

英国的股东派生诉讼:历史演变和现代化改革*

钱玉林

内容提要:英国的派生诉讼起源于普通法,“福斯诉哈尔波特”案件及其后来的判例中所创立的规则及其例外,成为普通法上派生诉讼的基本规则。成文法从1948年《公司法》开始引入股东救济制度,并逐步形成1985年《公司法》上的派生诉讼制度。由于普通法和成文法貌似相同的两套规则导致了法律的模糊和不确定性,英国政府对派生诉讼制度进行了改革,并在2006年新公司法中形成了新的派生诉讼制度。与原有的规则相比,新的派生诉讼程序实现了更现代、更灵活和更易于理解的改革目的。

关键词:派生诉讼 英国公司法 2006年《公司法》

钱玉林,扬州大学法学院教授,法学博士。

一 普通法上的派生诉讼

(一)“福斯诉哈尔波特规则”及其例外

股东派生诉讼起源于判例法,虽然无从考证哪个案例构成了该项制度的判决先例,但1843年“福斯诉哈尔波特”(Foss v. Harbottle)一案,^[1]无疑是关于派生诉讼的一个经典案例。该案的判决引起了人们对少数股东救济的讨论,尤其是当公司受到董事不当行为侵害而未能起诉时,谁是适格的原告,成为争议的焦点。

在“福斯诉哈尔波特”一案中,两个股东代表自己和除被告以外的其他股东起诉公司的五个董事,诉讼理由是:公司的这五个董事把自己的地产高价卖给了公司,损害了公司的利益,因而对包括原告在内的股东造成了损失。案件诉到法院后,主审法官詹姆斯爵士(James Wigram)认为,该交易公司就有权撤销,没有必要按无效交易处理;同时,股东试图以公司的名义行使诉权不是理所当然的事情,因为在法律上公司和股东起诉的目的不是一回事,股东作为原告不适格,适格的原告应当是公司。后世学者将该案所确立的规则称之为“福斯诉哈尔波特规则”(以下简称为“福斯案规则”),其基本内容包括“适格的原告规则和多数决规则”。^[2]

* 本文为教育部人文社会科学规划项目(05JA820025)的阶段性成果之一,作者同时感谢华东政法大学国际法与比较法研究中心的资助。

[1] (1843) 2 Hare 461; 67 E. R.

[2] Cilliers & Benade, *Corporate Law*, 3rd ed, Butterworths, 2000, p. 297.

所谓“适格的原告规则”，即当公司受到不当行为侵害时，只有公司才有权提起诉讼。依照英国上诉法院的解释，就是“这样一种基本的原理，即作为一般法则，A不能就B对C造成的损害代表C起诉B请求赔偿或者其他救济”，它是“任何理性法律体系的基础”。^{〔3〕}而“多数决规则”是建立在公司人格独立学说和早期法院不干预除了合伙解散以外的内部事务的合伙原理基础之上的。^{〔4〕}按照这一原理，股东应尊重股东会依照公司章程或者法律所作的决议。当股东同意通过表决来解决问题时，意味着他应承担一项默示义务，即他应当接受表决结果。对此，英国著名公司法学者高尔（Gower）教授认为，“福斯诉哈尔波特一案首次清楚地表达了一个原则，即提起诉讼的决定应当由股东大会会议的多数决做出”。^{〔5〕}有的学者认为，法官在福斯案中的裁决，通过所谓的法学基本原理——权利受侵害的人才具有诉权——的适用掩饰了判决的理由。^{〔6〕}

之所以在福斯诉哈尔波特一案中形成这样一种规则，根本的原因是囿于那个时代对公司所有与经营的基本观念。当时正处在工业革命的鼎盛时期，经济上放任自由的思想占主导地位，受此影响，法院对公司诉讼占统治地位的态度是，只要是依多数决规则决定的起诉或者不起诉，都是正当的。甚至有法官认为，即使少数股东深信不起诉的决定是错误的，但少数毕竟是少数，而不是多数。^{〔7〕}同时，福斯案规则也是矫枉过正的结果。因为在判例法中，股东代表公司起诉经营者的权利在该案之前就已经得到承认，^{〔8〕}只是到了1843年，股东宣泄不满情绪的景象如雪崩一样，从而导致了法院对这类诉讼采取了司法限制。^{〔9〕}由于福斯诉哈尔波特一案以十分清晰的态度限制了少数股东的司法救济权，英国法院将不得不面对这样的难题：若公司董事或其他控制人侵害公司的利益，因公司在加害人的控制之下不愿对其起诉，其他股东又不能代表公司起诉时，公司所受到的损害将无法得到补偿，加害人也将逍遥法外。

