

上市公司不当关联交易的公力救济

陈 洁*

摘要:由于我国上市公司特殊的股权结构背景以及公司治理监督机制的不健全,公司的控股股东、实际控制人以及公司高管滥用关联交易转移公司利润、掠夺公司资源、侵害中小投资者的现象十分普遍。然而,由于关联交易纠纷的复杂性、相关立法的不甚周延以及司法审判水平的不尽如人意,因不当关联交易遭受损害方寻求公力救济的实例并不多见。本文立足我国上市公司关联交易纠纷的司法实践,结合实体法和程序法的相关理论,对不当关联交易所涉纠纷的民事责任的性质、适格原告以及举证责任的分担问题进行探讨,以裨益相关审判实务以及我国资本市场的法治建设。

关键词:关联交易 民事责任 诉讼原告 举证分担

关联交易是现代公司实践中普遍存在的一种经济现象。由于关联交易的形式与实质之间、利益决定与利益归属之间可能存在不一致性,因而,关联交易在效果上也就具有不确定性。归纳起来,一

* 中国社科院法学研究所研究员,法学博士。

项合法有效的关联交易应当同时满足信息透明、程序合法、对价公允的三大要求。无论是违反信息透明、程序合法、对价公允中的哪一项要求都属于不当关联交易。

在我国资本市场上,由于上市公司“一股独大”、交叉持股等特殊股权结构背景以及公司治理监督机制的不健全,公司的控股股东、实际控制人以及公司高管滥用关联交易转移公司利润、掠夺公司资源、侵害中小投资者的现象十分普遍。然而,现有诸多文献的实证研究表明,^[1]由于关联交易纠纷的复杂性、相关立法的不甚周延以及司法审判水平的不尽如人意,因不当关联交易遭受损害方寻求公力救济的实例并不多见。本文立足我国上市公司关联交易纠纷的司法实践,结合实体法和程序法的相关理论,对不当关联交易所涉纠纷的民事责任的性质、适格原告以及举证责任的分担问题进行探讨,以裨益相关审判实务以及我国资本市场的法治建设。

一、关联交易纠纷所涉民事责任的性质分析

我国2005年修订的《公司法》在“总则”第21条规定:^[2]“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”该条在立法上首次明确了公司的控股股东、实际控制人以及公司高管利用关联关系损害公司利益的赔偿责任,也就相应地成为我国市场实践中针对不当关联交易寻求司法救济的基本立法依据。但是,该规定并未明确公司的控股股东、实际控制人以及公司高管利用关联关系损害公司利益的赔偿责任的性质。实务中,由于关联交易所涉法律关系众多,关联交易纠纷的诉讼请求多样,司法实践对关联交易纠纷所涉民事责任的定性认识远未达成一致。

[1] 刘白兰、邹建华:“关联交易、代理冲突与中小投资者保护”,载《证券市场导报》2009年第6期。

[2] 鉴于理论界与实务界熟悉并习惯使用2005年《公司法》的条文序号,故本文还是援用2005年《公司法》版本,而未采用2013年新修订的《公司法》版本。

(一) 关联交易的基本定性

关联交易纠纷是以关联交易作为基础事实所引发的纠纷。不管原告诉讼请求的角度如何的不同,关联交易纠纷所涉法律关系的基础客观事实却是大致相同的,即都依赖于对关联交易客观事实的认定。因此,准确界定关联交易的内涵、外延,进而阐明关联交易的性质,就成为确定、追究不当关联交易法律责任的基本前提。

关联交易实际上是由“关联关系 + 交易”两个要素组成。由于我国公司法并没有使用“关联交易”这一概念,而只是对“关联关系”予以明确界定,^[3]因此,在对关联交易性质的认识上,理论界的争议主要集中在如何对“交易”进行界定上。而理论界的这种分歧,很大程度上源于我国《公司法》相关立法的含糊。具体而言,《公司法》第 21 条规范的是“利用关联关系损害公司利益”的行为。从字面意义分析,这种行为应该不仅限于关联交易合同,而还可能包括种种诸如利用关联关系侵占公司商业机会乃至直接侵占公司财产等其他行为。与此思路相呼应,在《公司法》第六章“公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务”中,专门针对董事、高级管理人员与公司之间的交易进行规制。其中第 149 条第 1 款第 4 项规定,不得“违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易”。该表述有意区分“订立合同”和“进行交易”,显然是指在“订立合同”之外还有其他的交易形式。那么,关联交易的内涵外延及其性质究竟如何呢?

