

## 股东代表诉讼的制度架构及其完善

葛伟军\*

股东代表诉讼,是和股东直接诉讼相对而言的,虽然都是股东在权利或利益受损的情况下,寻求司法救济的方式,但是两者的运行机理存在本质的差别。前者在于保护股东的集体性权利,而后者在于保护股东的个体性权利。<sup>[1]</sup>代表诉讼具有准公益色彩,因为原告并非实质的受益人,却担负了一定的费用和精力。正因为如此,大多数股东会采取“搭便车”的政策,尤其是股权分散、股东人数众多的股份有限公司或者上市公司。能够提起代表诉讼的原告股东,被视为担负了为全体股东权利而斗争的任务。

根据大陆法系的理论,当董监高侵害了公司利益的时候,他们失去了代表公司的能力,此时有权代表公司的应当是股东。股东为了维护公司利益,而在公司被侵害人控制无法起诉的情况下,可以自己名义起诉。反之,根据英美法系的理论,股东有权起诉的权利,来源于公司,所以又称为派生诉讼。

---

\* 上海财经大学法学院教授、博士生导师。

[1] 参见刘俊海:《公司自治与司法干预的平衡艺术〈公司法解释四〉的创新、缺憾与再解释》,载《法学杂志》2017年第12期。

公司利益受损,首先应该由公司起诉,只有当公司无法起诉的情况下,股东才获得了起诉的权利。<sup>[2]</sup>

现有的法律架构主要包括两部分。一部分是《公司法》第151条,规定了股东代表诉讼的原告、前置程序以及被告等。能够提起股东代表诉讼的主要有两类情形:一是董监高侵害公司利益,二是他人侵害公司利益。另一部分是最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》(以下简称《公司法司法解释四》)第23条至第26条,分别对公司的诉讼地位、胜诉利益归属以及代表诉讼胜诉酬金补偿请求权等予以规定。此次《九民会议纪要》,对于股东代表诉讼主要包含4个条款,分别涉及原告资格、前置程序、反诉以及调解等。

### 一、何时成为股东不影响其行使诉权

根据《九民会议纪要》第22条,股东提起股东代表诉讼,被告以行为发生时原告尚未成为公司股东,并据此抗辩该股东不是适格原告的,法院不予支持。

该条的本意为,当侵害公司的行为发生时,一个人是否已成为股东,并不重要。关键是要看当股东代表诉讼提起的时候,这个人是否为公司股东。这是否意味着当时持有原则被抛弃?美国法上,当时持有原则是指原告必须在其指控的交易发生时即已成为公司股东,或其依据法律之实施而获得股份的股东必须在被指控的交易发生时已经是公司股东。宾夕法尼亚州采取了较为灵活的态度,允许没有“当时持有”股份的股东提起代表诉讼。<sup>[3]</sup>第22条对原告股东的资格亦采取了较为宽松的态度。

一个人有可能在侵害公司的行为发生之前成为公司股东,也有可能在该行为发生之后才成为公司股东。重要的是,该行为侵害了公司

[2] 参见钱玉林:《论股东代表诉讼的公司的地位——法制史的观察与当代的实践》,载《清华法学》2011年第2期。

[3] 参见李小宁:《公司法视角下的股东代表诉讼——对英国、美国、德国和中国的比较研究》,法律出版社2009年版,第94~95页。

的利益。换言之,股东代表诉讼实质上保护的是公司利益,无论股东何时加入公司,侵权行为对公司的损害已经造成,股东即有权代表公司起诉。<sup>〔4〕</sup> 侵权行为情况复杂,发生时间难以确定,有时甚至具有持续性。如要求行为发生时即具有股东资格,则需花费司法资源进行查证,成本较高。<sup>〔5〕</sup>

如果一个股东脱离了公司,那么其是否还可以提起股东代表诉讼?一旦一个人丧失股东身份,则其无权提起股东代表诉讼。据此产生的问题是,如果股东代表诉讼提起之后原告不再是公司股东,那么该诉讼是否应当予以驳回?美国法上,持续持有原则,是指原告必须在诉讼开始及整个诉讼过程中持续持有公司股份。虽然公司法及司法解释、《九民会议纪要》没有直接对此予以规定,但是要求原告在整个诉讼期间具有股东资格,符合股东代表诉讼的法理。股东代表诉讼最终是为了维护公司利益,而不是某个股东的个人利益。为了节约司法资源,只要原告股东提起诉讼,其后又丧失股东资格并非出于恶意,那么,法院不应仅此为由驳回起诉,要根据是否有其他适格的共同原告等情形而定。

