

论德国《投资者典型诉讼法》

章武生 张大海

内容提要:2005年11月1日德国颁布实施的《投资者典型诉讼法》,对投资者典型诉讼的一系列问题作出了全面系统的规定。其中集中审理证券群体纠纷中共同的事实和法律问题的做法,对降低诉讼成本和合理分摊诉讼费用、节约司法资源以及维护法律适用的统一具有重要意义。对我国典型诉讼程序的运作和证券市场群体纠纷解决亦有重要参考价值。

关键词:投资者 典型诉讼 群体纠纷 权利保障 民事赔偿

章武生,复旦大学法学院教授、博士生导师,兼任中国法学会民事诉讼法学研究会副会长。

张大海,复旦大学法学院博士研究生。

2005年11月1日德国颁布实施的《投资者典型诉讼法》(以下简称《典型诉讼法》),是德国第一部规定典型诉讼的民事程序法。在德国以往的民事司法实践中,法院和当事人为了提高诉讼效率和效益,经常采用典型诉讼的方式解决争议,立法者吸取了其中有益的经验,参照了行政诉讼法的相关规定,制定了该法律。典型诉讼法的颁布是德国在民事诉讼制度上的一个创新,它对德国民事诉讼法的发展将产生深远的影响。

一 《典型诉讼法》的立法背景

(一)改善投资者保护和企业经营的十点方案

在过去的10年中,世界资本市场经历了巨大的动荡。90年代的股市吸引了众多的投资者,但进入21世纪后股市急转直下。以德国的新市场为例,其综合指数从2000年3月10日的近8600点跌到2003年3月初的1000点以下,整个市场股值缩水90%,约合2000亿欧元。到了3月底,交易量仅为最高交易量的1%,上市公司的数量也明显减少。在资本市场繁荣阶段,由于利润丰厚,上市公司与投资者之间的利益冲突并不明显,个别股票的异常跌涨被整个市场行情的高涨所掩盖。但是,最近几年资本市场的持续低迷放大了证券欺诈的影响。特别是诉讼制度限制了小额股民对自己权利的救济,他们的不满情绪聚集起来甚至超出经济领域,进而辐射到社会层面,引起了社会的不安定。因此,对投资者的群体性权利救济成了理论与实务界关注的焦点。改革诉讼制度,特别是引入群体性诉讼模式成为投资者的迫切要求。为了完善对资本市场的监管,使国民经济早日走出低谷,施罗德政府在2003年2月25日公布了改善投资者保护和企业经营的10点方案,来强化对资本市场的监管。该方案一方面更加明确地区分企业高管的个人责任与企业责任,以避免经理人员利用企业进行违法行为,另一方面,也完善了对企业的监管制度,弥补了以前这一领域的漏洞。其主要目的是扩大投资者的诉讼权利,增加资本市场的透明度。

(二) 德国电信案

近年来,德国发生了一系列证券纠纷,由于传统诉讼体系对群体诉讼的制度性限制,这些案件或者悬而未决,或者对受害者权利保护不力。^[1]通过对这些案件审理情况的评价,人们意识到,投资者利益的保护不仅要有实体法的规定,程序的保障作用在群体性权利的救济上更能显示其独立的价值。2003年5月,投资者在法兰克福地区法院第7民事庭提起诉讼,以虚假资产评估和业务陈述为由要求德国电信赔偿因1998年6月第二次股票发行所造成的损失。^[2]在2周的时间内,即诉讼时效到期之前,原告人数达到近16,000人,由750多名律师代理。与此同时,约有相同数量的投资者向汉堡的调解机构ÖRA提出调解请求。^[3]尽管这些诉讼请求经代理律师合并为2,200个共同诉讼,但主管这一案件的法兰克福地区法院第7商事庭的审理工作仍然陷入瘫痪,案件的审理被中止。为促使法兰克福地区法院加快审理,一些遭受损失的投资者在2004年6月提起了宪法抗告。^[4]

在德国电信案之前的证券诉讼中,由于分案审理,诉讼成本以及诉讼周期使多数的投资者不得不放弃自己的权利,即使有原告胜诉,其受偿的金额远不能补偿损失,^[5]这些判例又反过来阻碍受害者的诉讼趋向。德国民事诉讼体系对群体性权利保护的缺失,从20世纪中期开始就遭到社会各界和学界的抨击。令立法者庆幸的是,群体纠纷在德国还没有进入多发期,偶尔有之也多是通过司法程序外的方式解决的。但是伴随着新的社会发展阶段所出现的新型纠纷,特别是证券纠纷,德国的司法系统日益感到难堪。

