

2007年司法考试综合辅导 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/263/2021_2022_2007_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_263894.htm 法不禁止不为罪 法官的唯一上司是法律(司法独立) 行政法: 行政拘留的暂缓执行(结合行政复议) 刑法 故意杀人的共犯问题(故意杀人和抢劫,数罪并罚问题,共犯问题,自首和重大立功情节 经济法: 高管人员的同业禁止和股东的代位诉权问题 一、 案例引出的问题 朱某与王某合资设立了一有限责任公司，主营煤矿开采，注册资本100万，朱某出资40万，占40%，王某出资60万，占60%，公司由王某控制。后王某单独作出了公司股东会议决议，决定将煤矿承包给田某经营，并以公司名义与田某签订了煤矿承包协议。在合同履行过程中，朱某表示反对，经多次协商无果，朱某遂以王某、田某为被告向法院起诉，请求撤销公司与田某的承包合同或确认公司与田某的承包合同无效。本案存在以下问题：（1）原、被告是否适格？原告朱某是否有诉的利益？他能否起诉？（2）本案中的决议是否违法，法律并无明文规定，如果该决议将使朱某的权益置于危险境地，朱某如何行使诉权？这对第三人的利益有何影响？（3）法院最终对本案应如何处理？是不予受理、驳回起诉，还是继续审理作出相应的判决？判决的法律依据何在？归根结底，首先必须要解决朱某的诉权问题，这也直接涉及小股东的权益保护以及如何平衡其与第三人之间的利益关系。笔者结合本案事实和当事人的诉讼请求，以民事诉权基本理论和新修订的《公司法》相关规定，对有限责任公司股东的诉权作一粗浅的探讨，以期对司法实践有所裨益。 二、 民事诉权构成要件判断标

准及其识别 民事诉权，在客观上为法律所规定的一切国民均享有的请求诉讼救济的权利。这种意义上的诉权，是一种观念上的诉权，可称为“客观诉权”或“法规诉权”；在主观上，只有具备法定的具体条件，特定的国民才能现实地拥有和行使诉权，这种意义上的诉权，是一种现实中的诉权，可称为“主观诉权”或“现实诉权”。“法规诉权”只有转化为“现实诉权”，对于诉权主体才真正具有价值。而“法规诉权”要转化为“现实诉权”，必须具备一定的中介，这类中介即是法律规定的诉权要件。不同的诉权学说下其诉权要件是不完全一致的。笔者以为以具体诉权说提出的诉权要件作为基本判断标准是适当的。具体诉权说所描述的基本要件是：一般的诉讼要件，即起诉的形式要件；权利保护要件，该要件又包括实体的权利保护要件和诉讼的权利保护要件，前者即原告主张的实体法上权利义务关系应该存在或不存在；后者即当事人适格和诉的利益的要件。其中，起诉的形式要件在司法实务中比较容易判断，不存在多大问题，而实体的权利保护要件一般应以法律明确的规定作为判断标准，在一定程度上它与实体法上的诉讼请求权的基础具有一致性，但存在的问题是，现代民事诉讼理论认为，以实体法上的权利义务关系来确定当事人即为诉讼法上当事人，对于诉讼担当法律现象则无法作出合理说明。因此，当事人适格的概念被赋予了新的内涵。即除了包括实质的正当当事人（亦即实体法上之权利义务人），还包括形式的正当当事人（即非实体法上之权利义务人，但享有诉讼实施权的人）。诉的利益在理论上被认为包含两方面的内容：权利保护资格和权利保护的利益。当事人适格和诉的利益既具有其独立的存在意义

