

论特别代表人诉讼与特别股东派生诉讼的公益性

段厚省* 张宁**

摘要: 2019年证券法新规定的特别代表人诉讼与特别股东派生诉讼为投保机构向投资者提供了规模化、低成本且力求追“首恶”实效的受损权益维护机制。两种诉讼制度所要维护的分别是受损害投资者利益的集合以及股东利益的法律拟制集合——上市公司利益,二者都是集合性利益。救济集合性利益的各类诉讼程序之间具有家族相似性,其中纯粹公益诉讼是公益性诉讼家族的典型成员,特别股东派生诉讼、特别代表人诉讼因其维护公益之功能定位、投保机构本身之性质以及因个别性事项审理内容未实质减损其诉讼的公益性,两种诉讼和纯粹公益诉讼依次呈链式相似。为此,在诉讼性质上,应摒弃本位主义思维,转向功能主义思维;摈弃公私二元利益区分模式,转向多元渐进利益区分模式,确认两种诉讼的公益性。按照公益诉讼法理,应免除该两种诉讼的诉讼费用缴纳要求。此外也可以考虑建立面向投保机构的胜诉奖励机制,充分实现两种诉讼维护中小投资者权益、维护交易市场秩序、完善上市公司治理机制的功能。

关键词: 特别代表人诉讼 特别派生诉讼 公益诉讼 诉讼费用

一、问题的提出

2019年证券法第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

* 复旦大学法学院教授。

** 复旦大学法学硕士,湖南省株洲市攸县酒埠江镇党委委员。

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。第 95 条第 3 款规定,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,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。上述两个条款分别为投资者保护机构提起特别股东派生诉讼和特别代表人诉讼提供了法律依据。根据现有法律和法律实践的现实情况,作为公益股东和特别代表人进行特别股东派生诉讼的主要是中证中小投资者服务中心(简称“投服中心”)这一证监会直接管理的证券金融类公益机构。

然而自新证券法实施以来,由投服中心作为特别代表人提起的证券特别代表人诉讼仅有“康美药业案”和“泽达易胜案”^①,两案分别以一审生效判决和诉讼双方和解结案。为提高上市公司董监高、实际控制人等“关键少数”以及发行中介机构等“帮凶”的违法成本,震慑“首恶”损害上市公司利益的行为,保护中小投资者利益,加强上市公司治理,投服中心作为特别股东提起的特别股东派生诉讼案件也仅有 9 起。^② 由上观之,自新证券法实施近 5 年来,投保机构提起的特别代表人诉讼和特别股东派生诉讼的案件数量均尚停留在个位数,两种诉讼在个案震慑中起到了应有效果,但距离新规定出台前后学界和实务界期待的激活公益机构诉讼活力、维护金融市场秩序的初始目标仍有差距。其主要掣肘在于证券领域诉讼案件具有案涉人群广、涉案金额巨大、专业性强、诉讼周期长、涉及利害关系人众多,因而为保障权利人的程序自治权利所需进行的程序性工作繁杂。此外投服中心需要进行案件挑选、承担公益律师费用、专家辅助人费用并预交诉讼费用,导致个案提起的诉讼成本高昂。投服中心作为兼具持股行权、纠纷调解、支持诉讼和投资者教育等多项公益职责的金融公益机构,其工作人员的诉讼精力、经费运转开支和工作激励机制有限,因而对提起其职责范围内的上述两种诉讼心有余而力不足。

这与当前我国台湾地区的投保中心相关公益诉讼激励不足导致工作持续性与长效性不足所面临的境地是相似的。^③ 眼下之所以投服中心提起两种诉讼的案件数量

^① 《投资者赢了!刚刚,赔款已拿到,最高获赔 500 万!中国证券集体诉讼和解第一案,细节披露》,http://www.isc.com.cn/html/mlbd/20240115/5105.html,2024 年 8 月 27 日访问。

^② 《积极发挥投保机构股东代位诉讼效用 严惩“首恶”背信损害上市公司利益行为》,http://www.isc.com.cn/html/zxxw/20240515/5190.html,2024 年 8 月 27 日访问。