为了解决司法危机，在实践中，经过几代法官对福斯案规则的修正，创设了排除适用该规则的四个例外情形，允许股东代表公司提起追究董事或者其他控制人责任的诉讼。这四个例外规则包括：（1）股东个人诉讼；（2）涉及越权或者违法交易行为的诉讼；（3）涉及须特别多数决的交易的诉讼；（4）涉及对少数股东欺诈交易的诉讼。这些例外规则是由英国上诉法院于1950年在“爱德华兹诉哈利威尔”（*Edwards v. Halliwell*）一案中首次做出了全面的归纳和阐述。^{〔10〕}1982年在“稳妥保险有限公司诉纽曼工业有限公司”（*Prudential Assurance Co Ltd v. Newman Industries Ltd*）一案中，英国上诉法院重申了福斯案规则经典定义的

〔3〕 *Prudential Assurance Co Ltd v. Newman Industries Ltd (No. 2)* [1982] Ch 204, p. 210.

〔4〕 K. W. Wedderburn, *Shareholders' Rights and the Rule in Foss v. Harbottle* (1957), *Cambridge Law Journal*, pp. 194, 196.

〔5〕 Paul. L. Davies (ed.), *Gower's Principles of Modern Company Law*, 6th edition, Sweet & Maxwell, 1997, p. 659.

〔6〕 Lynden Griggs, *The Statutory Derivative Action: Lessons That May Be Learnt From Its Past!*, *University of Western Sydney Law Review*, Vol. 6, 2002, p. 71.

〔7〕 Bottomley, *Shareholders' Derivative Actions and Public Interest Suits: Two Versions of the Same Story?* *University of New South Wales Law Journal*, 15 (1992), p. 138.

〔8〕 如 *Hichens v Congreve* (1828) 1 Russ & M., 38 E. R.; *Preston v The Grand Collier Dock Co* (1840) 11 Sim, 59 E. R.; *Wallworth v Holt* (1841) 4 My & Cr., 41 E. R. 等案件。在这些案件中，法院认为全体股东有权站在一个公共的立场，为了公共的利益，代表他们自己起诉要求对公司的侵权行为予以赔偿。

〔9〕 Prunty B, *The Shareholders' Derivative Suit: Notes on its Derivation*, *New York University Law Review*, 32 (1957), pp. 983 - 984.

〔10〕 *Edwards v Halliwell* [1950] 2 All ER, pp. 1066 - 1069.

内涵:(1)适格的原告首先应当是公司;(2)如果被诉不当行为的交易经股东普通决议批准,则对公司和股东产生约束力,任何股东都无权提起诉讼;(3)如果被诉行为是公司的越权行为,由于股东多数决不能批准这种交易,因此,福斯案规则没有适用的余地;(4)对于需要特别决议的交易,由于普通决议不能批准,因此福斯案规则也没有适用的余地;(5)欺诈行为和不当行为人控制公司的情形应属于福斯案规则的例外。有学者认为,除了对少数股东欺诈的情形外,其他情形不是真正的例外,只不过是福斯案规则适用范围外的几种确定性的情形而已。^[11]

福斯案规则在普通法中被视为公司法的原理,^[12]存在于公司法的每个部分。^[13]在司法实践中,该规则得到法院长期遵守,成为判例法中一个古老的规则。虽然在司法实践的演进过程中可能不断地与现实产生矛盾和冲突,导致法律的模糊或晦涩难懂,但也正因为该规则至今已经延续了160多年,所以,该规则具有强大的生命力,无可争辩地被视为一项传统的制度而存在。不过,正如英国法律委员会在1995年关于股东救济的一份报告中所承认的,股东只能在例外情形下才能代表公司提起诉讼,这一点是福斯案规则下普通法存在的不足。^[14]

