

2017 年第十五届“理律杯”模拟法庭大赛

答
辩
状

第 39 号代表队呈递

目 录

第一部分 当事人信息.....	1
第二部分 法律适用.....	3
第三部分 基本事实.....	5
第四部分 代理意见.....	8
一、甲公司董事会决议所涉事项并不超越法定职权.....	8
二、董事会决议内容符合法律、行政法规，不存在无效事由.....	9
（一）决议之一系提请有权机关追究 A 的违法行为，请求内容未违反法律、行政法规.....	9
1. A 与 A 股票账户组的其他持有人是一致行动人，故甲公司提请有权机关追究的对象适格.....	9
2. A 尚未改正其违法增持行为，甲公司可以提请有权机关限制其表决权.....	10
3. 根据《证券法》第四十七条，A 应当将其实施短线交易的收益上缴甲公司.....	11
4. A 的违法增持行为涉嫌重大违法，甲公司可以提请有权机关确认 A 不具有收购甲公司的主体资格.....	11
5. A 的后续增持行为违法，故甲公司可以提请有权机关责令 A 减持其违法所得至 5% 以下.....	12
（二）决议之二具体规定董事、监事提名的方式和程序，不违反法律、行政法规.....	13
1. 根据《章程指引》，《公司章程》应当规定董事、监事提名的程序和方式.....	14
2. 《公司章程》规定股东提名董事、监事的资格，不违反《公司法》第一百零二条对提案权的规定.....	14
3. 根据《规范运作指引》和《监事会工作指引》，董事会、监事会有权审查被提名的董事、监事的任职资格.....	15
（三）决议之三系定向发行股票的方案，符合法律、行政法规的要求.....	15
三、董事会决议程序符合法律、行政法规，内容符合《公司章程》，无可撤销事由.....	16
（一）决议之一、决议之二召集程序、表决程序无瑕疵.....	16
（二）决议之三回避程序合法，表决结果有效.....	16
1. 独立董事 N 在决议之三的表决中丧失独立性，应当回避.....	17
2. 独立董事 N 的回避符合程序要求.....	18
3. 独立董事 N 回避后表决以三分之二多数形成有效决议.....	18

四、甲公司全体董事不应当承担损害赔偿 responsibility.....	19
(一) 全体董事并未实施侵害 A 股东权利的违法行为.....	19
1. 董事会决议合法且尚待股东大会决议，并未对 A 的权益造成实际影响.....	19
2. 董事会办公室依据《公司章程》决定不提交 A 的临时提案，属于商业判断，并非无端拒绝，不构成对 A 提案权的侵害.....	20
3. 甲公司尚未进行分红，无证据表明 A 的分红权受限.....	20
4. 全体董事并未侵害 A 的表决权.....	21
(二) 董事会表决通过三项议案并不具有侵权的主观过错.....	21
(三) 全体董事依法作出的职务行为不应适用《公司法》第一百五十二条追究其个人责任.....	22
(四) 全体董事尽到对公司的忠实勤勉义务，无须就其商业判断承担个人责任.....	23
第六部分 法律思考.....	25
一、通过《公司法》明确规定股东权利的性质与类型.....	25
二、出台相关规范，对公司反收购措施作出具体规定.....	25
三、借鉴域外经验，明确忠实勤勉义务的判断标准.....	26
第七部分 附件.....	27

第一部分 当事人信息

原告：A
身份证号：XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
联系方式：xxx-xxxx-xxxx
委托代理人：xxx，xx律师事务所律师
(其他信息略)

被告：甲股份有限公司
住所地：xxx
法定代表人：xxx
联系方式：xxx-xxxx-xxxx
委托代理人：xxA，天成律师事务所律师
 xxB，天成律师事务所律师
(其他信息略)

被告：甲公司全体董事xxx等11人
联系方式：xxx-xxxx-xxxx
委托代理人：xxA，天成律师事务所律师
 xxB，天成律师事务所律师
(其他信息略)

尊敬的审判长、审判员：

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十八条及《中华人民共和国律师法》第二十五条的规定，天成律师事务所接受本案被告甲股份有限公司及甲股份有限公司第八届董事会董事xxx等11人的委托，指派我们担任被告的一审代理人，参与本案的诉讼活动。代理人现就A诉甲股份有限公司董事会决议效力纠纷及甲股份有限公司全体董事损害赔偿纠纷一案，作出如下答辩：

1. 甲公司董事会第八次会议作出的决议尚待股东大会议决，所涉事项并不超越甲公司董事会的法定职权；
2. 甲公司董事会第八次会议所作决议的内容符合法律、行政法规，不具有无效事由；
3. 甲公司董事会第八次会议的决议程序符合法律、行政法规，内容符合《公司章程》，无可撤销事由；
4. 甲公司全体董事并未侵害A的提案权、分红权、表决权等股东权利，不应当承担损害赔偿赔偿责任。

根据法律规定，结合本案事实，代理人认为：原告的诉讼请求缺乏事实与法律依据，请求法院依法驳回原告的全部诉讼请求，并判令原告承担本案的全部诉讼费用。代理人现根据本案事实和有关法律规定发表如下代理意见，供法庭参考。

为方便阅读，以下名称在本答辩状中将以列简的形式出现：

类型	全称	简称
法律适用	《中华人民共和国公司法》	《公司法》
	《中华人民共和国民事诉讼法》	《民事诉讼法》
	《中华人民共和国证券法》	《证券法》
	《中华人民共和国侵权责任法》	《侵权责任法》
	《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）》	《〈公司法〉司法解释（四）》
	《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》	《民通意见》
	《上市公司收购管理办法》	《收购办法》
	《上市公司章程指引》	《章程指引》
	《上市公司监事会工作指引》	《监事会工作指引》
	《深圳证券交易所主板上市公司规范运作指引》	《规范运作指引》*
	《深圳证券交易所中小企业板上市公司规范运作指引》	
	《深圳证券交易所创业板上市公司规范运作指引》	
监督管理部门	中国证券监督管理委员会	中国证监会
	深圳证券交易所	深交所
案件信息	甲公司董事会第八次会议决议之一	决议之一
	甲公司董事会第八次会议决议之二	决议之二
	甲公司董事会第八次会议决议之三	决议之三
	甲股份有限公司	甲公司
	甲公司《公司章程》	《公司章程》
	《甲公司简式权益变动报告书》	《权益变动报告书》

表 1-1 代理意见简称表

*本答辩状引用的《深圳证券交易所主板上市公司规范运作指引》《深圳证券交易所中小企业板上市公司规范运作指引》《深圳证券交易所创业板上市公司规范运作指引》的条款编号和内容完全相同，故以下统称《规范运作指引》。

第二部分 法律适用

本案中，A、A股票账户组及其一致行动人在2015年9月后开始实施违法增持行为，甲公司董事会于2016年10月通过了涉案的三项决议，原告于2016年11月提起诉讼。根据法的溯及力原则，被告方认为：

1.本案原则上适用案发时的法律，即适用2015年9月A开始实施违法增持行为前施行的法律。

2.本案中涉及甲公司董事会第八次会议的事项适用会议召开时的法律，即适用2016年10月甲公司董事会第八次会议召开前施行的法律。

3.本案应当适用《〈公司法〉司法解释（四）》。《〈公司法〉司法解释（四）》自2017年9月1日开始施行，该解释的第二十七条规定：“本规定施行后尚未终审的案件，适用本规定”。本案中，原告A于2016年11月提起诉讼，目前（2017年12月）仍未审结，故本案应当适用《〈公司法〉司法解释（四）》。

综上，被告方将本案应当适用和参照适用的法律法规列明如下：

法律名称	施行时间	颁布机关
法律		
《中华人民共和国民事诉讼法》	2012年8月31日	全国人民代表大会
《中华人民共和国公司法》	2014年3月1日	全国人民代表大会常务委员会
《中华人民共和国证券法》	2014年8月31日	
《中华人民共和国侵权责任法》	2010年7月1日	
司法解释		
《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（四）》	2017年9月1日	最高人民法院
《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》	1998年4月2日	
部门规章		
《上市公司收购管理办法》	2006年9月1日	中国证券监督管理委员会
《上市公司证券发行管理办法》	2006年5月8日	
《上市公司信息披露管理办法》	2007年1月30日	

表 2-1 法律适用表

部门规范性文件		
《上市公司非公开发行股票实施细则》	2007年9月17日	中国证券监督管理委员会
《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》	2001年8月16日	
《上市公司章程指引》	2016年9月30日	
《上市公司治理准则》	2002年1月7日	
《关于上市公司大股东及董事、监事、高级管理人员增持本公司股票相关事项的通知》	2015年7月8日	
行业规定		
《深圳证券交易所主板上市公司规范运作指引》	2015年3月20日	深圳证券交易所
《深圳证券交易所创业板上市公司规范运作指引》	2015年3月20日	
《深圳证券交易所中小企业板上市公司规范运作指引》	2015年3月20日	
《上市公司监事会工作指引》	2015年	中国上市公司协会

表 2-2 法律适用表（续）

第三部分 基本事实

一、A、A股票账户组及其一致行动人^①违法增持甲公司股份

事实一：2015年9月至2016年1月初，A、A股票账户组及其一致行动人违法增持甲公司股份。

2015年9月至2016年1月初，A通过A股票账户组陆续买入甲公司股票并陆续增持至9600万余股，占甲公司股本总额约16%，在增持过程中，A股票账户组没有报告证券监管机构及相关证券交易所，没有通知甲公司或进行公告，并且没有暂停购入甲公司股票。

事实二：2016年2月至3月，A、A股票账户组及其一致行动人受到行政处罚和公开谴责。

2016年2月，中国证监会以A的上述增持行为违反《证券法》及其他相关规定为由，发出《行政处罚决定书》，决定对A责令改正、给予警告，并处以罚款60万元。A未对该行政处罚申请行政复议或提起行政诉讼，按期缴纳了罚款。2016年3月，深交所对A的违法、违规行为进行公开谴责，将A的行为计入上市公司诚信档案，并向社会公开。

事实三：2016年3月，A、A股票账户组及其一致行动人进行补充信息披露。

2016年3月，A代表A股票账户组发出《权益变动报告书》，披露其累计增持甲公司股票达到16%的情况及经过，并通过甲公司进行公告。

事实四：2016年3月至9月，A、A股票账户组及其一致行动人继续增持甲公司股份。

2016年3月至2016年9月15日，A股票账户组继续增持甲公司股票至1.8亿余股，占甲公司股本总额29.99%，其间依法进行了相关的信息披露。2016年8月，A股票账户组在持续买入甲公司股票的同时，卖出了约40万股甲公司股票，但持股比例从未超过30%。

二、甲公司董事会第八次会议通过三项决议

事实一：董事会以11票赞成、0票反对、0票弃权通过决议之一，授权甲公司就A的违法增持行为提请有权机关追究。

决议之一包含下列内容：

第一，授权甲公司就A、A股票账户组及其一致行动人涉嫌违反证券交易法律、法规的行为依法提请有权机关进行追究，向有权机关提出请求的方式包括向有关监管部门进行举报、向人民法院提起诉讼等。

第二：向有权机关提起请求的内容为：

A、A股票账户组及其一致行动人：1. 在改正其违法行为前不得对其持有的本公司股份行使表决权；2. 将其违法所得（即违法增持本公司股票及减持该股票所获的收益）上缴本公司；3. 改正其违法行为，将合计持有的本公司股票减持至5%以下；4. 应被确认不具备收购本公司的主体资格。

