

## 论公司章程植入

### Fee - shifting Provision 的可适用性

——美国公司契约关系理论的新实践及于  
我国之启示

李 扬\*

**摘要:**公司的性质长期以来备受争议,其症结在于——公司应为法律的产物抑或契约之链接。2014年5月8日,作为契约关系理论的又一次重要实践,特拉华州最高法院裁定认可ATP公司将诉讼成本转嫁条款植入其章程的行为,从而使股东派生诉讼中的胜诉者可以请求相对方承担其律师费用。这一判决不仅体现了特州法院对于公司章程契约属性的认可,更出于抑制股东派生诉讼过度泛滥之目的以及对董事信义义务的重新考量。就我国而言,律师费用长期以来一直为当事人个人之诉讼成本,仅于特殊情形下才得以请求败诉方承担。故该条款的科学植入,将有助于增强我国公司管理者的固有权利,加强股东派生诉讼制度对小股东的可执行性,并抑制该诉讼所产生的负面作用。

**关键词:**契约关系理论 诉讼成本转嫁条款  
公司章程 律师费用 股东派生诉讼

---

\* 台湾交通大学科技法律研究所博士研究生。

## 一、问题的提出: ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund

2014年5月8日,特拉华州最高法院在 ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund<sup>[1]</sup>案中做出裁定,“即在一家非上市公司的公司章程中植入‘诉讼成本转嫁条款’(fee-shifting provision)在该州将可能被认为具有合法性并获得法律上的强制执行力”。<sup>[2]</sup>而所谓的诉讼成本转嫁条款,即在股东派生诉讼中,由败诉者承担包括诉讼费、律师费在内的一切诉讼成本。据此,在公司章程中植入诉讼成本转嫁条款的公司董事与股东之间的诉讼将不再适用美国传统的律师费用分担规则<sup>[3]</sup>(American rule,以下简称美国规则),如果提起派生诉讼的股东未获得法院的实质性支持(substantially achieves),则应一并承担自己和被告董事为该诉讼所支出的一切费用。

该裁定做出两周后,特拉华州律师协会(Delaware State Bar Association, DSBA)提出了一个针对该州普通公司法(Delaware General Corporation Law, DGCL)的法律议案,旨在将上市公司排除于该诉讼成本转嫁条款的适用范围之外,该议案得到了DSBA公司部及执行委员会的一致许可并作为议案236号提交给特拉华州参议员以供参考。<sup>[4]</sup>然而针对该议案,美国商会(U. S. Chamber Institute)立刻提出了强烈反对,并要求该州立法者拒绝或至少推迟表决该议案,其认为最高法院在ATP案中的决定不能被推翻。<sup>[5]</sup>

---

[1] See ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund, 91 A.3d 554 (2014).

[2] See *Id.*, “We hold that fee-shifting provisions in a non-stock corporation’s bylaws can be valid and enforceable under Delaware law.”

[3] In the light of “American Rule”, each party is responsible for paying its own attorney’s fees. See *Alyeska Pipeline Co. v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240 (1975). See also Federal Rules of Civil Procedure, Rule 54(d).

[4] Ralph C. Ferrara & Rachel O. Wolkison, *When the Camel’s Nose Gets Under the Tent: Fee-Shifting and Forum Selection in Delaware*, 22 (5) Corporate Governance Advisor 6 (2014).

[5] *Id.*

显然,特拉华州最高法院在 ATP 案中的裁定,直接导致了该州两大利益集团在州立法层面的博弈。然而从另一个角度而言,这是契约关系理论(nexus - of - contract theory)在美国公司治理中的又一次实践。历史总是惊人的相似,在 20 世纪 80 年代著名的 Smith v. Van Gorkom<sup>[6]</sup>案后,特拉华州于次年在 DGCL 中通过 § 102(b)(7),<sup>[7]</sup>允许在公司章程(articles of association)或公司实施细则(bylaw)中加入董事责任免除条款(director - exculpatory clause),以此通过公司章程“选掉”(opt out)董事注意义务中的金钱赔偿责任(monetary damage)。但这一次,特州高院支持了在公司章程中加入诉讼成本转嫁条款的行为,如果这一判决可以作为先例,由于股东派生诉讼的律师费用极其高昂,很多股东将因忌惮董事方高昂的律师费用,而放弃对其的控诉与监督,从而大幅降低股东派生诉讼之数量,而这一切皆需通过公司章程对该规则的“选入”(opt in)加以实现,这也正是许多契约关系论者加以推崇的可行做法。<sup>[8]</sup>

在本文中,我们拟将探讨的问题是:首先,在公司章程中植入诉讼成本转嫁条款的行为是否具有合法性,如果该行为合法,其理论基础又是什么;其次,公司章程中的诉讼成本转嫁条款会对股东派生诉讼产生何种影响,该影响是否积极;最后,这种在公司章程中植入诉讼成本转嫁条款的做法在我国是否具有适用性或可资借鉴之处。这些问题的答案,将逐渐揭示公司契约关系理论对特拉华州公司立法的影响,亦将诠释其对我国公司治理难题的裨益。

## 二、Fee - shifting Provision 理论基础及其适用争议

### (一) Fee - shifting Provision 的理论基础——契约关系理论的实践

Fee - shifting Provision 的出现并非空穴来风,其背后拥有深厚的公

---

[6] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (1985).

