

投保机构特别股东代位诉讼制度之构想

赵吟课题组*

摘要：证券法第94条第3款为投保机构特别股东代位诉讼制度奠定了法律基础，但该制度在实践运行中仍有诸多细节问题亟待理论和实践回应。首先，投保机构特别股东代位诉讼满足公益诉讼的客观范畴与主观范畴，在属性定位上应属于民事公益诉讼。其次，对于投保机构特别股东代位诉讼面临的诉讼证明困难、诉讼费用高昂等困境，可以通过探索与检察机关开展合作、豁免投保机构行使查阅权的持股比例和持股期限、调适诉讼费用交纳规则等路径予以疏通化解。最后，特别股东代位诉讼与2023年新修订的公司法中部分新增内容需做进一步协调：其一，明晰公司采取“董事会—审计委员会”单层治理结构时，履行前置程序仍应适用“交叉请求”规则；其二，明确赋予投保机构提起双重股东代位诉讼的原告资格，豁免其持股比例和持股期限要求。

关键词：特别股东代位诉讼 公益诉讼 制度构想

随着资本市场的高速发展，上市公司规范治理和投资者权益保护问题日益受到理论界与实务界的关注。在此背景下，2019年修订的《中华人民共和国证券法》（以下简称证券法）明确投保机构（行使该职权的投保机构主要为中证中小投资者服务中心，以下简称中证投服中心）具有提起股东代位诉讼的原告资格，并豁免其相应的持股比例和持股期限，以期弥补我国上市公司股东代位诉讼缺位之弊。但是，该制度在性质上究竟应定位于何种诉讼？诉讼中的证明困难、费用高昂等实践难题该如何破解？2023年修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称公司法）允许公

* 本文系中证中小投资者服务中心2024年度课题《投保机构特别股东代位诉讼制度之构想》的研究成果，内容有部分删改，该课题由西南政法大学赵吟课题组完成。

司设置审计委员会以取代监事会,在此单层治理结构之下,前置程序该如何履行?2023年公司法新增双重股东代位诉讼制度,投保机构该依循何种路径介入其中?本文将对这些问题一一探讨并作出解答,以期助力投保机构特别股东代位诉讼制度的效能发挥。

一、特别股东代位诉讼的基础源流与实践检视

(一) 特别股东代位诉讼的基础源流

“特别股东代位诉讼”意指证券法第94条第3款之规定内容^①,其对公司法中的股东代位诉讼规定作出了相应变通,但本质仍为股东代位诉讼。股东代位诉讼又可称为股东代表诉讼、派生诉讼或衍生诉讼,指的是公司的合法权益受到侵害,且公司未能追究侵害主体的法律责任时,股东为了公司的利益以自己的名义代表公司提起的诉讼。

实践中,上市公司存在着诸多违法乱象,如大股东占用上市公司资金、违规对外担保、不正当关联交易、董监高违反信义义务等。因此,虑及我国证券市场上存在太多公司治理和投资者保护等问题,2005年公司法正式引入了股东代位诉讼制度,但自我国引入该制度以来,绝大多数均发生在有限责任公司场合,^②上市公司中提起股东代位诉讼的较为罕见。探究其中原因,主要有以下几点:首先,除了控股股东之外,公众投资者^③持股分散且比例较小,公司法规定的起诉门槛对其来说难以触及,且其远离公司经营,不易发现权利受损的事实。其次,对于公众投资者来说,提起代位诉讼维权往往需要承担较为高昂的维权成本与严苛的举证责任,基于“理性经济人”的理论解释,公众投资者对公司治理抱有理性的缄默便是可以预见的^④。再次,上市公司中的公众投资者普遍存在“搭便车”心理,期待其他的股东能够提起诉讼。而提起

^① 证券法第94条第3款规定:“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,投资者保护机构持有该公司股份的,可以为公司的利益以自己的名义向人民法院提起诉讼,持股比例和持股期限不受《中华人民共和国公司法》规定的限制。”

^② 参见黄辉:《中国股东派生诉讼制度:实证研究及完善建议》,载《人大法律评论》2014年第1期。

^③ 在我国上市公司的投资者结构中,公众投资者占绝对多数,机构投资者占比偏低。其中自然人投资者占比达99.73%,一般法人占比0.13%,专业机构占比0.14%。参见上海证券交易所:《上海证券交易所统计年鉴(2023卷)》,载上海证券交易所网2023年, <https://www.sse.com.cn/aboutus/publication/yearly/documents/c/10747773/files/3d6aae2466cc4c43808f5d98976f35e6.pdf>。

^④ 参见方乐:《投服中心持股行权的限度研究——兼议比例原则的适用》,载《中国政法大学学报》2021年第2期。

诉讼的股东若胜诉,将与“未付出成本的陌生伙伴分享行为收益。对‘搭便车’行为的厌恶更阻却了散户投资者参与公司治理的可能。”^①最后,我国公众投资者习惯于“用脚投票”的市场投机思维,即基于公众公司的股票流动性,使得他们更倾向于选择直接退出公司,鲜少积极参与上市公司治理。^②

