

特别代表人诉讼通知制度实施中的问题*

刘 磊** 任雪雪***

摘要:自我国特别代表人诉讼制度建立以来,在通知方式的适用上一直存在分歧。经梳理美国、澳大利亚、韩国等域外立法及实践,存在网上公告、邮寄、张贴通知等多种方式,并非单一的一一通知到人,在通知方式的选择上,应立足于我国国情及立法传统。结合首单特别代表人诉讼、普通代表人诉讼和先行赔付等诸多实践,从客观基础、各方当事人负担、立法对投资者诉权保护的现状和康美药业案的社会效果等各方面考虑,应当认为公告通知符合现阶段实际需要。

关键词:特别代表人诉讼 通知 先行赔付

自2020年3月1日《证券法》实施以来,特别代表人诉讼制度的建立备受热议。该制度的设立有助于全面落实对资本市场违法犯罪行为“零容忍”,极大提高违法违规行为成本。为配合这一制度的实行,最高人民法院、中国证监会及中证中小投资者服务中心分别制定了《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》(以下简称《若干规定》)、《关于做好投资者保护机构参加证券纠纷特别代表人诉讼相关工作的通知》、《特别代表人诉讼业务规则(试行)》,并于2020年7月31日同时公开发布,为制度运行提供了具体依据。但《若干规定》对通知等程序性细节的规定具有或然性,国内尚未见到有相关专题性成果。特别代表人诉讼通知制度如何兼顾诉讼效率与权利保障,以及如何实现程序正义和实体正义平衡是值得思考的问题。

* 本文仅代表作者个人观点,作者观点与所任职机构无关。

** 中证中小投资者服务中心有限责任公司副总经理。

*** 中证中小投资者服务中心有限责任公司高级经理。

一、制度实施存在争议

由于《证券法》相关条文较原则,现有司法解释也未予以明确,审判实践也缺乏相应的经验积累,在特别代表人诉讼机制实施中,关于通知制度一直存在不同意见和看法,尤其在通知方式的选择上,存在较大分歧。有观点认为,司法解释中的“通知”,即一一通知到人,是最好的、可行的通知,这是保障正当程序的必然要求。另有观点认为,一一通知到人对法院及投保机构提出了较高要求,在信息网络高速发展的今天,通过线上公告等方式进行通知,将极大提高诉讼效率,也能够实现对投资者诉讼权益的应有保护。

通知方式关系是否真正实现正当程序要求,并可能对众多原告投资者的合法权益产生重要影响,同时也是影响通知成本及效果最为直接的因素。下文将具体阐述通知制度在群体性纠纷解决机制中的重要功能,并简要对比域外对该制度的立法与实践经验,以期能够更好地理解和适用我国立法相关规定。

(一) 制度构建旨在实现程序正当

正当程序是英美法系的一条重要的宪法原则,源于英国《自由大宪章》。1791年通过的美国《宪法第五修正案》规定:“不经正当法律程序,不得被剥夺生命、自由和财产。”程序正当性主要体现在其程式和内涵伦理上。程序之所以受到如此重视,是因为任何实体的公正只能是相对的,而程序的公正才是绝对的。结果的公正必须有程序的保障,通过正当程序来确保结果的公正,结果是否公正往往也只能通过程序是否公正来确认和判断。^①正当程序的核心即当事人提供出庭、辩论的机会,并听取其意见,此为当事人的基本权利。正如我国《民事诉讼法》第12条的规定,人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。

根据我国《证券法》第95条第1款的规定,特别代表人诉讼机制适用于投资者提起的虚假陈述等证券民事赔偿诉讼。不同于一般民事诉讼,证券民事赔偿诉讼呈现“小额多数”的特点,为一次性解决涉及范围广阔的群体性纠纷,特别代表人诉讼按照“默示加入、明示退出”的原则,将群体性纠纷中所有原告一并纳入该诉讼,由投保机构作为代表人代表其进行诉讼,原告无须再出庭、辩论。在此情况下,就出现了诉讼

^① 黄学贤:《正当程序有效运作的行政法保障——对中国正当程序理论与实践发展的学术梳理》,载《学习与探索》2013年第9期。

的经济性要求与正当程序之间的矛盾,而通知制度的建立正是为了缓和这一冲突。通过将权利人名单、变更或者放弃诉讼请求等涉及自身权益的诉讼事项及时告知原告,保障其对诉讼重大事项的知情权、异议权、退出权等,能够营造良好的诉讼氛围,实现诉讼程序的正当化。