[7] DEL. CODE ANN. TITLE 8, § 102(b)(7).

[8] For instance, Melvin A. Eisenberg, *The Structure of Corporation Law*, 89(7) Columbia Law Review, 1461 (1989).

司法理论加以支撑,在这些理论中以契约关系理论(nexus of contract theory)最为重要。契约关系理论的正式提出,得益于法经济学家,[9]他们将公司作为一种市场经济现象加以分析,认为公司并非发端于法律的创设或特许,相反他们认为企业不过是各种要素的集合,这些要素包括雇员、管理者、股东、债权人,他们自愿结合起来安排各种交易,其中,雇员和管理者提供劳动资本,股东提供股权资本,债权人提供债权资本,各个要素之间共同承担损失风险。因此,公司就不可能是一种真实人格化的存在,而是在组成企业的各种要素之间确定了权利和义务的一系列契约安排(reciprocal arrangement)。<sup>[10]</sup>

如果公司的本质不是法律的产物(legal creature)而是一系列契约安排,那么必然的逻辑就是政府不能对私人商业活动进行干涉,即不应当通过制定法形式将强制性规范(mandatory rule)强加于公司或当事人,因为这与隐性的契约关系背道而驰。公司契约论者认为,依据公司的契约属性,公司法基本上应当由赋权性规则(enabling rules)或补充性规则(supplementary rules)构成,<sup>[11]</sup>与强制性规则不同的是,赋权性或补充性规则允许公司管理者或投资者自己建立公司治理制度,而无须监管者实施实质性审查。<sup>[12]</sup>这样一来,公司法对于契约论者而言,只是为公司提供了一种可供参考的“示范”或“脱轨”原则(standardized, off the track principle),与此同时达到了为公司节约治理及监管成本的目的。<sup>[13]</sup>因此,公司法,尤其是公司法中的信义义务规则(fiduciary rules),就成为了补充真实合同的作用,但其并不能代替真实合同,因为

---

[9] For instance, R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386 (1937). See also Michael C. Jensen & William H. Meckling, *The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, 3 *J. Fin. Econ.* 305 (1976).

[10] Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 12-24 (Harvard University Press, 1998). See also Melvin A. Eisenberg, *The Conception That the Corporation is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm*, 24 *J. Corporate Law*, 819 (1998).

[11] Melvin A. Eisenberg, *The Structure of Corporation Law*, *Columbia Law Review*, 1461 (1989).

[12] Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *supra* note 10, at 2.

[13] Easterbrook, Frank H., and Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, *Columbia Law Review*, 1444-45 (1989).

无论是企业还是立法者,遗漏合同可能出现的多种情形是不可避免的。

作为 20 世纪 80 年代公司契约关系理论的一次重大实践,在 Smith v. Van Gorkom<sup>[14]</sup>一案导致董事义务空前提高的压力下,特拉华州于次年在 DGCL 中加入 § 102(b)(7),允许公司在章程或章程修正案或公司事务实施细则中加入董事责任免除条款,以此来减轻董事因违反注意义务(duty of care)而可能招致的金钱损害赔偿。自此以后,特拉华州公司董事的注意义务可以被公司章程所“选掉”(opt out),而不在对公司董事适用。但应当注意的是,尽管该董事义务得到了被章程选掉的机会,但仅限于金钱赔偿责任,与之相对的非金钱诉讼,如禁令(injunction)等衡平救济仍然可以主张。除此之外,对于董事违反忠实义务、非善意行为(not in good faith)、不当个人利益、非法分配利益等情况时,也不能免除董事责任。<sup>[15]</sup>

现今在 ATP 案中,特拉华州最高法院又一次为契约关系论者提供了理论的试验场,通过公司章程选入诉讼成本转嫁条款的方式,使得董事在胜诉以后可以向原告股东请求律师费用,从而抑制股东派生诉讼之数量,减少董事被诉负担。但问题在于,就像特拉华州颁布 DGCL § 102(b)(7)后,众多公司法学者所质疑的:“特拉华州的董事注意义务已经被挖出了心脏”,<sup>[16]</sup>如今诉讼成本转嫁条款是否也会让股东派生诉讼成为名存实亡的制度呢?笔者认为,这要从特拉华州最高法院对诉讼成本转嫁条款适用争议的司法答复以及其认可诉讼成本转嫁条款的原因入手进行分析。

## (二) 特拉华州最高法院对 Fee - shifting Provision 适用争议的四项答复

在 ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund<sup>[17]</sup>一案中,地区法院

[14] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (1985).

