

## 公司在股东代表诉讼中的地位研究<sup>\*</sup>

——基于 160 例民事判决书的类型化分析

李建伟<sup>\*\*</sup>

**摘要:**我国引入股东代表诉讼后的十余年间,公司在股东代表诉讼中的地位问题一直存在争议,司法实践中亦做法不一。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》(以下简称《公司法解释四》)将公司列为诉讼第三人之规定,面临着理论质疑与实务难题。基于域外法比较研究与本土裁判实证研究,原则上应当将公司作为共同诉讼参加人辅助原告一方参诉,例外作为无独立请求权第三人参诉。据此,构建公司参与股东代表诉讼的权利体系,有利于激励公司在股东代表诉讼中发挥积极作用,实现维护公司利益之立法目的。

**关键词:** 股东代表诉讼 公司 第三人 共同诉讼参加人 诉讼权利体系

### 引言

公司在股东代表诉讼中的地位问题,比较法上

---

\* 感谢张坤梅同学在样本案例收集与整理上的杰出贡献。

\*\* 中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师。

亦广泛关注,处理模式不一。美国赋予公司双重地位:公司是实质原告,同时,股东起诉时须将公司列为被告,作为诉讼中“不可或缺的一方当事人”;英国则将公司列为名义被告也即形式被告。在大陆法系,公司不被列为被告,自愿参诉。日本为防止原告股东与被告董事串通意图借诉讼牟利,公司既可以作为原告股东的共同诉讼参加人,也可为原、被告双方中任何一方的辅助参加人;在德国,公司是诉讼的加入者,公司可以提出与股东不同的实体或程序请求,且不受股东实体陈述的拘束,但不可以对诉讼标的做出处分。

我国2005年修订《公司法》引入股东代表诉讼制度,未规定公司在诉讼中的地位,司法实践饱受困扰。《公司法解释四》(征求意见稿)(2016年4月12日)曾规定“法院应当通知公司作为第三人参加诉讼”,2017年《公司法解释四》第24条规定“应当列公司为第三人参加诉讼”。但在此前的司法实践中,公司的诉讼地位并未统一。理论界亦存在共同原告说、名义被告说、有独立请求权第三人说、无独立请求权第三人说、多重身份当事人说等多种主张,其中无独立请求权第三人说乃多数观点,司法实践多与之一致,将公司列为无独立请求权第三人。但是在股东代表诉讼中,公司作为实体权益享有者、诉讼请求利益的归属者以及程序中的第三人,参诉发挥的作用却微乎其微,其诉讼地位明显与权利归属不平衡。随着各级法院受理、审理的股东代表诉讼案例的不断增多,暴露出的问题也不仅限于公司的诉讼地位这一表面问题,还包括公司是否必须参诉,以及参诉公司在诉讼中享有哪些权利、如何发挥作用等一系列相关问题,亟待进一步的深入研究。而针对这些问题,实证主义的类型化研究有助于共识的达成。

## 一、国内的学理讨论与司法实践立场

### (一)理论界观点

关于公司在股东代表诉讼中的地位,我国理论界可谓聚讼纷纭,通说至今不显。

### 1. 共同原告说

借鉴日本法,该说认为公司既可以作为原告股东的共同诉讼参加人,也可为原、被告双方中任何一方的辅助参加人。理由在于原告与公司有共同的诉讼利益,诉讼目的一致,同是维护受损的公司利益而参与到诉讼中,无论最终的裁判如何,结果均指向公司而非其他诉讼主体。而反对者认为,股东代表诉讼以穷尽内部救济为法定前置程序,唯在公司拒绝提诉之后,股东才得以自己名义代表公司提诉,此时将不愿意行使诉权的公司与股东置于同一诉讼地位,显然欠妥,且二者的利益未必一致,可能还会形成原告间的对抗,所以强行将公司列为共同原告显然并不恰当。<sup>[1]</sup>

### 2. 名义被告说

该说参照美国法,为诉讼方便和技术性,将公司列为诉讼中的名义被告。<sup>[2]</sup>不同于普通诉讼当中的被告,公司作为形式被告,应在诉讼中保持中立。美国法将针对公司拒绝原告股东的诉讼和针对公司利益被侵害的诉讼合二为一,该说就此认为公司怠于起诉的行为本身已经侵犯了股东的合法权益,而公司无法以原告的身份参与到诉讼中,那就应视为被告。<sup>[3]</sup>应当认为,该观点在我国不成立,美国法的规定,仅是在其特有的诉讼构造下的一种技术性安排,我国不具备这样的诉讼构造,因此不值得借鉴。

### 3. 有独立请求权第三人说

该说认为,股东行使的诉权原本属于公司,公司才是诉权的主体,

---

[1] 参见钱玉林:《论股东代表诉讼中公司的地位——法制史的观察与当代的实践》,载《清华法学》2011年第2期;甘培忠:《论股东派生诉讼在中国的有效适用》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2002年第5期;刘桂清:《公司治理视角中的股东诉讼研究》,中国方正出版社2005年版,第137页;奚晓明主编:《公司诉讼的理论与实务问题研究》,人民法院出版社2008年版,第307页;蔡元庆:《股东代表诉讼中公司的诉讼参加问题研究》,载《华东政法学院学报》2007年第2期。

[2] 参见刘俊海:《公司法学》,北京大学出版社2008年版,第178页。

[3] 参见杨路:《股东代表诉讼提起权》,载《人民司法》2003年第4期;刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社2004年版,第321页;陈群峰:《审判视野下的公司诉讼研究》,法律出版社2013年版,第109页;王岩:《略论股东派生诉讼的当事人》,载《前沿》2002年第2期。

应当属于有独立请求权第三人。<sup>〔4〕</sup>在股东代表诉讼中股东本身不是诉权人,只是在诉权人——公司不能或者拒绝行使诉权时,才得依法律授权以自己名义提诉,而诉讼中涉及的实体权利义务依旧为公司所享有或负担,因此公司对诉讼标的具有请求权。但质疑之处在于,公司并不符合以有独立请求权第三人地位参诉的条件。展开言之,根据《民事诉讼法》第56条第1款的规定,“对当事人双方的诉讼标的,第三人认为有独立请求权的,有权提起诉讼”,可见,有独立请求权的第三人只能以起诉的方式参诉;并且有独立请求权第三人在诉讼中既非原告主张支持者,亦非被告主张支持者。实际上,无论是原告胜诉还是被告胜诉都将损害其权益,有独立请求权第三人实为维护自身权益才以独立的实体权利人的地位向法院提起新的诉讼。<sup>〔5〕</sup>换言之,公司如作为有独立请求权第三人参诉,应以本诉中的原被告为被告,其地位相当于原告,而在股东代表诉讼中公司并未提起新的诉讼,且公司会受到代表诉讼判决结果的约束,不能再提起新的诉讼,因此公司作为有独立请求权第三人不成立。

#### 4. 无独立请求权第三人说

该说认为,股东基于维护公司利益的目的而提起代表诉讼,诉讼的结果最终归于公司,故公司对股东代表诉讼的处理结果具有法律上的利害关系,符合无独立请求权第三人的条件。<sup>〔6〕</sup>支持者认为,该说既符合诉讼理论,又与我国现行民事诉讼制度相协调。<sup>〔7〕</sup>质疑在于:首先,无独立请求权第三人对诉讼标的不存在独立的请求权,而在股东代

---

〔4〕 参见沈贵明:《有关股东代表诉讼范围及诉讼当事人确立的探讨》,载顾功耘主编:《中国商法评论》,中信出版社2006年版,第52页。

〔5〕 参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2015年版,第145页。

〔6〕 参见沈贵明:《有关股东代表诉讼范围及诉讼当事人确立的探讨》,载顾功耘主编:《中国商法评论》,中信出版社2006年版,第52页;文新:《股东代表诉讼中公司诉讼主体地位辨析》,载《政治与法律》2015年第6期。

〔7〕 参见胡滨、曹顺明:《股东派生诉讼的合理性基础和制度设计》,载《法学研究》2004年第4期;丁艳琴:《派生诉讼的法律适用问题——股份有限公司的少数股东权益保障》,载《黑龙江省政法干部管理学院学报》2002年第1期。

表诉讼中原告股东行使的请求权恰恰是公司的请求权;<sup>[8]</sup>其次,提诉股东代公司行权且胜诉利益归属于公司,难谓“公司对诉讼标的无直接利害关系”,<sup>[9]</sup>此与无独立请求权第三人的特征明显不符。综上,无独立请求权第三人说与我国实证法不合。

