

论证券民事诉讼中的 行政程序前置制度

黄丽娟¹, 王旭涛²

(1. 四川师范大学 法学院, 四川 成都 610068; 2. 西南财经大学 科研处, 四川 成都 610074)

摘要:2003年初出台了《最高人民法院关于审理因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》,将行政为主的程序设置为人民法院审理的强制性前置制度。然而从理论以及现实两个角度来分析,该行政程序前置制度不尽合理,且这一具体制度无论是法理推演,还是现实操作方面都还缺乏应有的合理性。

关键词:行政程序;前置制度;行政权;司法权

中图分类号:DF72 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2006)02-0028-06

2003年1月10日出台的《最高人民法院关于审理因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(以下简称《若干规定》)在一定程度上结束了虚假陈述所引发的民事赔偿案件审理中无法可依的局面,这无疑是继最高人民法院有条件地受理证券法上虚假陈述行为之后又一打破坚冰的创举。然而,法学界对于《若干规定》中的行政程序前置制度则是众说纷纭,莫衷一是。为此,有必要进一步深入探究这一制度设计的理论及现实合理性,以便更为清晰地指导我们的司法实践。

一 行政程序前置制度的法理分析:从行政权与司法权界分的视角探究

行政程序前置制度的设计或许更多的是出于回应现实的需要,然而从行政权与司法权界分的法理视角进行分析将有助于在纵深的层次上提升我们对这一制度的认识,克服法律工具主义的短见,深刻反省行政程序前置制度设计的合理性。

首先,行政权以管理为本质内容,是一种管理

权,它与国家的政策紧密相连;而司法权则以判断为本质内容,是一种判断权,判断是一种在公平正义观念指导下的关于是非曲直的认识,而管理是主动介入社会生活的一系列行动[1]。可见,“司法判决是依法作出的,行政决定是依政策作出的,法院尽力从法律规则和原则中找出正确的答案,行政官尽力根据公共利益找出最有利、最理想的答案”[2](50页)。正如韦德所言,“法官与行政官的思想方式是完全不同的,法官的方法是客观的,遵守着他的法律观念;行政官的方法是经验式的,是权益之计”[2](51页)。然而《若干规定》将行政程序前置置于证券的民事诉讼,必然将行政权的行使方式混同于司法权的行使过程之中,使行政权所担负的政策性功能主导甚至替代司法权的判断,而司法所追求的公平正义的旨趣也必然随之大打折扣,从而导致将司法当作行政,“搞‘平衡’、‘协调’甚至‘和稀泥’”[1],其结果一方面有损于法律的神圣性与权威性,另一方面也极不利于民众法律信仰之生成,对我国的法治建

收稿日期:2005-09-16

作者简介:黄丽娟(1978—),女,福建省三明市人,四川师范大学法学院教师,西南财经大学法学博士研究生。

王旭涛(1977—),男,河南省汝州市人,西南财经大学科研处助理研究员。

设造成了诸多弊害[3]。

其次,由于行政活动具有同政策紧密联系的特质,因此在社会发展的情势中更加强调应变的灵活性;而司法活动则总是本能地与国家的政策保持着必要的疏离,以维持法律特有的预期性和稳定性特质。因而司法活动更多的是受法律团体内自身话语的制约,而不代表某个人、社会集团甚至政府一时的愿望。只有这样,司法权才能保持一种天然的“中立性”,以此显现对社会的公正性的追求取向,并实现其作为“权利庇护者”的功能。而《若干规定》将行政程序强行前置于司法审理这一举措,无疑是将具有政策性功能的行政活动设置为司法活动的前奏,让司法活动随着政策的调整变化而摇摆不定。由此而来,司法背负着过为繁重的政策负担,并被迫与一时的政策相互博弈权衡。而在这一较量的过程中,司法活动将“忽而忙于维护国家利益,忽而又将国家利益弃置一边,忙于维护正义,显然极不协调”[4](100—101页)。这样一来,法律与社会的必要阻隔必将被打破,司法运行的相对自足性也将丧失,司法活动将跌入盲目追随变动不居的现实的“法律工具论”的泥潭,法律退化成可有可无的技术性工具,“一旦有其他工具可以使社会控制在短期内效用最大化,那么法律便可以是替代或撤换的”[3]。于是,法律所特有的稳定性、预期性将被严重削弱,这无疑与加强证券市场规范的立法初衷相去甚远。

