

公司法视角下的 股东代表诉讼

——对英国、美国、德国和中国的比较研究

李小宁 著

Shareholder's Derivative Action from
the Company Law Perspective

A Comparative Study on the Law of England, US, Germany and China



复旦法学文丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书受上海市重点学科建设项目资助，项目编号为 B102



复旦法学文丛

公司法视角下的 股东代表诉讼

——对英国、美国、德国和
中国的比较研究

李小宁 著

Shareholder's Derivative Action from
the Company Law Perspective

A Comparative Study on the Law
of England, US, Germany and China

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司法视角下的股东代表诉讼 / 李小宁著. —北京: 法律出版社, 2009. 3
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9290 - 1

I. 公… II. 李… III. 股份有限公司—股东—诉讼—研究 IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 021961 号

©法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/11.25 字数/360 千

版本/2009 年 3 月第 1 版

印次/2009 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9290 - 1

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

股东代表诉讼是一个“舶来品”，不是中国土生土长的制度。然而，它的出生地并不重要，重要的是它在中国生长、发展，并发挥着它的作用。一些研究比较法的专家认为，借鉴“主要是放在某个国家接受法律制度移植时的移植过程上，而不是这个法律制度起源自哪个国家。例如，已拥有正规法律秩序的国家接受法律制度移植后，是否使移植进来的法律制度适应了本国国情(adaptation)？另外，引进的法律制度的基本原则是否是该国已经‘适应’了的东西(familiarity)？如果满足了这些条件，移植进来的法律体系就会发挥效用”。他们的观点，一是强调引进来的法律应适应接受国的国情；二是强调接受国应适应引进的法律。但是，不论是哪一种“适应”，都需要首先弄清所要引进制度的本意和它所生存与发生作用的条件。李小宁博士撰写的《公司法视角下的股东代表诉讼》恰恰就是揭示股东代表诉讼制度的内涵、生存环境与如何发生作用的，因而是很有学术价值和实践意义的。

《公司法视角下的股东代表诉讼》的研究表明,股东代表诉讼源于英国,成熟于美国。之后,为德国等大陆法系国家相继引入。我国2005年《公司法》修订中也引入了这一制度。但是,股东代表诉讼在英国公司治理中的成效甚微,即使在2006年英国新《公司法》颁布之后,也未见根本性改变。相比较而言,股东代表诉讼在美国公司治理中却发挥了重要作用,特别是在公开公司中作用尤其显著。但是,现今股东代表诉讼的作用也不如过去。而德国法中的股东代表诉讼是在保留自己传统的基础上从美国引进的,它突出表现在2005年《股份公司法》的改革之中。不难看出,股东代表诉讼自问世以来,发生了很大的变化,其创制国和移植国对股东代表诉讼的态度不同,各自的做法和理论支撑不一。作者对英、美、德三国股东代表诉讼制度实践经验和学说的比较,对于我们正确认识股东代表诉讼的功能,确定应采取的态度和有效发挥其作用是有益的。

作者对股东代表诉讼的研究始终围绕两大问题,即股东代表诉讼是正当原告原则和多数决原则的例外适用;是寻求维护公司效率和保护公司及其小股东利益之间的平衡。这不仅表现在股东代表诉讼论题的提出,也表现在对这一论题的论证与展开之中。之所以如此,可能是因为它就是股东代表诉讼的本质,或者,它就是这一制度实际运作的核心。实践表明,各国对上述两个问题的不同认识和解答,就导致了不同国家在股东代表诉讼制度上的差异和这一制度作用的不同结果。当人们重视公司利益之时,公司效率就有所牺牲;当人们重视公司效率之时,公司利益的保护就不会那么充分。作者的研究也表明,各国对上述两个问题的态度是通过立法与司法体现出来的。当然,英美法系国家和大陆法系国家不尽相同,大陆法系国家尤其如此。后者,在制定法律时就明确了正当原告原则和多数决原则的例外适用到什么程度,利益衡量的天平向哪一方向倾斜。同时,法院在诉讼中有很大的裁量权,它对“例外”和“倾斜”还会产生影响。由于英美法系国家的判例规则是法律规范渊源的一部分,因而法院的裁量权就更大些。不论如何,作者

