

证券集体诉讼中的原告适格论

——以2020年新修《证券法》第95条

第3款为中心

苏伟康*

摘要:新《证券法》第95条第3款赋予了投保机构在集体诉讼中的原告适格地位。这一安排突破了《民事诉讼法》中传统代表人诉讼的基本命题,原告适格的理论体系需要重新搭建。从诉讼地位、请求权类型和诉讼效果来看,证券集体诉讼应界定为团体诉讼。纠纷管理权理论为投保机构适格提供了法理上的依据,也形成了判断其他主体适格与否的标准。就具体路径而言,投保机构的适格地位来源自法定诉讼担当,而投资者的委托应定性为证券集体诉讼的特殊要件。

关键词:集体诉讼 原告适格 团体诉讼 纠纷管理权 法定诉讼担当

* 上海交通大学凯原法学院博士研究生。

集体诉讼^[1]是程序法对当今侵权规模化和多元化挑战的主要回应,其完备与否业已成为评价一国司法体系和司法能力现代化的重要指标。在群体性纠纷频发的证券领域,集体诉讼不仅是投资者权利救济的制度利器,也是资本市场长期繁荣的体制保证。新修《证券法》第95条第3款创立了证券领域所特有的集体诉讼程序:“投资者保护机构^[2](以下简称‘投保机构’)受五十名以上投资者委托,可以作为代表人参加诉讼,并为经证券登记结算机构确认的权利人依照前款规定向人民法院登记,但投资者明确表示不愿意参加该诉讼的除外。”即由投保机构替代投资者提起旨在请求损害赔偿的集体诉讼,判决效力及于所有未声明退出程序的投资者。

集体诉讼的基本理念是,将主体众多的纠纷简化为两造对立的结构,通过诉讼程序予以一次性解决,从而达成诉讼经济、裁判统一、接近司法等目标。主体的简化突破了传统当事人适格的一般原则。集体诉讼中的原告适格不可避免地成为制度构建最为关键的课题之一。所谓原告适格,是指就特定诉讼标的法律关系,可以原告地位提起诉讼,请求法院为本案判决的“资格”。原告适格是诉讼要件之一,起诉主体缺乏适格地位,诉讼被视作非正当,所作判决不具有效力。由适格原告提起的诉讼才具有裁判价值,也是裁判拘束力正当性之来源。适格原告的设置,不仅要满足于实体法的目的,还要符合诉讼法的法理。遗憾的是,在证券集体诉讼中,立法者并未认识到原告适格问题的重要性。一方面,第3款的规定极为简略,关于投保机构原告适格的来源只字未

[1] 集体诉讼,是指解决群体性纠纷的诉讼程序,与群体诉讼同义。《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》中使用了“集体诉讼”的称谓:“强化消费者权益保护,探索建立集体诉讼制度。”这是官方文件对群体性纠纷诉讼解决机制的称谓。因此,本文使用“集体诉讼”以替代学界此前广泛使用的“群体诉讼”。需要强调的是,在本文中,代表人诉讼、集团诉讼、团体诉讼、示范诉讼都是集体诉讼的表现形式,作为其下位概念使用。本文主要的研究对象,是《证券法》第95条第3款所创立的由投保机构提起的集体损害赔偿诉讼,称为“证券集体诉讼”。

[2] 规范所称“投资者保护机构”,主要是指中证中小投资者服务中心有限责任公司、中国证券投资者保护基金公司两个主体。中证中小投资者服务中心有限责任公司是归属中国证监会直接管理的证券金融类公益机构。中国证券投资者保护基金有限责任公司是由国务院出资设立,归口中国证监会管理的国有独资企业。

提。另一方面,规定中使用了投保机构“可以作为代表人参加诉讼”的表述,似乎是将《民事诉讼法》中的代表人诉讼作为证券集体诉讼的法理基础。然而,《民事诉讼法》中的代表人诉讼与《证券法》中的证券集体诉讼之间存在冲突,前者难以为后者提供理论支撑。投保机构的适格地位需要另寻依据。

为此,本文将在大陆法系传统诉讼法知识框架之下,审视投保机构原告适格的外观与实质,在明确证券集体诉讼与代表人诉讼关系的前提下,搭建原告适格的理论体系。首先,对证券集体诉讼的类型进行界定,明确投保机构原告适格的形式依据,以及投保机构诉讼权限扩张和实体权利人脱离诉讼的合理性。其次,尝试为投保机构原告适格构建法理基础,在引入纠纷管理权理论的基础上,论证投保机构原告适格的正当性,并提出主体适格的一般标准。最后,讨论投保机构诉讼实施权的来源途径,并对“投资者委托”的规范意蕴进行解读。通过对证券集体诉讼上述问题的研究,力争在程序层面上实现理论自治,使证券集体诉讼程序切实发挥实效。此外,将多个主体之间的纠纷进行统一解决会同时牵涉到民事诉讼法理论中的当事人论与判决效力论两个领域。^{〔3〕}集体诉讼原告适格问题总是与判决效力的扩张模式相伴相随。但囿于主题,本文将重点关注原告适格的理论构建,证券集体诉讼中“退出制”的效力扩张模式留待日后讨论。

一、问题的提出:《民事诉讼法》与《证券法》原告适格的冲突

《证券法》第95条第3款规定,证券集体诉讼中的适格原告是投资者保护机构。从第95条的表述来看,投保机构的诉讼资格似乎来自《民事诉讼法》上的代表人诉讼。《证券法》第95条第1款和第2款确

〔3〕 参见金春:《日本民事诉讼法学的理论演变与解释方法论》,载《交大法学》2018年第4期。

认了代表人诉讼的适用,^[4]紧接着在第3款规定了投保机构充当代表人为投资者进行集体诉讼的程序要件。如此安排,难免会使人认为:证券集体诉讼就是代表人诉讼的变形,投保机构扮演了代表人诉讼中的“代表人”角色,其适格依据源自《民事诉讼法》第53条和第54条。事实上,已经有学者进行了这样的解读。^[5]然而,尽管第3款所规定的集体诉讼程序与代表人诉讼制度同属群体性纠纷诉讼解决机制,都是集体诉讼的表现形式,但是两者的适用条件存在显著差别,关于原告适格的规定也完全不同。代表人的适格条件与投保机构的适格之间存在难以调和的冲突。

一般认为,我国《民事诉讼法》上的代表人诉讼并非大陆法系传统的程序构造,其源自英国法上的“代表诉讼”,与日本及我国台湾地区的选定当事人制度较为接近。^[6]代表诉讼是指从具有共同利益的人中,选定一人或数人,并进行诉讼。选定当事人制度就是利用代表诉讼作为法理基础,构建了多数人诉讼的模式,使多数有共同利益的当事人可以由其中一人或数人作为代表进行诉讼,此诉讼判决效力及于全体当事人。而我国的《民事诉讼法》中的代表人诉讼又与选定当事人制

