

证券网络讨论区当事人 法律责任的界定

赵金龙* 崔丽**

摘要: 证券网络讨论区作为一种新的证券信息交流与传播平台,一定程度上能够改善信息不对称状态、增强证券市场的透明性。其对证券监管提出的最大挑战包括侵权者的匿名性、侵权行为的低成本性、侵权信息传播的广泛性与迅捷性以及侵权责任认定的复杂性。我国网络证券讨论区还不成熟、完善,相关立法和司法经验尚显不足,本文试图通过对美国和国际证券监管组织实践的考察分析,借鉴其成熟经验,从而厘清我国证券网络讨论区相关当事人法律责任,希望能够有益于我国对证券网络讨论区当事人法律责任的界定。

关键词: 证券网络讨论区 网络服务提供商 发行人 信息发布人 法律责任

网络技术为证券信息传播提供了一个高效平台,网络讨论区是一个典型例证。在实践中,网络讨论区主要体现为三种形式,即公共新闻组、投资

* 法学博士,河北大学政法学院教授。

** 河北大学政法学院法律硕士研究生。

消息公告板及投资者聊天室。当上述网络讨论区的帖子不准确时,信息发布人、消息指向的发行人与提供在线讨论的网络服务商〔1〕是否承担一定责任?发行人是否有义务对发布的信息予以回应或改正?由于网络讨论区相关当事人复杂、各国立法以及传统等因素的影响,使相关当事人责任的认定比较棘手。在此方面,美国的实践与国际证券管理机构的建议对于此问题具有重要启迪价值,因此本文试图主要从比较视角予以考察分析,并提出我国证券网络讨论区当事人法律责任的界定,以期有益于我国相关制度建设和实践操作。

一、证券网络讨论区的界定

证券网络讨论区是证券信息传播的一种平台,比起一般的证券信息网站,它更多地承载了信息传播者与使用者间交流与互动的功能。投资人可以通过在线论坛就股市走向、行业动态和政策法规动向等问题发表自己的意见,同时也可以与其他投资者进行实时交流,以丰富自己的投资知识和提高自己的投资技巧。〔2〕为了在投资者间更广泛得传播信息,网络讨论区通常有如下三种形式:第一,专门用来讨论投资的公共新闻组,即网络讨论将会以一种公共新闻形式呈现。信息发布者往往会基于某一投资消息作详细的分析论证,给出可行的操作建议,其他信息浏览者也可附加自己的想法、意见。这类讨论通常会由网站选择性的置于首页的头版头条位置,以“今日聚焦”、“今日热帖”等一些显著方式促进信息的传播。第二,电子公告板(简称BBS),即通常意义上的论坛形式。BBS最早就是用来公布股市价格等类信息的。在BBS上,每个用户都可以发布投资事宜的信息或看法,进行讨论、聊天等。这种网络讨论形式信息量大、更新快、交互性强、内容丰富且及时性高。公告板由站长创建,分有不同主题的版块和相应级别的版主、管

〔1〕 本文所探讨的网络服务提供商仅指以自己的服务器为网络用户提供存储空间,允许其上传信息,以供其他网络用户浏览或下载的网络平台提供者,并不包括网络接入服务、网络内容服务、网络搜索引擎服务。

〔2〕 齐爱民等:《网上证券交易法律问题研究》,武汉大学出版社2004年版,第43页。

理员等进行管理与维护。参与其中的每个用户也由网站根据其参与的时间、活跃的程度等自动赋予不同级别的头衔和身份,作为其信任度的参考值。^{〔3〕}第三,网络聊天室。网络聊天室通常借助即时通讯软件(如 msn、qq、yy、微信等)在同一聊天室内进行信息传达与互动。进入聊天室往往有一定的资格和身份限制,需要得到聊天室管理员的同意,有的聊天室甚至实行利益关联的会员制,设置了较高的准入门槛。聊天室相对封闭,成员固定,联系密切,以证券投资为主题,但不限于这个话题,成员间可以集体聊天,也可以一对一聊天,相对自由。这是一个由一人创建,若干人自愿管理,成员自治的网络讨论区。

这三种网络讨论区形式,都允许参与者匿名发布信息,允许用户间相互讨论、留言,其所提供信息的准确性都难以认定。相较而言,公共新闻组的信息实时性、权威性较为显著,传播也较为广泛。信息发布者虽然匿名,但在讨论区里往往权威且可识别。网络服务商对其讨论信息进行筛选和一定程度的事前审查。BBS 则更多是以不同主题信息吸引不同受众,有兴趣的投资者可以就特定主题自主讨论发言。与公共新闻组相比,其信息的实时性、权威性、传播性都略有不足,但是信息量大、信息发布自由度高、更新快;与聊天室相比,BBS 更多的是一种信息公告,其受众广泛,但是用户间紧密性、互动性较差。而网络聊天室则相对封闭、成员固定且联系密切、互动性强,但是信息量少、权威性不足、传播性不强。因此,就三种不同网络讨论区而言,在出现信息不准确时,信息发布人、信息所指发行人与网络服务提供商的责任认定应当有所不同。

〔3〕 笔者在“金融界论坛”(bbs. jrj. com. cn)上发现网站授予不同用户不同级别的头衔,如新人登场、初级用户、中级用户、社区新秀、社区男爵、资深元老等。

