

# 投服中心民事赔偿诉讼方式研究

罗 荟\*

**摘要:**现代型证券纠纷小额多数的典型特征导致众多投资者的“搭便车”心理和集体行动困境,致使证券民事赔偿诉讼的提起率低下。为完善投资者保护,投服中心依托支持起诉原则在证券市场进行支持诉讼实践,这一积极尝试的重大影响不言而喻,然而其亦存在完善空间。对于投服中心民事赔偿诉讼的发展方向,本文在对比研究域外群体性纠纷解决模式后,认为投服中心采用示范诉讼模式能有效解决证券市场的民事赔偿问题,同时投服中心也具备提起示范诉讼的正当性基础。在此基础上,本文对投服中心开展示范诉讼构造中的程序和配套制度进行了一定梳理,试图构建具有中国特色的投服中心示范诉讼模式。

**关键词:**投服中心 支持诉讼 示范诉讼

## 一、投服中心民事赔偿诉讼的背景:证券民事赔偿困境

### (一)现代型证券纠纷的特点

#### 1. 小额多数

小额多数是现代型证券纠纷的典型特点。换言之,即每个投资者平均受损损失不大,但是受损投资者人数众多。通常意义上,被侵权者会积极提起民事诉讼维护自身权益,但证券市场小额多数的特点使这一通常理解并不适用。证券纠纷的这一特点导致证券违法行为的涉及面十分广泛,受损投资者的利益呈现集合性或扩散性特

---

\* 法学硕士,现供职于上海市普陀区人民法院。  
本文仅代表作者个人观点,不代表所在单位立场。

征。带来的直接后果就是广大投资者的“搭便车”心理和“集体行动”的困境。<sup>①</sup>

## 2. 双方地位不平等

在诉讼中,侵权行为人多是上市公司,相较投资者而言,他们具有资金、信息、诉讼资源等优势,从而侵权行为人在诉讼权利的行使方面具有优势,二者强弱对抗的态势明显。尤其是在上市公司的违法行为没有被证监会处罚之前,举证责任的分配导致众多投资者对司法救济望而却步。

### (二) 现代型证券民事赔偿诉讼制度的特点

#### 1. 群体性纠纷解决方式的广泛适用

由于传统民事诉讼预设的是民事主体“一对一”的纠纷解决模式,但现代型纠纷表现出的多数人利益纷争特征使其无法适用传统纠纷解决方式,其进入司法系统必然带来传统诉讼理论和运作的冲击。<sup>②</sup> 各国(地区)均发展出一系列针对现代型纠纷的民事诉讼机制,如集团诉讼、团体诉讼、示范诉讼等。

#### 2. 诉讼救济耗时较长

各国(地区)的证券民事赔偿救济与一般权利救济制度相比耗时相对较长。根据统计数据,美国集团诉讼案件的诉讼周期通常都在3年以上。<sup>③</sup> 在我国,判决确定耗时也几乎都在3年以上。对“五粮液虚假陈述案”的行政处罚2011年就已经做出,但法院到2013年才开始立案,2014年之后才达成和解;对“佛山照明虚假陈述案”的行政处罚于2012年做出,2015年经过省高级人民法院二审确定判决。

#### 3. 责任承担的失衡

在发行人承担责任的情况下,若股东同时持有公司的系争证券和非系争证券,此时股东扮演着“受害人”和“责任承担者股东”双重角色,发行人承担责任的实质是股东资产在“自己的两个口袋之间转移”;此外,若一股东持有系争证券,另一股东持有非系争证券,那么此种财产转移也会发生。<sup>④</sup> 在此种情况下,证券欺诈行为的责任最终由股东承担,而真正做出违法行为的高管不承担责任或者承担少部分责任,导致责任承担的失衡。

---

<sup>①</sup> 关于集体行动困境的介绍,详见赵鼎新:《集体行动、搭便车理论与形式社会学方法》,载《社会学研究》2006年第1期。

<sup>②</sup> 参见陈刚、林剑锋:《论现代型诉讼对传统民事诉讼理论的冲击》,载《云南法学》2000年第4期。

<sup>③</sup> 参见章武生:《中国证券集团诉讼的模式选择与制度重构》,载《中国法学》2017年第2期。

<sup>④</sup> 参见李激汉:《证券集团诉讼辨识标准探析》,载黄红元、徐明主编:《证券法苑》(第14卷),法律出版社2015年版,第267页。

### (三) 中国现有证券民事赔偿诉讼制度的弊端

#### 1. “重行轻民”的审判现状

目前针对证券市场违法行为的主要惩治手段仍是行政处罚。《证券法》第十一章有 47 条规定了证券市场违法行为的法律责任,然而关于民事责任的规定只有 5 条且规定相对原则化。<sup>①</sup> 最高人民法院《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》)和最高人民法院《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》(以下简称《通知》)发布后,对于证券市场侵权行为的司法救济也只局限于虚假陈述,对其他侵权行为如内幕交易、操纵市场等缺乏具体法律支撑。

#### 2. 诉讼制度的低效率

一方面,在我国,代表人诉讼制度的司法实践利用率非常低,该制度几乎处于休眠状态。<sup>②</sup> 究其原因,除了对代表人诉讼的认识偏差致使其制度设计上与实体法之间缺乏对应外,一个更重要的原因是审判机关对代表人诉讼的适用持消极态度。<sup>③</sup> 另一方面,共同诉讼普遍受到人为拆分处理。<sup>④</sup> 通过拆分共同诉讼,案件数量直线上升,直接凸显法官或法院的工作成果,凸显考核成果。

#### 3. 诉讼占用大量资源

中国目前针对现代型纠纷,要么适用共同诉讼,要么采用单独诉讼形式,二者都是基于“一对一”的诉讼模式。被告需要反复应对投资者的起诉;原告需要一一到法院立案、聘请律师、举证质证;法院一次次重复立案、通知、开庭、判决等流程。随着中国证券侵权纠纷的不断增加,<sup>⑤</sup>现有诉讼方式的不足将更为凸显,“案多人少”的审判资源局限现状更为严峻。

#### 4. 赔偿之诉提起率低

根据刘俊海、宋一欣律师的选样测算,证券市场主动提起虚假陈述民事赔偿诉讼

<sup>①</sup> 详见《证券法》第 190 条、第 191 条、第 210 条、第 214 条、第 232 条。

<sup>②</sup> 参见王福华:《代表人诉讼中的利益诉求》,载《法学》2006 年第 6 期。

<sup>③</sup> 《通知》直接排除了集团诉讼的形式受理虚假陈述民事赔偿案件,诸多学者均认为此处的集团诉讼就是中国人数不确定的代表人诉讼。

<sup>④</sup> 《通知》第 4 条规定:“对于虚假陈述民事赔偿案件,人民法院应当采取单独或者共同诉讼的形式予以受理,不宜以集团诉讼的形式受理。”最高人民法院《关于人民法院受理共同诉讼案件问题的通知》第 1 条第 1 款规定:“当事人一方或双方人数众多的共同诉讼,依法由基层人民法院受理。受理法院认为不宜作为共同诉讼受理的,可分别受理。”

<sup>⑤</sup> 具体增加的案件量详见朱亮韬:《专访上海一中院单素华:中国版“集团诉讼”如何起步?》,载财新网:<http://finance.caixin.com/2017-07-23/101121055.html>,最后访问日期:2018 年 6 月 20 日。

的投资者不会超过适格投资者总人数的10%,起诉总标的不会超过可计算损失总值的5%。<sup>①</sup>此外,2001年到2015年,一共有214家上市公司因虚假陈述而受到行政处罚,但仅有65家被投资者提起民事赔偿诉讼,占比只有30%。<sup>②</sup>无论以何种测量方法,证券民事赔偿案件的提起率均未超过50%,如此低的诉讼提起率在某种程度上纵容了证券违法行为的发生。

