

A STUDY ON THE
SHAREHOLDER REPRESENTATIVE ACTION
FROM AN EQUILIBRIUM PERSPECTIVE



均衡视角下的 股东代表诉讼研究

毛文清 / 著



 中国时代经济出版社

均衡视角下的股东代表诉讼研究

毛文清 著



 中国时代经济出版社

图书在版编目(CIP)数据

均衡视角下的股东代表诉讼研究 / 毛文清著. —北京: 中国时代经济出版社, 2012.7
ISBN 978-7-5119-1192-6
I. ①均… II. ①毛… 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 (2012)第 158047 号

书 名: 均衡视角下的股东代表诉讼研究

作 者: 毛文清

出版发行: 中国时代经济出版社

社 址: 北京市丰台区右安门外玉林里 25 号

邮政编码: 100069

发行热线: (010)83910203

传 真: (010)83910203

邮购热线: (010)83910203

网 址: www.cmepub.com.cn

电子邮箱: zgdsjj@hotmail.com

经 销: 各地新华书店

印 刷: 永清县晔盛亚胶印有限公司

开 本: 170 × 240 1/16

字 数: 185 千字

印 张: 12

版 次: 2012 年 10 月第 1 版

印 次: 2012 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5119-1192-6

定 价: 38.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,请与本社发行部联系更换

版权所有 侵权必究

前 言

自 2005 年《公司法》大规模修订引入股东代表诉讼以来，人们对它的研究可以说掀起了一个小小的高潮。学界普遍认为，此制度的设立不只是为了保护中小股东的利益，更重要的价值在其作为公司治理结构改善的一环。本书以均衡的理念和方法为统领，同时运用了简单的均衡分析、历史分析、经济分析、比较法研究、系统分析和实证分析等方法，遵循由具体到抽象，再由抽象到具体的逻辑进路完成了全书的论证和建构。

全书一共六章。第一章作为序论，首先简单叙述了本书研究的现实和理论意义，同时对本书特殊的视角——均衡做了分析和说明。均衡的视角，不只关注于股东代表诉讼，更关注于整个公司法律制度，甚至试图窥到人类法律文明的轮廓。第二章是全书立论的历史和经验基础。至此，本书完成了逻辑上第一层面的具体。第三章是对股东代表诉讼赖以存在的理性基础的抽象，只是这种抽象不是纯粹的，其中杂糅了我国法律界勇于尝试的实践成果。如果说第三章是试图在法律和实践中抽象出股东代表诉讼，那么第四章就是试图在股东代表诉讼中抽象出其价值。到第四章结束，抽象工作已达顶峰，接下来该慢慢走向第二层面的具体了。第五章可以看作由抽象到第二层面具体的过渡，所以它既是抽象的也是具体的，用辩证法的话说，就是抽象和具体、具体和抽象的统一。因为，它把从第四章抽象出来的制度价值变成了具体的理念，而这些理念就其本身来说又是抽象的。第六章是本书的落脚点，也是前面所说的

第二层面的具体。

“伟大的异议者”奥利弗·温德尔·霍姆斯在其经典著作《普通法》一书中说到：“法律的生命向来不是逻辑，而是经验。人们当时感受到的必要性、盛行的道德理论和政治理论、公共政策的确立（无论是明言的还是无意识的），甚至法官与他们同胞的共有偏见，在决定人们应当受到支配规则的时候，具有比逻辑推论更大的作用。法律承载着一个民族在诸多世界中发展变化的历史。”这是人类社会心灵的直白。对之，不能简单地称之为经验主义法学或者实用主义法学，而应用人类的良知和智慧去体悟。

面对异常“火爆”的法学界，我们能做些什么呢？是钻到故纸堆里静心养性地去“做学问”？还是忙于贩卖精巧的美、德货色？这个时代，不只是法学界的躁动，而且是整个社会的躁动，那么，难道不也是作者的躁动吗？我们的国家需要什么样的法律？难道不是自己的法律吗？作者朦胧感到，我们热衷介绍他国制度，不是霍姆斯的“经验”，而是水土不服的饕餮。霍姆斯的经验是一种民族文化的体验和感悟，所以逻辑在他面前充其量只是方法而已。可惜，有时候我们却连这种方法也不能很好地掌握。在这里，我们不能把逻辑等同于理性，更不能等同于理性主义。伟大的理性和伟大的经验一样，都有其自身的和谐和价值。

