

中国示范诉讼机制的法律构建

——以证券欺诈民事纠纷案件为视角

陈 冲*

摘 要:示范诉讼与集团诉讼、代表人诉讼的机制均是群体性纠纷处理机制的解决方式,三种诉讼机制和而不同。示范诉讼是基于我国目前国情处理证券欺诈民事纠纷的有益尝试,其有制度构建的必要性和可行性基础,可以有效化解当下亟待解决的净化资本市场、维护中小股东权益的司法需求与有限司法资源之间的矛盾。英美法系及大陆法系均有示范诉讼的制度雏形和实践经验,这些实践经验对我国有借鉴意义。但在构建我国本土化示范诉讼机制时,要具体考量程序设计、示范案件的挑选、生效判决的扩张以及其他案件当事人诉权的保障。在现有法律框架下进行谨慎的制度设计,发挥示范诉讼延伸的功能价值,也是司法改革与能动司法的应有之义。

关键词:示范诉讼 示范判决 证券欺诈诉讼 诉权 判决扩张

法律的任务和作用在于以最小限度的阻碍和浪费来尽可能满足各种相互冲突的利益。

——罗科斯·庞德

* 华东政法大学 2016 级经济学博士研究生。

引 言

《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》中提及了证券欺诈类民事诉讼的立案将不再以行政和刑事案件为前置程序,这意味着证券民事诉讼可能将逐渐降低诉讼门槛,司法将可能给投资者打通救济渠道。但就目前而言,在中国资本市场不完善的当下,证券欺诈民事纠纷体量大,由于立案前置程序的限制、中小投资者诉讼能力的弱势等原因而长久处于压抑状态。随着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)支持中小投资者对多伦实业、鲜言等主体提起的虚假陈述民事诉讼案件的开展,投服中心在政府支持的背景下承担着唤醒中小投资者维权意识以及提升维权能力的职责。中小投资者维权意识之觉醒以及诉讼能力之提升,势必导致证券欺诈民事诉讼的数量激增,这对法院处理群体性案件以及应对大规模诉讼的能力是挑战与考验。长久以来,法院在处理群体性纠纷时,迫于审判力量和专业性不足、负有社会维稳的政治任务、代表诉讼等民事诉讼原则性规定落实不到位、司法救济对群体纠纷救济乏力。其固守传统的民事诉讼模式,难以有效地解决人数众多的证券民事赔偿案件。^① 民事审判制度不应是法治国家的装饰品,而应成为完成权利救济、法的实现这一文化国家的重大使命而存在的制度。因此,审判制度要在不断变化的社会完成这一伟大使命,必须使理论结构弹性化,以适应现实生活的需要。^② 笔者旨在从司法改革为背景,以示范诉讼机制构建为契机,探究其对证券欺诈纠纷的案件管理,对群体性案件繁简分流,提升法院审判能力和司法救济力度,增强司法公信力。

① 参见仲崇玉:《论证券欺诈民事案件的诉讼方式》,载《法学论坛》2003年第4期。

② [日]小島武司:《诉讼制度改革法理与实证》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第61~62页。

一、示范诉讼之机理

某一诉讼的纷争事实,与批量多数案件的主要事实相同,该诉讼事件经法院判决后,其结果可以成为其他事件在诉讼上或诉讼外处理的依据,该判决就称为示范判决,形成示范判决的程序就称为示范诉讼(model litigation)。^①有些国家也称实验诉讼或试验诉讼(test litigation)。在群体性案件中,被选定审理的案件即成为示范案件或实(试)验案件,其他当事人通过法院登记,表明接受该实验案件判决结果的扩张,对于案件主要事实部分的审理和争议焦点的认定适用于其他案件。该制度起源于德国,伴随着大规模、扩散性群体纠纷增多、社会冲突与矛盾凸显而产生。群体性纠纷产生的根源,在于社会转型时期,资源稀缺导致利益分化而积聚的社会矛盾。示范诉讼与集团诉讼、代表人诉讼均为群体诉讼民事审判管理方式,其在法院处理群体性纠纷中发挥着重要作用。

