

议题 1:新《证券法》下投保机构股东代位诉讼 的价值定位

北京金融法院审判一庭负责人丁宇翔
在第四届中小投资者服务论坛投保机构股东
代位诉讼实务探讨专题论坛上的发言

新《证券法》之下投保机构股东代表诉讼的价值定位

丁宇翔*

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公司法规定的限制。该规定突破了《公司法》第151条关于股东代表诉讼的一般规定,赋权投资者保护机构可以启动特别的股东代表诉讼,具有非常重要的制度价值。这一价值主要体现在对投资者保护的机制体系建构、投资者保护机构的行权资格、行权条件等三个方面,以下予以具体分析。

一、投保机构股东代表诉讼丰富了投资者保护机制 体系,进一步织密了投资者保护之网

2019年《证券法》的重要价值之一,就在于极大地增强了投资者尤其是中小投资

* 北京金融法院审判一庭负责人。

者的保护,主要体现在以下三个方面:一是确立支持诉讼机制。2019年《证券法》第94条第2款规定了投资者保护机构支持起诉机制,即对投资者权益被侵害的案件,投资者保护机构可以提供专业支持,甚至可以直接担任受害投资者委托诉讼代理人,或者指派专业律师为其担任诉讼代理人。二是完善代表人诉讼机制。代表人诉讼机制是《民事诉讼法》第53条、第54条确立的群体性纠纷诉讼机制,2019年《证券法》第95条根据证券群体性纠纷的特点对此予以具体化,并且将其区分为普通代表人诉讼和特别代表人诉讼两种。前者是依据《民事诉讼法》第53条、第54条及2019年《证券法》第95条第1款、第2款规定提起的诉讼;后者是在启动普通代表人诉讼的过程中依据2019年《证券法》第95条第3款规定启动的诉讼。三是构建投保机构股东特别代表诉讼机制。2019年《证券法》第94条第3款规定了特别股东代表诉讼机制,即发行人董监高执行职务违法违规给公司造成损失,或发行人控股股东、实际控制人侵犯公司权益造成公司损失,持有公司股份的投资者保护机构可以自己的名义向法院起诉。

以上三项机制中,支持诉讼机制是投保机构帮助投资者诉讼的一种机制,投资者保护机构并不直接参与诉讼。在代表人诉讼机制中,投资者保护机构是作为投资者一方的代表人直接参加诉讼。在投保机构股东特别代表诉讼机制中,投资者保护机构是可以作为原告提起诉讼的。也即在投保机构股东特别代表诉讼中,投资者保护机构不仅直接参加诉讼,而且直接享有当事人的权利。相较而言,投保机构股东特别代表诉讼机制赋予投资者保护机构的权利效力是最强的,可以在投资者权利保护方面发挥最实质的作用。由此可见,公司法赋权投资者保护机构作为原告提起股东代表诉讼,这将与投资者保护机构支持诉讼机制、投资者保护机构作为代表人提起代表人诉讼机制一起,形成投资者保护尤其是中小投资者保护的制度规模优势,实质性提升我国中小投资者保护的整体水平。未来,在投资者强化保护方面的一个重要趋势就是,投资者保护机构的作用将更积极。尤其是在证券诉讼中,中证中小投资者服务中心有限公司和中国证券投资者保护基金有限公司作为我国的两大投资者保护机构,将逐渐发挥越来越大的作用。

二、投保机构股东代表诉讼锚定了股东代表诉讼的 优质主体,植厚了投资者维权根基

我国的股东代表诉讼机制立法上最早见于2005年《公司法》第151条第2款和

第3款的规定,并经2017年施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定》予以完善和细化。按照此前的关于股东代表诉讼的规定和实践,股东代表诉讼是针对侵犯公司利益的行为而启动的诉讼。侵犯公司利益本应由公司起诉,但如果侵犯公司利益的就是代表公司管理层的董事、监事、高级管理人员或控股股东、实际控制人等内部控制人时,则由上述人员代表公司诉讼维权无异于与虎谋皮。于是法律赋权股东为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。正是由于上述的制度背景,股东代表诉讼的制度设计天生即具有“派生性”和“代表性”的双重属性:一方面,股东是代位公司行使诉权,以避免因公司消极不行使诉权而遭受损失;另一方面,股东是代表全体股东行使诉权,以维护全体股东所应享有的间接利益。

