

2005年 第三辑

(总第十辑)

审判研究

TRIAL

《审判研究》编辑委员会 编

STUDY

赵万一 赵璨 / 双轨制股东救济制度构建下的股东代表诉讼法研究

杨解君 庄汉 / 行政诉讼管辖制度的比较及其借鉴

唐广良 / 可持续发展、多样性与文化遗产保护

高菲 / 浅议涉外仲裁案件中的送达

葛行军 / 银行金融案件执行问题及对策

茅仲华 叶巍 / 试论罚金刑的减轻处罚

——兼论减轻处罚适用方法的重构

04
.3
00



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

2005年 第三辑

(总第十辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2005 年. 第 3 辑 /《审判研究》编辑委员会编.
—北京: 法律出版社, 2005. 6
ISBN 7-5036-4518-0

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国
IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 069570 号

©法律出版社·中国

责任编辑/柯 恒

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法规与大众读物出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/14.25 字数/229 千

版本/2005 年 7 月第 1 版

印次/2005 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-4518-0/D·4236

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：丁巧仁

委 员：公丕祥	丁巧仁	田 幸	周晖国
叶兆伟	曹立久	屈建国	蔡则民
马汝庆	李克军	徐立新	马志相
帅巧芳	刘 华	李飞坤	张 屹
张年庚	张培成	陆洪生	陆国甫
胡道才	鲁国强	褚红军	刘亚平
刁海峰	李后龙	刘媛珍	何 方
陆鸣苏	沈 莹	周茸萌	范 群
谢国伟	薛剑祥		

主 编： 李后龙

副 主 编： 蔡绍刚 朱建新

编辑部主任： 朱建新（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 孙晋琪 丁 浩

目

录

Trial Study 2005年第3辑(总第10辑)

专家论坛

- 1 赵万一 赵 璨/双轨制股东救济制度构建下的股东代表诉讼
法研究
- 13 杨解君 庄 汉/行政诉讼管辖制度的比较及其借鉴
- 21 唐广良/可持续发展、多样性与文化遗产保护
- 36 高 菲/浅议涉外仲裁案件中的送达

特 稿

- 52 葛行军/银行金融案件执行问题及对策

特别策划/裁判方法

- 57 游冰峰/民商事审判中法律解释基本规则的构建
- 68 赵培元/合同解释若干问题
- 85 方 红/法律规范类型的识别与适用
——以《合同法》为研究对象
- 99 欧海鸣/举证责任的转移
- 109 刘建功/谈民商法官提高判断会计证据的能力

专题研究

- 116 茅仲华 叶 巍/试论罚金刑的减轻处罚
——兼论减轻处罚适用方法的重构
- 125 刘慎辉/论瑕疵出资股东的股东权
- 139 晋 松/略论纯粹经济上损失的侵权法保护
- 147 章建生/透视“同案异判”
——兼论现代裁判理念的构建

目 录

2005 年第3辑(总第10辑) Trial Study

毒品犯罪司法实践中的疑难问题探究 / 徐 艳	156
审判实务	
“非法占有目的的产生时间”之概念及功用 / 陈增宝	163
各抒己见	
论网络服务商责任制度的适用和完善 / 方 明	170
优先审理的正当性基础及制度建构 / 潘昌锋 朱介进	178
试论我国刑事强制措施和人权保障 / 杨 俊	190
案例分析	
卡拉 OK 著作权纠纷案法理剖析 / 吴 宏	198
优秀裁判文书	
滨海县农村信用合作社联合社诉 华泰证券有限公司委托国债买卖合同纠纷案 江苏省高级人民法院(2005)苏民二终字第 004 号民事判决书	207

专家论坛

双轨制股东救济制度构建下的 股东代表诉讼法研究

赵万一 赵 璨*

在我国,尽快建立股东代表诉讼制度的迫切要求在理论界已达成了强烈的共识。虽然我国《公司法》草创之初的现实条件与仓促态度造成的情况是对股东救济诉讼近乎零规定,但在现实矛盾的推动下,我国法制体系中更加接近法律运行现实的那些效力等级上的法令规章文件已经在不同程度上对股东救济诉讼需求进行了一些针对性狭隘、普适性极弱的规范回应,^[1]这在一定程度上缓解了法定诉因缺位给股东救济带来的尴尬。然而这些规范回应是零碎的、不系统的甚至是个案处理性质的,即使法院受理了带有股东代表诉讼或股东个人损害赔偿诉讼性质的案件,仍然因面临审判依据和审判程序的空白而无所适从,无法有效救济。因此,在《公司法》修改进程中,以明确规范的方式在《公司法》中引入股东救济诉讼制度就显得尤为必要。