“面对普通股东难以捉摸的有限理性,部分国家(地区)尝试在证券市场中构建一个相对摆脱经济理性的特殊股东——公益性机构”。^③我国也是在股东代位诉讼效用未能在上市公司中充分发挥的情况下,参考世界范围内的先行经验,在2019年证券法中引入了由公益性机构作为原告股东的特别股东代位诉讼制度,以缓解传统股东代位诉讼起诉门槛高和股东诉讼动力不足这两大问题。

(二) 特别股东代位诉讼的实践检视

自2019年证券法引入投保机构特别股东代位诉讼制度以来,中证投服中心积极履行投资者保护职责,加快对上市公司治理中大股东资金占用、虚假陈述追责等顽疾的摸排,先后提起了包括美丽生态案、大智慧案、ST摩登案、金力泰案以及ST华铁案等在内的10起特别股东代位诉讼案件。前述案件在取得良好实践成效的同时也反映出其在履职过程中面临的困境,较为典型的如诉讼费用问题,以大智慧案与ST摩登案为例,面对高额诉讼费用,中证投服中心分别采取了拆分诉讼标的和申请暂缓交纳诉讼费用的策略。拆分诉讼标的会增加工作量,而缓交诉讼费用由于缺乏明确规定能否获得法院支持又存在不确定性,此种不确定性使得中证投服中心在起诉时不得不过分考量诉讼成本问题,从而可能影响案件的选择。

除已提起的特别股东代位诉讼案件所反映出的困境外,相关实证研究显示,股东代位诉讼在证明问题上也面临挑战,即由于原告股东未能充分履行举证责任而导致的败诉比例较高。^④鉴于股份有限公司(特别是上市公司)中股东提起代位诉讼的实践案例相对较少。前述实证分析的案例样本主要来源于有限责任公司,但所得出的结论同样可以适用于上市公司。原因在于,相较于上市公司,有限责任公司的中小股东通常对公司治理的参与度更高,且有限责任公司内部的违法行为相较于上市公司

① 方乐:《投服中心持股行权的限度研究——兼议比例原则的适用》,载《中国政法大学学报》2021年第2期。

② 参见辛宇、黄欣怡、纪蓓蓓:《投资者保护公益组织与股东诉讼在中国的实践——基于中证投服证券支持诉讼的多案例研究》,载《管理世界》2020年第1期。

③ 苏杭、方乐:《投资者保护机构股东代表诉讼机制研究》,载《金融监管研究》2021年第6期。

④ 参见张铭轩:《大股东损害公司利益时中小股东的维权之诉路径——兼议中小股东的举证困境》,载微信公众号“安徽华人律师事务所”,2024年1月23日;夏丹:《证据新规下如何破解股东代表诉讼证明责任僵局》,载微信公众号“夏丹律师”,2023年3月28日。

特有的违法行为(如违规披露、违规减持等行为)而言,其隐秘性和技术性往往较低。因此,从证据获取上来看,特别股东代位诉讼案件同样面临着证明困境。

二、特别股东代位诉讼的公益属性证成

(一) 股东之公益

为健全中小投资者权益保护机制,2013年12月25日,国务院办公厅发布《关于进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》,指出要“探索建立中小投资者自律组织和公益性维权组织,向中小投资者提供救济援助,丰富和解、调解、仲裁、诉讼等维权内容和方式”。2014年5月,国务院发布《国务院关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》,提出要“维护投资者特别是中小投资者合法权益”。2014年12月,证监会牵头成立中证投服中心,作为证券类公益金融机构,致力于中小投资者保护工作。

在上市公司中,无论是消极参与上市公司治理的广大中小股东,还是被赋予积极参与上市公司治理期待的机构股东,其作为股东持有上市公司“股份”均非为了实现公益目的,而主要是为了追求经济利益。中证投服中心在上市公司中的持股数量极少,且只持股而不交易,仅系为了发挥投资者保护功能而采取的技术性持股,因此营利并非其持股目标。如此,在以股东身份采取行动时,其他散户投资者和机构投资者虑及参与公司治理所需付诸的成本,往往缺乏充分的行权激励。而中证投服中心的公益属性,使其不必只拘泥于自身的成本收益考量,亦无“搭便车”等投机心理作祟,使得其可以充分利用股东权利工具箱,为保护投资者利益而积极行动,使股东代位诉讼等制度能够在上市公司中充分发挥救济和威慑功效,实现阻却违法和惩治违法的目的。同时,作为专司投资者保护的公益机构,相较于其他股东,中证投服中心有更强的专业能力作为支撑。在股东代位诉讼中,能够为了广大投资者利益以自有专业团队“代替”投资者诉讼维权,矫正诉讼中双方地位实力不平衡的状态,提升案件胜诉的概率,并节约司法资源、提升司法效率。此外,其他股东提起股东代位诉讼,还将面临能否公正、充分地代表公司利益和除被告之外的股东之利益的疑问,而中证投服中心的公益属性则为此种代表赋予了天然的正当性。

