

私立東海大學法律學研究所
碩士論文

指導教授：洪秀芬 博士

股份有限公司董事對公司之民事賠償責任之研究

**A Study of Directors' Civil Liability
to Company Limited by Shares**



研究生：孫藝娜

中華民國九十九年七月

碩士學位考試委員會審定書

私立東海大學法律學研究所

碩士班研究生 孫藝娜 君所提之論文：

股份有限公司董事對公司之民事賠償責任之研究

經本委員會審查並舉行口試，認為符合

碩士學位標準。

考試委員簽名處

王香芬

王志誠

李成

99年 6月 30日

論文摘要

防止公司經營者違法濫權侵害公司及股東之權益，為公司治理之重要一環，除於事前及事中建立一套有效的預防及監督機制外，對於違反法令或章程之董事，事後應課予民事、刑事及行政責任，始能徹底落實公司治理的目標，其中民事賠償責任具有填補損害之重要功能，其完備性即相形重要，就此而言，必須強調的就是董事對公司之義務，以及建立完善之民事責任求償機制。

按我國公司法對於董事違反法令或章程行為之事前預防及事後救濟，訂有一套完整之規定，事前預防部分包括第 194 條、第 218 條之 2 第 2 項之股東及監察人制止請求權；在事後救濟之部分，除解任失職董事外，董事對公司應負損害賠償責任時，由公司對董事提起訴訟之情形有二：其一為依股東會決議對董事提起訴訟（公司法第 212 條）；其二為監察人依少數股東之請求，為公司對董事提起訴訟（公司法第 214 條第 1 項），此時是否會因董事為現任或已卸任，而使代表機關有所不同？董事會是否亦得自行作成責任追究之決議？以及公司於訴訟外對董事請求損害賠償，而作成以減輕或免除董事責任為內容之和解時，應以何者為有權作成決定之機關？關於這些爭議，即為本文之討論重心之一。

由公司自行訴追董事責任外，我國公司法第 214 條第 2 項前段設有少數股東提起代表訴訟之規定，但多年的實施以來，股東應用之實例並不多見，主要原因係現行制度規範之眾多缺失所致，其原因包括股東提訴門檻過高濫訴防止規範之設計不當、制度設計上誘因不足等，實有參考外國立法例加以修正之必要。至 2009 年 5 月 20 證券投資人及期貨交易人保護法修正時，新增第 10 條之 1 第 1 項第 1 款，賦予保護機構於發現公司董事或監察人執行業務有重大違法或重大損害公司利益時，得請求監察人或董事會為公司提起訴訟，如監察人或董事會三十日內不提起訴訟，投資人保護中心可直接對董事或監察人提起訴訟，在公司治理的層面將扮演更為積極的角色，能否在彌補公司法相關制度之缺失上發揮作用，是為學界及實務未來應關注的重點。

本文首先在第二章從實體面上說明董事與公司間之法律關係、對公司應負之義務，以及義務違反後之民事賠償責任；第三章從程序面上介紹我國法上關於董事義務違反之事前預防及事後救濟；其後由我國實務案例出發，就制度缺失之部分與美日法制作對照檢討，以提出對我國法之修正建議。

關鍵字：董事；受託義務；注意義務；忠實義務；制止請求權；決議解任；裁判解任；股東代表訴訟；證券投資人及期貨交易人保護法。

簡 目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機及研究目的.....	1
第二節 研究範圍、研究方法與論文架構.....	2
第二章 董事對公司之義務與民事賠償責任	5
第一節 董事與公司間之法律關係.....	5
第二節 董事對公司之義務.....	9
第三節 董事對公司之民事賠償責任.....	32
第四節 董事責任之減輕與免除.....	45
第三章 董事違反義務之預防與救濟	48
第一節 概說.....	48
第二節 對董事行為之制止.....	49
第三節 解任失職董事.....	53
第四節 失職董事對公司之損害賠償.....	57
第四章 我國司法實務關於訴請董事為民事賠償之檢討	93
第一節 實務案例.....	93
第二節 追訴董事責任法規於實務運用之整體現況.....	129
第五章 觀察美日法制對我國董事民事責任之省思	137
第一節 美國法之規定.....	137
第二節 日本法之規定.....	170
第三節 美、日及我國法制之比較.....	186
第四節 對我國法之修正建議.....	190
第六章 結論	202
參考文獻.....	206

詳 目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機及研究目的.....	1
第二節 研究範圍、研究方法與論文架構.....	2
第一項 研究範圍	2
第二項 研究方法	4
第三項 論文架構.....	4
第二章 董事對公司之義務與民事賠償責任	5
第一節 董事與公司間之法律關係.....	5
第一項 早期英美法上之信託關係	5
第二項 代理關係	6
第三項 委任關係	8
第四項 小結	9
第二節 董事對公司之義務.....	9
第一項 適用民法委任關係之義務	9
第一款 注意義務	9
第二款 依委任人之指示處理事務	10
第三款 自己處理委任事務	10
第四款 報告義務	11
第五款 交付金錢物品孳息及移轉權利之義務	12
第六款 使用金錢應付利息之義務	12
第二項 公司法所列舉之義務	12
第一款 遵守法令章程及股東會之決議	12
第二款 表決權行使迴避之義務	13
第三款 競業禁止之義務	14
第四款 其他列舉性規定	15
第三項 公司法上之概括性義務	15
第一款 董事受託義務之引進與界定	15
第二款 注意義務	17

第一目 注意義務之定義與內涵	17
第二目 違反義務之標準	19
第三款 忠實義務	23
第一目 忠實義務之意義	23
第二目 忠實義務之內涵	23
第三目 司法審查標準	29
第三節 董事對公司之民事賠償責任	31
第一項 董事義務違反之法律效果	32
第一款 刑事責任	32
第二款 行政責任	33
第三款 民事責任	34
第二項 民事賠償責任之規定	35
第一款 民法之規定	35
第二款 公司法之規定	35
第一目 針對公司特定事務之列舉規定	36
第二目 未針對公司特定事務之概括性規定	41
第三款 其他法律之規定	43
第三項 小結	43
第四節 董事責任之減輕與免除	44
第三章 董事違反義務之預防與救濟	48
第一節 概說	48
第二節 董事行為之制止	49
第一項 股東制止請求權	49
第二項 監察人制止請求權	52
第三節 解任董事	53
第一項 決議解任	53
第二項 裁判解任	54
第四節 失職董事對公司之損害賠償	57
第一項 以訴訟之方式請求損害賠償	57
第一款 依股東會決議對董事提起訴訟	58
第一目 追究對象為現任董事	58

第二目 追究對象為卸任董事.....	62
第二款 依少數股東請求對董事提起訴訟.....	62
第一目 追究對象為現任董事.....	63
第二目 追究對象為卸任董事.....	65
第三款 依現任董事會之決議對董事提起訴訟.....	65
第一目 追究對象為現任董事.....	65
第二目 追究對象為卸任董事.....	68
第四款 股東之代表訴訟.....	69
第一目 股東代表訴訟之立法意義.....	70
第二目 提起股東代表訴訟之要件.....	73
第三目 現行法之適用情形與缺失.....	77
第五款 保護機構之代表訴訟.....	78
第一目 資人保護法之立法背景與沿革.....	78
第二目 2009年5月投資人保護法之修正增訂第10條之1..	80
第三目 投資人保護法第10條之1之分析.....	82
第四目 小結.....	87
第二項 以訴訟外之方式請求損害賠償.....	88
第四章 我國司法實務關於訴請董事為民事賠償之檢討.....	92
第一節 實務案例.....	92
第一項 公司對董事之訴訟.....	92
第一款 突破通訊公司案（卸任董事）.....	92
第二款 台肥公司案（卸任董事）.....	95
第三款 陸特股份有限公司案（卸任董事）.....	99
第四款 台東區中小企業銀行股份有限公司案（卸任董事）.....	102
第五款 奇盟實業股份有限公司案（卸任董事）.....	105
第六款 聯上生物科技股份有限公司案（卸任董事）.....	106
第七款 祥順電機股份有限公司案（卸任董事）.....	108
第八款 中友船舶貨物裝卸承攬股份有限公司案（卸任董事）..	109
第九款 台欣生技公司案（卸任董事）.....	111
第十款 安培企業股份有限公司案（現任董事）.....	113
第十一款 明日世界電腦股份有限公司案（現任董事）.....	115
第十二款 案例圖表彙整.....	117
第二項 股東之代表訴訟.....	121
第一款 萬國電腦股份有限公司案.....	121

第二款 臺灣庵原農藥股份有限公司案	123
第三款 峻和建設股份有限公司假扣押聲請案	125
第四款 案例圖表彙整	127
第三項 保護機構之代表訴訟	128
第二節 追訴董事責任法規於實務運用之整體現況	128
第一項 多數案例係由董事會決議追訴卸任董事責任	128
第二項 股東代表訴訟之案例極少	129
第一款 濫訴防止規範之設計不當	130
第一目 提起股東代表訴訟之門檻過高	130
第二目 供擔保制度之要件寬鬆	132
第三目 敗訴股東對公司之賠償責任嚴格	132
第二款 制度設計上之誘因不足	133
第三款 對善良管理人注意義務與忠實義務之認定	134
第五章 觀察美日法制對我國董事民事責任之省思	136
第一節 美國法之規定	136
第一項 解任董事	136
第二項 股東代表訴訟	138
第一款 對股東代表訴訟之正反意見	139
第二款 股東代表訴訟之當事人	140
第一目 代表訴訟之原告	140
第二目 代表訴訟之被告	141
第三款 提起代表訴訟之程序要件	142
第一目 原告股東之資格要件	142
第二目 向董事會之提訴請求	150
第三目 向股東會之提訴請求	159
第四款 訴訟費用擔保制度	161
第五款 訴訟費用補償制度	163
第一目 合理費用之補償	163
第二目 律師費用之計算	164
第六款 美國代表訴訟制度之實證研究	166
第二節 日本法之規定	169
第一項 董事行為之制止	170

第二項 解任董事.....	171
第一款 決議解任.....	171
第一款 裁判解任.....	171
第三項 失職董事對公司之損害賠償.....	173
第一款 依股東請求對董事提起訴訟.....	174
第二款 股東之代表訴訟.....	175
第一目 立法背景與沿革.....	175
第二目 代表訴訟之當事人.....	178
第三目 起訴前之提訴請求.....	180
第四目 訴權濫用之防止.....	180
第五目 代表訴訟之供擔保.....	181
第六目 其他制度設計上之誘因.....	183
第三節 美、日及我國法制之比較.....	185
第四節 對我國法之修正建議.....	189
第一項 關於董事解任之修正.....	189
第一款 決議解任之部分.....	189
第二款 裁判解任之部分.....	190
第二項 關於代表訴訟制度之修正.....	192
第一款 股東提訴資格之部分.....	192
第二款 濫訴防止之規範設計方面.....	193
第一目 訴訟權濫用之禁止.....	193
第二目 供擔保制度之修正.....	194
第三目 股東對公司賠償責任之修正.....	195
第三款 制度誘因之部分.....	195
第一目 訴訟費用之補償.....	195
第二目 裁判費之計算.....	196
第四款 其他修正建議.....	197
第一目 代表訴訟之原告及被告.....	197
第二目 起訴前等待期間之例外與延長.....	198
第六章 結論.....	200
參考文獻.....	204

第一章 緒論

第一節 研究動機及研究目的

自 1997 年亞洲金融風暴以來，公司治理議題廣為世界各國所重視，我國 2001 年 11 月於公司法修正時增列第 23 條第 1 項之規定：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。」並於立法理由中說明：「為明確規定公司負責人對於公司應踐行之忠實義務及注意義務，並對公司負責人違反致公司受有損害，應負損害賠償責任。」與第 2 項公司對第三人侵權行為責任之規定對照，該次公司法之修正乃從強化公司治理之角度出發，將董事等公司負責人之責任重心，從原本強調對公司以外第三人所負之責任，轉移至其對公司應盡義務的違反所生之責任，呼應於強調公司治理的時代潮流¹。

國內近年來各大公司掏空弊案及炒作股票弊案頻傳，如何防止公司經營者違法濫權侵害公司、投資人以及利害關係人之權益，為公司治理之重要一環，就此而言，除於事前及事中建立一套有效的預防及監督機制外，對於違反法令或章程之董事，事後應課予民事、刑事及行政責任，始能徹底落實公司治理的目標，其中民事賠償責任具有填補公司及股東所受損害之重要功能，從而建立完善之民事責任求償機制自為健全公司體制之重要課題。

我國公司法第 194 條規定：「董事會決議，為違反法令或章程之行為時，繼續一年以上持有股份之股東，得請求董事會停止其行為。」第 218 條之 2 第 2 項則規定：「董事會或董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為，監察人應即通知董事會或董事停止其行為。」是為股東與監察人對董事違法行為之制止請求權；在公司對董事直接提起訴訟之情形，依公司法第 212 條及第 214 條第 1 項之規定，得經由股東會決議或由繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之少數股東，以書面請求監察人為公司提起訴訟；同時為避免董事及監察人之濫權，確保董事民事責任之追究，並為股東作為公司內部監督機制一環之具體表現，公司法第 214 條第 2 項並規定，監察人自有同條第一項少數股東之

¹ 黃銘傑，經營者支配與股東支配外之第三條路，載：《公司治理與企業金融法制之挑戰與興革》，元照，2006 年 9 月初版，頁 73-74。

請求日起，三十日內不提起訴訟時，為該請求之股東，得為公司提起訴訟，此即所謂「股東代表訴訟」，由此可知我國公司法對於董事違反法令或章程行為之事前防止及事後追究，訂有一套完整之規定，但在我國實務上，直接由公司對董事提起訴訟之案例本非多見，而代表訴訟制度歷經多次修正，仍未為股東所廣泛利用，究其原因並非我國公司治理健全，實係制度上有重大之缺陷，造成股東難以利用，甚至不願利用代表訴訟制度。

2009年4月28日立法院三讀通過證券投資人及期貨交易人保護法部分條文修正案，並業經總統於同年5月20日公布，以強化證券投資人及期貨交易人保護並發揮保護機構功能，其中一項重大修正為新增第10條之1第1項第1款，賦予保護機構（財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心）於發現公司董事或監察人執行業務有重大違法或重大損害公司利益時，得請求監察人或董事會為公司提起訴訟，如監察人或董事會三十日內不提起訴訟，投資人保護中心可直接對董事或監察人提起訴訟。進言之，自修正條文生效後，保護機構對上市、上櫃公司董監之重大損害公司行為或違反法令或章程之重大事項，已有主動出擊的權利，不僅無須再被動經由投資人的授權始得起訴，亦不受公司法第214條所定須繼續一年以上及持股百分之三之限制，即可在監察人或董事會怠於對董監訴訟時，直接為公司提起訴訟，在公司治理的層面將扮演更為積極的角色，能否在彌補公司法相關制度之缺失上發揮作用，是為學界及實務未來應關注的重點。

本論文由我國相關規定及實務案例出發，就制度缺失之部分與外國法制作對照檢討，如何修正缺點，使之趨於完善，為本論文研究緣由，希本論文研究心得，得以供將來修法及實務上運作之參考。

第二節 研究範圍、研究方法與論文架構

第一項 研究範圍

董事於股份有限公司組織上之定性，若從不同切入點加以觀察，可有不同之分類。例如，依組織法與行為法區分之機關董事與個人董事；自公司實際運作情形所生之執行董事與名義董事之分；以與公司利害關係多寡所區分之獨立董事或

外部董事等²。從法源依據、選任方式之不同，則有自然人董事（公司法第 192 條第 1 項）、政府或法人董事（公司法第 27 條第 1 項）、政府或法人代表董事（公司法第 27 條第 2 項）、勞工董事（國營事業管理法第 35 條第 2 項）³、公益董事（證券交易法第 126 條⁴、期貨交易法第 36 條⁵），以及獨立董事或外部董事（證券交易法第 14 之 2 條）等。

在上述股份有限公司之眾多董事類型中，本文之研究範圍限縮於我國股份有限公司依公司法第 192 條第 1 項所選任之內部自然人董事；故在獨立董事之部分，雖有主張為避免優秀人才懼於出任獨立董事之職位，應有必要適度減輕或免除其責任，但本文在此將不作討論。

其次，本文將概論董事在我國法上，對公司依民法、公司法或其他法律所應負之義務及其內涵，以及因此所生民事損害賠償責任之依據為何。最主要的研究核心則是，在我國現行法制上，關於董事對公司之民事損害賠償責任於訴訟上或訴訟外之責任追究機制，除公司法之規定外，（依股東會決議對董事提起訴訟、依少數股東請求對董事提起訴訟、依現任董事會之決議對董事提起訴訟、股東代表訴訟）並包括證券投資人及期貨交易人保護法之規定（保護機構提起代表訴訟），除各該規範之適用之疑義外，並從實務案例研究之角度，探討其規定之得失。其中，本文關於股東代表訴訟之研究，著重於提起代表訴訟之原告股東資格、程序要件及防止濫訴之相關機制，其他議題例如代表訴訟之訴訟參與或和解、判決效力，以及事後救濟程序等，本文囿於篇幅及能力，不將之納入探討範圍。

² 王文宇，公司法論，元照，2005 年 8 月二版，頁 193。

³ 國營事業管理法第 35 條第 2 項：「國營事業董事、監察人或理、監事，不得兼任其他國營事業董事、監察人或理、監事。但為推動合併或成立控股公司而兼任者，僅得兼任一職，且擔任董事或理事者不得兼任監察人或監事，反之亦然；並得被選任為董事長、副董事長或相當之職位（第 1 項）。前項董事或理事，其代表政府股份者，應至少有五分之一席次，由國營事業主管機關聘請工會推派之代表擔任（第 2 項）。前項工會推派之代表，有不適任情形者，該國營事業工會得另行推派之（第 3 項）。」

⁴ 證券交易法第 126 條：「證券商之董事、監察人、股東或受僱人不得為公司制證券交易所之經理人（第 1 項）。公司制證券交易所之董事、監察人至少應有三分之一，由主管機關指派非股東之有關專家任之；不適用公司法第一百九十二條第一項及第二百十六條第一項之規定（第 2 項）。前項之非股東董事、監察人之選任標準及辦法，由主管機關定之（第 3 項）。」

⁵ 期貨交易法第 36 條：「公司制期貨交易所之董事、監察人至少四分之一由非股東之相關專家擔任之，其中半數由主管機關指派，餘由董事會遴選，經主管機關核定後擔任之；其遴選辦法，由主管機關定之，不適用公司法第一百九十二條第一項、第二百十六條第一項規定。」

第二項 研究方法

本文首先從我國股份有限公司董事對公司應負之義務、義務違反應負之責任、事前預防與事後追究方式作國內文獻探討，其後就現行相關規範之法律適用結果為實務分析與歸納整理，檢討其具體運作上所呈現之面相為何及有何缺失。

我國公司法雖主要係繼受自德國及日本之公司法，但為因應社會經濟情勢之變遷，迭經修正，在近年來受美國法之影響日深，而與我國國情較為相近之日本，亦於 2005 年重新制定公司法（会社法），故本論文將主要由美國與日本法制之觀點為比較研究，以尋求我國法制未來修正之方向。

第三項 論文架構

本文架構分為六章：第一章為「緒論」；第二章「董事對公司之義務與民事賠償責任」則說明董事與公司間之法律關係、對公司應負之義務，以及因義務違反所生之民事賠償責任；第三章「董事違反義務之預防與救濟」介紹我國法上關於董事義務違反之事前預防及事後救濟，其中包括對董事行為之制止、解任失職董事、公司於訴訟上及訴訟外向董事請求民事損害賠償之方式，以及由少數股東提起代表訴訟之制度；第四章「我國司法實務關於訴請董事為民事賠償之檢討」則係就我國司法實務上，關於訴請董事就其違反對公司所負之義務為民事賠償之案例，觀察並檢討現行法於實務運用之整體現況；第五章「觀察美日法制對我國董事民事責任之省思」係針對美國及日本法制之比較法觀察，主要內容包括美國法上之董事解任、股東代表訴訟制度及其實證研究、日本法上關於董事行為之制止、解任董事，以及代表訴訟制度之設計，並提出對我國法之修正建議；第六章「結論」為本文研究之綜合心得。

第二章 董事對公司之義務與民事賠償責任

第一節 董事與公司間之法律關係

探討董事對公司之義務與違反義務所應負之責任前，首先應就董事與公司間之法律關係作定位，茲論述如下：

第一項 早期英美法上之信託關係

董事與公司間之關係早期之所以被認為係屬信託關係，而以董事作為受託人（trustee），係淵源於英國股份有限公司制度發展過程中，曾經運用信託法理之歷史背景。

十八世紀前期的英國陷入一股投資狂熱，為規避向皇室取得公司設立之特許的昂貴費用及冗長程序，許多公司向一些垂死的公司購買特許狀，以具備法律上公司之外觀，但自從 1720 年的「泡沫法」（Bubble Act）通過後禁止特許狀之買賣，藉由簽訂「合議權狀」（Deed of Settlement，其性質係介於現代之公司章程與債券或單位信託之信託契約間的協議¹）之方式，成立之不具法律上公司組織型態之公司大為盛行，故在 1844 年「股份公司法」（The Joint Stock Companies Act, 1844）施行之前，英國大部分的合資「公司」並非真正之公司組織²。

由於此種依據「合議權狀」設立之公司，係基於股東與其所選任之受託人間所訂立之合議證書而設立，並非真正合法設立之公司，其本身不具有法人之地位，無法成為擁有財產權之主體，為使公司能有效運作，必須將公司資產移轉於公司董事，而其處理也與一般信託之受託人無異。是故，若以信託關係的角度去觀察其運行模式，因為公司之資產須移轉於受託人（trustee），而受託人往往由董事擔任，在董事與公司間的法律關係上，適用有關受託人之信託法理自無不妥，早期的英國衡平法院在此背景之下，即將董事於公司之定位以受託人處理；美國大體上繼受英國法的發展後，早期亦將董事視為信託受託人之地位，例如於

¹ 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），學林文化，2002 年 10 月一版，頁 8。

² Paul L. Davies, Gower's Principles of Modern Company Law (6th ed. 1997), at 24-29.

Koehler v. The Black River Falls Iron Co.³ 一案中，美國最高法院即判決：「公司董事處於信託之受託人地位，一旦其同意成為受託人，董事對公司股東負有忠實為股東利益計算之義務，而非為己利而計算。」至西元 1844 年，英國國會通過「股份公司法」(The Joint Stock Companies Act, 1844) 後，公司之設立改採準則主義，現代公司法之發展步入正軌，依該法設立之公司，可獨立擁有財產，而無須移轉所有權於公司董事，至此早期英美法上所謂受託人 (trustee) 之義務及地位已不適宜再完全比照援用，但由於公司董事與一般信託之受託人實有極相似之處，董事居於類似公司資產受託人地位之見解，仍為現今英國公司法學界之通說⁴。

第二項 代理關係

由於董事之受託人義務的調整，再加上由於其經同意 (consent) 後，出任董事職務所伴隨之默示的負責盡職之作為與不作為義務，使得董事與信託之受託人之間的關連，並不能切合實際公司經營之樣貌，而更近似於另一種傳統因職務與同意而形成的義務關係—代理關係 (Agency Relationship)，亦即董事為代理人，基於代理之基礎法律關係，對本人即公司負有受託義務 (Fiduciary Duty)⁵。此種論述亦逐漸為英國公司法學界所接受，英國公司法改革研議委員會 (Company Law Review Steering Group)⁶，以及 2005 年 3 月頒布之「公司法改革白皮書」(Company Law Reform White Paper of March, 2005)⁷，將董事受託義務條文化，且將董事與公司間的關係，定位為代理人 (agent) 與本人 (principal) 之關係，此亦為美國公司法學界之通說⁸。

蓋董事與信託之受託人兩者雖有相類似之處，但仍存有其不同之處；就資產

³ Koehler v. The Black River Falls Iron Co., 67 U.S. 715 (1863)

"[Directors] hold a place of trust, and by accepting the trust are obliged to execute it with fidelity, not for their own benefit, but for the common benefit of the stockholders of the corporation."

⁴ 陳俊仁，由企業併購法第五條與第六條論我國忠實義務規範的缺失，華岡法萃第 33 期，2005 年 6 月，頁 214-215。

⁵ 關於「Fiduciary Duty」一詞，於我國無統一之翻譯，另有譯為「受託人義務」、「信賴義務」、「受任人義務」、「忠誠義務」或「忠實義務」者，本文爰將之譯為「受託義務」。

⁶ Company Law Review Steering Group, Modern Company Law for a Competitive Economy: Completing the Structure Para.3.7(2000).
<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20081108032619/http://www.berr.gov.uk/files/file23210.pdf> (Last Visit Date: 2010/6/30)

⁷ Company Law Reform White Paper of March, 2005, Chapter 3.3.
<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20061209032534/http://www.dti.gov.uk/files/file25407.pdf> (Last Visit Date: 2010/6/30)

⁸ 陳俊仁，由企業併購法第五條與第六條論我國忠實義務規範的缺失，同前註 4，頁 217-218。

之經營管理而言，信託之受託人應本於受託之本旨，經營管理信託財產，同時對信託財產的管理，應以保全財產為原則，除非信託人另有指示，受託人不得將信託財產作高風險之經營⁹，然而公司之經營本質上即為一連串商業上的冒險，若嚴格以信託原則加諸於董事身上，將使董事隨時可能因公司的經營而負擔損害賠償責任，而董事為避免發生賠償責任，可能回歸單純財產保管者的角色，而拒絕從事任何商業上的冒險，此與賦予公司投資人有限責任，以鼓勵投資的立法者原意，顯然有違。有鑑於此，英國衡平法院將信託原則運用於董事時必須予以修正，例如將信託原則中，關於受託人經營管理信託財產不得從事高風險投資的規定，予以排除適用，以及將受託人違反受託義務(Fiduciary Duty)之「絕對責任」(strict liability)予以調整，於董事違反忠實義務之損害賠償訴訟中，要求原告所提出之董事忠實義務的違反，須與公司損害的發生有「直接因果關係」¹⁰。

再者，董事實際上並未如受託人一般，享有財產之所有權，其與公司間權利義務關係之建立，係由於其所擔任之職務本身，而非信託財產的所有權移轉，故兩者終屬有間，1939年美國德拉瓦州最高法院做出了影響深遠的重要判決，在Guth v. Loft, Inc.¹¹一案中指出：「董事與高階經理人員並非信託之受託人，但其與公司和公司股東之間，有受託關係(Fiduciary Relation)存在。」確立公司董事與公司及其股東之間的受託義務，並將該受託義務，和信託之受託人所負之受託義務作一區分，換言之，董事與一般信託之受託人，究屬有別，不宜將受託人地位、受託人責任與信託原則強加於董事身上，但由於其所處之特殊地位，董事對公司與股東仍負有受託義務(Fiduciary Duty)¹²；雖然法院未明示董事與公司間受託義務關係之法律基礎為何，但衡諸法院所用之詞句，與董事因職務而產生之受託義務關係來看，受託義務之基礎法律關係即為「代理」¹³，故就英美法而言，將董事與公司間的關係定位為代理人與本人之關係為毋寧為一正確的描述¹⁴。

⁹ 賴源河、王志誠，現代信託法論，五南，2001年9月三版，頁119-124。

¹⁰ L.S. Sealy, The Director As Trustee, Cambridge Law Journal 83, at 89-90 (1967)；轉引自陳俊仁，由企業併購法第五條與第六條論我國忠實義務規範的缺失，同前註4，頁216。

¹¹ Guth v. Loft, Inc., 5 A. 2d 503 (1939).

"Corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interests. While technically not trustees, they stand in ad fiduciary relation to the corporation and its shareholders."

¹² John R. Van Winkle & Gary R. Welsh, Origin, Development, and Current Status of Fiduciary Duties in Close Corporations: Has Indiana Adopted a Strict good Faith Standard?, 26 Ind. L. Rev. 1215, at 1216 (1993).

¹³ 陳俊仁，由企業併購法第五條與第六條論我國忠實義務之缺失，同前註4，頁220-221。

¹⁴ 相同見解參閱曾宛如，公司管理與資本市場法制專論(一)，同前註1，頁9；王文宇，公司

雖然，董事為公司之代理人（Agent）的說法獲得較多之認同，但其對於董事與股東間之關係，則有不同之看法，有認為基於股東與公司是兩個相互獨立之法律主體，故董事僅僅是公司之代理人，而非股東之代理人；另一派之見解則是以經濟分析之角度觀察股東與董事之互動關係，提出「代理理論」（Agency Theory）¹⁵用以解釋在企業經營與企業所有分離之下，經營者行使經營權之正當性，主張公司之經營者—董事，的確是股東之代理人，而如何平衡股東與董事間之利害衝突以及所衍生的代理問題與代理成本（Agency Cost）¹⁶，則是代理理論所欲解決之問題¹⁷。

第三項 委任關係

我國公司法第 192 條第 4 項規定：「公司與董事間之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。」故國內學者多認為董事與公司間之法律關係屬委任關係，適用民法有關委任之規定¹⁸。惟此一契約之締結以處理公司之團體法上之事務為其標的，與一般之委任不盡相同，故公司法基於其特殊性，就董事之報酬（第 196 條）、解任（第 192 條第 5 項、第 199 條、第 200 條、第 197 條）、出席董事會（第 205 條第 1 項）及競業禁止（第 209 條）等另設規定，其適用上必須以公司法上有關董事之特別規定優先適用之，於無特別規定時始有適用民法上相關規定之餘地¹⁹。

法論，元照，2005 年 8 月二版，頁 172-173。

¹⁵ See Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of The Firm: Managerial Behavior Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. Fin. Econ. 305, at 309-310 (1976).

¹⁶ 在代理理論之概念下，公司經營者是為股東之代理人，但可能基於自利的動機，利用因業務執行形成之資訊優勢，而偏離「股東利益最大化」與「公司利益最大化」進行利益輸送以中飽私囊，因而形成代理問題，而所謂代理成本，即指因前述代理問題公司所支出之成本，大致上可分為三類：監督成本（the monitoring expenditures by the principal；對代理人進行監控或建立規範所生之經濟、人力資源及時間上之花費）、擔保成本（the bonding expenditures by the agent；代理人為使本人確信其將忠實履約，對其本身行為限制或費用之支出）、無法控制之剩餘成本（residual；代理人在各種監督機制下，因而無法採取最有效率行動或最佳決策，對本人造成之損失），學者所提出兩種降低代理成本之機制，其一為「利害關係人間之契約」，例如經營團隊與公司訂立委任契約、債權人與公司間亦締結各式各樣的債權契約；其二則為「忠實義務」之規範，用以補充委任契約之不足。

關於代理理論、代理問題與代理成本之討論，可參閱朱德芳，論重整中公司之公司治理—以當事人之利害衝突與重整法制為核心，兼論債權人於公司治理中之功能與地位，東吳法律學報，第 17 卷第 2 期，2005 年 12 月，頁 213-216。

¹⁷ 徐海燕，英美代理法研究，法律出版社，2000 年 10 月，頁 319-322。

¹⁸ 參閱王文宇，公司法論，同前註 14，頁 319；柯芳枝，公司法論（下），三民書局，2009 年 9 月八版，頁 263；劉連煜，現代公司法，新學林，2008 年 2 月三版，頁 355-356。

¹⁹ 王文宇，公司法論，同前註 14，頁 319。

第四項 小結

董事與公司之基礎法律關係為何，在英美法上早期認為係屬信託關係，而以董事為受託人，但由於董事與信託之受託人本質上仍有其不同之處，現今美國公司法學界之通說和法院判例，係將董事與公司間的關係，定位為代理人與本人之關係，惟無論採信託關係或代理關係之見解，真正具關鍵性者為如何去建構董事對公司所負之義務及其內涵。

至於在我國公司法的體制下，依照公司法第 192 條第 4 項之規定，公司與董事間之關係，乃適用民法關於「委任」之規定，在有此法律明文之下，本文認為在我國董事與公司間之基礎關係應認為係屬委任關係較為妥適²⁰，而其對公司所負之義務，則包括民法與公司法上所列舉及概括性之義務。

第二節 董事對公司之義務

董事對公司所負之責任，係屬董事之對內責任，包括其基於與公司間之委任契約而生之民法上委任關係之義務、公司上各該條文所列舉之義務，以及最重要者係公司法第 23 條第 1 項所規定之善良管理人注意義務與忠實義務，以作為董事對公司所負之概括性義務，茲論述如下：

第一項 適用民法委任關係之義務

公司法第 192 條第 4 項之規定，公司與董事間之關係，適用民法關於委任之規定，故我國民法對委任契約之規定，於公司之董事亦有適用，其所規定受任人對委任人應負之義務，亦構成董事對公司之義務。

第一款 注意義務

如前所述，依公司法第 192 條第 4 項之規定，我國董事與公司間之關係係屬委任契約，而董事對公司所應負之注意義務，即由委任契約而來。

²⁰ 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），同前註 1，頁 5。

惟按我國民法第 535 條之規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之」，將委任區分為有償委任及無償委任，並課以不同程度之注意義務，若套用於董事身上，則是否會因有償與無償之不同，使董事有不同程度之注意義務？與公司法第 8 條第 1 項及第 23 條第 1 項所規定董事應盡之善良管理人之注意義務關係又為何？我國學說上有認為，民法委任關係原則上係針對委任人對受任人為特定事務處理之授權所為之設計，受任人通常係依委任人之指示而行動；而董事係公司法定、經常之業務執行機關，股東不可能對公司各項事務鉅細靡遺地指示，董事必須主動省察各種商業狀況、公司情勢並為經營策略之調整，其所處地位與民法上之一般受任人自不相同，而既然性質上有所差異，自不應因有無受有報酬而異其責任，是故公司法第 23 條第 1 項始另以明文規範董事一律負善良管理人之注意義務，不因有償或無償有異²¹，故民法第 535 條應無必要再適用於公司之董事。

第二款 依委任人之指示處理事務

依民法第 535 條之規定，受任人處理委任事務，應依委任人之指示，蓋委任事務畢竟為委任人之事務，其利與弊主要皆由委任人受之，該規定套用於董事與公司之間，即為公司法第 193 條第 1 項之規定，董事會執行業務應依照法令章程及股東會決議，是以該條項之規定實為民法規定之重述而已²²，惟此時之股東會決議，其決議事項應限於依公司法或章程之規定應由股東會所決議者²³。

第三款 自己處理委任事務

依民法第 537 條之規定，受任人原則上應自己處理委任事務，但經委任人之同意或另有習慣，或有不得已之事由，得指由第三人代為處理，是為委任契約中受任人對委任事務之自己處理原則，相對應於公司法第 205 條，亦有董事應親自出席董事會之規定，除非章程另有訂定，始得由其他董事代理，此時之章程即民法

²¹ 參閱王文宇，公司法論，同前註 14，頁 119-120；柯芳枝，公司法論（上），三民書局，2009 年 8 月七版，頁 40。

²² 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），同前註 1，頁 25。

²³ 洪秀芬，董事會獨立經營權限及董事注意義務，政大法學評論，第 94 期，2006 年 12 月，頁 7。

上所謂之委任人的同意²⁴。蓋董事必須親自出席董事會，實際參與公司業務之經營並做成決議，始能確保其做出獨立且適當之判斷，而我國公司法第 205 條之規定，亦含有委任乃基於公司與董事間的信賴關係而生，具有濃厚之屬人色彩，唯有親自處理方符合委任人之期待。

必須注意者是，若依公司法第 202 條之規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議行之外，均應由董事會決議行之。」條文規定中有「執行」二字，則一般認為董事會除業務決定權外，亦有業務執行權；然就大型公司而言，公司之經營千頭萬緒，董事會除負責重大決策之作成，若日常事務亦交由董事會或董事為執行，必有窒礙難行之處，故有建構階層組織之必要性，將日常事務交由經營階層擬定決策並執行²⁵，而董事會或董事僅扮演予以核准、提供意見或提出質詢之角色。依我國公司法第 29 條第 1 項之規定，公司得依章程之規定置經理人，又依第 151 條及第 277 條之規定，章程之修改則由創立會或股東會之決議為之，亦即在企業所有人（股東）允許之情況下，董事會非不得將權限分層授與專業經理人為實際之日常業務執行，故此而言，並不違反受任人對委任事務之自己處理原則，但董事仍應就其所授權之人善盡監督責任。

第四款 報告義務

民法第 540 條規定，受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告其顛末，故依民法之規定受任人之報告義務包括事務進行狀況之報告及事務終止顛末之報告，其目的在於使委任人了解委任進行之狀況，得以主動參與委任事務之進行，以及使委任事務得以結算接收，並有助於委任人主張第 541 條金錢物品及孳息交付請求權及其他可能之損害賠償請求權²⁶。惟因公司法於第 218 條第 1 項（監察人請求董事會報告）、第 228 條第 1 項（會計表冊之編造）、第 229 條（表冊之備置與查閱）以及第 230 條（會計表冊之承認與分發）已有相當之規定，故應無再為適用之必要²⁷

²⁴ 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），同前註 1，頁 26。

²⁵ 王文宇，公司法論，同前註 14，頁 529。

²⁶ 參閱黃立主編，楊佳元，民法債編各論（下），元照，2004 年 9 月初版，頁 84-85。

²⁷ 參閱劉坤典，對股份有限公司董事求償機制之研究，國立政治大學法學院在職專班碩士論文，民國 97 年 7 月，頁 11。

第五款 交付金錢物品孳息及移轉權利之義務

受任人處理委任事務，係為委任人之利益，不應因此而獲有利益或不利益，故民法第 541 條規定，受任人因處理委任事務，所收取之金錢、物品及孳息，應交付委任人。受任人以自己之名義，為委任人取得之權利，應移轉於委任人，是為受任人之利益交付及移轉義務。

在英美法上，由於董事所負之忠實義務（Duty of Loyalty）在某程度上與信託關係之受託人十分相似，因此凡為本人所取得之物或權利自應交付，故民法第 541 條之規定放在公司法上，即反映了董事對公司應負之忠實義務的要求。

第六款 使用金錢應付利息之義務

民法第 542 條規定受任人為自己利益，使用應交付於委任人之金錢，或使用應為委任人利益而使用之金錢者，應自使用之日起，支付利息，若有損害，並應賠償。此與英美法上董事不得為自己利益使用公司資產（assets, property）之要求具有相當性，但民法之規定較為狹隘，僅限於金錢之部分，因此不包括使用其他本應屬於公司之非金錢類的財產、資訊或機會²⁸，惟依我國公司法第 23 條第 1 項忠實義務之要求，董事亦應負有不得任意使用公司之資產或資訊而為自己增進財務上利益之義務（詳後述）。

第二項 公司法所列舉之義務

第一款 遵守法令章程及股東會之決議

公司法第 193 條第 1 項規定，董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議，又同法第 194 條規定，董事會決議，為違反法令或章程之行為時，繼續一年以上持有股份之股東，得請求董事會停止其行為，我國通說及實務見解²⁹均認為該條之適用範圍應涵蓋「董事長或董事未經董事會決議而自為違反法令或章程之行為」，從上述兩條文前後連貫之體系解釋而觀，公司法第 193 條之適用範圍

²⁸ 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），同前註 1，頁 26-27。

²⁹ 參閱最高法院 80 年台上字第 1127 號判決。

亦應包括個別董事³⁰，故就此而言，公司法上所規定之各個應遵守事項，例如公司法第 9 條之資本不實、第 13 條之轉投資、第 15 條之資金貸放、第 16 條之公司保證等規定，均構成董事對公司應負之義務，此即董事之「守法義務」，亦即董事會或董事執行業務時，有遵守相關法令之義務，如有違反各該法令，應依相關個別規定或第 193 條第 2 項之規定，就公司因此所受之損害，負損害賠償責任。