一、股东代表诉讼的制度价值

股东代表诉讼的必要性毋庸置疑,而股东代表诉讼制度也必将出现在新的《公司法》当中。可以预见,我们会在新的《公司法》当中看到一个由学者、专家们

* 赵万一,西南政法大学教授,博士生导师;赵璨,西南政法大学民商法专业硕士研究生。

[1] 典型的规定如《到境外上市公司章程必备条款》第7、114条,《上市公司章程指引》第10、40条,《关于中外合资经营企业对外发生经济合同纠纷,控制合营企业的外方与卖方有利害关系,合营企业的中方应以谁的名义向人民法院起诉问题的复函》,《股份有限公司规范意见》第65条等等。

基于对各国(包括英美法系国家和大陆法系国家)相应制度成败之综合分析,并结合我国现有社会现实之观察结果(且不论这种观察的深度如何)的、我国独有的“股东代表诉讼制度”规范群。可以说,这样一个经过综合分析的立法成果会在很大程度上缓解股东代表诉讼制度空白带来的股东利益救济途径缺口。但不可否认的是,即将到来的立法成果肯定也会是一个不成熟的制度。这种“不成熟”并不针对任何一个特定的立法成果,而是针对所有的法律新规范。笔者认为,某个制度呈现出立法的“成熟状态”至少应当同时具备三大条件:第一,就世界范围来看,这个特定制度还处于其发展期而非被世界立法潮流所摒弃;第二,该特定制度经受了长期的(本国或本司法区域的)社会现实的考验并不断地发展自己;第三,该特定制度经受了长期和深刻的(本国或本司法区域的)法学界探索和检讨,有足够周延的理论范畴。而我国即将固定于《公司法》及其相关规范的“股东代表诉讼制度”显然不具备后两个关键性条件。这是客观必然使然,非立法水平高低所能避免。

制度的引入中,最令人困扰的瓶颈在于,任何一项制度要完全地、全面地照顾和衡平各种权益几乎都是不可能的。就公司法来说,以诉讼方式进行少数股东救济确实符合公平和弱势保护原则,但同时也必然带来负面影响——公司涉入诉讼程序而经营停滞、耗费时间和金钱、公司名声受损等等。可不可能通过一个制度在“量”上的微调来确保其对现实最佳的调整度,应该说很难。关于这种“量”的精确度的有用性的困惑其实也是实证主义法学的瓶颈,正如计量经济学的存在价值对经济学大师们造成的困惑一样。关于要不要引入股东代表诉讼的担保制度,美国学者有两个分别的调查。一个调查体现在“伍德报告”,该报告指出大部分股东代表诉讼都以私下和解结束,公司通常一无所获,由此纽约州在修改其公司法时引入了诉讼费用担保制度以防止诉讼滥用。另一个报告指出纽约州引入诉讼担保制度后,滥诉虽然减少,但股东代表诉讼几乎灭迹,制度的存在价值受到质疑。同样是实证的数据调查却得出迥然不同的结果,这说明“量”的微调并不能确定地解决制度价值衡平实现的问题。同样,想通过确定一个“合适的持股要求比率”来达到股东救济与防止滥诉的衡平,也不能妄称其科学性。所以,我们应当另辟蹊径,把衡平建立在各个制度的功能分配上而非执著于追究某一制度量变的现实有用性上。这就是本文题目要说明的股东代表诉讼立法原则:立足股东代表诉讼的本质特点——回复公司权益,在设计具体制度时不仅应当考虑救济的有效性,更应该考虑制度设计对公司利益的影响。简单化地致力

