

中國證券示範判決機制的基本原理與制度構造

郝國清

摘要：中國示範判決機制以德國《投資者示範訴訟法》為藍本構建。由於在權利保障與程序經濟矛盾的處理上顧此失彼，德國示範訴訟制度內生的結構性矛盾無法消除，立法目的也無法預期實現。德國示範訴訟制度與中國示範判決機制的關鍵區別在於示範裁決的作用路徑不同。《投資者示範訴訟法》通過強制“效力擴張”的方式發揮示範效應，因此陷入了效率低下的困境。中國示範判決機制以“參照調解”的方式，較好地解決了示範效力與個人主張之間的矛盾，示範訴訟與調解的天然契合性也讓兩者相互促進，提升了糾紛解決的效率。完善的示範判決機制還需要提升合理的挑選示範原告、確定中級法院為作出示範判決的管轄法院、提升規定示範判決機制的法律層級，彌補法理基礎。

關鍵詞：示範判決 《投資者示範訴訟法》 效力擴張 參照調解

The Basic Principles and System Construction of China's Securities Demonstration Mechanism

HAO Guoqing

(Faculty of Law, University of Macao)

Abstract: The Chinese model judgment mechanism is based on the *Investor Model Litigation Law* of Germany. Due to the loss of the protection of rights and the economic contradiction of the program, the structural contradictions inherent in the German model litigation system cannot be eliminated, and the legislative objectives cannot be expected to be realized. The key difference between the German model litigation system and the Chinese model judgment mechanism is that the role of the model award is different. The *Investor Model Litigation Law* has exerted a demonstration effect by forcibly “effectively expanding,” and thus has fallen into a dilemma of inefficiency. China’s model judgment mechanism has better solved the contradiction between demonstration effectiveness and individual opinion by means of “referral mediation.” The natural fit of demonstration lawsuit and mediation also promotes mutual promotion and improves the efficiency of dispute resolution. A sound model judgment mechanism also needs to improve the rational selection of the plaintiff, determine the intermediate court as the court of jurisdiction to make the model judgment, and raise the legal level of the prescribed model judgment mechanism to make up the legal basis.

Keywords: model judgment, *Investor Model Litigation Law*, effectiveness expansion, reference mediation

收稿日期：2019年9月4日

作者簡介：郝國清，澳門大學法學院比較民事法碩士研究生

建構中國證券群體性糾紛解決模式，是實務界與學界共同關注的熱點。從改革代表人訴訟制度到引入美式集團訴訟制度，從強化司法解決到堅持多元化解，路徑的選擇呈現出了多重方向。儘管具體選擇的路徑有所不同，但大多數學者都是從立法論的視角出發，提出“移植”域外的相關制度的建議。德國於2005年頒佈了《投資者示範訴訟法》，率先在證券市場領域建立了示範訴訟制度。顯然，中國司法者做出了相似的選擇。2018年11月3日，最高人民法院與中國證券監督管理委員會共同下發了《關於全面推進證券期貨糾紛多元化解機制建設的意見》（以下簡稱《意見》）。第13條規定：“建立示範判決機制。……對虛假陳述、內幕交易、操縱市場等違法行為引發的民事賠償群體性糾紛，需要人民法院通過司法判決宣示法律規則、統一法律適用的，受訴人民法院可選取在事實認定、法律適用上具有代表性的若干個案作為示範案件，先行審理並及時作出判決；通過示範判決所確立的事實認定和法律適用標準，引導其他當事人通過證券期貨糾紛多元化解機制解決糾紛，降低投資者維權成本，提高矛盾化解效率。”該規定標誌着示範判決機制正式成為了證券群體性糾紛的解決路徑。¹

本文第一部分將從證券示範判決機制的藍本——德國《投資者示範訴訟法》入手，釐清示範判決機制基本原理與價值取向。第二部分將從比較法的角度出發對德、中兩國示範判決的作用路徑進行比較分析，探求規範背後的制度邏輯。第三部分將從實踐出發，對中國示範判決機制的具體構建提出建議。

一、示範判決的理論溯源與價值取向

（一）《投資者示範訴訟法》——中國示範判決機制之藍本

中國示範判決機制的藍本源自德國《投資者示範訴訟法》。² 2004年，迫於“德國電信案”³的壓力，德國啟動了示範訴訟立法。2005年10月1日，《投資者示範訴訟法》正式生效。⁴