再次,司法活动负有将社会热点问题转化为法律问题的能力和义务。司法活动面对社会生活所显示的相对冷静的态度只是表明对社会问题采取“不告不理”的态度,但绝不意味着对诉诸门前的纠纷也退避三舍。相反,司法活动应以积极的态度来观照现实纠纷,而法律活动的日益专业化所带来的法律技术的成熟也使得司法活动有能力将社会问题通过法律的方式加以解决。换言之,司法活动面对诉诸门前的纠纷,应尽力将这些社会问题转化为法律问题,并充分运用专业化的法律技术来定纷止争,这样一来,尽管法官是在不可避免地触及一些具有极大社会影响的问题,但法官通过法律的方式将大大淡化这些问题的敏感度,并为激烈的社会问题的“和缓、软化、处理或解决提供一个紧急出口”[5](140页)。因此,历史上那些甚至无法用政治和道德方式来解决的社会问题却常常通过司法活动来加以缓解。例如,美国1954年的布郎案件是一个涉及到

种族隔离的深刻的社会政治问题案件,但这一问题至少在当时是无法以政治或道德的方式来解决,而在这一问题诉诸法院时,法院并没有以消极退避的态度来采取所谓的“不予受理”的举动,相反,法院是将其视为为法律的问题,并通过法律分析论证的方式来加以消解[5](141页)。可见,对于寻求司法救济的社会纠纷,法院不应过多地考虑其社会反响而采取消极退让之举,而应充分运用法律自身特有的技术来积极应对。然而我国新近出台的《若干规定》作为一个重要的司法解释,却主动将求助于司法救济的证券民事纠纷的违法性认定问题交由行政程序来处理,这表明我国的司法活动由于担忧处于社会矛盾的风口浪尖而将诉诸门前的社会纠纷抛给了行政活动。难怪不少中小股东将此举理解为法院无法“剃”那些难“剃”的“头”,相反,只能把证监会等行政机关已经“剃”了一半的“头”接过来“剃一剃”[6]。司法权在行政权面前呈现出的一种明显的主动退让,尽管在一定程度上可归咎于我国的司法活动尚缺乏足够的法律技术来处理证券民事纠纷,然而,即使如此,更需要让司法部门处于调整证券民事纠纷的前沿进行摸索,从而积蓄经验,完善自身。如果不身临其境,亲自处理证券民事纠纷,司法经验的总结与理论的升华就无从谈起,司法活动也就难以积蓄成熟的法律技术来应对社会的敏感问题。因此,面对诉诸司法救济的社会纠纷,司法部门的回避退让无论如何不是理想之举,这不仅有害于法律的权威,并且在我国行政权日益膨胀、不断侵蚀司法权界域的情况下更不应表现出主动的让步,至少应在自己力所能及的范围内作出消极防范,以抵御行政权的不当干涉。

另外,《若干规定》还涉及到司法解释的权限问题。根据立法学的原理,司法解释是人民法院审理案件时的法律渊源之一,来自于法院的司法解释权,其只能够在现有法律规定的框架内对具体适用法律作出一些细化规定,而不能超越法律规定的权力。而我国《民事诉讼法》第一百零八条关于起诉条件的规定并没有增设行政前置程序的条款,显然,该司法解释有超越立法权限之嫌,“在‘照顾’了法律的社会效果的同时,实际上不同程度地破坏了法治的统一和尊严”[7]。

