

公司法中停止请求权的法律构造

李卓卓

内容提要:在新修订的《公司法》扩张董事会职权的背景下,纠正法定代表人、执行公司事务的董事或高级管理人员不法行为的停止请求权,是强化公司利益与股东利益保护的重要措施,有助于督促管理层勤勉尽职、妥善行使经营管理权。基于纠正不法行为以保护公司利益或股东利益的秩序要求、责任法的损害预防功能和司法介入公司治理的有限合理性,公司法应引入停止请求权。依权利归属,公司法中的停止请求权可分为通过公司监督机关和代表诉讼行使的公司的停止请求权,以及基于股东权利、通过直接诉讼行使的股东的停止请求权,前者的解释论进路为管理机关说及公司法权力分配秩序,后者应借助立法予以确立。在公司面临重大或不可回复的损害时,监事、非执行公司事务的董事以及股东等主体可以请求法院停止法定代表人、执行公司事务的董事或高级管理人员的不法行为。

关键词:停止请求权 董事义务 经营管理权 监督权 行为保全

李卓卓,中国人民大学法学院博士后研究人员。

一 问题的提出

调整公司中各主体之间的利益关系,是公司法的核心命题。^[1] 2023年修订的《公司法》强化了董事会职权,如增设第59条第2款以允许股东会授权董事会发行债券、修订第67条第2款第10项以允许章程或股东会向董事会授权、增设第152条以引入授权资本制允许章程或股东会授权董事会发行新股以及删除2018年《公司法》第46条“董事会对股东会负责”的表述等。董事会职权扩张呼应了现代公司法转向董事会中心主义与深化两权分离的历史趋势,法律亦应完善规制以应对随之加剧的代理成本问题。^[2] 有学者提出公司法可引入停止请求权作为保护股东权益的工具,以防止董监高不当行为造成的

[1] 参见叶林著:《公司治理制度》,中国人民大学出版社2021年版,第15-18页。

[2] 参见傅穹:《公司利益范式下的董事义务改革》,《中国法学》2022年第6期,第198页。

损失的发生或扩大;^[3]有学者主张应增设停止请求权规制不当发行;^[4]也有学者主张应增设债权人停止请求权。^[5] 尽管如此,公司法中的停止请求权仍缺乏深入研究。

一方面,概念内涵与权利类型不明。有学者将其称为股东停止侵害请求权,主要考虑为行使主体包含股东。^[6] 虽然日本学者也采类似称呼,^[7]但其认为股东行使的是公司的权利。^[8] 另外在德国,董事存在违反竞业禁止及资本规制的不法行为时,公司具有停止请求权,由监事依据德国《股份公司法》第 112 条来行使。^[9] 依其权利归属不同,公司法中的停止请求权可分为公司的停止请求权与股东自己的停止请求权,两者的规范功能与目的并不相同。^[10] 公司的停止请求权由监事、审计委员会或股东等主体行使,当法定代表人、代表董事及高级管理人员存在损害公司利益的行为时,监事或股东等主体可要求其停止侵害行为,其主要规范公司与董事之间的法律关系。股东自己的停止请求权包括股东在公司不公正发行的股份发行停止请求权,以及股东在组织变更中的组织变更停止请求权等类型,^[11]其处理的是股东与公司之间的法律关系。简单将公司法上的停止请求权称为股东请求权忽视了公司法中停止请求权的类型区分必要性,也回避了请求权生成的理论基础问题。

另一方面,现实纠纷不断。公司及股东等要求法定代表人、董事等停止不法行为的情况屡屡发生,所涉被主张停止的不法行为类型包括法定代表人或董事的资金占用、违法销售、拒不交还印章等公司资料、竞业禁止、关联交易、侵占公司资产用于经营等。^[12] 虽然也有学者主张,发现不法行为的董事负有“及时制止”的义务,但这一现实需求却难以实

[3] 参见梁上上:《停止请求权:董事滥权行为的制止》,《江海学刊》2006 年第 2 期,第 130 页;徐强胜:《公司治理结构中的法定代表人》,《国家检察官学院学报》2023 年第 6 期,第 61 页;赵万一、胡军:《论公司收购中控股股东的诚信义务》,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2005 年第 1 期,第 55 页;刘俊海:《全面推进国有企业公司治理体系和治理能力现代化的思考与建议》,《法学论坛》2014 年第 2 期,第 53 页;曹兴权著:《公司法的现代化:方法与制度》,法律出版社 2007 年版,第 286-287 页。

[4] 参见沈朝晖:《授权股份制的体系构造》,《当代法学》2022 年第 2 期,第 110 页。

[5] 参见冯果著:《现代公司资本制度比较研究》,武汉大学出版社 2000 年版,第 192 页;赵旭东等著:《公司资本制度改革研究》,法律出版社 2004 年版,第 253 页。

[6] 参见蒋学跃:《论股东停止侵害请求权》,《法商研究》2008 年第 5 期,第 109 页。

[7] 高橋英治「株主による取締役の行為の差止め」酒巻俊雄ほか編『逐条解説会社法第 4 卷』(中央経済社,2008 年)452 頁参照。

[8] 田中亘『会社法』(東京大学出版会,2021 年)366 頁参照。

[9] 参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔著:《德国资合公司法》(第 3 版),高旭军等译,法律出版社 2005 年版,第 170 页。本文遵循商法学界的常用表述,采“停止请求权”的术语,而非民法中“妨害预防请求权”“妨害防止请求权”“停止侵害请求权”等表述。具体不同表述的辨析,参见余佳楠:《网络服务提供者的妨害人责任》,《中外法学》2021 年第 6 期,第 1640 页。

[10] 日本公司法中股东或监事针对董事不法行为的停止请求权,为公司治理的监督职能的构成部分,属于“监督指正权”(監督は正権)。而日本《公司法》第 210 条规定的发行股份停止请求权,为股东保护的事前救济措施,高橋美加=笠原武朗=久保大作=久保田安彦等『会社法』(弘文堂,2021 年)217、315 頁参照。

[11] 如日本《公司法》第 182 条之三的股份合并停止请求权、第 210 条的发行股份停止请求权、第 247 条的新股优先认购权发行停止请求权、第 784 条之二以及第 796 条之二的简式合并停止请求权。

[12] 参见山西省高级人民法院(2021)晋民终 382 号民事裁定书;河南省高级人民法院(2020)豫民申 93 号民事裁定书;江苏省高级人民法院(2019)苏民申 695 号民事裁定书;四川省成都市中级人民法院(2019)川 01 民终 18534 号民事判决书;广东省东莞市中级人民法院(2015)东中法民二终字第 1921 号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2023)粤 01 民终 12845 号民事判决书。

现。《公司法》第 78 条第 3 项虽然规定监事具有要求董事、高级管理人员纠正违法行为的职责,但学理上并未明确该职责是否意味着监事有请求权。^[13] 在司法实践中,此项的意义被解释为作为监事的当事人具有职责,故对经营情况构成知情。^[14] 比较公司法上普遍采用停止请求权,我国公司法却长期未能建立该制度,可谓遗憾。本文拟先明确公司法中的停止请求权的正当性基础,包括其法律秩序基础、损害预防功能和司法介入意义;再讨论不同类型公司法停止请求权的规范进路;最后分析公司的停止请求权的规范构成。

