

关于借用证券账户行为的 问题分析与监管思考*

陈 剑 王志明 蒋迅锋**

摘要:借用证券账户行为在证券市场中普遍存在,且借用模式不断翻新,变相规避了账户实名制的要求,减损了穿透式监管的行政效能,不利于宏观风险监测,在微观层面也不利于事前信息披露、事中市场监控及事后稽查执法。而在现有的法律和规则框架下,由于种种因素存在,监管机构尚难以对该类行为进行有效规制。针对

* 本文系深圳经济特区金融学会2017年度研究课题(课题编号2017A003)的研究成果。另外,针对证券账户名实不符的现象,法律条文和文献资料存在“利用他人账户”“出租出借账户”“提供账户给他人”等多种表述,而本文采用“借用账户”的表述,主要原因在于:一是本文探讨的范围限于行为人经证券账户名义人同意而使用其账户的情形,“利用他人账户”的表述客观上包括了未经账户名义人同意而使用其账户的情形;相较之下,“借用”一词暗含账户名义人与实际使用人达成合意之意,更切合本文主旨。二是现实中,正是存在“借用账户”的需求,才产生“出借账户”的现象,出借账户的行为具有被动性和附属性,而采用“借用账户行为”的表述更能直观揭示账户名实不符现象的本质。

** 三位作者现均供职于中国证监会深圳监管局。本文仅代表作者个人观点,与所任职单位无关。

这一问题,境内银行账户及境外证券账户的监管思路可资借鉴。本文在此基础上提出了现阶段及中长期实施的政策建议。

关键词: 证券账户实名制 借用证券账户 证券法修订 证券监管

金融账户实名制是我国金融监管的重要基础性制度,而证券账户实名制作为金融账户实名制的重要组成部分,是落实国务院《关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》(国发[2014]17号)关于完善市场基础制度建设要求的重要举措,对规范市场交易秩序、监测防范金融风险、打击证券违法犯罪活动具有重要作用和积极意义。

1999年施行的《证券法》第138条首次对证券账户实名制作出了规定,要求“客户开立账户,必须持有证明中国公民身份或者中国法人资格的合法证件”。2005年修订的《证券法》进一步明确法人不得非法利用他人证券账户从事证券交易,也不得出借自己或者他人的证券账户。此后,证监会部门规章和规范性文件也对投资者出借证券账户的行为进行了规制。但一直以来,投资者通过借用证券账户变相规避账户实名制的现象非常普遍,这不仅对穿透式监管造成巨大阻碍,直接减损依托于账户实名制的上市公司权益披露制度、一致行动人持股披露制度及投资者适当性制度等监管机制的效能,而且加剧了资本市场信息的不对称性,难以精准监测、评估、应对风险的累积和传导,容易给金融市场稳定留下风险隐患。

一、借用证券账户基本情况

我们梳理了中国证监会深圳监管局近三年查办的案件,发现涉案当事人借用他人账户从事证券违法犯罪活动的情形极为常见。从案件数量上看,在涉及使用证券账户在二级市场交易的69件案件中,存在借用证券账户情况的案件有57件,占比高达82.60%;从借用账户数

量上看,涉案 591 个账户中借用账户有 467 个,占比高达 79.02%。^[1]

从各类案件的涉案账户看,除了从业人员买卖股票类案件中涉案账户均为借用账户外,借用账户在涉案账户中占比最高的为操纵市场类、利用未公开信息交易类案件,占比分别为 89.50%、83.72%,均超过 80%;内幕交易与超比例增减持两类案件占比基本持平,均在 50% 左右。从借用账户的绝对数量来看,操纵市场类、内幕交易类违法案件中借用账户的绝对数及其占比都是最高的,操纵市场类案 324 个,占比 69.68%;内幕交易类案 74 个,占比 15.91%。可见,涉案当事人借用账户从事证券市场违法犯罪活动的情形主要集中在操纵市场类、内幕交易类违法案件,二者占比高达 85.59%。具体情况如表 1 所示:

表 1 借用账户基本情况及占比分析(2014 年至今)^[2]

| 案件类型 | 案件数量 | 涉案账户数 | 借用账户数 | 借用账户在涉案账户中占比 |
|-----------|------|-------|-------|--------------|
| 操纵市场 | 10 | 362 | 324 | 89.50% |
| 利用未公开信息交易 | 6 | 43 | 36 | 83.72% |
| 内幕交易 | 31 | 140 | 75 | 54.29% |
| 超比例增减持 | 6 | 30 | 15 | 50% |
| 从业人员买卖股票 | 4 | 16 | 16 | 100% |
| 合计 | 57 | 591 | 467 | 79.02% |

进一步梳理发现,借用账户的模式可以分为以下几种情形:其一为“空账户出借”模式,即证券账户虽然在出借人名下,但账户的资金完全由借用人提供,账户资金的使用、收益或亏损也完全由借用人决定、享有或承担。其二为“委托管理”模式,即账户出借人委托借用人管理其账

[1] 统计范围为 2014 年 1 月 1 日至 2017 年 6 月 12 日启动初步调查和正式立案程序并实际开展调查工作的案件;为避免重复,初步调查案件转为正式立案的,仅统计正式立案的案件。

[2] 表中“涉案账户数”的统计包括会稽查局案件交办函中的账户,以及在调查过程中发现的嫌疑账户;“从业人员买卖股票”的统计仅包括涉案当事人使用证券账户买卖股票的情形,通过一级市场直接或间接持有上市公司股份而无须涉及证券账户的案件不列入统计范围。