(一)与集团诉讼之甄别

集团诉讼(class action),是指一个或数个代表人,为了集团全体成员的共同利益,代表全体集团成员提起的诉讼。法院对集团所作的判决,不仅对直接参加诉讼的集团具有约束力,对于没有参加诉讼的主体,甚至对于没有预料到损害发生的相关主体,也同样具有适用效力。该种诉讼方式对于其他成员采用了选择性退出(opt out)机制,即未向法院表明排除适用裁判结果的当事人,自动受裁判结果之约束。而代表人诉讼则是对成员采用选择性加入(opt in)机制,即在法院选定示范案件的公示期内,由其他当事人向法院进行登记申报,表示接受示范判决的当事人才受裁判结果之约束,也即通过诉讼主体自动申报的方式让渡部分诉讼权利,接受示范案件判决力的扩张。

目前我国民事诉讼领域没有集团诉讼机制,一项机制的推演事实,需要存在能力与激励机制:在能力上,需要有专业机构和专业组织可以代理集团诉讼;在

^① 沈冠伶:《诉讼权保障与裁判外纠纷处理》,台北,元照出版有限公司2006年版,第210页。

激励机制上,需要有胜诉酬金和风险代理的市场模式。我国欠缺的是后者,主要的原因在于群体性纠纷裁判的社会效果之隐忧,出于社会稳定等因素之考量。纵观世界各国,集团诉讼之实施能在美国得以良好推行,这与美国发达的律师服务市场和高额的胜诉酬金有直接关系。法律界对集团诉讼研究中往往对其优势和意义做出过高的价值判断,却忽视了其潜在的巨大风险。当代的实证和经验研究已经越来越多地发现,集团诉讼的优势难以证实,而成本、风险和滥用的危害确实存在,^①如存在“合法性勒索”(legalized blackmail)^②的现象。因此,只要有可替代的方式,应尽可能避免选择集团诉讼解决群体性纠纷,可以采用诸如分案受理或实验诉讼等方式。

(二)与代表人诉讼之填补

我国目前解决群体性民事纠纷采用的是代表人诉讼,这一制度也是对美国式集团诉讼的一种改良式取代。根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第53条、第54条之规定,代表人诉讼指诉讼标的是共同的或同一种类的共同诉讼,其当事人一方或双方为多数时,可以从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。代表人诉讼是一种明示加入制度,是一种扩大的共同诉讼,其意味着很多没有起诉和参加登记的当事人将丧失赔偿机会。司法实践表明,我国群体性纠纷的数量与代表人诉讼并不匹配,代表人诉讼机制适用不足,其根本原因在于法院在国家权力配置体系中的地位与内部的司法行政评价机制,民事案件审判的司法效果不仅指法律效果的考核维度,而是赋予了案件社会效果和政治效果的多重考量。这就迫使法院(官)顾虑甚至过分关注审判的社会效果,因为,即使是合法的判决,但如果引起了社会的剧烈震动、造成了群体性上访等社会不稳定的事件,也会导致“一票否决”的评价。于是,法院系统内部出现了对于代表人诉讼形式的一致排斥的现象,而这其实是法

^① 参见范愉:《群体性侵害事件的多元化解决》,载章武生等:《中国群体诉讼理论与案例评析》,法律出版社2009年版,第152页。

^② Deborah R. Hensler, “Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation”, *Duke J. of Comp. & Int’l L.*, 2001.

院系统基于“自我保护意识”下的集体行动的逻辑。^①

对于群体性纠纷,法院常采用一人一案、分案受理、批量开庭与结案的方式,这造成了法院审判压力大、重复的程序性事务烦冗,牵掣司法资源,且批量案件存在一案审判瑕疵则造成多案改发,纠错成本大。与代表人诉讼将群体性纠纷立为一案不同,示范诉讼与目前的分案处理方式耦合,但在示范案件审理终结前,其他案件经过当事人登记同意,暂时中止审理,等待示范案件对于相同事实和争议焦点做出认定。对于示范案件的率先审理,可以通过上诉予以提前纠错,并给予其他案件当事人较稳定的预期和接受司法裁判的心理缓冲期,可以较好地实现司法裁判的社会效果。故有观点认为示范诉讼就是建构这样的一种国家与私人之间的对话模式,其能够通过个案的纠纷形成一种对于政策的问询质疑甚至于新政策形成的呼声。^②

