

检察权与证券投资者权益保护研究

课题总策划人：陈共炎

课题总协调人：刘肃毅

课题研究组成员：曾献文（组长）

王守安 李文峰

刘枝桂 吴 涛

摘 要

本文运用规范研究和实证研究相结合的方法,首次对我国检察权介入证券市场保护投资者权益的必要性、合理性和可行性进行了探讨,并提出了自己的建议。本文分为五部分。

在第一部分即引言部分,简明扼要地指出我国证券市场正在呈现出违法犯罪普遍化现象,而引致这种现象的一个重要原因是证券市场缺乏司法介入。作为对策,检察权介入证券市场成为保护证券投资者权益的一种新的选择。

在第二部分,进一步分析了我国证券市场出现违法犯罪普遍化现象的三个具体原因:投机与敛财并行,规章与法律混淆和司法过于保守。在此基础上,对证券监管机构的“重发展、轻规范”的监管政策和“以罚代刑”的监管措施进行了批评,并指出上述两方面的力量相互作用形成了证券市场上的“有法不依”、“违法不究”,而成为检察权介入证券市场的必要性理由。

在第三部分,紧接着论述了检察机关介入证券市场的合理性。这种合理性突出表现在:第一,维护证券市场的公正是检察机关“强化法律监督,维护公平正义”的法定职责;第二,证券市场具有公共利益属性,需要检察机关给予特别保护。证券市场的这种公共利益属性主要表现在它是社会财富集中交易地和形成社会新阶层的重要平台。

在第四部分,基于前面对检察权介入证券市场的必要性和合理性的分析,从检察机关实施诉讼监督、提起公益诉讼和支持起诉等三方面进行了检察权介入证券市场的制度考察和设计。在检察机关实施证券诉讼监督方面,创造性地指出,检察机关对证券案件的立案监督不仅要延伸到对证券监管机构查处证券犯罪案件的监督上,还要延伸到对证券监管机构查处证券违法案件的监督上。因为在我

国，证券民事赔偿需要以证券监管部门对证券违法犯罪案件的行政处罚为前提。在检察机关提起公益诉讼方面，大胆赋予公益诉讼“控制社会大规模风险”的新内涵，从而为检察机关提起证券民事公益诉讼扫清了传统的理论障碍。

在结论部分，再次强调了检察权介入证券市场的作用和意义，同时指出本文在检察机关参与证券市场的具体制度设计上还欠成熟，希望有识之士能更上一层楼。

目 录

一、引言：缺失司法介入的我国证券市场	1
二、运用检察权保护证券投资者的必要性	3
(一) 证券市场违规行为普遍化	3
1. 投机与敛财并行	4
2. 规章与法律混淆	6
3. 司法介入过于保守	7
(二) 证券行政执法与刑事司法脱节	10
1. 证券监管“重发展、轻规范”	10
2. 对证券违规行为不予查处或移送司法机关	11
(三) 证券投资者个人维权能力有限	13
1. 从诉讼成本角度来看，单个股东的诉讼可能会“入不敷出”	14
2. 从诉讼能力上来看，单个股东难以胜任专业化的诉讼	15
3. 证券侵权民事案件的原告一方人数众多，难以确定，且分布极为分散	15
三、运用检察权保护证券投资者的合理性	17
(一) 维护证券市场的公正是检察机关的法定职责	17
1. 公正是法治的证券市场的根本要求	17
2. 法律监督是实现证券市场公正的关键手段	20
(二) 证券市场具有公共利益属性	21
1. 证券市场是社会财富集中交易地	22
2. 证券市场是形成社会新阶层的平台	24
3. 检察机关历来就是公共利益的代表人	25
(三) 运用检察权保护证券投资者具有优势	26
1. 检察机关的专门机构和人员是其履行职责的重要保证	26
2. 检察权介入民事诉讼有助于及时发现和追究证券犯罪	26
3. 检察机关的介入有助于防患于未然，预防证券违法和犯罪	27
四、运用检察权保护证券投资者的可行性	28
(一) 实施证券诉讼监督	28
1. 加强证券刑事立案监督，杜绝“以罚代刑”	28

2. 实施证券行政立案督促，防止“不罚不赔”	34
3. 扩大证券诉讼执行监督，防止非法冻结扣划	36
（二）提起证券民事公益诉讼	38
1. 证券风险与民事公益诉讼	40
2. 检察机关与证券民事公益诉讼	41
3. 检察机关提起证券民事公益诉讼的范围和方式	43
（三）支持证券民事起诉	44
1. 检察机关与支持证券民事起诉	44
2. 检察机关支持证券民事起诉的范围和方式	45
五、结 语	48
参考文献.....	49

一、引言：缺失司法介入的我国证券市场

我国证券市场的生发，属于政府主导型的强制性制度变迁。任何强制性的制度变迁，都必然带来两个问题：一是如何处理政府的经济目标与市场的内生要求之间的不一致；二是受此影响的各类市场参与者能否真正认同这一变迁。从我国证券市场的现状看，这两个问题目前还没有得到较好地解决。在宏观层面上，“重发展、轻规范”、“政府目标法律化甚至刑事化”、“忽视投资者权益保护”等问题较为突出；在微观层面上，投机和圈钱仍然是许多市场参与者的主要市场行为和价值追求。这些情况表明，证券市场作为私人交易和虚拟经济的特征、规律并未获得政府和市场参与者的清醒认识。作为这一认识不足的结果，是我国证券市场发展过多地体现了政府意志而忽略了市场意志，尤其是市场主体的意志，由此造成在强制性制度变迁过程中非正式的制度变迁远远落后于正式的制度变迁，市场主体缺乏内在的认同感，证券违法犯罪行为比较普遍。

尽管任何一个证券市场都无法彻底消除证券违法犯罪行为，但是各国证券市场中的违法犯罪表现及程度还是大有区别的，这主要同它的发生机理与政府治理有关。与国外发达证券市场明显不同，我国证券市场严重缺乏司法介入，这对于以信息披露和标准交易为机制的证券市场是一个致命的威胁。虽然解决我国证券违法犯罪问题的根本出路，在于重新实现政府意志与市场意志的和谐与良性互动，但司法介入的确是规范和推行证券市场的一个重要条件。从法治角度说，大力推进证券市场的司法介入，确保证券市场的公平公正，无疑是解决目前我国证券违法犯罪行为普遍化问题的治标之策。从世界最成熟与最完善的证券市场——美国证券市场看，防范与制裁证券违法犯罪的主要手段便是司法治理（其核心是借助私人行动实现法律的被遵守和被执行）。而且美国的经验也表明，证券市场违法犯罪的程度与证券市场的司法介入程度呈反相关系，证券市场的司法介入越

积极，证券违法犯罪越少。可以说，证券市场的司法治理，已成为证券市场发展的—种全球化趋势。以此反观，我国的证券市场还处在—种典型的行政治理阶段，远离司法、忽视投资者权益保护是它的突出特征。这种主要由证监会实施的行政治理模式，已被现实证明无法胜任当前防治证券违法犯罪的需要。

基于世界经验与我国现状，我们认为，实现我国证券市场的健康、有效的发展，在治理模式上必须毫不犹豫地摒弃单边行政治理模式，引入积极的司法介入，重构证券市场的公平与公正。司法治理之所以比行政治理更为有效，是因为它能够借助市场参与者之间的私人博弈来纠正市场失范行为，这比单纯依靠行政监管更具有信息优势与激励优势。在国外，实行“法院中心主义”的司法具有被动性，即法院审理案件必须保持中立和不告不理，因此，司法介入证券市场主要是靠赋予市场参与者更多的起诉权和实行更简便易行的诉讼制度来完成。与国外的司法不同，我国司法采取了审判权与检察权并重的方式，法院是独立的审判机关，检察院是独立的法律监督机关。¹ 检察机关的这种法律监督性质，决定了我国的检察权是一种主动型的司法权，侦查、起诉和诉讼监督是检察机关实施法律监督的三种主要手段。检察权的这种主动性，为我国司法介入证券市场，重构证券市场的公平与公正，提供了比国外更为便利的条件，尤其是在我国的实体法律和程序法律对证券市场上分散的、小额的投资者权利关注不够的情况下，检察权的介入，必然为我国证券市场的健康发展注入新的活力。

¹ 在大陆法系和英美法系，检察机关都是隶属于政府的一个部门，但在我国，根据宪法第 129 条规定，检察机关是独立于政府与法院之外的专门法律监督机关，依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

二、运用检察权保护证券投资者的必要性

(一) 证券市场违规行为普遍化

目前,我国的证券市场是全球最大的新兴证券市场。从1990年12月创立上海证券交易所算起,在不到18年的时间内达到了市值80万亿元的规模,其发展之速度实属罕见。但是,证券市场的这一强势发展是以在一定程度牺牲中小股东的利益为代价的,其突出表现是我国证券市场上的违规行为较为普遍却难以得到及时有效的处理。²按照证券实务界的通识,这种普遍化的违规行为主要表现在以下几方面:1) 虚假陈述。行为人对证券发行、交易及相关活动的性质、事实等做出有虚假、误导或者重大遗漏的陈述或诱导,致使投资者在不明真相的情况下买卖证券;2) 内幕交易。内幕人员和其他以不正当手段获悉内幕信息的人违反法律法规的规定,利用内幕信息买卖证券或者向他人提供以买卖证券;3) 操纵市场。行为人为获取利益或者减少损失,利用资金、信息等优势或者滥用职权,影响证券交易价格和交易数量,制造证券市场假象,扰乱市场秩序;4) 欺诈客户。证券经营机构、证券登记清算机构及证券发行人或者发行代理人等在证券发行、交易及相关活动中诱骗投资者买卖证券,或违背客户真实意思,损害客户利益;5) 擅自发行证券。行为人未经国家有关主管部门批准或者超越批准的方式、范围、数额而公开发行人股票、公司债券等证券;6) 违规融资融券。证券经营机构和有关金融机构违反国家规定,为投资人提供资金、证券进行证券交易;7) 违规买卖自己的股票。上市公司违反公司法关于公司回购股票的规定,非法买卖本公司股票;8) 挪用上市公司资金。上市公司或者上市公司的控股股东违反招股说明书的规定将所募资金转变用途,挪作他用;9) 资金违规入市。银行、保险、信托等金融机构为追求非法利益,违反国家规定将其控制的资金或者自有资

² 虽然我国证券市场存在如上诸多严重问题,但并未引发严重社会问题,其原因是政府为大量证券违法犯罪行为造成的损失提供了一定的赔偿,这包括但不限于为违法券商归还客户保证金、理财金,为控股股东掏空上市公司给予补偿等等。

金投入证券市场。上述九种主要的证券违规行为中，有很大部分实际上是违法犯罪行为。违规行为，是证券业界公约俗成的一个泛泛的称谓，指违反有关规范性文件的一切行为，包括单纯的违规行为和违法犯罪行为。用违规行为涵盖违法犯罪行为，会降低人们对违法犯罪行为的否定评价，减少负罪感，实际上并不利于证券市场的法治化建设。关于这一点，将在后面展开详细论述。

我国证券市场上的违法犯罪行为为什么能够出现普遍化现象？这个问题值得我们反思。应该说，作为强制性制度变迁的一个优势，是我们的证券制度先于证券行为而存在，证券制度可以有效地规制证券行为。但是，目前的情况并非如此。尽管有关证券发行、交易与监管的法律法规都已建立起来了，有法可依、依法办事应该是顺理成章的事，但现在却偏偏是有法不依，违法不究。我们认为，证券市场出现这种违法犯罪行为普遍化现象主要有如下三方面的原因。

1. 投机与敛财并行

我国证券市场能够在不到 18 年的时间内形成今天的规模，主要归功于政府的主动积极推行。但是，政府的这种外部强制推行也带来了一个严重问题，即非正式制度安排远远落后于正式制度安排，造成正式制度安排难以执行。制度经济学的最新研究成果表明，制度研究必须引入心理学基础，从制度结构、当事人行为、绩效之间的关系中探求制度的起源和演化。作为这一认识的深化，经济学界正在重视和研究个人的行为特征，诸如动机、情感、偏见、学习等对经济制度的意义。目前，我国证券市场参与者对证券市场的价值观、伦理道德、习惯、意识形态等非正式制度安排显然无法适应证券市场发展的现实需要。³ 中国证券业协会 2007 年进行的两项调查表明，我国证券投资者对证券市场的认识明显不足，严重缺乏权利意识和风险意识，其参与市场交易的主要动机是投机。⁴

³ 非正式制度安排属于意识范畴，其最大特征是“有一种比正式制度安排更难以变迁的趋势，即使有政府行动，发生这种变迁也不容易”。在我国发展证券市场的 18 年间，政府主要侧重于追求市场规模和制度设计，较少关注和培养各类市场主体对证券市场的价值认同。

⁴ 2007 年中国证券业协会进行了《中国证券市场投资者问卷调查》和《基金投资者情况调查》。

我们知道，证券市场属于虚拟经济的一部分，其本意是为资金融通提供集中的竞争性交易机会。作为虚拟经济的特征使然，证券市场的价值不能脱离实体经济，而只能围绕实体经济上下波动。这一点，如同价格与价值之关系。在最朴素的意义讲，虚拟经济本身并不能直接创造财富，其获得的财富最终来源于实体经济所创造的利润。不过，虚拟经济包含对未来实体经济情况的预测与判断，这种预测与判断是一种可能的分析，因此，虚拟经济不可避免地带有某些投机成分。但是，这种投机必须保持在一定范围内，充其量只是使虚拟经济围绕实体经济上下波动，如果逾越了这一界限，证券市场就存在泡沫，就有引发金融危机的风险。显然，我国证券投资者所具有的这种过分投机的心态是非常不利于证券市场健康发展的。

