

评新《公司法》中的股东代表诉讼制度与中小证券投资者保护

王 琨

股东代表诉讼制度肇始于 1828 年英国的衡平法判例，但英国最初的股东代表诉讼只是针对董事会侵犯公司利益的行为。随着公司公众程度的提高，中小股东与大股东及董事会之间的矛盾越来越突出，为了保护中小股东利益，保持公司内部权利平衡，各国纷纷采纳了股东代表诉讼制度。1881 年美国率先以判例确认了股东代表诉讼制度。后来，股东代表诉讼不仅被英美法系国家的判例法和公司法所借鉴，还为大陆法系国家所采纳，成为少数股东的一项重要权利，也成为现代公司法的一项重要制度，英国、澳大利亚、加拿大、日本和我国台湾等国家与地区都在各自的公司或商法中对此作出了明确规定。

2005 年 10 月 27 日，我国十届全国人大常委会第十八次会议审议通过的《证券法》和《公司法》，突出强调了对股东权利特别是中小投资者股东合法权益的保护。证券法中的“投资者”，在公司法中表述为“股东”。《公司法》中对投资者的保护则主要通过赋予股东权利和加强股东权益保障来体现。股东代表诉讼制度在新公司法中以法律的形式正式确认下来，为保护投资者（股东）权益提供了有效的保障机制和司法救济途径，有助于进一步增强广大投资者的投资信心，保护投资积极性。

一、股东代表诉讼制度的内涵及新《公司法》关于股东代表诉讼的规定

股东代表诉讼，也称派生诉讼或股东代位诉讼，是指当公司权益受到侵害，且公司拒绝或怠于通过诉讼追究侵害公司利益人的法律责任时，具备法定资格的股东为了维护公司利益以其自身名义代表公司对侵害人提起诉讼，追究其法律责任的活动。股东代表诉讼制度是维护股东权利的一项重要制度。

司法救济是股东权利保护的坚实基础，而合理的民事诉讼程序制度则是实施司法救济的关键。新公司法针对我国证券市场股东诉讼机制不健全的现状，借鉴国外通行的做法，在第一百五十五条和第一百五十二条中增加了关于股东代表诉讼的制度规定，赋予了股东代表公司提起状告控制股东和公司高管的诉讼权利：

董事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规、公司章程的规定，给公司造成损失的，股东可以请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提起诉讼。监事给公司造成损失的，股东可以请求董事会（或者执行董事）提起诉讼。

监事会、监事、董事会、执行董事拒绝提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害等情况下，股东可以直接提起诉讼。

股东代表诉讼既具有代位诉讼性质,同时又具有代表诉讼的特性。股东代表诉讼制度的最大意义在于赋予股东能够在特定情形下直接代表公司进行诉讼的权利,其目的不仅要使公司的损害能够得到补偿或追偿,更是鞭策和警示潜在的侵权人,抑制侵害公司利益的违法行为。

二、股东代表诉讼的主体资格

股东代表诉讼中,并非任何股东都有权代表公司提起诉讼。各国立法例在引入股东代表诉讼制度,维护公司及股东权益的同时,为防止个别股东滥用诉权,损害公司利益,都对提起股东代表诉讼的股东资格作出了一定限制,归纳起来主要是对持股数量和持股时间的限制。

(一)持股时间要求

股东代表诉讼中的持股时间包含两层内容:

第一,原告股东必须在侵害公司权益的行为发生时就已持有公司股份,原则上股东不得对其成为股东之前公司所遭受到的损害提起诉讼。这一要求的目的在于防止少数“讼棍”以少量代价收买公司股东提起诉讼的权利,进行诉讼敲诈或者投机。但有一例外,即如若对公司的侵害行为或后果仍在持续进行或持续对公司产生影响时,则新股东有权代表公司提起诉讼。

日本和我国台湾地区采用简单的固定期限限制。《日本商法》第 267 条第 1 款规定,提起代表诉讼的股东必须是持有股份六个月以上的股东。为了证明持股达六个月以上,记名股东必须在股东名册上登记为股东超过六个月,无记名股东则必须将股票寄存于公司达六个月以上。但如果公司成立未满六个月,则只要在公司成立后持续持有公司股票者就可以提起诉讼,不须受持股六个月期限的限制。我国台湾地区公司法第 214 条规定,提起代表诉讼的股东必须持有公司股票达一年以上。