[4] 《证券法》第95条第1款规定:投资者提起虚假陈述等证券民事赔偿诉讼时,诉讼标的是同一种类,且当事人一方人数众多的,可以依法推选代表人进行诉讼。第2款规定:对按照前款规定提起的诉讼,可能存在有相同诉讼请求的其他众多投资者的,人民法院可以发出公告,说明该诉讼请求的案件情况,通知投资者在一定期间向人民法院登记。人民法院作出的判决、裁定,对参加登记的投资者发生法律效力。

[5] “……三是集体诉讼,其中又分为投资者明示参与、默示退出的一般代表人诉讼,和投资者默示参与、明示退出的由投资者保护机构受委托作为代表人的诉讼。……”参见吴弘:《新证券法保护投资者理念提升与制度创新》,载《证券时报》2020年3月14日。“第3款则规定了代表人诉讼制度框架下的以投资者保护机构为主导的‘默示加入、明示退出’的集团诉讼制度”,参见黄江东、施蕾:《中国版证券集团诉讼制度研究》,载《财经法学》2020年第3期。“明确构建了……三类证券纠纷代表人诉讼模式——人数确定的普通代表人诉讼、人数不确定的‘加入制’普通代表人诉讼、人数不确定的‘退出制’特别代表人诉讼”,参见易楚钧、吴学斌:《我国证券纠纷代表人诉讼制度的滥觞与完善》,载《南方金融》2020年第5期。

[6] 参见肖建华:《群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究》,载《比较法研究》1999年第2期。持相同观点的有章武生:《论群体诉讼的表现形式》,载《中外法学》2007年第4期;也有观点认为我国《民事诉讼法》第55条规定的人数不确定的代表人诉讼是以(美国)集团诉讼为蓝本构建的。参见江伟、肖建国:《关于代表人诉讼的几个问题》,载《法学家》1994年第3期。

度存在差异。其中最为关键的是“被代表人”的诉讼地位。在选定当事人制度中,诉讼系属后选定人(我国代表人诉讼中的“被代表人”)即脱离诉讼,丧失了诉讼当事人地位,^[7]仅与诉讼结果有法律上的利害关系。而在我国代表人诉讼中,被代表人并不会因推选代表人而脱离诉讼,代表人对诉讼标的的处分仍须征得被代表人同意。正因如此,有学者认为代表人诉讼与共同诉讼没有本质区别,都是把多数当事人的诉讼合并在一个诉讼程序中处理,唯一的区别是不需要当事人全体出庭参加庭审,而是推选代表人出庭即可。代表人的诉讼地位更像其他当事人的诉讼代理人,代表人行使诉讼权利需要经过被代表人的授权,行使处分权要征得被代表人的同意。所以,代表人诉讼制度构建的基本原理是共同诉讼制度,^[8]这一观点也得到了司法机关文件的佐证。^[9]

无论采“代表诉讼说”抑或“共同诉讼说”,都不会影响到代表人诉讼的核心特征,即在同一原因事实所引发的群体性纠纷中,由个别当事人替代其他当事人参加诉讼,诉讼裁判效力及于其他当事人。简言之,代表人由实体权利人之一担任。这一特征是代表人诉讼与其他集体程序相区分的重要标志,也是辨识代表人诉讼的关键。然而,证券集体诉讼程序却难以满足这一要件。在证券虚假陈述所引发的群体性纠纷中,受到上市公司虚假陈述影响而进行交易的投资者具有损害赔偿请求权,是适格的诉讼主体,可以单独起诉,也可以依据《民事诉讼法》第53条、第54条或《证券法》第95条第1款和第2款提起代表人诉讼。但投保机构并非虚假陈述法律关系中的主体,与争议诉讼标的没有联系,欠缺实体法上的损害赔偿请求权。仅从《民事诉讼法》的立场来看,投保机构无法作为适格当事人对侵权主体提起诉讼,自然也就不能

[7] 参见章武生:《代表人诉讼制度初探》,载《河南大学学报》1993年第3期。

[8] 参见吴英姿:《代表人诉讼制度设计缺陷》,载《法学家》2009年第2期。

[9] 2006年1月1日起施行的最高人民法院《关于人民法院受理共同诉讼案件问题的通知》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。”该通知所指的案件就是《民事诉讼法》第54条规定的代表人诉讼,但最高人民法院避开了代表人诉讼的字眼,而规定这类案件既可以共同诉讼受理,亦可分别受理。

充当代表人提起代表人诉讼。同时,投保机构所肩负的保护投资者的职责也不能作为其担任代表人的法律依据。尽管投保机构设立的目的是保护中小投资者、维护投资者合法权益,但这一职责仅体现在投保机构的章程中,并未在法律中明示。退一步说,即使《证券法》或其他法律规定了投保机构的职责,仅凭宽泛的、宣示性的规定也不足以在诉讼法上构成代表所有受害投资者进行诉讼的正当性基础。

仍需追问的是,中证中小投资者服务中心有限责任公司(以下简称“投服中心”)特殊的股东地位能否充当其提起集体诉讼的理由?投服中心有一特殊职能“持股行权”,即投服中心在沪深两市每家上市公司均购入一手(100股)股票,成为这些公司的最小股东(之一),以股东身份参加行使质询权、表决权、建议权、查阅权等股东权利。^[10]同时,投服中心提起股东派生之诉时,不受持股比例和期限限制。^[11]在虚假陈述民事赔偿纠纷中,适格原告是受到虚假陈述影响而进行交易的投资者。主要包括两种情况:第一种是投资者在虚假陈述实施日及以后,至揭露日或者更正日之前买入该证券。第二种是投资者虚假陈述揭露日或者更正日及以后,因卖出该证券发生亏损,或者因持续持有该证券而产生亏损。尽管证券法赋予了投服中心超越普通股东之权限,但是投服中心在购入股票后,长期持股而不进行证券交易,即使上市公司实施了虚假陈述行为,也不对投保机构产生影响,其特殊股东地位只能在股东派生诉讼中发挥价值。因此,在虚假陈述群体性纠纷中,“持股行权”也无法赋予投保机构以实体当事人地位,并作为代表人提起代表人诉讼。总之,第3款所规定之投保机构提起的集体损害赔偿诉讼突破了代表人诉讼基本命题,颠覆了“代表人必须是当事人”原则,将投保机构界定为代表人有着难以逾越的解释障碍。

[10] 参见郭雳:《作为积极股东的投资者保护机构——以投服中心为例的分析》,载《法学》2019年第8期。

[11] 《证券法》第94条第3款规定:发行人的董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定给公司造成损失,发行人的控股股东、实际控制人等侵犯公司合法权益给公司造成损失,投资者保护机构持有该公司股份的,可以为公司的利益以自己的名义向人民法院提起诉讼,持股比例和持股期限不受《中华人民共和国公司法》规定的限制。

上述论证否认了代表人诉讼作为证券集体诉讼原告适格依据的可能性,同时揭示了证券集体诉讼原告适格依据缺失的严峻现状。诚然,由全国人大常委会修订的《证券法》当然可以创设新的诉讼形式,并赋予投保机构的适格地位。但是,如果没有对证券集体诉讼中的原告适格的合理解释,不单会在司法实践中产生错误适用程序的风险,也无法论证集体诉讼判决约束力的正当性。

