



英美集团诉讼的 特别司法规制

以证券欺诈诉讼为例

李激汉 著

教育部人文社会科学研究规划基金项目（16YJA820010）成果
江西省高校人文社会科学重点研究基地项目成果

英美集团诉讼的 特别司法规制

以证券欺诈诉讼为例

李激汉 著

图书在版编目(CIP)数据

英美集团诉讼的特别司法规制:以证券欺诈诉讼为例 / 李激汉著. —北京:法律出版社, 2017. 3

ISBN 978-7-5197-0572-5

I. ①英… II. ①李… III. ①诉讼—司法制度—研究—英国②诉讼—司法制度—研究—美国 IV. ①D956.15
②D971.25

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第022880号

英美集团诉讼的特别司法规制
——以证券欺诈诉讼为例

李激汉 著

责任编辑 韩满春 张发靖
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2017年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 郭艳萍

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 10.75 字数 233千

印次 2017年3月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071010/1636

书号:ISBN 978-7-5197-0572-5

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

“特别司法规制”一词系笔者杜撰,因为在英美法上只有司法规制(judicial regulation)一词,而无特别司法规制一说。然而,当这一词用于集团诉讼与其他诉讼方式的区分,或者在大陆法系特别背景下使用,加上“特别”二字会更便于在不同法制环境下理解它们。英美集团诉讼中的司法规制之所以“特别”,主要是出于以下两方面原因:一是在集团诉讼中司法规制措施已经构成了对传统司法中立理论的挑战;二是它运行的基础是具有法官创制法律传统的英美法系,就像有学者在描述美国证券欺诈集团诉讼中私人诉权的产生一样,“司法之树生于司法之果而不是立法之果”(judicial oak which has grown from little more than a legislative acorn)^①。

法学研究大都源于直觉和经验。在研究美国证券法过程中,笔者发觉美国证券法执行的威

^① Blue Chip Stamps V. Manor Drug Stores, 421 U. S. 723, 737(1975).

慑力大部分来自律师发动的集团诉讼,这一诉讼方式构成了证券法锋利的“牙齿”。然而,律师为何能够发动集团诉讼,如果他们滥用权利怎么办?在阅读大量国外文献、走访相关实务人士的过程中,隐隐觉得特别司法规制对解决这些问题十分重要。司法规制可能不仅仅是解决这些问题的办法,而且正是我们要寻找的——驾驭集团诉讼的有益工具。也就是说,它不仅是集团诉讼形成威慑力的技术基础,而且还可能是应对自身产生过度威慑等缺陷的不二法门。为了印证上述直觉的正确性,作者花费了几年的时间进行论证和思考,最终改变了自己以前对整个英美集团诉讼的狭隘看法,同时也给了自己致力于改变目前中国商事活动中多数人诉讼窘况的希望。

书中除了从诉讼法角度对集团诉讼相关规则进行规范分析外,还主要运用了商法的思维来解读集团诉讼为什么需要特殊司法规制以及如何进行特殊司法规制问题,即突出运用代理成本和社会成本来剖析研究对象——当事人应当如何有效组织诉讼,法院如何监控诉讼等。例如,集团诉讼中的“集团”,在本书中被视为一个节省诉讼交易成本的组织。它由法律拟制而成,而这种拟制的目的是建立一种替代性组织机制以破除“集体行动问题”。这在美国集团诉讼中表现十分明显。总体上,英美集团诉讼之所以在全球具有竞争力,在于程序本身在破除多数人一方诉讼经济障碍方面的不可或缺。

本书研究的问题涉及诉讼法和证券法,因此,十分适合两个领域的研究生和实务工作者研读。全书内容分两部分:第一章、第二章和第七章主要讨论特别司法规制的理论问题,而其他章节则集中阐述特别规制在英美集团诉讼中的具体表现。全书均以证券欺诈诉讼为例,因此没有涉及环境侵权、消费者保护、反垄断等领域。