### 5. 多重身份当事人说

该说认为,公司在股东代表诉讼中具有复杂的诉讼地位:首先,公司具有形式被告的身份;其次,公司是实质上的原告;再次,公司还可成为第三人;最后,公司为法院提供诉讼证据时还可能是证人。但是公司具有多重身份<sup>[10]</sup>这一学说更像是对于公司所处地位的事实描述,而不是严格意义上的定性学说。还有学者提出,公司在股东代表诉讼中拥有何种地位应考虑案件的具体情况:若公司认为原告股东提起的代表诉讼行为妥当,符合公司权益的保护,为了协助原告尽快结束诉讼,实现利益保护的目,可作为共同原告参诉;反之,为防御股东的不当诉讼行为,公司可作为第三人辅助被告一方参诉。<sup>[11]</sup>该说的合理之处,是考虑到了公司在股东代表诉讼中角色之重及诉讼地位之复杂,让公司针对不同的诉讼情形选择不同的角色,不无启发意义。但是,根据现行民法法理和实证法的当事人制度,让同一主体在不同的情形下选择不同的角色,既不符合实际,也没有理论根据,似不可取。

综合以上,除了多重身份当事人说的多角度描述之外,其余几种定性观点都有与公司地位、权利实态相矛盾的地方。相对而言,共同原告说、名义被告说或是存在硬伤,或是在我国水土不服,第三人说尤其无独立请求权第三人说,虽然亦有欠周延之处,但符合相对合理主义,故得以成为理论界的有力说,并得到司法实践压倒性的支持,本文样本案

---

[8] 参见刘俊海:《公司法学》,北京大学出版社2008年版,第178页;吴一平:《股东派生诉讼之比较》,载《甘肃政法学院学报》2006年第2期;钱玉林:《论股东代表诉讼中公司的地位——法制史的观察与当代的实践》,载《清华法学》2011年第2期。

[9] 参见刘凯湘:《股东代表诉讼的司法适用与立法完善——以〈公司法〉第152条的解释为中心》,载《中国法学》2008年第4期。

[10] 参见汤维建、戈琦:《确立股东代表诉讼制度的几个问题》,载《人民法院报》2004年3月3日,第4版。

[11] 参见蔡元庆:《股东代表诉讼中公司的诉讼参加问题研究》,载《华东政法学院学报》2007年第2期。

例显示公司以第三人出现的比例高达 84%, 详见后文的分析。

## (二) 司法实践的立场

早在 2005 年修订《公司法》引入股东代表诉讼之前, 此类案件在司法实践中已屡见不鲜, 在 2002 年全国法院民商事审判工作会议上, 最高人民法院主管副院长李国光表态支持股东行使权利代表利益受损公司提诉, 但未提及公司在诉讼中的地位。为明确这一点, 经济发达的东部沿海地区的部分高级人民法院出台了“指导意见”, 规定“公司应作为第三人参加诉讼”。<sup>[12]</sup> 2005 年正式引入股东代表诉讼的新《公司法》, 仍未提及公司的诉讼地位, 其后最高人民法院的意见仍将公司列为第三人加入股东代表诉讼当中。<sup>[13]</sup> 随着近年来股东代表诉讼数量在全国范围内的不断攀升, 公司的诉讼地位、诉讼权利等问题已然成为困扰司法实践的难题。规划中的《公司法解释四》一直将股东代表诉讼制度列为规范对象之一, 关于公司的诉讼定位在起草过程中也经历了多次反复。<sup>[14]</sup> 两次征求意见稿不断简化,<sup>[15]</sup> 直至最终演化为 2017 年公布的《公司法解释四》第 24 条所规定的“符合公司法第一百五十一条第一款规定条件的股东, 依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定, 直接对董事、监事、高级管理人员或者他人提起诉讼的, 应当列公司为第三人参加诉讼”。实务界将这一规定解读为“股东代表诉讼

---

[12] 《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见》(沪高法[2003]216号)规定“法院应通知公司以第三人身份参加诉讼”;《江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)》(苏高法审[2003]2号)规定“公司应作为第三人参加诉讼”;《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷若干问题的指导意见(一)(试行)》(京高发[2004]50号)也规定“公司应当作为第三人参加诉讼”。

[13] 《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》(鲁高法发[2007]3号)规定,“法院应将公司列为第三人加入到股东代表诉讼当中”。

[14] 参见邓峰、许德峰、李建伟主编:《最高人民法院公司法解释(四)理解适用专题讲座》,中国法制出版社2018年版,第426~427页。

[15] 2012年《公司法解释四》(征求意见稿)第50条规定,“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。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”;2016年最高人民法院《公司法解释四》(征求意见稿)第30条简化为:“人民法院受理股东依据公司法第一百五十一条第二款、第三款的规定提起诉讼的案件后,应当通知公司作为第三人参加诉讼。”

中股东行使的诉权原本属于公司,公司是诉讼利益的接收方”,<sup>[16]</sup> 股东代表诉讼的前置条件一经满足,公司对损害其和全体股东利益行为的诉权已经被替代而不得再行使,<sup>[17]</sup> 虽然公司在实体法上对诉讼标的享有请求权,但由于放弃诉权,由股东代其诉讼,故公司在股东代表诉讼中只能列为第三人。<sup>[18]</sup> 在参诉的方式上,本条规定“应当”旨在强调保障公司的诉权。<sup>[19]</sup> 概而言之,股东代表诉讼中公司本应作为原告参诉,但在现行民事诉讼理论框架内,更宜认定其为第三人。但公司是否真正符合第三人的特征,以及认定其为第三人是否妥当仍存在很大争议。<sup>[20]</sup> 但理论的争议并未影响实践中法院倾向将公司列为无独立请求权第三人。

## 二、裁判经验的实证分析及发现

我们以“股东代表诉讼”“股东派生诉讼”“《中华人民共和国公司法》第 152 条”“《中华人民共和国公司法》第一百五十二条”“《中华人民共和国公司法》第 151 条”“《中华人民共和国公司法》第一百五十一条”6 个字段为检索关键词,将审理日期期间设置为“2006. 1. 1—2017. 1. 1”,在“北大法宝”“无讼”检索案例,获得 291 例,再行甄别、整理,去除重复案例、重要信息不全案例、串案等,获得有效的股东代表诉讼判决书

[16] 参见云闯:《公司法及司法解释(四)要点剖析与实务操作》,中国法制出版社 2017 年版,第 178~179 页。

[17] 参见《最高人民法院法官阐释疑难问题与案例指导》编写组:《最高人民法院法官阐释疑难问题与案例指导——公司法解释四卷》,中国法制出版社 2017 年版,第 366 页。

[18] 参见杜万华主编:《最高人民法院公司法解释四理解与适用》,人民法院出版社 2017 年版,第 555 页。

[19] 同上书,第 556 页。

[20] 参见邓峰、许德峰、李建伟主编:《最高人民法院公司法解释(四)理解适用专题讲座》,中国法制出版社 2018 年版,第 428 页。

160例,组成本文的研究样本。<sup>[21]</sup>

### (一) 股东代表诉讼的实践特征

我们首先在如下几个维度观察样本案例,归纳股东代表诉讼的特征,从而加深对公司在股东代表诉讼中地位的理解,有针对性的分析公司应在其中的地位。

#### 1. 涉案公司的类型分布

表1显示,股东代表诉讼多发生在有限公司,仅有3例发生在股份公司,其中上市公司仅1例,即三联商社少数股东诉三联集团侵犯商标专用权纠纷案。<sup>[22]</sup> 这种情况的出现首先与两类公司的存量占比有关,根据国家统计局的年度数据,有限公司数量占绝对有时,二者之比约为1:14。<sup>[23]</sup> 其次,与有限公司的封闭性特征有关。有限公司的股东于公司经营的参与度更高,公司利益受损时采取措施更加积极。最后,与两类公司不同的原告股东资格限制有关,有限公司中为单独股东权,任何