二、原告适格的形式依据

在比较法上,各国(地区)根据法律传统和司法政策创设了不同的集体诉讼适格原告形式,如我国代表人诉讼、日本和我国台湾地区的选定当事人制度、德国团体诉讼、美国集团诉讼,不胜枚举。在代表人诉讼对投保机构原告适格缺乏解释力的情况下,将视野投向其他集体诉讼程序,可以准确定性证券集体诉讼的程序类型,进而为原告适格提供形式上的依据。

(一) 证券集体诉讼的类型界定

在代表人诉讼之外,还存在由实体权利以外的主体提起集体诉讼的诉讼程序。为妥善解决群体性纠纷,可以利用“诉权转让”或“纠纷管理权”或“诉讼担当”等变通诉权理论,赋予非实体争议主体的第三人以程序含义诉权来维护实体争议主体的权益。^[12] 其中最为典型的就是由公益机构所提起的团体诉讼。团体诉讼源于德国,是集体诉讼程序中重要形式之一,在欧洲和我国台湾地区都有着成熟的规范体系和丰富的司法实践。团体诉讼立法多样,类型繁多,其概念并非先验存在,内涵和形式也具有开放性。因此,学界关于团体诉讼的定义并无统一论。最为广泛的定义认为,团体诉讼,是指符合法定要件的非营利性、公益性的团体,为了维护公共利益或者其成员的合法权益,根据法律的规定或者团体成员的授权,以自己名义就特定类型的民事

[12] 参见王福华:《集团诉讼代表人资格研究》,载《中外法学》2009年第2期。

纠纷提起和进行诉讼的制度。^[13]从诉讼地位、请求权类型以及诉讼效果来看,《证券法》第95条第3款所规定之集体诉讼程序应定性为团体诉讼。

首先,从诉讼地位来看,证券集体诉讼中的投保机构以自己的名义起诉,符合团体诉讼的结构形式。由上述定义可知,团体诉讼维持了传统民事诉讼中的一对一的构造,这也是它能够提高诉讼效率的根本原因。在存在多个受害者的侵害事件中,团体与被告构成诉之两造,极大地简化了诉讼形态,使一次性解决纠纷成为可能。而投保机构正是以自己名义起诉,与被告在集体诉讼中展开攻击和防御。如前所述,《证券法》第95条第3款所规定的投保机构主要指中证中小投资者服务中心有限责任公司、中国证券投资者保护基金公司两个主体。两者都是基于公益目的成立的非营利法人,具备独立的法人资格,^[14]有提起诉讼的能力。与此同时,第3款规定投保机构以代表人的身份参加诉讼,这意味着投保机构可以独立行使诉讼权利,摆脱了在过往证券纠纷解决中“辅助角色”的定位,尤其与证券支持诉讼划清了界限。证券支持诉讼以《民事诉讼法》第15条支持起诉原则为法理基础,投保机构在诉讼中以投资者的名义参加诉讼,^[15]扮演了一个“辅助者”的角色。在证券集体诉讼中,投保机构以自己的名义参加诉讼,在形式上获得了相当于当事人的诉讼地位,真正成为诉讼程序中的主体,并形成了两造对立的格局,契合了团体诉讼的要件和形式。

其次,从请求权类型来看,证券集体诉讼与团体诉讼的内容不悖。证券集体诉讼在救济类型上属于损害赔偿诉讼,符合团体诉讼的发展方向。传统观点认为,团体诉讼仅限于不作为请求之诉。尽管也有少

[13] 参见刘学在:《团体诉讼制度概念辨析》,载《北方法学》2010年第1期。

[14] 德国法上一般认为能够提起团体诉讼的团体应当具备法人资格,如德国《反不正当竞争法》规定,可提起不作为之诉的促进商业利益的团体和消费者保护团体须具备法人资格(或须具备“权利能力”)。然而,也有学者认为,在对团体诉讼进行定义时,对于其中的“团体”不必界定为必须具备法人资格,这样就可使该定义具有更大的包容性。参见刘学在:《团体诉讼制度概念辨析》,载《北方法学》2010年第1期。

[15] 参见刘冰:《论中小投资者维权之证券支持诉讼》,载《证券法苑》(第23卷),法律出版社2017年版,第401页。

数国家允许团体诉讼提起损害赔偿请求,但只具有象征意义。^[16]然而,团体诉讼在发展和移植的过程中,团体行使诉权的范围的确扩张到了损害赔偿领域。在其发源地德国,2002年修改后的《法律咨询法》允许消费者团体提起损害赔偿之诉。在奥地利,消费者保护团体可以提起不作为之诉,也可以提起试验性的群体诉讼要求损害赔偿。在证券法领域,我国台湾地区“证券投资人及期货交易人保护法”规定投保团体可接受投资人授予诉讼实施权之后提起损害赔偿之诉。此外,在法国、意大利、奥地利和北欧国家都出现了以请求损害赔偿为内容的团体诉讼。^[17]

团体诉讼拓展至损害赔偿领域可以说是现代型纠纷不断涌现的必然结果。现代型纷争所产生的危害,具有继续性、隐微性或扩散性的特征,以致受害者常因金额微小而欠缺受害意识,或因事证偏在而难以主张。甚至加害人虽已违反一定之保护法规对于多数人足致产生一定的危害,但个人在实体法上有无请求权仍属不明,而难能期待由多数人个别提起诉讼。^[18]在此背景下,让公益团体替代当事人提起损害赔偿诉讼,由团体替代当事人行使损害赔偿请求权,可以有效避免个别受害者不能、不知、不愿提起诉讼的弊端,弥补个人主观权利(损害赔偿请求权)救济之不足,避免行为人之不当获利,充分发挥集体诉讼的功能,实现纠纷解决、权利救济和维护社会经济秩序的多重目的。总之,团体诉讼的功能已由单纯防御型诉讼请求转变为包含多种救济形式的集体诉讼程序。证券集体诉讼的救济内容与团体诉讼的制度内涵不悖。

[16] 例如,在法国团体诉讼中,损害赔偿请求向来为团体诉讼之主要目的,不作为请求反而居于较不重要之地位,不过,在“损害”的认定上,并非以各个消费者所受之实际上损害去计算出实质损失多少,而是以一个整体公益之抽象损害为对象,过去在法国实务上法院所命给付之赔偿金额通常亦不高,20世纪70年代多仅为象征性地一元法郎。Hopt/Baetge, *Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts - Verbandsklage und Gruppenklage*, in: Besedow (hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, 1999, S. 23; Koch, *Die Verbandsklage im Europa*, ZJP 113, 2000, pp. 417, 420 - 421. S. 23. 转引自沈冠伶:《多数纷争当事人之权利救济程序——从选定当事人制度到团体诉讼》,载《台湾本土法学杂志》2003年第51期。

