

新《公司法》股东双重代表诉讼规则的展开

刘斌,梁樱子

(中国政法大学,北京 100088)

摘要:面对公司立体式发展而产生的权利扩张现象,2023年修订的《公司法》引入了股东双重代表诉讼规则,旨在解决子公司诉讼能力丧失问题并提供有效救济。当子公司遭受内部或外部侵害,子公司与母公司均不能或怠于起诉时,母公司股东可以提起双重代表诉讼。在双层制下需要向子公司的董事会或监事会履行前置程序,单层制下则由审计委员会替代监事会履行前置程序。当前的股东双重代表诉讼规则将母子公司的控制关系限定于直接或间接的全资母子公司,应当将其适度扩张至绝对控股母子公司及部分相对控股母子公司,并在前置程序中增加股东请求回复规则。同时,对于母子公司控制关系中隐藏的权利滥用问题,股东双重代表诉讼与其他公司法律规范存在衔接适用的空间,应当注重制度联动效应,以防止母公司及其控股股东滥用控制权或者母公司中小股东滥用诉权。

关键词:股东双重代表诉讼;母子公司;前置程序;禁止权利滥用

中图分类号:DF411.91 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1008-4355.2024.03.06 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



股东双重代表诉讼衍生自股东代表诉讼,是指由“股东的股东”(母公司股东)以自己的名义代表子公司提起诉讼,从而维护子公司的合法权益。曾有学者否认其价值,认为该制度超越了公司人格独立原则,可能引起多重诉累,股东代表诉讼完全可以提供替代性的救济措施。^①然而,随着母子公司架构逐渐成为现代公司集团化发展的重要形式,母子公司及其股东之间因控制关系形成了更深刻的利益绑缚。当子公司的合法权益受到侵害而母公司与子公司均不能或怠于起诉时,由母公

收稿日期:2024-03-15

作者简介:刘斌(1986—),男,河南滑县人,中国政法大学民商经济法学院副教授,博士生导师,法学博士;梁樱子(1996—),女,宁夏银川人,中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

^① See Note, *Personal Recovery by Shareholders for Injury to Corporation*, 2U. Chi. L. Rev. 317, 318-319 (1935).

司股东提起代表诉讼可以有效解决子公司诉讼能力丧失的问题。有学者认为,股东双重代表诉讼不仅有利于弥补子公司所受损害,维护母公司及其股东的权益,也可以有效抑制子公司内部控制的不当行为。^①上述争议的背后,实质上是如何平衡公司人格独立与股东监督的关系问题,维系二者平衡已成为股东双重代表诉讼规则设计的逻辑起点。

一、股东双重代表诉讼的立法进程及争议

股东双重代表诉讼规则在19世纪中后期的美国判例中已初具雏形。1897年美国堪萨斯州最高法院在Ryan v. Leavenworth案判决中指出,“母公司和子公司受到被告的控制,拒绝对被告提起诉讼的,作为母公司股东的原告有权提起双重代表诉讼。”^②其后,在美国司法实践中又先后产生了刺破法人面纱理论、共同控制理论、受托人理论、代理人理论、特定履行理论、母公司股东最终受害理论来论证股东双重代表诉讼的正当性。

在2023年《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)修订之前,我国并未设置股东双重代表诉讼,仅在2005年《公司法》修订中引入了股东代表诉讼(也称普通代表诉讼),旨在“为股东特别是中小股东提供维护公司和自身合法权益的手段,以制止董事、监事、高管、大股东、第三人等人员对公司的侵害行为”^③,所以尚未关注到股东双重代表诉讼的实践需求,导致不少诉请被法院直接驳回。譬如,有法院明确认为相关股东不具有诉讼资格。^④但也有法院持宽松态度,即“在母公司对子公司形成绝对资本控制的情形下,母公司的股东为了子公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼,亦不违反《公司法》规定。”^⑤最高人民法院曾在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)中尝试引入股东双重代表诉讼,其中,第31条规定的被诉主体包括“全资子公司的董事、高级管理人员、监事会和监事”。可见,最高人民法院对股东双重代表诉讼持积极态度。但遗憾的是,该内容因缺乏上位法支持而在《征求意见稿》正式公布时被删除。

面对实务困境,2023年修订的《公司法》引入了股东双重代表诉讼。《公司法》(2023年修订)第189条第4款规定:“公司全资子公司的董事、监事、高级管理人员有前款规定情形,或者他人侵犯公司全资子公司合法权益造成损失的,有限责任公司的股东、股份有限公司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股东,可以依照前三款规定书面请求全资子公司的监事会、董事会向人民法院提起诉讼或者以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。”对此,作为重要的制度创新,仍需要从法律适用角度作进一步思考和研究。

^① 参见樊纪伟:《我国双重代表诉讼制度架构研究》,载《华东政法大学学报》2016年第4期,第119页。

^② See Ryan v. Leavenworth, Atchison & Northwestern Railroad Co., 21 Kan, 365, 1879 WL731 (1879).

^③ 刘凯湘:《股东代表诉讼的司法适用与立法完善——以〈公司法〉第152条的解释为中心》,载《中国法学》2008年第4期,第157页。

^④ 参见上海市第二中级人民法院(2008)沪二中民五(商)初字第21号民事判决书。

^⑤ 参见陕西省高级人民法院(2016)陕民终228号民事判决书。

其一,母子公司关系是否仅限于全资持股关系,能否进行扩张解释?《公司法》(2023年修订)显然采用了较为稳妥的立法模式,与《征求意见稿》中“全资子公司”的表述一致。但是,仅将全资控股的子公司作为股东双重代表诉讼的适用对象,会严重挤压该制度的适用空间。^①对此,不少学者提出了扩张解释的路径,如半数表决权标准,即“当母公司拥有子公司过半数的表决权时,应当承认母公司股东有权提起双重代表诉讼”^②;再如充分控制标准,“以母公司对子公司产生事实上充分控制为条件”^③;或者是以充分的股权控制标准与持股比例的计算作为规范要点。^④可见,是否可以对“全资子公司”进行扩张解释仍值得思考。

其二,如何具体适用前置程序规则?前置程序旨在穷尽公司内部救济,最大化发挥公司内部监督机制的效用。有学者认为,股东双重代表诉讼中的穷尽公司内部救济应是指母公司股东履行双重前置程序,即分别向子公司和母公司提出救济请求,只有二者均不可行时才能以自己的名义提起双重代表诉讼。^⑤对此,《公司法》(2023年修订)第189条第4款将前置程序面向的公司机关明确限于全资子公司的董事会或监事会。此外,曾有学者提出具体操作应是向子公司请求并书面通知母公司。^⑥如何阐释《公司法》(2023年修订)构造的单向通知规则并符合股东双重代表诉讼之机理,有待讨论。而且,公司治理的结构性变革也将影响前置程序的履行。《公司法》(2023年修订)允许公司有条件地采取单层制治理架构,不设监事会的公司的股东是否需要履行前置程序以及向哪一公司机关履行,相关问题均有待澄清。

其三,如何认定前置程序的豁免情形以及实现与其他公司法律制度的联动?《公司法》(2023年修订)对两类股东代表诉讼前置程序的豁免采用了同一规则,即情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害。此外,最高人民法院于2019年发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第25条规定了“不存在公司有关机关提起诉讼的可能性”,即因公司治理失灵而豁免前置程序。对已形成紧密控制关系的母子公司而言,显然后者具有更广泛的适用空间。然而,囿于股东行使诉权的双重穿透性,对于公司机关提起诉讼的可能性进行准确判断将会更加复杂,需要结合实践经验进行具象化考察。而且,母公司怠于提起普通代表诉讼,存在股东权利滥用规制的介入空间,但如何与股东代表诉讼相结合仍值得思考。