二、证券网络讨论区当事人法律责任比较考察〔4〕

(一) 美国立法及司法实践考察〔5〕

1. 信息发布人的法律责任

(1) 匿名发布信息者真实身份的确认和披露

信息发布人即论坛发帖人,鉴于网络技术的发展和网络讨论区的匿名性,现在我们很难识别网络讨论区信息发布人的真正身份。以前通过追踪网络服务提供商的传令记录和破译标题信息,我们就得以确认匿名者的真实身份。但现在欺诈者往往并不直接发布虚假信息,而采取匿名转发的新形式,转发越多,传播越广,危害性就越大,身份确认也因邮件转发链的复杂变得更加困难。匿名性意味着信息浏览者根本无法判断信息发布者是否有操控股价的动机。在 *John Doe v. 2The Mart. com Inc.*〔6〕一案中,法院拒绝强制执行被告传唤网站服务提供商搜寻23名发帖人身份信息的要求,主张在网络讨论区匿名交流的权利受宪法第一修正案保护,鉴定非基础诉讼互联网匿名用户的身份请求必须受到仔细审查,必须判断传唤请求是否善意,以及是否有其他来源信息的替代可能性。新泽西上诉法院为此制定了具体的指导意见:原告必须尽力通知匿名发帖人将会提起披露其身份的诉讼;必须给予其合理机会进行反驳;必须确认和标明每个匿名发帖人据以引起诉讼原由的准确陈述;必须让法院相信每个诉讼理由表面上都证据确凿。法院必须对被告享有的宪法第一修正案的权利与原告要求披露发布人身

〔4〕 本部分主要参见冯果等:《网上证券交易法律监管问题研究》,人民出版社2011年版,第322~337页。

〔5〕 See Howard M. Friedman, *Securities Regulation in Cyberspace*, Chapter 13.04 Tips And Rumors Through Cyberspace Discussion Groups, Aspen Publishers, Third Edition, 2007 supplement.

〔6〕 *John Doe v. 2TheMart. com Inc.*, 140F. Supp. 2d 1088 (W. D. WA., 2001).

份的权力进行衡平。^[7] 同时,美国《证券交易法》第 17(b) 条禁止从发行人、承销商或经销商处直接或间接取得报酬的任何人,未经充分披露其得到的或将要得到的对价,利用任何州级通讯手段公开证券信息。即信息发布人发布信息时应及时披露其有无从所发布的证券信息中取得利益。

(2) 网络闲聊者的责任承担问题

通常在投资讨论区发布信息的是那些与发行人、承销商、经销商毫无关系的投资者。这种信息是事实、传闻及想象的混合体,称之为“网络闲聊”。发布人并非有意发布虚假信息,也并不购买或出售公司股票,但如果他完全罔顾事实,就可能违反第 10-5 条。因为证券网络讨论区面向投资者,具有投资导向性,其他人仍可能在买卖该公司证券时信赖该传言。^[8]

2. 发行人对第三方传闻的法律责任

发行人对其相关传闻是否承担义务? 是否应当予以纠正或发表声明? 从司法实践、立法及市场实践看,发行人承担一定义务的主张似乎占据上风。

(1) 发行人对其相关传闻的回应、澄清义务

美国多数法院赞同第二巡回法院对 *State Teachers Retirement Board v. Flour Corp.* 一案的判决:根据联邦证券法,公司没有义务去纠正或核实市场传闻,除非这些传闻可归因于该公司。^[9] 另外,股票交易所与 NASDAQ 规则要求上市公司承担更广泛的义务,对传闻作出回应,而不管其来源如何。^[10] 一旦传闻可归因于公司,公司也必须承担义务

[7] Robert Weigel & Lee G. Dunst, Suing “John Doe”: Guidelines For Piercing the Veil of Online Anonymity, WALLSTREETLAWYER.COM, Nov. 2001, Pg. 1; Victor H. Polk, Jr., Internet Defamation Unmasked, WALLSTREETLAWYER.COM, Nov. 2001, Pg. 8.

[8] See SEC v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F. 2d 833, 860-62 (2d Cir. 1968).

[9] *State Teachers Retirement Board v. Flour Corp.*, 654 F. 2d 843, 850 (2d Cir. 1981).
Accord Electronic Specialty Co. v. International Controls Corp., 409 F. 2d 937, 949 (2d Cir. 1969).

[10] NYSE LISTED COMPANY MANULS § 22.03; AMEX COMPANY GUIDES § § 401-405; NASD MANUL (CCH) Rule 4301(a)(15) - (16).

确保信息的准确性。^[11]

(2) 发行人监视网络讨论区时的回应、澄清义务

现在公司越来越倾向于与服务商签约,让后者监视网络上有关发行人的评论。一旦发行人开始监视网络空间讨论,法院就更有可能让发行人承担义务,纠正传播中毫无根据的传闻。因为当公司发现有不实信息在传播时,没有合理理由不予纠正。^[12] 如果发行人对错误传闻作出选择性反应,对否定公司的传闻做出批评和澄清,而对乐观性传闻不予纠正,就更会增加发行人承担责任的风险。

(3) 发行人对雇员发布信息的法律责任

当雇员明知信息或观点实质性错误而仍然发布时,雇主公司承担联邦证券法律反欺诈条款特别是第 10b-5 条的责任。^[13] 如果雇主事实上准许发布信息,则其必然承担责任。公司只有通过个人充当他们的代理人才得以运作,因此通过授权管理的信息发布是公司自身的发布。根据《1934 年证券交易法》第 20(b) 条,任何人直接或间接通过他人违反该法都属违法。^[14] 如果雇员发布信息未经发行人同意或事实上违反公司禁止职工参与在线讨论本公司的政策,应当如何处理? 上述《证券交易法》第 20(b) 条规定任何控制违反第 10b-5 条款的人都要承担连带责任。但是根据第 20(a) 条,公司可以基于控制人行为诚实、没有直接或间接诱导违反该款行为提起抗辩。除非“已知的或明显的风险是如此之大,以至于损害很可能会随之而来,但行为者对后果置之不顾,仍不合理地行动或不作为”,^[15] 否则控制人不承担责任。因此,如果雇主禁止员工在线发布有关雇主事宜的帖子,并且不知或没有理由相信雇员违反了该禁止行为,雇主就能进行善意抗辩。

[11] See Arnold S. Jacobs, LITIGATION AND PRACTICE UNDER RULE 10B-5, Vol. 5C, § 88.04[b], Pgs. 4-34 to 4-35(2001).

