

## 议题 5 律师在特别代表人诉讼中的独特作用

### 律师在特别代表人诉讼中的独特作用

沈田丰\*

各位领导、各位证券业界同仁：

非常感谢第三届中小投资者服务论坛邀请中华全国律师协会金融委员会参与这个活动！

2020年3月1日，新修订的《证券法》生效，这将掀开中国资本市场发展的新篇章。中国资本市场将进入全面的注册制时代。

《证券法》确定的注册制更加注重了证券市场信息披露的法律保障，信息披露违反证券市场规则而造成投资者损失的，责任人需要承担赔偿责任。由于证券市场涉及投资者众多，交易量巨大，因此，投资者利益保护机制的建立就非常重要。《证券法》在投资者保护方面引入投资者保护机构参与保护投资者利益的工作，这个制度的建立将大大推动中小投资者利益的保护。

在资本市场中，律师是一个活跃的群体，其在证券的发行、证券的交易中起着举足轻重的作用，为证券市场的规范运行提供法律制度的服务，从不同角度为证券市场的参与者提供法律协助与权利保障。同样，新《证券法》对投资者利益保护的加强，律师在投资者利益保护中也将起到积极的作用，尤其是在特别代表人诉讼中会起到独特的作用。

律师在特别代表人诉讼中的独特作用，首先，体现在其可以作为投资者保护机构的律师，帮助分析侵权行为的特点、证据构成、责任要件、投资者损失金额的计算、有

---

\* 中华全国律师协会金融委员会主任。

权提起赔偿请求的投资者范围。律师可以帮助完善投资者对投资者保护机构授权委托关系、投资者登记、诉讼证据的整理、诉讼程序的选择等。总之,律师可以作为诉讼代表人的委托代理人,从投资者保护机构的角度发起投资者利益保护的诉讼。

其次,律师在投资者利益保护的诉讼中也作为被告的诉讼代理人。律师虽然代理的是被告,却可以从被告角度协助厘清事实,明确侵权行为是否发生?是否造成损失?是否应当赔偿?以及应当赔偿多少?律师这些工作的目的,是保证法律的正确实施。我认为,律师作为这类诉讼的被告律师的作用应该更加独特,因为,他不仅是站在被告角度工作,他还可以帮助被告作出理性的分析,使投资者诉讼可以快捷高效地结束,减少投资者保护诉讼过程中的时间成本与费用成本,使投资者能快速地获得赔偿,节约争议解决的社会资源与诉讼资源。

再次,律师还可以作为专业人士参与投资者保护争议的调解。因为证券交易是一项复杂的交易,有时候权利义务与责任的界定会比较困难,资本市场的强大生命力也促使新型的交易模式在资本市场中不断涌现。专业的律师可以作为调解机构的调解员参与投资者保护的争议解决,化繁为简。专业的证券律师作为调解员在投资者保护过程中也是一个独特作用,这更可以节约诉讼资源,使争议获得有效的解决。

最后,律师还可以作为专家参与投资者保护机构对具体案件的论证。证券市场是复杂而且千变万化的,每个投资者保护的争议都可能是独特的和新颖的,这需要一个独立第三者的角度,从维护资本市场健康发展的角度,去评价一个具体行为可能存在的性质、价值、对机制是完善抑或是破坏。作为一个论证专家,律师可以用专业知识与经验为投资者保护机构提供一些具有智慧的观点与解决方案。

我想,没有哪一个行业像律师那样,可以从如此完全不同的角度,全方位地参与投资者保护的争议解决。正因为律师的这个作用,就要求律师行业在对于投资者保护的争议解决中,要特别注意尊重事实、敬畏规则,确保法律的正确实施。而且,律师的利益冲突机制在投资者保护争议解决中显得尤为重要。一个律师、同一家律师事务所的不同律师不能在同一个案件中同时代表不同的利益方。律师也不能在作为代理人的情况下,作为同一案件的调解员或论证专家。律师行业的这个独特制度不仅保障律师为当事人的合法利益认真工作,也可以让整个律师行业从不同角度参与投资者保护工作,避免垄断。

投资者保护机构是由新《证券法》规定的证券市场主体,有了法律的授权,相信投资者保护机构可以在《民法典》、《民事诉讼法》以及相关司法解释规定的范围内,充

分发挥投资者保护的独特作用,维护资本市场的规范运行,给投资者一个安全的、可信赖的、健康的交易市场。律师也愿意积极地为这个目标的实现发挥我们独特的作用。也希望投资者保护机构能多给我们律师一些工作的机会。

谢谢大家!