与这一投机风气相符，我国证券市场上的敛财现象也很明显。敛财，不仅仅是个人投资者的价值目标，也是大股东、内部控制人和上市公司的价值目标。客观地说，从我国证券市场开始诞生的那一天起，敛财或者说圈钱就是上市公司和大股东的追求目标。当时政府筹建证券市场，主要目的是为了配合国有企业改革，建立现代企业制度。发行市场行政色彩非常浓厚，上市名额是按中央计划分配给地方的，作为证券市场基本主体的上市公司主要是由国有企业改制而来，改制上

通过调查分析，我国证券投资者年龄结构主要集中在 33 岁至 54 岁，中青年和 55 岁以上的离退休人士是基金投资者的重要组成部分，60% 以上的投资者具有大学或以上的文化程度，投资者职业分布较广，下岗、离退休和自由职业者占比靠前。投资者主要具有以下三个特点：（1）新入市的投资者比例高，风险意识低。近两年来，投资者入市总量增加很快，平均每天有 13 万户新入市的投资者，最多的时候有 90 多万户。2007 年新开户数为 3269 万户，是 2006 年 A 股开户数 308.35 万户的 10 倍。新入市的投资者看到的只是近两年股市的财富效应，风险意识缺乏，特别是借钱炒股的现象较为突出。在调查中，6.39% 的投资者几乎没有考虑过投资会有亏损的可能，新入市的股民中更高达 9.43%，高出平均水平三个百分点。（2）低收入投资者比例高，股权意识低。从收入结构来看，个人月收入在 2000 元以下和 2000 元至 5000 元之间的群体，所占比例较高，合计接近 70%，中低收入群体是投资者的主要群体。另外，这些个人投资者大多数只对短线炒作感兴趣，对股东权利漠不关心。调查中，对于是否参加过董事会提案的表决这一问题，63.4% 的个人投资者表示没有参加过，而不知道有这回事的个人投资者占 14.3%，表示参加过的仅占被访者的 14.2%。数据分析表明，大多数投资者缺乏作为股东行使权利的主动性，还没有树立起股东意识。（3）中小投资者比例高，长期投资理念低。从入市的资金规模看，一半以上的投资者股市的资金量在 30 万元以下。其中，10 万元以下的占 25.1%，10 万至 30 万元的投资者占 25.7%。过半的个人投资者平均持股时间不足 3 个月，缺乏长期的理性的投资理念。见《检察日报》2008 年 1 月第三版“物权法：由股民到股东的助推器——专访中国证券业协会会长黄湘平”一文。

市等同于给企业筹资，加之上市公司的经营管理者也是由行政任命而非市场产生，公司治理结构非常混乱，发行股票和债券无异于向投资者掠夺财富。一些大股东把上市公司当成“提款机”和“摇钱树”，滥用和侵占上市公司资金的现象比比皆是。大股东惯用的“掏空”手段通常是“先输血再抽血”。自2001年圣猴王，圣幸福，大庆联谊，济南轻骑，春都，棱光实业，三九医药等上市公司的控股大股东先后利用关联交易，拖欠上市公司巨额资金的黑幕被揭露后，引发了社会对证券市的深重忧患。⁵从应然的角度说，一个规范、公平的证券市场，主要是一个创造财富而非掠夺财富的场所。所谓证券市场创造财富，是指通过保证资金以低成本方式流向比较有效率的企业，相关证券市场参与者获得了超过原投入品的净收益。而掠夺财富则是指，借助不公平的交易，证券市场上一些参与者从另一些参与者的投入品中获得了利益。需要注意，证券市场创造财富，并非像实体经济那样直接创造财富，即绝对地增加了社会总产品的数量，而应从以下两方面来理解：一是证券市场保证了市场投入品（证券投资者投入的资金或其象征品）有选择性地流向比较有效率的企业，从而使得这些投入品获得了更多的增值。二是证券市场保证了市场投入品以成本更低的方式流入企业，减少了交易成本。

2. 规章与法律混淆

与国外大多数证券市场属于诱致性制度变迁不同，我国的证券市场是政府强制变迁的结果，有关证券发行与交易的一切规则也是由政府设计后推向市场的。因此，这一过程必然主要体现政府意志。作为体现这种政府意志的主要手段就是部门规章。客观地讲，从1990年代初证券市场诞生至今，规范证券市场行为的绝大部分规则是部门规章以及部分经国务院批准发布的部门规章（准法规）。据

⁵ 如中国证监会在2001年历时7个月开展了一次“上市公司建立现代企业制度专项检查”，结果表明，“大股东掏空上市公司”的行为成了最突出的问题。检查发现共有676家公司存在控股股东占用资金的现象。另据光大证券研究所的调查表明，自2001年9月到2002年11月，从已披露的信息看，有91家上市公司的大股东占用上市公司的资金。其中36家暂无偿还计划，其余的55家中，以现金或部分现金偿还的只有20%，以土地使用权偿还的约18%，而未明确提出偿还资产类别的占25%。——金泽刚. 证券市场监管与司法介入. 济南：山东人民出版社，2004：69。

我们统计，截至目前为止，规范证券市场的法律仅有《公司法》、《证券法》和《证券投资基金法》，法规只有《股票发行与交易管理暂行条例》、《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》、《国务院关于股份有限公司境内上市外资股的规定》、《国务院关于进一步加强在境外发行股票与上市管理的通知》、《期货交易管理暂行条例》等不到 10 件。海量的部门规章与极少量的法律法规，正是我国证券市场属于典型的“行政治理”模式的标志。但是，这种行政治理也带来了无法避免的不良后果。首先，产生了规章法律化和法律规章化的认识。由于从证券市场产生伊始，市场参与者主要是接受政府部门规章的调整与约束且持续至今，由此在不知不觉中形成了视规章为规则，进而为法律的习惯心理。这种习惯心理在抬高部门规章的效力同时，降低了法律的权威，视法律为规章。其次，滋生了非稳定性心理。与法律不同，作为行政管理手段的部门规章，是政府基于特定目标而在一定时间内实施的，并不具有可靠的稳定性。将规章视为法律，必然将规章的不稳定性施加于法律之上，认为法律也是不稳定的，今天违反法律的行为，也许明天就是合法的行为。第三，形成了可补正性预期。规章体现的是政府在特定时期对社会事务的管理要求，在行为人违反管理规定时，政府可以给予处罚，但其目的在于纠正行为人的违规行为，并使其达到管理要求。因而在违反行政管理规定后，行为人可以期望以补正行为（如接受行政罚款）为主要责任承担方式。以规章为主的行政治理模式，在很大程度上会诱使行为人也对法律产生可补正性预期，从而使得行为人对违反法律规定的行为放松了应有的谨慎。事实上，我国证券法忽视证券违法犯罪行为的民事赔偿责任，也在一定程度上强化了行为人的这种预期。总而言之，法律规章化认识、非稳定性心理和可补正性预期，是我国证券市场出现违法犯罪行为普遍化的一个重要的原因。

3. 司法介入过于保守

在我国，司法介入过于保守可谓证券市场的一大特色。目前，这种保守主要表现在以下方面。

第一，法院审理的证券犯罪案件数量非常之少，大部分案件以追究行政责任为主要处理方式。自 1997 年修订刑法（较完整地规定了证券期货犯罪——引者注）以来至 2001 年底，全国各级人民法院已经审结的涉及证券期货犯罪的刑事案件仅 46 起。⁶ 而据《中国证券报》2001 年 9 月 6 日报道，自 1999 年至 2001 年间中国证监会共立案 220 件，结案 192 件，对 92 个案件作了行政处罚，罚没款金额达 14.9 亿元。对比上述两组数据不难发现，法院审结的证券犯罪案件仅占证券监管部门给予行政处罚的案件一半，但从平均每个案件的行政罚没数额已过 0.16 亿元看，这些案件又是“比较严重”的违法行为。

第二，法院拒绝受理一些证券民事纠纷。按照 1998 年《证券法》第 63 条和第 72 条规定，凡在证券发行、交易中进行虚假陈述、信息误导，致使投资者受到损害的，都应该承担一定的民事责任。但是，迟至 2002 年 15 日最高人民法院出台《关于受理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》，法院才受理此类虚假陈述侵权案件。⁷ 同样地，尽管《证券法》明确禁止内幕交易和操纵市场，但目前受内幕交易和操纵市场损害的投资者还不能向法院提起民事赔偿诉讼。在国外大陆法系中，法院拒绝受理民事纠纷是不被允许的，如法国《民法典》第四条规定，审判员借口没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理者，得依拒绝审判罪追诉之。至于英美法系，因其实行判例法，法律主要来自于法院的判例，因此更不存在因法律规定不明而拒绝受理的情况。

第三，法院受理证券民事案件存在前置条件。上述《关于受理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》第二条规定，人民法院受理的虚假陈述民事赔偿案件，其虚假陈述行为须经中国证券监督管理委员会及其派出

⁶ 华强.高法副院长强调：完善证券侵权民事司法制度.证券时报.2002.6

⁷ 1998 年 12 月 14 日，上海市浦东新区人民法院受理姜某诉红光实业虚假陈述欺诈案。这是我国首例股民状告上市公司虚假陈述案。原告上海股民姜某诉称，红光实业在 1997 年 6 月 6 日上市后违规进行虚假陈述，致使其先后六次买进 1800 股红光实业股票，支付金额 15744.66 元，到 1998 年 10 月 16 日卖出全部股票仅得 12608.16 元，损失 3136.50 元。红光实业应该赔偿这一损失。1998 年 11 月 20 日，中国证监会依法查处了红光实业的违规行为。但是，法院审理认为，原告不能证明其亏损是被告红光实业虚假陈述直接造成的，被告在股票市场上的违规行为，应由中国证监会予以处理，原告所诉股票纠纷案件不属于人民法院的处理范围，遂裁定驳回起诉。

机构调查并作出生效处罚决定。当事人依据查处结果作为提起民事诉讼事实依据的，人民法院方予依法受理。依此规定，行为人即使实施了虚假陈述损害了投资者的利益，只要未经证券监管部门的行政处罚，且处罚已经发生法律效力，投资者均不得向法院提起赔偿之诉。这一规定无疑将许多证券侵权行为排出在司法审查之外，原因很简单。首先，行政责任和民事责任并不具有一一对应关系，承担民事责任并不一定需要承担行政责任。其次，证券监管部门由于人员编制、信息获取、执法能力等方面的原因，无法及时发现和查处数以千计的上市公司、证券公司、中介机构等市场参与者的违法犯罪行为。

第四，诉讼制度不利于甚至阻碍了投资者对证券侵权行为提起民事诉讼。在国外，民事诉讼是股民借助司法力量制裁证券违法犯罪行为的主要手段。为了保障股民的合法权益，发达国家的民事诉讼法一般都规定了针对证券诉讼的特别条款，以方便股民提起诉讼，获得赔偿。在美国，证券集团诉讼制度被视为执行证券法律的“最有力的武器”。所谓集团诉讼，是指一个或者数个代表人，为了集团成员全体的公共利益，代表集团提取诉讼。法院对集团诉讼所作的判决不仅约束参与诉讼的集团成员，而且约束那些没有参与诉讼的利益相关者。根据美国1997年6月修改的《联邦民事诉讼条例》第23条第款规定，提起集团诉讼必须满足以下四个条件：1) 集团一方人数众多，以致于全体成员的合并实在是不可可能的；2) 该集团有共同的法律或事实问题；3) 代表当事人请求或抗辩是在集团中有代表性的请求或抗辩；4) 代表人充分地维护集团成员的利益。⁸ 在德国，有着与美国集团诉讼制度很相似的团体诉讼制度，按照这一制度，为了使某一团体组织成员能够得到司法保护，该团体组织有权代表其成员起诉和应诉，法院的判决对团体组织的成员具有法律约束力。但在我国，《民事诉讼法》第108条规定，起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利益关系的公民、法人

⁸ 白绿炫，卞建林.美国联邦民事诉讼证据规则.北京：中国法制出版社，2000：218-219

和其他组织……，从而将公益诉讼排出在外；而其有关共同诉讼和代表人诉讼的制度，却又无法适应证券市场股权高度分散的需要。这样的诉讼制度，明显不利于证券投资者实施私人行动，在一定程度上可谓是对证券违法犯罪行为的纵容。

（二）证券行政执法与刑事司法脱节

1. 证券监管“重发展、轻规范”

我国证券市场的产生和发展，是在计划经济向市场经济转化的宏观大背景中，政府为确保经济持续、健康、高速的发展，而予以积极扶持和大力驱动的，其产生与发展的背景有别于其他国家。我国于1990年12月推出股市，当初推出股市的主要动因是帮助国营企业集资。深沪两所运作了近两年后，国务院证券委和中国证监会于1992年成立，分别负责对证券市场的宏观管理和具体监管执行；与此同时各地方政府也有相应的证券监管机构，但是他们分别由相应的地方政府来领导。刚开始全国执行的是统一上市配额和审批制，这种分散的管理导致了地方政府之间争相抢得上市名额、抢到名额后再帮助本地国营企业“包装”上市的广泛“寻租”局面。1997年地方监管部门统一改由中国证监会垂直领导，接着1998年国务院证券委与中国证监会合并为一体。一系列机构改革结束了原来混乱的局面，权力统一由中国证监会行使。针对刚开始的监管观念而言，人们更多的是想到如何分配上市名额和获得公众资金，至于“保护股东权益”则是一个相对陌生的概念。这一历史背景决定了我国证券行政部门在一定时期内采取“重发展、轻监管”的运作模式。

目前，我国证券监管部门仍然肩负着发展股市，维护社会稳定和社会保障等多种职责。例如，2007年6月初，受印花税上调的影响，股市暴跌。面对这一形势，“中国证监会昨日（6月4日）新批了景顺长城、益民等基金管理公司数只新基金产品的发行申请。在股票市场连日大幅下跌的背景下，业内普遍将此看作‘救市’信号。进入5月份以来，新基金发行节奏明显放慢。友邦华泰积极成