## 二、投服中心民事赔偿诉讼的实践:支持诉讼的选择与缺陷

### (一)投服中心支持诉讼的理论基础:共同诉讼制度的依托

#### 1. 支持诉讼的选择

##### (1)传统法学理论对投服中心提起诉讼的限制

一方面,依据中国的赔偿理论,有损失才有赔偿。然而,对于中证中小投资者服务中心(以下简称投服中心)成为上市公司股东之前的证券违法行为,其不存在任何损失;投服中心成为上市公司股东之后,将一直持有上市公司一手的股票,也几乎不讨论股票交易损失的可能性。另一方面,在法律规定的范围内,任何人都拥有权自由处置和支配自己的民事权利。投服中心并非证券违法行为的直接主体,若其直接代当事人起诉,则会涉及对他人诉讼权利的处分,这与中国传统的权利处分理论直接相悖。

##### (2)法律规定对投服中心提起诉讼的限制

受传统法学理论的影响,中国立法对诉讼的提起资格也存在相应的限制。以证券虚假陈述为例,《证券法》第69条、第171条第1款第4项、第173条规定的赔偿对象仅限于“投资者”;《若干规定》第1条将损害求偿主体限定在特定时段买卖证券的“投资人”;<sup>③</sup>《民事诉讼法》第119条要求提起诉讼的原告有“直接利害关系”。<sup>④</sup>上

---

<sup>①</sup> 参见刘俊海、宋一欣主编:《中国证券民事赔偿案件司法裁判文书汇编》,北京大学出版社2013年版,第12~13页。

<sup>②</sup> 参见赵一蕙:《全国首例证券支持诉讼投服中心受托起诉匹凸匹》,载凤凰财经网:[http://finance.ifeng.com/a/20160725/14633107\\_0.shtml](http://finance.ifeng.com/a/20160725/14633107_0.shtml),最后访问日期:2018年6月1日。

<sup>③</sup> 《若干规定》第1条规定:本规定所称证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件(以下简称虚假陈述证券民事赔偿案件),是指证券市场投资人以信息披露义务人违反法律规定,进行虚假陈述并致使其遭受损失为由,而向人民法院提起诉讼的民事赔偿案件。

<sup>④</sup> 《民事诉讼法》第119条规定:起诉必须符合下列条件:“(一)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织;(二)有明确的被告;(三)有具体的诉讼请求和事实、理由;(四)属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。”

述诸多法律的限制使投服中心不可能直接提起民事赔偿诉讼。同时,受制于《民事诉讼法》第 58 条的规定,投服中心作为法人甚至无法作为诉讼代理人代为起诉、应诉。<sup>①</sup>

### (3) 投服中心支持诉讼的选择

如前所述,投服中心直接起诉存在法学理论和法律规定的障碍,因而无法从具体的法律规定上寻找依据。然而可喜的是,《民事诉讼法》第 15 条为投服中心维护证券市场投资者合法权益的行为提供了正当性,即支持诉讼原则。支持诉讼原则依托传统社会干预理论,是在他人无法或无力维护自身合法权益时的补充救济渠道,通过提供人道主义或者法律、物质的帮助支持当事人进行诉讼,但最终的起诉决定权仍掌握在当事人手中。同时,作为一条原则性规定,其在适用上存在很大弹性,为投服中心选择支持诉讼进行投资者维权提供了依据。<sup>②</sup>

## 2. 支持诉讼的依据:对于共同诉讼制度的无奈依托

### (1) 适用共同诉讼的可能性:诉讼标的同一种类

根据《民事诉讼法》第 52 条的规定,诉讼标的“共同”或者“同一种类”是适用共同诉讼的前提条件。所谓诉讼标的,即争议的法律关系或者请求权性质。诉讼标的“同一种类”的情况之一便是基于同一事实或法律上的原因形成的同种类诉讼标的。以证券市场虚假陈述纠纷为例,众多投资者基于同一虚假陈述行为遭受损失而对相同被告提起的同类损害赔偿案件,具备适用普通共同诉讼的前提条件。

### (2) 对共同诉讼制度的无奈依托

支持诉讼作为民事诉讼法的原则性规定,无法直接适用于诉讼程序,必须依托具体的制度予以实现。以虚假陈述的纠纷解决为例,《通知》和《若干规定》将原告可选择的诉讼方式限制于个人诉讼和共同诉讼。在证券纠纷投资者人数众多的情况下,想在一个诉讼空间内容纳如此之多的诉讼主体几乎是不可能的,出于解决纠纷效率的需要,直接排除了个人诉讼的可能。因而投服中心依托支持诉讼理念在具体的法院诉讼过程中,共同诉讼成了唯一的无奈选择。

<sup>①</sup> 《民事诉讼法》第 58 条规定:当事人、法定代理人可以委托 1~2 人作为诉讼代理人。下列人员可以被委托为诉讼代理人:(1) 律师、基层法律服务工作者;(2) 当事人的近亲属或者工作人员;(3) 当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。

<sup>②</sup> 具体而言,在支持的主体上,支持起诉者的作用在于将纠纷引入司法渠道,因而其可以没有诉讼主体的身份;在支持的对象上,目前的法律规定没有对案件范围和支持的对象进行限制,因而可以适用于无力和无法起诉的投资者;在支持诉讼的方式上,民事诉讼法仅规定“可以支持”,并没有限制支持的具体方式,因而可以探索多种支持的方式。



## (二) 投服中心支持诉讼的创新尝试

### 1. 支持诉讼的实践成果

通过支持诉讼方式投服中心在证券市场开拓了为投资者维权的新渠道,完善了民事赔偿诉讼方式。这是中国证监会更新理念、大胆创新和探索出的一条充满中国特色中小投资者保护的新道路。<sup>①</sup> 堪称“金融消费者权益保护机制的重要试验性创新”。<sup>②</sup> 截至2017年12月,投服中心已经提起了7起关于虚假陈述的支持诉讼,涉案上市公司包括凹凸凹金融信息服务(上海)股份有限公司、上海康达化工新材料股份有限公司、上海绿新包装材料科技股份有限公司、上海安硕信息技术股份有限公司、九好网络科技集团有限公司、大连大福控股股份有限公司、上海猛犸资产管理有限公司。<sup>③</sup>

### 2. 支持诉讼对中国证券民事赔偿诉讼方式的尝试

#### (1) 弥补投资者作为原告的弱势地位,提高投资者维权积极性

投服中心目前支持诉讼的方式主要是为授予委托的投资者寻找公益代理律师,不向投资者收取任何律师服务费用。同时,支持诉讼所依托的强大公益律师团体能为案件提供专业法律意见,投服中心的上市股东身份和投资者保护公益组织身份也能在取证等方面发挥一定优势,避免投资者个人起诉时遭遇的举证难、处于信息劣势地位等问题,极大地改变了证券民事赔偿诉讼中双方地位不平等的现状。

#### (2) 通过找“首恶”的模式促进责任承担的公平转换

根据《证券法》第69条的规定,发行人、上市公司应当承担无过错责任,上市公司的高管承担过错推定责任,因而直接向上市公司索赔是最为简单明了的方式。但如前所述,这一方式不尽合理。投服中心支持诉讼独特之处在于“找首恶”,即追究直接负责的主管人员责任,由上市公司承担连带责任,让真正作出违法行为的“人”受到法律的追究,既保障了投资者的索赔权利,又能真正惩治违法行为人。

#### (3) 发挥填补损失和震慑违法行为的功能

在投服中心支持诉讼实践下,投资者授予委托之后的立案、审理、判决过程除非

---

<sup>①</sup> 参见梁定邦:《努力建构中国特色投资者保护的新机制》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第4页。