我国现有的群体诉讼制度实际上是个案受理的批量案件,代表人诉讼也不多见。实际上即使是同一事件引发的弱势群体,其利益也无法联合,诉讼能力和谈判能力都处于弱势,因此法院的这种案件管理方式不利于弱势群体利益的保护。很多人期待法院通过解决群体诉讼展现其造法的功能或形成社会政策。在司法实践中,法院在面对群体性纠纷时,这一期待并不是法院的工作目标。提升司法能力是司法改革的重要目标之一,法院的司法能力包含几项重要指标,而在解决群体纠纷中,司法能力的决定性因素则为两个维度:对外是司法与其他组织的权力制衡关系;对内是法院及时妥善处理群体事件的业务水平。^③ 中国目前有上市公司 3,249 家,上市证券 14,565 只,投资者 124,749,700 人。^④ 一般证券市场投资者多为经济上有一定富余资产之个体,属于我国目前平均中产及以上的阶层,放之家庭单位来看,投资者撬动的是 4 亿人左右的体量,故证券市场投资者保护无论基于资本市场的良性发展还是社会稳定均是一个核心工程。我国的能动司法是将法院立足于作为国家治理工具的组成部分,故在证券欺诈民事纠

① 参见江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 172 页。

② 参见陈慰星:《民事纠纷的多元化解决机制研究》,知识产权出版社 2008 年版,第 80~81 页。

③ 参见汤维建等:《群体性纠纷诉讼解决机制论》,北京大学出版社 2008 年版,第 370 页。

④ 该数据分别统计自上交所、深交所及中国证券登记结算公司网站,截至 2017 年 5 月 18 日。

纷领域应有所作为,通过制度安排使投资者有司法救济途径,破除起诉不受理、受理不开庭、开庭不判决以及其后的“判决不执行”的“司法无能”局面。

(三)与支持诉讼之结合

支持诉讼规定于《民事诉讼法》第15条,即相关组织可以支持受害的个人或单位提起诉讼。这一制度历经两次“修法”仍然保留,但30多年鲜为使用,仅在个别如环保类、国有资产流失类等案件中,由环保组织或检察院出庭支持诉讼,故又被称为“搁置的原则”,理论界不乏废止该条规定的建议。^①其被搁置的根本在于前述的解决诉讼能力但未解决激励机制的原因。近期,随着投服中心在上海市第一中级人民法院开展了全国首例证券支持诉讼,^②帮助中小投资者在凹凸金融信息服务(上海)股份有限公司(原上海多伦实业)虚假陈述案件中挽回损失,又将支持诉讼在证券欺诈民事纠纷领域的应用重新引入视野。^③投服中心作为政府支持背景下保护中小投资者的专业化市场机构,解决了前述的能力和激励机制问题,支持中小股东进行民事诉讼是该公司主要业务之一,其通过诉讼唤醒中小投资者的诉权。该案已落下帷幕,中小股东胜诉,涉案股东与公司承担连带赔偿责任,^④可以预见会有更多该公司的中小股东通过诉讼手段寻求民事救济、挽回损失。

随着证券民事诉讼逐渐不以行政和刑事处罚为前置程序,以及中国资本市场违规现象的众多,可以预见大体量的证券欺诈民事诉讼将会进入法院,如何在专业审判能力提升的前提之外,提前做好体制机制的安排,也是司法能力的考验。在有投服中心支持起诉的情况下,可以选定该支持诉讼作为示范案件进行精细化审判,其他案件中止审理,投服中心除对案件给予专业性代理意见之外,

① 参见蒋集跃、梁玉超:《存在未必合理——支持起诉原则的反思》,载《政治与法律》2004年第5期。

② 虽然该案对外宣传称为支持诉讼,但笔者认为该案仅为一般意义上的诉讼代理,虽有公益性性质,但在程序上并非支持诉讼的模式。参见陈冲:《我国证券支持诉讼长效机制的构建》,载《上海政法学院学报》(法治论丛)2017年第1期。

③ 陈慰星:《民事纠纷的多元化解决机制研究》,知识产权出版社2008年版,第80~81页。

④ 该案中凹凸金融信息服务(上海)股份有限公司虽然可能不具备偿付能力,但作为被告之一的实际控制人鲜言被中国证监会处以34.8亿元的罚款,行政处罚前对鲜言的资产状况和偿付能力做过调查,应非“空头罚单”。目前我国法律框架下的安排是该罚款上缴国库,可能导致后续的民事赔偿落空。我国证券法修订草案已经在研讨将行政处罚款予以提存或者纳入投资者保护基金,以优先实现民事赔偿。

