

人数不确定的代表人诉讼制度

——基于证券群体性纠纷解决的视角

李海龙* 江利杰**

摘要:作为应对群体性纠纷的中国方案,“休眠”已久的人数不确定的代表人诉讼制度在证券领域得到“激活”,并实现了从“纸上法”到“现实法”的跨越。在喜悦于该制度得到应用的同时,我们也应当注意该制度尚不完善的现实情况。从实践来看,该制度目前在投资者的救济、上诉改判情形下法院的适用以及与其他纠纷化解机制之间的“有机衔接”等问题上仍存在困惑,尚需理论与实务界的深入探究,以促进制度之完善。

关键词:代表人诉讼 证券纠纷 实践困境

作为群体性纠纷解决的方式,人数不确定的代表人诉讼自1991年被《民事诉讼法》确立后,既没有具体的运行程序规则,也没有在实践中得到应用。不过,随着2019年修订的《证券法》明确将该制度作为证券领域群体性纠纷解决的方案,上海金融法院、深圳市中级人民法院、南京市中级人民法院等先后发布相应的程序性规定,对该制度的启动进行了有益的探索与尝试。而后,最高人民法院在前述法院探索的基础上发布了《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》(以下简称《代表人诉讼规定》),就该制度的运行程序作了统一、详尽的规定。与此同时,杭州市中级人民法院决定对其受理的“五洋债”证券虚假陈述纠纷一案采取代表人诉讼方式进行审理的事实,也标志着该制度在实践中被正式“激活”。不过,从杭州市中级人民法院就该案的实践来看,《代表人诉讼规定》尚存在许多问题未予明确,进而可能影响制度的适用

* 浙江财经大学法学院副教授。

** 浙江财经大学法学院硕士研究生。

以及制度目的的实现,亟须理论界与实务界的进一步探讨,以促进制度之完善。

一、从“休眠”到“激活”:制度回顾

按照《民事诉讼法》的规定,代表人诉讼分为人数确定的代表人诉讼与人数不确定的代表人诉讼两类。修订后的《证券法》在此基础上新增了以“默示加入,明示退出”为特征、以投资者保护机构为代表人的特别代表人诉讼。最高人民法院《代表人诉讼规定》则进一步将《民事诉讼法》所规定的两类诉讼称为普通代表人诉讼,并明确特别代表人诉讼是投资者保护机构参加人数不确定的代表人诉讼后所形成的一种特殊形态。需要说明的是,本文所重点探讨的人数不确定的代表人诉讼,并不包括特别代表人诉讼的相关内容。

人数不确定的代表人诉讼,是在普通共同诉讼制度基础上,吸收了代理人制度的机能所形成的一种新的诉讼方式。^① 其旨在解决投资者人数众多与司法资源有限之间的矛盾,进而服务于投资者权利保护与违法违规行为制裁目的的实现。^② 1991年施行的《民事诉讼法》第55条(现第54条)对人数不确定的代表人诉讼制度予以了规定,该条款期望通过如下方式实现上述目的:第一,在案件审理前,通过公告与权利登记程序将同一种类诉讼标的的案件并入人数不确定的代表人诉讼;第二,在审理过程中,通过选任的代表人代为行使当事人的诉讼权利;第三,在裁判生效后,通过裁判效力的扩张,对符合条件的未参与登记的权利人直接裁定适用代表人诉讼之裁判,而无须再经过法院审理。但遗憾的是,人数不确定的代表人诉讼制度在此后一直处于“休眠”状态。2002年《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》甚至明确法院对于证券纠纷案件,应采取单独或共同诉讼方式而不宜以集团诉讼的形式受理,也即直接排除了人数不确定的代表人诉讼适用的可能性。造成上述情形的原因是多方面的,既有因技术限制导致的权利登记方式不经济的考虑,^③也有长期以来对于大规模群体性纠纷可能引发社会不稳定情况的顾

^① 参见张卫平:《证券纠纷代表人诉讼的制度创新与建构》,载《人民法院报》2020年8月8日,第2版。

^② 需要指出的是,“制裁”一词并非限于行政、刑事领域,民事领域同样可以适用。例如,《民事诉讼法》第2条规定,“中华人民共和国民事诉讼法的任务,是……制裁民事违法行为,保护当事人的合法权益……”

