

# 股东派生诉讼的 合理性基础与制度设计

胡 滨 曹顺明\*

内容提要:股东派生诉讼制度在多个方面突破了法律的一般规则,这不仅是法律因应保护少数股东权之现实需要而作出的变通,而且有深刻的制度背景、思想条件和政治学基础。我国股东派生诉讼制度尚付阙如的现状已严重影响了公司治理结构的改善。在导入该制度时应遵循保护少数股东权利、公司自治与国家干预相平衡、鼓励正当诉讼与防止投机诉讼相协调、借鉴国外先进经验与协调国内法律体系相兼顾原则,并将之落实在具体内容的构建之中。

关键词:股东派生诉讼 理论基础 现实动因 制度设计

## 一、问题的由来:作为法律规则之异态的股东派生诉讼

股东派生诉讼,<sup>[1]</sup>是当公司利益受到他人,尤其是受到控股股东、董事及其他高级管理人员等的侵害,而公司怠于追究侵害人责任时,符合法定条件的股东以自己之名义为公司利益对侵害人提起诉讼,追究侵害人法律责任的诉讼制度。作为普通法国家的一项天才发明,<sup>[2]</sup>股东派生诉讼首创于英国衡平法,目的是为了制约公司内部人,保护少数股东权利。它是对付公司中那些滥权、浪费和盗窃

\* 胡滨,中国社会科学院金融研究所博士后;曹顺明,特华工作站博士后。

[1] 关于此种诉讼的称谓五花八门,主要有派生诉讼、代表诉讼、代位诉讼、衍生诉讼等。英美国家公司法多称之为派生诉讼(derivative action,也译为衍生诉讼),日本、韩国和我国台湾地区公司法则称之为代表诉讼。对此笔者认为,将来我国规定此种诉讼时宜称为派生诉讼,理由为:1. 派生诉讼一词能更准确地反映此种诉讼的本质。派生诉讼具有代位性(即原告股东代公司之位对侵害公司权利之人提起诉讼)与代表性(即原告股东代表其他未起诉股东提起诉讼),仅称代表诉讼或代位诉讼难免顾此失彼。事实上,在这种诉讼中,股东是因公司怠于行使诉权才在特定情况下代公司行使的,股东的派生诉讼权系由公司的原始诉权派生而来,故称派生诉讼更能准确反映此诉讼的本质。2. 称派生诉讼简洁易懂,不易产生混淆。在我国,民法规定了代表人诉讼,合同法规定了债权人代位权诉讼。这两种诉讼与股东代公司提起的诉讼在本质上大相径庭。如将此种诉讼称为代表诉讼或代位诉讼,极易与代表人诉讼或代位权诉讼产生混淆。称衍生诉讼又晦涩难懂,而称派生诉讼则无这些问题。3. 此种诉讼之称谓在英国的演进也间接表明派生诉讼这一称谓更为恰当。在英国,法律界起先将此种诉讼称为少数股东诉讼,并将其作为代表诉讼的一种。后来,由于认识到此种诉讼的诉因乃由公司诉权派生而来,于是将此种诉讼改称为派生诉讼。See L. C. B. Gower, D. D. Prentice, B. G. Pettet, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, 1992, p. 647.

[2] Robert C. Clark, *Corporate Law*, Little, Brown & Company, 1986, p. 639.

行为的最后一道防线。<sup>[3]</sup>

考察股东派生诉讼制度,可以发现,其在以下方面突破了法律的一般规定,表现出了明显有异于一般法律规则的特点:

第一,原告股东在公司怠于行使诉权时代行公司诉权,限制了公司处分自己权利的自由。权利既可行使,亦得放弃,此为权利之本质特性。作为民事主体,公司得自由处分其权利,此亦法律之一般规则。因此,就一般意义而言,公司非不得怠于行使甚至放弃其诉权,但股东派生诉讼却于此情形之下赋予原告股东为公司利益以自己之名义行使公司诉权,在客观上限制了公司处分自己权利的自由。

第二,原告股东越过公司直接起诉侵害公司利益之人,忽视了公司的独立人格。独立人格是公司的本质特点,<sup>[4]</sup>也是公司制度的基础与核心,其与有限责任制度一起被誉为公司法人制度的两大基石。<sup>[5]</sup>根据该制度,公司具有独立的、有别于股东的人格,其与股东是不同的法律主体,股东对公司财产虽持有一般性、抽象性的利害关系,但对公司的对外权利并不具有直接或者代位提起诉讼的地位。<sup>[6]</sup>在英美法国家,这一规则被称为福斯诉哈博特规则(Foss v. Harbottle rule):如果将要强制执行的义务系对公司的义务,则执行该义务的首要救济就是由公司违反义务的人起诉;如果董事们违反了其对公司的诚信义务,或违反了对公司以必要的谨慎和技能行事的义务,那么,公司是诉讼中唯一适格的被告。<sup>[7]</sup>但在股东派生诉讼中,原告股东以自己名义直接提起本属公司的诉讼,穿透了公司这一“面纱”,在某种程度上忽视了公司的人格。

第三,少数股东在公司根据多数意思怠于行使诉权时代行公司诉权,否定了资本多数决原则。资本多数决原则是公司运作的一项基本原则。在通常情况下,依多数决原则进行决策,并不违反社会所认可的公平、正义理念,因为向公司出资是股东对公司承担的最重要义务,大股东由于出资多而对公司承担比别人更多的风险,因而公司根据其意思行事应无可厚非。<sup>[8]</sup>在根据多数决原则运作的股东会及根据多数决原则选举产生的董事会、监事会拒绝或怠于起诉侵害公司利益之人时,不追究侵害公司利益之人的责任是公司中多数的意思,本应得到尊重。然而,股东派生诉讼制度却在此种情形下赋予少数股东代行公司诉权,这无异于在该特定情形下否定多数原则的有效性。

因此,与一般法律制度相比,股东派生诉讼是一项极具特性的制度,是法律规则的异态。<sup>[9]</sup>一般认为,公平与效率是法律追求的两大终极价值目标。从整体上看,此二者是一致的,但有时也会发生冲突,此时,法律往往取公平而舍效率。诚如有人所言,公平是“法律本身的救世主思想”,<sup>[10]</sup>“权利的分配强调平等,甚至不惜以效率为代价”,<sup>[11]</sup>可见,在法律背后,真正永恒的是公平和公正的价值理念。作为一种异态规则,股东派生诉讼制度突破了法律的多种常态规则,似乎可能违背法所坚持的根本价值理念并进而影响其创设与传播。然而,实践表明,股东派生诉讼制度不仅没有因此而胎死腹中或昙花一现,反而在其逾百年的历史中功能日显、移植渐广、生命力益强。这一现象促使我们对其

[3] Michael A. Collora, David M. Osborne, *A Derivative Claim by Any Other Name: Direct Claims to Remedy Wrongdoing in Close Corporations*, (2000) *Securities News*, No. 2.

