

简评中国公司法对股东派生诉讼制度的借鉴 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/52/2021_2022__E7_AE_80_E8_AF_84_E4_B8_AD_E5_c36_52935.htm 中国公司法在1993年颁布时，由于当时所处的社会政治环境形成的主流文化模式的影响（主要指计划经济制度和公权高于私权的普遍的价值观）、全社会对市场经济体制的理解的局限，以及我们自己缺少公司制度运行的实践和经验，无以判断哪些法律规范是最紧迫之需，特别是公司法的颁布在国有企业改革的进路中被赋予特别使命，对公司法的规范性和制度的完善性的考虑在客观上被后置了，怠慢了，许多在市场经济环境中行之有效的制度并没有被吸纳，造成了大面积的制度缺失。股东派生诉讼应当说是现行公司法未能采用的制度之一。在20世纪80年代中后期，中国在国企改革中为了注重效率的提高，施行了厂长经理负责制的强化性领导体制。那时，企业运行中的突出矛盾是管理松散、人浮于事，企业取得成绩，管理层人人有功；企业运行出了问题，往往无人负责。因此，在《全民所有制工业企业法》中明确了厂长经理的个人负责制。这一体制的优势是权力集中，厂长经理有压力，但是其缺点也是非常明显的：就是根本没有确立有效的监督机制，管理者的任性行为、利己行为没有被节制，国有企业形成了实实在在的内部人控制局面。然而政府首要关注的是企业当年的经济效益实现和职工就业的稳定安排，在国有资产的悄悄的流失还没有形成社会的尖锐矛盾时，政府的行为就如同西方国家上市公司的小股东那样存在“搭便车”的心理预期和不作为。厂长经理们利用职务之便通过非犯罪的方式如公款消费

、投资转移、收受好处、掠夺企业的商业机会或者进行关联交易等损公肥私，其结果是“富了方丈穷了庙”。这种体制在公司法颁布时很自然地引入其中，虽然公司法规定了监事会的制度，但这一制度如同聋子的耳朵，事实上没有发挥出作用。公司法过分倚重于通过构建公司运行的公共秩序去调整各种利益关系，而忽视了股东为维护自身利益在法律上的表达和诉求机会的安排。国家整体改革进程中发挥核心指导力的深层意识和潜规则是确保政治安定，而政治安定需要每一个社会团体的法人治理结构相对稳定，不是时时面临中小股东的挑战。这是一种符合政治逻辑的理解。中国首部公司法在公司管治方面虽然出现了董事会、董事长、经理之间的分权安排，但是在公司治理结构方面未能更多地吸纳市场经济国家公司控制权制衡的思想和规范，毕竟在传统文化中存在着深厚的家长制、官本位、集中意志优先等习惯性的意识形态，这些或多或少影响了公司法的布局 and 结构。对于中国公司法律制度来讲，派生诉讼制度是一种高端的制度资源，或者说是稀缺的“公共产品”。如果不是现实公司运作中表现出大股东和管理层成员滥权的严重情况，制度的供给者不大可能最先考虑到在公司法中规定这一制度，更何况这一制度的设计面临种种的程序上的复杂问题。派生诉讼是中小股东基于与公司的利益连接而代表公司发动的诉讼，与这种制度可能发生的牵连因素有如下已经确立的制度和冲突关系：

1. 法定代表人制度；
2. 董事会被视为是公司的机关；
3. 监事会扮演的角色，派生诉讼提起前的公司内部救济应当由董事会完成还是由监事会完成；
4. 上市公司的独立董事在派生诉讼法律制度中的地位，其和监事会的关系如何协调；
5. 提

起派生诉讼的股东的条件，如持股数量和持股时间的要求，通过继承、法院判决、受赠、析产等途径获取股份时是否具备提起派生诉讼的资格，同时持有股份的原则是默示原则还是明示原则等；6.公司本身在诉讼中的地位如何确立；7.派生诉讼的费用安排；8.当侵权人是公司的大股东时，胜诉利益的归属；9.集团诉讼推进的普通程序；10.在公司与相对人订有仲裁协议而公司怠于行使请求权时，中小股东可否对相对人提起派生诉讼，抑或提起派生仲裁；11.派生诉讼的和解条件和效力的规定；12.派生诉讼制度是一种特殊的诉讼制度，牵涉公司法与民事诉讼法的关系。在案例并非是法律渊源的中国，构建派生诉讼制度必须在成文法上尽善尽美，以便使不同地区、不同级别的法院在受案、审理、裁判上能够依循统一的标准和规则。派生诉讼对法官素质的要求等。在中国的公司企业中，目前并没有形成董事会中心主义的管理体制，公司的重大事项必须经过股东会讨论和决议，而总经理则主持公司的日常管理事务（不管公司的章程对总经理的授权是扩大还是限制，商界普遍接受已经是社会化了的“一长制”理念和习惯，即总经理是掌控公司的实权人物），董事会作为一个集体议事的机构实际只是扮演了公司的实际控制人总经理和公司的所有者会议股东大会之间的沟通桥梁而已。总经理一般会当然是董事，个别不担任董事的总经理在法律上承担与董事同样的责任与义务。公司法虽然赋予董事会一定的事权，但是制度之外的规则和公司运作习惯更看重总经理和股东会的权重，总经理往往是由大股东物色了人选然后由董事会任命。因此可以说，如果不是发生董事们的集体贪污、非正当的管理层收购（MBO）的事项，普通董事滥权

