

第二篇

支持诉讼示范判决 研究*

Cases

Review of

S Securities

S Supportive

L itigations

* 本课题承接方为上海市第一中级人民法院课题组。

前 言

近年来,随着证券监管机构对证券市场信息披露违法违规行为的打击力度不断加大,中小投资者维权意识增强,越来越多的上市公司被提起证券侵权民事损害赔偿诉讼。该类案件与普通民事案件的区别在于,涉诉上市公司股民人数众多,一旦发生证券违法行为,往往会造成大量中小投资者的利益受损,案件所涉侵权行为同一,但当事人众多、诉讼标的整体金额巨大。以上海市第一中级人民法院受理的证券虚假陈述责任纠纷案件为例,2015年363件、2016年975件、2017年1235件,收案数量呈持续高位攀升态势。

但从诉讼方式的法律规定上看,根据最高人民法院《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》(以下简称《若干规定》)第12条规定“证券民事赔偿案件的原告可以选择单独诉讼或者共同诉讼方式提起诉讼”。第13条第2款规定“多个原告因同一虚假陈述事实对相同被告同时提起两个以上共同诉讼的,人民法院可以将其合并为一个共同诉讼”。第14条规定“共同诉讼的原告人数应当在开庭审理前确定。原告人数众多的可以推选二至五名诉讼代表人……”故在立法上,该类纠纷的诉讼方式应以单独诉讼、合并审理为基础的普通共同诉讼或人数确定的代表人诉讼进行。

从司法实践来看,《若干规定》出台后一段时间内,证券虚假陈述责任纠纷案件总体体量不大,将一个群体性纠纷以单独诉讼或合并成人数相对较少的共同诉讼审理,虽可能使受诉法院审判业务相应增加,但因该两种诉讼参与人相对固定、案情基本相似,赔偿责任和赔偿数额也可分别确定,故而是可行的。但近年来,遭受损失的中小投资者数量动辄成千上万,原告一方人数异常众多且分散于各地,传统诉讼制度已难以应对。从上述诉讼方式来看,单独诉讼反映了投资者不同的权利

主张,给予每一位投资者相同的程序保障,是有必要的。但大量的单独诉讼导致了案件整体体量庞大,且因为相同的侵权事实要被重复审理、认定而导致诉讼资源浪费、当事人讼累增加。首先,普通共同诉讼在受害人索赔金额较大且相对集中的案件中能充分发挥合并审理的优势,但虚假陈述民事赔偿案件存在小额多数、当事人分散等特征,共同诉讼方式的使用受到很大的限制。其次,即使是合并为共同诉讼,现有的诉讼规模也超出了共同诉讼可容纳的人数,并且在普通共同诉讼方式下每一个投资者都可以分别动用其诉讼上的权利,实际诉讼效率不高。因此,实践中共同诉讼的合并主要限于多个当事人由同一律师代理的情形。最后,代表人诉讼在实践中难以操作,原因在于当事人之间虽然诉讼标的相同,但实际都有不同的权利主张和诉讼请求,且不提征得数以万计的全体当事人的一致意见是否有可能,单就征询过程而言也是一项复杂艰苦的工作,无形中增加了程序的成本,故代表人诉讼在实践中几乎没有适用的机会。

在这种情况下,法院只以单独诉讼、合并审理的方式处理如此大规模的群体性案件,就存在诸多问题。一是对司法资源的重复浪费。现阶段,法院多是以单独诉讼的方式受理案件,即使采用合并审理的方式,往往并案数量也不会过多,传统诉讼方式的经济效率问题凸显。大量相同个案须分别组成合议庭,开庭、辩论、上诉,继续重复前案所做的事实认定和法律适用工作,造成了两级法院司法资源的不必要浪费,也导致整体诉讼进程较缓慢。二是调解工作进展不大。一方面是由于在单独诉讼方式下双方当事人诉讼实力悬殊,并无进行和解议价的基础;另一方面是由于判决结果存在较大的不确定性,在法院作出生效判决对相关事实和法律适用明确认定之前,调解工作遇到较大阻力。三是中小投资者维权难。对于投资者而言,胜诉与否、胜诉权益多大以及胜诉之后权益实现率多大等风险均存在较大的不确定性,加上诉讼成本较高、周期冗长,双方当事人诉讼能力不均衡,投资者诉讼维权的成本有可能高于维权收益。大量的群体性纠纷得不到及时和有效的化解,必然对市场秩序的稳定产生不可忽视、不可低估的消极影响。司法作为社会正义的最后一道防线,构建一套公正高效、契合国情又顺应时代需求的证券群体性纠纷化解机制,已成为当务之急。

群体性纠纷在世界范围内具有普遍性,各国对群体性纠纷的诉讼解决都投入了大量的制度性资源,如美国的集团诉讼制度、德国的团体诉讼制度以及新近发展

起来的示范诉讼制度等。美国的集团诉讼是通过将人数不确定但每个人所具有同一事实或法律关系的当事人拟制为一个“集团”，集团中的一人或数人提起诉讼视为代表整个群体所提起，判决效力扩及群体中的每个个体的制度。该制度通过“明示退出、默示授权”的代表机制，可集中中小投资者进行共同诉讼，形成可与侵权人相抗衡的力量；中小投资者不必亲自参加诉讼，即可享受诉讼成果；对法院而言，可以将众多诉讼一次性解决，也减少司法资源的浪费。但是，该诉讼制度与我国目前证券市场的发展情况、相关法律状况和司法条件都存在很大差距，可行性较低。具体表现在：集团诉讼作为一种彻底追究侵权行为人责任的诉讼方式，与我国证券市场非流通股占较大比例的股本结构、散户投机行为居多的市场情况不符；从集团诉讼要求的代表人的实体处分权、判决效力的扩张上看，与我国现行诉讼法冲突较大；此外，集团诉讼比任何的单独诉讼案件涉及更多的法律和事实问题，从我国现阶段司法条件来看，并不具备解决大规模集团诉讼的实践条件。德国及我国台湾地区的团体诉讼是赋予某些团体诉讼主体资格和团体诉权，使其可以代表团体成员提起、参加诉讼，独立享有和承担诉讼上的权利义务，并可以独立作出实体处分的制度。其优势在于，将多数人分别提起的多个诉讼变为团体统一提起的单一诉讼，诉讼实质仍然是“一对一”结构的诉讼，避免了因使用代表诉讼形式而带来的诸如代表人的选任等大量复杂的诉讼技术问题，能简化诉讼程序；首先，团体在专业知识结构和诉讼能力上要比大多数人高得多，可以在一定程度上解决中小投资者维权难的问题。但是，具体到虚假陈述民事诉讼中，团体诉讼存在一定局限性。这是因为，团体诉讼立法本意是针对不作为之诉，要提起损害赔偿之诉在理论上仍需要投资者的逐一授权，对诉讼效率提升不大；即使是取得部分投资者的授权后提起诉讼，对未授权的其他成员而言，一个团体诉讼的判决最多能解决被告“要不要赔”的问题，而无法解决后续“赔多少”的问题，因为赔偿金额的计算仍要依据不同投资者的具体交易情况而定，且每一位投资者是否是基于虚假陈述而作出的投资决定也需要在个案中逐一认定。示范诉讼制度，是指某一诉讼的争议事实与其他多数事件的事实主要大部分相同，该诉讼经由法院裁判后，其结果成为其他案件在诉讼中或诉讼外处理的依据。参考两大法系的示范诉讼制度，德国《投资者示范诉讼法》是将群体性诉讼中共通事实或法律问题提炼出来移交给上级法院，并经由另行选定示范诉讼原告，使上级法院可在一种新的“两造诉讼”的框架内对共通性问题

先行审理,并以该审理结果作为初审法院解决所有个别纠纷的基础,示范诉讼并不解决个案争点。英美法系的示范诉讼制度则建立在判决具有先例效力的基础之上,法院通过挑选示范案件或示范诉讼当事人,以明确案件共通性的争点。在实践中,示范诉讼并非英美法系国家主流的群体诉讼制度,德国《投资者示范诉讼法》实施后,诉讼效率并没有明显提升。原因在于,除了示范诉讼原告和被告以外的其他所有被中止诉讼(以下以平行案件代称)的当事人,都被列为示范诉讼的参加人,而示范诉讼可能会因为每一个诉讼参加人的行为造成拖延。同时,各诉讼参加人之间的利益冲突加剧了这种拖延效果;其次,这种制度设计主要适用于那些共通性问题比较复杂的案件,如需要在示范诉讼中先行确定被告是否构成虚假陈述行为等。因此,对侵权行为较易认定的案件,特别是对我国现阶段设立了前置程序的虚假陈述案件而言,示范诉讼的引入反而降低了纠纷解决的效率。因为这一中间程序使个案的审理被中止,而作为案件审理焦点的因果关系问题却最终要回到个案诉讼中进行确认。

从上述群体诉讼制度的比较来看,必须要结合案件的具体特点才能判断其效率优势。首先,如果被告的侵权行为是在不作为或者诉讼效益不高、没有原告愿意起诉的情况下,德国团体诉讼具有先天优势。其次,在一方当事人为多数的情况下,只要代表人和其他当事人之间没有意见分歧,法院可用一个诉讼的成本就能解决多数当事人的纠纷,代表人诉讼无疑是最有效率的群体诉讼制度。否则,则需要像美国集团诉讼一样,通过赋予代表人实体处分权、构建“声明退出”机制等,以牺牲部分当事人的正当程序保障为代价来降低当事人之间达成一致的协商成本。最后,如果法律上无法构建与集团诉讼相配套的机制,德国示范诉讼通过构建一个“中间程序”对共通性争点集中先行审理,可以在一定程度上提高诉讼效率。但是,对于个性争点大于共通性争点的纠纷,德国示范诉讼也存在局限性。比较而言,可借鉴英国示范诉讼的思路,在大量个案之中选定一个案件先行作出示范判决、后续案件参照处理,更具有可行性。也就是构建示范判决机制,通过示范案件的审理,既避免共通性争点的重复审理,又可在在此基础上解决后续个性争点,效率相对较高。并且,这种机制符合我国现阶段证券侵权民事赔偿诉讼的特点,也与我国司法实践中以单独诉讼为主的诉讼方式相符。

在一定意义上,我国群体性诉讼中对“系列案件”分批审判,与国外示范诉讼制

度具有异曲同工的效果。对法院而言,以多个单独诉讼分别审理的群体性案件,一般会尽量在“第一案”中全面谨慎地解决所有焦点问题,其裁判结论往往会兼顾潜在在案件或其他已经受理但尚未处理的案件的普遍问题和可能出现的特殊情况。而对于后续的具有共性的多个案件,则会本能地采用合并审理的方式,直接以“第一案”的事实认定与法律适用意见处理后续案件。对当事人而言,一个案件的开庭,具有类似情况的潜在诉讼当事人或者已经起诉的类似案件的当事人都会到庭旁听庭审,在他们对案件的胜负已经有相当预期的情况下,通过法官的协调(包括一定程度上对案件法律观点的开示),包括开庭案件当事人在内的绝大多数会选择与对方达成和解或者调解。问题在于,目前司法实践中的“示范判决”还没有上升为一种独立的、规范的诉讼形式,有必要加以研判。但不可否认,这一新型的诉讼机制通过法院的大量实践已经初具雏形,并且正处于不断发展之中。2016年5月,最高人民法院与中国证监督管理委员会联合下发了《关于在全国部分地区开展证券期货纠纷多元化解机制试点工作的通知》,其中第13条明确要求“建立示范判决机制”,即“证券期货监管机构在清理处置大规模群体性纠纷的过程中,可以将涉及投资者权利保护的相关事宜委托试点调解组织进行集中调解。对因虚假陈述、内幕交易、操纵市场等行为所引发的民事赔偿纠纷,需要法院通过司法判决宣示法律规则、统一法律适用的,法院应当及时作出判决”。

为妥善解决证券侵权民事赔偿案件,构建示范判决机制具有很强的现实意义。一是缓解审判压力,节约司法资源。该类案件数量呈现长期稳增的现象,法院收案压力不断增大;由于法院以单独诉讼的方式受理,每个案件都要重新展开事实调查、开庭辩论,造成了对至少两级法院大量司法资源的重复浪费。二是明确法律适用,促进适法统一。该类案件本身存在诸多审理难点,这与法律规定不明确、各地法院适法不统一、司法自由裁量权较大有关。通过示范判决明确法律适用,可以避免因投资者之间诉讼能力不同导致矛盾裁判。三是强化示范效力,促进纠纷多元化解。示范判决明确了多数原告与被告之间的责任认定,可为后续当事人提供明确的诉讼预期,各方可据此提出更合理、更易于接受的调解方案,有利于稳定投资者情绪和有序引导纠纷的多元化解。四是便捷双方当事人,维护证券市场秩序。对投资者而言,可以通过援引示范判决的结果,大大缩短诉讼周期,尽快获得赔偿;对被告而言,亦可节约重复开庭、质证、答辩的诉讼成本。同时,建立示范判决机制

后,数量庞大的中小投资者维权更便利,违法主体将被迅速追究责任,可起到警示董事、监事和高管勤勉尽责、督促上市公司规范经营的作用。

在借鉴示范诉讼的制度基础上,我国要构建示范判决机制,必须要解决两个问题。第一个问题是示范判决效力的扩张。从群体性纠纷彻底解决的角度来看,最理想的状态是通过示范案件个案的审理和裁判,从而实现对大量平行案件从实体上和程序上一揽子解决,这也是群体诉讼制度的落脚点。要解决这一问题,可以先考虑从我国代表人诉讼中寻找可能的法律依据,因为群体诉讼制度的基本要素就包含了判决效力的扩张。从法律规定上看,我国《民事诉讼法》第54条第4款规定,“未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的,适用该判决、裁定。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第80条进一步明确,“未参加登记的权利人提起诉讼,人民法院认定其请求成立的,裁定适用人民法院已作出的判决、裁定”。从代表人诉讼判决扩张的实质来看,未参加登记的权利人提起的后诉是一个独立而完整的诉讼,与代表人诉讼之间只是普通共同诉讼关系,且因为未参加权利登记,后诉当事人与代表人之间并无授权关系,代表人诉讼判决结果不能直接及于后诉当事人,法院仍需要对后诉实体权利义务关系作出审查。在后诉中可能的情况是,一方面,代表人诉讼判决中所承认和保护的权利未必与后起诉的当事人所要求保护的权利在范围和程度上完全一致;另一方面,假设代表人诉讼判决为被告设定了某种实体义务或责任,但被告可能会认为后起诉的当事人实际上并不享有相对应的权利,如涉及投资者是否符合索赔资格的问题。也就是说,在后续诉讼中,无论是原告还是被告,都有可能对已作出裁决的直接适用提出异议,这本身也是当事人的权利。因此,代表人诉讼效力的扩张范围只能是在共通性的事实认定或法律适用结论上,至于个性化的诉讼请求,则不在扩张范围之内。并且,这种效力的扩张是间接的,以利害关系人在诉讼时效期间内起诉至法院、后诉与代表人诉讼之间存在共通性且当事人同意援引代表人诉讼判决为前提。这种效力的扩张是合理的,也与我国现行司法解释中的免证事由规则相一致,是因为案件本身争点的共通性、当事人之间利益的一致性才构成了判决效力扩张的基础。因此,代表人诉讼判决效力扩张的原理可以类推适用于示范判决效力的扩张。因为示范诉讼程序的目的就是解决共通性的事实认定和法律适用问题。从这一角度来看,示范案件与平行案件之间的关系跟代表人诉讼

案件与未参加登记的权利人另行起诉的案件之间的关系类似。平行案件当事人同意援引示范判决的,法院对共通性争点适用示范判决,并在此基础上就当事人之间的实体权利义务关系作出裁决。如果当事人就示范判决提出异议,法院应作出审查。但应对提出异议的条件限制、不当异议的后果作出规定。

其次,由于示范判决机制与支持诉讼的紧密结合,即在均有利害关系人之外的特定组织介入诉讼程序的情况下,也可借鉴民事公益诉讼既判力扩张的思路。根据最高人民法院《关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第16条的规定,消费民事公益诉讼生效裁判认定的事实,对关联私益诉讼的原告和被告均具有免于举证的预决效力,并且公益诉讼判决中就诉讼标的以及主要争议焦点的判决理由对私益诉讼也产生拘束力,这些争议焦点主要是指对经营者是否存在不法行为的认定。这一规定也可类推适用于示范案件支持诉讼的情况。因为示范案件与平行案件、公益诉讼与关联私益诉讼,都属于针对被告的同一侵权行为提起的多个诉讼且有审理有先后之分、示范案件与公益诉讼案件都有专业主体介入,案件之间在事实认定、争议焦点分析判断以及法律适用方面均有共通性。因此,参照公益诉讼相关规定,已为示范判决认定的事实,因同一侵权行为受到损害的投资者根据《民事诉讼法》第119条规定提起的诉讼,原告、被告均无须举证证明;在共通性的争议焦点问题上,示范判决作出对投资者有利的认定,平行案件原告可以直接主张适用,但被告有相反证据足以推翻的除外;而对被告有利的认定被告不能主张直接适用,仍需就其主张承担举证证明责任。这种判决理由的单向扩张是因为,平行案件中的原告并非示范案件中的当事人,并未参与示范诉讼过程,但示范判决中对事实的认定和裁判,是被告参与并经充分辩论的,所以受侵害的投资者援引示范判决支持其损害赔偿请求并不损害被告权益。相反,由于平行案件投资者并未参加示范案件审理,未对被告主张及证据行使诉权,若直接适用示范判决中对被告有利的认定,则对投资者构成显著的不利益。

第二个问题是示范案件当事人之间诉讼能力不均衡的问题,由于示范判决以单独诉讼为基础,示范案件的原告可能会在证据的掌握上、专业知识和法律水平上均处于劣势,难以与被告抗衡。另外,示范判决效力的扩张也易导致“搭便车”行为,即当事人更愿意在幕后观望示范案件的结果,而不是主动发起示范判决程序、承担较重的诉讼负担,最终造成集体行动缺乏动力。为解决这一问题,有必要发挥

投资者保护机构的作用,通过其支持诉讼来克服投资者个人负担过重和诉讼能力不足的问题,即通过发表支持诉讼意见、支持当事人发起示范判决程序,提升示范判决的专业性和示范案件原告的诉讼能力。

在应然情况下,我国对群体性纠纷的解决,应当在诉讼规则上兼容并蓄地设计多种程序机制,既有现代型的群体诉讼,又有与非诉解决机制的有效衔接。在司法实践中,法院结合案件的类型和具体情况,在尊重当事人程序选择权的前提下,决定具体适用的纠纷解决机制,并且可以在各种机制之间实现灵活的转换。从定位上来看,示范判决机制属于替代性的群体诉讼制度,其在与非诉纠纷解决机制对接上有独特的优势。一方面,因为示范判决会给纠纷当事人带来明确的诉讼结果预期,这对尚未参与诉讼的纠纷当事人之间达成和解会产生极大的推动作用,从而避免后续诉讼的发生;另一方面,由于示范判决是基于单独诉讼,即使是对已进入诉讼程序的平行案件当事人而言,也可以在参照示范判决的基础上选择以调解或和解撤诉的方式终结诉讼程序。因此,当事人程序选择权的自主余地更大,在与非诉解决机制对接上也更具灵活性。

从证券支持诉讼的实践情况来看,由于立法对支持起诉的规定过于原则,司法实践中缺乏可操作性,现阶段证券支持诉讼还存在支持方式零散、支持者诉讼地位不明确等诸多不足。从类似机制的比较来看,支持诉讼可以借鉴公益诉讼的思路,重点在示范案件中支持原告诉讼,从而类推适用公益诉讼既判力向同类私益诉讼扩张的相关规定;在具体支持方式上,可以借鉴“法院之友”制度,通过向法庭提交意见书的方式支持投资者诉讼,这在将来取消证券虚假陈述立案前置程序的情况下尤其必要。结合示范判决机制来看,支持诉讼人可以通过在示范判决机制启动之前征集投资者、取得投资者授权,在示范案件中支持原告诉讼以及在平行案件中协助调解、损失计算等方式,保障示范判决机制的流程顺畅。

证券群体性纠纷解决应该包括三个方面:一是以示范判决机制作为一种补充性的群体诉讼制度,解决司法资源重复浪费的问题;二是加强支持诉讼力度,解决中小投资者维权难的问题;三是完善群体性纠纷的诉调对接,促进纠纷多元化解的实效。

首先,示范判决机制是证券纠纷解决的核心。示范判决机制在诉讼方式上符合现阶段群体性案件的司法实践情况,在诉讼原理上与我国法律规定也并无冲突,

具有较高的可行性。在具体程序设计上,包括四个阶段:示范判决机制的启动、示范案件的选定、示范案件审理及判决及平行案件的分流。第一,示范判决程序的启动可以依任何一方当事人的申请或者由法院依职权启动。第二,示范案件的选定应符合一定的标准,该标准包括:是否已达到群体性案件认定标准,即同类案件(以单独诉讼计数)是否已超过10件;是否符合示范判决机制的适用条件,即同类案件是否存在共通的争点、事实争点或者证据争点,以及个案对共通性争点的审理是否具有超出个案争议的意义;若当事人提出申请的,申请案件是否就上述共通争点具有代表性和申请、是否出于拖延诉讼的目的而提出。示范案件的选定将导致平行案件诉讼程序的中止。第三,示范案件的审理遵循审慎裁判的基本原则,并以解决共通性事实争点、法律争点或证据争点作为示范案件的审理目标。审理过程应注意信息公开。示范判决文书应当围绕示范案件的审理目标充分展开论述。第四,平行案件的分流遵循当事人自愿原则,即示范判决生效后,平行案件诉讼程序恢复并可根据当事人的选择进行分流。一方面,如果双方当事人都对援引示范判决结果无异议的,即原告主张适用且被告无相反证据推翻示范判决的,法院可以根据原告的主张和援引的事实与法律适用意见分别作出裁决,不再对共通性争点进行审理;另一方面,允许当事人就共通性争点提出异议,但只有当当事人就共通性争点提出足以影响案件结果的新证据时,该异议才被法院听取,且当该异议成立时示范判决的效力不发生扩张。此外,法院或专业调解机构可以示范判决为基础对后续纠纷进行调解。对诉讼程序被中止的案件,若当事人达成和解或调解的,由当事人和解撤诉或者由法院出具调解书。对示范判决生效时还未起诉的投资者,如果其与被告和解不再考虑起诉,或通过法院的委派调解机制达成调解的,法院对调解协议予以司法确认。

其次,支持诉讼是证券纠纷解决中不可或缺的一部分,有利于保障弱势群体当事人的诉讼能力平等。具体而言,一方面可在示范案件中保障双方当事人诉讼能力的均衡,另一方面可在后续同类事件中保障各投资者之间的诉讼公平。在示范案件中,可以借鉴美国“法院之友”(amicus curiae)制度,投资者保护机构作为支持诉讼人,可以就案件的处理发表书面的意见,各方当事人可以就该意见进行辩论。支持诉讼人也可以通过从物质上、法律上给予帮助以及选派有法律知识的人作为原告诉讼代理人等方式给予支持。在平行案件及后续纠纷中,支持诉讼人可以协

助投资者依照示范判决的内容搜集、整理证据,包括调取账户信息、交易记录并计算索赔金额等,降低其维权成本,法院分批次组织被告质证后予以认定,建立快速索赔渠道。在投资者保护机构获得相应鉴定机构资质的情况下,也可以通过委托鉴定的方式对投资损失作出鉴定,进一步节省案件的审理成本。

最后,实现纠纷的多元化解是证券纠纷解决的重要目标。一是要完善委派、委托调解机制,构建司法确认绿色通道;二是要建立一定的费用激励机制。就后者而言,从正面效果来看,若当事人达成调解的,法院可以依法减免部分诉讼费用;从负面效果来看,若当事人拒绝接受依照示范判决提出的调解方案,且在后续诉讼程序中不能获得更有利的判决结果的,对方当事人要求其赔偿由此导致后续诉讼程序中增加的交通、住宿、就餐、误工、证人出庭作证等必要费用的,法院可予支持。通过费用激励机制,可以增加当事人按照示范判决调解的动力,避免平行案件诉讼拖延的可能性。

综上所述,为妥善审理证券群体性案件,应当建立一套规范而详细的纠纷解决机制,既包括诉讼与非诉机制的多元构建,也包括诉讼机制本身的多元构建,即在单独诉讼、共同诉讼之外对代表人诉讼、示范诉讼等多种诉讼方式灵活运用。在短期内,可以结合我国现有的若干司法解释、实践经验,尽快规定示范判决规则并开始试点。这一立法与实践并没有冲突,在某种意义上只是对当前行之有效的做法的明晰和规范,立法压力不大。下一步则是通过实践经验的积累,最终形成比较成熟的、具有可操作性的民事诉讼法条文。从长远来看,示范诉讼应当在民事诉讼法和证券法中固定下来,作为证券群体性纠纷领域中法定的群体诉讼制度。

绪 论

第一节 问题的提出

我国证券市场自 1990 年建立以来,经过 10 多年的迅速发展,已取得了丰硕的成果。证券市场在有效配置社会资源和对国有企业公司制和股份制改造、推动社会主义市场经济市场化进程等方面,都起到了不可替代的重要作用。随着证券市场的发展和壮大,规范市场运行机制和市场主体行为的各种法律、行政法规和规章制度日渐成型。《公司法》《证券法》以及国务院发布的《禁止证券欺诈行为暂行办法》和市场行政监管部门的规章等,初步形成了我国证券市场的法律体系,对证券市场发挥着综合调整和管理功能。

在证券市场侵权民事责任法律制度方面,司法的介入始于 2002 年 1 月,即最高人民法院出台了《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》(以下简称《通知》),规定对证券市场上证券信息披露义务人违反《证券法》规定的信息披露义务,在提交或公布的信息披露文件中作出违背事实真相的陈述或记载,侵犯了投资者合法权益而发生的民事侵权案件,法院应予受理。《通知》的出台,标志着法院开始介入证券市场,受理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件,参与对市场行为的规范。在实践基础上,2003 年 1 月最高人民法院公布了《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》(以下简称《若干规定》),对证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件从实体和程序各方面明确了投资者救济规则。《通知》与《若干规定》的公布和实施,推动了我国证券市场民事侵权责任制度的建立和完善。

近几年来,随着证券监管机构对证券市场信息披露违法行为的打击力度不断加大,中小投资者维权意识增强,越来越多的上市公司被提起证券侵权民事赔偿诉讼。以上海市第一中级人民法院受理的证券虚假陈述责任纠纷案件为例,2015年363件、2016年975件、2017年1235件,收案数量呈高位攀升态势。该类案件与普通民事赔偿案件的区别在于,涉诉上市公司中小投资者人数众多。一旦发生证券违法行为,往往会造成大量中小投资者的利益受到损害。所涉侵权行为同一,但当事人众多、诉讼标的整体金额巨大,普遍关注度高、社会影响大,如何妥善、有序、高效和公正地处理好这类群体性纠纷,切实维护好中小投资者合法权益,对维护资本市场健康稳定发展意义重大,也对司法机关提出了较高要求。

从审判实践来看,近年证券侵权民事赔偿案件反映出一些较突出的问题和需求。

一方面,侵害中小投资者合法权益的证券违法行为不断发生,投资者诉讼维权人数增多,大规模证券侵权案件呈现短期激增、长期稳增的现象,导致法院收案压力不断增大,审判实践中现有诉讼程序经济效率问题愈加凸显。对于因同一证券侵权行为受损的投资者,一旦行政处罚下达或出现部分胜诉判决,众多受损投资者就会涌向法院起诉索赔。在“佛山照明虚假陈述案”中,2013年9月至2015年10月仅两年时间,多达2755名原告起诉至广州市中级人民法院。2016年大智慧因虚假陈述被行政处罚,仅1位社会维权律师3个月时间就接受多达700余名投资者委托,给法院带来巨大的审判压力。将来虚假陈述民事赔偿案件取消行政处罚前置程序,在立案登记制背景下,此类案件的审理压力会显著增加。综观现阶段司法实践,该类案件并无采用代表人诉讼的案例,而多以单独诉讼的方式进行。即使采用共同诉讼、合并审理的方式,往往在并案数量上也不会过多。但从适法统一的角度,一旦首批案件生效裁判产生,为确保裁判一致性与公正性,这些裁量标准往往会被法院适用于同一被告的后续大量案件中。大量个案须分别组成合议庭开庭、辩论,继续重复前案所做的事实认定和法律适用工作,既造成了对司法资源的不必要浪费,也导致整体案件审理进度较缓慢。并且,该类案件面临海量交易数据,纯粹的计算、核对工作占用了大量的审判资源,影响了其他案件的审理秩序。

