

证券集团诉讼辨识标准探析*

李激汉**

摘要:从英美两种典型证券集团诉讼形态的具体制度中可以归纳出证券集团诉讼辨识的一般要件和特别要件。一般要件是通过司法确认完成对“集团”的拟制,而特别要件则为诉讼必须具有证券损害赔偿之诉因。国内对证券集团诉讼的认识忽略了司法权在“集团”拟制中的运用,这恰恰遗漏了一般要件中最关键的部分。

关键词:证券 集团诉讼 辨识 标准

证券集团诉讼是集团诉讼在证券法上的实施机制。它和所有集团诉讼一样,也拥有两种典型形态:加入制和退出制。退出制证券集团诉讼以美国为典型,是证券纠纷适用《联邦民事诉讼规则》第23条(a)和(b)(3)的结果;加入制证券集团诉讼则以英国为典型,是证券纠纷适用《民事

* 教育部人文社会科学研究规划基金项目《后金融危机时代公司治理创新研究》(11YJA820083);江苏省社科基金重点项目《江苏改制企业股权纠纷法律应对研究》(11FXA002)阶段性成果。

** 湖南科技学院法律系讲师,南京大学法学院博士研究生,研究方向:公司法、证券法、法律经济学。

诉讼规则》第 19.11 条的结果。应该指出的是,目前英国真正发挥集团诉讼功能的是 2000 年修改后的采用加入制的群体诉讼程序 (group litigation)。^[1] 学者所指英国证券集团诉讼,也一般指向证券多数人纠纷适用群体诉讼程序。^[2]

证券集团诉讼曾受到许多国家重视。^[3] 我国 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 条首次提到“集团诉讼”一词,但对其含义语焉不详。2012 年修改后的《民事诉讼法》第 55 条增加了公益诉讼形式,对集团诉讼却只字未提。由于缺乏证券集团诉讼立法和实践,学者对英美普通法上的证券集团诉讼具体含义众说纷纭,远未形成共识。本文试图从英美两种典型证券集团诉讼形态归纳出证券集团诉讼的辨识标准,期待能够正本清源,方便人们正确辨别这一特殊诉讼方式。

一、“证券集团诉讼”辨识的困难

“证券集团诉讼”一词可以理解为“证券损害赔偿”和“集团诉讼”两个词的复合。证券损害赔偿涉及证券法上的民事侵权或者违约责任,属于实体法领域;而集团诉讼则是一种特殊民事诉讼方式,属于程序法内容。如果要科学界定证券集团诉讼含义,首先需要分别了解“证券损害赔偿”和“集团诉讼”的含义。这对于习惯程序法和实体法

[1] 英国《民事诉讼规则》第 19.10 条规定了群体诉讼制度。英国早期代表人诉讼 (representative litigation) 是美国集团诉讼发展的蓝本,但其在本国却没有获得类似于美国 1966 年的变革,逐渐处于边缘地位。

[2] 伦敦大学玛丽女王学院 Mulheron 教授认为,群体诉讼是现代英国主要的集体诉讼机制,并且大胆指出,将加入制改为美国式的退出制是将来改革的出路。可见,将英国群体诉讼和美国集团诉讼并列不是作者之杜撰。参见 Mulheron, Reform of Collective Redress in England and Wales, A Perspective of Need, A Research Paper for submission to the Civil Justice Council of England and Wales (2008), p. 157. 我国学者范愉也认为,集团诉讼包括类似于美国集团诉讼的英国群体诉讼。参见范愉:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社 2005 年版,第 36~37 页。

[3] 目前采用美国退出制集团诉讼的国家就有韩国、澳大利亚、加拿大安大略省等多个国家和地区。

学科分隔的学者来说,确实具有一定的挑战性。

(一) 证券损失赔偿面临的特殊问题

证券损失赔偿是指违法者实施特定违法行为导致投资者所持证券价值损失,行为人依法向投资者承担的一种民事赔偿责任。并不是所有引发证券损失赔偿责任的违法行为均会遭遇集团诉讼。例如,券商欺诈客户行为如果仅仅涉及“一对一”交易,虽然也要承担损失赔偿责任,但不会被提起集团诉讼。因为提起集团诉讼具有特定要求,包括人数多数性、存在共同问题、有代表人代为主张等。证券损失赔偿与其他可以适用集团诉讼的损害赔偿相比,具有以下特殊性。

1. 引起责任的行为复杂多样

引起证券损害赔偿的行为既可以是侵权行为,也可以是违约行为,还可以是侵权和违约的竞合。以证券市场侵权行为为例,其具有其他侵权行为不具有的特殊性。“在公众化交易的条件下,证券市场的交易关系具有不同于一般民商事关系的特殊性,简单依靠一般的民商事法律难以解决证券市场的特殊问题,需要通过证券法的特别规定来调整。这些特殊问题包括:(1)随着证券间接持有模式的建立,在证券交易的权益确认、归属、变动、流转和实现等方面,无法直接适用针对一般动产或者不动产的传统的物权规则;(2)基于证券集中交易的买卖双方无法特定化,通过中央对手方制度实现责任更替和清算交收的合同关系,也无法用普通债权债务的概括转移来解释;(3)在高度流动的条件下,传统担保法律制度在担保标的物的范围、担保的设定和行使等方面,也表现出和一般的物权关系不一样的地方”〔4〕。证券市场交易关系中出现的这些特殊问题,使被告侵权责任变得十分复杂。一方面,投资者价格的下跌,并不一定就是被告违法行为引起。证券价格受利率、汇率、通货膨胀率、所属行业前景以及经营能力和投资者心理等诸多因素的影响,市场本身存在系统性风险,而这种风险导致的损失应该予以排除。另一方面,证券市场价格回归到欺诈前的状态是个主观判断的技术问题,各国所规定的基准日不一定就能够准确反映投资者

