

股东双重派生诉讼的制度构成与规范表达

李建伟

〔摘要〕 股东双重派生诉讼承自股东派生诉讼，在公司集团多层次规模化运作子孙公司的背景下，有突破子公司独立法人格而间接维护母公司股东利益的特殊功用。《公司法修订草案》第188条第4款在普通股东代位诉讼基础上，通过将被告范围延伸到全资子公司的董监高的方式引入了双重股东代位诉讼制度。这一立法模式虽具有便利性，但在制度构成上欠缺通盘考虑，如仅扩大被诉主体而不同步改进相关配套措施，司法适用的混乱是必然的。值公司法重大修订之际，有必要结合学术资源、比较法经验与既有司法实践经验，对起诉前提、原告资格、被告范围、前置程序等适用要件逐一分析，以求立法规范的恰当表达，并构建科学的法律规范体系。

〔关键词〕 股东双重派生诉讼；股东权穿越；制度构建；规范表达；母子公司

〔中图分类号〕 D922.291.91 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1000-4769(2023)02-0063-11

引言

双重派生诉讼是在公司集团化背景下的母子公司架构中应运而生的，是为解决立体化的母子公司架构下股东权缩减问题而发展出的应对规则，对于当下优化营商环境语境下的少数股东权益保护、保护企业资产免遭不法侵害都具有无可替代的价值。从我国司法实践来看，双重派生诉讼被不断提起，正说明有巨大的现实需求，但由于现行法的制度供给缺失，导致起诉股东欲告无门，法院欲裁而不能，这暴露出现行公司法裁判规则供给不足的弊端，双重派生诉讼制度构建更具有强烈的现实需要。

我国2005年修订《公司法》确立普通代位诉讼后，关于双重、多重股东代位诉讼的引入一直在讨论中，有关司法裁判的实证研究也证成了引入的必要性、重要性。^①2021年12月十三届全国人大常委会第三十二次会议审议的《公司法（修订草案）》（以下称《公司法修订草案》）第188条第4款规定：“本条第一款、第二款所称的董事会、董事、高级管理人员、监事会、监事，包括全资子公司的董事会、董事、高级管理人员、监事会、监事”，此举意在普通代位诉讼的基础上，通过将被告范围延伸到全资子公司的董监高，以确立股东双重派生诉讼。这一模式本身的利弊得失需要检讨，相应的配套制度内容究竟如何构造，也需要进一步讨论。

一、双重派生诉讼的源起与制度价值再审视

公司的集团化运作是市场经济发展的必然结果，法律制度应当回应多层次规模化的资本运作，更需要为中小股东利益保护提供有效的救济途径。设立普通派生诉讼制度的初衷在于公司所有权与经营权分

〔作者简介〕 李建伟，中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师，北京 100088。

〔基金项目〕 研究阐释党的十九届四中全会精神国家社会科学基金重大项目“营商环境法治化的制度架构与实现研究”（20ZDA044）

① 参见李建伟：《股东双重派生诉讼制度为何重要——由10份典型裁判说开去》，《上海政法学院学报》2022年第3期。

离的背景下强化对公司经营管理层的责任追究，平衡股东所有与经营者控制，股东作为财产的委托人享有通过诉讼直接救济公司的财产权益，从而间接救济自身权益。双重派生诉讼制度的意义则在于完善的公司集团治理机制^①，故双重派生诉讼制度被称为“披着二重外衣的一般代位诉讼”^②，表达虽然直白，但也表明了双重派生诉讼实质是由单一派生诉讼衍生而来。因此，应以普通派生诉讼为原型和基础来探讨双重派生诉讼具体规则的构建。^③ 双重股东代表诉讼被认为是股东代表诉讼的变形。^④ 同源异流，纵观制度规范目的，二者又有诸多本质上的不同。尤其是普通派生诉讼基础关系只有一层，始终没有突破单一制的公司结构^⑤，但双重派生诉讼则适用于立体化、链状的公司构造中，牵涉利益主体更广，基础法律关系也更为复杂。

本文选择商事法律较为发达的美国法，以及与我国在法系上存在较强共通性的日本法作为比较法参考，以期理论与经验上的双重可借鉴性。日、美在双重派生诉讼的立法与司法运用中都体现出与普通派生诉讼一脉相承的特征，充分保障制度之间的良好衔接。随着公司集团的出现和发展，美国自19世纪末在普通派生诉讼的基础上以判例的形式逐步确立了双重派生诉讼制度。^⑥ 特拉华州最高法院2010年在Lambrecht v. O'Neal案中第一次系统阐明双重派生诉讼的适用框架，并明确了判断基准。^⑦ 日本学界就双重派生诉讼的讨论日久，背景是1993年三井矿山股东派生诉讼案，承审法院确认当全资子公司财产遭受损害时，其损害应当视为母公司的损害^⑧；1997年日本解禁了单纯持股公司^⑨，一时间企业集团化经营成为社会浪潮，母公司股东追究子公司董事责任的问题日益突出；2005年《日本公司法》第851条的规定，被解读为“原告股东在股东派生诉讼中，即便由于股份交换或转让成为全资母公司股东，也可以继续保有原告资格，向子公司的董事追究责任”，体现了“隐形的多重派生诉讼”特征。^⑩ 尤其是受2008年经济危机影响，日本实体经济衰退、企业国际竞争力不足，国内要求变革公司法制的呼声愈加强烈。^⑪ 在日本学界对确立双重派生诉讼的强烈呼吁下^⑫，历经两年多的酝酿、讨论之后，2014年修订公司法时引入了双重派生诉讼制度，使日本成为以成文法形式确立该制度的代表。

反观我国，有法院以判决形式直接支持母子公司间的派生诉讼，但裁判理由仍然基于现有的普通派生诉讼制度，从司法实践的角度看具有进步意义。^⑬ 但也体现出在缺失双重派生诉讼制度的背景下，单层股东诉讼在救济母公司少数股东上的力有不逮，而这成为我国公司集团法制的阿喀琉斯之踵。面对公司组织的集团化趋势，如固守普通派生诉讼的适用要件，双重派生诉讼绝不可能获得很好的发展。因此，需要针对双重派生诉讼企业集团间的复杂控制关系与层级股权结构对其适用要件进行妥善调整，从而实现制度协调与实践需求的动态平衡。同时，由于该制度的“舶来品”特性，下文将结合美国、日本的立法与司法经验，主要针对起诉前提、原告资格、被告范围、前置程序等四要件在双重派生诉讼中的适用逐一展开讨论，以期立法、司法解释的制定和司法实践开展提供有益的经验。

