

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

朱慈蕴

(清华大学 法学院 北京 100084)

摘 要：股东派生诉讼的前置程序是立法者为了尊重公司独立法人地位，减少公司诉讼叠加以及为了防止原告股东滥用诉权和肆意干扰公司正常运转而建立的一个配套制度。我国公司法规定，原告股东非经前置程序不得提起派生诉讼，除非存在“不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害”的紧急情况。但实践表明，在公司治理结构不完善、原告兼有多重身份、被告同时包括董事和监事、以及公司进入清算阶段等特殊的“非紧急”情况下，法官同样有必要灵活掌握股东派生诉讼的前置程序规则，豁免原告股东履行前置程序的义务，从而达到保护中小股东和公司利益的目的。

关键词：派生诉讼；前置程序；股东利益保护

中图分类号：DF411.91 **文献标识码：**A **文章编号：**1009—3745（2010）03—0005—05

引言

一般认为，当公司利益受到损害的时候，由股东代替公司提起派生诉讼这一救济途径仅仅具有辅助性，其适用的前提必须是原告股东已经“竭尽公司内部救济”（exhaustion of intra corporate remedies）而无法实现公司利益保护的目的。为了贯彻这一理念，无论是作为制度发源地的英美法系国家^①还是作为制度移植者的大陆法系国家，立法都对股东派生诉讼的适用规定了较为严格的前提条件，比如限定原告股东的资格、限定原告股

东可以起诉的对象以及限定原告股东可以起诉的侵害行为类型；此外各国立法往往还专门设置派生诉讼提起的前置程序^②，以防止股东滥用诉权，干扰公司正常运转以及造成诉讼叠加。

但是另一方面，由于股东派生诉讼制度建立的初衷是保护公司以及中小股东利益，而派生诉讼所涉及的被告往往又是对公司具有实际控制权的董事、监事或控制股东，因此如果过于苛刻和机械的要求原告股东履行前置程序，则可能大大削弱派生诉讼制度的实用价值，甚至导致其“名存实亡”。为此各国立法在设置前置程序的同时，

收稿日期：2010—06—15

作者简介：朱慈蕴（1955—），女，安徽泾县人，清华大学法学院教授，博士生导师，中国法学会商法学研究会副会长兼秘书长，从事商法学、经济法学研究。

① 一般认为，现代公司法的“股东派生诉讼”制度起源于英国著名的 1843 年 Foss v Harbottle 判例。

② 目前各国立法所规定的前置程序存在诸多差别，但如果按“诉讼准许与正式诉讼的关系”为划分标准，大致可以分为“分离模式”和“合并模式”两种：（1）“诉讼准许”与“正式诉讼”分离模式，它以英国和德国的立法实践为代表；其共同特点是要求原告股东在派生诉讼正式开审之前，必须先向法院提出允许自己代表公司起诉的申请，如果法院认为原告股东的诉前申请不符合法律规定，则正式的派生诉讼程序不会被启动。在诉讼准许阶段，法院的工作不涉及案件实体问题。（2）“诉讼准许”与“正式诉讼”合并模式，它以美国、日本以及我国大陆和台湾地区的立法实践为代表；其共同特点都是要求原告股东必须先向公司的特定主体——如董事（会）、监事（会）等——提出由公司自己提起诉讼的请求，如果公司的特定主体拒绝诉讼或在特定期限内不予回应或起诉，原告股东才能正式提起派生诉讼。在此过程中，法院对于原告资格、前置程序和正式程序的的审理合并进行。

一般还会配套规定一些“豁免规则”，即允许原告股东在某些特殊情况下免于履行前置程序而直接向法院提起派生诉讼。可见，为派生诉讼建立前置程序以及前置程序的豁免规则，目的在于平衡“小股东利益保护”和“维护公司运作效率”之间的关系。