也可以在投资者教育的同时协助投资者进行数据采集、证据固定,并承担部分释法与缓和判决结果冲击的作用,这将会是支持诉讼与示范诉讼相结合的有益尝试。

二、示范诉讼在证券欺诈民事纠纷中应用之缘由

(一) 必要性论证

长期以来,我国资本市场违规案例居高不下,中小投资者受制于维权能力与维权成本,极少在真正意义上提起民事诉讼。违规公司通过行政处罚多被处以金额相对不高的罚金,但其市场违规行为的直接受害主体即投资者个人却并未得到赔偿。罚金数额较之民事赔偿金额较小,也即上市公司违规成本相对较低,这在一定程度上反而会“激励”上市公司造假,不利于资本市场的良性发展。中国中小投资者基数庞大,其贡献了资本市场80%的交易额,但其权益却屡受侵犯,而长久以来民事诉讼的不畅也阻隔了受害主体的获偿,在此问题上,司法的回避使正义最后一道防线被虚置。立案登记制的推出与部分地区试点开展证券纠纷民事赔偿取消行政、刑事处罚前置程序,潜在案件体量庞大,审判任务艰巨。群体诉讼制度的改革成效取决于司法制度的改革,法院提升司法权威和地位,享有解决一切法律争议的终局权力且司法应受到绝对的尊重,才能更好地担负起群体性社会纠纷的争端解决功能。提升司法权威、落实司法最终解决原则,才能增强法院在应对群体性纠纷方面的能力,并可能通过群体性案件的审判充分体现群体诉讼的价值与功能。^①

随着司法改革的推进,法院应该在更多社会问题的处理上更加有底气,对于此类纠纷的处理不应避让,而是提前、积极进行机制的探讨与构建。只有法院做好预案准备,才能从根本上提升司法公信力。在转型时期的中国,法院必须服务于大局,其面临的现实选择是在既有的实体法律框架内,依法裁判、解决纠纷、保

^① 洪冬英:《代表人诉讼制度的完善——以职权型示范诉讼为补充》,载《华东政法大学学报》2011年第3期。

障公民合法的权利,^①而非通过自我设障,回避司法需求。以示范诉讼作为代表人诉讼的补充,以一种缓和的分案方式处理群体纠纷,既不会直接造成传统群体诉讼可能直接导致的社会矛盾,也能够弥补当前我国当前支持诉讼与代表人诉讼的不足问题,更加契合本土化特征化解我国群体性纠纷司法处理的难点。

(二)可行性基础

我国司法机关对于证券欺诈类民事诉讼从排斥到有条件接受,^②避开集团诉讼,采用共同诉讼的方式处理此类纠纷,在司法实践领域也有一定尝试,具备应对能力,如“东方电子案”“银广夏虚假陈述案”“大庆联谊案”等。其中以“银广夏虚假陈述案”最具代表性,通过个案的审理判决原告投资者胜诉,对于事实和证据进行了固定,并确定了损失计算标准和方式,使此类案件后续的大量原告与被告在此基础上进行了和解,虽然该系列案件并未采用示范诉讼机制,但其在一定意义上达到了示范诉讼的预期效果。多地区的法院设置了专业的金融庭,我国已具备了此类案件示范诉讼的试点资源。

《〈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〉读本》中明确列明“探索实行示范诉讼方式”。在司法实践中已有地区试点开展了示范诉讼机制,如浙江省三门县人民法院出台了《关于涉众型案件适用示范诉讼模式的意见》,对于群体性纠纷,法院根据当事人的意愿,前期选取一个或几个典型案件进行精细化审判,形成判例或调解方案,再对等候处理的其他案件或同类纠纷进行统一裁判或调解处理。对于涉众的批量案件达到统一裁判尺度、提高司法效能、缓解办案压力、减少涉诉信访,实现了“审理一案,化解一片”的良好社会效果。上海市第一中级人民法院也在对群体性证券民事诉讼探索“示范诉讼”或“示范判决”的模式。在目前法院案件管理的繁简分流机制中,有诉讼调