那么，作者到底做得怎么样呢？公允地讲，还基本没有开始。这绝不是谦辞，要说开始，最多只是老眼昏花式的窥视和想象而已。有鉴于此，如有不当甚至错讹之处，望读者不吝指教。

目 录

第一章 序 论

第一节 研究意义	1
一、现实意义	2
二、理论意义	9
第二节 作为研究视角的均衡	14
一、一般意义上的均衡	14
二、作为本书视角的均衡	17
三、本书的研究方法	19

第二章 股东代表诉讼概述

第一节 概念的界定	21
一、概念的语词之争	21
二、概念的定义	26
第二节 股东代表诉讼的历史考察	29
一、英美股东代表诉讼的历史考察	30
二、日德股东代表诉讼的历史考察	39

第三章 股东代表诉讼的制度基础

第一节 股东代表诉讼的法理基础	53
一、公司民事主体的本质使然	53
二、股东平等的根本要求	57
三、使被告履行其法律义务的最后保证	62
第二节 我国股东代表诉讼的实践基础	67
一、我国股东代表诉讼的司法实践	67
二、我国股东代表诉讼的立法实践	74

第四章 股东代表诉讼的制度价值

第一节 股东代表诉讼的一般价值取向	83
一、股东代表诉讼价值取向的特性	83
二、公平和效率的均衡	86
第二节 股东代表诉讼的表象价值	88
一、中小股东概念的界定	89
二、中小股东利益保护的最后保障	91
第三节 股东代表诉讼的本质价值	97
一、我国公司治理的难题	98
二、股东代表诉讼在公司治理结构均衡中的作用	103

第五章 股东代表诉讼的制度理念

第一节 鼓励诉讼和限制诉讼均衡的理念	111
一、股东代表诉讼的鼓励	112
二、股东代表诉讼的限制	115
三、鼓励诉讼和限制诉讼的均衡	120

第二节 公司自治和司法干预均衡的理念	123
一、股东代表诉讼的司法干预	124
二、公司自治和司法干预的均衡	126
第三节 目的价值和实际功效均衡的理念	131
一、预期目标与实际效果的不一致	131
二、目的价值和实际功效的均衡	134

第六章 我国股东代表诉讼的制度完善

第一节 诉讼主体制度的完善	139
一、股东代表诉讼中的原告	140
二、股东代表诉讼中的被告	146
三、股东代表诉讼中的公司	148
第二节 前置程序的完善和司法审查程序的设立	150
一、前置程序	150
二、司法审查	153
第三节 案件受理费和诉讼费用担保制度的完善	156
一、案件受理费	156
二、诉讼费用担保	159
第四节 原告及被告权利责任规则的完善	162
一、原告股东的权利和责任	162
二、被告的权利和责任	166
第五节 其他程序规则的完善	168
一、管辖	168
二、证明责任	170
三、撤诉与和解	172

第六节 股东代表诉讼具体规定的建议	174
一、本书建议	174
二、本书建议的简单说明	177
参考文献	180
后 记	187

第一章 序 论

股东代表诉讼制度作为保护中小股东利益的最后一道防线，近年来在我国得到广泛的关注。但是，已有的研究大多数是从具体规则和程序制度的角度出发，当然，作为一项要真正发挥其实际功效的诉讼制度，股东代表诉讼的研究必然离不开具体规则和程序的论证和设计。然而，如果我们将股东代表诉讼放在整个公司法律制度和公司治理的大背景下来加以审视，将有利于其制度的进一步完善和价值功能的实现。本书便以一种均衡的视角对股东代表诉讼的价值加以考量，对其制度安排进行反思和研究，最终试图对我国新《公司法》^① 刚刚确立的这一法律制度的更加完善有所补益，以期使其更加具体化，更具操作性，从而更好地发挥功能。

第一节 研究意义

股东代表诉讼制度对于公司治理和投资者保护方面有着重要的意义。公司控制股东、实际控制人和内部人^②滥用公司控制权是我国

① 指 2005 年 10 月 27 日修订颁布的《中华人民共和国公司法》，虽已不“新”，为行文方便仍依学界习惯，简称为新《公司法》。

② 包括公司董事、出资人、设立人和清算人在内的以上人员掌控着公司的控制权，股东代表诉讼制度主要为他们而设，为行文简练，下文有时会以“有关人员”作为他们的统称。另外，我国《公司法》第一百五十条虽然规定了监事也可以成为责任主体，但是在现实中意义不大，故本书以下行文涉及有关人员除非特殊需要一般不列监事。

