

群体诉讼与司法局限性

——以证券欺诈民事集团诉讼为例

耿利航*

内容提要:群体纠纷人数众多,法院采取某种形式的合并审理,使一个司法判决对多数人具有约束力成为一个不可避免的选择。然而,随着判决约束人数的增加,不但诉讼代表者越来越有可能脱离法院和多数当事人的控制,而且伴随着司法裁决涉及利益的纬度、参与社会决策和资源分配的社会功能的不断扩大,司法所固有的局限性就越发凸现出来。诸如证券欺诈诉讼等群体诉讼是否能够采用集团诉讼模式,首先不是一个理论构建或者如何和本国民事诉讼法相衔接的技术问题,而更多的是一个司法政策问题。

关键词:集团诉讼 群体诉讼 私人执法 司法局限性

一、问题的提出

随着当今社会经济、政治的发展,群体性侵害事件开始大量出现,同一或同因的违法事实所引起的不特定多数人受害的群体性纠纷已经成为当今社会冲突的一个主要表现形式。^{〔1〕}典型的民事群体性侵害事件包括环境污染侵权、产品责任侵权、不正当竞争、医疗事故侵权、证券欺诈侵权等。传统民事诉讼模式以当事人诉讼自治、辩论主义为原则,建立在“一对一”为典型特征的少数人对抗基础上。而这些群体诉讼所涉及的利害关系或利益分布呈现集团性或扩散性,因此,传统民事诉讼模式很难满足其要求。如何妥善处理这些现代新型群体性民事纠纷,发挥民事诉讼机制权利救济和私人执法的作用,^{〔2〕}利用司法平衡大规模的利益冲突,对任何国家的法院都是一个巨大的考验。

我国学者对群体性诉讼的研究约开始于20世纪80年代初。进入21世纪,学界的研究进入了一个新的高潮,相关的理论也不断深化。在这些研究中,很多学者对中国法院处理群体诉讼所表现出来的限制或退缩持批评态度,而对美国集团诉讼的优越性和意义倍加推崇,甚至认为是唯一理想的模式。^{〔3〕}2003年1月9日,最高人民法院公布了《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(以下简称《若干规定》),对法院审理证券民事赔偿案件的实体和程序办法作了较为系统的规定。《若干规定》第6条规定了民事诉讼的前置程序,要求对虚假陈述行为人提起民事赔偿诉讼

* 中央财经大学法学院讲师。

〔1〕 参见张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平》,成都出版社1993年版,第145页。

〔2〕 在笔者看来,民事诉讼的意义不仅在于其作为民事权利的最后救济手段,同时它也是一个重要的私人自助执法模式。

〔3〕 有关国内学者研究成果的全面综述,参见范愉:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社2005年版,第12页以下。

的投资人,除满足民事诉讼法第108条规定的起诉条件外,还必须持有“有关机关的行政处罚决定或者人民法院的刑事裁判文书”;第12条规定了诉讼模式,即证券民事赔偿案件的原告只能够选择单独诉讼或共同诉讼方式(人数确定的代表诉讼)^[4]来提起诉讼。但实际上,对于群体性诉讼,我国民事诉讼法不但在第54条规定了人数确定的代表诉讼,还在第55条规定了人数不确定的代表诉讼。对于后者,法院可以事先发出公告,通知权利人向人民法院登记,人民法院做出的判决和裁定有扩张力,对于未参加登记但嗣后在时效期间内提起诉讼的权利人同样适用。通常来说,证券民事诉讼是典型的人数不确定的诉讼。那么,最高法院这样的规定显而易见的目的是为了减少诉讼的提起、控制原告人数和诉讼赔偿金额,这受到了市场对于法院是否真心给予投资者民事救济的怀疑。很多研究者就此提出,中国应发展和更新诉讼当事人适格理论,仿效集团诉讼制度,全部或部分改造人数不确定的代表诉讼制度。简言之,中国证券欺诈民事诉讼应当采取美国式集团诉讼模式。

毫无疑问,学者的这些建议是有一定的意义的,尤其是对于目前中国行政权力主导社会生活,法院偏于软弱和保守的状况来说,更具有针对性。但是,这种甚为理想化的观点却把复杂问题简单化了,问题的另一面没有得到足够的重视,或者被有意无意地忽视了。实际上,被学者主张确定为模仿蓝本的美国1966年联邦集团诉讼规则第23条,甚至在其起草过程中,就已经褒贬不一,争论异常激烈,认为集团诉讼机制存在着内在深刻的矛盾,集团诉讼到底是立法者发明出来后自己却又无法控制的一个“作法自毙的怪物”,还是救助遭受不幸之人的“穿着闪亮外衣的武士”,孰难定论。^[5]即使是该规则的主要起草人 Benjamin Kaplan 教授自己也承认,“如果要充分评估新的规则23条的范围、优点以及缺陷,我们可能需要一代人左右的时间。”^[6]

本文以证券欺诈集团诉讼为例,参考美国经验和问题的描述,通过这个具体化类型的例证来揭示群体性诉讼普遍面临的困境,从而在更广泛的意义上证明司法具有天然的局限性,不是、也不应当是解决权利纠纷的唯一和最优场所。

二、证券集团诉讼的政策目标和诉讼自治原则

证券欺诈等小额索赔民事案件的特点是小额多数——受损投资者人数众多,单个投资者受到损失的金额比较小,但总索赔金额巨大。因此,围绕单独诉讼设计而出的传统民事诉讼模式无法有效地处理这种纠纷,实现诉讼规模经济。其原因在于:第一,一个诉讼空间无法容纳这么多的诉讼主体。虚假信息的受害者可能成千上万,这些受害者如果纷纷起诉,法院就须对相同或类似的案件反复进行立案和审理,不仅程序繁复,法院和原被告都将不堪重负,而且极不经济。同时,也可能产生诉讼的不公正问题。^[7]第二,由于诉讼收益可能不足以弥补诉讼成本和风险,会产生受害人“搭便车”的问题,即如果一个受害者胜诉,未参加诉讼的成员就会于其后提起类似诉讼,降低诉讼成本,直接享受先

[4] 《若干规定》所规定的共同诉讼事实上仅限于人数确定的群体诉讼。通常,原告人数要在开庭前确定,原告人数众多的可以推选二至五名诉讼代表人,每名诉讼代表人可以委托一至两名诉讼代理人。参见李国光:2002年1月15日《在人民法院受理证券市场有关民事侵权纠纷案件新闻发布会上的讲话》,载李国光主编:《关于审理证券市场虚假陈述案件司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,第13页。

[5] See Deborah R. Hensler, *Revisiting the Monster: New Monster, New Myth and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation*, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 179, 183(2001).

[6] See Deborah R. Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals For Private Gain*, Rand Institute for Civil Justice (2000), at 49.

