

中小投资者保护与证券业纠纷 解决机制的构建

范 愉*

摘 要:立案登记制实行后,在虚假陈述等民事诉讼中取消行政前置,必将改变证券类纠纷解决的格局。但在带来严重挑战的同时,其也成为进行顶层设计和机制整合的契机。同时,当代世界资本市场治理的新经验,也为我们提供了更多选择可能。根据金融消费者和中小投资者保护的原理和规律,在谨慎尝试示范诉讼、团体诉讼的同时,应将重点放在加强行政监管和行业自治,将先行赔付、赔偿基金等制度化,构建常规性非诉讼救济机制上。可在现有投服中心、行业协会调解和投诉机制的基础上,通过顶层设计建立统一专业权威的第三方纠纷解决机制,实现更加快捷、经济、公平、全面的救济。

关键词:纠纷解决 中小投资者保护 证券期货纠纷 虚假陈述 行政监管

一、挑战与机遇

改革开放以来,中国资本市场从无到有,逐步走向成熟。与此同时,证券期货业纠纷解决机制也在探索中不断前行。从虚假陈述诉讼案件到证券投资者保护基金、先行赔付的创新实践,以及中证中小投资者服务中心(以下简称投服中心)的建立,一个证券业多元化纠纷解决机制已初步形成。在不久前问世的《投资者》(2018年第1辑)中,中国证券领域的著名专家学者和实务人士围绕相关问题展开了深入细致的研讨,提出了诸多极有见地和建设性的意见。

* 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师。

众所周知,这一问题的讨论是在最高人民法院实行立案登记制改革的背景下展开的。2015年最高人民法院在《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》中明确指出,根据立案登记司法解释规定,因虚假陈述、内幕交易和市场操纵行为引发的民事赔偿案件,立案受理时不再以监管部门的行政处罚和生效的刑事判决认定为前置条件。实际上,正如行政前置原本就并非法定制度一样,取消前置也没有经过充分的论证和制度准备,其不确定性可想而知。由此,证券市场的相关决策者和实务部门不得不直面一次重要的挑战和机遇——如能把握机遇,通过合理的顶层设计对既有的各种机制进行整合,或可就此理顺诉讼与非诉讼、行政监管与司法的关系,完善中国特色的证券期货多元化纠纷解决机制;反之,如失去这次机遇,可能会再次进入一轮“摸着石头过河”的利益博弈和探索试错的过程,不仅成本风险巨大,结果不确定,而且必然推迟这一制度化的进程。

另一个重要的背景,是当代世界金融消费者保护和纠纷解决实践的发展。今天,美国已经从“诉讼爆炸”和集团诉讼的狂热时期走向了寻求以各种非诉讼机制获得“补偿的正义”新常态,^①欧洲大陆开创的金融消费者保护及解纷机制则成为新的时代潮流。这些新的动向,为我们提供了更多的选择可能,或可借鉴更加成熟的域外经验,在现有制度的基础上形成适合需要的合理机制。

二、诉讼与司法程序

20世纪后半叶至21世纪初,当人数众多的中小投资者权益诉求日益增长之际,西方国家并无适合处理这类纠纷的适当程序。美国式集团诉讼以其强大的行动力和意识形态影响力风靡一时,但其给市场和社会带来的成本与风险也不容小觑,乃至于很多国家虽然跃跃欲试,但实际上却鲜有真正实行者——英国虽然也建立了集团诉讼制度,却很少使用,而热衷于寻求非诉讼方式加以替代;欧洲大陆法国家则尝试通过更加理性的团体诉讼方式避免集团诉讼的风险,我国台湾地区的“投保中心”团体诉讼正是这一理念的产物。

21世纪初,尽管很多研究者推崇美国式集团诉讼,但基于体制和司法能力等限

^① 参见[美]肯尼斯·R.范伯格:《补偿的正义——美国如何应对灾难》,孙伟等译,法律出版社2013年版。作者主持了包括“9·11”事件在内的多个大规模群体性赔偿基金的工作,为了让众多受害人得到合理的赔偿(补偿),基金确立的规则尽可能减轻当事人的举证责任,不使用惩罚性赔偿、尽可能标准化,并通过调查和与当事人沟通保障补偿的公平。这种思路开创了美国当代群体事件处理的新时代。

