

新公司法视角下股东代表诉讼原告资格的确定

肖宇* 王长华**

摘要：新公司法的实施引发了股东代表诉讼原告资格确定的诸多问题。在公司不设监事的情形下，当董事、高级管理人员损害公司利益时，应当豁免股东代表诉讼的前置程序。在单层制公司中，股东在提起代表诉讼前应向势■纛绿 僥媾臻 僿謫

司法人独立理论的直接体现和基本要求。鉴于此,各国公司法在规
定股东代表诉讼制度时大都规定了股东代表诉讼的前置程序和原告起
诉的条件。我国新公司法第189条也不例外,该条明确规定股东只
有在履行前置程序后或者前置程序豁免时才189有资格作为原告提
起股东代表诉讼。也就是说,股东代表诉讼的适格原告除了必须
具备股东身份这一要件外,还必须满足已履行前置程序这一要件,
除非存在前置程序豁免的情形。在不存在前置程序豁免的情

司利益时,兼任监事的股东是以公司为原告代表公司提起公司直接诉讼还是以股东为原告提起股东代表诉讼?即此种情形下股东是否具备原告资格,能否提起股东代表诉讼?

其三,非全资子公司利益受损时,母公司的股东能否提起股东双重代表诉讼?根据新公司法第189条的规定,母公司的股东可以依法对损害全资子公司利益者提起双重代表诉讼。然而,实践中大量存在的情形是非全资子公司利益受损而母公司的股东想提起股东双重代表诉讼的情形。由此产生的问题是,能否将第189条第一款新增的股东双重代表诉讼扩张适用于非全资子公司?

其四,当股东请求公司董事会或者监事会对损害公司利益者提起诉讼时,公司能否以合理的理由进行抗辩?公司的这种抗辩能否阻止股东代表诉讼的发生?如何妥善处理公司抗辩权与股东代表诉讼权的关系?

二、单层制下股东代表诉讼原告资格的确定

广义的单层制包括两种情形:一种情形是既不设监事会和监事也不设董事会审计委员会,这是新公司法第83条新规定的公司治理模式。另一种情形是不设监事会但设董事会审计委员会,这种情形是学界常说的单层制或单轨制,这是我国新公司法第69条、第121条和第176条新增规定的公司治理模式。

1. 小型有限责任公司的股东代表诉讼

下面先探讨第一种情形下股东代表诉讼的原告资格确定问题。根据新公司法第83条的规定,小规模有限责任公司经全体股东一致同意,可以不设监事。该条实际是对规模较小或股东人数较少的有限责任公司的监督机构的简化。在全体股东同意的情况下,不设监事会和监事既有利于减少公司的管理成本,使其资源集中于核心业务的发展,又充分体现了股东自治权,“且本质上肯定了有限责任公司自我监督价值”。^①笔者认为,在公司不设监事的情形下,当董事、高级管理人员损害公司利益时,应当豁免前置程序,股东可以直接提起股东代表诉讼。股东代表诉讼的制度前提是“穷尽公司内部救济”,具体而言则为最大化发挥公司内部监管机制的功用。^②是公司受到董事侵害时,按照新公司法第189条规定,股东应该先向监事会或监事请

① 徐强胜:《公司法:规则与应用》,中国法治出版社2021年版,第232页。

②

公司名义提起诉讼的权利,那么根据穷尽公司内部救济的基本法理,股东在对董事、高级管理人员提起代表诉讼前就应当先向审计委员会履行前置程序,即请求其以公司名义对董事、高级管理人员提起诉讼。

其二,审计委员会行权具有独立性。由于审计委员会为董事会内设机构,因此其行权独立性受到质疑,有观点甚至认为在股东提起书面诉讼请求时,受到利害关系的驱使而拒绝起诉。对此可以从两个方面探讨:第一,其成员选任是否受董事会影响?新公司法第69条和第121条并没有规定审计委员会成员的选任方式,但学界通说认为应当由股东会选任,笔者也持此观点。