[15] Del. Code Ann. Title 8, § 102(b)(7).

[16] Park McGinty, *The Twilight of Fiduciary Duties; On the Need for Shareholder Self - Help in an Age of Formalistic Proceduralism*, 46 Emory L. J. 163, 171 - 72 (1997). See also Steven A. Ramirez, *The Special Interest Race to CEO Primacy and the End of Corporate Governance Law*, 32 Del. J. Corp. L. 358 (2007).

[17] ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund, supra note 1.

针对诉讼成本转嫁条款的适用向特拉华州最高法院提出了四个具有争议性的法律问题。第一,在非上市公司的公司章程中约定诉讼成本转嫁条款,在特拉华州法下是否具有合法性。第二,原告股东败诉时,该条款是否可以得到法律的强制执行,或即便该条款被认为不可强制执行,被告股东或成员应当如何得到救济。第三,若该条款系以限制股东派生诉讼或其他潜在监督行为为目的而创设,是否可以被认为不具有强制执行力。第四,该条款发布后,对其发布前业已存在之股东是否具有溯及既往之效力(该股东同意受公司章程之约束,无论公司章程是否变更)。<sup>[18]</sup>下文将针对特拉华州最高法院对上述问题的答复分别论述。

### 1. Fee - shifting Provision 的法律效力

特拉华州最高法院认为,公司章程被推定为具有法律效力,对于公司章程的解释,法院会像解释法律一样,而不是将其直接驳回。因此,诉讼成本转嫁条款在一开始是推定有效的。<sup>[19]</sup> DGCL 和州法也并没有禁止该类条款的制定。况且,该条款也符合 DGCL 所要求的“公司章程必须与公司经营、管理或与股东、董事、经理或雇员的权利义务相关”。<sup>[20]</sup>除此之外,也没有任何普通法规则禁止董事在公司章程中颁布诉讼成本转嫁条款。<sup>[21]</sup>

关于诉讼成本转嫁条款是否违反美国的诉讼费用承担规则(American rule),特拉华州最高法院认为,该州遵循“美国规则”,即诉讼当事人应当承担自己的律师费用。但根据判例显示,诉讼当事人可以契约之方式,修改该诉讼费用承担规则,要求败诉一方承担胜诉者的诉讼费用。<sup>[22]</sup>最高法院认为,公司章程是该公司股东间订立之契约,因此在公司章程中规定败诉方承担一切诉讼费用的条款与诉讼当事人直接通过契约改变诉讼费用承担规则一样,可以构成对“美国规则”的

---

[18] *Id.*, at 6-7.

[19] *Id.*, at 9.

[20] Del. Code Ann. Title 8, § 109(b).

[21] *supra* note 1, at 9.

[22] *Sternberg v. Nanticoke Mem'l Hosp., Inc.*, 62 A.3d 1212, 1218(2013).

例外适用。因此,诉讼成本转嫁条款并不为特拉华州普通法所禁止。<sup>[23]</sup>

## 2. Fee - shifting Provision 的强制执行力

尽管在公司章程中约定诉讼成本转嫁条款原则上被认为推定有效,但如果该条款的旨在达成不公平之目的,则其并不能获得法律上的强制执行力。最高法院解释说,该条款是否具有强制效力取决于其适用方式和适用环境的差异。例如,在 *Schnell v. Chris - Craft Industries*<sup>[24]</sup> 一案的判决中,法庭就否认了该董事会发布的将股东大会提前一个月举行的公司章程修正案,因为该章程条款旨在妨碍对公司经营方案持有不同意见的股东向董事会提出质疑的权力。<sup>[25]</sup> 反之,在 *Frantz Manufacturing Co. v. EAC Industries*<sup>[26]</sup> 一案中,多数股东指定的旨在防止董事会反收购操纵行为的公司章程条款,就被法院所采纳。在该案中,法院认为尽管该条款要求增加董事会的法定人数并要求董事会决策需满足全体一致同意,但其目的在于防止多数股东剥夺其他股东的投票权,因此该条款之使用目的并非不公正,故肯认其该条款之强制效力。<sup>[27]</sup>

综上,具体到 ATP 案中,由于最高法院仅就下级法院提请之法律问题做一般性解答,故其并没有正面回答 ATP 公司诉争条款是否具有强制执行力。但最高法院明确指出,“该章程条款在 DGCL 下从一开始被认为是推定有效的,因此,若该条款之制定程序符合公司法之要求且存在合理的适用目的,则其可以被赋予法律上的强制执行力”。<sup>[28]</sup>

## 3. 实质性胜诉的含义

根据 ATP 公司章程 23.3(a) 之内容,在原告股东或公司成员没有

---

[23] *supra* note 1, at 9 - 10.