于“建立一个能够鼓励股东进行代表诉讼的股东代表诉讼机制”是非常不妥的。我们应当看到股东代表诉讼与本质特点为保护股东个人利益的股东直接诉讼的区别,并符合股东代表诉讼功能目的地设计制度,而不要将“少数股东救济”作为为了股东代表诉讼的唯一目的,把本该由股东直接诉讼完成的功能一揽子包下。那势必造成制度低效率交叉,放弃了宏观效率性的追求。

既然未来制度的不成熟是必然的,现实中涌动的股东救济呼声也是客观的,那么要尽量发挥股东代表诉讼制度的根本价值,首要解决的还是思路问题。笔者考虑,厘清两个方面关系可以为解决制度与现实之间的矛盾产生一些积极的作用。第一个关系就是区分股东直接诉讼与股东代表诉讼的价值与功能分摊关系,这也是本文标题中“双轨制股东救济体制构建”所指。这种区分的意义不在于以往所强调的股东代表诉讼的必要性,而在于强调股东代表诉讼的功能与制度设计应有的针对性;第二个关系就是公司法程序规范与公司法实体规范的关系。在本文,这个关系的论述主要体现在本部分的讨论主题——股东代表诉讼的诉讼标的、诉讼请求及相应的诉讼之判决结果问题。

二、股东代表诉讼的诉讼标的与诉讼请求

在新的立法中,势必规定在何种情况下股东可以申请公司起诉损害公司利益的行为主体,这将成为股东代表诉讼受理的法律依据。按照国外的立法例和学界的通说,可以追究董事责任的情况主要包括:(1)提出违法分红议案和违法进行其中分红的责任;(2)违法提供财产利益;(3)向其他董事提供贷款的责任;(4)有关与公司发生交易的责任;(5)有关违犯法令、公司章程的责任、董事资本充实责任和财产差价补充责任;(6)董事、监事、高级管理人员执行公司职务是违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损害的。^{〔2〕}以上的这些规定和意见,固然可以概括一般的情况,但仍然不可避免于两个问题:第一,这些法律依据的词面、句面意义均是可追究责任人的行为事实的描述,这种描述无论如何列举都会有所遗漏。如果严格按照这种实体规范考虑对案件进行受理的话,极有可能漏收案件;第二,按照传统大陆法系诉讼理论,权利救济的实体法律依据实际上划定了权利的可诉范围也就是诉讼标的。这种大陆法系传统诉讼标的的理论如今已经遭到了质疑。诉讼标的的传统理论实际上是分隔了法律与现实,

〔2〕 丁红:“股东代表诉讼的诉讼标的”,载《中国司法》2003年第3期。

对法官的要求是以现实去绝对比照法律(对权利的具体规定),然后再以简单推理确认权利义务。这种司法模式来源于私法发展鼎盛期时期,同时也是相对简单的私法(主要是民法)法律关系可以以法律进行一个近乎于包容一切权利义务的规定的历史阶段,但是这种时代已经一去不返了。新的诉讼标的理论^[3]则围绕发生于现实中的权利义务以及利益的减损之回复,旨在将现实与法律合理地衔接起来,更加有效地发挥司法之社会关系回复和维持秩序发展的功能。概而言之,诉讼标的传统学说最大的弊端就是:规范不能准确涵括具体的讼争现实。而我国的法律解释传统的沿袭又对法律解释持保守态度,更加使得与现实分隔的规范不能实现其制度价值。具体到股东代表诉讼上,即使在已经有法律明确相应诉权的情况下,司法机关也应当在受理时秉持如下观点:股东代表诉讼的目的就是公司受损利益的回复,因此不可狭隘理解制定法上的董事义务。法院判断股东原告的诉讼要求是否合法、所诉过错行为是否可诉(诉因),不应当完全依据法文本中不能完整以规范语言表达的具体权利,必须从确认和回复补救公司利益出发来确认诉因与诉讼请求的合法性。这样一来,才能够改善如前所说将来法律文本上固定之股东代表诉讼制度的先天缺陷,按照制度价值发展制度本身。所以,笔者认为,就股东代表诉讼的诉因、诉讼标的、诉讼请求来看,受理和审判的法官不应当囿于本身仍需完善和发展的规范文本,而应摆脱公司法实体法的绝对束缚,将可行的代表诉讼案由纳入诉讼系属,再通过审理决定是否支持原告的诉讼请求。比如在可诉的董事义务违反方面,韩国李哲松教授的意见就是值得肯定的。也即在多数说的基础上进一步延伸了董事责任的时间范围,采用实质性债务标准来认定董事责任范围,而不局限于董事在位期间。因此:(1)对于董事的任何责任都可以通过代表诉讼来追究;(2)对处于董事之地位期间内发生的所有责任均可起诉;(3)对已经发生的责任,即使董事已退任,只要时效没过也可以追究;(4)对董事就任之前所承担的债务,就任后公司可能懈怠对其行使权利,因此也可成为代表诉讼的对象。