和价值，如在诉讼担当的场合，诉讼担当人是适格当事人，然而案件实体利益的主体并非诉讼当事人，且实际诉的利益却并不归属于诉讼当事人而归案件实体利益的主体，一般认为这种法定诉讼担当人主要有代位债权人、遗产管理人、清算人、派生诉讼中的股东、职务上和公益上的当事人等；同时也有其相互统一甚至是同一的一面，如形成之诉的当事人适格和诉的利益就是统一的，因为法律通常明确规定有形成利益（诉的利益）的人才可以成为形成之诉的当事人，所以当事人不适格，所提之诉也就没有诉的利益。形成之诉与给付之诉、确认之诉相比，有两大特点：一是法定性。即形成之诉只有在法律明文规定的情形，始得提起；一般情况下，法律对于形成之诉的当事人也作明确的规定。二是现实性。即只能对现存的法律关系提起形成之诉。具备这些条件的，才具备提起形成之诉的诉的利益。而且即使具备了法律规定可以提起形成之诉的情形，对现存的法律关系提起形成之诉，如果当事人不适格，所提之诉亦视为无诉的利益。例如，岳母不得为原告，以女婿为被告，因其女儿被虐待而提起离婚之诉。就确认之诉而言，凡是有确认判决的法律上利益的人，即为适格当事人，与有无管理权、处分权无关。确认之诉的客体必须是争议的民事实体法律关系和民事实体权利。即使是当事人与第三人之间的法律关系，如果原告认为因该项确认判决而能除去其私法上的危险状态，也有诉的利益。在确认之诉中，诉的利益与当事人适格是一事的两面，因为有确认利益的人即为适格当事人，当事人适格即有确认利益。尽管有关诉权学说为我们判断和识别当事人是否具备诉权提供了理论依据，但由于不同种类之诉的差别及涉及的具体

民事法律关系的不同，即使是具体诉权说也具有相当的抽象性，因此依据诉的不同性质及诉讼的具体内容加以进一步的区分仍是必要的。结合本案分析，对股东提起的诉讼，当事人是否有诉权，其基本判断标准是：公司法及相关法律是否有明确的规定，如果有规定，则当事人的资格和诉的利益就不存在问题；但如果法律没有规定，法律存在漏洞，则尚需根据立法精神来确定或寻求相关法理的支持。由于本案原告主张撤销合同或确认合同无效，在诉讼理论上属形成之诉和确认之诉，尽管在同一案中提出两种不同性质之诉是有违我国诉讼法基本原理，考虑到论述的需要，在后面的分析中将一并予以讨论。

三、 股东直接诉讼与股东派生诉讼之区分

所谓股东诉权，是指当事人为了维护自己的合法权益，要求法院对民事争议进行裁判的权利。[ii]但综观我国制定和修订《公司法》的过程来看，立法初期对股东权本身的关注和保护股东利益的意图并不明显，在整体上还是以公司作为规范、保护的主要对象和法律规范设计的基础，侧重于对公司经营、管理秩序和宏观经济秩序的建立。在正式公布的原《公司法》（99年修订）中，其立法目的虽然已经明确表达了股东利益的意思，但是难以认为构建了健全的股东诉讼制度。其中只有第六十三条、第一百一十一条有所涉及，而第六十三条对于由谁提起赔偿请求、如何赔偿等却语焉不详，实际上正应在本条赋予股东派生诉权。尽管第一百一十一条可以视为是我国原《公司法》对股东诉讼制度的确认，但分析本条的内容，对股东直接诉讼的范围过于狭窄。正是因为我国原《公司法》存在明显漏洞，缺乏可诉性，致使法院受理无据或无法审理。但新修订后的《公司法》（2005年10月27日）

予以了弥补，其中第二十二條、第一百五十二條、第一百五十三條對此已作出了較為明確的規定。按照股東權利的目的劃分，股東的訴權也相應的分為兩種，其中為自己的利益而提起的訴訟為直接訴訟，為公司的利益提起的訴訟為間接訴訟或稱為派生訴訟。所謂股東直接訴訟，指股東因公司及其高級管理人員的侵權行為或違約行為直接侵害其股東權利時，以侵權人或違約人為被告提起的訴訟。[iii]新修訂後的《公司法》第一百五十三條規定，董事、高級管理人員違反法律、行政法規或者公司章程的規定，損害股東利益的，股東可以向人民法院提起訴訟。該條規定即為股東直接訴訟。而所謂股東派生訴訟，指當公司利益受到他人，特別是控股股東、董事及其他高級管理人員等的侵害，而公司怠於追究侵害人責任時，符合法定條件的股東以自己名義為公司利益對侵害人提起的訴訟。[iv]新修訂後的《公司法》第一百五十二條之規定即為股東派生訴訟。正確區分兩者，無論在理論上還是在司法實踐中都具有十分重要的意義。一般認為，直接訴訟源於股東成員權合同的違反，而派生訴訟則系對於整個法人造成的損害，主要是對於公司所盡責任的違反。[v]具體而言，派生訴訟與直接訴訟的區別可以概括為：首先，產生的原因不同。派生訴訟中權利受到侵害的直接對象是公司，股東作為間接受害者，只是公司拒絕或怠於起訴時，轉由股東代位公司起訴；直接訴訟是因股東個人的利益直接受到侵害。其次，訴訟的目的不同。派生訴訟是為了恢復公司的應有權利，其勝訴的利益也直接歸屬於公司，股東只能間接分享由此而獲得的利益。直接訴訟是股東為了維護自身利益，而非公司利益，勝訴的利益當然歸屬於股東個人。其三，訴訟