[7] 如不同的原告会选择不同的法院,而不同的法院因为法官、陪审团和实体法的不同,判决差别可能很大,从而使某些原告获得赔偿,而具有相同权利主张的其他人可能什么也没有得到或得到很少。同时,那些先诉讼的人得到的巨大赔偿使基金所剩无几,后面的原告在实际上无法平等、公平地获得赔偿。参见 Stephen N. Subrin, Margaret Y. K. Woo:《美国民事诉讼的真谛》,蔡彦敏、徐贲译,法律出版社2002年版,第200页。

例带来的好处,结果是没有一个受害者愿意首先提起诉讼被人“搭便车”,在实质上放纵了侵权人。

为此,对此类纠纷,人们必须通过群体性诉讼予以处理。在美国,法院处理群体性诉讼可以有很多选择,如诉讼自愿加入、作为诉讼第三人、合并诉讼、合并审判、交互诉讼、合并审前程序、不同地区的法院或法官之间的案件协调合并,以及1966年联邦集团诉讼规则23(b)规定。^[8]这些不同的程序的诉讼成本以及对于原被告的影响存在着显著的区别。

由于证券欺诈、消费者侵权等集团诉讼属于集团成员具有“共同的法律上和事实上的问题”的“假想的集团诉讼”,应适用23(b)(3)条的规定。^[9]根据此条,这种假想集团诉讼的判决约束力将扩张到所有群体成员(包括未明示参加此程序的成员)。如果法院决定案件将依据23条(b)(3)进行,法院将根据情况向集团成员进行最可行的通知,如果集团成员不愿意受到集团诉讼结果的约束,必须提前声明退出集团。这样,某些当事人可以未经其他受害人的明确授权而代表他们提起诉讼,并要求赔偿受害人整体上所遭受的损失。虽然某一个诉讼请求人可以将自己排除在集团之外,进行单独的诉讼,然而,实践中很少有人退出,因为单独诉讼的费用往往高到令人不敢问津的程度。^[10]而如果很少有人提出退出的要求,诉讼可以索赔的金额几乎就等于侵权者对外造成的损失总额。规则23条(b)(3)通过这种判决扩张力极度延伸的立法技术,使庞大的集团集结成为可能,不仅成为彻底的一次和一体纠纷解决的诉讼机制,而且成为对于原告诉讼成本最低,却对被告威胁最大的诉讼方式。

集团诉讼能够将若干小的权利请求最大程度地聚合成一个足以使诉讼成本合理化的大的权利请求,实现诉讼的规模经济。^[11]其潜在地制造了一种激励机制,使原先分散、势单力孤的受害人的诉讼地位大大提升。一个1000人的集团诉讼要比10000个单独提起的诉讼更为可怕。因为,在原告提起的诉讼理由和依据不足的情况下(假定被告有90%胜算),如果是在单独诉讼中,被告赢了几百个案件后,其他的诉讼大概就不会再提起了。而在大额的集团诉讼中,法律规则的不确定、来势汹汹的民意以及法官对群体的宽容,都会迫使被告放弃坚持诉讼,而采取和解方式息事宁人,否则如果意外败诉(即使只有10%的可能性),被告也将几乎无力承受。更重要的是,巨额的诉讼收益,会吸引投入集团诉讼的律师资源。美国法院允许律师以“胜诉酬金”(Contingency Fee)的方式收取律师费,律师在诉讼过程中代垫诉讼费用,如败诉由律师自担风险,如胜诉则可以取得被告赔偿总额的一定百分比作为补偿。在证券欺诈等集团诉讼案件中,如果原告胜诉,律师的“胜诉酬金”会非常可观,胜诉酬金对律师产生了极大诱惑,刺激律师去主动发现欺诈行为、投入调查成本、寻找有利的证据和理由,鼓励律师主动对他认为有利可图的欺诈行为提起诉讼,而不是被动地等待受害投资者“登门造访”。于是,律师就自发成为一个“奖金猎手”(Bounty Hunter),或者是一个独立的私人执行者(Private Enforcer),自动制裁那些甚至尚未为被害人所知的侵害行为。^[12]于是,律师与原告成为一个“风险投资”的合伙人,原告提供诉讼项目,律师提供资金,这样就解决了集团诉讼的“财力”支援和“集体行动”问题。

在西方传统法治思想上,维护自由、保护个人权利被视为法律制度的首要目标,在诉讼法上,这体现为“当事人诉讼自治”(Litigant Autonomy)的基本原则,即要保证当事人对自己的诉讼权利的掌握和控制。国家只是旁观者,不能随意干涉私人决定,法院的判决只能约束那些同意参加诉讼的成员(显名成员)。而根据集团诉讼规则,某一主体即使不参加诉讼,也要承受他人发起的诉讼的后果,显

[8] See Edward H. Cooper, *The (Cloudy) Future of Class Actions*, 40 *Ariz. L. Rev.* 923, 926 (1998); also see *supra* note 5, Deborah R. Hensler, at 185 - 190

[9] 1966年联邦诉讼集团规则23条将集团诉讼分为三种类型,分别适用23条(b)(1)、23条(b)(2)和23条(b)(3)。有关不同集团诉讼类型的区别和规则适用范围, see *supra* note 6, Deborah R. Hensler et al, p. 11 et sequence; Mary Kay Kane, *Civil Procedure*, 法律出版社2001年影印版,第254页以下。

[10] 参见[美]杰弗里·C·哈泽德、迈克尔·塔鲁伊:《美国诉讼法导论》,张茂译,中国政法大学出版社1998年版,第167页。

[11] 参见[美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》下册,中国大百科全书出版社1997年版,第741页。

[12] See John C. Coffee, *Understanding The Plaintiff's Attorneys: The Implications of Economic Theory For Private Enforcement of Law Through Class And Derivative Actions*, 86 *Colum. L. Rev.* 669, 679 (1986).

然,这与当事人诉讼自治原则是相矛盾的。

事实上,在美国,现代集团诉讼制度正是在不断突破诉讼自治原则的基础上发展起来的,如仅仅机械地遵循诉讼自治理念,弱势、分散的群体在程序的阻隔下,是无法接近司法的。对此最初的做法是可以基于同意而使判决力得到扩张。但随着社会的发展,具有共同利益的团体的范围越来越大,成员之间居住的距离越来越远,成员之间的联系也越来越松散,要求所有受到一个侵权行为影响的群体成员都同意诉讼,变得越来越不现实和不方便。为了保护缺席团体成员的利益,法院和学者又发展出了“利益代表(Interest Representation)”理论。认为只要成员之间存在有某种共同利益,此集团若干成员提出的诉讼就具有代表性,可以代表那些没有明示同意加入的成员。按照美国1938年联邦民事程序集团诉讼规则23条,对于假想的集团诉讼,只有在公告期内加入这个诉讼的成员才是集团诉讼的当事人,法院的判决仅约束这些同意参加诉讼的成员,而1966年美国对联邦诉讼规则进行改革时,则重点修订了集团诉讼规则,正式采纳了“利益代表”理论。^[13]

然而,利益代表理论其实并不足以支撑集团诉讼的制度设计,因为是否总是存在一个超越于所有集团成员之上的共同利益是值得怀疑的,即使存在,利益也是抽象的,成员之间同样会有具体层面上的利益冲突,个别成员很难有充分的理由代表他人进行诉讼。集团诉讼机制近乎于一种诉讼强制参加机制,扭曲了个体的自由,带来了人们对判决正当性的怀疑。事实上,如果任意解释利益代表理论的话,大多数案件都可以使用集团诉讼模式——当事人并不难找出一个案件与他人之间的共享利害关系。因此,建立在利益代表理论基础上的集团诉讼规则其实并非法律逻辑推演的产物,而是法院出于实用主义考虑,意图保护一些特定的群体而人为设计的规则。法院对于在其看来应当受到保护的某些群体成员提供了特权——集团诉讼,从而使本来松散的集团获得了令对手望而生畏的力量,而利益代表理论不过是法院刻意寻找的一个证明其规则合理性的理论标签。

