

股东代表诉讼诉权的权利基础辨析

——兼论我国股东代表诉讼制度的完善

胡宜奎

(南京财经大学法学院,江苏南京 210023)

摘要 国内学界对股东代表诉讼诉权的权利基础进行了多方面的法理解读,并出现了多种学说,但相关学说都在不同程度上存在解释力上的不足。从法经济学的视角来看,股东享有代表诉讼诉权的权利基础是相关过错行为人违反了公司契约义务,股东所享有的剩余索取权属于变动回报权的特性则决定了该权利仅能配置给股东。基于节约交易成本、提高资源使用效率的考虑,应为股东代表诉讼诉权的行使设置前置程序的限制。我国应对股东代表诉讼诉权进行合理的配置,使公司作出的不起诉决定在特定条件下对股东具有约束力,公司在诉讼中应具有共同诉讼参加人的地位。

关键词 股东代表诉讼;诉权;公司契约理论;法经济学;前置程序

中图分类号:DF71 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2015)09-0143-08

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2015.09.013

股东代表诉讼制度已为众多国家的公司法所确认,我国2005年《公司法》亦对其作出了明确的规定。但对于何为股东代表诉讼诉权的权利基础,却存在不同的观点,较具代表性的有“债权人代位权说”、“受益权说”、“股东权说”等学说。其中“债权人代位权说”、“受益权说”因其自身存在明显的缺陷,影响力已随着公司法理论的日臻完善而日渐式微。^①“股东权说”虽有较大的影响,但其认为损害公司利益的行为同时也损害了股东的利益是缺乏说服力的,亦难以对股东代表诉讼诉权的来源以及为何要对股东行使该权利施加前置程序等限制进行合理的解释。本文则尝试从法经济学视角来探寻该权利背后所隐含的经济逻辑,以期对我国股东代表诉讼制度的完善有所助益。

一、股东代表诉讼诉权的法理解读:“股东权说”存在的不足

“股东权说”认为,公司只是在所有权与经营权两权分离的情形下,股东欲承担有限责任、减少投资风险所选用的一种经营形态。公司虽具有独立的法人格地位,但出资设立该公司的股东才是享

作者简介:胡宜奎,南京财经大学法学院副教授,法学博士。

① 其中,“债权人代位权说”以股权债权化理论为基础,但是,不仅该理论基础本身存在严重的问题,而且也难以解释原告股东为何可以在并未影响其分红的前提下,也可提起代表诉讼的问题;“信托受益人权利说”则难以解释股东代表诉讼是原告股东为了公司而非为了自己利益而提起的。参见江伟、段厚省:《论股东诉权》,《浙江社会科学》1999年第3期。

有剩余索取权的所有人。股东基于出资所享有的股东权其实是一种介于受益权和所有权之间的一种权利形态。侵害公司利益的行为,同时也会对股东权造成侵害,股东基于股东权被侵害的事实而享有对加害者的损害赔偿请求权。这种损害赔偿请求权就是股东代表诉讼权的实体权源。^②

虽然“股东权说”在国内学界具有较大的影响力,但其存在的缺陷亦很明显,对以下问题亦难作出合理的解释。

首先,“股东权说”认为损害公司利益的行为同时也损害了股东的利益是缺乏说服力的。股东的个人利益与公司利益虽然密切相关,但毕竟是两个概念,公司作为独立法人,具有自身独立的利益。公司之所以不同于合伙或独资企业,公司董事和管理人员不同于单纯的代理人,是因为存在着独立的公司利益。^③公司的独立利益是公司本身的利益,是在合乎法律规范的框架内多种利益的结合体。英美国家通过一系列判例确立了公司利益的广泛性,不仅包括股东利益,也包括了雇员、债权人等利益相关者的利益,甚至还包括公司所在社区利益。^④此外,随着公司社会责任理论的发展,公司已不仅仅是作为股东的一种投资工具而存在,还肩负着其他的职责,公司与股东利益的分离越发明显。所以,很难说损害公司利益的行为同时也损害了股东的利益。

