

群体性证券民事纠纷的示范诉讼及其程序构造*

冯 果** 窦鹏娟***

摘 要:近年来,我国证券市场违法违规现象呈高发态势,证券民事纠纷频发、类型多样且群体性特征明显。现行证券纠纷解决机制虽然为投资者提供了多元化的救济选择,但群体性证券民事纠纷的解决依然是个难题。示范诉讼作为一种不同于传统的群体诉讼模式,为我国破解群体性证券民事诉讼困境提供了新思路。我国法律层面虽然没有关于示范诉讼的正式立法,但司法实践中类似示范诉讼的做法却并不少见。这些以裁判经验形式存在的证券示范诉讼,由于缺乏稳定的形态和内容而难以被常态化。可借鉴德国《投资人示范诉讼法》并结合我国实际情况,对我国实践层面的证券示范诉讼进行程序构造,使其成为解决群体性证券民事纠纷的常规机制。

关键词:群体性证券民事纠纷 投资人示范诉讼法 集团诉讼 代表人诉讼 示范判决

不同于普通民商事纠纷,证券民事纠纷的一个显著特点,是涉及的投资者尤其是中小投资者人数比较多,一个侵权行为可能会侵害众多不特定投资者的权益,^①而散户投资者的抗风险能力又比较弱。无论是证券纠纷解决的传统机制还是新型机制,在群体性证券民事纠纷的解决方面都显得能力不足。如何突破现有机制的局限性,探索适宜我国的群体性证券民事纠纷化解之道,是证券市场迫切需要解决的问题。

* 本文为投服中心课题“证券期货市场纠纷调解、诉讼的示范制度建构与运行研究”的阶段性成果。

** 武汉大学法学院院长,教授、博士研究生导师。

*** 华东政法大学经济法律研究院助理研究员。

① 参见盛学军、刘如翔:《诉讼代表与纠纷调解:我国证券投资者保护基金公司的职能拓展与制度创新》,载《云南师范大学学报》(哲学社会科学版)2010年第6期。

一、群体性证券民事纠纷的诉讼困境

社会发展引起的现代化大生产和科技进步在创造和丰富人类物质财富的同时,也催生了“大众侵权行为”这种社会病。日本学者小岛武司将这种能够同时危害多数人合法利益的不法行为所引起的纠纷称为“现代型纠纷”。^①因证券侵权行为而引发的民事赔偿纠纷是典型的“现代型纠纷”,受其行为侵害的投资者往往人数众多,少则几十上百,多则成千上万。不同于传统型纠纷所侵害利益的相对确定性,大众侵权行为引发的现代型纠纷侵害的是“扩散性利益”。^②由于侵害利益的扩散性,群体性纠纷的解决必然不同于普通个体性纠纷,应有与之相适应的群体性纠纷解决机制。

救济与恢复受大众侵权行为所侵害的权利是世界各国面临的共同难题,目前主要依靠公共执法和私人执法两种模式。^③前者主要由立法机关或经授权的行政机关通过制定法律并由行政机关执行的方式进行,重在事前规制和事中监管,并辅之以事后的行政制裁。而后者,即私人执法,具体措施又包括公力救济、社会救济和私力救济。其中,以私人执法模式治理大众侵权行为的典型方式即民事诉讼,而处理群体性纠纷的诉讼程序就是群体诉讼。证券民事赔偿案件的特点之一是被告相对固定而原告人数众多,是典型的群体诉讼。大规模诉讼对作为传统民法体制核心的个体价值形成了挑战。对法院而言,这种挑战就是开发出能有效且公平地应对和解决大规模诉讼的手段。^④因此,对于群体诉讼,世界各国和各地区都相应地变革了诉讼制度,^⑤由此形成了一系列具体的群体诉讼形式,其中较知名的莫过于美国的集团诉讼、英国的集体诉讼、德国的团体诉讼以及日本的选定当事人诉讼。^⑥

美国的集团诉讼于美国《1966年联邦民事诉讼规则》得到确立,其立法初衷就在于有效制约小额多数侵权行为。^⑦尽管集团诉讼是许多国家解决群体性纠纷的方式,

^① 参见[日]小岛武司:《诉讼制度改革法理与实证》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第43页。

^② 参见[意]莫诺·卡佩莱蒂编:《福利国家与接近正义》,刘俊祥等译,法律出版社2000年版,第68~69页。

^③ 参见[日]田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》,载梁慧星主编:《为权利而斗争》,李薇译,中国法制出版社2000年版,第377页。

^④ See Deborah R. Hensler, “Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, pp. 179 - 213.

^⑤ 参见宋一欣:《可否同时引入集团诉讼与团体诉讼》,载《上海证券报》2006年12月27日,第C08版。

^⑥ 参见陈巍:《欧洲群体诉讼机制介评》,载《比较法研究》2008年第3期。

^⑦ See Arthur R. Miller, “Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the ‘Class Action Problem’”, *Harvard Law Review* 92(3), 1979, pp. 664 - 694.

