

论完善我国的股东代表诉讼制度 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/479/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AE\\_BA\\_E5\\_AE\\_8C\\_E5\\_96\\_84\\_E6\\_c122\\_479630.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E8_AE_BA_E5_AE_8C_E5_96_84_E6_c122_479630.htm)

《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）自1994年7月1日实施至今，对推动国有企业改革和现代企业制度的建立以及经济的繁荣发挥了重要作用，但与市场经济的要求相比，仍有相当大的差距。笔者认为，现行《公司法》在法人资本制度、股东权益保护、法人治理结构、关联交易等许多方面与国际上各国通行的做法相比，存在许多欠缺和不完善的地方，亟需修改。特别是公司法可诉性不强，在司法实践中导致大量与公司法有关的纠纷处于无法可依的境地，是当前立法的明显缺陷之一。例如：《公司法》第63条规定董事、监事、经理即公司的股东或公司管理人员的不当行为给公司造成损害的，应当承担赔偿责任。但应当由谁承担，怎么追究其责任，或者当其拒不承担赔偿责任时，可否与由谁按怎样的方式提起诉讼，如何确定诉讼当事人，其中，公司的利益受损，公司应以什么身份参加诉讼，本法均无明确规定。另外，《公司法》对股东、董事、监事、经理等以外的第三人损害公司利益，应如何处理，可否与如何提起诉讼，同样本法无明确规定。因而，上述问题就涉及到了股东代表诉讼制度，本文试图就此加以探讨。

### 一、 股东代表诉讼的涵义、特征及性质

股东代表诉讼（derivative action）又称股东派生诉讼、股东代位诉讼，是指当公司拒绝、不能或怠于通过诉讼手段追究有关侵权人员的民事责任及实现其它权利时，具有法定资格的股东为了公司的利益而依据法定程序以自己的名义代表公司提

起的诉讼。股东代表诉讼源于英国1864年东潘多铅矿公司诉麦瑞威泽案的判例。该案创设了这样一条规则：如果少数股东指控控制公司的人欺骗了公司，则该少数股东可以以公司的名义提起诉讼。目前，世界各主要国家都规定了股东代表诉讼制度。在美国，罗伯特·汉密尔顿专门论述了衍生诉讼制度（股东代表诉讼制度）；《特拉华州普通公司法》也明文规定了此种制度。在法国，法院于1893年即准许股东行使代表诉讼。在日本，1950年修改《商法典》时规定了股东代表诉讼。德国、韩国、我国台湾地区也规定了此制度。因此，我国应尽快建立股东代表诉讼制度，完善公司立法。股东代表诉讼制度有其自身的特征，主要有以下几点：第一，股东代表诉讼具有代位诉讼和代表人诉讼的双重性格。一方面，股东自身代位公司行使诉权，这显示了其代位性；另一方面，股东同时还代表其他处于同样状态的股东提起诉讼，裁判之结果对于其他股东均具有既判力。股东代表诉讼的这一双重性格使其直接区别于股东直接诉讼和《民事诉讼法》第54条和第55条规定的代表人诉讼。股东直接诉讼是指股东为维护自己的利益而基于股份所有人的地位以自己的名义直接向公司或者其他人提起的诉讼，既不具有代表性，也不具有代位性。代表人诉讼实质上是共同诉讼与诉讼代理两项制度相结合而产生的一种诉讼形式，它与股东代表诉讼的相同点在于两者都具有相当广泛的代表性，而最大区别则在于代表人诉讼还具有共同诉讼的特征，其他共同诉讼人不信任诉讼代表人的，可另行起诉；而股东代表诉讼则通过对原告股东资格的重重限制保证了其代表性，其他股东与原告股东不具有共同诉讼性。第二，股东原告主体资格有所限制。为防

止个别股东滥用此种权利，影响公司正常运营，各国公司法在赋予股东诉权的同时，无不对其主体资格作出种种限制。

第三，诉讼对象和范围由各国法律作具体规定。从理论上说，任何人以任何方式对公司造成损害的，均在股东代表诉讼的对象和范围之列。但各国出于不同的立法政策考虑，往往对此作出一些限制，使股东代表诉讼的对象和范围或狭窄或宽泛。