某种类型的案件是否适合以集团诉讼进行处理,必须首先存在正当的政策目标。1966年前后,美国正好处于民权运动高涨和种族平等斗争最激烈的时期,对于1966年联邦诉讼规则23条的最初立法动因,学者们普遍认为其最重要的目的是保护民权,防止政府的不当行为,促进社会改革。此外,对于立法者是否还试图通过集团诉讼这个工具来补充公共执法,则存在很大争议。^[14]该规则实施后的事实情况是,绝大多数的集团诉讼不是那些寻求法院对政府不当行为发出禁令的案件,而是规则23(b)(3)项下的损失索赔案件,其中又以证券欺诈诉讼案件最为常见,花费了法院最多的时间。^[15]

通说认为,证券欺诈集团诉讼的合理性建立在两个基础上:1.集团诉讼可以补偿投资者的损失,使违法者吐出全部不当利益。2.集团诉讼还是一项法律实施工具,由个人利益推动的律师或投资者会自动成为“私人检察长”,节约了政府监管开支。以下分别对此予以考察和反思。

三、律师与集团成员之间的利益冲突和诉讼威慑功能

(一)代理成本和利益冲突

在任何委托人和律师之间的代理关系中,都存在利益冲突——律师利益最大化是律师收费的最大化,而原告利益最大化是获得赔偿金额的最大化。这种利益冲突在一般诉讼程序中表现得不那么明显,委托人通常有能力和动力监督律师。然而,在集团诉讼中,律师和委托人之间的利益冲突成为非常尖锐的问题。每一个单独投资者对诉讼的结果只有很少或象征性的份额,总是希望“搭便车”,从

[13] See Stephen C. Yeazell: *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Actions*, New Haven, Yale University Press (1987), at 176-179, 207-210. Yeazell 教授在该经典著作中对普通法上的集团诉讼的历史演变进行了详细的研究。

[14] See Judith Resnik, *From 'Cases' to 'Litigation'*, 54 *Law & Contemp. Probs.*, Summer 1991, p. 5; also see *supra* note 6, Deborah R. Hensler et al., at 11-12.

[15] See *supra* note 6, Deborah R. Hensler et al., at 49-66.

其它原告和监督中获得利益,没有动力对律师的行为进行监督。而且,律师服务市场信息不对称问题严重,投资者这样的外行也很难有能力监督律师。因此,集团诉讼中的律师实际上没有真正的可辨认的委托人,委托人的“缺位”就导致了严重的代理问题,使得律师能够主导整个诉讼过程,可以为自己而不是为集团利益的最大化发动诉讼、决定和解还是继续诉讼、和解数额以及律师费比例。对律师来说,与其说他们是投资者的代理人,不如说是一个视集团诉讼为“风险”投资的赢利“企业”,律师需要原告不过是因为原告是律师发起集团诉讼必不可少的“入场券”而已。〔16〕

(二) 诉讼滥用、和解逼迫与和解勾结

1. 诉讼滥用与和解逼迫

在实践中,人们经常看到的情况是,只要发现某一家公司的股价大幅下滑或者市场上传言对公司不利的消息,律师就匆忙起草没有什么依据或理由的诉状,寻找合适的集团诉讼原告代表,然后,由律师出钱、出力,以一个或若干挂名受害投资者的名义,争先恐后地冲向法院。

不仅如此,以集团诉讼为专业的律师还采用了多种技术来创造更多的收入。如在证券诉讼领域出现了很多职业原告(professional plaintiff),他们持有很多公司的股票,虽然持股量不多,但这足够使他们能在很多的集团诉讼中出任原告。为了方便,律师事务所还经常存有一个原告名单,这些职业原告在律师的要求下出任原告,然后从律师那里得到报酬。律师事务所有时甚至会以公司股票进行本所内的利润分配,在必要时候就可以使用事务所内部的员工作为原告。总之,一旦律师决定起诉,寻找一个名义上的委托人对有经验的律师来说并不是难事。〔17〕

理论上,面对巨额的索赔请求以及因此可能的声誉毁损,在集团诉讼中,被告公司和管理层不会束手待毙,而有足够动力展开抗辩;而对律师来说,虽然有胜诉酬金的刺激,但诉讼费用的承担以及败诉的风险也使不会随意提出缺乏理由、希望渺茫的诉讼。因此,滥用风险并不存在。但事实上,集团诉讼制度却有其“内生”的结构性问题,仍然导致了滥用。〔18〕

证券反欺诈责任条款非常复杂,而且模糊不清。对于哪些虚假陈述属于重大信息的虚假陈述,被告过失或故意的认定,主要责任、协助和教唆责任的构成,连带责任和按份责任的区分、被告的义务范围等等,并不存在、也几乎不可能有确定的判断规则。法律的不明确导致人们对判决的结果没有清楚的预期。在很多情况下,也许要一直等到法院做出最后判决,被告才知道自己的对外披露是否属于欺诈行为。〔19〕比如,美国联邦最高法院曾在 TSC 一案中对“重大性”的判断给出了一个“实质可能性”(substantial likelihood)标准,即“如果出现一个理性的股东认为某一事实在决定如何投票时很重要这样的一种可能,且此可能是实质性的,则遗漏的事实就是重大性的”,其证明并不要求证明如果披露了被遗漏的事实就会使理性投资者改变其决策,而是要证明被遗漏的事实对理性投资者考虑的问题具有实际的重大意义(actual significance),易言之,被遗漏的事实在理性投资者看来已经决定性地(significantly)改变了可获取信息的“全部组合”。〔20〕在这段经典的判决中,法院使用了实质的、重大的、决定性地等多个词语来反复解释。然而,无论法院如何变换词语,“重大性”仍然是一个抽象和捉摸不定的标准,而不是一个能立即适用的明确判断依据。这样,法院的判断只能是具体和情景化的。“实

〔16〕 See Macey & Geoffrey Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Actions and Derivative Suits: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 19-27(1991); also see supra note 12, John C. Coffee, at 678-685.

〔17〕 See supra note 12, John C. Coffee, at 683-684.

〔18〕 除另有说明外,以下论述主要参见 Janet Cooper Alexander, *Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions*, 43 STAN. L. REV. 497 (1991)。

〔19〕 See Ralph K. Winter, *Paying Lawyers, Empowering Prosecutors, and Protecting Managers: Raising the Cost of Capital in America*, 42 DUKE L. J. 945, 965 (1993)。

〔20〕 参见 TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc., 426 U.S. 438, 445-450. 该案件是美国最高法院针对证券欺诈做出的最为著名的案件之一。在本案中,法院界定了信息欺诈“重大性”判断标准,而且确立了市场欺诈理论,为集团诉讼铺平了道路。

质可能性”在更多程度上并不是法官进行判断的依据,而是法官对已经形成的内心确信进行对外表达的工具。

不确定的规则给予了法院太多的自由裁量权,很难保证法院在规则适用中不会犯错误或同情受害投资者。更使被告感到紧张的是,一个人的行为无论在事先如何谨慎,事后旁人总是可以找出需要改进或指责的地方。对于虚假陈述是否“重大”,被告如果坚持诉讼进行辩解,注定是一个代价高昂的冒险行动。因为一旦被法院认定欺诈成立(即使概率很小),巨额的赔偿就可能导致公司破产——即使股价下跌几块钱,如果乘上股票发行的数目,都会成为一个天文数字。而对于经常被列为共同被告的公司管理者而言,他们的财产更少,更加没有能力分散风险。即使公司已经为他们购买了责任保险,但如果法院最后认定构成故意欺诈或有重大过失,保险公司有权拒绝支付他们的责任保险金。因此,公司管理者们更有理由寻求和解——用公司的钱和公司为他们提供的保险金来支付和解金额,而不愿意冒着承担连带责任而因此“倾家荡产”的风险,来“赌博”法院会做出有利于公司的判决。

另外,对于被告公司而言,如果拒绝进行和解,可能要额外支付大量的诉讼费用,原告律师经常利用联邦诉讼法上复杂的证据开示程序规则,提出广泛的证据提供要求,对各种问题要求被告提供复杂的、多样的公司内部文件、备忘录、会议纪要、信件等证据,使被告不胜其烦。大案件的和解成本并不见得比小案件和解的成本高多少,但大案件的诉讼成本却要小案件的诉讼成本高得多。

总之,诉讼标的越大,风险越高,即使律师提出的诉讼没有多少依据,对于厌恶风险的被告来说,和解就越可能成为比继续诉讼更理性的选择。

2. 和解勾结

那么,对于那些真正实施了欺诈行为的被告而言,集团诉讼是否施加了足够的威慑呢?

