

中央民族大学法学文库



全球化与本土化互动中的 股东派生诉讼

朱芸阳 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中央民族大学法学文库

全球化与本土化互动中的 股东派生诉讼

朱芸阳 著

图书在版编目(CIP)数据

全球化与本土化互动中的股东派生诉讼 / 朱芸阳著.
—北京:法律出版社, 2015. 12
(中央民族大学法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8756 - 6

I. ①全… II. ①朱… III. ①股份有限公司—股东—
诉讼—研究 IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 274474 号

全球化与本土化互动中的股东派生诉讼

朱芸阳 著

策划编辑 刘伟俊 周丽君
责任编辑 刘伟俊 周丽君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市兴达印务有限公司

印张 7.5 字数 230 千

印次 2015 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8756 - 6

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

作为国家重点建设的“211工程”和“985工程”的中央民族大学,自1979年即开始招收法学本科,是当时全国仅有的10多所招收法学本科的院校之一。经过三十多年的风雨历程,中央民族大学法学院已经成为国内外具有一定影响的法学院。目前,学院既有一批在国内外有一定知名度的中青年学者,也有一大批崭露头角的青年才俊。学院现有人事部百千万人才工程国家级人选一名,并被授予有突出贡献的中青年专家;享受国务院特殊津贴专家1名;二级教授3名;教育部新世纪优秀人才支持计划入选者3名;国家哲学社会科学法学学科组会评专家1名;教育部法学教育指导委员会委员1名;1人获全国十大杰出青年法学家提名奖。学院是国内首家开设民族法学博士学位点的学院。近年来,学院的科研呈现强劲发展的势头,学院教师在《法学研究》、《中国法学》等法学类权威和核心期刊上发表文章300多篇,承担国家社科基金和省部级等项目70多项。2012年,中央民族大学法学院成功入选教育部、中央政法委首批卓越法律人才教育培养基地,成为全国58所应用型、复合型法律职业人才教育培养基地之一。

“中央民族大学法学文库”是中央民族大学法学院“985工程”、“211工程”和卓越法律人才教育培养基地建设成果的集中展示,也是国内外法学界了解中央民

族大学法学院法学科研事业发展成就的重要平台与核心窗口之一。回顾三十余年的学院发展史(尤其是科研建设工作的风雨历程),如今的学院科研发展工作格外注重以下三对重要关系的均衡处理。

第一,基础理论研究与实践需求的时代回应。理论与实践的关系不仅是法学研究需要处理的重要问题,更是整个社会科学研究均须妥善应对的关键性认知。尤其是在我国各方面事业取得辉煌成就、实现跨越式发展的今天,如何在不断变化的实践需求中充分彰显基础理论研究的核心价值观和时代生命力,更是在中国特色社会主义法学研究事业中扮演着重要角色。中央民族大学法学院的科研工作,既重视传统法学理论的精细化探索,也重视时代改革与发展的实践需求;既强调研究工作的深入开展,也强调其与教学环节的良性互动;既关注教师个人学术旨趣和学术自由,也关注学术梯队的集群化建设与规模研究效应。总之,在理论和实践的天平上,我们试图用一片敬畏科学、崇拜真理的求索之心维系着“知”与“行”的微妙平衡。

第二,法学基础学科与民族法制的特色研究。秉承中央民族大学长期以来在民族问题研究领域的鲜明特色与传统优势,法学院的学术科研亦一直以对民族法制问题的特色性研究独步全国,不仅在国内率先建立了民族法学博士点,更是作为中国民族法学研究会的秘书单位而执全国之牛耳。但是,对于特色学科的不懈发展与大力支持并未削弱学院对于传统法学学科的重视——恰恰相反,我们充分地认识到,在传统学科研究领域取得重大成就才是构筑一所法学院真正“江湖地位”的不二法门;也只有在传统学科的研究中夯实基础、不懈创新,才能为特色的民族法制问题研究不断注入新鲜的血液与活力。因此,两者在资源需求层面的关系绝不是非此即彼的“零和博弈”,而是互相促进、共同繁荣的“伙伴模式”。这种认知,不仅被贯彻于学院日常的科研管理过程,在本丛书的规划选题上也得到了淋漓尽致的体现。

