



引用格式:王阁. 美国的股东派生诉讼前置程序制度框架及对我国的启示[J]. 郑州轻工业学院学报(社会科学版), 2016, 17(4/5): 63-69.

中图分类号:DF718.1 文献标识码:A

DOI:10.3969/j.issn.1009-3729.2016.04/05.007

文章编号:1009-3729(2016)04/05-0063-07

美国的股东派生诉讼前置程序制度框架及对我国的启示

Institutional framework shareholder derivative suit prepositional procedure of America and it's enlightenment for China

王阁

WANG Ge

郑州轻工业学院 政法学院, 河南 郑州 450001

摘要: 股东派生诉讼前置程序作为一种特殊的民事诉讼前置程序,在促进公司与股东和解、实现纠纷诉讼外解决方面发挥着积极作用。由公司治理结构和社会传统所决定,美国的股东派生诉讼前置程序的内容架构具有明显特色,并对该程序的纠纷解决功能产生了重要影响。我国《公司法》有必要从中借鉴合理成分,以完善我国股东派生诉讼前置程序,促进其诉讼外纠纷解决功能的有效发挥。美国的股东派生诉讼前置程序制度框架对我国诉讼外纠纷的解决有重要启示:重视股东派生诉讼前置程序的平衡作用,确定股东派生诉讼前置程序的合理请求对象,增加法院对股东派生诉讼前置程序的审查,以及强化股东派生诉讼前置程序的程序法地位。

关键词:

非讼解纷机制;
股东派生诉讼前置程序;
纠纷诉讼外解决

收稿日期:2016-03-02

基金项目:国家社科基金项目(16BFZ129);河南省高等学校哲学社会科学创新团队支持计划(2016-CXTD-09)

作者简介:王阁(1975—),女,河南省栾川县人,郑州轻工业学院校聘副教授,博士,主要研究方向:民事诉讼法、司法制度。

2005年10月第三次修订的我国《公司法》在引入股东派生诉讼制度的同时规定了前置程序,要求股东在提起派生诉讼之前,必须首先请求公司出面就侵权行为人的侵权行为提起诉讼,只有在公司拒绝或怠于向侵权行为人提起诉讼时,股东才能取得对公司利益的代位权,向法院提起股东派生诉讼。在2013年《公司法》的最新修订中,该制度继续得以保留。毋庸置疑,股东派生诉讼虽起因于公司法律问题,但由于其程序运行仍须遵循民事诉讼的轨道,因此就其本质而言,仍是一种特殊的民事诉讼,股东派生诉讼前置程序因而也属于民事诉讼的前置程序。当前,随着我国登记立案制度的实施,法院面临的诉讼压力势必加重,而借鉴国外的相关经验,可在一定程度上缓解这种压力。域外实行立案登记制的国家和地区,通过大量成熟的替代性纠纷解决机制对案件进行分流,有效避免了诉讼爆炸式增长。民事诉讼前置程序因其所处时段的特殊性,能够在诉讼之前实现纠纷的化解,从而必然会在多元纠纷解决机制中发挥积极作用。^[1]但遗憾的是,有学者虽从纠纷解决视角就我国民事诉讼前置程序的基本类型进行过专门探讨^[2],但或许因为股东派生诉讼前置程序被规定在《公司法》中,学界多从该部门法视角展开讨论,罕有从民事诉讼前置程序这一本质属性出发展开研究的。鉴于此,本文拟以美国股东派生诉讼前置程序为样本,通过对其诉讼外纠纷解决功能的考察,探讨我国可以从中借鉴的经验。