长混合型基金自5月22日开始发行，5月24日提前结束。此后一周多的时间没有新基金上柜，也是市场少有的情况。市场火热之时，新基金审批暂时搁置，而行情急转之下，新基金审批再次启动。”⁹ 基于这一原因，为兼顾多方面的利益，政府常常对市场的监管有所顾忌和收敛，有时甚至将对违法犯罪行为的查处作为调节市场的手段之一。当需要鼓励市场发展时，则对于有关的违法违规行为淡然处之，当市场需要“降温”时则对违规违法行为予以大力查处。

政府对证券市场的介入本应是为了帮助和保护处于弱势的中小股民来缓解其与上市公司之间的严重信息不对称状况。因此，证监会的所有运作都应以保护弱势投资者为根本宗旨。如果证监会同时肩负“救市”、帮助国家执行宏观政策的责任，那不仅不会平衡上市公司与股民之间的信息和势力的不对称，反而会加大这种不对称。我国证券市场中证券监管部门角色的这种多样性，影响了它对市场的监管，在多重责任的重压下，首先被牺牲的就是股东权益。可以说，“重发展、轻规范”的监管目标，在不同程度上纵容了当前的证券违法犯罪活动，也是造成现在证券行政执法与刑事司法脱钩的一个重要因素。

2. 对证券违规行为不予查处或移送司法机关

受“重发展、轻规范”证券监管目标的影响，目前我国证券监管部门实际查处的证券违法犯罪案件数量有限，有相当一部分未被查处或者以罚代刑。最近的研究表明，公权执法对大量的（证券）市场违法违规，特别是确已发生但未被发现和查处的所谓“违法暗数”的打击仍有力度不够的问题。¹⁰ 在美国，规制证券市场的一个重要武器是严厉的刑事处罚。在1978-2004年间，美国证券交易委员会和司法部共提出697起检控，其中323起同时附随投资者的集团诉讼。这些检控程序一共处理了4469个人，其中包括745人的刑事判罪，和719个公司或

⁹ 陈辅.证监会积极召基金公司护盘意切 新基金发行开闸.http://money.business.sohu.com/20070605/n250393954.shtml

¹⁰ 北京大学法学院-世纪证券联合课题组.证券违法违规惩戒的实效和制度成本分析,载上海证券交易所联合研究计划第13期法制系列课题报告.2005.

机构，包括对 40 个机构的刑事处罚。美国证券交易委员会在 1987 年至 2006 年间还以误导处罚了 2206 人，其中 93% 丢了工作，28% 受到刑事检控，其中一半的平均刑期为 5 年。自美国司法部 2002 年组建公司欺诈专责机构后，到 2006 年已对 1300 人提出检控，并已有 1000 人或者认罪或者被判有罪。¹¹

不可否认，目前查处证券违法犯罪存在较大难度。一方面，查处这类违法犯罪行为需要具有会计学、经济学、法学、统计学等各方面的知识，以及很强的专业能力和智力，一般的投资者甚至监管人员、司法人员对此也难以完全精通；另一方面，证券违法犯罪行为存在于证券活动的方方面面、各个环节，大多经过精心策划，往往以合法的证券活动为外衣，智能性高，严密性强，与传统犯罪相比一般难以被及时发现和识别，即便偶尔被发现，主管部门也多以行政处罚一罚了之，结果造成了我国证券违法犯罪虽然事实上大量存在，但真正被侦查、起诉、判刑的却少之又少的怪现象。究其原因，一个重要的方面是检察机关对证券监管部门的行政执法活动缺乏监督。

按照 1996 年修改的《刑事诉讼法》第 87 条规定，人民检察院享有刑事立案监督权，即人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。这一立法规定为检察机关监督证券执法活动带来了两个不利因素。首先，使人误以为检察机关的刑事立案监督权仅限于对公安机关的立案行为进行监督，而不包括对证券监管部门等行政执法部门是否执法的监督。其实，公安机关能否对证券违法犯罪行为予以立案，首先取决于证券监管部门是否及时将其查处的案件移送公安机关。从这一意义上说，检察机关的立案监督权应该要延伸到证券执法活动

¹¹ J.M.Karpoff, D.S.Lee,andG.S.Martin ,The legal penalties for financial misrepresentation.2007.http://ssrn.com/abstract=93333.at8-10 Department of Justice (US).Fact Sheet: corporate fraud task force (August 9, 2006) .http://tinyurl.com/yhjzv2

阶段,其内容应该包括对证券执法机关的移送行为的监督和对公安机关的立案行为的监督。此外,根据刑事诉讼法的规定,行政执法人员徇私舞弊不移交刑事案件罪,属于人民检察院直接受理的案件范围。对行政机关不移送涉嫌犯罪案件的立案监督,无疑是人民检察院查处行政执法人员徇私舞弊不移交刑事案件行为的前提条件。¹² 第二,没有明确规定被监督者对于检察机关的监督应承担的具体义务和责任,造成检察机关的立案监督很难落实。北京市检察院提供的一组数据显示,2001年至2005年,北京市检察机关共受理刑事立案监督线索841件。其中要求公安机关说明不予立案理由397件,占受理线索总数的47.2%,监督公安机关立案123件164人,占要求说明不立案理由案件的30.98%,公安机关接到《要求说明不立案理由通知书》后主动立案58件76人,通知公安机关立案65件88人。在2005年要求公安机关说明不立案理由的121件案件中,当事人要求立案的110件,占90.9%,办案中发现线索10件,占8.3%;有关部门交办、专办1件,占0.8%。北京市检察机关的刑事立案监督情况表明:1)案件来源以当事人控告为主,占九成以上;2)结案率低,公安机关“立而不侦”的现象仍然存在(北京市目前尚有60%左右的监督案件滞留在侦查环节)。¹³ 实际上,北京市检察机关刑事立案监督遇到的这些困难,不过是冰山一角。但是,它足以表明当前加强检察机关刑事立案监督,杜绝行政执法包括证券行政执法中的以罚代刑现象是非常必要的。

(三) 证券投资者个人维权能力有限

最高人民法院于2003年2月1日颁布《最高人民法院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》,对证券市场中上市公司虚假陈述侵害中小投资者利益的纠纷作出了相应的规定。实践中,从PT红光案、大庆联谊案、PT水仙案到影响较大的亿安科技案和银广厦案,中小投资者为维护自己的

¹² 朱晔.检察机关刑事立案监督问题研究.检察改革新探索(慕平主编),北京:法律出版社.2007:223-228.

¹³ 同上,221

合法权利进行了一次次不懈的努力，但效果并不如意。究其原因，是因为仅靠股东自身维护权益可谓“势单力薄”。

1. 从诉讼成本角度来看，单个股东的诉讼可能会“入不敷出”

证券民事侵权赔偿纠纷的显著特征是，所涉及的总标的额巨大，而单个原告的诉讼请求则很小。¹⁴ 例如，一项对 1995 年美国私人证券诉讼的研究表明，作为该研究样本的美国联邦法院受理的 105 件私人证券诉讼，平均涉案金额高达 10,619,710 美元，总计涉案金额 1,115,013,250 美元。而与数额巨大的诉讼标的总额相比，单个受害的投资者的损失金额较小。根据美国联邦司法中心（FJC）1996 年对四个联邦巡回审判区发生的集团诉讼的调查研究显示，受调查的集团诉讼中集团成员获得的赔偿金平均在 315—528 美元之间。¹⁵

如果以单独诉讼或共同诉讼来处理，实际上是将因同一违法行为造成的多数人诉讼分割成多次诉讼，而诉讼的进行是需要成本的。广大中小投资者如果提起诉讼，先不考虑诉讼本身的不确定性，就是最终胜诉的话，其取得的受益也不足以抵消其诉讼成本。而且，根据现行规定，对凡含有上市公司在内的被告提起的民事诉讼，由上市公司所在直辖市、省会市、计划单列市或经济特区中级人民法院管辖。对以机构和自然人为共同被告提起的民事诉讼，由机构所在直辖市、省会市、计划单列市或经济特区中级人民法院管辖。这就意味着如果是北京的股民，对“银广夏”要到银川起诉，对“大庆联谊”要到哈尔滨起诉，对“郑百文”要到郑州起诉。因此，一个案子下来，从立案、一审、二审到最后申请执行，对普通的中小投资者来说，其中的周折和成本可想而知。正是由于诉讼收益无法弥补诉讼成本和诉讼风险，因此单个投资者往往不愿意提起诉讼，基于“不告不理”的受理案件原则，这样就使证券侵权纠纷面临十分尴尬的局面，使众多的受害者丧失了走上法庭的勇气。

¹⁴ 潘剑锋，陈福勇. 论证券民事侵权赔偿案件的诉讼方式. 政法论坛. 2004(3)

¹⁵ 杜要忠. 采用集团诉讼完善我国证券民事诉讼机制. 中国证券报. 2002. 8. 26

2. 从诉讼能力上来看，单个股东难以胜任专业化的诉讼

证券问题具有较强的专业性，涉及法学、金融学、计算机等多学科，而且多学科交叉。这就要求诉讼当事人具备法学、金融学、计算机等多学科的知识才有可能在诉讼中游刃有余。对于普通股东来说，这是难以达到的。因此，证券诉讼中，单个股东在诉讼能力方面与对方当事人相比有较大的劣势，在搜集证据方面非常困难。因为证券违规在很大程度上是一种专业性、技术性犯罪，这种行为具有智能化、隐蔽化的特点，证券违规行为的证据往往不太容易被发现。搜集证券违规行为的证据需要一定的证券专业知识，也需要一定的时间以及各方面力量的配合。而普通股民未经过金融证券专业知识的训练，金融证券知识较为欠缺，这就使其在搜集证券违规行为的证据时具有相当的局限性。

3. 证券侵权民事案件的原告一方人数众多，难以确定，且分布极为分散

深圳证券交易所对全国六大城市的投资者抽样调查的研究报告显示，截至2002年年初，在已经披露的“亿安科技”、“东方电子”、“银广夏”、“蓝田股份”等几项重大违法事项中，牵涉到的受害投资者的人数高达783—792万，这些受害人都分布在全国各个城市。¹⁶这样一来，由投资者自行起诉不仅对于当事人自身来说成本过高，而且司法运作的成本也很高。可见，正如国外学者所言，如果侵害涉及到极为复杂的事实关系或有关法律极为难解，为了获得救济要花费比自己所要求的高得不相称的费用，就会使一些潜在的原告失去提起诉讼的兴趣，甚至可能有被告的所得利益比原告更多的情况。¹⁷这种现象的出现，往往会使得弱势群体的权利得不到保障，而相应地助长了违法行为的嚣张气焰。美国一家律师事务所在评价这种传统民事诉讼手段时作过这样一个比喻，“我向1000万人下

¹⁶ 杜要忠. 采用集团诉讼完善我国证券民事诉讼机制. 中国证券报. 2002. 8. 26

¹⁷ [意]莫诺·卡佩莱蒂. 福利国家与接近正义. 刘俊详等译. 法律出版社. 2000:67-68

手，每次盗取 5 元，这样我盗窃了 5000 万元之后仍然可以逍遥法外。”

所以说，股民的单独诉讼不是解决证券欺诈民事纠纷的有效诉讼方式，证券投资者个人的私益诉讼无法抗衡大规模的证券违规行为。在证券侵权领域，传统诉讼方式逐渐暴露出严重的问题。所以，在传统诉讼方式之外寻求适当的诉讼方式是解决当前证券侵权案件的必然要求。检察权介入证券诉讼，可以为受害的中小投资者提供更为充分的保护。

三、运用检察权保护证券投资者的合理性

(一) 维护证券市场的公正是检察机关的法定职责

公平和正义是人类普遍追求的社会价值，是社会秩序得以维系的基本理念。一个社会如果不能满足人们对公平正义的要求，就没有理由要求人们遵循它所颁布的法律和制定的行为规范。司法是维护和实现公平正义的最后一道屏障。当人们之间的纷争不能自己解决时，当个人的权利和尊严受到侵犯时，人们就会寄希望于司法机关，期求司法机关通过适用法律公平合理地解决他们之间的纷争。¹⁸目前我国正在进行司法体制改革，司法体制改革的总体目标就是实现社会的公平和正义。作为司法体制组成部分的检察制度，当然也得服从这个大目标。强化法律监督，维护公平正义，仍然将会是检察机关的工作宗旨和法定职责。

1. 公正是法治的证券市场的根本要求

法治的市场经济是最近一个时期以来我国经济学界提出的新认识，这一认识是对过去我们单纯追求市场容量和 GDP 造成今天面临许多难以解决的困境的察觉和醒悟。著名经济学家吴敬琏指出，我们的改革今天面临着两种严峻的道路选择：一是法治的市场经济，一是权贵资本主义即官僚资本主义。在这两条道路的交战中，后者的来势咄咄逼人。他认为，现代市场交换是一种在“陌生人”之间进行的高度非人格化的交换。如果不是以一套正式的规则，例如产权规则、合同规则、信用规则等为基础并且由第三方(往往是国家司法机关)来监督执行，就会导致普遍的失范，一切都会乱套。所以，现代的市场经济需要建立在法治的基础之上。