基于此,《公司法》(2023年修订)构造的股东双重代表诉讼规则虽然较为全面地规定了适格原告、前置程序、效果归属等内容,但仍有进一步释明并完善的空间。

① 参见李建伟:《股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达》,载《社会科学研究》2023年第2期,第66页。

② 林少伟:《我国双重股东代表诉讼的本土化构建路径》,载《广东社会科学》2020年第3期,第233页。

③ 孙学亮、刘晓阳:《我国双重股东代表诉讼制度的构建研究》,载《齐齐哈尔大学学报(哲学社会科学版)》2021年第10期,第107页。

④ 参见李建伟:《股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达》,载《社会科学研究》2023年第2期,第71页。

⑤ 参见林少伟:《我国双重股东代表诉讼的本土化构建路径》,载《广东社会科学》2020年第3期,第234页。

⑥ 参见孙学亮、刘晓阳:《我国双重股东代表诉讼制度的构建研究》,载《齐齐哈尔大学学报(哲学社会科学版)》2021年第10期,第108页。

二、股东双重代表诉讼的规范阐释

《公司法》(2023年修订)第189条第4款规定了股东双重代表诉讼的四项重要内容,具体涵盖了原告资格、被告范围、前置程序、效果归属。根据立法现状与司法适用需求,有必要对相关规则进行展开与审视。

(一) 股东双重代表诉讼的原告

股东双重代表诉讼的原告资格,不仅是规则设计的逻辑起点,也是防止股东滥诉的关键。根据《公司法》(2023年修订)第189条第4款规定,我国股东双重代表诉讼的原告,即母公司股东须受到母子公司关系、持股期限、持股比例、主观要件的具体限制。

1. 母子公司的控制关系

从《征求意见稿》到《公司法》(2023年修订),我国股东双重代表诉讼的适用范围始终被限定于全资母子公司之间。然而,我国《公司法》并没有明确“母子公司”的概念。通说认为,母子公司描述的是纯粹基于股权控制而形成的关系,强调一家公司持有另一家公司股权达到控股地位^①,即母公司为子公司的控股股东。《公司法》(2023年修订)第265条第2项延续了区分界定绝对控股股东和相对控股股东的做法,其中,前者是指出资额或持有股份占公司资本总额或股本总额超过百分之五十的股东,后者是指出资额或者持有股份的比例虽然低于百分之五十,但依其出资额或持有的股份所享有的表决权已足以对股东会决议产生重大影响的股东。基于此,子公司可被划分为绝对控股子公司与相对控股子公司,全资子公司显然是母子公司之间绝对控股关系的典型体现。

然而,人民法院在认定全资子公司时不宜简单遵从母公司系子公司唯一股东的形式规则,而应采用穿透计算持股比例认定控股股东的裁判思路。这是因为实践中母公司直接持有子公司全部股权的情形较少,若以此为限将直接挤压股东双重代表诉讼的适用空间,折损制度价值。此外,如果以形式规则作为单一认定路径,意味着母公司可采用间接全资持股的方式以排除股东双重代表诉讼。但间接全资持股下的子公司同样受到母公司的严格控制,须听从其指令行事,业已丧失诉讼能力。可见,股东双重代表诉讼也可以成为该类公司权益救济的有效途径。因此,为避免实质架空股东双重代表诉讼规则,“全资子公司应属于多层支配关系下最终控制的全资子公司,需要按照穿透计算的规则对母公司的持股比例进行合并计算。”^②对此,《日本公司法》第847条之3规定,“全资母公司”是指下列股份公司:(一)全资母公司;(二)将股份公司全部已发行股份由其他股份公司以及其他全资子公司等或者其他股份公司的全资子公司等持有时的该其他股份公司。可见,《日本公司法》实质采用了“最终全资母公司”的概念,明确了股权关系认定的实质穿透规则。

具体到我国,“全资子公司”的文义应包括直接全资子公司与间接全资子公司。其中,直接全资子公司是指母公司直接持有子公司100%的股权,间接全资子公司则是指母公司通过间接持股关系

^① 参见朱锦清:《公司法学》(修订本),清华大学出版社2019年版,第16页。

^② 李建伟:《股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达》,载《社会科学研究》2023年第2期,第72页。

但实质全资持有子公司 100% 的股权。例如, A 公司持有 C 公司 90% 的股权, B 公司持有 C 公司 10% 的股权, 但 A 公司持有 B 公司 100% 的股权, 其可以通过直接控制 B 公司而间接实现对 C 公司的全面控制, A 公司实质上是 C 公司的最终全资母公司。因此, 无论是直接全资子公司还是间接全资子公司, 皆系《公司法》(2023 年修订) 第 189 条第 4 款中“全资子公司”的应有之义。

2. 持股期限与最低持股比例

持股期限与最低持股比例是股东双重代表诉讼原告资格的客观要件。对此, 《公司法》(2023 年修订) 第 189 条第 4 款在普通代表诉讼规则的基础上提出: 母公司为有限责任公司的, 任一股东皆可提起股东双重代表诉讼; 母公司为股份有限公司的, 股东需满足连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上的股份。可见, 持股期限与最低持股比例实质上仅针对股份有限公司的股东。我国《公司法》对股份有限公司的制度预设定位于大型公开性公司^①, 往往采用更严格的规制措施。对于股东代表诉讼制度, 持股期限是为“确保提起股东代表诉讼的股东为投资股东, 而非从事短线交易、追涨杀跌的投机股东”^②, 以免产生投机诉讼扰乱公司正常经营管理。最低持股比例一方面保证股东能够充分代表公司行使诉权, 另一方面也能够预防或避免股东滥用代表诉讼。^③ 相较而言, 母公司股东提起双重代表诉讼需要穿透双重法人实体, 实质上延展了股东对公司治理的干预范围, 更需要妥善平衡公司利益与股东利益。基于此, 《公司法》(2023 年修订) 对母公司股东的原告资格延续了双向限制。

(1) 持股期限

持股期限是防止公开型公司股东投机诉讼的重要手段。对此, 《日本公司法》采用时间段规则, 要求股东连续 6 个月持有公司股份。英美法系则从同时持股原则逐步放开对母公司股东持股期间的限制。我国《公司法》(2023 年修订) 采用了时间段立法模式, 要求股份有限公司股东需要连续持股满 180 日以上。

第一, 《公司法》(2023 年修订) 对连续 180 日以上持股的起算时点未予明确。在普通代表诉讼中, 根据《九民纪要》第 24 条规定, 提起代表诉讼的股东可以在被诉行为发生时尚未取得股东身份, 该规则是否适用于股东双重代表诉讼? 对此, 有学者提出, 应引入同时持股要件和继续持股要件, 即“母公司股东在被诉行为发生时持有母公司股份, 并且在其起诉时以及整个诉讼过程中都持有该母公司股份; 同时, 该母公司一直持有该子公司股份。”^④ 此观点殊值讨论。

事实上, 《九民纪要》第 24 条虽然实质扩张了可提起股东代表诉讼的股东范围, 但与股东双重代表诉讼的立法本旨并不相悖。股东双重代表诉讼旨在赋权母公司股东在子公司与母公司皆不能或怠于起诉时救济子公司, 间接保障母公司及其股东的利益, 所以母公司股东持股或将其资本注入母公司的时间, 对于保护子公司利益而言并非重点。^⑤ 此外, 依据同期持股原则, 该要件旨在使起诉

