

公司监事(会)代表诉讼之完善 PDF转换可能丢失图片或格式  
，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/480/2021\\_2022\\_\\_E5\\_85\\_AC\\_E5\\_8F\\_B8\\_E7\\_9B\\_91\\_E4\\_c122\\_480739.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_85_AC_E5_8F_B8_E7_9B_91_E4_c122_480739.htm) 根据新《公司法》第152条规定：“董事、高级管理人员有本法第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；监事有本法第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”。“监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，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的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。”该条文通常被界定为关于股东代表诉讼的条款而被广泛称道,并据此就股东代表诉讼进行深入研究.但对该条文中确定的股东代表诉讼的前置程序,即公司监事代表诉讼普遍给予漠视忽略，既没有细致的规定,也鲜见探讨。根据该条规定,股东必须先书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事（下称“监事(会)”）起诉，监事(会)拒绝或怠于履行职责，方可对董事提起代表诉讼。但如果监事(会)愿意履行职责起诉董事，如何行使权利，如何确定诉讼主体等，立法及司法解释均没有明确规定，在司法实践中比较混乱，迫切需要立法或司法解释予以明确规范。 一、由一公司监事代表诉讼案谈起 深圳粤凯公

司是有甲、乙两股东共同投资设立，甲方出资比例70%，担任执行董事、法定代表人，乙方出资比例30%，担任公司监事。公司经营两年后利润出现大比例增长，甲有意撇开乙独享利润，遂利用法定代表人之便在原经营场所成立粤凯鑫公司，经营同类业务，粤凯公司停止经营。乙遂以甲作为公司董事违反竞业禁止义务为由向法院起诉。乙以粤凯公司监事身份代表公司向法院起诉，该法院立案庭经研究后认为，乙代表粤凯公司起诉无法律依据，乙并非公司法定代表人，诉状又无加盖公司印章，无法代表粤凯公司起诉，而且如果法院受理，粤凯公司出具法定代表人签字且加盖公章的公函，表示不同意起诉，不同意缴纳诉讼费用，法院将无法处理。因此要求乙以其监事身份作为原告起诉，公司作为第三人，否则将不受理此案。乙遂变更诉讼主体重新起诉，案件受理后转该法院民二庭开庭审理，并做出一审裁定，以乙作为监事仍属于公司内部机构，不符合民事诉讼法关于诉讼主体资格的规定，裁定驳回起诉。乙遂上诉中级法院，目前该案仍未做出二审判决。

二、法律分析 上述案件在同一法院不同的业务庭得到截然不同的处理意见，不仅导致当事人合法的诉权得不到保障，诉讼成本增加，而且造成司法混乱司法权威大打折扣。究其原因实际上是不同法官对《公司法》第152条理解上的分歧所致。《公司法》第152条在确定股东代表诉讼的同时，确立了公司监事（会）代表诉讼制度，即在公司董事损害公司利益时，监事（会）有职责有义务代表公司追究其侵权责任。但监事（会）如何追究董事责任，以监事名义（包括监事个人名义、监事会名义或全部监事共同名义），还是以公司名义行使权力，或者说谁有权作为诉讼原告没有明确规定？按照该法院

立案庭法官的意见,该案中,监事以公司名义起诉不符合起诉要求,没有法定代表人签字及盖公司公章,应以其监事身份直接作为原告起诉,诉讼主体与股东代表诉讼相同。而该院民二庭法官则认为,监事作为内部权力机构,并非依法成立的其它组织机构,不符合民事诉讼法诉讼主体资格,监事应以公司名义起诉。可见,二者的分歧在于监事(会)代表诉讼中诉讼主体地位的确定问题。我国公司法第54条规定:“监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权:(一)检查公司财务;(二)对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督,对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议;(三)当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时,要求董事、高级管理人员予以纠正;(四)提议召开临时股东会会议,在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议;(五)向股东会会议提出提案;(六)依照本法第一百五十二条的规定,对董事、高级管理人员提起诉讼;(七)公司章程规定的其他职权。”该规定中第(六)款明确规定了公司监事(会)有权对董事、高级管理人员提起诉讼。但公司监事(会)如何行使诉权呢?1、以公司监事(会)名义起诉损害公司利益的董事 公司监事(会)有权对损害公司利益的董事起诉,但是否意味着公司监事(会)就可以直接以原告身份提起诉讼呢?答案应是否定的。这是因为无论公司监事会,还是不设监事会的监事,均是公司治理结构中的监督机构,属于内部职能部门,不能独立对外承担法律责任,不具有独立的诉讼主体资格,不符合《民事诉讼法》第49条、第108条及最高人民法院关于适用《中华人民共和国