(三) 立法程序

德国电信案成为资本市场典型诉讼法立法的直接诱因,立法者意识到必须面对大型群体性争议和传统诉讼模式激烈冲突的问题。2004年4月初,联邦司法部长Brigitte Zypries提出“投资者典型诉讼法”的政府草案讨论稿,经过征求经济界和司法实务界的意见,11月17日形成政府草案,2005年3月14日提交联邦议院讨论。该草案指出,德国民事诉讼法以单一诉讼为基本结构,局限于对单一诉讼请求的救济。资本市场的虚假陈述,造成了受害者众多、个案损失较小的离散型侵害。高额的诉讼费用和诉讼风险导致了投资者放弃诉讼,进而侵蚀了资本市场法律规范的调节功能。联邦政府的立法目的是,引进群体性权利保障机制,改善对投资者的权利保护。

政府草案得到社会各界的普遍支持,2005年3月18日的第一次联邦议院宣读没有引起任何争议。6月中旬联邦议院财政委员会以及经济和劳动委员会对法律委员会提出的个别修改建议进行听证,并一致建议联邦议院接受。6月16日联邦议院在第二次、第三次宣读中通过了该项法案。联邦参院对政府草案提出了较大的修改意见,并在2005年7月8日的会议中通过了该项法案。

从《典型诉讼法》得以顺利通过可以看出,群体性的诉讼机制不仅仅是为了保障相对弱势的投资者的利益,同时与德国企业集团的长期利益相符。不法上市公司利用诉讼程序上的障碍恣意违法获取暴利,甚至在资本市场成为一股潮流,这一现象成为投资者对市场信心低落的主要原因,影响了企业的融资。另一方面,上市公司的股票往往会在不同国家的证交所交易,这就为遭受损害的投资者提供了在不同国家进行诉讼的机会。一旦在国外被诉,本国企业必须承担由此而产生的额外的诉讼风险,因此,德国企业集团同样有引入与国外诉讼体制相抗衡的高效诉讼模式的动机。

[1] 例如 Comroad, Infomatec, EM-TV, Daimler-Chrysler 等案件。

[2] 德国电信第二次股票发行价格为 39.5 欧元,2002 年 3 月 6 日的股票价格为 104 欧元。2002 年 6 月 26 日的股价为 8.14 欧元。

[3] 根据民事诉讼法第 148 条的规定,诉讼时效因调解而中止。通过调解程序中止诉讼时效,是这些投资者的一种诉讼策略。

[4] SZ. v. 3.6.2004, S. 20; FTD v. 3.6.2004, S. 4.

[5] Comroad 案件原告分别在法兰克福、英戈尔斯塔特地区法院和慕尼黑地区高等法院胜诉,但仅仅获得不足 10% 的损失总额的赔偿。Braun/Rotter, Der Diskussionsentwurf zum KapMuG-Verbesserter Anlegerschutz? BKR 8/2004, S. 297.

二 《典型诉讼法》的程序

典型诉讼的初审程序分为三个阶段。在第一个阶段中,原告向地区法院提起进行典型诉讼程序的申请。如果在联邦电子公告登记的申请人数超过 10 人,地区法院将案件移交地区高等法院审理。程序的第二阶段在地区高等法院进行,在这一阶段确定典型诉讼的当事人,审理并认定所有案件共同的事实和法律问题,然后以典型裁决的方式将案件发回原管辖法院。当事人对典型裁决不服的可以向最高法院提起上诉。在第三个阶段中,地区法院根据地区高等法院对事实和法律问题的裁决,就个案分别审理并作出判决。

(一) 地区法院的程序

1. 确认典型诉讼的申请

依照《典型诉讼法》第 1 条的规定,证券纠纷的当事人可以在一审程序中提出对虚假陈述和证券交割引起的争议适用典型诉讼的申请,申请人可以是原告或者被告。^[6] 被告可以是上市公司、发行银行、上市公司的机构、高管、大股东、经济和税务审核机构以及鉴定机构。^[7]

典型诉讼确认申请的目的是申请有管辖权的地区高等法院认定平行诉讼中的典型问题,并使之具有宽泛的效力,约束审理法院对个案分别审理判决。因此,当事人申请进行典型诉讼的事实问题或法律问题应当具有预决的必要性,这些问题的认定对同类案件的审理是至关重要的。

2. 登记制度

如果典型诉讼申请符合要求,审理法院以裁决确定公示,对该裁决不能提出异议。典型诉讼申请在联邦电子公告上进行公示,任何人都可以免费查询原告登记。公示期为 4 个月,如果登记的原告人数超过 10 人,审理法院将作出移交地区高等法院的裁决,否则以裁定驳回申请,继续以单一诉讼的形式审理案件。典型诉讼申请公示期间,个案审理程序中止。