但是,从目前我国股东代表诉讼的运行情况看,大股东可能就是那些侵犯公司利益的“作恶者”,真正需要运用股东代表诉讼这一法律武器维权的,主要是中小股东。但中小股东普遍的情况是法律专业技能不高,维权能力较弱,通过诉讼维权的积极性不高。而投资者保护机构是国家设立的专门保护中小投资者利益的机构,具有较强的实力和过硬的法律专业知识技能,属于法律维权体系中的专家系统。投资者保护机构是法律维权中的优质主体,由投资者保护机构作为提起股东代表诉讼的原告,可以较好地解决中小投资者维权积极性不足、维权能力低下的问题,并可以逐步带动越来越多中小投资者拿起法律武器维权,也可以培育广大中小投资者的法律维权能力。

不过,在2019年《证券法》的框架下,提起代表诉讼的投资者保护机构在资格上还有所限制,即必须是持有公司股份的股东。这一限制当然是必要的,否则就不可能是股东代表诉讼而是其他性质的诉讼了。目前,我国主要的投资者保护机构就是中证中小投资者服务中心(含中证法律服务中心)和中国投资者保护基金有限公司。上述两家投资者保护机构中,只有中证中小投资者服务中心一家持有众多上市公司股权,具备行权资格,可以作为股东提起代表诉讼。而全国A股上市公司有4000多家,仅有一家投资者保护机构能够提起投资者保护机构特别股东代表诉讼,恐怕力有不逮,这将在一定程度上影响投保机构股东特别代表诉讼机制作用的发挥。

三、投保机构股东代表诉讼优化了股东代表诉讼的 行权条件,消除了投资者维权壁垒

根据我国《公司法》第151条第1款规定,投资者提起一般的股东代表诉讼,必须

符合如下的行权条件,即股东必须连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份。《公司法》之所以这样规定,是为了防止部分中小投资者的非理性滥诉,因而揆诸公司日常经营秩序和投资者保护两方面的价值而作出的折中性的制度设计。但也正是因为这样,合计持有公司股份低于1%的一部分小股东就没有机会提起股东代表诉讼,从而限制了该部分中小投资者的权利。

投资者保护机构是专业的投资者保护主体,并且是专业的机构主体,它比自然人的中小投资者和其他机构型中小投资者,都明显更理性、平和、成熟。放宽对投资者保护机构的股东代表诉讼行权条件,一般不会产生非理性滥诉,不会对公司的日常经营秩序产生破坏。2019年修订后的《证券法》充分考虑投资者保护的实际和公司经营秩序维护的实际,大幅度放宽对投资者保护机构提起股东代表诉讼在持股时间和持股比例方面的限制,给予投资者保护机构在提起股东代表诉讼上的特殊优待,这将激发投资者保护机构的责任感和使命感,激励其为那些不具备行权条件的中小投资者维权,从而在较大程度上消除普通中小投资者通过股东代表诉讼维权的壁垒,实质上推动我国投资者保护水平的提升。

当然,2019年《证券法》虽然对投资者保护机构提起股东代表诉讼有特别优待,但并非没有任何门槛,这一门槛就是前置程序。按照《公司法》第151条第1款、第2款的要求,投资者提起普通的股东代表诉讼之前,必须先履行书面请求监事会、监事、董事会、执行董事向人民法院起诉的前置程序。只有在监事会、监事、董事会、执行董事拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼,或是情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的情况下,投资者才可以提起股东代表诉讼。2019年《证券法》虽未明确投资者保护机构股东特别诉讼是否也需要遵循这一前置程序的要求,但2019年《证券法》第94条第3款明确规定,投资者保护机构特别股东代表诉讼的持股比例和持股期限不受《公司法》第151条的限制,却并未明示前置程序要求不受《公司法》第151条的限制。从体系解释的角度分析,应当认为,无论是普通的股东代表诉讼,还是投资者保护机构的特别股东代表诉讼,都应遵循提起股东代表诉讼的前置程序的要求。并且这样解释,也符合股东代表诉讼机制平衡投资者保护与公司日常经营秩序维护的制度本旨。