[12] See Arnold S. Jacobs, LITIGATION AND PRACTICE UNDER RULE 10B-5, Vol. 5C, at § 88.04[b], Pgs. 4-27 to 4-28.

[13] Employee e-mail poses a similar issue. See Robert A. Prentice, The Internet And Its Challengers For The Future Of Insider Trading Regulation, HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY, Vol. 12, Pgs. 265, 319-333(1999).

[14] Cf. Lawton v. Nyman, 62 F. Supp. 2d 533 (D. R. L., 1999).

[15] 陈舜:“美国证券法中的控制人责任”,载《证券市场导报》2005 年第 10 期。

3. 网络服务提供商的法律责任

固然我们很难找出讨论区投资谣言的真正来源,但我们可以确认借以传播谣言的讨论区创办者。论坛创办人是否要对论坛上发布的欺诈信息承担责任?实践中,许多知名财经投资论坛的创办人通过使用弃权与警示条款使自己免于承担责任。如雅虎论坛申明了其服务的目的在于信息而非任何投资交易,因此不会为论坛信息的真实性、有效性、实用性负责,也不会为任何基于论坛信息所作的投资交易负责。

美国法院将诽谤来源区分为独立信息源和其他来源,前者只根据合同提供信息,在线服务商被视为经销商而非出版人,不对诽谤承担责任,除非知道或应当知道该诽谤言论。^[16]后者在线服务商对公告板上发布的消息内容予以编辑控制,进行指引或筛选,服务商被视为出版人,对消息诽谤内容承担更大的责任。^[17]1996年美国国会制定《通讯规范法案》(以下简称CDA)保护任何交互式计算机服务提供者或使用者不被视为其他信息内容提供者所提供信息的出版人或发言人,明确了讨论区经营者传播者的角色。CDA主要关注在线色情与诽谤问题,其与R10b-5的关系以及如何适用证券法律责任比较复杂。

(1) CDA的适用范围

为促进互联网发展,鼓励服务提供商筛选和阻止攻击性资料,^[18]在几起对网络服务商的判决中联邦法院都主张,给予用户以及交互式计算机服务提供商以CDA保护,尤其对那些只是使大众在其网站使用消息公告板的公司进行相似保护。但在一起通过新闻组转发诽谤信息给他人的诉讼中,法院认为,CDA不能使网络用户或网络提供商重新公布第三方原来公布的诽谤资料而豁免普通法责任,只要重新公布者知道或应当知道其诽谤内容。^[19]

(2) CDA与R10b-5的关系

《证券交易法》R10b-5禁止任何人对重大事实作不实陈述或实质性误导。CDA排除将服务提供商作为第三人提供信息的出版人或

[16] Cubby Inc. v. CompuServe Inc., 776F. Supp. 135 (S. D. N. Y. 1991).

[17] Stratton Oakmont v. Prodigy, 1995 N. Y. Misc. LEXIS229 (May 26, 1995).

[18] 47U. S. C. § 230(c)(2).

[19] Doe v. America Online, Inc., 783 So. 2d 1010, 1018-28 (Fla. Sup. Ct., 2001).

发言人。如果某人不是该陈述的“出版人或发言人”,似乎不能“作出”该陈述,因此,也不可能违反 R10b-5。但网络服务提供商是否会因其提供在线设施而成为违反 R10b-5 的协助犯与教唆犯?1995 年国会修改《证券交易法》增加第 20(f)条,授权 SEC 对任何人“故意为他人提供实质性协助”违反 R10b-5 都可以提起诉讼予以禁止令或处以罚款。协助和教唆责任通常要满足以下三个条件:①主要违法行为的存在;②协助人与教唆人实际知晓主要违法行为以及自己的作用;③被告在主要违法行为实施中提供了实质性协助。只要满足上述条件,行为人就必须承担责任,无需被告说出或公布不实陈述或遗漏。当违规信息是由第三人发布,网络服务提供商并没有对误导性信息的编制发挥显著作用时,即便没有 CDA 法案,也不可能让其承担违反 R10b-5 的主要责任。^[20] 因此,CDA 规定的责任是否适用难以回答。如果 CDA 对协助和教唆的指控不提供保护,论坛创办人就可能因其管理行为成为协助犯和教唆犯,法院会认为创办人为主要违法人提供了实质性协助。

(二) 国际证券监管组织的建议

IOSCO 互联网特别小组针对网上证券交易问题,分别于 1998 年、2001 年、2003 年发布了三个报告,这些报告对确定网络讨论区当事人责任具有很大参考价值。

1. 对直接管制网络讨论区国家的建议

首先,对网络讨论区实行直接管制的国家往往要求网络讨论区的经营者与发帖人都必须符合投资顾问、经纪商或交易商资格,但是 IOSCO 为了有效打击网络证券欺诈,建议仅对网络讨论区的经营者作此要求。因为对讨论区的海量发帖人而言,要求其必须具备投资顾问、经纪商等相关从业资格首先是不现实的,其次这也必将扼杀掉证券网络讨论区此一新型信息平台发展的活力,有损于整个网上证券交易的发展,最后这种资格限制涉嫌对公民言论自由权的侵害,是不适当的。

IOSCO 建议,网络讨论区的经营者应符合下列条件:(1)在资格适合性、诚实和经验等方面应符合执照的要件;(2)要求网络讨论区揭露

[20] In re ZZZZ Best Securities Litigation,864F. Supp. 960,970(C. D. Cal. 1994).

