

“ 中国证券市场前沿理论问题研究 ”

(之七)

采用集团诉讼完善我国证券民事诉讼机制

深圳证券交易所博士后工作站 杜要忠

最高人民法院准许受理证券民事诉讼已经半年 ,从半年以来的实践来看仅仅依靠单独诉讼和共同诉讼 ,我国的证券民事诉讼并没有到达保护投资者并遏制上市公司不正当行为的目标。本文将探讨传统诉讼模式在证券民事诉讼中面临的困境 ,介绍证券集团诉讼程序制度 ,为完善我国证券民事诉讼机制提供政策性建议。

一、 证券民事诉讼在程序制度上面临的困难

(一) 传统诉讼模式在证券侵权纠纷中面临的困境

随着资本市场的发展 ,上市公司通过资本市场侵犯投资者权利的问题变得日益突出。由于上市公司组织活动的复杂性 ,起诉上市公司侵权行为的诉讼成本很高 ,多数情况下 ,单个投资者受到损失的金额比较小 ,因此 ,单个投资者往往不愿意提起诉讼 ,固守 “ 不告不理 ” 的法院受理案件的原则 ,将使证券侵权纠纷面临十分尴尬的局面。美国一家律师事务所在形容这种情况时说 ,如果仅仅依赖传统的民事诉讼手段 ,“ 我向一千万人下手 ,每次盗取五元 ,这样我盗窃了五千万之后仍然可以逍遥法外。 ” 一个人想在短时间内盗窃成千上万人的财物的确不太可能 ,可是 ,违法行为人利用资本市场在短时间内侵犯成千上万人的合法权益、获取巨额非法利益 ,却是当代证券市场中常见的现实问题。

如果民事诉讼机制不能够有所创新 ,资本市场上的民事侵权将不能得到有效的司法解决 ,投资者权利得不到确实保护。这种状况最终将使理性投资者丧失对资本市场的信心 ,勉强维持的资本市场将异化为博彩市场 ,无法有效发挥资本市场配置社会资本的功能。

(二) 证券违法行为的特殊性及其导致的后果

与其他侵权行为相比，证券侵权行为的行为模式上并无特殊性，其特殊性主要表现在违法行为导致的后果：

1、受害人人数众多，受害人地域分布分散。

从深圳证券交易所对全国6大城市投资者的抽样调查研究显示，截止2002年年初在已经披露的“亿安科技”、“银广厦”、“东方电子”、“麦科特”、“三九医药”、“中科创业”和“蓝田股份”等几项重大违法事件中，涉及到的受害人人数高达783—792万，而且，这些受害人遍布全国各地。

2、证券违法行为造成的损失总额巨大。

我们尚不掌握有关我国证券违法行为造成的损失总额方面的数据，但从证券侵权行为受害人人数极多的特点分析，我国证券侵权行为造成的损失总额应该相当巨大。一项对1995年美国私人证券诉讼的研究(Martin et al., 1996)表明，作为该研究样本的当年联邦法院受理的105件私人证券诉讼，平均涉案金额高达10,619,170美元，总计涉案金额1,115,013,250美元；在美国斯坦福大学证券集团诉讼清算中心统计的案件中，单个证券集团诉讼的最高和解金额达35.25亿美元。

3、与起诉证券侵权行为诉讼成本相比较，单个投资者受到的损失金额比较小。

我们没有证券侵权行为中单个投资者所遭受损失金额的统计数据。根据美国联邦司法中心(FJC)1996年对四个联邦巡回审判区发生的集团诉讼的调查研究显示，受调查的集团诉讼中集团成员获得的赔偿金平均在315-528美元，而集团诉讼成员如果要单独起诉这些侵权行为，其诉讼成本将是他们获得赔偿数额的10倍以上。

由于诉讼收益不足以弥补诉讼成本和诉讼风险，证券侵权行为受害人没有动力单独起诉违法行为人；由于人数众多、分布极为分散，大范围的共同诉讼的联系费用极为高昂，同时，由于存在“搭便车心理”，受害的当事人不能自发形成有效的共同意志，因此，投资者不能形成共同意志，无法组织有效的共同诉讼。

