

# 新证券法背景下的股东诉讼研究

复旦大学课题组\*

**摘要:**为促进上市公司合法合规、促进证券市场有序繁荣、保护投资者利益,2019年新《证券法》于第94条新设由投资者保护机构提起股东派生诉讼的特别股东派生诉讼制度。从诉讼目的和原告主体来看,特别股东派生诉讼应当属于民事公益诉讼范畴。为使该项制度能够更好地发挥其保护社会公共利益之功能,应当尽快填补该制度具体操作规则的空白,构建特别诉由规则和特别程序规则,将不法行为人占用公司资金、违规对外担保、不正当关联交易、控制公司进行违规披露等情形明确列为特别股东派生诉讼之诉由,并在管辖、前置程序、诉讼费用、举证责任方面作出特别程序安排。

**关键词:** 股东派生诉讼 公益诉讼 投资者保护机构 特别程序

## 绪 论

### (一) 研究背景: 股东派生诉讼制度的源起和发展

股东派生诉讼又可称为股东代表诉讼,是指当公司的合法权益受到他人侵害而公司怠于行使诉权时,符合法定条件的股东可以以自己名义为公司利益对侵害人提起诉讼。19世纪中叶,英国率先通过福斯诉哈伯特规则及其例外规则建立衡平法上的股东派生诉讼制度,随后两大法系主要国家都陆续建立了该项诉讼制度。在制度设计上,绝大部分国家是在公司法上对派生诉讼的原告适格、可诉事由以及前置程序等进行规定,而在管辖、诉讼费用、公司和其他股东的诉讼地位等程序问题上,均依诉

---

\* 本课题承接方为复旦大学。课题负责人:段厚省;课题组成员:单素华、黄江东、王远志、叶夏铭、杨棱博。

讼程序法的通常制度进行。

2005 年 10 月全国人大常委会第十八次会议通过的《公司法(修正案)》中,我国第一次引入了股东派生诉讼制度,其制度设计与上述规律基本一致,《公司法》对股东派生诉讼的原告适格条件、可诉事由和前置程序进行单独规定,而对于管辖、审理等诉讼程序规则未作特别规定。关于原告适格条件,我国《公司法》对股东的持股时间和持股比例进行了限制,规定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为公司提起派生诉讼。关于可诉事由,《公司法》同时将董事、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的情形,及他人侵犯公司合法权益给公司造成损失的情形纳入了股东派生诉讼的可诉范围中。也就是说,股东派生诉讼的被告既可以是公司负有忠实勤勉义务的董事、监事、高级管理人员,也可以是其他任何侵犯公司利益的第三人。此外,我国《公司法》还规定了股东派生诉讼的前置程序,即在提起派生诉讼前,股东须先行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并等待 30 日,30 日内公司未自行提起诉讼的,方可提起股东派生诉讼。仅当遇到情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害时,方能略过前述前置程序。<sup>①</sup>

2017 年最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》,对股东派生诉讼中共同原告、诉讼第三人等程序性事项进行了进一步的规范,并再次强调股东派生诉讼胜诉利益应当归属于公司,股东不得请求被告直接向其承担民事责任。最值得关注的一点是,该项司法解释遵循了 21 世纪初以来各国股东派生诉讼制度对原告诉讼费用予以优惠或补偿的发展趋势,规定若股东派生诉讼中原告诉讼请求部分或者全部得到人民法院支持的,应当由公司承担股东因参加诉讼而产生的合理费用。<sup>②</sup>

虽然我国引入股东派生诉讼制度已经 10 余年,但是和世界上大多数国家一样,因为股东派生诉讼较高的诉讼成本和为公司之利益而诉的特殊性质,小股东们缺乏提起派生诉讼的内在动力,这一为保护中小投资者合法权益而设置的诉讼制度在实践中一直以来并未被充分利用。

为了使股东派生诉讼制度能够真正发挥其监督企业经营、规范市场秩序、保护中

---

① 《公司法》第 151 条。

② 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)》第 23~26 条。

小投资者利益的作用,我国参考世界范围内的先行经验,引入了由公益性质组织承担原告股东角色的特别股东派生诉讼制度。2019年《证券法》第94条第3款赋予了投资者保护机构特殊的原告资格,规定投资者保护机构持有该公司股份的,可以以自己的名义提起股东派生诉讼,不受《公司法》持股比例和持股期限的限制。相比一般股东派生诉讼,2019年《证券法》第94条对特别股东派生诉讼的可诉范围进行了限缩,规定仅发行人的董事、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,以及发行人的控股股东、实际控制人等侵犯公司合法权益给公司造成损失两种情形下,可以由投资者保护机构提起派生诉讼。也就是说,侵犯公司利益的第三人不能成为特别派生诉讼的适格被告。

## (二) 研究动机

目前我国上市公司内部治理比较混乱,在公司经营乃至证券市场行为中的违法违规事件频发。2019年《证券法》在第六章“投资者保护”中专设第94条和第95条内容,针对与上市公司相关的股东直接诉讼和股东派生诉讼进行制度完善,正是希望通过司法程序,来促进上市公司合法合规、促进证券市场有序繁荣、保护投资者利益。其中第94条第2款规定了证券支持诉讼制度,第95条前两款规定了证券民事赔偿一般代表人诉讼制度、第3款规定了证券民事赔偿特别代表人诉讼制度,而第94条第3款则规定了股东派生诉讼。目前,关于第94条第2款规定的证券支持诉讼,在实践中并无太大障碍。关于第95条规定的证券民事赔偿代表人诉讼,上海金融法院等多地法院都已经有了了一定的实践经验,也出台了相关程序细则,2020年7月最高人民法院出台《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》,对普通和特别证券代表人诉讼的具体诉讼程序运作进行了详细规范,投服中心作为特别证券代表人诉讼的诉讼主体,也针对第3款规定出台了相关业务规则,因此,可以说在证券代表人诉讼的操作规则层面,制度已经建立,需要耐心观察诉讼实践,持续积累经验,不断完善规则。

就2019年《证券法》第94条第3款规定的股东特别派生诉讼而言,其具体操作规则还处于空白状态,国内尚无法院出台专门的程序细则,投服中心也未出台相应的操作规则,且由于制度出台时间较短,投服中心也还未有司法实践上的探索与突破。但是股东特别派生诉讼制度较之证券民事赔偿特别代表人诉讼制度,对促进证券市场的完善和保护投资者利益更重要。因为证券民事赔偿代表人诉讼直接保护的是中小股东的利益,只是在“反射”的作用上,涉及对公司治理的监督。而股东特别派生诉

讼则是直接监督上市公司治理,也就是从根源上促进公司治理的合法化,最终有益于资本市场的完善和投资者利益的保护。基于此一背景,本文将中证中小投资者服务中心(以下简称投服中心)提起特别衍生诉讼作为研究的重点,希望通过本文的研究,梳理和解决投服中心提起股东衍生诉讼所需跨越的重要程序障碍、具体化投服中心提起衍生诉讼的可能诉由,为投服中心未来提起股东衍生诉讼之实践提供理论基础,也为其日后制定特别衍生诉讼的操作规则做好理论论证工作。

### (三)研究方法

本文所用之研究方法包括:

第一,比较研究法。对国内外股东衍生诉讼的最新发展进行考察,如原告适格条件的最新发展、诉讼费用规则的最新发展、前置程序规则及其豁免规则的最新发展,通过考察总结国内外股东衍生诉讼制度的发展总趋势。对国内外公益性质股东衍生诉讼制度进行比较考察,特别是韩国和日本民间非营利组织提起股东衍生诉讼的制度与实践,观察各国公益股东衍生诉讼实践之效果,并吸收其有益经验。

第二,目的解释法。在国内证券市场交易环境及规制证券违法行为之实践,以及世界范围内保护投资者利益之实践经验的范畴下,对特别股东衍生诉讼制度之制度价值与设立目的进行考察。并从法理的角度进行论证分析,指出何种特别程序规则最有利于该项诉讼制度之实践、最有利于该项诉讼制度制度目的之实现。

第三,实践调研法。通过召开专家座谈会、参加相关学术交流讲座、咨询相关领域专家的方式,从投资者保护机构、审判机关等不同视角,对现阶段特别股东衍生诉讼制度在司法实践中的主要困难、主要困惑进行了解、考察和梳理,并以此确定课题研究之核心问题。

## 一、域外公益股东衍生诉讼制度

### (一)日本公益股东衍生诉讼

#### 1. 日本股东衍生诉讼制度概述

日本自1950年《商法》修订后,从美国引进了股东衍生诉讼这一制度。股东衍生诉讼制度经过了1993年《商法》修订、2001年《商法》修订、2003年后《公司法》制定并经数次修改后形成现行的基本框架。股东衍生诉讼这一诉讼制度主要规定于现行日本《公司法》第847条。

日本《公司法》第 847 条之 1 规定,持续持有公司股份 6 个月以上的股东,可以以书面或者法令规定的其他方式,请求公司对董事提起“责任追究之诉”,公司怠于起诉时,股东得以自己名义提起诉讼。例外时,股东可以绕过对公司的请求,径行提起诉讼。日本《公司法》对股东持股数量没有限制,股东持有 1 股以上即可提起诉讼。虽然对持股数量没有限制,但要求股东持股时间在 6 个月以上;若公司为非上市公司,持股时间便不受限。日本《公司法》规定只有具有股东身份之个人才能提起诉讼。股东身份已经丧失便不能再提起诉讼,当然,若股东并非出于自愿而丧失股东身份时,存在例外允许其提起诉讼。<sup>①</sup>

公司在 60 日内未提起诉讼时,股东此时以“公司的机关之一部分”为身份提起派生诉讼。倘若经过 60 日可能会对公司产生不可挽救的损害时,股东可以立即向法院提起诉讼,而不受 60 日的约束。因其待 60 日经过可能遇到时效问题或者财产遭到隐匿,<sup>②</sup>就是例外之径行起诉的规定。

关于被告的责任范围。对于这一问题,日本学界有着不同的观点。围绕判决见解也不一致。有些学者认为股东派生诉讼的中心是公司的怠诉问题。怠诉的危险性覆盖了董事对公司所负一切债务在内,包括但不限于交易行为、侵权行为等。此为全部债务说。<sup>③</sup> 相对全部债务说,部分学者认为股东派生诉讼的对象范围应该限制在公司法所规定的具体董事责任范围之内。这种观点为限定债务说。<sup>④</sup> 日本最高裁判所在 2009 年的一份判决中,针对这一问题明确表示“《商法》第 267 条(等于现行《公司法》第 847 条)所规定的股东派生诉讼制度系董事对于应负公司责任的情形,在董事间相互特殊关系的条件下,公司也许怠诉。因此,为了保护公司及诸股东的利益,股东可提起诉讼。另外,公司怠诉不限于追究董事基于其董事身份所产生的责任的情形,若董事代表公司借贷金钱与其他董事,而公司未受清偿时,代表公司的董事应对此债务负连带责任。如果说股东派生诉讼的对象仅限于董事的公司法责任义务,那么这种连带责任的情形却无法成为诉讼对象。这一结果有违公平。所以,本法中的‘董事责任’,除了董事身份的公司法责任之外,还应当包括董事实际对公司交易所发

---

① 近藤光男『最新株式会社法』(中央経済社,2014年)352~353頁。

② 松山遙「商事法務編」『取締役・執行役ハンドブック』(商事法務,2008年)642頁。

③ 鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法第3版』(有斐閣,1994年)300頁;前田庸『会社法入門第12版』(有斐閣,2009年)439頁。

④ 北沢正啟『会社法第6版』(清林書院,2001年)447頁。

生的诸多债务责任”。<sup>①</sup>

关于诉讼费用,日本民事诉讼之诉讼费用根据日本《民事诉讼法》第61条的规定,由败诉方承担。<sup>②</sup>在原告股东胜诉的情形下,其为了诉讼支出的必要费用可以请求公司支付相当额度。这种费用负担方式,是由于诉讼的提起、进行,首先是带给公司利益,可以看作公司的一种无因管理行为,公司有负担相关费用的责任。<sup>③</sup>此外,日本《公司法》并未规定被告董事胜诉时是否可以请求公司返还其诉讼开支及律师报酬,<sup>④</sup>这一问题在学界存在争议,但肯定说渐成通说,<sup>⑤</sup>此后的趋势为采取责任保险,在实务中也按这种方式进行处理。

关于管辖,立法者一是为了防止原告股东和被告董事进行同谋而提起虚假诉讼,二是便于公司和其他股东参与诉讼,日本《公司法》第848条规定股东派生诉讼由总公司所在地之地方裁判所专属管辖。

## 2. 日本公益组织提起派生诉讼之实践

### (1) 日本股东代理人

非营利性组织(Non-Profit Organization, NPO)“日本股东代理人”(株主オンブズマン, Kabunushi Ombuds-man, KO)成立于1996年,其一开始是大学学者和注册会计师等结成的有限公司,后来于2003年7月注册更改成为NPO法人。组织主要致力于通过帮助中小股东提起股东派生诉讼,明确企业、公司等非法行为的责任,寻求在不确定的公司结构中保持透明的方法。

KO组织在其存在期间,在高岛屋公司、野村证券公司与特别股东之间存在利益输送并支付金额的案件中,要求两家公司偿还款项,并公开质询了公司伦理观。KO组织的很多活动在帮助日本公司树立合规意识方面发挥了巨大作用。KO组织的初始成员——坂口德夫认为组织对于中小股东的帮助是巨大的。<sup>⑥</sup>

根据日本内阁府网站上的公开信息,<sup>⑦</sup>KO组织已于2019年7月10日宣告解散。

① 最判平成21・3・10民集63卷3号361頁。

② 澤口実 = 江頭憲治郎 = 中村直人編『論点体系会社法6:組織再編II、外国会社、雜則、罰則』(第一法規株式会社,2012年)225頁。

③ 東京高裁平成12・4・27金融・商事判例1095號21頁。

④ 同上。

⑤ 松山昇平 = 門口正人執筆部分 = 江頭憲治郎 = 門口正人編『会社法大系4:組織再編・会社訴訟・会社非訟・解散・清算・』(青林書院,2010年)437頁。

⑥ 立岩陽一郎:株主の視点で企業の不正をたがしてきた「株主オンブズマン」が解散、企業監視の役割を終え、載 YAHOO NEWS JAPAN, <https://news.yahoo.co.jp/byline/tatewayoichiro/20190803-00136816/>。

⑦ 載日本内閣府网站2019年9月15日, <https://www.npo-homepage.go.jp/npoportal/detail/113000962>。

解散的主要原因是 KO 组织的建立者,关西大学盛冈浩治教授已经离世,其他成员年龄已较大而很难继续进行活动。这一对股东权利仔细审查并对公司运作持续监督和质疑的公民组织已经完成了其在历史中的角色。

1996 年 6 月,活跃在伦敦金属交易所(London Metal Exchange, LME)的住友商事公司在涉及铜的不正当交易问题上,给公司带来了 2850 亿日元的巨额损失。KO 组织直接向涉事董事提起股东派生诉讼,案件于 2001 年 3 月和解,涉事的 5 名董事支付了 4.3 亿日元的和解金。

1998 年 3 月 9 日,在发生了贿赂招待财政部官员的事件之后,KO 组织向住友银行的监事发起了要求返还 195 万日元的诉讼告知。1 个月后,监事返还了 195 万日元,KO 组织随即没有提起诉讼。KO 组织参与的部分主要的股东派生诉讼如表 1 所示。

表 1 KO 组织参与的部分主要的股东派生诉讼(全部顺利和解)

和解时间	公司名称	公司违法行为	返还金额	裁判所
1997 年 4 月	高岛屋	特别股东利益输送	1.7 亿日元	大阪地裁
1997 年 7 月	味之素	特别股东利益输送	1.2 亿日元	东京地裁
1998 年 10 月	野村证券	特别股东利益输送	3.8 亿日元	东京地裁
1999 年 1 月	大林组	总承保贪污	0.2 亿日元	大阪地裁
1999 年 12 月	日立制作所	串通投标	1 亿日元	东京地裁
2001 年 3 月	住友商事	铜的不正当交易	4.3 亿日元	大阪地裁
2001 年 5 月	日本航空	约束其雇用残疾人应达到全国平均雇佣率		东京地裁
2002 年 2 月	第一劝业银行	特别股东利益输送	1.27 亿日元	东京地裁
2002 年 4 月	神户制铜所	特别股东利益输送	3.1 亿日元	神户地裁
2003 年 12 月	三菱自动车	隐瞒苦情	1.8 亿日元	东京地裁