其次,“股东权说”并未对股东代表诉讼权的真正来源及性质作出合理的解释,即为何只有股东才享有该权利。“股东权说”认为股东以公司作为投资工具,是为了获取投资收益;为了避免获取投资收益的目标落空,股东应享有一定的参与公司经营管理的权利,这种权利的行使既是为了自己,也是为了公司及其他股东的利益。股东代表诉讼权就是一项股东参与公司经营管理的权利,是一种固有的、共益性质的股东权。这可以说是“股东权说”立论的基础。如果该理论成立,股东享有代表诉讼权自无问题。但是,公司职工对公司也享有一定的利益(获取工资、代缴各种保险金等),依法同样享有一定的参与公司经营管理的权利(如成为职工监事、工会代表),当公司利益受侵害时,也可能影响到他们的利益(如导致其被拖欠工资、影响各种保险金的缴纳或专项人力资本投资价值的丧失等),为何公司法不赋予公司职工代位公司起诉的权利呢?依据公司利益相关者理论,职工与股东一样,都对企业进行了专用性资产投资,也都承担了一定的风险,不同之处只在于股东投入的是物质资本,而职工投入的是人力资本。相对于持股比例较少且能用脚投票的小股东,职工与企业的联系更为紧密,更有关心企业发展的激励。^⑤即使仅从方便诉讼的角度考虑,其实公司职工很多时候也要比股东更了解公司的经营状况,且获取相关证据资料的途径更多。公司法为何不将代表诉讼权赋予公司职工呢?

最后,“股东权说”不能合理解释为何股东代表诉讼权的行使要经过前置程序。依据“股东权说”,股东代表诉讼权是股东享有的一种固有权、共益权,但是,股东既然享有这种权利,在该权利受到侵害后,股东为什么不能直接去起诉,而只能在公司怠于或拒绝起诉时才能行使该权利,并且还要受到诸多的限制呢?实际上,由于前置程序的存在,股东代表诉讼权在性质上只是作为公司不能或不愿行使其诉权时的一种替代与补救,很难说这种权利是股东基于投资人身份而享有的股东权的一部分,更没有理由说其是股东所享有的一种固有的权利。

综上,“股东权说”并未能真正揭示股东代表诉讼权的本质,这种权利的背后其实隐含着更为深刻的经济逻辑。

② 同前注①,江伟、段厚省文。

③ See Lawrence E. Mitchell, Fairness and Trust in Corporate Law, *Fairness and Trust in Corporate Law* 43 *Duke Law Journal*, 425-491 (1993).

④ 李超玲:《公司法人特性与公司治理困境解决机制研究》,中南大学 2008 年博士论文,第 105 页。

⑤ 颜运秋:《公司利益相关者派生诉讼的理论逻辑与制度构建》,《法商研究》2005 年第 6 期。

二、股东代表诉讼诉权配置的经济逻辑

(一) 公司管理层违反契约义务是股东代表诉讼诉权的权利基础

公司契约理论是以经济学中的公司合同理论为基础构建起来的,是法经济学解释公司法律制度的基本理论之一。^⑥公司契约理论将公司视为一组“契约的联结”——一个在公司众多参与者之间的相互关联的契约网络。在此理论中,股东并不是公司的所有者,其对公司享有的也仅仅是契约权利,股东与公司内外部相关人员之间存在的关系也只是契约关系,他们的权利、义务和责任是由他们之间所缔结的契约所确定的。作为公司契约众多参与者之一的股东,其所享有的股东权,实质上是公司契约对权利在公司众多参与者之间进行分配的结果。公司契约对权利进行分配的总的指导思想是减少代理成本,使交易成本最小化和使每个公司参与者的利益最大化。

将公司界定为一种契约,不仅能够为公司处理内部问题提供理论基础,还能够为公司的发展和经济的繁荣提供动力。^⑦当然,因为公司契约理论是建立在信息完全的条件下、各个契约主体平等的基础上的,由于受现实中交易成本的客观存在、人的有限理性、“资本多数决原则的异化”以及“内部人控制”等条件的制约,公司契约机制在实践中存在失灵的问题。此时,公司法就有了存在的价值,其主要表现在作为公司契约的模本、补充公司契约的漏洞、追求非效率目标等三方面的功能。^⑧公司契约理论虽然在实践中存在失灵的可能,需要公司法进行修正和补充,但股东及其他公司参与人之间依然是一种契约关系。