(三) 我国现行民事诉讼法规定无法满足证券民事诉讼要求

现行的《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民事诉讼法》)明确规定的群体诉讼形式仅有共同诉讼，并没有规定集团诉讼形式。但《民事诉讼法》第54条和第55条以及《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第59至64条，又规定了共同诉讼中的“诉讼代表人”问题。其中，“人数不确定的代表人诉讼”与集团诉讼最为相似。但是，由“诉讼代表人”进行的共同诉讼仅仅是在人数众多时，由“诉讼代表人”进行的一种特殊形式的共同诉讼，它并不是集团诉讼。我国的共同诉讼形式无法满足证券民事诉讼的需要。

1、从诉讼经济的角度看，共同诉讼不能包容证券民事诉讼涉及的众多投资者。

在确定原告方当事人时，共同诉讼实际上采取的是“选择加入”规则。按《民事诉讼法》规定，在起诉时人数不确定的代表人共同诉讼中，人民法院在受理案件后，可以发出公告，

在公告中说明案件情况和诉讼请求，通知尚未起诉的权利人在规定期间内到法院登记。只有经过明确登记的投资者才成为共同诉讼的当事人。在大庆联宜证券侵权纠纷中，已经着手准备的人数最多的共同诉讼行动仅仅结集到 360 多名投资者，但律师已经感到登记事务感到登记事务工作量巨大，如法院要一一审查这些登记材料，那么法院的审查工作的工作量将更加繁重。这种“选择加入”的登记方式无法集中处理人数规模达百万的证券侵权纠纷。

将证券侵权纠纷分割成若干起规模较小的共同诉讼处理，同样面临不可避免的法律矛盾。一般情况下，同一证券侵权事件中受害的当事人之间的诉讼标的属于“同类”标的，部分受害的投资者可以提起共同诉讼，但是，如果被告的可执行财产不能支付所有赔偿要求时，被告的可执行财产必然只能做比例偿还。这种情况下，每一个投资者的求偿份额都会影响到其他投资者的受偿数额，这样一来，该证券共同诉讼的众多当事人之间的诉讼标的已经不是“同类标的”，而应该是“同一标的”。对于涉及同一标的的诉讼，如果要按照共同诉讼处理，必须通知全部投资者进行登记以保证其获得赔偿的权利。当证券侵权案件的受害人达到上百万之众时，法院不可能在有限的审判时限内完成对当事人的通知和登记工作。即使不考虑审判时限，这种不经济的诉讼方式的可行性也值得怀疑。

2、将同一个证券侵权行为分割成为若干个共同诉讼处理，可能会带来执法公正的问题。

按照《民事诉讼法》对“人数确定的共同诉讼”的规定，针对同一证券侵权行为可以组织规模不等的共同诉讼，只要原告当事人人数预先锁定，法院理论上可以不考虑其他未起诉的投资者的情况，对本法院受理的证券共同诉讼做出独立的处理。但目前我国许多被曝光的违法上市公司的财务状况往往很差，公司可执行财产仅仅足够支付一小部分投资者的赔偿。在纠纷涉及事实和法律完全相同的情况下，如果先起诉的投资者获得了赔偿，而后起诉的投资者却得不到任何赔偿，将会不可避免地影响法院在裁判公平性，最后导致投资者对制度公正性产生质疑，不利于社会稳定。

二、证券集团诉讼程序规则

目前，在成熟证券市场上最常见的证券民事诉讼有两类，一是由证券监管机关提起的民事诉讼，另一就是证券集团诉讼。其中，证券集团诉讼在保护投资者、遏制证券侵权行为方面发挥着最突出的作用。证券集团诉讼制度的程序特点可以在很大程度上克服上述的证券民事诉讼在程序上面临的困难。以下我们对证券集团诉讼程序原理做一简要介绍。

所谓集团诉讼（class action，也译为“集体诉讼”或“团体诉讼”）是指诉讼一方当事人人数众多、不可能同时参加诉讼，他们之间有着共同的法律或事实问题，将他们视为一个集团更有利于实现法律的目的，因此，以一个或若干个集团成员作为集团代表人，代表整个集团成员提起并进行的诉讼。美国是最早以制定法形式规定集团诉讼制度的国家，其证券集团诉讼也最为发达，许多国家和地区都是借鉴了美国集团诉讼的制度。以下对证券集团诉讼基本程序的介绍，以美国联邦证券集团诉讼程序规则为原型。

