

派生诉讼何以可能：反思与超越^{*}

——以日本派生诉讼的发展为出发点

林少伟

摘 要：传统理论认为，原告股东在决定是否提起派生诉讼时以理性经济人自居，基于成本与收益进行衡量。日本诉讼费用改革后派生诉讼案例急剧上升则是该传统理论强有力的佐证。然而，这一传统观点不仅在逻辑上难以自圆其说，也不符合日本派生诉讼的实际情况，日本股东提起派生诉讼很大程度上受到准理性和有限理性行为的影响。日本这一实践对我国派生诉讼的有效实施无疑可带来启发：即在反思派生诉讼利用率为何如此之少时，不应仅关注制度设计，还应超越制度本身，考量该制度得以实施与发挥效用的其它外在因素。

关键词：派生诉讼 理性经济人 有限理性 股东 维权律师

中图分类号：DF41 **文献标识码：**A **文章编号：**1673-8330 (2017) 03-0100-10

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2017.03.011

一、问题的提出：一个谬误？

我国 2005 年修订的公司法首次明文赋予股东有提起派生诉讼之权，^①以期防止控制股东、董事滥用权力，损害公司利益。然这一制度的移植并未产生预料中的正面效果，股东对该权利的行使在实践中较为罕见。笔者通过搜集发现，自 2006 年派生诉讼实施后，至 2014 年 12 月止，共有 117 件派生诉讼案例，平均每年 13 件。这不但与实践少数股东利益备受侵犯的普遍现象不相称，也与实践中产生的其他大量公司纠纷案例不相匹配。有学者认为，派生诉讼之所以“名存实亡”，不仅因其程序上设置的层层障碍，也与其缺乏激励因素密不可分。^②为完善派生诉讼并提高其可用性，绝大多数学者认为应改革诉讼费用缴纳规定，并赋予原告股东诉讼费用补偿请求权和胜诉利益分享权，以调动广大股东提起派生诉讼的积极性。^③他们以日本为例证，认为日本上世纪 90 年代始派生

^{*} 本文系中国法学会 2016 年课题“《公司法》私人执行之评估”[CLS (2016) C27]、司法部 2016 年课题“遗嘱信托法律构造的困境及其出路”(16SFB3035)和重庆市 2014 年社会科学规划项目“证券法执行机制的评测与量化研究”(2014BS050)的阶段性成果。

【作者简介】林少伟，西南政法大学民商法学院副教授，特华博士后科研工作站研究人员，法学博士。

① 《公司法》第 152 条。

② 参见刘俊海《现代公司法》，法律出版社 2008 年版，第 274—282 页。

③ 参见刘俊海《新公司法的制度创新：立法争点与解释难点》，法律出版社 2006 年版，第 267—271 页；刘冬《我国股东派生诉讼制度研究》，群众出版社 2011 年版，第 102—118 页。

诉讼之所以被广泛使用,是因为日本于 1993 年修改了《日本商法典》,将派生诉讼确定为非财产权请求,收取数额较低的固定的诉讼费用,调动了股东提起派生诉讼的积极性。这种论证蕴含着两大逻辑前提:第一,股东是否提起派生诉讼,主要取决于其对诉讼成本与收益的分析,即从经济学上而言,股东作为理性之人,在考虑是否进行某种行为时,必先对该行为成本与收益进行衡量。第二,通过改革诉讼费用,可在金钱方面激励股东,提高股东行使派生诉讼权利的积极性,以实现派生诉讼制度由“死法”向“活法”的转化。这种论证逻辑似乎具有强大说服力,且在国外,也有不少学者持类似看法。^④然而,事实上果真如此?日本股东派生诉讼之所以在上世纪 90 年代被频繁使用是否源于诉讼费用的改革?股东在提起派生诉讼时是否真以理性经济人角色进行成本收益的权衡?如上述理论逻辑存有谬误,那派生诉讼何以可能?这又给中国带来何种启示?为此,笔者拟探讨日本派生诉讼的演进历程及其背后成因,以对我国派生诉讼制度的有效实施有所启示。

二、日本派生诉讼历程及其可能原因

(一) 日本派生诉讼历程及传统解释理论

日本于 1950 年公司法正式确立派生诉讼制度,但在实践中,该规定如同沉睡的权利,极少为股东所使用。至 1985 年整整 35 年中,也只有 25 例左右,年均不到一例。^⑤日本备受尊敬的法学家棚濑贵子(Takao Tanase)教授认为,日本的政治精英(political elite)偏好于以非诉讼化途径解决纠纷,也因此设置了多种便捷、高效的非诉讼解决机制,股东在衡量是否提起派生诉讼以保障公司利益时,自然会考虑其他解决途径。^⑥换言之,股东在考虑是否提起派生诉讼时,以理性经济人的角色自居,考量诉讼的成本与收益。这种理所当然且富有吸引力的解释理论得到大多数学者的认可。