但即使在美国本土,关于该群体诉讼模式的评价也褒贬不一、争议不断,甚至难以定义其究竟是“穿着闪亮外衣的武士”还是“作法自毙的怪物”。就连该规则的主要起草人本杰明·卡普兰(Benjamin Kaplan)教授也认为,要充分评估集团诉讼相关规则的优点及缺陷可能需要一代人左右的时间。^①我国对于是否应建立集团诉讼制度的看法分歧较大,既有基本否定的观点,又有全面引入的主张,还有借鉴以改革我国现有代表人诉讼制度的建议。^②在分歧较大且诸多问题尚未厘清的情形下,显然不能指望引入集团诉讼作为中国证券市场私人执法的模式选择。而且,最高人民法院的司法文件也否定了将集团诉讼作为证券虚假陈述等民事侵权纠纷案件的受理方式。^③

以英国为代表的集体诉讼具有高度管制的典型特征,以防止集团诉讼制度遭到滥用。尽管广义上也属于集团诉讼,但事实上英国的集体诉讼已与美国的集团诉讼相去甚远。受英国的诉讼文化、司法理念以及律师收费等因素制约,集体诉讼模式在英国并不受“欢迎”,其适用也不普遍。^④就团体诉讼而言,中国国内主流观点认可该制度的独特优势,但团体诉讼也存在致命局限,通过此种诉讼模式提出的诉讼请求仅限于要求违法者停止侵害的不作为请求,一旦涉及损害赔偿,则不可避免地面临如何区分团体诉讼与当事人损害赔偿请求权的难题,这一问题在侵害数额较大的诉讼中尤为突出。这也是德国虽经过长达30多年的讨论而仍未将团体诉讼扩张到损害赔偿领域的主要缘由。^⑤日本主要采取选定当事人制度来解决人数众多的群体性诉讼。但选定当事人诉讼的主要局限在于,诉讼效力不能及于被代表人之外其他因为相同原因而遭受侵害的受害人,这使这一诉讼制度对于权利受侵害者的救济功能相对不足。

《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)20世纪90年代即规定了通过代表人诉讼来处理当事人一方人数众多的共同诉讼。我们的立法使用了“多

^① See Deborah R. Hensler, “Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain, Rand Institute for Civil Justice(2000)”, at 49. 转引自耿利航:《群体诉讼与司法局限性——以证券欺诈民事集团诉讼为例》,载《法学研究》2006年第3期。

^② 参见汤欣:《论证券集团诉讼的替代性机制——比较法视角的初步考察》,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第4卷),法律出版社2011年版,第174~200页。

^③ 最高人民法院2002年1月15日发布的《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》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。”

^④ 参见汤欣:《论证券集团诉讼的替代性机制——比较法视角的初步考察》,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第4卷),法律出版社2011年版,第174~200页。

^⑤ 参见吴泽勇:《建构中国的群体诉讼程序:评论与展望》,载《当代法学》2012年第3期。

数人诉讼”这一概念。^①然而,这项由我国现行法明文规定的诉讼程序在审判实践中却被不恰当地限制适用甚至拒绝适用。而原告人数不确定的代表人诉讼在我国更是形同虚设。实践中,我国法院对于群体性纠纷案件多采取单独立案、分别受理的方式,在审判中要么单独审判要么合并审判。总体而言,代表人诉讼制度在我国司法实践中的利用率十分低。

除司法环境不佳等内生性因素外,更复杂的原因可能还来自我国的人情社会以及诉讼文化等外在因素。代表人诉讼取得胜诉的关键在于诉讼代表人的选择,然而如何选择代表人、选择谁为代表人、代表人能否恰当行使权利、是否会侵害被代表人的合法权益,这些问题在我国显然都构成了代表人诉讼难以被采用的理由。我国是典型的崇尚熟人文化的社会,人与人之间的联系源于一个个特殊的经由熟人网络而编织的看似牢固实则复杂微妙的人际“圈子”。在涉及合作的种种情形下,人们通常更倾向于选择“熟人”而非陌生人。囿于这种根深蒂固的社会文化,代表人诉讼自然难以获得制度生存必需的文化土壤,尤其对于群体性证券纠纷而言,被卷入纠纷的投资者很难建立起熟人社会中的那种信任关系,因此很难选择合适的投资者作为诉讼代表,利用代表人诉讼制度进行权利救济也就无从谈起。

二、证券示范诉讼及德国的立法与实践

当一一排除这些传统的群体诉讼模式而无从着落之时,一种在德国资本市场已有立法例和良好实践的新型群体诉讼模式——示范诉讼,给了我们新的启发和灵感。

(一) 示范诉讼释义

示范诉讼(test case),亦可称为试验诉讼、典型诉讼或范式诉讼等。德国学者裴特·阿仁斯教授(Peter Arens)经过考察认为,德国统一前的西德就曾采取过“示范诉讼”(musterprozesses),其实质为“试验诉讼”,^②做法是在同类案件大量存在的情形下,“法院只对某一类型案件作出‘试点’判决;当事人仅提出个别的、特定的诉讼,但法院的判断却具有普遍性”。日本学者小岛武司称其为“范式诉讼”,是指有相同诉

^① 参见傅郁林:《群体性纠纷的司法救济》,载傅郁林:《民事司法制度的功能与结构》,北京大学出版社2006年版,第178页。

^② See Peter Arens, Das Problem des Musterprozesses, in L. M. Friedman/M. Rehbinder(eds.), Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstherapie Bd. 4, Opladen, 1976, p. 334. 日本学者小岛武司的日译稿载《法律人》(Jurist)第726期,1980年,第110~116页。