^① 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,第370页。

^② 2001年9月24日,最高人民法院向全国各级法院下发通知,要求各级法院暂时不予受理涉及证券民事赔偿的案件,理由是受我国立法及司法解释的局限,法院尚不具备受理及审理这类案件的条件。2002年1月15日,《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》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共同诉讼的形式予以受理,不宜以集团诉讼的形式受理。”

解中心、快速审理部门,均为示范诉讼的常态化开展提供了有力支持。同类型案件分案受理、批量审理,实际上也是示范诉讼的一个雏形和缩影,只是需要在庭审环节对事实和法律问题进行重复性调查,基本上也做到了类案同判。

三、域外参考

(一) 英美法系

在英国,示范诉讼机制的法理起源于案件管理理论。根据英国《最高法院规则》指令4、英国《集团诉讼指引》第19B章及英国《民事诉讼规则》第19章规定,示范诉讼依法院职权启动,判决扩张至所有参加诉讼的当事人,诉讼费用由当事人分担,与代表人诉讼机制互为替代。司法实践中示范诉讼多见于产品责任纠纷领域。

在美国,该机制的法理起源于契约主义及司法能动主义。根据美国《联邦民事诉讼规则》23(b)(3)及美国《国际贸易法院规则》第84条、第85条规定,示范诉讼的示范案件依当事人达成诉讼契约并法院批准启动,法院也可以采取一定的标准随机挑选。^①除非存在示范案件当事人的密谋串通行为,否则判决直接扩张至诉讼契约当事人,^②诉讼费用由败诉方支付。示范诉讼是集团诉讼的有机构成,在群体诉讼中较为常见。

(二) 大陆法系

在日本,示范诉讼机制尚无立法明文规定,只是实践中的尝试。其法理基础是程序保障理论,由法院依职权启动且由法院指定示范案件,判决扩张至起诉的所有当事人,是该法域选定当事人诉讼制度的补充。示范诉讼在司法实践中见于消费者诉讼和公害诉讼领域,但启动概率非常低。

在德国,示范诉讼机制的法理亦为程序保障理论。根据德国《行政诉讼法》

^① 如随机选择或分层随机选择, See D. Alan Rudlin, "Packaging Toxic Tort Cases for Trial: Use of Test Cases, Bigurcation and Class Actions", 406 *PLI Plit* 185.

^② 参见[日]小岛武司:《示范诉讼之提倡》,郭美松译,载陈刚主编:《自律型社会及争议的综合体系——小岛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。

第93条^①及德国《投资人示范诉讼法》^②之规定,出现大量扩散性损害赔偿群体纠纷案件时,由当事人申请或法院依职权启动示范诉讼程序,判决扩张至被通知参与示范诉讼程序的所有利害关系人,其他非示范诉讼的当事人作为案件有利害关系的“第三人”或“参加人”,诉讼费用由所有当事人负担,取消鉴定费用的预先缴纳制度,与现有的团体诉讼制度互为补充。示范诉讼在司法实践中常见于证券诉讼领域以及行政措施合法性争议的领域。

(三)于我国之借鉴

存续示范诉讼之国家大多在立法上有明确概括或明确规定,法院在适用时于法有据,且适用范围在于违法行为具有单一性、争议焦点具有共同性。^③但是英美立法缺少具体示范诉讼程序的立法规定,笔者建议推行示范诉讼的主要法理基础是案件管理理论,以此有效化解群体性纠纷,与我国现有的代表人诉讼互为补充,并可尝试与支持诉讼进行结合。但对于机制构建的细节处理,如费用负担、公告期限、相关权利人对于示范案件审理的参与程序以及异议权的行使等,均须在各地试点进行中探索总结适于中国本土的经验。但他国示范诉讼之框架性及关键问题的处理亦能给予我国示范诉讼关键流程以参考启示。

四、示范诉讼机制构建

(一)关键程序性问题

如前所述,证券欺诈民事纠纷是典型的具有共通事实的案件,宜采取分案受理、选取典型案件作为示范案件,通过对该类案件的精细化审理对此类案件的主要事实和争议焦点做出认定,对于损失的时间节点和计算方式做出计算公式,对其他案件的处理提供样板参照。目前证券欺诈民事纠纷的一审法院为中级人民法院,在机制相对成熟的情况下可以逐渐、有条件地下移至基层法院,以配置更