## 共同见证特别代表人诉讼的全新启航

胡震远\*

投服中心组织这次论坛,可谓正逢其时。《证券法》修订后,其第95条宣示特别代表人诉讼制度的横空出世。这本来是一个程序法制度,程序法那边毫无动静,实体法这边却开花结果,说起来也是挺有趣的事情,可见证券诉讼实践对这一制度的期待有多么迫切,但也正是因为这个制度发端于《证券法》,囿于实体法的侧重,只能初步建立一个制度雏形,很多细节还是有待程序法去完善。

当然,我们非常欣喜地看到,最高人民法院已经制定了《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》(以下简称《规定》),证监会发布了通知,投服中心也出台了业务规则。在程序法没有修改之前,这些规定的出台显然会让特别代表人诉讼更接地气,我们好像看到了一派蓄势待发的景象。

现在的制度设计是一个金字塔型的向下兼容模式:单一诉讼是塔基;普通代表人诉讼在中间,可以吸收单一诉讼;特别代表人诉讼在塔尖,可以吸收普通代表人诉讼。《规定》显然在努力推动这种诉的合并:单独诉讼本来要预交诉讼费,但撤诉后加入普通代表人诉讼的,可以退还诉讼费,而且原则上普通代表人诉讼先审理,单一诉讼中止审理。普通代表人诉讼被吸收到特别代表人诉讼的,可以讨论败诉后诉讼费的减免,申请财产保全也可以不提供担保。这样的制度设计当然有利于纠纷的一次性解决,但同时也对特别代表人诉讼提出了更高的要求。

作为律师,我们更关注的可能是特别代表人诉讼的实践操作。换句话说,这些制度落地之后怎么去操作?此外,司法解释对于有些问题作了留白处理,我们也需要考虑,今后有没有完善的空间?

举个简单的例子,《规定》要求代表人诉讼依托信息化技术手段去开展,对于特别

---

\* 投服中心公益律师、方达律师事务所合伙人。

代表人诉讼更是明确规定代表人可以向证券登记结算机构调取权利人名单。实务上,中国证券登记结算有限责任公司确实有中小投资者的投资信息,只要给定条件,有能力获取和提供信息,与法院、投服中心建立信息互通的机制在技术上也完全可行。权利人身份信息的确是最基础的诉讼工作。按照传统的模式,在诉讼时核对身份证、营业执照等操作还需要吗?我们能确保电子信息的准确性吗?尤其是在特别代表人诉讼的情况下,投资者有可能自始至终都没出现,我们是否需要某一种核实机制?上海金融法院已经启动“中小投资者保护舱”,可以实现智能化核对投资者身份,自动化生成立案信息,以及便利化代表人诉讼等功能。其中,在代表人诉讼方面,投资者通过与智能机器人“小金”对话就可以完成代表人诉讼的登记、公示、分组、推举、投票等程序。根据证监会的通知,投资者保护机构有权查询投资者的持股情况、亏损情况等信息用以帮助他维权。如何采取合适的措施,既保护好投资者的个人信息,又确保特别代表人诉讼的实现?

再如,特别代表人诉讼是从普通代表人诉讼中衍生出来的,但是两种代表人诉讼的管辖法院不一样。普通代表人诉讼可以在全国各地的中级人民法院诉讼,但是特别代表人诉讼只能由北京、上海和深圳的中级人民法院或者金融法院管辖,所以程序转换时要移送管辖。移送管辖后,如果两地的管辖法院对权利人的范围有不同意见怎么办?尤其是在在先管辖法院的裁定已经获得当地高级人民法院复议维持的情况下,在后管辖法院能不能忽略该决定,另行确定权利人范围?个人倾向于认为,在后管辖法院还可以改变权利人范围。从程序上来讲,移送管辖的特别代表人诉讼可以被理解为一个新的案件,不受前案约束;从实体上讲,确定权利人范围的裁决实际上是预判了包括交易因果关系、揭露日的确定等在内的实体争议,从“谁审判,谁负责”的角度而言,也不可能受制于前案的判断。

又如,如果代表人经过综合分析,决定提出和解、撤诉或者调解申请,绝大部分的投资者都同意,但一小部分投资者坚决不同意,那么这小部分诉讼需要继续进行。此时,代表人是要继续代表还是撤出诉讼?如果要继续代表,投资者与代表人意见分歧,实际上已经很难代表。如果不继续代表而退出诉讼,那是否要反向转化为普通代表人诉讼或者单一诉讼?同样的道理也适用于代表人不上诉而极少数原告上诉的情形。这个问题涉及代表人诉讼的核心问题,那就是代表人到底是当事人还是诉讼参与者?根据目前的设计,代表人在特别代表人诉讼中的地位并不明确。由于我们的程序法并没有在代表人诉讼中否定原告的诉讼主体地位,所以《规定》不得不在案件