公司治理中的顽症之一，其中上市公司情况尤为严重。股东代表诉讼可为有效监督公司控制股东、实际控制人以及董事、高级管理人员的行为提供一个小小的制度平台，是对投资者特别是中小投资者提供保护的重要法律制度之一，同时也是公司治理结构中重要的一环。

一、现实意义

（一）控制股东等侵害严重

我国证券市场自 1990 年建立以来，经过二十多年的快速发展，取得了显著成就。从发展规模上看，根据中国证券监督管理委员会（以下简称证监会）的统计，截至 2012 年 4 月，沪深两市已拥有上市公司 2403 家，总股本 36773.99 亿股（其中流通股 29404.66 亿股，占总股本的 79.96%），股票市值达 238177.93 亿元（其中流通股市值 183644.47 亿元，占股票总市值的 77.1%）。但是，屡屡发生控制股东^①侵害甚至掏空公司的现象，导致广大中小股东对资本市场信心不足。

公司控制股东利用其控制权侵害公司和中小股东的主要表现在以下几种方式：一是直接侵吞公司财产。控制公司侵吞从属公司财产的手法可谓五花八门，惯用的手法如截留、挪用、代偿、垫付、借款、套取和赖账等。二是关联交易。上市公司通过关联交易向控制股东转移利润，如低价向控制股东销售商品，或高价向控制股东采购商品、原料，或以低价资产高作价抵偿所欠公司的债务等，以

^① 本书所称“大股东”是指对公司有控制权的股东，基本等同于《公司法》第二百一十七条第（二）项规定的控股股东。

此逐渐掏空公司。典型案例有号称“中国股东代表诉讼第一案”的2000年“恒通公司案”，另外还有影响巨大的2001年“ST猴王案”。在ST猴王案中，控制股东猴王集团先后利用关联交易从上市公司套现资金高达2.2亿元，导致猴王股份的财务状况出现巨大亏空，至2001年2月，猴王集团由于资不抵债而申请破产时，猴王集团欠下猴王股份11亿元的债务。三是违规担保。上市公司被迫为其控制股东的债务提供担保，而由此产生的巨大的或有负债（Contingent Liability），会大大增加公司的经营风险，使广大中小股东无形中遭受较大侵害。四是虚假出资。控制股东利用其能够以实物与无形资产出资，而广大中小股东只能以现金出资的不平等出资地位，通过虚假出资，从中小股东获得较高质量与盈利能力的资产。除此之外，还有以溢价出让控制股、排挤压榨、内幕交易、夺取公司有利机会等多种方式。

公司中对中小股东的侵害除了控制股东外主要是公司管理者。控制股东对中小股东侵害的根本原因在于所有权的集中，控制股东代表的是其自身利益的最大化，而不是所有公司相关人员（也包括管理者和雇员等其他公司相关人员）利益的最大化，当两者的利益相冲突时，控制股东就会牺牲中小股东和其他人的利益，追求自身利益的最大化。而管理者同样也是按照自身利益办事，突出表现是滥用投资的权力。这一切的根本原因在于管理者具有私人信息优势和内部控制权，管理者选择的项目一般情况下往往有利于他们自己而不是投资者。另外，控制股东还会与公司管理者合谋（Collusion with Management）^①，或者以更为隐蔽的间接侵害的方式来侵害公司

^① 陆志明，程实：“角色的转变与功能的变革——中小股东与公司治理的文献回顾”，载《财经理论与实践》2006年第2期，第20~21页。

和中小股东。其中,间接侵害更具隐蔽性,也往往成为控制股东和公司管理者的首选方式。

证监会2008年发布的《中国资本市场发展报告》(第二版)就认为,即使经过比较成功的股权分置改革^①,上市公司仍然存在的普遍问题主要有:控股股东直接干预上市公司事务,占用公司资金,通过关联交易等方式损害上市公司利益,个别高管甚至协助控股股东侵害上市公司利益;国有上市公司所有者缺位,内部人控制^②问题严重,导致企业利润被侵蚀,并且造成国有资产流失。^③