1993 年日本进行诉讼费用改革后,派生诉讼大量产生,更为这一解释理论增强说服力。仅 1993 年,就有 86 个案件等待审理,相当于前 35 年的 4 倍,此后派生诉讼案件数量逐年提高,直至 1999 年达到顶峰,有 222 个案件,随后虽出现下降苗头,但总体数量仍然不少。^⑦很多学者将此井喷式增长现象归因于诉讼费用的改革。1993 年之前,股东如提起派生诉讼,须向法院缴纳一定数额的诉讼费用,该数额根据诉讼标的金额而定。显然,派生诉讼标的金额数目一般较大,尤其在涉及上市公司纠纷时,原告股东所要求的赔偿数目更为巨大,这无疑严重打击股东的积极性。但 1992 年日兴证券一案彻底改变这一规定,它确立了将派生诉讼视为非财产请求权的规则,并以此按较低的固定数额收取诉讼费用。1993 年修订的《日本商法典》也确认了这一规定。^⑧密歇根大学法学院院长韦斯特(West)教授认为,诉讼费用的降低,可以解释派生诉讼大量产生的现象,因为股东作为理性经济人,在考虑是否提起派生诉讼时,必会进行成本收益的分析,而诉讼费用的改革无疑降低股东的诉讼成本,从而提高派生诉讼的可利用性。^⑨这种基于理性经济人和成本收益分析的解释理论也为国内学界所接受和认可。

(二) 对传统解释理论的批判:理性的股东?

如同上面所述,绝大多数学者认为,股东作为理性经济人,在决定是否行使派生诉讼权利时,

^④ Arad Reisberg, *Derivative Actions and Corporate Governance: Theory and Operation*, Oxford University Press, 2009, pp. 222—273.

^⑤ S. Kawashima and S. Sakurai, *Shareholder Drivative Litigation in Japan: Law, Practice, and Suggested Reforms*, 1997, 33 *Stanford Journal of International Law*, p. 17.

^⑥ T. Tanase, *The Management of Disputes: Automobile Accident Compensation in Japan*, 1990, 24 *Law and Society Review*, pp. 651—691.

^⑦ Masafumi Nakahigashi and Dan W. Puchniak, *Land of the Rising Derivative Actions: Revising Irrationality to Understand Japan's unreluctant Shareholder Litigation*, in Dan W. Puchniak, Harald Baum and Michael Ewing—Chow (eds), *The Derivative Action in Asia*, Cambridge University Press, 2012, pp. 128—185.

^⑧ 参见前引^③刘俊海书,第 267—268 页。

^⑨ M. West, *Why Shareholders Sue: The Evidence from Japan*, 30 *Journal of Legal Studies*, 2001, pp. 351—382.

会考量诉讼成本与收益,日本派生诉讼在前35年几无所用,而在1993年诉讼费用改革后大量产生即是这一理论的强有力佐证。然而,日本名古屋大学中东(Nakahigashi)教授和新加坡国立大学普赫尼亚克(Puchniak)教授通过对日本20世纪90年代前后的派生诉讼数据进行统计,发现这种传统的解释理论在逻辑与数据面前可谓不堪一击,具体理由如下:

第一,传统解释理论忽视了日本1993年实施诉讼费用改革之前派生诉讼的实际情况。韦斯特教授对1990年到1993年期间派生诉讼发生的数量进行统计,发现这段期间内公开报道的派生诉讼案件高达40例,这比前35年的总数多了一倍。^⑩假如传统理性人的解释理论成立,那如何解释在诉讼程序没有发生改变、诉讼费用没有进行变革之前,竟会出现如此大量的派生诉讼案件?^⑪更为吊诡的是,在诸多学者论证日本派生诉讼原因时,均有意无意地回避了1990年至1993年期间派生诉讼为何突然增长这一现象。以此看来,股东在决定是否提起派生诉讼时,成本与收益并非其主要考量因素,必定有其他原因在其中发挥作用。

第二,诉讼费用降低与派生诉讼数量上升二者之间并非一定是因果关系。首先,二者之间是否具有一定关联尚且难以论证,即使承认二者之间具有一定关联,也很难证明该关系是因果关系。因为派生诉讼数量的上升,股东很可能受其他因素的驱使。退而言之,即使二者之间存在因果关系,也很可能是派生诉讼数量上升为因,而诉讼费用降低是果。因为1993年之前,派生诉讼案件已有上升趋势,1993年诉讼费用的改革很可能是为适应这种上升趋势而做出的改变。^⑫

第三,派生诉讼的实践表明,很少股东能从派生诉讼中获利。日本最高法院虽然统计并发布派生诉讼案件的年度数量,但并没有公布每个具体案件的详情,包括原告是否胜诉、双方是否达成和解等。中东教授与普赫尼亚克教授花费数月时间,从各大数据库搜寻相关信息,并形成以下相关数据。^⑬

1993—2009年能查明的派生诉讼案件结果统计					
原告胜诉	原告败诉	原告撤诉	驳回起诉	双方和解	总数
9. 459%	39. 189%	8. 108%	16. 216%	27. 027%	148

KO数据库: 1993—2009年能查明的派生诉讼案件结果统计					
原告胜诉	原告败诉	原告撤诉	驳回起诉	双方和解	总数
7. 143%	21. 429%	3. 571%	0. 000%	67. 857%	28

从数据可知,派生诉讼案件具体数目虽相差较大,但在诉讼结果的比例上却大致相同。自1993年诉讼费用改革到2009年止,公开的所能查明结果的案件只有不到十分之一的诉求获得法院认可,原告股东获得胜诉。与此相反,被告胜诉率竟平均超过30%。如算上原告撤诉和驳回起诉的数量,则被告胜诉率几乎高达60%。这种胜负比例明显失衡的现象表明股东在决定是否提起派生诉讼时并非出于成本收益的考虑,否则,他们不会在胜诉率如此低的情况下仍然提起诉讼。特别是考虑到原告股东仍需缴纳一定数额的诉讼费用和缺乏风险代理收费机制的情况下,股东如欲提起派生诉讼,须冒较大的风险才可能获得些微成功的机会。