[17] 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。

[18] 参见沈冠伶:《消费者团体诉讼之再建构——以扩散型损害及集团权利为中心》,载《台大法学论丛》第44卷特刊。

最后,从诉讼效果来看,证券集体诉讼与团体诉讼宗旨一致。在请求损害赔偿的团体诉讼中,诉讼效果的归属主要有以下情形。第一种是,胜诉利益归属于团体本身,如法国《消费者法典》第421-1条规定的消费者团体所提起的附带民事诉讼,胜诉所得系由消费者团体所取得。^[19]第二种是,胜诉利益主要归于国家,最典型也几乎是唯一的例子是德国《反不正当竞争法》第10条之不法利得请求之诉,^[20]诉讼所得到的赔偿金并不是支付给提起诉讼的团体,也不是分配给各个受害人,而是上交给联邦财政。第三种则是,胜诉利益归属于受害者个人,如我国台湾地区“消费者保护法”第50条所规定的消费者团体诉讼,“诉讼结果所得之赔偿,扣除诉讼必要费用后,交付该让与请求权之消费者”。团体诉讼的诉讼效果在不同的程序构造中,有着不同的归属主体。诉讼效果的归属取决于立法者对于团体诉讼的不同的目的预设,但多元的归属主体充分展现了团体诉讼本身所具备的制度活性,灵活的程序结构可以承载不同的诉讼目的。在这些目的中,个别受害者的权利救济是团体诉讼的重要关切。尽管团体诉讼是为了维护多数人利益而生(无论是抽象的公共利益抑或具体的集体利益),填平个别受害者损害仍是团体诉讼的基本宗旨之一。回到证券集体诉讼上可以发现,投保机构提起集体诉讼的主要目的也是受害者损害之补偿。尽管《证券法》并未明确证券集体诉讼诉讼效果的归属主体,但毫无疑问,因虚假陈述受到损害的投资者才是胜诉利益的最终保有者。在形式上获得当事人地位并进行诉讼的投保机构并不是诉讼效果的归属主体,投保机构胜诉后所获得的赔偿金应当在受害投资者中进行分配。由此可见,证券集体诉讼与团体诉讼基于相同的宗旨在诉讼效果归属的问题上保持一致。

总之,就整个集体诉讼的谱系而言,证券集体诉讼的构造符合了团体诉讼的外在形式与内在属性,将其类型界定为团体诉讼较为妥当。

[19] 参见陶建国、石磊:《法国消费者团体诉讼制度对我国的启示》,载《山东工商学院学报》2012年第4期。

[20] 也有学者称为“撤去不法收益之诉”或“收缴不法收益之诉”。参见吴泽勇:《论德国〈反不正当竞争法〉上的撤去不法收益之诉》,载《当代法学》2010年第3期;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。

这一结论不仅是规范分析的结果,在比较法上,也可以找到相似的制度作为旁证。如前所述,请求损害赔偿类型的团体诉讼已有较多实例,证券集体诉讼并不算特别。特殊之处在于,大多数请求个别受害者损害赔偿的团体诉讼都以加入制为原则,即由实际利害关系人通过授予诉讼实施权或转让实体权利的方式加入原告阵营获得救济,而证券集体诉讼采取退出制的效力扩张模式。“团体诉讼+退出制”的结构究竟是又一“中国特色”还是有例可援?事实上,由比较法观之,这一模式并非孤例,大陆法系的葡萄牙也在群体纠纷领域设立了退出制的团体诉讼。

葡萄牙在1995年创立的“民众诉讼”制度(*accão popular*)是欧洲历史最悠久、最具代表性的退出制集体诉讼程序。^[21]民众诉讼被描述为“欧洲集体赔偿的先锋”,^[22]其设立是为了保护公共利益,如环境、公共卫生、文化遗产和消费者权利。享有公民权利的公民、任何代表公民集体利益的协会或基金会都可以提起集体诉讼,要求损害赔偿和禁令救济。民众诉讼采取了选择退出式的效力扩张模式,即诉讼程序通过适当的媒体向所有潜在的当事人发出通知。如果潜在的当事人(利益相关者)在法庭证据认定环节结束之前,没有选择退出民众诉讼程序,当事人都被视为该集团的成员,并接受判决约束。^[23]早期的民众诉讼适用率并不高,原因在于受害者对其程序步骤和程序要件不甚熟悉、法官和律师在某种程度上“抵制”程序等,且在大多数已经适用民众诉讼的案件中,法庭中的辩论主要集中在程序性事项而非案件的实质内容。学者认为民众诉讼的发展有赖于“人们对这一机制有了更多的了解,

[21] See Law 83/95 of August 31, 1995. 有关葡萄牙民众诉讼的更多细节, see H. Sousa Antunes, *Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Actions* (Portuguese Report), <http://www.law.stanford.edu/libmry/globalclassaction/PDF/Portugal NationalReport.pdf>, accessed 2nd, 2020.

[22] See Beuc The European Consumers' Organization, *Private Group Actions Taking Europe Forward*, Doc. No. x/ 049/ 2007, 2007.

[23] See Law 83/95 Article 15. See also H. Sousa Antunes, *Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Actions* (Portuguese Report), pp. 49, 20.

而且对它的存在没有质疑。”^[24]

(二) 类型明确的实益

就集体诉讼的表现形式而言,证券集体诉讼的类型为由非实体权利人的公益团体所提起的团体诉讼。类型的明确实现了证券集体诉讼本身的理论自洽,为投保机构的适格提供形式上的合理性。更为关键的是,团体诉讼的类型确证具有重要的实践价值,能够有效促进和保障程序的运作。

首先,团体诉讼的属性为投保机构的原告适格提供了解释进路。如前所述,若将《证券法》第95条第3款视为代表人诉讼,在解释论上会与民事诉讼法产生难以协调的冲突。而在团体诉讼中,与纠纷有实际利害关系并非团体适格的条件,法律授权足以发生投保机构适格的法律效果(当然,投保机构适格当事人地位的法理基础仍需进一步论证,详见下文)。我国现行的民事诉讼法律规范体系尚无对团体诉讼的直接规定,但仍可暂时将《民事诉讼法》第55条公益诉讼条款“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”作为团体诉讼当事人适格的法律依据。从文本上看,尽管第55条对民事公益诉讼的客观范围采取的是列举式规定,一般而言,不排除具体的相关实体法可以将列举之外的其他侵害社会公共利益的行为纳入民事公益诉讼范畴。^[25]而群体性纠纷虽就个体来说是私益,数额可能微小,但是因为个体数量众多,总额庞大,公共性凸显,^[26]也就产生了第55条的适用空间。当然,对于证券市场的虚假陈述行为是否必然导致社会公共利益受损,公益诉讼的范围能否涵盖证券纠纷尚有讨论余地。

其次,团体诉讼的定性为投保机构诉讼权限的扩张充实了理论依据。为了实现证券集体诉讼的快速进行和纠纷一次性解决的目标,投

[24] Rachael Mulheron, *The Case for an Opt - Out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis*, 15 Colum. J. Eur. L. 409, 2009.