第三，同意并授权公司董事长及其授权的代理人在董事会权限范围内全权负责与上述所涉事宜相关的事项。

^① 在本案中，A股票账户组指A本人账户及其他十余个用于购买甲公司股票的账户。

事实二：董事会以 11 票赞成、0 票反对、0 票弃权通过决议之二，制订修改《公司章程》中“董事提名”条款的方案。

决议之二拟在《公司章程》的“董事提名”条款中增加以下内容：

第一，股东提出非独立董事候选人的提名，需连续 180 天以上单独或者合并持有公司股份：

第二，董事会、监事会对提名及任职资格进行审查后方可向股东大会提出提案；

第三，有违反《证券法》行为的股东，在违法行为发生后三年内不得提名公司非独立董事候选人、监事候选人。

事实三：董事会以 7 票赞成、3 票反对、1 票回避通过决议之三，制订向丁公司定向增发股票的方案。

若该方案经股东大会审议表决通过后，丁公司将成为甲公司第一大股东，持有其约 29.4% 的股份，而 A 股票账户组、乙公司及丙公司的持股比例将分别降至约 21.2%、17.0% 和 10.6%。

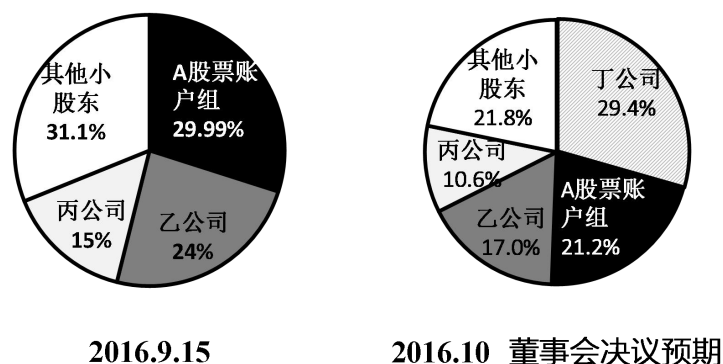


图 3-1 决议之三通过后的股权结构预期变动图

在表决程序中，独立董事 N 担任董事总经理的戊公司与丁公司之间在业务上具有潜在的竞争关系，影响其进行独立的商业判断。因此，N 回避该项议案的表决程序，出席会议的其他董事亦未对此表示异议。

综合上述事实，本着客观、公正的原则，答辩人提请合议庭注意以下三点：

1. A、A 股票账户组及其一致行动人违反《证券法》《上市公司收购管理办法》，未履行信息披露义务、亦未在限制期内暂停交易，违法增持甲公司股份至 29.99%。

2. 中国证监会就 A 的违法行为发出《行政处罚决定书》，对其处以未履行信息披露义务的最高限额罚款 60 万元。

3. 甲公司董事会所作的决议之一系就 A、A 股票账户组及其一致行动人的违法增持行为提请有权机关追究，待有权机关审议批准后方可执行。

为便于合议庭审理，代理人根据上述基本事实制作了案情示意图：

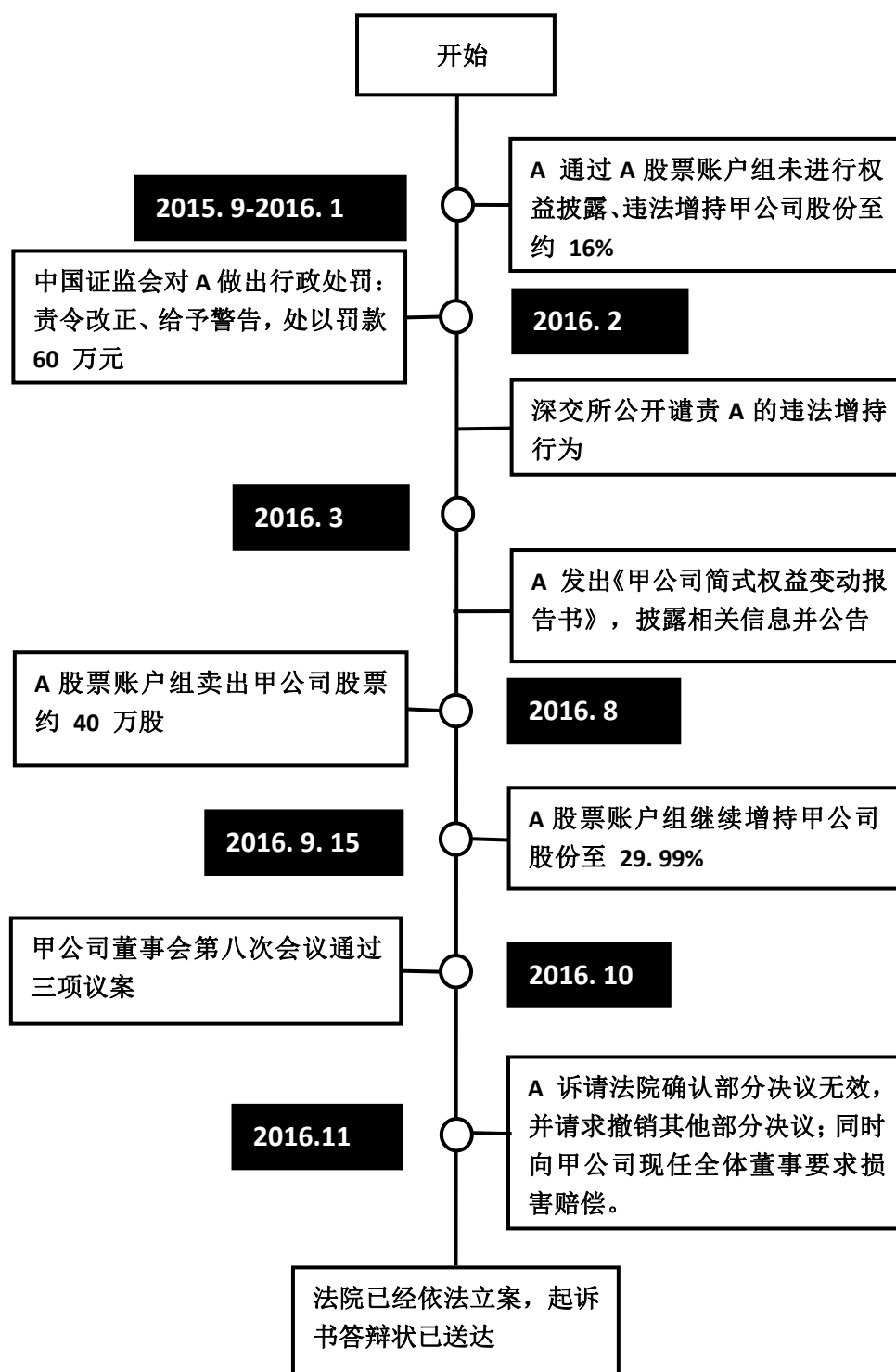


图 3-2 案情示意图

第四部分 代理意见

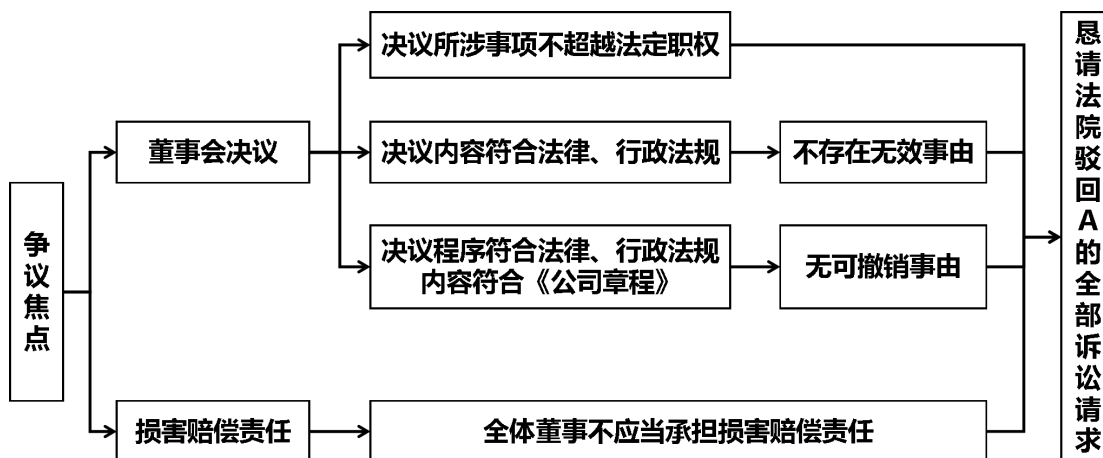


图 4-1 代理意见整体论证框架图

一、甲公司董事会决议所涉事项并不超越法定职权

决议之一系董事会对董事长和管理层的授权，并未超越董事会的法定职权。根据《收购办法》第八条的规定，^①董事会可以针对收购做出决策并采取措施，以维护公司及其股东的利益。根据《规范运作指引》2.3.7的规定，^②董事会可以授权董事会成员、经理人员或者其他机构代为行使部分职权。因此，董事会可以依据法律法规和公司章程的规定，在职权范围内，授权管理层处理公司经营事项。本案中，决议之一系董事会授权董事长和公司管理层就 A、A 股票账户组及其一致行动人的违法行为向有关监管部门进行举报、提起诉讼，请求有权机关对其违法行为进行追究，均在董事会权限范围内授权，并未超越其法定职权。

决议之二系董事会制订的《公司章程》修改方案，符合董事会的法定职权。根据《公司法》第四十六条、第一百零八条第四款的规定，董事会可依职权制订与公司经营事项有关的方案。而公司章程是调整公司内部关系和经营行为的自治规则，^③对公司章程的修改是对公司经营事项的调整。因此，制订公司章程的修改方案属于董事会的职权范围。《章程指引》进一步明确了董事会的该项职权，根据《章程指引》第一百零七条的规定，上市公司的董事会有权制订公司章程的修改方案。^④因此，甲公司董事会有权就修改公司章程的事项制订方案。

决议之三系董事会制订的定向发行股票方案，未违反董事会的法定职权。根据赛题材料，本案中增资发行的时间、价格、条件、程序、合法性等具体事项符合法律规定，在此不作具体论述。

综上，董事会作出的三项决议均符合《收购办法》《规范运作指引》《上市公司章程指引》的规定，并不超越《公司法》第四十六条规定的董事会职权。

① 《上市公司收购管理办法》第八条：……被收购公司董事会针对收购所做出的决策及采取的措施，应当有利于维护公司及其股东的利益，……

② 《深圳证券交易所上市公司规范运作指引》2.3.7：……董事会可以在会议闭会期间，在法律、行政法规、部门规章、规范性文件、《股票上市规则》、本指引、本所相关规定和公司章程等规定的授权原则下，授权董事会成员、经理人员或者其他机构代为行使除前两款规定外的部分职权……