3. 移交裁决

如果在 4 个月的公示期内联邦电子公告上登记的申请人数达到 10 人,第一个公示登记申请的审理法院作出将案件移交地区高等法院审理的裁定,当事人对移交裁决不得提出异议。具有管辖权的地区高等法院也要受该裁决的拘束,必须接受案件的移交。移交裁决一经作出,就排除了对其他诉讼系属的同类案件适用典型诉讼的可能性。审理法院在电子公告栏中公布移交裁决。

(二) 地区高等法院的程序

1. 典型案件的确定

典型诉讼的第二阶段在受理典型诉讼裁决的地区高等法院进行。在该阶段,首先是选择典型原告。在确定典型原告时,地区高等法院应当考虑到请求赔偿的金额以及多数原告的意见,根据自己的裁量依职权在第一个提起典型诉讼确认申请的地区法院的原告中选择典型原告。典型诉讼确认申请的时间顺序对典型原告的确定没有影响,这一规则的目的是为了避免原告之间担任典型当事人的竞争。如果典型原告撤诉、破产、死亡或丧失诉讼行为能力,地区高等法院必须重新确定典型原告。地区高等法院可以选择多个典型原告,以便使所有的争议点得到审理和认定。在有多个被告的情况下,地区高等法院可以针对每个被告各选出一个典型原告。典型原告之间构成共同诉讼关系。^[8]

2. 典型案件的审理

选定典型当事人后,地区高等法院在联邦电子公告的原告登记栏公布进入典型诉讼程序。典型诉讼一经公示,所有诉讼系属或即将系属的平行程序必须中止,等待地区高等法院对须预决的典型问题的

[6] 允许被告提起典型诉讼确认申请的目的是为了防止投资者滥用诉权,不断对上市公司或发行银行或其他相关人提起诉讼。

[7] Anke Sessler, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz-eine Stellungnahme aus anwaltlicher Sicht-WM Heft 48/2004, S. 2344.

[8] Maier-Reimer/Wilsing, Das Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, ZGR 1/2006, S. 96.

裁决。地区法院根据地区高等法院典型诉讼决定作出诉讼中止的裁决,诉讼中止裁决同时是对平行案件当事人参加典型诉讼的传唤。典型诉讼的目的是为了将案件集中到地区高等法院审理,因此,当事人对地区高等法院进行典型程序的决定和地区法院的移交裁决不能提出异议。

在典型裁决阶段,应当对确认申请中提出的共同的事实问题和与此相联系的法律问题作出裁判,为下一阶段地区法院审理个案提供有拘束力的依据。对于具体个案情况,地区高等法院不会在典型裁决中作出判定。在典型裁决程序中,典型当事人不能放弃诉讼或者不经本方所有当事人的同意达成和解。平行案件的当事人可以在审理过程中提出新的争议点或者新的确认标的,新增加的内容如果有助于案件的审理,地区法院可以增加移交裁决中的确认标的,地区高等法院受其拘束。对于新增加的确认标的,地区高等法院可以增选相应的典型当事人,在联邦电子公告栏公示。

3. 典型裁决的拘束力

根据《典型诉讼法》第16条的规定,地区法院在第三阶段的审理中受地区高等法院的典型裁决的拘束。典型裁决是对作为原告请求依据的事实问题和法律问题的判定,它并不产生法律确定力,而只是获得了法律确定力的拘束效力。每个平行案件的情况不尽相同,例如,投资者购买证券的时间、数量以及持有证券的时间等。地区法院依照典型裁决对单独案件分别审理。

(三) 典型诉讼的地域与级别管辖

根据旧的《交易所法》第48条(§48 BörsG, a. F.)和《证券发售公告法》第13条(§13 Abs. 2 Verkaufsprosp G, a. F.),证券纠纷由交易所所在地的地区法院管辖。该规定实际上将德国境内的证券诉讼集中到了法兰克福地区法院审理。新的《民事诉讼法》第32b条对证券纠纷的地域管辖作了修改,由被告住所地的地区法院管辖,这一修改的目的是为了保障德国法院对本国企业证券纠纷的管辖权。

对于地区高等法院的管辖,批评者指出,这一规定减损了当事人的上诉途径。对地区高等法院作出的典型裁决当事人不服的只能向最高法院(联邦法院)提起法律抗告,这实际上将三审制变为二审制,破坏了级别管辖的统一性。^[9] 由于联邦法院仅负责法律问题的审理,典型裁决程序实际上就只有一个事实审级,不利于对当事人权利的保障。

(四) 法律抗告程序

依照《典型诉讼法》第15条的规定,对典型裁决不服的当事人可以向联邦法院提起法律抗告,成为典型抗告人。如果法律抗告合法,联邦法院受理后通知所有第三人,第三人可以在收到通知后1个月内参加抗告。如果第三人没有提起抗告或者参加抗告,就被视为放弃上诉,这种程序设计是为了保证第三人的处分权。^[10]