对于原告,有两个问题值得关注。一个是原告能够公平且充分地代表公司的利益。要考虑的因素包括:原告股东与所诉称的交易是否存在明显的利益冲突;原告股东是否充分了解诉讼的性质、目的和后果;原告律师对诉讼的控制程度;该诉讼是否得到其他股东的广泛支持;原告股东提起诉讼是否为了谋取个人私利或夺取其竞争对手的利益;原告股东是否曾参加、批准或默许过所诉称的错误行为等。这是对原告股东主观方面的要求。如果原告不能公平且充分地代表公司的利益,则代表诉讼不能继续进行。<sup>〔6〕</sup>

另一个是原告的范围,原则上应当限于名义股东。实践中,存在一些不是名义股东,但是有权对名义股东或者公司本身主张权利的人,如

---

〔4〕 参见沈贵明:《股东代表诉讼前置程序的适格主体》,载《法学研究》2008年第2期。

〔5〕 参见孟祥刚:《股东代表诉讼的审理》,载《法律适用》2007年第4期。

〔6〕 参见刘凯湘:《股东代表诉讼的司法适用与立法完善》,载《中国法学》2008年第4期;赵万一、赵信会:《我国股东代表诉讼制度建立的法理基础和基本思路》,载《现代法学》2007年第3期。

实际出资人;股权信托的受益人;股权继承中的继承人(通过遗嘱执行人或遗产管理人);法院判决直接认定的股东;股权转让中的受让人;股权让与担保中的债务人或第三人;〔7〕等等。这些人可以统称为受益股东,或者受益所有权人。要区分具体情形来认定。一般而言,受益股东无权提起代表诉讼。但是,股权继承有别于其他股权转让等情形,继承人因原股东去世时即发生的股权转移,而直接获得了股东的地位或资格。〔8〕为了维护公司利益或者全体股东的利益,即使继承人的姓名尚未记载于股东名册,他们也应当视为有权提起股东代表诉讼。

## 二、股东提起代表诉讼的前置程序

根据《九民会议纪要》第23条,《公司法》第151条第2款规定了股东代表诉讼的前置程序,要求股东必须事先向董事会或者监事会等机关提出书面请求,要求该机关向法院起诉。只有在该机关拒绝起诉,或者自收到请求之后30日内未起诉,或者情况紧急、不立即起诉会使公司的利益受到难以弥补的损害时,该股东才可以以自己的名义起诉。审判实践中,有的法院对这一前置性规定把握过苛,没有正确理解该条立法的目的和意义,无论案件的具体情况如何,在股东没有向公司机关提出书面申请的情况下,就以此为由驳回股东的起诉。这一做法应予纠正。根据该条的解释,《公司法》第151条第2款的文字内容和生活常理,应当认为前置程序所针对的是公司治理形态的一般情况,即在股东向公司有关机关提出书面申请之时,后者是否会依股东的请求而提起诉讼尚处于不定状态,也即存在公司有关机关依股东申请而提起诉讼的可能性。如果根本不存在这种可能性,法律就不应要求股东徒为毫无意义之行为,对于股东申请无益即客观事实足以表明根本不存在

〔7〕 最高人民法院刘贵祥于2019年7月3日《在全国法院民商事审判工作会议上的讲话》之八(关于股权让与担保问题)，“但转让人作为实际股东可以请求确权,也可以通过提出执行异议之诉的方式保障自己的权利”。

〔8〕 参见楼建波:《论有限公司股东的股权继承与股东资格继承》,载《当代法学》2007年第5期。

前述可能性的情况,就应理解为不是《公司法》第151条的本意。在此情况下,法院不应仅以股东没有向公司机关提出书面申请为由,就驳回股东的起诉。

公司机关包括权力机关(股东会)、执行机关(董事会)和监督机关(监事会)。三类机关之间有职权划分,股东会对一些重大事项作出决策,而董事会主要执行股东会的决策,监事会则对董事的工作予以监督。<sup>[9]</sup> 如果发生侵害公司的行为,按照独立人格原则,有资格起诉的应当是公司本身。有权代表公司的,可以是很多人,包括基于代表权的法定代表人,基于公司授权的董事、经理或和员工等其他

