

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审计委员会履行前置程序。在只设董事或监事的公司中,当公司利益受到损害时,兼具董事或监事身份的股东有权选择以自己名义依法提起股东代表诉讼或者以公司名义提起公司直接诉讼。兼任董事或监事的股东即便在董事会或监事会决定以公司名义提起诉讼时发表了反对意见,该股东仍可以在事后以自己名义提起股东代表诉讼。鉴于公司的法人独立性和诉权的直接性,有必要赋予公司合理的抗辩权及其对股东代表诉讼的影响力,以便阻止或终止不合理的股东代表诉讼。

关键词：股东代表诉讼 前置程序 适格原告 公司抗辩权

一、问题的提出

股东代表诉讼,也称股东派生诉讼或股东代位诉讼,是指当公司的利益受到损害而公司不起诉时,符合法定条件的股东有权以自己的名义对损害公司利益之人提起诉讼。法律之所以让股东在特定条件下代公司行使诉权,其主要原因在于为因公司利益受损而致使股东利益间接受损的中小股东提供救济途径,进而健全公司法人治理结构。然而,公司作为企业法人,具有独立的法人资格,能够独立进行民事法律行为和民事诉讼行为,其行为活动不受包括股东在内的其他主体的直接干涉。此乃公

* 河南财经政法大学硕士研究生。

** 河南财经政法大学民商法学院副教授、企业与公司法研究中心主任。

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形下,若股东未履行前置程序或者前置程序存在瑕疵,则法院应裁定不予受理,已经受理的应裁定驳回起诉。^①简言之,只有在穷尽公司内部救济后,股东才能提起股东代表诉讼。

关于股东代表诉讼的前置程序,我国新公司法第189条延续了2018年修正的公司法第151条规定的交叉征询公司意思规则,即董事、高级管理人员损害公司利益时请求监事会提起诉讼,监事损害公司利益时请求董事会提起诉讼。此种规则有利于保障公司意思的独立性,进而最大限度地维护公司的利益。诚如学者所言,要求股东通过交叉机制提出诉讼请求,旨在保持公司的独立性人格,为公司提供内部救济的机会。^②然而,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制治理模式、新增双重股东代表诉讼等等,由此,新公司法第189条在适用时如何确定股东是否具备原告资格就成为一个亟待研究的问题。具体来说,关于新公司法第189条规定的股东代表诉讼原告资格的界定,以下问题尚待深入探究:

其一,在单层制公司中,由于没有监事会和监事,当董事、高级管理人员损害公司利益时,股东应否以及如何履行前置程序?当公司根据新公司法第83条既不设监事会也不设监事时,应否豁免股东的前置程序?当公司根据新公司法第69条、第121条、第176条设置董事会审计委员会而不设监事会和监事时,股东在提起代表诉讼之前是首先向董事会审计委员会履行前置程序,还是直接豁免其前置程序?

其二,兼任公司董事或监事的股东是否享有提起股东代表诉讼还是公司直接诉讼的身份选择权?根据新公司法第75条、第128条以及第83条和第133条的规定,符合法定条件的公司可以不设董事会而仅设一名董事,也可以不设监事会而仅设一名监事。在一个不设监事会而仅设一名监事的公司中,当董事、高级管理人员损害公

^① 参见王长华:《论他人侵犯公司权益情形下的股东派生诉讼》,载《郑州航空工业管理学院学报(社会科学版)》2010年第2期。

^② 参见沈贵明:《股东代表诉讼前置程序的适格主体》,载《法学研究》2008年第2期。

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4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和监事,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。该条实际上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,“且本质上肯认了有限责任公司的自我监督价值”。^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当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2024年版,第232页。

^② 参见王亮:《股东代表诉讼的权利属性阐明——以前置程序重构为中心》,载《学术探索》2015年第12期。

求,因为监事会或监事作为公司的监管机构能够代表公司提起诉讼,因此需要向监事会或监事请求以便穷尽公司内部救济。然而,当公司没有设置监事会和监事时,面对董事损害公司利益的情形,公司内部已经不存在能够代表公司起诉的合适机关,无法、也没有必要再穷尽内部救济了。因此,在此情形下应豁免前置程序,股东可直接提起代表诉讼。司法实践中,法院也大多秉持着此种思路,在监事会和监事缺失的情况下,豁免股东履行前置程序。^①