资料来源:森岡孝二『株主オンブズマン・アンケート調査結果総覧(1996~2007)の発表にあたって』(关西大学,調査と資料)。

## (2) 日本股东权利律师团

现在仍然活跃在股东派生诉讼一线的非营利组织是股东权利律师团(株主の権利弁護団)。股东权利律师团成立于 2006 年,其于 2015 年 10 月 5 日完成法人登记。<sup>①</sup> 这一组织从股东的角度出发,通过帮助股东努力行使其股东权利,侧面监察公

<sup>①</sup> 载日本全国法人信息数据库 2015 年 11 月 20 日, <https://houjin.j-bdb.com/21200050176373547>。

司丑闻,监督公司管理人的责任,以常年律师团的存在形式,欲构建更美好的社会。<sup>①</sup>

股东权利律师团包括 20 名常任在团律师和 2 名注册会计师,如果有海外业务,组织也会有相关涉外律师加入。股东权利律师团的运营目的和方针包括:第一,为实现股东权利而提议立法活动和呼吁政策利用;第二,通过与权利受害股东对话,在必要的场合助其准备防御或进攻策略,包括向证券交易所、政府反映问题以及受理提起股东派生诉讼;第三,定期举办与股东权利相关的演讲会、讨论会等。<sup>②</sup> 与 KO 组织一致,股东权利律师团提起的许多诉讼,最终多以和解结案。

其相关案例包括:

#### ①NTN 公司股东派生诉讼<sup>③</sup>

NTN 公司于 2011 年 7 月 26 日接受日本公平贸易委员会的调查,因其涉嫌参与了不二越公司与ジェイテクト公司的不正当交易,包括汽车轴承和工业机械轴承的销售。2013 年 3 月 29 日,调查结果称其违反了日本《禁止私人垄断和确保公平贸易法》(日本《反垄断法》)第 3 条的规定而被处以 72.3107 亿日元的行政处罚。同时,股东提出请求公司董事对此 72.3107 亿日元进行赔偿的股东派生诉讼。

按照法律程序,股东向公司发送请求起诉的要求之后,NTN 公司未在 60 日内提起诉讼追究相关董事的责任。2013 年 9 月 2 日股东权利律师团向大阪地方裁判所提起股东派生诉讼。

最后,此诉讼以和解结案。

#### ②东芝股东派生诉讼<sup>④</sup>

日本股东权利律师团于 2015 年 9 月向东芝审计委员会成员发送了起诉书,因会计欺诈问题要求 28 名公司高管赔偿 10 亿日元。但尚不清楚这 28 名成员是否包括审计委员会成员和会计审计员。

在收到起诉书后,东芝公司于 2015 年 11 月 7 日向东京地方裁判所起诉了 3 位原公司社长和 2 位财务总监。在此,股东权利辩护团认为除这 5 人之外的 9 名高管未被追诉存在问题。因此,在 2016 年 1 月,日本股东权利律师团作为共同诉讼人参与诉讼,起诉了包含前面 9 人之外的 11 名公司高管。同年 9 月,因为部分股东认为东芝公司的会计监察人并未在交易中履行其职责,股东权利辩护团又起诉了会计监

---

① 载株主の権利弁護団网站 2010 年 6 月, <https://kabunushinokenri.com/>。

② 载株主の権利弁護団网站 2010 年 6 月, <https://kabunushinokenri.com/aboutus/vision/>。

③ NTN 株主代表訴訟事件;载株主の権利弁護団网站 2017 年 3 月 29 日, <https://kabunushinokenri.com/7408/>。

④ 东芝株主代表訴訟事件;载株主の権利弁護団网站 2017 年 3 月 30 日, <https://kabunushinokenri.com/7436/>。



察人。

像东芝公司这样的大企业,描述应作为股票投资基础的关于公司债权人信用和公司会计的虚假事实,是一种破坏公司股票制度的欺诈行为。经过调查,委员会和官员责任调查委员会在调查中发现,东芝公司的管理层通常会向下级施压,以实现诸如“挑战”之类的超额利润任务。而明示或暗示这种“挑战”都是违法的。此外,据悉被施压的下级部门则会对部分基础设施项目进行欺诈性会计处理,比如,篡改公司施工进度标准、双向交易数额,从而更好地展示公司的业绩并且可以完成来自上级的这一“挑战”。<sup>①</sup>

另外,能够识破这些虚假性会计账目的事务所则不具备执行或者强制检查的功能。所以最后只能选择以股东派生诉讼的方式,要求法院作出判决。截至2020年8月2日,案件还在审理之中,未得到最终结果。<sup>②</sup>

### (3) 其他组织

除前文介绍的KO组织和日本股东权利律师团之外,还存在一些非常设的非营利组织帮助大企业的中小股东进行诉讼维权。这些组织大多是由几名律师一起组建而成,只针对某一起股东派生诉讼而存在。它们的共同点在于非通过法人登记,即一次性地帮助股东维权。这些组织在市场上是个别的存在,主要为外界所知的有东京电力公司股东派生诉讼。针对2011年3月11日东日本大地震爆发所导致的福岛核电站泄漏事件,股东欲通过提起股东派生诉讼对东京电力公司相关董事进行彻底之责任追究。该案件尚处于东京地方裁判所审理之中。<sup>③</sup>由此可见,在日本股东派生诉讼将耗费大量的时间与各参与人的精力,是一场持久战。

## (二) 韩国公益股东派生诉讼

### 1. 韩国股东派生诉讼制度概述

韩国的派生诉讼制度基本体系和日本基本相同,可以说是通过日本法间接引进了美国股东代表诉讼制度。<sup>④</sup>1998年韩国《商法》修订,将可以提起股东派生诉讼的

<sup>①</sup> 熊谷善昭:「監査委員が取締役に対する訴訟を提起しなかったことについて善管注意義務違反が認められなかった事例～東芝事件・東京地判H28.7.28～」,載徳永・松崎・齊藤法律事務所2017年3月15日,<http://www.tms-law.jp/report/company/20170315-113.html>。

<sup>②</sup> 吉田泰郎:「令和2年6月30日東京訴訟期日がありました、弁護士ブログ」,<http://xn--7rvn38bmne13z.com/blogs/2020/07/17/tokyo-6/>。

<sup>③</sup> NoNukes0311:「次回以降の口頭弁論期日について、載東電株主代表訴訟blog」网站2020年7月6日,<http://tepcodaihyososho.fc2.com/>。

<sup>④</sup> 王舜模、金晓帆:《韩国股东代表诉讼制度及其运用》,载顾功耘主编:《公司法律评论》第8卷,上海人民出版社2008年版,第140~144页。

原告适格条件中原本5%的持股比例限制更改为持有股份总数1%以上,且仅要求在提起诉讼之时达到持股比例要求,在提起诉讼之后持股比例下降至1%以下的不影响诉讼效力。<sup>①</sup> 韩国《证券交易法》对这一持股比例进行了进一步放松,上市公司的适格原告仅需达到万分之一的持股标准,但必须于诉讼前6个月起持续持有。<sup>②</sup> 对于资产超过1亿美元的大规模证券公司,股东仅需拥有十万分之五以上股份即可符合派生诉讼原告资格。<sup>③</sup>

韩国股东派生诉讼仅适用于追究董事责任之诉,因此其适格被告也就仅限于公司董事。<sup>④</sup> 但是,韩国《商法》第401条规定将三种人员视为董事,包括用其对公司的影响力指示董事执行业务者,以董事名义直接执行业务者,为非董事而使用名誉会长、会长、社长、副社长、专务董事、场务董事、董事及其他可认定为有权执行公司业务的称谓执行公司业务者。<sup>⑤</sup> 以上三种被视为董事的人员,同样可以作为股东派生诉讼的适格原告。

对于可诉事由,韩国《商法》第399条规定了董事对公司的责任,即董事故意或过失作出违反法令或章程的行为,或有怠于其任务时,该董事对公司承担连带赔偿责任。同条还规定,若此行为是根据董事会的决议作出的,那么赞成该决议的董事也要承担相应责任,参加该会议的董事,如果在会议记录中未记载其提出异议的,推定为赞成该决议。但是,认为仅董事故意或过失作出违反法令或章程行为构成派生诉讼可诉事由的,仅是韩国的少数观点。韩国国内的主流观点是“股东权论”,该学说认为董事的责任范围应当包括董事对公司的全部债务,且债务不限于该董事在位期间的债务,还包括以前的债务和通过继承或债务转移而承担的债务,而上述所有债务,均可作为派生诉讼之诉由。<sup>⑥</sup>

相较美国,韩国的前置程序比较简单,仅要求了书面申请与等待期限。股东提起派生诉讼之前,需先向公司书面请求提起诉讼,等待30日。30日内公司未提起诉讼的,方能由符合原告条件的股东自行提起诉讼。<sup>⑦</sup> 此外,原告股东提起诉讼之后,需告

① 韩国《商法》第403条第1款、第5款。

② 韩国《证券交易法》第191条。

③ Bernard Black et al., *Shareholder Suits and outside Director Liability: The Case of Korea*, *Journal of Korean Law* 10, 1990, p. 342.

④ 韩国《商法》第403条第1款规定,符合适格条件的股东可以“请求公司提起追究董事责任之诉”。

⑤ 韩国《商法》第401条第1款。

⑥ 崔有喆:《论公司法的少数股东权益制度——中韩公司法相关制度比较》,中国政法大学2002年硕士学位论文,第25~26页。

⑦ 韩国《商法》第403条第2款、第3款。

知公司。<sup>①</sup> 韩国设有前置程序豁免规则,如果 30 日的等待期限会给公司带来无法挽救的损害时,可以跳过前置程序直接提起诉讼。<sup>②</sup>

韩国的诉讼费用承担基本规则为,败诉一方承担全部诉讼费用。原告股东胜诉时,不仅诉讼费用由败诉一方承担,还可以要求公司支付诉讼费用及因诉讼支出的其他费用中的合理金额。原告股东败诉时,则需自行承担诉讼费用,在原告恶意诉讼的情况下,还需对公司承担损害赔偿责任。关于诉讼费用的计算方式,由于公司事业及资产规模通常较大,若按照财产权诉讼计算将导致诉讼费用巨大,因此,韩国《民事诉讼费用法》规定,股东派生诉讼看作诉额不明的诉讼,费用与请求金额无关,一律按照 5000 万元韩元计算,其诉讼费用则一律定为 23 万韩元。<sup>③</sup> 此外,韩国的股东派生诉讼,专属于总公司所在地的地方法院管辖。<sup>④</sup>

## 2. 韩国公益组织提起派生诉讼之实践

韩国人民团结与民主参与联盟 (People's Solidarity for Participatory Democracy, PSPD) 是 1994 年在首尔政府注册的非营利组织,成立以后成员迅速扩充,目前其大部分的资金来源是成员所缴纳的会费,而其进行的活动主要来自律师和各领域专家的志愿服务。<sup>⑤</sup> PSPD 致力于推动反腐败、经济公平、社会福利,曾成功地促成反腐败法案的通过,呼吁建立更完善的政府问责制。其在韩国是非常具有影响力的社会组织,一度连续四年蝉联“韩国最具影响力的公民组织”。<sup>⑥</sup> PSPD 在促进公司治理方面作出了很多努力,比如,1997 年,其下设机构曾参与经济委员会 (Participatory Economic Committee) 发起的一场小股东权利运动,呼吁小股东协同行动抵制财阀,以保护小股东权利和改善公司治理。

PSPD 持有一组投资组合股票,以便能够行使股东权利,包括提起股东派生诉讼。韩国历史上第一起股东派生诉讼就是由 PSPD 提起的,1997 年 PSPD 起诉称韩国第一银行的董事们收受贿赂后违规向一家濒临倒闭的企业提供信贷,未能履行监督银行借贷业务的责任,最终法院判决董事赔偿 400 亿韩元。这一案件具有重大意义,它

① 韩国《商法》第 404 条。

② 韩国《商法》第 403 条第 4 款。

③ 王舜模、金晓帆:《韩国股东代表诉讼制度及其运用》,载顾功耘主编:《公司法律评论》第 8 卷,上海人民出版社 2008 年版,第 140~144 页。

④ 韩国《商法》第 189 条。

⑤ Curtis J. Milhaupt, *Nonprofit Organizations as Investor Protection: Economic Theory and Evidence from East Asia*, Yale J. Int'l L 29, 2004, p. 175.

⑥ Patricia Goedde, *Is There a Public Interest Law Movement in South Korea: The Role of People's Solidarity for Participatory Democracy and Legal Mobilization*, Korea U. L. Rev. 1, 2007, p. 1.

使董事们第一次意识到自己对少数股东负有的保护责任。<sup>①</sup> 在 1998 年, PSPD 又代表 22 名股东对三星电子的控股股东和 9 名董事提起股东派生诉讼, 指控被告向一名前总裁行贿, 与姊妹公司中央银行( Joongang Ilbo)、三星集团( Samsung Corporation) 和三星重工( Samsung Heavy Industries) 进行非法的企业间交易, 为益川电子( Ichon Electronics) 注资和担保, 以及以低于市价的价格向另外两家子公司出售持有的证券, 使公司遭受损失。PSPD 最终赢得了诉讼, 韩国公司法学者认为, 三星电子案向商界发出了比韩国第一银行案更强有力的信息, 表明即使是韩国最赚钱、最知名的公司董事也要对其股东承担法律责任。PSPD 的活动第一次使在韩国沉寂已久的中小股东权利得以行使, 在上述两个案件之后, PSPD 一直走在股东行动主义的最前沿。<sup>②</sup>

### (三) 域外公益股东派生诉讼实践经验总结

#### 1. 普通股东激励模式效果有限

通过对世界范围内具有代表性的国家股东派生诉讼制度的发展和变革脉络进行研究, 不难发现一些共同的规律。两大法系几个主要国家的股东派生诉讼制度, 近些年均呈现在平衡公司利益之余, 采用多种措施保障投资者利益的发展趋势。

各国股东派生诉讼规则形成的初期, 出于对公司自治的高度尊重, 虽允许股东在特定情形下可以代公司提起损害赔偿诉讼, 然对于派生诉讼的提起条件是非常严格的。随着制度的发展, 小股东的权利保障受到更多重视, 自 20 世纪八九十年代起, 各国陆续对股东派生诉讼制度进行改革, 采取了多项股东激励措施, 如对派生诉讼的起诉条件有所放宽、在诉讼费用的承担方面予以诸多优惠。

英国以成文《公司法》代替原先以福斯规则为核心的普通法派生诉讼规则体系后, 对可诉事由和准入条件进行了放宽, 又通过“补偿指令”减轻股东的诉讼费用负担。<sup>③</sup> 德国直至 2005 年才确立真正英美法意义上的股东派生诉讼制度, 相较之前大大降低了原告适格的资本门槛, 在诉讼费用方面也给予了很大的优惠, 规定若非恶意诉讼, 即使原告股东败诉也可以要求公司补偿诉讼费用,<sup>④</sup> 还特别创设股东论坛以保障小股东的信息权。此外, 德国还将举证责任分配给了被告, 要求由被告董事证明自

---

<sup>①</sup> Jooyoung Kim and Joongi Kim, *Shareholder Activism in Korea: A Review of How PSPD Has Used Legal Measures to Strengthen Korean Corporate Governance*, J. KOREAN L 1, 2001, p. 51.

<sup>②</sup> Ibid., p. 69.

<sup>③</sup> Civil Procedure Rules 19.9E.

<sup>④</sup> German Stock Corporation Act § 148(6).

