

投资者保护机构股东代位诉讼的主要程序障碍与应对建议

袁银平*

摘要:在证券领域,普通投资者提起股东代位诉讼不仅资格受限,其意愿和能力亦不足。2019年修订的《证券法》单独豁免了投资者保护机构这一特殊股东的持股比例和持股期限限制,强化了投资者保护机构的作用和地位。从有效推进诉讼的角度分析,必须解决股东代位诉讼的前置程序、起诉事由、管辖法院、诉讼调解以及关联诉讼的衔接等一系列程序问题,才能落实好这一具有中国特色的创新性制度,促进公司治理结构改善,维护公司利益,保护投资者合法权益。

关键词:投资者保护机构 代位诉讼 前置程序 管辖 举证责任

2019年修订的《中华人民共和国证券法》在第94条第3款明确了投保机构作为原告提起股东代位诉讼的资格,并放宽了相应的资格限制条件,回应了此前法学理论界和舆论界的呼吁,在法律层面为投保机构提起股东代位诉讼提供了正式法律依据。^①正确理解和适用这一条款,有效推动这一创新性的投资者保护制度落地实施,必须结合《民事诉讼法》《公司法》及其相关司法解释以及《九民会纪要》的相关规定,研究破解诉讼程序方面的障碍性因素。

一、关于前置程序

根据《公司法》第151条的规定,董事、高级管理人员有《公司法》第149条规定的

* 深圳市中级人民法院金融法庭庭长。

① 郭锋等:《中华人民共和国证券法制度精义与条文评注》(上册),中国法制出版社2020年版,第483页。

情形的,有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东,可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼;监事有《公司法》第 149 条规定的情形的,前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到股东书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起 30 日内未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的,股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。上述规定对于普通的股东代位诉讼设置了前置程序,即股东应当首先书面请求监事会、董事会等以公司名义提起诉讼,而后在符合《公司法》第 151 条第 2 款规定的情形下才能以股东自己名义提起代位诉讼。

对投资者保护机构提起代位诉讼,是否仍需要履行上述前置程序,有三种不同认识:第一种观点认为,就股东代位诉讼而言,2019 年修订的《证券法》的相关规定是本法、特别法,应当优先适用。2019 年修订的《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。根据该款规定,投保机构可以为公司的利益以自己的名义向人民法院提起诉讼,该款规定中并没有前置程序的表述,因此投保机构可以直接提起股东代位诉讼,不需要履行前置程序。第二种观点认为,应当区分不同情况,当投保机构向董事、监事、高级管理人员提起股东代位诉讼时,应当遵守《公司法》关于前置程序的规定,向控股股东、实际控制人等提起股东代位诉讼时,则不需要履行前置程序。第三种观点认为,投保机构提起股东代位诉讼,原则上均应当履行前置程序。主要理由是,股东代位诉讼只是作为公司内部监督失灵而设置的救济措施,故只能在用尽公司内部救济措施之后才能启动。^① 投保机构仍是基于公司的请求权以股东的名义代位提起诉讼,与符合条件的其他普通股东代位诉讼并无实质区别,自然应当适用《公司法》关于前置程序的规定。

笔者认为,《公司法》关于股东代位诉讼前置程序的规定,一方面,是考虑毕竟股东代位行使的是公司的诉权,在可能的情况下还是应当竭尽公司内部救济程序;另一

^① 最高人民法院民事审判第二庭:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社 2019 年版,第 210 页。

方面,也是为了防止过度干预公司的正常经营活动,避免股东滥诉情况的发生,因此对有权提起股东代位诉讼的股东资格进行了限制。但《证券法》关于投保机构股东代位诉讼的规定,专门豁免了投保机构在持股比例和持股期限方面的限制,凸显了投保机构的特殊定位,因此有必要对投保机构股东代位诉讼的前置程序作重新考虑:一是基于股东代位诉讼的制度逻辑,考虑该类诉讼的“派生性”“代表性”,建议投保机构提起代位诉讼时以先履行前置程序为宜;二是基于前置程序设置的制度目的,考虑投保机构这一特殊主体的公益性质,建议将履行前置程序中的“书面请求”监事会、董事会等提起诉讼改为“书面建议”监事会、董事会等提起诉讼;三是基于法律落地实施的需要,考虑相关法律规范的可操作性,建议对包括投保机构在内的股东可以不经前置程序直接提起代位诉讼的特殊情形予以明确。笔者建议,此等情形既应包括情况紧急、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形,如被告已办理移民手续即将离境等,也应包括公司董事会、监事会等有关机关根本不存在提起诉讼的可能性,应当豁免前置程序的情形等。