[24] *Schnell v. Chris - Craft Industries*, 285 A. 2d 437 (1971).

[25] *Id.*, at 438 - 40.

[26] *Frantz Manufacturing Co. v. EAC Industries*, 501 A. 2d 401 (1985).

[27] *Id.*, at 407, 409.

[28] The Delaware Supreme Court held that “we are able to say only that a bylaw of the type at issue here is facially valid, in the sense that it is permissible under the DGCL, and that it may be enforceable if adopted by the appropriate corporate procedures and for a proper corporate purpose”. See *supra* note 1 at 12.

得到实质性胜诉(substantially achieves)时,才发生诉讼费用的转嫁情形。<sup>[29]</sup>因此对于实质性胜诉的判定就尤为重要。由于实质性胜诉很难去具体界定,故地区法院将问题予以具体化,即“至少在原告股东派生诉讼中没有得到任何司法救济的情况下,诉讼费用转嫁条款是否具有强制执行力”。<sup>[30]</sup>对此,特拉华州最高法院的答复是肯定的。<sup>[31]</sup>

#### 4. 以阻却股东派生诉讼为目的的 Fee - shifting Provision 之强制执行力

关于公司或董事会阻却股东派生诉讼是否可以构成否定诉讼费用转嫁条款强制执行力的不正当目的。最高法院认为,意图阻却股东派生诉讼并非总会构成不正当目的。诉讼成本转嫁条款,依其属性,天然具有阻却诉讼之功能。但由于记载在公司章程中的诉讼成本转嫁条款并不当然无效,因此单纯看到该条款具有阻却诉讼之目的,在衡平法上并不必然导致其失去强制执行效力。<sup>[32]</sup>

#### 5. Fee - shifting Provision 的溯及力

关于成本转嫁条款的溯及效力,最高法院认为在该条款修改之前加入公司的成员应当受到该条款的约束。<sup>[33]</sup>

综上所述,特拉华州最高法院认为公司章程中的诉讼费用转嫁条款在一开始被推定为有效,并且对于条款修正前加入之公司成员具有溯及效力。若该条款之适用目的正当,则具有强制执行效力。但具体到 ATP 案中,最高法院并没有对其制定该条款目的正当性给出判定,因此并没有正面回答 ATP 公司的诉讼费用转嫁条款是否具有强制执行力,从而给下级法院以裁判空间。

### (三) 特拉华州最高法院认可 Fee - shifting Provision 的原因分析

从特拉华州最高法院关于 Fee - shifting Provision 适用问题的答复可知,该州之所以能够认可诉讼成本转嫁条款,其背后支撑的论点大体有三:尊重公司章程的契约属性、防止股东滥用派生诉讼以及对董事信

---

[29] *Id.*, at 4.

[30] *Id.*, at 13.

[31] *Id.*

[32] *Id.*, at 13 - 14.

[33] *Id.*, at 14.



义义务的重新考量。

### 1. 尊重公司章程的契约属性

特拉华州最高法院认为,“公司章程被推定为具有法律效力。对于公司章程的解释,法院会像解释法律一样,而不是将其直接驳回。因此,诉讼成本转嫁条款在一开始是推定有效的”。<sup>[34]</sup> 根据特拉华州一般公司法之规定,公司章程条款被推定有效应当满足两个条件,即制定程序合法和章程条款与公司经营业务、事务处理或与股东、董事、经理或其雇员的权利义务具有关联性。<sup>[35]</sup> 因此,若满足上述要件,则公司章程条款就被推定为有效,据此主张否定其效力的当事人就承担了对其无效的举证责任。由此可见,尽管法院从未说明公司的本质是什么,但其对公司意思自治的充分尊重以及公司章程契约属性的认可,无不体现着公司契约论者的主张,这也成为 ATP 案中诉讼费用转嫁条款得到法院许可的前提条件。

### 2. 抑制股东滥用派生诉讼

除对公司意思自治的高度尊重以外,防止股东及其律师“恶讼”(strike suits)亦可能成为最高法院认可诉讼成本转嫁条款的重要原因。根据 Matthew 以及 Steven 教授对 2013 年企业并购诉讼的统计数据显示:在 2013 年,97.5% 的商事交易会导致股东诉讼。每笔商事交易将会平均引发 6.9 件股东诉讼。41.6% 的商事交易将会引发跨州诉讼(multi - jurisdictional litigation)。该年度律师费用的平均值高达 694,000 美元。<sup>[36]</sup> 由此可见,在股东派生诉讼中,董事被诉概率很大,诉讼费并非诉讼成本的主要构成,高额的律师费用才是双方诉讼的主要开支。

其实,股东派生诉权作为一项专门赋予股东的诉讼权利,历来备受争议,有学者认为派生诉讼可能沦为一种律师“骗钱”的手段。<sup>[37]</sup> 这种“骗钱”的手段主要体现为两种形式。第一,以原告律师利益为目的而

[34] *Id.*

[35] Del. Code Ann. Title 8, § 109(b).