(二)立法和实践的梳理

1. 通知的方式

《若干规定》仅对特别代表人诉讼通知的主体和事项进行了规定,并未对具体通知方式进行明确。在已有的首单特别代表人诉讼及普通代表人诉讼司法实践中,均是采取公告通知方式,但实务中仍存在一定分歧。

韩国《证券集体诉讼法》强调的是全国性日报上的公告,这也是韩国集体诉讼通知方式的特色。^① 美国集团诉讼适用“最佳通知”的原则,要求要向集团成员进行最好的、可行的通知,对已知的成员,应当进行个别通知,通常采用邮寄的方式。如果通过合理努力不能获得成员的姓名和地址,法院必须在律师的协助下依据案情来决定什么是实际可行的最佳通知。可供选择的发送通知方法有:公告通知、网上通知、在集团成员可能经常出现的地方张贴通知。^② 澳大利亚集团诉讼的通知方式与美国相反:以公告通知为原则,个别通知为例外。^③ 只有在个别通知合理、可行且费用不高的情况下,法院才会同意采取此种通知方式。

2. 通知的主体

我国特别代表人诉讼的通知主体由《若干规定》进行了详细的规定,通知主体涉及法院及代表人。《若干规定》中共出现9次“通知”,其中法院作为通知主体的有6次,代表人作为通知主体的有3次。

关于域外集团诉讼的通知主体,根据各国的相关法律法规,一般应当由原告方代表进行通知,如美国、加拿大,通常是由集团诉讼的代表人和律师完成的。韩国《证券集团诉讼法》的规定不同于美国和加拿大,履行通知义务的主体为法院,并非原告方。澳大利亚并未在其法律中直接明确集团诉讼的通知主体,而是由法院通过决定的形

^① 罗斌:《集团诉讼通知制度研究——以美国、澳大利亚、加拿大和韩国为对象的比较法考察》,载《法学杂志》2009年第6期。

^② 中南大学法学院课题组:《美国证券集团诉讼法研究》,载道客巴巴网,<http://www.doc88.com/p-180631587217.html>。

^③ 罗斌:《集团诉讼通知制度研究——以美国、澳大利亚、加拿大和韩国为对象的比较法考察》,载《法学杂志》2009年第6期。

式进行说明,因此原被告双方当事人均可能成为通知主体。

3. 通知的事项

《若干规定》中的通知事项包括原告名单、调解协议草案、上诉等关系原告诉讼利益的重大事项。其中,人民法院通知事项有 6 处:(1)人民法院应当在普通代表人诉讼登记期间届满后十日内对登记的权利人进行审核,并将审核后的原告名单通知全体原告(第 11 条)。(2)投保机构依据特别代表人诉讼登记公告确定的权利人范围调取的权利人名单,人民法院应当登记并将原告名单通知全体原告(第 35 条)。(3)人民法院经初步审查,认为调解协议草案不存在违法因素的,向全体原告发出通知(第 19 条)。(4)代表人和被告可以根据听证会的情况,对调解协议草案进行修改,人民法院应当将修改后的调解协议草案通知所有原告(第 20 条)。(5)人民法院准备制作调解书的,应当通知提出异议的原告,告知其可以在收到通知后 10 日内向人民法院提交退出调解的申请(第 21 条)。(6)人民法院应当编制分配方案并通知全体原告(第 30 条)。

代表人通知事项有 3 处:(1)代表人变更或者放弃诉讼请求、承认对方当事人诉讼请求、决定撤诉的,应当向人民法院提交书面申请,并通知全体原告(第 22 条)。(2)一审判决送达后,代表人决定放弃上诉的,应当在上诉期间届满前通知全体原告(第 27 条)。(3)一审判决送达后,代表人决定上诉的,应当在上诉期间届满前通知全体原告(第 28 条)。