〔4〕 肖钢:“证券法的法理与逻辑——肖钢主席在第四届‘上证法治论坛’上的演讲”,载中国证监会网站, www.csrc.gov.cn, 2014年5月11日访问。

的损失情况,但在计算被告应该承担的赔偿数额时又不得不采用这种方法。

2. 责任承担的结果可能出现股东“财产转移”问题

当股东持有某一公司证券中,一部分属于系争证券而另一部分不属于系争证券时,股东就具备了“受害者”和“责任承担者之股东”的双重身份。此时,如果让发行人公司承担责任,等于将股东的“一个口袋的钱转移到另一个口袋”。另外,如果两个不同股东持有同一公司的证券,一个股东持有系争证券而另一个股东持有非系争证券,两个股东之间的“财产转移问题”也会发生。有学者指出,“当一个公司由于产品缺陷或者环境污染(证券欺诈侵权也一样——笔者注)而被处罚或者在集团诉讼中承担民事责任时,社会将成本强加给公司(并间接地强加给其股东),以引导其更加勤勉地监督管理者的行为。股东不是违法行为的最初受害者。这样,通过将成本从侵权受害者转移给加害公司及其股东,行为的负外部性就被内部化了。但是,最少在证券二级市场的集团诉讼中,受害者与股东在很大程度上是同一人(至少在假定股东是分散的情况下会出现)。这样,对公司课以法人责任的政策就相当于因为一个被入室盗窃的受害者因没有很好地预防盗贼而对其施以惩罚。虽然这种政策可能促使他们对管理者的监督予以改进,但惩罚无辜的受害者,的确有违社会普遍观念以及公众对公平的基本认识”。〔5〕在证券集团诉讼中,受害投资者与公司的利益不是绝对对立的。上述一个股东持有同一公司股票而赔偿权利不同或者两个股东享有赔偿权利不同的同一公司股票,均会导致简单的财产转移问题。在设计类似于证券集团诉讼的民事救济制度时,这一问题必须予以考虑。

3. 损失赔偿的公共意义常常引发争议

按照传统观念,损害赔偿主要是弥补投资者的损失,各国证券集团诉讼的赔偿功能应该是基本相同的。然而,在证券损失赔偿中,各国证券市场发展状况不同,对证券多数人诉讼的功能要求不同。有的偏重赔偿功能,有的却偏向对被告的威慑功能。反映到立法上,就是诉讼的

〔5〕 John C. Coffee, *Reforming the Securities Class Action, An Essay on Deterrence and Its Implementation*, Colum. L. Rev., Vol. 106(2006), p. 1562.

政策目标不同。有的诉讼制度主要是为了投资者私人获得赔偿,而有的制度设计则主要考虑对被告的威慑,以维护强制性信息披露制度。出现不同政策导向的主要原因,不仅仅是上述股东财产转移问题的客观存在,而且在于被告侵权行为所带来的社会净损害。举个简单的例子,在允许卖空机制存在的市场中,证券违法行为导致一部分投资者损害,也可能同时导致另一部分投资者盈利。这时,违法行为对社会的损害不单纯是对投资者个人的损害,而是一种社会净损害。如果强调违法者必须赔偿投资者的全部损失,可能导致系统性的过度赔偿。这时,立法对诉讼政策的选择就会陷入两难。

(二) 证券集团诉讼程序所指范围纠缠不清

1. “集团诉讼”的范围尚未形成共识

美国法上的集团诉讼一般是指“在法律上允许一人或数人代表其他具有共同利害关系人提起诉讼,诉讼的判决对所有共同利益人有效”〔6〕。国内较有影响的诉讼法学者则扩展了集团诉讼所指范围,认为“一般特指以美国的‘class action’或与此相似的制度(group litigation)……我国代表人诉讼制度属于集团诉讼的一种类型,尽管在我国‘集团诉讼’不是一个准确的法律用语,但在涉及群体性诉讼问题及司法实践时,需要特别注意这一概念在我国的特殊意义及其所指”〔7〕。这一定义明确指出集团诉讼在我国“不是一个准确的法律用语”,而是一个比较法概念,因此无须深究其准确外延。但是,作为一个学术定义,其将我国代表人诉讼制度也囊括在内,却给人留下诸多疑问:第一,既然集团诉讼不但包括与美国集团诉讼“类似”的群体诉讼制度,而且包括我国代表人诉讼制度。那么,作为我国代表人诉讼制度的主要借鉴来源之一的日本选定当事人诉讼,也应当具有集团诉讼的基因或者某些因素。然而,日本学者却否认这一说法。〔8〕第二,虽然

〔6〕 参见《布莱克法律词典》(第五版),美国西区出版社(West Publishing Company)1979年版,第825页。

〔7〕 范愉:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社2005年版,第36~37页。

〔8〕 谷口安平认为,“像美国那样的集体诉讼或德国那样的团体诉讼,在我国(日本)作为制度确实不存在。”参见〔日〕谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第261页。

集团诉讼的核心是代表制,但远非具有代表制的多数人诉讼就是集团诉讼。将我国代表人诉讼代表制与集团诉讼中代表制存在很大差别,将其列入集团诉讼之列,似有不妥。第三,集团诉讼是英美普通法上的概念。“与此相似的制度”将以何标准识别,缺乏明确表述。