第三,科研质量管控与成果发表的制度支撑。与其他社会科学一样,法学的科研工作永远将学术成果的优良品质奉为至高圭臬。对此,学院通过积极制定并切实贯彻相关科研奖励制度,鼓励我院教师充分发挥自身学术潜力,在不断提升教学水平的时候,积极投身到学术科研的工作当中。同时,我们也深刻地意识到,在当今中国法学事业研究百花齐放、百家争

鸣、一片欣欣向荣的大好局面中,拥有并坚守一块独具特色的科研成果展示阵地是何其重要!这不仅是我们日常科研建设的重要导向,更是本丛书得以问世的重要渊源。

感谢法律出版社对中央民族大学法学院科研事业的大力支持,这套丛书的顺利付梓,与该社领导的重视和编辑团队的勤恳密不可分。但显而易见的是,相对于我院数十年的学术积淀和近年来不断涌现的丰硕研究成果而言,这套丛书的容量是远远不足的。我们希望这是一个良好的开端,而未来能够有更多的机会和更为丰富渠道将中央民族大学法学院的精品研究成果推介给学界。我们也由衷地恳请法学界各位同人一如既往地对中国特色社会主义法治建设的伟大事业略尽绵薄之力。

是为序。



2014年10月

目 录

引 言 / 1

第一章 英国福斯规则的演绎与改革 / 12

第一节 英国股东派生诉讼制度的发展历程 / 12

一、股东派生诉讼规则的产生 / 12

二、股东派生诉讼规则的发展 / 14

三、股东派生诉讼规则的进一步限制 / 19

第二节 英国公司法改革 / 20

一、股东派生诉讼规则存在的缺陷 / 20

二、英国股东派生诉讼规则的改革进程 / 22

第三节 股东派生诉讼制度改革的主要内容 / 24

一、股东派生诉讼实体规则的变化 / 24

二、股东派生诉讼程序规则的变化 / 29

第四节 对英国新型股东派生诉讼改革的评价 / 31

一、延续尊重公司自主经营的传统理念 / 31

二、正确定位派生诉讼在英国公司治理机制中的作用 / 33

三、重视派生诉讼与其他法律制度的互动关系 / 36

第二章 美国股东派生诉讼的盛行和特色 / 37

第一节 美国股东派生诉讼制度的发展历程 / 37

一、1870 年之前独立产生的美国少数股东诉权 / 37

二、1870 年以后福斯规则的有限继受与发展 / 38

三、1940 年以后保证金要求对滥用派生诉讼的限制 / 39

四、1980 年以后独立诉讼委员会对派生诉讼的

2 全球化与本土化互动中的股东派生诉讼

实质性限制 / 40

第二节 美国股东派生诉讼规则的特色 / 41

- 一、适格起诉主体的界定 / 41
- 二、传统的“提起请求”要件及豁免情形 / 45
- 三、全部要求“提起请求”的程序性规则 / 48
- 四、对特别诉讼委员会建议的审查标准 / 49

第三节 对美国股东派生诉讼制度的评价 / 54

- 一、英美两国的“相互借鉴”与“分道扬镳” / 54
- 二、股东派生诉讼在美国公司治理中的作用 / 55

第三章 股东派生诉讼的法律移植现象 / 60

第一节 德国股东派生诉讼制度的引入 / 60

- 一、股份公司法改革前的德国公司治理结构 / 60
- 二、德国股东派生诉讼的改革背景与进程 / 62
- 三、德国股东派生诉讼的实体性规则 / 64
- 四、德国股东派生诉讼的程序性规则 / 67
- 五、股东派生诉讼的其他辅助性规定 / 68
- 六、对德国股东派生诉讼的评价 / 72

第二节 日本股东派生诉讼制度的引入与发展 / 73

- 一、日本股东派生诉讼制度的产生与发展过程 / 73
- 二、日本股东派生诉讼制度的实体性规则 / 74
- 三、日本股东派生诉讼制度的程序性规则 / 75
- 四、对日本股东派生诉讼制度的评价 / 76

第三节 对股东派生诉讼移植现象的解读 / 77

- 一、法律移植的基本理论 / 77
- 二、法律移植的原动力 / 79
- 三、法律移植的重要途径 / 83

第四章 股东派生诉讼制度在中国的引入与实践 / 86

第一节 公司法改革前我国股东派生诉讼的有限尝试 / 88

- 一、关于股东派生诉讼的法院立场 / 88
- 二、股东派生诉讼的典型案件研究 / 90
- 三、上市公司股东派生诉讼的特别规定和实践 / 97
- 四、公司法改革前股东派生诉讼的特点 / 99