首先,结合我国其他有关界定关联交易的规范性文件考察。财政部 2006 年《企业会计准则第 36 号——关联方披露》第 7 条规定:“关联方交易,是指关联方之间转移资源、劳务或义务的行为,而不论是否收取价款。”第 8 条规定:“关联方交易的类型通常包括下列各项:(一)购买或销售商品。(二)购买或销售商品以外的其他资产。(三)提供或

[3] 我国现行适用于关联方和关联交易界定的法律规范多元,法律规范的层级不同,效力不一。其中,除了上海证券交易所和中国证监会的定义趋于一致外,其他相关法律规范对于关联方和关联交易的界定并不相同。就《公司法》而言,其第 217 条规定,关联关系是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系,以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是,国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。

接受劳务。(四)担保。(五)提供资金(贷款或股权投资)。(六)租赁。(七)代理。(八)研究与开发项目的转移。(九)许可协议。(十)代表企业或由企业代表另一方进行债务结算。(十一)关键管理人员薪酬。”分析上述类型列举,除第(十一)“关键管理人员报酬”属于非典型合同关系,其余列举事项均属于目前合同法框架下的各类合同。^[4]至于2011年5月1日起执行的《上海证券交易所上市公司关联交易实施指引》,其第12条规定:“上市公司的关联交易,是指上市公司或者其控股子公司与上市公司关联人之间发生的可能导致转移资源或者义务的事项,包括:(一)购买或者出售资产;(二)对外投资(含委托理财、委托贷款等);(三)提供财务资助;(四)提供担保;(五)租入或者租出资产;(六)委托或者受托管理资产和业务;(七)赠与或者受赠资产;(八)债权、债务重组;(九)签订许可使用协议;(十)转让或者受让研究与开发项目;(十一)购买原材料、燃料、动力;(十二)销售产品、商品;(十三)提供或者接受劳务;(十四)委托或者受托销售;(十五)在关联人的财务公司存贷款;(十六)与关联人共同投资;(十七)本所根据实质重于形式原则认定的其他通过约定可能引致资源或者义务转移的事项,包括向与关联人共同投资的公司提供大于其股权比例或投资比例的财务资助、担保以及放弃向与关联人共同投资的公司同比例增资或优先受让权等。”根据该指引,除第(十七)兜底条款外,本条具体列举的各类关联交易事项,均可认定为合同。

其次,考察域外相关立法经验。大陆法系诸多国家的立法也不对关联交易下定义,亦不对“订立合同”与“进行交易”加以区分,但在论述关联交易具体类型时却不乏直接使用“协议”、“契约”等表述。例如,《法国商事公司法》第50条、第51条就对有限责任公司的关联交易直接使用了“协议”、“契约”等表述,其第102条至第105条也使用了“协议”一词指称关联交易。^[5]推究这些国家立法背后的传统法理,可以认为,“交易”意指一切财产上的行为,不仅包含债权契约、物权契

[4] “代表企业或由企业代表另一方进行债务结算”,可以理解为代理进行债务结算行为的委托合同。

[5] 《法国商事公司法》,金邦贵译,中国法制出版社2000年版,第128~129页。

约,而且也包含债务免除等单方行为,还包括债权转让承认、债务承认、无因管理等准法律行为。^{〔6〕}至于英美法系,以美国为例,其“交易”(transaction)与“合同”(contract)也是加以区分的。“交易”是指能够引起一定法律后果的任何处理事务的行为,包括出售、租赁、借入、贷出、担保等活动,是一个比合同更为宽泛的术语。^{〔7〕}不过,从美国法院判例中列举的出售、租赁、借入、贷出、担保等来看,其主要都属于合同类型。

最后,从我国公司法理研究与运行实践来看,公司法上的关联交易与传统公司法上“利益冲突交易”在本质上是一致的。我国公司法运行实践中的关联交易主要体现为以董事、高级管理人员为代表的公司管理层与公司之间的利益冲突和以控股股东为代表的公司控制集团与公司之间的利益冲突。^{〔8〕}就这两类冲突交易类型而言,除常见的各种自我交易型关联交易合同外,还包括共同董事管理者报酬、公司机会、同业竞争等可能导致公司利益转移的情形。