现代公司(尤其是股份有限公司)已普遍采取所有权与控制权相分离的模式,这对股东来说却是一把双刃剑。罗伯特·孟克斯等认为:“股东对他的股票本身拥有排他性的控制权,但是,作为有限责任的一个条件,股东放弃了对公司财产的控制权,并把这种权利让渡给了别人,也就是管理层。这的确是公司组织给予出资人的好处之一,它使股东可以把其资金委托给那些拥有股东自己所没有的专长和时间的人加以使用。但是它也是公司组织给出资人带来的弊端之一。”^⑨由于掌握公司控制权的管理者与股东的利益可能并不完全一致,作为理性“经济人”的管理者,“出于对个人利益追求的激励,常常会出于私利的追求而背离其为股东利益最大化服务的管理宗旨。在公司经营中,即使管理者本身拥有大量的公司股票,但他们为了中饱私囊也可能会选择牺牲公司利益,而不是去为公司创造利润”。^⑩此时,公司管理层其实已经违反了其应该对公司和股东等公司参与人承担的契约义务,公司及其股东等就可以对侵害行为提起诉讼。正如布莱恩·R·柴芬斯所说:“既然公司组织章程和简章具有合同的地位,则可认为股东在任何有违约行为发生的时候都有权起诉来追究违反公司章程的行为。”^⑪当然,股东的这种诉权不仅限于董事、监事等管理层对公司章程或简章等这些明示契约的违反,还包含对其他默示契约以及公司法强制性规定的违反。可以说,无论是股东的直接诉权,还是

^⑥ 公司契约概念最初是由阿尔钦与德姆塞茨在其1972年联袂发表的《生产、信息成本和经济组织》一文中提出的,但对公司契约理论进行完整描述的任务则在1976年迈克尔·杰森和威廉·梅克林的著作《公司理论:管理层行为、代理成本和所有权结构》中才完成。目前,公司契约理论已成为美国公司法学界与法经济学界关于公司的主流理论,美国Eisenberg教授甚至称之为“统治着公司法的法经济学文献”。See Melvin A. Eisenberg, The Conception that the Corporation is a Nexus of Contracts and the Dual Nature of the Firm 24 Iowa Journal of Corporation Law. 819 (1999).

^⑦ 张民安:《公司契约理论研究》,《现代法学》2003年第2期。

^⑧ 罗培新:《公司法的合同路径与公司法规则的正当性》,《法学研究》2004年第2期。

^⑨ [美]罗伯特·孟克斯、尼尔·米诺:《监督监督人:21世纪的公司治理》,杨介棒译,中国人民大学出版社2006年版,第99页。

^⑩ 侯东德:《股东权的契约解释》,西南政法大学2008年博士学位论文,第27页。

^⑪ [加]布莱恩·R·柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟等译,法律出版社2001年版,第489页。

代表诉讼诉权都是源于公司契约基于一定的经济逻辑所作的权利安排。

随之而来的问题是,为什么公司法只将股东代表诉讼诉权配置给股东而不配置给公司参与人中的其他人呢?

