

# 美国股东派生诉讼中对公司抗辩的司法审查标准

胡晓静\*

**摘要** 在美国针对董事的股东派生诉讼实践中,公司通常基于特别诉讼委员会的决定提出驳回诉讼的动议,法院对该动议进行审查后决定是否继续进行诉讼。法院在司法审查中对于商业判断规则适用的不同态度,以典型案例为代表形成了四种主流的司法审查标准,即 Auerbach 案适用商业判断规则的审查标准、Zapata 案独立商业判断的审查标准、Miller 案否定董事会任命的特别诉讼委员会的审查标准和 Alford 案全面实质的审查标准。美国股东派生诉讼中的庭前司法审查程序及司法审查标准,对我国的股东派生诉讼制度改革具有借鉴意义,即应赋予公司抗辩的权利,在庭审前增加前置性的司法审查程序,由法院在该程序中审查原告股东资格、诉前请求程序、公司利益受损事实和公司不起诉抗辩理由,在衡量了公司利益、股东利益和法律及公共利益之后,法院最终决定是否进入派生诉讼庭审程序,从而降低司法成本,平衡董事管理公司事务和股东维护公司利益的冲突,并有效防止滥诉。

**关键词** 股东派生诉讼 商业判断规则 特别诉讼委员会 司法审查程序

股东派生诉讼作为一种诉讼形式在 1855 年被美国最高法院所承认,是限制董事不当管理行为最早的和基本的手段,并在 20 世纪后半叶得到了长足发展。在美国的股东派生诉讼程序中,原告股东首先应该请求公司董事会代表公司起诉。若该请求遭到董事会拒绝,或者存在请求要件被豁免的情形,则该股东可以以自己名义向法院提起诉讼。当股东派生诉讼针对的是公司外第三人时,董事会作出的是否继续进行诉讼的决定通常会受到商业判断规则的保护。

\* 吉林大学法学院教授。本文为吉林大学基本科研业务费项目“公司诉讼中的疑难问题研究”(项目编号:2016QY027)阶段性研究成果。

然而,当股东派生诉讼针对的是公司的董事,特别是要追究多数董事的个人责任时,因利益冲突的存在使商业判断规则的适用遇到障碍。自20世纪七十年代以来,为了应对日益增多的股东派生诉讼,由独立的、非利害关系董事组成的特别诉讼委员会(special litigation committee, SLC)开始被广泛应用,其经过调查后通常以诉讼不符合公司最佳利益为由要求公司向法院提出驳回派生诉讼的动议。这一动议,实为公司对股东诉请的抗辩。针对该动议,法院需要经过审查后作出是否继续进行派生诉讼的决定。在美国联邦及各州的股东派生诉讼的实践中,各个法院司法审查的强度和方式有所不同,核心区别即在于法院如何对待商业判断规则的适用,由此形成了不同的司法审查标准。下文将首先介绍在美国股东派生诉讼中基于典型案例形成的不同的司法审查标准,之后对各司法审查标准进行评析,最后分析对我国股东派生诉讼制度改革借鉴意义。

## 一、美国股东派生诉讼中对公司抗辩司法审查的不同标准

### (一) Auerbach 案适用商业判断规则的审查标准

在1979年的 Auerbach v. Bennett<sup>〔1〕</sup>案中,纽约州上诉法院适用商业判断规则,排除了法院对特别诉讼委员会终止诉讼决定的实质审查。这是第一个州高等法院适用商业判断规则支持特别诉讼委员会终止股东派生诉讼的决定的案件,也是法院适用商业判断规则标准审查特别诉讼委员会决定的指导性案例(leading case)。在 Auerbach 案中,公司由独立董事组成的特别诉讼委员会认为,被告并没有违反纽约州关于注意标准的法律规定,没有人从中获利,索赔的主张没有价值,诉讼会浪费高级管理人员在诉前和诉中的时间,而且鉴于不太可能胜诉,诉讼成本将会高的离谱,而这一事件的公开也会给公司经营造成损害。最终,委员会决定继续诉讼不符合公司最佳利益,指示公司驳回诉讼。纽约州上诉法院认为,如果独立的董事会的委员会经过充分调查后得出结论,认为诉讼不应该继续进行,则派生诉讼可以被驳回。委员会终止诉讼的商业判断应该得到尊重,除非原告能够证明这一决定不是一个诚实的独立判断。如果缺少这一证明,则法院不能审查董事会的决定。实质性的决定包含了对大量商业考量的权衡和衡量,比如法律、伦理、商业、促销、公共关系、财务事项等,因此这应该留给董事会,而不是法院。法院认为,法院在商业判断方面是能力不足的,也很少被要求去评价什么是和必须是实质上的商业判断,而且也不可能存在客观的标准对每一个公司决策进行评价,而董事的个人能力和经验使他们尤其适合于承担商业判断的职责,所以,在缺少恶意或者欺诈的证据的情况下,法院应该尊重董事作出的决定。此外,对公司董事的诉权属于公司本身,与公司政策和管理的其他问题一样,是否追究和起诉这些索赔,以及在何种程度上追究和起诉这些索赔的决定,取决于公司董事会的判断和控制。这种决定必须建立在各种不同的考虑因素之间的权衡

〔1〕 See Auerbach v. Bennett, 47 N.Y.2d 619, 419 N.Y.S.2d 920, 393 N.E.2d 994 (1979).

和平衡的基础上,从而得出一个经过深思熟虑的结论,即采取何种行动或不采取何种行动才能最好地保护和促进公司的利益。这是董事会职责和地位的本质,法院不得干涉。Auerbach 案的裁判观点实际上隐含着一个实质性推定,即特别诉讼委员会的行为是适当的,只有在极端情况下才能推翻其建议。〔2〕

将特别诉讼委员会终止诉讼的决定视为商业判断,自然就意味着排除了法院对该决定的实质司法审查。但是,Auerbach 案的法官认为,商业判断规则的适用并不排除法院对特别诉讼委员会成员的独立性和善意以及调查程序和方法的充分性和适当性进行审查,但也仅此而已。如果股东举出具体的证据,能够对委员会成员的独立性和善意、调查的适当性和充分性产生质疑,则商业判断规则的推定会被推翻,法院也才可以对特别诉讼委员会终止诉讼的决定的实质方面进行审查。如果法院认为委员会的调查方法存在缺陷,以至于其不能获得正确信息,或者调查的范围和执行受到限制,或者调查不认真而形成借口或者假象,则商业判断规则不会被适用。〔3〕但是,对于原告股东来说举证非常困难,“因此商业判断规则成为维持股东派生诉讼的一个障碍”。〔4〕

Auerbach 案中,被告董事并没有从所指控的交易中获取个人利益,而是其能力和谨慎受到了质疑。但是,后续的案例表明,Auerbach 案的适用范围并不局限于谨慎义务问题,特别诉讼委员会的决定被认为是不受司法审查的“商业判断”,即使董事从被指控的交易中获取了个人利益。〔5〕 Auerbach 案及其后续的案例是重要的,不仅因为它们将对特别诉讼委员会的决定的司法审查进行了限制,也因为它们坚定地证明了商业判断规则的宽泛适用,以及法院相信董事会优先致力于公司的利益。〔6〕

## (二) Zapata 案法院独立商业判断的审查标准

特拉华州高等法院在 Zapata Corp. v. Maldonado〔7〕案中确立了独树一帜的解决股东派生诉讼的路径,即法院不仅审查特别诉讼委员会的独立性、善意及调查的充分性,还适用法院的独立商业判断对特别诉讼委员会的决定的价值进行实质审查。由于特拉华州是公司注册的

〔2〕 James D. Cox and Thomas Lee Hazen, *The Law of Corporations (Third Edition)*, Vol. 3, St. Paul: Thomson/West, 2010, pp. 163—164.