又所謂之「法令」，從我國公司法第 193 條之規定來看，該條既僅規定「執行業務，應依照法令」而對於「法令」之範疇未有任何特別的說明或限制，解釋上自應包括所有法律及命令，而不限於公司法之規定，例如當董事會決議通過不實之財務報告、公開說明書而違反證券交易法第 20 條之 1 及第 32 條等規定，導致公司須對特定投資人負損害賠償責任而受有損害者，參與違法決議而未有異議之董事，應依公司法第 193 條第 2 項之規定，對公司負損害賠償之責任。此外，應進一步說明者是，公司法第 193 條雖要求董事決策應遵守法令，惟何謂「依照法令」必須有合理之解釋，以免董事動輒得咎，決策時瞻前顧後，對於商業經營與發展造成不利之影響；論者有舉例認為若一快遞公司內部對於遵守交通法規之重要性有進行宣導，但因員工執行職務時違反交通法規之情形在所難免，故同意在特定情形下由公司負擔交通罰款，以減輕員工負擔，該公司董事所為之決議尚無違反其守法義務；但如董事有明確要求員工違反交通法規以執行職務者，則應認為已構成守法義務之違反³¹。

至於公司法第 193 條第 1 項中所謂之「章程」須為經股東會決議通過之有效章程，而所稱之「股東會決議」依公司法第 202 條董事會與股東會權限分配規定之解釋，應為本法或章程規定應由股東會決議，而為股東會權限範圍內者，若非屬股東會權限範圍內之決議，對於董事會無拘束力³²。

第二款 表決權行使迴避之義務

按公司法第 206 條第 2 項規定，第 178 條及第 180 條第 2 項之規定，於董事會之決議準用之，故董事對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理其他董事行使其表決權；董事會之決議，對依

³⁰ 邵慶平，公司董事的守法義務，月旦法學教室，第 58 期，2007 年 8 月，頁 29。

³¹ 邵慶平，同前註，頁 29。

³² 洪秀芬，董事會與股東會權限之爭議，月旦法學教室，第 31 期，2005 年 5 月，頁 32-33。

第 178 條規定不得行使表決權之股份數，不算入已出席董事之表決權數，故參與議案決定之董事如具備「有自身利害關係」，並「致有害於公司利益之虞」二要件時，即負有表決權行使迴避之義務。

所謂有「利害關係」，參照大理院統字 1766 號解釋：「公司條例所稱股東於會議事項有特別利害關係者乃因其事項之決議該股東特別取得權利或免除義務又或喪失權利或新負義務之謂。」有學者進一步闡釋認為，應有具體、直接利害關係致有害於公司利益之虞，始構成本條之規定，且應有具體情形始足當之，不可僅憑抽象臆測判斷即認定有利害關係³³。至於某議案與某董事「有自身利害關係」，但無「有害於公司利益之虞」時，雖不該當於構成迴避之要件，但該董事仍應充分揭露有自身利害關係之訊息，以供董事會於決議時作判斷³⁴。

第三款 競業禁止之義務

董事為董事會之組成分子，董事會復為股份有限公司在業務執行上之決策機關，因此董事對公司業務的機密，自然知之甚稔，故若容認董事在公司外與公司自由競業，則難保董事不會利用其得自公司之業務機密，為自己或他人謀取私利，致損害於公司利益，故公司法特於第 209 條第 1 項規定：「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可。」此即所謂「董事競業禁止之義務」。此處所謂「為自己或他人」指其行為之經濟效果歸屬於自己或他人者而言；公司目前實際正在進行之業務，固然為此處所謂之「屬於公司營業範圍內」之行為，若為公司已著手開辦或僅一時暫停之業務，解釋上亦仍屬之³⁵，且基於本條之規範目的旨在防杜董事為自己或他人與公司為現實之競業行為，應不以公司章程所記載之公司目的事業為限，只要係屬公司現實上所經營之業務，本文認為即應屬董事競業禁止之範圍。

董事若違反競業禁止義務者，其競業行為並非無效，依公司法第 209 條第 5 項之規定，股東會得將該行為所產生之所得於一年內決議視為公司之所得，此即為歸入權之行使，且此處所謂「視為公司之所得」解釋上應僅指董事因此負有義務將其競業所得之金錢、報酬或其他物品交付公司，或將所取得之權利移轉於

³³ 劉連煜，現代公司法，同前註 18，頁 307-308、436-437。

³⁴ 參閱林國全，董事會決議成立要件，台灣本土法學雜誌第 68 期，2009 年 3 月，頁 134。

³⁵ 參閱陳俊仁，忠誠義務—論公司負責人之競業禁止規範，月旦民商法雜誌第 15 期，2007 年 3 月，頁 47；劉連煜，現代公司法，同前註 18，頁 391

公司，非因歸入權的行使而使該所得自動而當然的移轉於公司³⁶。惟因股東會往往由擔任董事之大股東所操控，因此可想見歸入權行使之議案想獲得通過，應屬困難重重，故有學者認為，宜仿照證券交易法第 157 條內部人短線交易歸入權之規定，使違反競業禁止之董事當然負有此項移轉所得之義務³⁷，本文認為如事實上該競業行為對公司另外造成損害者，由於競業禁止義務為董事對公司所負忠實義務之具體化規定，在 2001 修正公司法第 23 條第 1 項之規定，明文引進英美法上之忠實義務後，應得依該條項之規定，請求董事對公司為損害賠償。

第四款 其他列舉性規定

關於董事對公司應負之義務，除上述規定外，公司法上仍有其他為數眾多之規定，例如公司法第 20 條第 1 項（於每屆會計年度終了，將營業報告書、財務報表及盈餘分派或虧損撥補之議案，提請股東同意或股東常會承認之義務）、第 162 條第 1 項（於股票上簽名或蓋章之義務），第 169 條第 3 項（將股東名簿備置於本公司或其指定之股務代理機構之義務）、第 170 條（依法於每會計年度終了後六個月內召開股東會之義務）、第 183 條（於股東會議事錄上簽名或蓋章，並於會後二十日內，將議事錄分發各股東並永久保存之義務，以及保存出席股東之簽名簿及代理出席之委託書至少為一年之義務）、第 184 條（不得妨礙、拒絕或規避股東會查核董事會造具之表冊、監察人之報告之義務）、第 211 條（公司虧損達實收資本額二分之一時，應即召集股東會報告之義務）、第 228 條、第 229 條及第 230 條之對監察人或股東會之報告義務、以及第 257 條（於公司債上簽名或蓋章之義務）。

第三項 公司法上之概括性義務

第一款 董事受託義務之引進與界定

英美法上受託義務（Fiduciary Duty）之規範，係源自於中世紀時期的羅馬天

³⁶ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 18，頁 280。

³⁷ 劉連煜，現代公司法，同前註 18，頁 394。

反對見解，參閱林國全，董事競業禁止規範之研究，月旦法學第 159 期，2008 年 8 月，頁 231。其理由約略為：證券交易法第 157 條之保護法益為投資人對市場交易公平性與公正性之信賴的「公益」，而董事競業禁止規範係為保護公司利益的「私益」，課以公司行使歸入權之義務，似欠缺堅強之理論基礎；且董事是否從事競業行為，在實務上認定未必容易，貿然課以行使歸入權之義務，實務執行上易生爭議。

主教會法，當時的羅馬天主教會規範認為，商人若有自利行為，損害商業團體及其他參與商人之利益時，會間接損害羅馬天主教會之利益，同時違反教會內弟兄忠誠友愛之信念，故商業之參與者，應對商業團體內其他參與者負有「忠誠義務」。英國於西元十六世紀英國宗教改革之後，另創英國國教派，但由於羅馬教會法院對英國法院之判決仍享有終局審判權，且法官多係神職人員，因此判決多含有羅馬法之精神，其後英國衡平法院於羅馬天主教會法忠誠義務之中，融入「信託」(trust)的概念，其後更應用於公司法學之中，成為現代公司法學的重要原則，及至美國繼受英國普通法，於西元 1939 年美國聯邦最高法院與德拉瓦州最高法院分別作成之二則著名判例：Pepper v. Litton³⁸ 與 Guth v. Loft, Inc³⁹，確立公司董事與公司及其股東之間的受託義務關係，將該受託義務關係，和信託之受託人受託義務作一區分，自該二案例起，於董事和公司之間的權利義務規範，正式脫離了傳統受託人與信託原則的適用，在 1940 年代末期，將基於信託關係的董事受託義務概念，轉化為基於代理關係的現代受託義務概念⁴⁰。

我國 2001 年 11 月於公司法修正時明文引進董事的「受託義務」(Fiduciary Duty)，增列第 23 條第 1 項之規定：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。」針對該次修法之解說書有關新增第 23 條第 1 項之註釋說明：「本次修法參考英美法之規定，增訂公司負責人之『忠實義務』及『注意義務』，明確規定公司負責人對於公司應踐行忠實義務和注意義務，以及違反義務時之損害賠償責任，以補充現行法之缺漏，具體規範公司負責人忠實義務及注意義務之要件和效果。」此處所參酌之英美法規定，當係英美判例法所形成之「受託義務」(Fiduciary Duty) 中的「忠實義務」(Duty of Loyalty) 及「注意義務」(Duty of Care) 二者。一般而言，注意義務通常係指董事等公司負責人應基於誠信 (Good Faith，亦有譯為善意義務⁴¹)

³⁸ *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295 (1939).

³⁹ *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A. 2d 503 (1939).

⁴⁰ 陳俊仁，由企業併購法第五條與第六條論我國忠實義務規範的缺失，同前註 4，頁 208-209、232。

⁴¹ 參閱林國彬，董事忠誠義務與司法審查標準之研究，政大法學評論，第 100 期，2007 年 12 月，頁 145；邵慶平，董事受託義務內涵與類型的再思考—從監督義務與守法義務的比較研究出發，台北大學法學論叢，第 66 期，2008 年 6 月，頁 5-6。

所謂「誠信」係指本於誠實信念或目的 (honesty in belief or purpose)，履行其忠實責任或義務 (faithfulness to one's duty or obligation)，而於商業過程中遵守合理商業標準 (reasonable commercial standards) 以為公平交易 (fair dealing)，無意圖從中詐取或獲得不正利益的一種狀態 (state)，即是要求董事必須真誠為公司之最大利益而為、無利害衝突、無非法活動。德拉瓦州最高法院於 2006 年 6 月對迪士尼股東代表訴訟案作出終局判決 (In re the Walt Disney Company Derivative Litigation, 906 A.2d 27, Del.2006)，明白表示誠信義務 (Duty of good faith) 和注意義務為不同之受託義務，其意涵係指因不誠實目的或違反道德之故意不正行為，且應作

以及盡相當注意（due care），為公司及股東利益的最大化，遂行其職務；忠實義務則要求負責人不得違背公司和股東的信賴，在犧牲公司和股東利益的情況下，利用職位圖利自己或第三人，其所具體牽涉者則係公司負責人之利益衝突問題⁴²，而這樣的法制移植在司法實務上如何正確地適用，多數學說認為，本條規定之受託義務概念既然源於英美法系的傳統，則如何有效地利用英美法系先進國家實務、學說對此一概念的闡釋，充實我國條文的內涵，應為此一法律繼受成敗之重要關鍵⁴³。

第二款 注意義務

第一目 注意義務之定義與內涵

在英美法上，所謂注意義務係指董事在作成決定之前，有義務瞭解，掌握所有可合理取得之重要資訊，並據此作成經營決定者⁴⁴。董事會應追求企業經營之目標，致力為公司獲取合理利潤，以「股東利益最大化」與「公司利益最大化」為目標，於公司利益之考量下為公司經營事業，故董事於執行業務時，應遵守法令、公司章程與內部規章、股東會決議，並為企業風險之預防，追求業務行為之經濟效益性與適當性，其具體內涵可包括調查義務（Duty of Inquiry）與資訊探詢義務（Duty to Become Informed）二者：

一、調查義務（Duty of Inquiry）

所謂調查義務，係指當公司之經營狀況出現某些現象，而使一個合理之董事基於其功能與責任，應要對該現象提高注意並提出相關之質疑與調查，即若公司係在正常狀況下運作，則通常之注意即為已足，但若董事已知悉或經由通常注意

為反證經營判斷法則之審查標準；在 Stone v. Ritter (911 A.2d 362, Del.2006) 一案中，德拉瓦州最高法院不採用過去實務上誠信義務曾被認為與注意義務、忠實義務同時構成受託義務內涵之看法，而強調誠信之要求為忠實義務之一環，而非獨立之受託義務類型，忠實義務之適用不限於利益衝突之情況，亦包含有違誠信之作為。惟誠信義務之內涵與注意義務和忠實義務相比，顯然美國案例所提供之具體個案較少，而一般認為以下行為可能構成惡意行為：(1)故意為違反法律之行為、(2)不正直（candor）之行為、(3)浪費公司資產之行為等。

⁴² 黃銘傑，經營者支配與股東支配外之第三條路，載：《公司治理與企業金融法制之挑戰與興革》，元照，2006年9月初版，頁77。

⁴³ 邵慶平，董事受託義務內涵與類型的再思考—從監督義務與守法義務的比較研究出發，同前註41，頁5-6。

⁴⁴ 林國彬，同前註41，頁147。

即可知悉，公司有某些可疑狀況存在時，必須提高注意並為合理之調查，且不應將自己侷限於單純接受資訊之角色，而必須適當對經理人或專家提出問題，以瞭解其所接受之資訊是某正確且可靠⁴⁵。

關於調查義務之代表性案例為聯邦最高法院 *Bates v. Dresser*⁴⁶一案，該判決涉及一地區銀行之銀行櫃員利用職務之便侵佔存款戶之款項，而被告對於職員之生活異常狀況未予詢問調查，對於公司報表上短缺亦未加以查問，最高法院認為該被告身為公司總裁，每日均有相當時間在銀行上班，且為該行業之有知識之人，若對職員之行為稍加注意，該職員之不法行為即可預防或使其難以施行，被告未稍加合理之注意和調查，應負其責任⁴⁷。

二、資訊探詢義務（Duty to Become Informed）

股份有限公司之董事會係採取合議制，透過集思廣益作成公司重大決定，而所謂的資訊探詢義務，係要求董事在做成決定前，應先蒐集必要之重要資訊，或聽取公司經理人或外部專家學者之專業意見，於提出相關詢問瞭解後，並基於其取得之資訊而做成決定⁴⁸。

代表性案例為 *Smith v. Van Gorkom*⁴⁹一案，涉及併購價格之設定與董事會會議過程，法院認為董事對於會議議題未受事先告知，而僅憑董事會主席兼執行長 *Van Gorkom* 二十分鐘之口頭報告而無任何經理人之書面報告，亦無董事針對相關問題提出詢問，對於為何要出售公司、每股價格之設定計算為何，以及公司之真正價值均欠缺瞭解，在無迫切必要之情形下，倉促做成出售公司之決定；當全體董事均非財務專家，未要求休會（*resessing the meeting*）以取得更多資訊，而逕自做成決定，無經營判斷法則之保護⁵⁰。從本件判決之後，德拉瓦州法院對於涉及注意義務之訴訟，即將重點置於董事會作成決定之過程，以審查董事會於作成決定時是否資訊充足（*informed*）。

⁴⁵ See ALI., *Prin. Corp. Gov.*, Comment to § 4.01(a)(1)-(2)(2).

⁴⁶ *Bates v. Dresser*, 251 U.S. 524 (1920).

⁴⁷ 林國彬，同前註 41，頁 152-153。

⁴⁸ 林國彬，同前註 41，頁 156-157。

⁴⁹ *Smith v. Van Gorkom*, 188 A.2d 858 (1985).

⁵⁰ *Smith v. Van Gorkom*, 188 A.2d 858, 875-878 (1985).

第二目 違反義務之標準

壹、我國法之規範

依公司法第 23 條第 1 項之規定，董事對於業務之執行應盡善良管理人之注意義務，惟善良管理人之注意義務所要求之行為標準為何，於我國法上無明確之定義，一般學者將其解釋為係指社會一般誠實、勤勉而有相當經驗之人，所應具備之注意，依此標準行為人必須達到一般執行同類事務有經驗之人，本於誠實之態度，細心負責以其能力與經驗來處理有關事務所應付出的注意能力。

進一步而論，依我國一般學說或實務對善良管理人注意義務之解釋，係就客觀標準來認定行為人所應施行之注意力，至於其主觀上是否具備此相當能力或經驗，甚至是否具備更佳之專業能力，則並非判斷有無過失之標準。然而依德國學者對注意義務之解釋，注意義務之評量並非一種單一固定之標準，而會因所經營公司之業別、公司規模、員工多寡、市場環境、服務時間長短，及每位董事所被賦予之特別任務等而定其注意程度與董事應負之責任⁵¹，蓋個別董事若擁有特殊之專才背景或較佳的知識、技能與經驗而被選任為董事，於執行業務時自須善盡此其個人能力之注意程度，始為認真負責之經營者，故對董事之注意能力之要求應併同考量主觀條件，我國學說上亦有採相同見解者⁵²。

至於公司法第 23 條第 1 項與民法第 535 條之適用關係為何，學者有認為董事與公司間之法律關係為委任關係乃公司法第 192 條第 4 項所明定，因此其基本法律關係之內涵當回歸民法觀察；是故，董事之義務可分由（一）注意義務之程度與（二）注意義務之內容二個層面陳述，將前者之部分，與民法第 535 條（課以有償受任人善良管理人之注意義務）與公司法第 196 條之董事原則上為受有報酬作合併觀察，新修正公司法第 23 條第 1 項有關「盡善良管理人之注意義務」之規定僅係單純重覆民法上已規定之過失責任原則與注意程度，我國多數學說亦認為，雖有些許之差異，但英美法上之注意義務性質與內容類似於我國法上之善良管理人注意義務，此或是公司法第 23 條第 1 項於引進該當注意義務時，直接明示「善良管理人之注意義務」之理由所在⁵³。

⁵¹ 洪秀芬，董事會獨立經驗權限及董事注意義務，同前註 23，頁 27。

⁵² 洪秀芬，董事會獨立經驗權限及董事注意義務，同前註 23，頁 27；曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），同前註 1，頁 11-12。

⁵³ 參閱曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），同前註 1，頁 5-6；王文宇，公司法論，同

貳、經營判斷法則之適用

英美法受託義務中之注意義務雖大略相當於我國法上之善良管理人注意義務，但二者之間仍有不同，其中的差異之一在於「美國實務就董事之商業決定，在過失程度漸漸傾向達『重大過失』(gross negligence)」，而產生如此差異之原因，即在於美國法院於有關經營者之注意義務違反的審查上，採用所謂的「經營判斷法則」(Business Judgment Rule)。

經營判斷法則係美國法院在長期的司法實踐過程中所建立之原則，德拉瓦州最高法院於 *Aronson v. Lewis*⁵⁴案判決中指出，所謂的經營判斷法則乃是一種推定 (Presumption)，即推定公司董事對於公司之經營事項所為的判斷和決定，係在資訊充足之情況下所為，且基於誠信 (in Good Faith) 並真誠 (Honest) 的相信該決定符合公司之最佳利益，在無裁量權濫用之情況下，法院將尊重董事之經營判斷，原告應負擔舉證責任而以相關事實推翻此推定；依據美國著名法律辭典 *Black's Law Dictionary* 之解釋，經營判斷法則係推定公司董事所做的商業決定乃在無自我利益 (Self-interest) 或自我交易 (Self-dealing) 之情況下而為，且該決定係在資訊充足的基礎上 (an informed basis)，基於誠信 (Good Faith) 且誠實的相信 (honest belief) 該行為是符合公司之最佳利益，保護公司董事或經理人對於其權限範圍內本於誠信且適當注意 (due care) 而為無利益或有害於公司的交易行為，得免除其法律上責任⁵⁵，而其法理基礎即在鼓勵適格之人勇於擔任董事，經營公司、鼓勵董事從事具重大潛在獲利，但可能伴隨風險之投資計畫、避免法院陷於錯綜複雜之公司決策困境之中。蓋如將經營判斷事項交由法院審查，無異是認為法院之經營判斷能力優於董事，而得以取代董事會之機能，惟事實上法院非如公司董事，具有面對商業判斷之能力和技術，且公司決策當時之時空背景，數年後在法庭中不易重新建立，經營判斷法則在此則具有使法院免於介入其所不熟悉的商業決策領域的作用，確保司法上經濟資源；且商業活動具有即時和

前註 14，頁 124-125；賴源河等著，新修正公司法解析，元照，2002 年 3 月二版，頁 76。

⁵⁴ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (1984).

"It is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company. Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption."

⁵⁵ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (7th ed, West Group, 1999), at 192.

參閱戴志傑，公司法上經營判斷法則之研究，月旦法學雜誌第 106 期，2004 年 3 月，頁 159。

迅速的要求，公司董事在面對不確定之風險下，為爭取公司利益，往往僅能在盡可能求得相關資訊完備的情況下來作出經營判斷，一項當時認為合理的經營決策，法院事後以充分的資料與環境為審查，容易產生不公平的現象⁵⁶。

易言之，經營判斷法則給予董事會一個「推定的保護」，推定董事會於做成一個經營決定時，係基於資訊充足及誠信之基礎，且誠摯相信該決定係為公司之最佳利益而為；然由於主張經營判斷法則之保護的前提為，董事係在資訊充足之情況下做成商業決定，亦即可合理取得之一切資訊（*all material information reasonably available*），故而僅在董事會作成決定欠缺合理理由的情況下，董事才可能須因違反注意義務而負賠償責任。申言之，在經營判斷法則之適用下，注意義務相當於係以是否構成重大過失（*gross negligence*）作為司法審查標準⁵⁷。

於此規範理念下，雖然美國法律協會（*American Law Institute, ALI*）所編撰的「公司治理原則：分析與建議」（*Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*，以下簡稱公司治理原則）第 4.01 條(a)項規定，董事等負有「一般審慎之人於相同地位及類似情況下所被合理期待行使之注意義務」（*with care that an ordinary prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstance*），第 4.01 條(c)項並規定：「如公司之董事或職員符合下列各款情形：(1) 對於經營判斷事項不具利害關係；(2) 就經營判斷事項之知悉程度，為其在當時情況下合理相信為適當者；(3) 合理相信其經營判斷係為公司之最佳利益，則基於誠信為經營判斷之該董事或職員即認為已履行其注意義務。」⁵⁸採取合理注意（*reasonable care*）為注意義務之標準，而類似於我國善良管理人之注意義務，但於實際的司法審查過程中，法院卻又另行提出經營判斷法則，由此可知，在美國法上，董事的行為基準與法院的司法審查基準，並不一致；易言之，於美國法上，針對董事之注意義務，其行為規範與裁判規範乃是分化，而非同一的，作為裁判規範的經營判斷法則，給予經營者更大的裁量及過失空間⁵⁹，在此理解下，引進英美法之注意義務時，理當考量到英美公司法

⁵⁶ 劉連煜，董事責任與經營判斷法則，月旦民商法雜誌第 17 期，2007 年 9 月，頁 186 以下。

⁵⁷ 林國彬，同前註 41，頁 51-57。

⁵⁸ 其文字如下：「A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills his duty [of care] if the director or officer : (1) is not interested in the subject of his business judgment; (2) is informed with respect to the subject of his business judgment to the extent he reasonably believe to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that his business judgment is in the best interest of the company.」

⁵⁹ 黃銘傑，經營者支配與股東支配外之第三條路，同前註 42，頁 81-82。

基於鼓勵企業家創新、冒險犯難之精神，而建造出經營判斷法則之規範理念，但我國於此義務引進過程中，卻套用我國法傳統之善良管理人注意義務用語，並於第 23 條第 1 項後段立即加上責任文言，導致於有關公司負責人注意義務之規範上，其行為規範與裁判規範合而為一，阻塞了經營判斷法則可能的發展空間。

按民法上委任關係基本上是針對委任人對受任人為特定事務處理之授權而為設計，然董事係公司法定、經常的業務執行機關，以公司事務之專門性及股東與公司之關係而言，股東不可能針對公司各項業務之執行詳為指示，而董事亦須主動配合各種商業狀況、公司情形為經營策略之調整，故董事之注意義務不應僅從善良管理人注意義務之角度出發，而應賦予董事經營行為更大的空間⁶⁰。在我國企業面時愈來愈激烈的國際競爭之情勢下，行為規範與裁判規範合一之規範方式將使得我國經營者負上比外國經營者更為嚴苛的賠償責任，間接遏阻其創新、冒險精神之生，實屬不當；且 2001 年修法引進美國法上受託義務之注意義務和忠實義務之概念後，如無法適用經營判斷法則之概念，法院在審理上勢必會面臨困難，故經營判斷法則之概念，應頗值得引進我國，未來或有必要透過修法，或以司法實務運作，漸次發展出類似經營判斷法則之理論。蓋潛在之利潤，當然附隨潛在之風險，此種風險最終應歸由公司股東承擔，較為適切。如輕易要求董事負經營失敗之責，可能阻斷很多能力者充當董事之意願。因此，除非涉及不法或違反公共政策，系爭交易系在董事合理調查後，出於誠信判斷下所為者，法院應盡量予以維持，不作事後審查，以保持公司經營者裁量之空間⁶¹。

就我國目前的司法實務而言，雖有認為我國公司法未將經營判斷法則予以明文文化，又我國程序法上之推定免責，應以法律明文規定者為限，是不能採用上開法則者⁶²，但亦有少數判決肯定經營判斷法則之適用（詳後述於本文第四章）⁶³，著名的聯電和艦案，新竹地檢署對榮譽董事長曹興誠等人，以刑法之背信罪起訴，曹興城亦曾以經營判斷法則提出辯護，足見其於實務上之重要性，法院應如何在具體訴訟中補充和詮釋，諒為公司法之重要課題。

⁶⁰ 王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，載：新公司與企業法，元照，2003 年 1 月一版，頁 57。

⁶¹ 劉連煜，公司經營者之裁量權與公司社會責任，載：公司監控與公司社會責任，五南，1995 年 9 月，頁 15-16。

⁶² 陸特股份有限公司案（臺北地方法院 92 年度訴字第 4844 號）。

⁶³ 中工電訊案（台北地方法院 93 年度重訴字第 144 號）、中華郵政更名案（台北地方法院 96 年度訴字第 2105 號）、鴻亞光電案（台北地方法院 96 年度重訴字第 234 號）。

第三款 忠實義務

第一目 忠實義務之意義

公司法第 23 條第 1 項規定，董事應忠實執行業務，如有違反致公司受有損害，應對公司負損害賠償責任，學者一般將此義務稱為「忠實義務」，其內涵主要在處理董事與公司間發生利益衝突時，董事應將公司之利益置於自己利益之上，以及因受託執行公司業務，基於職務上地位或職務遂行時所得知之資訊、機會，不得為自己或第三人之利益利用該等資訊或交易機會等，係一概括之行為準則⁶⁴，蓋董事會所作之決定或行為，與個別董事或部分董事或全體董事間具有利益衝突（Conflict of Interests）之關係，而可能使董事得到財務上或經濟上之利益時，若無此種義務之要求，董事可能將其個人之利益置於公司與股東之利益之上，因而使公司受到損害。

我國過去傳統法律規範中，並無如英美之「忠實義務」的概念，至 2001 年 11 月於公司法修正時明文引進董事的受託義務（Fiduciary Duty）增列第 23 條第 1 項之規定，明確規定公司負責人對於公司應踐行之忠實義務及注意義務，我國多數學說認為，英美法上之注意義務性質與內容類似於我國法上之善良管理人注意義務，若 2001 年公司法第 23 條第 1 項該次修正係為「補充現行法之缺漏」，當係指忠實義務而言，而我國法上所稱之「忠實義務」內涵為何，仍必須利用英美法系先進國家實務、學說對此一概念的闡釋。

第二目 忠實義務之內涵

董事對公司應負忠實義務之內涵，依美國聯邦最高法院於 *Pepper v. Litton* 一案中之見解，董事因身處忠實義務關係之中，不得將自己之利益置於受益人之上；不得操控公司事務，使其往對公司不利益的方向發展，同時也不能忽視一般正直與誠實標準；不得運用公司之內部消息和於公司之特殊地位而謀取個人私利；不得運用權力而謀求私利，且不得損害股東與債權人之利益；不得運用其受衡平原則規範之權利，以增進自己之利益，或使自己處於較優勢之位置以排除或

⁶⁴ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事責任為研究對象，輔仁法學，第 36 期，2008 年 12 月，頁 8-9。

損害受益人之利益⁶⁵。而忠實義務雖有各種不同的型態呈現於外，但具體型態大致可歸納為以下各項：

一、利害關係人交易（Conflict of Interests Transaction）

（一）董事之自我交易行為（Director Self-dealing）

典型的利害關係人交易為董事之自我交易行為（Director Self-dealing），係指交易之一方為公司，另一方為公司之董事，或與董事有緊密之身分關係或財務經濟利益關係，此種交易類型最足以說明利害關係人交易所產生危害之本質，蓋交易之一方為董事或與其有緊密關係之人，其將可經由交易享受或取得利益，而另一方為其擔任董事之公司，該董事可能無持股，亦可能持股比率微不足道，即是持股比率稍高，但亦將與其他股東共同受到最終損害，而非由其全數承受，與其在交易之另一方可以取得全部之利益相較，此種交易顯然可以為其帶來利益⁶⁶。

早期普通法下，多認為所有利害關係人交易之類型乃本質上非法（illegal），不論對公司是否公平合理、有無損害公司利益、或作成決定前已完全揭露資訊、或該董事並未參與投票等，均可因股東或公司之請求而撤銷該交易，但事實上亦有交易行為係屬公平合理且為公司帶來利益之情形，故現今美國法院實務乃採用「整體公平」（Entire Fairness）之司法審查基準⁶⁷，有條件的承認董事之自我交易行為⁶⁸（詳後述）。

⁶⁵ *Pepper v. Litton*, 308 U. S. 295, 311 (1939).

"a breach of the fiduciary standards of conduct which he owes the corporation, its stockholders, and creditors. He who is in such a fiduciary position cannot serve himself first and his *cestuis* second. He cannot manipulate the affairs of his corporation to their detriment and in disregard of the standards of common decency and honesty. He cannot, by the intervention of a corporate entity, violate the ancient precept against serving two masters. He cannot, by the use of the corporate device, avail himself of privileges normally permitted outsiders in a race of creditors. He cannot utilize his inside information and his strategic position for his own preferment. He cannot violate rules of fair play by doing indirectly through the corporation what he could not do directly. He cannot use his power for his personal advantage and to the detriment of the stockholders and creditors, no matter how absolute in terms that power may be and no matter how meticulous he is to satisfy technical requirements. For that power is at all times subject to the equitable limitation that it may not be exercised for the aggrandisement, preference, or advantage of the fiduciary to the exclusion or detriment of the *cestuis*. Where there is a violation of those principles, equity will undo the wrong or intervene to prevent its consummation."

⁶⁶ 林國彬，同前註 41，頁 41。

⁶⁷ 詳後關於忠實義務違反之司法審查基準之論述。

⁶⁸ 參閱賴義彰，論董事忠實義務於銀行組織下之運用，國立成功大學法律研究所碩士論文，民國 97 年 6 月，頁 83-84。

(二) 具有共同董事之公司間交易 (Transaction with Corporations)

所謂具有共同董事之公司間交易，係指交易雙方均為公司或商業組織，但有董事兼任雙方公司或商業組織之董事，且該董事個人並積極的參與交易過程之協商談判，而使其在處理該交易時，失其獨立性及中立性，而對其中一方有所偏好；以及董事或與其具有緊密關係之人，於交易相對人之公司或商業組織，乃唯一受益人或主要股東，此時外觀上交易雙方均為法人組織體，然實質上該公司或商業組織僅係作為「交易工具」者，故亦可歸類為前述「董事自我交易行為」類型⁶⁹；而由於該共同董事對於交易雙方之公司均負有忠實義務，其所生之利益衝突風險實與董事自我交易行為相似，故其適用整體公平性之標準仍為一致⁷⁰。

二、董事報酬 (Compensation)

董事為全體股東之利益，並接受股東之委託而負責經營公司之業務與決策，故接受合理之報酬係屬合理可接受之事項，惟若董事之報酬係由董事會自行決定者，則顯然具有利害衝突之關係，故應關注的重點為，董事報酬之決定是否經過合理之程序，是否係由不具利害關係之董事、董事委員會或股東會，在資訊足夠 (informed) 之情況下所作成之決定⁷¹。

美國法對董事報酬之決定原無任何特殊限制規定，以美國德拉瓦州公司法為例，僅認為除非公司章程或是內部規則設有特殊規定外，公司董事會有權去修訂董事之報酬⁷²。然而，近年來美國企業因金融風暴以及次級房貸危機飽受衝擊，許多公司更瀕臨破產命運，執行長卻仍支領優渥退休求金，令政府部門及國會開始一番重新思索⁷³，即「反肥貓」(Fat Cats) 之問題。美國國會於 2008 年 10 月 1 日通過「2008 年緊急經濟穩定法案」(Emergency Economic Stabilization Act of 2008)，授權財政部得運用安定基金建立對貨幣市場基金之紓困計畫，並於 2009

⁶⁹ 林國彬，同前註 41，頁 176。

⁷⁰ 賴義彰，同前註 68，頁 85。

⁷¹ See *Lewis v. Vogelstein*, 699 A.2d 327,338(1997).

⁷² Del. Gen. Corp. Law § 141(h):

"Unless otherwise restricted by the certificate of incorporation or by laws, the board of directors shall have the authority to fix the compensation of directors."

⁷³ 陳彥良，由美國 AIG 事件看我國新修公司法纾困與肥貓條款，台灣法學雜誌，第 126 期，2009 年 4 月，頁 1。

年3月12日，另通過一項「振興經濟法案」(American Recovery and Reinvestment Act of 2009，簡稱「ARRA」)作為補充，於其中第7001條(b)點提出失敗金融機構管理階層薪資追償標準，凡是曾經或即將接受金融穩定監理會「問題資產紓困方案」(Trouble Asset Relief Problem, TARP)紓困達五億美元以上的金融業者，於償還資金前，五位高階經理人與二十位薪資最高的員工，均不得收受現金分紅與絕大部分的獎勵性分紅，紅利部分則須由公司股票支付，且「限制型股票」

(restricted stock)之類的長期分紅亦不得超過其年薪的三分之一。至於獲政府補助低於兩千五百萬美元的公司，上述分紅限制僅及於公司薪資最高之員工；獲紓困兩千五百萬至兩億五千萬美元者，限制及於五名薪資最高之員工；獲紓困兩億五千萬到五億美元者，限制則及於五名高階經理人與十名薪資最高的員工。除此之外，接受紓困的所有公司之高階經理人以及五名薪資最高之員工，於退職時亦禁止享有所謂「黃金降落傘」(Golden Parachute Payment)之優渥退職金⁷⁴，以保

⁷⁴ See ARRA Sec. 7001(b):

"The standards established under paragraph (2) shall include the following: (A) Limits on compensation that exclude incentives for senior executive officers of the TARP recipient to take unnecessary and excessive risks that threaten the value of such recipient during the period in which any obligation arising from financial assistance provided under the TARP remains outstanding. (B) A provision for the recovery by such TARP recipient of any bonus, retention award, or incentive compensation paid to a senior executive officer and any of the next 20 most highly-compensated employees of the TARP recipient based on statements of earnings, revenues, gains, or other criteria that are later found to be materially inaccurate. (C) A prohibition on such TARP recipient making any golden parachute payment to a senior executive officer or any of the next 5 most highly-compensated employees of the TARP recipient during the period in which any obligation arising from financial assistance provided under the TARP remains outstanding. (D)(i) A prohibition on such TARP recipient paying or accruing any bonus, retention award, or incentive compensation during the period in which any obligation arising from financial assistance provided under the TARP remains outstanding, except that any prohibition developed under this paragraph shall not apply to the payment of long-term restricted stock by such TARP recipient, provided that such long-term restricted stock— (I) does not fully vest during the period in which any obligation arising from financial assistance provided to that TARP recipient remains outstanding; (II) has a value in an amount that is not greater than $\frac{1}{3}$ of the total amount of annual compensation of the employee receiving the stock; and (III) is subject to such other terms and conditions as the Secretary may determine is in the public interest. (ii) The prohibition required under clause (i) shall apply as follows: "(I) For any financial institution that received financial assistance provided under the TARP equal to less than \$25,000,000, the prohibition shall apply only to the most highly compensated employee of the financial institution. (II) For any financial institution that received financial assistance provided under the TARP equal to at least \$25,000,000, but less than \$250,000,000, the prohibition shall apply to at least the 5 most highly-compensated employees of the financial institution, or such higher number as the Secretary may determine is in the public interest with respect to any TARP recipient. (III) For any financial institution that received financial assistance provided under the TARP equal to at least \$250,000,000, but less than \$500,000,000, the prohibition shall apply to the senior executive officers and at least the 10 next most highly-compensated employees, or such higher number as the Secretary may determine is in the public interest with respect to any TARP recipient. (IV) For any financial institution that received financial assistance provided under the TARP equal to \$500,000,000 or more, the prohibition shall apply to the senior executive officers and at least the 20 next most highly-compensated employees, or such higher number as the Secretary may determine is in the public interest with respect to any TARP recipient. (iii) The prohibition required under clause (i) shall not be construed to prohibit any bonus payment required to be paid pursuant to a written employment contract executed on or before February 11, 2009, as such valid employment contracts

護投資大眾，重新建立對美國金融市場之信心。

三、奪取公司機會 (Taking Opportunity)

董事會基於忠實義務之要求，應為公司善盡心力以謀取最大利益，若一商業機會預期將為公司帶來潛在之利益，應將該機會提供給公司拓展業務，所謂「公司機會原則」(The Corporate Opportunity Doctrine)⁷⁵，即係指公司之董事（及經理人），除非得到公司之同意，否則不得為私利而奪取原屬於公司之商業機會，此種行為類型又可細分為奪取公司商業機會 (Taking Business Opportunity)、使用公司資產或資訊 (Use of Corporate Assets or Information)，以及競業行為 (Competition) 三種型態：

(一) 奪取公司商業機會 (Taking Business Opportunity)

在公司機會理論下，其關鍵在於「機會是否以及何時屬於公司享有」之問題，而關於公司機會之認定，最著名者為德拉瓦州最高法院於 *Guth v. Loft, Inc.*⁷⁶一案中之判決。若一個商業機會係公司財務上所能負擔，且該機會之本質係涉及公司一般業務範圍，或公司有興趣或合理期待者，則董事及經理人均不得由自己取得該商業機會，亦即若該商業機會係與公司現有之營業活動極為密切，且董事自己取得該商業機會將與公司產生競爭關係者，該商業機會應屬公司之機會，不得由董事自取之；董事若未經正當程序而自取之，則有違反其受託義務，即使原告(公司)未能證明公司因喪失機會而受有損害，法院得剝奪董事因此獲得之財產、利益或其他利潤，並判決將該上述利益給予公司⁷⁷。

(二) 使用公司資產或資訊 (Use of Corporate Assets or Information)

董事經營公司並管理公司之資產，並不意味董事可以任意使用公司之資產而為自己增進財務上之利益，而不須支付任何對價；且任何資訊之取得或形成，均

are determined by the Secretary or the designee of the Secretary. (E) A prohibition on any compensation plan that would encourage manipulation of the reported earnings of such TARP recipient to enhance the compensation of any of its employees. (F) A requirement for the establishment of a Board Compensation Committee that meets the requirements of subsection (c).”

⁷⁵ James D. Cox & Thomas Lee Hazen & F. Hodge O’Neal, *Corporations* (2nd ed. 1997), at 235.

⁷⁶ *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A. 2d 503, 513-514 (1939).