就我国的证券市场而言，目前最大的问题就是缺乏公正，缺乏对投资者尤其是中小投资者的保护，这种缺乏正在动摇我国证券市场赖以生存的根基，甚至可

¹⁸ 张智辉. 检察权研究. 北京: 中国检察出版社. 2007: 322

以彻底摧毁整个证券市场。因此，改革我国证券市场的第一举措便是重塑证券市场的公正。

首先，证券市场的效率和进一步发展都需要公正来维持。证券产品的虚拟性、价值确定过程中的特殊性以及价格的预期性和波动性都表明证券产品是一种特殊的产品，加之证券交易过程中普遍使用的信用手段和集中交易方式，使得证券市场成为一个特殊的市场，具有特别强烈的信息决定性和内在的高投机性、高风险性，很容易出现信息不对称和内幕交易、价格操纵等阻碍市场机制的运行，损害投资者利益的行为。如何防止损害社会利益和维护证券市场的完整和效率，这是证券市场监管关于效率和公平的矛盾。有美国学者认为，任何证券监管的框架结构都可以被认为是多维的“效率——公平”空间中的一点，即存在效率/公平的边界，一项监管制度必将处于边界之上，除非有另一项监管制度与之相比较能够同时改善效率和公平。¹⁹ 按照国际证监会组织的要求，证券监管的三大目标是保护投资者，保证市场的公平、有效和透明，减少系统风险。从形式上看，市场的效率与公平确实存在矛盾和冲突，但是当市场的不公平已经严重影响到市场能否存在时，这个矛盾其实已经不存在了，此时公平就是最大的效率。我国证券市场现在面临的情况就是这样。“股市十几年来一直沿袭粗放式、掠夺式的扩张发展政策，至今没有得到丝毫纠正。这种完全不顾投资者利益，大肆掠夺投资者利益的股市发展政策，正在被越来越多的股市投资者所痛恨，也正在被主流储蓄资金所代表的长期投资者和短期投机性资金所拒绝。我国股市发展正面临着自己造成的绝地。”²⁰ 制度经济学的研究成果表明，一项制度的效率主要体现在能否降低交易成本上。交易成本不仅包括生产成本，而且包括发现交易对方、签订合同和执行合同的成本。按科斯的理解，为了完成一项市场交易，必须弄清楚谁是某人与之交易者，必须通告人们，某人愿意出售某物，以及在何种条件下进行导致

¹⁹ Hersh shefrin and meir staman ,1993:Ethics,fairness and efficiency in financial market,financial analysts journal,nov-dec199:2129

²⁰ 波涛.我们需要什么样的股市发展政策.资本市场问题研究(2002-2004).中国证监会研究中心

协议的谈判、签订合同并实施为保障合同条款得到遵守所必要的检查等。²¹ 从这一意义说，如果一个市场充斥着虚假，欺诈和暴力，允许一些参与者任意侵害、掠夺其他参与者的财富，这个市场不管规模多大，必将萎缩直至消亡。道理很简单，因为这种市场的交易成本是巨大无比、无法估量的。因此，现在市场的效率越来越依赖于市场的公平。当然，市场的公平主要指市场的机会平等、交易平等、竞争平等方面的公平，简言之，就是规则公平。

其次，公正是法律的核心价值。与经济侧重资源配置的效率事实不同，法律是一种调节不同利益冲突的平衡器，以权利和义务的配置为主要内容，故其必须以实现公正为核心价值取向。依据罗尔斯的正义论，法律对权利、义务的分配必须符合两个正义原则：1) 每个人对于一种平等的基本自由之完全适当体制都拥有相同的不可剥夺的权利，而这种体制与适于所有人的同意自由体制是相容的；2) 社会和经济的不平等应该满足两个条件；第一，它们所从属的公职和职位应该在公平的机会平等条件下对所有人开放；第二，它们应该有利于社会之最不利成员的最大利益。²² 我国证券法第三条明确规定，证券的发行、交易活动，必须实行公开、公平、公正的原则。这就是证券法规定的“三公”原则。²³ 公开原则要求证券市场具有充分的透明度，以实现市场信息的公开化；公平原则要求证券市场不存在歧视，参与市场的主体具有完全平等的权利。公正原则要求包括政府监督管理者在内的证券市场参与者都应该公正地依法规范自己的行为，依法公正的处理各种证券事务和对证券市场的违法犯罪活动进行制止和查处，以确保投资者得到公正的对待。证券市场是一个投资风险极大的市场，但是高风险的同时也带来了巨大的收益。证券市场高收益的诱惑会导致多种不正当行为的发生，如果类似于制造市场假象、投机、恶意散布虚假消息等不正当行为得不到公正的制裁，

²¹ 美 迈克尔·迪屈奇.交易成本经济学.王铁生等译.北京：北京经济科学出版社，1999:21

²² 罗尔斯.正义论.何怀宏等译.北京：中国社会科学出版社.1988:50

²³ 注意，证券法规定的“三公”原则，是从不同角度考察证券及证券市场的特性而得出的结论，总体上相当于在一般法律语境下的公正。

势必会使证券投资者对证券市场丧失信心，从而导致证券市场秩序受到严重损害，在很大程度上阻碍证券市场的健康、稳定发展。

2. 法律监督是实现证券市场公正的关键手段

前面讲到，由于我国证券市场的生发属于政府主导型的强制性制度变迁，在有关证券发行与交易的基本正式规则建立后，非正式制度没有跟上，在一定程度上造成证券市场违规行为泛滥，公正丧失。违规泛滥和丧失公正的直接后果是法律秩序和法律规则遭大规模地破坏。检察机关作为法律监督机关，根据宪法的规定，负有保障国家的法律、法规得到统一、正确实施的法定义务。对破坏法律、法规的行为实施法律监督，既是检察机关的义务，也是检察机关的权力。检察机关实施的法律监督，不是泛泛意义上的法律监督，而是一个具有特定权力义务关系的法律制度。按照最高人民检察院检察理论研究所张智辉所长的认识，法律监督是指为了维护国家法制的统一和法律的正确实施，专门的国家机关根据法律的授权，运用法律规定的手段对法律实施情况进行检查督促并能产生法定效力的专门工作。这一基本含义包括四方面的内容：1) 法律监督是对法律实施过程中严重违反法律的情况所进行的监督。法律监督不包括对立法活动的监督，而只是对法律实施情况的监督，而且是以监督严重违反法律的情况为主；2) 法律监督是一种专门性的监督。作为国家权力的一部分，法律监督权只能由检察机关行使，而且必须依据法律规定的手段进行；3) 法律监督是一种程序性监督。检察机关实施法律监督，必须依照法律规定的程序进行，其监督的效果在于启动追诉程序或救济程序；4) 法律监督是一种事后性的监督。法律监督虽然是一种主动查究的职权行为，但其启动必须是在法律规定的属于法律监督的情形的出现以后。²⁴

从目前证券市场出现的法律问题看，它主要是一个“有法不依，违法不究”的问题。比如，证券法 1999 年 6 月 1 日施行后，内幕交易、操纵市场和虚假陈

²⁴ 张智辉.检察权研究.北京:中国检察出版社.2007:66-68

述即成为违法行为，为了加大对上述三大违法行为的打击力度，全国人大常委会于1999年12月25日通过了《刑法修正案》，明确规定了上述三大违法行为的刑事责任。但是直至今日，证券监管部门和司法部门查处的三大违法犯罪行为并不见多。原因很简单，迟至2007年3月27日，中国证监会《证券市场操纵行为认定指引（试行）》和《证券市场内幕交易行为认定指引（试行）》才千呼万唤始出来。再如大股东非法侵占上市公司资金、证券公司挪用客户保证金现象，依据刑法第271条规定，公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役。虽然一些大股东侵占上市公司资金的行为不易判断为“非法占为己有”，但对于那些长期侵占也无偿还计划的，完全可以职务侵占罪杀一儆百，何必像今天这样还得劳中国证监会等部门联合发文“请求”大股东归还其侵占的上市公司资金。至于证券公司挪用客户保证金的，《刑法修正案》第7条明确规定，证券公司挪用本单位或者客户资金的，依照刑法第272条的规定定罪处罚，即处三年以下有期徒刑或者拘役，数额巨大或者数额较大不退还的，处三年以上十年以下有期徒刑。有专家指出，中国《刑法》在“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章中，订有相当严厉的惩罚条款，但是，一旦邪恶习以为常，熟视无睹，听之任之，“法不责众”就成了堂而皇之的借口。特别是因为存在制度性的腐败现象，事实上中国股市在执法、调查、行政处罚和追究法律责任等方面存在相当严重的滞后性和无效性。²⁵解决上述“有法不依、违法不究”现象的根本办法就是让检察机关介入证券市场，运用法律监督权，通过对职务犯罪的侦查起诉、对刑事、民事、行政案件的诉讼监督、支持起诉和提起民事公诉等方式，维护证券市场的公平公正，保障证券法律法规得以遵守和执行。

（二）证券市场具有公共利益属性

²⁵ 郭亚夫.美国证券市场导览——从中国股市国际接轨大趋势谈起.上海：学林出版社.2003:262

公共利益，作为一个与私人利益相对立而存在的概念，其法律意义主要在于公共利益能够获得比私人利益更多的、特殊的保护。关于公共利益的定义和内涵，目前法学界并无一致的认识，这可能与讨论的角度和语境不同有关。在英美国家，公共利益与公共政策通用，按照布莱克法律大辞典的解释，公共利益是指公众和社团普遍享有的，包括某种金钱利益、或者公众、社团的权利和义务因之受到影响的某种利益。而在大陆国家，如日本，公共利益是指公共福利。就我国而言，从维护证券市场的公正和保护投资者的权益，以及公正有序的证券市场对于一国经济发展的意义等角度衡量，证券市场应该属于公共利益的范畴，应该获得某些特殊的保护。

1. 证券市场是社会财富集中交易地

近年来，随着我国宪法将“公共利益”纳入其范畴以及土地征用和城市房屋拆迁而引发的对公共利益事件的重视，学界有学者就提出了“亟须对公共利益进行法律规定”的诉求，呼吁通过法律对公共利益作出明确而具体的规定。确实，如果法律能够对“公共利益”作具体、明确之规定，当然就会对公共权力的限制与公民私权的保障起到重要的作用，但这种要求法律具体化的方法是难以做到的，因为宪法法典不是词典，它不会也不可能对公共利益这样一个需要高度概括和抽象的词语作出明确的规定，即使世界其他国家的宪法和法律也是以原则性的规定出现的，像“公共利益”之类的语词属于法官在司法实践中不断解释的概念，也只有通过不断的阐释，才能更好地揭示并实现宪法的精神和价值。另外，需要指出的是，“公共利益”关涉社会每个成员的利益，它在一定程度上往往是作为一个工具性价值出现的，而何谓公共利益的最终目的和价值却难以要求全体社会成员就此达成共识，因为人们发现“一种只要求他们就手段而非目的达成共识的合作方”，才有可能得到稳定的和平的秩序，并有助于人们追求各种各样的不同目

的。²⁶ 既然公共利益是一个尚需被继续解释的概念，可以通过司法判例和法律解释来扩展范围，那么在我国证券市场问题迭出的今天，思考证券市场是不是属于公共利益，如何从保护公共利益的角度重新设计解决证券市场系列问题的制度安排，无疑就显得非常的迫切和有意义。

从现行法律的相关规定看，认定公共利益主要有两个标准。一个标准是“涉及众多主体的利益”。如《物权法》第 42 条规定，为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。《城市规划法》第 34 条规定，任何单位和个人必须服从城市人民政府根据城市规划作出的调整用地决定。依目前的权威解释，这里的“公共利益”和“调整用地决定”主要限定在进行国防、军事、文体卫等公益设施建设和从事抗震抗灾抢险等涉及广大人们利益的事项。另一个标准是“涉及不特定人的利益”。如《刑法》第 91 条规定，在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。显然，私人财产不属于公共利益的范围，但是因为在上述单位管理、使用或运输中私人财产具有不特定性，所以法律必须给予特别保护。从前面判断公共利益的两个标准看，投资者通过证券公司、基金公司和银行、保险、信托等金融机构投入证券市场的资金，在主体、资金的数量上都是数以亿万计，在主体的不特定性上，证券换手率非常高。最近的数据显示，截至 2007 年底，沪深两市 A 股账户已达 11269 万户，而据证券日报研究中心对居民储蓄等 13 种股市资金供应渠道的分析，2008 年股市新增资金的极限供应量为 21029 亿元。²⁷ 因此，证券资金完全符合上述标准的要求，应该视为公共利益，给予特别的法律保护。

在北京市检察院与检察日报社 2007 年 4 月联合主办的“依法履行检察职责与证券投资者保护”研讨会上，中国人民大学商法研究所所长刘俊海教授指出，

²⁶ 范学进. 定义“公共利益”的方法论和概念诠释. 中国民商法网

²⁷ 游敏常. 2008 年 A 股极限入市资金供应量大概多少. 证券日报. 2008. 3. 7

作为广大股民将个人积蓄转为投资的证券市场已经带有浓厚的公共利益色彩。投资者的权利不仅仅是一种私的民事权利，投资者的利益也不仅仅是一种个体利益，它们都打上了公共利益的烙印。因此，对于这种公共利益的整体保护，不能再像过去那样局限于单纯的私权救济模式，而应当与时俱进，从落实以人为本的科学发展观、促进和谐证券市场建设的角度出发，探索以公权力主动参与为特色的证券投资者保护新机制。检察机关肩负着维护国家利益和公共利益的重大责任，由其介入证券市场，保护广大投资者的利益是合理的。²⁸

2. 证券市场是形成社会新阶层的平台

对于证券市场，目前我国理论界和实务界的研究视野基本上局限于经济效率和公平正义两方面，似乎从来没有关注过证券市场对形成社会新阶层的作用和意义。这一认识缺陷，将直接影响到我国未来证券市场的发展。美国华盛顿大学米歇尔（Lawrence E. Mitchell）教授最近的研究成果表明，现代股票市场的创立不仅仅是经济现象，它还是一场社会革命，它使美国人被新的组织社会、公司和城市、工会和公民社团所捕获，被揪着从 19 世纪的个人主义转换到 20 世纪的集体主义。来自各行各业的作家和思想家挣扎于将新美国装入传统理想模型的问题，这些 19 世纪早期个人主义和自立的理想，财产和小商业所有者维护建国者所创造的政治和社会生活的方式。进步时代的思想家发现，部分的解决办法是把股票定义为一种新型财产，可以填补在传统美国生活和思想中土地和小商业的日渐式微的作用的财产。²⁹ 这一观点深刻地揭示了证券市场的社会意义——证券市场是形成社会新阶层的关键平台。

