

股东代表诉讼应向侵权诉讼靠近 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E8\\_82\\_A1\\_E4\\_B8\\_9C\\_E4\\_BB\\_A3\\_E8\\_c122\\_484115.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_82_A1_E4_B8_9C_E4_BB_A3_E8_c122_484115.htm) 文&#8226;赵宇天津尚志律师事务所 股东代表诉讼(derivative action)又称股东派生诉讼、股东代位诉讼，是指当公司的合法权益受到侵害，而又拒绝或怠于通过诉讼手段追究有关侵权人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向侵权人提起的诉讼。这项诉讼制度在我国虽然还没有确立，但已经为广大学者详细介绍和推崇，最高人民法院也准备在新出台的司法解释中建立这项制度。 股东代表诉讼作为我国公司法中法律救济的一项补充，与我国现行法律体系是否有冲突？作为一项特殊的侵权诉讼形式，是否能够解决我国现行侵权法律制度所无法解决的问题？笔者就近年来接触的一些案例，提出一些看法，求教于同仁。 股东代表诉讼超出了现行的法律规定 笔者认为，股东代表诉讼制度在理论上与我国现行的法律体系存在着一些不可调和的冲突，或者说已经超出了我国民法和民事诉讼法所确定的一些基本准则；在司法实践上也难以解决目前存在的所有问题，反而有破坏法律公平原则之嫌。请看以下案例：一、大股东利用其对公司的控制权，实施损害公司利益的行为。例如笔者代理的某合资公司侵权案中，甲方股东占公司股份的60%，公司董事长和总经理均由其选派，遂利用此优势将公司大部分资产（机器设备）低价收购，并投入其新建的独资公司，造成公司停产倒闭。乙方股东在得知此事后虽然一再提出此行为无效，要求公司履行其职责，但

毫无结果，遂诉至法院。（以下简称案例一）二、公司董事或经理人员利用其职权，实施损害公司利益的行为，例如笔者接待咨询的某中外合资企业，由于公司经营权掌握在某经理手中，该经理利用假的财务票据侵占公司财产，制作假账欺骗股东，由于股东无法了解公司的实际情况，也无法取得侵权行为的证据。（以下简称案例二）三、公司其他员工或者第三方实施损害公司利益的行为或者与公司发生纠纷。例如某涤纶长丝厂诉吉雄公司案。双方曾合资成立了吉雄化纤有限公司，后来合资公司与大兴公司发生购销合同纠纷，由于控制合资公司的吉雄公司与大兴公司有直接利害关系，因此拒绝起诉大兴公司，致使长丝厂利益受到了损害。（以下简称案例三）公司作为一种经济组织，应当是以通过合法手段进行经营以获取最大经济利益或者保护其现有利益为目标和原则的，但是在上述三种情况下，公司却没有遵守这一原则，究其原因，是由于公司的控制者（控股股东或董事经理）出于自身利益考虑，利用对公司的控制权损害了公司的利益，正是由于公司的控制权掌握在这些不同的利益主体手中，导致公司“不能”行使其正当的诉讼权利，部分股东出于对公司利益的保护，遂代替公司主张权利，由此产生了股东代表诉讼制度。笔者认为，在上述三种情况下，对于诉讼权利的行使，公司不是不能而是不愿行使。按照民法的一般原理，“不能”是指民事行为人丧失了权利能力或行为能力，无法根据自己的利益表达自己的意志；而“不愿”是指具有民事权利能力和行为能力的人所作出的具有法律效力的不作为的意思表示。显而易见，在上述三种情况下，公司并没有丧失其民事权利能力和民事行为能力，它所做出的“拒绝或

