



股东代表诉讼制度可诉性补强研究

陈洪 张娇东*

摘要 股东代表诉讼制度2005年缘《公司法》修改而引入司法实践,近10年的审判实务明显暴露出其规定与诉讼脱轨、裁判标准混乱等制度几近虚置的可诉性问题,为完善公司法律制度体系,文章以公司法上公平与效率之制度博弈为理论渊源,认为前置程序之功能应重新定位为适格股东向公司获取代表诉权之表意,而基于弱者保护的司法人道主义应于举证责任分配、诉讼文书执行、诉讼费用负担等方面给予提起公益诉讼之股东制度关怀,建议公司法与诉讼法做适当修正,以期补强该制度的可诉性,增强司法实务中的可操作性,使法院审理此类案件时可形成明晰的裁判规则与保障公司和中小股东利益实现的程序路径。

关键词 股东代表诉讼 前置程序 举证责任

公司治理结构的确定只是一种法律理想状态,它本身存在着一定的先天性缺陷,必须通过制度建设以弥补,而代表诉讼制度便是公司监控之利器。^[1]股东代表诉讼制度渊源于英美法系衡平法上之制度创新,是“运用衡平法矫正公司核心制度安排不合目的性的产物”,^[2]是为治愈公司董事、监事和高管出现道德风险致公司受损进而致股东间接受害情况下,公司机关无法代表公司为诉讼行为之制度盲点,以赋权性公司法规赋予公司非参与经营的股东代公司行使诉权,补全适格的诉权主体,维护公司和其他股东合法权益的一项结构性举措。2005年我国《公司法》引入股东代表诉讼,但制度规定原则性过强且与相关法规的关联性较差,难于原有实体和程序法律制度中培育达致制度的适法环境。对股东代表诉讼概而言之,股东代表诉讼的可诉性现状堪忧,司法实践存在裁判规则长期缺失与利益取舍难决的情状。故为厘清股东代表诉讼之程序脉络、架设公司实体制度通向诉讼程序的桥梁做一些理论与实践探讨。

一、问题提出:缘于制度无力的裁判空泛化

[案例1]山东省高院立案受理的三联商社小股东起诉原大股东三联集团侵权一案被称为中国资本市场首例“小股东代表诉讼维权案”。该次诉讼是对公司诉讼等领域较为熟悉的和君创业咨询公司为代表牵头提起的,且有大成律师事务所的大力支持,于立案之先,已在全国范围内征集授权,并有针对性的对诉讼请求加以取舍。中小股东代表诉讼的背后隐含着大股东利用小股东

代表诉讼达致他种目的的博弈。以本案的情况而言,一方面凸显了我国股东代表诉讼制度设立以来的小股东漠视情状,真正规范意义上的代表诉讼案例缺失;另一方面,小股东单独提起诉讼面临较大困境,一则股东提起代表诉讼有着持股比例限制,另外公司法中还对其提起诉讼施加了其他诸如举证责任、前置申请等较多的程序化限制;二则由于信息、精力和专业性等方面所居的弱势地位,势必于诉讼中处于下风,甚至有可能使小股东的维权热情被利用而卷入公司利益博弈漩涡之中。

[案例2]2013年上海浦东法院审理郑嫩英等诉肖仙华等损害公司利益纠纷一案。^[3]郑嫩英等原告一则未能提供有效证据证明其已按公司法规定经过代表诉讼之前置程序,其仅向法院提供了对象为公司监事的信件内容和相应快递单据,而未获得该监事的处理决定与回复,难以证明其是否已经过前置程序向公司机关主张起诉维护公司利益;二则,原告方未有确切数据证据等证明肖仙华等公司管理层侵害公司利益,其提出的肖仙华代表公司与华夏银行上海分行签订最高额抵押合同的证据等最后皆未获得公司内部财务数据和抵押合同对方之确认,甚至案件中于原告方有利的被告方伪造股东会决议记录签名之证据亦为被告方所提供。此案件以驳回原告方诉讼请求而结案,就案情而言较为简单无甚争议,然则原告方于信息获取和举证之上弱势地位凸显:第一,原告方作为有限公司的非参与经营管理股东难以影响公司行为,甚至自公司获取的