第四，诉讼后果归属比较复杂。若股东胜诉，则胜诉之利益应当归于公司，而非原告股东，原告股东只能与其他股东平等地分享公司由此带来的利益。倘若原告股东败诉，则不仅由原告股东负担该案的诉讼费用，而且该案判决对于公司和其他股东产生既判力，他们均不能再以同一诉讼理由提起诉讼。而在股东直接诉讼中，因为只存在股东单一的诉权，不论原告股东胜诉或者败诉，都由其自行承担此种利益或者不利益。

## 二、股东代表诉讼的当事人

### （一）原告

股东代表诉讼的原告原则上应当是享有代表诉讼提起权的股东。但是，为制约股东诉权的滥用，股东并不是可以随意提起诉讼，它有一些条件的限制。

- 1、原告股东提起和维持代表诉讼时必须持有公司股份。原告股东持有股份才可提起诉讼，但对于原告股东持股的数量，各国意见相左；大陆法系国家的公司法大都规定享有代表诉讼提起权的股东必须持有一定比例的股份，如法国规定必须持有公司股份的5%以上，日本与我国台湾地区规定的为10%以上；英美法系的立法则对原告股东持股不加限制。就我国而言，公司中大多是大股东利用其对公司的控制权，或董事、经理等管理人员利用其职权，或其他第三人直接实施损害公司权益的侵权行为，该行为虽然损害的是公司整体利益，但进而损害了原告中小股东的所

所有者权益，若对代表诉讼原告规定一个硬性的持股比例要求，极易将中小股东排除在股东代表诉讼之外，致使中小股东的所者权益最终受到损害，有损于公司法中鼓励投资和保护股东合法权益的基本原则。因此，我国应采用将股东的代表诉讼规定为单独股东权，而非少数股东；只要股东拥有公司的股份即可。唯此，才能真正保证绝大多数中小股东的权益，建议《公司法》在修改时应予明确和采纳。而且，原告股东的资格不仅在起诉时已具备，还必须在诉讼过程中仍然拥有。如果股东提起代表诉讼后，原告股东丧失其股东资格，除非其继承者明确表示继续参与诉讼，法院应当裁定终结。当然，原告股东在诉讼过程中具备股东资格也有例外，即如果原告股东资格的丧失是由于被告行为造成的，原告仍可继续进行诉讼，这一点在立法时也应明确载明。

2、原告股东必须在侵害行为发生时具备股东资格。美国在《规范商事公司法》中确认“当时股东拥有”规则，即提起和维持代表诉讼的原告股东，必须在起诉的行为或者不作为发生时具有股东资格，或者在当时由于法律的作用(如继承人取得股份的情况)的股东取得股东资格。日本则在《日本商法典》第267条规定提起代表诉讼的原告必须是自6个月以前持续拥有股份的股东。纵观两国的司法实践，美国的“当时股东持有”较之日本的规定持有股份的最低期限，更能体现对股东权的保护，并兼顾鼓励正当诉讼与制约不正当诉讼。我国在立法时应当规定股东代表的“当时股东持有”。同时，为保护善意受让股东的权益，应当有例外的规定，允许以下三类股东在不正当行为发生时不持有股份仍可提起诉讼：(1)具备原告资格的股东自然死亡，取得该股份的继承人；(2)具备原告资格的