从公司方面来说,实施欺诈的往往是隐藏在公司背后的高管人员,然而对欺诈的赔偿却不是由他们,而主要由公司或保险公司支付。于是,在集团诉讼中,公司高管人员愿意和解,但他们提出的和解金额会小心地限制在公司能够忍受的以及责任保险和公司能够支付给他们的补偿金的范围之内。

从律师方面来说,理论上,胜诉酬金这种安排将律师与受害投资者的利益联系在一起,和解数额越大,律师得到的酬金越多。因此,对于那些被告过错明显、律师确信有胜诉把握的案件,如果被告提出的和解赔偿金额比较低,律师将不会同意,而宁愿继续诉讼争取更大的赔偿。然而实际上,原告和律师之间存在着利益冲突。判决金额的增加不一定能够导致律师收入的等比例增加,继续进行诉讼程序对自掏腰包的律师不仅带来严重的经济负担,其继续支出的费用也不一定会得到足够的回报。胜诉酬金契约使律师在事实上成了原告权利所主张财产的共同承租人,每个所有人都可能缺乏足够的积极性去开发和利用这一权利,因为他的努力所取得收益的一部分将会成为另一人的收益的自然增长部分。^[21]另外,律师也不愿意丢掉已经实现的利益。如果诉讼万一失利,律师不仅失去了眼看到手的律师费,而且还要负担已经支出的全部律师费用。集团诉讼时间漫长,花费巨大,如果此时被告——由公司高管决定的公司提出上述那样的和解建议,原告律师就很少能抵抗诱惑,在考虑接受建议还是继续诉讼、扩大索赔金额以及追索被告高管人员个人财产之间,毫不犹豫地选择前者。

如此看来,集团诉讼惩罚的总是公司,真正的过错者却逍遥法外,个人被告很少自掏腰包。^[22]事实上,统计数据表明,自1991至2001年,平均81%的证券集团诉讼案件在开庭前达成和解,18%被

[21] 假设被告提出的和解出价为400,000美元,如果原告拒绝和解,将此案诉诸法庭,那么原告取得500,000美元的可能性为90%,但以这种方式解决纠纷将花费律师价值20,000美元的时间。假设胜诉酬金为20%,如果原告同意和解,那么原告将净得320,000美元,即 $400,000 \times 80\%$ 所得,而律师也净得80,000美元,即 $400,000 \times 20\%$ 所得。如果将案件诉诸法庭,那么原告的净收益将增至360,000美元,即 $0.9 \times 0.8 \times 500,000$,但律师的预期净收益却将减至70,000美元,即 $0.9 \times 500,000 \times 20\% - 20,000$ 。See *supra* note 12, John C. Coffee, at 687-689.

[22] 当然,将责任全部推给管理者也并非明智,但对此的研究不属于本文的范围。

法院驳回,只有1%的诉讼案走完了一审的全过程。^[23]而在这些和解金额中,大约68.2%的由保险人支付,31.4%由发行人支付,只有0.4%来自个人被告。^[24]

(三) 执法不精确和不当威慑

1. 在一般民事诉讼中,和解也是最常见的了结方式,在美国,只有不足5%的案件经过法院的审理结案。^[25]和解不仅具有正当性——当事人的合意应该得到尊重,而且当事人所达成的和解协议也大致是公平的。因为案件本身的情况和法院可能的判决结果对和解的金额有着决定性的影响,对于是否和解,理性的原被告双方都会事先计算诉讼的预期价值,对诉讼金额、成本、特别是胜诉概率进行综合考虑,此时一旦能够达成和解,其中定然就实现了一个增加双方当事人福利的价格。比如,如果原告愿意接受的最低价格高于被告愿意支付的最高价格时,和解谈判将会失败,但原告能够以进入诉讼程序相威胁,并从坚持诉讼中得到被告起初不愿意支付的价格,从而双方都愿意妥协,重新协商。

但是,集团诉讼机制改变了和解的这种传统运行方式。因为无论被告的欺诈行为是否真正成立,缺乏监督的原告代理人(律师)和被告代理人(高管)事实上均没有多少有力的筹码进行讨价还价。双方都明白对方不可能以进入诉讼相威胁,规则的不明确导致双方均不可能对胜诉概率有所预测,无法进行计算,比较继续诉讼与达成和解的收益和成本。因此,一旦法院认可诉讼能够以集团诉讼的方式进行,所有能够决定诉讼进程的参与人不会选择诉讼而宁愿和解。这种互相勾结的自愿调解直接导致了调解的不精确,即调解的金额与案件本身的情况没有多大关系。

2. 法律制度的本质是一种责任机制。当发行人、高管人员的行为不符合制度规范时,法院可以施加法律责任来迫使他们履行义务,从而通过惩罚使个体行为不经济。然而,法律执行的有效性取决于执法的精度。

由于集团诉讼提高了惩罚的程度,放大了法律执行不精确的问题,更加剧了对可能无害或有益的行为的惩罚。在集团诉讼中,证券法律对于欺诈责任的实体法规定都早已经与案件无关,不再是原、被告所考虑的因素。原告律师只要能够利用公司股票价格下滑或公司事前曾经发出过于乐观前景预测的机会,以最快速度将诉讼请求以集团诉讼形式“塞进”法院,就可以基本高枕无忧,以诉讼作为工具有力“敲诈”那些本身没有过错但希望摆脱窘境和诉讼拖累的被告;相反,那些真正实施欺诈行为的被告或公司高管也会提出能够刚好满足律师愿望的和解计划,逃脱自己的巨额责任。这样,有理由的诉讼和没有多少理由的诉讼最后都会达成和解,和解数额占总索赔额的比例也差不多,法律执行的效果和公平性就会大打折扣——没有多少理由的诉讼被赔偿过多,而严重的违法行为却得不到足够的惩戒。^[26]

[23] 参见[美]陈志武:《证券集体诉讼在美国的应用》,载郭锋主编:《证券法律评论》第2卷,法律出版社2002年版。

[24] See Frederick C. Dunbar, Todd S. Foster, Vinita M. Juneja & Denise N. Martin, Recent Trends III: What Explains Settlements in Shareholder Class Actions? II, Nat'l Economic Research Assocs., Inc. 1995; Cooper Alexander, *Rethinking Damages in Securities Class Actions*, 48 Stan. L. Rev. 1487, 1499-1500 (1996).

[25] See supra note 25, Cooper Alexander, at 499.