讼标的的众多诉讼可能处于未决状态,此时有管辖权的法院可在未决案件中挑选一案并审理以解决某些共通问题、明确目的,这些共通问题的解决对那些暂时延迟审理的案件亦有拘束力。^①

我国台湾地区学者沈冠伶认为,示范诉讼系指某一诉讼的纷争事实与其他多数事件之事实主要或大部分相同,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和诉讼外处理的依据,法院的这一判决可称为“示范判决”,而相应的诉讼则为示范诉讼。^② 学者范愉提出,试验性诉讼是指一部分成员作为原告与其他成员之间尽管并无法律上的代表关系,但其他成员亦可期待原告所进行的诉讼也能为自己带来相同效果。^③ 而学者季卫东则认为示范诉讼有“模式诉讼”和“原则诉讼”两种形态,前者侧重于具体事实关系的认定和共同争论点的处理,以利于归并案件、减轻诉累、提高审理效率,是广义上的“试验诉讼”;后者则限于对未来的程序具有重要的实质性价值的原则性法律问题的解决,是协议上的“试验诉讼”。^④ 亦有学者在更广义的层面上理解示范诉讼,认为只要某一诉讼程序具有超越个案的意义,最高人民法院即可就该诉讼所为的判决作为解决其他同类案件的依据。^⑤ 可见,“示范诉讼”是一个具有多重含义的概念,在德国《投资人示范诉讼法》中,这一概念才被转化为具有确定内涵的程序制度。^⑥

(二)德国电信案与德国《资本市场示范诉讼法》

2001年,德国法兰克福州法院收到了大量针对德国电信公司虚假陈述提起的民事诉讼,^⑦这些诉讼请求存在共同的基本事实,即德国电信公司在2001年第3期股票

① 参见[日]小島武司:《范式诉讼之提倡》,郭美松译,载陈刚主编:《自律型社会与正义的综合体系——小島武司先生七十华诞纪念文集》,中国法制出版社2006年版,第153页。

② 参见沈冠伶:《示范诉讼契约之研究》,载《台湾大学法学论丛》2004年第6期。转引自洪秀娟:《示范诉讼制度初探》,载张卫平、齐树洁主编:《司法改革论评》(第8辑),厦门大学出版社2008年版,第133~149页。

③ 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44页。

④ 参见季卫东:《要关注“试验诉讼”——当事人推动的制度变迁及其实证研究》,载徐昕主编:《司法程序的实证研究》,中国法制出版社2007年版,第1~5页。

⑤ 参见杨严炎:《示范诉讼的分析与借鉴》,载《法学》2007年第3期。

⑥ 参见吴泽勇:《群体性纠纷解决机制的建构原理》,载《法学家》2010年第5期。

⑦ 这些诉讼由700名律师代理,涉及约17,000个人和公司,诉讼案件达2500件,诉讼请求总额高达1亿欧元。这些诉讼请求存在共同的基本事实即德国电信公司在2001年第3期股票发行中可能存在虚假陈述行为。据称,德国电信公司在1999年和2000年的股票公开发行说明书中就其不动产价值高估了约20亿欧元,而次年德国电信就将该数据向下修正,但因价值高估造成德国电信股票在发行后不久就急剧下跌,致使大量股民遭受损失。单个请求则从几百欧元到650万欧元不等。See Harald Baum, “The German Capital Markets Model Case Act—A Functional Alternative to the US-Style Class Action for Investor Claims?”, February 1, 2017, <https://ssrn.com/abstract=2909545> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909545>.

发行中可能存在虚假陈述行为。按照传统诉讼程序,法兰克福州法院无论如何都不可能可在可接受的时间内处理规模如此庞大的诉讼案件;而对案件当事人而言,其诉讼请求与诉讼成本的支出也完全不成比例。因为就德国电信虚假陈述事实是否成立,若法院要求每一件诉讼原告投资者均须举证,那么仅就德国电信所属地产进行估值就需耗资 1700 万欧元。而按照德国传统民事诉讼法的做法,提起诉讼的原告投资者需要为此项估值预缴鉴定费。而仅预缴鉴定费用一项就足以使大多数投资者放弃起诉德国电信公司。^① 诉讼成本是实现程序正当性的必要条件,但如果付出的代价过于昂贵,即使审判能够完美地实现正义,人们往往也只能放弃通过审判实现正义的希望。^②

面对德国电信案给德国司法体制造成的压力,德国立法者不得不为当事人和法院创造一种可操作且有效率的大规模诉讼解决程序,而这直接推动了德国示范诉讼立法的产生。^③ 为应对德国电信案带来的难题,德国联邦司法部部长于 2004 年 4 月提出了《投资人示范诉讼法》的政府草案讨论稿,经征求社会各界意见后形成了政府草案,后又提交德国联邦议院讨论并经三次宣读后该法案终获通过。之后德国联邦参议院在提出了修改意见后也通过了此项法案。2005 年 11 月 1 日,德国《投资人示范诉讼法》(KapMug)终于正式生效实施,该法是世界上第一部关于示范诉讼的单项立法。^④