<sup>②</sup> 丁冬:《证券支持诉讼的示范意义》,载《人民法院报》2016年11月23日,第7版。

<sup>③</sup> 案件的具体情况,载投服中心微信公众号“投服动态”板块:[http://mp.weixin.qq.com/mp/homepage?\\_\\_biz=MzIzNjI3ODg1OA==&hid=1&sn=4986febada6c21c4adf03e18e45fe3f5&scene=18#wechat\\_redirect](http://mp.weixin.qq.com/mp/homepage?__biz=MzIzNjI3ODg1OA==&hid=1&sn=4986febada6c21c4adf03e18e45fe3f5&scene=18#wechat_redirect),最后访问日期:2018年2月18日。

法院有特殊要求,否则投资者就不用亲身参与,因而此种模式会极大调动投资者向投服中心授予权利进行求偿的积极性。同时,在支持诉讼所征集投资者人数不断扩张的前提下,赔偿额也将急剧扩张,追责到人的模式能对公司高管甚至控股股东产生威慑效力,让相关责任人员勤勉尽责,减少证券欺诈行为的发生。

#### (4) 对证券法的有益补充

不可否认中国公司法和证券法均意图保护证券市场投资人的合法权益,但是相应的配套机制并不完善,并未充分实现公司法和证券法执法的公共产品供给。<sup>①</sup> 投服中心的支持诉讼服务为证券民事赔偿制度的供给提供了公共产品,弥补了本该存在但由于种种原因而没有完善的投资者保护制度供给。对证券法行政调整为的方式进行有益补充,完善权利救济体系。

### (三) 投服中心支持诉讼实践的问题

#### 1. 未突破传统两造诉讼模式

##### (1) 支持诉讼中的两造模式

所谓“两造”,即诉讼的双方当事人。传统“两造诉讼模式”要求争议中的每个当事人均作为诉讼的“一造”参与诉讼程序中,最终判决结果也仅对双方主体有效。投服中心提起的支持诉讼本质还是共同诉讼,即仍是传统的两造诉讼模式。<sup>②</sup> 此种模式下投服中心除非能一次性收集所有市场投资者的委托并提起支持诉讼,否则定然无法一次性解决纠纷。

##### (2) 两造诉讼模式对证券纠纷解决的不适应性

传统两造诉讼模式对于当事人的权利保护固然十分重要,然而,“两造”结构的坚守对于群体性纠纷的解决而言是不现实的。该理论下,受害人为获得赔偿而采取行动是民事诉讼作为一种执法方式得以“出场”的动力所在。<sup>③</sup> 但是以证券侵权纠纷为代表的小额多数的群体性纠纷中,诸多当事人并没有起诉的动力。因此,对“两造诉讼的构造作出限制、调整和突破,或者借助诉讼之外的群体性纠纷解决机制,对两造诉讼的制度真空予以补充”颇具必要性。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> See Curtis J. Milhaupt, “Nonprofit Organizations as Investor Protection: Economic Theory and Evidence from East Asia”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 29, 2004, p. 197.

<sup>②</sup> 从已经公开的判决书来看,投服中心将已经征集到委托的投资者合并在一个案件作为一个共同诉讼起诉,法院在审理的过程中仍需要对每个投资者损失的因果关系和金额进行一一认定,并且赔偿款直接打入各投资者账户,与传统模式并没有本质差异。

<sup>③</sup> 参见吴泽勇:《群体性纠纷解决机制的建构原理》,载《法学家》2010年第5期。

<sup>④</sup> 同上。

## 2. 支持起诉适用程度存在争议

支持起诉制度仅仅只是民事诉讼法中的一条原则性规定,缺乏相应实施细则。目前投服中心的支持诉讼实践亦是在摸索中逐渐进行的。

### (1) 介入方式有争议

在支持案件的介入方面,支持起诉主体是主动介入纠纷,还是由当事人申请后被动介入?若采用主动参与的形式,那么如何了解案件纠纷和诉讼过程?若采用当事人申请的形式,那么申请程序如何?这些并没有明确规定。

### (2) 支持的审查标准不明

民事诉讼法仅规定“可以支持”,但“可以”不等于“必须”,并且按照支持起诉依托的社会干预理论,其是当事人无力起诉下的补充救济机制,那么,投服中心如何判断向其申请支持起诉的当事人是否满足被支持起诉的标准?该判断标准为何?在满足判断标准的基础上,投服中心是否必须支持起诉或者有权拒绝相应主体的申请?

### (3) 支持的程度难以把握

由于“可以进行支持起诉”的描述过于笼统,没有对支持的方式以及程度作出规定,支持的程度没有规则可以参考,可能导致过度支持,或者由于缺乏可操作性而难以落地。理论界和实务界对于支持起诉是停留在法院审理前阶段、法庭辩论前阶段还是案件审理全阶段尚无定论。

## 3. 判决不具扩张性和示范性

### (1) 判决扩张力对于纠纷解决效率的保障

域外纠纷解决机制的高效无不涉及对判决效力的直接或间接扩张。美国集团诉讼能够有效解决纠纷的重要原因就在于其“选择退出”机制,将判决的示范效力扩张至所有未选择退出的当事人。德国示范诉讼中,虽然判决不具有直接扩张的法律效力,但其具有间接扩张的法律效力,示范判决中认定的事实和法律问题对所有同类案件均适用。

### (2) 投服中心支持诉讼判决的扩张效力缺陷

中国坚持传统既判力原则,在代表人诉讼虚置的情况下,即便是最高人民法院的指导案例,也仅仅只有指导作用,更毋庸说判决的效力直接扩张至未参与诉讼的当事人身上。目前投服中心支持起诉之后法院的判决也是个案判决,虽然原被告可能会将已生效的判决作为和解的参考,但是判决本身不具有任何扩张效力,若同类案件的其他当事人提起诉讼,法院仍需个案中进行认定,不利于纠纷的快速解决。



#### 4. 赔偿可能有失公允

##### (1) 民事赔偿优先的障碍

投服中心目前已经提起的证券支持诉讼全部是在行政处罚做出后进行的,这种方式可以减少原告方的举证责任,但却无法解决民事赔偿与行政罚款之间的冲突问题。一方面,在行政罚款之后,违法行为人资产不足甚至没有资产可以用于民事赔偿;另一方面,行政罚款上缴国库后缺乏相应的中间停留或者回拨机制。

##### (2) 审判执行时间不同导致赔偿有失公允

由于中国法院依据生效裁判文书进行执行,因而获得有利的生效裁判文书且申请执行的时间十分重要。在被告的财产用于行政罚款之后,其剩余财产在一定期间内相对固定,因而若被告的财产刚好只能用于 50 人的赔偿,那么第 51 个人之后再起诉,即便获得了有利的生效判决,亦无从获得赔偿。案件审理、判决以及执行的时间不同直接导致原告权利实现的程度不同,赔偿无法做到公允。

### 三、投服中心民事赔偿诉讼的发展方向:示范诉讼的可能

#### (一) 域外证券纠纷解决机制的经验及本土化的可能性

##### 1. 美国集团诉讼制度的适用困境分析

在谈及中国证券民事纠纷解决方式的域外借鉴时,多数学者最先提及的便是美国集团诉讼。有学者认为集团诉讼可以“成为中国证券领域竞争性多元化纠纷解决机制的并行选项之一”。<sup>①</sup>但是,集团诉讼在中国的落地存在一定现实困境。