1. 立法背景

《投資者示範訴訟法》設立的初衷是為解決證券糾紛。德國的民事訴訟法是建立在兩造訴訟的基礎之上。不論是共同訴訟、輔助參加、訴訟合併、示範訴訟協議等制度性工具，其基本構造都註定無法解決大規模的證券群體性糾紛。傳統的民事訴訟體系不能滿足人們在現代型糾紛中的司法需要。無可奈何之下，立法者將目光投向了行政訴訟，即德國《行政訴訟法》第93a條所規定的行政示範訴訟程序⁵，並以此為參考，制定了《投資者示範訴訟法》。

¹ 最高人民法院與中國證券監督管理委員會曾在2016年發佈《關於在全國部分地區開展證券期貨糾紛多元化解機制試點工作的通知》，在部分地區試行證券示範判決機制。

² “投服中心召開《證券支持訴訟示範判決機制》課題結題評審會”：……經過一年多的深入研究，形成了包含研究報告、證券虛假陳述責任糾紛案件情況分析、德國《投資者示範訴訟法》譯文等在內的豐富的研究成果……，https://www.investor.gov.cn/information_release/market_news/201807/t20180720_309535.shtml，2018年12月10日訪問。

³ 殷盛：《德國資本市場糾紛樣本審理程序法》，《經濟法研究》2006年第5卷。

⁴ 《投資者示範訴訟法》於2012年重新修訂。新法有效期8年，2020年11月1日到期。屆時立法者需要對其或存、或廢、或改做出抉擇。

⁵ [德]平特納：《德國普通行政法》，朱林譯，北京：中國政法大學出版社，1999年，第288頁。

《投資者示範訴訟法》的基本理念是：在大量投資者因為相同法律事實提起訴訟時，根據當事人的申請，就這些訴訟中的典型問題（Musterfrage）——比如公司即時資訊通報（ad-hoc-Meldung）或者股票發行說明書的準確性——先行裁判，並以此構成平行訴訟審理的基礎。⁶

2. 程序安排

示範訴訟程序分為三個階段：第一階段，移交程序。⁷ 當事人向有管轄權的州地方法院提出示範確認申請。申請必須包括所有用來支援示範確認目標的事實和法律爭議。申請滿足條件後，州地方法院將在聯邦電子登記系統上對申請進行公告。如果公告6個月內有10份相同指向的示範確認申請提出，則第一個在電子公告系統刊登示範確認申請的法院應當作出移交裁定，將案件提交至州高等法院。移交裁定做出後，受訴法院依職權中止所有已經系屬或者在示範訴訟中對確認目標作出生效判決前新系屬的、其判決取決於被主張的確認目標的訴訟；第二階段，示範訴訟階段。⁸ 州高等法院以自由裁量的方式確認示範訴訟原告進行示範訴訟。除了示範原告和訴訟被告之外，其他被終止訴訟的當事人，都是示範訴訟參加人。⁹ 州高等法院以裁定的形式作出示範判決；第三階段，效力擴張及後續階段。¹⁰ 示範判決生效後，州法院中止的訴訟繼續進行。示範判決的約束效力及於所有參加人。州地方法院在示範裁判的約束之下，對各原告的具體損害賠償請求進行裁判。

（二）權利保障與糾紛解決——《投資者示範訴訟法》中的結構性衝突

在民事訴訟法中，如何調和相互對立的基本價值與理念之間的衝突，往往是最困難但也是最關鍵的課題。其中有一對十分重要的背反關係，即“程序保障”與“一次性解決糾紛”兩者之間的衝突與矛盾。¹¹ 一方面，使一個未參加訴訟的人受示範判決所拘束，其正當性的基礎在於，受判決拘束之人已被賦予參與涉及其權利義務訴訟程序的機會，並能夠合理的預測該程序所將發生拘束力的內容及範圍，且能夠據此提出有效的攻擊防禦方法和事實、證據，這是對訴訟當事人“程序保障”的基本概念及要求。另一方面，基於對效率和時間的追求、法律適用的統一、判決實效性的確保等目標，通過特定訴訟程序，能夠盡量一舉解決關於某一生活事實上的糾紛。在判決效力的主觀方面，使該拘束力盡可能的擴及所有與此糾紛有關的當事人，以達到“一次性解決糾紛”的理想狀態。有學者認為，在群體性訴訟中，一方面要實現判決效力對於所有群體參加人的擴張，另一方面要保障當事人的法定聽審權，這時立法者其實只有兩種選擇：或賦予群體參加人必要共同訴訟人的法律地位，讓每個參加人都能直接參與訴訟；或設計一種代表人訴訟的模式，讓所有群體參加人推舉一名訴訟代表來進行訴訟。《投資者示範訴訟法》一方面希望避免必要共同訴訟對訴訟效率的