[4] Janet Dine, *Company Law*, 法律出版社 2003 年版,第 22 页。

[5] 参见朱慈蕴:《论公司法人格否认法理的适用要件》,《中国法学》1998 年第 5 期。

[6] [韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社 2000 年版,第 516 页。

[7] Foss v. Harbottle, (1843) 2 Hare 461.

[8] 甘培忠:《有限责任公司小股东利益保护的法学思考——从诉讼视角考察》,《法商研究》2002 年第 6 期。

[9] 在普通法国家,股东派生诉讼正是作为确立一般规则的 Foss v. Harbottle 案的例外而发展起来的。无论从经济意义还是从社会意义上看,该案确定的一般规则均值得肯定,因为:第一,其能减少不必要的诉讼;第二,其可降低重复诉讼的可能性;第三,其允许公司经营层自己判断什么是该诉的,什么是不该诉的。See Pearlle Koh Ming Choo, *The Statutory Derivative Action in Singapore——A Critical and Comparative Examination*, <http://www.bond.edu.au/law/blr/wol13-1/koh.polf>.

[10] [美]哈德罗 J. 伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 125 页。

[11] [美]阿瑟·奥肯:《平等与效率》,王奔洲等译,华夏出版社 1987 年版,第 7 页。

产生的理论根基和现实动因进行探索,并就我国导入该制度加以思考。

## 二、股东派生诉讼的理论基础:多维视角下的正当性

### (一) 股东派生诉讼的制度背景:公司的非自然性及作为权利主体的非终极性

作为具有独立人格的民事主体,公司享有法律赋予的广泛的民事权利能力,能够通过公司机关为自己取得权利承担义务,从而创造和维护公司利益。在这点上,公司与自然人并无二致。

然而公司毕竟与自然人不同。首先,公司并非自然之存在,而系社会的存在。公司无头脑以为思考,无口耳手足以对外表达和接受意思;公司之意思形成和意思表达,均须仰赖作为公司机关担当人的自然人。这样,由于公司与作为公司机关担当人的自然人间效用函数不同,公司机关担当人可能偏离公司的利益。其次,公司虽然拥有自己的财产、具有独立的责任能力,但公司财产是由股东出资形成的,在公司有盈利时,须按章程在股东间进行分红,在公司终止时,须将剩余财产在股东间进行分配。可见,公司作为权利主体虽有独立的“公司利益”,但对该利益并非是终极的。自然人则不同,作为权利主体,其对特定利益的持有是终极的,其不是为他人,而是为自己享有权利或持有利益。因此,公司作为权利主体与自然人毕竟不同,其并非最终权利主体,而仅为股东权利的伸张,在公司背后,隐藏的是股东的利益。

正是公司的非自然性,决定了公司中可能存在代理问题,公司怠于行使诉权并不一定符合公司最大利益。不仅如此,公司作为权利主体的非终极性,决定了公司对自身权利与义务的处分应与自然人有所不同。对具有完全民事行为能力的人而言,其不仅可依自己的行为取得权利承担义务,而且当权利受侵害时,其也有权自主决定是否捍卫权利及如何捍卫权利,对此,他人无权置喙。理论上认为,这不仅是维护正常法秩序的需要,更是尊重权利主体的需要。然而,当公司权利受侵害时,如果也与自然人一样,完全由公司决定是否捍卫权利,则有时会显失妥当。特别是当侵害人是公司董事、经理或大股东时,由于公司的意思和行为均为这些人直接或间接把持,公司很难主动追究侵害人责任,此时中小股东利益难免受损。可见,在公司权利受侵害时,如将捍卫权利的权利排他性地赋予公司,极可能造成侵害终极权利主体利益的后果,因此,必须赋予终极权利主体以救济之途。

### (二) 股东派生诉讼的思想条件:权利社会化思潮的兴起及立法理念的转变

中世纪后,欧洲经历了波澜壮阔的文艺复兴运动,民智渐开,社会进化,家族渐形解体,人们经历了梅因所谓的由身份到契约之进步。与此同时,法律也由义务本位时代跨入权利本位时代,保护个人权利成为法律最高使命,权利成为法律之中心观念,契约自由、所有权绝对、自己责任也因此成为近代民法的三大基本原则。

权利本位思想的兴起及在立法上的确认,对于保护私有财产权,鼓励自由竞争,促进资本主义经济发展起了巨大的推动作用。然而,19世纪中叶以后,随着资本主义由自由竞争时期向垄断时期过渡,特别是由于私有财产权绝对与契约自由原则的长久实行,强凌弱、众暴寡、劳资冲突、贫富悬殊等问题日渐突出,于是权利社会化思潮乃应运而生。相应地,立法思想也由权利本位过渡到社会本位,契约自由开始受到一定限制,所有权绝对原则不断被修正,无过失责任适用范围逐渐扩大,弱者权利保护不断强化,民法理念亦由追求形式正义转向追求实质正义,<sup>[12]</sup>社会公平和实质正义等现代法律理念深入人心。<sup>[13]</sup>

在公司制度中,19世纪后期以来,为矫正过去绝对奉行资本民主原则所引致的少数股东权保护不力之状况,许多国家公司法规定了大股东表决权限制制度、累积投票权制度、委托投票制度、股东提

[12] 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社1999年版,第83页以下。

[13] 冯果:《变革时代的公司立法——以台湾地区“公司法”的修改为中心考察》,《南京大学学报》2003年第2期。

案制度及股东权利救济制度。<sup>[14]</sup>所有这些,无不与权利社会化思潮的兴起对公司法的影响息息相关,无不是立法理念由保护形式正义转向追求实质正义的产物。<sup>[15]</sup>特别是在作为股东权利救济制度内容之一的股东派生诉讼制度中,为保护少数股东利益,不仅对公司处分自己诉权的自由加以直接限制,而且对多数决原则也予间接限制。对经过权利社会化思潮涤荡后的立法者和司法者来说,这种在权利本位时代可能会大受鞭挞的做法,现在却是再自然不过的了。