法人股东由于合并或分立而丧失法人资格时，继受其权利义务法人；(3)取得股权时未明知不正当行为的股东。这里的明知是指不正当行为的事实被公开披露而应当知道。3、原告股东能公正、充分地代表其他众股东和公司的利益。这一点在司法实践中确实不易把握。鉴于股东代表诉讼的结果将对其他股东和公司产生既判力，原告股东必须能够公正且充分地代表股东利益和公司利益。对此，应从股东提起谋取利益的多少，是否曾参与、批准所诉的不正当行为，是否损害公司或其它股东利益三个方面进行综合评判。（二）被告从各国立法来看，股东代表诉讼的被告范围是在逐步扩大的，这也体现了现代公司立法日益强调保护股东权益的趋势。从目前国外立法看，被告的范围主要是：1、有损害公司利益行为的股东可以作为被告。2、董事、经理、监事等对公司负有忠实义务的高级管理人员可以作为被告。大陆法系国家的传统理论多以民法中的委任说作为董事义务的理论基础。委任说认为公司与董事之间是民法上的委托关系，而这种委托关系又是建立在高度信任的基础之上的，董事因此负有忠实义务，若高级管理人员违反忠实义务，损害公司利益，依照民法委托关系的法理，董事就应向公司承担相应责任。3、其他损害公司权益的第三人。这里第三人的范围十分广泛，不仅包括公司内部损害公司利益的雇员，而且也包括公司之外的任何第三方，其范围应包含任何自然人、法人或其他经济组织对公司构成的民事侵权和行政机关对公司的行政侵权行为。应当说目前在中小民营企业中，其他任何第三人损害公司权益的现象大量存在，笔者通过自身承办的具体案例予以说明。 [具体案情] 原告：袁某，登封某煤业有限公司股

东。被告一：汤铁某。被告二：汤文某。第三人：登封某煤业有限公司。2001年4月25日，原告袁某与案外人汤铁磊共同出资注册成立了登封某煤业有限公司，其中袁、汤二人分别占有公司股份40%和60%，公司营业期限自2002年4月25日至2005年7月9日，此间一切正常经营。但汤铁磊于2004年7月11日因意外突然死亡。汤铁磊之兄被告一汤铁某与汤铁磊之父被告二汤文某，在没有任何合法依据，亦未与公司股东袁某协商一致的情况下，非法霸占公司所有财物、财务帐册、公章及矿井并据为己有，非法进行煤炭生产，将煤炭销售款项非法占为己有，给公司利益造成严重损害。 [笔者分析] 笔者认为，根据《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》第12条关于“有限责任公司自然人股东死亡，其继承人不能直接主张继承股东资格”之规定，本案中登封某煤业有限公司作为具有人合性质的法人团体，股东资格的取得必须得到其他股东作为一个整体即公司的承认或认可。公司的自然人股东汤铁磊死亡后，作为其继承人之一的汤文某可以继承的是与汤铁磊所拥有的股权相对应的财产权益，而汤铁某作为股东汤铁磊之兄在有第一顺序继承人多名的情况下，对汤铁磊股权相对应的财产权益根本没有继承权，然而，两被告基于其对继承权的错误理解，将登封某煤业有限公司非法侵占，利用公司的财产权益及经营权益为自己谋取私利，严重损害了公司的利益，同时两被告的行为亦间接损害了股东即原告袁某的股东权益。故两被告应立即停止对登封某煤业有限公司的侵害并承担赔偿责任。 [立法建议] 本案中的登封某煤业有限公司是由只有两个股东共同出资设立的，显然这是股东人数较少且规模较

小的有限责任公司，公司的合法利益受到股东以外的第三人的非法侵害，笔者认为，本案是典型的中小企业的自然人股东死亡或控股股东死亡，其股份易被其近亲属非法占有而导致损害公司权益的纠纷案件。近几年来，随着我国经济的发展和现代企业制度的建立，越来越多的中小企业被设立，但与此同时，中小企业的股东死亡后，其股权被其家族性质的自然人、近亲属强行占有以至损害公司和公司其他股东的利益，对中小企业的信誉、形象造成了不良影响。上述现象在中小企业中屡见不鲜，尤为普遍，但我国现行的公司法并未对此作出明确规定，显然这是我国公司立法的一大缺陷。笔者认为，我国公司法亟待修改，应尽快建立并完善股东代表诉讼制度，以保护中小企业的利益和股东的利益，希望有关立法机关对此加以重视，尽快修改完善公司法的修改，使其更有效的保障我国现代企业制度的发展。