谨慎而言,目前学界仅仅对集团诉讼属于现代型诉讼而非传统型诉讼具有共识。但这种共识对集团诉讼内涵的界定无疑是杯水车薪。日本学者小岛武司将现代型诉讼的性质和特点归结为三个方面:原告方大多是因被告方的活动而受到加害或加害危险的市民(消费者、居民),而且在多数情况下表现为人数众多,具有集团性或扩散性;原告对被告的实质性请求内容,有时不仅是损害赔偿,还包括预防性停止,这两项请求都涉及评价被告方活动之公共意义的问题;从原告和被告相互间的关系上看,原告若想获得认可请求的判决,将会在主张和立证方面遇到巨大的困难。^[9]显然,现代性诉讼还包括公益诉讼,而非仅仅指集团诉讼本身。“现代型诉讼一直在相对独立的诉讼类型中发展,它实际上是对集团诉讼、公益诉讼的一个概括,在习惯上,人们将集团诉讼和公益诉讼合称为现代型诉讼”。^[10]

2. “证券集团诉讼”含义理解上的混乱

由于学界对“集团诉讼”范围尚未形成共识,国内又缺乏证券集团诉讼的具体实践,“证券集团诉讼”含义如何理解,未免易生混乱。目前存在的不同认识主要有:

(1)单指美国式的证券集团诉讼,认为“如果不提及美国式的胜诉酬金制、惩罚性赔偿判罚以及漫长的证据开示、集团诉讼在实践中的功能和缺陷几乎无法解释”。^[11]这种观点过分纠结于美国集团诉讼中的具体制度,缺乏必要的归纳与抽象。如果将美国集团诉讼的显著特点与集团诉讼内涵等同,那么,从下定义的那一刻,事实上就已经排除了其他集团诉讼形态存在的可能性。

[9] [日]小岛武司:“现代型诉讼的意义、性质和特点”,载《西南政法大学学报》1999年7月第1卷第1期。

[10] 王福华:《变迁社会中的群体诉讼》,上海世纪出版集团、上海人民出版社2011年版,第14页。

[11] 吴泽勇:“建构中国群体诉讼程序:评论与展望”,载《当代法学》2012年第3期。

(2)包括我国《证券法》上可能实施的人数不确定的代表人诉讼,认为“我国的人数不确定代表人诉讼和集团诉讼没有根本的区别,尤其和英国加入制的集团诉讼十分相似”。^[12] 这种观点立足于本国语境,针对我国法律实践而提出。但是,2000年2月英国《民事诉讼规则》修改后的“加入制集团诉讼”(即群体诉讼 GLO)以法院作出 GLO 裁定为前提。我国人数不确定代表人诉讼制度中一般以遵循当事人意思为原则,两者存在很大不同。

(3)将证券多数人诉讼与证券集团诉讼混同。这种认识混淆了种属关系。证券集团诉讼虽然也要求“人数众多”,但其仅仅是证券多数人诉讼中的一种特殊方式。证券多数人诉讼(multi-parties litigation)与集体诉讼(collective action)一样,均是描述一方或者双方人数众多的各种证券诉讼的专用术语,其包括具有“一方或者双方人数众多”特点的所有民事诉讼方式,如人数众多的代表人诉讼、集团诉讼、公益诉讼、团体诉讼。

从上面对证券集团诉讼含义的不同理解可以看出,人们对其仍存在诸多认识误区。如果能从现有证券集团诉讼形态中归纳出相对统一的辨识标准,不仅可以澄清错误认识,而且,对正确辨别各国移植英美集团诉讼所产生的不同诉讼方式也不无益处。

二、证券集团诉讼的两种典型形态

在抽象出辨识标准之前,我们需要分析实践中被称为“证券集团诉讼”的具体形态。当今世界,除了美国式证券集团诉讼以外,^[13]英国2000年《民事诉讼规则》修改后采用的加入制群体诉讼程序(group litigation)也通常被视为集团诉讼程序。我国也有学者公开承认英国

[12] 张国平:“证券群体诉讼:路径与模式”,载《江苏社会科学》2013年第4期。

[13] 韩国、澳大利亚、加拿大安大略省等国家和地区均效仿美国证券集团诉讼模式,但各自也有修正。

群体诉讼属于加入制的集团诉讼。^[14] 如果这种加入制集团诉讼适用于证券纠纷,事实上就构成了加入制证券集团诉讼。^[15]

(一) 证券集团诉讼两种典型形态的形成

从集团成员认定的方法区分,所有集团诉讼均可以分为两种典型形态:加入制和退出制。这种区分之所以没有争议,是因为除了退出、加入或者退出和加入的混合(即部分加入、部分退出),不可能出现其他成员认定制度。所谓加入制证券集团诉讼,是指实际提出诉讼的人仅仅代表自己和那些确定加入诉讼的人。在这种诉讼中,集团成员往往需要登记,而未登记的将不视为当事人。加入制形态的典型立法是英国的群体诉讼,^[16] 美国 1938 年的《公平劳动标准法》(FLSA)也采纳了“加入制”;另一种则是退出制证券集团诉讼形态。在这一形态中,实际起诉的人代表所有符合集团定义的人,不包括那些确定退出的人。即所有被法院通知的具有共同利益的受害投资者均被推定为集团成员,除非明示退出,均为集团成员。首先实施证券集团诉讼是美国,后来还有澳大利亚、加拿大安大略省、韩国等国家和地区。可以看出,两种证券集团诉讼中法院的态度是不同的:在加入制形态中,法院对当事人合并严格遵守当事人处分原则,判决并不直接适用于未申请加入的利害关系人;而在退出制形态中,法院首先推定系属(in the subject of litigation)中所有当事人为集团成员,然后允许被推定人以明示的方式退出集团诉讼。