在美国集团诉讼中,原则上涉及通知的时点有两个:一是法院确认集团诉讼成立后,根据法院的相关要求,代表人要将该集团诉讼的基本情况通知其代表的成员,成员可自行决定是否退出该诉讼;二是集团诉讼案件以和解方式结案的,代表人和律师应当将和解协议的内容、具体的分配方案以及诉讼费用等基本情况及时通知成员。实践中,因集团诉讼涉及的原告数量巨大,通知的成本极高,案件也多以和解方式结案,对于短期内拟和解的集团诉讼案件,代表人往往会向法院申请一次性向集团成员通知集团诉讼成立及和解事项,以节约相关费用。

(三) 通知方式不一,应结合国情进行解释

1. 通知方式存在较大差异

通过梳理域外立法和实践,不难发现证券集团诉讼的通知方式较多,如网上公告、邮寄、张贴通知等,并非单一的一一通知到人。直接通知的观点在域外部分国家司法实践中也存在争议,有法官认为,如果一个诉讼满足了民事诉讼规则的其他要

求,则法官应当考虑适当的通知方式,以保证集团诉讼的进行,而最理想的状态是在“合理的努力”的范围内,集团成员得到切实可行的最好的通知,但这种通知未必是个别性通知。^① 在替代性通知方式的选择上,多从通知费用、集团成员退出的意愿等方面进行考虑,若可能的通知费用过高,集团成员基本不会选择退出,则在全国性媒体上进行公告属于合适的通知方式。

2. 应结合国情及立法传统进行解释

我国《公司法》规定,公司发行无记名股票的,应当于股东大会召开 30 日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。虽然《公司法》亦明确股份有限公司可发行无记名股票,也可发行记名股票,但实践中除发起人、法人外,其余基本为无记名股东,公司仅记载其股票数量、编号和发行日期,相关会议通知也采取公告方式。另外,公告也是我国《证券法》明确的通常的通知方式,公司经营情况、重大投资行为、重要合同等重大事件,均须进行公告。一方面,对股东权利进行充分的考虑和保护是现代公司制度的重要支点。^② 对股份有限公司股东来说,参加股东大会是其参与公司治理最基础的途径,《公司法》通过要求公司及时公告的方式,保障股东能够顺利参加股东大会,维护其合法权益。另一方面,《证券法》对投资者知情权、投资决策权等一系列权利的保护,也主要借助公司真实、准确、完整的信息披露得以实现。综合来看,公告通知是《公司法》《证券法》等基本法律保护股东及投资者基本权利的通行方式,特别代表人诉讼中投资者诉讼权益的维护,也同样可以参考借鉴。

前期,有观点认为应参考邮寄为主的通知方式,实现一一通知,但邮寄通知的方式与相关国家立法传统有较大关系,对特别代表人诉讼的通知的可借鉴性不强。例如,美国《特拉华州普通公司法》第 222 条规定,如果需要或允许股东在会议上采取任何行动,则需要发送书面会议通知,并载明会议地点(如有)、会议的时间日期、远程通信方式(如有)、确定在大会上享有表决权股东的记录日期以及召开特别股东会议的目的等信息。如果通过邮寄的方式发送,当该通知交付邮政、采用邮资预付的方式发送至公司记录的各股东地址时,视为该通知送达。股东大会召开通知等公司日常运营事项,一般都采取邮寄方式通知,这也不难理解集团诉讼重要事项为何须邮寄通知。

^① 罗斌:《证券集团诉讼研究》,法律出版社 2011 年版,第 120~121 页。

^② 郝磊:《多元利益平衡视野中的股东权利保护》,载《人民司法》2006 年第 3 期。

二、先行赔付及代表人诉讼的通知实践

(一) 先行赔付相关做法可借鉴性不强

截至2021年7月,先行赔付制度在实务中仅有“万福生科案”“海联讯案”“欣泰电气案”三起案例。在这三起案例中,均由中国证券投资者保护基金有限责任公司管理专项赔偿资金,但关于赔付的具体方案等细节则由先行赔付人具体负责。为推动先行赔付工作的顺利开展,实现投资者尽早获赔,由中国证券业协会协调,从相关券商调取投资者联系方式,并由券商向投资者发送短信,提醒其前往相关网站具体查看赔付信息,按照流程要求进行申报,整体效果良好。

但先行赔付中的通知系券商的一种公益性服务,并非法定义务,为单向通知,并不能接收投资者反馈或回执。特别代表人诉讼中通知属于法定义务,如参照先行赔付的做法,一旦出现投资者未实际收到通知的情况,可能引发较大的法律风险,也会极大削减券商参与的积极性。另外,在特别代表人诉讼涉及投资者数量巨大、通知事项繁多的情况下,通知成本将远高于先行赔付制度。