二 公司法中停止请求权的正当性

(一) 法律秩序基础

公司法及私法秩序对公司利益和股东利益的保护,是停止请求权的建构基础。私法秩序中,如果当事人发现侵害是来自某一不法行为时,即有权要求法院提供救济。在国家的私法秩序下,任何人没有义务容忍他人非法侵害的状态。《公司法》作为我国经济制度的基本法律规范,旨在调整团体法律关系,其构成了我国私法秩序的一部分。《公司法》条文并未赋予团体法律关系中的主体就其遭受的不法行为主张行为停止的权利,但亦未明确股东或公司不享有停止请求权,如《公司法》第 188、189 条允许主张损害赔偿,但第 180 条并没有排除董事违反忠实勤勉义务的其他法律后果。

设置停止请求权符合公司法及私法秩序的要求。法律共同体的成员具有不受侵害的消极自由,法律秩序对此通过权利秩序加以保护。^[15] 权利秩序决定了股东享有股权及股东权利,而与股东权利有关的权利分配秩序,属于公司法及其所在的私法秩序。法律需为公司提供相应的请求权,以实现公司法所处的私法秩序的秩序价值及公司法的规范目的。法律秩序可以提供保护手段的目的或内容,例如在有关的法律利益被认为受到非法侵犯的情况下,要求排除干扰的权利,因此法律秩序也构成了停止请求权的理论基础。^[16] 故法律秩序保护股东的成员权利以及公司的权利,允许其通过诉讼如预防性停止之诉的方式制止管理层的不法行为。^[17]

(二) 功能主义基础

公司法中的停止请求权发挥了损害预防功能。停止请求权是民事责任停止侵害方式在公司法领域的发展,其与损害赔偿请求权在规范功能上有所不同,损害预防功能是其相对于损害赔偿的功能基础。在公司法中,团体关系的复杂性以及法人格的独立性决定了当民事责任的损害预防相比较损害填补更有助于保护公司利益和股东利益时,《公司法》

[13] 参见刘斌:《公司治理中监督力量的再造与展开》,《国家检察官学院学报》2022 年第 2 期,第 41 页。

[14] 参见最高人民法院(2020)最高法民申 2806 号民事裁定书;江西省景德镇市中级人民法院(2021)赣 02 民终 162 号民事判决书。

[15] Vgl. Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 103.

[16] 根本尚德「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察」私法 72 号(2010 年)133 頁以下参照。

[17] Vgl. Lutter, Theorie der Mitgliedschaft, in: Schneider/Hommelhoff (Hrsg.), Marcus Lutter Gesammelte Schriften, 2010, S. 124; Schmidt, Handelsrecht Unternehmensrecht I, 6. Auflage, 2014, S. 202.

有必要赋予当事人停止请求权以预防损害。

1. 损害赔偿的预防功能不足

民事责任制度有损害填补功能,也有损害预防功能。损害赔偿是民事责任的基本内容和主要形态,但其功能为事后救济,以事后赔偿填补受害人遭受的损失;且损害赔偿原则上为补偿性而非惩罚性的,也即损害赔偿的范围需以实际损害为限,仅特殊情况下允许惩罚性赔偿。这使得损害赔偿不能充分实现民事责任的损害预防功能。损害预防的成本低于赔偿侵权行为造成损害的成本,或者避免损害的成本与仍然发生的损害的成本之和最低时,预防性法律保护有效。^[18]一方面,从行为人的主观角度而言,私法上的不法行为或义务违反行为虽然可能使行为人发生损害赔偿义务,但诉讼程序的成本、请求权行使的抗辩事由和赔偿责任免除事由,使得并非每一项违反私法义务的行为均会发生相应数额的损害赔偿赔偿责任,行为人甚至在事前可能认为违法行为不一定会遭受法律制裁。另一方面,损害赔偿需以实际损失为限,原则上行为人需就实际损害向受害人承担损害赔偿赔偿责任。从赔偿数额而言,损害赔偿实现损害预防功能,需要潜在赔偿数额超过不法行为之获利数额。如果行为人的行为有可能不被追究,抑或不法获利可能不被要求向受益人返还而能够保有其获利,则容易激发行为人进行不法行为的机会主义动机。损害赔偿只不过使不法行为人交出了其不应取得的利益,而并未使其遭受经济上的制裁。

《公司法》中的绝大部分民事责任为损害赔偿,具有单一性,难以通过损害预防保护公司及股东的权益。第一,在股东义务与责任方面,《公司法》第21条第1款规定了股东禁止滥用权利原则,但该条第2款仅规定了股东滥用权利时的损害赔偿赔偿责任。第二,在双控人义务与责任方面,《公司法》第22条第2款也仅将损害赔偿作为双控人与董监高利用关联交易损害公司利益的法律后果。第三,在董事义务与责任方面,《公司法》第180条规定了董事的忠实勤勉义务,第186条规定了董事违反忠实义务的得利交出,以及第188条规定了董事的损害赔偿赔偿责任,并未规定其他类型责任。

2. 损害预防的功能考察

保护公司及利益相关者的合法权益是公司法的基本原则以及立法目的,通过公司法以实现规制公司管理者不履职及义务违反等问题。公司法越是强化董事会职权,越应强化公司利益及股东利益的保护,以减少投资者对其权利遭受大股东滥用权利以及董事不法行为的损害。事前规制是规制代理成本的必要法律策略,因此强化损害预防功能是公司法实现少数股东保护的重要组成部分。

确立停止请求权有助于实现民事责任的损害预防功能,补全《公司法》民事责任体系。代理成本理论认为,在管理权与所有权分离的公司当中,出于种种原因管理层为自己的利益而行动,而不是为了公司利益最大化。^[19]一方面,由于现代公司治理中管理权与所有权的分离,作为受益人的股东并不一定是公司经营者,因此董事对股东具有信息优

[18] Vgl. Dreier, Kompensation und Prävention, 2002, S. 19.

[19] See Michael C. Jensen & William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 *Journal of Financial Economics* 305, 345-357 (1976).

势,这使得股东有可能面临董事的冒险行为或不法行为的损害,有必要在事前即通过法律保护股东的权利。对于可能对公司利益或股东利益造成重大或不可回复的损害的不法行为,公司法需通过停止请求权进行预防。有的损害从性质上难以通过损害赔偿的事后救济进行填补,如公司重大资产处分或并购决定以及股东持股比例的丧失。另一方面,《公司法》的事前保护较为稀少,仅决议瑕疵之诉、查账权等制度有事前保护功能,这些救济措施不能充分发挥损害预防功能。决议瑕疵之诉具有严格的要件要求,股东提起决议无效之诉需满足《公司法》第 25 条的决议内容违反法律法规的要求,而股东提起决议撤销之诉需满足《公司法》第 26 条的决议程序违反法律法规以及章程、决议内容违反章程的要求。前述两个条文的决议瑕疵之诉的二分法是经验性的,这使得决议瑕疵之诉难以发挥救济功能。^[20] 查阅权制度允许股东查询公司的会计凭证,《公司法》第 57 条第 2 款扩大了股东查询公司账簿的范围,但单纯的账簿查阅不足以制止不法行为并预防损害,且查账权制度需要股东具有较高的财务会计知识,这对股东提出了极高的要求。

