

## 论我国股东代表诉讼前置程序的完善

——以不起诉理由书制度为中心

朱大明\* 孙 慧\*\*

**摘要:**股东代表诉讼前置程序是否有效运行是一个关于股东代表诉讼功能发挥的重要问题。在我国股东代表诉讼前置程序的设计中,由于缺失了不起诉理由书制度,所以事实上公司对于股东的起诉请求往往会采用置之不理的态度,甚至连股东自己都仅仅是为了完成程式化的要求,而没有期待公司对自己的请求进行回复。这样的状态导致了整个前置程序陷入一种形式化的境地,进而严重影响了股东代表诉讼前置程序的功能发挥。因此,由于股东代表诉讼前置程序存在的重要意义,在我国股东代表诉讼前置程序中引入不起诉理由书制度,盘活前置程序,对我国股东代表诉讼制度的完善具有重要意义。

**关键词:** 股东代表诉讼 前置程序 公司治理 公司法

---

\* 北京大学国际法学院副教授、日本国立一桥大学法学博士。

\*\* 英国杜伦大学法学院博士研究生。

## 一、问题的提出

股东代表诉讼作为一种特殊的制度设计,通过法定的方式赋予了中小股东以代表公司起诉公司经营者以及控制股东的权利,从而使公司的经营受到了来自中小股东的牵制,这对于建立良好公司治理结构具有重要意义。然而,值得注意的是,这一制度将股东推向了公司经营者、控制股东以及公司的对立面,使制度的内在结构产生了一种结构性冲突。具体而言,起诉公司经营者以及控制股东的权利本来应当属于公司,但经营者以及控制股东事实上控制公司,因此,代表公司提起诉讼的股东起诉控制着公司的经营者以及控制股东,这一诉讼结构使股东与公司以及经营者、控制股东等主体之间在外观上处于明显对立的状态,影响了股东代表诉讼的合法性基础并可能会引发对股东代表诉讼功能的质疑与担忧。

在股东代表诉讼的制度设计中,前置程序的设定对于解决上述结构性冲突具有重要意义。一方面,从制度的属性上看,股东代表诉讼的诉讼提起权应当归属于共益权的范畴,<sup>[1]</sup>兼具代表性<sup>[2]</sup>与代位性<sup>[3]</sup>

---

[1] 参见赵万一、赵信会:《我国股东代表诉讼制度建立的法理基础和基本思路》,载《现代法学》2007年第3期;江头宪治郎:《株式会社法》(第7版),有斐阁2017年版,第128页。关于股东代表诉讼起诉权的属性,也有学者主张股东代表诉讼的起诉权应当归属于自益权的范畴。其主张的理由在于,在公司获得利润分配是股东最为重要的权利之一,获得利润分配的权利归属于股东的自益权。股东代表诉讼可以实现恢复公司利益的功能,当公司恢复利益后,就可以有更多的利润向股东分配。从这个意义上而言,股东提起代表诉讼是为了维护自身所享有的获得利润分配的权利,因此应当归属于股东自益权的范围(松田二郎:《株式会社の基礎理論》,岩波書店1942年版,第538页)。

[2] 所谓股东代表诉讼的“代表性”特点,主要是指从团体法的视角出发,股东作为团体的成员,当公司利益受到损害但却无法提起诉讼的时候,股东要代表全体股东追究加害人的责任,进而保护公司的利益[竹内昭夫:《株主の代表訴訟》,载《法学協會百周年記念論文集》(第3卷),有斐阁1981年版,第163页]。

[3] 所谓股东代表诉讼的“代位性”特点,主要是从公司机关的角度出发,认为股东作为公司的机关,当公司无法提起诉讼时,作为公司机关的股东应当提起诉讼,进而保护公司的利益[鈴木竹雄:《改正会社法における機関の問題》《改正商法釈義》,日本製版株式会社1950年版,第53页;松田二郎:《株式会社の基礎理論》,岩波書店1942年版,第534页;竹内昭夫:《株主の代表訴訟》,载《法学協會百周年記念論文集》(第3卷),有斐阁1981年版,第163页]。

的特点。这意味着股东代表诉讼的提起必须符合公司或者全体股东的利益,并且“代位”提起的诉讼应具有正当性与合法性基础。前置程序制度的建立通过优先保障公司的起诉权,充分尊重作为诉权本来的所有者——公司的权利,维护了公司的独立的法人人格,填补了股东“代位”公司提起诉讼的合理性基础。此外,前置程序使作为当事人的原告、被告以及公司之间保持有效的意思联络并明晰各方立场,甚至可以通过与股东进行沟通从而消除误会,这不仅有利于解决股东与公司以及经营者、控制股东等主体之间的结构性冲突,也可以通过更充分的信息交流明确股东代表诉讼是否符合公司的最佳利益。另一方面,股东代表诉讼制度为法院干预公司内部事务提供了合法途径,但是法院并不是公司经营方面的专家。<sup>〔4〕</sup>前置程序为公司提供了在司法机关介入之前及时发现和纠正错误的机会,有效地过滤掉不符合公司利益或者不成熟的诉讼,以确保提起股东代表诉讼的必要性与合理性,从而抑制股东滥诉、节约司法资源。

我国《公司法》中明确规定了股东代表诉讼的前置程序。具体而言,根据我国《公司法》第151条第1款的规定,我国的股东代表诉讼前置程序可以分为两部分:第一部分为原告股东如何在起诉前请求公司,要求公司提起诉讼;第二部分为公司在收到原告股东的请求后,如何针对原告股东的请求给予回复。但是,当前我国关于股东代表诉讼前置程序的规定,并没有对上述两部分内容进行详细规定,特别是对于第二个部分的内容,不仅没有规定公司如何回复股东,甚至都没有提及公司经营是否应当回复。由于这些制度的缺失,股东也无法期待公司对于自己的请求给予有价值的回复,进而使股东的请求可能会变成一种为了满足《公司法》形式上的要求而不得不履行的一种程序。而考察法律实务中股东代表诉讼制度前置程序的运行情况,也印证了股东代表诉讼前置程序处于一种失灵、形同虚设状态(本文将其称为形式化问题)的结论。这种前置程序的形式化问题不仅会严重影响股东代表诉讼制度的功能实现,而且由于弱化了股东对公司经营的牵制力,因此将会影响我国的公司治理结构。

---

〔4〕 沈贵明:《股东代表诉讼前置程序的适格主体》,载《法学研究》2008年第2期。

本文旨在针对股东代表诉讼前置程序形式化的原因,从法律制度的设计到法律实务中运行情况进行全面的整理与分析,并以建立不起诉理由书制度作为解决问题的手段,提出解决我国股东代表诉讼前置程序形式化问题的思路与具体方法,希望对于我国股东代表诉讼制度的完善提供有益的参考。

## 二、股东代表诉讼前置程序的结构设计与存在的问题

### (一) 我国股东代表诉讼前置程序的结构设计

所谓股东代表诉讼的前置程序,是指作为原则,股东在向法院提起股东代表诉讼之前,必须以书面的方式向公司提出请求,要求公司对损害公司利益的主体提起相应的赔偿诉讼。只有当公司决定不起诉时,股东才可以代表公司提起股东代表诉讼。

我国《公司法》第 151 条第 1 款与第 2 款明确规定了股东代表诉讼中的前置程序。根据该条规定,股东如果要针对董事、高级管理人员提起股东代表诉讼,作为原则,必须先以书面的形式向监事会(或者不设监事会的监事)提出要求公司起诉董事、高级管理人员的请求。股东如果要针对监事提起股东代表诉讼,必须先以书面的形式向董事会(或者不设董事会的执行董事)提出要求公司起诉监事的请求。只有当公司拒绝原告股东的请求时,或者是经过 30 天没有回复的,股东才可以提起代表诉讼。作为例外,如果股东不立即起诉将会给公司带来难以恢复的损害,或者当被告为公司的董事以及监事等情形而公司不存在合理的机关接受股东的请求时,<sup>[5]</sup> 股东可以不经前置程序而直接向法院提起股东代表诉讼。但无论如何,经过前置程序再提起股东

---

[5] 当公司董事和监事均为被告时,或者在不设监事会的公司中,监事任期届满后未选举产生新的监事,此时股东因为客观上无法履行代表诉讼的前置程序,而被法院豁免履行前置程序。例如,在李陆与周宇峰、刘桂芝损害公司利益一案中[最高人民法院(2015)民四终字第 54 号],法院认为中兴公司被告董事会成员和监事在同一案件中,无法既代表公司又代表被告,为了维护公司的利益,在本案的特殊情况下,应予免除股东履行前置程序的义务。