^③ 人数不确定的代表人诉讼在审理前通过公告与权利登记的方式来合并同类案件,但由于受害投资者规模较大,动辄上万人,采取“选择加入”的权利登记方式,在当时的条件下,过于耗时耗力,难谓诉讼经济。参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述案件司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,第174~175页。

虑,还有制度本身设计不足与缺陷等方面。

不过,得益于党的十九届四中全会提出对于消费者权益保护领域要探索建立集体诉讼的指示,使解决群体性纠纷的方案,即人数不确定的代表人诉讼,在现实中有“激活”的可能性。随后,最高人民法院针对证券领域纠纷频发的现状,指出有条件的法院要积极探索人数不确定的代表人诉讼,^①2019年12月修订的《证券法》第95条对该制度予以明确,同时新增了特别代表人诉讼制度。2020年7月,最高人民法院发布的《代表人诉讼规定》对代表人诉讼的程序、判决与执行的特殊内容作了详尽规定,并在杭州市中级人民法院受理的“五洋债”证券虚假陈述纠纷一案中得到了正式应用。

从《代表人诉讼规定》的具体内容来看,其就人数不确定的代表人诉讼主要作出如下规定:第一,通过依托于互联网的权利登记方式来解决“权利登记难”的窘境;第二,通过建立“投资者放权、由法院监督”的代表权运行机制,解决代表人“推选难”、程序有效推进与投资者利益保障的问题;第三,在《民事诉讼法》有关裁判效力扩张的规定基础上,通过新增“上诉安排”的特殊规定,既尊重了选择上诉的投资者的上诉权,也使未上诉或放弃上诉的投资者的纠纷能够及时得到解决;第四,在执行阶段,通过证券登记结算机构等协助执行义务人的协助执行,来更好地实现对因履行或执行生效法律文书所得财产的分配。

二、从“纸上法”到“现实法”:实践困境

详尽、完备的规范使人数不确定的代表人诉讼制度得以现实运行,但从实践来看,却产生了许多新的问题亟须进一步探究,主要包括如下几个方面。

(一) 投资者救济困境

在“投资者放权,由法院监督”的机制下,投资者在选举代表人之后即将诉讼权利让渡于代表人,并由法院来具体监督。虽然原告(以下称为投资者)对重大诉讼事项可以提出异议(见表1),但最终结果是由法院来决定。在此种情形下,若法院未尽相应的监督义务,或者尽了监督义务但没有使投资者利益得到保障时,投资者应当如何进行救济?

^① 《全国法院民商事审判工作会议纪要》第80条规定:“……在认真总结审判实践经验的基础上,有条件的地方人民法院可以选择个案以《民事诉讼法》第54条规定的代表人诉讼方式进行审理,逐步展开试点工作。……”

表1 《代表人诉讼规定》中投资者所享有的异议权

所在阶段	具体条文	事项性质	异议内容
立案后审理前	第14条	程序性事项	权利登记期间投资者对拟任代表人的人选可提出异议
审理阶段	第19条	实体性事项	投资者对于调解协议可提出异议
	第22条	实体性事项	投资者对于代表人变更或放弃诉讼请求、承认对方当事人请求、撤诉行为可提出异议
裁判阶段	第26条	实体性事项	当事人可对判决书中的计算方法与赔偿金额提出异议
执行阶段	第31条	实体性事项	投资者可对财产的分配方案提出异议

从民事诉讼制度与基本原理来看,投资者可选择退出人数不确定的代表人诉讼,并另行起诉的方式来获得救济。不过根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第10条第6款的规定,已为人民法院生效裁判所确认的基本事实具有预决效力。^①由此可能导致的结果是,即便投资者选择退出并另行起诉,原先代表人诉讼的生效判决所认定的基本事实仍将对其适用,这一规定使退出权的行使毫无意义,反而增加了投资者的诉累。