法律就可能造成重大或不可回复的损害的不法行为,赋予公司关系中的主体向法院主张停止的权利,以预防不法侵害。其一,对于董事以及高级管理人员而言,如果其行为被监督机关或股东发现并被提起停止之诉,则其行为可能会被法院要求停止,这并促使董事等高级管理人员在事前妥善经营,进而降低代理成本。股东参与公司经营之权利亦包含股东针对不法行为的停止请求权。^[21] 其二,从事后救济来看,股东如追究法定代表人、执行公司事务的董事或高级管理人员的损害赔偿,不仅原告可能无法通过索赔填补其遭受的损害,被告也有可能难以承担赔偿责任。这使得董事以及高级管理人员面临巨额索赔风险,致其经营策略越发保守。而停止请求权相较于损害赔偿,有助于提前制止不法行为,通过消除事前不法行为的方式减少股东以及公司的损害。^[22] 其三,如果不法行为不会造成重大或不可回复的损害,则没有必要通过停止请求权加以救济。投资与经营本就有风险,无论是公司任命董事或高级管理人员,还是股东出资均应考虑并接受经营风险,不应以其对经营决策行为的初步不法性认识或怀疑而推翻经营决策。故若不法行为本身的损害较小且不至不可挽回,则损害填补更符合经营活动现实且有助于尊重公司经营自主性,反之就所有行为均赋予停止请求权可能过度限制经营决策。

(三) 司法介入公司治理的有限合理性

停止请求权必须基于司法介入的有限合理性,以尊重公司治理秩序。司法介入是公司治理中的重要命题,其关涉法院或监管机构是否以及何时有权介入公司治理。在美国法中法院应股东诉求向其授予禁令救济从而停止管理层的不法行为,禁令救济属衡平救济,是否作出禁令救济取决于法院的裁量权。^[23] 公司法停止请求权的治理意义为,法院应监事会、审计委员会或股东的请求要求董事或管理层停止正在推进的管理行为,形成对

[20] 参见李建伟:《决议行为特殊效力规则的民法解释》,《法学杂志》2021 年第 7 期,第 27 页。

[21] 龍田節=前田雅弘『会社法大要』(有斐閣,2017 年)177 頁参照。

[22] 北沢正啓『株式会社法研究』(有斐閣,1976 年)312 頁参照。

[23] See Dan B. Dobbs, *Handbook on the Law of Remedies*, West Publishing Co., 1973, p. 52; James R. Farrand, *Ancillary Remedies in SEC Civil Enforcement Suits*, 89 *Harvard Law Review* 1779, 1781-1783 (1976).

经营管理权的制约,实质上属于公司治理的司法介入。

一方面,司法介入不可或缺。司法介入有助于赋予监督机关有执行力的监督工具,夯实监督机关的监督职能,并在监督机关不作为时赋予股东以干预经营管理决策的可能,从而纠正不当的管理决定。司法介入具有多重手段,如停止之诉、表决权限制、决议无效、限制股权转让乃至司法解散等。《公司法》的司法介入手段有第188条的董事损害赔偿规则,第15条第3款的公司担保中关联股东的表决权限制规则,第185条的利益冲突交易中关联董事表决权限制规则以及第25、26、27条的决议瑕疵之诉,但这些规则难以规制代表人或高级管理人员的业务执行行为以及董事会的不当决议。代表人的业务执行行为无需公司决议批准,缺乏事前规制,仅能通过事后规制追究相关代表人或高级管理人员的责任,例如上市公司大股东或双控人通过其控制的董监高操控上市公司向关联人转账或伪造交易,即能实现资金占用目的。对于董事会的不当决议,虽然公司法允许股东、监事或董事等主张决议瑕疵,但依赖法院的诉讼程序,难以及时叫停不当行为。

另一方面,司法介入也须具有限度与边界。如果任由监督机关或股东主张司法介入,可能影响公司的正常经营管理秩序,甚至激化利益冲突而引起监督权或代表诉讼提起权滥用,导致管理层为息事宁人而主动向监督机关成员或股东输送利益。^[24]若法定代表人、执行公司事务的董事或高级管理人员无法与某个股东取得共识,但其行为本身符合商业判断且不会造成公司利益重大或不可回复的损害,则法律不宜应允个别股东之请介入公司经营管理。停止请求权所代表的干预经营管理的权力并非无限,其应限于必要尺度。^[25]换言之,停止请求权应限于法定代表人、执行公司事务的董事以及高级管理人员等主体的不当权限行使的司法介入。因此,在建构停止请求权时,必须考虑公司监督权与经营管理权之间的制衡,以及公司经营效率与公司利益保护的平衡。

综上所述,公司法中的停止请求权符合公司法和私法秩序,其对损害的预防功能有助于缓解当前责任规范偏重事后救济的问题,避免可能造成重大或不可回复的损害的不法行为。需要注意的是,公司法停止请求权属于公司治理的司法介入手段,其必须保持在必要范围内以尊重正常的公司经营秩序。故在建构公司法停止请求权时亦应明确停止请求权的规范进路和规范构成等内容。

三 停止请求权的类型化规范进路

公司法需以权利归属为基础,区分停止请求权的类型。权利主体遭受侵害时其主体有救济性权利,该原则应与公司关系相适应。公司利益遭受损害时公司有停止请求权,而

[24] 参见刘凯湘:《股东代表诉讼的司法适用与立法完善》,《中国法学》2008年第4期,第159页;蒋大兴主编:《法院中的公司法(2)(下)》,法律出版社2024年版,第931页;周友苏著:《中国公司法论》,法律出版社2024年版,第17页。另外,我国学界目前并未严格区分“监督机关”与“监督机构”,两种称呼皆有使用。审计委员会作为董事会这一公司机关的委员会,其应属监督机构,但为行文简洁起见,本文所说的“监督机关”包括监事会和审计委员会。

[25] Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, 1980, S. 464.

股东利益遭受直接损害时股东有停止请求权。一方面,公司利益遭受损害并不意味着每个股东都遭受损害,如公司低价向数个股东处分公司资产,^[26]又如公司收购人与被收购人转移公司账上巨额现金。^[27]另一方面,股东利益遭受的损害也应有所区分。股东因公司利益而遭受损害从而导致其股权价值遭受减损的损害,不属于直接损害,属间接损害或反射损害。^[28]依反射损害排除规则,原则上来说股东不因反射损害而享有救济权利,但其可通过代表诉讼程序行使公司的权利。^[29]故应采取类型化规范进路建构公司法中的停止请求权,以体现公司利益和股东利益的区分以及股东直接损害和反射性损害的区分。

(一) 间接诉权型停止请求权与直接诉权型停止请求权

停止请求权可分为间接诉权型与直接诉权型两种类型。第一类为公司的停止请求权,监事及股东等仅为权利的行使人;第二类为股东行使的股东自身的停止请求权。前者是基于公司与董事之间的关系而产生的停止请求权,适用监督机关代表公司起诉或股东代表诉讼的程序,为间接诉权型停止请求权;后者是基于股东利益受损而生成、以救济直接损害的停止请求权,适用股东直接诉讼程序,为直接诉权型停止请求权。^[30]