己是否履行了充分的注意义务。<sup>①</sup> 韩国 1998 年修订《商法》将原告的持股比例限制由 5% 调整为 1%，且对上市公司和大型上市公司进行进一步放宽，并将诉讼费用固定在定额 23 万韩元。<sup>②</sup> 日本也于 1993 年将案件受理费调整至 8200 日元的定额费用。

相较之下，美国的派生诉讼是最特殊的。因其特殊的律师报酬激励机制，美国是提起股东派生诉讼较为积极的国家，因此其派生诉讼拥有完备的滥诉防止机制。饶是如此，在其派生诉讼制度的发展过程中，还是采取了诸多措施以保障小股东的权利，主要体现在前置程序上。一方面，发展了比较完善的豁免规则，在股东能够证明向公司“请求徒劳”的情形下和在 90 天等待期会造成不可挽回损失的情形下，都可以请求法院豁免提前请求程序；<sup>③</sup> 另一方面，针对特别诉讼委员会有权驳回股东的诉讼且其话语权较大的情形，美国通过一系列判例确定了法院需要对特别诉讼委员会的决定进行实质审查之规则，以防止特别诉讼委员会滥用权力，阻碍股东行使权力。<sup>④</sup>

如上所述，自 20 世纪八九十年代以来，许多国家都尝试了一些股东激励措施，试图激活股东派生诉讼制度的实践应用。然而，这些激励方式并没有起到预期的激励效果，各国的股东派生诉讼仍然不甚活跃。

对于“诉讼费用激励效果有限”这一观点，有人可能会以日本在 20 世纪 90 年代降低诉讼费用后派生诉讼数量激增来进行反驳。1993 年日本股东派生诉讼进行了改革，诉讼费用从按照请求赔偿额的百分比计算降至每起案件诉讼费用均折合为 80 美元。随之，股东派生诉讼在 20 世纪 90 年代迎来一段时间的迅速增长。1950 ~ 1990 年，日本股东派生诉讼的案件数量总和不超过 20 起。到 1999 年年底，日本股东派生诉讼案件数量戏剧性地增长到 286 起。<sup>⑤</sup>

看起来似乎降低诉讼费用对于股东派生诉讼起到了非常显著的激励效果，然而很多学者都并不看好这中间的因果关系。有学者认为，从日本 20 世纪 90 年代这些派生诉讼的案件来看，原告股东通常来说是败诉的，即使胜诉，损害赔偿金也是付给公司，原告最多只能希望其股权价值能够随之有所增长，加上律师费用机制并无明显

① German Stock Corporation Act § 93(2); German Stock Corporation Act § 117(2).

② 王舜模、金晓帆：《韩国股东代表诉讼制度及其运用》，载顾功耘主编：《公司法律评论》第 8 卷，上海人民出版社 2008 年版，第 140 ~ 144 页。

③ Cathedral Estates v. Taft Realty Corp., 228 F.2d 85, 88 (2d Cir. 1955).

④ Zapata Corp. v. Maladonado, 430 A.2d 779 (Del. 1981), 714 F.2d 789 (5th Cir. 1983).

⑤ Mark D. West, *Why Shareholders Sue: The Evidence from Japan*, J. Legal Stud 30, 2001, p. 351.

变化,在这种情况下按照经济原理来看,80美元的诉讼费用还没有低到足以支撑股东提起派生诉讼的动机。而20世纪90年代真正引起股东派生诉讼增长的原因,除一部分律师出于和解费、秘密好处等费用获取动机外,主要是一些诸如利他主义、公司麻烦制造者(Sokaiya)、20世纪90年代后执法力度加大使股东更容易获取公司活动信息等非经济性的动机。<sup>①</sup> Puchniak教授和雅文(Masafumi)教授也认为,如果用狭隘的经济原理或者“理性投资人”分析方式看待日本的派生诉讼,人们将无法解释为什么股东和律师要进行违背自身利益的“降低效用”行为。日本股东派生诉讼的增长应当归因于为获取长远幸福感而非当下经济利益的准理性行为(如非营利组织的活动)和单纯的非理性行为(如可用性启发的决策心态)。<sup>②</sup>

韩国的诉讼情况是日本20世纪90年代诉讼数量激增不能全归因于诉讼费用的激励作用的另一佐证。自20世纪90年代初以来,韩国的案件受理费用一直是定额,1997年亚洲金融危机前约为50美元,现定额230美元。<sup>③</sup>然而,韩国的股东派生诉讼一直是“寂静一片”,直到1997年韩国非营利组织PSPD针对第一银行的董事提起韩国历史上第一起股东派生诉讼,才逐渐有了一些诉讼的案例,但从未出现某一阶段案例激增的情况。

也就是说,除美国因为其特殊的律师报酬激励机制,股东派生诉讼较为活跃以外,其他各国的股东派生诉讼制度在实践中皆是“一片寂静”,近年来各国采取的诸如降低原告资格门槛、减轻诉讼费用负担、减轻举证责任等激励措施,都未见明显成效。制度少被启用,其保护股东利益、对抗公司违法行为的设立初衷自然也就无从谈起。

## 2. 东亚公益模式得见成效

放宽原告适格条件、降低原告股东所需承担的诉讼费用及风险等此类普通股股东激励措施并没有达到预期那样显著的激励股东提起派生诉讼的效果。究其原因,影响人们是否去做一项事情的因素,有正向激励和逆向阻碍两个方面。降低原告资格标准、放宽前置程序、降低诉讼费用,都只是在一定程度上减少了逆向阻碍因素,却无法影响正向激励因素。股东派生诉讼的特殊之处在于,股东是为公司的利益提起诉讼,无论胜诉与否,其自身所能得到的利益都是非常微薄的,或者说短期内无法显著看出的,没有既得利益的驱动也就意味着小股东们没有提起派生诉讼的动力,在本身

---

<sup>①</sup> Mark D. West, *Why Shareholders Sue: The Evidence from Japan*, J. Legal Stud 30, 2001, p. 351.

<sup>②</sup> Dan W. Puchniak and Masafumi Nakahigashi, *Japan's Love for Derivative Actions: Irrational Behavior and Non-Economic Motives as Rational Explanations for Shareholder Litigation*, Vand. J. Transnat'l L 45, 2012, p. 1.

<sup>③</sup> 林少伟:《股东代表诉讼:世界与中国》,华中科技大学出版社2019年版,第128页。

缺乏动力的情况下,阻力的减小对于推动事物发展并不能起到大作用。要改变“动力不足”现象,仅有两种方式:第一种方式是改变“无利可图”的情况,正如美国股东派生诉讼的动力模式——美国的原告律师因为能够在派生诉讼中获得高额的律师费用报酬而四处奔走游说股东,积极推动派生诉讼的提起;第二种方式是改变“有利可图才行动”的理性经济人行为模式,使原告股东不以自身经济利益为行动目的。固然会有一些小股东提起诉讼不求自身获利,但是不能将派生诉讼持续的活跃和发展寄托在个别股东的道德责任感上,因此这一任务只能由政府机构或者公益组织来完成。对此,东亚地区致力于中小投资者保护的公益组织交出了很好的答卷。

一些学者试图分析东亚非营利组织在投资者保护领域格外活跃的原因,并对公益组织诉讼模式给予了较高的评价。有学者认为,非营利组织的活跃是对于投资者保护这一公共产品供应未得到满足的回应。金融危机、国内企业丑闻、日本持续的经济低迷等因素使亚洲对于投资者保护和公司治理的需求迅速增长,在这种情况下,如果“私人执法”的基础设施不够完善加之政府无法满足投资者保护的需求增长,那么非营利组织的出现对于投资者保护、弥补国家执法不充分将是十分有利的。因为在信息不对称的情况下,非营利组织看起来是这种公共产品“更值得信赖的供应商”,至少相比以营利为目的的公司,非营利组织的构架使它并没有动机去利用(公共产品的)用户们。<sup>①</sup>“在英国和美国看不到直接股东行动主义和非营利组织参与公司治理领域执法的情形,因为并不需要。”<sup>②</sup>米尔哈特(Milhaupt)教授认为,学术界公认的一点是“良好的投资者保护体系需要兼具高质量的成文法和高质量的执法”,尽管上述东亚地区都在制定法层面进行了广泛的公司治理改革,但是执法环境仍然存在问题,因而非营利组织在其中就显得格外重要,“甚至可能是这些国家公司治理环境中唯一积极的执法机构”。<sup>③</sup>在涉及中国、俄罗斯等转型国家公司治理改革问题上,米尔哈特教授的观点是,日韩的经验非常值得关注,虽然将非营利组织形式作为一种执法手段有其局限性,但是对于那些正在犹豫或者不能复制美国“私人检察官”模式的转型国家,这一创新是值得考虑的。<sup>④</sup>也有一些观点认为,在证券诉讼市场成熟或法制配套设施完善之前,带有官方性质的非营利组织可以先承担过渡性、阶段性任务,

---

① Burton A. Weisbrod, *The Nonprofit Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, p. 25 - 27.

② Curtis J. Milhaupt, *Nonprofit Organizations as Investor Protection: Economic Theory and Evidence from East Asia*, *Yale J. Int'l L* 29, 2004, p. 202.

③ *Ibid.*, p. 174.

④ *Ibid.*, p. 172 - 174.

以达到投资人保护的目。

综上所述,基于美国模式的不可复制性和其他各国各项激励措施效果的有限性,也基于东亚各地区公益组织的实践效果,对于急需通过股东派生诉讼的相对活跃来监督企业经营、规范市场秩序、保护中小投资者利益的国家来说,以非营利组织来带动和引导股东派生诉讼是非常行之有效的过渡方式。且以公益组织提起股东派生诉讼的另一优势在于,因为自身的公益性质和“无利可图”,其滥诉或恶意诉讼的可能性极低。因而在获得“正向动力”的基础上,要进一步为公益组织提起派生诉讼扫除“逆向阻碍”,提供前置程序、诉讼费用、举证责任等方面的便利措施,便可让其少些顾虑。

### 3. 我国的模式选择与制度创新

我国可以借鉴东亚公益模式之先行经验,期望由投资者保护公益组织承担其提起股东派生诉讼的原告职能,通过公益力量的介入填补股东派生诉讼之公益目的与私益诉讼形式之间的张力。

然而,由民间非营利组织主导派生诉讼的日韩模式,一方面,要求有充分的民间公益组织活动传统,以使民间自发组成的投资者保护机构能够在证券市场上取得足够的威望与信任;另一方面,因为日韩股东派生诉讼规则并未给予公益派生诉讼任何特别的程序待遇,这要求民间公益组织具有足够强大的财力和能力,能够广泛地持有大型上市公司股份并达到原告适格条件要求,同时能够承担一般股东进行股东派生诉讼所需承担的诉讼费用和败诉风险。我国亟须通过股东派生诉讼的相对活跃来监督企业经营、规范市场秩序、保护中小投资者利益,但尚不具备孕育此类大型民间公益组织的时间和条件。

出于确保公益组织能够拥有足够力量履行投资者保护职责的考虑,我国将提起公益股东派生诉讼的原告职能交给了投服中心等具有官方性质的投资者保护机构,并在2005年《公司法》规定的一般股东派生诉讼规则的基础上,于2019年《证券法》中新设第94条第3款,赋予了我国投资者保护机构特别原告资格,规定投资者保护机构提起股东派生诉讼不受《公司法》中持股时间与持股比例限制,由此正式确立了我国特别股东派生诉讼制度。此外需特别指出的是,大多有公益派生诉讼实践的国家并未为公益股东派生诉讼设置特别程序规则,其非营利投资者保护机构需按照一般原告股东的程序规范提起派生诉讼。因此,本文所提出的通过承认投资者保护机构提起股东派生诉讼的公益诉讼性质,以赋予其特别程序规范,是我国对该项制度的



创新探索,需在司法实践当中不断摸索完善。当然,这也并不意味着他国股东派生诉讼制度毫无可借鉴之处,德国的举证责任倒置规则、新加坡的前置程序豁免规则等都是保护投资者利益的有效措施,本文将在相应制度的论证部分详细阐述。

由于篇幅所限,本文略去了比较法上公益股东派生诉讼考察内容,这一部分内容是我国在构建特别股东派生诉讼时最主要的考察对象。虽然本文略去了部分比较考察内容,但仍然在后文制度性质的界定以及构建特别诉由规则与特别程序规则的具体立法建议中,尽可能完整地体现了该项比较法上之制度的价值功能、发展脉络以及世界范围内有益经验的立法理念,请读者在阅读的过程中予以理解。

## 二、投服中心提起股东派生诉讼的性质界定

### (一)“公共利益”之界定

关于“公共利益”是否能够独立存在、“公共利益”如何界定的问题,一直是传统法学理论所争论不休的话题。就前者来说,最初“公共利益”的存在并不被认可,早期以边沁为代表的观点就认为“个人利益是唯一现实的利益”,“社会公共利益只是个人利益的总和”。但随着理论发展,人们逐渐意识到公共利益是一个独立存在的概念,并不是个人利益的简单总和,故而也会有与个人利益相冲突的时候。虽然“公共利益”的存在得到了认可,但是关于究竟何为“公共利益”的问题,仍存在广泛争议。我国不同学者也对“公共利益”的概念和范畴提出了诸多不同表述。有学者认为,中国的公共利益可以分为社会利益(国家利益)和集体利益,前者为整个社会所有、为全体公民享用,后者为某部分人所有、为部分人享用。<sup>①</sup>有学者认为,公共利益可概括为三个层次:一为国家利益,此乃公共利益的核心,如国有资产;二为不特定多数人的利益,此乃公共利益常态化的存在形式,如不特定多数消费者、环境污染受害人的利益;三为须特殊保护界别的利益,此乃公共利益的特殊存在形式,如老年人、儿童、妇女、残疾人的利益,其中不特定多数人的利益和须特殊保护界别的利益合称“社会公共利益”。<sup>②</sup>也有学者认为,国家利益属于公共利益之说法并无不妥,但国家利益和社会利益在客体上有交叉重叠的部分,无须在概念中特意强调国家利益是公共利益的核心

<sup>①</sup> 颜运秋:《公益诉讼理念与实践研究》,法律出版社2019年版,第17页。

<sup>②</sup> 韩波:《公益诉讼制度的力量组合》,载《当代法学》2013年第1期。

心组成部分,主张公共利益之概念应为“不特定主体所享有的利益”。<sup>①</sup>

对于公共利益的概念界定虽各有所异,然其相同点在于都是从公共利益之受益主体范围来确定公共利益之范畴。可以确定的是,无论是表述为国家利益还是社会利益,能够为全体公民、全体社会成员所享有的,必然属于公共利益之范畴,如一个国家的法秩序、国防安全、社会福利。

现在的主要争议在于,当一项利益为部分公民、部分社会成员所享有时,能否称其为“公共利益”。对此,通过观察公共利益之性质便可得出结论。一般来说,“个人利益”的享用往往是排他的、竞争的,当某一个体享有一项利益之时,也就意味着社会其他个体无法再享有此项利益。比如,当某一个体占有一双鞋、一本书时,就自然地排除了社会其他个体再占有这双鞋、这本书的可能性。而“公共利益”之区别于“个人利益”的最大特点,除享有主体之广泛性以外,就在于对公共利益的享用是非竞争的、非排他的,社会任何成员对于一项公共利益的享用都不会妨碍、排除其他社会成员享用该项利益的可能性。比如,某一个体在身处青山绿水的良好环境时,社会任何其他个体仍然可以不受限制地在同一时间、空间去身处同一片山水环境,此可谓之公共利益。

出于公共利益的非竞争性、非排他性,可以这样理解“部分社会成员”之利益的性质:当“部分社会成员”是一个确定的、稳定的群体时,不能称其利益为公共利益。因为当某个群体是确定的、稳定的,那么不管这个群体有3个人还是3万人,其享有的利益都是排他的、竞争的。比如,一定区域内的农民集体享有一片森林,虽然这个农民集体由很多成员组成,但这些成员对于该片森林的占有,意味着除这个群体外的其他任何社会成员,都无法再享有这片森林,故而特定的且稳定的社会群体所享有的利益,不具备公共利益之特质,不能称为公共利益。

反之,当“部分社会成员”是一个不确定的、流动性的群体时,这个群体的利益便可称为公共利益。在这种情况下,一项利益暂时只被特定人群享有,只是因为时间和空间的限制,当部分社会成员享有该项利益时,并不排除他人之享有,任何社会成员都可以随时突破时空限制,成为“部分社会成员”的一员,享有该项公共利益。比如,江南某片水域的环境治理,从静止的时空来看,只惠及了该片水域及其下游地区的社会成员,但从动态的时空来看,全国任何一个地方的社会成员,都可以通过进入该水

