

PAISHENG SUSONG  
ZHIDU YANJIU



# 派生诉讼 制度研究

陈南男·著



知识产权出版社  
全国百佳图书出版单位

PAISHENG SUSONG  
ZHIDU YANJIU



# 派生诉讼 制度研究

陈南男·著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

责任编辑：熊 莉

责任校对：董志英

特约编辑：徐施峰

责任出版：卢运霞

#### 图书在版编目（CIP）数据

派生诉讼制度研究 / 陈南男著. —北京：知识产权出版社，2013. 7

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2076 - 3

I. ①派… II. ①陈… III. ①公司 - 经济纠纷 - 民事诉讼 - 研究 - 中国 IV. ①D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2013）第 106021 号

#### 派生诉讼制度研究

**Paisheng Susong Zhidu Yanjiu**

陈南男 著

---

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编：100088

网 址：<http://www.cnipr.com>

邮 箱：[bjb@cnipr.com](mailto:bjb@cnipr.com)

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

传 真：010 - 82005070/82000893

责编电话：010 - 82000860 转 8176

责编邮箱：[xiongli@cnipr.com](mailto:xiongli@cnipr.com)

印 刷：知识产权出版社电子制印中心

经 销：新华书店及相关销售网点

开 本：787mm × 1092mm 1/16

印 张：15.5

版 次：2013 年 7 月第 1 版

印 次：2013 年 7 月第 1 次印刷

字 数：192 千字

定 价：35.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2076 - 3

---

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

## 前 言

派生诉讼正如其在英国的最早称呼“少数股东诉讼”一样，被认为是中小股东合法权益的保护手段。鉴于我国一直存在股东权利保护不周的情况，法律界人士一直呼吁在我国建立派生诉讼制度。2005年，《公司法》进行了自颁布以来最大的一次修订，正式确立了派生诉讼制度。随后，最高人民法院颁布了关于《公司法》的三个司法解释，对派生诉讼的原告资格限制等问题做了相应规定。然而，立法规定过于简单、原则，司法解释所涉及问题较少。这不利于派生诉讼制度的有效运行。本书对该制度的基础理论问题进行了系统分析和总结，并从国外的先进制度中提炼出可资借鉴的经验，为我国派生诉讼制度的构建与完善，以及派生诉讼制度的立法和司法实践略尽绵薄之力。

除导论外，本书共分为七章。

第一章是对派生诉讼制度的基础问题的介绍和分析。派生诉讼是舶来品，本章首先探寻了派生诉讼的起源及其发展概况。在1843年的 *Foss v. Harbottle* 案中，主审法官 James Wigram 在审理该案过程中确立了适格原告原则（the proper plaintiff principle）和多数决原则，后世学者将之称为福斯规则。为了软化刚硬的福斯规则，英国法院通过不懈努力最终形成了四种例外情况，承认股东派生诉讼。自该制度由英美判例法创立以来的一百多年里，其已经为世界上绝大多数国家和地区的立法所认可。澳大利亚、加拿大、新西兰、美国、日本、韩国、德国、我国（大陆地区、台湾地区和香港地区）

等均确立了派生诉讼制度。其次，论述了该诉讼的两大性质，即代位性和代表性。代位性主要体现于诉权的行使，代表性则反映了股东起诉代表公司和其他股东。为了更加深刻地理解派生诉讼，本章还进一步分析了派生诉讼与债权人代位诉讼、公司法人格否认、代表人诉讼以及集团诉讼之间的区别和联系。再次，分析了派生诉讼制度的功能。派生诉讼的规范功能集中体现为补偿功能和威慑功能，其社会功能则主要体现为合理配置资源和完善公司治理。最后，剖析了派生诉讼制度存在的正当性。

第二章主要是从比较法角度对派生诉讼制度进行考察。派生诉讼起源于英国，发展于美国，并最终为世界各国各地区的公司立法所认可。本书选择的主要考察范围是英国、澳大利亚、新西兰、美国、日本、韩国、德国和我国台湾地区。英美法系国家和地区派生诉讼的原告与被告范围比较宽泛，而大陆法系国家和地区（主要是日本、韩国以及我国台湾地区）则相对较为狭窄。美国以特别诉讼委员会为依托，设计了非常灵活的诉前请求规则，大陆法系国家和地区创设了诉讼费用担保制度等。虽然各国各地区的派生诉讼制度不尽相同，但是在降低诉讼门槛、注重司法审查以及强调多方主体利益平衡理念等方面却体现出共性。

