监会稽查总队副处长。

Futures Commission, SFC)的一项重要工作, SFC 在这方面也积累了大量案例和丰富经验。本文对 SFC 专家证人制度进行了归纳总结, 以期为内地证券执法提供参考。

一、专家证人制度概述^①

为了弥补法官知识构成方面的缺陷, 解决诉讼中的专门性问题, 英美法系创设了专家证人制度。所谓专家证人 (expert witness), 是指具有专家资格, 并被允许帮助陪审团或法庭理解某些普通人难以理解的复杂的专业性问题的证人, 专家证人提供的意见则被称为专家意见 (expert opinion) 或专家证言 (expert testimony)。

可以说, 专家证人制度是英美法系对抗制诉讼模式的缩影。这一诉讼模式认为: 诉讼事关当事人切身利益, 当事人均抱有求胜的愿望, 这种心态必然驱使其尽全力提出利己证据, 推动诉讼的发展。正是在这一理念的指导下, 英美司法构建了关于专家证人的一系列制度。总体而言, 专家证人制度包括以下几方面的内容:

(1) 专家证人的聘任。专家证人仅是证人之一, 专家证据与普通证人的证言一样, 均为当事人承担举证责任的表现。因此, 是否聘请专家、聘请何人为专家均取决于当事人的自由意愿, 而与法官意志无涉。专家证人的职责范围、义务所在以及专家证人的报酬也由当事人与专家证人双方协商确定。可以说, 当事人自主聘请专家启动鉴定的权利使当事人的举证权扩展到了前所未有的宽度, 也对法官在诉讼中的消极职能作了充分的诠释。

(2) 适格专家证人。专家必须具备提供意见的一定资格, 这种资格来源是多样的。它既可能来源于正规的教育并获取相关的资格证书, 也可能来源于一定年限的实践所积累的大量经验和相应技能。专家适格与否是由法庭决定的事项, 在许可任何一位证人提供专家证据

^① 齐树洁、洪秀娟: “英国专家证人制度改革的启示与借鉴”, 载《中国司法》2006年第5期

之前,资格调查都是必不可少的。

(3) 专家意见所依据的事实。尽管专家证人的诉讼地位与普通证人无异,但专家证据仍具有毋庸置疑的独特之处。与普通证人仅可就直接来源于案件的事实进行客观陈述不同,专家证人向法院提供的是一种“加工产品”,是专家通过自己的专业技能对案件事实这种“原材料”加工生成的意见。

(4) 专家意见的证明力。专家证人无法代替法官行使审判职权。相反,专家证人与证人一样必须出庭接受交叉询问,专家证据证明力的有无、大小均取决于其能否经受住交叉询问的严酷考验。专家证据不会因为是由一位专家提供的,就具有比其他证据更高的地位。在各方当事人提交的专家证据相互矛盾的案件中,由法官决定如何解决冲突,他可以从冲突意见中选择其一,也可能对双方的意见均不予接受。

历史上曾作为英国殖民地的香港,当然地沿袭了英美法系下的专家证人制度。特别是由于证券期货类案件专业性强,违法违规手段复杂多变,非专业人士往往很难理解和掌握。因此,法官在审理证券期货案件时,就更加注重专家意见的作用。

二、SFC 专家证人的特点

按照香港现行法律制度,委聘专家证人时,须依据民事或刑事检控程序,遵循不同的专家证人守则。目前,适用于香港地区的专家证人守则包括两种:一种是适用于民事诉讼程序的专家守则(Code of Conduct for Expert Witness,^②《专家证人行为守则》);另一种是适用于刑事检控程序的专家守则(The Code of Practice for Expert Witnesses Engaged by the Prosecuting Authority,^③《检控机关委聘专家证人实务守则》)。由于《证券及期货条例》赋予了 SFC 拥有直接提起民事及刑事检控的权力。