<sup>①</sup> 张卫平:《民事公益诉讼原则的制度化及实施研究》,载《清华法学》2013年第4期。

域或购买该水域出产产品的方式,享有水域污染治理的成果。也就是说,环境治理所带来的利益,是不排他、非竞争的,因此环境治理可视为公共利益之范畴。消费者权益之保护同理,虽然在某一时空下,只有部分社会成员消费了该产品,但是任何社会成员随时都有可能成为该产品的消费者,故而消费者群体的不确定性和流动性,决定了保护消费者权益是一项保护公共利益的事业。

综上所述,可以把公共利益界定为:为整个社会全体成员所享用的,或为社会不特定的、流动的部分成员所享用的利益。其中,为整个社会全体成员所享用的公共利益,可以称为“纯公共利益”,而为社会不特定的、流动的部分成员所享用的利益,可以称为“不特定多数的公共利益”。

## (二) 特别股东派生诉讼之公益性质

公益诉讼,顾名思义,即为公共利益所进行之诉讼活动。公益诉讼源于罗马法,古罗马的程式诉讼中,就有私益诉讼和公益诉讼之分。私益诉讼以保护个人权利为目的,仅特定利害关系人才可提起;公益诉讼以保护社会公共利益为目的,有大法官诉讼与市民法诉讼之分,后者除法律特别规定者外,凡市民均可提起。现代意义上的公益诉讼源于19世纪中叶的欧美国家,1863年美国制定了《反欺骗政府法》,规定任何个人或公司发现有人欺骗美国政府索取钱财后,有权以美国联邦政府的名义控告违法的一方。此后,两大法系都建立了公益诉讼制度,在德国,其法律规定将具有共同利益的众多法律主体提起诉讼的权利,通过诉讼信托的方式使那些具有公益性质的社会团体可以提起符合其章程或者设立目的的诉讼,称为团体诉讼,实质即公益诉讼。法国、意大利也有类似的关于团体诉讼的规定。美国是现代公益诉讼制度比较健全的国家,其公益诉讼主要有三类:相关人诉讼,如美国《反欺诈政府法》中的个人公诉、环境法中的公民诉讼;市民提起的职务履行令请求诉讼;纳税人提起的禁止令请求诉讼。从世界范围内公益诉讼之发展脉络可以看出,虽各国公益诉讼之涉及领域、诉讼形式、当事人范围各不相同,但皆是以“进行诉讼活动之目的是不是为了公共利益”来划分公益诉讼的客观范畴。

前述客观范畴之限定,是概念意义上的“公益诉讼”。从我国目前民事公益诉讼的制度框架来看,我国对于法律意义上的“公益诉讼”,除了客观范畴限制,还进行了主观范畴限制。我国《民事诉讼法》规定“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”。此项规定表明我国对公益诉讼提起的主体作了原则性的规范,即只有法律规定的机

关和有关组织可以提起公益诉讼,而明确将个人排除在提起公益诉讼的主体范围之外。<sup>①</sup>

综合前述“公共利益”之概念界定、公益诉讼之客观范畴一般法理,以及我国对于公益诉讼主观范畴的框架性规定,可以得出我国公益诉讼之概念范畴。概括来说,符合如下两项条件的诉讼活动,可被视为“公益诉讼”:第一,其进行诉讼活动之目的,在于保护为整个社会全体成员所享用的,或为社会不特定的、流动的部分成员所享用的社会公共利益;第二,提起该诉讼的主体,是法律规定的机关和有关组织,而非与案件利益相关之个人。

就诉讼目的来看,特别股东派生诉讼之提起,一是在公司利益受到股东、董事、监事、高级管理人员的不法侵害,进而使公司中小股东之利益受到侵害,而公司又怠于提起诉讼之情况下,由投资者保护机构提起派生诉讼,以替公司追责不法行为人,弥补公司所受之损害,进而保护中小股东之利益。因投资者保护机构提起特别股东派生诉讼案件一般涉及上市公司,上市公司流通股的交易性质决定了“该公司中小股东”是一个不特定的、流动的群体概念,保护该公司中小股东之利益,事实上是保护整个证券市场广大投资者之利益。故而特别股东派生诉讼的目的之一,在于保护为社会不特定的、流动的部分成员所享用的社会公共利益,也就是前述“不特定多数人的公共利益”。除了保护中小投资者利益,特别股东派生诉讼之提起,还为了对上市公司治理提供有效外部监督机制、规制上市公司管理控制人员的不法行为、恢复和维持我国公司治理领域与证券交易领域之法秩序。国家之良善法秩序,应当属于为整个社会全体成员所享用的社会公共利益,故而特别股东派生诉讼的目的之二,在于保护为整个社会全体成员所享用的社会公共利益,也就是前述“纯公共利益”。由此得出结论,特别股东派生诉讼进行诉讼活动之目的,既在于保护国家法秩序之纯公共利益,也在于保护广大投资者之不特定多数人的公共利益,符合公益诉讼之客观范畴。

就诉讼主体来看,《证券法》规定特别股东派生诉讼,仅可由投资者保护机构提起。投资者保护机构是为保护广大投资者而成立的非营利组织,与派生诉讼案件无直接利害关系,故特别股东派生诉讼符合我国公益诉讼之主观范畴。

综上所述,特别股东派生诉讼符合公益诉讼之客观范畴与主观范畴,是一种民事公益诉讼。

---

<sup>①</sup> 张卫平:《民事公益诉讼原则的制度化及实施研究》,载《清华法学》2013年第4期。

### 三、投服中心提起股东派生诉讼的特别诉由规则

大股东占用上市公司资金、违规对外担保、不正当关联交易是我国上市公司控制股东、董事、监事、高级管理人员最常见的为个人不法利益而侵害公司利益的违法行为。上市公司内部因治理结构问题,无法有效制约公司大股东和管理层的不法行为;中国证监会虽多次出台相关举措规制前述行为,也取得了显著成效,但总有公司实际控制人将不法行为“改头换面”以规避证券市场规则,继续侵害公司和小股东利益。在此种情况下,投资者保护机构作为上市公司治理的又一外部监督力量,在通过特别股东派生诉讼规制公司大股东和管理层不法行为方面大有可为。

然则因为特别股东派生诉讼制度是一种新生的诉讼制度,在此前并无相关诉讼案例可以借鉴,加之被诉不法行为人总会想方设法规避法律责任,投资者保护机构在提起特别派生诉讼时,双方当事人很可能会就被告是否适格、不法行为是否属于派生诉讼可诉范畴等问题产生争议。为了使特别股东派生诉讼制度能够顺利推进实施,避免在不必要的争议上浪费司法资源,在制定特别股东派生诉讼具体程序规则时,应当进一步明确诉由规则,将上市公司大股东占用公司资金、违规对外担保、进行不正当关联交易等不法情形明确规定为特别股东派生诉讼的可诉范围。

#### (一) 大股东占用上市公司资金

大股东占用上市公司资金,即上市公司大股东利用自己对公司董事会、管理层的控制权,通过直接借款、拖欠货款、让上市公司提供借款担保等各种地下通道从上市公司转移资产和利润,对上市公司和中小股东的利益造成侵害的行为。如何防止大股东占用上市公司资金,是中国证券市场一个老话题。其占用资金规模之大不仅侵害了公司和投资者利益,也严重扰乱了证券市场管理秩序,其占用手段之多样和隐蔽又往往让中小股东难以察觉。

早在2004年,复旦大学金融研究院蔡云伟等人就对当时我国证券市场大股东占用资金的情况进行了调查统计,<sup>①</sup>调查显示,与市场波动、经营不善、违规担保等风险相比,大股东占款已成为我国上市公司面临的重大风险。其具体调查数据更是让人触目惊心:2002年年底,中国证监会曾普查1175家上市公司,发现676家公司存在大

---

<sup>①</sup> 蔡云伟等:《中国资本市场系列调查报告之三·中国上市公司大股东占款调查》,载豆丁网2016年3月23日,<https://www.docin.com/p-1501513879.html>。

股东占款现象,占款总额为967亿元。2003年年底,深圳证券交易所统计深市506家上市公司中,317家公司存在大股东占款问题,总发生额1580亿元,其中非经营性占款超过430亿元。截至2004年,当时上市公司通过证券市场总融资额不过10,000亿元,而大股东占款实际规模已经达到千亿元。也就是说,我国上市公司近1/10的资金因大股东占款而流失。大股东占款问题严重侵害公司利益,对公司的经营乃至生存构成了极大威胁,该统计显示,在连续两年亏损的上市公司中,70%存在大股东侵占资金行为;在已退市的15家中,其经营失败的重要原因之一就是大股东占款。

种种数据表明,大股东占用上市公司资金现象非常严重,已成为中国证券市场最大“出血口”。这一现象严重侵害了上市公司的利益,扰乱了上市公司治理秩序、证券市场交易秩序,也侵害了中小投资者利益、打击了中小投资者的投资信心和投资意愿。以证监会为代表的各相关部门出台了多项措施遏制大股东占款问题,也加大了刑事打击力度。2001年1月,中国证监会发布《上市公司治理准则》,要求上市公司采取有效措施防止股东及其关联方以各种形式占用或转移公司资金;2003年8月,中国证监会和国务院国资委联合颁布《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知》,加大上市公司的清欠力度,要求历史形成的资金占用、对外担保,在每个会计年度至少要下降30%;2004年,国务院国资委、中国证监会原则同意进行“以股抵债”试点,并表示对2003年《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知》发布后违规形成的侵占问题,将依法追究直接责任人的违规责任,公司和其他股东可以通过司法程序提起民事赔偿,证监会《关于提高上市公司质量的意见》中明确规定对已经侵占的资金,控股股东尤其是国有控股股东或实际控制人要针对不同情况,采取现金清偿、红利抵债、以股抵债、以资抵债等方式,加快偿还速度;2004年7月,广电传媒首开“以股抵债”之先河;<sup>①</sup>2005年10月,《公司法》和《证券法》修订后加大了对证券违法行为的惩罚力度;2006年公安部、中国人民银行、国务院国资委等多部委联合印发了《关于进一步做好清理大股东资金占用上市公司资金工作的通知》,并推动修改了《刑法修正案(六)》,增加了对此类情形按“背信损害上市公司利益罪”惩处条款。2013年“真功夫”创始人蔡某某因挪用资金等罪被判处有期徒刑14年,2014年深圳航空原实控人李某某以挪用资金罪被判处有期徒刑10年,2018年万年青原财务部部长肖某某因挪用资金被判有期

---

<sup>①</sup> 贾伟:《多管齐下根治大股东占款顽疾》,载中国经济网,[http://www. ce. cn/securities/stock/ywgc/gsyw/200511/04/t20051104\\_5113508. shtml](http://www.ce.cn/securities/stock/ywgc/gsyw/200511/04/t20051104_5113508.shtml)。

徒刑 8 年。<sup>①</sup>

上述一系列措施,对于遏制大股东占用上市公司资金问题产生了一定的效果,但是问题仍然没有得到根治,每个会计年度股东欠款下降 30% 的目标也并没有很好地实现。甚至近年来,大股东占款问题有“死灰复燃”之趋势,数据显示,2019 年 1~5 月,42 家被立案调查的上市公司中,又有 30 家涉及资金占用、违规担保问题。<sup>②</sup>

大股东占用上市公司资金现象之所以屡禁不止,一方面的重要原因是受到 2018 年以来经济面临下行压力的影响,部分上市公司控股股东融资需求迫切,加之股票质押风险突出、融资渠道变窄,铤而走险,将“手伸向上市公司”,导致近两年大股东资金占用和违规担保发生数量涉及金额再次出现明显增长。<sup>③</sup> 另一方面的重要原因,则是公司外部监督机制不健全。公司治理机制包括内部治理机制和外部治理机制,就我国上市公司的治理情况来看,上市公司董事会通常被大股东控制,管理层也多是大股东委任或控制,在这种情况下,公司内部治理机制几乎没有能够制约大股东占用公司资金的功能。当然,除了大股东控制公司的客观原因,也有部分上市公司董事、监事、高级管理人员未恪尽职守,故意纵容控股股东占用公司,甚至通过伪造财务报表的方式帮助控股股东掩盖违法行为。因此,要预防、规制大股东占用上市公司资金,保护公司和中小投资者的利益,必须充分发挥公司治理外部监督机制的作用。而公司治理的外部监督,除证监会等有关部门履行行政职责以外,股东诉讼大有可为,其中通过股东派生诉讼的方式,以司法途径对占用资金的大股东、纵容甚至帮助大股东占用资金的公司管理人员进行追责、索赔,是制约股东占款行为、维护公司利益的有效路径。

但是这一任务很难由小股东来单独完成,一方面,大股东占用公司资金造成公司损失后,大部分小股东会选 择抛售股票止损,而提起派生诉讼的意愿并不强烈。根据调查显示,一旦大股东占用上市公司资金,77.05% 的投资者会选择抛售股票,仅 18.53% 的投资者会考虑通过司法途径维权。<sup>④</sup> 另一方面,大股东往往会用各种看似合理的理由来占用上市公司资金,如通过保理业务、虚构交易等,小股东一般很难发现大股东占用资金的真实情况,自然也难以进行信息收集和举证工作。

① 余胜良:《大股东占用上市公司资金应当重罚》,载《证券时报》2019 年 5 月 24 日,A01 版。

② 李慧敏:《42 家上市公司被立案涉违规占用资金超七成 监管警示大股东重温法条》,载中国经营报官网 2019 年 7 月 5 日,<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1638207187503217995&wfr=spider&for=pc>。

③ 同上。

④ 蔡云伟等:《中国资本市场系列调查报告之三·中国上市公司大股东占款调查》,载豆丁网 2016 年 3 月 23 日,<https://www.docin.com/p-1501513879.html>。

因此,由投资者保护机构通过提起特别股东派生诉讼的方式,对上市公司治理进行外部监督,对于占用资金的大股东、纵容甚至帮助大股东占用资金的公司管理人员进行追责和索赔,以维护上市公司和中小投资者利益、维持证券市场交易秩序,目前看来是十分必要的。

## (二) 违规对外担保

上市公司对外担保,即上市公司为本公司以外的自然人或企业单位之贷款进行直接或间接担保。通常来讲,上市公司在社会或业界内的资信要高于非上市公司,比较容易得到包括银行在内的金融机构的认可与信任,从而容易获得资金上的支持。<sup>①</sup>正因为如此,上市公司对外提供担保的情况非常常见。

过多的对外担保会增加上市公司的经营风险,因为一旦被担保公司没有按期履行还款义务,作担保的上市公司就成了还款责任人,对外担保的风险最终都会反映到股价上,造成公司股票交易价格下跌,中小股东躲闪不及,其利益也会受到不同程度的损害。我国《证券法》在上市公司信息披露相关规定中,就明确将“提供重大担保”列为“可能对上市公司、股票……交易价格产生较大影响的重大事件”,<sup>②</sup>将“……对外提供担保超过上年末净资产的百分之二十”列为“可能对上市交易公司债券的交易价格产生较大影响的重大事件”。<sup>③</sup>前述规定恰说明对外提供担保无论是对于上市公司还是对于投资者来说都具有较大风险性。

上市公司出于经营之确实需要对外提供担保,属于合法经营行为。然而一些上市公司的大股东或公司实际控制人,为了个人不法利益,常常不顾上市公司利益和其他股东利益,利用自己的控制权,令上市公司为其关联公司甚至个人债务提供担保,就属于违规担保行为。中国证监会2000年发布的《关于上市公司为他人提供担保有关问题的通知》中明确指出“上市公司不得以公司资产为本公司的股东、股东的控股子公司、股东的附属企业或者个人债务提供担保”,在2002年发布的《上市公司治理准则》中,再次要求上市公司不得为股东及其关联方提供担保。

违规对外担保,也是我国证券市场最常见的侵害上市公司和小股东权益的不法行为,被不法行为人控制而提供违规担保的上市公司,轻则资金流失、利益受损,重则陷入财务危机甚至面临破产风险。2003年11月,新疆啤酒花股份有限公司发布公