⁶ 吳澤勇：《歐洲群體訴訟研究——以德國法為中心》，北京：北京大學出版社，2015年，第123頁。

⁷ 《投資者示範訴訟法》（2012年修訂版本）第1-6條。本文所援引德國《投資者示範訴訟法》中文譯本由吳澤勇教授翻譯。參見吳澤勇：《歐洲群體訴訟研究——以德國法為中心》，附錄五。

⁸ 《投資者示範訴訟法》（2012年修訂版本）第6-21條。

⁹ 吳澤勇：《歐洲群體訴訟研究——以德國法為中心》，第128頁。

¹⁰ 《投資者示範訴訟法》（2012年修訂版本）第22-28條。

¹¹ 黃國昌：《訴訟參與及代表訴訟——新“民事訴訟法”下“程序保障”與“糾紛解決一次性”之平衡點》，《月旦法學雜誌》2003年第97期，第8頁。

影響，另一方面又不願選擇代表人訴訟的模式。作為二者的妥協，立法者選擇了“輔助參加”¹²制度。¹³一方面希望提高訴訟效率，另一方面又力圖保全所有原告的聽審請求權，因而規定所有初始程序中的起訴人都可以以“參加人”的身份參與示範程序，法律規範出現了“結構性錯誤”。

針對示範裁決，示範訴訟的所有參加人都可以提出法律抗辯。如果參加人感到示範訴訟原告不能代表他們的利益之時，就會主動行使訴訟權利。但是，如果所有原告或者大部分原告，或者參加人，為了影響示範訴訟的結果而積極參與訴訟，由於法院不能阻止參加人積極參與示範訴訟，此時法庭將不得不再次面對一個多數主體的訴訟，導致更多延遲訴訟效率的問題出現。這種錯誤嚴重阻礙了示範訴訟制度效能的發揮，示範訴訟制度難以公平高效地實現對中小投資者的權益保護。

二、示範裁決的作用路徑

德國示範訴訟制度與中國示範判決機制最大的不同在於示範裁決的作用路徑，即示範效應的發揮作用的方式不同。從對示範訴訟不同的定義即可發現這一差異。中國對於示範判決機制的定義為：所謂示範判決，是指在系列案件委派或者委託調解過程中，當事人無法就事實或者處理結果達成合意的，法院可以選擇其中具備共通事實、證據或者法律爭點的案件作出示範判決，該系列案件中的其他同類案件可以生效示範判決為基礎進行調解。¹⁴ 如果可以用數學公式表達法律規範，那麼德國示範訴訟制度與中國示範判決機制可以用以下兩個公式表述：

示範裁決 + 效力擴張 = 德國《投資者示範訴訟法》

示範判決 + 參照調解 = 中國“示範判決機制”

(一)效力擴張——顧此失彼的設計

《投資者示範訴訟法》在解決判決效力擴張的問題上採取了獨特的程序設置，地區高等法院所作出的示範裁決並非是對所有個案的判決，而是對個案判決具有拘束力的共同的事實或法律問題的裁決，訴訟的判決由地區法院依照示範裁決根據個案的特殊性作出。¹⁵ 儘管如此，示範裁決對於最終的判決的影響性是不言而喻的。示範裁決在其就訴訟標的所作判定的範圍內，具有既判力。這種約束效力，及於所有示範裁決確認的事實和法律問題為基礎的訴訟法院，也及於示範訴訟中的原告、被告以及所有追加第三人。如此強制、霸道的效力擴張，讓第三人在示範訴訟中承擔了巨大的風險。為了降低風險，立法者制定了廣泛的程序參與權，讓所有的平行訴訟的參加人都有權作為追加第三人參加訴訟。《投資者示範訴訟法》中的訴訟參加不是選擇進入（opt-in），也不是選擇退出（opt-out），而是一種集合效應更強的參加模式，其強制性特徵超越了美式集團訴訟制度。這樣規