损害公司利益的机会并不多。一般情况下，对公司实施利益掠夺行为的往往是大股东和总经理。所以，股东派生诉讼的对象也大多会指向大股东或者总经理，以及侵犯公司利益却不被公司起诉的第三人。

一、关于立法的形式 股东派生诉讼中包含了实体规范和程序规范两种规范。由于我国没有制定统一的商法典，故在公司法的容量范围内难以全面规定所有的内容，并且公司法过多地规定诉讼程序性的内容是不适当的。但是公司法必须对股东派生诉讼的诉权做出原则性规定。如股东派生诉讼的概念，授权性规范的明确，提起派生诉讼的股东所应当具备的条件（持股比例、持股时间、同时拥有股份原则、穷尽内部救济、判决利益的归属、时效等），派生诉讼中公司的法律地位，规定公司的章程或者股东会决议不得限制股东的诉权。有关实体性规范的细则和程序性规范不在公司法中规定，这些内容首先通过最高人民法院的司法解释予以安排，其中的程序性规范待实施中总结成熟的经验后可以移植于民诉法中。由于派生诉讼体现了国家保护股东利益的公共意志并规范司法机关的介入程序，不可以授权公司通过章程进行任意安排，公司法应当明确规定“本法授予股东的诉权，公司不得以章程或者股东会决议进行限制。”派生诉讼的制度必须是公司法上的强制性规范。

二、关于原告的主体资格及诉权协调 为了在保障中小股东的诉权和防止滥诉两种情况间获得平衡，就必须对提起派生诉讼的股东资格作出法律的强制性安排。

1.持有股份是提起派生诉讼的首要条件。对于有限公司，规定持有公司5%的资本的股东具有提起派生诉讼的资格是适当的。对于股份有限公司，由于其资本规模较大，规定持有1%的资本的股东有权提起派生诉讼是

合理的。2.无论是有限公司还是股份公司，提起派生诉讼的股东均须持有公司的股份达六个月以上。如果对股东持股时间不加限制或者限制时间过短，一方面持股者不可能全面了解公司的经营情况而提起有效诉讼，另一方面也容易怂恿图谋不轨者发动滥诉。3.股东通过股份转让、收购而取得公司的股份，应当在事先对公司的经营状况做些调查，调查完毕仍然同意受让股份，除非事后发现在转让时公司、董事会、控股股东对受让方存在严重的欺诈行为，受让股东不得对其受让前的有关侵权事实提起派生诉讼。因离婚析产、继承、接受赠予、司法判决的执行等民事事实和法律事件成为公司股东的，其可以对该等民事事实和法律事件发生前和发生后的针对公司的不法侵权事项提出派生诉讼。4.公司法应当奉行“同时持股原则”，即坚持提起派生诉讼的股东从针对公司的不法行为发生时起到诉讼终结，必须持续拥有公司的股份。5.股东提起派生诉讼不应当设置担保条件，这是因为在我国现实条件下，股东多数不大可能拥有较大数量的资金履行担保义务，设置担保条件会实质阻却股东维护自己利益的正当行为；同时，鉴于大股东或经理人滥权情况严重，股东利益保护的制度供给资源贫乏，有必要向投资者放权，从而遏止公司控制者对公司的侵权行为和董事会对公司利益维护的懈怠状况。6.关于诉讼费的规定。依据我国的现实经济条件，为鼓励中小股东通过提起派生诉讼维护公司的利益和自身利益，应当根据公司的资本拥有量设置较低的收费标准。我以为，不区分公司具体形态，凡公司注册资本100万元以下的（含本数），诉讼费为1000元；公司注册资本100万元以上，1000万元以下的，诉讼费为5000元；公司注册资本

在1000万元以上，1亿元以下的，诉讼费为2万元；注册资本1亿元以上的，诉讼费为5万元。 7.关于诉讼时效。第三人针对公司的不法行为导致公司损失的，股东提起派生诉讼的时效应当与民法通则规定的时效一致。公司董事、控股股东、经理人针对公司的不法行为如果被揭发，自揭发之日起为2年（与民法通则规定的时效一致），没有被揭发的，自行为发生时起算，时效为5年。 8.法律禁止起诉人与个别股东合谋通过派生诉讼敲诈公司管理层及损害其他股东的利益，不得与公司董事会合谋以虚假的派生诉讼阻却真正的派生诉讼，不得与律师合谋以派生诉讼为要挟，私下向公司或者被告索要金钱或者获取其他利益。 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