

全国首单投保机构股东代位诉讼案例评析

——以投服中心视角

刘 磊* 周 艳**

摘要：当前，虚假陈述民事赔偿往往由上市公司承担，鲜有违法行为人个人实际赔偿，并未真正实现追责到人。为落实新《证券法》、国务院及中办、国办的相关要求，投服中心提起全国首单投保机构股东代位诉讼大智慧案，向董监高追偿虚假陈述赔偿款。本文结合一线办案经验介绍了投服中心对大智慧案的选案、行权、立案、审理、结案、宣传全过程，回顾及总结办案经验，对完善投服中心股东代位诉讼常态化工作提出工作建议，旨在维护上市公司合法权益，提高“关键少数”违法违规成本。

关键词：全国首单投保机构股东代位诉讼 虚假陈述民事责任内部追偿 董监高责任 审计机构责任

2023年2月20日，中证中小投资者服务中心（以下简称投服中心、中心）代上海大智慧股份有限公司（601519.SH，以下简称大智慧、公司）诉其董事、监事、高级管理人员张某虹、王某、王某红、洪某等四被告损害公司利益纠纷案，因控股股东、原董事长兼总经理张某虹全额向大智慧赔偿诉请损失，原告投服中心的诉讼请求和诉讼目的已全部实现，上海金融法院（以下或称法院）裁定准予原告撤诉。

该案是全国首例由投保机构提起的股东代位诉讼，也是上市公司因证券虚假陈述被判令承担民事赔偿责任后，全国首例投保机构提起的向公司董监高追偿的案件。

同日，该案的衍生诉讼大智慧公司诉董监高追偿案当庭顺利调解，两案中，大智慧公司将共获赔约3.35亿元。

* 中证中小投资者服务中心副总经理。

** 中证中小投资者服务中心维权事务部资深经理。

一、选 案 背 景

2020 年 3 月施行的《证券法》第 94 条在《公司法》第 151 条规定基础上,对投保机构提起股东代位诉讼进行了两项特殊规定:一是明确发行人的控股股东、实际控制人等侵犯公司合法权益给公司造成损失的,股东可提起股东代位诉讼;二是考虑到投服中心只持有上市公司一手股票,因此规定了可不受《公司法》持股期限和持股比例的限制。为只持有上市公司一手股票的投服中心履行投资者保护职能、代表投资者行权维权扫清了资格障碍。

2020 年 10 月,国务院发布《关于进一步提高上市公司质量的意见》提到:推动修改相关法律法规,加重财务造假、资金占用等违法违规行为的行政、刑事法律责任,完善证券民事诉讼和赔偿制度,大幅提高相关责任主体违法违规成本。2021 年 7 月,中共中央办公厅、国务院办公厅联合发布《关于依法从严打击证券违法活动的意见》提到:加大对控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员等有关责任人证券违法行为的追责力度。

为落实新《证券法》第 94 条及国务院、中办、国办相关文件中关于“加大对违法责任人个人追责力度”的要求,投服中心加快对虚假陈述责任追偿、资金占用、违规担保三类案件的摸排。结合收集到的信息和中心既往诉讼实践,发现在当下司法实践中,虚假陈述民事赔偿往往由上市公司承担,鲜有违法行为人个人实际赔偿,并未真正实现追责到人。考虑诉讼时效、管辖法院等因素,同时优先选择判决书明确直接责任人连带责任的案件,初步筛得大智慧等 5 起案件作为股东代位诉讼的备选案件,并向上市公司行权发函,督促公司向相关责任人追责。结合行权回函情况和公司采取的追偿措施,最终选择大智慧案作为股东代位诉讼的首单试点案件,由投服中心代大智慧向其他违法主体追索上市公司因虚假陈述赔偿投资者的款项。

二、案 件 概 况

2014 年 2 月 26 日,公司第二届董事会审议通过了 2013 年年度报告。2014 年 2 月 28 日,公司披露的 2013 年年度报告显示,公司当年实现营业收入 894 262 281.52 元,利润总额 42 921 174.52 元。公司通过承诺“可全额退款”的销售方式提前确认收