即使在这些为数不多的原告胜诉案件中,原告股东所得可谓微不足道。为对原告股东在胜诉中所获多少做出大概估算,有必要将派生诉讼中公司的类型区分为上市公司与非上市公司,因为上市公司信息公开,透明度相对较大,股份价格清晰可查,故可直接估算公司股东所持每一股份因胜诉而所获之收益。在所查明的148个案件中,牵涉上市公司的达到119件,原告股东胜诉率才5%。

^⑩ 参见前引⑨, pp. 353.

^⑪ 这段期间内发生如此多的派生诉讼案例的原因将在下文论述。

^⑫ 事实上,这种谁因谁果的纯粹理论探讨并不能说服彼此,相反,这种辩论很可能增加双方的分歧而非增进共识。

^⑬ 该数据主要来源于Shiryon-ban Shouji-Houmu法律期刊杂志。除此之外,他们从2010年3月开始,通过Kabunushi Onbuzuman官方网站,也对派生诉讼案件进行搜索和分析并得出另一份数据。具体参见前引⑦。

中东和普赫尼亚克教授对五家发生过派生诉讼的上市公司的信息进行分析,发现原告股东胜诉后,其所持有公司股份平均每股只涨 2.5%。^⑭提起派生诉讼的往往是少数股东,在持有股份较少的情况下每股仅涨 2.5%,这种收益与败诉情况下付出的成本相比,可谓小巫见大巫。有鉴于此,以理性经济人假设解释股东基于成本收益而决定是否提起派生诉讼无疑丧失说服力。

三、日本派生诉讼何以可能

既然股东在决定是否提起派生诉讼时,并不以理性经济人自居,非基于成本收益的考量,那派生诉讼何以可能?如何解释股东在明知诉讼成本大于收益时仍义无反顾地行使权利,起诉不当行为人?这种明显丧失理性的行为是否有理论依据可供支撑?中东与普赫尼亚克教授从行为经济学角度指出,股东之所以提起派生诉讼,很可能受准理性行为和有限理性行为的影响。^⑮

(一) 准理性行为

准理性行为是指并不直接提高行为人的物质财富,但可增进行为人整体福利的行为。^⑯传统的理性行为一般从金钱或财富的意义进行理解,而准理性行为却以个人整体的福利为出发点。此时,整体的福利既包括金钱或财富,也包括其他非金钱的利益,比如个人名誉、长久利益等。最为典型的准理性行为莫过于捐款给慈善机构,这种捐赠行为直接减少捐赠人的财富,是明显的非理性行为,但捐赠人通过捐赠行为可提高个人声誉,从而很可能获取其他包括金钱在内的利益。准理性行为对日本派生诉讼的影响主要通过三大主体实现:维权律师、总会屋(Sokaiya)和环保分子。根据统计,这三大主体对派生诉讼的影响占据了总数的 27%。^⑰

首先,一名基于理性经济人的律师是不愿意接受代理派生诉讼的,因为派生诉讼胜诉率低,付出的成本远大于可能的收益。而维权律师却会出于政治目的而主动、积极地代理派生诉讼。这些维权律师是一个为保护投资者权益而设立的非盈利机构 Kabunushi onbuzuman 的成员,^⑱他们以保护股东权益为目的,通过各种途径影响政府决策和立法。其中,由维权律师选择代理一些具有影响力的派生诉讼案件,通过媒体的广泛报道和传播,不仅提高股东以诉讼保护自身权利的意识,也可震慑公司董事和管理人员,防止他们以权谋私,损害公司利益。维权律师在考虑是否接受代理派生诉讼时,并非出于诉讼本身成本与收益的考量,而是基于其政治目的,即使最终败诉,维权律师在金钱上一无所获,这些案件也可能会提高其他公司股东的权利意识,从而实现他们原本的目的。^⑲

其次,作为企业敲诈者的总会屋,因与日本黑帮具有一定的联系,经常以将公司财务状况或者管理层的私生活等敏感信息公之于众为手段,敲诈勒索企业金钱。^⑳派生诉讼作为一种股东诉讼形式,自然成为总会屋敲诈企业的一种工具。他们通过购买上市公司股份,成为公司股东,进而以各种理由提起派生诉讼。公司为了避免在诉讼过程中公开披露公司信息,只能选择顺从总会屋的意

^⑭ 参见前引⑦。

^⑮ 参见前引⑦。

^⑯ Dan W. Puchniak and Masafumi Nakahigashi, *Japan's Love for Derivative Actions: Irrational Behaviour and Non-Economic Motives as Rational Explanations for Shareholder Litigation*, (2012) 45 Vanderbilt Journal of Transnational Law Volume, pp. 1—82.

^⑰ 前引⑯。三大准理性行为参与派生诉讼的统计为:维权律师参与 30 件,占总数 20%;总会屋参与 7 件,占 5%;环保分子参与 3 件,占 2%。这些数据尚不包括其他难以查实的准理性行为,因为对于一般的原告股东而言,只有他们自己才知道提起诉讼的行为是否出于准理性,外人很难知晓。

^⑱ 该机构成立于 1996 年,主要由律师、会计师和学者组成,以保护投资者权益为目的,通过各种途径影响政府决策和立法。具体参见 C. Milhaupt, *Non-profit Organizations as Investor Protection: Economic Theory, and Evidence from East Asia*, (2004) 29 Yale Journal of International Law, pp. 169—207.