总结上述分析可见,合同形态的关联交易无疑是关联交易最为基本和常见的形式,但实践中确实可能存在公司单方面对关联方免除债务或者承认债务等单方法律行为或者准法律行为的情形。立法上,《公司法》第21条第1款也只是概括禁止关联方不得利用关联关系损害公司利益,并未把行为类型限制在合同上。因此,把关联交易的外延概括为“交易”、将其性质认定为以合同为常态的法律行为,大体上是适当的。^{〔9〕}

(二)关联交易纠纷所涉民事责任的性质

上述关于关联交易的定性分析,给界定关联交易纠纷的法律责任提供了基本的事实基础。依据上述分析,不公平关联交易往往是通过合同的形式来实现的。基于合同而言,只要非正当关联交易的交易相

〔6〕 [韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第507页。

〔7〕 唐晓东:“论上市公司的关联交易”,载郭峰主编:《证券法律评论》(第1期),法律出版社2001年版,第47页。

〔8〕 施天涛、杜晶:“我国公司法上关联交易的皈依及其法律规制”,载《中国法学》2007年第6期。

〔9〕 张保红:“关联交易概念辨析”,载《新疆大学学报》2011年第5期。

对方之间存在合同关系,那么,合同双方之间的民事责任只能是因合同无效或被撤销产生的缔约过失责任或损失赔偿责任。

但是,由于关联交易所涉社会关系性质不一,需同时以不同法律予以规制。实践中,关联交易往往同时牵涉公司内部法律关系和外部法律关系而形成多重主体纠纷。从诉讼请求出发,以关联交易为直接诉因的诉讼请求主要分为“效力请求”和“责任请求”。其中“效力请求”包括决议效力和合同效力;而“责任请求”包括关联交易合同方责任和非关联交易合同方责任。具体而言,关联交易之诉主要可以归纳为以下四类请求:公司或股东请求与交易对方的合同无效及无效赔偿责任;股东请求公司的股东会决议、董事会决议无效或撤销;公司或股东请求关联人赔偿关联交易损失或请求返还关联交易所得;公司或股东请求非关联董事承担职务失职赔偿责任等。^[10] 在不同原告以及不同诉由之下,关联交易纠纷所涉民事责任的性质也呈现复杂性。除上述交易双方的合同责任外,当关联人违反信息披露义务对关联交易信息未披露或披露不当的,遭受损害的股东有权向关联人提起侵权损害赔偿之诉;对非关联董事未尽注意义务表决批准关联交易的,遭受损害的股东有权请求非关联董事承担职务失职赔偿责任,等等。归结而言,关联交易的复杂性需要法官对不同类型的关联交易予以区别对待。就民事责任性质而言,从合同相对性原则出发,关联交易合同双方之间所涉的民事责任主要为合同责任,非直接交易方之间则主要涉及侵权责任、法定归入责任以及特殊情形下违约与侵权责任的竞合。

二、关联交易纠纷诉讼的适格原告

作为规范公司组织和行为的基本法,公司法囊括了公司、股东、高级管理人员、公司债权人等相互之间可能发生的各类诉讼。鉴于关联交易纠纷所涉法律关系的复杂,不同诉讼请求下的诉讼主体是不同的。

[10] 乔欣:“关联交易纠纷诉讼中诉权与诉提起之形态分析”,载《河北法学》2010年第3期。

例如,在合同无效及无效赔偿责任请求诉讼中,原告为公司或股东,被告为交易对方;在请求股东会决议或董事会决议无效或撤销的诉讼中,原告为股东,被告为公司;请求关联交易赔偿责任的原告是公司或股东,被告是关联人;而请求职务失职赔偿责任的原告是公司或股东,被告为非关联董事。除此之外,根据我国《合同法》第74条之规定,不公平关联交易合同当事人的债权人也可以作为原告起诉要求撤销不公平关联交易合同。本文就分别对关联交易纠纷诉讼的适格原告作简要探讨。