另一方面,尽管受诉法院投入了大量的审判资源,但法院对证券侵权行为引发的群体性纠纷的实际化解效果有限。中小投资者维权呈个体性、分散性,法院往往

时不时收到相关案件,难以实现对群体性纠纷一次性或集中性解决的目的。双方当事人个案上诉讼实力悬殊,诉前调解工作遇到较大阻力。从原告来看,中小投资者面临维权难困境,往往是因其缺乏必要的专业和法律知识,甚至不会判断是否受损、损失多少。不少中小投资者因受损金额不大、专业能力不够、诉讼成本高等原因而放弃维权,导致侵权行为人违法成本较低。反之,对被告来说,上市公司需要不断就同一行为针对不同的原告作重复性的应诉答辩,同样会被占用大量的时间与精力。

针对上述问题及需求,我们建议,最高人民法院与中国证券监督管理委员会联合出台建立证券纠纷示范判决机制的试点通知,在上海地区由上海市第一中级人民法院、上海市高级人民法院和中证中小投资者服务中心先行试点。从审判实践来看,对群体性纠纷若只以单独诉讼或共同诉讼的方式予以受理,必然出现法院对同一纠纷的重复审判。但是,通常法院在处理第一起案件时会根据群体性案件的特点,选择其中争点较具普遍性的案件先行作出判决,在该案中全面谨慎地解决所有焦点问题。若该案当事人上诉,则暂停对其他案件的审理,等待上级法院作出二审判决。待该案判决生效后,法院则会本能地采用合并审理的方式,对于后续的具有共性的多个案件直接以前案的事实认定与法律适用意见处理。实践证明,在“第一案”判决指明后续同类诉讼的未来走向、明确多数原告与被告之间的责任认定的情况下,往往能为数量众多的原告提供一定诉讼预期,各方也可据此提出更合理、更易于接受的调解方案,促进纠纷的多元化解。这说明,分别审理的案件及其判决对于群体性纠纷的解决仍然有一定的扩张性效果。在群体性案件中尝试性地对一个或几个案件率先作出判决,单个案件的结果完全可能适用于众多的当事人,从而形成集团诉讼效应,构成一种最经济、风险最小的纠纷解决方式。在近年来群体性案件数量大幅上升、代表人诉讼遇到诸多困境,大部分法院以单独诉讼或共同诉讼受理群体性纠纷的方式较为普遍的情况下,探索建立示范判决机制有强烈的现实意义,且符合审判实际需求。

第二节 文献综述

在证券群体性纠纷领域,最高人民法院与中国证券监督管理委员会于2016年5

月联合下发了《关于在全国部分地区开展证券期货纠纷多元化解机制试点工作的通知》,其中第13条明确要求“建立示范判决机制”,即“证券期货监管机构在清理处置大规模群体性纠纷的过程中,可以将涉及投资者权利保护的相关事宜委托试点调解组织进行集中调解。对因虚假陈述、内幕交易、操纵市场等行为所引发的民事赔偿纠纷,需要法院通过司法判决宣示法律规则、统一法律适用的,法院应当及时作出判决”。然而,在证券法修订草案中,立法者似乎又有采纳美国集团诉讼的倾向,即“投资者提起虚假陈述、内幕交易、操纵市场等证券民事赔偿诉讼时,当事人一方人数众多的,可以依法推选代表人进行诉讼。国务院证券监督管理机构认可的投资者保护机构可以作为代表人参加诉讼或者清算程序。人民法院作出的生效判决、裁定,对全体投资者发生法律效力,但明确表示不受判决约束的除外”。因此,从上述立法动向来看,还需要加强对示范判决机制相关理论及实践情况的研究,为相关立法提供可行性建议。

从学术研究来看,对证券群体性纠纷的研究主要集中于对现行司法政策的评价。如《关于在全国部分地区开展证券期货纠纷多元化解机制试点工作的通知》关于该类纠纷“不宜采用集团诉讼的形式受理”的规定出台后,证券业和法学界对此争议颇多,如《深交所报告建议尽快建立证券集团诉讼制度》,陈朝阳的《证券民事诉讼机制的完善:兼评最高人民法院〈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〉》等。《若干规定》关于该类诉讼可以采用人数确定的代表人诉讼,而排除人数不确定的代表人诉讼的相关规定出台后,也引起了一些争议,如潘剑锋、陈福勇的《论证券民事侵权案件的诉讼方式》,胡永庆的《证券欺诈民事赔偿案件中集团诉讼模式之构建》和陈明的《构建我国证券侵权的集成式诉讼制度——兼评国内学者对美国集团诉讼制度的三种态度》。可以看出,上述研究更倾向于在证券群体性纠纷中采纳美国集团诉讼模式。在支持引入示范判决机制的研究中,较系统的是复旦大学顾兵的硕士学位论文《证券侵权行为的示范诉讼制度构建》,其中简要探讨了示范诉讼的可行性。此外,对于是否应在证券群体性纠纷中引入支持诉讼,并无相关研究。原因在于,支持诉讼近年来才逐渐进入诉讼法研究视野,实务经验亦不多,在证券领域的适用则更加少见。

除证券群体性纠纷外,就一般意义上的群体诉讼而言,相关学术研究较多,且主要集中在:对我国群体诉讼制度建构的讨论;对代表人诉讼制度的分析、评价、比

较以及实证研究;各国群体诉讼形态之间的比较,如美国的集团诉讼、德国的团体诉讼和投资者示范诉讼、日本的选定当事人等制度的比较等。其中,具有代表性的如范愉所著《集团诉讼问题研究》、汤维健等所著《群体性纠纷诉讼解决机制论》和章武生等所著《外国群体诉讼理论与案例评析》等。但是,就示范判决机制而言,专题研究较少,主要集中在对国外示范诉讼制度的介绍、论证我国构建示范诉讼制度的必要性以及相关具体程序设计等。如杨严炎所著《群体诉讼研究》在“国外其他形式群体诉讼制度的考察”一章,吴泽勇的《〈投资者示范诉讼法〉:一个群体性法律保护的完美方案?》,杨瑞的《示范诉讼制度探析——兼论我国代表人诉讼制度之完善》和齐树洁、徐雁的《群体诉讼的困境与出路:示范诉讼制度的建构》等。上述研究的方向侧重于群体性纠纷的诉讼解决,即构建与代表人诉讼并行的群体性诉讼方式,但缺乏对示范判决在促进非诉解决方面价值的探讨。同时,在司法实践中,尽管有许多群体性案件的处理自觉或不自觉地采用类似示范判决机制做法,相关实践的经验较为丰富,但大多数法院并没有进行充分的理论研究,对其命名也各不相同,有“样板诉讼”“先行诉讼”“先行判决”“试验判决”等。由此可见,示范判决机制并未引起我国理论界与实务界的关注。

总的而言,要充分发挥示范判决机制的功能,一方面,需要加强理论研究,为立法和司法实践提供理论指导;另一方面,要总结我国司法实践的经验,可以借鉴国外成功的做法,着手制定示范判决机制的具体规则,以规范和统一示范判决机制的法律适用。

第三节 报告的构成及研究方法

从文献综述可以看出,我国目前关于示范判决机制研究的理论深度存在明显不足,且实证研究滞后,理论与实践的脱节显而易见。对示范判决机制基本理论研究较少,缺乏对实践情况相对准确的认识和客观的分析判断,且在忽视对于证券纠纷中支持诉讼最新发展的情况下,很难对我国证券群体性纠纷示范判决机制的立法、理论和实践进行深入研究并提出有针对性的意见。

基于这一认识,本篇分别从理论研究、比较研究和实证研究三个方面展开,由

四部分组成。

第一章为证券群体性纠纷解决的实践情况,是以实证研究的方法,在对证券群体性纠纷特点进行总结的基础上,梳理证券群体性纠纷的司法政策、司法实践情况和存在的问题。

第二章是以比较研究的方法,分析比较群体性诉讼的其他立法经验,包括美国的集团诉讼、德国的团体诉讼及我国台湾地区的团体诉讼、大陆法系和英美法系的示范诉讼等,并结合证券侵权案件特点分析在我国进行法律移植的可能性。

第三章重点论证了要适用示范判决机制所需解决的问题,如类推适用代表人诉讼判决效力扩张的规定于示范判决效力的扩张、引入支持诉讼以解决示范案件当事人诉讼能力不足等问题,排除了适用示范判决机制可能的障碍。其次,分析了示范判决机制在诉调对接上的独特优势,提出要构建证券群体性纠纷的多元化化解机制。

第四章是在前期理论研究和实践基础上,提出了构建证券支持诉讼示范判决机制的具体程序。

第一章 证券群体性纠纷解决的实践情况

第一节 证券群体性纠纷的特点

社会发展初期,民事交往形式相对单一,民事纠纷的形态一般表现为单一主体之间的争议。民事诉讼当事人,以原告一人和被告一人形成对立关系而进行诉讼为最基本形态。但随着社会经济关系日趋复杂,横向经济联系不断加强,由同一或同类违法损害事件而引起的、涉及众多人利益的群体性纠纷日益增多。之所以称其为群体性纠纷,一方面是人数众多,另一方面是多数人之间存在关联性 or 同质性,故而可以集合起来寻求一并救济。当这些群体性纠纷被提交到法院时,就形成群体性案件。群体性案件由于涉及人数众多的当事人和大量同类问题,所涉法律关系较为复杂,往往一个案件的受理和裁判会引发一系列新的诉讼和纠纷,传统诉讼形态难以应对。众多当事人通常又属于社会“弱势群体”,一旦集结为合力,备受社会及媒体关注,舆论敏感度高。因此,为妥善解决此类纠纷,各国纷纷建立了专门针对群体性纠纷的诉讼机制,如我国的代表人诉讼等。

证券市场侵权纠纷符合群体性纠纷的定义,因为纠纷在客观上表现为同一行为侵犯市场上众多不特定的投资者权益。根据法律规定,证券市场针对投资者发生的侵权行为归纳起来主要有四大类,即虚假陈述、操纵市场、内幕交易和欺诈客户,因此产生四类民事赔偿案件。在实践中,虚假陈述行为是证券市场发生最多的侵权行为,也是截至目前收到行政监管部门查处最多的侵权行为,进入司法渠道的民事纠纷较多,证券相关法律对虚假陈述的民事责任的规定也相对完善。因此,本研究以虚假陈述民事赔偿案件作为主要研究对象。

从相关定义来看,证券市场的虚假陈述是指信息披露义务人违反证券法律规定,在证券发行或交易过程中,对重大事件作出违背真实真相的虚假记载、误导性陈述,或者在披露信息时发生重大遗漏、不正当披露信息的行为。虚假陈述民事赔偿案件,是指证券市场投资者因受到虚假陈述行为侵害发生损失,向人民法院起诉虚假陈述行为人请求赔偿的民事纠纷案件。从审判实践来看,相对于劳资冲突、环境污染等其他群体性纠纷,包括虚假陈述民事赔偿案件在内的证券群体性纠纷还存在其特殊之处。

第一,分散性。证券交易是投资者根据挂牌证券价格进行报价,通过交易所电脑主机根据价格优先、时间优先的规则撮合交易完成的。相对于其他普通商品市场,交易对象不确定,且交易不受地理条件限制,当事人分散各地难以集中。

第二,个别性。目前,证券市场投资者以自然人为主,一旦发生侵权行为,受侵害的投资者不仅数量众多,各个当事人买入、卖出股票的时间、数量、价位均会有所不同,每个案件诉请的被告、诉讼请求并不相同。即使部分集中,各当事人意见也难以统一。

第三,不确定性。由于投资者投资阶段不同以及投资者众多,在其中确定享有诉权和胜诉权的投资者、确定侵权行为人、确定各投资者与侵权行为之间的因果关系以及应当获得赔偿的损失范围、损失如何计算等,专业性较强,而相关法律规定并不完善,法院自由裁量权较大。因此,无论侵权行为人对其应承担民事责任的后果预期,还是投资者对其应获赔偿的设想,在案件开始审理时都是难以确定的。

第二节 证券群体性纠纷的诉讼方式

随着群体案件和涉诉上访群体案件的进一步增多,法院对于群体案件的处理更加慎重。就现行法律规定而言,虚假陈述民事赔偿诉讼方式的主要依据是《民事诉讼法》和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)以及最高人民法院《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》。

一、《民事诉讼法》及其司法解释

诉讼方式是诉讼参与人实施诉讼行为,实现诉讼目的而依法选择的活动方式,也是法院解决当事人纠纷而依法采取的审判方式。针对当事人一方人数众多的诉讼形态,《民事诉讼法》第53条和第54条规定了代表人诉讼制度。代表人诉讼是指诉讼标的是共同的或同一种类的共同诉讼,当事人一方或双方为多数时,可以从其中选出一人或数人作为诉讼代表人,进行起诉或应诉的法律制度。

这种法律制度是以共同诉讼制度和诉讼代理制度为其理论基础的。^①从主体方面来看,它属于一种特殊的共同诉讼,要求众多利害关系人必须涉及同一事实或法律问题,并且当事人人数众多。根据《民诉法解释》第75条的规定,当事人一方须达10人以上。从代表机制来看,人数众多的当事人无法全部直接参加诉讼,故需推选代表参加,代表人既是本案的当事人,又是其他当事人的代理人,代表全体当事人进行诉讼活动,产生的结果归于其所代表的全体当事人。此外,针对当事人一方人数众多但在起诉时人数尚未确定的共同诉讼,《民事诉讼法》还规定了相应的公告以及权利登记程序。因此,代表人诉讼又可具体划分为人数确定的代表人诉讼、人数不确定的代表人诉讼。

二、审理虚假陈述民事赔偿案件的系列司法解释

2001年9月21日,最高人民法院发布了《关于涉证券民事赔偿案件暂不予受理的通知》。

2002年1月15日,最高人民法院发布了《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》(以下简称《通知》),其中第4条规定“对于虚假陈述民事赔偿案件,人民法院应当采取单独或者共同诉讼的形式予以受理,不宜以集团诉讼的形式受理”。这一规定引起了证券业和法学界对诉讼方式的争议。

^① 参见汤维健等:《群体性纠纷诉讼解决机制论》,北京大学出版社2008年版,第201页。

2003年1月9日,最高人民法院公布了《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》(以下简称《若干规定》),并于同年2月1日起正式施行。这是最高人民法院制定和公布的审理证券民事赔偿案件适用法律的第一个系统性司法解释。根据《若干规定》第12条至第14条的规定,原告可以选择单独诉讼或共同诉讼方式提起诉讼。同时,法院可以将单独诉讼或者共同诉讼加以合并。原告人数众多的可以推选2名至5名诉讼代表人,每名诉讼代表人可以委托1名至2名诉讼代理人。可见,《若干规定》确立的是将单独诉讼、共同诉讼作为基本诉讼方式。同时,将《民事诉讼法》中代表人诉讼制度作出了相应的变通,即允许采用人数确定的代表人诉讼方式,但排除了人数不确定的代表人诉讼。^①

三、虚假陈述民事赔偿案件的司法实践

从各地法院审理虚假陈述民事赔偿案件的司法实践来看,该类案件并无采用代表人诉讼的案例,而多是以单独诉讼的方式进行,即使采用共同诉讼、合并审理的方式,往往在并案数量上也不会过多。

(一)单独诉讼

单独诉讼,是指诉讼当事人各方主体单一的诉讼方式。在中小投资者居多并且比较分散的情况下,对不特定的投资者发生的侵权行为,受侵害的投资者首先提起的民事诉讼通常以单独诉讼的方式出现,也大有可能是针对不同被告提起诉讼。此外,在证券市场中还存在针对特定投资者发生的虚假陈述,因此,采取单独诉讼的方式是有必要的。

单独诉讼有利的一面是使案件简化,便于查清事实和及时作出判决;不利的一面是对众多同类案件逐一解决不符合诉讼经济的要求。从裁判文书网上证券虚假陈述责任纠纷案由下的案件数量也可以看出这一点,自2013年1月1日至2017年12月31日,全国法院证券虚假陈述责任纠纷案件各类裁判文书7045份,但被告只涉及52家上市公司。对当事人而言,众多投资者单独诉讼使案件整体体量庞大,诉

^① 参见李国光主编:《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2015年版,第159页。

讼进程旷日持久,且越是靠后诉讼的投资者获得赔偿的可能性越小。在被告方面,因同一事实被告要出庭成千上万次,针对不同的原告以几乎完全相同的内容答辩成千上万次,浪费大量时间与精力。对法院而言,同样存在效率低下的重复劳动,大量同类案件须重复送达、开庭、辩论,所消耗的诉讼资源呈几何倍数增长。单就各类诉讼文书一项,便上升至与投资人数相同的份数,加上多名被告,又会增加数倍,仅该项费用支出就十分高昂。

(二) 共同诉讼

共同诉讼,是指当事人一方或双方为二人以上,其诉讼标的是共同的或者是同一种类的诉讼。在我国民事诉讼法中,共同诉讼又分为必要的共同诉讼和普通的共同诉讼。前者是指诉讼标的必须合一确定,各人必须一同起诉或应诉,如一个投资者对两个以上的共同被告提起诉讼,或者两个投资者共同投资而受到侵害提起的诉讼;后者是指诉讼标的对于共同诉讼各人不必合一确定,各人之间有个别请求存在且就此所为的判决效力互相无关,这在证券市场民事赔偿纠纷案件中更为常见。因为,虚假陈述的侵权行为客观上表现为同一行为侵犯市场上众多不特定的投资者利益,故被侵权的投资者往往是因同一原因和同一侵权行为而受到侵害,也即基于同一事实而共同产生民事赔偿请求。因此,虚假陈述民事赔偿个案之间是同一种类标的的,可以进行共同诉讼。

在应然情况下,一旦大量投资者就同一侵权行为针对相同被告提起民事赔偿诉讼,法院应选择共同诉讼方式进行审理,即根据《若干规定》第13条的规定将单独诉讼合并成共同诉讼审理。理论上,只要所有原告都是因同一虚假陈述事实对相同的被告提起民事诉讼,即可以合并成一个共同诉讼。如果部分投资者是对不同的被告提起民事赔偿,则该部分投资者可以合并为另一个共同诉讼。据此,所有单独诉讼都可以分门别类地合并为若干个共同诉讼,从而最大限度地简化诉讼程序。但在实然情况下,共同诉讼方式本身也有其局限性。

首先,共同诉讼在处理多数人纠纷时能充分发挥作用的领域多是受害人索赔金额较大且相对集中的案件。^① 大额的索赔金额能促使受害人亲自参加诉讼,相对集中则便于多数当事人的联合,这些都是进行共同诉讼不可或缺的要素。而如前

^① 参见薛永慧:《群体纠纷与群体诉讼研究》,知识产权出版社2009年版,第50页。

所述,虚假陈述民事赔偿案件存在小额多数、当事人分散等特征,对共同诉讼方式的利用将受到很大的限制。申言之,索赔金额与诉讼成本的不对称使投资者缺乏参加共同诉讼的动力,投资者的分散使协调众多当事人参与同一个诉讼程序几乎成为不可能的事情。

其次,立法者似乎认为,只要同一虚假陈述侵权行为所涉及的受害人按照其诉讼请求分别组成规模不等的共同诉讼群体,法院在理论上就可以不考虑其他未起诉的投资者情况,对本法院受理的证券共同诉讼作出独立的处理。这样就减少了共同诉讼的规模和复杂性,同时为法院审判提供了可行性。但实际上,即使合并后的案件仍然超出了法院的审理能力。因为这只是多个单独诉讼合并成的简单共同诉讼,每个原告都可以动用其诉讼上的权利和主张,使诉讼变得无比复杂,以至于无法在合理期间内审理。

最后,由于共同诉讼本身对诉讼空间的限制,当受害投资者的群体规模过于庞大时,便会出现诉讼的长期化、送达所需的大量经费分摊以及诉讼关系的复杂化等难以操作的问题,共同诉讼的整个费用仍然是高昂的。

因此,在实践中诉讼的合并范围多限于同一律师代理的不同原告案件。因为证券市场一旦发生侵权行为,律师一般会积极介入、广泛征寻被侵权的投资者代为诉讼,故众多当事人可能会委托同一名律师出庭,从而使该部分当事人可以相对集中起来。在这种情况下,尽管是多个案件合并,当众多当事人之间的协调只需联系同一个律师,实际出庭人数反而较少。

(三)人数确定的代表人诉讼

《若干规定》第14条规定,“共同诉讼的原告人数应当在开庭审理前确定”。也即,虚假陈述民事赔偿案件的不宜采用人数不确定的代表人诉讼形式,但仍可以采用《民事诉讼法》第53条规定的当事人人数确定的代表人诉讼形式。

关于排除人数不确定的代表人诉讼,最高人民法院原副院长李国光在答记者问时提到,目前证券市场投资者以自然人为主,一旦发生侵权行为,受侵害的投资者不仅数量众多,而且诉讼请求各不相同,情况相当复杂。在没有民事诉讼前置程序和当事人诉讼请求意愿不明的情况下,法院对人数不确定的权利人发出公告、通知登记参加诉讼,不仅与不告不理的诉讼原则相悖,而且使诉讼周期拖长,法院难

以进行审理,投资者的合法权益也难以及时有效地得到保护。^① 并且,《民事诉讼法》中的权利登记程序无法集中处理当事人人数规模上万的诉讼,如果要对数目如此庞大的当事人进行登记,即使不考虑审判时限,这种不经济的诉讼方式的可行性也不大。我国目前没有专门机构对数以万计的投资者及其损失进行登记和计算,仅依靠法院完成公告、对权利人登记以及权利人选择加入诉讼和适用裁判等工作,是不现实的。^②

如果只从程序设计来看,人数不确定的代表人诉讼与人数确定的代表人诉讼并无本质区别。虽然公告程序扩大了诉讼当事人范围,但并没有改变当事人必须明示参加诉讼的程序特征。从实际效果来看,进入公告程序,当事人登记后,选定代表人的权限实际上和人数确定的代表人诉讼没有什么差别。因此,之所以要在虚假陈述民事赔偿案件中排除人数不确定的代表人诉讼,主要是考虑到现阶段法院的司法能力不足。通过公告、权利登记而“选择加入”的方式无法集中处理大规模的诉讼。反之,如果将已提出诉讼的、同一证券侵权诉讼行为所涉及的受害人按照其诉讼请求分别组成规模不等的共同诉讼群体,在每个分立的共同诉讼中,只要原告当事人人数锁定,法院在理论上就可以不考虑其他未起诉的投资者情况,对已受理的共同诉讼作出独立的处理。这样就减少了诉讼的规模和复杂性,同时为法院的及时审判提供了可行性。因此,从某种意义上来看,采取单独诉讼的方式或者分离出若干个原告人数确定的以代表人方式进行的共同诉讼方式来解决证券市场民事赔偿纠纷,是充分考虑且符合当前我国证券市场的发展状况、相关法律制度建设及法院现有司法条件的。

然而,尽管《若干规定》中明确原告众多的共同诉讼可以推选代表人,以人数确定的代表人诉讼方式处理,但该方式在实践中却基本没有被适用。这与《民事诉讼法》代表人诉讼机制本身的问题和虚假陈述民事赔偿案件的特点均有关系。

《民事诉讼法》赋予诉讼代表人享有的只是一般的、不涉及被代表的当事人实体权利的程序权利,而无独立的实体上的处分权,即代表人的诉讼行为对其所代表

^① 参见《就最高人民法院〈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〉李国光答记者问》。

^② 参见贾伟:《关于审理证券市场虚假陈述民事赔偿案件的若干规定》,载李国光主编:《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2015年版,第50页。

人的当事人发生法律效力,但代表人处分被代表人的实体权利时要经过被代表人的特别授权。这种对代表人实体权利的授权对保障全体当事人的权利来说是必要的。但在涉及虚假陈述民事赔偿案件时,所涉当事人人数众多,就不可避免地产生诉讼效率低下、诉讼时间拖延的问题。由于诉讼代表人没有实体处分权,当某一诉讼行为涉及实体权利处分时,如诉讼代表人不能独立作出意思表示,只能暂停诉讼程序,待诉讼代表人征求全体当事人的意见,并取得一致意见后,程序才得以恢复。且不提征得数以万计的全体当事人的一致意见是否有可能,单就征询过程而言也是一项复杂艰苦的工作,这在无形中增加了程序的成本。因此,在证券市场虚假陈述涉及的当事人众多、分布的区域十分广泛、相互之间的联系不紧密的情况下,诉讼代表人征求被代表人的意见则十分困难,甚至是难以实现的。

同理,《若干规定》第15条关于代表人应取得特别授权的规定,同样难以实现。所以,在代表人诉讼中,如果没有一个简便有效的代表程序,不能有效地把多数人一方组织起来,同样会造成大量人力、时间、财力的浪费。

(四)以诉讼合并为特征的“集团诉讼”

现阶段,对虚假陈述民事赔偿案件的审理通常是以原告分别起诉、法院合并审理的方式进行。这种审理程序既不是代表人诉讼,也不是共同诉讼,而是一种以诉讼合并为特征的“集团诉讼”。这种诉讼方式是以证券虚假陈述有关的特殊规定为前提(违法事实已经确认),属于法院的一种职权合并和管理方式,能在事实上起到诉讼经济、使同类问题获得统一审判的功能和效果,也有利于受害人权利救济;同时,不至于引起滥用诉权、诉讼代表人权利过大、剥夺当事人本人处分权等方面的问题。^①

首先,法院以单独诉讼的方式受理案件,之后将同一律师代理的案件合并审理。在这种情况下,原告方虽然是分别起诉,但事实上律师的组织在诉前已经起到了一定集团化的作用,存在合并审理的条件。其次,合并审理只是为方便共通部分的举证、质证和辩论,原来的个别案件和当事人仍然是独立的,个案当事人有权单独达成和解和撤诉。每一个原告请求是否成立仍需要进行个别判断。在一些涉系统性风险的案件中,每个当事人获赔的比例也各有不同。最后,法院在合并后的

^① 参见范愉编著:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社2005年版,第352页。

案件中,仍采取了分批审理的方式,并将先行审理的案件结果适用于后续其他案件。一审法院判决后,众多原告和被告在判决后分别提起上诉。这仍是根据单独诉讼的原则和方式,保证了每个当事人的独立的处分权。

综上,针对我国目前证券市场的发展情况以及我国目前的法律状况,不难发现,对于解决目前存在的虚假陈述民事赔偿案件,采用单独诉讼、合并审理的方式是具有可行性的。在证券市场中,每个投资者买卖证券的时间、价格、数量各不相同,损失大小不一;造成投资者损失的具体原因也不同,有的是因虚假陈述影响而产生投资损失,有的则是在明知虚假陈述的情况下投机造成的损失;由于各投资者交易情况不同,诉讼中为争取自身利益最大化,提出的事实理由也各不相同,如对虚假陈述实施日、揭露日等限制损失赔偿范围关键日期的确定等,不同原告会提出不同的观点。因此,单独诉讼更有针对性。在单独诉讼的基础上合并为共同诉讼审理,一方面,在理论上有利于当事人达成调解,因为原被告可以就同一侵权行为存在与否、投资损失总额多少进行质证、作出让步,而不是面对不同的投资者作成千上万次谈判,调解成本相对较低;另一方面,共同诉讼总的赔偿额确定之后,可以在一定程度上避免因单独诉讼中先结案者先获赔、后结案者后获赔甚至得不到赔偿的情况所引发新的不公。对被告而言,承担一个群体的投资损失责任也远比赔偿单个投资者损失的威慑力要大,对市场能起到警示作用。最后,对法院而言,在案件总体体量不大的情况下,单独诉讼、合并审理方式虽可能使受诉法院审判任务相应增加,但因诉讼参与人相对固定、案情相对简单、赔偿责任和赔偿数额较易认定,据此简化流程是可行的。但是,随着同一被告虚假陈述民事赔偿案件收案压力的不断增大,以上诉讼方式的弊端就日益凸显。

第三节 存在的问题

近年来,侵害中小投资者合法权益的证券违法行为不断发生,投资者诉讼维权人数增多,大规模侵权案件呈现短期激增、长期稳增的现象。2016年上海大智慧股份有限公司因虚假陈述被行政处罚,仅1位社会维权律师3个月时间就接受多达700余名投资者委托。截至2018年4月13日,上海市第一中级人民法院共受理