① 沈贵明：《二重派生诉讼适格原告要件的构建》，《法制与社会发展》2015年第2期。

② 王志诚：《二重代位诉讼之法制建构——兼顾实体法与程序法之思考》，《东吴法律学报》2011年第1期。

③ 沈贵明：《二重派生诉讼适格原告要件的构建》。

④ 林少伟：《股东代表诉讼：世界与中国》，武汉：华中科技大学出版社，2019年，第416页。

⑤ 参见《公司法》第149、第151条；《公司法司法解释（一）》第4条；《公司法司法解释（四）》第23、24、25、26条；《公司法司法解释（五）》第1、2条。

⑥ See Holmes v. Camp, 180 App. Div. 409, 167 NYS 840 (1917); United States Lines v. United States Lines Co. 96 F. 2d 148 (2d Cir. 1938); Brown v. Tenney, 155 App. 3d 605, 606-607 (1st Dist. 1987).

⑦ 王森、许明月：《美国特拉华州二重代表诉讼的实践及其对我国的启示》，《法学评论》2014年第1期。

⑧ 日本最高裁判所判例集平成5年9月9日民集第47卷7号，第4814页。

⑨ 樊纪伟：《我国双重派生诉讼制度架构研究》，《华东政法大学学报》2016年第4期。

⑩ 高桥均：《股东代表诉讼的理论与制度改进》，梁爽等译，北京：法律出版社，2013年，第92页。

⑪ 崔文玉：《日本公司法最新修改之简述——以2012年〈公司法制纲要〉为视角》，《河北法学》2013年第4期。

⑫ 王原生：《日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度》，王保树主编：《商事法论集》2014年第4辑，北京：法律出版社，2014年，第171页。

⑬ 参见李建伟：《股东双重派生诉讼制度为何重要——由10份典型裁判说开去》；（2014）西中民四初字第00244号《民事判决书》；（2016）陕民终228号《民事判决书》；（2016）陕民终255号《民事判决书》。

二、双重派生诉讼制度的基本构造

立法如何建构双重股东派生诉讼制度的内容？这需要结合公司法理论与既有司法实践需求来讨论，核心是诉讼诸要件的构建。

（一）起诉前提

1. 母子公司间的股权控制关系描述

母子公司的界定存在广义和狭义两种界定方式，广义母子公司的控制关系形态包括股权控制与非股权控制，股权控制又细分为全资控股、绝对控股和相对控股，还有学者提出“充分控股”标准，即对非全资控股的母子公司的控制关系判断留待司法机关个案处理，从而“为充分发挥双重派生诉讼制度的功能留下发展空间”；非股权控制如投资关系、协议、人事安排等，如以上控制机制被结合使用，可谓为综合控制机制。^①狭义母子公司则是纯粹依赖股权控制，股权比例参酌《公司法》第216条对控股股东的定义。^②有学者提出，在很难判断控制关系的情况下，双重派生诉讼的母子公司宜采狭义说，且母公司应持子公司半数以上表决权并能控制该公司。^③最狭义说认为，双重派生诉讼应限于全资控股母子公司之间。^④有鉴于此，母公司股东提起双重派生诉讼的适用要件之讨论，首先需要回应，母子公司之间的控制形态是否仅限于股权控制以及股权控制的标准。

双重派生诉讼下的母子公司应采狭义说，即须形成直接的持股关系，单纯以协议、人事安排等方式实现对另一公司事实控制的，不属于此处的母子公司之列。这一限制，与普通派生诉讼一脉相承，普通派生诉讼中尽管对原告权利究竟属于自益权抑或共益权有分歧^⑤，但该权利属于股东权自无异议。正是由于股东权的剩余权性质，公司所受直接损失最终才会由其股东间接承受。也正因如此，立法者才打破民事诉讼法的“利害关系人”对于“原告提诉必须具有‘直接利益’”的要求，以诉讼担当理论承认股东在普通派生诉讼中的“正当当事人”地位^⑥，原告股东诉权的“派生性”在双重派生诉讼中进一步延伸到子公司层面。即便如此，母公司股东对子公司利益受损具有间接利益依然是通过股份连锁——母公司股东持有母公司股权、母公司持有子公司股权——实现的。

2. 股权控制的标准设定

如此一来，股权控制标准就成为下一步的重要问题。日本法就将适格原告限定为最终的全资母公司股东，且在该母公司之上不再有完全控股母公司。^⑦对母公司作“最终性”限制，实为出于减少双重派生诉讼的目的——在子公司存在其他少数股东时，寄希望于后者提起更直接、层级更少的派生诉讼。^⑧另外，此标准简单可辨，可操作性强。最高人民法院2016年“《公司法解释四》（征求意见稿）”提及《公司法（修订草案）》第188条第四款规定的“全资子公司”，与日本法对“最终完全母公司”限定的立法思路实则同源。

关于双重派生诉讼下的母子公司控制程度，美国判例也有较大争议，“但是大多数判例认为双重派生诉讼应该限制在母公司对子公司至少拥有事实上控制利益的情形”^⑨，之所以有此限制，主要是为了在保持子公司人格独立与维护母公司股东投资利益之间寻求平衡。如果母公司未形成对子公司的充分控制，后者的管理层就可能动辄得咎，自主经营权无法保障；反之，母公司充分控制子公司的，子公司治理能力可能被严重异化，法人机关被操纵甚至停摆，此时需要母公司股东借助双重派生诉讼维护子公司

① 参见沈贵明：《二重派生诉讼适格原告要件的构建》；李建伟：《公司法学》，北京：中国人民大学出版社，2022年，第18—20页；南振兴：《母子公司法律问题研究》，《河北法学》1995年第4期。

② 刘俊海：《现代公司法》上册，北京：法律出版社，2015年，第39页。

③ 林少伟：《我国双重股东代表诉讼的本土化构建路径》，《广东社会科学》2020年第3期。

④ 张姝、马金仪：《母子公司架构下双重代表诉讼制度的证成与构建》，《西南政法大学学报》2021年第6期。

⑤ 参见刘俊海：《股份有限公司股东权的保护》，北京：法律出版社，2004年，第315页；邓峰：《普通公司法》，北京：中国人民大学出版社，2009年，第399页；高桥均：《股东代表诉讼的理论及制度改进》，梁爽等译，第224—226页。

