

股东代表诉讼法理初探 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\\_483860.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_82_A1_E4_B8_9C_E4_BB_A3_E8_c122_483860.htm)

摘要：本文通过英美法系和大陆法系的代表诉讼制度的对比和分析，为我国代表诉讼制度的建立和完善提供一条思路。关键词：代表诉讼、用尽公司内部救济 有限责任公司这种公司形态受公司所有与公司经营相分离原则所支配，尤其是股份有限公司，公司的经营掌握在董事之手。为谋求公司的顺利发展，赋予了董事强大的权限，为限制董事滥用权利，强化股东地位，且为了保护小股东的利益，同时防止公司董事违法失职的行为，创设了多种股东监督及纠正公司经营的权利，股东代表诉讼制度即为其中最重要的权利。所谓股东代表诉讼，指股东对公司遭受的损害代表公司提起诉讼。与直接诉讼不同在于：直接诉讼是作为股份所有者的股东因自身权益受到损害而又有法律赋予保障权利实现的手段时提起的诉讼，代表诉讼则是由一个或多个股东为补救或者防止侵犯公司权益的行为而提起的诉讼。简言之，直接诉讼是股东的自益权受侵害而提起的诉讼；而代表诉讼是股东的共益权受到侵犯而提起的诉讼。区分直接诉讼和代表诉讼是有意义的。因为二者在实体和程序方面，适用不同的规则。在称谓上，英美法上称代表诉讼为衍生诉讼，根据我国的习惯和行文的方便，本文通称代表诉讼。一、从《公司法》111条谈开我国关于股东诉讼的法律规定仅见于《公司法》第111条：“股东大会、董事会的决议违反法律行政法规，侵犯股东合法权益的，股东有权向人民法院提起要求停止该违法行为和侵害行为的诉讼。”

”该条规定，本身存在较大缺陷：1、起诉条件上，仅为股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规。而实践中存在着大股东侵害小股东，股东大会、董事会决议违反公司章程，董事、经理违反忠诚和注意义务损害公司利益的行为；2、该条仅规定股东停止违法行为和侵害行为的请求，未规定股东损害之赔偿请求；3、虽规定股东可以起诉，但未对该谁当被告作出规定。立法未明确规定代表诉讼且存在诸多缺陷，所以不能象有的学者所主张的那样，对该条作扩张释，为股东代表诉讼制度寻找现行法上的依据。因此，有必要通过对他国代表诉讼的比较研究，借他山之石，为我国代表诉讼的建立和完善，提供一条思路。

## 二、原告资格

《美国标准公司法》第7.41节规定，原告须“（1）在程序中被控诉的作为或不作为发生时是该公司的一个股东或者在上诉时间中虽不是一位股东，却从在上述时间中该公司的一个股东依法转让公司股票而成为该公司的一个股东；（2）在要求强制行使公司的权利时公正和充分的代表了公司利益。”在台湾《公司法》上，规定有所不同，“提起代表诉讼的原告必须为继续一年以上持有已发行股份总数10%以上之股东。”有学者从上述两个条文的对比中得出：美国的立法体例不应学习，理由是给予仅持有一股单独股东以代表诉讼提起权，由于股民人数众多，容易使公司陷入诉讼的包围，法院也会由于诉讼案件的增加而不堪重复。笔者以为，该学者忽略了原告代表性的作用，美国联邦民事诉讼规则第23条（2）规定：“如果原告很显然不能公正和充分代表其它处于相同地位的股东或团体成员的利益来实施公司或团体权利，则派生诉讼不能继续进行。”有这样的制度安排，就可以打消上述的疑虑，但

要作此制度引进，则涉及到诉讼法相关方面的制度改进。台湾关于原告资格的立法限制过于严格，这也成为台湾诉讼代表案件积极性不高的的重要原因之一。因此，系美国的立法体例较为科学。

三、被告 美国法规定最为宽泛，股东代表诉讼的被告不仅可以是公司的董事、经理、监事，也可以是公司以外的第三人，大陆法系台湾股东代表诉讼的对象范围最窄，仅限于董事。限制被告的立法体例会使保护力度不够。因为实践中可能存在公司董事以外的公司成员，甚至包括第三人（如行政机关）的不当行为对公司造成侵害，公司怠于追究法律责任时，股东应有提起代表诉讼的权利。代表诉讼的立法目的，本来就是为了保护股东的利益，股东通过诉讼这种积极的手段，来加强对公司活动的监督，美国的做法值得学习。

四、前置程序 《美国标准公司法》7.42节规定，要具备下列条件一个股东才能开始派生诉讼的程序：（1）已向公司提出权利要求，并要求采取恰当的行动实现此要求；（2）从权利要求提出时起已过了九十天，或者已早被公司通知其权利要求被排斥，或者是九十天等待期限结束的结果是公司令遭受不少补救的损害。这是美国关于前置程序的规定，其法理在于：公司为法人，与个人相对独立，股东代位公司行使诉权，首先必须最大可能的尊重公司的法人资格；其次，这种“用尽公司内部救济”的方法。可以给公司检查自己行为的机会，如果公司管理阶层同意股东的控诉请求，公司便有机会和原告在正式起诉前达成和解。需要注意的是两个问题，其一：在大陆法系国家，董事、经理损害公司利益的行为由监事会提起诉讼。台湾《公司法》248条规定：“继续一年以上，持有已发行股份总数百分之五以上的股东，得以