四、结 语

投资者保护机构作为投资者提起股东特别代表诉讼在我国《证券法》中是新的制

度安排。此次《证券法》的大幅修订,参考了其他法域投资者保护机构特别股东代表诉讼的做法,较好地解决了我国传统股东代表诉讼起诉门槛过高和中小投资者起诉不积极的问题。我们有理由期待,在2019年《证券法》的投资者保护机构特别代表诉讼的加持下,股东代表诉讼这一制度必将焕发新的生机和活力,从而为新时代中国资本市场的和谐健康发展贡献新的力量。

上海市高级人民法院金融审判庭副庭长沙洵 在第四届中小投资者服务论坛投保机构股东代位 诉讼实务探讨专题论坛上的发言

《证券法》视野下投保机构股东代位诉讼的功能与价值

沙 洵*

各位领导、专家:

下午好!今天十分荣幸受邀参加第四届中小投资者服务论坛专题论坛,以投保机构股东代位诉讼为议题与各位嘉宾开展交流,学习新知。首先请允许我对本次论坛的主办方表示感谢。2019年《证券法》第94条第3款创设了投资者保护机构对发行人(上市公司)的董监高违法或者违反公司章程规定履职,以及发行人控股股东、实际控制人侵犯上市公司合法权益,造成损失时的股东代位诉讼制度,下面我就这一全新制度在2019年《证券法》视野下的功能与价值谈几点自己的学习体会,不当之处,请各位专家批评指正。

一、投资者保护机构股东代位诉讼的现实意义

(一) 维权模式从程序法到实体法规范的全方位推动

以上市公司小股东身份监督、推动上市公司依法合规治理,促进资本市场公开透明是投资者保护机构的重要职责。程序法层面的中小投资者保护实践多聚焦于参与证券侵权民事诉讼,即根据《证券法》、《民事诉讼法》及相关司法解释的规定,以支持

* 上海市高级人民法院金融审判庭副庭长。

起诉、特别代表人诉讼等方式参与到证券诉讼中来,如为投资者选任委托诉讼代理人、作为特别代表人等。2019年《证券法》第94条第3款则在实体法层面上确认了持股的投资者保护机构独立的诉讼地位,这就意味着投资者保护机构可以以自己的名义,提起维权诉讼,是2019年《证券法》对现行维权模式的一项重大创新。

(二) 维权路径从直接到间接的突破

以往的维权诉讼均由投资人群体发起,诉讼利益亦直接归属投资人享有,而股东代位诉讼的发起主体与诉讼利益归属均与以往不同:一是在诉讼地位上,投资者保护机构可以以自己名义作为原告参加诉讼。这也是将投资者保护机构“持股行权”的保护机制落到实处的必然要求,《证券法》借鉴《公司法》第151条股东派生诉讼的规定,赋予投资者保护机构作为上市公司股东的独立诉权。二是在诉讼利益归属上,根据2019年《证券法》第94条规定以及股东派生诉讼原理,投资者保护机构的胜诉权益将归属上市公司所有,从保护上市公司利益的角度,从效果上说,也就是间接保护了公司股东的利益,对投资者整体利益施以更加周全的保护。

(三) 责任承担主体从发行人到直接责任人的扩张

就目前发生的上市公司的证券侵权案件而言,绝大部分是由上市公司控股股东、实际控制人以及上市公司董监高人员违反信息披露义务所导致的,在投资人提起民事侵权诉讼时,法院可能会判决上市公司承担赔偿责任,并由董监高等直接责任人员承担连带赔偿责任。但在实践中,上市公司对外承担赔偿责任后,由于种种原因,如上市公司仍处于责任人控制之下的情况下,上述主体之间的追责程序启动缺失,可能导致真正的“首恶”并不承担最终责任,而通过股东代位诉讼,则可以督促公司追责到个人。例如,在“美丽生态”证券虚假陈述责任纠纷案件中,上市公司按照调解协议向投资人承担赔偿责任后,其董事长贾某某并未实际分担责任,后该公司在投服中心的建议下,向贾某某提出了追偿调解金诉讼,实现了制度初衷。

(四) 维权门槛的由高到低

以往立法虽然不禁止投资者保护机构的股东代位诉讼,但是受制于《公司法》关于股东派生诉讼的严格条件限制,仅持1手上市公司股票的投资者保护机构启动诉讼难度较大,而根据2019年《证券法》第94条第3款的规定,投资者保护机构提起代位诉讼不受《公司法》规定的持股比例与持股持续时间的限制,维权门槛进一步降低。