^③ 林俊宏、黄建中:《中国台湾地区“证券投资人及期货交易人保护中心”经验分享二》,载《投资者》2019 年第 4 期。

有限,除激励制度本身供给不足以外,还与当前学界和实务界对特别代表人诉讼和特别股东派生诉讼这两种诉讼的性质存有争议并且对两种诉讼的公益性认识不足紧密相关。从本质主义角度而言,当前对这两种诉讼到底是公益诉讼还是私益诉讼的主要症结点在于从诉讼直接效果来看,无论是特别代表人诉讼还是特别股东派生诉讼,其胜诉利益最终都将分配给特定的私主体,其中特别代表人诉讼的胜诉利益在全体被代表的投资者之间进行分配,特别股东派生诉讼的胜诉利益归于公司。这与学界固守的公益诉讼维护的应当是公共利益,而公共利益属于不特定人因而不可分在逻辑上是根本矛盾的。既然这两种诉讼最终的胜诉利益都能够分配给特定民事主体,便不能说这两种诉讼是公益诉讼。然而,坚持本质主义的结果是,两种诉讼不同于一般的私益诉讼却只能以私益诉讼对其定性,并适用私益诉讼的一般程序规则,导致投服中心常态化提起两种诉讼的激励不足,使得两种诉讼制度功能目的难以真正实现。

二、家族相似性理论视角下的群体利益救济

(一) 两种诉讼本真之回归

西哲维特根斯坦的语言游戏理论认为,语言和活动两者应当是交织在一起而组成的整体,在特定语言中出现的语言游戏应该是人们的生活形式的表现,期望、意向、理解等也是通过语言活动而成为生活形式的。^① 意即,在社会生活中我们的语言表达与事物性质的认定等应当与真实社会生活存在之事物其实然与应然状态相统一。若我们的语言表达与对事物性质认定等与真实的社会生活形式明显相悖,我们就应当在语言游戏中加以校正,从而回归事物的本真面貌。

我国的特别代表人诉讼是在当前证券违法行为的行政与刑事法律后果较轻且对真正受损的中小投资者群体利益缺乏有效救济的背景下,为解决当前证券领域的群体利益受侵害的一次性救济程序。它通过“恢复性司法”让侵害权利者承担因自己的不法行为所造成的损害后果,从而对被侵害的财产关系进行恢复,达到震慑违法的效果。特别股东派生诉讼则是为了避免上市公司与上市公司股东因少数真正“作恶者”的不法行为遭受二次损害而从中小股东的角度刺破上市公司法人的“面纱”,让真正的“作恶者”为自己的不法行为真正承担责任,实现对“首恶”的有效震慑,进而有效

^① 参见[奥]路德维希·维特根斯坦:《逻辑哲学论》,黄敏译,中国华侨出版社2021年版,第58页。

预防类似违法行为。特别股东派生诉讼在董监高、实际控制人等直接实施证券侵权行为的“关键少数”隐身于拟制的民事主体——上市公司之后,导致这些真正的应承担责任者未对自己的行为承担应有责任时,通过投服中心这一公益股东的特别股东派生诉讼,实现对群体利益的有效救济。可以说,特别代表人诉讼和特别派生诉讼分别从权利人端和责任人端实现了群体利益救济的权利人尽可能全面覆盖和实际责任人的责任应追尽追,有助于群体利益救济过程中实质正义的实现。^①

