

学校编码：10384

分类号_____密级

学 号：200208041

UDC _____

厦 门 大 学
硕 士 学 位 论 文

股东派生诉讼的中国化构建研究
——以完善股份公司治理机制为中心
Study on Constructing Chinese Shareholder Derivative Action
around Perfecting the Governance of Stock Company

徐 毅

指导教师姓名：朱炎生副教授

专业名称：民 商 法

论文提交日期：2005 年 4 月

论文答辩时间：2005 年 月

学位授予日期：2005 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2005 年 4 月

内容摘要

股东派生诉讼是完善公司治理与少数股东保护的重要制度之一。我国许多学者提倡将其引入我国的公司法,但却很少在结合我国实际国情的基础上探讨如何设计我国具体的股东派生诉讼制度。2004年末国务院提交的《中华人民共和国公司法(修订草案)》中也初步引入了股东派生诉讼制度,但是其规定缺乏操作性和系统性。本文从我国股权结构和特点出发,探讨了我国公司同时存在的董事与股东之间的利益矛盾及控制股东与少数股东之间的利益矛盾。我国目前的公司治理机制存在缺陷,不能很好地协调两类矛盾。美国和日本的实际情况证明股东派生诉讼可以弥补其他公司治理机制的不足,起到改善公司治理、监督公司经营管理和协调上述两大矛盾的作用。故笔者在借鉴国外和台湾地区立法例的基础上,主要围绕我国股份公司治理机制的完善,提出了构建适合我国国情的股东派生诉讼制度的具体方案。望立法者能够充分考虑到股东派生诉讼制度自身的复杂性,充分考虑到我国的实际国情,尤其是与公司治理和股东保护密切相关的实际国情,详细设计我国的股东派生诉讼具体制度,为司法实践提供可操作的具体标准,为股东增加投资信心,从而最终为我国的公司实践和经济发展保驾护航。

本文分为四章:第一章分析股东派生诉讼的各个构成因素;第二章探讨股东派生诉讼的机能与理论基础;第三章分析我国公司股权结构特点和公司治理机制的现状及其缺陷;第四章在借鉴国外和台湾地区立法例的基础上结合我国的实际国情,构建具体系统的我国股东派生诉讼制度。

关键词: 派生诉讼; 公司治理; 股东保护

ABSTRACT

The shareholder derivative action is one of the important systems which perfecting the governance of company and the protection for minority shareholders. Many scholars of our country have proposed to import the shareholder derivative action in our company law, but they have scarcely putted forward how to design our idiographic system based on the actual situation of our country. In two thousand and four year lately our government have brought forward the new revised draft of company law. In the draft the shareholder derivative action have been imported elementarily, but it lacked maneuverability and systematicness. This article discussed around the makeup of stock ownership and its character the conflict on profit between the directors and shareholders and the conflict between the master shareholders and minority shareholders. Our nowadays governance of company have many defects and it can not adjust the above two conflicts commendably. The Actuality of the United States and Japanese proves that the shareholder derivative action can remedy the defects of governance of company and play the role that perfecting the governance of company, supervising the management and administration of company and adjusting the above two conflicts. So the penman put forward the idiographic blue print of the shareholder derivative action for our country around perfecting the governance of joint-stock company based on using for reference the legislation examples of foreign countries and Taiwan. May it please the lawmakers to design detailedly the system of our shareholder derivative action adequately in view of the complexity of the shareholder derivative action and the actual situation of our country, especially the situation which concerning the governance of company and protection for shareholders. Believe it that the shareholder

derivative action that is exercisable in material judicial practice can raise the shareholders' confidence in investment and ultimately boost the development of company and our country's economy.

There are four chapters in this article. It analyzes the component factors of shareholder derivative action in the first chapter. It discusses the engineering and academic base of shareholder derivative action in the second chapter. It analyzes nowadays Chinese makeup of stock ownership and its characters and analyzes the defects of nowadays governance of company in the third chapter. It designs the systemic and idiographic system of shareholder derivative action based on using for reference the legislation examples of foreign countries and Taiwan and in view of the actual situation of our country in the fourth chapter.