入,以“打新股”等为名进行营销、延后确认年终奖少计当期成本费用等方式,共计虚增 2013 年度利润 120 666 086.37 元。

2015 年 5 月 4 日,公司公告收到证券监督管理委员会《调查通知书》(调查字 151646 号)。

2016 年 7 月 27 日,公司公告收到中国证监会《行政处罚决定书》([2016]88 号)。公司董事长、总经理、法定代表人张某虹,公司董事、副总经理、董事会秘书王某,公司董事、财务总监王某红,公司分管营销工作的副总经理洪某,公司财务部经理郭某莉是公司上述信息披露违法行为直接负责的主管人员;参加审议通过 2013 年年度报告并在年度报告上签字的董事张某、沈某、林某波、胡某、毛某威、宓某瑜和监事李某予、申某、杨某伟是其他直接责任人员。

2016 年 7 月 20 日,公司公告收到中国证监会《行政处罚决定书》([2016]89 号)。某信会计师事务所(以下简称某信所、审计机构)作为大智慧 2013 年财务报表审计机构,出具了标准无保留意见的审计报告,签字注册会计师为姜某杰、葛某,证监会对某信会计师事务所和姜某杰、葛某行政处罚。

根据大智慧对中心《股东质询建议函》的回复,截至 2021 年 10 月 29 日,公司向证券虚假陈述责任纠纷案所涉投资者赔偿金额(包括判决和调解)共计 3.25 亿元。根据公司 2023 年 2 月 21 日《关于诉讼进展的公告》,自 2021 年 11 月 15 日至 2023 年 2 月 16 日,公司向投资者支付赔偿 1 074 万元,因此大智慧因虚假陈述向投资者赔偿金额总计约为 3.35 亿元。

经梳理虚假陈述民事判决书发现,大部分判决书只列大智慧为被告,少部分判决书列大智慧及审计机构为被告,只有一份判决书投资者胡某菊除了诉大智慧及审计机构外,还将原财务总监王某、原副总经理洪某等部分直接责任人列为被告,但未将原董事长张某虹和原董事会秘书王某列为被告,该判决书赔偿金额约 86 万元。

三、行权及立案

(一) 首次行权

2021 年 4 月 3 日,投服中心向大智慧发送《股东质询建议函》,建议公司监事会对公司已替实际控制人张某虹支付的赔偿款及时采取法律手段向其追偿。4 月 19 日,公司回复胡某菊案的 86 万元已赔付投资者,整体赔付工作仍在进行尚未结束,

公司将考虑与相关责任方进行调解。5月20日中心与公司董秘电话沟通时获知公司暂时还未采取法律措施追偿。至此,本案已满足《公司法》第151条第二款规定的“公司自收到书面请求之日起三十日内未提起诉讼”,中心已具备股东代位诉讼启动条件。

投服中心选择一单民事判决(胡某菊案,涉案金额86万元)对大智慧提起全国首单投保机构股东代位诉讼,于2021年9月8日被上海金融法院受理。中心选择一单判决作为首单股东代位诉讼案件主要基于以下方面考虑:最主要是诉讼费障碍,该单判决涉及赔偿金额86万元,相应的诉讼费约为1.2万元,即使法院不同意缓交也可承受。如就全案赔偿提起诉讼,诉讼费高达170万,中心负担较高;二是张某虹未被判决承担责任、诉讼结果存在很大不确定性。大智慧虚假陈述民事赔偿案件中,无一例将张某虹列为被告,因此目前并无法院判决张某虹承担连带赔偿责任。中心此次提起股东代位诉讼要求张某虹等人承担民事赔偿责任缺乏直接的司法判决依据,能否胜诉存在很大不确定性。

(二) 被告选择及诉讼请求

中心拟将《行政处罚决定书》中所列的5名直接责任人全部作为被告,但因财务经理郭某莉非《证券法》第94条第三款所列五类人,即董事、监事、高级管理人员、控股股东、实际控制人,因此将郭某莉列为诉讼第三人。关于审计机构在本案中诉讼地位,中心亦考虑到投保机构代位诉的被告范围限制,未将审计机构列为被告,但是审计机构因存在过错已被证监会行政处罚且民事判决认定需与大智慧承担连带责任,所以考虑到查明违法事实、厘清各方主体责任,中心将审计机构列为诉讼第三人。审理时,法院依职权追加《行政处罚决定书》中9名非直接责任人为第三人,包含监事、独立董事等。至此,除签字会计师个人外,其他所有被行政处罚的责任人均被列为本案被告或第三人。