2096名投资者的起诉,给法院带来巨大的审判压力。在这种情况下,只以单独诉讼或共同诉讼方式审理如此大规模的群体性案件,就会出现诸多问题。

一、司法资源重复浪费

尽管案件受理数量逐渐增加,但现阶段该类案件还是多以单独诉讼的方式进行。即使采用共同诉讼、合并审理的方式,往往在并案数量上也不会过多,经济效率问题愈加凸显,耗费大量司法资源。

实际上,一旦首批案件生效裁判产生,为确保裁判一致性与公正性,这些裁量标准往往会被法院适用到同一被告的后续大量案件中。如对虚假陈述行为的认定、实施日与揭露日等日期的认定、系统性风险等有关因果关系的认定等,都属于共通性的事实与法律问题。但在大量的后续个案中,仍需再次组成合议庭、开庭、辩论,继续重复前案所做的事实认定和法律适用工作,既造成了司法资源的不必要浪费,也会导致整体案件审理进度较缓慢。另外,由于每一原告的投资损失都需单独计算,且每一原告交易往往不只一笔买入卖出,后续判决的作出面临大批量交易数据,计算工作量极大。在首例判决作出后,计算工作基本上是根据首例判决确定的公式确定一个具体的数额,计算思路相对简单,但由于交易数据复杂,人工计算效率低下且极易出错,迫切需要权威机构协助认证、计算。从当事人角度来看,中小投资者往往缺乏必要的专业和法律知识,除有相关专业领域律师代理的之外,在诉讼中常存在提供的证据不全、计算错误频出等问题,亦需要专业投保机构如投服中心协助进行损失计算、准备相关证据。

二、调解工作进展不大

《若干规定》第4条规定,“人民法院审理证券市场虚假陈述民事赔偿案件,应当着重调解,鼓励当事人和解”。相对于判决方式,当事人若自愿达成调解或和解的,是对争议的内容和问题进行了彻底的解决,不存在上诉问题,有利于纠纷的迅速解决,进而避免社会矛盾的扩大和激化。

但在实践中,一旦发生侵权行为,侵权人如何承担民事责任,承担多大范围的

民事责任,都是很难精确和划分的。在中小投资者单独维权的情况下,双方当事人诉讼实力悬殊,并无进行和解议价的基础。

另外,即使法院或其他机构主持调解,由于该类案件争议空间较大,在法院作出生效判决对相关事实和法律适用明确认定之前,调解工作也会遇到较大阻力。与传统的民事侵权案件不同,证券虚假陈述所引发的赔偿案件具有较强的专业性、技术性和复杂性等特点。虽然《若干规定》为法院受理、审理该类案件提供了一定法律依据,但在审判实践中仍遇到了实体上的诸多争议和难题:一方面延长了诉讼进程;另一方面则导致双方争议空间较大、判决结果存在不确定性。

一是虚假陈述行为成立认定难。《若干规定》对证券虚假陈述民事赔偿诉讼设置了前置程序,即原告提起民事诉讼,须提交“有关机关的行政处罚决定或者人民法院的刑事裁判文书”。但是,随着立案登记制改革的推进,该类案件是否仍依赖前置程序存疑。在实践中,部分法院在有前置程序的情况下也以行为不具有“重大性”为由认定其不构成证券虚假陈述行为。

二是因果关系认定难。这一点主要在于诱空虚假陈述和市场系统风险的认定两种情况。由于《若干规定》因果关系推定的范围只限于投资者在揭露日之前买入、揭露日后卖出或继续持有所产生的损失,也即只适用于诱多虚假陈述引诱投资者买入的情形。当虚假陈述类型为诱空时,因果关系如何认定,在审判中存在较大争议。另外,《若干规定》中规定了市场系统风险为排除因果关系的五种情形之一。但关于市场系统风险的定义,《若干规定》并没有作出明确界定,也没有对如何认定系统风险的程度作出进一步规定,司法自由裁量权较大。

三是损失计算方法不统一。投资者进行的股票交易较为复杂,会随着股价的波动多次买入、卖出,在此情况下,不同的计算方法可得出不同的投资差额损失金额。在审判实践中,计算方法的差异主要集中于在揭露日前投资者既有买入又有卖出的情况时买入均价的计算上,共有算术法(不考虑卖出股票)、冲抵法(冲抵卖出股票数量)、加权法(减去卖出股票成本)三种不同算法。适法不统一现象比较突出,当事人争议空间较大。

因此,即使面对高昂的诉讼成本、赔偿判决经济利益难以预见等诉讼风险,被告也宁愿选择周期冗长的诉讼程序,在每一个诉讼中据理力争、拖延时间,而不是达成协议立即赔偿。通常情况下,被告往往还通过提出管辖权异议等手段恶意延

长诉讼进程,从而达到减少参与索赔的总人数、降低赔偿总金额的目的。原告方面,各投资者往往不顾自己的实际情况,径自从各地法院历年相关案例中寻找对自己最有利的点来提出主张,对诉讼风险的估计不足。

三、中小投资者维权难

我国证券市场投资者以自然人为主,这些中小投资者往往缺乏必要的专业和法律知识,甚至不会判断是否受损、损失的多少。根据《若干规定》关于损失因果关系的界定,只有在虚假陈述行为实施日至揭露日之间买入,而且在揭露日之后仍然持有股票的投资者才满足索赔的资格。揭露日的确定直接关系到投资者是否能够参与索赔以及索赔金额的计算。在没有生效判决明确裁判思路的情况下,投资者需要找出可能被认定为揭露日的所有时间点,并结合自己的交易情况评估诉讼风险。同理,索赔金额的计算也是如此。原告往往也会根据不同案例,以自己的理解用不同的计算方法得出损失金额来确定诉讼标的,随意性较大。事实上,如果投资者事先估计的计算方法与之后法院生效判决所确定的计算方法不一致,导致其诉讼请求金额较低的,法院通常会以实体权利处分的理由而仅支持投资者诉请金额。然而,即使同类案件首例判决已经作出,后续起诉的投资者诉请金额仍低于依首例判决所计算损失的情况也不时有发生。另外,现阶段案件原告虽人数众多,但单独诉讼和共同诉讼的方式并不能使众多原告联合起来维权,单个原告与被告之间、各个原告之间诉讼能力极不均衡。即使有专业律师代理,单个原告可投入的资源也难以与被告相抗衡。

因此,该类诉讼对于投资者而言,胜诉与否、胜诉权益多大以及胜诉之后权益实现率多大等均存在较大的不确定性。再加上诉讼成本较高、周期冗长,投资者诉讼维权成本实际上高于维权收益,普遍面临着“为追回一只鸡,须杀掉一头牛”的窘境。

综上,对于现阶段虚假陈述民事赔偿案件,从诉讼方式上来看,单独诉讼、合并审理等以“一对一”为基础传统诉讼制度虽有其必要性和合理性,但已经明显难以应对大规模的案件数量。我国现有立法虽然规定了代表人诉讼作为专门的群体诉讼制度,但相关规定具有内容疏漏、可操作性不强等缺憾,导致实践中存在诸多障

碍。同时,该类案件又存在判决结果的不确定性、双方当事人诉讼能力的不均衡等因素,加剧了中小投资者维权难的情况。大量的群体性纠纷得不到及时和有效的化解,其结果必然对市场秩序的稳定产生不可忽视、不可低估的消极影响。因此,首先,有必要从群体性纠纷的利益一致性出发,对单独诉讼等传统诉讼制度加以改造,使其逐步适应现代群体诉讼的发展,减少司法资源的无谓消耗。其次,应完善诉前调解、诉调对接机制,鼓励纠纷的非诉解决,构建多元化纠纷解决体系。最后,应充分发挥投资者保护机构的功能,为虚假陈述侵权事实、因果关系、损失数额等认定提供专业意见;由投资者保护机构征集、联络投资者并支持其诉讼,以降低维权成本。

第二章 各国和地区群体性纠纷的诉讼解决

第一节 我国证券群体诉讼的立法动向

从我国相关法律法规的修订和司法解释情况来看,目前对证券群体性纠纷的诉讼解决存在两种不同的思路,且均借鉴了域外司法经验。

一是集团诉讼与团体诉讼的结合。证券法修订草案二次审议稿在第 176 条规定,“国务院证券监督管理机构认可的投资者保护机构可以作为代表人参加诉讼”,同时明确规定,“人民法院作出的生效判决、裁定,对全体投资者发生法律效力,但明确表示不受判决约束的除外”。其体系上采用的是美国集团诉讼制度,即一个或数个代表人为了集团全体成员的共同利益,代表全体集团成员提起诉讼。法院对集团所作出的判决,不仅对直接参加诉讼的集团具有约束力,而且对那些没有参加诉讼的主体也具有约束力。其中代表人的选任,采用的是团体诉讼制度,即法律赋予某些团体(特定的投资者保护机构)以诉讼主体资格和团体诉权,使其可以代表团体成员提起、参加诉讼。

二是示范诉讼制度。最高人民法院与中国证券监督管理委员会《关于在全国部分地区开展证券期货纠纷多元化解机制试点工作的通知》中第 13 条要求“建立示范判决机制”,明确“对因虚假陈述、内幕交易、操纵市场等行为所引发的民事赔偿纠纷,需要法院通过司法判决宣示法律规则、统一法律适用的,法院应当及时作出判决”。类似于德国的示范诉讼,即在证券群体性案件中,对事实认定与法律适用存在共通性问题率先作出判决,该判决对其他同类案件产生拘束力。

第二节 各国和地区群体性纠纷的诉讼解决

一、集团诉讼制度述评

1938年,美国制定了《联邦民事诉讼法》,该法第23条特别规定了集团诉讼的程序,从此奠定了美国集团诉讼的法律基础;1966年《联邦民事诉讼法》第23条被修正,使现代法律意义上的集团诉讼程序日臻完善。集团诉讼(class action)是指一人或数人代表有着共同利益的、构成较大群体或集团的人提起的一种诉讼形式。^①通过将人数不确定但各个人所具有同一事实或法律关系的当事人拟制为一个“集团”,集团中的一人或数人提起诉讼视为代表整个群体所提起,判决效力扩及群体中的每个个体。^②

(一)集团诉讼的先决条件及分类

关于集团诉讼的先决条件,一是人数的众多性(numerosity),即集团成员人数众多,合并当事人存在实际困难;二是利益的共同性(commonality),即所有成员存在共同的法律问题或事实问题;三是请求或抗辩的典型性(typicality),即集团诉讼代表人提出的请求或抗辩为集团其他成员的请求或抗辩的典型;四是代表的充分性(adequate representation),即代表人能够公正且充分地维护全体集团成员的利益。

在满足先决条件的前提下,集团诉讼在不同情况下又可分为三类。

第一类集团诉讼是必要的集团诉讼,即法院必须将它作为集团诉讼对待而不得分开进行审理,所有的集团成员无权选择退出该诉讼,且均受该集团诉讼裁决结果的约束。这类集团诉讼往往被用于大规模的侵权纠纷,如航空器爆炸、工厂爆炸等因意外事故引发而涉及人数众多的赔偿案件以及由于药品、产品质量缺陷而引发的产品责任诉讼等。法院将这类案件强制合并为集团诉讼,可以有效避免在同

^① 参见[美]史蒂文·L.伊曼纽尔(Steven L. Emanuel):《民事诉讼法程序》(伊曼纽尔法律精要影印系列),中信出版社2003年版,第330页。

^② 参见肖建华:《群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究》,载《比较法学》1999年第2期。

一事实上重复进行诉讼,并且当被告财力有限时,有利于全面、公平地保护所有受害者的利益。

第二类是涉及寻求禁令或宣告的救济方式的集团诉讼,主要是民事权利案件。其制度设计的基本假设是一个群体由于受到了共同伤害而集体寻求集团范围的救济,多为一方当事人被指控对某个集团实施了歧视。与前一类集团诉讼相同的是,集团成员无权选择退出集团且必须受到判决的约束。

第三类集团诉讼则包含了所有其他必要采用集团诉讼的案件,涵盖那些“法院认定,集团成员的共同法律问题或事实问题相对于仅影响个别成员的问题占优势地位,而集团诉讼对纠纷作出公正和有效的判决优于其他可以被采纳的方式”的案件。该类集团诉讼往往被称为“消费者集团诉讼”,在实践中证券欺诈案件、反托拉斯案件等都是依据这一条款进行集团诉讼的。相较于前两类,第三类集团诉讼的规定最宽松,适用的范围也比较大,因而是美国民事诉讼中被最普遍适用的,也是争议最多的集团诉讼。在该类集团诉讼中,法院应根据情况向集团成员进行最可行的通知,同时也要提供给他们选择退出集团的机会。集团成员通常的诉讼请求包括了法律责任和损害赔偿两方面。由于各当事人受损情况千变万化,请求责任承担方式、损害赔偿金额各有异同,而当法律责任与个人损害赔偿可以分割的,该诉讼通常就被认为可以构成第三类集团诉讼。

(二)集团诉讼的制度设计

除诉讼开始和终结阶段外,集团诉讼的程序与其他诉讼的程序大体相同。在集团诉讼开始阶段,法院必须首先确定该情形是否能证明集团诉讼是必要的,即是否符合集团诉讼先决条件。如符合先决条件,还须确定集团诉讼代表人是否“充分”代表整个集团,以及律师所提供的帮助是否足够。在集团诉讼终结阶段,需要特别的司法监督,以监督集团成员之间对收益的分配。此外,为了平衡判决效力扩张和正当程序之间的冲突,还须为未参加诉讼集团成员提供特定的程序保障。具体而言,集团诉讼重点有以下几个步骤。

1. 集团范围的确定

集团诉讼制度是通过法院对诉讼集团的定义和当事人选择退出的机制来实现对集团范围的确定。法院在确认一项集团诉讼后,向定义的集团成员发出通知,并在通知中明确参加该集团诉讼的人员范围以及集团成员有权选择退出集团诉讼

(opt-out of class action)。集团成员行使退出权必须在法院规定的时限内,书面告知法院,否则即视为其默示加入该诉讼集团,由此集团诉讼的范围得以确定。

2. 通知程序

一般而言,集团诉讼中非代表人的集团方其他成员并不当然知道与自己有关的集团诉讼已经被提起以及集团诉讼的具体情况。因此,受诉法院有义务对全体集团成员进行通知。就法理而言,通知程序是集团诉讼的判决结果对集团的其他成员产生拘束力的必要前提。对于集团中非代表人的其他成员来说,由于集团诉讼采取的是默示授权,只要其他成员没有明示反对加入该集团,既判力扩张将使判决对其产生拘束力。因此,为了满足正当程序的要求,保障集团成员的知情权,保证集团成员自主决定如何行使自己的诉讼权利,通知程序有着特别重要的意义。通知应当尽最大的可能,使缺席的成员获得充分的信息以满足通知有效性的标准。如果缺席成员的姓名和地址是通过适当的努力可以获得的,则必须对每一个单个的成员进行邮寄送达;如果无法获得缺席成员的姓名和地址,则应采取公告通知的方式完成。但在实践中,集团通知名义上是法院通知,但一般是由集团代表人和集团律师承担的。

3. 代表人的选任和审查

在集团诉讼中,代表人代表着其他成员实施诉讼行为,其行为对全体成员发生法律效力。除非集团成员能证明代表人未能公正、充分地履行职责,否则必须受判决既判力的约束,不得就相同的事实或理由另行起诉。同时,集团诉讼以默示方式认可代表人,也即只要其他成员不向法院提出异议即视为同意代表人的选定。^①因此,代表人的行为直接关系到其他集团成员的切身利益,其充分性是既判力及于其他集团成员的前提。法院通过对代表人选任和审查程序的控制与管理,确认代表的充分性,实现对代表人在诉讼中代表行为的监督。

具体而言,须审查以下问题:代表人的利益与缺席集团成员的利益是共同的还是相互冲突;代表人是否善意、有力地保护集团利益,包括是否具有相应的诉讼能力,是否正确履行代表义务,借助合适的律师来积极有力地为整个集团争取利益,

^① 参见杨峰:《美国集团诉讼及其对完善我国证券侵权群体诉讼制度的借鉴意义》,载《福建政法管理干部学院学报》2002年第4期。

善意地维护整个集团的合法权益。

4. 集团诉讼判决效力的扩张

集团诉讼制度通过诉讼拟制出集团,使该集团能起到类似法人实体一样的结果,即代表人的诉讼行为被视为各个成员实现其诉讼权利的诉讼行为。在法院公告期内,没有明确申请排除于集团之外的人都视为参加诉讼,诉讼结果无论胜败均对其发生效力。理论上,集团诉讼既判力扩张的正当性源自严格的通知程序和集团代表人的充分性:一方面强调通知集团成员的适当程序,要求对集团成员发出“最可行的通知”,并经过“合理的努力”对所有成员进行个别通知;^①另一方面则强调对代表人的充分性进行审查的程序。

(三) 集团诉讼制度评析

1. 集团诉讼的实施效果

集团诉讼制度自其产生时便富有争议,各界对其褒贬不一。这种诉讼机制对于消费者利益的保护、抵制破坏市场的不正当竞争、恢复受损害的公民权利等,都起到了不可忽视的作用。但从实施效用来看也存在一些问题,使其遭到不少指责。如集团诉讼本身增加了诉讼的复杂性与处理难度,诉讼效率不高;胜诉酬金制等因素诱使律师恶意驱动与操纵诉讼,导致了滥诉和恶意诉讼;^②庭外和解的公正性缺乏严格监督,集团成员利益无法得到保障等。

为了矫正证券集团诉讼存在的种种问题,美国国会又通过了多项法律,希望鼓励确有价值的诉讼并同时限制滥诉现象,包括在1995年通过《私人证券诉讼改革法》(Private Securities Litigation Reform Act, PSLRA),从诉讼程序和信息披露责任两方面进行了改革;1998年通过《证券诉讼统一标准法》(the Securities Litigation Uniform Standards Act of 1998, SLUSA),限制证券诉讼起诉人规避联邦法律将应向联邦法院起诉的集团诉讼向州法院起诉;2005年通过《集团诉讼公平法》(The Class Action Fairness Act of 2005),扩展异籍管辖和案件移送的概念,并严格规定了集团诉讼的和解程序。

^① 参见潘剑峰、陈福勇:《论证券民事侵权赔偿案件的诉讼方式》,载《政法论坛》2004年第3期。

^② 参见汤维健:《美国民事司法制度与民事诉讼程序》,中国法制出版社2001年版,第391页。

2. 我国适用集团诉讼的障碍

国内不少学者主张在证券群体性纠纷中采取集团诉讼形式。不可否认的是,集团诉讼确实有其优势。首先,证券市场的特性决定了因证券侵权行为造成损失的投资者范围十分广泛,而且受到损失的往往是中小投资者,其在自身权利受到损害时,很难与侵权人抗衡。集团诉讼可以集中中小投资者进行共同诉讼,就形成了可与被告相抗衡的力量。其次,通过集团诉讼,中小投资者自己不必亲自参加诉讼,甚至不用申明参加诉讼,即可享受诉讼成果,节约了诉讼成本。对法院而言,可以将众多诉讼一次性解决,以减少司法资源的浪费。

但是,集团诉讼制度要适用于我国虚假陈述民事赔偿案件,至少存在以下障碍。

(1) 市场条件不具备

第一,股本构成的缺陷。一方面,我国证券市场国有股份占主导地位,绝大多数上市公司是由国有企业股份制改造后形成的。所以,国有股份超过了市场总股本的一半,几乎任何一家上市公司都包含了相当的国有资产。那么,在以国有资产为主的市场条件下,采用私有制前提下的集团诉讼方式进行民事赔偿就不现实。另一方面,国有股和社会法人股总量占市场总股本的2/3,且在市场上均不能流通,这与股份全流通的市场有着本质的不同。在这种状况下,上市公司流通股股东在二级市场受到侵权行为侵害时,持有非流通股的股东因其股份不能流通和取得股份成本低于流通股股价,则不一定受到侵害。集团诉讼的规则不加区分地让部分股东向另一部分股东赔偿,易引发新的不公。

第二,市场风险和侵权行为的发生在新兴市场较突出,同时也因证券市场本身投资和投机的双重性,区分投资者的损失哪部分是由市场风险导致,哪部分是由侵权行为导致是非常困难的。从我国证券市场情况来看,主要以自然人为投资主体,与成熟市场以投资基金为主有着质的差异。自然人投资理性欠缺,抗风险能力较弱,在证券市场上极易发生“羊群效应”追涨杀跌。其往往以短期博取市场差价的投机操作手法为主,极少因看好某个上市公司中长期发展和盈利能力而进行中长线投资。因此,其投资损失中有多少属投机成分,多少是因无辜被侵权,要比成熟

市场投资者的损失更难界定。^①因此,在我国证券市场条件并不完备的情况下,采用集团诉讼制度与市场现实情况并不匹配。

(2) 法律条件不具备

我国《民事诉讼法》第55条规定的人数不确定的代表人诉讼制度,虽然与集团诉讼有相似之处,但仍存在较大差异。

第一,代表人的权限不同。我国《民事诉讼法》第55条第3款规定:“代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。”因此,我国的代表人诉讼如要处理被代表人的实体权利,必须经过被代表人的特别授权。而在集团诉讼中,虽然法院要对集团诉讼中的撤诉与和解进行严格的审查,只有排除了一切可能损害集团成员利益的合理怀疑后,才能裁定该批准,但代表人实际上享有包括撤诉与和解在内的一切处分权,而这一授权是默示的。^②

第二,判决效力扩张的冲突。我国《民事诉讼法》第55条第4款规定:“人民法院作出的判决、裁定,对参加登记的全体权利人发生法律效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间内提起诉讼的,适用该判决、裁定。”因此,我国代表人诉讼的判决只适用于参加登记的人,未参加登记的权利人只有在另行起诉的情况下,才适用法院已作出的判决,判决不能扩张至未参加诉讼的人。而按照集团诉讼规则,法院裁判具有扩张性,如证券法修订草案中所表述的“人民法院作出的生效判决、裁定,对全体投资者发生法律效力,但明确表示不受判决约束的除外”,即裁判的效力直接适用于所有权利人,无须再行判决。但是,由法律直接赋权“国务院证券监督管理机构认可的投资者保护机构”作为代表人,而那些被代表人不参加诉讼,甚至不知道有这样一个诉讼存在,却要受到该诉讼判决的约束。这种制度设计与正当程序理论相悖,这也是这种诉讼制度没有在世界各国得到广泛采用的原因之一。然而,美国集团诉讼之所以有如此大的威力,就在于它允许任何人不经明确授权就可以代表所有集团成员提起诉讼,并可以作出实体处分,包括和解;其判决的效力可以向未参加诉讼的人扩张。因此,采用集团诉讼制度解决我国证券市场侵权民事赔偿纠纷,

^① 参见李国光主编:《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2015年版,第163页。

^② 参见曾艳:《我国证券集团诉讼制度的构建》,载《天津大学学报》(社会科学版)2009年第2期。

在我国现阶段程序法中并无法律依据。

(3) 实践条件不具备

集团诉讼极其繁杂、耗资巨大且耗时过长。由于集团诉讼的标的额往往十分巨大,原被告不得不投入大量的资源和人力、金钱来相互对抗。如果风险全由当事人自行承担,集团诉讼的利用率必然极低。在这种情况下,美国采用了胜诉酬金制(或称风险代理),由律师承担集团诉讼的风险。但由此也产生了两难的困境,如果不给予律师丰厚的回报,他们发动集团诉讼的积极性可能就不足;但如果集团诉讼获得的赔偿大部分给予律师,则集团诉讼本身的正当性就值得怀疑。这也是美国集团诉讼在现实中常被质疑的一点。实际上,我国法律倒并未禁止胜诉酬金制,但在我国律师职业伦理本身尚未真正形成、行业自律程度低、律师职业公信度不高的情况下,将其作为一种集团诉讼的配套制度,并不具备实践条件。

首先,集团诉讼在损害计算和赔偿金分配方面非常困难。在虚假陈述民事赔偿案件中,由于每个投资者具体交易情况不同,侵权行为导致的损失金额也不同。如果集团诉讼解决的问题除了共通性的事实认定和法律适用问题如侵权行为、因果关系等之外,还要解决各投资者具体赔偿问题,实际效率并不会高。从美国实践情况来看,由于集团诉讼比任何的单独诉讼案件涉及更多的法律和事实问题,集团诉讼案件只有8%在一年内了结(通常情况是被法院驳回),有26%在两年内被驳回或者和解,在三年内了结的只占有所有案件的39%,大部分案件都要持续三年以上。^①因此,从我国现阶段对法院审理期限的要求来看,在司法层面也并不具备解决大规模集团诉讼的实践条件。

综上,集团诉讼的制度特点在于“明示退出、默示授权”的代表机制,这种诉讼方式是彻底追究侵权行为人责任的诉讼方式,只要投资者被确定为受害者而未明示放弃权利,无论其起诉与否,都将因他人诉讼而获得赔偿。这与我国目前证券市场的发展情况、相关法律状况和司法条件都存在很大差距,因此,可行性较低。

二、团体诉讼制度述评

团体诉讼与集团诉讼经常被相提并论,他们在诉讼中都是以一个集体的名义

^① 参见李响、陆文婷:《美国集团诉讼制度与文化》,武汉大学出版社2005年版,第50页。

出现,都涉及人数众多的利益群体,都是典型的群体诉讼形态。团体诉讼(Verbandsklage)是一种赋予某些团体诉讼主体资格和团体诉权,使其可以代表团体成员提起、参加诉讼,独立享有和承担诉讼上的权利义务,并可以独立作出实体处分的制度。^①我国在证券法修订草案中明确规定,“国务院证券监督管理机构认可的投资者保护机构可以作为代表人参加诉讼”,即是通过法律的明确规定赋予团体诉讼资格。

(一)德国团体诉讼制度

1. 团体诉讼的基本特征

无论是我国的代表人诉讼,还是美国的集团诉讼,代表人的诉讼实施权一方面来源他自己就是群体的一分子,另一方面来源其他成员的明示或默示的授权。因此,代表人当事人适格基础是当事人身份(实体法上的请求权)和代理人身份的结合,如我国《民诉法解释》第77条规定,人民法院可在起诉的当事人中指定代表人。申言之,代表人本身是案件的当事人,他与其他成员一样,都是案件的利害关系人,与诉讼标的有直接的关联,其不仅以群体代表人的名义,也以自己的名义进行诉讼。^②但在团体诉讼中,团体本身不具有实体法上的请求权,其成为正当当事人的理论基础是实体法的明确规定和授权。首先,该团体一般应具有法人人格,进行过社团登记。作为原告的团体应是具有一定规模的组织完备的团体,而不是为了特定的诉讼事件的目的而临时集合的团体。这也是德国集团救济与美国截然不同的特征。因此,团体诉讼并非一种一般性的民事诉讼制度或程序,而是通过制定实体法,在特定的法律领域设立专门性制度或特殊程序。因为在虚假陈述民事赔偿案件中,投资者保护机构并不必然是被侵权的受害者,只有经过法律特别规定,该团体才具有特殊救济形态的诉权,才成为正当的当事人。这是团体诉讼中较为突出的特征,只有立法特别授权的社会团体,才能提起团体诉讼。换言之,被授权提起团体诉讼的社会团体,是立法者选择用来推行某种公益政策的,这种社会团体肩负起了某种特殊的社会使命,使之有了准政府组织的意蕴。因此,团体诉讼实质上是一种特殊的公益诉讼。

^① 参见章武生:《论群体诉讼的表现形式》,载《中外法学》2007年第4期。

^② 参见肖建华:《群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究》,载《比较法研究》1999年第2期。

其次,团体诉讼适用的范围受到严格的限制。作为一种通过特定实体法建立的专门性的诉讼制度,团体诉讼的立法目的在于惩戒不法行为或预防不法行为的发生,而非追求直接的经济利益,故其适用范围相当有限。德国传统意义上的团体诉讼仅指不作为团体诉讼,即有权利能力的公益团体,以法律的规定就他人违反特定禁止或无效的行为,得向法院请求命令他人中止或撤回其行为的民事诉讼。这种诉讼的主要功能是制止违法和预防保护,而不是重在对受害者进行救济和对违法者进行制裁。一般认定,这种诉讼在实体法上以不作为请求权为基础。如德国《反不正当竞争法》和《反对限制竞争法》等允许行业协会和消费者团体可以针对不正当竞争的违法行为提起团体诉讼。在通常情况下,团体诉讼的发展是与实体法同步完成的。因此,不会出现与实体法规则不协调的团体诉讼,法院也无须承担过重的压力。