从我国建构和谐社会的前景看，重视证券市场是形成社会新阶层的意义对于我们发展证券市场极为重要。党的十七大报告首次明确提出了“创造条件让更多群众拥有财产性收入”的目标。所谓财产性收入，按照通说，是指劳动收入之外

²⁸ 曾献文. 维护证券投资者权益乃检察职责所系. 检察日报. 2007. 4. 30

²⁹ 米歇尔. 韩寒译. 资本市场对公司社会责任的束缚: 美国经验对中国的启示. 中外法学. 2008(1)

的基于储蓄、投资等行为而获得的可以变现的货币性收入，其中的股票、债券和基金是重要的财产性收入。因此，作为让更多群众拥有财产性收入的一个重要的平台，证券市场的意义已远远超越了经济的范畴，正在融合社会与政治的意义。从这一角度说今天我们的证券市场具有公共利益，需要法律给予特别保护，是没有任何疑义的。

3. 检察机关历来就是公共利益的代表人

检察机关作为公共利益的代表人的理论和实践，可以追溯到 14 世纪法国的“国王代理人”制度。在 14 世纪之前，法国采取私人 and 团体诉讼解决刑事责任问题，后随着法律关系的复杂和国王权力的日益增大，私诉形式出现了一些弊端：加害方势力强大，被害方担心抗争不过反受其害，故不敢起诉；被害方接受加害方的贿赂而私下了结；侵害公益（当时主要表现为侵害王室利益的案件）无人过问。为了弥补私诉形式的缺陷和加强中央集权，保护王室在各地的利益，国王于 1302 年正式设立了“国王代理人”，代理国王处理各种事务，包括追诉侵害国王利益的犯罪。到 16 世纪时，这种“国王代理人”被更名为检察官，并形成了相对独立的组织机构。³⁰ 法国的检察制度随后对德国、日本等大陆法系国家，以及英美法系国家的检察制度都产生了一定影响。目前在法国，检察机关不仅代表国家利益追诉犯罪，而且还代表公共利益干预民事生活。如《法国民事诉讼法》规定，在公共秩序受到损害时，检察机关可以作为主当事人，或联合当事人为维护公共秩序而提起民事诉讼。在美国，检察长有权对涉及联邦利益的案件、涉及环境保护和税法的案件提起民事诉讼。可以概括地说，检察机关代表公共利益提起民事诉讼已经是一项比较成熟的司法制度。在我国，虽然有关部门对检察机关能否提起公益诉讼还存在争议，但在检察机关是公共利益的代表人的认识上是一致的。如当前检察机关就环境污染等公害案件提起的民事公诉，正在为越来越多的

³⁰ 法学教材编辑部.外国法制史.北京：北京大学出版社.1987:100-103

法院所接受。

（三）运用检察权保护证券投资者具有优势

1. 检察机关的专门机构和人员是其履行职责的重要保证

与证券投资者个人相比，检察机关在人力、物力和财力方面具有显著的优势。训练有素的司法队伍是检察机关履行保护职责的重要保证。从打击证券犯罪的角度来说，证券犯罪呈现智能化、专业化的特点，证券犯罪分子往往具有较高的文化层次，具有相当的专业知识。据某市检察机关统计，在 1997 年所办证券犯罪案件中的 197 名被告人中，文化程度在中专以上的占 153 名，占其比例的 77.6%，其中大学以上文化程度的有 40 人，最高学历为研究生。这些犯罪分子中，大多为经济、金融、财会专业人员，具有相当的金融知识。

从证券民事诉讼的角度来说，证券发行、交易及其他相关活动具有较强的技术性。比如在证券交易中涉及到法律、财务、金融、电脑等一系列的专业知识的操作运用，尤其是我们的证券市场普遍采用无纸化交易、电脑自动撮合成交以及证券中央集中托管，从而使证券交易的技术性大大增强。因此，对证券交易违规行为的调查和证实需要投入大量的人力、物力和时间，同时还需要具备证券领域的专业知识。

2. 检察权介入民事诉讼有助于及时发现和追究证券犯罪

当前，证券犯罪存在较大的犯罪黑数，一方面是因为上文提到的证券监管部门未能依法移交案件，另一方面是因为证券犯罪案件的被害人具有不特定性和无意识性。在某种意义上讲，尽管证券犯罪最终危害的都是证券管理秩序，但是承担这种危害的直接对象主要是投资者，包括个人投资者和单位投资者。在绝大多数证券犯罪中，被害的个人或者单位都具有不特定性，而且其被害意识相对薄弱。例如在内幕交易、操纵证券交易价格、编造并传播证券交易的虚假信息等犯罪中，被害人往往是不知不觉地进入被害状态，成为广泛的、不特定的且互不知晓的被

害对象。同时，由于盲目追求获得利益，证券犯罪的被害人在许多情况下自身也有责任，一般不会意识到自己已经成为证券犯罪的牺牲品，即便意识到被害，也缺乏同证券犯罪作斗争的权利意识、法律知识和诉讼能力。被害人的不特定性和无意识性，提高了证券犯罪的黑数并加大了控制、预防证券犯罪的难度。由检察机关介入证券民事诉讼，则为检察机关及时、主动地发现证券犯罪行为创造了便利条件。

3、检察机关的介入有助于防患于未然，预防证券违法和犯罪

证券犯罪行为更容易进入追诉机关的视野也会对证券违规者产生震慑作用，使得证券违规者不敢轻易以身试法。同时，违法和犯罪之间没有绝对的界限。在办理证券民事案件的过程中或者在监督证券监管部门依法行政的过程中，对于证券违规行为可以提出监督建议，对于可能涉及的证券犯罪可以作出必要的警示，以便将证券违法犯罪消灭于萌芽状态。当然，在追诉犯罪的过程中，必要的时候也要提出监督意见，以便预防更多的证券犯罪行为。例如，上文提到的“中科创业”案被提起公诉后，作为公诉机关的北京市人民检察院第二分院分别向与本案有直接或间接牵连的126家证券公司或证券公司营业部发出《检察建议》，要求其迅速进行整改。这些《检察建议》提出其涉及的问题包括：①擅自挪用客户保证金，进行违规融资活动；②违规以营业部名义与他人签订融资类合同；③违规开设股东账户；④违规开设资金账户，或违规将机构投资款以个人名义开设账户；⑤违规为他人提供股东账户；⑥恶意透支，挪用营业部资金，为他人用于融资使用；⑦违规返还客户佣金、交易手续费；⑧明知客户的交易行为属于违法操纵行为而提供违规服务；⑨违反证券法规定的其他行为，等等。可见，运用检察权保护证券投资者利益的方式有助于完善证券犯罪的预警监控机制，使得追诉机关能够及时发现证券犯罪的苗头和证据，采取有力措施打击证券犯罪。

四、运用检察权保护证券投资者的可行性

(一) 实施证券诉讼监督

诉讼监督是检察机关的主要职责之一。根据现行法律的规定,检察机关的诉讼监督是指检察机关对参与诉讼的侦查机关(含检察院自侦部门)、审判机关、执行机关、律师和其他诉讼参与人的活动进行调查,对其行为是否合法进行判定,从而支持、反对并提出纠正意见(建议)或抗诉等检察业务活动。检察机关诉讼监督的目的,是为了纠正诉讼中的司法不公现象,确保诉讼活动正确合法地进行,保障案件当事人的正当权利,防止司法腐败,维护司法公正,确保国家法律统一、正确地实施。³¹ 依据这一定义,检察机关诉讼监督的范围可以涵盖三大诉讼及其执行。应该说,这是目前关于检察机关诉讼监督的最广泛的定义。³² 尽管这一定义立足于检察机关的法律监督性质,本身是比较宽泛的,但作者在具体论述诉讼监督的内容时又基本落入了传统检察理论研究的窠臼,即主要以刑事诉讼为模型来阐述检察机关的诉讼监督构架和功能,如其在论述执行监督时,仅提到了刑罚执行监督存在的问题和解决的方案,而对刑事诉讼中的非法冻结、扣划财产和民事执行付之阙如。从检察机关作为法律监督机关的宪法定位看,凡是破坏法律统一、正确实施的行为,都是检察机关可能实施法律监督的对象。在这个意义上说,目前检察机关对证券诉讼实施的法律监督,除了包括传统的监督外,至少还应该包括对证券刑事立案的监督、对证券行政立案的监督和对证券诉讼中所有执行活动的监督。在证券刑事立案监督中,应该侧重从源头上监督证券监管机构及时移送涉罪证券案件。

1. 加强证券刑事立案监督, 杜绝“以罚代刑”

³¹ 何素斌.法律监督体制研究.北京:中国检察出版社.2007:39-40(最高人民法院2006年检察理论研究重点课题)

³² 如有学者认为,诉讼监督是指检察机关或检察官在诉讼活动中,发现侦查人员(警察)、审判人员(法官)等执法人员在执法过程中存在违法行为时,依法提出建议纠正或者予以纠正。(邓思清.检察权研究.北京:北京大学出版社.2007:349)

随着社会的发展,我国的证券市场日益国际化,证券交易方式电子化的步伐也在加快,证券犯罪呈现出跨越国界、蔓延全球、危害世界的态势,打击证券犯罪已刻不容缓。目前我国刑法规定的证券犯罪主要涉及以下几个具体的罪名,即操纵证券交易价格罪、内幕交易、泄露内幕信息罪、诱骗投资者买卖证券罪、编造并传播证券交易虚假信息罪、背信损害上市公司利益罪。证券交易中的犯罪和证券交易市场密切相关,因而有更高的隐蔽性和危害性。此外,随着证券刑事法律的逐渐完善,证券犯罪减少了前期低等级的欺诈形式,更多的采取了具有隐蔽性、高智能性的诸如内幕交易、操纵市场等高级形式,因此,证券市场上的整个犯罪态势将有增无减。

证券犯罪是证券违规的高级形态,加大对证券犯罪的惩治力度,无疑对于遏制证券违规大有裨益。依照我国现行刑事诉讼法的规定,证券犯罪案件中除了涉及证券监管等工作人员职务犯罪的由人民检察院立案侦查以外,一般由公安机关负责立案侦查。然而在实际运作中,由于各方面的原因,“有案不立”、“不破不立”的现象普遍存在。这在客观上导致很多犯罪案件不能进入司法程序,影响了对犯罪人的追诉。因此,检察机关的立案监督权是十分必要的。在证券犯罪案件中,检察机关应当加强刑事立案监督,以便有力地打击证券犯罪。

我国《刑事诉讼法》第87条规定:“人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的,或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查,向人民检察院提出的,人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不成立的,应该通知公安机关立案,公安机关接到通知后应当立案。”这是目前关于检察机关实施刑事立案监督的最基本的法律依据。此后,最高人民法院、最高人民检察院、公安部等六部门联合发布了《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》³³,最高人民检察院制定了《人

³³ 根据该规定,公安机关在收到检察机关发出的《通知立案书》后,应当在十五天内决定立案,并将立案决定书送达人民检察院。

民检察院刑事诉讼规则》，国务院公布了《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》，这些规范性文件从不同角度具体规定了检察机关行使刑事立案监督权的条件和程序。

目前，检察机关对证券犯罪案件实施立案监督主要包括以下情形：1) 检察机关通过受理证券投资者的报案、举报和控告，纠正公安机关未依法立案的情况，包括公安机关因未掌握的案情而未立案、掌握案情而不立案和检察机关要求立案而不立案的情形。2) 检察机关在证券刑事案件的审查批捕、公诉、二审等阶段发现新的证券犯罪，认为公安机关应当立案而公安机关未立案的提出纠正意见。很明显，检察机关的上述立案监督的对象仅限于公安机关，而不包括证券监管机构，这无法适应当前打击证券犯罪的现实需要。因为，现在公安机关立案查处证券犯罪行为，尤其是对虚假陈述、内幕交易和操纵市场等犯罪行为的查处，实际上是以证券监管机构的行政查处为前提条件的。在这种现实情况下，我们必须将证券监管机构视为证券犯罪案件的“准司法机关”或“侦查机关”。因此，为尽快扭转和肃清证券违法犯罪普遍化现象，我们不仅必须强化检察机关对公安机关的立案监督，而且必须从源头上强化检察机关对证券监管机构查处证券犯罪行为的监督，坚决杜绝“以罚代刑”。理由如下：

首先，《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第二条规定，负有移送义务的行政执法机关，是指依照法律、法规或者规章的规定，对破坏社会主义市场经济秩序、妨害社会管理秩序以及其他违法行为具有行政处罚权的行政机关，以及法律、法规授权的具有管理公共事务职能、在法定授权范围内实施行政处罚的组织。据此规定，证券监管机构无疑属于负有移送义务的行政执法机关。

其次，检察机关对公安机关的证券犯罪立案监督主要取决于证券监管机构是否及是否及时向公安机关移送涉罪案件。从目前的情况看，我们打击证券犯罪的效果不尽如人意的原因，主要不是公安机关“对应该立案侦查的案件而不立案侦

查”，而是证券监管机构没有或者没有及时移送涉罪案件。比如，在 1999 年，中国证监会对轰动一时的南方证券公司内幕交易案作出的处罚是：没收南方证券全部非法所得 7455.89 亿元，罚款 500 万元，并对有关责任人员分别给予了警告、罚款 5 万元和暂停从业资格 6 个月的处罚；对深圳蔚深证券公司挪用客户交易结算资金 32 亿元案作出的处罚是对其处以警告并罚款 50 万元，没收违规收入 559.98 万元，并对涉案高管人员给予警告处罚；对申银万国证券公司虚假陈述案的处罚是罚没款 3744.1 万元，给予 3 位直接责任人员永久市场禁入，吊销申银万国的承销业务资格证书一年。以上情况表明，我国对于证券公司的严重违规行为主要是采取罚款、警告和市场禁入等几种行政处罚，基本没有移交司法机关处理，其中许多是属于刑事责任的案件用行政处罚的办法来解决，因此监管中存在的主要问题是执法不严。³⁴