〔3〕 See Nathan T. Tschepik, “The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits under the False Claims Act”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 87, Issue 4, 2020, p. 1092.

〔4〕 Kon Sik Kim, “The Demand on Directors Requirement and the Business Judgment Rule in the Shareholder Derivative Suit: An Alternative Framework”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 6, Issue 3, 1981, p. 516.

〔5〕 Deborah A. DeMott, *Shareholder Derivative Actions: Law and Practice (2019—2020 Edition)*, Clark Boardman Callaghan, § 5:15, pp.1—2.

〔6〕 James D. Cox and Thomas Lee Hazen, *supra* note 2, p. 163.

〔7〕 See Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 783 (1981).

流行地点,其公司法及公司法案件的裁判规则对其他州具有深远影响。

董事会授权的特别诉讼委员会是否有权驳回股东适当提起的派生诉讼?特拉华州高等法院从委员会权力来源的角度进行了分析。法院认为,即使在股东请求董事会起诉的要件被豁免的情况下,董事会也仍然保留了全部的法定管理权力,请求要件被豁免不是董事会缺少这一权力的结果,而是因为存在利益冲突导致董事丧失了资格。那么,如果董事会的多数董事都存在利益冲突,这样的董事会是否还能依法将其权力委托给非利害关系董事组成的委员会?根据特拉华州公司法第141(C)条的规定,董事会可以授权委员会行使其全部权力。参照特拉华州公司法关于利害关系董事的规定,特拉华州高等法院认为非利害关系董事组成的委员会可以为董事会行为,即使在请求要件被豁免的情况下,非利害关系董事组成的委员会仍然可以主张驳回其认为损害公司最佳利益的派生诉讼。

特拉华州高等法院认为,善意的股东诉权不应该被董事会不公平地践踏,同时,公司也应该能够摆脱对其有害的诉讼。为了在股东诉权与董事会的公司事务管理权之间找到平衡,特拉华州高等法院在 Zapata 案中确立了两步审核法(two-step test):首先,法院应该审查委员会的独立性和善意,以及委员会决定的基础。如果公司能够举证证明委员会是独立的,且善意行事,其调查和决定具有合理的基础,则法院依其自由裁量权可以进入第二步。如果法院认为委员会不独立,或者非善意行事,或者不满意委员会的理由,则会驳回公司的动议。第二步,法院必须适用自己的商业判断决定是否批准公司的动议。此时,法院不仅需要考虑公司的最佳利益,还要考虑公共利益和法律。法院审查的第二步是为了防止仅仅对特别诉讼委员会的程序审查不能满足司法审查的精神实质,也是为了防止那些需要进一步考虑公司利益的诉讼被驳回。<sup>〔8〕</sup>该两步审核法的特点是:公司承担举证责任和法院的独立商业判断。

Zapata 案确立的两步法审核法只适用于请求要件被豁免的股东派生诉讼案件,即不要求股东在起诉前请求董事会代表公司起诉。如果请求要件未被豁免,股东先请求董事会自己起诉但是遭到拒绝,如果符合商业判断规则的条件,则法院会尊重董事会驳回诉讼的决定,即此种情况下仍然适用商业判断规则,而不是法院的独立的商业判断。如此一来,为了逃避适用 Zapata 案的实质审查,公司会要求法院让股东先请求公司董事会自己起诉,从而造成能够适用 Zapata 案的两步审核法的案件的减少,使 Zapata 案规则的适用受到了极大限制。有人因此建议法院应该将 Zapata 案的两步审核法适用于所有的案件,从而使 Zapata 规则的重要保护功能不被侵蚀。<sup>〔9〕</sup>

美国法律研究院(ALI)发布的《公司治理准则:分析与建议》接受和发展了 Zapata 案的观点,但不再区分请求要件是否被豁免,授权法院对董事会或者特别诉讼委员会作出的拒绝起诉

〔8〕 See Deborah A. DeMott, *supra* note 5, § 5:16, p. 2.

〔9〕 See Laurel J. Lucey, "Off the Bench and into the Boardroom: Judicial Business Judgment after Zapata", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 70, Issue 3, 1982, p. 1049.

或者终止派生诉讼的决定的价值进行司法审查。这一规定反映了起草者的观点,即对于派生诉讼,董事会控制过多,而法院控制过少。<sup>[10]</sup> 为了支持这一观点,起草者认为现行法律抛弃了民事诉讼程序的通常前提,即对争议的驳回应该包含一个司法裁决,同时也强调了司法监督的重要性,即维护公众和投资者对美国公司治理体系的信心。起草者也建议,有充分的理由相信,通过预知司法监督会采取一些措施,董事会或者委员会调查的品质和质量都会得到提升。<sup>[11]</sup>

### (三) Miller 案否定被告董事任命的特别诉讼委员会独立性的审查标准

特别诉讼委员会成员的独立性是司法审查的首要内容。一般来说,如果委员会成员没有参与诉讼所指控的不当行为,即可以确认其独立性。而爱荷华州高等法院在 *Miller v. Register & Tribune Syndicate Inc.* <sup>[12]</sup>案中则重新定义了“董事的独立性”,即由其多数成员被列为被告的董事会任命的诉讼委员会成员缺乏独立性,因为这样的董事会本身即因缺少独立性而不具备适用商业判断规则要求驳回针对其成员的诉讼的权力,当然也无法将该权力委托给特别诉讼委员会,所以,派生诉讼提起后全部成员由董事会任命的诉讼委员会因缺少独立性而不能导致诉讼被驳回。Miller 案的法官认为,由被告董事选任的成员组成的特别诉讼委员会存在结构性偏见(structural bias)的可能性很大,且很难在个案中提供精确的证据,为此,需要采用预防规则(prophylactic rule),通过禁止利害关系董事参与特别诉讼委员会成员的选任,从而防止可能出现的结构性偏见。

Miller 案的司法审查标准是基于结构性偏见理论,即特别诉讼委员会成员会受到任命其的董事在个人、财务和道德上的影响,从而很难对其同僚董事的行为作出客观的评价。出于对结构性偏见存在的担忧,Miller 案采取了一个“彻底性解决措施”<sup>[13]</sup>(sweeping solution),这被解释为是一个“绕开委员会选任程序固有的结构性偏见的方法”。<sup>[14]</sup>

当然,爱荷华州高等法院并没有否认将特别诉讼委员会调查作为庭审前程序(pretrial procedure)的合理性。但是,如果董事会任命的特别诉讼委员会不具有独立性,该由谁来代表公司发声呢? 依据爱荷华州法律,法院可以通过特别的任命,比如为公司任命另外的法律顾问、财务代理,来执行公司的功能。Miller 案的法官由此认为,公司可以申请法院任命一个“特别专家组”(special panel)来对派生诉讼指控的行为进行调查,并就是否继续进行派生诉讼作

[10] See Dennis J. Block, Stephen A. Radin and James P. Rosenzweig, “The Role of the Business Judgment Rule in Shareholder Litigation at the Turn of the Decade”, *The Business Lawyer*, Vol. 45, Issue 2, 1990, p. 503.