⑥ 李峤：《论诉讼担当的制度缘由》，《法学杂志》2016年第3期。

⑦ 樊纪伟：《日本多重代表诉讼制度及其启示》，《法学杂志》2016年第7期。

⑧ 王原生：《日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度》，第178页。

⑨ 美国法律研究院（ALI）：《公司治理原则：分析与建议》下卷，楼建波等译，北京：法律出版社，2006年，第560页。

利益。^① 因此，最初美国法院只允许全资母子公司提起双重派生诉讼，后来随着控股公司的大量出现，法院始将持股比例要求降低^②，逐渐将实际控制力因素纳入考虑范围。^③

将日本的“全资子公司”与美国“控制权”标准相比，可以发现“一刀切”的标准将不当限制双重派生诉讼的适用范围，可能导致被恶意利用的法律漏洞：当存在人事连锁、安排利害关系人同时持股等情形的，普通派生诉讼可被轻易规避，双重派生诉讼又不得适用。回到我国的情形，司法实践中广泛存在非全资控股母公司的控股股东侵害子公司利益的情形，典型者如母公司持有子公司90%股权，另10%由母公司的多数股东（亦是被告）的常年合作对象持有^④，此外，母公司的多数股东兼任母子公司法定代表人，子公司另一股东如不提起普通派生诉讼（私下利益的交换亦未可知，母公司多数股东与另一被告以串通方式侵占子公司财产，后被认定为虚假诉讼^⑤），母公司少数股东落入求救无门之境。实际上，日本学界也认识到“全资子公司”立法模式的局限性，在母公司及母公司的董事等利害关系人持股时只能采扩张解释的方式将其纳入适用范围。^⑥ 综上所述，不建议简单地以全资控股母子公司为双重派生诉讼的仅有适用对象，否则将严重挤压其制度适用空间，甚至使其沦为“草色遥看近却无”的“花瓶”。

（二）原告资格

1. 持股比例

基于原告股东诉权性质的争议，派生诉讼衍生出“代表性”与“派生性”之分野：“代表性”基于管理公司的共益权，前提是股东取得对公司的代表权；“派生性”则基于股东自益权，前提是公司价值下降而导致股东权益的受损。两种理论学说及权利依据的不同导致诉讼门槛高低不一：大陆法普遍对原告股东提出持股比例要求，英美法则无此限制。^⑦ 我国公司法兼采并用，区分公司组织形式而作不同要求，在有限公司设计为单独股东权，在股份公司设计为少数股东权，后者的意图在于防止股东恶意提诉，避免对公司正常经营产生干扰。^⑧ 与我国略有差异，近来日本公司法理论渐趋采纳单独股东权说，且以鼓励诉讼为目的，普通派生诉讼改革中逐渐取消了原告持股比例的限制^⑨，然而又在双重派生诉讼中为原告设置了持有最终母公司1%以上有表决权股份的限制。^⑩ 日本官方的解释是：这样做并非为了防止滥诉，而是因为母公司股东并非全资子公司股权的直接持有者，二者之间尚有母公司的存在，彼此间仅仅“通过母公司与全资子公司间接地发生关系”，这就与普通派生诉讼有很大的不同，需要将母公司股东的双重代表诉权限制为“少数股东权”。^⑪ 问题在于，这种最低持股比例的限制不仅无法有效阻止毫无根据的普通派生诉讼，反而会阻碍少数股东维护公司及自身利益的能动性^⑫，我国有学者提醒，双重派生诉讼如简单套用我国现行公司法依据母公司类型对原告持股比例做出不同的限制，将会更加不合理^⑬，具体如表1所示。

学界的以上讨论不无道理，但也有必要对相关问题进行澄清，尤其针对“母公司股东有诉权而子公司

① See Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Procedural Problems in the Law of Parent and Subsidiary Corporations*, Little, Brown and Company Limited, 1983, p. 354.

② 如在 *Carlin v. Brownfield*, 1985 Ohio App. LEXIS 8141, (Ohio Ct. App. 1985) 一案中，母公司持有子公司98%的股份，在 *Craftsman Finance & Mortgage Co. Inc. v. Brown*, 64 F. Supp. 168, 176 (S. D. N. Y. 1945) 一案中，母公司持有子公司50%股份。

③ 如在 *Pessin v. Chris-Craft Industries, Inc.*, 181 A. D. 2d 66, 72 (N. Y. App. Div. 1992) 一案中，虽然未达到全资控股，但由于母子公司均被不法行为人控制，法院允许原告提起双重派生诉讼。

④ 参见江苏省南京市中级人民法院（2015）宁商初字第175号《民事裁定书》；江苏省高级人民法院（2016）苏民终568号《民事裁定书》。

⑤ 王怀林、南京广厦（集团）万杰置业有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷案，参见江苏省高级人民法院（2018）苏民终1383号《民事判决书》。

⑥ 王原生：《日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度》，第178页。

⑦ 邓峰等主编：《最高人民法院公司法解释（四）理解适用专题讲座》，北京：中国法制出版社，2018年，第402页。

⑧ 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》，《中国法学》2008年第4期。

⑨ 前田庸：《公司法入门》（第12版），王作全译，北京：北京大学出版社，2012年，第335页。

⑩ 《日本公司法》第847条之三第1款。

⑪ 王原生：《日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度》，第178页。

⑫ 樊纪伟：《公司法实施中的双重派生诉讼制度确立与构建》，《天津法学》2019年第2期。

⑬ 沈贵明：《二重派生诉讼适格原告要件的构建》。

表1 持股比例限制

子公司	母公司	母公司普通代表诉权	母公司股东双重代表诉权
有限公司	有限公司	不受持股比例限制	不受持股比例限制
有限公司	股份公司	不受持股比例限制	单独或合并持有1%股权
股份公司	股份公司	单独或合并持有1%股权	单独或合并持有1%股权
股份公司	有限公司	单独或合并持有1%股权	不受持股比例限制