二、关于当事人

投保机构提起诉讼虽是为公司利益,但因是股东代位诉讼,故投保机构应以自己名义作为原告起诉,自无异议。但被告的范围,《公司法》第151条和《证券法》第94条在表述上存在差异。《公司法》第151条第3款规定,他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的,该条第1款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。有学者认为,这里的“他人”应包括“其他任何人”。^①但《证券法》第94条第3款没有使用“他人”的概念,而是表述为“控股股东、实际控制人等”,此处虽有“等”字,能否理解为“其他任何人”,笔者认为,似不宜作过度的扩大解释。因此,在一般情况下,投保机构代位诉讼的被告,应是发行人的董事、监事、高级管理人员以及发行人的控股股东、实际控制人中的一人或数人。但在实践中仍会面临以下几个需要厘清的问题。

(一)公司的诉讼地位问题

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》[以下简称《公司法司法解释(四)》]第24条的规定,符合《公司法》第151条第1款

^① 甘培忠:《论股东派生诉讼在中国的有效适用》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2002年第5期。

规定条件的股东,依据《公司法》第151条第2款、第3款规定,直接对董事、监事、高级管理人员或者他人提起诉讼的,应当列公司为第三人参加诉讼。第三人,是指对原告、被告所争议的诉讼标的认为有独立请求权,或者虽然没有独立请求权,但案件的处理结果与其有法律上的利害关系,从而参加正在进行的诉讼中的人。在包括投保机构在内的股东提起的代位诉讼中,对于公司是有独立请求权的第三人,还是无独立请求权的第三人,存有争议。

有独立请求权的第三人,一般是以提起诉讼的方式参加正在进行的诉讼,而在股东代位诉讼中,正是基于公司怠于甚至拒绝行使诉权,股东才不得不以自己名义提起诉讼。而且,本诉中原告撤回起诉的,有独立请求权的第三人可以作为另案的原告,原案中的原告和被告作为另案被告,继续另案诉讼。^①在股东代位诉讼中,虽然公司作为第三人对原告、被告诉讼争标的在法律上有独立请求权,但其请求权的范围是覆盖作为原告的股东的请求权的,二者并非并列或者对立关系,而是包容甚至存在重合关系,因此在股东作为原告撤诉后,另案诉讼中公司也不可能或者不应当将股东作为被告起诉。

无独立请求权的第三人,可以申请或者由人民法院通知参加诉讼。在股东代位诉讼中,通常是由人民法院通知公司作为第三人参加诉讼。但在此种情况下,公司是否就是无独立请求权的第三人呢?股东代位诉讼制度设置的基础在于股东本身没有诉权而公司有诉权却基于种种原因拒绝或者怠于诉讼,因此股东代位诉讼中公司的诉权是“被”股东行使。公司虽然作为第三人参加诉讼,但事实上公司才是“实质原告”,胜诉利益亦归属公司,似乎也难以得出公司无独立请求权的结论。不论理论还是实践中,都还可能出现作为第三人的公司不认同或者不完全认同作为原告的股东提出的诉讼请求,甚至支持被告抗辩意见的情况。

综上,包括投保机构在内的股东提起的代位诉讼中,公司作为第三人参加诉讼的权利义务,不能简单地以诉讼法上关于第三人的理论来生硬解释。笔者认为,应当承认公司有独立请求权,但鉴于股东代位诉讼的制度目的,在股东已经提起代位诉讼,公司提起诉讼的权利已经被代位行使的情况下,亦不能允许公司放弃、变更被代位提出的诉讼请求,更不能允许公司申请撤诉。即使实践中公司仍拒绝参加代位诉讼,亦不影响案件的审理和判决。