2. 设董事会审计委员会公司的股东代表诉讼

如果公司设审计委员会而未设监事会,股东提起代表诉讼前应否向审计委员会履行前置程序?对此,有观点认为应向审计委员会履行前置程序,^②但也有观点认为不用向审计委员会履行前置程序,股东可直接提起代表诉讼。^③笔者认为,股东在提起代表诉讼前应向审计委员会履行前置程序,只有在审计委员会拒绝起诉或者30日内未提起诉讼时,股东才具备提起股东代表诉讼的原告资格,才能提起股东代表诉讼。主要理由如下:

其一,我国新公司法规定的单层制下的审计委员会享有完全的监督权,完全移植了监事会的职权。根据新公司法第69条和第121条的规定,审计委员会的职权是“行使本法规定的监事会的职权”,也就是完全移植了监事会的职权。“如若其职权范围不能覆盖监事会制度既有范围,又如何能够期待其实现预期的监督功能?”^④根据文义解释,审计委员会理应承接监事会的一切职权,具体包括公司财务监督权、职务执行监督权和解任建议权等权利。也就是说审计委员会是对监事会职权的“依法全面承接”,即在新公司法已经明确要求审计委员会行使监事会职权的背景下,审计委员会应严格按照法律要求将全部监事会职权确定好、吸收好、行使好;既不应不行使监事会职权,也不应部分行使、部分不行使。^⑤而根据新公司法第78条第(六)项的规定,监事会有权依照该法第189条对董事、高级管理人员提起诉讼。据此,审计委员会有权依照第189条对董事、高级管理人员提起诉讼。既然审计委员会享有以

^① 参见最高人民法院(2019)最高法民终1679号民事裁定书;参见福建省高级人民法院(2010)闽民终117号民事裁定书。

^② 刘斌:《新公司法注释全书》,中国法治出版社2024年版,第675页;刘贵祥:《关于新公司法适用中的若干问题》,载《法律适用》2024年第6期。

^③ 参见禹海波、黄蕾:《股东代表诉讼规则的司法适用——以某市三级法院2016年至2022年178件案件为样本》,载《首都师范大学学报(社会科学版)》2023年第s1期。

^④ 郜俊辉:《法律试错的开始:审计委员会的模式定位与制度构造》,载《中国法律评论》2024年第5期。

^⑤ 参见胡耕通、向丹霖:《“单层制”模式下的董事会审计委员会制度:现状、困境与改进》,载《会计研究》2025年第3期。

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。在审计委员会作为董事会内设机构的情况下,若让董事会内部自行选任,董事会成员必定会选任和董事会利益一致的董事,与公司利益至上原则相违背。而股东与公司的利益在大致方向上是一致的,都期望公司得到更好的发展。由股东会选任审计委员会成员,股东必定会谨慎考虑,选择有能力、有责任心、与董事会其他董事没有太多关联关系的董事担任,保证审计委员会在行权过程中不受执行董事影响。第二,其作为董事参加董事会决议是否会受影响?根据上文所述,审计委员会成员由股东会选任,那么其行使权利当然不会因为害怕被董事会撤职而受影响。唯一可能影响其独立性的地方在于审计委员会成员基于其董事身份可以参加董事会决议。对此,部分学者认为,审计委员会成员根本就不能参加董事会决议事项的表决,否则就会出现“既当裁判员,又当运动员”的情况,当董事会表决事项违背公司利益时,作为表决者的审计委员会绝不可能“大公无私”的行使监督权。^①另一部分学者认为审计委员会成员具有董事身份,应当拥有参加董事会行使表决权的权利。笔者认为审计委员会成员参加董事会会议并不影响其独立行使监督权。原因在于公司法引入审计委员会的目的之一,就是解决监事会不能有效发挥监督职能的问题。监事虽然可以列席董事会会议,但由于监事会和董事会是两个不同的组织机构,监事不像执行董事与管理层那样直接在一線组织领导公司业务,也难以在第一时间获悉其工作失误与违规风险。^②因此监事很难判断董事会哪些决议对公司有利,哪些决议有损公司利益。而审计委员会成员除了行使监督权之外还参加董事会会议并进行表决。为了避免作出错误决定而承担责任,当董事会的其他成员作出不利于公司的决议时,审计委员会更会积极且严格的行使监督职责。所以,审计委