(二)公司法仅将代表诉讼诉权配置给股东的经济逻辑

首先,相对于掌握公司控制权的管理层,中小股东地位较弱,在权利保护上需要进行一定的倾斜。股东作为理性的“经济人”,其投资公司的主要目标是为了实现其投资利益的最大化。但现代公司中股权越来越分散,而这种股权的分散反过来又促成了控制权的强势;反观中小股东,则越来越多地失去对公司经营管理事务的发言权。阿道夫·A·伯利、加德纳·C·米恩斯对此现象的论述可谓深刻:“在公司制度中,产业财富的‘所有者’仅仅剩下象征性的所有权,而权力、责任以及实物——这些东西过去一直是所有权不可或缺的部分——则正在让渡给一个手中握有控制权的独立的集团。”^⑫“所有者在企业中的地位,已降低为仅在企业中拥有一系列合法的、实际的利益,而我们称之为控制者的集团,则居于对企业拥有法律和实际权力的地位。”^⑬中小股东的这种弱势地位,使得他们在与强势的掌握公司控制权的管理层的谈判中逐渐失去讨价还价的能力,他们的权利极易受到公司管理层的侵害。公司法在进行权利配置时,需要对事实上不平等的弱者进行一定的倾斜,以矫正利益的失衡。

其次,相对于其他公司参与人,中小股东的权利更易受到侵害。公司利益如果受到侵害,有时也会间接损害债权人、公司员工等其他公司参与人的利益,如公司管理层的违规经营可能会导致公司偿债能力下降,影响到公司的债权人债权的实现。但相对于股东,这些公司参与人有其他更多也更有力的途径寻求救济,如直接起诉或申请仲裁等。而股东所享有的剩余索取权却处在公司收益分配序列上最后的位置,^⑭其权利也是最后受到保护的。现代公司理论在给股东提供有限责任这个“保护伞”的同时,也使得其失去了对其投入公司的资产的控制权,公司经营利润只有在支付了公司契约中所有的固定契约支付之后有剩余时,股东的投资才能有所回报;如果公司经营不善,股东不仅得不到利润,甚至连其出资都收不回来。相对于债权人、公司债券持有人等其他公司参与人,股东更容易因经理等管理层滥用职权和不履行义务而受损害。^⑮例如,公司的债权人是固定资产求偿权人,可以通过债务合同及担保条款等保护自己的利益,无须赋予其股东代表诉讼诉权。所以,提起代表诉讼的权利更应赋予股东。

最后,股东的剩余索取权属于变动回报权,无法通过公司契约事先约定,需要有一定的权利来保证其剩余索取权的实现。根据不完全契约理论,并不是所有事项都能在公司契约中进行事先约定。常见的情形是,由于某些事项本身具有很强的不确定性,难以事先通过契约去约定;或者虽能约定,但由于获取相关信息的成本过高而导致缔约成本过大,以至于对其进行事先约定是缺乏效率的,股东的剩余索取权就属此类。弗兰克·伊斯特布鲁克和丹尼尔·费希尔亦认为:“股权投资者提出的求偿权的性质——它是一种剩余索取权而非那种明确的工资、利息之类的固定回报权。”^⑯由于市场形势变幻莫测,且竞争激烈,股东投资于公司其实是一项风险很大的举动。股东能否获得利润以及获得多大的利润,显然具有很大的不确定性,也就无法事先在公司契约中约定,股东不能直接通过公司契约来保护自己的剩余索取权,就需要有一定的权利来保证其剩余索取权的实现,这个保证就是剩余控制

^⑫ [美]阿道夫·A·伯利、加德纳·C·米恩斯:《现代公司与私有财产》,甘华鸣等译,商务印书馆2005年版,第78页。

^⑬ 同上注,阿道夫·A·伯利、加德纳·C·米恩斯书,第131页。

^⑭ 剩余索取权是指“对企业收入在扣除所有企业中协议的固定的契约支付(如原材料成本、固定工资、利息等)的余额(利润)的要求权”。参见王国顺等:《企业理论:契约理论》,中国经济出版社2006年版,第185页。

^⑮ [美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析(下)》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第535页。

^⑯ [美]弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔:《公司法的经济结构》,张建伟、罗培新译,北京大学出版社2005年版,第28页。

权。股东代表诉讼诉权其实就是股东剩余控制权的一种具体体现。

三、行使股东代表诉讼诉权的限制——前置程序的法经济学分析

世界各国的公司法普遍都为股东代表诉讼诉权的行使设置了包括前置程序在内的一些限制。前置程序要求股东应先向公司提出起诉请求,在公司接到股东的起诉请求之后的一定时间内怠于或拒绝起诉的情况下才能提起股东代表诉讼。问题是:为何要设置前置程序呢?