当然,这种“灵活救济”的诉讼标的的新说在股东代表诉讼上的运用还存在一些漏洞。比如这样一来,整个案件的讼争点会显得混乱(因为争点的描述并非机械地填空制定法的明文规定),使得法庭调查和辩论容易无的放矢。因此,我们

[3] 旧说以实体法律关系作为诉讼标的,诉讼中含有多少个不同的实体法律关系,就有多少个不同的诉讼;新说则以当事人在诉讼上的主张作为诉讼标的,具体的实体法律关系只是作为支持诉讼上的主张的理由。我国目前仍适用民事诉讼标的的旧说。

还需要配套的措施修补漏洞。受启发于一些民事诉讼法学者的观点^{〔4〕}并结合股东代表诉讼的特殊性,笔者认为这个漏洞只要完善股东代表诉讼的前置程序(包括向公司法定机关申请公司诉讼和在股东代表诉讼的审前程序中建立当事人对话制度)即可。

三、股东代表诉讼的当事人

首先是关于公司的诉讼地位问题。从诉的法理出发,似不应当将利益受损并且设有法定机构对公司利益与代表诉讼权衡的公司作为被告,这已不必作过多理论之争,最后审判结果的承受应该按照股东代表诉讼的特殊性(实际利益受损者、原告股东胜诉补偿等等)进行承担分布,并不因为公司在诉讼中的地位的称谓如何而改变——既然将公司作为原告或者被告都含有诉讼形式悖论的话。因此只要将公司列为参加人就可以。这样,形成简单明了的诉讼关系,也有利于审判快捷进行,并且不影响公司必要的证明义务的承担。在已经出现制定“商事诉讼法”声音的现在,似乎我们更加可以接受在民事诉讼法之外颁行商事相关的诉讼规则,更何况商法本身就是兼具实体规范与程序规范的法律部门。规则的特殊性和必要性就来自于诉的特殊性和必要性,不能让现实中的诉被抽象的概念所束缚。

第二是关于股东代表诉讼的被告确定问题。在《中国公司法修改草案建议稿》^{〔5〕}第一百六十八条中建议:“公司董事的行为对公司造成损害或者控制股东利用其控制地位损害公司利益的,公司不追究或怠于追究其责任,股东为公司利益可按本法规定代表公司对董事提起诉讼”,将公司董事作为股东代表诉讼的唯一被告种类是有问题的。代表诉讼的诉因是公司利益受损,而造成公司利益受损的显然不局限于公司董事的行为。公司中能够对公司事务造成影响的还包括各类公司高层管理人员,甚至还包括了容易被忽视的“影子董事”、“事实董事”,这些都不能被囊括到“董事”这个字面表达中去。因此,必须对草案建议稿中被起诉人范围进行符合现实可能的扩大,否则会使一些本来应该由股东代表诉讼进行的公司救济、股东救济失去合法诉讼基础——没有适格的被起诉人。