《民事诉讼法》若干问题的意见第40条关于诉讼主体的有关规定。2、公司监事以监事个人身份直接起诉损害公司利益的董事 公司监事（会）不能作为原告，那么公司监事能否以监事个人身份或者全体监事列为共同原告进行起诉呢？国内各地已有相关判例，但相关判例均属于有限责任公司只有唯一一名监事的情形，对存在多名监事是否作为共同被告尚未看到相关案例，有待于进一步研究。我个人认为监事直接以个人身份起诉依据不足、且不易操作。首先，监事个人起诉董事没有法律依据。我国公司法第54条规定，监事会或不设监事会的公司的监事可以行使起诉损害公司利益的董事的职权。无论是监事会或不设监事会的公司的监事均是公司组织机构，即该法定职权属于监事会或不设监事会的公司监事这一组织机构的，而不属于该组织机构中的某一成员。其次，监事会或不设监事会的公司监事作为公司内部组织机构，其职权的行使应当依据该组织机构的议事规则及程序执行，即按照公司章程或公司法规定的程序，形成监事会决议或监事决议，表达该组织机构之整体意志，而不能由该组织机构成员任意为之，否则，必然引起秩序混乱。此外，目前普遍认可的追究公司机关成员责任之诉的三种途径：公司诉机关成员、代位诉讼和直接诉讼，并不包括监事个人起诉的情形。当法人机关的部分成员违反法律、行政法规、公司章程，对公司利益造成损害时，公司可以对其提起诉讼，这是公司诉机关成员。代位诉讼又称为派生诉讼、代表诉讼，是指公司机关成员违反法律、行政法规、公司章程，造成公司利益受损，公司因各种原因而怠于行使诉权时，股东（只有股东，没有监事）可以代位公司对公司机关成员提起诉讼的形式。直

接诉讼是指当公司行为违反法律、行政法规、公司章程从而危害了法人成员即股东的合法权益时，股东直接以公司或法人机关成员为被告而提起的诉讼。3、公司监事（会）以公司名义起诉损害公司利益的董事 董事作为公司机关成员损害公司利益，公司有权起诉并追究其责任。但是公司作为法律拟制的法人机构，通常是由董事代表其法人意志，而董事不可能代表公司追究自己的责任。从公司法第152条的立法本意分析，公司监事（会）应当以公司名义起诉，公司监事会主席或不设监事会的监事根据监事（会）决议作为公司的有权代表人代表公司诉讼。天天制药股份有限公司诉董事长刘文一案，就是公司监事会代表公司直接起诉公司董事长的典型案例。这种监事（会）代表制度目前存在一定的阻碍，因为我国的公司法传统理论不承认监事（会）可以代表公司，这主要是由于我国独特的法定代表人制度，即使新修订的公司法已经做出放权性规定，即规定公司法定代表人可以根据公司章程规定由董事长、执行董事或经理担任，而监事（会）代表公司是不可想象的。在现代公司中，所有权在事实上同经营权相分离，股东向公司投资而享有股权，公司则被交由董事会治理，因此董事会的权力极大。为了防止权力趋向腐败，为了避免作为所有者代表的董事会成员（董事）将自身利益置于公司利益之上而损害公司、股东及债权人的利益，欧洲大多数国家、日本的公司立法、我国及台湾地区的公司立法均采用了对于董事及董事会权力的三层监控设计：股东大会、股东以及监事会。监事会作为公司内部行使监督权的机关，理应有行使该权力的尚方宝剑--公司代表权（相对于董事而言），否则再好的监督制度，也必定无法实施。三、