(二) 诉讼之公益

对于投保机构特别股东代位诉讼是否属于公益诉讼,需分别分析该诉讼是否满

足公益诉讼的客观范畴与主观范畴。

1. 满足公益诉讼的客观范畴

从诉讼目的角度来说,公益诉讼最为直接的实体目的就是维护公共利益。公共利益即为公益诉讼的客观范畴。因此欲判断某一诉讼是否为公益诉讼,首先需探究其是否维护了“公共利益”。关于公共利益,其本身具有高度抽象性和不确定性,在内涵、范围和具体判断标准方面皆有不同观点。但以“不确定的多数人”作为“公共”的概念是广为认可的标准,即公共利益首先需是不特定的多数人的利益。^① 日本学者小岛武司对公共利益的界定,也采取的是不特定多数人的利益。^② 其中“不特定”的要求是为了准确地划分不同的多数人诉讼的适用范围,如果将公共利益理解为特定的多数人的利益,会与原有的共同诉讼和代表人诉讼产生冲突。^③ 除此之外,“公共利益”区别于“个人利益”的最大特点,还在于公共利益具有非竞争性和非排他性,即任一社会成员对于一项公共利益的享用都不会排除、妨碍其他社会成员享用该项利益的可能性。^④ 鉴此,可将公益诉讼维护的公共利益看作不特定多数人可共享的利益,据此也可对“公共”作进一步的拆分,其中“不特定+多数”对应于“公”,“可共享”对应于“共”,二者同时满足即符合“公共”要求。对于中证投服中心提起的特别股东代位诉讼是否维护了“公共利益”,可循此路径进行分析。

但在此之前需指出的是,公益诉讼相较于传统诉讼还有一个鲜明的特点,即原告请求保护的利益往往与个人利益没有直接关系,^⑤即以“他益”为典型形式,即便可能涉及私益,原告的私益也“往往存在于过于宽泛的公益之中而基本上被法律所忽略”^⑥。股东代位诉讼即为典型的“他益”诉讼,股东提起代位诉讼是为了公司利益,而非股东自己的私人利益,属于“为他人打官司”。因此有观点从公益诉讼“主要是民事诉讼框架内的一个以目的为导向的概念”出发,指出股东代位诉讼即为典型的公益诉讼类型之一。^⑦ 但也有观点指出股东代位诉讼因针对的并非是普遍性的公共利益(Public Interest)而是集体利益(Collective Interest),因此仅具有“准公益诉

① 参见胡鸿高:《论公共利益的法律界定——从要素解释的路径》,载《中国法学》2008年第4期。

② 参见韩波:《公益诉讼制度的力量组合》,载《当代法学》2013年第1期。

③ 参见郭翔:《论特定群体民事公益诉讼的制度化》,载《北京社会科学》2024年第4期。

④ 复旦大学课题组、段厚省:《新证券法背景下的股东诉讼研究》,载《投资者》2021年第2期。

⑤ 参见李成斌:《金融消费者公益诉讼问题探究》,载《法律适用》2022年第3期。

⑥ 林莉红:《公益诉讼的含义和范围》,载《法学研究》2006年第6期。

⑦ 参见江伟、徐继军:《将“公益诉讼制度”写入〈民事诉讼法〉的若干基本问题的探讨》,载《中国司法》2006年第6期。

讼”的特性。^① 前述不同观点,对于股东代位诉讼涉及了多数人利益没有分歧,但“准公益诉讼”观点区别于“公益诉讼”观点的核心在于,其认为股东代位诉讼维护的“多数人”利益是“特定”的。而在特别股东代位诉讼中,维护的多数人利益是不特定的,同时维护的利益亦可满足“可共享”的要求。下面将对投保机构提起的特别股东代位诉讼涉及利益的“不特定+多数”与“可共享”进行分析。

首先,中证投服中心提起特别股东代位诉讼的代位对象特别,皆为上市公司。此前就有观点指出对于上市公司这种公众公司来说,因其股东众多、股份分散,公司利益受损也会导致不特定多数的股东利益受损,而“这些股东的利益,从经济法的角度来看,即所谓的‘公益’”。^② 其中股东之所以“不特定”,是由上市公司流通股的交易性质所决定的。^③ 其次,股东代位诉讼的提起,是为了回复公司的受损利益,胜诉结果将归于公司,公司所获赔偿可以用于偿付债务,因此股东代位诉讼的提起亦维护了不特定的债权人等利益相关者的利益。再次,基于其自身的公益定位,中证投服中心持有所有上市公司一手股票,但囿于经费及其他资源限制,也面临着案多资源有限的现实,所以必须对案件进行筛选,判断是否提起代位诉讼以及对谁提起代位诉讼。上述现实,也导致“不特定”和“多数”因素得以在更大范围进行延展,使得一般代位诉讼针对特定上市公司的不特定利益相关者利益升格为特别代位诉讼针对资本市场上不特定上市公司的不特定利益相关者利益,进一步夯实了“公益”基础。同时,特别股东代位诉讼着眼于所有上市公司,而限于某一特定公司,也揭示了此制度维护之利益具有非竞争性、非排他性。最后,侵犯上市公司权益的行为,会对整个资本市场造成影响,不法行为对公司治理和市场秩序的破坏,将触及普遍性的社会公共利益,中证投服中心提起特别股东代位诉讼亦可以净化市场环境,维护资本市场的规范运作,此等利益亦为不特定多数人所“共享”。综上,特别股东代位诉讼所维护之利益,满足公共利益所应具备的“不特定+多数”与“可共享”条件,即满足了公益诉讼的客观范畴。