德国《投资人示范诉讼法》是在德国证券纠纷数量日益增多且呈群体性纠纷之势的背景下诞生的,立法的初衷是为了解决众多投资者针对同一被告提起损害赔偿案件而使法院陷入审理困境的难题。按照该法,示范诉讼程序分为三个阶段。在第一阶段,投资者向有管辖权的州地方法院提出示范诉讼申请,州地方法院进行公告,其后将案件移交州高等法院处理。第二阶段,法院通知在一审法院登记的其他当事人,案件审理暂时中止。州高等法院选定示范诉讼原告进入示范诉讼程序并形成示范裁判。第三阶段,示范裁判作出后,原来在一审法院登记的其他当事人恢复程序,一审

^① 关于德国电信案更为详细的介绍可参考吴泽勇:《〈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。

^② 参见[日]棚濑孝雄:《纠纷解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 267 页。

^③ 事实上,早在德国电信案之前德国就有了关于示范诉讼的法律规定。根据德国《行政法院法》第 93a 条规定,就同一行政措施之合法性争议,如超过 20 件诉讼系属于法院时,法院得依职权择定其中一件或数件作为示范诉讼(标准诉讼),同时中止其他诉讼。但应事先听取参与人意见,且对有关裁定不得提起争执。只是这一关于示范诉讼的法律条款主要适用于解决因行政行为引起的群体性纠纷。但德国行政法上的立法例也为后来示范诉讼的单独立法做出了榜样。

^④ 参见郑妮:《示范诉讼制度研究》,四川大学出版社 2014 年版,第 87 页。

法院依据示范裁判对各原告的具体损害赔偿请求进行裁判。^① 德国《投资人示范诉讼法》的特别之处在于,其将大量关联案件中具有共同性的问题抽离出来放在一个单独的诉讼阶段进行解决,并以此作为处理其他平行案件的基础。其诉讼合并的基础是“问题”,而不是“人”。^② 在程序设置上,这部法律兼顾了群体诉讼审理的效率和对方当事人权利的保障,因而整体上提升了德国投资者权益保护的水平。

(三) 德国证券示范诉讼的司法实践及其评价

2016年8月,德国至少有170名个人和机构投资者起诉德国大众汽车公司(Volkswagen),称由于大众汽车公司没有对其排放进行适当披露而导致投资者遭受了损失。受理诉讼的德国法院表示将适用德国资本市场示范诉讼法,通过对一个案件进行试验裁判后作为所有类似案件的模板。^③ 事实上,德国的司法实践已有不少运用德国《投资人示范诉讼法》解决大规模证券民事诉讼的案例。

那么,直接推动德国《投资人示范诉讼法》诞生的德国电信案是否因示范诉讼程序的确立而得到了圆满解决?遗憾的是,现实的结局并不圆满。尽管德国《投资人示范诉讼法》辅一生效,投资者即提出了第一份关于德国电信案的示范确认申请,后又有投资者不断提出示范确认申请。之后法兰克福州法院将该案移交至法兰克福州高等法院进行裁判。虽然法兰克福州高等法院2016年11月30日原则上支持了17,000名投资者,但时至今日该案仍然在各种临时决定的状态中被不断拖延。^④ 截至目前,德国电信案依然悬而未决且短期内结案的可能性极小。据悉,该起群体性案件中的部分当事人已经死亡,由其后代继续参与诉讼。

德国《投资人示范诉讼法》也像任何一部法律那样因有缺陷而被批评,批评的角度既有对该法施行下当事人诉讼权利保障的质疑,更有激烈者则认为该法无法实现“为法院减负”之立法目的。^⑤ 然而,世界上没有堪称完美的法律或制度,德国《投资人示范诉讼法》尽管存在缺陷,但其积极意义依然不容置疑。该法开拓性的意义在于

^① 参见汤欣:《论证券集团诉讼的替代性机制——比较法视角的初步考察》,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第4卷),法律出版社2011年版,第174~200页。

^② 平行案件系指在一起群体性诉讼中除被选定作为示范案件以外的、与示范案件具有共通性法律或事实问题的其他同类案件。参见吴泽勇:《群体性纠纷解决机制的建构原理》,载《法学家》2010年第5期。

^③ See “German court clears way for investors to sue Volkswagen”, <https://www.ft.com/content/30f9f0d2-5d86-11e6-a72a-bd4bf1198c63>, 最后访问日期:2018年5月30日。

^④ See Harald Baum, “The German Capital Markets Model Case Act—A Functional Alternative to the US-Style Class Action for Investor Claims?”, February 1, 2017, <https://ssrn.com/abstract=2909545> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909545>.

^⑤ 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。

其对传统诉讼体系的变革,以及促使德国群体诉讼制度开始由此前的以保护公共利益和多数人利益为主,转向对群体诉讼当事人主观权利的兼顾。可以说,对于那些意图进行示范诉讼立法或实践的国家而言,德国《投资人示范诉讼法》是不可不学的典范。

三、我国司法实践中的证券示范诉讼及其类型分析

我国现行法律体系并没有关于示范诉讼的任何立法,但这并不妨碍在司法实践中采取各种类似示范诉讼程序的做法。我国甚至已经成为目前世界上实际运用此类程序处理群体案件数量最多的国家。^①可以说,在我国群体诉讼的模式问题上,示范诉讼程序比现行法明文规定的代表人诉讼更具实践应用基础。我国证券领域的示范诉讼实践始于东方电子虚假陈述案。^②具体而言,我国证券审判实践中存在的示范诉讼可以分为以下类型。