任何有利益冲突的情况；(3)要求网络讨论区提供的建议应合理、符合当时情况、配合顾客的需求。^[21]此外,IOSCO 还建议对网络讨论区的经营者规定一定的义务:(1)经营者须监督具有误导性或欺骗性的文章。(2)经营者一旦发现用户散布不实信息,应立即采取措施删除不实内容,并终止该用户使用该讨论区的权利。(3)要求经营者就任何可疑文章,或针对可疑文章的抱怨以及发帖人的身份于合理期间内通知监管机构。(4)经营者应对发帖人的身份和讨论区上刊载的文章存盘保存一定期间。

同时,为避免实行严格规范而使经营者经营费用额外增加,造成对整个证券网络讨论区行业的冲击,IOSCO 建议将网络讨论区的使用人区分为信息浏览者与发帖人,分别规定讨论区经营者所应强制披露的事项。对信息浏览者,经营者应强制揭露的事项包括:(1)浏览人应清楚地知晓网上讨论区的发帖人并非都是已登记或拥有执照的投资顾问;(2)警告浏览人在依据网上信息进行投资前,应先考虑请教有执照的投资顾问;(3)若浏览人发现或怀疑讨论区信息有误导或欺诈情形,应鼓励浏览人及时向证券监管机构举报。对于发帖人,IOSCO 建议经营者应当强制披露下列事项:(1)告知其应对所张贴文章的正确性与真实性负责;(2)警告发帖人,网络讨论区在证券监管机构请求时可披露其身份;(3)告知发帖人应及时披露其个人有无从其所张贴的特定证券信息中取得利益。

2. 对网络讨论区不采直接管制国家的建议

有些国家认为以投资顾问、经纪商等从业资格限制直接规范网络讨论区,会有违反言论自由之嫌,而且对于网络讨论的海量信息而言,逐一判断其是否构成投资意见等也有争议,因此这些国家采行积极多样的网络监控与执行计划。主要包括:(1)成立调查小组定期浏览网络讨论区以及早发现误导性或欺骗性的文章。(2)设置自动搜寻引擎以发现有无误导性或欺骗性的文章。(3)设置电子申诉中心,使网络讨论区的使用者可以直接将可疑的文章传送给申请中心提出检举。

[21] 邱永红:“证券欺诈监管的国际合作与协调研究——以 IOSCO 为中心”,载《公司法评论》2006 年第 2 辑。

(4) 建立与网络讨论区经营者间的对话机制以促进规范的执行。

除此之外,IOSCO 的三次报告都强调了加强投资者教育。要求证券监管机关、自律组织、网络讨论区经营者利用网络对投资者进行简单通俗的教育培训、风险提示、预防警告等,提高投资者的风险意识和信息理解力,鼓励经营者以自律方式规范讨论区。IOSCO 认为讨论区自治与投资者教育会对保护投资者与防止证券欺诈更为有效。^[22]

(三) 美国与国际证券法监管组织实践的启示

首先,无论是美国立法、司法实践,还是 IOSCO 建议,都将网络讨论区的经营者作为监管重点。因为无论是从保护言论自由的初衷出发,还是实践操作层面的考虑,确认信息发布人的真实身份已变得愈加困难,甚至不可能。信息发布人可以通过技术手段隐藏 IP 地址,可以轻而易举登录世界任何一个地方的互联网论坛,即便讨论区经营者发现了违法信息发布者的真实身份,倘若此用户位于其他国家,经营者所在国家也无法对其直接行使管辖权。因此,网络讨论区法律监管的对象应主要是网络服务提供商。

其次,美国将信息传播过程中当事人的角色区分为“发布者”和“传播者”:前者提供的是信息内容,对信息享有全面、充分的编辑控制权,对信息的真实性负责;后者提供的是信息传播与交流的平台,信息发布之前传播者不可能编辑控制信息内容,信息发布之后传播者也只能在自己的管理控制范围内扩大或阻止信息传播,因此其无需为信息的真实性负责,只有在明知传播的信息违法而仍予以传播时才承担法律责任。美国对将网络服务提供商定位为信息传播者没有争议,网络服务提供商是受 CDA 保护而免责还是构成 R20(f) 的协助犯或教唆犯受不同时期不同互联网发展政策的影响。Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co. ^[23] 一案尚处互联网发展早期,法院为保护信息自由,防止网络服务提供商随意审查、删除信息,将网络服务提供商对讨论区的监视、审查视作决定用户信件内容是否适当的权力,与此相对应,对信息内容负责就成为网络服务提供商的义务。如果网络服务提

[22] 沈恒亮:“网络证券欺诈及其监管”,华东政法大学 2003 年硕士学位论文。

[23] Stratton Oakmont v. Prodigy, 1995 N. Y. Misc. LEXIS229 (May 26, 1995)。

供商没有发现具有诽谤性质的信息,就具有主观过错,应当承担侵权责任。^[24] 伴随着互联网飞速发展,网上交易在世界范围内蔓延,大量网络欺诈、网络侵权事件频频发生,为进一步促进互联网健康发展,法院开始鼓励网络服务提供商对网络论坛采取必要的监视和审查。然而对于用户上传的海量信息,即使网络服务提供商采用最先进的监视软件,也只能发现并过滤到部分事先设定的不洁用语,不可能对信息是否构成欺诈这一主观问题做出判断。^[25] 何况苛加过重的审查注意义务将迫使网络服务提供商雇用大量人力、物力,增加经营费用,不仅不利于网络服务的发展和普及,还将降低信息传播速度,妨碍信息自由交流。因此,网络服务提供商的审查监视已不足以成为判断其“明知”或“应知”违法信息的前提,不能据此推定网络服务提供商具有主观过错,应当承担侵权责任。