¹² 《德國民事訴訟法》第68條規定了輔助參加的效力：“輔助參加人在他對於主當事人的關係上，不得主張當事人提出於法官的訴訟的裁判為不當；如果輔助參加人由於他參加時的訴訟程度，或者由於主當事人的陳述和行為，而不能提出攻擊和防禦方法時，或者主當事人因故意或重大過失不提出輔助參加人所不知的攻擊和防禦方法時，輔助參加人可以主張主當事人進行訴訟有缺陷。”轉引自吳澤勇：《〈投資者示範訴訟法〉：一個群體性法律保護的完美方案？》，《中國法學》2010年第1期，第155頁。

¹³ 吳澤勇：《歐洲群體訴訟研究——以德國法為中心》，第133頁。

¹⁴ 嚴劍漪：《上海一中院商事糾紛的“非零和”解決方案》，《人民法院報》2017年7月24日，第5版。

¹⁵ 章武生、張大海：《論德國〈投資者典型訴訟法〉》，《環球法律評論》2008年第3期，第126頁。為表述連貫統一，本處引用將引文中的“典型”均改為“示範”。

定的前提是，多數追加第三人並不會實際參與示範訴訟的審理。否則，期待示範訴訟能夠提升效率是不符合邏輯的。

按照現行法規定，每個追加第三人都享有法定聽審權，可以進行訴訟行為。考慮到示範裁決對於後續訴訟的約束效力和訴訟時效的壓力，幾乎所有潛在的原告都會毫無例外的參加訴訟。而且，如果當事人發現示範裁決因為示範原告的責任而影響到了他的利益，必定會窮盡一切手段來消除示範裁決對他的約束力。某種程度來說，《投資者示範訴訟法》中的程序參與權是一種“義務性”的參與權。各參加人有廣泛的陳述權，尤其是可以提出書狀；反面來說，基於“義務性”的要求，越多的參加人在示範訴訟程序提出個人權利的書狀，則示範訴訟程序將會越無序、越無效率，訴訟經濟的目標也就越難實現。

（二）參照調解——立足實際的嘗試

中國示範判決的司法實踐發軔於2006年證券市場虛假陳述民事賠償案件“東方電子案”。¹⁶ 該案共涉及股民6,989人，案件數量2,716件，涉案標的約為人民幣4.42億元，青島中院共簽發民事調解書6,836份、民事裁定書152份，（均為駁回不適格原告起訴）民事判決書1份。¹⁷ 最近的案例是2014年“儀電控股虛假陳述案”。在此案中，上海一中院作出示範判決後，明確了當事人之間的責任認定，為同類案件當事人提供了訴訟結果的預期，極大促成了後續案件的調解。¹⁸

中國示範裁決的直接目的並不是為了直接將示範裁決進行“百分百”的複製，事實上，這在群體性糾紛解決中也是不切實際的。從示範判決機制適用肇始，就堅持以調解作為示範效應作用的方式。簡言之，即當某一群體性糾紛大規模湧入受訴法院時，人民法院依職權挑選示範案件先行審理判決，以此引導其他當事人通過糾紛多元化解機制解決糾紛。¹⁹ 與德國《投資者示範訴訟法》所規定的示範裁決效力強制擴張不同，中國示範判決效應的發揮使用了“參照調解”的方式。調解是妥協的藝術，在具體的調解個案中，由哪一方當事人做出妥協就成了調解的焦點。示範判決機制在調解過程中將當事人的期望值與示範裁決進行比較，根據個案實際情況進行修正和調整，從而引導當事人快速達成和解。無論是從法律正義還是訴訟經濟的角度看，“參照調解”模式都最大限度地滿足了證券群體性糾紛解決的需求。

首先，“參照調解”模式實現了法律正義的要求。法律正義是指調解的結果是否符合法律對於糾紛解決結果的期待，換而言之，證券調解結果能否和訴訟或者仲裁結果保持基本一致。²⁰ 與當事人在訴訟或者仲裁中要求法律救濟相比較，調解似乎體現的是妥協精神而非“法律正義”。是否應該以及如何以法律規定為底綫來設定調解期望，確實是證券調解面臨的關鍵問題。這個問題的焦點，

