

不可忽视的问题：中小股东之代表诉讼权 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\\_\\_E4\\_B8\\_8D\\_E5\\_8F\\_AF\\_E5\\_BF\\_BD\\_E8\\_c122\\_483655.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E4_B8_8D_E5_8F_AF_E5_BF_BD_E8_c122_483655.htm) ????

所谓股东之代表诉讼，是指当公司的合法权益遭受他人侵害，而公司怠于诉讼时，符合法定要件的股东以自己名义为公司利益对侵害人提起诉讼，追究其法律责任。这种股东所提起的诉讼实质上是代替公司行使诉权，派生公司的诉讼，故被称为派生诉讼。?? 本文以下将主要以美国的股东代表诉讼制度为主线，并结合其他国家之规定，阐述这一制度。?? 一、关于股东代表诉讼利弊之争议?? 关于股东代表诉讼制度存在利与弊之争，基于此种争论产生了赞成说与反对说两种对立观点，以下作简要介绍。?? 1．股东代表诉讼会导致股东滥用诉权(Strike suit)说。有观点认为，股东代表诉讼在理论上为英美法所特有，在实践中是美国所特有的，言下之意是它并不可取。确实，这项制度很令人担忧。对公司经营状况不满的小股东因为相信自己的权利被正常的经营活动所侵犯，而随意提起诉讼；或其怀有恶意，提起诉讼不过是为了实现其个人利益，或为了与公司管理层进行交换……。即使在股东代表诉讼诞生地的美国，也没有受到很大的欢迎。因为存在以下诸方面的原因：“代表诉讼产生了扭曲的动机，允许股东自我任命是对公司权利的挑战”；原告股东在公司中的经济利益是微小的且任何对公司的赔偿对股东只产生间接影响；原告在案件中很大程度上被其律师所控制，且律师费通常视和解或判决而定；原告律师倾向于迅速的和解；原告的律师只要获得满意的费用，对和解条款漠不关心；被告方通常也宁愿和解

而不愿意判决。代表诉讼的这些现实促使恶意股东进行诉讼，这样就成了滥诉。即使正常的出于良好意愿而提起的代表诉讼，也会因为对管理层造成压力而对公司的经营产生与恶意的代表诉讼一样的不良影响。管理层往往利用公司的钱财来准备诉讼，从而影响公司的正常经营。因此，善意的股东一般不愿意以这种方式来实现其目的。向法院提起毫无根据的代表诉讼也威胁了司法程序的完整性，浪费了司法资源。

2. 庇幸婢燃眉凹噤厥侄喻怠W魑中小股东，在奉行“多数原则”的公司中，其声音是微弱的，极少能参与到公司的经营管理中，所以其利益十分可能受到侵犯。给中小股东适当的救济途径，对于保护法律的公平正义，是重要的。股东代表诉讼，恰恰是一种合适的制度。

## 二、股东代表诉讼之当事人

传统诉讼法理论认为，民事诉讼当事人是因为民事上的权利义务发生纠纷，以自己的名义起诉，并受法院裁判拘束的利害关系人。但随着世界各国民事诉讼理论和立法的发展，逐渐抛弃了直接利害关系当事人的概念，而代之以纯粹诉讼意义上的当事人概念，即广义当事人概念。广义当事人理论认为诉讼标的权利义务主体以外的非直接利害关系人也可以作为诉讼当事人，其诉权可以基于法定或任意的诉讼委托或第三人诉讼担保而产生，但是判决对其不具有实质的效，仅发生程序上的效力。股东代表诉讼正是基于此一理念，有机地融合于民事诉讼体系之中。

原告?? 股东代表诉讼中，利益直接受到侵害的主体是公司，理应由公司作为原告提起诉讼。但由于致害人即公司董事、监事或控制性股东的特殊地位，公司往往受这些特殊管理群体的控制而怠于起诉。为此，法律基于广义当事人理论，赋予公司股东以代位公司

对致害人提起诉讼的权利。?? (一) 被告代表诉讼的被告是因公司实施不当行为而对公司承担民事责任的人。对于被告的范围，两大法系的立法例并不相同。以日本和我国台湾为代表的的大陆法系，代表诉讼被告的范围仅限于公司董事。而在英美法系国家，被告的范围包括：大股东、董事、职员以及第三人。笔者认为，日本及我国台湾地区的立法对股东代表诉讼的范围限制过于狭窄，英美国家的立法例更为可取。理由是：(1)在存在控制股东的公司，董事的行为在一定程度上缺乏自主性，会受到不同程度的钳制甚至操纵；(2)将经理及其他高级管理人员排除在外，不利于形成少数股东对公司管理层的周密监督体系。?? 股东代表诉讼的被告享有民事诉讼法规定的各项权利，而且作为真正被告，它并非公司的这一名义被告的共同诉讼人，二者的法律地位不同，更不可与其委托同一诉讼代理人。?? (二)公司的诉讼地位 关于公司在诉讼中的地位，同样存在两种不同的立法模式。以英美为代表的国家，主张公司在代表诉讼中居于双重地位，即真正原告和名义原告。如，英国《民事诉讼程序规则(1998)》中规定，代表诉讼中，应将公司列为被告。另外一种立法模式是以日本为代表，主张公司在代表诉讼中并非必要的诉讼当事人，其诉讼地位既不是原告，也不是被告，而是辅助原告参加诉讼。但代表诉讼的判决效力仍然及于公司。?? 笔者认为，首先，代表诉讼中公司不能作为原告，因为原告是以自己的起诉行为来维护其合法权益的，公司尽管是真正意义上的原告，但由于公司股东会或董事会不授权或批准该诉讼，所以它不能作为原告。其次，公司也不能作为代表诉讼的真正被告，因为公司是实体利益的真正受害者，公司具有独立人格