间接诉权型停止请求权与直接诉权型停止请求权的法律性质不同。一方面,间接诉权型停止请求权的权利归属为公司,公司内部有关监督权的权力分配秩序决定该权利的请求权人,股东行使的公司的停止请求权为共益权。日本公司法中存在间接诉权型停止请求权。公司的停止请求权需由监督机关行使,例外时由股东行使。如日本《公司法》第 360 条下的停止请求权系股东依代表诉讼行使的停止请求权。^[31]另一方面,直接诉权型停止请求权为股东自己的停止请求权,因股东基于其自身遭受的不利益而产生,为股东依直接诉讼而行使的停止请求权,因此也被称为“自益权之共益权”。^[32]此类停止请求权制度类似于英国《公司法》第 996 条下的不公平损害制度,不必满足股东代表之诉的要求。日本公司法中此类请求权包括:日本《公司法》第 210 条的不公正发行停止请求权、第 247 条新股预约权发行停止请求权、第 784 条之二和第 796 条之二的无需股东会同意时的组织变更停止请求权等。^[33]我国公司法应采取间接诉权型停止请求权,而非直接诉

[26] 参见深圳证券交易所创业板关注函〔2020〕第 158 号。

[27] 参见深圳证券交易所公司部关注函〔2023〕第 335 号。

[28] 参见朱大明著:《香港公司法研究》,法律出版社 2015 年版,第 127 页。

[29] See Paul L. Davies, Sarah Worthington & Christopher Hare, *Gower Principles of Modern Company Law*, 11th edition, Sweet & Maxwell, 2021, p. 530; Robert Austin, Harold Ford & Ian Ramsay, *Company Directors: Principles of Law and Corporate Governance*, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 764.

[30] 我国民商法学中也有“间接诉权”的概念。有的民法学者将债权人代位权理解为间接诉权,参见朱广新著:《合同法总论研究(下册)》,中国人民大学出版社 2018 年版,第 438 页;崔建远著:《合同法总论(中卷)》,中国人民大学出版社 2024 年版,第 366 页。有的公司法学者将股东的决议撤销诉讼提起权称为“间接诉权”,参见钱玉林著:《公司法实施问题研究》,法律出版社 2014 年版,第 134 页。

[31] 岩原紳作「株主による取締役の行為の差止」落合誠一(ほか編『会社法コンメンタール8——機関(2)』(商事法務,2009 年)130 頁参照。

[32] 例如,在股份限制转让的公司中,未经特别决议就发行股份,造成股东持股比例的变动,江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣,2021 年)第 798-799 頁参照。我国学者一般认为新股发行停止请求权为共益权,参见叶林主编:《公司法原理与案例教程》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 112 页。

[33] 岩原紳作「株主による取締役の行為の差止」落合誠一(ほか編『会社法コンメンタール8——機関(2)』(商事法務,2009 年)130-131 頁参照;田中亘『会社法』(東京大学出版会,2021 年)680-681 頁参照。

权型停止请求权,具体论述如下。

(二) 间接诉权型停止请求权的规范进路考察

1. 间接诉权型停止请求权的学说基础

间接诉权型停止请求权应采何种规范进路,取决于如何理解公司与董事、法定代表人等之间的法律关系。关于这一问题,主要有委任说、信义说等学说,^[34]除此之外,如果将董事会视为公司机关而董事为公司机关成员,则董事与公司之间存在基于机关上的组织关系,以下简称管理机关说。^[35] 委任说与管理机关说均支持间接诉权型停止请求权,但是不同理论构造将决定停止请求权对公司的救济力度与司法介入公司自治的强度,以及监督机制对经营管理的干预程度。

首先,委任说与管理机关说对停止请求权的规范基础理解有所不同。委任说将公司与董事之间的法律关系理解为委任关系,董事为公司的受托人,而公司是董事的委托人,作为公司意思的形成机关的股东会为公司的最高机关,故作为委托人的公司有权要求作为受托人的董事或法定代表人停止相应行为。管理机关说下间接诉权型停止请求权来自监督权所处的权力分配秩序。董事会或不设董事会公司的总经理属经营管理机关,行使经营管理权。监事会等行使监督权,而停止请求权即属监督权中的业务监督权。^[36] 公司法权力分配秩序确定了经营管理权的行使规则与边界。^[37] 经营管理权行使的法律基础为,组织法授予了董事或法定代表人行使经营管理权的法律地位。与之对应地,执行公司事务的董事或法定代表人等行使公司权力时必须符合组织法秩序的权限要求。当经营管理权行使违反权限授予目的、公司章程与法律规范时,组织法秩序将否定该经营管理权行使,并借助行使监督权的主体代表公司提起停止之诉。

其次,依管理机关说及公司法权力分配秩序,停止请求权必须限于不当行为。董事会作为经营管理机关,其经营管理权行使具有促进公司利益的目的要求,又基于公司法的两

[34] 相关内容梳理参见叶林:《董事忠实义务及其扩张》,《政治与法律》2021年第2期,第21页。

[35] 经营管理的权力由董事会行使,进一步而言经营管理可分为意思形成与业务执行,业务执行又可进一步区分为对内管理与对外执行。See Adolf A. Berle & William C. Warren, *Cases and Materials on the Law of Business Organization (Corporations)*, The Foundation Press, Inc., 1948, p. 463; Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Band I, 1980, S. 18. 堀口亘「取締役会の権限」上柳克郎(ほか編『新版注釈会社法(6)株式会社の機関(2)』(有斐閣,1987年)103頁参照;大隅健一郎=今井宏=小林量『新会社法概説』(有斐閣,2010年)221頁参照。我国公司法学界亦广泛存在强调公司董事会、经理或清算人等结构机关地位的“机关说”理论意识。如“管理机关”,参见朱慈蕴著:《公司法原论》,清华大学出版社2011年版,第283页;徐强胜编著:《最高人民法院公司法司法解释精释精解》,中国法制出版社2019年版,第52、93页;施天涛著:《公司法论》(第4版),法律出版社2018年版,第625页。如“公司机关”和“法人机关说”,参见李建伟著:《公司法学》(第6版),中国人民大学出版社2024年版,第157、354页。如“经营机关”,参见陈甦主编:《民法总则评注(上册)》,法律出版社2017年版,第575页。如“经营管理机关”,参见赵旭东主编:《公司法学》(第4版),高等教育出版社2015年版,第300页。民法学也有学者将基耶克的法人真实人格理论译为“机关说”,参见崔建远、韩世远等著:《民法总论》(第3版),清华大学出版社2019年版,第133页。本文将主张或认同董事会为经营管理机关、董事为经营管理机关之构成成员的理论称为“管理机关说”。

[36] 参见朱慈蕴等著:《公司内部监督机制》,法律出版社2007年版,第270-273页。

[37] 公司法权力分配秩序指的是公司法规及章程共同确定的公司内部权限/权力分配的法律结构。有学者称之为“权力分配结构”,参见王保树:《股份公司组织结构的法的实态考察与立法课题》,《法学研究》1998年第2期,第56页。公司法权力分配秩序具有深刻的法律意义,如有学者认为,股东会扩权会破坏“机关权限的分配秩序”,参见钱玉林著:《公司法实施问题研究》,法律出版社2014年版,第142页。

权分离的框架,董事会取得了经营管理权的自由裁量空间,其权力行使原则上不被质疑。^[38] 公司的监督权不得干涉经营管理权的正当行使,故监督权行使需以不法行为为限而不应干扰公司正当的经营管理行为,且公司内部的监督机关,应优先于股东行使该监督权。