¹⁶ 參見宋一欣：《“實驗性訴訟”法值得借鑒》，《中國證券報》2006年12月14日，第A17版；張曉茹：《中國證券示範訴訟的雛形與構建規範——兼評德國投資者示範訴訟法》，《人民司法·應用》2011年第15期。

¹⁷ 邢梅：《東方電子民事訴訟案審結完畢》，《中國證券報》2009年5月26日，第B01版。

¹⁸ 嚴劍漪：《上海一中院商事糾紛的“非零和”解決方案》。

¹⁹ 熊錦秋：《“示範訴訟+委託調解”或是解決群體糾紛的金鑰匙》，《證券時報》2018年12月3日，第A08版。

²⁰ 張末然：《論我國證券糾紛調解制度之完善——以域外制度經驗為視角》，華東政法大學經濟法學院2016年碩士論文，第39頁。

是關於“合理性”的判斷。²¹ 在普通證券糾紛的調解中，調解結果主要是根據當事人之間的具體狀況確定，基本上不受法規範的制約。²² 調解的結果受到諸多因素影響。比如，一些受害者為了盡快拿到補償，不得不接受加害方提出的較低的賠償限額；大公司利用優勢地位拒絕提供相關證據，而調解機構也並沒有調取證據的相關職權，導致案件基本事實無法查清；部分調解員並非專業從業人員，妨礙其做出正確的判斷。因此，普通證券糾紛調解並不總是符合一般理性人的預期。而在“參照調解”模式中，示範判決具有包含全體被害者的和解和救濟計劃的“間接波及效益”²³，為調節結果做出了明確的標杆，最大限度地降低了除案件事實和法律以外的因素對調解結果造成的影響，以達成法律正義之要求。

其次，“參照調解”模式實現了對訴訟經濟的期待。一方面，由於法院並不具備從根基處全面解決社會紛爭的資源和條件，為此，對紛爭進行某種裁剪，在程序法上將糾紛解決過程限定在兩名當事人之間，限定在由兩名當事人的訴訟活動構成的“程序空間”之中，是法院為實現自身功能而不得不作的選擇。²⁴ “兩造訴訟”是為了降低外部世界複雜性，有利於快速的發現真實。在示範判決機制中，示範判決是由受訴人民法院依職權選擇案件，進行裁判，其他當事人不能加入審理或提出抗辯。與《投資者者示範訴訟法》相比，中國示範判決的作出更能體現“兩造訴訟”在效率上的優勢。

另一方面，當調解以審判的強制性作為後盾，在審判的利用可能性和審判結果的預測可能性這兩個條件下，總存在着使當事人接受與審判結果近似的解決方案的潛在力量。在此意義上，調解發揮的功能，是對審判過程和結果的類比，及推動當事人根據類比狀況做出決定。由於效率性和成本的制約，普通的調解永遠無法做到與審判一樣在法律上發現正確的解決。然而，在示範判決機制中，調解被提供了一個可供對比且具有可操作性的範本，事實認定與規則適用的基本問題已經消除，發現“客觀的正確解決”的基本障礙被破解，調解的工作幾乎只剩下了當事人簽字確認，調解將變成批量化、流水化作業。從整個糾紛解決程序來看，“參照調解”的效率遠高於普通訴訟，也要比“效力擴張”的訴訟程序要更為便捷。

最後，國家強制力對調解的支持強化了“參照調解”兼顧正義與效率的雙重品格。《意見》第11條規定：經人民法院確認有效的具有明確給付主體和給付內容的調解協定，一方拒絕履行的，對方當事人可以申請人民法院強制執行。一方面，強制執执行程序確保了“參照調解”實質正義目標的實現。另一方面也，國家強制力的背書有助於打消當事人對調解內容和效力的顧慮，為糾紛的迅速解決建立了基礎。

總之，示範判決機制會給糾紛當事人帶來明確的訴訟結果預期，對尚未參與訴訟的當事人能否達成和解將產生極大的推動作用，這種制度效應會對限縮普通共同訴訟的規模產生積極作用，不僅