③ 参见范建、王建文：《公司法》，法律出版社 2015 年第 4 版，第 172 页。

④ 《上市公司章程指引》第一百零七条：董事会行使下列职权：……（十二）制订本章程的修改方案；……

二、董事会决议内容符合法律、行政法规，不存在无效事由

(一) 决议之一系提请有权机关追究 A 的违法行为，请求内容未违反法律、行政法规

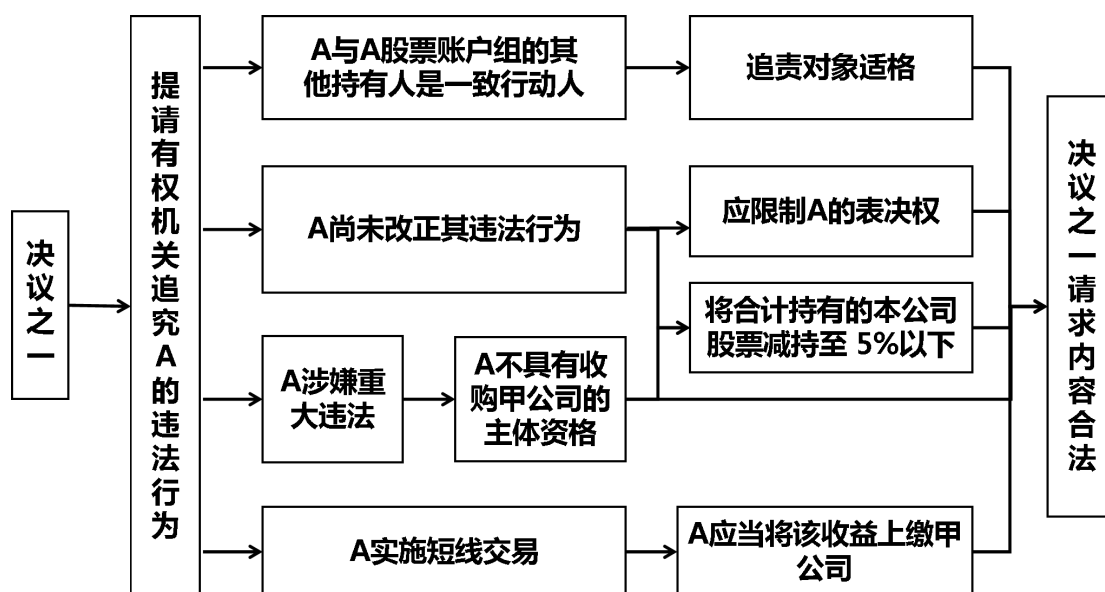


图 4-2 决议之一论证框架图

本案中，决议之一系甲公司董事会制订的尚待股东大会决议的方案，共有三项内容，意在授权董事长和管理层就 A、A 股票账户组及其一致行动人涉嫌违反证券交易法律、法规的行为，提请有权机关进行追究。第 I 项“向有关监管部门进行举报”、第 III 项“采取包括提起诉讼在内的措施”均是向有权机关提出请求的方式。而第 II 项所列的“限制表决权、收缴违法所得、责令减持股份、确认不具有收购资格”的四项请求，是对第 I 项“采取法律措施”“就其违法行为向有关监管部门举报”的细化，是提请有权机关追究的具体请求内容。该请求内容符合法律、行政法规，不存在无效事由，原因如下：

1. A 与 A 股票账户组的其他持有人是一致行动人，故甲公司提请有权机关追究的对象适格

根据《收购办法》第八十三条的规定，一致行动，是指投资者通过协议、其他安排，与其他投资者共同扩大其所能够支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。在上市公司的收购及相关股份权益变动活动中有一致行动情形的投资者，互为一致行动人。该条款亦规定了推定一致行动人的数种情形。

本案中，A 通过本人及其他十余个账户（即 A 股票账户组）违法增持甲公司股份，A 股票账户组均受 A 的控制，符合《收购办法》第八十三条第二项规定的“投资者受同一主体控制”的推定情形，在无相反证据的情况下，应认定 A 与 A 股票账户组的其他持有人为一致行动人。中国证监会就 A 控制 A 股票账户组实施的违法增持行为对 A 发出《行政处罚决定书》，A 代表 A 股票账户组发出《权益变动报告书》，亦证明该一致行动关系得到了 A 本人和中国证监会的确认。

《证券法》第八十六条规定：“通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有有一个上市公司已发行的股份达到百分之五时，应当在该事实发生之日起三日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告，通知该上市公司，并

予公告；在上述期限内，不得再行买卖该上市公司的股票。投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到百分之五后，其所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少百分之五，应当依照前款规定进行报告和公告。在报告期限内和作出报告、公告后二日内，不得再行买卖该上市公司的股票。”此处的“通过协议、其他安排与他人共同持有”即是指一致行动人共同持有，《收购办法》第十三条也对这一点进行了明确。^①

本案中，A与A股票账户组的其他持有者作为一致行动人，在2016年1月初已合计持有甲公司16%的股份，是《证券法》和《收购办法》规定的信息披露义务人。A、A股票账户组及其一致行动人在持续增持甲公司股份的过程中，应当在持股比例达到5%、10%、15%时及时向中国证监会及深交所报告，通知甲公司，发出公告，并在限制期内暂停交易甲公司股票。但从2015年9月至2016年1月，A股票账户组在增持过程中并未履行上述的公告、报告义务，也并未在限制期内暂停购入甲公司的股票，属于违法行为。

因此，在A、A股票账户组及其一致行动人涉嫌违反《证券法》第八十六条、《收购办法》第十三条的规定增持甲公司股票时，甲公司可以就其违法行为一并提请有权机关进行追究。^②故决议之一请求有权机关进行追究的对象适格，符合法律法规要求，不存在无效事由。

2. A尚未改正其违法增持行为，甲公司可以提请有权机关限制其表决权

《收购办法》第七十五条规定：“上市公司的收购及相关股份权益变动活动中的信息披露义务人，未按照本办法的规定履行报告、公告以及其他相关义务的，中国证监会责令改正，采取监管谈话、出具警示函、责令暂停或者停止收购等监管措施。在改正前，相关信息披露义务人不得对其持有或者实际支配的股份行使表决权。”2016年2月，中国证监会针对A的上述违法行为发出《行政处罚决定书》，对A责令改正、给予警告，并处以罚款60万元。事后，虽然A缴纳罚款、发出《权益变动报告书》并通过甲公司进行公告，但这并不构成对其违法行为的完全改正。故在A改正其违法行为前，甲公司应当提请有权机关根据《收购办法》第七十五条限制A的表决权。

首先，责令改正并非一种行政处罚，A缴纳罚款的行为并不构成“改正”。根据《行政处罚法》第八条的规定，责令改正并非《行政处罚法》列明的行政处罚种类，《行政处罚法》第二十三条亦排除了责令改正作为一种行政处罚形式的可能性。从立法目的来看，责令改正意在要求违法当事人对造成的损失予以补救，使不法状态恢复到合法状态^③，而行政处罚则更强调“惩罚性”，意在通过制裁使相对人承担违法的不利后果，而非督促相对人履行义务、补救损失。^④本案中，中国证监会对A处以罚款是对A违法增持行为的制裁，与责令改正属于两种不同性质的行政行为，故A缴纳罚款的行为仅仅是在执行中国证监会的行政处罚，而非对“责令改正”作出回应，A与A股票账户组不得以缴纳罚款为由主张已完成改正。

其次，A发出《权益变动报告书》的行为，仅仅补充履行了其在违法增持过程中未履行的公告、报告义务，并未对其限制期内购入甲公司股票的行为进行整改。根据《证券法》第三十八条，依法发行的股票，法律对其转让期限有限制性规定的，在限定的期限内不得买卖。

^① 《上市公司收购管理办法》第十三条：通过证券交易所的证券交易，投资者及其一致行动人拥有权益的股份达到一个上市公司已发行股份的5%时，应当在该事实发生之日起3日内编制权益变动报告书，向中国证监会、证券交易所提交书面报告，通知该上市公司，并予公告；在上述期限内，不得再行买卖该上市公司的股票……

^② 根据这一结论，下文就决议之一展开的论证，均将“A、A股票账户组及其一致行动人”简称为A。

^③ 参见高志新：《行政处罚法释义》，红旗出版社1996年版，第59页。

^④ 参见李孝猛：《责令改正的法律属性及其适用》，《法学》2005年02期，第57页。

《证券法》第八十六条则明确规定信息披露义务人在公告、报告期内和其后二日应暂停买卖该公司股票。本案中，A与A股票账户组并未在该限制期内暂停购入甲公司的股票，也未在改正过程中对该违法行为作出补救，因此A尚未完成对其违法增持行为的改正。

最后，A的补充信息披露行为并不符合《证券法》第八十六条的立法目的。《证券法》第八十六条创设的“慢走规则”为我国独有的制度，意在通过披露上市公司股东的大宗股份交易行为，确保投资者能在公司股权结构发生重大变化时，及时了解相关信息并作出相应的投资判断，避免股市的大幅震荡。^①若投资者在增持过程中严格遵守慢走规则，履行相应的信息披露义务，其公告会引起其他投资者的注意，进而相继买入该公司股票，这将会导致收购者的后续交易成本增加，^②而不履行该信息披露义务则可以显著降低这一成本。故本案中A的违法行为实际上降低了其自身的收购成本，侵害了其他股东享有的交易选择权，其三次违反慢走规则的行为亦严重破坏了证券市场的正常秩序。如前所述，责令改正意在督促相对人履行义务以使其行为从违法状态恢复到合法状态，然而A发出《权益变动报告书》的行为仅仅补偿了投资者的知情权，却并未补偿投资者受侵害的交易选择权，亦未恢复遭破坏的证券市场秩序，并不符合慢走规则的立法目的。

综上，A缴纳罚款的行为并不构成“改正”，其发出《权益变动报告书》的行为仅补充履行了信息披露义务，并未对限制期内转让的违法行为作出补救，亦未补偿投资者受侵害的交易选择权、恢复遭破坏的证券市场秩序。因此，A并未改正其违法增持行为，甲公司可以提请有权机关根据《收购办法》第七十五条的规定限制A的表决权。故决议之一第II项第i小项“A在改正其违法行为前不得对其持有的本公司股份行使表决权”的请求内容符合法律、行政法规，不存在无效事由。

3. 根据《证券法》第四十七条，A应当将其实施短线交易的收益上缴甲公司

《证券法》第四十七条规定：“上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后六个月内卖出，或者在卖出后六个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。”

本案中，A在2016年1月已持有甲公司16%的股份，其后除甲公司停牌日之外的绝大部分交易日，A均在不断增持甲公司股票，持股比例早已高于5%，属于《证券法》第四十七条规制的大股东。在2016年8月，A在持续购入甲公司股票的过程中，亦卖出了约40万股的甲公司股票，属于《证券法》第四十七条规制的“买入后六个月内又卖出”的行为，故A由此获得的收益应当归公司所有。

因此，甲公司可以提请有权机关根据《证券法》第四十七条的规定，责令A将其实施短线交易卖出60万股甲公司股票的违法所得上缴甲公司。故决议之一第II项第ii小项“A将其违法所得上缴本公司”的请求内容符合法律、行政法规，不存在无效事由。

4. A的违法增持行为涉嫌重大违法，甲公司可以提请有权机关确认A不具有收购甲公司的主体资格

《收购办法》第六条规定：“……有下列情形之一的，不得收购上市公司：……（二）收购人最近3年有重大违法行为或者涉嫌有重大违法行为；……”本案中，A数次不履行信息披露义务、在限制期内交易甲公司的股票、隐瞒一致行动人，涉案数额巨大，甲公司董事

^① 参见李振涛：《我国上市公司大额持股变动的法律责任探析》，《法律适用》2016年第1期，第107页。

^② 参见张弋羲：《超比例增持股票行为的定性探析》，《证券法苑》2017年第2期，第100页。

会认为其已涉嫌重大违法行为，故根据《收购办法》第六条请求中国证监会等有权机关确认 A 不具有收购本公司的主体资格。

根据《证券法》第八十六条、《收购办法》第十三条的规定，投资者及其一致行动人在增持上市公司股份的过程中，负有相应的信息披露义务、并应在限制期内停止交易。《收购办法》第十六条规定：“投资者及其一致行动人……拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份的 5%，但未达到 20%的，应当编制包括下列内容的简式权益变动报告书：（一）投资者及其一致行动人的姓名、住所……”A 在增持甲公司股份的过程中，隐瞒一致行动人，未在增持至 5%、10%、15%时履行报告和公告的义务，亦未暂停交易，违反了《证券法》第八十六条、《收购办法》第十三条、第十六条的规定，已构成违法行为。

同时，A 在违法增持的过程中连续三次违反信息披露义务、在限制期内交易甲公司股票，隐瞒一致行动人，违法增持甲公司股票超过 9600 万余股，多次违法且涉案数额巨大。更值得注意的是，A 的违法增持行为被中国证监会处以 60 万元罚款，已达到《证券法》第一百九十三条的最高罚款限额。