1. 英国加入制证券集团诉讼

(1) 英国证券集团诉讼的历史类型

英国处理群体性纠纷的诉讼形式有两种:代表人诉讼(representative proceeding)和群体诉讼(group actions)。从程序上分析,代表人诉讼虽

[14] 参见范愉:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社 2005 年版,第 36~37 页;张国平:“证券群体诉讼:路径与模式”,载《江苏社会科学》2013 年第 4 期。

[15] 美国集团诉讼也存在加入制,如《公平劳动标准法》便只提供加入制集团诉讼。但是,证券集团集团诉讼一般属于《联邦民事诉讼规则》第 23 条(b)中规定的第三种类型。也就是说,绝大部分证券集团诉讼均是退出制集团诉讼。

[16] 如果不特别声明,本文中英国集团诉讼是指“group litigation”。为了与美国集团诉讼(class action)区别开来,遵从国内翻译成“群体诉讼”的习惯。

然是美国集团诉讼的早期雏形,但现在已经不属于严格意义上的集团诉讼。虽然同样拥有与集团诉讼一样的代表机制,却因为具体程序没有与时俱进,程序在现实中运行的成本问题没有得到根本解决,以至于集团的形成存在诸多的现实困难,整个程序已经被逐渐边缘化(backwater)。^[17]相反,群体诉讼却拥有集团诉讼的基本特征,其 GLO 解决了多数人一方诉讼集团形成的现实问题。在英国司法实践中,群体诉讼形式目前已经占据绝对优势。“群体诉讼本质上是一系列当事方(通常是原告,但是他们也可能是被告)聚成单独的一群(a single flock),在不用分开审理一系列相同或者相似问题的情况下,经过漫长的程序而使案件得到解决。它是一个宏观司法的合约,因为它允许在有效、一致、终局、平等分配成本责任和保持适当处理速度的前提下判决案件的共同问题”。^[18]

(2)2000 年《民事诉讼规则》(CPR)对证券集团诉讼的影响

英国 2000 年《民事诉讼规则》第三部分通过第 19.10~19.15 条共五个条文规定了群体诉讼程序。其中第 19.10 对群体诉讼裁定(GLO)进行了定义:“依据第 19.11 条做出,用于规定基于共同或者相关的事实和法律问题提起的诉讼之管理。”^[19]第 19.11 条明确了群体诉讼裁定“必须”规定的必要事项和“可以”规定的任意事项。按照该规定,群体诉讼裁定必须规定的事项有:(a)建立负责裁定管理下的诉讼登记的登记系统(群体登记系统);(b)确定群体诉讼问题,这一问题能够将群体诉讼裁定下当作群体进行管理的诉请识别出来;(c)确定管理群体登记系统的法院(管理法院)。^[20]群体诉讼裁定可以规定的事项是有:(a)存在与诉讼相关的一个或者多个裁定问题的情况下,判定它们移交给管理法院,或者命令它们原地待命直至最终裁定作出,或

[17] Professor Neil Andrews 认为被边缘化的原因是赔偿金分别计算问题和英国限制惩罚性赔偿或者非补偿性赔偿(non-compensatory)引起。参见 Neil Andrews, *Multi-party Proceedings in England, Representative and Group Action*, 11 Duke J. Comp. & Int'l, 2001, p. 253.

[18] Neil Andrews, *Multi-party Proceedings in England: Representative and Group Action*, 11 Duke J. Comp. & Int'l. (2001), p. 258.

[19] CPR. 19.10.

[20] CPR. 19.11(2).

者判定它们加入群体登记；(b)确定具有一个或多个裁定申请的诉讼将在管理法院开始并进行群体登记的具体日期；(c)关于公告群体诉讼裁定的指令。^[21]从上述“必要”事项可以看出,英国群体诉讼实施典型的“加入制”。“那些希望加入或者利用2000年规则下的群体诉讼形式的人,必须确定登记为相关诉讼的当事人,要么最少参加与群体诉讼司法合并相联系的特定诉讼。因此,群体诉讼采用积极的加入或者至少要求作出参加诉讼的积极决定”。^[22]

2. 美国退出制证券集团诉讼

美国证券集团诉讼依据联邦法提起,其主要依据是《证券法》和《证券交易法》以及《联邦民事诉讼规则》第23条。1966年后的美国证券集团诉讼具有非常显著的特征即集团成员无须明示加入,而只具有“退出权”,因此,与“加入制”相对应,被称为“退出制”证券集团诉讼。1938年《联邦民事诉讼规则》第23条规定的虚拟集团诉讼实施以后,发现存在重大缺陷:只要集团成员之间存在法律关系,法院即可确认集团诉讼,而不需要表明共同问题是否重要,是否优先于个别问题。这个缺点导致法院确认了许多存在过多个别问题的集团诉讼,因而不能保证能够达到集团诉讼所追求的效率目标,而且,对于法院如何处理个别问题,规则也没有提供任何指导意见。^[23]针对这一缺陷,国会1966年对《联邦诉讼规则》第23条进行了修改。该修改被视为美国集团诉讼制度史上的重大事件,是退出制证券集团诉讼的制度基础。修改后的第23条增加了以下内容:

(1)在第23条(b)(3)中明确了虚拟集团诉讼的确认标准:“法院认为共同法律或者事实问题优于任何仅仅影响个人成员的任何问题,并且采取集团诉讼方式对公平、有效裁决纠纷而言,优越于其他任何可以运用的诉讼方法。法院采取这一标准时应当考虑的相关事项包括(A)集团成员单独控制分别起诉或者应诉的利益;(B)与集团成员提起或者应诉的争议有关任何诉讼的范围和性质;(C)将诉讼请求集中到某个法院审

[21] CPR. 19.11(3).