[25] 参见张卫平:《民事公益诉讼原则的制度化及实施研究》,载《清华法学》2013年第4期。

[26] 参见潘申明:《比较法视野下的民事公益诉讼——兼论我国民事公益诉讼制度的建构》,华东政法大学2009年博士学位论文,第61页。

保机构应当具有独立、完整的诉讼行为权限。一方面,投保机构行使诉讼权利,作出诉讼行为无须征得投资者同意,投资者也不能干涉。另一方面,投保机构的诉讼行为权限应当涵盖大部分的诉讼行为,应当包括变更、放弃诉讼请求或者自认等。当然,为了维持基本的程序保障,投保机构在与上市公司进行和解或接受法院调解协议时,应当赋予投资者选择退出的权利。在代表人诉讼中,民事诉讼法规定代表人在处分涉及被代表人的实体权利时,如变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解等,必须经被代表人当事人同意。这样固然可以最大限度地实现当事人的意思自治,也符合民法中的自我答责原则,但却极大地拖延了诉讼的进程。狭窄的代表人权限成了代表人诉讼广受诟病的缺陷之一。相形之下,团体诉讼在诉讼中所形成的都是单一的当事人主体,而不属于诉的主观的合并形态,因此不适用共同诉讼的程序规则。^[27] 团体可以独立的行使诉权,其权限也更为完整。因此,在团体诉讼的框架中,投保机构的诉讼权限得到了扩张。具体而言,理论上除一般诉讼行为外,投保机构还可以变更或放弃诉讼请求、自认、申请保全、申请强制执行等。

再者,团体诉讼的界定为其他实体权利人脱离诉讼提供了现实理由。在代表人诉讼中,由于所有利害关系人都是当事人,在部分案件特别是双方当事人矛盾比较尖锐的案件诉讼中,选定代表人后,其他当事人仍会要求出庭,给法院的审判造成了很大压力。^[28] 可以预见,在证券群体性纠纷中,肯定也不乏这样“积极”的投资者。如果任由他们参加诉讼,势必会造成程序的延宕。此时,团体诉讼两造对抗的优势再度显现:由于单一型的诉讼结构,团体诉讼中的原告当事人就是团体本身,实体权利人原则上不得参加诉讼,这样就发挥了两造对抗简约性的优势,避免了过多主体参与诉讼所带来的效率风险。

综上所述,团体诉讼的类型确证宣示了投保机构的程序主体地位,消除了投保机构作为适格原告参与诉讼的形式障碍。投保机构作为与

[27] 参见汤维建:《论团体诉讼的制度理性》,载《法学家》2008年第5期。

[28] 参见章武生、杨严炎:《我国群体诉讼的立法与司法实践》,载《法学研究》2007年第2期。

纠纷并无直接联系的非实体权利义务关系主体,在形式和外观上获得了替代实体权利人提起诉讼的正当地位。但是,原告适格的论证还尚未完成。然而,在实质意义上,投保机构到底为何能够替代实体权利人进行诉讼的依据仍不充分,有待探索。

三、原告适格的实质法理

群体性纠纷尤其是扩散性小额纠纷中,受害者缺乏提起诉讼的动力(或因举证难,或因胜诉收益与诉讼成本不成比例,或两者皆有)。此时,为了救济受害者和制裁加害人,需要寻求一个主体代为提起诉讼。在美式集团诉讼中,首席原告的适格与否取决于法官的审查,即采取职权干预主义,在个案中具体地判断首席原告的适格地位。而在证券集体诉讼中,投保机构的适格地位并非由法官依职权审查后授予,而是由立法者直接赋予投保机构。前者通过法官的具体衡量可以有效地确保适格地位赋予的合理性与必要性。而后者关于诉权赋予的理由则略显单薄。详言之,《证券法》第95条第3款对投保机构关于集体损害赔偿诉讼的适格原告地位的赋予是基于群体性纠纷解决的实际需要,体现了鲜明的实用主义导向。应当承认,投保机构本身设置有专门的从业人员,在经费上得到保障,且经常从事投资者保护的工作,有着丰富的经验,故可以期待其搜集证据和实施诉讼。然而,仅以“投保机构适合替代投资者提起集体诉讼”为由,不足以支撑投保机构适格的必要性。如果只注重原告适格的实用性,还有许多其他主体也具备类似的功能。如行政监管部门、行业协会、纠纷调解中心等。投保机构适格的必要性无从显现。同时,实用主义的理由也无法平衡投资者程序利益受到的侵蚀。在损害赔偿诉讼中,集体诉讼一经提起,审理并作出判决,则视受害者与加害人之间的诉讼标的已经审理完毕,受害者不得再次提起诉讼,否则有“一事二理”之虞。可见,投保机构提起诉讼势必会影响投资者个人的实体和程序权益。显然,实用主义的理由无法弥补投资者权益受到的侵蚀。因此,原告适格的实质法理亟待充实。对此,纠纷管理权理论提供了可靠的依据。

(一) 纠纷管理权理论的引入

纠纷管理权理论由日本伊藤真教授创立,并在现代型纠纷的解决中发挥了重要的影响。在群体扩散型利益纠纷中,赋予于诉提起之前为纠纷解决而实施一定行为的人以当事人适格,之所以认为该行为人的当事人适格,是因为其具有所谓的“纠纷管理权”。^[29]伊藤教授认为,在提起诉讼前的纷争过程中,具体地、持续地采取旨在消除纠纷原因行动之人,即通过实施种种解决纠纷行为来创造纠纷实体本身之人,将被赋予纠纷管理权。所谓的“以消除纠纷原因为目的的行动”,是必须以消除为目的的行为,而不是以补偿金作为条件的交涉。^[30]纠纷管理权并不否定个人利益直接遭受侵害者的当事人适格,而仅仅意味着向直接受害者以外之人进行当事人适格的扩张。纠纷管理人所获得的判决无论是有利还是不利都将拘束其他的纠纷当事人。我国台湾地区王甲乙教授也提出类似理论。他认为,在美国之集体诉讼,诉讼之代表人乃代表被害人全体请求损害赔偿,其所遂行诉讼之判决效力及于全体被害人,且提起诉讼之前,将为代表之人,应产生纷争之实体,自己须为诉讼主体。此种基于起诉前之纷争解决行动之地位,称为纷争管理权。如欲被认为有纷争管理权者,必须参与纷争之管理。例如,第三人在环境保护纷争,须与地域同住人一样,与对方有所交涉,且在纷争过程应扮演重要之任务。^[31]

概而言之,权利人以外的第三人,如果在诉讼开始前积极地介入并试图消弭纠纷,采取了重要的解决行动,可以认为其具备了纠纷管理的职能,获得了集体诉讼的原告适格。纠纷管理权理论为群体纠纷权利义务主体以外的第三人介入纠纷提供了概括性的判断标准。结合群体性纠纷的特征和司法实践的需求。可以将标准细化如下:第一,第三人介入纠纷的动机是基于公益目的而非私益驱使。第二,第三人介入纠

[29] 参见[日]伊藤真:《民事诉讼法》(第4版补订版),曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第135页。