由典型原告提起抗告的,作为典型抗告人继续进行抗告程序。如果典型抗告人撤诉,联邦法院在参加抗告程序的第三人中选出新的典型抗告人。如果第三人提起抗告,联邦法院在参加抗告的第三人中选择首先提出抗告者作为典型抗告人。典型被告提起抗告的,由地区高等法院确定的典型原告自动成为典型被抗告人。

(五) 典型诉讼当事人

《典型诉讼法》对典型当事人作了明确的规定,他们由法院依职权选定。典型裁决程序中的原告为典型原告,被告为典型被告;上诉程序中的原告为典型法律抗告人,被告为典型被抗告人。典型当事人双方都可以是多数。典型原告在诉讼中行使自己的权利,履行自己的义务,他与第三人之间不构成信托关系和代理关系。但是典型原告不允许放弃诉讼或不经本方全体当事人的同意与被告达成和解,其原因是,首先,典型裁决所要达到的主要目的是对所有平行案件中共同的事实和法律问题的认定,在第三阶段的个案审理中必须以典型裁决作为判决的依据。其次,典型裁决所判定的事实和法律问题可能会

[9] Hess/Michailidou, Das Gesetz über Musterverfahren zu Schadenersatzklagen von Kapitalanlegern, ZIP 30/2004, S. 1384.

[10] Reuschle, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NZG Heft 13/2004, S. 593.

超出典型原告请求确认的范围,这一规定主要是针对美国和解型集团诉讼的滥用而制定的,以防止当事人和律师将起诉作为合法敲诈的手段。^[11] 但典型当事人不允许和解的规定显得过于僵硬,使典型裁决的结果只能有两个,原告胜诉或者败诉。如果当事人在诉讼中认识到和解更有利于争议的解决,也必须将程序进行完毕,此项规定违背了民事诉讼的处分原则。^[12]

(六) 典型诉讼的费用

典型程序的法庭费用根据典型当事人和第三人请求赔偿金额的总和按比例计算,他们之间按照各自请求赔偿金额所占的份额承担相应的费用。证券诉讼的鉴定费用非常昂贵,法院费用法针对典型诉讼作了相应修改,在案件审结生效时支付这部分费用。

上诉程序的法庭费用依照所有平行案件争议额的总和按比例收取,由典型抗告人与参加抗告的第三人分担,初审程序的当事人不参加抗告就不必承担上诉费用。如果联邦法院直接改判,它会裁定费用的负担。如果联邦法院裁定发回重审,地区高等法院在典型裁决中依裁量确定费用的分摊。

《典型诉讼法》对律师费用的规定没有作出修改,它依照委托人争议金额的比例收取,即使代理典型诉讼的律师也没有额外报酬。对这种收费规定律师界持有异议,他们认为,典型诉讼比一般的诉讼要复杂得多,律师必须承担更大的诉讼风险。同时,原告方的协调工作也给律师增加了额外的工作量,而这些工作却不能获得报酬。单纯追求声誉并不是一个持久的激励因素,因此,有必要改变这种规定,例如提高代理典型程序的律师的收费标准,将这部分费用分摊到所有原告。

《典型诉讼法》不能解决群体纠纷中的搭便车现象,如果原告在典型程序中胜诉,未起诉的当事人可以根据判例效力与被告达成和解,而不需要支付诉讼费用。如果典型原告败诉,未起诉的当事人则放弃诉讼,从而节省了费用。这种诉讼策略被称为搭便车。向汉堡公共调解机构申请调解的投资者虽然没有提起诉讼,其实体权利的诉讼时效却因调解活动而中止。他们如果最终与德国电信没有达成和解,仍然可以援引典型诉讼的判决,分享胜诉利益。

三 对《典型诉讼法》的评述及借鉴

(一) 司法需求与传统民事诉讼法体系的冲突

德国民事诉讼法诞生在自由资本主义阶段,当时的立法思想强调对个体的尊重,尽量约束国家对私法领域的干涉。因此,德国民事诉讼法的原则和程序设置无一不体现了对个体权利的保障,司法的公正体现在对具体个案的审理中,单一诉讼构成了民事诉讼体系的核心。20 世纪中叶以前,社会结构以及经济发展状况不会引起群体诉讼的多发,德国司法机构运行良好,赢得了很高的声誉。进入 60 年代后,德国现代型纠纷增多,1961 年曝光的 Contergan 案件^[13] 成为学界研究关注群体性纠纷的一个转折点。但是,传统的审判原则阻碍着群体纠纷的司法解决。^[14] 依照《宪法》第 103 条规定的法定听审权,法律争议的当事人有权知晓诉讼程序涉及的法律关系及判决结果,法庭必须听取当事人的陈述。世界各国的群体性诉讼模式的一个共同特征是少数的当事人作为诉讼代表人充当原告,其他的当事人不直接参加诉讼程序。而按照德国的诉讼理论,没有参加诉讼的当事人的法定听审权就受到了损害。《宪法》第 101 条规定了法官规则,法院的业务范围和管辖权划分是法定的,当事人享有的由法定的法院管辖其法

[11] Hess, Musterverfahren im Kapitalmarktrecht, ZIP 39/2005, S. 1718.