第三章主要是追溯我国派生诉讼制度的历史演进基础。现实的有效法律都是历史地生长起来的，要充分理解现实的有效法律就必须对法律发展的各个历史阶段进行研究。本章以新中国成立为时间分界点，分别对新中国成立前和新中国成立后的派生诉讼制度予以考察，揭示了派生诉讼制度在我国从无到有、从有到无、再从无到有的曲折发展历程。派生诉讼制度作为一项法律一定要以一定的经济基础为前提，在我国漫长的自给自足的自然经济占主导地位的封建社会中，该制度是难以生存并发展的。故而本章的历史考察始于

清末鸦片战争之后。对新中国成立前的制度考察，重点放在四部重要的公司立法中，即1904年清末《公司律》、1914年北洋政府的《公司条例》、南京国民政府的1929年《公司法》和1946年《公司法》。由于我国历史上一一直缺乏近代意义上的民商法，加之清末商事立法的仓促，清末《公司律》中没有直接关于派生诉讼制度的规定，但初现的公司自治理念为该制度奠定了思想基础。北洋政府《公司条例》所规定的派生诉讼制度则被笼罩于法人面纱之下，显得十分朦胧，被称为股东对公司的起诉请求权。<sup>①</sup>南京国民政府的1929年《公司法》则在我国历史上首次确立派生诉讼制度，其1946年《公司法》基本沿袭了1929年《公司法》的规定。新中国成立后派生诉讼制度随着“六法全书”的废除而消失，由于新中国成立初期的特殊性，在较长一段时期内没有真正意义上的商法。1993年《公司法》因其特殊的历史使命，在立法重心上向国有企业倾斜，而无暇顾及派生诉讼。但这一阶段，司法实践却对派生诉讼进行了有益的尝试。首先，最高人民法院在《关于中外合资经营企业对外发生经济合同纠纷，控制合营企业的外方与卖方有利害关系，合营企业的中方应以谁的名义向人民法院起诉问题的复函》中，针对中外合资经营企业这一特定企业形态有限地认可了派生诉讼制度。其次，地方高级人民法院针对实践需要，在2003年和2004年出台了认可派生诉讼的司法解释，如北京市高级人民法院、上海市高级人民法院和江苏省高级人民法院等。2003年最高人民法

---

① 《公司条例》在我国首次明确了公司的法人地位，这一指导思想贯穿整个条例。其立法者认为，公司是法人，公司事务应当由公司自己起诉，包括对违法董事的起诉。即使在其所借鉴的国外法律中存在派生诉讼，股东代公司起诉仍然是不符合立法者的法人观念的。故而，在法律移植过程中，其对派生诉讼的内容进行了更改。出现这种情况，究其原因不外三点：一是立法时间过于仓促；二是法律移植水平较低；三是民商法理论尤其是商法理论储备严重不足。

院发布的《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定（一）（征求意见稿）》也对派生诉讼进行了较为详细的规定。此外，基层法院在个案中运用派生诉讼理论成功处理了当事人矛盾冲突极大的案件。2005年修订《公司法》，是派生诉讼制度在我国商事立法史中的里程碑。该次修订在我国正式确立了派生诉讼制度。