---

[21] 样本收集可能存在以下局限性:一是“北大法宝”“无讼”的更新速度具有一定的滞后性;二是案例仅限于各级法院在数据库中公布的案例。此外还要说明一点,部分判决书的内容较为简单,尤其是部分一审终审的判决书缺乏对案情基本事实的阐述,一些判决书可谓法条加判决结果,缺少说理。当然,这本身并不影响案件的代表性和对股东代表诉讼案件审理的整体特征和趋势把握,且较为全面反映出本文所要研究的问题。另外需要说明的是,在本文发表之前,我们用同样的检索方式检索“2017.1.1—2020.1.1”期间的股东代表诉讼案例,初步获得517例,年均约172例,这显示最近三年来的股东代表诉讼数量有较为显著的增长,且3年间呈现递增趋势。对这517例案例样本的初步分析表明,由于2017年8月底出台的《公司法解释四》第24条明确规定“应当列公司为第三人参加诉讼”,由此明确了公司在股东代表诉讼中的第三人地位,所以其后期间的裁判不再纠结于公司为原告、被告抑或第三人,但是,这一期间的裁判关于公司为何种类型的第三人、公司的诉讼权利享有、公司的参诉方式、诉讼立场等本文讨论的主要争点问题依然存在。在此意义上,本文关于2006~2016年的股东代表诉讼的样本案例研究的意义于今后仍不失其价值。更重要的是,本文之所以专门选择《公司法解释四》出台之前2006~2016年度(其中2006年1月1日是确立股东代表诉讼的2005修订《公司法》开始实施之日)的案例作为研究样本,就是要探讨在实证法关于公司诉讼地位安排相对不明确的背景下我国各级法院的裁判实态,以便更“原生态”地展现法院、原告股东、被告高管、公司等诸类主体组织诉讼与参与诉讼的实态,避免实证法规定在先的“先入为主”。

[22] 江苏省高级人民法院民事判决书(2009)苏民三终字第0181号。

[23] 截至2015年12月31日,股份公司为158,864家,有限公司多达2,219,754家。参见国家统计局官方网站,2016年9月20日访问。



股东均得提诉,而股份公司中为少数股东权,原告股东的持股时间和持股数量均有较高的要求。

**表 1 涉案公司的类型分布**

公司类型	案例数(例)	占比(%)
有限公司	157	98.1
股份公司	3	1.9

## 2. 涉案公司的股东人数分布

表 2 显示,除去有 32 个案例无法查明涉案公司的股东人数外,<sup>[24]</sup>其余 128 例涉案公司的股东(自然人、法人股东)人数不超过 5 人有 111 家,股东人数 5 人以上的仅有 17 家。可见,涉案公司基本上为股东人数较少的有限公司,此类公司的封闭性更强,更易出现多数股东、实际控制人操控公司的情形,控制人可轻易地与公司关联交易致使公司受损,而被控制的公司无法行使诉权,需由其他股东代替公司提起股东代表诉讼。因此,需要科学定位公司在股东代表诉讼中的地位,赋予公司相应的程序参与权利,以保障公司在庭审中表达真实意思,有利于维护公司利益的目的实现。

**表 2 涉案公司的股东人数分布**

股东数量	案例数(例)	占比(%)
1~2 人	61	38.1
3~5 人	50	31.3
超过 5 人	17	10.6
数量不明	32	20

## 3. 被告类型分布

根据《公司法》第 151 条等规定,在股东代表诉讼当中可能作为被告的主体有公司董事、监事、高管(以下简称“董监高”)、控股股东、实际控

[24] 判决书中未提到涉案公司的股东人数,也无法从当事人的案件陈述中得知股东数量信息,企业信息公示系统也不能确定案发时的股东人数。

制人以及上述主体的利害关系人,我们按照被告有无直接控制公司意思的能力,将其分为两类:一是直接控制人,包括董监高以及控股股东、实际控制人,案由主要涉及“损害公司利益纠纷”“损害股东利益纠纷”“股东出资纠纷”等;二是间接控制人,也即直接控制人的利害关系人,<sup>[25]</sup>案由主要包括“股权转让纠纷”“其他合同纠纷”“清算纠纷”等,此类主体常在交易过程中侵害公司利益,证据搜集相对容易,一般不对公司的正常经营产生直接影响。根据表3,股东代表诉讼的被告以直接控制人为主,占比78.1%,其中大部分为控股股东、实际控制人,其中控股股东又多兼任董事长、执行董事,这意味着被告对公司具有基于股权、管理权的双重控制权,牢牢地控制着公司意思,法院此种情况当审慎对待公司意思。但间接控制人作为被告的案件中,被告并不直接控制公司的意思,法院审理时可以考虑适用商业判断规则,尊重公司意思自治,激活和康复公司治理,<sup>[26]</sup>把握公司自治与司法干预之间的平衡。<sup>[27]</sup>

表3 被告类型分布

被告类型	案例数(例)	占比(%)
公司直接控制人	125	78.1
公司间接控制人	35	21.9

#### 4. 审级情况

表4显示样本案例的60.6%进入二审程序,3.1%进入再审程序。这可以解读为股东代表诉讼的案情较为复杂,各方当事人争讼激烈,公司在此类诉讼中的地位不明或也是重要原因,故若能妥当定位公司参诉地位,有效发挥公司在诉讼中的作用,有助于法官快速查清案件事实。

[25] 参见李小宁:《公司法视角下的股东代表诉讼》,法律出版社2009年版,第282页。

[26] 参见刘俊海:《公司自治与司法干预的平衡艺术:〈公司法解释四〉的创新、缺憾与再解释》,载《法学杂志》2017年第12期。

[27] 参见刘诗瑶:《我国股东代表诉讼制度完善进阶研究——以〈公司法解释四〉为切入点》,载《河北法学》2018年第11期。

表 4 股东代表诉讼的案件审级情况分布

案件审级	案例数(例)	占比(%)
一审结案	58	36.3
二审结案	97	60.6
再审结案	5	3.1

## (二) 公司的诉讼地位之多维描述

表 5 显示了公司参诉情况,其中的一审情况是:有 46 例公司经法院通知后未参诉,法院缺席审理,另有 3 例公司参诉情况不详,余下的 111 例中公司均参诉。二审的全部 97 例中,有 63 例公司参诉。再审的 5 例中,有 4 例公司参讼。一审、二审均三成公司未参诉,如何提高公司参诉率成为待解难题。

表 5 公司参诉情况分布

审级	公司参诉情况	案例数(例)	占比(%)
一审	参诉	111(160)	69.4
	未参诉	46(160)	28.7
	不详	3(160)	1.9
二审	参诉	63(97)	64.9
	未参诉	34(97)	35.1
再审	参诉	4(5)	80
	未参诉	1(5)	20

表 6 显示,公司参诉的一审、二审、再审的总计 178 例中,有 47 例的公司参诉方式不详,判决书未显示信息,剩余的 131 例中有 87 例的公司自愿参诉并派代表出席审理,另有 44 例的公司由法院追加为第三人并通知出庭后选择出庭。我们倾向于认为上述 47 例的公司的可能属于由法院追加为第三人并通知出庭后选择出庭的情形。由此可见,公司为维护自身利益而积极自愿参诉的比例不高。

表6 公司参诉的方式

参诉的方式	案例数(例)	占比(%)
自愿参加	87	48.9
法院通知	44	24.7
不详	47	26.4

表7显示,有公司参加的111例一审诉讼中,公司2例为原告,6例为被告,94例为第三人,9例未显示诉讼地位。可见司法实践中公司的诉讼地位尚不统一,但绝大多数列为第三人。故而公司作为第三人的诉讼地位当如何展开亟待解决。

表7 公司在一审中的地位

公司地位	案例数(例)	占比(%)/111例
原告	2	1.8
被告	6	5.4
第三人	94	84.7
不详	9	8.1

表8显示,进入二审程序的97例中,上诉人仅有3例为公司,被上诉人仅有10例。究其原因,首先在于公司一审中的诉讼地位。既然大部分案例中公司是一审的无独立请求权第三人,如一审判决其不承担责任,就无权提起上诉。其次,公司在一审判决书承担责任,通常会在二审中作为上诉人或被上诉人。上引3例中公司作为无独立请求权第三人,其与外部人之间的法律行为被法院撤销,公司认为法院的判决影响其正常的商业经营,损害了其经济利益,因此提起上诉。除此之外,公司仍作为第三人参与到二审程序。表8还显示,以无独立请求权第三人身份参诉的62例,占比63.9%,这一比例低于一审的84.7%,因为还有22.7%的公司未参加二审诉讼。如果除去公司不参诉的情形,公司作为第三人的比例为83.6%,与一审的比例基本相当。至于样本的5例再审案,其都不是公司发动的,在此不赘。