^⑲ 作为 Kabunushi onbuzuman 成员的维权律师,如代理案件败诉,其律师费用由该机构承担。但如胜诉,所得也归 Kabunushi onbuzuman。

^⑳ 过去数十年,总会屋已成功通过各种手段从企业诈取数百亿日元。参见前引⑨, p. 371.

志。可见,总会屋提起派生诉讼,并非基于该诉讼本身成本与收益的考量,而是具有其他目的。此种情况下,该诉讼本身赢或输已然无关紧要。

再次,日本国内一些环保组织也会通过派生诉讼的手段施压公司,以迫使公司放弃一些可能影响环境的项目。与总会屋类似,他们通过购买一定数量的上市公司股份,在公司准备开建或扩建可能污染环境的工厂时,以派生诉讼为手段,迫使公司放弃相关项目。此时,原告股东提起派生诉讼也并非基于诉讼本身的收益,而是为达致环保目的。

(二) 有限理性行为

在古典经济学理论中,人被假设为具有理性的经济人,其行为以获得最大利润或效果为目标。^{②①}然而,这种假定每个行为人均有使自己获得最大效用或利润的意愿和能力的理论受到了越来越多的质疑和挑战。以西蒙为代表的学者提出有限理性理论 (bounded rationality),他们认为,理性的适用范围是有限的,这种有限性体现在两个方面:一是社会环境。西蒙认为环境是复杂和不确定的,在非个人交换形式中,这种复杂多变的环境容易造成不确定性,而且交易越多,不确定性就越大,信息也就越不完全;二是人的认知能力。西蒙认为,人对环境的计算能力和认识能力是有限的,人不可能无所不知。^{②②}根据有限理性理论,人们的决策所依据的理性因素非常有限,因而做出的决策当然也并非最优。特别是在复杂的派生诉讼中,人们根本不愿意花费大量的时间和精力进行分析,而是选择简化的思维模式作出判断。这种决策过程模式在心理学上被称之为精神式启发 (mental heuristics),^{②③}即在解决某种复杂问题或做出某种决定时,使用快捷、常识性的规则。这种简单化的思维模式使得行为人在面临某个复杂问题时,往往会依据可利用性法则 (availability heuristic),即根据他们对事件已有的信息,包括记忆的难易程度或记忆中的多寡,来确定该事件发生的可能性。此时,行为人所做的决策或判断并非通过对尽可能多的信息进行筛选,而是受到事件刺激的频率、新异性、生动性、情绪性等影响。

日本派生诉讼的大量产生至少有部分可归咎于股东的这种有限理性行为。派生诉讼程序较为复杂,股东在提起派生诉讼时,并不会花费大量时间和精力分析该诉讼可能出现的情况,而是依据可利用性法则,凭借自身记忆和认识作出判断,而这种判断大多受到新闻媒体对某些个别胜诉案件报道的影响。媒体铺天盖地的报道、学者热火朝天的议论,会使得广大股东极为便利地获悉一些胜诉的派生诉讼,进而极大地鼓励他们使用该诉权以保护公司和自身利益,即使该案的胜诉仅仅是派生诉讼中的特例。日本股东因有限理性行为而提起派生诉讼的解释是有实践依据的。韦斯特教授曾对此进行过一次小范围的调查,他询问了十个提起派生诉讼的原告股东,当被问到在提起派生诉讼之前是否考虑过胜诉可能性时,他们的回答竟高度一致,均预计提起诉讼后会胜诉或至少与被告达成和解。^{②④}这种与现实胜诉率明显不相吻合的预先期望无疑证实了有限理性对股东的影响。

^{②①} 在经济学史上最早提出这一思想的是亚当·斯密,他在《Lectures on Jurisprudence》一书中提到“我们每天所取得的食物和饮料,并非出于屠户、酿酒师和面包师的恩惠,而是源于他们的利己心。我们不会说唤起他们利他心的话,而会说唤起他们利己心的话。”Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*, edited by R. L. Meek, D. D. Raphael and P. G. Stein, Oxford University Press, 1978, pp. 571—572.

^{②②} 西蒙关于有限理性的探讨,可参见其经典著作: H. Simon, *Models of Man: Social and Rational*, John Wiley, 1957, pp. 270—271. 国内关于理性到有限理性的理论演变,可参见袁艺、茅宁:《从经济理性到有限理性: 经济学研究理性假设的演变》,载《经济学家》2007年第2期,第21—26页。

^{②③} R. Korobkin and T. Ulen, *Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, (2000) 88 California Law Review, pp. 1051—1144.

^{②④} 参见前引⑨, p. 371.