^② <http://www.hkii.org/eng/hk/legis/reg/336H/appE.html>, 2012 年 2 月 25 日访问。

^③ <http://www.doj.gov.hk/eng/public/pdf/pd2005/pd2005-3.pdf>, 2012 年 2 月 25 日访问。

因此, SFC 委聘专家证人时, 也会遵从上述两个守则, 但 SFC 并没有再制定具体的操作指引。结合上述两个守则及以往 SFC 处理的实际案例, SFC 在委聘专家证人方面具有以下专业性、独立性和限定性三个明显特点。

(一) 专业性

专业性是法庭判断一个人是否符合专家证人资格的首要条件, 法官也更愿意采信在专业领域拥有学位、资格证书和工作经验人士的意见。在证券期货类案件中, 专家证人通常都拥有经济学、金融学领域的学士或硕士学位, 或者拥有会计师、注册金融分析师(CFA)、注册投资分析师(CIIA)等专业资格, 更重要的是必须有证券期货行业的从业经历。

实践中在 SFC 检控案件中担任专家证人的, 绝大多数情况下为 SFC 法规执行部市场侦察科的资深职员, 原因主要有两方面: 一是按照 SFC 法规执行部的内部职能分工, 市场侦察科负责日常的市场监察(类似于内地证券交易所的市场监察部), 该部门每个交易日都需要对市场或股价异动情况进行整理分析, 从中发现违法违规行为线索, 然后再决定是否交由调查科展开进一步调查。因此, 相比其他部门而言, 该部门人员工作在市场第一线, 对市场变动情况更为敏感, 对违规手段的操作手法及行为模式等更为熟悉, 由其担任专家证人更为法庭所接受和认可, 有利于增强其专家意见的说服力; 二是由于专业市场人士考虑到个人自身的职业发展, 以及案件败诉后可能导致的声誉影响等多种因素, 大多不愿意出庭担任专家证人, 因而 SFC 也很难从外部聘请, 这也是 SFC 不得不从内部选聘专家证人的客观原因之一。

(二) 独立性

专家证人的独立性主要体现在: 一是专家最重要的责任是不偏不倚地帮助法庭在专家所专长的领域提供意见; 二是专家证人的服务对象是法庭, 而非雇佣专家的人士; 三是专家证人并非替某一方进行辩护。也就是说, 专家证人应当保持客观中立的态度, 运用其专业知识与技能帮助法庭寻找事实真相。如果专家证人在出具专家意见时不能保持客观中立, 则会招致法庭的不信任, 从而使其专家意见失去说服力。

如在毛玉萍等操纵“上海地产”案中, 当事人聘请的专家证人陈永

陆是一位金融投资方面的公众人士,曾经在电台、电视节目担任主持人,为股票交易提供参考意见。他在法庭作证时称,普通投资者并不会因成交量活跃而去买卖股票,因此,毛玉萍等人在多个账户之间频繁交易,由此产生的交投活跃,并不会影响到普通投资者的判断。但是,有资料显示,他曾经多次在公开场合,以成交量活跃或成交量萎缩为理由而推荐投资者买入或卖出某只股票。因此,法官认为,尽管他有在证券专业领域的学历和经验,但是在此案中他做出这样的专家意见是不适当的。^④

为了确保专家证人的独立性,SFC 内部规定:发现案件线索的市场侦察人员以及案件调查人员,都不能在自己所承担的案件中出任专家证人。即便如此,SFC 也因选用自己的雇员担任专家证人,其独立性受到过当事人的质疑。如在朱国承操控落盘价^⑤一案中,当事人的辩护律师“庄施格先生坚称,冯女士^⑥作为专家的独立性有其局限。他指出,冯女士是证监会的雇员,而该会却以自行拟备的报告作为提起纪律研讯程序的依据,这轻则会影响到审裁处可给予冯女士的证供的分量,而重则会反映可能有偏见存在或程序上有失公允”。^⑦对此,证券及期货事务上诉审裁处认为,“冯女士与韦义德^⑧先生所处的情况毫无分别。冯女士受雇于证监会,而韦义德先生受雇于朱先生;冯女士在接受庄施格先生盘问时设法证明她所得出的结论理据充分,韦义德先生在接受韦仕博^⑨先生盘问时也设法证明他所得出的结论理据充分,他们的情况是一样的”,因此,证券及期货事务上诉审裁处认为“这项批评完全不能成立”。