代表诉讼是股东代表诉讼制度中的原则,也是提起股东代表诉讼的最常见形态。

## (二)前置程序制度设计中存在的问题

### 1. 对股东书面请求缺乏规范的问题

根据我国《公司法》第151条规定,股东在提起代表诉讼之前,原则上应当以“书面的形式”请求公司董事会或者监事会提起相应的诉讼。除此之外,在《公司法》中并没有对于股东代表诉讼前置程序中“股东的请求”进行更多的规制。因此,由于对于“股东的请求”的具体操作,例如“股东的请求作为书面的文件,其具体的内容应当包括什么?”等问题在《公司法》中并没有明确。因此,从法律制度的设计上,仍有必要对于“股东书面请求”进行更为细致地规范。

### 2. 请求机关的制度安排中存在的问题

根据我国现行《公司法》第151条规定,在股东代表诉讼中,当被告的对象为董事、高级管理人员的时候,股东的“起诉请求”应当向监事会提出,当被告的对象为监事的时候,股东的“起诉请求”应当向董事会提出。在这样的结构安排中,存在以下几个方面的问题:

首先,关于请求机关的制度安排,我国的股东代表诉讼的被告范围是极为宽泛的,除了董事、高级管理人员、监事以外,还包括“他人”〔6〕。这一点也是我国《公司法》中股东代表诉讼制度最重要的特点之一。同时,还须指出的是,我国目前股东代表诉讼实例中,被告为

---

〔6〕 根据《公司法》第151条第3款规定,股东代表诉讼的被告范围中包括损害公司利益的“他人”。关于“他人”的范围是否包括所有损害公司利益的第三人,还是应当进行一定的限制?在《公司法》中并没有明确的规定,在学术界也存在争议,有学者主张从规范的目的性出发,对“他人”进行相应的限制(钱玉林:《〈公司法〉第151条的漏洞及其填补》,载《现代法学》2015年第3期)。也有学者主张应当从责任承担的角度来对“他人”进行一定的限制。具体而言,但如果该“他人”已经通过其他方式承担了相应的法律责任,为了避免该“他人”承担过重的法律责任,因此应当从被告的范围中排除出去(刘凯湘:《股东代表诉讼诉权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)。笔者认为,不应当对“他人”的范围进行限制。主要的理由在于根据我国当前股东代表诉讼的实际情况,还远没有达到担心滥诉的程度,因此,至少当前代表诉讼的完善方向不应当是对“他人”进行限制,而应当考虑努力促进代表诉讼的功能实现。

“他人”的案件数量占有相当大比例。<sup>〔7〕</sup>但是,在前置程序的制度设计中,在被告为“他人”的情形时,股东的“起诉请求”应当向谁提出?《公司法》并没有明确。

其次,请求机关应当具有中立性。只有请求机关满足中立性要求,能够合理地安排接受股东请求的公司机关,才可以切实地根据公司最佳利益决定是否起诉,由此形成对公司经营者更有力的牵制,有利于发挥股东代表诉讼在完善公司治理结构中发挥的重要作用。<sup>〔8〕</sup>在我国的股东代表诉讼前置程序中,根据被告的不同,接受“股东的请求”的请求机关分别为董事会或者监事会。如何保证“接受股东请求的公司机关”的中立性又是一个值得思考的问题,对于该问题,后文中将会进行详细讨论。

最后,在我国股东代表诉讼前置程序的制度设计中,对于“股东的请求”,公司(无论是董事会还是监事会)在收到股东的请求后,是否应当给予回复?公司法中对于该问题并没有明确规定。也由于《公司法》中没有强制要求,公司不予回复股东的请求就成了最好的选择。事实上,公司是否应当回复股东请求的问题绝不仅仅是简单的程序化问题,它影响着整个前置程序的功能发挥,甚至可能会影响到股东代表诉讼的功能实现。

对于上述问题,由于在《公司法》中缺失明确规定,因此,当原告股东在请求之前,如果已经可以预测到公司对于自己的请求不会给予回复、或者只能得到公司极为简单的回复,而不能达到自己期待的详细程度,那么,股东对于自己向公司提出书面请求也不会倾注更多的精力(当然,《公司法》对于股东的书面请求也没有进行详细规范),如此一来,前置程序的履行就可能会变成一种仅仅是为了满足法律程序上的要求而履行的程式。这样的机制显然对于前置程序制度作用的发挥产生重大的影响。

---

〔7〕 朱大明:《控制股东法律规制的路径与法理》,清华大学出版社2018年版,第172页。

〔8〕 关于股东代表诉讼制度的功能,最基础的功能包括两个:一是恢复公司利益,二是对公司经营者进行监督。由这两个基本功能进一步引申出诸多功能,如保护少数股东利益的功能,在公司治理中的功能等。股东代表诉讼在公司治理中的功能近年来越来越受到重视。

### (三) 前置程序在实务中的运行情况统计

#### 1. 统计的方法与范围

笔者通过在北大法宝数据库中进行搜索并辅以中国裁判文书网发布的相关裁判文书对2015年4月1日至2018年3月31日三年内发生的股东代表诉讼前置程序案件进行了整理与统计。<sup>〔9〕</sup>在北大法宝数据库中以“股东代表诉讼前置程序”“股东代位诉讼前置程序”“股东派生诉讼前置程序”为关键词,共有相关争议案件78件。再通过具体比照,排除其中重复的案件以及和股东代表诉讼前置程序无关的案件,最终获得有效案件67件。除此之外,尚存在数量更为庞大的股东代表诉讼的案件,但是这些案件的争议焦点基本都与前置程序无关。因此,虽然囿于数据库以及统计方法等原因,笔者的统计数字可能并不能完全涵盖所有有关股东代表诉讼前置程序的案件,但是基本可以体现股东代表诉讼前置程序制度最近三年中在法律实践中运营的情况。

#### 2. 统计的数据与分析

对与股东代表诉讼前置程序相关的67起案件,笔者从判决的结果出发,结合这些案件中具体的争议焦点进行了统计,具体结果如表1所示:

表1 整体概观表

项目	总体样本数	履行前置程序 进入诉讼	前置程序 被豁免	股东起诉因 前置程序履行 被驳回
数量	67起	26起	9起	32起
比率	100%	38.8%	13.4%	47.8%

〔9〕 有学者对于2005年《公司法》修改后到2015年3月31日之间的前置程序的适用情况进行了统计(龚博:《股东派生诉讼前置程序实证研究》,载《湖南科技学院学报》2016年第6期)。根据该统计,总体有效案件共有78件,其中履行前置程序进入诉讼的共有29件,占总样本的37.17%;前置程序被豁免的共有26件,占总样本的33.3%;因前置程序被驳回的共有23件,占总样本的29.43%;其中,因为未履行前置程序被驳回的共有15件,占总样本的19.23%。从总体上来看,该数据统计出的情况相比笔者统计的情况,除了豁免的比例比较高以外,其他方面的数据较为相近。



根据表1的统计可以发现,在26例案件中,原告被法院认为合法地履行了前置程序,案件进入实体问题的审查,占样本总数的38.8%。32例案件由于前置程序未履行或履行有瑕疵,原告股东被法院驳回诉讼请求,占样本总数的47.8%。被法院豁免履行股东代表诉讼前置程序的案件有9例,占样本总数的13.4%。

在9例被豁免履行股东代表诉讼前置程序的案件中,法院豁免股东履行前置程序的主要原因包括三类:一是股东无法在公司内部获得救济的合理途径(共有5例),包括公司缺乏主动提起诉讼的可能性<sup>[10]</sup>以及公司缺乏提供救济的公司机关;<sup>[11]</sup>二是案情满足《公司法》第151条第2款规定的紧急情况(共有2例);<sup>[12]</sup>三是由于原被告身份的原因,机械

---

[10] 香港配餐有限公司与青岛民航食品有限公司租赁合同纠纷上诉案,(2015)鲁民四终字第76号。在该案中,公司由被告控制,公司实际上缺乏主动提起诉讼的可能性,因此法院豁免原告履行股东代表诉讼的前置程序。李金秋等诉李奇公司利益责任纠纷案,(2017)京0115民初6448号。在该案中,原告为公司董事兼监事,本应以公司的名义提起诉讼。但是,原告并不控制公司的公章,因此无法以公司的名义提起诉讼,如不允许其选择股东代表诉讼,将使其丧失救济的合理途径。因而法院免除原告履行股东代表诉讼前置程序的义务。陈立清等诉宜兴市江南春房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案,(2015)锡民终字第251号。在该案中,公司涉嫌与被告(侵害公司利益的他人)恶意串通,因此原告没有经过公司,直接向法院提起了诉讼。