人。  
股东在代表公司起诉之前,向特定机关提起请求,要求该机关代表公司起诉,或者向特定部门提起请求,要求准予该股东继续提起代表诉讼,主要目的是防止股东滥用诉权。这个做法又被称为前置程序,是各国普遍的做法。例如,英国的二阶段法,<sup>[10]</sup> 美国的董事会/诉讼委员会的事前审查,<sup>[11]</sup> 德国法以及日本法均要求股东先向公司提出请求,<sup>[12]</sup> 法国的专家监控机制等。<sup>[13]</sup>

实践中,如果没有履行前置程序,法院大多会驳回股东的起诉。采取“一刀切”的方式,显然是对这个条款的僵硬理解。公司治理的情况非常复杂,法条仅设定了最理想的情形。如果事实显示,董事会或者监

---

[9] 参见赵旭东:《公司法学》(第4版),高等教育出版社2015年版,第280页。

[10] 参见葛伟军:《英国2006年公司法》(第3版),法律出版社2017年版,第219~226页。

[11] 参见蔡元庆:《股东代表诉讼中公司的地位和作用——以美国特别诉讼委员会制度为中心》,载《中外法学》2006年第4期。

[12] 参见李小宁:《公司法视角下的股东代表诉讼——对英国、美国、德国和中国的比较研究》,法律出版社2009年版,第233页;[日]高桥均:《股东代表诉讼的理论与制度演进》,梁爽等译,法律出版社2013年版,第273页。

[13] 参见[日]高桥均:《股东代表诉讼的理论与制度演进》,梁爽等译,法律出版社2013年版,第198~199页。

事会根本不会代表公司起诉,<sup>[14]</sup>那么强制要求股东履行一个前置程序的意义,又在哪里?反而,法院会很谨慎,严格依照法律规定,不履行前置程序即驳回股东起诉。法院此举虽然无奈,但是也可以理解,因为依法有据。最终的结果,对于股东和法院而言,可能都不愿意接受,但是又不得不这样推进。造成此等局面的原因,即在于如何正确理解前置程序的意义。之所以要求前置程序,主要基于两个因素的考虑:第一,维护公司独立法人地位和法律人格,尊重公司自治原则;第二,为通过公司内部途径解决纠纷提供机会,防止司法权对公司事务的过分干预。穷尽内部救济可以及时将矛盾化解于内部,股东权利正常行使,降低参与诉讼的成本,公司利益得到维护。<sup>[15]</sup>《九民会议纪要》的态度是,要穿透性地把握是否存在有关机关依股东申请而提起诉讼的可能性,如果根本不存在这种可能性,法律就不应要求股东做一些没有意义的行为。

《九民会议纪要》的目的,是排除僵硬地理解和适用前置程序,其后果是一定程度上弱化了前置程序。该条的规定,事实上对《公司法》第151条第2款关于前置程序的适用作出了限制。问题在于,哪些情况下可以排除适用前置程序,并没有一个准确、客观的标准。全国各地法院对这个问题的理解,也不尽一致,最终可能会给实践带来很大的不确定性。

---

[14] “陈二与何栢强、罗顺兴等损害公司利益责任纠纷申请再审案”:最高人民法院(2015)民提字第230号民事裁定书。法院认为,原审已经查明嘉莉诗公司仅有陈二和何栢强、罗顺兴3名股东,公司不设董事会和监事会,何栢强、罗顺兴分别担任该公司的执行董事和监事,而陈二代表公司提起诉讼所指向的被告恰是何栢强、罗顺兴等人,且在陈二提出起诉前,双方已就诉争的事实产生争议。由此表明,即使陈二就相关事实请求分别作为公司执行董事和监事的何栢强、罗顺兴提起诉讼,何栢强、罗顺兴必然拒绝。故本案中不存在公司的执行董事或监事接受股东申请对股东所主张的被告提起诉讼的可能性,亦可谓公司内部的救济途径已经穷尽,据此应当认为陈二提起本案诉讼并不违反《公司法》第151条的规定。因而,无论广州奥林匹克大厦将被拍卖的情况是否属于《公司法》第151条规定的“情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害”的情形,如果陈二的起诉符合《民事诉讼法》规定的起诉条件,则人民法院应当予以受理并进行审理。