，它不可能与第三人或公司董事、经理等串通来损害自己的利益。且公司尚是原告胜诉利益的获得者。再次，公司也不应该是诉讼第三人，因为原告股东在代表诉讼中行使的诉权。相比较而言，出于立法技术及诉讼方面的原因，将公司列为名义被告更为合理。正如ChittyLJ在SpokesV

. GrosvenorHotelCompany一案中指出：“对于此种诉讼而言，公司是必要的被告，其理由是显而易见的。原告起诉的不适行为是对公司实施的，并且公司必须成为此种诉讼的一方当事人，以便公司对此种诉讼的后果承担责任和取得因该种诉讼从不适行为人那里取回的金钱。”可见，在诉讼地位层面上将公司列为名义被告，有利于诉讼的进行及法院判决效力的归及。需要明确的是，作为名义被告，公司与真正被告的诉讼地位不同，它不享有真正被告在民事诉讼中的诉讼权利，且必须采取中立的立场，不得积极地帮助一方当事人

。??三、股东代表诉讼的前置程序 一般民事诉讼中除了法律有特别规定以外，原告可以直接向法院提起诉讼。但是，代表诉讼因为具有某些代位诉讼的性质，因而理论上必须在公司不愿或拒绝起诉时才可以代位公司提起诉讼。股东代表诉讼前置程序的设置，一则因为存在上述原因，二则因为可以防止股东的滥用行为。??前置程序的实质内容，就是要求股东在提起代表诉讼之前，必须向公司某一特定机关提出请求，要求其以公司名义向致害人起诉，否则股东无权提起代表诉讼。各国立法大多设置有前置程序，但对股东是向哪一个公司机关提出请求，则有不同的立法规定。??四、股东代表诉讼和解 解决争议的方式由单一化向多元化发展，反映了民事司法理念的一种重要调整以往占主导地位的对抗型争议解

决方式已逐渐让位于合意型争议解决方式。正如有学者指出的，民事程序不应当仅按通过审判的方式解决争议而设计，而且也应当鼓励大多数的争议当事人以更为合作和灵活的方式解决他们的争议。这种理念已在世界范围内达成共识，并由理论学说进入立法实践。诉讼和解是指双方当事人把他们对请求权的主张相互让步的结果在诉讼上进行一致陈述的行为。诉讼和解有利于息讼止争，节省当事人的诉讼费及司法资源，是现代民事司法理念中极为提倡的一种解决争议的方式。但是，由于股东代表诉讼是一种特殊的诉讼形态，对其是否应当适用诉讼和解，如何适用还存在争议。

### 五、法院在股东代表诉讼中的作用

法院在民事诉讼中的地位，一直是一个重要的课题。长期以来，许多人倾向于包含着大量私力因素在内的当事人控制诉讼模式，并主张弱化法院的职权，丰富当事人的诉讼权利。但是，由于这种做法也有弊端。于是近年来兴起的一场世界性的民事司法改革中，两大法系国家民事司法的一个共同的重大变化就是普遍加强了法官对民事诉讼过程的控制。这一变化更突出地表现在将当事人主义奉为基石的英美等普通法系国家。在美国，管理型法官文化已经确立。英国的民事司法改革也明显加强了法官对诉讼的控制。例如，英国《民事诉讼程序规则》中引进了案件管理制度。可见，法院在诉讼中地位及作用正得到提升。股东代表诉讼的特点在于作为诉讼主体的当事人与民事主体发生分离，从各国的诉讼实践来看，该制度的最大问题在于诉权的滥用和弱者权利的保护不周。因此，强化法院对代表诉讼过程控制权与监督权，就显得尤为重要。

#### 1. 对滥用诉权的规制

在规制滥用诉讼权利方面，法院应当采取的措施有：(1)法

院不仅应当审查股东提起代表诉讼是否符合程序法定要件，而且应当就其实质性问题进行审查，一旦股东提起的代表诉讼确属无理由或不符合条件，则法院有权驳回该诉讼；(2)法院受理代表诉讼后，原告股东和解或撤诉都必须接受法院的审查许可，如果原告股东撤诉被允许，则其不得基于同一事实、同一理由对同一被告提起代表诉讼，也不得参加或介入其他股东提起的同类诉讼；(3)法院对诉讼费用担保的额度有一定的自由裁量权，应当在审查原告股东诉因的前提下，决定诉讼费用担保的额度；(4)在英美法系国家，法院还可依据商业判断规则免除有关董事的责任。