二、投资者保护机构股东代位诉讼的实务问题

鉴于投资者保护机构股东代位诉讼在我国是一项全新制度,其制度效果有待在司法实践中加以验证,相关制度也有待于在实践中加以细化。由于该制度借鉴自我《公司法》,处于与《公司法》的交叉地带,加之法律规定还比较原则化,因此,在实务中首先要应对的是与《公司法》及其司法解释的衔接适用问题。

(一) 关于前置程序问题

根据《公司法》第 151 条派生诉讼的规定,股东可以书面请求监事会、监事、董事会、执行董事向法院提起诉讼,只有在上述主体拒绝或者在收到申请后 30 日内未起诉的,股东才可以提起代位诉讼。但《证券法》第 94 条第 3 款对投资者保护机构作为原告的此类案件是否适用前置程序则未作规定,对能否直接认为《证券法》已经取消前置程序还存在一定争议。有观点认为,此类案件仍然应当适用《公司法》规定的前置程序,我们注意到投服中心在“美丽生态”案上确实也启动了《公司法》规定的前置程序,因此建议有关部门对此加以明确。

(二) 关于当事人地位及诉讼费用问题

根据《公司法司法解释四》第 24 条的规定,在诉讼中应列股东为原告,列公司为第三人,这是因为公司怠于行使诉权,而由股东代其提起诉讼,因此只能将公司列为第三人参加诉讼。同理,关于诉讼费用负担的问题,根据《公司法司法解释四》的规定,如果股东的诉讼请求得到法院支持,股东参加诉讼支付的合理费用应由公司承担。但是《证券法》对此未作细化规定,能否参照《公司法司法解释四》的规定处理,有待将来的司法解释予以明确。

(三) 关于诉讼案件管辖权问题

目前,我国已经设立两家金融法院,部分法院也设置了金融审判庭。由于投资者保护机构股东代位诉讼根据《证券法》的规定提起,但是在具体的法律关系、责任认定以及法律适用上,更多地适用《公司法》规定,因此存在《证券法》与《公司法》的交叉适用问题,此类案件并没有独立的案由,是否属于金融案件有待明确。根据 2021 年 3 月最高人民法院《关于北京金融法院案件管辖的规定》以及 2021 年 4 月最高人民法院《关于修改〈关于上海金融法院案件管辖的规定〉的决定》,金融法院可以受理涉金融机构的与公司有关的纠纷,但是在上市公司并非金融机构的情况下,此类案件是属

于专门法院的管辖范围,还是按照普通民商事案件来确定管辖法院,有待进一步明确。

中国人民大学法学院教授刘俊海 在第四届中小投资者服务论坛投保机构股东代位 诉讼实务探讨专题论坛上的发言

投保机构提起股东代表诉讼的社会功能、 制度资源和维权策略

刘俊海*

很高兴出席第四届中小投资者服务论坛。今天向大家汇报的题目是《投保机构提起股东代表诉讼的社会功能、制度资源和维权策略》。因为投保机构是广大中小股东的“娘家人”,投保机构股东代表诉讼对保护广大中小投资者的权益大有助益。

那么投保机构为什么要提起股东代表诉讼?第一个方面,有助于进一步维护中小股东权利,弘扬股权文化。在现代公司治理当中,股东是公司股权资本的提供者,承担投资的风险。所以,按照股东主权、股东平等、股东民主、股东诚信、关怀中小股东的基本要求,中小股东应当得到善待,应当参与公司的治理,应当当家作主。

股东权利可以分为自益权和共益权,也可分为事先行使的权利和事后行使的权利。股东代表诉讼提起权,就是股东在自己权利受到侵害以后依法提起的一类诉讼类型。在市场中,如果有上市公司虚假陈述,投资者可以对其提起普通代表人诉讼,投保机构也可以代表广大公众投资者提起特别代表人诉讼,那么这些诉讼一旦胜诉,胜诉利益就归受损的投资人。

问题在于如果是股东代表诉讼胜诉了,如投保机构做原告获得胜诉,胜诉利益是直接分给广大的股民,向他们直接发红包,还是直接把胜诉利益给公司呢?按照《公司法》的制度设计,胜诉利益是归属于公司的,而不是被直接分配给广大股民的。但是公司的利益得到了保护,股民们的利益也就得到保护了。所以投保机构提起股东代表诉讼,就是代表广大股东在行使权利,有助于把股东中心主义坚持到底。