(二)“派生诉讼”法律概念的引入

在英国早期的判例中,股东为了公司的利益而提起的诉讼并非称为派生诉讼,而是被描述为“少数股东诉讼”、“股东诉讼”或者“股东救济”等。“派生诉讼”作为一个特定的定义这类诉讼的法律概念,是由美国判例法创造的。由于美国没有受到“福斯诉哈尔波特”学说的影响,自19世纪上半期以来,就承认了在适当的情形下少数股东代表公司提起的诉讼。在少数股东提起的诉讼中,法官始终认为,“当董事违反义务造成侵害时,股东享有司法保护的權利,但必须同时考量公司作为一个独立实体的观念”。^[15]因此在最初的司法判例中,少数股东代表公司提起诉讼时首先遇到了严重的程序障碍。因为从技术层面上讲,对侵害公司的行为而引起的诉权在于公司,因此,那时把少数股东诉讼看成是代表原告股东和其他股东的共同诉讼。值得一提的是,同时代美国与福斯诉哈尔波特案类似的案件是“豪斯诉奥克兰城市”(Hawes v. City of Oakland)一案,^[16]所不同的是,该案对少数股东诉讼采取了不同的司法态度,并走出了不同的路径。“福斯诉哈尔波特”案否认了少数股东诉讼,而该案则为少数股东诉讼创立了程序上的要求。

虽然在19世纪20、30年代就已承认少数股东诉讼,但直到1856年,^[17]美国最高法院才对股东诉讼有了进一步的推动,承认了股东派生诉讼的法律地位。^[18]由于股东的诉权是从公司中派生出来的,所以美国衡平法院创造了“派生诉讼”这一概念,用来定义股东以

[11] K. W. Wedderburn, Shareholders' Rights and the Rule in Foss v. Harbottle (1957), *Cambridge Law Journal*, pp. 203 - 204.

[12] Cilliers & Benade, *Corporate Law*, 3rd ed, Butterworths, 2000, p. 297.

[13] Lord Wedderburn, Derivative Actions and Foss v. Harbottle (1981), 44 *Modern Law Review*, p. 210.

[14] Saleem Sheikh, "Shareholder Remedies", *International Company & Commercial Law Review*, 1997, 8(2), pp. 47 - 51.

[15] B. S. Prunty, 'The Shareholders' Derivative Suit: Notes on its Derivation', 32 *New York University Law Review* (1957), p. 992.

[16] U. S. 450 (1882).

[17] *Dodge v. Woolsey*, US 331 (1855).

[18] [美]杰西·H. 乔波等:《公司法案例与资料》(影印本),中信出版社2003年版,第21页。

自己的名义代表公司提起的诉讼。^[19] 有学者认为,派生诉讼是19世纪美国衡平法纯粹为了解决公司法因两个不协调的原则而引起的两难困境的一个方法。^[20] 也就是说,派生诉讼原本只是借用一种法律技术来解决成文法困境的一个方法而已,但在判例法的发展中,当法官参考、沿用判决先例时,派生诉讼逐渐被解释成对少数股东保护的一个方法,“衍生”为少数股东权。

在英国,直到1975年,^[21]英国上诉法院意识到把由股东代表公司提起的诉讼称之为“少数股东诉讼”,不是揭示而是模糊了这一诉讼中原告行使权利的性质,才正式引入美国法中的“派生诉讼”概念以替代“少数股东诉讼”这一法概念。“虽然对这类诉讼新的描述丝毫不改变诉讼程序规则,但这一概念却比较清晰地说明了这一诉讼的本质,即股东个人行使的诉权并非来自自身,而是‘派生’于公司。”^[22]派生诉讼的概念现已在英国的判例中根深蒂固,并在1994年通过的最高法院规则中得以反映,该规则将派生诉讼定义为:“由一个或者一个以上股东提起的诉讼,诉因归属于公司,并代表公司请求救济。”^[23]正因为派生诉讼揭示了这一诉讼的本质,从而使这一诉讼的特征变得清晰起来。然而,股东代表公司并行使公司诉权的特征淹没了公司在诉讼中的地位,所以,从某种意义上,从少数股东诉讼到派生诉讼,仅仅是强化了股东在诉讼中的地位而已,而公司在诉讼中的地位不仅没有从派生诉讼这一概念中得以提升,反而变得更加模糊。