(二) 纯粹性公益与集合性利益救济杂糅的现状

我们之所以经常面临将特别代表人诉讼、特别股东代表诉讼、示范诉讼、支持起诉、环境公益诉讼、消费者公益诉讼甚至涉众型犯罪民事损害赔偿诉讼的对比与区分,是因为这些诉讼都与群体利益的救济有关。然而,群体利益通常又被分为不特定主体的利益,即纯粹性公益和若干特定主体所拥有的个体利益累积起来而形成的具有公共性却可分的集合利益,也就是集合性公益。^② 我国《民事诉讼法》及相关法律的现有规定之下,纯粹性公益的救济适用的是公益诉讼程序,如环境公益诉讼中要求环境侵权人停止侵害、排除妨害、恢复原状等都是对环境公共利益的维护。同时,环境公益诉讼程序的启动不影响具体因环境侵权行为受损害的个人提起侵权损害赔偿诉讼。因为,环境权益通常被认为是不可分的纯粹性公益,因此针对不特定多数人的环境权益受到损害的诉讼应属于纯粹的公益诉讼。根据现有法律规定,符合条件的环保机构以及检察院可作为原告提起此类环境公益诉讼。环境权益受到损害的情形其实也存在两种集合利益的情形,如集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源遭到损害时,这些自然资源相关的环境权益并非全民所有,也不属于不特定多数人,而是属于该封闭集体组织中的全体成员。此外,对于同一侵权行为导致某区域特定群体的权利受到损害时,此时的受损害群体实际上是特定个人的集合。前述环境侵权领域的两种集合利益情形中,前者在理论界和实务界暂未作为一种集合利益进行看待,而是和纯粹性公益一样同样可以适用环境公益诉讼的相关规定,而后者这一类集体利益,通常作为私益的集合,仅允许个人起诉或者以代表人诉讼的方式进行救济。

我国《民事诉讼法》关于消费者公益诉讼的内容规定特定组织和机关可以对侵害众多消费者权益的行为提起消费公益诉讼。但我们深究可以发现,在消费者侵权案

^① 参见[美] 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社 2009 年版,第 47 页。

^② 参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼重点讲义》,高等教育出版社 2017 年版,第 153 页。

件中,因同一侵害消费者行为造成的损害群体就是与该侵害行为相关的消费者群体。这一受害群体尽管在确定过程中存有难度,但是在理论上确实是特定主体。尤其在电商消费日益发达的当下,消费者的消费信息往往在线留痕,因而大规模消费者侵权诉讼其实维护的也是具有特定现实性的主体。同理,涉众型刑事犯罪的民事受害人与证券侵权案件,同样因为受损害对象的特定性,实际上也属于集合性利益救济的诉讼。

(三) 群体利益及其救济程序的家族相似性分析

尽管在本质上纯粹性公益和集合性利益可以根据利益主体是否特定,两者概念区别泾渭分明,但在理论和实践中,集合性利益的救济也在逐步追求和纯粹性公益救济诉讼程序相同或相近的方式与效果。按照通常“提取公因式”的本质主义思维,我们总试图抽象出一个二者所具有的共同特征作为“公因式”,但是两者在概念上的显著区别我们不能视而不见。那么我们能否转换思维逻辑,根据纯粹性公益与集合性利益二者之间的“家族相似性”,以及救济这两种利益的诉讼程序之间的“家族相似性”(Family Resemblance),而将他们统合在一起,作为同一大类的公益诉讼,来实现有效救济群体利益的目的?

有别于亚里士多德逻辑学为基础的经典范畴,维特根斯坦家族相似性范畴有以下基本假设:一是,个体的范畴化依据不在于其基本特征而是其属性;二是,个体之间有典型成员与非典型成员之分,典型成员的共有属性特征较非典型成员更多;三是,个体的典型化评估不仅包括属性评估,更是一个全面感知的过程。^①维特根斯坦的“家族相似性”理论认为,事物无法用经典范畴概括,而是以家族相似性原则相互组织起来,这些事物集中的成员好比同一家族成员,每位成员都与其他一个或数个成员共有一项或者若干项特征,但几乎没有一项特征为所有成员所共有,成员之间呈现的是一种链式相似。该事物集没有明确边界,因此不是封闭的而是会随着社会发展与人类认识的提高不断形成和变化发展的。^②

集合性利益与纯粹性公益在权利主体是否特定方面是存在不同的,但是该两类主体的权利被侵害时需要被救济的形态却可能是相同的。二者均有可能因同一侵权行为遭受损害,因此在同一侵权行为实施后,集合性利益和纯粹性公益受损的可能是