### (三) 股东派生诉讼的政治学基础:民主现代化与多数原则下的少数人保护

民主政治的核心是多数原则,即少数服从多数。民主政治之所以奉多数原则为圭臬,其原因是“一致性虽是件好事,但却非常昂贵”。<sup>[16]</sup>根据公共选择理论,如果公共选择有两种或两种以上的不同意见,必定会出现多数和少数,此时,决策成本是既定的,而选择少数赞同的决策会产生比选择多数赞同的决策更大的外部成本,故根据少数服从多数原则进行公共选择可以降低决策成本。

不可否认,多数原则是一项颇具合理性的制度,这也是其至今仍被民主政治国家所坚持的原因之所在。但是,多数原则并非完美无缺,如果执行不当,特别是过分强调少数服从多数,则很可能造成无法挽回的消极后果。在谣言蛊惑下,古希腊公民大会依多数原则处死了苏格拉底;雅各宾专政时期的“人民主权”更是将多数人的暴政及对少数人的强权推至历史极限。可见,多数原则也是有缺陷的;在多数原则下,存在如何尊重和保护少数人权利的问题。事实上,在人类历史长河中,智者们一直未停止过对这一问题的思索。亚里士多德将民主称为“暴民统治”。<sup>[17]</sup>贡斯当认为,“如果你确信人民主权不受限制,你等于是随意创造并向人类社会抛出了一个本身过度庞大的权力,不管它落到什么人手里,它必定构成一项罪恶”。<sup>[18]</sup>孟德斯鸠基于对平等的思考,在构想议会制度时,提出要建立一个由少数组成的贵族院以对抗多数人的众议院。<sup>[19]</sup>托克维尔则提出,平等主义和个人主义可能是导致多数暴政的诱因,随着平等的日益发展,人们相互依赖加深却不够密切,人民整体形象逐渐高大宏伟起来,对少数人的价值便采取轻视态度,形成“社会的利益是全体的利益,而个人的利益则不足挂齿”这样一种态势。<sup>[20]</sup>

资产阶级革命以后,特别是二战以来,在深刻反思多数原则缺陷之基础上,民主的理论与实践不断走向现代化。根据现代民主理念,民主不仅要奉守多数决定原则,更要保护少数,“民主不是多数人对少数人的统治,不能压服少数”。<sup>[21]</sup>在实践上,现代民主认为“必须给公共权力规定一个明确和固定的界限,并为私人生活提供一个广阔的发展空间”,强调赋予公民“不可干涉的个人生活的自由”,主张“在按照多数人的意见处理公共事务的同时,给少数人提供一个变成多数的机会”,<sup>[22]</sup>并通过宪法规定了基本人权,赋予少数人即便经多数同意也不得予以剥夺的权利。

公司就象一个民主的小国家,<sup>[23]</sup>在这个“国家”中,也以多数原则为核心运行规则。与国家不同

[14] 余永祥:《资本民主与小股东利益保护机制》,《浙江学刊》2000年第5期。

[15] 如 Anisman 指出,“在过去的二十年中,加拿大公司法的指导原则是向更大的平等性迈进,在平衡公司多数股东和少数股东间的利益时,公司法更强调对少数股东予以公平保护的思想。”See P. Anisman, *Majority - Minority Relation in Canadian Corporation Law: An Overview*, (1986 - 1987) Can. Bus. L. J. p. 473.

[16] 盛洪:《经济学透视下的民主》,载汤敏、茅于軾主编:《现代经济学前沿专题》第2集,商务印书馆1993年版,第98页。

[17] 亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1997年版,第141页。

[18] [法]邦雅曼·贡斯当:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文、刘满贵译,商务印书馆1999年版,第56页。

[19] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1997年版,第113页。

[20] [美]托克维尔:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆1988年版,第841页。

[21] 郑知:《民主是什么?》,《学习时报》2003年第82期。

[22] 燕继荣:《民主理念的演变》,《学习时报》2003年第88期。

[23] S. M. Watson, *Directors' Duties in New Zealand*, (1998) the Journal of Business Law, p. 495.

的是,公司实行的是资本多数原则,而非成员多数原则。<sup>[24]</sup>根据资本多数原则,大股东通过资本的表决取得对公司的控制权。与政治中的多数原则可能会造成多数暴政一样,资本多数原则也会引起多数资本对少数资本的剥夺和压迫。<sup>[25]</sup>因此,基于对多数原则下少数人权利的保护考虑,在实行资本多数原则的公司中,也须赋予少数股东特定权利以对抗多数股东滥用多数原则而施加的“暴政”。从某种意义上说,股东派生诉讼制度即是法律赋予少数股东对抗多数股东暴政的一柄利剑。

### 三、股东派生诉讼的现实动因:少数股东权保护不力困境下的积极求变

公司制度是人类的一大发明,从某种意义上说,其推动社会进步之意义远甚于蒸汽机和电的发明。<sup>[26]</sup>公司促进社会进步作用之发挥在很大程度上取决于股东之投资热情和投资信心,而后者又端赖法律对投资者权益之保护程度。<sup>[27]</sup>因此,在证券市场每次大危机发生后,为重振投资者、尤其是中小投资者信心,总会有相关加强投资者权益保护立法的通过。例如,南海泡沫事件后,英国国会通过了1720年反泡沫公司法;1929年的美国股灾导致了1933年证券法和1934年证券交易法的出台;2002年安然等事件催生了萨班斯-奥克斯莱法。

在公司内部运作层面,可能发生的损害主要是大股东、经营层等内部人对公司和中小股东的损害,因此,从公司内部视角看,加强投资者权益保护就是加强中小投资者权益保护。为保护中小投资者权益、平衡公司内部各关系人间的利益,法律设计了累积投票、表决权限制等一系列制度,规定了董事、经理的注意义务与忠实义务,赋予了大股东对中小股东的诚信义务,允许股东提起直接诉讼,等等。然而即使有这些,在欠缺股东派生诉讼制度的背景下,少数股东权益仍处于保护不力的困境之中:

第一,从现实制度层面看,如无股东派生诉讼制度,少数股东权益在受公司内部人间接侵害时将无法救济。累积投票、表决权限制、委托投票等制度提供的是一种事前保护,对已经发生的损害,其无能为力;董事、经理、大股东的义务与责任及保证这些义务履行的直接诉讼制度,虽能对侵害少数股东权益的行为提供事后救济,但这种事后救济的作用却是有限的:在公司大股东、董事等内部人侵害公司利益,而公司因受内部人控制怠于追究时,少数股东所受间接损害将得不到救济。<sup>[28]</sup>如将保护少数股东权益的各种制度比作相互交错将其紧紧保护起来的围墙,则股东派生诉讼制度就是围墙的门。如果门缺了,少数股东权益必将暴露于外,各种不法之手就会从此隙缝伸向少数股东。