因此，根据《证券法》第八十六条、第一百九十三条，《收购办法》第十三条、第十六条的规定，A 的违法增持行为已涉嫌重大违法行为，甲公司可以提请有权机关根据《收购办法》第六条的规定，确认 A 不具有收购甲公司的主体资格。故决议之一第 II 项第 iv 小项“A 应被确认不具备收购本公司的主体资格”的请求内容符合法律、行政法规，不存在无效事由。

5. A 的后续增持行为违法，故甲公司可以提请有权机关责令 A 减持其违法所得至 5% 以下

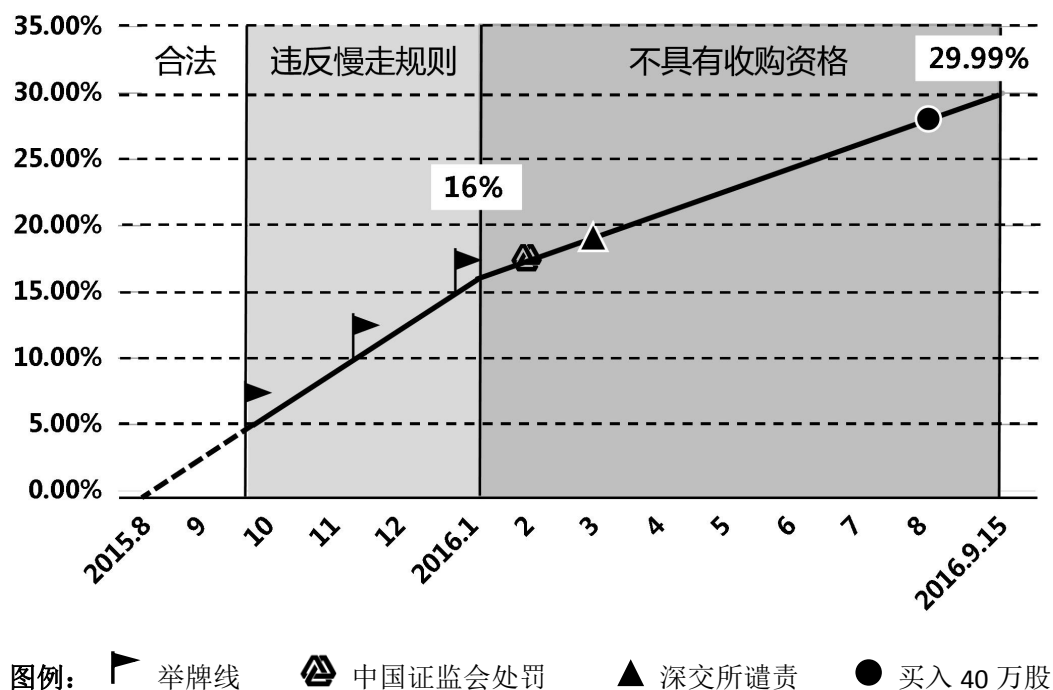


图 4-3 A 持有甲公司股份变动示意图

如前所述，A 的增持行为涉嫌重大违法，根据《收购办法》第六条，应被有权机关确认

其不具有收购甲公司的主体资格。若 A 被确认不具有收购资格，其后续的增持行为虽经信息披露，亦会因主体不适格而涉嫌违法。如上图所示，在 A 持有的甲公司 29.99% 的股份中，A 自 2015 年 9 月至 2016 年 1 月共增持 16% 的股份，其中违反“慢走规则”的增持比例为 11%，A 自 2016 年 3 月至 2016 年 9 月违反《证券法》第六条的增持比例为 13.99%，故 A 共计违法增持了甲公司 24.99% 的股份。

同时，A 并未改正其违法增持行为。A 虽已缴纳 60 万元罚款并发出《权益变动报告书》，但这仅仅是对其未履行的信息披露义务进行补充履行，并未整改限制期内转让的违法行为，亦未补偿投资者受侵害的交易选择权、恢复遭破坏的证券市场秩序。此外，A 在涉嫌重大违法、可能已不具有收购主体资格时，非但没有尝试恢复已遭到破坏的市场秩序，改正自己的违法行为，反而怀着侥幸心理继续增持甲公司股票至 29.99%，成为甲公司的第一大股东。A 对证券市场交易秩序的漠视意味着单纯的罚款已不足以使 A 遵循证券市场的交易规则，诚实信用地行使权利、履行义务。

因此，根据 A 的违法行为和情节，结合《证券法》与《收购办法》的立法宗旨与目的，^①甲公司可以请求有权机关责令 A 减持其合计持有的甲公司股票，恢复至持股 5% 以下的合法状态，以督促其改正违法行为，从而维护证券市场的正常秩序、震慑其他因违法成本低而任意违反“慢走规则”的恶意收购者。故决议之一第 II 项第 iii 小项“A 改正其违法行为，将合计持有的本公司股票减持至 5% 以下”的请求内容并未违反法律、行政法规，不存在无效事由。

综上，决议之一系甲公司董事会制订的尚待股东大会决议的方案，意在授权董事长和管理层就 A、A 股票账户组及其一致行动人涉嫌违反证券交易法律、法规的行为，提请有权机关进行追究。其具体请求内容符合法律、行政法规，故决议之一不应当被确认无效。

（二）决议之二具体规定董事、监事提名的方式和程序，不违反法律、行政法规

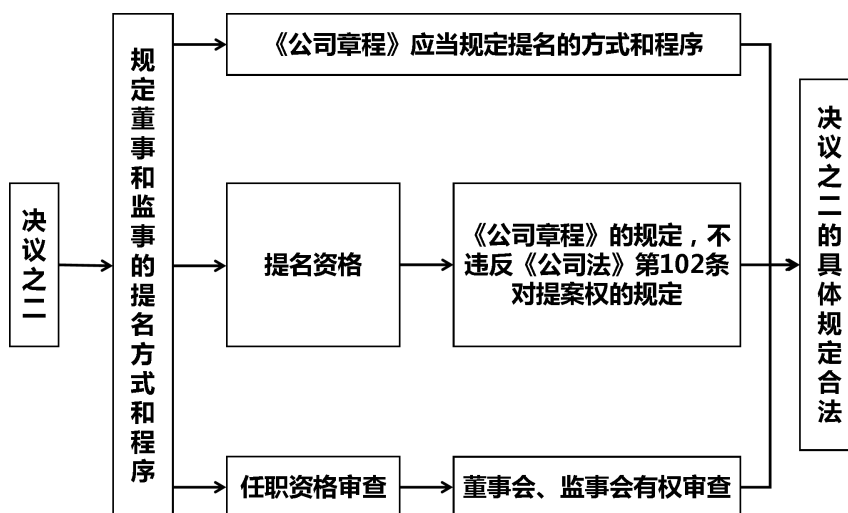


图 4-4 决议之二论证框架图

^① 《中华人民共和国证券法》第一条：为了规范证券发行和交易行为，保护投资者的合法权益，维护社会经济秩序和社会公共利益，促进社会主义市场经济的发展，制定本法。

《上市公司收购管理办法》第二条：上市公司的收购及相关股份权益变动活动，必须遵守法律、行政法规及中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）的规定。当事人应当诚实守信，遵守社会公德、商业道德，自觉维护证券市场秩序，接受政府、社会公众的监督。

1. 根据《章程指引》，《公司章程》应当规定董事、监事提名的程序和方式

根据《章程指引》第八十二条的规定：“公司应当在章程中规定董事、监事提名的方式和程序，以及累积投票制的相关事宜。”提名董事、监事的方式和程序，包括股东提名董事、监事的权限，提名人数，董事、监事人选产生的程序等内容。^①

本案中，《公司章程》的修改方案对“董事、监事提名”条款作出了如下修改：

第一，增加股东提名董事的资格要求：增加“连续180天以上单独或者合并持股”的积极要求；增加“有违反《证券法》行为的股东，在违法行为发生后三年内不得提名公司非独立董事、监事候选人”的消极要求。

第二，增加董事、监事提名及任职资格审查的程序。

上述修改是对股东提名董事、监事的权限，董事、监事人选产生的程序作出的规定，属于《章程指引》第八十二条规定的“提名的程序和方式”，因此《公司章程》的修改方案有权对上述事项作出规定。

2. 《公司章程》规定股东提名董事、监事的资格，不违反《公司法》第一百零二条对提案权的规定

《章程指引》第八十二条规定：“董事、监事候选人名单以提案的方式提请股东大会表决。”因此，“董事提名”也是一种股东提案，应当遵循《公司法》中股东提案的资格要求。

《公司法》第一百零二条规定：“单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东，可以在股东大会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会。”该条款规定了股东提出临时提案的资格，但其该条款在适用于股东提名董事、监事时属于任意性规范，并未禁止公司章程对股东提名董事、监事的资格作出补充规定。

首先，从文义解释的角度来看，该规定使用“可以”的字眼来规定提案资格，对此可做两种解释：第一种是符合该规定的股东一律享有临时提案权，“可以”意味着有提案和不提案的自由；第二种是符合该规定的股东“可以”但并非一定享有临时提案权，即该规定是股东提案的最低资格。其次，从体系解释的角度来看，《公司法》全文的“可以”一词在任意性规定和强制性规定中均有所出现，不能确定其内涵。最后，从目的解释的角度来看，《公司法》的立法目的是为了保护和平衡公司、股东和债权人的合法权益，维护市场的效率和秩序。^②董事资格既是担任董事的前提条件，也是法律为防止无才无德之士混入董事会滥用董事职权而确立的预防性制度。^③若在股东提名董事、监事时强制适用《公司法》第一百零二条，持股3%以上的股东即可提名董事、监事，这将导致选任董事、监事的效率显著降低，也可能导致缺乏管理能力的人进入到董事会中，违背了《公司法》保障公司正常运营、维护市场秩序的初衷。因此，股东提名董事的资格不应当强制适用《公司法》第一百零二条，而应根据不同公司的需要，允许其通过《公司章程》对股东提名董事的资格作出具体规定。允许相关主体在法律范围之内自行确定权利义务，这正是任意性规定的概念。^④

综上，《公司法》第一百零二条适用于股东提名董事的资格时是任意性规定，公司章程

① 参见王建文、范健：《论我国反收购条款的规制限度》，载《河北法学》2007年07期。

② 参见《中华人民共和国公司法》第一条：为了规范公司的组织和行为，保护公司、股东和债权人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展，制定本法。

③ 参见王建文：《我国公司章程反收购条款：制度空间与适用方法》，载《法学评论》2007年第2期。

④ 卓泽渊：《法学导论》，法律出版社2007年第1版，第43页。

可以在该条规定的基础上,参照相关法律法规对董事提名的方式和程序做出细化规定。甲公司董事会制订的《公司章程》修改方案中增加的“连续180天以上单独或者合并持股”的持股时间要求正是参照《上市公司章程指引》第三十五条^①和日本《公司法》的有关规定作出的^②。而“有违反《证券法》行为的股东,在违法行为发生后三年内不得提名公司非独立董事、监事候选人”的消极提名资格规定,系参照《规范运作指引》的有关规定作出。^③

3. 根据《规范运作指引》和《监事会工作指引》,董事会、监事会有权审查被提名的董事、监事的任职资格

《规范运作指引》3.2.5规定:“公司董事会、监事会应当对候选人的任职资格进行核查,发现不符合任职资格的,应当要求提名人撤销对该候选人的提名。”同时,《监事会工作指引》第六条规定:“为保障监事符合任职资格,建议公司监事会当对被提名的候选人的任职资格进行核查,发现不符合任职资格的,告知提名人,并要求其撤销对该候选人的提名。”因此,甲公司董事会、监事会应当对被提名的董事、监事候选人的任职资格进行审查。