(一) 公司提起诉讼

基于《公司法》第21条之规定,公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员等利用关联交易致使公司利益受到损害,公司是权利受到侵害的事实上主体。因此,在关联交易损害赔偿法律关系中,公司对因关联交易所受损害具有诉的利益,毫无争议具有适格原告的地位。但是,公司的拟制性质决定了公司缺乏直接行使诉权的可能性。由于由谁代表公司实施诉权属于公司内部自治事项,所以,大多数国家的公司法没有直接规定公司诉权行使的主体,而多由公司章程规定由董事会享有公司诉讼的决定权和代表权。一般而言,在公司与公司之外的第三人之间的诉讼中,公司的法定代表人依法、依职权享有对外代表公司的权利,即公司参与诉讼时的诉讼代表人为公司法定代表人。然而,在关联交易诉讼中,在法定代表人损害公司利益的情况下,依然坚持法定代表人的代表诉讼资格,显然会让公司诉讼陷入困境。事实上,涉及公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员关联交易的场合,法定代表人的知情、默许甚至纵容都是常见之情形,更有甚者,系争非正当的关联交易行为也多是由其操控。此类关联人的不正当行为往往导致其所在公司整体怠于履行职责。此时若仍是法定代表人诉讼模式,显然不利于公司利益的维护。因此,实践中,法定代表人诉讼模式往往流于理论上的意义。

(二) 监事会或监事提起诉讼与董事会或董事提起诉讼

尽管《公司法》第54条明确规定,监事会和不设监事会的公司的监事(以下简称“监事会或监事”)可以依照《公司法》第152的规定,“对董事、高级管理人员提起诉讼”,但依据《公司法》第152条之规定,

董事、高级管理人员有《公司法》第 150 条规定的情形的,有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东,可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼;监事有《公司法》第 150 条规定的情形的,前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。至于《公司法》第 150 条之规定,是指董事、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,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。梳理上述法条的内在联系可以看出,只有在董事、监事、高级管理人员本身实施不正当关联交易损害公司利益时,才可能应特定股东要求,由监事会或监事提起诉讼以及由董事会或董事提起诉讼。具体言之,董事、高级管理人员(非监事)本身实施不正当关联交易的,监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事可以向人民法院提起诉讼;监事有《公司法》第 150 条规定的情形的,前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。至于公司控股股东、实际控制人以及董事、监事、高级管理人员的关联关系人与公司实施的不正当关联交易,监事会或监事、董事会或董事都不可能是适格原告。由于该诉讼模式可适用范围的狭小,以及上述董事、高管对公司事务的操控,实践中,在不当关联交易诉讼中,监事会或监事、董事会或董事作为原告的情形并不多见。

至于监事会或监事、董事会或董事究竟以个人还是公司名义提起诉讼的问题,笔者以为,由于监事会或监事、董事会或董事乃公司内设机构,其本身没有独立的法律地位以及对外独立承担法律责任的能力,而且,其所享有的诉权源自公司的诉权,并为保护公司利益代表公司提起诉讼。这种由法律特别授权给董事会、执行董事或监事会、监事代表公司行使诉权的资格,其出发点在于防止和避免因关联人的不正当行为导致其所在整体怠于履行职责的行为发生。因此,法律有必要赋予关联人所在团体之外的公司机关享有追究关联人责任的决定权和诉讼代表权。^[11] 但上述主体直接依据公司法授权获得公司诉权的代表权

[11] 乔欣:“关联交易纠纷诉讼中诉权与诉提起之形态分析”,载《河北法学》2010 年第 3 期。

能,不同于公司股东派生诉讼情形,因为基于出资关系的股东与公司之间是彼此独立的民事法律主体,而作为公司内部机关的监事会或监事、董事会或董事以公司的名义提起诉讼更为合理。^[12]

(三) 股东派生诉讼与股东直接诉讼

《公司法》第152条所规定的股东派生诉讼是不当关联交易诉讼中公司和股东利益救济的重要途径。从关联交易法律关系出发,不正当关联交易所侵犯的直接利害关系人是公司,关联交易一般并不直接侵害单个、特定股东的具体权利和利益。依据诉讼法理,当公司本身是关联交易的直接利害关系人时,公司只有以自己名义起诉关联人或非关联人赔偿公司损失才符合法律要求的原告资格,而公司股东并非直接利害关系方,其对关联交易损害赔偿请求不享有直接诉权。但是,如前所述,关联交易的特性决定了大多情形下公司不具有直接行使诉权的能动性。为了避免公司因不正当关联交易遭受损害而其代表机关却怠于行使诉权,法律赋予异议股东有权为了公司利益以自己的名义提起诉讼。实践中关联交易诉讼救济也往往是通过股东代位诉讼实现的。不过,为了避免股东滥诉,我国《公司法》也规定了股东派生诉讼的前置程序:股东必须先以书面形式请求董事、监事等以公司名义起诉,只有在监事会、监事或者董事会、执行董事收到股东书面请求后拒绝提起诉讼,或者经过书面请求后的30天内未提起起诉,即书面请求无效后,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害时,股东才有权为了公司利益以自己的名义直接向法院起诉。此外,我国《公司法》还对可以提起代位诉讼的股东限定了条件,即连续180日持有或共同持有公司1%以上股份的一个或多个股东。这些股东只要符合上述持股条件以及前置程序上的要求,就可以提起股东派生诉讼,主张合同无效或要求撤销不公平的关联交易等。这样,当公司董事、监事、高级管理人员等怠于履职或利用职权阻挠公司行使诉权时,适格股东可以直接为了公司利益提起诉讼,从而排除他人干扰,实现以司法救济来保护公司利益,并最终使股东自己的利益得到保护的