---

<sup>①</sup> 肖辉:《基于上市公司违规担保、关联方占用资金对非标准审计意见研究——以公司治理视角为例》,载《时代经贸》2019年第31期。

<sup>②</sup> 《证券法》第80条。

<sup>③</sup> 《证券法》第81条。



告,披露称公司无法与董事长取得联系,经临时董事会讨论,由公司副董事长姚某某暂代执行董事长职责。又称公司尚有 9.8786 亿元对外担保因故没有对外披露,加上此前已经披露的对外担保 7.99 亿元,公司总计对外担保 17.87 亿元。公告一出,啤酒花股价暴跌,连续 13 个跌停后,股价从 10 月 31 日收盘价 16.65 元一路下跌到 3.82 元。<sup>①</sup>据统计,截至 2003 年年底,该公司及其控股子公司对外担保累计 185,699.46 万元,其中属应披露的对大股东及关联方的违规担保 26,346 万元,违规担保中已涉诉担保为 23,023 万元;该公司大股东及其关联方占用公司资金 16,885.37 万元。<sup>②</sup>

违规对外担保,作为大股东或公司控制人将上市公司利益向自身输送的非法手段之一,往往与占用上市公司资金相伴相生。根据统计数据,在 2019 年 1~5 月被立案调查的 42 家上市公司中,30 家涉及大股东资金占用问题的公司,同时也涉及违规担保问题。与大股东占用上市公司资金的问题一样,证监会采取了多项措施来规制违规担保行为,继 2000 年发布《关于上市公司为他人提供担保有关问题的通知》、2002 年发布《上市公司治理准则》之后,2003 年 8 月中国证监会又和国务院国资委联合发布了《关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知》,提出了纠正和防止违规担保发生的具体监管措施。然上市公司违规对外担保问题仍屡禁不止,上市公司转为向股东的非关联单位、自己的子公司担保,通过“关联担保非关联化”甚至更加隐蔽的方式规避证监会的监管,继续为违规担保之不法行为。<sup>③</sup>

因此,通过派生诉讼对上市公司治理进行外部监督,也是规制违规担保行为的重要途径。而特别股东派生诉讼制度在规制违规担保方面之应用必要性,除了体现在该不法行为的存在严重性、对公司和小股东利益的侵害性,更体现在其对于公共利益之侵害的广泛性。违规对外担保对广大投资者利益之侵害更甚于股东占款,其原因在于,目前我国证券市场普遍存在“担保圈”,也即上市公司之间形成了链状、圈状乃至网状的互相担保关系,一旦“担保圈”中某一环节某一公司财务出现问题,就会影响整个担保圈中其他各个上市公司的资金安全,甚至会造成整个证券市场的大波动,使其他上市公司中小股东的利益也遭受巨大损害。以新疆啤酒花公司为例,在啤酒花

<sup>①</sup> 郑海英:《上市公司对外担保及其风险分析——基于啤酒花事件引发的思考》,载《中央财经大学学报》2004 年第 8 期。

<sup>②</sup> 张歆:《2003 年年报亏损 12.15 亿 ST 啤酒花直奔巨亏行列》,载网易商业报道网 2004 年 4 月 30 日,http://biz.163.com/40430/9/0L75URO700020QEU.html。

<sup>③</sup> 郑海英:《上市公司对外担保及其风险分析——基于啤酒花事件引发的思考》,载《中央财经大学学报》2004 年第 8 期。

的“担保圈”中,还涉及天山股份(000877)、汇通水利(000415)、友好集团(600778)、新疆众和(600888)等新疆上市公司,互保额度总计近6亿元,啤酒花公司出现财务危机股价暴跌后,在其“担保圈”中旋即引发了连锁反应。<sup>①</sup>

因此,违规担保问题不仅涉及上市公司和该公司中小股东的利益,还涉及证券市场其他广大投资者利益乃至整个证券市场资金稳定性这一重大公共利益。规制上市公司违规担保行为,是为保护公共利益而设的投资者保护机构分内之职,也是为保护公共利益而设的特别股东派生诉讼制度分内之职。

### (三)不正当关联交易

关联交易,是指公司关联方之间的交易。关联交易因为基于关联关系进行交易,能够在很大程度上节省商业谈判成本、提高资源交换效率,而在市场经济中广泛存在。我国法律并不禁止正当的关联交易。

而所谓不正当的关联交易,是指公司的股东、控制人、管理人利用自己对公司的控制权,以满足自身利益为目的,通过强行达成关联交易的方式将风险或损失转嫁给公司,导致公司及其股东遭受损失的不法行为。我国《公司法》第21条明文禁止不正当关联交易,规定:“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”

通常来说,公司大股东、控制人进行不正当关联交易的手段和目的有两种情况。一是“强买强卖”,也即通过资产购销、产品购销等,令上市公司以完全违背市场交易常理的方式,购买实际价值明显低于交易价格,或与公司经营业务完全无关,或质量达不到公司要求的资产或产品,从而将上市公司的优质资产输出,以获取自身的不正当经济利益;二是“制造表象”,是指公司的控股股东或者是实际控制人在公司的营业收入、利润、流动资产、固定资产不达标而不能满足公司上市的要求或者是其他的一些目标的情况下,通过不正当的关联交易向公司输送资金或者是进行公司的优质资产进行置换,甚至进行一些虚假的交易,使公司的一些指标看起来虚高,给人造成一种公司运作良好的假象。<sup>②</sup>

无论是出于何种目的、使用何种手段,不正当的关联交易对他人的利益损害都是

---

<sup>①</sup> 邓研:《“资本运作高手”艾克拉木出走啤酒花事件始末》,载中国新闻网,<https://www.chinanews.com/n/2003-11-19/26/370697.html>。

<sup>②</sup> 赵锡勇:《浅析不正当关联交易的影响》,载《经济研究导刊》2018年第13期。

显而易见的。首先,不正当关联交易会损害上市公司的利益,在“强买强卖”情形下,不正当关联交易的本质就是大股东或控制人利用自己对公司的控制权,强行令公司进行一些明显会亏损的交易,而上市公司所损失的这一部分资金,最终通过利益输送进入不法行为人之私囊。我国最著名的不正当关联交易事件,当属2001年五粮液资产购销事件。五粮液(000858)于1998年上市,其控股股东为宜宾国有资产管理局,但实际控制人为五粮液集团有限公司。五粮液集团有限公司在上市时,已经承诺用募股资金向五粮液酒厂收购其所属的宜宾塑胶瓶盖厂,收购成本为4.12亿元。2000年年报发布时,五粮液集团有限公司提出了一份资产置换方案,将宜宾塑胶瓶盖厂与宜宾五粮液酒厂所属507、513、515、517、607酿酒生产车间资产进行置换。在确定置换价格时,宜宾塑胶瓶盖厂按重置成本计价,而酿酒车间按收益现值法计价。这样,置换出的资产其重置成本与账面净资产一致,均为3.61亿元。也就是说,上市公司购入宜宾塑胶瓶盖厂的成本是4.12亿元,2年后卖出价反倒降为3.61亿元。而宜宾塑胶瓶盖厂与酿酒生产车间之资产置换,因宜宾塑胶瓶盖厂的最终账面成本为4.138亿元,而置换进的车间成本为19.735亿元,上市公司最终以现金补差15.597亿元。仅通过上述两笔资产购销,五粮液集团有限公司的实际控制人一共拿走现金19.72亿元。此外,上市公司每年还向实际控制人支付商标使用费、设备租赁费、综合服务费等款项,上市公司因为这一场不正当关联交易,损失超过20亿人民币。<sup>①</sup>而在“制造表象”情形下,上市公司资产损失虽然不会那么直接,但是虚假的账面交易,为上市公司增加了大量财务和经营上的不确定风险。

公司股东与上市公司之利益息息相关,公司的盈利或亏损都需要由全体股东来共同承担,不正当关联交易造成的上市公司资产损失,同时也意味着广大中小股东的利益受到损害。此外,公司因为不正当关联交易而形成的各项虚高指标,往往会引导广大不知情投资者作出错误的投资判断,增加其投资风险,一旦“东窗事发”,则会直接造成广大投资者严重利益损失。

最后,市场主体之间基于公平、诚信、自愿原则进行资源交换,是一个健康的市场经济中应有的交易秩序,倘若任由不正当关联交易暗成风气而不加以规制,最终将威胁我国市场经济交易秩序之根基。

因此,将上市公司大股东或实际控制人控制公司进行不正当关联交易之不法行

---

<sup>①</sup> 刘峰、贺建刚:《股权结构与大股东利益实现方式的选择——中国资本市场利益输送的初步研究》,载《中国会计评论》2004年第1期。

为确定为投资者保护机构提起特别股东派生诉讼之诉由,是十分必要的。

#### (四)上市公司大股东及控制人其他违法违规行为

大股东占用公司资金、对外违规担保、进行关联交易,必然伴随违规披露。

根据我国《证券法》之规定,上市公司进行重大投资、订立重要合同、提供重大担保、从事关联交易等可能会影响公司股价的重大事件,都必须及时准确地向投资者披露。但是其一,大股东或控制人为了能够持续地从上市公司获取利益,就必须保住上市公司的“壳”资源,使上市公司仍然能够保持配股的资格;其二,为了维护形象,不让投资者发现异常;其三,为了掩盖违法行为、逃避法律制裁,不法行为人在进行侵害公司利益之不法行为后,往往会通过各种方式来对公司进行会计信息的生产与提供的控制,包括进行盈余管理、其他利润操纵甚至直接造假以及与审计师进行共谋等。<sup>①</sup>不法行为人为了自身利益,费尽心思使公司账面看上去毫无异常甚至效益极佳,自然不可能向投资者如实披露自己的违法行为,也就自然会伴随违规披露。

虽然在我国现有证券诉讼制度框架下,违规披露通常是通过股东直接诉讼或证券代表人诉讼,向上市公司索赔。但因在前述情形下,违规披露是公司大股东或实际控制人为了掩盖自身不法行为而控制公司进行的,上市公司事实上也是利益受到侵害的受害者。支出大额赔偿,可能导致公司在之后很长一段时间内的财务困难,甚至可能导致公司濒临破产,使公司股东长远的投资利益受损。因而此时,上市公司得以向违规披露的实际不法行为人,也即公司大股东或实际控制人追责索赔。若上市公司怠于行使此项权利,公司股东和投资者保护机构便可提起股东派生诉讼,向相关责任人追究赔偿责任。此即特别股东派生诉讼之违规披露诉由。

当提及公司董事、监事、高级管理人员侵害公司和股东利益的违法违规行为时,总是习惯地将思考范围局限在积极作为层面,前述占用上市公司资金、违规担保、关联交易以及与之相伴的违规披露,都是因公司的管理者、控制者为了自身利益,主动作出侵害公司利益之行为而导致的违法。但事实上,我国《公司法》还规定了公司董事、监事、高级管理人员的作为义务,第147条规定“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务”,其中“勤勉义务”就是要求公司董事、监事、高级管理人员必须勤勉地履行自身职责、积极地做对公司有利之事。这就意味着,公司的董事、监事、高级管理人员在自己的岗位上消极不作

<sup>①</sup> 周中胜、陈汉文:《大股东资金占用与外部审计监督》,载《审计研究》2006年第3期。

为,因玩忽职守或重大疏忽导致公司遭受损失,同样属于违法行为,根据《公司法》的规定需要对公司承担赔偿责任。

公司董事、监事、高级管理人员违反勤勉义务这一违法行为,在我国的司法实践当中长期被忽略,但确有规制之必要,也确有被纳入特别派生诉讼诉由范围之必要。一方面,公司董事、监事、高级管理人员作为公司经营决策的核心,对于公司能否盈利、能否规避风险至关重要,其玩忽职守可能对公司和公司股东造成的损害,并不亚于占用资金、违规担保等积极作为的违法行为;另一方面,如果一上市公司因内部管理机制原因,其主要的经营行为由公司董事、监事、高级管理人员以下职级的员工负责,而公司董事、监事、高级管理人员又玩忽职守,“睁一只眼闭一只眼”没有进行监督和管理,那么实际负责公司事务的员工相当于有了进行占用资金、违规担保、关联交易等不法行为的空间和能力。这样的不法行为人在一般股东派生诉讼中可以以“第三人”的身份成为被告,但特别股东派生诉讼因为将被告范围限制在“公司董事、监事、高级管理人员”,其对于前述董事、监事、高级管理人员之外公司员工的违法行为无法进行监督和规制。如果能明确公司董事、监事、高级管理人员违反勤勉义务是特别股东派生诉讼的诉由,那么对于前述情形,投资者保护机构就能够以该公司董事、监事、高级管理人员未履行应当履行之监督和管理义务,对董事、监事、高级管理人员提起派生诉讼,从而达到保护公司其他股东利益、规制违法为之目的。

除此之外,股东承诺未履行,是侵害公司和广大投资者利益的又一严重情形。股东承诺是指为向市场及投资者展示信心,达到监管审核要求从而顺利实现首发上市、股改、再融资、并购重组等目标,控股股东及实际控制人、公司高管在公司首发上市、股权分置改革、并购重组等重要环节,作出资产注入、业绩补偿、解决同业竞争、股权锁定、股份回购等承诺。然就实践情况来看,股东违背承诺的情况非常普遍,根据数据统计,截至2014年,全国2537家上市公司中有1770家存在承诺未履行情况,占比近70%,涉及承诺事项共计8292项。其中,98家上市公司存在共计131件超期未履行承诺事项,178家公司存在共计225项不符合规范要求的承诺事项。<sup>①</sup> 股东承诺不履行,特别是涉及资产注入、同业竞争等承诺事项的不履行,将严重侵害上市公司的利益,且股东承诺的履行问题直接关涉证券市场公平、公正、公开的市场秩序构建,不能任由股东承诺不履行或不按规范履行暗成风气,因而由投资者保护机构选取社会

---

<sup>①</sup> 参见《从承诺履行情况浅谈上市公司控股股东及实际控制人的诚信建设》,载安徽上市公司协会官网2015年2月10日, <http://www.ahlca.org/display.asp?id=1040>。

影响重大的股东承诺不履行案件进行示范性公益派生诉讼是十分必要的。

当然,因为股东承诺会直接影响投资者的投资判断,故而股东承诺未履行也将导致投资者期望的落空,造成投资者财产利益的直接损失。因此,要保护因股东承诺未履行而合法利益受到侵害的中小投资者,投服中心除提起特别股东派生诉讼以外,也可以选择提起股东直接诉讼,向上市公司索赔。

综上所述,特别股东派生诉讼应当确定特别诉由规则,明确将占用资金、违规对外担保、关联交易、参与或控制公司违规披露、未履行忠实勤勉义务、未履行承诺等公司大股东、董事、监事、高级管理人员的违法违规行为纳入特别股东派生诉讼之可诉范围。

#### 四、投服中心提起股东派生诉讼的特别程序规则

如第三部分所得出之结论,投资者保护机构提起股东派生诉讼应属公益诉讼范畴。公益诉讼的目的是维护社会公共利益,这种诉讼不以当事人本身法律权利的存在为限,不同于以当事人之间权利义务为内容的普通法律争议。所以,公益诉讼要求对诸多诉讼程序作出不同于普通诉讼的特别制度安排,如特别的适格原告、特别的诉讼请求、特别的证据规则、特别的管辖规则等。这一点在理论研究中基本达成了共识,也在各国的立法实践中有所体现。我国2012年《民事诉讼法》第55条明确将环境污染和侵害消费者权益两个领域的公共利益纠纷列为公益诉讼范畴,以环境民事公益诉讼制度为例,2012年后一系列的法律规范和司法解释就环境民事公益诉讼的适格原告主体、管辖法院、审判权职责、诉讼请求的范围、证明责任分配、案件和解与判决、既判力范围、诉讼费用的负担等具体程序都进行了不同于普通诉讼的特别制度安排。