从理论上讲，诉讼当事人为数众多的集团一方既可以是原告方、也可以是被告方，这两种情况分别称为“原告集团诉讼”和“被告集团诉讼”，但在实践中一般是集团一方为原告。代表集团一方参与法庭诉讼过程的当事人是“集团诉讼代表人”（简称“集团代表人”）。其他众多当事人称为“集团成员”。集团诉讼被广泛运用于证券欺诈、产品责任、大范围的公民权侵犯、医药或健康纠纷、保险纠纷以及其他多种民事侵权纠纷。证券集团诉讼是最常见的一种集团诉讼。

（一）诉讼的提出及诉讼费用的负担

当投资者认为上市公司或其管理人员实施违法行为侵犯了自己以及与自己处于相同地位的人的合法权利时，该公司的任何一个投资者都可向法院提出证券集团诉讼，起诉公司、公司管理人员以及相关的证券中介机构。证券集团诉讼起诉人起诉前并不需要征得其他投资者的同意。当然，起诉人不一定成为集团诉讼代表人，集团代表人的确定最终由法官决定。法官一般会确定若干名具有充分代表性，并可以公平、充分维护其他成员利益的投资者作为集团诉讼代表人。

实践中，证券集团诉讼往往由律师发动。因为启动集团诉讼需要成本投入，投资者个人一般不愿意承担诉讼成本，而律师为获得代理业务不但可以暂不收取律师费、而且还愿意为集团一方垫付法院受理案件费用和其他诉讼开支。

（二）集团证明

法院收到集团诉讼起诉书后，决定是否以集团诉讼受处理该案件的过程就叫做“集团诉讼的证明”（class action certification），简称“集团证明”。美国《联邦民事诉讼规则》规定了集团诉讼的“先决条件”和“维持条件”，作为判断案件是否应作为集团诉讼处理的标准。

1、集团诉讼的“先决条件”：

集团人数众多，要将全体成员合并诉讼实际上不可能；

该集团有共同的法律或事实问题；

当事人代表的请求或抗辩是集团中有典型的请求或抗辩；

当事人代表能够公正和充分地维护集团成员的利益。

这四个条件是集团诉讼的必要条件，一项诉讼请求必须全部满足这四个条件，联邦法院才会考虑以集团诉讼的形式受理该案。

2、集团诉讼的“维持条件”：

案件分别起诉或者抗辩可能产生风险：(A)将案件分别立案处理，可能对单个集团成员做出不一致或不同的判决，这类判决会形成不适当的行为标准，使得当事人用这些标准对案件处理的合理性提出质疑；(B)将案件分别处理，仅就其中个别当事人提起的诉讼做出判决，会对其他成员权利产生决定性的影响，对其他成员权利形成实质性的削弱或阻碍。

案件处理结果将要求受判决拘束的所有当事人为某种行为或不作为,因而应该将案件作为一个整体,做出最终禁止令给予救济、确认所有相关当事人的权利、或以公开宣告权威解释的形式给以普遍的救济。

在集团成员涉及的法律或事实问题,既有共同点又有不同点时,法院认为共同点占主导地位,并且将案件作为集团诉讼处理,比其他可能的方式处理更加公平、有效。

任何已经满足集团诉讼“先决条件”诉讼请求,只要再满足上述一项“维持条件”的就应被作为集团诉讼处理。一项诉讼请求是作为集团诉讼处理,法官拥有重大的自由裁量权。当然,司法判例和司法习惯制约着法官的自由裁量,必要时法官需要在集团证明阶段上进行必要的证据开示甚至听证后,才能做出集团证明的裁定。

如果案件将以集团诉讼形式处理的,在集团证明阶段上,法院还将进行集团界定以确定集团成员的范围,确定集团诉讼代表人以及任命集团律师。

(三) 集团诉讼通知

在集团诉讼中集团代表人和集团律师必须按照法院的要求,将法院指令或认可的通知发送到所有经合理努力可以确认的集团成员。集团通知名义上是法院通知,但通知一般是由集团律师拟订和发送,通知的目的是为了保障集团成员的知情权,进而保证集团成员自主决定如何行使自己的诉讼权利。