但是,被起诉人范围的扩大也不是漫无边际,否则可能脱离股东代表诉讼制

〔4〕 江伟、徐继军:“民事诉讼标的的新说在中国的适用及相关制度保障”,载《法律适用》2003年第5期。

〔5〕 王保树主编:《中国公司法修改草案建议稿》,社会科学文献出版社2004年版。

度本身,而与股东直接诉讼相混淆,造成立法浪费和司法混淆。因此,我们不能将那些同样也是损害公司利益的公司外部法律主体一概囊括。有学者提出“不履行债务的公司债务人”、“对公司进行行政侵权、对公司负有行政违约责任的行政机构”〔6〕也是股东代表诉讼的被告,笔者以为值得商榷。股东代表诉讼是英美衡平法的产物,后于股东直接诉讼出现,意在救济那些不能诉诸股东直接诉讼的、缘自于公司内部受损公司权益和随之受损的股东权益。其本质是司法对公司内部不公平和不正当运作的干涉。这显然与司法帮助公司摆脱外部侵害有着质的区别。当然,我们承认,在有些时候,对公司债务人、行政机构的侵权责任的不正当豁免会给公司造成实际的损害。但是在那种时候,如果真的要纳入股东代表诉讼,被告也应当是进行不正当豁免的公司内部主体,绝不应该是普通民事违约(不履行对公司债务)和行政侵权的行为施行者。综上,笔者认为,《公司法》应当对股东代表诉讼的被告进行符合股东代表诉讼本质的规定,建议规定为“公司董事、其他高级管理人员或公司实质控制权人的行为损害公司利益而公司不追究或怠于追究其责任的,股东可代表公司提起诉讼。”其中公司实质控制权人包括了“影子董事”、“事实董事”〔7〕和那些可以直接影响公司决策和重大交易的外部第三人。

第三个问题是代表诉讼原告资格问题。对于现有的外国立法例和我国的学界流行学说,我们必须首先以怀疑主义的态度来看待如下几个问题:到底要不要对股东持股情况作出诸如持续持股时间、持股起始时间、持股份额的限制?到底怎样设置提起股东的资格限制才能实现股东代表诉讼的目的也同时防止损耗整体效率的滥诉?首先,就持续持股时间和持股起始时间要求来说,到底怎样一个“量”的规定性才能最准确地反映持股人利益的真实性和其与公司关联的重要性,这近乎于不可求证。同样,持股起始时间要求也否认了那些在被告行为当时未持有股份并在不知该潜在损害的情况下购得股份的股东的被救济可能,这对于那些远离公司管理决策内幕的股份有限公司小股东来说尤其如此。而且,到底要确定怎样一个具体的起始时间才能有效防止滥诉也不得而证。就持股份额来说,难道持有一定份额股份的少数股东就一定拥有比只持有未达到法定份额股份的个别股东更加值得救济的权利?这似乎难以成为正当的命题。

第四,也是最重要的一点,以上的考虑都是从股东诉请救济的利益的真实性

〔6〕 刘俊海:“股东代表诉讼提起权比较研究”,载《中国民商审判》2002年第1卷。

〔7〕 UK Shareholders Remedies Law Commission Report 246 published 24 October 1997.

和救济价值的角度来度量提起滥诉的可能性的,却并未从股东代表诉讼的本质要求——回复公司的受损权益——来进行考虑。这其实是偏离了股东代表诉讼的本来制度价值,不恰当地、片面地对本应当主要由股东直接诉讼考虑的问题——直接诉讼中的诉讼标的的真实性与正当性也就是股东诉请救济的合法利益的真实性——进行了考虑,这是不符合我们提出的直接诉讼与代表诉讼应该各司其职的双轨制股东救济诉讼制度的。我们要提出的质疑是:难道没有达到一定的持续持股时间的、没有达到一定持股份额的或者没有在法定时间开始拥有公司股份的股东就不能体察到公司受到或将要受到的损害?

事实上,上述规定在其运行的本国也受到了大量实践上的质疑,面临公司法律改革的摒弃趋势。如果能将视角放到公司利益救济上,并考虑到股东提出代表诉讼的权利应该是一种“捆绑”于股份之上的固有权利的话,就不会被“证明股东被救济利益的真实性与诉讼的正当性(也即非滥诉)”的因果关系所桎梏,也就不再用受到那种无法求证的“量化”问题(如规定怎样一个数额或者比率才能达到防止滥诉的目的等)的困扰。所以只要股东符合“净手原则”并且在起诉的当时是为公司股东即可。