## ?? 2. 对弱者的保护

在民事诉讼领域，援助在运用诉讼能力方面处于劣势地位的弱者，实际上是法院对双方当事人利用诉讼资源能力处于不平等状态的矫正，从而实现程序正义。股东代表诉讼中，相对公司董事、经理及控制性股东无疑处于弱势地位的，极有必要通过法院对诉讼的干预保障程序的公正。具体而言，法院的干预主要体现为：(1)法庭有权发布命令，指定公司某一个或某一些成员以公司的名义或代表公司对致害人提起代表诉讼；(2)可以决定代表费用担保的提供是否有必要；(3)保证原告之外其他股东的诉讼参加权；(4)通过再审程序，对股东诉权予以救济。

## ?? 六、立法建议

在我国公司立法及实务中，中小股东如何通过行使代表诉讼的权利来保护其利益应该说是—个重要的课题。因为目前在我国证券市场中，确也存在大量的董事、经理及控制股东侵害公司利益和中小股东利益的案例。作为追究致害人民事赔偿责任的诉讼机制，股东代表诉讼对保护少数股东及公司利益，制衡公司管理层及控制股东无疑具有重大意义。遗憾的是，我国《民事诉讼法》和《

公司法》均未规定股东代表诉讼制度。但是，早在1992年广东高级人民法院就依据股东代表诉讼的理论审理了起案件，承认股东有提起代表诉讼的权利。1997年北京也发生了起股东代表诉讼案件，法院也将其作为股东代表诉讼来处理。因此，股东代表诉讼这一理论形态在我国实际上已经发生。而法律仍处于真空状态，这种状况显然不利于股东代表诉讼的操作与其功能的发挥。我国《公司法》即将全面修订，笔者认为极有必要对股东代表诉讼作出详细规范，以有效保护中小投资者的利益。以下是笔者对我国建立派生诉讼制度的一些立法设想。

?? 1、派生诉讼的适用范围。派生诉讼以公司受到董事、大股东以及其他人的不当行为的损害为前提。不当行为包括违反《公司法》或违反公司章程的任何代表或代理公司的行为以及董事在处理公司事务未尽到勤勉义务时的各种行为。根据实践中存在的和美国《公司法》的规定，我国派生诉讼应适用于：(1)由于越权行为而产生的损害赔偿之诉；(2)对董事、控制性股东或其他高级职员违反受信托义务之禁止或要求承担因此引起的损害赔偿之诉；(3)禁止发行对价不充分的股份选择权之诉；(4)请求返还不当分派股利之诉；(5)阻止外部人侵害公司或请求承担因此造成的损害赔偿之诉等。

?? 2、提起派生诉讼的权利主体。在公司利益受到损害时，谁人能够代位公司对致害人提起诉讼，这是各国《公司法》在规范派生诉讼时首先要解释的问题。无论是英美法系还是大陆法系，原则上准许公司股东提起派生诉讼。但不同的是，有些国家《公司法》对原告股东的资格不作任何限制，有些则仅允许符合特定条件的股东提起派生诉讼。?? 笔者认为：在我国确立派生诉讼制度时对原告股东的限制不宜过

于苛刻，可以考虑借鉴美国《公司法》的“同时所有权规则”和“净手原则”，但不宜规定持股比例。诉讼中，在第一次开庭之前，如果有其他符合条件的股东要求参加到诉讼中来，应予准许。

?? 3、派生诉讼的前置程序。为防止恶意诉讼或股东滥用诉权，各国在确立派生诉讼的同时都规定了相应的提起派生诉讼的前置程序。我国《公司法》第126条第1款第(3)项规定：“当董事和经理的行为损害公司的利益时，要求董事和经理予以纠正。”因此，我国确立股东派生诉讼的前置程序可以规定，股东在提起派生诉讼前应先向公司监事会提出申请，公司不设监事会的直接向董事会提出申请，在申请被拒绝后方可提起派生诉讼。

?? 4、法庭在派生诉讼中的作用。为防止原告股东意图通过派生诉讼侥幸达到某种目的，或者通过与被告达成和解协议而取得大量金钱，使公司受到双重“欺诈”。笔者建议在《公司法》修改中应明确：法庭有权对派生诉讼原告与被告之间的私下和解协议进行审查，有权决定是否准许撤诉，如果准许和解或撤诉，法庭应以裁定的形式通知当事人。通常而言，法庭在自由裁量决定是否许可和解或撤诉时，应考虑下列因素：?? (1)派生诉讼可能导致的被告之赔偿额和所建议的和解数额；(2)诉讼成功的可能性；(3)被告当事人的经济状况。

?? 5、防止不当派生诉讼的约束机制。为防止股东“恶意”诉讼或滥用派生诉讼，在派生诉讼的立法中可以建立一些特殊的约束机制，如提起诉讼的前置程序，赔偿责任以及限制原告股东的和解、撤诉权等。但笔者认为，在我国现阶段，立法精神应当鼓励派生诉讼，而不是过多地限制。对公司董事、控制性股东行使企业权利多一份监督，才能更有利于公司内部管理机制的完善，更



利于公司的健康发展。 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)