Key Words: Derivative Action; Governance of Company; Protection for Shareholders

目 录

引 言	1
第一章 股东派生诉讼的构成因素分析	3
一、概说.....	3
二、股东派生诉讼的构成因素.....	6
(一) 派生诉讼的请求原因	6
(二) 派生诉讼的原告资格	7
(三) 竭尽公司内部救济规则	8
(四) 诉讼费用担保	10
(五) 公司在诉讼中的地位	11
(六) 多重诉讼问题	11
(七) 胜诉股东的权利	11
(八) 败诉股东的责任	13
(九) 商业判断规则（原则）的应用	13
(十) 法庭对和解协议或撤诉的审查和决断	14
第二章 股东派生诉讼机能与理论基础分析	15
一、股东派生诉讼的机能.....	15
(一) 股东派生诉讼的两项基本机能	15
(二) 国情差异对股东派生诉讼机能发挥的影响	16
二、股东派生诉讼的理论基础.....	20
(一) 董事和控制股东的义务	20
(二) 派生诉讼提起权乃股东之固有权	22
(三) 小结论	23

第三章 我国公司治理机制现状之检讨	25
一、股权结构现状分析.....	25
(一) 股权结构与特征.....	25
(二) 对公司治理和经营的负面影响.....	27
(三) 小结论.....	31
二、公司治理机制现状与缺陷.....	31
(一) 内部制衡机制及其缺陷.....	31
(二) 外部监督机制及其缺陷.....	33
(三) 激励机制及其缺陷.....	35
(四) 司法救济机制及其缺陷.....	36
第四章 我国股东派生诉讼制度的具体设计	41
一、派生诉讼的对象范围和原告资格.....	41
(一) 对象范围.....	41
(二) 原告资格.....	44
二、派生诉讼的前置程序.....	48
(一) 竭尽公司内部救济规则的应用.....	48
(二) 诉讼费用担保.....	48
(三) 正式审理案件前的通知与公告.....	50
(四) 诉讼时效.....	50
三、程序性问题.....	51
(一) 没有提起诉讼的其他股东在诉讼中的地位.....	51
(二) 公司在诉讼中的地位.....	51
(三) 管辖法院.....	52
(四) 诉讼费用标准.....	52
(五) 多重诉讼问题.....	53

(六) 举证责任.....	54
(七) 既判力.....	54
四、原告股东的权利与责任.....	55
(一) 胜诉股东的权利.....	55
(二) 败诉股东的责任.....	56
五、法庭在派生诉讼中的作用.....	57
(一) 关于商业判断规则（原则）的适用.....	57
(二) 法庭对和解协议与撤诉的审查与决断.....	58
结束语	60
参考文献	61

CONTENTS

Forewords	1
Chapter 1 Analysis of Component Factors of Shareholder Derivative Action	3
Subchapter 1 Generality	3
Subchapter 2 Component Factors of Shareholder Derivative Action	6
Section 1 The Causes Claimed in Derivative Action	6
Section 2 The Plaintiff's Qualification in Derivative Action	7
Section 3 The Rule of Exhaustion of Intra Corporate Remedies	8
Section 4 The Assurance for Suit's Charge	10
Section 5 The Company's Status in Suit	11
Section 6 The Issue of Multi-ply Suit	11
Section 7 The Rights of Shareholders Who Win the Case	11
Section 8 The Burdens of Shareholders Who Lose the Case	13
Section 9 The Application of the Rule or Principle Based on Commercial Estimate	13
Section 10 The Court's Inspection and Estimate Aimed at Compromise or Nol Pros	14
Chapter 2 Analysis of the Enginery and Academic Base of Shareholder Derivative Action	15
Subchapter 1 Engineries of Shareholder Derivative Action	15
Section 1 The Two Basal Engineries of Shareholder Derivative Action	15
Section 2 The Effects of Difference in The Situation of A Country for Exerting Engineries of Shareholder Derivative Action	16