对上述两个问题的讨论都提升了股东代表诉讼研究的水平。

《公司法视角下的股东代表诉讼》有翔实的文献支撑,是一部理论基础扎实的研究成果,它的出版肯定会给读者带来可喜的收获。寥寥数语为序,并祝《公司法视角下的股东代表诉讼》出版。

王保树

2008年12月15日于清华园

目 录

序 /1

第一章 导论 /1

一、股东代表诉讼的性质 /2

(一) 正当原告原则 /2

(二) 股东代表诉讼的性质 /2

二、股东代表诉讼的正当性 /4

(一) 股东代表诉讼的作用 /4

(二) 从经济学的角度证明股东代表诉讼的正当性 /5

三、股东代表诉讼的缺点 /6

(一) 不当干预公司正常经营的风险 /6

(二) 原告股东的动机问题 /6

(三) 公司受偿所带来的问题 /8

四、股东代表诉讼的作用 /8

(一) 股东代表诉讼的不同作用 /8

(二) 影响针对股东代表诉讼态度的因素 /10

2 公司法视角下的股东代表诉讼

五、比较研究的对象 /13

(一)英国 /14

(二)美国 /14

(三)德国 /15

(四)中国 /16

六、比较研究的范围 /17

第二章 英国 /20

第一节 英国有关股东代表诉讼的法律 /20

一、传统的“Foss 规则”:原则及其例外 /21

(一)“Foss 规则”的两个基本原则 /21

(二)“Foss 规则”基本原则的例外 /24

(三)对传统“Foss 规则”的评论 /29

二、“Foss 规则”的发展 /30

(一) *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd. (No. 2)* (the Court of Appeal): 确认原告诉讼资格 /30

(二) *Taylor v. National Union of Mineworkers (Derbyshire Area)*: “不当行为人控制”要件的一般化 /31