证券集团诉讼在集团证明的阶段上需要进行“集团证明通知”,将诉讼基本情况通知给集团成员,并告知集团成员可以选择不参加集团诉讼。当诉讼将以和解方式结案时,集团代表人和律师还必须向集团成员发出“和解通知”,告知集团成员拟议的和解协议的主要内容、和解金的分配和派送办法、拟议的律师费和其他诉讼费用情况。

在美国联邦法院处理的集团诉讼中,信件是最基本的通知形式。除信件之外,法官还会要求集团代表人及律师在全国性证券报刊或广播电视上公告作为补充通知。通知所需费用往往超过数十万美元,通知费用的负担常常是诉讼双方争执的问题;费用具体由哪一方负担或者由双方分担由法院裁定。

出于节省通知费用的考虑,在许多起诉后有希望在短期内达成和解的证券集团诉讼中,法官往往会同意推迟发出“集团证明通知”的时间,将“集团证明的通知”与“和解通知”合并作为一份通知发送,但合并后的通知不得省略两类通知分别应该通知的内容。

(四) 选择退出规则

“选择退出”(opt out)有两方面的法律含义:一方面,准许集团成员在一定的时间内向法院通过向法院明确表示自己不愿意被包括在集团诉讼内,因而被法院排除在集团诉讼之外。被排除的当事人在该纠纷中的诉权尚未行使,在诉讼时效有效期内他随时可以提取诉讼。另一方面,如当事人不选择退出,法官进行集团界定时将自动将其纳入集团,集团诉讼后果

将直接对其产生拘束力，他有权获得集团诉讼回复的权益，但失去了就该纠纷另行起诉的权利。

采用选择退出规则既扩大集团诉讼拘束力范围，又周密保护了集团所包括的当事人的诉讼自主权。在美国的证券集团诉讼实践中，在集团证明阶段选择退出的投资者的数量很少，在具体处理诉讼收益和解通知之后，选择退出的投资者相对多一些。在证券侵权事件中，所有的受害的投资者买卖股票的数量有据可查，减去选择退出的投资者持有的股票数后，按照一定的损失计量办法即可计算出侵权行为造成的损失总额。

（五）集团诉讼的和解

美国的证券集团诉讼往往以和解形式结案。集团诉讼和解与其他民事诉讼和解的法律效力相同，但是，集团诉讼的和解必须经过法院批准方可生效。

和解协议提出后，法院应对和解协议进行书面审查，对于形式上符合要求的和解提议，要求集团代表人和集团律师发出和解通知，将拟议的和解方案通知所有集团成员，告知和解的原因、通过和解可以得到的利益、和解金的分配和派送方式、以及集团律师费和诉讼费用支付的安排等主要和解协议事项；告知集团成员可对和解协议提出质疑，并通知法院对和解协议进行听证的时间；如果投资者原则上反对和解协议还可以选择退出；和解涉及诉讼收益分配的，和解通知中还应附送“权利登记表”供集团成员填写。

法院对和解协议举行的听证会是职权主义调查活动，听证会上法官不但必须对所有的质疑和异议进行质询，而且，在没有投资者提出异议的情况下，法官也必须按照其专业判断，要求集团代表人和集团律师对所有可能存在异议问题进行质证。在排除了一切可能损害集团成员利益的合理怀疑后，法院才能以裁定批准证券集团诉讼和解。

（六）和解协议的执行

证券集团诉讼和解协议的执行就是将和解得到的利益支付律师费和诉讼开支后，将其余部分利益分配给集团成员。法院负责和解协议执行的监督，和解协议由集团律师或者法院任命的专门人员具体组织实施。

和解协议执行中有两项重要的制度，在以判决结案时，集团诉讼判决的执行也采用这两项制度。

1、权利登记

案件和解后，希望获得诉讼收益的投资者必须填写“权利登记表”，说明自己的权利以及其他需要告知和解协议实施管理人的事项。“权利登记表”上一般要求填写人宣誓证明自己所登记的权利及事项的真实性，在登记表人签字即视为做出了宣誓证明。做虚假陈述，须承担伪证的责任。