^① 吴兆祥:《民商事办案宝典》,中国法制出版社2017年版,第969页。

(二) 其他股东提起代位诉讼的问题

《公司法司法解释(四)》第24条第2款规定,一审辩论终结前,符合《公司法》第151条第1款规定条件的其他股东,以相同的诉讼请求申请参加诉讼的,应当列为共同原告。在投保机构提起的代位诉讼中,如果有其他符合条件的股东亦提起代位诉讼,或者申请参加已经开始的代位诉讼,按照前述司法解释的规定,应当将符合条件的其他股东与投保机构列为共同原告,作并案处理。但问题在于,当其他股东的诉讼请求与投保机构的诉讼请求并不完全一致,或者其他股东起诉的被告与投保机构起诉的被告并不完全一致时,还能否并案处理?笔者认为,从方便诉讼以及尽可能一次性解决纠纷的角度考虑,法院应当充分行使释明权,促使各原告的诉讼请求趋同,所诉被告也趋于一致。投保机构亦可以发挥作用,主动与其他股东协商达成一致。如经法院释明或经各原告协商,仍不能达成一致,笔者认为,法院从保障各原告诉讼权利的角度出发,应尊重各原告的选择,但不影响案件继续作并案处理。

(三) 股东代位诉讼中公司提起诉讼的问题

根据《公司法》第151条第2款之规定,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,符合条件的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。此时,存在包括投保机构在内的股东和公司分别起诉的可能。如公司起诉在先,基于股东代位诉讼的特殊性,法院不应再受理股东的起诉;如公司与股东同时起诉,应引导股东撤回起诉;如股东起诉在先,公司起诉在后,法院亦可引导股东撤回起诉而由公司作为原告参加诉讼;在先起诉的股东坚持不撤诉的,可将后诉的公司列为第三人。

但是,在多数情况下,包括投保机构在内的股东之所以提起代位诉讼,原因正在于公司拒绝或者怠于诉讼。在投保机构提起代位诉讼后,之前拒绝或者怠于诉讼的公司还能否以自己名义提起诉讼,不无争议。有观点认为,包括投保机构在内的股东提起代位诉讼,并不意味着公司丧失诉权,实际上股东行使的仍是公司的诉权,因此,即便股东提起了代位诉讼,公司以自己名义提起诉讼的权利也不能被剥夺。在投保机构提起股东代位诉讼后公司又以自己名义起诉的,可以合并审理。也有观点认为,在投保机构已经提起代位诉讼的情况下,不应允许公司再提起诉讼。除非投保机构撤诉,公司才能以原告身份再行起诉。从纠纷化解的实务出发,笔者同意后一种观点,主要理由有四:一是在投保机构股东代位诉讼中,投保机构是以自己名义代表公司提起诉讼,行使的是公司的请求权,判决的利益也全部归于公司。在此种情况下,

公司再以自己名义提起诉讼,事实上构成重复起诉。二是如果公司提起诉讼后投保机构撤回代位诉讼,不排除公司亦撤回起诉的可能,进而导致投保机构代位诉讼的目的落空。三是如果允许行使代位权的股东和公司成为共同原告,不仅不符合代位诉讼的诉讼构造理论,也会导致不同原告之间诉求不一,被告对股东的反诉、对公司的反诉互相交织,法律关系复杂,人为增加案件处理难度。四是代位诉讼中公司已作为第三人参加诉讼,诉讼权利能够得到保障。综上,笔者认为,投保机构履行前置程序并提起代位诉讼后,法院不应再受理公司提起的诉讼。

三、关于起诉事由

投保机构提起股东代位诉讼的事由,在2019年修订的《证券法》第94条第3款中表述为两种情形:一是发行人的董事、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;二是发行人的控股股东、实际控制人等侵犯公司合法权益给公司造成损失。简单表述,投保机构提起股东代位诉讼的诉讼事由,就是董监高或者控股股东、实控人给公司造成损失。理解这里的“给公司造成损失”,在实践中需要先解决以下两个问题。

(一)给公司造成的损失是否需要经过在前的诉讼或者仲裁确认?