股东无诉权”的担忧（主要针对表1的第四种情况）。该担忧认为母公司股东的双重派生诉讼起诉条件不应优于子公司其他少数股东的普通派生诉讼起诉条件。此观点有待商榷，因为双重派生诉讼的存在前提就在于“子公司及其股东无法起诉或者怠于起诉”，母公司股东不需要在经济实质层面上与子公司股东在起诉的“持股比例”上进行比较。此外，前置程序的存在足以有效保证子公司及其股东采取自救措施的在先性，同时考虑到设置持股比例限制主要为防止滥诉，并实现与原有制度的良好衔接。再次，笔者同意有学者的建议：双重派生诉讼的母公司股东持股比例要件仍需保留，且与现行法对普通派生诉讼的规定保持一致。^①

2. 持股期间

一是母公司股东的持股期间。与前述持股比例类似，两大法系对普通代表诉权持股时间设有不同限制：大陆法系的“时间段”模式，如日本要求连续6个月持有公开公司股份，对非公开公司不设期限要求^②；英美法系的“同期所有权”模式，即同时持股和继续持股要求，要求原告在所诉行为发生时具有股东资格，且在诉讼的整个期间保持股东身份。美国法在对“同期所有权”的突破中确立了双重派生诉讼，日本则在引入双重派生诉讼时与普通代位诉讼保持一致，作出维持连续持股6个月的要求。我国公司法对普通代表诉权的持股期间限制亦根据公司组织形式类型区别规定，在立法模式与内容上与日本一致。有学者认为，“时间段”模式虽便于操作，但双重派生诉讼实质为代表诉权的扩张适用，为了防止持股条件太过宽松造成诉讼的不当扩散，应当确立更严格的限制，考虑引入“同期所有权”规则，要求母公司股东在所诉行为发生时以及整个诉讼期间内均持有母公司股权。^③这一提议不值得赞同，因为“二重代位诉讼制度之本旨，系借由行使从属公司之权利，直接使利益归属于从属公司，使得控制公司及其股东间接获得保障，则控制公司股东持有股份或将资本注入控制公司之时点为何，对于从属公司之保护而言，其实并非重点。”^④此外，“时间段”模式的确立是为了排除投机诉讼，实与“同期所有权”防止购买诉讼的目的不谋而合，且其内在包含了继续持股的要求。^⑤因而，我国不必改弦更张，继续保持现行法限制模式，对母公司股东持股时间段作出要求即可。

二是母公司持股期限问题。对有限公司与股份公司股东原告资格的差异化配置所导致的单一股东权与少数股东权的协调问题也存在于持股期限方面。在表2的第三、四种情况下，母公司对子公司提起代表诉讼有持股期限的要求，由此可能导致在母公司持有子公司股份不足180日从而不能起诉的情况下，母公司的股东却可以对子公司起诉的悖论。出于体系协调的考虑，在子公司股东无诉权时允许母公司的股东起诉，使得母公司的股东享有超越了单层代位诉讼的优越条件，有违限制滥诉原则。因此，应要求只有在子公司的股东、母公司的股东均符合持股期限要件亦即“双重满足”时，后者才可提起双重代表诉讼，以求规范内外体系的自洽。

表2 持股期间限制

子公司	母公司	母公司普通代表诉权	母公司股东双重代表诉权
有限公司	有限公司	不受持股期间限制	不受持股期间限制
有限公司	股份公司	不受持股期间限制	连续持股180日以上
股份公司	股份公司	连续持股180日以上	连续持股180日以上
股份公司	有限公司	连续持股180日以上	不受持股期间限制

① 樊纪伟：《日本多重代表诉讼制度及其启示》。

② 近藤光男：《最新日本公司法》，梁爽译，北京：法律出版社，2016年，第314页。

③ 王森、许明月：《美国特拉华州二重代表诉讼的实践及其对我国的启示》。

④ 王志诚：《二重代位诉讼之法制建构——兼顾实体法与程序法之思考》。

⑤ 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》；王原生：《日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度》，第179页。

三是股份转换情形下的原告资格问题。由于程序简便、成本低廉、高效便捷,股份转换制成为当前企业并购的重要选择。^①通过股份交换或者股份转移的方式,实现了股东身份在不同目标公司的瞬间“穿越”转移,进而形成完全的母子公司关系。在这种情形下股东与公司之间的关系便需经由母公司实现控制,因而保护母公司股东权益的需求便格外的高。^②普通派生诉讼之适用将面临以下两大挑战:(1)原公司股东针对管理层的不法侵害提起普通派生诉讼期间,因为股份转换成为母公司股东而丧失了原公司的股东资格,此时原告可能丧失起诉资格;(2)侵害原公司利益的行为发生在股份转换之前,原公司股东本来拥有对原公司管理层的派生诉权,但由于股份转换而失去了原公司股东资格,也就丧失了起诉资格。对于股份转换情形下派生诉讼的原告,美国判例法分别在1988年“Sternberg v. O’Neil”案^③就“同时持股”要件、1992年“Rales v. Blasband”案^④以及2010年“Lambrecht v. O’Neil”案^⑤就“继续持股”要件作了调整,确立了母公司股东只需在被诉行为发生时持有母公司股权即享有诉权,不再要求其在所诉称的错误行为发生时持有子公司的股权,原告股东在公司发生股份交换等并购行为时,虽然不满足继续持股要求但仍具有起诉资格的例外规则。股份交换制度在我国尚未确立,致使不易穿透当前股权模式完成目标公司的收购,但现行立法已经为该制度在我国的推行预设了一定的空间,且已有股份交换的实践,在公司法修订中应予以前瞻性的制度设计。^⑥

3. 主观要件

前述持股比例、持股期间均为对原告资格的客观限制,但是僵硬机械的客观要件的规避难度不大,不能对滥诉起到充分过滤功能。日本《公司法》第874条规定了母公司的股东不得提起双重代表诉讼的两种情况:一是子公司董事的违法行为并未给母公司造成损害;二是股东的起诉是为了本人或第三人的不正当利益或者具有损害子公司或母公司的目的。^⑦我国有学者指出,不仅需要从客观方面规定原告资格,亦需要在主观目的方面进行限制,要求原告提起代表诉讼时必须是基于善意,以维护公司利益为目的。^⑧若我国双重派生诉讼的原告资格延续原普通派生诉讼的规制路径,对于母公司为有限公司的股东采单一股东权的待遇,在便利股东提起诉讼的同时,亦确有引发滥诉之虞。因此,笔者同意部分学者的观点,股东在提起双重代位诉讼时,法院应对原告的提诉目的进行实质审查,若确有证据证明原告不具备正当目的的,起诉应被驳回。^⑨总之,借助主观要件弥补客观要件的僵化机械之不足,可以更好地实现救济受损害股东与保护公司自治之平衡。