如前所述,参照《规范运作指引》《监事会工作指引》的规定,甲公司《公司章程》可以授权董事会对股东提名董事的资格和董事的任职资格进行审查、授权甲公司监事会对股东提名监事的资格和监事的任职资格进行审查。

综合以上三点,甲公司董事会第八次会议决议之二系制订《公司章程》的修改方案,未超越董事会职权,其内容属于股东大会的决议范围,有明确议题和具体决议事项,并且符合法律、行政法规和本章程的有关规定,甲公司董事会第八次会议召开程序与决议之二的表决方式符合法律规定,程序无瑕疵,不存在《公司法》第二十二条的无效和可撤销情形。

(三) 决议之三系定向发行股票的方案,符合法律、行政法规的要求

根据《公司法》第四十六条,董事会有权制定公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案,在本案中,董事会通过决议之三,就甲公司向丁公司定向发行股票制定方案。定向发行股票属于公司增加注册资本的方式,因此,董事会就定向发行股票制定方案符合《公司法》规定的董事会职权。《上市公司非公开发行股票实施细则》第十一条、第十三条^④规定,上市公司申请非公开发行股票,应当由董事会作出决议,确定非公开发行股票方案的具体内容,方案内容应当包括发行时间、定价原则、认购数量等内容。

决议之三系有具体发行对象的定向发行股票方案。该决议确定以丁公司为发行对象,明确向丁公司发行股票的具体数额(约2.485亿股,发行后占甲公司股份比例为29.4%),规定了增资发行的时间、价格、条件和程序,并由董事会对该方案进行了合法性审查。故决议

① 《上市公司章程指引》第三十五条:董事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者本章程的规定,给公司造成损失的,连续180日以上单独或合并持有公司1%以上股份的股东有权书面请求监事会向人民法院提起诉讼。

② 参见王保树主编:《最新日本公司法》,于敏、杨东译,法律出版社2006年版,第191页。

③ 《深圳证券交易所主板上市公司规范运作指引》3.2.3:董事、监事和高级管理人员候选存在下列情形之一的,上市公司应当披露该候选人具体情形、拟聘请该候选人的原因以及是否影响上市公司规范运作:(一)最近三年内受到中国证监会行政处罚;(二)最近三年内受到证券交易所公开谴责或者次以上通报批评;……《深圳证券交易所中小企业板上市公司规范运作指引》《深圳证券交易所创业板上市公司规范运作指引》均有相同规定。

④ 《上市公司非公开发行股票实施细则》第十一条:上市公司申请非公开发行股票,应当按照《管理办法》的相关规定召开董事会、股东大会,并按规定及时披露信息。第十三条:上市公司董事会作出非公开发行股票决议,应当符合下列规定:(一)应当按照本细则的规定确定本次发行的定价基准日,并提请股东大会批准;(二)董事会决议确定具体发行对象的,董事会决议应当确定具体的发行对象名称及其定价原则、认购数量或者数量区间、限售期;发行对象与公司签订的附条件生效的股份认购合同应当经董事会批准。……

之三定向发行股票方案内容符合法定要求，不违反现行法律、行政法规的强制性规定，不存在无效事由。

三、董事会决议程序符合法律、行政法规，内容符合《公司章程》，无可撤销事由

《公司法》第二十二条第二款规定：“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。”本案中董事会会议作出三项决议，会议召集程序和决议表决方式并未违反法律、行政法规，符合甲公司《公司章程》规定，故不具有《公司法》第二十二条的可撤销情形。

（一）决议之一、决议之二召集程序、表决程序无瑕疵

通过决议之一、之二的董事会会议经过了召集与召开的合法程序，^①召集程序无瑕疵。

根据《公司法》第一百一十一条^②和《公司章程》^③，董事会会议应有过半数的董事出席，就一般事项的决议必须经全体董事的过半数通过，就修改公司章程的特别决议事项必须经由董事会三分之二以上的董事同意表决通过。本案中，董事会会议全体董事出席，出席表决人数符合法定要求。决议之一内容系有关对 A 进行举报的一般事项，应由全体董事过半数通过，决议之二内容系修改公司章程的特别事项，应由全体董事三分之二以上同意表决通过。本案中，决议之一、决议之二均为 11 票赞成、0 票反对、0 票弃权的表决结果通过，表决程序符合《公司法》和《公司章程》的要求，故决议之一、之二两项决议表决程序符合法律要求，均无程序瑕疵。

（二）决议之三回避程序合法，表决结果有效

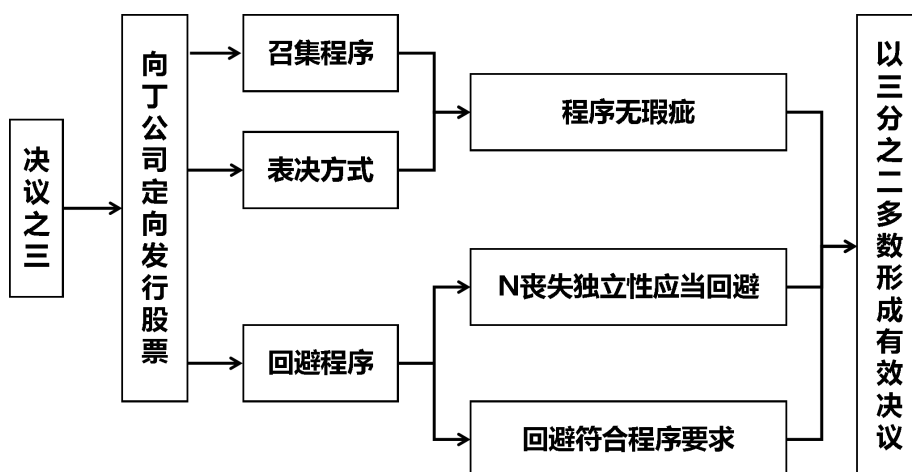


图 4-5 决议之三论证框架图

① 参见赛题答疑第十一项第 1 条。

② 《公司法》第一百一十一条：董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决，实行一人一票。

③ 根据赛题答疑第十三项第 3 条，甲公司章程就修改公司章程的董事会会议议题，规定必须由董事会三分之二以上的董事表决同意。

1. 独立董事 N 在决议之三的表决中丧失独立性，应当回避

根据中国证监会《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》，上市公司独立董事是指不在公司担任除董事外的其他职务，并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事。独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务，应当独立履行职责，不受上市公司主要股东、实际控制人、或者其他与上市公司存在利害关系的单位或个人的影响。^①由此，独立董事的独立性，有两项构成要件^②：其一，不在其受聘的上市公司担任除董事外的其他职务；其二，与该上市公司及主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系。必须同时满足上述两项构成要件，方能认定独立董事具有独立性，若不符合其中任意一项，则应当认定为不具有独立性。

根据深交所对上市公司规范运作的规定，^③独立董事发现审议事项存在影响其独立性的情况时，应当向公司申明并实行回避。因此，独立董事丧失独立性属于独立董事的特别回避事由，若独立董事发现审议事项会干扰其独立判断时，就应当申请回避，而并不需要构成《公司法》第一百二十四条^④所称的“关联关系”方能回避。独立性受损和与决议所涉企业有关联关系均为独立董事的回避事由，符合其中任意一项情形时，独立董事就应当申请回避。

本案中，决议之三的表决使独立董事 N 陷入利益冲突，无法进行独立客观的商业判断。N 在戊公司担任董事总经理，具有直接控制戊公司的地位，而戊公司与本决议所涉的丁公司具有潜在的竞争关系。此处所称潜在的竞争关系意指尽管在现阶段，戊公司与丁公司不具有直接的竞争关系，但是可以预见在将来两家公司会形成直接的竞争，在市场中产生利益冲突与竞争，因此 N 作为戊公司的直接控制人，出于忠实履职维护戊公司利益的目的，就潜在涉及竞争关系的事项中，不可避免地具有维护戊公司、妨碍丁公司利益的倾向。该决议一经通过提交股东大会决议，丁公司很可能成为甲公司的第一大股东。丁公司成为甲公司主要股东后，N 将同时在具有潜在竞争关系的两家公司任职。此时，当 N 参与甲公司董事会议事、就相关事项作出商业判断时，会受到戊公司与丁公司利益冲突关系的影响，无法就维护甲公司与丁公司利益的立场出发独立客观地作出判断，因此戊公司与丁公司的竞争关系构成可能妨碍 N 进行独立客观判断的关系，N 将在履职中丧失独立性，无法继续担任甲公司的独立董事。由此可见，这一决议的表决结果会直接影响 N 的独立董事席位，属于涉及 N 自身利益的利害关系，这一利害关系足以干扰 N 在审议决议三事项时所作出的商业判断，N 无法在判断过程中保持其客观独立，因此 N 在该决议中已然丧失其独立性，应当实行回避。

① 《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》第一条：（一）上市公司独立董事是指不在公司担任除董事外的其他职务，并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事。（二）独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。独立董事应当按照相关法律法规、本指导意见和公司章程的要求，认真履行职责，维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的合法权益不受损害。独立董事应当独立履行职责，不受上市公司主要股东、实际控制人、或者其他与上市公司存在利害关系的单位或个人的影响。独立董事原则上最多在 5 家上市公司兼任独立董事，并确保有足够的时间和精力有效地履行独立董事的职责。……

② 参见赵旭东：《公司法》，高等教育出版社，2015 年第四版，第 302 页。

③ 《深圳证券交易所主板上市公司规范运作指引》第 3.5.1 条与《深圳证券交易所创业板上市公司规范运作指引》第 3.5.1 条均表述为：独立董事应当独立公正地履行职责，不受上市公司主要股东、实际控制人或者其他与公司存在利害关系的单位和个人的影响。若发现所审议事项存在影响其独立性的情况，应当向公司申明并实行回避。任职期间出现明显影响独立性情形的，应当及时通知公司，提出解决措施，必要时应当提出辞职。

④ 《公司法》第一百二十四条：上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。……

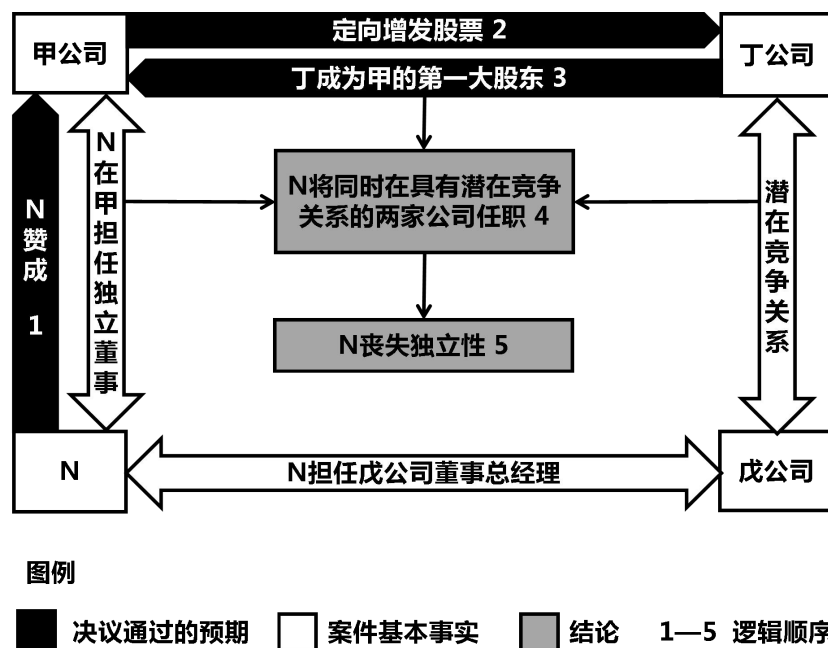


图 4-6 N 丧失独立性事由示意图

2. 独立董事 N 的回避符合程序要求

回避作为一种法定程序，应当由法定主体作出回避决定。在本案中，有权作出回避决定的法定主体是甲公司董事会，法律、行政法规和甲公司《公司章程》对具体的回避程序没有做出限制。独立董事 N 在决议之三表决前，向董事会披露了构成回避事由的利害关系，已经明确提出回避请求，并且其他董事未提出异议，不需要另行表决，应当认为其余董事已经表决通过 N 的回避请求，符合法定要求。即使此处有关 N 的临时回避程序上存在瑕疵，另外由于其余董事均未对 N 的回避请求提出异议，这一瑕疵也并不会妨碍其余董事在议定 N 的回避决议时充分发表意见、公平地参与多数意思的形成，并且这一瑕疵对 N 的回避结果不会产生实质影响^①，因此根据《〈公司法〉司法解释（四）》第四条的规定^②，假如存在瑕疵，N 的回避决定仍然有效。