第三，公安机关无法制约证券监管机构不移送涉罪证券案件的行为。在我国，公安机关无论作为行政机关还是司法机关，都不具有制约和监督证券监管机构的监管行为的任何法定权力。而且，依据该规定，对应当向公安机关移送的案件逾期不移送或者不移送，或者以行政处罚代替移送的，由本级或者上级人民政府，或者实行垂直管理的上级行政执法机关，责令改正，给予通报。对于证券监管机构的上述违法行为，公安机关无权处理。因此，如果检察机关不对证券监管机构的不移送行为实施法律监督，证券行政执法与刑事司法的衔接就是一句空话。

第四，检察机关对证券监管机构查处证券犯罪案件实施监督，既是确保严重破坏证券市场秩序的行为受到刑法制裁的需要，也是及时查处证券渎职和其他职务犯罪行为的需要。《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第 14 条规定，行政执法机关移送涉嫌犯罪案件，应当接受人民检察院和监察机关依法实施的监督。而且，依据该规定第 16 条规定，对应当向公安机关移送的案件逾期不移送

³⁴ 姜洋.中国证券商监管制度研究.北京：中国金融出版社.2001；373~375

或者不移送，或者以行政处罚代替移送的，由本级或者上级人民政府，或者实行垂直管理的上级行政执法机关，责令改正，给予通报；拒不改正的，对其正职负责人或者主持工作的负责人给予记过以上的行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。显然，这里的“构成犯罪的，依法追究刑事责任”是指行政执法机关工作人员的渎职犯罪。因此，检察机关完全有权对证券监管机构移送涉罪证券案件的行为实施法律监督。检察机关的这一立案监督，一方面可以直接督促证券监管机构及时向公安机关移送涉罪证券案件，追究证券犯罪嫌疑人的刑事责任；另一方面，通过查处证券监管机构不移送或者以罚代刑的渎职犯罪行为，可以间接督促证券监管机构移送涉罪证券案件。

从目前检察机关的整个刑事立案监督情况看，这一工作并不理想。究其原因，主要在于法律没有规定检察机关实施立案监督的保障手段，造成监督难以到位。

“从现行立法的规定看，监督主体（检察机关——引者注）通知侦查主体立案后，立案监督的措施和手段即告终结。对侦查主体不按通知要求立案，监督主体没有其他保障手段，也正是由于缺乏立案监督的保障机制，使实际运作中的立案监督不能按照制度设计中的轨道运行，而显得疲软无力。”³⁵ 考虑到证券执法的特性，我们认为刑事诉讼法关于检察机关对公安机关实施监督的规定同样可以适用于检察机关对证券监管机构查处涉罪证券案件的监督，除此之外，当前还应该落实检察机关以下三项监督权：

第一，检察机关的知情权。检察机关对证券刑事案件实施立案监督，首先需要及时、全面了解证券刑事案件的有关情况，否则，立案监督就无从谈起。检察机关的这一知情权，包括对公安机关的立案侦查信息和证券监管机构的执法信息的了解。因此，必须建立证券涉罪案件的告知制度和备案审查制度，即公安机关和证券监管机构必须在规定的时间内将自己对证券涉罪案件的查处情况告知检

³⁵ 向泽选.法律监督原理.北京：群众出版社.2006:141

察机关，并在合理期间内将相应的立案、不立案、撤案和行政处罚等决定书送达检察机关备案审查。目前，最高人民检察院已经和中国证监会、国家安全生产管理总局等部门建立了工作联盟，上述告知制度和备案审查制度可以借助这一工作联盟机制尽快建立起来。³⁶

第二，检察机关的调查权。检察机关的立案监督调查，是指检察机关对于公安机关、检察机关自侦部门和人民法院有违法嫌疑的立案活动，通过调查获取有关证明该机关在立案程序中存在违法行为的材料的一项诉讼活动。³⁷ 从目前的法律规定看，检察机关在刑事诉讼中的调查权限于自侦案件中的调查和审查起诉阶段的补充调查，还没有延伸到对公安机关的侦查活动是否违法进行调查（只能要求公安机关“说明”不立案理由）。为了保障检察机关对证券犯罪案件有效实施立案监督，法律应该赋予检察机关立案监督调查权，其内容包括在证券监管机构、公安机关说明不立案理由前的调查、撤销立案时的调查和对证券监管机构、公安机关违法执法、侦查的调查。

第三，检察机关的处理权。目前，关于检察机关在刑事立案监督中的处分权比较一致的认识是，处理权应包括：1）检察机关有权变更刑事立案主体不适当的决定，有权作出纠正立案主体程序违法的决定，立案主体应当执行检察机关的处理决定，从而使检察机关的《说明不立案理由通知书》、《纠正违法通知书》等法律文书具有更强的法律效力；2）赋予检察机关立案监督的一定处分权，检察机关对立案活动中违法比较严重且拒不改正的机关及办案人员，可以决定停止违法人员的立案活动，要求立案机关另行指定工作人员或者自行作出立案决定，建议主管机关或者纪检监察部门对违法人员给予一定的纪律处分。对于拒不接受刑

³⁶ 至于公安机关立案情况的告知和备案审查，可以通过另外更为有效的警检一体化制度解决。所谓警检一体化，是指检察官对侦查机关的侦查行为进行直接指挥和控制。在警检一体化下，公安机关的立案侦查基本从属于检察机关的公诉活动。目前，由于新律师法的修改，律师的三大执业权利将得到充分行使，加之刑事证明标准的不断提高，公安机关在立案侦查的证据收集方面面临着巨大压力，部分地方试点的警检一体化可能被进一步全面推广。

³⁷ 黄一超，李浩.强化刑事立案监督的若干问题探讨.政治与法律.2001(3):62

事立案监督的,可以采取以下措施:一是将立案主体在刑事立案活动中的违法情况和不接受刑事立案监督的情况,向上一级检察机关汇报,由上一级检察机关向立案主体的上一级机关通报;二是对于屡不接受刑事立案监督的,向同级人民代表大会或其常委会通报,由人民代表大会或其常委会以咨询案等形式进行监督;三是构成滥用职权、徇私舞弊、受贿或者其他利用职权实施的犯罪的,移交本院自侦部门进行立案侦查。³⁸就证券犯罪立案监督来说,赋予检察机关上述处理权也是非常有必要的。比如说,对于证券监管机构不及时移送涉罪证券案件的,由于公安机关无权强制移交,就必须由检察机关通知证券监管机构移交;同样地,对于证券监管机构有意无意遗漏应当追诉的犯罪嫌疑人的,检察机关也可以要求其说明不移交该犯罪嫌疑人违规材料的理由,必要时可以直接通知其移交。总之,如果不赋予检察机关上述实施立案监督的保障性的权力,证券犯罪立案监督就会形成虚设。

2. 实施证券行政立案督促,防止“不罚不赔”

我国《证券法》的一个重大不足是在法律责任设计上过于看重行政责任和刑事责任,而疏忽了民事责任,尤其是民事赔偿责任。例如《证券法》在第11章中用36个条款规定了法律责任,涉及行政责任的条款有36个,涉及刑事责任的条款有18个,而涉及民事责任的条款仅有3个。究其原因,一是我国重刑(行)轻民的法律文化传统根深蒂固;二是立法者十分注重《证券法》的公法性质而淡忘了它的私法属性。这样的立法后果,一方面是纵容了证券违法犯罪行为,另一方面是严重损害了投资者的投资权,造成受到损害的投资者无法获得相应的经济赔偿。如根据《刑法》第182条规定,实施操纵证券交易价格罪的恶庄和操盘手不管筹集了多少亿元的资金,不管操纵证券交易价格的手段如何狡猾,不管谋取了多少不正当利益,也不管对证券市场秩序的破坏和对广大中小投资者的侵害程

³⁸ 朱晔.检察机关刑事立案监督问题研究.检察改革的新探索(慕平主编).北京:法律出版社.2007:234

度如何之严重，法定量刑幅度也仅仅是 5 年以下有期徒刑或拘役，并处或单处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金。难怪有不少投资者在关注 2002 年北京市第二中级人民法院审理的证券市场第一刑事大案——中科创业案之后，抱怨《刑法》第 182 条规定的刑事责任太轻了。³⁹

然而，即便如此，依据最高人民法院《关于受理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》第二条的规定，法院受理的虚假陈述民事赔偿案件，其虚假陈述行为须经中国证券监督管理委员会及其派出机构调查并作出生效处罚决定。当事人依据查处结果作为提起民事诉讼事实依据的，人民法院方予依法受理。如果证券监管机构不处理或者不及时处理证券违规行为，受到损害的投资者就不能向法院提起证券民事赔偿之诉。在这种情况下，投资者唯一的选择是提取行政诉讼，请求法院判令证券监管机构履行查处职责。但是，由于行政诉讼程序本身的烦琐和复杂，即使最后投资者胜诉，这个漫长的应对过程对于投资者来说也是无法容忍的。因此，在这种情况下，由检察机关以督促行政立案的方式，促使证券监管机构及时立案查处证券违规行为，以保证投资者能够尽快向法院提起证券民事赔偿诉讼，就变得非常重要和紧迫。

检察机关督促证券行政立案，是指检察机关督促证券监管机构及时对一般的证券违规行为进行立案查处。对于涉嫌犯罪的证券违规行为，检察机关可以通过实施刑事立案监督的方式，督促证券监管机构查处这类严重的证券违规行为。那么，检察机关实施证券行政立案督促的法律依据在哪里？我们认为，检察机关实施这一监督的法律依据有如下几点：

首先，民事诉讼法第 15 条规定，机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。依据这一规定，作为国家机关之一的检察机关有权支持受损害的投资者提

³⁹ 刘俊海.股份有限公司股东权的保护.北京：法律出版社.2004:598-599

起证券民事诉讼。但是，由于投资者提起证券民事赔偿诉讼须以证券监管机构对证券违规行为的生效查处为前提条件，如果证券监管机构不及时查处证券违规行为，投资者就无法提起民事赔偿诉讼，检察机关的支持起诉也就无法兑现。因此，检察机关支持起诉的权力在证券民事赔偿诉讼中必然意味着检察机关有权督促证券监管机构及时立案查处一般证券违规行为。

其次，最高人民检察院 2006 年 7 月颁布了《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》。依据该规定，证券监管机构工作人员严重不负责任，不履行或者不认真履行职责，涉嫌下列情形之一的，应以玩忽职守罪立案查处：1、造成个人财产直接经济损失 15 万元以上，或者直接经济损失不满 15 万元，但间接经济损失 75 万元以上的；2、造成公共财产或者法人、其他组织财产直接经济损失 30 万元以上，或者直接经济损失不满 30 万元，但间接经济损失 150 万元以上的；35、虽未达到上述两项数额标准，但两项合计直接经济损失 30 万元以上，或者合计直接经济损失不满 30 万元，但合计间接经济损失 150 万元以上的。很明显，目前证券市场上的一般违规行为给投资者造成的损失都远远超过了上述玩忽职守罪的立案标准。当然，投资者的损失是由证券违规行为直接造成的，并非证券监管机构的不立案查处行为所致，但是，在法律规定受损害的投资者可以通过提起民事诉讼获得赔偿的情况下，证券监管机构的这一不作为将使得投资者原本可以弥补的损失得不到赔偿。在这一意义上讲，投资者的这一损害可以被视为是证券监管机构的不作为造成的，如果达到了上述标准，就可以认定证券监管机构的不作为构成玩忽职守罪。因此，作为检察机关预防职务犯罪的职责之一，检察机关可以督促证券监管机构及时立案依法查处证券违规行为。作为这一督促的手段，检察机关可以采用通行的纠正违法行为通知书的形式进行督促。

3. 扩大证券诉讼执行监督，防止非法冻结扣划

检察机关对执行活动（含财产保全措施）的法律监督，是近年来比较敏感而

又充满意义的一个新话题。从目前的研究进展和实践情况看，检察机关对刑事诉讼和行政诉讼中执行生效裁判的活动进行监督是没有争议的。但是，检察机关能不能对民事执行和诉讼保全进行监督，还存在争议。实践中，检察机关基本上没有对民事执行和诉讼保全这两项活动实施过法律监督。导致这一结果出现的原因，除了与检察机关自身的认识不足有关外，主要在于法律没有明确规定检察机关实施执行监督的手段和程序。比如，《民事诉讼法》仅在总则部分中的第 14 条规定“人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督”，而没有在后面的执行程序 and 保全措施中作出相应的规定，使得法院坚决反对检察机关对生效民事裁判进行抗诉之外的任何诉讼监督行为。⁴⁰ 在国外，许多国家的民事诉讼法都赋予了检察机关对执行活动的监督权。如法国 1991 年颁布的新民事执行程序法赋予了共和国检察官有保障判决与其他执行根据得到执行的使命，检察官有命令其管辖区内的所有执行员给予协助的权力。俄罗斯联邦民事诉讼法第 428 条和第 431 条规定，检察长可以对法院执行判决时提起抗诉的情形包括：1) 对法院执行员执行判决的行为或者拒绝实施判决的行为，可以提起抗诉；2) 对法院关于法院执行员的行为问题作出的裁定可以提出单独抗诉；3) 对于法院作出的执行回转问题的裁定可以提出单独抗诉。⁴¹

客观地说，一项法律制度有无存在的必要，并不取决于我们的主观认识，甚至也不取决于法律的技术要求。相反，无有实践的需要才是取舍的真正标准。就证券市场而言，我们必须注意到两个重大问题：1) 违法冻结、扣划证券和结算资金；2) 追缴证券违法犯罪所获得的赃款赃物不透明不公正。对于第一个问题，尽管相关部门已经注意到，近数年来有关司法机关违法冻结、扣划证券公司的证