[11] 张真与王艳损害公司利益责任纠纷、公司解散纠纷案,(2014)佛城法民二初字第1333号。在该案中,公司在之前的案件中被法院判决解散,但在该案纠纷发生时,公司尚未组成清算组,公司实际上没有可以提起公司直接诉讼的机关,原告被法院豁免履行股东代表诉讼的前置程序。佛山泰丝维童装有限公司等诉张真公司利益责任纠纷案,(2016)京0106民初14029号。公司处于被法院判决解散但尚未组成清算组进行清算的阶段,原告被法院豁免履行股东代表诉讼的前置程序。

[12] 海龙仓置业有限公司、王士明与深圳市即达行国际投资有限公司、原审第三人上海瑞证投资有限公司损害公司利益责任纠纷案,(2015)沪高民二(商)终字第35号。在该案中,公司已与案外人签订房屋销售合同,原告为避免损失扩大,提起股东代表诉讼符合公司法规定的情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到损害的情形,因此法院豁免原告履行股东代表诉讼的前置程序。董永康等诉张丽娟公司利益责任纠纷案,(2015)苏商终字第00511号。在该案中,公司监事任期届满且无法选举新监事,纠纷中涉及的虚构债务已经产生可供强制执行的仲裁裁决,法院认为案情符合公司法规定的情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到损害的情形,豁免原告履行股东代表诉讼的前置程序。



地履行股东代表诉讼前置程序已经丧失了该制度的意义(共有2例)。<sup>[13]</sup>

根据表2的统计,我国关于股东代表诉讼前置程序的争议焦点主要集中在三个方面:前置程序是否履行、前置程序履行是否适当、原告是否为适格诉讼主体。必须要说明的是,不仅仅是被驳回的情形,包括表1中“履行前置程序进入诉讼”的案件中,双方的争议焦点也主要是围绕这三个方面。

表2 股东起诉因前置程序被驳回的原因表

原因	数量	比率
因前置程序未履行驳回	24例	35.8%
因前置程序履行不当被驳回	3例	4.5%
原告主体不适格被驳回	5例	7.5%

在股东起诉因前置程序被法院驳回的32例案件中,主要原因是由于未履行前置程序或履行前置程序存在瑕疵。具体而言,原告被法院驳回诉讼请求的案例中,数量最多的是股东没有履行前置程序的案件,共有24例,占样本总数的35.8%。此外,有3例案件,是法院认为股东未按照法律要求履行代表诉讼前置程序,占总样本总数的4.5%。在这3例案件中,前置程序履行不合法的情形包括通知机关存在瑕疵、<sup>[14]</sup>通知内容存在瑕疵、<sup>[15]</sup>股东在《公司法》规定的公司回复期间内提起诉

[13] 王亚平等诉王晓春公司利益责任纠纷案,(2015)嘉平商初字第654号。在该案中,原告为公司执行董事,被告为监事,法院认为如机械适用“前置程序”已无实质意义,故豁免股东履行股东代表诉讼的前置程序。留方等诉卢升萍等公司利益责任纠纷案,(2015)沈中民三终字第01476号。在该案中,原告兼公司监事和股东,法院认为如机械适用“前置程序”已无实质意义,故豁免股东履行股东代表诉讼的前置程序。

[14] 梅州市粤运汽车运输有限公司等与丰顺县益丰交通汽车有限公司损害股东利益责任纠纷上诉案,(2017)粤14民终551号。在该案中,法院认为股东履行代表诉讼的前置程序的瑕疵之一是向公司法定代表人发出通知,而非公司监事。

[15] 郑福气等诉黄惠萍公司证照返还纠纷案,(2016)闽0203民初15725号。在该案中,原告发出的通知,在内容上未明确要求董事、监事提起诉讼,在形式上亦存在瑕疵。

讼。<sup>[16]</sup>最后,剩余的5例案件为原告主体不适格被法院驳回诉讼请求的案件。法院认为原告不适格的主要原因是原告兼具公司股东和监事身份,应以监事身份作出起诉的意思决定,并以公司名义作为原告提起诉讼。但是,各法院对于原告兼具双重身份的案件处理存在明显差异,有3例案件中,法院认为在此种情形下,原告不是提起股东代表诉讼的适格主体,而驳回原告诉讼请求。<sup>[17]</sup>但是在另外的1例案件中,相似的案情,法院却因为股东的双重身份,认为其履行前置程序已经丧失了该制度的意义,因而豁免股东履行股东代表诉讼前置程序。<sup>[18]</sup>

值得注意的是,在搜集的67例案件中,只有4例案件在判决中简要提及公司对股东的请求通知进行了回复,<sup>[19]</sup>占总样本总数的5.9%,其中2例案件简要提及了公司回复的内容。该67起案例中均没有对公司回复的具体形式进行描述(见表3)。

[16] 宋森德等诉缪胜祥公司利益责任纠纷案,(2017)浙0603民初6558号。在该案中,原告以微信的方式向公司两位监事发出要求公司提起诉讼的通知。公司两名监事均以个人名义拒绝提起诉讼。原告认为其请求遭到了公司拒绝,遂提起股东代表诉讼。法院首先认可了原告以微信作为通知载体的行为。法院认为微信为输出文字成立意思表示的法律行为形式,可视为原告已向监事提出书面申请。但是,法院认为公司二监事均以个人名义拒绝提起诉讼,然监事会却未就该事项作出决议,该二监事的个人意志无法代表监事会的意志,应当视为监事会未就原告的申请作出回复。原告在监事收到申请函后不足三十日便向本院提起诉讼,至起诉日其尚无诉权,故法院驳回其诉讼请求。

[17] 李振声诉无锡市龙山建筑安装有限公司等侵权责任纠纷案,(2017)苏0206民初3810号;芮国祥诉李文金等公司利益责任纠纷案,(2017)苏0117民初4657号;深圳市新国融担保投资有限公司等诉韩玉收等借款合同纠纷案,(2017)粤民申7447号。

[18] 留方等诉卢升萍等公司利益责任纠纷案,(2015)沈中民三终字第01476号。在该案中,原告兼公司监事和股东双重身份,法院认为机械适用“前置程序”已无实质意义,故豁免股东履行股东代表诉讼的前置程序。

[19] 王云达与吴向阳、尹铭损害公司利益责任纠纷案,(2015)朝民(商)初字第66235号。该案判决中记录“公司监事回函称其无法筹措诉讼费用,同意由原告直接以其本人名义起诉”。西安蓝海洋实业有限责任公司等诉西安西北水电勘测设计实业集团有限公司公司利益责任纠纷案,(2017)陕01民终5970号,该案判决中记录“双方一直在交涉,西北水电公司也回复了函”。深圳市新国融担保投资有限公司等诉韩玉收等借款合同纠纷案,(2017)粤民申7447号,该案判决中记录,“原告书面请求谢某锋向法院提起民事诉讼遭到拒绝”。叶朝生等诉杭州瑞立房地产集团有限公司等公司利益责任纠纷案,(2014)浙杭商终字第2590号。在该案判决中写道:“监事会书面复函称收到请求,争议属于公司内部问题,应该内部解决。”

表3 在判决中是否涉及公司回复的问题表

内容	数量	比率
在判决中涉及公司回复相关信息的案件	4	5.9%
在判决中提及对公司回复的形式	0	0

### 3. 小结

根据上述统计,可以得出以下结论:

第一,由于法律没有要求公司必须回复,在前置程序的争议中,几乎所有的公司都没有回复股东的请求。

第二,超过79%的争议(排除豁免前置程序的部分与诉讼主体不适格的部分)都是围绕请求股东是否履行了前置程序或履行前置程序是否存在瑕疵,由此可以说明应当对原告请求进行更为详细的规范。

第三,在现行《公司法》的规定下,原告履行前置程序义务的要求可以说非常简单。如此简单的义务背后,却集中了超过79%(排除豁免前置程序的部分与诉讼主体不适格的部分)的争议,其原因值得深思。其中一个重要原因是原告股东根本不重视前置程序。另外,从案件的具体审理来看,法官对前置程序的审查也并非案件审理的核心问题。

第四,排除涉及豁免前置程序的情形,围绕前置程序制度适用的争议中,只有1个案例争议的内容是“通知内容存在瑕疵”,属于实体内容,其余都属于程序问题。由此可以看出,几乎所有前置程序的实施都是为了履行法定的程序要求,除此之外可以带给诉讼的实际意义几乎没有。

综上所述,通过统计前置程序的实施情况,从法律实务的角度印证了笔者对前置程序形式化的担忧是现实存在的。

此外,须要强调的是,前置程序形式化的问题是由于股东代表诉讼前置程序的制度设计中存在缺陷而导致的。因此,如果要改善前置程序的实施状况,首先应当从完善股东代表诉讼前置程序开始。