二 派生诉讼的法典化

(一) 公司法典引入派生诉讼的历史

福斯案规则确立后的一百多年间,派生诉讼的问题在英国主要是通过法官自由裁量权的行使而引入新的判例加以解决的。这似乎意味着没有必要改变判例法上的规则,但福斯案规则只能在判例法中找到,其中很多判例年代已经十分久远,加上福斯案规则及其例外过于刚性,^[24]导致法官倾向于适用福斯案规则,不愿处理股东行使公司诉权的情形,诚如有的法官坦言:“司法与时俱进的能力是有限的。”^[25]因此,成文法最终还是对派生诉讼做出了回应。

英国成文法上关于少数股东的地位,最早是在1945年英国公司法修改委员会的报告中提出来的,^[26]该委员会的建议被写进了1948年《公司法》第210节。该节规定,当公司的事务被以对部分股东采取“压迫性的”方式管理时,股东可以向法院申请令状,对公司未来事

[19] [美]杰西·H. 乔波等:《公司法案例与资料》(影印本),中信出版社2003年版,第804页。

[20] 公司法两个不协调的原则是:第一,公司受托人对公司的义务是由全体股东而非单个股东赋予的;第二,董事会有权管理公司事务,包括以公司的名义提起诉讼。参见[美]艾伦·R. 帕尔米特:《公司法案例与解析》(影印本),中信出版社2003年版,第297页。

[21] *Wallersteiner v. Moir*, (No. 2) [1975] Q. B. 373.

[22] Paul. L. Davies (ed.), *Gower's Principles of Modern Company Law*, 6th edition, Sweet & Maxwell, 1997, p. 666.

[23] *The Rules of the Supreme Court (Amendment) 1994*.

[24] *Shareholder Remedies: A Consultation Paper (1996)*, Law Commission Consultation Paper No. 142, para 14.2.

[25] *Percival v. Wright* [1902] 2 Ch 421.

[26] 英国政府每隔20年左右都要对公司法作一个比较大的检讨,并整合在此之前公司法所作的零碎修改。1945年成立了科恩委员会(Cohen Committee),发表了《1945年委员会关于公司法修改的报告》(Report of the Committee on Company Law Amendment (1945) Cmd 6659)。

务的管理予以规制,或者要求公司或其他股东回购其股份。第210节所称的“压迫性的”,上议院在“苏格兰合作联社有限公司诉梅耶”(SCWS v. Meyer)一案中解释为“难以承担的、苛刻的和不正当的”。^[27]在此之前,少数股东对多数派股东压迫性行为的唯一救济就是请求解散公司,而解散公司要建立在公平和公正的基础之上,所以法院命令解散公司的条件十分严格。第210节引入的救济手段,未涉及行为人的民事责任问题,而且对于受压迫性行为影响的股东来说,所提供的救济也只是消极的退出机制,因此在司法实践中仅发生两个适用该节的成功案例。^[28]从严格意义上讲,第210节只能算作少数股东救济的雏形,还称不上股东派生诉讼,不过,从对后世立法的深远影响而言,该规定无疑成为成文法上引入股东救济制度的滥觞。

1962年英国杰金斯公司法委员会(Jenkins Committee)^[29]接受了批评者的意见,再次强化了少数股东地位的问题,认为欺诈少数股东作为福斯案规则的例外过于狭窄,建议适用范围更广泛的第210节,同时应当允许法院授权股东以公司的名义起诉第三人。^[30]虽然该公司法委员会看到派生诉讼在美国被滥用的迹象,但同时认为:“为了公司的利益所作的诚实的、独立的多数决定发生法律效力时,不鼓励股东提起诉讼。但是我们认为,在这类案件中给予法院的自由裁量权和败诉责任的承担可以有效地防止派生诉讼的滥用。”^[31]同时,该委员会认识到第210节所称的压迫行为的“不正当性”,是否要求实际的违法或者对权利的伤害,在一定程度上引起了不确定性。为了使之明确,该委员会建议使用“不公平的损害”这一术语,英国议会到了1980年《公司法》第75节中才采纳了这个概念。该委员会的建议成了1980年《公司法》第75节的基础。