四、对中国派生诉讼的启发

（一）我国派生诉讼实践现状及其可能原因

我国 2005 年修订的公司法正式引进股东派生诉讼。作为保护公司及少数股东利益的最后救济措施，派生诉讼的采纳与实施，被视为有助于阻吓控制股东或高级管理人肆意压迫、甚至欺诈少数股东利益的现象，同时也利于我国公司治理结构的完善。特别是在诸多英美法系国家对派生诉讼成文化化的今天，^{②5} 该制度的引进对促进与实现公司法的现代化也具有重大的价值与意义。

然而，该制度于 2006 年 1 月实施后，并没有取得预想中的效果。相反，与现实少数股东利益被严重压迫的现象相比，股东对派生诉讼的行使可谓少之又少。根据笔者的调查，自 2006 年 1 月至 2014 年 12 月底，派生诉讼案例共有 117 件，平均每年 13 件。^{②6}

派生诉讼的使用如此之少，不仅违背立法初衷，也无法为保护少数股东利益提供强有力的救济措施，更不利于公司法现代化进程的顺利推进。学者为提高该制度的可利用性，可谓殚精竭虑，提出了种种改进措施，大致有以下四种：

第一，原告股东适格的限制过严。^{②7} 为防止派生诉讼权利的滥用，导致恶意诉讼的增加，以避免公司为诉讼所累，《公司法》对股份有限公司的股东增设了提起派生诉讼的适格条件，即只有连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，方有行使派生诉讼权利的资格。然而，这一资格限制遭到不少学者的批评。有学者认为，百分之一的股份持有限制过高，也不公平，因为不同类型、不同行业的公司股份价值不一，一刀切的以股份比例作为资格条件很可能对某些公司类型的股东造成不公平，可代以股份价值的标准。^{②8} 也有学者认为，可适当降低股份持有比例，以提高股东适用派生诉讼的可能性。^{②9}

第二，前置程序缺乏可操作性。派生诉讼之所以名之为“派生”，源于公司本应作为原告之直接诉讼。之所以“派生”给股东，实乃源于种种因素，如不法行为人控制公司，导致公司无法提起诉讼以保障自身利益。因此，派生诉讼作为最后的救济措施，其行使须穷尽公司的内部救济，以符合派生诉讼之性质与公司独立之人格。为此，我国公司法确立前置程序，要求适格股东在提起派生诉讼之前，须向董事会（或执行董事）或监事会（监事）提起相关请求。在请求被拒绝或情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害之时，适格股东方可提起派生诉讼。批评者认为，该规定过于原则化，缺乏现实操作性，比如，请求机关不明确，增加程序障碍。^{③0} 请求

^{②5} 如作为英美法系国家鼻祖的英国，其在历经数十年的公司法修改中，将派生诉讼成文化，进而废弃了普通法中复杂和繁琐的福斯规则。参见英国 2006 年公司法第 11 部分，也可参见林少伟《英国派生诉讼的最新发展：普通法的回归》，载《时代法学》2011 年第 4 期。

^{②6} 2016—2014 年我国派生诉讼案例共 117 件，其中 2006 年 13 件，2007 年 6 件，2008 年 17 件，2009 年 22 件，2010 年 22 件，2011 年 14 件，2012 年 8 件，2013 年 6 件，2014 年 9 件。这一数据来源于北大法宝数据库与中国裁判文书网。笔者为获得该数据库关于股东派生诉讼的全部案例，以免有所遗漏，增加本文的说服力，分别使用“公司法第 152 条”、“派生诉讼”、“代表诉讼”、“间接诉讼”等关键词进行搜索。此外，笔者还通过数据库自带的分类，对“侵犯公司利益”和“侵犯股东利益”两类进行全部检索，获得案例数目达 150 多个。笔者对此进行全部分析，发现有些虽出现“代表诉讼”等关键词，但实质上并非派生诉讼，仅仅是判决书中有所提及。经此过滤，共获得 117 件派生诉讼案例。

^{②7} 刘金华《股东代位诉讼制度研究》，载中国知网博士学位论文全文数据库：中国政法大学 2007 年博士学位论文，第 54 页。

^{②8} Zhu and Chen, *China Introduces Statutory Derivative Action*, (2005) 24 International Financial Law Review, p. 21.

^{②9} Fang Ma, *The Deficiencies of Derivative Actions in China*, (2010) 31 Company Lawyer, pp. 150—159.

^{③0} 比如在董事和监事均非潜在被告时，股东应当向何机关提出请求。有学者认为，应当依序向监事会、董事会和股东会提出请求。也有学者认为，原则上应先向监事会提出请求，必要时可召开股东大会。值得注意的是，上述两个说法均是在公司法 2005 年修改之前提出的，因此，“股东会或股东大会”作为请求机关并不符合现行公司法的规定。但这两种学说的标准并不因此而失去意义。参见张民安《派生诉讼研究》，载《法制与社会发展》1998 年第 6 期；陈朝阳《股东代表诉讼制度研究》，载《现代法学》2000 年第 5 期。

内容尚待明确,如请求形式、请求等待时间、次数等。请求豁免也过于简单化和抽象,需要进一步细化和完善。^{③①}

第三,缺乏激励措施,没有设置相应的费用及诉讼补偿制度。派生诉讼迥异于一般诉讼的一大特点是该诉讼所得归公司所有,而非原告股东,因为股东所提之诉讼乃代表公司,股东个人并无资格提起派生诉讼。但如诉讼失败,则原告股东承担相关损失,包括缴纳诉讼费用和律师费用等。在如此不平衡的情况下,如能减轻原告股东的费用负担,必定会促进派生诉讼的使用。目前,我国对派生诉讼的收费按财产诉讼作为标准,诉讼标的数额越大,收取费用越高。很多学者认为,应向日本学习,将派生诉讼的费用以非财产案件标准进行计算,从而提高该制度的可利用性。^{③②}