我国 2005 年修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第一次引进了股东派生诉讼制度，该法第一百五十二条在借鉴两大法系立法经验的基础上也相应规定了派生诉讼的前置程序问题。如果仅从条文的字面表述来看，第一百五十二条所规定的原告股东可被豁免履行前置程序的情形只有一种，即“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”。但是根据笔者近年来对国内各级法院若干案例的考查，第一百五十二条的规定并不能完全涵盖实践中关于前置程序豁免的特殊情形，而相关案件的当事人和法官对于“非紧急情况外的其它特殊情况能否豁免”、“哪些非紧急的特殊情况可以豁免”、“如何认定豁免”等问题的也仍然存在不同的理解和做法，对此有必要在理论上进行探讨和廓清。本文的研究正是在这一意义上展开。

一、被告同时包括董事和监事情况下的前置程序豁免

《公司法》第一百五十二条对派生诉讼前置程序规定分为两种情况：一是如果被告涉及公司董事、高管人员或者他人（主要是控制股东），则原告股东需要事先向监事（会）提出诉求；二是如果被告涉及公司监事，则原告股东需要先向董事（会）提出诉求。但实践中存在的特殊情形是：如果原告股东所要起诉的被告同时包括了公司的董事和监事，此时他是否还需要履行派生诉讼的前置程序？如果需要，应当向谁履行？

笔者认为，对于这种特殊情形必须视具体情况分别进行处理。

第一，如果原告股东准备起诉的被告包括了公司所有的或绝对多数的董事和监事，则此时法

院没有必要苛求原告股东履行前置程序。理由是，立法规定前置程序的主要目的在于尊重公司独立法人地位，以及尊重公司独立意思表示的权利。但是如果损害公司利益的主体是公司所有的或绝对多数的董事和监事，则完全有理由可以推定，代表公司进行意思表示的机关（董事会、监事会）显然不会以公司名义向法院起诉自己。据此从诉讼效率和保护小股东利益的角度，法院可以豁免原告股东履行前置程序的义务。

第二，如果原告股东准备起诉的被告仅仅只是董事会的一部分成员以及监事会的一部分成员（特别是董事和监事的成员数量没有达到足以影响董事会、监事会决议的情况下），则此时法院可以要求原告履行前置程序。因为此种情形下公司的董事会和监事会的决策可能还没有完全由被告所掌控，董事会或者监事会还有可能通过决议以公司自己的名义提起诉讼（尤其是董事长不在被告之列的情况下）。至于履行前置程序的对象，笔者认为此时原告股东无论是向董事会还是向监事会提起诉讼请求，都应当被认定为具有合法效力。

二、原告兼有股东和监事双重身份情况下的前置程序豁免

根据《公司法》第一百五十二条规定，如果派生诉讼所涉及的被告是公司董事、高管人员或者他人（如控制股东），则原告履行前置程序的对象必须是监事（会）。但是在一些情况下，派生诉讼的原告不仅具有“股东”身份，同时还兼有“监事”的身份。此时如果该股东准备对公司的董事提起派生诉讼，其是否还需要履行前置程序？这一问题在“郝玲诉汪寄燕”^①、“张新龙诉吕益明”^②、“温建国诉赵丽梅”^③以及“张俊杰诉张建伟”^④等案例中都有所体现。

在上述案例中，原告股东同时都兼有公司监事的身份，而且都是未经前置程序即提起派生诉讼。从最终的判决来看，法院都没有机械地理解《公司法》第一百五十二条规定并据以要求原告履行前置程序，而是灵活的掌握规则并肯定原告的

① 参见北京市第一中级人民法院（2009）一中民终字第 5142 号判决书。

② 参见上海市第二中级人民法院（2005）沪二中民三（商）初字第 403 号判决书。

③ 参见北京市宣武区人民法院（2009）宣民初字第 2625 号判决书。

④ 参见上海市第二中级人民法院（2008）沪二中民三（商）终字第 93 号判决书。

派生诉讼资格。但是对于认定的理由，则几个法院的判决书的表述各有差别。在后面三个案件中，法院对于原告资格的认定以及是否需要改造前置程序的问题都是一笔带过甚至避而不语（回避立法尚未明确的敏感问题？）。只有在“郝玲诉汪寄燕”一案中，法官明确指出：“……郝玲在该案中以监事身份对执行董事汪寄燕提起诉讼，法院考虑到郝玲也是公司股东，其身份上具有双重性，故其起诉无需受限于‘股东向监事提出书面请求’的前置程序要求，其起诉合法有效，作为该案原告适格。”