^① 详见黄月华、左双菊:《原型范畴与家族相似性范畴——兼谈原型理论在认知语言学中引发的争议》,载《语文学研究》2009年第3期。

^② 参见胡学军:《家族相似性:民事诉讼法典化的逻辑与技术》,载《当代法学》2023年第6期。

同时存在的,如在环境侵权的情形下,工厂的排污行为可能在污染全民所有的水流的同时也对水流沿线居民的作物甚至身体健康造成损害;但两种群体性利益受损的同时存在并非一种必然,环境侵权时也存在仅侵害环境但尚未对环境周边的利害关系者的人身或财产造成损害,此时受到损害的只有纯粹性公益。若将集合性利益再进行细分,可以发现该利益集合是一个偶然的事实集合还是一个被拟制的法律集合也存有区别。因同一偶然的不法行为遭受损害的受害人集合与乡镇、村级或者村民小组一级集体中成员的集合在法律效果上也有差异。理论上,拟制的集合,如集体、公司等可以作为独立的民事主体以自己的名义为诉讼行为,而偶然的集合却不是独立的民事主体。从这个角度而言,纯粹性公益、偶然集合性利益以及法定集合性利益之间可以构成一个家族。他们都因为涉及利益主体人员众多,都有通过共同的程序一次性解决纠纷,节省诉讼成本,维护法律适用统一的迫切需求。

为了满足这一需求,各国针对纯粹性公益以及集合性公益的救济设计了不同的诉讼程序。因为群体利益救济的实体关系当事人超出了司法场所以及司法场景的容量,选择“代表制”进行诉讼是现行群体利益救济程序的必然选择,但是不同诉讼程序的“代表制”在代表人的性质以及代表人替代被代表人的决定形式两方面有所不同。从代表人的性质来看,有的是从实体关系的当事人中选择,有的则是选择了与实体关系无关的公益机构;从被代表人被替代的决定形式来看,有被代表人肯定认可的“明示加入制”,也有“默示加入,明示退出”形式,其中前者有赖于全体当事人积极维权主动提起诉讼,如普通代表人诉讼,后者则依靠部分当事人或公益代表发起,如美国的集团诉讼和德国的团体诉讼。从代表人的性质来看,越是为维护纯粹性公益,则越倾向于选择与实体关系无关的公益机构作为代表人,并且公益机构提起诉讼的主动性越强,德国的团体诉讼与我国现行环境公益诉讼为该类适例。而公益的纯粹性减弱则会选择对个体程序性权利保障更强的“明示加入制”并选择以实体关系的当事人作为代表人,我国的代表人诉讼和日本的选定当事人诉讼便是此种类型。美国的集团诉讼、德国的团体诉讼和示范性诉讼以及我国当前的特别代表人诉讼、特别股东派生诉讼则是居于我国的普通代表人诉讼以及日本选定当事人诉讼这两种权利救济形态之间。如果位于中间的救济程序对公益机构越是更多赋权,那么该救济程序和纯粹性公益救济程序的相似性更多。这些救济群体利益的诉讼程序为了实现个体程序权利保障与诉讼效益之间的平衡,彼此之间具有程度不同的共同属性。如果将纯粹公益诉讼(如德国的团体诉讼和我国现行的环境公益诉讼)作为典型成员,我国

《民事诉讼法》规定的代表人诉讼以及日本的选定当事人诉讼就是非典型成员,那么由近到远,我国现有的消费者公益诉讼、我国台湾地区的投保机构团体诉讼、特别股东派生诉讼、特别代表人诉讼、美国的集团诉讼、示范诉讼依次呈链式相似。