[30] 参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第247页。

[31] 参见王甲乙等:《当事人适格之扩张与界限》,载民事诉讼法研究基金会:《民事诉讼法之研讨》(六),台湾三民书局1997年版,第15页。

纷的目的是解决纠纷而非其他。第三,第三人必须采取现实行动促进纠纷之解决。前两条较容易判断。第三条的理解较为复杂,需要重点阐述。首先,第三人的行动并不只是针对已经发生的纠纷。在纠纷产生之前,甚至在原因事实发生之前,第三人为了避免纠纷的行动都可以判断为符合第三点要求。其次,第三人的行动并不需要针对群体纠纷中的某个特定纠纷,无论是为个别受害者的维权,还是绕过所有受害者直接与加害人交涉,都是为了纠纷解决。再次,第三人的行动应以有利于受害人为前提。若是第三人的行动明显对受害人不利,如替代受害者与加害人达成了明显不合理的和解、劝说受害者放弃求偿、维护加害人权益等,第三人则丧失了纠纷管理职能。最后,第三人为了提起诉讼的准备行动,如投保机构主动征集委托、证据调查等也可以评价为符合第三条要求。因为准备行动也可以产生促进纠纷解决的效果。以征集委托为例,这一行为是提起诉讼的预告。上市公司为了避免成为被告,可能会与投保机构达成和解。客观上促进了纠纷解决。

纠纷管理权理论被认为综合了两大法系解决群体纠纷机制的优势:“允许适当的代表人成为原告,并且将判决效力及于利害关系人”类似于美式集团诉讼,而在“只有具有一定纠纷活动实际成绩的团体,才被赋予当事人适格”类似于德国团体诉讼。^[32]需要言明的是,尽管伊藤教授最终将纠纷管理权带入了任意诉讼担当的范畴,^[33]但是,这并不妨碍这一理论对原告适格的突破与发展。高桥宏志教授就认为:“纠纷管理权说(伊藤说)主张,应当直接地认可受害者以外之人员(具有纠纷管理权之人)的当事人适格,而且,只在符合特定要件の場合才

[32] 参见[日]谷口安平:《集团诉讼中的诸问题》,载铃木忠一、三月章主编:《实务民事诉讼法讲座》(第三卷),日本评论社,昭和56年,第157页。转引自[日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第247页。

[33] 纠纷管理权理论并未获得实务界的直接的支持,在“丰前火力发电所禁令诉讼”(最高裁判所昭和60年12月20日判决)中,日本法官认为“让既没有法律依据也没有当事人授权的人取得诉讼实施权似乎缺乏依据”,此后,伊藤教授修正了自己的理论,在纠纷管理权理论中导入了任意诉讼担当的许可,即将“第三人现实地实施管理行为”“对于诉讼标的具有与权利主体相同程度的认知”之要件与纠纷管理权存在与否的判断结合起来,如此一来,借助于“从权利人获得授权”之任意诉讼担当理论,使纠纷管理权的理论也得以灵活化与具体化。

承认这种当事人适格,由此看来,可以将纠纷管理权说视为一种‘虽无明文法规定,但依据解释形成’的法定诉讼担当。”^[34]可见,纠纷管理权的理念可以在证券集体诉讼中为投保机构适格地位的法定授权提供支持。

(二) 纠纷管理权理论的具体使用

在认可纠纷管理权理论的基础上,有两类主体可以被认定为纠纷管理人,取得原告适格地位。一是公益保护人。具体包括环境保护机构、消费者保护机构、投资者保护机构等。二是各级检察机关。理由在于,在集体诉讼开始之前,公益保护人基于团体设立的目的与章程的规定,检察机关基于宪法赋予的法律监督的职责,都有着介入群体性纠纷的意愿,并且都采取相应的行动避免纠纷产生或促进纠纷解决。比如,检察机关通过发布检察建议的方式提前遏制侵权与避免损害扩大;^[35]消费者协会对已经发生的纠纷主持调解,发布消费警示提请消费者注意异常的产品或服务,督促企业履行义务;^[36]中证中小投资者保护中

[34] 参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第247页。

[35] 例如,在2019年上海市检察院针对手机APP存在违规获取用户信息授权、隐私政策文本不规范、信息保护机制不完善等问题,向10家APP运营商发出检察建议,建议APP提供者向用户明确获取权限的种类、目的、方式和范围,不得强制要求用户同意授权与服务无关的功能;用户主动选择不同意APP收集个人信息时,应仅影响与所拒绝提供信息相关的业务功能,不应直接退出APP,限制用户的权利;APP运营商应进一步依规完善用户协议和隐私政策,单独成文并显著标识个人敏感信息、政策时效、投诉渠道,明确说明个人信息存储期限和超期处理方式,做到内容标识清晰,通知及时有效等。参见《上海向10家APP运营商发出检察建议 要求加强用户信息保护》,载中国法院网:<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/06/id/4094202.shtml>,2020年4月29日访问。

[36] 例如,2018年世界杯期间华帝公司推出“法国队夺冠华帝退全款”活动。法国队夺冠之后,部分地区经销商拒绝兑现承诺,引发了社会各界的强烈关注。中国消费者协会(以下简称“中消协”)约谈华帝公司,督促其重视社会关切和消费者合理诉求,切实履行退款承诺。案件处理期间,中消协启动律师团进行证据搜集和法律支持。中消协在督促华帝公司落实履行承诺期间,向华帝公司提出了及时报告进度接受各界监督、解决京津经销渠道出现真空退款难、延长消费者合理申请时间、预备专项资金做好个案善后处理等要求。参见《华帝公司表示“法国队夺冠 华帝退全款”整体落实基本完成 中消协将继续督促华帝公司做好个案的善后处理工作》,载中国消费者协会官网:<http://www.cca.org.cn/zxsd/detail/28146.html>,2020年4月29日访问。

心以股东身份或证券持有人身份行权,提供调解等纠纷解决服务,代表投资者,向政府机构、监管部门反映诉求。公益保护人与检察机关通过对群体性纠纷实施现实的管理行为,“采取重要行动,以消除纠纷原因”对群体性事件受害者进行倾向性保护,将侵害控制到了最小的程度,尽快化解纠纷。与此同时,两者在前期介入纠纷还可以掌握和熟悉争议所涉及的事实与法律关系,甚至可以对诉讼标的达到与权利主体相同程度的认知。因此,公益保护人与检察机关获得了纠纷管理人的权限和地位,也相应地具备了集体诉讼中的原告适格。

如上所述,公益保护人与检察机关都可以作为纠纷管理人提起集体诉讼。显然,这会产生重复起诉的风险。事实上,纠纷管理权理论也强调,一个纠纷只会有一个纠纷管理权。那么,明确纠纷管理人授予次序就尤为必要。检察机关在纠纷管理人序列中应当处于补充性的地位,只有当公益保护人缺席时,才可提起集体诉讼。一方面,检察权的公权属性带有天然的谦抑性,不适宜频繁的介入私权纠纷,而且补充性的次序安排也有助于行政机关积极主动履职、社会组织充分发挥参与潜能。^[37]另一方面,群体性纠纷解决往往需要专业的知识,如环境纠纷中污染范围界定、证券纠纷中的披露日的认定等,某一领域的公益保护人显然比检察机关更具专业性,更适合解决纠纷。证券集体纠纷中,向公益保护人——投资者保护机构配置纠纷管理权是最恰当的选择。