与1948年《公司法》第210节相比,1980年《公司法》第75节对少数股东的救济已初具派生诉讼的特点。第75节进一步扩大了对少数股东救济的适用范围,将不当行为方式的“压迫性”改为“不公平的损害”。对此,在“关于S. D. 哈里森 plc”(Re Saul D Harrison plc)一案中,^[32]英国上诉法院法官霍弗曼认为,“不公平的损害”是议会精心设计的一个不精确的术语,因为早期1948年《公司法》规定类似救济的第210节的目的被给予严格的限制性的解释。同时,1980年《公司法》接受了杰金斯委员会的建议,规定:当公司的事务正在或已经以一种对部分股东的利益(包括申请人本身)造成不公平损害的方式管理时,或者公司任何实际的行为或计划的行为或不作为(包括代表公司的行为或不作为)不利于和将不利于股东利益时,公司的任一股东可以向法院申请令状。法院可以提供的救济措施包括:对公司未来事务的管理予以规制;要求公司制止对股东不利的行为或不作为;允许股东以公司的名义并代表公司提起诉讼;要求公司或其他股东回购令状申请人的股份。稍作修改,这节内容基本上被1985年《公司法》第459-461节沿袭了下来。

(二)1985年《公司法》第459-461节:一个困惑的规则?

英国在1985年整合公司法时,对于股东救济的规范并没有冲破旧法的框架,虽然派生

[27] [1959] AC 324.

[28] SCWS v. Meyer [1959] AC 324; Re HR Harmer Ltd [1959] 1 WLR 62.

[29] 1962年,英国成立了“杰金斯委员会”(Jenkins Committee),负责对公司法的检讨和修改,该委员会发表了《1962年公司法委员会报告》(Report of the Company Law Committee (1962) Cmnd 1749)。

[30] Report of the Company Law Committee (1962) Cmnd 1749.

[31] Report of the Company Law Committee (1962) Cmnd 1749.

[32] [1995] BCC 475.

诉讼作为成文法的制度被正式确立了下来,但同时完整地保留了普通法上的福斯案规则,这就造成了有关股东救济问题成文法和普通法并存的局面。尤其是 1985 年《公司法》第 459 节并不是依照不当行为的类型规定相应的责任,而是概括性地规定了对股东的一般性救济。该规定的适用范围在很大程度上与福斯案规则相重合,从而使法院处理案件时面临适用法的选择问题。如前所述,法官更多的倾向于适用福斯案规则,而不允许股东提起派生诉讼。有资料表明,从 1990 - 2006 年,法院允许股东提起派生诉讼的案件共 27 件,其中上市公司只占 3 件,其余均为私人公司的案件,整个派生诉讼案件年均只有 1.5 件。^[33] 因此,对于股东派生诉讼而言,1985 年《公司法》第 459 - 461 节显然不是一项有用的法律制度。

造成 1985 年《公司法》第 459 - 461 节闲置的原因,除了普通法上的福斯案规则仍然发挥强大的作用外,法律规范本身的表述也存在相当大的问题。依照第 459 节规定,如果公司的事务正在或已经以对全体股东或部分股东(包括至少是提起诉讼的股东)的利益不公平损害的方式处理时,或者任何实际的或计划的行为或者公司的过失对上述股东不利时,公司股东可以向法院申请令状。其中包括股东可以要求法院允许其以公司的名义并代表公司提起派生诉讼。但是,该法同时规定,股东代表公司提起派生诉讼时要满足两套程序规则的要求,即:一是要求股东证明案件符合《公司法》第 459 节规定的情形;二是应具备派生诉讼的条件。为了同时满足这两个条件,整个试图通过派生诉讼获得救济的程序耗时长、费用高。^[34]