^① 参见刘斌:《公司类型的差序规制与重构要素》,载《当代法学》2021年第2期,第109页。

^② 刘俊海:《新公司法的制度创新:立法争点与解释难点》,法律出版社2006年版,第259页。

^③ 参见沈贵明:《二重派生诉讼适格原告要件的构建》,载《法制与社会发展》2015年第2期,第111页。

^④ 王森、许明月:《美国特拉华州二重代表诉讼的实践及其对我国的启示》,载《法学评论》2014年第1期,第125页。

^⑤ 参见李建伟:《股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达》,载《社会科学研究》2023年第2期,第67页。

股东对公司利益保持代表性,防止其滥诉权。但是,在股东双重代表诉讼中,起诉股东实质上是代表母公司行使诉权,其与子公司仅存在间接关系,因而起诉股东连续 180 日以上单独或合并持有母公司 1% 以上股权业已满足其对母公司利益的代表性,且“股东”一词即为原告起诉时的身份表征,内含持续持股的要求。可见,时间段规则亦可防止母公司股东滥诉,而同期持股原则在域外股东双重代表诉讼中已被逐渐突破,我国再引入同质规则有叠床架屋之嫌。

第二,连续持股的内涵需要结合具体情形加以认定。从文义看,连续持股应指股东持有股份超过 180 日且期间从未发生转让情形。值得注意的是,股权转让概指一系列可引起股权的权利主体变更的法律行为,包括买卖、赠与、互易、继承等。其中,除因买卖而取得股权的前后手的持股期间不能持续计算外,在继承、赠与、公司合并、强制执行等情形下皆具有前后手持续计算持股期间的解释空间。^① 域外公司法上的典型情形是在公司并购中发生股份交换。股份交换的特殊性在于原公司的股东本可直接提起普通代表诉讼,但因股份交换后成为母公司股东而丧失了普通代表诉讼的原告资格,此时法律应允许其进入股东双重代表诉讼的范畴,实现对原公司(现为子公司)的利益救济。美国特拉华州最高法院在 *Lambrecht v. O' Neal* 案中提出,“在公司发生股份交换等并购行为时,即使原告不再继续持有原公司股份,仍应承认其提起代表诉讼的资格。”^② 我国《公司法》(2023 年修订)尚未考虑此情形,但面对日益增多的公司并购实践,人民法院应在具体案件中持包容态度。

(2) 最低持股比例

最低持股比例源自大陆法系公司法经验,譬如日本公司法要求起诉股东需持有最终母公司 1% 以上表决权的股份,因为母公司股东并非全资子公司股份的直接持有者,二者仅会间接地发生关系。^③ 但有学者认为,1% 的持股比例对中小股东而言较为严苛,应当适度降低^④,否则将会降低中小股东维护公司及自身利益的能动性。^⑤ 诚然,最低持股比例结合司法经验予以优化,但其确能在一定程度上保障股东对公司利益的代表性。

此外,结合《公司法》(2023 年修订)中新的制度规范,仍有其他问题需要探讨。其一,当公司发行无面额股时,单独或合计持有公司 1% 以上股份的内涵将适度扩张,应指单独或合计持有无面额股的股东,其持股达到公司已经发行股份总数的 1% 以上,即具有提起股东双重代表诉讼的资格。其二,《公司法》(2023 年修订)第 189 条仍以普通股(一股一票)为基本规范对象,但是,当公司发行差异化表决权股时,股份数与表决权数不再一致。考虑到最低持股比例设置的宗旨是满足股东充分代表公司之需要,此时“1% 以上股份”不仅包括持有普通股达 1% 以上的股东,也应包括持特殊表决权的表决权比例达 1% 以上的股东。其三,在普通代表诉讼中,有观点认为,鉴于可转换公司债券的持有人系潜在股东,在可转换条件成就前,如果其可能持有的股份满足起诉条件,应当允许该

^① 参见杨仕兵:《论股东代表诉讼中的联合行使诉权》,载《政治与法律》2014 年第 5 期,第 140 页。

^② See *Lambrecht v. O' Neal*, 3 A. 3d 227 (Del. 2010).

^③ 参见王原生:《日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度》,载《商事法论集》2014 年第 1 期,第 178 页。

^④ 参见李秀文、林彦:《日本双重代表诉讼制度对我国的启示——兼评〈公司法(修订草案)〉第 188 条之规定》,载《北京邮电大学学报(社会科学版)》2023 年第 2 期,第 28 页。

^⑤ 参见樊纪伟:《日本股东代表诉讼制度的变革及其发展动向》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 54 卷),法律出版社 2024 年版,第 648 页。

潜在股东提起代表诉讼。^①也有学者认为不能一概而论,提出“可转换公司债的持有人在提起诉讼时或提起诉讼前没有或者拒绝承诺在转换条件成就时转换为股票,不能作为诉讼原告,以保障其权利行使之正当性。”^②对此,笔者认为,囿于股东双重代表诉讼中起诉股东与子公司的间接关系,不宜过度扩张原告范围。可转换公司债券的持有人并不必然会转换为公司股东,其与子公司的关系更加疏远,缺少维护子公司利益的充分动机。

由此观之,提起股东双重代表诉讼的原告在起诉时须为母公司股东,具体包括:有限责任公司的股东;股份有限公司中任一时间内连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份(表决权)的股东。

(3) 关于持股条件的特殊争议

我国股东双重代表诉讼的规则设计在形式上与普通代表诉讼基本一致。然而,在法律关系较为复杂的股东双重代表诉讼中,直接援引普通代表诉讼的相关规则可能会产生体系矛盾,具体如何适用有待明晰。理论上,因公司类型的差异,股东双重代表诉讼存在以下四种情形:

	子公司	母公司	母公司代表诉讼	母公司股东双重代表诉讼
情形一	股份公司	股份公司	连续180日单独或合计持有1%以上股权	连续180日单独或合计持有1%以上股权
情形二	股份公司	有限公司	连续180日单独或合计持有1%以上股权	不受任何限制
情形三	有限公司	有限公司	不受任何限制	不受任何限制
情形四	有限公司	股份公司	不受任何限制	连续180日单独或合计持有1%以上股权

如上表所示,情形一与情形三中两类代表诉讼的起诉条件相同,而情形四中母公司的起诉条件优于母公司股东。通常认为,这是由于母公司股东与子公司仅存在间接关系而须承受的的必要限制。存在较大争议的是情形二,母公司起诉受到持股期限与最低持股比例的双重限制,而母公司股东则可以直接起诉,这就可能出现母公司股东有诉权而子公司股东(母公司)无诉权的情形。对此,有学者认为,“母公司股东的双重代表诉讼起诉条件不应优于子公司其他少数股东的普通派生诉讼起诉条件。”^③还有学者针对期限限制提出,“出于体系协调的考虑,在子公司股东无诉权时允许母公司股东起诉,使母公司股东享有超越单层代位诉讼的优越条件,有违限制滥诉原则。”^④前述观点具有一定合理性,但也需要结合《公司法》(2023年修订)规定并根据形式或实质上的全资母子公司关系予以重新考量。

首先,就最低持股比例而言,在全资母子公司背景下,不会造成股东双重代表诉讼的条件宽严失当。母公司持有其全资子公司的股份必然高于1%,并不存在适用障碍。由此观之,在股东双重

① 参见刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社2004年版,第324页。

② 杨仕兵:《论股东代表诉讼中的联合行使诉权》,载《政治与法律》2014年第5期,第141页。

③ 沈贵明:《二重派生诉讼适格原告要件的构建》,载《法制与社会发展》2015年第2期,第111页。

④ 李建伟:《股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达》,载《社会科学研究》2023年第2期,第67页。