²¹ 劉曉春：《美國證券調解機制及其價值評析》，《金融法苑》2006年第79輯，第217頁。

²² [日] 棚瀨孝雄：《糾紛的解決與審判制度》，王亞新譯，北京：中國政法大學出版社，2004年，第11頁。

²³ 陳剛主編：《自律型社會與正義的綜合體系》，北京：中國法制出版社，2006年，第57頁。

²⁴ 吳澤勇：《群體性糾紛解決機制的建構原理》，《法學家》2010年第5期，第82頁。

有助於減輕受訴法院的審理負擔，而且有助於從總體上節約司法資源。²⁵

(三)小結

通過對《投資者示範訴訟法》立法背景的考察和法律規範的分析，不難發現，德國立法者基本邏輯是：



在程序保障與糾紛一次性解決上的搖擺不定和機械化的程序安排導致了德國示範訴訟程序的結構性矛盾。解決問題的關鍵不在於是增強還是降低當事人的程序參與權，也不在於尋求效力擴張和程序參與之間的平衡。從源頭上建立溫和的示範判決作用路徑才能真正發揮出示範訴訟的實效。

在證券糾紛中，溫和的和解機制也是大多數國家所採用的解決方式之一。事實上，在美國集團訴求（至少在證券法領域），大多數糾紛是和解解決的。²⁶ 在德國，2005頒行的《投資者示範訴訟法》也包含了和解的因素。目的是為了保障和解內容對所有成員而言系屬公平。同示範訴訟制度相似，德國立法者在群體性和解的問題上又陷入了權利保障與就糾紛解決的衝突之中。其規定的群體性和解機制以所有參加人同意為前提²⁷，滿足了對個人權利的保障，卻讓和解之可能性降低。而法院為了處理所有參加人的同意程序，也耗費了大量成本。而更進一步的問題是，當和解內容無法充分滿足個別參加人的利益，和解最終可能會失敗，而個別參加人甚至會利用和解條件的內容而重新建構自己的主張，自我主動（Eigeninitiative）離開其原先屬於被動程序參與者之角色。²⁸ 正因如此，2012年德國在修訂的《投資者示範訴訟法》中借鑒荷蘭引入了“退出制”群體機制，規定賦予示範原告與示範被告和解的機會，既可以自行和解也可以接受法院的和解建議。其他參加人自行決定是否退出和解。當推出的參加人少於所有當事人的30%，則被批准的和解生效。²⁹

中國古代傳統與現代ADR浪潮結合下的調解制度為示範訴訟提供了可供利用的資源。³⁰ 第一，示範判決通過調解可以在所有的個案中以更加溫和的形式作用於調解結果。調解自身所具有低成本、平和性、快捷性和易於接受等特性，也是其被選中作為示範判決效應發揮渠道的重要原因。第二，有學者認為，只有當任何一方當事人都不認為在訴訟程序中會有更好結果的前提下，雙方才會達成和解。³¹ 從這一點來看，示範判決機制內在的契合了調解的本質要求。顯然，沒有比法院示範

²⁵ 嚴劍漪：《上海一中院商事糾紛的“非零和”解決方案》。

²⁶ [美] 弗里爾：《美國民事訴訟法（下）》，張利民等譯，北京：商務印書館，2013年，第889頁。

²⁷ 《投資者示範訴訟法》（2005年版）第14條。

²⁸ Bergmeister, Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Band 60, 2008, S. 289. 轉引自張建偉：《群體紛爭救濟程序之研究：以德國投資人示範訴訟與美國集團訴訟之比較為中心》，台灣大學法律學院法律學系2015年碩士論文，第187頁。

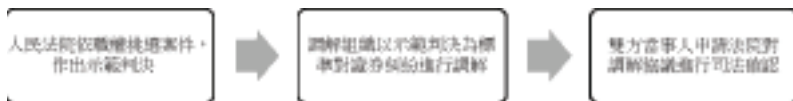
²⁹ 《投資者示範訴訟法》（2012年修訂版）第17條。

³⁰ 參見姚志堅：《法制現代化進程中的法院調解——對我國法院調解重興現象的法理分析》，《南京社會科學》2005年第7期。

³¹ Alexander, J. C., “Do the Merits Matter: A Study of Settlements in Securities Class Actions,” *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, p. 10.