[11] Ibid.

[12] See *Miller v. Register & Tribune Syndicate, Inc.*, 336 N.W.2d 709 (1983).

[13] James D. Cox and Thomas Lee Hazen, *supra* note 2, p. 167.

[14] John H. Matheson, “Restoring the Promise of the Shareholder Derivative Suit”, *Georgia Law Review*, Vol. 50, Issue 2, 2016, p. 378.



出报告,该小组可以为此目的被赋予董事会的权力。如果 Miller 案中的董事是由法院任命的,则法院也许可能就会接受委员会的建议。<sup>[15]</sup>

Miller 案中,法院乐于运用其衡平法权力决定特别诉讼委员会的人员配置,使其不受董事会控制。所以,法院关注的是委员会成员产生的程序,而并不涉及其他的偏见产生的来源,即使由外部人选择的委员会成员间也会存在这种偏见。但是,独立性只是一个初始性考量,为了阻止难以捉摸的偏见,还应该需要其他的审查。<sup>[16]</sup> 也有学者认为,Miller 案的裁判是明显错误的,因为即使董事会全部成员都与案涉交易存在直接和个人的利益关系,也只是意味着董事会的行为会在“完全公平”(entire fairness)的标准下受到严格的司法审查,而不是其没有批准交易的权力。<sup>[17]</sup>

#### (四) Alford 案全面实质审查的标准

1987年,北卡罗莱那州最高法院在 Alford v. Shaw<sup>[18]</sup> 案的重审中撤销了其之前采用 Auerbach 案观点的裁决,转而采用 Zapata 案的观点,并进行了修正。法院认为,不应该盲从商业判断规则,而是要通过仔细解释北卡罗莱纳州的商事公司法来找到解决问题的路径。经过对法律的分析,法院认为修正的 Zapata 案规则,即对特别诉讼委员会终止诉讼的决定的价值进行司法审查,最符合立法机关的意图。尽管法律并未规定法院如何进行审查,但是高等法院认为,如果不对诉讼进行实质审查,则法院将很难决定终止诉讼是否会对股东的利益造成实质影响,因此,这是关于法院对股东派生诉讼进行司法审查的强制性规定,而且,该法并没有将司法审查局限于请求要件被豁免的派生诉讼案件。无论是针对董事的、高管的还是第三人的股东派生诉讼,法院都要审查公司作出的决定的基础依据和原告的证据,当然,即使原告能够证明诉讼的价值,如果赔偿的金额不足以弥补给公司带来的损失,法院也仍然可以允许诉讼的驳回或者和解。如果法院盲目地顺从特别诉讼委员会代表公司提交的报告,这会违反其考虑股东权利的法定义务,特别是在股东声称控制公司的董事严重违反其信义义务的案件中,这样做尤为不适当。

北卡罗莱纳州最高法院在 Alford 案中的判决是基于少数股东保护的立法政策。该案的裁判观点被确定为判例法。法院在判决中认为,北卡罗莱纳州公司法扩展了 Zapata 案的裁判路径,即所有的股东派生诉讼案件都需要法院的批准,无论是请求被拒绝还是被豁免的情况下,即使董事没有被指控欺诈或者自我交易,或者原告和公司董事会同意诉讼被中止、驳回、妥协或者和解。虽然有人批评 Alford 案背离商业判断规则太远,但也有人将其对扩大法院的司

[15] James D. Cox and Thomas Lee Hazen, *supra* note 2, p. 165.

[16] James D. Cox and Thomas Lee Hazen, *supra* note 2, p. 166.

[17] See John H. Matheson, *supra* note 14, p. 378.

[18] See Alford v. Shaw, 358 S.E.2d 323 (1987).

法审查的重视视为一种优势。<sup>[19]</sup>

## 二、对美国股东派生诉讼中司法审查标准的评析

### (一)公司不起诉的抗辩权应得到尊重

无论是依据美国联邦民事诉讼法,还是依据各州关于股东派生诉讼的立法,欲提起派生诉讼的股东必须首先请求公司董事会起诉,此为股东派生诉讼前提条件之一的请求要件。因为派生诉讼是代表公司主张损害赔偿,这是公司的财产,应该由董事会控制和管理,所以应给予公司董事会代表公司提起诉讼的机会。<sup>[20]</sup>该请求若遭到董事会拒绝,股东方可以自己名义向法院提起派生诉讼。股东首先需要证明董事会不起诉的决定是错误的,不是商业判断的有效适用。为此,股东要举证证明董事参与了被指控的交易,或者存在恶意,或者违反了信义义务。当然,股东也可以直接提起派生诉讼,此时还需证明因为存在利益冲突,事先要求公司董事会自己起诉是徒劳的,比如因为全体董事均被列为被告或者多数董事受到被告的控制而无法作出公正决定,从而应该豁免上述请求要件。

针对股东提出的公司自己起诉的请求或者派生诉讼,公司的应对往往是组建特别诉讼委员会对诉讼请求所涉交易进行调查。委员会由无利害关系董事组成,即他们或者没有参与被指控的不当行为,或者是在该行为发生后、或股东请求董事会起诉后、或派生诉讼开始后才被选任为董事。特别诉讼委员会被授予董事会的全部权力,对诉讼所指控的交易或者行为进行调查,作出是否应该继续进行诉讼的决定。特别诉讼委员会必须对派生诉讼的指控进行全面和彻底的调查,之后对其发现的事实和法律结论做出一个报告,该报告应该解决原告诉请的价值问题,并提供充分的信息以表明调查是合理且充分的。特别诉讼委员会在作出继续进行诉讼是否符合公司最佳利益的决定时,将会考虑多方面因素,包括赔偿请求的有效性、诉讼成本、对其他诉讼的影响、公司的声誉,以及公司与顾客、供应商和雇员的关系,还要考虑伦理的、商业的、财务的、宣传的因素。<sup>[21]</sup>特拉华州高等法院在 Zapata 案中认为,股东请求公司自己起诉的要求被拒绝后,股东个人并不会径自取得代表公司起诉的个人权利,董事会作出的驳回派生诉讼的决定应该得到尊重,除非这一决定是错误的。法院允许股东提起派生诉讼的决定,不是授予股东对诉讼的唯一控制权,法院也不应该通过自动赋予股东不受限制的对公司诉权的控制权而扩大这一特别救济的适用。

尽管在实践中,特别诉讼委员会经过调查后通常得出的结论是继续进行诉讼不符合公司

[19] See Carol B. Swanson, "Juggling Shareholder Rights and Strike Suits in Derivative Litigation: The ALI Drops the Ball", *Minnesota Law Review*, Vol. 77, Issue 6, 1993, p. 1367.