在判决效力方面,对于不作为之诉,法院判决虽是针对该团体作出的,但有利于该团体的判决效力并不能当然地、直接地及于该团体的每一位成员,而只有消费者主动援引团体判决时,才发生团体诉讼判决效力的扩张。同时,如果团体诉讼原告败诉的,则消费者因为在该诉讼中没有获得程序保障,该不利判决对其没有拘束力。因此,团体诉讼原告胜诉判决才具有片面的扩张性。

2. 团体损害赔偿诉讼的发展

随着诉讼制度的发展,德国团体诉讼也出现了一些包含损害赔偿请求的新型团体诉讼,但主要是以任意诉讼担当的方式形成的,相当于代位诉讼。所谓诉讼担当,是指第三人基于诉讼实施权而以自己的名义作为原告或被告,就他人之实体权利义务进行诉讼的法律制度。诉讼担当人虽然以自己名义进行诉讼,但诉讼结果中确定的实体权利义务仍然归属于他人。^①从理论上来说,侵权行为的众多受害者可以将其请求权转让给某个团体,由该团体为了全体权利人的利益参加诉讼,以促进集体权利的实现。据此,该团体有权就受害者所转让的请求权以自己的名义提起诉讼。

这一诉讼方式在2002年得到德国法律的确认。此前,德国因受《法律咨询法》

^① 诉讼担当是诉讼实施权与实体权利发生分离的产物,其中又分为法定的诉讼担当和任意的诉讼担当。前者是第三人依据法律明文规定而当然享有诉讼实施权,后者是第三人由权利义务人的意思表示而获得诉讼实施权。

(Rechtsberatungsgesetz)第1条的限制,原仅限于符合一定条件而经主管机关许可的特定职业者,如律师等,可提供法律信息,及收取他人债权或以收取债权为目的而受让债权。至于消费者团体,仅能提供法院外的咨询的服务,而不能为权利人提起诉讼。^①但是,此项限制在德国2002年修正后的《法律咨询法》第1条第3款第8句规定中有所缓解,消费者中心(Verbraucherzentrale)或其他受政府资助的消费者团体,在其业务范围内,在有保护消费者利益的必要时,除可提供消费者于法院外的法律咨询外,还可以就消费者的债权提起一个示范性诉讼(Musterfeststellungsklage),或者接受消费者个人的授权而提起一个集合性诉讼。申言之,如果权利受损的消费者人数不多,且身份容易确定,那么所有的权利人都可以授权消费者团体一并提出集合性的损害赔偿主张。如果人数众多并且身份难以明确,逐一取得消费者授权、分别查明其具体请求权金额几乎不可行,则消费者团体可以提起一个示范性诉讼,以确定被告的民事责任。^②2008年1月生效的《法律服务法》(Rechtsdienstleistungsgesetz)进一步扩大了这种诉讼的可能性:消费者团体不再需要证明,其行为是出于保护消费者的必要——这种证明已被证实是纯粹流于形式的。^③

对于损害赔偿之诉,由于消费者团体是通过从消费者处让渡的请求权而提起团体诉讼。理论上,消费者让渡的是诉讼的实施权,使团体可基于团体成员的诉讼实施权而以自己的名义主张损害赔偿,这种诉讼判决无论是何方败诉,都及于授权该团体的成员。但是,示范诉讼的最终判决对没有直接参加诉讼的团体成员没有约束力。然而,如果案件最终由联邦最高法院处理,将构成一个“事实上的先例”,其决定将被其他法院加以遵守。在证券民事侵权诉讼领域,如果按照《投资者示范诉讼法》的规定给未直接参加诉讼的成员以法定程序保障的,则示范判决对全体成员均有拘束力,该领域的示范诉讼制度将在下文作专门评述。

(二)我国台湾地区证券团体诉讼制度

我国台湾地区“证券投资人及期货交易人保护法”(以下简称“投保法”)于

^① 参见沈冠伶:《诉讼权保障与裁判外纷争处理》,北京大学出版社2008年版,第176页。

^② 参见汤维健:《群体性纠纷诉讼解决机制论》,北京大学出版社2008年版,第188页。

^③ 参见[德]布里吉特·居普里斯:《程序法视野下的消费者权益保护——德国团体诉讼的成功经验和集体权利实现的未来》,载南京大学-哥廷根大学中德法学研究所编:《中德法学论坛》(第7辑),南京大学出版社2009年版,第49页。

2002年7月17日通过。该有关规定将所设立的“保护机构”,即“财团法人证券投资人及期货交易人保护中心”(以下简称“投资人保护中心”),从财团法人证券市场发展基金会中独立出来,其任务之一就是为投资者提起诉讼。“投保法”第28条第1项规定:保护机构为保护公益,于本规定及其捐助章程所定目的范围内,对于造成多数证券投资人或期货交易人受损害之同一原因所引起之证券、期货事件,得由20人以上证券投资人或期货交易人授予仲裁或诉讼实施权后,以自己之名义,提付仲裁或起诉。证券投资人或期货交易人得于言辞辩论终结前或询问终结前,撤回仲裁或诉讼实施权之授予,并通知仲裁庭或法院。据此,投资者得以将“诉讼实施权”授予保护机构的方式,由该机构为投资者提起团体诉讼。

从流程来看,“投资人保护中心”会先在其网站及各大报纸发出公告,征集符合受理条件的投资者登记求偿。投资者委托“投资人保护中心”为诉讼代理人后,即由“投资人保护中心”为原告提起诉讼。登记时,投资者无须支付任何费用。如法院作出具体判决,且依该判决投资者可获得赔偿的,“投资人保护中心”可以在赔偿金额中扣除诉讼必要相关费用,包括法院诉讼费用及相关邮费等,之后依求偿金额比例发还给登记的投资者;如果法院判决投资者未获得赔偿,则投资者无须另外支付费用。团体诉讼的判决效力仅及于登记的投资者,未登记的投资者无法请求分配,但可自行向法院主张权利。^①

与前述德国团体损害赔偿诉讼类似,投资者仅授予诉讼实施权予保护机构,相关请求权主体仍为投资者本人,且诉讼实施权的授予与撤回均任由投资者本人自行决定,故其本质亦属“任意的诉讼担当”。故团体判决的主观范围,仅及于授予诉讼实施权的投资者,就同一事件受损害的其余投资者,并不受团体诉讼判决效力拘束。因此,该诉讼并无法一次性地解决相关纠纷,且因涉及多数不特定的投资者,保护机构无从一一通知,大量投资者未能参与团体诉讼,亦使团体诉讼制度功能大打折扣。

(三) 团体诉讼制度评析

与其他解决群体性纠纷的诉讼制度相比,团体诉讼有其独特的优势。它将多

^① 资料来源:台湾地区“财团法人证券投资人及期货交易人保护中心”网站:www.sfipc.org.tw,最后访问日期:2018年4月11日。

数人分别提起的多个诉讼变为团体统一提起的单一诉讼。其诉讼实质仍然是“一对一”结构的诉讼,且因团体的诉讼资格是法定的,从而避免了因使用代表诉讼形式而带来的诸如代表人的选任、诉讼事项的通知、上诉等大量复杂的诉讼技术问题,能简化诉讼程序,节省司法资源。另外,专业的团体在专业知识结构和诉讼能力上要比大多数人高得多,进行相关的诉讼也更能游刃有余,统一的代位诉讼实质上可更好地保护多数原告的利益。

但是,具体到虚假陈述民事诉讼,团体诉讼本身的制度设计就存在一定局限性。首先,团体诉讼设计之初就是针对不作为之诉,要提起损害赔偿之诉仍需消费者的逐一授权。这无非是把利益的合并从法院内放到了法院外,即在诉讼程序开始之前就以任意诉讼担当的方式确保诉讼实施权的集中行使。换言之,不再要求法院以权利登记的方式确定原告人数,而是要求团体在诉前就征集、联络团体成员和整理证据、梳理诉请做大量的工作。但是,在虚假陈述民事纠纷中,各投资者只是因为权利被害情况相同而临时形成一个群体,成员分布范围广泛,本身并无严密的组织。无论是团体经授权再起诉,还是投资者先起诉再授权团体作为代表人,提前将群体利益合并且转让的可行性很低。

其次,由专业团体进行相关诉讼,从其专业知识和诉讼能力上看确实可解决代表人的充分性问题。但是从实体法来看,该团体本身不一定是适格的当事人,并不存在自身权利受到侵害的情况,也即没有实体法上的请求权。如果其不是代表具体的投资者提起诉讼,则不能解决如损失计算方法的确定等涉及具体赔偿的问题。然而,即使团体是在取得部分投资者的授权后提起诉讼,对未授权的其他成员而言,一个团体诉讼的判决最多能解决被告“要不要赔”的问题,而无法解决后续“赔多少”的问题,因为赔偿金额的计算仍要依据不同投资者的具体交易情况而定。更何况,每一位投资者是否是基于虚假陈述而作出的投资决定,也需要得到个案的逐一认定。因此,从效益最大化的角度考虑,相比逐一取得投资者授权后再提起损害赔偿之诉,不如由团体先提起一个示范诉讼,通过示范诉讼解决虚假陈述行为是否成立、揭露日的认定等共通性争点,明确被告的责任,再由符合索赔资格的投资者选择在援引示范判决的基础上确定具体的赔偿额。这样,既可以省去征集投资者的麻烦,也可以尽可能地实现群体利益的合并。正是在这一理念下,示范诉讼在德国证券民事侵权诉讼领域得到了进一步发展。

综上所述,团体诉讼作为一种“准公益诉讼”,在损害赔偿之诉中的适用范围宜限于直接受害人完全没有兴趣提起诉讼的小额分散型侵害。对于证券市场欺诈引起的群体性纠纷,本非传统团体诉讼的适用范围,要引入团体诉讼的话又需要逐一授权的步骤,实际效率不高。但是,在团体诉讼中,团体作用如何发挥,仍值得借鉴。团体本身具有高于个人的诉讼能力,可以克服个人诉讼能力不足和负担过重的问题。特别是证券领域的投资者保护机构,他们本身高度组织化、并受到政府资助,承担着维护一般公共利益和法治秩序的功能,可以在预防和制止违法行为和大规模侵害方面发挥更加重要的作用。

三、示范诉讼制度述评

示范诉讼(Musterprozess)是指,某一诉讼之纷争事实与其他(多数)事件之事实主要大部分相同,该诉讼事件经由法院裁判后,其结果成为其他事件在诉讼上或诉讼外处理的依据,此判决可称为示范判决(Musterurteil)。

示范诉讼是为适应解决现代社会中大量同类纠纷的需要而产生的,在各国司法实践中是普遍存在的一项制度。如在日本“新潟水俣病诉讼案”中,具有共同争点的几个诉讼同时起诉到法院,新潟地方法院尝试了被称为“选出诉讼”的诉讼方式。该法院先后8次受理了10件同类案件,先选出一个案件作为先行诉讼,最先进入诉讼程序,其余案件分别指定日期进行,待证据调查阶段结束时,将全部的案件集中起来一并审理,最后宣告判决。再如,英国在治疗关节炎药物Opren一案中,多数服用Opren导致健康受损的被害人约有1500人分别提起损害赔偿之诉,法官为避免重复审理及诉讼资源浪费,从中选出对多数当事人而言具有代表性重要争点的案件作为示范诉讼,且对示范诉讼的原告准予诉讼救助。于示范判决确定后,此判决对于其他同类案件,在判例法系的“判决先例必须遵守原则”下,具有约束力。^①此外,我国群体性诉讼中对“系列案件”分批审判,在一定程度上也与示范诉讼具有异曲同工的效果。

理论上,示范诉讼可分为契约型和职权型两种。前者是指,当事人之间协议择

^① 参见沈冠伶:《示范诉讼契约之研究》,载《台大法学论丛》2004年第6期。

定某一案件作为示范诉讼,并约定在示范诉讼判决确定前,其他未起诉的当事人暂不起诉,已提起诉讼的则停止进行,待示范诉讼判决确定后,以该判决作为其他同类纷争解决之准据,在当事人间具有拘束力。后者则是指,法院依职权择定示范案件并启动示范诉讼制度。^① 由于在实际的诉讼中,当事人之间达成示范诉讼协议的情况很少,故本课题以职权型示范诉讼为主要研究对象。

(一)德国《投资者示范诉讼法》

相较之下,德国的示范诉讼的成文法化比较发达。由于德国团体诉讼法定的仅有不作为诉讼形态,对于大规模分散型损害赔偿请求事件,示范诉讼是一种重要的处理方式。2005年德国颁布实施的《投资者示范诉讼法》(Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz-KapMuG),是第一部关于专门规范示范诉讼的民事程序法,对示范诉讼的一系列问题作出了全面系统的规定,具有相当的借鉴意义。根据《投资者示范诉讼法》的规定,示范诉讼可以分为申请、示范裁判和个案裁判三个阶段。^②

1. 申请阶段

申请示范诉讼可以由原告或被告作出,但必须在初审阶段提出。申请中必须包括申请的目、资本市场虚假信息的详细资料、支持申请目的的事实和法律状况(争点、示范诉讼对同类争议的预决必要性)。如果出现下列情况,则不适用示范诉讼:(1)潜在争议的决定与示范诉讼争点无关;(2)所展示的证据效力不足;(3)示范诉讼申请对于其他争议的意义没有被说明;(4)示范诉讼申请出于拖延诉讼程序而提出。

对于不符合条件的示范诉讼申请,法院以裁定方式驳回。如果申请符合条件,受诉法院(地区法院)即裁定在将申请联邦电子公告上公示(Veröffentlichung im Klageregister),公示期为6个月,该公示将导致个案诉讼程序的中断(Unterbrechung des Verfahrens)。公示期间其他原告可以提出示范诉讼申请,原告不要求出自同一受诉法院,其资格由各受诉法院各自审查,但众原告的申请必须是基于相同的事实或法律问题。

^① 参见齐树洁、徐雁:《群体诉讼的困境与出路:示范诉讼制度的建构》,载《中州学刊》2009年第1期。

^② 有关《投资者示范诉讼法》内容的介绍,译自德国 Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz(2016年6月30日修订),参见 <https://dejure.org/gesetze/KapMuG>,最后访问日期:2018年5月16日。

在首个示范诉讼申请公示期内,至少有9个新的示范诉讼申请被公示的,首个作出示范诉讼申请公示的受诉法院即应作出移送裁定(Vorlagebeschluss)将案件移送到地区高等法院;反之,则裁定驳回申请,各诉讼以原有的诉讼程序继续进行。当事人对移送裁定不得声明不服。示范诉讼的移送裁定确定后,地区高等法院受其拘束,必须接受移送。移送裁定内容包括示范诉讼的目标、示范诉讼申请所依据事实的简要陈述,受诉法院应将移送裁定的内容在电子公告中公示。

移送裁定的公示将导致所有已经系属或直至示范裁决作出时仍系属的同类争议诉讼程序的中止(Aussetzung)。为了实现集中管辖,各州可以将案件集中到一个地区法院和一个地区高等法院管辖,跨州的案件也可以通过协议由一个地区高等法院负责示范诉讼的审理。

2. 示范裁判阶段

地区高等法院受理示范诉讼后,参考请求赔偿的金额和多数原告的意见,依自由裁量权在其诉讼程序被依法中止案件的原告中选择示范原告。原告撤回示范诉讼申请不影响其示范原告的适格,但原告如果撤诉、破产、死亡或者丧失诉讼行为能力,则地区高等法院须重新确定示范原告。被中止的案件的原告若未被选择为示范诉讼原告的,则以诉讼参加人(Beigeladen)的地位参加诉讼。示范诉讼被告是诉讼程序被中止的所有被告。选定示范诉讼原告后,地区高等法院在联邦电子公告的原告登记栏公示示范诉讼程序,内容包括示范诉讼原、被告及地区高等法院的文号。在该公示6个月内,尚未提起诉讼的投资者可以书面方式在地区高等法院登记(Anmeldung von Ansprüche)其请求权。请求权的登记应包括登记人及其代理人的说明、示范诉讼程序的文号及其申请登记的请求权说明、请求权所指向的示范诉讼被告以及请求权理由、金额。上述请求权的登记应送达相关被告。

民事诉讼法第一审程序中适用于州法院的相关规定也适用于示范诉讼程序。其中,开庭日期、诉讼各阶段决定对诉讼参加人的送达可以由电子公告所替代,开庭日期的公告期至少为4周。被中止案件(Ausgangsverfahren)当事人即诉讼参加人有权在诉讼中提出攻防手段及实施所有诉讼行为,只要其陈述与行为不与示范诉讼原告产生冲突。示范诉讼应该对申请中提出的共通事实和法律问题作出裁判,但不得对个案争点作出裁判,如损害金额,即使被中止的案件中的赔偿金额相同亦不得裁判。但是,当事人可以在审理中提出新的争点,如果示范决定所涉争议

依赖于该争点的确定、该争点诉涉事实与示范诉讼相同或扩张争点有助于案件审理的,地区高等法院可以作出裁定扩张审理范围并公示。

示范诉讼原告和被告可通过提交书面和解申请或接受法庭提出的和解建议,以和解方式终结示范诉讼程序。和解申请须包含当事人所协商义务的分担、由当事人提交的其有资格履行义务的证明、义务履行的期限以及示范诉讼程序费用的分担条款。和解协议须经法庭确认。经确认的和解协议应送达诉讼参加人,诉讼参加人可在送达之日起1个月内以书面方式向法庭声明退出和解,当声明退出和解的诉讼参加人少于30%的,和解协议即生效。

此外,根据《投资者示范诉讼法》第20条的规定,地区高等法院对示范诉讼作出裁判后,全体当事人均可以向联邦最高法院提出上诉。联邦法院受理后,通知所有示范诉讼程序其他当事人及请求权登记人,他们可以在收到通知后1个月内参加上诉,逾期视为放弃上诉。随后联邦法院启动上诉审程序进行审理。示范诉讼原告提出上诉的,则继续在上诉审程序中作为上诉人(Musterrechtsbeschwerdeführer)推进示范诉讼程序;若其未提出上诉的,则联邦法院将首个提出上诉的诉讼参加人确定为上诉人。

3. 个案裁判阶段

示范判决对初审法院被中止审理的案件具有约束力。但是诉讼参加人可依两种例外情况提出异议:(1)被中止的案件当事人的攻击防御方法受到阻碍;(2)示范原告没有因故意或重大过失没有提出被中止的案件当事人所不知道的攻击防御方法。若当事人达成和解的,地区高等法院须作出裁定确定和解是否生效并公示该裁定,和解效力及于没有声明退出的当事人。

(二)英美法系的示范诉讼

英国《民事诉讼规则》规定,集团诉讼的管理法官可以对诉讼作出指示,该指示可以规定集团诉讼中的一项或几项请求作为示范请求(test claim);^①如果该请求获得和解,法院可以另行指定试验性请求,法院在前试验性请求中所有的命令均约束此后的试验性请求。^②这种试验性请求实际上就是选择有代表性的案件作为示范

^① See CPR, R19.13(b).

^② See CPR, R19.15.

诉讼。

在英国,示范诉讼是与集团诉讼相结合的纠纷解决机制,而且得到了十分有效的运用。根据《民事诉讼规则》第 19 章第 11 条的规定,集团诉讼令必须在律师协会公布而且交付王座法庭的高级主事官处备查。律师协会可以帮助联系有兴趣申请集团诉讼令的当事人,使当事人之间可以相互联系。女王陛下法院服务网上也列有当前所有集团诉讼令的清单,任何人都可以登录该网站查询到这些集团诉讼令,了解每个集团诉讼的审理法庭、主审法官、案件争点和牵头律师。有时,法院还要求当事人在集团诉讼令作出的一定期限内,在全国性报纸上连续刊登启事,以便尽可能地将集体诉讼信息告知全社会。英国《诉讼规则》第 19 章第 15.1 条规定,集团诉讼的管理法院可以就共同争点的审理以及个别争点的审理作出指令,其中共同争点和示范诉讼通常在管理法院审理,对于个别争点的审理,可以指令对当事人来说更为便利的其他地方的法院审理。英国法院的惯常做法是先审理共同争点诉讼,并通过示范案件(lead case)来明晰共同争点。法院在审理集团诉讼案件时往往会要求双方当事人共同选择一些示范案件,这些案件从不同的角度或程度反映争点。这些争点既是个案争点,也是整个集团诉讼的共同争点。通过对示范案件进行审理,法院就更为清晰地了解集团诉讼的共同争点,可以认为,示范案件为集团诉讼共同争点的审理提供了实例或参考。^①

英国下级法院的法官偏好在集团诉讼中运用示范诉讼。示范诉讼可以由双方当事人自行协商确定,但规则也赋予法官自由选择示范诉讼的权力。因此,法官通常都是在集团诉讼的审理中选择核心争点进行试验,这种核心争点往往涉及当事人争议最大的或者法院自己最没有把握的案件争点,以此作为寻求上级法院智力支持的试验田。下级法院会对示范诉讼率先作出判决,并命令中止集团诉讼中的其余诉讼,等待示范裁判生效,通过这种方式达到投石问路的效果,而示范诉讼的处理结果也常常为集团中其他诉讼的解决起到明确的指引作用。以英国预付公司税集团诉讼为例,法院在审理这起原告超过 200 家公司的诉讼时,根据被告的抗辩,将诉讼划分为四个小集团,几乎每一组诉讼都有各自的示范诉讼,下级法院在判决

^① A Brief Factual History of the Action, available at <http://www.edwardsandcompany.co.uk/html/phistory.htm>. 2018. 6. 18.

中充分公开自己的法律观点,并鼓励当事人上诉,借此了解上级法院对争点问题的看法,从而为得出案件的最终解决方案奠定基础。在这些示范诉讼中,最典型的的就是“Metallgesellschaft 公司案”,^①这个案件起诉于1995年,当时英国新的《民事诉讼规则》尚未诞生,因此在程序上并没有集团诉讼制度可资利用。但因案件持续多年,直到2001年伦敦高等法院作出集团诉讼令时,它还没有审结。因此,Metallgesellschaft 公司自然就转化为集团诉讼成员之一。在该案的审理中,英国法院就案件争点向欧洲法院请求初步裁决,^②欧洲法院作出裁判后,这一示范诉讼即对该组集团诉讼以及整个预付公司税集团诉讼中的相关争议产生先例效果,为整个集团诉讼的走向定下了基调,对集团诉讼的处理结果的正当性、一致性和稳定性都起到了不可替代的作用。^③

在美国,示范诉讼是作为集团诉讼的一种替代性方式出现的。《联邦民事诉讼规则》第23条(b)款第(3)项要求法院在确认集团诉讼时要评价为了公正而有效地解决纠纷,集团诉讼是否比其他方法更为优越。法院必须考虑解决纠纷的替代性方法,包括非集团的合并方法。这些非集团的替代性方法包括:单独诉讼、强制的或任意的当事人合并、根据规则第24条允许当其他人通过介入而成为当事人、根据规则第42(a)条进行的合并(consolidation)、跨州的合并或集中、由另外的法院(联邦或州法院)或行政机构解决、采用示范诉讼或前导性方法。^④

美国挑选示范诉讼当事人的方法也颇具特色,这些方法主要包括以下几种。(1)原告选择:一些法院允许原告方挑选出所有的示范原告。为了限制任何潜在的不公正,法院可能会通过指示原告挑选有代表性的诉讼请求人来限制原告的判断力。(2)多方选择:为了避免任何可能的不公正,一些法院允许原告和被告挑选数目相同的示范原告。其他一些法院允许当事人和法院一起提名示范原告。这些方法的本意旨在提高挑选方法的公正性,从而增加双方当事人接受示范性判决的可能性,并有利于解决剩余的案件。(3)随机选择:这种方法避免了任何一方当事人

^① Metallgesellschaft v. CIR, [2001] ECR I-1727.

^② 该争点是英国《收入和公司税法》中有关集团收入选择权只给予英国本土的母子公司是否违反《欧洲共同体条约》中有关自由设立公司的原则。欧洲法院认定英国国内法违反了该条约的规定。

^③ 有关预付公司税集团诉讼的案情,参见 Simon Whitehead, “Group Litigation And The European Court of Justice”, (2006)8 *The EC Tax Journal* 16。

^④ 参见杨严炎:《群体诉讼研究》,复旦大学法学院2007年博士学位论文,第66页。

的操纵,但有可能产生欠缺代表性的示范原告。如果法院和当事人认为随意选择出的原告在某些方面并不能作为整个原告群体的代表,那么示范判决最后促成和解的可能性就极小。法院也可以通过增加随机挑选的示范原告的数量来改善随机挑选方法所存在的问题,但这样做又会损害示范诉讼本身的目的。(4) 分层随机挑选:在这种挑选方案当中,当事人和法院对能公正地代表所有原告的当事人的类型进行定义,然后,法院或原告的律师从每一类型当中随机挑选示范原告。这一混合的程序方法降低了不公正性,增强了示范原告的代表性。法院挑选出的示范原告的人数通常要少于 10 人。人数太多可能会难以处理,也可能会破坏进行示范诉讼的宗旨。当然也必须有代表多数诉讼请求的充分数量的示范原告,以保证示范诉讼的结果对当事人来说具有正确性和可预测性。^①

(三) 示范诉讼制度评析

从上述制度设计可以看出,英美法系具有实施示范诉讼制度的先天优势,即在其“判决先例必须遵守原则”下,立法者可以不用考虑示范判决拘束力扩张的问题,故重点可完全放在如何挑选示范案件上。反之在大陆法系,示范判决效力的扩张是最大的法律技术难题。在我国,示范诉讼也存在同样的难题。依据我国诉讼法理论,既判力原则上只及于当事人。因为民事诉讼判决的目的是为了解决当事人之间民事实体法律关系的争议,判决是基于当事人之间言辞辩论的结果作出的,而且诉讼的胜败是根据当事人的诉讼行为如举证方法、范围等来确定的,因此,原则上不应将既判力扩张到没有参加诉讼的案外人。^②

1. 诉讼参加与效力扩张的两难

德国《宪法》第 103 条规定的法定听审权(Rechtliches Gehör),即法律争议的当事人有权知晓诉讼程序涉及的法律关系及判决结果,法庭必须听取当事人的陈述。对于非示范案件的当事人而言,他们与示范案件的当事人之间并无代表与被代表的关系,除非其有权参与诉讼、参加庭审并对法庭主张事实、证据和法律意见,否则无人能受到法庭对其他案件判决的强制性约束。

但从《投资者示范诉讼法》的规定可以看出,德国立法者采取了别具一格的程

^① 有关预付公司税集团诉讼的案情,参见 Simon Whitehead, “Group Litigation And The European Court of Justice”, (2006)8 *The Ec Tax Journal* 16。

^② 参见李龙:《论民事判决的既判力》,载《法律科学》(西北政法学院学报)1999 年第 4 期。

程序设计,其要义在于:将群体性诉讼中共同事实或法律问题交给上级法院,并经由另行选定示范诉讼原告,使上级法院可在一种“两造诉讼”的框架内对共通性问题先行审理,并以审理结果作为解决所有个别纠纷的基础。^①申言之,是以“提取公因式”的方法提取共通的事实或法律问题以构造一个新的“案件”,先由上级法院对此作出裁判,再回到地区法院解决案件个性问题。据此,一方面形成了集合性处理大量纠纷的程序结构,通过将先决问题移交上级法院审理而获得了示范判决的垂直效力;另一方面,个案的当事人既可以在示范诉讼中作为辅助参加人提出事实和证据,也可以在自己的诉讼程序中,对示范判决提出异议,从而满足对其法定听审权的保障。

申言之,与英美法系的示范诉讼相比较,德国示范诉讼的审理对象只是构成所有同类案件裁判基础的共通性事实或法律问题,而不是某一个或者几个典型案件。这一点在示范诉讼申请就以列明“确证目的”(Feststellungsziele)的方式得以固定。对于具体个案情况,上级法院并不会在示范判决中作出判定。因此,这类示范诉讼程序也被称为“客观的中间程序”,即示范诉讼程序只是案件审理过程中的一个步骤,最终个案的判决仍要回到地区法院,再就示范判决“确证目的”之外的部分单独审理。德国立法者期望通过这种方式,既为大规模侵害案件提供解决之道,同时也避开各类“代表式”诉讼在处理诉讼参加和判决效力扩张问题时的困境。