的程序不同。派生诉讼中，因股东是为公司利益而起诉的，因此，各国法律对此种诉讼都规定了特殊程序，如有诉前程序和诉讼费用担保等规定，只有具备法定条件的股东并符合法定的程序方可提起。我国新修订后的《公司法》第一百五十二条也作了相应的规定，这较以前是一大新的亮点。直接诉讼中则没有特殊的程序规定，只须符合民事诉讼法的一般规定即可。而且诉讼的被告不完全相同，派生诉讼的被告可以是公司的大股东、董事、监事或经理，也可是公司外的第三人，至于公司是否作为被告或诉讼第三人，不同国家有不同的做法。直接诉讼的被告或者为公司，或为公司的大股东、董事、监事或经理，但不得为公司外的第三人，否则就不属股东直接诉讼而纯属个人的其他一般诉讼。对此，国外立法对股东诉讼的具体情形作了更为详尽的规定，值得借鉴。如美国公司法就规定了直接诉讼的十一种具体情形：（1）请求支付已经合法宣布的股利或强制性股利；（2）要求行使公司帐簿或记录阅读权；（3）保护新股认购权并防止对其比例性利益的欺诈性稀释；（4）行使表决权（5）对于表决权受托人之诉；（6）对尚未完成的越权行为或者其他威胁性行为的禁止之诉；（7）请求内部人将其在没有履行适当披露义务的情况下而购买的股份收益的返回之诉；（8）请求控股股东将其获得的过错性赔偿金额的返回之诉；（9）公司设立前的违反之诉；（10）股东协议的违反之诉；（11）强制公司解散之诉。美国合同法还倾向于将下列五种情形视为股东代表诉讼（派生诉讼）：（1）股东对于既遂的越权行为提起的损害赔偿之诉；（2）股东请求法院禁止董事经理和控制股东违反对公司所负信托义务之诉，或者对其违反信托义务的行为

提起利益返还或损害赔偿之诉；（3）对价不充分的股份期权发行禁止之诉；（4）返还不当分派股利之诉；（5）外部人侵害公司行为禁止之诉或此种行为损害赔偿之诉^[vi]。以上分析说明，股东诉讼作为一种较为特殊的诉讼形式，并非可随意而为，而必须符合相应的法定条件。我国新修订后的《公司法》虽然有了较大的突破，但是对于公司利益、股东个人利益的哪些侵害可以提起诉讼并没有规定，不如美国公司法那样具体明确，在司法实践中仍需法官根据具体情况作出判断。这对于我们法官来说依然是一大挑战。期盼最高人民法院能够尽快作出相应的司法解释。

四、对本案股东诉权的剖析

本案股东是不是属于适格当事人呢？所提起的诉讼有无诉的利益？结合本案案情，前面已提到原告朱某提起的诉讼请求包括两方面的内容：一是请求撤销合同，二是请求确认合同无效。从诉讼种类而言应分属形成之诉和确认之诉。下面分别讨论之。就朱某提起的请求撤销合同的形成之诉，在我国公司法是否有明确规定呢？从新修订后的《公司法》来看无从寻求答案。那么从立法的精神能否推导出股东有这种诉讼权利呢？综观其他国家立法，法律明确规定的当事人适格的形成之诉的情形一般有：离婚之诉、收养无效之诉、分割共有物之诉、撤销公司决议之诉等等。由此，我们可以看出，形成之诉一般只能在有直接权利义务关系的当事人之间提起。而且这种形成之诉的判决的形成力具有绝对效力，即除当事人之外，还及于一般第三人。这就是为什么形成之诉的规定，大部分集中在人事诉讼和公司诉讼的原因。^[vii]本案中朱某所行使的请求撤销合同的权利与这种请求撤销公司决议之诉的形成权也并非同种性质。那么，它是否属于合同法上