### 三、股东代表诉讼前置程序形式化问题的解决方法与具体路径

#### (一) 前置程序形式化问题的解决方法

##### 1. 应当对股东书面请求进行规范

“股东提出请求”是股东代表诉讼前置程序的启动部分,笔者建议对股东书面请求的内容作出具体的规范,即其内容应该具有明确的起诉对象、起诉理由以及建议公司采取的解决方案。对于起诉理由的阐述,应该足以达到能让公司了解具体的违法行为和违法程度,并附有弱化的举证责任。

在制度设计上,是否要求股东在这一阶段承担举证责任各有利弊,应该结合我国目前股东代表诉讼制度运行的具体情况采取对应的政策选择。一方面,要求股东承担举证责任,可以有效降低滥诉的可能性,因为股东很难在恶意诉讼的情况下搜集并形成完整的证据链以证明所谓的被告责任。但是,这样的制度安排将提高善意股东通过这一制度维护公司利益的成本,从而抑制了股东提起代表诉讼的可能性。另一方面,如果弱化或不要求股东承担相应的举证责任,只要求其就对股东请求起诉的行为进行明确地说明,将会极大降低股东提起代表诉讼的成本,从而提高股东提起代表诉讼的可能性。

在股东代表诉讼中,由于原告股东胜诉的利益归属于公司,股东只是间接受益,且这种间接收益根据所持股份的比例计算之后更为微小。因此,面对高昂的诉讼成本和有限的诉讼利益,股东选择“搭便车”的意愿事实上远远高于提起代表诉讼的热情。由于股东代表诉讼成本与收益之间的严重失衡导致在我国的法律实践中,少数股东、特别是股份有限公司少数股东通过提起股东代表诉讼来维护公司利益的内在动力明显不足。<sup>[20]</sup> 因此,当前我国股东代表诉讼制度的引导方向应当是如何减少诉讼障碍,激发股东提起诉讼。

---

[20] 参见黄辉:《中国股东派生诉讼制度:实证研究及完善建议》,载《人大法律评论》2014年第1期。

关于如何防范股东滥用起诉权恶意提起代表诉讼的问题,除了必须要考虑是否有必要之外,作为技术性的手段,公司法还可以采用要求股东承担举证责任的事前防范措施,也可以选择担保制度等事中防范措施。

## 2. 应当明确将监事会主席作为请求机关

根据我国的《公司法》规定,由公司的董事会(或者不设董事会时的执行董事)或监事会(或者不设监事会时的监事)为接受股东请求的机关。对此,笔者认为,由于董事会与监事会作为一个会议体,在决策中难免效率不高甚至互相推诿,因此,可以借鉴日本的制度经验,进一步明确权责,将监事会主席(监事会的代表机关)作为法定的接受股东请求的机关。作为例外,如果被告为监事会成员(包括监事会主体),那么由公司的董事长(董事会的代表机关)作为接受股东请求的机关。

这样的制度安排,可以明确接受股东请求的机关,避免不必要的混乱,同时,针对股东的请求,进行必要的调查与回复等工作也会自然归属于监事会主席的职权。由于监事会主席应当通过监事会会议决定是否提起诉讼,因此这亦有利于强化监事会的职权。在当前我国的公司治理中,强化监事会职权对于建立良好的公司治理结构具有重要意义。

此外,在股东代表诉讼中,起诉权本质上归属于公司,因此只有当公司怠于维护自身权益时,股东才可以代公司行使诉权。股东代表诉讼的前置程序某种意义上是股东确认公司意思的过程,前置程序的请求机关的基本法理应该指向公司。<sup>[21]</sup> 因此,法律在确定适格的请求机关时,应当充分考虑到该机关是否具有足够的中立性以公正地代表公司的意思。股东代表诉讼的目的虽然并非只是为了强化董事等经营者以及控制股东的责任,但可以预见的是,股东代表诉讼制度的确立会使董事和控制股东面临更多的风险责任。<sup>[22]</sup> 法律实践中,股东代表诉讼的常见案由主要包括公司董事、高级管理人员违反对公司的忠实、勤勉义务,发生侵占公司资产、侵夺公司商业机会、不公平的关联交易、怠于向第三人主张

[21] 参见沈贵明:《股东代表诉讼前置程序的适格主体》,载《法学研究》2008年第2期。

[22] 参见胡晓静:《德国股东派生诉讼制度评析》,载《当代法学》2007年第2期。

权利,以及控制股东参与不公平的关联交易损害公司利益、其他股东抽逃出资或未按约定缴纳出资等情形。<sup>[23]</sup> 由于董事会的其他成员可能与作为被告的董事或者控制股东之间存在更多的利益牵连甚至是私人感情,因此在由董事会作为股东的请求机关、来代表公司决定是否提起诉讼的制度安排中,很难期待董事会的决定具有完全的中立性。在这种情况下,利益关联较少的监事会相比于董事会而言显然更具有中立性,因此也更有可能是代表公司真实意思的回复。此外,作为我国公司治理中法定的监督机构,监事会的基本职能就是对公司的经营管理行为进行监督。因此,将监事会作为接受股东请求的机关似乎更为合理,但由于监事会是一个会议体,为了避免权责不明带来制度适用的混乱,应当将监事会主席作为法定的接受股东请求的机关,虽然最终的决定仍然需要监事会决议,但是这样会有效地推动监事会行使该决定权。

此外,如果公司的董事存在违法行为,而监事疏于监督或者甚至共谋侵害公司利益,股东将董事会和监事会成员全部列为被告,或者只以监事为被告,在这种情况下,公司的监事会与董事会都无法既代表公司又作为被告,因此,在明确监事会作为法定的股东请求机关之后,还有必要针对上述的特殊情形,进行特殊制度安排,允许豁免股东的前置程序义务<sup>[24]</sup>或是将股东大会作为股东代表诉讼前置程序中股东的请求机关来决定是否提起诉讼。

### 3. 应当对公司的回复进行规范

关于公司应当如何回复的问题,笔者认为最为核心的内容在于建立书面回复制度,也即不起诉理由书制度,以此强制要求收到股东请求的请求机关以书面的方式对股东的请求进行回复。对此,笔者将会在后文中进行详细说明。

### 4. 应当对公司回复期间作出调整

公司回复期间的初衷在于当公司收到股东请求后,为公司设置一个

---

[23] 参见朱大明:《控制股东法律规制的路径与法理》,清华大学出版社2018年版。

[24] 事实上,在我国的法律实务中,已经出现豁免原告股东履行前置程序义务的案例。例如在李陆与周宇峰、刘桂芝损害公司利益一案的上诉审中[最高人民法院(2015)民四终字第54号],最高人民法院就认定应当豁免原告股东履行前置程序的义务。

可以充分调查、考虑的期间。我国现行《公司法》第151条第2款将该期间规定为30日。

鉴于公司为了制定不起诉理由书必须要展开对股东请求的事项进行调查、整理相关资料等环节,才能进行有效地判断。尤其对于上市公司而言,调查活动本身可能还必须依赖于会计师事务所等外部机构,因此,如果要求公司必须书面回复股东,笔者认为30日的调查、考虑期间过短,可以考虑将该回复期间调整为60日。

## (二) 建立不起诉理由书制度的意义与路径

如上所述,在股东代表诉讼前置程序中,最为核心的制度是不起诉理由书制度。在我国现行《公司法》中,并没有在股东代表诉讼前置程序中规定不起诉理由书制度。笔者认为这是我国股东代表诉讼前置程序制度设计中的一大缺失。要解决前置程序形式化的问题,应当在前置程序中建立不起诉理由书制度。以下,笔者将围绕如何建立不起诉理由书制度进行探讨。

### 1. 不起诉理由书制度与前置程序的活性化

在股东代表诉讼的制度设计中,要求股东在提起代表诉讼之前,作为原则须书面请求公司提起诉讼,只有公司拒绝了股东的请求或者公司在收到股东书面请求的30日内没有提起诉讼的,股东才可以向法院提起股东代表诉讼。在上述程序中,公司在收到股东的书面请求后,如果决定不起诉,须以书面方式回复请求股东,即所谓的不起诉理由书制度。

关于不起诉理由书制度的具体内容,还可以进一步区分为很多的问题,主要包括形式和内容两个方面:首先,在形式上,主要涉及不起诉理由书是否包括电子形式、如何将不起诉理由书交付给原告股东等问题;其次,在内容上,主要涉及如何决定不起诉、不起诉理由书的说明程度等问题。后文将会对这些问题逐一进行说明。