第二,从实际运作情况看,公司内部人侵害公司利益的现象随处可见,其数额之大、情节之严重、情况之普遍令人触目惊心。例如,在我国上市公司中,由于公司治理结构不规范,许多大股东把上市公司当作“提款机”、“摇钱树”,滥用和侵占上市公司资金的现象比比皆是。多个上市公司均因资金被控股股东严重侵占而由绩优股沦为垃圾股。<sup>[29]</sup>2002年,由中国证监会和国家经贸委组织的“上市公

[24] 诚如有人精辟地指出,“其他合议体的民主,一般是人(包括自然人和法人)的民主”,而股东大会的民主“是资本的民主,是股份的民主”,“是持有股份的人的民主”。参见王保树、崔勤之:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社2003年版,第192页。

[25] 公司资本多数决原则有效运行的前提是,股东间,尤其是控股股东与小股东间利益同质、股东与公司间利益同质。参见前引[14]余永祥文。但现实告诉我们,这仅为一种理想状态,在很多情况下,此二者间是冲突的。这样,资本多数决原则就可能沦为控股股东侵害少数股东利益的工具。

[26] Roger Meiners, *Piercing the Veil of Limited Liability*, (1979) 4 Del. J. Corp. L., p. 351.

[27] 关于投资者投资热情和投资信心与法律对投资者权益保护间的正相关关系,只要看一看损害投资者权益事件之发生对个股交易价格和证券市场指数的负面影响即可窥见一斑。例如,2001年8月2日,银广厦因《财经》杂志披露其虚构利润问题而被停牌,9月10日复牌后创下连续15个跌停板的记录,至当年11月19日股价已从停牌前的30.79元跌至4.24元,跌幅高达86.33%。参见谢建平:《“银广厦事件”的反思与对策》,《大公报》2001年11月21日。

[28] 前引[1]L. C. B. Gower等书, p. 644.

[29] 参见元元:《大股东掏空上市公司十大案例》,《证券日报》2001年9月14日。

司建立现代企业制度专项检查”结果表明,大股东掏空上市公司已成为当今最突出的问题,在 1200 多家上市公司中共查出 676 家公司存在控股股东占用资金的现象。<sup>[30]</sup> 在这些上市公司中,由于公司完全控制在侵害人手中,公司根本不可能真正去追究侵害人责任,小股东又因欠缺股东派生诉讼制度而无法代行公司诉权。在政府监管最为严格、运作最为规范的上市公司中,少数股东权保护情况尚且如此,更惶论其他公司了。

第三,从少数股东对自身权益保护的法制环境评价看,情况不容乐观。在我国上市公司中,通过公司法、证券法、《上市公司治理准则》、《上市公司章程指引》等法律和规章,已经基本引入了前述保护中小投资者权益的各种实体措施。但根据深交所的调查,79.1%的投资者对目前证券市场个人投资者权益保护的现状不满意,其中,人们认为最突出的问题是缺乏应有的保护措施(43.7%),而“建立民事诉讼与赔偿机制”则是最受投资者支持的保护投资者权益的三项措施之一。<sup>[31]</sup>

所有这些均表明,在股东派生诉讼制度尚付阙如的情况下,少数股东权益很难得到有效保护。国外的研究也表明,股东派生诉讼确实可起到改善公司治理、增强少数股东权保护之作用。<sup>[32]</sup> 因此,为摆脱少数股东权保护不力的困境,立法不得不突破法律的种种常态规则,建立异态之股东派生诉讼制度。

### 四、股东派生诉讼的制度设计:应遵循的基本原则

在设计我国的股东派生诉讼制度时,我们必须先明确该制度应遵循的基本原则,只有基本原则确定了,才能进行具体制度的构建。笔者认为,我国股东派生诉讼制度应遵循以下原则:

#### (一) 保护少数股东权利原则

保护股东权是现代企业权利本位与经济民主原则的必然逻辑引申,是激发广大民事主体投资热情的催化剂和甜味剂。<sup>[33]</sup> 从公司内部视角看,公司董事、经理、大股东等掌控着公司的意志和行为,他们是公司内部各利益主体中的强者,也是最易滥用优势地位侵害弱者权利的人;少数股东由于势单力薄,加上信息不对称、搭便车等因素,因而成为公司内部易被压迫和剥夺的一族。正是基于保护少数股东权益的初衷,立法者才决意打破种种常规,毅然引入股东派生诉讼制度。因此,在构建我国股东派生诉讼制度时,毫无疑问应将保护少数股东权原则作为首要原则。

#### (二) 公司自治与国家干预相平衡原则

作为具有独立人格的企业法人,公司通过一系列制度形成了内部各机关间分工协作、相互制衡的自我调节机制,于此基础上,法律允许公司在守法前提下按意思自治原则进行运作。因此,在公司利益受侵害时,应由公司自己决定是否追究侵害人责任,他人不得非法干预。但在公司受内部控制人侵害时,公司内部制衡机制失灵,公司自治基础不复存在。“由于商事主体在商事活动中的自我制衡机制难以发挥作用,需要国家以社会的名义进行整体调节”,<sup>[34]</sup> 需以股东派生诉讼的形式请求国家干预。

然而,股东派生诉讼是一把双刃剑,它“可能剥夺公司管理者基于商业判断为公司利益正当行使

[30] 王芳:《“大股东掏空上市公司”问题突出》,《市场报》2003年1月2日。

[31] 陈斌、李信民、杜要忠:《中国股市个人投资者状况调查报告》,《证券时报》2002年4月13日。

[32] 美国密苏里州大学一项课题对美国法院1982年至1994年受理的215宗股东派生诉讼案件进行了研究。结果发现,在管理层代理问题越严重的公司中发生派生诉讼的概率越高;而在被告输掉官司的公司中,其董事会规模将变小、外部董事成员增多。为此他们得出结论认为,股东派生诉讼确实具有改善公司治理的作用。See Stephen P. Ferris, Robert M. Lawless, Anil K. Makhija, *Derivative Lawsuits as a Corporate Governance Mechanism: Empirical Evidence on Board Changes Surrounding Filings*, (2001) CORI Working Paper No. 01 - 03.