① 参见蒋大兴:《新〈公司法〉董事会审计委员规则的执行困境》,载《中国法律评论》2024年第2期。

② 参见刘俊海:《论基于理性自治的公司监督模式创新——兼评〈公司法(修订草案)〉监事会与董事会审计委员会“二选一”模式》,载《中国社会科学院大学学报》2023年第4期。

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分析。

首先探讨公司不设董事会和监事会的情形。根据新公司法第 75 条、第 128 条以及第 83 条和第 133 条的规定,符合法定条件的有限责任公司和股份有限公司可以不设董事会而仅设一名董事,也可以不设监事会而仅设一名监事。由此就出现了实践中常见的股东兼任董事或监事的情形(该情形在一人公司中十分常见)。在一个不设监事会而仅设一名监事的公司中,当董事、高级管理人员损害公司利益时,兼任监事的股东是以公司为原告代表公司提起直接诉讼还是以股东为原告提起股东代表诉

^① 参见刘贵祥:《关于新公司法适用中的若干问题》,载《法律适用》2024 年第 6 期。

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法律文件认为股东不能提起代表诉讼。譬如,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,不设监事会的公司的监事兼具股东身份时,其对损害公司利益的董事、高级管理人员或他人提起的诉讼不属于股东代表诉讼。笔者认为,在只设董事或监事的公司中,当公司利益受到侵害时,兼具董事或监事身份的股东有权选择以自己名义依法提起股东代表诉讼或者以公司名义提起公司直接诉讼。主要理由如下:

其一,赋予股东这种选择权非但未损害公司利益,反而更有利维护公司利益,可以囊括司法实践中股东代表诉讼的多种现实需求。譬如,在一个不设监事会的公司中,当公司的董事兼法定代表人(甲)损害公司利益时,若兼任监事的股东(乙)不能提起股东代表诉讼的话,将出现该监事乙以公司名义起诉董事甲时,无法在起诉状中加盖公司印章以及向法院出具公司营业执照(印章、证照等由法定代表人甲持有)的情形。这种常见情形被不少法院以不符合起诉的形式要求而不予受理或驳回起诉。在这种情形下,若赋予股东代表诉讼权,股东乙就可以以自己名义对甲提起代表诉讼,进而维护公司利益。此外,这两种诉讼的胜诉利益都是归公司,管辖法院也都相同,因此赋予股东选择权并不存在损害公司利益或规避法律规定的情形。

其二,在符合两种不同诉讼要件的情形下,兼任监事的股东有权选择以不同身份提起诉讼。当公司利益受到董事等人的损害时,因公司未设监事会,故兼任股东的监事可以直接根据新公司法第78条、第83条和第189条的规定以公司名义提起诉讼。此时,该兼任股东的监事提起的诉讼属于公司直接诉讼而非股东代表诉讼,其本质是监事代表公司进行诉讼。当公司利益受到董事等人的损害而公司未提起诉讼时,此时已满足了新公司法第189条规定的股东代表诉讼的场景,其可能存在的争议是兼任监事的股东应否以及如何履行前置程序。对此,有观点认为此种情形下的请求可视为该自然人自己(以股东的身份)请求自己(以监事的身份)行使监事职权,故不应将此诉讼作为股东代表诉讼予以受理,而应告知该监事直接起诉。^②其推断逻辑是

^① 参见朱慈蕴:《股东派生诉讼的前置程序研究——“紧急情况”之外是否存在可豁免情形》,载《政法学刊》2010年第3期。

^② 参见《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的说明》(2015年10月15日通过)第6条。

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、也必须行使监事权利(代表公司提起诉讼)。但该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、公司营业执照等情形)。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,不能以前置程序的豁免而否定此种情形下的诉讼乃股东代表诉讼的法律本质,更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,由于该股东的意思并未被公司采纳,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,由于该不起诉决议采纳了该股东的意思,那么该股东能否在事后再提起股东代表诉讼呢?