此外,《公司法》第 459 - 461 条的核心问题是“不公平损害”行为这一措辞所带来的问题。对于什么是不公平损害,该条并未做出明确的界定,司法判例的标准亦十分模糊,但毫无疑问,它比“压迫”的含义要广泛得多,这就给法官很大的裁量权来决定何种情形属于“不公平损害”的范畴。正是由于第 459 节的含糊和不确定性,法院不得不根据个案情况加以认定。而对于股东来说,这一立法用语的概括性客观上造成了某些无谓的诉讼,尤其是,有些诉讼请求的事由有时与派生诉讼的关系甚远,往往导致案件陷于复杂的、历史的事实调查之中,引发案件成本高而且烦琐,加上股东并非公司法专家,他们无法预见法院能否找到不公平损害行为存在的证据,因此,这样的案件对公司造成了潜在的破坏性。^[35]

尽管《公司法》第 459 - 461 节不被当成“包治公司百病的灵丹妙药”,^[36]但毫无疑问,成文法的救济已经存在,如果有两套规则适用于相同的案情,唯一的结果就是导致法律适用上的混乱和模糊。从这个意义上看,近年来,加拿大、澳大利亚等国在公司法的改革中,认识到法律清晰、确定的必要性,在不同程度上废止了福斯诉哈尔波特规则及其例外,将股东派生诉讼纯粹确立为成文法上的一项制度。同样,在英国,成文法上的派生诉讼制度究竟是福斯案规则的一种替代性救济方法还是一个困惑的规则,一直存有争议。由于《公司法》第 459 - 461 节与判例法的救济方法貌似相同,导致了法院对股东派生诉讼的迷乱。正如苏格兰法律委员会在咨询报告中所指出的,“应当在 1985 年《公司法》中增加规定,使得股东派

[33] John Armour, Enforcement Strategies in UK Company Law: A Roadmap and Empirical Assessment, www.exlegi.ox.ac.uk/Armour%20-%20enforcement%20of%20legal%20constraints%2007.02.08.pdf.

[34] Shareholder Remedies: A Consultation Paper (1996), Law Commission Consultation Paper No. 142, para 10.10.

[35] Shareholder Remedies: A Consultation Paper (1996), Law Commission Consultation Paper No. 142, para 14.4.

[36] N. Grier, *UK Company Law*, John Wiley & Sons, 1998, p. 326.

生诉讼有一个清晰的法律基础”。^[37]

三 新的股东派生诉讼:2006年《公司法》改变了什么

(一) 改革背景

在投资日益全球化的趋势下,投资者不断地对公司治理提出更高的要求,在此情况下,要求派生诉讼程序有更高的透明度成为强烈的呼声。在英国公司法改革之前,加拿大、澳大利亚等国公司法已经对福斯案规则进行了检讨,并在完善成文法股东派生诉讼制度的同时,废除了普通法上的这一规则。英国从1995年开始决定对派生诉讼在内的股东救济制度进行全面改革,英国法律委员会在当年启动了一项针对股东救济的大规模的调查,并于翌年发表了题为《股东救济》的法律委员会咨文,^[38]1997年法律委员会在征求意见的基础上对《股东救济》作了进一步的修改,并将修改后的文件以最终报告的形式公开发表。^[39]1998-2001年间,英国公司法检讨指导小组在有关法律文件中对这一改革作了进一步的评价,^[40]并最终写入了2006年《公司法》。

法律委员会在派生诉讼的改革中确立了6项指导原则,即:适格的原告原则、公司内部事务多数决原则、商事判断原则、章程契约的神圣原则、免除股东不必要的干预原则以及股东救济的效率和经济原则。^[41]同时认为,公司法要在经营者自由和投资者保护之间寻找一种平衡,在不扰乱股东和经营者之间权利平衡的前提下,尽可能提供一个快速的、公平的 and 低成本的机制来解决股东与经营者之间的争议。经过长期的司法实践,英国法对派生诉讼已形成了一个基本的司法观念,即派生诉讼应当是例外,而且在诉讼的每个阶段都应该受法院的严格控制。受此观念的影响,法律委员会并没有彻底废止福斯案规则,而是将由普通法发展起来的原则和成文法的救济共同组成新的股东派生诉讼制度。这就意味着不仅保留了福斯案规则的某些功能,而且该规则的法理仍将适用于派生诉讼中。^[42]

因此,新《公司法》第11部分(“股东派生诉讼及其程序”)的目的并不是为了创设一个实体法的规则以取代福斯案规则,而是基于现有的规则为派生诉讼建立一个新的程序。换言之,这部分规范并不是推翻原有的规则,只不过是贯彻法律委员会提出的“应创设一个更现代、更灵活和更容易理解的标准,以便法院是否批准股东派生诉讼”。^[43]改革的目的是使派生诉讼程序合理化和现代化。^[44]

(二) 新的派生诉讼改变了什么

在《股东救济》报告中,法律委员会分析了福斯案规则和1985年《公司法》第459-461

[37] Shareholder Remedies: A Consultative Document, DTI, URN98/994, p. 9.