（三）公司在股东代表诉讼中的地位 公司是否必须参加代表诉讼？股东代表诉讼就是为了维护公司利益，既然允许原告股东提起诉讼，那么就已经认为原告股东可以充分地维护公司利益，公司也就没有参加诉讼的必要。而且，民事诉讼的特征就是注重当事人的意思自治，应该由公司自由选择是否参加代表诉讼。当然强调意思自治的同时，不能对公共利益造成损害。如果没有公司的参与，事实将无法查明，或者原告股东和被告恶意串通损害公司和其他股东利益，那么公司就应该参加到诉讼中来。公司参加代表诉讼后，在诉讼中处于什么地位？按照现行当事人制度，公司在股东代表诉讼中既不能成为原告，也不能成为被告或第三人。因为如果是原告，必须是提起诉讼的人，而公司并没有提起诉讼。公司也不能作为被告，因

为股东是代表公司提起的诉讼，诉讼的结果要由公司来承担。如果公司作为被告，则原告胜诉后的裁判利益又归属于被告，这就在公司的程序地位与实体地位之间发生了根本性的冲突，无法自圆其说。公司也不能作为第三人：因为公司参加诉讼后并没有针对原、被告提出独立的诉讼请求，因而并不符合有独立请求权第三人的特征；而且，在股东代表诉讼中，公司是诉权的实质意义上的享有者，原告股东的胜诉权益也属于公司，所以公司也不符合无独立请求权第三人的构成要件。笔者认为，对于公司在股东代表诉讼中的地位不能简单套用现行的当事人制度加以界定。事实上，公司在股东代表诉讼中，其诉讼地位具有立体式的结构，不能绝对地划定其归属。首先，公司在股东代表诉讼中具有形式被告的身份。股东是在公司不愿意提起诉讼的情况下向法院起诉的，股东提起的诉讼虽然最终针对的是利害关系人，但直接针对的却是公司。这一点尤其表现在诉讼的前置程序中，原告股东要证明公司应当诉讼而拒绝诉讼的事由的存在，此时公司处在形式上的被告位置。其次，公司在股东代表诉讼中是实质上的原告。股东代表公司进行诉讼，法院作出的裁判对公司具有拘束力，同时胜诉利益归属于公司，公司是实体利益的享有者和归属者。再次，公司可以成为第三人。公司认为已经进行的诉讼中，原告股东与被告有恶意串通损害公司利益的情形，可以主动申请加入诉讼。此时，公司处于第三人的地位。由于公司参加诉讼并没有提出独立的诉讼请求，它参加诉讼仅仅是为了防止诉讼产生对其不利的结果，因而它不属于有独立请求权的第三人，而是无独立请求权的第三人。笔者认为此种观点最为可行。我们结合以下案例具体说明



。 [具体案情] 原告：王某，职务：总经理。 被告：李某，职务：执行董事。 第三人：北京某咨询有限公司，法定代表人：李某。 2001年1月，原告王某与被告李某共同出资成立北京某咨询有限公司。 公司次年5月开始正常经营。 自2002年6月，双方因经营问题发生矛盾。 李某先后委托他人于2002年8月从公司取走公司公章一枚、惠普激光打印机一台、营业执照（正、副本）一套、税务登记证（正本）一个、发票证一本、转帐支票、现今支票各一本、法人名章一枚、内部核算现金帐一本、合同台帐一本、银行存款帐一本、现金日记帐一本、总分类帐一本、明细帐一本、北京的四个企业的咨询工作记录五份至今未予归还；删除公司电脑中的公司业务指导文件等，其行为严重损害了公司权益。 [笔者分析] 在肯定原告王某有资格提起股东代表诉讼的同时，又产生了新的问题，即利益受到直接损失的公司是否有必要参加到股东代表诉讼中？如果参加诉讼的话，公司在诉讼中又居于何种地位？在股东代表诉讼中，原告股东是代表公司起诉，行使公司的请求权，公司才是直接的利害关系人。诉讼的进行和运作结果都与公司的利益息息相关，如果剥夺公司参加诉讼的机会，却要其承受诉讼的结果，显然是不公平的，也不利于维护公司的合法权益，所以应当允许公司参加代表诉讼。但公司在股东代表诉讼中居于什么地位。在美国，公司在股东代表诉讼中属于双重地位，即名义上的被告，实质上的原告；在日本，公司既非原告也非被告，而是作为诉讼参加人，于原告之侧参加诉讼。在我国立法中，将公司列为名义上的被告，这与我国现行的民事诉讼理论和实务不相适应。从我国现行的民事诉讼程序的实际出发，借鉴国外法，在我国民