代表诉讼中,囿于母公司系全资子公司形式或实质上的唯一股东,母公司股东的起诉条件并未绝对优于母公司。

其次,就持股期限而言,母公司连续持有全资子公司股份超过 180 日的条件在实践中极易得到满足。退一步而言,即使母公司的连续持股期限未满 180 日,但此时子公司权益已经受损,不宜为等待母公司权利成就而放任子公司的损失持续扩大。在此情形之下,母公司未依法取得诉权属于法律不能,其未通过股权控制关系督促子公司直接起诉,可能是其主观上存在逃避诉讼的故意,该情形实质上已符合穷尽公司内部救济的前提。此时,由母公司股东提起诉讼显然可以有效解决子公司诉讼能力丧失的问题。在普通代表诉讼中,如果公司成立后不久即发生侵害公司利益的行为,此时股东虽然尚未持股满 180 日,但如果不立即提起诉讼可能会使公司利益遭受难以弥补损失的,应当认定股东具有原告资格。^① 该机理应扩张适用于股东双重代表诉讼,属于放宽母公司股东持股期限的特殊情形。

事实上,容忍股东双重代表诉讼的起诉条件在特殊情形下优于普通代表诉讼,更深层次的原因是为了符合代表诉讼的立法目的。股东双重代表诉讼的首要目的是打破子公司丧失诉讼能力的僵局。当子公司表意受制于经营管理层,而经营管理层又受控于全资母公司时,母公司不起诉的意志将渗透至子公司,进而使公司不能因权益受损而主导自身意志并形成司法救济的意思表示。^② 此时,允许母公司股东以自己的名义代位子公司提起诉讼,并将胜诉利益直接归属子公司,本质上是一种借诉讼手段保护公司利益、间接维护母公司以及全体股东利益的立法安排。可见,股东双重代表诉讼之根本目的在于克服母公司滥用控制权对公司治理结构的不当冲击,与程序法促进诉讼便利的功能定位截然不同。^③ “母公司股东不需要在经济实质层面上与子公司股东的起诉条件进行比较。”^④ 此外,对于放宽起诉条件产生的滥诉担忧,实质上需要由股东双重代表诉讼的前置程序承担调控功能。因此,《公司法》(2023 年修订)在区分公司类型的基础上,仅对母公司(限于股份有限公司)股东设置持股期限和最低持股比例要求,可“维持法律秩序之体系性与安定性,贯彻立法目的。”^⑤

3. 股东双重代表诉讼的主观要件

主观要件是对提起股东双重代表诉讼的原告施加的最后限制,旨在“借助主观要件弥补客观要件的僵化机械之不足,更好地实现救济受损害股东与保护公司自治之平衡。”^⑥ 主观要件,又称善意原则,是指“如果提起诉讼追究董事责任的目的是为了追求该股东个人或第三人的不正当利益,或给公司造成损害,则该股东不得提起诉讼。”^⑦ 《公司法》(2023 年修订)第 189 条第 2 款采用了正向

^① 参见刘凯湘:《股东代表诉讼的司法适用与立法完善——以〈公司法〉第 152 条的解释为中心》,载《中国法学》2008 年第 4 期,第 158 页。

^② 参见赵万一:《公司治理法律问题研究》,法律出版社 2004 年版,第 196 页。

^③ 参见王亮:《股东代表诉讼的权利属性阐明——以前置程序重构为中心》,载《学术探索》2015 年第 12 期,第 90 页。

^④ 李建伟:《股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达》,载《社会科学研究》2023 年第 2 期,第 67 页。

^⑤ 梁慧星:《民法解释学》(第 4 版),法律出版社 2015 年版,第 232 页。

^⑥ 李建伟:《股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达》,载《社会科学研究》2023 年第 2 期,第 68 页。

^⑦ 周剑龙:《日本公司法制现代化中的股东代表诉讼制度》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2006 年第 3 期,第 45 页。

表述,即股东有权为公司利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。其中,为公司利益即是主观要件。然而,公司利益是外延开放的不确定概念,如何认定股东是为公司利益行事确有难度。笔者认为,鉴于公司利益与股东利益的深刻联系,子公司利益受损可能反向波及母公司股东的利益,应当认可母公司股东起诉时具有间接利益的正当性。因此,为公司利益应当解释为不得仅为一己私利或第三人利益,而损害公司利益。结合司法实践经验,“若股东曾参加、批准或默许过侵害行为,或者以干扰公司生产经营、损害公司或其他股东利益为目的”^①,可推定其不符合主观要件,人民法院应当实质审查母公司股东提起双重代表诉讼之目的。

(二) 股东双重代表诉讼的被告

根据《公司法》(2023年修订)第189条第4款规定,全资子公司的权益侵害可能来自两个方面,即子公司的董事、监事、高级管理人员或者董监高以外的他人。其中,针对“他人”的内涵,通常认为应当包括公司控股股东、实际控制人等公司内部人^②,但对于是否包括公司外部人则争议较大。对此,支持者认为,囿于我国中小股东利益屡遭侵害,应采取宽松的立法模式,适度突破公司内部架构约束。^③也有质疑声音提出,“公司外部人侵害时,公司机关并未丧失起诉能力,不宜用派生诉讼替代公司商业判断,否则会违背公司自治与商事效率,应作限缩解释。”^④上述观点均有其合理性,但需进一步分析。

从文义上看,“他人”的内涵应当包括公司外部人。需要强调的是,限缩解释方法的适用前提是“法律条文之文义过于广泛,不符合立法真意。”^⑤《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(五)》第1条规定,《公司法》(2018年修正)第151条中的“他人”包括通过关联交易损害公司利益的控股股东和实际控制人。在股东双重代表诉讼中,当外部人侵害子公司合法权益时,子公司一般具有充分动机提起诉讼。但在特殊情形下,譬如公司集团内其他子公司侵害该全资子公司合法权益,其仍属公司外部人,但母公司此时可能出于整体利益考量而压制受害公司的救济意志,此时赋权母公司股东提起双重代表诉讼应属合理。此外,“为维护法律体系及概念用语之统一性”^⑥,亦不应应对“他人”作限缩解释。“他人”一词在《公司法》(2023年修订)中共出现15次,皆涵盖公司外部人,譬如第191条的董事对第三人责任条款即未限缩其文义。因此,任一主体侵害全资子公司合法权益并造成损失的,皆可成为股东双重代表诉讼的被告。

(三) 股东双重代表诉讼的前置程序及其豁免

鉴于代表诉讼的本质是由股东代表公司行使诉权,在公司利益的救济中处于居次地位,主要发挥补充救济功能。因此,各国公司法普遍设有前置程序,以保障公司的自主经营判断免受恶意诉讼侵扰。这意味着股东双重代表诉讼与普通代表诉讼设计前置程序的原理基本相同,理论上需要母

^① 刘凯湘:《股东代表诉讼的司法适用与立法完善——以〈公司法〉第152条的解释为中心》,载《中国法学》2008年第4期,第159页。

^② 参见钱玉林:《〈公司法〉第151条的漏洞及其填补》,载《现代法学》2015年第3期,第184页。

^③ 参见林少伟:《我国双重股东代表诉讼的本土化构建路径》,载《广东社会科学》2020年第3期,第234页。

^④ 李建伟:《股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达》,载《社会科学研究》2023年第2期,第69页。