法经济学将法律规则体系类比为市场价格体系,认为法律规则下各法律主体的行为选择与市场条件下经济人的行为选择具有相同的性质。在法律规则体系下行为人的行为反应就类似于市场中参与者的反应,都是根据既定的“价格体系”进行“成本—收益”分析。^①各公司参与人也是在既定的“价格体系”下根据自己的“成本—收益”来进行协商、谈判,通过达成公司契约来对公司内部的权利义务分配进行约定。但是,由于公司契约在实践中存在失灵的问题,公司内部的权利义务分配有时还需要借助公司法来强行配置。公司契约论者认为,公司法其实就是由政府提供的公司契约模本,它浓缩了人类在不间断地试错和纠错的过程中积累的成果,考虑了绝大多数公司参与者都将面临的问题,并将其认为“最优的”解决方案条款化。作为一种公共产品,该契约模本是由政府部门制定而不是来自契约的任一方的设计,这不仅有利于平衡各方利益,使契约本身获得正当性,还可以借助国家强制力将其中的那些强制性规范统一推行。

诉权的配置也应遵循同样的经济逻辑,“解决纠纷或提起诉讼,对于当事人和社会而言皆需耗费成本,即诉权被赋予给当事人时会涉及私人成本和社会成本的问题”。^②一般来讲,只有在诉权的使用能够通过司法救济改进当事人的福利,维护社会秩序,其成本与收益相匹配(即符合效率原则)时,诉权才会被赋予。^③从某种程度上来讲,股东的代表诉讼诉权并不是一种完整的诉权,公司法在将该权利配置给股东的同时,又设置了一个前置程序,也是基于诉讼效率的考虑。

(一)前置程序符合公司法追求效率优先、兼顾公平的价值取向

公司法主要是规范公司内部的权力结构,即权利资源的配置。不同的法律制度规则在实践中会给公司参与人带来不同的成本和收益。公司法作为调整最重要的社会经济组织即公司的规范,应以追求经济效率为首要目标(兼顾公平),这也符合企业的宗旨。公司法提供的应该是公司参与方在信息足够充分、协商成本足够低的情况下,必定会采纳的规则,是那些一旦被统一适用,将在总体上增进公司参与各方利益的规则。^④“那些不利于人们从有利可图的交易中竞争性获利的公司规则,在实践中是不大可能存活下来的,而那些可以填补现存合同漏洞而且没有考虑利益分配的公司规则则会安然无恙。”^⑤目前已经形成的共识是,法律应当追求各种不同公平价值目标的观念,在公司法和商法领域缺乏说服力,因为这里的交易是在一臂之距的陌生人之间进行的,他们彼此寻求的目标是其自身利润的最大化。^⑥其实,各国都在不断地对其公司法进行修改,如加强对小股东权利的保护等,旨在维持公司法的适应性,目的就是让其公司法能促进公司效率的提高,而不是限制公司的发展。^⑦当然,公司法对权利的配置也要兼顾基本的公平。例如,公司作为股东投资的工具,当然以营利为目

^① 魏建:《理性选择理论与法经济学的发展》,《中国社会科学》2002年第1期。

^② 徐昕:《诉权的经济分析》,《云南法学》2007年第4期。

^③ 同上注,徐昕文。

^④ 罗培新等:《公司法的法律经济学研究》,北京大学出版社2008年版,第40页。

^⑤ 同前注^④,弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔书,第32页。

^⑥ 同前注^④,罗培新等书,第42-43页。

的,为了维护公司效率,必须坚持公司人格独立和股东有限责任,但公司法也不应姑息股东恶意利用公司法人格和股东有限责任损害债权人利益的行为,各国公司法中的公司法人格否认制度就是为了对债权人进行公平保护而设置的。^{②③}不过,公司法人格否认的适用是有严格限制的,其只是对公司法人格被滥用情况下的一种矫正,而非颠覆股东有限责任原则。虽然不排除各国立法者会根据该国的经济状况和其他现实条件进行程度上的调整,但公司法的基本价值取向应该是“效率优先,兼顾公平”。