[38] Law Commission, 'Shareholder Remedies', Consultation Paper No. 142, 1996.

[39] Law Commission, 'Shareholder Remedies', Law Com Report No. 246, 1997.

[40] Modern Company Law for a Competitive Economy: Final Report (July 2001) URN 01/942 (CLR Final Report); Modernising Company Law (White Paper) (Cm 5553-1, 2002); Company Law Reform (White Paper) (Cm 6456, 2005).

[41] Law Commission, 'Shareholder Remedies', Law Com Report No. 246, 1997, para 1.9.

[42] David Sugarman, Reconceptualising Company Law: Reflections on the Law Commission's Consultation Paper on Shareholder Remedies Part 1, 1997, *Comp. Law*, 18(8), pp. 226-247.

[43] Shareholder Remedies: A Consultation Paper (1996), Law Commission Consultation Paper No. 142, para 16.1.

[44] Law Commission, 'Shareholder Remedies', Law Com Report No. 246, 1997, para 6.9-12.

节所存在的问题,认为现行法主要存在以下不足:第一,福斯案规则仅存在于判例法中,在法院规则中找不到,而且很多案例年代已经十分久远。第二,当董事违反信托义务对公司造成损害时,除非该董事控制了公司,否则股东不能代表公司提起诉讼。在此情况下,法律对于“控制”的含义是不清楚的。虽然控制的情形不限于表决权的控制,但除此以外如何界定“控制”是颇有疑问的。尤其是大公司,实践中董事并非以多数表决权来行使控制权。第三,因董事的过失对公司造成损害而提起派生诉讼的,同样应具备一个前提条件,即应证明董事的过失给控制股东带来了利益,或者其他董事不起诉构成了对少数股东的欺诈。第四,股东提起派生诉讼时应提供证据表明案件在表面上证据成立而且不是恶意诉讼。^[45] 新的派生诉讼就是要修正现行法上的这些制度缺陷,用一个较为简洁的和更现代化的程序取代福斯案规则,使股东更易于提起派生诉讼。

如同美国将派生诉讼视为改善公司治理的工具一样,英国政府也认为,派生诉讼是股东确保董事审慎履行义务的一个重要机制。新《公司法》关于派生诉讼的制度已于 2007 年 10 月 1 日正式实施,虽然判例法的某些内容被法典化了,但新的派生诉讼规则绝非将普通法奉为成文法那么简单,新《公司法》第 994 - 996 节以及第 260 - 269 节引入了更广泛的派生诉讼的适用范围。值得注意的是,新《公司法》按适用地域和法律传统的不同,对英格兰、威尔士、北爱尔兰这三个地区与苏格兰分别做出了派生诉讼的规定。由于在英格兰、威尔士和北爱尔兰,普通法已经赋予了股东代表公司提起派生诉讼的权利,所以将派生诉讼称之为“派生请求”,股东以公司的名义、代表公司提起诉讼;^[46]而在苏格兰,股东提起派生诉讼的权利是由这次公司法首次规定的,所以派生诉讼被称之为“派生程序”,为公司获得救济,股东以自己的名义行使公司的诉权。^[47]

新《公司法》对于派生诉讼的改革主要表现在以下三个方面:

第一,扩大了适用范围。新《公司法》第 10 部分规定了董事的一般义务,虽然关于董事的义务曾经引起了相当大的争议,但立法上明确了董事的义务是针对公司而不是股东,因此,只有公司才有权要求董事履行义务,新的派生诉讼制度的出发点就是为了回应公司法对董事一般义务的规定。新公司法规定了股东有权针对董事实际的或计划的行为,包括董事的过失、不履行责任、违反义务或者违反信托义务而提起派生诉讼。这是公司法所作的一项重要改革。