(二) 代表人诉讼实践均为公告通知

自《若干规定》正式实施以来,普通代表人诉讼和特别代表人诉讼案件陆续进入实操阶段,包括杭州市中级人民法院“五洋债欺诈发行案”、上海金融法院“飞乐音响虚假陈述案”、南京市中级人民法院“辉丰股份虚假陈述案”以及广州市中级人民法院“康美药业特别代表人诉讼案”,相关事项均是通过公告方式进行通知。

1. “五洋债欺诈发行案”。2020年3月13日,杭州市中级人民法院发布《“15五洋债”“15五洋02”债券自然人投资者诉五洋建设集团股份有限公司等人证券虚假陈述责任纠纷系列案件公告》,法院通过浙江证券期货纠纷智能化解平台,通知适格投资者进行线上登记。

2. “辉丰股份虚假陈述案”。2020年5月8日,南京市中级人民法院在官网发布蓝丰生化、澄星股份、辉丰股份及怡球资源四起案件的证券纠纷代表人诉讼登记公告,符合条件的受损投资者可在公告发布之日起30日内至南京市中级人民法院诉讼服务中心进行线上登记。

3. “飞乐音响虚假陈述案”。2020年9月28日,上海金融法院发布飞乐音响代表人诉讼权利登记公告,所有符合条件的适格投资者可以向法院申请权利登记。为便

利代表人诉讼程序的进行,法院依托官网建立了全在线的代表人诉讼平台,立案受理、权利人范围审查、权利登记、代表人推选再到案件审理以及后续投资者提起诉讼全部在线进行。

4.“康美药业特别代表人诉讼案”。作为全国首例特别代表人诉讼,本案对后续特别代表人诉讼案件的推进具有十分重要的指导意义。2021年3月26日,广州市中级人民法院在其官网发布关于康美药业证券虚假陈述责任纠纷的普通代表人诉讼权利登记公告,投资者可通过微信小程序“广州微法院”进入代表人诉讼平台申请登记。为便利投资者就案件有关事项进行查询,法院开通了专门号码供投资者咨询使用。6月12日,法院发布了特别代表人诉讼原告资格查询公告,投资者通过微信小程序“广州微法院”进入代表人诉讼平台查询经法院审查确认后的原告名单。

三、特别代表人诉讼通知方式的选择

(一)注重对立法理念的理解

《证券法》第95条规定的特别代表人诉讼制度设计的出发点,是降低投资者维权成本,让小额多数的受害投资者得到公平、高效的赔偿,保护中小投资者合法权益。对于特别代表人诉讼重要事项的通知方式是否符合合格通知的标准,应当从特别代表人诉讼的立法理念来进行考虑。我国证券市场投资者已经达到1.67亿,其中95%以上为中小投资者。当遭受证券违法行为侵权时,由于索赔金额较小、不具备专业诉讼能力等原因,许多中小投资者往往会放弃权利救济,不敢诉、不愿诉、不能诉现象突出。与现有单独诉讼、共同诉讼不同,特别代表人诉讼通过代表人机制、专业力量的支持以及诉讼费用减免等制度,能够大幅度降低受损害投资者的维权成本和诉讼风险,解决受害者众多分散情况下的起诉难、维权贵的难题。立足于前述背景情况,不仅要考虑对投资者程序性权利的保护,还要考虑诉讼实际情况,从如何更公平、高效地让投资者获得赔偿,一次性化解群体性纠纷的角度进行理解。对法条中规定不明的情形,通过司法实践中的反馈,进行归类总结,最终通过法律解释的形式对其进行弥补。因为法律必然有其统领性和概括性的特征,所以应当重视司法解释的作用。^①