[36] Matthew D Cain & Steven Davidoff Solomon, *Takeover Litigation in 2013*, Ohio State Public Law Working Paper 2 - 3(2014).

[37] 施天涛:《公司法论》,法律出版社 2014 年版,第 452 页。

提起的“恶讼”或“告黑状”,即原告律师事先寻求可能提起诉讼的机会,然后再寻找一位股东作为原告起诉。这种诉讼一般均由原告律师幕后操纵,其动机往往是为了律师自己的利益。第二,在派生诉讼中与公司董事会达成无意义或无价值的和解,进而造成原告律师和被告董事联合侵害公司利益和股东整体利益的局面。

一般而言,律师受到费用驱动,提起“恶讼”或“告黑状”是确实存在的,但不可否认正是因为受到费用的驱动,律师才能积极主动地寻求提起派生诉讼的机会,而这一积极性无疑成为一种重要的公司治理的市场力量。<sup>[38]</sup> 但另一方面,“恶讼”和“告黑状”必须得到抑制,尤其是在股东诉讼爆炸的特拉华州。应当注意的是,特州法院做出明确承认之情形,是在原告股东没有得到任何法律救济的情况下,判定诉讼费用转嫁条款具有法律效力。至于实质性胜诉究竟如何判定,是否以法院支持原告所有诉讼请求或部分诉讼请求,全部诉请标的抑或部分诉请标的并无明确说明。但无论如何解释实质性胜诉之内涵,最高法院均没有否定股东的派生诉权,毕竟否定股东诉权与限制股东诉权完全不同。

显然,在 ATP 案中最高法院在鼓励律师提起股东派生诉讼的同时,也暗示原告律师不要将无意义的诉讼诉至法院。与同期所有权规则、费用担保规则以及和解协议需要法院同意规则类似,ATP 案中的诉讼费用转嫁规则,其宗旨同样为抑制股东滥诉,降低派生诉讼的消极作用。最高法院的这一决定,无疑在尊重股东派生诉权的基础上,意图将那些无意义之诉讼拒之门外。

### 3. 对董事信义义务的重新考量

在 ATP 案中,最高法院认为,“意图阻却股东派生诉讼并非总会构成不正当目的。诉讼成本转嫁条款,依其属性,天然具有阻却诉讼之功能。由于记载在公司章程中的诉讼成本转嫁条款并不当然无效,因此单纯看到该条款具有阻却诉讼之目的,在衡平法上并不必然导致其失去强制执行效力”<sup>[39]</sup>

从特州最高法院的裁定理由可以看出,若董事会以阻却或限制股

[38] 同注[37],第453页。

[39] *Supra* note 32.

东对其提起派生诉讼为目的而在公司章程中加入诉讼成本转嫁条款,法院并不会仅仅据此否定章程条款之效力。也就是说,法院在一定程度上肯定了董事会限制股东起诉的行为,当然这种限制并非完全否认股东诉权,而是对其苛以败诉后经济上的不利益。但这种限制本身是否构成董事会对信义义务的违反呢?笔者以为,答案是否定的。

首先,诉讼成本转嫁条款并非排除股东诉权,而是公司管理层以败诉后经济上的不利益为威胁,从而仅达到迫使起诉之股东审慎考虑其决定之作用。其次,由于该条款对原告股东苛以的不利益仅在原告的主张未获得法院实质性支持时才会发生,因此对于那些有合理依据的原告股东而言,反而有鼓励其提起诉讼之作用,故该条款在一定程度上限制股东起诉的同时,排除了“恶讼”和无助于公司价值提高的诉讼,鼓励了有益于公司价值增长的诉讼。最后,从代理成本角度考虑,若股东派生诉讼过度泛滥,将不得不导致公司对管理层的加薪,建立责任补偿制度或为管理者购买 D&O 责任保险,这将大大提高公司的管理成本,而这种成本最终又转嫁给公司和全体股东承担。

综上所述,若诉讼成本转嫁条款能够在肯定股东派生诉权的前提下,阻挡“恶讼”和无助于公司价值提高之诉讼进入法院,从而避免股东和公司支出诉讼费用或减少公司管理成本,则该条款非但没有违反董事信义义务,反而在一定程度上是对该义务之贯彻。