员会并不会因为与董事会同根同源而受到影响。

综上,审计委员会具有自己的独立性,当执行董事、高级管理人员损害公司利益时,其能够独立作出是否提起诉讼的决策。因此,在单层制公司结构下,审计委员会以外的董事或者高管损害公司利益时,符合条件的股东应当向审计委员会请求提起诉讼。^①

三、股东兼任董事或监事时股东代表 诉讼原告资格的确定

在股东兼具公司董事或者监事身份时,理论上会涉及两种诉讼模式:一是以股东身份提起股东代表诉讼;二是以公司董事(会)或监事(会)身份以公司名义提起公司直接诉讼。这里的问题是,股东对这两种身份是否具有自主选择权。回答这一问题的关键在于诉讼的目的是否相同。无论股东是以自己的名义提起股东代表诉讼,还是以董事或监事的身份提起公司直接诉讼,尽管这两种诉讼的目的都是为了维护公司利益且胜诉利益归属于公司,但这两种诉讼存在着很大区别。第一,董事或监事提起诉讼仅是为了维护公司利益这一目的,而股东代表诉讼,除维护公司利益外,其根本目的在于维护起诉股东的切身利益。第二,董事或监事以公司名义提起的直接诉讼,其实体权益的主体和诉讼权益的主体完全一致。而股东代表诉讼则是一种法定诉讼担当,权益主体不一致。第三,公司在诉讼中所处的地位不同。在董事或监事提起的公司直接诉讼中,公司是原告;而在股东代表诉讼中,公司为第三人。基于以上对比分析可知,股东兼任董事或监事时基于不同身份所提起的诉讼的性质并不相同,所以有必要针对不同情况进行类型化阐释。

讼？此种情形下股东是否具备原告资格，能否提起股东代表诉讼？对此，有观点认为
股东可以提起代表诉讼，但鉴于其同时兼具监事身份，因此应当豁免前置程序。^①但
也有观点认为，股东不能提起代表诉讼，但司法实践中也有法院通过的规范性文件。②
例如，深圳市中级人民法院2015年通过的《广东省深圳市中级人民法院关于审理股东代表诉讼案件的裁判指引》第6条规定，不设监事
的公司的监事兼具股东身份时，其对损害公司利益的董事

自然人自己（以股东的身份）请求自己（以监事的身份）行使权利，故该监事只能也
自必行行使监事权利（代表公司提起诉讼）。但推断忽视了实践中常见的一种客观情
形，即监事无法或不能代表公司起诉的情形（如上文所述的董事、法定代表人把持印
章、营业执照等情形）。因此，出于对公司利益的全面维护，应当正视并重视监事
无法代表公司起诉的情形。当监事不能提起诉讼时，股东有权以自己名义提起股
东代表诉讼。当然，鉴于股东本人兼任监事，因此没有必要再履行自己（以股
东的身份）请求自己（以监事的身份）的前置程序。简言之，当公司利益受到董
事等人的损害而公司未提起诉讼时，兼任监事的股东提起代表诉讼时应豁免其
前置程序。综上，不能否定兼任监事的提起股东代表诉讼的资格。

下面探讨公司设董事会和监事会的情形。在一个设有董事会和监事会的公司
中，兼任董事或监事的股东如果在董事会或监事会决定是否以公司名义提起
诉讼时发表了意见，该股东应否会因其发表的不同意见进而影响其事后能否再
以自己名义提起股东代表诉讼？该股东在会议上发表的意见可概括为以下几种情形：一是赞成
公司提起诉讼；二是反对公司提起诉讼；三是对公司是否提起诉讼投了弃权票。
在兼任董事或监事的股东对公司提起诉讼投赞成票或弃权票的情形下，如果董
事会或监事会作出了公司不起诉的决议，由于该股东的意见并未被公司采纳，
因此该股东事后可以提起股东代表诉讼。这里可能存在的争议是兼任董事或监
事的股东对公司提起诉讼投反对票的情形。如果此种情形下董事会或监事会
作出了公司不起诉的决议，那么该股东能否在事后再提起股东代表诉讼呢？