完善之我见 1、明确监事（会）代表诉讼的诉讼主体地位。建议最高人民法院通过司法解释进一步明确监事（会）应当以公司名义起诉损害公司利益的董事，不能以监事会或监事个人名义起诉，避免目前各地法院混乱的做法。同时应当对董事职权限制。在监事（会）以公司名义起诉损害公司利益的董事（尤其是董事长、执行董事）诉讼过程中，董事或法定代表人无权代表公司，并不得利用掌管公司印章、营业执照等便利条件阻挠诉讼。 2、应承认公司监事（会）的相对代表权。除法定代表人是公司对外代表权的享有者外，监事（会）可以享有相对的公司代表权，在董事或其他经营者的行为同公司的利益发生冲突或滥用职权造成公司利益受到损害时，由监事（会）出面代表公司同其进行交涉，维护公司及股东利益。国外很多公司立法都承认这一制度，例如德国股份公司法第112条规定“相对于董事会成员来讲，监事会在法院内外代表公司”，日本商法第二编公司中“公司对于董事、或者董事对于公司提起的诉讼时，对于诉讼，监察人代表公司，收到公司依第267条第一款（即提起追究董事长责任的诉讼）的请求时亦同”（第275条第四款），台湾公司法在第213条也规定“公司与董事之间的诉讼，除法律另有规定外，由监察人代表公司，股东会亦可另选代表为诉讼之人”。在我国公司法中，规定了监事（会）享有的职权，但相比较而言，缺少国外公司法的一些实质性规定，如：“（1）监事会以公司的名义对董事提起诉讼。（2）当董事为自身利益和公司交涉或者对于公司提起诉讼时，监事（会）代表公司”。这就造成监事（会）的监督权在实践上较难得到落实。公司实践中，监事（会）形同虚设，在实践中的运转受到了极

大的阻碍。要改变这种现状，必须赋予监事（会）的代表公司的诉权。因为诉讼是权利保障的最后一道防线。因此公司法赋予监事（会）监督、纠正董事损害公司、股东利益行为权力，在这种情况下监事（会）可以代表公司，以公司名义对被监督者提起诉讼。在我国公司法实践中早已有类似的做法，例如《深圳经济特区有限公司条例》第61条规定，“当董事、经理的行为与公司的利益有冲突时，（监事会可）代表公司与董事、经理交涉，或者对董事、经理提起诉讼。”

3、监事（会）代表诉讼的限制性制度安排。（1）只能是相对于董事、高级管理人员，而不是对第三人行使的。引进这种制度的初衷在于监督董事等经营者滥用职权或与公司利益发生冲突时由董事代表公司难免会发生利益冲突。但如果扩大监事（会）代表范围，则可能在公司经营过程中出现政出多头引起混乱。因此，监事（会）只能在公司与董事会成员之间有诉讼行为产生时，由监事（会）代表公司对董事提起诉讼。至于其他如董事为自己或其亲属与公司有一般业务交往时，或代表公司委托律师、会计师，是否由监事（会）代表公司暂不适宜。（2）监事代表诉讼的提起程序限制。监事（会）可以依职权，也可以依股东书面申请，提起监事（会）代表诉讼程序。但必须经过合法决议的前置程序，即监事（会）提起诉讼必须形成监事（会）决议，但是否先进行内部救济，即书面决议送达董事会或执行董事，建议根据具体案件情况确定，不宜做强制性规定。

4、相关配套制度完善。为确保监事（会）代表诉讼制度能够落实到位，还应完善相关配套制度，如关于诉讼费用支付。监事会作为内部机构无资金，也通常不控制公司财务出纳，代表公司诉讼时往

往涉及预付各项诉讼费用，包括案件受理费、律师费、审计评估费等如何支付？全部由公司支付恐怕难以操作，尤其是律师费，但如果让监事（会）自行掏腰包，显然不合理不公平。建议案件受理费由公司预付，律师费、评估审计费由监事（会）预付，案件终结后由败诉方承担，公司败诉监事（会）有过错的，由监事（会）按过错比例进行分担。注释：

1 相关参考案例：2007年2月9日《中华工商时报》刊登《监事状告董事损害利益》，报道了北京市海淀区人民法院受理一起监事作为原告起诉董事损害公司利益的案件。2007年6月25日《上海商报》刊登《监事告董事不忠胜诉》，报道了上海市普陀区人民法院受理一起监事作为原告起诉董事损害公司利益的案件，该案判决原告胜诉。此外，2006年11月29日《企博网》刊登《总经理怠职 监事告状诉讼保全》，报道江苏省镇江市京口区人民法院受理一起监事起诉董事总经理损害公司利益的案件。2 参见乔欣等著《公司纠纷的司法救济》，法律出版社，2007年版，第272页。3 参见徐晓松主编《公司法案例教程》，知识产权出版社，2005年版，第265-266页。4 参见乔欣等著《公司纠纷的司法救济》，法律出版社，2007年版，第273页。5 参见方流芳：《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》，载《比较法研究》1999年第3、4合期，第420-421页。（作者：樊永强，广东雅尔德律师事务所）

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)