[20] See John H. Matheson, *supra* note 14, p. 357.

[21] John H. Matheson, *supra* note 14, pp. 371-372.

的最佳利益。<sup>[22]</sup> 但不可否认的是,在美国的股东派生诉讼中,公司的抗辩权得到了充分的尊重。无论是拒绝股东自己起诉的请求,还是提出驳回派生诉讼的动议,都是公司基于各方信息和考虑从公司最佳利益出发作出的不起诉的抗辩。而法院通常也会给予特别诉讼委员会充分的调查时间,以使委员会能够在充分调查和参考各方信息的基础上作出妥善的决定。“委员会的任务是提供其对诉讼的风险与回报的可能性及其商业影响的观点。这一评估使法院能够从公司的角度考虑诉讼的成本与收益。”<sup>[23]</sup> 股东的派生诉讼提起权派生于公司的损害赔偿请求权。是否起诉、如何解决纠纷,本就属于公司的内部决策。给予公司抗辩的权利,并由法院对该抗辩进行司法审查,则实现了对公司权利加以尊重和防止权利滥用之间的平衡。美国针对董事的股东派生诉讼实践中形成的不同的司法审查标准,尽管体现了法院对公司内部决策的尊重和顺从的不同强度,但毫无例外均给予了公司抗辩的机会。

## (二)商业判断规则的适用从“防御性”到“进攻性”

董事会有权作出公司的经营决策,这是公认的公司法准则。商业判断规则正是为了保护公司董事的自由裁量权,使其不会因为善意作出的经营决策承担个人责任,即使该决策事后被认为是错误的,甚至给公司带来损害。在上个世纪八十年代中期的一系列案例中,特拉华州高等法院对商业判断规则进行了描述:该规则假定公司董事在作出商业决策的时候基于充分信息,出于善意,并诚实相信所采取的行为符合公司最佳利益。<sup>[24]</sup> 对商业判断规则的基本原理及其有利于管理行为的假设有四个方面:首先,认识到人性的弱点,该规则鼓励有能力的个人担任董事。其次,承认商业决策往往会带来风险,因此为董事提供了广泛的自由裁量权,他们在制定动态和有效的公司政策时需要这种自由裁量权,而不必担心司法上的事后质疑(judicial second-guessing)。第三,这一规则使法院不会陷入复杂的公司决策,而他们显然不具备处理这一任务的能力,因为不是法庭,而是董事室才是讨论纯粹商业问题的合适场所。最后,该规则确管理公司的是董事,而不是股东。<sup>[25]</sup> 鉴于商业决策可能在事后看起来显得不切实际的简单,法院表现出不情愿以其判断取代董事的判断,通常避免对董事会决策的智慧提出质疑。<sup>[26]</sup>

传统上,商业判断规则的适用针对的是董事参与或者批准的交易,是为了使董事免于承担因该交易产生的个人责任,其适用被认为是防御性的(defensive),即在被指控应承担个人责任

[22] See John A. MacKerron, “Shareholder Derivative Litigation and the Nexus of Contracts Corporation”, *Kansas Law Review*, Vol. 40, Issue 3, 1992, p. 697.

[23] James D. Cox, “Searching for the Corporation’s Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project”, *Duke Law Journal*, Vol. 1982, Issue 6, pp. 997—998.

[24] See Dennis J. Block et al., *supra* note 10, p. 489.

[25] See Dennis J. Block et al., *supra* note 10, p. 490.

[26] See Meredith M. Brown and William J. Phillips, “The Business Judgment Rule: Burks v. Lasker and Other Recent Developments”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 6, Issue 3, 1981, p. 454.



的情况下,商业判断规则可以作为免责抗辩的依据,只要能够确认董事基于合理掌握的信息为了公司利益善意作出的决定,即使该决定给公司造成了损害,其也只是一个“诚实的错误”(honest mistake),董事无需担责。

然而,当商业判断规则被适用于针对董事的股东派生诉讼中时,防御性适用转向了积极的攻击性(offensive)适用,即董事会或者特别诉讼委员会作出的不起诉或者驳回诉讼的决定被视为一个公司内部商业判断,董事会凭借其对公司内部事务管理的自由裁量权,有控制公司诉讼的权利,可以基于公司最佳利益的考虑选择不起诉或者终止诉讼。商业判断规则的适用不再是为了排除董事的个人责任,而是为了排除法院对特别诉讼委员会驳回诉讼的决定本身的实质价值的司法审查。在这一意义上,公司被认为是诉讼的真正所有人,应该有权控制诉讼,决定如何解决争议,董事会比法院处于更为有利的作出决策的地位。基于这样的认识,以Auerbach为代表的司法审查标准被称为“顺从性审查标准”<sup>[27]</sup>(deferential review standard),即法院只对特别诉讼委员会成员的独立性和善意进行审查,不对决定本身的价值进行实质审查,对委员会的商业判断表现出极大的顺从和尊重。

但是,在针对董事的股东派生诉讼中对特别诉讼委员会驳回诉讼的决定适用商业判断规则,忽略了委员会产生程序中固有的结构性偏见。特别诉讼委员会成员由董事会选任,指望他们不会受到来自选任他们的董事在个人关系、财务和道德上的影响,在针对这些董事的诉讼中作出公正的判断是不现实的。特拉华州高等法院在Zapata案中认为,在决定是否进行针对其他董事的诉讼的问题上,特别诉讼委员会的多数董事,不论他们从客观角度有多么独立,都会本能地对其董事同僚怀有同情之心,并被指望驳回任何诉讼,除非那些指控是最严重的或者证据充分的。特别是在特别诉讼委员会成员是由被告董事提名的或者选任的情况下,这种同情的感觉更会得到强化。<sup>[28]</sup> 所以有学者认为,传统的商业判断规则是不够的,即使对董事的独立性调查得再多,也不能使法院判定一个驳回诉讼的投票是否真正独立。<sup>[29]</sup> Cox教授也认为,Auerbach案中法院对于特别诉讼委员会过于顺从,且过度遵从了委员会的建议。<sup>[30]</sup>

在针对董事的股东派生诉讼中,法院审查的对象不再是董事参与或者批准的一般商事交易本身及所涉董事的独立性和善意,而是特别诉讼委员会驳回诉讼的决定或者建议,也即公司不追究董事个人责任的决定。基于商业判断规则的攻击性适用,特别诉讼委员会驳回诉讼的决定被视为商业判断,法院因此只审查特别诉讼委员会成员的独立性和善意,而股东派生诉讼

[27] See John H. Matheson, *supra* note 14, p. 381.

[28] See Dennis J. Block and H. Adam Prussin, “Termination of Derivative Suits against Directors on Business Judgement Grounds: From Zapata to Aronson”, *The Business Lawyer*, Vol. 39, Issue 4, 1984, p. 1505.

[29] See Laurel J. Lucey, *supra* note 9, p. 1044.

[30] See James D. Cox, *supra* note 23, p. 974.