⁴⁰ 法院始终认为，民事诉讼法第 14 条规定的“民事审判活动”是狭义的审判活动，不包括民事执行活动。检察机关对民事执行活动进行法律监督，是没有法律依据的，法院可以不接受。如果立法者认为检察机关可以对民事执行进行法律监督，那么其就会在法条中表述为“人民检察院有权对民事诉讼活动实行法律监督”。比如，行政诉讼法第 10 条规定，人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。这样的规定才表明，立法者认为检察机关有权对包括行政执行在内的整个行政诉讼活动实行法律监督。

⁴¹ 俄罗斯联邦民事诉讼法执行程序法.张西安等译.北京：中国法制出版社.2002:172-173

券和证券交易结算资金的情况屡屡发生，严重损害了投资者的合法权益，遂于日前发布了《关于查询冻结扣划证券和证券交易结算资金问题通知》以规范这类行为。⁴²但是，徒法不足以自行，在巨大的利益冲突面前，上述规定能否得到有效落实还待进一步观察。对于第二个问题，依据刑法和民法的规定，对于犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对于双方恶意串通，实施民事行为损害国家、集体的或者第三人的利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人。概括地说，对于追缴的证券违法犯罪所得，首先要区分受害人的财产和违法犯罪的收益；凡属受害人的财产，应予以返还，凡属违法犯罪的收益，应予没收。但从当前的实际情况看，司法机关并没有深入追缴证券违法犯罪所得，也没有清楚划分受害人财产和违法犯罪收益并予以不同处理，其结果是严重损害了投资者的合法权益。

从法律性质看，冻结扣划证券和证券交易结算资金，都是为了保障现在的或将来的生效裁判能够得以执行，纳入执行范畴并无多大障碍；同样地，追缴证券违法犯罪所得，涉及到对受害人的返还和对非法所得的没收，故也可以视为执行活动的一部分。因此，从检察机关实施执行监督的角度来强调对上述两类活动的监督，是非常必要和合理的。投资者对于上述两类行为中的任何违法行为，都可以向检察机关举报，由检察机关视具体情况或发布纠正违法通知书，或以职务犯罪立案查处。惟其如此，证券投资者的相关合法权益才能获得法律的有力保护。

（二）提起证券民事公益诉讼

公益诉讼是与私益诉讼相对而言的一项法律制度，它源自古罗马法。“以私

⁴² 2008年1月10日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证监会联合发布了《关于查询冻结扣划证券和证券交易结算资金问题通知》，规定对下属七类证券和资金不能进行冻结和扣划：1) 证券登记结算机构设立的证券集中交收账户、专用清偿账户、专用处置账户内的证券；2) 证券公司按照业务规则在证券登记结算机构开设的客户证券交收账户、自营证券交收账户和证券处置账户内的证券；3) 证券登记结算机构设立的资金集中交收账户、专用清偿账户内的资金；4) 证券登记结算机构依法收取的证券结算风险基金和结算互保金；5) 证券登记结算机构在银行开设的结算备付金专用存款账户和新股发行验资专户内的资金，以及证券登记结算机构为新股发行网下申购配售对象开立的网下申购资金账户内的资金；6) 证券公司在证券登记结算机构开设的客户资金交收账户内的资金；7) 证券公司在证券登记结算机构开设的自营资金交收账户内最低限额自营结算备付金及根据成交结果确定的应付资金。

人资格发生的诉讼,以保护私人权益为目的,叫私益诉讼,以保护公益为目的的,就叫公益诉讼。”在古罗马法中,私益诉讼是为保护个人所有权而设定的诉讼,仅特定人才可提起;它是以私人资格发生的诉讼,以保护私人利益为目的;公益诉讼乃是保护社会公共利益的诉讼,除法律有特别规定者外,凡罗马市民均可提起。⁴³公益诉讼的实质含义是,“原告代表社会集体利益而非个人利益而起诉”。

44

应该说,罗马法关于公益诉讼是“维护公共利益或社会利益”的诉讼的认识一直延续到今天,无论是大陆法系还是英美法系,都严格恪守这一“祖业”。但是,这种立足于“利益保护”的传统认识,在理论上并不利于当前公益诉讼实践的发展,也不利于社会应对环境污染、产品缺陷等公害事件。其原因有二,一是何谓公共利益是一个存在纷争的模糊话题,二是谁是公共利益的代表者不易确定。我们认为,现代社会是一个高风险社会,如何控制风险是社会最为关心的问题。从风险控制的意义上说,公益诉讼的功能主要应该体现在威慑和消除大规模的损害事件发生,维护公共利益只是这种风险控制的一个反射性的结果。如果将公益诉讼定位于社会控制大规模风险的手段,而非主要是维护某些团体或人群的整体利益的工具,那么,检察机关介入证券市场控制违法金融风险,对严重侵害投资者权益的违法行为提起民事公益诉讼,就可以逾越当事人是否适格、诉讼结构是否平衡等许多理论争议,⁴⁵而成为一个与检察机关实施法律监督很相吻合的选择。

⁴³ 周彤. 罗马法原论(下册). 北京: 商务印书馆. 2001:958

⁴⁴ 谢邦宇. 罗马法. 北京: 群众出版社. 1983: 354

⁴⁵ 反对观点认为,检察机关提起民事公益诉讼制度的建立会侵犯当事人的处分权,违背民事诉讼“不告不理”原则,且若让检察机关提起民事公益诉讼,使其具有公诉人和监督者的双重身份,不利于案件的公正审判,破坏了监督权的中立性。而支持观点认为,检察机关提起民事公益诉讼制度的建立并不会侵犯当事人的处分权,检察机关双重身份的矛盾也是可以通过程序设计来避免的,且有外国的成熟立法经验可借鉴,在我国建立检察机关提起民事公益诉讼是可行的。但是,我国最近(2007年10月)修订的新民事诉讼法仍然没有规定公益诉讼,依其第108条规定,原告必须是“与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”。

1. 证券风险与民事公益诉讼

公益诉讼，虽在古罗马就已存在，但得到快速发展是在 20 世纪。随着资本主义由自由资本主义走向垄断资本主义，高科技迅速发展，人们的生产、生活日益社会化，环境污染、产品损害、不正当竞争等公害问题也随之日益凸现出来。在这种情况下，公益诉讼作为维护国家、社会公共利益的手段被不断重视和运用。⁴⁶ 从国外主要国家公益诉讼适用的领域看，尽管形形色色，各有差别，但一般都将环境污染、产品质量缺陷、垄断与不正当竞争作为公益诉讼的实施领域。进一步考察，可以发现，环境污染、产品质量缺陷、垄断与不正当竞争等行为的共同特征是构成对不特定人的一种危险或风险。这种危险或风险有时是对不特定人的某些具体权利的侵害，有时是对不特定人的抽象的、模糊的利益的侵害。因此，公益诉讼与其说是为了保护权利（民事诉讼的设计目的就是保护民事权利），不如说是控制和消除风险。

证券市场属于金融市场的一部分。实践表明，金融风险具有普遍性，并与金融活动相伴随。金融风险的产生原因主要有两个，一是公众将资产投入金融机构之后，即无力对相关资产运作进行有效控制；二是金融机构彼此之间往往通过同业往来或OTC市场交易，相互持有对方的资产和负债，一旦某一金融机构发生支付风险或倒闭，就会波及其他金融机构，产生连锁效应，引发系统性风险。⁴⁷ 在金融市场中，证券市场最具投机性，因而也是最具风险性的部分。美国 1929-1933

⁴⁶ 在现代法制中，美国是最早重新确立古罗马公益诉讼法律传统的国家。如美国曾在 1863 年制订的《反欺骗政府法》中规定，任何个人或公司在发现有人欺骗美国政府、索取钱财的，有权以美国的名义控告违法的一方，并在胜诉后分得一部分罚金。《美国地区法院民事诉讼法规》第 17 条规定：在法定情况下，个人或社会公益团体在保护别人利益的案件中也可以以美利坚合众国国家的名义提起诉讼。《克莱顿法》第 15 条规定，对于违反托拉斯法造成的威胁性损失和损害，任何人、商号、公司、联合会可以向对当事人有管辖权的法院起诉和获得禁止性救济。此外，美国的环境保护法中已就公益诉讼形成了一套完备的制度，即公民诉讼，公民不仅可以提起公益诉讼，而且可以享有相应的诉讼便利。

⁴⁷ 钱小安.金融监管体制、效率与变革.北京：中国金融出版社.2006:55-56

年的经济大危机就是起因于股票发行中的“渗水”现象，这反过来也表明，证券市场的风险控制绝不可“勿以善少而不为”。既然证券市场存在如此之多的风险，而这些风险可以随时间而不断被放大，那么，运用公益诉讼来控制 and 消除这种风险，自然是天经地义的。

2. 检察机关与证券民事公益诉讼

证券市场存在巨大风险，公益诉讼可以被用来控制和消除这种风险。那么，作为公共利益的代表人，检察机关能否提起证券公益诉讼？

从国外情况看，检察机关以公共利益代表人的身份提起民事公益诉讼是国际通行做法。在美国，总检察长（Attorney General）拥有普通管辖权和明示的法定管辖权。在普通管辖权下，总检察长可以对影响公共利益及州司法部长在许多领域拥有提起诉讼或干预私人诉讼的明示权力，如拥有代表欺诈消费的受害人提起要求恢复原状、民事赔偿的诉讼。1998年，美国司法部和19个州的检察官分别代表联邦和州对微软公司提起了反垄断诉讼，法院认定微软的垄断行为严重损害了消费者的利益，判决拆分微软，并停止其捆绑销售操作系统和IE网络浏览器的行为。⁴⁸ 在英国，总检察长可以代表公众提起诉讼以倡导公众利益，阻止公共性不正当行为。在法国，1991年新《民事诉讼法》第423条规定：“在公法秩序受到损害时，它（检察机关）可以为维护公法秩序而提起诉讼。”德国的民事诉讼法也规定，检察机关作为社会公共利益的代表，对涉及国家、社会公共利益的重大案件可提起民事诉讼。

在我国，历史上曾经确立过检察机关参与民事诉讼的制度。⁴⁹ 实际上，自

⁴⁸ 颜运秋. 公益诉讼理念研究. 中国检察出版社. 2002:244

⁴⁹ 早在民主革命时期，革命根据地立法对检察机关参加民事诉讼活动作了明文规定。如1939年《陕甘宁边区高等法院组织条例》、1942年《晋冀鲁豫边区高等法院组织条例》都规定检察员“为诉讼当事人或公益代表人”参加民事诉讼活动。建国初期，1949年《中央人民政府最高人民检察署试行组织条例》第3条进一步明确规定：“对于与全国社会与劳动人民利益有关之民事案件及一切行政诉讼，均得代表国家公益参与之”。1954年《中华人民共和国人民检察院组织法》第4条规定：“对于有关国家和人民利益的重要民事案件，检察院有权提起诉讼”。只是后来在1980年代初检察机关为了集中精力打击刑事犯罪，而主动请求不承担这一职责。所以，在1982年《民事诉讼法（试行）》和1991年的《民事诉讼法》中没有规定民事公益诉讼制度。

1996 年以来，河南、山西、福建、山东、贵州、江苏等省检察机关先后以法律监督机关的身份，作为国家利益和社会公共利益的维护者，针对国有资产流失、环境污染等损害国家利益、公共利益的不法行为提起了民事公益诉讼，并取得了一定的成功。到 2001 年，全国各地的检察机关提起类似的民事诉讼已达 141 起，并形成了较为成熟有效的做法。⁵⁰

但是，截至今天，检察机关尚未就某一证券违规行为单独提起过民事公益诉讼。究其原因，主要是一个认识不足的问题。的确，与国有资产流失、环境污染等案件中的受害人是抽象的人或者不特定的人不同，证券违规案件中的受害人是特定的和具体的，他们完全可以提起民事诉讼，维护自己的合法权益。但是，这不应构成检察机关提起证券公益诉讼的障碍。前面在论述公共利益时说过，讨论证券市场是否属于公共利益的目的是为了让其获得更多的法律保护，这并不排斥其原有的保护手段。在投资者可以自行提起民事诉讼实施救济的情况下，建立检察机关的证券民事公益诉讼制度与之并不相悖。由于证券市场具有公共利益属性，存在高风险性，股东诉讼维权具有较大的局限性。这一点，在前面已提及，从诉讼成本角度来看，单个股东的诉讼可能会“入不敷出”；如果中小投资者因胜诉收益不足以抵消诉讼费用而不去起诉，不仅会使广大中小投资者的权利受到损害，还会使侵权者因此获得大笔的违法收入，这无异于从制度上鼓励证券违规行为。从诉讼能力上来看，单个股东难以胜任专业化的诉讼，证券投资者个人的私益诉讼也无法抗衡大规模的证券违规行为，仅靠投资者起诉不能有效解决证券违规民事纠纷。可以说，在目前的现实条件下，证券投资者的私人诉讼无法有效解决证券市场上的违规问题，如果没有一种市场外的力量介入，证券违规行为将进一步泛滥，很可能演化为系统性风险，给证券市场带来灾难。因此，作为维护

⁵⁰ 2004 年 12 月 13 日，四川省检察院民事行政检察部门在全国率先设立了较为完整的“公益诉讼人”制度。该制度明确细化了检察机关支持公益诉讼的范围，让检察官以“公益诉讼人”身份保护国家和集体公共利益，并出庭为弱势群体声张正义。见：成都商报. 2004. 12. 14