(三) 被告范围

1. 子公司是否限于“重要子公司”

日本公司法的双重派生诉讼对子公司施以“重要性”限制,即只有股权的账面价值占到母公司账面价值总值的五分之一以上的子公司才得以提起双重派生诉讼。这是因为,非重要子公司的经营管理层级较低,“不存在对他们提诉懈怠的可能性”。^⑩还有,非重要子公司的经营不会对母公司股东造成重大影响,尤其在集团内部存在多级子公司的情况下,一些远离集团核心的子公司即使因管理层控制致公司利益受损,

① 股份交换,是指经目标公司与拟控股公司各自股东会决议,按照确定的交换比率强制性地目标公司所有股份换为拟控股公司股份,从而实现拟控股公司对目标公司的全资控股;股份转移,是指原公司股东会通过决议新设一家公司,并强制性地将其股东所持有的全部股份移转给新设公司,从而成为其全资子公司,原公司股东也自动成为新设公司股东。参见楼晓、冯果:《论股份交换制度在我国的推进与适用》,《法学评论》2008年第6期。

② 神田秀树:《日本公司法中的股份交换与股份转移制度》,朱大明译,《清华法学》2015年第5期。

③ See Sternberg v. O’Neil, 550 A. 2d 1105 (Del. 1988).

④ See Rales v. Blasband, 634 A. 2d 927 (Del. 1993).

⑤ See Lambrecht v. O’Neil, 3A. 3d. 277 (Del. 2010).

⑥ 楼晓、冯果:《论股份交换制度在我国的推进与适用》。

⑦ 王原生:《日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度》,第180页。

⑧ 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》。

⑨ 参见张姝、马金仪:《母子公司架构下双重代表诉讼制度的证成与构建》;沈贵明:《二重派生诉讼适格原告要件的构建》;樊纪伟:《公司法实施中的双重派生诉讼制度确立与构建》。

⑩ 王原生:《日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度》,第179页。

该损害对于母公司而言是“不重要、不紧迫的”，没必要赋予母公司股东介入子公司经营的监督权。^①应该说，这更多是一个法政策的选择问题，如子公司由于经营管理层级较低而被排除在双重派生诉讼之外，在法理上与逻辑上自然无法自圆其说：比如，母公司董事监管懈怠的可能性不由子公司的规模大小、重要性决定，反之，子公司资产规模越小、重要性越低，母公司董事反而更易懈怠。当满足起诉前提即母公司对子公司实现充分控制时，子公司的损失即可顺利传导至母公司，无论子公司“重要”与否，母公司及母公司股东利益均会受到不同程度的牵连。另外，“重要子公司”的要件需要原告获取相关财务资料并举证证明，进而不当提高了原告的起诉门槛。^②结合前述对于“全资控股”的反对意见，这一做法同样也有不当限制双重派生诉讼适用范围之虞，因此不建议采日本法对子公司作“重要性”限制的做法。

2. “他人”范围宜作限缩

关于普通派生诉讼的被告范围，美国采自由模式，凡侵害公司权益者皆可被列为被告。同理，对于双重派生诉讼而言，只要子公司权益遭受不法侵害进而导致母公司及其股东受间接损害的，适格的母公司股东即可提起双重派生诉讼。^③同时，此种损害不限于子公司内部人员所致，还包括母公司控股股东、母子公司交易相对人等给予子公司的损害。^④只是对交易相对人起诉的案例较少，法院多出出于保障交易安全与尊重商业判断之考虑，适用更严格的审查标准。

日本法对普通派生诉讼的被告范围采限制模式，将派生诉讼的被告限制为公司内部人，范围相对狭窄。^⑤我国公司法更类于美国，第151条规定的被告除了公司董监高之外，还有“他人”。关于“他人”之范围，除已在司法解释明确的“清算组成员”“控股股东”“实际控制人”“关联交易合同相对方”之外，学界还有争议。^⑥鉴于这对于普通、双重派生诉讼而言系同源问题，因而普通派生诉讼的争议也适用于双重派生诉讼。

“他人”范围之界定，涉及股东派生诉讼的衡平性质与居次地位，牵涉司法介入公司自治边界之厘定，需要对股东监督公司内部人与公司独立自主经营两种价值进行平衡。股东派生诉讼有效防范公司内部控制人不当行为的监督功能，决定了被告应限于公司经理层无意或无力对其造成的损失采取诉讼活动的人，主要指董监高、控股股东、实际控制人等公司内部人。^⑦对于公司外部人，公司机关并没有丧失提起诉讼的能力，由股东提起派生诉讼并代替公司的商业判断，违背公司自治与商事效率，因此，对“他人”之范围应作限缩解释。

（四）前置程序的设计

如前所述，派生诉讼作为公司法核心制度，具有居次地位与补救性质，故而应设置前置程序来保障公司的正常经营活动免受恶意派生诉讼的滋扰。在集团背景下的母子公司架构中，公司运行更趋复杂化、立体化，干扰因素也随之成倍增加，双重派生诉讼更需设置前置程序以求利益平衡。

1. 请求范围。普通派生诉讼的前置程序意在“穷尽内部救济”。同理，双重派生诉讼也应贯彻之，但在“内部”的理解上美、日差异显著。在美国，“内部”不仅指子公司内部，母公司董事会也被纳入，原告股东须同时向母子公司董事会分别申请追究不法侵害人责任，均遭拒绝后才能提诉，此为原则。^⑧在日本，“内部”仅限于子公司，原则上原告股东仅需向子公司董事会提出请求，遭拒绝后即可提起双重派生诉讼。^⑨基于双重派生诉讼中原告诉益的“间接性”“层级性”考虑，似乎美式方案更合理，同时，接受申请的机关应以子公司为界作区分处理：寻求子公司内部救济适用“交叉请求规则”，接受申

① 前田雅弘「親会社株主の保護」、『ジュリスト (Monthly Jurist)』1472号、2014年。

② 王原生：《日本公司法修正纲要中的多重股东代表诉讼制度》，第181页。

③ 王森、许明月：《美国特拉华州二重代表诉讼的实践及其对我国的启示》。

④ See *Goldstein v. Groesbeck*, 142 F. 2d. 422 (2d Cir. 1944).