Subchapter 2 Academic Base of Shareholder Derivative Action	20
Section 1 Directors and Master Shareholders' Duties	20
Section 2 Launching a Derivative Action, the Inherent Right of Shareholders	22
Section 3 Brief Summing-up	23
Chapter 3 Review of Nowaday Chinese Governance of Company	25
Subchapter 1 Analysis of Nowaday Makeup of Stock Ownership	25
Section 1 The Makeup of Stock Ownership and Its Character	25
Section 2 Negative effect in the Governance and Management of Company	27
Section 3 Brief Summing-up	31
Subchapter 2 Actuality and Defects of Nowaday Governance of Company	31
Section 1 The Balance Mechanism Inside and Its Defects	31
Section 2 The Balance Mechanism Outside and Its Defects	33
Section 3 The Excitation Mechanism and Its Defects	35
Section 4 The Judicial Remedy and Its Defects	36
Chapter 4 Idiographic Design of Shareholder Derivative Action of Our Country	41
Subchapter 1 Objects and Plaintiff's Qualification in Derivative Action	41
Section 1 The Objects	41
Section 2 The Plaintiff's Qualification	44
Subchapter 2 Prepositive Procedure of Derivative Action	48
Section 1 The Application of the Rule of Exhaustion of Intra Corporate Remedies	48
Section 2 The Assurance for Suit's Charge	48

Section 3 The Notice and Announcement before Formal Adjudication	50
Section 4 The limitation of actions	50
Subchapter 3 Issue of the Procedure	51
Section 1 The Other Shareholders' status in Suit who not Launching the Derivative Action	51
Section 2 The Company's Status in Suit	51
Section 3 The Jurisdiction	52
Section 4 The Standard of Suit's Charge	52
Section 5 The Issue of Multi-ply Suit	53
Section 6 The Evidential Burden	54
Section 7 The Res Judicata	54
Subchapter 4 Rights and Burdens of the Shareholders as Plaintiffs	55
Section 1 The Rights of Shareholders Who Win the Case	55
Section 2 The Burdens of Shareholders Who Lose the Case	56
Subchapter 5 Court's Role in Derivative Action	57
Section 1 The Application of the Rule or Principle Based on Commercial Estimate	57
Section 2 The Inspection and Estimate Aimed at Compromise or Nol Pros	58
Epilogue	60
Bibliography	61

引 言

我国《公司法》在最初起草和颁布的时候，更多关注的是国有企业改革和国有资产保护的需要，对于普通股东、尤其是中小股东保护的不够系统全面，而且缺乏可操作性。随着我国证券市场的发展，上市公司逐年增加。由于公司法、证券法与证券市场规则的不规范和不完善，上市公司的少数股东因为公司董事、总经理等高级管理人员或者控制股东的违法或不当行为而直接或间接遭受损害的案例越来越多，而且损害程度也似乎越来越严重。^①郑百文、蓝田股份、红光实业、猴王、亿安科技、宏智科技、银广夏等一系列典型的董事或者控制股东侵害少数股东的案例使得现有投资者的信心几乎丧失殆尽、潜在投资者对公司投资望而却步，证券市场的发展和公司实践也因此遭受严重的打击。在国家整体经济形势依然强劲的背景下，2004年股市的持续低迷充分反映了加强对少数股东的保护、增强中小投资者信心的必要性和紧迫性。

股东诉权作为股东保护自身合法权益的最后一道防线，在公司治理和鼓励投资上具有举足轻重的作用，是其他任何事前、事中和事后监督不可替代的。股东诉讼中的分支之一——股东派生诉讼制度作为现代公司理论与实践的产物，在国外和我国台湾地区都已经建立起来，股东派生诉讼制度应有的政策导向作用、规范公司治理的作用、法治作用等在这些国家和地区、尤其是美国等国家得到了充分的体现。因此，我国许多学者大力提倡引入股东派生诉讼制度。但是当前的研究似乎都比较热衷于介绍国外和台湾地区派生诉讼的具体制度设计，似乎认为照搬他们的派生诉讼制度就可以在我国适用，它们很少结合我国的实际国情深入探讨引入股东派生诉

^① 为行文方便，本文用少数股东来指代少数派股东和中小股东；用控制股东来指代多数派股东和大股东。

讼制度的必要性与可行性，并在此基础上探索适合我国的股东派生诉讼的具体制度设计。

本文尝试从我国股权结构特点等实际国情出发探讨我国股份公司、尤其是上市公司治理中存在的主要矛盾，在借鉴国外和我国台湾地区立法例的基础上，为我国构建能适合自身国情、解决自身矛盾的股东派生诉讼制度提出一些个人看法和立法建议。