2. 满足公益诉讼的主观范畴

分析完特别股东代位诉讼满足公益诉讼的客观范畴后,还需要分析公益诉讼的

^① 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第396页。

^② 参见刘建:《论我国经济诉讼制度的构建——由股东诉讼写入〈公司法〉所引发的思考》,载《兰州学刊》2012年第11期。

^③ 参见复旦大学课题组、段厚省:《新证券法背景下的股东诉讼研究》,载《投资者》2021年第2期。

主观范畴,即作为投保机构的中证投服中心是否可以作为适格的公益诉讼提起主体。根据当前《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称民事诉讼法)第58条第1款规定,公益诉讼的原告需为“法律规定的机关和有关组织”。其中“法律规定的”是仅作为对于“机关”的限定,还是同时限定于“机关和有关组织”不无疑问。

在司法实践中,有法院指出民事诉讼法规定可以作为公益诉讼的原告,“如为机关则应当由法律规定,而对于有关组织,则未加以限制……立法者对于‘有关组织’作为公益诉讼原告持放宽的态度。”^①2014年4月24日,修正后的《中华人民共和国环境保护法》(以下简称环境保护法)增设第58条对社会组织提起公益诉讼的条件进行了明确规定。但法院同样认为,在修正后的环境保护法未生效之前,不受相关条件的限制,认为泰州市环保联合会属于依法成立的专门从事环境保护公益活动的社会组织,有权提起环境民事公益诉讼。该案判决后被二审法院江苏省高级人民法院以及再审法院最高人民法院予以维持。^②透过上述案例,可以发现只有在相关法律对有关组织需满足的条件作出明确规定,且该法律已经生效的情况下,才构成对相应社会组织的限制。

除了环境保护法之外,《中华人民共和国消费者权益保护法》第47条明确了:“对侵害众多消费者合法权益的行为,中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会,可以向人民法院提起诉讼。”此也构成了在消费者权益保护领域对公益诉讼原告主体资格的明确限定。但在环境和消费者权益保护领域之外提起的民事公益诉讼,有关组织仍然不受特别的条件限制。^③据此,在当前无法律对于中证投服中心作为公益诉讼主体的条件作出明确限定的情况下,仅需检验其是否属于“有关组织”即可。中证投服中心作为专门维护中小投资者合法权益和监督上市公司依法治理的公益机构,其服务宗旨在于“以投资者需求为导向,扩充投资者知权渠道,丰富投资者行权方式,完善投资者赔偿救济维权手段,切实维护投资者的合法权益”。并且明确中证投服中心提起公益诉讼的主体资格也获得了理论界的普遍支持与倡导。^④

① 参见江苏省常州市中级人民法院民事判决书,(2014)常环民初字第2号。

② 参见江苏省泰州市中级人民法院民事判决书,(2014)泰中环民初字第00001号;江苏省高级人民法院民事判决书,(2014)苏环公民终字第00001号;最高人民法院民事裁定书,(2015)民申字第1366号。

③ 参见吴俊:《非讼化构造与治理性理念:公益诉讼的中国模式》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2024年第3期。

④ 参见陈洁:《科创板注册制的实施机制与风险防范》,载《法学》2019年第1期;李成斌:《金融消费者公益诉讼问题探究》,载《法律适用》2022年第3期;范卫国:《证券公益诉讼:衍生逻辑、理论阐释与制度塑造》,载《江西财经大学学报》2021年第6期;余彦、黄蕴琳:《中小投资者利益保护视角下的证券民事公益诉讼》,载《社会科学家》2023年第4期。

实践中,《上海金融法院关于服务保障设立科创板并试点注册制改革的实施意见》第6条亦提出:“探索构建由依法设立的证券投资者保护机构、法律规定的机关和有关组织提起的证券民事公益诉讼机制。”可见,作为投保机构的中证投服中心完全符合提起公益诉讼的“相关组织”要求,即满足了公益诉讼的主观范畴。

综上,特别股东代位诉讼也同时满足公益诉讼之客观范畴与主观范畴,应属于民事公益诉讼。

三、公益诉讼定位下特别股东代位诉讼相关规则的调适

前文述及,投保机构特别股东代位诉讼在诉讼证明、诉讼费用方面仍面临挑战。首先,在诉讼证明方面,尽管中证投服中心作为特别股东,在诉讼资源和专业能力方面具有一定优势,但其身为仅持有上市公司一手股票的小股东,权利行使受限,且并非纠纷当事人,导致其在举证方面仍存在困难。为扫清诉讼障碍,亟须探寻破解特别股东代位诉讼证明困境的可行举措。其次,在诉讼费用方面,并无相关规定对投保机构提起的特别股东代位诉讼予以“便利”,案件受理费仍适用普通财产纠纷的相关收费标准。而证券市场违法行为往往涉案金额巨大,适用普通财产纠纷的相关收费标准导致特别股东代位诉讼成本过高,构成了案件推进过程中的重大挑战。对此,需围绕诉讼费用负担问题探索多元化、可持续的解决方案。