^① 参见[德]平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第288页。

^② 该法律起源于德国“电信案”,涉及16,000名股东要求被告赔偿虚假陈述造成的损失,司法审判压力之大,直接导致该法的颁布。

^③ 参见杨瑞:《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。

多的司法资源满足此类纠纷司法实践的需求;抑或随着专业法院的建立,将此类群体性纠纷统一由金融法院管辖,以保障其专业性和适法统一性。该制度设计有下列程序性要点和难点。

1. 示范诉讼的启动

并非所有的群体性案件均适宜适用示范诉讼,该程序的开启需要一定的前提条件:首先,案件须达到一定数量以上,如德国行政类案件要求 20 件以上,投资人诉讼案件要求 10 件以上。我国可以规定具有相同目的和相同事实的 20 件以上同类案件可以启动示范诉讼。其次,批量案件具有相同指向,即示范确认目标涉及的法律事实相同。示范确认目标是关于某个请求权基础事实或排除事实存在与否的确认,或对某个法律问题的澄清。^① 适用该机制的请求可以由原告或被告提出,对于适用的案件可以在审理程序上进行精简、诉讼费用给予一定减免,法院在立案之后可以预先审查,对于认为适用的须经报批程序。再次,要取得当事人的同意。诉权是当事人的基本权益,判决力的扩张来源当事人的同意或自认,对于不同意适用示范诉讼的当事人,应尊重其程序权利。最后,对于被告无法送达的公告类案件,因部分当事人不到庭而无法对事实进行充分查明,故不适于适用完全适用示范诉讼,但可以适用示范判决,即对于同批次群体性案件,可以通过一案的精细化审理确定庭审模板、损失认定标准和计算公式,对于其他案件仍要根据模板进行全部庭审调查,但判决标准尺度各案件统一。

2. 挑选示范案件

通过个案审理的试验,每一个案件都得到司法的关注,不仅案件的共通问题可以得到重视,而且案件的个性差异也能呈现。通过个案审理的试验,使示范诉讼案件有一个“做试验”的机会,从而能够试验不同的救济方法,从而发现什么才是最好用的。^② 一般而言,起诉的多位投资者会委托同一位或几位诉讼代理人同时立案,针对同时立案的批量案件则首选需要挑选出作为样板的示范案件。示

^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。

^② Mark v. Tushnet, *Making the Civil Rights Law: Thurgood Marsh all and the Supreme Court, 1936 - 1961*, Oxford University Press, 1994, p. 272.

范案件须具有事实和法律争议焦点的显著性和代表性,其选择分为当事人契约型和法院职权型,前者类似于代表人诉讼中选择代表人,后者需要法院根据案件和当事人情况进行指定。示范案件存在诉讼成本和风险的负担,但由于相对其他案件提前审结可以先行获赔,故案件的挑选存在一定博弈,主要通过诉讼代理人或支持人进行协调,在一定情况下法院可以进行职权干预。

3. 中止审理与权利登记

对于启动示范诉讼程序和选定示范案件后,法院以决议的形式进行公告,在公告期内建立诉讼登记册,允许“观望型”投资者通过立案登记“选入”(Opt in)参与,法院审核选入案件是否具有相同事实和法律问题,对于示范案件主干型审理能否免于其他案件的事实和法律认定,通过初审筛选适合适用示范诉讼的批量案件。当事人权利登记的先后可以作为批量执行阶段获赔顺序的依据之一。当事人通过签订意向书,放弃部分诉权,表示接受中止审理,等待示范案件先行审理,并接受示范案件裁判结果的扩张,再对自己的案件进行快速审理、批量宣判。

4. 通过审理示范案件确立证据认证标准及损失计算方式

在各被害人的举证事项中确定共通的部分和相异部分,共同的争点是关于被告的过失及因果关系等责任事项。与之相对的是,各被害人的损失不同。就“共通的事实问题”,并非指当事人的举证事实完全一致,而是指被告的过错行为以及由此导致众多受害人的损失之间的因果关系对所有当事人而言是相同的,虽然每一个受害人的具体损害未必相同。以证券欺诈民事纠纷的处理方式为例,审理的事实与法律要点在于证券欺诈事实的成立、投资者的损害事实、欺诈行为与损害的因果关系之认定、损失的起始点与计算方式。尤其在此类案件的审理逐渐不以行政或刑事处罚为前置条件的趋势下,欺诈事实是否成立为审理查明难点,如果认定欺诈事实不成立,示范案件驳回起诉也将导致同批次案件的批量驳回。证据的认定则通过后台数据的梳理,选定损害结果的起止时间点予以计算损失。金融案件的证据因有专门的数据记账与管理系统,在信息安全的前提下杜绝了人为修改,故系统记录和生成的数据一般具有证据的证明力。但由于金融的专业化属性,对于系统生成数据的解读较为困难,故可以引入专业机