下面仅就控制股东侵占上市公司资金问题做一个简单的分析。同济大学和上海证券交易所联合课题组的一项研究表明,在2000年,沪深两地上市公司总数为1018家,而其中发生各类关联交易行为的公司就有949家,占上市公司总数的93.22%。另外,《金融时报》2004年9月2日报道,中国证监会在2002年底普查1175家上市公司的过程中发现,有57.53%的公司存在被控制股东占用资金的现象,被占用资金高达966.69亿元,而2002年市场一年的首发新股融资额才560亿元。为解决这一问题,2005年11月国务院批转了中国证监会《关于提高上市公司质量的意见》,出台了严格限制控股股东及其他关联方占用上市公司资金的规定。2006年6月,《刑法修正案》(六)中为此专门增加了“侵占上市公司资产罪”的规定。截至2006年底,已有399家公司完成“清欠”或进入“清欠”程序,涉及资金390亿元,涉及资金占用问题的上市公司数和占用资金额

① 2004年1月31日,国务院发布《国务院关于推进资本市场改革开放和稳定发展的若干意见》,明确提出“积极稳妥解决股权分置问题”,并与2006年12月基本完成。

② 内部人控制指公司内部的管理层控制董事会,进而控制公司的情况。参见许海峰主编:《公司治理》,人民法院出版社2005版,第5页。

③ 中国证券监督管理委员会主编:《中国资本市场发展报告》,中国金融出版社2008年第2版,第104~105页。

同比分别下降 93% 和 84%，但仍高达近 100 亿元。^①

以上主要讲的是控制股东的负面作用，控制股东的存在也有其积极方面。事实上，控制股东能够发挥对管理层的监督作用。而对控制股东的监督又靠谁呢？靠刑法？靠证监会？这些监督除了成本昂贵外，还都只会在侵害已经到了非常严重的程度才会介入。而对控制股东的日常或者说是方方面面的监督又靠谁呢？可能要靠那些因这些侵害直接或间接的受害者，也就是中小股东了。

（二）中小股东保护的需要^②

由于控制股东与中小股东的利益并不一致，当控制股东掌握的控制权超过拥有的现金流权时，就会对中小股东及其他利益相关者进行掠夺，从而降低公司效率并抑制潜在投资者的投资动力，最终影响资本市场的发展，这在经济转轨国家比较普遍，在我国尤为突出。由于我国的国情，上市公司的中小投资者（即中小股东）大多是工薪阶层，他们的合法权益若得不到有效的保障，不仅会影响他们的投资热情，也不利于整个社会的稳定。因此，如何为少数股东权益提供切实、适当的法律救济，成为了我国公司法律制度建设中亟需解决的问题。

公司实行有限责任，以营利为目的，股东投资数额不同，其承担的风险就不同，因而只能以股东对公司的投资数额作为衡量标准，实行按比例的比例平等。因此，股东平等原则便简单地异化为股份平等原则。与之相对应，资本多数决原则便成为公司议事制度的基本原

^① 中国证券监督管理委员会主编：《中国资本市场发展报告》，中国金融出版社 2008 年第 2 版，第 57 页。

^② 对于股东代表诉讼的制度价值（功能）下文有专门章节详细论述。

则。资本多数决使得那些拥有控制权的股东在股东会或股东大会的决议中处于支配地位,其单个股东的意志也就被上升为公司的意志。如果这一原则运用得当,则能够有力地保障公司经营决策的高效运行。但是随着现代公司股权分散化的不断加剧,公司内部的权力运行机制由股东会中心主义向董事会中心主义过渡。这样,资本多数决原则就更易被滥用,因为控制股东更容易凭借手中表决权的优势操纵股东会或股东大会,自任或选任董事、监事组成受自己控制的董事会、监事会,从事损害公司及小股东利益的利己之事。从而使公司制度背离股东平等的实质正义要求,破坏了公司内部的民主管理。^①