(二) 法院的适用困境

《代表人诉讼规定》第27条、第28条对未上诉的投资者与上诉的投资者进行了区别处理。这样的“上诉安排”虽然能够及时化解纠纷,在二审法院上诉改判情形下却可能存在两个基本事实,也即一审生效裁判认定的事实与上诉改判后二审生效裁判认定的事实,那么法院对于未参与登记的当事人以及退出代表人诉讼而另行起诉的当事人,应当适用一审裁判认定的事实还是二审裁判?对此,似乎陷入了难以选择的困境。一般而言,既判力的效力体现为法院不得再次对同一纠纷作出不一致的认定、当事人不得再次请求法院审理,因而既判力应当属法官依职权调查的事项,否则可能导致既决事实的再次争议。^②因而,在上诉改判情形下,难以解释法院为何选择适用二审裁判认定事实(暂假定如此)而不适用一审裁判。

^① 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院关于新民事诉讼证据规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第154~156页。

^② 在大陆法系国家,法院依职权调查事项和当事人主张事项有明确的界限,法院不得随意超越。既判力是否存在属于法院职权内的事项。参见张卫平:《民事诉讼法》(第3版),中国人民大学出版社2015年版,第317页。

（三）制度衔接困境

人数不确定的代表人诉讼,作为多元纠纷化解机制中的一种,在与其他纠纷化解机制的“有效衔接、相互协调”上尚有诸多疑惑。

第一,与调解的衔接。调解的优势在于纠纷的及时化解与彻底解决,2012年《民事诉讼法》的修订明确了“调解优先”的理念,《代表人诉讼规定》也是不遗余力地对此作出了细致的规定。^①但需要指出的是,群体性纠纷具有特殊性,倘若调解非常有效而没有投资者选择退出,意味着诉讼程序的终结。而由于裁判效力的扩张仅及于裁判而不及于调解事项,对于未参加登记的投资者,法院需要重新启动人数不确定的代表人诉讼,颇有“捡了芝麻、丢了西瓜”之嫌。

第二,与特别代表人诉讼的衔接。特别代表人诉讼只能由投资者保护机构通过参加人数不确定的代表人诉讼来启动。从参与案件的范围来看,中国证券监督管理委员会在《关于做好投资者保护机构参加证券纠纷特别代表人诉讼相关工作的通知》中指出,投资者保护机构根据实际情况决定是否参与相关的案件,对于“典型重大、社会影响恶劣”的案件应当依法及时介入,但这一原则性规定过于简单、模糊。对于社会关注的重大问题,投资者保护机构积极适时介入无可厚非,不过投资者对此可能有不一致的期待,如何较明晰地确定投资者保护机构介入的具体标准值得研究。否则,参与过少失去了制度设计的意义,参与过多则会造成介入太多,甚至引发越俎代庖的嫌疑和议论。

第三,与示范判决机制的衔接。示范判决机制作为多元化解机制的一次尝试性探索,是在代表人诉讼机制没有得到激活情形下所提出的解决群体性纠纷的方案。不过,时下代表人诉讼制度已激活,示范判决机制该何去何从?有观点认为,示范判决机制与代表人诉讼可以并存,并起到互补作用。^②其逻辑在于,人数不确定的代表人诉讼可能存在的当事人主张各异、分歧较大等问题使其适用存在客观障碍,而特别代表人诉讼主要适用于典型重大、影响大、具有示范意义的案件而非所有案件,因而示范判决机制可以起到互补作用。但在人数不确定的代表人诉讼与特别代表人诉讼实现“有机衔接、相互协调”之后,上述观点也难以自洽。因而,对于示范判决机制存在的意义,尚须进一步探讨与研究。

^① 参见刘俊海:《投资者友好型的证券纠纷代表人诉讼的制度创新》,载《人民法院报》2020年8月4日,第2版。

^② 参见人民法院新闻传媒总社:《上海金融法院发布全国首个证券纠纷代表人诉讼机制的规定》,载百家号网2020年3月25日, [baijiahao. baidu. com/s? id = 1662142235422226649&wfr = spider&for = pc](http://baijiahao.baidu.com/s?id=1662142235422226649&wfr=spider&for=pc)。