(三) *Smith v. Croft (No. 2)*: 独立机构的观点 /32

(四) 简评“Foss 规则”的发展 /33

三、民事程序规则第 19.9 条:司法准许继续股东代表诉讼的要求 /33

四、对普通法股东代表诉讼的改革 /34

第二节 股东代表诉讼在英国的作用 /35

一、股东代表诉讼在英国作用微弱及其原因 /35

二、不公平损害救济与股东代表诉讼 /37

(一)不公平损害救济简介 /37

(二)不公平损害救济与股东代表诉讼之间的关系 /42

(三)在现行英国法下不公平损害救济是否会取代股东代表诉讼 /52

(四)两种诉讼形式还是一种 /54

第三节 股东代表诉讼和股东直接诉讼的区分 /57

一、概述 /57

二、基于违反公司章程的诉讼请求 /57

三、针对董事违反诚信义务的请求 /61

(一) 已有确定的法律关系时 /62

(二) 存在特殊的事实关系时 /62

(三) 董事为不正当目的行使权力时 /64

(四) 董事违反公平对待股东的义务时 /65

四、针对控制股东过错的请求 /65

第四节 寻求维护公司效率和保护公司及其小股东利益之间的平衡 /67

一、普通法对股东代表诉讼的规定 /67

(一) 对股东代表诉讼适用范围的实体性限制 /67

(二) 对原告提起股东代表诉讼的程序要求 /69

(三) 合适的独立机构的意见: *Smith v. Croft* (No. 2) 一案 /73

(四) 股东提起代表诉讼的动机 /75

(五) 限制董事可能遭受的经济损失 /77

二、2006 年《公司法》的改革 /78

(一) 概述 /78

(二) 新法对股东代表诉讼适用范围的实体性限制 /79

(三) 2006 年英国《公司法》对原告提起股东代表诉讼的程序要求 /82

(四) 对 2006 年英国《公司法》关于股东代表诉讼规定的评价 /85

第五节 结论 /86

一、股东代表诉讼在英国公司治理中的作用 /86

二、平衡公司效率和公司及其小股东保护的英国模式 /87

(一) 谁适合为了公司最佳利益作出是否起诉的决定 /87

(二) 平衡公司效率和公司及其小股东保护的英国模式 /87

第三章 美国 /89

第一节 美国股东代表诉讼法律概述 /89

一、美国股东代表诉讼法律的发展 /89

(一) 第一阶段: 美国股东代表诉讼法律的起源——独立发展 /90

4 公司法视角下的股东代表诉讼

(二)第二阶段:对英国法“Foss 规则”的有限接受 /92

(三)第三阶段:有关费用担保的法规 /94

(四)第四阶段:特别诉讼委员会 /95

(五)最新发展 /96

二、研究方法 /96

第二节 股东代表诉讼在美国的作用 /97

一、股东代表诉讼在美国的作用比在英国重要 /97

二、股东代表诉讼的作用在过去比在现在重要 /99

三、股东代表诉讼的作用在公众公司中比在封闭公司中重要 /100

(一)公众公司和封闭公司的分类 /100

(二)对股东代表诉讼作用的实证研究 /102

(三)封闭公司中的公司治理措施 /104

(四)封闭公司中股东直接诉讼的诉因:针对控制股东压迫的救济措施 /105

四、关于股东代表诉讼作用的争议 /114

(一)补偿作用与威慑作用 /115

(二)对股东代表诉讼作用的争论 /121

第三节 股东代表诉讼和股东直接诉讼的区分 /126

一、美国法适用的一般标准 /126

(一)损害标准和权利标准 /126

(二)其他因素 /130

(三)对标准的适用 /131

二、一些具体情况下的区分 /132

(一)对越权行为或未经授权的行为的指控 /132

(二)对公司董事等违反诚信义务的指控 /132

三、关于封闭公司的特别规定 /137

(一)在区分诉讼类型时是否考虑封闭公司的特殊性 /137

(二)封闭公司中本应提起股东代表诉讼却允许直接诉讼的司法基础 /140

四、股东代表诉讼中直接向股东个人按持股比例支付赔偿 /145

第四节 寻求维护公司效率和保护公司及其小股东利益之间的平衡 /146

一、对股东代表诉讼适用范围的实体性限制 /147

(一) 何人的不当行为可以导致股东代表诉讼 /147	
(二) 被告的何种不当行为会导致股东代表诉讼: 商业判断原则的适用 /147	
二、对原告提起股东代表诉讼的程序要求 /159	
(一) 对原告起诉资格的要求 /159	
(二) 请求的要求 (the demand requirement) /162	
(三) 原告提供费用担保的规定 /179	
三、独立机构的观点 /180	
四、股东提起代表诉讼的动机 /181	
(一) 关于费用和向原告股东提供补偿的规定 /181	
(二) 胜诉取酬制 /182	
(三) 律师操纵问题 /182	
五、限制董事可能遭受的经济损失 /184	
(一) 排除或限制董事个人责任 /185	
(二) 对董事的补偿 /188	
(三) 董事责任险 /191	
六、股东信息权 /192	
第五节 结论 /193	
一、股东代表诉讼在美国公司治理中的作用 /193	
二、平衡公司效率和公司及其小股东保护的美国模式 /193	

第四章 德国 /197

第一节 概述 /197

一、背景介绍 /198	
二、关于公司治理的最新改革 /200	
(一) 改革的原因 /200	
(二) 改革的进程 /202	
三、德国法关于小股东行使公司损害赔偿请求权的规定 /203	
(一) 关于股份公司的规定 /204	
(二) 关于有限公司的规定 /205	
(三) 有关公司集团的规定 /207	