2. 德国《投资者示范诉讼法》的实施效果

但从实践效果来看,示范诉讼的效率却并不高。德国《投资者示范诉讼法》的出台始于2004年的德国电信(Deutsche Telekom)的虚假陈述案,包括2100个相关案件被提起,涉及754家律师事务所和数以万计的原告。据当时的报道,如果严格按照德国诉讼法规定的单一诉讼审判程序逐一处理这些案件,大概需要花费15年的时间才能结束审理。立法者意识到,必须解决大型群体性争议和传统诉讼模式激烈冲突的问题,因此,德国《投资者示范诉讼法》被寄予厚望。2005年12月22日,第1份示范诉讼申请在电子登记系统公告;2006年2月17日,就相同事实提出的第10份申请在电子登记系统登记;2006年7月11日,法兰克福州法院作出移交裁决,该裁决长达193页,包括33个示范诉讼申请,其中每个申请又包含1个到20

^① 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。

个不等的子申请。此后,州法院又多次对移交裁决进行扩张或者更正。经过多轮开庭后,法兰克福地区高等法院在2016年11月30日才就该案作出示范判决,认定德国电信对招股说明书中的错误陈述负有过错,但同时说明,该错误陈述与每一位投资者投资决定之间的因果关系仍要依个案情况而定。此时已过去12年,目前该案仍处于联邦最高法院审理阶段。显然,距离投资者真正拿到赔偿还有很长一段时间。反之,在2005年年初,美国投资者在纽约就同一事实向德国电信提起集团诉讼,并以原告获得1.2亿美元赔偿达成和解。可见,德国法院并未因为《投资者示范诉讼法》的实施而对该案诉讼进程有效控制。

3. 制约德国投资者示范诉讼效率的原因

(1) 诉讼参加造成的拖延

从实践情况来看,示范诉讼程序的引入并没有加速诉讼,反而创造了更多诉讼拖延的可能。申言之,除了示范诉讼原告和诉讼被告以外的其他所有被中止诉讼的当事人,都被列为示范诉讼的参加人(Beigeladen)。根据《投资者示范诉讼法》的规定,诉讼参加人有权在诉讼中提出攻防手段及实施所有诉讼行为,只要其陈述与行为不与示范诉讼原告产生冲突。此外,还可以在审理中提出新的争点,以扩张示范诉讼的审理范围。据此,示范诉讼可能会因为每一个诉讼参加人的行为而被拖延。在实践中,考虑到示范判决对于后续诉讼的约束效力,大多数诉讼参加人都会积极参与示范诉讼的审理,其代理律师也会动用一切诉讼手段,以免因为职业过失责任而遭到委托人的起诉。在这种情况下,不能期待法院的负担会有大幅度地减轻。

(2) 移交裁决的复杂性增加

案件审理过程的复杂程度也并没有因为示范诉讼程序的引入而有任何降低。理论上,地区高等法院仅需对同类案件共同的事实或法律问题作出判决,不涉及具体案件的判决,会减少工作量。但对于示范诉讼确证目的应当如何拟定、可以包括哪些问题,在理论和实务上都没有形成统一的认识。由于要从上千个案件中审理共通性问题,牵一发而动全身,长篇累牍的移交裁决,一再扩张的审理范围、旷日持久的开庭,示范诉讼本身的程序设计就增加了诉讼的难度。

(3) 示范诉讼适用范围的局限

对部分案件而言,示范诉讼程序的引入反而降低了诉讼效率。在大规模损害

赔偿之诉中,由于每个案件的损害过程和损害数额都有差别,一个示范诉讼判决并不能解决平行诉讼中可能涉及的所有问题。示范诉讼的效率取决于共通性的事实与法律问题占多大比例。申言之,在证券市场信息责任引起的侵权纠纷中,除了确认信息披露义务人的虚假陈述行为确实存在,还要确认该行为与原告购买股票决定的因果关系。在部分案件中,若被告虚假陈述行为需要在诉讼中认定,那么关于上市公司是否对其财产作出了过高估算、是否虚增了利润等,需要经过花费高昂的专家鉴定。如在“德国电信案”中,仅就德国电信公司所属地产进行估价就需要耗资1700万欧元。那么,示范诉讼程序的引入确实可以节约这部分重复的成本。

但在另一类案件中,对于证券市场信息错误的确认相对简单,或者已经通过行政部门作出认定,但关于该错误信息与购买决定之间因果关系的确认却是很困难的,示范诉讼程序的引入反而降低了纠纷解决的效率。因为这一中间程序使个案的审理被中止,而作为案件审理焦点的因果关系问题最终却要回到个案诉讼中进行确认。比如,在我国司法实践中,虚假陈述行为通常已经在行政处罚中予以认定,诉讼的重心不是通过审理和裁判以确认被告的违法行为,而是追究被告的民事责任,对受害人的损失进行补偿和救济。由于各原告主张的损害赔偿额、理由和证据不同,因此结果也不同,而每个原告购买股票的时间和当时的状况只能在个别诉讼中认定。

(4) 当事人之间的利益冲突

如果整个示范诉讼程序要高效运作的话,必须在假定所有当事人之间存在合作的情况下,而这种假设在现实中经常落空。一方面,如果被告意欲以重复诉讼拖延赔偿的话,那就仍然需要更多的诉讼成本;另一方面,示范诉讼原告与其他诉讼成员也会存在利益冲突。每个投资者关于证券市场信息的认知不同,他们了解相关信息的实践也有可能不同。到底提出哪个事实来证明证券市场信息的虚假性,以哪个时间点来认定虚假信息的首次揭露,不同投资者的判断可能会有出入。其他成员提出与示范诉讼原告完全不同的事实主张是很有可能性的。

4. 移植示范诉讼的可能性

示范诉讼制度存在于许多国家,这与示范诉讼在替代大规模群体诉讼中独特的价值是分不开的。示范诉讼通过对同类诉讼中共通性问题的先行审理,使示范判决对于其他同类事件之后诉在一定条件下具有拘束力,即用比较小的诉讼规模

解决比较大的群体纠纷中共通的事实或法律问题,从而扩大单一诉讼制度解决纠纷的能力,可减轻法院重复审判的负担,节约司法资源。^①

从法律移植的角度观察两大法系的示范诉讼制度,德国《投资者示范诉讼法》设定的示范诉讼制度规范、严谨,注重保障当事人的诉讼权利,但需要一个专门从案件中提炼出共通性问题移交上级法院审理的中间程序,实践中诉讼效率不高。首先,从提级审理来看。应当说,将多数人诉讼的直接上级法院作为示范诉讼的一审法院的规定,通过提高审级而使较高级别的法院甚至最高法院有机会对重大的示范诉讼案件发表意见,可以更充分地实现示范诉讼应有的示范效应。然而,这一规定的负面作用也是十分明显的,不仅诉讼卷宗和文书的往来传递容易造成诉讼的拖延。更重要的是,提级审理在大多数情况下使案件的审判地发生变动,这无疑会增加当事人的诉讼成本和不便。如果案情重大导致多次开庭,诉讼当事人的诉讼成本可能会持续上升,这对小额、分散型诉讼来说可能构成致命的打击。考虑到我国幅员辽阔,地区经济差异巨大,当事人贫富不均较为严重的现实以及示范判决的正确性有上诉制度的保障等因素,我国引入示范诉讼制度时,不宜确定提级审理规则。其次,德国示范诉讼制度更适用于那些共通性问题相较个性问题而言更复杂且重要的案件类型,如被告是否存在虚假陈述行为尚须鉴定的,这也与我国现阶段证券群体性纠纷的案件特点不符。最后,如果要专门构建一个解决共通性问题的中间程序,这一程序的费用如何分担也是很大的问题。

相对而言,英美法系的示范诉讼制度更强调程序运作的自由,其个案审理的方式与我国目前的司法实践也不会发生太大的冲突。事实上,只挑选一个或若干个示范性个案先行审理,也能达到解决共通性问题的目的。但是,英美法系的个案是建立在判决具有先例效力的基础之上,与我国诉讼法理论有本质的差别。英美法系的司法民主程度、司法权威程度以及各项具体程序之完善程度与我国相去甚远,贸然移植的话与配套制度的发展水平不甚契合,有很多问题需要解决。

两大法系既有的示范诉讼制度都可以为我国学习与借鉴,但在考虑法律移植的过程中应当有中国问题的意识。因为上述制度都有其特定的知识背景、文化传统,与特定的国家权力结构、司法的角色定位、社会发展状况、市场经济发达程度等

^① 参见杨严炎:《群体诉讼研究》,法律出版社2010年版,第236页。

因素密切相关,简单的移植必然导致“水土不服”。我国相关的制度模式必须要立足于能够解决我国的实际问题的基础上。因此,有必要在借鉴上述示范诉讼制度的基础上,再结合本土法律资源和司法实践经验,另行构建符合我国国情的示范判决机制,^①以作为对代表人诉讼的补充。

第三节 各群体诉讼制度的比较

一、群体诉讼的基本要素

综观上述集团诉讼、团体诉讼、示范诉讼等制度的设计,均可归为群体诉讼制度,即各国专门为解决群体纠纷而设置的,由特定主体代表多数当事人实施全部或者部分诉讼行为,诉讼结果能过直接影响多数当事人的诉讼程序制度。具体包括以下基本要素:存在利益同一或同质的多数当事人、权利实现的间接性、判决效力的扩张性。^②

(一)存在利益同一或同质的多数当事人

当事人人数众多是群体纠纷最突出的特征。从理论上来说,涉及多数人的同一纠纷或者同种类型的纠纷,也可以通过单独诉讼化整为零。但是,由于这些多数当事人的利益诉求是基于同一或同类事实或者应当适用同一或相似的法律规范,若对此类纠纷反复审理,会造成有限司法资源的大量浪费,分别处理也可能由于个别当事人诉讼能力的不一致而导致矛盾裁判。因此,存在利益同一或同质的多数当事人,将其视为一个整体是群体诉讼适用的前提。

(二)权利实现的间接性

由于当事人人数众多,无法同时参加诉讼,必然由某一主体作为群体代表实施诉讼行为,未能直接参加诉讼的当事人权利就通过代表人得以间接实现。这是群体诉讼区别于共同诉讼或单独诉讼的关键,这一程序设计使得原本分散的多数利

^① 此处用示范判决机制,以与前述示范诉讼制度作区分,其概念界定及定位详见第四章。

^② 参见汤维健:《群体性纠纷诉讼解决机制论》,北京大学出版社2008年版,第65页。

害关系人集中在一起,通过代表将群体纠纷浓缩成一般诉讼可以容纳的主体数量,从而达到简化诉讼的效果。如集团诉讼中的代表人、团体诉讼中的团体以及示范诉讼中的示范案件。这种间接性的处理方法具有“浓缩功能”,可无限扩大诉讼对争议主体的空间容量,^①解决当事人诉讼主体众多与诉讼空间有限的矛盾。

(三) 判决效力的扩张

判决效力主观范围的扩张,是群体诉讼提高诉讼效率、避免矛盾裁判的必然要求,也是群体诉讼区别于单独诉讼的显著特点。所谓判决效力主观范围的扩张,是指第三人在特定条件下与案件诉讼标的产生存在密不可分的关系,而且这种关系对权利的的稳定来说必不可少时,法律规定在适当的条件下扩大判决效力的适用范围。

具体来说,各诉讼制度下具体实现效力扩张的法律技术基础不一,如美国集团诉讼通过默示授权将判决效力扩张至未声明退出的全体集团成员,德国团体诉讼判决的效力经由团体成员的援引扩张于当事人之外的第三人或者依“任意的诉讼担当”扩张至授权的团体成员。德国示范诉讼虽然只审理案件的共通性问题,不涉及案件的个性问题,但相当于是把案件要解决的实体法律关系问题分成了两部分:一部分是在示范判决程序中解决的共通性问题;另一部分是留在个案审理中解决的个性问题。示范判决的既判力直接及于所有平行案件,是对共通性问题部分在诉讼上的一次性解决,在实体权利义务关系上产生法律上合一确定的效果。

二、各群体诉讼制度的效率比较

我国代表人诉讼属于群体诉讼制度,其本质是从众多当事人中选择几个特定的代表人参加诉讼,裁判效力及于全体,从而实现审判的效率。但是,相比其他群体诉讼制度而言,代表人诉讼只是通过合意选任机制压缩了群体规模而已,并无其他提升诉讼效率的实质手段。

(一) 我国代表人诉讼的实践困境

在我国代表人诉讼中,选出的代表人虽代表多数当事人参加诉讼,同时又不剥

^① 参见张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平》,成都出版社1993年版,第165页。

夺当事人的实体权利。代表人的权限仅相当于委托代理中的一般授权,即代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。反观美国的集团诉讼,其代表人无须在取得全体利害关系人的特别授权即能处分实体权利。因此,我国代表人诉讼中虽然增加了代表人,但代表人属于当事人和诉讼代理人身份的统一,本质上并没有超越共同诉讼。代表人与其他当事人的关系属于典型的一般代理关系,也并没有超越诉讼代理的界限。从严格意义上讲,我国代表人诉讼只是共同诉讼和诉讼代理人制度的简单相加,并没有超出传统诉讼原理。

该制度设计过于理想化,也过于简单,没有考虑到实践中可能遇到的诸多难题。首先,法院公告案情、通知权利人就需要一笔费用。如果节省公告费用,知道的人少,就达不到代表人诉讼所预期的规模效益。其次,在跨省、市的情况下,权利人到有管辖权的法院去登记,需要直接花费差旅费,间接花费误工费。最后,权利人推选代表人更是人心不齐,可能会旷日持久。虽然在推选不出代表人的情况下,法院可以与权利人商定代表人,但要商定就要调查,这仍然要耗费很长时间。加上代表人并没有实体处分权,如果被告为了自身利益,不断给出新的和解方案或者收买部分当事人变更、放弃、承认诉讼请求,则诉讼进程更加难以预测。^①此外,代表人诉讼还体现了较强的法院职权主义色彩,当事人并没有程序选择权,特别是在法院拆分诉讼时,当事人缺乏基本的影响力。因此,在实践中代表人诉讼的选择几乎处于被舍弃的状态。

(二)各群体诉讼制度的效率比较

对各种具体的群体诉讼制度的效率优势,必须结合案件的具体特点。首先,如果被告的侵权行为是在不作为或者诉讼效益不高、没有原告愿意起诉的情况下,团体诉讼就具有先天优势。此外,在纠纷发生之初,若争议的事实比较复杂,法院是否受理、法律如何适用以及当事人诉讼请求的正当性等问题都处于非常模糊的阶段。此时,当事人个人所承担的费用和成本风险往往是不成比例的。尽管诉请金额不高,但消费者很难从法庭得到赔偿,而对于企业,尽管其造成损失的总额可能是这一赔偿额的数万倍,其却可以获得数额巨大的收益。因此,绝大部分人会因败

^① 参见廖斌、郭云忠:《群体诉讼模式研究》,载《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2005年第2期。

诉风险过大、诉讼成本过高而不愿提起诉讼,那么由团体代位提起诉讼是很有必要的。这也是为什么传统团体诉讼会长期被限制在为弥补原告动力不足而必须由团体采取行动的案件当中。

其次,如果大量原告都有动力提起诉讼,且在互相之间没有意见分歧的情况下,代表人诉讼无疑是最有效率的群体诉讼机制。因为这种机制几乎把所有能省却的成本都省了下来,在进入诉讼后,代表人的行为可以代表大多数当事人,法院也不需要一一宣判,用一个诉讼的成本就能解决多数当事人的案件,诉讼开支会大幅度下降。但退一步来讲,如果众多当事人真的能众志成城,哪怕没有规定专门的群体诉讼程序,也能顺利地得到结果。因为没有分歧,众多分散的当事人自然合为一个整体,程序必然会运转流畅。回到一般的群体纠纷,多数当事人分散、互相之间难以达成一致是普遍现象。特别是关于损害赔偿方式和数额,当事人之间的意见分歧过大,又不能强制性地要求当事人统一意见,或者当事人之间互不信任,那么强行适用代表人诉讼反而会成为滋生矛盾、延误诉讼的温床。这是因为,大量时间和精力要消耗在多数当事人内部的谈判、妥协和达成共识上。在这种情况下,集团诉讼无疑是最有效率的,但须以赋予代表人实体处分权、构建“默示授权”“声明退出”等机制为前提,在一定程度上以牺牲部分当事人的正当程序保障为代价来降低成员之间达成一致的协商成本。

最后,如果在法律上无法考虑集团诉讼的配套机制,示范诉讼制度也可以在一定程度上提升诉讼的效率。其中,德国的示范诉讼将共通性争点拟合成一个“新的案件”先行审理,并将其判决结果适用于同类案件,至少可以避免在大量个案中对共通性争点的重复审理。但是,在群体性纠纷个性争点大于共通性争点的情况下,这种示范诉讼在实践中的效率并不高。因为个性争点是单独诉讼存在的基础,而共通性争点则为法院审理大规模单独诉讼时降低成本、简化程序、提高诉讼效率提供了契机。当共通性争点占比较小时,单独构建一个中间程序处理共通性争点的收益较低。反之,共通性争点本身是对大量个性争点的汇总和提炼,就这个过程而言,将哪些争点列为共通性争点、如何确定示范诉讼的审理目标等往往存在争议,又会大大增加这一中间程序的成本。从现阶段虚假陈述民事赔偿案件情况来看,共通性争点有是否构成虚假陈述行为、揭露日的认定、因果关系的认定、投资损失计算方法等。其中,是否构成虚假陈述行为已有前置程序的认定,而因果关系和投

资损失计算方法的确定虽然属于共通性争点,但也须基于至少一个原告的实际交易情况才能得出。因此,适用德国示范诉讼并不能有效提升诉讼效率。比较而言,借鉴英国示范诉讼的思路,在大量个案之中选定一个案件先行作出示范判决,后续案件参照处理,更具有可行性。这是通过示范案件的“投石问路”——在个案基础上先解决共性问题,再逐一着力解决个性问题。

综上所述,当群体性纠纷为大规模的损害赔偿之诉时,群体规模越大、成员越分散且存在利益冲突的,个案分批处理反而比集中处理更有优势。如前所述,集团诉讼在我国的适用不具备相应的法律条件、市场条件和实践条件。而团体诉讼虽然可充分起到专业团体对中小投资者的保护作用,但适用范围有限,团体的诉讼资格问题较难解决。比较而言,示范判决机制既可先行审理群体性纠纷共通性问题,又可在后续个案中参照示范判决结果解决个性问题,更符合证券群体性纠纷的特点,也与我国司法实践中以单独诉讼为主的诉讼方式相符。

第三章 我国证券群体性纠纷的多元化解思路

群体性纠纷如果不能通过诉讼外的途径解决,就需要寻求司法救济,通过诉讼方式解决,这就构成了群体诉讼。所谓群体性纠纷的多元化解,是指我国对群体性纠纷的解决,应当在诉讼规则上兼容并蓄地设计多种程序机制,既有现代型的群体诉讼,又有与非诉解决机制的有效衔接。在司法实践中,理想目标是法院结合案件的类型和具体情况,在尊重当事人程序选择权的前提下决定具体适用的纠纷解决机制,并且实现在各种机制之间的灵活转换。

第一节 证券群体性纠纷的诉讼解决

代表人诉讼是我国立法规定的处理群体性案件的诉讼形式。尽管在实践中许多符合群体性纠纷特点的系列案件都不同程度地回避了代表人诉讼的适用,但这并非是对诉讼法的违背,而是因为代表人诉讼只是法院审理群体性案件的一种程序,并非唯一形式而必须适用。当适用代表人诉讼出现困难时,强行指定代表人就违背民事诉讼的基本原理。相比之下,示范判决在我国的司法实践中适用更多。

一、示范判决机制在我国的司法实践

实际上,允许当事人单独参加诉讼,在一个群体案件中实现单独诉讼、共同诉讼与代表人诉讼的并存,并不会导致诉讼效率的明显低下。即使在极端的情况下,法院将群体案件全部拆分成个案审理,对诉讼效率的影响也没有那么严重。原因

即在于,群体性纠纷中存在共通的事实和法律问题。申言之,群体性纠纷一般是由同一行为或事件引起的,纠纷的事实是相同或基本相同的,其具有同质性的事实基础。从法院裁判的角度来看,既然事实相同,在为它们定性时就应当统一,不允许作出差异很大甚至矛盾的认定;在适用法律时,也应当体现它的统一性,以保持裁判结果的一致。因此,如果共通性的问题已经通过个案得到解决,对于后续类似的案件法院就可以直接援引,尽量避免不必要的重复劳动,从而实现同类型诉讼的资源共享。这种诉讼效率的实现可以说是法院一种自然而然的选择。一般而言,多个个案集合的群体性案件,法院在审理第一起案件时通常会全面谨慎,完成所有程序,解决所有的焦点问题(形成示范判决),而对于后续的具有共性的多个案件,则不会再重复已认定的问题,而仅仅解决个案的个性问题。从这个角度来说,只要群体性纠纷是在一个法院内解决,分批审理总是能多多少少地降低诉讼成本。

另外,在纠纷事实认定和法律适用存在较大争议的情况下,一审法院还可能以个案先行审理的方式向上级法院寻求支持,以避免大量同类案件被改判的风险。比如,一审法院在处理这类群体性纠纷时会根据案件的特点,选择其中争点较具普遍性的案件作为示范案件先行作出判决,同时暂缓对其他案件的裁判。待当事人上诉后,等待上级法院对该示范案件作出二审判决,而后再遵照直接上级法院的判决思路对其余案件作出裁判。法院的这种做法实际上就是示范判决的雏形,即通过有代表性的个案先行审理,解决带有共性的事实认定和法律适用问题,从而对其他的同类案件发挥指导性作用。

综上所述,在我国司法实践中,同一法院对于按照单独诉讼或者共同诉讼合并审理的群体性案件,由于没有一种诉讼程序可以将纠纷一次性解决,故必然在一定程度上适用了示范判决制度。但问题在于,上述做法并没有被上升为一种独立的、规范的诉讼形式,示范判决所适用的法律依据也没有被厘清。这既不利于示范判决功能的发挥,也可能造成实践中的混乱。

二、示范判决机制的必要性

(一)缓解审判压力,节约司法资源

从现阶段司法实践来看,一方面,该类案件数量呈现长期稳增的现象,法院收

案压力不断增大。究其原因,一是证监会的行政处罚决定数量、罚没款金额、市场禁入人数均逐年递增,刷新历史峰值,法院审理案件数量也随之上升。二是投资者维权呈个体性、分散性。尽管各原告是因同一虚假陈述事实对相同的被告提起诉讼,但在诉讼形式上均以单独诉讼为常态,人为地导致了案件数量的畸高。三是随着该类案件胜诉判决增多,投资者维权意识亦逐渐提高,一旦有虚假陈述相关行政处罚作出,随即有大批量索赔案件诉至法院。

另一方面,该类案件占用了大量司法资源。据统计,虚假陈述民事赔偿案件平均审理周期长达 270 天。由于案件均以单独诉讼的方式受理,尽管向同一被告起诉的案件具有因同一侵权行为受损的特点,个案审理在侵权行为事实认定、因果关系认定、损失计算方法等方面具有相同性,但每个案件都要重新展开事实调查、开庭辩论,既无实际意义,又重复性地耗费了大量的时间精力。另外,每位投资者的损失金额都需要分别查明和计算。这部分损失都需要从相关交易结算机构调取交易数据,在对投资者账户及交易情况进行核实后,还需要就大批量的交易数据进行计算。由于这部分工作量大,常常成为制约案件审理效率的“瓶颈”。

(二)明确法律适用,促进适法统一

该类案件本身存在诸多审理难点,这与法律规定不明确、各地法院适法不统一、司法自由裁量权较大有关。但证券侵权行为涉及投资者众多、社会关注度高,一旦处理不当,社会维稳压力较大。从法院自身角度来看,如果由上级法院通过示范判决对案件的走向作出定性,可以避免大量一审案件被改判的风险,维护司法权威。

从当事人的角度来看,如果不明确示范判决的效力,较易造成矛盾的裁判结果。在单独诉讼中,当事人需要自己对损害赔偿数额进行举证和说明。但各原告之间掌握的证据、诉讼资源不同,如果完全割裂群体性案件之间的联系,按照独立的单独诉讼方式依据原被告之间举证、辩论来判定责任,则被告完全可以在不同的案件中使用不同的抗辩手段,如主张不同的损失计算方法等,以最大限度地减少赔偿金额。对示范判决的适用,可以保证对同一被告、同一侵权行为的案件采用相同的裁判标准,体现司法公正。

(三)强化示范效力,促进纠纷多元化解

现阶段司法实践表明,一旦首例判决作出后,会给纠纷当事人带来明确的诉讼

结果预期,引导其后续程序的选择。如以上海市第一中级人民法院受理的被告为上海大智慧股份有限公司的证券虚假陈述赔偿案件为例:截至2018年4月13日,该法院共受理2096名原告的诉讼,其中陆续撤诉的原告已累计达688名,占比32.82%;作出判决的涉及847名原告,其中驳回诉请的涉及96名原告;在已结案的案件中,原告诉请获得支持的751名,占比48.93%。但是,即使在首例判决对多数原告有利的情况下,并无双方达成调解或和解的案件。原因在于,该首例判决是由一审程序作出的,并不是对双方实体权利义务关系的终局判断,故被告必然要穷尽其诉讼权利,就全部案件提起上诉以拖延赔偿。可如果进入二审,全部案件又需要重新进行事实调查、法律辩论,耗费的司法资源无疑将成倍增长。故通过适用示范判决机制,待示范案件判决生效后再对其他案件作出处理,是很有必要的。

如前所述,示范判决明确了多数原告与被告之间的责任认定问题,可为数量众多的受损投资者提供诉讼预期。各方可据此提出更为合理、更易于接受的调解方案,有利于稳定投资者情绪和有序引导纠纷的多元化解决。

(四)便捷双方当事人,维护证券市场秩序

采用示范判决机制时,作为投资者个人,只需要证明自己是与示范判决的当事人所诉侵权行为相同、被告相同、交易方向处于可索赔区间,就可以通过援引示范判决的结果,大大缩短诉讼周期,有利于切实维护中小投资者合法权益。作为被告的当事人,因在示范案件中已尽抗辩手段,已审判案例具有示范效应,其余案件则主要通过质证的方式对投资者损失金额予以确认,被告当事人亦节约重复开庭、质证、答辩的诉讼成本。同时,建立示范判决机制后,数量庞大的受损投资者维权更为便利,违法主体将承担巨额赔偿责任,可起到警示董事、监事和高管勤勉尽责、督促上市公司规范经营的作用。

三、构建示范判决机制要解决的问题

证券群体性纠纷要适用示范判决机制,首先应当要解决以下问题:一是示范判决效力扩张;二是示范案件当事人之间诉讼能力不均衡。

(一)示范判决效力的扩张

从群体性纠纷解决的角度来看,最理想的状态莫过于通过示范案件个案上的

审理和裁判,从而实现对大量平行案件从实体上和程序上的“一揽子”解决。在实体上,该类群体性诉讼是由于同一违法行为造成,尽管具体损害未必相同,但对被告的行为的认定以及因此行为导致众多受害人的损失之间的因果关系的认定标准,对于所有纠纷当事人而言是共通的。以虚假陈述民事赔偿案件为例,尽管各投资者诉请损失的具体金额不一,起诉的被告亦不统一,如有只起诉上市公司的、同时起诉上市公司及其实际控制人以及起诉会计师事务所等中介机构的等。但是,关于虚假陈述行为实施日、揭露日的认定以及因果关系几种除外情形,如市场系统风险的认定以及具体损失计算方法等,尽管实际损失情形多样,但各类情形都可以通过若干个典型性案件组成示范案件组予以穷尽并加以明确——该类案件共通性的程度极高,以至于此后平行案件的审理只不过是一种关于“对账”的纯粹数字计算工作而已。而从适法统一的角度,若示范案件先行审理,先作出的裁判毫无疑问地会产生“事实上的先例效力”——同一个法院几乎不可能对后续案件作出实体上不同的裁判。

1. 判决效力扩张的必要性

判决效力的扩张,对于各方而言都是极具效率的程序设计。对于平行案件的当事人而言,可以选择不参加诉讼,而可以等示范案件的结果出来后再申请直接适用,无偿享用前人的诉讼成果。虽然这是一种典型的“搭便车”行为,但对于整个群体而言,反而是一种最有效率的做法。从当事人个体权利的角度来看,面对群体诉讼的巨大风险和不确定性,他完全有权选择规避风险和有利自己的途径。经过观望示范诉讼的结果,能最大限度地规避自身诉讼风险,同时能间接降低群体性纠纷化解的总体成本。这也是符合诉讼经济的需要的。对被告来说也是如此,避免重复应诉的诉累。对法院来说,基于判决效力扩张引起的诉讼,如只需再解决个案中的个性问题,相对于新案的审理,也不会给法院增加实质上的负担,整个诉讼的成本都会大大降低。那么,需要解决的问题就是,如何扩张示范判决效力?