第二,原告股东在提起和维持诉讼时,必须始终具备股东身份。若在代表诉讼过程中,原告股东转让其全部股份而丧失其股东资格时,除非有合格的其他股东继续进行诉讼,否则,法院应以当事人不合格裁定终结诉讼。这里也有一例外,即若原告的股东资格丧失是由于公司控制者的不正当行为所致时,原告股东仍可继续进行诉讼。这就是美国的“同时拥有股份”原则。美国联邦最高法院于 1882 年 *Hawes v. Oakland* 一案中首次提出了该原则。该原则意在防止有人在获知公司遭受侵害之后,再故意买入股票以诉讼牟利的投机行为。

(二)持股数量要求

股东代表诉讼往往是弱小股东通过诉讼间接维护自身权益，但是由于股东意见分歧或股东局部利益与公司整体利益矛盾等因素，也可能造成不必要的诉累，为了维护公司正常运行秩序，必须对原告股东的持股比例作出相应限制。大多数国家公司法都要求提起股东代表诉讼的原告股东必须持有一定数额的公司股份，例如，德国规定须持有公司股份的10%以上，法国和我国台湾规定为5%以上。这一规定的目的在于确保提起此种诉讼的原告具有一定程度的代表性，以及确保原告有能力承担可能的诉讼不利后果。但是日本和美国的立法例却均承认股东持股数量之多寡对于股东代表诉讼之提起并不发生影响，即只要持有一股或最小持股单位者都可以提起代表诉讼。

新公司法通过认真总结我国公司发展的实践经验，充分借鉴国际上的先进立法经验和主流公司制度的优越性，在构建股东代表诉讼制度时对提起股东代表诉讼的主体资格作出了明确规定，但以公司性质区分对股东持股时间和持股数量的限制：有限责任公司股东，提起股东代表诉讼时没有持股时间和持股数量的限制，即有限责任公司的股东在公司董事、监事、高级管理人员违法执行职务，给公司造成损失时可以要求监事会（监事）提起诉讼；监事会（监事）逾期拒绝起诉的，或者情况紧急、不立即起诉将会给公司造成难以弥补的损害的，股东可以代位公司，以自己的名义向人民法院起诉。鉴于股份有限公司涉及到更多的公众利益，新公司法严格要求股份有限公司股东在提起股东代表诉讼时必须同时满足连续一百八十日以上的持股时间要求，以及单独或合计持有公司1%以上股份的持股数量要求。

三、股东代表诉讼的前置程序

股东具备了提起代表诉讼的主体资格，并不等于股东在遭受公司过错行为损害时可以径行代表公司提起诉讼。各国公司法一般都规定了股东提起代表诉讼的前置程序。因为股东提起代表诉讼的一项前提条件是公司拒绝或怠于由自己直接向实施侵权行为的当事人提起诉讼，因此，原告股东要能够证明自己已经履行了催告等救济程序，如果原告股东未征得公司是否就该行为进行起诉的意思，不应该也不可能提起代表诉讼。

新公司法在构建股东代表诉讼制度时设立了前置程序：当公司董事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规、公司章程的规定，给公司造成损失的，股东可以请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提起诉讼；监事给公司造成损失的，股东可以请求董事会（或者执行董事）提起诉讼。根据上述规定，我

们可以看出只有在公司的董事会、股东会或监事会不出面追究责任高管的情况下，股东才能行使股东代表诉讼权。但是，为了充分提高股东代表诉讼制度的可操作性和可诉性，新法进一步规定在以下三种法定情形下，股东可以不受上述前置程序的束缚而享有直接诉权：其一是获得拒绝，即股东的请求注定不能实现；其二是怠慢，即监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事自收到股东请求之日起 30 日内未有回音；其三是紧急情况，不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害。

四、股东代表诉讼的法律后果

股东代位诉讼的法律后果主要是指股东胜诉应享受的权利和股东败诉应承担的责任。股东代表诉讼的代位性质决定了股东代表诉讼的结果归属于公司，而不是作为原告的股东。因股东代表诉讼的提起权是一种共益权，股东的诉权是源于公司所具有的诉权，并不是基于其股权所有人地位、纯为自己利益而向公司或者他人提起的诉讼，因此其行使诉权产生的后果自然应归属于公司，提起代表诉讼的股东个人不能当然享受，但可以间接地按照其股份比例享有公司利益。

