

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学 号：13620151150951

UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

股东派生诉讼视角下的公司归入权
制度研究

**A Study on the System of Company Attribution
under the Perspective of Shareholder Derivative
Litigation**

王佳

指导教师姓名：夏雅丽教授

专业名称：民商法学

论文提交日期：2017 年 3 月

论文答辩时间：2017 年 5 月

学位授予日期：2017 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2017 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

公司归入权是法律赋予公司的一项救济性权利，自 1993 年被我国《公司法》引进，目前已形成较完备的认定标准体系，但该权利如何行使，法律没有做出规定，这令公司归入权制度失去应有的生命力。反观司法实务，股东作为原告代替公司行使归入权的案件多次出现，司法裁决者也逐渐倾向于允许股东代位行使公司归入权。因此，从股东派生诉讼角度出发，探讨如何完善我国公司归入权制度，这是论文的话题。

除引言和结语部分外，对以上问题的研究本文分四个章节展开。本文第一章主要阐述股东以派生诉讼的方式行使公司归入权的理论依据。先论述公司归入权的概念，由此界定本文论述的公司归入权的范围；再从所得收入的利益返还请求权与损害赔偿请求权的关系、短线交易归入权的类似规定与股东权三方面论证股东派生诉讼行使公司归入权的理论依据。

本文第二章的内容是对美国、日本以及我国台湾地区归入权制度的介绍。通过分析其他国家或地区关于公司归入权针对的主体与对象范围上的差异、行使主体、方式以及时间方面的不同，从中寻求合适我国情况的公司归入权的规定。

在前文论证股东有权代位行使归入权的基础上，第三章深入分析股东以派生诉讼方式行使公司归入权存在的问题，一是公司归入权的主体对象的狭窄、惩罚措施的宽松与除外规定的缺乏，二是股东派生诉讼原告资格限制，小股东诉讼奖惩不匹配与派生诉讼时效不明确。本文第四章目的是解决第三章提出的问题，从而完善股东派生诉讼行使公司归入权制度。

关键词： 公司归入权；派生诉讼；代位权

ABSTRACT

Since it was introduced by Chinese company law in 1993, the company's right of incorporation as a relief right granted to the company has formed a more complete identification criteria, but the lack of the right to exercise the provisions of the system makes it lose the due vitality. In the light of judicial practice, the case appears many times, in which Shareholders act as the plaintiff to replace the company to exercise the right of incorporation, and the judicial rulers are gradually inclined to allow shareholders to subordinate the exercise of the company's right. It is effective means to solve the lack of exercise of the company's right of incorporation by taking measures to improve the system of incorporation from the perspective of shareholder derivative litigation, and it is also the subject of this argument.

In addition to the introduction and conclusion, the study of the above questions is divided into four chapters. The first chapter of this paper mainly elaborates the theoretical basis for the shareholders to exercise the right of incorporation in the way of derivative litigation. Firstly, it discusses the concept of company's attribution. The purpose is to define the scope of the company's right of incorporation. Then it points out that the biggest problem of our company's right of incorporation is to lead the subject shareholder's derivative action to carry out the company's right of incorporation. Shareholder's derivative action to carry out the company's right of incorporation. At last it will give the theoretical basis for the shareholder's right to sue the company from three aspects: entitlement of Company's Attribution to Shareholder's Derivative Litigation, the derivative action of the short-term transaction right and the suitability of the shareholder right.

The second chapter of this article is about the America, Japan and China's Taiwan region into the right system of company's incorporation. Through the analysis of other countries or regions on the company's right to the scope of subject's differences, the exercise of the main body, manner and time differences to achieve the purpose that China can find the provisions of the company from the appropriate situation.

On the basis of the above, the third chapter analyzes problems of the shareholders' right of attribution in the way of derivative litigation. In order to

accomplish the above tasks, this paper discusses from two respective perspectives , one is the narrowing of the main body of the company's attribution, the loose punitive measures and the lack of provisions, the second is the limitation of plaintiff qualification in the shareholders 'derivative litigation, the mismatch of minority shareholders' litigation on reward and punishment and the unspecified derivative action. The fourth chapter discusses how to solve the problems raised in the third chapter , and then improve the system of attribution of our company in the form of shareholder derivative litigation.