关于诉讼请求:一是判令四被告立即向大智慧赔偿86万元;二是请求判令由四被告承担本案诉讼费用;三是请求判令第三人大智慧向原告支付律师费。

(三) 二次行权及衍生案件

1. 中心拟就剩余赔偿额继续提起代位诉

因86万的首案已由上海金融法院受理且同意缓交诉讼费,中心考虑就剩余的民事赔偿案件(涉案金额约3.25亿元)提起新的股东代位诉讼,或追加首案诉讼请求金额,但仍需先履行书面请求前置程序。

2. 二次行权及回复情况

中心于2021年10月19日向公司发送《股东质询建议函》，请公司进一步确认实际赔付总金额，并建议监事会尽快向有管辖权的人民法院提起诉讼，要求确认实际控制人张某虹等连带责任人应承担的责任份额，并对公司已替上述连带责任人支付的赔偿款进行追偿。

11月4日中心收到大智慧《关于〈股东质询建议函〉的回复》，主要内容如下：一是截至10月29日公司向证券虚假陈述纠纷所涉投资者赔偿金额共计3.25亿元，赔付工作已接近尾声；二是公司采纳中心建议，将向有管辖权的法院对《行政处罚决定书》列明的直接负责主管人员提起诉讼追偿；三是因公司民事赔偿涉及2987名投资者，人数众多金额巨大。公司如果逐一起诉追偿，诉讼周期较长且成本高。因此，公司将择28起案件（涉及金额103万元）先行起诉，待该案判决生效后，再根据该案判决结果就余案向当事人完成追偿。

3. 中心拟到期起诉

依据《公司法》第151条第二款“公司收到请求之日起三十日内未提起诉讼，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”的规定，只要中心未获悉大智慧于11月18日前向法院提起诉讼的事实及证据，中心即可就余案（全案3.25亿元扣除已立案的86万元）向法院提起诉讼。如有证据证明大智慧已就余案提起了诉讼，中心可撤诉；如大智慧对28起案件起诉，则中心将调整诉讼金额（扣除28起案件涉及的103万元）。按大智慧确认的3.25亿赔偿金额，估算全案诉讼费约为170万元，起诉时拟申请缓交。

4. 大智慧已就余案起诉

2021年11月16日，中心获悉大智慧已就3.25亿元全案向上海金融法院提起诉讼，决定终止向法院递交变更诉讼请求的申请，对于已立案的86万胡某菊案，诉讼程序继续进行。

四、案件审理过程

（一）三次证据交换

2021年12月、2022年8月和9月，法院共组织了三次证据交换，分别围绕本案案由、管辖法院、举证责任分配、有无过错等方面交换证据及意见。

(二) 专家辅助人

因本案涉及会计处理、审计等专业问题,2022年10月,法院建议原告投服中心、第三人某信所各推荐1—2名会计领域的高校教授,担任本案专家辅助人,就大智慧的会计处理、某信的审计处理是否存在过错出庭发表专业意见。投服中心邀请了中央财经大学陈运森和中国人民大学王玉涛两位会计学领域的教授出庭发表意见。

(三) 归纳五项争议焦点

结合三次证据交换时各方意见,法院归纳了本案五项争议焦点。

1. 原告是否有权提起股东代位诉讼

笔者认为原告已严格依照《公司法》第151条履行前置程序,起到了督促提醒公司主动追偿的目的。

2. 各董监高、财务经理有无过错,是否应承担责任的

笔者根据本案证据,结合大智慧各董监高担任的职务、工作职责以及在信息发中所起的作用等,认为张某虹等五名直接责任人对案涉虚假陈述行为具有主观故意,毛某威等9名非直接责任人存在过失。