如果参照德国《投资者示范诉讼法》的规定,从同类案件中提炼共通性的事实或法律问题移交上级法院先行审理,则无论是从示范诉讼的审理内容还是审理法院来看,该程序设计本身就为示范判决效力的扩张提供了一定的正当性基础。但是从实践来看,其效率远不如只在同类案件中挑选个别代表性案件先行审理。后者既可以通过若干个案最大限度地解决对因果关系、损失计算方法等问题的认定,

也可以降低示范诉讼的审理难度。因为进入诉讼程序的仅是示范案件本身,示范案件的当事人也仅代表其自身的利益。

但在我国,由于正当程序原则和既判力相对性原则,法院判决并不具有判决先例的拘束力。从诉讼法理论来看,示范案件判决的既判力的主观范围只限于示范案件当事人,对后续案件并没有严格法定意义上的既判力。即使是当事人之间达成协议,也难以就判决的效力扩张进行约定,因为既判力属于判决在公法上的效力,不能因当事人的合意而受到限制。在理论上,尽管有学者提出判决理由也应当有拘束力,理由是基于诚实信用原则及当事人之间的公平原则。如果当事人在诉讼上对其重要的争点已经认真地进行辩论,而且法院也对该争点进行了实质上的审理判断,则后诉应受前诉判决理由中先决法律问题判断的拘束,此即所谓“争点效”的作用。但是,该理论并未得到主流学说认可。因为,通说认为既判力客观范围局限于判决主文中的判断即诉讼标的,而不承认判决理由中的判断有既判力,其依据在于:作为判决理由中判断的当事人主张,相对于判决主文中的判断即诉讼标的而言,处于一种手段性、次要性的地位,对于这些判决理由中的判断,当事人也许没有真正展开彻底的攻击防御。如果让这种争点也产生既判力,就难免对当事人造成突然袭击,也不符合处分权主义和辩论主义的要求。

但是,如果从法律上无法为示范判决效力的扩张找到依据,而只存在一种事实上的“先例效力”,即基于案件的共通性可以在事实上推断法院在后续诉讼中不会作出不同的裁判,那么,这种示范判决的意义是非常有限的:首先,因为“先例效力”要求作出示范判决的法院级别足够高或者要求所有同类纠纷都由同一法院受理,而这并不是总能够实现;其次,尽管法院可以依职权调查示范诉讼相关证据,从证据的角度以“预决的事实”来免除后续原告在后诉中对已在示范判决中认定事实的举证,但后诉被告也有权提出新的证据与攻防手段,从而有可能取得与示范判决不同的结果;再次,若无示范判决效力的约束,即使原告在示范诉讼中胜诉,被告也完全可以通过漫长的后续诉讼来拖延赔偿,因为后续诉讼的结果并不是完全确定的;最后,后续诉讼当事人都是独立地开始自己的诉讼并仅代表自己的利益,也即每个原告都可以动用其诉讼上的权利和主张,大量个案须重复庭审、辩论,实质上并不能有效地降低诉讼成本。因此,如何在现行法律框架内寻求示范判决效力扩张的理论依据,充分发挥示范诉讼的价值,是本篇须

重点研究的。

2. 代表人诉讼判决效力扩张的实质

首先,可以从我国代表人诉讼中寻找可能的法律依据。因为群体诉讼制度的基本要素就包含了判决效力的扩张。按照我国《民事诉讼法》的规定,代表人诉讼分为人数确定的、人数不确定的两种情形。人数确定的代表人诉讼的既判力全部及于被代表的当事人,人数不确定的代表人诉讼的既判力及于公告期满前进行权利登记的当事人,此类情形概无疑义。被代表人系以授权代表人代理诉讼的方式参加诉讼,因此,既判力无须扩张即可直接约束他们。实际上,这种情况可视为共同诉讼与诉讼代理制度的叠加,并不属于既判力的扩张。只有针对人数不确定的代表人诉讼中未在公告期内参加权利登记的利害关系人,才涉及判决效力向他们扩张的问题。^①

从法律规定上来看,我国《民事诉讼法》第54条第4款规定,“未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的,适用该判决、裁定”。《民诉法解释》第80条进一步明确,“未参加登记的权利人提起诉讼,人民法院认定其请求成立的,裁定适用人民法院已作出的判决、裁定”。由此规定可见,一方面,法律不禁止未参加登记的第三人单独提起诉讼,也即判决效力不是直接扩张;另一方面,若其提起诉讼的,法院不另行审理,查明情况后直接适用之前已作出的判决,也即判决效力存在一定程度的间接扩张。

至于扩张的正当性基础,则有社会公益维护说、诉讼担当说、诉讼经济说等不同观点。如认为,代表人诉讼本身就是一举救济纠纷所涉及的所有主体的诉讼,由于这个诉讼救济的不仅仅是私权,而且是对社会公益的维护,对法的秩序稳定有重大影响,那么代表人诉讼判决的影响就不限于参加登记的人,判决的效力可以间接及于在公告期间内不申报权利、未向法院登记的人。^② 或者认为,该情形属于法律规定的诉讼担当,登记的权利人担当了未登记的权利人,因此,其所获判决的效力及于后者。^③ 并且,若判决的效力不能扩张适用,势必导致相关利害关系人针对同一纷争不断重复起诉与审理,实则浪费司法资源。但是,上述理论并没有厘清这种

^① 参见翁晓斌:《论既判力及执行力向第三人的扩张》,载《浙江社会科学》2003年第3期。

^② 参见肖建华:《群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究》,载《比较法研究》1999年第2期。

^③ 参见李德飞:《我国诉讼担当制度中既判力主观范围的扩张》,载《司法改革论评》2009年第00期。

间接扩张的实质是什么。可以想象,实践中会出现种种问题——如果后诉的诉讼请求与代表人诉讼判决不一致如何处理?如果代表人诉讼判决对多数人的一方不利,后诉当事人不愿接受该判决效力且提出了新的证据,是否必须受该判决的约束?

根据《民事诉讼法》的规定,代表人诉讼判决效力的扩张,是针对在公告期内未进行权利登记、在诉讼时效期间内向法院起诉的人所使用的,即将代表人诉讼判决效力间接地扩张及于有关的利害关系人。方式是法院作出裁定适用代表人诉讼的判决。理论上,在诉讼时效内后起诉的当事人,符合完整的起诉要件,提起的诉讼是一个独立而完整的诉讼,法院需要对实体权利义务关系作出审查。可能的情况是,代表人诉讼程序顺利进行且代表人诉讼判决对多数原告一方有利。但一方面,代表人诉讼判决中所承认和保护的权利未必与后诉的当事人所要求保护的权益在范围和程度上完全一致。这一点在大规模的损害赔偿之诉中是必然存在的,每一个投资者的具体交易情况不同,受损害的事实当然不同。另一方面,虽然代表人诉讼判决为被告设定了某种实体义务或责任,但被告可能会认为后诉的原告实际上并不享有相对应的权利,如涉及投资者是否符合索赔资格的问题。换言之,在后续诉讼中,无论是原告还是被告,都有可能对已作出裁决的直接适用提出异议,这本身也是当事人的权利。因此,后起诉的当事人对已作出的裁决,只能是部分适用,无法全部适用,毕竟损害赔偿必然存在个性化问题。从扩张的范围来看,代表人诉讼效力的扩张只能是对共通性的事实认定或法律适用结论,至于个性化的诉讼请求,则不在扩张范围之内。^①

代表人诉讼判决效力间接扩张的实质在于,法院必然在代表人诉讼的判决中对一些带有共通性的问题进行了判断,包括事实认定和法律适用意见。对于后来提起诉讼的当事人而言,最有意义的就是这些具有共通性的事实认定和法律适用结论。在这个范围内,规定代表人诉讼判决效力的扩张是合理的,也与我国现行司法解释中的免证事由规则相一致,法院没有必要就已经证明的事实和争论过的法律适用意见重复审查。至于后起诉的当事人的具体诉讼请求和必要证据资料,则属于个性问题,无法在原判决中找到答案,必须具体案件具体裁判。也就是说,后

^① 参见汤维健等:《群体性纠纷诉讼解决机制论》,北京大学出版社2008年版,第287页。

起诉的当事人对于原判决,只能是部分适用而无法全部适用。另外,对于共通性的事实认定和法律适用意见,未参加诉讼的后续当事人不一定是赞同态度,也有可能提出异议,并希望通过新的诉讼提出救济。这本身也是当事人的权利,不能因为法院已经有了意见而拒绝审理。如果该部分当事人所主张的事实和理由与代表人诉讼所认定的一致,可以直接援引代表人诉讼判决中关于共通性事实和法律意见的认定。但是,法院也可以以后诉原告的诉讼请求没有法律依据,或者没有足够证据支持为由,判决其败诉。因此,判决效力的扩张只针对认可代表人诉讼判决并希望援引该判决的当事人。具体而言,符合登记条件但没有参加登记的当事人,可以在代表人诉讼判决生效后,向一审法院起诉。起诉人所主张的事实和法律理由如果与代表人诉讼相同或相似,法院可以直接援引生效裁判所认定的事实和法律适用意见,当事人不需要举证。法院在当事人提供的证据基础上,裁定是否支持当事人的诉讼请求。当事人起诉时主张的事实或法律适用意见与原生效判决不一致的,法院审理后认为没有新的事实和理由足以推翻原判决的,判决驳回诉讼请求。

深究之,在代表人诉讼中,虽然全部共同利害关系人在起诉时尚未确定,但参加授权的人数是确定的,即所有向法院登记的权利人。代表人也正是代表这一部分人进行诉讼,诉讼结果也只在这个范围内直接发生效力。未参加登记的权利人与代表人之间并无授权与被授权的关系,其起诉到法院后,与之前的代表人诉讼只构成普通共同诉讼关系。与其说出于确保适法统一、维护社会公益、节约诉讼成本,或者说经公告而不登记的则视为对代表人择定的默示同意等,倒不如说是因案件本身的共通性、当事人之间的利益的一致性才构成了判决效力间接扩张的基础,而且扩张的范围也只限于共通性问题。

3. 示范判决效力扩张的类推适用

笔者认为,《民诉法解释》第80条关于代表人诉讼判决效力扩张的原理完全可以类推适用于示范判决效力的扩张。因为示范诉讼程序的目的就是解决共通性的事实认定和法律适用问题。从这一角度来看,示范案件与平行案件之间的关系跟代表人诉讼案件与未参加登记的权利人另行起诉的案件之间的关系类似。

具体而言,根据《民诉法解释》第80条规定,“未参加登记的权利人提起诉讼,人民法院认定其请求成立的,裁定适用人民法院已作出的判决、裁定”,对平行案件来说,其本身构成一个完整的、独立的诉讼,法院仍要作出个案审查,只是对已经确

认的事实和法律适用结论可以不再审理,而只审查当事人诉讼请求的合法性与合理性。当事人也可以在后续诉讼中提出新的证据,反对共通性的结论。如果有新的事实和理由足以推翻原判决的,判决效力则不发生扩张。另外,在援引共通性事实认定和法律适用结论的基础上,如果当事人就个性问题的部分作出让步、达成和解,如降低索赔金额的,属于对自身实体权利的处分,也应予以准许。因此,这种示范判决效力的扩张不是既判力上的直接扩张,它既不产生“一事不再理”的效果——示范诉讼期间未起诉的相关利害关系人仍可起诉;也不在实体权利义务关系上产生法律上合一确定的效果——平行案件的当事人仍可以选择调解、和解乃至继续诉讼。与代表人诉讼判决的间接扩张一样,其性质只能归为“判例效”,即在后续事件中可以援引示范判决的结论。

虽然示范判决机制不是通过一个程序彻底地解决群体性纠纷,即示范案件在审理后还要对平行案件分别作出认定。但对法院来说,通过示范判决结论的援引,足以避免对共通性问题重复审理所导致的司法资源浪费;对当事人来说,示范判决也可以提供稳定的诉讼预期,并赋予其更多的程序自主权以选择纠纷的非诉解决,避免重复讼累。因此,如果示范案件能够进行充分的审理,引起社会各界的关注,在制度上落实示范判决效力的扩张性,使当事人充分意识到示范判决对群体利益的影响,那么也足以实现示范诉讼的价值。综上,在现阶段,通过类推适用人数不确定的代表人诉讼制度,以实现将示范判决效力向平行案件的扩张,进而使初步构建示范判决机制具有相当可行性。

4. 示范判决效力扩张的法理基础

在示范判决对后诉的作用上,相对于契约型示范诉讼而言,在由法院依职权启动示范诉讼的情形下,由于欠缺当事人之间的效力扩张协议。因此,在解释论上,示范判决对后诉并不具有既判力扩张的效力,关键在于后诉是否得援用示范案件的结果,而节省在事实认定、证据调查上费用支出等问题。

首先,根据《民事诉讼法》第64条依职权调查证据的规定,即使当事人未声明将示范判决作为证据,法院仍可依职权调阅该文书,并将其作为书证予以调查。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第93条亦规定,当事人对已为法院发生法律效力裁判所确认的事实,无须举证证明。在将示范判决作为证据调查的基础上,法庭归纳争议焦点时即可引导当事人就案件是否得适用

示范判决作辩论。此外,就同一待证事实,若后诉当事人又声明有其他证据时,法院原则上也须调查,但出于诉讼经济的必要,应限定其范围。如果后诉当事人所提出的新事实对诉讼结果有重大影响,且在示范案件中又未证明过,法院应进行证据调查。如有必要,可就同一证人再行询问或再行鉴定。关于证据调查是否必要,应考虑以下因素:后诉当事人的听审权是否已在示范判决程序中受到充分保障;于后诉中再申请调查某一证据,是否有违诉讼法上的诚信原则;当事人有无拖延诉讼的意图等。并且,应使当事人就此有表示意见的机会,以保障当事人的程序权。法院若认为,即使许可当事人的证据申请,亦不足以证明有重要的新事实时,则可以驳回当事人的证据申请。

其次,若后诉当事人同意援引示范判决的,则后诉程序可以进一步简化。如后诉在事实及法律上争点无重大特殊性,且案情事实均已厘清,可以简化争点、采用简易程序审理,如仅就赔偿数额裁判即可,而无须再认定被告责任是否成立。对此法理上可解释为当事人合意就某一事实或法律上的争点愿意依照他人同类诉讼判决所认定的结果,不予以争执,而为自认契约。申言之,一方面,基于辩论主义,当事人就事实具有处分权限,故若当事人就某一事实合意不争议,应具有拘束力;另一方面,关于权利自认,由于涉及法官就事实在法律上的评价,是否得由当事人处分有争议。但是,既然适用法律所根据的事实是当事人可处分的对象,理论上当事人也可基于对事实的限制而影响法官在法律上的评价。并且,示范判决本身是由法官遵循正式、严格的程序就同类事实或法律争点所为的判断,后诉当事人如合意受其约束,应无否定之理。

就既判力扩张的主体范围而言,考虑到平行案件中的原告并非示范案件中的当事人,并未参与示范诉讼过程,但示范判决中对事实的认定和裁判,是被告参与并经充分辩论的,所以受侵害的投资者援引示范判决支持其损害赔偿请求并不损害被告权益。相反,由于平行案件投资者并未参加示范案件审理,未对被告主张及证据行使诉权,若直接适用示范判决中对被告有利的认定,则对投资者构成显著的不利益。因此,参照公益诉讼相关规定,示范判决中判决理由部分的既判力扩张也应是单向的,可仅向投资者作为平行案件原告方面作有利扩张,而不及于作为被告的上市公司。即在案件主要的争议焦点问题上,生效示范判决作出对投资者有利的认定,平行案件原告可以直接主张适用,但被告有相反证据足以推翻的除外;而

对被告有利的认定被告不能主张直接适用,仍需就其主张承担举证证明责任。

综上,通过对现行法的解释,示范判决能否在后诉中最大化地发挥诉讼经济作用与当事人是否同意相关,可仍有其界限,故宜考虑就示范案件与平行案件之间拘束力关联在立法上明文予以规范。具体可参考消费民事公益诉讼、环境民事公益诉讼中相应援引同类判决的规定。如最高人民法院《关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第16条规定“……消费民事公益诉讼生效裁判认定经营者存在不法行为,因同一侵权行为受到损害的消费者根据民事诉讼法第一百一十九条规定提起的诉讼,原告主张适用的,人民法院可予支持,但被告有相反证据足以推翻的除外……”最高人民法院《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第30条规定“……对于环境民事公益诉讼生效裁判就被告是否存在法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形、行为与损害之间是否存在因果关系、被告承担责任的大小等所作的认定,因同一污染环境、破坏生态行为依据民事诉讼法第一百一十九条规定提起诉讼的原告主张适用的,人民法院应予支持,但被告有相反证据足以推翻的除外……”因此,民事公益诉讼生效裁判不仅在事实认定上对私益诉讼有预决力,在判决理由上也存在既判力向关联私益诉讼扩张。

(二) 示范案件当事人诉讼能力不平衡

由于示范判决以个案审理为基础,示范案件的原告可能会在证据的掌握上、专业知识和法律水平上均处于劣势,难以与被告抗衡。申言之,原告一方往往是消费者、中小股东,被告一方则是上市公司、集团企业等,在经济实力、专业知识、法律资源等各方面都有一定优势,能够承担昂贵的诉讼开支、有丰富的处理纠纷的经验、有条件聘请最好的律师代理诉讼。在其他群体诉讼制度中,通常强调将弱小的一方当事人基于共同利益集合为一个集团,从而使诉讼格局发生根本性的改变。如有学者指出,“受害的消费者具有分散性,要像扣暗扣似地人为地将他们结合起来,形成一个强大的受害者集团,以实现它与加害企业间地位平等化,这是其最大的作用。因为通过将分散的消费者集合起来,集团诉讼可以营造一个与处于优势地位的超大型组织平等地进行权利斗争的奋争环境”。^①但在示范判决机制中,人数众

^① 参见[日]小島武司:《诉讼制度改革の法理と实证》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第52页。

多的受害一方虽然在人数上占优势,但单独诉讼的方式使其无法在诉讼中显现出集团的存在及其作用,单个的投资者显得势单力薄,无论哪个方面都远远不如对方当事人。并且,对示范案件的挑选主要是基于其在同类案件中关于共通性问题的代表性。虽然也需考虑当事人本身的诉讼能力及其意愿,但后者并不是决定性因素。可能的情况是,直接参与示范案件审理过程的当事人双方并不在一个平等的起跑线上,不利于中小投资者维权。

另外,示范判决效力的扩张所形成的“搭便车”现象,一方面使平行案件当事人得以分享示范判决成果,提高诉讼效率;另一方面,也容易导致集体行动缺乏动力。对那些平行案件当事人而言,完全可以躲在背后等待示范案件的结果,胜诉了则到法院直接分享胜利果实,且不用承担示范诉讼程序的相关费用;若是败诉了,既可以提出撤诉“全身而退”,也可以在后续诉讼中吸取败诉教训,提出新的意见。反之,对示范案件的当事人而言,一是要承担可能的败诉风险;二是要在诉讼中投入相当多的精力,以达到在示范判决中全面谨慎地澄清所有共通性问题的目的;三是面临着各种实际的诉讼支出,如诉讼的各种预交费用、交通费、住宿费等,案件越复杂支出也就越大。即使是胜诉,所获得的收益也与成本不成正比。可以想象,群体每个人都有维护自身权利的意愿,出于理性的权衡,他们会选择沉默,希望别人为自己出头,自己则无偿享有前任的诉讼成果,这种“集体行动困境”在客观上无法避免。即使是法院依职权选定了示范案件当事人,也不能解决其与平行案件当事人诉讼成本不对等的问题。

笔者认为,有必要发挥专业团体的作用,以克服个人负担过重和诉讼能力不足的问题。但是,考虑到适格当事人资格的问题,此处团体的角色不应是提起团体诉讼,而是支持诉讼。我国《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”。对示范案件当事人而言,支持诉讼可以通过在物质上、法律上、道义上给予帮助,选派有法律知识的人作为其诉讼代理人,有效降低示范案件当事人的诉讼成本。对法院而言,团体的介入也发挥着显著的协助作用。示范诉讼程序不可避免地涉及许多复杂的技术性问题,如要协调各当事人之间的关系,主动挖掘各个案件的共同材料,分辨不同案件的个性与共性。这不仅增加了工作负担,对审判能力也提出了更高要求。如果处理不当,不仅会造成延误,还可能会损害当事人

的程序性保障,比如,该审理的没有审理,不必要审理的又重复进行。而团体能够以“法院之友”的角色,主动协调当事人之间的关系,发掘案件的共性,提供、整理案件相关材料等,对示范案件审理的顺利进行有很大的积极作用。从现阶段虚假陈述民事赔偿案件的各地司法实践来看,也多依靠律师“穿针引线”地承担起大量征集原告、整合诉讼资料的工作。

在证券群体性纠纷领域,中证中小投资者服务中心(以下简称投服中心)于2014年12月成立,属于国务院证券监督管理机构认可的证券金融类投资者保护机构。从司法实践中其提起的多起证券支持诉讼来看,团体的参与可有效弥补处于弱势地位的原告在知识上的欠缺和能力上的短板,降低其维权成本,在个案中平衡当事人诉讼能力,对切实保护中小投资者权益具有重要意义。因此,引入法定的投资者保护机构等团体,由其支持示范案件诉讼,实有必要。

第二节 证券群体性纠纷的非诉解决

应当说,在纠纷解决的终极目的上,群体诉讼与其他非诉纠纷解决机制并无优劣之分。法治社会并非诉讼社会,使用法律并非一定要诉讼,根据法律规定进行和解、调解、仲裁等都能同样解决纠纷。在司法实践中,面对大规模的群体性纠纷,单靠挖掘现有资源、提高审判效率对缓解人案矛盾已经是杯水车薪。正式的诉讼救济不可能解决社会所有纠纷,仅依靠简化诉讼程序也不足以克服诉讼的所有弊端和问题。相比群体诉讼,替代性纠纷解决机制(Alternative Dispute Resolution, ADR)存在成本低、效率高、解决方案易于为当事人接受并主动执行等优势,应成为解决群体性纠纷的重要手段之一。《若干规定》第4条即规定:“人民法院审理虚假陈述证券民事赔偿案件,应当着重调解,鼓励当事人和解。”

一、制约ADR发展的因素

相对于判决而言,调解与和解,是在当事人自愿基础上取得的诉讼结果,有利于纠纷的迅速解决,进而避免矛盾的扩大和激化。在调解与和解基础上解决的纠

纷,是经过协商的各方都愿意接受的争议解决方案。其不存在上诉问题,二审程序不会发生,并且进入审判监督程序的情况也非常少,可以说是对争议的内容和问题进行了彻底的解决。但是,在我国证券群体性纠纷的处理上,调解机制在现阶段并未有多大发展,可能存在以下几点原因。

(一)专门调解机构的影响力低

由于证券民事纠纷具有复杂性、专业性、技术性等特点,一般机构和人员难以作为调解中间人。而现阶段,证券纠纷专门调解机构的发展规模、社会知晓度、认可度均有待提高,当事人可能因为不知晓或不信任该调解机构而拒绝参与调解。

(二)当事人对调解解决的认同度低

部分当事人由于主观认识的偏差,认为只有通过法院诉讼才能产生强制执行的效力,出于对调解协议达成后实际履行效果的顾虑,不愿意进行调解。法院委托调解机构进行调解的案件,也不乏由于一方当事人愿意调解而另一方当事人拒绝调解而被退回的情况,导致调解成功率降低。

(三)当事人之间争议较大

证券群体性纠纷涉及索赔金额巨大。不仅原被告之间对侵权事实和责任承担争议较大,各原告之间也诉求不一,导致难以在诉前提出一个各方都可接受的调解方案。例如,在虚假陈述民事赔偿案件中关于揭露日的认定,无论定哪个时间点都有不同的支持者和反对者,若没有生效判决予以认定,当事人完全不可能达成一致。另外,就被告而言,也更希望通过漫长的诉讼程序来提高投资者的维权成本,故对调解保持消极态度。如在司法实践中,提出管辖权异议是上市公司应对投资者索赔系列案件的常见手段,其意图在于拖延案件进程,以此达到减少在诉讼时效期间参与索赔的总人数、降低赔偿总金额的目的。

不可否认,诉讼程序虽然耗费成本较高,但其最大的优点在于,可以形成确定的、终局性的结果。如果没有通过诉讼程序给出明确的判决结果,众多原告在与被告反复博弈的过程中,其所声称的“得不到补偿就将付诸诉讼、执行”的威胁对侵权人而言毫无作用;即使以ADR方式解决,受害人得到的补偿也不会令人满意。更重要的是,通过示范判决,可以有效地促成信息公开,准确的诉讼预期可以使双方对各自的筹码和胜诉概率估计接近,有助于当事人尽早地达成一致。

(四) 律师参与度十分有限

在该类案件中,相当多的当事人都是由律师代理的,且律师代理往往采用风险代理机制,即以最后执行到位债权的一定比例付给律师作为报酬。因此,律师在调解过程中,出于自身利益的考量,往往希望当事人进行诉讼而非调解以获得更多报酬,对当事人进行调解持放任甚至反对意见,对当事人选择调解产生消极的影响。

因此,要实现示范判决对平行案件的分流作用、完善其与 ADR 机制的对接,应要从以下几方面改进:加强法院与专门调解机构的对接,通过委托调解分流案件;简化、完善司法确认程序,建立调解协议司法确认快速通道;发挥诉讼费用、律师费用的经济杠杆作用、形成对调解的激励;将示范诉讼程序的信息完全公开,保障同类案件当事人对示范诉讼的参与等。总之,在群体性纠纷的解决方式上,应当兼收并蓄,避免把纠纷的解决单纯寄希望于某一种程序,并将其绝对化。示范判决机制可以使 ADR 与诉讼程序相互促进、形成互动,共同为证券群体性纠纷公正、经济地解决提供富有实效的平台。

二、示范判决机制与 ADR 的对接

示范判决机制在与 ADR 对接时具有独特的优势。原因在于,示范判决会给纠纷当事人带来明确的诉讼结果预期,这会对尚未参与诉讼的纠纷当事人与对方当事人达成和解产生极大的推动作用,从而避免后续诉讼的发生。另外,由于示范判决是基于个案审理,即使是对已进入诉讼程序的平行案件当事人来说,也可以在参照示范判决的基础上选择以调解或和解撤诉的方式终结诉讼程序。

(一) 示范判决的“试验性”

所谓“试验性”,是指对于平行案件当事人来说,经法院对示范案件的审理,在平行案件中所共通的事实与法律问题也同时得以明确,示范判决的结果无疑是对其自身胜诉前景“试验性”的、直观的展示,就如同法院审理的是自己的案件一样。因此,示范诉讼的裁判结果除了成为其他相同事件在诉讼上的处理依据外,也能成为纠纷当事人于诉讼外解决其他相同事件之准据。

就这点而言,示范判决从结果导向上与早期中立评估制度有异曲同工之妙。它起源于 20 世纪 80 年代美国的早期中立评估制度,被归类于建议型的替代性纠纷

解决机制,即在案件审理之前,利用专家的专业知识,通过现有的证据帮助当事人对纠纷作出一定程度的评估,以使当事人认识到案件的价值、自身于案件中所处的局势并厘清合意以及争点等,纠正当事人对案件认知的偏差,以正确决策未来的纠纷解决走向。^① 简言之,即通过中立第三方为当事人提供接近于裁判的法律意见,促使当事人权衡利弊后选择以和解解决纠纷。^② 但与早期中立评估制度所不同的是,示范判决并非是对个案分别作出预估,而是基于该类案件在事实或法律上的共通性而起到类似的效果。