[26] Alexander教授选择1983年前6个月首次发行证券的17家公司作为样本进行了一个著名的研究。这些公司情况非常类似,除了都是首次发行证券外,公司都从事电脑或相关行业,因为时间接近,当时的市场环境、股市状况也基本相同。其中,1984年前后,有9家公司被提起集团诉讼,诉讼的时间跨度相同,被告也类似,除了发行人外,还包括了发行人的高管和承销商,而且除了一个案件,其他案件都是在同一个联邦地区法院提起的诉讼,甚至原告律师也基本相同,最后9个案件全部以和解告终。这样,在其他条件类似的情况下,这些公司是否被提起诉讼以及诉讼的和解金额的多少,就主要取决于公司是否做出虚假陈述的事实。理论上,公司无论大小都可能因虚假陈述而成为被告,同时,不同案件的和解数额与诉讼金额的比例应该存在较大差异——不可能所有被告公司在同一个阶段碰巧都进行了虚假陈述,也不可能虚假陈述的程度都一样,更不可能原告都能够同等程度地证明被告存在可归责行为。然而,Alexander教授发现,样本中9个被提起诉讼的公司全部是发行规模较大、股票下跌市值损失超过2000万美元的公司;发行规模小、市值损失小于2000万美元的公司却没有一家被起诉。更加引人注目的是,9家被告公司中,最后达成的和解金额占被告金额的比例也是在一个可以忽略不计的范围内浮动,其中5家为25.5-27.5%,1家为20.6%,另外2家公司本身有一些特殊情况,排除这些特殊情况,其比例也属于这个范围。

四、投资者的利益冲突和证券集团诉讼补偿功能

(一) 投资者利益冲突——相互支付问题

从表面上看,受害投资者通过集团诉讼将获得较为充分的补偿。然而,如上所述,公司对外的这些赔偿实际上是由公司继而是由作为公司价值最终索取人的股东间接支付的。投资者、集团成员之间存在“互相支付”问题。

首先,受害者集团成员之间存在相互支付问题,互相支付的程度取决于那些既是集团成员又仍旧是公司股东的比例。比如当公司隐藏不利的消息,引诱原告购买其股票,根据和解协议,被告公司向原告赔偿1亿美元,如果10%的公司股东是集团的成员(比如那些在欺诈持续期间购入公司股票,在真实信息披露后股票下跌被套牢或没有卖出股票留在公司的公司股东),那么公司对外赔偿额的10%实际上是由这些成员承担的;其次,集团成员与非集团成员的公司股东之间也存在相互支付问题。同上例,公司对外赔偿额的90%是由那些非集团成员的公司股东承担的(比如那些在欺诈发生就前买入股票,欺诈被揭露后仍然留在公司的股东,以及那些在欺诈被揭露后才买入股票的股东。这些股东没有在欺诈开始到被揭露持续期间买卖股票而遭受损失,因此不是集团成员)。最后,诉讼对公司的股票价格还有一个致命的影响,虚假信息披露后,公司股票股价不仅将下跌,调整为根据公司真实信息应该具有的股价,而且,因为公司可能面临的巨额赔款(包括股东的非理性行为导致的恐慌性股票抛售),以及诉讼对公司业务、形象的不良影响,即使公司不会因此破产,股价还会进一步深度下挫,这样,在欺诈信息揭露时仍然留在公司的股东承担了第二次打击——股票价格调整所带来的损失。

由此可见,在证券欺诈集团诉讼中,公司股东和曾经是公司股东的集团成员之间存在利益冲突——后者已经卖出股份,对公司的对外赔偿数额以及日后的发展无动于衷,其所得到的赔偿几乎全部间接来自那些本身就是欺诈的受害者或者无辜者的公司股东。公司对外的赔偿实际效果不过是相当于针对部分投资者的分红或提前清算,赔偿是财富从一个投资者团体向另一个投资者团体的转移过程。

(二) 投资者财富的缩水现象

投资者团体之间的纯粹财富转移,不仅不会对市场带来多少好处,而且,财富转移也已经不是数量相等的转移,因为财富转移要支付成本——股东必然要支付巨额诉讼成本,要为律师的服务付费,公司业务也因为旷日持久的诉讼大为萎缩,股东持有的股票价值急剧缩水。没有投资者愿意看这种财富缩水。不难想象,在集团诉讼中,唯一的获得纯利益的可能就是双方当事人律师。

有调查表明,从1991年到2004年,和解金额占投资者的损失比率很少超过7.2%,在2002、2003和2004年,这个比率更是下降到2.7%、2.9%和2.3%,律师平均收费大约占到了和解金额的三分之一。美国联邦最高法院怀特(White)法官在对著名的Basic案件判决发表的不同意见中,强烈地表达了这种认识:“谁为这些集团诉讼中原告赢得的判决买单?我怀疑大多数情况是为这些投机分子和律师带来了大额赔偿判决,最后由无辜的投资者支付。”^[27]在另外一个案件中,Vaughn Walker法官也尖锐地指出,在最坏的情况下,那些仍然是公司股东的集团成员将会发现,和解计划将稀释了他们所持有公司股票17%的价值,刚好等于他们作为集团成员所能够获得的补偿。但是,对于这些股东,仅仅因为金钱在自己不同口袋中的转移,要支付所涉金额20.5%的费用。^[28]

与普通公司对外侵权不同(公司股东和索赔人通常是两个不同的群体),在证券欺诈诉讼中,投资

[27] Basic, Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224, 262 (1988).

[28] See supra note 25, Cooper Alexander, at 1504 - 1505.

者既可能是索赔人,又可能作为公司股东而成为间接的赔偿人。尤其是对于那些持有多元化股票的机构投资者,在一个诉讼中既是原告又是被告,或者不同的诉讼中有时作为原告,有时成为被告的概率很大。这些机构投资者通常并不希望公司被提起诉讼,对外支付大量赔偿,只是希望公司能够更换管理者或者对负有责任的人员进行内部处罚等缓和方式处理欺诈,以尽快扭转公司局面,避免投资损失的继续扩大。但是,律师或个别股东提起的集团诉讼事实上在强迫这些投资者自己向自己支付。与昂贵的证券欺诈民事诉讼相比,投资者可以通过简单和成本更低的多元化投资规避欺诈风险,也许并不需要诉讼这种损失挽回或保险机制——相互支付和财富漏水使得即使投资者在一个诉讼中得到微不足道的补偿,同样可能会同样几率地在另外一个集团诉讼中成为彻底的输家。

五、法院对集团诉讼的监督困境以及司法局限性

在英美传统对抗式诉讼模式下,法官应当保持消极,当事人在诉讼中占主导地位。但是,在集团诉讼中,由于真正原告的缺位,为降低代理成本,联邦集团诉讼规则明确要求法官不能作为旁观者,应该成为积极的诉讼管理者。立法者希望通过法院的监督缓解原、被告的机会主义行为。但是,这更多是个不太现实的指望,因为这个任务超出了法院能力范围。

(一)法院对集团诉讼的监督困境

1. 法院对于提起集团诉讼确认的控制

根据集团诉讼规则,某些案件以集团诉讼方式进行审理存在着法院确认程序。原被告双方在集团诉讼确认阶段的争斗是最为激烈的,被告总会极力主张原告的诉讼不符合集团诉讼的要求或原告的主张没有多少依据,请求法院驳回集团诉讼。一旦被法院确认集团诉讼成立,战斗实际就结束了,当事人绝大多数就开始了和解谈判。