⑤ 林少伟：《中国大陆股东代表诉讼——实施现状及发展趋势》，《月旦民商法杂志》总第59卷，第53页。

⑥ 主要为“狭义解释”和“广义解释”之争。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》。

⑦ 蔡立东：《论股东派生代表诉讼中被告的范围》，《当代法学》2007年第1期。

⑧ 参见前文 *Holmes* 案、*Goldstein* 案；See *Holmes v. Camp*, 180 A. D. 409, 167 N. Y. S. 840 (1917)；*Goldstein v. Groesbeck*, 142 F. 2d. 422 (2d Cir. 1944).

⑨ 王作全：《新订日本公司法典》，北京：北京大学出版社，2016年，第7页。

请机关根据被申请人不同而相应变化,防止不法侵害人与子公司接受申请机关勾结逃避责任。^①在《公司法修订草案》拟规定允许公司采取不设监事会的单层制模式的背景下,“交叉请求规则”适用空间被限缩,当公司无监事会时,申请机关只能是董事会。寻求子公司外部救济时,接受申请机关应为母公司董事会,不再包括母公司监事(会)。监事的代表诉权仅限于本公司,更何况与董事会相比,其商业判断的专业性较为欠缺,同时从母公司提起派生诉讼的便利性及节省原告诉讼成本的立场考虑,向母公司董事会发出请求即为已足。

2. 请求顺序。如规定了受请机关的先后顺序——要求母公司股东先向子公司受请机关提出请求,待其明确拒绝或逾期未答复,再向母公司董事会发出请求并等待其回应——这一设计大费周章,对于原告来说不公平,既不当提高了起诉成本,也可能因拖延而给子公司造成难以弥补的损失。为此,有学者提出“请求+通知”的应对,即允许母公司股东向子公司受请机关提出请求的同时,也向母公司董事会发出通知。^②问题是,“通知”毕竟不同于正式请求,只有知会的意思而无明确要求起诉的意思,终究不符合“穷尽内部救济”之要求。有鉴于此,“同时、分别”向母子公司提出请求的设计既能缩短请求时间,简化请求流程,也能保证用尽内部救济手段,与派生诉讼“非常救济”和“通常规则例外”的特征也相契合。唯需注意,采取“同时、分别”请求规则时,存在母子公司均欲提起诉讼并存在冲突的可能性,依派生诉讼居次地位和补救性质的基本法理,肯认子公司诉讼权的优先性自不待言。具体而言,在制度设计上可考虑规定,若母公司同意提起诉讼,应等待至子公司出具拒绝起诉的回复或在法定期限内不予回应,此时母公司方享有诉权。^③

3. 股东请求回复规则。诸多实证研究表明,派生诉讼前置程序陷入失灵、形同虚设的境地——面对股东请求,公司疏于调查甚至不予答复,股东为了完成程式化需求,对公司是否回复不抱期待。^④如不设法解决这一形式化问题,其应具有过滤诉讼、缓解结构性冲突的功能就无法发挥。有学者分析,前置程序的形式化既因为对股东书面请求缺乏规范,也因为受请机关的制度安排不够明确具体,最重要的则是缺乏对股东请求回复的明确规制。^⑤美国法针对股东提请求的回复问题高度关注,结合公司的组织架构而设置了特别诉讼委员会制度,该委员会通过独立、公正的调查所作的不起诉决定可以阻断派生诉讼的继续,以最大程度发挥商业判断规则的功效,充分保障公司基于自身利益的决策自由。^⑥日本为保障前置程序的功能实现,在双重派生诉讼中设置了不起诉理由书制度,赋予监事经调查决定不起诉时依法定内容和方式回复股东请求的职责。^⑦我国的公司组织机构更类于日本,可借鉴不起诉理由书制度,确立股东请求回复的规则。

4. 前置程序的豁免。前置程序本身是为保护公司自主经营管理权而要求股东穷尽公司内部救济途径,而当公司机关因与被告存在利害关系、根本不存在起诉的可能性时,此时为提高效率、节省成本,应豁免适用前置程序。在特拉华州,股东若能证明向董事会提出请求是没有意义的,便可直接起诉,即符合“请求无益”要件的可排除前置程序适用。关于该要件的确定,要求法院在运用自由裁量权时必须对董事的非关联性和独立性进行调查。^⑧在2010年Lambrecht案,法院仅将母公司董事的独立性问题及是否妥当执行商业判断作为认定基准。如果参与是否追诉的决策的董事不中立或与侵害事件有利害关系且母公司董事会不能证明作出不起诉决定能够增加母公司利益,法院就认定股东提起的双重代表诉讼符合请求无益要件的要求。^⑨另外,还有一些州公司法规定,符合下列条件的,免除前置程序:(1)董事

① 根据《公司法解释四》第23条第2款的规定,当被申请人是“他人”时,公司接受申请机关应为董事会,此规则在双重股东代表诉讼亦应得到适用。

② 沈贵明:《二重派生诉讼适格原告要件的构建》。

③ 张姝、马金仪:《母子公司架构下双重代表诉讼制度的证成与构建》。

④ 龚博:《股东派生诉讼前置程序实证研究》,《湖南科技学院学报》2016年第6期。

⑤ 朱大明、孙慧:《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》,《证券法苑》2019年第1期。

⑥ 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, no. 2, 1989, p. 508.