[22] Neil Andrews, *Multi-party Proceedings in England: Representative and Group action*, 11 *Duke J. Comp. & Int'l*, 2001, p. 260.

[23] 王开定编著:《美国集体诉讼制度》,法律出版社2008年版,第12页。

理是否可取;(D)在管理集团诉讼中法院可能遇到的困难。”^[24]

(2)在第23条(c)(2)(B)中规定法院的通知义务。即在第23条(b)(3)下确认的任何集团,法院必须向集团成员发出在当时情况下认为是最可行的最佳通知,包括分别对所有能够通过合理努力可以辨别的成员通知。通知必须以简单易懂的语言准确、清楚地载明相关事项。

(3)在第23条(c)(3)中增加了“选择退出”的规定。即无论是集团胜诉还是败诉,判决应当包括并具体载明或者说明按照第23条(c)(2)曾经向他发出通知,并未曾要求退出的人,以及法院认定属于集团成员的人。

经过修改,第23条规定的案件类型也相应变为:(1)不宜分别诉讼的案件。即集团成员分别起诉或应诉将产生下列风险:(A)对集团各个成员分别做出不一致或者不同的裁决,将对集团对方当事人形成不相容的行为标准;(B)对集团各个成员做出的裁决,将在实际上处分没有作为诉讼当事人的其他集团成员的利益,或者在实质上损害或者阻碍他们保护自己的利益。(2)禁令或宣告型集团诉讼案件。即集团对方当事人已经做出针对集团的行动或者不行动,从而可以将集团作为一个整体作出合适的禁令救济或者相应的宣告性救济。(3)损害赔偿型集团诉讼案件。即法院认为集团成员的共同问题优于个别成员的任何问题,并且集团诉讼优于其他任何其他可用方法来对争议进行公平有效的裁决案件。

无论是根据1938年还是1966年的《联邦诉讼规则》,美国证券集团诉讼案件大多选择以第三种案件类型(损害赔偿型)起诉。这一诉讼形态的特点就是在1996年后具备了英国加入制证券集团(群体)诉讼所不具备的“退出制”。当然,根据第23条,上述三种案件类型可以选择性适用的,只是三种选项之间互相排斥。因此,如果符合条件,也不排除投资者选择其他两种案件类型进行集团诉讼申请。

(二)两种证券集团诉讼形态的主要区别

1. 当事人权利不同

在加入制证券集团诉讼中,当事人有选择加入权,而在退出制证券

[24] 参见《美国联邦诉讼规则》第23条(b)(3)。

集团诉讼中,当事人只有选择退出的权利。所谓选择加入,就是当法院通过裁定将人数众多的一方拟制为诉讼集团时,主动明示加入的当事人被视为集团成员,受法院判决约束;而不主动申请的当事人,则不视为集团成员,不受该判决约束。如上所言,2000年修改后的英国《联邦诉讼规则》规定,那些希望加入并利用2000年群体诉讼规则的人,要么确定地登记为申请索赔的当事人,^[25]要么他们特别的索赔申请被司法合并牵连到群体诉讼中。^[26]因此,当事人若要加入诉讼能够集团,被要求主动加入,或者至少是主动决定进行诉讼。在加入制下,法院还必须具体确定一个截止日期,即这个日期后当事人的索赔申请将不予登记。^[27]同时,根据英国发布的相关《诉讼指引》第3.1~3.4条规定,申请群体诉讼裁定还必须履行相关具体程序。例如,群体诉讼裁定申请必须与第23部分规定的申请法院裁定的规则一致;申请可以由原告或者被告,在发起相关诉讼之前或者之后的任何时间提出;申请必须指出诉讼的性质,已经提出诉讼的数目,可能涉及的当事人个数等。可见,选择加入制度允许当事人自由决定是否明确选择加入集团。如果保持沉默,则被推定为不愿意参加集团诉讼。相反,选择退出是指当法院通过裁定将人数众多的一方拟制为诉讼集团时,不主动申请的当事人均被视为集团成员,受法院判决约束;而主动明示退出的当事人则不视为集团成员,不受该判决约束。

区分当事人不同权利的意义在于,当事人权利不同,直接导致对证券受损投资者的保护范围不同。退出制保护的明显比加入制要宽。举例说明,甲购买100元的乙公司股票,将股票卖出后估算损失大概为10元。按照选择加入制,甲自己提交申请或者委托律师进行登记的费用超过10元,甲将不会主动申请加入,而此种情况下,其既不能成为集团的成员,又无法自己单独起诉(单独起诉的成本将更大);相反,根据退出制,甲即使不主动申请加入,也会接到通知并推定为集团成员。甲不但省下了申请和登记费用,而且,即使集团最终的赔偿率很

[25] CIV. P. R. 19.11(2)(a), (3)(b), 19.12(1)(3), 19.14.