原本针对董事的诉请则被掩盖了。因此,在针对董事的股东派生诉讼中适用商业判断规则的司法审查标准,实际上改变了法院通常适用商业判断规则时审查的对象。考虑到可能存在的结构性偏见,法院对特别诉讼委员会驳回诉讼决定的过度顺从,也许会造成董事不当逃避个人责任的结果。

### (三)法院可以对董事会决议进行实质审查

Auerbach案和Zapata案展现的司法审查标准处于两端,前者适用商业判断规则顺从特别诉讼委员会的商业判断,后者则以自己的商业判断对特别诉讼委员会的决定进行实质审查,其间的区别即在于司法审查的程度。传统的适用商业判断规则的情形下,法院不会介入公司的内部决策,司法审查止于董事会的决策是否基于充分信息,是否善意且为了公司利益。其理由在于商业决策复杂且专业,超出了法官的能力范围,董事会享有决定公司事务的自由裁量权。但是,在针对董事的股东派生诉讼中,法院面对的不是一般意义上的商业决策,而是特别诉讼委员会驳回诉讼的决定。有学者赞同特拉华州高等法院在Zapata案的司法审查标准,认为纽约上诉法院在Auerbach案中所认为的只有董事才能确定什么是公司的最佳利益的观点,并没有正确反映股东派生诉讼的现实。其认为,公司最佳利益不是由一些仅仅董事所知道的秘籍所决定的,实际上,这些决定并不比很多法院被请求决定的事项更超出法院的专业范围。并认为,当商业判断规则被用来为董事们诚实的判断错误开脱时,它是公正的,但当它被用来免除法院判定事实和作出决定的义务时,它充其量不过是一个方便的规则。如果承认股东代表公司提起诉讼的权利,但同时又认可董事不受司法审查的驳回诉讼的权利,则会使股东的权利变得无足轻重。<sup>[31]</sup>

在美国的股东派生诉讼实践中,针对董事的诉讼才会涉及到适用商业判断规则的分歧,针对第三人的诉讼中法院则通常会尊重公司董事会的意见。这种区分的原因在于,针对第三人的诉讼一般不涉及利益冲突,法院相信董事会会作出公正的商业判断,而针对董事的诉讼则存在着结构性偏见的风险,有些法院并不相信诉讼委员会成员的实质独立性,所以才出现了对商业判断规则的修正。正如在Laker v. Burks案<sup>[32]</sup>中第二巡回法院所认为的,指望无利害关系董事带着必要的客观性对针对其同事的诉讼进行审查,而不利的决定可能会给相关人员带来高额的费用支出和责任,这对人性要求的太多了。而且,将传统上适用于董事会商业决策的商业判断规则,在针对董事的股东派生诉讼中适用于诉讼委员会终止诉讼的决定,对此也有学者提出了质疑,认为董事会作出的关于一般商事交易的决策,法院对此给予极大的顺从,商业性的考虑是合理的,但是,对于特别诉讼委员会驳回诉讼的决定,如果法院同样给予极大的顺

[31] See John C. Carter, "The Statutory Basis for Dismissal of Stockholder Derivative Actions by Directors", *The Journal of Corporation Law*, Vol. 9, Issue 2, 1984, p. 208.

[32] See Laker v. Burks, 567 F.2d 1208 (2d Cir. 1978).

从,商业性的考虑却并不合理,其认为,严格说来,委员会驳回诉讼的决定并不在董事的商业专业知识范畴之内,法院通常的对于董事会商业决策的极端顺从不需要延伸至诉讼委员会的决定中,因此,“在对委员会的决定的评判中,法院应该扮演积极的角色,防止委员会的权利滥用,并抵消结构性偏见的威胁”。<sup>[33]</sup> 也有学者干脆认为,“商业判断规则不能被公司作为利剑用来杀死有价值的派生诉讼,由于这一诉讼并不寻求追究董事拒绝诉讼的责任,而是董事对公司事务的行为的责任,商业判断规则与此无关,不适用于是否应该诉讼的决定”。<sup>[34]</sup> 一个对1990年1月1日至2015年12月31日26年间的384件股东派生诉讼案件的数据分析显示,绝大多数特别诉讼委员会都会建议法院驳回股东派生诉讼,而且,特别诉讼委员会倾向于偏袒他们的同僚董事,也会采取排除诉讼的措施,会在责任被确定之前通过和解解决潜在的诉讼,借助保险政策来解决和解金额的问题。相反,如果被告是第三人,则特别诉讼委员会会有更大的动机提起诉讼,并尝试驳回诉讼,因为任何和解金额可能都需要由被告自己承担。经过数据分析,作者认为,特别诉讼委员会被使用本身即显示出股东派生诉讼被驳回的可能性的提高,他们因此对特别诉讼委员会的使用表示怀疑,并认为即使使用的话,法院也应该对委员会的报告强化司法审查。<sup>[35]</sup> 特拉华州高等法院在 Zapata 案中的意见向其他法院表明,在公司试图终止派生诉讼所引起的新颖和棘手的问题上,司法公正可能代表了更为可取的方法。<sup>[36]</sup>

在针对董事的股东派生诉讼中,法院审查的对象是特别诉讼委员会驳回诉讼的决定,实为公司不起诉的抗辩。在股东权利保护和公司董事会自由裁量权维护的冲突中,鉴于股东滥权的风险和特别诉讼委员会产生过程中固有的结构性偏见的存在,只有法院才能居于中立的位置,作出公正的裁决。此时,如果法院不对特别诉讼委员会驳回诉讼的决定进行实质性审查,则难以衡量股东利益和公司利益。而且,法院基于其司法审判经验,对于股东派生诉讼是否具有胜诉的可能性进行判断,正应在其能力范围之内。

### 三、对我国股东派生诉讼制度改革的借鉴意义

尽管商业判断规则在我国的立法中尚无规定,也并未成为司法审判实践中普适的裁判规则,但我们可以思考的问题是,在我国的股东派生诉讼制度设计中,是否应该给予公司抗辩的

[33] James D. Cox, *supra* note 23, p. 973.

[34] Paul N. Edwards, “Compelled Termination and Corporate Governance: the Big Picture”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 10, Issue 2, 1985, p. 384.

[35] CNV Krishnan and Randall S. Thomas, “An Empirical Study of Special Litigation Committees: Evidence of Management Bias and the Effect of Legal Standards”, pp. 4—6, 23—24, <https://www.researchgate.net/publication/320427643>, last visited on 17 June 2021.

[36] James B. Aronoff, “What’s in a Name: The Business Judgment Rule after Zapata Corp. v. Maldonado”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 34, Issues 2 & 3, 1983—84, p. 361.