三、从“雏形”到“完善”：前路探索

前述问题,归根结底涉及具体规范的完善与制度间的衔接问题。对此,本文予以尝试性回答,以期为后来者提供有益的借鉴。

(一) 投资者救济困境

对于投资者权利救济困境,可通过类型化的方式予以解决。第一,对于因程序性事项退出的情形,也即投资者因代表人选任事项退出时,基于上述《证据规定》并不能达到要求重新审理的救济效果,且也不应当达到救济效果。这是因为,程序的有效运行无法兼顾全体当事人的程序性权利,需要“投资者放权”,或者说投资者作出一定“牺牲”,尤其是在该“牺牲”不会造成实体权利减损的情形下。由于在人数不确定的代表人诉讼中,代表人代表的是整个投资者群体而非个别主体,并不会造成个别主体实体权利的当然受损,因而不应当产生救济效果。从国外的立法例来看,对于代表人选任事项的异议,各国普遍未赋予投资者上诉权。例如,美国《联邦民事诉讼规则》第 23 条 f 款明确规定集团成员“中间上诉”的情形,仅限于受理法院所作出的批准或否决集团诉讼命令。^① 加拿大魁北克省《集团诉讼法规则》,允许集团成员在案件审理过程中就某一些实体问题与程序问题的处理提起上诉,但该条款因诉讼效率过低已于 1982 年被废止。^②

第二,对于因实体性事项的退出,投资者均能获得救济。因为即使代表人放弃或变更诉讼请求,法院仅对变更后、放弃后的诉讼请求进行了判断,而没有对变更前、放弃前的部分予以实质性处理。^③ 同样,在撤诉情形下,法院亦未对争议作出实质性处理。至于调解,《代表人诉讼规定》第 21 条明确赋予投资者退出的权利,对于申请退出的投资者,法院对该案继续审理并作出判决。

当然,投资者若是认为法院没有尽到对代表人行使特别授权行为的监督职责,也可基于《人民检察院组织法》第 20 条、《人民检察院民事诉讼监督规则(试行)》第 34 条之规定,向同级检察机关申请检察建议或者抗诉。

^① Federal Rules of Civil Procedure, “Rule 23. Class Actions. . . (f) Appeals. A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule. . .” See Federal Rules of Civil Procedure, Cornell Law Schools, https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23.

^② 参见张卫平:《诉讼架构与程式:民事诉讼的法理分析》,清华大学出版社 2000 年版,第 331 页。

^③ 法院虽有审查,但审查并非审理,法院对此并没有作出实质性的判断。

(二) 法院的适用困境

对于上诉改判情形下法院的适用困境,可遵循权利逻辑,交由投资者选择。由前所述,该问题的核心在于既判力事项应当是由法院依职权调查的事项。诚然,在传统既判力理论视角下,若前后诉当事人完全一致、诉讼标的同一,既判力存在与否确实应当属于法官依职权调查的范畴,而不在当事人的处分权范畴内,否则便可能导致既决事实的再争议。但是,当我们承认案件基本事实具有既判力(前诉),并可由案外人在后诉中主张时(基于上述《证据规定》),此时当事人并非完全一致,因而适用前诉代表人诉讼判决与否(当然按照上述《证据规定》应当适用)、适用一审裁判还是二审裁判,均不会导致既决事项的再争议。故,此时既判力存在与否并不必然需要交由法院来调查,而可遵循权利逻辑,交由投资者自由选择,那么上述问题也就迎刃而解了。

需要指出的是,我国《证据规定》认为案件基本事实具有既判力或预决效力的观点,与大陆法系的既判力理论通说不一致。一般认为,通说否认案件基本事实的预决效力的原因在于防止当事人被突袭裁判以及提升审理效率两方面。^①但这并非主要原因,德国的罗森贝克等教授指出,虽然鉴于诉讼应实现法律和平的目的,可赋予裁判理由(含案件基本事实)广泛的约束力,但德国“立法机关以自己的表述有意识地防止向普通法转化的广泛观点”表明其“有意识地选择也反对这种拘束”,^②而这也使既判力理论的通说不再承认案件事实具有既判力。可见,既判力理论通说不承认案件基本事实具有既判力,主要是基于立法者政策上考量的缘故。