*陈洪,清华大学民商法学博士,西南政法大学兼职教授,法学硕士研究生导师,全国审判业务专家,重庆市第五中级人民法院审判委员会专职委员;张娇东,西南政法大学民商法学硕士研究生,重庆市第五中级人民法院研究室法官。

[1]王保树、崔勤之:《中国公司法原则》,社会科学文献出版社1998年版,第192页。

[2]蔡立东:“论股东派生诉讼中被告的范围”,载《当代法学》2007年第1期。

[3]参见上海市浦东新区法院民事判决书,(2013)浦民二(商)初字第2889号。

信息与资料有虚假和伪造的可能;第二,前置程序之经过与否未有细致标准,亦无设置保护弱势一方利益的举证制度或者证据获取方式;第三,诉讼费用承担上,代表诉讼股东往往承担败诉之风险,而胜诉之利益却归于公司整体享有,亦即仍受控股股东和管理层之支配。故而,以此一诉讼为典型的股东代表诉讼往往难以判定是否以公司利益为着眼点,于维护中小股东利益和防止滥诉上无甚作为。

[案例3]2012年江西省高院一审林承恩诉李江山等侵犯香港新纶公司商业机会一案,^[4]状告香港新纶公司全资子公司江西新纶公司董事长李江山关联交易,损害香港新纶公司商业机会,请求其赔偿公司损失,并将所得归入公司。一审中法院认为证据虽有瑕疵但足够认定被告方和第三人责任,故判决应由被告方和第三人涂雅雅华通公司承担共同侵权责任,而二审中最高院则认定原告方证据仅有推定效力,证明力不足,撤销一审判决,驳回原告诉讼请求。此一案件亦是因股东证据收集不充分致使最终败诉。以当前公司制度发展状况和法律制度健全程度而言,股东代表诉讼中证据获取是阻碍其预期功能发挥的一大难题,于维护中小股东利益和防止滥诉上无甚作为。

上述案例在法律适用与案件效果上存在诸多争议,究其原因非仅在于法院审判无力,而应主要归于制度本身的空泛化,过于简单的条文设置难以作为定案和责任分担之依据,使法院裁判沦为简单证据辨识的过程,未体现司法介入公司治理之制度成效。

二、症结寻觅:制度可诉性缺漏之检讨

诉权是权利的固有天然属性,^[5]由实体法所规定的权利义务的内容以及这些权利义务的存在本身,都能被诉讼法的内容所左右,^[6]故而法律须有完善的实现实体权利义务的诉讼程序保障。而观上述诸案例之评析,我国公司法上股东代表诉讼并无细致的诉讼实现路径,该制度于诉讼实现上的疏漏最明显的表现为以下3点。

(一)前置程序的价值迷失和功能失位

根据福斯规则,公司的中小股东不能任意进行个

人行为,而应服从于公司的集体性决策,与公司行为方向保持一致,故对中小股东的司法救济,通过设置前置程序做出安排。^[7]我国《公司法》亦规定股东代表诉讼之前置程序,内容包括两部分:其一是股东之资格,持股时间和持股比例应考虑到利益相关程度而有所限制;其二是前置之请求行为,股东须向公司机关请求其为诉讼行为,被拒绝或不得回应或紧急时,方为前置程序之经过,并且应向法院提供详尽证据以证明上述行为及结果。而前置程序的功能亦因此预设预防股东滥诉而影响公司正常经营,是公司法效率至上原则之体现。基于效益的考虑,前置程序的制度设定及学者对制度之解读偏颇性地立足于对股东的天然怀疑,并设置大量需由中小股东举证证明的请求行为。

《公司法》仅就股东设置前置请求程序而无相关公司机关配合的规定实为制度上的疏漏与不公平。作为违背信义义务的公司管理机关,面对利益相悖的中小股东之请求会否提供相应可资证明的回复、回执等尚未可知,这将使中小股东提起代表诉讼陷入证据不足而被驳回起诉的僵局。另外,以程序为名对诉讼单方予以限制在民事诉讼法理论上体现了诉讼地位不公,这有违诉讼法律精神。法律是利益平衡的艺术,法律调整的平衡点随着不同时期社会形势的变化各有不同。^[8]因此,关于前置程序的功能和价值应当重新检视,实现价值回归,并重新规划双方前置责任。