Keywords: Company attribution; Derivative action; Subrogation

厦门大学博硕士论文摘要库

目录

导言.....	1
第一章 股东派生诉讼行使公司归入权的理论基础.....	2
第一节 公司归入权的概述.....	2
一、公司归入权的概念.....	2
二、公司归入权特征.....	3
第二节 公司归入权制度的现状与问题.....	5
一、公司归入权行使的现状.....	5
二、公司归入权行使的问题.....	5
第三节 股东派生诉讼行使公司归入权的理论依据.....	8
一、《公司法》第 148 条与《公司法》第 151 条的关联.....	8
二、《证券法》第 47 条的股东派生诉讼.....	14
三、股东权的可代位性.....	16
第二章 股东行使公司归入权的域外比较分析.....	19
第一节 域外制度介绍.....	19
一、美国归入权制度.....	19
二、日本归入权制度.....	21
三、我国台湾地区归入权制度.....	22
第二节 域外制度借鉴.....	23
第三章 股东派生诉讼行使公司归入权存在的问题.....	26
第一节 公司归入权范围的问题.....	26
一、公司归入权与派生诉讼主体的不统一.....	26
二、公司归入权制度惩罚措施的宽松.....	27
三、公司归入权的抗辩规定缺乏.....	28
第二节 股东派生诉讼范围的问题.....	29
一、股东派生诉讼的严格限制.....	29

二、股东派生诉讼的较高风险.....	30
三、股东派生诉讼的时效缺乏.....	31
第四章 股东派生诉讼行使公司归入权制度的完善.....	32
第一节 公司归入权制度的完善.....	32
一、危害公司归入权主体的补充.....	32
二、公司归入权惩罚措施的扩充.....	32
三、归入权责任的免除规定.....	33
第二节 股东派生行使公司归入权制度的完善.....	34
一、股东行使公司归入权的原告资格.....	34
二、股东行使公司归入权的前置程序.....	35
三、股东行使归入权的风险.....	35
结 语.....	37
参考文献.....	39
致谢.....	43

厦门大学博士论文摘要库

CONTENTS

Introduction.....	1
Chapter 1 The Theoretical Basis of Shareholder 's Derivative Action to Exercise Company' s Attribution.....	2
Subchapter 1 The Overview of the Company's Attribution.....	2
Section 1 The concept of the company's attribution.....	2
Section 2 The characteristics of the company's attribution.....	3
Subchapter 2 The Status Quo and Problems of the System of Incorporation.....	5
Section 1 The status quo of the system of incorporation.....	5
Section 2 The problems of the system of incorporation.....	5
Subchapter 3 The Theoretical Basis on Derivative Action of Shareholder 's Derivative Action.....	8
Section 1 The association of Article 148 of the Company Law and Article 151 of the Company Law.....	8
Section 2 The Article 47 of the Securities Act on the shareholder derivative litigation.....	14
Section 3 The Subrogation of the shareholders.....	16
Chapter 2 Comparative Analysis of Shareholder 's Incorporation of Company' s Attribution.....	19
Subchapter 1 The Introduces of the Extraterritorial System.....	19
Section 1 The system of incorporation of America.....	19
Section 2 The system of incorporation of Japan.....	21
Section 3 The system of incorporation of Taiwan.....	22
Subchapter 2 The Learn of the Foreign System.....	23
Chapter 3 The Existence Problems of Shareholder Derivative Litigation to Exercise the Company's Right.....	26
Subchapter 1 The Problems in the Scope of Company Disgorgement.....	26
Section 1 The disunity of company 's attribution and derivative litigation	26
Section 2 Loose punitive measures of company incorporation.....	27
Section 3 The lack of defense of the company incorporation.....	28

Subchapter 2	The Problems in the Scope of Shareholder Derivative.....	29
section 1	The strict restriction of shareholder derivative action.....	29
section 2	The high risk of shareholder derivative action.....	30
Section 3	The lack of effectiveness of shareholder derivative action.....	31
Chapter 4	The Perfection of the Derivative Action of Shareholder to Exercise the Company Incorporation.....	32
Subchapter 1	The Perfection of the System of the Right of Incorporation	32
Section 1	The supplement to the subject of the right of company.....	32
Section 2	The expansion of the company's right to impose punitive measures.....	32
Section 3	The exemption provisions of responsibility.....	33
Subchapter 2	The Perfection of the System of the Derivative Action of Shareholder to Exercise the Company Incorporation.....	34
Section 1	The qualification of the plaintiff to exercise the right	34
Section 2	The pre procedure for shareholders to exercise the right.....	34
Section 3	The risk of shareholders to exercise the right.....	35
Conclusion.....		37
Bibliography.....		39
Acknowledgements.....		43