表 8 公司在二审中的地位

公司地位	公司数量(个)	占比(%)
上诉人	3	3.1
被上诉人	10	10.3
第三人	62	63.9
未参诉	22	22.7

### (三) 公司的诉讼立场与原告胜败诉

公司在诉讼中的立场能够反映公司对股东提诉的态度,公司的诉讼立场、态度与公司在实证法上的诉讼角色之间的关系,引人深思。表 9 显示,一审程序中被列为第三人的公司,经法庭传唤后仍有超过 20% 的并未到庭参加审理(内有 8 例的公司处于清算或者即将解散的状态),还有个别公司虽出席审理但保持中立立场,还有相当比例的裁判文书看不出公司立场。这说明,确有部分公司参诉态度消极,被法院以通知方式“拉入”诉讼后,要么选择缺席应对,要么到庭不表达立场。在股东代表诉讼当中,原告股东负有对被告侵权行为的举证责任,而公司作为被侵权一方处于掌握证据的优势地位,故而如公司不参诉或在诉讼中保持中立,不利于侵权事实的证成,实为不利于原告,或曰视为对于被告的无声支持也是恰当的。基于此再看表 9 中的 94 例样本,其中共 81 例公司实质上支持被告(包括明确中立 2 例、不清楚立场 22 例、未到庭 19 例、明确支持被告 38 例),可见,作为第三人的公司在股东代表诉讼中绝大多数倾向于不支持原告的立场。

表 9 还显示一审中公司的诉讼立场与原告胜诉之间的关联。如公司支持原告,则原告的胜诉率接近 54%;反之,原告胜诉率下降到 34%。在公司持中立立场的 43 例(包括 2 例到庭的明确中立,未到庭的 19 例视为中立,立场不清楚 22 例视作中立)中,胜诉率为 56%。以上数据表明,除去公司持中立立场的场合,股东代表诉讼的原告胜诉率与公司的诉讼立场呈现显著的正相关关系,加入公司持中立立场的因素后,则呈现一种复杂的相关关系。故公司诉讼立场与原告胜诉之间是否存有因果关系尚不明晰,后文详述。

表9 公司作为第三人参加一审的到庭情况及立场分布

单位:例

到庭情况	到 庭				未到庭	总数
	支持原告 的立场	支持被告 的立场	中立立场	不清楚		
案件数	13	38	2	22	19	94
原告胜诉	7	13	1	12	11	44

表10显示,以全部样本160例案件的终审结果来计,终审原告胜诉的有75例,被告胜诉的为83例,原告的胜诉率略低于被告,另外2例的其中1例以调解方式结案,<sup>[28]</sup>1例因原告撤诉结案。

表10 终审的胜诉方分布

终审胜诉方	公司数量(个)	占比(%)
原告	75	46.9
被告	83	51.9
调解	1	0.6
撤诉	1	0.6

表11显示,在原告最终败诉的83例中,因为前置程序败诉的有28例,因为其他程序问题败诉的有4例,其余51例均由于实体法律问题败诉。进一步梳理裁判文书发现,实体法律问题主要集中在原告所主张的案件事实缺少证据、属于公司内部经营决定事宜、公司利益并未受到损失等三个方面。

表11 原告败诉原因分布

败诉原因	公司数量(个)	占比(%)
前置程序问题	28	33.7
其他程序问题	4	4.8
实体法律问题	51	61.5

[28] 最高人民法院民事判决书(2008)民二终字123号。

#### (四) 实证研究的发现与启发

##### 1. 公司参诉的实态

上述的样本数据显示两个基本信息:第一,有相当比例的公司不参加股东代表诉讼;第二,公司作为无独立请求权第三人参诉是常态。根据裁判文书显示的信息,未发现有公司以起诉方式加入诉讼的情况,基本上是以法院通知方式加入。根据《民事诉讼法》,有独立请求权第三人以起诉的方式自愿参加正在进行的本诉;无独立请求权第三人则通过由法院通知或者自己提出申请这两种方式参诉。我们不难借此推断出,公司在股东代表诉讼中的第三人,实为无独立请求权第三人。<sup>[29]</sup>

##### 2. 公司参诉的强制性

在一审程序中,接近1/3的公司被法院通知作为第三人参诉时却依旧选择不出庭,或虽参诉却持中立立场或者不表明立场。出现这种现象的原因有三种可能性:一是公司的意思由被告或其关联人所控制,上述诉讼立场对于被告方有利;二是公司本身无法准确判断被告是否侵犯了自己利益,只能留待法院审理案件作实质上的判断,因此选择不表明立场或者无法表明立场;三是公司认为原告股东完全可以代表自己维护其合法权益,自身没有必要表明立场。

##### 3. 公司的诉讼立场的裁判价值

上文统计分析的结论是,股东代表诉讼的原告胜诉率与公司的诉讼立场呈现显著的正相关关系,即诉讼中获得公司支持的一方更可能胜诉。究其原因:一方面,公司对自身的经营状况、被告是否有侵权行为更为了解,可以提供更多更有力的证据;另一方面,在实体权益的判断上,法官也相当重视公司的立场。但是,样本也显示,有相当比例的公司选择广义上的中立立场,理论上认为,中立立场对负有举证责任的原告方不利,但从样本统计上看,中立立场似乎并未影响裁判结果,其原因有二:一是在我国现有诉讼模式下,公司作为第三人特别是无独立请求权第三人,拥有的诉讼权利有限,因此其立场对案件的裁判结果影响较小;

---

[29] 虽然立法与理论上存有独立请求权第三人与无独立请求权第三人之分,但裁判文书上仅仅列明第三人,并无进一步的分类,所以要判断裁判文书上的第三人之具体类别,还需要进一步研判。

二是司法实践中特别是股东代表诉讼案件中往往容易出现公司被诉讼一造尤其公司控制人一造所控制的情形,故在诉讼中往往不能自由表达自己的立场,法官对此类证据的采用持谨慎态度,故公司在案件的审理过程中的作用受到抑制。

### 三、反思与回归:公司在股东代表诉讼中地位的法理重塑

域外法经验的比较研究与借鉴,以及本土审判实践的实证分析发现,有助于我们从应然和实然两个角度来重新审视公司在股东代表诉讼中的地位安排,并将关注重心放在公司于诉讼中权利体系之构建上,以勾勒出关于公司地位安排的理性规则体系,更好发挥其在股东代表诉讼中的应有作用。

#### (一)公司的诉讼地位反思

##### 1. 共同原告说证伪

前文指出,共同原告说主张公司才是股东代表诉讼真正意义上的原告,当原告股东提诉时应将公司追加为共同原告。<sup>[30]</sup>理由在于,股东行使的诉权不是来自公司的委托而是来自法律的直接授权,股东行使的权利实质上是公司的权利,但公司不同于自然人,是否提诉或者应诉须由公司意思机关决定,当其拒绝或者怠于起诉时,公司本身无法提诉,公司代表者处于缺位状态,股东代表诉讼制度即解决代表者缺位之策,所以股东在代表诉讼中的地位相当于公司代表机关,此时公司理应可以成为共同原告。在司法实践中,该学说并非主流意见,但在《公司法解释四》出台前,上文表6显示样本中仍有法院将公司作为原告的案例。<sup>[31]</sup>公司作为共同原告不符合我国民事诉讼法上的当事人理论构造与规则设计,除了前文引用的理论上的质疑理由外,可结合实证研究发现进一步论证。

[30] 参见钱玉林:《论股东代表诉讼中公司的地位》,载《清华法学》2011年第2期。

[31] 北京市第一中级人民法院民事判决书(2006)京一中民终字第15092号,北京市第一中级人民法院民事判决书(2014)一中民终字第5729号。



首先,从诉讼立场看,如让公司以共同原告的身份加入诉讼,公司将无法在诉讼中实施与原告股东不一致的行为,显然与司法实践不符。无论如何,公司诉讼地位的设计,应赋予公司在诉讼中选择自己立场的自由,在股东代表诉讼中,公司意思常受被告或其关联人控制,公司诉讼立场与原告股东相左是常态;同时,也不排除公司认为股东利用代表诉讼来谋取个人利益,进而原告股东的提诉利益与己不一致,此时将股东、公司同列为原告,岂不自相矛盾?其次,从诉讼利益的视角来看,共同原告说假定股东提诉的目的是为维护公司利益,但股东提诉存在打着维护公司利益的幌子争夺自己的利益的可能。前文的表1、表2显示,股东代表诉讼案件绝大多数发生在股东人数5人以下的有限公司,且股东通常兼任公司管理层,公司人格在股东间的利益争夺中被弱化,因此原告股东举起维护公司利益旗帜的背后实质上可能是股东之间对公司控制权的争夺。再次,从公司自身及其代表机关的身份来看,矛盾在于,既然原告股东作为公司的代表机关提诉,如还要公司参诉,不仅是叠床架屋之弊,且会出现代表人、被代表人同时出现在同一法庭的奇怪场景,与代表制度原理相悖。最后,从公司的意思逻辑来看,股东提诉的前提是其向公司提出起诉请求后遭拒绝,尔后股东得以成立代表诉讼,此时如允许公司又“复活”为原告,作为共同原告参诉,与这一制度适用的前提自相矛盾。