董监高或者控股股东、实控人给公司造成损失的具体情形千差万别,例如,有的是挪用公司资金;有的违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保;有的进行关联交易损害公司利益;等等。实践中,需要区分不同情形,分析给公司造成的损失是否需要经过在前的诉讼或者仲裁确认。对于能够直接确认的损失,如挪用公司资金未还,投保机构提起代位诉讼时可以直接以挪用的资金数额加上相应的资金占用费用,诉请被告赔偿公司所遭受的损失,在此种情况下,当然不需要再依赖先行的诉讼或者仲裁途径来确定公司的损失。但在有些情况下,董监高或者控股股东、实控人的行为是否会给公司造成实际损失仍处于待定状态,投保机构提起股东代位诉讼,即需要一定的先决条件。

以证券虚假陈述责任纠纷为例,因董监高违反法律、行政法规等虚假陈述行为,导致上市公司受到行政处罚或与董监高一并受到行政处罚的情形并不鲜见。在此种情况下,包括投保机构在内的股东是否可以要求公司提起损害公司利益责任纠纷之

诉?或者在履行前置程序后提起代位诉讼?笔者认为,因董监高的违法违规行为给公司造成的损失,既包括直接的显性损失,也包括间接的隐性损失。比如,在证券虚假陈述情形下,公司的损失既包括对投资者的经济赔偿,也可能包括因虚假陈述带来的商业信誉损失、商业机会流失等。间接的隐性损失在实践中很难估算,通过诉讼、仲裁等途径能够解决的只有直接损失,而且主张董监高等直接责任人员承担损失的数额必须是现实的、确定的,而不能是或然性的。毕竟,也有部分投资者放弃了向公司追索损失的权利。因此,在投保机构提起代位诉讼时,公司所遭受的直接损失应当由在先的诉讼、仲裁确定。当然,也可以包括在先的调解解决方案。

再以公司关联交易损害责任纠纷为例,关联交易本是一个中性概念,它有可能通过关联企业内部的资源整合降低交易成本,但控股股东也有可能通过利润操纵行为掏空公司资产。在实践中,如果上市公司对控股股东的关联交易未予披露,且存在不公对价,不仅会给公司造成损失,事实上也会给中小投资者造成损失。给公司造成的实际损失数额,可能会通过不同的计算方法,如可比非受控价格法、再销售价格法、成本加成法、交易净利润法等,得出一个相对确定的数额。投保机构提起代位诉讼时,可以自行选择方法,再提供初步证据证明即可。但对于可能存在的中小投资者主张上市公司承担证券虚假陈述侵权责任所导致的公司损失,仍然需要如前所述,通过在先的诉讼、仲裁确定。当然,投保机构也可以单独先就前一部分的损失提起代位诉讼,待后一部分损失通过在先的诉讼或者仲裁确定后,再行提起代位诉讼。

(二)公司因对外担责所造成的损失是否必须是已经履行到位的损失?

对于类似挪用公司资金等损害公司利益的行为,该类违规行为的完成必然会给公司带来实际的损失。但一般来讲,生效的法院判决和仲裁裁决,在未自动履行情况下,仍然需要权利人主动申请强制执行,因此,理论上存在权利人放弃要求公司履行义务的可能性。也就是说,在公司未履行其对外的赔偿义务时,公司的损失仍具有或然性。只有公司兑现了其赔偿义务,才能对董监高或控股股东、实控人等提起诉讼,也才会有股东代位诉讼。但是,也应有特殊情况下的特殊考虑。比如,在公司面临数额巨大的赔偿时,如果要求公司先行履行赔偿义务,可能使公司面临退市风险甚至破产可能;如果允许公司提起诉讼或者股东代位诉讼,可以避免前述情况,是否可以考虑灵活处理呢?这是一个值得商讨的问题。