三、两种诉讼公益性的具体分析

证券民事赔偿作为投资者权益维护的有效措施能够高效便捷地维护投资者的合法权益,尤其是较单独诉讼、共同诉讼而言,由投服中心提起特别代表人诉讼和特别股东派生诉讼能够为全体未声明退出的投资者提供规模化、低成本且力求追“首恶”实效的受损权益维护机制。之所以在示范诉讼、普通代表人诉讼以及现有的普通股东派生诉讼之外增加供给特别代表诉讼和特别派生诉讼这两种新型诉讼形态,显然应当有着与现有制度或其他制度不同的功能定位。从违法预防理论角度而言,特别代表人诉讼制度通过民事诉讼和执行程序可能使得实施违法行为的上市公司和违法行为主要责任人因其违法行为“赔得倾家荡产”。特别股东派生诉讼使得操纵企业违法违规的企业实际控制人、董监高等“首恶”在经济上付出沉重代价,让该上市公司及其违法行为主要责任人不敢再实施此类违法行为,从而达到个别预防的目的。^①从一般预防的角度而言,两种诉讼使得其他潜在证券市场主体因为忌惮可能面临的严重不利后果而不敢实施类似行为。两种诉讼从违法行为主体以及潜在违法主体两个方面预防类似严重违法违规行为的再行发生,对当下和未来可能发生的违法行为及行为人产生震慑作用,以维护金融市场秩序。

为实现这一公益目标证券法将提起特别代表人诉讼以及特别股东派生诉讼的诉讼实施权赋予投保机构这一公益机构、公益股东。其中提起特别代表人诉讼需获得50名以上投资者的授权后,其他投资者则以“默示加入,明示退出”的形式参加诉讼。而特别股东派生诉讼中,投服中心作为公益持股人,无论其他股东诉讼意愿如何,其均可在不受持股期限与持股比例限制的条件下提起派生诉讼。因此从投服中心这一公益机构的诉讼功能地位与目的以及提起诉讼的自主性角度来看,特别代表人诉讼与特别派生诉讼和纯粹公益诉讼、消费公益诉讼具有十分紧密的家族相似性。两种诉讼比普通代表人诉讼和普通派生诉讼具有更强的公益性,不过这种公益性略弱于

^① 参见[意]切撒雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,商务印书馆2017年版,第63页。

纯粹公益诉讼的公益性。

特别代表人诉讼之略弱于纯粹公益诉讼的公益性,其略弱之处体现在,若回归到本质主义的逻辑分析,将特别代表人诉讼所保护的利益看成一个整体,须面对特别代表人诉讼的权利主体是特定的,并且这些权利主体最终将根据自身的受损害情况分享胜诉利益的诘难。该种诘难的一个逻辑预设就是一个诉讼当中只能容纳一种性质的利益,并且必须根据该种利益的形式对诉讼的性质进行判断。但是,通过分析特别代表人诉讼可以发现,诉讼集合以后,诉讼中处理的实体性或者程序性争点并非全部都是集合性公共利益,也并非都是纯粹私益,而是私益和公益的融合。^①

在特别代表人诉讼中,从侵权行为构成要件以及财产损害赔偿义务完全履行的角度来看,法院需要审查证券侵权行为是否存在、是否造成了损害后果、损害后果有多少、损害后果与侵权行为之间是否具有因果关系以及被告人是否有过错等要件。其中,具有共性的内容就是证券侵权行为的基本情况,如实施日、揭露日的确定、损失后果的计算方法以及行业风险、系统风险等不具有因果关系的判断与排除、各被告的过错情况与应承担责任比例和款项的具体执行。若上市公司面临破产,还会涉及债务偿付方式、偿付比例以及重整方案涉及的其他事项的决定。关于投资者是否受到损害、是否为适格投资者的判断和各投资者具体受损金额则是具有个体差异性的问题。共通性问题其实是在证券侵权行为已然发生时如果提起诉讼,任何可能在实施日和揭露日之间以公开竞价方式买入并在揭露日以后仍持有公司股票的潜在投资者都需要解决的问题,即共通性问题是涉及不特定多数人的问题的统一审查,因此属于不可分的纯粹性公益。