“权利登记表”随和解通知分发给所有集团成员。当事人通过公告发现自己属于某一集

团诉讼成员时，也可向集团律师主动联系索要和解通知、填写“权利登记表”，集团律师有义务向所有索要通知的人寄送通知。

和解通知中具体指明了填写“权利登记表”需要注意的事项、权利登记表寄回的时间和地址。如果集团成员对权利登记事项有任何疑问，可以按照和解通知上列出的集团律师的通讯地址向集团律师询问。在某些特殊情况下，集团成员需要提供发票或者经纪人登记材料等证明其权利的材料。集团律师和法院应确保集团成员填写《权利登记表》不过分复杂和烦琐，填写事项的多少应以满足和解金的适当分配和派送为度。在某些情况下，集团律师也可能不要求集团成员进行权利登记，比如，被告人或者交易机构存有有关集团成员的可靠信息时，和解金的分发可按这些记载进行。

2、对和解金的管理

法院可以任命一个“权利主张委员会”或任命特定的专家作为管理人来管理和解金。和解金作为一个独立的基金由管理人进行分派。

管理人有责任对从集团得到的材料进行解释。如有必要，管理人可以要求另外举行听证会，对涉及和解金分派的有关材料进行听证，确保集团成员从和解基金中最终得到他们应得的份额。法院随时可对和解金管理人所做的任何决定进行审查，还可以要求和解金管理人分期提交和解金分派情况的报告，对和解金的分派做适当的监督，以保证和解金按照和解协议条款、公平地分配给集团成员。

和解金分派管理费用也从和解基金中支付，和解金的分派和管理费用开支情况，最后需要向法院报告，接受法院审查。如果和解金分配以及管理费用开支中存在违法问题，法院可以采取纠正措施。

（六）损害赔偿金额的计算

1、赔偿范围

在实际司法活动中，证券集团诉讼原告方提出的赔偿的范围一般在侵权行为发生的“集团期间”所买入或卖出的股票，减去“选择退出”的投资者持有的股票后，所有股票投资遭受的损失总额。

2、损失数额

证券集团诉讼中赔偿数额一般通过每股股票投资所受的损失数额加总计算得出。每股股票投资具体受到多少损失是原被告双方辩论的焦点。一般情况下，双方都会聘请经济学家和统计专家提出自己关于赔偿的计算办法和金额。法院也可以聘请专家进行计算，但法官一般不必要为损失数额的具体计算花费心思，法官只需要根据自己对法律的理解，在听取双方主张的基础上做出自己的主观判断。由法院聘请的专家以及由当事人聘请的专家，在接受法庭质询时将进行宣誓，以专家证人的身份提出他们的计算办法及计算结论。

损失数额的计算有很多方法，其中，Fama、Fisher、Jensen 以及 Roll (1969) 开创的“事

件研究”(event study)方法在美国证券侵权和证券欺诈诉讼中得到比较广泛的运用,但是,美国最高法院并从来没有明确过应该使用哪种计算方法。

当前,证券交易数据在证券交易所或证券交易商那里有准确的电子文本记载,使用计算机辅助计算,精确计算损失数额成为了现实。但在实际证券集团诉讼中,所谓“损失数额”本身就带有一定的主观判断的性质,所有的计算方法都是相对的,各种计算往往只是原被告双方确定和解金时讨价还价的说辞。最终的和解金的确定,是诉讼双方综合各方面的考虑最终妥协的结果。

(七) 集团律师费问题

在证券集团诉讼中,集团律师不仅采用风险收费,即不预收律师费,在诉讼获得收益后才从中收取律师费,如果没有获得诉讼所得,集团律师就不能获得任何报酬;而且,集团律师一般还要为集团一方垫付案件受理费和其他诉讼开支。集团诉讼一般旷日持久,可以说集团律师投入为集团诉讼投入的成本很高、承担的风险很大。这种律师费和诉讼费开支的安排,有利于克服证券侵权纠纷中诉讼成本负担的矛盾,同时,对律师形成约束机制、抑制律师滥用集团诉讼机制的冲动。

当然,美国的证券集团诉讼机制对律师也提供了足够的激励——如果诉讼获得收益,集团律师将获得丰厚的回报。根据美国联邦司法中心(FJC, 1996)的调查研究显示,集团律师费占集团诉讼收益的比例的中位数是27%-30%。而一般的证券集团诉讼和解金数额都是以千万美金计、上亿的案件的比例也不在少数,因此,证券集团诉讼一旦成功,集团律师的收入相当丰厚。