但笔者相信,书中所揭示的特别司法规制一般原理依然对这些领域的集团诉讼适用,只是具体规制措施需要灵活变动罢了。

由于本书论题跨越程序法和实体法,选择的角度又是英国和美国相关制度的比较,因此研究中难免出现认识偏差或错误,如有细心的读者发现,敬请不吝批评指正。

李激汉

2016年12月5日

目 录

前言	(001)
第一章 英美集团诉讼的辨识标准	(001)
第一节 集团诉讼的两种典型形态	(002)
一、“加入制”和“退出制”集团诉讼	(002)
二、两种典型集团诉讼形态之间的主要区别	(009)
第二节 英美集团诉讼的辨识标准	(011)
一、英美集团诉讼辨识标准的缺失	(012)
二、英美集团诉讼的辨识标准	(015)
三、英美集团诉讼的重新定义	(020)
第三节 英美集团诉讼和共同诉讼的关系	(022)
一、美国对集团诉讼和共同诉讼的区分	(023)
二、我国学界、实务界对集团诉讼与共同诉讼关系的理解	(025)
第二章 英美集团诉讼的特别司法规制	(031)
第一节 英美集团诉讼的制度选择	(032)

一、传统单独诉讼和共同诉讼在多数人诉讼中的“失灵”	(032)
---------------------------------	-------

二、传统单独诉讼和共同诉讼“失灵”的深层次原因	(035)
-------------------------------	-------

三、英美集团诉讼方式的制度优势	(041)
-----------------------	-------

第二节 英美集团诉讼实施特别司法规制的共同经济动因	(045)
---------------------------------	-------

一、对集团诉讼实施特别司法规制的经济动因	(045)
----------------------------	-------

二、法院确认诉讼措施的经济分析	(049)
-----------------------	-------

第三节 英美集团诉讼特别司法规制中的相似措施	(052)
------------------------------	-------

一、拟制“集团”程序	(053)
------------------	-------

二、对集团代表人和律师的规制	(058)
----------------------	-------

第三章 英美集团诉讼的司法确认	(062)
-----------------------	-------

第一节 英美集团诉讼司法确认的不同模式	(064)
---------------------------	-------

一、以代表人为中心的司法确认模式	(064)
------------------------	-------

二、以当事人集合为中心的司法确认模式	(069)
--------------------------	-------

三、司法确认模式的理性选择	(073)
---------------------	-------

第二节 英美集团诉讼司法确认的标准	(075)
-------------------------	-------

一、英美两种典型集团诉讼形态确认标准之比较	(075)
-----------------------------	-------

二、诉讼确认标准的具体适用	(080)
---------------------	-------

三、对美国集团诉讼司法确认中“支配性”标准的分析	(085)
--------------------------------	-------

第三节 英美集团诉讼的成员范围确定制度	(089)
---------------------------	-------

一、“加入制”集团诉讼中成员范围的确定	(090)
---------------------------	-------

二、“退出制”集团诉讼中成员范围的确定	(092)
---------------------------	-------

三、德国和日本相应诉讼方式中的当事人确定方式	(094)
------------------------------	-------

第四章 法院在英美集团诉讼中的特别职能 (098)

第一节 赋予法院特别职能的理由 (099)

一、为何赋予法院特别监督职能 (99)

二、赋予法院特别职能的具体表现 (103)

三、法院履行特别职能的现实挑战 (106)

第二节 法院在防范代表人利益冲突中的作用 (109)

一、代表人与集团成员之间的利益冲突 (109)

二、法院审查代表人的“充分代表性” (113)

三、法院审查代表人的“典型性” (116)

四、集团诉讼中首席代表人产生的程序 (119)

第三节 法院在防范集团律师利益冲突中的作用 (122)

一、集团律师与集团成员之间的利益冲突 (122)

二、法院预防律师利益冲突的基本途径 (125)

三、律师“充分代表性”标准的具体适用 (128)

第五章 英美集团诉讼和解中的特别司法规制 (132)

第一节 集团诉讼和解的动力学分析 (133)

一、集团诉讼“和解多”的现实背景 (135)

二、集团诉讼双方当事人追求和解的动力 (137)

三、为什么证券欺诈诉讼中的中间商不阻止和解 (142)

第二节 集团诉讼和解中律师道德风险的司法控制 (145)

一、和解中集团律师机会主义行为的表现 (145)

二、防范和解中律师机会主义行为的立法难题 (148)

三、对不当和解实施特别规制的具体措施	(152)
第三节 美国集团诉讼中法院批准和解的具体程序	(156)
一、和解为什么必须法院批准	(156)
二、和解批准的庭审程序	(160)
三、和解批准的通知程序	(164)