(一) 证明困境之破解

1. 与检察机关合作联动

基于特别股东代位诉讼的公益诉讼性质,根据民事诉讼法第58条和《人民检察院公益诉讼办案规则》第100条^①之规定,中证投服中心在提起特别股东代位诉讼时可寻求检察机关的协助,即通过人民检察院弥补中证投服中心在调查取证等方面的

^① 民事诉讼法第58条第2款规定:“人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,在没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况下,可以向人民法院提起诉讼。前款规定的机关或者组织提起诉讼的,人民检察院可以支持起诉。”

《人民检察院公益诉讼办案规则》第100条规定:“下列案件,人民检察院可以支持起诉:(一)生态环境损害赔偿权利人提起的生态环境损害赔偿诉讼案件;(二)适格主体提起的民事公益诉讼案件;(三)英雄烈士等的近亲属提起的维护英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉的民事诉讼案件;(四)军人和因公牺牲军人、病故军人遗属提起的侵害军人荣誉、名誉和其他相关合法权益的民事诉讼案件;(五)其他依法可以支持起诉的公益诉讼案件。”

不足。为此,检察机关可以采取提供法律咨询、协助调查取证、出席法庭等方式支持起诉。

具言之,第一,在提供法律咨询上,中证投服中心在办案过程中面对的棘手法律问题,可寻求检察机关帮助。检察机关对特别股东代位诉讼中的事实问题和法律问题可进行有针对性的研判、解析,加强释法说理,以帮助其厘清案件争议焦点。第二,在协助调查取证上,对于在证据收集方面遇到的困难,检察机关可通过指导中证投服中心收集证据的方式,引导其自行收集证据,补强其收集证据的能力。若中证投服中心无法自行收集,检察机关还可以帮助其收集与其具体诉讼请求、案件争议事实存在关联的相应证据。对于已经掌握的案件线索材料,检察机关也可在这一过程中移交中证投服中心。^① 第三,在出席法庭方面,检察机关具有更为丰富的庭审经验,在必要的情况下,可以参加特别股东代位诉讼案件的法庭辩论并发表意见以补充中证投服中心的主张。此种诉中支持,不仅有利于特别股东代位诉讼的顺利进行,更好地实现追究违法责任人的目标,还能有效增强中证投服中心提起此类诉讼的信心。同时,此种支持对培养中证投服中心的诉讼能力也大有裨益。^②

2. 豁免查阅权行使的持股比例和持股期限

基于当事人之间的特殊法律关系,实体法赋予了一方要求对方提供必要信息的权利,以促进当事人全面获取证据。^③

从规范层面审视,2018年公司法第97条仅规定了股份有限公司股东对公司章程等文件的查阅权,未明确涵盖会计账簿与会计凭证。对此,司法实践中关于股份有限公司股东能否查阅会计账簿与会计凭证存在争议。^④ 而2023年新修订的公司法则在第110条第2款中明确了股份有限公司股东享有查阅会计账簿和会计凭证的权利。因此,中证投服中心凭借其股东身份,享有对上市公司的查阅权,在满足法定条件时可以通过行使该权利,获取与案件事实有关的证据。这一方面可以拓宽中证投服中心作为原告的证据来源,另一方面会计账簿和会计凭证往往可以作

^① 参见黄正华、路永洁、吕丽娟:《民事检察支持起诉的困境和破解》,载《人民检察》2024年第1期;姜昕、李浩、肖建国等:《检察机关能动履职支持起诉的价值考量及法理内涵》,载《人民检察》2022年第4期。

^② 参见杜晓丽:《消费者协会民事公益诉讼的困境与纾解》,载《贵州大学学报(社会科学版)》2024年第6期。

^③ 参见曹建军:《论事案解明义务的规制模式与路径展开》,载《现代法学》2024年第5期。

^④ 支持查阅的参见上海市第二中级人民法院民事判决书,(2013)沪二中民四(商)终字第S1264号;福建省龙岩市中级人民法院民事判决书,(2020)闽08民终156号。不支持查阅的参见北京市丰台区人民法院民事判决书,(2021)京0106民初7730号;安徽省芜湖市鸠江区人民法院民事判决书,(2021)皖0207民初4260号;宁夏回族自治区银川市中级人民法院民事判决书,(2023)宁01民终5867号。

为“公司利益受损”的直接证明,能显著提升原告证据的证明力,减轻原告的举证难度,提升胜诉可能性。以上市公司大股东资金占用行为为例^①,依据《会计监管风险提示第9号——上市公司控股股东资金占用及其审计》中列明的两种资金占用形式,原告股东在获取相关线索后,可以对比会计账簿、会计凭证等原始记账凭证与财务报表之间的出入来核实资金占用行为是否真实存在,从而为后续可能开展的法律行动收集证据。