## 2. 名义被告说证伪

前文指出,名义被告说主要借鉴英美立法例,出于技术考虑将公司作为名义被告,并在诉讼中保持中立立场,理由在于股东提起代表诉讼是由于公司不当拒绝了其请求,名义上是要求侵权者赔偿对公司造成的损失,实为针对公司的拒绝维护自身合法权益,因此公司应作为名义被告参诉。表7显示,确有6例公司作为被告;公司作为第三人参诉的94例中,选择广义被告立场的占86.2%。上述数字透露司法实践的两个重要表象:其一,公司极少充当被告参诉;其二,作为第三人的公司更多的倾向于被告的立场。在此意义上,名义被告说与司法实践中公司的诉讼立场最相契合。但即便如此,名义被告说在诉讼理论与规范制度上均有抵牾之处。其一,从诉讼利益的视角,原告、被告在诉讼中具有直接的利益冲突,二者针对同一诉讼标的有不同的利益主张,但在股东代表诉讼

中,无论原告的真实意图如何,其利益主张应与公司利益一致,因为整个制度是建立在原告股东提诉是以维护公司利益为目的的假定之上,舍此,制度不复成立。并且,公司的利益损害来自被告或其关联人,公司不能起诉多因受被告控制之故,公司本身是利益受损的一方,此时若将公司列为被告,在原告股东胜诉的情况下,将会出现被告向被告给付利益的荒谬的局面。<sup>[32]</sup>一言以蔽之,股东代表诉讼中的利益关系,通常为原告股东同公司利益一致,而公司同被告利益冲突,此时若以公司为被告,则利益关系错乱,实属逻辑混乱。其二,从公司的诉讼身份的独立性来看,民事诉讼中当事人之确定,不是依据诉讼主体是否为实体权利义务的主体,而是依据是不是以自己名义起诉、应诉。其三,英美法系将公司列为名义被告是因为法院需对公司的不起诉行为进行审查,这是出于审理方便及保证程序正义的技巧设计。但我国的情形与此不同,公司不能、拒绝抑或怠于起诉的行为仅是股东提起代表诉讼的前置程序,股东提诉后法院审理的对象是被告的侵害公司利益的行为,而对于公司不起诉行为本身不复审查。<sup>[33]</sup>但是,若公司未受被告及其关联人控制而可以自由表达自己意志,亦不排除公司基于其对案件整体情况的了解,而自由选择自己的诉讼立场,并在诉讼中提出自己的主张与证据,这也有助于法官快速了解案件事实、解决纠纷。

### 3. 有独立请求权第三人说证伪

按照前引有独立请求权第三人说的主张,股东所行使的诉权本为公司所有,公司对原告股东所主张的诉讼标的有独立的请求权,且二者之间的诉讼利益具有一致性;如原告股东提诉的动机不当,公司可以行使独立诉权,对本诉中的原告侵害其利益的行为提诉。前文的样本显示,虽然大部分案例中公司处于第三人的地位,但未出现公司针对原被告提出新诉讼请求的情形,这一点与有独立请求权第三人说不合,从诉讼理论言之,作为有独立请求权的当事人,公司应以本诉中的原告、被告为共同被告提出独立的诉讼请求,这与股东代表诉讼中公司与原告股

---

[32] 参见刘金华:《股东代位诉讼制度研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第132页。

[33] 参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2015年版,第108~109页。

东的诉讼利益同一的假定不合。另外,在代表诉讼的独特机制中,公司作为组织体,理论上不可能作真正中立的第三方而将股东、高管同时置于绝对的对立面,公司只有“选边站”。综上,有独立请求权第三人说不成立。

#### 4. 无独立请求权第三人说质疑

无独立请求权第三人说作为理论界的有力说,也为司法实践所广泛采纳。实践情况正如表7所显示,参加股东代表诉讼一审的公司超过80%作为第三人参诉,而既非有独立请求权第三人,则理应为无独立请求权第三人。但是,该说无法解决公司在司法实践中的四个尴尬:其一,据《民事诉讼法》第56条第2款的规定,无独立请求权第三人对两造的诉讼标的没有独立的请求权,但在股东代表诉讼中的公司不仅对诉讼标的享有独立请求权,恰恰参诉正是为了实现该请求权,虽然公司当初拒绝或者怠于行使诉权,但仅因此丧失程序诉权,诉讼利益及实体权利仍归于公司。其二,同为诉讼当事人,无独立请求权第三人的诉讼权利范围受限,此与公司在股东代表诉讼中的实际地位矛盾。其三,如依照无独立请求权第三人的制度运行,原告股东一旦撤诉,公司将不具备继续诉讼的资格,能否再提起相同的诉讼,尚需一番斟酌。其四,如股东起诉不符合公司利益,公司也很难及时阻止不必要的代表诉讼。

### (二) 公司的诉讼地位重塑:共同诉讼参加人制度之引进

#### 1. 共同诉讼人之安排

“共同原告说”、“名义被告说”以及两类“第三人说”都无法合理的解释公司在股东代表诉讼中的地位全貌,公司地位的不清晰会导致公司的权利不明,不利于其诉讼作用的发挥。应当说,简单套用传统民事诉讼法的当事人制度与理论来解释股东代表诉讼中的公司角色与地位,不仅面临概念上的矛盾,理论上的附会与解释上的苍白,在方法论上也是可疑的。股东代表诉讼问题之提出,根源于公司治理的失灵,旨在解决公司意思不能自主甚至为侵权者(潜在的被告)所控制时的起诉意思“复活”之困局,所以对公司的诉讼地位的理论解释与制度建构,不仅要重视对于民事诉讼法的当事人理论的依托,还要立足于公司组织法的基本规则,就前者而言,要更多要借鉴大陆法系的制度范式;就公司组织法

的视角,我国公司治理的制度安排更类似于日本公司法。借由此两点,日本的共同诉讼参加人制度之于我国的借鉴意义更值得关注。

作为大陆法的日本引入英美制度后形成自己的特色:《商法典》第268条第2款规定,“原告股东在提起代表诉讼之后,公司或其他股东可以参加诉讼”。<sup>[34]</sup> 2005年日本《公司法典》第849条第1款规定,公司在参加股东代表诉讼时有自由选择权,其可以选择作为共同诉讼参加人辅助原告一方或者作为辅助参加人,允许公司可以辅助股东代表诉讼的任何一方参诉。为了防止股东在代表诉讼中与董事抱为一团导致股东败诉,损害公司利益,同时保证公司参诉的机会,第849条规定诉讼告知程序,要求提诉股东必须毫不迟延地将提诉一事向公司告知。<sup>[35]</sup> 这一规定一是确保公司对于参诉的主动选择权,二是确保裁判对选择不参诉的公司因股东履行了告知程序而产生参加效。<sup>[36]</sup> 关于公司参诉的形态与性质,学上说素有共同诉讼参加说、共同诉讼辅助参加说、辅助参加说、普通共同诉讼说、独立当事人参加说等五说,以前说为通说。<sup>[37]</sup> 该说认为,受判决效力所及而具有当事人适格的第三人,得以当事人的地位参加该诉讼,而与该诉讼当事人一方成为共同原告或被告。<sup>[38]</sup> 该说的优势在于更能妥适保护公司的利益,因为承认公司为诉讼的适格当事人,公司自然应受法院判决的效力约束,同时,公司在诉讼中有较灵活的权利,得在双方当事人中任选一方进行诉讼辅助。具体而言,公司在收到原告股东或者法院的诉讼告知或通知后,若选择参诉,只能作为原告股东的共同诉讼参加人;若选择不参诉但在诉讼过程中又要求参加的,可以选择作为原告股东的共同诉讼参加人或者辅助被告一方的无独立

---

[34] 吴建斌:《日本公司法规范》,法律出版社2003年版,第112页。

[35] 参见[日]近藤光男:《最新日本公司法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第318页。

[36] 参加效,即辅助参加诉讼所产生的判决效力,主要见于德国《民事诉讼法》第68条、日本《民事诉讼法》第46条以及我国台湾地区“民事诉讼法”第63条。

[37] 参见陈磊:《日本股东代表诉讼程序保障机制及对我国的借镜》,载《法律研究》2016年第2期。

[38] “共同诉讼参加说”认为,受判决效力所及而具有当事人适格的第三人,可以当事人的地位参加该诉讼,而与该诉讼当事人一方成为共同原告或被告。参见陈磊:《日本股东代表诉讼程序保障机制及对我国的借镜》,载《法律研究》2016年第2期。