^⑤ 梁慧星:《民法解释学》(第4版),法律出版社2015年版,第225页。

^⑥ 梁慧星:《民法解释学》(第4版),法律出版社2015年版,第220页。

公司股东穷尽母公司和子公司的内部救济。然而,我国的股东代表诉讼实践并不活跃,设置双重前置程序不仅会增加起诉股东负担,也会降低代表诉讼的效率。在全资母子公司关系中,子公司受母公司控制而具有与其一致的利益诉求,此时让母公司股东提出两个相同的请求并无实质意义。因此,为简化程序,提升诉讼效率,《公司法》(2023年修订)第189条第4款作出了特别安排,要求母公司股东书面请求全资子公司的董事会或监事会向人民法院提起诉讼即可。

1. 前置程序的请求对象

根据《公司法》(2023年修订)第189条规定,我国股东双重代表诉讼的前置程序仍然适用交叉请求规则,即当子公司的董事、高级管理人员违反法律、行政法规、公司章程给公司造成损害时,母公司股东应先书面请求子公司的监事会向人民法院提起诉讼;当子公司监事存在前述行为时,母公司股东则应书面请求子公司的董事会向人民法院提起诉讼。值得注意的是,前述内容仅适用于董事会与监事会并存的双层制治理架构,未明确回应《公司法》(2023年修订)引入单层制后产生的体系性结构变革,为该规则的法律适用留下了解释空间。

单层制治理架构冲击了交叉请求规则的适用逻辑,在此次公司法修订中争议较大。有观点认为在单层制下应直接排除前置程序,但也有学者提出,“当公司无监事会时,接受申请机关应为母公司董事会,而不包括母公司监事。”^①笔者认为,在单层制下应继续认可前置程序存在的价值,但需要结合当前规范,将接受申请的公司机关调整为子公司的审计委员会。原因在于,不宜因公司治理结构改变而轻易否认前置程序的独立价值。前置程序不仅是防止股东滥用诉权的重要手段,也是调节公司人格独立与股东监督的关键阀门。因子公司与母公司皆人格独立,母公司股东应对公司治理保持谦抑,如果允许单层制公司直接排除前置程序,有可能为股东滥诉打开方便之门。此外,从体系解释角度观之,单层制下的审计委员会将继续扮演监事会角色,应当承担代表诉讼中的相关职权。依据《公司法》(2023年修订)第69条、第121条规定,采取单层制的公司,由审计委员会行使本属于监事会的职权。可见,单层制下的审计委员会作为法定的专门委员会,实质上是公司的法定监督机构。因此,诉讼代表权作为一项重要的法定监督职权,应转由审计委员会行使。

2. 前置程序的豁免

股东履行前置程序是对公司诉讼意志的最后确认,但在特殊情形下应当允许例外排除。对此,美国特拉华州最高法院在判例中确立了“请求无益”的豁免规则,要求法院调查董事的不起诉决定是否符合商业判断规则。^②在美国,还存在豁免前置程序的其他情形,如董事是过错行为人,董事在过错行为人的控制之下,董事否认过错行为的发生,董事会已批准被诉的过错行为等。^③值得注意的是,前置程序也可能因客观上不能履行而被事实豁免。根据《公司法》(2023年修订)第83条规定,规模较小或者股东人数较少的有限责任公司,可以不设监事会,设一名监事,行使本法规定的监事会职权;经全体股东一致同意,也可以不设监事会。在该类公司中,公司既无监事会,也无审计委员会,当公司股东因董事侵害公司利益而欲提起代表诉讼时,当然无须履行前置程序。

^① 李建伟:《股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达》,载《社会科学研究》2023年第2期,第70页。

^② 参见王淼、许明月:《美国特拉华州二重代表诉讼的实践及其对我国的启示》,载《法学评论》2014年第1期,第119页。

^③ 参见张国平:《股东代表诉讼的规则架构》,载《南京大学法律评论》2010年第2期,第175页。

具体来看,我国代表诉讼前置程序的豁免情形包括两类:一类是在紧急情况下豁免前置程序;另一类是在公司治理失灵时豁免前置程序。前者需要人民法院在个案中结合具体案情自由裁量,而公司治理失灵的前置程序豁免规则在股东双重代表诉讼中具有更广泛的适用空间。一般而言,母公司可以通过股权关系对全资子公司实现全面控制,最主要的方式是掌控全资子公司管理层的人事权。全资子公司的代表机关(董事会或监事会)事实上可能全部听命于母公司,如果母公司认为不应起诉,子公司大概率会遵从其指示并作出相同判断。但是,若因母子公司之间的事实控制关系而导致前置程序形同虚设,不能仅依据持股比例孤证证明,还需结合具体表现。结合实践,典型表现包括:其一,子公司的董事会成员与监事会成员均为被告,缺乏合适的机关代表公司起诉;其二,有权代表子公司提起诉讼的董事或监事均因利益冲突而需要回避,无法代表公司提起诉讼。需要强调的是,前置程序豁免规则只是股东代表诉讼中的例外,其过度适用将导致前置程序虚化并引发滥诉。因此,对豁免情形应当谨慎适用,而且须由申请人(代表诉讼的原告)承担举证责任。

(四) 股东双重代表诉讼的效果归属

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(以下简称《公司法司法解释(四)》)第25条规定,股东代表诉讼的胜诉利益归属于公司,起诉股东不能要求被告直接向其承担民事责任。依此利益分配逻辑,股东双重代表诉讼的胜诉利益也应归属于子公司,而不能直接归属于母公司或母公司股东。这是因股东与公司之间不宜通过分享胜诉利益而形成直接利益联系,避免诱发股东滥诉。但是,依据《公司法司法解释(四)》第26条规定,股东提起代表诉讼,其诉讼请求部分或者全部得到人民法院支持的,公司应当承担股东参加诉讼所支付的合理费用。

此外,《九民纪要》第27条还设置了股东代表诉讼的调解规则。公司是股东代表诉讼的最终受益者,为避免原告与被告通过调解损害公司利益,人民法院应当审查调解协议是否为公司的意思,具体决议机关取决于公司章程的规定,章程没有规定的,应当认定公司股东会为决议机关。在股东双重代表诉讼中,母公司股东与被告达成的调解协议应当经子公司章程中载明的决议机关确认,章程没有规定的,则应当经其股东会同意,而在全资母子公司结构中,这实质上转变为取得母公司同意。

三、股东双重代表诉讼中的权利扩张与限制

股东双重代表诉讼虽然是一种防止公司内部不当控制行为并提供事后救济的程序机制,但实质上交织了控股股东控制权与中小股东代表诉权两种权利。学者们在规则阐释中的犹疑与争议实际上也正是权利扩张与权利限制两种立法理念交错的结果,其化解之道需要回溯股东双重代表诉讼制度的根本目的。

(一) 股东双重代表诉讼中的权利扩张

在我国公司股权结构较为集中的现实背景下,母子公司架构中至少含有两层股权控制关系,第一层是在母子公司之间,第二层是在母公司与其控股股东之间。值得注意的是,两层控制关系客观

上为母公司控股股东对子公司行使控制权提供了通道。母公司控股股东凭借控股关系处于对母公司的实际支配地位,即使公司采用董事会中心主义,其意志也可以通过行使表决权、经营管理人员任免权等方式转变为公司意思,然后再通过母子公司之间的股权控制关系依同一路径传导至子公司。可见,母公司控股股东的控制力和影响力实际遍布整个公司集团,呈现出鲜明的控制权扩张态势。