制,我国法院在开放虚假陈述诉讼案件时选择了行政前置和非集团诉讼的方案。毫无疑问,在我国资本市场的发展中,诉讼的作用是不可或缺的,法院在司法实践中,通过诉讼积累了大量经验,尤其是针对新型法律问题和重大疑难案件,通过裁判案例在制度缺失或规则不明确的情况下,创新性地激活了赔偿基金和先行赔付等机制,为证券虚假陈述诉讼初步探索出一条行之有效的道路,也为研究者提供了丰富的素材。

汤欣、陈旺在《虚假陈述民事司法的实践——回顾与思考》一文中,用详细的数据比较我国与美国、我国大陆与我国台湾同类纠纷的司法实践后指出,统计数据显示,我国证券虚假陈述民事赔偿案件的赔付率高于美国集体诉讼机制。同时,我国相关案件中的诉讼时长短于美国的法院。汤欣教授认为,美国集团诉讼和我国台湾地区“投保中心”团体诉讼,分别代表了市场化和集权化两种模式。我国大陆民事诉讼制度虽然社会影响较大的案件中赔付率较我国台湾地区低,但在小规模投资者索赔案件中的赔付率则要远高于我国台湾地区。^①同时,汤欣教授也指出,目前证券虚假陈述民事诉讼制度的核心问题在于投资者的诉讼成本过高。

在解决重大法律争议和小规模投资者救济方面,不同的制度设计确实存在取向差异,二者很难兼顾且均须付出较高成本。近年来,我国研究者对美国式集团诉讼的推崇逐渐趋于冷静,更加青睐团体诉讼和示范诉讼,但对行政前置的批评仍不绝于耳。事实上,我国虚假陈述类诉讼差强人意的成效,恰恰是在行政前置的基础上取得的。行政前置降低而非增加了诉讼成本,取消行政前置,降低诉讼门槛,将纠纷向法院集中,只能进一步加剧司法的压力并提高解纷成本。从投资相关纠纷整体来看,除少数具有法律意义的案件必须由司法作出裁判,值得付出较高的成本(包括私人成本、公共成本、道德成本甚至错误成本等)外,绝大多数涉及众多中小投资者的纠纷并不具有普遍的法律意义,重要的问题是如何公平、经济、便捷地使受害人获得救济,而不在于是否采用诉讼的方式。就市场治理角度而言,直接、有效、权威的行政监管和救济比司法的作用更重要。当代金融资本市场的共同趋势是加强行政监管及其在纠纷解决中的作用。在这个意义上,在因虚假陈述、内幕交易和市场操纵行为引发的民事赔偿案件中废弃行政前置,实与这种大势相悖。

^① 我国台湾地区“投保中心”团体诉讼数据:案件胜诉率47.37%;平均赔付率39.65%;实际执行到位的金额与请求金额之比为8%。资料来源于邢郁馨:《投资人的诺亚方舟:投资人保护中心与证券团体诉讼之实证研究》,载《月旦法学杂志》2014年第229期。转引自汤欣、陈旺:《虚假陈述民事司法的实践——回顾与思考》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第57页。

虽然迄今为止,在行政前置方面并无较大变革(汤欣),但必须警觉的是,在缺少科学合理的顶层设计前提下,简单地放弃一些行之有效的制度,不仅得不偿失,而且可能失去最佳的发展机会。我国交通事故处理机制对行政调解前置的废弃就是一个明显的教训。^①