笔者认为，对于“同时兼有股东和监事身份”的原告所提起的派生诉讼是否可以豁免前置程序这一问题不能一概而论，同样需要视具体情况而定。

其一，如果公司的治理结构存在监事会且监事成员较多，而准备提起派生诉讼的仅仅是其中少数的、甚至个别的监事（股东），则此时法院还是应该要求原告股东（监事）履行前置程序，即先向监事会提出请求，以尊重公司的独立法人地位。如果监事会决议不起诉或在法定期限内不予回应，原告才可以向法院提起派生诉讼。需要指出的是，在此情况下派生诉讼的原告尽管兼有股东和监事的双重身份，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（无论视积极的或消极的），故此原告的起诉只能属股东个人行为。

其二，对于规模较小的公司而言，如果其治理结构不存在监事会而仅仅只有（个人）监事，而此时监事又具有股东身份，（此种情况很常见），则对于该股东（监事）提起的派生诉讼，法院可以豁免其履行前置程序的义务。因为这种情况下，原告的意思表示足以代表公司的监事机关，而且在形式上也符合《公司法》第一百五十二条规定的情形。此时，法院当然没有必要“多此一举”的要求兼有监事身份的原告（股东身份）先给自己（监事身份）提出诉讼请求以完成前置程序。事实上笔者在上文列举的这几个案例中，法院之所以直接豁免了原告股东的前置程序义务，也正是因为这些案例所涉及的公司没有设立监事会而仅仅任命了（个人）监事（即原告股东本人）。

三、公司治理结构不完整情况下的前置程序豁免

根据《公司法》第一百五十二条规定，原告股东在履行前置程序过程中，可以提交“公司诉讼请求”的对象是监事（会）或董事（会）。但实践中存在的问题是：如果公司本身的治理结构不完整（如缺少监事会或监事），此时如何处理？

在“福建亚通新材料科技股份有限公司诉刘道敏等损害公司权益”^①一案中，原告股东就面临这种特殊情况。据法院查明，作为该案被告的两名董事存在竞业禁止行为，其中一名被告还同时担任公司的董事长、总经理和法定代表人；原告股东对竞业禁止行为提起派生诉讼。但是由于公司事实上没有设立监事会，也没有任命监事，因此原告股东不能依法履行前置程序。对此法院的判决意见是：“……（由于）本案双方当事人均认可宝通公司没有设立监事会或监事，刘道敏本人又身为该公司董事长，故原告作为该公司的股东，为了保护公司及自身的利益，通过诉讼方式代表公司行使权利，并不违反法律的规定，应认定其有诉讼主体资格。”

笔者认为，法院的判决意见值得肯定。理由一是在于，公司治理结构不完善固然是一个法律上的瑕疵，但它与公司派生诉讼分属两个不同性质的法律问题，不能仅仅因为公司缺少监事会的设立或监事的任命，就同时否定该公司股东所拥有的提起派生诉讼的权利。二是因为，就本案来看，既然被告同时兼任公司董事长、总经理和法定代表人等“核心要职”，而公司又不存在其他可以跟被告权力相互制衡的董事，原告自然无法、也没有必要向董事（会）提出公司诉讼请求，此时认定原告股东直接提起派生诉讼的资格并不违背立法精神。

当然，“公司治理结构不完整”的情况在实践中一般只有监事（会）缺位这一种可能，而极少出现董事（会）缺位的情形。因为董事是公司决策重要的执行人，但监事在我国传统的公司实践当中，地位和权力容易被边缘化，由此导致了一些公司只设董事（会）不设监事（会）的特殊情形。此外需要指出的是，在公司只有董事（会）

