

股东代表诉讼中的法律机制 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_82_A1_E4_B8_9C_E4_BB_A3_E8_c122_483569.htm ??? 匕谕 G 榭鱿拢?

公司的权利被侵害时，公司可以通过司法救济向侵权人主张权利。但是，当侵权人是控股股东或控股股东委派的董事、监事、经理时，公司就不能或不会通过诉讼来实现自己的权利。股东代表诉讼制度因此而生。股东代表诉讼亦称间接诉讼、二级诉讼，是指公司怠于通过诉讼追究公司机关成员责任及实现其他权利时，具备法定资格的股东为公司的利益而依据法定程序代公司提起的诉讼。?又啥?代表诉讼和直接诉讼的区别在于以下几个方面。(1)依据不同。股东代表诉讼的依据是共益权，代表诉讼的原告既是股东，又是公司的代表人；股东直接诉讼的依据是自益权，直接诉讼的原告仅以股东身份提起诉讼。(2)目的不同。股东代表诉讼是为了公司的利益；股东直接诉讼是为了股东的利益。虽然公司利益中包含着股东的利益，但是两者毕竟不能等同。(3)诉权不同。代表诉讼中的原告仅有形式意义上的诉权，实质意义上的诉权属于公司，代表诉讼中形式意义上的诉权和实质意义上的诉权是分离的；在直接诉讼中，形式意义上的诉权和实质意义上的诉权都属于作为原告的股东。(4)被告不同。间接诉讼中的被告不可能是公司，直接诉讼中的被告可以是公司。?ゴ?表诉讼制度是股东诉讼制度中不可或缺的组成部分。英国和美国首先在衡平法上创设了股东代表诉讼制度。至今，许多国家的公司法律制度中都规定了股东代表诉讼制度。虽然我国《公司法》尚未涉及股东代表诉讼制度，但是我国资本市

场的现状和现代企业制度的实践都昭示了建立这一制度的迫切性。而为了建立完善的股东代表诉讼制度，我国的法律制度需要对下述问题作出明确规制。

??其一，应明确规定股东代表诉讼的诉因。有些国家对可以提起间接诉讼的情况在法律上作出规定。在美国，因下述情况股东可以提起代表诉讼：

- (1)由于既遂的越权行为而产生的损害赔偿；
- (2)董事、职工、控股股东对于公司的信义义务的违反或其向公司应尽义务的违反而产生的利益返回或损害赔偿，如董事、职员经营不善、滥用公司机会或资产及出卖公司的控股权；
- (3)对价不充分的股票期权的禁止；
- (4)不正当分派股利的返回；
- (5)外部人侵害公司行为的禁止和损害赔偿。

笔者认为，我国的股东代表诉讼制度不宜对诉因作出限制，所有公司的诉因都可以成为股东间接诉讼的诉因。

??其二，应当规定股东代表诉讼中的被告。有些国家对股东代表诉讼中的被告有限制。如现行《日本商法》规定，可以成为股东代表诉讼被告的是董事、监事、公司发起人和清算人、接受公司利益的股东、以不公正价格认购股份者。股东代表诉讼中的被告的限制是和诉因相关联的。如我国对股东代表诉讼的诉因不作限制，则也不应该限制股东代表诉讼的被告。

??其三，应规定股东代表诉讼中原告的资格。原告资格将涉及以下问题。

- (1)间接诉讼是单独股东权还是少数股东权。单独股东权是对股权比例或股票数量没有要求的股权，反之，对股权比例或股票数量有要求的股权是少数股东权。对此，各个国家或地区有不同的规定。欧洲共同体第5号公司法指令第16条第1项允许各成员国对代表诉讼中的原告作股权比例或股份数量的要求，但不能将此比例提高到5%以上，也不能将此数额提高到100000万欧元

元以上。我国台湾地区《公司法》第214条也规定，股东代表诉讼中的原告须持续1年以上持有发行总股份10%以上的股份。我国的股东代表诉讼中的原告宜为持有一定比例股权的少数股东。

(2)股东的持股时间要求。原告的股东资格不仅应当在起诉就具备，还应当贯穿于代表诉讼的始终，这是世界各国立法的通例。但对提起诉讼时是否需要股东已经持续持有股份相当时间，各个国家和地区有不同的规定。《日本商法典》第267条第1项规定，代表诉讼的原告须为诉讼前持续6个月持有公司股票的员工。我国台湾地区《公司法》第214条规定，提起代表诉讼的原告须为持有股份1年以上的员工。笔者以为，我国的代表诉讼制度不宜作此限制。因为，员工的诉权应以其是否对诉因拥有利益为标准，而不应以员工的资历为标准。

(3)代表诉讼的员工是否需要在诉讼所涉及的侵权行为发生时就是员工。对此各国也有不同的规定。美国《标准公司法》第7、42条规定，代表诉讼的原告须在其所诉行为发生时即为该公司员工或该社团法人的成员，或由法律的作用将这种身份转移于原告。笔者以为，这一要求是和代表诉讼的特征相矛盾的。因为代表诉讼的权力基础是共益权。