在立案登记制实行之初,笔者即指出,立案登记制被视为本轮司法改革的关键性制度,这首先是基于政治和意识形态正确性的考量。在《中华人民共和国民事诉讼法》修改中,立案登记制曾被作为核心议题加以讨论,之所以没有被立法采纳,不仅是因为法院的民事诉讼案件压力和虚假诉讼、诉讼滥用早已积重难返,也是因为,法院在立案阶段通过对当事人进行引导,将部分诉讼案件向诉前调解等方式分流,有利于节约司法资源、改进纠纷解决的效益和效果,符合当事人和社会公共利益以及当代世界各国和地区民事司法改革的大趋势。在现行法律对多元化纠纷解决机制和诉讼分流缺少有效的支持的背景下,民事诉讼立案登记制不仅会带来民事案件数量的增长,而且必然对法院初步建立的多元化纠纷解决机制造成强烈影响。^②不幸而言中,立案登记制确实给法院带来巨大压力,甚至影响司法改革的一些目标(如员额制)的实行。为了扭转这种被动局面,最高人民法院正在以更大的力度推动多元化纠纷解决机制,并已向立法机关建议设立部分诉讼前置调解。最高人民法院在 2015 年有关证券诉讼的同一文件中即提出:积极探索建立证券纠纷诉调对接机制,实现纠纷多元化解。2016 年 7 月最高人民法院与中国证券监督管理委员会经过会商,出台了《关于在全国部分地区开展证券期货纠纷多元化解机制试点工作的通知》,探索充分发挥行业调解的优势,整合人民法院、监管部门、行业组织以及社会各方面力量,及时有效地解决争议,丰富多元化纠纷解决机制。

此后,相关法院据此进行了一系列改革尝试。如上海市第一中级人民法院与投服中心合作的示范诉讼与委托调解。其流程是,当事人直接提起诉讼,法院受理后,选择适合的案件进行示范诉讼,同时将同类其他案件整体委托给投服中心,由其根据

^① 在制定《中华人民共和国道路交通安全法》之前,交通事故处理实行政治调解前置,并可直接进入理赔执行。由于公安机关在立法占据主导并极力推诿责任,行政调解前置被改为当事人自由选择。此后肇事方拒绝调解、拒不理赔,保险公司拒绝依调解协议理赔成为常态,致使法院交通事故案件激增(占部分基层法院民事案件的 1/3),处理成本和执行难度大幅度提高。实际上这类案件由于规则清晰、与保险衔接,绝大多数是可以通过精算式调解理赔,而不需要裁判的。近年来各地在多元化纠纷解决机制的建构中不断探索交通事故处理平台、委托调解等方式,2017 年 11 月最高人民法院、公安部、司法部和证监会联合发出通知,在 14 个省市开展道交纠纷“网上数据一体化处理”改革试点,重新开始探索以非诉讼为主的交通事故处理程序,然而在 10 余年间,国家、社会、当事人和司法机关为此付出了巨大的代价。

^② 范愉:《立案登记制与多元化纠纷解决机制》,载《中国审判》2015 年第 15 期。

示范诉讼判决的精神进行调解。^①就设计思路而言,这一方案既体现了司法的主导,又注重节约司法资源,较一般群体诉讼的风险成本低,且很好地实现了诉讼与非诉讼机制的衔接。如果能够适当控制诉讼的总量,这种模式是相对稳妥的。尽管如此,仍然需要指出以下问题:

1. 目前法院审理的虚假陈述案件,包括上述实验方案,实际上仍是在行政处罚判断的事实和依据基础上进行的,因此均无法证明废除行政前置的必要性和利弊,其效果存在不确定性。一旦完全废除行政前置,法院将不得不承担起大量基础性的事实调查、确立赔偿标准和分配方案等工作,不仅未必专业、效益不高,也必然会耗费更多的司法资源,提高诉讼成本。

2. 在行政前置下,事件的违法性质和程度已经明确,法院示范诉讼主要是根据既有规则确定赔偿方案、通过精算分配赔偿比例份额,虽然复杂烦琐,但其中大量属于技术性工作,可委托专门机构完成;多属于可由非诉讼程序替代的范围,难以体现司法裁判的必需性。

3. 示范诉讼仍难以公平高效地实现对中小投资者的权益保护。由于不采用声明退出机制,真正参与诉讼的当事人比例并不高。迄今为止,虚假陈述诉讼绝大多数案例起诉投资者人数未超过1000人,远远低于被起诉上市公司符合条件的股东数量,说明绝大多数受损投资者并没有选择诉讼方式,^②除希望从诉讼中获利的律师、从判决中获得信息的学者、围观的媒体和公众外,真正的权利人并不热衷通过诉讼实现自己的权利。况且真正废除行政前置后,必然会增加举证责任和诉讼风险,败诉比例也会相应提高,当事人诉讼的积极性和公平救济的期待也会随之逐渐冷却。