户,账户资金由出借人提供,借用人收取管理费或分享一定的投资收益。这两种情形在执法实践中均有大量例证。其三为“账户出借+配资”模式,即账户名义人将自有证券账户出借给资金中介或者配资方,并按一定比例给其配资,后者再将账户出借给其他资金中介或者融资方,融资方再操作账户实施市场操纵行为。该模式由账户出借与资金借贷叠加而成,由于账户出借只需提供证券账户及交易密码,银行账户的交易密码仍由账户出借人保管,账户出借人可以最大限度地保障其资金安全,因此,这一模式一经出现便快速蔓延,在民间借贷活跃的江浙、福建等地区甚至已呈现出“产业链”发展的趋势。其四为“借用结构化产品账户”模式,即通过结构化产品的设计,优先级资金来源主要为银行理财,按照协议约定利率收取固定收益;劣后方为协议约定的产品决策人,并对优先级投资者的固定收益承担差额补足责任;实践中,账户借用人安排其亲戚朋友或其他第三人作为结构化产品的劣后方,进而实现对相关产品的实际控制。在69件涉及二级市场交易的样本案件中,有7个案件涉及共30只结构化产品而所有这些结构化产品的劣后方与实际控制人均非同一人,亦即这些产品的证券账户均属于借用账户。

再者,针对借用账户行为的法律后果的问题,我们参考了证监会法律部(诚信办)对2016年行政处罚的分析结果。^[3]诚信数据库显示,2016年证监会共行政处罚241件,其中涉及借用他人账户从事违法犯罪活动的95件,而该95件案件中,有92件案件(包括内幕交易案51件、操纵市场案29件、超比例增减持案6件、从业人员借用他人账户持有或买卖股票案6件)虽然对证券账户借用人作出了处罚,但相关处罚事项针对的是其操纵市场或内幕交易等违法行为,并未对借用证券账户这一行为本身作为违法行为予以认定并处罚;仅有3件因法人借用他人账户

[3] 资料来源于中国证监会法律部(诚信办):《关于行政处罚案件中利用他人账户从事违法交易情况的分析报告》,载中国证监会《证券法制通讯》2017年第5期。另外,该文将6件从业人员借用他人账户持有买卖股票案归入“直接对借用他人账户的行为进行行政处罚”的类别,似有失妥当,因为该类型案件中从业人员借用他人账户只是其持有或买卖股票的手段,其使用自己名下的账户持有或买卖股票并不会改变其行为性质,因此,对其的处罚是针对其作为特殊身份的人员持有或买卖股票行为,而非借用他人账户行为本身。

买卖股票而受到行政处罚。

二、借用证券账户行为对监管效能的减损

证券账户实名制作为市场基础性制度建设的组成部分,是实现资本市场“穿透式”监管的路径依赖,也是信息披露、市场监控、稽查执法等事前、事中、事后监管机制的重要依托。而借用证券账户行为将对现有的监管机制造成冲击,直接或间接地减损证券监管效能,乃至影响金融系统的稳定。

(一) 宏观风险监测层面

资金流动及杠杆情况是证券市场波动的主要原因之一,引导资金平稳进出股市,保持合理的杠杆比例是维护市场稳定、防范系统性风险的关键抓手。而借用证券账户行为,尤其是“账户出借+配资”与“借用结构化产品账户”模式,使监管部门难以对相关账户的实际投资者实现“穿透式”监管,无法精准监测由于账户资金的不透明与配资业务叠加或通过结构化产品层层套嵌而累积、传导的风险,不利于系统性风险的监测预警和评估处置。

在案件样本基础上,我们进一步对“账户出借+配资”与“借用结构化产品账户”模式进行分析。从资金规模及杠杆比例看,案件样本的30只结构化产品总体规模68.88亿元,其中源于银行理财的资金约44.6亿元,相应的劣后级资金18.95亿元,平均杠杆比例为2.35倍。账户借用人还可以通过结构化产品的多层嵌套或“账户出借+配资”模式,达到成倍加杠杆的目的。在高杠杆比例的背景下,资金流动对股票二级市场的助涨助跌效应非常明显,尤其是在市场剧烈震荡时,容易发生连锁反应,引发极端行情,极大影响证券市场稳定。而且,从资金期限上看,结构化产品优先级资金以银行理财的短期资金为主,但结构化产品约定的资金锁定期大都在1年以上,面临较严重的期限错配,一旦出现突发性风险,将导致风险外溢,易发生系统性金融风险。

(二) 微观审慎监管层面

1. 造成权益信息披露不实

从“事前”监管的角度看,权益信息披露作为资本市场信息披露规则体系内容之一,是规范市场主体行为、帮助投资者决策的重要制度安排。而借用证券账户行为使上市公司及非上市公众公司的权益变动变得更为隐秘,信息的不对称性更为突出,投资者无从知悉真实的股份变动情况而作出错误的投资决策。尤其是在上市公司收购过程中,一致行动人往往通过借用证券账户掩盖其真实的持股信息,规避证券法律法规的持股披露规则,对被收购上市公司造成“突袭”,在损害投资者知情权的同时,也对被收购上市公司的正常经营管理活动造成干扰。

2. 给市场监控带来“盲区”

从“事中”监管的角度看,沪深交易所承担着对二级市场证券交易的实时监控职能,对涉嫌内幕交易、操纵市场等违法违规行为,证券买卖时间、数量、方式受到相关限制的交易行为,以及可能影响证券交易价格或交易量的异常交易行为等进行重点监控。这种实时监控是建立在“看穿”证券账户的基础之上的,即以每一个投资者名下的证券账户为基本单元,对账户的交易行为进行“大数据”分析。而借用证券账户行为无异于给证券账户披上面纱,掩盖账户背后的资金流动和杠杆情况。交易决策人和违法行为人可以通过借用账户将其交易行为进行分拆,在不同的账户实施交易,从而降低其交易行为的异常性,达到规避“大数据”筛查的目的,给交易所的实时监控带来“盲区”,使交易所无法准确、及时地对相关违法违规行为和潜在的风险因素进行识别、评估和处置。