[33] 刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社1997年版,第7页。

[34] 王保树:《商事法的理念与理念上的商事法》,载王保树主编:《商事法论集》第1卷,法律出版社1997年版,第7页。

管理公司的权力”,<sup>[35]</sup>运用得当,可起到保护股东权益,完善公司治理结构之功效;运用不当,则会损害公司利益进而危及其意在保护的股东权益。事实上,在股东提起派生诉讼代行公司诉权时,国家干预之手已经在某种程度上伸入了公司自治的领地。如果股东派生诉讼被滥用,必然导致外部司法力量对公司内部事务的过分干预,反而会干扰公司正常经营,使公司为防御派生诉讼而疲于奔命,最终损害公司和股东利益。

可见,科学平衡公司自治与国家干预,合理划分二者的界域至关重要。因此,在构建股东派生诉讼制度时,应遵循公司自治与国家干预相平衡原则,既要确保资本多数决原则被滥用时少数股东权利能得到充分保护,又要防止公司自治因国家过分干预而受影响。

### (三) 鼓励正当诉讼与防止投机诉讼相协调原则

在股东派生诉讼中,由于信息不对称、搭便车心理的存在,股东很难知晓诉因的存在或不愿耗时费力去“管闲事”,而且胜诉的结果直接归属公司,原告股东只能从中间接受益,这些因素都自然地抑制着股东提起派生诉讼。因此,为有效发挥派生诉讼的功能,我们在制度设计时,应本着鼓励股东正当提起的精神,尽量方便股东提起派生诉讼并消除原告股东的后顾之忧。

但是,正如没有制约的权力会产生腐败一样,没有限制的权利必然会被滥用。国外经验表明,如果设计不当,股东派生诉讼极易被滥用。例如,二战后的美国,有的律师在发现公司管理层违规后,便找一个合格的原告股东,代理其提出派生诉讼,但此诉讼的目的并不是真正想追究被告对公司的责任,而是想通过诉讼和解获得一笔数目不菲的律师费。<sup>[36]</sup>这种诉讼被称为投机诉讼,它不仅有害于股东权利的保护(因为诉讼的判决或和解会阻止其他股东提出同样的诉讼),而且干扰公司正常经营,浪费国家司法资源。<sup>[37]</sup>

因此,在构建派生诉讼制度时,为真正保护股东权益,不仅要鼓励正当诉讼,避免派生诉讼成为“死的文字”;而且要注意防范投机诉讼,避免引发诉讼浪潮。当然,在某种意义上说,鼓励股东提起派生诉讼与防止投机诉讼是一对矛盾体,它们间存在此消彼涨的关系。因此,如何协调二者关系,把握好二者的平衡将是构建股东派生诉讼制度的一个难点,也是制度设计时应遵守的一项基本原则。

### (四) 借鉴国外先进经验与协调国内法律体系相兼顾原则

自英国衡平法创立股东派生诉讼制度以来,短短一百年间该制度已为世界许多国家所移植。我国由于公司制度不发达、公司立法经验不足,故至今尚未建立严格意义上的股东派生诉讼制度。应该说,将来导入该制度本身即是对国外先进经验的借鉴。但是,国外不同国家关于派生诉讼的具体规定并不完全相同,有的甚至大异其趣,因此,在借鉴国外经验时,应对不同国家立法例的理论合理性与实际效果进行研究,取其精华、去其糟粕,力争导入最先进、最有效的立法例。

同时,股东派生诉讼制度是一项兼涉实体法与程序法的异态规则,它的导入必然会对实体法上的公司治理结构与程序法上的民事诉讼制度产生重大影响,因此,在导入股东派生诉讼制度时,必须充分考量其对国内现有制度的影响,努力使之与我国现行法律体系相协调,既不要因移植产生排异现象,更不能因此破坏现有法律体系的完整与和谐。

## 五、股东派生诉讼的制度设计:应包含的主要内容

作为公司法中的一项重要制度,股东派生诉讼的制度特点是通过其具体内容表现出来的。在构

[35] 黄辉:《股东派生诉讼制度研究》,载王保树主编:《商事法论集》第7卷,法律出版社2002年版,第423页。

[36] Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, 法律出版社1999年版,第466页。

[37] 纽约州商会曾对该州法院所受理的约1300件股东派生诉讼案件进行分析,发现只有8%的案件使公司获得了赔偿。纽约州商会分析认为,许多小股东提起派生诉讼的目的在于干扰公司正常经营并使自己获利,对公司而言并无实际意义。见前引[2]Robert C. Clark书,p.653.

建我国股东派生诉讼制度时,必须十分重视具体内容的设计,要在遵循前述基本原则的前提下,做到规范、合理、可操作性强,使该制度真正发挥保护少数股东权益、完善公司治理结构之作用。笔者认为,该制度应包含以下主要内容:

### (一)原告资格

原告资格解决的是何种股东有权提起股东派生诉讼的问题。对此,国外立法一般从持股数量、持股时间、股东代表之公正性与充分性等角度进行规范。

#### 1. 持股数量

有权提起派生诉讼的股东应有持股数量要求?对这一问题的回答取决于将股东派生诉讼提起权视为单独股东权还是少数股东权。如采前一观点,则对股东提起派生诉讼不应有持股数量限制;如采后一观点,则要求提起派生诉讼的股东须持有有一定数量的股份。

在立法例上,美国、日本、法国等国家将股东派生诉讼提起权视为单独股东权;德国、韩国和我国台湾地区等将股东派生诉讼提起权视为少数股东权。如德国和我国台湾地区公司法规定,只有持有公司已发行股份总数10%以上的股东有权提起派生诉讼(在德国,持有股本总额的市值在200万马克以上的股东也有权提起此等诉讼)。韩国公司法规定,持有发行股份总数1%以上的股东有权提起派生诉讼;对上市公司,韩国证券交易法规定,持有发行股份总数0.01%以上的股东就有权提起派生诉讼。

将派生诉讼提起权视为单独股东权,利于鼓励小股东监督公司合规运营,维护公司整体利益,但易被居心不良的股东滥用而造成干扰公司正常经营之后果;将派生诉讼提起权视为少数股东权,可提高股东派生诉讼的门槛,有防止诉讼浪潮之功效。

笔者认为,我国导入股东派生诉讼制度时,宜采少数股东权立法例,规定只有持有公司已发行股份总数一定比例以上的股东才有权提起派生诉讼。这是因为:(1)在持股数量方面设一道门槛利于缓和股东派生诉讼可能对现行法律体系带来的冲击。作为异态法律规则,股东派生诉讼在多方面突破法律的一般规定,必然会对不同主体之间的利益格局产生重大影响。如果在持股数量方面设一道门槛,则可缓和派生诉讼制度对法律体系的冲击,减轻该制度对现行利益格局的影响,更好地平衡各方利益。(2)若原告资格完全无持股数量要求,股东派生诉讼极易被滥用,结果只能是投机诉讼盛行,公司正常经营受干扰。为防范股东派生诉讼被滥用,许多国家规定了诉讼费用担保制度。然而,第一,如下文将要论及的那样,诉讼费用担保制度在制度价值等方面有天然的缺陷;第二,诉讼费用担保制度的一种主要模式,是规定那些持股数低于公司已发行股份一定比例或持股市值低于一定金额的原告有义务提供担保,而这事实上不过是根据持股数量或持股价值来限制派生诉讼提起的一种变相方法,与要求原告持有有一定比例股份并无本质区别。