(一)常规意义上的证券示范诉讼实践

所谓常规意义上的证券示范诉讼,是指涉诉的证券民事纠纷案件除一方当事人众多以外,并没有比一般证券民事纠纷更为特别之处。在该类案件中适用示范诉讼程序的主要目的是归并同类案件,避免重复审理共通性的法律与事实问题,以减轻当事人诉累,节省司法资源,提高案件审理的效率。最高人民法院提出的“探索实行示范诉讼方式”,目的就是“通过个案示范处理带动批量案件的高效解决”。^③常规性的证券示范诉讼在我国审判实践中较为常见,许多享有证券侵权民事赔偿纠纷管辖权的法院都有相应案例,广州市中级人民法院的佛山照明虚假陈述案、上海市第一中级人民法院的上海仪电控股虚假陈述案等,是此类证券示范诉讼实践的典型代表。

(二)具有宣示法律原则与规则意义的证券示范诉讼实践

这种类型的证券示范诉讼,属于学者季卫东所提出的示范诉讼中“原则诉讼”的一种,主要限于解决对未来程序具有重要实质性价值的原则性法律问题。最高人民法院和证监会在其所提出的“建立示范判决机制”中表示:“对因虚假陈述、内幕交

^① 参见杨严炎:《示范诉讼的分析与借鉴》,载《法学》2007年第3期。

^② 1997年1月,山东省烟台东方电子信息产业股份有限公司在深圳证券交易所上市。2001年8月,证监会对东方电子涉嫌违规问题进行调查。2003年1月,东方电子3名高管因提供虚假财务报告被烟台市中级人民法院作出刑事判决。随着刑事判决的作出,相应的民事赔偿诉讼接踵而来。

^③ 参见最高人民法院《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》(法发[2016]21号)第7条。

易、操纵市场等行为所引发的民事赔偿纠纷,需要人民法院通过司法判决宣示法律规则、统一法律适用的,人民法院应当及时作出判决。”在我国的证券审判实践中,光大证券内幕交易案是此类示范诉讼的典型代表。东方电子虚假陈述案在一定程度上也属于此类。

相对于虚假陈述而言,内幕交易行为更具隐蔽性,投资者要证明内幕交易行为与自己损失之间的因果关系要比虚假陈述困难得多,所以实践中针对内幕交易的民事赔偿十分少见。在光大证券案之前,我国的类似案件,包括广为关注的黄光裕内幕交易民事赔偿案,基本都以投资者败诉而告终。^①光大证券案是我国内幕交易民事赔偿第一案。在光大证券因内幕交易行政处罚决定书作出后,上海市第二中级人民法院共受理了507起针对光大证券内幕交易的民事赔偿诉讼。在案件审理方式上,上海市第二中级人民法院采取分批处理、形成系列案的模式,本着“先易后难”的原则避开了复杂和疑难案件,但又考虑到须涵盖系列案中主要交易类型的问题,合议庭在第一批案件中先期选择了8起具有代表性的案件进行审理。由于我国相关法律规定不明确,国内司法实践也无成熟先例可供借鉴,因此该案作为示范诉讼的意义并不在于其审理方式的特殊性,而是其所确立的审理此类案件所适用的法律原则和规则。这类证券示范诉讼远远超越了个案解决的局限,其示范判决具有开创新、指导性和宣示法律的意义。

(三)对解决新型纠纷具有指向意义的证券示范诉讼实践

我国证券市场正处于快速发展阶段,在纠纷多发的同时,也出现了一些新型证券违法违规行为。这些新型纠纷由于缺少先例,其解决对于未来同类纠纷的处理具有重要的指向作用。“开南系”违规举牌*ST新梅案是这类证券示范诉讼实践的典型代表。

事实上,该案的案情并不复杂,案件的主要事实也得到了诉讼双方和证券监管部门的确认。该案作为广义上的证券示范诉讼,其主要的示范意义在于,属于A股市场第一起上市公司状告违规举牌“野蛮人”的案例,该案的判决会对未来司法如何限制违规举牌者的股东权利产生指向性作用,也会对未来上市公司的“举牌战”产生深远影响。审理此案的上海市第一中级人民法院将案件类型定义为“新类型证券欺诈责任纠纷”,表明其认可违规举牌者“开南系”的过错,但最终仍认定*ST新梅原大股东

^① 参见张春波:《我国内幕交易民事赔偿第一案——“8·16光大证券乌龙指”引发的内幕交易赔偿系列案回顾》,载中国审判网:<http://www.chinatrial.net.cn/news/9997.html>,最后访问日期:2019年3月30日。

兴盛集团诉请限制被告股东权利等缺乏事实和法律依据,驳回其全部诉请。该案的审判结果保持了司法一贯的谨慎原则,却引发了公众对如何协调和平衡违规举牌行为的行政监管与司法判决之间的关系的热烈讨论。提高违规举牌者的成本是普遍认可的观点,但究竟应通过行政监管手段加以规制,还是修改基本规则或在司法判决层面予以突破,还存有较大争议。^①