对律师获得丰厚收入,尽管有各种各样的非议,但我们认为,与让非法所得留在违法行为人手中的做法相比,让律师从对非法所得的索赔中获得高额报酬是一种更好的制度选择。这种做法一方面可以鼓励律师发现可能存在的证券违法行为;另外一方面,鼓励律师在证券集团诉讼代理业务方面的竞争,提升服务水平。

三、股东衍生诉讼程序规则

衍生诉讼(derivative action)是指在公司或社团利益受侵害,而公司董事会或社团管理人不愿意通过法律手段维护公司或社团的合法利益时,由公司股东或其他社团成员,以公司的名义提出的集团诉讼。

股东衍生诉讼维护的是股东的公益权,通过诉讼回复的利益归属于公司,起诉的股东除了得到法院许可的费用补偿外,不能直接获得任何赔偿。与上市公司有关的衍生诉讼还包括董事衍生诉讼,由于董事衍生诉讼极为少见,同时,其程序要求与一般的股东衍生诉讼相同,本文不作专门介绍。

（一）股东衍生诉讼的必要性

股东提起衍生诉讼的权利很重要，当公司利益受到侵权时，许多情况下投资者的权利并没有直接受到侵犯，投资者不能直接对这类违法行为提起诉讼，而只能由公司来提起诉讼。但是，当公司的加害人就是公司的董事、公司高级管理人员或者控制公司的大股东时，期望公司管理层起诉加害人，实际上就时要求他们自己起诉自己，这无异于与虎谋皮。通过监管部门的监管来控制公司董事或高级管理人员的不法行为除社会成本过高外，将社会公共资源直接用于监督个别商业公司的内部管理也有失社会不公平，也与建设符合市场经济要求的政府管理体制背道而驰。并且，要有效监督数量庞大的上市公司的内部经营管理，是监管部门的监管资源力所不能及的。股东衍生诉讼实际上赋予了起诉的股东代位公司行使公司正当诉权的权利。

（二）股东衍生诉讼程序的特殊规定

股东衍生诉讼作为一种特殊的集团诉讼，除须遵守集团诉讼的一般要求外，法律对股东衍生诉讼还提出了一些特殊要求。

1、对起诉人的特殊要求

（1）股东身份

股东衍生诉讼的适格原告，必须是具备如下条件之一的股东： 在不法行为发生时就已经是公司的股东； 在不法行为发生后才成为股东的人，只有那些由于法律事件发生而成为股东的人，才可作为衍生诉讼的起诉人。例如，在不法行为发生后因买入股票而成为公司股东的人不是衍生诉讼的适格原告；而那些由于被继承人死亡、法院判决等法律事件，而通过继承或法律执行而得到股票的人，即使他们是在不法行为发生后才成为公司股东，也可以作为股东衍生诉讼的原告。

（2）起诉人的人格

起诉人不得滥用衍生诉讼，起诉人必须公平地代表其他股东的利益，这是对起诉人格的特殊要求。首先，在诉讼前和诉讼中，起诉人不得与其他成员或其他诉讼参加人有共谋行为；其次，起诉人必须平等、正直地代表公司股东；第三，起诉人须具有必要的商务或法律经验，保证充分、适当地主张公司的权利。

法院认为起诉人不具备上述要求时，可以案件受理阶段驳回起诉，也可以在诉讼受理后取消诉讼。

2、股东衍生诉讼的前置程序

股东衍生诉讼原告人在诉诸法院之前，应该先向公司的管理层寻求对公司受到侵害的补救办法。具体说，起诉人应事先向公司董事会或者公司全体股东提出请求，要求公司董事会或者其他管理公司的人，以公司的名义向加害人提起诉讼，只有当这些请求行动无效，或者根本不存在通过公司内部渠道寻求救济的可能时，原告人才可以向法院提出衍生诉讼。这就

是所谓的“用尽公司内部救济的原则”。

股东向公司董事会提出起诉请求后,经过一定期限,董事会不答复的,就构成了股东向法院起诉的理由。在特殊情况下,只要起诉人可以提出不可能得到公司内部救济的理由,法院可以豁免起诉人寻求公司内部救济的责任。