##### (1) 诉讼机制的差异

美国集团诉讼最重要的就是“默示加入、明示退出”机制,并且美国集团诉讼更注重震慑违法行为,这一点从集团诉讼民事赔偿金额高但实际获赔率低的现象中可见一斑。中国遵循不告不理的诉讼原则,现有的机制都基于“明示加入、默示退出”的制度设计。<sup>②</sup>此外,中国证券市场亟待解决的是投资者保护问题,这一点在近年来出台的相应政策中可见一斑,证监会官网甚至直接写明“维护投资者特别是中小投资者合法权益”的目标,因而中国所需的制度设计与美国集团诉讼存在较大的不一致性。

<sup>①</sup> 郭雳:《美国证券集团诉讼的制度反思》,载《北大法律评论》2009年第2期。

<sup>②</sup> 即便是人数不确定的代表人诉讼,虽然其判决效力具备扩张性,但此种扩张性的前提仍是当事人自愿起诉到法院,在一定意义上,这也是选择加入的制度设计。

## (2) 集团诉讼配套制度缺失

美国集团诉讼发达的原因不在于集团诉讼本身,而在于与集团诉讼相配套的一系列机制将集团诉讼的效能发挥到最大,如胜诉酬金、声明退出制度、专业原告律师、董事、高管责任保险等相应制度。<sup>①</sup> 但在中国,首先,胜诉酬金方面,群体性诉讼采用风险代理的可能性已被《律师服务收费管理办法》第20条明确禁止;其次,美国集团诉讼能发挥极大作用的前提之一便是声明退出的机制,而中国则坚持传统既判力理论和诉权处分理论;最后,集团诉讼大量以和解结案,一部分原因在于高管的责任保险范围覆盖了和解下的赔偿,但在中国,高管的责任保险普及程度还远远不够。

### 2. 德国团体诉讼制度的适用困境分析

#### (1) 制度的适用范围不同

德国存在悠久的团体诉讼历史和强大的团体,<sup>②</sup>因而德国通过直接赋予团体原告资格的方式解决群体性纠纷。但德国团体诉讼主要适用于消费者权益保护、不正当竞争以及环境团体诉讼案件,适用于损害赔偿之诉的范围极其有限。<sup>③</sup> 德国的立法者总体上对团体诉讼适用于损害赔偿之诉持十分谨慎的态度,<sup>④</sup>而中国目前亟待解决的是投资者集体行动困境下的损害赔偿问题,中国的立法者对于损害赔偿之诉的制度设计抱有积极态度,这就决定了德国的团体诉讼的制度设计不符合中国的实际需要。

#### (2) 缺乏历史悠久的团体诉讼经验

德国有悠久的团体诉讼历史,并且在德国可以提起诉讼的团体根据法律规定有一定差异。在中国,团体进行诉讼实践的时间并不长,公益诉讼领域由团体提起诉讼的实践也仅仅是在2013年《民事诉讼法》修改之后才开始,团体在证券领域进行诉讼的实践更是空白,在此种情况下,采用德国的团体诉讼无异于重新进行制度设计。而且赋予何种团体诉讼资格又需立法考量与政策支持。

---

<sup>①</sup> 在美国,存在大量的专业律师负责关注市场的违法行为并积极提起诉讼,胜诉酬金制给律师提供了充分激励。同时,在胜诉酬金制下,当事人只要委托律师而不需要额外付出成本即可享有胜诉收益。声明退出制度则保障了集团的人数,能够一次性解决纠纷,从而减少了原被告的诉累。董事、高管的责任保险制度涵盖了集团诉讼下的和解,这在极大程度上推动了美国集团诉讼的发展。

<sup>②</sup> 参见谢伟:《德国环境团体诉讼制度的发展及其启示》,载《法学评论》2013年第2期。

<sup>③</sup> 仅适用于消费者团体基于消费者授权而提起的诉讼以及对不正当竞争人提起的收缴不法收益之诉。参见吴泽勇:《德国团体诉讼的历史考察》,载《中外法学》2009年第4期;刘学在:《民事公益诉讼制度研究——以团体诉讼制度的构建为中心》,中国政法大学出版社2015年版,第114页。

<sup>④</sup> 参见吴泽勇:《集团诉讼在德国:“异类”抑或“蓝本”?》,载《法学家》2009年第6期。

### 3. 我国台湾地区团体诉讼制度的适用困境分析

#### (1) 缺乏实体法的支撑

我国台湾地区的团体诉讼之所以能取得较大成效,根本原因就在于“法律”为团体行使权利规定了一系列便利措施。(1)我国台湾地区允许团体受让损害赔偿请求权或者诉讼实施权的方式提起诉讼。<sup>①</sup>由于“实体法”的明确规定,我国台湾地区的团体就是诉讼当事人,诉讼是“一对一”的结构。(2)赋予台湾地区“财团法人证券投资人及期货交易人保护中心”(以下简称“投保中心”)起诉前的调阅权。<sup>②</sup>(3)对诉讼费用规定上限。<sup>③</sup>(4)减免申请冻结或强制执行的担保。<sup>④</sup>然而,我国并没有专门的实体法支撑特定的团体提起诉讼,这也正是投服中心无奈之下依托支持起诉原则的原因。

#### (2) 发展路径的相似性

值得一提的是,在“投保中心”成立以前,采用“证券暨期货市场发展基金会”下设“投资者保护中心”以普通共同诉讼方式协助当事人提起团体诉讼,由受害人出具委任状赋予“投保中心”的律师以诉讼代理权。<sup>⑤</sup>在2002年台湾地区“投保法”制定以后才正式成立“投保中心”,采用具有官方色彩的非营利组织专司投资者保护工作。虽然我国《证券法》修改二审草案已经专章规定了投资者保护,但是在目前专项法律尚未出台或者《证券法》修订草案尚未通过的情况下,此种模式缺乏法律的支撑因而在中国难以推行。

### 4. 德国示范诉讼制度的可借鉴性分析

#### (1) 德国示范诉讼的有效性

德国示范诉讼的独特之处在于以下几点:(1)不同审级法院之间的合作,实现高级别法院对共同问题的集中审理和低级别法院对个体问题的同时审理;(2)裁决约束力及于原被告以及被通知参加的人;(3)保障当事人听审权,被中止案件的原告可以参与到示范诉讼中行使权利;(4)减轻原告诉讼费用,诉讼中的费用由所有参与人按

---

<sup>①</sup> 我国台湾地区“消费者保护法”第50条第1款规定,消费者保护团体受让消费者损害赔偿请求权后,以自己名义,提起损害赔偿之诉。台湾地区“证券投资人及期货交易人保护法”第28条第1款规定,法定条件下“保护机构”受让仲裁或诉讼实施权后,以自己名义仲裁或起诉。台湾地区“个人资料保护法”第34条第1款规定,财团法人或公益社团法人经授予诉讼实施权,可以以自己名义起诉。台湾地区“民事诉讼法”第44条第1款赋予社团法人基于社员的选定而诉讼。详见刘学在:《请求损害赔偿之团体诉讼制度研究》,载《法学家》2011年第6期。

<sup>②</sup> 参见台湾地区“证券投资人及期货交易人保护法”第17条。

<sup>③</sup> 参见台湾地区“证券投资人及期货交易人保护法”第35条。

<sup>④</sup> 参见台湾地区“证券投资人及期货交易人保护法”第34条、第36条。

<sup>⑤</sup> 参见王文宇:《台湾地区投资人保护中心的法制与实践》,载《证券法律评论》2015年第00期。

照比例负担;(5)法院主导诉讼过程,包括示范案件的选取、通知;(6)限制原告律师的起诉激励,不采用胜诉酬金制,选定的示范诉讼案件,原告律师不得额外收费。

## (2)适用范围的相似性

德国示范诉讼主要规定在2005年《资本市场示范案例法》(Capital Markets Model Case Act)中。根据该法案,示范诉讼主要适用于两类侵权行为:(1)虚假、误导或者怠于发布公共投资市场信息而产生的损害赔偿请求权;(2)基于德国《有价证券收购法》的规定而产生的合同履行请求权。此种模式以传统一对一的形式解决群体性问题,不冲击德国现有的法律制度和理论体系。<sup>①</sup> 相比于其他国家和地区的制度,德国示范诉讼制度的适用范围专门针对证券市场的违法行为,并且中国和德国均坚持传统既判力理论,不鼓励胜诉酬金制度,因而在相应制度尚未完善的情况下,借鉴德国的示范诉讼制度无异于是对现有体制机制影响最小的选择,并且我国也存在借鉴示范诉讼制度的必要性和可行性。