[12] Hess, Der Regierungsentwurf fuer ein Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz-eine kritische Bestandsaufnahme, WM Heft 48/2004, S. 2330.

[13] 1957 年, Gruenthal 公司的一种新的安眠药 Contergan 上市,它主要针对早期孕妇失眠,但许多孕妇服用后造成了胎儿肢体发育残缺。直到 1961 年 11 月底 Gruenthal 公司才停止销售此种药物。在 Contergan 事件中仅德国就有上万名受害者,德国政府为此专门立法,帮助这些残疾人。

[14] 大型的伤害案件通常是通过法院外的方式解决,德国政府对三大著名案件,Contergan、艾滋病血液感染和二战期间大屠杀专门立法,设立了专门基金解决赔偿问题。

律争议的权利不能被剥夺。这一宪法规定制约了跨地区的群体性纠纷的集中审理,成为群体性诉讼的另一个障碍。

但是近年来群体纠纷的频繁出现使这一冲突进一步加剧。学界对群体诉讼制度缺失的批评和改革主张在社会上产生了很大的影响。许多学者认为,群体利益并非个体利益的简单相加。数量众多的请求不能以集中的方式在诉讼中提出,受到损害的不仅仅是受害者的利益,更多的是超越个体的集体利益甚至公共利益。如果立法者忽视这一点,公民就会丧失对法律和法治国家的信赖。

《典型诉讼法》是在德国经济衰退的背景下颁布实施的,其目的是为了重新唤起投资者对本国资本市场的信心。《投资者典型诉讼法》是德国第一部规定典型诉讼的民事程序法,它的意义并不局限在证券市场,它的颁布实际上是对传统诉讼体系的变革。新法是试验性的,在取得经验后将扩展到整个民事诉讼领域。立法程序中各种力量的协同一致说明了民事诉讼制度改革到了不得不进行的地步。正如政府立法草案所指出的,德国传统的民事诉讼体系不能满足人们在现代型纠纷中的司法需要,德国到了重新考虑新的诉讼模式的时间了。

(二)如何看待《典型诉讼法》所引发的证券诉讼数量的增加

《典型诉讼法》是为了保障投资者的权利而颁布实施的,使投资者原本可能放弃的权利通过群体性的救济方式得以实现,但随之而来的问题是证券诉讼数量的增加。如何看待这一问题决定典型诉讼是否能够在试验期届满后普及到整个民事诉讼领域的关键。立法者认为,首先,证券诉讼案件的增多并非《典型诉讼法》招致了投资者的诉讼兴趣,而是在旧的模式之下被抑制的纠纷获得了解决的机会。对那些“合理放弃的权利”提供新的有效的实现途径不仅不会造成社会的不稳定,相反法律的示范作用会使不法企业约束自己的行为,提高投资者对法律的信赖。其次,《典型诉讼法》对虚假陈述的审理作了严格规定,地区法院在审核典型诉讼申请时必须依法裁量,以防止投资者滥用诉权。《典型诉讼法》为上市公司同样提供了申请典型诉讼的机会,其目的就是为了一次性解决证券争议,避免企业陷于无休止的诉讼之中,从而遏制投资者的滥诉。

(三)《典型诉讼法》对法院的影响

典型诉讼的程序设置明显降低了地区法院的负担,避免了大量的重复工作。特别是法庭对鉴定书的评价上,虽然民事诉讼法规定法院可以使用其他同类案件的依职权取得的鉴定书,但是这条规定的适用受到了很大的限制,鉴定书必须是针对同一个需证明的问题。典型裁决是对基于同一确认目的的所有争议点的认定,而不局限于同一个事实或法律问题。因此,鉴定书的使用范围远远超出《民事诉讼法》第411a条的规定,得到了更加有效的利用。地区高等法院的审理工作不会因典型诉讼大幅度增加,典型裁决是一种集中审理的模式,起着提高工作效率,减轻地区高等法院负担的作用。同时地区高等法院仅对同类案件共同的事实或法律问题作出裁决,不涉及具体案件的判决,这也会减轻工作量。