(二)举证责任的配置失衡

我国公司法中,无具体规定股东代表诉讼举证责任分配规则,一览近年来股东代表诉讼之裁判实例,皆遵循民事诉讼法中谁主张谁举证的举证原则,由原告股东负举证责任,并且案件往往因证据不足驳回原告诉讼请求。此规定不尽合理。

我国公司治理实践相对滞后,大量上市公司的股权结构并未凸显广泛分散的现代化趋势,而更多体现为大股东绝对控股,人数众多的中小股东所持股权仅占较小比例,且并未形成热心公司监督、维护整体利益的股东责任感;而一览国内有限公司,大多体现出较强的一元

[4]参见最高人民法院民事判决书,(2012)民四终字第15号。

[5]程燎原、王人博:《权利及其救济》,山东人民出版社2004年版,第396页。

[6][日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,第61页。

[7]陈群峰:“试论我国股东派生诉讼前置程序规则的完善”,载《人民司法》2013年第9期。

[8]王春婕:“利益平衡视角下的股东代表诉讼——兼论公司法第152条”,载《理论学刊》2009年第7期。



性,控股股东、大股东往往担任公司董事长、总经理、财务负责人等高管人员,公司权力系于一人之身,其他中小股东则无论于决策还是监督等方面皆处于附庸地位,为公司维权的动力与能力皆有不足。而《公司法》第33条和第97条也仅就股东知情权做出原则性规定,细节不明的情况始终存在,且相较而言对获取信息更加困难的股份公司股东知情权的保护更为狭窄——未规定可申请查阅公司财务会计账簿的权利。因此,公司股东欲仅依有限的信息查阅权和监督权而获取足以支持其提起代表诉讼并最终维权的信息证据是极其困难的。

另则,公司诉讼涉及各类专业性信息数据,证据审核专业化要求较高,中小股东所能获取的证据资料,往往以非正规化的证据为主,包含大量推测性、零散性和不具有单独证明力的证据,如此更加大了法院了解案情的难度,法院受理公司诉讼后往往需花费大量时间整理资料,理顺证据链条,或者就专业问题向专门机构咨询,造成了一定的程序拖沓和司法资源浪费。如此种种足以印证法院在采信证据及认定案件事实上之窘境。解决上述困境的有效途径即是对现行举证责任配置做适当调整。对拥有信息优势的公司机关和控制股东等科以较重的证明责任,而对弱势中小股东允许其一定程度间接证据和传来证据的存在。

(三)诉讼费用承担阴影和讼后执行困惑

《公司法》确立股东代表诉讼制度以来,阻却中小股东维权热情致案件数量不多的一大要因是高昂的诉讼费用负担。一方面股东秉承实用主义经济化文化,另一方面高昂的诉讼费,使得股东宁愿选择卖掉股票也不愿意选择去诉讼。一览实践中股东代表诉讼案件皆归入财产性案件按标的额收费,股东代表诉讼尤其是上市公司股东提起的诉讼往往涉及较大的诉讼标的,其高昂的诉讼费用令中小股东望而却步。中小股东提起诉讼是为公司利益,胜诉成果归于公司,而中小股东仅能依股权比例享有该诉讼胜诉成果,败诉则依诉讼法规定承担如此高昂诉讼费用,利益负担如此不均正是当下股东代表诉讼于实践中受漠视的主因。