[12] 刘亚玲等:“关联交易非正当性及监事诉讼主体资格的司法认定”,载《人民司法》2013年第22期。

目的。^[13]

除上述董事、高管本身作为关联人侵害公司利益的情形外,《公司法》第152条第3款规定:“他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的,本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。”依此,股东不仅能够基于董事、监事、高级管理人员不当关联交易的行为请求赔偿责任,也能够基于上述主体之外的其他任何主体,包括但不限于控股股东和实际控制人等侵犯公司合法权益的不当关联交易追诉其赔偿责任。这无疑是司法实践中股东派生诉讼优越于董事监事提起诉讼模式的一个重要因素。

在股东派生诉讼之外,我国《公司法》第153条规定:“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定,损害股东利益的,股东可以向人民法院提起诉讼。”该条文确立了股东针对董事、高管不当行为提起直接诉讼的制度类型。在这种诉讼模式下,股东因自身权利遭受董事、高管人员的侵害,为了维护自身利益,股东基于其股份出资人的身份直接提起针对董事、高管人员的诉讼。这种诉讼模式背后的法理就在于,依据法律和公司章程的规定,董事对股东负有相应的法律义务。若董事违反此种义务,给股东造成损失,则应承担相应的责任。这里值得注意的是,我国《公司法》并没有赋予小股东直接起诉大股东的诉讼权利。针对大股东滥用股东权利、利用关联关系等给公司或其他股东造成损失的情形,小股东可以依据《公司法》第22条之规定,请求人民法院宣告相关的股东会决议、董事会决议无效或者撤销该决议。

(四)公司债权人提起诉讼

根据我国《合同法》第74条之规定:“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产,对债权人造成损害的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产,对债权人造成损害,并且受让人知道该情形的,债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用,由债务人负担。”债权人的撤销权制度是通过赋予债权

[13] 赵旭东主编:《新旧公司法比较分析》,人民法院出版社2005年版,第279页。

人法定撤销权,使其可以撤销债务人滥用财产处分权、损害债权人利益的行为。当不公平关联交易对公司的债权人造成损害时,该债权人当然也可以依此规则行使债权保全性质的撤销权,撤销该关联交易合同。但在不公平关联交易诉讼中,公司债权人在程序上如何行使撤销权,是否应该受到必要的限制,还有待于立法的进一步明确和完善。

三、关联交易诉讼方举证责任的分担

以关联交易为直接诉因的请求,虽然起诉的原告及其诉讼请求差异甚大,但就举证而言,围绕关联交易的发生进行证明无疑是关联交易诉讼证明的核心。而要证明关联交易这一事实,主要包括以下四个待证事实的证明:交易双方存在关联关系;关联交易合同的存在;交易过程以及公司或股东受损的事实。

依据“谁主张,谁举证”的诉讼原则,提出诉讼请求的主体要负担相应的证明待证事实的义务,并承担举证不能时裁判者对其施加的不利后果。这样的诉讼规则在关联交易诉讼中并无例外。但关联交易诉讼也存在自身的特殊性,并对诉讼双方举证责任的分配构造可能产生相应的影响。

(一) 关联交易诉讼中可能影响举证责任分担规则的特殊因素:以股东派生诉讼为例

1. 关联交易双方当事人之间本质上存在控制与被控制关系

从交易的表象来看,大量的关联交易双方在法律形式上是平等的,但其实质却是不平等的。因为关联交易双方当事人之间本质上存在控制与被控制关系,这种控制关系包括股权控制关系、公司法上的实际控制关系以及其他基于法律因素而形成的控制关系。^[14]以董事实施不当关联交易为例,在关联交易形成过程中,董事往往利用其对公司决策的影响力或控制力,使被控制公司的独立意志被化为乌有。不过,这里的“董事利用其对公司的控制力或影响力”不同于合同法上合同无效情形