⁷⁷ 林國彬，同前註 41，頁 44。

須支出成本，故董事不得使用經由公司成本所取得之非公開資訊，藉以獲得個人財務上之利益。前者常發生於董事使用公司之交通工具而為私人目的如度假或招待親友，或以公司之資金籌辦個人之生日宴會；後者則多發生於證券交易法上內線交易之情形⁷⁸。

（三）競業行為（Competition）

按美國法律協會（ALI）所制訂之公司治理原則第 5.06 條之規定⁷⁹，董事不得為其個人利益而與公司從事競爭行為，除非(1) 公司因該競業行為可期待將享有之利益，超過公司可合理預見將受之任何損害，或公司預期不會因該競業行為受有損害；(2) 在揭露關於該利益衝突與競業行為之資訊的情形下，由不具利害關係之董事事前核准（authorized in advance）或事後批准（ratified）；(3) 揭露關於該利益衝突與競業行為之資訊之下，由不具利害關係之股東事前核准或事後批准，且該股東之行為不構成公司資產之浪費。蓋董事因係董事會之成員參與公司業務之執行與決定，故常得獲悉公司內部非公開之資訊或營業秘密，若董事利用該等資訊在公司外與公司自由競業，或將之轉介他人以獲取報酬，則難免發生利害衝突而損及公司利益之情形，對於公司而言顯失公平⁸⁰；且縱使董事之競業行為未使用公司之資訊或營業秘密，亦可能使董事無法全心全力為公司執行業務，對公司造成間接之損害，從而如何在兼顧公司經營者彈性之賦予下，同時又得避免經營者之自利行為，實為董事競業行為討論之重要課題⁸¹。有學者認為，公司經理人由於係全職擔任公司資產之經營管理者，故其競業行為應採取較嚴格之標準，至於公司董事，因多屬兼任之性質，僅為公司政策之制訂者與監督者，並未實際針對公司特定資產而為經營管理，故不妨採取較低之標準，如此得以避免將過苛之競業禁止規範，適用於實際上並未經營管理公司特定資產之董事，阻礙其專業知識之運用，並得分散個人風險，亦可防止實際上經營管理公司特定資

⁷⁸ 林國彬，同前註 41，頁 47。

⁷⁹ ALI, Prin. Corp. Gov. § 5.06:

"Directors and senior executives may not advance their pecuniary interests by engaging in competition with the corporation unless either:(1) Any reasonably foreseeable harm to the corporation from such competition is outweighed by the benefit that the corporation may reasonably be expected to derive from allowing the competition to take place, or there is no reasonably foreseeable harm to the corporation from such competition;(2) The competition is authorized in advance or ratified, following disclosure concerning the conflict of interest and the competition, by disinterested directors...; or(3) The competition is authorized in advance or ratified, following such disclosure, by disinterested shareholders, and the shareholders' action is not equivalent to a waste of corporate assets."

⁸⁰ 王文宇，公司法論，同前註 14，頁 322-323。

⁸¹ 賴義璋，同前註 68，頁 94。

產之公司經理人，藉為公司經營管理財產之便，將原本屬於公司之交易機會或財產，據為己有，而損及公司及其股東之利益⁸²。

由上可知，我國公司法在 2001 年修法前亦非全然沒有關於忠實義務之規範，例如第 196 條董事報酬之規定、第 206 條第 2 項準用第 178 條表決權行使之迴避、第 209 條之董事競業禁止規定以及第 223 條規定董事為自己或他人與公司為買賣等行為時，由監察人代表公司等，惟此等列舉規定實無法窮盡所有董事應負之忠實義務內涵，因此乃修法新增第 23 條第 1 項，引進英美法上之忠實義務概念，藉以規範上述利益衝突、奪取公司機會等行為。無論如何，忠實義務最重要之性質，乃是其類似於無過失責任之規範方式，此由我國公司法第 209 條第 5 項之歸入權規定，即可窺知一二。申言之，縱令董事已盡相當注意，避免公司因其競業而蒙受不當損害，但不論其競業行為對公司如何公正、甚至亦未對公司造成實際損害，只要其競業未事先經股東會同意，就必須將所有利得交付公司⁸³。

第三目 司法審查標準

基於忠實義務涉及利益衝突，而利益衝突具有本質上危險，因此有必要予以嚴格的司法審查，法院實務在面對忠實義務違反之案件上，公司董事之行為必須受「整體公平」(Entire Fairness)之嚴格檢驗。

按前述之經營判斷法則，於忠實義務違反之司法審查上亦有適用，原告股東主張董事違反忠實義務時，首先必須先提出足夠的事實推翻經營判斷法則下，對於董事係無利害關係 (disinterested)、未欠缺獨立性 (independence) 且行為時係基於誠信 (Good Faith) 之推定⁸⁴；只要公司或股東能證明本案具有利益衝突之情事者，則該董事必須向法院證明該交易對於公司係屬公平，否則法院即會對其課予不利益。在「整體公平標準」之外，例外符合德拉瓦州公司法第 144 條(a)項(1)~(3)款利害關係人交易行為之「安全港條款」(Safe Harbor)之情形者，則可能產生舉證責任轉換之效果。

一、整體公平標準 (Entire Fairness)

⁸² 陳俊仁，忠誠義務—論公司負責人之競業禁止規範，同前註 35，頁 43-44。

⁸³ 黃銘傑，經營者支配與股東支配外之第三條路，同前註 42，頁 78-79。

⁸⁴ 林怡伸，經營判斷法則之研究—董事責任之避風港，國立台北大學法律學研究所碩士論文，民國 96 年 7 月，頁 32。

單純的注意義務之違反將傷害公司之利益，但違反忠實義務不僅傷害公司之利益或減少公司之獲利，該行為亦將為董事個人取得利益，此種結果顯然與董事必須以公司及股東之最大利益為行為目的之要求有所衝突，因此原則上董事必須戒絕此種傷害公司利益之行為。簡言之，董事之忠實義務除指董事應有積極之作為，以增進公司之利益外，亦有消極義務不應作對公司有傷害之事，或剝奪公司之利益或商業機會。

德拉瓦州最高法院在 *Weinberger v. UOP, Inc.*⁸⁵一案之判決中確立，被告董事必須證明系爭利益衝突之交易對於公司為「整體公平」(Entire Fairness)，亦即利益衝突之事項，即有關可歸類為忠實義務之行為類型者，均應受到最高司法審查「整體公平」之監督：必須在公平交易(Fair Dealing)與公平價格(Fair Price)，二者均屬公平之情況，該交易才可被認定為合法；交易是否公平係一程序上或交易過程之審查，其中包括該交易作成之時點、該交易如何發動、交易架構、談判過程、對董事揭露之程度、董事批准該交易之程序、取得股東批准之過程等；而價格是否公平則涉及經濟上及財務上之對價合理性，應考慮包括資產價值、市場價值、營收能力、未來預估及其他可能影響公司股票價值(intrinsic or inherent value)之所有因素，所有的爭點須以整體(as a whole)觀察，而非將價值或程序分別而論，故稱之為「整體公平」。

二、安全港條款(Safe Harbor)

由於非所有利益衝突交易之結果均必然損害公司之利益，在董事與公司間，或公司與其他商業組織間，二者有共同董事或經理人間有契約或交易時，德拉瓦州公司法第 144 條(a)項(1)~(3)款⁸⁶分別提供了不同情況利害關係人交易行為之

⁸⁵ *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701,711 (1983).

⁸⁶ Del. Gen. Corp. Law §144 :

“(a) No contract or transaction between a corporation and 1 or more of its directors or officers, or between a corporation and any other corporation, partnership, association, or other organization in which 1 or more of its directors or officers, are directors or officers, or have a financial interest, shall be void or voidable solely for this reason, or solely because the director or officer is present at or participates in the meeting of the board or committee which authorizes the contract or transaction, or solely because any such director's or officer's votes are counted for such purpose, if: (1) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the board of directors or the committee, and the board or committee in good faith authorizes the contract or transaction by the affirmative votes of a majority of the disinterested directors, even though the disinterested directors be less than a quorum; or (2) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or

「安全港條款」(Safe Harbor)，若該交易係經由下列方式作成者，即可保護該交易免受撤銷之命運：

1. 該交易經由不具利害關係董事基於誠信 (Good Faith) 以多數決通過事先核准，且該董事已充分揭露其利益衝突之重要事實者，縱使不具利害關係之董事人數少於法定開會人數。
2. 該交易經由具有表決權之股東在利益衝突之重要事實已充分揭露之前提下，基於誠信 (Good Faith) 而事先核准 (approved) 者。
3. 該交易在董事會、其下之委員會或股東會授權 (authorized)、事先核准 (approved)、或事後追認 (ratified) 當時，對公司係屬公平者⁸⁷。

其中，第三種程序係指法院在訴訟上用以確認該交易之整體公平性之標準，屬於「事後確認」之性質，與一般所謂安全港條款係為避免事後爭訟或轉換舉證責任者，有所不同；而第一種程序，係指若被告得證明該交易係在充分揭露資訊下，形式上由不具利害關係之董事多數決核准者，則該交易仍暫時受經營判斷法則之保護，而轉由原告證明參與該核准交易之董事會，係由具有利害關係或失其獨立性之董事所組成等不公平情事，此時再由被告董事證明該交易係屬整體公平，亦即回歸利益衝突交易原先之審查基準與舉證責任，而關於第二種程序，有效之股東核准對於利益衝突交易所產生之效果，德拉瓦州最高法院於 *Lewis v. Vogelstein*⁸⁸ 一案中認為可能有：其一，可作為董事之完全抗辯權行使；其二，將使司法審查由整體公平性標準，轉為「浪費標準」；其三，使整體公平性審查之初次舉證責任轉為原告股東負擔，但股東仍受一定之保護；其四，不改變司法審查基準或舉證責任分配。法院並認為除第四種效力外，其他三種見解德拉瓦州法院均有判決支持⁸⁹，提供董事於訴訟時可轉換舉證責任之功能，亦即本來應由被告董事負責證明交易係屬「整體公平」之責任，轉換由原告證明該對交易對公司而言係「不公平」。

第三節 董事對公司之民事賠償責任

transaction are disclosed or are known to the shareholders entitled to vote thereon, and the contract or transaction is specifically approved in good faith by vote of the shareholders; or(3) The contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the shareholders."

⁸⁷ 以上中文翻譯，參考劉連煜，公司利益輸送之法律防制，載：公司法理與判決研究（三），自版，2002年5月，頁107。

⁸⁸ *Lewis v. Vogelstein*, 699 A.2d 327, 334 (1997).

⁸⁹ 林國彬，同前註41，頁202-204。

第一項 董事義務違反之法律效果

防止公司經營者違法濫權侵害公司、投資人以及利害關係人之權益，為公司治理之重要一環，除於事前及事中建立一套有效的預防及監督機制外，對於違反法令、章程，或對公司應負之義務之董事，事後應課予民事、刑事及行政責任，始能徹底落實公司治理的目標，而我國現行法就制裁公司經營者不正行為之方式，即兼採民事賠償、刑罰、行政制裁三種手段併行。

第一款 刑事責任

刑事制裁之目的重在法益之侵害及行為之不法性，一般不以行為發生損害結果為要件，往往藉由特別刑法之建制，對具特定身分或職務之行為人，尤其是董事及監察人等公司負責人，加重處罰。

2001 年修正公司法時刪除大量之刑責規範，此類條文之修正理由約有二點：第一、普通刑法已足夠規範公司法上之不正行為，而毋庸於公司法中另為特別刑法之規定，此即「去特別化」之要求；第二，用民事之損害賠償責任及行政上之罰鍰制裁，已足以規範公司法上之不正行為，而毋庸動用刑事制裁之法律效果，即是所謂之「除罪化」，由於就何種義務違反之情事應以刑事手段制裁之，事實上難有共識，故該次修法始大舉刪除包括第 13 條第 5 項之違法轉投資在內等為數眾多之刑責規範。其實，對於公司之不正行為，未必僅能透過刑責嚇阻之，健全一套民事救濟之管道以及強化行政管理之績效亦是防範不正行為之重要方法⁹⁰。

雖然 2001 年公司法修正標榜除罪化，但我國現行公司法仍存在有對公司負責人之義務違反行為課與刑事制裁之法律，且在其他金融法規中，如證券交易法、銀行法、金融控股公司法，仍以特別刑法作為制裁公司負責人之主要手段⁹¹。例如，公司法在股份有限公司之部分，依第 9 條之規定，公司應收之股款未確實向股東收足者，公司負責人各處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十

⁹⁰ 王文宇，公司法論，同前註 14，頁 176-177。

⁹¹ 王文宇，從公司不法行為之追訴論民、刑、商法之分際，載：公司與企業法制（二），元照，2007 年 1 月初版，頁 176。

萬元以上二百五十萬元以下罰金；第 232 條第 3 項規定，公司負責人同條違反第一項或第二項規定分派股息及紅利時，各處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以下罰金，以及第 237 條規定，公司負責人未依法提出百分之十為法定盈餘公積者，應各科新臺幣六萬元以下罰金。

在其他法律之部分，則有金融控股公司第 57 條第 1 項：「金融控股公司之負責人.....，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害金融控股公司之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於公司財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。」、銀行法第 125 條之 2 第 1 項規定：「銀行負責人⁹².....，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。」、公司法第 127 條之 3 前段規定：「違反第三十五條之一⁹³規定者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五百萬元以下罰金。」、證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款：「已依本法發行有價證券公司之董事.....，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害者，或意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金」、以及公司法第 174 條第 8 款：「發行人之董事.....違反法令、章程或逾越董事會授權之範圍，將公司資金貸與他人、或為他人以公司資產提供擔保、保證或為票據之背書，致公司遭受重大損害者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣二千萬元以下罰金」等法律規定，在法律未設有特別刑罰罰則之情形，如構成背信，仍得依刑法之規定處斷。

第二款 行政責任

行政制裁係政府以公權力之介入，藉由種種行政處罰，以導正公司之不法行為，股份有限公司之董事因違反公司法上之規定所應負之行政責任，主要有公司法第 20 條第 5 項（未於每屆會計年度終了，將營業報告書、財務報表及盈餘分派或虧損撥補之議案，提請股東同意或股東常會承認）、第 168 條（未依股東會

⁹² 銀行法第 18 條：本法稱銀行負責人，謂依公司法或其他法律或其組織章程所定應負責之人。

⁹³ 銀行法第 35 條之 1：銀行負責人及職員不得兼任其他銀行任何職務。但因投資關係，並經中央主管機關核准者，得兼任被投資銀行之董事或監察人。

決議減少資本)，第 169 條第 3 項（未將股東名簿備置於本公司或其指定之股務代理機構）、第 170 條第 3 項（違反股東會召開期限之規定）、第 172 條第 5 項（選任或解任董事、監察人、變更章程、公司解散、合併、分割或第 185 條第 1 項各款之事項，未在股東會召集事由中列舉）、第 172 條之 1 第 6 項（股東提案權之相關規定）、第 183 條第 6 項、第 184 第 3 項（妨礙、拒絕或規避股東會查核董事會造具之表冊、監察人之報告）、第 192 條之 1 第 8 項（違反董事候選提名制度相關規定）、第 210 條第 3 項（違反備置章程、簿冊之義務，或無正當理由而拒絕查閱或抄錄）、第 211 條第 3 項（虧損達實收資本額二分之一而董事會未召集股東會報告，或資產顯有不足抵償其所負債務時，董事會未聲請宣告破產）、第 218 條第 3 項（妨礙、拒絕或規避監察人檢查行為）、第 230 條第 4 項（未將經股東常會承認之財務報表及盈餘分派或虧損撥補之決議分發於各股東）等規定。

惟公司法上開各規定所訂之罰鍰額度，相對於董事之不法行為所得受或迴護之利益，事實上可能難以收事前預防或事後懲罰之效，且其真正目的亦非處罰，而是主管機關得藉由罰鍰處分之作成，責令代表公司之董事能依法處理公司之事務，公司若進一步因董事之違法行為而受有損害，最後仍必須透過公司法第 193 條第 2 項之規定，向參與決議之董事請求民事上的損害賠償。

第三款 民事責任

民事責任重在損害賠償，必須發生損害，且行為與損害間具因果關係，使生民事責任追訴之問題。在我國，對公司經營者民事責任之追訴，不若刑事責任鮮明，蓋民事責任之最終目的，不外乎損害填補或賠償，但在民法領域中，損害賠償責任之成立往往需要多重要件之檢驗，實非易事；不僅行為人須有義務違反之行為在前，受害人更要尋求「請求權基礎」作為請求依據，並應符合法律規定之要件⁹⁴。按我國公司法上關於董事對公司所負損害賠償責任之規定，概括性者包括第 23 條第 1 項規定，公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任，以及第 193 條第 2 項規定，董事會執行業務，違反法令章程及股東會之決議，致公司受損害時，參與決議之董事，對於公司負賠償之責；針對公司之特定事務者則有其他個別性的損害賠償

⁹⁴ 王文宇，從公司不法行為之追訴論民、刑、商法之分際，同前註 91，頁 176。

規定，例如第 9 條第 2 項之資本不實、第 13 條第 5 項之違反轉投資之禁止或限制、第 15 條第 2 項之違反貸款限制等。

由於民事賠償責任具有填補公司及股東所受損害之重要功能，從而建立完善之民事責任求償機制自為健全公司體制之重要課題，故關於董事對公司之民事賠償責任的部分，本文將在下文另以獨立之項目論述。

第二項 民事賠償責任之規定

第一款 民法之規定

董事與公司間的法律關係，依公司法第 192 條第 4 項之規定，除公司法另有規定外，依民法委任之規定，故民法關於委任關係的受任人責任規定亦對董事有其適用。民法第 544 條規定：「受任人因處理事務有過失、或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責。」本條文之「處理委任事務有過失」係指受任人處理委任事務未盡應盡之注意能力，而董事應就何種過失負責，因公司法第 23 條第 1 項已明文規範董事一律負善良管理人之注意義務，故不論董事與公司之間為有償委任或無償委任，一律應負抽象輕過失之責任，若有違反致公司受有損害者，董事應對公司負賠償責任。例如，當公司依公司法第 23 條第 2 項規定，對受損害之第三人賠償後，雖係公司就自己行為負責，但得依委任關係之受任人處理事務有過失的規定向董事求償，或董事處理委任事務逾越其權限致公司受有損害者，亦須對公司負賠償責任⁹⁵。

實則，在公司法第 23 條第 1 項另訂有董事違反善良管理人注意義務之損害賠償責任之下，民法第 544 條就此無再適用之可能，而執行董事逾越權限行為所生之損害，亦屬違反善良管理人注意義務之行為，仍應依公司法第 23 條第 1 項之規定對公司負損害賠償責任。

第二款 公司法之規定

現行公司法除少數條文明定「董事」之損害賠償責任外，大部分的條文係以

⁹⁵ 參閱洪秀芬，公司對董事責任追究之探討－以股份有限公司董事之民事責任為研究對象，同前註 64，頁 15。

「公司負責人」為責任主體，而董事依公司法第 8 條第 1 項之規定為公司之當然負責人，故相關條文對董事自有適用之餘地⁹⁶。

第一目 針對公司特定事務之列舉規定

壹、與資本確定與維持有關之規定

一、違法將出資返還於股東

公司法第 9 條第 2 項規定，公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請文件表明收足，或股東雖已繳納而於登記後將股款發還股東，或任由股東收回者，公司負責人應與各該股東連帶賠償公司因此所受之損害。蓋於資本充實原則之要求下，公司存續中至少須維持相當於資本之現實財產，而以該具體之現實財產充實其抽象之資本，以保護公司債權人，並確保企業之健全發展，董事若未盡其向股東收足股款之義務而對公司造成損害，自應與各該股東連帶對公司負損害賠償責任。

二、違反轉投資之禁止或限制

所謂「轉投資」係指公司將其將資本投注於其他事業上，成為其他事業股東之所有情形，惟無限責任股東或合夥人在其公司或合夥事業之資產不足清償債務時，須負連帶清償責任，如此恐有害股東及債權人之權益，而有限責任之轉投資若毫無限制，亦有影響公司財務之可能，故為求公司股本之穩固，符合公司之資本維持原則，必須予以適當之限制，故公司法第 13 條第 1 項即規定，公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人；如為他公司有限責任股東時，其所有投資總額，除以投資為專業或公司章程另有規定，原則上不得超過本公司實收股本百分之四十；如有違反者，公司負責人應依同條第 5 項賠償公司因此所受之損害。

三、違反貸款之限制

⁹⁶ 參閱洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事責任為研究對象，同前註 64，頁 5。

公司貸款之限制，2001 年公司法修正前第 15 條第 2 項規定：「公司之資金，除因公司間業務交易行為有融通資金之必要者外，不得貸與股東或任何他人」此項立法意旨，在於避免公司資金流失，維持資本充實，以落實資本維持原則。惟資金為企業經營的命脈，企業要擴張與發展，資金靈活通暢的調度更不可或缺，而台灣除金融機構外並無類似國外的財務融資公司，為使資金調度暢通無阻，必須適度開放資金融通管道，使資金取得更多元化，有利於整體經濟發展⁹⁷，是以 2001 年修法後即將原本嚴格限制之條件予以放寬。

現行公司法第 15 條第 1 項規定，除公司間或與行號間有業務往來，或公司間或與行號間有短期融通資金之必要者，得在企業淨值的百分之四十之範圍內為貸放，公司之資金，不得貸與股東或任何他人，同條第 2 項並規定，公司負責人如有違反前項規定，應與借用人連帶負返還責任，並對公司所受之損害負損害賠償責任。

四、違反保證之限制

公司法第 16 條規定：「公司除依其他法律⁹⁸或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人。公司負責人違反前項規定時，應自負保證責任，如公司受有損害時，亦應負賠償責任。」該規定旨在避免公司負責人擅用公司名義為他人作保，以穩定公司財務，因此公司不得為票據之保證、民法之保證人、納稅之保證人，亦不可承受他人之保證契約，若公司以財產設定擔保物權予他人，影響公司財務，與為他人為保證人之情形並無不同，應同受限制⁹⁹。

實言之，公司負責人如違反該條規定，以公司名義為人保證，對於公司不發生效力，公司自毋須負起保證責任，亦不必與負責人負起連帶賠償之責¹⁰⁰，故有論者認為公司似不可能因負責人之違法保證行為而遭受損害，現行法第 16 條第 2 項後段所謂「如公司受有損害時，亦應負賠償責任」似屬贅文¹⁰¹；惟公司雖毋須負起保證責任，但非無可能因此受有其他損害，例如商譽受損或以公司之財產

⁹⁷ 參閱賴源河等合著，新修正公司法解析，同前註 53，頁 51-52。

⁹⁸ 例如銀行法第 3 條第 13 款及第 101 條第 1 項第 4 款規定，銀行及投資公司得辦理國內外保證業務。

⁹⁹ 參照最高法院 74 年臺上字第 703 號判例。

¹⁰⁰ 參照釋字第 59 號。

¹⁰¹ 參閱鄭玉波，公司法，三民書局，1995 年 4 月初版，頁 21。

提供擔保而造成該財產之市場價值減損，故仍有依現行法第 16 條第 2 項後段請求損害賠償之可能。

五、違反股份收買、再出售或抬高股份價格抵償債務之限制

(一) 違反股份收買限制

依公司法第 167 條第 1 項之規定，股份有限公司除法律有特別規定之情形外，原則上不得將自己之股份收回、收買或收為質物，是為股份回籠禁止原則。按股份有限公司乃係社團法人，理論上不得同時成為自己之構成員；且股份有限公司取得自己股份，有威脅公司資本充實之虞，而有背於資本維持原則之嫌，實質上等同股東出資之返還，數量龐大時可能造成公司流動資金之固化，亦有造成資本減少但卻毋須經過減資程序之嫌；同時若無條件容許公司買回自己股份勢必難以避免內線交易之情事發生而影響債權人及投資大眾之權益，故除非符合法律所規定之例外情形，原則上禁止公司取得或將自己股份收為質物¹⁰²，公司負責人違法將股份收買收回或收為質物者，依同法第 167 條第 5 項之規定，應對公司負賠償責任。

又公司法第 167 條第 3 條及第 4 項規定，被直接或間接投資有表決權資本過半之從屬公司，不得將控制公司及其從屬公司之股份收買或收為質物，公司負責人違反上述規定者，應依同法第 167 條第 5 項之規定，對公司之損害負賠償責任¹⁰³。

(二) 未於規定時間內將取得之股份出售

公司適法所取得之自己股份，並非當然消滅，學說上多數認為公司適法取得自己股份後而轉讓前，其所持有股份之股東權雖屬存續但卻處於休止之狀態¹⁰⁴，但公司得合法取得自己之股份本屬例外，且有造成投機或濫用於控制股東會決議

¹⁰² 林麗香，企業取回自己股份之法律問題，臺北大學法學論叢，第 48 期，2001 年 6 月，頁 72-76。

¹⁰³ 參閱黃銘傑，自己股份買回與公司法—財政部「庫藏股」制度草案的問題點與盲點，台大法學論叢第 28 卷第 1 期，1998 年 10 月，頁 251、238；洪秀芬，交叉持股之規範—公司法修正草案第一百六十七條第三、四項之探討，公司法修正議題論文集，神州圖書，2002 年 3 月，頁 183-184。

¹⁰⁴ 參閱柯芳枝，公司法論(上)，同前註 21，頁 190；王文宇，公司法論，同前註 14，頁 259-260。

之虞，故應禁止公司長期持有自己股份¹⁰⁵，公司法第 167 條第 2 項即規定，應於六個月內，按市價將其出售，屆期未經出售者，視為公司未發行股份，並為變更登記；第 167 條之 1 第 2 項亦規定，應於三年內轉讓於員工，屆期未經轉讓者，視為公司未發行股份，並為變更登記¹⁰⁶；故解釋上，公司若未將適法取得之股份轉讓即應將之消除，若公司未銷除，本法則擬制該股份未為發行，而公司即應辦理章程之變更登記；違反者，公司負責人應依同法第 5 項之規定，對公司負賠償責任。

(三) 抬高價格抵償債務或抑低價格出售

公司法第 167 條第 1 項但書規定，公司於股東受清算或受破產宣告時，得按市價收回其股份，以抵償其於清算或破產宣告前結欠公司之債務，此一規定乃破產法第 99 條之例外規定，不論公司對該股東之債權有無別除權，公司均得適用本條之規定，立法目的在於避免該股東之破產程序終結後，公司無法取償而有害公司權益¹⁰⁷，但公司負責人若有抬高價格抵償債務之行為，應依同條第 5 項之規定對公司負賠償責任。

公司因此合法收回或收買之自己股份，應依公司法第 167 條第 2 項規定，於六個月內按市價將其出售，若有抑低價格再出售之情事者，公司負責人亦應依同條第 5 項之規定對公司負賠償責任。

貳、與公司債之募集、使用有關者

一、申請事項違反法令或虛偽情形而被撤銷核准發行公司債

¹⁰⁵ 王文字，公司法論，同前註 14，頁 260。

¹⁰⁶ 此外，企業併購法第 13 條亦規定，公司因進行併購而收買之股份，得於買回之日起三年內，按市價將其出售，屆期未經出售者，視為公司未發行股份，並辦理變更登記。
參閱企業併購法第 13 條：「公司依前條規定買回股份，應依下列規定辦理：一、消滅公司自合併後買回股東之股份，應併同消滅公司其他已發行股份，於消滅公司解散時，一併辦理註銷登記。二、前款以外情形買回之股份，得依下列規定辦理：(一) 依合併契約、股份轉換契約、分割計畫或其他契約約定轉讓予消滅公司或其他公司股東。(二) 逕行辦理變更登記。(三) 於買回之日起三年內，按市價將其出售，屆期未經出售者，視為公司未發行股份，並辦理變更登記。」

¹⁰⁷ 王文字，公司法論，同前註 14，頁 259；柯芳枝，公司法論（上），同前註 21，頁 186。

依公司法第 248 條第 1 項之規定，公司發行公司債時，應載明該條項所列各款事項，向證券管理機關辦理之：公司發行公司債經核准後，如發現其申請事項，有違反法令或虛偽情形時，依公司法第 251 條之規定，證券管理機關得撤銷核准，公司債未發行者，應停止募集；已發行者，則須即時清償，其因此所發生之損害，應由公司負責人對公司及應募人負連帶賠償責任。

二、違法變更公司債借款用途

依公司法第 248 條第 1 項第 6 款之規定，公司發行公司債時，應就公司債募得價款之用途及運用計畫，向證券管理機關辦理之：如有變更時，應即向證券管理機關申請更正（同條第 4 項），未經申請核准變更而用於規定事項以外者，應依第 259 條處公司負責人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以下罰金，如公司因此受有損害時，對於公司並負賠償責任。

參、逾期未完成發行新股程序

公司法第 276 條第 1 項規定，發行新股超過股款繳納期限，而仍有未經認購或已認購而撤回或未繳股款者，其已認購繳款之股東，得定一個月以上之期限，催告公司使認購足額並繳足股款；逾期不能完成時，得撤回認股，由公司返回其股款，並加給法定利息。有行為之董事，對於因上開情事所致公司之損害，應依同條第 2 項之規定負連帶賠償責任。

肆、董事為控制公司時之補償或賠償責任

公司法第 369 條之 4 第 1 項規定，控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害者，應負賠償責任，第 2 項並規定控制公司負責人應與控制公司就該損害負連帶賠償責任；析言之，該連帶損害賠償責任之成立，應滿足三項要件：（一）控制公司已滿足法定要件，須對從屬公司負損害賠償責任。（二）須擔任控制公司負責人之職務。（三）須使從屬公司為非常規交易或不利益之經營¹⁰⁸。

¹⁰⁸ 何謂不合營業常規或其他不利益之經營，學者有認為應綜合一切情事，徵諸實務運作之經驗法則或商業判斷法則等作為認定標準，其後將實務見解為「類型化」之處理，亦可參閱他國之立法例而為判斷標準。參閱王志誠，不合營業常規交易之判定標準與類型，政大法學評論，第 66 期，2001 年 6 月，頁 204。

第二目 未針對公司特定事務之概括性規定

壹、執行業務未依照法令章程及股東會決議

在現行公司法下，股份有限公司執行業務分為兩階段。依公司法第 202 條之規定，業務執行之意思決定屬於董事會之權限；而業務之具體執行則由董事長、副董事長、常務董事及其他依本法或章程之規定或董事會指定之董事（此等董事即所謂之執行董事）擔任¹⁰⁹。

公司法第 193 條第 1 項規定：「董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議。董事會之決議，違反前項規定，致公司受損害時，參與決議之董事，對於公司負賠償之責；但經表示異議之董事，有紀錄或書面聲明可證者，免其責任。」本條之適用前提，為執行董事依照董事會之決議具體執行業務，而該董事會決議卻違反法令、章程或股東會決議者，則該負責執行之董事及參與決議而未有紀錄或書面聲明可證其經表示異議之董事，依第 193 條第 2 項規定，均應對公司所受損害負賠償責任；反之，若董事會決議係違反法令、章程或股東會決議者，負責執行之董事卻未遵守該等董事會決議，則贊成該決議之董事，因該決議未付諸實行，公司並未因此受到損害，不僅執行董事、連贊同該決議之董事，均應無賠償責任可言¹¹⁰；又法條中雖然未提及主觀要件，惟依一般責任成立之原則，本條應屬過失責任，須以董事會作成決議有故意或過失為前提¹¹¹。

此外，董事會或董事亦不能以該違法行為有助於促進股東之最大利益為由，而當然免除其違反守法義務所致之損害賠償責任，蓋公司之違法行為通常係由董事會或其他職員之團體決策作成，相較於一人單獨決定之情形，團體的分擔有助於減輕團體成員因參與決策所受之內心責難，且此一團體之本質亦常使社會大眾不容易確定公司違法行為之罪魁禍首，而難以施予道德上非難，故嚴格要求應屬妥適。惟若董事會或個別董事所為之違法決策雖對公司造成損害，但同時亦為公司帶來一定之利益，在計算損害賠償數額時，或許可參考美國法律協會（ALI）所公布之公司治理原則第 7.18 條所採取之「淨損失」（net loss rule）原則，允許

¹⁰⁹ 劉連煜，現代公司法，同前註 18，頁 398。

¹¹⁰ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 18，頁 282。

¹¹¹ 邵慶平，董事受託義務內涵與類型的再思考—從監督義務與守法義務的比較研究出發，同前註 41，頁 28。

被訴董事主張公司因其違法行為所得之利益，應從其所受損害中扣除，一方面避免公司雙重得利，另一方面亦避免讓董事負擔過苛之民事責任，但公司受有如何之利益？利益如何計算？應由主張之董事負舉證責任，較為合理¹¹²。

另外，有認為在董事應負責之情況下，執行董事及贊同決議之董事，其責任是否具有連帶性，殊值得研究，按依民法第 272 條之規定，連帶債務之成立，除當事人之明示外，以法律有明文規定者為限，而公司法第 193 條第 2 項並無「連帶」字樣，解釋上不應認為執行董事及贊同決議之董事對應負連帶責任，但從立法論而言，為期董事慎重且妥適行使權限，此處宜明定應負連帶責任¹¹³。

貳、違反注意義務或忠實義務

公司法第 23 條第 1 項規定，公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，明確規定公司負責人之忠實與注意義務，如有違反此項規定致公司受有損害者，公司負責人即對公司構成債務不履行之責任，公司得依本條項作為請求權之基礎，向違反義務之董事請求損害賠償。質言之，在現今強調公司治理的時代，董事等公司負責人的法律責任之生，最重要者即為公司法第 23 條第 1 項對公司應盡義務之違反。

董事無正當理由未出席董事會而根本未參與決議者，雖不構成第 193 條第 1 項之損害賠償責任，但可能因違反第 23 條第 1 項之忠實義務而應對公司負責；若董事會決議係依照法令、章程或股東會決議而為者，但執行之董事卻未遵守董事會決議，則執行業務之董事應有違反其應盡之注意義務，而所執行業務致公司受有損害者，其個人應依第 23 條第 1 項規定對公司負責；至若董事會未為決議而執行業務者，應檢驗執行董事之行為有無違反忠實義務、注意義務或其他法令規定等，如有違反，仍應依相關規定對公司負賠償責任¹¹⁴。

¹¹² 邵慶平，公司董事的守法義務，同前註 30，頁 28-29；邵慶平，董事受託義務內涵與類型的再思考—從監督義務與守法義務的比較研究出發，同前註 41，頁 29。

ALI, Prin.Corp.Gov. § 7.18:

"(c) A plaintiff bears the burden of proving causation and the amount of damages suffered by, or other recovery due to, the corporation or the shareholders as the result of a defendant's violation of a standard of conduct set forth in Part IV, Part V, or Part VI. The court may permit a defendant to offset against such liability any gains to the corporation that the defendant can establish arose out of the same transaction and whose recognition in this manner is not contrary to public policy."

¹¹³ 參閱柯芳枝，公司法論（下），同前註 18，頁 282；王文宇，公司法論，同前註 14，頁 327；劉連煜，現代公司法，同前註 18，頁 399。

¹¹⁴ 劉連煜，現代公司法，同前註 18，頁 399。

第三款 其他法律之規定

除公司法、民法訂有董事對公司之民事賠償責任規定外，其他法律亦存有相關規定。例如，證券交易法第 157 條第 3 項規定，董事或監察人不為公司行使第 1 項公司內部人違反短線交易之歸入權，對公司受有損害時，對公司應負連帶賠償責任。證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款與第 6 項之規定，已依本法發行有價證券公司之董事，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害；或意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產者，應對公司負損害賠償金額。又企業併購法第 5 條第 2 項規定，公司董事會違反法令、章程或股東會決議處理併購事宜，致公司受有損害時，參與決議之董事，對公司應負賠償之責¹¹⁵，由於相關條文規定眾多，本文於此並不一一細列說明。

第三項 小結

事實上，我國現行法律對於公司經營者不法行為之處理，存有輕重失衡、體系紊亂之現象，舉例言之，證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事……，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金」是為關係人交易之處罰明文，上述證券交易法之規定，係以刑事責任作為嚇阻公司內部人不正行為之主要手段，對於使公司為不利益交易而對公司致生損害之民事責任，卻未予具體之類型化規定，又關係人交易類型繁多，而「不利益交易」或「不合營業常規」等要件皆屬不確定法律概念，構成要件相當模糊，認定上顯有困難，實務上為合於罪刑法定原則，對其認定亦為嚴格，以致不易入罪，該條適用機會大為降低；再者，就關係人交易之非難性而言，是否應一概以刑法作為嚇阻手段，亦尚有斟酌空間。實言之，對於投資人之保護，過度仰賴刑事罰則，並不恰當，反之，應多依靠民事賠償責任；更重要的是關係人交易所造成之損害，儘管可能影響數以萬計之投資人，亦對公司造成重大之不利益，但此種不利益多可用金錢來填補。換言之，公司重視的是財產上之損失能否彌補，至於行為人被科以何等之刑罰，對公司而言反而不

¹¹⁵ 參閱洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事責任為研究對象，同前註 64，頁 15-16。

那麼重要，因此有時可能只是附帶之手段，何不於證券交易法中直接明文規範得請求民事賠償之依據？¹¹⁶雖然關係人交易之行為在我國亦構成公司法第 23 條第 1 項忠實義務違反之損害賠償責任，但相對於美國法，對於關係人交易之規制已普遍法典化，不但對於關係人交易之認定標準有所規範，更對關係人交易之效果、程序事項，以及事後之救濟手段皆有鉅細靡遺之規定，並因應不同情狀而設計不同之處理方式¹¹⁷，故雖然公司法第 23 條第 1 項已有概括性的民事損害賠償依據，立法論上對於涉及商業行為之特殊案件，宜直接將公司負責人（董事）民事賠償責任之依據規制於相關法規中，並明確規定具體之判斷標準及救濟管道。

民事賠償責任具有填補公司及股東所受損害之重要功能，公司法上關於董事對公司所負損害賠償責任之規定，針對公司之特定事務者有例如第 9 條第 2 項之資本不實、第 13 條第 5 項之違反轉投資之禁止或限制、第 15 條第 2 項之違反貸款限制等規定；為針對公司特定事務而為概括性規定者則包括第 23 條第 1 項規定以及第 193 條第 2 項，其他法律如證券交易法第 157 條第 3 項、證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款與第 6 項以及企業併購法第 5 條第 2 項亦有董事民事賠償責任之規定。在具體適用上，於針對公司之特定事務設有個別性條文明白規定公司負責人或董事的損害賠償責任之情形，則公司財產使用於所舉範圍之內者應視為公司之損害，於此涉及損害概念於法律規範目的上之具體化；對於超出所支出之費用範圍以外之損害非不得另為主張，但應由對董事主張其他損害者負舉證責任¹¹⁸。

第四節 董事責任之減輕與免除

在企業經營者與所有分離之思潮下，企業所有者將企業經營權授予董事會及其所組成之經理人團隊，並期待經營團隊將為全體股東創造最大利潤。然而，隨著現代企業規模逐漸擴大，並逐漸朝向多角化經營之模式，公司董事、監察人與重要職員被賦予越來越繁重的法律義務，面對瞬息萬變的市場變化，有時在資訊不完全之情況下，因過失行為造成公司、股東或第三人的損害，其依法應負損害

¹¹⁶ 王文字，從公司不法行為之追訴論民、刑、商法之分際，同前註 91，頁 176-178。

¹¹⁷ 參閱王文字，論董事與公司間交易之規範，載：新公司法與企業法，元照，2003 年 1 月，頁 97-136。

¹¹⁸ 參閱王筆毅，股份有限公司董事會執行業務與董事損害賠償責任之研究—以公司法之相關規定為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 93 年 1 月，頁 59。

賠償責任之金額往往十分龐大；然而，商業決策本身具有潛在之利潤，當然亦附隨潛在之風險，若決策者或執行者本身於執行職務時並未考量個人利益，此種風險所造成之損害最終應歸由公司股東承擔，較為適切，蓋如輕易要求董事負經營失敗之責，將導致經營者以保守態度執行業務，或阻斷很多能力者充當董事之意願，從長遠來看，此種消極的後果將會降低公司經營者之整體素質，並影響國家經濟之發展；再者，若董事對公司應負之損害賠償額度遠遠超出公司所給付之報酬時，董事是否有能力償還鉅額賠償，亦為值得思考之問題。是故，強化公司經營者之義務與責任雖然為普遍的趨勢，但嚴格的法律責任未必對企業發展有利，為避免公司經營者權利義務失衡之情形，適度減輕或免除其責任仍屬必要。

美國實務上雖發展出前述之「經營判斷原則」(business judgment rule) 作為對董事之推定保護，然而，經營判斷法則亦有無法適用的時候。在前述之 *Smith v. Van Gorkom*¹¹⁹一案中，其所涉及者為併購價格之設定與董事會會議過程，法院認為決策當時，當時董事對於會議議題未受事先告知，僅有執行長 Van Gorkom 二十分鐘之口頭報告，而全體董事既非財務專家，在無迫切必要之情形下，卻未要求休會以取得更多資訊，而逕自做成決定，無經營判斷法則之保護¹²⁰，被告董事最終與原告以 2350 萬美元和解，其中由保險公司賠償 1000 萬美元，合併之買方則代被告董事會賠償其他餘額。本件判決於 1985 年作成後，董事陷入鉅額金錢賠償之恐懼，德拉瓦州之董事競相投保責任保險，德拉瓦州公司法因此於 1986 年增訂第 102 條(b)項(7)款¹²¹之注意義務免責條款 (liability exculpation ,exculpatory provision)，准許公司以章程特別排除 (eliminating) 或

¹¹⁹ *Smith v. Van Gorkom*, 188 A.2d 858 (1985).