## (二)投服中心选择示范诉讼的必要性和可行性

### 1. 示范诉讼模式的必要性

#### (1)缓解审判压力,提高诉讼效率

示范诉讼下法院通过对共同争议焦点的集中审理,一次性完成事实认定,避免证人和鉴定人重复出庭,形成的示范判决作为其他案件的参考依据,能有效提升裁判的可预测性,促进当事人自行和解,有助于提升司法效率。

#### (2)强化了示范效应,有助于一体化解决群体性纠纷

通过示范诉讼对同一被告、同一侵权事实导致的案件先进行事实认定和法律适用,后面的类似案件起诉时,法院可以直接通过裁定的形式将示范判决适用于后诉案件,这种做法可以避免类似案件的重复审理工作,而且能够保持判决的一致性,有利于群体性纠纷的解决。

#### (3)降低了当事人诉讼成本

对于原告而言,除了示范诉讼的原告所需时间精力较多以外,其他原告都可以直接适用示范判决,省去了大量的举证工作,节约诉讼成本;而对于被告而言,示范诉讼是一对一的诉讼模式,示范之后判决能够裁定适用其他案件,也可以省去在传统诉讼方式下被告一一应诉的烦扰。

<sup>①</sup> 参见吴泽勇:《〈投资者示范诉讼法〉:一个群体性法律保护的完美方案?》,载《中国法学》2010年第1期。

#### (4) 加大了民事责任的追究机制,有效震慑证券违法行为人

一旦一个示范判决认定被告侵权行为成立、需要负赔偿责任,那么,只要后续的投资人证明自己能够成为适格原告,被告就都需要承担赔偿责任。此种情况带来的直接后果是被告需要为自己的虚假陈述行为付出更高的代价。示范判决满足了原告的救济赔偿需求,大大提高了违法成本,能够有效威慑侵权行为。

### 2. 示范诉讼模式的可行性

#### (1) 法律逻辑上可以突破

现代型诉讼的出现对于传统民事诉讼的辩论主义、证据的提出和收集、传统当事人理论甚至自由主义诉讼观、纠纷解决的诉讼功能定位等都提出了挑战,尤其是双方当事人不平等性使现代型诉讼有着不同于传统民事诉讼的制度设计。<sup>①</sup> 中国现行法律下的一些制度设计正是遵循了此种理念,如公益诉讼的模式。此外,我国民事诉讼法中关于支持诉讼的规定具有很大的适用空间。

#### (2) 最高人民法院和证监会的支持

最高人民法院、中国证券监督管理委员会《关于在全国部分地区开展证券期货纠纷多元化解机制试点工作的通知》中提出要建立示范判决机制。最高人民法院《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》第7条规定:“探索实行示范诉讼方式”。证监会主席助理黄炜在一次研讨会上亦提道“要参考借鉴有关示范诉讼的制度做法,探索研究建立示范判决机制”。<sup>②</sup> 来自审判机关和行政机关的支持无疑对示范判决制度的落地提供了极大便利。

#### (3) 立法趋向于提高资本市场群体性纠纷解决的效率

我国2017年《证券法》二审修订草案对投资者保护设专章规定,其中规定了先行赔付制度,具体表述为:“发行人欺诈发行、虚假陈述或其他重大违法行为给投资者造成损失的,发行人的控股股东、实际控制人、相关的证券公司、证券服务机构可以委托国家设立的投资者保护机构,就赔偿事宜与投资者达成协议,予以先行赔付。”这一规定正是旨在快速解决证券市场存在的纠纷问题。

#### (4) 类似做法的影响

法院在面对同一虚假陈述引发的大量同类纠纷案件时也会选择典型案件先行审

<sup>①</sup> 这些不同的制度设计包括以下几类:(1)缓和受害人举证责任的同时加强加害方的举证责任;(2)强化当事人证据收集权;(3)采用举证责任倒置、降低诉讼证明标准等证明责任的替代方案。参见肖建国:《现代型民事诉讼的结构和功能》,载《政法论坛》2008年第1期。

<sup>②</sup> 熊锦秋:《证券期货示范诉讼制度值得探索试点》,载《证券时报》2017年9月6日,A03版。



理,将结果类推适用其他案件,在“东方电子案”中青岛法院就是采用了这种方式。<sup>①</sup>此外,法院在劳动争议、业主与开发商/物业争议、中小股东与控股股东/公司的纠纷中也采用类似方式。<sup>②</sup>具有潜在利害关系的当事人会旁听庭审过程从而形成诉讼预期,在一案件作出裁决后,往往以该案的诉讼结果为参考决定是否接受法院调解或自行和解。

### (三) 由投服中心提起示范诉讼的正当性基础

#### 1. 由非营利组织提起诉讼的实践

韩国的参与民主人民联盟(People's Solidarity for Participatory Democracy)、日本的股东巡视员组织(Kabunushi Ombudsman)、我国台湾地区“投保中心”(Securities and Futures Investors Protection Center)均采用非营利组织提起诉讼的形式,“求偿权的行使已经逐步成为全球的发展趋势”。<sup>③</sup>由于公共政策的原因,我国的民间非营利性组织并不发达。<sup>④</sup>加之中国证券市场采用行政机关主导的监管模式,投服中心作为证监会批准设立的非营利性投资者保护服务机构自然而然地承担了此项使命。

#### 2. 投服中心的“公益性”定位

##### (1) 公益性维权组织

出于中国证券市场的投资者保护考量,2013年国务院办公厅《关于进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》中指出“要探索建立中小投资者自律组织和公益性维权组织”。投服中心作为“公益性维权组织”,是中小投资者的利益代表者和权利维护者,通过自身的特殊身份或者接受投资者的权利让渡,以专业的力量保障投资者个人权利。<sup>⑤</sup>投服中心公益性维权组织的特征以及资金来源的有限性决定了投服中心不具有收益分配的可能性,其会选择既有益于改善公司治理又能维护证券市场秩序的案件,并且只有在具备充分依据的条件下才会提起诉讼,更能实现惩治违法者和阻却违法行为的目的。

##### (2) 带有政府色彩的非营利性组织

相较个人投资者,投服中心的政府色彩使其能够很好地获得监管机构的支持,开

<sup>①</sup> 参见黄辉:《注册制改革背景下的虚假陈述赔偿制度:现状与未来》,载《经济法研究》2016年第2期。

<sup>②</sup> 参见杨严炎:《我国示范诉讼司法实践与相关立法问题浅析》,载《人民法院报》2008年1月22日,第6版。

<sup>③</sup> 黄忠顺:《论公益诉讼与私益诉讼的融合——兼论中国特色团体诉讼制度的构建》,载《法学家》2015年第1期。

<sup>④</sup> 参见汤欣:《私人诉讼与证券执法》,载《清华法学》2007年第3期。

<sup>⑤</sup> 参见陈洁:《〈证券法〉应明确投服中心的功能定位》,载中证网:[http://www.cs.com.cn/xwzx/zq/201612/t20161213\\_5117866.html](http://www.cs.com.cn/xwzx/zq/201612/t20161213_5117866.html),最后访问日期:2018年2月2日。