四、关于举证责任分配

实践中,普通的股东代位诉讼机制,特别是针对上市公司的股东代位诉讼机制,远未发挥应有作用,既有诉讼门槛限制、普通股东诉讼意愿普遍不强、诉讼成本和诉讼收益不匹配等原因外,很重要的一方面还在于,普通股东诉讼能力明显处于弱势,相关的诉讼证据收集困难。与公司或者公司管理层、控股股东、实控人等掌握大量资料形成鲜明对比的是,普通股东所获取的证据资料通常非常零散,难以形成完整的证据链条。与此同时,若管理层或控股股东、实控人确有掏空公司的情形,考虑到管理层或控股股东、实控人对公司的控制能力,期待公司配合提供相关证据亦不现实。因此,股东代位诉讼中的股东往往难以提供足够的证据证明其诉讼请求,最终也很难得到法院的支持。

2019年修订的《证券法》明确了投保机构在股东代位诉讼中作为原告的法律地位,其目的之一应是期望通过投保机构提起的股东代位诉讼,发挥示范效应,激活普通的股东代位诉讼制度,进而促进公司完善治理结构,规范组织和行为,保护公司、股东和债权人的合法权益。客观而言,投保机构作为专业中立的公益性投资者保护组织,诉讼能力、专业经验、资源保障等方面都有较大优势。但在民事诉讼中,作为原告的投保机构与作为被告的其他当事人在法律地位上是平等的。基于民事诉讼的辩论主义原则,作为裁判基础的案件事实主要依赖于当事人提供的证据进行证明。当事人对于其主张的于己有利的事实,有义务进行举证证明,未提出相应证据证明的一方将承担相应的不利后果。这既是法律、司法解释的规定,也是“谁主张,谁举证”原则的题中应有之义。^①因此,普通的股东代位诉讼中普通股东遇到的诉讼能力不足问题虽因投保机构更强的专业能力而得以解决,但投保机构一样会面临棘手的举证难题。鉴于我国《公司法》《证券法》均未就股东代位诉讼举证责任问题作出特别规定,建议投保机构提起股东代位诉讼时,应立足现有法律和司法解释的规定,区分不同情形,选择不同的诉讼策略。有些案件的证据通过在先的诉讼或仲裁,已经得到法院的确认,自然可以在股东代位诉讼中免除举证责任。也有些案件,仍然需要作为原告的投保机构在代位诉讼中提供关键、实质的证据,才能支撑己方的诉讼请求;在举证遇到

^① 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》(上),人民法院出版社2019年版,第434页。

困难时,应在遵循法律和司法解释精神的前提下拓展获取证据的范围、积极推进获取证据的进程。

一是投保机构自身应优化举证措施,拓展证据来源。根据《公司法》第97条的规定,股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告,对公司的经营提出建议或者质询。投保机构作为公司股东,可以通过积极行使上述权利,了解、掌握并获取相应的证据材料。此外,公司在收到投保机构的起诉请求后,若不提起诉讼,投保机构可以要求公司以书面方式回复,说明公司进行相关调查的内容,以及对有关管理层或控股股东、实控人不提起诉讼的理由及相关证据等。虽然我国目前尚未建立类似日本的“不提诉理由通知制度”,不能强制性要求公司给予书面的回复,但投保机构在实践中仍然可以尝试要求公司提供书面回复,以拓宽取证途径。必要时,投保机构可以通过向社会公示的形式,给相关公司施加一定的舆论压力。

二是投保机构在代位诉讼中可以通过法院责令第三人也就是公司配合提供证据。根据《公司法司法解释(四)》第24条的规定,股东提起代位诉讼,应当列公司为第三人参加诉讼。这一规定的主要目的之一,就是让本应作为原告的公司一并参加诉讼,更有利于查明案件事实。在投保机构代位诉讼这样一种特殊类型的诉讼中,实体法律关系居于优势地位的被告及第三人往往对于证据拥有更大的控制权,在其不将控制的相关证据提交法院的情况下,不仅会导致对待证事实承担举证责任的投保机构处于非常不利的地位,也会导致法院依据现有证据查明的事实因此与客观事实存在较大差距,从而损害裁判的正当性,影响实质正义的实现。公司已经作为第三人参加到代位诉讼中来,投保机构的诉讼目的又是维护公司利益,因此有理由在诉讼中主张公司配合提供相关证据。公司不提供的,投保机构可以请求法院责令公司配合提供。