对于证券欺诈诉讼,集团成员都是因为一个欺诈行为而产生的索赔请求,符合集团诉讼的基本要求没有多少问题。为防止集团诉讼的滥用,1995年,美国国会通过了私人证券诉讼改革法案(Private Securities Litigation Reform Act of 1995)。法案提高了证券集团诉讼的起诉门槛要求,规定:(1)如果需要根据被告在特定心理状态下行事这方面的证据时(如10b-5规则要求被告具有故意或轻率心理状态),原告必须在起诉状中就每项被指控的违法行为,载明能够有力地推断出被告存在法定需要的心理状态之特定事实;(2)原告必须明确提出被告欺诈的直接相关事实,具体指出其认为有误导或遗漏的信息披露,以及为什么这些陈述是误导的;(3)如果原告的指控是基于消息和主观看法,那么原告必须提供形成其看法所依据的所有事实。另外,法案还规定,在法院就被告提出的驳回起诉请求做出最后裁定之前,应当中止证据发现程序,除非法院认为某些特别的发现程序对于保存证据和防止造成不当歧视是必要的。该规定系为防止律师在有多少证据的情况下就提起诉讼,然后利用复杂的证据发现程序给被告制造困难,迫使被告寻求和解。

该条款给了法官更多的权力,便利法院驳回没有多少意义的集团诉讼请求。然而,法案这个规定受到了很多学者的批评。因为证券欺诈的一个典型特征是,被告隐瞒了其知道的某些公司真实的信息,这些信息属于公司的机密,投资者不是强力部门,无权要求上市公司主动公开这些内部信息。投资者只有在起诉后,借助诉讼法上规定的证据开示程序,许多不为公众所知的详情才能为外界所知。^[29]对于证券欺诈,投资者有权利进行猜测,股价的急剧跌落实际上是律师或投资者唯一能够发现公司进行证券欺诈的线索。

显然,不经过证据开示、调查和辩论程序,事实真相无法确定,在这种情况下,要求法官提前做出对于集团诉讼有益与否的裁决等于迫使法院进行没有多少理由的判断——几乎完全依赖法官的经

[29] See Donald C. Langevoort, *Capping Damages for Open - Market Securities Fraud*, 38 Ariz. L. Rev. 639 (1996), at 642.

验、好恶和感觉。对当事人而言,就像是玩俄罗斯轮盘赌,只能希望好运能降临到自己头上。

2. 法院对诉讼和解方案的监督

法院对于和解协议的监督是最重要的。和解协议内容主要涉及和解金额和律师费用的计算,和解协议需经法院的批准。然而,在对抗式诉讼理念影响下,法院普遍认为最差的和解也比一个判决要好,法官不能代替当事人制造纠纷。同时,法院过于沉重的日程安排和缺乏经验、时间,使他们总是热衷于推进当事人和解,而不是决定自己仔细审查案件,或者考虑和解的精确度。

在集团诉讼中,如果诉讼双方已经私下协商意图达成和解,他们在法庭上就会统一口径,竭力维护他们之间已经达成的“工作成果”,原被告双方的律师的表演如管弦乐队演奏一样默契。双方律师控制着法官的主要信息来源渠道——权利主张的是非曲直、被告的行为的不当程度、律师的工作量、案件最后诉诸法庭时可能得到的损害赔偿额等——他们对决定和解计划的合理性具有极其重要的意义。为了收取更高的费用,原告律师经常夸大自己付出的时间、精力和投入,然而,对于律师费占和解金额的比例,被告并不关心,被告只关心如何尽快脱身,会支持律师收费比例的安排以取得原告律师对于和解金额的支持。离开当事人之间对和解金额、律师费安排是否正当的对抗和争辩,法院将很难发现事实的真相。即使有些法官对于诉讼滥用和勾结的巨大可能性有清醒认识,本能反对某些和解安排,但法院不能通过猜测来判断是否有机会主义的存在。在一个未知的世界里,法官并不想把自己当作上帝。^[30]

总之,集团诉讼规则以及私人证券诉讼改革法案^[31]虽然纸面上鼓励法院更加深入了解案情和控制诉讼,但仅仅鼓励并不能因此增加法官所能够获得的信息量和经验,从而提高其判断的正确性。

(二) 司法的局限性

1. 正当性判决的两个条件

1978年,哈佛法律评论发表了富勒教授的一篇著名论文《司法的形式与界限》,提出了有效司法界限的问题,讨论什么样的社会任务适合于司法处理,而什么任务由司法解决可能无效因此应交由立法等其他部门解决。^[32]在富勒教授看来,作为调整社会秩序的一种形式,相比于另外两种调整社会秩序的基本途径——基于共同目的的组织(如合同)和基于交换的组织(如选举),司法的区别性特征在于它更加强调、重视在司法决定中为受影响的当事人提供特定的参与形式——即参与方有权(法院必须倾听和进行衡量)对影响他的决定提供证据和进行理性论证。富勒教授认为,民事诉讼能够产出正当判决是建立在两个前提上:(1)当事人提出纠纷以及承担举证、论辩责任,法院不能代替当事人制造纠纷图景;(2)存在可辨别的、确定的法律规则,法院不能拥有随心所欲的自由裁量权。只有这两个前提基本成立,法官做出的决定才能够为社会和当事人所接受。

法院是纠纷解决机关,不可以主动启动案件解决社会问题。这一方面因为法院同其他政治机构分工不同,还因为法院缺乏必要的调查机构设置和手段。法院同市民的日常生活存在天然的隔离,法院没有足够能力去自己去辨认和解决法院自认为存在的问题。而且,一旦当事人提起诉讼,裁决者不

[30] See supra note 17, Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, 46 (1991).

[31] 除严格了集团诉讼成立的审查条件外,私人证券诉讼改革法案的另外一个重要内容是接受了 Elliott J. Weiss 和 John S. Beckerman 两位教授的建议,在证券集团诉讼中引入了首席原告和首席律师制度,在诉讼中拥有最大利害关系的机构投资者将被指定为首席原告,而且有权指定首席律师。目的是减少律师“冲向法院”滥用诉讼,而且使诉讼的控制权重新回归机构投资者手中,降低律师代理成本。See Elliott J. Weiss & John S. Beckerman, *Let the Money Do the Monitoring: How Institutional Investors Can Reduce Agency Costs in Securities Class Actions*, 104 Yale L. J. 2053(1995).但是,这样的一些条款规定是否能够达到国会预期的意图,受到了一些学者的质疑。See Jill E. Fisch, *Class Action Reform: Lessons from Securities Litigation*, 39 Ariz. L. Rev. 533 (1997); James D. Cox, Randall S. Thomas, *Litigation in a Free Society: Leaving Money on the Table: Do Institution Investors Fail to File Claims in Securities Class Actions?* 80 Wash. U. L. Q. 855(2002).

[32] See Lon L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", 92 Harv. L. Rev. 353(1978).以下相关论述分别参见该文,第365页,第263页以下,第396页,第398页。

仅应当严守中立,给予当事人充分辩论和提供证据的机会,还应该主要(或首先)以当事人实际上提供给他证据和论点为根据做出判决。这不仅是正当法律程序原则的要求,事实上,法院认知信息能力的限制使得法院只能依据各方所提出证据数量和质量来判定案件事实。当事方的广泛参与以及当事人对抗或竞争式的证据提交和论辩不仅能够最大限度地替法官发掘关于纠纷事实的真实信息,还是法院对于认定事实发生偏差的一个免责手段。^[33]

法院的判决也要存在可依赖的法律规定。法院要执行民主的法律,处理案件不能依赖自己的信仰或偏好。当然,法律可能存在漏洞、不明确或者落后于社会的发展,此时,当事人的参与对裁判的质量就显得非常重要,因为论辩和讨论经常会有助于消除妨碍发现真理的障碍,改进沟通和审议的质量,提高适用规则的正确性。

以维持平等参与为核心内容的程序公正不但是法律的内在道德标准,也是裁判妥当性的担保。程序正义是看得见的正义。正义不仅应得到实现,而且要以人们看得见的方式加以实现。诉讼的过程,就是在一套高度规范化的程序制度的运作下,主体之间通过合理的权限分配,彼此围绕案件的相关信息对话与沟通,并在此基础上做出正确的判断。程序的本质特点就是过程性和交涉性。^[34]