特别股东派生诉讼作为一项新设立的民事公益诉讼,也应当根据其司法实践之实际需要,进行部分特别程序制度安排。

##### (一)特别管辖规则

我国《公司法》并未对股东派生诉讼的管辖规则作出特别规定,2019年《证券法》新设特别股东派生诉讼制度时也未对特别股东派生诉讼的管辖规则作出特别规定。也就是说,目前我国一般和特别股东派生诉讼均根据民事案件的一般管辖规则,遵循原告就被告原则,由被告所在地人民法院管辖。

事实上,早在特别股东派生诉讼制度建立之前,关于一般股东派生诉讼的管辖问题就已经产生广泛争议。主要是因为股东派生诉讼案件通常来说会涉及多名被告,常常出现被告住所地分散、管辖法院难以确定的情况,加之取证和执行不便的问题,出于诉讼效率的考量,有不少观点认为应当对股东派生诉讼采用专属管辖,统一由公司住所地人民法院管辖。<sup>①</sup>就目前情况来看,我国司法实践并未采纳这一观点,2007年上海市高级人民法院《关于审理股东代表诉讼纠纷案件的若干意见》中提到,股东依据《公司法》第152条之规定提起股东代表诉讼,由被告住所地或公司住所地人民法院管辖。当公司的注册登记地与实际生产经营场所、办事机构所在地不一致时,可按照《2005年上海法院民商事审判问答(之六)》第6条的规定,确认公司住所地。该意见在股东派生诉讼的管辖问题上采取了折中态度,原告可以在被告住所地和公司住所地法院之间选择管辖法院。

关于一般股东派生诉讼是否应当采用专属管辖问题的讨论仍在继续,然则现阶段特别股东派生诉讼在管辖问题上所面临的现实困难比一般股东派生诉讼要严峻得多。无论是出于对公平正义的考量还是对诉讼效率的考量,特别股东派生诉讼都应当采取专属管辖规则,且应由上市公司上市的证券交易所所在地金融法院管辖。

第一,特别派生诉讼案件由证券交易所所在地金融法院管辖是司法公正的要求,也是实现制度设立初衷、保护投资者利益的必要前提。一方面,涉及当地大型上市公司的诉讼案件往往是存在地方保护主义情况的“重灾区”。基于投资者保护机构在选择案件时设有一定的标准和门槛,其提起的特别派生诉讼案件所涉及的公司往往是大型上市公司,且案件所涉不法行为往往性质严重、涉诉金额大、社会影响恶劣,加之投资者保护机构本身具有相当的专业性和社会关注度,在证券市场也有很高的知名度,一旦由投资者保护机构提起涉及某大型上市公司的股东派生诉讼案件,无论胜诉与否,对于该上市公司的口碑、股价都会造成很大的负面影响。如果由证券交易所所在地金融法院管辖便可完全避免地方保护主义风险。一则证券交易所所在地与上市公司及其管理人员没有利害关系,自然也无保护之动机;二则金融法院设立之使命便是提供专业化的金融司法救济、维护金融市场秩序,其必然能够以高度的专业性和使命感公正审理案件、维护投资者利益。

另一方面,如前所述,投资者保护机构所选择的案件往往案情复杂,且上市公司

---

<sup>①</sup> 赵继明、喻永会:《股东代表诉讼案件的诉讼管辖》,载《中国律师》2006年第5期。

大股东与董事、监事、高级管理人员占用资金及不正当关联交易等不法行为通常会以非常隐蔽的手段来进行,这意味着审理案件的法官需要对证券市场一般交易规则了如指掌,能够敏锐察觉资金流动、账面交易的异常之处,地方法院的法官平时接触金融领域纠纷案件较少,往往不具备此类案件审理所必需的专业知识,相比之下,证券交易所所在地金融法院的法官无论从专业背景来看,还是从案件审理经验来看,都更加适合审理涉及上市公司的特别股东派生诉讼案件。且特别派生诉讼案件由投资者保护机构提起,其目的除了维护本案投资者利益,更在于为全国范围内广泛的股东派生诉讼提供引领和示范,这就更加要求特别股东派生诉讼案件的审理过程和判决结果高度专业、不容有失。此外,将特别派生诉讼案件集中由证券交易所所在地金融法院管辖,能够最大限度保证同类案件审理标准和判决结果一致,维护司法的统一性,为特别派生诉讼这一新生诉讼制度创造良好的实践开端。

第二,特别派生诉讼案件由证券交易所所在地金融法院管辖,能够有效提高诉讼效率和执行效率。首先,特别股东派生诉讼往往是案情复杂、涉及被告众多的案件,且因公司规模大、业务广,其注册登记地、实际生产经营场所、违法交易行为发生地往往不一致,被告为了拖延案件进程或者尽量让与自己有利益关联的法院管辖,也很可能利用前述复杂的地域关系反复提出管辖异议,如此光是管辖权的确定就需要耗费大量精力,无疑是对司法资源的浪费。若直接由其上市的证券交易所所在地金融法院管辖,则管辖明确无争议,无须在管辖问题上浪费司法资源。其次,在案件审理过程中,出于职权调查之必需,法院往往需要快速获取和固定涉诉上市公司在涉案时间内的所有证券市场交易数据,以收集不法行为的证据、确定小股东遭受损失的范围,而此项工作由证券交易所所在地金融法院来完成,是最为高效的。

出于案件审判专业性、公正性、高效性等考量,同为2019年《证券法》所新设的以保护投资者权益为目的的特别证券代表人诉讼制度,已经通过司法解释的形式确定了集中管辖规则。2020年7月出台的《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》中规定,特别代表人诉讼案件应当由涉诉证券集中交易的证券交易所、国务院批准的其他全国性证券交易场所所在地的中级人民法院或者专门人民法院管辖。特别股东派生诉讼制度与特别证券代表人诉讼制度,同样以投资者保护机构为特别诉讼主体,也有同样的公正性、专业性、高效性要求,应当同样确定特别管辖规则。基于前文所述的种种理由,由涉案公司上市的证券交易所所在地金融法院专属管辖特别股东派生诉讼案件,是最为恰当的选择。



## (二) 特别前置程序规则

各国的股东派生诉讼制度均设有一定的前置程序,其中最为常见的前置程序,就是要求股东在向法院提起派生诉讼之前,以书面形式请求公司自行提起诉讼,并等待一定期限,只有在法定期限内公司不自行提起诉讼的,股东才能为公司之利益提起派生诉讼。我国《公司法》也规定了这一前置程序,并将等待期限设置为30天。从世界范围来看,这一前置程序设置的用意有二。其一,公司治理领域中尊重公司自治是一项基本原则,英国最初的福斯规则就明确指出“当公司受到损害时,只有公司才是提起诉讼的适格原告”,而股东派生诉讼是仅在公司怠于行使自身权利造成股东利益损害的情况下给予股东的一种救济措施。派生诉讼的前置程序意在最后一次提醒公司行使自己的权利,若公司在法定期限内自行起诉,意味着公司“怠于行使权利”的情形已经不存在,也就不再需要股东为公司之利益代替公司行使权利。甚至在一些国家,基于对公司自治的尊重,即使派生诉讼已在审理阶段,若公司中途起诉或中途申请加入诉讼,法官也应当允许公司完全代替原告股东在该项诉讼中的位置。其二,除了尊重公司自治,股东派生诉讼的前置程序也意在防止股东滥诉或恶意诉讼从而对公司的治理和运营效率产生不利影响。

在一般股东派生诉讼中,前置程序的设置是合理且必要的。就价值选择来看,一般股东派生诉讼制度的设立目的,是在公司管理人员怠于行使公司权利的情形下通过司法救济,保护公司之利益进而保护特定范围投资者之利益。换言之,一般股东派生诉讼是为保护私益而设立的。当保护原告股东之利益和尊重公司自治两种价值同时置于私益语境下比较时,公司自治原则作为公司治理秩序的基石,是保持公司活力、保证管理效率之必需,在一般股东派生诉讼中被优先考虑是恰当的。且在一般股东派生诉讼中,原告股东之利益与尊重公司自治之间未必是矛盾关系。基于原告股东获取公司经营信息的有限性和其对市场形势判断的非专业性,原告股东对于公司利益是否受到损害、此时是不是主张公司权利的最佳时机等方面的判断未必是正确的,当公司和股东对于“何种做法最有利于公司利益”的判断出现不同意见时,应当尊重公司自身的判断,而原告股东作为公司的一员,亦有尊重、遵守公司决策之义务。就防止滥诉功能来看,虽以制度的字面含义观之,原告股东是为公司的利益提起诉讼,然则从理性经济人行为模式的角度来看,原告股东进行诉讼活动的根本动因是自身利益因公司利益之损害而受到间接损害。如此,原告股东可能因为自身利益与公司利益一致而善意提起派生诉讼,也可能因为自身利益与公司利益相悖而滥诉甚至

进行恶意诉讼。在一般股东派生诉讼制度中设置前置程序,能够过滤掉大部分滥诉情形,筛选出真正需要司法救济的情形,符合该项诉讼制度的制度目的。

然而因为特别派生诉讼的原告主体、现实情形、制度目的均与一般派生诉讼有显著区别,适合一般股东派生诉讼的前置程序,在特别股东派生诉讼中却显累赘。无论是从规制滥诉的必要性、制度实行的现实困难来看,还是从制度的目的与价值来看,前置程序都不适合继续适用于特别股东派生诉讼。

从前置程序的必要性来看,特别股东派生诉讼因为原告主体的特殊性,基本不可能发生滥诉甚至恶意诉讼的情形,因而没有设置筛选程序之必要。

其一,投资者保护机构提起股东派生诉讼的直接目的在于挑选社会影响大、案情具有代表性的案件进行示范诉讼,为股东派生诉讼制度的广泛运用起到引领和示范作用,求精而不求量,并无意提起大量的股东派生诉讼,自然不会发生滥诉情形。其二,投资者保护机构作为公益性质组织,其提起股东派生诉讼是出于公益目的,是为了保护大多数中小投资者的利益、打击证券市场违法行为,并非为了自身的特殊利益,因而不存在自身利益与公司、股东利益相悖而损害股东利益进行滥诉、恶意诉讼的风险。且投资者保护机构在诉讼中不仅没有可得的特殊利益,还需要面对一定的诉讼成本和诉讼风险,缺乏滥诉的动机。其三,投资者保护机构在证券市场诉讼领域具有高度专业性,虽然尚未出台案件选择标准,但是投服中心已经明文规定了其选择特别代表人诉讼案件的标准和条件,选择股东派生诉讼案件的标准也已在研究和准备当中,可以预见其选择特别股东派生诉讼案件必然是审慎、专业、有明确标准且经过严格专家评估程序的,滥诉或者随意诉讼的风险已经在内部选择、评估程序中被消解,无须在进入司法程序时再次过滤。其四,随意诉讼甚至恶意诉讼会对被告所在公司的效益造成极大的负面影响,也就会直接或间接地损害公司股东的利益,这一举动将直接动摇投资者保护机构存在之根基,投资者保护机构爱惜自己在证券市场的名誉和声望,起诉时必然会审慎地衡量利益关系,不会作出有损投资者利益的行为。因此,从规制滥诉功能来看,前置程序在特别股东派生诉讼中并无存在之必要。

从制度目的的实现角度来看,前置程序的存在不仅缺乏必要性,还会严重阻碍特别派生诉讼制度在实践中的应用,与这一诉讼制度设立之初衷完全相悖。

根据2019年《证券法》第94条的规定,特别股东派生诉讼的被告范围是为不法行为给公司造成损失的董事、监事、高级管理人员,这些被告往往都是公司的实际控制人。他们十分清楚,投资者保护机构在证券市场有较高的声望且在证券诉讼领域

高度专业,一旦提起特别派生诉讼,就会引来广泛的社会关注且胜诉的可能性非常大。因此,当投资者保护机构向公司书面申请对这些公司的实际控制人提起诉讼时,前述被告为了维护自己的个人利益,尽可能避免与投资者保护机构对簿公堂,必然要求公司在30日内自行提起诉讼。对于这些公司的实际控制人来说,由处于自己掌控之下的公司作为原告提起诉讼显然比成为投资者保护机构的被告要好办得多,因为这样就能够控制原告在诉讼过程中按照被告的利益处分诉讼权利、达成对被告有利的调解,最大限度避免对自己不利的诉讼结果。也就是说,如果不取消特别派生诉讼的前置程序,那么在实践中,将很少有投资者保护机构能够完成前置程序真正进入审理阶段,股东的利益无法得到有效保护,特别派生诉讼制度亦会渐渐形同虚设。

从制度的价值选择来看,在保护股东权益和尊重公司自治价值之间,特别股东派生诉讼制度应当先尊重前者。因为不同于一般股东派生诉讼以保护私益为目的,特别股东派生诉讼本身就是为维护公共利益而设的。

厘清特别股东派生诉讼制度的制度价值偏好,需从公益性质投资者保护机构的产生机制说起。国外学者在分析东亚地区公益股东诉讼模式的产生机制时,多数观点都认为,<sup>①</sup>在市场法治环境和公司治理机制没有完全发展成熟的国家,没有足够的私人机制或者私人力量来保护广大投资者的合法权益,“保护投资者权益”这一公共产品的缺失,和现有股东诉讼的私人诉讼性质之间形成张力。这种张力催生了公益力量的介入,东亚国家或由大型社会公益组织衍生出保护中小投资者利益的公益职能,或由政府主导成立半官方性质的投资者保护机构,这些公益组织以保护投资者利益为活动目的,通过帮助中小投资者寻求司法救济的方式,填补了公司治理这一私人领域所缺乏的公共产品。而东亚地区的实践证明,这种方式是可行且高效的。

我国投资者保护机构的产生也完全符合上述规律。我国改革开放仅40余年,市场经济虽高速发展,但公司治理领域的各项规范机制尚未成熟,这一点在上市公司中表现尤为明显。我国上市公司内部治理结构并不清晰,内部自治与外部监督的共同规范逻辑尚未厘清,在公司经营乃至证券市场行为中的违法违规仍时有发生。上市公司董事、监事、高级管理人员的违法违规行为,严重损害公司利益、损害广大中小投资者的利益,也严重破坏了公司治理和证券市场的法秩序。在公司治理领域,尊重公司自治、提高公司管理效率和经济效益为私益,规制公司治理不法行为、保护广大投

---

<sup>①</sup> 详见本文第二部分。

投资者利益、维护公司治理之法秩序为公益,则如前所述,我国上市公司治理乃至整个证券市场都急切地需要一股在公司内部自治以外给予严格外部监督,以保护公共利益的力量。而要提供这一保护公共利益的力量,就世界范围的经验来看,有两种模式可供选择:一种是美国的“私人检察官”模式,通过律师的高额报酬和国家长期以来的兴讼文化,以积极的私人诉讼来对公司治理进行外部监督,从而提供保护投资者利益的公共力量。事实上,我国确实设有证券代表人诉讼和股东派生诉讼两种私人诉讼制度,为在前述违法违规行为中受到损害的投资者提供司法救济路径,然而司法实践表明这两种制度没有被充分应用。以股东派生诉讼为例,自2006年《公司法》引入派生诉讼制度后,我国审结涉及上市公司的股东派生诉讼案件总计仅17起。<sup>①</sup>这一制度之所以长期以来被束之高阁,一方面,是因为不法行为人通常是公司的实际控制人,相比之下,中小股东的力量非常弱小,无法掌握足以提起诉讼的信息、证据、专业知识等,大型上市公司侵权行为往往最严重、涉及最广,而原被告之间力量对比也最为悬殊;另一方面,股东派生诉讼制度是股东为公司之利益提起的诉讼,其性质决定了特定的原告股东在这一诉讼当中所能获得的利益通常是非直接的、非短期可见的,加之原被告之间的力量差异意味着原告股东需要承担的诉讼成本和诉讼风险巨大,如此,理性经济人往往不会选择提起高成本、低收益的股东派生诉讼。原告股东提起私人诉讼的动力本就不足,加之我国的律师报酬制度和诉讼文化原因,美国“私人检察官”模式不具有借鉴价值。从实践来看,我国确实选择了另一种公司治理领域公共产品提供模式——由公益性质的专业投资者保护机构参与公司治理活动,成为公司经营管理的的外部监督力量,通过提起公益诉讼来规制上市公司管理层因违法违规侵害公司和股东利益之行为。