第二节 公司法改革后股东派生诉讼案件的实践 / 100

- 一、现行股东派生诉讼制度的规定及其评价 / 100
- 二、对股东派生诉讼案件的实证研究 / 103
- 三、上市公司股东派生诉讼的实践 / 110
- 四、我国股东派生诉讼实践带来的思考 / 111

第五章 股东派生诉讼的实现与公司股权结构 / 114

第一节 股东利益保护与公司股权结构的互动关系 / 114

- 一、分散股权结构下的代理成本问题 / 114
- 二、股东派生诉讼在降低代理成本中的功能 / 115
- 三、股东利益异质化带来公司治理重心的转移 / 117
- 四、股东保护机制弱化会继续带来股权结构集中的后果 / 118
- 五、股东派生诉讼难以解决股权集中的代理成本问题 / 119

第二节 我国公司股权结构与少数股东利益保护 / 120

- 一、不同类型的股权结构特点及其影响 / 120
- 二、对我国引进股东派生诉讼动因的解读 / 121

第三节 集中股权结构下的替代性救济措施 / 123

- 一、美国股东之间格外的诚信义务 / 123
- 二、我国基于控制股东诚信义务的直接诉讼 / 126
- 三、结论 / 128

第六章 股东派生诉讼的实现与受信义务的可归责性 / 130

第一节 受信义务可归责性的比较研究 / 132

- 一、美国受信义务的可归责性 / 132
- 二、日本受信义务的可归责性 / 138
- 三、英国受信义务的可归责性 / 139
- 四、我国受信义务的可归责性 / 141

第二节 受信义务的可归责性与股东派生诉讼的实现 / 142

- 一、对受信义务的可归责性的评价 / 142
- 二、受信义务的可归责性与股东派生诉讼的互动关系 / 143

第七章 股东派生诉讼的实现与法院执法 / 146

第一节 法院执法的基本理论 / 146

- 一、法庭执法的最优法律 / 146

4 全球化与本土化互动中的股东派生诉讼

二、“法律的不完备性”理论 / 147

第二节 法院执法在完备法律中的作用 / 149

一、法院执法在股东派生诉讼实体规则中的作用 / 151

二、法院执法在股东派生诉讼程序规则中的作用 / 153

第三节 我国法院执法的现状及其评价 / 157

一、有限责任公司中法院执法的案例分析 / 157

二、法院执法在上市公司案件中的状况及其评价 / 165

三、法院执法在股东派生诉讼中的作用 / 166

第八章 股东派生诉讼的实现与私人执法的动力 / 169

第一节 股东派生诉讼中的“理性经济人”基本假设 / 171

一、“理性经济人”的基本假设和研究方法 / 171

二、股东派生诉讼的“派生”属性带来的表象悖论 / 173

三、改变成本—收益分析范式平衡的力量 / 175

第二节 成本—收益分析范式在股东派生诉讼中的应用 / 176

一、美国模式下积极的“私人总检察官” / 177

二、英国模式下中庸之道的“补偿指令” / 180

三、法律在资源配置中的效率作用 / 185

第三节 “非营利组织”主导的激励机制 / 185

一、日本股东派生诉讼制度的发展背景 / 185

二、“理性经济人”的基本假设例外吗? / 187

三、“非营利组织”的“突破”作用 / 192

第四节 我国股东派生诉讼制度的出路 / 195

一、诉讼成本分担规则与激励机制的作用 / 195

二、“非营利组织”主导的新型路径 / 197

第九章 结论 / 202

一、股东派生诉讼的法律移植 / 202

二、股东派生诉讼制度的作用 / 205

附 录 / 209

参考文献 / 213

引 言

科学技术的进步和经济的全球化,也随之带来了法律的全球化,法律全球化是全球化的重要组成部分,法律移植已经成为各国构建或者完善本国法律秩序(特别是私法领域的相关制度)的重要途径。近年来,伴随全球经济一体化和各国法制现代化的进程,各国彼此之间互相借鉴和移植法律的现象普遍存在。美国著名法学教授汉斯曼和克拉克曼撰文《公司法历史的终结》指出,^[1]关于公司形式的基本法律已经高度一致,并且继续呈现出趋同的态势。

