

完善追究非法证券活动民事责任的 几点思考

马树卿* 陈海洋**

摘要:完善追究非法证券活动民事责任有利于构建合理的法律责任格局,遏制非法证券活动,促进社会和谐稳定。然而,当前《证券法》及有关司法解释中涉及非法证券活动民事责任的规定存在一定的不足,非法证券活动一直难以受到民事责任的追究,投资者遭受的损失也难以得到有效救济。因此,有必要进一步完善《证券法》有关内容,制定专门的司法解释,对起诉条件、诉讼时效、管辖以及损失赔偿等内容作出规定。

关键词:非法证券活动 民事责任 损失赔偿

本文中的非法证券活动,包括非法发行证券和非法经营证券业务,是指单位和个人违反证券法规定,未经法定机关核准,擅自公开或者变相公开发行证券或者未经批准,非法经营证券业务的行为。非法证券活动损害投资者合法权益,严重扰乱证券市场的正常秩序。因此,国家有关部门一直在不断

* 中国证监会重庆监管局副局长。

** 中国证监会重庆监管局机构处副调研员。

完善打击非法证券活动的政策法规,严厉打击非法证券活动,如国务院办公厅2006年发布的《关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》。但是,由于我国在证券法制方面重刑事和行政责任而轻民事责任追究,非法证券活动一直难以受到民事责任的追究,投资者因非法证券活动遭受的损失也难以得到有效救济,打击非法证券活动的效果并不能令投资者满意。因此,如何进一步完善追究非法证券活动的民事责任显得十分紧迫。为此,本文从追究非法证券活动民事责任的重要意义入手,结合现行打击非法证券活动的法律政策规定,分析了当前追究非法证券活动民事责任存在的不足,提出了完善追究非法证券活动民事责任的几点建议。

一、追究非法证券活动民事责任的重要意义

当前,追究非法证券活动民事责任,具有重要意义,主要体现在以下三个方面。

(一)有利于构建合理的法律责任格局

按照违法的性质、程度不同,非法证券活动的法律责任可以分为民事责任、行政责任和刑事责任。一般,民事责任的优点在于经济赔偿性,行政责任的优点在于处罚的迅捷性,刑事责任的优点在于处罚的严厉性。三种责任都起着打击非法证券活动,维护证券市场良好秩序的作用,不可偏废,应合理配置。尤其是民事责任,它通过民事诉讼程序使非法证券活动中的违法者承担民事赔偿责任,是公民在法治状态下寻求保护私权的直接体现,是民事责任制度保护受害者目的的直接体现,是实现《证券法》“规范证券发行和交易行为”宗旨的直接体现。它的重要性,正如法学家刘俊海所说:“民事责任应该在证券法律责任体系中处于核心地位,或者至少放在与行政责任同等重要的程度上。”^①

^① 刘俊海:“论证券市场法律责任的立法和司法协调”,载《现代法学》2003年第1期。

(二)有利于打击遏制非法证券活动

民事责任制度的充分发挥有利于打击遏制非法证券活动,主要体现在三个方面:首先,调动一切民事主体追究非法证券活动的责任。非法证券活动往往具有形式不断翻新、隐蔽性强、欺骗性大,资产易被转移、证据易被销毁,人员易潜逃等特点,行政处罚和刑事追究的数量有限;而赋予民事主体合理方便地以侵权或违约等理由追究非法证券活动民事责任的权利,能够最大限度地提高投资者参与证券市场监管的主动性,增加非法证券活动被打击的机会,有效地打击遏制非法证券活动。其次,充分发挥律师在打击非法证券活动中的重要作用。律师是法律专业人士,熟悉打击非法证券活动相关法律法规以及责任追究的规定。因此,律师在代理案件时,可以充分利用法律赋予的调查取证权,积极收集非法证券活动的证据以追究其责任,对于合理引导当事人依法维权,有效打击非法证券活动具有重要作用。最后,通过以民事赔偿为主的民事责任来制裁不法行为。我国证券市场正处于新兴加转轨时期,除了行政违法和刑事违法行为以外,民事违法行为时有发生,民事责任制度能使任何不法行为者都有可能被推上民事赔偿诉讼的被告席,有效地警示和遏制非法证券活动。