如何实现维护公司效率与保护股东权利之间的平衡是股东代表诉讼制度要解决的核心问题之一。当两者发生冲突时如何取舍,就涉及公司法的价值取向问题。既然公司法追求的首要目标是效率,正常的反应就是更关注维护公司效率,更倾向于减少或避免因股东滥诉而给公司正常经营带来的损害。为股东行使代表诉讼提起权设置前置程序等限制,正是为了减少或防止股东滥诉。

(二)设置前置程序,符合“将权利赋予最珍视该权利的人”这一规则

公司利益受损后,无论是公司还是股东提起诉讼,都会产生很高的交易成本,包括因诉讼可能对公司造成的机会成本的损失。此时,公司法会出于效率的考虑将权利配置给最珍视该权利的人。^{②④}

首先,公司是具有自身独立利益的“经济人”,一般会对自身的利益更加珍惜。法经济学中的“经济人”理论同样适用于公司。法经济学中的“经济人”理论的核心内涵是:假定人们对法律是熟知的,对自己在某种法律关系中享有的权利和应承担的义务一清二楚,会通盘考虑适用法律行为所引致的法律后果,并作出恰当的有利于实现自己利益的行为选择。^{②⑤}因此,只有那些符合法律主体的理性选择,能使其成本最小而收益最大的公司法律规则,才会被人们自觉地遵守;反之,人们则会力图摆脱和规避之。公司作为法律意义上的人,也具有“经济人”属性,它清楚知道自己在法律关系中所享有的权利和应承担的义务,它也会理性地对自己的行为作出“成本—收益”分析,然后作出反应。当公司的利益受到董事等管理层侵害后,公司也会从自身的利益出发,根据现行法律体系所提供的“价格机制”约束条件进行“成本—收益”分析,去选择是否起诉。

其次,股东一般并不比公司更珍视受损害的公司利益。一方面,基于有限责任制度的保护和广泛存在的分散投资的现实,小股东承受公司经营风险的能力已得到较大的提高,这反过来又导致了他们对其在公司中投资权益的漠视。股东也是经济活动中的“理性人”,也会在既有“价格机制”约束条件下根据自己的“成本—收益”来决定其行动。由于单个股东(中小股东)所占份额有限,从公司可能获得的收益也相对不多,而获得公司经营状况的信息又要花费较大的成本,加之“搭便车”现象的普遍存在,股东往往缺乏关注公司经营状况的激励。鉴于股份自由交易市场的存在,公司实在不行,股东还可以选择出售手中的股票而退出资本市场,即用脚投票。这种退出机制的存在,更加重了股东对公司利益的漠不关心。另一方面,现代公司经营需要的专业经营技能和获取相关经营信息的能力越来越强,股东即使希望珍视他们在公司中的投资权益,恐怕也有心无力。所以,股东并非会比公司更懂得珍惜公司的利益,当公司利益受到损害后,从促进权利配置效率的角度来看,应把寻求救济的权利首先配置给公司。只有在公司漠视自己的权利,或因受“内部人控制”而无法正常表达意志的情况下,由股东代位公司提起代表诉讼才是必要的。这只是一种次优选择,是不得已而为之。

(三)设置前置程序,有利于降低交易成本

^{②③} 李振宇、李学迎:《〈公司法〉的经济分析:原则、方法及其理论应用》,《思想战线》2006年第2期。

^{②④} 卢政峰:《股东诉讼制度研究》,吉林大学2010年博士论文,第35页。

^{②⑤} 波斯纳认为:“如果市场交易的成本过高而抑制交易,那么权利应赋予那些最珍视它们的人。”该规则被法经济学界称为“波斯纳定理”。参见[美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》(上),蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第15页。

^{②⑥} 冯玉军:《法经济学范式的知识基础研究》,《中国人民大学学报》2005年第4期。

经济人仅拥有有限的理性,而“法律市场”也不是完全的竞争市场,这直接导致了法律市场的供求交易存在着巨大的成本。^{②7}当公司的利益遭受侵害,无论是由公司直接起诉还是由股东提起代表诉讼,都会产生交易成本(诉讼成本),设置前置程序无疑又要增加额外的成本,但为什么还要设置该程序呢?