(三) 机构投资者适格之否认

当前,在实务界中存在将机构投资者列为证券集体诉讼适格原告的动向,立法者中也有相应的观点:“从当前证券市场来看,机构投资者是较为重要的主体,对证券市场非常熟悉,也可以承担(《证券法》第九十五条第三款)诉讼代表人工作。”^[38]美式集团诉讼就采取了这种做

[37] 参见韩波:《论民事检察公益诉讼的本质》,载《国家检察官学院学报》2020年第2期。

[38] 2019年12月28日全国人大常委会办公厅就《证券法》修订举行新闻发布会。全国人大财经委员会法案室主任龚繁荣表示:从目前的情况来看,投资者保护机构主要是指中小投资者服务中心、证券投资者保护基金公司两个主体。调研中了解到有一些单位反映:如果法律只允许投资者保护机构担任诉讼代表人,可能会引起一些不良效果。从当前证券市场来看,通过“证券投资基金法”设立的相关管理公司等机构投资者是较为重要的主体,对证券市场非常熟悉,也可以承担诉讼代表人工作。

法,而且还赋予了机构投资者优先适格的地位。1966年美国国会通过的《私人证券诉讼改革法》(Private Securities Litigation Reform Act)对集团诉讼中的原告进行了规定。在这次修法中,美国国会想要确保,在联邦法院进行的各种指控违反联邦证券法的集团诉讼中,由老谋深算的机构投资者充当集团代表或“引领众原告”。^[39]机构投资者担任集体诉讼原告的优势是显而易见的。相较于普通投资者,无论从诉讼能力还是诉讼意愿来说,机构投资者拥有显著的优势。然而,无论是从文义解释还是法理基础的角度来看,机构投资者适格的观点在证券集体诉讼中都不能成立。一方面,《证券法》第95条第3款明确规定,“投资者保护机构受五十名以上投资者委托,可以作为代表人参加诉讼”。机构投资者本身是以盈利为目的的证券市场参与主体,其在证券、期货交易所进行的审慎投资、风险规避和纠纷解决,只是对委托客户承担的义务,而不是一般意义上的投资者保护职责。另一方面,机构投资者不能符合纠纷管理人的构成。纠纷管理人成立的前提是,第三人与纠纷并无直接的利害关系。作为实体权利人的一员,机构投资者在诉讼前所实施的行为都是为了自身利益,与他人无涉。此外,机构投资者数量众多,授予其原告适格极有可能产生滥诉的风险,美国由律师主导的集团诉讼就饱受滥诉之害。投资者保护机构的公益性则可以有效避免集团诉讼普遍存在的滥诉问题。^[40]实际上,如果由机构投资者提起集体诉讼,那么,诉讼类型则是传统的代表人诉讼,不能适用退出制的效力扩张模式,其适格地位的取得也并不是基于法定诉讼担当,而是由实体权利人选任或由法院依职权选定。

四、原告适格的具体路径

在破除形式障碍与构建实质法理之后,投保机构具备了原告适格

[39] 参见[美]理查德·D. 弗里尔:《美国民事诉讼法》(下),张利民等译,商务印书馆2013年版,第914页。

[40] 参见陈洁:《新〈证券法〉投资者保护制度的三大“中国特色”》,载《中国证券报》2020年3月14日。

的条件。紧接着而来的问题是,投保机构如何获得原告适格地位?在集体诉讼中,主体获取原告适格地位的直接方式便是诉讼实施权的赋予。适格当事人以自己名义起诉并实施诉讼的权能被称作诉讼实施权或诉讼遂行权。^[41]集体诉讼中的原告所具备的诉讼实施权与一般意义上的诉讼实施权内涵有所不同,是指替代所有权利人提起集体诉讼的诉权,可称为集体诉权。集体诉权的来源方式与诉讼程序的运行息息相关,而适格路径的研究将明确投保机构的原告适格的法律效果。

一般而言,集体诉讼中的诉权赋与主要有三种路径。第一种是实体赋权模式。实体赋权,是指通过在实体法上专门为原告创设实体请求权,再由请求权衍生出诉讼实施权。例如,德国法上的不作为团体之诉,就是立法者基于公共利益与消费者保护而赋予为促进工商利益团体与消费者团体等之防卫请求权(不作为请求权),^[42]并派生出相应的诉讼实施权。第二种是意定赋权模式,也即任意诉讼担当。实体权利主体将诉讼实施权授予第三人,第三人基于该授权具备当事人适格。^[43]在群体性纠纷诉讼程序中,如果要完全充足判决对实体权利义务主体产生拘束力的正当性基础,最无疑义者当属当事人的明确授权,包括管理权的授予或是诉讼实施权的授予。^[44]集体诉讼中典型的意定赋权是我国台湾地区“证券投资人及期货交易人保护法”(以下简称“投保法”)所规定的投保团体诉讼。“投保法”第28条规定:“保护机构为保护公益,于本法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,得由二十人以上证券投资人或期货交易人授与仲裁或诉讼实施权后,以自己之名义,提付仲裁或起诉。证券投资人或期货交易人得于言词辩论终结前或询问终结前,撤回仲裁或诉讼实施权之授与,并通知仲裁庭

[41] 参见王甲乙等:《当事人适格之扩张与界限》,载民事诉讼法研究基金会:《民事诉讼法之研讨》(六),台北,三民书局1997年版,第3页。

[42] 参见姜世明:《选定当事人制度之变革——兼论团体诉讼》,载《月旦法学杂志》第96期(2003年5月)。

[43] 参见[日]伊藤真:《民事诉讼法》(第4版补订版),曹吉译,北京大学出版社2019年版,第131页。

[44] 参见黄国昌:《诉讼参与与代表诉讼——新民事诉讼法下“程序保障”与“纷争解决一次性”之平衡点》,载《月旦法学杂志》2003年第6期。

或法院。”通过投资者的明确授权,我国台湾地区投资者保护机构获得了证券纠纷的诉讼实施权与仲裁实施权。第三种是法定赋权模式,也即法定诉讼担当。法律基于不同的理由认可第三人可针对他人的权利义务关系行使诉讼实施权。在普通诉讼程序中,法定诉讼担当多规定于破产纠纷、遗产继承等类似重大事由中。在集体诉讼程序中是指在保留、限制或者剥夺实体权利义务归属主体诉讼实施权的基础上,赋予其他有助于纠纷实际解决的其他主体以诉讼实施权。^[45]例如,我国台湾地区“消费者保护法”第53条和“民事诉讼法”第44条之三规定的团体不为之诉,通说认为团体系基于法定诉讼担当而享有诉讼实施权。