¹²⁰ *Smith v. Van Gorkom*, 188 A.2d 858, 875-878 (1985).

¹²¹ Del. Gen. Corp. Law § 102(b)(7):

"In addition to the matters required to be set forth in the certificate of incorporation by subsection (a) of this section, the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters: (7) A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective. All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer (x) to a member of the governing body of a corporation which is not authorized to issue capital stock, and (y) to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title."

限制 (limiting) 董事因違反注意義務而應對公司負之金錢賠償責任，其規定：「除本條(a)項所規定之章程應記載事項外，董事因違反受託義務 (fiduciary duty) 致生對公司或對股東之損害賠償責任時，得依章程規定予以排除或限制之，但有下列情形之一者，則不在此限：(一) 董事係違反忠實義務，對公司或對股東之責任；(二) 董事非誠信的 (not in good faith) 或有意識的違法；(三) 董事違反第 174 條所規定之事項 (違法的盈餘分派、收買或償還股份等)；或(四) 董事個人取得不當利益之交易。.....」，全美國並有超過四十個州修改公司法，明文減輕或免除董事違反注意義務時之損害賠償責任，或允許公司予以補償¹²²，而美國法律協會 (ALI) 所制訂之公司治理原則第 7.19 條亦提供類似之規範¹²³，在符合特定條件之情況下，對於董事違反注意義務之行為，公司得於章程中限制其賠償責任，但其數額不得低於其每年自公司所受領之報酬。因此，若一德拉瓦州公司之章程有上開責任之免除條款，且原告僅主張被告董事有違反其注意義務而要求金錢損害賠償時，法院得不進行實體審查，而可直接引用第 102 條(b)項(7)款之規定以簡式判決 (summary judgment) 駁回原告之訴，但相反的，若原告同時主張被告董事有違反注意義務 (duty of care) 及忠實義務 (duty of loyalty) 時，則法院即必須進行實體審查，而不得逕為駁回¹²⁴；此種關於董事責任之減輕或免除制度，對於獨立董事之推行，亦具有重要之意義¹²⁵。

除前述有關「經營判斷原則」(Business Judgment Rule) 以及責任限制 (Liability Limitation) 之措施外，在責任成立後亦有所謂的「董事與重要職員責任保險制度」(Directors ' and Officers ' Liability Insurance, 簡稱 D&O)，以適度減輕公司經營者之負擔，將損失轉嫁於第三人，並使受損害者能得到適當的補

¹²² 陳俊仁，由企業併購法第五條與第六條論我國忠實義務之缺失，同前註 4，頁 228。

¹²³ ALI, Prin. Corp. Gov. § 7.19:

"Except as otherwise provided by statute, if a failure by a director [§ 1.13] or an officer [§ 1.27] to meet the standard of conduct specified in Part IV (Duty of Care and the Business Judgment Rule) did not either:(1) Involve a knowing and culpable violation of law by the director or officer;(2) Show a conscious disregard for the duty of the director or officer to the corporation under circumstances in which the director or officer was aware that the conduct or omission created an unjustified risk of serious injury to the corporation; or (3) Constitute a sustained and unexcused pattern of inattention that amounted to an abdication of the defendant's duty to the corporation;and the director or officer, or an associate [§ 1.03], did not receive a benefit that was improper under Part V (Duty of Fair Dealing), then a provision in a certificate of incorporation that limits damages against an officer or a director for such failure to an amount not less than such person's annual compensation from the corporation should be given effect, if the provision is adopted by a vote of disinterested shareholders [§ 1.16] after disclosure [§ 1.14(b)] concerning the provision, may be repealed by the shareholders at any annual meeting without prior action by the board, and does not reduce liability with respect to pending actions or losses incurred prior to its adoption."

¹²⁴ 林國彬，同前註 41，頁 193-194。

¹²⁵ 劉連煜，現代公司法，同前註 18，頁 405。

償。實定法上，例如德拉瓦州公司法第 145 條(g)項¹²⁶亦規定，公司得為現為或曾為或被視為公司董事、經理人、受僱人或代理人之人關於其職務過失行為購買及維持保險契約，以因應職務所產生之損害賠償責任及相關費用，於公司法中明文規定公司得為董事、監察人或重要職員購買責任保險。

至於就我國之現況而言，就董事責任之減輕或免除的問題，「經營判斷法則」之引進與適用仍有所爭議，我國法上亦無有關董事責任限制之相關規定；至於責任保險之部分，我國於 1996 年政府核准由當時的美商美國環球產物保險有限公司台灣分公司所推出之董事及重要職員責任保險保單時，始正式引進此項保險，目前投保之企業主要為上市、上櫃較久的公司且較強調公司治理者，或公司於海外籌措資金、設立子公司須配合當地法令規範而投保董監事與重要職員責任保險，整體而言，我國的上市、上櫃公司約有百分之三十的投保率¹²⁷，於公司經營者之責任備受重視之今日，未來亦不妨仿效美國立法例，於公司法上將董監事與重要職員責任保險制度予以明文化。

¹²⁶ Del. Gen. Corp. Law § 145(g):

"(g) A corporation shall have power to purchase and maintain insurance on behalf of any person who is or was a director, officer, employee or agent of the corporation, or is or was serving at the request of the corporation as a director, officer, employee or agent of another corporation, partnership, joint venture, trust or other enterprise against any liability asserted against such person and incurred by such person in any such capacity, or arising out of such person's status as such, whether or not the corporation would have the power to indemnify such person against such liability under this section."

¹²⁷ 郭大維，從比較法之觀點探討我國現行公司董（監）事與重要職員責任保險制度，輔仁法學，第 36 期，2008 年 12 月，頁 129-130。

第三章 董事違反義務之預防與救濟

第一節 概說

如何落實公司治理（Corporate Government）為近年企業法制規範之重要議題，而確實追究不善盡其對公司之義務的董事，以為嚇阻或補償，更為完善公司治理制度之重要一環。在法制上固然可對該等董事課以刑事責任、行政責任與民事責任，但刑事責任與行政責任僅具有威嚇之效果，相對於此，民事賠償責任則兼具彌補公司損失之重要功能，故除完善制訂得作為民事賠償請求權基礎之法律規範外，建制一套有效的民事賠償責任追訴機制，乃為檢討公司治理所不可或缺之問題。

我國公司法對於董事違反法令或章程行為之事前預防及事後救濟，訂有一套完整之規定，事前預防部分包括第 194 條之股東制止請求權、第 218 條之 2 第 2 項之監察人制止請求權；在事後救濟之部分，除解任失職董事外，在公司對董事直接提起訴訟之情形，依公司法第 212 條及第 214 條第 1 項之規定，得經由股東會決議或由繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之少數股東，以書面請求監察人為公司提起訴訟；公司法第 214 條第 2 項並規定，監察人自有同條第一項少數股東之請求日起，三十日內不提起訴訟時，為該請求之股東，得為公司提起訴訟，此即所謂的「股東代表訴訟」。

2009 年 4 月 28 日立法院三讀通過證券投資人及期貨交易人保護法(下稱「投資人保護法」)部分條文修正案，並業經總統於同年 5 月 20 日公布，以強化對證券投資人及期貨交易人之保護並發揮保護機構功能，新增第 10 條之 1 第 1 項第 1 款，賦予保護機構（財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心，下稱「投資人保護中心」）於發現公司董事或監察人執行業務有重大違法或重大損害公司利益時，得請求監察人或董事會為公司提起訴訟，如監察人或董事會三十日內不提起訴訟，投資人保護中心即得直接為公司對董事或監察人提起訴訟，是為投資人保護中心之代表訴訟權，與前述公司法所規定者，同為我國現行法上董事對公司民事賠償責任之追訴機制。

第二節 董事行為之制止

董事會執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為時，本應由公司本身加以制止，惟公司為法人組織，故其制止行為，須透過他人代勞，依我國現行公司法，代勞者有二：一由股東制止，另一由監察人制止。按公司法第 194 條之規定，董事會決議，為違反法令或章程之行為時，繼續一年以上持有股份之股東，得請求董事會停止其行為；第 218 條之 2 第 2 項規定，董事會或董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為者，監察人應即通知董事會或董事停止其行為，蓋監察人對董事會或董事之執行業務有監察權，並得列席董事會（公司法第 218 條之 2 第 1 項），較易發現董事（會）違反法令、章程或股東會決議之行為，因此賦予監察人此一制止請求權，相較於賦予股東此一權利，應較容易奏效，然唯恐監察人與董事互相勾結，狼狽為奸，是故股東亦應享有制止請求權¹。

第一項 股東制止請求權

公司法第 194 條規定：「董事會決議，為違反法令或章程之行為時，繼續一年以上持有股份之股東，得請求董事會停止其行為。」此即所謂董事會違法行為之制止請求權，係我國民國 55 年修正公司法時，參考日本商法第 272 條之立法例所增設之規定，目的在於強化股東權利，藉以防範董事之濫用權限，保護公司及股東之利益，於董事為違法行為前，採取事前之防範措施；就其性質而論，董事會執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為時，享有制止請求權者本應為公司本身，當公司怠於行使制止權時，股東才發動其享有之制止請求權，故其係屬股東為公司之利益，以參與公司管理、營運為目的之共益權²。按本條之性質屬於單獨股東權，未對持股比例為限制，惟為避免與公司關係不深者濫用權利，妨礙公司之正常經營，故須限於繼續一年以上持有股份之股東，始得行使，以保護公司與股東之利益免遭不法侵害³。又，所謂「違反法令或章程」之行為，範圍包括違反如公司法第 15 條、第 16 條等具體規定，以及違反董事受託義務

¹ 柯芳枝，公司法論（下），三民書局，2009 年 9 月八版，頁 315。

² 柯芳枝，公司法論（下），同前註，頁 314。

³ 劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，月旦法學教室，第 18 期，2004 年 4 月，頁 24。

(Fiduciary Duty) 中忠實義務與注意義務等一般性行為在內，因而董事怠忽其任務之行為，亦應屬違反法令之行為，而成為制止請求權之行使對象⁴。

首先就該條所謂之「董事會決議」而言，按最高法院 87 台上字第 433 號判決之意旨：「公司法第 194 條所定董事會決議……必以董事會之組成為合法，且其所作成之決議有違反法令或章程等情形為前提，倘由不具董事身份之人非法組成董事會而作成決議，自非屬董事會決議，即不生股東行使制止請求權之問題。」針對董事會決議本身之制止請求權須以該違反法令或章程之決議由合法組成之董事會作為前提。其次，就制止事項而論，本條之適用範圍包括違反法令、章程之行為，雖未如公司法第 218 條之 2 第 2 項尚及於「違反股東會決議」之事項，但由於公司法第 193 條第 1 項明定，董事會執行業務，應依照法令、章程及「股東會決議」，從而董事會決議不遵守股東會決議者，即是違反法令，因此有無增列「股東會決議」等文字，差別不大⁵。

至於制止請求權之行使對象，公司法第 194 條與第 218 條之 2 第 2 項相較，僅指董事會決議，而未及於單獨董事，惟學者認為參酌第 218 條之 2 第 2 項之規定，亦應包括單獨董事之行為，蓋董事會僅為決策機關，真正擔任執行者為董事長、副董事長及常務董事等執行董事，況董事會未為決議時，股東亦無從知悉董事會將決議為違反法令或章程之行為，自亦無法預為制止，唯有董事會已為決議而尚未交由執行董事執行時，始能請求董事會停止其決議之執行，若董事會已將決議交由執行董事執行，不論執行董事是否著手執行，則制止請求權之行使對象，應為執行董事，如此方易達到制止之實效；況依本法第 193 條第 1 項及第 200 條之規定，董事關於業務執行之行為，亦為制止請求權規範之對象，因此，民國 90 年修正第 218 條之 2 時，將該條修正為「董事會或董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為者，監察人應即通知董事會或董事停止其行為。」（並移列第 2 項），故公司法第 194 條之規定應有修正之必要，條文修正前在解釋上應類推適用第 218 條之 2 第 2 項之規定，使之及於「董事執行業務」，始能在董事會已將決議交由董事執行時，能適時制止該執行董事，以收制止之效，避免公司損害之實際發生⁶，此種見解亦為我國實務見解所採⁷。是故，制止請求權

⁴ 劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，同前註，頁 24；柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 313。

⁵ 劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，同前註，頁 25。

⁶ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 313；劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，同前註，頁 25。

因「董事會決議」為違反法令、章程之行為而發生時，其制止對象應分別觀之，若董事會已為決議但尚未交付執行董事執行，其制止對象應為董事會；若已交由個別董事執行，則應請求該董事停止執行。

此外，若董事長或董事未經董事會決議而自為違反法令或章程之行為，是否為本條制止請求權之適用對象？按最高法院 80 年台上 1127 號判決⁸，似認為亦及於董事長或董事違法之個別行為，學說則認為不論董事會決議程序面適當合法與否，或董事執行業務有無經合法授權，如實體面上違反法令或章程等規定，均足以構成股東之制止請求權⁹，此種見解符合強化股東權利、保護公司與股東之權利之規範目的，應值贊同。

最後，在行使方式方面，股東應如何行使本條之制止請求權，公司法無明文規定，解釋上不必以訴訟之方式為之，若董事會或董事不理會股東之制止者，仍得以訴訟之方式為之¹⁰。易言之，股東得於訴訟外，對決議為違法行為之董事會或欲為違法行為之董事，以言詞或書面通知其停止該違法行為；如董事（會）繼續其行為，解釋上股東得以訴訟方式請求法院判決制止之，此時股東得以個人名義為原告，以公司為被告向法院請求為定暫時狀態假處分（民事訴訟法第 538 條參照）制止該行為，同時並提起消極不作為之給付之訴¹¹。由於此項假處分之提起對於公司之業務執行有相當影響，法院應謹慎行之，以有可及時調查之證據，使法院得形成薄弱之初步心證為宜，非必一經陳明願供擔保，即裁定准予假處分。再者，就股東行使制止請求權而言，因其本質為共益權之行使，在通常情形，應認為此種假處分，非公司為股東提供擔保之後，即足以達成假處分之目的，故假處分一經准許，原則上不宜許公司供擔保而撤銷假處分（民事訴訟法第 538 條之 4 準用第 536 條）¹²。

⁷ 參照最高法院 80 年台上 1127 號判決：「公司法第 194 條規定之單獨股東權，旨在強化小股東之股權，使之為保護公司及股東之利益，得對董事會之違法行為，予以制止，藉以防止董事之濫用權限，而董事長或董事為董事會之成員，若董事長或董事恣意侵害公司及股東之權益，而為違法行為，是否仍應拘泥須為董事會之違法行為，始有上開規定之適用，而不得探詢法律規定之目的，為法律之補充會類推適用，尚非無疑。」

⁸ 同前註 7 最高法院 80 年台上 1127 號判決。

⁹ 曾宛如，董事不法行為之制止請求權及濫權行為之處理，台灣本土法學雜誌，第 39 期，2002 年 10 月；劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，同前註 3，頁 25。

¹⁰ 王文宇，公司法論，元照，2005 年 8 月二版，頁 341-342；柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 314。

¹¹ 參閱柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 314-315；劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，同前註 3，頁 25。

¹² 劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，同前註 3，頁 25。

第二項 監察人制止請求權

公司法第 218 條之 2 第 2 項規定：「董事會或董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為者，監察人應即通知董事會或董事停止其行為。」本條旨在強化監察人權限，加強其職責以減輕公司之損失，亦屬預防性質，以確實落實公司之監控。是則，董事會或董事執行業務，若有違反法令、章程或股東會決議之行為時，監察人有權要求停止，繼續一年以上持有公司股份之股東，亦得依公司法第 194 條之規定請求停止，兩者在行使上無先後次序之分，此點與股東提起代表訴訟之權利之行使迥異（公司法第 214 條參照），蓋董事（會）違法行為之制止，屬於事前之防範，須爭取時間所致¹³。

本條之制止請求權，屬於監察權之一環，依公司法第 221 條之規定，公司如有數監察人，各監察人均得單獨行使制止請求權，同時亦屬監察人對公司應負之義務，此與公司法第 194 條之股東制止請求權，僅屬股東得行使之權利有所不同。依公司法第 218 條之 2 第 2 項之規定，監察人於發現董事會或董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為時，負有通知董事會或董事停止其行為之義務，如有怠於行使制止請求權者，應依同法第 23 條第 1 項或第 224 條之規定負其失職責任。

就制止事項與制止對象而言，本條之規定雖與公司法第 194 條之股東制止請求權有所不同，前者之適用對象，除董事會決議外，尚包括董事執行業務；且制止事項，除違反法令、章程外，尚及於違反股東會決議之事項，但解釋上，二者並不差別，已如前述；至於行使方式，公司法亦無明文規定，解釋上應與上述股東之制止請求權同一方式¹⁴，不必以訴訟之方式為之；換言之，監察人得於訴訟外，對決議為違法行為之董事會或欲為違法行為之董事通知其停止該行為。若該董事（會）不理會監察人之通知而不停止違反法令、章程或股東會決議之行為時，監察人自得以訴訟方式請求法院判決制止之，此為消極不作為給付之訴，並得先以假處分方式制止之（民事訴訟法第 538 條參照）。

¹³ 劉連煜，現代公司法，新學林，2008 年 2 月三版，頁 425；柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 315。

¹⁴ 參閱王文宇，公司法論，同前註 10，頁 342；劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，同前註 3，頁 25。

第三節 解任董事

我國公司法關於股份有限公司董事之解任設有若干特別規定，包括公司法第 192 條第 5 項準用第 30 條，因有法定消極資格要件而喪失董事地位之失格解任、第 195 條第 2 項因主管機關命令改選期限屆滿不改選之當然解任、第 197 條第 1 項後段之因持股轉讓而當然解任、第 199 條第 1 項前段之決議解任、第 199 條之 1 因股東會於董事任期未屆滿前決議改選全體董事而未決議於任期屆滿始為解任之視為提前解任，以及第 200 條之裁判解任，其中第 199 條第 1 項前段之決議解任與第 200 條之裁判解任亦為事後對失職董事責任追究之一環。

第一項 決議解任

公司法第 199 條第 1 項前段規定：「董事得由股東會之決議，隨時解任。」蓋公司與董事間既為委任關係（第 192 條第 4 項），而委任係基於當事人之信任關係，一旦信任基礎動搖，若仍勉強當事人維持該委任關係反而將生不利益。本條「董事得由股東會之決議，隨時解任」之規定，並未脫離民法上委任契約當事人之任何一方得隨時終止契約之原則（民法第 549 條第 1 項參照），而在此委任契約當事人之任何一方得隨時終止契約之前提下，揭示居於委任人地位之公司，欲終止委任關係時，須以股東會決議為其內部意思之形成基礎。本法於 2001 年修法前，由於未明定解任董事之股東會決議要件，依第 174 條之規定僅須以普通決議行之，而流於輕率，為求慎重，新法增訂第 2 項明定解任董事之股東會決議，應以特別決議為之，並增訂第 3 項與第 4 項，規定公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之；出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定，與公司法其他關於股東會特別決議事項規定同步¹⁵。

至於股東會決議解任董事，其被解任者是否有公司法第 178 條規定之適用，即被解任人是否屬於有自身利害關係而不得加入解任決議之表決，或代理他人行使表決權，學說及實務上頗有爭議。肯定說者以為第 199 條未如第 198 條第 2 項有排除適用之明文規定，應認為該將被解任之董事係屬有自身利害關係而不得

¹⁵ 林國全，股份有限公司董事之資格、選任與解任，臺灣本土法學雜誌，第 36 期，2002 年 7 月，頁 108。

加入表決或代理他人行使表決權，亦不得代理他股東行使表決權¹⁶。蓋若依文義解釋則該被解任之董事自屬有自身利害關係者應毋庸置疑，且依現行法之規定董事亦不以具股東身分為必要¹⁷；惟若採肯定說，將導致董事持股越多，對自己董事職位之防衛能力相對降低之不合理現象¹⁸，若發生股東會無正當理由任意解任董事之情形，對於當事董事並非公平，故本文暫且認為應以否定說為可採，關於此一爭議，仍有待各界詳加討論，凝聚共識。

第二項 裁判解任

公司法第 200 條規定：「董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，股東會未為決議將其解任時，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，於股東會後三十日內，訴請法院裁判之。」是為董事之裁判解任之規定，按董事有重大損害公司之行為或有違反法令或章程之重大事項時，本屬股東會得決議將其解任之正當事由，惟恐股東會遭大股東把持，以致無法為解任之決議，故特定本條規定以修正多數決原理，保護公司及一般股東之利益¹⁹。申言之，其立法意義在使股東有機會透過司法審查之方式，矯正不當之股東會決議²⁰。2001 年修正時將舊法所設「繼續一年以上」之提議股東持股期間予以刪除，僅以「持有已發行股份總數百分之三以上股份」為其資格要件，其立法理由在本法第 199 條修法後，股東會決議解任董事應以特別決議為之而較為不易，故配合放寬裁判解任之要件，俾於董事確有重大損害公司行為或違反法令、章程時，小股東仍得訴請法院裁判解任，以資補救。又關於提起本訴之實質要件「董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項」，有無此一情事，應由提起訴訟之股東負舉證責任，而由法院為實質認定。

形式要件方面，必須「股東會未為決議將其解任」，依其文義觀之，須股東於股東會上曾提案解任該董事，但卻未能依公司法第 199 條股東會特別決議所通過，持股數符合持股比例之股東始能依本條於股東會後三十日內提起訴訟，若未有解任董事之提議者，應無本條所謂裁判解任適用之餘地²¹。又為避免董事刻意

¹⁶ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 267。

¹⁷ 王文宇，公司法論，同前註 10，頁 318。

¹⁸ 林國全，股份有限公司董事之資格、選任與解任，同前註 15，頁 108。

¹⁹ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 267。

²⁰ 林國全，股份有限公司董事之資格、選任與解任，同前註 15，頁 109。

²¹ 王文宇，公司法論，同前註 10，頁 319。

採取抵制措施，故所謂「股東會未為決議將其解任」應包括股東會因不法定出席定足數而流會之情形，乃至於股東會解任董事之決議經訴請法院撤銷之情形，且解釋上三十日之法定期間，應自撤銷股東會決議之判決確定日後起算²²。

然而，依公司法第 172 條第 5 項之規定，解任董事之議案，應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出，事實上既難以期待董事會主動將對自身不利之議案放入股東會召集事由中，則實際上解任董事之提案，可能為下列五種情形：(1) 依公司法第 172 條之 1 股東提案權之規定，向公司提出於股東常會解任董事之議案；(2) 依第 173 條第 1 項，由繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，以書面記明提議事項及理由，請求董事會召集股東臨時會而提出議案；(3) 依第 173 條第 2 項，股東經前項請求提出後十五日內，董事會不為召集之通知時，報經主管機關許可，自行召集而提出議案；(4) 依第 173 條第 4 項，董事因股份轉讓或其他理由，致董事會不為召集或不能召集股東會時，由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，報經主管機關許可，自行召集而提出議案；(5) 由監察人依公司法第 220 條之規定召集股東會而提出議案。就公司法第 172 條之 1 的股東提案權制度而論，除提案股東本身有「持有已發行股份總數百分之一以上股份」之資格要件外，董事會違法未將合於本條規定之議案列於開會通知之效果，依同條第 6 項，得對公司負責人（董事）處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，但未明定董事會違法未將股東提案列為議案時之民事責任，在現行公司法之下，雖非無依第 23 條第 1 項及第 193 條第 2 項規定追究民事責任之可能性，惟上開民事責任成立之基礎，皆為「致公司受有損害」，且請求權人皆為「公司」，對提案股東而言，恐有難以著力之憾²³，且如此微薄之罰鍰亦難以達到嚇阻不法之效；至於第 173 條第 4 項之股東自行召集，2001 年修法時增列「不為召集」，避免股東會之召集過度受制於董事會之主觀意願，但應限於法定賦予董事會應該召集之事項，而董事會有消極不作為之情形者而言²⁴，故實際上對股東而言，得就失職董事之解任取得主動積極地位者，即為透過公司法第 173 條第 1 項以及第 2 項之規定，請求董事會召集股東會或自行召集股東會以提出解任董事之議案。惟由股東請求董事會召集股東會或自行召集股東會，不免耗費相當時日，不便於股東積極提出裁判解任之訴；本文認為，公司法第 200 條所謂「股東

²² 王志誠，股東之裁判解任董監事訴請權，台灣本土法學雜誌，第 92 期，2007 年 3 月，頁 153-154。

²³ 林國全，2005 年公司法修正條文解析（上），月旦法學，第 124 期，2005 年 9 月，頁 279。

為求明確與直接，建議立法明定董事會違反規定未將股東提案列為議案時之民事賠償責任及其損害賠償計算方法及賠償範圍，以嚇阻不法者。

²⁴ 王文宇，公司法論，同前註 10，頁 276-277。

會未為決議將其解任」既應包括股東會因不符法定出席定足數而流會之情形，以避免董事刻意採取抵制措施，或可將「股東已合法依公司法第 172 條之 1 的規定提出董事解任議案，董事會卻違法未將之列入議案」者，亦解釋「股東會未為決議將其解任」之情形，此時股東即得直接向法院提起裁判解任之訴。

關於本條訴訟之被告，我國學說認為因本條係以消滅公司與被告間委任關係為目的之形成之訴，自應以委任關係之雙方當事人，即公司及該董事為共同被告（民事訴訟法第 56 條），始符法理²⁵，在立法論上，似可參考日本公司法（会社法）第 855 條之立法例，於公司法中予以明定，裁判解任董事之訴應以股份有限公司及該董事為被告，以杜疑義²⁶。至於原告之部分，依本條之規定，必須為「持有已發行股份總數百分之三以上股份」之股東，始符合提起裁判解任董事訴訟之原告資格，依公司法設置少數股東權之規範目的，係在於賦予小股東有參與公司經營及監督之機會，故解釋上不以單一股東持有此一比例之股份數為必要，而得合併計算數位股東所持有之股份總數；又此所謂「已發行股份總數」，既未明定有表決權股份，文義上應解為公司已發行包括有表決權股、無表決權股之所有股份總數，故原告股東所持有之股份不論是有表決權或無表決權之特別股，皆包括在內，惟學者有認為本條之規範目的既在使股東有機會透過司法審查之方式，矯正不當之股東會決議，而無表決權股份原與股東會決議成立與否無關，以之為本條提訴股東資格要件之持股數計算基礎，是否妥當，非無可議，故所謂「已發行股份總數」應解為「已發行有表決權股份總數」，始為妥當²⁷。又股東所持有之股份總數應達百分之三以上，性質上為股東提起裁判解任董事訴訟時應具備之訴訟成立要件，在訴訟繫屬中，應始終具備，若股東之持股總數未達法定之持股比例，或股東於起訴後將所有或部分股份轉讓第三人，而不足法定之持股比例，法院應依民事訴訟法第 249 條第 1 項第 6 款之規定，裁定駁回其所提起之訴訟²⁸。

此外，若股東於股東會討論解任董事之議案時，未表示贊成該議案，則該股東是否能於股東會後提起裁判解任董事訴訟，顯有疑問。依國內學界通說之見解，一般皆援引民法第 56 條之規定為據，認為得依本條起訴之股東，解釋上以在股東會贊成該解任決議之股東為限，未出席股東會或對解任董事之議案表示反

²⁵ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 268。

²⁶ 王志誠，股東之裁判解任董監事訴請權，同前註 22，頁 153。

²⁷ 林國全，股份有限公司董事之資格、選任與解任，同前註 15，頁 109。

²⁸ 王志誠，股東之裁判解任董監事訴請權，同前註 22，頁 152。

對或棄權之股東，皆不得提起裁判解任董事訴訟²⁹；且有認為若原在股東會上反對解任者得提起裁判解任董事訴訟，將違反誠信原則及禁反言原則³⁰；但亦有認為不論有無出席股東會，對該議案表示贊成、反對或棄權，持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，即得提起裁判解任董事之訴，蓋在我國採取民商合一之精神下，當公司法未設有明文規定時，固應以民法補充之，但觀諸民法第 56 條第 1 項之規定：「總會之召集程序或決議方法，違反法令或章程時，社員得於決議後三個月內請求法院撤銷其決議。但出席社員，對召集程序或決議方法，未當場表示異議者，不在此限。」顯係指依公司法第 189 條規定訴請法院撤銷股東會決議之股東，始應受第 56 條第 1 項但書之限制，至於股東依公司法第 200 條訴請法院裁判解任董事，則不在民法第 56 條第 1 項但書之規範射程內³¹；本文亦認為，公司法第 200 條之裁判解任之訴，應不受民法第 56 條第 1 項但書之限制，蓋依公司法第 189 條規定訴請法院撤銷股東會決議之股東，應受民法第 56 條第 1 項之限制，係因若允許出席而對股東會召集程序或決議方法，原無異議之股東，事後主張召集程序或決議方法違反法令或章程而訴請法院撤銷該決議，不啻容許股東任意翻覆不符其意之股東會決議，影響公司之安定甚鉅³²，相對於公司法第 200 條之裁判解任董事之訴，容許股東事後轉而主張董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，而向法院訴請解任該董事，不致發生股東以程序瑕疵翻覆不符其意之股東會決議的問題，且若採通說之見解，將導致持有無表決權股份之股東，因無法於股東會決議上對解任董事之議案表示贊成，而無法提起裁判解任董事之訴，故應認為不論有無出席，或對解任董事之議案表示贊成、反對或棄權，均得提起本訴。

第四節 失職董事對公司之損害賠償

第一項 以訴訟之方式請求損害賠償

董事基於公司法或其他法律之規定，對公司應負損害賠償責任，卻拒不履行其賠償責任時，則須透過訴訟程序，追究其責任。由於此係董事對公司之賠償責任，故原則上應由公司為原告，以應負賠償責任之董事為被告，提起訴訟。依公

²⁹ 王文宇，公司法論，同前註 10，頁 319；柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 268。

³⁰ 劉連煜，現代公司法，同前註 13，頁 336-337。

³¹ 王志誠，股東之裁判解任董監事訴請權，同前註 22，頁 152。

³² 參照最高法院 73 年台上字第 595 號判例。

司法之規定，公司對董事提起訴訟之情形有二：其一為依股東會決議，由監察人或股東會另選之人，對董事提起訴訟（公司法第 212 條、第 213 條）；其二為監察人依少數股東之請求，為公司對董事提起訴訟（公司法第 214 條第 1 項）。又為確保對董事責任之追究，防止董事、監察人濫權³³，公司法第 214 條第 2 項前段設有少數股東提起代表訴訟之規定，使少數股東於監察人未能確實積極執行法律所賦予對董事追究責任之職權時，得以自己名義，為公司之利益，對董事提起訴訟，以謀求公司以及股東利益之回復；2009 年 4 月 28 日立法院三讀通過投資人保護法部分條文修正案，新增第 10 條之 1 第 1 項第 1 款，更進一步賦予投資保護中心請求監察人或董事會為公司提起訴訟，甚至得直接對董事或監察人提起代表訴訟之權限；此外，董事會是否得於未經股東會決議之情況下，自行作成對失職董事為責任追究之決議？是否會因被追究責任之董事為現任或已卸任，而使得公司追究責任之決定機關與代表機關有所不同？關於上述各項責任追究之發動與爭議，即為本節之討論重心。

第一款 依股東會決議對董事提起訴訟

第一目 追究對象為現任董事

公司法第 212 條規定，股東會決議對於董事提起訴訟時，公司應自決議之日起三十日內提起之；第 213 條規定，公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人。由上述二條文可知，公司對董事提起訴訟，原則上須由股東會決議，形成公司之意思，而由監察人或股東會另選之人代表公司提起訴訟。

首先，所謂「對董事提起訴訟」，即公司法第 212 條之適用，不限於追究公司追究董事民事賠償責任之訴訟，解釋上包括所有公司對董事有請求權之情形及其他各種訴訟，例如對董事行使如催討債款、請求交貨或請求給付貨款等請求權亦包括在內³⁴；依該條之規定，股東會作為公司之最高意思機關，有權限可決議對董事提起訴訟追究責任，而此之「股東會決議」由於公司法第 212 條並未特別規定其出席股份數及表決權數，依公司法第 174 條之規定僅須以普通決議，即「代

³³ 劉連煜，如何強化股份有限公司監控制度，載：公司理論與判決研究（二），自版，1998 年 4 月，頁 284。

³⁴ 參閱柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 286；王文宇，公司法論，同前註 10，頁 329。

表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權過半數之同意」即可通過對董事追訴責任之議案；若該擬被追訴責任之董事，持有公司股份而具有股東之身份，其對該決議應屬有自身利害關係致有害公司利益之虞，依第 178 條之規定，其不得加入表決，並不得代理其他股東行使表決權；此外，本議案既屬於股東會所得決議，自可由符合資格之股東依公司法第 172 條之 1 的規定於股東會前行使提案權提案決議，又本議案非屬公司法第 172 條第 5 項、證券交易法第 26 條之 1、第 43 條之 6 第 6 項應在股東會召集事由中列舉之議案，故亦可於股東會當日以臨時提案進行決議。

股東會一旦決議對董事提起訴訟追究責任時，公司應於決議之日起三十日內提起之，而股份有限公司之對外代表機關為董事長，而公司涉訟，係屬對外行為，故在通常情形係由董事長代表公司，但股份有限公司之董事，係以合議方式決定公司業務之執行，如公司與董事間之訴訟，仍依通常情形以董事長為公司之代表起訴或應訴，則難免會有利害衝突之問題，故應有由監察人或股東會另行選定之人代表公司之必要³⁵，因而特設公司法第 213 條：「公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人。」之例外規定，最高法院 69 台上字第 846 號判決並認為，該條所謂公司與董事間訴訟，不限於訴之原因事實係基於董事資格而發生，即其事由基於個人資格所生之場合，亦包括在內。

學者有以公司法第 213 條規定為據，而認為監察人得依職權逕行代表公司對董事提起訴訟者³⁶，惟我國實務上，最高法院早於 69 年台上字第 1995 號判決揭示：「所謂公司與董事間之訴訟，當指同法第 212 條所定股東會決議對於董事提起訴訟而言，蓋股東會為公司最高權力機關，惟其有權決定是否對董事（或監察人）提起訴訟。至於監察人行使監察權，如認為董事有違法失職，僅得依同法第 202 條召集股東會，由股東會決議是否對董事提起訴訟。同法第 213 條所稱除法律另有規定外，則指如第 214 條所定不經股東會決議之例外情形而言。」³⁷換言之，公司法第 213 條在性質上乃係第 212 條之後續規定，而非賦予監察人主動代表公司對董事提起訴訟職權之獨立規定，監察人不得自行決定代表公司對董事提

³⁵ 參閱最高法院 69 台上字第 846 號判決。

³⁶ 謝易宏，董事會與董事，法學講座，第 5 期，2002 年 5 月，頁 51。

³⁷ 其他相同見解可參閱最高法院 95 年台抗字第 484 號民事裁定、台灣高等法院 86 年上易字第 2041 號刑事判決、臺灣高等法院暨所屬法院(79)廳民一字第 914 號座談會、民國 72 年 5 月 2 日司法院第三期司法業務研究會、經濟部 94 年 6 月 29 日經商字第 09402089460 號解釋函。

起訴訟，此由公司法第 213 條「股東會亦得另選代表公司為訴訟之人」亦可窺知³⁸。又依證券交易法第 14 條之 4 第 1 項、第 2 項規定，於董事會中設有由全體獨立董事組成之審計委員會之公司，由於依同條第 3 項與第 4 項準用監察人之相關規定，審計委員會亦應如同監察人先召集股東會，取得股東會決議後，始能對失職董事訴追責任，惟審計委員會與監察人之職能上存有差異，監察人僅為公司之內部監察機關，其平時行使監察權，原則上未參與公司業務之決定與執行，故從審計委員會兼具業務執行及監督機關的角色觀之，似應賦予其為公司決定是否追究董事失職責任與否之權限³⁹。

公司法第 213 條所謂「除法律另有規定外」，有學者主張係指公司法第 214 條第 1 項所定不經股東會決議之情形⁴⁰，惟有學者認為事實上就現行公司法律而言，除代表訴訟制度外，並無其他代表公司對董事進行訴訟之規定，而代表訴訟制度是由少數股東以自己名義起訴，並非以公司名義起訴，並無代表問題，因此本條所謂法律另有規定，在現行法中其實並不存在⁴¹。由上述最高法院 69 年台上字第 1995 號判決而論，所謂「公司法第 214 條所定不經股東會決議而提起訴訟」應非指該條第 2 項所定之股東代表訴訟，蓋股東代表訴訟，係由少數股東為原告，並非公司與董事間之訴訟，原無公司法第 213 條之適用，故其所指者應為公司法第 214 條第 1 項所定監察人依少數股東之請求，為公司對董事提起訴訟，依通說係以公司為原告，而以監察人為其代表公司之人。是故，為公司與董事間之訴訟，原應有公司法第 213 條之適用，但因有公司法第 214 條第 1 項明定由監察人提起訴訟，即屬「法律另有規定」之情形，排除股東會另選代表公司為訴訟之人規定之適用。換言之，監察人依第 214 條第 1 項代表公司對董事提起訴訟時，即屬法律另有規定之情形，公司不得於此訴訟進行中，依第 213 條之規定，以股東會另選代表公司為訴訟之人，取代監察人之代表地位。藉此，可避免具有左右股東會決議能力之董事，於監察人依第 214 條第 1 項對董事提起訴訟後，透過股東會另選有利於己之代表公司進行訴訟之人⁴²，本文認為應值贊同；而我國證券

³⁸ 林國全，監察人對董事提起訴訟及常務董事之解任，月旦法學教室，第 6 期，2003 年 4 月，頁 28-29；劉連煜，現代公司法，同前註 13，頁 455-456。

³⁹ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，輔仁法學，第 36 期，2008 年 12 月，頁 97-98。

⁴⁰ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，同前註，頁 97。

⁴¹ 王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，載：賴英照教授五十歲生日祝賀論文集，月旦，1995 年 7 月初版，頁 113（註 2）。

⁴² 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，月旦民商法雜誌，第 1 期，2003 年 9 月，頁 55（註 10）。

交易法於 2006 年 1 月修法時正式引進獨立董事與審計委員會制度，並於 2007 年 1 月 1 日起生效，若公司為公開發行股票公司者，其依證券交易法第 14 條之 4 第 1 項、第 2 項規定，公司得於董事會中設由全體獨立董事組成之審計委員會取代監察人，於此類型公司，依同條文第 4 項規定，則公司法第 213 條規定對審計委員會之獨立董事成員準用之，亦即公司與董事間之訴訟，此時應由審計委員會之獨立董事代表公司，故證券交易法第 14 條之 4 第 4 項亦屬公司法第 213 條條文中所稱之法律另有規定的情形之一⁴³。縱上所述，依公司法第 213 條、證券交易法第 14 條之 4 第 4 項等規定，除非股東會有另選代表公司為訴訟之人，否則應由監察人或審計委員會之獨立董事於決議之日起三十日內代表公司進行訴訟，如其怠於為之者，則屬怠忽其應盡之職務，依公司法第 224 條、證券交易法第 14 條之 4 第 4 項規定，監察人或審計委員會之獨立董事應對公司因此受有之損害負賠償責任。