权利和机会?法院是否应该考虑公司不起诉的抗辩理由?如何调整现有的派生诉讼程序安排以应对上述问题?笔者认为,美国股东派生诉讼司法实践中的 Zapata 案和 Alfred 案中既赋予公司抗辩的权利,又对公司抗辩意见进行实质司法审查的裁判路径,对于我国股东派生诉讼制度的改革和完善具有重要的借鉴意义。

### (一)赋予公司抗辩的权利

在美国,股东派生诉讼具有双重属性,包含了两个诉:一个是相当于强制公司起诉的股东之诉;一个是股东代表公司针对应对其承担责任之人提起的公司之诉。<sup>[37]</sup>在此意义上,公司具有了双重身份:一方面,公司因为拒绝自己起诉从而成为名义上的被告;另一方面,股东提起的派生诉讼是为了救济公司受损的权益,胜诉利益归属于公司,公司是真正的原告。基于其名义被告的身份,公司可以在股东提起派生诉讼后提出抗辩,以继续诉讼不符合公司最佳利益为由请求驳回诉讼。

在我国的股东派生诉讼制度设计中,公司却无法在派生诉讼开始后请求法院终止诉讼。按照现行《公司法》的规定,符合条件的股东首先应该向公司董事会/执行董事或者监事会/监事提出书面请求,要求其代表公司起诉,此为所谓的前置程序。在上述机关收到书面请求后三十天内未回复、请求遭到拒绝,或者情况紧急不立即起诉公司利益会受到难以弥补的损害的三种情况下,原告股东可以以自己名义代表公司提起派生诉讼。在股东派生诉讼中,股东是原告,被告是被指控损害公司利益的公司董事、监事、高管或者他人,公司则作为第三人参加诉讼。《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24条只是规定了股东派生诉讼中股东“应当列公司为第三人参加诉讼”,却并没有明确公司具体属于哪一类第三人。鉴于在股东派生诉讼中,原告股东行使的原本是公司的诉权,公司对于原被告之间的诉讼标的没有独立请求权,根据《民事诉讼法》第56条的规定可以推定,公司属于无独立请求权第三人。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定》第81条、第82条的规定,无独立请求权第三人不能提出诉讼请求和事实、理由,不是诉讼当事人,在一审诉讼中也无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。显然,在股东派生诉讼中,公司作为第三人仅仅是参加诉讼,协助法院查明案件事实,其所陈述的意见既不会作为诉讼请求,也不会受到法院的特别审查,不会影响案件的审理结果。

在我国的股东派生诉讼实践中,审理法院会依据《公司法》第151条的规定审查原告股东的资格、前置程序的履行、允许起诉的情形、案件事实和诉讼请求的法律依据。公司尽管可以作为第三人参加诉讼,但其陈述和意见基本不被考虑,法院也不会对裁决中对此作出回应。比如在“龚进、詹永胜等与韩忠与公司有关的纠纷”<sup>[38]</sup>一案中,“第三人利济商场口头辩称:原告

[37] See Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

[38] 参见湖北省武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中民初字第00361号民事裁定书。



诉求与事实不符,可能会影响后期公司的经营,请求法院驳回原告的诉请。”但审理法院并未在判决书说理部分对此要求有所提及,只是引用了《公司法》第 151 条的规定,认为原告未依法履行前置程序,裁定驳回起诉。此外,在股东派生诉讼中,公司作为第三人也会站在被告一方,否认原告所控告的事实,主张公司利益并未受损。比如在“上海中山晟世投资管理有限公司与海南隆凯投资管理有限公司损害公司利益责任纠纷、股权转让纠纷、委托合同纠纷、建设用地使用权纠纷、建设工程合同纠纷”<sup>[39]</sup>一案中,第三人晟盛公司陈述意见称,原告所称的被告占用公司资金与事实不符,只是借款关系,且被告借款并未实质性损害公司利益。但是法院并没有对此在说理部分作出回应,亦未对公司的陈述进行审查。有时候,公司希望通过公司内部程序解决纠纷,而不是通过诉讼解决,但是这一意见通常并不会被纳入法院的考虑范围。比如在“爐都富临长运集团有限公司与林榆溧、四川鑫星融资担保有限公司损害公司利益责任纠纷”<sup>[40]</sup>一案中,第三人鑫帝公司述称,向公司股东借款,并不违反法律和公司章程,且公司一直在主张权利,并希望通过协商处理,但是法院在判决中认为,借款人逾期未还款,公司利益已经受到了损害,支持了原告股东的诉讼请求。

从多数案件审理情况来看,即便是已经进入了股东派生诉讼程序,且公司作为第三人可以陈述意见甚至提供相关证据,但是法院的审理仍严格按照《公司法》第 151 条的构成要件,包括对股东资格、前置程序的程序性审查和对原告指控行为的实质性审查,公司陈述的意见或者驳回起诉的建议并不在司法审查范围之内。或者说,公司作为第三人参加股东派生诉讼,仅仅是具有辅助审判的功能,有时候公司根本不发表意见,或者仅表明同意被告意见,甚至不出庭,因为其意见并不会左右庭审的结果。令人感到疑惑的是,公司是损害赔偿请求权的真正权利人,并有权作出是否诉讼的决定,但当公司拒绝起诉后,其便彻底丧失了诉讼中发声的机会,更不要说控制诉讼,这是否符合股东派生诉讼制度的立法初衷? 股东派生诉讼制度的目的是为了督促公司自己行使权利,而非彻底剥夺公司的权利,是公司怠于行使权利时的替代措施,而非一概否定公司对诉讼的决定权力。而按照我国目前的股东派生诉讼制度的设计,当公司拒绝自己起诉之后,原告股东就可以直接以自己名义提起派生诉讼,即使公司认为诉讼并不合理或者不符合公司的最佳利益,亦不会改变诉讼的进程。在这一点上,和美国股东派生诉讼制度中对公司意见的尊重形成鲜明对比。

股东派生诉讼中股东的诉权来源于公司的诉权,是基于公司利益受损而产生的损害赔偿请求权,诉讼结果也直接对公司本身带来影响,而非股东个人。公司起诉与否,属于公司的内部事项,应该由董事会决定。而作为复杂的经济体,公司作出一项决策时往往需要考量多种因素,比如行动的成本与收益的差额、公司的名声、管理者的士气、与客户和供应商的关系等,所

[39] 参见海南省高级人民法院(2016)琼民初 2 号民事判决书。

[40] 参见四川省成都市金牛区人民法院(2018)川 0106 民初 3539 号民事判决书。



以,有时候公司并不想通过诉讼解决问题。而股东往往仅会从诉讼本身考虑问题,其他股东的利益和公司利益通常并不会被顾及。尽管股东派生诉讼是小股东监督公司管理者的有效工具,但考虑到股东起诉动机的多样性、滥诉权的可能性及公司经营决策的复杂性,公司作为诉权的原始权利人,其应该被赋予表达意见的机会。股东派生诉讼制度被设计的初衷,并不是剥夺公司决定自己权利的机会,而是在公司无理拒绝起诉的情况下开辟司法救济的途径,保护公司和全体股东的利益。我国目前的股东派生诉讼的前置程序中,仅仅规定了原告股东书面要求董事会/执行董事或者监事会/监事代表公司起诉的程序,公司只有自行起诉或者接受股东派生诉讼两个选择,没有机会向法院陈述其不起诉的合理理由,而进入诉讼程序后,公司作为无独立请求权第三人不具有诉讼当事人的地位,其陈述的意见和诉请,不会被纳入法院的考量范围,也不可能对诉讼结果产生影响。