最后,依委任说,公司作为委任关系下的委托人具有停止请求权,换言之,除了当公司遭受受托人不法行为损害之外,委托人亦得以直接向作为受托人的董事或法定代表人发出命令要求其停止该正常职务行为。在公司治理实践中,行使委托人监督权的主体包括监事会、审计委员会甚至股东,这将意味着监督机关或股东将直接借助委任说下的停止请求权实现对董事会干预甚至控制,损害董事会在经营管理事项上的商业判断。

总之,《公司法》应采管理机关说在公司法权力分配秩序下建构公司的停止请求权,进而明确其规范内容。

2. 公司的停止请求权与 1993 年《公司法》第 111 条停止请求权

需要澄清的是,建构公司的停止请求权并非重新确立 1993 年《公司法》第 111 条的停止请求权,两者之间存在本质区别。1993 年《公司法》第 111 条曾规定“股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规,侵犯股东合法权益的,股东有权向人民法院提起要求停止该违法行为和侵害行为的诉讼”,以授予股东当公司决议违反法律或章程时的停止请求权。

首先,1993 年《公司法》第 111 条的停止请求权着眼于对股东利益的保护,其停止请求权的行使需以股东权益受损为前提,该权利归属于股东自身,诉讼程序为股东直接诉讼。而公司的停止请求权的行使前提之一为公司利益受损,公司得请求董事、高级管理人员等成员停止相关不法或侵害行为,股东代位行使公司的停止请求权而非自身权利。

其次,1993 年《公司法》第 111 条停止请求权的适用范围较为狭窄。1993 年《公司法》第 111 条在文义上将停止请求权的适用范围仅为公司决议违反法律法规的情形。^[39] 考虑到决议的私人自治性质,1993 年《公司法》第 111 条的意义为决议违反强制性规定时股东对该无效行为的停止请求权,为公共秩序限制私人自治在公司法律关系上的体现,该功能被 2005 年《公司法》的决议无效和可撤销规范取代。^[40]

最后,与决议瑕疵之诉一并提起的停止之诉的意义在于强化决议瑕疵判决的执行效力,而非实现前述停止请求权的司法介入公司治理功能。公司决议如因违反强制性规定而无效或因撤销之诉而被撤销而归于无效,则该无效决议因自始无效不对股东、公司以及第三人发生效力,除非第三人属《民法典》第 85 条下的善意相对人。为了加强裁判后状态的保护或实现,需叠加给付之诉。决议瑕疵下停止之诉可为原告提供向相对人请求恢复原状或要求公司不继续履行的执行依据,通过诉的合并在一次诉讼中解决纠纷,可减少

[38] See David Millon, Theories of the Corporation, 1990 *Duke Law Journal* 201, 222-225 (1990); Lucian Arye Bebchuk, Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law, 105 *Harvard Law Review* 1435, 1491-1493 (1992); William T. Allen, Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation, 14 *Cardozo Law Review* 261, 267-272 (1992).

[39] 参见叶林:《股东会决议无效的公司法解释》,《法学研究》2020 年第 3 期,第 63 页。

[40] 类似地,2002 年生效的《上市公司治理准则》第 4 条规定“股东有权依法提起要求停止上述违法行为或侵害行为的诉讼”,但 2018 年生效的《上市公司治理准则》并未予以保留。

诉讼负担,避免确认之诉的结果无法得到有效维护。

综上所述,管理机关说是公司的停止请求权的规范进路,该建构方案不同于1993年《公司法》第111条。在公司设置监督机关时,监督机关得行使公司的停止请求权。如果股东符合提起代表诉讼的条件,则股东也得以代表公司行使停止请求权。该权利也被称为代表诉讼提诉权,为制止不法行为的事前消极防御措施。^[41]

(三)不宜设置一般直接诉权型停止请求权

我国公司法并不缺少股东直接诉权的依据。依《公司法》第190条,董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定,损害股东利益的,股东得提起诉讼。规范表达上该条并不限于损害赔偿之诉,问题在于股东是否以此为基础具有一般直接诉权型停止请求权。

一般诉权型停止请求权似有法律关系上的合理性,但与公司法秩序存在龃龉。民事主体是否具有相应的权利的问题实质是,私法秩序是否通过权利保护民事主体的法益。然而,股权及成员权并非物权或人格权,其仍然是股东在组织法中的权利,故不能仅根据私法秩序授予权利人以停止请求权,就认为组织法秩序也授予股东一般直接诉权型停止请求权。基于司法介入的有限合理性以及损害预防功能的必要性,是否赋予股东在其公司关系上的一般直接诉权型停止请求权,取决于公司法中替代救济是否仍属不足,使得股东必须依据组织法秩序得到股东自身的停止请求权的救济。如果在组织法的法律关系上股东不享有权利、其他私法主体对股东不负有义务又或者组织法已经或能够提供其他替代救济措施,则股东不能以其自身权利受到侵害为由主张停止请求权。不同类型的公司中各主体的法律关系有所不同,股东与公司、董事之间也不一定存在紧密的关系,这一点在公众公司与封闭公司的区分中尤为明显。因此是否赋予股东一般直接诉权型停止请求权,需区分公众公司与封闭公司进行分析。

在公众公司中,包括上市公司以及股票在股转系统或地方股权交易所上挂牌交易的非上市公众公司,股东不享有基于其自身权利的停止请求权。在公众公司中,由于股东本身人数众多,股东与股东之间关系并不密切,并不形成在所有情形下均值得特别规制的信义关系;且股票的流动性较好,股东能够通过公开市场中转让股票回收其投资,并且能够适用《证券法》的虚假陈述民事责任制度以对其因欺诈而遭受的损害进行救济,所以没有必要通过赋予公众公司的股东以一般直接诉权型停止请求权予以实现其权利救济。

在封闭公司当中股东与各主体之间形成较为紧密的法律关系,但是否需要在封闭公司中引入直接诉权型停止请求权,需考察公司法为封闭公司的少数股东压迫进行救济的充分性。股东压迫更有可能发生在封闭公司,是由于封闭公司的股权较为集中,管理权与收益权的分离程度较低,并且封闭公司股权的流动性较差,且由于资本多数决的治理机制,少数股东更有可能遭受大股东或多数股东的压迫,而不是来自管理层的不当行为的损害。^[42] 尽管如此,我国公司法仍不必为封闭公司设置一般直接诉权型停止请求权。

[41] 北沢正啓『株式会社法研究』(有斐閣,1976年)312頁参照。

[42] 参见李建伟:《股东压制的公司法救济》,《环球法律评论》2019年第3期,第149页。

一方面,在封闭公司的场景下,一般直接诉权型停止请求权的主要功能为救济股东压迫,而非前述停止请求权制止不法行为的损害预防功能,但救济股东压迫可借助其他救济工具实现。例如我国可通过扩张解释《公司法》第 21 条,将股东压制作作为滥用股东权利的下位概念,进而确立股东压迫救济制度,进而为封闭公司的股东压迫设置一般性救济路径。^[43] 另一方面,在封闭公司股东间利益对立的情况下,一般直接诉权型停止请求权这一财产规则造成过多的讨价还价能力,公司内部需要不同股东之间达成契约以解决利益冲突,从而提高了交易成本。为避免少数股东利用救济权利过度干预公司事务,避免法院过度介入公司治理,赋予反对股东回购请求权这一责任规则的救济是较为妥当的选择,而不是赋予一般直接诉权型停止请求权。