又按公司法第 213 條之規定，對於公司與董事間訴訟，股東會得另選代表公司為訴訟之人，現行法對於該另選之人並未定其資格要件，故應可自股東或非股東之有行為能力之人選任，而不以股東為限⁴⁴，蓋依民事訴訟法第 45 條：「能獨立以法律行為負義務者，有訴訟能力。」與同法第 47 條：「關於訴訟之法定代理及為訴訟所必要之允許，依民法及其他法令之規定。」之規定，如股東會選定限制行為能力人或無行為能力人為代表公司為訴訟之人，其訴訟行為尚須其法定代理人代理之，不免為疊床架屋，並非妥當。至於，股東會是否得選任董事為代表公司提起訴訟之人，有認為如股東會以決議方式更慎重的另選代表公司之人，而不以監察人作為公司代表的情形下，應可推知公司股東信賴該代表能公正行使職務，更甚於對監察人之信賴，而如果股東就是信賴某具備董事資格的人，願意選任其作為公司與董事間訴訟之代表，法律似乎沒有強加干涉的必要，這也是私法自治（企業自治）之精神所在，故應認股東會所選定之代表人，不須限於非董事之人，但本文認為公司法第 213 條之立法目的既在避免董事長代表公司與董事涉訟所可能產生之利害衝突，恐有循私之舉，則解釋上，應認為股東會不得選任其他董事為公司與董事間訴訟之公司代表為妥⁴⁵；且就我國目前之公司現況而言，

⁴³ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，輔同前註 39，頁 89。

⁴⁴ 經濟部 93 年 4 月 5 日經商字第 09302040510 號解釋函。

按「公司法」第二百十三條規定：「公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人」。上開由股東會另選代表公司為訴訟之人是否必須具有股東身分，公司法尚無明文規定。

⁴⁵ 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，頁 54；王文宇，公司法論，同

公司股東會多為同時身為公司董事之大股東所把持，欲在股東會上作成對失職董事為責任追究之議案已屬不易，事實上亦難以期待股東會所另選為代表公司進行訴訟之董事係能客觀公正的對其他董事進行訴訟之人，且我國公司法及民事訴訟法並無限制代表公司之人為捨棄、撤回或和解等訴訟行為之限制，股東會所另選之代表公司為訴訟之人，應作目的性限縮解釋而將董事予以排除為當⁴⁶。

第二目 追究對象為卸任董事

公司法第 212 條規定「股東會決議對於董事提起訴訟時，……」其所指之董事是否僅限於現任董事，抑或包含卸任董事在內，從文義觀之並非明確，然學說上有認為若將第 212 條限於現任董事者，將造成股東會對董事責任追究之決定權限將會因預定被追究責任之董事辭職而喪失，而使股東會追究董事責任之功能與權限大受影響，因此不論是對現任或卸任董事責任之追究，均得經由股東會決議為之；惟股東會對現任董事決議訴追時，應依公司法第 213 條之規定由監察人或股東會另選之人代表公司，而對卸任董事決議訴追時，則應由董事長依公司法第 208 條第 3 項之規定代表公司⁴⁷。

第二款 依少數股東請求對董事提起訴訟

對於失職董事之責任追究，若完全期待公司自行透過股東會決議進行，事實上不無困難，蓋對董事為責任追究之議案，雖可由符合資格之股東依公司法第 172 條之 1 的規定於股東會前行使提案權提案決議，亦得於股東會當日以臨時提案進行決議，或透過公司法第 173 條第 1 項、第 2 項之規定，由少數股東自行召集股東會而作成決議，然現代化公司股權結構愈趨分散與國際化，造成股東行使權利出現集體行動問題，股東會易為有心人士，尤其是公司經營者，藉由委託書之徵求而操控，因此期待股東會決議訴追董事之經營責任，可能難以達成；再者，股東會決議之召開與討論，須經一定之程序而須耗費相當時間，對公司之整體權益，不無影響，故公司法乃賦予少數股東請求對董事提起訴訟之權能⁴⁸。

前註 10，頁 329。

⁴⁶ 參閱劉坤典，對股份有限公司董事求償機制之研究，國立政治大學法學院在職專班碩士論文，民國 97 年 7 月，頁 78。

⁴⁷ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，同前註 39，頁 101。

⁴⁸ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，同前註 39，頁 90。

第一目 追究對象為現任董事

公司法第 214 條第 1 項規定：「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。」其立法目的係藉由少數股東之請求而發動訴訟，以避免公司怠於追訴而有害於公司及股東利益之情形，蓋完全期待公司自行追究董事責任，事實上不無困難，因此乃藉助少數股東權之請求，以期董事責任之必獲追究。

關於本條之規定，首先應探討者是，監察人依本項規定對董事提起訴訟，究係以公司為原告，而由監察人代表公司為訴訟，抑或以監察人為原告，而為公司之利益提起訴訟？之所以有此爭議，係因法條文字為「請求監察人『為公司』對董事提起訴訟」，而同條第 2 項所定股東為原告，對董事提起訴訟之股東代表訴訟之規定，其文字亦為「……前項之股東，得『為公司』提起訴訟。」若基於同一條文內同一用語之意義應歸一致之基本原理，則公司法第 214 條第 1 項亦應理解為以監察人為原告，而為公司之利益對董事提起訴訟，則該訴訟之性質則屬代表訴訟，而現行法卻無任何相關配套之規定，在實務上將窒礙難行，故學者多認為本項訴訟係以公司為原告，而由監察人代表公司對董事進行訴訟⁴⁹，本文認為此說應較符合立法者之原意，但現行條文之用語不當，未來應即修法改正。

監察人依本項規定代表公司對董事提起訴訟之前提為「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，以書面請求」，自股東行使此一請求權之角度而言，係為典型之少數股東權，一方面為能達到對董事訴追責任之可能性，一方面為避免權利濫用，故須設有股東持股門檻之限制。就持股比例之限制而論，2001 年修正公司法時，將原先百分之五的持股數要求，降為現行之百分之三，以利股東行使該項請求權；此一持有股數之要件，不須由單獨股東持有已發行股份總數百分之三以上，而得由個別持股數雖未達此要件，但其持股數合計滿足此持有股數要件之複數股東共同行使本項之請求權⁵⁰；又此之持有股數要件為「已發行股份總數百分之三以上」，故未排除無表決權之特別股股東為本項請求

⁴⁹ 廖大穎，公司法原論，三民書局，2005 年 9 月二版，頁 212；柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 287；王文宇，公司法論，同前註 10，頁 329；林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，頁 55；洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，同前註 39，頁 92。

⁵⁰ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 287。

權之主體⁵¹；至於持股期間「繼續一年以上」之限制，既言「繼續」，則其持股狀態必須為繼續之狀態，實務見解認為記名股票應以股東名簿所載之過戶日期為準，而無記名股票既不須辦理過戶手續且流動性大，故應由股票持有人於行使權利時，自行舉證證明之⁵²。

符合法定持股門檻要件之股東於向監察人行使本項請求權時，其規定應以「書面」為之，至於書面應記載何內容，法無明文，惟股東為請求時若未載明何位董事為被請求起訴者，將使請求權行使內容不明確，而依通說與實務見解，又認為監察人不得在未有股東會決議或股東請求下，自行代表公司對董事提起訴訟，因此監察人亦不得自行判斷應對何一董事起訴⁵³，故解釋上宜記載請求監察人起訴之對象及理由，以供監察人為是否起訴之考量⁵⁴。

監察人於受領股東依第 214 條第 1 項之請求後，應就書面所載之內容予以審酌，是否依股東之請求代表公司對董事提起訴訟，繫於監察人之裁量，此一裁量應盡其對公司之忠實義務與善良管理人之注意義務⁵⁵；如認為請求有理由，監察人得於請求日起三十日內（第 214 條第 2 項前段），不經股東會決議，對董事提起訴訟；若認為請求無理由，則得不依股東之請求，對董事提起訴訟，惟監察人未於請求日起三十日內起訴者，少數股東即取得代表訴訟權（第 214 條第 2 項）。

至於在設有審計委員會以取代監察人之公司，依證券交易法第 14 條之 4 第 4 項之規定，公司法第 214 條對審計委員會之獨立董事成員準用之，故其少數股東對董事提起訴訟之請求對象，由向監察人請求改而向審計委員會之獨立董事請求，亦即審計委員會之各個獨立董事均得依少數股東權之股東請求，而代表公司對被指名應負責任之董事提起訴訟；惟為發揮審計委員會以會議方式取代監察人個別行使職權之監督方式，以強化監督功效之立法目的，股東雖係向個別審計委員會之獨立董事為請求，然接受請求之獨立董事就是否據此對被指明應負責任之董事提起訴訟，宜先經審計委員會決議通過後進行⁵⁶。

⁵¹ 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，頁 56。

⁵² 經濟部民國 56 年 5 月 15 日經商字第 12297 號解釋函。

⁵³ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，同前註 39，頁 92。

⁵⁴ 王文宇，公司法論，同前註 10，頁 329。

⁵⁵ 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，頁 56。

⁵⁶ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，同前註 39，頁 93。

第二目 追究對象為卸任董事

公司法第 214 條第 1 項（證券交易法第 14 條之 4 第 4 項）所指之董事是否亦包含卸任董事在內，若從同條文第 2 項之股東代表訴訟亦得適用於卸任董事之觀點而論⁵⁷，為股東代表訴訟前提要件之請求規定，亦應適用在卸任董事，方得使請求訴追卸任董事責任之少數股東權股東於請求無效果後，自行為公司利益擔任原告對卸任董事提起訴訟。然而，有學者認為公司法第 214 條第 1 項（證券交易法第 14 條之 4 第 4 項）之所以規定對監察人（審計委員會之獨立董事）請求者，係源於追究之對象為董事，若向董事會請求，會產生利害衝突，而使請求無實益，惟此應是在股東請求對現任董事追究責任時方會發生，若擬追究之對象為卸任董事者，則應與現任董事會無利害關係，甚至往往係由現任董事會積極追究卸任董事責任，並且應由董事長代表公司提起訴訟，因此公司法第 214 條第 1 項（證券交易法第 14 條之 4 第 4 項）對監察人（審計委員會之獨立董事）請求之規定，應係股東對現任董事訴追之請求，而若擬對已卸任之董事為請求者，則似應對現任董事會為請求較適當⁵⁸，本文認為應值贊同，蓋對卸任董事起訴追究責任時，既無經股東會決議之必要，而得由現任董事會自行決定（詳後述），少數股東之請求自應得向董事會為之，惟我國現行公司法並無相關配套規定，且少數股東仍須於監察人未於對董事為責任追究之請求日起三十日內提起訴訟，始能取得代表訴訟權（第 214 條第 2 項），故應認為現行之公司法第 214 條第 1 項（證券交易法第 14 條之 4 第 4 項）所指之董事，應包含卸任董事在內為當。

第三款 依現任董事會之決議對董事提起訴訟

第一目 追究對象為現任董事

有失職情形之董事尚未卸任時，當時現任之董事會是否得自行決定對其提起訴訟追究責任，再依公司法第 213 條之規定，交由監察人代表公司進行訴訟，而未經股東會決議或股東請求即對現任董事訴追責任，在此應探究公司法第 212

⁵⁷ 許美麗，公司股東代位訴訟之董事責任，新竹律師會刊，第 7 卷，2002 年 9 月，頁 41。

⁵⁸ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，同前註 39，頁 103。

條、第 225 條第 1 項股東會決議對董監事提起訴訟之規定，是否表示追訴董監事責任為股東會專屬權限，而不得由董事會決議為之。

按我國公司法所列舉之股東會權限之相關規定，大體上有如下幾類：涉及公司之基礎行為者，如變更章程、合併、分割、解散、公司營業或財產之重大變更；涉及公司機關人事者，如董事、監察人、清算人之任免、報酬、義務責任之解除、責任之追究等；涉及股東財產權者，如盈餘分派、公積撥充資本等。在上述股東權限之有關規定中，除公司法第 212 條、第 225 條第 1 項外，其他從法條文義上即可明確查知，條文中所規範之事項須經股東會決議行之；而第 212 條（第 225 條第 1 項）規定「股東會決議對於董事提起訴訟時，公司應自決議之日起三十日內提起之」則可被解釋為乃在規範並促使公司於股東會決議對董事、監察人提起訴訟時，公司須於三十日之期限內提起訴訟，其規範目的乃在明定公司執行股東會決議之期限，但條文是否亦規定公司對董事、監察人訴追責任須經股東會決議行之，從其文義則無法明確得知，就此問題實務態度亦不明確。

最高法院 94 年度台上字第 230 號判決⁵⁹認為：「清算中，公司股東會與監察人依然存續，對董事之訴訟依法仍應由監察人或股東會所選任之人代表公司為之，始為適法。」桃園地方法院 96 度重訴更字第 1 號裁定⁶⁰進一步認為：「公

⁵⁹ 參閱最高法院 94 年度台上字第 230 號判決：

「按股份有限公司應由董事長對外代表公司，惟公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，則由監察人或股東會所選任之人代表公司為訴訟，公司法第二百零八條第三項、第二百十三條定有明文，其立法目的乃恐董事長代表公司對董事起訴，難免有循私之舉。若公司已解散行清算程序，公司董事雖不得以董事身分執行職務，而應由清算人執行清算事務，但公司之清算，原則上以董事為清算人，除非公司法或章程另有規定或股東會另選清算人時，不在此限（公司法第三百二十二條第一項）。且清算人於執行清算事務範圍內，除另有規定外，其權利義務與董事同（公司法第三百二十四條）。是董事原則上應為清算人，且清算人之權利義務與董事同，則董事以清算人身分對董事為訴訟，亦難免有循私之舉。依同一法理，仍不宜由董事以清算人身分對董事為訴訟。再查清算中，公司股東會與監察人依然存續，對董事之訴訟依法仍應由監察人或股東會所選任之人代表公司為之，始為適法。」

⁶⁰ 參閱桃園地方法院 96 度重訴更字第 1 號裁定：

「按公司法第 213 條規定公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人。所謂公司與董事間之訴訟，當指同法第 212 條所定股東會決議對於董事提起訴訟而言，蓋股東會為公司最高權力機關，惟其有權決定公司是否對董事提起訴訟。至監察人行使監察權，如認董事有違法失職，僅得依同法第 220 條召集股東會，由股東會決議是否對董事提起訴訟。同法第 213 條所稱除法律另有規定外，則指如同法第 214 條所定不經股東會決議之例外情形而言（最高法院 95 年度台抗字第 484 號裁定意旨參照）。準此，可知公司法第 213 條係規定公司與董事間訴訟時，何人應為公司之代表人，就條文規定之體系而言，自仍有前條即同法第 212 條規定之適用，且股東會為股份有限公司之最高意思機關，公司應否對董事提起訴訟，自當由其意思機關之股東會依法作成決議。查本件被告係原告希浦精密製作股份有限公司董事，有該公司變更登記表在卷可稽（參見本院 94 年度重訴字第 107 號卷第 363 頁），兩造對此亦不爭執，則希浦公司如要對被告提起訴訟，即應先

司法第 213 條係規定公司與董事間訴訟時，何人應為公司之代表人，就條文規定之體系而言，自仍有前條即公司法第 212 條規定之適用，且股東會為股份有限公司之最高意思機關，公司應否對董事提起訴訟，自當由其意思機關之股東會依法作成決議。……希浦公司如要對被告提起訴訟，即應先經股東會依法作成決議。又希浦公司雖已遭經濟部撤銷其公司登記，依法並應進行清算，然希浦公司在清算完結前，其股東會依然存續，希浦公司在未依公司法第 212 條規定由其股東會決議是否要對被告起訴前，即逕行提起本件訴訟，於法不合，應予駁回。」則似認為須由股東會決議對董事提起訴訟始為適法。

就董事會與股東會間權限劃分的角度而論，公司之業務執行機關為董事會，其職權除公司法所明文列舉之事項外，依公司法第 202 條規定「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」則其權限可謂相當廣泛，我國學說⁶¹及實務⁶²認為，本條文係對董事會職權範圍之概括規定，其規範目的在於強化董事會經營權限，因此股東會之職權應僅限於公司法或章程有明文規定列舉者為限，未明文列舉者，則全部歸屬於董事會權限，且僅在法律未明文規定為董事會專屬權限之事項，股東會始得透過章程加以調整董事會之權限範圍；而公司法第 212 條規定「股東會決議對於董事提起訴訟時，公司應自決議之日起三十日內提起之」是否為關於股東會之職權之明文規定，就其文義觀之，並未規定就董事之失職責任一定須經股東會決議後方能追究，與其他公司法規範之應經股東會決議事項不同，其並非在規範訴追董事責任為股東會專屬權限，而僅在規範執行股東會決議之期限，蓋期待公司執行業務機關自行對機關成員追究責任往往落空，因而規定得經由股東會決議後由監察人代表公司對董事提起訴訟，並避免監察人怠於為之，而有三十日期限之規定，而無就董事責任之追究均應經股東會決議之意，故若公司章程亦未強制規定追究董事責任均應經股東會決議者，則追究現任董事之失職責任，依公司法第 202 條之規定，理論上應得由現任董事會自行決定。

經股東會依法作成決議。又希浦公司雖已遭經濟部撤銷其公司登記，依法並應進行清算，然希浦公司在清算完結前，其股東會依然存續，希浦公司在未依公司法第 212 條規定由其股東會決議是否要對被告起訴前，即逕行提起本件訴訟，於法不合，應予駁回。……綜上所述，希浦公司尚未經股東會決議是否要對被告提起本件訴訟，有違公司法第 212 條規定，其訴並不合法……」

⁶¹ 洪秀芬，董事會獨立經營權限及董事注意義務，政大法學評論，第 94 期，2006 年 12 月，頁 6-9；邵慶平，論股東會與董事會權限之分配—近年來公司法修正之反思，東吳法律學報，第 17 卷第 3 期，2006 年 4 月，頁 149-150。

⁶² 經濟部 91.04.10 經商字第 09102055120 號、91.09.18 經商字第 09102206950 號。

惟現任董事仍為董事會成員之一，為避免董事會內部之人事鬥爭，且易使有控制董事會能力之董事利用訴訟手段，將不配合行事之少數董事以訴訟之方式牽制其對公司事務之參與，而造成不力於公司機關之內部監督，因此基於董事會與被訴董事之間存有利害關係，似不宜由董事會自行決議追訴現任董事之責任，而是交由公司之最高意思機關股東會決議行之較為妥適，亦即若董事會認為有必要對現任董事追究責任，為求慎重，宜先行召開股東會經其決議後，再由監察人或股東會另選之人代表公司進行訴訟⁶³。

第二目 追究對象為卸任董事

承前所述，若公司章程未強制規定追究董事責任均應經股東會決議者，則追究現任董事之失職責任，依公司法第 202 條之規定，理論上應得由當時之董事會自行決定，惟為避免董事會內部之人事鬥爭，造成有控制董事會能力之董事利用訴訟手段，將少數董事以訴訟之方式排斥其對公司事務之參與，因此不宜由董事會自行決議追訴董事之責任，而應交由公司之最高意思機關股東會決議行之較為妥適。

至若責任追究之對象為卸任董事時，並無如前述可能形成董事會內部人事鬥爭之問題，司法實務如最高法院 86 台抗 646 號裁定認為：「本件相對人雖原為再抗告人公司之董事長，但於 86 年 7 月 5 日股東臨時會改選董事監察人之結果，已失去董事之身分，有該會議紀錄為憑。是再抗告人於 86 年 7 月 18 日聲請本件假處分時，相對人既無董事之身分，是否仍屬『公司與董事間訴訟』，即非無疑。」、台北地方法院 92 年訴字第 4844 號民事判決、士林地方法院 93 年簡上字第 9 號民事判決亦認為，公司擬對董事、監察人提起訴訟時，應經股東會決議行之，然訴訟提起時若被告董事已不具董事之資格者，無經股東會決議之必要，依公司法第 202 條之規定，得由現任董事會自行決定。是故，依我國現行公司法之規範，對卸任董事之責任追究，非必經由股東會之決議發動，亦可能基於現任董事會之決定發動，惟若二機關對此所為之決議相衝突者，因股東會為公司最高意思機關，依公司法第 193 條之規定，董事會應遵守股東會有權所為之決議事項。此之追究卸任董事責任議案，僅須經董事會普通決議即可，蓋依公司法第 206 條規

⁶³ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，輔同前註 39，頁 94-96。

定，除非法律另有規定，否則僅須有過半數董事之出席，出席董事過半數之同意行之，而對此等議案公司法未另有其他決議方式之規定，故董事會僅須以普通決議即可通過對卸任董事訴追責任之議案，而一旦該董事會決議成立，則應依公司法第 208 條第 3 項規定，由董事長代表公司提起訴訟⁶⁴。

至於董事長是否得本於對公司之一般代表權限，在未經董事會決議下，逕行代表公司對卸任董事提起訴訟？依高等法院台中分院 93 年上易字第 7 號刑事判決之見解，其認為董事長可自行代表公司對現任董事提起訴訟，而無須股東會或董事會同意，似認為董事長亦可對卸任董事為訴訟行為且不須經董事會同意；惟公司之業務依其性質可分為營業上之事務與非營業上之事務，而依公司法第 208 條第 5 項準用第 57 條之規定，董事長關於公司營業上一切事務有辦理之權，從而有代表公司之權，亦即董事長代表公司以公司名義所為營業事務之行為，即為公司之行為，故雖未經董事會決議，仍對公司發生效力；然而，若雖屬董事會之權限範圍，但不屬於公司營業上之事務者，則非準用公司法第 57 條之董事長權限，此等事務仍應依董事會之決議行之，未經董事會之決議前，董事長無權限代表公司為之⁶⁵，若董事長未經董事會決議即逕行為之，非經公司承認，應對公司不發生效力⁶⁶，而追究卸任董事之失職責任，應非屬公司營業上之事務，故董事長應不得未經董事會決議而自行決定對卸任董事提起訴訟追究責任。

第四款 股東之代表訴訟

所謂代表訴訟（Derivate Suit 或 Representative Suit）⁶⁷，係指董事對公司應

⁶⁴ 參閱臺灣新竹地方法院 91 年度重訴字第 192 號判決：原告起訴時，以本件訴訟涉及公司與原董事（長）間之訴訟，依公司法第 213 條規定，於 91 年 7 月 9 日 91 年第 1 次股東臨時會特別通過決議由監察人對被告提起民、刑事訴訟，而由監察人戊○○代表原告提起本件民事訴訟，後陳述主張現行公司法第 202 條修正為：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」一改過去所規定：「公司業務之執行，由董事會決定之。除本法或章程規定，應由股東會決議之事項外，均得由董事會決議行之」，而不論依公司法或台欣公司之章程，對非董事之股東提起訴訟，均無明文規定應由股東會決議之，故此事項，過去在舊法時期，因董事會僅係「得決議」，表示股東會尚有決議之空間，但如今在現行新公司法第 202 條規定為「應」由董事會決議行之之情況下，股東會即完全無此決議之權限，即縱股東會仍為決議，僅具參考或建議價值，故變更本件原告法定代理人為王秀珍（原告於 91 年 7 月 9 日 91 年第 1 次股東臨時會及第 3 屆第 1 次董事會推選君展投資有限公司—法人股東代表王秀珍—為第三任董事長），經法院認為係合法之法定代理人而為實體本案判決。

⁶⁵ 洪秀芬，公司對董事責任追究之探討—以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，同前註 39，頁 100-101。

⁶⁶ 參閱最高法院 82 年台上字第 2860 號判決、21 年台上字第 1486 號判例。

⁶⁷ 美國法上有時將「Representative Action」直接指涉為「Derivative Action」，有時則將

負責任，而公司怠於訴追時，由股東為公司提起追究董事責任之訴訟，此即我國公司法第 214 條第 1 項及第 2 項前段：「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，……得為公司提起訴訟」之規定，乃起訴股東居於相當於公司代表機關之地位所提起，故稱之為代表訴訟；又由於此一訴訟係當公司怠於向董事追究責任時，賦予股東得為公司起訴之權利，故亦屬一種訴訟代位制度⁶⁸。

第一目 股東代表訴訟之立法意義

一般而論，所謂的「股東代表訴訟」係由英美法系之股東派生訴訟（Derivate Suit）而來；美國法上對公司所提起之訴訟，基本上可分為「直接訴訟」（Direct Suit）與「派生訴訟」（Derivate Suit），所謂「直接訴訟」係股東本於企業所有權人之地位，依法向公司請求其權利之實現，常見的例如請求盈餘分派之返還（recover dividends）、請求閱覽公司帳冊記錄（inspect corporate books and records）、公司股票優先承買權（preemptive rights）或制止詐欺性股權稀釋行為（fraudulent dilution of shareholders interests）以及股東投票權（the right to vote）等⁶⁹；相對於此，「派生訴訟」即股東非基於個人在法律上之請求原因或滿足個人權利之法律規定，而係股東為防範公司或糾舉公司之不正行為，所衍生出的一種訴權，即股東本於公司在法律上之請求基礎，以保障公司權益不受侵蝕，間接實現保護全體股東權益之謂⁷⁰，其制度創設之目的在於保護公司與公司內部少數派股東之權益，於無法期待公司維護本身利益之情形下，例外由股東代為提起訴訟，允許股東向企業經營者即董事（director）、甚至重要職員（officers）、發起人（promoters）及控制股東（controlling shareholders）等，就公司經營上的錯誤或公司資產之不法流用，甚至是對公司進行詐欺性的事務操縱行為等，因此致公司受有損害者，提起民事賠償責任的一種訴訟制度⁷¹。論者雖有謂美國法制上的股東代表訴訟，係源於衡平法院所創設的衍生性代位訴訟，並由最高法院於

「Representative Action」指涉為股東代表某個股東集體所提起之直接訴訟（direct action），為避免有混淆之虞，本文以下關於股東代表訴訟之英文用語，使用「Derivative Action」或「Derivative Suit」之用法。

⁶⁸ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 287-288。

⁶⁹ Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations* (3rd ed., West Publishing Co., 1983), at 1048-49.

⁷⁰ Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations* (4th ed. West Publishing Co., 1996), at 457；廖大穎、陳哲斐，論股東權之關於關係企業與代表訴訟法理之研究，*興大法學*，第 2 期，2007 年 11 月，頁 103。

⁷¹ James D. Cox & Thomas Lee. Hazen & F. Hodge O'Neal, *Corporations*, vol. II, 15, 19 (1995).

Dodge v. Woolsey⁷²一案之判決所確立股東得代位公司的一種訴訟制度⁷³，但在實定法上，例如美國德拉瓦州公司法第 327 條⁷⁴亦有股東得代位公司提起訴訟之規定⁷⁵。美國法上如此的股東代位訴訟制度，不僅股東的訴訟權係源自於公司權利之消極不行使，而由股東代為行使之結果，其未嘗不是一種積極活化股東對公司監控的衡平設計，就公司治理的立場言之，不失為英美法系公司法制的特色⁷⁶。

此外，論及股東代表訴訟之重要關鍵之一，在於美國法上並無歐陸法系的「監察人」制度，無法藉由類如我國公司法第 214 條第 1 項向監察人請求追訴董事責任之設計，由監察人代表公司向董事追究其責任，因此在法理上賦予股東取得代表所有股東，得為公司提起訴訟的救濟方式，例如美國模範商業公司法（Model Business Corporation Act）第 7.42 條明文股東代表公司提起訴訟的先行必要程序，係股東應證明其已向公司董事會請求起訴，而該請求為董事會拒絕或視若無睹之消極對應後，股東始取得代表所有股東，為公司提起訴訟的救濟方式⁷⁷；職是之故，如此股東代位公司的派生訴訟，不僅是英美法系為解決公司內部利益衝突的一種歷史性產物，同時亦演變成獨特的股東代表訴訟制度⁷⁸，但在如我國公司法採取歐陸法系之監察人制度的情形下，引進美國法上股東代表訴訟法制仍應值得肯定，蓋董事因違反對公司之義務而應負損害賠償責任時，原則上應由股東會作成決議，形成對董事提起訴訟之公司意思，而由監察人代表公司提起訴訟（公司法第 212 條、第 213 條），但由於股東會決議採多數決原則，對公司應負責任之董事往往能掌控多數表決權，致對董事提起訴訟之股東會決議未必容易成立，故勢難期待公司得自行追訴董事之責任⁷⁹；若不能依多數決形成對董事提起訴訟之意思，雖亦有前述公司法第 214 條第 1 項少數股東請求監察人代表公司對董事提起訴訟之補救規定，但因監察人與董事間職務上接觸頻繁，關係密切，欲其代表公司訴追，或礙於情面，或原與董事朋比為奸，而未能積極確實執行法律所賦

⁷² Dodge V. Woolsey, 18 How. 331 (1856)

⁷³ 王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，同前註 41，頁 117。

⁷⁴ Del. Gen. Corp. Law §327：

“Stockholder’s derivative action ; allegation of stock ownership: In only derivative suit instituted by a stockholder of a corporation, it shall be averred in the complaint that the plaintiff was a stockholder of the corporation at the time of the transaction of which he complains or that his stock thereafter devolved upon him by operation of law.”

⁷⁵ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究—檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，載：公司制度與企業組織設計之法理，新學林，2009 年 1 月一版，頁 184。

⁷⁶ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究—檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，同前註，頁 185。

⁷⁷ Model Bus. Corp. Act § 7.42.

⁷⁸ 廖大穎，論公司治理的核心設計與股東權之保護—分析股東代表訴訟制度之法理，載：邁入 21 世紀之民事法研究，元照，2006 年 7 月，頁 401。

⁷⁹ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 285。

予職權之情形，並非不能想像⁸⁰，有鑑於此，乃在法制上仿照美國與日本立法例⁸¹，於民國 55 年公司法部分條文修正時增訂公司法第 214 條第 2 項，明定繼續一年以上持有已發行股份總數百分之十以上的股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟，若該監察人於三十日內不提起訴訟時，股東得為公司提起訴訟⁸²，確立我國法上股東代表訴訟之制度，追訴股東乃居於相當於公司代表機關之地位而提起訴訟⁸³，以股東作為公司內部監督機制一環之具體表現，強化股東所得發揮之監督功能，亦頗符合所謂股東積極主義 (Shareholder Activism) 之精神，以期企業經營之健全性與效率性，具有重大意義⁸⁴。

值得強調者是，股東並非本於公司債權人之地位，而係以公司組織的構成員之地位，依法提起訴訟之，公司法第 214 條第 2 項之法律效果係賦予股東取得監察人代表公司提起訴訟之法律地位，由其為公司之利益而自任原告對董事提起訴訟，故將之稱為股東代表訴訟，自為妥適，因此其雖然在程序上具有濃厚的代位訴訟色彩，但僅是實現權利保護之手段⁸⁵。換言之，股東代表訴訟於美國判例法上係肇因於無法期待公司董事會之作為，為維護股東本身利益，而例外允許得為公司向董事、經理人、發起人等，甚至是向控制股東提起訴訟，此與我國股東得代表公司提起訴訟，係基於企業所有人之地位，在立法政策上，特別援引債權人行使代位權之法制程序，解釋「股東得為公司向董事請求損害賠償」之權宜性規定，以追究董事責任的實質精神是相同的，但在成文法制之設計上，僅侷限於股東為公司向董事或對監察人提起訴訟，作為追究企業經營或監督上的違法失職與賠償責任的方式之一，二者之間仍有不同⁸⁶。

⁸⁰ 王文宇，公司法論，同前註 10，頁 330。

⁸¹ 日本昭和 25 年 (1950 年) 之商法修正草案中，相關股東代表訴訟制度亦是參酌美國法上的派生訴訟制度，為確保少數派股東權益，並實現股東權益被受侵害之法律救濟，於商法第 267 條明文允許股東得代位公司，訴請法院追究董事之企業經營責任，該條文現已於修正為公司法第 847 條 (2005 年)。惟一般論者亦認為，日本法上股東代表訴訟制度是不同於美國法的設計，其主要差異為何，詳後述於本文第五章。參閱廖大穎，企業經營與董事責任之追究—檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，同前註 75，頁 187；山田泰弘，株主代表訴訟の法理，信山社，2000 年，頁 34、123。

⁸² 2001 年公司法修正時，調整股東請求監察人對董事提起訴訟門檻為現行的百分之三。

⁸³ 柯芳枝，公司法論 (下)，同前註 1，頁 287。

⁸⁴ 王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學雜誌，第 34 期，2002 年 5 月，頁 114。

⁸⁵ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究—檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，同前註 75，頁 191-192。

⁸⁶ 廖大穎、陳哲斐，論股東權之關於關係企業與代表訴訟法理之研究，同前註 70，頁 106。

第二目 提起股東代表訴訟之要件

壹、代表訴訟訴權之前提要件

按我國公司法第 214 條第 1 項與第 2 項前段之規定，股東提起代表訴訟，必須具備「監察人於股東以書面請求為公司對董事提起訴訟之日起，三十日不提起訴訟時」之前提要件，蓋於權利人（即公司）不願意提起訴訟，追究董事責任，致將侵害股東應有權利時，始有允許股東提起代表訴訟之必要⁸⁷，因此應予公司之代表機關監察人一段猶豫期間，於該期間過後確不行使者，請求之股東始可提起代表訴訟。

此一「三十日」之期間，係監察人審酌股東依第 1 項所為請求有無理由之期間，一旦期限屆滿而監察人未對董事提起訴訟，則不問監察人決定不提起訴訟之理由為何，股東皆取得提起代表訴訟之訴權，惟我國現行公司法就此三十日之等待期間未設有例外縮短之規定，縱有若不盡早提起訴訟，公司或股東之權益將受無法回復之損害之急迫情形，如董事有隱匿財產之行為，或損害賠償之時效即將屆滿等情事，股東仍必須等待此三十日之期限屆滿後，始能提起代表訴訟，可能因此錯失權利保護與填補損害之時機；故論者有認為，鑑於此三十日之等待期間，其目的在於確認公司並無對董事提起訴訟之意思，則若有監察人於期限屆滿前，即向請求之股東為決定不對董事提起訴訟之明確表示，似應解為股東得於未滿三十日前提起代表訴訟，此種情形在實務上或許並不易見，但理論上應為此種解釋⁸⁸。

貳、行為主體之資格要件

在法理上，少數股東權是衍生自公司內部企業民主的多數決機制下，為防範多數股東的專橫、濫權，恐造成少數股東之權益或公司利益有受侵害之虞，而明文符合一定條件資格的股東，得依法行使之特別權利，例如少數股東自行召集股東會（公司法第 173 條）、少數股東聲請選派檢查人（公司法第 245 條）等，公司法第 214 條第 2 項之股東代表訴訟制度作為少數股東權之一，亦屬相同之設計。

⁸⁷ 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，頁 58。

⁸⁸ 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，頁 58。

公司法第 214 條第 2 項前段：「監察人自有前項之請求日起，三十日不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟。」，既稱「前項之股東」則提起本項訴訟之主體應為符合本條第 1 項所定「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上」以及「以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟」之股東，故屬一種少數股東權；同時，此一訴訟係本法期使股東監督董事依正規體制經營公司所賦與之權利，論其性質，應屬共益權之一種。惟該訴權得否繼受，論者有認為此訴權應非屬人性質之權利，而係附著於股東所持有之股份，故若該股東於提起第 1 項之請求後，轉讓其持有股份，而喪失股東身份，但附隨於該股份上之訴權不因股份之轉讓而消滅，而由受讓人所繼受，換言之，該受讓人與「前項之股東」雖非同一人，仍得提起本項之股東代表訴訟⁸⁹。

由於公司法第 214 條第 1 項所定持有股數之要件，未排除無表決權之特別股，故無表決權特別股得合併計算，蓋本條之立法目的在於董事民事責任追訴之確保，訴訟所得之利益並歸於公司，因此有無表決權，應非重要；且此一持股數之要件，不須由單獨股東持有已發行股份總數百分之三以上，而得由個別持股數雖未達此要件，但其持股數合計滿足此持有股數要件之複數股東共同行使本項之請求權⁹⁰，故依第 2 項之規定提起代表訴訟之股東，亦可能為「合計」持有股數符合資格要件之複數股東，而其後若有股東不願參與股東代表訴訟之提起，將致所餘股東所持有之股數無法符合持有股數之資格要件，即不能提起股東代表訴訟，亦無法透過另尋新股東加入，以湊足持有股數之資格要件⁹¹，此時訴訟因不備其他要件，且無從補正，法院應依民事訴訟法第 249 條第 1 項第 6 款之規定裁定駁回其訴。

至於提起代表訴訟之原告股東是否須於被告董事從事違法行為當時即為公司股東？此一問題所涉及者是，由於賦予少數股東提起代表訴訟之權利，係著眼於其對於代表訴訟勝訴結果之間接利害關係，因此美國法上有要求提起代表訴訟之原告股東必須在被告董事從事違法行為時、起訴時，直至訴訟結束時，須持續具備公司股東之資格⁹²，而所謂同時持有股份原則（Contemporaneous Share

⁸⁹ 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，頁 57。

⁹⁰ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 288。

⁹¹ 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，頁 57-58。

⁹² *Brambles USA, Inc. v. Blocker* 731 F.Supp. 643, 648 (D.Del., 1990)

"a derivative plaintiff must] be a shareholder of the corporation at the time of the transaction of which he complains. . . [and] must also maintain that status throughout the lawsuit"

Ownership Rule)，即指提起代表訴訟之原告必須在被告董事從事違法行為當時即為公司股東，或者原告股東之身分係依法律規定（operation of law），例如繼承等原因而取得⁹³，此項原則最早見於聯邦法院 *Hawes v. Oakland*⁹⁴一案，用以防止股東將股份轉讓予公司設立所在州以外的其他州居民，而將訴訟管轄由州法院移轉至聯邦法院管轄之措施，但現今之規範意義，在於防止投機者在董事不法情事發生後始搜購公司股份並藉起訴而勒索公司以謀取私人利益之行為、遏阻投機訴訟（Speculating in Litigation）或者損害購買訴訟（Litigating Purchased Grievance）之發生⁹⁵。我國公司法第 214 條第 2 項前段之規定，未見此要求，論者亦有認為依本項規定提起訴訟之股東，不以於董事從事違法行為時已具有股東身份為必要，即使於董事違法行為後始取得股東身份者，只要符合本項所定之資格要件，即得提起股東代表訴訟⁹⁶。本文認為，由於我國公司法之規定，提起股東代表訴訟必須符合「繼續持股一年以上」以及「監察人於股東為書面請求之日起三十日不提起訴訟時」之前提，應不致有投機情事之發生；且於董事之不法行為發生後始取得股份之股東，仍可能因不法行為之揭露導致股價下跌，而受有受有損害，現今美國法上亦有以所謂的「公開理論」⁹⁷（Disclosure Test）對同時持有股份原則加以修正者，其僅要求提起代表訴訟之股東，必須於其所控訴之違法行為受公開揭露前，或為該股東知悉前即取得該公司之股份，故應認為我國法上，提起代表訴訟之原告股東並不須在被告董事從事違法行為當時即為公司股東⁹⁸。

參、防止濫訴之規定

股東代表訴訟雖能確保董事對公司責任之追究，惟亦可能成為少數不肖股東敲詐董事或公司之工具，因此為防止股東濫訴、甚至敲詐訴訟之發生，我國法除就股東提起代表訴訟之前提要件與資格要件設有限制，亦設有起訴股東供擔保與敗訴時對公司及被訴董事負有賠償責任之明文，以防濫訴。

⁹³ Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations*, *supra* note 69, 1058.

⁹⁴ *Hawes v. Oakland*, 104 U.S. 450, 26 L. Ed. 827 (1882).

⁹⁵ Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations*, *supra* note 69, 1060.