构进行认定和认证,以缓解司法裁判的压力。可以尝试由诉讼代理人或支持人对后续案件进行证据梳理与认证。

5. 生效判决扩张至类案

示范判决具有包含全体被害者的和解和救济计划的“间接波及效益”。^① 法院对于示范案件的判决,对于其他登记选入示范诉讼的案件有拘束力,对于证券欺诈类纠纷,省去事实和法律的重复审理,只需对损失进行计算,故可以同时开庭,批量宣判。对于未登记或后续起诉之案,可以移至快审部门处理,无须再次鉴定或证人出庭,参照示范案件的庭审调查,对于类案在征得双方当事人同意的情况下进行摘要性审理,快速审结。

(二) 诉权保障

示范诉讼中的“等待”案件,其实是当事人部分让渡了自己的诉权,如参与庭审调查、参与损失标准和计算公式的制定等,故要充分保证诉讼当事人的相关权益。

1. 公告

法院在选定示范案件之后,可以以决议的形式进行公告,已立案的原告可以书面申请加入,其他潜在案件的受害人获得知情权,可以通过立案形式加入诉讼,并对接受示范判决的扩张和约束做出明示。此公告不同于送达程序中的公告,而是示范诉讼开启示范诉讼的公示与宣告。通过此公告,产生两个法律效应:一是批量案件原告的选择加入;二是加入案件的中止审理。但是,在公告结束之后,同意加入审理的案件低于一定数量(如20件),则法院可终止示范诉讼的程序,进入个案或批量案件的审理。

2. 知情权与异议权

对于表示接受示范案件判决约束的当事人来说,其放弃了参与实质庭审调查的权利,故对其知情权和异议权的保障是保障其诉权的应有之义。其他案件的原告有旁听庭审、了解示范案件的审理进程、提出异议等权利,对于当事人提

^① 参见陈刚主编:《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57页。

出的异议,法院须以谈话等形式记录在卷并做出处理。原则上,示范案件应以判决方式结案,如若所有程序参与人均同意和解,则可以以调解或撤诉形式结案。

3. 上诉权

示范诉讼的个案试验,是为了达到预先纠错的功能,故对于示范案件的裁决应给予充分审视。但从诉权的角度上,只有示范案件的当事人可以提起上诉,其他接受示范判决的当事人并不应享有上诉权。^①但鉴于其他诉讼参与人均在实体上受示范案件裁决结果之影响,故可以允许对示范判决有异议的当事人在一定情形下享有退出权,包括其有证据证明一审裁判事实不清、证据不足或法律适用错误等情况,能否退出应由法院依职权认定。

(三) 流程设计

示范诉讼具体流程见图1。

五、结 语

示范诉讼的制度理性体现在,它不仅是民事诉讼目的之体现,也是现代型诉讼的高级形式,更是解决群体性纠纷的新路径。^②其优势在于统一裁判:避免多次诉讼导致裁判之间的矛盾,借助判决效力的扩张实现其示范效应,在个案试验后进行反思实现预先纠错,基于对法律的可预测性促进和解,通过诉讼经济与分配正义实现公平正义,并与传统诉讼制度实现优势互补。该制度的功能价值还可以进一步延伸,包括发掘示范诉讼的公益价值、提高其预防和救济功能、提倡适度司法能动主义,以及发挥示范诉讼在影响和改变公共政策制定方面的空间。该制度在我国具有实务运作的基础性、技术层面的可行性、法律继受上的亲和性及本土诉讼文化的适应性,且在司法实践中已经尝试开展。可通过在证券欺诈民事纠纷案件领域探索适用示范诉讼制度,构建我国示范诉讼的本土化制度,强化此