展诉讼的难度相对于中小投资者而言要小得多。韩国著名的非营利性组织——参与民主人民联盟在发起少数股东权益保护运动时,其行动就很少得到监管机关的支持,其向监管机构提出的制度检讨意见也很少得到政府的支持。而具有兼具达成行政目的的台湾地区“投保中心”在形式上同样是法人,但其董事、监事的任命以及经费来源均带有行政色彩,这就为其行使职权和调查举证提供了便利。此外,我国投服中心作为介于市场和政府之间的社团法人,<sup>①</sup>其政府背景的存在使其不会阻碍其他执法机制的运作,反而能和其他机制共同发挥作用,二者能够实现良好互动,提高投资者保护效率。

### 3. 投服中心提起示范诉讼的理论支撑

从世界各国及各地区的实践来看,由非营利性组织作为当事人提起诉讼的正当性因纠纷的类型和各国及各地区的规定而有所差异。赋予诉讼实施权的方式包括程序赋权和实体赋权。<sup>②</sup>

#### (1) 实体赋权模式

此种模式又分为两种:一是基于团体自身实体权利起诉,如德国《反不正当竞争法》《一般交易条款规制法》下特定团体提起的不作为之诉。<sup>③</sup> 通说认为,上述法律赋予了工商业利益团体、消费者团体等不作为请求权,由于该请求权具有实体权利的性质,<sup>④</sup>因而团体基于该请求权起诉属于依据团体自身实体权利而享有诉权。二是基于诉讼信托起诉,有学者认为我国台湾地区“消费者保护法”第50条关于消费者团体受让损害赔偿请求权后以自己名义起诉属于诉讼信托,<sup>⑤</sup>因“对提起诉讼的权利进行信托”<sup>⑥</sup>而当然带来的程序权利转移。

#### (2) 程序赋权模式

此模式亦分为两种:一是基于法定诉讼担当起诉,认为团体提起诉讼是基于法律规定的诉讼实施权,我国台湾地区“消费者保护法”第53条和“民事诉讼法”第44条

<sup>①</sup> 参见陈洁:《投服中心公益股东权的配置及制度建构——以“持股行权”为研究框架》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(第1辑),法律出版社2018年版,第78页。

<sup>②</sup> “程序赋权”与“实体赋权”的相关表述参见黄忠顺:《论公益诉讼与私益诉讼的融合——兼论中国特色团体诉讼制度的构建》,载《法学家》2015年第1期。

<sup>③</sup> 参见刘学在:《民事公益诉讼制度研究——以团体诉讼制度的构建为中心》,中国政法大学出版社2015年版,第114页。

<sup>④</sup> 参见姜世明:《选定当事人之变革——兼论团体诉讼》,载《月旦法学杂志》2003年第5期。

<sup>⑤</sup> 参见刘学在:《团体诉讼之当事人适格的类型化分析》,载《法学评论》2010年第2期;朱柏松:《诉讼信托无效之规定的适法性探讨》,载《月旦法学杂志》2001年第8期。

<sup>⑥</sup> 齐树洁:《环境公益诉讼原告资格的扩张》,载《法学论坛》2007年第3期。

赋予团体提起不作为之诉的权利,<sup>①</sup>属于诉讼法上的制度安排,<sup>②</sup>是基于法定诉讼担当人地位而为的诉讼。<sup>③</sup>二是基于任意诉讼担当起诉,团体基于实体法律关系当事人的授权而享有诉讼实施权,以团体名义行使他人的请求权。该授权是团体以实体法律关系当事人身份进行诉讼的基础和判决对实体法律关系当事人发生效力的前提。我国台湾地区“民事诉讼法”第44条与“证券投资人及期货交易人保护法”第28条规定的诉讼即是此种模式。<sup>④</sup>甚至我国著作权集体管理组织与著作权人未签订著作权信托合同的情况下,经著作权人书面授权而以该组织名义提起诉讼的情况亦属于任意诉讼担当。<sup>⑤</sup>

### (3) 中国的理论支撑——任意诉讼担当理论

虽然各国和各地区对于团体基于何种理论提起诉讼存在不同的认识,但有一点是一致的,即在特定条件下,为保护扩散性或公益性利益,都赋予团体诉讼实施权以方便其起诉。对于中国而言,直接赋权模式需要以专门立法形式赋予专门机构,但目前中国暂无这方面的立法,在投服中心出现之前甚至没有专门的机构适合被赋予此项权利。诉讼信托模式学界尚未达成一致认识,而且我国《信托法》第11条直接禁止了专为诉讼或讨债目的而设立信托。法定诉讼担当只有在遗嘱执行、遗产管理、破产管理等直接利害关系人不能、难以或者不宜诉讼的情况下才适用。任意诉讼担当模式下由当事人进行程序授权,与传统当事人理论和“当事人自负其责”的理念相吻合,通过投资者与投服中心签订一系列协议的方式将诉讼权利委托投服中心的模式对中国传统理论和制度冲击较小,还能避免无谓的小额诉讼。

---

<sup>①</sup> 我国台湾地区“消费者保护法”第53条第1款规定:消费者保护官或消费者保护团体,就企业经营者重大违反“消费者保护法”有关保护消费者规定之行为,得向法院诉请停止或禁止之。“民事诉讼法”第44-3条第1款规定,“以公益为目的之社团法人或财团法人,经其目的事业主管机关许可,于章程所定目的范围内,得对侵害多数人利益之行为人,提起不作为之诉”。

<sup>②</sup> 参见沈冠伶:《诉讼权保障与裁判外纠纷处理》,台北,元照出版股份有限公司2006年版,第186页。

<sup>③</sup> 同上书,第189页。

<sup>④</sup> 我国台湾地区“民事诉讼法”第44-1条第1款规定:“多数有共同利益之人为同一公益社团法人之社员者,于章程所定目的范围内,得选定该法人为选定人起诉。”台湾地区“证券投资人及期货交易人保护法”第28条第1款规定:保护机构为保护公益,于本规定及其捐助章程所定目的范围内,对于造成多数证券投资人或期货交易人受损害之同一原因所引起之证券、期货事件,得由20人以上证券投资人或期货交易人授予仲裁或诉讼实施权后,以自己之名义,提付仲裁或起诉。

<sup>⑤</sup> 参见刘学在:《著作权集体管理组织之当事人适格问题研究》,载《法学评论》2007年第6期;肖建国、黄忠顺:《任意诉讼担当的类型化分析》,载《北京科技大学学报》(社会科学版)2009年第1期。

## 四、投服中心民事赔偿诉讼的完善路径：示范诉讼制度构建

### （一）投服中心提起示范诉讼的整体构想

基于投服中心的有益实践,由投服中心选取典型证券侵权案件,接受投资者委托就该侵权行为支持投资者提起损害赔偿的示范诉讼,由法院就该案共同的法律问题和事实问题进行审理,作出示范判决,判决效力及于所有授权的投资者。具体而言,其可以分为以下几点:(1)由投服中心选取证券市场典型纠纷,发布征集委托公告,由投资者向投服中心递交所需材料证明其合格投资者身份和所受损失。投资者向投服中心授予诉讼实施权并签订委托协议、既判力扩张协议和执行根据获得协议,表明其自愿接受投服中心对示范原告的选择,其愿意将自身案件作为示范案件提交法院,若其案件最终未被法院认定为示范案件审理,则其愿意接受法院对示范案件作出的示范判决约束。(2)由投服中心选取具有典型性的投资者向法院申请作为示范诉讼审理,由法院裁定作为示范诉讼审理并进行公告,公告产生中断诉讼时效的效力。法院已经受理的案件暂停审理,未授权给投服中心的投资者可以向法院申请进行权利登记。(3)法院对示范案件进行审理,对该案件作出的示范判决对所有授权或登记的投资者具有直接扩张的效力,其不能就该事宜再次提起诉讼。但是,对于示范判决结果不服的投资者可以提起上诉,上诉适用一般上诉程序审理。(4)其他未授权给投服中心或公告期间未登记的当事人可以自行向法院提起诉讼,但案件中共同的事实和法律问题将参照示范判决进行认定。