判決更直接、更有針對性的東西來說服當事人接受調解了。

中國示範判決機制的流程如下：



三、示範判決機制的完善建議

民事審判制度不應是法治國家的裝飾品，而應成為完成權利救濟、法的實現這一文化國家的重大使命而存在的制度。因此，審判制度要在不斷變化的社會中完成這一偉大使命，必須使理論結構彈性化，以適應現實生活的需要。³² 示範判決程序作為證券群體性糾紛中重要的解決機制，自身具備了完備的理論基礎，參照調解模式也讓程序自身有了足夠的自我調整空間。當然，應然層面上的邏輯自洽並不代表在實然層面上一定可以實現立法目的，二百餘字的規定也並不足以支撐起證券示範判決機制的建構與適用。示範判決機制實效的具體建構還應解決或完善以下問題。

(一) 確定示範原告的選任標準

示範原告的選任是示範判決作出的前提，也是其公正合理的基礎，進一步說，它也關乎到示範判決能否在參照調解程序中被當事人認可。中國目前並未對於示範原告的選任作出規定，由於缺乏相關案例，也無法考察司法實踐中法院的傾向，但通過比較考察域外的相關規定，也許可以從中汲取經驗。

德國示範訴訟中的示範原告由州高等法院強制決定。這樣一來，作為示範原告的當事人無疑要承擔更多的準備與協調工作，同時也承擔了相對於普通參加人更大的風險。有學者擔心，實踐中可能很難找到真正願意作為示範原告進行訴訟的當事人與律師。³³ 在2011年7月21日德國司法部公佈的關於修改《投資者示範訴訟法》的專家草案中，建議允許州高等法院在示範訴訟原告律師與其他參加人律師相比明顯付出較多的情況下，批准其額外的費用補償申請。³⁴ 但這一建議最終並未被採納。在美國，早在1966年國會就通過了《私人證券訴訟改革法》（*Private Securities Litigation Reform Act*）規範集團訴訟中的原告問題。國會想要確保，在聯邦法院進行的各種指控違反聯邦證券法的集團訴訟中，由老謀深算的機構投資者充當集團代表或“引領眾原告”。除此之外，該法還規定，法院任命的首席原告必須是在集團訴求中擁有最大經濟利益者。³⁵

群體訴訟中示範原告或“首席原告”的實際訴訟能力對糾紛解決的形象至關重要，這已成為了各國的共識。無論是直接給予補償還是直接經濟實力作為選擇原告的依據，都是保障示範原告能力的舉措。在中國的示範判決機制中，可以將兩種手段並用。首先，受訴法院在挑選示範原告的時候

³² [日] 小島武司：《訴訟制度改革之法理與實證》，陳剛等譯，北京：法律出版社，2001年，第61-62頁。

³³ Stadler, A., *Der Regierungsentwurf für ein Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz - eine kritische Bestandsaufnahme*, WM2004, S2329, FuBote 13. 轉引自吳澤勇：《歐洲群體訴訟研究——以德國法為中心》，第131頁。

³⁴ 吳澤勇：《歐洲群體訴訟研究——以德國法為中心》，第150頁。

³⁵ [美] 理查·弗里爾：《美國民事訴訟法（下）》，第914頁。

候，要着重考慮當事人的經濟能力，盡量選擇機構投資者示範原告。第二，如果所挑選的示範原告是個人或中小投資者，應當考強調增強其訴訟能力。在第二點上，中國證券支持訴訟制度已經為示範原告提供了重要的支撐。

證券支持訴訟制度是指由公益機構（當前主要是中證中小投資者服務中心，以下簡稱“投服中心”）接受群體證券糾紛受害人的委託，通過委派證券公益律師等方式，支援投資者提起索賠訴訟。³⁶ 即使示範原告是中小投資者，舉證能力有限，在投服中心的幫助下也可以良好地完成訴訟。

（二）確定示範判決的級別管轄

德國示範訴訟制度中的示範裁決是由州高等法院作出，再由地方法院進行效力擴張。中國示範判決機制並未明確示範判決的由哪一級別法院作出。一般認為，法院的層級越高，法官的專業素質、案件管理水平、裁判的合法性也就越有保障。從中國的司法氛圍來看，作出示範判決的法院層級越高，示範判決具有“公信力”也就越高。