(四) 具有重大模式突破意义的证券示范诉讼实践

证券民事赔偿诉讼一般由受到损害的投资者自行或委托代理律师提起,然而对于中小投资者来说要赢得诉讼并不容易,往往需要克服重重困难。近年来,中证中小投资者服务中心有限责任公司(以下简称投服中心)推出的证券支持诉讼使投资者诉讼难的问题得到了一定改观。证券支持诉讼是对涉及中小投资者众多、矛盾比较突出、社会影响较大的典型证券侵权纠纷,由根据中小投资者提出的申请,委派投服中心的公益律师或法律专业人员作为中小投资者诉讼代理人,代理中小投资者向法院起诉并参与诉讼的活动。^② 2017年5月19日,上海市第一中级人民法院对鲜言等证券虚假陈述案作出一审判决,支持原告全部诉请。该案是全国首例由投服中心接受投资者委托提起证券支持诉讼并赢得全面胜诉的案件。该起案件毋庸置疑具有独特示范意义:其一,实现了证券民事赔偿诉讼模式上的重大突破,投服中心作为受托人提起诉讼使投资者不再为维权单打独斗;其二,该案将凹凸公司的实际控制人作为责任主体列为被告,抓住了上市公司虚假陈述行为的主要矛盾,首次以司法案例的形式明确了直接责任人的首要赔偿责任,真正达到了严惩违规者、警示后来者的目的。^③ 此外,上海金融法院与投服中心合作的支持诉讼示范判决机制已经付诸实践,这一模式必将成为更高层次和更具深意的证券示范诉讼。^④

^① 参见赵一蕙:《*ST新梅诉讼案一审“落槌”违规举牌成本几何引关注》,载 http://ggjd.cnstock.com/company/scp_ggjd/tjd_bbdj/197001/3832315.htm,最后访问日期:2019年3月26日。

^② 参见《投服中心业务介绍:证券支持诉讼》,载 http://www.cnstock.com/v_fortune/sft_jbsjlb/tbs_lcwq/flwq-tt/201612/3990346.htm,最后访问日期:2019年3月28日。

^③ 参见曹中铭:《首例证券支持诉讼案一审胜诉的多重涵义》,载《上海证券报》2017年5月24日版。

^④ 2019年3月21日,上海金融法院公开开庭审理了一起涉上市公司证券虚假陈述责任纠纷案,该案的审判适用了证券示范判决机制。这是自上海金融法院2019年1月发布《关于证券纠纷示范判决机制的规定》以来,证券民事审判实践中的首次适用这一机制。在该案中,投服中心以第三方专业损失核定机构的身份出庭,就原告投资者的损失计算发表专业意见并当庭接受质询。该案是证券支持诉讼与示范判决机制相结合的典范。

四、中国式证券示范诉讼的程序构造

示范诉讼的出现为世界各国共同面临的大众侵权行为引发的群体性纠纷解决难题提供了新的思路,因而越来越多的国家正在尝试确立并运用这一制度。我国的证券示范诉讼目前还停留在实践层面,经由司法实践形成的裁判经验终究不过是一种权宜之计,难以成为纠纷解决的常态机制。因此,必须对证券示范诉讼的裁判经验进行制度化的程序构造,赋予其相对稳定的内容和形态,才能使其成为解决群体性证券民事纠纷的常规机制。

(一) 证券示范诉讼程序的启动

考察两大法系的示范诉讼样本发现,示范诉讼的启动通常有四种模式:当事人直接启动、法院依职权启动、当事人缔结示范诉讼契约后提请示范诉讼经法院许可启动、据当事人申请及法院指定启动。每种模式都有其优势与弊端。就我国现实情况而言,既要考虑到赋予法院启动示范诉讼职权的必要性,也要注意不能剥夺当事人自主选择示范诉讼方式进行审理的权利。因此,可以在我国证券群体性案件的示范诉讼程序中,同时纳入法院依职权启动模式和当事人申请启动模式。

鉴于证券示范诉讼在我国尚停留在实践层面,此阶段宜由法院依职权决定启动示范诉讼程序。如法院对“是否确有必要启动”存有疑问,可以向上级法院请示。在特殊情形下,也可以由最高人民法院直接指示受诉法院采取示范诉讼方式审理。这种情形主要针对涉及人数众多、诉讼标的额巨大、社会影响广泛、案件极为典型、预期示范效果良好的群体性证券期货纠纷。当示范诉讼在我国正式确立尤其是发展和适用较为成熟之后,则需要注意保护当事人程序选择自主权,主要采取当事人申请方式启动证券示范诉讼。

此外,由于证券示范诉讼在我国尚处于非正式制度状态,无论是法院还是潜在的当事人,对于该程序的适用都处于实验和探索阶段,因此极有必要引入一定辅助力量启动示范诉讼,这对于我国证券投资者特别是中小投资者权益保护意义非凡。

首先,律师可以作为促进证券示范诉讼程序启动的重要辅助力量。这不仅是因为律师在经济利益上有成为诉讼代理人的强大动力,更在于律师作为法律专业人员可以为当事人提供当事人所欠缺的必要法律协助。在当事人对于示范诉讼完全陌生、不了解其制度功能和给自己带来的诉讼利益的情况下,可经由律师解释和建议