四、股东代表诉讼的前置程序及诉前公告禁止制度

(一)股东向公司提起诉讼请求

股东代表诉讼的前置程序是一项过滤滥诉的工具,它要求欲提起股东代表诉讼的股东首先向法定的公司机关提出诉讼请求,要求公司为自身利益提起诉讼。这项滥诉过滤工具起的作用机制并不在于通过股东动机的表现指标(如前述的持续持股时间、持股份额等)来限制滥诉动机的实现而在于真正从“公司利益”出发,坚持“就股东代表诉讼而言,一项滥诉的成立并不仅仅因为该项起诉的诉讼标的之上并不存在起诉人的合法利益,而更是因为该项起诉不但不能起到恢复公司权益的效果反而损害了公司的利益或者阻碍了公司利益的增进”这一原则。这一原则也体现了股东代表诉讼与股东直接诉讼的本质区别,那就是诉的利益的根本享有者的区别。

举一个看似极端的例子来说,英国的股东代表诉讼制度检讨者认为如果仅存在多数股东使用其投票权引起公司行为对少数股东造成不公平的损害的事实,不能提起股东代表诉讼。从制度体系上来说,这种情况在英国只能基于

1985 公司法第 459 条提起不公平损害救济诉讼。^{〔8〕}也可以说,如果放到我国,这种损害的救济只能通过股东直接诉讼的方式进行而不能进入股东代表诉讼程序。从股东代表诉讼的法理上来说,股东代表诉讼制度的原价值在于回复公司的利益,只不过这种回复是通过由利益伴随(公司利益)受损的股东提起的方式进行,从而也成为股东救济的一项诉讼制度。当多数股东使用其投票权对少数股东造成不公平损害时,可能的情况往往是公司本身并不因为该多数股东的行为受到利益损害,而只是不正当地牺牲了小股东的利益来换取大股东或者多数股东的利益,因此这种情况下,确实难以有说服力地成立股东代表诉讼。这也可以“经营判断原则”来解释。

因此,前置程序成为充分考虑公司对自身利益权宜和避免小股东过度介入公司决策(小股东的过度介入不符合公司效率运行原理)、避免法院不当介入公司经营判断的必要手段,也是防止那种损耗公司的滥诉发生之有效手段,并且还警示了股东代表诉讼的严肃性。

法定公司机关对股东诉讼请求的审查、判断和决策的过程就是一个衡量诉讼与公司利益得失关系的过程。为了达到这一目的,一个公司机关作出决定的期限是必要的。但是期限也不应当是绝对的,因为申请诉讼的股东往往对公司事务没有掌控力,无法阻止一些重要的规避行为,所以应当设置一些制度例外。

一般来说,下列三种情况应该成为公司中前置程序履行机关进行公司诉讼提起与否判断的时限规定遵守的例外:1. 在三十日期限到来之前,股东请求公司进行诉讼的申请已被拒绝;2. 有关财产即将被转移,有关权利的行使期间或诉讼时效即将超过或有其他紧急情况需立即诉讼的;3. 因公司内部控制原因不可能通过股东诉讼请求的。

(二)决定是否提起公司诉讼的公司机关

为了达到前置程序的程序目的,诉讼请求提起的对象——公司机关肯定需要符合两大条件:第一,具有可证明或可推定的独立性;第二,该机关具有分析诉讼与公司利益关系的技术、经验和能力。

关于独立性,可以参考下列几个标准判断或可以通过对下面事实的证明推翻该机关具独立性的推定:1. 该机关的构成成员是否为请求诉讼股东申请提起之诉讼的被告;2. 该机关构成成员是否参与或在决议中投票认可了被诉行为;

〔8〕 刘桂清:“小股东利益的不公平损害司法救济”,载《青海社会科学》2004 年第 1 期。

3. 该机关构成成员是否确实没有与被申请诉讼的被告有关联或接触。

哪些机关能同时符合前述两条件呢?就我国的公司法体系来说,应该只有监事会或监事,因此监事会或监事是当然选择。但是正如刘俊海教授所言,“既然我国上市公司已经开始引进独立董事制度”,而独立董事不仅仅具有监事会或监事的独立性,更具有强于监事会或监事的商业判断知识和经验。因此,独立董事对运营专业化、股东分散化的股份有限公司来说是一个好的选择。另外要提出的一点是,应当允许前置程序履行机关任命专家(组)参与公司诉讼与否的决策过程,但是要防止在不当控制权下,该机关以选择任命专家为由拖延是否起诉决定的作出时间,这在公司法实体和程序制度设计上应有所反映。