如上所述,我国《公司法》中第151条中明确规定了股东代表诉讼的前置程序,但是对于前置程序的具体实施没有给出清晰的说明。2017年9月开始实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(以下简称《公司法司法解释四》)中虽然规定了股东代表诉讼的相关问题,但是并未涉及前置程序。因此,笔者认为,建立不起诉理由书制度,对于解决股东代表诉讼程序形式化问题、完善股



东代表诉讼的前置程序具有重要意义。主要包括如下三个方面:第一,有利于股东代表诉讼案件审理的顺利进行;第二,可以督促公司的经营者详细地调查股东请求的问题、慎重地对待股东的请求,从而激活前置程序制度,实现前置程序的功能,这对于股东代表诉讼制度的功能发挥都具有重要意义;第三,考虑到股东代表诉讼的诉讼对象绝大多数都是公司的董事以及控制股东,因此,不起诉的决定以及不起诉理由书的制作都将由公司的监事会完成。由此,不起诉理由书制度可以丰富监事会的职权范围,进而提高监事会的监督效果,这对于我国公司治理结构的完善显然是有益的。

## 2. 不起诉理由书制度的外国立法例考察

### (1) 美国

在美国,公司法属于州法的范畴。虽然各州法律几乎没有明确要求董事会须采取书面的方式对股东的请求予以回复,但是,在除了佛罗里达州以外的各州案例中,几乎都要求董事会对于股东的请求予以回复。<sup>[25]</sup>以特拉华州的规则<sup>[26]</sup>为例,当收到股东的诉讼请求后,董事会不能简单地忽略股东的请求,而应该明确回复是否采取股东所要求的行动。<sup>[27]</sup>董事会比较常见的做法是组建特别诉讼委员会,代理公司决策并负责全面调查股东请求起诉的行为。特别诉讼委员会在接到股东请求后应当及时答复,并确认进行调查的时间。<sup>[28]</sup>之后,应聘用专业的律师团队以及专家团队对股东请求公司起诉的行为进行全面的、善意的、

---

[25] See Deborah Demott, *Demand in Derivative Actions: Problems of Interpretation and Function*, U. C. Davis L. Rev., Vol. 6, 1986, p. 462.

[26] See Michael Dooley & Norman Veasey, *The Role of the Board in Derivative Litigation: Delaware Law and the Current ALJ Proposals Compared*, *The Business Lawyer*, Vol. 144(2), 1989, p. 508.

[27] See *Spiegel v. Buntrock*, 571 A. 2d 767, 775 (Del. 1990); *Kaplan v. Peat, Marwick, Mitchell & Co.*, 540 A. 2d 726, 731 (Del. 1988); *Scattered Corp. v. Chi. Stock Exch., Inc.*, 701 A. 2d 70, 78 (Del. 1997); *Grimes v. Donald*, 673 A. 2d 1207, 1218 (Del. 1996).

[28] See *Charal Inv. Co., Inc., v. Rockefeller*, 1995 BL 1082 (Del. Ch. Nov. 7, 1995).

客观的、细致的、符合常识的调查。<sup>[29]</sup> 最终,特别诉讼委员会将提交详尽的调查报告。在报告中必须记录调查的过程、基于公司的最佳利益作出是否提起诉讼的决定以及支持该结论的理由和证据,包括公司提起并参与诉讼的成本与收益、诉讼对公司声誉的影响、专家证人和其他诉讼程序可能产生的费用、被告董事的赔偿能力等内容。<sup>[30]</sup> 特别诉讼委员会作出的决定具有终止股东诉权的效力。除非出现法律规定的特别情形,<sup>[31]</sup>一旦股东的请求被董事会或特别诉讼委员会拒绝,该股东将无权再向法院提起代表诉讼。<sup>[32]</sup>

在美国的法律实践中,特别诉讼委员会的决定几乎都是拒绝股东的诉讼请求。<sup>[33]</sup> 由于特别诉讼委员会的决定会终止股东提起代表诉讼的权利,所以其调查和结论的有效性不可避免地会受到股东的质疑。以特拉华州的实践为例,法院审查的核心是不起诉理由书制作主体的独立性问题。特别诉讼委员会必须具有高度的独立性,可以独立、公正、客观地依据维护公司最佳利益的原则并作出相关决定。该独立性不仅体现在

---

[29] See Brad Brian & Barry McNeil, *Internal Corporate Investigations*, ABA Section of Litigation, 2003, p. 316; Michael Dooley & Norman Veasey, *The Role of the Board in Derivative Litigation: Delaware Law and the Current ALJ Proposals Compared*, *The Business Lawyer*, Vol. 144(2), 1989, p. 508.

[30] See Brad Brian & Barry McNeil, *Internal Corporate Investigations*, ABA Section of Litigation, 2003, p. 317.

[31] 例如,根据特拉华州的规则,如果股东在前置程序中提出的要求公司起诉董事的请求被公司的董事会错误的拒绝了(wrongfully refused),股东还可以向法院提起代表诉讼。

[32] See *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A. 2d 779,784 (Del. 1981); *Aronson v. Lewis*, 473 A. 2d 805,814 (Del. 1984); *Grobow v. Perot*, 539 A. 2d 180, 186 (Del. 1988); *Lewis v. Hilton*, 648 F. Supp. 725,727 (N.D. III. 1986) (applying Delaware law).

[33] See Minor Myers, *The Decisions of the Corporate Special Litigation Committees: An Empirical Investigation*, *Indiana Law Journal*, Vol. 84, 2009, p. 1310; Jonathan Macey, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, Princeton University Press, 2008, pp. 65 - 66; Daniel Morrissey, *The Path of Corporate Law: of Options Backdating, Derivative Suits and the Business Judgment Rule*, *Or. L. Rev.*, Vol. 86, 2007, p. 1003; Charles Murdock, *Corporate Governance—The Role of Special Litigation Committees*, *Wash. L. Rev.*, Vol. 68, 1993, p. 84; Robert Thompson & Randall Thomas, *The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits*, *Vand. L. Rev.*, Vol. 57, 2004, p. 1791.

特别诉讼委员会成员不能与被诉行为之间存在利益关联,<sup>[34]</sup>还体现在特别诉讼委员会必须得到董事会的全面授权并不受董事会的干扰,<sup>[35]</sup>甚至不能受到顾问团队的影响。<sup>[36]</sup>否则,其调查和结论的有效性可能会受到股东的质疑。股东可以向法院起诉,认为特别诉讼委员会的调查因不具有独立性或其结论违反了商业判断原则而无效。<sup>[37]</sup>如果特别诉讼委员会提交的报告被认为无效,除不能阻止股东提起代表诉讼外,该调查被请求行为的过程还会花费公司的大量资源,其成员可能会因为对股东请求起诉行为的调查失误而招致新的诉讼。<sup>[38]</sup>

## (2) 英国

英国是股东代表诉讼的发源地,<sup>[39]</sup>英国的现行公司法中并没有明

[34] 特拉华州股东代表诉讼的标志性案件中,法院认为在特别诉讼委员会拒绝股东的诉讼请求时,公司应该承担举证责任,证明该特别诉讼委员会的独立性、善意性和合理性。See *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A. 2d 779, 788 (Del. 1981); 在另一案件中,法院认为公平和客观是特别委员会组成的主要问题。如果特别诉讼委员会的成员与被诉董事存在关联,如果该委员会没有被公司董事会全权授权或者该委员会的行为违反了谨慎和开明的调查原则,最严重的情况下可能导致该委员会决议的无效。See *Biondi v. Scrusby*, 820 A. 2d 1148, 1156 (Del. Ch. 2003)。

[35] See *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A. 2d 779, 788 (Del. 1981); *Biondi v. Scrusby*, 820 A. 2d 1148, 1156 (Del. Ch. 2003)。

[36] 委员会必须尽早建立一些机制,与律师团队或其他专家定期召开会议。虽然顾问团队可以帮助委员会完成一些“繁琐的工作”,并提供一些建议。但这些建议只应以建议的形式提出。诉讼委员会成员必须批准这些建议,并有充足的机会提出自己的建议。如果需要选择或决策,那些决定必须是委员会的选择,而不是顾问团队的决定,否则调查将可能被视为“顾问调查”(counsel investigation),而被判定无效。See Brad Brian & Barry McNeil, *Internal Corporate Investigations*, ABA Section of Litigation, 2003, p. 308.

[37] *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A. 2d 779, 784 (Del. 1981)。

[38] Daniel Navigato, *What Is A Special Litigation Committee*, available at <https://blogs.lawyers.com/attorney/litigation/what-is-a-special-litigation-committee-7220/>, accessed June 4th, 2018.