二 行政程序前置具体制度层面的反思

行政程序前置制度在法理上有不相融之处,但

这一制度的设计更多的是现实需要的回应,因此,有必要进一步分析行政程序前置的具体制度,以探究其制度构建上的现实合理性。

首先,行政程序前置制度的设计在一定程度上限制了投资者的诉权。第一,法院受理证券的民事纠纷应当以追究民事责任为根本内容,而民事责任与行政活动所追究的行政责任有着鲜明的界分。追究民事责任无论如何不应以承担行政责任抑或刑事责任为前提,承担民事责任的行为也未必就应接受行政处罚或是刑事处罚。可见,如果在司法处理证券民事纠纷的阶段设置一个以行政决定为主并辅之以刑事判决的前置程序,则将只追究那些应承担刑事或行政责任的主体的民事责任,而对于那些尚未违反行政或刑事法律却侵害了投资者利益的虚假陈述主体,受损者却无法向法院提起民事诉讼,这无疑抬高了投资者起诉的门槛,并进而“以立法形式直接剥夺投资者的胜诉可能,有违司法救济的立法精神”[8]。第二,“法院不得拒绝裁判”是一个法治社会的基本准则,根据我国民事诉讼法第一百零八条的规定,只要符合法定的起诉条件,当事人有权利将纠纷起诉至法院。而证据是否充足、权利是否应当得到保护则是案件受理之后的审判结果的问题,人民法院没有正当理由不得拒绝受理,更没有理由为原告的起诉设置各种前置程序。而反观《若干规定》中的行政前置程序,则显然是限制了投资者程序意义上的诉权,使相当一部分证券民事纠纷无法解决,把对投资者的权利保护堵在了法院的大门之外[7]。第三,由于行政程序的前置设计使得受损投资者只能就行政处罚中的受处罚人或刑事裁判文书中的受刑罚人起诉,而对于其他侵害投资者利益的主体则无法提起诉讼。例如,证监会对某证券发行虚假陈述案中的发行人、主承销商等作出了行政处罚,而对于参与这一虚假陈述的会计师或律师等其他主体未进行处罚,那么受损投资者也只能根据证监会所确定的受罚主体进行起诉,而不能自由选择起诉会计师或律师等其他对其利益造成损害的主体。因此,在“向谁提起诉讼”这一方面,投资者的诉权也进一步受到了不合理的限制。

其次,行政程序前置制度阻碍了投资者的损失得到及时充分的救济。第一,行政程序前置的规定并没有明确证券监管等行政部门何时介入虚假陈述行为、介入时间以及何时作出处罚等具体问题,这一

时间上的不确定性导致证券的民事诉讼也随着行政程序的波动而缺乏定数,诉讼的及时性将难以确保,而在此期间,广大受损投资者也难以通过诉讼获得及时的救济。第二,根据《行政处罚法》第二十九条的规定,行政违法行为如果超过了两年的处罚期限,行政机关就不再对该行政行为实施处罚,而根据《民法通则》的规定,尽管请求权利保护的民事诉讼时效也为两年,但该期间却是从“知道或应该知道权利被侵害时”起算,民事纠纷的救济与行政处罚的时效之间就可能产生一个时间差,即“行政违法行为逃掉了行政处罚,但逃不掉民事处罚”[9]。假设某上市公司三年前在财务报表中所进行的虚假陈述行为未被证券监管机构发现,也未被处罚,但不少投资者却掌握了该虚假陈述事实并在之前已经受到了该不法行为的损害,在此情形下,投资者理应享有救济损失的民事诉讼权利,然而根据《若干规定》中的行政前置程序设计,投资者将仅仅由于缺乏一纸“行政处罚决定书”而失去启动司法程序的敲门砖[9],其因此受到的损失也将难以得到及时的救济。另外,依照行政前置程序的规定,只有在行政处罚决定或刑事判决作出之后,投资者才能根据这些处罚决定或判决提起诉讼。而在行政部门或法院公布处罚决定或判决结果之前,银行等债权人必然抢先采取起诉冻结公司资产的措施,而等到投资者再行起诉时,公司的资产将所剩无几,并且,在马拉松式的行政处罚过程中,投资者权益的侵害人也有充分的时间从容转移、挥霍或隐匿从投资者身上搜刮的财产[6],于是极有可能出现受损投资者打赢官司却得不到有效赔偿的结果,投资者的利益因而也将难以得到切实保障。

再次,行政程序前置的制度使得行政部门不但增大了监管成本,而且降低了监管效率。行政处理主要仰赖于政府的监管行为,然而,根据公共选择理论,政府乃是由若干个自然人组成,他们在某种程度上也同经济人一样,存在着“有限理性”,而导源于此的官僚机构运行的低效率、“寻租”活动都将造成政府监管出现“高成本、低效率”的社会资源巨大浪费的状况,由此,对政府监管所采取的追究行政责任的“威慑作用”是应打折扣的。相比之下,投资者从关心自身利益的角度出发,他们虽然不如证监会那样高瞻远瞩,宏观调控,但却处于证券市场的最基层,设身处地,知悉详情,并能迅捷地以提起个别诉