股东派生诉讼被认为是现代公司治理机制中最具争议的难题之一。所谓股东派生诉讼(derivative litigation),或称股东代表诉讼、间接诉讼,是指当公司由于某种原因没有就其所遭受的某种行为的侵害提出诉讼时,公司股东可以代表公司以旨在使公司获得赔偿等救济为目的而针对该种行为所提出的诉讼。^[2] 股东派生诉讼起源于英美衡平法,英国 1843 年福斯诉哈波特尔(Foss v. Harbottle)^[3]一案通常被认为是股东派

[1] H. Hansmann, R. Kraakman, "The End of History for Corporate Law", 89 *Geo. L. J.* 439, 2001, pp. 439-468.

[2] 下文中提及股东派生诉讼、股东代表诉讼时两者为同一概念,互换使用。施天涛:《公司法论》,法律出版社 2006 年版,第 442-443 页。

[3] 2 Hare 461, 67 E. R. 189 (1843).

生诉讼的肇端,但英国在福斯规则建立之后百余年的历史长河之中,并没有明确提出“股东派生诉讼”的概念。直至1881年美国最高法院于霍斯诉奥克兰市(Hawes v. City of Oakland)^[1]一案中首次建立了少数股东提起派生诉讼的实体规则和程序规则,此后,一系列判例的确立使得股东派生诉讼制度趋于完善。因此,是否赋予股东起诉董事和管理层的权利,已经在很大程度上成为衡量某一国家是否能够为股东提供良好保护的结构性特征。^[2] 股东派生诉讼制度作为公司治理机制的重要组成部分,被认为是遏制管理层不法行为、保护公司及少数股东利益的私人执法(private enforcement)^[3]途径。

股东派生诉讼制度的引入,本质上就是一种法律移植现象。股东派生诉讼制度不仅在美国得以长期存续并发扬光大,而且已经在全球各国范围内被广泛接受。英国^[4]澳大利亚^[5]新加坡^[6]等普通法系国家普遍采取了立法改革的方式将起源于判例法的股东派生诉讼制度成文化,同时,韩国^[7]日本^[8]我国台湾地区^[9]等具有大陆法系传统的东亚国家及地区也积极将该制度纳入本国和地区的公司法律制度之中。特别是近

[1] 104 U. S. (14 Otto) 450, 26 L. Ed. 827 (1881).

[2] R. La Porta, et al., “Legal Determinants of External Finance”, 52 *J. Fin.* 1131, 1997, pp. 1131–1150; R. La Porta, et al., “Investor Protection and Corporate Governance”, 58 *J. Fin. Econ.* 3, 2000, pp. 3–27; 许成钢、卡塔琳娜·皮斯托:“转型的大陆法法律体系中的诚信义务:从不完备法律理论得到的经验”,载《比较》2004年第11辑。

[3] 在法律执行领域,私人执法是与公共执法相对的概念,这一问题因加里·贝克尔和乔治·斯蒂格勒一篇倡导执法私人化的文章而引起强烈关注。G. S. Becker, G. J. Stigler, “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”, 3 *J. Leg. Studies* 1, 1974, p. 1. 在该书中作者提出私人执法,是指个人和企业调查违法行为,逮捕违法者(包括刑事罪犯),包括对违法行为提起诉讼(包括刑事诉讼)。如果案件成功解决,则法律的私人执法者有权保留该诉讼的全部收益,如可以获得由罪犯缴纳的罚金。不成功的执法者则需补偿被告的法律费用。参见芝加哥大学教授兰迪斯及波斯纳教授对私人执法问题的经典论述, W. M. Landes, R. A. Posner, “The Private Enforcement of Law”, 4 *J. Leg. Stud.* 1, 1975, p. 1.

[4] Companies Act, 2006, Pt. 11.

[5] Corporations Act, 2001, Pt. 2F. 1A.

[6] Companies Act, § § 216A–B.