导言

深圳中院审理的盛军诉毛越东竞业禁止案中原告是公司股东，^①要求被告公司经理将竞业禁止利益返还公司并对公司损害进行赔偿，上诉法院支持股东的派生诉讼权。但《公司法》第 148 条没有规定股东的派生诉权，151 条没有规定公司归入权适用派生诉讼，这是一个行为引发利益返还请求权与损害赔偿权竞合，司法和法律有出入。笔者翻阅资料发现，把股东派生诉讼与公司归入权合起来写的文章只有两篇，^②并且国外立法规定股东能够行使公司归入权（做法是把利益返还请求权认为其是损害赔偿权的一种，后者适用派生诉讼）。

论文采用文献研究、比较研究、案例研究的方法进行论证，其中比较研究对域外美国、日本、我国台湾的归入权制度进行了全面的介绍，对德国以及韩国该制度只介绍了时效和股东诉讼的持股要求方面的规定。案例研究方面，本文从中国裁判文书网站上根据“归入权”关键词检索法找到 41 个案例，并参考两篇关于公司归入权制度实证研究的硕士论文，^③全文涉及 172 个案例，笔者总结归纳这些案例的案情、案由、涉及的法律、裁判结果以及理由，得出股东行使公司归入权的必要性的结论。论文的意义是为股东行使公司归入权增加理论依据，增强股东代位行使公司归入权的操作性。

^①参见广东省深圳市中级人民法院（2013）深中法商终字第 2243 号民事裁定书。

^②参见石慧荣，归入权的行使与派生诉讼的适用 [J]. 商业经济与管理，2007，（10）：69. 刘传. 浅议股东代位行使公司归入权（硕士学位论文）[D]. 北京：北京大学，2008. 108-109.

^③参见杨冬雪. 我国公司归入权制度的完善-以归入权的司法实证分析为背景（硕士学位论文）[D]. 长春：吉林大学，2013. 21. 张永. 我国《公司法》中归入权制度研究-以司法实践中归入权的案例分析为背景（硕士学位论文）[D]. 重庆：西南政法大学，2015.

第一章 股东派生诉讼行使公司归入权的理论基础

第一节 公司归入权的概述

一、公司归入权的概念

2013年修订的《中华人民共和国公司法》（如无特别说明，以下简称《公司法》），第148条规定七类行为所得的收入应当归公司所有，该七类行为即为归入权所禁止，此处的归入权，是公司法律规范意义上的归入权，公司监督与控制董事等高级管理人员的法定性强制权利。同理，2014年修订的《中华人民共和国证券法》（如无特别说明，以下简称《证券法》），第47条规定了短线交易归入权，行为侧重于当事人实施短期反复交易，此处指的是证券法律规范意义上的归入权，两种情况都属于归入权，^①即要求将所得收入归回公司。归入权有广义和狭义之分，广义的归入权从后果上界定，收入所得归公司所有，而不区分导致归入权的行为的性质及类型，根据有效的协议公司可以和公司内部人员、股东及其他相关人员约定所得归公司所有，这种情况下不要求行为是否违法或者违背公司章程，是相对人自愿把所得归入公司的情况，因此要求有明确的书面协议或者约定。狭义的归入权指的是以上法律规定的两种，即《公司法》列举出的七种行为，另外以忠诚义务为概括进行补充，《证券法》规定的短期内反复交易行为，狭义的归入权要求先行为违法或者违背对公司所担负的忠实义务，相较广义的归入权，狭义的归入权需要明确的法律规定在先，目前，普遍被认可的是狭义的归入权。由于写作范围的有限性准确性的要求，笔者在此说明，本文论述的归入权仅指公司法上的归入权，不包括证券法上的归入权，仅是狭义归入权的一种，下文中的归入权即指这种狭义的《公司法》范围内的归入权，也称为公司归入权。

公司归入权，又称公司介入权或者公司夺取权，关于其概念，学者郑文兵认为是指公司将高管人员违背法定义务所获得的利益收归公司的权利，^②学者任秀芳与郑文科认为公司归入权是公司利益相关者或者法定公司职员违法的交

^①苏艳靖，冒鹏莉．短线交易及其归入权问题探究[J]．法制与社会，2009，（6）：343．

^②郑文兵．有限公司归入权行使实务探讨[J]．云南社会科学，2012，（1）：119-120．

易所得的溢出利益归入公司的法定权利，^①学者石慧荣认为公司归入权是公司成员违反对公司法定的忠实义务的行为所获得的收入收归公司所有的权利。^②《公司法》第148条第1款第8项规定，如果其他行为违反对公司的忠实义务，即认为该其他行为是归入权禁止的行为，结合这一规定，笔者较支持最后一种观点的违反忠实义务的判断标准，认为公司归入权的概念是公司有权对法律规定人员违反忠实义务的行为所得收入要求归公司所有的一种权利，该项权利由法律明确规定的特殊救济权。