一、股东派生诉讼前置程序的诉讼外纠纷解决功能

本质上,股东派生诉讼前置程序是在股东提起派生诉讼之前,强制设置的一道由股东征询公司是否由公司自己提起诉讼的程序。如果经股东请求,公司同意自己提起诉讼,那么就由

公司作为原告提起侵权损害赔偿之诉;如果公司明确拒绝股东的请求,或对股东的请求置之不理,股东方能作为原告提出由公司直接诉讼所派生出的侵权损害赔偿之诉,即股东派生诉讼。对于股东派生诉讼前置程序在《公司法》层面的功能或价值,学者已多有论及,况且本文是在非讼纠纷解决的视角下展开分析的,因而对此不再赘述。笔者关注的是,股东派生诉讼前置程序作为民事诉讼前置程序的一种,是否具有诉讼外纠纷解决的功能?如果有,这一功能又是如何发挥的?因为乍看上去,股东派生诉讼前置程序只是一个股东“请求”或“询问”公司的程序,与劳动争议仲裁等民事诉讼前置程序不同,它不是在争议双方之间展开的,本身似乎并不能直接解决纠纷。

众所周知,民事纠纷有三种解决方式:私力救济、社会救济和公力救济。股东派生诉讼前置程序仅在股东与公司之间展开,没有第三方的参与,因此如果该程序具有纠纷解决功能的话,只可能通过私力救济方式,即通过和解来实现。而欲回答股东派生诉讼前置程序是否具有使纠纷和解的功能,则必须回到该程序的运行中去,分析股东“请求”行为可能产生的影响,以及公司对股东“请求”行为的反应。从理论上讲,股东的“请求”无非导致两种结果:公司提出损害赔偿之诉和公司不提出损害赔偿之诉。在第一种情形下,股东派生前置程序本身并没有使原有的侵权纠纷得到解决,只是起到了推动公司提起诉讼的作用。第二种情形则略显复杂,公司不提起侵权损害赔偿诉讼,既可能是因为公司认为股东的请求不合理而拒绝提起,也可能是因为公司和股东达成了协议,认为通过诉讼解决原来的侵权纠纷不必要。因此在第二种情形下,实际上包含了使纠纷得以和解的契机:一方面,股东派生诉讼前置程序要求股东在提起诉讼之前与公司先行交涉,这会敦促

公司积极采取措施使侵权方予以合理补救,从而让股东愿意放弃诉讼的打算而达成和解。股东派生诉讼的提起将使国家公权力介入公司纠纷的解决,有可能造成股东与公司之间的情绪对立,影响公司内部团结和公司的长远发展。前置程序的设置则可以使股东在公司拒绝起诉或怠于起诉的情况下,能够提起基于公司权利的“派生”诉讼,阻却股东直接超越公司诉权的可能,有利于维护公司的“原始”诉权,尊重公司的独立判断,并能为股东与公司之间有可能出现的矛盾局面创造一个缓解的机会;另一方面,强制性地要求股东在提起派生诉讼之前与公司先行交涉,也可为公司提供就起诉之利弊与股东进行交流的机会。因为当公司受到侵害时,提起侵权损害赔偿之诉的适格原告应是公司,而非公司的股东,由公司基于自身经营发展来判断是否诉讼,才最合乎理性市场主体追求利益最大化的需要。如果通过分析认为起诉对公司带来的不利影响大于公司通过起诉所获的利益,也会动摇小股东的诉讼决定,进而敦促诉前和解的实现。

综上所述,借助股东派生诉讼前置程序所诱导的诉前和解机制,股东派生诉讼前置程序具有间接的纠纷解决功能,并因此被打上了非讼解纷机制的属性标签。

二、美国股东派生诉讼前置程序诉讼外纠纷解决功能的制度架构

众所周知,相比于其他国家,美国的股东派生诉讼更为盛行,有关股东派生诉讼的规则也被认为是成熟的和良好发展的,其前置程序的设置最早可追溯至 1882 年 *Haves v Oakland* 一案。^[3] 由于美国并没有一部联邦层面的《公司法》,而是将此法的立法权交由各州行使,所以美国律师协会制定的《示范商事公司法》和美国法律研究院制定的《公司治理原则》,是美国