(三)有利于促进社会和谐稳定

非法证券活动是一种典型的涉众型违法犯罪活动,具有涉及地域广、金额大、人员多等特点,极易引发群体事件,严重干扰正常的经济金融秩序,破坏社会和谐与稳定。因此,依法引导受害人维护自己的合法权益,通过法律手段解决纠纷对于构建和谐社会具有重要意义。然而,当前追究非法证券活动往往以行政责任和刑事责任居多,而通过民事诉讼程序解决非法证券活动纠纷,对受害人进行民事赔偿的很少。尤其是对于一些尚未达到行政处罚和刑事处罚标准的非法证券活动,如果不启动民事追责程序,就很难实现打击非法证券活动、保护受害人合法权益的目的。实践中,受害人因民事法律救济途径不畅而导致上访也时有发生。^②因此,完善追究非法证券活动民事责任,由民事主体对

^② 非法证券受害人通常不愿通过诉讼途径解决纠纷,而往往通过电话、书信以信访形式向证监会等部门反映。

非法证券活动者提起民事诉讼,对于引导公民在法律框架内解决民事纠纷,推动我国证券市场的法治化进程,维护社会和谐稳定具有积极意义。

二、当前追究非法证券活动民事责任存在的主要不足

我国属成文法系国家,立法的完善程度直接影响司法实践的效果。当前追究非法证券活动民事责任的法规及司法解释明显滞后,一定程度上制约了打击非法证券活动。

(一)《证券法》中有关非法证券活动民事责任的规定存在不足

《证券法》是规范证券市场的基本法,兼具公法与私法性质。然而,总体而言,当前《证券法》在法律责任的配比上,行政责任较多,民事责任明显不足,如在法律责任一章中,仅第210、214条有民事责任的规定,而涉及行政责任的规定有四十余条。《证券法》这种“重行轻民”的立法特点也使得有关非法证券活动民事责任的规定存在缺陷。

1. 没有直接规定非法证券活动应承担民事责任

一般,规定民事责任有两种方式:一是在具体条款中直接规定,如虚假陈述行为,民事赔偿责任规定在第69条,行政责任规定在第193条。二是在相关条款中对民事责任作总的规定。然而,《证券法》中涉及非法证券活动的具体条款第10条(非法公开发行证券)、第122条(非法经营证券业务)、第188条(非法公开发行证券法律责任)、第197条(非法经营证券业务法律责任)分别对非法公开发行证券和非法经营证券业务及其行政责任作了详尽规定,但并没有直接规定非法证券活动的民事责任。《证券法》第232条虽然规定了证券违法行为责任人支付民事赔偿和缴纳罚款、罚金的先后顺序,但《证券法》中没有条款对民事责任作总的规定,第232条也缺少“违反本法规定,构成民事违法行为的,依法承担民事责任”的衔接规定。^③ 因为“违反本法规

^③ 《证券法》第232条是针对违法者竞合责任先后顺序的规定,该内容从1999年《证券法》就已体现。

定”不一定都应当承担民事赔偿责任,也可能是行政或刑事责任。

2. 有关非法证券活动民事责任种类的规定不足

在《证券法》中,对非法证券活动行政责任的种类规定很详尽,涉及警告、责令停止发行、取缔、罚款、没收违法所得等,但对于民事责任种类的规定只有民事赔偿一种(《证券法》第232条)。显然,民事责任的种类不限于民事赔偿,还包括停止侵害、返还财产等很多私权救济形式,各种责任都在民事责任体系中扮演着重要角色,既然如此,为何不可以在《证券法》相关条款中予以体现呢?

3. 没有规定非法证券活动民事责任的归责原则

民事责任的归责原则,是指以何种根据确认和追究侵权行为人的民事责任,它是解决侵权民事责任所普遍适用的基本准则。《证券法》第69条规定了虚假陈述行为的民事责任归责原则。对发行人、上市公司实行无过错责任,对发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司实行过错推定责任,对发行人、上市公司的控股股东、实际控制人实行过错责任。而《证券法》没有规定非法证券活动的民事责任归责原则,这就给追究非法证券活动民事责任带来了一定困难。

(二)《关于整治非法证券活动有关问题的通知》规定的不足

近年来,司法介入证券市场的力度在加大。2008年1月2日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证券监督管理委员会发布的《关于整治非法证券活动有关问题的通知》(以下简称《通知》)规定:“如果非法证券活动构成犯罪,被害人应当通过公安、司法机关刑事追赃程序追偿;如果非法证券活动仅是一般违法行为而没有构成犯罪,当事人符合民事诉讼法规定的起诉条件的,可以通过民事诉讼程序请求赔偿。”《通知》的最大意义在于,解决了法院不受理非法证券活动案件的难题,有助于受害人通过法律诉讼追回损失并打击违法违规者。^④但《通知》存在三个值得探讨的问题:

^④ 该通知发布之前,有人认为根据1998年最高人民法院《关于中止审理、中止执行涉及场外非法股票交易经济纠纷案件的通知》规定,非法证券活动纠纷不能通过民事诉讼解决。

1. 对《通知》法律性质有不同的认识

一般认为,从《通知》的发文主体以及出台打击非法证券活动的政策背景分析,它应该属司法解释性质的文件,是打击非法证券活动的法律渊源之一,对执法、司法活动都具有法律上的约束力。但实践中对《通知》的司法解释性质存在不同的理解,认为只有最高人民法院、最高人民检察院才有司法解释权,而《通知》的发文主体还包括了没有司法解释权的公安部和中国证监会。另外,《通知》是以“证监发”的形式,而不是以最高人民法院发文的形式,很容易引起人们对其法律效力的不同认识。

2. 《通知》没有具体规定如何追究非法证券活动的民事责任

《通知》仅解决了对非法证券活动提起民事诉讼的问题,没有具体规定如何追究非法证券活动的民事责任,不像虚假陈述民事案件有《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(以下简称《规定》)这样专门配套的规定。这使得民事主体对诉讼的具体程序及诉讼风险无法较为准确地判断,《通知》推动非法证券活动的民事诉讼效果不明显。民事主体因非法证券活动而主动提起民事赔偿诉讼的案例也非常鲜见。

3. 刑事追赃程序与民事诉讼程序的关系需要理顺

《通知》规定,未构成犯罪的,可以通过民事诉讼程序请求赔偿,构成犯罪的,通过公安、司法机关刑事追赃程序追偿。如果从《通知》的字面理解,构成犯罪的非法证券活动,被害人不能通过民事诉讼程序追偿,只能通过刑事追赃程序追偿。但如果对“刑事追赃程序”作扩大解释,可以理解成包括《刑事诉讼法》第7章中规定的附带民事诉讼程序。为了更好地打击非法证券活动,保护受害人利益,不论非法证券活动是否构成犯罪,有关民事主体都应该可以提起民事诉讼,原因在于:第一,民事责任和刑事责任法律性质不同,救济方式不同,两者相互促进,并不排斥;第二,非法证券涉及犯罪的,民事主体可以通过民事诉讼、刑事附带民事诉讼等方式解决,这是法律赋予受害人的权利,不应剥夺。因此,应尽快对《通知》中“构成犯罪的,通过公安、司法机关刑事追赃程序追偿”进行解释,以免给有关民事主体、执法部门造成不同的认识,影响打击非法证券活动的效果。

(三) 参考适用《规定》存在的主要不足

当前,因非法证券活动而引起的民事纠纷案件没有具体的审理规定。但其作为证券市场民事赔偿案件的一种,可以参考最高人民法院2002年制定的《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》所确认的原则和规定。但由于该规定是6年前制定的,随着证券市场的发展,有些规定需要进一步完善。另外,由于非法证券活动与虚假陈述在主体、行为特点等方面有所区别,因此,《规定》中有些内容不适合。

1. 起诉前置程序已不适宜

考虑到投资者起诉时能掌握的有效证据、法官的审理能力等原因,《规定》在制定时确认了起诉前置程序,即规定民事起诉要以行政处罚或刑事处罚为前提。但随着证券市场的发展,现在取消这一前置程序的条件已经基本成熟。原因在于:首先,人民法院已经积累了一定的司法经验,如重庆法院就已经审理了ST长运、ST重实两起虚假陈述类的民事赔偿案件。其次,公民的法律意识和律师调查取证的水平可以适应直接提起民事诉讼的需要。最后,《通知》中已没有再规定起诉非法证券活动须以行政处罚和刑事处罚为前置程序,为民事主体直接起诉非法证券活动提供了法律依据。

2. 诉讼时效的起算日不清晰

虚假陈述民事案件的诉讼时效规定比较特殊,以行政处罚决定公告或刑事判决生效之日,作为诉讼时效起算之日。而因非法证券活动而引发的民事诉讼的时效起算日,因为没有起诉的前置程序,《规定》中的有关内容显然不适合,应适用《民法通则》第135条、第137条的规定,采取“知道或应当知道权利被侵害”之日作为诉讼时效起算之日。但是根据实践情况,“原告知道或应当知道权利被侵害”还是过于抽象,应根据非法证券活动的特点,列举一些实质性的情况作为“原告知道或应当知道”的具体标准。