第二个方面,投保机构提起股东代表诉讼,有利于提振投资信心,释放法治红利。

* 中国人民大学法学院教授。

资本市场的法制化、市场化、国际化、诚信化是我们改革的一个重要方向。如何提振投资信心,如何结束“熊长牛短”的现象?经过很长一段时间的思考,我个人认为有了投保机构提起股东代表诉讼的制度,股东利益就会得到充分的保护,股东的投资信心也会得到提振。股东代表诉讼对广大投资者形成一个长期的制度利好,而法治就是广大公众投资者最好的“定心丸”。

第三个方面,投保机构提起股东代表诉讼,还有助于倒逼上市公司规范治理,提升上市公司的质量。公司治理关系公司的生死存亡。当然,公司治理不仅包括理念中的公司治理、制度层面的公司治理,也包括实践层面的公司治理。有些上市公司的公司章程、公司治理的大纲,甚至专项的公司治理规则,制定得完美无缺,但是被束之高阁,没有落地生根。

在这种情况下,与其被动地承担对公司的损害赔偿责任,为何不慎独自律、见贤思齐,规范自己的行为呢?所以我认为公司治理原则把股东权利保护放在第一重要的位置上,不是没有原因的。而投保机构股东代表诉讼就可以倒逼公司形成股东友好型的公司治理模式,所以公司治理不仅是一个空泛的概念,它需要靠投保机构股东代表诉讼每一个个案的公平正义去逐渐推动。

第四个方面,股东代表诉讼还可以提高控股股东、实际控制人、董监高的失信成本。在公司的治理、公司的发展和公司的长期可持续发展的繁荣过程当中,公司的五类人,即控股股东、实际控制人、董监高,是关键少数者,他们是公司治理和公司发展的“压舱石”。但是如果他们滥用权力,会对公司造成灾难性的后果。

有了股东代表诉讼,一是控股股东、实际控制人、董监高会发现失信成本提高了,失信收益归零了,甚至变成负数了,也就是失信成本远远大于失信收益。二是如果控股股东、实际控制人、董监高诚实守信,会发现他们的守信收益提高了,守信成本降低了,守信收益高于守信成本。

第五个方面,就是提起股东代表诉讼还有助于优化投资者友好型的资本市场生态环境。我国上市公司存在重发展轻规范、先发展后规范、只发展不规范、重创新轻诚信、重快捷轻安全、重效率轻公平这样一些传统的思维定式,导致我们的资本市场主要具有融资的功能。重融资轻投资这种单边市场的财富效应,是制约我国资本市场进一步改革发展和繁荣的障碍。

所以由投保机构来提出股东代表诉讼,捍卫公司利益,捍卫公司的法人财产权,捍卫公司的物权、股权、债权、知识产权、大数据权和区域财产权等一系列财产权利,有助

于打造诚实信用、公平公正、多赢共享、包容普惠的投资者友好型的资本市场生态环境。

第六个方面,投保机构出面提起股东代表诉讼,还有助于推动资本市场更好地服务于经济的高质量发展,落实新发展理念,推动经济高质量发展,这是“十四五”规划和 2035 年远景目标的重中之重。

如何在资本市场落实新发展理念?就是要终结脱实向虚的不正常现象,让上市公司回归自己的应有定位,聚焦本身的产品和服务质量的提升,加大研发力度,优化和谐的劳资关系,优化投资者友好型的公司治理关系,进一步提升公司的核心竞争力,提高公司的盈利能力,更好地利用资本市场作为发展企业的杠杆,推动企业更好地贯彻落实新发展理念。

所以股东代表诉讼由投保机构来提起,具有一系列的经济意义、政治意义、法制意义和社会意义,是立足长远的发展工程,是义利并举的法治工程,也是提振投资信心的民心工程。问题就在于,我们有没有保护投保机构提起股东代表诉讼的制度资源?回答是肯定的。我想从《公司法》、《证券法》以及《公司法》的两部司法解释,跟大家分享我对现有制度资源的基本研究体会。