3. 给稽查执法增加困难

从“事后”监管的角度看,借用账户行为使账户实际控制人居于“幕后”,相关违法行为更为隐秘,大大增加监管部门发现和查办案件的难度。与日常监管相比,稽查执法涉及的对象更为广泛,并不局限于证券经营机构或上市公司等监管对象。尽管《证券法》第183条明确规定,证券监管部门在实施检查或调查程序时,被检查、调查的单位和个人应当配合,如实提供有关文件和资料,不得拒绝、阻碍和隐瞒,但现实中,当被检查、调查的单位和个人为非上市公司或自然人投资者等非监管对象时,拒绝配合的情况比比皆是,而被调查对象却无须承担相应的责任,调

查部门也难以采取有效措施督促其配合调查。尤其在操纵市场类违法案件中,约90%的涉案账户为借用账户,涉案账户往往几经转手才到实际控制人(操盘方)手中,而账户名义人和操作方也往往无其他关联,资金中介是两者之间的唯一联系,在现有的调查权限与调查手段下,如果账户名义人或资金中介拒绝配合,监管部门往往面临无法发现账户实际控制人或者发现后亦难以调查的窘境。

另外,在证明账户的控制关系问题上,由于账户名义持有人与实际使用人的分离,每一个案件几乎都要收集整理涉案账户的名义持有人、银行资金流水及其他相关资料。即便如此,在资金关系和社会关系等关联不明显,而相关当事人有意躲避、不配合调查的情况下,稽查人员往往仍难以确定账户的控制关系。这也意味着此前银行资金流水、社会关系等信息的查询和搜集等工作付诸东流,既增加了稽查案件的工作量,也耗费了大量的稽查资源。^[4]

三、对借用证券账户行为的问题分析

如前所述,尽管借用证券账户行为会产生上述种种弊端,但截至目前,尚无针对自然人借用账户行为本身而进行处罚的案例。究其原因,主要有以下几个方面:

(一) 现有法律法规未明确自然人投资者出借或借用证券账户的法律责任

我国现有的法律和行政法规虽然确立了证券账户实名制度,但均没有对自然人投资者出借或借用证券账户做出禁止性规定。在法律层面,1999年施行的《证券法》第138条首次对账户开立环节提出了实名制的要求。2005年修订的《证券法》第80条进一步在账户使用环节明确“禁止法人非法利用他人账户从事证券交易;禁止法人出借自己或者他人的

[4] 以深圳局近三年的调查工作为例,涉案账户591个中借用账户有467个。仅从查询银行资金流水的工作量来看,依照目前的稽查实践,每一个证券账户的三方存管银行账户至少需要追查三道资金,如果证券账户实名制得以严格落实,则至少可以减少1400多个银行账户的查询工作。

证券账户”。从条文释义看,该条针对的是当时一些法人企业为了逃避监管、非法利用他人账户炒作股票而出借自己或者他人证券账户的违法违规现象。^[5]同时,《证券法》第208条对法人违法上述规定的情形规定了相应罚则。但对于自然人投资者出借和借用证券账户的情形,相关立法背景材料和正式公布实施的法律条文均未涉及。2014年《证券法》再次修订时也延续了这一状况。在行政法规层面,2008年出台的《证券公司监督管理条例》第28条明确了证券公司在账户开立环节对投资者姓名或名称的审查义务,并强调证券公司不得将客户的证券账户提供给他人使用,但同样未涉及自然人账户名实不符的情形应如何处理。

在部门规章和规范性文件层面,《证券登记结算管理办法》(2009年修订)第22条规定:“投资者不得将本人的证券账户提供给他人使用”。证监会于2015年7月发布的《关于清理整顿违法从事证券业务活动的意见》第5条进一步强调:“任何机构和个人不得出借自己的证券账户,不得借用他人证券账户买卖证券。”这些规定明确禁止包括自然人在内的投资者出借或借用证券账户,但在《证券法》及《证券公司监督管理条例》等上位法未明确禁止的情况下,这些关于自然人投资者不得出借和借用账户的规定只能作为一种管理性规范或原则性的倡导,不会有也不应有相应的处罚规则。

(二) 行业规范关于限制借用账户行为的规定难以落实

在行业规范中,《上海证券交易所交易规则》第6.5条第4款、《深圳证券交易所交易规则》第6.8条第4款均规定,对于情节严重的异常交易行为,交易所可以视情况采取“限制相关证券账户交易”措施。但该交易规则针对的是证券账户的异常交易行为,并未规定对出借或借用账户行为也可限制其交易,且在监管实践中沪深证券交易所实施该项自律监管措施的案例也是非常之少。

中国证券登记结算有限责任公司(以下简称“中登公司”)2014年修订的《证券账户管理规则》第50条规定:“证券公司应当定期检查证券

[5] 第80条的条文释义指出,“目前在实践中,一些法人企业主要是国有企业和上市公司,为逃避监管,非法利用他人账户炒作股票,出借自己或者他人的证券账户,扰乱了证券交易秩序,给国家和股东的利益造成损害”。参见李飞主编:《中华人民共和国证券法(修订)释义》,法律出版社2005年版,第119~120页。