[26] CIV. P. R. 19.11(3)(a)(i)&(iii), 19.11(3)(b), 19.13(f)(3).

[27] P. D. 19BPD-034.

低——假设为集团总体损失数额的5%，甲至少也可以“免费”获得0.5元的赔偿。这一赔偿数额对甲来说固然并不重要，但从法律上来说，其意义重大。因为在这种情况下，甲的10元损失虽然很小，但千千万万个像甲一样的投资者的损失一旦计入集团的整体损失，则可以使诉讼达到律师所期望的经济规模，为集团诉讼的顺利起诉做出贡献。

2. 诉讼功能不同

早在2000年，美国兰德公司私法研究院的研究人员提出了集团诉讼是为了公共目标还是私人所得的重要命题。兰德公司研究人员还发起了对(美国)集团诉讼制度的讨论。讨论的对象主要是诉讼价值、和解的公平性以及社会成本和收益三个方面。这三方面的讨论认为美国集团诉讼已经是趣事迭出。“有些案件被同时作为集团诉讼拥有巨大价值和更坏越轨行为的典型例子。在热烈的讨论中，很难分别事实和虚幻、怪诞与平常”。^[28] 兰德公司的报告最后认为，各国需要进行必要的政策分析来帮助决策者面对这一难题。例如，可以通过客观描述事实和遗漏信息、鉴别争论的焦点问题并将其置于不同的角度、探索政策变化可能带来的后果等方式来帮助决策者确定本国集团诉讼所要追求的目标。

由于各国选择的政策目标存在不同，证券集团诉讼的功能表现出不同变化：一方面，退出制证券集团诉讼通常会扩大判决适用范围，增加集团赔偿总额，从而对被告造成较大压力，有效抑制违法行为的发生，因此威慑功能卓著；而加入制严格限制判决适用范围，赔偿功能突出而威慑功能得到减损。另一方面，退出制通常会积极采用选择性激励手段解决集团成员面临的集体行动问题，提高受害投资的起诉能力，相反，加入制则不愿在诉讼激励上花费过多，影响投资者最终获得的赔偿金额。

区分诉讼功能的意义在于，证券集团诉讼威慑功能和赔偿功能的发挥依赖于不同的制度设计。加入制运用多种手段消除小额投资者因为诉讼成本而不能起诉的问题，从而保证案件有较高的起诉率，个体赔

[28] Rand reports(2000), *Pursuing Public Goals for Private Gain*, 载 <http://www.rand.org/center/icj>, 2014年2月25日访问。

偿率低而整体威慑作用大；而加入制则对传统的诉讼规构成较少挑战，虽然案件起诉率较低，但个体赔偿率往往较高，整个诉讼的威慑作用则有待加强。

三、证券集团诉讼的辨识标准

(一) 证券集团诉讼的辨识标准

1. 一般要件

在分析证券集团诉讼时，我们可能忽略了一个简单的逻辑问题，那就是不管是加入制还是退出制，没有当事人事先根据法律规定的条件声称成立“集团”(group or class)，就没有所谓的集团成员加入和退出问题。“集团诉讼机制内部核心的政策是为了克服小额赔偿不能为私人单独诉讼而提供激励问题。一个集团诉讼能够将相对微小的潜在赔偿合并成对某些人(通常是律师)的劳动有价值的东西”。^[29]也就是说，法律上需要提供这样一个机制，赋予拥有共同问题的少数当事人声称诉讼集团存在，并且这个声称的“集团”足以合并潜在的赔偿请求。在两种典型证券集团诉讼中，我们可以看到，诉讼开始的第一步就是声称存在“集团”的当事人提出确认申请，然后才考虑集团的具体成员问题。因此，和其他集团诉讼一样，证券集团诉讼程序上的前提就是当事人事先根据法律规定的条件声称“集团”存在，并向法院提出确认诉讼的申请。观察上述两种典型证券集团诉讼，诉讼获得确认需要满足至少但不限于以下条件：

(1) 一方或者双方当事人人数众多。诉讼“集团”本身就是一个多数人集合在一起的术语。美国集团诉讼中一方当事人组成集团的最低标准为 20~40 人；韩国要求必须达到 50 人以上。人数众多既包括原告一方人数众多，也包括被告一方人数众多和双方人数均众多。

(2) 诉请必须存在共同的事实或者法律问题。例如，英国《民事诉讼规则》第 19.10 条规定：“一个群体诉讼的裁定是指依照第 19.11(1)

[29] Mace v. Van Ru Credit Corp., 109 F.3d 338, 344 (1997).

条规定做出的,用于管理引起共同事实或者法律问题(群体诉讼裁定问题)的诉请的裁定。”美国《联邦民事诉讼规定》第23(a)条也规定,集团存在一些共同的法律或者事实问题是确认集团诉讼的先决条件。

(3)必须有代表人代表“集团”进行诉讼。申请确认集团的权利人是起诉时的集团代表。这种代表往往是申请时的代表,一旦集团被确认,诉讼实施权一般交给法院指定的律师。例如,英国规定由管理法院从当事人聘请的律师中指定首席律师代表集团进行诉讼,而美国则由首席原告聘请律师代表集团进行诉讼。