同时,防止当事人被突袭裁判以及提升审理效率的理由也难以成立。一方面,案件基本事实是判决主文结论所得出之基础,是当事人利益能否借由诉讼程序而得以实现之关键,因而当事人往往予以严肃考虑并予以充分辩论。例如,美国联邦最高法院在“帕克雷恩公司诉肖尔证券纠纷损害赔偿案”(Parklane Hosiery Co., Inc. v. Shore)中认为,如果当事人在之前的诉讼中享受“充分的诉讼机会”并且这样的事实属于“决定性事实”,那么没有理由禁止案外人在该案中进攻性使用之前诉讼中的事

^① 参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第505~506页。

^② [德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第1159页。

实认定——委托投票说明书确实存在缺陷和误导性。^① 另一方面,在传统“一对一”诉讼结构中,否认案件事实的预决效力,的确可能提升案件的审理效率。但这种提升是建立在对非基本事实的争议上的,对于基本事实的争议,当事人往往予以严肃对待,而难以提升审理效率。并且,就群体性纠纷而言,不承认案件基本事实的预决效力将可能适得其反。例如,德国为应对 2002 年德国电信虚假陈述案爆发所产生的大量案件,于 2005 年颁布 5 年有效期的《投资者示范诉讼法》,试图在原有的既判力理论框架下寻求解决方案,^②但直到该法到期(后被批准延期),案件仍没有任何实质性进展。^③ 德国在传统既判力理论框架下尝试的“失败”,已经充分说明了这一点。

(三) 制度衔接困境

第一,在与调解的衔接问题上,由于《民事诉讼法》调解优先的规定,使上述问题在制度层面难以解决,这可能也是《代表人诉讼规定》为何在第 3 条已强调调解优先原则后,仍要在第 29 条第 2 款——“代表人诉讼调解结案的,人民法院对后续涉及同一证券违法事实的案件可以引导当事人先行调解”——再次强调调解的因由所在。但其实我们不必对此过于担忧,原先的调解使未参与登记的投资者获得了预期,从理性经济人的角度来看,愿意花费大量时间、承担诉讼风险而选择诉讼的投资者毕竟是少数。

第二,在与特别代表人诉讼的衔接问题上,投资者保护机构应当着眼于市场所不愿意解决的案件,以实现特别代表人诉讼与人数不确定的代表人诉讼机制之间的相互协调与有效衔接,避免垄断的出现。例如,有学者指出,可以设置一定的期限作为客观的标准,若在期限内无人人数不确定的代表人诉讼的提起,则投资者保护机构应当依法介入,或介入特别复杂案件等。总而言之,在人数不确定的代表人诉讼与特别代表人诉讼间寻求合适的契合点,有助于证券纠纷的妥善解决,也有助于市场的发展。

第三,在与示范判决机制的衔接问题上,可考虑将示范判决纳入特别代表人诉讼之中。由前所述,投资者保护机构应关注人数不确定的代表人诉讼难以解决或不愿意解决的案件。同时,虽然示范判决基于个案能够实现纠纷的一次性审理,效率高于

^① Parklane Hosiery Co. v. Shore, 439 U. S. 322, 99 S. Ct. 645 (1979); 参见王学棉:《民事诉讼预决事实效力理论基础之选择》,载《国家检察官学院学报》2020 年第 1 期。

^② 参见吴泽勇:《〈投资者示范诉讼法〉:一个群体性法律保护的完美方案?》,载《中国法学》2010 年第 1 期。

^③ 参见黄佩蕾:《德国投资者示范诉讼研究》,载《中国审判》2019 年第 13 期。

代表人诉讼,但个案的审理较之大规模的代表人诉讼的审理,难免会存在审理程度不充分的问题。因而,在本文来看,示范判决制度在时下难以找到其位置,后续可考虑将其纳入特别代表人诉讼制度之中,通过投资者保护机构的介入,来解决人数不确定的代表人诉讼开展的客观障碍问题。