[14] 董安生等:“不公平关联交易合同的可撤销性问题研究”,载《法学杂志》2009年第2期。

中“一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同”,两者本质的差别在于即便关联交易的关联人利用了其对公司决策的影响力或控制力,但公司董事、董事会甚至股东会是在明知不公平交易行为的性质及交易结果的情况下仍然“自愿”进行该交易。简言之,公司对关联交易中现实存在的不利益及损害并非事先不知情。就关联交易的性质来说,它是关联双方自愿交易的商事法律行为。

2. 在关联交易诉讼中,被告一方几乎占据了认定关联交易行为的所有证据

尽管我国《公司法》第34条规定,“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿……公司拒绝提供查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅”,而且就上市公司而言,相关规范性文件对上市公司关联交易信息披露的监管要求可谓事无巨细、悉究本末,但就举证角度来说,中小股东作为不当关联交易的非直接交易方几乎不可能占有有关交易的直接证据。现实中,中小股东对公司账簿、会计资料的查阅或股权登记的查阅时常受到阻碍。在不当关联交易诉讼中,在被告控制下的公司势必发生阻止股东查阅关联交易相关的财务记录、不出示关联交易合同原件、不保存股东会、董事会的会议记录等等种种妨碍股东举证的行为。因此,在原被告证据资源天然不平衡的关联交易诉讼救济中,裁判者能否秉持诚实信用和公平原则,综合考虑妨碍证明的方式、可归责的程度和被妨碍的证据的重要性,依据自由裁量对待证事实作出公正客观的认定至关重要。^[15]

(二) 关联交易诉讼中举证责任的分配

1. 关联交易诉讼的一般举证原则

如前所述,一项合法正当的关联交易包含三个要件,即披露充分、程序合法、实质公平。当股东认为关联交易损害了公司利益而提起诉讼时,从事关联交易的董事、高级管理人员或控制股东等有义务证明自

[15] 张晚森:“关联交易诉讼的举证责任探讨”,载《投资者保护与公司治理论坛论文集》(2010年),参见 <http://cpfd.cnki.com.cn/Article/CPFDTOTAL-ZHQL201010001028.htm>。

已履行了关联交易披露义务,而且交易过程严谨合法。在当事人已经履行了针对关联交易的信息披露义务与程序合法义务的情况下,应当推定该关联交易为公平的关联交易;在当事人因过错未履行针对该关联交易的信息披露义务与程序合法义务的情况下,应当推定该关联交易为不公平的关联交易,相关当事人在该情况下具有撤销权。借鉴域外经验,信息披露原则与程序公平原则在英美法中具有推定证据作用,即关联交易的当事人在履行了信息披露义务与程序公平义务的情况下,可以推定其关联交易具有公平性,但这一推定可以为受害人的反证所推翻。换言之,程序合法可以发生举证责任转移的效果,由异议股东证明交易的不公平性。

这里值得说明的是,关联交易人的信息披露义务,是一项独立的要求。无论在何种情况下,只要发生了关联交易,均应予以披露。换句话说,即使履行了回避表决等审议程序,即使该项交易在实质上是公平的,如果没有履行披露义务,负有披露义务的人同样需要承担违反披露义务的责任,但这种责任不属于不当关联交易责任的范畴。申引之,未尽披露义务并不能否定关联交易合同的效力,在诉讼中,未尽披露只是证明关联交易程序瑕疵的一个证据。

2. 关联交易缺乏正当程序时的举证责任分担

关联交易诉讼中,关联交易没有经过董事会、股东会特别批准程序或关联人没在有进行充分披露是原告为证明关联交易不当而经常性提出的事实主张。由于“未批准”、“未披露”在行为性质上都属于不作为的消极事实,因此无法要求原告对被告的未披露、未批准行为提出直接证据,而只能由被告举证提交有关披露文件、披露方式以及非关联董事、非关联股东充分知晓关联关系并表决同意的批准决议等证据,以实现对原告的主张的反驳。如果被告拒不提交相关证据,依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第75条之规定,拒不提交证据的证明妨碍行为的后果,即有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。考虑到上述关联交易诉讼中的特殊因素,即便针对原告的某些主张,被告不负有举证责任,但若其掌握查清事实需要的主要证据,那么,被告也应负有对证据妥善保管并在诉讼中说明事实的