典型诉讼对地区法院和地区高等法院提出了更高的要求,它们不仅要拥有证券诉讼的专门知识,同时必须具备审理群体性诉讼的能力。随着社会和经济的发展,人们的生活状态变得复杂起来,对法官的要求必然越来越高。证券纠纷仅仅是现代型纠纷中的一种类型,在其他的社会和经济领域,群体性纠纷也呈现多发的趋势,不采取集中审理的方式,只能会使法院的负担越来越重。解决问题的方式不是将纠纷拒之门外,而应当采取更有效的诉讼模式来抵消案件数量的上升给法院带来的压力。《典型诉讼法》的生效取消了交易所所在地的地区法院的专属管辖权,其客观效果是让所有的地区法院和地区高等法院面对复杂的群体性诉讼。

(四)诉讼制度上的优化

典型诉讼所遇到的最大问题是判决效力的扩张。在以往的司法实践中,典型判决的判例效力或者诉讼协议使典型判决获得实际扩张的效果,但由于典型诉讼的非法定性,判决的法定效力仅及于典型案件的当事人双方,如果平行案件的当事人不愿受典型判决拘束,争议仍需通过诉讼解决。不遵守协议的可能是原告也可能是被告。在原告胜诉的情况下被告不遵守协议的原因很简单,因为如果所有案件都

按照对原告有利的典型判决达成和解,被告的损失太大,通过众多的单一诉讼至少可以拖延赔偿的时间。在原告败诉的情况下,平行原告也可能不遵守协议,他可能会继续诉讼以求获得有利的判决。在实际的诉讼中,当事人之间达成典型诉讼协议的情况很少,被告总是想利用诉讼来阻止原告权利的实现。但在有的情况下,被告也会有通过典型诉讼一次性解决纠纷的愿望。例如在埃森乳腺癌案件中,典型诉讼是由法院发动的,德国医生保险公司利用诉讼避免赔偿的可能性很小,很明显每个诉讼它都会败诉,同时企业形象损失太大,它只能接受典型判决效力的实际扩张。关于典型判决的扩张,德国学界的主流观点是判例效力的来源是判决的理由而不是判决的内容。《典型诉讼法》在解决判决效力扩张的问题上采取了独特的程序设置,地区高等法院所作出的典型裁决并非是对所有个案的判决,而是对个案判决具有拘束力的共同的事实或法律问题的裁决。诉讼的判决由地区法院依照典型裁决根据个案的特殊性作出。这种方式既利用集中审理模式确立了共同的事实或法律问题,同时充分考虑到了平行案件当事人的法定听审权。

费用问题一直是典型诉讼的一个重大障碍,《典型诉讼法》对收费问题作了尽可能优化的处理。首先是诉讼费用的分摊,初审的费用由所有当事人承担,典型裁决的法律效力及于所有当事人,不以当事人是否参加地区高等法院所进行的诉讼程序为前提。所以,当事人不及时撤诉就必须分担诉讼的费用和风险。上诉的费用由法律抗告人和抗告参加人分摊,体现了谁行使权利谁负担费用的原则。其次是取消了鉴定费用的预付制度。证券纠纷的鉴定费非常昂贵,如果由典型原告承担,多数情况下他会申请诉讼费用援助,将鉴定费用转嫁给国家。如果当事人之间分摊鉴定费用则会引起额外的管理成本,甚至会拖延诉讼的进行。个别没有交费的第三人可能被排斥在诉讼程序之外,他们的权利难以得到保障。改变鉴定费用的预缴制度,实际上降低了诉讼门槛,有利于处于弱势的受害者进行诉讼。

针对美国集团诉讼所产生的弊端,《典型诉讼法》作了相应的预防性规定。首先,为了避免典型诉讼的商业化,《典型诉讼法》没有规定典型诉讼的特殊费用,律师费用依照律师费用法收取,代理典型程序的律师也只能从其委托人那里收取法定的费用。其次,美国的集团诉讼律师常常会利用自己的当事人抢先起诉,争夺诉讼代理人的资格。《典型诉讼法》对典型原告的选择程序作了精细的设计。地区高等法院从第一个登记法院的原告中选取典型原告,有利于促使受害者尽快行使自己的权利;在这些当事人中以争议额和多数人的同意为标准则照顾到了多数股权,在很大程度上避免了起诉上的竞争现象。再次,初审判决是由地区法院根据典型裁决分别对单独案件作出的,它的前提是受害者必须起诉。如果原告不愿意进行典型诉讼,他可以撤诉,以回避典型裁决的拘束力。虽然《典型诉讼法》在这方面参照了美国集团诉讼的声明退出制度,但由于适用的范围仅限于起诉的投资者,这就在很大程度上避免了美国集团诉讼扩大化的情况。最后,美国集团诉讼是由代表人进行,其余当事人退出诉讼程序,判决对所有当事人生效。但根据德国法律不允许对没有参加诉讼的当事人进行判决,典型诉讼的第三人制度在保证诉讼效率的同时尽量减少对多数投资者诉讼权利的影响。