(一) 缓和的法定诉讼担当

《证券法》第95条第3款并未像我国台湾地区“投保法”一样言明投保机构集体诉权的赋权模式,基于实体法和诉讼法规定,并同时兼顾证券纠纷的特性,投保机构原告适格的适格应认定为法定诉讼担当,理由如下:

首先,从实体法上来看,证券集体诉讼的诉讼效果归属于投资者而非投保机构自身。投保机构是为他人权利起诉而非自己的权利提起诉讼。《证券法》第56条第4款规定,编造、传播虚假信息或者误导性信息,扰乱证券市场,给投资者造成损失的,应当依法承担赔偿责任。可以看出,证券法以个人权利为规范对象,所保护的乃是投资者的个别权利。同时,分析《证券法》第95条第3款后半句亦可得出相同结论。“投资者明确表示不愿意参加该诉讼的除外。”如认为实体权利归属于投保机构,投资者个人自然没有放弃参加诉讼的权利,也无放弃参加的必要。因此,证券民事赔偿集体诉讼实体权利归属于投资者个人当无疑义,第3款并非对投保机构的实体赋权。

其次,就诉讼担当的情形而言,区分任意诉讼担当与法定诉讼担当的关键在于是否有当事人明确授予诉讼实施权的行为。《证券法》第95条第3款使用了“投资者保护机构受五十名以上投资者委托,可以

[45] 参见黄忠顺:《诉讼实施权配置论——以群体性诉讼中的当事人适格问题为中心》,载《东方法学》2014年第6期。

作为代表人参加诉讼”的表述。从表面上看,投保机构接受投资者“委托”提起诉讼,似有任意诉讼担当的意味,实则不然。从“选择退出”的设计即可看出,投保机构提起集体诉讼时,默认其代表所有相关投资人进行诉讼,无论投资者是否明示向投保机构授权。因此,投资者的“委托”并不能视为实体权利人诉讼实施权的授予行为。

最后,从证券纠纷特性来看,法定诉讼担当有其正当化基础。证券群体纠纷具有扩散性、微小性的特征,受害投资者常不知或无力独自诉请损害赔偿,致使广大投资者权益持续受损而无法制止,因此,需要一团体作为投资者的代表进行诉讼。在证券民事赔偿案件中,投资者没有提起诉讼的原因往往在于其所受损失与争取赔偿的费用差距太大,因此代位行使诉权并不会违背其意志。^[46] 如果以任意诉讼担当的模式赋予团体以诉讼实施权,由所有的权利主体进行明示授权行为,显然不可能。由立法者直接赋予团体集体诉权,可以有效保障多数投资者的实体利益和程序利益。

法定赋权降低了投保机构提起集体诉讼的标准,只要满足 50 名投资者委托的前提,就认为投保机构符合了法定诉讼担当的条件,可以提起证券集体诉讼。然而,这种方式对实体权利人程序权益的侵蚀也是显而易见的。实体权利人被强制地剥夺了行使诉权和参与诉讼的机会。为了留出缓和的余地,立法者设计了“明示退出”的渠道,实体权利人可以通过明确表示不愿意参加集体诉讼而退出,退出之后既可以另行提起诉讼,也可以利用替代性纠纷化解机制实现权利,自不待言。因此,投保机构的适格路径应认定为缓和的法定诉讼担当。

(二)“投资者委托”的规范意蕴

法定诉讼担当说明显否认了“投资者委托”是权利人授予诉讼实施权的观点。那么问题是,“投资者委托”在集体诉讼程序究竟起到什么作用?其在诉讼法上的规范意义何在?根据《证券法》第 95 条第 3 款的规定,“投资者委托”显然是投保机构提起集体诉讼不可或缺的前提条件,其设置的目的是主要出于避免投保机构滥用诉权的考虑。“选

[46] 参见潘剑峰、陈福勇:《论证券民事侵权赔偿案件的诉讼方式》,载《政法论坛》2004 年第 3 期。

择退出的团体诉讼”存在极大的被滥用的可能性。^[47] 避免集体诉讼滥用的原因有三:第一,投保机构根据法定诉讼担当取得了所有投资者损害赔偿请求的诉讼实施权,其诉讼行为无疑会影响到所有的受害者。基于其起诉行为广泛的影响性,投保机构的起诉必须受到限制和监督。第二,法院的司法资源是有限的,尤其是审理群体纠纷势必要占用大量的司法资源。为了确保司法资源不被浪费,有针对性地投入真正需要集体诉讼程序的纠纷中,设置一定的起诉前提条件是必要的。第三,证券集体诉讼的被告大多是上市公司,是资本市场重要的参与主体,任何一起诉讼都会影响上市公司在证券市场的表现,进而影响更多的投资者。因此,要谨慎对待每一件证券侵权诉讼,避免频繁莽撞的诉讼造成市场动荡。

基于以上理由,投保机构在接受 50 人以上委托方可提起集体诉讼。其逻辑是,如果有 50 名以上的投资者向投保机构作出委托,说明该事件已经至少产生了 50 名潜在的受害者,该群体纠纷已经满足了通过集体诉讼程序解决的必要性,法院应当适用《证券法》第 95 条第 3 款,接受投保机构起诉。总之,就规范目的而言,“投资者委托”是集体诉讼的特殊起诉要件。尽管法律赋予了投保机构的原告适格地位,但是投保机构应该克制自身的“起诉冲动”,而法院也应当强化特殊要件的审查。如果法院立案审查和审理案件的过程中,发现投保机构欠缺投资者委托的这一特殊要件(如委托投资者人数未超过 50 人或者投资人委托不真实),法院应当不予立案或驳回起诉。

五、总结

证券集体诉讼被实体法赋予了投资者权利救济、威慑上市公司不法行为和促进资本市场良好发展的多重使命。然而,无论证券集体诉

[47] 参见[德]布里吉特·居普里斯:《程序法视野下的消费者权益保护——德国团体诉讼的成功经验和集体权利实现的未来》,范颖颖译,载《中德法学论坛》(第7辑),南京大学出版社2010年版,第50页。

讼承载了多少目的,归根到底,其本质依然是一种纠纷解决制度,诉讼程序是其根本属性,程序法理论和原则是其构建和运作的基本遵循。正因如此,在程序法的维度上审视证券集体诉讼程序是制度分析不可或缺的环节,在解释论上构建逻辑自洽的体系也是程序发挥实效的保证。

本文以《证券法》第95条第3款为研究样本,以证券集体诉讼中的原告适格为研究对象,得出了如下结论:证券集体诉讼与代表人诉讼无关,投保机构也并非“代表人”。在程序类型上,证券集体诉讼应界定为团体诉讼。这一结论破除了投保机构适格的形式障碍,也拓展了投保机构的诉讼权限。纠纷管理权理论为投保机构的适格提供了坚实的法理基础,也为其他主体适格提供了判断标准。在此标准之下,机构投资者难以获得适格地位。投保机构的适格地位源自法定赋权,“投资者委托”是证券集体诉讼为避免滥诉而设置的特殊要件。

(编辑:邹莹)