二、公司归入权特征

(一) 法定性与救济性

公司归入权是一项法律赋予公司维护自身利益不被内部某些特定人员危害的权利，区别于公司通过章程规定获得的对内部人员的章程权利，以及与公司外部人员通过协议而产生的外部权利，公司归入权的法定效力高于后两种权利，体现的是法律直接对于公司的授权与保护。《公司法》第148条对于何为公司归入权禁止行为没有做出内涵式规定，而采取列举加兜底的办法陈述，该条第2款规定如禁止行为发生将产生收入复归的后果，该后果仅仅是归还，而无需赔偿，这一做法对行为人来说责任过轻，该项法定权利也没有起到应有的震慑效力。

公司归入权是救济性权利，一种事后方可行使的权利，即公司只能在出现禁止行为之后行使法定的归入权，要求违法行为人将收入归公司，不能在禁止行为未发生或者正在发生的过程中要求，这是因为所谓的收入必定会要求行为已经到一定程度或者行为已经完结，表示权利行只能在违法行为之后，这一点不同于韩国公司法律规定的留止请求权，可以在行为可能给公司造成无法恢复的损害时就向董事提出。^③

(二) 特定性与开放性

^①此观点的学者有任秀芳和郑文科，二者都认为所得利益来源于违法交易，但前者认为针对的主体应是利益相关者，后者认为是法定公司职员。参见任秀芳，论公司归入权的适用规则及其完善[J]．政治与法律，2009，(4)：69．郑文科．归入权研究[J]．民商法学研究，2004，(6)：18．

^②石慧荣．归入权的行使与派生诉讼的适用[J]．商业经济与管理，2007，(10)：69．

^③[韩]李哲松．韩国公司法[M]．吴日焕译．北京：中国政法大学出版社，2000．512-516．

特定性指的是针对主体的特定性，规制主体中缺乏公司监事（在我国台湾地区又称为监察人）这一类人员，受法律制约的主体就仅限于董事与高管，而不是传统意义上的所谓董监高一体化，域外国家甚至已经把上述人员的家属以及利益协同人纳入。这与负有忠实义务的公司人员的范围不一致，法律没有扩大解释把大股东、实际控制人以及与董事、高管相关的利益人员纳入，是考虑到归入权作为一项舶来制度，本来就需要适应中国实情，在实施过程中主体过大会增加认定的难度。尽管监事无法像董事、高管人员一样拥有对公司的管理权利，擅用职权侵占公司财产控制公司，但监事可能泄露公司秘密，泄露公司秘密的行为属于公司归入权的禁止行为，因此公司归入权针对的主体有待进一步扩大。

开放性指的是除了规定的七种具体的禁止行为之外，还设置了一项兜底条款，只要是违反对公司忠实义务的行为都可以被公司归入权所禁止。在实践操作过程中，这样便于司法裁判者对这七种行为的判断，但是如何界定“忠实义务”却无统一标准，会给司法人员的自由裁判能力带来极大的考验。

（三）条件性

公司归入权的条件性，是指在满足实质性要求之后，仍需按照程序性条件来实施该权利，这一要求类似于《公司法》第 151 条规定的不仅主体符合比例和时间，主体的行为依然要符合的程序要件。我国《公司法》设定公司归入权适用的范围，即七加一模式，七种类型加上违反忠实义务的一种归纳性行为，主体是公司的董事、高管人员，程序要求违法收入归于公司，这些需要遵循实质条件与程序条件。但在实质条件方面，惩罚主体过窄，行为内容不易界定，权利行使主体不明，在程序上，行使的时间以及效果也没有直接规定，借鉴国外立法，对该制度行使的主体、条件、时效和程序作出严格规定。^①行使公司归入权必须遵守严格的实体与程序要求，才能依法保障制度的有效地施行。

^①雷兴虎. 论公司的介入权 [J]. 法学研究, 1998, (4): 106.

第二节 公司归入权制度的现状与问题

一、公司归入权行使的现状

归入权的历史最早可追溯到上世纪三十年代，美国率先颁布《证券交易法》规定内幕人短线交易，国内发展历史，要追溯到 1993 年的《公司法》，归入权在我国至今已有二十多年的历程，但水平如何还有待商榷。由于立法水平有限，归入权制度仅被介绍到国内，而没有形成体系化，尤其是《证券法》中的短线交易型归入权与《公司法》中的归入权之间的关系未明确指出。^①随着我国经济建设的加速和法制化进程推进，2006 年与 2013 年两次修订的《公司法》和《证券法》对归入权制度做出调整，目前我国立法已经建立归入权制度的基本框架与体系，《公司法》第 148 条对公司归入权的列举已经类型化，《证券法》更是进一步赋予股东以派生诉讼的方式代位行使公司归入权。