不过,在特殊场合下设立特别直接诉权型停止请求权则仍有价值。一般股东压迫救济在特殊场合力度不足,例如在简易合并、组织变更中设置基于股东权益的停止请求权,又如在授权资本制背景下设立针对不公正发行的停止请求权。^[44] 是否需要赋予股东特别直接诉权型停止请求权也与法律是否为其提供了充分的救济有关。

(四) 小结

我国应引入通过公司的停止请求权,该权利由公司监督机关或股东代表诉讼行使,为间接诉权型停止请求权;不宜引入依据股东自身权利而行使的一般直接诉权型停止请求权,应借助股东压迫救济制度以实现其股东救济功能。不过,在公司收购等组织变更行为、授权股份发行、不当分配以及公司增资侵害股东优先认购权等影响股东利益的特别领域,可考虑引入基于股东权益遭受损害而由股东直接行使的特别直接诉权型停止请求权。^[45] 值得注意的是,程序法上的行为保全也应与实体法上一般直接诉权型停止请求权的克制理念相适应。如股东主张行为保全时,法院可要求其说明其依据为股东代表诉讼还是直接诉讼,如其不适用代表诉讼且缺乏直接诉权,法院应驳回保全申请。

比较法上,不同国家以各自的方式确立了停止请求权。美国法中禁令属衡平救济,其适用于收购、合并、资产转让等交易,当行为人违反法律时股东可申请禁令。^[46] 美国证券交易委员会也可申请禁令以执行证券法。^[47] 德国公司法上并未规定停止请求权,但在特定情形如董事违反竞业禁止规定时公司具有停止请求权,其为公司的一项不成立的请求权。^[48] 日本公司法通过法律规定的方式,分别为不同类型公司的监督机关(依其监督机

[43] 参见李建伟:《再论股东压制救济的公司立法完善》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2022 年第 5 期,第 55 页。

[44] 参见沈朝晖:《授权股份制的体系改造》,《当代法学》2022 年第 2 期,第 110-111 页。

[45] 参见傅穹:《授权资本制的中国运行机理》,《中国社会科学》2024 年第 6 期,第 77 页;李卓卓:《授权资本制中不当发行停止请求权的建构与行使》,《财经法学》2023 年第 1 期,第 32 页。

[46] See Ralph C. Ferrara & Marc I. Steinberg, A Reappraisal of Santa Fe: Rule 10b-5 and the New Federalism, 129 *University of Pennsylvania Law Review* 263, 281-286 (1980); Daniel R. Fischel, Efficient Capital Market Theory, the Market for Corporate Control, and the Regulation of Cash Tender Offers, 57 *Texas Law Review* 1, 37-45 (1978).

[47] See William H. Kuehnle, Secondary Liability Under the Federal Securities Laws - Aiding and Abetting Conspiracy, Controlling Person, and Agency: Common-Law Principles and the Statutory Scheme, 14 *Journal of Corporation Law* 313, 374-376 (1989).

[48] Vgl. Mertens/Cahn, in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. Aufl. 2010, § 88 Rn. 26; Kort, in: *Großkommentar Aktiengesetz*, 5. Aufl. 2015, § 88 Rn. 183.

关为监事会、监查委员会、监查等委员会)以及股东授予了停止请求权。^[49]

考察比较法上的立法例及处理方式,本文认为对于我国而言,确立清晰、明确的规则更为合理可行。我国应为公司的停止请求权设定法律规范或统一的裁判规则,使之契合我国公司法的规范体系。由监督机关行使或借助代表诉讼行使的公司的停止请求权的规范表达为:法定代表人、执行公司事务的董事或高级管理人员实施违法行为,且可能对公司造成重大或不可回复的损害时,监事、非执行董事或股东可请求该法定代表人、执行公司事务的董事或高级管理人员停止该行为。未来公司的停止请求权可借助司法解释或法律修订加以确立,其应置于监督权行使、董事责任或股东代表诉讼等有关章节。

四 间接诉权型停止请求权的规范构成

我国需明确公司的停止请求权的规范构造。鉴于公司的停止请求权的行使主体为股东和公司监督机关中的监事等,故应遵循监督权行使和代表诉讼的规律,确定公司的停止请求权的请求权人、被请求人、适用范围、行使要件以及法律效果等内容。

(一) 请求权人

1. 监事或非执行公司事务的董事

监事或非执行公司事务的董事可行使公司的停止请求权。然而在具体公司类型中,董事还是监事为请求权人,需依公司的监督机关设立情形分别讨论,这是因为不同公司存在设立监事会/监事、审计委员会或不设立任何监督机关的监督权分配秩序。

其一,在设立监事或监事会且不设立审计委员会的公司中,监事或监事会行使停止请求权。公司的停止请求权的权利来源为公司对法定代表人、执行公司事务的董事和高级管理人员等主体的停止请求权,因此监事或监事会有权代表公司行使该停止请求权。类似地,日本公司法中,在设置监事的公司中监事依日本《公司法》第385条第1项行使停止请求权。^[50]其二,在不设立监事或监事会的公司中,如果公司依《公司法》第83条后半句不设任何监督机构,且公司存在非执行公司事务的董事,则非执行公司事务的董事为停止请求权的请求权人。^[51]其三,在不设立监事或监事会且设有审计委员会的公司中,担任审计委员会成员的董事为请求权人。在日本法中,针对设置董事会但不设置监事会的单层制公司,2005年日本《公司法》增设监查委员会中监查委员的停止请求权。^[52]2014年日本《公司法》通过修订新增第399条之六,设置监查等委员会的公司中的监查等委员的停止请求权。^[53]其四,在既设立监事会又设立审计委员会的公司中,担任审计委员会委

[49] 江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣,2021年)525-526頁参照;田中亘『会社法』(東京大学出版会,2021年)366頁参照。

[50] 田中亘『会社法』(東京大学出版会,2021年)302頁参照。

[51] 参见李建伟主编:《公司法评注》,法律出版社2024年版,第386页。

[52] 近藤光男「監査委員による執行役等の行為の差止め」酒巻俊雄ほか編『逐条解説会社法第5巻』(中央経済社,2011年)280頁参照。

[53] 土田亮「監査等委員による取締役等の行為の差止め」江頭憲治郎ほか編『論点体系会社法3』(第一法規,2021年)434頁参照。

员的董事是停止请求权的请求权人,监事不是停止请求权的请求权人。依《公司法》第 121 条、176 条之规定,设审计委员会的公司不设监事会或监事,意在排除公司在设置审计委员会时仍将监督权赋予监事会的解释结论,避免双重监督机关之间的冲突,以实质落实审计委员会的监督机制。故虽部分公司同时设有监事会和审计委员会,但应依《公司法》的体系解释由审计委员会行使监督权。

2. 股东

股东为公司的停止请求权的请求权人,但如公司本身设有监督机关,则公司的停止请求权应先由监督机关行使。依前述司法介入有限正当性和管理机关说,股东行使公司的停止请求权的实质,是股东借助司法手段介入经营管理上的公司自治并监督经营管理权的行使。监事会以及董事会中的审计委员会设置,反映了公司章程将公司监督权力分配给监事会等机关的权力分配秩序,股东通过参与公司且未反对公司章程表现了对权力分配秩序的认同,股东应尊重该治理结构安排。其仅在监督权行使失灵的例外情形下,通过代表诉讼适当补充监督权,这也是代表诉讼制度设置前置程序和持股要求的意义所在。