在證券支持訴訟中，法院級別管轄的確定還是由傳統的爭議金額標準，因為在支持訴訟匯集了眾多當事人，案件金額也就隨之水漲船高，案件一般可以進入中級法院審理。然而，在示範判決機制中，法院只能挑選一宗案件進行裁判，即使由機構投資人擔任示範原告，案件金額也不一定達到中級法院的受案金額。因此，明確示範判決的法院級別，顯得尤為必要。

另外，鑒於目前證券支持訴訟多集中於上海的現狀，以及上海金融法院的建立的背景下，將證券示範判決明確為中級法院作出，事實上也就相當於將示範判決交給了上海金融法院。高度專業化的金融法院，顯然會給示範判決賦予更高的品格。

（三）法律規範的層級提升

目前關於示範判決機制的規定只有最高院與證監會聯合發佈的一份意見，《最高人民法院關於司法解釋工作的規定》第6條規定：“司法解釋的形式分為‘解釋’、‘規定’、‘批覆’和‘決定’四種。”這說明，前述“意見”、“方案”和“通知”等規範性文件並不屬於司法解釋的範疇。《最高人民法院關於司法解釋工作的規定》第5條規定：“最高人民法院發佈的司法解釋，具有法律效力”。這種有限列舉的方式，否定了此處“意見”、“方案”和“通知”的法律效力。³⁷ 所以，示範判決機制並無法條依據，其法理基礎存疑。規範的缺失勢必會影響機制的運行。在考慮到《證券法》即將修改的背景³⁸，在《證券法》中以專章的形式規定“群體性糾紛示範判決機制”是較為現實、可行的方案。

³⁶ 具體案例可參見“劉斌等訴鮮言等證券虛假陳述責任糾紛案”（2016）滬01民初166號。

³⁷ 余濤、沈偉：《游走於實然與應然之間的金融糾紛非訴訟調解機制》，《上海財經大學學報》2016年第1期，第121頁。

³⁸ 《證券法》2018年被列入全國人大“條件比較成熟、任期內擬提請審議的法律草案”序列。詳見“十三屆全國人大常委會立法規劃”，2018年9月8日，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-09/10/content_2061041.htm，2018年12月24日訪問。

四、結語

僅從理論上看，中國示範判決機制通過參照調解模式的示範作用路徑，可以用較為溫和的方式的完成群體性糾紛解決程序經濟與權利保障的雙重目的。但是，應然層面的合理並不代表實然上的合理。可以預見的是，示範判決機制的運行註定不會是一蹴而就、一帆風順的，即使從現在的眼光來觀察，示範判決機制也絕非完美。儘管如此，示範判決機制還是為證券群體性糾紛的解決探出了一條解決之道，尤其是在法院長期拒絕裁判證券案件的背景下³⁹，構建高效、便捷的訴訟機制對於中國證券市場來說意義重大。

參考文獻 References：

- 吳澤勇：《群體性糾紛解決機制的建構原理》，《法學家》2010年第5期，第80-101頁。Wu, Z., “Constructive Theories of Collective Disputes Resolution System,” *The Jurist*, iss. 5, 2010, pp. 81-101.
- 吳澤勇：《歐洲群體訴訟研究——以德國法為中心》，北京：北京大學出版社，2015年。Wu, Z., *Research on Group Litigation in Europe: Centered on German Law*, Beijing: Peking University Press, 2015.
- 章武生、張大海：《論德國〈投資者典型訴訟法〉》，《環球法律評論》2008年第3期，第120-128頁。Zhang, W. & Zhang, D., “The law of the model litigation for investors of Germany,” *Global Law Review*, no. 3, 2008, pp. 120-128.
- 黃韜：《中國法院受理金融爭議案件的篩選機制評析》，《法學家》2011年第1期，第114-127頁。Huang, T., “The Screening Mechanism of Financial Legal Disputes in Chinese Courts,” *The Jurist*, iss. 1, 2011, pp. 114-127.
- 劉曉春：《美國證券調解機制及其價值評析》，《金融法苑》2006年第79輯，第201-220頁。Liu, X., “American securities mediation mechanism and its value,” *Financial Law Forum*, vol. 79, 2006, pp. 201-220.

³⁹ 參見黃韜：《中國法院受理金融爭議案件的篩選機制評析》，《法學家》2011年第1期。