⁹⁶ 許美麗，股東代位訴訟制度之研究，國立政治大學法律研究所博士論文，民國 87 年 9 月，頁 [3-23]。

⁹⁷ e.g., ALI, *Prin. Corp. Gov.* § 7.02(a) :

"(a) A holder [§ 1.22] of an equity security [§ 1.20] has standing to commence and maintain a derivative action if the holder: (1) Acquired the equity security either (A) before the material facts relating to the alleged wrong were publicly disclosed or were known by, or specifically communicated to, the holder, or (B) by devolution of law, directly or indirectly, from a prior holder who acquired the security as described in the preceding clause (A)"

⁹⁸ 關於同時持有股份原則及公開原則之論述，詳見於本文第五章。

一、原告股東供擔保

公司法第 214 條第 2 項中段規定：「股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保。」，其中「申請」之用語，與現行民事訴訟法之用語不符，應為「聲請」之誤，本條文之立法原意，旨在防止股東之濫行起訴，並供公司及被訴董事於原告敗訴確定時，對原告之損害賠償請求權之擔保⁹⁹。按其於民事訴訟法上之性質係屬就起訴之供擔保，依民事訴訟法第 106 條之規定，相關程序得準用同法第 98 條、第 99 條第 1 項、第 100 條、第 101 條、第 102 條第 1 項至第 2 項以及第 103 條至第 105 條之規定¹⁰⁰，法院命原告供擔保者，應於裁定中定擔保額及供擔保之期間；至於其數額，依實務見解，則約為訴訟標的價值之二分之一至三分之一¹⁰¹。

依我國現行公司法對命原告股東提出擔保之前提，僅須被告董事提出聲請，法院即得為之，將裁量權完全委諸於法院，對於被告之聲請，並未課以任何釋明之義務，例如被告應釋明「原告股東之惡意」、「被告因原告之起訴將受有損害」等，例如日本 2005 年新修正之公司法第 847 條第 8 項¹⁰²即要求被告必須釋明原告之惡意起訴，我國如此的制度設計似嫌簡略與草率，法院在現行制度下，若未能審慎斟酌裁量，有可能因沈重之擔保責任，降低股東提起代表訴訟之意願，而成為股東代表訴訟制度之重大障礙¹⁰³。

二、原告股東對公司之賠償責任

公司法第 214 條第 2 項後段規定：「如因敗訴，致公司受有損害，起訴之股東，對於公司負賠償之責。」蓋代表訴訟制度的基本原則，必須在保護小股東權

⁹⁹ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 289。

¹⁰⁰ 陳計男，民事訴訟法論（下），三民書局，2005 年 4 月三版，頁 165。

被告聲請命原告供擔保者，於其聲請被駁回或原告供擔保前，得拒絕本案辯論（第 98 條）；法院命原告供擔保者，應於裁定中定擔保額及供擔保之期間（第 99 條第 1 項）；關於聲請命供擔保之裁定，得為抗告（第 100 條）；原告於裁定所定供擔保之期間內不供擔保者，法院應以裁定駁回其訴。但在裁定前已供擔保者，不在此限（第 101 條）；第 102 條以下則屬關於擔保物之規定。

¹⁰¹ 易明秋，公司治理法論，2007 年 2 月初版，頁 216。

¹⁰² 会社法第 847 条第 8 項：「被告が前項の申立てをするには、責任追及等の訴えの提起が悪意によるものであることを疎明しなければならない。」

¹⁰³ 劉連煜，股東代表訴訟，台灣本土法學雜誌，第 64 期，2004 年 11 月，頁 159；林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，頁 59。

益與防止濫訴兩者間取得平衡點，因此對受損害之一方，必須予以補償，始能平衡股東、公司與被訴董事三者間之權益。須注意者為，公司法第 214 條第 2 項後段之敗訴股東對公司之賠償責任，並未如公司法第 215 條第 1 項區分「訴訟所依據之事實」，究係「顯屬虛構或顯屬實在」，以確定股東是否須對董事所受之損害負賠償責任，即原告股東對被告董事之賠償責任，係以「所依據之事實顯屬虛構」作為賠償責任之成立要件，如依其文義解釋，股東對於公司仍須負過失責任（民法第 184 條參照），即使原告股東於起訴時並非惡意，一旦敗訴而致公司受有損害，即必須對公司負損害賠償責任，如此嚴格的賠償責任，將可能成為降低股東利用代表訴訟制度追究董事責任之意願，且顯然有失平衡，故解釋上應認為敗訴股東對公司之賠償責任，應與對被訴董事之賠償責任要件採同一解釋，即以「提起代表訴訟所依據之事實，『顯屬虛構』，經終局判決確定時」為敗訴股東對公司賠償責任成立之要件¹⁰⁴，但根本之道，仍應修法增訂上述要件，以臻明確。

三、原告股東對被訴董事之賠償責任

公司法第 215 條第 1 項規定：「提起前條第二項訴訟所依據之事實，顯屬虛構，經終局判決確定時，提起此項訴訟之股東，對於被訴之董事，因此訴訟所受之損害，負賠償責任。」其立法目的在於防止少數股東利用代表訴訟之提起，作為敲詐公司及董事之手段，故命其於敗訴時，應對被訴董事負損害賠償責任，以免濫訴之發生。依本條項之規定，原告股東對被告董事之賠償責任，係以「所依據之事實顯屬虛構」作為賠償責任之成立要件，顯然較民法一般侵權責任為輕，乃顧及股東因懼怕敗訴須負賠償責任，至不願起訴，有失本法欲藉由強化股東之權利，以防董事擅權之立法旨趣¹⁰⁵。至於所稱之「因此訴訟所受之損害」，解釋上應包括被告董事因訴訟上防禦之必要而聘請律師所支付之報酬及其他費用在內¹⁰⁶，至於訴訟費用之部分，依民事訴訟法第 78 條之規定：「訴訟費用，由敗訴之當事人負擔。」故非屬本項損害賠償之範圍。

第三目 現行法之適用情形與缺失

如前所述，代表訴訟在制度設計上，必須在保護小股東權益、確保董事責任

¹⁰⁴ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 290；林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，頁 60。

¹⁰⁵ 柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 289。

¹⁰⁶ 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 42，2003 年 9 月，頁 60。

之追究和防止濫訴二個相反的方向上取得平衡，按我國現行股東代表訴訟制度係民國 55 年公司法修正時，參酌日本及美國法制所訂定，但實施以來，股東應用之實例並不多見，其原因一方面固與我國民情有關係，另一方面則係現行制度規範之缺失，論者有認為我國股東代表訴訟法制的現行設計，在立法政策上恐過分側重法律上防制不肖股東，假借代表訴訟名義而濫用股東權，造成制度自實施以來，成效不彰之事實¹⁰⁷，實有通盤檢討之必要。關於我國代表訴訟制度於現行法上之適用情形，以及缺失檢討將詳述於本文第四章之部分。

第五款 保護機構之代表訴訟

第一目 投資人保護法之立法背景與沿革

投資人權益之保護向來為各國證券市場發展的重要課題，由於我國證券市場中之投資人以散戶居多，此等投資人之專業能力較為不足，一旦證券市場出現不法情事，往往容易遭受重大損害。我國在投資人保護法制定前，關於證券投資人之保護主要仰賴證券暨期貨市場發展基金會的投資人服務中心，工作內容以接受投資人電話、書面與到會等方式提出申訴案件為主；若證券市場有違法行為發生時，則由受害投資人出具委任狀授與投資人服務中心的律師訴訟代理權以提起訴訟，並由其進行實際的應訴；換言之，即以普通共同訴訟的方式為之，訴訟之結果不影響未加入訴訟之受害投資人，其他投資人仍可另行起訴；此外，當證券商發生財務危機，依證券交易法第 154 條第 2 項之規定，證券投資人無法取得應得之有價證券或價款時，僅能就違約證券商「交割結算基金」經台灣證交所居於第一順位求償後之餘額、營業保證金及剩餘財產進行求償，以致投資人可能無法獲得充分保護。而台灣證交所結合各證券相關單位共同集資成立之「證券投資人保護基金」，因其出資係由各單位自行提撥存放於各單位，並未交由專責機構管理運用，且該基金經動用後，亦未規定應再予補足，從而難以因應實際的需要¹⁰⁸。

為促進我國證券市場之健全發展，以及補充證券交易法與其他相關法令對投資人保護不足的問題，1990 年初期即開始推動相關之立法工作，終於 2002 年 7 月制定通過「證券投資人及期貨交易人保護法」，並於 2003 年 1 月正式成立「財

¹⁰⁷ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究－檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，同前註 75，頁 196。

¹⁰⁸ 郭大維，觀投資人保護法之修正再思我國證券投資人保護之規範，證券暨期貨月刊，2009 年 8 月，第 27 卷第 8 期，頁 13。

團法人證券投資人及期貨交易人保護中心」，使我國證券投資人之保護邁入新的里程，其主要內容包括：（1）保護機構之設立；（2）保護基金之設置；（3）調處委員會之設置；以及（4）引進團體訴訟與團體仲裁制度；其中最具指標性者，即為投資人保護法第 28 條¹⁰⁹所規定之團體訴訟；蓋相較於證券商、期貨商及發行公司而言，投資人多處於經濟上之弱勢地位，當其權益受損時，往往因資訊不足、能力有限、舉證困難、訴訟成本過高等因素，而放棄採行救濟程序，而證券或期貨糾紛受損害者往往人數眾多，且所受之損害皆係基於相同之原因事實，如受損害之投資人皆放棄救濟，除損害無法填補之外，亦縱容不法行為者逍遙法外，但若由投資人個別提起訴訟，則恐耗費其勞力、時間、費用，並可能發生裁判相互矛盾之困擾；為解決此一問題，美國採集體訴訟類型，對於有多數人受害之證券案件，允許以集體之方式提起訴訟¹¹⁰；英國、日本、韓國等國亦陸續設立各機構或保護基金以提供投資人保障。我國於制定投資人保護法時，即參酌國外制度及我國消費者保護法第 50 條¹¹¹之規定，引進團體訴訟機制¹¹²，於投資人保護法及其捐助章程所定目的範圍內，對於造成多數證券投資人或期貨交易人受損害之同一原因所引起之證券、期貨事件，得由二十人以上證券投資人或期貨交易人授與訴訟或仲裁實施權後，以投資人保護中心之名義起訴或提付仲裁，以期達到訴訟經濟，減輕訟累之目的，目前毋寧為我國司法實務上股東訴訟之主流。在現行實務上，由投資人保護中心勝訴之案例包括：民國（下同）93 年 11 月立大農畜財報不實案經高雄地院判決部分勝訴、93 年 12 月榮美開發操縱股價案經台北地院判決全部勝訴、94 年 2 月大穎內線交易案經台北地院判決全部勝訴、94

¹⁰⁹ 2009 年修正前證券投資人及期貨交易人保護法第 28 條第 1 項：「保護機構為維護公益，於其章程所定目的範圍內，對於造成多數證券投資人或期貨交易人受損害之同一證券、期貨事件，得由二十人以上證券投資人或期貨交易人授與訴訟或仲裁實施權後，以自己之名義，起訴或提付仲裁。證券投資人或期貨交易人得於言詞辯論終結前或詢問終結前，撤回訴訟或仲裁實施權之授與，並通知法院或仲裁庭。」

由投資人保護中心針對檢察官起訴之案件，研析是否涉及證券交易法之民事責任，大致可分為四大類，即第 20 條、20 條之 1 財報不實、第 32 條公開說明書不實、第 155 條操縱股價及第 157 條之 1 內線交易等，並據以受理投資人求償登記以進行團體訴訟。

參閱財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心網站，<http://www.sfipc.org.tw/business/c2.asp>（最後瀏覽日期：2010/6/15）

¹¹⁰ 依美國聯邦民事訴訟規則第 23 條規定之集體訴訟，係指一群有相同利害關係之人，由於人數太多，實際上無法使全部之利害關係人進行全部訴訟，得由集體中之一人或數人為代表當事人，就集體共同之法律或事實問題代表集體於法院向對造當事人為請求或被訴之民事訴訟，且訴狀上僅須載明特定期間之某種類受害人全體，無須載明特定當事人；而欲提起集體訴訟除具備一般要件外，另須符合各類型之特別要件。

¹¹¹ 消費者保護法第 50 條第 1 項：「消費者保護團體對於同一之原因事件，致使眾多消費者受害時，得受讓二十人以上消費者損害賠償請求權後，以自己名義，提起訴訟。消費者得於言詞辯論終結前，終止讓與損害賠償請求權，並通知法院。」

¹¹² 參閱郭土木，證券投資人及期貨交易人保護法之探討，台灣本土法學雜誌，第 38 期，2002 年 9 月，頁 192。

年 11 月順大裕財報、公開說明書不實案經臺灣高等法院台中分院判決部分勝訴、95 年 4 月東榮纖維內線交易案經台南地院判決部分勝訴、95 年 5 月東隆五金財報及公開說明書不實案臺灣高等法院判決部分勝訴、95 年 6 月台肥操縱股價案經臺灣高等法院判決全部勝訴、95 年 11 月正義財報及公開說明書不實案經台北地院判決部分勝訴、96 年 4 月大中鋼鐵財報不實案經臺灣高等法院臺中分院判決部分勝訴、96 年 5 月廣大興業內線交易案經最高法院判決全部勝訴等；著名的博達案中，投資人保護中心則先是在民事訴訟上起訴控告承銷商與簽證會計師，然後再與其達成和解；承銷商部分包括四家券商—元大京華、富邦、華南永昌、金鼎，金額為新台幣 7810 萬 3000 元；就會計師事務所之和解，因有保密協議，故不清楚確實金額，但據媒體推測可能高達 9000 萬元¹¹³。

第二目 2009 年 5 月投資人保護法之修正增訂第 10 條之 1

鑒於投資人保護法自 2003 年 1 月 1 日施行後，迄今已 6 年餘，為強化證券投資人及期貨交易人保護並發揮保護機構功能，行政院金融監督管理委員會（以下簡稱金管會）經彙整各界建議事項並邀集相關機關、專家學者、證券暨期貨市場機構研擬部分條文修正草案，歷時將近一年，全案業於 2009 年 4 月 2 日經立法院院會三讀通過，同年 5 月 20 日由總統公布，並定修正條文自 2009 年 8 月 1 日施行¹¹⁴，其中與董事責任息息相關者，主要係屬增訂第 10 條之 1 第 1 項，明

¹¹³ 陳淑泰，博達案—投資人保護中心和安侯、勤業和解，工商時報，2005 年 9 月 16 日。

¹¹⁴ 其修正要點包括：

- 一、修正條文第 2 條：配合證券投資信託及顧問法於 2004 年 11 月 1 日施行，修正投資人權益之保護，於本法未規定時，亦適用證券投資信託及顧問法之規定。
- 二、修正條文第 3 條：配合行政院金融監督管理委員會成立，本法之主管機關變更為行政院金融監督管理委員會。
- 三、修正條文第 10 條之 1：保護機構辦理業務，發現上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得依規定為公司對董事或監察人提起訴訟及訴請法院裁判解任董事或監察人，俾得督促公司管理階層善盡忠實義務。
- 四、修正條文第 21 條：保護基金償付後，保護機構對違約證券商或期貨商提起訴訟、上訴或聲請保全程序、執行程序時，與第 28 條團體訴訟同具公益性，第 34 條至第 36 條有關裁判費、執行費之徵收及保全程序免供擔保之規定應準用之。
- 五、修正條文第 25-1 條及第 25-2 條：強化小額證券投資或期貨交易爭議事件之處理，對當事人之一造無正當理由不到場者，調處委員得提出調處方案，並訂定擬制調處機制。小額爭議事件額度，由保護機構擬訂，報主管機關核定。
- 六、修正條文第 28 條：團體訴訟或仲裁實施權之授與，包括所有為實現權利所必要之權限，並排除仲裁法、證券交易法有關妨訴抗辯規定之適用。
- 七、修正條文第 28-1 條：法院為審理團體訴訟，得設立專業法庭或指定專人辦理。
- 八、修正條文第 35 條：團體訴訟裁判費徵收之標準，調整為訴訟標的金額或價額超過新臺幣三千萬元者，超過部分，暫免繳裁判費，另相關執行程序所需費用亦有暫免繳之適用。

定保護機構得為公司對董事或監察人提起訴訟及訴請法院裁判解任公司董事或監察人之規定。

近幾年來，國內陸續發生上市及上櫃公司經營階層背信、掏空公司資產或董事、監察人違反善良管理人注意義務等情事，雖然公司法第 200 條規定股東得訴請法院裁判解任之，而同法第 214 條與第 227 條亦賦予股東代表訴訟權，然依公司法第 200 條與第 227 條之規定，僅繼續一年以上持有公司已發行股份總數達百分之三以上的股東，始能對法院提起訴訟，其規定之門檻頗高，且依通說及司法實務之見解，訴請法院裁判解任董事或監察人應以股東會曾提出解任提案之事由，而未經股東會決議將其解任為限，因此如股東會無解任董監事之提案，股東亦無從訴請法院裁判解任不適任之董事或監察人，已如前述；又依投資人保護法第 19 條第 3 項之規定，投資人保護中心投資每家上市上櫃公司股票之原始投資股數不得超過一千股¹¹⁵，從而受限於公司法所訂持股百分之三門檻之限制，投資人保護中心雖為上市或上櫃公司股東，仍難以行使上述公司法所定對董監事訴訟以及訴請法院裁判解任董監事之少數股東權¹¹⁶，而若無法對失職董事或監察人為責任追究，於公司治理之落實無疑將產生問題。

為彌補現行規範之不足，並加強公司治理機制，遂增訂投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項之規定¹¹⁷：「保護機構辦理前條第一項業務，發現上市或上櫃公司

九、修正條文第 37 條：依證券交易法第 60 條第 1 項第 5 款規定，證券商經主管機關核准，得辦理因證券業務受客戶委託保管及運用其款項，爰配合增列證券商因業務接受客戶委託所取得之資產，應與證券商自有財產加以區隔，以確實保障客戶之款項及資產。

¹¹⁵ 投資人保護法第 19 條：「保護基金應以購入政府債券或存入金融機構之方式保管。經主管機關核准，得於合計不超過保護基金淨額百分之三十之範圍內，為下列方式之運用：一、購置自用不動產。二、投資上市或上櫃有價證券。三、其他有利基金保值之投資。保護基金用於前項第一款之總額，不得超過設立時捐助財產總額百分之十。第一項第二款投資每家上市上櫃公司股票之原始投資股數不得超過一千股。」

¹¹⁶ 郭大維，觀投資人保護法之修正再思我國證券投資人保護之規範，同前註 108，頁 17；林昌億，「證券投資人及期貨交易人保護法」最新修正介紹，證券暨期貨月刊，第 27 卷第 8 期，2009 年 8 月，頁 7-8。

¹¹⁷ 關於投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項之修正理由，參閱立法院公報，第 98 卷第 24 期：增訂第一項保護機構得依規定為公司對董事或監察人提起訴訟及訴請法院裁判解任董事或監察人：(一)為加強公司治理機制，外界建議保護機構應該為維護股東權益，對於公司經營階層背信掏空或董事、監察人違反善良管理人注意義務等情事，進行相關措施，以保障股東權益。(二)現行公司法第二百十四條股東代表訴訟權及公司法第二百零條股東訴請法院裁判解任之規定，對公司董事或監察人具有一定監督之功能，惟其規定之門檻仍高，且依公司法第二百零條規定訴請法院裁判解任，須股東會未為決議將其解任，而依司法實務見解，應以股東會曾提出解任董事提案之事由，而未經股東會決議將其解任為限，是如股東會無解任董事之提案，股東亦無從訴請法院裁判解任不適任之董事。(三)參考日本商法第二百六十七條及美國法精神就股東代位訴訟權並無持股比例之限制，我國股東訴請法院裁判解任董事、監察人之

之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得依下列規定辦理：一、請求公司之監察人為公司對董事提起訴訟，或請求公司之董事會為公司對監察人提起訴訟。監察人或董事會自保護機構請求之日起三十日內不提起訴訟時，保護機構得為公司提起訴訟，不受公司法第二百十四條及第二百二十七條準用第二百十四條之限制。保護機構之請求，應以書面為之。二、訴請法院裁判解任公司之董事或監察人，不受公司法第二百條及第二百二十七條準用第二百條之限制。」賦予投資人保護中心於辦理相關業務，發現上市或上櫃公司董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項時，得依規定為公司提起訴訟，或訴請法院裁判解任公司之董事或監察人。按此項修正雖僅上市和上櫃公司有其適用，惟對於興櫃公司法理上應亦有適用之必要，但修法前，解釋上須如何克服文字之技術障礙，仍為證券主管機關須費思量之處¹¹⁸。

進言之，自投資人保護法第 10 條之 1 修正條文生效後，投資人保護中心對上市及上櫃公司董事或監察人之重大損害公司行為或違反法令或章程之重大事項，已有主動出擊的權利，不僅無須再被動經由投資人的授權始得起訴，亦不受公司法第 214 條及第 227 條所定須繼續一年以上及持股百分之三的限制，即可在監察人或董事會怠於對董事或監察人為訴訟時，直接為公司提起訴訟；另外，投資人保護中心亦無須再受限於百分之三的持股門檻及受公司股東會的牽制，而逕得訴請法院解任不適任之董事，於我國公司治理上不啻為一重大之里程碑，未來投資人保護中心在公司治理的層面，應可預期將扮演更積極的角色，在以往我國實務上股東代表訴訟與解任訴訟案例稀少之情況下，具有非常重大之意義。

第三目 投資人保護法第 10 條之 1 之分析

壹、投資人保護中心之「代表訴訟權」

持股門檻及程序要件較前揭外國法制規定嚴格。為發揮保護機構之股東代表訴訟功能及適時解任不適任之董事或監察人，以保障投資人權益，爰增訂本條，就具公益色彩之保護機構辦理第十條第一項業務，發現有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得不受公司法相關規定限制，而有代表訴訟權及訴請法院裁判解任權，俾得充分督促公司管理階層善盡忠實義務，以達保護證券投資人權益之目的、發揮保護機構之職能……」

¹¹⁸ 劉連煜，投資人保護中心提起解任董監事及代表訴訟之新規定，月旦法學教室，第 84 期，2009 年 10 月，頁 22。

依投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款之規定，於下列三項前提要件滿足時，投資人保護中心得不受公司法第 214 條繼續一年以上持有已發行股份總數百分之三以上股東的限制，為公司提起訴訟，制止董事違反法令或章程行為、主張損害賠償或為其他權利主張，亦即以法律規定，直接賦予保護機構為公司提起代表訴訟之訴權：

- 一、須為上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項；
- 二、投資人保護中心須先書面請求公司之監察人對董事提起訴訟，或請求公司之董事會對監察人提起訴訟；
- 三、監察人或董事會自投資人保護中心請求之日起三十日內不提起訴訟。

此外，依「財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心辦理證券投資人及期貨交易人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法」（下稱「處理辦法」）第 6 條¹¹⁹之規定，投資人保護中心為公司對董事或監察人提起訴訟前，應報請其董事會通過後辦理之；並應於起訴後，函報主管機關備查。

又，投資人保護中心提起本項代表訴訟時，可否豁免於提供相當之擔保，以及起訴股東對公司及對被訴董事之損害賠償責任，有認為投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款規定「得不受公司法第 214 條、第 227 條準用第 214 條之『限制』」，按不受「限制」二字之文義解釋，應不包括起訴股東供擔保與對公司及被訴董監事之損害賠償請求權可因而被排除¹²⁰；本文認為投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款之規定，僅在賦予投資人保護中心提起公司法上之股東代表訴訟之訴權，除關於主體要件之部分得排除適用，其他相關公司法上關於代表訴訟之規定應仍有適用之餘地。

至於投資人保護中心對於對董事或監察人提起訴訟時，對董監事以外之人（例如公司職員），得否依民法共同侵權行為之規定一併提出訴訟？本文認為應採否定見解，蓋投資人保護中心對之代表訴訟權，係投資人保護法之特別規定，

¹¹⁹ 本辦法係依證券投資人保護法第 10 條之 1 與證券投資人及期貨交易人保護機構管理規則第 8 條之一的授權而訂定。

處理辦法第 6 條：「本中心依本法第十條之一規定辦理為公司對董事或監察人提起訴訟或訴請法院裁判解任公司之董事或監察人事件，應就辦理之理由、事實、起訴之對象及其法律依據等事項進行研議，必要時得召開諮詢會議徵詢專家意見，提出研析報告，報請董事會通過後辦理之。經董事會通過辦理為公司對董事或監察人提起訴訟或訴請法院裁判解任公司之董事或監察人事件，應於起訴後，函報主管機關備查。」

¹²⁰ 劉連煜，投資人保護中心提起解任董監事及代表訴訟之新規定，同前註 118，頁 23。

未有法律的授權，投資人保護中心仍須依投資人保護法第 28 條之規定由投資人或交易人授與仲裁或訴訟實施權後，始得對董監事以外之利害關係人提付仲裁或起訴；至於本法新增第 28 條第 3 項：「前二項仲裁或訴訟實施權之授與，包含因同一原因所引起之證券或期貨事件而為強制執行、假扣押、假處分、參與重整或破產程序及其他為實現權利所必要之權限。」仍係以投資人授權為前提，故與本法第 10 條之 1 投資人保護中心得主動對董事或監察人訴訟及訴請解任無關¹²¹。

貳、投資人保護中心之「董監事裁判解任訴請權」

依投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 2 款之規定，於上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務有重大損害公司或有重大違反法令或章程之行為時，投資人保護中心得直接訴請法院裁判解任董事或監察人，不再受上述公司法第 200 條持有已發行股份總數百分之三以上股份之門檻的限制，且不以具備股東身份為必要¹²²，並有認為由於上市、上櫃公司之家數眾多，且為避免職業股東影響股東會之進行，近年來亦有選擇於同一日召集股東會之情形，縱非所有之上市、上櫃公司皆有解任董監事之議案，但若其股東會之召開未採行通訊投票制，則保護機構宥於人力、物力，實無逐一參與股東會，由於保護機構提起裁判解任之訴，並無濫行起訴之問題，故解釋上應不受通說所言之民法第 56 條之限制，而不須曾在股東會上對董事解任案表示贊成¹²³。

至於是否能豁免於以股東會曾提出解任董監事議案為前提之限制，從本條法律文字觀之，似不明確，有論者認為恐有斟酌之餘地¹²⁴，惟在野派股東甚至投資人保護中心為解任董事，縱依公司法第 172 條之 1 的規定行使股東提案權，如公司派拒不將解任提案列為議案，恐怕投資人保護中心亦難依本條規定提起解任董監事之訴訟；從文義解釋及修正理由：「現行公司法第二百十四條股東代表訴訟權及公司法第二百零條股東訴請法院裁判解任之規定，對公司董事或監察人具有一定監督之功能，惟其規定之門檻仍高，且依公司法第二百零條規定訴請法院裁判解

¹²¹ 蔡朝安、楊佳政，淺談投資人保護法修正與董監事責任，資誠通訊，第 225 期，2009 年 6 月，頁 22-23。

¹²² 劉連煜，2009 年保護投資人權益系列座談會（與談人意見），工商時報，2009 年 7 月 29 日，A14 版。

不同意見，林國全，同本註，其認為保護機構仍以具備股東身份為必要，始得提起解任訴訟。
¹²³ 黃郁嵐，投資人保護制度之研究—以投資人團體訴訟為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年 7 月，頁 154-155。

¹²⁴ 謝易宏，2009 年保護投資人權益系列座談會（與談人意見），同前註 122。

任，須股東會未為決議將其解任，而依司法實務見解，應以股東會曾提出解任董事提案之事由，而未經股東會決議將其解任為限，是如股東會無解任董事之提案，股東亦無從訴請法院裁判解任不適任之董事。……為發揮保護機構之股東代表訴訟功能及適時解任不適任之董事或監察人，以保障投資人權益，爰增訂本條，就具公益色彩之保護機構辦理第十條第一項業務，發現有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得不受公司法相關規定限制，而有代表訴訟權及訴請法院裁判解任權……」而觀，應認為其亦不受須先有股東會解任董監事提案所牽制，俾得充分督促公司管理階層善盡忠實義務，以達保護證券投資人權益之目的、發揮保護機構之職能¹²⁵；以博達案為例，董事長葉蘇菲經起訴後，仍繼續擔任董事長之職位，於投資人保護法第 10 條之 1 通過施行後，對於此種特殊案例即得由投資人保護中心提起解任訴訟；如獲解任者為公司之董事長，由於我國實務見解認為，公司法第 208 條第 3 項所謂董事長「因故無法行使職權」者，不包括董事長辭職之情形¹²⁶，蓋此時其職務已消滅，不生代理之問題，故該條項亦應無法適用於保護機構提起裁判解任之訴的情形，此時應依該條文第 1 項及第 2 項之規定補選董事長，甚至於董事會因此無法行使職權時，須考量是否應發動臨時管理人選任之問題（公司法第 208 之 1 條參照）。

由於解任訴訟對於公司之影響非常重大，即使由投資人保護中心提起解任訴訟亦應審慎為之，依處理辦法第 6 條之規定，投資人保護中心辦理訴請法院裁判解任公司之董事或監察人之事件時，應報請董事會通過後辦理之；並應於起訴後，函報主管機關備查¹²⁷；除須注意「重大」損害公司之要件外，亦須注意必須出自公益而為，以避免捲入經營權爭奪之紛爭¹²⁸。

其它之相關配套規定，並可見於投資人保護法第 10 條之 1 第 2 項至第 4 項；蓋依證券交易法第 14 條之 4 之規定，依該法發行股票之公司，應擇一設置審計委員會或監察人。但主管機關得視公司規模、業務性質及其他必要情況，命令設

¹²⁵ 劉連煜，投資人保護中心提起解任董監事及代表訴訟之新規定，同前註 118，頁 23；相同見解，王詠心，2009 年保護投資人權益系列座談會（與談人意見），同前註 122。

¹²⁶ 司法院秘書長 79 年 8 月 27 日密臺廳（一）字第 0198 號函；王文宇，公司法論，同前註 10，頁 344。

¹²⁷ 處理辦法第 6 條：「本中心依本法第十條之一規定辦理為公司對董事或監察人提起訴訟或訴請法院裁判解任公司之董事或監察人事件，應就辦理之理由、事實、起訴之對象及其法律依據等事項進行研議，必要時得召開諮詢會議徵詢專家意見，提出研析報告，報請董事會通過後辦理之。經董事會通過辦理為公司對董事或監察人提起訴訟或訴請法院裁判解任公司之董事或監察人事件，應於起訴後，函報主管機關備查。」

¹²⁸ 劉連煜，投資人保護中心提起解任董監事及代表訴訟之新規定，同前註 118，頁 23。

置審計委員會替代監察人，爰為同條第 2 項規定：「公司已依法設置審計委員會者，前項所稱監察人，指審計委員會或其獨立董事成員。」此時，同條第 1 項所稱監察人，則係指審計委員會或其獨立董事成員；且由於保護機構為公司對董事或監察人提起訴訟及訴請法院裁判解任董事或監察人，與第 28 條證券期貨事件團體訴訟之性質相似，同具公益性，第 34 條至第 36 條就相關裁判費、執行費之徵收、保全程序免供擔保之規定，應有適用之必要，爰增訂第 3 項準用之規定：「第三十四條至第三十六條規定，於保護機構依第一項規定提起訴訟、上訴或聲請保全程序、執行程序時，準用之。」並為免公司因故終止上市或上櫃，產生保護機構是否仍得提起訴訟或續行訴訟之爭議，爰增訂第 4 項規定：「公司因故終止上市或上櫃者，保護機構就該公司於上市或上櫃期間有第一項所定情事，仍有前三項規定之適用。」

參、「重大」損害公司或「重大」違反法令或章程之行為？

投資人保護法新增第 10 條之 1 第 1 項之規定尚待探究的是：投資人保護中心須在董事或監察人有「重大」損害公司或「重大」違反法令或章程之行為時，始可行使上述代表訴訟權及訴請裁判解任權，惟所謂「重大」乃屬不確定法律概念，認定標準應為何？若董事或監察人雖有對公司造成損害但情節尚非重大，法院可否駁回投資人保護中心之起訴？又投資人保護中心受到投資人要求該中心伸張權利時，又應以何標準決定是否提訴？

查上述「重大損害公司行為或違反法令或章程之重大事項」，本係源自公司法第 200 條裁判解任董事之訴的規定，故於投資人保護中心提起裁判解任董監事之訴訟時尚無問題，有無此一情事，應由提起訴訟之股東或投資人保護中心負舉證責任，而由法院為實質認定，若董事或監察人違反法令或章程情節並非重大，法院自可駁回其所提起之裁判解任之訴；但相同規定一旦移植至投資人保護法之代表訴訟權時，即可能會有認定不同的爭議，尤其是損害賠償之訴的訴訟標的金額之大小，而此又與公司規模大小有關，故所謂「重大」的標準應如何拿捏，在認定上會較為複雜，在實務上必須特別注意。

就此依投資人保護中心經授權訂定之處理辦法第 3 條之規定：「投資人保護中心就上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務有下列情形之一者，得依本法第十條之一規定辦理：一、依檢察官起訴之犯罪事實，違反證券交易法第二十條第

一項、第二項、第一百五十五條第一項、第二項、第一百五十七條之一第一項、期貨交易法第一百零六條、第一百零七條或第一百零八條第一項之規定，足認公司受有重大損害者。二、依檢察官起訴之犯罪事實，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害者。三、依檢察官起訴之犯罪事實，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，足認公司受有重大損害者。四、依檢察官起訴之犯罪事實，違反法令、章程或逾越董事會授權之範圍，將公司資金貸與他人、或為他人以公司資產提供擔保、保證或為票據之背書，致公司遭受重大損害者。五、依主管機關、相關單位提供或由本中心自行蒐集之事證資料，足認公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，基於公益目的，有提起訴訟之必要者。」由其中第 1 款至第 4 款可知，係以是否經檢察官起訴為其中一項判斷指標。此外，依該處理辦法第 4 條之規定：「有下列情形之一者，本中心得不提起本法第十條之一第一項第一款所定之訴訟：一、該事件之損害賠償請求權已罹於時效者。二、該事件所造成公司之損害在新台幣五百萬元以下者。三、該事件所造成公司之損害未達公司最近年度決算營業收入淨額百分之一者。四、該事件所造成公司之損害未達公司實收資本額百分之五者。五、由本中心提起訴訟顯不符公益者。」其中第二款至第四款則以損害額度為判斷指標，明定造成公司損害未達一定標準者，得不辦理之。；又依該處理辦法第 5 條之規定：「有下列情形之一者，本中心得不提起本法第十條之一第一項第二款所定之訴訟：一、訴請解任已無實益者。二、該事件所造成公司之損害在新台幣五百萬元以下者。三、該事件所造成公司之損害未達公司最近年度決算營業收入淨額百分之一者。四、該事件所造成公司之損害未達公司實收資本額百分之五者。五、由本中心提起訴訟顯不符公益者。」其中第 2 款至第 4 款亦同。

雖然，由上開處理規則可知投資人保護中心對投資人保護法第 10 條之 1 可能的操作標準為何，在何種情形下可能會主動提起代表訴訟或裁判解任董事或監察人之訴，但是否構成「重大損害公司行為或違反法令或章程之重大事項」其真正關鍵仍在於司法實務為實質認定時所採之態度與標準為何，目前尚且不得而知，在該條文所謂「重大」尚欠缺客觀標準的情況下，上市及上櫃公司之董監日後是否會陷入動輒面臨訴訟之困境，仍有待進一步觀察。

第四目 小結

投資人保護法第 10 條之 1 生效施行後，對於股東權益之保障將可更為周延，亦可督促公司管理階層善盡善良管理人注意義務與忠實義務，以及對相關法令之遵守，修正立意值得肯定，一旦發現上市或上櫃公司董事有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，投資人保護中心得不受公司法相關規定限制，而具有對董事的代表訴訟權及訴請法院裁判解任權，在具體個案中，應採取何種訴訟，僅行使一種，或雙頭併進，則由投資人保護中心之董事會依個案事實裁量決定；惟董事執行業務，並受有相當之報酬，理應為公司及股東盡責盡力，但若制度設計導致經營者畏於風險而怯於任事，恐亦非立法原意，如何謀求企業所有者與經營者兩者間之權益趨於平衡，而能兼顧經營者責任之強化與經營績效，仍為一個值得探討的公司治理課題。

第二項 以訴訟外之方式請求損害賠償

除前述於訴訟上請求損害賠償之方式外，公司亦可能於訴訟外與對公司應負責任之董事請求損害賠償，甚至與其達成和解。按民法第 736 條之規定，稱和解者，謂當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約；又按同法第 737 條之規定，和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解契約所訂明權利之效力。是故，有爭議者是，以減輕或免除董事對公司之責任為內容之和解，既可能有侵害公司及股東權利之問題，此時應以何者為有權作成決定之機關。

理論上而言，本於股東會作為公司最高意思機關之設計，是否與對公司應負責任之董事達成和解，甚至是免除其企業經營責任之一部或全部，應由股東會作成決定，但公司法第 202 條亦特別明文公司業務之執行，公司法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之；換言之，凡屬公司業務執行之事項，原則上理應由董事會決定之，然相關董事會免除董事責任或達成和解之不妥處在於董事會為董事自己決定責任免除與否，性質上屬於董事自己交易的行為，實為一種典型的利益衝突樣態，尤其是在應負責任者為現任董事之情形。其次，公司如依股東會決議，決定是否免除董事之賠償責任或達成和解者，依我國公司法第 174 條所規定「股東會之決議，除本法另有規定外，應有代表已發行股份總數過半數股東出席，以出席股東表決權過半數之同意行之」之多數決機制，將可能產生公司大股東結合人頭持股的優勢，藉由股東會的多數決，作成有利於己之決議的問題；就此而言，與賦予少數股東提起代表訴訟以追究董事責任之立法設計間，在某種意義上是相互衝突的。依法理嚴格言之，一旦有股東提起代表訴訟

追究董事責任時，公司則不宜有免除該董事責任或和解的意思表示，反之亦同，即公司如已有免除董事責任之意思表示或達成和解時，則不宜有為公司代為提起訴訟，追究董事責任之謂¹²⁹，參考日本公司法第 424 條（原商法第 266 條第 5 項），即規定須經「股東全體之同意」始得免除董事對公司之責任¹³⁰，以避免董事可能操作股東會決議以開脫自身責任。

由於和解本係解除董事之部分責任，而參酌美國德拉瓦州公司法第 102 條(b)項(7)款之規定：「除本條(a)項所規定之章程應記載事項外，董事因違反受託義務（Fiduciary Duty）致生對公司或對股東之損害賠償責任時，得依章程規定予以排除或限制之，但有下列情形之一者，則不在此限：（一）董事係違反忠實義務，對公司或對股東之責任；（二）董事非誠信的（not in Good Faith）或有意識的違法；（三）董事違反第 174 條所規定之事項（違法的盈餘分派、收買或償還股份等）；或（四）董事個人取得不當利益之交易。」¹³¹，以及日本公司法第 425 條第 1 項及第 426 條（原商法第 266 條第 7 項及第 12 項），其規定第 423 條第 1 項所規定董事對公司之責任（董事執行職務違反法令或章程，所致生之損害），若董事於執行職務時係善意且無重大過失者，得依股東會之特別決議減輕董事之賠償責任，惟其所免除董事責任之額度，係以董事應負責損害賠償總額扣除法定額度後之餘額為上限。如章程特別訂有授權董事會於「就該責任發生之原因、事實，並考量董事執行職務之狀況及其他情事後，認為有必要時，依其決議部分免除該董事責任」之規定者，得直接依董事會之決議，減輕該董事之損害賠償責任；惟基於本條項所作成限制董事賠償責任之董事會決議，依法應即通知股東，其所減輕董事責任之事實、理由、部分減免額度及其計算基準等依據，倘於指定期間內，遇有超過百分之三的股東提出異議時，則上述董事會決議不生效力；第 428 條則規定，董事因自己交易（同法 356 條第 1 項第 2 款所規定之為自己與股份有限公司進行交易）所生之責任，不得以其違反對公司之義務係不可歸責於該董事而免除，亦不得適用第 425 條及第 426 條之規定，故本文認為在我國法制上公司與董事之和解應受相當之限制，然由於我國法未如美國德拉瓦州公司法或日本公司法設有以章程、股東會決議或授權董事會為董事責任免除或減輕之規定，依現

¹²⁹ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究－檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，同前註 75，頁 213-214；洪秀芬，洪秀芬，公司對董事責任追究之探討－以股份有限公司董事之民事賠償責任為研究對象，同前註 39，頁 104。

¹³⁰ 会社法第 424 條：「前条第一項の責任は、総株主の同意がなければ、免除することができない。」

¹³¹ Del. Gen. Corp. Law §102(b)(7).