经过二十多年的实践探索，司法已经能够较明确的认定归入权行为，对于董事、高级管理人员违法挪用公司资金、违规为他人提供借贷或者担保、违规自我交易、篡夺公司机会、违反竞业禁止义务、擅自披露公司秘密等案件均可以以归入权为由起诉和裁决，但在如何合理合法行使该权利，尤其是有哪些主体能够行使该权利方面，引发了极大的争议。

二、公司归入权行使的问题

关于公司归入权行使过程中存在的问题，学者认为最主要的是规定过于简单，缺乏可操作性。^②具体表现为公司归入权性质不明确，行使的主体仅有公司而不能包括股东或者监事会，公司归入权行使的对象不能涵盖受益所有人，公司归入权期间无法确定，董事、高管人员的违法所得额难以计算等，这些都对公司归入权制度的适用造成不良影响。以上影响因素的改善都能完善公司归入权制度，但考虑到论文论证范围和角度的有限，笔者不能一一展开论述，仅从股东代位诉讼的视角出发选取归入权行使不足的问题，因为这一因素是导致实践中公司归入权

^①王馨敏. 公司法视域下的归入权制度研究(硕士学位论文)[D]. 上海: 华东政法大学, 2015. 4.

^②参见王建敏, 袁锦. 公司归入权问题研究[J]. 山东社会科学, 2010, (12): 147. 刘承魁. 获益损害赔偿制度的中国问题与体系构建[J]. 陕西师范大学学报(哲学社会科学版), 2016, (6): 122.

不能被充分利用的最重要原因。^①从股东代位诉讼的角度分析公司归入权行使中的问题，主要分为以下两个方面：

问题一，主体过于狭窄。我国《公司法》第 148 条未明确公司归入权由谁行使，当然最直接的理解是公司作为经营实体，必然具有提起诉讼维护自身利益的权利，但公司是一个人格化的主体，其意思表示还需公司机构进行表达，一般代表公司行使权利的机构是公司董事会，值得思考的是，公司归入权起诉的对象正是这些人员，董事会也是由这些人员组成，涉及到的董事为自身利益必然消极对待这项公司权利，更不可能去维护公司利益。即使不存在利益相关性，有些情况下公司机构怠于行使自己的职责也是存在的。另一方面，对于董事、高级管理人员实施的行为危害到公司正当合法的利益，公司另一机构监事会能否代表公司进行维权，《公司法》第 53 条规定监事的纠正权和起诉权中并没有包含公司归入权禁止行为，而仅限于公司利益遭到损害的情形，因此，监事会代表公司行使归入权的路径无法走通，这一权利从而被锁定在公司的董事、高管人员手里，无疑造就公司高管人员们监守自盗的局面。该后果是我国《公司法》第 148 条没有预料到的，公司归入权行使主体的狭窄导致公司利益被危害时没有合适的主体予以维护，该制度等于形同虚设。

问题二，股东行使该权利的动因不足。^②在与公司归入权有关的案件中，很少有股东提起诉讼，^③如上所述，主体与针对的对象存在重叠，如果没有其他的监督制衡力量，涉及的公司管理人员会利用手中的职权，阻挠或者怠于执行由其履行的权利。股东代位行使权利又没有明确的制度规定或者要求，这从前提上就打消了无利害关系的股东的起诉的意愿。另一方面是信息不对称问题，股东获得的公司信息大部分来源于公司内部人员的反馈的，由于上市公司股权分散，小股东想要知晓公司情况本身就很困难，股东对于董事、高级管理人员的监督需要付出大量的时间和金钱成本。加之，因为所得利益归为公司，每个股东根据自己持

^①参见张永. 我国《公司法》中归入权制度研究-以司法实践中归入权的案例分析为背景(硕士学位论文)[D]. 重庆: 西南政法大学, 2015. 13. 该作者认为举证不足是导致案件不能被认定为公司归入权之诉或者败诉的最大原因, 而举证不足的原因是在于大多数案件的当事人以《公司法》第 147 条或者 149 条来主张权利, 因为第 148 条缺乏行使的主体和适用对象的合适规定。

^②杨冬雪. 我国公司归入权制度的完善-以归入权的司法实证分析为背景(硕士学位论文)[D]. 长春: 吉林大学, 2013. 21.

^③同上. 该作者统计有关公司归入权的案件发现, 从起诉主体上看, 股东以个人名义提起诉讼的案件有 3 件, 监事会提起诉讼的案件有 1 件, 其余案件均以公司名义提起诉讼。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库