其四，应规定员工代表诉讼的前置条件。多数国家和地区的代表诉讼法律制度都规定了代表诉讼的前置条件。《日本商法典》第267条规定，自6个月前持续持有公司股份的员工，可以以书面形式请求公司提起追究董事的诉讼，公司自前项请求之日起30日内不能提起诉讼时，前项员工可以代为公司提起诉讼。因经前项期间使公司有不可恢复的损失时，不受该期间的影响。美国《标准公司法》第7、42条规定，员工提起代表诉讼前首先应向公司提出书目要求，要求公司采取适当

行动，如公司在90天期满后未采取适当行动，股东方能提起代表诉讼，除非这个期限会给公司造成不可弥补的损失。我国台湾地区《公司法》第214条规定，继续1年以上持有已发行股份总额10%以上的股东，得以书面请求监察人对董事提起诉讼，监察人自前项请求日起30日内不提起诉讼时，前项股东得为公司提起诉讼。代表诉讼制度是为公司怠于行使诉权的情况设计的，上述股东代表诉讼的前置条件应是一种合理的安排。??其五是关于司法程序对代表诉讼的限制。有的国家对代表诉讼规定了批准、中止和取消程序。欧洲共同体第5号指令第17条第2项规定，各成员国有权规定未经法院批准不得提起代表诉讼。法院如认为代表诉讼明显缺乏根据，有权拒绝批准。美国《标准公司法》第7、43条规定，如公司就代表诉讼中请求的事项开始调查，法院有权将代表诉讼中止法院社会为合适的期限。根据美国《标准公司法》第7、44条的规定，法院在三种情况下可以驳回股东的代表诉讼：(1)在公司的独立董事构成法定人数的情况下，如出席董事会的多数独立董事表决认为代表诉讼不符合公司的最佳利益而作出决定；(2)无论独立董事是否符合法定人数，出席董事会的多数独立董事的多数票决定而任命的、由两名或两名以上董事组成的委员会的多数票表决认为代表诉讼不符合公司的最佳利益而作出决定；(3)法院根据公司的要求任命一人以上的独立人士组成一个小组，由该小组决定维持代表诉讼不符合公司的最佳利益。笔者认为，上述关于法院可以批准、中止、取消代表诉讼的规定，在我国的代表诉讼制度中都是可取的。??其六是关于代表诉讼费用担保制度。代表诉讼费用担保制度是指原告股东提起代表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的金额担保，以便在原告股东败诉时，被告能在原告提供的担保金额中取得诉讼费用补偿的制度。代表诉讼费用担保是对股东代表诉讼的一种制约机制，以防止股东滥用代表诉讼权。股东代表诉讼并不是一种普遍适用的制度，法律通常规定两种情况适用代表诉讼费用担保制度。一是为了限制小股东的代表诉讼提起权。如《纽约普通公司法》第627条规定，提起代表诉讼的股东的股份、表决权信托证书或收益利益在公司发行的股份总额的比例少于5%，其市场价值少于50000美元的，被告有权在代表诉讼的最后判决作出前的任何阶段要求原告为其的合理费用(包括律师费)提供担保。担保的数额可以有法院依据其判断不断增加或减少。二是为了限制恶意代表诉讼。如《加利福尼亚普通公司法》第800条规定，代表诉讼中的公司或被告如能证实以下两点或两点之一，都有权要求法院责令原告提供担保：(1)代表诉讼没有使公司或股东受益的合理可能性；(2)除公司以外，诉讼请求中的被告没有参与代表诉讼指控的行为。根据《日本商法典》第106条和第267条的规定，如被告能阐明原告提起代表诉讼为恶意，法院可以根据被告的请求，要求原告提供担保。毫无疑问，代表诉讼费用担保制度会大大增加原告的负担，对代表诉讼制度产生消极影响。所以，美国1989年《标准公司法》取消了1969年《标准公司法》中有关代表诉讼费用担保的规定。笔者认为，我国的代表诉讼费用担保制度，宜采用第二种限制方法。??

七是关于代表诉讼费用的承担。代表诉讼费用的承担包括两方面的问题：一是诉讼费用的算定，即法院按什么标准收取诉讼费用。如按一般的财产权诉讼计算诉讼费，则高昂的诉

讼成本往往会影响代表诉讼权的行使。因此，代表诉讼的诉讼费通常按照非财产权诉讼标准计算。如《日本商法典》第267条就作了这样的规定。该条将代表诉讼的标的金额一律视为92万日元，并以此为标准计算出原告股东提起代表诉讼的手续费为8200日元。二是原告的诉讼费用补偿权。因为原告股东是为了公司的利益提起代表诉讼，诉讼费用应当由公司承担。但许多国家通常对这种补偿设置条件。如《日本商法典》第268条规定，原告的补偿须以胜诉为条件，补偿也仅在律师费的范围内。笔者认为，这两个限制不尽合理。只要代表诉讼不是恶意诉讼，原告就应该取得补偿，补偿数额也应该为全部诉讼费用。?ツ半持?名经济学家赫尔南多在《资本的秘密》一书中曾说过，发展中国家最缺少的不是资金，而是让资金变成资本的制度。股东诉权制度和资本的安全息息相关，无疑是这个制度的重要组成部分。 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