[39] 股东代表诉讼产生于英国普通法,一般认为1843年的 *Foss v. Harbottle* 1843 67 ER 189 一案是股东代表诉讼的起源。但是,事实上在该案之后百余年间,英国法院只是把股东为维护公司利益所提起的诉讼当作少数股东的一种救济方式。直到1975年,英国上诉法院才在 *Wallersteiner v. Moir* (*Wallersteiner v. Moir* 1975 QB 373) 一案中,借鉴美国经验,明确引入了股东代表诉讼的概念。1985年英国在成文法中制定了股东代表诉讼的相关规则。普通法和成文法的两套规则导致这一制度适用的不确定性和模糊性。2006年,英国重新修订公司法,以成文法的方式全面替代普通法中关于股东代表诉讼规则。

确地在股东代表诉讼制度中要求履行前置程序。<sup>[40]</sup>但是,根据英国法院诉前行动指南(Practice Direction – Pre – Action Conduct)中的明确规定,股东必须遵守英国民事诉讼的相关程序向被诉董事和公司发出书面的诉前请求书(Letter Before Action)。其制度设计的理由在于英国法认为诉讼应当为原告保护其利益的最后一道防线,如果针对股东请求起诉的行为还有其他解决纠纷的途径,则不建议采取诉讼方式解决。<sup>[41]</sup>在诉前请求书中,股东应当列明请求公司起诉的行为的详细情况,要求公司对被请求行为进行纠正,并对请求书予以回复。当向公司或被诉董事一方发出诉前请求书没有实际意义或者有可能妨碍诉讼进行时,股东也可以根据情况不向公司或董事发出请求书。例如,如果被告是公司现任的所有董事,则股东不必再向公司发出请求书。<sup>[42]</sup>此外,如果提前通知被诉董事将产生打草惊蛇的效果从而妨碍诉讼程序的顺利进行,股东也可以只向公司发出诉前请求书。<sup>[43]</sup>英国公司法虽然没有明确规定公司内部接受股东诉前请求书的具体机关,但实践中,股东一般将请求书提交给公司董事会。

公司收到股东请求书后,可以寻求与股东达成内部解决方案。但是公司并不能决定股东是否可以提起代表诉讼。实际上,决定股东是否可以提起代表诉讼的机构是法院。被诉董事在接到股东诉前请求书后,应当于合理时间内<sup>[44]</sup>书面回复股东,说明其对于股东主张予以承认的部分以及存在争议的部分,并给出原因。<sup>[45]</sup>由于英国股东代表诉讼的制

---

[40] 英国现行公司法将股东代表诉讼分为两个阶段。第一阶段,股东向法院提出表面证据使法院相信并允许股东继续派生诉讼。如果法院拒绝了股东的请求,则派生诉讼消灭。公司和被告董事在这一阶段不需提供证据也无须应诉,第一阶段的诉讼程序实际上是司法防止股东滥诉的手段。如果法院认为股东的请求合理,则案件正式进入代表诉讼程序,被告董事和公司应参与诉讼,提供证据并进行答辩。

[41] Practice Direction – Pre – Action Conduct, art. 8. 1.

[42] Victor Joffe, David Drake, Gile Richardson, Danie Lightman & Timothy Collingwood, *Minority Shareholders: Law, Practice and Procedure*, Oxford University Press, 2015, p. 42.

[43] See *Wishart v. Castlecroft Securities Ltd.* 2009 CSIH 65.

[44] Practice Direction – Pre – Action Conduct, art. 7.2(3), 被告应在 30 日内回复原告的诉前信件,在个别情形下,可以延长至 90 日。

[45] Practice Direction – Pre – Action Conduct, Accessory A, art. 4.

度设计并没有赋予公司决定股东代表诉讼是否进行的权利,因此,公司在进入司法程序前,无须像美国公司那样花费大量的资源去进行调查。

必须要指出的是,英国法院诉前行动指南只是从程序的角度对诉讼中的问题进行了规范,其效力仅仅是一个类似于法院审判规则的文件。

### (3) 日本

日本在 2005 年将商法典中公司法的部分独立出来,制定了独立的公司法典。在 2005 年制定的公司法典中,日本对于股东代表诉讼前置程序制度以及不起诉理由书制度进行了详细地规定。

在日本的股东代表诉讼前置程序的制度设计中,“股东请求”的请求机关明确规定为公司,具体代表公司接收“股东请求”的请求机关原则上是公司的监事(日本《公司法》第 847 条第 1 款、第 386 条第 2 款第 1 项)。<sup>[46]</sup> 只有当被告为监事时,作为例外,代表公司接受请求的机关才是公司的董事。<sup>[47]</sup>

当监事决定不依照股东的请求提起诉讼时,必须制作不起诉理由书,并书面通知请求股东。为什么是监事而不是监事会,主要是从监事的职能出发,监事作为公司的法定监督机关,享有监督公司经营的法定职权,因此将调查股东请求事项的权利归入监事所享有的监督权之中,由监事对股东的请求事项进行调查,履行监事所享有的对公司业务经营的监督权,<sup>[48]</sup> 从公司经营权分配的合理性上来看,也更为妥当与合理。<sup>[49]</sup> 在此之上,进一步而言,将“请求机关”确定为监事,将“如何回

---

[46] 在日本公司法中,股东代表诉讼的被告范围集中在公司经营者。具体的范围包括董事、监事、高级管理人员以及公司设立时的发起人、清算阶段的清算人等。其中,毫无疑问,董事是最重要也是最常见的被告。

[47] 日本公司法对于接受股东请求的机关进行了严格而详细地规定。根据日本《公司法》第 386 条第 2 款第 1 项的规定,在股东书面请求公司提起诉讼时,该书面材料如果采用邮寄的方式送达公司,那么应当将公司的监事作为收件人。在被告为监事时,应当以董事为收件人。如果股东写错了收件人,那么可能会被法院认定原告股东的起诉请求是无效的[东京地方裁判所商事研究会:《種類別会社訴訟》(第二版),判例タイムズ社,2008 年,第 289 页]。

[48] 根据日本《公司法》第 339 条第 2 款的规定,日本的监事会中采用“独任制”的立法模式。换言之,就是每一名监事都可以独自行使监督权。

[49] 参见高橋均:《株主代表訴訟の理論と制度改正の課題》,同文館 2008 年版,第 89 页。

复”作为监事的职权,对于强化监事的监督职权具有重要意义,由此形成对公司经营者更有力的牵制(监督),有利于形成良好的公司治理结构。

根据日本《公司法》第 847 条第 3 款、第 4 款规定,公司在接到股东要求起诉的请求书后 60 日之内,决定不提起诉讼的,应当毫不延迟地及时以书面或者电子的方式通知提起请求的股东。该书面或电子的通知也就是所谓的不起诉理由书。当监事接到股东要求起诉的请求时,公司的监事一般都会通过公司的相关人员了解情况、整理相关的材料等方法,判断被请求起诉的对象是否有责任或义务,然后再制定不起诉理由书。<sup>[50]</sup> 而根据日本《公司法实施细则》第 218 条的规定,该不起诉理由书必须明确记载以下事项:(1) 公司进行调查的具体方法(包括作为判断基础的资料);(2) 对于股东请求提起诉讼的对象是否有责任或者义务的判断结果;(3) 在判断股东请求提起诉讼的对象有责任或者义务的情形下,如果公司决定不提起诉讼,不提起诉讼的理由。除非公司提起诉讼,否则公司的不起诉决定无法阻止股东提起代表诉讼。

此外,如果监事等在履行制作上述不起诉理由书的过程中存在懈怠或者没有履行上述义务时,根据日本《公司法》第 976 条第 2 款的规定,可以对该负有制作不起诉理由书义务的主体处以 100 万日元以下的罚款。

如上所述,日本公司法 2005 年在股东代表诉讼的前置程序中建立了完整的不起诉理由书制度。对比美国与英国的法律制度,在《公司法》中以明文规定的方式建立不起诉理由书制度可以说日本法中的一个重要的立法突破。到目前为止,这个制度已经运行了 13 年之久,虽然在制度设计时,学术界对于该制度的功能进行了深入研究和探讨,但是实际的情况是否如制度设计之初所期待的那样发挥了作用?显然仍有必要对十余年来该制度实施的具体情况进行追踪和评估。而该制度运行中所积累的经验以及显露出的问题显然对我国具有重要的参考价值。

首先,在日本的法律实务中,经过十余年的运行,从外观上看,所有股东代表诉讼前置程序的实施过程中,起诉股东以及公司在充分了解了法律规定的前提下,都会去履行一个完整的股东代表诉讼前置程序。从