3. 地域管辖和级别管辖存在一定的不合理性

对于地域管辖,《规定》中确认了“原告就被告原则”,对于以上市公司为主的虚假陈述案件诉讼有重要意义。但非法证券活动具有隐蔽性、流动性、受害人大都在外省的特点,这决定了如果单纯采用“原告

就被告原则”,对于受害人起诉、取证会造成困难。实践中,不少受害人宁愿自己承担损失或向行政机关举报,也不愿意提起民事诉讼,与“原告就被告原则”的诉讼成本较高不无关系。对于级别管辖,《规定》中确认虚假陈述案件由中级人民法院管辖。随着证券市场的发展,除虚假陈述案件之外,其他证券民事纠纷案件会越来越多,如果都由中级人民法院审理可能会影响效率。因此,在确定非法证券活动民事案件的级别管辖时,应该合理划分中级人民法院和基层人民法院的分工。

4. 损失赔偿的规定需要补充内容

从《规定》第29条和第30条来看,被告承担的民事责任主要为:一是在证券发行市场导致证券被停止发行的责任:返还所缴股款、赔偿所缴股款的银行同期活期存款利率的利息;二是在证券发行市场或证券交易市场承担民事赔偿责任:投资差额损失、投资差额损失部分的佣金和印花税以及这两项资金的银行同期活期存款利率计算的利息损失。

对于非法证券活动,可以参考《规定》中的内容,但有两个问题值得进一步思考:一是公开发行业务或非法经营代理买卖证券业务,在股权交易中还会发生一些费用,如过户费、托管费、手续费等,这些也是原告的财产,也应一并返还,但《规定》中并没有涉及;二是非法经营证券投资咨询业务的被告是否承担受害人的全部投资损失值得探讨。因为,在合法的证券投资咨询领域,“不能约定分担损失”已是法律明文规定。^⑤非法经营证券投资咨询业务的被告只是提供证券投资意见,没有对受害人的财产进行直接投资,不足以影响投资者决策,这与上市公司虚假陈述足以影响投资者决策是不同的。因此,必须合理规定赔偿受害人的投资损失。

三、如何完善追究非法证券活动的民事责任

当前,如何完善追究非法证券活动的民事责任已显得尤为迫切。

^⑤ 根据《证券法》第171条规定,投资咨询机构及其从业人员从事证券服务业务不得与委托人约定分享证券投资收益或者分担证券投资损失。

为进一步完善民事追责的规定与程序,实现打击非法证券活动、保护受害人合法权益,本文特提出以下建议。

(一)进一步完善《证券法》有关追究非法证券活动的民事责任的内容

《证券法》是证券市场领域最重要的一部法律,是证券市场的“宪法”。因此,《证券法》的完善与否对追究非法证券活动的民事责任起着至关重要的作用。

1. 规定非法证券活动应承担民事责任。根据实践情况,规定非法证券活动的民事责任可以有两种方式:第一,在《证券法》具体条款中规定,即在第10条、第122条、第188条、第197条中作具体规定;第二,在《证券法》中作总的规定,即修改第232条,增加“违反本法规定,构成民事违法行为的,依法承担民事责任”的规定。

2. 增加有关非法证券活动民事责任种类的规定。为充分发挥各种民事责任的作用,对于非法证券发行,可以在《证券法》第188条中规定停止侵害、返还财产(所缴股款及其他交易费用)、赔偿损失(所缴股款及其他交易费用的银行同期活期存款利率的利息)等责任。对于非法经营证券业务,可以在《证券法》第197条中规定承担停止侵害、返还财产(所缴股款及其他交易费用、会员费、咨询费、赢利分成等)、赔偿损失(所缴股款及其他交易费用的银行同期活期存款利率的利息、投资差额损失、投资差额损失部分的佣金和印花税以及这两项资金的银行同期活期存款利率计算的利息损失等)等责任。

3. 规定非法证券活动民事责任的归责原则。可以参考《证券法》第69条以及《规定》中有关虚假陈述行为的民事责任归责原则,在《证券法》中规定非法证券活动民事责任的归责原则:对于非法证券活动的单位和个人,实行无过错责任;对于单位的负有责任的董事、监事、高级管理人员,实行过错推定责任;对于单位的控股股东、实际控制人,实行过错责任。