上面请求监察人为公司对董事提起诉讼（第一项），监察人自有前项之请求日起，三十日内不提起诉讼时，前项之股东，得为公司提起诉讼（第二项前段）”。但监事可能与董事关系密切，或者碍于情面，容易怠于追究董事责任。不如将此审查权限交给独立董事。一来，我国有这一制度安排；二来，独立董事地位特殊，相对能做到客观公正，与监事会相比，怠于起诉的可能性小。其二，美国法90天的规定稍显过长，按日本、台湾的做法，30天比较适宜。

五、费用担保 费用担保是要求代表诉讼中的原告股东向公司交存被告应为代表诉讼所可能支付的合理费用的保证金。费用担保的目的在于防止“滥讼”，即希望通过该制度的设立阻止一些别有用心对原告股东提起恶意诉讼。台湾《公司法》第214第2款规定：“股东提起诉讼时，法院因被告之申请，得命起诉之股东提供相当担保。”从该条规定来看，其负作用也是巨大的。被告可以以费用担保为手段，阻止原告股东提起诉讼。考察美国的公司立法，《示范公司法修正案》废除了1969年《示范公司法》规定的费用担保条款，授法院以裁量权，如果法院认定提起诉讼缺乏正当理由或者明显没有价值时，才要求原告交存保证金。笔者认为，此修订与代表诉讼的立法精神甚为一致。

六、败诉股东的责任 比较英美和日本台湾的立法体例，原告股东在胜诉时均有权从公司获得补偿，而当股东败诉时，美国法没有规定股东对公司的赔偿责任，往往由公司自己承担费用。由于美国法在原告资格，费用担保方面的规定都不是十分严格，所以在设计我国股东代表诉讼时，应要求败诉的股东赔偿，以期平衡。不过，采日本法上原告股东“恶意”为责任承担之要件，实有必要，否则非“恶意

”的原告股东可能因巨额赔偿而放弃诉讼这种救济方式，代表诉讼的功能将大打折扣。

七、公司在诉讼中的地位 在美国，公司为名义上的被告，实质上的原告，为必要的诉讼参加人。日本法上公司是共同的诉讼当事人，是一种诉讼参加人，可以提出独立的诉讼请求，但不是必须参加诉讼。台湾法无规定。笔者认为，美国的公司诉讼地位的设计过于复杂，会产生一系列问题，如律师是否能作为共同诉讼的代理人，既代表被告公司，又代表其它被告？被告公司和其它被告可能存在相反的利益，律师身兼二职，将无法履行代理职责。再者，原告股东提起的诉讼要求，可能由于各种原因，而不能与公司的最大利益充分一致。日本法的做法较能良好的解决上述两个问题，值得借鉴。

八、诉讼和解 在美国实务上，从诉讼经济的角度，对于股东代位诉讼以诉讼上和解之方式解决实体问题，一向持肯定见解，在公开公司以和解方式终结诉讼的比例高达80%，其理由在于虽原告胜诉公司可获得高额的赔偿，但诉讼耗时长，必然增加律师费，公司所获利益相对降低，且浪费审判资源。值得注意的是，在和解过程中，法院起着重要的作用，法院往往通过对和解条款之审查，来拒绝或同意和解，审查的标准是公司的利益。日本过去对诉讼外和解持否定态度，理由是监督公司而行使的股东权利，是共益权，原告进行诉讼所保护的利益应归于公司。但日本商法于平成五年修正时，增订股东代位诉讼裁判费的计算，视为非财产上请求的诉讼，诉讼费用的降低，有人认为股东代表诉讼容易被滥行提起，诉讼外和解遂成为实务中最要课题，从两国立法制度来看，美国的模式值得借鉴。

九、诉讼费用 从日本的司法实践可以发现，诉讼费用是影响股

东代表诉讼能否广泛适用的重要因素。而美国由于高额律师费的引诱，确存在滥诉倾向，相较而言，采日本立法体例，将股东代表诉讼的诉讼请求规定为非财产上的诉讼请求，收取较低诉讼费用，能减少股东提起诉讼的阻力。

十、判决的法律效力 根据代表诉讼的一般原理，法院判决应对公司和其它股东（包括没有参加诉讼的股东）有法律拘束力，公司和其它股东不得就同一标的再提起诉讼。股东代表诉讼是股东的一项重要诉权，同时又是公司治理结构的重要内容，是股东监管公司的重要途径。没有此制度，公司治理结构的链条将不完善。就股东代表诉讼本身，也有很多具体内容须进一步研究，那需要专题文章另做研究。稍感遗憾的是实证的案例收集困难，这对制度的取舍和改造，无疑制造了阻碍。唯希望通过各国立法体例的对比，能对传达给读者一些有用的信息。

注： 罗伯特·W·汉密尔顿[M]．公司法概要．北京：中国科技出版社．337． 卞耀武．当代外国公司法[C]．北京：法律出版社．532． 卞耀武．当代外国公司法[C]．北京：法律出版社．532． Hornstein, New Aspect of stockholder ' s Derivative suits, 47 Colum L.Rev. Abstracts: The purpose of the article is from a new aspect to discuss the establishment of the representative suit in china through comparing and analyzing the legal system among American、Japan and Taiwan. Keywords: representative suit exhaustion of Intracorporate Remedies 新闻来源:中国民商法律网 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)