6 公司法视角下的股东代表诉讼

第二节 小股东迫使公司行使损害赔偿请求权在德国公司治理中的作用 /208

一、小股东迫使公司行使损害赔偿请求权的作用微弱 /208

二、原因 /209

三、德国公司治理的其他措施 /211

(一) 股份公司 /211

(二) 有限公司 /215

第三节 公司诉讼(股东代表诉讼)和股东直接诉讼的区分 /218

一、撤销公司机构瑕疵决议的诉讼 /218

(一) 撤销董事会瑕疵决议的请求 /219

(二) 撤销股东会瑕疵决议的请求 /219

二、针对董事违反诚信义务的诉讼 /222

三、针对股东不当行为(违反诚信义务)的诉讼 /222

第四节 寻求维护公司效率和保护公司及其小股东利益之间的平衡 /223

一、UMAG 之前的规定 /223

(一) 对不当行为范围的实体限制 /224

(二) 对原告迫使公司行使损害赔偿请求权的主要程序性限制 /227

(三) 独立机构的意见 /229

(四) 原告动机 /229

二、UMAG 对 1998 年《股份公司法》第 147 条的改革 /230

(一) 改革的原因 /230

(二) UMAG 的具体变化 /231

(三) 对改革的几点评论 /235

三、限制董事可能遭受的经济损失 /237

第五节 结论 /238

一、小股东迫使公司行使损害赔偿请求权(股东代表诉讼)在德国公司治理中的作用 /238

二、平衡公司效率和公司小股东保护的德国模式 /239

(一) 谁适合为了公司最佳利益作出是否起诉的决定 /239

(二) 借鉴学习英美法的趋势 /240

第五章 中国 /242

第一节 概述 /242

一、背景 /242

(一) 中国公司法的历史 /242

(二) 中国《公司法》有关公司治理结构的规定的特点 /244

(三) 中国公司中的主要代理成本问题 /246

(四) 保护公司和小股东的法律规定 /248

二、股东代表诉讼在中国的发展 /259

(一) 2005 年《公司法》修改之前 /259

(二) 2005 年《公司法》的规定 /264

第二节 股东代表诉讼在中国的作用 /264

一、2005 年《公司法》修改之前 /264

二、2005 年《公司法》修改之后 /265

(一) 缺少市场机制会使司法救济更显重要 /265

(二) 法律规范的影响 /265

(三) 其他因素 /267

(四) 小结 /269

第三节 股东代表诉讼和股东直接诉讼的区分 /270

一、撤销股东(大)会或董事会瑕疵决议的诉讼 /270

二、针对董事、监事和高管人员的诉讼 /270

三、针对股东的诉讼 /272

第四节 寻求维护公司效率和保护公司及其小股东利益之间的平衡 /273

一、对股东代表诉讼适用范围实体性限制 /273

(一) 何人的不当行为可以导致股东代表诉讼 /273

(二) 被告的何种不当行为可以导致股东代表诉讼 /276

二、对原告提起股东代表诉讼的程序要求 /280

(一) 对原告股东起诉资格的要求 /280

(二) 请求要求 /281

三、独立机构的观点 /286

四、股东提起代表诉讼的动机 /286

(一) 诉讼费用 /286

8 公司法视角下的股东代表诉讼

(二) 律师的作用 /289

五、限制董事可能遭受的经济损失 /289

六、“不得滥用权利”原则 /289

第五节 结论 /290

一、股东代表诉讼在中国公司治理中的作用 /290

二、平衡公司效率和公司及小股东保护的中國模式 /290

(一) 谁适合为了公司最佳利益作出是否起诉的决定 /290

(二) 平衡公司效率和公司及小股东保护的中國模式 /291

第六章 结论 /293

一、关于股东代表诉讼的作用 /293

(一) 比较法研究的结论 /293

(二) 给中国的建议 /297

二、股东代表诉讼和股东直接诉讼的区分 /298

(一) 比较法研究的结论 /298

(二) 给中国的建议 /300

三、寻求维护公司效率和保护公司及其小股东利益之间的平衡 /301

(一) 谁适合为了公司最佳利益作出是否起诉的决定 /301

(二) 对公司正常经营不予司法干预的原则 /304

(三) 对股东提起代表诉讼的程序性要求 /307

(四) 原告股东提起代表诉讼的动机 /308

(五) 法院在股东代表诉讼中的作用 /308

主要参考资料 /309

主要案例 /333

后记 /340

第一章 导 论

“……没有一种责任机制(包括市场和法律救济机制)能够在所有情况下都发挥作用。每种机制各有特点,也各有显著缺陷。因此,各种保护机制共存的体系能够为股东提供更好的服务。”

——[美]美国法律研究所^{〔1〕}

“全部比较法的方法论的基本原则是功能性原则,由此产生所有其他方法学的规则——选择应该比较的法律,探讨的范围,和比较体系的构成,等等。人们不可能对不能够比较的事物作出有意义的比较,而在法律上只有那些完成相同任务、相同功能的事物才是可以比较的。”