在传统公司法中,资本多数决原则被绝对化了。中小股东权益的法律救济正是针对资本多数决原则被滥用后采取的法律对策。因为股东是公司存在的前提和基础,是公司最主要的利害关系人。现代公司法都将股东平等原则作为公司内部治理的主要原则。然而资本多数决使股东平等原则限制控制股东的意义大打折扣。在现代公司中,董事会在公司的决策管理中居于中心地位,股东会虽然是名义上的权力机构,但由于其本身的运作机制的局限,使其在公司中的地位日趋弱化。而且,控制股东往往是公司的董事、监事,这就导致侵犯公司利益的情况大量存在,而代表公司的董事会(其实是控制股东自己或其影子)自然不会追究,更不会起诉。这样,公司的利益遭受损失,中小股东的利益当然被损。为保护少数股东权益和公司的利益,各国相继建立了股东代表诉讼制度。

股东代表诉讼制度其实是赋予那些因为公司被控制而无法维护公司利益和自己利益的股东一种超越公司内部控制的司法救济。股

^① 洪艳蓉:“现代公司法中的小股东权益保护”,载《河北法学》1999年第5期,第85页。

东代表诉讼从表面上看仅仅是一种程序性制度,但在实质上却是要以程序法的形式达到实体法的目标。正如一位英国学者所说,这一制度为法院提供一种机会,来为那些因公司被不法董事、管理人员及多数股东所控制而“投告无门”的受欺压的少数股东们主持正义。^①

(三) 公司治理的一环

我国上市公司中普遍存在着国有股“一股独大”的问题,虽然经过股权分置改革能够在一定程度上稀释控股股东的股权比例,但是国有股一股独大的局面并无根本改变。我国股份公司的股权按持有者区分,一般分为国家股、法人股、个人股,而国家股、法人股在各上市公司中所占比例大多超过一半。所以,我国上市公司股权结构有如下特点:一是股权比较集中,且主要由国家(国有股权)控制,非国有股比重低于国有股比重,个人股所占比重较小;二是国有股权控制了上市公司股权的大部分,但国家股所有权的行使主体未明确界定,作为主要股东的国家把政府行政管理的内容渗透到公司管理中,更多强调国有资产保值增值,而缺乏对中小投资者的保护;三是董事会中国家股代表不是资本的真正所有者,缺乏对国有资产的真正关心。这样畸形的股权结构自然导致了我国中小股东参与公司治理的积极性被极大地弱化,而小股东在遭受侵害后更多的是选择“用脚投票”。

官方发布的2008年《中国资本市场发展报告》就对我国上市公司治理中存在问题进行了较好的总结:^②

^① 焦津洪:“论对持少数股份股东的法律保护”,载《中外法学》1995年第5期,第38页。

^② 中国证券监督管理委员会主编:《中国资本市场发展报告》,中国金融出版社2008年第2版,第122~123页。

(1) 部分上市公司董事、高管人员的勤勉尽责意识淡薄。一些上市公司高管人员的诚实守信和勤勉尽责意识薄弱,更多的是在考虑控股股东或其自身利益;一些上市公司董事经常缺席或委托他人出席公司董事会,不能尽职履责;部分公司高管在日常经营中甚至也不能尽到勤勉尽责的义务。

(2) 股权文化和诚信环境的建设有待进一步加强。健康的股权文化是资本市场持续发展的重要基础之一,其首先表现为良好的资本约束机制。上市公司的管理层应该尊重股东特别是中小股东的合法权益,为投资者寻求最大的回报。

(3) 内部人控制等现象时有发生。一些从业人员违背职业道德和行业准则,存在欺诈客户、价格操纵、内幕交易等违法行为。

(4) 资本市场诚信水平有待提高。资本市场的诚信水平,直接关系到市场的运行效率和健康发展。各种相关法律法规不健全,执法和惩戒的环节中也存在许多疏漏之处。市场对于不诚信行为的惩罚力度远远小于成熟市场,资本市场评级机构的运作尚未对市场参与主体的行为形成有效的约束。

股东代表诉讼当然不能完全解决我国公司治理中存在的诸多问题。但是,作为公司治理的法律制度之一,其可以通过对侵害公司利益的人进行制裁,提高中小股东的地位和影响,从而在一定程度上制约和监督控制股东和公司管理人员,促进公司治理结构的完善。^① 股东代表诉讼的事后救济作用,也能在一定程度上对公司的控制者产生威慑作用。

^① 傅穹,曹理:“股东派生诉讼提起权滥用防止研究——兼评2005年《公司法》的相关规定”,载《当代法学》2006年第2期,第54页。