促进当事人提出示范诉讼申请。

其次,国家设立的投资者保护机构也可以作为启动证券示范诉讼的辅助力量。投服中心作为中小投资者保护的专门机构,有支持诉讼和持股行权的实践经验,可以发挥其在证券示范诉讼中的重要作用。证监会在“探索研究示范判决机制”的过程中,也表示在具体操作上将与投服中心的证券支持诉讼相结合。^①投服中心在探索建立示范判决机制方面已经迈出了实质性脚步。具体而言,投服中心在证券示范诉讼中可以通过两种形式发挥作用。一是投服中心以其全面持有沪深两市所有上市公司股票的独特优势,可以以股东身份,直接作为诉讼原告提出证券示范诉讼申请,并以其专业优势成为示范诉讼程序的指挥人与管理人,为投资者“示范展示”如何正确使用、保护和救济股东权利。二是投服中心也可以以支持诉讼的方式,支持群体性证券侵权纠纷中的其他受损害投资者提起民事赔偿诉讼。在这种方式下,由于投服中心并非诉讼当事人,因此只能接受投资者委托代为提起诉讼,作为推动示范诉讼程序的辅助力量。

(二) 证券示范诉讼的程序改造与设计

在德国的司法实践中,德国《投资人示范诉讼法》对于解决如德国电信案等复杂案件的效果并不理想。其中的重要原因在于“长篇累牍的移交裁决、该裁决的一再扩张”以及对于开庭审理的旷日持久的等待,使案件审理过程的复杂程度并没有因为示范诉讼程序的引入而有任何降低。^②鉴于德国实践中的这一教训,应结合我国情况对证券示范诉讼的程序加以必要的改造和设计。

1. 免去“移交裁决”环节

首先,我国不存在如德国那样因受理证券诉讼的法院分散、级别不等而产生使高等法院予以示范裁决的必要。我国的司法解释已将虚假陈述等证券侵权民事赔偿案件的管辖权赋予了中级人民法院,此类案件又有“原告就被告”的地域管辖原则,因此当发生因证券侵权行为而引发的民事赔偿纠纷时,具有管辖权和予以受理的法院基本是确定的,不存在因受理案件法院分散、级别不等而必须由更高级别法院予以示范审理的必要性。其次,我国中级人民法院在证券纠纷案件审理方面的实践经验,足以满足进行示范诉讼并作出裁判的能力要求,因而无须移交至高级法院。因此,我国完

^① 参见朱亮韬、李明明:《从法制入手保护中小投资者——证监会预热示范判决机制》,载 <http://finance.caixin.com/2017-09-02/101139710.html>,最后访问日期:2019年3月10日。

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

全可免去德国法下的示范诉讼移交裁决环节,而赋予由受理案件的中级人民法院直接适用示范诉讼程序进行审理的权力。这种程序改造可以在很大程度上避免产生德国那样因移交裁决而造成的诉讼拖延,也能发挥我国中级人民法院在审理证券纠纷案件上的经验优势,同时保障了当事人对中级人民法院示范判决不服时上诉途径的畅通。

2. 缩短示范诉讼公告所产生的诉讼中断期限

德国法下的示范诉讼登记公告在作出后,将产生长达4个月的中断诉讼程序的法律效力,其中断诉讼的目的在于通过公告公示和告知更多受损投资者,给予其能够参加到正在进行中的诉讼中来的时间准备,并等待是否能够形成促成启动示范诉讼程序示范诉讼申请数量。然而,较长的诉讼中断期限却使示范诉讼无法产生相对于其他群体诉讼方式更为高效的优势。在互联网及通信技术已经十分发达的信息社会,借助于互联网等手段并辅之以其他方式进行示范诉讼公告,可以在相对较短的时间内达到良好的公示与通知效果。另外,由于我国证券纠纷案件受理法院相对确定,实践中律师征集代理的积极主动性高,故无须为形成足够启动示范诉讼程序的案件数量而长期等待,且我国法院亦可以视情形依据职权决定采用示范诉讼程序。因此,我国可以缩短示范诉讼公告产生的诉讼中断期限。参照我国《民事诉讼法》关于公告送达的规定,可将示范诉讼公告产生诉讼中断的期限规定为60日。

(三) 证券示范诉讼的公告及其法律效力

我国证券示范诉讼公告分为两个阶段。第一阶段为法院受理案件后的初次公告。此次公告的主要目的在于通知潜在权利人,使更多受损害投资者能够参加到诉讼中来,促使群体性证券侵权案件当事人人数由不确定向确定逐渐转化。公告可采取传统公告方式与现代网络信息技术相结合方式进行。初次公告将产生使原告投资者已经提起的诉讼发生中断的法律效力。公告及诉讼中断的期限宜规定为60日。第二阶段为法院启动示范诉讼程序前的公示公告。此阶段的公告目的在于对法院即将启动示范诉讼程序的相关问题向案件当事人及社会各界予以公开告示。示范诉讼公告将产生除示范案件外其他原告投资者提起的平行案件诉讼中止的效力。

(四) 示范案件的选择与理由

基于示范案件在整个示范诉讼程序中的重要地位,示范案件的选择应遵循两个原则。其一,所选原告及其案件应具有足够的典型性。这种典型性主要是指示范原告所诉讼的案件应具有整个群体案件所共同争议的事实或法律问题,并且这些同一

性问题在示范案件中表现尤为突出。其二,所选原告及其案件应具有足够的代表性。这种代表性主要是指示范原告及其诉讼请求在整个群体案件中占有相当分量或地位,例如原告投资者提出的赔偿请求额在所有提起诉讼的原告中相对较大,或者数量众多的原告投资者因由同一律师事务所代理而形成了一个有代表性的原告团体,则在该团体中选定其中某位作为示范原告也有重要的代表性意义。