从公平的角度而言,公司应该被赋予抗辩的机会和权利。如果说美国的股东派生诉讼实践中,由于商业判断规则的适用,法院对公司特别诉讼委员会的意见关注过多,过于顺从公司反对派生诉讼的决定,我国的股东派生诉讼制度设计对公司的意见和利益则恰恰是没有给予足够的关注和尊重。赋予公司不起诉的抗辩权,让公司的合理诉求得到法院的重视,是我国股东派生诉讼制度改革的应有方向。

## (二)增加庭前司法审查程序

在美国的股东派生诉讼程序中,原告股东要求公司自己起诉的书面请求被公司拒绝后,或者原告股东认为请求要件应该被豁免的情况下,其可以自己名义代表公司向法院提起派生诉讼。公司的应对往往是设立由无利害关系董事组成的特别诉讼委员会,经过调查后以继续诉讼不符合公司最佳利益为由提出驳回起诉的动议。所以,在正式进入庭审程序(trial)之前,法院要先对特别诉讼委员会的建议进行审查,以决定是否继续进行股东派生诉讼,是否进入庭审程序。于是,尽管已经启动了股东派生诉讼程序,但这个对公司驳回起诉的动议进行审查的环节,更像是一个司法许可程序,类似于《德国股份法》第148条规定的诉讼许可程序,<sup>[41]</sup>只是有所不同的是,前者是庭审前的一个诉讼环节,后者则是派生诉讼前的一个独立程序。

我国目前的股东派生诉讼前置程序的要求相当于美国股东派生诉讼中的请求要件(demand requirement),即股东在提起派生诉讼前必须先要求公司董事会自己代表公司起诉,这也是穷尽公司内部救济原则的体现,因为毕竟公司才是利益受损者和诉权原本的所有者。与

[41] 《德国股份法》第148条规定了诉讼许可程序(Klagezulassungsverfahren),这是一个自成一体的独立的简易程序。在该程序中,法院需要从四个方面进行审查,分别涉及原告的持股时间、已经请求过公司自己起诉、合理怀疑公司因不忠实或者重大违法或违反章程而受到损害的事实,以及是否存在与主张损害赔偿请求权相矛盾的公司利益方面的重大事由。只有该四个条件均得到满足的情况下,法院才会允许股东提起派生诉讼,所以,诉讼许可程序是派生诉讼的前置性程序,法院可以依职权滤掉那些无价值的、没有胜诉希望的诉讼。其中,公司负责举证证明存在与公司利益冲突的重要事由,从而进行不起诉的抗辩。

美国的股东派生诉讼程序相同的是,前置程序得到满足的情况下,股东即可以自己名义代表公司提起派生诉讼。但不同的是,在我国的股东派生诉讼程序安排中,只要股东提起了派生诉讼,则公司作为无独立请求权第三人参加诉讼,其非为诉讼当事人,仅具有辅助诉讼的功能,其意见和诉求对于诉讼结果不会有实质影响。可以看到,在我国的股东派生诉讼制度安排中,公司即使有合理的不起诉理由,仍然既无法在诉讼程序启动前进行表达,也不会在今后的诉讼程序中得到重视。

未来的《公司法》改革可以借鉴美国的股东派生诉讼中的庭前司法审查程序,在不对目前的股东派生诉讼程序作出重大修改的前提下,我们可以考虑在股东起诉后和进入庭审前增加一个司法审查程序,作为启动派生诉讼庭审程序的前置性安排,将股东资格审查、前置程序审查、公司利益损害举证和公司的抗辩统统纳入其中。只有经过法院司法审查符合条件后,方能进入庭审程序。这样的程序设计,不需要改变既有的公司法中的股东派生诉讼程序,也不会与我国的民事诉讼程序相矛盾,而且能够降低诉讼成本。

在股东派生诉讼的司法审判实践中,多数案例都因欠缺诉讼要件而被驳回起诉,实际上不需要进行实体问题审理就能作出裁决,对这类案件开庭审理是没有必要的,只会造成司法资源浪费。在“把手案例”数据库输入关键词“《中华人民共和国公司法》第一百五十一条”“股东代表诉讼”和“股东派生诉讼”进行搜索,显示2020年民事案由的基层法院一审股东派生诉讼案件总计88件,除去重复案例3件和无关案例7件,最后得到股东派生诉讼案件共计78件,分类如下:因未满足前置程序要求而被法院驳回起诉的案件总计32件,占比41%;因不具备原告资格的案件13件,占比16.7%;涉及实体问题而非以驳回起诉为裁判结果的案件总计28件,占比35.9%;因其他原因被驳回起诉的案件5件,占比6.4%。由此数据可以看出,超过一半的派生诉讼案件都是因为不符合前置程序和原告主体要件被驳回起诉,这即使不能反映股东派生诉讼司法审判实践的全貌,也具有一定的代表性。

如果在进入派生诉讼庭审前增设一个听证会环节或者简易程序,先不考虑案件的实体问题,而是仅针对原告资格、先诉请求程序进行审查,将那些不具备基本诉讼条件的案件阻止在庭审前,可以节省司法资源,提高诉讼效率。同时,在这样的程序中赋予公司抗辩的权利,使公司有机会通过举证证明公司利益未有受损或者诉讼会损害公司重大利益,由法院对股东和公司的意见进行充分考虑和平衡,则既能保护公司的利益,也能预先排除那些无价值的诉讼,防止股东滥权,降低原告股东的诉讼费用承担风险,从而激励股东行权,发挥股东派生诉讼制度对公司管理层进行有效监督的功能。

### (三)法院对公司的抗辩意见进行实质审查

如果未来在我国的股东派生诉讼程序中增加一个前置性的司法审查环节,原告股东、被告和公司就可以在此程序中围绕原告资格、前置程序、公司利益是否受损以及公司最佳利益考量

进行举证质证和抗辩。此时,便会遇到与美国股东派生诉讼中同样的问题,即法院应秉持何种标准对公司的抗辩意见进行司法审查。在美国,法院对股东派生诉讼的审查标准对于案件的结果具有很大的影响。在特拉华州注册的公司和在特拉华州法院的起诉,都显示出特别诉讼委员会提出驳回诉讼动议和事实上诉讼被驳回的较低的概率,而对于那些适用最低的审查标准的法院,则显示出与诉讼被驳回的显著的正相关。<sup>[42]</sup> 通过比较上述美国股东派生诉讼实践中的典型案例及其代表的不同的裁判路径,笔者认为,对于公司的抗辩意见,法院应进行实质司法审查,即对于公司不起诉的合理理由从法律、公司利益、股东利益、公共利益等方面进行价值衡量。即便在美国的司法实践中,“多数法院都认识到了特别诉讼委员会制度所固有的基本问题,并且发现这些问题使实质性的司法干涉(substantive judicial intervention)成为必要”。<sup>[43]</sup>