对此,也许有观点认为该股东既然已经表达了反对起诉的意思,根据民商法的禁反言原则,其就不能再提起诉讼(股东代表诉讼)。笔者认为,兼任董事或监事的股东即便在董事会或监事会决定以公司名义提起诉讼时发表了意见(包括反对起诉的意见),该股东仍可以在事后以自己名义提起股东代表诉讼。因为公司与股东的人格相互独立,公司的意思与股东的意思也相互独立,因此不能将兼任董事或监事的股东在董事会或者监事会上表达的意思等同于股东的个人意思。根据公司法人机关理论,董事(监事)在董事会(监事会)上表达的意思通过公司法或者公司章程规定的决议形成机制形成公司机关的意思,而公司机关的意思(董事会决议或监事会决议)就是公司的意思。诚如学者所言,尽管股东兼具监事身份,但是在法律主体的性质认定上

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。^①也就是说,不能将同一个主体在不同场合基于不同身份表达的意思混为一谈。

四、股东双重代表诉讼中原告资格的确定

根据新公司法第189条第4款的规定,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。从该款的字面表述来看,股东双重代表诉讼的对象仅限于全资子公司,而不包括非全资子公司。对此,有学者认为,该款规定的双重股东代表诉讼制度是否以及如何适用于非全资子公司仍需实践中通过类型化及实质穿透理论予以解决。^②也有学者认为,股东双重代表诉讼的主体仅限于全资母子公司之间,即母公司为子公司的唯一股东,这是适格原告的实体要件。^③还有学者认为,该款规定的全资子公司不仅包括全资子公司,而且包括间接全资子公司。^④仅将全资子公司作为股东双重代表诉讼的对象,会严重挤压该制度的适用空间。^⑤那么是否应该扩大该款的适用范围呢?笔者认为,不应进行扩张解释,母公司股东不能对非全资子公司提起双重代表诉讼。主要理由如下:

其一,股东双重代表诉讼与股东代表诉讼均是公司法人独立理论的例外制度,除非法律有明确规定,否则应严格限定其适用空间,以便维护公司法人独立这一基本原则。股东代表诉讼实质上是如何平衡公司人格独立与股东监督的关系问题,^⑥只要公司内部还存在救济途径,一般情况下并不提倡突破公司人格独立性。在全资母子公司中,母公司作为子公司的唯一股东,可以说子公司利益与母公司利益是一致的,任何一方受损,都会使损失波及至另一方。当子公司合法权益遭受损害时,母公司作为唯一股东必然会遭受损害,从而间接损害母公司股东利益。倘若母公司与子公司不积极维权,母公司股东当然有理由提起双重代表诉讼,因为如果不提起诉讼,公司内部将没有任何途径维护自身权益,这是在迫不得已的情况下突破公司独立性,符合股

① 参见朱慈蕴:《股东派生诉讼的前置程序研究——“紧急情况”之外是否存在可豁免情形》,载《政法学刊》2010年第6期。

② 参见徐强胜:《公司法:规则与应用》,中国法治出版社2024年版,第439页。

③ 参见赵旭东主编:《新公司法条文释解》,法律出版社2024年版,第413页。

④ 参见刘斌:《新公司法注释全书》,中国法治出版社2024年版,第678—679页。

⑤ 参见李建伟:《股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达》,载《社会科学研究》2023年第2期。

⑥ 刘斌、梁樱子:《新〈公司法〉股东双重代表诉讼规则的展开》,载《西南政法大学学报》2024年第3期。

东代表诉讼制度本意。

而对于非全资子公司的母公司股东来说,其并不必须通过双重股东代表诉讼获取救济。针对实践当中存在的非全资母子公司的形态,可大致分为两类:一类为母公司与子公司的其他股东有利害关系,另一类为母公司与子公司的其他股东没有利害关系。下面首先分析母公司与子公司的其他股东没有利害关系的情形。例如,甲公司和乙公司共同设立丙公司,此时甲乙之间要么各自独立,要么存在利害关系。在各自独立的情况下,当丙公司利益受损,即便甲不维权,乙作为利益受损者也会想尽办法维护丙公司利益,甲公司的股东的权益也能得到间接维护。即当子公司利益受损而母公司未提起股东代表诉讼时,完全可以由子公司的其他股东提起代表诉讼,因为子公司的股东远比母公司的股东更加担心子公司利益,其利益受损的传导路径也更为直接。如果母公司与子公司的其他股东没有利害关系,子公司股东没有理由、也不可能利益受损时无动于衷,此时由子公司的其他股东提起股东代表诉讼更具合理性。在母公司与子公司的其他股东有利害关系的情况下,当丙公司利益受损,由于甲乙有利害关系,当两者都不提起股东代表诉讼的情况下,丙公司已没有其他股东维权,此时丙公司的损失会传导给其股东(即甲乙公司),从而间接损害甲、乙公司的股东的利益。那么,当子公司利益受损,而其股东均不提起股东代表诉讼时,母公司的股东如何维护自己的权益?对此,可以借鉴日本公司法的规定,即强化母公司董事的权利与义务,明确规定母公司董事对子公司的经营负有监督管理的义务。^①这样,通过母公司董事行使对子公司经营的监督管理来实现对子公司利益的维护并进而维护母公司的利益。当子公司利益受损,若母公司董事怠于维权,母公司的股东即可追究董事责任,以维护自身利益。综上,在有相关制度为非全资子公司利益受损提供法律救济途径时,不应突破法律关于双重股东代表诉讼仅适用于全资子公司的限定,以便维护各公司的独立法人资格。