在普通法下,如果董事的不当行为能够或者已经被股东会决议批准,则不可以提起派生诉讼;同时,在对少数股东欺诈的情形下,股东必须证明不当行为的董事从中获益,并且这些董事控制了公司。虽然这两个因素仍然与成文法相关,并对以后的派生诉讼产生影响,但新公司法对此作了修正:首先,对董事不当行为的决议必须由与该董事无利害关系的股东做出,从而使董事的不当行为获得多数决的批准变得更加困难;其次,在欺诈的情形下,不再要求股东证明不当行为的董事控制了公司,也不再要求股东证明不当行为的董事从中获得利益。这样,股东派生诉讼的范围被扩大了。

第二,引入了派生诉讼的新程序,即称之为“两个阶段”的法定程序。第一个阶段,股东

[45] Shareholder Remedies: A Consultation Paper (1996), Law Commission Consultation Paper No. 142, para 14.4.

[46] Companies Act 2006 S996(2).

[47] The Explanatory Notes on the Companies Act 2006, S488.

必须提出案件表面证据成立,以便法院许可继续派生诉讼程序。法院仅限于以股东提交的证据为基础来考量问题,纯粹是一种书面审查。如果股东提交的证据表面不充分,法院必须驳回股东的请求。这种做法的目的是为了避免公司和董事在此阶段承担举证责任。第二个阶段,在实质性程序开始之前,法院可以要求公司提供证据。如果与促进公司长期发展的责任相一致所采取行动的人不起诉,或者被诉行为已经得到公司的授权或者批准,则法院应当做出驳回请求的决定。

在程序上设立两个阶段的目的,是为了尽可能及时驳回恶意诉讼,使公司免于诉讼的影响。同时,为便于根据变化的情况做出及时的修改,有关新的派生诉讼的具体程序由最高法院规则来调整,目前已经被增补到了修改后的“民事程序规则”以及“实践指导”。^[48]

第三,废除了福斯案规则中对少数股东欺诈的例外情形,取而代之的是包含了由法院自由裁量的各种情形。尽管新的派生诉讼程序受法院规则的管辖,但派生诉讼的基础则建立在公司法的条文中,这意味着新的派生诉讼处于类似1985年《公司法》“不公平损害”救济条款的地位。而对于法院许可派生诉讼的条件,新《公司法》并没有规定一个明确的认定标准,而是列举了各种有关情形给法院作参考,^[49]同时法院应当根据个案分别做出判断,可以不受这些情形的限制。

由于新的派生诉讼制度仍旧建立在类似于1985年《公司法》第459节(新《公司法》第994节)的基础上,因此,股东是否依然依照《公司法》第994节基于“不公平损害”代表自己而不是公司,即不以派生诉讼的方式向法院申请救济的令状,是新《公司法》仍未解决的问题。

[**Abstract**] In the UK, derivative action can be traced back to the common law. The rule of *Foss v. Harbottle* and rules established in cases thereafter as well as the exceptions became the basic rules of derivative actions in the common law. The system of shareholder remedies was introduced into the Companies Act 1948, and gradually shaped the system of derivative action in the Companies Act 1985. Due to the confusion and uncertainty of laws caused by the seemingly identical rules contained in the common law and statutory law, the UK government reformed the system of derivative action and established a new system in the Companies Act 2006. Compared with the old rules, the new derivative action procedure has realized the goal of the reform, thus becoming more modernization-oriented, flexible, and easy to understand.

(责任编辑:谢清艺)

[48] The Civil Procedure (Amendment) Rules 2007 (SI 20007/2204) r19.9; Practice Direction 19C.

[49] 这些因素包括:股东要求继续诉讼是否遵循诚信原则;公司是否已经决定不继续诉讼;被诉行为是否有可能被授权或批准;因被诉行为而引起的诉权是否可以由股东自己而不是代表公司来行使;股东为了增进公司长期发展而采取行动的重要性将依赖于诉讼。而且对于是否允许诉讼程序继续下去,法院会根据在公司事务中有直接或间接利益的股东的意见等证据加以决定。参见 Companies Act 2006 S268。