在我国的股东派生诉讼实践中,公司作为第三人通常陈述的意见是不同意原告股东的诉请,或者同意被告的答辩意见。<sup>[44]</sup> 实际上,前置程序中公司拒绝起诉本身,已经表明了公司站在被告一方或者否定派生诉讼的态度。当然,公司拒绝起诉并非一定就意味着其偏袒被告或者故意放任损害的存在。当立法者允许股东通过派生诉讼的方式引入外部公权力对公司内部事务进行干涉,也应该同时给予公司从自身利益出发适用合理方式解决内部矛盾的抗辩机会。而法院作为中立方,正可以在二者中间发挥利益平衡的功能。为此,法院一方面听取原告股东的诉请及证明,另一方面也要听取公司基于事实举证的对于诉讼的意见,之后从公司利益、股东利益、法律、公共利益等角度进行权衡,作出最终的决定。支持适用商业判断规则的观点通常会以法院不具备商业决策的专门知识为理由,但实际上对于诉讼的价值,法院基于其商事审判的经验,应该更有发言权。正如在 Joy v. North<sup>[45]</sup> 案中,美国联邦第二巡回法院上诉法院对于审查特别诉讼委员会的决定时法院会遇到困难的问题,多数意见认为,法官在此领域也并非全无经验,很多法院都裁决过利害关系董事交易的内在公正性,这当然在法官预测潜在责任的专门知识之中。法院认为,如果将司法审查局限在商业判断规则下委员会的善意、独立

[42] CNV Krishnan and Randall S. Thomas, *supra* note 35, p. 25.

[43] See Eric J. Moutz, Janssen v. Best and Flanagan: “At Long Last, The Beginning of the End for the Auerbach Approach in Minnesota?”, *William Mitchell Law Review*, Vol. 30, Issue 2, 2003, p. 511.

[44] 比如:许金祥与马步松、季爱新等损害股东利益责任纠纷,江苏省如东县人民法院(2018)苏0623民初2503号民事裁定书;田凤林与李福春、孙万良、王锐、第三人黑龙江北安农垦关东饮品有限公司损害公司利益责任纠纷,黑龙江省黑河市爱辉区人民法院(2015)爱商初字第63号民事裁定书;杭州瑞立房地产集团有限公司与杭州欣盛房地产开发有限公司、叶朝生等损害公司利益责任纠纷,浙江省杭州市滨江区人民法院(2014)杭滨商初字第640号民事判决书;林俊伟与余振、陈海波损害公司利益责任纠纷,广州市花都区人民法院(2019)粤0114民初7832号民事判决书。

[45] See Joy v. North, 692 F.2d 880 (2d Cir. 1982).

性和周密性,会排除作为实施信义责任唯一方法的股东派生诉讼。此外,法院也可以借助专业人士或者机构的力量,从中立的角度对于诉讼的意义作出更为合理的判断。“在推定代表公司起诉的派生诉讼中,没有任何一方当事人可以代表公司的利益。”〔46〕显然,相对于一心起诉的原告股东、被追究个人责任的被告董事和不愿意起诉的公司来说,法院积极掌控诉讼还是最为合理的。

商业判断规则虽然并没有被引入我国的公司立法,但法院在司法审判实践中也会考虑公司在内部事务方面的自由裁量权。比如在“杭州瑞立房地产集团有限公司与杭州欣盛房地产开发有限公司、叶朝生等损害公司利益责任纠纷”〔47〕一案中,审理法院对于原告指控的部分行为,认为属于“正常执行公司职务行为”,或者“属于经营决策范畴,通常来讲不应该干涉”。在“乐燕与上海旭升人才咨询有限公司确认合同无效纠纷”〔48〕一案中,法院认为,股东代表诉讼的关键是股东需为公司的利益提起诉讼,但原告诉请的后果并不能直接为公司带来诉讼利益,而且认为,本案中《变更协议》及其后果是否符合公司利益,应由公司意志自行判断,不应由司法直接作出判断。可见,如果未来我国《公司法》修改增加股东派生诉讼的司法审查程序,法院是可以做到兼顾股东和公司利益的。

#### 四、结 论

美国股东派生诉讼实践中法院对于商业判断规则的适用呈现出不同的态度,形成了不同的司法审查标准,表现出法院对于特别诉讼委员会驳回诉讼的决定进行司法审查的不同立场。在美国的股东派生诉讼实践中,法院司法审查的对象是公司驳回起诉的动议,是公司以继续诉讼不符合公司最佳利益为由的终止派生诉讼的抗辩。而在我国的股东派生诉讼制度设计中,公司却被剥夺了发表不同意见的机会。无论是在派生诉讼启动前,还是在派生诉讼程序中,公司均没有机会从公司利益角度进行抗辩并申请驳回诉讼,其作为无独立请求权第三人参加诉讼,只是具有辅助诉讼的功能,法院并不会将其诉请纳入司法审查范围。在司法审判实践中,公司的意见一般不会得到法院的重视,因此参加诉讼的积极性不高。美国针对董事的股东派生诉讼中的庭前司法审查程序和司法审查标准,对我国完善股东派生诉讼制度具有借鉴意义。首先,应该赋予公司抗辩的权利,允许公司从自身最佳利益出发寻求适合的内部争议解决方式;其次,增加庭前司法审查程序,将原告股东资格、前置程序、公司受损事实的审查及公司的抗辩均放在派生诉讼庭审前解决,既兼顾了公司的利益,防止股东滥权,也能够降低司法成本

〔46〕 Alan R. Palmiter, *Corporations (Sixth Edition)*, New York: Wolters Kluwer, 2015, p. 365.

〔47〕 参见浙江省杭州市滨江区人民法院(2014)杭滨商初字第640号民事判决书。

〔48〕 参见上海市杨浦区人民法院(2019)沪0110民初16044号民事判决书。

和股东诉讼费用风险;最后,法院应该对公司的抗辩意见进行实质审查,从公司利益、股东利益、法律和公共利益等角度进行权衡,作出是否继续进行派生诉讼的最终决定。

---

**Abstract:** In the United States, when shareholders file a derivative action against directors, corporations will typically challenge with a motion to dismiss based on the decision of the special litigation committee. The court thus has to review and decide whether the lawsuit should be continued. There are four major judicial scrutiny standards developed with regard to the application of the business judgment rule: full application of the business judgment rule in *Auerbach* case, application of the independent business judgment of the court in *Zapata* case, denial of the independence of the special litigation committee appointed by the board of directors composed of the defendant directors in *Miller* case, as well as the replacement hereof with a thorough substantive judicial review in *Alford* case. The pretrial judicial review procedure and the judicial review standards in shareholder derivative actions in the United States will have some implications to the perfection of the shareholder derivative action system in China. Judicial review procedure shall be introduced into the pretrial process, which requires the court to review, *inter alia*, the eligibility of the shareholder plaintiff, the demand requirement prior to the derivative suit, the harm to the corporation, and the reasons for the refusal of the management to pursue litigation. The court must strike a balance between two competing interests in deciding whether to proceed with the derivative suit: the interest of the shareholders and that of the corporation, law and the public interest. This will help reduce judicial costs and control the abuse of process in the balancing act between the directorial autonomy and accountability, and shareholders' right to maintain the interests of the corporation.

**Key Words:** Shareholder Derivative Action; Business Judgment Rule; Special Litigation Committee; Judicial Review Procedure

---

(责任编辑:邓 峰)