---

[50] 同注[49],第 88 页。



以不起诉理由书为核心的前置程序履行的效果来看,公司虽然会更为重视前置程序,但是这种重视更多的是停留在形式上,在监事等代表公司制作的起诉理由书中虽然都会符合公司法的规定(主要是上述《公司法实施细则》第218条中规定的三点具体内容),但是从股东可以更加有效了解公司的相关信息角度来看,不起诉理由书的详细程度与丰富程度并没有达到立法上的期待。<sup>[51]</sup>但是,并不能因此而否认不起诉理由书制度本身存在的意义。因为,如果没有该制度,起诉股东完全无法了解公司的判断结果与判断依据,该制度使公司判断的结果以及得出判断结果的依据至少具有一定程度上的透明性,<sup>[52]</sup>这种透明性对于股东而言,将会影响到股东对下一步行为的判断与决定。因此,即便只是在一定程度上的透明性,对股东而言亦是重要的。

其次,关于监事等制作不起诉理由书的主体是否因为懈怠等原因而承担相应责任的问题,当前在日本公司法中尚没有实际的案例发生。原因之一即在于监事等在制作不起诉理由书时亦会考量自己承担责任的风险,尽可能地回避相关事项选择。因此,也有日本学者指出这是法律实务中导致不起诉理由书无法达到立法预期的详细与充实程度的原因之一。<sup>[53]</sup>但是,对于股东提出请求公司提起诉讼的判断,就如同监事在履行对公司业务进行监督的所有事项一样,我们期待的是监事作出最符合公司利益的决定。事实上这种决定本身就涉及诸多复杂因素,<sup>[54]</sup>而无论监事最终的决定在“内在的合理性上存在欠缺”还是在“外在的合规性上存在欠缺”都无法去否定制度存在本身的价值。在理论上追究监事相关的职权懈怠等责任不存在任何障碍,将制作不起诉理由书作为监事的法定职权之一的制度存在本身对于公司监督职能的强化以及公司

---

[51] 参见松山三和子:《不提起诉讼通知制度の意義と監査役の職務》,载《監査》第567号,第64页。

[52] 参见岩原紳作、小松岳志:《会社法施行5年理論と実務の現状と課題》,有斐閣2011年版,第34页。

[53] 参见野口葉子:《株主代表訴訟における監査役の法的責任(上)》,载《監査》第546号,第55页。

[54] 关于这一点,监事在作出具体判断的时候,会考虑到公司的声誉、职工的士气等诸多因素。另外,从更深层次来看,由于涉及对公司经营事项的判断,因此监事是否应当享有判断的权利也是值得思考的问题。



治理的改善等方面具有重要意义。

如上所述,总体来说,虽然在制度的实施效果上存在一些不足,但是日本学术界对于不起诉理由书制度存在的价值与运行的效果仍值得正面肯定。

#### (4)小结

综上所述,在考察美国、英国以及日本的相关法律制度之后,笔者得到以下几点启示。

首先,不论是英美法系中的美国还是英国或是大陆法系的日本,不论是否存在具体的成文法规定,各国在股东代表诉讼的制度设计中都确立了前置程序制度,并形成了关于前置程序的一整套非常详细并具有可操作性的规则。而其中的重要内容便是对于股东诉讼请求的回复制度,即不起诉理由书的制度。虽然各国对于不起诉理由书的制作机关、具体要求和法律效力等规定不尽相同,但各国均要求对股东的请求作出积极地回应,使股东代表诉讼前置程序切实发挥作用。

其次,通过考察美国、英国以及日本的相关法律制度,可以发现不起诉理由书制度的核心问题是其制作机关的确立。根据前置程序在股东代表诉讼制度中发挥的作用不同,各国对不起诉理由书制作机关的确立采取了不同的政策选择,从而导致不起诉理由书的制作过程和法律效力有所不同。以特拉华州为代表的美国模式中,由公司的董事会或其授权的特别诉讼委员会对是否提起诉讼享有决定权,并且该决定具有终止诉讼的功能。反之,为了防止董事会授权的特别诉讼委员会滥用权利,美国不起诉理由书制作机关的证明责任也是三个国家中最重的。相反,英国强调司法权对于股东代表诉讼的控制,对于股东请求的回复主要由被诉董事作出,其目的更偏重于对被诉行为的查明,以便于日后诉讼的进行。因此,英国不起诉理由书在法律意义上的作用最弱,制作机关的调查责任也最轻。在日本的制度中,日本将制作不起诉理由书的职权在体系上归属于监事,并且详细规定了不起诉理由书的内容。这种制度设计不仅有效保证了制作不起诉理由书机关的中立性,而且对于强化对公司经营的监督也具有重要的意义。

最后,从总体上来看,美国、英国、日本三国之间围绕不起诉理由书的制度设计中是存在重大差别的,主要包括两点:第一,在日本法中,公

司的不起诉决定不具有阻却股东提起代表诉讼的效力;第二,日本公司法将不起诉理由书作为股东代表诉讼的重要组成部分以明文规定的方式进行了规定,其强制性的效力是明确而不容置疑的。

### 3. 我国建立不起诉理由书制度中应当注意的问题

综上所述,首先,无论是属于英美法系的美国与英国,还是作为大陆法系代表的日本,虽然制度的设计各异,但是都建立了不起诉理由书制度,可见美国、英国与日本都认同该制度的意义。其次,由于美国、英国、日本三国的公司法结构截然不同,如何借鉴对于我国公司法制度的建设,颇为值得思考。

从股东代表诉讼制度的功能来思考,作为构建良好公司治理结构的重要手段,牵制公司经营者、实现公司内部权力设计的平衡可谓至关重要。从这一点出发,美国以及英国的公司法由于采用单层制模式(股东大会之下只设置董事会,不设置监事会),所以来自外部的独立董事在公司内部的权力制约与平衡中发挥了重要的作用,而日本公司法采用了三角制模式(股东大会之下设置董事会与监事会),因此监事如何有效履行监督权就成了制约公司经营的核心内容。从公司治理的角度出发,是否具有来自外部人员的制约力度是两种不同模式之间的核心差异。回归到不起诉理由书制度的设计,我国不具备美国模式中外部人员强力约束或监督公司经营的制度基础,也没有日本法中监事独立决定的强大权限。但从公司结构来看,我国与日本的公司结构基本相同,保护中小股东权益以及通过对公司经营的牵制实现良好公司治理结构的基本理念与实施路径也较为相近,因此,笔者认为我国可以选择日本的模式作为参考对象,充分借鉴日本实施不起诉理由书制度的经验与教训,构建符合我国国情的不起诉理由书制度。

但是,值得担忧的是,日本在2005年以来实施不起诉理由书制度的经验表明,不起诉理由书制度是否能实现立法上的目标是存在疑问的。对此,笔者认为,相比日本,在我国《公司法》中,股东获取公司信息的通道更少,如日本公司法中股东可以查阅几乎全部的公司财务文件,因此即使是在一定程度上可以了解公司拒绝提起诉讼的相关信息,对于股东、特别是少数股东而言它的意义恐怕远远超过日本。另外,在构建良好的公司治理结构中,由于制度设计的原因,我国监事的职权履行远远

不及日本。例如,日本公司法中每一名监事可以独立行使对监督权。因此,强化监事会对公司经营的监督权也远比日本更为迫切。综上所述,虽然日本的实践中存在不尽如人意的地方,但是,笔者认为结合我国的公司法制度与实践情况,在我国公司法中建立不起诉理由书制度的需求与意义要超过日本。

以下,笔者将围绕着我国建立不起诉理由书制度的具体路径以及制度建设应当注意的问题进行说明。

### (1) 公司如何作出不起诉决定

在我国的股东代表诉讼前置程序中,在公司的董事会(或者不设董事会的执行董事)或监事会(或者不设监事会的监事)收到股东的请求后,如何决定是否按照股东的请求提起诉讼或是拒绝股东的请求?具体而言,拒绝起诉是公司的行为,因此董事会或监事会如果要代表公司作出决定,在公司内部的程序上,是否应当经过董事会决议或者监事会决议或者其他的方式来保障该拒绝起诉公司行为的正当性与合法性。

对于上述问题,日本公司法中规定的向“公司”(具体是指监事)提出请求,而我国《公司法》规定的是向“董事会或监事会”提出请求,两者之间存在着显著的区别。在日本的股东代表诉讼中,由代表公司接受股东请求的监事来决定是否按照股东的请求提起诉讼,决定机制是极为清晰的。反观我国《公司法》中的股东代表诉讼制度,在《公司法》的规定中并没有明确说明收到股东请求的董事会与监事会(包括不设董事会的执行董事与不设监事会的监事)如何进行决定是否起诉。