证券侵权行为一旦实施,该行为对不特定多数人的权益造成威胁,任何一个有资格进行股票交易的主体因股市交易的流动性,都有可能受到其行为的侵害。因而,从维护不特定多数人利益的角度来说,法院对侵权人共通性行为的审理属于纯粹公益内容。一旦行为被揭露,侵权行为得以固定,涉及具体受侵害主体的确定以及各自受损程度的审理,针对不同的投资者情况将有不同的处理结果。但是由于证券交易及侵权案件审理的特殊性,个性问题中一个主体是否受到侵害主要是从两个节点进行判断,其一是投资者是否是在实施日和揭露日之前买入并在揭露日后仍持有公司股票;其二是其损失扣除系统风险、行业风险后是否仍然为正数。但这些个别性问题仍

^① 参见黄忠顺:《消费者集体性损害赔偿诉讼的二阶构造》,载《环球法律评论》2014年第5期。

然是结合共通性问题的审理结果对各自的交易情况进行判断;而损失程度则是根据持股情况结合共通的计算方法进行个别计算,属于个别性问题。但是,结合现代信息技术完全可通过制式方式一并判断并计算,并且误差可能性极小,则个别逐一计算的必要性较小,仅需赋予投资者个人个别异议权即可,并不影响共通性事项的审理。^①

从上述程序二阶分析的角度来看,因为特别代表人诉讼中涉及的个别私益性事项主要是持股比例和损失程度,在现有技术条件下可以制式计算,法院自由裁量空间较小,在计算标准统一的情况下,仅存在计算误差的微小可能。因此为保障该部分具有个别性的利益所展开的审理程序,对特别代表人诉讼的公益性影响甚微,可以忽略不计。

特别股东派生诉讼是在支持起诉、普通代表人诉讼或者仲裁案件等确定了侵权行为基本情况和损失赔偿额等问题后,仅就真正的共同侵权人应承担的具体责任问题进行诉讼,与投资者个人直接的、具体的权利保护之间仅存在间接关系,即使个别投资者因个人原因放弃追究某一共同侵权人的责任,其放弃的法律效果也因为股东派生诉讼权利属于共益权这一性质而被阻断。因为,投服中心提起特别股东派生诉讼并未涉及个别投资者自益权的处分,而是属于股东共益权的权利范畴。投保机构提起特别股东派生诉讼之目的乃在于保护证券投资者的共同利益并维护金融市场交易秩序。故而,特别股东派生诉讼与特别代表人诉讼一样具有公益性,并且因不涉及个别性事项的审理,其公益性强于需要对投资者个别利益进行审理的特别代表人诉讼。

四、现有两种诉讼常态化激励制度之检视

特别代表人诉讼、特别股东派生诉讼这两种诉讼与纯粹公益性诉讼所具有紧密的家族相似性。并且,两种诉讼具有的公益性,也和我国现行的消费者公益诉讼的公益性相当。投保机构提起两种诉讼,能够有效解决当前中小投资者因各种现实障碍而不能、不敢或者不愿通过诉讼来维护自身权利放任证券违法行为的难题。基于这样的现实逻辑,投服中心应更多地提起特别代表人诉讼和特别派生诉讼,让证券市场的各种主体认识到“必然付出代价”,才能更全面地实现两种诉讼形态的功能。但是

^① 参见段厚省、张宁:《特别代表人诉讼四题初探》,载《证券法律评论》2022年卷。

当前因为对这两种诉讼的公益性认识不足,投保机构提起诉讼的成本高昂并且成功提起诉讼后亦无相应激励机制,影响到投保机构提起该两类诉讼的能力。为进一步发挥特别代表人诉讼和特别股东派生诉讼的震慑违法功能,应当进一步完善涉及该两种诉讼的诉讼费用负担制度以及投资者保护基金胜诉奖励制度。

