

# 股东代表诉讼中公司诉讼主体地位辨析<sup>\*</sup>

## ——围绕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题(四)》(征求意见稿)相关规定展开

文 新

(中南大学法学院,湖南长沙 410083)

**摘要** :公司在股东代表诉讼中的诉讼主体地位不同,其诉讼权利与义务就不相同,也会影响到公司股东代表诉讼实质性审理结果并进而影响公司的实体利益。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题(四)》(征求意见稿)所确定的公司在股东代表诉讼中的“第三人”是属于不具有独立的请求权的“无独三”。公司的“无独三”当事人身份是由于法院在受理股东代表诉讼以后“应当”通知而形成的。基于股东代表诉讼与公司利益的一致性,公司作为“无独三”当事人不应判决由其承担民事责任。公司作为股东代表诉讼中的“无独三”当事人,其不应享有自主选择辅助原告作为原告的诉讼辅助人或者是辅助被告作为被告的诉讼辅助人的权利,应当由公司法律规范或者诉讼法律规范明确规定公司在股东代表诉讼中必须辅助原告作为原告诉讼辅助人。公司作为“无独三”参与股东代表诉讼既是由股东代表诉讼的诉权性质所决定和要求的,同时于公司的实体利益也不会有所实质性的影响。为了有效制约原告股东与被告恶意串通以调解等方式损害公司以及其他股东的利益,还需要在公司依附于原告的“无独三”诉讼当事人的诉讼权利与义务方面作出特别的规范。

**关键词** :股东代表诉讼;独立请求权;诉讼第三人;前置程序

中图分类号 :DF411.91

文献标识码 :A

文章编号 :1005-9512(2015)06-0139-06

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2015.06.013

一般认为,“股东代表诉讼是指当公司利益受到侵害而公司不能或怠于起诉时,股东为了公司的利益以自己的名义代表公司提起的诉讼”。<sup>①</sup>各国公司法所规定的股东代表诉讼所针对的是违反信赖义务和忠实义务、有损公司利益的公司董事、监事、高级管理人员;公司“代表诉讼的前提是股东取得对公司的代表权,是基于管理公司的共益权”,<sup>②</sup>所以,公司是股东代表诉讼的真正权利人和利

**作者简介** :文新,中南大学法学院博士研究生,广西财经学院法学院副教授。

<sup>\*</sup> 本文系国家社科基金一般项目“新时期西南石漠化连片特困地区土地流转整体性改革研究”(项目编号:13BJ096)、教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“生态文明制度建设研究”(项目批准号:BJZD0016)、国家社科基金重大课题攻关项目“中外土地征收制度资料整理与比较研究”(项目批准号:14ZDB125)的中间成果之一。

<sup>①</sup> 周苏友:《公司法通论》,四川人民出版社2002年版,第586页。

<sup>②</sup> 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第399页。

益所有者。股东代表诉讼与公司息息相关,股东代表诉讼不可能也不应当排除公司的参与。“从公司是股东代表诉讼的实质利益看,公司应当是股东代表诉讼的当事人之一”。<sup>③</sup>我国《公司法》2005 年修改以后确立了股东代表诉讼制度,然而《公司法》并未就公司如何参与股东代表诉讼作出规定,我国《民事诉讼法》及其司法解释也没有对股东代表诉讼中公司的诉讼地位作出专门的规定。公司在股东代表诉讼中的诉讼主体地位不同,其诉讼权利与义务就不相同,也会影响到公司股东代表诉讼实质性审理结果并进而影响公司的实体利益。由此,需要从我国现实出发,运用股东代表诉讼的相关理论,在规范上明确公司在股东代表诉讼中的诉讼主体地位。

### 一、公司法司法解释拟确立的公司在股东代表诉讼中的“第三人”地位的本质探析

2009 年 10 月《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的(四)》(征求意见稿)(以下简称《公司法司法解释四草案》)向社会公开发布,其第 50 条(公司诉讼地位)第 1 款规定:“人民法院受理股东代表诉讼案件后,应通知公司以第三人身份参加诉讼。被告反诉的,应列公司为反诉被告,但公司的诉讼权利由原告股东行使。”该条第 2 款规定:“公司以与股东代表诉讼相同事实和理由重新起诉的,人民法院应不予受理。”