⑦ 参见日本《公司法》第847条第4款;日本《公司法实施细则》第218条。

⑧ 其又称为刘易斯测试(Aronson Test),由特拉华州最高法院在审理Aronson v. Lewis, 473 A. 2d 805 (1984)案时确立。

⑨ 王淼、许明月:《美国特拉华州二重代表诉讼的实践及其对我国的启示》。

们是所述的过错行为人；(2)董事在过错行为人的控制之下；(3)董事们否认过错行为的发生；(4)董事们已经批准了所诉的过错的行为。^①有鉴于此，最高人民法院2019年11月发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第25条在《公司法》第151规定紧急情况前置程序豁免的基础上，增加了因公司治理失灵而豁免前置程序的情形。具体来看，在被告与公司受请机关存在利害关系时，如存在被告为控股股东、实际控制人而董事会大多数成员是由该控股股东、实际控制人选任等情形，此时根本不存在由董事会起诉的可能性，前置程序的履行徒然增加诉累、损伤效率。^②考虑到双重股东代表诉讼的发生场景往往是母公司控股股东通过对母子两级公司的充分控制和行为协同来攫取非法利益，此种前置程序的豁免情形在双重股东代表存在更为广泛的适用空间，未来的制度设计与司法裁判应予充分重视。

三、双重派生诉讼的条款设计尝试

前文对双重派生诉讼适用要件进行了逐一论证，初步构建起双重派生诉讼“大厦”的雏形。细节决定成败，条款设计是搭建“大厦”的“钢筋水泥”，精准的条款设计是双重派生诉讼规则得以正确适用的根基。

(一) 条款设计的四个制度节点

1. 以母子公司的充分控制关系为前提

具体而言，其包括充分的股权控制标准与持股比例的计算两个制度节点。首先，母公司在受诉行为发生时与子公司形成股权控制关系。结合前文分析，可通过两个层次来认定母公司对子公司的控制标准。第一层次是股权控制的形式标准，即以母公司持股比例为依据，只要合并持股比例能够达到控股标准即可认定构成充分控制，具体包括三类：全资母公司（合并持有子公司100%股权者）、绝对控股母公司（合并持有子公司超过50%但不足100%股权者）、相对控股母公司（合并持有股权低于50%但依赖该股份表决权仍然足以控制子公司者）。作为第一层次的判断标准，简单易行，可做形式判断，但又不能止步于此，需要进一步确定第二层次的判断标准：实质控制。具体包括三类：一是人事标准，以母公司所占子公司董事会席位、母公司是否为多数股东为主要依据；二是财务经营标准，主要针对母子之间是否存在合同安排进行判断，包括有无股东协议、特许经营协议、承包经营协议、债权融资协议等；三是其他安排，例如有无表决权信托、表决权代理、表决权拘束协议及人事上的亲属关系等。^③公司实际控制权在性质上属于事实上的权力，更易受偶然事件和变化的影响^④，逻辑上难以通过一一列举穷尽。这一看法不无道理，所以也可借鉴域外“关联企业法”采取的合并财务会计报表的做法。^⑤合并报表能够比较全面地反映母公司实际控制的经济资源，“相较于法律标准更加注重经济实质面”。^⑥我国《企业会计准则第33号——合并财务报表》（下称《会计准则33号》）对实质控制标准拥有丰富的规制经验，循“实质重于形式”原则对“控制”作全方位界定，并以此为基础规定母公司应将其“控制”的全部子公司都纳入合并报表的范围。^⑦据此，通过合并报表确定的公司集团范围内的子公司都可纳入双重派生诉讼的射程之内。最后，控制标准采取先形式后实质的判断模式，全资母公司、绝对控股母公司、相对控股母公司以及符合纳入财务合并报表等实质判断标准的参股公司均纳入母公司范围。这意味着双重派生诉讼不限于全资母、子公司之间：子公司可以是多级子公司，多重派生诉讼也将被涵盖于内；除股份交换情形外，母公司应当在受诉行为发生时持有子公司股权。

其次，母公司对子公司直接或者间接持有股份在所不问，持股比例采合并计算规则。对于母子公司

① 张国平：《股东代表诉讼的规则架构》，《南京大学法律评论》2010年第2期。

② 最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，北京：人民法院出版社，2019年，第211—213页。

③ 徐来：《实际控制人法律制度研究》，博士学位论文，西南政法大学，2010年，第126—127页。

④ 郭富青：《论公司实际控制权：性质·渊源·法律导向》，《甘肃政法学院学报》2011年第1期。

⑤ 如德国“康采恩（企业集团）的会计报表”制度，还有英国公司法为“合并会计报表”的需要而引进、扩大了母子公司概念。参见吴越：《企业集团治理规制模式的选择》，黄来纪等主编：《企业集团的公司法制建设研究》，北京：中国民主法制出版社，2016年，第32—36页。

⑥ 刘燕：《会计法》，北京：北京大学出版社，2009年，第371页。

⑦ 参见《企业会计准则第33号——合并财务报表》（2014年修订）第7条、第21条。

间的持股方式，直接持股自应允许，间接持股亦无不可——母公司的持股比例在这里适用穿透计算规则。此举旨在打破我国现行法中对控股股东直接控股的限制，藉此将双重派生诉讼的层级可由双重延展至多重，进而与我国盛行多层次企业集团的商业实践相适应。在此意义上，本文所说的双重派生诉讼也内含多重派生诉讼的意思。2016年最高人民法院《公司法司法解释四》（征求意见稿）将双重派生诉讼限定在“全资子公司”，而未对其层级数加以限制，因而此处的全资子公司应属于多层支配关系下最终控制的全资子公司，即需要按照穿透计算的规则对母公司的持股比例进行合并计算。

2. 原告起诉资格，适用普通派生诉讼的现行规定

《公司法》第151条区分两类公司对普通派生诉讼股东持股比例、时间提出不同要求，在现行公司法未修改前，双重派生诉讼仍应与现行法保持一致，这不仅为《公司法修订草案》采纳，也是学界共识。^①在此背景下，我国引入股份交换会面临两大挑战：一是原普通派生诉讼在形式上转换为双重派生诉讼的问题，二是允许提起双重派生诉讼与否的问题。针对挑战一，如股份交换并非出自股东的意愿，且只是公司组织结构的变更，可借鉴日本“诉讼推进权”规定，认定其仍具有派生诉讼的原告资格。^②因为很明显，如不允许原告继续派生诉讼，将为子公司与第三方串通，借股份交换达致阻止股东派生诉讼打开方便之门。针对挑战二，需要考虑双重派生诉讼原告股东持股时间上的特殊性，具体而言，母公司股东持股期限的计算秉持连续计算规则。假设原公司通过股份交换成为新公司的全资子公司，原公司股东A直接转化为新公司股东，如新公司是股份公司，A提诉时应连续持股满180天。此时，该期间应从持股原公司的时间节点起算，因为发生股份交换并非股东A的自愿行为，股东A持有母公司Y的股份实际上是持有X公司股份的延续，重新计算显属不妥。故在股份交换完成后，之前已向原公司提起普通派生诉讼的被合并公司股东享有派生诉讼的继续推进权，有权就合并前原公司所受损害提起双重派生诉讼，且其持股时间自其持有被合并公司股份之日起计算。