综上所述,虽然公司治理属于私人领域,公司自治原则应当得到尊重,但是特别股东派生诉讼制度的诞生,本身就是为了填补公司治理这一私人领域因为对公司自治的尊重而导致的公共利益保护力量的匮乏。这一诉讼制度在诞生之时就以保护公益为价值底色,那么在具体制度的设计中,自然也应当首先考虑保护公益之需求。因此,当前置程序的存在确无功能必要,且阻碍了这一制度发挥其真正作用时,在特别股东派生诉讼程序中取消前置程序应当是最为合理的选择,而不必顾虑这一举措是否会破坏公司自治原则。

---

<sup>①</sup> 统计方式为通过北大法宝检索,同一案件的不同审理程序仅计数一次,故当年度审结案件数量不统计二审、再审、执行的案件数量。统计截止日期为2020年9月17日。

前文已经论证,在特别股东派生诉讼制度中,取消前置程序有助于兼顾公益与私益、实现保护投资者利益的制度目的,是最为合理的制度安排。然而,以立法或者司法解释的形式来确定前置程序规则,需要漫长的周期。而特别股东派生诉讼的实践启动没有办法再等待一整个规则制定周期,亟须通过一些社会影响大的特别股东派生诉讼案件来完成示范作用,尽快激活证券市场股东派生诉讼制度,以监督企业经营、规范市场秩序、保护中小投资者利益。因此,在特别程序规则制定完成之前,现阶段可以先通过对现有法律进行扩大解释的方式,为投资者保护机构绕过提前向公司申请之程序而直接提起诉讼提供规则依据。

我国《公司法》事实上已经规定了前置程序的豁免规则,其第151条规定,在遇到“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”之情形时,原告可以不经前置程序,直接提起派生诉讼。为使投资者保护机构提起特别股东派生诉讼能够绕过前置程序,可以通过司法解释或示范案例的形式,对“情况紧急”进行扩大解释。具体来说,可以解释为被告董事、监事、高级管理人员或实际控制人所为的不法行为性质严重、社会影响恶劣,已经给公司造成了巨大损失并严重扰乱了公司治理乃至整个证券市场交易秩序,严重侵害了公共利益,如果不立即起诉,被告作为公司控制人很可能通过销毁转移关键证据、自行起诉后恶意调解等方式逃脱赔偿责任,并继续为其不法行为,进而给公司和公司股东造成难以弥补的损失;或通过转移资产方式,使得判决结果难以执行,广大投资者之利益难以追回。

在域外的司法实践中,已经有法官认识到被告对公司的控制会影响前置程序的履行,并已有将“紧急情况”解释为被告可能恶意销毁证据以逃脱责任之情形的先例。在丁生宁诉丁志瑞案(Ting Sing Ning v. Ting Chek Swee)<sup>①</sup>中,新加坡高级法院认为,被告公司家族控股可能会影响派生诉讼之进行,因此当原告股东以“根据董事日前之作为可判断提前通知的前置程序将是无效的”,且“提前告知公司诉讼情况可能会导致证据被销毁之风险”为理由,向法院申请豁免前置程序时,法院同意了原告的请求。在此基础上,我国将“紧急情况”进一步解释为被告可能销毁证据或可能控制公司自行起诉后恶意调解以逃脱责任之情形,应为合理。

在对“紧急情况”进行扩大解释后,在特别股东派生诉讼的实践当中,投资者保护机构仅需向法院提供初步证据证明如下事项,即可绕过前置程序,直接进入案件审理

---

<sup>①</sup> Ting Sing Ning v. Ting Chek Swee [2008] 1 SLR (R) 197.

阶段:(1)被告是涉案公司的实际控制人,或有足够的力量控制公司自行起诉并在起诉后达成对自己有利的调解,或被告有销毁、转移证据和资产之迹象;(2)被告不法行为性质恶劣,严重侵害了公司治理之法秩序,且已经给公司和广大投资者造成了巨大的难以弥补的损失;(3)如果不立即制止不法行为,这种损失将继续产生。

因为对是否存在“紧急情况”的判断多为对未来可能发生之损失的预测推断,证明难度非常大,难以有确定的结论。因而投资者保护机构在证明上述事项时,仅需达到“盖然性占优势”的证明标准即可。也就是说,投服中心仅需就上述事项证明至其存在比不存在的可能性更大,令法官形成原告之主张更为令人信服的心证即可。

### (三) 特别诉讼费用规则

根据《诉讼费用交纳办法》之规定,股东派生诉讼作为财产类案件,案件受理费根据诉讼标的按超额累进比例计算。而投资者保护机构提起特别派生诉讼,往往选择的是诉讼标的额较大的侵权案件,这就意味着投资者保护机构在起诉时,需要预交一大笔案件受理费,且一旦败诉,就需要自行承担这笔高昂的诉讼费用。投资者保护机构作为非营利组织,高昂的诉讼费用构成了机构提起派生诉讼的极大现实困难,不利于其中小投资者保护职能的履行。

高额案件受理费,不仅是投资者保护机构提起诉讼、履行职能的现实困难,也与特别股东派生诉讼的公益性质相悖。

从法理上来说,在民事诉讼中征收诉讼费用之目的,无外乎如下几种:其一,制裁民事违法行为,诉讼费用最终由败诉方承担,而败诉一方之所以会败诉,通常都是由于其违反了法律规定或合同约定,给对方合法权益造成损害,负担诉讼费用具有一定的制裁性质;其二,减少纳税人负担和国家财政开支,民事诉讼案件通常都是权利个体之间的权益之争,与其他社会成员不存在直接利害关系,故而不应当由国家支付诉讼费用,也即不应当由全体纳税人承担这笔费用;其三,防止权利人滥用诉权,诉讼费用特别是案件受理费预交制度,能够有效防止少数当事人动辄为了一些琐事诉诸法院,甚至无理取闹、缠讼不休。<sup>①</sup>

而特别股东派生诉讼作为一种民事公益诉讼,与诉讼费用征收制度所要达成之目的几乎没有任何关联。其一,在特别股东派生诉讼中,投资者保护机构作为民事公益诉讼之适格原告,本身与案件并无直接利害关系,也与被告无利益纠纷,即使在诉

<sup>①</sup> 江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2016年版,第240页。

讼中败诉,败诉原因也不可能是违反了法律规定或合同约定,所谓制裁自然无从谈起。其二,特别股东派生诉讼并不仅是权利个体之间的利益之争,而是涉及社会公共利益的,且投资者保护机构的经费本就源于国家拨款,因而也就不存在减少纳税人负担和国家财政开支之说法。其三,关于滥诉的顾虑在前文中已经有所论述,无论是从投资者保护机构案件选择评估机制的专业性来看,还是从其提起派生诉讼的公益目的来看,抑或是从其提起派生诉讼的成本与收益情况来看,投资者保护机构都没有滥诉甚至恶意诉讼的动机,也就无须再以诉讼费用来阻止其滥诉。因此,从诉讼费用的原理来看,收取特别股东派生诉讼之诉讼费用,特别是令其预交案件受理费,并无合理的法理依据。

事实上,在公益诉讼案件中应以适当的特别费用规则减轻为公共利益进行诉讼活动一方的诉讼经济压力,这一点在理论研究中已基本达成了共识,也在各国的立法实践中有所体现。我国为环境公益诉讼确定了部分特别费用规则,最高人民法院《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》规定,“原告交纳诉讼费用确有困难,依法申请缓交的,人民法院应予准许。败诉或者部分败诉的原告申请减交或者免交诉讼费用的,人民法院应当依照《诉讼费用交纳办法》的规定,视原告的经济状况和案件的审理情况决定是否准许”;“原告请求被告承担检验、鉴定费用,合理的律师费以及为诉讼支出的其他合理费用的,人民法院可以依法予以支持”。与此同时,学术界也对我国在民事公益诉讼中适用特别诉讼费用规则提出了更高的期待,“在诉讼费用方面,由于公益诉讼的目的是维护社会公共利益,诉讼费用应该由国家埋单,可以采取公益诉讼原告免交案件受理费、如果胜诉则由败诉方承担案件受理费的方法,以免胜诉时也由国家埋单”。<sup>①</sup>

综上所述,基于投资者保护机构交纳案件受理费之现实困难,也基于为公益诉讼原告方减轻诉讼费用负担之法理依据,在确定特别股东派生诉讼之特别费用规则时,一方面,应当同证券特别代表人诉讼一样,规定投资者保护机构提起特别股东派生诉讼无须预交案件受理费;另一方面,在败诉时诉讼费用承担的问题上,可以为诉讼费用规定一个较低的上限,超过上限的部分暂免征收。如此,虽然投资者保护机构仍然需要承担一定的诉讼风险,但至少在提起诉讼标的金额巨大的大规模案件时,可以不再有诉讼费用方面的顾虑。

<sup>①</sup> 张卫平:《民事公益诉讼原则的制度化及实施研究》,载《清华法学》2013年第4期。

#### (四) 特别举证责任分配规则

通常来说,在民事公益诉讼中所需证明的事项包括如下6项:(1)是否有侵害公共利益的事件发生;(2)该事件是否造成了公共利益的损失;(3)造成该损害的责任人是否具有法律责任能力;(4)行为与结果之间是否具有因果关系;(5)造成该公益损害事件责任人的行为是否具有违法性;(6)行为人是否具有过错。<sup>①</sup>

在特别股东派生诉讼当中,若依“谁主张,谁举证”的原则,令原告完成上述全部事项的举证,是非常困难的。第一,特别股东派生诉讼的被告通常都是公司核心管理人员或控制人员,要完整地证明其不法行为,必然需要涉及上市公司最核心的业务甚至是机密,投资者保护机构虽然较于普通股东具有更强大的信息收集能力,但仍然不足以获取上市公司的内部交易和治理数据。第二,正如在本文第四章所列特别股东派生诉讼之主要诉由中已经阐明的那样,不法行为人在占用公司资金、对外违规担保、控制公司进行不正当关联交易时,必然不会简单粗暴地将不法行为暴露在公众的视野当中,而是通过一些看似正常、合理的公司经营活动来掩盖自己的侵权行为,并且会对会计信息的产生与提供进行控制,以使公司表面的交易数据看起来毫无破绽甚至效益颇佳。如此,即使投资者保护机构获得了涉诉公司的核心交易数据,也很难在被告股东辩称称公司利益之受损属于正常的经营活动所伴随的正常亏损风险时,证明被告股东是基于不法目的而故意侵害公司利益。第三,因为证券市场本身具有一定的波动性和风险性,当公司利益和股东利益受到损害时,投资者服务中心很难证明被告不法行为和公司及股东所受利益损害之间的因果关系。而且现实情况往往更为复杂,因为公司和股东利益受到的损害并不是某一天突然发生的,而是在一定周期内持续发生,从被告开始为不法行为到提起派生诉讼这一段时间之内,公司和股东利益之损失很可能一部分是由于受到被告的不法侵害,而另一部分则确实是因为市场外部环境的波动风险造成的,在此情况之下要证明侵权行为与侵害结果之因果关系无疑更加困难。

因此,当派生诉讼中被告是公司控制股东、董事、监事、高级管理人员时,减轻原告的举证责任是非常必要的。德国早在2005年《股份公司法》修改时便关注了这一点,并采取了相应的举措。德国《股份公司法》第93条董事会成员违反注意义务承担赔偿责任的规定和第117条第三人利用公司董事或监事损害公司利益时董事或监事

<sup>①</sup> 宋朝武:《论公益诉讼的十大基本问题》,载《中国政法大学学报》2010年第1期。



承担连带责任的规定中都有提及：“(原告)对他们是否履行了一名正直的、有责任心的领导人所应负注意义务存在质疑的,公司董事会成员(和监事会成员)对于他们是否真正履行了注意义务负有举证责任。”<sup>①</sup>

事实上,举证责任倒置规则在我国民事公益诉讼领域已经有实践之先例。在环境民事公益诉讼证明责任的承担问题上,我国《民事诉讼法》虽未明确规定,但是根据司法解释中的表述,可以看出环境民事公益诉讼举证责任分配规则的立法态度追随了我国原《侵权责任法》第66条所规定的环境侵权案件举证责任倒置规则,原告仅需就“被告的行为已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的初步证明材料”承担举证责任。同时,在法院认为必要的情况下,对审理案件所需要的证据需主动调查收集。

综上所述,在特别股东派生诉讼的举证责任规则方面,我国可以参考德国股东派生诉讼的做法和我国环境民事公益诉讼的做法,采用举证责任倒置规则,由原告提供初步证据证明其对被告董事、监事、高级管理人员为不法行为之怀疑是合理的,这一初步证据得以成立后,举证责任转移至被告,由被告提供证据证明其对公司履行了应尽的忠实和注意义务,没有作出有损公司利益的不法行为。对应本节开头所列民事公益诉讼所需证明的6项事项,则在股东特别派生诉讼中,原告仅需证明:(1)是否有侵害公共利益的事件发生;(2)该事件是否造成了公共利益的损失以及损失的态样,且证明仅需达到足以构成对不法行为之合理怀疑的程度,余下4项则由被告承担证明责任。

此外,基于特别股东派生诉讼案件所涉事项的特殊性和其核心证据收集困难性,在证据收集能力方面也应当给予投服中心尽可能多的便利。一方面,法院应当依职权调查收集证据,调查范围不限于当事人申请调查的范围;<sup>②</sup>另一方面,如证监会对涉诉不法行为已经进行过相关调查,则基于证监会与投资者保护机构保护投资者权益、规制证券市场不法行为的目的同一性,应当健全证监会与投资者保护机构的数据、证据共享机制,允许投资者保护机构直接向法院提交从证监会获得的相关信息作为本案证据。对于确因特殊原因,不便直接与投资者保护机构实现共享的数据信息,则应由法院出具调查令,以赋予投服中心取证之便。

<sup>①</sup> German Stock Corporation Act § 93(2); German Stock Corporation Act § 117(2).