从上述规定可以看出,最高人民法院的公司法司法解释所确定的公司在股东代表诉讼中的“第三人”诉讼当事人地位,采取的是既非共同诉讼原告一方的当事人,也非共同诉讼被告一方当事人,与我国《民事诉讼法》对规范诉讼参加人所确立的“第三人”名称相同而内涵有所差异。其一,公司在股东代表诉讼中的“第三人”不具有独立的请求权。我国《民事诉讼法》规定的诉讼“第三人”以其诉讼权利的不同分为有独立请求权的第三人(以下简称“有独三”)和无独立请求权的第三人(以下简称“无独三”)。根据我国《民事诉讼法》及其司法解释的规定,“有独三”对原告、被告当事人双方的诉讼标的有独立的请求权,有权以原审的原告和被告为共同被告,向原案审理的人民法院提出诉讼请求、事实和理由,成为原告当事人;“无独三”对原告、被告当事人双方的诉讼标的没有独立请求权,但案件处理结果与其有法律上的利害关系,其可以申请或者可以由人民法院通知其参加诉讼。可见,“有独三”诉讼当事人地位的本质就是民事诉讼的原告当事人,“无独三”的诉讼当事人地位既非原告也非被告,其作为诉讼当事人必须依附于原告当事人一方或者被告当事人一方,有与诉讼标的独立请求权以外的当事人诉讼权利与义务。结合公司法司法解释四草案中只笼统规定“公司以第三人身份参加诉讼”,并未具体区分公司是可以以“有独三”当事人身份还是以“无独三”当事人身份参加股东代表诉讼,按照股东代表诉讼标的——是否受到被告侵害的公司利益,公司理所当然对该诉讼标的享有独立的请求权。不过,根据公司法司法解释四草案中“被告反诉的,应列公司为反诉被告,但公司的诉讼权利由原告股东行使”、“公司以与股东代表诉讼相同事实和理由重新起诉的,人民法院应不予受理”等规定,则公司是不享有该独立请求权的。这样,公司法司法解释四草案显然排除了公司在股东代表诉讼中“有独三”当事人诉讼地位的。其二,公司在股东代表诉讼中的“无独三”当事人身份是由于法院在受理股东代表诉讼以后“应当”通知而形成的。这说明公司在股东代表诉讼中是必须参与的“无独三”当事人。这种“无独三”与我国《民事诉讼法》及其司法解释规定的“可以申请参加诉讼或者由人民法院通知参加诉讼”有很大区别。《民事诉讼法》及其司法解释中的“无独三”并非是法律所要求其必须参加原诉讼的,只是因为其与原诉讼(案件)处理结果有法律上的利害而“可以”申请参加或者由人民法院通知他参加诉讼,只是当审理判决承担民事责任的“无独三”因

<sup>③</sup> 同前注<sup>①</sup>,周苏友书,第 595 页。

其享有完全的诉讼当事人的诉讼权利,法院才应当通知“无独三”参加诉讼。<sup>④</sup>从公司法司法解释四草案将股东代表诉讼中公司的诉讼主体资格定位于这种比较特殊的“无独三”可以看出,其基础在于:公司不仅与股东代表诉讼的结果有关,因为依照我国民事诉讼法律规范,“无独三”如果不参加诉讼,法院判决对其不具有法律效力,就难以承受股东代表诉讼胜诉的判决结果并从侵害公司利益的董事、监事、高级管理人员处获得赔偿;而且,在股东代表诉讼进行中公司也有义务说明被告董事、监事、高级管理人员是否有损害公司利益的事实,提供相关的证据,并表达出它对诉讼的态度,参与辩论等;不过,公司不能进行针对原告或者被告的实质性的抗辩。这种考量一方面强制性要求公司参与股东代表诉讼,目的在于将股东代表诉讼的判决效果影响到公司;另一方面公司通过行使“无独三”当事人诉讼权利、履行诉讼义务,公司既可以帮助原告获得胜诉结果,也可以帮助被告以防范原告股东滥诉而损害公司和其他股东的利益。

除了以上两方面不同之外,公司法司法解释四草案所规定的公司在股东代表诉讼中的“无独三”是否与我国《民事诉讼法》所规定的“无独三”一样,人民法院可以判决其承担原诉讼的民事责任呢?换言之,公司法司法解释四草案所规定的公司在股东代表诉讼中的“无独三”是否像我国《民事诉讼法》所规定的“无独三”一样,人民法院可以判决由其承担原诉讼的民事责任呢?对此问题,公司法司法解释四草案没有直接规定,而在股东代表诉讼中又难以回避,无论立法还是司法解释必须明确回应,为此需要分析厘定。