第一,设置前置程序,可以减少或阻止一些不必要的诉讼,从而降低交易成本。现实中,少数股东有时会为了谋取某种策略上的优势而不是在审判中获得救济而起诉,^{②8}在自己获得不合理利益的同时,由公司及其他股东承担了相关的成本,即产生“外部性”。解决这种“外部性”现象,需要公司立法在制度设置上进行激励,以便使个体行为的外部性内部化。设置前置程序就是公司法律所安排的一种激励,当然它是一种负激励。通过前置程序的制度安排,一方面增加了股东提起诉讼的难度,使其诉讼成本增加;另一方面,由于有了前置程序把关,会过滤掉相当一部分不正当的诉讼,股东通过滥诉获得不合理利益的机会被降低。前置程序的这种负激励,会让那些希望通过滥用诉讼权利而获得不当利益的股东知难而退(至少会有所顾忌),并能通过个案的处理对其他股东产生示范效应,从而阻却那些不必要的诉讼。当然,这种制度安排也可能导致一些原本应当得到救济而因前置程序的设置未能得到救济的情况出现,此时也会产生交易成本(错误成本)。但是,由于对正当的诉讼,因前置程序而增加的费用,公司法会通过配置给提诉股东胜诉赔偿请求权加以补偿,并不会对股东提起正当的股东代表诉讼造成太大的影响,即因前置程序而可能导致一些应当获得救济而最终未能获得救济所产生的交易成本并不像想象的那么大。所以,相对于因处理大量不必要的股东代表诉讼所产生的交易成本而言,因前置程序本身所产生的成本以及因之所造成的错误成本要少得多。

第二,前置程序可以给公司提供发现和纠正错误的机会,而由公司自己起诉要比由股东提起代表诉讼成本要低。前置程序要求股东先向公司提出起诉请求,如果公司也认为应当起诉,可以由公司自己提起诉讼。一方面,诉讼所涉及的主要证据资料通常都掌握在公司手中,即使需要收集相关资料,公司也比股东拥有更多的途径和能力去获得诉讼所需要的证据,公司获得赔偿的可能性要大得多。相对于侵害公司利益的、通常拥有较强的专业经营技能和获取信息能力的董事等管理层来讲,股东无疑在各方面都处于弱势,胜算并不大。由公司直接起诉既可省去一些中间环节,也更有可能减少由于诉讼而给公司造成的机会成本的损失,从而节约了交易成本。对于股东来讲,如果能够通过成本更低的途径实现权利的救济,当然也就不必再去提起成本更高的股东代表诉讼了。

四、我国股东代表诉讼诉权配置的优化

配置股东代表诉讼诉权是一种涉及诸多相关主体之间复杂利益纠葛的制度安排。一方面,由于股东无法直接通过公司契约来保护自己的剩余索取权,需要借助行使股东代表诉讼诉权来保证剩余索取权的实现,所以公司立法应保障必要的股东代表诉讼能够被有效提起。另一方面,由股东代表公司去寻求司法救济并非最优的制度安排,只是在特定情形下的次优选择。如果该权利被滥用,将损害公司及其他股东的利益,公司的经营效率也将受损,又需要设置相应的防止股东滥诉的机制。为了优化我国当前对股东代表诉讼诉权的配置,需要保障前置程序能够有效发挥作用,并强化公司的诉讼地位。