^④ 详见 HKSAR against Mo Yuk - ping (DCCC000367B/2004) 第 297 ~ 304 页,载 http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=50859&QS=%24%28MO%7CYuk%5C-%5Cping%29&TP=JU,2012 年 2 月 25 日访问。

^⑤ 即收盘价。

^⑥ 冯女士现为 SFC 法规执行部总监。

^⑦ 详见证券及期货事务上诉审裁处申请编号 2009 年第 1 号(朱国承先生的覆核申请),载 <http://www.sfat.gov.hk/chinese/determination/AN-1-2009-Determination-Chinese.pdf>,2012 年 2 月 25 日访问。

^⑧ 当事人委聘的专家证人。

^⑨ 韦仕博系 SFC 聘请的律师。

(三) 限定性

限定性是指专家证人提供的专家意见只能限于专家所专长的领域,专家必须清楚什么问题不是在其专业范围之内,对不在其专业范围的事项则不能发表意见。从 SFC 多年的案例来看,提供专家意见主要集中在操纵市场和内幕交易的案件中,这两类案件只要是移送法庭或市场失当行为审裁处,SFC 均需提供专家意见。此外,在虚假陈述、欺诈发行等其他类型的案件中,有时也会就某些专业性问题的提供专业意见,但这种情况并不多见。在市场操纵和内幕交易两类案件中,提供专家意见都有一定的范围限制。

市场操纵案件中,专家证人不可就以下事项提供意见:(1)某只股票的价格或成交量是否合理;(2)可疑交易者操控股票价格或成交量时的想法或计划;(3)可疑交易者是否已造成一个虚假的价格或市场。针对以上事项,专家证人可以提出怀疑,但最后的决定必须由法庭做出。

内幕交易案件中,专家也不能就以下事项提供意见:(1)涉案人士是否为内幕人士;(2)涉案人员是否拥有内幕信息;(3)涉案人士是否因为拥有内幕消息而进行有关股份的买卖。原因是,这些事项均须由客观证据证明而非通过专业知识予以判断,本质上已经超出了专家所专长的领域。

三、SFC 专家意见的内容

正如前文所述,专家意见并非新的证据,而是专家利用自己的专业知识,对客观事实进行梳理、整理、归纳等一系列“加工”后形成的意见和看法,从而为法官审理案件提供参考。因此,“加工”水平的高低,直接影响到专家意见的质量,进而对案件的结果产生影响。SFC 提供的专家意见,一方面遵循香港地区专家证人守则的格式,另一方面也结合了证券期货类案件的特点,通常包括如下四方面的内容:

(一) 专家资格

为了证明自己具备提供专业意见的资格,专家证人需对以下事项

进行说明:(1)获得的学历学位;(2)取得的专业资格;(3)以往的工作经历和范围;(4)目前的工作及其职责;(5)是否有担任专家证人的经历;(6)有无职业污点或犯罪记录;(7)在本案担任专家证人的原因。

(二)背景资料

背景材料是对与案件有关信息的介绍,这些材料均是公开和客观的,不能掺入专家证人主观的判断或想法。背景材料的内容包括但不限于:(1)涉案股票所指向上市公司的基本情况,如何时上市、主要经营业务、当前的股价及市值、股权结构等;(2)涉嫌违法违规交易的总体情况,如交易的方式、数量、金额等。