## 二、公司作为“无独三”当事人在股东代表诉讼中是否可以被判决承担民事责任

股东代表诉讼是提起诉讼的股东认为公司的董事、监事、高级管理人员违反信赖义务和忠实义务,损害了公司利益,原告股东为了公司利益或者全体股东的利益,以该董事、监事、高级管理人员为被告提起的民事诉讼;其诉讼的请求事项主要是要求停止侵害行为、恢复公司利益、赔偿公司所受到的损失等等。这种诉讼的根本目的就是保护公司利益和全体股东的利益,“原告股东对公司并无诉讼请求,且胜诉利益归于公司。所以按照民事诉讼法原理,公司作为被告并不妥当”。<sup>⑤</sup>可见,在以公司的董事、监事、高级管理人员为被告,以董事、监事、高级管理人员损害公司利益为理由的股东代表诉讼中,如果法院审理后判决由作为“无独三”的公司直接承担责任,则与以公司为股东代表诉讼的被告判决其承担民事责任一样,与股东代表诉讼的根本宗旨和利益相冲突,不符合民事诉讼法理。即使在股东提起代表诉讼之前,拟提起股东代表诉讼的原告股东书面请求公司对侵害公司权益的董事、监事、高级管理人员提起诉讼,而公司未予以答复或者提起诉讼的,在股东代表诉讼中,该公司利益与股东代表诉讼请求保护的利益在法律上不存在归属上的对立,其在本质上不是冲突的;充其量,它们之间只是在公司利益保护方式上存在一定的冲突和对立;“美国公司法将公司列为被告,乃因为在程序上股东提起代表诉讼的前提是请求公司起诉而遭到拒绝,法院须对公司的拒绝决定进行审查,由于审查对象是公司,所以列其为被告”。<sup>⑥</sup>由此可见,股东代表诉讼中的公司作为“无独三”诉讼当事人,不应判决由其承担民事责任。公司作为不应当直接承担股东代表诉讼的民事责任的“无独三”诉讼当事人,在诉讼中法院却应当通知其参加诉讼也显示了其不同于我国《民事诉讼法》规定的并直接承担民事责任的“无独三”的特殊之处。

虽然,公司在股东代表诉讼中作为“无独三”当事人不应判决由其承担民事责任,但还是要解决

<sup>④</sup> 参见张卫平:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2013年版,第110页。

<sup>⑤</sup> 李建伟:《公司法》,中国人民大学出版社2008年版,第459页。

<sup>⑥</sup> 同上注,李建伟书,第459页。

其在股东代表诉讼中的是依附于原告还是依附被告,以及公司是否以便在诉讼中依法分配其诉讼权利与义务。

### 三、“无独三”公司在诉讼中是辅助原告还是被告:公司有选择权还是法定分配

“无独三”诉讼当事人对原告与被告之间的诉讼标的没有独立的请求权,不能针对原、被告之间的诉讼标的以原诉讼的原、被告为被告提起独立的诉讼,这是因为与原、被告之间的诉讼标的的审理处理结果有法律上的利害关系对本诉原告和被告提出;其“在诉讼中只是为了维护自己的权益,以免对他人判决于己不利,它并没有对本诉原告和被告提出实体权利的请求。因此,无独立请求权的第三人并不是完全的诉讼当事人,常常是辅助本诉的一方或对抗另一方。即他在诉讼中不是站在原告一方,就是站在被告一方,并通过支持他所辅助的当事人一方的主张,反对另一方当事人的主张的方式来维护自己的合法权益”。<sup>⑦</sup>在股东代表诉讼中,公司以“无独三”当事人身份参与诉讼有利于帮助原告获得胜诉结果,或者是帮助被告以防范原告股东滥诉而损害公司和其他股东的利益,实质上还是为了维护自己的利益,所以“无独三”当事人参加诉讼,必须辅助原告一方或者被告一方,以便帮助原告胜诉或者对抗原告胜诉来维护自己的实体利益。按照我国《民事诉讼法》及其司法解释的规定,“无独三”参与诉讼其有选择是辅助原告或者是辅助被告的权利。如果按照现行民事诉讼法律规范的该规定,任由公司自由选择是辅助原告或者是辅助被告,则可能出现公司选择辅助作为已被提起追究侵害公司或者全体股东利益的被告一方,这样,在诉讼利益上就出现了公司与代表公司利益提起诉讼的原告股东的对立和冲突;这种局面和结果与公司对股东代表诉讼的诉讼标的是不相容的,在本质上,公司与股东代表诉讼的标的是有直接利害关系的,作为股东代表诉讼的被告直接损害的是公司利益,只是由于公司不愿意或者没有对侵害公司利益的被告提起诉讼,以维护公司和全体股东利益,公司法 and 民事诉讼法才设计了股东代表公司诉讼的制度。由此可见,公司作为股东代表诉讼中的“无独三”当事人,其不应享有自主选择是辅助原告作为原告的诉讼辅助人或者是辅助被告作为被告的诉讼辅助人的权利,必须由公司法律规范或者诉讼法律规范明确规定公司在股东代表诉讼中必须辅助原告作为原告诉讼辅助人。其实,在公司法司法解释四草案第 50 条(公司诉讼地位)第 1 款第 2 句“被告反诉的,应列公司为反诉被告,但公司的诉讼权利由原告股东行使”的规定中,也暗含了公司在股东代表诉讼中作为“无独三”一般就是做原告诉讼辅助人并依附于原告的规则。