3、股东衍生诉讼的担保

为了防止股东滥用衍生诉讼,在法院认为必要时,无论在案件受理前还是在案件审理中,法院可随要求原告提供诉讼保证金或者增加诉讼保证金。

为了保证公司的独立人格,保证公司管理层依照商业原则独立管理公司,排除个别股东对公司正常经营的干扰,法院在处理股东衍生诉讼时往往会接受由公司提出的诉讼费用担保要求。如果起诉股东败诉,法院将从起诉股东提供的诉讼担保中支付被告的所有诉讼开支,并赔偿公司因诉讼而遭受的损失。按照纽约州《商业公司法》规定,股东衍生诉讼中公司可以随时要求衍生诉讼原告就被告可能发生的合理的诉讼费用提供担保,但在两种例外情况下衍生诉讼原告不必向被告提供诉讼费用担保:(1)原告持有的公司股份达到或者超过公司股份的5%;(2)原告持有的公司股票的价格超过5万美元。

4、法院拥有的广泛权力

法院在衍生诉讼中的权力,比法院在普通集团诉讼中的权力还要广泛。在股东衍生诉讼中,法院几乎在所有环节上拥有对诉讼双方实体权利做实质性处理的重大权力。在审查是否审理案件的阶段,法院可以决定诉讼是否可以进行;在诉讼进程中,如果法院认为,原告人不能公正和充分地代表公司其他股东的利益时,法院可以随时终止案件的审理。

与普通集团诉讼相同,在衍生诉讼进行中,法院有权要求衍生诉讼代表人及其律师,依照法院的要求,向公司股东或其他集团成员发出通知。在诉讼争议双方提出和解或撤诉时,法院有权决定是否可以和解或撤诉。

四、完善我国证券民事诉讼机制的建议

(一)由最高人民法院尽快制订证券集团诉讼的试行规则

由于集团诉讼规则的复杂性,完善证券集团诉讼制度需要一个过程,可以考虑由全国人大常委会授权最高人民法院,尽快拟订并颁行“证券集团诉讼程序试行规则”。规定在2—3年的试行期内,在最高人民法院的监督下,由特定的少数几个有条件的法院受理我国的证券集团诉讼。在总结试行期经验的基础上,条件成熟后由立法机关将集团诉讼规则纳入我国《民事诉讼法》或者制订单行法律。

(二)在拟订试行规则时高度重视程序规则的可操作性

证券集团诉讼程序规则的制订应该充分吸取国外的成功经验和做法,细致规定集团诉讼程序要求,对具体规范一定要充分考虑其可操作性。坚决避免按照“宜粗不宜细”原则制订

一些掩盖矛盾、无法适用的含糊规则。

（三）接受符合证券市场要求的规则

应该吸取市场经济发达国家在证券集团诉讼方面的成功做法，接受集团诉讼的“选择退出”规则，为有效处理证券侵权纠纷提供制度基础，使证券民事诉讼成为保护投资者权利、威慑上市公司不正当行为的有效手段。试行规则应该同时规定证券集团诉讼和股东衍生诉讼，以有效维护投资者和上市公司的正当权益。

（四）完善有关的律师收费制度

集团律师是否勤恳尽职是证券集团诉讼成败的关键。应该在证券集团诉讼中确立律师风险收费的制度，要求律师垫付有关的诉讼费用，加大律师的诉讼成本，以防止律师滥用集团诉讼的冒险冲动。

同时，与其他律师法律业务比较，应保证律师可以通过证券集团诉讼获得丰厚回报，以加强证券集团诉讼律师服务的竞争，在充分竞争的环境下，保证高水准的律师服务。

（五）周密考虑证券集团诉讼可能带来的负面影响

应该充分考察已经采取证券集团诉讼国家该类诉讼中已经出现弊端及负面效应。充分考虑证券集团诉讼在我国可能产生的负面影响，在制订规则时应该周密考虑，在发挥证券集团诉讼正面作用的同时最大程度限制其负面影响。

说明：本文收录于深圳证券交易所综合研究所发表于《中国证券报》、《上海证券报》、《证券时报》的系列专辑“中国证券市场前沿理论问题研究”，是该专辑的第七篇。