IOSCO 防范网络欺诈,有外部措施的约束,但更倾向于内部措施的有效性,注重对投资者的教育。有“道高一尺,魔高一丈”网络欺诈者,就培育出“千磨万击还坚劲,任尔东西南北风”的网络投资者。法律并非万能,法律无法涉足所有领域。法律所调整的范围随着社会发展而扩大,但网络法律是一个新兴领域,对于不甚明朗的新生事物,法律不应急着作出表态,立法者绞尽脑汁过于细密周全的责任认定很可能是拔苗助长,不仅扼杀了社会自为自治的活力,而且很有可能无法有效实施。笔者认为 IOSCO 鼓励网络讨论区自治的建议能为“瞧着走、走着瞧”的法律监管留下更多可借鉴的空间。尽管 IOSCO 的建议不具有直接的法律效力,但随着 IOSCO 影响力的持续提升,随着各个国家、地区对加强网络证券监管国际性合作认识的加深,IOSCO 建议的科学性和其精神的引导性必将体现在各国国内法的制定中。

[24] 王迁:“网络服务提供商共同侵权责任研究”,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_46a2d1f5010002cb.html,2013年9月20日访问。

[25] 王迁:“网络服务提供商共同侵权责任研究”,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_46a2d1f5010002cb.html,2013年9月20日访问。

三、我国证券网络讨论区当事人法律责任的认定

目前为止,我国规范网络讨论区的法律文件主要有 1997 年 12 月中国证监会、新闻出版署、邮电部、广电部、国家工商行政管理局、公安部发布的《关于加强证券期货信息传播管理的若干规定》、1997 年 12 月公安部发布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》、2000 年 9 月国务院通过的《互联网信息服务管理办法》、信息产业部 2000 年 10 月发布的《互联网电子公告服务管理规定》和 2005 年 1 月发布的《非经营性互联网信息服务备案管理办法》、2009 年全国人大公布的《中华人民共和国侵权责任法》、国务院 2006 年公布(2013 年 1 月 30 日修订)的《信息网络传播权保护条例》、最高人民法院 2012 年 12 月公布的《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》等。上述法律性文件对证券网络讨论区当事人的权利、义务、法律责任等作了相应规定,应当予以综合分析。

(一) 网络服务提供商法律责任的界定

强化对提供信息服务的网络服务提供商的监管,相当于控制虚假信息的主要源头,有利于遏止网络证券欺诈行为的发生。

1. 对证券网络讨论区设立的监管

目前,我国对网络讨论区设立的管理文件有《关于加强证券期货信息传播管理的若干规定》,其第 2 条规定,有资格刊发和传播证券期货信息的传播媒体包括“依法登记注册的计算机信息服务公司”和“中国证券监督管理委员会会同有关部门认定的其他传播媒体”;第 5 条规定,任何单位和个人未经工商行政管理部门核准不得从事证券期货计算机信息服务。值得注意,2010 年 7 月 4 日《国务院关于第五批取消和下放管理层级行政审批项目的决定》取消了《互联网信息服务管理办法》第 9 条“从事互联网信息服务,拟开办电子公告服务的,应当在申请经营性互联网信息服务许可或者办理非经营性互联网信息服务备案时,按照国家有关规定提出专项申请或者专项备案”的规定,BBS 等互联网电子公告服务已不再需要通过专项的行政审批。

笔者认为对证券网络讨论区的设立应实行登记制,网络服务提供商可以自由开设网络讨论区,但必须在证监会登记备案。证监会可以设定一定的资格要求,即投资管理、人员、资金、技术、经验等资质要件,但这种资格要求并不是对证券网络讨论区准入门槛的限制,而是对其资格、资质的考核评定,是一种资格认证,由证券网络讨论区依自身发展情况主动申请,证监会定期审核、评级,公布名单,起到日常监管和确立权威网站的作用。允许条件不成熟的证券网络讨论区获得自由发展的空间,也能给予日渐完善、专业、有影响力的证券网络讨论区权威性,同时还可将违法情节严重,造成投资者利益损失重大,影响恶劣的证券讨论区列入黑名单,充分利用市场机制实现证监会行而有效的监管。

2. 网络服务提供商的义务

民事责任以民事义务为前提,要确定网络服务提供者的民事责任,必须先明确其有哪些民事义务。证券网络讨论区的服务提供商应履行以下义务:(1)风险提示义务。即在论坛突出位置以显著方式标明论坛信息可能存在欺诈,建议投资者应首先相信权威网站的信息,不要以论坛信息作为投资的主要参考。(2)主动审查和及时报告义务。服务商应在合理时间内,定期对论坛信息依表面合理原则进行审查,发现有明显欺诈性、误导性的不实信息,应立即采取措施删除,并将删除理由告知信息发布人;发现有欺诈或违法嫌疑的信息,应立即予以核实,不能核实的尽快通知证监会。(3)披露义务。及时揭露任何与自身有利益冲突的情况,也告知发帖人发帖时应披露其与所发布证券信息的利益关联性。(4)协助调查的义务。电子公告服务提供者应当记录在电子公告服务系统中发布的信息内容及其发布时间、互联网地址或者域名。记录备份应当保存60日,并在国家有关机关依法查询时,予以提供。^[26] (5)对上网用户的个人信息保密,未经上网用户同意不得向他人泄露,但告知用户在其涉及证券欺诈等违法犯罪活动时,网络服务提供商可应证券监管机构或法院请求披露其身份。(6)建立申诉与举报中心,鼓励网络用户对不实信息予以举报,允许网络用户对网络服务提供商的删帖行为进行申诉反驳。(7)制定完善的网络讨论区服务规

[26] 参见《互联网电子公告服务管理规定》第15条。

则,鼓励网络服务提供商依自治规则自我管理。对不遵守讨论区规则的用户暂时中止发帖的权利,公告批评,乃至彻底终止用户资格。(8)投资者教育与培训义务。如新手入门培训、论坛常见骗术教育等。