第一章 股东派生诉讼的构成因素分析

一、概说

股东派生诉讼是相对于股东直接诉讼一种诉讼制度。股东派生诉讼，英文上称其为shareholder derivative action，指的是当公司拒绝或者怠于通过诉讼追究公司董事或者其他入（包括公司股东、债务人等）对公司所负的义务或者责任时，具备法定资格的公司股东依照法定程序以自己的名义、为了公司的利益要求法庭强制公司义务人或者责任人履行义务或承担责任的一种诉讼制度。^①而所谓直接诉讼是指在股东基于公司股份所有人的身份而直接提起的要求法庭支持其诉讼请求权的诉讼。^②在美国，学者们又将直接诉讼细分为股东的个人诉讼和代表人诉讼。所谓股东的个人诉讼是指公司股东在其基于公司股东身份而享有的个人性权利^③遭受损害时，为了维护自身的利益而以自己的名义向法庭提起诉讼，寻求法律救济的一种诉讼制度。股东代表人诉讼，是指公司股东的合法权益与公司其他股东或者某一类型的股东的同样合法权益遭受同一不当行为或者违法行为损害时，该股东代表自己和所有遭受同样损害的股东向法庭提起诉讼，寻求法律救济的一种诉讼制度。^④代表人诉讼实际上就是在基于同样诉讼事由的个人诉讼的原告股东人数众多的情况下为了将诉讼并案审理、提高司法效率而在诉讼程序上做的技术处理，其实质与个人诉讼无异。

直接诉讼的诉讼原因是源于公司股东的个人权益直接遭受损害，而派

^① 参见刘俊海.股份有限公司股东权的保护[M].北京：法律出版社，2004.314—319.

^② ROBERT W. HAMILTON. The Law of Corporations [M]. New York: West Publishing Company, 1990. 410.

^③ 有关股东个人性权利的类型参见CLIVE M. SCHMITTHOFF, JAMES H. THOMPSON. Palmer's Company Law (21) [M]. London: Stevens & Sons, 1968. 499-502.

^④ 参见张民安.现代英美董事法律地位研究[M].北京：法律出版社，2000.485—486.

生诉讼的诉讼原因则是源于公司的权益遭受直接的损害，股东的个人权益损害间接来源于公司的权益损害，因此，虽然表面上看，两者的原告都是公司的股东，但由于真正的实体权利主体的不同，导致了两种诉讼具有不同的性质。

英国公司发展史上著名的Foss v. Harbottle^①一案确立的规则是派生诉讼产生的主要因素。该案中法庭认为在公司股东大会能够批准公司董事会采取的行动时，公司成员不应该被允许提起诉讼，因为它可能使公司大多数股东的愿望无效。这个判例确立的规则被叫做“公司大多数股东规则”。这一规则反映到诉讼方面，就是“由公司致害董事提起诉讼的原则”。在美国，相当于英国Foss v. Harbottle一案的判例是Hawes v. City of Oakland^②一案。然而，这样的原则有一个致命的漏洞，那就是当多数股东或者董事控制了公司，他们的违法或者不当行为侵害公司权益时，由于公司在侵害人的控制下，公司不可能或者轻易不敢要求侵害人承担责任，而此时非侵害人股东又没有诉权，侵害人的行为得不到制约或制裁，公司受损害的权益就得不到救济。于是，在司法制度最为灵活的美国，最早明文规定了上述规则的例外，这就是1881年的衡平规则94，即美国联邦民事诉讼法中的第23章第1条。很快，美国的《标准公司法》及各州的公司法中都相继规定了股东派生诉讼制度，如《纽约州公司法》第626条、《特拉华州普通公司法》第327条和《加利福尼亚州公司法》第800条。

通过一系列判例，英国也建立起本国的股东派生诉讼制度。Gower教授根据英国的司法判例，对派生诉讼制度作了较为系统全面的论述。^③在Lawrence委员会和Dickenson委员会的建议下，加拿大商事公司法1974年作了修改，于第323节中规定了法定的派生诉讼。

^① (1843) 2Hare 461.