账户使用情况,发现不合格账户的应当按本公司有关规定及时规范;对不能及时规范的,应当按本公司有关规定在其柜面系统采取限制使用措施并向本公司报送。本公司有权对不合格账户采取单独管理、限制使用措施。”该规则第49条对不合格账户的情形进行了列举,其中第2款规定,“违规使用他人账户或使用虚假身份开立的账户”为不合格账户。与上述法律法规规定的实名制侧重于账户开立环节不同,该规则对账户的使用环节也进行了规范。换言之,如果出现借用他人账户的情形,证券公司或中登公司可以采取限制使用的措施。

然而,基于以下方面的原因,该项规定几乎难以得到落实:一方面,就中登公司而言,其承担职能在于为证券交易提供集中登记、存管与结算服务,对证券账户使用情况的规范更多地依赖于证券公司数据的汇总和报告;另一方面,上述规则对于证券公司没有落实或疏于落实定期检查的情形并无相应的责任追究和处置措施,为追求自身利益的最大化,证券公司既不愿减少建立在账户基础之上的经纪和资管等业务的收益,也不愿耗费人力物力去核实大量证券账户的实际使用情况。事实上,证券公司尽管知悉大量证券账户存在名实不符的状况,但基本上都采取放任不管、听之任之的态度;更有甚者,部分从业人员甚至参与借用账户的行为。在一起操纵案中,证券公司从业人员利用其职务便利,搜集、借用大量第三人的证券账户,并将这些账户提供给操盘方,直接为操纵市场的违法行为提供帮助。

(三)反洗钱监管在监控账户资金流动、识别账户实际控制人和受益人等方面的优势未能在证券监管中得到有效发挥

《反洗钱法》明确要求包括证券经营机构在内的金融机构建立客户身份识别制度、大额交易和可疑交易报告制度。这些制度在遏制洗钱犯罪及相关犯罪活动的同时,还可以为查清证券账户交易资金的来源和去向、识别证券账户实际控制人或受益人提供帮助。

就银行业而言,客户身份识别制度在《反洗钱法》的基础上,通过《金融机构客户身份识别和客户身份资料及交易记录保存管理办法》(人民银行、银监会、证监会、保监会令〔2007〕第2号,以下简称“2号文”)等规则得以细化,要求金融机构除了在建立业务关系时应核实客户身份外,还应在业务关系持续期间,关注客户及其日常经营、金融交易

及信息更新等情况。人民银行最新出台的《关于加强反洗钱客户身份识别有关工作的通知》(银发〔2017〕235号)进一步强调针对非自然人客户,应当采取合理措施了解其业务性质与股权或者控制权结构,了解相关的受益所有人信息。

与银行业务相比,证券业务交易相对复杂。在客户账户上,涉及证券账户、资金账户、信用账户,资金账户还可对应多个第三方存管银行账户;客户交易既包括账户开立、银证转账、股票交易等诸多环节,也可能涉及转托管、委托交易、非交易过户等情况。证监会于2010年出台了《证券期货业反洗钱工作实施办法》,但其内容大都属于原则性规定。实践中,证券公司对客户的身分识别主要侧重的是对客户身份的形式审查,满足于客户身份材料的表面合规性,未能从实质上识别证券账户的实际控制人及受益人。而且,随着证券业非现场模式的发展,除了一般的证券买卖、银证转账等交易外,证券账户开立、变更存管银行账户及留存联系方式业务均可通过自助方式完成,证券公司与客户面对面接触机会越来越少,识别客户的难度加大。

此外,证监会与人民银行反洗钱部门的监管协作和信息共享机制还不够成熟、顺畅,存在上下游信息隔离的问题,即证监会只掌握证券账户交易信息,不掌握上游资金划转情况;反洗钱部门掌握大额异常资金划转情况,但不了解证券账户交易信息。在一起短线操纵案的查办中,我们发现当事人改变了以往案件中银行账户之间相互转账的做法,专门设置一个证券账户作为资金周转平台,资金转入证券账户后并不进行股票交易,而是通过银证转出后转给其他涉案银行账户。这种银行资金划转与证券交易信息的隔离,既对反洗钱资金流动的监控造成冲击,也增加了监测、发现和查办证券违法犯罪活动的难度。

(四)通过民事或刑事责任规制自然人借用证券账户行为存在困难

1. 民事领域

从理论和实践的角度看,出借或借用证券账户行为的民事责任主要与侵权关系和合同关系相关。

(1) 侵权关系

根据《证券法》第69条、76条和第77条的规定,证券账户借用人因其虚假陈述、操纵市场、内幕交易等违法行为而承担对投资者的损害赔偿

偿责任;问题在于,账户出借人是否因其提供账户的行为也应承担赔偿责任?从法理上看,对于账户出借人与借用人存在意思联络的情形,相关违法行为属于《侵权责任法》第8条规定的“共同实施侵权行为”,出借人应当承担连带赔偿责任;对于账户出借人与借用人无意思联络的情形,因提供账户行为本身并不足以造成损害,相关违法行为属于《侵权责任法》第12条规定的“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害”,应当根据出借人的责任大小,确定其应承担的赔偿责任。

但在目前的司法实践中,操纵市场、内幕交易等证券违法行为民事赔偿鲜有案例,而且普遍存在投资者“难胜诉”的问题,更不用说对出借人提供账户的行为进行民事追偿。在虚假陈述类案件中,由于存在最高人民法院《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》(法释[2003]2号),民事赔偿的状况稍有改观,但也主要集中于财务造假、欺诈发行等违法行为涉及使用证券账户的超比例增减股份类案件则几乎没有民事赔偿的案例。