其二,对全资子公司进行扩张解释会助长母公司和子公司的股东搭便车的心理,反倒不利于维护子公司的利益。股东代表诉讼虽然由少数股东提起,但如若胜诉,其维权效力会辐射至其他股东,其他股东可一并享受胜利的果实;如果败诉,诉讼费用也只是由提起诉讼的股东承担,其他股东并无损失。^②如此百利而无一害的行为,会

① 朱大明:《日本公司法中的多重代表诉讼制度:妥协与平衡之下的立法》,载《证券法苑》第30卷,法律出版社2020年版。

② 参见谭逍月、段文波:《论股东代表诉讼之判决既判力主观范围的扩张》,载《商业经济与管理》2021年第11期。

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 189 条第 4 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股比例和持股时间的要求;而母公司是股份有限公司时,其股东提起双重代表诉讼则有持股比例和持股时间的要求。若将该款规定的双重股东代表诉讼扩张适用于非全资子公司的话,在非全资子公司是股份有限公司而母公司是有限责任公司时,则会产生子公司的股东提起股东代表诉讼的条件严于母公司的股东提起股东双重代表诉讼的条件。譬如,甲有限责任公司(股东是 A 和 B)与乙出资成立了丙股份有限公司,甲公司持有丙公司 90% 的股权。若丙公司利益受到他人损害而怠于起诉,则其股东乙提起股东代表诉讼时有持股比例和持股时间的要求,而母公司的股东 A 提起股东双重代表诉讼时却无持股比例和持股时间的要求。在全资母子公司中,母公司系子公司唯一股东,相比于母公司的股东,母公司提起诉讼虽然还需要达到相应条件,但这些条件很容易满足。^① 相比之下,子公司的股东起诉的条件竟比子公司的股东的股东(即母公司的股东)起诉的条件更加苛刻,其合理性难免存疑。

五、公司的抗辩权及其对原告诉讼资格的影响

根据新公司法第 189 条的规定,股东只要履行前置程序遭到董事会或者监事会拒绝后,股东就有权提起代表诉讼。就该条的字面表述而言,即使公司董事会或者监事会做出合理拒绝,股东仍有权提起代表诉讼。就此而言,无论董事会或者监事会拒绝股东的理由多么合理,公司都不能阻止股东代表诉讼的发生。

就公司法第 189 条的文义解释而言,股东只要满足形式条件,即履行前置程序向董事会、监事会请求,遭到拒绝后,就必然能依法取得派生诉权。由此,产生的问题是公司能否以合理理由拒绝股东的请求并进而阻止股东提起代表诉讼? 在 ST 龙昌案

^① 参见刘斌、梁樱子:《新〈公司法〉股东双重代表诉讼规则的展开》,载《西南政法大学学报》2024 年第 3 期。

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,因此公司享有诉权。是否提起诉讼应当由公司自主决定,这不仅是诉权的题中应有之义,也是民事诉讼法第13条规定的处分原则的具体体现。诉讼并非是解决纠纷的唯一途径,在诉讼、和解、调解、另行达成交易安排以及成本收益分析后做出何种选择,这是实体权利享有者和诉权享有者意思自治的范畴,原则上应由其自主抉择而不应受到他人的干涉。当公司的利益受到董事等管理层损害后,公司会从自身的利益出发,根据现行法律体系所提供的“价格机制”约束条件进行“成本—收益”分析,去选择是否起诉。^④毕竟公司是利益的直接受害者,其实体权利遭到直接侵害而享有诉权,故有权决定是否向法院提起诉讼。^⑤