### 三、Fee - shifting Provision 在中国的可适用性

#### (一) 我国败诉方承担律师费用的运行现状

Fee - shifting Provision 条款存在的目的在于规避美国联邦民事诉讼法规定的律师费用由当事人各自承担的法律规则,故欲谈其在我国之适用可能性,必考究我国律师费用承担规则。<sup>[40]</sup> 从比较法的层面而

---

[40] 股东派生诉讼的成本以法定诉讼费用和律师代理费为主要开支,根据《诉讼费用交纳办法》第 29 条,“败诉方应当承担诉讼费用,胜诉方自愿承担的除外”,故 Fee - shifting Provision 之适用将只会影响律师费用的分担规则。因此本文仅就律师费用部分进行论述。

言,当今世界各国对于诉讼费用的承担机制大体可以分为三种模式。第一种,以美国为代表,律师费用由当事人各自自行承担,除非基于法律的明确规定或当事人契约上的安排,否则不可打破该规则。<sup>[41]</sup> 第二种,以德国为代表,将律师费用纳入法定诉讼费用之中,由败诉方承担。<sup>[42]</sup> 第三种,以日本为代表,以各自负担为主,但有明确例外规定的模式。<sup>[43]</sup>

就我国而言,法律对于律师费用负担的规定长期以来处于空白,《律师业务收费标准》和《律师服务收费管理暂行办法》虽涉及律师收费的规定,但却未对律师费用的负担方式加以规定,从而导致在我国诉讼,律师费用被排除在诉讼费用之外,但近年来,部分司法解释已经在具体层面涉及这个问题。

#### 1. 司法解释明确规定由败诉方承担律师费用之情形

我国第一次对律师费用的承担规则做出明确规定的法律是1999年12月29日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第26条:“债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用,由债务人负担”。

此后颁布的《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《著作权解释》)第26条、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《商标解释》)第17条也有相同的规定。知识产权案件涉及知识专业、复杂,普通民众往往不能单独应对,所以知识产权案件的律师费用属于合理费用的范畴,应该由被告来承担。

#### 2. 依据相关规定酌情裁判败诉方承担律师费之情形

司法仲裁机关可依此酌情裁判由败诉方承担合理的律师费用之情

[41] 同注[3]。

[42] 廖永安:《诉讼费用研究——以当事人诉权保护为分析视角》,中国政法大学出版社2006年版,第118页。

[43] 张建新:《败诉方负担律师费是未来趋势》,载正义网,<http://review.jcrb.com.cn/ournews/asp/readNews.asp?id=133946>,最后访问日期:2015年12月30日。

形包括:专利纠纷案件,<sup>[44]</sup>担保权纠纷案件,<sup>[45]</sup>不正当竞争案件,<sup>[46]</sup>人身损害赔偿、名誉侵权、交通肇事案件,<sup>[47]</sup>法律援助案件,<sup>[48]</sup>仲裁案件。<sup>[49]</sup>

### 3. 败诉方基于合同约定承担诉讼费用之情形

在我国,合同双方在签订合同时,可将律师费列为违约赔偿内容中,甚至可以将律师费的承担方式、承担标准也详细列明,但应明确写明“律师费”,而不是“实现债权的费用”等不明确词语。人民法院对此约定的审查非常严格。原告在起诉时须提交与律师事务所签订的委托合同和律师事务所开具的律师费发票作为律师费支付的证据,此外,律师费的约定应当公平合理。<sup>[50]</sup>

## (二) Fee - shifting Provision 对我国公司治理环境的预期影响

在 ATP 案中诉讼成本转嫁条款 (fee - shifting provision) 成为“美国规则”(American rule) 的例外情形。与美国类似,尽管诉讼费用由败诉方承担,但在律师费用方面,中国以当事人各自支付律师费为主要原则,只在少数特殊情况下,如知识产权类案件中规定由败诉方承担律师费用。而股东派生诉讼中的律师费用仍然遵循一般规则,因此若允许公司章程中植入诉讼成本转嫁条款,则类似双方当事人以合同形式改变律师费用的承担规则,势必会对股东派生诉讼产生重大影响,然而正因为如此,如果此类诉讼成本转嫁条款设计科学,亦将会对公司治理环境产生积极作用。

### 1. 增强公司管理者的固有权利

股东派生诉讼曾一度被质疑是否削弱了公司管理者的固有权利。可以说,股东派生诉讼确实直接导致董事会权利的“侵夺”,因为公司

---

[44] 参见《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第 22 条。

[45] 参见《担保法》第 21 条。

[46] 参见《反不正当竞争法》第 20 条。

[47] 参见《民法通则》第 119 条、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 17 条第 3 款。