(三)股东代表诉讼程序开始前的诉讼公告禁止

股东代表诉讼应当将考察公司利益与诉讼的关系摆在重要的位置。因此笔者认为应当参考英国股东救济诉讼制度改革的意见,引入诉讼公告(advertisement of action)禁止制度。

对于一家未进入破产清算程序的公司来说,经营稳定的外观具有异常重要的意义。而如果在股东代表诉讼正式进入法律程序之前,公司将可能涉入到一场官司的信息就已经广为人知的话,对公司来讲,这可能会受到比被诉过错行为更加严重的损害。更应当引起重视的是,某些恶意起诉股东正是通过诉前公告可能进行但尚未进行的诉讼的手段来达到其恶意指向的目的,造成滥诉。因此,很有必要禁止欲提起股东代表诉讼的股东在正式进入股东代表诉讼程序之前公告可能发生但尚未发生的诉讼。所以应当禁止欲提起股东代表诉讼的当事人在收到法院的案件受理通知书之前以任何形式向公众发布将要进行股东代表诉讼的消息,这里的“公告”形式是广义的,考量条件是传播范畴。另外,即使是在开始诉讼之后,因为在审理结束之前还不能确认各方当事人的权利义务情况,所以也不应当任由当事人(特别是原告方)进行诉讼公告,当事人应当在申请法院同意之后为诉讼公告。这个可能制度虽然是全新的,但是我们仍然能够利用现有的民事诉讼法进行特殊性推演,该被利用的法条就是《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十条“人民法院审理民事案件,除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外,应当公开进行。离婚案件、涉及商业秘密的案件、当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。”秉持审判透明和兼顾涉讼公司合法的整体利益的原则,要求法院在审理股东代表诉讼当中就诉讼公告履行恰当的自由裁量权。

传闻是无法阻止的,但是程序意义上的“公告”则是可以阻止的。此种阻止实现的方式有两方面:第一,通过在《公司法》罚则章节规定违反诉讼公告禁止规定应当缴纳的罚金;第二,在审理过程中,明显恶意的诉讼公告(从时间、内容、传播范围等方向考量)可以构成一种判断原告起诉正当性与否的标准之一。

五、股东代表诉讼中的诉讼时效问题

诉讼时效问题在股东代表诉讼制度研究中鲜有讨论,这不是无关紧要的疏漏。有学者认为:“关于股东提起代表诉讼的诉讼时效期间,应否规定一个统一标准……应当区分诉讼原因和诉讼请求的不同性质,分别适用《民法通则》、《行政诉讼法》即特别法规定的诉讼时效期间,而不应叠床架屋,另搞一套……”〔9〕笔者对此有两点不同意见。首先是股东代表诉讼应该无涉《行政诉讼法》,这是股东代表诉讼的被告确认问题;第二,股东代表诉讼一定要有符合其诉讼特点的时效制度。

诉讼时效制度目的主要有二:第一,催促权利人早日实现权利,稳定社会财产关系;第二,防止久远的权益纠纷浪费司法资源。鉴于此,我国的《民法通则》和特别法都规定有诉讼时效。不过,暂且不论这些时效规则本身的合理性和必要性已被众多诉讼法学者质疑,这些时效规则放到商法中的股东代表诉讼却是不妥当的。

股东代表诉讼的特点一是原告股东并非受损利益的直接承受人,因此感知权利被侵犯的时空与范畴无法跟股东直接诉讼(股东直接诉讼更加接近于一般的侵权诉讼)相比;特点二是股东代表诉讼关涉到的是公司的重大利益(否则在实践中不大可能成为股东代表诉讼的诉讼标的内容),这种利益的重大性使之成为公司运营质素构成的一部分,而公司运营质素又息息相关到公司与外部相对人交易的稳定性,这种与外部稳定相关联的程度是一般的民事侵权诉讼甚至包括股东直接诉讼所不能比拟的。

基于诉讼时效的制度目的和上述两个代表诉讼的特点,我们看到一对立法矛盾:

矛盾的一方:特点一笔者称之为感知时空间接性,这必然要求股东代表诉讼有一个比一般民事诉讼更长一些的诉讼时效期间,使得原告作为诉讼标的内容

〔9〕前引〔4〕,刘俊海文。