我国《公司法》和与域外公司法趋同,在股东代表诉讼制度中规定了一定的前置程序,根据我国《公司法》第 151 条的规定,除了情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害之外,公司股东以自己的名义为了公司的利益提起股东代表诉讼必须先履行向监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼的,方可直接向人民法院提起诉讼。对此,是否意味着作为“无独三”的公司与原告股东之间利益对立而不应当辅助原告股东一方成为原告的诉讼辅助人呢?比如,在英美法上,公司不当拒绝股东的诉讼请求,被认为是对其信托义务的违反;同时,其不愿意起诉侵害公司利益的公司董事、监事、高级管理人员,应被视为已经做出了拒绝成为原告的决定,法律要求公司只能作为“形式被告”参加诉讼。其实,股东向公司的董事会、董事、监事会、监事提出要求公司以公司名义对侵害公司利益的董事、监事、高级管理人员提起诉讼遭到拒绝或者怠于答复的,并不意味着公司与股东代表诉讼的原告之间形成实体利益损害性冲突;公司不愿意提起诉讼的原因很多,比如侵害公司利益的人可能就是公司的董事或者与董事有涉,也可能是侵害公司利益的大股东,更有可能公

<sup>⑦</sup> 田平安主编:《民事诉讼法学》,中国检察出版社 2002 年版,第 123 页。

司认为提出请求的股东与其指责的公司董事、监事、高级管理人员之间有所串谋,意在造成公司经营决策和管理混乱,阻滞公司决策和发展,等等。不管公司是基于何种原因拒绝股东的这种请求或者怠于答复,因为股东提出这种请求的根本目的就是维护公司的利益,要求公司起诉的原因在于公司利益受到侵害而非股东个人利益受到侵害,股东利益只是间接地通过持股比例受到不利影响,所以,在此情形中,公司没有侵害股东利益,公司也没有与请求股东形成实体利益冲突;充其量,请求股东与公司之间只存在如何实现公司利益方面的争议或者冲突而已。综合以上因素,让股东代表诉讼中作为“无独三”当事人的公司必须辅助原告不存在根本性的障碍。

在由公司法律规范或者诉讼法律规范明确规定公司在股东代表诉讼中必须依附于原告作为原告诉讼辅助人的情形下,如果出现公司认为股东提起代表诉讼行为不当,那么公司作为辅助原告的“无独三”是否与公司的利益有悖,或者出现公司即使依附于原告而根本不可能希望公司支持原告的诉讼、提供不利于被告的证据的实际结果呢?对此,有学者认为:“提起诉讼不符合公司最佳利益时,原告股东仍一意孤行地继续诉讼行为,那么公司为防止诉讼产生对自己不利的结果,辅助被告进行防御诉讼也并非难以理解……从股东代表诉讼的代表性质看,与其说原告是在代替公司行使权利,不如说是在代表全体股东行使权利,公司作为与全体股东不同的主体,无论其辅助原告参加诉讼,还是辅助被告参加诉讼,在股东代表诉讼制度的理论上都不存在问题。”<sup>⑧</sup>存有疑问的是,允许由公司选择作为股东代表诉讼中依附于被告的“无独三”当事人,如果判决原告胜诉,就会出现判决被告向被告的诉讼辅助人——公司履行判决义务的局面,那不仅与诉讼法理论相悖,也与股东代表诉讼的基本宗旨和性质不合。其实,公司作为依附于原告的“无独三”诉讼当事人,如果认为原告的起诉不符合公司的利益,如果原告胜诉判决将产生不利于公司的结果,其固然可以在诉讼中不提供有利于原告的证据,也可以放弃在诉讼中对被告的攻击。这些均是公司作为诉讼当事人的诉讼权利行使与否的问题,不会出现上述与诉讼法理论相悖问题,也不存在与股东代表诉讼的基本宗旨和性质不相符合的问题。