怠于行使其诉讼权利”的行为是出于其真实的意思表示，是一种不作为的民事行为。虽然这种行为可能损害了其自身和他人的利益而导致法律上的无效，但并不能因此而剥夺其做出意思表示的权利。我国民法为了维护丧失民事行为能力的人的合法权益，设置了代表诉讼制度，例如死亡人的近亲属可以通过诉讼维护其著作权、名誉权，未成年人和精神病人的监护人可以通过诉讼维护其权益，而被撤销、解散或宣布破产的企业法人可以由依法组成的清算组织代表企业提起债权诉讼等等。然而对于具有民事行为能力和行为能力的法人，我国民法规定，只有法定代表人和接受法人授权委托的人才可以代表其行使诉讼权利，股东代表诉讼制度中的股东显然不在其列。因此，如果要确立这项制度只能通过修改民事诉讼法和公司法才能实现。从司法实践的角度看，股东代表诉讼制度还可能会产生一种令人尴尬的现象。由于股东代表诉讼所要解决的争议全部涉及公司的实体权益，出于保护公司利益的考虑，有必要将公司列为诉讼当事人。至于公司的诉讼地位，虽然理论上有不同的观点，但都认为公司既然是受损害的一方，当然应该坐在原告一边，与原告主张一致。然而事实上，由于公司事先已经拒绝行使其诉讼权利，在诉讼中当然也不会支持原告的诉讼请求，也不会提供对原告有利的证据，甚至很可能和被告联合起来，对原告的诉讼请求进行抗辩，或者提出对原告不利的证据，以致出现“身在曹营心在汉”的现象。从另外一个角度讲，目前公认的股东代表诉讼制度前提是“当公司权利受到损害”，按照法学理论，法律只是对一般性事务和当事人的诉讼权利做出的普遍性规定，具体某一事件，应该通过法院的判决予以

认定。因此这一定义应当是“当公司股东认为公司权利受到损害时”，这就涉及到股东的认识是否正确。事实上，由于提起诉讼的股东不是公司的具体经营者，对事件的情况不一定有全面的了解，因此这种认识很可能是不正确的。例如在案例三中，虽然吉雄公司和大兴公司存在利害关系，但还可能存在着另一种情况，就是纠纷本身对合资公司不利，如果提起诉讼，其结果可能反而会损害自身利益。众所周知，经济纠纷是非常复杂的，对同一个事实，不同的法律专家都有可能得出完全相反的结论，因此如果让一部分有不同意见的股东代表公司行使诉讼权利，不一定能够产生好的效果，反而有可能会损害公司的名誉和利益。另外，股东代表诉讼制度还对提起代表诉讼的股东的持股比例和时间做出了限制性的规定，目的是为了预防股东对代表诉讼提起权的滥用，防止因无益的诉讼影响公司的正常经营从而使股东利益受到损害。其依据是股东代表诉讼是一项共益权，是股东为公司整体和全部股东的利益而行使的权利。而事实并非如此，如上述案例一中，被侵害的往往只是少数小股东的利益，设定这一条件，客观上等于为大股东侵权划定了一个尺度，使得在这个尺度之上的大股东可以肆意的侵犯小股东的利益，从而彻底剥夺了小股东维护自己利益的正当权利。但是，这种条件的设定却不能遏制那些有能力向公司挑衅的人。在这些限制性规定面前，法律的公平难以体现。股东代表诉讼的实质产生了共同侵权行为 股东代表诉讼产生的背景是认为侵权人侵犯的是公司利益，而没有直接侵犯股东利益，侵权人与股东之间不存在直接的法律关系，股东也就无法直接起诉侵权人，而只能代表受损害的公司起诉。有人认为，我国现行的侵