为防止公司立体式发展引致控制权不当扩张,在立法上引入股东双重代表诉讼规则,允许母公司股东行使诉权。但是,这种权利实质上是对于母公司中小股东提起代表诉讼的法定授权。对于母公司控股股东而言,当子公司利益受到侵害,其可以采用更简单的方式直接指示或者利用影响力要求子公司经营管理层以公司名义提起诉讼,并不用舍近求远诉诸代表诉讼制度。相比之下,母公司中小股东不具有控制权便利,子公司利益受损时极易反向传导影响母公司中小股东的利益,此即母公司股东最终受害理论。^①因此,中小股东更具有提起双重代表诉讼的动力。易言之,股东双重代表诉讼实质上是以程序机制赋权中小股东,具有保护中小股东权益的功能。而且,赋权股东在公司表意失灵时主动向法院提起代表诉讼,属于股东监督权适度扩张的外在体现之一。^②由此观之,母子公司架构下实质上有两类权利得以扩张,一类是母公司控股股东控制权的事实扩张,另一类是母公司中小股东以诉讼机制实现监督权扩张。

(二) 股东双重代表诉讼中的权利限制

任何权利的行使皆有其合理边界。股东双重代表诉讼通过扩张母公司中小股东的诉权,实质上形成了双重制度功能,一是限制母公司及其控股股东不当行使控制权,二是救济子公司利益。二者孰轻孰重?此回答将决定股东双重代表诉讼规则阐释的根本走向。

控股股东对公司形成控制是一种客观事实,控制本身也是一个中性概念^③,具有一定的合理性和正当性。然而,取得并行使控制权意味着行为人对公司资源拥有支配权^④,所以很多股东难以抵挡滥用控制权攫取私利的诱惑。基于此,不少学者认为应以限制控制权作为股东双重代表诉讼的制度目的,只要在集团企业中存在控制公司及被控制公司关系时,即可适用股东双重代表诉讼。^⑤上述观点扩大了股东双重代表诉讼的适用范围,但控制关系的客观存在不应替代对股东双重代表诉讼的必要性判断。确立股东双重代表诉讼规则的根本目的取决于其维护的核心利益,而“利益的实质是一定社会关系的体现与反映,是人与人之间的一种利害关系。”^⑥就性质而言,限制控制权与保护子公司分属不同的利益面向。在制度构造上,母公司股东提起双重代表诉讼须以子公司合法权益受到侵害、遭受损失且丧失诉讼能力为前提,母公司股东应具有为子公司利益的主观善意,胜诉利益也将直接归属于子公司。另外,《公司法》(2023年修订)第21条“禁止股东滥用权利”条款将正面发挥规制公司控制权滥用的功能,滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的股东将承

① 参见李秀文:《实务与理论张力关系下的美国多重代表诉讼制度》,载《中国政法大学学报》2019年第6期,第62页。

② 参见王亮:《股东代表诉讼的权利属性阐明——以前置程序重构为中心》,载《学术探索》2015年第12期,第90页。

③ 参见赵旭东:《公司治理中的控股股东及其法律规制》,载《法学研究》2020年第4期,第99页。

④ 参见傅穹、王志鹏:《公司控制权滥用规制的法理基础与司法判断》,载《社会科学战线》2011年第5期,第188页。

⑤ 参见田田、刘景亮:《双重代表诉讼理论之重塑及对我国立法的检讨》,载《法治研究》2009年第6期,第17页。

⑥ 王伟光:《利益论》,中国社会科学出版社2010年版,第80页。

承担赔偿责任。可见,子公司权益保护是“该法律制度所固定的能体现该制度本质属性的制度利益,处于主导地位”^①,而控制权限制则是该制度次生的第二功能。

值得注意的是,保护子公司合法权益之目的形成对母公司中小股东诉权滥用的限制。有学者认为,母公司中小股东与子公司之间存在财产联系,因为股东是公司的真正所有权人,子公司的财产归属母公司,所以母公司和子公司的财产最终都是母公司股东的特别财产。^②形式上而言,根据现代公司人格独立与股东有限责任理论,公司与股东之间形成法律上的人格隔离、财产隔离和责任隔离,这意味着母公司中小股东与子公司之间因双重法人实体而联系更加薄弱,因而多数法院仅承认母公司中小股东因子公司利益受损而仅存在间接损失。实际上,保护子公司合法权益可以分为两个层面。其一,子公司利益是否受损,即使受损,子公司是否需要通过诉讼方式实现权益救济?该问题本质上属于公司商业判断的范畴,应当优先尊重公司的意思自治。即使子公司实际反映的是母公司意志,但如果母公司判断子公司利益未受损,或者其决定确属依商业判断做出的优化选择,意味着事实上并不存在子公司或母公司不能或怠于起诉的前提,则股东与公司之间信息或判断的偏差应在前置程序中予以化解,已起诉的也应终止诉讼。其二,凡是母公司中小股东背离保护子公司合法权益这一制度目的之行为,皆可能构成滥用代表诉权。譬如,母公司中小股东为扰乱公司正常经营秩序,明知子公司不存在利益损害或者尚未丧失诉讼能力,仍然为一己私利恶意诉讼,应允许被告对其提起反诉。《九民纪要》第26条规定,股东提起代表诉讼后,被告可以原告恶意起诉侵犯其合法权益为由提起反诉,该条系禁止股东滥用权利规则在普通代表诉讼中的呈现,其在股东双重代表诉讼中亦有适用空间。

(三)与其他关联规则的衔接适用

在股东双重代表诉讼程序启动前,可能已经存在母公司及其控股股东滥用控制权的违法行为,使子公司丧失诉讼能力,此时单纯依靠代表诉讼对子公司进行救济并不能彻底解决权利滥用问题。为对子公司权益的全面保护,应当重视股东双重代表诉讼与其他关联规则的衔接适用。股东双重代表诉讼中常常出现的母公司及其控股股东滥用控制权的情形,实际上已经违反了《公司法》(2023年修订)第21条的规定。本次公司法修订的重要任务之一是切实维护公司、股东、债权人的合法权益,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东利益也是对股东权利行使的基本要求。然而,在实践中认定控股股东滥用股东权利通常十分困难,尤其是股东往往通过行使表决权对公司进行控制,会受到资本多数决原则的保护。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第3条规定,滥用权利的认定应综合权利行使的对象、目的、时间、方式、造成当事人之间利益失衡的程度等因素。

具体来看,母公司或其控股股东怠于起诉的行为极易扩大子公司的损失,构成对子公司的间接损害,此时应扩张解释《公司法》(2023年修订)第21条中的“损失”,使其包含直接损失与间接损失,要求母公司或其控股股东对子公司的损失承担责任。此外,当子公司受到的侵害来自公司内

^① 李建伟:《公司资本的核心概念疏证》,载《北方法学》2016年第1期,第68页。

^② 参见林少伟:《我国双重股东代表诉讼的本土化构建路径》,载《广东社会科学》2020年第3期,第233页。

部,即行为人是公司的董事、监事或者高级管理人员,如果前述人员是受到母公司或其控股股东指示实施违法行为或怠于起诉,实质上符合《公司法》(2023年修订)第192条“影子董事与影子高管”的规定。最后,当子公司受到的侵害来自公司外部,尤其是受到公司集团内关联公司的侵害时,确系母公司或其控股股东滥用控制权,使子公司利益受损而换取其他公司利益提升,可以认定该行为违反了《公司法》(2023年修订)第21条的规定,甚至可能适用第23条第2款的横向人格否认规则,从而要求母公司及集团内其他关联公司向受害子公司承担责任。