[7] 《韩国公司法》第403条以下。

[8] 《日本公司法》第847条以下。

[9] 我国台湾地区“公司法”第214条。

近年来,为了完善本国公司治理结构,重拾投资者信心,实现公司法的现代化,吸引公众投资者、加强融资市场的竞争力,早已经建立股东派生诉讼制度的英国、日本等国也纷纷完成本国股东派生诉讼制度的改革,而此前采用少数股东损害赔偿请求权制度作为重要的股东利益保护制度的德国,也在本国的公司法改革中通过修订《股份公司法》的方式引入了美国式的股东派生诉讼制度。我国在 2005 年公司法改革中,响应保护少数股东利益的呼声,在 2005 年《公司法》第 152 条(2014 年修订的现行《公司法》第 151 条)中明确规定了股东派生诉讼制度,这一制度的引入完成了从无到有的制度创建过程,也是我国公司法改革的一大创举。

然而,股东派生诉讼制度并不是一套简单纯粹的技术规则的结合,相比较“书本上的法律”(law in books)而言,“行动中的法律”(law in action)即法律制度的执行问题更具有研究价值。股东派生诉讼作为一种重要的私人执法途径,不应该仅仅是供奉神龛、束之高阁的摆设,如何让其成为“有牙齿的法律”,^[1]从而如何能在实践中发挥其保护少数股东利益、改善公司治理的作用才是更加值得关注的问题。鉴于法律体系、文化传统和经济社会背景的不同,即使在法律全球化的背景下,各国股东派生诉讼制度的具体规则之间产生了趋同,并不代表制度和规则背后的功能和实施效果必然发生趋同,而且,立法上的趋同也并不意味着能够在实践中得到立竿见影的实施效果。由此引发的一个重要问题是,各国股东派生诉讼制度的完善或者引入,在各国实践中特别是在我国实践中,是否如立法者所愿能够发挥其在公司治理机制中的重要作用,切实成为保护少数股东利益、改善公司治理环境的利器?换言之,在股东派生诉讼制度全球化的浪潮中,各国的股东派生诉讼制度到底是否能够走出一条真正有利于股东利益保护的本土化之路?

从我国的实践来看,这个答案似乎是不尽如人意的。我国现行股东派生诉讼制度不仅规则简单笼统,仅对派生诉讼的原告资格、前置程序等程序性规则作出了概括性的规定,而且在该制度的具体实践中也面临着巨大挑战。我国的股东派生诉讼制度同时适用于有限责任公司和股份有限公

[1] [日]田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》,李薇译,法律出版社 2006 年版,第 188 页。

司。我国引入股东派生诉讼制度的一个重要背景在于,我国资本市场的实践中针对公司违法行为的执法供给仍显著不足。以市场监管机关的执法行为为例,尽管中国证监会尽到了相当程度的努力,执法的效果却不尽如人意。实证研究表明,国内证券市场存在大量的违法“暗数”,表明对违法行为的打击力度不够。^[1] 因此,为了保护中小股东利益,完善公司治理结构,我国在2005年公司法改革中引入了股东派生诉讼制度,主要目的是寄希望通过这一私人执法途径来对资本市场上的不法行为进行打击,来实现保护少数股东利益、改善公司治理状况的目标。

但是,从本书的实证研究结果来看,我国股东派生诉讼案件数量较少,股东派生诉讼案件主要发生在有限责任公司中。而在股份有限公司特别是上市公司中少数股东极少运用股东派生诉讼维护自身合法利益。自我国2005年引入股东派生诉讼制度伊始,时隔近四年,直至2009年12月ST三联小股东联名提起股东派生诉讼,标志着第一起真正意义上的股东派生诉讼案件的出现,然而该案件也历经漫长过程于2012年年底以驳回原告诉讼请求而失败告终。而时隔至今,再无第二例上市公司股东派生诉讼案件出现,三联案件竟成为2005年《公司法》首次引入股东派生诉讼制度这十年期间中唯一上市公司股东派生诉讼案件。股东派生诉讼规则的不完备,上市公司股东派生诉讼案件的长期缺失,使立法者借此制度改变我国公司治理(特别是上市公司)现状的愿望可能会落空。

面对如此明显的中国市场困境中,股东派生诉讼制度的研究工作在我国具有非常重大的理论意义和实践意义。股东派生诉讼制度的引入是一种典型的法律移植现象,该制度在不同国家的实施效果也大相径庭,其他国家引入股东派生诉讼制度后的实施状况也从另一个角度印证了研究法律执行效果的必要性。不仅仅是我国的股东派生诉讼制度的实施现状无法令人满意,而与美国股东派生诉讼盛行的现象形成鲜明对比的是,股东派生诉讼在美国以外的其他国家,包括澳大利亚、加拿大、英国、德国等国