影响较大的两部公司法,它们关于股东派生诉讼前置程序的规定差不多已为所有州采用。^[4] 此外,美国《联邦民事程序规则》也有关于股东派生诉讼前置程序的规定。在有的州,股东派生诉讼前置程序甚至还被置于法院规则内(如特拉华州、华盛顿州)。^[5] 而纵观美国既有立法,可以发现,其股东派生诉讼前置程序的诉讼外纠纷解决功能,是通过以下具体制度架构得以体现的。

1. 适格请求人

从程序行进的角度看,股东派生诉讼的原告不仅应当满足经过前置程序之后的特定条件,还应当符合进入前置程序之前申请人的实质资格,因此“这两种主体的适格要求在实质上是统一的,这是保障前置程序与诉讼程序连续衔接的必然要求”^[6]。从美国立法关于股东派生诉讼原告的要求可知,前置程序中的适格请求人须具备以下条件:一是享有同期所有权的股东。《联邦民事程序规则》第 23.1 条规定,提出诉前请求的股东必须在“申请的交易发生时,是公司的股东……或者……股票……是依法取得的”。《示范商事公司法》第 7.41(1)条规定,股东不能提起或维持派生诉讼,除非该股东在被诉作为或不作为发生时已经是公司股东或者依法从当时是公司股东的人处受让股份而成为股东。可以看出,这两部立法对“同期所有权”中“同期”的界定相同,均以“被诉行为发生时”作为判断标准。需要说明的是,《公司治理原则》有所不同,而是以“被指控的不法行为的实质性事实被公开披露前或者在知道或被特别告知有关不法行为的实质性事实之前”为标准。^[7] 不过,《示范商事公司法》的“同期所有权”规则为多数州所采纳。二是能公正、充分地代表公司的利益。在这一点上,《联邦民事程序规则》《示范商事公司法》和《公司治理原则》虽表述不同,但基本内容是一致

的,即都强调综合多个因素进行衡量。这些因素具体包括:原告股东与所诉称的交易是否存在明显的利益冲突;原告股东是否充分了解诉讼的性质、目的和后果;原告律师对诉讼的控制程度;该诉讼是否得到其他股东的广泛支持;原告股东提起诉讼是否属于谋取个人私利或者夺取其竞争对手的利益;原告股东是否曾参加、批准或默许过所诉称的错误行为。^[3]

之所以对提出请求的股东做上述要求,从《公司法》的角度来讲,旨在防止“购买诉讼”(即行为人通过临时购买公司少量股份以达到提起派生诉讼的目的)和“不当得利”(即对于那些在被诉事件发生之后购入公司股份的股东,他们的股票购买价格已经体现了被诉事件对公司产生的消极影响,如果允许这些股东提起派生诉讼,则他们因胜诉而间接获得的诉讼补偿是一种不当得利),但从促进纠纷诉讼外解决的视角来看,这样的资格要求也同样富有积极意义。如前所述,股东派生诉讼前置程序欲发挥诉讼外解决纠纷的功能,达成股东与公司的和解,其前提就是通过双方的谈判或沟通,就“起诉对公司带来的不利影响大于公司通过起诉所获的利益”这一观点达成共识,使公司或股东放弃通过诉讼方式来寻求救济的尝试。而毋庸置疑,能产生如此效应的股东自然不可能是随随便便的任一股东,他/她不但应与公司的前途命运休戚相关,也应该能公正、积极履行股东职责,充分代表和维护公司的利益,唯此,才能保证股东与公司交涉的对等性和实效性,使股东关于是否诉讼的建议赢得公司的认可,并保证公司最终放弃诉讼的决定是理性和维护公司利益的明智之举。因此,要求提出申请的股东享有“同期所有权”,并能“公正、充分地代表公司的利益”,恰恰为和解的顺利实现提供了保障。