公司控股股东和管理人员违背忠实义务或在勤勉上极度不负责任是产生股东代表诉讼之诉由基础,而由

于其控制下的公司表意机关的行为是其私益追求的体现而非公司真实意思的外在表述。因此如果股东代表诉讼中法院判定不利的诉讼后果由被告承担,公司法上规定的高管违反忠实义务而应承担如归入、赔偿等责任以及第三人赔偿责任皆应被直接适用。然公司取得此类赔偿与归入利益后又应依何种程序分配?《公司法》和《民事诉讼法》以及相关司法解释皆未明晰,则推定由公司权力机关表决所获赔偿利益的分配与代表诉讼初衷相悖,因为公司实际仍掌控于控股股东和管理层之手,中小股东能否因胜诉而得补偿实为两可之间,而控股股东等责任承担会否转嫁于公司亦为未知,诉讼效果实难预料。因此,公司法和诉讼法有必要就此做出特别规定。

三、回归之径:制度更新与可诉性补强

(一)诉权取得之基础:前置程序功能之更新

萨维尼认为,民事诉讼实际上是民事实体法上的权利在审判上行使的过程或方法,而诉权是实体法上权利的延伸和转化。^[9]因而诉权完整内涵包括程序意义和实体意义两个方面,程序涵义是指在程序上向法院请求行使审判的权利,实体涵义则是指保护民事权益或解决民事纠纷的请求。^[10]在民事诉讼法和诉讼基本理论中,公司法人是独立的诉讼主体,独立参加诉讼并承受诉讼后果,而作为其出资人的股东与其是相隔离的两个主体,原则上其诉权不能由股东行使。股东代表诉讼是对此一法律基本理论的突破,允许中小股东在一定条件下以自己名义代公司提起诉讼,其优点在于它能在突破法人制度失灵的壁障而解决利益冲突,也能很好解决公司股东集体行动带来的成本问题。^[11]但是这一制度创新面临的是与诉讼法理论与立法实践的相斥:公司享有的诉权如何过渡于股东行使?这与民法理论中的代位诉讼又有很大不同之处。

公司法人是适格的法律主体,归其享有的权利不能当然地让渡,其中须有法定的表意程序,即公司独立法人人格表达受限,而由公司特别赋予向公司做出一定申请行为的股东以维护公司利益的代表诉权。中小股东欲为公司利益提起代表诉讼,须有明确的获取代表诉权的意思表示,体现在《公司法》规范上,即必须经过《公司法》第152条设置的一系列前置程序,证明确实存在公

[9]江伟:《民事诉讼法原理》,中国人民大学出版社,1999年版,第403页。

[10]辜恩臻:“论诉权的性质及其适用”,载《法学杂志》2008年第3期。

[11]李苏宁:“简析德国股份公司法关于股东代表诉讼的最新改革”,载《湖南大学学报(社会科学版)》2009年第3期。

司管理层不正当或严重违反法律法规或公司章程的行为侵害公司合法利益,而公司意志表达受到限制,由此方可合理推知公司法人有委托利益相关者代表诉讼之需求。这一条文应是包含了两层含义,第一层是程序上的前置要求,即首先应书面向公司机关——董事(会)或监事(会)请求提起诉讼,若无回应或被拒绝又或者情况紧急的方可提起诉讼;第二层则是涉及实体上的要求,需公司董事、监事和高级管理人员违反忠实义务,以欺诈等重大违反法律法规和公司章程的行为损害公司利益,其他股东方能提起代表诉讼,一般基于商业判断规则做出的经营管理行为即使有失谨慎也不应被纳入前置程序的实体判断范围之内。

综上,鉴于我国股东代表诉讼实践现状,不宜给诉讼提起设置过多障碍,公司拒绝起诉的行为不应压缩中小股东伸张权利的空间。^[12]前置程序并非简单的预防股东滥诉之特设,其作为股东代表诉讼制度的有机组成部分,其功能定位应在股东经过前置程序而合法获得代表诉讼之原告资格,可代行公司之诉权。如此,法院对此制度的利益衡量焦点便不再集于对中小股东代表诉讼资格的怀疑,而更多体现对其利益的关注与保护。法院仅需形式上审查原告股东持股比例、持股时间以及是否经过前置程序,以阻却或驳回前置程序未尽者的起诉,既节约了司法成本,也厘清了诉权主体的认定,使公司法上的代表诉讼制度与民事诉讼法协调接轨,增强制度的可诉性。