由于《典型诉讼法》在很大程度上参照了《行政法院法》93a 条的规定,在具体的程序上又明显带有职权主义的色彩。如果地区法院认为案件符合典型诉讼的条件,可以作出移交裁决,当事人对该裁决不能提起异议。典型当事人的选择由地区高等法院依自己的裁量作出,当事人对这一裁决同样不能提起异议。立法者对典型诉讼的中间性的裁判没有给予当事人相应的救济手段,是为了加快群体诉讼案件审理的进程,达到迅速解决纠纷和保障当事人权益的目的。因为,证券纠纷的规模通常较大,除了对投资者的个体权利的救济,它的解决还涉及公共利益,如果过多考虑个体当事人的公平正义,则会因诉讼延迟造成另一层面的损失,所以,立法者必须在个案公正和诉讼效率之间作出抉择。

(五) 司法管辖权的国际竞争

随着世界经济的全球化,越来越多的企业选择在国外资本市场上市。纽约证交所作为国际资本流动的中心成为上市公司融资的首选场所,但随之而来的是证券纠纷的司法管辖问题。德国和美国在实体法和程序法上有着重大区别,主要表现在:美国的诉讼存在费用高昂的证据开示程序,责任法上的惩罚性赔偿,陪审团制度以及集团诉讼制度。法律制度上的区别使受到损害的投资者更加倾向于在美国

对作出虚假陈述的企业提起诉讼,以便获得更有利的诉讼结果。根据旧的《交易所法》第 48 条和《证券发售公告法》第 13 条,证券纠纷由交易所所在地的地区法院管辖,如果德国企业因虚假陈述造成美国投资者的损失,美国法院当然拥有管辖权。近年来德国企业在纽约被诉的案件时有发生,与德国国内的诉讼情况相比,美国投资者获得了非常有利的赔偿,例如 2003 年 8 月戴姆勒-克莱斯勒公司付出 3 亿美元和提出诉讼的机构投资者达成和解,德国电信也在 2005 年初与美国的投资者以 1.2 亿美元的代价和解。^[15] 德国的诉讼制度和实体责任法的赔偿制度对投资者的利益保护不力,使两国投资者之间产生了巨大的经济和心理落差。同时,美国民事司法管辖的超级主权主义为其他国家的投资者提供了在美国诉讼的可能性,并将引起两种后果,首先,德国的投资者在美国起诉本国的企业,使德国企业承担更大的诉讼风险。其次,德国的司法权威受到削弱。这两种情况都会严重影响德国的国家利益。

与《典型诉讼法》一起生效的《民事诉讼法》第 32b 条有着双重功能,一是规定德国法院在国内的地域管辖权,证券纠纷由被告所在地的地区法院审理。二是排除外国法院对在其国内证交所上市的德国公司的管辖权,这是德国政府在制定《典型诉讼法》时的一个重要目的。《民事诉讼法》第 328 条规定,对依照德国法律不具备管辖权的外国法院作出的判决不予承认。这一关于司法协助的规定与《民事诉讼法》第 32b 条结合起来,就排除了外国法院对德国企业的管辖权。但在欧盟这条排他性的地域管辖权规定受到了限制,欧盟法律具有优先地位,如果被告的住所地在欧盟成员国,根据《欧盟法院管辖和对民商事裁判的承认与执行规则》、《欧盟法院地与执行协议》以及《卢加诺协议》,证券纠纷的管辖依照行为地或结果地原则受理,德国企业可能会在其他欧盟成员国被起诉。同样,德国法院也可能对住所地在德国之外的其他欧盟成员国的上市公司行使管辖权。

对于住所地在欧盟之外或者《卢加诺协议》成员国之外的企业可以适用《民事诉讼法》第 32 条的特别管辖规则,由侵权行为地的德国法院管辖。^[16] 也就是说,德国法院并不丧失对住所地在德国之外的企业的管辖权,这实际上是司法领域的单边主义。典型诉讼法排他性的地域管辖权是对抗美国证券集团诉讼的司法策略,立法者的意图是否能够得以实现是一个很大的疑问。首先,德国和美国都是两个关于国际司法协助的《海牙公约》的签字国,它们都不能以本国法院拥有对法律争议的管辖权为由而拒绝对方司法协助的请求。其次,美国司法管辖一向具有国际扩张的倾向,美国法院衡量是否受理诉讼请求时的主要标准是便利原则,德国法律很少有可能阻止美国法院审理德国公司的案件。因此,德国立法者的意图更主要的是为证券纠纷提供一个有效解决的途径,在司法管辖权的国际竞争中摆脱被动的地位。如何应对原告在不同国家选择有利于自己的诉讼地点的行为,已成为目前国外法学界讨论的一个热点问题。^[17]