然而,当前面临的问题是,公司法规定股份有限公司股东行使查阅权需满足“连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份”的条件,相较于特别股东代位诉讼所豁免的“连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份”的条件,此处规定的行权门槛对于中证投服中心而言更是遥不可及。对查阅权的行使设置持股比例和持股期限的目的与普通股东代位诉讼设置持股比例和持股期限的目的不一样,意在防止股东滥用权利。而证券法豁免投保机构提起代位诉讼时,依据公司法应满足的持股比例和持股期限要求,折射出法律层面认为投保机构提起代位诉讼不存在滥诉之忧。

从现实情况来看,中证投服中心持有所有上市公司一手股票,需要关注的对象众多,但其自身资源精力有限,且行动系出于公益目的,维护投资者的合法权益,促进资本市场的健康、稳定与可持续发展,并无私利动机促使其滥权。同时,其行动关乎自身声誉,若中证投服中心滥用权利,将因此被置于舆论漩涡,难逃声誉损失,其所开展的其他系列行权、维权行动亦将遭受质疑,因此其必然审慎行权,客观上并不会滥用查阅权。

鉴于此,对于投保机构作为股东所享有的查阅权,建议参照特别股东代位诉讼的规定,豁免投保机构在行使查阅权时的持股比例和持股期限,以更好助力投保机构公益维权行动的开展。

此外,在股东行使查阅权的司法实践中,股东知情权之诉案件体量庞大^②,其中不乏公司故意拒绝股东的查阅申请,从而迫使股东诉诸知情权之诉以拖延股东行使权利的情况,这同样是中证投服中心行使查阅权的另一巨大阻碍。若诉讼程序耗时过长,即使股东的知情权最终得到了保障,也只是法律意义上的保护,权利行使的“时效

^① 参见上海市奉贤区(县)人民法院,(2021)沪0120民初22777号。本案中,原告为调查所在公司实际控制人挪用公司资金事宜,提出了查阅会计账簿的要求。

^② 通过在“北大法宝”检索“股东知情权纠纷”案由,共获得30649篇案例。

性”难以保障。^① 为完善这一制度,可在股东知情权中引入非诉程序替代诉讼程序,以非诉程序具备的诉讼成本低、耗费时间短、一审终审等特点应对日益剧增的股东知情权纠纷,即公司在拒绝股东行使知情权的书面申请后,股东可直接书面申请法院出具调查令责令公司提交相关信息,从而极大地缩短股东行使查阅权的时间,保障权利行使的时效性要求。^②

(二) 费用困境之破解

2019年,证券法豁免了投保机构在提起股东代位诉讼时的持股比例及持股期限要求。但除起诉门槛降低之外,并无其他条款或相关政策适配投保机构作为金融类公益机构所提起的特别股东代位诉讼。尤其在案件受理费上,同样适用普通财产纠纷的相关收费标准,即根据标的金额,按照一定比例分段累计交纳,此种交费方式使得投保机构在履行特别股东代位诉讼职能时面临资金困境。在厘清了中证投服中心作为投保机构提起的股东代位诉讼属于公益诉讼范畴后,应结合其公益诉讼属性对其诉讼费用交纳规则予以调适,以下方案可供参考选择。

1. 方案一: 交纳定额诉讼费用

从法理层面出发,对民事诉讼收取诉讼费用的原因如下:一是平衡起诉激励与滥诉防止功能,二是制裁违法行为。^③ 从原告端观之,其规制目的主要在于防止滥诉。而从前文分析可知,证券法豁免特别股东代位诉讼的持股比例和持股期限,即从法律层面肯认了投保机构不会滥诉。因此,对于作为公益机构的中证投服中心,以及属于公益诉讼的特别股东代位诉讼来说,诉讼费用过高不仅缺乏必要性,而且反而会掣肘中证投服中心公益职能的有效发挥。对此,可以借鉴日韩等国的相关经验,以交纳固定诉讼费用的方式为作为公益机构的中证投服中心提起的股东代位诉讼提供支持。^④ 关于具体的收费金额,可以结合我国目前经济发展水平、法院收取诉讼费用的现有标准以及针对上市公司代位诉讼案件的复杂程度,规定以5000元作为中证投服中心提起股东代位诉讼的统一收费标准,以经济上的解负为其公益履职提供保障。而当被

^① 参见石爽:《股东知情权非讼程序介入研究》,载微信公众号“财苑法评”,2021年1月15日。

^② 参见张培芹:《论股东知情权的司法救济——以非讼程序之构建为视角》,载《法治论坛》2012年第2期;吴海生:《我国股东知情权案件诉与非诉讼机制的构建》,载《经济师》2020年第12期。

^③ 参见杨雅妮:《论民事公益诉讼成本分担机制的优化》,载《行政法学研究》2024年第6期。

^④ 日本一律将派生诉讼的标的额视为95万日元,以此标准计算则每一起股东派生诉讼的案件受理费都为8200日元。韩国将股东代位诉讼案件视为诉讼标的不明的案件,将其诉讼标的一律视为5000万韩元,以此为基础收取诉讼费用23万韩元。参见林少伟:《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—129页;Mark West, *Why Shareholders Sue: the Evidence from Japan*, 30 *Journal of Legal Studies* 352(2001)。