(4)在诉讼程序上有必要成立诉讼“集团”。证券集团诉讼当事人一方或者双方之所以成立“集团”,是因为参加诉讼的人数众多而导致诉讼成本过高。如果人数众多并不需要建立特别诉讼“集团”(如拆分成单独诉讼案件)就能顺利快捷地解决纠纷,那么,“集团”就没有必要成立。相应的纠纷可以采用传统的单独诉讼或者共同诉讼等其他方式予以解决。当然,在什么情况下当事人一方或者双方有必要成立诉讼“集团”,取决于各国立法政策。立法者会对集团诉讼替代其他诉讼形式的交易成本以及其他社会因素进行综合衡量,最终做出符合本国具体情况的决策。如美国《联邦民事诉讼规则》第23条(b)(3)特别规定,只有集团诉讼优于任何其他可用方法来对争议进行公平有效的裁决案件,案件才会被确认为集团诉讼。

上述条件虽然在英、美两国立法上表达不一致,但“集团”被少数权利人声称且被法律所承认,是两种典型证券集团诉讼的共同特征。“这种集团一般在开始之前就以某种方式进行了组织,或即使没有明确的组织方式,但至少也可以在某种意义上看出他们为了一定的共同利益而采取了共同的行动”。^[30]这种集团也明显区别于实体法上的“集团”。它不具有明显的组织标记,也不需要履行登记程序。其设立的目的仅仅是为了降低诉讼的社会成本,而给投资者和社会带来更多方便和利益。

然而,如果认为只要当事人根据法律规定的条件声称“集团”存在

[30] [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第188页。

并提出诉讼确认申请,集团诉讼就得以产生,那么,我们又犯了另外一个错误:“集团”的最终成立取决于法院的确认,而非放任自由。也就是说,辨识证券集团诉讼乃至所有集团诉讼程序上的一般要件为是通过司法确认诉讼完成对“集团”的拟制,而非少数当事人声称“集团”的存在。观察英、美两种典型证券集团诉讼形态,它们均拥有通过法院的裁定确认诉讼成立的要件。英国需要法院做出 GLO 裁定,群体诉讼才能成立;而美国则需要法院做出集团诉讼裁定,诉讼才能真正开始。我们常常误认为受损投资者可以自主集结在一起组成临时诉讼集团。事实上,这种自主集结的概率很小,原因有三:第一,投资者在通过诉讼获得补偿的选择之外,还拥有多样化投资等止损方法。起诉并不是其获得损失补偿的唯一选择。第二,人数众多而产生的“集体行动”问题,是“声称集团”变为现实集团的主要障碍。第三,即使集团自主集结成功,其成员的边界也止于诉讼成本收益相匹配的权利人,而无法覆盖所有权利人。

现实中,并不缺乏没有法院确认诉讼程序而“集团”无法真正形成的例子。例如,英国代表人诉讼(representative litigation)拥有代表人声称成立的“集团”,但因为没有法院的确认程序而在实践中逐渐丧失集团诉讼的基本功能。^[31]又如,我国代表人诉讼试图通过当事人自主选举代表人来实施诉讼,其结果与英国代表人诉讼大致相同,在司法实践中最终难逃被“束之高阁”的命运。大多学者只看到根据法律规定的条件声称“集团”存在是集团诉讼的基础,而忽略了司法权对集团拟制的关键作用。事实上,如果证券集团诉讼的理想是通过部分权利人声称“集团”成立而使多方诉讼主体由此变成一方诉讼主体,最终消除原告与被告之间规模经济的不对称问题,那么,法院司法权的介入,正是这一理想变成现实的不可缺少的条件。

2. 特别要件

证券集团诉讼是集团诉讼的一个分支,除此之外,还有消费者集团诉讼、劳动者集团诉讼、反垄断集团诉讼、环境集团诉讼、大规模侵权集

[31] Neil Andrews, *Multi-party Proceedings in England, Representative and Group Action*, 11 *Duke J. Comp. & Int'l*, 2001, p. 253.

团诉讼等其他分支。上面所讨论的与其说是证券集团诉讼的一般要件,还不如说是集团诉讼的一般要件。它根本无法将证券集团诉讼与其他集团诉讼区别开来。那么,证券集团诉讼辨识的特别要件是什么呢?笔者认为,特别要件是存在证券损害赔偿诉因。在普通法国家,起诉状仅包含“构成诉讼原因的事实陈述”即可。“对于诉因可作广义和狭义两种理解。广义的诉因,应当包括两部分元素:一是法律上规定的权利;二是侵犯该等权利的事实;狭义的诉因,仅指侵犯权利的事实或者事实的组合。当然,无论是在广义的诉因中还是在狭义的诉因中,其所谓的事实,必须是产生法律上效果的事实,不能产生法律上效果的事实,无法成为诉因的组成部分。至于在何种情形下应当将诉因作广义的理解,在何种情况下将诉因作狭义的理解,则取决于其被应用的对象或者要促进的目的”。^[32] 例如,有学者对美国证券欺诈集团诉讼诉因进行总结,归纳出以下四种不同的证券欺诈集团诉讼案件:(1)根据1933年《证券法》第11条,代表在证券公开发行中购买了证券的人提起的诉讼;(2)根据1934年《证券交易法》第10(b)条以及证券交易委员会10(b)-5规则,代表从具有虚假陈述行为的被告处购买证券的人提起的诉讼;(3)根据1934年《证券交易法》第10(b)条以及证券交易委员会10(b)-5规则,代表所操作的证券价格受没有购买和出售证券的被告之虚假陈述影响的购买人或者出售人而提起的诉讼;(4)根据1934年《证券交易法》第10(b)条以及证券交易委员会10(b)-5规则,代表从那些拥有相关证券重大但未公开信息的被告处购买或者出售的人提起的诉讼。^[33] 在这四种案件中,证券损害赔偿诉因主要指向违反相关法律规定的欺诈市场或者操纵市场的事实。

(二) 证券集团诉讼的含义

1. 证券集团诉讼的内涵

总结上面归纳出来的一般要件和特别要件,我们可以尝试对一般

[32] 段厚省、周恬:“英美民事诉讼中诉因制度的历史变迁”,载《东方法学》2008年第5期。

[33] Elliott J. Weiss and John S. Beckerman, *Let the Money Do the Monitoring: How Institutional Investors Can Reduce Agency Costs in Securities Class Action*, *The Yale Law Journal*, Vol. 104, No. 8 (Jun., 1995), p. 2054.