(六)《典型诉讼法》对我国的借鉴作用

我国的资本市场的情况与德国有相似之处,但证券欺诈的问题在我国更为严重,投资者的受害程度和范围也远远大于西方国家。尽管国家颁布了一系列的法律法规,旨在打击制裁资本市场的违法行为,但这些法律、法规重在行政管理,忽视了对遭受损失的投资者的权利救济。即使不法上市公司受到了行政处罚和刑事制裁,投资者因为没有得到应有的赔偿,积聚起来的不良情绪依然不能得到宣泄。同时,通过行政手段监管资本市场势必会面临效率低下的问题,加之上市公司的幕后活动,资本市场法律法规的作用会受到严重侵蚀。在这种情况下,应当通过有效的诉讼方式追究违法公司的民事赔偿责任,调动投资者维权的积极性,从而达到对资本市场更为有效的监督管理。德国《典型诉讼法》通过加强投资者诉讼权利的方式,利用民事主体的诉讼行为来实现国家对经济的调控作用,节约了行政资源,实现了二者的互补,值得我们借鉴。

[15] <http://service.spiegel.de/digas/servlet/find/ON=spiegel-339134>, download date: 2006-11-22.

[16] Schneider, Auf dem Weg zu Securities Class Actions in Deutschland? BB 60. Jg. Heft 42 2005, S. 2251.

[17] 在群体诉讼制度的立法层面上,德国面对的不仅仅是美国的集团诉讼的压力,欧盟主要成员国近年来加大了群体权利保护的立法力度。英国在其民事诉讼法中确立了集团诉讼制度。西班牙、葡萄牙和瑞典相继引入了集团诉讼制度。

德国《典型诉讼法》的最重要目的是消除投资者的诉讼障碍,解决矛盾,消除群体性纠纷给社会带来的不稳定因素,并且使经济政策能够顺利得以实施。在评判新的诉讼制度是否会增加法院负担的问题上,德国政府更多关注的是对投资者的权利救济和争议的解决。他们并不担心诉讼潮的出现,相反认为《典型诉讼法》会在很大程度上减轻法院审理群体纠纷的工作量。^[18] 这种积极对待矛盾的思想是我们国家在制定司法政策时应当认真思考的。对于证券纠纷我们应当为投资者设置畅通的救济渠道,而不是设置种种障碍。

改革开放以来,我国的经济获得了长足的发展,中国企业已经具备向国际市场进军的实力。许多企业实行海外并购或在海外资本市场上市的策略,以谋求更大的发展空间。但与此同时,近年来在纽约证交所上市的中国公司也成了美国集团诉讼律师关注的重点,为了避免遭受“合法敲诈”的侵扰,不仅企业应当规范自己的行为,更重要的是国家必须加强对资本市场的规范,在国内营造一个遵纪守法的氛围。要实现这一目标,单纯依靠行政和刑事手段很难达到目的,必须设置高效的证券诉讼制度,调动投资者的积极性来监督上市企业的行为。良好的法制环境不但能使我国资本市场的运营水平与国际标准接轨,吸引更多的外国投资者,而且也能在证券纠纷发生时为投资者提供高效的维权途径,将证券纠纷案件尽量导向国内,从而使我国在司法管辖权的国际竞争中处于有利的地位。

我国法律和最高法院的司法解释均未涉及典型诉讼,但由于近年来群体纠纷的大幅度上升和代表人诉讼不断被冷落,群体案件的解决自然而然地产生了大量需要运用此类程序解决的要求。我国各地法院虽然探索出了一些类似国外典型诉讼的做法,但由于缺乏理论的指导和法律的约束,亦存有不少问题。要充分发挥典型诉讼的功能,既要总结我国司法实践中好的经验,同时又要加强该方面的理论研究,借鉴国外成功的做法,制定出一部适合中国国情的典型诉讼法。

[Abstract] From November 1, 2005, “The Law of the Model Litigation for Investors” came into force in Germany. The Law was enacted to regulate all problems involved in the model litigation for investors in a systematic way. By putting common factual and legal issues of group disputes arising from stock market in one trial, this has significant impacts on reducing the costs of litigation, reasonably sharing of litigation fees, efficiently allocating judicial resources, and unifying the application of laws. For China, the Law does set a good example for us to deal with the procedures of model litigation and to solve the group disputes in stock market.

(责任编辑:黄 列)

[18] 英国在引进集团诉讼制度后并没有出现诉讼潮,每年所进行的集团诉讼案件在 5-10 起之间。Hess, Musterverfahren im Kapitalmarktrecht, ZIP 39/2005, Fn. 113, S. 1719.