第四章是对我国派生诉讼制度进行现实考量。首先，对我国现行派生诉讼制度的现行法规进行了检讨，包括主要法规陈述和现行法规评析。其中除了2005年《公司法》第152条之外，还有最高人民法院自2005年《公司法》实施以来先后出台的三个司法解释，即《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（一）》、《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》和《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》。此外，还介绍了《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）（法院系统征求意见稿）》。虽然这并不是最终的正式司法解释，但是其规定是对派生诉讼多年司法实践的一个总结，具有一定的代表性，所以本书将之列入本部分进行探讨。其次，对派生诉讼的现状进行了评析。由于现行立法对派生诉讼的“大题小作”，我国的派生诉讼制度确实是存在问题的。第一，对于派生诉讼中的重要制度设计，应该规定而没有规定。其中可以分为两种：一种是派生诉讼特有的，没有该规定会导致派生诉讼制度价值丧失、运行困难，甚至偏离制度宗旨。例如，前置程序仅存在“紧急情况”一种的例外。另一种规定的缺失较之于第一种情况对派生诉讼的影响程度较轻，即本来在民法或民事诉讼法中有一般规定，但这些一般规定往往容易忽略派生诉讼利益主体多元的特性，不利于制度功能的发挥，如诉讼时效、诉讼费用等。第二，现有规定不清楚、模糊，如关于如何认定前置程序已经过等。第三是派生诉讼实体条件

范围过于狭窄，甚至在立法中存在自相矛盾之处。2005年《公司法》第152条仅以第150条规定的损害赔偿请求权为实体依据，而《证券法》第47条明确规定对短线交易所得的归入权可以适用派生诉讼。同时，司法实践中的个案已经突破了损害赔偿请求权的界限，出现了单纯的返还印章请求权等。其次，对我国派生诉讼制度的司法适用进行了检讨。在对大量派生诉讼司法案例进行分析的基础上，指出由于立法的粗陋和缺失，司法实践对于派生诉讼中的案由、独任监事股东的诉权、前置程序及其豁免制度、反诉等问题存在不同的理解；其中既有积极的能动司法，也有偏离派生诉讼宗旨的偏颇举措。最后，分析了完善我国派生诉讼制度的必要性。第一，这规范司法实践的必要。派生诉讼制度的生命在于司法实践，只有规范的司法实践才能保证派生诉讼制度的健康发展。第二，保护中小股东的需要也是我国完善派生诉讼制度的一个重要理由。第三，派生诉讼制度对于完善公司治理结构具有相当的重要性和必要性。

第五章主要包括我国派生诉讼制度的理念和基本原则两部分。派生诉讼存在多元利益主体，这决定了该制度的理念是利益平衡。利益平衡理念贯穿于派生诉讼制度的立法和司法过程，为制度构建和完善提供最高的指导。利益平衡理念要求在股东与经营者、股东与公司、股东与股东以及司法干预与公司自治之间形成均衡的利益格局。故而在利益平衡理念的指引下，本书明确了我国构建和完善派生诉讼制度的三大原则：一是保护中小股东合法权益原则。中小股东是公司利益族群中的弱势群体，其合法权益具有易被侵害的特点，故而在派生诉讼中经常处于原告地位。但是，派生诉讼在利益平衡理念指导下所遵循的保护中小股东合法权益原则，主要是从降低原告起诉门槛这个角度来体现的。二是司法审查原则。公司权力

作为一种社会权力在私法领域同样需要司法权力的监督。这是派生诉讼司法审查的基础所在。对派生诉讼的司法审查应当以穷尽公司内部救济为前提。同时，对派生诉讼的司法审查可以美国商业判断规则为审查标准。三是结合我国实际原则。我国派生诉讼立法相对较晚，面对国外上百年的成功经验，不能被后发优势冲昏了头，盲目照搬照抄或机械模仿国外的制度，而应立足于我国的现实情况。构建和完善我国的派生诉讼制度之时，应充分考虑我国的司法现状、诉讼制度现状以及公司现状。

第六章和第七章都是完善我国派生诉讼制度的若干具体建议。在前面理论分析、比较考察、历史考察、现状评析的基础上，从诉讼主体和程序两个角度对完善我国的派生诉讼制度提出了自己的建议。对原告而言，首先，应完善原告资格限制。本书建议在《证券法》中针对上市公司设置低于1%的持股比例；对持股时间可以借鉴“当时股份”和“持续持有”原则，要求原告股东在被告侵权行为发生时持有公司股份，将持股要求一直延续到作出判决之日。对于被告，本书认可了控制股东、实际控制人、发起人、清算组成员的被告地位，同时还重点关注公司的交易相对人是否属于被告中的“他人”。笔者从历史传统基础、合同相对性原则以及我国派生诉讼制度本身等角度，给出了否定回答。对公司的诉讼地位，本书认为，公司应处于第三人地位，但应保持中立，不偏向于原告或被告任何一方，享有如下权利义务：第一，诉讼参加权；第二，在原告股东撤诉或和解时提出异议的权利等。对其他股东，本书认为，其在法院受理前提起起诉申请的，可以作为共同原告；在受理后至第一次开庭审理结束前，申请参加诉讼的，法院可以将其列为第三人。但是，如果其他股东的参加将会致使诉讼迟延或有证据证明其参加诉讼是为了故意延迟诉讼的，法院可以拒绝其参加诉讼。对于