告败诉时,案件的诉讼费用应回归适用普通财产纠纷的收费规定,以维系通过诉讼费用交纳制裁违法行为的功能。

在具体落实方案上,未来可在证券法相关司法解释中增加规定:“对于投资者保护机构依据《中华人民共和国证券法》第94条第3款提起的诉讼,每一案件统一收取案件受理费5000元。被告败诉时,由败诉方按照《诉讼费用交纳办法》的相关规定交纳案件受理费。”

2. 方案二:案件受理费的缓减免

对于我国有关组织提起的公益诉讼,其公益性质在诉讼费用的交纳上便可得以体现。如对于环境民事公益诉讼,最高人民法院发布的《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》为原告诉讼费用的缓交提供了法律依据,将败诉原告诉讼费用的减、免交由法院自由裁量。^①除了环境民事公益诉讼,中证投服中心的另一职能,证券特别代表人诉讼在诉讼费用的收取上也明确了缓、减、免的相关规定。特别代表人诉讼与特别股东代位诉讼,二者同为作为公益机构的中证投服中心履行公益职能的具体表现,允许其提起的特别股东代位诉讼适用诉讼费用交纳的缓、减、免规定应无障碍。

在具体落实方案上,未来可在证券法相关司法解释中增加规定:“对于投资者保护机构依据《中华人民共和国证券法》第94条第3款提起的诉讼不预交案件受理费。败诉或者部分败诉的原告申请减交或者免交诉讼费的,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。”或者,还可以参照部分地方法院在处理环境民事公益诉讼时的相关规定^②,直接规定“对于投资者保护机构依据《中华人民共和国证券法》第94条第3款提起的诉讼,不预交案件受理费。原告败诉的,人民法院一般应决定免收案件受理费。”

3. 方案三:由合法权益受损的公司预交案件受理费

中证投服中心资金有限且运转速度受限,难以支撑对符合选案条件的所有案件提起诉讼。而中证投服中心提起特别股东代位诉讼直接维护的是案涉上市公司

^① 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》第33条:“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。”

^② 如贵州省高级人民法院《关于推进环境民事公益诉讼审判工作的若干意见》第24条:“提起环境民事公益诉讼的原告一律缓交案件受理费,需支付鉴定费的可申请从环境公益诉讼资金账户先行垫付。原告败诉的,人民法院一般应决定免收案件受理费。”

的利益,胜诉的最终利益归属于上市公司。因此,“由公司预交案件受理费——胜诉利益归属于公司”的“收支模式”具有合理性。而且,此模式在一定程度上可以缓解公司为避免承担诉讼成本而怠于起诉的情况,督促公司自身积极勤勉维权。同时由公司预交案件受理费,意味着公司要承担诉讼可能产生的不利后果,这在一定程度上会促使公司积极配合提供已经掌握的相关证据,进而提升案件的胜诉可能性。

在具体落实方案上,可以考虑未来在证券法相关司法解释中增加规定:“对于投资者保护机构依据《中华人民共和国证券法》第94条第3款提起的诉讼,案件受理费由合法权益受损的公司预交。”

四、特别股东代位诉讼与公司法新增制度之协调

(一) 单层治理结构下前置程序之协调

在采取双层制治理结构的公司(即同时设置董事会和监事会的公司)中,新公司法第189条根据不法行为人的身份差异对股东提出先诉请求的对象进行了区别化规定,遵循“交叉请求”规则。^①然而随着2023年公司法第121条引入了单层治理模式,即“股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会,行使本法规定的监事会的职权,不设监事会或者监事”。若公司选择设置审计委员会而不设置或取消设置监事会或者监事,则在董事、高管违法情况下,履行特别股东代位诉讼前置程序将面临向谁请求的问题。

根据2023年公司法第121条的规定,“股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会,行使本法规定的监事会的职权”。从体系解释角度观之,“我国公司法上的审计委员会虽然系由公司章程自主选择设立,但其与监事会一样,均具有组织类型法定与职权法定的色彩。”^②审计委员会扮演了监事会的角色,实质上就是公司的法定监督机构,在具体职能上承接了监事会职权,其中自然包括接受请求以及代表公司提起诉讼的职权。^③由此,结合公司法第189条之规定进行文义解释可知,在审计委员会成员以外的董事和高管侵害公司合法权益的情

^① 所谓“交叉请求”,即董事、高级管理人员侵害公司利益时,股东应向监事会提出先诉请求;监事侵害公司利益时,股东应向董事会提出先诉请求。

^② 刘斌:《中国式审计委员会:组织基础与权责配置》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2024年第4期。