四、股东双重代表诉讼的规则完善

《公司法》(2023年修订)已设置了权利主体清晰、限制要件适当、程序机制明确的股东双重代表诉讼规则,但在未来的立法中仍有进一步完善的空间。

(一) 控制关系的适度扩张

基于《公司法》(2023年修订)第189条第4款的规定,我国股东双重代表诉讼仅适用于直接或间接全资控股的母子公司之间。但是,实践中真正满足该条件的母子公司数量并不多,全资控股是股权控制关系中最严格的标准。

一公司对另一公司进行控制通常包括股权控制和非股权控制两种方式,实践中也存在混用两种控制机制从而形成综合控制的情形。其中,非股权控制主要指通过投资、协议、人事安排等方式取得对公司的控制权。^①两种控制方式皆可直接影响公司的经营决策。然而,“控制”是一种事实描述,并未形成统一的判断标准,在何种控制形态下允许母公司股东提起双重代表诉讼实质上取决于各国公司法的自主选择。比如,美国法院最初将股东双重代表诉讼限制于全资母子公司之间,但随着控股公司数量不断增多,所以逐渐转向“控制权标准”,法官在裁判时须具体分析公司之间的实际控制力因素,一定程度上降低了对母子公司之间持股比例的要求,更具灵活性。此外,《日本公司法》虽然将股东双重代表诉讼的原告限定于最终全资母公司的股东,但其也逐步认识到“全资母子公司”立法模式的局限性,在母公司及母公司的董事等利害关系人持股时以扩张解释的方法将该类公司纳入适用范围^②,当董事存在违法行为,母公司直接或者间接持有子公司股份的账面价值超过母公司总资产的1/5,该子公司即为“重要子公司”,母公司股东可以提起双重代表诉讼。基于此,我国《公司法》(2023年修订)第189条第4款将公司之间的控制关系仅限于全资母子公司,具有一定局限性。这可能使股东双重代表诉讼的实际效用大打折扣,将有救济需要但非全资的子公司排除在外,或是诱导母公司通过减持方式规避代表诉讼。

值得注意的是,股东双重代表诉讼应排除非股权控制方式下的公司关系。这是因为对非股权控制的判断纯粹依赖公司之间的实际控制关系,但实际控制权是一种事实权利,容易受到偶然事件的影响^③,这种不确定性会增加认定一公司是否受到另一公司控制而丧失诉讼能力的难度,且法官

^① 参见李建伟:《公司法学》(第5版),中国人民大学出版社2022年版,第19页。

^② 参见王原生:《日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度》,载《商事法论集》2014年第1期,第178页。

^③ 参见郭富青:《论公司实际控制权:性质·渊源·法律导向》,载《甘肃政法学院学报》2011年第1期,第110页。

往往并不具备丰富的商事经验,很难事后准确认定公司之间的实际控制关系。而且,原告与受损利益之间至少应具有间接利害关系。只有在以股权控制方式维系的母子公司关系中,母公司股东才对子公司利益受损具有间接利益,但非股权控制方式切断了这一利益关联,因而不具有适格性。

就股权控制关系而言,《公司法》(2023年修订)延续了既往规范对控股股东的定义,股权控制可进一步划分为绝对股权控制与相对股权控制。其中,对非全部股权控制的判断实质上已渗入了实际控制力因素,提出了不限于股权控制要素的综合判断要求,但我国的股东双重代表诉讼规则显然忽略了该变化,始终聚焦于最严格的控股关系。对此,原因之一是立法者期冀于非全资子公司的其他股东能够直接提起层级更少、更为直接的普通代表诉讼,担忧避开该救济路径设置双重代表诉讼不符合立法目的,也会增加公司的代理成本。^①原因之二是与我国长期存在股东权独大、权利界限不明的问题有关。结合我国的公司治理经验,实践中的公司多由大股东实际控制,股权结构呈现出明显的集中性与封闭性。相关法律规范也将股东会定位为公司权力机构,董事会对股东会负责,使股东会与董事会在具体经营决策权分配时界限模糊,呈现出鲜明的股东会中心主义。这意味着只要将形成绝对股权控制关系的公司纳入进来,就可以为多数子公司提供新的救济路径。但是,《公司法》(2023年修订)的重要改革举措之一是强化董事及董事会职权,这无疑对公司控制关系的认定提出了新的挑战。事实上,从股东双重代表诉讼制度的根本目的分析,其是为解决子公司受到母公司控制并丧失独立表意能力和诉讼能力而创设,凡是符合这一控制结果的公司都应进入双重代表诉讼的适用范围。无论是基于绝对股权控制还是相对股权控制,只要母公司对子公司形成充分控制,使其经营管理严重异化,公司组织机构被操纵甚至停摆,就应允许母公司股东以双重代表诉讼规则保护子公司的合法权益。

因此,当母公司对子公司形成绝对股权控制时,应允许符合法定条件的母公司股东提起双重代表诉讼。绝对股权控制是指母公司对子公司的出资额或持有股份占公司资本总额或股本总额超过50%。在资本多数决规则下,母公司对子公司的一般事项乃至重大事项都将起到决定性作用,尤其是可以占据子公司经营管理层的多数席位,对子公司形成事实上和法律上的绝对控制。如果母公司拒绝起诉或者怠于起诉,该意思表示可以直接影响子公司。此时,子公司虽然还有其他股东可以提起代表诉讼,但囿于中小股东面临的集体行动困境,易产生“搭便车”心理,所以应当适用股东双重代表诉讼规则。

另外,应当允许部分对子公司形成相对股权控制的母公司的股东提起股东双重代表诉讼。与绝对股权控制相比,相对股权控制强调控股股东的出资额或者持有的股份足以对股东会决议产生重大影响。在《公司法》修订之前,由于我国贯彻股东会中心主义,对股东会产生重大影响的控股股东通常可以直接实现对公司的控制。但本公司法修订的重要面向之一是优化公司组织机构设置,突出董事会在公司治理中的中心地位。在新的职权分配路径下,相对控股股东对公司的控制力可能会有所减弱。因此,在认定母公司是否对子公司形成控制并达到剥夺子公司意志的程度时,需要结合实际控制力因素,包括但不限于母公司占子公司董事会的席位数、母公司对子公司财务与经

^① 参见樊纪伟:《我国双重代表诉讼制度架构研究》,载《华东政法大学学报》2016年第4期,第121页。

营的控制情况,以及结合表决权拘束协议、表决权信托、特许经营协议等内容。如果股权相对控制和实际控制相结合可以使母公司对子公司达到绝对股权控制的效果,其也应当进入股东双重代表诉讼的适用范围。

综上所述,《公司法》(2023年修订)第189条第4款将股东双重代表诉讼仅适用于全资母子公司的做法具有一定局限性,应当贯彻制度意旨,将其适用范围扩张至绝对控股的母子公司以及部分相对控股但满足实际控制力因素的母子公司,但不应包括纯粹依据非股权控制方式形成的公司关系。

(二)前置程序规则的细化

有实证研究表明,我国股东代表诉讼的前置程序时常处于形同虚设的尴尬地位。譬如,公司疏于调查股东请求甚至不予答复,股东对公司是否回复亦不抱有期待,而仅是完成程式化要求。^① 对此,显然是因为缺少对于股东请求回复的明确规定。^②