如前面所述,对于接受股东请求的公司机关,笔者提出应当由监事会主席来担任。在此前提下,还应当明确“是否提起诉讼的决定”应当通过监事会(监事为被告时是董事会)决议来决定。同时,作为监事会会议(监事为被告时是董事会会议)召开的法定事项,监事会主席必须按照监事会召集的程序与方式及时召集监事会会议,以保障相关决定符合公司行为的正当性与合法性要求。

此外,作为公司公正决策的保障制度,为了确保公司对于事项调查的公正性,笔者认为有必要建立“中立审查机制”。具体而言,针对不同的股东请求内容,收到股东请求的董事会或监事会(包括不设董事会

的执行董事与不设监事会的监事)在认为必要的时候,可以聘请与股东的请求事项无关的外部人员(如律师、注册会计师等)对请求事项进行调查并向公司提出意见,作为董事会或监事会(包括不设董事会的执行董事与不设监事会的监事)作出决定的重要依据。“中立审查机制”作为监事行使监督权的制度延伸,其理念与现行《公司法》第54条、第118条的精神是相吻合的。

## (2) 不起诉的决定是否必须通知股东

公司收到股东的起诉请求之后,大致会存在两种情况。第一种情况是公司决定起诉,不再需要提起股东代表诉讼,因此这种情况不在本文的讨论范围之内。第二种情况是公司决定不起诉。在这种情况下,公司在决定不起诉之后,由于法律并没有明确的规定,因此公司可能通知股东,也可能不通知股东。在现行法的框架下,其唯一的差别在于如果通知了股东,股东可以在接到通知后立即提起股东代表诉讼。如果不通知股东的话,股东只能在自己书面请求之日起30日之后,才能提起股东代表诉讼。

由于我国现行《公司法》并没有强制公司必须要将不起诉的决定通知股东,因此,在法律实务中很多时候公司也会选择不通知股东,甚至股东自己也并不期待公司能回复自己。如此,整个前置程序将可能会成为一个流于形式的程式化规则,这种形式化的现象将会导致前置程序无法发挥其应有的功能。

关于这一点,日本公司法中有着详细的规定。根据日本《公司法》第847条第4款规定,在股东代表诉讼中,当公司经过调查决定不起诉时(无论公司是否认为股东请求的起诉对象是否有侵害公司利益的行为),必须立即将不起诉的结果(不起诉通知书)通知股东。此外,对于具体的通知方式,根据日本《公司法实施细则》第218条的规定,除了允许书面的方式外,还允许公司采用电子的方法进行通知。

参考上述日本公司法的规制,笔者认为我国也应当明确规定公司在收到股东请求之后,在经过相应的调查与决策程序后,如果决定不起诉的,应当及时将不起诉的决定通知股东。其理由主要有两个:第一,通过强制性要求公司必须将不起诉的结果通知股东,可以使股东更好地判断是否应当提起股东代表诉讼,从而可以间接保障此后由股东提起的股东

代表诉讼在审理时更加顺畅。第二,“强制要求公司必须将不起诉决定通知股东”的背后,可能会成为公司经营者的责任追究的依据,因此,可以督促公司的经营者慎重对待股东的请求,从而使前置程序真正发挥其功能。

### (3) 是否必须制作书面的不起诉理由书

当公司收到股东请求后,在经过董事会决议或监事会决议决定不起诉时,公司通知股东的方式是否必须采用制作书面的不起诉理由书?不起诉理由书的具体内容又包括什么?这些问题是建立不起诉理由书制度中不能回避的问题。

首先,根据日本《公司法》第 847 条第 4 款规定,公司在决定不起诉时必须制作书面的不起诉理由书。其次,根据日本《公司法实施细则》第 218 条的规定,不起诉理由书制度的具体内容必须包括公司对于股东请求的事项进行调查的内容(作为是否有损害公司利益行为的基础资料),公司对于股东要求起诉的对象是否负有责任的判断,如果公司认为股东要求起诉的主体负有责任,但是公司决定不起诉的话,还必须明确说明公司决定不起诉的具体理由。

对此,笔者亦认为我国股东代表诉讼的前置程序中,应当明确要求公司在拒绝股东的请求时,必须制作不起诉理由书。同时,不起诉理由书的内容中应当包括公司调查的情况与公司作出不起诉决定的理由。关于不起诉理由书的记载程度,无论长短如何,但是应当足以说明上述两点内容。

明确要求公司制作不起诉理由书,同时对不起诉理由书的内容进行规范,显然可以使接到不起诉理由书的股东更方便、更清晰地了解公司的决定,这对于股东代表诉讼的审理显然是有积极意义的。

### (4) 不起诉理由书与公司经营者的责任

当收到股东的起诉请求后,监事会主席或董事长应当按照监事会或董事会的召集程序与方法及时召开监事会会议或董事会会议。因此,如果监事会主席或董事长没有及时召开会议,可能会由于职务懈怠而构成违反监事以及董事对公司负有的忠实义务与勤勉义务,从而可能被追究相应的损害赔偿责任。

当监事会、董事会通过决议的方式代表公司决定不起诉时(包括没

有回复股东),作为监事会以及董事会的构成人员监事、董事是否应当承担相应的责任?具体而言,当原告股东提起的股东代表诉讼中最终原告胜诉时,将意味着拒绝了原告请求没有提起诉讼的监事会或董事会作出的不起诉决定是错误的判断,那么,作出该决定的监事会成员或董事会成员是否应当承担相应的损害赔偿责任?

对于该问题,在日本公司法的理论中,一般认为如果不起诉的决定(包括不回复股东)构成职务懈怠的情形。因此,决定不起诉或不回复股东的公司经营者应当对公司承担损害赔偿责任。<sup>[55]</sup>对此,笔者认为,我国《公司法》亦规定,董事与监事对公司负有忠实义务与勤勉义务,因此,如果董事、监事的行为出现职务懈怠等情形,那么同样应当对公司承担相应的损害赔偿责任。

在追究董事或监事(包括监事会主席与董事长)的损害赔偿责任时,不起诉理由书显然是判断这些公司经营者是否存在职务懈怠等问题的重要依据。也正是由于不起诉理由书的背后潜在的对于监事或董事等公司经营者的责任追究,所以不起诉理由书制度的建立才可以有效地督促监事或董事等公司经营者慎重地对待股东的请求。

#### (5) 防范不起诉理由书弊端的必要性

由于强制要求公司必须制定不起诉理由书且对其内容作出明确要求会增加公司回复的经济成本,笔者认为应当同时从防范股东权利滥用的角度来对股东行使权利进行有效的规范。

对此,可以从事前规范与事后规范两个角度进行观察。从事前规范的角度看,考虑到我国《公司法》中已经建立了比较严苛的股东起诉的适格要件,且当前我国似乎更应当考虑如何激发股东行使诉权,以期待通过股东代表诉讼制度来实现对公司经营者以及控制股东的牵制,从而实现良好的公司治理结构。因此,笔者认为,至少是在当前无须另行构建事前的防范恶意股东滥诉的措施。

从事后规范的角度看,我国《公司法》第20条明确规定股东不得

---

[55] 当董事等公司经营者的行为构成职务懈怠时,在理论上,作为原则该董事等公司经营者应当承担相应的损害赔偿责任。关于该职务懈怠的责任,如果全体股东同意的话可以免除该责任[神田秀樹:《会社法》(第19版),弘文堂2017年版,第261页]。

滥用股东权利损害公司的利益。如果股东滥用股东权利给公司造成损失,应当向公司承担损害赔偿责任。因此,如果股东滥用股东代表诉讼的起诉权,恶意请求公司对经营者或第三人提起诉讼,即使是在公司经过调查决定不起诉之后股东放弃了提起股东代表诉讼,对于在前置程序中已经给公司造成的损失,股东亦应当承担相应的损害赔偿责任。

综上所述,由于我国已经在股东代表诉讼的制度设计中,已经采用了较为严格的股东适格要件,构建了有效的事前防范机制,同时,《公司法》亦明确提供了追究股东滥用权利的相关损害赔偿责任的路径。因此,笔者认为在引入不起诉理由书制度时,当前不需要另行建立防止股东滥诉的措施。

#### 四、结语

股东代表诉讼制度是公司法中最为重要的制度之一。我国的股东代表诉讼制度设计中,虽然明确规定了前置程序,但是并没有明确规定相应的具体程序与内容。这不仅给前置程序的具体实施带来障碍,导致前置程序制度流于形式,难以发挥出相应的制度功能,还会影响股东代表诉讼制度的功能实现。以建立不起诉理由书制度为核心,从程序到实体对股东代表诉讼前置程序制度进行全面、细致的规范,从而激活前置程序制度,对于促进股东代表诉讼制度发挥监督公司经营者、规范控制股东行为以及建立良好公司治理结构等作用具有重要意义。

(编辑:邹露)