### （二）投服中心提起示范诉讼的制度构造

#### 1. 示范案件审理前的制度构造

##### （1）投服中心申请启动示范诉讼

按照示范诉讼的启动方式不同,可以分为契约型示范诉讼、职权型示范诉讼以及混合型示范诉讼。契约型和综合型示范诉讼模式需要当事人之间首先达成诉讼契约,该示范性契约给了当事人是否愿意为追求效率而牺牲一定公正的选择权,<sup>①</sup>但受制于中国“不诉不理”的传统诉讼法理论,加之中国证券纠纷受损投资者分布广泛,要所有投资者之间达成诉讼契约无疑是高成本甚至不可能的,最合适的方法便是借鉴

<sup>①</sup> 参见田平安主编:《民事诉讼法原理》,厦门大学出版社2004年版,第45页。

德国的职权性示范诉讼模式并进行改造。具体而言,由投资者在委托投服中心时便签订委托协议、既判力扩张协议和执行根据获得协议。通过委托协议将是否提起示范诉讼申请的选择权同时委托给投服中心,由投服中心选择示范诉讼申请审理,其他当事人暂停起诉,已经起诉的则其案件暂停审理。既判力扩张协议是由投资者出具的表明其愿意接受由投服中心提起的示范诉讼判决约束的声明。执行根据获得协议是非示范诉讼当事人向法院申请强制执行示范诉讼裁判结果的依据。<sup>①</sup>此种模式既赋予了当事人选择是否愿意为了快速解决纠纷而牺牲一定程序公正的权利,又避免了投资者之间可能无法达成一致的尴尬境地。

### (2) 依据典型性选取示范案件和当事人

证券民事赔偿诉讼提起率不高的一个主要原因在于因果关系、损失计算、举证等技术性障碍,这对于广大投资者而言是极大的障碍,但是投服中心作为依托证监会的公益组织,加之有诸多公益律师的支持,可以调动各方力量,针对难点案件尤其是在损害赔偿因果关系认定上有不确定的案件进行诉讼,打造经典案例。此外,投服中心选取的案件还应当考虑案件的可诉性、可能潜在的投资者人数、被告的赔付能力以及案件的示范效应等方面。征集委托期限届满后,由投服中心在已委托的投资者中选取具有典型性的投资者提请法院作为示范案件审理。

### (3) 上海金融法院集中管辖

以虚假陈述案件为例,《若干规定》第9条将审理法院限定在发行人或者上市公司所在地的中级人民法院。但此条规定经常引发诟病,原因在于发行人或上市公司大多在该辖区有比较大的影响力,多是当地优质企业或纳税大户,因而被告所在地的法院可能无法中立、公正地审理该案。由于《关于设立上海金融法院的法案》已经通过,上海将设立金融法院,由专业力量审理金融案件。在金融法院设立之后,由金融法院专属管辖是最有利于提高金融审判水平,实现裁判统一和判决示范效力的方式。然而,上海金融法院的设立尚需履行相应的批准流程,在上海金融法院尚未组建的当下,可以考虑由证券交易所所在地的法院进行管辖,<sup>②</sup>尤其是在上海已经基本形成了

---

<sup>①</sup> 有观点认为由于执行直接与当事人实体权利义务相关,因此《执行根据获得协议》需要进行公证或者法院确认。参见郑妮:《示范诉讼制度研究》,四川大学出版社2012年版,第66页。

<sup>②</sup> 《通知》第1条直接将虚假陈述民事赔偿案件定位为民事侵权索赔案件,而《民事诉讼法》第28条规定侵权行为引发的纠纷由侵权行为地或被告住所地法院管辖。如文章所述,被告住所地的可能面临客观公正性的挑战,因而此类案件不妨由侵权行为地法院管辖。而侵权行为地的认定,出于被告基本为上市公司,也即其股票均在上海证券交易所或深圳证券交易所上市交易,上市公司的信息披露也是主要通过上述平台进行,因此沪深证券交易所可视为信息披露的侵权行为地。

以各级法院金融庭为依托的三级法院金融审判组织体系<sup>①</sup>的情况下,可以对证券纠纷案件作出公正审判。在金融法院设立完毕并成功运作后再将相关案件移交金融法院审理。

#### (4) 示范诉讼公告的中断和登记效力

投服中心的征集委托并不能产生法律上的公告效力,加之中国本就有法院牵头进行公告的做法,代表人诉讼的公告主体就是法院。因而中国在示范诉讼的公告制度设计方面,不妨由法院承担此项公告职责。在公告的内容方面,力争使当事人能清楚明白示范案件的基本情况,并及时向法院登记权利,使示范案件的判决结果具有更为广泛的扩张效力。在公告期满后,由法院通知所有登记的权利人(包括向投服中心授予委托的投资者),这可以作为后续判决既判力扩张效力的正当基础。在公告后登记的效力方面,在投服中心征集委托后向法院提起诉讼时就可视为向侵权人“提出履行请求”,只是为了一次性定分止争而采用先选取示范案件进行审理的方式。

### 2. 示范案件审理中的制度构造

#### (1) 诉讼请求聚焦于损害赔偿

投服中心作为公益性维权组织,对证券侵权行为提起诉讼的目的在于投资者的损害赔偿,因而投服中心的诉讼请求自然应聚焦于投资者的实际损失。投服中心作为带有行政色彩的私法主体,其带有私人执行方式的目的,通过帮助受到证券侵权损害的投资者获得补偿间接实现制止证券违法行为、保障证券市场公平效率的目的。有学者建议赋予诉讼实施者“惩罚性赔偿请求权和剥夺经营者非法收益的利润剥夺请求权”,<sup>②</sup>但是目前中国的相关诉讼法理论或者配套制度限制了诉讼的扩张力,因而在较短的一段时间内,投服中心应当更多地将焦点聚集在损害赔偿的诉请上,通过案件的示范效力起到预防和震慑效果是示范诉讼的第二位目标。

#### (2) 诉讼实施权撤回的适当限制

投服中心代为提起诉讼的前提是投资人向投服中心递交书面材料将自己的诉讼实施权授予投服中心,此诉讼实施权的授予应当采用书面形式。授予诉讼实施权后在审理过程中是否允许投资者撤回授权亦值得探讨。诚然,从实体当事人意愿和处分权的角度出发,其应有权撤回授权,但从诉讼程序的进行以及纠纷的统一解决角度

---

<sup>①</sup> 参见李思:《护航国际金融中心建设上海金融法院“先试先行”》,载东方财富网:<http://finance.eastmoney.com/news/1365,20180412856203723.html>,最后访问日期:2018年4月13日。

<sup>②</sup> 黄忠顺:《论公益诉讼与私益诉讼的融合——兼论中国特色团体诉讼制度的构建》,载《法学家》2015年第1期。



考量,投资者不能随意撤回授权。具体而言,可以将诉讼实施权撤回的时点限制在法庭辩论结束之前。在法庭辩论结束之后,对案件的事实争议已经基本审理完毕,此时若允许当事人撤回授权,则有浪费司法资源和回避审判约束之嫌。