2005 年,《公司法》写入了股东代表诉讼制度,这对今天投保机构提起股东代表诉讼意义重大。《公司法》第 151 条说了什么内容?第一,说清了原告。原告采取差异化的立法政策,有限责任公司的任何股东都有资格提起股东代表诉讼,但是对股份公司的股东来说,必须连续 6 个月持股,而且持股比例要达到 1%。当然 1% 的门槛可以通过单个股东持股超过 1% 去解决,也可以通过两三个股东抱团取暖去跨越 1% 的门槛。对那些发行额 100 亿元、200 亿元、500 亿元的公司来说,甚至市值 1000 亿元的公司来说,如果一个小股东持有 1% 的股份,那他还是小股东吗?所以 1% 的持股比例加上 6 个月的持股期间,将使很多中小股东望而却步。

投保机构是否符合法定的门槛?严格地说也不符合。为什么?因为投保机构中证中小投资者服务中心在购买了我国每家上市公司 100 股的股票,所以其既是全世界最大的股东,因为拥有数千家上市公司的股票但也是全世界最小的股东,因为仅拥有每家上市公司 100 股的股票。所以如果没有 2019 年《证券法》的助力和加持,投保机构也很难以满足《公司法》第 151 条规定的股东代表诉讼的原告资格门槛。

第二,明确了谁做被告。《公司法》第 151 条明确可以对董事、高管、监事提起诉讼,此外,第 3 款规定,他人侵犯公司合法权益给公司造成损失的,具备条件的股东也可以对其提起诉讼。“他人”包括控股股东,也包括实际控制人,甚至还包括其他违反

与上市公司的协议关系出现违约行为而应当被追究违约责任的被告人。所以,凡是上市公司有权利去起诉的被告人,股东提起代表诉讼都可以起诉他。

第三,《公司法》第151条规定的一个重要内容是竭尽内部救济程序。股东代表公司起诉侵害公司的人,耗时费力。所以法律还是规定应先由公司对失信者、侵权者、违约者提起公司直接诉讼。

此外,《公司法》第151条还规定了一个例外情况,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时,符合条件的股东就有权直接以自己的名义对被告人提起股东代表诉讼了。当然,除了《公司法》条文本身,最高人民法院还出台了《公司法司法解释四》,《公司法司法解释四》从第23条到第26条,用四个条款进一步细化了股东代表诉讼的法律制度。第23条强调监事会如果对董事和高管提起诉讼应当列公司为原告,由监事会主席代表公司进行诉讼,作为诉讼代表人。如董事会起诉监事,则由董事长或者执行董事代表公司提起诉讼,原告也是公司。也就是围绕着竭尽公司内部救济程序,《公司法司法解释四》第23条又明确了原告的代表人,同时对董事和监事之间的这种权力制衡作出了明确的、规则的界定。

《公司法司法解释五》的出台背景,就是为了进一步优化我国的法制化营商环境,也让我国在全球营商环境排名当中能够更进一步。《公司法司法解释五》发布后取得的法律效果、社会效果都非常好,国际效果也很好。《公司法司法解释五》第1条规定,关联交易损害公司利益,原告公司依据《民法典》第84条、《公司法》第21条,请求控股股东、实际控制人、董监高赔偿损失的,被告仅以关联交易履行了信披义务,同时经历了股东会总决策程序作为抗辩事由的,法院不予支持。也就是说,关联交易仅透明不行,仅严谨也不行,必须符合对价公允的原则。在这种情况下,股东代表诉讼就应当有所作为。因为公司有可能不起诉关联人,这个时候就由小股东(包括投保机构)作代表,直接起诉通过不公允关联交易掏空公司资产的侵权人。

另外《公司法司法解释五》第2条规定,如果关联交易合同还没有履行完毕,则需要发挥股东代表诉讼未雨绸缪的功能。股东代表诉讼当中的原告就可以请求法院确认关联交易合同无效,或者撤销不公平、不公允的关联交易合同。事先的预防、事后的救济都可以通过投保机构提起的股东代表诉讼得到彻底解决。

2019年《证券法》第94条第3款特别强调了投保机构提起股东代表诉讼,持股比例和持股期间不受《公司法》第151条的限制。因投保机构是谋求公益的非营利组织,具有捍卫公益的宝贵品格,故法律为其特别开辟了绿色通道。所以我认为,

以上股东代表诉讼制度的资源是非常宝贵的。

最后,简单谈谈投保机构的维权策略。第一,投保机构一定要有所担当、积极行权。投保机构的初心和使命就是为广大公众股东谋幸福,就是要推动公众股东价值的最大化,推动上市公司全心全意为公众投资者的收益权提供自己应有的投资回报。一定要记住“公司治理会失灵,股东代表诉讼不会失灵”的基本理念。只要控股股东、实际控制人、董监高违背了诚实勤勉的信托义务和诚信义务,股东代表诉讼都可以大有作为。