请求权第三人。<sup>[39]</sup>

## 2. 公司作为共同诉讼参加人

(1)我国现行民事诉讼当事人理论有共同诉讼参加人制度引入的空间。受苏联理论的影响,我国没有如日、德那样使用诉讼参加制度。诉讼参加,也称第三人诉讼,是指为了保护自身民事权益,第三人参加到他人已开始的诉讼中去的一种诉讼行为。<sup>[40]</sup>日本《民事诉讼法》依据与本诉利害关系的强弱将诉讼参加人分为三类:辅助参加、共同诉讼参加和独立当事人参加,<sup>[41]</sup>对应我国现行当事人制度,辅助参加人类于我国的无独立请求权第三人,独立当事人类于我国的有独立请求权第三人。而共同诉讼参加属于我国立法的空白,日本《民事诉讼法》第52条第1款定义为:“对于当事人的一方和第三人必须合一确定诉讼标的时,该第三人可以作为共同诉讼人参加该诉讼。”<sup>[42]</sup>与辅助参加人相比,共同诉讼参加人要受法院裁判的约束,其独立性处于必要共同诉讼人与辅助参加人之间,与当事人的关系更类于必要共同诉讼。<sup>[43]</sup>通过共同诉讼参加,参加人与该诉讼的一方当事人形成共同诉讼人的关系,享有当事人的地位,诉讼资料统一收集,判决对共同诉讼参加人均产生效力。<sup>[44]</sup>同

[39] 江伟教授主张,目前的无独立请求权第三人分为两种类型:准独立第三人和辅助参加的第三人,准独立第三人对本诉的诉讼标的享有权利或负有义务,因而具有当事人的诉讼地位,辅助参加的第三人是真正意义上的无独立请求权第三人,在他所辅助的本诉当事人向其提出独立的诉讼请求时,该第三人不得对主当事人主张本诉判决对其无拘束力,第三人辅助参加的作用在于产生参加的效力。参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2015年版。这一观点在诉讼法学界得到认同,如未做特别说明,本文之后的无独立请求权第三人即指辅助参加的第三人。

[40] 参见常怡主编:《比较民事诉讼法》,中国政法大学出版社2002年版,第370页。

[41] 参见《日本新民事诉讼法》,白绿铨编译,中国法制出版社2000年版,第45~47页。

[42] 常怡主编:《比较民事诉讼法》,中国政法大学出版社2002年版,第373页。

[43] 我国的共同诉讼分为必要共同诉讼和普通共同诉讼。但在日、德分为固有的必要共同诉讼和类似的必要共同诉讼,后者指仅由全体利害关系人中的一人或数人起诉或被诉,仍不失为当事人适格,那些本该成为本案共同诉讼人的人未参诉并不影响法院对该案的审理,法院不得依职权追加,但判决的效力则及于未参诉的利害关系人。参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2015年版,第132~133页。

[44] 参见[日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第89~90页。

时为了保证参加人的知情权,进而保护其听审权和实体权利,日本《民事诉讼法》第53条规定:“在诉讼系属当中,当事人可以向能参加诉讼的第三人进行诉讼告知,受到诉讼告知的人,即使选择不参加诉讼,也视为已经参加诉讼,法院判决对其产生效力。”此即诉讼告知制度,对未参诉的共同诉讼参加人、辅助参加人产生参诉的效果。日本《公司法典》第849条第1款规定:“股东或股份公司可以作为共同诉讼人,或者为辅助一方当事人,参加与责任追究等之诉相关的诉讼。”据此,公司在股东代表诉讼中既可作为原告股东一方的共同诉讼人,也可选择成为被告董事一方的辅助参加人参诉。此外,股东提起代表诉讼时须向公司进行诉讼告知,确保公司及时知悉诉讼进展情况,公司同时拥有参诉地位的选择权,这有利于公司根据案件的实际情况做出切合实际的选择,维护自己的利益,也可以更好地发挥公司作用,帮助法院快速查清案情。我国现行民事诉讼当事人框架内的第三人只有两类,有独立请求权第三人和无独立请求权第三人,没有关于共同诉讼参加人的规定,如果在第三人的条文中增加关于共同诉讼参加人的规定,并不会与现有民事诉讼法框架发生冲突,反而会更加适应社会发展变化,促进司法的完善和进步。

(2)共同诉讼参加人制度符合我国的诉讼实际需求。首先,公司作为原告方的共同诉讼参加人参诉,符合股东代表诉讼的特点。公司作为共同诉讼参加人参与股东代表诉讼,没有增加新的诉求,公司拥有当事人的部分权利和义务,法院的裁判对公司当然具有约束力。原告股东提诉的目的与公司参诉的目的均为维护公司权益,此为两者共同参诉的根基。同时,股东代表诉讼中的公司享有诉讼告知权,也即公司接到该诉讼告知后视为案件当事人,法院的裁判效力及于该共同诉讼参加人。借此,目前我国股东代表诉讼中遇到的法院裁判对于未参诉或虽参诉但不承担责任的公司的判决效力问题迎刃而解。其次,公司作为共同诉讼参加人参诉既能提高诉讼效率,也可以更好发挥股东代表诉讼的制度功能,实现公司利益保护及少数股东利益保护的平衡。股东代表诉讼是把“双刃剑”,确实具有制约管理者的功效,但使用不当,也会走向事物的反面,成为干预管理者经营管理、阻碍公司健康发展的工具。<sup>[45]</sup> 将公司

---

[45] 参见郝磊:《股东诉讼的实施问题研究》,中国法制出版社2012年版,第216页。

作为共同诉讼参加人是用好这把“双刃剑”的重要前提,作为共同诉讼参加的人公司,将享有相较于无独立请求权第三人更为丰富的诉讼权利:一方面,更为丰富的程序参与权利使其可在诉讼中发挥更大的作用,亦能有效限制原、被告之间合谋损害公司利益的行为;另一方面,更为丰富的实体权利使公司得以深度参与到诉讼当中,帮助法院查明案件事实,有利于维护公司利益这一目的的实现;在特定条件下还可以向法院提出阻止诉讼的请求,以及时终止诉讼,节约诉讼成本。

### 3. 公司作为无独立请求权第三人

通过上文的实证分析我们发现,股东代表诉讼复杂多样,公司针对不同情况会选择不同的诉讼立场,仅赋予公司原告一方共同诉讼参加人的身份不能满足其在诉讼中的需求,故应当赋予公司根据案件的实际选择是否参诉以及在诉讼中立场的选择权。一旦出现原告股东滥用诉权恶意提诉等情况,公司得选择依附于被告以无独立请求权第三人的身份参诉、提供证据,这样有利于公司独立作用的发挥,节约司法资源,提高诉讼效率,维复公司的正常经营。

#### (三) 公司参诉的强制性分析

样本案例显示,法院在通常情况下会通知公司作为第三人参诉,如公司选择不参加,不妨碍法院做出裁判。作为权益受侵害的主体,公司是股东代表诉讼案件利益的享有者,如将公司强制纳入诉讼程序,有利于法官快速查清案件事实,提高诉讼效率,且提升将判决效力扩及至公司的程序正义,但强制公司加入诉讼确有悖于公司意思的一面。我国《公司法》关于股东代表诉讼的规定有两个空白:一是未规定公司的诉讼地位,二是未规定公司如何参诉。《公司法解释四》第24条第1款规定“应当列公司为第三人参诉”,回答了后一个问题,依照文义解释可理解为强制参诉模式,但应然层面上,尊重公司的选择应为更佳的选择,理由有三:一则,给予公司一定的参加选择权符合股东代表诉讼制度目的与初衷。原告股东代为行使诉权的前提是诉前依法履行了前置程序,可推断提诉符合公司的利益以及公司默许的态度,此时再强制其参与到诉讼中来也无实质性意义;如公司有相应证据证明原告提诉不合公司利益,可以参与到诉讼中来维护自己的合法利益。二则,即使公司因受不当控制而不能参诉,诉讼法上也能提供相应的救济。我国《民事诉讼

法》规定,第三人因不能归责于自己的原因而未能参加本诉,且本诉对自身利益造成损害的,可提起撤销之诉,理论上称为第三人撤销之诉,既然诉讼法上有此补救机制,没有必要强制公司必须参加股东代表诉讼。三则,公司的诉讼告知权也能为公司不必参诉,却有参诉的效果提供理论支撑。

#### 四、公司的诉讼权利体系

股东代表诉讼的目的是实现公司利益的救济,公司作为诉讼结果的最终承受者,诉讼进程及法院裁判与其利益息息相关。公司的诉讼地位安排固然重要,但诉讼地位的安排亦服务于权利的配置,最终决定公司能否在诉讼中发挥其应有功能的是公司是否有足够的诉讼权利。