本案中，现行法律、行政法规没有规定董事回避的程序，回避程序属于公司可以自行规定的事项，而甲公司《公司章程》也并未对此作出具体规定，由此可知，回避程序并无法定或章程限定，立法并不要求其程序具有严格的正当性，程序是否正当对该回避决定的效力并不产生实质影响。而商业惯例上，董事提出回避申请，若董事会其余成员不提出异议，则回避申请已经通过，不需要另行决议，只有董事会成员意见不一致时，才需要就回避事项单独决议。因此，N 的回避程序符合商业惯例中的通行做法，不会导致回避决定的效力产生瑕疵。

3. 独立董事 N 回避后表决以三分之二多数形成有效决议

《公司章程》规定，就发行股票的董事会会议议题，必须由董事会三分之二以上的董事表决同意。此处所称的“董事会三分之二以上的董事”，是指具有投票权的董事，进行回避的董事无投票权，应被排除，不计入投票总数。如前所述，在决议之三的表决中，独立董事

^① 此处所称的“实质影响”是指，是否会对决议决定作出实体变更，即是否会产生使 N 不能回避的结果。

^② 参见最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院〈公司法司法解释（四）〉理解与适用》，人民法院出版社 2017 年版，第 115-117 页。

N具有合理的回避事由并进行了回避，在本议案中并无表决权，故N不应被计入投票总数。此时，在决议之三表决程序中，具有投票权的董事总数为10人，表决结果为7票赞成、3票反对、0票弃权，赞成票超过投票总数的三分之二，符合《公司章程》的规定，故决议之三表决通过，成为有效决议。

四、甲公司全体董事不应当承担损害赔偿责任

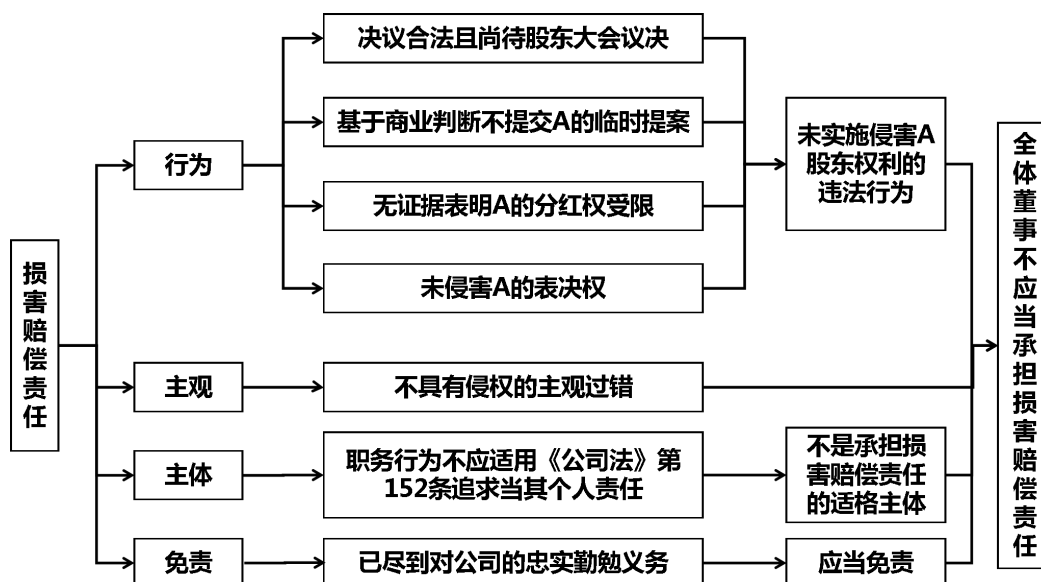


图 4-7 损害赔偿责任论证框架图

依据《公司法》第一百五十二条和《侵权责任法》的规定，股东对公司董事提起诉讼，只有在董事会违反法律法规或公司章程、股东权益受损且公司董事具有主观过错的情形下，才能要求全体董事承担损害赔偿责任。在本案中，首先，甲公司全体董事没有实施侵害A股东权利的违法行为；其次，董事会针对A的违法行为通过相关决议并不代表全体董事具有侵害A权益的主观故意；再次，董事会作出决议，属于全体董事的职务行为，A不能要求董事就该职务行为承担个人责任；最后，全体董事已对甲公司尽到了忠实勤勉义务，不论其行为是否造成损害结果，均应当免除其个人责任。

（一）全体董事并未实施侵害A股东权利的违法行为

1. 董事会决议合法且尚待股东大会决议，并未对A的权益造成实际影响

其一，董事会的决议未违反法律、行政法规，不具有违法性。如前文代理意见二、三所述，董事会决议之一的内容为授权公司管理层针对A的违法行为向有权机关提请追究，决议之二、决议之三属于董事会制订的修改《公司章程》、定向发行股票的方案。董事会作出三项决议均未超越《公司法》第四十六条规定的董事会职权，且不违反公司和证券领域的法律法规。故董事会依据法定职权，作出合法决议的行为不具有违法性。

其二，董事会作出的决议尚待股东大会决议，并未被实际执行。董事会作出的三项决议均需提交股东大会审议，在股东大会表决通过后方能执行。同时，在2017年10月董事会决议作出后至本案开庭审理时，并无证据表明决议的部分或全部内容得到具体实施。

综上，根据本案案件事实，结合相关法律法规的规定，甲公司董事会作出的三项决议内

容合法，未超越董事会职权，其行为不具有违法性。且三项决议并未被实际执行，客观上未对 A 的权益造成任何影响。

2. 董事会办公室依据《公司章程》决定不提交 A 的临时提案，属于商业判断，并非无端拒绝，不构成对 A 提案权的侵害

根据《规范运作指引》2.3.7，董事会可以授权其他机构行使除《公司法》规定的专属于董事会以外的其他职权、执行董事会日常的业务和事项。根据商业惯例，这一职权一般由董事会办公室行使。在股东大会召开前，为确保股东大会的顺利进行，董事会作为召集人应对股东大会的提案质量进行审查。在实践中，董事会往往会因为提案众多而授权董事会办公室代行这一职权，即由董事会办公室基于自身的商业判断对提案做初步审查。^①在商业判断的过程中，董事会应当依据法律、行政法规、行业规范和本公司的公司章程作出是否提交股东大会的决定。若其作出不提交的决定，也是在深思熟虑的基础上依法作出的，并非不论事由的无理拒绝股东提案，自不会构成对股东提案权的侵害。况且，股东若不服董事会办公室不提交提案的决定，亦可向董事会或者监事会进行申诉。易言之，董事会办公室对提案的初步审查并不会妨碍股东行使提案权。

本案中，A 两次向甲公司股东大会提出临时提案，董事会办公室需在董事会的授权范围内对 A 的临时提案进行审查。而 A 在违法增持甲公司股票、受到证监会处罚后，能否向股东大会提交提案，需要由董事会办公室依据《公司法》《证券法》《收购办法》和《公司章程》等进行独立判断。董事会办公室认为：A 连续三次不履行信息披露义务、多次在限制期内购入甲公司的股票、涉案数额巨大，受到证监会行政处罚并被深交所公开谴责，已构成《公司章程》所称“严重违反法律法规和相关的交易所规定”的行为，故 A 不得行使表决权、分红权等股东权利。因此，董事会办公室在对相关事项进行详细审查和斟酌考量后，决定不提交 A 的临时提案，并非设置障碍恶意阻拦 A 行使股东权利。另外，A 若不服该决定，亦可向甲公司董事会或者监事会进行申诉。

综上，董事会办公室在董事会授权范围内，依据《公司章程》决定不提交临时提案的行为是基于商业判断的履职行为，不构成对 A 的提案权的侵害。

3. 甲公司尚未进行分红，无证据表明 A 的分红权受限

其一，按照《公司法》^②规定和商业惯例，公司是否分红、如何分红属于公司可以自由决定的内部事项，应由公司章程作出规定，分红决定和具体方案董事会决议制订，并由股东大会决议。在公司未盈利或者需要使用盈利进行经营等情形下，基于公司自身的经营策略，可以不进行分红，目前也并无任何法律法规规定强制上市公司进行分红。^③故在本案中，甲公司在此前一段时间未进行分红并不违反法律法规的规定。

其二，甲公司不作出分红决定并不侵害 A 的分红权。分红权所对应的股份收益权本质

^① 目前我国《公司法》和其他法律法规对董事会办公室的性质和职能并没有具体详细的规定，但根据上市公司的实践经验和行业惯例，董事会办公室作为辅助董事会行使日常管理的机构，对于接收到的提案，可以依据公司章程和相关的法律法规进行初步审查，决定是否进一步将其提交至股东大会，这是出于股东大会召集成本高，开会时间短的一种处理方式。

^② 《公司法》第三十七条：股东会行使下列职权：……（六）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案：……

《公司法》第八十一条：股份有限公司章程应当载明下列事项：……（九）公司利润分配办法：……

^③ 中国证监会于 2006 年发布《上市公司证券发行管理办法》，于 2008 年发布《关于修改上市公司现金分红若干规定的决定》，于 2012 年发布《关于进一步落实上市公司现金分红有关事项的通知》，于 2013 年发布《上市公司监管指引第 3 号——上市公司现金分红》，在这些规范企业分红的文件中均未出现强制分红的规定，仅仅对公司章程的分红条款和公司作出不分红决定进行限制和规范。

上是股东对公司的利润分配请求权，该权利的实现必须建立在符合公司章程、公司有盈利、股东大会通过分红决议的基础上。在本案中，自2015年9月至起诉时，甲公司尚未进行分红，即基于公司经营状况作出商业判断，认为不需要进行分红，对全体股东作出不分红的决定，全体股东均未得到分红利润，并无证据表明甲公司董事会是在必须分红的情况下基于损害股东权利的恶意作出不分红决定，甲公司未进行分红的行为不侵害A的分红权。

综上，甲公司股东大会可以决定是否进行分红，公司在一段时间未进行分红并不等同于侵害股东的分红权。且在本案中，并无事实与证据表明甲公司董事会实施了故意限制A分红权的措施，A的股份收益权并未受到董事会侵害。

4. 全体董事并未侵害A的表决权

根据《公司法》第四条的规定，公司股东依法享有参与重大决策和选择管理者等权利，表决权属于法定的股东权利。在本案中，并没有任何证据表明A的表决权受到全体董事的限制。A在事实上未行使表决权，^①并不能确定A是由于自身的主观原因，如未出席股东大会因而不能行使权利，还是由于甲公司限制了其表决权，不能当然将A未行使表决权的結果归因于甲公司全体董事。案件中，甲公司董事会除通过决议之一并未采取任何限制或意图限制A表决权的措施，而决议之一系提请有权部门根据《证券法》规定作出限制A表决权的决定，且该决议并未实际执行，并不构成对A表决权的侵害。