真实状况的非法定义务。占有证据的当事人故意或过失的毁损、遗失、篡改证据,使负有证明责任的一方无法收集到证据而不能完成举证责任,那么,占有证据的一方不配合对方举证或妨碍对方举证的行为将对待证事实的证明和认定产生一定影响,更直接地说,妨碍证明的行为可能会导致裁判者在待证事实上作出不利于行为人的认定。^[16]

3. 关联交易程序合法时的举证责任的分担与司法介入

在关联交易程序合法时是否需要司法介入实质审查无论学理还是实践意见颇多。通常来说,如果非利害关系股东的大多数都已认可了该交易,法院就没有必要仅因一个异议股东的主张主动质疑交易的公平性。但是,鉴于我国目前公司治理状态不甚理想,公司立法对董事会、股东会表决程序、董事和高管的注意义务等规定不甚明晰、周延,司法介入关联交易实质公平的判断甚为必要,但法院如何介入以及介入到何种程度是一个值得持续探讨的问题。

在我国目前的情形下,如果异议股东主动质疑交易的公平性,那么,即使非利害关系股东的多数同意该交易,也不能免除法院对交易公平性的审查,但可转而由异议股东证明交易的不公平性。结合司法实践,根据我国《合同法》第52条以及第54条之规定,在程序合法前提下,股东诉求关联交易合同无效或可撤销,主要应该举证证明以下两个环节。

(1) 关联交易人的主观恶意。

恶意属于人的主观内心活动范畴,除当事人承认,难以直接予以证实或查实,因而只能采取推定方式完成举证。恶意通俗的含义是不良居心,在法律上可以表述为“为谋取不法利益而故意损害他人利益的意图及行为”。尽管原告也可以关联交易的动机,进而判断其主观恶意。在不当关联交易诉讼中,原告股东要证明关联交易方的恶意,只能通过交易方的过错来举证,即交易方在进行交易时是否违反了法律上的义务。判断过错程度要考察行为人的注意义务。民法理论上将注意义务分为以下三个层面:一是普通人注意义务;二是与处理自己事务为同一注意义务;三是善良管理人的注意义务。由于不同关联交易方对

[16] 肖建华主编:《民事证据法理念与实践》,法律出版社2005年版,第104~105页。

公司以及股东所负注意义务之不同,因此,从司法审查角度而言,法院针对不同交易主体的“过错”审查标准应该是要加以区分的。具体言之,当交易发生在董事或高级管理人员与公司之间时,由于董事对公司负有忠实义务和注意义务,对股东也负有信义义务,因此,董事在执行公司职务时至少要尽到与处理自己的事务一样的注意义务,违反该注意义务即一般过失。只要董事在交易过程中有一般过失就要承担责任。而当交易发生在控制股东与公司之间时,由于股东与公司、股东之间并无特殊义务,只要不侵害公司及其他股东利益即可,因而,股东的注意义务应当是普通人注意义务,以一般人在通常情况下是否能够注意为标准,一般人能够注意而没有注意,行为人即存在过失,且为重大过失。在认定股东的过错标准应该是“重大过失”。

(2) 关联交易显失公平。

显失公平的本质是当事人双方的权利和义务极不对等,因而违反了公平合理原则。在关联交易诉讼中,原告往往通过交易是否遵循市场上通常的定价规则、交易对价是否合理来证明交易的不公平。但是,在商事领域,商业交易中没有绝对的公平。而且,控股股东等利用控制地位进行的关联交易非常隐蔽。因此,法官在认定关联交易合同是否显失公平时不应笼统采用量化的标准,而只能根据不同的案情、不同的经济环境作个案的认定。这里值得强调的是,由于关联人之间的关联交易可能是由一系列合同组成的,从整体来看,这一系列的关联交易实质上是公平的,但关联人出于交易安排、资金安排、成本控制以及税收筹划等种种考虑,在这一系列交易中的某一个合同可能是显失公平的,而原告往往可能就抽取这一单个合同来证明关联交易实质上的不公平。对此,笔者以为,由于我国的合同法对可撤销合同的考虑视角是从单个合同的规制出发,而没有考虑到合同的关联性问题,因此,在关联交易诉讼中,法官应该对当事人之间的交易进行全面综合把握,而不能孤立地就某一交易是否显失公平做简单的结论并延及整个关联交易的安排。