(2) 合同关系

出借或借用证券账户行为是否影响合同效力,各地法院的意见并不相同。部分法院认为《证券法》及相关规定中不得出借证券账户的规定仅为管理性规定而不影响合同效力,^[6]在这种情形下,民事的制约方式自始无从发生。即便法院认定借用证券账户的行为违反了《证券法》及《证券登记结算管理办法》等强制性规定而全部或部分无效的情形,^[7]账户出借人与借用人之间仅需承担合同无效的责任。而在操纵市场、内幕交易等证券违法行为中,借用证券账户仅系一种手段,并不需要专门

[6] 例如,浙江省宁波市中级人民法院《张嫦芬与斯英君合同纠纷上诉案民事判决书》(2016)浙02民终2798号。也有法院认为《证券法》对法人出借账户或利用他人账户从事证券交易作出了禁止性规定,但未涉及自然人;虽然《证券登记结算管理办法》第22条规定“投资者不得将本人的证券账户提供给他人使用”,但该办法并不属于法律或行政法规,即其法律位阶无权就合同效力进行立法评判,详见浙江省金华市中级人民法院《王恺悦、王竞雄与洪松鹤合同纠纷民事判决书》(2016)浙07民终368号。

[7] 例如,广东省深圳市中级人民法院《陈峰与史兆武等合同纠纷上诉案民事判决书》(2016)粤03民终18639号、衢州市柯城区人民法院《毛建新诉郑玉田委托理财合同纠纷案民事判决书》(2016)浙0802民初1953号等。

就此订立合同;且即便存在相关合同,合同的无效需要在相关纠纷出现并诉诸法院后由法院判定,而在此之前,借用账户行为的目的基本已经达成;再者,如果相关纠纷没有发生或者虽有纠纷却没有诉诸法院,则合同的无效无从确认,亦不影响借用账户目的的达成。

综上,根据目前的司法实践,尚难以通过民事责任对出借或借用证券账户的行为进行有效规制。

2. 刑事领域

刑法具有谦抑性,出借或借用证券账户行为,虽然会破坏证券市场交易秩序,对现有监管造成冲击,但其社会危害性尚未严重到需要采用刑法的法律调整方法。基于罪刑法定原则,针对出借或借用证券账户行为本身不可能进行刑事追诉。问题在于,在账户借用人违法的情形下,账户出借人为违法行为的实施提供了必要的工具——证券账户,是否可以通过“共同犯罪”将其纳入规制范围。

共同犯罪的构成要求各行为人之间存在意思联络,即在主观上具有共同的故意。而现实情况中,证券账户出借人对于账户的后续使用绝大多数都采取放任不管、不闻不问的态度,对于借用人的违法行为并不知情,难以被认定为帮助犯。至于“片面共犯”的理论,虽然不要求出借人知悉借用人使用证券账户的情况和目的,但该理论目前争议较大,在审判实践中极少为法院所采用。当然,如果账户借用人与出借人存在犯意联络,在符合共同犯罪其他构成要件条件下,则应依法根据各自的行为定罪量刑,严厉打击。

四、境内银行账户监管实践的借鉴

与证券账户相比,国内对银行账户的监管相对比较成熟,而银行账户和证券账户均属于金融账户的重要组成部分,银行账户实名制的监管经验无疑可以为证券账户的监管提供有益的借鉴。

银行账户实名制肇始于2000年4月实施的《个人存款账户实名制规定》(国务院令第285号),该规定第6条要求个人在金融机构开立个人存款账户时,应当出示本人身份证件,使用实名。此后,《人民币银行

结算账户管理办法》《人民币银行结算账户管理系统业务处理办法》《反洗钱法》等法律规范的出台,对所有存款账户、结算账户都提出了实名制的要求。

值得注意的是,《人民币银行结算账户管理办法》第65条明确规定,“存款人不得出租、出借银行结算账户”,^[8]“非经营性的存款人违反上述行为的给予警告并处以1000元罚款,经营性的存款人违反上述行为的给予警告并处以5000元以上3万元以下罚款”。并且,针对出借或借用银行账户的情形,最高人民法院《关于出借银行账户的当事人是否承担民事责任问题的批复》(法[经]复[1991]5号)规定:“出借银行账户是违反金融管理法规的违法行为。人民法院除应当依法收缴出借账户的非法所得并可以按照有关规定处以罚款外,还应区别不同情况追究出借人相应的民事责任。”该批复直接规定了出借银行账户行为的性质和相应的罚则对落实银行账户实名制具有重要意义。此处“相应的民事责任”具体为何,该批复虽然没有明确,但在司法审判实践中,法院往往根据这一批复的规定,要求银行账户的出借人在其账户收付的金额范围内承担连带赔偿责任或补充赔偿责任。^[9]

此外,在信息技术层面,根据中国人民银行《关于进一步加强银行卡风险管理的通知》(银发[2016]170号)的规定,各商业银行基于银行卡与支付机构、商业机构建立关联业务时,应严格采用多因素身份认证方式,直接鉴别客户身份并获得客户授权。其中,身份鉴别应采取以下组合方式之一:数字证书组合交易密码、动态口令密码组合交易密码或至少组合两种动态认证因素(如动态验证码、基于客户行为的动态应答等),并采用语音、短信等至少两种不同通信渠道。而且,针对个人办理

[8] 所谓“人民币银行结算账户”,是指银行为存款人开立的办理资金收付结算的人民币活期存款账户,按存款人分为单位银行结算账户和个人银行结算账户,单位银行结算账户按用途分为基本存款账户、一般存款账户、专用存款账户、临时存款账户。与结算账户相对的概念是个人储蓄账户、单位定期存款账户等不具有结算功能的账户。