综上，本案中并没有事实证据表明A的表决权受到侵害，且董事会并未采取侵害A表决权的措施，A的表决权没有受到董事会侵害。

(二) 董事会表决通过三项议案并不具有侵权的主观过错

侵权责任法中同时存在过错责任原则、推定过错责任原则、严格责任原则和公平责任原则四种归责原则。其中过错责任原则是我国《侵权责任法》中的一般归责原则，在整个侵权法中具有基础性作用，这一基础性作用体现为，除非法律有明确规定，否则都应当适用过错责任的一般条款。^②本案中，A以股东权利受损为由起诉全体董事要求损害赔偿，股东权利属于《侵权责任法》保护的民事权益，但在《侵权责任法》中对此并无特别规定，故而侵害股东权利应当适用一般的过错责任原则。因此要追究本案中全体董事的侵权责任，必须需要证明其对A的权益受损存在过错。

侵权责任法上的过错，指行为人通过违反义务的行为所表现出来的一种应受非难的心理状态。过错的形式主要有故意和过失两种。^③故意指行为人对于构成侵权行为的事实，明知并希望使其发生（直接故意），或预见其发生而发生并不违背其本意（间接故意或未必故意）。过失，指行为人可以预见行为的侵害结果，应当注意而未采取措施以避免其结果发生。^④

甲公司董事会对A的受损不存在故意的心理态度。故意有两个构成要件，第一，行为人预见到行为的有害后果，第二，行为人对后果的发生采取希望和放任的态度。在本案中，董事会于2016年10月召开并通过三项决议，尽管全体董事能够预见到决议经股东大会通过后可能产生的权利限制结果，但是就决议内容而言，一方面，董事会作出决议之一，请求有权机关对A进行追究是为了回应A的违法行为，防御恶意收购，旨在维护公司利益；另一方面，董事会决议并非只限制A股东权利，其修改公司章程、定向增发股票的方案将对公司所有股东产生普遍约束。综合而言，董事会为维护公司利益作出三项决议，并不具有积极

^① 参见赛题答疑第十条第4项，“A未能行使表决权”。

^② 参见王利明、周友军、高圣平：《侵权责任法疑难问题研究》，中国法制出版社2012年版，第142页。

^③ 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2016年第四版，第1012页。

^④ 参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2016年第三版，第296-298页。

侵害股东利益的主观意图，不存在侵权的故意。

甲公司董事会对A的受损不存在过失的心理态度。过失有两种情形，即行为人应当预见到行为的后果却没有预见或者已经预见行为的后果却轻信能够避免。在实践中，往往对过失进行类型化判断，实现客观归责，从注意义务的角度来判断行为人的过失的有无，学理上称为善良管理人的注意义务。善良管理人的注意，系一种客观化或者类型化的过失标准，即行为人应具其所属职业，某种社会活动的成员或某年龄层通常所具的智识能力。^①在本案中，考察全体董事对A的权利受限是否具有过失，就应当从上市公司董事的立场考察其是否尽到善良管理人的注意义务。甲公司董事会出于预防恶意收购，防止股东滥用权利损害公司利益的目的，积极履职，通过决议提出了追究A的违法行为、修改《公司章程》、定向增发股票的方案。此举并未与全体董事的认识能力和注意义务并不相悖。因此，甲公司董事会作出决议不存在侵权的过失。

综上，全体董事审议表决通过三项董事会决议，不具有侵害A股东权利的主观过错。

（三）全体董事依法作出的职务行为不应适用《公司法》第一百五十二条追究其个人责任

《侵权责任法》第三十四条规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。”根据《民法通则》^②和《民法通则意见》^③，企业法人的法定代表人和其他工作人员以法人名义从事经营活动，应当由企业法人承担民事责任。公司董事作为公司高级管理人员，其审议表决通过三项关于公司管理事务的决议属于以公司名义作出的履职行为，该行为的法律后果应当由公司承担，即便董事会决议造成损害结果，也应由公司先承担赔偿责任，之后再向董事进行内部追偿。除非法律另有规定，董事不应直接承担个人责任。

《公司法》第一百五十二条就追究董事和高级管理人员的个人履职行为责任作出了特别规定：“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。”该条款赋予股东对董事和高级管理人员提起股东代表之诉的资格，但要适用条款需要满足法定情形，即只有董事和高级管理人员因其违法或违反公司章程的行为损害股东利益时，股东方能提起诉讼。在本案中，全体董事的行为不违反法律、行政法规和《公司章程》，也并未损害A的股东权益，故A不能依据《公司法》第一百五十二条追究董事的个人责任。^④

综上所述，全体董事审议通过三项决议，系以公司名义作出的履职行为，董事个人不应承担责任。

^① 参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2016年第三版，第299页。

^② 《民法通则》第四十三条：企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。

^③ 《民法通则意见》第五十八条：企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任。

^④ 如前文所述，甲公司全体董事作出三项决议并未违反法律、行政法规和公司章程，同时也未侵犯A的股东权益，因此本案中A不能使用该条款的特殊规定，使全体董事为自身的职务行为向股东承担个人责任。

（四）全体董事尽到对公司的忠实勤勉义务，无须就其商业判断承担个人责任

《公司法》第一百四十七条第一款规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。”第一百四十八条列举了董事违反忠实义务的若干情形，由此可知，《公司法》为董事设定了忠实义务和勤勉义务，并对违反忠实勤勉义务的情形和后果作出规定。若董事对公司尽到必要的忠实义务和勤勉义务，董事的行为也应当免于承担责任，以避免过于严苛的董事责任，掣肘其进行正常的公司决策、管理和运营工作。在司法实践中，法院判决时也普遍存在将董事履行忠实勤勉义务作为董事免责事由的情形。^①在本案中，全体董事已经尽到了对公司的忠实勤勉义务，不应当为表公司作出的履职行为向A或者甲公司承担责任。

董事的忠实义务是指在执行公司业务时，董事应当以公司利益作为自己行为和行动最高准则，不得追求自己和其他人利益。在公司法理论中，董事忠实义务包含两个原则，第一，避免利益冲突规则，即受托人应当避免其个人利益与受托义务相冲突；第二，不牟利规则，即受托人不得利用其受托人地位牟利。因此，忠实义务要求董事避免个人利益与公司利益相冲突，将公司利益置于个人利益之上。^②董事的勤勉义务是指在管理公司事务过程中，董事应当运用自己的知识、经验、技能和勤勉并且使之达到法律所要求的标准，董事必须以一个谨慎的人在管理自己的财产时所具有的勤勉程度去管理公司的财产。

在董事尽到对公司忠实义务和勤勉义务的情况下，英美法上以商业判断规则为标准，免除董事职务行为的责任。美国特拉华州法院以判例的形式，确定了对商业判断规则的经典定义：“商业判断规则是公司董事在知悉基础上、本着诚信态度并诚实相信所采取的行为符合公司最佳利益的一种假定。原告若想要求被告董事承担责任，必须举证推翻前述假定。”^③我国虽然没有直接在立法中确认商业判断规则，但依据《公司法》中的表述和司法案例裁判，可以发现，在董事履行了对公司的忠实勤勉义务的情况下，豁免董事的行为责任符合立法宗旨精神和司法实践经验。董事的履职行为应当视为公司的行为，由公司对外承担责任，而董事由于充分履行了对公司的忠实勤勉义务，也无需以个人身份向公司承担责任。

本案中，首先，全体董事不存在侵害公司利益以牟取私利的行为。董事会于2015年6月提出公司章程修改方案，于2016年10月作出包括授权举报、提出章程修改方案、提出增发股票方案在内的决议，均是依据法律、行政法规和公司章程、为维护公司整体利益做出的行为，是忠实履行职务的体现。其次，甲公司董事会充分运用自身的能力勤勉地管理公司。董事会依据法律法规，提出反收购条款，对A违法恶意收购行为进行防御，作出决议授权董事长管理层向有权机关举报并提出请求，提出修改章程和定向增发股票的方案，上述行为均属积极履职、维护公司正常运转和整体利益的体现，是履行勤勉义务的体现。

综上所述，在董事会尽到自身的忠实义务和勤勉义务的情况下，出于维护法人人格独立、保障管理人员正常履职的考量，全体董事无须为自身的商业判断和职务行为承担责任。

^① 参见2015年10月22日最高人民法院发布的10起人民法院经济行政典型案例之十：周可添、魏达志、陈凤娇、何祥增诉中国证券监督管理委员会行政处罚案。

^② Aronson v. Lewis, 473 A.2d, pp.805,812(Del 1984), “ Given that the directors can not ensure corporate success, the business judgment rule specifies that the court will not review the business decisions of directors who performed their duties: (1) in good faith; (2) with the care that an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and (3) in a manner the directors reasonably believe to be in the best interests of the corporation.”

^③ Tara.L.Dunn: *The Developing Theory of Good Faith in Director Conduct: Are Delaware Courts Ready to Force Corporate Directors to Go Out-of-Pocket after Disney IV?* 83 Denv. U.L.Rev.

第五部分 结论

本案中，原告A利用本人以及其他十余个账户，在未履行法定信息披露义务和暂停交易义务的情况下，违法增持甲公司股份至16%，构成重大违法行为，因而丧失法定的收购主体资格。此后，A在不具有收购主体资格的情况下持续违规增持甲公司股份，违法进行短线交易。A的前述违法交易行为和恶意收购行为充分表明其入主极有可能危害甲公司的正常经营和发展。甲公司董事会依据《公司法》《证券法》《上市公司收购管理办法》等法律法规和《公司章程》，通过三项决议，提出对A及A股票账户组采取法律措施、修改《公司章程》及定向发行股票的方案，决议合法有效，甲公司全体董事不应就其合法履职的行为向股东承担责任。

首先，董事会作出三项决议均未超过法定职权。决议之一系董事会授权董事长和管理层就A的违法行为向有权机关举报。决议之二系董事会提出的《公司章程》的修改方案。决议之三系董事会提出的定向发行股票的方案。董事会依据《规范运作指引》和《上市公司章程指引》作出上述三项决议，并未超越《公司法》第四十六条规定的董事会职权。

其次，董事会决议内容符合法律、行政法规的规定，不存在无效事由。决议之一授权董事长和管理层采取法律措施对A的违法行为进行追究，由董事长和管理层向深交所、证监会等有权机关提出举报和请求，请求由有权机关限制A的股东权利，协助董事会收缴A违法所得，责令A改正违法行为，确认A不具备收购主体资格；决议之二系《公司章程》的修改方案，对提名董事、监事的方式和程序作出具体规定；决议之三系定向发行股票的方案。该三项决议均未违反法律、行政法规，应属有效。

再次，董事会决议程序符合法律、行政法规的规定，内容不违反《公司章程》，不存在可撤销事由。董事会全票通过决议之一和决议之二，其会议召集程序和表决程序均不存在瑕疵。在决议之三的表决中时，独立董事N发现该决议的表决将导致自身利益与公司利益发生冲突，认为自己该事项表决中丧失了独立性，故依《规范运作指引》规定申请回避。其他董事未对N的回避表示异议，N回避申请通过，表决程序合法。该项决议以三分之二多数通过，符合《公司章程》规定，成为有效决议。因此三项决议无程序和内容瑕疵，不应撤销。

最后，董事会全体董事并未侵害A的合法权益，不应承担损害赔偿责任。客观上，董事会召开会议，依据《公司法》《证券法》等法律法规和《公司章程》通过决议，三项决议尚未实际执行，甲公司董事也未实施其他侵害A权利的行为，未对A的权益造成实际损害。主观上，甲公司董事的行为是遵循公司章程、维护公司利益的体现，并不具有侵害A权益的故意和过失。同时，全体董事行使职权作出决议属于忠实勤勉履职的职务行为，其法律后果应归属于甲公司，不应由董事承担个人责任。在董事会决议合法合规的情况下，A不能依据《公司法》第一百零二条追究董事的个人责任。