讼的方式来维护自身权益,由此而来,不仅能发挥剥夺违法者的非法利益,使其没有能力去违法的个别预防功能,并且促使其他潜在违法者权衡违法代价从而避免再度违法的一般预防功能,此种通过直接赋予个别投资者诉权的方式能以远远低于政府监管的成本来大大提高证券市场监管的效率。正如台湾学者余雪明先生所说的:“民事责任之意义不仅在使受害者得到赔偿,更有私人协助政府执法之意义,由于民事责任之巨,可使犯法者三思而后行,故吾人对提起诉讼者不宜以好讼目之,而应视为志愿警察协助政府维护市场秩序。”^[10]因此,一个高度规范化的证券市场绝不能仅仅仰赖政府的监管,相反,它必须借助广大投资者对证券市场的相对低成本的监督来达到规范证券市场的目标。显而易见,在证券民事诉讼之前设置一个行政为主的强制程序必然将证券监管的重任完全交由行政机关来承担,而要求行政机关兢兢业业、毫不迟疑地查处侵害投资者利益的行为,也就是“要求行政机关如同‘不睡的老虎’,要始终处于发现、查处问题的工作中”^[11]。此举在增大行政机关监管成本的同时,也必然导致其监管效率的低下。实际上,中国证监会已经由于人员编制、执法素质、执法程序等限制而在处理数以千计的证券违规行为时显出力不从心的情形。可见,行政前置程序的制度设计在实现降低证券市场监管成本,提高其监管效率的目标方面也难以充分诠释其合理性。

三 对行政前置程序设置目的的检讨

行政前置程序的制度设计是多种因由共同促成的结果,其设计的初衷是在“稳妥”地审理证券市场民事纠纷的前提下,“公正高效”地处理涉及金融市场的纠纷案件,可见,这一制度设计的目的就是在兼顾公正高效的同时,稳妥优先。因此,有必要对“稳妥优先、兼顾高效”的设计初衷指导下的一系列具体立法目的进行探讨,从而明确行政前置程序的制度构建能否完全达至这些目的。

首先,设置行政前置程序的最为重要的目的之一就是力图解决原告在起诉阶段取得相应证据的举证困难。无可否认,提起诉讼的投资者凭借行政机关的处罚决定书或者法院生效的刑事判决书将大大减少诉讼过程中证明侵害其利益的虚假陈述行为的违法性,并将极大地提高受损投资者的胜诉率。然而,行政程序前置的强制性却意味着如果没有行政

机关的处罚决定或法院生效的刑事判决,投资者则根本无法向法院提起诉讼,此举显然否认了个体投资者监管证券市场进而收集取得虚假陈述证据的可能性。但是如前所述,投资者身处证券市场的最前沿,为维护自身权益,必然有极大的动力监督证券市场行为,并能够及时地以个别诉讼的方式来达到监管证券市场的目的。因此,在证监会等行政机关尚未发现虚假陈述行为或尚未对其作出处罚决定之前,投资者却极有可能已经掌握虚假陈述行为的证据,并完全有能力获得胜诉。由此可见,行政程序的确能够减少投资者在起诉阶段的举证困难,但若将这一程序设计为一种强行性的制度则反而完全否决了投资者的举证能力,反而有碍投资者通过自己举证来达到维权的目的。