(一)完善前置程序,赋予公司不起诉决定一定的法律效力

^{②7} 同前注^{②0},罗培新等书,第47页。

^{②8} 同前注^{①1},布莱恩·R·柴芬斯书,第493页。

根据现行我国《公司法》第 151 条的规定,公司机关作出的不起诉决定对股东并无约束力。只要公司机关在股东请求起诉后拒绝起诉或 30 日内未起诉,即使接受股东提诉请求的公司机关具有相当的独立性,其基于合理的理由认为提起诉讼并不符合公司的最佳利益而作出的不起诉决定,也没有任何实质性效力,依然不能阻止股东提起代表诉讼,更不用说在该条第 2 款规定的“紧急情况”下,股东可以绕过前置程序直接起诉了。这种局面并不符合设立前置程序的初衷,也难以有效发挥其应具有排除一些不必要代表诉讼的功能。这一点在被认为是 2005 年《公司法》生效后第一起涉及上市公司的股东代表诉讼即 *ST 龙昌(600772)案中已暴露无遗。^②这种制度安排既不符合股东代表诉讼的性质,也会增加不必要的诉讼成本,并影响公司的效率。就公司利益所受的损害是否提起诉讼,公司应享有最初的决定权,即公司机关作出的不起诉决定应具有一定的约束力,这在英美法系国家较为普遍。^③当然,公司不起诉决定的法律效力应有严格的条件限制,应保证作出该决定的人员或机构具有独立性,并满足经营判断规则的要求;对于相关人员违反忠实义务的行为,还应让法院相信该决定是依“可信赖的理由”为基础作出的。不能剥夺股东代表诉讼诉权的正当行使。

(二)强化公司在股东代表诉讼中的地位

股东代表诉讼制度的发展,伴随着公司、原告股东以及被告董事等各相关主体之间的利益博弈与均衡。从该制度设置的初衷来看,它以保护中小股东的利益为宗旨,强化公司的诉讼地位,看似是一种悖逆,但在股东代表诉讼中各相互关联的利益主体之间,公司实则处于核心地位,是该制度能否有效发挥作用的关键。然而,我国司法实践中普遍将公司作为无独立请求权的第三人,该观点在学界亦有成为通说的势头。实际上,公司的这种地位并未真实反映其在诉讼中的实际存在状态,亦不符合现行无独立请求权第三人制度的适用条件,与股东代表诉讼诉权的性质也是相悖的。

相对于原告股东,公司与诉讼具有更为直接的利害关系,通常也比原告股东更具有判断公司利益之所在的能力,故应适度强化公司的诉讼地位,宜将公司定位为共同诉讼参加人。通过强化公司的诉讼地位,当股东所提诉讼符合公司利益时,公司可以更有力地去辅助提诉股东,积极追求胜诉结果并获得胜诉利益,从而达到保护公司及其股东利益的目的;当股东恶意提诉或企图通过与被告恶意串通损害公司及其他股东利益时,公司有一定的及时阻止或制约该行为的能力,以减少或防止公司及其他股东利益可能受到的损害,也有助于维护公司的效率;而当股东并非出于恶意而提起或申请公司提起那些可能并不符合公司利益的代表诉讼时,为了优先维护公司效率,节约诉讼成本,公司也可基于自身最佳利益的考虑来判断是否提起或继续该诉讼。所以,强化公司的诉讼地位,不仅有助于减少因股东滥诉而给公司效率可能造成的损害,还有助于促进对公司及其股东利益的公平保护。

(责任编辑:江 锴)

^② 在该案中,明明被起诉的关联方五家公司均不具备偿还能力,公司亦难以支付高昂的诉讼费用,提起诉讼明显不符合公司的最佳利益,但公司却无力阻止。虽然最终因受资本市场上多种因素的影响,特别是在上市公司股东要求起诉的压力下,*ST 龙昌决定以公司名义提起诉讼,没有发生真正意义上的股东代表诉讼,但公司在前置程序中无法实际发挥作用却是无法否认的。参见岳敬飞:《严义明追讨飞天系 要求 *ST 龙昌监事会依法提起诉讼》,《上海证券报》2006 年 3 月 15 日;张慧:《*ST 龙昌避重就轻告关联方》,《新京报》2006 年 7 月 25 日。

^③ 其中美国法明确赋予公司不起诉决定具有阻止诉讼的效力,英国虽未明确公司不起诉决定的效力,但其却是法院决定是否许可代表诉讼的重要参考依据。参见李小宁:《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》,法律出版社 2009 年版,第 32-33 页。