[15] 参见沈晓明:《股东代表诉讼前置程序的适格主体》,载《法学研究》2008年第2期。

### 三、股东代表诉讼的反诉

根据《九民会议纪要》第24条,股东依据《公司法》第151条第3款的规定提起股东代表诉讼后,被告以原告股东恶意起诉侵犯其合法权益为由提出反诉的,法院应当受理。股东依据《公司法》第151条第3款的规定提起股东代表诉讼后,被告以公司在涉案纠纷中应当承担侵权或者违约等责任为由对公司提出的反诉,因不符合反诉的要件,法院应当裁定不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。

反诉,是指在已经开始的诉讼程序中,本诉被告以本诉原告为被告向本诉法院提出的,旨在抵消、吞并或排斥本诉诉讼请求的反请求。反诉的特点包括主体的双重性、目的的对抗性以及相对于本诉的独立性。反诉的提起,需要满足一定条件:应当在法庭辩论结束前提出;只能向审理本诉的法院提起;反诉的诉讼标的及其防御方法必须与本诉的诉讼标的及其防御方法有牵连;反诉的当事人应当限于本诉的当事人的范围;反诉与本诉适用同类诉讼程序;反诉不以本诉合法为前提。<sup>[16]</sup>

根据《公司法司法解释四》第24条第1款,符合《公司法》第151条第1款规定条件的股东,依据《公司法》第151条第2款、第3款的规定,直接对董事、监事、高级管理人员或者他人提起诉讼的,应当列公司为第三人参加诉讼。

股东代表诉讼的被告有两类:一是董监高(第151条第1款),二是他人(第151条第3款)。公司虽然是实质上的原告,但是在诉讼程序中,是作为第三人出现的(《公司法司法解释四》第24条)。此处的第三人,应理解为由法院依职权追加的民事诉讼中的无独立请求权第三人,因为法院追加的无独立请求权的第三人仅是与案件的处理结果有法律上的利害关系,并不具有原告的诉讼地位。将公司在股东代表诉讼中的地位定义为无独立请求权的第三人,即意味着被告不能向公司

---

[16] 参见王福华:《民事诉讼法学》(第2版),清华大学出版社2015年版,第189~191页。

提起反诉,因为不符合反诉的要件。与此相对应,被告如果以原告股东恶意起诉侵犯其合法权益为由提出反诉,法院应当受理。

《公司法》第151条第3款所称的他人,有两种理解。第一种理解认为,对“他人”作平义解释即可,即“他人”是指除公司董事、监事、高级管理人员以外的其他任何人。显而易见,平义解释的范围很大,对于公司利益的保护更有利。第二种理解认为,应对“他人”作限缩解释,即把“他人”限定为除公司董事、监事、高级管理人员以外的,与董事、监事、高级管理人员具有利害关系并且对公司决策具有实质性影响力的其他人,如控股股东、实际控制人或者基于特殊职务实际控制公司的人。如果解释为任何第三人可能会导致股东派生诉权的滥用和公司人格的分裂。<sup>[17]</sup> 如果行为人已经通过其他方式承担了相应的法律责任,那么,法院在审查起诉时对“他人”的范围适度限缩,可以避免行为人承担过重的法律责任。<sup>[18]</sup>

股东代表诉讼的原告股东容易恶意诉讼、滥用诉权,反诉是一种有效的遏制举措,可以阻止原告股东的不当行为。但是,为了防止公司利益受损,法院要加强对反诉的审查和干预。<sup>[19]</sup> 除了反诉以外,其他一些措施也能够防范原告股东,提高股东代表诉讼的准公益性质,如提高原告诉讼门槛(持股比例以及连续持股要求)、要求原告诉讼担保、禁止私下秘密和解等。<sup>[20]</sup>