其二,公司是自身利益的最佳维护者。提起股东代表诉讼的主体大都是公司中的中小股东,大部分情况下,这些股东并不会参与公司日常经营,对于公司的情况不甚了解。此外,由于中小股东在公司中的持股比例较低,公司实际运营情况对其来说影响并不大,就算公司出现危机,中小股东大都会选择“用脚投票”将股权转让,退出公司。除此之外,目前法律并没有规定,如果股东恶意提起代表诉讼,最终败诉的情况下要对公司承担赔偿责任,可能造成中小股东只要感觉到自己利益受损,抑或是为

① 参见胡道之:《ST龙昌被掏空没钱起诉邱忠保》,“新浪财经”官网,<https://finance.sina.com.cn/stock/s/20060324/08232444372.shtml>,2025年7月12日访问。

② 参见山茂峰:《论股东代表诉讼中公司的地位及其权利》,载《北方法学》2023年第6期。

③ 参见王琦:《股东派生诉讼先诉请求规则的功能重校》,载《经贸法律评论》2024年第4期。

④ 参见胡义奎:《股东代表诉讼诉权的权利基础辨析——兼论我国股东代表诉讼制度的完善》,载《政治与法律》2015年第9期。

⑤ 参见王长华、张思宇:《论股东派生诉讼调解的公司法规制》,载《河南财经政法大学学报》2016年第3期。

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。^① 综上,除非存在大股东、董事等内部人严重掌控公司的情形,否则公司应当作为其自身利益的最佳维护者,其是否提起诉讼的意思应当被尊重。

相较而言,董事作为董事会成员享有公司经营管理权并参与公司重大决策,比股东更加了解公司,知道公司在什么时期该如何发展。^② 因此,对于公司因日常经营活动引发的纠纷以及他人对公司利益损害引发的纠纷,董事会更清楚如何做出合理应对。就此而言,董事会在通常情况下是公司利益的最佳维护者。一方面,董事要承担忠实、勤勉义务,不能做有损公司利益的事。除了接受监事会的监督外,董事的任免也由股东会决定,股东作为公司剩余利益的享有者,不会轻易让董事侵犯公司利益,双重监督让董事需要时刻注意自己的言行。另一方面,如果董事监守自盗,损害公司利益,造成公司破产或吊销营业执照,不仅意味着董事职业生涯的结束,而且会遭受声誉裁减等市场制裁。所以当公司利益受损时,董事会会基于综合考虑,做出最符合公司利益的决策,或是通过非诉方式(比如和解),或是主动让利以获取未来的商业机会。因此,董事会作为公司利益维护者,作出的决议就是公司的意思,该决议不仅能维护公司利益,还能间接维护股东利益,法院在受理案件时,应当尊重公司作出的选择。综上,除非存在大股东、董事等内部人严重掌控公司的情形,否则公司应当作为其自身利益的最佳维护者,其是否提起诉讼的意思应当被尊重。

其三,公司作为企业法人,具有独立的法人资格,其具备进行包括诉讼在内的行为活动的独立性。股东代表诉讼提起的前提是已经穷尽公司内部救济途径,目的是为了保证公司意思独立。但实际上,该制度并没有充分尊重公司的意思:当股东和公司的意思一致时,是由公司以自己的名义提起诉讼,体现了公司的意志;但是当股东和公司的意思不一致时,股东仍有权提起代表诉讼。也就是说,只要股东的请求被拒绝,股东就可以提起代表诉讼,而不论公司拒绝的理由的是否正当。在股东提起诉讼前向公司董事会或者监事会请求后,若公司作出起诉的决定,说明该决定是在董事会或监事会基于公司最佳利益考虑后作出的决议,公司的这种选择应当予以维护和尊重。基于同样的道理,当股东的请求被董事会或监事会拒绝,说明公司认为诉讼并不是最佳途径,公司的这种选择同样应当予以维护和尊重。公司依据法律和章程作

① 参见陈月棋、刘莺:《刍议滥用股东派生诉讼权利之规制》,载《河北法学》2013年第2期。

② 参见胡晓静:《论股东派生诉讼中的公司抗辩权》,载《现代法学》2021年第5期。

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定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制治理模式、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。这一问题的解决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问题,而且涉及兼任董事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)