对于董监高承担责任的层次,笔者认为:① 张某虹作为大智慧的董事长、总经理,对大智慧的信息披露、经营管理负有主要责任,应当承担大智慧应承担部分50%以上的责任;② 董事王某等其他四名直接责任人虽然无权直接操控公司,但均参与了虚假陈述违法行为,应当承担轻于张某虹,但重于其他人的责任;③ 董事李某、沈某、林某波,独立董事胡某、毛某威、宓某瑜,监事李某予、申某、杨某伟9名非直接责任人应当承担轻于前述两类人员的较轻责任,但因其均未举证证明对公司尽到勤勉尽责义务,且其均通过大智慧董事会或内部邮件沟通等途径一定程度知悉大智慧2013年年报虚假陈述所涉六项具体违法行为相关事宜,故不应免除责任。

3. 审计机构有无过错,是否应承担终局责任的

对于审计机构是否存在过错,结合聘请的两位专家辅助人的意见,笔者认为某信所严重违反注意义务,应当承担一定责任。对于审计机构专家辅助人提交的书面意见,笔者认为该专家观点存在学术争议,不能作为司法裁判依据,且该理论不适用于本案;虚假陈述内部追偿也应重视“过罚相当”,有过错的责任方不应免责,应承担终局责任。

4. 原告主张的赔偿范围,是全额追偿还是部分追偿

笔者认为公司虽为法律确认的具有民事权利能力和民事行为能力的主体,但其

行为能力需由法人机关加以表现。法人机关通过自然人董监高活动,公司的虚假陈述行为都是由董监高等具体实施的,因此,负有责任的董监高等人应当承担全部法律责任。

5. 原告是否有权向大智慧主张诉讼费和律师费

笔者认为本案系投服中心为维护大智慧公司利益而提起的诉讼,虽然以自己名义起诉但实际是在维护大智慧公司利益,投服中心有权要求大智慧承担律师费和原告败诉部分的诉讼费用(如有)。另外,根据《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(四)(2020修正)》第26条,股东依据《公司法》第151条第2款、第3款规定直接提起诉讼的案件,其诉讼请求部分或者全部得到人民法院支持的,公司应当承担股东因参加诉讼支付的合理费用。

(四) 缴纳诉讼费

鉴于投服中心是非营利性投资者保护机构,具有公益性,中心立案时一并申请了缓缴诉讼费,并获法院同意。但在开庭前,法院告知因无缓免中心诉讼费明确法律依据,要求中心在正式开庭前缴清诉讼费。2022年12月16日,中心支付了约1.2万元的诉讼费。

五、撤诉及调解

本案原定于2023年2月14日开庭,2月13日下午,法院来电告知被告张某虹已向大智慧赔偿86万元。投服中心经研究认为中心发起本案的初衷是“追首恶”和弥补上市公司损失,如今诉讼请求和诉讼目的已全部实现,因此决定主动撤诉。2月14日上午,虽然法院取消了开庭但还是组织了法庭谈话,投服中心当庭同意撤诉,同时向被告张某虹和大智慧表明希望张某虹能明确衍生案件3.25亿的具体还款日期和方式;如后续赔偿款落实不到位,投服中心将保留诉讼手段。

2023年2月21日,大智慧发布《关于诉讼进展的公告》称在上海金融法院的主持调解下,公司与张某虹自愿达成调解协议:张某虹将分别于2023年5月31日前、6月30日前、9月30日前、12月31日前支付人民币5千万、6千万、1亿元和1.2亿尾款,共计约3.3亿元。据大智慧公告,目前赔付情况进展顺利,张某虹已按期向大智慧支付了前两笔款项约1.1亿元。

六、案件评价

2023年2月20日,法院裁定首案原告撤诉以及衍生案件调解结案后,各大官方、社会媒体争相报道。本案合议庭审判长、上海金融法院副院长林晓镍公开表示:“投保机构起诉倒逼上市公司主动追偿,‘追首恶’将成为资本市场证券欺诈的新常态。原本拟通过此案树立相应裁判规则,但案件最终以上市公司获控股股东全额赔偿审结对中小股东而言不失为另一种圆满的结局。”