——[德] K. 茨威格特 H. 克茨^{〔2〕}

〔1〕 [美]美国法律研究所:《公司治理原则:分析与建议》(下卷),法律出版社,第七部分第一章“股东代表诉讼”导言。

〔2〕 [德] K. 茨威格特, H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第46页。

一、股东代表诉讼的性质

(一) 正当原告原则

当公司受到侵害时,通常应当由公司本身就该不当行为提起诉讼,诉讼所得损害赔偿也应当归于公司,这即所谓的正当原告原则(the proper plaintiff principle)。其他主体,如股东个人或债权人均不能就该不当行为提起诉讼和寻求救济,即使他们的利益也会因此间接受到损害。举个例子:当公司受到侵害并遭受损失时,公司股份的价值也会随之下降,由此股东利益也会间接受损;如果损失巨大导致公司破产,公司债权人的利益也会受到损害。

正当原告原则有其一定的合理性:首先,公司具有独立的法律人格,能够独立享有民事权利、承担民事责任。虽然该独立人格是由法律所拟制,但它是现代公司法的基石之一。当公司利益受到侵害时,公司以自己名义提起诉讼,正如其以自己名义从事经营活动一样。其次,如果由公司提起诉讼,所得赔偿将归于公司,从而间接保护了所有利益相关人(包括债权人和股东)的利益。再次,公司内部组织机构如董事会(而不是股东个人)往往被认为最适合决定诉讼是否符合公司最佳利益,因为这些机构了解公司经营状况并通常具有专业知识。最后,正当原告原则要求诉讼由公司提起,或以公司名义进行,这可以避免多重诉讼。

(二) 股东代表诉讼的性质

1. 股东代表诉讼为正当原告原则的例外

根据正当原告原则,公司受到侵害时应由公司本身决定是否对不当行为提起诉讼。然而,由于公司并非自然人,它必须通过合适的机构来作出决定。通常,是否起诉的决定属于公司正常的商业判断,故该决定一般由董事会作出。董事会有权根据其商业判断决定是否起诉;如果它认为诉讼并不能使公司受益,它可以作出不予起诉的决定。然而,在某些情况下,董事会并不能公正地作出诉讼决定。例如,当董事本身为不当行为人或董事被不当行为人所控制时,董事会往往不会以公司

名义提起诉讼。在这种情况下,为了使公司得到救济,必须赋予他人决定是否起诉的权利。事实上,如何确定合适的、能作出诉讼决定的他人已经成为公司法中的难题之一。实践证明,各国纷纷采取了不同的策略来解决这一问题,如决议策略(the decision-making strategy)、信托策略(the trusteeship strategy)。^{〔1〕}根据决议策略,股东可以通过股东大会或其他股东团体(如无利害关系股东组成的团体)集体行使公司损害赔偿请求权。根据信托策略,公司内部受托人(如监事会、独立董事或特别诉讼委员会)或外部受托人(如法院或法院任命的特别代表)可以决定是否行使公司损害赔偿请求权或是否允许公司提起诉讼。然而,由于每一种策略均有缺陷,^{〔2〕}谁最适合为公司利益作出诉讼决定这一难题至今仍无理想的答案。本书也将通过比较研究揭示各国如何努力解决这一问题。

股东代表诉讼作为其中策略之一,最先在普通法国家发展起来。股东代表诉讼是指在特定情况下单个或少数股东可以以自己名义代表公司就公司所受到的侵害提起诉讼。由于单个或少数股东并不是公司内部组织机构,因此该诉讼必须以原告股东名义提起。原告股东提起诉讼的权利派生于公司诉权,故该诉讼也被称为派生诉讼(derivative action)。可见,股东代表诉讼实际上是正当原告原则的例外适用。这种例外决定了股东代表诉讼只能在有限的场合被提起。如果公司董事会尚能诚信地作出是否起诉的决定,股东便不能提起代表诉讼。另外,如果大股东不满意董事会拒绝起诉的决定,他也可以通过更换董事会成员的办法解决问题,而无须提起代表诉讼。正因如此,股东代表诉讼主要是小股东用来追究董事(包括监事)、高级职员、控制股东和公司其他内部人员责任的一种工具。

〔1〕 对这些策略及它们各自优点和缺点的介绍,详见 Hint (2005a)。本书也将在后文对各国实践进行介绍。

〔2〕 关于各种策略的缺陷,详见第六章。