三是投保机构可以申请“书证提出命令”。虽然在我国《民事诉讼法》中未明确规定“书证提出命令”,但《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法司法解释》)第121条规定,书证在对方当事人控制之下的,承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的,人民法院应当责令对方当事人提交,因提交书证产生的费用,由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交的,人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以

下简称《民事诉讼证据规定》)第47条也规定,下列情形下控制书证的当事人应当提交书证:(1)控制书证的当事人在诉讼中曾经引用过的书证;(2)为对方当事人的利益制作的书证;(3)对方当事人依照法律规定有权查阅、获取的书证;(4)账簿、记账原始凭证;(5)人民法院认为应当提交书证的其他情形。《民事诉讼证据规定》第48条还规定,控制书证的当事人无正当理由拒不提交书证的,人民法院可以认定对方当事人所主张的书证内容为真实。在投保机构提起的股东代位诉讼中,基于投保机构的股东身份和公司法上的股东权利,以及对方当事人控制书证的常态,投保机构应根据举证需要,积极行使这一权利,以扩展调查收集证据的手段,排除在证据调查收集过程中的障碍,提升自身举证能力。

四是投保机构可以在诉讼中申请法院调查取证。投保机构之所以提起股东代位诉讼,其原因往往正是公司拒绝或怠于行使诉讼权利。因此,投保机构提起代位诉讼之后,即使如前所述,法院可以责令公司配合提供相关证据,也难言公司能够完全积极配合。因此,某些特定情况下法院依职权调取证据,仍有必要。《民事诉讼证据规定》第2条第2款规定,当事人因客观原因不能自行收集的证据,可申请人民法院调查收集。《民事诉讼法司法解释》第94条规定,当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据包括:(1)证据由国家有关部门保存,当事人及其诉讼代理人无权查阅调取的;(2)涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的;(3)当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他证据。投保机构在代位诉讼中,出现上述因客观原因不能自行收集证据的情形的,应当在举证期限届满前提交书面申请,载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况,所要调查收集的证据名称或者内容,需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实以及明确的线索,申请人民法院调查收集相关证据。

五、关于管辖法院

(一)关于地域管辖问题

根据《民事诉讼法》第26条的规定,因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼,由公司住所地人民法院管辖。《民事诉讼法司法解释》第22条规定,因股东名册记载、请求变更公司登记、股东知情权、公司决议、公司合并、公司分立、公司减资、公司增资等纠纷提起的诉讼,依照《民事诉讼法》第26条规定确定管

辖。这其中,均未明确损害公司利益责任纠纷的地域管辖问题,自然也导致股东代位诉讼的地域管辖面临选择问题。投保机构提起的股东代位诉讼,如适用一般地域管辖的规定,则按照《民事诉讼法》第21条之规定,通俗讲就是原告就被告。^① 鉴于一个案件中可能存在多个被告的可能性,投保机构、其他符合条件的股东分别向不同被告提起代位诉讼的可能性,以及该类诉讼中公司应当作为第三人参加诉讼的规定,笔者建议,从诉讼便利经济的角度考虑,可以将该类案件统一明确由公司住所地法院管辖。

(二)关于级别管辖问题

以证券虚假陈述民事赔偿案件为例,按照最高人民法院相关司法解释的规定,该类案件由省、自治区、直辖市人民政府所在的市、计划单列市和经济特区中级人民法院管辖。如果在先诉讼的证券虚假陈述民事判决明确了公司和董监高等人的责任比例,公司先行承担责任后再向董监高个人进行追偿或者由股东提起代位诉讼进行追偿,此时由公司住所地基层法院受理也是可行方案。但如果在先诉讼的证券虚假陈述民事案件判决公司和董监高负全部连带责任,未区分责任比例,或者在前的案件中投资者仅起诉了公司,并未起诉董监高等人,受理法院不仅会面临要在案件审理中审查判断各责任主体对于虚假陈述行为的责任大小问题,也会面临与前述有管辖权的中级人民法院后续受理相关案件裁判结果的协调问题。