#### 四、公司只能作为股东代表诉讼的“无独三”当事人是否影响公司的实体利益保护

根据公司法司法解释四草案的规定,公司在股东代表诉讼中既不能单独作为原告,也不能作为共同诉讼的原告或者共同诉讼的被告,因为独立原告或者共同诉讼的原告或者共同诉讼的被告属于与诉讼标的有直接利害关系的诉讼当事人,所以,其具有的诉讼权利要多于“无独三”,如提出诉讼请求、变更诉讼利益、承认和放弃诉讼请求、请求和解、申请执行等诉讼权利“无独三”当事人是不具有的。在此种法安排情形下,是否会影响公司的实体利益保护还需要考察。

虽然股东代表诉讼的特性有代位诉讼、代表诉讼、集团诉讼等不同理解,<sup>⑨</sup>但是,立法设立股东代表诉讼的根本目的就是赋予股东以替代公司对损害公司和全体股东利益的公司董事、监事、高级管理人员的诉权,一旦股东代表诉讼的前置条件和程序已具备,当视为公司对损害公司和全体股东利益的诉权已经被替代而不得再行使,股东代表诉讼开始以后,公司以同样的标的和被告起诉做独立原告或者作为共同原告,与前者显然是矛盾的。同时,“如果法院强行将公司列为原告,且不论在公司没有提起诉讼意愿的前提下法律不能强制的问题,即便公司表示意愿作为原告参加诉讼,诉讼的性质也势必发生转变,即变成为公司针对加害人的直接诉讼,股东代表诉讼也就没有再存在的意义”。<sup>⑩</sup>

<sup>⑧</sup> 蔡元庆:《股东代表诉讼中公司的诉讼参加问题研究》,《华东政法学院学报》2007年第2期。

<sup>⑨</sup> 同上注,蔡元庆文。

就股东代表诉讼的本质而言,原告股东对公司并无诉讼请求,其胜诉利益也归于公司;同时,公司在股东代表诉讼中只能作为“无独三”诉讼当事人参加诉讼,虽然不享有提出诉讼请求、变更诉讼利益、承认和放弃诉讼请求、请求和解、申请执行等诉讼权利,但是其有陈述意见、提供证据、参加法庭辩论等诉讼权利。公司作为“无独三”参与股东代表诉讼并不会影响其实体利益的保护。

综上所述,公司作为“无独三”参与股东代表诉讼既是由股东代表诉讼的诉权性质所决定和要求的,同时于公司的实体利益也不会产生实质性的影响。

虽然公司在股东代表诉讼中作为“无独三”不会影响公司的实体利益保护,但是为了有效制约股东代表诉讼的原告股东与被告恶意串通以调解等方式损害公司以及其他股东的利益,还需要在公司依附于原告的“无独三”诉讼当事人的诉讼权利与义务方面作出特别的规范,使其对原告和被告有一定的制约。比如,在股东代表诉讼中法院有义务通知公司以辅助原告的“无独三”身份参加诉讼;公司在规定的时间内不表示是否参加诉讼或者不实际参加诉讼的失权效果;法院原告股东与被告董事、监事、公司高级管理人员如果达成诉讼调解必须结合公司提供的证据和意见进行审查。除了不享有提出诉讼请求、变更诉讼利益、承认和放弃诉讼请求、请求调解、申请执行等诉讼权利之外,应充分保障作为“无独三”的公司在股东代表诉讼中的诉讼参与程序权利。如果原告股东与被告恶意法庭外和解而撤诉的,法院对于原告的撤诉申请可以进行必要的审查,审查时须征询作为“无独三”的公司的意思,公司也可以提供必要的证据证明自己的主张;另外,原告股东在法庭外与被告和解并不能对公司产生约束效力,即使原告股东撤诉以后,公司认为董事、监事、高级管理人员违反信赖义务和忠实义务,损害公司权益的,公司还是可以对该董事、监事、高级管理人员提起诉讼,以维护公司的实体利益。此情形并不适用“一事不二理”诉讼法规则。

(责任编辑:闻海)

⑩ 同前注①,周苏友书,第 596 页。