4. 存在诸多风险和代价。除高成本外,还包括容易诱发滥诉(包括虚假诉讼、轻率诉讼、恶意诉讼),行政前置可以有效避免滥诉,从行政前置案件与不设行政前置案件的原告胜诉率的比较,就可以大致了解不必要诉讼所占的比例。一旦取消行政前

^① 参见上海市第一中级人民法院关于示范诉讼和商事调解的司法改革材料;陈冲:《中国示范诉讼机制的法律构建》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第64页;陈洁:《投服中心公益股东权的配置及制度建构》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第86页。

^② 卢勇:《中国证券申诉专员制度的探索建构》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第108页。

置,更易诱发滥诉。^①此外,会挫伤行政监管部门的积极性、削弱行政监管的权威,违背资本市场的运作规律和加强监管的需求。当前资本市场需要的是加强行政主管部门的责任和作为,设置严密的监管系统和调查机构,以规范、高效、权威、专业的手段,根据市场和行业的规则进行判断、定性,规避群体诉讼的成本风险,保障权利人平等地获得救济。而法院只需行使司法审查权,对重要的法律问题进行裁判,而不是全盘接管。取消行政前置实际上减轻了行政监管的责任,给予其不作为的借口,必然会影响治理的效果。

5. 将纠纷集中到法院管辖,再由法院以各种方式委托社会力量化解,虽然也能形成多元化处理,但与诉前分流机制的设计相比较而言,实为“倒行逆施”、事倍功半。将纠纷集中到法院管辖不仅增加了法院的负担和公共成本,也很难发挥非诉讼程序的前端作用。法院裁判后,在执行方面仍可能出现困难,不得不再度依靠行政力量启动赔付基金等机制。

综上所述,证券虚假陈述诉讼是中小投资者权益保护的重要机制,重要案件的法律意义和示范作用毋庸置疑,但对当事人而言,诉讼仍是一种高成本的解纷方式,且效果和执行也并不尽如人意。从社会治理、资本市场的日常监管和秩序维护,以及广大中小投资者权益救济的角度而言,诉讼不宜作为常规和唯一的渠道大量使用。而且,相对于法院立案后的分流而言,在法院外和诉讼前建立更加便利、专业、经济、公平的非诉讼机制才是当务之急。

三、非诉讼解纷机制的建构

近年来,欧洲在谨慎运用诉讼的同时,采用了全新的治理思路,积极推进以金融申诉专员制度(FOS)为代表的新机制,加强和灵活运用行政监管与行业自律,通过协商、调解与裁决相结合的非诉讼方式,使金融消费者的权利诉求得到快速的回应和直接的救济,最大限度地减少了诉讼。

^① 我国民事诉讼属于一种低端化纠纷解决模式,这一模式便民、低廉、高效,但也存在耗费司法资源、容易诱发滥诉(包括虚假诉讼、轻率诉讼、恶意诉讼)等问题。参见范愉:《司法资源供求失衡的悖论与对策——以小额诉讼为切入点》,载《法律适用》2011年第3期。立案登记制实行以来,已有确切的数据表明,消费者打假索赔诉讼已经沦为职业打假人和少数职业律师获取利益或名声的专门渠道,小额诉讼也成为物业公司等集团索债的便捷方式。很多貌似激进的诉讼类型,如消费惩罚性赔偿、政府信息公开、公益诉讼几乎成为极少数诉讼专业户独占的舞台,完全违背了设立时标榜的目标和价值。

尽管资本市场与银行、保险等金融领域存在一定差异,但中小投资者保护与金融消费者保护在原理与思路上仍有诸多共性。主要包括以下方面。

1. 当事主体的非平等关系。金融消费者和中小投资者在与对方当事人的关系中都处于弱势地位,在信息、法律知识、诉讼能力等方面都无法与对方抗衡,因此需要在信息披露、程序、举证责任等方面得到监管机构的支持和帮助,在实质处理方面亦需要适度倾斜。这样,就需要超越传统民商事实体法和程序法,以新的思路建立专门化机制,特别是在处理群体性和小额争议中尤为重要。