和解、撤诉、调解、上诉等重要方面迁就原告的权利,但这样的规定使代表人处在了一个尴尬的位置上,也使代表人诉讼无法实现纠纷的一次性解决。根据个人对司法实践的认识,在原告和代表人的想法发生严重分歧时,管辖法院可能会希望代表人继续参加诉讼,使特别代表人诉讼功德圆满,但此时代表人已经失去了原告的信任,原告一方的阵营已然从内部瓦解——原告觉得代表人不适合继续代表自己,代表人觉得无法违背真实意思去代表原告。当原告和代表人出现两种声音,代表人即使继续陪跑,法院也会陷入“到底听谁说”的迷茫,原告给代表人签署的特别授权文件也可能丧失其严肃性。所有这一切最终可能还得回到原点,使代表人以诉讼担当的方式替代投资者而成为原告。当然,这已经不是司法解释能够解决的问题了。

《规定》指出,没有参加特别代表人诉讼的投资者提起后续诉讼的,法院可以直接裁定适用生效判决,而且裁定一经作出立即生效。这就意味着规则允许投资者“搭便车”。如果被告的财力足以支付赔款,投资者可能会采用这种节约成本的方式,那么我们又思考,通过代表人诉讼实现纠纷一次性解决的初衷怎样去实现?此外,用裁定去解决一个实体纠纷,且不赋予上诉权,是否有损程序法最基本的程序保障功能,似乎也有待斟酌。

由于特别代表人诉讼是一个全新的制度,需要法院、投资者保护机构、律师等各方面的力量来共同推进和完善,这对律师的证券法知识、程序法功底、沟通谈判能力等综合能力提出了更高的要求。相信优秀的律师在这类诉讼中将大有可为。

## 中证中小投资者服务中心有限责任公司副总经理刘磊 在第三届中小投资者服务论坛新《证券法》特别代表人 诉讼实践专题论坛上的发言

刘 磊\*

本次分论坛以线上方式成功举办,感谢与会各方从不同角度为特别代表人诉讼工作的开展建言献策!

关于议题1“证券代表人诉讼的协同机制”,最高人民法院李伟法官介绍了起草司法解释过程中所考虑的若干关键问题。人民大学刘俊海教授围绕投保机构应当如

---

\* 中证中小投资者服务中心有限责任公司副总经理。

何苦练内功,以及与司法机关、监管系统、地方政府等各方建立同频共振的协同共治体系作了发言。

关于议题2“证券特别代表人诉讼的审裁规则”,上海金融法院单素华庭庭长重点从启动程序、调解程序及上诉程序,对特别代表人诉讼相关程序性法律问题进行了专业分析解读。深圳市中级人民法院金融法庭袁银平庭长从诉讼便利、纠纷多元化解、保障投资者诉讼权利及信息化建设四个维度,明确了如何落实好特别代表人诉讼制度。南京市中级人民法院金融庭黄伟峰副院长介绍了证券群体纠纷现状与实践探索,总结了开展代表人诉讼的启示与展望。

关于议题3“试点阶段特别代表人诉讼案件选取应考量因素”,中国人民大学叶林教授、北京大学郭雳教授及新加坡管理大学法学院张巍副院长交流了特别代表人诉讼案件选取的考量,认为案件选取应当综合考虑收益成本、公益性、典型性及社会影响等多种因素。

关于议题4“投保机构在调解程序中的协调与平衡”,同济大学法学院蒋惠岭院长认为,投保机构应当从做好顶层设计、完善调解程序、做好内外部协调及加强调解培训四个方面充分发挥在调解程序中的作用。浙江大学李有星教授认为,投保机构能够切实代表中小投资者利益、在调解程序中做好有效的协调与平衡,重要的是,把握投资者保护的整体、全局观念,平衡市场参与者的整体利益。华东政法大学肖宇副教授对调解在特别代表人诉讼中的适用空间进行了专业分析,并针对投保机构调解提出了有益建议。

最后,关于议题5“律师在特别代表人诉讼中的独特作用”,中华全国律师协会金融委员会沈田丰主任总结了律师在特别代表人诉讼中的四点独特作用。方达律师事务所合伙人胡震远律师结合实践操作,对司法解释未明确的相关问题进行了深入思考。

相信在社会各界的大力支持下,特别代表人诉讼工作能够稳健开展,投服论坛一定会越办越好,投服中心从事的投资者保护事业也会更上一层楼!期待明年再见!