前置程序，本书赞同现行立法对请求接受机关和公司权限的规定，主要对前置程序的例外提出了自己的观点。首先，明确了“紧急情况”的几种具体情形；其次，建立的“紧急情况”以外的例外，如原告与监事身份重合以及公司治理结构缺陷等。本书认为，派生诉讼应当由公司住所地的中级人民法院进行专属管辖。派生诉讼的诉讼时效原则上以公司知道或应当知道其权利被侵害之日为起算点；在侵害行为被隐瞒时，以行为被披露之日为起算点。派生诉讼的和解可以现行民事诉讼法上的法院调解制度为基础建立。本书认为，应建立派生诉讼以非财产性案件按件收费的诉讼费用征收制度。本书还建议，在被告证明原告恶意起诉时，由原告承担提供诉讼费用担保的责任。但是，诉讼费用担保的提供与原告股东承担责任是两回事，即并非提供了诉讼费用担保，股东就一定会承担责任。这需要更严格的司法审查和认定。此外，本书认为应赋予胜诉原告诉讼费用补偿请求权和胜诉原告股东请求法院判令被告以持股比例为标准将对公司的赔偿直接支付给自己的权利。

## 目 录

### 导论 1

一、为什么选择“派生诉讼” 3

二、选题背景和研究价值 6

（一）选题背景 6

（二）研究价值 6

三、国内外研究综述 7

四、研究方法和内容创新 8

（一）研究方法 8

（二）内容创新 9

### 第一章 派生诉讼制度导述 13

一、派生诉讼的起源与发展 15

（一）福斯规则及其例外 15

（二）派生诉讼制度的发展概况 17

二、派生诉讼的性质 19

（一）派生诉讼具有代位性 19

（二）派生诉讼具有代表性 22

三、派生诉讼制度的功能 26

（一）派生诉讼制度的规范功能 27

(二) 派生诉讼制度的社会功能 28

#### 四、派生诉讼的正当性分析 30

(一) 派生诉讼是公司独立人格的实质体现 30

(二) 派生诉讼是公司经济利益终极归属的实现路径 32

(三) 派生诉讼是所有权与经营权分离背景下统一的路径 34

## 第二章 派生诉讼制度的比较法考察 37

### 一、英美法系国家和地区之派生诉讼制度考察 39

(一) 英联邦国家派生诉讼制度考察——法典化运动 39

(二) 美国派生诉讼制度考察 43

### 二、大陆法系国家和地区之派生诉讼制度考察 49

(一) 日本派生诉讼制度考察 49

(二) 德国派生诉讼制度考察 54

(三) 韩国派生诉讼制度考察 57

(四) 我国台湾地区派生诉讼制度考察 58

### 三、对完善我国派生诉讼制度的简要启示 60

## 第三章 我国派生诉讼制度的历史考察 65

### 一、为什么以清末鸦片战争为考察的起点 67

(一) 现代公司是商品经济发展的产物 67

(二) 鸦片战争之前自然经济为占主导地位 68

(三) 舶来品公司的出现 70

### 二、新中国成立前的派生诉讼制度考察 72

(一) 清末《公司律》考察——思想基础初现 72

(二) 北洋政府《公司条例》考察——朦胧的派生诉讼制度 74

(三) 南京国民政府《公司法》考察——成型的派生诉讼制

度 76

### 三、新中国成立后的派生诉讼制度考察 78

(一) 1993 年《公司法》对派生诉讼付之阙如 79

(二) 司法机关对派生诉讼的有益尝试 84

(三) 2005 年《公司法》正式确立派生诉讼 85

## 第四章 我国派生诉讼制度的现实考量 89

### 一、我国派生诉讼制度的现行法规检讨 91

(一) 主要法规陈述 91

(二) 现行法规评析 95

### 二、我国派生诉讼制度的司法适用检讨 99

(一) 是否采用专门案由 100

(二) 兼任独任监事的股东能否提起派生诉讼 101

(三) 前置程序的请求权人与派生诉讼原告是否必须同一 105