2. 司法面对多中心任务的困境

富勒教授认为,“多中心任务”(Polycentric Tasks)不适合司法机构解决。因为多中心任务通常很难满足富勒教授以上提出的两个条件——法院无法听到受到所有受影响主体的争辩和缺乏可资利用的规则。例如,如果由法院而不是由市场来决定商品价格,法院不仅无法确切掌握经济的发展状况,而且法院也不能顾及到各种可能被影响的利益,以及预料法院的决定所可能产生的后果。法院不可能为每一个利益受到影响的当事人提供进入法庭陈述事实和争辩的机会。不仅这些受到影响、法院缺乏考虑的利益可能同案件本身所涉及的利益一样重要,而且不同判决又会对经济造成不同影响,这些不同的影响反过来又会对以上众多的利益重新施加不同的影响。于是,不同的判决导致需要对受到不同影响的主体范围以及大小进行重新定义。富勒教授以蜘蛛网为例来说明多中心的情形:拉一根蜘蛛线将在作为整体的整个蛛网的复杂模式上分配张力。在所有的相似情况下,增加一倍的拉力,将不仅仅是把最初得到的每个张力增加一倍,而更可能产生一个不同的张力的复杂模式,比如,双倍的拉力会使得一根或更多的细线突然折断。蜘蛛线是多中心的——即蜘蛛线的每一个交点对于分配张力来说就是一个截然不同的中心。

富勒教授承认,几乎所有被提交司法解决的问题当中都包含了多中心的因素。假设因为铁路没有在一个特定的交叉路口设立地下通道,而在当事人和铁路的诉讼中被认为这是一个疏忽行为,那么法院的判决也许就不可能照顾到所有不同的地段。如果这个判决作为一个先例,便经常会有尴尬的一面,因为很多情形并没有被裁判者所预见。一个可能的结果是,在统计上,沿着整个铁路线都建造地下通道将比如果安全措施仅仅是为人熟知的“停下、看并且听”的标示失去更多的生命(例如开凿通道时出现爆炸事故)。这个看起来仅仅是简单宣布双方的权利和义务的决定实际上不是一个适当的解决方法,因为很多因素(多中心问题)不能只被一个简单的受到伤害的一方控诉铁路的诉讼提到法庭上来看待。在一个其他的情况下,那些在裁判中被掩盖的其他因素有可能变成重要的和占支配地位的因素。

富勒教授并非指所有的多中心任务法院都不适宜裁判,富勒教授只是强调,司法越偏离以上两个基本条件,其裁决的正当性就越可能受到质疑。法院要随时注意什么时候多中心已经成为案件的占主导型的特征。一个纠纷是否属于不适合司法解决的多中心任务是程度判断问题。

集团诉讼无疑具有多中心任务的典型特征:集团人数众多,规则允许少数人代表集团进行诉讼。

[33] 参见[美]理查德·A·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第256页。

[34] 参见[H]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,译序第2页。

但是,在诉讼中,如果规则允许法院不相信这些少数人,法院将不得不猜测缺席利益的存在以及重要性。虽然法律问题和事实问题类似,属于同一社会团体,但从属于同一群体并不代表利益一致,代表股东与集团成员之间、大小股东之间、股东与律师之间、股东或律师与公司之间不可避免地存在很多利益冲突。集团诉讼的结果还涉及公司本身的发展,殃及证券市场的稳定,还涉及到供货商、消费者、银行乃至社区等其他利害关系人。那么,什么诉讼是有益的,什么样的决定或和解最符合社会利益的要求或者最能够保护股东利益,什么和解金额能够达到最优的阻吓效果,和解是否是当事人私下勾结的产物,继续诉讼的成本、时间是否值得,案件本身真实情况、案件当事人的真实想法是什么,证券市场的需求是什么,诉讼对市场潜在的影响,有无更好的其他损失弥补措施等等,这都需要法院在缺乏明确法律规则的指引和没有多数利益相关人出庭发言和争论的情况下甄别并做出判断。

在这种情况下,如果法院做出决定,其需要向公众解释的问题是,为什么法官做出这样的选择?如果法院脱离法律规则,仅仅凭借主观的好恶、确信、猜测进行判断,那么,法院的裁定的正当性何在呢?法院同立法或行政机关一样,其决定同样导致利益再分配。在涉及多数人利益集团赔偿诉讼中,法院越来越类似一个处理社会问题的政策制定者。然而,在通常意义上,法院也许并不是一个适宜的政策决定者。对于社会问题,法官没有比那些公共决策机关更好的途径,也没有更高的合法性去对这种经验问题做出判断。^[35] 某些问题依其性质是否适合于司法处理依赖于法院在政治机构中的作用和地位、法院的传统,以及社会对法院偏离消极角色的忍耐度。

六、结 论

1. 私人执法的异化

通过私人执法取得适宜的执行水平是困难的。如果没有给予私人足够的激励,缺乏财力和人力的监管机关往往很难有效发现和制止各种市场不当行为。集团诉讼是一个可怕的武器。法律为私人提供这个最大程度聚合请求权的执法激励工具的正当性基础是为了实现公共目的。但是,公共利益和个人利益不可能吻合。法律执行的要求是正确分辨有罪和无辜者,而私人法律实施者是依其定罪人数取酬,他们往往通过增加违法者的供应,提高捕获量,由此增加其收入,而无论被告实际上是有罪还是无辜。^[36] 在群体诉讼中,成员越多,代理成本越高。私人执法者(原告或者是原告律师)假借受害者的名义发起诉讼后,却经常可能脱离受害者和法院的掌控,将诉讼转变成少数人追求私利的便利和合法的手段。

根据最优阻吓理论,如果集团诉讼通过允许请求权聚合而提高了处罚力度(类似惩罚性赔偿),为避免过度阻吓,社会对抓获或制裁危害行为的投入应该相应减少(降低发现概率)。然而,最优阻吓在一个私人执行的系统中实际上很难达到。因为过分补偿更加激励了私人执法动因——收入增加值越高,人们做出的调查和诉讼也越多,从而导致阻吓过度和执法不精确的情况更加恶化。

2. 司法局限性

群体性诉讼深刻内在矛盾在于:集团诉讼的力量来源于判决效力的极度扩展,然而,问题也恰恰因此而发生——它试图将大量的利益诉求一股脑塞进一个“具有相同事实或法律”的“箱体”(诉讼)之中,忽视了在这个箱体中实际存在的不同利益的个性——即使不同原告的诉求都具有相同的事实或法律基础,但个性在某些场合会比共性呈现出更加不容忽视的意义。更加麻烦是,诉讼的结果还会对原告之外的第三人造成广泛的影响。

[35] 参见苏力:《最高法院、公共政策和知识需求》,载苏力:《道路通向城市——转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第128页。

[36] 前引[11],波斯纳书,第780页。

利益冲突在其他类型的侵权集团诉讼中体现得更为明显。例如在化学物质、药物侵权案件中,不同原告所受到的伤害程度可能有很大不同(比如有些人死亡,有些残疾,有些得病,有些只是不舒服),受到损害的原因也不同(很难说原告得病就一定是某种致害物质造成的),不同受害者群体对损害赔偿的金额要求和分配也存在利益冲突(比如,如果首先赔偿死亡的受害者,那些有残疾的原告就会指出,他需要供养家庭,需要继续治病,而且可能病情还要继续恶化等等,因此需要更多的赔偿)。类似地,残疾也有不同的程度,法院很难辨认。有些人可能现在并没有得病,但如果曾经接触过致害物质,难保以后不得病,这些潜在的原告希望保留大部分的赔偿金额,而已经确定受到损害的原告则希望尽快分配赔偿金等等。集团诉讼中原告情况的极大差别使出头原告的代表资格很难具有充分性,因此,如果没有参加诉讼的受害者受到判决的约束,无法自己再提起诉讼,权利就很有可能受到损害。同时,诉讼严重影响了被告的经营发展,又可能涉及到公司雇员、供货商、所在社区以及其他急需公司研发新品种的潜在民众等各方利益。