##### 1. 诉讼告知权

为了保证公司的知情权和诉讼参与权,有必要赋予公司诉讼告知权利。代表诉讼中的诉讼告知,是指在诉讼系属中当事人以法定之方式,向作为第三人之利害关系人,作出诉讼系属之通知。<sup>[46]</sup>对于被告知人公司而言,即使未参加股东代表诉讼,因诉讼告知的存在,诉讼判决对公司亦有同参诉之效力。我国民事诉讼法中并没有这项规则,故在诉讼告知权的具体建构中应注意以下要素,首先,公司在一审、二审或者再审阶段均应享有诉讼告知权。其次,告知人可以是提诉股东,也可以是其他当事人。再次,他人应当通过法院,以书面的方式,向公司提供载有告知事由以及诉讼程序的告知书。最后,公司收到诉讼告知书中,不当然成为共同诉讼参加人或者第三人(辅助参加人),仍有权选择不参诉,但参诉与否并不影响判决效力及于公司。

##### 2. 诉讼阻止权

旨在维护公司利益的股东代表诉讼制度,在现实中存在被股东滥用,借以实现私利之可能。在以往实践中,此类案件大多被判决驳回诉讼请求。但诉讼并非一种经济的安排,被告作为公司管理层为应诉不得

---

[46] 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2016年版,第573页。



不抽身于公司的正常经营行为,公司的正常经营秩序被扰乱;而公司若选择参诉也会造成资源的浪费,进而间接影响其他股东的合法利益。避免诉讼成本最好的方法是赋予公司有条件的主动的诉讼阻止权,尽早结束不必要的诉讼,更好维护公司的经营利益。从表 12 可以看出,在公司直接控制人为被告时,董监高被诉违反忠实义务与勤勉义务相比,前者的原告胜诉率要高;间接控制人为被告时,原告败诉率远高于胜诉率。对于后者,尽管我国公司法上并无商业判断规则,但法院可能会受商业判断规则的理念影响,进行实质判断是否属于公司的正常商业判断,如是(常常是),将驳回原告的诉讼请求。

表 12 被告类型、案件事由与原告胜诉率分布

被告类型	案件事由	原告胜诉 (个)	占样本 比例(%)	原告败诉	占样本 比例(%)
公司内部人	勤勉义务	27	21.6	30	24
	忠实义务	39	31.2	27	21.6
	不详	0	0	2	1.6
小计		66	52.8	59	47.2
公司外部人	他人	9	25.7	26	74.3
共计		75	46.9	85	53.1

通常情况下,公司法对董监高的忠实义务要求更高,规范也周详,<sup>[47]</sup> 忠实义务的违反以董事、高管与公司之间具有利益冲突为前提,故通常不考虑主观过错;法院对董监高勤勉义务的违反判断非常审慎,保护董监高的商业判断规则的理念深入人心,通常会考虑主观过错程度。域外法上,对于违反勤勉义务的提告,法院应先对被告的主观过错进行审查认定,主观上无过错或者主观过错轻微的,出于尊重公司意思自治以及公司经营管理人理性人的有限性考虑,公司可以向法院申请终止诉讼,由法院对该申请审查并作出裁判。因此,股东代表诉讼针对的是董监高违反忠实义务的行为以及董监高有重大过失的违

[47] 参见《公司法》第 148 条。

反勤勉义务的行为。<sup>[48]</sup> 法院接诉后,应对原告股东提供的涉案管理层违反义务规则的相关证据先行审查,有较为充分的证据,法院据此立案,若不符合商业判断规则,法院可以考虑批准公司终止代表诉讼的请求。因此,公司如有确切的证据能够证明股东提起该诉讼目的非为维护公司权益且会损害公司利益,实为利用诉权滥诉的,可以在法院立案之后、审理过程中向法院申请驳回原告请求。这样,既不会过分限制股东提诉,同时也有利于提高审理效率,维持股东、公司之间利益的平衡。

### 3. 自行和解权

主要大陆法系国家民事诉讼中的诉讼和解制度,是指在法官的主持下由双方当事人达成以终结诉讼为目的的合意,和解协议经法院确认,即产生生效判决的效力。如仅从形式和功能上看,我国的调解、和解制度(下文不区分二者)与上述“诉讼和解制度”无本质区别,不论用“调解”和“和解”之名词,实质意义相同。<sup>[49]</sup>

关于公司在代表诉讼和解中的权利和作用,日本《公司法典》第 850 条规定:“在股份公司为非与责任追究之诉相关的诉讼和解当事人的场合,就该诉讼的诉讼标的的不适用民事诉讼法第 267 条<sup>[50]</sup>的规定。但,该股份公司做出承认的场合,不在此限。”换言之,在公司不是责任追究之诉的和解当事人的情形下,除非公司承认和解结果,否则和解对诉讼标的的不产生日本《民事诉讼法》第 267 条所确定的既判力。可见日本强调,由于股东代表诉讼的和解处分的是公司的利益,因此,和解必须经过公司的承认才会有效,即使公司没有参与股东代表诉讼。

我国公司法尚未对股东代表诉讼的和解结案做出规定。从样本案例看,通过和解结案的实例并不多,在浙江和信电力开发公司等与第三

---

[48] 参见胡宜奎:《比较法视野下的经营判断规则——兼论我国董事义务的完善》,载《江淮论坛》2011 年第 3 期。

[49] 参见杨建华:《大陆民事诉讼法比较与评析》,台北三民书局 1991 年版,第 83 页。

[50] 日本《民事诉讼法》第 267 条规定:“将和解或者承诺请求记载于笔录时,该记载具有确定判决同等效力。”

人通和投资控股有限公司损害公司利益纠纷案,<sup>[51]</sup>因不满一审法院的判决,原审原告上诉至最高人民法院,在最高院的调解下达成调解协议,此案后作为《最高人民法院公报》案例,一定程度可以代表司法实践对于股东代表诉讼中调解规则的观点,即调解需要经过公司的同意才能产生法律效力。质言之,在公司作为无独立请求权第三人不具有当事人的诉讼地位的背景下,诉讼和解协议的生效仍然需要经过公司的同意。后来这一规则也被写进了《公司法解释四》的草案当中,<sup>[52]</sup>但由于对于该条的具体实施方式以及类似情形该如何处理存在一定的争议,<sup>[53]</sup>《公司法解释四》最终删除了该条。延至2019年9月最高人民法院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第27条规定:“公司是股东代表诉讼的最终受益人,为避免因原告股东与被告通过调解损害公司利益,人民法院应当审查调解协议是否公司的意思。只有在调解协议经公司股东(大)会、董事会决议通过后,人民法院才能出具调解书予以确认。至于具体决议机关,取决于公司章程的规定。公司章程没有规定的,人民法院应当认定公司股东(大)会为决议机关”。由是,允许股东代表和解且赋予公司相应的同意权规则得以确立。应该说,这既有利于节约诉讼成本和司法资源,还能防止原告股东和被告特别是公司内部人作为被告时合谋损害公司权益的行为,如能达成“真和解”,也有利于从根本上解决矛盾。同时,这一规定还确立了法院在和解过程中的审判主持作用,

---

[51] 最高人民法院民事判决书(2008)民二终字第123号,裁判摘要:“有限责任公司的股东依照《中华人民共和国公司法》第一百五十二条的规定,向公司的董事、监事、高级管理人员或者他人提起股东代表诉讼后,经人民法院主持,诉讼各方达成调解协议的,该调解协议不仅要经过诉讼各方一致同意,还必须经过提起股东代表诉讼的股东所在的公司和该公司未参加诉讼的其他股东同意后,人民法院才能最终确认该调解协议的法律效力。”

[52] 《公司法解释四》(征求意见稿)(2012年)第54条规定:“人民法院审理股东代表诉讼案件,当事人达成的调解协议,应经公司股东会或者股东大会决议通过或者经全体股东同意”;《公司法解释四》(征求意见稿)(2016年4月12日)第34条规定:“人民法院审理股东依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定提起诉讼的案件,当事人达成调解协议的,应提交股东会或者股东大会通过调解协议的决议。有限责任公司未提交股东会决议的,全体股东应当在调解协议书上签名、盖章或者向人民法院出具同意调解协议的书面意见。”

[53] 参见邓峰、许德峰、李建伟主编:《最高人民法院公司法解释(四)理解适用专题讲座》,中国法制出版社2018年版,第430页。

原告股东如与被告诉讼和解,法院必须结合公司提供的证据和意见进行审查,重点审查公司的意思是否真实,有无其权力机关与被告重合或者被其掌控的事实。换言之,股东代表诉讼的当事人间的和解须经公司或其他股东认可,且通常还要接受法院的严格审查,以成为防范原被告私下串通或被告给予原告补偿而损害公司及其他股东利益的重要程序控制机制。<sup>[54]</sup>