#### 四、股东代表诉讼的调解

根据《九民会议纪要》第25条,公司是股东代表诉讼的最终受益人,为避免因原告股东与被告通过调解损害公司利益,有必要对股东代

[17] 参见钱玉林:《〈公司法〉第151条的漏洞及其填补》,载《现代法学》2015年第3期。

[18] 参见刘凯湘:《股东代表诉讼的司法适用与立法完善》,载《中国法学》2008年第4期。

[19] 参见赵万一、赵信会:《我国股东诉讼制度建立的法理基础和基本思路》,载《现代法学》2007年第3期。

[20] 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第403~405页。



表诉讼中的调解进行限制。为此,有必要规定调解协议只有经公司股东会或者股东大会、董事会会议决议通过后才能生效。至于具体应由何种机关决议,则取决于公司章程如何规定。该条最主要的内容是,原告股东和被告之间的调解协议有可能损害公司利益,所以需要公司同意。

股东代表诉讼的原告,并不是胜诉利益的直接获益者。胜诉利益归于公司,而原告作为股东之一,和其他股东一起,间接获得了胜诉利益。由此可见,原告和被告之间的调解,是建立在公司利益之变化的基础上的。如果不经过公司的知情及同意,原告很可能以牺牲公司利益为条件,为自己获取某些私人利益,从而产生一些道德风险。这显然与股东代表诉讼的初衷相违背。因此,原告和被告之间可以调解,但是必须经过公司同意。

《公司法司法解释四》(征求意见稿)以及最高院公报案例,都曾经对股东代表诉讼的调解作出规定,但是与《九民会议纪要》有所不同。

根据《公司法司法解释四》(征求意见稿)第34条(诉讼中的调解),人民法院审理股东依据《公司法》第151条第2款、第3款规定提起诉讼的案件,当事人达成调解协议的,应提交股东会或者股东大会通过调解协议的决议。有限责任公司未提交股东会决议的,全体股东应当在调解协议书上签名、盖章或者向人民法院出具同意调解协议的面面意见。

在“浙江和信电力开发有限公司、金华市大兴物资有限公司与通和置业投资有限公司、广厦控股创业投资有限公司、上海富沃企业发展有限公司、第三人通和投资控股有限公司损害公司权益纠纷案”中,<sup>[21]</sup>法院认为,有限责任公司的股东依照《公司法》第151条的规定,向公司的董事、监事、高管人员或者他人提起股东代表诉讼后,经人民法院主持,诉讼各方达成调解协议的,该调解协议不仅要经过诉讼各方一致同意,还必须经过提起股东代表诉讼的股东所在的公司和该公司未参与诉讼的其他股东同意后,人民法院才能最终确认该调解协议的法律效力。

---

[21] 参见最高人民法院(2008)民二终字第123号民事调解书,载《最高人民法院公报》2009年第6期(总第152期)。

相比较之下,《九民会议纪要》第 25 条规定较为宽松,无须公司和其他股东一致同意,仅需股东(大)会或者董事会决议通过即可域外国家对股东代表诉讼的和解和撤诉都设置了司法审查程序,主要包括对和解协议司法审查的标准、通知程序和听证程序等。《九民会议纪要》的调解规定,可以进一步借鉴域外的司法审查程序,防止原告借维护公司利益之名,与他人恶意串通,损害公司利益。<sup>[22]</sup>

## 结 论

《九民会议纪要》上述四个条款,对于完善股东代表诉讼制度,具有重要的推动作用。还有其他一些问题,后续《公司法》修改时应当予以考虑,如股东直接诉讼与股东代表诉讼的转化、双重或多重股东代表诉讼等。

如何进一步完善股东直接诉讼,也是一个亟须探讨的问题。目前《公司法》采取不完全列举的方式,规定了股东可以向法院起诉的具体情形。但是,这样的立法模式不足以涵盖实践的情况。应当参考英国法的不公平损害诉讼,确立股东直接诉讼的标准,只要股东利益受到侵犯且存在不公平损害的行为,股东即可以向法院起诉。<sup>[23]</sup> 股东利益的范围大于股东权利,而司法的介入并不是能动主义的驱使,而是基于利益救济的思维。任何权利或利益,都是可救济的,如果不可救济,那么就不是私法上的权利或利益,正如法谚所云,“没有救济就没有权利”。整个诉讼程序的架构,应当紧紧围绕这个理念。

(编辑:谢贵春)

[22] 参见张亚琼:《论股东代表诉讼中当事人处分权之限制——兼论对和解和撤诉司法审查程序的确立》,载《法治研究》2009 年第 10 期。

[23] 参见葛伟军:《英国公司法要义》,法律出版社 2014 年版,第 316 ~ 335 页。