法律正确实施的法律监督机关，检察机关应当采取民事公益诉讼的方式纠正证券违规行为，减少证券市场的违法风险。

3. 检察机关提起证券民事公益诉讼的范围和方式

如前所述，检察机关提起证券民事公益诉讼的目的是为了控制和消除证券违规行为可能给市场带来的系统性风险。因此，这种诉讼应该是作为证券投资者的私人诉讼、证券监管机构的行政监管的补充方式而存在。这种补充性决定了检察机关提出证券民事公益诉讼的范围和方式应该受到一定限制。

首先，检察机关提起证券民事公益诉讼的范围宜限定在以下情形：1) 内幕交易行为；2) 操纵市场交易行为；3) 虚假陈述行为；4) 侵占、挪用上市公司募集资金行为。上述四种证券违规行为的共同特征是借助于“证券市场公开交易机制”而得以实施。所谓“证券市场公开交易机制”，是指基于信息披露和集中竞价而形成交易的机制，这一机制是证券市场区别于其他金融市场的核心因素。在利用“证券市场公开交易机制”实施的违规行为中，投资者是无法察觉其违法性的，违规者也正是利用了公众投资者对这一公开交易机制的信赖而完成了违规行为。这类违规行为的危害性在于，无辜投资者的资金将会被源源不断地“吸引”进来，通过证券市场已被扭曲的配置功能流向低效率、无效率的地方，进而引发金融风险。而其他的证券违规行为，可能并不存在这种严重风险。比如，诱骗投资者买卖证券的违规行为，只是行为人利用与投资者直接交流的私人机会而实施，并没有借助公开交易机制，从技术上讲也不可能形成较大风险。因此，在目前的情况下，检察机关提起民事证券公益诉讼的范围宜限定于上述四类案件。当然，在上述四类案件构成刑事案件时，检察机关可以通过支持刑事附带民事诉讼的方式处理问题，无须提起公益诉讼。关于检察机关支持证券民事起诉的问题，将在下一部分给予阐述。

其次，检察机关提起证券民事公益诉讼必须遵守谦抑性原则。这涉及到与消

费者保护协会、证券投资者保护基金等组织可能实施的证券公益诉讼相衔接的问题。作为一种补充救济方式，实践中检察机关提起证券民事公益诉讼必须遵守谦抑性原则，即只有在证券投资者没有提起私人诉讼，证券投资者保护基金等社会组织也没有提起公益诉讼的情况下，检察机关才可以启动这一诉讼。在满足谦抑性原则的要求的前提下，检察机关可以主动或者接受证券投资者、证券投资者保护基金等组织的请求提起证券民事公益诉讼。

（三）支持证券民事起诉

1. 检察机关与支持证券民事起诉

支持起诉是我国民事诉讼法上一个比较有特色的制度。根据《民事诉讼法》第 15 条规定，支持起诉是指机关、团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，支持受害者提起诉讼。依通说，支持起诉必须满足下列条件：1) 支持者只能是机关、社会团体、企业事业单位，被支持者只是受损害的单位或者个人；2) 受损害的单位或者个人基于某种原因未向人民法院起诉，如果受害人已向人民法院提起诉讼，就不必要予以支持；3) 加害人的行为必须是侵权行为，不构成侵权行为的，就不能支持他人起诉；4) 被支持者必须是因侵权行为而受到损失的受害者。

根据以上条件分析，中小投资者对上市公司、证券公司等提起的证券民事诉讼一般都属于可以支持起诉的范围。因为在证券领域，广大中小投资者是证券市场上的弱势群体，财力有限，信息不对称，权益经常受到侵害。作为国家机关之一，检察机关当然拥有支持起诉权，可以直接支持中小投资者提起证券民事诉讼。

目前理论界在检察机关支持起诉问题上还存在一些争议。这些争议涉及到检察机关支持起诉是否会违背民事诉讼当事人地位平等原则，检察机关诉权的根据等问题。我们认为，首先，检察机关以支持起诉的方式参加到民事诉讼中去，是作为一个独立于当事人之外的特殊的民事诉讼主体参加诉讼，体现了国家干预原

则，并不违背民事诉讼当事人地位平等原则。而且，提起诉讼并不等于胜诉，起诉是否得到支持最终还要取决于法院经过审理所作出的判决。其次，检察机关参加民事诉讼是依据国家赋予检察机关的法律监督权，而不是基于民事诉讼当事人的诉讼权。检察机关参加诉讼不是请求法院保护自己的合法权益，而是要保护权利人的合法权益。尽管检察机关对诉讼标的不享有权利，也不承担义务，但检察机关享有国家的法律监督权，包括起诉、变更、撤销等权利。从目前的实际情况来看，有些重大证券民事侵权行为发生以后，往往无人起诉或者当事人不愿、不敢起诉，致使国家、社会和公民的合法权益遭受重大损失而无法追究。对于此类案件，检察机关适当介入是完全必要的。

2. 检察机关支持证券民事起诉的范围和方式

在界定检察机关支持证券民事起诉的范围时，要注意与证券民事公益诉讼相协调，避免制度方面的摩擦。如前所述，检察机关提起证券民事公益诉讼是一种比支持证券起诉更为深入证券市场的干预活动，它主要适用于内幕交易、操作市场、虚假陈述和侵占、挪用上市公司募集资金等四种严重违规情形。在这四种严重违规行为发生时，即使没有投资者提起民事诉讼，检察机关也不宜采取支持起诉的方式介入，而应直接提起民事公益诉讼。因此，检察机关支持证券民事起诉的范围是上述四类严重违规行为之外的普通证券侵权行为。

在检察机关支持起诉的方式问题上，实践中存在不同的意见。⁵¹ 从最高人民

⁵¹ 一种观点认为，检察机关可以以代理诉讼的方式支持起诉。其理由是，检察机关既然是民事诉讼法上的法律主体，当然可以视具体情况而采取代理或非代理的支持方式，采用代理的方式更能够凸显检察机关的支持效果。在代理起诉中，检察机关受当事人主义原则约束，没有特权，不会破坏民事诉讼的基本原则。另一种观点认为，检察权属于公权力，不能以公权力代表私权利，否则会破坏民事诉讼中的当事人主义原则。检察机关支持起诉的方式仅限于在法庭上代表支持起诉人宣读起诉书，其后的阶段不应介入。应该说，前一种观点是不足取的，因为支持起诉与代理诉讼是完全不同的制度，检察机关支持起诉，是依法代表国家参与民事诉讼，而不是作为当事人的代理人参加诉讼。后一种观点是基本正确的，但将支持起诉的方式仅限于在法庭上代表支持起诉人宣读起诉书，则显得过于狭窄。从支持起诉的目的上说，在书写诉状、收

检察院关于指导检察机关支持起诉的有关规定看，检察机关支持起诉的方式不是道义支持，也不是物质支持，而是运用检察权进行调查取证、提供法律帮助，以及在庭审中与原告一道参与法庭调查和辩论。如 2000 年最高人民检察院在《关于强化检察职能，保护国有资产的通知（讨论件）》中提出检察机关要依法支持起诉，并对支持起诉的方式作了具体规定：1）首先由人民检察院民事行政检察部门进行初步审查，认为符合支持起诉条件的，及时填写受理登记表，报经部门负责人同意后受理，并由主诉检察官办理；2）主诉检察官按照支持起诉的条件和民事诉讼法规定的起诉条件进行审查，认为符合条件的，填写立案审批表，报经主管检察长批准后立案；3）主诉检察官认为需要调查、收集证据的，可以依法调查，获取相关证据；4）审查终结后，主诉检察官应当制作审查终结报告，交由主诉检察官会议讨论。主诉检察官会议认为不符合支持起诉条件的，应当作出终止审查的决定。主诉检察官会议认为符合支持起诉条件的，应当报经主管检察长批准；5）人民检察院对支持起诉的案件，可以向被支持起诉的法人或其他组织发出通知，要求其在一定期限内向人民法院提起民事诉讼。被支持起诉的法人或其他组织逾期不起诉的，应当说明不起诉的理由。被支持起诉的法人或其他单位无正当理由拒不起诉，或者其本身就是违法民事行为当事人的，人民检察院可以建议其主管部门或有关行政管理部门提起诉讼，同时，依法追究被支持起诉单位主要负责人的责任；6）支持起诉的案件，由原告制作起诉书，检察机关制作支持起诉书，在被支持人向法院递交起诉书的同时，将支持起诉书送交法院。检察机关还可以向被支持人提供自己调查获取的有关证据。

就检察机关支持证券民事起诉来说，上述六项措施中除第五项外的其他措施都是可以采用的。第五项措施主要是为了督促国有资产管理单位履行保护国有资

集证据等审前准备阶段，以及法庭调查、辩论阶段乃至判决生效后的执行阶段，检察机关都可以介入诉讼，为当事人提供必要的支持。

产的义务，并不适用于支持证券民事起诉。因为在证券民事诉讼中，原告享有处分权，可以放弃自己的实体权利，检察机关无权要求原告主张权利。从目前证券民事诉讼的情况看，投资者最需要的是获取被告实施证券侵权行为的证据。检察机关在支持起诉时要侧重利用检察职权对证券侵权行为进行调查取证，并将由此获得的相关证据提交给受害人或者法庭。

五、结 语

当前,我国证券市场出现违法犯罪普遍化现象的一个重要原因就在于缺乏司法介入,缺乏对“有法不依”、“违法不究”行为的有效制裁。检察权介入证券市场,必将改善这一混乱状况。检察权介入证券市场,不仅仅在于使广大受害投资者能够获得损害赔偿,实际上也是检察权介入证券监管,控制和消除重大风险的一种方式,具有损害赔偿救济和预防保护的双重功能,能够在相当程度上维护证券市场的公平与公正。从长远来看,这将有助于我们建设“法治的证券市场”。当然,检察权介入证券市场也必须纳入法治的轨道,限定在合理的范围内。检察权介入证券市场,并不是要取代行政监管和个人诉讼,只是作为行政监管和个人诉讼的必要补充而存在。这种补充性,将决定检察权介入证券市场的具体制度设计。因研究能力有限,本文对检察权介入证券市场的三大制度设计仅是作了一些初步探讨,还待有识之士进一步拓展。总之,运用检察权保护证券投资者权益,将有力地弥补现行监管手段的不足,进一步遏制证券违法犯罪行为,控制和消除证券市场的重大风险,促进我国证券市场长期、健康、稳定的发展。

参考文献

- [01] 金泽刚.证券市场监管与司法介入.济南: 山东人民出版社 2004 年版。
- [02] 白绿炫, 卞建林.美国联邦民事诉讼证据规则.北京: 中国法制出版社, 2000
- [03] 华强.高法副院长强调: 完善证券侵权民事司法制度.证券时报.2002.6
- [04] 北京大学法学院-世纪证券联合课题组.证券违法违规惩戒的实效和制度成本分析,载上海证券交易所联合研究计划第 13 期法制系列课题报告.2005 .
- [05] 朱晔.检察机关刑事立案监督问题研究.检察改革新探索(慕平主编), 北京: 法律出版社.2007
- [06] 陈辅.证监会积极召基金公司护盘意切 新基金发行开闸 .http :
//money.business.sohu.com/20070605/n250393954.shtml
- [07] J.M.Karpoff, D.S.Lee,andG.S.Martin ,The legal penalties for financial misrepresentation.2007.http://ssrn.com/abstract=93333.at8-10 Department of Justice (US).Fact Sheet: corporate fraud task force (August 9, 2006). .http://tinyurl.com/yhjzv2
- [08] 潘剑锋, 陈福勇.论证券民事侵权赔偿案件的诉讼方式.政法论坛.2004(3)
- [09] 杜要忠.采用集团诉讼完善我国证券民事诉讼机制.中国证券报.2002.8.26
- [10] [意]莫诺·卡佩莱蒂.福利国家与接近正义.刘俊详等译.法律出版社.2000
- [11] 张智辉.检察权研究. 北京: 中国检察出版社.2007
- [12] Hersh shefrin and meir staman ,1993:Ethics,fairness and efficiency in financial market,financial analysts journal,nov-dec199:2129
- [13] 中国证监会研究中心.资本市场问题研究(2002-2004)
- [14] [美]迈克尔·迪屈奇.交易成本经济学.王铁生等译.北京: 北京经济科学出版社, 1999
- [15] 罗尔斯.正义论.何怀宏等译.北京: 中国社会科学出版社.1988
- [16] 郭亚夫.美国证券市场导览——从中国股市国际接轨大趋势谈起.上海: 学林出版社.2003

- [17] 范学进.定义“公共利益”的方法论和概念诠释.中国民商法网
- [18] 游敏常.2008年A股极限入市资金供应量大概多少.证券日报.2008.3.7
- [19] 曾献文.维护证券投资者权益乃检察职责所系.检察日报.2007.4.30
- [20] 米歇尔.韩寒译.资本市场对公司社会责任的束缚:美国经验对中国的启示.中外法学.2008(1)
- [21] 法学教材编辑部.外国法制史.北京:北京大学出版社.1987
- [22] 何素斌.法律监督体制研究.北京:中国检察出版社.2007:39-40(最高人民检察院2006年检察理论研究重点课题)
- [23] 邓思清.检察权研究.北京:北京大学出版社.2007
- [24] 姜洋.中国证券商监管制度研究.北京:中国金融出版社.2001
- [25] 向泽选.法律监督原理.北京:群众出版社.2006
- [26] 黄一超,李浩.强化刑事立案监督的若干问题探讨.政治与法律.2001(3)
- [27] 刘俊海.股份有限公司股东权的保护.北京:法律出版社.2004
- [28] 俄罗斯联邦民事诉讼法执行程序法.张西安译.北京中国法制出版社.2002
- [29] 周彤.罗马法原论(下册).北京:商务印书馆.2001
- [30] 谢邦宇.罗马法.北京:群众出版社.1983
- [31] 钱小安.金融监管体制、效率与变革.北京:中国金融出版社.2006
- [32] 颜运秋.公益诉讼理念研究.中国检察出版社.2002