3. 网络服务提供商的法律责任

对于我国网络讨论区网络服务提供商的责任认定问题,《互联网电子公告服务管理规定》仅对于网络服务提供商违反对用户个人信息保密义务、协助调查义务的责任问题予以规定。《中华人民共和国侵权责任法》第36条称为“互联网专条”是互联网侵权的最新立法规定,《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《信息网络传播权适用规定》)则是互联网侵权最新司法解释。两者实际确认了网络服务商承担侵权责任的基本原则——过错原则。各国证券法一般规定以过错推定作为证券领域侵权人归责原则,^[27]但是鉴于互联网领域特殊性,对证券网络讨论区服务提供商的责任认定适用过错原则比较合理。过错推定原则源于被告比原告有专业知识、技术操作上的优越性,或控制风险上的便利性,以及原告无从知晓侵权事实发生的原因、经过,让其举证证明被告具有过错十分困难,而被告对自己没有过错的举证却相对容易,因此立法者主张实行举证责任倒置。但证券网络讨论区的经营者未必就具有证券专业知识上的优越性,在事情发生之前,他和受害人一样无从知晓也无法控制侵权人实施信息欺诈的风险,损害事实的发生也并非由网络服务提供商直接所致,而且在现有的互联网发展环境下,网络服务提供商举证证明自己已尽到注意义务,采取必要措施,没有主观过错的可归责性也是十分困难的。仅仅以网络服务提供商的事后编辑功能和监督义务就适用过错推定原则,推定其没有尽到合理注意义务、具有主观过错,这种做法显然会极大地影响网络服务业的发展,也是极其不公平的。^[28]

根据《信息网络传播权适用规定》,网络服务提供商自己散布侵权信息的,应当承担侵权责任。网络服务提供商与他人以分工合作等方

[27] 王泽鉴:“侵权行为法之危机及其发展趋势”,载《民法学说与判例研究》(第2册),中国政法大学出版社1997年版,第205~207页。

[28] 王迁:“网络服务提供商共同侵权责任研究”,载http://blog.sina.com.cn/s/blog_46a2dlf5010002cb.html,2013年9月20日访问。

式共同实施侵权行为的,应当承担连带责任。但何种情况下网络服务提供商构成教唆或帮助侵权,值得探讨。网络服务提供商以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励网络用户不加判断肆意发布、传播毫无根据或歪曲事实的虚假信息的,应认定其构成教唆侵权。网络服务提供商明知或应知网络用户利用网络服务发布虚假信息实施侵权行为,而未采取必要措施,或者继续提供技术支持等帮助行为的,构成帮助侵权。只有当网络服务商实际知道或有理由知道网络用户利用网络服务进行侵权活动而不采取措施予以制止时,应当对用户的侵权行为承担共同侵权责任。如何通过外部行为和相关事实情况来判断行为人具备主观过错,需要法官的个案衡量和司法经验的不断总结。从《信息网络传播权适用规定》的表述中可以明确:不能因为网络服务提供商的审查义务和监视举措就直接推定其知道或有理由知道用户的侵权行为,也不能因为网络服务提供商未对侵害信息主动进行审查,就据此认定其具有过错。客观的审查注意义务不能成为主观过错判断的唯一依据。推断网络服务提供商是否“明知”或“应知”,应该结合网络服务提供商的行为举措与欺诈信息的关系及其证券知识水平、管理服务经验等综合考量。我们需要考虑的应该包括但不限于以下几点:

第一,在现有互联网发展环境下,结合网络服务经营商的公司规模、人员数量、人员素质、技术水平、信息管理能力、经济承受能力,以及提供服务的性质、方式,有无预防侵权的合理措施,有无针对同一用户重复侵权行为的惩罚措施等,综合判断网络服务提供商是否有可能在日常管理控制中及时发现并判断出信息的违法性。

第二,网络服务提供商审查注意义务的标准问题。我们是否有可能、有必要让网络讨论区经营者具备相关证券从业资格,以便能更好审查网络讨论区不实信息。笔者认为证券网络讨论区的设立初衷在于最大化得便利信息流通,它首先提供的是信息,其次才是真实的信息,每个到网络讨论区的用户都明白讨论区的信息是真假存疑的,除非实施侵权行为的事实和情况已经像一面色彩鲜艳的红旗在网络服务提供者

面前公然地飘扬,以至于处于相同情况下的理性人都能发现,^[29] 否则让“菜盘”供应商过度操劳“菜品”问题是不适当的。而且对于网络上传播极快的海量信息,考虑到经营成本网络服务提供商也不可能一一核实信息的真假,以排除出“明知”或“应知”带来的侵权可能。在证券交易中真正关切信息内容真实性的是交易人和发行人,承担判断是否侵权、是否构成欺诈职责的是证监会和法院,证券网络论坛的审查义务应当限于必要的言语审查,不对内容负责。

换言之,如果网络服务商没有主动监控网络活动,并不能推定其没有尽到合理的注意义务而具有过失;即使网络服务商主动采取监控措施,如果没有证据证明其本应能够发现侵权信息,也不能因其确实没有发现侵权信息而认定其具有过失。我们可以树立榜样和标杆,鼓励自愿提高审查注意义务的证券网络讨论区经营者,具备专业资格,达到权威标准,定期考核评级,但我们不能实行一刀切的高标准来阻碍证券网络讨论区的自由发展。

第三,根据《信息网络传播权适用规定》第9条、第10条及第12条,网络用户传播的侵权事实是否具有知名度,传播方式是否明显;网络服务提供商是否主动对信息进行了选择、编辑、整理、修改、推荐等,如将信息置于首页或其他主要页面等明显位置,或者设立专门的排行榜,或者直接以公共新闻组的形式传播信息。在这些情形下,虽然网络服务提供商并不是信息的直接发布者,但他对信息进行了筛选和指引,将信息放置于网络新闻组、或页面首要位置前他已经知晓了信息内容,并且能够编辑控制信息。网络服务提供商的参与也使得原信息客观上获得了更为有力的传播,他与信息内容有了实质性联系,在信息传播过程中加入了自身的主观意志,相当于重新公布了该信息,网络服务提供商提供的已经不是“出租房”服务,而是“舞台表演”服务,应与信息发布人共同为信息的真实性与正确性负责。