2. 强化行政监管的作用。金融和资本市场风险的加剧,需要行政监管部门发挥更加积极主动的作用,包括进行预防性规制、减少争议的发生。在处理投诉中及时发现行业内及既有规则制度的问题(如格式合同和行业规则),主动进行补救和整改。不断强化行政救济功能——相对于司法的消极被动,行政救济具有积极、专业、监管与服务结合的特点,在诉讼前穷尽行政救济是一种高效、合理的制度安排。

3. 在纠纷解决中加强行业自律和企业的社会责任。金融机构或相关企业作为行业成员有义务通过参与协商、调解等解纷程序、支付赔偿基金、先行赔付、自动履行等方式回应消费者投诉和纠纷处理,尽可能将纠纷化解在法院之外。

4. 将监管(投诉处理)与纠纷解决(救济)相结合,建立为金融消费者或中小投资者服务的第三方机制,保障其及时便捷地获得救济。^① 主要类型包括:

(1) 独立法定机构,即通过立法授权、公共财政支持或法定财政来源(如行业集资、公益捐赠等)建立专门机构。如我国台湾地区的财团法人“金融消费评议中心”,采用社会化形式,拥有法律授权和独立性及财政、组织保证,可行使调查、调解或裁决(评议)的法定权限。这种模式与我国台湾地区“投保中心”支持诉讼的模式相比,更适合处理常规和小额纠纷。

(2) 依托行业组织,在行业内建立监察专员(FOS)。^② 欧洲各国金融行业协会往往具有准行政性,对行业成员拥有较强的控制力,成员单位交纳会费作为FOS的资金来源,承诺积极参与纠纷解决程序、履行义务。FOS分设在各行业,有利于各行业

^① 这类纠纷不同于普通民事纠纷和传统商事纠纷,一般应建立统一和专门性机制,不宜采用自由开放的市场化模式,也不宜由人民调解和一般商事仲裁承担。

^② 金融督察服务(Financial Ombudsman Service, FOS),也称金融申诉专员或警察专员,是20世纪90年代开始出现并快速发展的一种金融行业性纠纷解决机制,在欧洲(如英国、爱尔兰、德国),澳大利亚,加拿大,新西兰等西方国家,以及印度、新加坡、马来西亚、南非等亚洲、非洲国家和地区均已建立。欧盟还建立了处理成员之间跨国和跨地区纠纷的金融申诉专员机制。各国和地区的同类机制名称各异,如法国称之为调解员。FOS设立的机构和级别也各不相同,可以设立在行业内,也可设立在行政监管部门。

有针对性地解决纠纷,并及时发现问题、调整规则、改进制度、改善服务等。行业性 FOS 可以接受行政监管部门的委托,处理其受理的相关投诉争议。

(3) 监督机构内设实体或职能部门:由监管机构直接设立金融监察专员(FOS)及行政仲裁机构。这一类型属于行政性救济机制,拥有独立性和调查权以及较高的权威性、专业性和快速应对能力,对行政监管部门负责,将行政监管与争议处理结合起来,可发挥预防性规制功能;有利于兼顾市场与公益、行业与消费者权益,从国家和社会公共利益角度对各方进行利益平衡,侧重保护消费者权益,借助投诉大数据分析预测判断、形成对策,有利于探索行业新政策、新规则和改革。^①

(4) 综合型。各国和地区在制度设计中既可选择上述类型中的一种,亦可以相互结合,构成多元化机制。例如,我国香港特别行政区采用金融申诉监察专员(FOS)与金融消费争议处理机制相互分立衔接的模式;德国采用行业性金融申诉监察专员(FOS)+行政仲裁(德国部分)相结合的模式,后者可以将纠纷委托前者处理。