(二)治愈中小股东弱势痼疾:效益与公平观下的证明责任配置

尽管保护弱势方有正当合理的社会和伦理基础,但由于当代社会的利益多元和利益冲突,某些旨在追求保护弱势方的制度和法律措施未必能有效保护弱势方。^[13]个案而言,股东代表诉讼往往天然地受到影响效益之怀疑,然细察股东代表诉讼制度之初衷,应是为了防止经营股东或管理层滥用支配地位而损害公司合法权益,防止因此损害中小股东投资者之合法利益与投资热情。因而,于此制度视域之下,完善和鼓励股东为维护公司合

法权益而提起诉讼与公司实体法和程序法追求的效益至上原则并无相悖,相对处于弱势地位的中小股东,代表诉讼制度更应致力于增强中小股东维权之力量,而非以效率为幌子设置种种程序障碍,使得本为保障公平的规制性制度沦为效益至上商事原则的附庸。

1.均衡举证责任之分配。《公司法》应对现实需求作出回应,于股东代表诉讼制度项下合理分配代表诉讼股东与公司管理层的举证责任,明确代表股东的举证责任之范畴,如证明已经过“穷尽公司内部救济”的前置程序,或举证公司已出现“情况紧急”之表状:相关权利行使的期间或者诉讼时效即将超过;有关财产面临被转移或灭失等风险;可能出现被告逃逸妨碍追究其责任的情形。^[14]另外,实体争议的证据,原告也仅需提供可获得的公司股东会、董事会等决议内容以及财务会计账簿中可合理怀疑公司控股股东、董监高等人员的经营行为有违背忠实义务和明显悖于商业判断原则的情形存在。而作为被告方的控股股东和公司高管应对原告方提供的合理怀疑证据做出解答,是否对涉及商业判断的事项具有利害关系,做出的判断是否符合公司的最大利益。^[15]

2.赋予特别审计权。鉴于个人股东或少数股东的先天劣势,欲顺利获取因商业机密或管理层人为设限等难以取致的非公开信息,以更好地证明案情解决公司纠纷,我国《公司法》可借鉴《德国股份公司法》中关于向法院申请特别审计权的规定。其规定如果有事实证明有理由怀疑存在不正当或严重违反法律或章程的行为,持有一定比例股本的小股东可以向法院申请任命特别审计员对公司事务进行特别审计,这种特别审计可以帮助小股东获得为了提起代表诉讼所必须的证据和信息。^[16]此种向法院提起的特别审计可以使司法权介入证据调取,从而介入公司日常财务信息的调阅和审计,以获得更细致和直接的证据资料,对股东代表诉讼而言无疑是一种可观的制度补强。

(三)诉讼利益之平衡:诉讼后果与诉讼费用承担
公司内部矛盾概括地看无非公司股东与实际参与

[12]刘凯湘:“股东代表诉讼的司法适用与立法完善——以公司法第152条的解释为中心”,载《中国法学》2008年第4期。

[13]苏力:“弱者保护与法律面前人人平等——从孕妇李丽云死亡事件切入”,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期。

[14]孟祥刚:“公司股东代表诉讼的审理”,载《法律适用》2007年第4期。

[15]骆东平,骆碧云:“股东派生诉讼程序制度论”,载《特区经济》2007年2月刊。

[16]同注[11]。



公司管理经营的董事、高管等之间的权利义务冲突。由于资本的趋利性与中小股东的普遍惰性，公司股份构成存在着广泛分散但同时又部分集中的现状，衍射出公司所有权与控制权的分离这一治理结构层面的对立。由此公司所有权与控制权力呈现偏倒之状，而公司治理机制不完善使管理者未得有效监管易引发滥用管理权以牟私益的风险，损害公司整体利益和中小股东合法权益，产生控股股东、管理层违反信义义务而与公司以及非参与公司管理的中小股东之间的利益背离，并演化成为公司内部纠纷的种种具体样态。^[17]权利和义务总是纠纷的永恒话题，股东代表诉讼即是基于公司利益与非参与经营管理股东利益受损而引致的权利义务纠纷。股东代表诉讼的权利由法律明确授予，并是基于股东对公司享有的股权利益、投资利益或者授信利益而取得，而控股股东、公司高管等于诉讼中证实存在违反信义义务的，亦应依公司法承担个人责任，且应绝对割裂于此事项其在公司表意中的作用。股东代表诉讼中因权力义务对立所涉利益纠葛，概括而看无非诉讼费用与讼后责任负担两个方面，公司法和民事诉讼法于此处的条文规定尚未跟进，从而产生了诸多裁判实务中的困惑，因此相关法律法规应于制度配合上更加细致。