第四,何谓网络服务提供商发现并删除不实信息的合理时间?“合

[29] 此即美国国会在《千禧年数字版权法》(DMCA)的报告中确立的“红旗标准”,目的在于防止网络服务提供者采取“鸵鸟政策”,罔顾侵权事实。当前司法实践中,许多法官在案件审理中已开始采纳“红旗标准”。

理时间”是指用户信息发表后至其被删除的一段时间。在信息发表后合理时间内,经营者只要尽职审查并删除不当内容,就不存在主观过错,且防止了损害结果进一步扩大,也不负责任;如在合理时段结束后,含有不当内容的信息仍然停留在论坛上供用户阅读,使损害范围继续蔓延,则可以推断经营者有主观过错,应当承担法律责任。对“合理时间”的科学规定对平衡社会公共利益和 BBS 经营者的利益有重大影响。如时间规定过长,信息已被广泛阅读再删除已无济于事;如规定过短,则会迫使经营者动用过多的人力,大大经营成本,妨碍网络服务的发展,也会影响审阅质量。^[30] 这应当结合技术方面予以具体分析,而不应当是一个标准的时间。在具体的案件中,是否达到了“及时”的标准,将有赖于法官的自由裁量权。^[31] 根据《信息网络传播权适用规定》,法官应当根据网络服务提供商是否设置了便捷程序接受侵权通知,用户提交通知的形式,通知的准确程度,采取措施的难易程度,信息的知名度、浏览数量等因素综合判断。

第五,证券网络讨论区的服务提供商与信息发布者的关系。网络服务提供商是否与信息发布者有合作关系,^[32] 是否从被控侵权信息的网络传播或相应交易行为中直接获得经济利益。这种利益是指向特定侵权信息具有特定联系的经济利益,不包括一般性的广告费、服务费等日常经营性收入。如果信息发布人受到了网络服务提供商的极力推荐,双方之间有某种特定的经济利益联系,那么就on应该使网络服务提供商负有较高的注意义务,推定其“明知”或“应知”违法信息的传播。

与审查注意义务的主观归责性相关的两个问题是对证券网络讨论区公共新闻组的监管和证券公司开办在线论坛的监管。这两种网络讨论区形式不同,带来责任认定内容的变化,需要特别注意,这也是美国司法实践中出现不同矛盾判决的缘起。

[30] 王迁:“论 BBS 的法律管制制度”,载《法律科学》1999 年第 1 期(总第 93 期)。

[31] 张新宝、任鸿雁:“互联网上的侵权责任:《侵权责任法》第 36 条解读”,载《中国人民大学学报》2010 年第 4 期。

[32] 金融界论坛和讯财经论坛等都设有高手版区、论坛明星、荐股牛人榜,论坛经营者与部分论坛写手之间有签约的合作关系。

(1)对网络讨论区公共新闻组信息的监管。

当网络讨论区以公共新闻的形式传播信息时,虽然网络服务提供商并不是信息的直接发布者,但他对信息进行了筛选和指引,将信息放置于网络新闻组前他已经知晓了信息内容,并且能够编辑控制信息。通过公共新闻组这样一种传播形式也使原信息客观上获得了更为有力的传播。在此情形下,网络服务提供商与信息内容有了实质性联系,在信息传播过程中加入了自身的主观意志,相当于重新公布了该信息,他提供的已经不是“出租房”服务,而是“舞台表演”服务,应与信息发布人共同为信息的真实性与正确性负责。投资者因公共新闻组的信息不真实而受到损失时,网络服务提供商主观上对损害后果具有了可归责性,客观上提供了实质性帮助,应与信息发布人承担连带责任。

(2)对证券公司开办在线论坛的监管。

证券公司开办在线论坛往往是为了扩大影响力,增进客户认同感,间接促进证券交易实现。相比其他论坛,投资者也会因为网络服务经营者是证券公司,而增进对论坛交流信息的信赖。在这种情形下,基于合理信赖,证券公司应为论坛中关涉证券公司所提供证券产品和服务的信息真实性负责。无论信息发布人为何人,其在论坛上发布与证券公司所提供产品、服务相关的信息,都使得信息浏览者将信息内容与证券公司相联系,基于相信证券公司默认或许可该信息的传播而信赖信息的真实性。因此使投资者受欺诈,遭受损失的,证券公司与信息发布人承担连带责任。但对在证券公司开办论坛上发布的与证券公司无关的第三方投资信息,证券公司应与一般网络讨论区的服务提供商无异。

笔者认为让网络服务提供商承担帮助侵权的连带责任必须符合下列条件:①客观上确实存在网络用户以虚假信息进行欺诈的违法行为;②网络服务提供商知道或应当知道违法行为;③网络服务提供商对违法行为实行了实质性的帮助,可以是积极主动、推波助澜的作为,也可以是放纵不管、漠然视之的不作为;④当事人因信赖证券网络讨论区的虚假信息遭到现实利益的损失,且损失与讨论区的虚假信息有因果关系。这种损失仅仅限于财产损失,不包括人格利益的损害以及其他损害。因为证券法领域发生的侵权责任都是针对财产权的,而不包括人

身权与知识产权。^[33] 在损失与讨论区虚假信息之间因果关系的确定方面,只要明确投资者在虚假信息传播期间买进或者持有股票,在虚假信息曝光后卖出受到损失,就可以认定讨论区虚假信息和投资者损失之间存在因果关系。