(二)公告通知符合现阶段实际需要

现有司法解释并未对特别代表人诉讼通知方式进行明确规定,需要作进一步细

^① 宋雅坤:《网络名誉侵权案件中“通知规则”适用研究》,河北师范大学2018年硕士学位论文,第19页。

化和完善。结合我国国情以及司法实践,建议后续特别代表人诉讼参考首单做法,采用公告等方式进行通知,主要理由有以下方面。

1. 个别通知不具备客观基础,可能造成诉讼各方负担加重

特别代表人诉讼涉案人数巨大,可达数万甚至数十万,我国并未建立数字化的短信或邮件通知平台,无法做到线上批量通知,并不具备一一通知到人的客观基础。另外,我国立法规定的通知事项和次数繁多,如采取一一通知方式,通知费用也必然更大,所产生的资源耗费将巨大,也必将加重案件当事人、投保机构以及法院等各方的负担。当前信息技术飞速发展,网络参与者快速增长,信息普及率和受众面得到快速扩展。信息网络化能够有效减少信息不对称分布,提高信息资源的利用率,在降低信息成本方面更显得独特而行之有效。^① 相比一一通知,公告通知成本更低,效率更高,更能有效节约司法资源。在证券领域大规模侵权现象频发的情况下,特别代表人诉讼制度的建立有其必然性,虽然该制度可能引发程序正当性的争议,但不能因诸如通知方式等问题使特别代表人诉讼制度无法运行,否则可能引发社会公众对于立法和司法的质疑。如后续法院等建成相关系统平台,能够依托信息化技术手段开展个别通知工作,则可彻底解决当前存在的争议。

2. 立法已从多方面构建了保障被代表投资者诉权的立体化格局

一是明确规定了代表人的资格。我国《证券法》第95条第3款规定了投保机构受50名以上投资者的委托,可以作为代表人参加诉讼。不同于美国由律师主导的集体诉讼,我国特别代表人诉讼仅能由投保机构担任代表人。由公益性机构作为代表人具有诸多优势:一方面,投保机构介入不会引发滥诉;另一方面,投保机构具有专业性优势,由其作为诉讼代表人,可以有效地从专业视角聘请专业律师进行代理服务,也可以精准地对诉讼律师的代理活动实施诉讼监督,避免被专业律师绑架或操纵,从而损害中小投资者的合法权益。^②

二是赋予了投资者对重大诉讼事项的监督权。以调解程序为例,代表人与被告达成调解协议草案的,应当向法院提交申请书,经法院初步审查后通知投资者,投资者如有异议,有权出席听证会或书面说明异议和理由,也可在法定期限内行使退出权。此外,代表人变更或者放弃诉讼请求、承认对方当事人诉讼请求、决定撤诉的,应当向法院提交书面申请,并通知全体原告。法院根据原告所提异议情况,依法裁定是

^① 李光:《信息网络化给我国带来的机遇与挑战》,载《科技进步与对策》2001年第4期。

^② 汤维健:《中国特色的证券代表人诉讼》,载《人民司法》2020年第28期。

否准许。

三是充分保障投资者自行提起诉讼、上诉或者放弃上诉的权利。投资者如基于自身利益诉求和风险偏好等考虑,可以退出特别代表人诉讼,自行向法院提起诉讼。针对上诉事项,一审判决送达后,无论代表人是否决定上诉,都应当在上诉期届满前通知原告,原告有权在收到通知之日起15日内提起上诉或放弃上诉,不受代表人关于上诉事项所做决定的限制。

四是投保机构应当采取必要措施,保障被代表的投资者持续了解案件进展情况。投保机构对投资者提出的意见和建议不予采纳的,应当做好解释工作。

3. 首案取得较好的社会效果

首单特别代表人诉讼康美药业案推进中,除《若干规定》明确的通知事项外,对公开征集50人情况、提交转换申请等重要事项,投保机构均通过中国投资者网等平台进行公告,并通过专线电话、网站等方式接收投资者意见建议,回应投资者关切事项,协助做好信息披露工作,保障被代表投资者的合法权益,实践中并没有投资者对此提出疑问,取得了较好的社会效果。

四、结 语

诚然,特别代表人诉讼制度在我国刚刚落地实施,还有许多需要完善的地方,在解释和适用特别代表人诉讼通知制度时,应当立足国情和立法传统。特别代表人诉讼制度的建立有其必然性,在并不具备一一通知的客观条件的情况下,首案实践中公告通知取得良好效果,通知方式等具体实操问题不能也不应成为制度运行的障碍,应当用好用足现有法律和司法解释构建的机制体系,不断积累司法实践经验,进一步完善司法解释有关通知的规定,推动代表人诉讼制度常态化开展。