事诉讼程序框架内，公司应作为第三人加入诉讼。本案中，在股东王某代位公司提起股东代表诉讼后，因为利益直接受到侵害的主体是北京某咨询公司，所以该公司应作为第三人参加诉讼。综上所述，根据北京市高级人民法院2004年2月24日起施行的《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》第8条：“股东以公司利益受到股东或公司管理人员不当行为的侵害提起的诉讼如何确定当事人”之规定，该类诉讼属于股东代表公司利益提起的诉讼，公司股东可以作为原告，被告为作出不当行为的股东或公司管理人员以及相关交易的相对人，公司应当作为第三人参加诉讼。最后，公司还可能成为证人。在股东提起代表诉讼后，如果公司没有参加诉讼，但是，法院认为公司不参加诉讼使得案件事实无法查明时，则可通知公司参加诉讼。此时，公司的权利义务主要是向法院提供证据材料，其诉讼地位类似于证人。可见，公司在股东代表诉讼中，具有复杂的诉讼地位。不同的诉讼地位，表现为不同的诉讼权利义务。但无论它是形式上的被告还是实质上的原告，也无论它是第三人还是证人，它都不是完整意义上的当事人，因而它只有当事人的局部地位。它可以对原告的主张或诉讼行为提出异议，请求法院审查，但是它不能提出新的诉讼主张、不能请求撤诉、不能请求和解、也无上诉权，同时它本身必须保持中立，不能倾向于任何一方。正是在这个意义上，笔者才认为股东代表诉讼中的公司是别具一格的独立的诉讼参加人。

### 三、股东代表诉讼的范围

股东代表诉讼的对象范围即原告股东得以提起诉讼的请求原因。各国公司法对此的立法模式可分为两种，一是以美国法为代表，它所规定的代表诉讼的对象广泛，与公司自身提

起的诉讼范围相同，凡大股东、董事、经理、雇员和第三人对于公司实施的不当行为的禁止、撤销和恢复均在此列。另一模式以日本法和我国台湾地区的商法为代表，它主张代表诉讼的对象范围仅限于董事的责任。对比两种立法模式的规定，美国模式更显周详。它把可能实施侵害行为的董事、监事、经理和其他公司的经营者甚至行政机构等都纳入约束的范畴。不仅预防和救济公司治理机构组成人员违背对公司善意、忠实义务的行为，还防范和消除第三人对公司利益的侵害，充分发挥代表诉讼的作用。有人明显提出六项具体的代表诉讼的对象：（1）公司董事、监事、清算组成员、发起人、经理及其他公司经营管理人员违反其对公司应尽的善良管理人的注意义务和忠实义务而对公司承担的责任；（2）控制股东或大股东违反其对公司应尽诚实义务而对公司承担的责任；（3）公司外第三人因债务不履行而对公司承担的责任；（4）公司以外第三人因民事侵权而对公司承担的责任；（5）行政机关对于公司所负的行政侵权责任；（6）其他违反法律的责任。

#### 四、股东代表诉讼的激励机制与约束机制

设计出一种既能鼓励股东积极行使代表诉讼提起权，又能防止恶意股东滥诉的机制，成为各国股东代表诉讼制度立法的一个重点和难点。

##### （一）股东代表诉讼的激励机制

股东代表诉讼一方面有被滥用的危险，另一方面也有可能成为条文上的制度而发挥不了实际作用。为了使股东代表诉讼能够真正地运转起来，必须强化其内在动因的激励机制建设。

##### 1、明确代表诉讼为非财产诉讼。

股东在提起代表诉讼时，应依法向法院预缴案件受理费。但是，如果将代表诉讼视为财产案件并依原告股东的请求额计算受理费的话，将会增加原告的诉讼负

担，从而在客观上阻却一部分股东代表诉权的行使。因此，为了解决提起代表诉讼难的问题，使股东代表诉讼发挥其应有的监督公司经营的作用，日本于1993年修改商法，将股东代表诉讼视为非财产请求权诉讼，一律按8200日元收费。韩国“民事诉讼等印花税法”也将股东代表诉讼视为无法知道诉价的诉讼，不考虑请求金额，一律将诉价作为1000万韩元，计算印花税（诉价的5%）。从日韩两国的立法经验可知，虽然股东代表诉讼往往会涉及到损害赔偿的问题，理论上原告股东应当与其他财产案件的原告一样，按照争议的金额和法定比例预缴诉讼费用，但是考虑到原告股东提起代表诉讼是为了维护公司的整体利益而非自己的个人利益，因此为了鼓励代表诉讼，加强公司经营的监督，宜将股东代表诉讼视为非财产诉讼来计算诉讼费用。对此立法，我国也应予以借鉴。