(一)代位诉讼股东胜诉的权利

股东代位诉讼的胜诉结果应当由公司承受而非原告股东个人承受。由于股东代表诉讼的实质是直接代位公司追究违法董事等的损害赔偿 responsibility，不是委托代理关系，故不能适用委托代理的有关规定。因此，如果代位诉讼胜诉，原告股东在代位诉讼中所支付的相关费用应由被告负担。同时，由于代位诉讼的股东是为公司利益(包括其他股东的利益)而起诉，因此，胜诉股东还应当在公司所得利益范围内享受适当补偿。

(二)代位诉讼股东败诉的责任

由于代位诉讼一方面有利于避免监事会及公司怠于追究董事等应负责任的情况，维护公司及股东合法权益，另一方面也可能被少数股东利用而谋取个人利益。为此，法律在规规定胜诉股东享受权利的同时也规定了败诉股东应承担的责任。

败诉股东的责任可分为对公司的责任和对被诉董事等的责任。首先，对公司来说，由于股东代位诉讼，实质上立位于公司，股东败诉，法院判决效力当然及于公司。这样可能产生两种后果：一是董事等原本确应对公司承担责任，但由于股东起诉不当而致败诉，使公司不能基于同一理由再起诉董事，从而丧失了起诉权；二是由于股东起诉削弱或限制了董事的权利而致公司经营受损或使公司资产

及信用蒙受不利。对上述两种情况，起诉股东都应负赔偿责任。其次，对董事等个人来说，败诉股东除须负担诉讼费用外，还应负担董事等为诉讼而支出的律师费等有关费用。

五、结语

在现代公司所有权与经营权互相分离、董事会及其成员权力日益膨胀的情势下，建立和完善股东代表诉讼制度，对于保护公司利益免受各种不正当行为侵害、强化股东对经营管理人员的监督与制衡、建立现代公司制度都具有重要意义和法律价值。诚如有学者所言：“如何保障公司在行使股东赋予其权利时，不至于损害其他投资者的利益，或者保障控制公司权力的大股东在利用公司权力时，不至于损害其他投资者权益，这是公司制度的核心问题。”

股东代表诉讼提起权是股东维护其合法权益的一项重要权利，也是公司制度完善的重要体现，而股东代表诉讼制度则正是在我国公司制度日益完善这一大背景下，为股东权益保护提供的有效司法救济途径和机制保障。新公司法中对于涉及股东代表诉讼重要问题的主体资格和前置程序的明确规定，对于解决公司内部利益冲突，完善公司治理结构，保障公司正常健康的经营发展，增强投资者的风险意识和自我保护能力，进一步鼓励中小股东积极利用诉讼资源有效行使监督权利，切实维护公司股东尤其是广大中小股东的合法权益，有力抑制侵害公司利益等违法行为都提供了极为重要的法律保障和制度支持。同时，股东代表诉讼制度作为诉讼制度体系的新成员，是对我国诉讼理论和制度尤其是民事诉讼制度的一次重大突破，它对于维护广大股东和投资者的实体权益，理顺错综复杂的诉讼法律关系，指导实践中涉及公司的多种利益关系调整的司法审判都必将具有重大司法价值和法律意义！

参考文献:

1、参考桂敏杰主编:《中华人民共和国证券法和中华人民共和国公司法新旧条文对照简明解读》,中国民主法制出版社 2005 年 10 月第 1 版。

2、刘俊海:《论股东的代表诉讼提起权》,人民法院出版社 1995 年 8 月第 1 版。

3、武忆奇:《公司法论》,台湾三民 1980 年版。

4、汤维建(中国人民大学法学院教授、博士生导师)、戈琦(中国人民大学法学院硕士研究生):《确立股东代表诉讼制度的几个问题》,载于《人民法院报》2004 年 3 月 3 日。

5、焦津洪:《论对持少数股份股东的法律保护》,载于《中外法学》1995 年第 4 期。