(一) 对两种诉讼免收诉讼费

根据《最高人民法院关于证券代表人诉讼若干问题的规定》,特别代表人诉讼案件不预交案件受理费。败诉或者部分败诉的投资者可以申请减交、免交诉讼费用,是否同意由法院决定,法院应该按照《诉讼费用缴纳办法》的规定,视原告的经济状况和案件的审理情况决定是否准许。特别代表人诉讼中投保机构不向投资者收取任何费用,若案件败诉或部分败诉,法院可以裁定同意投保机构减交或者免交诉讼费用。那么在法院不同意减交或免交诉讼费时,则投保机构仍然需要承担败诉或者部分败诉的诉讼费。而特别股东派生诉讼则是要根据诉讼标的的超额累进比例计算诉讼费,对于大规模证券侵权案件所衍生的特别派生诉讼,其诉讼标的动辄上亿,甚至几十亿,如果需要缴纳诉讼费,投保机构在单个案件需要预交或者缴纳的诉讼费用动辄上百万,甚至千万。这样的诉讼费用压力对不以营利为目的的投保机构而言,必然会影响其正常经营运转,导致提起的诉讼案件数量有限,甚至可能策略性地挑选小标的额的案件或者对同一案件中的损失额进行拆分后再选择其中金额较小的损失提出诉讼请求。这就与设立投保机的目的以及选案的基本原则相悖了。

民事诉讼费用征收的法理逻辑在于:一是,通过诉讼费用最终由败诉方承担,增加违法成本,制裁民事违法行为;二是,从分配正义的角度,民事案件通常是权利个体之间的争讼,和其他社会成员无直接利害关系,所以不应由全体纳税人承担该笔费用;三是,设置诉讼费用门槛防止权利人滥诉。^①

对于特别代表人诉讼和特别股东派生诉讼而言,投保机构与案件并无直接利害关系,即使持有上市公司少量股票,也是公益持股行为,而非为了自身特殊利益。其提起诉讼系出于公益目的,并且都是作为权利人的代表参加诉讼,不存在应当被制裁的民事违法行为。投保机构基于公益目的提起两种诉讼,这类公益性诉讼的诉讼费用即使由投保机构支付,这些资金最终也是由纳税人负担。如果可以减免,便可以节省不必要的法律交往成本。同时,投保机构提起两种诉讼具有严格的案件选取规则

^① 江伟:《民事诉讼法》,高等教育出版社 2016 年版,第 240 页。

和专业的案件评估专家,其提起诉讼非为自己利益且具有相应的审慎行动机制,既无滥诉冲动,也不具备滥诉的现实条件,因而无需通过诉讼费用的收取来防止其滥诉。此外,根据我国现行的消费公益诉讼的规定,消费公益诉讼适用免交诉讼费的规则,对于和消费公益诉讼具有相当公益性的特别代表人诉讼与特别股东派生诉讼当然也应当免交诉讼费。如此方能体现“同等事物同等对待,不同事物不同对待”的法律原则,体现对同类利益的同等保护,对消费市场秩序和证券市场秩序的同样重视。

（二）建立面向投保机构的胜诉奖励制度

特别代表人诉讼和特别派生诉讼专业性强,人力、物力投入巨大,投保机构需要和公益律师一起完成大量的案件准备工作,投保机构工作人员通常超负荷工作。同时,由于提起该类诉讼要求投保机构的工作人员具备相应专业能力,长期高强度工作却无法让该些工作人员享受相应待遇上的激励,可能导致投服中心在当前薪资水平与工作强度之下难以招收到具备相应专业素质的人才,甚至导致现有工作人员对发动诉讼缺乏动力。长此以往,将会阻碍两种诉讼制度的功能发挥。

在保持投保机构不以营利为目的的公益性机构定位不变,并且投保机构不向投资者收取任何费用的前提下,较为可行的路径是为两种诉讼建立专门的基金。该基金可设定两项功能,一是在上市公司及其“关键少数”在投保机构代表中小投资者维权胜诉后赔付不能时作为兜底,确保中小投资者受损权益之实现;另一方面,该基金可建立面向投保机构的胜诉激励机制,为投保机构提起两种诉讼提供新动力,确保两种诉讼有效震慑违法之功能的实现。