权法无法规范这种特殊的侵权法律关系。笔者通过代理上述案例一认为，我国现行侵权法律体系完全可以涵盖这种特殊的侵权法律关系，只是需要做适当的延伸。在案例一中，公司大股东利用对公司的控制权，以与公司签订合同的形式，低价收购公司资产的行为构成了利用合同恶意串通，共同侵犯了小股东的权利。首先，大股东与公司共同实施了侵权行为，依据公司章程，由股东派员组成的董事会决定公司的一切重大事宜，股东通过董事会行使其作为公司所有者的权利，机器设备是公司的重要固定资产，而公司未经董事会同意就擅自处置了公司固定资产，其行为显然构成了对小股东的侵权。大股东明知其行为将侵害公司和小股东利益，仍然操纵公司与之签订合同，收购了上述资产，从而构成了共同侵权。其次，大股东和公司的侵权行为给小股东造成了损害后果。由于公司固定资产被擅自处置，造成公司无法继续经营，小股东无法行使对公司的合法权利，更无法实现其应得的利益，甚至巨额的投资也面临着血本无还的危险。而小股东遭到的上述损害事实完全是大股东与公司的侵权行为造成的。类似这样的案例，小股东完全可以以共同侵权为由将公司和大股东一起告上法庭，公司在此扮演的绝非软弱无力，不能表达自己真正意志的角色，而是一个地地道道的侵权者，大股东的帮凶。在这一诉讼案件中，也有人认为这是股东之间的纠纷，应当由股东按照合资合同的规定解决。从事实上讲，这种侵权事实确实是在大股东的操纵下完成的，公司在这种不公平的买卖中受到了损害，但是从法律上讲，合同是当事人双方意思表示一致的产品，是双方共同故意的行为，公司并不是被动的受到了侵害，而是主动实施了这种行为，

因此公司是当然的侵权人。在案例二的纠纷中，实际上是公司全体股东和执行机构之间的纠纷，按理说，这种纠纷是可以通过公司内部救济制度来解决的，例如通过权力机构罢免有关人员，但是在实践中可能产生欲“罢”不能的情况，比如按照公司章程，公司的权力机构是董事会，董事长是由某个股东选派的。如果董事长为达到个人目的利用其在公司的地位，滥用权力，损害公司利益，而由于某种原因股东之间不能就更更换董事长达成一致意见，从而使公司处于脱离股东控制的状态。这种情况从性质上与案例一是相同的，只是公司的操控者不同而已。实质上是公司操控者利用其在公司的地位与公司恶意串通，共同损害了股东权益。至于案例三，笔者认为，其实就是案例一的另一种表现形式，虽然从表面上看，是公司与第三人之间的纠纷，但是由于大股东的介入，才发生了公司拒绝行使诉权的情况，所以当小股东通过内部救济制度向公司提出要求并被拒绝之后，也就演变成了公司和大股东共同侵权的事实。在这种情况下，对第三人的诉讼权利仍然应当由公司行使，小股东只能依据公司应当行使诉权而拒绝行使及大股东和第三人之间存在特殊利益关系的事实要求法院确认侵权事实的存在。由此看来，公司的自损、拒绝或者怠于行使权利的行为其实已经构成了对股东的侵权，只是这种侵权通常是公司和他人共同实施的行为，就其法律特征而言，完全符合侵权的构成。而且将公司置于重要当事人的地位，也有利查清案情，做出客观公正的裁判。在股东代表诉讼中，“竭尽内部救济制度”很值得借鉴，即股东不可以直接向法院起诉，而应该先向代表公司的机构提出追究责任的请求，在请求不被理睬或对该机构所做出的结论

不满时，才可以向法院起诉。也只有如此，才可以确定公司作为侵权主体的资格。另外，股东代表诉讼中：股东不能将自己作为诉讼的直接受益主体，受益主体仍然是公司。因为，公司实施侵权行为是通过损害自身利益的形式表现出来的，而不是直接侵害股东的利益，公司由于这种自损行为使自己脱离了正常的经营轨道，从而侵害了股东的利益，要想维护股东权益，就必须停止这种行为，并使其恢复原状。例如案例一中，由于大股东与公司低价买卖公司资产的行为致使公司无法正常经营，从而损害了原告股东的所有者权益，原告告诉请被告将非法收购的公司资产返还公司，使得公司可以恢复生产，股东的利益也就得到了保障。因此，这种诉讼并非返还财产之诉，而是停止侵害，排除妨害，恢复原状之诉。笔者建议，最高人民法院可以通过司法解释对这种特殊的侵权行为予以确定，并明确股东的诉讼权利。例如规定：“公司的股东如果认为公司的行为（包括不作为）侵害了其合法权益，有权向公司提出异议，如果公司无正当理由不接受，股东向人民法院起诉的，法院应予受理，如果能够证明第三人与公司共同实施了上述行为的，可将其列为共同被告。”这样既保护了作为弱势群体的小股东利益，又不致产生滥诉的问题。（中国律师2004\6）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)