2. 请求对象

《联邦民事程序规则》第 23.1 条规定,原

告在提起派生诉讼之前,必须首先取得董事会对此种诉讼的批准或者同意。《公司治理原则》第 7.03(a) 条也有类似规定,即在提起派生诉讼之前,股东应当向公司董事会提出书面请求,要求其提起诉讼或采取适当的矫正措施。由于考虑到当董事本人为被告时,由其做出的不起诉或诉讼的决定因不符合公司最大利益的判断结果而令人怀疑,所以实践中由无利害关系的一定数额的董事组成一个独立的诉讼委员会,就进行派生诉讼是否符合公司的最大利益,或是否需要阻却该诉讼做出决定的做法也日益普及。如果委员会在事实上是独立的,而且调查的实施是出于诚实信用和应有之谨慎,则其决定受“商事判断规则”之保护,即只要决议是合理的,即便它造成公司重大损失或灾难性后果,亦不对公司承担法律责任。需要说明的是,美国《联邦民事程序规则》第 23.1 条规定,原告在提起派生诉讼之前,必须首先取得董事会对此种诉讼的批准或者同意,并且在必要时应请求股东大会提起诉讼,否则必须在起诉状中说明理由。尽管从立法文义上看,这一规定并不属于强制性要求,但一些州的公司法规定了股东在董事会拒绝或不予答复后向股东会提出请求的条件^[8]。不过从现代美国公司法的发展趋势来看,由于要求股东在诉前向股东大会提出请求事实上是增加了一道提起派生诉讼的门槛,因此该做法并不被鼓励。《公司治理基本原则》第 7.03(c) 条明确规定,不得要求原告股东在提起派生诉讼前向股东大会提出请求。

综上所述,美国将接受股东诉前请求的对象主要确定为董事会和无利害关系的一定数额的董事所组成的诉讼委员会。从股东派生诉讼前置程序的诉讼外纠纷解决功能来看,这种要求意义深远:一方面,由作为公司管理机构的董事会接受股东的诉前请求,能够保证双方是基于公司发展大局和整体利益的考虑,确保和解

充分理性,也使其解决纠纷的效力和权威性得到维护,有利于公司的内部团结;另一方面,由诉讼委员会作为请求对象,也能有力保障股东派生诉讼前置程序在诉讼外纠纷解决方面的公正性。因为相比于人员构成固定、利益难免多元的董事会而言,纯粹由无利害关系的一定数额的董事所构成的诉讼委员会,显然更能够排除个人利益的干扰,保证和解结果的客观中立,从而切实维护公司利益。

3. 等待期间

在股东提出书面请求后,需要等待一段时间由公司做出答复。对于该等待期间,美国《示范商事公司法》第 7.42 条将其明确为 90 日,并同时附加了两种例外:第一,董事会提前拒绝股东请求;第二,等待 90 日届满将会给公司带来难以弥补的损害。至于何谓“将会给公司带来难以弥补的损害”,则更多取决于法官根据个案的自由裁量,具体做法是尽力平衡公司做出合理决定的时间需要与公司潜存的拖延诉讼的倾向之间的矛盾。

上述等待期间的规定,虽为公司做出合理回应提供了充分的时间,确保公司最终同意或拒绝发动股东派生诉讼都是经过深思熟虑的,避免公司决定的随意性,但也应该看到,为公司的答复规定等待期间,特别是 90 日这样一个相对较长的时间(当然,例外情况另当别论),实际上也包含了使矛盾得以缓冲从而和解的契机。如前所述,股东的书面请求不但会敦促公司积极采取措施使侵权方予以合理补救,从而让股东愿意放弃诉讼的打算而达成和解,而且也为公司提供了就起诉之利弊与股东进行交流的机会,如果通过一个时间段的分析,认为起诉对公司带来的不利影响大于公司通过起诉所获的利益,则会动摇小股东的诉讼决定,进而敦促诉前和解的实现。