#### 4. 公司的损害赔偿请求权

样本数据显示,原告股东最终败诉比例达到了 53.1%,值得探讨的是,原告股东败诉时,若公司因原告诉讼受有损害,公司是否可以对原告股东主张损害赔偿?若可以,其请求权基础为何?首先,公司作为独立的法人组织,是否参诉理应属于自治事项,无论提诉股东抑或法院都应对公司的商业判断给予尊重,如一些股东基于不正当目的不尊重公司作出的决定执意为诉讼行为,进而影响公司的正常经营活动,给公司造成损失的,自应赋予公司在一定条件下向败诉股东主张损害赔偿的权利。而争议在于损害赔偿的基础何在,有观点认为,公司对败诉股东主张损害赔偿的请求权基础为无因管理,<sup>[55]</sup>根据该理论,原告股东在为公司管理事务过程中,因故意、重大过失造成公司利益受损,则应当对公司承担赔偿责任。但质疑在于,原告股东乃依据法律授权代表公司以自己名义提诉,并不符合无因管理的构成要件。我们认为,“权利滥用说”更为妥当。禁止权利滥用是指导、评价民事主体正当行使权利的准则。<sup>[56]</sup>原告股东行使法律赋予的诉权时也应遵守禁止权利滥用原则,否则,由此给公司造成损失的,应当对该损失承担民事责任。具言之,如果法院依法裁判驳回股东提出的诉讼请求或者起诉,且公司因此遭受实际损失的,公司应当有权依据股东的过错情况,依据权利滥用请求股东承担相

---

[54] 参见邓峰、许德峰、李建伟主编:《最高人民法院公司法解释(四)理解适用专题讲座》,中国法制出版社2018年版,第430页。

[55] 参见胡宜奎:《股东代表诉讼中的公司参加问题研究》,南京大学2011年博士学位论文,第97页。

[56] 《民法总则》第132条规定:“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。”

应赔偿责任。<sup>[57]</sup> 这既有利于防止股东滥诉,也符合私法上保护民事权利一般原则。公司的损害赔偿请求权在《公司法解释四》起草过程中几经讨论,由于存在各方较大争议而最后未予通过,但并不意味着法院在裁决中不可以支持,通过今后在司法实践中继续积累经验,有望在恰当的时机确立之。

败诉股东究竟应赔偿公司的哪些损失?这一裁判细节值得探讨。首先,公司有权要求败诉股东承担因公司参诉而造成的直接损失,包括参诉的费用损失,如律师费、差旅费、鉴定费、保全费等支出,符合我国《民事诉讼法》《仲裁法》的一般规定。其次,因公司参诉而造成不可预期的间接损失,败诉股东不必承担。股东代表诉讼纠纷一般案情复杂,诉讼时间久,需要耗费的人力、物力大,可能会对公司造成各种损失甚至一些交易机会的丧失,败诉股东如需承担这些不可预期的间接损失,会阻吓提诉股东,也不符合市场规则与侵权赔偿的法律原则,更不利于股东代表诉讼制度目的的实现。构建合理的股东赔偿责任机制,合理控制原告股东滥用诉讼损害公司利益的成本,减少不必要的诉讼,是必要的。<sup>[58]</sup>

### 5. 公司的再审申请权

公司法没有规定公司能否就股东代表诉讼生效判决提出再审。《公司法解释四》(征求意见稿)(2012年)第57条曾规定:“人民法院对股东代表诉讼案件作出的判决生效后,公司可以申请再审,持股时间和比例符合公司法第一百五十二条第一款规定的公司股东,有权代表公司利益以自己的名义申请再审。”但到了《公司法解释四》(征求意见稿)(2006年4月12日)删除了这一规定,最终的《公司法解释四》也没有这一规定。相比之下,日本《公司法》第835条第1款<sup>[59]</sup>对此有明确规定,

[57] 参见贺小荣、曾宏伟:《〈关于适用中华人民共和国公司法若干问题的规定(四)〉的理解与适用》,载《人民司法(应用)》2017年第28期。

[58] 参见刘诗瑶:《我国股东代表诉讼制度完善进阶研究——以〈公司法解释四〉为切入点》,载《河北法学》2018年第11期。

[59] 日本《公司法》第835条第1款规定:“在提起责任追究之诉的情形下,原告股东与被告合谋,使得有关责任追究之诉的诉讼目的为以损害股份有限公司权利为目的取得判决的,股份公司或股东对生效的终审判决,可以提起再审之诉,申诉不服。”引自《日本公司法典》,吴建斌等译,中国法制出版社2006年版,第446~447页。

如真的发生原告股东与被告董事诉讼中恶意串谋,故意损害公司利益而使公司遭受损失的,公司可以向法院申请再审。

根据表6、表7的统计数据,5个进入再审程序的样本案例中,有4例公司参与了诉讼,并在再审程序中作为原审第三人。这4例中有1例的公司与被告保持一致,2例与原告保持一致,还有1例的裁判文书没有显示公司的立场。上述4例的再审结果是原告股东与被告胜诉各半。虽然样本中没有公司提起再审的,但可以看到公司的积极参与对案件的审理有一定的影响。有无必要赋予公司在股东代表诉讼中再审申请权?回答是肯定的,即使公司未参诉,基于诉讼告知权,公司只要收到诉讼告知即具有诉讼参加的效果,法院判决对其有既判力,公司理应有权申请再审。尤其如日本公司法的特别规定情形,在原审判决因为原、被告之间的故意合谋或者原告股东为谋取个人利益而损害公司利益的,公司提起再审程序寻求权利救济,符合再审制度与股东代表诉讼制度的设立目标和初衷。

同时,公司提起再审的事由应当加以限制。再审程序的不当利用是司法资源的浪费,借鉴大陆法系尤其日本的做法,有必要对公司的再审事由加以限制。比如,仅针对原被告合谋故意通过诉讼损害公司利益的行为,公司得申请再审,同时若符合《民事诉讼法》第56条第3款规定,公司亦可提起第三人撤销之诉。撤销之诉的救济在股东代表诉讼中主要发生在侵权者为公司直接控制人的场合,如控股股东、董事控制公司而致使其无法参诉,原审法院未查明事实的情况。再审程序主要针对已经参与了诉讼程序的公司,认为裁判结果确有错误的场合。此两种救济措施与权利并不冲突,反而可以良性的互补。

## 结 论

作为一项舶来的法律制度,股东代表诉讼制度的引入并不是一套简单技术组合的引入,相较于“纸面上的法律”而言,“行动中的法律”即法律制度的实施问题更具有研究价值。我国引入股东代表诉讼制度已历十余年,审判实践经验是检验该制度在本土实施效果的最好工具。样本

案例研究发现,该类诉讼的数量整体上呈逐年上升的趋势,公司作为重要的诉讼主体和实体利益的享有者,在诉讼中的地位不明甚至处于严重缺位状态,不利于制度目的的实现。尽管《公司法解释四》明确了公司的当事人地位,但不仅其为何种类型的第三人尚有进一步解释的空间,关于其在股东代表诉讼中的一系列权利义务的安排更亟待深入研究,以求达成更大程度的法理共识,以及更妥当的制度安排。基于我国现行民事诉讼当事人制度理论,法院在审理股东代表诉讼案件时的通常做法是通知公司作为无独立请求权第三人加入代表诉讼中,而公司或者出席代表诉讼,或者缺席法庭审理,部分出席公司或站在原告立场,或站在被告立场,还有部分公司虽参诉,却并未表明立场,或持中立立场。公司在诉讼中的功能被一再弱化,既不利于法院及时查清事实,也不利于公司合法利益的保护。参考日本股东代表诉讼制度中关于公司诉讼地位的规定,并结合我国本土经验,将公司原则上定位为共同诉讼参加人协助原告一方,例外时作为无独立请求权第三人,借此可以强化公司在股东代表诉讼中的地位,提高公司的诉讼参与率,提升诉讼效率,确保诉讼正义的实现。同时,立法上也要明确公司在诉讼中享有更多的诉讼权利与实体权利,包括诉讼告知权、阻止诉讼权、自行和解权、损害赔偿请求权以及再审申请权等,同时引入经营判断规则,在公司、少数股东、管理层、控股股东、实际控制人等诸主体之间更好实现利益平衡,更好协调公司经营效率与公司正义,更好地发挥股东代表诉讼制度在公司治理中的功能与作用。

(编辑:谢贵春)