2、赋予胜诉股东诉讼费用补偿请求权。按照我国《民事诉讼法》的规定，原告胜诉时，其预缴的诉讼受理费和其他法定诉讼费用应由被告承担，但其所支付的律师费及其他合理费用，则无权获得补偿。有学者认为，如果将这一规定机械地适用于代表诉讼，将会影响起诉的积极性，从而抑制那些对公司确有价值的诉讼；理由是：第一，除了少数大股东以外，一般原告股东因此而获得的收益将远远低于其所支出的费用，从而出现得不偿失的情形；第二，由于胜诉所得归于公司，其他股东也将因此而受益，搭便车的情形由此而生。在美国，作为一般原则，当代表诉讼获胜给公司带来利益时，原告股东有权从公司获得一笔合理的补偿。美国早期判例认为，只有在公司从代表诉讼中获得财产利益时，原告股东方可获得补偿。美国现代判例则认为，只要公司从代表

诉讼中获得了实质性利益，即使公司未从中获得特定金额，仍应许可原告股东获得合理性费用的补偿。日本《商法典》第268条第2款也规定，若原告胜诉，其可向公司请求归还因提起诉讼所支出的律师费用和其他相关费用。笔者认为，为调动广大股东监督公司经营积极性，有效地维护公司和股东的合法权益，我国应借鉴美国、日本的立法例，赋予胜诉股东诉讼费用补偿权，即原告股东除有权依《民事诉讼法》从败诉的被告那里获得其预缴的法定诉讼费用的补偿外，还有权请求公司在原告股东支付的律师报酬及其他必要费用内支付相当合理的金额，其他必要费用主要包括交通费、食宿费、误工损失、复印费、电话费、电传费等不能从败诉被告处获得补偿的费用。

3、赋予胜诉原告股东在某些特定情形下的直接受偿权。根据股东代表诉讼的特性可知，代表诉讼的胜诉利益应当完全归属于公司，原告股东只能实现按其持股比例间接受偿权。但是在某些特定场合下，这一规则对提起诉讼的原告股东有失公平。例如，当侵害公司利益的主体是公司的某一股东时，虽然通过股东代表诉讼能使公司利益恢复原状，但是有过错的股东仍然能够与无过错的股东（含胜诉股东）一样平等地从中受益，甚至那些侵害公司利益的大股东也能从其自身所支付的赔偿金中获得收益，这对胜诉的原告股东来说有失公平。在美国，判例法承认原告股东在以下三种情形下享有直接受偿权：（1）代表诉讼对于滥用公司财产的内部人员提出时；（2）代表诉讼中存在善意股东与有过错的股东时；（3）公司不再是持续运营的兴旺企业时。因此，为了保护无过错股东提起代表诉讼的积极性，我国有必要借鉴美国的判例法，在上述三种情形下赋予胜诉的原告

股东按持股比例直接受偿的权利。但是，这一权利应以不损害公司债权人和职工利益为限。（二）股东代表诉讼的约束机制 股东代表诉讼在发挥其积极作用的同时，也存在被滥用的危险。从股东代表诉讼较发达的美国来看，出于各种不正当目的而提起股东代表诉讼的情形时常发生。表现为原告股东和律师为获取个人利益而提起通谋诉讼或为争夺公司控制权而提起骚扰性诉讼或为牟取非法利益而提起勒索诉讼等。各种不正当诉讼行为的发生，既违背了设立股东代表诉讼制度的初衷，也扰乱了公司的正常生产经营。为防止股东代表诉讼的滥用，可采如下措施来约束股东代表诉讼。