行公司法第 202 條之規定，難認董事會全無與應負責任之董事達成和解之權限，不可避免地將面臨利益衝突之問題，因此在處理上必須特別謹慎。

依循上開美國法與日本法之思考脈絡，關於董事對公司應負損害賠償責任之和解，如損害額明確，且董事負完全責任而不涉及責任之免除或減輕者，則無須經股東會決議，公司即得與應負責任之董事進行和解；惟如和解條件有涉及責任之免除或減輕部分責任者，則應限於違反善良管理人之注意義務之情形，而不包括因違反忠實義務或法律規定而生之損害賠償責任，尤其是董事有因不法行為而取得個人利益之情形，且除非章程對董事會另有授權，原則上應由股東會決議較為妥當，縱董事會有與董事達成和解之情形，股東會仍得為不同之決議；惟除章程另有規定外，股東會所為之決議可能無法對董事會產生拘束力，於相關法制規範缺乏之情況下，或可類推適用公司法第 369 條之 4 第 4 項之立法意旨，認為其行為對於股東不具拘束力，少數股東依公司法第 214 條第 2 項之規定提起代表訴訟之權利不因公司與董事間之和解而受影響，法院並得於具體訴訟中考量該和解條件對於公司及股東是否公平合理，是否有於訴訟上達成和解之可能。

至於公司與應負責任之董事進行和解時，應以何者為公司之代表？若應負責任者為卸任董事，應依公司法第 208 條第 3 項之規定，以現任之董事長為公司之代表。惟若應負責任者為現任董事之情形，則有公司法第 223 條：「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表」之適用問題。依通說見解，此時董事長就該法律行為無代表權，其代表公司與董事所為之法律行為，乃屬逾越代表權之行為，應類推適用無權代理之規定（民法第 170 條參照），非經公司之承認，對公司不生效力，又此處公司之承認，亦應由監察人為之¹³²。論者有認為公司法第 223 條所謂之「由監察人為公司之代表」其所指涉之範圍包括內部決議以及對外交涉均完全由監察人代表公司，蓋若內部決議仍由董事會為之而僅外部交易由監察人代表公司者，無從達到本條避免董事犧牲公司利益而成全自己或他人之立法意旨¹³³；亦有認為，依公司法第 202 條之規定，關於公司業務執行之決定為股東會或董事會之決議事項，故公司是否與董事為買賣、借貸或其他法律行為，仍應經公司內部機關進行評估，始得由監察人代表公司為法律行為¹³⁴，又從公司法第 223 條之規範目的而論，監察人對於交易條件及

¹³² 參閱劉連煜，現代公司法，同前註 13，頁 415；王文宇，公司法論，同前註 10，頁 326；柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 293；廖大穎，公司法原論，同前註 49，頁 192。

¹³³ 王文宇，公司法論，同前註 10，頁 325。

¹³⁴ 王志誠，董事自己交易規範之適用要件及範圍，台灣法學雜誌，第 130 期，2009 年 6 月 15

契約條款等交易內容，應得為合法性及妥當性之實質審查，若交易條件或重要內容無法達成共識，並有權拒絕該交易，不受董事會決議內容之絕對拘束¹³⁵。本文以為，應以後說為當，蓋監察人實際上並未參與公司經營，是否具有作成適當決策之能力，非無疑問；再者，監察人之席次少，相對於當選為董事，欲當選為監察人者更須大股東的支持，本身對於公司經營者之監督功能即可能有所折扣，尤其在監察人與應負責任之董事係屬相同派系時，監察人事實上可能無法發揮監督作用，此時倒不如讓董事會之其他董事，甚至是獨立董事能有參與董事會決議、集思廣益，以及表達反對意見之機會；在應負責任之董事迴避表決之情形下，亦能符合美國法上忠實義務之「整體公平」審查標準下，須由不具利害關係之董事作成自我交易決定之要求。是故，此時和解條件雖仍應由董事會與該應負責任之董事進行協商，但監察人對於和解條件之合理性亦有實質審查之權限，如其與董事會無法形成共識時，監察人得拒絕代表公司與董事進行和解。

至於在設有審計委員會以取代監察人之公司，依證券交易法第 14 條之 4 第 4 項之規定，公司法第 223 條之規定對審計委員會之獨立董事成員準用之，故此時應以審計委員會之獨立董事為公司之代表，與應負責任之董事進行和解；惟本文以為，為發揮審計委員會以會議之方式強化監督功能之立法目的，宜應先經審計委員會實質審查和解條件是否適當並決議通過後，再由審計委員會之獨立董事為共同代表。

日，頁 169。

¹³⁵ 王志誠，監察人之法律行為代表權，月旦法學教室，第 81 期，2009 年 7 月，頁 31。相同見解，亦可參閱廖大穎，公司法原論，同前註 49，頁 191-192；其認為公司法第 223 條之規範目的，因現行監察人制度無法有效防制董事與公司間交易所致生之利害衝突，或謂監察人代表公司，僅限形式上擔任該項交易之進行，而對其交易內容並未能作實質審查，使本條功能不彰，反而更容易隱藏有非常規交易之嫌，為人質疑是否為內藏玄機之交易。至於若監察人有數人時，是否須共同代表，學說及實務見解不一。學說見解有認為，公司法第 223 條所規定之法律行為代表權並非監察權，並無第 221 條之適用，若監察人有數人時，原則上應依民法第 168 條之規定，共同代表公司與董事為法律行為。（參閱柯芳枝，公司法論（下），同前註 1，頁 293；王泰銓、王志誠，公司法新論，三民書局書局，2006 年 10 月四版，頁 555。）亦有認為，數監察人中之一人單獨為公司之代表即可，無庸共同代表。（參閱劉連煜，現代公司法，同前註 13，頁 416。）經濟部 91 年 7 月 4 日商字第 09102132160 號函，則謂「公司法第 221 條規定：「監察人各得單獨行使監察權」準此，自無由數監察人共同代表公司……之可言」採取不須數監察人共同代表之見解。本文認為，應以共同代表說為當。

第四章 我國司法實務關於訴請董事為民事賠償之檢討

第一節 實務案例

本章節以台灣台北地方法院、台灣士林地方法院、台灣板橋地方法院、台灣新竹地方法院、台灣台中地方法院、台灣高雄地方法院，以及各該法院之上級法院為作為範圍，並以民法第 544 條及公司法上各該損害賠償之規定，以及公司法第 212 條、第 213 條以及第 214 條等責任追訴規定為關鍵字，搜尋近年來國內司法實務上關於董事違反對公司應負之義務，而由公司對董事訴請為民事損害賠償之訴訟，以及由股東所提起之代表訴訟，以分析我國相關法制於實務上之適用情形，並對其中較重要之判決個別提出評析；至於董事對第三人應負之責任，包括由投資人保護中心經投資人授權所提起之團體訴訟，則不屬於此處之探討範圍。

第一項 公司對董事之訴訟

第一款 突破通訊公司案（卸任董事）

壹、案例事實

本件原告為突破通訊股份有限公司（下稱突破通訊公司），被告丙○○自公司設立登記後擔任董事長，並於卸任後繼續擔任董事兼顧問；被告丁○○則於民國 92 年 6 月至 93 年 5 月擔任董事，並於 93 年 1 月至 93 年 5 月止擔任董事長。原告公司於本案中主張，被告二人應就其下列行為對公司負損害賠償責任：

1. 丙○○以出國洽公為由所向公司請領美金 10 萬美元（依當時之匯率，相當於新臺幣 3,485,000 元），除其僅就其中新臺幣 159,086 元以旅費名義沖銷外，出差日期及地點均不盡相符，其應依民法第 545 條、第 227 條、公司法第 23 條第 1 項規定對公司負損害賠償責任。
2. 丙○○以個人借支使用之名目向公司借貸二筆，並經時任董事長之丁○○予以核准，均迄未返還，應依民法第 478 條、第 227 條、公司法第 23 條第 1 項規定，對公司負損害賠償或返還借款責任；丁○○則應依第 227 條、公司法第 15 條、第 23 條第 1 項對公司負損害賠償責任。
3. 丙○○未經董事會決議與他公司簽訂合作契約，係與營業常規有異之行為：

丙○○未經董事會決議即與容碁公司簽訂合作研發契約，由公司提供 3,000 萬元之研發資金供該公司運作，其後並召集董事會決議將上開 3,000 萬元轉列為直接投資，以每股 10 元之價格認購之，惟原告公司實際上僅換得 3 萬股，有未依董事會決議執行此項投資之情形，且嗣後容碁公司發生跳票危機，經評估其投資價值需提列永久性跌價損失；其後亦以相同手法，未經董事會決議另與成立時間不到一年，資本額僅 100 萬元之天藝公司簽訂合約，並提供 3,000 萬元之研發資金，顯與營運常規有異，其後天藝公司因資金短缺而辦理解散登記，致使所有投資損失殆盡；對於上開 6,000 萬元之投資，丙○○應依公司法第 23 條第 1 項、民法第 227 條、第 184 條第 1 項後段、第 2 項規定對公司負損害賠償責任；丁○○對投資天藝公司之 3,000 萬元部分，應依民法第 184 條第 1 項後段負損害賠償責任，並與丙○○依民法第 185 條之規定連帶負責。

貳、法院判決

臺北地方法院 94 年度訴字第 2625 號判決認為，按受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告其顛末；受任人因處理委任事務，所收取之金錢物品及孳息，應交付於委任人；委任人因受任人之請求，應預付處理委任事務之必要費用，民法第 540 條、第 541 條第 1 項、第 545 條分別定有明文。次按公司與董事間之關係，除公司法另有規定外，依民法關於委任之規定，公司法第 192 條第 4 項亦著有明文。因此，如公司因董事之請求，而預付處理委任事務之必要費用，除於處理事務終結時，應明確報告其顛末外，並應將剩餘費用返還公司。又公司依公司法第 15 條規定固不得將公司資金貸與股東或個人，然違反者，其消費借貸契約並非無效，僅生公司負責人應與借用人連帶負返還責任，及如公司受有損害者，應負損害賠償責任而已。

本案中，丙○○因委任關係而向原告預支旅費，未結報沖銷之旅費，應依委任關係返還；借款部分，丁○○雖違反公司法第 15 條第 1 項規定，但丙○○與原告間之消費借貸契約仍屬有效存在，原告所得請求返還之依據，為消費借貸返還請求權及依公司法第 15 條第 1 項規定令丁○○就借款部分負連帶返還之責而已，且突破通訊公司並未證明丙○○預支上開旅費及借款，究致公司受有何項損害，其依公司法第 23 條第 1 項及民法第 227 條、第 184 條第 1 項及第 2 項損害賠償之請求，並無理由。

此外，原告公司與容基公司及天藝公司之二項投資案，雖事前未經董事會決議，惟其後於 92 年 2 月之董事會決議以每股 10 元直接投資容基公司，同日並決議以直接投資方式參與天藝公司之經營，投資每股之價格則待天藝公司現金增資時再作研議，復於 92 年 7 月 7 日董事會決議直接正式以轉投資方式參與天藝公司之經營，顯然業經原告董事會事後追認同意，應認丙○○事前未經董事會決議之程序瑕疵業已補正；又上開董事會決議以每股 10 元認購容基公司股份，但容基公司卻以每股 1,000 元計算原告之投資股份，並不獨原告之股份如此，因此並無損於原告之股權價值，且縱認容基公司有所錯誤，亦得要求容基公司更正之，要難謂公司因此即受有損害。按公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，公司法第 23 條第 1 項固定有明文，惟公司為營利法人，存在之目的，即在追求利潤，因此，除非公司負責人有違反忠實義務及善良管理人注意義務，不能以事後投資之成敗，來追究公司負責人之責任，應容許公司負責人於投資決策時有商業判斷之餘地。本件容基公司固然於 92 年底發生跳票危機，致該投資案被評列為永久性跌價損失，投資餘額為零元，而天藝公司現已辦理解散登記，但此皆為事後所發生之情事，突破通訊公司未能舉證證明被告於投資決策時，有違反忠實義務或善良管理人之注意義務，即尚難以事後投資虧損，而認被告等應負該虧損之責任。又天藝公司固於 91 年 8 月 12 日方設立登記，資本額僅 100 萬元，然此與該公司是否值得投資，並無必然之關聯，故不能以其成立不到半個月，丙○○即投資 3,000 萬元，而認為丙○○有違反忠實義務及善良管理人之注意義務。從而，其請求被告應就投資容基公司及天藝公司之損失，負損害賠償責任，並無理由¹。

參、評析

本件判決以公司法第 192 條第 4 項為依據，而認為公司與董事間之關係，係屬委任關係，故公司所預付處理委任事務之必要費用，其剩餘部分應依委任關係返還公司。又公司負責人違反公司法第 15 條第 1 項將資金貸與他人，其消費借貸契約仍為有效，僅公司負責人應與借用人負連帶返還責任；如公司受有損害者，應負損害賠償責任；本文以為在針對公司特定事務設有個別條文規定公司負責人或董事的損害賠償責任之情形，公司財產使用於所舉範圍內應視為公司之損

¹ 本案業經上訴，經臺灣高等法院 96 年度上易字第 454 號判決，以上訴為無理由駁回。

害，公司法第 15 條第 2 項並將之明定為公司負責人應負連帶返還責任，而借貸金額以外之其他損害，則應由原告公司負擔舉證責任。

又涉及注意義務之訴訟，重點應置於經營者作成決策當時，是否處於資訊充足的狀態，不能以事後所發生之情事作為推論；在本判決即明白指出，除公司負責人有違反忠實義務及善良管理人注意義務，不能以事後投資之成敗，來追究公司負責人之責任，應容許其於投資決策時有商業判斷之餘地，原告應就被告於作成投資決策時，有何違反忠實義務或善良管理人注意義務之事實負舉證責任。

第二款 台肥公司案（卸任董事）

壹、案例事實

本件被告係台肥公司前任董事長，其於民國 88 年間將公司資金違法借貸與子公司，並以大量逢低買進之方式炒作台肥公司股票，消息曝光後股價大跌，因台肥公司須認列各子公司持有台肥公司股票之價格損失而受有鉅額損失，而本案所涉及之爭議即是，被告應否就此依公司法第 23 條第 1 項、第 192 條第 4 項及民法第 544 條之規定，對公司負損害賠償責任。

本案中，台肥公司董事長為使用公司資金炒作台肥公司股票，首先於 88 年 9 月 6 日之臨時董事暨監察人聯席會議中，提案通過由台肥公司轉投資設立持股 99.9%、資本額各 2 億元之台塏實業股份有限公司等四家子公司（合則簡稱台塏等子公司）。復於 88 年 9 月 10 日之臨時主管會報中，主導決議「母公司計劃融資各子公司 10 億元進行投資業務」（下簡稱系爭決議），並於 88 年 9 月 22 日違背經濟部投資事業公股股權管理方案第 6 條第 3 項第 1 款第 4 目以及證券暨期貨交易委員會所制訂之上市公司資金貸與他人應行注意事項、有關上市公司資金貸與他人之補充規定，未經董事會決議，亦未事先報經國營會之許可，即命所屬相關員工辦妥上開貸與台塏等子公司各 10 億元之事項。88 年 9 月底，被告利用台塏等子公司名義，以分批、逢低買進方式，大量購買台肥公司股票，惟上開不法購買台肥公司股票消息於同年 10 月 13 日見報，致台肥公司股票股價跌停，除被告業於同月 12 日指示賣出之 4600 張台肥公司股票外，其餘股票均無法賣出，被告同日並遭行政院下令撤換，計上開買賣金額相抵共支付 18 億 9796 萬 7748 元，嗣股價持續下跌，迨至 89 年底，台塏等子公司按權益法認列投資之損失計

6 億 7819 萬 7000 元，造成台肥公司財產損失甚鉅，台肥公司爰依公司法第 23 條第 1 項、民法第 184 條第 1 項前段，公司法第 192 條第 4 項、民法第 544 條，請求被告為 6 億 7819 萬 7000 元之損害賠償。

貳、法院判決

本件首先經臺灣高等法院民事判決 93 年度重訴字第 50 號²判決認為，（一）關於公司法第 23 條第 1 項部分：該條文係於 90 年 11 月 12 日公司法修正時所增列，又本法修正條文，除第 373 條及第 383 條施行日期，由行政院定之外，其餘修正條文自公布日施行，公司法第 449 條復有明定。是故，上開公司法第 23 條第 1 項之規定，並無溯及效力，台肥公司基於公司法第 23 條第 1 項所為之請求權，即屬無據。（二）關於公司法第 192 條第 4 項、民法第 544 條部分：被告於 87 年 4 月至 88 年 10 月 13 日任台肥公司董事長，與台肥公司應屬委任關係，而受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責，民法第 544 條定有明文。經查，台肥公司主張其所受之損害，係因被告以台塏等子公司購入台肥公司股票之行為，致台肥公司股票價格下跌，台肥公司須認列台塏等子公司持有之台肥公司股票價格之損失。然而，台塏等子公司購入之台肥公司股票，除於 88 年 10 月 12 日賣出 4600 張外，其餘均未賣出，並未處分，即未實現損失或獲利，自應扣除系爭台肥股票所配發之股票股利、現金股利及系爭台肥股票現存之價格方能計算台肥公司之財產額有無減少，始能知悉台肥公司實際所受損害；倘將來處分系爭台肥公司股票所得價款高於其認列之投資損失，則應沖回其資產，即其損害即減少，故台肥公司主張以 89 年之認列損失為據，尚非可取；蓋台肥公司為上市公司，其股票價格每日均可能發生變動，是於系爭台肥股票實際處分完畢前，實無法結算台肥公司實際是否受有損害？其所受損害究竟若干？但於辯論終結時，為最接近法院得以審酌之時點，亦即台塏等子公司最有可能處分系爭台肥股票之時點，故以此時點，計算系爭台肥股票之損益情形，應較為公允。

² 本件係屬臺灣高等法院刑事庭依刑事訴訟法第 504 條第 1 項規定，將附帶民事訴訟以裁定移送於本院民事庭。台肥公司於民國 92 年 10 月 17 日向本院刑事庭提起附帶民事訴訟，係依被告犯罪所致損害之內容，對被告請求損害賠償，被告雖經本院 92 年度金上重訴字第 9 號刑事判決，認定其觸犯刑法第 342 條第 1 項背信罪部分無罪，惟仍認定被告觸犯修正前證券交易法第 171 條第 1 項之罪，而處以 2 年有期徒刑。

結論上，法院認為台肥公司依民法第 184 條第 1 項前段、第 184 條第 2 項（證交法第 155 條第 1 項第 4 款）為請求權基礎，業已罹於時效而消滅；被告縱處理台肥公司之委任事務有過失，或有逾越權限之行為，但因台肥公司未受有損害，而不得向被告請求損害賠償，其依公司法第 23 條第 1 項、民法第 544 條為請求權基礎部分，亦屬無據，所為各項請求均屬無理由，應予駁回。

本案經原告台肥公司提起上訴，並經最高法院民事判決 96 年度台上字第 15 號判決，判決廢棄原判決，發回台灣高等法院³；臺灣高等法院 96 年度重訴更(一)字第 4 號民事判決認為，（一）公司法第 23 條第 1 項之規定，並無溯及效力，台肥公司基於公司法第 23 條第 1 項為請求權基礎，請求被告負損害賠償責任，即屬無據。（二）關於原告依公司法第 192 條第 4 項及民法第 544 條請求被告賠償之爭點：法院認為，原告與台墾等子公司為有控制與從屬關係之關係企業，各為財務結構分開之不同公司法人。被告縱有違反公司法第 15 條第 2 項、經濟部投資事業公股股權管理方案第 6 條第 3 項第 1 款第 4 目及財政部 76 年 10 月 13 日台財證字第 15356 號函釋等規定，違法貸與資金與子公司之行為，亦僅台肥公司得請求台墾等子公司各別返還系爭貸與款項，台墾等子公司因系爭貸與行為所取得之款項在返還之前仍屬各該公司之資產，則台墾等子公司既係以各該公司之名義及資產購買系爭原告股票，所購得之原告股票嗣於系爭交易後跌價，核屬台墾等子公司各別是否受有損害之問題，尚難認與系爭貸與行為有何因果關係，況原告貸與台墾等子公司系爭款項，以年息 6% 按月計付利息，且台肥公司嗣於 89 年 6 月 29 日臨時董監事會議決議通過依台墾等子公司償還計劃，並於 89 年 12 月 31 日前全數收回系爭貸與款項 40 億元，是尚難認受有何損害可言；且購買股

³ 廢棄理由請參閱最高法院民事判決 96 年度台上字第 15 號判決：「……………惟按損害賠償之目的在於填補所生損害，故應回復其應有之狀態。本件被上訴人炒作台肥股票所致台肥股票跌價之同一行為，致上訴人及一般投資人受有損害，原審計算上訴人與一般投資人受有損害之時間點，何以前者係以事實審言詞辯論終結時，後者則以美國證券交易法有關操縱股價損害賠償金額相關規定，認應以被上訴人操縱行為結束起九十個交易日之日平均價格為計算標準？就上訴人主張應以起訴時或類推適用證券交法第一百五十七條之一第二項規定，以購買時起十日之日平均價格或參考美國證券交易法所規定以購買時起九十日起之日平均價格計算上訴人之損害何以摒棄不採？而以事實審言詞辯論終結日之價格計算其損害金額之立論依據何在？本件操縱消息披露後，至事實審言詞辯論終結日止，台肥股票價格之波動與被上訴人違背任務炒作台肥股票股價行為間之關連性如何？均未說明其取捨意見，已有可議。且損益相抵所稱之損害與利益，均應與責任原因事實有相當因果關係為要件，須損害與利益係基於同一原因而發生，始有其適用，倘所得利益與所受損害，並非基於同一原因或無相當因果關係，即無損益兼歸之問題，原審未說明台肥股票之回漲與被上訴人炒作股票行為間有何相當因果關係，遽認有損益相抵之適用，亦嫌疏略。上訴論旨，指摘原判決關於其不利部分為不當，非無理由。」

票之手續費及交易稅等亦為台塏等子公司所支付，而非台肥公司所支出，則台肥公司主張其受有手續費 3,469,703 元之損害，顯不足採。

又控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害者，應負賠償責任，控制公司負責人使從屬公司為前項之經營者，應與控制公司就前項損害負連帶賠償責任，公司法第 369 條之 4 亦有明文。至台肥公司主張係被告指示以台塏等子公司名義大量買進上開台肥公司股票予以炒作致於系爭交易後股價慘跌，係涉及被告為控制公司負責人是否使台塏等子公司為不利益之經營致受有損害，而應依上開規定對台塏等子公司負賠償責任之問題；台肥公司僅以其對台塏等子公司之持股比例將近 100%，逕認台塏等子公司之損失即為公司之損失，有違上述控制公司與從屬公司乃財務各別之不同法人格理論，難認有據。

又台肥公司主張其於 88 年及 89 年依權益法所認列投資台塏等子公司之損失，即為其所受損失，惟控制公司依權益法將各從屬公司每年發生之損益按持股比例認列長期投資損益，旨在使關係企業整體財務透明化供投資大眾參考，並非採從屬公司法人格否認之理論。況台塏等子公司就所購入之系爭股票，除於 88 年 10 月 12 日賣出 4600 張外，其餘分別於 96 年 1 月至同年 6 月間陸續出售完畢，其實際取得及處分之買賣價差（不含歷年股票股利之配發及現金股利之收入）為獲利 836,386,143 元，則依台肥公司主張之權益法亦須據上開實際處分價差收益按其持股比例調整其長期投資之帳面數額，故實難認其因台塏等子公司購買系爭股票而受有長期投資之損失。

結論上，法院認為被告指示以台塏等子公司名義購買系爭台肥公司股票之股價下跌，其直接受損害者為系爭股票持有人台塏等子公司。台肥公司肥就被告處理受委任事務有過失或越權致其受有損害之事實，復未舉出其他證據以實其說，則原告依公司法第 23 條第 1 項、第 192 條第 4 項及民法第 544 條請求為損害賠償，應為無理由。

參、評析

本件判決所涉及者是公司負責人將公司資金違法借貸與子公司，用以炒作台肥公司股票，按系貸與款項 40 億元包含利息在內已全數收回，故無民法第 15

條第 2 項損害賠償責任或連帶返還責任之問題，然有爭議者是，因消息曝光後股價大跌，台肥公司依法所認列各子公司持有股票之價格損失，是否得認為係台肥公司所受之損害，而應由被告就此依公司法第 192 條第 4 項及民法第 544 條對公司負損害賠償責任。本件法院就此爭議認為認為，原告與台墾等子公司雖為有控制與從屬關係之關係企業，但仍各為財務結構分開之不同公司法人，以台墾等子公司之名義及資產所購買股票之跌價損失，係屬各子公司是否受有損害，而得向控制公司依公司法第 369 條之 4 第 1 項請求損害賠償之問題，控制公司依法將從屬公司每年發生之損益按持股比例認列長期投資損益，旨在使關係企業整體財務透明化供投資大眾參考，並非採從屬公司法人格否認之理論，不得逕認台墾等子公司之損失即為公司之損失。

第三款 陸特股份有限公司案（卸任董事）

壹、案例事實

本件原告陸特股份有限公司（下稱陸特公司）主張，被告董事癸○○、丑○○、庚○○○等人違反忠實義務與善良管理人之義務，為直接圖利其負責經營之利特遠東股份有限公司（下稱利特遠東公司），未得股東會同意而逕自變更所營之電子買賣業，將台灣廠商之訂單移轉至利特遠東公司，再由該公司交貨於台灣廠商，公司由買賣變成賺取佣金之三角貿易居間者，而被告僅給予陸特公司 6.1% 之佣金，遠低於買賣毛利率 10.25%，短少 4.15% 之利潤收入，在一年半之期間，600 萬元資本額虧損為 85 萬元，持續虧損幾至無法經營，陸特公司爰以公司法第 23 條第 1 項及民法第 185 條競合主張，請求被告等人負連帶賠償責任。本件兩造所爭執者即是：連帶損害賠償之請求權基礎為何？我國法上是否有經營判斷法則之適用？是否構成民法上之侵權行為？被告等人是否違反忠實義務及注意義務？

貳、法院判決

在程序問題之部分，臺北地方法院 92 年度訴字第 4844 號判決認為，按公司擬對董事、監察人提起訴，應經東會決議行之，然訴訟提起時被告不具董事或監察人資格者，無經股東會決議之必要，本件訴訟係屬合法。

至於在實體部分，針對上述四個爭議問題進行審理後，法院最終認為原告請求被告等人負連帶損害賠償責任為無理由，其判決理由如下：

(一) 連帶損害賠償之請求權基礎為何？

公司法第 23 條第 1 項係指基於契約關係，而認符合公司法第 8 條所指之董事、監察人、經理人等公司負責人，與公司間有委任關係，應負委任契約所要求受任人之忠實義務與注意義務，並不具有侵權行為之性質；民法第 185 條第 1 項前段「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。」則係無契約關係而共同致他人權利或利益受損害之人負連帶賠償責任，原告公司既將兩者為競合主張，應係採侵權責任與契約責任之競合，實務見解採由當事人擇一主張之（最高法院 68 年台上字第 42 號判例），就侵權責任與契約責任競合採二個請求權之見解，二者在成立要件、舉證責任、賠償範圍、時效、權利讓與等均不相同，將之合併為一個請求權，尚有疑義。原告將此二者競合主張，而以公司法第 23 條第 1 項含有共同侵權行為性質認被告等應負連帶責任，與現行法律及實務見解不符，應非可採；且依民法第 272 條規定，連帶債務以法律規定或當事人約定而成立，公司法第 23 條第 1 項僅規定公司負責人應負損害賠償責任，並未規定應負連帶責任之文義，原告請求被告等人負連帶責任，與法律規定不符。

(二) 是否有經營判斷法則之適用？

被告雖援引美國法上之「經營判斷法則」（Business Judgement Rule）為抗辯，惟法院認為我國公司法未將經營判斷法則予以明文化，且該原則適用對象為公司董事，與公司法第 23 條、第 8 條所稱公司負責人包含董事、監察人、經理人等之規範主體並不相同。又「經營判斷法則」包含兩項法律原則，一為程序上之推定，一為實體法上之規則，前者指在訴訟程序上推定具有善意與適當注意，後者指公司董事在授權範圍內，以善意與適當之注意而為的行為，即便造成公司損害或損失，亦無庸承擔法律上責任；然我國程序法推定免責，應以法律明文規定者為限，又公司法上之董事係適用民法委任關係為規範，且受任人處理委託事件具有過失或逾越權限，委任人依委任關係得請求賠償，而公司法無具體排除此項規定適用之明文，是不能採用上開法則，仍應按原告之舉證情形分別審酌之。

(三) 是否構成民法上之侵權行為？

按民法第 185 條規定，係指數人共同不法侵害他人權利者，應負連帶賠償責任。所稱權利應指人格權與財產權之損害，關於利益之損失，即被害人直接遭受財產上不利益，而非因人身或者因物受侵害而發生之純粹經濟上損失，並非屬於

本條之所稱權利，而應以民法第 184 條第 1 項後段「故意以背於善良風俗為方法加損害於他人，亦同」規定規範之。本件原告主張所受之損害為公司可增加之利潤未增加而受有不利益，為純粹經濟上損失，並非公司財產權直接受有損害，此非民法第 185 條所定共同侵權行為保護客體，且原告公司經營政策改變，並非係違反國民善良風俗行為，亦不符合民法第 184 條第 1 項後段之規定。

（四）被告等人是否違反忠實義務及注意義務？

依公司法第 202 條規定「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」而被告等人將所營之電子買賣業變更，是為公司營運問題，原告未能具體證明何以應由股東會決議，而不得由董事決議行之；且董事會決議採行佣金方式為之，係經營政策問題，自不能因有虧損，即應由董事負責，原告應就董事圖利其他公司提出相當證據。

參、評析

依民法第 272 條之規定，連帶債務之成立，除當事人之明示外，以法律有明文規定者為限，而公司法第 23 條第 1 項及第 193 條第 1 項，均未有連帶責任之規定；又民法第 185 條第 1 項所稱「權利」係指人格權與財產權之損害，非因人身或因財產權受侵害而發生之純粹經濟上損失，非屬於本條所稱之權利，惟公司因經營者之不法行為所受之損害通常係屬純粹經濟上損失，並非公司財產權直接受有損害，又不符合民法第 184 條第 1 項後段「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人」，故在現行法上實難以令董事間成立連帶責任，立法論上有將連帶責任予以明定之必要。

本件判決中亦指出，不能因事後之虧損，即令董事就其經營政策負損害賠償責任，原告應證明董事於決策時有何圖利他人或欠缺注意之情形。又本件法院雖否定經營判斷法則之適用，但必須一提者是，在董事對公司之訴訟以外，**臺北地方法院 93 年度重訴字第 144 號判決**（中工電訊股份有限公司主張前任總經理執行業務違反善良管理人注意義務及忠實義務，並致公司受有損害，請求判決為損害賠償）及**臺北地方法院 96 年度訴字第 2105 號判決**（中華郵政股份有限公司之勞工代表董事請求類推適用公司法第 189 條及第 191 條撤銷董事會決議及確認董事會決議無效），法院於審查經理人是否有違反忠實義務或善良管理人注意義務，以及原告請求確認董事會決議無效，有無確認利益存在的部分，則肯定經營

判斷法則之適用，其認為：「審究我國公司法第 23 條第 1 項規定係源自英美法上之『Fiduciary Duty』即一般所稱之忠誠義務（受託義務），其可細分為三大類即注意義務（Duty of Care）、狹義忠誠義務（忠實義務、Duty of Loyalty）及其他義務（other duty）。注意義務約當於我國法上之『善良管理人注意義務』，即指公司負責人必須以合理的技能水準、合理的謹慎和注意程度去處理公司事務。因此，公司負責人在無其他忠實義務或其他相關法令之違反，而已盡其應有之注意義務，公司負責人之判斷縱然有錯誤或結果未如預期，公司負責人之經營判斷行為仍屬『經營判斷原則』下合理行為，亦即相當於我國法上已盡善良管理人之注意義務，自無庸就其經營管理行為對公司負損害賠償之責。法院認為公司負責人在經營公司時，若已經盡善良管理人之注意義務，惟因經營判斷錯誤，事後公司雖然發生損失，則仍不可反推公司負責人未盡其善良管理人之注意義務，此即英美法所謂『經營判斷原則』。依美國德拉瓦州最高法院對此法則之說明：經營判法則並非董事之行為標準，係司法機關審查董事行為（依我國法論即司法機關判斷公司負責人是否負善良管理人注意義務）之基準，並藉此避免事重加評斷（second-guessing）公司負責人之當初所為經營決定。據此我國法院在判斷公司負責人所為之營業行為是否符合『經營判斷法則』，似可採取與美國法院相同之營業標準，即（1）限於經營決定（a business decision）；（2）不具個人利害關係且獨立判（disinterested and independence）；（3）盡注意義務（due care）；（4）善意（good faith）；（5）未濫用裁量權（no abuse of discretion）。若公司負責人為經營行為當時若具備此五項經營判斷法則，則可推定其具善良管理人之注意義務，而無庸對公司及股東負損害賠償責任。」

第四款 台東區中小企業銀行股份有限公司案（卸任董事）

壹、案例事實

本件原告為台東區中小企業銀行股份有限公司（下稱原告公司），被告為其民國 83 年 6 月至 85 年 12 月間之董事長及 85 年 12 月至 89 年 11 月之常務董事丙○○，以及 85 年 12 月至 91 年 8 月之董事長乙○○。福壽建設股份有限公司（以下簡稱福壽公司）、寶祥建設股份有限公司（以下簡稱寶祥公司）與原告公司互為關係企業，均為被告丙○○之富隆集團旗下公司。福壽公司於 86 年 7 月將其所有位於北安路之某處房地，以新台幣 1 億 7,000 萬元售予寶祥公司，嗣寶祥公司以該房地向台新銀行設定抵押貸款，經台新銀行於 86 年 9 月間鑑價結果，

總值為 1 億 6,285 萬元；而本案所涉爭議者是，被告董事之行為是否構成非常規交易，而應否對公司負損害賠償責任。

本案中，原告公司嗣後向寶祥公司購買該北安路房地時，被告二人明知應依財政部證券暨期貨管理委員會訂定之「公開發行公司向關係人購買不動產處理要點」規定辦理，卻委託國泰不動產鑑定股份有限公司（下稱國泰公司）鑑價，並要求負責人黃夏威配合提高鑑定價格為 2 億 6,243 萬 9,723 元，其後乙○○並召開臨時董事會，依該鑑定報告書以 2 億 4900 萬元通過此項交易，部分款項並由寶祥公司回流至被告丙○○富隆集團旗下公司或人員帳戶。原告公司主張該交易係屬非常規交易，交易價格較依法設算之結果高出 7005 萬 9397 元，致原告公司受有該金額之損害，爰依民法第 544 條、第 535 條請求損害賠償，並依民法第 184 條第 1 項、第 185 條、第 197 條請求被告連帶損害賠償。

貳、法院判決

第一審臺灣臺北地方法院 94 年度重訴字第 638 號判決認為，依該次臨時董事會紀錄所載，當日出席董事含被告在內共 11 人，就購買北安路房地之議案係決議照案通過，僅有一名董事保留，參諸原告公司係專業銀行，其董事對於不動產行情理應有相當認識，不至於接受顯不合理之價格；而當日出席之 11 名董事中既有 10 名同意購買，即難認該價格顯不合理，且縱然董事會決議購買之價格確實偏高，亦難認係取決於被告二人之結果；且原告公司不能證明系爭房地當時市價為何，尚難證明其受有損害，其依侵權行為及委任關係之規定，請求被告給付 7005 萬 9397 元及其遲延利息，並無理由。

第二審臺灣高等法院民事判決 95 年度重上字第 352 號判決則認為，寶祥公司為原告公司之關係人，依「公開發行公司向關係人購買不動產處理要點」規定設算，購買系爭房地之合理價格應為 1 億 7894 萬 603 元，而被告竟以 2 億 4900 萬元購買，造成公司多支付 7005 萬 9397 元之損害，並認定其主觀上被具有故意。按公司負責人應忠實執行業務，並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任；又受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償責任；再因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任；數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任，公司法第 23 條第 1 項、民法第 544 條、第 184 條第 1 項前段、第 185 條分

別定有明文。本件被告原為公司之董事，與公司間有委任關係，依民法第 535 條規定，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，竟於勾結他人提高估價，致使公司受 7005 萬 9397 元之損害，其依侵權行為及委任關係之規定，請求為損害賠償，應為有理由。

第三審最高法院民事判決 97 年度台上字第 192 號則認為，83 年 2 月 15 日公布之「公開發行公司向關係人購買不動產處理要點」第 4 條第 1 款規定，已於 86 年 1 月 27 日修正為：「一、公開發行公司向關係人購買不動產，如按下列二種方法設算或評估不動產成本結果，均較交易價格為低者，即認定涉有非常規情事：(1) 按關係人交易價格加計必要資金利息及買方依法應負擔之成本。所稱必要資金利息成本，以公司購入資產年度所借款項之加權平均利率為準設算之，惟其不得高於財政部公布之非金融業最高借款利率。(2) 關係人如曾以該標的物向金融機構設定抵押借款者，金融機構對該標的物之貸放評估總值，惟金融機構對該標的物之實際貸放累計值應達貸放評估總值之七成以上及貸放期間已逾一年以上。但金融機構與交易之一方互為關係人者，不適用之。」(上開要點已於 91 年 12 月 12 日廢止)。本件台東企銀購買系爭房地係在條文修正後之 87 年 6 月 12 日，原審竟以修正前之規定「按前手交易價格加計必要資金利息成本」設算結果，認定合理價格為 1 億 7894 萬 603 元，而台東企銀實際以 2 億 4900 萬元購買，致受有損害 7005 萬 7397 元，已有未合，原判決廢棄發回台灣高等法院。

參、評析

本案中，原告台東區中小企業銀行股份有限公司與寶祥公司進行系爭房地交易時，董事丙○○同時為寶祥公司所屬富隆集團之負責人，實則相當於英美法上忠實義務之下，具有共同董事之公司間交易，亦屬利害關係人交易之類型—交易雙方均為公司或商業組織，但有董事兼任雙方公司或商業組織之董事，且該董事並積極地參與交易過程之協商談判，而失其獨立性及中立性，對於其中一方有所偏好，其行為應適用「整體公平」(Entire Fair)之嚴格司法審查標準。然而，我國公司法對於利害關係人交易行為之規範，是以公司法第 223 條(以監察人為公司之代表)以及第 206 條準用 178 條(表決權迴避)之限制作為基礎，但前者純以董事與公司為交易行為作為規範對象，將無法顧及類似本案的情形，爭點反而大多放在注意義務之違反上面。

實言之，忠實義務概念的引進，僅在法條上加上忠實二字是不夠的，必須由實質觀點去認定是否構成利害衝突，而非如我國公司法第 223 條之規定極易受到規避；且應劃分董事行為之種類，對於可能導致利益衝突之行為明白規定其要件與程序，否則可預見的將是原告在請求上以及法院在司法審查上的困難。