例如,在虚假陈述民事赔偿案件中,如果示范判决确定被告应承担侵权责任,则对众多原告而言,只要是在规定的时期内买入、卖出该股票的,总是能获得赔偿的。当事人完全可以参照示范判决的内容,选择各方都能满意的解决问题的方案,达成调解或和解。对原告来说,相比后续漫长的诉讼程序,调解或和解可以最快地诉讼拿到赔偿款;对被告来说,也省却了重复诉累、降低诉讼费用,并可在一定程度上通过与原告协商互相让步来降低赔偿款。此外,如果已起诉的当事人经由示范判决可确定自己的交易损失不是在可索赔范围内的,如已在虚假陈述揭露日之前卖出全部股票的,也可以及时撤诉以避免败诉风险;对法院来说,在共通性的事实和法律问题得到解决后,法院将其他个性化争议转交 ADR 解决,如果当事人达成一致,就减少了正式庭审的时间和成本。从许多国家的司法实践来看,一旦有了这种判决,当事人通常会在双方律师的帮助下根据法官阐述过的一般原则在法院外解决其他案件。

(二) 平行案件当事人的程序自主权

相比集团诉讼等其他群体诉讼制度,由于示范判决是基于单独诉讼,当事人程序选择权的自主余地更大。从集团诉讼的和解制度来看,法院需要经过严格的审查才允许和解。具体而言,当集团诉讼和解协议提出后,法院应对和解协议进行书面审查。法官初步同意和解协议的,则要求集团诉讼代表人和集团律师将拟议的和解方案通知所有集团成员,包括告知和解的原因、通过和解可以得到的利益、和解金的分配和派送方式以及集团律师费和诉讼费用支付的案件等主要和解协议事

^① 参见江和平、黄琪:《民商事纠纷中立评估机制的中国发展之路》,载《法律适用》2015年第7期。

^② 参见周晨:《浅析美国早期中立评估机制(ENE)在中国诉前调解中的构建》,载《法制与社会》2011年第25期。

项;告知集团成员对和解协议提出质疑,并通知法院对和解协议进行听证的时间等。在排除了一切可能损害集团成员利益的合理怀疑之后,法院才能以裁定批准证券集团诉讼和解。之所以对程序要求严格,是因为代表人是代表集团整体与被告和解,而和解作为终结集团诉讼的方式之一,是对全体集团成员发生效力的。与之类似,在德国的示范诉讼中,和解也是一种终止示范诉讼程序及所有平行案件的方式,并对所有没有声明退出的当事人发生法律效力。这是因为,无论是集团诉讼还是示范诉讼,都是将所有纠纷合一解决,故和解是对全体当事人发生法律效力,而不存在一部分人和解、另一部分人继续诉讼的情况。

但是,示范案件与平行案件一样,都是单独、独立的诉讼事件,示范判决对平行案件而言只就其对于共通性问题的裁决部分具有“判例效”,且是否发生法律效力还须法院的审查。因此,平行案件当事人所进行的仍是一个相对独立的诉讼程序,可以根据自己的情况自主选择程序的终结方式。若继续诉讼的,可以援引示范判决中关于共通性事实和法律问题的裁决;也可以根据示范判决的结果,就具体的赔偿金额等个性问题接受调解或和解等。对于那些不符合索赔资格的投资者,未提起诉讼的不再起诉,已进入诉讼程序的可以撤诉。可以预见,在经过示范判决的分流后,仅是筛掉不符合索赔资格的投资者这一项,进入后续诉讼程序的案件数量也将大大降低。

综上,较其他群体诉讼制度,示范判决机制以个案分别处理的方式虽然没有直接的、一体化的解决全部纠纷,也不具有集团诉讼所有的通过众多人数而形成的势能,但是,事实上也可以起到群体诉讼的某些功能,在与ADR对接上也更具有灵活性。从利弊和效益的权衡上来看,不失为一种非常重要的群体性诉讼的补充方式。

第三节 证券支持诉讼的应然机能

我国的支持起诉制度始建于1982年的《民事诉讼法(试行)》。该法第13条就此作出了专门规定。1991年《民事诉讼法》原文保留了该项规定,只是将条文序号调整为第15条。即机关、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。支持起诉,体现了

依靠社会力量维护国家法制的思想,故也被称为社会干预原则。其中,证券支持诉讼是指投资者保护机构支持受损害的投资者向法院起诉,是在金融消费者权益保护机制及公益诉讼方面的创新尝试。

在一般情况下,民事诉讼只能由民事权益受到侵害的或者发生争议的公民、法人或者其他组织向法院提起,并不需要其他组织或者个人的干预。在特殊情况下,受到损害的单位或者个人不能独立保护自己的合法权益,就需要有关组织给予协助和支持,帮助弱势单位或者个人实现诉讼权利。但是,如何支持投资者起诉,法律并无具体规定。理论上,机关、社会团体、企事业单位可以向他们宣传法律知识、提供法律咨询服务,使他们熟悉法律所规定的权利义务,提高法制观念,加强法制意识,敢于和善于运用法律武器维护自己的合法权益;也可以经他们的同意,接受他们的委托或者推荐律师担任他们的诉讼代理人,帮助他们维护合法权益;也可以向他们提供物质帮助,如代交诉讼费、律师费等。

通说认为,支持起诉应当具备以下条件:首先,在支持起诉的方式上,不允许支持者以自己的名义提起诉讼,而只能派人帮助受损害的单位和个人起诉、派代表出席法庭审理等。其次,支持者必须是机关、社会团体、企业事业单位,而不包括公民个人。最后,支持起诉的前提是有损害国家、集体和个人的民事权益的行为发生。

一、证券支持诉讼存在的不足

一方面,证券侵权诉讼涉及证券市场广大中小投资者的利益,事实往往较复杂、举证比较困难、鉴定费用高,对于证券支持诉讼的需求已经与日俱增。现阶段,支持起诉已呈现向支持诉讼发展的趋势,即支持人在介入时间上,不限于法院受理案件之前;在支持方式上,不限于道义、物质或法律知识的支持,派员出庭支持诉讼较常见。另一方面,《民事诉讼法》虽将支持起诉定位为基本原则,但从其实际运行来看,支持起诉因其适用范围相当狭窄,仅仅属于制度而非原则。并且由于立法对支持起诉的规定过于原则,对提起支持诉讼的条件、方式、程序,如支持诉讼人能否参与诉讼以及如何参与诉讼、支持诉讼人的诉讼地位、支持诉讼人对受害人是否具有保护义务等具体内容都没有明确规定,司法实践中缺乏可操作性,现阶段证券支持诉讼还存在诸多不足。

(一) 支持诉讼方式零散

从司法实践来看,常用的支持诉讼方式包括以下几种:

1. 提供法律咨询。为促进诉讼的顺利进行,支持诉讼主体可以就起诉书的制作、举证、质证、法庭辩论预案的制作、是否对一审判决提起上诉等为原告提供法律咨询、提出参考意见建议。

2. 协助调查取证。为弥补原告调查取证上的困难,支持诉讼人可以自己名义进行调查取证,并在送交支持起诉意见书时一并移交人民法院。人民法院应当在庭审时将该类证据提交各方诉讼当事人进行质证,经质证确认的可以作为定案的依据。

3. 提交书面意见。书面意见的表现形式为支持诉讼意见书。被支持起诉方符合司法救助条件的,支持起诉主体可以建议人民法院缓收、减收或者免收诉讼费用。

此外,根据实践做法,支持诉讼的方式还包括出席法庭发表支持意见、对自身提交法庭的证据进行质证、推荐或委派诉讼代理人、代交诉讼费和律师费等。支持诉讼人当庭发表的支持诉讼意见不只限于在起诉时向法院递交的支持起诉意见书,还可以根据庭审情况,在法庭辩论终结时发表意见供法庭参考。其他当事人可以就支持诉讼意见发表自己的观点。但是,从证券支持诉讼来看,在证券侵权行为发生后,投服中心征集投资者维权时,大多只是在前期联络各地投资者、提供法律咨询、协助证据收集,维权难以形成规模。尽管在部分案件中投服中心派员以诉讼代理人身份出庭参与民事诉讼,但借助诉讼代理制度参与案件的实质审理中需要原告逐一授权,参与人数少、标的小,绝大多数中小投资者不在案件范围内,维权效果亦大打折扣。

(二) 诉讼地位不明确

关于支持诉讼人在诉讼上是否有地位,以及有什么样的诉讼地位,理论上有三种认识:一是认为支持诉讼人可以支持者的身份参加民事诉讼,成为诉讼参与人之一;二是认为支持诉讼人非经委托,不能越俎代庖提起诉讼,若其接受委托则诉讼地位为诉讼代理人;三是认为支持诉讼人只是法律上的支持者和道义上的同情者,在起诉成立前可以给受害者以种种支持和帮助,当人民法院立案后便无权再干预,其不具有诉讼上的地位。但实践中,支持诉讼人既不是原告,也不是第三人,仅能

“支持”原告提起诉讼,在法庭上也没有相应的位置,独立的支持者说并无法律依据。若支持诉讼人派员以个人名义作为原告的诉讼代理人参与诉讼,又会与诉讼代理制度相冲突,如导致支持诉讼这一职务行为以个人名义进行的非正常形态,影响有限,责任追究也存在困境。三是,如果支持诉讼仅限于法律上的支持和道义上的同情,难免导致中小投资者因诉讼成本高昂而放弃维权,支持诉讼的法律功能便无法实现。

二、支持诉讼与其他机制的比较

(一) 支持诉讼与公益诉讼

《民事诉讼法》第55条规定了环境民事公益诉讼和消费民事公益诉讼,即对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。与支持诉讼类似,公益诉讼中也存在除利害关系人之外的特定机关或组织介入诉讼程序,但两者主体在诉讼地位上存在较大区别。申言之,在支持诉讼中,机关、社会团体、企业事业单位不是与本案有直接利害关系的人不是原告,不能以自己的名义起诉,只是可以支持受损害的单位或者个人诉讼。公益诉讼则允许某些特定主体为维护公共利益,作为原告直接提起诉讼。

在群体性纠纷中,民事公益诉讼案件中往往也存在公益和私益的交叉,即针对同一侵权行为,在法律规定的机关和有关组织提起公益诉讼的同时,受害人也提起普通消费民事诉讼。也即存在两种诉讼程序的协调问题。从最高人民法院《关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》相关规定来看,在当事人自愿处分原则下,消费普通诉讼的原告也可搭公益诉讼的“便车”。首先,该解释第9条规定消费民事公益诉讼案件受理后,在消费普通民事诉讼(私益诉讼)中原告自愿的前提下,人民法院可以裁定中止案件审理,即等待公益诉讼的结果。在公益诉讼判决生效后,该解释第16条规定,消费民事公益诉讼生效裁判认定的事实,对关联私益诉讼的原告和被告均具有免于举证的预决效力。并且,公益诉讼判决中就诉讼标的以及主要争议焦点的判决理由对私益诉讼也产生拘束力,这些争议焦点主要指对经营者是否存在不法行为的认定。因此,消费民事公益诉讼生效裁判不仅在事实认定上对私益诉讼有预决力,而且在判决理由上也存在既判力向关联私

益诉讼扩张。就这个角度而言,公益诉讼与普通消费民事诉讼的关系和证券示范判决机制中示范案件与平行案件的关系类似。一方面,若示范案件由投服中心支持原告诉讼,则公益诉讼和示范诉讼均是由专业人士主导或参与,在专业能力和诉讼资源上能更好完成诉讼,维护公共利益。另一方面,无论是针对被告的同一侵权行为提起的公益诉讼和私益诉讼之间,还是示范案件与平行案件之间,在案件事实认定、争议焦点分析判断以及法律适用方面均有共通性。在群体性纠纷中受害人人数众多、维权成本高、诉讼周期长的情况下,为了统一裁判尺度,避免司法资源的浪费和提高诉讼效率,在公益诉讼和示范诉讼原告胜诉后,对受害人救济程序理应相对便捷化。

(二)支持诉讼与“法院之友”

法院之友(amicus curiae)制度是一项在英美法系国家以及国际纠纷解决机制中被广泛运用的制度,具体是指案件当事人以外的人在案件审理过程中主动地或经当事人邀请,向法院或其他裁判机关提交与案件有关的事实意见或法律意见,以影响裁判的制度。^①在17世纪之前,法院之友主要由英国的检察总长或法律界人士担任,目的是阐明一些法院尚未掌握的事实以及相关制定法方面的信息。美国在继承了英国这一制度的基础上,通过一系列的判例,将法院之友制度改造成了一项运用非常广泛的制度。

法院之友参加诉讼的方式有两种:一是递交法院之友书状(amicus brief);二是直接以言词方式参加庭审辩论、质证,其功能是支持、帮助和向法院提出建议,帮助法院作出公正的判决。就这一角度而言,支持诉讼也有类似作用。申言之,尽管支持诉讼人是支持原告一方,在法律地位上不具有中立性,但从美国司法实践来看,法院之友作为“中立者”的观念早已过时,它对相关问题有利益已经成为普遍做法。一般来说,个人或利益集团作为法院之友具有明显的利益倾向性。特别是在一些涉及政府政策、公民宪法权利、种族和性别歧视、环境保护等问题的案件中,利益集团的活动尤其活跃。这些法院之友只有在获得诉讼双方当事人的同意、向法院提出申请获得同意或应法院之邀时方可参与诉讼。但从法院之友制度的设立目的来看,尽管法院之友可以站在一方当事人立场上,也应尽可能地保持客观,着重运用

^① 叶青、王晓华:《论法院之友制度及其在我国的移植障碍》,载《现代法学》2008年第2期。

自己的专业性去推动一个公正的判决的形成,而不是仅仅通过重复一方立场,这样的法院之友才会真正成为法院的朋友。因此,投服中心虽然是以支持诉讼人的身份参加诉讼,但其作为专业化金融法律服务公益机构,具有法律和金融专业背景,在投资损失计算方面能够对复杂的交易进行专业分析并高效准确地进行大批量的计算工作,应利用其专业优势尽到法院之友的功能。从参加诉讼的方式上,也可借鉴法院之友的相应程序,如投服中心在支持诉讼案件中提交支持诉讼意见书,该意见书应按规定送达给案件当事人,支持诉讼人可在法庭上就该意见书的内容直接参与法庭辩论、质证和询问,各方当事人可以就该意见书进行辩论。

从证券虚假陈述案件的审理情况来看,若将来取消前置程序,由投服中心就虚假陈述行为的认定提供专业意见则更有必要。申言之,2003年施行的最高人民法院《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》,要求原告提起证券虚假陈述民事赔偿诉讼须以“有关机关的行政处罚决定或者人民法院的刑事裁判文书”为依据。但由于该司法解释尚未被明确废止,对于法院是否应当按照立案登记制要求对此立案条件不再审查,实践中存在分歧。但就现阶段而言,将行政处罚或刑事制裁作为前置程序,为民事诉讼中虚假陈述行为的认定提供了直接、专业的依据。前置程序若取消,一方面将大大降低投资者起诉的门槛,虚假陈述案件数量或将激增;另一方面,投资者就违法行为的举证难度加大,双方将产生更大的诉争空间,法院审理难度亦将明显增加。但随着证券市场的成熟和立案登记制的推进,基于更好保护中小投资者的需要,立案前置条件的取消是可预期的。因此,投资者提起诉讼就需涉及被告虚假陈述行为是否成立、该虚假陈述是否具有重大性等专业问题,在诉讼过程中可能需要承担较高昂的调查费、取证费、咨询费和律师费,故有必要在示范案件中引入证券支持诉讼以增强投资者诉讼能力,并且在平行案件的举证责任分配上作出有利于投资者的规定,即对示范判决所认定的事实赋予平行案件当事人免于举证的预决效力。

三、示范判决机制中的证券支持诉讼

支持诉讼是示范判决机制中不可或缺的一环,下文以投服中心作为支持诉讼人为例,详述支持诉讼与示范判决机制的结合点。

(一) 示范判决机制启动之前

在示范判决机制启动之前,投服中心即可先行征集投资者进行求偿登记。如果受损投资者人数规模较小,且大多数同意委托投服中心作为代理人提起诉讼的,投服中心可直接以诉讼代理的方式参加诉讼。在当事人全面授权的前提下,从证据的收集、诉讼的提起、调解或诉讼的终结,甚至代理申请执行生效裁判,可使投服中心在实质上履行团体诉讼的职能。尽管从制度层面来分析,相较于以自己的名义进行的团体诉讼,对于以“全权”诉讼代理方式支持诉讼的诉讼模式来说,投服中心并非以自己名义提起民事诉讼,而是以当事人名义提起诉讼,且诉讼后果直接由当事人承受。但是,在实质意义上来分析,投服中心在取得全面授权的前提下所从事的诉讼行为在法律效果上与团体诉讼并没有实质的差异,因而能起到团体诉讼的相应作用。

其次,若受损投资者人数规模较大或存在内部意见分歧的,则宜启动示范判决机制。一方面,投服中心可在分析各投资者交易情况的基础上,选择符合示范案件择定标准的案件支持投资者提起诉讼;另一方面,对其他投资者而言,投服中心可就示范判决机制中当事人的各项权利义务逐一释明,如平行案件的审理应等待示范案件结果等,以此引导当事人暂缓起诉或申请中止审理。特别地,示范判决既判力的扩张须以当事人同意为基础,投服中心可先引导投资者出具书面同意意见,以加快示范判决机制流程。

(二) 示范案件的支持诉讼

从示范案件的重要性来看,由投服中心作为支持诉讼人来进行示范诉讼,不管是在相关费用的负担上,还是实质的诉讼能力上,相较于个别投资者,均更适合。更重要的是,由于其公共职能,投服中心作为国务院证券监督管理机构认可的投资者保护机构,也有义务在中小投资者利益受到损害时采取司法行动。并且,投服中心就揭露日的认定、虚假陈述行为与损害之间是否存在因果关系、系统性风险的扣除等共通性争点提交的支持诉讼意见书,是在总结分析其征集的大量投资者交易情况基础上,如能就上述争点与被告进行充分地辩论,能协助法庭全面考虑到示范案件对后续案件的影响,最大限度地实现示范判决既判力扩张之目的。

支持诉讼意见书一般应当包括支持诉讼机关、案件来源、当事人的基本情况、支持起诉的事实与理由等。在投服中心参加诉讼的方式上,若投服中心派员参加

庭审的,可单独发表支持诉讼意见并参加辩论。至于诉讼地位,基于支持起诉制度和诉讼代理制度之间的共通性,在法庭审理中支持诉讼人地位相当于原告的诉讼代理人,但可在判决书中表明支持诉讼人身份。

(三) 平行案件的支持诉讼

在示范判决作出后,投服中心支持诉讼的方式应为协助投资者参照示范判决进行调解。另外,参照示范判决确定的计算方式协助投资者计算投资损失并准备相关证据也可作为支持诉讼的方式之一,既便利投资者维权,也可减轻法院后续平行案件的工作量。

第四章 证券支持诉讼示范判决机制的构建

证券群体性纠纷涉及众多中小投资者的权益,是当下的热点问题。司法作为社会正义的最后一道防线,构建一套公正高效、契合国情又顺应时代需求的证券群体性纠纷化解机制,已成为当务之急。证券支持诉讼示范判决机制,即法院在审理证券群体诉讼案件时,以解决共通性的事实认定和法律适用问题、对其他同类事件的处理发挥指导作用为目的,挑选示范性个案先行审理、判决,且在过程中由专门机构进行支持诉讼、证据认证的群体性纠纷化解机制。机制内容具体可以分为三个方面:一是示范判决程序,包括程序的启动、示范案件的审理及判决、平行案件的分流;二是示范案件及平行案件中对支持诉讼的适用;三是其他辅助机制,包括费用激励、司法确认等。

第一节 证券纠纷示范判决机制

证券群体性纠纷当事人不仅在地域上分散,相互之间也难以达成一致,要适用代表人诉讼存在客观的障碍。故在现阶段司法实践中,该类案件基本以若干单独诉讼、共同诉讼的组合出现。由于没有一种机制可以实现利益的合并,导致了诉讼资源重复浪费、纠纷解决效率低下等问题。在这一基础上,如果能从众多单独诉讼案件中挑选出具有示范性的案件先行审理,并将其结果作为其他同类事件的处理依据,用比较小的诉讼规模解决大规模群体性纠纷中共通性问题,扩大单独诉讼制度解决群体性纠纷的能力,进而可以降低诉讼成本。

一、示范判决机制的定位

示范判决机制是指在群体性案件中,法院通过有示范性个案的先行审理、先行判决,解决共通性的事实认定和法律适用问题,从而对其他同类案件及潜在案件发挥指导性作用的审判机制。

之所以要称为“示范判决机制”,而不沿用“示范诉讼制度”,是因为该机制虽然充分借鉴了两大法系各具特色的示范诉讼制度,但又与其不同,是基于我国现有的法律资源和实践经验总结出的审判机制。具体而言,示范判决机制的基础是单独诉讼、分批审理;核心是示范判决效力的扩张。前者是我国现阶段证券群体性案件在司法实践中的常态,后者是类推适用的《民诉法解释》第80条所明确的代表人诉讼判决效力的扩张。这一机制与德国《投资者示范诉讼法》所规定的“客观的中间性程序”及英美法系的示范诉讼均有不同。

首先,示范判决机制可归类为群体诉讼制度,因为其符合群体诉讼的基本要素。申言之,示范判决机制适用的领域是证券市场投资者因同一侵权行为而受到侵害,基于同一事实而共同产生的众多民事赔偿请求,即在纠纷中存在利益同一或同质的多数当事人。在示范判决机制中,法院挑选具有代表性的个案,作出的裁判在特定条件下能够直接适用于其他同类案件。此时,作为示范的个案当事人事实上代表了其他人进行诉讼,就共通性的事实或法律问题充分行使诉讼权利,争取有利裁判结果。其理论基础较接近于法定的诉讼担当,内含了“化多为少”的代表机制,对平行案件的当事人来说,符合权利实现的间接性。此外,在示范判决中关于共通性的事实认定和法律适用意见可在一定条件下扩张至平行案件,这是示范判决机制的落脚点,也是提高诉讼效率、避免矛盾裁判的必然要求。

其次,示范判决机制与代表人诉讼具有互补性,应被视为一种替代性群体诉讼制度,他们各有其优势和劣势。代表人诉讼作为我国立法专门设立的群体诉讼制度,本身具有优先适用的特殊地位,即对于起诉至法院的群体性案件,应当首先考虑适用代表人诉讼。这正是基于代表人诉讼本身具有的公正与效率优势,因为代表人诉讼是建立在当事人意愿之上的诉讼制度,只要当事人有选出特别授权的代表人的可能性,代表人诉讼就是最有效率的。但是,当群体性案件规模过大、分散

且原告之间关于法律适用有不同意见的,代表人诉讼的适用就存在客观障碍。法院只能将不愿意推举代表人的当事人作为单独案件审理,形成单独诉讼,或者部分当事人委托同一律师代理的,将该部分当事人合并成一个共同诉讼。对于这样的单独诉讼、共同诉讼组合,且各案件本身存在不可分割的利益关系时,示范判决机制就可以作为代表人诉讼的补充,充分发挥群体诉讼制度的作用。

此外,由于有支持诉讼机构的介入,示范判决机制还带有一定公益诉讼的属性。但众多的当事人对于其诉讼请求能否被法院受理或对胜诉与否存在疑虑时,尝试性地以支持诉讼的方式率先提起诉讼,无疑是一种最经济、风险最小的方式。示范判决生效后,带有共通性的事实和法律结论就成为一种公共产品,众多的当事人可以从中获利,从而起到保护中小投资者合法利益的作用。如此,示范判决机制的效率优势才能得到最大限度的发挥。

二、示范判决机制的具体程序

证券示范判决机制,从程序上可以分为四个阶段:一是示范判决机制的启动;二是示范案件的选定;三是示范案件审理及判决;四是平行案件的分流。由于我国诉讼体例与大陆法系的德国较相近,具体程序多参照德国《投资者示范诉讼法》的相关规定。

(一) 示范判决机制的启动

示范判决机制只是一种替代性的群体诉讼制度,但个案对共通性争点的决定对其他同类事件而言在具有超出个案的意义时才有适用余地。两大法系在示范诉讼的启动要件上存在不同的立法例。德国《投资者示范诉讼法》规定依当事人申请启动,当事人在申请中应指明事实与证据,阐明示范诉讼申请之决定对其他处于相同境况之法律争端来说,具有超出单一法律争议的意义;英国《民事诉讼规则》则将民事示范诉讼的启动权委诸法院行使。

首先,不应当否定当事人的程序选择权。民事诉讼以解决纷争为己任,程序设计以保障诉讼当事人的程序权利为宗旨。既然示范诉讼系为降低诉讼门槛、促进纠纷之划一解决和一次性解决而设,则其程序设计自然应符合民事诉讼之根本规律,以当事人进行主义为其基本要求。故允许经当事人申请而启动示范判决机制,

是为赋予当事人程序选择权,其有权使用简便、快捷的程序或避免使用无实益的程序的权利。但当事人提出申请后,法院应当对申请是否符合示范判决机制启动要件进行审查。

其次,也应当允许法院依职权启动示范判决机制。一方面,是考虑到示范判决机制并非法定的群体诉讼制度,仍在实践摸索阶段,需要法院的程序引导。另一方面,则是考虑到申请并参与示范案件的审理需要耗费较多的时间与精力,当事人可能出于“搭便车”的目的怠于主动启动该机制,故应以法院依职权启动的方式予以补充。

(二) 示范案件的选定

从德国《投资者示范诉讼法》的规定来看,其是将群体性诉讼中的共同事实或法律问题从个案中抽象出来形成一个新的“案件”,再由上级法院从众多个案中挑选出示范诉讼原告,从而可以在一种“两造诉讼”的框架内先行审理共通性问题。由于审理内容本身就限于经提炼、归纳后的共通性问题,并不限于个案,故须重新挑选原告来实施具体的诉讼行为。示范诉讼的申请人与示范诉讼原告在很大概率上并不是同一人。但从我国示范判决机制的设计来看,共通性问题的明确是通过代表性个案的先行审理来实现的。故重点在于对示范案件的挑选,其案件被挑选为示范案件的当事人自然成为示范判决程序的原被告。同时,为了提高程序效率,示范判决机制的启动可以与示范案件的选定结合起来。

申言之,示范判决程序的启动可以依任何一方当事人的申请或者由法院依职权启动。若由当事人提出申请的,其案件本身应符合示范案件选定条件,申请书中应阐明申请其案件的审理目标、相关证据情况及该案超出个案争议的意义所在。当事人提出申请后,法院应予以审查是否准许,审查标准包括:(1)是否已达到群体性案件认定标准,即同类案件(以单独诉讼计数)是否已超过10件;(2)是否符合示范判决机制的适用条件,即同类案件是否存在共通的法律争点、事实争点或者证据争点,以及个案对共通性争点的审理是否具有超出个案争议的意义;(3)案件选定方面,申请案件是否就上述共通争点具有代表性和申请、是否出于拖延诉讼的目的而提出。若当事人申请案件符合示范案件选定条件的,法院可以将其确定为示范案件并启动示范判决程序。法院经审查后,若认为当事人申请案件不符合示范案件选定条件,但确有启动示范判决机制之必要的,可以依职权在同类案件中另行选

定示范案件并启动示范判决机制。此外,在示范案件的选择上,若单个案件无法全面反映共性问题的,法院也可将若干单独诉讼案件合并为普通共同诉讼形式的示范案件组合。示范案件的选定,将导致其他同类案件诉讼程序的中止。

为保障其他同类案件当事人的参与权,使示范判决机制发挥群体诉讼的功能,法院应将示范案件选定的结果、平行案件的范围、示范案件的审理目标、示范判决的效力以及当事人的参与权等事项及时书面告知申请人、示范案件及平行案件当事人和就示范案件所涉及同类纠纷后续起诉的当事人。或者,也可以考虑参考德国《投资者示范诉讼法》中电子公告的可能性。