5. 建立各种配套机制,如保护基金、赔偿基金、先行赔付等,使救济无须法院强制执行即可到位。

6. 与司法的衔接。非诉讼程序的宗旨和目标是尽可能将纠纷拦截在法院之外,除部分可纳入法定必经程序(如德国)外,通常不与诉讼直接衔接。其处理不具有终局性,除当事人自动承诺放弃诉权、自动履行之外,不影响当事人行使诉权。建立赔偿基金的,当事人可自愿选择是否和解,一旦接受赔偿基金即应放弃诉权。法院拥有司法审查和终局处理权,但在审判中须注意尊重行政监管权威,通常不会超出赔偿基金的标准。

正如有研究者指出的那样,近年来,我国在相关制度的探索方面取得了很多有价值的创新和突破,具备了较好的制度基础。如证券投资者保护基金及赔偿基金的灵活运用、先行赔付、证券行政执法和解等,以及中小投资者保护制度和投服中心、行业调解等机制。在此基础上,通过进一步制度化和完善,即可形成一个系统可行的非诉讼机制:

第一,证券业非诉讼纠纷机制应定位于一种集行业自律、行政监管、中小投资者保护和常规纠纷解决服务为一体的机制,由行政主管部门为责任主体,在其主导和监

^① 世界银行和 G20 峰会《金融消费者保护条款》都要求各国建立诸如金融监察员或调解服务等替代性机制解决纠纷,这些机构运行的原则包括独立性、透明性、公平性和有效性,同时,金融监察员还可处理消费者需求,分享其工作经验,帮助政府、监管机构、金融业和消费者改善金融消费者保护框架。Good Practice for Financial Consumer Protection, World Bank, 2012. 参见范愉:《申诉机制的救济功能与信访制度改革》,载《中国法学》2014 年第 4 期。

督下建立相对独立或社会化的第三方机制。包括(1)以现有信访投诉机关作为行政救济程序,启动行政执法、调查等相关程序,并可将受理的投诉纠纷委托第三方机构进行调解。(2)设立类似申诉专员的第三方专门机构,接受中小投资者投诉并主持纠纷解决。(3)加强行业成员、企业参与纠纷解决和自律的责任和机制。正如郭雳教授指出的,针对证券欺诈发行,需要为投资者提供多元化的损害赔偿救济渠道。市场主体有必要更加积极主动,立法、司法和证监会行政执法应协同合作,借鉴域外诸如公平基金等机制,提供必要激励和引导,使该举措发挥更好的效果。^①

第二,充分利用现有的保护基金制度,打通其与赔偿救济基金的转换,作为直接救济的基础和保障。如叶林教授所说,随着先行赔付制度的成功运用以及证券行政执法和解制度的确立,我国应当在保护基金已取得成功经验的基础上,建立保护基金与赔偿基金并存的模式,完善投资者的事后救济机制,更好地保护投资者的利益。^②赔偿基金来源包括保护基金和违法者的财产,以及虚假陈述案件投资者赔偿备付金。原则上民事赔偿应优先于行政处罚:“若行为人偿付能力有限,其应当优先承担民事责任,满足对利益受损的民事主体的赔偿,之后再考虑承担其他法律责任。”罚没收入可暂缓入库,以优先用于对中小投资者的权利救济。^③

第三,通过法律修订,将赔偿基金、先行赔付、协商义务等制度化。郭雳教授指出,现行《中华人民共和国证券法》及其修订草案、中国证监会相应“首发办法”等一系列法律规章,都并没有将先行赔付作为核准证券发行的法定条件。因此,这种“准强制性”的赔付承诺有时也被业界质疑,有人认为是监管部门在用行政力量强制保荐人承担先行赔付责任。^④实际上,为了更好地保护中小投资者权益,维护资本市场的秩序、防控市场风险,这种责任有必要提升为相关主体(企业或保荐人)的强制性义务。由此可见,有利于形成有效维护中小投资者利益的治理格局,也有利于公平快速地解决相关纠纷。

第四,纠纷解决以投诉、协商、调解、行政和解、行政处罚及理赔等环节构成完整的非诉讼程序,包括:受理投诉—敦促双方协商解决(企业自行处理并报告结果)—调

^① 郭雳、谭思瑶:《保荐人先行赔付制度与中国探索》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第94页。