第四,多种法系制度的混合难以本土化。在我国2005年正式确立派生诉讼之前,其他各发达法域国家已有派生诉讼制度。事实上,自英国于1842年确立福斯规则(Foss rule)后,派生诉讼的发展已有上百年历史。然而,我国当初确立的派生诉讼试图采各国之优,以设完美之法。如借鉴美国,采前置程序。移德国、日本之法,植主体资格之限制。而这种出于善意之立法初衷,采各发达法域之制度,却难以形成有效的合力,使派生诉讼可为广大股东有效使用。

(二) 对上述改进措施的批判: 制度困境

上述改进措施的言下之意,似乎是只要派生诉讼按照上述要点进行相应改变,则派生诉讼在实践中的使用必定大量增加,其威慑董事或高级管理人员、保护公司及少数股东利益的功效也必定大大增强。然而,果真如此么?因我国派生诉讼尚未按照上述措施进行改变,无法从实证角度进行相应比较进而得出结论,但这并不妨碍我们从逻辑上对这种假设或想当然的思路进行分析和批判。

首先,学者批评对股东原告的资格限制过高,连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的要求使得绝大多数股东难以满足此要求。然而,这种想当然的立法建议思路有谬误之嫌:第一,该要求仅仅是针对股份有限公司而言,对于有限责任公司股东而言,其并不受此资格限制,那为何不受此限制的有限责任公司股东对此权利的行使也是少之又少(相对于公司法赋予的其他诉讼权利而言)?第二,对股东行使派生诉讼的资格进行限制并非中国首创,事实上,其他发达法域对股东的限制尤为严之。比如,一直为国内法学界所尊崇的德国,其对股东持股的比例限制以往非常高,达到10%,1998年降到5%,最新的要求则是1%。^{③③}意大利对股东的持股比例限制也高达2.5%。^{③④}欧盟公司法指令也提出股东行使派生诉讼须持有公司一定股份。^{③⑤}美国虽没直接对持股比例作出规定,但设置了“当时股份持有”等规制限制。第三,即使有必要降低1%的持股比例和连续一百八十日的持股时间,降为何种比例或何段时间也是一大问题。第四,有学者提出按股份价值进行计算。然而,一刀切的按照股份价值进行设限虽貌似公平,却在实践中难以操作,或至少操作成本过高。

其次,学者批评我国派生诉讼的前置程序要求过于原则性,操作性不强,导致股东在现实中无法有效使用这一强大武器保护公司及自身利益。无可否认,因这一前置性程序乃出于“穷尽公司

^{③①} 章晓洪《股东派生诉讼研究》,载中国知网博士学位论文全文数据库:西南政法大学2006年博士学位论文,第111—112页。

^{③②} Zhong Zhang, *Making Shareholder Derivative Actions Happen in China: How Should Lawsuits be Funded?* (2008) 38 Hong Kong Law Journal, pp. 523—562.

^{③③} German Stock Corporation Act (Aktiengesetz), 147 III.

^{③④} Avv. Roberto Ulissi, *Company Law Reform in Italy: An Overview of Current Initiatives*, Conference Paper (OECD, Stockholm, December 2000), available at <http://www.oecd.org/dataoecd/21/32/1857507.pdf>, 最后访问时间:2015年9月30日。

^{③⑤} 欧盟《公司法第5号指令草案》第16条第1项规定:成员国应当规定,如果具备下列条件之一的一名或者数名股东代表公司、并以公司的名义请求公司治理机构代表公司提起诉讼追究本指令第14条所载的责任,该诉讼也应提起:(1)持有一定账面价值或者记账价值以上的股份,但成员国不得要求此种股份超过实际认购资本数额的5%。(2)持有一定账面价值或者记账价值以上的股份,但成员国不得要求此种股份超过100,000欧洲货币记账单位。

内部救济”目的而设,在某种程度上阻碍了派生诉讼的可利用性。且目前我国不够精细、甚至(有意)过于粗糙的立法模式也导致前置程序缺乏可操作性。建议将来立法细化前置程序,提高实践可利用性无疑值得称赞。然以此作为派生诉讼不具有(或仅具有较低)可适用性的理由则过于牵强和想当然。第一,我国前置程序乃借鉴自美国,但美国派生诉讼活跃度很高,前置程序对美国股东的负面影响可谓微小。第二,事实上,根据笔者调查,在117件案例中,因未履行前置程序而提起诉讼的仅为22件,其余案例均有依据公司法规定先行穷尽公司内部救济,后向法院提起诉讼。而在这22件案例中,有不少案例是由于股东或者对此规定不了解,^{③⑥}或者因公司处于清算阶段而出现法律空白,^{③⑦}或者因股东与监事身份混合,^{③⑧}等等。可见,所谓前置程序欠缺操作性的解释并不具有说服力。