(四) 是否存在“紧急情况”之外的例外情形 106

(五) 派生诉讼是否存在反诉 111

### 三、完善我国派生诉讼制度的必要性分析 112

(一) 规范司法实践的必要 112

(二) 保护中小股东利益的必要 115

(三) 完善公司治理的必要 119

## 第五章 我国派生诉讼制度的理念和基本原则 123

### 一、我国派生诉讼制度的理念 125

(一) 理念、法的理念与法律制度的理念 125

(二) 我国派生诉讼制度的理念：利益平衡 129

(三) 司法干预与公司自治的平衡 134

## 二、我国派生诉讼制度的基本原则 138

(一) 保护中小股东合法权益原则 139

(二) 强化司法审查原则 141

(三) 结合我国实际原则 143

## 第六章 完善我国派生诉讼制度的若干建议 (一) 147

## 一、完善原告资格限制 149

(一) 完善持股比例限制 149

(二) 完善持股时间限制 150

(三) 增加主观要件 151

## 二、明确被告范围 152

(一) 控制股东 152

(二) 实际控制人 154

(三) 发起人 155

(四) 清算组成员 157

(五) 交易相对人不宜作为被告 158

## 三、公司的诉讼地位 161

(一) 公司的诉讼参加模式 162

(二) 公司的诉讼参加方式 165

(三) 公司不享有派生诉讼阻却权限 169

## 四、其他股东的诉讼地位 170

(一) 法定通知制度 171

(二) 诉讼参加模式 171

(三) 诉讼参加条件 172

(四) 诉讼地位的具体构建 173

## 第七章 完善我国派生诉讼制度的若干建议 (二) 175

### 一、完善前置程序 177

- (一) 前置程序的意义 177
- (二) 接受请求的公司机关 178
- (三) 前置程序的例外 180

### 二、建立派生诉讼专属管辖 183

- (一) 派生诉讼管辖的意义 183
- (二) 派生诉讼级别管辖的确定 184
- (三) 派生诉讼地域管辖的确定 186

### 三、建立派生诉讼专用时效制度 187

- (一) 现行诉讼时效制度在派生诉讼中的现实困境 187
- (二) 现实困境的突破: 派生诉讼的专用诉讼时效制度 188

### 四、建立派生诉讼和解制度 190

- (一) 派生诉讼中和解的正当性 191
- (二) 派生诉讼和解制度的基本特征 192
- (三) 现行民事诉讼法法规检讨 192
- (四) 完善我国派生诉讼和解制度的若干建议 194

### 五、建立诉讼费用按非财产性案件收取制度 197

- (一) 现行诉讼费用制度存在的不足 197
- (二) 派生诉讼案件中诉讼费用的特殊性 198
- (三) 在派生诉讼中以非财产性案件的按件方式收取诉讼费用 199

### 六、增加诉讼费用担保制度 200

- (一) 申请主体: 采用日本模式即由被告申请 201
- (二) 适用条件: 采用主观模式即由被告证明 202
- (三) “恶意”的认定 203

- (四) 诉讼费用担保的最终适用应以原告承担责任为前提 204
- 七、建立诉讼费用补偿制度 206
  - (一) 请求补偿的前提 206
  - (二) 请求补偿的范围 208
  - (三) 请求补偿的对象 208
- 八、建立特殊情形下的个别比例赔偿制度 209
  - (一) 个别比例赔偿制度的意义 209
  - (二) 个别比例赔偿制度的具体适用 210
  - (三) 个别比例赔偿请求权与诉讼费用补偿请求权的关系 211

## 参考文献 213

## 致谢 230

# 导 论