示范案件的选择方式既可以由法院依职权选定,也可以由当事人协议选定并向法院申请确认。在法院依职权选定示范案件的方式下,法院通过行使自由裁量权,在尊重当事人意愿的前提下,以案件是否具有足够典型性和代表性为基本依据,并酌情考虑原告投资者的个人综合素质,如道德素养和相关知识掌握程度、是否有足够精力和时间投入诉讼程序等,最终确定示范原告和示范案件。在当事人可以就示范案件的选择达成协议的前提下,也可以由当事人协议选定示范案件,并向法院申请确认该示范案件。示范案件选择的基本标准应与法院依职权模式保持一致,即体现典型性与代表性。如法院认为当事人协议选定的示范案件明显不具有典型性和代表性,则法院可以不批准该示范案件并要求当事人另行选择。

示范原告和示范案件的数量既可以是一件,也可以是数件,具体数量视案件情况而定。如群体性案件涉及纠纷数量众多,且有多个具有典型代表性的原告和诉讼可供选择,则可以挑选数件各具代表性的作为示范案件,但示范案件数量不宜过多,以免造成诉讼拖沓,影响纠纷解决的整体效率。

(五) 证券示范诉讼的实质审理

确定采取示范诉讼程序进行审理的证券群体性案件,法院的实质审理包括两个必经环节和一个可能环节。两个必经环节是指示范案件的审理和示范裁决的作出,以及其他平行案件的审理以及判决或裁定的作出;一个可能的环节是因当事人不服示范裁决而提起上诉。

1. 示范案件的审理与示范裁决的作出

在示范原告或示范案件被选定后,证券示范诉讼开始进入示范案件审理环节。法院启动示范诉讼程序的公告发布后至示范案件审理结束前,其他平行案件处于诉讼中止状态。此环节的审理主要是为了解决群体性证券纠纷中共同争点问题。示范案件的审理以示范判决或裁定的作出为终结。该示范判决或裁定应送达示范原告和示范被告,对于参加人则可以以任意方式通知,送达和通知都可以通过公告方式替代。示范案件也可以以和解的方式解决,但如果示范案件一方当事人欲与对方达成

和解,则必须得到其所在一方所有示范诉讼参加人的同意。

2. 示范裁决可能引起的上诉环节

示范裁决作出后还可能面临当事人提出法律抗告进行上诉的情形。无论是示范案件的当事人还是以参加人身份参与审理的平行案件的当事人,都有针对示范裁决提起抗告并上诉的权利。如示范原告提起针对示范裁决的上诉,其应作为上诉审程序中的示范上诉引领人并继续推进示范诉讼程序。如示范被告提起针对示范裁决的上诉,则应由法院确定示范原告作为其示范上诉相对人。如果由示范原告和被告以外的作为示范诉讼参加人的平行案件当事人提起针对示范裁决的上诉,则上诉法院应将第一个提出该法律抗告的参加人作为示范上诉引领人。^①

3. 平行案件的审理与判决或裁定的作出

在示范案件审理完毕、示范裁决作出后,即面临平行案件的审理程序。但平行案件的审理还须解决一个至关重要的问题,那就是作为此阶段案件审理和裁判依据的示范裁决的法律效力扩张。从我国的实际情况出发,可以参考借鉴德国式的做法,即赋予平行案件当事人参加示范诉讼并影响其进程的充分权利,解决示范裁决对所有纠纷当事人产生拘束力的正当性问题,以实现示范裁决效力的扩张。

解决了示范裁决效力的扩张后其他问题自然就迎刃而解。因为示范案件的审理已经厘清了群体性证券纠纷中的共同争点,剩下的则是针对各个案件的差异性问题进行审理,如每一原告投资者遭受侵权的具体情形和赔偿数额的确定等,除须以示范裁决为依据并受其约束外,此阶段与普通诉讼模式下证券纠纷案件的审理与判决并无二致。

五、结 语

在深化多层次资本市场改革的背景下,我国证券市场无疑将面临巨大挑战和机遇。然而无论市场如何变革,保护投资者都将是资本市场亘古不变的主题,而保护投资者的最佳方式就是给予投资者便捷有效的救济渠道。证券示范诉讼致力于为群体性证券民事纠纷提供一种不同于传统的化解之道,其特别之处在于通过对择定的典型案件的审理来解决群体性纠纷中共通的法律或事实问题。证券示范诉讼程序既高

^① 参见德国《投资人示范诉讼法》第15条关于上诉的相关规定。

度重视案件共通问题的处理,也恰当关注每一个案的差异及当事人的个体诉求,在个案审理的基础上,最终实现超越个案并全面解决纷争的目的。证券示范诉讼的“示范”意义不仅在于其作为一种群体性诉讼模式所具有的“程序上的示范性”,即通过对具体事实关系的认定和共同争点的处理,以利归并案件、减轻各方纠纷解决负担、提高纠纷解决效率,从而达到以示范案件处理程序带动全部纠纷解决的目的;证券示范诉讼的“示范”意义还在于其所能达到的解纷效果具有“结果上的示范性”,即能够帮助未来同类纠纷当事人进行预先判断并选择恰当的解纷方式,从而更有利于投资者的理性维权。