本案合议庭专家陪审员、华东政法大学郑彧教授公开评价:“本案具有里程碑意义,其重要程度可与特别代表人诉讼康美药业案相提并论,两案涉及诸多新颖、复杂的法律问题,包括董监高对内承担损害公司利益责任与对外承担证券欺诈连带责任之间的关系等等。通过投服中心的股东派生诉讼形式,以司法程序促使实控人拿出‘真金白银’与上市公司和解,填平了上市公司的经济损失,保护了投资者利益。同时,从证券市场角度而言,本案也传递出在新证券法之下违法成本显著提高的新风向。”

2023年5月15日,证监会将大智慧董监高损害公司利益案作为10起投资者保护典型案例之一向社会披露,并表示,该案是全国首例由投保机构提起的股东代位诉讼,也是上市公司因证券欺诈被判令承担民事赔偿责任后,全国首例投保机构提起的向公司董监高追偿的案件。通过代位诉讼起到了震慑“关键少数”、追“首恶”的积极效果,避免了对上市公司现有股东的二次伤害,这是落实金融司法与监管协同要求的具体体现,也是较好平衡上市公司利益和投资者保护的典型案例。

七、思考和建议

当前证券市场全面实行股票发行注册制,强调以信息披露为核心、压实中介机构“看门人”责任,切实提高违法违规成本。投服中心凝聚市场各方合力,树牢“大投保”理念,在保护上市公司合法权益的同时,也间接保护了公司的广大股东,平衡投资者、上市公司、中介机构、违法责任人个人等各方利益。尽管本案未能形成司法判决,但现有结果也能起到较好的示范引领作用,督促存在同类情况的上市公司主动追偿。

截至目前,投服中心已提起三单股东代位诉讼,追究违法违规实控人、控股股东和董监高对上市公司的赔偿责任。结合案件审理中反映出的问题,拟对后续开展股

东代位诉讼常态化工作提出如下建议:

(一) 继续呼吁减免诉讼费

目前,投服中心提起代位诉讼需依照国务院 2007 年发布的《诉讼费用交纳办法》,按涉案标的的一定比例交纳诉讼费,这对于运营经费有限的公益性投保机构而言负担较重,即使申请缓交也通常不被法院批准。而且,代位诉讼存在败诉风险,一旦败诉,除将大幅增加投服中心运营成本外,还将产生责任风险,打击投服中心创新开展公益性诉讼实践的积极性,不利于投资者合法权益的保护。因此,为避免巨额诉讼费制约投保机构的维权诉讼实践,建议修改《诉讼费用交纳办法》,明确依照法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构的规定设立的投资者保护机构免于交纳诉讼费用,或象征性定额收取(如 5 000 元),且申请财产保全可不提供担保。

(二) 明确虚假陈述追偿股东代位诉案件的管辖法院

《民事诉讼法》第 26 条规定,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 条规定管辖。上述两条规定均未涉及“损害公司利益纠纷”的情形。实践中,对于虚假陈述引发的股东代位诉讼案件的管辖有数种观点,如公司所在地、被告所在地、侵权行为地、虚假陈述责任纠纷一审法院等。虚假陈述内部责任追偿作为虚假陈述民事责任赔偿的衍生案件,考虑到案件的专业性和审判思路的延续性,建议统一由虚假陈述责任纠纷一审法院管辖,以方便当事人诉讼,便于法院审理。

(三) 建议证券交易所修改信息披露规则,鼓励、引导上市公司主动公开投保机构的书面请求函及其回复内容

在现行的信息披露规则体系下,投保机构依照《公司法》第 151 条向上市公司发送的股东书面请求函非监管强制披露事项,由上市公司自主决定是否公开披露,然而实践中鲜有上市公司主动披露请求函及其回复内容。投服中心系证监会直属的投资者保护机构,具有公益性质,为维护广大投资者和上市公司利益向公司提出的书面请求应当为社会公众所知悉;公司亦应当公开董事会、监事会对此的回应,尤其当公司决定不采纳投服中心建议时,应当详细披露不予起诉的理由和考虑因素。因此,建议相关证券交易所修改现行信息披露规则,引导、鼓励上市公司主动披露投服中心书面请求函及回复内容。