[1] 所谓违法“暗数”,就是指确已发生但未被相关机构(包括司法机关、证监会以及交易所)发现、证实并依法进行惩戒的潜伏违法违规行为的估计值。从总体上看,来自上市公司和证券公司的被调查者都认为,在证券市场中违法违规行为的暗数是相当庞大的。参见《证券违法违规惩戒的实效和制度成本分析》,上证联合研究计划第13期(法制系列)课题报告(2005年11月),北京大学法学院、世纪证券联合课题组,课题主持人:白建军、许克显。

的实施效果同样堪忧。这也促使学者深入思考,股东派生诉讼制度作为一种重要的私人权利实现途径,为何能够在美国如此活跃繁荣,而被引入其他国家后则趋于沉寂?股东派生诉讼的引入作为一种法律移植现象,股东派生诉讼制度在被引入他国的法律体系后是否能够在公司治理机制中发挥其预期的作用?哪些因素是影响股东派生诉讼实施效果的关键性因素?而落实到我国的具体情况,在我国已经引入股东派生诉讼制度的环境下,为何该制度的实施效果如此不尽如人意?何种原因导致我国股东派生诉讼制度难以实现,即具体影响其实施效果的包括哪些因素?仅仅是该制度的实施细则不到位,抑或是该制度本身并不能适应中国的整体法制环境?抑或追根溯源至该制度存在的原因来看,该制度本身并非是解决我国公司治理问题的一剂良药?

因此,更加值得关注的公司治理问题摆在面前:第一,在我国现实环境下寄希望于股东派生诉讼制度来改善公司治理结构的作用是否是明智之选,即如何正确看到股东派生诉讼在公司治理机制中所发挥的作用。第二,如何才能够完善我国的股东派生诉讼制度,现实环境中哪些因素对于股东派生诉讼制度的实施效果具有重大作用。作为公司治理机制中的重要组成部分,任何孤立地研究股东派生诉讼具体规则本身,甚至是股东派生诉讼制度本身都是有些偏颇的。在该制度的实践中,无论是股东派生诉讼制度的具体条款内在之间,还是股东派生诉讼制度与公司治理机制中其他法律制度之间(如本书中将涉及的受信义务的可归责性、司法系统的执法作用、私人执法的动力),甚至是股东派生诉讼制度与现代公司股权结构的宏观环境之间,都存在千丝万缕的联系。

一、本书的研究内容

仅对某个法律制度的建设和完善进行讨论,在中国公司法的研究中并不具有新意,关于股东派生诉讼制度具体条款的设计和完善,前人也有诸多真知灼见,其他国家最新立法动态也会为我国的制度建设提供良好的研究基础。简单比较各国“书本上的法律”后提出某些具体规则的改善建议,对于完善我国股东派生诉讼制度是远远不够的。本书能够突破仅仅对股东派生诉讼制度本身进行制度研究的窠臼,一方面,关注“书本上的法律”,即不同国家的法律规则本身,以及不同公司治理理论在制度研究中的运用;另一方面,鉴于股东派生诉讼制度本身具有很强的实践性,这套制度并

不是一套简单纯粹的技术规则的结合,将更加关注“行动中的法律”,即该项法律制度在各国资本市场上的实际实施效果,以股东派生诉讼制度为基础展开论述,进而厘清该制度与宏观公司治理环境、公司治理机制中其他法律制度之间的互动关系。因此,本书不局限于如何优化和完善我国股东派生诉讼的具体规则,而是更深层次地深入关注股东派生诉讼制度的实际实施效果,即股东派生诉讼的实现问题,明确哪些因素对股东派生诉讼制度的实施效果起到重大影响,从而指出我国股东派生诉讼实践的发展出路。本书的研究内容重点着眼于以下三个方面:

第一,股东派生诉讼制度的全球化问题。对制度的源起国英国、制度发达完备的美国以及其他引入该制度的代表性国家(德国、日本)的制度发展进程,尤其是近期立法过程以及改革后的股东派生诉讼制度的内容进行详细论述。从各国股东派生诉讼制度的发展路径可以看出,各国立法者在近年来对股东派生诉讼制度的具体规则进行了改革,使股东提起派生诉讼的依据更加清晰易懂,尤其是一些英美法系国家,与在纷杂的判例中寻求可能的救济手段相比,公司法明确的条款使股东更能够清晰地界定自身是否能够提起派生诉讼,从而使股东派生诉讼制度更加具有可预测性,同时也避免了不必要的一部分诉讼。在此意义上,以成文公司法的方式直接对股东派生诉讼规则作出规定已经是一种重要的进步。并且,从各国股东派生诉讼制度的具体规则来看,在对提起公司派生诉讼的前提条件进行审查、适格原告的界定、担保的应用、商业判断原则在股东派生诉讼中的应用、是否存在诉讼特别委员会终止诉讼的权限等诸多方面,各国的具体规则在形式上已经趋于相同。各国家近期在公司法领域进行改革的原动力在于“资本”。各国积极建立和引入该制度的根本原因在于,提供合理的公司治理机制,积极争夺资本市场。而公众社会投资者的兴起,使以股东利益尤其是中小股东利益保护为价值取向的公司治理模式必将得到决策者的青睐,这使法律的全球化更多地体现为美国本土的全球化。

第二,股东派生诉讼制度的本土化。本书将分别从纵向(股东派生诉讼制度在各国家中的发展沿革、实施实效)和横向(不同国家的股权结构、公司治理环境不同对该制度实施效果的影响)两个方面进行比较,以求该研究尽可能覆盖证券市场结构和公司治理环境不同的国家,更全面完善地描述股东派生诉讼制度在不同的公司治理环境下法律移植后产生不同的

实施效果,从而真实地探究股东派生诉讼制度与公司治理之间的关系。

在纵向上正本清源,探究股东派生诉讼制度在其制度起源国家产生和发展的背景和实际效果。在该制度的起源国英美国家(英国、美国),自股东派生诉讼规则建立伊始,该制度的发展历经百余年,法院判决的态度并非一成不变,该制度在不同阶段所体现的价值和公司治理作用也是大为不同。美国模式下的股东派生诉讼制度借鉴于英国,但是却走上了一条截然不同的发展道路。即使是在技术规则相当完备、股东派生诉讼广泛存在的美国,股东派生诉讼制度的实施效果仍然饱受争议,而关于股东派生诉讼利弊之争的讨论长期存在,特别是美国的股东派生诉讼制度历经百余年,在不同的时期所能发挥的作用也必然有所不同。

在横向上深化比较,鉴于法律体系、文化传统和经济社会背景的不同,如前所言,即使各国股东派生诉讼制度的具体规则之间的形式趋同,并不代表制度和规则背后的功能和实施效果必然发生趋同。本书将以引入股东派生诉讼制度的不同国家的立法和实践作为研究对象,尤其是特别关注与我国具有相似的法律文化和背景的东亚国家的实施状况,从而研究影响股东派生诉讼制度实施效果的重要因素。由于股东派生诉讼制度天生的缺陷,股东派生诉讼制度的实体规则和程序设计中,处处体现出既需要给予中小股东适当的救济渠道,又限制小股东滥用公司派生诉讼制度的理念,防止小股东提出无意义的派生诉讼,从而牟取个人利益或者不必要地浪费公司的人力和财力资源。各国立法或者法院判例在诉讼前置程序审核、适格原告的界定、担保的应用、商业判断原则在股东派生诉讼中的应用、诉讼特别委员会终止诉讼的权限等诸多方面都体现出其在维护公司自由裁量权和保护中小股东利益之间不断寻求最佳平衡点。因此,在股东派生诉讼制度全球化,特别是表现为美国制度全球化的路径中,每个国家的实施效果上都作出了本土化的回应。英国将其新型的股东派生诉讼仍然界定为“故障保险”机制,而不是首要救济措施;而美国不同公司治理措施逐步完善所带来的结果是,股东派生诉讼将在整个公司治理机制中的作用退居次位;德国、日本引入股东派生诉讼制度之后一度处于股东派生诉讼案件沉寂的状态。鉴于东亚国家与英美法系、欧洲大陆国家有着不同的股权结构和公司治理环境,东亚国家的股东派生诉讼制度在具体实施程序上也有所变通,形成了以非营利组织为主导的新型股东派生模式,在资本市