再次,通过改革诉讼费用机制,将派生诉讼收费标准由财产诉讼标准改为非财产性诉讼标准,可降低原告股东可能缴纳的费用,从而提高派生诉讼可利用性。诚然,这种改进措施无疑可有力降低诉讼费用,然而,该修法建议是否能有效促进股东对派生诉讼的使用则存在疑问:第一,由上文可知,日本派生诉讼的实践证明,诉讼费用的改革并不能当然地推进派生诉讼。这种基于经济理性人的立法思维难以有效解释日本派生诉讼大量增加的现象。作为同属东亚文化圈的中国,将派生诉讼改为按非财产诉讼进行收费是否或能在何种程度上促进派生诉讼不无疑问。第二,即便诉讼费用的改革有所效用,其效用也仅在于降低股东行使派生诉讼的障碍,而不能给予鼓励。显然,降低行使某种权利的障碍并不等同于提供行使该种权利的激励。

最后,有学者认为,借鉴于多法域的派生诉讼意在采各国之优,结果却适得其反,而这很可能使各种制度因素难以形成有效合力,使各因素相互消减,抵消彼此之间的优势。确实,如不经过精心讨论与设计,这种混杂式的立法路径不但难以发挥原本的功效,反而会削弱其正面效用,甚至产生负效果。然而,纵览我国公司法诸制度,包括派生诉讼在内,整个公司法的立法框架和制度架构均带有明显的混杂色彩,如为制衡董事,在原本借鉴德国的监事会基础上,又师夷于美国,引进独立董事。如果说这种混杂的立法样式无甚功效,则无疑抹杀了中国公司法现代化的努力与进程,也无法解释中国经济何以在缺乏无甚功效的公司法规制下能迅猛发展。

事实上,在2005年《公司法》正式引进派生诉讼之前,我国司法实践涉及派生诉讼的案例并非空白。据笔者统计,全国共有23个案例,其中有16个案例的请求为法院所支持,占全数的70%。^{③⑨}

(三) 中国派生诉讼何以可能: 超越制度困境

无疑,学界提出上述种种改进措施的努力值得肯定,因为一种制度的引进或创造须历经死法向活法、纸上法向行动法的转变。在此过程中,原先设想的制度,哪怕在他国或异域并无问题或甚至完美,也可能受制于本土内生性因素影响而无法充分发挥预期的效果。这种法律制定与法律实施的差异并非异象,恰恰相反,这是法治过程中难以避免的结果。然而,当一项制度出现问题或难以产

^{③⑥} 比如参见“张科诉张晨公司实际控制人、高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷案”,北京市海淀区人民法院(2008)海民初字第23873号民事裁定书。

^{③⑦} 比如参见“张来与林凤蛟等股权确认纠纷上诉案”,浙江省杭州市中级人民法院(2010)浙杭商终字第890号民事裁定书。

^{③⑧} 比如参见“董业民与王成海等控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷上诉案”,上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民三(商)终字第905号民事判决书。在此案中,法院认为,提起诉讼的股东董业民同时担任公司监事,他不可能书面请求身为监事的自己提起诉讼,因此可免却前置程序。但在另一案中,却与此相反。广州中院认为,即便是股东原告与监事身份混同,也“不应因此而免除其依法履行书面请求程序的义务”。参见“蔡创华与陈景良股东派生诉讼纠纷上诉案”,广东省广州市中级人民法院(2010)穗中法民二终字第2152号民事裁定书。

^{③⑨} 2005年《公司法》实施以前派生诉讼案例为法院所支持的16例,占23个总案例数的70%;被拒绝的4例,占17%;双方和解的2例,占9%;另有1例未知状况,占4%。数据通过在北大法宝数据库等网络搜索整理所得。

生良性效果或某个法律不能实现立法者的目的时,如立法者或学界总是寄希望于通过修改原法律或制定新的法律试图实现原定目标,如此循环,原目标则很可能被如同洋葱般的法律层层包住。而这种立法或修法思路,依英国已故政治哲学家巴利(Barry)教授所言,会降低民主问责制的效力。^{④①}

此外,通过制度解决制度问题虽是法治形式化的重要一环,但具体到派生诉讼中,这种“制度至上”的研究范式则遭受困境。日本的派生诉讼实践表明,派生诉讼的提起,除了制度上的原因,还有其他因素不可忽视,如人的行为理性也会影响股东是否提起派生诉讼。因此,在提高中国派生诉讼的可利用性时,关注制度本身无可厚非,但其他因素也不可忽视,因为这些因素甚至在某种程度上主导着股东对派生诉讼的行使。走出制度的视野,中国欲提高派生诉讼的比例,下列因素至关重要。

第一,舆论作用。媒体对某一派生诉讼案件铺天盖地的报道不仅会扩大该案本身的传播性和影响力,该案的最终结果也会对其他潜在的投资者产生潜移默化的影响。如日本上世纪80年代的司法实践所示,股东原告如获得胜诉,借助于媒体舆论的报道,会放大该结果,进而使得其他潜在股东原告出现思维偏差,产生精神式启发的心理想象。在决定是否提起派生诉讼时,诉讼本身可能遇到的制度障碍在此显得微不足道。受制于这种有限理性,舆论对股东的影响不可谓不深刻。在我国,财经类媒体相对其他一般性媒体而言,无论是在报道题材,抑或报道深度方面,均较为发达。如有正在进行的派生诉讼案件能借助这些销量较大的财经媒体报道,可以想象,该案件的胜诉将如同为其他潜在的股东打了一支强心针,激励和鼓舞他们为捍卫自身和公司整体利益挺身而出。