(三)分析论证

这部分是专家意见的重点内容,根据案件性质的不同,分析论证的范围和方法也不相同。

1. 市场操纵案件

市场操纵的手法多样,而且也会随着市场的变化而不断翻新,加上认定市场操纵还需通过客观行为判断违法操纵者的主观状态,因此提供市场操纵的专家意见的难度相当大。通常专家意见的论证部分包括:

(1)数据分析。根据案件的不同,选取被操纵股票在特定时期的客观历史交易数据或委托流水,描述操纵者所采取的交易模式,以及这种交易模式或手法对市场的反应。常见的操纵交易手法包括操纵收市价、清洗交易、预先安排交易、推高或稳定股价、制造虚假的成交活跃现象以及超前交易等。

(2)发表评论。专家证人在分析的基础上,针对以下事项展开评论:一是可疑交易者的行为是否异常于一般的投资者;二是可疑交易者的行动是否影响某只股票的股价及成交量,或一般投资者对某只股票交易状况的印象;三是评估可疑交易者可能得到的好处;四是可疑交易者给予(或假设)的解释。

2. 内幕交易案件

相比市场操纵案件而言,内幕交易案件的专家分析论证较为简单,主要包含两个方面:

(1)内幕信息的敏感性。一是股票的价格和成交量走势。通过与同期大盘指数的对比,以及股价及成交量在信息公开前后的变化,判断

是否有异常的波动。当然,根据案情的不同,股价和成交量对比的参考指标也会有所变化,有时也会选取同板块股票进行对比;二是信息对投资者的吸引力。即根据信息的具体内容,论证信息可能给上市公司带来的利润增减、业务前景等方面的变化,进而以普通投资者的立场,判断信息是否会受到市场的追捧。

(2)内幕信息的非公开性。一是从公司层面,看公司是否有发表针对信息的公告;二是从外部媒体层面,利用专用工具——慧科搜寻网站 Wisearch,查找分析期间有关股票的报刊文章,查看是否有针对内幕消息的文章发表。如果通过上述两个途径,均未发现在特定时间点前有针对性内幕信息的公告或报道,那么专家证人就可以认为此前该消息并未为公众所获知。

此外,当法庭或市场失当行为审裁处认定内幕交易已经发生,专家还需协助计算内幕交易的获得的收益或避免的损失,计算的原则是:

(1)在实施内幕交易前已经持有的股份,按照后进先出法予以处理。

(2)在实施内幕交易时没有持股的,则获得的收益按以下方法计算:

A. 股票在消息公开前已经售出的,按实际利润计算所得;

B. 股票在消息公开后、消息完全消化前售出的,按实际利润计算所得;

C. 股票没有售出或者在内幕消息公开并完全消化后售出的,按名义利润计算所得。

(3)交易费用将从总收益中予以扣除。

在按上述方法计算所得时,市场充分消化有关消息的时间十分重要,因为这直接关系到有无名义利润及名义利润的多少,专家证人通常会结合交易量的变化,综合判断何时内幕信息得到市场的充分消化。从 SFC 以往的案例来看,内幕信息的消化时间通常在公开后 2 ~ 3 天。^⑩

^⑩ 由于内地证券交易实行涨跌停板制度,因此有关内幕信息消化期的测算论证会更为复杂。

(四) 结论意见

在专家意见的结尾部分,专家证人需综合分析论证情况,得出自己的意见和看法。需要注意的是,专家意见只是为法庭提供参考,并非最终结论。因此,在结论部分,专家证人既要明确地表明其看法,又要注意尽量避免武断的或绝对的表达方式,否则容易招致法官的反感,从而很难获得法庭的采信。

四、小结

由于国内有关专业意见的司法解释才刚刚出台,目前尚缺乏相关案例和实践,因此,尽管两地的司法制度不完全相同,但香港证监会提供专家意见的一些做法,特别是针对不同类型案件的分析论证思路、包括计算违法所得的方法等,值得我们在以后提供专业意见时参考借鉴。