[9] 详见赵西雷、杨伟丽:《出借账户受到牵连 承担连带清偿责任》,载《人民法院报》2010年9月29日,第3版。其他案例,如江西省高安市人民法院《郑某某诉黄某等民间借贷纠纷案民事判决书》(2017)赣0983民初1736号、安徽省蚌埠市中级人民法院《周军等诉王晓霓等民间借贷纠纷案民事判决书》(2017)皖03民终590号等。

网银、手机银行等业务,除了必须“临柜”办理外,还要求预留其手机号码,并对该手机号码进行现场交互认证——由此将姓名、身份证号码、银行账户号和手机号码四项标识构成了一个银行账户的实名信息,并在网上交易时强制要求手机随机码二次验证的方式进行验证后,才能完成支付或转账交易,从而增强对客户身份的识别能力。

可以看到,与银行账户的监管实践相比,证券账户的监管在账户开立、登录交易及事后追责方面均存在不同。其一,在账户开立方面,银行账户的开立必须临柜办理,且需要姓名、身份证号码、银行账户号和手机号码四项标识交互验证;而证券账户开立无须临柜,可通过网上远程开户,且对开户营业部的选择没有任何限制。其二,在账户交易方面,银行账户每一次转账交易均需采用多因素认证方式确定客户的身份,例如在通过手机银行进行转账时,除了交易密码外,还需结合动态密码才能实现转账交易;而证券账户登录交易,只需交易密码即可,认证方式较为单一。其三,在事后责任追究方面,银行账户相关部门规章不仅对借用银行账户作出禁止,还设置了相应的罚则;而且最高法院以批复的形式对出借银行账户行为作出了明确性和量罚,各级法院在审判实践中也基本认为,银行账户出借人应当在其账户收付金额的范围内承担连带或补充责任,因此,在法律责任形态上,除了行政责任外,民事责任的规制方式也基本形成。而证券账户相关部门规则虽然也明确禁止借用证券账户行为,但并无相应的罚则,在司法审判实践中也无相应的司法解释或批复可供援引。

五、境外证券账户监管实践的参考

借用证券账户行为在境外证券市场中也经常发生,但针对这一问题专门出台法律规范的情况并不常见。境外实践中,最初一般是从反洗钱的角度关注到账户非实名交易的问题,进而在证券领域不断探索和完善证券账户的管理和调查措施。

(一) 国际规范层面

巴塞尔委员会于1988年发布的《关于防止犯罪分子利用银行系统洗钱的原则声明》首次明确将“了解你的客户”原则(know your

customer, KYC)作为银行部门反洗钱的基本原则而提出。实际上,该原则最早可追溯至美国1970年《银行保密法》(The Bank Secrecy Act of 1970, BSA),法案虽然没有明文承认“了解你的客户”原则,但其要求银行在与客户建立关系时,需识别客户身份、定期检查账户的交易等内容为国际规范与各国实践所借鉴和完善并逐渐超越了银行监管的范畴,成为整个金融系统的一项基本原则。例如,反洗钱金融特别工作组(Financial Action Task Force, FATF)^[10]发布的《四十条建议》(1996年拟订,2003年修订)即将“了解你的客户”原则的义务扩展至所有金融机构,要求金融机构在建立业务关系以及整个业务关系持续过程中,应实施客户身份尽职调查措施(customer due diligence, CDD);同时,不仅要求金融机构按照尽职调查程序确定客户的身份,还需运用合理手段核验受益人的身份,对于法人和实体,还需了解该客户的所有权及控制权结构。在证券领域,国际证监会组织(International Organization of Securities Commissions, IOSCO)于2005年发布的《证券业客户身份和收益所有权确认原则》除继续细化客户身份识别要求外,还根据证券业的特点,提出富有针对性的建议,如证券机构应得到充分的信息来核实证券账户的实际控制人,应对代理账户特别留意并针对代理账户制定专门的客户尽职调查政策等。

(二)国家和地区实践层面

1. 美国

如前所述,美国《银行保密法》最早从反洗钱的角度发展出“了解你的客户”原则。在此基础上,美国国会相继通过的《洗钱防治法》《爱国者法》等法案,以及证监会(Securities and Exchange Commission, SEC)和证券交易所根据法律授权制定的相关规则、指引,要求证券机构必须建立客户识别程序(customer identification procedure, CIP),以实现对客户身份的了解;而在无法确认客户身份时,必须考虑注销交易账户、中止或限制交易或者提交可疑交易报告(suspicious activity report, SAR);同

[10] 该组织是国际社会专门致力于控制洗钱的国际组织,成立于1989年的西方七国首脑会议,创始国包括西方七国(G7)和欧洲联盟欧洲委员会的15个国家,是目前世界上最具影响力的国际反洗钱和反恐融资领域最具权威性的国际组织之一。我国于2011年成为该工作组的正式成员。

时,在相关案件的正式调查程序中,赋予了 SEC 执法部广泛的调查权限,即可以通过签发传票(subpoena)强制证人到指定地点作证或提供有关文件,如果当事人无正当理由不按照传票要求作证或提供文件,可能被处以一年以下监禁,单处或并处 1000 美元以下的罚款。

2. 韩国

1993 年,韩国以总统令形式颁布“关于实施金融实名制交易及加强保密措施的紧急财政命令”。根据该命令,凡与金融机构进行的所有金融交易均应使用实名,从而将银行、证券、保险等账户统一进行规范。此后不久,该总统令的主要内容通过《金融实名交易及保密法》(1997 年出台,2008 年修订)转为正式法律条文。该法律的一个显著特点在于其强化了金融机构在落实金融实名制上的义务。该法律第 3 条规定,金融机构应与实名客户进行交易,并应根据行政条例规定的程序和方法核实客户身份。在法律责任方面,第 7 条规定,金融机构官员或职员如违反第 3 条,应处以 3000 万韩元以下罚款;同时,根据第 8 条的规定,如果金融机构的代理人因执行金融机构事务而违反第 7 条,除了该代理人应处以一定金额的罚款外,金融机构若未尽其注意义务或不具有合理理由,亦应根据同一条款予以处罚。