由于该请求权为间接诉权型停止请求权,股东行使该请求权应符合代表诉讼的基本要求。《公司法》第 189 条对股东提起代表诉讼作出规定,股份有限公司的股东需在连续的一百八十天以上单独或合计持有公司百分之一以上的股份,故股份公司股东如行使公司的停止请求权,则也应满足相应的持股时间及持股比例的要求。

(二) 被请求人

公司的停止请求权的被请求人主要为公司法定代表人、董事和高级管理人员。当董监高的行为对公司可能造成损害时,股东或其他请求权人得以行使公司的停止请求权,要求董监高停止相关不法行为。在集体决策过程中董事以机关成员的身份参与经营决策,被请求人为具体执行决策的执行公司事务的董事、法定代表人或高级管理人员。公司不是公司的停止请求权的被请求权人,股东不能代表公司来起诉公司。^[54] 值得注意的是,现实中如非董事或监事等机关成员并不是执行公司事务的董事、法定代表人或高级管理人员,但事实上介入经营行为并从事不法行为以侵害公司利益,则其应属于执行公司事务的董事,可成为被请求人。

(三) 适用范围

公司的停止请求权的适用范围为法定代表人、执行公司事务的董事或高级管理人员损害公司利益的不法行为,包括但不限于:资金占用、利益输送、违规担保、明显有害于公司利益的资产转让、巨额捐赠或浪费、向不具有清偿能力的相对人出借资金、违反股东会专属权限等。需要注意的是,公司的停止请求权适用范围也包含董事会决议。如果董事会决议被执行将产生对公司的不可回复的损害,则能够针对该执行行为主张停止请求权。^[55] 不过从实用性角度来看,我国公司的停止请求权不必区分董事会决议本身与执行

[54] 高橋英治「株主による取締役の行為の差止め」酒巻俊雄ほか編『逐条解説会社法第 4 卷』(中央経済社,2008 年)452 頁参照。

[55] 大隅健一郎=大森忠夫『逐条改正会社法解説』(有斐閣,1951 年)312 頁参照。

董事会决议的管理行为,不妨允许董事会决议适用公司的停止请求权,法院可应原告要求一并审查相关董事会决议效力。

(四)行使要件

1. 公司利益可能面临重大或不可回复的损害

行使公司的停止请求权时,原告需举证证明行为可能使公司面临重大或不可回复的损害。如不要求重大或不可回复损害,则易使损害预防功能异化为权利滥用,违反司法有限介入的理性约束,损害公司正常经营、管理层的合理履职与公司外部关系的相对安定性。只有在公司利益可能遭受重大或不可回复的损害时,损害预防功能所带来的损害避免效益才有可能大于司法介入公司自治的负面影响。故需存在重大或不可回复的损害,且原告需承担该举证责任。不过,被告也可举证证明案涉行为并不会对公司利益造成重大或不可回复的损害。

是否构成重大或不可回复的损害需关注对公司持续经营能力的影响、交易价格是否显著不公平、所涉交易标的是否产权清晰、交易后公司的营业资产情况、对公司业务的影响和治理独立性等因素。考察前述因素亦符合我国上市公司的监管实践。我国 2023 年公布的《上市公司重大资产重组管理办法》第 11 条亦要求董事会披露重大资产重组对公司经营能力的影响等要素,可见经营能力要素的重要性。当然,具体的损害应在实践中具体判断,例如:法定代表人或代表董事处分相应财产,但其并不具有相应赔偿能力;上市公司与公司进行重大资产重组,但该交易明显将损害公司现金流或大幅增加公司负债;该借贷交易或重组交易的目的为强化濒临破产公司的经营能力,但该被资助公司已无摆脱困境的可能;或该交易将使得公司失去对主要营业资产或财产的控制等。

公司利益是否遭受重大或不可回复的损害与是否存在利益冲突无必然联系。关联交易或利益冲突交易并不必然意味着存在重大或不可回复的损害,反之公司决议对关联交易和利益冲突交易的批准也不意味着排除停止请求权。

2. 不法行为

原告主张行使公司的停止请求权时,需举证证明董事、法定代表人或高级管理人员的行为违反法律或公司章程,因此具有违法性,且该不法行为可能损害公司利益。需要注意的是,不法性情形已经消除则法院不必作出保全裁定或停止判决,例如先前缺乏股东会决议之行为已经股东会决议批准。

需要注意的是,法院还须审查相关行为中权力行使的适当性和行为影响的公平性。对于适当性要素,法院需考察经营管理权的行使是否过当。董事在履职时有广泛的自由裁量权,除非行为存在明显不当,否则司法不应干预公司内部管理。^[56] 如果董事行为属于公司章程范围又或者行为本属合法行为,则不受法院调整。^[57] 对于行为影响的公平性,法院需考察行为是否为经营计划或集团经营的一部分。若行为属经营计划的一部分且经营计划整体公平,则不具有停止必要性。集团结构具有为子公司提供财务支持、降低

[56] See *Van Campen v. Olean Gen. Hosp.*, 210 A. D. 204 (App. Div. 1924).

[57] See *Leslie v. Lorillard*, 110 N. Y. 519 (1888); *McCullough v. Moss*, 1846 WL 4708 (N. Y. Dec. 1846); *Hawes v. City of Oakland*, 104 U. S. 450 (1881).

资金成本、改善商誉以及增强销售能力等优势。^[58] 如果行为属于集团经营的一部分,且集团经营本属公平或者集团中控制公司已提供充分补偿,则该交易仍具有公平性。

董事等主体的信义义务违反行为当属不法行为,但不法行为不限于失信行为,两者存在一定差异,仍应以不法行为作为规制对象。其一,请求权人在证明信义义务违反时除了证明公司利益遭受重大损害外,还应证明被请求人主观上存在过错,这增加了举证难度。而在公司面临重大或不可回复的损害的危险时,为请求权人增加过重举证难度有碍损害预防的功能实现。其二,停止请求权并不仅关注义务违反,其主要强调对公司利益重大损害的事前预防。对于实践中违反章程及法律规定的不法行为,其是否必然存在信义义务违反可能在学理上存在争议。但如不法行为可能造成公司利益的重大或不可回复之损害,基于公司利益保护的私法秩序要求以及损害预防的功能,公司监督机关或股东有权主张行为停止,即使在不法行为发生之初难以判断行为其是否违反信义义务。法律可对禁令救济与损害赔偿适用不同的审查标准。^[59] 信义义务违反当属不法行为,但仅在信义义务违反行为可能对公司造成重大或不可回复的损害时,得适用公司的停止请求权。

与损害赔偿请求权不同的是,公司的停止请求权的行使不要求被请求人具有过错。同时,如果公司章程中存在董事免责条款,股东行使停止请求权也不受该条款的影响。特拉华州《公司法》第 102 条 b 款 7 项允许公司章程设置免责条款,但美国法中针对董事以及管理层的禁令不受该限制。^[60]