### (3) 保障非示范诉讼当事人的程序权利

鉴于非示范诉讼当事人未直接参与案件的审理,但是却受到示范判决效力的约束,虽然其向投服中心授权时签订了委托协议和既判力扩张协议可以为其放弃诉权提供一定正当性基础,但这并不影响对当事人提供相应的程序保障作为示范判决效力扩张的制度优势。具体而言,在审理示范案件时需要注重保障相关当事人的知情权,允许其他已授权投资者对案件进行持续追踪并对判决提出异议。赋予非示范诉讼当事人的知情权和异议权。<sup>①</sup> 由于示范判决会扩张至已经授权并作出声明的投资者,因而也应当赋予同期的非示范诉讼当事人上诉的权利。

## 3. 示范案件审理后的制度构造

### (1) 明确示范判决的扩张效力

对于法院裁判的扩张力,主要有“加入制”和“退出制”两种。各国(地区)裁判扩张的效力基础各不相同。<sup>②</sup> 但中国目前还是以选择加入为宜。主要原因在于以下两点:(1)传统既判力理论占据主流地位,民事诉讼法和传统的诉讼救济均以加入制为基础;(2)小额多数案件并没有引入退出制的迫切需要。保障每个投资者的投资安全不是法律应该起到的作用,因而也不需要采用退出制强势保护投资人的权益。在选定的示范案件审理结束后,法院在判决书中应当明确其示范判决属性和既判力范围。具体而言,从既判力主观范围而言,将其扩张至已经签订委托协议和既判力扩张协议的投资者;从既判力客观范围而言,可以扩张的不仅仅是对当事人实体权利义务产生直接影响的判决主文的内容,而且还应包括判决理由部分。因为判决主文主要是对当事人的请求事项作出裁判,而对共同法律问题和事实问题的认定则是在判决理由部分,示范判决的本质就是要使判决理由认定的事实和法律问题适用于后续案件。

---

<sup>①</sup> 参见洪冬英:《代表人诉讼制度的完善——以职权型示范诉讼为补充》,载《华东政法大学学报》2011年第3期。

<sup>②</sup> 美国的示范判决对达成示范诉讼契约的所有当事人有效,英国示范判决效力扩张的理论基础是法院的案件管理理论,德国则基于程序保障理论将判决效力及于所有法院通知参加示范诉讼程序的“参加人”。参见郑妮:《示范诉讼制度研究》,四川大学出版社2012年版,第38页、第55页、第187页。



## (2) 诉讼费用的分摊

各国(地区)对示范案件审理过程中发生的费用分摊采用不同的做法。<sup>①</sup> 在中国进行示范诉讼的费用设计时应当考虑:(1) 裁判费征收的一般原理;(2) 鼓励此种程序机制的适用,力求用同一诉讼程序为受害人提供保护并矫治违法行为。<sup>②</sup> 鉴于投服中心提起的示范诉讼主要对同一证券违法行为共同的事实和法律焦点进行认定,并且投资者已经声明愿意接受判决约束,此外,投资者本该为占用国家审判资源而付出相应的对价,且投资者也有这种合理预期,因而此种情形下,示范诉讼的费用可参考英国做法,在审理过程中将发生的案件费用进行区分,示范诉讼的费用由所有当事人共同承担,非示范诉讼费用则由个别当事人自行承担。

## (三) 投服中心提起示范诉讼需要完善的配套措施

### 1. 从胜诉赔偿中拨款建立基金作为经费来源

目前投服中心的经费来源主要是本金的耗用,加之投服中心作为公益性维权组织,不以营利为目的,这一模式并非长久之计。诉讼制度运用的频率以及对案件选择的主要考量在于资金的充分程度。资金可能的来源途径包括多种方式。<sup>③</sup> 从胜诉赔偿中拨款建立基金的模式对于投服中心而言具有可行性。一方面,在中国,法律服务需要收费已经习以为常,投资者决心起诉之时就已预想到可能需要支付的律师费,因而这种法律服务费用没有理由因为投服中心的公益性质就免除。另一方面,投服中心为投资者寻找公益律师,不意味着投资者可以不承担任何法律服务费用,如此将会增加投资者进行投资的道德风险。因而从胜诉收益中提取一定比例作为投服中心的运营资金属于投资者的可预期范围,并且该笔费用主要用作投服中心的日常运营和案件起诉,只要做到经费使用透明公开,通过基金的形式是比较可行的做法。

### 2. 保持投服中心的独立性

投服中心虽然是公司制法人,但其是证监会批准成立的,股东包括上海证券交易所

<sup>①</sup> 英国对示范案件审理过程中发生的费用进行了区分,如证据调查、专家鉴定等示范诉讼费用由同期其他当事人按照其请求金额的比例进行分摊,其他非示范诉讼费用由当事人自行承担。德国法规定初审的费用由所有当事人共同承担,上诉费用由上诉人和上诉参加人承担。我国台湾地区“投保中心”起诉的案件诉讼或仲裁费用由财团法人证券市场发展基金支付,诉讼金额或价额超过3000万元新台币的部分暂免缴裁判费,若该部分费用由“投保中心”承担则无须缴纳。

<sup>②</sup> 参见刘学在:《民事公益诉讼制度研究——以团体诉讼制度的构建为中心》,中国政法大学出版社2015年版,第403页。

<sup>③</sup> 资金的来源渠道可以包括:(1) 政府资助;(2) 成员缴纳会费;(3) 减免诉讼费;(4) 通过第三方公司提供资金支持;(5) 采用胜诉酬金制;(6) 采用单方面的律师费负担模式;(7) 从胜诉的赔偿金中拨付一部分比例建立基金。此部分的论述参见刘学在:《请求损害赔偿之团体诉讼制度研究》,载《法学家》2011年第6期。

所、中国金融期货交易所、上海期货交易所、深圳证券交易所、中国证券登记结算有限责任公司,从董事会构成来看,董事大多在股东单位担任高级管理人员。<sup>①</sup> 目前虽没有公开文件显示证监会可以直接遴选或者指派投服中心董事会成员,但依据《证券交易所管理办法》(2017年)、《期货交易所管理办法》(2017年)、《证券登记结算管理办法》(2017年)的规定,证监会对投服中心股东单位的高级管理人员选任和任命具有相当大程度的影响。诚然,政府主导也并不必然招致太大争议,但若完全由政府主导,则与投服中心的设立初衷和职能定位不相符合。因而在今后投服中心的运作中,应当保障投服中心的决策自主权,避免证监会对投服中心人事、战略、业务决策方面的全面主导,让投服中心能够有效、独立地运作。尤其要避免其成为严重依赖政府,甚至依然作为政府的附属机构发挥作用的情况出现。<sup>②</sup>

### 3. 加强信息披露与监督

由于投服中心采用有限责任公司的形式,而我国公司法对有限责任公司的信息披露制度没有严格要求,但基于投服中心的公益定位以及其目前承担的职能,其应当对日常活动进行披露,尤其是关于其财务报告等重大信息,公布诉讼和调解的细节,便于投资者乃至政府、非营利组织同行自律监督等。具体的做法可以在官网上披露年度报告,对投服中心1年内的诉讼情况、促进公司治理、未来展望目标、组织结构、各项职能业务的具体开展情况和取得成就以及财务情况做总结报告,<sup>③</sup>并在官网公示供民众下载查阅。

---

<sup>①</sup> 投服中心目前董事会有7名成员,分别为郭文英、徐明、张冬科(上海证券交易所副理事长)、刘慧清(深圳证券交易所副总经理)、曹越(上海期货交易所副总经理)、鲁东升(中国金融期货交易所副总经理)、范宇(中国结算公司副总经理),载投服中心网:[http://www.isc.com.cn/about\\_us/](http://www.isc.com.cn/about_us/),最后访问日期:2018年2月24日。

<sup>②</sup> 参见汤维建:《论团体诉讼的制度理性》,载《法学家》2008年第5期。

<sup>③</sup> 参见台湾地区“投保中心”网:<https://www.sfipc.org.tw/mainweb/index.aspx?l=1>,最后访问日期:2018年1月1日。