3. 我国香港地区

我国香港地区承继了英美法系中关于了解客户原则的做法。具体而言,《证券及期货事务监察委员会持牌人或注册人操守准则》第 5.1 条“认识你的客户”规定,持牌人或注册人应采取一切合理步骤,以确立其每位客户的真实身份;第 5.4 条规定,就一项交易而言,持牌人或注册人应基于合理的原因信纳该项交易指示的来源及受益人,否则不应采取任何行动以执行交易。根据《打击洗钱及恐怖分子资金筹集指引》第 4 条的规定,金融机构在开始建立业务关系、执行非经常交易(如交易金额达到一定数额以上)之前以及存在特定怀疑时,应当实施客户尽职审查措施,以识别和核实客户身份、实益拥有人身份及看似代表客户行事的人身份。同时,《证券及期货条例》为保证证监会执法调查的有效进行,还将若干妨碍调查的行为界定为犯罪,给予刑事处罚:如无合理辩解而拒不服从调查人员的要求故意在重大事项上做出虚假或误导的回答等。对该类行为的处罚最高可达罚款 100 万港元及 7 年监禁。

4. 我国台湾地区

台湾地区的“洗钱防制法”及相关反洗钱规定中关于识别客户身份的要求与美国、我国香港地区大体类似,不再赘述。值得注意的是,台湾“证券交易法”第22条之二第3项规定:“第一项之人(即董事、监察人等)持有之股票,包括其配偶、未成年子女及利用他人名义持有者。”^[11]且该法第28条之二再次规定了上述人员“利用他人名义持有股票”的情形,但纵观“证券交易法”全文,并未对上述人员利用他人名义持有上市公司股份的行为专设罚则。可见,我国台湾地区“证券交易法”并未完全禁止借用他人证券账户的行为。同时,我国台湾地区“金融监督管理委员会”也关注到借用账户对规范证券交易秩序的潜在威胁并于2007年发布“为防范证券人头户成为犯罪工具,证券商应落实人头户管理之规定”。根据该“规定”,证券商应加强落实有关开户手续、征信作业和受托买卖等作业相关管理措施,并告知账户提供者其可能涉及的法律责任,以防范证券人头户成为犯罪工具;如果证券商及其从业人员利用或提供人头户从事不法交易,则应依证券交易相关规定从重议处。至于账户提供者具体应承担何种法律责任,并未在法律规范中明文规定,而由“金管会”及其他有关机构根据其具体行为而定性处罚。

六、借用证券账户监管的制度完善建议

(一) 现阶段,多措并举,加强对借用证券账户行为的监管

1. 以反洗钱客户身份识别制度为抓手,提升对证券账户的识别能力
目前,证券行业在履行反洗钱义务、开展客户身份识别等方面与银

[11] 在我国台湾地区“司法”实践中,如果公司董事、监察人等利用配偶、未成年子女或他人名义持有股票并从事内幕交易、操纵市场等行为,实际上属于利用“人头户”而从事违法犯罪行为,行为人应受行政或刑事处罚,但被利用的配偶等人应承担何种责任,应视其是否知情而定。实务中存在公司董事长利用子女名义买入股票,构成内幕交易罪,但其子女因不知情而无罪的案例。参见赖英照:《股市游戏规则——最新证券交易法解析》,赖英照出版2011年再版,第116~119页。另外,我国台湾地区学界及实务中所指的“人头户”系指该账户非由账户名义人使用,盈亏亦与账户名义人无关的账户,与本文所指的“借用账户”并无实质差别。

行业还存在一定差距,加上人民银行反洗钱部门与证券监管部门之间的相互协作、信息共享等还不够成熟、顺畅,银行资金划转与证券交易信息存在隔离,反洗钱监管在监测资金流动、识别账户实际控制和受益人等方面的优势还未能能在证券监管领域充分发挥出来。有鉴于此,谨提出以下建议:一是借鉴银行账户开立、留存手机号变更等业务均需临柜办理的做法,建议取消或限制非现场开立证券账户的模式并强化客户留存信息,尤其是留存联系手机号码的管理,通过在业务关系建立和维持过程增加客户临柜办理的业务类别,从而增加对账户所有人面对面接触、核实其身份信息的机会,提升对证券账户的识别能力。二是进一步加强和完善与人民银行反洗钱中心的监管协作和信息共享机制。一方面,充分考虑到证券行业的交易和资金流动特点,与反洗钱监管部门联合研究、制定专门适用于证券领域的大额交易和可疑交易报告的监测指标;另一方面,打破相互之间信息隔离的状态,建立监管联动机制,实现信息共享、数据互联,形成有效监管合力,用足、用好反洗钱资金监控、识别账户上的监管优势。

2. 通过典型案例的查办,推动证券账户实名制的执行

在现有的制度框架内,虽然《证券法》未明确禁止自然人投资者出借其证券账户,但并不意味着所有借用账户的行为都不具有违法性,其仍有可能触发其他法律规范。建议以典型案例的查办为抓手,加大对借用账户行为的执法力度。具体而言,一是针对自然人通过出借证券账户而获取利益的行为(如前述中通过“账户出借+配资”模式获取利益),其开立、出借账户的行为具有一定的“经营”属性,而非满足其证券投资需求,滥用了证券市场的基础制度资源,应责令其依法纠正,没收违法所得,并对借用人和出借人同时处以一定数额的罚款;二是针对账户出借人明知出借账户将用于违法犯罪活动而提供证券账户,或者知道或应当知道其出借的账户用于违法犯罪活动而不加制止的,账户出借人与借用人属于共同违法行为人或共同犯罪行为人除追究借用人内幕交易、操纵市场等违法犯罪行为的责任外,还应根据账户出借人在违法犯罪行为中所发挥的作用、扮演的角色等情况依法追究其法律责任。