^① 参见沈阳市中级人民法院（2006）沈中民四权初字第1号判决书。

而没有监事（会）的特殊情况下，如果原告股东起诉的对象是不具有董事身份的其他股东，则此时法院仍然应当要求原告股东履行前置程序，其履行的对象是董事（会）。

四、公司清算过程中的前置程序豁免

在公司法律实践中，进入清算阶段的“公司”将转化为特殊的主体形态（清算组开始成为公司事务的决策人和执行人），同时它也将面临更为复杂的法律关系。这一特点在股东派生诉讼问题上同样有所体现。由于《公司法》第一百五十二条并没有明确规定公司清算阶段股东“能否提起派生诉讼”以及“如何提起（如果可以的话）”，因此实践中法官和当事人对此都有一定的争议。

笔者认为，公司清算过程中股东同样可以提起派生诉讼，理由在于：（1）从合法性来看，《公司法》第一百五十二条虽然没有明确肯定清算阶段股东可以提起派生诉讼，但同样也没有否定股东的这种诉权。鉴于公司法属于私法，根据“法不禁止即为许可”的私法原则，应理解为法律允许股东提起派生诉讼。（2）从必要性看，派生诉讼制度的功能在于保护公司和中小股东利益。这种“保护”的功能应该贯穿公司运作的始末。在清算阶段，可能损害公司利益的主体有两类，一是清算组本身，此时清算组的身份应该认定为《公司法》第一百五十二条第三款所提及的“损害公司利益的第三人”；二是清算组之外的其他人（广义上包括董事、监事、控制股东及第三人）。特别就第一种情况而言，由于清算组之外的其他人（广义上包括董事、监事、控制股东及第三人）。特别就第一种情况而言，由于清算组往往“独揽大权”，是公司事务实际的决策者和执行者，因此其损害公司利益的程度可能更大。

由此可见，即使在清算阶段也仍然有必要赋予股东提起派生诉讼的权利。但进一步的问题是：此时原告股东如何履行派生诉讼的前置程序？对此笔者认为应当视具体情况分别进行处理。

其一，如果原告股东起诉的对象是清算组之外的其他人，且公司尚未清算了结，也未被注销，

此种情况下一般不能豁免原告股东履行前置程序的义务。当然，此时原告股东提出诉讼请求的对象应当是清算组，而不是公司的董事（会）或监事（会）。因为根据《公司法》第一百八十五条规定，清算阶段公司事务的决策者是清算组，其职权包括“处理与清算有关的公司未了结的业务”以及“代表公司参与民事诉讼活动”等。

其二，如果原告股东提起的派生诉讼的被告是清算组，且此时公司尚未清算了结，也未被注销，则法院可以考虑豁免原告股东履行前置程序的义务。因为清算阶段公司业务唯一合法的决策者和执行者是清算组而不是其他机关或个人如（如董事、监事等），如果机械的苛求原告股东向清算组履行前置程序，显然不能体现立法规定前置程序的最终目的。当然这里可能存在例外的情况，即原告股东起诉的对象仅仅是清算组的个别成员，而清算组成员的人数又相对较多。在此情况下，法院仍然可以根据实际情况（主要是考虑被告人数在清算组成员人数中所占比例的大小）要求原告股东履行前置程序，因为此时清算组的决策不一定为被告所操控，清算组仍可能形成“由自己提起诉讼”的决定。

其三，如果原告股东是在公司已经清算完毕且被已注销之后才发现清算组存在侵犯原公司利益行为，并进而对清算组提起派生诉讼的^①，法院同样应当豁免原告股东履行前置程序的义务。理由在于，此时派生诉讼的被告是清算组，作为公司业务唯一的决策者和执行者，其显然不会同意原告股东对清算中损害行为提起诉讼；而且“公司”这一主体在法律意义上也已不存在，此时原告股东显然也不可能向清算组之外的其他公司机关（如董事会或监事会）提出诉讼的请求。这种情况在“王京凯诉汪长春等清算组成员责任纠纷”一案即有所体现。^②该案中，原告股东（不是清算组成员）在涉案公司被清算且注销之后，认为清算组成员（是涉案公司的其他股东）在公司清算过程中有侵犯公司和股东利益的嫌疑，故此提出派生诉讼。法院经过审理后肯定了原告股东提起派生诉讼的资格，并豁免其履行前置程序的