1. 增设诉后惩戒机制。《公司法》对控股股东和高管违背信义义务的责任负担有原则性规定，即控股股东和高管违背信义义务而致公司受损的，应适用归入和赔偿的规定。虑及代表诉讼后仍存在控制股东和高管支配下的公司表意机关与中小股东和公司真实利益的对立，故而《公司法》应明确股东代表诉讼的讼后利益于公司内部的分配应经股东（大）会表决，且绝对排除有违法和违章程行为的控股股东和持股管理层。并且为保证公司治理的后续健康化，使股东代表诉讼对公司管理层的威慑效果长久保持，《公司法》可设置代表诉讼后的相关威慑制度，如特别授予公司股东向管理机关提交不信任案，申请管理层更换；或将股东代表诉讼中证明确实存有违背信义义务损害公司利益的管理者记入管理者失信档案。

2. 设置特别执行程序。考虑到关涉执行难的普遍

问题存在，以及公司表意行为于诉后仍难达致而使公司利益分配仍陷僵局的，亦可针对此设立专门的执行程序。我国民事诉讼法规定执行程序的申请人须是法律文书确定的权利人或其继承人，而股东代表诉讼的权利人为公司法人，如依然以民诉法的规定为依据，势必回到控股股东和管理层操纵公司的怪圈之中，故而，特别的执行程序应明确由符合一定持股比例的股东或者诉讼原告提起，即基于效率性考虑跳过向公司申请提起执行程序的表意过程。

3. 引入定额诉讼费用。股东代表诉讼的诉讼费用承担问题始终争论不休，民诉法规定诉讼费用由败诉方承担的原则成为股东代表诉讼效果实现的重大阻碍。原告承担败诉的诉讼费用，无论初衷如何实际上限制了经济弱势的中小股东的诉权，为代表诉讼的维权设置了障碍，股东胜诉尚可由败诉方控股股东和高管负担，而败诉的费用负担则过高，使得经济弱势的中小股东往往对代表诉讼望而生畏，甚而现行诉讼法规定以诉讼标的之相应比例金额作为诉讼费用，更使得中小股东不敢提出过高赔偿额和归入额的请求。

代表诉讼制度已设置诸多预防滥诉之机制，实无必要再以诉讼费用枷锁之。就股东代表诉讼之共益性质的特点而言，提起代表诉讼的股东仅有原告之名义，而无权利着落之实，诉讼的利益承受者实为公司，且很可能不需任何具体作为而从诉讼中获利，那么依诉讼法逻辑而言公司自然应当承担败诉情况下支付诉讼费用的风险。^[18]关于诉讼费用的计算标准，可借鉴《日本商法典》267条关于股东代表诉讼诉讼费的规定，其将代表诉讼的标的金额一律视为92万日元，并以此为标准计算出诉讼费用为8200日元。^[19]我国诉讼收费改革可以参引此类相似规定，一则将股东代表诉讼这一具有特殊性的案件形式与诉讼费额度较低的普通民事案件有所区分，一定程度上防止了因诉讼费用过低而致的滥诉，二则相对并不高昂且个案一致的诉讼费规定可打消中小股东的顾虑，有效提高股东代表诉讼的案件质量，实现其衡平利益抉择之制度功能。

（责任编辑：李琦）

[17] 谢文哲：“公司法上的纠纷与公司法上的诉”，载《诉讼法论丛》第11卷。

[18] 同注[11]。

[19] 张国平：“股东代表诉讼的规则架构”，载《南京大学法律评论》2010年秋季卷。