[48] 参见《最高人民法院司法部关于民事法律援助工作若干问题的联合通知》第 7 条。

[49] 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2005 年版)第 46 条。

[50] 高风江:《民事诉讼律师费由败诉方负担问题研究》,兰州大学硕士学位论文,2012 年。

的商业决策权属于董事会而非股东。<sup>[51]</sup> 但作为对公司诉讼不能的一种替代机制,此处股东对董事会权利的“侵夺”,实属不得已之举,股东派生诉讼制度本身也并非鼓励股东侵夺董事会的商业决策权,这一点从各国公司法纷纷规定先诉请求制度就可以充分地得到说明。故公司法在赋予股东派生诉权的同时,还应当注重保障董事会的固有权利,而在 ATP 案中争诉之诉讼费用转嫁条款,则是对上述观点的体现与贯彻。

对于保障公司管理者固有权利而言,中国所面临的挑战更加迫切。就上市公司来说,与美国公司分散型的股权结构不同,中国公司无疑是强集中股权结构类型。<sup>[52]</sup> 一项研究表明,中国上市公司 1996 年度第一大股东处于绝对控股地位(持股比例超过 50%)的有 203 家,占当时上市公司的 38.3%,第一大股东处于相对控股地位(持股比例大于 30% 小于 50%)的上市公司有 192 家,占该年度上市公司总数的 36.22%。也就是说,如果不考虑其他股东有可能是第一大股东的关联方股东的情况,仅从表面材料来看,中国上市公司中第一大股东处于绝对或相对控股状态的公司比例高达 74.52%。<sup>[53]</sup> 故鉴于中国上市公司的强集中股权结构,中国上市公司的主要矛盾并不是全体股东与管理层的矛盾,而是控股股东利用控股权从上市公司转移利益的矛盾。<sup>[54]</sup> 因此,具体到诉讼费用转嫁条款的适用,在中国现行法下,由于高额诉讼费用的存在,真正能对董事会提起派生诉讼的股东往往是较具经济实力的大股东,如“中期期货经纪有限公司案”中,原告苏州新发展和兖矿集团作为小股东,为了维护中期期货公司的利益而起诉,就要独自承担高达 83 万元的受理费用。<sup>[55]</sup> 故允许董事会通过修改公司章程的形式限制大股东提起派生诉讼,对于抑制大股东滥用权利,保障董事会经营管理权具有重要意义。

## 2. 加强股东派生诉讼制度对小股东的可执行性

是否采用诉讼成本转嫁条款,还应当考虑的是如何保障小股东的

---

[51] 同注[37],第 454 页。

[52] 王保树:《少数股东保护与公司治理》,社会科学文献出版社 2006 年版,第 83 页。

[53] 同注[52],第 84 页。

[54] 同注[52],第 88 页。

[55] 郑燕:《论股东派生诉讼的诉讼费用问题》,西南政法大学硕士学位论文,2013 年。

派生诉权。与美国类似,中国法院在受理股东派生诉讼案件时,一般都将其按财产案件处理,即以诉讼标的的一定比例来收取案件受理费。但这无疑会导致对股东派生诉讼的抑制。譬如,2004年6月,北京红石实业有限责任公司的3位股东汪刚、谢学辉、姚军,以公司董事长潘石屹侵害公司财产为由,将其告上法庭,索赔1.05亿元,但事实上公司真正的损失至少在这个数目的十倍以上,原告之所以降低索赔数额,关键在于10亿元左右争议标的的诉讼费用将在100万元以上,原告利益本就受损,无法承担这么高昂的诉讼费。<sup>[56]</sup> 案件受理费以及律师费用的过度高昂将会导致中小股东诉讼内容的改变甚至放弃诉讼。

综上所述,以限制派生诉讼原告资格,先诉请求制度或允许董事在公司章程中加入诉讼费用转嫁条款为手段,防止大股东滥用派生诉权或提起无助于公司价值提高之诉讼,再通过改革案件受理费的计费标准,让那些真正需要提起派生诉讼并确信能够胜诉的中小股东能够不再忌惮高额的诉讼费用,才是对股东派生诉权的正确保护。

### 3. 抑制派生诉讼的负面作用

律师受费用的驱使而积极主动的寻找提起派生诉讼的机会,无疑是一种重要的公司治理的市场力量,应当得到立法的肯定,但另一方面,“恶讼”和“告黑状”亦应得到遏制,否则将会严重干扰公司正常的经营管理秩序进而损害公司利益。特拉华州最高法院在ATP案中对诉讼费用转嫁条款的采认,意在上述两个问题之中,寻找平衡点,或者说最高法院意图让派生诉讼发挥其作用的同时,极力规避其负面作用。

股东派生诉讼的负面作用,主要来自于三个方面:一是认为股东派生诉讼是律师“骗钱”的手段;二是认为派生诉讼无助于公司价值的提高;三是认为派生诉讼削弱了公司管理者的固有权利。<sup>[57]</sup> 从上述三方面观之,诉讼成本转嫁条款均具有抑制股东派生诉讼负面作用的效果。