对此，也许有观点认为

应将其视为股东而非监事,因为监事会已经否定了起诉的请求(无论是积极的或消极的),故此原告的起诉只能属股东个人行为

[illegible]

造成子公司股东和母公司股东在公司利益受损时互相等待对方提起诉讼。在股东代表诉讼中股东之间这种搭便车心理尚且严重,在股东双重代表诉讼中母公司的股东之间、子公司的股东之间、母子公司的股东之间的这种搭便车心理会更加严重,更不利于子公司利益的救济。

其三,将股东双重代表诉讼扩张适用至非全资子公司会增加诸多法律适用难题。根据新公司法第 条第 款的规定,母公司是有限责任公司时,其股东提起双重代表诉讼没有持

中,新任董事长经调查发现诉讼并不符合公司最佳利益,但碍于公司股东的请求,鉴于即使公司不提起诉讼,股东也会提起代表诉讼,所以最终公司不得已提起了诉讼。^①这样,股东的行为一方面增加了公司的运营成本,另一方面还迫使公司违背真实意思提起诉讼。根据2006年以来公司在股东代表诉讼中的参诉态度,可以发现公司更多地倾向与被告保持一致或形式上保持中立。^②也就是说,公司并不愿意提起诉讼,大量类似的情况证明公司内部对于股东请求的审查流于形式,造成最终无论审查如何,结果都是要参加诉讼,先诉请求程序和派生诉讼审理程序出现严重衔接不足。^③鉴于此,有必要赋予公司合理的抗辩权及其对股东代表诉讼的阻止效力,以便阻止或终止不合理的股东代表诉讼。主要理由如下:

其一,公司是直接利害关系人,其利益受损后享有诉权。在股东准备提起的诉讼纠纷中,公司是民事诉讼法第122条所规定的有直接利害关系的法人,

了争夺控制权,甚至是仅为了发泄不满情绪,就会为自己的私利提起代表诉讼。

出的这种选择,无论是提起诉讼还是拒绝诉讼,均是公司法人独立性的体现。如果在关涉公司自身利益的诉讼上公司的意志不被维护和尊重,那么公司的意思自治和人格独立也就荡然无存。这也正是公司法规定股东提起代表诉讼前要穷尽公司内部救济以及设置前置程序的初衷和目的所在。

综上所述,在股东根据新公司法第189条书面请求公司提起诉讼时,公司享有一定的抗辩权,公司有权基于自身最佳利益拒绝股东的起诉请求。公司的这种合理的抗辩权应当予以维护和尊重,股东在此情形下提起的代表诉讼应当不予受理,已经受理的应当驳回起诉,以便阻止或终止不合理的股东代表诉讼,维护公司的人格独立和正常经营。

六、结 语

股东代表诉讼制度的革新是新公司法回应现代公司治理需求的重要举措。根据民事诉讼法不告不理的基本法理,没有原告的起诉就没有股东代表诉讼程序的启动,因此,股东代表诉讼原告资格的确立是股东代表诉讼制度的重大问题。鉴于我国公司法2023年修订时对诸多公司法律制度做了重大创新,譬如允许公司采取不设监事会或监事的单层治理模式、新增股东双重代表诉讼等等。由此,新公司法第189条在适用时如何确定股东是否具备适格原告资格就成为一个亟待研究的问题。这一问题不仅涉及单层制公司中的前置请求的必要性及其请求对象的问题,而且涉及兼资任董司或监事的股东在诉讼中的身份选择问题,还涉及母公司的股东能否对非全资子公司提起股东双重的代表诉讼以及公司在股东代表诉讼中的抗辩权问题。这些问题的研究不仅具有重要的学术价值,而且具有重要的现实意义。当然,由于新公司法实施不久,这些问题及其解决路径尚待司法实践中进一步观察和优化。

(责任编辑:刘霄鹏 沙 含)