^③ 参见刘斌、梁樱子:《〈公司法〉股东双重代表诉讼规则的展开》,载《西南政法大学学报》2024年第3期。

况下,应向审计委员会提出书面请求,当审计委员会成员违法时,应向董事会提出书面请求。

然而,此种“交叉请求”面临如下质疑:当审计委员会的成员参与董事会的决策或业务执行时,审计委员会成员与他们本应监督的对象之间可能产生利益关联。在这种情况下,监督者与被监督者的角色重叠,发生既扮演裁判者又扮演运动员的情况,这无疑会妨碍审计委员会独立且恰当地行使监督权。^①此时,无论是董事会对起诉审计委员会成员的审查还是审计委员会对起诉其他董事的审查,均会由于存在利益关联,影响决策的独立性。但是,决策的独立性与否并不影响“交叉请求”规则本身的适用。于此情形下,投保机构可通过证明“请求无意义”^②对前置程序予以豁免。若后续法律规则与配套制度能够确保审计委员会与董事会之间的独立性、审计委员会成员与非审计委员会成员董事之间的独立性,则该“请求无意义”事项的证明难度将随着“董事会与审计委员会”“董事会成员与审计委员会成员”之间独立性的提高而同步变化。据此,在采取单层治理结构的公司中,可在董事会和审计委员会之间适用“交叉请求”规则。

(二) 双重股东代位诉讼中原告资格之协调

在我国2023年公司法正式确立双重股东代位诉讼制度之前,2019年证券法第94条先行规定了投保机构可以豁免持股比例和持股期限提起特别股东代位诉讼。在2023年公司法正式引入双重股东代位诉讼制度后,投保机构是否同样可以豁免持股比例和持股期限,在其所持股的上市公司中提起双重股东代位诉讼尚待进一步分析。

从文义解释的角度来看,证券法对于投保机构提起特别股东代位诉讼的表述有两点值得注意:一是针对的情形为与“发行人”相关的主体给公司造成损失,二是投保机构持有该公司股份。其中发行人系指上市公司,同时投保机构仅持有上市公司的股份,而不持有上市公司全资子公司的股份。因此较难通过文义解释自然豁免投保机构提起双重股东代位诉讼的持股比例和持股期限。但这是因为证券法对投保机构提起特别股东代位诉讼的规定早于双重股东代位诉讼制度的确立,因此在其规定

^① 参见蒋大兴:《新〈公司法〉董事会审计委员会规则的执行困境》,载《中国法律评论》2024年第2期。

^② “请求无意义”是指《九民纪要》中规定的“非紧急情况”豁免,即公司内部治理混乱,内部救济注定落空,为了防止审查期限成为被告逃避责任的缓冲期,有必要免除原告股东前置程序的履行。典型的情形如,公司的董事与监事均为被告,无法既代表公司又代表被告;或是有权代表公司提起诉讼的董事或监事均因利益冲突而须回避,无法代表公司提起诉讼。

特别股东代位诉讼时尚无法预见后续法律制度的具体变更,以致其内容是基于原公司法中仅有的单层股东代位诉讼进行的表述。

但从目的解释和体系解释的角度来看,公司法对于可以提起双重股东代位诉讼的母公司股东的持股比例和持股期限要求,与提起单层股东代位诉讼的股东持股比例和持股期限要求一致,是对股东享有的单层股东代位诉讼权利的自然延伸。因此,双重股东代位诉讼中对于母公司股东的持股比例和持股期限要求,在规范目的上亦是延续自单层股东代位诉讼,即意在防范股东滥诉。但如前文所述,证券法明确豁免了投保机构在其所持股的公司中提起股东代位诉讼时的持股比例和持股期限,表明法律认可投保机构的诉讼提起不至滥诉。因此基于双重股东代位诉讼对股东持股条件的要求是对单层股东代位诉讼股东持股条件的自然延伸这一前提,投保机构应当具备对所持股的上市公司的全资子公司享有提起双重股东代位诉讼的权利,而不受持股比例和持股期限的约束。

并且,在公司集团化成为现代经济发展趋势的背景下,母公司通过转投资、选任子公司管理层等行为控制全资子公司的形态已较为常见,在此情形下,容易滋生控股股东的多样化滥权空间。^①若仅依靠母公司其他弱小股东,违背控股股东或实际控制人的意志提起股东代位诉讼以维护子公司的利益将举步维艰。投保机构这一监管型股东享有穿透诉讼的权利可以进一步强化母公司中小股东的权益保障。

综上,投保机构在双重股东代位诉讼的起诉资格上,可以沿用证券法中对投保机构提起特别股东代位诉讼的规定,即投保机构以母公司股东身份对侵害全资子公司合法权益的违法责任人提起代位诉讼时,同样不受持股比例和持股期限的限制。

五、结 语

由投保机构提起的特别股东代位诉讼满足公益诉讼的客观范畴与主观范畴,在性质上应属于公益诉讼。但是现有制度未能充分适配与其公益诉讼性质相匹配的规则内容,使得该制度的效能发挥受到一定局限。因此亟须完善规则供给,为投保机构

^① 参见李建伟、郑浩凌:《新公司法双重股东代位诉讼的制度创新及裁判展望》,载《人民法院报》2024年6月6日,第7版。

提供诉讼便利、减少诉讼成本,推动特别股东代位诉讼更好地服务于公益职能。同时,还应关注特别股东代位诉讼与2023年公司法新增制度内容之间的衔接与协调,通过建立“传统制度”和“新兴规则”的双向连接,共同为特别股东代位诉讼制度赋能,为资本市场的规范治理保驾护航。