第六章 英美集团诉讼中赔偿金分配的特别司法规制

.....	(168)
第一节 集团诉讼中集团赔偿金的确定	(169)
一、赔偿金确定的标准和方法	(170)
二、法院确定集团赔偿金时面临的特殊问题	(174)
三、是否应引入被告赔偿责任最高限额制度	(178)
第二节 法院对集团诉讼中律师费用分配的裁定	(182)
一、法院裁定律师费的不同规则	(182)
二、法院裁定律师费用的目的	(187)
三、法院裁定律师费用的标准	(190)
第三节 集团诉讼中法院对赔偿金分配的监督	(194)
一、法院对一般分配程序的监管	(195)
二、法院对和解赔偿金分配的监督	(198)

第七章 英美集团诉讼特别规制面临的问题

第一节 集团诉讼特别司法规制的“适度性”问题	(203)
一、英美两国集团诉讼特别司法规制的异同	(204)
二、英美不同特别司法规制措施对集团诉讼活力的影响	(212)
第二节 集团诉讼特别司法规制的“效用”问题	(220)

一、特别司法规制对集团诉讼赔偿功能的影响	(221)
二、特别司法规制对集团诉讼威慑功能的影响	(224)
三、如何看待特别司法规制对集团诉讼功能的影响	(226)
第三节 集团诉讼特别司法规制的“正当程序”问题	(232)
一、特别司法规制“正当程序”问题的根源	(232)
二、特别司法规制与当事人适格	(236)
三、特别司法规制与集团成员的“退出权”	(239)
四、特别司法规制与既判力问题	(244)

第八章 我国多数人诉讼方式改革与特别司法规制

.....	(248)
第一节 英美集团诉讼特别司法规制研究的理论启示	
.....	(248)
一、可以抽象出的一般理论	(248)
二、研究方法的改进	(257)
第二节 从《1.9 规定》实施效果审视我国多数人诉讼方式	
之现状	(260)
一、《1.9 规定》特定时段实施效果的实证分析	(262)
二、《1.9 规定》实施效果存在“起诉率低而赔付率高”	
问题的原因分析	(273)
三、《1.9 规定》中诉讼方式规定之重新审视	(280)
第三节 运用特别司法规制原理改革我国代表人诉讼制度	
.....	(285)
一、我国代表人诉讼活力不足问题及成因	(285)
二、适当引入特别司法规制措施增强代表人诉讼活力	
.....	(289)

附录:本书引用主要法条的英汉对照..... (292)

 一、英国《民事诉讼规则》第 19 章关于群体诉讼的规定
 (292)

 二、英国《民事诉讼规则》第 19 章关于代表人诉讼的规定
 (297)

 三、美国《联邦民事诉讼规则》第 23 条关于集团诉讼的规定
 (304)

参考文献 (313)

后记 (325)

第一章 英美集团诉讼的 辨识标准

在多数人诉讼发展的历史长河中,英国群体诉讼和美国集团诉讼制度可谓是很有影响力的诉讼方式,得到了不少国家的追捧。从渊源上讲,美国集团诉讼制度从英国代表人诉讼制度的基础上发展而来。近代英国代表人诉讼日渐衰落,而主要适用的群体诉讼也面临改革。英国群体诉讼设计的目的是便于诉讼管理,而美国集团诉讼设计的初衷则不止于此,而主要是让多数人一方获得与被告方平等地位(equal footing)。两者从立法宗旨上看似乎风马牛不相及。但是,自从英国2000年《民事诉讼规则》引入群体诉讼裁定以后,两者程序上具有了相通的地方。这为我们将两者联系起来研究集团诉讼的特别司法規制提供了机会。当然,研究英美集团诉讼的特别司法規制,首先需要弄清楚的问题是什么是“集团诉讼”,由于缺乏明确的辨识标准,国内对什么是集团诉讼仁者见仁、智者见智,远未达成共识。

第一节 集团诉讼的两种典型形态

由于美国集团诉讼与英国代表人诉讼存在一定渊源关系,因此,前者也可以视为后者的现代翻版。目前英美两国解决多数人纠纷的诉讼方式除了共同诉讼外,主要存在群体诉讼和集团诉讼两种典型形态。