因此,综合以上两个方面的因素,笔者建议可将股东代位诉讼作为一种衍生诉讼考虑。对于投保机构提起的股东代位诉讼,根据在先判决的具体情况,分别由有管辖权的相关中级人民法院管辖,或者由公司住所地基层人民法院管辖。

六、关于调解

《九民纪要》中关于“股东代表诉讼的调解”明确:“公司是股东代表诉讼的最终受益人,为避免因原告股东与被告通过调解损害公司利益,人民法院应当审查调解协议是否为公司的意思。只有在调解协议经公司股东(大)会、董事会决议通过后,人民法院才能出具调解书予以确认。至于具体决议机关,取决于公司章程的规定。公司

^① 《民事诉讼法》第21条规定:“对公民提起的民事诉讼,由被告住所地人民法院管辖;被告住所地与经常居住地不一致的,由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的民事诉讼,由被告住所地人民法院管辖。同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的,各该人民法院都有管辖权。”

章程没有规定的,人民法院应当认定公司股东(大)会为决议机关。”从上述规定可见,股东代表诉讼虽然允许调解,但这种调解带有一定的限制性,以防止调解损害公司或其他股东的利益。^① 投保机构作为原告提起的股东代位诉讼,在调解程序中可能面临两个现实问题:

(一) 调解协议如何提交公司机关决议

股东代位诉讼中,作为原告的投保机构与被告达成调解协议,如果按照公司章程规定,调解协议应当经公司董事会同意,从而启动召开董事会成为确认调解协议效力的关键一环。如果公司章程规定调解协议应当经股东大会同意,或者没有规定对调解协议决议的机关,则启动召开股东大会成为确认调解协议效力的关键环节。根据《公司法》相关规定,董事会由董事长召集和主持;股东大会会议由董事会召集,董事长主持;董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的,监事会应当及时召集和主持。现实在于,通常情况下,投保机构之所以提起代位诉讼正是公司董事会、监事会拒绝诉讼或怠于诉讼的结果。因此,在董事会、监事会对诉讼持消极态度时,寄希望于其积极配合召集董事会、股东大会对调解协议进行表决,现实中不无难度。当然《公司法》也规定了董事长、董事会、监事会不履行召集会议职责时的救济途径,2019年修订的《证券法》第90条还赋予投保机构公开征集代理股东行使提案权、表决权等股东权利,客观而言,通过这些救济途径均需要相当长的时间周期。对于一个诉讼案件来说,诉讼效率也是体现司法公正的重要方面。调解结案还是判决结案,只是法院解决矛盾纠纷的不同方式。实践中,不排除被告以拖延诉讼为目的与原告达成调解协议后,又在后续的公司有权决议机关通过该调解协议时制造障碍。因此,基于股东代位诉讼的特殊性以及该类诉讼中确认调解协议的特殊程序,是否以调解方式结案,既需要法院予以考虑,更需要作为原告的投保机构慎重抉择。至少对于法院来说,股东代位诉讼虽为允许调解的民事案件,但法院不应过度追求调解方式结案的结果。

(二) 如何把握特殊情形下公司的意思

例如,按照公司章程规定,调解协议应当经公司董事会同意。但如果董事会成员中多人甚至半数以上均是被告,将调解协议提交董事会表决是否还符合正当程序?如果董事会决议根本不可能否决调解协议内容,仅是一种“批准”调解协议的形式,必