^① 德国《投资人示范诉讼法》赋予了全体示范诉讼当事人上诉权。参见《德国投资人示范诉讼法》(中文本),载新浪博客网:<http://blog.sina.com.cn/fanlongduanfazw>,最后访问日期:2017年5月18日。

^② 参见郑妮:《示范诉讼制度研究》,西南政法大学2010年法学院博士学位论文,第6页。

类案件的民事追责制度,降低当事人诉讼成本且缓解司法审判负担,并借助司法的判决效力,形成一种有效的宣导,构建一种司法后特殊秩序,净化资本市场。

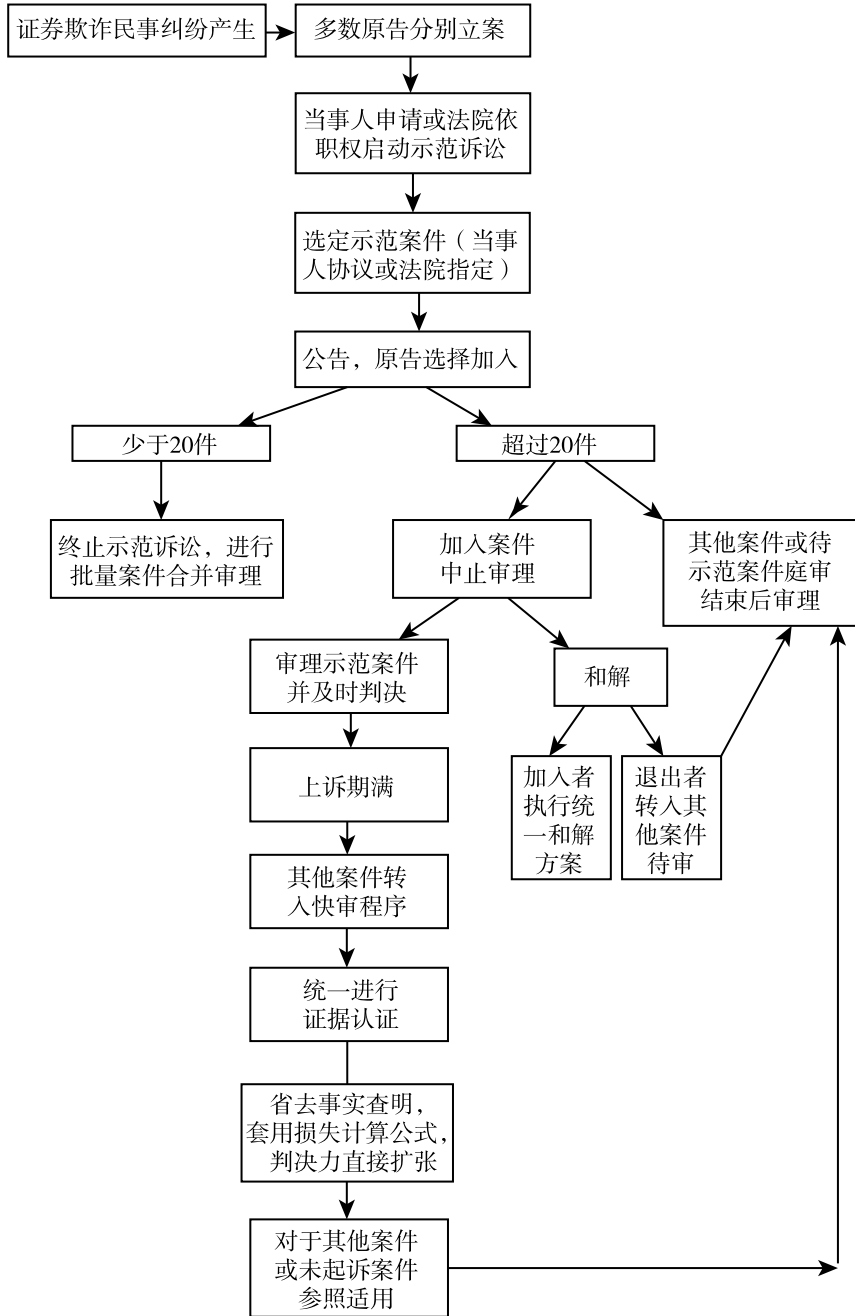


图1 示范诉讼具体流程