(五) 法律效果

原告在行使停止请求权后可申请保全。如前所述,公司的停止请求权的功能为事前的损害预防,如不允许申请保全则不能充分实现预防功能。故应当允许原告在通过诉讼程序行使公司的停止请求权时申请保全措施,包括行为保全和财产保全。^[61] 在日本法中股东依据诉讼程序行使停止请求权时可以同时申请保全措施,在停止请求诉讼判决作出之前,法院可作出禁止被请求人特定损害公司利益的行为的行为保全裁定,也可以对特定物作出财产保全裁定。^[62] 美国法中当合并缺乏独立议价过程、或该控股股东存在明显的利益冲突时,法院也支持临时禁令 (preliminary injunction) 以停止公司合并。^[63]

公司的停止请求权行使适用诉讼程序。从法律效果来看,公司的停止请求权旨在使

[58] See Richard Squire, Strategic Liability in the Corporate Group, 78 *University of Chicago Law Review* 605, 610 (2011); Richard A. Posner, The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, 43 *University of Chicago Law Review* 499, 505 (1976); Jack F. Williams, The Fallacies of Contemporary Fraudulent Transfer Models as Applied to Intercompany Guaranties: Fraudulent Transfer Law as a Fuzzy System, 15 *Cardozo Law Review* 1403, 1437 (1994).

[59] See Melvin Aron Eisenberg, The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law, 62 *Fordham Law Review* 437, 460-468 (1993).

[60] See Delaware General Corporation Law § 102, Del. Code Ann. tit. 8, § 102 (2022); E. Norman Veasey, An Economic Rationale for Judicial Decisionmaking in Corporate Law, 53 *Business Lawyer* 681, 693 (1998).

[61] 类似的观点可见于人格权禁令的讨论中,比如不少学者支持在诉讼时同时允许当事人申请保全,参见严仁群:《人格权禁令之程序法路径》,《法学评论》2021 年第 6 期,第 122-125 页;张素华:《论人格权禁令的性质及司法适用》,《比较法研究》2021 年第 6 期,第 78 页。

[62] 高橋英治「株主による取締役の行為の差止め」酒巻俊雄ほか編『逐条解説会社法第 4 巻』(中央経済社,2008 年)454 頁参照。

[63] See T. Rowe Price Recovery Fund, L. P. v. Rubin, 770 A.2d 536 (Del. Ch. 2000).

特定请求人不得作为或作为特定行为,也即被请求人对公司负有不作为特定行为的义务。故该行使公司的停止请求权的诉讼为不作为之诉。德国法亦将不作为之诉视为特殊的给付之诉。^[64]

值得注意的是,仍需考察违反保全措施以及停止判决的不作为义务的行为效力及权利行使效果。保全以及不作为判决为基于我国《民事诉讼法》的公法行为,对私法的法律行为存在限制,因此违反保全以及不作为判决应当对法律行为产生影响,以实现该停止请求权的损害预防功能。除此之外,停止请求权之行使效果也将影响公司的相对人的权利行使效果。如在公司违规担保且相对人未签订合同时,监事及非执行公司事务的董事得通过停止请求权制止违规担保,^[65]其可在保全及起诉时申请通知作为第三人的相对人,从而推定相对人不具有善意。

五 结 语

基于纠正不法行为以保护公司利益和股东利益的私法秩序要求、责任法的损害预防功能以及司法介入的有限合理性,我国公司法应引入停止请求权。公司法中的停止请求权包含基于公司权利的间接诉权型停止请求权以及基于股东自身权利的直接诉权型停止请求权。前者的规范进路为管理机关说及公司法权力分配秩序,我国可借助司法解释引入间接诉权型停止请求权;对于后者,我国可在个别情形中以法律规范引入特别直接诉权型停止请求权。

对于公司法中的间接诉权型停止请求权,请求权人代表公司行使公司的停止请求权。具体而言,设置监事(会)且不设置审计委员会的公司中监事和股东为请求权人,设置董事会的公司中非执行公司事务的董事和股东为请求权人;股份有限公司的股东需连续的一百八十天以上单独或合计持有公司百分之一以上的股份;被请求人为公司的法定代表人、执行公司事务的董事和高级管理人员;适用范围为法定代表人、执行公司事务的董事和高级管理人员损害公司利益的不法行为;不法行为需有对公司利益造成重大或不可回复之损害的可能;行使时不必证明相对人具有故意或过失;法律效果上,请求权人可申请诉讼保全,包括行为保全以及财产保全,被请求人负有不作为义务。

停止请求权作为公司法保护公司利益和股东利益的基础工具,其具有尚待探索的研究空间。例如构建基于股东自身权利的特别直接诉权型停止请求权、违反该停止请求权的不作为义务将对法律行为效力、公司债权人的债之效力产生何种影响、停止请求权如何与其他制度互动以改善公司治理等问题,值得未来进一步研究。

[本文为作者参与的2022年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“法治化营商环境建设法律问题研究”(22JJD820018)的研究成果。]

[64] 参见曹志勋:《停止侵害判决及其强制执行》,《中外法学》2018年第4期,第1073页。

[65] 关于董事会如何制止违规担保以至于不陷入“只有沉默的可能”的讨论,参见李志刚等:《公司对外担保无效之赔偿责任》,《人民司法(应用)》2020年第19期,第106-111页。

Legal Construction of Injunctive Remedies in Corporate Law

[**Abstract**] Based on the requirements of private law order to rectify wrongful acts and protect the interests of companies and their shareholders, the damage-prevention function of liability law, and the limited reasonableness of judicial intervention, the Chinese company law should introduce the right to seek injunctive relief. This right to injunctive relief in company law encompasses both derivative claims for injunctive relief based on the rights of the company and direct claims for injunctive relief based on shareholders' own rights. For derivative claims, the appropriate normative approach lies in recognizing the authority of management and the legal order of established distribution of power in company law. China can achieve this through judicial interpretations of its company law. This proposed approach differs from Article 111 of the 1993 Company Law. When a company has established supervisory organs or institutions, those supervisory organs or institutions may exercise the company's right to seek injunctive relief. If shareholders meet the requirements for bringing a derivative action, they may also exercise the right to seek injunctive relief on behalf of the company. As for direct claims, it is not appropriate for China to introduce a general right to direct injunctive relief based on the exercise of shareholders' own rights. Instead, the function of shareholder remedies should be realized through the existing system of remedies for shareholder oppression. However, in specific areas that affect shareholders' interests, such as the authorized issuance of shares, legislations may be considered to introduce a special type of direct claim for injunctive relief, directly exercised by shareholders based on the harm to their rights and interests. With respect to derivative claims for injunctive relief in company law, the claimant acts on behalf of the company to exercise the company's right to seek such relief. Specifically, in companies with a supervisory board and without an audit committee, the supervisors and shareholders are the claimants. In companies with a board of directors, non-executive directors and shareholders are the claimants. Shareholders of a joint-stock company must have held, individually or in aggregate, more than 1% of the company's shares for a continuous period of 180 days or more to have standing. The respondents are the company's legal representative, executive directors, and senior management. The scope of application covers wrongful acts by the legal representative, executive directors, and senior management that harm the interests of the company. The wrongful acts must have the potential to cause significant or irreparable harm to the company's interests. When exercising the right, the claimant needs not prove that the counterparty acted with intent or negligence. In terms of legal effect, the claimant may apply for pre-trial preservation measures, including both conduct preservation and asset preservation, and the respondent has a duty of non-action.

(责任编辑:余佳楠)