规定的撤销权？我国关于撤销权的法律规定，最早散见于《民法通则》、《经济合同法》以及司法解释和部门规章之中，未能形成完整的体系，后在《合同法》中撤销权制度才得以完善，如善意相对人撤销权、合同撤销权、债权人撤销权、赠与人撤销权等，朱某所行使的权利与上述行使撤销权的主体很显然也不相符合，不具有实质正当当事人的资格。即使认为朱某具有形式正当当事人的适格基础，而以法定诉讼担当人的身份行使公司的合同撤销权，即提起[1]前面所论及到的股东派生诉讼，那么按照新修订后的《公司法》第一百五十二条规定，必须符合相应的前置程序，否则就不具有提起请求撤销合同的诉权。但是，若朱某提起撤销公司股东会议决议之诉，则具有可诉性。这将在下文详述。关于确认之诉，本案中朱某主张确认公司与第三人的合同无效，那么，朱某作为原告是否适格？如果朱某认为公司或大股东侵犯了其合法权益，以股东身份直接诉讼，则不会涉及第三人的问题，现以第三人田某为被告，并主张合同无效，显然与股东直接诉讼意旨不符，因为尽管新修订后的《公司法》第一百五十三条的规定未明确此类诉讼的具体情形，但按文义和体系解释，此类诉讼应局限于解决公司内部利益之争，如前所述主要是针对股东成员权而言，被告应为董事或高级管理人员；而如果以公司利益受到侵害为由，将第三人与公司均作为被告，似符合股东派生诉讼的要求，但仍面临前面所说的股东派生诉讼的程序性限制，其诉权也难以得到切实保障；而且从第一百五十二条第三款规定的内容看，“他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的”，股东享有诉权，本案中朱某提起的诉讼主张或诉讼请求并未涉及损失问题，而是主

张撤销合同或确认合同无效的诉讼，与该条规定亦不相符，其诉权的行使也存在问题。五、本案处理的另一种思路股东对股东大会瑕疵享有的诉权 本案如果通过法官正当有效的行使释明权，由朱某请求撤销股东会议决议，或确认股东会议决议无效，或确认股东会议决议不存在，则朱某的诉权在一定程度上可以得到保证。尽管前面也已论述到我国原《公司法》这方面的规定不甚明确，但我们从新修订的《公司法》第二十二条的规定中还是可以寻求到相应的依据。该条规定，公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。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。根据立法精神，股东对股东会议决议瑕疵提起诉讼是可行的，但诉讼时效限制较为严格，稍有不慎则将丧失起诉时机。股东大会决议之诉为形成之诉，其原告为股东，被告为公司。股东大会决议无效确认之诉，对其性质有不同之说，但通说为确认之诉，股东会议决议不存在确认之诉亦同，其原告也均为股东，被告为公司，这三类诉讼的判决效力不仅及于原告股东和公司之间，而且原则上及于当事人之外的所有人。如有学者认为，关于须有股东大会决议的事项，因缺少股东大会决议或决议有缺陷而无效、取消时，等于股份公司意思欠缺，从而绝对无效。关于股东大会决议的欠缺，没有保护善意第三人的制度。即使善意第三人也不能主张其效力。[viii]但这种观点似乎过于绝对。法律为维护交易安全，应设有例外，即民事行为之撤销不得对抗善意第三人。股东大会决议作为共同法律行为被法院判决

撤销后，判决原则上应对公司内外关系具有溯及力，以示对可撤销决议效力之否定。但若一概绝对坚持判决的溯及力，必使根据决议被撤销前的有效状态而发生的诸多法律关系归于无效，从而有害法律之稳定、交易之安全。遂有必要若干例外情形下否定撤销判决的溯及力，以保护善意第三人。[ix]

综上所述，如果股东能够恰当行使其诉权，完全有可能实现其维护自身合法权益的目的。反之，则可能即使其权益受到侵害，也可能因行使诉权不当而使自己处于被法院驳回起诉的危险境地。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com