^① 最高人民法院民事审判第二庭:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第222页。

然会引发对董事会决议合法性的质疑。笔者认为,在此种情况下,投保机构应慎重考虑是否调解的问题。在投保机构与被告达成了调解协议的情况下,如果董事会成员中半数以上为被告,即使按照公司章程规定调解协议经公司董事会通过即可,法院也应作严格审查。必要时,应建议由股东大会通过决议为宜。

七、关于与在先诉讼的衔接

包括投保机构在内的股东提起代位诉讼的意义,主要在于纠正董监高和控股股东、实控人违法违规侵犯公司利益或者由于侵权而由公司对外承担民事赔偿责任的一种不合理、不公平的做法,进而有助于从根本上遏制证券市场各种违法乱象。仍以证券虚假陈述为例,2019 年修订的《证券法》第 85 条完善了虚假陈述民事责任的规定,明确上市公司具有虚假陈述违法行为时,其控股股东、实控人与董监高在不能证明自己没有过错的情形下,应当与发行人承担连带责任。换言之,在证券虚假陈述民事赔偿诉讼中,投资者既可以向连带责任中的一人、数人,也可以向全部责任人请求赔偿。如果投资者直接向董监高或者控股股东、实控人要求赔偿,就不会发生后续的股东代位诉讼问题。但对于中小投资者来说,从诉讼效益考虑,绝大多数情况下还是会选择上市公司作为被告甚至唯一被告。即便是将董监高或者控股股东、实控人与上市公司作为共同被告,也很可能在案件的调解或者和解过程中,以放弃追究董监高等个人责任为条件来换取上市公司同意对投资者更有利的调解或和解方案。

如何把在先诉讼中的“追首恶”制度与后续的代位诉讼制度有机衔接,发挥诉讼合力、节约司法资源,是有必要考虑的一个现实问题。投保机构在代位诉讼中虽然属于股东身份,但考虑其公益性质,笔者认为,投保机构在相关案件中有责任,也有能力更好发挥作用:一是投保机构可以通过支持诉讼或者特别代表人诉讼方式,在诉讼中将董监高或者控股股东、实控人列为第一被告或者位次在前的被告,要求上述个人首先承担赔偿责任;二是尽可能通过在先诉讼明确董监高或者控股股东、实控人的责任比例,减少后续代位诉讼的诉讼难度;三是在先诉讼中申请财产保全的,尽可能优先申请查扣直接责任人的个人财产,申请执行时先行申请执行直接责任人的个人财产,切实减少公司“代为”担责后再行诉讼甚至代位诉讼才能落实“首恶”责任的情形。

此外,还有必要厘清的一个问题是,根据《公司法》第 152 条的规定,“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定,损害股东利益的,股东可以向人

民法院提起诉讼”。诸多损害公司利益的行为,可能也会同时损害股东利益,例如,公司本应用于分配的资金因被控股股东滥用关联关系隐藏或转移,不仅会直接损害公司利益,也会损害控股股东之外其他股东的利益。此种情况下,个别股东提起了损害股东利益责任纠纷的直接诉讼,投保机构提起了损害公司利益责任纠纷或者公司关联交易损害责任纠纷的代位诉讼,就必须考虑不同诉讼请求的协调问题。代位诉讼,所获赔偿直接支付给公司,所有的股东都能平等地按照所持股份比例间接获得利益;股东直接诉讼,所获赔偿直接支付给提起诉讼的股东。如果出现前述的控股股东将公司本应用于分配的资金通过关联关系隐藏或转移的情形,单一股东的直接诉讼并不能彻底解决问题,甚至会引发不同股东能否公平获得赔偿的问题,而公司提起诉讼或者由投保机构提起代位诉讼,则可以有效地避免上述问题。因此,从司法的角度讲,上述情形不应鼓励单一股东提起个别的直接诉讼,受损股东可以作为共同原告,或者由法院在诉讼中追加其他受损股东作为有独立请求权的第三人参加诉讼,一次性解决问题。但如果个别股东提起的直接诉讼已经获得了赔偿支付,后续投保机构提起代位诉讼时所主张的赔偿金额应当扣减被告已支付的部分,代位诉讼所获得的赔偿应当计作其他未获得赔偿的股东的权益。