在法庭上缺席利益的大量出现,使法院偏离了产生正当性判决的传统必要条件。集团诉讼存在的内在利益冲突迫使法院不断偏离消极中立的角色——法院为保护缺席成员或成员之外的利益,必须不断进行没有事实依据和法律规则指引的判断,而成为与本身机构性质相冲突的事实上的经济规制者或政策制定者。

3. 依赖经验的选择

不同的国家有不同的程序专门解决群体性纠纷,代表形态主要有美国的集团诉讼制度、德国的团体诉讼制度、日本的选定当事人诉讼制度和我国的代表人诉讼制度。在国内,学者们对于不同的群体诉讼制度进行了详细比较。^[37]然而,不同制度的这些差别仅仅是形式或程度上的。因为主体众多与诉讼空间之间存在尖锐矛盾,无论哪种方式实质都是一种代表诉讼,真实的诉讼权利都只能是由少数诉讼代表人或者其他适格主体代为行使,其余成员是脱离诉讼的。而且,为了尽量一体解决纠纷,实现诉讼规模经济,群体诉讼判决不但对于参加诉讼的代表人有约束力,对于没有直接参加诉讼的其他利害关系人也有不同程度的拘束力,具有“权利实现间接性特点”。这样,规则允许受一个判决约束的群体人员越多,代表成员的权限越大(无论代表成员起初产生的依据是明示授权、默示授权还是法院指定),法院处理群体诉讼所遇到的窘境就越类似美国的集团诉讼,诉讼将变得非常难以控制:集团人数越多,利益冲突规模越大、越尖锐。随着群体人数的不断增加,无论是法院、当事人还是其他类型的诉讼监督设计,都发现他们实际上都难以辨明、平衡不同利益团体成员之间利益冲突。

我同意“应当以公民裁判请求权这一程序基本权的保障和实现作为设计和运作民事司法制度的最高理念”。^[38]然而,司法是人民正当权利的最后和不可推脱责任的维护者从来不是一个生活在真空中的抽象原则,不能简单用“司法独立”、“法制观念更新”等政治化语言来评价。面对社会发展所带来的新的考验和问题时,法院应保持足够的谨慎和保守,要理解真实世界中的各种具体的制约和条件——司法规则、论理技术、职业道德、审判艺术等司法内部环境,以及司法社会地位、政治结构、经济发展状况、民众需求等社会政治、经济外部环境。对待群体性侵害,两端的处理方式是:只允许采取单独诉讼方式和允许美国式集团诉讼方式,在这两种方案之间,排列着不同的方式组合。不同国家群体诉讼制度的案件适用范围、代表的适格条件、产生程序、当事人以及代表人的权利义务范围、法院的监督、判决的扩张力等方面均存在区别。这些区别的存在不应当是理论逻辑的产物,应是积累经验后的判断。而且,法院如何以及是否能够避免本国的群体诉讼制度成为白衣武士而不是怪物,也是一个经

[37] 有关不同国家群体诉讼之比较和分析的详细述评,参见前引[3],范愉书,第95页以下。

[38] 参见齐树洁主编:《英国民事司法改革》,北京大学出版社2004年版,第503页。

验而不是理论问题。^[39]

在中国,胜诉酬金一般被称为风险代理收费,在律师业务中已经广泛应用。2001年以后证券市场之所以出现了证券欺诈诉讼的浪潮,一些律师事务所或律师在背后起到了很大的推动作用。他们为争取客户和宣传自己,甚至在报纸上进行公开征集活动,以事先基本不收费、事后分成为条件积聚了大量的诉讼请求。从开始拒绝接受到后来由于政治压力而无奈放开,最高法院对此的基本思路始终是要制止诉讼的失控和蔓延。^[40]在笔者看来,至少现阶段,这样的做法是务实和理性的,强化行政执法、提高行业自律水平、开辟诉讼外纠纷解决机制、创设投资者保护基金等方式,也许才是解决市场欺诈的较好进路。对一个长久以来造假司空见惯、被有些学者视为连赌场都不如的、风雨飘摇的新兴证券市场,迫使没有经验准备的法院去承担保持市场稳定、救济投资者、惩戒造假者和避免国有资产流失等多重甚至冲突目标的市场规制任务,后果可能不仅无助于问题的解决,反而会使法院自身走向崩溃。

因为群体纠纷人数众多,为实现诉讼经济和尽可能一体解决纠纷,法院采取某种形式的合并审理、让一个司法判决对多数人具有约束力成为一个不可避免的选择。然而,随着判决约束人数的增加,不仅私人执法产生异化,而且由于司法参与社会决策和资源分配的社会功能不断扩大,司法所固有的局限性就越发突现出来。诸如证券欺诈诉讼等群体诉讼是否能够采用集团诉讼模式处理首先不是理论构建或者如何和本国民诉法相衔接的一个技术问题,更多的是一个司法政策问题,受到司法权限、能力、政治、经济、社会需求等多种因素的制约。制度的产生和建立是具体和情景化的,不存在一个最优模式。

Abstract: It is hard to achieve an appropriate result through private law - enforcement, and the function of justice is also limited. Because of the number of victims concerned, the court has to combine the trials in certain form, so it becomes inevitable that one judicial decision will have binding forces on many victims. However, along with the increase of the number of persons bound by the decision, not only the representatives of group class will possibly deviate the control of the court and the majority claimants of the group, but also the limits of justice will emerge more obviously because of the breath of interests involved and the social function of decision and resource distribution broadened. Whether the class - action should be adopted in litigations such as securities is not an academic issue or a technical linkage to current civil litigation law, but rather, an issue of judicial policy.

Key words: group - action, class - action, private law - enforcement, the limits of justice

[39] 有学者在对中国群体诉讼制度进行了详细的实证研究后指出,中国民事诉讼法第55条规定的人数不确定的代表诉讼,由于登记、代表人选定和权限等技术环节的改变,使这个制度与美国集团诉讼拉开了距离,游离于共同诉讼和集团诉讼的理想之间,而更接近于选定当事人或共同诉讼制度,这反映出立法者对于美国集团诉讼运行中某些难以克服的问题保持了足够的警惕,并采取了相对稳妥的限制,特别是登记加入等规定,使得法院有可能对这一制度的操作进行有效调控,避免失控或滥用。即使如此,人数不确定的代表诉讼制度在实际上仍被搁置,在实践中很少采用,沦为只有理论上的意义。该学者指出,这恰好说明了法律制度,特别是诉讼程序不能脱离社会发展的现实,不能超越司法体制,也不能忽视特定社会纠纷解决的需求、特点和社会效果。在没有相应的社会条件和体制条件的情况下,这一个制度缺少生存的土壤和环境是不足为奇的。参见前引[3],范愉书,第272页。

[40] 对此的一个较为详细的描述,参见陈志武、王勇华:《从中国的经历看司法改革与资本市场的关系》,载上海法律与经济研究所2003年11月28-30日举办的“国家、市场、社会:当代中国的法律与发展”国际学术研讨会会议论文集。