^①从法理上看，这种情况较为特殊。因为“公司”已不存在，这种情况下原告股东再以“代表公司利益”为名提起派生诉讼是否有价值，值得探讨。一个较为合理的解释可以是，此时原告股东提起诉讼的目的是为所有股东（包括自己和其他股东）的损失进行追偿。

^②参见北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第16612号判决书。

义务。^①

其四，如果公司已被吊销营业执照，董事会和监事会等机构也已实际停止运作，但清算组却因故没有成立（比如控制股东故意消极应对等），此时法院也应当豁免原告股东履行前置程序的义务。在“林宇诉航天新概念科技有限公司股东损害公司利益”一案中，就出现了这种特殊情况。^②该案涉诉的公司在2002年被工商部门吊销营业执照，公司没有就此成立清算组。随后原告股东就成立清算组问题提起诉讼并获得法院支持，法院指定原告、被告及其他股东共同组成清算组。但由于被告（控制股东）的消极抵制，清算组未能正式成立并有效开展工作。在此情况下，原告股东转而对被告（控制股东）直接提起派生诉讼。法院最终认可了原告股东的诉讼资格，并豁免其履行前置程序的义务。^③

结语

通过前文的分析，笔者意在指出，我国《公

司法》第一百五十二条对股东派生诉讼前置程序问题的规定并不能完全涵盖社会实践的各种特殊情况。事实上除了第一百五十二条规定的“紧急情况可以豁免”的情形之外，在“公司治理结构不完善”、“原告兼有股东和监事双重身份”、“被告同时包括董事和监事”以及“公司进入清算阶段”等特殊的“非紧急情况”下，提起派生诉讼的原告股东仍然具有履行前置程序的障碍，这种障碍的消除有赖于审判中法官对股东派生诉讼“前置程序规则”的辩证理解和灵活运用。此外，建议最高人民法院在适当的时候出台相关的司法解释，对股东派生诉讼（尤其是特殊情况下前置程序的履行）的法律适用问题进行阐明，以便于各级法院统一操作，避免出现“同案不同判”的消极结果。

责任编辑：韩 静

The Study of Presuit Demand Rule in Shareholders Derivative Suit

Zhu Ci-yun

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: Presuit demand rule in shareholders derivative suit is an auxiliary system established by the legislators for the purpose of showing respect to the independent corporate entity, reducing the superposition of corporate lawsuit and preventing the prosecution shareholder from abusing lawsuit right and willfully disturbing the normal operation of the corporate. The Company Law in China prescribes that the prosecution shareholder can not initiate prosecution before undergoing presuit demand rule unless the urgent situation “no immediate prosecution will cause inestimable damage to the corporate” appears. However, practice shows that the management structure of corporate is imperfect and the prosecution shareholder has multiple identities. The judge should know clearly the principle of presuit demand rule in order to protect the interests of small and medium shareholders and the interests of the whole corporate.

Key words: derivative suit; presuit demand rule; shareholder's interest protection

①法院的理由是“……恒基公司（即涉案公司，笔者注）已经清算并注销，恒基公司不可能再以公司名义向清算组提起诉讼，故在恒基公司的股东认为清算组成员存在故意或者重大过失行为并造成公司财产损失时，要求公司以提起诉讼的方式予以救济已经无法实现，股东此时应有权参照股东代表诉讼的规定提起诉讼。王京凯为公司股东，可以成为清算组成员责任纠纷的原告。”

②参见北京市海淀区人民法院（2006）海民初字第08927号判决书。

③法院的理由是：“城市通公司已被工商行政管理机关吊销营业执照，并经人民法院判决由几位股东对其进行清算，同时《公司法》第一百八十五条又作了关于‘清算组在清算期间代表公司参与民事诉讼活动’的规定。据此，城市通公司的董事会或监事会已不能再对外行使相关职权，包括代表公司行使起诉权。该公司的股东在发现公司利益受到他人损害发生损失的情况下，通过书面请求监事会或董事会提起诉讼寻求救济已无实际意义和可能，又因城市通公司清算组成也未成立，足以说明通过城市通公司内部救济途径无法实现该公司的权益救济，在此情况下，公司的股东林宇以自己的名义直接提起诉讼，为城市通公司请求利益保护，符合法律规定，作为本案原告适格。”