为确保前置程序切实发挥过滤不当诉讼、纠正股东与公司之间信息偏差的功能,各国公司法均细化了前置程序规则。譬如,美国设置有特别诉讼委员会,由该委员会独立、公正地对股东起诉的理由进行调查,并允许公司在一定条件下,向法院申请驳回起诉或申请简易判决。^③ 相比之下,《日本公司法》第847条之3设置了不起诉理由书制度,替代公司终止代表诉讼的功能,具体是指公司须对已提出诉讼请求者及时以书面形式以及法务省令规定的其他方式,通知不提起特定责任追究之诉的理由。对于股东而言,可以通过不起诉理由书减少与公司管理层的信息偏差,当股东认为申请机关不起诉的决定于法无据时,也利于收集相关证据。此外,不起诉理由书的制作可视为前置程序申请机关所负的义务,有利于提高公司判断的透明度,避免管理层人员之间相互包庇。而且,如果股东提起的诉讼确属不当诉讼,不起诉理由书也可作为证据,有利于公司提出反诉或者促使股东撤诉与和解。基于我国的公司治理实践与发展背景,我国可以适当借鉴日本的相关制度经验,引入不起诉理由书制度,允许公司机关依据商业判断规则审查公司股东的请求是否合理^④,切实发挥前置程序功能,同时也避免浪费司法资源。

日本《公司法实施细则》第218条规定,不起诉理由书中应当载明如下内容:其一,公司对申请被诉行为调查的内容,包括作出起诉与否决定所依据的资料;其二,对被诉行为人,包括公司董事、监事、高级管理人员或公司外部第三人,对其相关义务和责任的判断以及判断理由;其三,当公司认为前述人员应对公司承担义务或责任,但又未直接提起诉讼的,应告知股东不提起诉讼的理由。制作不起诉理由书应当属于公司董事会或监事会(单层制下的审计委员会)承担的代表诉讼职责,当其未妥善履行该职责时将构成违反勤勉义务,引致相应法律责任。譬如,《日本公司法》第976条规定,怠于履行公司法上的通知义务,对应履行该义务的人员处以100万日元以下的罚款。

^① 参见龚博:《股东派生诉讼前置程序实证研究》,载《湖南科技学院学报》2016年第6期,第102页。

^② 参见朱大明、孙慧:《论我国股东代表诉讼前置程序的完善——以不起诉理由书制度为中心》,载《证券法苑》2019年第1期,第195页。

^③ 参见蔡元庆:《股东代表诉讼中公司的地位和作用——以美国特别诉讼委员会制度为中心》,载《中外法学》2006年第4期,第449页。

^④ 参见张杨:《股东代表诉讼不起诉理由书制度对监事行为的形塑》,载《中国政法大学学报》2020年第5期,第114页。

此外,需要明确公司拒绝提起诉讼或者出具不起诉理由书的效力问题,此系前置程序能否发挥实际作用的关键。依据《公司法》(2023年修订)第189条规定,公司拒绝股东的申请后并不影响股东继续提起代表诉讼。有学者认为,“应当在一定情况下赋予公司接受前置程序的申请机关在前置程序阶段即阻却代表诉讼的权利。同时,为防止该权利被公司滥用,使得前置程序演变为实体权利,阻却的特殊情况必须是法定情形。”^①笔者认为,为充分发挥前置程序防止股东滥诉、节省司法成本的作用,有必要赋予公司接受申请机关中断股东双重代表诉讼的权利。然而,结合我国诉讼实践,当前股东代表诉讼并不活跃,双重代表诉讼中的子公司又普遍受到母公司的实际控制,赋权子公司的接受申请机关在前置程序中直接阻却代表诉讼,显然会使很多公司失去救济机会。恰当的做法应当是在诉讼阶段,由人民法院审查公司的不起诉决定是否属于合理的商业判断,当符合法定情形或者有证据证明不符合代表诉讼的提起条件时,人民法院应当裁定终止诉讼。

由此观之,前置程序的实际履行效果包括:其一,子公司的特定机关接受母公司股东的申请,直接以子公司的名义提起诉讼;其二,子公司的特定机关拒绝起诉并制作不起诉理由书,或是自收到请求之日起三十日内未提起诉讼,母公司股东可以自己的名义直接提起双重代表诉讼;其三,除母公司股东符合法定的前置程序排除情形外,其未履行前置程序的,人民法院应当驳回起诉。

五、结语

引入股东双重代表诉讼规则是2023年《公司法》修订的亮点之一,也是法律对公司的立体化发展现实作出的积极回应。我国的股东双重代表诉讼仍坚持了普通代表诉讼的制度理念,将解决子公司诉讼能力丧失并救济其合法权益作为根本目的。首先,将适格原告限定在直接或间接的全资母子公司之间,但该法定范围的适用空间有限,应将母子公司之间的控制关系适度扩张至绝对股权控制以及部分相对股权控制但结合实际控制力因素可达到绝对控制程度的母子公司,但需要排除非股权控制方式下的公司关系。其中,股份有限公司(母公司)的股东在任一时间段内连续单独或者合计持有公司1%以上股份满180日,且在起诉时仍具有股东身份即可获得原告资格。另外,母公司股东提起双重代表诉讼应以公司利益为重,不得仅为一己私利或第三人利益,更不得损害公司利益。而且,被告应包括任一侵害子公司合法权益并造成损失的他人,并不限于公司内部人员。其次,在双层制下,母公司股东在起诉前需要向子公司的董事会或监事会提出申请,在单层制下需要向董事会或审计委员会提出申请,以穷尽公司内部救济。但是,规模较小的子公司无监事会或审计委员会时,前置程序被事实豁免,当出现紧急情况或公司治理失灵时,亦可豁免前置程序。同时,我国股东双重代表诉讼的前置程序中还应引入股东请求回复规则,但鉴于我国当前代表诉讼的实践表现,其效力不宜直接阻却代表诉讼,而应在诉讼阶段由人民法院进行实质审查。最后,基于母子公司股权控制关系构建的股东双重代表诉讼制度,可能因母公司及其控股股东滥用控制权而违反禁止滥用股东权利条款,也可能触发《公司法》(2023年修订)中的“影子董事与影子高管”、横向人

^① 林少伟:《我国双重股东代表诉讼的本土化构建路径》,载《广东社会科学》2020年第3期,第235页。

格否认等规则,还可能因中小股东滥用诉权,扰乱公司正常经营秩序而触发禁止滥用股东权利条款,从而形成前述规范之间的体系联动。■

Research on the Shareholders Double Derivative Suit Rules of the New Company Law

LIU Bin ,LIANG Yingzi

(China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: Faced with the phenomenon of the expansion of rights arising from the three-dimensional development of the company, the 2023 amendment to the Company Law introduced the rule of dual representation of shareholders, which is aimed at solving the problem of the subsidiary's incapacity for litigation and providing effective remedies. When a subsidiary suffers from internal or external infringement, and both the subsidiary and the parent company are unable or unwilling to file a lawsuit, the shareholders of the parent company can file a dual representation lawsuit. Under the two-tier system, the board of directors or the supervisory board of the subsidiary is required to perform the preliminary procedures, while under the single-tier system, the audit committee replaces the supervisory board to perform the preliminary procedures. The current dual representation litigation rules limit the control relationship of parent-subsidiary companies to direct or indirect wholly-owned parent-subsidiary companies, which should be moderately expanded to include absolutely-controlled parent-subsidiary companies and partially-relatively-controlled parent-subsidiary companies, and increase the rules of shareholders' request for reply in the preliminaries. At the same time, for the parent-subsidiary control relationship hidden in the abuse of rights, shareholders dual representation litigation and other corporate legal norms there is a convergence of the application of space, should pay attention to the system linkage effect, in order to prevent the parent company and its controlling shareholders abuse of the right of control or the parent company of the abuse of the right of small and medium-sized shareholders to sue.

Key words: shareholders double derivative suit; parent-subsidiary company; pre-procedure; prohibit abuse of rights

本文责任编辑:武 晋