不过鉴于在我国股份有限公司中,国有股一股独大、流通股高度分散的现象比较普遍,在規定股东提起派生诉讼所需持股数量时,宜将持股比例规定得低一些,笔者认为应允许持有股份有限公司已发行股份总数1%以上的股东提起派生诉讼。另外,与股份有限公司相比,有限责任公司人合性较强、股东数量较少、股权相对集中,因此,应将提起股东派生诉讼所需持股比例规定得高一点,如10%,以防个别股东利用派生诉讼干扰公司经营。

#### 2. 持股时间

在起诉股东的持股时间要求上,主要有三种立法例:一种是美国多数州公司法采取的“当时拥有股份”原则,将有权提起派生诉讼的股东限定为在过错行为发生时持有股份的股东;一种是日本和我国台湾地区公司法的做法,规定只有起诉之前一段时间内持续持有股份的股东才有权提起派生诉讼;一种是英国和韩国公司法的做法,仅要求股东在起诉时持有有一定数量股份即可。

笔者认为,英韩两国仅要求股东在起诉时持有股份这种立法,等于是为专营诉讼、谋取私利者提起投机诉讼大开绿色通道,极易被居心不良者滥用。日本和我国台湾地区要求股东在起诉时须持续

持有股份半年或一年这种立法,则不利于股东权益之保护。综合观之,倒是美国公司法采取的“当时拥有股份”原则更能平衡鼓励正当诉讼与防止投机诉讼之关系,既能有效保护股东权利,又能防止被滥用。因此,我国将来构建派生诉讼制度时,应借鉴美国的“当时拥有股份”原则。同时,为保护善意股东权利,还应允许下列在过错行为发生时虽不持有股份但后来取得股份的股东享有诉权:(1)在与过错行为相关的事实被公开披露或知悉此种事实之前受让股份的股东;(2)在具备派生诉讼原告资格的自然人死亡时,取得此种股份的继承人;(3)在具备派生诉讼原告资格的法人合并、分立或解散时,继受该股份的人。此外,在诉讼过程中,原告须持续持有股份,不得出现中断,否则即丧失原告资格,因为此时诉讼的进展与结果已与原告没有利害关系,原告作为诉讼当事人的基础不复存在。

### 3. 原告股东代表之公正性与充分性

与一般诉讼不同,股东派生诉讼中股东代行的是公司的诉权,诉讼结果关系公司和其他股东的切身利益并对公司与其他股东具有既判力,因此原告股东应既能公正、充分地代表公司利益,又能公正、充分地代表除实施过错行为的被告之外的其他股东的利益。但是,如何判断原告股东符合这一要求呢?应该说,对此“很难抽象出一个可操作性强且适于所有案件的统一标准”,<sup>[38]</sup>因此只能由立法机关对原告股东代表之公正性与充分性做出原则规定,而赋予法院在此方面广泛的审查权力。

#### (二)原告的权利与责任

在规定股东派生诉讼制度中原告权利和责任时,须充分体现保护少数股东权利原则及鼓励正当诉讼与防止投机诉讼相协调原则。

在原告权利方面,主要是赋予胜诉股东以费用补偿请求权。派生诉讼维护的是公司利益,当原告胜诉时,直接受益的也是公司,因此应由公司补偿原告因诉讼所支出的全部合理费用。另外,有人主张应赋予原告以比例性个别赔偿请求权,即在不损害公司债权人利益的前提下,原告股东有权要求被告给予自己以直接赔偿。对此,笔者持反对态度,理由为:其一,规定比例性个别赔偿请求权易损害公司债权人利益。比例性个别赔偿请求权实现的直接结果是公司责任财产因流向股东而减少,但这与向股东分配利润或减资又显有不同,既不象分配利润那样需公司有盈余且提足各项公积金,也无须象减少注册资本那样要经过公告债权人、提前清偿或提供担保等程序。欠缺这些保护债权人利益的相应制度,比例性个别赔偿请求权的实行极易损害债权人利益。其二,赋予胜诉股东比例性个别赔偿请求权的目的一,是为了避免有过错股东与无过错股东一样受益或防止恢复后的公司财产仍处于有过错董事、经理的控制之下。<sup>[39]</sup>但根据股东平等原则,只要该过错股东没有转让其股份或退股,我们就不能剥夺其享有的股东权利。正确的做法是,在某些股东利用控制地位侵害公司利益时,可依法使其承担责任,但不能据此剥夺其作为股东的权利。同样,对过错董事和经理,原告股东可通过法定程序将其解任或限制其权限,但不能据此主张比例性个别赔偿。

在原告责任方面,主要是败诉时对公司与被告承担赔偿责任。对此,美国和日本公司法规定败诉股东在特定情况下仅对公司负赔偿责任,我国台湾地区公司法规定败诉股东在特定情况下对公司、被诉董事等均负赔偿责任。关于承担赔偿责任的要件,美国一些州的公司法以败诉股东对于诉讼之提起没有正当理由为要件,<sup>[40]</sup>日本则以败诉股东对诉讼有恶意且给公司造成了损害为要件。<sup>[41]</sup>由于败诉股东对诉讼之提起没有正当理由的事实可能是出于恶意,也可能是不知情,因而从维护股东派生诉讼提起权及鼓励正当派生诉讼原则出发,在构建我国股东派生诉讼制度时,在责任要件上应采日本立法例,规定败诉股东只有在有恶意时才承担赔偿责任;在赔偿范围上,则可从防范引发投机诉讼的

[38][39] 刘俊海:《论股东的代表诉讼提起权》,载王保树主编:《商事法论集》第1卷,法律出版社1997年版,第110页。

[40] Harry G. Henn John R. Alexander, *Laws of Corporations*, West Publishing Company, 1983, p. 115.