(二)完善《通知》中有关追究非法证券活动民事责任的内容并细化

为方便非法证券活动引发的民事案件诉讼,落实《通知》中有关民事赔偿内容的规定,建议尽快制定相配套的专门规定,并修改完善有关

内容。

1. 尽快制定相配套的专门规定。《通知》开启了对非法证券活动提起民事起诉的大门,但目前还没有专门的司法解释,一定程度上影响了民事诉讼的进程。因此,建议最高人民法院在吸纳《通知》中有关追究非法证券活动民事责任的内容基础上,尽快制定《关于审理证券市场因非法证券活动引发的民事赔偿案件的若干规定》。当然,在最高人民法院还没有制定统一的司法解释前,省级法院也可根据实际情况,制定本辖区的审理规定,为促进证券法治、维护证券市场秩序发挥重要作用。^⑥

2. 进一步完善民事主体的诉讼权利。建议对《通知》所规定的刑事追赃程序进行修改,以切实保护民事主体的诉讼权利。规定:“对于非法证券活动所产生的纠纷,当事人符合民事诉讼法规定的起诉条件的,可以通过民事诉讼程序解决,如果非法证券活动构成犯罪的,被害人可以通过刑事附带民事诉讼解决。”

(三)完善非法证券活动引发的民事赔偿案件诉讼的规定

为适应非法证券活动而引发的民事赔偿案件诉讼,需要司法机关对诉讼的有关制度和具体程序进行专门的司法解释规定,以完善追究非法证券活动的民事责任。

1. 不规定起诉的前置程序。为方便民事主体起诉,司法解释不宜规定起诉须以行政处罚和刑事处罚为前提的前置程序。原告起诉只要符合原《民事诉讼法》第108条规定的起诉条件,人民法院就应当受理。当然,考虑到证券民事案件的特殊性和弥补前置程序取消可能带来的原告滥用诉权问题,对原《民事诉讼法》第108条起诉条件“(三)有具体的诉讼请求和事实、理由”可以从严掌握,规定“起诉时,应当有初步证据支撑其具体的诉讼请求和事实、理由”。

2. 完善诉讼时效的起算日。非法证券活动而引发的民事诉讼的诉讼时效起算日,可以采取概括和列举结合的方式,将“原告知道或应当知道权利被侵害”作为概括标准。同时,根据非法证券活动的特点,以

^⑥ 2006年,重庆市高级人民法院发布了《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》,就对本辖区该类案件的审理起到了很好的指导作用。

下情况可以作为列举标准:

- (1)原告向证券监管部门或其他机关举报非法证券活动;
- (2)有关部门公布非法证券活动处罚结果;
- (3)被告已明确拒绝履行主要义务;
- (4)其他知道或应当知道权利被侵害的情况。

3. 完善地域管辖和级别管辖的规定。在确定地域管辖时,主要应考虑方便投资者起诉及取证,实现有效打击非法证券活动与法院审理案件便利的有效平衡。建议规定:原告可以选择被告所在地、侵权行为地或损害结果地的法院提起诉讼。

在确定级别管辖时,主要应考虑案件的重要性与审级上的合理分工。建议规定:对于非常复杂或较大影响的非法证券活动案件由中级法院审理管辖,其他的由基层法院管辖。

4. 完善损害赔偿的规定。对于非法公开发行证券或非法经营代理买卖证券业务,可以规定的赔偿范围是:第一,返还所缴股款及股权交易中发生的费用,如过户费、托管费、手续费等;第二,赔偿以上款项银行同期活期存款利率的利息。

对于非法经营证券投资咨询业务,可以规定赔偿的范围是:第一,返回受害人财产,即受害人缴纳的会员费、咨询费、赢利的分成等;第二,赔偿受害人的投资损失,包括投资差额损失、投资差额损失部分的佣金和印花税以及这两项资金的银行同期活期存款利率计算的利息损失。但由于非法经营证券投资咨询业务的特点,建议规定赔偿受害人的投资损失以一半为宜。这样,既可以通过让非法证券投资咨询者承担赔偿责任起到打击作用,又可以让受害者自己承担一半的损失责任,从而增强受害者防范非法证券活动、对自己证券投资决策负责的责任性和主动性。

以上本文就如何完善追究非法证券活动的民事责任作了一些思考。展望中国资本市场的远景,《中国资本市场发展报告》提出“到2020年,中国资本市场的法律和监管体系将基本完善,成为更加公开、公平、公正的市场”的目标,而“各种与资本市场相关的法律制度得到

完善,相关的司法审判机制基本形成”是重要内容之一。^⑦相信,随着司法审判介入包括非法证券活动在内的各类证券民事诉讼纠纷,证券市场的司法审判机制必将加快形成,我国的证券市场也会更加公开、公平、公正。

^⑦ 中国证监会:《中国资本市场发展报告》,中国金融出版社2008年版,第140页。