^② 叶林、王琦:《证券投资者保护基金的法律性质》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第38页。

^③ 郭雳、谭思瑶:《保荐人先行赔付制度与中国探索》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第94页。

^④ 同上书,第103~104页。

解(拥有调查权和建议权)—裁决(有条件、不排除司法审查)。并与行政监管及行政执法、处罚形成互动,可融入行政和解和行政裁决。其中行政处理效力最高,并可以直接启动先行赔付和赔偿基金,或根据个案需要设立专项基金。

第五,将非诉讼程序设立为诉讼法定前置程序。与其让人数众多,但缺乏诉讼能力和动力的原告方权衡风险或徒劳地尝试降低诉讼成本,不如将非诉讼程序作为法定前置程序制度化,以控制成本、降低风险并消解废弃行政前置导致的混乱。当代世界调解前置(强制调解)已成为一种潮流,其意义并非剥夺或限制当事人诉权,而是要求当事人在诉讼前尽可能尝试通过调解等方式解决纠纷。事实证明,这种制度设计符合当事人的利益以及社会资源配置合理化的目标。具体而言,在中国证监会对违法行为作出行政处罚之后,直接启动救济机制,建立或激活赔偿基金,根据全体受害人人数量制定平等赔偿或补偿的方案及标准平等救济。与不受限起诉—示范诉讼—委托调解的程序相比较而言,这一机制将行业、市场和行政的作用以及公平、普遍、直接的救济功能发挥到极致,无疑更符合中小投资者保护的目标。

四、投服中心与证券业非诉讼机制整合

近年来,证券期货行业在纠纷解决方面进行了积极探索,建立了由投服中心、行业协会调解、中国证监会行政投诉等构成的多元化体系,并已初见成效。众所周知,我国多元化纠纷解决机制的实践具有很明显的实用指向,善于根据实际需求采用灵活的方式,在解决问题的过程中进行探索,弥补制度规则的空白和疏漏,但也存在顶层设计和制度建构方面的不足。正如有研究者指出的那样,很多重要的制度或未制度化或存在种种不确定性和规则缺失或几乎没有发挥作用(如行政和解),与此同时,各种组织机构的性质、功能及其在证券业纠纷解决机制中定位仍未厘清。为此,当务之急不仅需要通过法律将相关制度规则确立下来,也需要对现有的解纷机构进行整合。

如前所述,证券业非诉讼解纷机制应以行政监管与行业自律相结合,保护、服务、救济为一体。行政主管部门不仅需要直接参与投诉调查处理,还应主动承担启动赔偿基金、先行赔付、救济等方面的责任。同时,一个可以承担业内投诉和解纷实务、接受行政乃至双方委托的、社会化的第三方机构也是必需的,既有的投服中心和行业协会即可整合为这类机制。

投服中心的设立具有创新性,但因为并无明确法律依据,其地位、性质及功能均具有不确定性和多重性。一方面,投服中心可借鉴我国台湾地区“投保中心”的模式,通过持股行权方式、作为中小投资者一方的代言人提起诉讼;^①另一方面,投服中心又作为中国证监会支持的第三方机构,接受当事人及法院委托开展调解,并通过与行业成员签约等方式获得授权,可在调解不成时进行裁决。显而易见,投服中心的这两种功能及双重角色之间存在一定矛盾,容易导致对其定位的误解。

然而,在当代消费者保护运动中,这种模式并不鲜见,体现为如下特点:一方面,在法律授权下,以消费者名义,行使公共职能。消费者协会作为国家支持的社会组织,其宗旨是在支持消费者维权的同时,维护市场和社会公共利益。因此,消费者协会组织的代表人身份并不是绝对偏私的,而具有公益性,并非无原则地维护消费者的一切利益诉求,而必须遵循法律与市场规律,寻求公平和协调。消费者组织不仅支持消费者维权,也要对消费者进行教育,对消费者与市场主体发生的纠纷进行调解,虽然可以支持起诉、提起公益诉讼,但不应以诉讼为主要职能,并承担避免滥诉的责任。^②另一方面,消费者协会虽然是消费者保护组织,但其基于法律赋予的合法性和职能,可以作为中立第三方对相关纠纷进行调解。除常规调解外,还可以接受立法、行政机关和法院的委托,成立或主持赔偿基金小组,负责权利人登记、签署和解赔偿协议、理赔等具体工作。消费者组织通常通过内部分工、各司其职、相互协调,以避免功能冲突。