[41] 日本商法典第268条之2规定,“股东在败诉的情形下,如果没有恶意,对公司不负损害赔偿的责任”。依反对解释,如果败诉股东对派生诉讼之提起有恶意,则应对公司负赔偿责任。

角度出发,加重原告股东责任,要求败诉股东对公司及董事等均负赔偿责任,这也符合“有损害就有救济”这一法律格言。

### (三)公司在股东派生诉讼中的地位

公司在派生诉讼中究竟应处于何种地位,这是一个理论难题。从各国立法来看,也表现出较大的差异。在英美等国,公司在派生诉讼中的地位是名义上的被告;在日本和韩国,公司在代表诉讼中既非原告,也非被告,而是诉讼参加人。

关于我国构建股东派生诉讼时公司应处何种地位,主要有四种观点:第一种观点认为,应将公司列为名义上的被告。<sup>[42]</sup>第二种观点认为,应由法院或原告将诉告知公司,如果公司参加诉讼,则列为共同原告。<sup>[43]</sup>第三种观点认为,可借鉴美国等国家的“诉讼参加”制度,在原告、被告、共同诉讼人、诉讼第三人、诉讼代表人之外,设计诉讼参加人制度,即在派生诉讼进行过程中,当公司和其他股东发现原被告双方有串通一气、损害公司利益之虞时,可以诉讼参加人的身份介入诉讼。<sup>[44]</sup>第四种观点认为,可以公司作为无独立请求权的第三人参加诉讼。<sup>[45]</sup>

笔者认为,应采最后一种观点。理由如下:(1)派生诉讼的提起条件之一是公司怠于行使诉权,如将公司列为被告,即意味着怠于行使权利会成为被告,这在理论上难以自圆其说。而且,在原告胜诉时,胜诉所得利益归属公司,如将公司列为被告则会出现原告胜诉但被告受益的情形,这也不符合常理。因此,不宜将公司列为名义被告。(2)正是因为公司拒绝以自己名义起诉,才有派生诉讼之提起。而且,在股东提起派生诉讼的情况下,公司多为被告所控制或为被告利益代言人,公司与原告股东是对立的。因此,将公司列为共同原告也不恰当。(3)美国的“诉讼参加”制度实际上是针对集团诉讼中诉讼代表人能否公正、充分地代表其他股东利益而设计的一项制度,其并不能解决派生诉讼中公司的法律地位问题,故在美国的派生诉讼制度中,公司地位不是诉讼参加人,而是名义上的被告、实质上的原告。日本商法与韩国商法虽规定公司在派生诉讼中的地位为诉讼参加人,但这是与其民事诉讼法规定了一般性的诉讼参加人制度相关的,而我国民事诉讼法并无诉讼参加人制度,如将公司在派生诉讼中的地位界定为诉讼参加人,难与我国法律体系相融合。因此,不应将公司作为诉讼参加人。(4)将公司作为无独立请求权的第三人参加诉讼,既符合诉讼理论,又与我国现行诉讼制度相协调。首先,所谓无独立请求权,是指对当事人争议的诉讼标的没有独立的请求权,但案件的处理结果同他有法律上的利害关系。在派生诉讼中,原告股东起诉后,公司即不得就同一诉因提起诉讼,但诉讼结果与其无疑具有法律上的利害关系。其次,从诉讼构造上看,在我国诉讼制度中,与股东派生诉讼制度最接近的是债权人行使代位权而提起的诉讼。根据司法解释,在行使代位权的诉讼中,债务人的地位是第三人。<sup>[46]</sup>一般认为,此处被代位人应为无独立请求权的第三人。<sup>[47]</sup>因此,应将公司列为无独立请求权的第三人。

### (四)股东派生诉讼的对象范围

所谓股东派生诉讼的对象范围,是指原告股东得以提起派生诉讼的请求原因。对此主要有三种立法例。一种以美国为代表,派生诉讼的对象十分广泛,与公司自身有权提起的诉讼范围相同,包括就大股东、董事、高级管理人员、雇员和第三人对公司实施之不正当行为提出禁止、撤销和赔偿等。<sup>[48]</sup>一种以日本为代表,派生诉讼的对象范围相对较窄。股东可对董事、监察人、发起人、清算人、行使决

[42] 王岩:《略论股东派生诉讼的当事人》,《前沿》2002年第11期。

[43] 段厚省:《股东代表诉讼中公司和其他股东的地位》,《法学杂志》1998年第5期。

[44] 罗培新:《股东派生诉讼若干问题探讨》,《学术交流》1999年第3期。

[45] 丁艳琴:《派生诉讼的法律适用问题——股份有限公司小股东的权益保障》,《黑龙江省政法干部管理学院学报》2002年第1期。

[46] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第16条。

[47] 张卫平:《诉讼构架与程式——民事诉讼法的法理分析》,法律出版社2000年版,第477页以下。

[48] 前引[40],Harry G. Henn等书,p. 1049.

议权接受公司所提供利益之股东、以明显不公正价格认购股份者提起代表诉讼,即将股东代表诉讼的对象范围限于对公司内部机关、人员责任的追究。<sup>[49]</sup>一种以我国台湾地区公司法为代表,派生诉讼的对象范围十分狭窄。根据我国台湾地区公司法第214条规定,代表诉讼的范围为董事责任。

股东派生诉讼是在特定情形下由股东代行本应由公司行使的诉权,是对公司自治原则的一种突破,是国家在不得已情况下通过司法方式干预公司内部运作的一种方式。笔者以为,应将股东派生诉讼的对象范围限于通过公司内部制衡机制不能解决的特殊情况。这样,美国立法规定的派生诉讼对象范围过于宽泛,而我国台湾地区规定的派生诉讼对象范围又过于狭窄。相反,日本立法将派生诉讼对象范围限于公司内部人对公司责任,既有利于实现创设该制度的初衷、保护少数股东权益,又有利于防范投机诉讼,不失为一种恰到好处的立法。因此建议,我国将来宜将股东派生诉讼的对象范围限于董事、经理、监事、清算人、控股股东对公司的责任。

#### (五) 股东派生诉讼的前置程序

股东提起派生诉讼的要件之一是公司怠于追究侵害公司利益之人的责任。因此,股东如未竭尽公司内部救济之途,应不得径直提起派生诉讼。为此,在建立股东派生诉讼制度的国家均设置了诉讼前置程序,要求股东在提起派生诉讼之前须先请求公司机关提起诉讼或采取其他补救措施,否则不得提起派生诉讼。我国在构建股东派生诉讼制度时也应引入诉讼前置程序。根据建立股东派生诉讼的初衷及应遵循的原则,笔者认为,我国派生诉讼前置程序应包含以下内容:

第一,原告在提起派生诉讼之前须书面请求监事会(或监事)为公司对被告提起诉讼,只有在被请求机关不提起诉讼的情况下股东才能提起派生诉讼。在英美国家,由于没有监事会,立法一般要求原告股东在起诉之前须向董事会提出追究被告责任的诉讼,必要时还须向股东大会提出此种请求。在我国,公司设有专司监督经营层的监事会(或监事),它们有权要求侵害公司利益的经营层做出纠正,并代表公司对侵害公司利益之经营层进行诉讼。因此,原告股东在起诉之前应向监事会(或监事)提出追究被告责任的请求。

第二,诉讼前置程序制度之例外。在特殊情况下,如果强行要求原告股东请求公司机关起诉或采取补救措施,将悖于前置程序制度建立之目的,并有违公平。因此,在构建股东派生诉讼制度时,我国须参酌国外立法例,将下列情况规定为诉讼前置程序制度之例外,免除原告股东请求公司机关采取补救措施的义务:(1)要求原告股东履行前置程序有给公司造成不可恢复损害之虞;(2)接受请求机关丧失独立性而导致原告股东的请求成为徒劳时。

#### (六) 诉讼费用担保制度

所谓诉讼费用担保制度,是指在原告股东提起派生诉讼时,法院可根据被告或公司的申请而责令原告股东提供相当的担保,以便在原告股东败诉时,被告或公司能从中获得诉讼费用的补偿。关于诉讼费用担保制度的模式,主要有以下四种:(1)美国纽约州模式,即如提起派生诉讼的股东所持股份占公司已发行股份的比例低于一定比例且其市值低于一定金额的,法院可根据公司或被告的请求,责令原告股东提供诉讼费用担保。(2)美国加州和日本模式,即被告或公司只要证明原告股东提起诉讼系出于恶意或不存在使公司或其股东受益之可能性时,法院即可根据被告或公司的请求要求原告提供担保。(3)我国台湾地区模式,即只要被告提出请求,法院即可要求原告提供担保。(4)美国示范公司法模式,即不在公司法中规定特别的诉讼费用担保制度。

对此,我国学者多主张我国导入股东派生诉讼制度时在诉讼费用担保制度上也采此模式。<sup>[50]</sup>但笔者认为,将来我国应采第四种模式,即不专门规定股东派生诉讼的费用担保制度,理由如下:

第一,诉讼费用担保制度并不能达到限制无理缠讼的目的。诉讼费用担保制度旨在运用利益杠

[49] 参见日本商法第196条、第267条第1款、第280条第1款、第280条之11第2款、第294条之2第4款、第430条第2款规定。周剑龙:《日本的股东代表诉讼制度》,载王保树主编:《商事法论集》第2卷,法律出版社1997年版,第269页。

杆遏制别有用心的股东滥用派生诉讼提起权,预防通谋诉讼现象的恶性膨胀。<sup>[51]</sup>然而事实上,姑且不论第一种模式下“提供诉讼费用担保的义务能被原告股东轻易规避”,<sup>[52]</sup>就是在第二、三种模式下,原告股东既然不惧诉讼失败而承担赔偿责任,就更不会因法院要其提供诉讼费用担保而放弃诉讼,除非其无能力提供诉讼费用担保。

第二,诉讼费用担保制度实际上限制的是穷人的诉权。根据诉讼是投机诉讼还是正当诉讼,及原告股东是否有能力提供诉讼费用担保为标准,可将派生诉讼分为四类:(1)正当诉讼且有能力提供担保;(2)正当诉讼但无能力提供担保;(3)投机诉讼且有能力提供担保;(4)投机诉讼但无能力提供担保。由于不能提供担保就不能使诉讼进行下去,这样,第二、四类诉讼将难以为继。可见,诉讼费用担保制度能限制的只能是第二类和第四类诉讼,事实上,其最后限制的只是穷人的诉权。

第三,国外有废除派生诉讼中的诉讼费用担保制度的立法趋势。美国1969年示范公司法及其后的几个修订本规定了派生诉讼中的诉讼费用担保制度,但由于人们“越来越怀疑诉讼费用担保制度的有效性及公正性”,故自1984年修订本删除该制度以来,以后的各个修订本均未再规定它。<sup>[53]</sup>

第四,在民事诉讼未建立一般性诉讼费用担保制度的情况下,仅要求股东派生诉讼的原告提供诉讼费用担保无异于歧视股东派生诉讼的原告。

#### (七)法院在股东派生诉讼中的地位

鉴于股东派生诉讼的代位性和代表性及其在两大法系国家中时常被滥用的情况,我国在构建此制度时应加强法院在该种诉讼中的地位,赋予其较大的裁量权,确立其在派生诉讼的提起、进行和终止方面决定性的影响和作用。具体来说,必须赋予法院在审查派生诉讼是否符合提起的实质条件、是否适用前置程序例外、原告股东是否满足代表公正性与充分性、是否允许原告股东撤诉、和解是否正当等方面以较大的自由裁量权。另外,“从控制理论上说,股东派生诉讼实质上是外部司法机制对公司内部机制的耦合机制”,<sup>[54]</sup>为防止国家假司法之手过分干预公司经营,法院在通过股东派生诉讼介入公司内部事务时必须始终保持谨慎态度,在判断被告是否侵犯公司利益,特别是在追究董事、经理违反注意义务的责任时,应尊重公司管理层的商业判断,避免对公司经营的具体判断进行司法审查。

除上述主要内容外,立法还应对股东派生诉讼的诉讼管辖、诉讼费用、判决效力、二审与再审、诉讼的通知与公告等问题做出明确规定。

---

**Abstract :** Derivative action has made several breakthroughs to general legal doctrines. The introduction of this system is not only to give enough protection for minority shareholders, but also has broad system circumstances, ideology preconditions, political and economical bases. In China, the fact of the lack of such action has already impeded the improvement of our corporate governance. While introducing the derivative action system, we should abide by the principles of protecting rights of minority shareholders, of balancing corporation's self-autonomy and government's regulation, of counterpoising encouraging proper suit and holding back strike suit, of harmonizing foreign advanced experience with domestic legal system, and carry out the forgoing principles into concrete contents.

**Key words :** derivative action, theoretical base, practical motivity

---

[50] 郑曙光:《论公司股东代表诉讼制度在我国的完善》,《河北法学》2002年第6期;前引[35],黄辉文,第437页。

[51] 万勇:《股东代表诉讼与中小股东权益保护》,《山西财经大学学报》2001年第5期。

[52][53] 前引[36],Robert W. Hamilton书,第469页。

[54] 前引[35],黄辉文,第451页。