^② 104 U. S. 450 (1992).

^③ See L. C. B. GOWER. Gower's Principles of Modern Company Law (4) [M]. London: Stevens & Sons, 1979. 647-653.

在德国，股东个人不能以公司名义提起诉讼，唯一例外的情况是，根据康采恩法，子公司的股东在本公司的利益受到损害时，可以代表本公司向母公司提起诉讼。^①可见，在德国公司法中，没有类似英美法系的股东派生诉讼的规定。

二战前，日本法与德国法一样，没有赋予股东个人代表公司提起诉讼的权利，只是规定少数股东有要求公司提起诉讼的请求权。二战结束后，在美国的强大压力下，日本于 1950 年修改商法典时规定了派生诉讼。然而，股东派生诉讼自 1950 年被导入日本之后至 1993 年这段较长的期间内并没有被广泛地利用。^②

台湾的立法一向以日本为参照，日本有了股东派生诉讼制度，台湾自然也会引入。但是台湾的派生诉讼制度设计得很不完善，饱受学者们的批评。我们在建立自己的派生诉讼时，一定要在理论和环境上准备充分一些，建立一整套符合国情的派生诉讼制度和相关配套制度，不要像台湾那样，盲目学步。

1983 年欧共体《公司法第 5 号指令草案》第 16 条第一项规定：“1、成员国应当规定，如果具备下列条件之一的一名或者数名股东代表公司、并以公司的名义请求公司管理机构代表公司提起诉讼追究本指令第 14 条所载的责任，该诉讼也应提起：(1) 持有有一定帐面价值或者记帐价值以上的股份，但成员国不得要求此种股份超过实际认购资本数额的 5%；或者(2) 持有有一定帐面价值或者记帐价值以上的股份，但成员国不得要求此种股份超过 100,000 欧洲货币记帐单位。2、法院如果驳回前项所称的诉讼，并认为缺乏提起诉讼的合理根据，有权责令有关股东自身承担全部或者部分诉讼费用。”这是欧洲大陆有关股东派生诉讼最为具体明确的规定，但

^① 罗伯特·霍恩等.德国民商法导论[M].楚建译,北京:中国大百科全书出版社,1996.298.

^② 周剑龙.日本的股东代表诉讼制度[A].王保树.商事法论集(2)[C].北京:法律出版社,1997.261-279.

这个指令草案毕竟不是狭义上的法律。

二、股东派生诉讼的构成因素

2004 年末，国务院向全国人民代表大会常务委员会提交的《中华人民共和国公司法（修订草案）》中用两个条款初步建立了股东派生诉讼制度中的前置程序与股东资格。^①然而，股东派生诉讼与直接诉讼及一般民事诉讼在性质上的差异导致其在实体和程序上有许多特定的要求，简单的两个条款是不足以规范的。这里，以各国或地区的典型立法例及我国修订草案的比较来论述这些特定要求。

（一）派生诉讼的请求原因

提起派生诉讼的请求原因，国外的立法例对此规定不一。在美国，派生诉讼的请求原因十分广泛，与公司自身有权提起的诉讼范围相同，凡是股东、董事、职员、雇员和第三人对于公司不当行为之禁止、撤销和回复均属此列。另一种立法例是以日本和我国的台湾地区为代表，派生诉讼的请求原因仅限于董事的责任。^②但是在能够成为派生诉讼请求原因的董事责任的外延上，日本的公司法学者有不同见解。一种观点认为，凡是董事对公司所负一切责任均可以成为派生诉讼之请求原因，此种观点为日本学界之通说；另一种观点则认为，派生诉讼之请求原因仅应限于《商法典》第 266 条规定的董事的赔偿责任和第 280 条之十三规定的董事资本充实责任。又根据该法第 196 条、第 280 条之二第 4 项和第 430 条第 2 项的准用条款，股东亦可就发起人、监事、以不公平价额认购股份的人、接受公司给予的与股东行使权利相关的利益的股东和清算人等五种人对于公司的

^① 见《中华人民共和国公司法（修订草案）》第 70、142 条。

^② 见《日本商法典》第 267 条、台湾《公司法》第 214 条。

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.

廈門大學博碩士論文摘要庫