3. 被告范围为“子公司的董监高”及“他人”

基于前文分析，我国引入派生诉讼的初衷在于强化对公司管理层的责任追究，是平衡股东所有与经营者控制的一种法律机制。^③因而无需对子公司在母公司中的资产比重提出门槛要求。关于被告范围，除了子公司的董监高之外，也要保留“他人”的规定，但需要对“他人”的范围进行适当限制。具体到立法路径，对于“他人”的限缩宜通过司法解释进行，根据既有的司法实践经验，将其指向子公司董监高的特定利害关系人以及子公司的控制股东、实际控制人及其特定利害关系人。

4. 公司参与机关的特殊设计

应当按照交叉请求规则确定子公司参与前置程序的公司机关，母公司股东提起双重派生诉讼之前应当同时、分别地向母公司董事会与子公司适格的公司参与机关提出提诉请求。公司参与机关在做出不起诉决定时应以书面形式及时对股东请求做出回复。具言之，其一，公司参与机关所作决定属于公司行为，须依法律、公司章程规定的程序以决议或者其他方式做出，以保障该拒绝起诉行为的正当性与合法性；其二，公司参与机关在收到股东请求之后，经过相应的调查与决策程序，如决定拒绝起诉请求的，应当及时将该决定通知股东；其三，对于前述决定应当以书面形式告知股东，同时还要明确相关决定内容必须包括公司调查的情况与公司作出不起诉决定的理由。^④如此一来，将不起诉的决定书面通知股东就成为受请机关的一项强制性责任，唯此，股东才能更好地判断是否应当继续起诉。更重要者，对此项强制性义务的违反，可能会成为追究公司经营者失信责任（违反勤勉义务或忠实义务）的依据，因此，这一规则的确立可以督促受请机关慎重对待股东的起诉请求。

（二）条款设计之尝试

美、日公司法关于双重派生诉讼的具体规则构建均以普通派生诉讼为蓝本，包含提诉前提、适格原告、被告范围、前置程序等诸项内容，具体内容存在诸多差异性。如采公司立法条款构造模式，相关条款设计与具体规则构建要注意科学界定相关法律术语，然后以既有的普通派生诉讼条款为基础借势构造之。

^① 樊纪伟：《日本多重代表诉讼制度及其启示》；林少伟：《我国双重股东代表诉讼的本土化构建路径》。

^② 周剑龙：《日本公司法制现代化中的股东代表诉讼制度》，《南京大学学报》（哲学社会科学版）2006年第3期。

^③ 钱玉林：《〈公司法〉第151条的漏洞及其填补》，《现代法学》2015年第3期。

^④ 朱大明、孙慧：《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》。

《公司法修订草案》第188条第4款规定,“本条第一款、第二款所称的董事会、董事、高级管理人员、监事会、监事,包括全资子公司的董事会、董事、高级管理人员、监事会、监事。”该款依循前文提及的第二种进路,即在普通派生诉讼基础上将被告范围延伸至全资子公司的董监高。但是,如前所述,这种进路却忽视了制度构建引发的体系性效应,仅“扩大被告范围”而不对相关配套措施同步改进,虽能节约立法成本,但终究在制度构成上欠缺通盘考虑,将会引发更多的司法适用混乱。因此,在《公司法修订草案》进一步斟酌之际,立法者既要考虑双重股东代表诉讼的特殊性,给予公司集团背景下弱勢的母公司少数股东救济之可能,又要谨慎对待这一制度设置,不得置“穷尽内部救济”这一原则于不顾。需要通盘考虑公司法的制度设计,结合前述对起诉前提、原告资格、被告范围、前置程序等适用要件的分析,以构建有层次的严密的规则体系。准此,笔者建议对公司法相关条文作如下调整。

一是将现行《公司法》第二百一十六条之第(二)、(三)项分别调整为:

控制股东,是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东;出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十,但(1)依其出资额或者持有的股份享有的表决权足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响;或(2)依协议、其他安排能够支配公司行为的股东。

前述出资、持有股份行为均可通过间接方式实施。

(三)实际控制人,是指虽不是公司的控制股东,但通过非股权投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人。”

二是在现行《公司法》第一百五十一条或者《公司法修订草案》第一百八十八条后增设一条,暂列为第一百五十二条(第一百八十九条):

第XXX条 子公司的董事、监事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定情形的,有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东均有权依照本法第一百五十一条规定,同时书面请求公司董事会与子公司监事会或者监事向人民法院提起诉讼;监事有本法第一百四十九条规定的情形的,前列股东可以书面请求子公司董事会或者董事向人民法院提起诉讼。

公司董事会、子公司监事会或者监事、子公司董事会或者董事收到前款书面请求后均拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起三十日内均未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使子公司利益受到难以弥补的损害的,前款规定的股东有权为了子公司的利益以自己的名义向人民法院提起诉讼。

公司董事会、子公司监事会或者监事、子公司董事会或者董事在收到书面请求后应当及时回复,拒绝提起诉讼的应当将其调查情况、不起诉理由以书面方式告知本条第一款规定的股东。公司自收到请求之日起三十日内未予回复且未提诉的,本条第一款规定的股东可另行提起诉讼。子公司监事会或者监事、子公司董事会或者董事自收到请求之日起三十日内未予回复且未提诉的,本条第一款规定的股东可在诉讼中要求其承担赔偿责任。

他人侵犯子公司合法权益,给子公司造成损失的,符合第一款规定的公司股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。

三是在相应的公司法司法解释文本中增加如下内容:

1. 公司法第一百五十二条第四款所称的“他人”,是指子公司的董事、监事、高级管理人员的特定利害关系人,以及实际享有董事、监事、高级管理人员的权力及地位的人,或者子公司的控股股东、实际控制人及其特定利害关系人。

2. 公司股东依据公司法第一百五十一条提起诉讼,应当在整个诉讼期间内符合该条所规定的起诉条件,但因股份交换失去股东身份的除外。

3. 股份交换完成后,因公司合并失去被合并公司股东身份的,该等股东有权依公司法第一百五十二条规定,就合并前被合并公司所受损害提起诉讼。合并公司为股份有限公司的,前述股东的持股时间自其持有被合并公司股份之日起计算。

(责任编辑:周中举)