结侵权责任法第 15 条,适用于证券网络服务提供商承担侵权责任的形式有:①停止侵害、排除妨碍。间接的行为妨害人虽然自己没有实施某行为,但是通过他人导致妨害,即他本来应当不允许或防止他人这样做,那么也可以要求他停止或者排除妨害。^[34] 这样的责任方式既不论权利人是否遭受损害,也不以实施侵权行为的人是否存在过错为条件。^[35] 只要侵权行为在继续,网络服务提供商就应该采取措施停止侵害,没有任何的免责事由。^[36] ②赔偿损失。当网络服务提供商因过错致使投资人或证券公司受到财产损害的,应补偿受害人的经济损失。至于证券网络讨论区的服务商是否应该承担赔礼道歉等侵权责任形式,有学者认为中间服务商主观上没有侵害权利人的恶意,客观上也没有实施积极的侵权行为,造成侵权人损害的主要原因在于侵权信息的制造者,而中间服务商只是由于没有尽到法定的合理注意义务。法律为了更好地保护网络使用者的利益,规定该义务以规避因为找不到实际侵权人而使权利人的权益得不到补偿,这种义务只是对中间服务商作为经营者的一般性要求,与故意侵害权利人人格权的行为完全不同。因此,对没有尽到一般注意义务时所承担的责任不应该包括赔礼道歉,而只承担停止侵害或赔偿损失的责任。^[37]

除侵权责任外,网络服务提供商是否可以依与用户注册时订立的服务合同,承担因讨论区不实信息带来损害的违约责任。笔者认为这不利于保障网络用户合法利益,也不能满足现实需求。网络服务提供商往往凭借垄断优势对服务失败造成的损失做出免责或限责的规定,而这些规定往往是格式合同的一部分,或者是用户接受服务的条件,用

[33] 陈甦:《证券法专题研究》,高等教育出版社 2006 年版,第 280 页。

[34] [德]沃尔夫:《德国物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社 2002 年版,第 147 页。

[35] 高富平:《电子商务法学》,北京大学出版社 2008 年版,第 50 页。

[36] 张新宝:《互联网上的侵权问题研究》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 66 页。

[37] 张新宝:《互联网上的侵权问题研究》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 67 页。

户并没有就服务失败而造成的损失如何分担问题和网络服务提供者讨价还价的余地。^[38] 网络服务提供商可以通过事先的警示条款、弃权条款获得承担违约责任的豁免权。例如,在讨论区置顶申明讨论区信息风险自控,造成损失,责任自负等。这都将使受到损害的网络用户得不到合理的权利救济,不足为取。

(二) 证券发行人法律责任的界定

目前我国法律尚未规范证券网络讨论区信息所指向的发行人的义务与责任问题。在此方面,我国法律不妨可以借鉴美国的相关经验,具体而言就是要求发行人在下列情形下承担对讨论区信息的回应、澄清义务:(1)不实信息的来源与发行人有牵连,使不实信息的传播可归因于发行人;(2)发行人为上市公司,影响力大,应对任何来源的不实信息予以回应和澄清;(3)发行人主动对网络讨论区实施了监视,当其能够知晓不实信息传播时,没有理由不去回应、澄清。

就证券发行人的责任而言,原则上发行人对于第三人发布的信息依过错责任原则承担共同侵权责任。对于雇员发布的信息依雇主责任原则承担替代责任。但在雇主实施禁止雇员发帖的政策,或雇员发布信息确实没有经过雇主的同意时,雇主与雇员对不实信息造成的损害适用过错推定原则,承担连带责任。雇主行为诚实、没有直接或间接诱导雇员发布不实信息,也没有理由知道或应当知道雇员的违法行为时,雇主可主张善意抗辩。网络服务提供商为其雇员所承担的责任也可以同样适用以上规则。

(三) 信息发布人法律责任的界定

笔者认为,网络讨论区的信息发布人的义务有:(1)对所发布信息的正确性与真实性负责;(2)遵守网络讨论区的自治规则;(3)及时披露其有无从所发布的特定证券信息中取得利益;(4)配合网络讨论区经营者及时删除发布的不实信息。对信息发布人发布不实信息造成损害的,适用过错责任原则。即信息发布人知道或应该知道发布的虚假信息会侵害他人的合法权益,仍予以发布,对此引起的不利后果,应承担侵权责任,反之,则不承担责任。网络信息发布人承担损害赔偿责

[38] 齐爱民、徐亮:《电子商务法原理与实务》,武汉大学出版社2009年版,第46页。

的要件是:(1)实施了信息发布行为,且该信息内容导致权利人遭受损害。(2)信息发布行为与权利人的损害后果之间具有直接因果关系。(3)行为人有过错。即行为人欠缺一个理性人应有的注意。如果行为人尽到了应有的注意义务,或行为人不知道、不能预见损害后果的发生,那么他就不存在过错,对侵权行为造成的损害就不承担责任。^[39]

正如美国将发布人并非有意发布虚假信息,只是对事实的想象、揣测定义为“网络闲聊”一样,我们同样有必要对信息发布人发布信息的重要性进行考察,并不是所有虚假信息的传播都具有危害性,只有具有重要性的会使人“合理、客观地期待公司的股票或证券将受到影响”的事实,才会产生投资者的合理信赖并决定投资,才有传播的危害性,具备法律监管的必要。通常情况下,重要性要具体情况具体分析。^[40] 如果一个理性投资者在进行证券买卖决策时,很可能看重某事实或信息,则该事实或信息属于重要事实。^[41]

[39] 高富平:《电子商务法学》,北京大学出版社2008年版,第50~51页。

[40] 杨峰:《证券民事责任制度比较研究》,法律出版社2006年版,第43页。

[41] *Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, 426 U. S. 438, 449 (1976).