意义上的证券集团诉讼的内涵进行界定:所谓证券集团诉讼,就是为了解决证券损害赔偿多数人纠纷的诉讼不经济和既判力问题,法院通过裁定将当事人声称的“集团”拟制为法律上承认的临时诉讼“集团”(class or group),并由集团代表人或者律师代表全体成员进行诉讼的一种相对独立的私人诉讼方式。根据这一理解,证券集团诉讼至少具有以下内涵:

第一,基于证券损害赔偿而提起。证券损害赔偿是指违法者实施特定违法行为导致投资者所持证券价值损失,行为人应当依法向投资者承担的一种民事赔偿责任。各国较为常见的证券损害赔偿责任均因证券欺诈或者操纵市场而引起。证券欺诈责任又通常是在有关公司运营或者商业预期的信息(包括好消息和坏消息)被披露后引起证券几个的突出或者大幅度下跌所引发。原告通常声称被告故意或者疏忽而没有及时披露信息而触犯证券法有关规定。而被告一般包括诸如发行人、承销商、会计师事务所等证券市场实体以及公司经理、董事等个人。

第二,当事人人数众多。人数众多既包括原告一方人数众多,也包括被告一方人数众多和双方人数均众多。各国可以根据本国的具体情况确定“人数众多”的具体标准。

第三,法院通过裁定将当事人声称的“集团”拟制为法律上承认的临时诉讼“集团”。集团诉讼的根本特征是通过司法权拟制诉讼法上的主体——集团。“集团诉讼中的集团也是诉讼当事人,是民事诉讼主体与民事主体分离的结果”。^[34]为了解决受损投资者之间的“集体行动问题”,法院不得不通过司法权力干预诉讼,拟制临时诉讼“集团”,该集团因为拟制而拥有独立诉讼资格,能够克服一方或者双方成员分散而无法实现诉讼规模经济的缺陷。

第四,集团代表人或者律师在法院的监管下代表全体成员进行诉讼。由于集团的拟制,受损投资者已经丧失了大部分对集团代表人和律师的监督能力,法院必须继续代表全体集团成员履行部分监督职责,以防止代表人在集团诉讼中谋取私人利益。

[34] 江伟、王强义:“论民事诉讼当事人与民事主体的分离”,载《法律学习与研究》1988年第2期。

由此可见,学界通常津津乐道的胜诉酬金、惩罚性赔偿、强制律师代理并不是证券集团诉讼辨识的要件。相反,存在证券损失赔偿这一诉因、人数众多、通过司法确认诉讼完成对“集团”的拟制,以及法院持续对代表人或者集团律师的诉讼行为实施监管才是证券集团诉讼辨识要件。

2. 证券集团诉讼的外延

明白了证券集团诉讼的基本内涵,其外延也自然变得十分清晰:

首先,其与证券共同诉讼可以明显区分开来。证券共同诉讼属于普通共同诉讼,其不要求拟制临时诉讼“集团”。在我国,证券共同诉讼是指诉讼标的为同一种类,人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的二人以上的证券诉讼。证券共同诉讼虽然存在形式上的代表人制度,但也不属于证券集团诉讼。我国代表人诉讼制度实际上是“共同诉讼制度延伸的结果”^[35]无论人数确定还是人数不确定的代表人诉讼,实际上仍没有脱离共同诉讼范畴。因此,除了人数众多和实行代表制外,该诉讼形式与普通法上的集团诉讼并无交集。

其次,证券集团诉讼与证券公益诉讼的边界也十分清晰。证券公益诉讼的代表人并非与案件拥有直接利害关系的私人。其代表多数人进行诉讼具有非营利性目的,本身也已经超出了私人诉讼范畴。美国直接将这种公益诉讼区分为公共诉讼(public litigation)和公民诉讼,目的是为了与集团诉讼直接区分开来。我国2012年《民事诉讼法》第55条也规定,公益诉讼由法律规定的机关和有关组织代表公共利益而进行诉讼。事实上,2012年《民事诉讼法》修订后,我国已经在一般法层面呈现出代表人诉讼和公益诉讼两种多数人诉讼方式并行的情形,而两种诉讼方式如何在证券法上建立具体实施机制,目前仍然处于学术讨论之中。因此,我国目前不但没有《民事诉讼法》层面的集团诉讼制度,而且《证券法》层面也缺乏与《民事诉讼法》相对应的证券公益诉讼和人数不确定证券代表人诉讼方式。^[36]

[35] 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。

[36] 理论上,2003年的司法解释允许选择单独诉讼和共同诉讼形式,就等于默认了代表人诉讼的实施,但由于没有具体的实施机制,分散的投资者几乎不可能选出代表人。因此,目前证券虚假陈述诉讼实践中并没有人数不确定证券代表人诉讼,取而代之的是,采取律师集中代理的普通共同诉讼形式。