三、美国股东派生诉讼前置程序诉讼外纠纷解决功能对我国的启示

1. 重视股东派生诉讼前置程序的平衡作用

毋庸置疑,股东派生诉讼是一把“双刃剑”,如果运用不当,要么干扰公司的正常经营,要么不利于股东利益的保护。而前置程序的设置,恰恰就在于确保实现纠纷解决的同时,能兼顾股东利益保护与公司经营效率维护之间的平衡。美国通过对股东资格、请求对象和股东等待期限,以及对商事判断规则等做出规定,从程序和实体两个方面实现了该程序的平衡作用。相较之下,我国的相关立法设计缺乏对股东派生前置程序平衡功能的重视。一方面,我国《公司法》虽然就提出申请的股东做出持股比例的限制,但缺乏就股东能否公正、充分地代表公司利益做进一步的资格要求;另一方面,我国《公司法》在强调董事等经营人员的义务和对董事等进行责任追究的同时,缺乏如美国商业判断规则这样的对董事进行保护的规定。这种状况不利于兼顾股东利益保护和公司经营效率维护,有可能诱发股东滥用权利对董事轻微违反谨慎义务的行为提起派生诉讼,而对于风险无处不在的商业活动来讲,这势必影响董事的决策效率和追逐利润的积极性,并最终损及公司和股东利益。因此,在我国未来的《公司法》修改中,应基于维持股东利益与公司效率之间平衡的理念,引入商业判断规则,并对股东是否能公正、充分地代表公司利益等方面做进一步的资格要求。

2. 确定股东派生诉讼前置程序的合理请求对象

公司是否提起损害赔偿诉讼,归根结底是一个商业判断的问题,因此应当由公司内部机构(主要是董事会)作为股东诉前请求的对象,由其决定是否提起损害赔偿诉讼。但问题在

于,当董事会做出是否起诉的决定有利益冲突时,由谁代其接受股东的诉前请求?美国的做法是赋予独立诉讼委员会或股东大会来审查股东的请求,并没有赋予某一主体绝对的决定权,而是将是否提起诉讼的权利赋予各种主体,从而起到相互制约的效果。相较之下,我国《公司法》仅规定了惟一的接受者——由监事会作为诉前请求的对象。这种做法的优点在于:监事会具有一定的专业知识并容易获取相应的信息;但问题也在于,监事会是能否真正独立、公正地做出判断。^[3]特别应看到,美国由独立诉讼委员会或股东大会进行的诉前审查,还可以产生阻断股东派生诉讼的效果。换句话讲,前述请求对象拒绝起诉的决定可能获得法院的认可,从而导致股东提起的派生诉讼被驳回。而我国《公司法》规定,只要请求对象拒绝由公司自己起诉,股东就可以提起代表诉讼,而不论该机构做出的拒绝起诉的决定是否公正合理,法律也没有规定法院是否可以拒绝不合适的股东代表诉讼。考虑到这一点,我国《公司法》就更有必要对请求对象作出合理的界定,应在监事会之外增设一个同样可以接受诉前请求的主体。

至于这个主体应该是独立的诉讼委员会、股东大会,抑或是法院,有必要做进一步的深入分析。首先,由股东大会作为请求对象时,若不法行为人为控制股东,股东大会便很难做出公正判断。另外,股东大会的召开具有相当的成本,往往不能及时、有效地做出决定,在股东人数众多的公司中尤其明显。更何况从现代美国公司法的发展趋势来看,由于要求股东向股东大会提出请求实际上又增加了一道股东提出派生诉讼的门槛,美国大部分州已放弃了这种做法。特别是考虑到我国股东派生诉讼的适用较少,若简单借鉴该做法无疑会加重股东提出派生诉讼的难度,使股东权利行使的信心受挫,因

此增加股东大会作为请求对象不可取。其次,由法院作为请求对象时,显然法院作为局外第三人的判断更具客观、公平性,但也并非没有问题,比如法院对商业判断并不具有专业知识,由法院来进行判断必然导致费时费力费财等,更何况,从我国情况来看,由法院作为请求对象,无疑会进一步加大法院所面临的案件压力,因此也不可取。最后,由独立的诉讼委员会作为请求对象时,由于该独立的诉讼委员会是由与被控不法行为无利害关系的一定数额的董事组成的,它一方面可以避免股东大会可能存在的成本问题和股东被不法行为人操控的危险;另一方面也不存在由法院作为请求对象时所存在的专业知识不足的缺憾,更可以减轻法院所面临的诉讼压力。