实际上,投服中心就是按照消费者协会的模式和原理设立的,担负着维权、投资者教育和中立第三方的综合职能。尽管投服中心已提起数起诉讼,其业绩和公益价值不可否认。但如前所述,毕竟诉讼不宜作为常规和唯一的渠道大量使用,相比之下,投服中心成立以来,主持的调解不仅数量多、成功率高,且已经初步形成了调解+裁决的新模式,显示出很大的发展空间。在此基础上,依托投服中心平台打造一个相对独立的对行政监管机构负责的全行业第三方机构——类似证券申诉监察专员机制,^③进而将非诉讼方式确立为证券业纠纷解决的主渠道,显然更具建设性。其基本

^① 陈洁:《投服中心公益股东权的配置及制度建构》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第83~84页。

^② 德国有关团体诉讼的法律明确规定,专门为提起诉讼之目的而成立的消费者团体不符合诉讼主体资格,且团体诉讼不用于处理侵权纠纷,不涉及赔偿问题。

^③ 有关探索中国证券申诉专员制度的建议值得特别关注。参见卢勇:《中国证券申诉专员制度的探索建构》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第109页。

框架或应如此:

1. 加强行业自治自律性机制,行业协会成员必须承担积极参与纠纷解决的义务,包括承担会费、积极参与纠纷解决程序、承诺接受一定数额下的裁决、承担先行赔付等各种基金等,与投服中心签订协议,建立协商与调解(裁决)衔接的机制。在相关企业组织中设立专门负责纠纷解决的人员,回应投诉、参与协商、调解和处理程序,负责人应拥有相应的权限,在协商过程中作出和解处分和灵活处理,原则上不应由律师代理。投服中心可将中小投资者投诉转至相关企业敦促其先行调解。^①

2. 将投服中心与行业协会调解整合为业界统一的调处中心,按照受理投诉—敦促双方协商解决—调解—裁决流程处理纠纷。其管辖范围不限于中小投资者投诉,可根据需要在内部设立若干专业分部、分类处理。调解中心对行政监管部门负责,可受行政监管部门委托调解相关案件,调解独立进行,但如发现行政违法违规问题,应及时与监管部门沟通。

3. 虚假陈述类案件的处理,仍以行政机关的处理为前置条件。被处罚者可提起行政诉讼。行政处罚生效后,行政主管部门可指定投服中心负责后续处理,成立专案小组,启动赔偿基金或先行赔付程序,进行评估核算,制定赔偿方案,公告权利人登记。按照统一标准进行赔偿。权利人同意接受赔偿方案的,即签署和解协议、放弃诉权,领取赔偿金。原则上,能够直接履行的和解或调解协议无须进行司法确认。未登记的视为放弃权利,可有条件地保留登记权和诉权。

4. 通过修改相关法律,将非诉讼程序设定为证券类诉讼的法定前置程序。权利人必须参与非诉讼程序,但可以在调解不成后另行起诉或转入诉讼。法院可根据需要将已经立案或已完成示范诉讼的相关案件委托投服中心进行调解。已设立赔偿基金的群体性案件,法院对起诉个案的裁判原则上不应超出赔偿基金标准,执行亦无优先权。

毫无疑问,一个新型机制的建立是艰难的,适应当代资本市场的需要和国际潮流,以新的治理思路,借当下契机完成制度建构和机制整合,既需要决策者的魄力,也需要实务界的共识和实践。当然,也需要研究者的推动。

^① 目前投服中心尚未充分发挥协商的作用,今后可受行政监管部门和行业协会的委托敦促当事人单位进行协商,为避免违法现象,可将协商和解的协议报送投服中心或监管部门审查备案,协商不成则启动调解。