第二,是关于起诉谁的问题,投保机构应当聚焦被告。一是侵害公司利益的控股股东、实际控制人、董监高。二是作为发行人的控制股东、实际控制人以及相关的中介机构、会计事务所、律师事务所,甚至一些投资顾问机构,也可能在他们执行业务的过程中违背职业操守,损害公司的利益。另外,如在行政诉讼当中,公司可以对侵害自己权利的行政机关提起行政诉讼,当公司怠于起诉时,投保机构也可以提起股东代表行政诉讼。

第三,关于案件类型的多元化。除合同纠纷案件、侵权纠纷案件、行政诉讼案件,还有其他的案件类型,只要公司不能维权,不能以自己的名义提起诉讼、自己权利受损,投保机构都应当有所作为。比如,股东代表仲裁,上市公司以和其他公司约定的争议解决方式去中国国际贸易仲裁委员会,但是如果上市公司董事长因为和另外一家公司存在关联关系,不愿意提起仲裁维护权利,投保机构也可以代位提起相关的仲裁案件,维护上市公司的合法权益。

第四,如何跨越竭尽内部救济程序。建议投保机构与上市公司的董秘、董事长、总经理和监事长保持畅通的工作联络。第一时间告知其要不要依据《公司法》第151条提起以公司为原告的直接诉讼。如果他们拒绝或怠于提起,那么投保机构可以直接提起股东代表诉讼。当然,在紧急情况下,我认为应当作妥当的扩张解释,不应过分要求投保机构,只要投保机构有合理的证据证明竭尽内部救济程序的“跨越”没有意义,人民法院就应当受理投保机构的股东代表诉讼案件。特别是在董事长、总经理都有共同侵权的恶意时,无论让董事长起诉总经理,还是让监事长起诉董事长都没有任何意义。不如允许投保机构在有合理证据的情况下,直接向法院提起股东代表诉讼。另外,我还建议投服中心在提起诉讼时,要保全证据、保全财产,避免财产被转移、证据被销毁。

第五,要增强举证能力。投服中心应当通过和中国证监会及其派出机构、交易所

乃至上市公司协会等相关机构的无缝对接、有机衔接和同频共振,及时有效地收集、加工和处理相关的证人证言、书证、物证乃至鉴定资料、专家证人的意见。作为股东代表诉讼中的维权力量支持,应当激活法律专家以及证券市场中行业专家的论证意见,这对投保机构精准评估一种违约行为、侵权行为的合法性具有重大的现实意义。

第六,尽力确保公司胜诉利益免遭被告人的二次侵害,避免“放虎归山”。如果公司胜诉,利益回到公司,公司又归由控股股东、实际控制人控制,那么等于投保机构提起股东代表诉讼“竹篮打水一场空”。对此,建议未来胜诉利益一定要在公司单立账户存管,应建立由投保机构共同参与托管的账号,以确保胜利果实不被侵权人非法侵占,避免维权的成果得而复失。另外,还要敦促公司来年采取积极的分红政策,凡是满足《公司法》第166条规定的利润分配条件的,一定要积极地向公众股东分配利润,把胜诉利益的成果惠及每一位股东。

第七,关于投保机构律师费的补偿机制。如果胜诉,律师费应当由败诉人承担,即使投保机构败诉了,上市公司也应当对投保机构予以事实上的补偿。

第八,要善于区分股东代表诉讼和股东直接诉讼。对虚假陈述、内幕交易、操纵市场、“老鼠仓”以及其他直接损害股东的行为,应当由投保机构提起特别代表人诉讼,胜诉利益直接归属股东。对直接损害公司利益,间接损害股东利益的情况,建议投保机构提起股东代表诉讼。

第九,要优化投保机构代表诉讼友好型的法律规范体系和司法救济体系。考虑投保机构提起股东代表诉讼的特殊性,特别是公益性的特点,建议最高人民法院出台专门针对投保机构提起股东代表诉讼的司法解释,提高股东代表诉讼制度的可塑性、可裁性和可执行性。我相信,投保机构将来提起的股东代表诉讼,将弘扬股权文化,全面建设投资者友好型社会,奠定坚实的法制根基。

谢谢各位!