其次,行政前置程序的设计还有基于防止滥诉,节约司法资源以及提高司法效率的需要。有人指出,行政程序前置制度使得投资者只有持有行政处罚或刑事处罚决定方能提起诉讼,这样就能避免投资者在尚未掌握足够的虚假陈述证据的情形下随意起诉的情况,减少法院的多余审查,并集中精力处理行政为主的前置程序所确认的虚假陈述民事纠纷,从而节约司法资源,提高司法效率。然而,正是由于证监会等行政机关一旦决定查处某一虚假陈述行为,广大投资者便极有可能胜诉,那么被处罚对象则不仅要受到行政处罚,而且将面临着在广大投资者所提起的民事诉讼中败诉的结局。为避免因败诉而引发的大量民事赔偿,被处罚对象必然选择向法院提起行政诉讼,要求撤销行政处罚,千方百计地逃避民事赔偿责任。可见,行政前置的制度设计在避免了民事诉讼滥诉的同时,却极有可能导致行政诉讼出现滥诉现象,因此,司法资源在民事诉讼得以节约的同时,却由于行政诉讼的大量增加而加大损耗。这样一来,司法资源只是在民事诉讼与行政诉讼之间发生了一个制度性转移,而并没有出现有些人所设想的避免滥诉,节约司法资源的目的。再者,如果假设没有行政前置程序的设置,也并不就必然会导致证券民事诉讼的滥诉现象。如前所述,司法活动可以运用自身的法律技术来尽量避免滥诉现象。针对证券民事诉讼较强的社会敏感性,司法活动可以在法院管辖、审判期等具体诉讼制度上进行科学的技术性和程序性的设计,增大滥诉投资者的诉讼成本,从而防止中小投资者“搭便车”等滥诉现象。同

时,由于在证券民事诉讼中,投资者往往自掏腰包,承担全部的诉讼成本,投资者因而不得不权衡提起诉讼的成本与收益,不低的诉讼费用、难以预期的判决以及诉讼的时间成本都是投资者必须考虑的因素,因此,如果在实体法上科学地设计民事赔偿责任的构成要件,公平计算被告的赔偿范围,确保滥诉者得不到好处,在权衡诉讼成本与胜诉收益仍然是“竹篮打水一场空”的情形下,投资者便很难随意提起诉讼,滥诉现象也由此得以预防[6]。而就《若干规定》对投资者赔偿的规定内容来说,基本上是近于苛刻的,其不仅在对损害因果关系的认定上采取严格的限定,而非有利于投资者的“合理预见”理论,在损失赔偿的计算方法上采用简单原始的直接计算价差的“填补式”而非“惩罚式”的计算损失原则以及并非倾向于投资者的管辖权、诉讼方式等制度的严格设计对于多数的中小证券投资者来说都不得不谨慎考虑是否提起诉讼,因此,即使没有行政前置程序的设计,我国目前在证券民事诉讼中出现滥诉现象并不具有较大的可能性,司法资源也因此不会有加大损耗的必然结果。因此,从避免滥诉,节约司法资源的角度来分析也很难论证行政前置制度的科学性。

另外,还有人提出行政程序前置的制度设计是基于我国证监会等行政部门具有较强的专业技术和对证券市场的监管能力,因而较之司法活动更能有效地发挥稳定证券市场的功能。然而,许多证券的

民事纠纷如果都得等到证监会等行政机关的处罚决定或性质严重的刑事判决做出之后才能解决,那么在此类行政或刑事处罚决定作出之前,虚假陈述的证券纠纷则会由于缺乏对之化解的紧急出口而愈演愈烈,而广大中小投资者的受损利益得不到及时的救济同样将影响证券市场乃至整个社会的稳定。由此可见,单纯凭借行政前置程序的制度设计也并非就能完全达至确保证券市场稳定的目标。

四 结语

从以上的分析不难看出,行政前置程序在解决投资者举证困难等方面尽管有其合理之处,但其真正的欠缺在于将行政程序设计为一种强制性的前置制度,从而将规范证券市场的重任完全交由行政部门来承担,由此导致了投资者难以获得及时救济、增大行政机关的监管成本等许多负面结果,甚至极有可能与这一制度的设计初衷相悖离。因此,将行政前置程序这一制度设计为一种非强制性的前置制度反而更为适宜,换言之,投资者一旦出具对被告的行政处罚决定或刑事判决书,则可免除证明被告存在虚假陈述行为的举证责任反置,则应承担相应的举证责任。这样一来,不仅有助于减缓投资者在虚假陈述民事诉讼中的举证责任,而且排除了以上导源于行政前置程序作为强制性规定的诸多不尽合理之处,真正达到有效规范证券市场,保护广大中小投资者的目的。

参考文献:

- [1] 孙笑侠.司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别[J].法学,1998,(8).
- [2] (英)韦德.行政法[M].徐烦等译.北京:中国大百科全书出版社,1997.
- [3] 鲁篱.我国证券法的制度设计与现实选择——评我国证券立法思想之缺失[J].社会科学研究(成都),2000,(6).
- [4] 拉德布鲁赫.法学导论[M].米健等译.北京:中国大百科全书出版社,1997.
- [5] 苏力.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社,1996.
- [6] 刘俊海.论证券市场法律责任的立法和司法协调[J].现代法学,2003,(1).
- [7] 陈朝阳.证券民事诉讼机制的完善——兼评最高人民法院《关于手证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》[J].华东政法学院学报,2003,(1).
- [8] 马凌.大庆联谊、锦州港案考验新司法解释[N].南方周末,2003-02-20.
- [9] 丁望岳.直挂云帆济沧海——就证券类民事诉讼与华堂律师事务所杨兆全律师谈话录[OL].中国律师网,2003-01-20.
- [10] 刘敏超,薛峰.证券民事责任专题[J].求索.2001,(3).
- [11] 刘爱君.法律要为股民撑腰了[N].人民法院报.2002-01-30.

Administration Procedure Preceding System in Civil Litigation Over Securities

HUANG Li-juan, WANG Xu-tao

(Law Institute, Sichuan Normal University, Chengdu, Sichuan 610068;

Scientific Research Office, Southwest Finance and Economy University, Chengdu, Sichuan 610074, China)

Abstract: “The Stipulations of the Supreme People’s Court of the PRC on Adjudicating Civil Compensation Case Involved False Allegation” (2003) sets administrative procedure as a mandatory preceding system for the people’s courts to hear cases, which is however, viewed from theoretical and practical points, not rational. This system lacks in rationality in the aspect of jurisprudential ratiocination and practical execution.

Key words: administrative procedure; preceding system; executive power; judicial power

[责任编辑:苏雪梅]

● 简 讯

我校召开科研工作会议

2006年2月16日,四川师范大学科研工作会议在学术厅召开。会议全面总结了我校“十五”期间的科研工作,认真分析了我校科研工作取得的成绩和存在的问题,提出了下一步的目标与措施,表达了把我校建设成为国内知名教学研究型大学的信心和决心。四川省教育厅副厅长唐小我,科技处处长李义,省社科联党组书记王均、副主席梁守勋,省社科规划评奖办公室主任魏凤琴,省科协副主席吴凯,省科技厅综合处处长田云辉,省科技青年联合会秘书长金琳琅应邀出席了会议。

大会由副校长严余松主持。校长周介铭作了题为《立足创新、抢抓机遇、实现跨越,为把我校建设成为国内知名的教学研究型大学而努力奋斗》的主题报告。周介铭在报告中首先对我校的科研工作特别是“十五”期间的科研工作作了回顾和总结,并提出了我校今后科研工作的发展思路:一是重视基础研究,加强应用研究;二是拓宽科研经费渠道,扩展科研规模;三是加强科研基础条件建设,增强科研竞争能力;四是加强科技成果转化,促进地方经济社会发展;五是加强教育科学研究,凸现教师教育特色;六是进一步繁荣哲学社会科学研究,增强我校文科研究特色。

唐小我、王均、吴凯在会上作了发言。他们对我校近年来的科研工作所取得的成绩给予了充分肯定,并对大会的召开致以祝贺,希望我校以此次科研大会为契机,深入挖掘现有优势,加大科学研究改革力度,有效整合现有资源,加大投入,广纳贤才,强化管理,躬行实践,按照中央和省里的部署,坚持以科学发展观为指导,立足现在,放眼未来,为我省自然科学和哲学社会科学的繁荣发展做出积极贡献。

会上,校党委书记高林远宣读了我校《关于成立科研工作领导小组的决定》,副校长钟仕伦宣读了获得我校2005年度文科和理科“科研十佳”的人员名单,在主席台前排就座的领导为这些获奖人员颁发了奖。

高林远在会上作总结发言。他强调指出,科研既是大学传统的突出展示和核心竞争力,也是衡量一所大学办学水平、社会贡献的重要标尺。“十一五”是我校科研发展的关键时期,今年就是我校科研工作的新的起点,是我校科研工作实现新发展的重要开端。我们要抓住“十一五”的大好发展机遇,大力加强科学研究,为把我校建设成为国内知名的教学研究型大学而努力奋斗。(唐 普)