首先,诉讼成本转嫁条款只在原告股东没有获得胜诉时才得产生不利益,因此对于那些以派生诉讼牟利的机会主义者和没有胜诉把握的股东和律师来说是极大的负担,而对于真正有事实依据和胜诉确信

[56] 同注[55],第26页。

[57] 同注[37],第452~454页。

的原告股东来说则无压力。故可以在一定程度上有效限制以“骗钱”为目的的股东派生诉讼。

其次,诉讼费用转嫁条款对于那些无助于公司价值提高之诉讼而言,亦具有威慑力。因为没有股东会冒着承担一切诉讼费用的后果,去提起一项根本无助于公司价值的派生诉讼。而无意义的派生诉讼数量上的减少,亦会为公司和管理者节省时间和精力,并在全社会范围内降低公司雇用管理者的成本。

最后,诉讼成本转嫁条款在防止股东滥用派生诉权或提起无助于公司价值提高之诉讼的同时,也同商业判断规则(business judgment rule)一样,是董事会对股东派生诉讼有力的防御武器。从而巩固了管理者的商业决策权。这在大股东权利泛滥的中国,具有更加重大的意义。

### (三)《公司法》第147条下 Fee-shifting Provision 的可适用性

#### 1. 关于《公司法》147条为强制性规范或补充性规范之争议

在公司章程中植入对信义义务(fiduciary duty)具有限制或排除作用的条款,从而减轻公司董事个人责任的做法对于美国各州而言并非新事物,但其对于中国而言至今仍主要停留在理论探讨阶段。有学者认为我国《公司法》第147条在性质上应当属于强制性规范,即“公司董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规、公司章程的规定,对公司负有忠实义务和勤勉义务”乃法律的强制性规定,私人章程不能够对其作出选择或更改。<sup>[58]</sup>但也有部分学者提出,“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规、公司章程”乃强制性规定,而要求其对于公司负有忠实义务与勤勉义务乃补充性规定<sup>[59]</sup>(suppletory rules),即如果章程未另作约定,则该规则默认适用,而股东一旦通过章程免除高管对自己的义务,遵守章程的高管即可免责。<sup>[60]</sup>上述争论的

[58] 罗培新:《公司法强制性与任意性边界之厘定:一个法理分析框架》,载《中国法学》2007年第4期。

[59] On the basis of Professor Eisenberg's classification of corporate rules, corporate rules fall into three basic categories: enabling rules, suppletory or default rules and mandatory rules. "Suppletory rules govern defined issues unless corporate actors adopt other rules in a specified manner". *Seesupra* note 11, at 1461.

[60] 同注[58]。



焦点在于公司法第 147 条是否为完全的强制性规定,从而是否能够成为公司章程选掉(opt out)董事信义责任的法律依据。

## 2. Fee - shifting Provision 不应受到《公司法》第 147 条之限制

值得关注的是,与选掉董事信义义务有所不同,诉讼成本转嫁条款并非纯粹的董事信义义务免责条款,植入该条款的结果并非直接否定董事的信义义务,而是以合同的形式改变股东派生诉讼的费用承担规则。该条款的植入,一方面有助于筛选掉那些无助于公司价值提升的股东烂诉,防止股东在律师的怂恿下“告黑状”。另一方面,对于那些能够获得法院实质性支持的原告股东而言,其亦可请求败诉被告承担自己的律师费用,将股东派生诉讼的成本转嫁到真正有过错的一方,无论其是烂诉的股东还是存在故意或重大过失的管理层。故笔者以为,尚不论对于《公司法》第 147 条的争论孰对孰错,就诉讼成本转嫁条款的内容视之,其也不应当陷入对于董事信义义务条款性质的争议漩涡之中。

## 四、结论

特拉华州最高法院在 ATP 案中,首次认可了非上市公司章程中的诉讼费用转嫁条款(Fee - shifting Provision)。据此,若原告股东于派生诉讼中的诉讼请求没有得到法院的实质性支持,则应当承担被告在该诉讼中的一切费用(诉讼费和律师费)。笔者以为,诉讼成本转嫁条款之于我国具有可适用性,该条款可以与派生诉讼原告资格限制、先诉请求制度合并,作为防止股东滥用派生诉权的法律手段。该条款的科学植入,还将有助于增强我国公司管理者的固有权利,加强股东派生诉讼制度对小股东的可执行性,并抑制该诉讼所产生的负面作用。最后,就诉讼费用转嫁条款的内容而言,为鼓励那些真正有需要提起派生诉讼并有实质性依据的股东,我国在适用该条款时不但可以认可败诉者承担一切诉讼成本的规定,还可以考虑在原告股东获得实质性胜诉时,让具有相关责任之管理者双倍赔付原告,以在抑制滥用股东派生诉讼的同时,鼓励股东及律师的监管积极性。