- 1、设置股东代表诉讼的前置程序。不论是英美法还是大陆法，对于股东代表诉讼提起都设立了前置程序，要求竭尽公司内部救济。这样，可以尽量维护公司正常的治理结构，给公司相关机关一个履行职责的机会，并通过程序缓冲，给股东更多的思考的空间，使诉讼更趋理性化，过滤不成熟的代表诉讼，避免公司相关机关随时处于诉讼威胁的境地。具体的前置程序地操作可详解为：(1)股东在代表诉讼提出前，必须向公司提出书面请求。书面请求中应载明原告股东欲提起代表诉讼的诉讼请求、主要事实和理由。根据我国《公司法》第126条第2项和第3项的规定，监事会有权对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或公司章程的行为进行监督；当董事、经理的行为损害公司利益时，有权要求董事与经理予以纠正。我国受理股东书面请求的法定公司机构应为监事会。(2)公司必须在法定期限内对股东的请求予以答复。如果公司监事会未能在规定期限内对请求人提起诉讼采取所要求的替代措施，股东有权提起代表诉讼。对于该法定期限，笔者认为可

采取日本法的做法，规定为30日，因为监事会的职权就是对公司日常事务依法律、法规和公司的章程进行监督。30日已经足够作出合理的决策。当然立法也不应绝对地规定原告股东必须履行诉前程序；对于股东向监事会提出请求等待法定期限的届满会给公司造成不可弥补的损失和监事会丧失其独立性导致原告股东的请求显属不必要这两种情形应是例外。

2、设立诉讼费用担保制度。诉讼担保制度即在原告提起诉讼时，法院有权根据被告的申请而责令具备一定条件的原告向被告提供一定金额的担保，以便在原告败诉时，被告能从原告所提供担保的金额中获得诉讼补偿的制度。该制度运用经济杠杆遏制别有用心的股东滥用代表诉讼提起权，预防滥诉行为的恶性膨胀，确保公司的正当权益和正常运营。但是，该制度的适用应谨慎，过于强调担保，必将阻却股东代表诉讼提起权的行使。担保制度的适用应以被告有证据证明原告诉讼缺乏善意或者所诉的事实不存在为前提，结合《最高人民法院关于民事诉讼证据若干规定》的相关规定，被告要求原告提供担保的请求应当在举证期满前提出。而担保的数额应以可能造成的损失数额为限。对于被告有充分理由要求原告提供担保而拒不提供的，应驳回原告股东的诉讼请求。

3、限制原告股东的处分权利。股东代表诉讼的程序复杂，耗时费资，当事人出于综合考虑，有时会以和解方式结束诉讼。显然，如果和解的结果是由公司以较优惠的价格购买原告股东的股份，则会使公司遭受“双重劫难”；此外，如果和解的结果是由被告直接向原告股东支付赔偿金，则同样与设立股东代表诉讼制度的初衷相悖。由此可见，机械地把民事诉讼法的处分原则套用于股东代表诉讼，可能会产生“原告和被告

通谋，以和解的方式损害公司和其他股东利益”的法律漏洞。所以，应对原告股东的处分权加以限制，可以规定：原告股东须将和解协议告知公司及其他股东，以便公司和其他股东对和解协议提出异议；或者，由法院审查批准和解协议，未经法院同意和解协议不得生效。

#### 4、明确股东败诉时的赔偿责任。

在股东代表诉讼中，原告股东败诉，将不可避免的会产生如下结果：（1）对公司而言，败诉结果不仅使公司丧失了对有责行为人的请求权，同时也给公司声誉带来不利的影响；（2）对被告董事等人而言，此种不具正当目的的代表诉讼不仅干扰董事等人的正常工作，且还会使公司董事等人因此而支付一笔诉讼费用。因此，为了防止代表诉讼的滥用，明确原告股东败诉时对公司及被告董事等人的赔偿责任是十分必要的。此种赔偿责任应仅适用于恶意提起的股东代表诉讼中，赔偿范围不仅包括被告及公司因参加诉讼而支付的合理费用，还包括公司及被告因而受到的其他损失。

编辑：汤昊 haot@acla.org.cn 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](http://www.100test.com)