<sup>②</sup> 肖建国:《民事公益诉讼模式选择与程序建构的建议》,载《法制日报》2014年2月12日,第12版。

## (五) 特别派生诉讼适用特别程序规则之实践紧迫性

### 1. 证券特别代表人诉讼制度概述

证券特别代表人诉讼制度,是指在证券代表人诉讼纠纷中,投资者保护机构受50名以上投资者委托,可以作为诉讼代表人参加诉讼,并在诉讼程序中适用部分特别程序规则的诉讼制度。

我国《民事诉讼法》第53条、第54条规定了两种代表人诉讼。其中第53条规定了人数确定的代表人诉讼制度,即人数众多的代表人诉讼,可以由当事人推选代表人进行诉讼。第54条则规定了人数不确定的代表人诉讼制度,即针对同一种类的诉讼标的,在起诉时当事人一方人数尚未确定的,人民法院可以发出公告,通知权利人在一定期间内向人民法院登记以成为共同原告。随着近年来我国证券市场的发展,大规模侵害中小投资者合法权益的事件时有发生,为了更好地解决证券纠纷、保护中小投资者合法权益、规范证券市场秩序,2019年12月,《证券法》修订后新增第95条,就证券民事赔偿领域的代表人诉讼进行了专门的规定,其中第3款创设性地规定了证券特别代表人诉讼制度。2020年7月,最高人民法院出台《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》(以下简称最高法《规定》),对普通和特别证券代表人诉讼的具体诉讼程序运作进行了详细规范。至此,我国正式搭建起了加入制与退出制并存、普通代表人诉讼和特别代表人诉讼相结合<sup>①</sup>的证券代表人诉讼制度完整框架。

2019年新《证券法》第95条第1款规定了人数确定的普通代表人诉讼,即投资者提起虚假陈述等证券民事赔偿诉讼时,诉讼标的是同一种类,且当事人一方人数众多的,可以依法推选代表人进行诉讼。第2款规定了人数不确定的普通代表人诉讼,即投资者提起证券民事赔偿诉讼时,可能存在有相同诉讼请求的其他众多投资者的,人民法院可以发出公告,说明该诉讼请求的案件情况,通知投资者在一定期间向人民法院登记,人民法院作出的判决、裁定,对参加登记的投资者发生法律效力。同时,最高法《规定》对普通代表人诉讼的管辖规则、原告确定、代表人选任、判决效力和调解等具体程序问题进行了详细规范。

2019年《证券法》第95条第3款则第一次明确规定了证券特别代表人诉讼制度:“投资者保护机构受五十名以上投资者委托,可以作为代表人参加诉讼,并为经证券登记结算机构确认的权利人依照前款规定向人民法院登记,但投资者明确表示不

<sup>①</sup> 参加张文研:《证券集体诉讼制度为投资者护航》,载《证券时报》2020年9月3日,A03版。

愿意参加该诉讼的除外。”最高法《规定》也对这一特别代表人诉讼制度进行了更为具体的规范,在一般程序适用普通代表人诉讼中人数未确定之代表人诉讼程序规则的基础上,出于其诉讼主体的特殊性,在原告范围确定、管辖、诉讼费用等方面对证券特别代表人诉讼作出了诸多特别程序安排,具体如下。

首先,在原告范围的确定方面,一般代表人诉讼采用“加入制”,法院发布通告之后由权利人自行向法院登记,法院经审核认为符合权利人范围的则列为原告。而特别代表人诉讼制度采用“退出制”,司法解释规定在特别代表人诉讼当中,投资者保护机构需依据公告确定的权利人范围向证券登记结算机构调取的权利人名单,法院对投资者保护机构提供的权利人应当予以登记,列入代表人诉讼原告名单,并通知全体原告。前述投资者若不愿意参加诉讼的,应当在公告期间届满后 15 日内向法院声明退出,判决、裁定的效力不及于明确声明退出的投资者。若投资者 15 日内未明示退出的,则视为同意参加该特别代表人诉讼。<sup>①</sup> 此即谓之“默示加入,明示退出”的原告范围确定规则。该种原告范围确定方式意味着在投资者保护机构参与的证券特别代表人诉讼中,有关权利人无须作出任何积极举动,就能在胜诉的情况下获得赔偿,这一举措提高了专业机构保护投资者合法权益的效率,对规范证券市场秩序具有重要意义。

其次,在管辖方面,证券特别代表人诉讼案件在普通代表人诉讼案件由省、自治区、直辖市人民政府所在的市、计划单列市和经济特区的中级人民法院或者专门人民法院管辖的集中管辖规则基础上,进行了更进一步的集中管辖。最高法《规定》指出,特别代表人诉讼案件应当由涉诉证券集中交易的证券交易所、国务院批准的其他全国性证券交易场所所在地的中级人民法院或者专门人民法院管辖。<sup>②</sup> 对普通代表人诉讼有管辖权的法院按照普通代表人诉讼程序发布权利登记公告后,若投资者保护机构受 50 名以上权利人授权作为特别代表人参加诉讼,则该诉讼案件成为特别代表人诉讼案件,应当移送给前述对特别代表人诉讼有管辖权的人民法院管辖。<sup>③</sup>

最后,在诉讼费用方面,出于对证券特别代表人诉讼的公益性质的考虑,最高法《规定》在诉讼费用方面给予了特别待遇。最高法《规定》第 39 条明确特别代表人诉讼案件无须预交案件受理费,第 40 条则规定投资者保护机构在特别代表人诉讼中申

---

① 最高人民法院《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》第 34、35 条。

② 最高人民法院《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》第 2 条。

③ 最高人民法院《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》第 32 条。

请财产保全的,法院可以不要求其提供担保。

除此之外,因特别代表人作为投资者保护机构的特殊性,相比一般代表人其被赋予了更多保护投资者利益的义务。比如,最高法《规定》第38条要求投资者保护机构应当采取必要措施保障被代表的投资者持续了解案件审理的进展情况,回应投资者的诉求,对投资者提出的意见和建议不予采纳则须对投资者做好解释工作。

总体来说,2019年《证券法》第95条、各地法院处理证券群体性纠纷实践经验和对证券代表人诉讼机制的具体化探索经验、最高法《规定》,以及投服中心作为特别证券代表人诉讼主体,为履行立法所赋予的职责而出台的《中证中小投资者服务中心特别代表人诉讼业务规则(试行)》,共同构成了我国证券特别代表人诉讼制度的完整制度框架和具体操作规则,为该项制度在实践中的应用扫清了障碍、铺平了道路。

## 2. 特别股东派生诉讼的双重性质

同为2019年《证券法》为保护中小投资者利益、规范证券市场交易和管理而新设的诉讼制度,特别证券代表人诉讼制度已经形成了相对完整和成熟的规则体系,特别股东派生诉讼制度的发展则要滞后得多,尚无相关的司法解释,各地方法院也没有针对该制度规定专门的程序细则,投服中心亦仅出台了特别证券代表人诉讼的业务规则,而未对特别股东派生诉讼的实践操作规则进行细化规范。也就是说,股东派生诉讼在实践中具体应当如何适用、特别股东派生诉讼相比一般股东派生诉讼享有何种特别程序规则,尚未明确。

本部分的前半部分从应然的角度,对特别股东派生诉讼应当适用何种特别程序规则提出了立法建议并进行了具体论述,然而制度的改革、具体规范的制定都需要大量的时间来进行尝试和斟酌。如上所述,目前我国上市公司内部治理尚不完备,在公司经营乃至证券市场行为中的违法违规时有发生,特别股东派生诉讼的实践启动没有办法再等待一整个规则制定周期,亟须通过一些社会影响大、具有典型性的特别股东派生诉讼案件来完成诉讼示范,以尽快激活上市公司股东派生诉讼制度的应用,以监督企业经营、规范市场秩序、保护中小投资者利益。

基于特别派生诉讼的实践紧迫性,为了使股东派生诉讼制度能够尽快开启司法实践的探索进程,在派生诉讼具体规则体系构建完成之前,现阶段可以先通过司法解释或示范案例的形式,承认特别派生诉讼在符合特定条件的情况下具有“代表”和“派生”双重性质,以使投资者保护机构提起特别股东派生诉讼符合特定条件时能够适用特别证券代表人诉讼的部分程序规则。具体来说,可以规定当投资者保护机构

受 50 名以上公司股东的委托提起特别派生诉讼时,该诉讼得以适用特别代表人诉讼的特别管辖规则、诉讼费用规则、担保规则。如此,特别股东派生诉讼在管辖和诉讼费用方面的现实困境可迎刃而解。当投资者保护机构受到 50 名以上公司股东的委托提起股东派生诉讼,可以直接适用特别代表人诉讼之特别程序规则,在管辖上,由证券交易所所在地中级人民法院或专门人民法院管辖,以提高诉讼效率、保证法院专业性、避免地方保护主义,并且在调查取证和执行上更加便利。在诉讼费用上,投资者保护机构作为特别派生诉讼的原告无须预交案件受理费,原告在诉讼中申请财产保全的,亦可以不提供担保,可暂时解决投资者保护机构的非营利性与其进行公益诉讼活动所需承担巨额诉讼费用之间的矛盾问题。

当然,承认股东特别派生诉讼在特定条件下的“派生”与“代表”双重性质,并非因为制度急于实践而进行的牵强附会之举,而是有其严密的制度价值与制度逻辑基础的,无论是从立法目的还是法律条文的文意来看,都是合理且必要的。

特别股东派生诉讼制度与特别证券代表人诉讼制度有相同的制度特点和价值基调,是《证券法》设立的两项一脉相通、相辅相成的诉讼制度。谓之一脉相通,是因为特别股东派生诉讼与特别证券代表人诉讼的诉讼主体都是投资者保护机构,诉讼性质都是证券领域带有公益性质的诉讼,其制度之设立,都是因为近年来证券市场违法违规行时有发生,公司和股东的利益受到侵害,而现有的一般派生诉讼和普通代表人诉讼两种私人诉讼制度,因为诉讼成本高、原被告力量悬殊等问题,没能充分发挥其为上市公司交易提供外部监督、规制违法行为的制度功能,没能为广大投资者利益提供足够的保护,故而由公益组织进入证券市场的交易活动并通过提起公益诉讼的方式来监督公司治理和证券交易、维护市场秩序、保护投资者利益,弥补私人诉讼无法提供足够公共产品的“短板”。简洁地说,特别股东派生诉讼和特别证券代表人诉讼都以保护公共利益为价值基调,其制度目的都是为公益组织进入证券市场并通过诉讼方式保护投资者利益、维护证券市场秩序等公共利益提供制度保障和程序便利。两者的不同之处仅在于,特别派生诉讼制度侧重于为上市公司内部治理提供外部监督、规制公司管理人员的不法行为,而特别代表人诉讼制度侧重于为证券市场的广泛交易行为提供外部监督、规制公司的不法行为。诉讼性质的同一性和制度价值的一致性,是特别股东派生诉讼在特定条件下得以被解释为一种特别代表人诉讼的前提条件。

谓之相辅相成,是因为这两项诉讼制度都以规制公司及公司管理人违法违规行

为、保护投资者合法权益为目的,但又各有侧重、相互补缺。特别证券代表人诉讼为因上市公司不法行为而受到直接权益侵害的投资者提供救济途径,而特别股东派生诉讼,则是为因公司管理控制人的不法行为或失职行为使公司利益受到损害,公司又怠于行使自身权利,从而受到间接利益损害的股东提供救济路径。前者由投资者保护机构为原告投资者之利益,向为不法行为的上市公司起诉索赔,重点在于规制以公司集体意志作出的违法行为;后者则是由投资者保护机构为涉诉公司之利益,向为不法行为给公司造成损失的董事、监事、高级管理人员起诉索赔,重点在于规制公司管理控制人员违背公司利益的不法或失职行为。前者的救济方式是股东得以直接从公司获得赔偿金额,从而在短期之内弥补所遭受的损失;后者的救济方式是使公司获得损害赔偿、肃清内部管理秩序,从而维护公司股东更为长远和稳定的投资利益。其对于维护证券市场的秩序、保护广大投资者合法权益具有同等的重要性,也具有同等的实践紧迫性。只有两项诉讼制度共同推进,才能将上市公司内部治理和证券市场交易中的违法违规行径追责到底,既追究公司的赔偿责任,又追究公司管理层的赔偿责任,让公司和其实际控制人之间无法互为“挡箭牌”;才能兼顾股东同时作为不法行为受害人和公司成员的角色,既保障股东短期受偿利益,又保障其长远投资利益。因此,通过适用特别代表人诉讼程序规则的方式,使特别派生诉讼得以正式迈入实践,对于这两项诉讼制度之功能发挥都具有重要意义。

此外,将投资者保护机构受到 50 名以上公司股东的委托提起股东派生诉讼之情形解释为具有特别证券代表人诉讼性质,从法律条文的文意来看亦为合理。

相较普通代表人诉讼,特别代表人诉讼之“特别”在于:其一,由投资者保护机构这一公益组织进行诉讼;其二,投资者保护机构在参与诉讼前受到了 50 名以上权利人的委托,是代表这 50 名以上权利人的意志参与到该项诉讼当中。而相较一般股东派生诉讼,特别股东派生诉讼之“特别”仅在于其由投资者保护机构这一公益组织提起诉讼。

当特别股东派生诉讼加上前述“受到 50 名以上公司股东的委托提起派生诉讼”这一条件后,一方面,虽然这 50 名股东并未在形式上作为原告参与诉讼,但实质上投保机构是受这 50 名以上股东委托,代表这些股东的意志提起派生诉讼、进行具体诉讼活动,在本质上已经具备了“代表人诉讼”的性质;另一方面,受到 50 名以上公司股东委托后提起的特别股东派生诉讼,其“特别”之含义已经与特别代表人诉讼中“特别”之含义相同。故此通过司法解释或示范案件,将投保机构受到 50 名以上股东委

托提起的派生诉讼解释为“具有特别代表人诉讼性质”的特别股东派生诉讼,是符合法律条文之文意的。

综上所述,在特别股东派生诉讼的具体诉讼程序规则完整框架构建完成之前,先通过司法解释或示范案例的形式,承认当投资者保护机构受 50 名以上公司股东的委托提起特别派生诉讼时,该诉讼具有“特别股东派生诉讼”和“特别证券代表人诉讼”双重性质,从而得以适用特别证券代表人诉讼特别管辖规则、特别费用规则、特别担保规则等特别程序规则,从制度价值、诉讼性质与条文文意来看都具有其合理性和必要性,既有助于特别股东派生诉讼尽快迈入实践进程,也有助于新《证券法》所设两项特别诉讼制度立法目的的实现。

#### (六) 被告范围特别规则之回归

前文论述了投资者保护机构提起股东派生诉讼在管辖、举证、前置程序、诉讼费用方面适用特别程序规则之必要性。事实上在现有法律规范中,已经对特别股东派生诉讼进行了部分特别的制度安排:一是在原告资格范围上,对投资者保护机构的持股时间和持股比例取消限制;二是在被告范围上,对投资者保护机构提起股东派生诉讼的适格被告进行了限制。我国公司法规定,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或他人侵犯公司合法权益,而公司怠于行使自己权利的情形下,股东可以为公司的利益提起派生诉讼。也即我国一般股东派生诉讼的适格被告可以是对公司负有忠实勤勉义务的董事、监事、高级管理人员,也可以是其他任何侵犯公司利益的第三人。而《证券法》第 94 条则规定,仅在“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”的情形下,投资者保护机构才能提起股东派生诉讼。也就是说,投资者保护机构不能将除公司控股股东、董事、监事、高级管理人员之外的第三人作为派生诉讼被告。这一被告范围的特别限制多有不合理之处。

其一,如果上市公司因内部管理机制原因,其主要的经营行为由公司董事、监事、高级管理人员以下职级的员工负责,而公司董事、监事、高级管理人员又没有进行合理的监督和管理,那么实际负责公司事务的员工相当于有了进行占用资金、违规担保、关联交易等不法行为的空间和能力。这样的不法行为人在一般股东派生诉讼中可以以“第三人”的身份成为被告,但在特别股东派生诉讼中却因被告范围的特别规范而无从追责,虽能以未尽勤勉义务为由追究公司董事、监事、高级管理人员玩忽职

守之责,然终究无法对所有不法行为人追责到底,也就无法真正达到规制公司治理违法行为之目的。

其二,无论是出于规制滥诉之需,还是出于不以公益力量对抗公司交易对象的公平性考量,对特别股东派生诉讼被告范围的限缩都并无必要。前文已经论证,投资者保护机构无滥诉之动机和可能,且出于投资者保护机构的案件挑选规则,其并不会随意对与公司有一般性民事纠纷的交易方提起派生诉讼,而只会选择那些有重大侵害公司利益之违法行为的,或股东自身难以抗衡的第三人作为股东派生诉讼被告,如此以公益力量起诉第三人既不违背制度之初衷也不违背公平原则。

因此,在投资者保护机构提起股东派生诉讼的被告范围方面,应当回归一般性制度规范,允许投资者保护机构对侵犯公司利益的任意第三人提起派生诉讼。

## 结 论

随着我国证券市场的不断发展成熟,投资者利益的保护受到越来越多重视。《证券法》中设专章规定了投资者保护制度,其中第94条赋予了投资者保护机构以特别原告资格,规定其提起股东派生诉讼不受公司法对原告股东持股时间与比例之限制。本文对域外非营利投资者保护组织提起派生诉讼之先行经验进行考察,对我国投资者保护机构提起股东派生诉讼可能遇到的现实困难进行梳理,并提出了相应的立法和实践解决方案。具体来说,包括明确特别股东派生诉讼之公益诉讼性质、尽快制定具体程序规则。并建议在具体程序规则的制定中,一方面,要制定明确的诉由规则,将上市公司控股股东、董事、监事、高级管理人员占用公司资金、违规对外担保、进行不正当关联交易、控制公司进行违规披露、未履行对公司忠实勤勉义务等情形确定为特别股东派生诉讼的可诉范围;另一方面,要充分考虑该项诉讼制度在司法实践中的现实困难,对部分程序事项作出特别制度安排,包括确定专属管辖、取消前置程序、免交案件受理费、举证责任倒置等。但因特别股东派生诉讼作为一项新生的诉讼制度,国内尚未有任何司法实践案例可供观察与研究,文中诸多立法与司法建议,暂时只能从理论层面论述其合理性。期望未来该项诉讼制度能够有司法实践上的探索与突破,为特别股东派生诉讼制度之完善这一课题提供更为翔实的研究数据。