综上所述，原告方诉请确认甲公司本届董事会第八次会议部分决议无效，并撤销其余部分决议，向甲公司现任全体董事要求损害赔偿，缺乏事实和法律上的依据。在此，恳请法院本着以事实为依据、以法律为准绳的原则，依法驳回原告的全部诉讼请求并判令原告承担本案所有诉讼费用。

第六部分 法律思考

一、通过《公司法》明确规定股东权利的性质与类型

现行的《公司法》及相关法律法规对股东权利的范围和性质缺乏明确界定，这使得公司治理中围绕股东权利产生了大量的纠纷。《公司法》第四条规定，“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”，该表述过于笼统，难以直接适用。《公司法》的其他条文也仅列出了部分股东权利，如表决权、提案权等，其规定非常模糊。总体而言，我国立法上对股东权利尚未进行明确划分和详尽列举，对权利的性质缺乏界定，立法的不明确直接导致《公司法》和《公司章程》在适用过程中产生了一定的冲突，集中表现为《公司章程》对股东权利的具体限制和调整是否会违反《公司法》的相应规定。

本案中，《公司章程》规定了违法股东采取的惩罚措施，包括限制其表决权和分红权。表决权与分红权属于法定的股东权利，但《公司法》并没有明确《公司章程》能否对该两项权利进行调整。依据公司自治的精神，只要不违反现行法上的强制性规范，《公司章程》即可就某一事项作出规定。但是，如果《公司章程》可以任意调整和限制股东的权利，可能导致股东权利受到不当损害，无法得到法律的充分保护。正是由于法律对股东权利规定不明确，《公司章程》与《公司法》可能就调整股东权利的事项产生冲突。在实践中也出现了《公司章程》对《公司法》未加明确的股东权利进行限制，被法院判令无效的案例，这体现了《公司章程》在规定股东权利时无所适从，客观上限制了公司自治的范围。

同时，本案中决议之二对董事、监事的股东提名资格作出限制，此处的争议在于董事提名权和提案权是否属于股东的不可被限制的根本权利。就《公司法》第四条而言，股东的提案权和董事提名权似乎能被归纳为“参与重大决策和选择管理者的权利”中，是股东的根本权利。但是这一条款本身界限不明晰，如果依据《公司法》第四条认定股东的根本权利，那么股东的根本权利将可以通过法律解释无限扩张，如果缺乏一个明确的、界定股东根本权利或非根本权利的标准，就无法确定股东各项权利应当如何合理规制，在股东滥用权利时又应当如何规范其行为。

学理上将股东权利分为固有权与非固有权，认为固有权不可限制。但是固有权与非固有权的界定同样缺乏明确的标准，通过学理为公司章程的制定确定标准存在较大的困难。立法应当对股东权利进行合理分类，以明确各项权利的地位，确定其是否可以受到限制以及如何课以限制，即使无法对股东权利进行完全的分类，也应当就各项权利加以具体规定，以避免出现本案中由于处在法律空白而无法判断《公司章程》对股东权利的限制条款的效力状况。

二、出台相关规范，对公司反收购措施作出具体规定

上市公司反收购通常发生在敌意收购中，是指目标公司所采取的旨在抵御乃至挫败收购人行为的措施，是目前金融市场中的通行做法，其目的与行为具有正当性。在本案中，甲公司董事会作出三项决议，包括对A的违法行为进行追究、增加董事任职资格限制和定向发行股票以稀释大股东股权，均具有明显的反收购意图。

在我国的现行立法上，仅有《上市公司收购管理办法》对收购和反收购行为作出了规定，但《上市公司收购管理办法》作为部门规章，仅仅针对被收购公司采取反收购防御措施作出原则性规定，并未涉及具体的措施方法、决策机构、审查监管以及股东权利保护等具体事项。这就导致上市公司反收购行为的指引和评价缺乏具体标准，易在实践中引起纠纷。

在本案的各项决议中，甲公司拟对A在收购本公司股份过程中的违法违规行为以行政和司法诉讼手段进行追究，修改《公司章程》中的提名董事、监事条款，定向发行股票稀释

股份。由于公司和证券领域法律法规的不完善，公司控制权、反收购等等均未被纳入到法律的调整范围中，这些反收购措施缺乏明确的法律依据，其效力难以确定。在实践中这种状况也数见不鲜，1998年爱使股份在公司章程中增加了董事任职资格限制条款，在应对天津大港油田公司敌意收购过程中，双方就该反收购条款是否具有法律效力进行争议，最终中国证监会向爱使股份下达函件，认为条款违法无效。2015年伊利股份董事会曾对公司章程进行过修订，规定违规购买、持有公司股份的，在其违规行为改正前，不得行使其所持或所控制的该等股票的表决权，遭到中国证监会询问，最终不了了之。可见，反收购措施在目前的公司法和证券法领域处在一个非常尴尬的位置：一方面公司反收购没有相关的法律依据，另一方面也没有法律法规明确禁止，这就导致公司的反收购成为法外之地，完全依靠公司自行判断。公司设置不适当障碍限制他人收购，监管部门处罚反收购行为的情形常有发生，造成事实上股东利益和公司利益均不能获得有效的保障。

因此，有权机关应及时出台反收购的法律法规和规范文件，从立法层面对典型的反收购条款进行规范解释，将实践中普遍存在的反收购措施纳入到法律规范的轨道上来，以法律规范判断反收购的合法性与正当性，为公司和收购人提供指引，使公司收购与反收购规范运行。

三、借鉴域外经验，明确忠实勤勉义务的判断标准

我国《公司法》借鉴大陆法系和英美法系的立法例，确立了董事和高级管理人员对公司和中小股东的忠实勤勉义务，并以此确定公司的董事和高级管理人员是否对公司尽到了必要义务。但是，在目前的法律规定和司法实践中，对忠实勤勉义务的具体内涵始终缺乏清晰明确的定义。《公司法》第一百四十七条仅仅规定董事和高级管理人员对公司负有忠实勤勉义务，但缺乏对忠实勤勉义务的判断标准。最高人民法院在吴林祥、陈华南诉翟晓明专利权纠纷一案对违反忠实勤勉义务的行为，进行了不完全列举，认为违反勤勉义务包括董事、高级管理人员及其利害关系人与公司交易之限制的违反、利用或者篡夺公司机会董事竞业禁止义务的违反、保守公司商业秘密义务的违反等情形，但是司法部门也未确定判断忠实勤勉义务的普遍标准。

立法和司法对于忠实勤勉义务认定标准的不明确，为实务中解释忠实勤勉义务的具体含义留下了宽泛的空间，无法建立明确的责任划分标准，使得董事滥用职权损害公司利益可能被解释为合规履职，而董事维护公司利益的正当行为也可能被解释为越权。

本案中，甲公司董事会作出决议意在追究A的不法行为以维护公司的经营利益。然而，现行法未对忠实勤勉义务界定清晰的标准，即使是打击恶意收购、维护公司利益的正当行为，也可能被误读为对股东权益的损害。基于此，引入业务判断规则、构筑规范判断体系就体现出其必要性。业务判断规则的概念来源于英美法，是豁免管理者在公司业务方面责任的规则，前提是该业务属于公司权力和管理者的权限范围之内，并且有合理的根据表明该业务是以善意方式为之。即只要董事的行为忠实履行职责、保护公司利益，即使其在事实结果上对公司造成损害，也应当认为免除董事对公司应负的责任。

要完善以忠实勤勉义务为核心的董事责任机制，应当借鉴域外的成功经验，引入业务判断规则，对忠实勤勉义务设定明确标准。这既能明晰大股东或控制股东的权力边界，为中小股东权益提供更精准、更有效的保护，也能防止股东滥诉，避免董事、监事、高级管理人员等承担不必要的损害责任，更有利于董事凭借其智识能力作出有利于公司发展的决策。

第七部分 附件

附件一 授权委托书

授权委托书（1）

委托人:甲股份有限公司

受委托人: 姓名: XXA, 工作单位: 天成律师事务所

职务: 律师, 联系电话: *****

姓名: XXB, 工作单位: 天成律师事务所

职务: 律师, 联系电话: *****

现委托上述受委托人在原告A诉被告甲公司及其董事XXX等十一人董事会决议效力及损害赔偿纠纷一案中,担任甲公司的诉讼代理人。

诉讼代理人XXA、XXB的代理权限为一般代理。

代理期限:自201X年X月X日至201X年X月X日止。

委托人:甲公司

(签字/盖章)

201X年X月X日

(本委托书一式三份,由委托人、律师事务所各持一份,交人民法院一份)

授权委托书（2）

委托人:甲公司全体董事XXX等十一人

受委托人: 姓名: XXA, 工作单位: 天成律师事务所

职务: 律师, 联系电话: *****

姓名: XXB, 工作单位: 天成律师事务所

职务: 律师, 联系电话: *****

现委托上述受委托人在原告A诉被告甲公司及其董事XXX等十一人董事会决议效力及损害赔偿纠纷一案中,担任被告甲公司董事XXX等十一人的诉讼代理人。

诉讼代理人XXA、XXB的代理权限为一般代理。

代理期限:自201X年X月X日至201X年X年X月止。

委托人:甲公司董事XXX等

(签字)

201X年X月X日

(本委托书一式三份,由委托人、律师事务所各持一份,交人民法院一份)

附件二 证据目录

序号	证据名称	证明事项
1	甲公司营业执照、工商登记证明	证明被告是在工商部门登记注册的股份有限公司
2	甲公司上市报告书、深圳证券交易所交易记录	证明被告甲公司是在深圳证券交易所公开上市发行股票的公司
3	甲公司股东名录（截至 2016 年 11 月）	证明原告 A 是甲公司股东，同时证明甲公司目前的股权状况
4	甲公司董事会董事 XXX 等十一人的任命书	证明被告 XXX 等十一人是甲公司本届董事会成员
5	甲公司 2015 年至 2016 年股票交易记录	证明原告 A 于 2015 年 9 月至 2016 年 9 月持续买入甲公司股票的事实
6	中国证监会 2016 年 2 月发布的《行政处罚决定书》	证明中国证监会向原告 A 作出责令改正、给予警告及罚款等行政处罚。同时证明原告 A 自 2015 年 9 月至 2016 年 1 月增持甲公司股票的行为未履行信息披露义务，违反《证券法》的有关规定
7	深圳证券交易所上市公司诚信档案	证明 A 受到深圳证券交易所的公开谴责，并将 A 的证券市场失信行为记入上市公司诚信档案，向全社会公开
8	甲公司 2015 年 6 月股东大会的记录	证明被告甲公司于 2015 年 6 月以合法正当的程序完成对公司章程的修改
9	甲公司本届董事会第八次会议的记录	证明被告甲公司董事会全体董事通过了对 A 及 A 股票账户组采取措施、修改公司章程、定向发行股票等议案

附件三 甲公司现行章程

.....

第 XX 条：若股东取得公司股份的行为严重违反法律法规和相关的交易所规定，则该股东不得行使表决权、分红权等股东权利.....

.....

第八十二条：董事、监事候选人名单以提案的方式提请股东大会表决。

每位董事、监事候选人应当以单项提案提出。董事会应当向股东公告董事、监事候选人的简历和基本情况。

（一）董事会、单独或者合并持有公司 3%以上股份的股东有权提出非独立董事候选人的提名，由董事会向股东大会提案。

(二) 监事会、单独或者合并持有公司3%以上股份的股东有权提出股东代表担任的监事候选人的提名，由监事会向股东大会提出提案。

(三) 独立董事的提名方式和程序应按照法律、行政法规及部门规章的有关规定执行……

附件四 本书面代理意见副本共十三份