(三) 示范案件的审理及判决

示范案件的审理遵循审慎裁判的基本原则,并以解决共通性事实争点、法律争点或证据争点作为示范案件的审理目标。较之代表人诉讼,个案分别审理的方式虽然缺少人数众多这一基本要素,不具有群体诉讼所有的通过众多人数而形成的势能,但其在事实上也能起到群体诉讼的某些功能,关键在于要使示范案件的审理过程能够清楚地显示并使当事人意识到示范案件背后的群体利益。如果考虑到示范案件的影响力,原告方认真进行诉讼活动当然不言而喻,被告方必然会拼命进行抵抗。在此基础上如果能够进行充分的审判,引起社会各界的关注,意义显然是十分重大的。^①因此,应在庭审开始前对要解决的共通法律争点、事实争点及证据争点予以明确,如将虚假陈述行为是否成立、虚假陈述实施日和揭露日的认定、投资差额损失的计算方法、市场系统风险的认定等列为要在示范案件中解决的争点。在审理过程中,法官应合理运用释明权,引导当事人就共通争点展开充分辩论。由于示范判决关系重大,要特别注意避免共通争点的认定受到个案特殊性的影响,如虽然原、被告对某一争点达成一致意见,但该意见忽略了同类问题的群体性,可能会导致这一结果事实上无法适用于整个群体时,法官可以酌情公开与之不同的法律见解,使当事人有机会就新的意见展开辩论。

示范案件的诉讼程序应尤其注重信息公开。由于示范判决机制是基于单独诉讼,平行案件的当事人不是当然的诉讼主体。并且,为保证示范案件审理的效率,也不宜将所有平行案件当事人列为第三人。因为一旦允许平行案件的当事人介入

^① 参见[日]小島武司:《诉讼制度改革的法律与实证》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第46页。

示范案件,诉讼的规模就可能会变得很庞大。这不仅不利于提高诉讼效率,而且也在很大程度上冲淡了示范诉讼以点及面的设计初衷。但示范案件的裁判结果关系到群体利益,也关系到后续案件当事人具体的程序选择。如通过了解示范案件的审理过程,平行案件当事人认为示范案件原告已经用尽其所知道的攻击或抗辩事由的,可能会选择直接援引示范判决的结果;如果其认为其掌握有示范案件原告所不知道的,但足以影响共通争点认定的新证据,则可能会选择继续诉讼。因此,应通过示范案件庭审的信息公开,使包括平行案件当事人、潜在的当事人在内的群体成员都可以充分了解示范案件所使用的证据、事实调查及辩论过程。

最后,示范案件裁判文书应当围绕示范案件的审理目标充分展开论述,分析共通的证据,认定共通的事实,阐明共通的法律适用观点。其中,认定事实的证据应确实充分,认定的共通性事实不得是在事实真伪不明,依照举证责任分配规则作出的事实认定。当事人若对判决结果不服的,可以依法提起上诉。在示范判决发生法律效力后,应将判决结果及时告知平行案件当事人。

此外,参照德国《投资者示范诉讼法》的规定,如果在平行案件审理过程中,发生原告撤诉、与被告达成调解的或者原告死亡、丧失诉讼能力的情形时,法院应可以重新选定示范案件。原因在于,调解体现了当事人对自身权利的处分,是建立在自愿基础上的一种行为,并不意味着调解书与法院依据事实和法律作出的判决书在实体内容上完全一致,即该案件的裁判结果并不能达到示范判决机制所欲实现的目的,原告撤诉或丧失诉讼资格的情形也是同理。因此,若有继续适用示范判决机制之必要的,应另行选定示范案件。

(四) 平行案件的分流

示范判决机制基于单独诉讼的模式适用,故存在后续单独诉讼案件的分流问题。首先,类推适用《民诉法解释》第80条关于代表人诉讼判决扩张的原理,示范判决关于共通性争点的认定可以扩张至平行案件,但同时应当赋予平行案件当事人异议权。一方面,如果双方当事人都对援引示范判决结果无异议的,法院可以根据原告的主张和援引的事实与法律适用意见分别作出裁判,不再对共通性事实认定和法律适用进行审理;另一方面,因为平行案件的当事人没有直接参与示范案件程序,如果硬要其受示范案件裁判结果的拘束(尤其是不利拘束),显然有悖于程序公正的基本法理。故当其不同意示范判决结果并且希望通过后续诉讼提出救济

的,允许他们提出异议应有必要。同时,为了避免对异议权的滥用,可参照德国《投资者示范诉讼法》的规定设定异议提起的条件,如只有当平行案件的当事人就共通争点提出足以影响案件结果的新证据时,该异议才应当被法院听取,且当该异议成立时示范判决的效力不发生扩张。为进一步提高诉讼效率,若后续需作出判决的案件较多,法院可以根据具体情况将其合并为若干组共同诉讼,在判决书中只需要将当事人的名单列出,对案件涉及的共同事实问题和法律问题进行综合性的说明,并将分别核算的结果作为判决书的附件即可。

其次,为当事人提供明确的诉讼预期、引导其达成和解或调解是示范判决机制的重要价值之一。示范判决生效后,法院或专业调解机构可以示范判决为基础进行调解。对诉讼程序被中止的案件,若当事人达成和解或调解的,法院不再开庭,由当事人和解撤诉或者由法院出具调解书。对示范判决生效时还未起诉的投资者,如果其与被告和解不再考虑起诉,或通过法院的委派调解机制达成调解的,应由法院对调解协议予以司法确认。

三、示范判决机制的可行性

从我国现阶段司法实践和投资者维权现状出发,建立证券纠纷示范判决机制极具现实意义,且该机制与我国现行法律规定并无冲突,可行性较高。下文以虚假陈述民事赔偿案件为例逐一说明。

(一) 诉讼方式符合司法实践

证券侵权民事赔偿诉讼的特点在于,违法行为具有单一性、争点较为集中,但各个投资者的具体诉讼请求、法律适用意见又不同,相互之间利益的不一致。示范判决机制的诉讼方式以单独诉讼和若干普通共同诉讼的组合为主,这与现阶段虚假陈述民事赔偿案件的司法实践相符,也与该类案件的特点相符,即争议焦点相对一致、侵权行为容易认定、当事人之间存在利益冲突。其中,个性问题是法院得以拆分群体诉讼为单独诉讼的基础,而共通性问题则是得以简化程序、提高诉讼效率的契机和空间。

首先,从各地法院审理的虚假陈述民事赔偿案件的裁判文书来看,该类案件争议焦点相对一致,基本集中于是否构成证券虚假陈述行为、因果关系的认定、虚假

陈述揭露日的认定、投资差额损失的计算方法及市场系统风险的认定上。就同一被告的案件而言,由于侵权行为相同,个案审理中除具体赔偿金额因各投资者交易数据不同之外,在案件其他事实认定和法律适用上则基本相同,裁判文书多是直接复制首例判决。这是使用示范判决机制的基础,即在个案中就可以解决所有的共通性问题。若情况复杂,也可以通过若干个案组成示范案件组合,以明确所有的共通性问题。

其次,从侵权行为来看,《若干规定》对于证券虚假陈述民事赔偿诉讼设置了“前置程序”,即原告提起民事诉讼,须提交“有关机关的行政处罚决定或者人民法院的刑事裁判文书”。在实践中,大部分投资者都是以证监会等行政监管部门的行政处罚决定书为依据提起诉讼,即符合《若干规定》中所规定的前置程序要求,该比例为92%。虽然自2015年4月立案登记制实施后,证券虚假陈述民事赔偿案件的受理不再以行政处罚和刑事判决为条件,但在实践中尚未发现未经行政处罚或刑事判决法院径行、主动认定上市公司成立证券虚假陈述行为的案例。并且,《若干规定》作为现行有效的司法解释,在未被正式修改前,取消前置程序的法律依据尚不充分。因此,法院在审理中可以直接采信有关行政程序或刑事程序中关于信息披露不真实、信息重大性等的认定。故在该类案件中,关于虚假陈述行为的认定相对简单,但关于虚假陈述行为与购买决定之间的因果关系的确认却很困难。由于每个投资者的交易情况并不相同,因果关系的认定只能在单独诉讼中分别进行。因此,相比移植德国《投资者示范诉讼》中将共通性问题提炼出来先行审理而言,以单独诉讼的方式分批审理更契合该类案件的现实需要。

最后,该类案件之所以要以单独诉讼的方式受理,与各原告都要求自身利益的最大化,进而导致当事人之间利益不一致有关。按照传统侵权法理论,原告起诉要求被告承担损害赔偿责任时,要求证明存在侵权行为、损害事实及两者之间的因果关系。关于侵权行为,由于一般有行政处罚或刑事判决等“前置程序”的存在,双方当事人并无较大争议。但关于因果关系,特别是对系统性风险的认定,由于《若干规定》并没有作出明确解释,也没有对如何认定系统风险的程度进一步作出规定,在实践中司法自由裁量权较大,双方当事人争议的空间也较大。再如损害事实的认定,在实践中适法不统一的现象也较为突出,增加了案件判决的不确定性。如关于买入均价的计算,各地法院案例中就有算术法、冲抵法、加权法等各种不同的计

算方法。大多数投资者进行股票交易往往很复杂,会随着股价的波动多次买入、卖出,在此情况下,不同的计算方法就会得出不同的损失金额。因此,从谋求利益最大化的角度出发,各投资者都会在诉讼前按照自己的交易情况,去寻找各地法院对自己最有利的判例来计算自己的索赔金额,故导致各原告之间存在利益冲突。

综上所述,尽管当事人的诉讼标的是同一类的,但是每个当事人实际的权利要求和诉讼标的额通常却是不同的,强行要求各当事人统一意见未免强人所难。在被告偿付能力的总量一定的情况下,各当事人之间存在利益冲突更是不可避免的。因此,允许当事人单独诉讼,虽然会在一定程度上增加法院的工作量,但从诉讼公正和程序保障的角度,却是必需的。事实上,示范判决也正是建立在单独诉讼的基础上。有学者分析了单独诉讼在权利保障方面的功能,认为分别审理和判决更符合传统民事诉讼的功能和价值取向。(1)可以保证每一主体在诉讼程序中都有请求作出正当裁判的权利,并获得同样的程序保障。这样有利于避免因一方人数众多造成的强势对法院和社会带来的压力,更符合公平原则。(2)当事人本人的参与程度更高,代理人直接对当事人负责,在审理过程中可以总结沟通,有利于当事人自主地对自己诉讼中的实体权利和诉讼权利作出相应的处分,法院可以针对每一个当事人的具体诉求进行具体的判断。(3)判决是针对个案作出的,赔偿数目等一目了然,而且在裁判作出后无须考虑赔偿额的分配问题。(4)案件处理的个别性所导致错误的风险和成本相对较低,可以通过个别救济解决。^①此外,在后续案件的处理中,如果部分当事人能够达成一致意见,也可以将若干单独诉讼合并成一个普通共同诉讼,以进一步提高诉讼效率。如《若干规定》中规定,“多个原告因同一虚假陈述实施对相同被告同时提起两个诉讼的,人民法院可以将其合并为一个共同诉讼”。那么,对能够合并的单独诉讼予以合并,甚至可以在其中选出代表人参加诉讼,成为若干人数确定的、小规模的代表人诉讼,即普通共同诉讼和单独诉讼的组合,也是具有可行性的。

(二) 诉讼原理与法律规定并无冲突

示范判决机制所欲达到的目的是减少对群体性案件中共通性事实、法律问题的重复审理,并为后续同类纠纷提供准确的诉讼预期。因此,这种机制的内容要包

^① 参见范愉编著:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社2005年版,第333~334页。

括:(1)仅就群体性案件中有代表性的一部分先行审理,同时中止其他诉讼;(2)在这个先开展的诉讼程序中,要澄清对于所有同类事件都重要的问题;(3)在保障平行诉讼当事人诉讼权利的情况下,扩张判决的效力,简化后续程序。

事实上,在用好、用足现行法律资源的情况下,通过单独诉讼、合并审理及与非诉解决机制的灵活组合,并借鉴代表人诉讼中既判力的间接扩张理论,完全可以在现行法律框架内实现示范判决机制的目的。具体而言,在不考虑审限的情况下,个案的分批审理不存在法律上的障碍:进入诉讼程序的案件,即发生诉讼时效中断的效果。另外,只要原告的交易记录能够覆盖所有可能的时间点,即在实施日前有股票余额、实施日至揭露日之间有股票的买入和卖出、揭露日后一直持有股票等情况,能够覆盖《若干规定》确定的投资者损失计算的全部区间的,则在该案中关于虚假陈述行为成立、实施日和揭露日的认定、损失计算方法的确定等问题对其他平行案件都有具有普遍的示范意义。再者,理论上可以通过类推适用《民诉法解释》第80条关于代表人诉讼判决效力扩张的规定,实现示范判决关于共通性问题效力的扩张,在后续案件中只审查原告是否满足索赔区间及具体损失金额的计算问题。因此,示范判决机制的内容在诉讼原理上与现行法律规定并无冲突。

第二节 证券支持诉讼

一、证券支持诉讼的必要性

支持诉讼是证券纠纷示范判决机制中不可或缺的一部分,有利于保障弱势群体当事人的诉讼权利平等。具体而言,一方面可在示范案件中保障双方当事人诉讼能力的均衡;另一方面可在后续同类事件中保障各投资者之间的诉讼公平。

首先,在示范案件中由专门机构支持原告诉讼是有必要的。由于我国证券市场的投资者以散户居多,相对于证券公司、上市公司而言,投资者多处于经济资源上的弱势地位。当其权益受损时,因信息不足、能力有限、举证困难、诉讼成本过高等因素而放弃救济是常态。若实施示范判决机制,对示范案件原告而言,为就诉讼的共通事实和法律问题争取对全体投资者有利的判决,必然在一定程度上增加了

其负担,也对其诉讼能力提出了更高的要求。因此,有必要通过支持诉讼的方式,使示范案件原告在诉讼人力、财力、物力等综合能力上得到大幅提升,使之在共通争点的论争中真正实现与被告的平等对话,这会对鼓励中小投资者通过诉讼来维权起到非常好的促进效果,进而维护证券市场的良好秩序。

其次,在后续同类事件中为中小投资者提供支持诉讼也是有必要的,这主要体现在证据支持上。事实上,证券侵权纠纷的受害者往往不止一人,且所受损害都基于相同的原因事实,有些投资者已起诉到法院、有些投资者还对案件情况一无所知。如果受损害的投资者中有大部分都没有得到救济,会纵容侵权行为人逍遥法外。故有必要在示范判决生效后,由支持诉讼人协助投资者依照示范判决的内容搜集、整理证据,包括调取账户信息、交易记录并计算索赔金额等,降低维权成本,建立快速索赔渠道。

最后,对法院来说,支持诉讼人介入诉讼,也为示范判决机制的顺利进行提供了便利。由于示范判决程序的启动以及示范案件的选定需在法院查明、辨析多数当事人之间的共性事项和个性事项的基础上进行,对诉讼资料的整理工作要求较高。若有支持诉讼人在协调投资者之间关系,发掘案件的共性和整理争点的基础上,支持投资者起诉并提出示范案件选定申请的,法院可以在符合示范案件选定条件的前提下优先选定该支持诉讼案件为示范案件。此外,在示范判决生效后,通过支持诉讼人对后续投资者证据的初步审查,可以筛查掉一部分没有胜诉可能的投资者,有利于进一步降低诉讼规模;通过对投资者索赔金额的计算,可以将法官从大量程式化的计算工作中解脱出来,实现司法资源的有效利用。

二、证券支持诉讼的方式

我国有关支持诉讼的现行立法只有《民事诉讼法》第15条,“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”。该规定并未明确可提起支持诉讼机构的范围,也没有规定支持诉讼的具体方式,导致在具体适用时存在很多困惑。特别是在提起支持诉讼的资格、支持诉讼人的诉讼地位等问题上,存在较大争议。

首先,关于支持诉讼的资格。有权支持诉讼的,应限于合法登记的、对受害者

负有保护责任的机关、团体、企事业单位,公民个人不能作为支持诉讼的主体。^①对于名义上开展公益活动但法律身份属于营利性公司的民间社团,如较难分辨其公益性质的,也不宜被纳入可以提起支持诉讼的团体范围。在证券群体性纠纷领域,投服中心作为对中小投资者负有保护责任的证券金融类公益机构,与案件没有直接利害关系,符合上述法律规定。

其次,关于支持诉讼的诉讼地位。应明确的是,支持诉讼虽可以通过选派有专业知识的人作为原告诉讼代理人等方式进行,但支持诉讼本身不是代理起诉,所以支持诉讼人不同于诉讼代理人。从支持诉讼的长远发展来看,可以借鉴美国“法院之友”(amicus curiae)制度的经验。该制度是指,案件当事人以外的人在案件审理过程中主动地或经当事人邀请,向法院或其他裁判机构提交与案件有关的事实或法律意见,利益集团支持当事人参加诉讼是其中一种类型。^②参照这一制度,对支持诉讼人而言,其可以就案件的处理发表书面的意见,各方当事人可以对之进行辩论。

综上,对于证券支持诉讼的方式,宜明确为以下几项。

1. 出席庭审发表支持诉讼意见。支持诉讼人可以在起诉时向法院递交《支持起诉意见书》,也可以根据庭审情况,在法庭辩论终结时发表支持诉讼意见供法庭参考。其他当事人就支持诉讼意见可以发表自己的观点。这一方式主要是在示范案件审理过程中,因为示范判决对证券群体性纠纷的走向起决定性作用,有必要由投服中心从专业角度提出支持诉讼意见,增加示范判决的权威性。

2. 调查取证。支持诉讼人可以自己名义调查取证。法院对该类证据在庭审时应当提交各方当事人进行质证,经质证确认的可以作为定案的依据。具体而言,投服中心可从中登公司获取账户信息、从沪深交易所获取交易数据,在依照示范判决所确定的索赔区间、计算方法等基础上计算投资者的索赔金额并提供相应证据,法院分批次组织被告质证后予以认定。这一方式主要适用于平行案件的审理过程。因为每个当事人的权利主张和实际标的额通常是不同的,在平行案件中当事人可以直接援引示范判决,平行案件的审理过程往往只是一个核实、计算的“对账”过

^① 参见潘申明:《比较法视野下的民事公益诉讼》,法律出版社2011年版,第249页。

^② 参见叶青、王晓华:《论法院之友制度及其在我国的移植障碍》,载《现代法学》2008年第2期。

程。在已明确交易主体、交易期间以及对应的统计、分析或者计算方法等内容交由投服中心完成,在此基础上可进一步节省法院的审理成本。另外,如果投服中心可以在法律上确认为鉴定机构,可以鉴定程序的方式确定平行案件的投资损失;可以上述支持诉讼的方式协助当事人按示范判决所确定的计算方法提出权利主张及相应证据。

此外,支持诉讼还可以通过从物质上、法律上给予帮助以及选派有法律知识的人作为原告诉讼代理人等方式进行。

第三节 其他辅助机制

一、诉调对接机制

为促进证券群体性纠纷的多元化解,法院应结合案件的具体情况,在尊重当事人程序选择权的前提下,实现诉讼机制与非诉解决机制的灵活转换,包括完善委派、委托调解机制、构建司法确认绿色通道等。

具体而言,在登记立案之前,如果当事人同意接受调解,法院可将案件委派给专门调解机构,依照示范判决的内容进行诉前调解。如果当事人达成调解,可以申请法院对调解协议进行司法确认。若在规定的调解期限内不能达成调解,当事人坚持诉讼的,则立案进入审判程序。对已进入诉讼程序的案件,法院也可根据案件的具体情况,在征求当事人意见后委托给专门调解机构,依照示范判决的内容进行调解。如果达成调解的,当事人可以选择撤诉或由法院出具民事调解书结案;如果调解不成,则继续审理。

综上,通过调解前置、调解与诉讼的灵活转换,一方面有利于彻底地、迅速地解决纠纷,另一方面可大大节省司法资源和当事人讼累。

二、费用激励机制

就理论上而言,示范判决可提供明确的诉讼预期,有助于未参加诉讼的多数利

害关系人经由示范判决而预知自己的权利和义务,从而促使其余或部分纠纷在法院外得以解决。但是在实践中,可能会出现原告和被告都宁愿继续诉讼的情况。申言之,在示范判决原告胜诉的情况下,被告不愿意调解的原因很简单。因为如果所有案件都按照对原告有利的诉讼判决达成调解,被告的损失太大,通过众多的单独诉讼至少可以拖延赔偿的时间。在示范判决中原告败诉的情况下,平行案件原告也可能会继续诉讼以求获得有利的判决。虽然当事人对示范判决的异议只能在一定情况下被法庭听取,但若当事人没有达成调解的动力,也会大大降低示范判决机制的作用。因此,有必要建立经济激励机制,以推动平行案件当事人达成调解。

具体而言,从积极方面来说,若当事人达成调解的,法院可以依法减免部分诉讼费用;从消极方面来说,若当事人拒绝接受依照示范判决提出的调解方案,且在后续诉讼程序中不能获得更有利的判决结果的,对方当事人要求其赔偿由此导致后续诉讼程序中增加的交通、住宿、就餐、误工、证人出庭作证等必要费用的,法院可予支持。

结 语

为妥善审理证券群体性案件,应当建立一套规范而详细的示范判决机制。这种机制的立法体例,从长远来看,应当在民事诉讼法和证券法中固定下来,作为和代表人诉讼并列的诉讼形式。但是,由于我国长期以来只有代表人诉讼,且实践中还存在诸多问题,所以可以预见,以单独诉讼、共同诉讼和示范判决机制灵活组合的群体诉讼解决机制还是一个比较遥远的目标,特别是示范判决机制,需要在实践中不断摸索经验。

因此,在短期内,可以结合我国现有的关于群体诉讼规则的若干司法解释,结合实践经验,尽快规定示范判决规则开始试点。这一立法与实践并没有多大冲突,在某种意义上只是对当前行之有效的做法的明晰和规范,立法压力不大。下一步则是通过实践经验的积累,最终形成比较成熟的、具有可操作性的民事诉讼法条文。

参考文献

一、论 文

1. 庄淑珍、董天夫:《我国代表人诉讼制度与美国集团诉讼制度的比较研究》,载《法商研究》(中南政法学院学报)1996年第2期。
2. 夏蔚:《代表人诉讼若干问题研究》,载《政法学刊》1997年第4期。
3. 刘学在:《代表人诉讼之裁判效力扩张的几个程序问题》,载《法学》1999年第2期。
4. 肖建华:《群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究》,载《比较法研究》1999年第2期。
5. 李龙:《论民事判决的既判力》,载《法律科学》(西北政法学院学报)1999年第4期。
6. 沈冠伶:《示范诉讼契约之研究》,载《台大法学论丛》2004年第6期。
7. [德]布里吉特·居普里斯:《程序法视野下的消费者权益保护——德国团体诉讼的成功经验和集体权利实现的未来》,载《中德法学论坛》(第7辑),南京大学出版社2009年版。
8. 吴英姿:《判决效力相对性及其对外效力》,载《学海》2000年第4期。
9. 肖建华:《论判决效力主观范围的扩张》,载《比较法研究》2002年第1期。
10. 肖建华:《诉权与实体权利主体相分离的类型化分析》,载《法学评论》2002年第1期。
11. 杨峰:《美国集团诉讼及其对完善我国证券侵权群体诉讼制度的借鉴意义》,载《福建政法管理干部学院学报》2002年第4期。

12. 宋崇玉、王燕:《论虚假陈述民事案件的诉讼方式》,载《现代法学》2003年第1期。
13. 翁晓斌:《论既判力及执行力向第三人的扩张》,载《浙江社会科学》2003年第3期。
14. 钟志勇:《证券民事侵权诉讼前置程序与共同诉讼》,载《法律科学》(西北政法学院学报)2003年第6期。
15. 梁卫军:《美国的集团诉讼及其我国证券民事案件的借鉴意义》,载《学术论坛》2004年第2期。
16. 张泽涛、陈斌:《法学家论证意见书及其规范——美国“法院之友”制度的启示》,载《法商研究》2004年第4期。
17. 潘剑锋、陈福勇:《论证券民事侵权赔偿案件的诉讼方式》,载《政法论坛》2004年第3期。
18. 章武生、杨严炎:《我国群体诉讼的立法与司法实践》,载《法学研究》2007年第2期。
19. 章武生:《论群体性纠纷的解决机制——美国集团诉讼的分析和借鉴》,载《中国法学》2007年第3期。
20. 杨严炎:《示范诉讼的分析与借鉴》,载《法学》2007年第3期。
21. 章武生、杨严炎:《群体诉讼的价值与功能》,载《法学评论》2007年第5期。
22. 杨瑞:《示范诉讼制度探析——兼论我国代表人诉讼制度之完善》,载《现代法学》2007年第5期。
23. 杨峰:《德国团体诉讼对完善我国证券侵权诉讼制度的借鉴》,载《求索》2007年第12期。
24. 章武生、张大海:《论德国〈投资者典型诉讼法〉》,载《环球法律评论》2008年第3期。
25. 叶青、王晓华:《论法院之友制度及其在我国的移植障碍》,载《现代法学》2008年第2期。
26. 汤维建:《论团体诉讼的制度理性》,载《法学家》2008年第5期。
27. 吴泽勇:《群体性纠纷的构成与法院司法政策的选择》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2008年第5期。

28. 齐树洁、徐雁:《群体诉讼的困境与出路:示范诉讼制度的建构》,载《中州学刊》2009年第1期。
29. 单丽雪:《群体性纠纷非诉讼解决机制探析》,载《渤海大学学报》(哲学社会科学版)2009年第1期。
30. 吴英姿:《代表人诉讼制度设计缺陷》,载《法学家》2009年第2期。
31. 曾艳:《我国证券集团诉讼制度的构建》,载《天津大学学报》(社会科学版)2009年第2期。
32. 肖建国、黄忠顺:《任意诉讼担当的类型化分析》,载《北京科技大学学报》(社会科学版)2009年第1期。
33. 刘毅、张谷:《示范诉讼及其在我国审判实践中的运用》,载《人民司法》2009年第11期。
34. 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。
35. 陈立峰:《美国早期中立评估制度之评介——兼与我国民事审前程序的比较》,载《浙江树人大学学报》(人文社会科学版)2010年第2期。
36. 吴泽勇:《群体性纠纷解决机制的建构原理》,载《法学家》2010年第5期。
37. 杨严炎:《我国群体性纠纷和群体诉讼产生的原因及对策研究》,载《河南大学学报》(社会科学版)2010年第6期。
38. 周学峰:《证券集团诉讼的滥用与制约》,载《西部法学评论》2011年第2期。
39. 李德恩:《群体性纠纷多元解决机制中的司法能动问题》,载《上海交通大学学报》(哲学社会科学版)2011年第4期。
40. 周晨:《浅析美国早期中立评估机制(ENE)在中国诉前调解中的构建》,载《法制与社会》2011年第25期。
41. 肖建华、陈迎宾、宋芳:《论我国证券欺诈代表人诉讼制度的完善》,载《天津法学》2012年第3期。
42. 吴光明:《证券团体诉讼诉讼文化之探讨——美国与我国台湾地区比较法角度之观察》,载《交大法学》2014年第3期。
43. 江和平、黄琪:《民商事纠纷中立评估机制的中国发展之路》,载《法律适用》

2015年第7期。

44. 段宇衡、彭雨晨、段吉福:《大陆与台湾地区投资人保护机制对比的研究》,载《成都工业学院学报》2015年第3期。

二、专著(按出版时间排列)

1. 汤维建:《美国民事司法制度与民事诉讼程序》,中国法制出版社2001年版。
2. 肖建华:《民事诉讼当事人研究》,中国政法大学出版社2002年版。
3. 章武生主编:《民事诉讼法新论》,法律出版社2002年版。
4. 何兵:《现代社会的纠纷解决》,法律出版社2003年版。
5. 范愉编著:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社2005年版。
6. 李响、陆文婷:《美国集团诉讼制度与文化》,武汉大学出版社2005年版。
7. 张艳蕊:《民事公益诉讼制度研究——兼论民事诉讼机能的扩大》,北京大学出版社2007年版。
8. 沈冠伶:《诉讼权保障与裁判外纷争处理》,北京大学出版社2008年版。
9. 汤维建等:《群体性纠纷诉讼解决机制论》,北京大学出版社2008年版。
10. 章武生等:《外国群体诉讼理论与案例评析》,法律出版社2009年版。
11. 薛永慧:《群体纠纷与群体诉讼研究》,知识产权出版社2009年版。
12. 杨严炎:《群体诉讼研究》,法律出版社2010年版。
13. 李卓:《公益诉讼与社会公正》,法律出版社2010年版。
14. 张嘉军:《民事诉讼契约研究》,法律出版社2010年版。
15. 潘申明:《比较法视野下的民事公益诉讼》,法律出版社2011年版。
16. 李国光主编:《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2015年版。