综上所述,笔者赞同增设独立的诉讼委员会来作为诉前请求对象。至于增设的诉讼委员会与监事会之间为选择关系抑或共同关系,笔者认为,从当前我国股东权利意识有待增强这一现实出发,不宜在监事会之上再增加股东向独立诉讼委员会提出派生诉讼申请,而应在两者之间选择其一,由股东向其提出申请。

3. 增加法院对股东派生诉讼前置程序的审查

由股东派生诉讼的特点所决定,法院势必需要判断在前置程序中公司的拒绝起诉是否正当、股东的派生诉讼是否成立、是否存在必须驳回股东的诉讼请求等问题。这样做不仅可以避免股东派生诉讼前置程序的空转,防止股东权利的滥用,而且能够排除那些不可能、不必要、不应该的诉讼,减轻法院负担,节约司法资源,并对随后股东派生诉讼的顺利进行提供信息支撑。但遗憾的是,我国《公司法》在规规定股东派生诉讼前置程序时,并没有进一步规定其后人民法院应依据何种标准对股东提起派生诉讼的妥当性进行审查,这不能不说是一个很大的缺

陷。就此而言,美国的做法值得借鉴:通过规定法院在前置程序之后可基于独立诉讼委员会拒绝起诉的决定而驳回派生诉讼,以及赋予法院在判断前述问题时的自由裁量权而发挥法院审查的作用。因此,未来我国极有必要在《公司法》中增加专门条款,明确规定人民法院在审查股东派生诉讼是否恰当时所必须考量的因素,同时也应赋予法官适度的自由裁量权力。

4. 强化股东派生诉讼前置程序的程序法地位

如上所述,美国在股东派生诉讼前置程序的立法上具有多元化特点,《联邦民事程序规则》和州法院规则中均有体现,这种立法模式有力地彰显了股东派生诉讼前置程序的程序法本质,揭示出该程序在纠纷解决方面的功能。相比之下,我国仅在《公司法》第151条规定了股东派生诉讼前置程序,且相关立法寥寥数语,内容过于抽象、原则,极易抹煞其程序法本质。笔者认为,有必要借鉴美国的立法模式,在我国《民事诉讼法》及其司法解释中,就股东派生诉讼前置程序的具体构成,该程序与后续诉讼程序的衔接等程序性内容方面做出进一步规定,这样做不仅可增强该程序的实务性和可操作性,也可清晰地显示出其本有的诉讼外纠纷解

决功能,以充实和完善我国的民事诉讼前置程序。

参考文献:

- [1] 汪擎卓.论我国立案登记制度的完善[J].沈阳工程学院学报,2015(2):185.
- [2] 刘敏.论民事诉讼前置程序[J].中国法学,2011(6):106.
- [3] 李小宁.公司法视角下的股东代表诉讼——对英国、美国、德国和中国的比较研究[M].北京:法律出版社,2009:14.
- [4] 郭富青.当今世界性公司现代化改革:竞争、趋同、融合[J].比较法研究,2008(5):103.
- [5] 刘俊海.股东的代表诉讼提起权比较研究(一)[EB/OL].(2002-11-14)[2016-01-11].<http://review.jcrb.com.cn/ournews/asp/read-News.asp?id=123189>.
- [6] 沈贵明.股东代表诉讼前置程序的适格主体[J].法学研究,2008(2):55.
- [7] 美国法律研究院.公司治理原则:分析与建议(下卷)[M].楼建波,译.北京:法律出版社,2006:503.
- [8] 张民安.公司少数股东的法律保护[C].//梁慧星.民商法论丛:第9卷.北京:法律出版社,1998:145.