第二,维权律师。一般而言,律师即使乘以正义而保护当事人合法权益,也难逃被人指责有赚取律师费之嫌。事实上,这种取之有道的谋生方式并无过错,甚至在很大程度上推动着律师行业的向前发展。具体到派生诉讼,因该诉讼可能出现的种种程序障碍和实体难点,一般律师基于成本投入与收益分析,可能会躲而避之。即使以风险代理方式,也可能是那些“无比绝望的”、“窝在壁橱大小的办公室”里的律师才会侥幸一试。维权律师对派生诉讼的作用不可小看。一般印象中的维权律师,主要是一些为保护弱势群体,如农民工等合法权益挺身而出的律师。如能出现专门以保护中小投资者利益为主业的维权律师,则派生诉讼也不再遥远。

第三,非政府组织。在制度本身无法提供充分保障、政府机构“无能为力”或“有心无力”的情况下,非政府组织的设立或帮助显得尤为可贵。日本的Kabunushi onbuzuman组织和环保组织的推动,使得派生诉讼浪花不断,日本以敲诈企业为目标的总会屋虽不适宜为中国所借鉴,但这种“非政府组织”却可以为中国带来这样的一种启示:即派生诉讼的兴起不能仅寄希望于派生诉讼制度本身,派生诉讼的发展也不能仅依赖于投资者个人,非政府机构也具有举足轻重的作用,成立诸如投资者协会的组织以保护股东权益极有必要。

第四,公民社会的培育。公民社会含义丰富,具体而言,包括经济层面上的公民社会、社团层面上的公民社会以及文化意义上的公民社会。^{④②}在我国,私营企业的发展和资源配置市场化水平的大力提高,使得经济层面的公民社会已有一定的发展,但社团意义的公民社会却因大多数社团依赖于政府而无法独立发展而仅处于刚起步阶段,文化意义上的公民社会也因大众传媒难以有效制约公权力而发展缓慢。派生诉讼的发展离不开股权文化的弘扬,因为股权文化的核心之一是应当树立向中小投资者适度倾斜的精神。^{④③}而股权文化的深入民心则离不开公民社会的持续发展。所以,派生诉讼的有效实施在很大程度上仰赖于公民社会的持续发展。

^{④①} N. Barry, *The Market, Liberty and the Regulatory State*, (1994) 14 *Economic Affairs*, pp. 5—11; C. Veljanovski, *The Economics of Law*, The Institute of Economic Affairs, 2006, p. 152.

^{④②} 参见韩恒《发育失衡的公民社会——基于公民社会三层内涵的分析》,载《理论探讨》2008年第4期。

^{④③} 有关股权文化的具体详情,参见刘俊海《现代公司法》,法律出版社2011年版,第203—213页。

事实上,根据笔者对我国派生诉讼实施近八年的调查发现,在一些经济发达地区,派生诉讼数量也较多。^④当然,经济发达地区,经济纠纷也相对较多。但细究之,不难发现,这些地区公民意识也较为强烈,维权律师较为活跃,非政府组织或其他社会团体的活动也较为频繁,舆论监督的力度也较强。

五、结 语

传统解释理论认为,原告股东在决定是否提起派生诉讼时,必是以理性经济人自居,通过对诉讼成本和收益的考量而做出决定。然而,通过对日本派生诉讼实际案件的数据分析可发现,日本派生诉讼胜诉率相当低,所得收益也不多。日本原告股东提起派生诉讼并非出于对成本和收益的考虑,而是受制于准理性和有限理性。我国在 2005 年正式确立派生诉讼后,其在司法实践中的实施效果并不合乎立法者的预期目的,诸多学者认为,此种现象源于公司法的规定存有种种缺陷。诚然,制度本身的缺陷无疑会影响该制度的功效,而通过立法或释法修正或补充该制度乃法治形式化不可缺少的一个重要环节。然而,以制度克服制度本身的缺陷并不总是产生正面效果,相反,它不仅可能因制度的层层包围而逐渐淡化原本目的,也可能会增加而非减少因制度的多重叠加而产生的负面问题。日本的派生诉讼实践也给我们这样一种启示,即股东在决定是否提起派生诉讼时,派生诉讼制度本身并不占有绝对主导地位,其他因素也会影响股东的决策,如舆论报道、维权律师等。因此,在如何提高派生诉讼有效利用率时,不应该仅仅关注派生诉讼制度本身,还应关注制度以外的因素,以实现制度本身原定的规范价值。

How Could Derivative Actions be Possible: Reflection and Transcendence —In view of the Development of Japanese Derivative System

LIN Shao - wei

Abstract: The prevalent and traditional theory recognizes that a plaintiff shareholder would calculate the cost - benefit before bringing derivative actions while act as a rational - economic man. The sharp rise of Japanese derivative litigation cases after the change of litigation costs is a strong evidence of the traditional theory. However, this traditional argument cannot be justified either in logic or in reality. The reason why many cases increased significantly was mainly because of the influence of quasi - rational behaviour and purely irrational behavior in Japan. This can inspire China's derivative action as its implementation is extremely rare. It is argued that other factors which may affect derivative actions and beyond the system should not be neglected besides focusing on system design itself.

Key words: derivative actions rational - economic man limited rational shareholders human rights lawyers

^④ 2006—2014 年我国派生诉讼案例分布地区最多的前四位分别是上海 (22 件,占 21.4%)、北京 (21 件,占 20.4%)、浙江 (10 件,占 9.7%)、广东 (8 件,占 7.8%)、江苏 (8 件,占 7.8%)。