3. 利用信息技术手段减少借用证券账户行为的发生

随着网络技术的发展,证券交易呈现出交易终端和交易地点动态化

的趋势,以前对交易终端的信息采集要求已难以实现对证券账户的精准识别。建议强化技术手段减少借用证券账户行为的发生:一是在手机卡号已经普遍实施实名制的背景下,可以借鉴银行账户网上交易需要开户预留手机进行短信验证的做法,在证券交易登录时,需要开户预留手机号验证登录者身份;二是结合信息技术的革新和证券交易业态的发展,针对性地制定和完善证券账户交易终端信息采集的标准,实现对交易设备、交易地点的精确锁定,有效提升对证券账户的识别及事后查验核实能力。

4. 建立证监会与交易所和中登公司的监管协作通报机制,加强行业自律监管

针对借用账户行为在证券违法犯罪案件中非常普遍,而中登公司和交易所虽已订立行业规范,但存在关于限制借用证券账户行为的规定难以实施的问题,建议建立证监会与交易所和中登公司的监管协作通报机制,完善行政监管与行业自律的衔接和协调,加强行业自律监管:一是由证监会稽查局定期汇总稽查总队、深沪专员办和各派出机构在案件调查中发现的证券账户出借人及借用人名单,并将该名单向沪深证券交易所和中登公司通报,由沪深证券交易所对通报名单中的证券账户在案件调查期间内采取限制交易的措施,由中登公司对相关证券账户的出借人和借用人采取限制其开立新的证券账户的措施。二是在案件行政处罚完成后,由证监会稽查局将涉案证券账户出借人名单向沪深证券交易所和中登公司通报,在一定期限内由其在系统中对相关证券账户作出标识,要求证券公司加强日常检查和监控。

(二) 从中长期看,完善政策法规,增强证券账户实名制的制度保障

1. 修订《证券法》,强化自然人投资者作为证券账户名义人事先书面报告和事后配合调查的义务

从境外实践的经验来看,针对证券账户非实名交易的问题,无论是国际规范还是相关国家/地区的实践均未直接禁止;而且,证券账户作为一种投资工具,自然人投资者也存在亲友之间委托理财或账户借用的合理需求,如果简单地采用“一刀切”的方式,完全禁止借用账户行为,现阶段可能在现实中难以有效落实,反而有损法律的权威性。再者,考虑到自然人投资者将其证券账户交与其亲友使用或管理后,其作为账户名

义人仍具有妥善保管账户的义务,应尽合理的注意防止其账户被用于违法犯罪活动,因此,建议在修订《证券法》时,原则上禁止自然人投资者将其证券账户提供给他人使用,除非其事先将有关账户借用的具体情况,如账户借用的期限和方式,借用期间账户的实际使用人、受益人等情况,向证券公司开户营业部提交书面报告;如未提交书面报告而将账户提供给他人使用的,证券公司应当视情况采取提醒和督促其限期履行报告义务、限制资金账户转账或限制证券账户交易等措施。

同时,我们注意到境外实践虽然没有直接禁止自然人投资者使用他人证券账户,但却在案件调查程序中赋予了证券执法部门强有力的调查权限;相较之下,我国现行《证券法》尽管明确规定被调查对象具有配合义务,但现实中账户名义人拒绝配合的现象相当普遍,且目前难以通过其他手段有效敦促其配合调查,因此,建议借助修订《证券法》的契机,强化自然人投资者作为证券账户名义人配合调查的义务,对于没有合理原因而拒绝配合调查或故意在重大事项上做出虚假性陈述或误导性回答的,可视情况采取记入诚信档案、在一定期间内限制其开立和使用证券账户以及单处或并处一定金额罚款等措施。

2. 强化证券公司的会员责任

证券账户系投资者在证券公司开立,证券交易指令的委托也离不开证券公司,其作为交易所的会员,对证券市场交易秩序的维护责无旁贷。且从境外监管的实践看,无论国际规范还是国家地区的立法均强化了证券公司在规范账户使用、识别账户实际使用人及受益人身份的义务。针对证券公司在账户使用环节存在管理不到位的问题,建议借鉴境外经验,强化证券公司的会员责任:一是在《证券期货投资者适当性管理办法》已经公布实施的背景下,证券公司应当充分认识到证券账户的规范使用和管理是落实投资者适当性内部管理制度的基础和前提,针对账户使用环节中主体具有不确定性的特点,按照《证券账户管理规则》第50条关于“定期检查证券账户使用情况”的要求,针对性地制定定期检查方案及相关的内部控制,将检查频率、方式、标准等内容制度化,尤其是针对从业人员参与借用他人账户行为的问题,应当设计、执行事前防范、事中监控及事后惩戒的相关机制;二是完善《证券公司分类监管的规定》,将证券公司落实证券账户规范使用和管理的状况纳入评价指标。

证券公司如发现出借或借用证券账户的情形,应提醒和督促账户名义人提交关于账户借用情况的书面报告,进而依照《证券期货投资者适当性管理办法》关于“全面了解投资者情况”的要求,识别账户实际使用人及受益人的身份,视情况采取相应的措施,并定期向中登公司及属地证监局报告。

(编辑:彭鲁军)