一、“加入制”和“退出制”集团诉讼

从集团成员确定的方法区分,集团诉讼均可以分为两种典型形态:“加入制”和“退出制”。这种区分并无争议,因为除了退出、加入或者退出和加入的混合(部分加入、部分退出),不可能存在其他集团成员认定制度。所谓加入制证券集团诉讼,是指集团成员的确认必须经过登记,未登记的受害者将不视为当事人。这一形态的典型立法当属英国群体诉讼。^①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”。在这一形态中,所有被通知的具有共同利益的受害者均被推定为集团成员,除非明示退出,均为集团成员。“退出制”立法以美国集团诉讼为典型,后来还有澳大利亚、加拿大、韩国等国陆续移植和模仿。显然,这两种形态的最大区别在于集团成员的确认。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,对未申请加入的利害关系人,判决并不直接对其产生拘束力;而在退出制形态中,法

^① 如果不特别声明,本书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。

院对当事人的合并仅次于强制诉讼合并 (compulsory or mandatory joinder), 法院首先推定系属 (subject of litigation) 中所有受害者为集团成员, 然后允许被推定成员以明示的方式退出集团。

(一) 英国“加入制”集团诉讼

1. 英国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)。从程序机制上分析, 代表人诉讼采用以代表人为中心的拟制“集团”方式, 其很多内部的程序运行问题却没有得到解决, 集团的形成存在诸多的现实困难, 整个程序已经被边缘化 (backwater)。^① 可以说, 已经基本丧失解决多数人纠纷的功能。相反, 群体诉讼机制却表现强劲, 其 GLO (group litigation order) 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, 群体诉讼方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”。^②

2. 2000 年《民事诉讼规则》(CPR) 对群体诉讼的影响

英国 2000 年《民事诉讼规则》第三部分通过第 19.10 ~ 19.15

① 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。See Neil Andrews, Multi-party proceedings in England: Representative and group action, 11 Duke J. Comp. & Int'l. (2001), p. 253.

② Neil Andrews, Multi-party proceedings in England: Representative and group action, 11 Duke J. Comp. & Int'l. (2001), p. 258.

条共五个条文规定了群体诉讼程序。其中第 19.10 条对群体诉讼裁定(GLO)的定义是:群体诉讼裁定(GLO)是指依据第 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(“群体诉讼裁定问题”)提起的诉讼管理之裁定。^① 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。具体而言,群体诉讼裁定必须规定的事项有:(1)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);(2)将群体诉讼问题具体化,这种问题将群体诉讼裁定下能够当作群体进行管理的诉请识别出来;(3)将管理群体登记系统的法院(管理法院)具体化。^② 而群体诉讼裁定可以规定的事项包括:(1)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,或者判定它们加入群体登记;(2)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;(3)关于公告群体诉讼裁定的指令。^③

从上述必须规定的事项(1)(3)可以看出,英国群体诉讼实施典型的“加入制”。正如尼尔·安德鲁斯(Neil Andrews)教授所言:“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,群体诉讼采用积极加入或者至少要求作出参加诉讼的积极决定。”^④

(二) 美国“退出制”集团诉讼

美国集团诉讼依据联邦法提起。以证券欺诈诉讼为例,其主

① CPR. 19.10.

② CPR. 19.11(2).

③ CPR. 19.11(3).

④ Neil Andrews, Multi-party proceedings in England: Representative and group action. 11 Duke J. Comp. & Int'l. 2001, p. 260.

要依据是《联邦民事诉讼规则》第 23 条,《1933 年证券法》和《1934 年证券交易法》。这种诉讼一般包括以下四种类型:(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的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。^① 美国集团诉讼具有非常显著的特征,即在损害赔偿诉讼案件中,所有被推定的集团成员均具有“退出权”,因此,与“加入制”相对应,可以称为“退出制”集团诉讼。值得注意的是,美国集团诉讼应该区分两个阶段:1966 年《联邦民事诉讼规则》修改前的非退出制集团诉讼和修改后确立的退出制集团诉讼。

1. 1938 年《联邦民事诉讼规则》修改前的非退出制集团诉讼

1938 年《联邦民事诉讼规则》第 23 条规定了三种集团诉讼类型:真正(true)集团诉讼、复合(hybrid)集团诉讼和虚拟(spurious)集团诉讼。根据 1938 年规则发展出来的判例,三种集团诉讼案件的最大区别是真正集团诉讼和复合集团诉讼的判决对缺席、未具名成员具有约束力,而虚拟集团诉讼对缺席、未具名成员没有约束

^① Elliott J. Weiss, 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.