第五款 奇盟實業股份有限公司案（卸任董事）

壹、案例事實

本件原告奇盟實業股份有限公司（下稱奇盟公司）主張，被告甲○○自 86 年 1 月起至 90 年 12 月止擔任董事長兼總經理，被告乙○○則於 89 年 2 月 1 日起至 90 年 12 月 9 日之期間為奇盟公司之董事，被告二人應就下列行為，依民法第 184 條、第 185 條侵權行為及第 554 條違背委任義務、債務不履行不完全給付之規定，對公司負損害賠償責任：

1. 甲○○及乙○○將他公司為抵付對奇盟公司所欠借款，而信託登記於乙○○名下之 2,300 張奇盟公司股票，共同出售於第三人，並分別得款各 50 萬元歸為己有，致生損害於公司之財產。
2. 甲○○違反公司法第 15 條第 2 項之規定，連續借款金額共計 1600 萬 1560 元予第三人上泓實業股份有限公司，嗣因其經營不善，無力償還，致公司受有前開金額之財產上損害。
3. 甲○○個人積欠借款債務 400 萬元，竟以法定代理人之名義，代表奇盟公司與債務人（萬寶龍股份有限公司）簽立該切結書，記載奇盟公司向其借貸 400 萬元，屆期不還，得由債務人自積欠原告公司之貨款中抵扣，使被告甲○○免除該筆債務，轉由原告公司承擔，致生損害於原告公司之財產。

貳、法院判決

本件經高雄地方法院 94 年度重訴字第 220 號為第一審判決，程序方面，被告抗辯其為公司董事，應依公司法第 213 條之規定由監察人提起，且股東臨時會縱有決議，亦應由監察人召集之，故原告公司以公司法定代理人之名義提起本訴，自不合法，然法院認為按公司法第 213 條規定，公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人。此立

法理由乃為免以董事為董事會成員，甚或起訴之對象即為董事長，若訴訟當事人為公司與董事，雙方處於利害相反之地位，自不能仍由董事長代表公司提起訴訟；按被告二人業於 90 年 12 月間請辭董事職務，而奇盟公司係於 94 年 1 月 25 日提出本件訴訟，被告二人當時已無董事身分，奇盟公司對其起訴自無須經股東會決議，並可由公司法定代理人逕行提起本訴。

至於實體請求方面，法院認為被告甲○○、乙○○盜賣信託登記於被告乙○○名下之原告公司股票並得款 100 萬元，致公司受有 100 萬元之損害；另被告甲○○違背職務將原告公司資金貸予上泓公司致公司受有 1600 萬 1560 元之損害；另被告甲○○違背職務及受任人之義務，以個人債務簽立切結書抵償萬寶龍公司之負債 400 萬元，致公司受有 400 萬元之貨款損失，然被告甲○○已清償 50 萬元之個人借貸，則公司尚有 350 萬元之貨款損害，奇盟公司以共同侵權行為及債務不履行之法律關係提起本件訴訟，自為有理由。

參、評析

本件法院認為被告二人業已請辭董事職務，本件訴訟提出時，被告二人已無董事身分，奇盟公司對其起訴自無須經股東會決議，並可由法定代理人逕行提起本訴，惟本文以為董事責任之追究，雖屬董事會之權限範圍，但不屬於公司營業上之事務，並非準用公司法第 57 條之董事長權限，董事長仍不得未經董事會決議而自行決定對董事提起訴訟。

第六款 聯上生物科技股份有限公司案（卸任董事）

壹、案例事實

本件被告乙○○原擔任原告聯上生物科技股份有限公司（下稱聯上公司）董事長，其涉有處理業務事項，例如增設辦事處、租賃辦公大樓、租用車輛、外聘美容顧問、變更公司營業項目、經營美容醫學健檢中心等，未依公司內部控制等規定依法召開股東會或董事會；以高薪外聘之業務、特助及顧問等，領薪卻未上班工作，又不當浮濫花費交際餐費元、利用職務之便不當捐贈中美文協美金 5000 元以及國際和平禁毒基金會美金 18,000 元，其後並指示與全省素食之家公司及卡丁公司解除前開房屋及汽車租賃契約，因此造成保證金遭出租人沒收之損害

475 萬元，原告公司認為係屬逾越權限或未忠實執行業務、違反善良管理人注意義務之行為，爰依民法第 184 條、第 185 條侵權行為及同法第 535 條、第 544 條委任之法律關係及公司法第 23 條請求負損害賠償之責任。

貳、法院判決

臺北地方法院 95 年度重訴字第 1444 號判決認為，本件美容醫學健檢中心案，非屬公司營業政策重大變更行為，經董事會決議通過即可；又被告乙○○於與素食之家公司簽訂房屋租賃契約，以及與卡丁公司簽訂車輛租賃契約，承租賓士車四輛之行為，依乙○○權限表之規定，由董事長決定即可，毋須經董事會決議，且租用之價格並未過高，租用之房屋及車輛均作公務上使用，並未損害公司之利益，故聯上公司不得請求被告賠償所支付之租金。

惟被告乙○○指示與全省素食之家公司及卡丁公司解除前開房屋及汽車租賃契約之部分，法院認為所謂善良管理人義務即依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意。而所謂忠實義務，即公司負責人因受公司股東信賴而委以特殊優越之地位，故於執行業務時，自應本於善意之目的，著重公司之利益，依公司規定之程序做出適當之經營判斷，避免自身利益與公司利益相衝突。被告乙○○為聯上公司之董事長，對於簽訂或解除契約金額在 5000 萬元以下者，雖有決定之權限，但系爭房屋租賃契約每月租金 25 萬元，另押租保證金則為 75 萬元，系爭車輛租賃契約之租金每月 48 萬元，保證金則達 400 萬元，因公司當時財務狀況不佳，具有相當知識及經驗之公司負責人對於公司資金之運用更應注意審慎為之，乙○○於決定租用系爭房屋及車輛後僅一月餘，即貿然終止租約，顯見其租用系爭房屋及車輛之決策未經審慎評，致公司受有保證金被出租人沒入之損害，在執行前開業務時，顯未盡善良管理注意義務，依民法第 544 條、第 184 條第 1 項前段及公司法第 23 條第 1 項，應負損害賠償責任；至於其餘聯上公司所主張被告之行為，則均非逾越權限、未忠實執行業務或盡善良管理人之注意義務之行為，亦無不法侵害原告公司權利行為可言，其請求非有理由。

參、評析

本案中，法院認為所謂善良管理人義務，係指依交易上一般觀念，有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意，惟關於注意義務違反之審查，其重點應置於經營

者作成決策當時，是否處於資訊充足的狀態。本案中，法院卻僅以「決定租用系爭房屋及車輛後僅一月餘，即貿然終止租約」而認為其租用系爭房屋及車輛之決策未經審慎評，顯未盡善良管理注意義務，本文以為並不妥當。

第七款 祥順電機股份有限公司案（卸任董事）

壹、案例事實

本件被告於民國 93 年 3 月 23 日至 96 年 3 月 22 日期間，擔任原告祥順電機股份有限公司（下稱祥順公司）之董事長，惟於該期間內，為祥順公司申報 94 年度營利事業所得稅款時，故意短報利息收入、虛報營業成本，逃漏所得稅與營業稅，以致遭國稅局罰款總計 57 萬 7736 元，對公司造成嚴重之損失，祥順公司爰依民法第 184 條、第 544 條及公司法第 23 條第 1 項之規定，提起本件訴訟。

貳、法院判決

臺中地方法院 98 年度訴字第 450 號判決認為，按股份有限公司與董事間之關係，除公司法另有規定外，依民法關於委任之規定。公司法第 192 條第 4 項定有明文。是董事長與其所代表之法人間具有契約，其契約性質乃與委任契約類似，可謂係法人與董事間之類似委任契約之一種無名契約。又受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責。民法第 544 條定有明文。公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。公司法第 23 條第 1 項亦定有明文。本件被告於擔任董事長之期間，本有忠實為公司辦理申報營業稅、營利事業得稅及代為繳納稅款之義務，並應盡善良管理人之注意義務，惟其卻故意虛列營業成本、短漏報未分配盈餘、虛列進項憑證，顯違忠實執行業務而未盡善良管理人之注意義務，致有違背其契約責任，並造成祥順公司被處罰鍰 57 萬 7736 元之損害，公司基於債務不履行損害賠償請求權之法律關係，為有理由，應予准許。

參、評析

本件判決所涉及者是，董事執行公司業務，違反法律規定，致公司遭主管機關裁處罰鍰而受有損害。法院認為董事應誠實為公司辦理申報營業稅、營利事業得稅及代為繳納稅款，以應盡其善良管理人之注意義務，就其損害公司得依公司法第 23 條第 1 項之規定，請求董事為損害賠償。

類似案例亦可見於峰緯通風機械股份有限公司案（臺灣高等法院 97 年度上字第 259 號判決），被告董事涉有指示會計人員就某些交易不必開發票，而有漏報銷售額之情事，致公司於被告卸任後，遭稅捐機關裁罰，法院亦認為：「被告自 79 年間起擔任董事長一職，有關公司營業是否依法開立憑證及嗣後之稅捐申報等業務之監督，自屬其業務之範疇，而營利事業應按規定繳納稅捐，除了稅捐法規有明文規定外，亦為公眾周知之事實，被告擔任董事長十餘年，自難諉為不知。從而，其指示會計人員短漏開發票，嗣後並於申報稅捐時漏報銷售額，實已違反公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，故公司依公司法第 23 條規定訴請損害賠償，即屬有據。」

第八款 中友船舶貨物裝卸承攬股份有限公司案（卸任董事）

壹、案例事實

本件原告為中友船舶貨物裝卸承攬股份有限公司（下稱中友公司），被告為其卸任董事（長），所涉及之爭議者是被告因拒不交付公司所有之支票於新任董事長，致逾發票日一年未提示，使公司喪失向發票人請求給付票款之權利，應否就此對公司負損害賠償責任。

本案中，被告於民國 89 年間擔任中友公司之董事長時曾出賣黃金一批予訴外人黃浩偉，並收受 2,702 萬 2,280 元之支票二十五紙以為價金之支付，被告嗣後將支票移交接任董事長丁○○；其後被告再度獲選任為董事長，並指派甲○○為總經理，丁○○則於辦理移交將上開支票交付甲○○保管，並由甲○○移交予被告。其後，中友公司之母公司即中國貨櫃運輸股份有限公司於 89 年 10 月 20 日臨時股東會決議解任法人董事即萬眾投資股份有限公司（自然人代表之一為被告），俟新任董事長丙○○欲與被告辦理交接時，被告卻避不見面，拒不交出前開支票，此等支票因逾發票日一年未提示，導致中友公司喪失向發票人黃浩偉請求給付票款之權利，且被告代表中友公司出賣黃金時並未簽訂任何書面買賣契約

文件，故中友公司亦無從依原因關係向買受人黃浩偉求償，遂受有 2,702 萬 2,280 元之損害，遂依公司法第 192 條第 4 項規定、民法第 535 條、第 541 條第 1 項、民法第 544 條等規定，提起本件訴訟請求被告負賠償責任。

貳、法院判決

第一次更審時，臺灣高等法院民事判決 95 年度上更（一）字第 97 號⁴判決認為，系爭支票業經被告董事保管，按公司與董事間之法律關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。又受任人因處理委任事務，所收取之金錢、物品及孳息，應交付於委任人，公司法第 192 條第 4 項、民法第 541 條第 1 項分別定有明文；而中友公司既於 89 年 10 月 20 日更異經營團隊，解任被告之法人董事職務，並請求交付保管之系爭支票，其自有交還義務，因遲未交出，致逾一年之付款提示期間，而不能行使其票據上之權利，難謂中友公司未受損害；縱認其係無償受任保管系爭支票，依民法第 535 條規定僅負與處理自己事務同一之注意義務，惟其受通知管領系爭支票後，至今猶無法說明支票去處，顯然未盡受任人之注意義務，致中友公司受有上開票款之損害，據以主張被告董事處理委任事務有過失，請求負損害賠償責任，應屬有據。

本件經被告董事對更審判決提起第三審上訴，再經最高法院 97 年度台上字第 138 號判決，廢棄原判決發回台灣高等法院⁵，最終臺灣高等法院民事判決 97 年度上更（二）字第 25 號判決認為，按民法第 544 條規定：受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責；該損

⁴ 本件第一審臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 4230 號判決認為，原告中友公司提出之證據，未能證明被告曾基於董事地位保管支票之事實確屬存在，則其主張被告違反委任契約關係之注意義務而應依民法第 544 條之規定負賠償責任，為無理由，應予駁回。

經原告中友公司上訴第二審，台灣高等法院 93 年度上字第 960 號判決維持第一審判決，原告不服而再提起第三審上訴，經最高法院民事判決 95 年度台上字第 1021 號判決廢棄原第二審法院判決，發回台灣高等法院。

⁵ 廢棄理由參閱最高法院 97 年度台上字第 138 號判決：「按損害賠償請求權，以受有實際損害為成立要件，倘無損害，自不發生損害賠償請求權。本件系爭支票，被上訴人既主張係出賣黃金而由黃浩偉作為價金所支付，則系爭支票尚未兌現時，黃浩偉實際尚未支付買賣價金予被上訴人，被上訴人仍得向黃浩偉請求給付該價金，而被上訴人既自承未向黃浩偉請求給付該價金，復未查黃浩偉有無資力及其存款帳戶內有無資金，顯未證明其請求是否確無效果，能否僅以上訴人未交出系爭支票，遽認被上訴人已受有該價金終局之實際損害？尚非無疑。其次，苟認因上訴人未交出系爭支票致被上訴人受有未能及時取得該票款之損害，亦必系爭支票之存款帳戶內於系爭支票合法提示期限內存有該支票足額款可供兌領始足當之，若系爭支票於當時本無兌現之可能，能否遽謂被上訴人因上訴人未交出系爭支票而受有實際之損害，並二者間有相當因果關係存在？亦待澄清。原審未違詳予勾稽推究，遽以前述理由，為不利於上訴人之論斷，尚嫌速斷。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，不能認為無理由。」

害賠償請求權，以受有實際損害為成立要件，倘無損害，即不發生損害賠償請求權。經查系爭支票尚未經提示兌現時，黃浩偉實際即尚未支付買賣價金，故中友公司仍得向其請求給付該價金，且黃浩偉並非無財產之人，即未證明其對黃浩偉請求已確無效果，尚未能僅以被告董事未交出系爭支票，遽認中友公司已受有上開價金終局之實際損害；又查荷蘭銀行所檢送黃浩偉在該行之甲存帳戶交易明細表，亦未能認該帳戶內於系爭支票合法提示期限內存有足額存款可供兌領，中友公司並未證明系爭支票於當時有提示兌現之可能，即未能謂其因被告董事未交出系爭支票而受有實際之損害，並二者間有相當因果關係存在，其依公司法第 192 條第 4 項及民法第 541 條第 1 項、第 544 條規定，請求為損害賠償，應為無理由。

參、評析

按公司法第 192 條第 4 項之規定，公司與董事間之法律關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定，故受任人因處理委任事務，所收取之金錢、物品及孳息，應依民法第 541 條第 1 項交付於委任人；本案中，雖被告因遲未交出支票，致逾一年之付款提示期間，而使公司不能行使其票據上之權利，顯然未盡其善良管理人之注意義務，然損害賠償請求權，以受有實際損害為成立要件，故公司在訴請董事為損害賠償時，仍應就其所受之損害負有舉證責任；以本案為例，法院即認為原告中友公司應證明系爭支票於當時有提示兌現之可能，始能謂其因被告未交出系爭支票而受有實際之損害，否則其請求仍為無理由。

第九款 台欣生技公司案（卸任董事）

壹、案例事實

本件原告為台欣生物科技研發股份有限公司（下稱台欣公司），被告乙○○原為第一、二任董事長兼總經理。本件爭議在於，原告所主張被告乙○○「將以技術出資之技術再授權原告公司使用」、「購入不堪使用之冷凍乾燥機」、「未經董事會決議委託力傑公司設計、製造 Oral-B 品牌電動牙刷」、「未經董事會決議向舒美公司訂購電動牙刷」、「未經董事會決議，以公司之費用為美國 Syntro 公司訂購血壓計、血糖測試片之包裝盒、使用說明書」、「處理血糖測試片、血

糖測試儀銷售不當」、「出具承諾書保證獲利未履行」等行為，是否對公司造成損害而應對公司負損害賠償責任。

貳、法院判決

本案經第一審**臺灣新竹地方法院 91 年度重訴字第 192 號**判決，在程序之方面，台欣公司起訴時，以本件訴訟涉及公司與原董事（長）間之訴訟，依公司法第 213 條之規定，於 91 年 7 月 9 日第 1 次股東臨時會特別通過決議由監察人對被告提起民、刑事訴訟，而由監察人戊○○代表原告提起本件民事訴訟。嗣因司法實務相關案例，如**最高法院 85 年度台抗字第 341 號**裁定認依公司法第 213 條、第 214 條第 1 項規定，得由監察人代表股份有限公司為訴訟之人，僅以股份有限公司與董事間所生之訴訟為限；**最高法院 86 年度台抗字第 624 號**裁定：「本件相對人雖原為再抗告人公司之董事長，但於 86 年 7 月 5 日股東臨時會改選董事監察人之結果，已失去董事之身分，有該會議紀錄為憑。是再抗告人於 86 年 7 月 18 日聲請本件假處分時，相對人既無董事之身分，是否仍屬『公司與董事間訴訟』，即非無疑。」並主張依現行公司法第 202 條之規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」，對非董事之股東提起訴訟，並無應由股東會決議之法律規定，則「應」由董事會為決議行之，即縱股東會仍為決議，僅具參考或建議價值，故變更本件原告法定代理人為王秀珍（君展投資有限公司法人股東代表）⁶，並經法院認為係屬合法。實體部分，法院認為被告前述行為並未造成台欣公司之損害，其以公司法第 23 條第 1 項、第 2 項、第 34 條、民法第 535 條、第 544 條、第 542 條、第 184 條第 1 項前段之規定及相關契約之約定為據之請求，均為無理由，因而駁回台欣公司之全部請求。

原告台欣公司不服第一審判決而提起上訴，並經**臺灣高等法院 97 年度重上字第 38 號**判決，就台欣公司與美國 Syntro 公司簽訂技術買賣契約之 4,608 萬 3,950 元部分，原告主張被告董事乙○○主導美國 Syntron 公司於 88 年 11 月 30 日與其簽訂一份回溯自 88 年 10 月 1 日生效之技術買賣契約，其約定美國 Syntron 公司以 150 萬美元將其所有之專利權與四種試劑技術出賣予台欣公司，並保證出賣時為上開技術財產權之所有人，且未設質於他人。台欣公司分三次將款項匯寄

⁶ 台欣生物科技研發股份有限公司於 91 年 7 月 9 日 91 年第 1 次股東臨時會及第 3 屆第 1 次董事會推選君展投資有限公司（法人股東代表王秀珍）為第三任董事長。

予美國 Syntron 公司，加計匯款手續費、郵電費等 1,950 元，總計 4,608 萬 3,950 元，其後始發現被告董事早於 88 年 3 月 25 日即代表美國 Syntron 公司將該專利權設定擔保予 BD 公司並辦竣擔保登記，損害原告台欣公司之權益，法院認為就此部分事實，原告公司依民法第 544 條所為請求，為有理由，惟其餘各項請求則仍屬無據。

參、評析

本案是少數曾由股東會作成對董事提起訴訟之決議，並由監察人代表公司提起之民事訴訟，惟本件被告已不具董事之身分，而非屬公司與董事間之訴訟，本文認為股東會對董事責任追究之權限雖不因董事卸任而喪失，但董事會亦得自行決議對董事提起訴訟，二者對此所為之決議如有衝突，依公司法第 193 條第 1 項之規定，董事會應遵守股東會有權所為之決議事項，本案中原告變更法定代理人為新任董事長，亦經法院認為係屬合法。

第十款 安培企業股份有限公司案（現任董事）

壹、案例事實

本件訴訟，係由安培企業股份有限公司（下稱安培公司）繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三之股東林美雲，依公司法第 214 條之規定，以書面請求原告公司監察人乙○○為該公司對董事即被告甲○○提起訴訟，監察人乙○○則依公司法第 213 條規定，應該股東之請求而提起本件訴訟。

本件被告甲○○原擔任安培公司之董事長，於民國 97 年 10 月 22 日卸任後，仍擔任董事之職務，原告公司主張其下列行與法不合，致公司受有損害，爰依民法第 541 條、第 542 條、第 544 條規定，請求給付 1658 萬 8000 元，同時併為主張民法第 174 條第 1 項無因管理損害賠償請求權、民法第 179 條不當得利返還請求權，以及民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項侵權行為損害賠償請求權：

1. 自民國 98 年 1 月起至 10 月止，合計溢領報酬 200 萬元；
2. 擔任董事長之期間內，以公司名義簽發面額為 149 萬元及 1 萬元之支票二紙，用以購買高爾夫球場會員證；

- 卸任董事長職務前一日向公司支領退職金美金 40 萬元，並由安培公司匯入其海外帳戶，以匯款時匯率 32.72 換算即新台幣 1308 萬 8000 元。

貳、法院判決

臺中地方法院 98 年度重訴字第 144 號判決認為，關於溢領系爭薪資部分，安培公司之章程並無定明董事長之報酬、退職金，惟明訂不論有無盈虧均須支付董事報酬，而安培公司於 92、91、90 年曾經股東會議定董監事報酬為 100 萬元，且被告董事尚未領取，其抗辯自 97 年 1 月至 97 年 10 月支領之 200 萬元，乃補領先前未支領之董事報酬，應可採信，故其領取該 200 萬元之董事報酬，自屬有法律上之原因，難認係不當得利；亦無原告所指無因管理、侵權行為之情事，原告依民法第 174 條第 1 項無因管理，第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項侵權行為之規定，請求被告返還該 200 萬元，是為無理由。

關於高爾夫球球證部分，按公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之，公司法第 202 條定有明文。是若公司有以高爾夫球敘拓展公司業務之必要，誠屬廣義公司業務執行之一環，且高爾夫球證（即會員資格）價格高昂，若安培公司確有購買高爾夫球證供董事拓展業務使用，即應由董事會決議行之。被告以安培公司簽發之支票購買系爭球證供己使用，目前並占有系爭球證，得繼續使用，自屬受有利益，並因而致原告受有損害，原告依不當得利請求被告返還 150 萬元為有理由。

關於退職金之部分，股份有限公司與董事間之關係，為委任關係，非僱傭關係，無勞動基準法退休金相關規定之適用，故系爭退職金之性質應非退休金。所謂董事之報酬，應係指董事為公司服務應得之報酬而言，且不侷限於董事任職期間所領取之報酬，而應就其給付性質上觀之，凡客觀上得視為董事為公司服務所取得之委任對價，均應歸屬於公司法第 196 條所稱之董事報酬，而須經股東會決議，縱其係於離職後始能領取者亦同。如此方能避免董事間以酬勞之給付係於董事離職或退休後所領取，非屬上開公司法所定之董事報酬，而達迴避應經股東會監督之制度設計目的。是依公司法第 196 條之規定，系爭退職金之給與與否、額度如何等，自應由股東會議定之，且股東會係以決議為其意思表示，並於決議通

過時始生效力，自無事後追認之情事⁷，被告支領系爭退職金既未經股東會事前決議同意，難認其有權受領該筆款項，安培公司基於不當得利之法律關係請求被告該筆退職金為有理由，應予准許。

參、評析

按董事報酬之決定，應經合理之程序，由不具利害關係之董事、董事委員會或股東會，在資訊充足之情況下作成決定，此為英美法上忠實義務之要求，而依我國公司法第 196 條之規定，報酬給予與否、額度為何，應由股東會議定之，並於決議通過時始生效力，不得事後追認。此外，法院亦認為所謂之「報酬」應就其給付性質觀之，凡客觀上得視為董事為公司服務所取得之委任對價，均應歸屬於公司法第 196 條所稱之董事報酬，不侷限於任職期間所領取者，故系爭退職金亦應受其限制，如此方能避免董事間以酬勞之給付係於離職或退休後所領取，而迴避應經股東會監督之制度設計目的，此項見解值得肯定。

第十一款 明日世界電腦股份有限公司案（現任董事）

壹、案例事實

本案原告為明日世界電腦股份有限公司（下稱明日世界公司），其起訴請求現任董事長乙○○應就下列行為對公司所造成損害，負損害賠償責任：

1. 未經股東會或董事會決議而受讓第三人明樣國際科技股份有限公司之全部營業，對公司營運產生重大影響且致嚴重虧損，違反對公司應負之忠實義務；
2. 違背董事競業禁止義務，私自成立其他公司而經營公司營業範圍內之項目，並利用公司資金支出其他公司之管銷費用，致其負擔不必要之費用；
3. 國內爆發急性呼吸道症候群（SARS）疫情期間，不當調漲口罩之販售價格，因違反公平交易法第 24 條之規定，致公司須在報紙上刊登大幅道歉啟事，並受公平交易委員會處新臺幣 2,000,000 元之罰鍰；
4. 民國 94 年 2 月間銷售侵害商標權之偽品，致公司須支付 50,000 元之和解金；

⁷ 公司法第 196 條於 98 年 1 月 21 日亦修正公布為同條第 1 項：「董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定，不得事後追認。」

5. 違反公司法第 218 條之規定，拒絕監察人查核公司簿冊文件，致監察人監察權之行使受到妨礙，無法掌握公司之實際財務狀況，影響公司正常營運。因而對乙○○人等起訴請求賠償，

此外，為明瞭公司所遭受損害之實情及損害之範圍，明日世界公司並對公司之營業報告書、董事會議事錄、股東會議事錄及佳佳公司、一太公司之財務報表、會計憑證、財產目錄、應付款項及其他流動資產明細、應收帳款餘額明細、稅捐申報書及繳稅證明、帳簿、與第三人間之契約等聲請證據保全。

貳、法院判決

就聲請證據保全之部分，原法院於士林地方法院 95 年度聲字第 132 號裁定以明日世界公司之法定代理人甲○○未釋明其代表公司對董事長乙○○為訴訟行為之依據，經裁定限期命其補正後，仍未於期限內補正甲○○之法定代理權，應認其聲請要件有所欠缺為由，裁定駁回抗告人保全證據之聲請；聲請人不服而提起抗告，抗告法院以台灣高等法院 95 抗字 505 號裁定認為，按股份有限公司之監察人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人，固為公司法第 8 條第 2 項所明定，但此係該法總則之一般規定，關於公司與董事間之訴訟，該法第 213 條另有特別規定，自應優先適用。又公司法第 213 條規定「公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人」，係規定於同法第 212 條：「股東會決議對於董事提起訴訟時，公司應自決議之日起三十日內提起之」之後，是公司法第 213 條所謂公司與董事間之訴訟，當指同法第 212 條所定經股東會決議對於董事提起之訴訟而言；且股東會為公司最高意思機關，公司應否對董事提起訴訟，自當由其意思機關之股東會依法作成決議或法定比例以上股東之書面請求。至監察人行使監察權，如認董事有違法失職情事，僅得依同法第 220 條召集股東會，由股東會決議是否對董事提起訴訟，不得逕自代表公司對董事提起訴訟。公司法第 213 條所稱除法律另有規定外，係指同法第 214 條所定不經股東會決議之例外情形（最高法院 69 年度台上字第 1995 號判決意旨、司法院 79 年 10 月 29 日 (79)廳民一字第 914 號研究意見參照）。經查，本件明日世界公司之董事長為乙○○，監察人為甲○○，而甲○○未經公司股東會決議，逕以公司監察人身分代表公司對乙○○個人提起保全證據之聲請，於法自有未合；又依公司法第 5 章第 5 節有關監察人之規定，公司對第三人起訴，並

非監察人執行職務之範圍，甲○○以監察人身分代表公司聲請保全證據，於法亦有未洽。

本案損害賠償訴訟之部分，臺灣士林地方法院 95 年度重訴字第 22 號裁定亦認為，按公司法第 213 條規定「公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人」。所謂公司與董事間之訴訟，當指同法第 212 條所定股東會決議於董事提起訴訟而言，蓋股東會為公司最高權力機關，惟其有權決定公司是否對董事（或監察人）提起訴訟。至監察人行使監察權，如認董事有違法失職，僅得依同法第 220 條召集股東會，由股東會決議是否對董事提起訴訟。同法第 213 條所稱除法律另有規定外，則指如同法第 214 條所定不經股東會決議之例外情形而言，亦有最高法院 69 年度台上字第 1995 號判決意旨可參，而本件明日世界公司之法定代理人乙○○未釋明其代表明日世界公司為訴訟行為之依據，經裁定命其應於 10 日內補正法定代理權而未於期限內補正，認其訴訟要件有所欠缺，予以駁回。

參、評析

本件判決中，法院認為監察人行使監察權，如認董事有違法失職情事，僅得依同法第 220 條召集股東會，由股東會決議是否對董事提起訴訟，不得逕自代表公司對董事提起訴訟，唯股東會有權決定公司是否對董事提起訴訟；即如學者所言，公司法第 213 條非賦予監察人主動代表公司對董事提起訴訟職權之規定，監察人不得自行決定代表公司對董事提起訴訟。

第十二款 案例圖表彙整

關於上述各該公司對董事訴請為損害賠償之案件，茲以下列圖表彙整如下：

案號	被告身份	判決要旨
臺北地方法院 94 年度 訴字第 2625 號判決	卸任董事	1. 公司違反公司法第 15 條將公司資金貸與股東或個人者，其消費借貸契約並非無效，僅生公司負責人應與借用人連帶負返還責任，及如公司受有損害者，應負損害賠償責任。 2. 公司為營利法人，存在之目的，即在追求利潤，除非公

		司負責人有違反忠實義務及善良管理人注意義務，不能以事後投資之成敗，來追究公司負責人之責任，應容許公司負責人於投資決策時有商業判斷之餘地。
臺灣高等法院 96 年度重訴更(一)字第 4 號判決	卸任董事	<ol style="list-style-type: none"> 1. 公司法第 23 條第 1 項之規定，並無溯及效力。 2. 控制公司與各該子公司為財務結構分開之不同公司法人，以子公司名義所購買股票之跌價損失，係屬各子公司是否受有損害，而得向控制公司依公司法第 369 條之 4 第 1 項請求損害賠償之問題，控制公司依法將從屬公司每年發生之損益按持股比例認列長期投資損益，旨在使關係企業整體財務透明化供投資大眾參考，並非採從屬公司法人格否認之理論，不得逕認子公司之損失即為公司之損失。
臺北地方法院 92 年度訴字第 4844 號判決	卸任董事	<ol style="list-style-type: none"> 1. 公司法第 23 條第 1 項未規定應負連帶責任之文義，原告請求被告等人負連帶責任，與法律規定不符。 2. 我國公司法未將經營判斷法則予以明文化，且該原則適用對象為公司董事，與公司法第 23 條、第 8 條所稱公司負責人包含董事、監察人、經理人等之規範主體並不相同；又我國程序法推定免責，應以法律明文規定者為限。 3. 公司可增加之利潤未增加而受有不利益，為純粹經濟上損失，此非民法第 185 條所定共同侵權行為保護客體。 4. 董事會所為之決議經營政策，不能因有虧損，即應由董事負責，原告應就董事圖利其他公司提出相當證據。
臺灣高等法院 95 年度重上字第 352 號判決	卸任董事	董事與公司間有委任關係，依民法第 535 條規定，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其勾結他人提高估價者，應依侵權行為及委任關係之規定負損害賠償責任。
高雄地方法院 94 年度重訴字第 220 號判決	卸任董事	被告當時已無董事身分者，公司對其起訴無須經股東會決議，而可由公司法定代理人逕行提起本訴。
臺北地方法院 95 年度重訴字第 1444 號判決	卸任董事	善良管理人義務即依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意；而所謂忠實義務，即公司負責人因受公司股東信賴而委以特殊優越之地位，故於執行業務時，自應本於善意之目的，著重公司之利益，依公司規定之程序做出適當之經營判斷，避免自身利益與公司利益相衝突。
臺中地方法院 98 年度	卸任董事	董事長與其所代表之法人間具有契約，其契約性質乃與委

第四章 我國司法實務關於訴請董事為民事賠償之檢討

訴字第 450 號判決		任契約類似，可謂係法人與董事間之類似委任契約之一種無名契約。
臺灣高等法院民事判決 97 年度上更（二）字第 25 號判決	卸任董事	損害賠償請求權，以受有實際損害為成立要件，倘無損害，即不發生損害賠償請求權。
臺灣新竹地方法院 91 年度重訴字第 192 號判決	卸任董事	對非董事之股東提起訴訟，並無應由股東會決議之法律規定，即縱股東會仍為決議，僅具參考或建議價值，故本案例中，原告將法定代理人由監察人變更為董事長，係屬合法。
臺中地方法院 98 年度重訴字第 144 號判決	現任董事	1.若公司有以高爾夫球敘拓展公司業務之必要，誠屬廣義公司業務執行之一環，且高爾夫球證價格高昂，其應經由董事會決議行之。 2.所謂董事之報酬，應係指董事為公司服務應得之報酬而言，且不侷限於董事任職期間所領取之報酬，而應就其給付性質上觀之，凡客觀上得視為董事為公司服務所取得之委任對價，均應歸屬於公司法第 196 條所稱之董事報酬，而須經股東會決議，縱其係於離職後始能領取者亦同。
台灣高等法院 95 抗字 505 號裁定、臺灣士林地方法院 95 年度重訴字第 22 號裁定	現任董事	依公司法第五章第五節有關監察人之規定，公司對第三人起訴，並非監察人執行職務之範圍；監察人如認董事有違法失職，僅得依同法第 220 條召集股東會，由股東會決議是否對董事提起訴訟。同法第 213 條所稱除法律另有規定外，則指如同法第 214 條所定不經股東會決議之例外情形。

而在上述案例之外，另有其他公司對董事之民事賠償訴訟，其中由公司勝訴者有以下之判決，茲以表格整理如下：

案號	案例事實
高雄地方法院 96 年度重訴字第 51 號判決	震營企業股份有限公司控告董事長非法侵占公司資金與賤賣公司資產。
臺中地方法院 98 年度重訴字第 166 號判決	興國橡膠廠股份有限公司控告卸任董事違背職務而違法使用興國公司之印文為支票背書。
士林地方法院 94 年度訴字第 1039 號判決	凱盟國際系統科技股份有限公司控告卸任董事未於委任關係終止時完成業務交接，致公司因客戶提前終止合約而受有預期利益之損失。

<p>臺北地方法院 96 年度訴字第 5308 號判決</p>	<p>花蓮區中小企業銀行股份有限公司控告卸任董事長違反章程規定調升董事長報酬造成公司受有發放超逾標準報酬之損害。</p>
<p>臺北地方法院 95 年度重訴字第 1100 號判決</p>	<p>原告華山產物保險股份有限公司主張副董事長為原告處理買賣未上市櫃公司股票交易，與保險業從事投資股票交易常規齟齬，有利用人頭帳戶等不合營業常規方式之行為，造成公司受有損害。</p>

至於其他公司對董事之民事賠償訴訟，而公司敗訴者，則有以下之判決：

<p>法院判決</p>	<p>案例事實</p>
<p>臺北地方法院 97 年度重訴字第 400 號判決</p>	<p>久遠汽車事業股份有限公司控告卸任董事長明知公司登記資本額未收足，卻與記帳業者共謀調集資金 500 萬元存入其帳戶內，待設立登記完成後即轉出該筆資金，致公司須負擔借用上開 500 萬元之利息約 20 萬元之費用；出售個人研發之產品卻以公司名義開立發票，致公司增加營業稅之損害；挪用公款，以及因未依法申報營利事業所得稅、營業稅及未分配盈餘稅金，致國稅處以罰鍰之損害罰鍰。</p>
<p>高雄地方法院 94 年度訴字第 3146 號判決</p>	<p>興泰實業股份有限公司控告卸任董事長以公司支票交付薪資款項予與總經理私聘之特別助理。</p>
<p>臺北地方法院 94 年度重訴字第 1338 號判決、臺灣高等法院 96 年度重上字第 89 號判決</p>	<p>美吾華股份有限公司控告卸任董事唆使員工離職、洩漏職務上知悉之秘密，及違背職務之義務及善良管理人之注意義務，協助他公司取得公司原有之臺灣地區代理經銷權。</p>
<p>高雄地方法院 92 年度重訴字第 109 號判決</p>	<p>高雄區中小企業銀行股份有限公司控告董事利用職務關係以他人名義為自己取得貸款。</p>
<p>高雄地方法院 94 年度訴字第 1487 號判決</p>	<p>興泰實業股份有限公司控告卸任董事未向債務人積極追償並實行抵押權，違反一般商場之交易習慣而收受債務人所簽發之遠期本票四紙，並塗銷抵押權登記，另同意以其他房地設定最高限額抵押權。</p>
<p>板橋地方法院 94 年度重訴字第 31 號判決</p>	<p>意特電子股份有限公司主張董事長擅自以其所持有作為一般申請用水、電話等事項之方形便章及本人印章簽發本票，使公司擔負連帶債務及共同發票人之責任，嗣因受假扣押強制執</p>

	行，致機器設備遭查封而無法使用、處分而生 1050 萬元之損害公司。
臺北地方法院 90 年度重訴字第 2642 號判決	全民電通投資股份有限公司主張卸任董事未依照公司法等相關規定，亦未知會董事會之情形下，將公司所有之資金 1 億 9,880 萬元匯至由其轉投資佔有其股份 99.97% 之子公司環視公司帳戶；而全民電通公司提供環視公司之資金總計為 3 億 9,380 萬元於其擔任環視公司董事長之期間內，全部虧損一空。
臺北地方法院 93 年度重訴字第 650 號判決	宏大國際股份有限公司起訴主張卸任董事長，將公司所有之資金匯入其個人帳戶；又為自己擔任董事之他公司之利益，明知他公司無力支付貨款，仍持續使公司進行出貨。
臺北地方法院 94 年度重訴字第 534 號判決	中興商業銀行股份有限公司控告卸任董事長未依常務董事會決議執行業務。
臺北地方法院 98 年度訴字第 264 號判決	原告秀榮國際實業股份有限公司起訴主張，被告董事另成立元商國際有限公司並擔任負責人後，指示將客戶應付款項改開立元商公司之發票，而直接付款予元商公司，以及轉介其潛在客戶改與元商公司進行交易。

必須一提者是，上開訴訟均係以董事長為法定代理人所提起者，且多數以卸任之董事或董事長為請求對象。

第二項 股東之代表訴訟

第一款 萬國電腦股份有限公司案

壹、案例事實

本件原告股東戊○○、乙○○主張，被告萬國電腦股份有限公司（下稱萬國公司）之董事長丁○○、總經理甲○○、副總經理丙○○，三人均萬國公司之創辦人及常務董事，於民國 92 年 4 月 25 日共同主導董事會通過於大陸設立上海凱懋數碼科技有限公司，又於民國 93 年 6 月 28 日參與董事會通過於大陸設立東莞凱銘科技電子有限公司，並先後投資總計約新台幣 900 萬元，惟前開新設公司不到一年又分別解散，使公司所有支付及投資付諸流水，顯未盡善良管理人之責，

故所生萬國公司 4,500 萬元之損害，被告等人應依公司法第 23 條第 1 項規定負責，爰依公司法第 214 條第 2 項之規定提起股東代表訴訟。

貳、法院判決

第一審臺灣臺北地方法院 94 年度訴字第 2223 號判決認為，本件股東代表訴訟在程序上未符合公司法第 214 條第 1 項規定之要件；按繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。監察人自有前項之請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟；股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保；如因敗訴，致公司受有損害，起訴之股東，對於公司負賠償之責（公司法第 214 條參照）；然觀萬國公司 93 年度年報之記載，原告戊○○持有股份係在 93 年 12 月 24 日才取得，另原告乙○○則係 94 年 3 月 30 日才取得。次查，原告所提之函文，充其量僅能證明原告曾於 94 年 4 月 8 日發函予萬國公司之監察人王米村，請求監察人行使監察權，依法執行職務，並惠覆執行結果，未要求監察人為公司對董事提起訴訟，而監察人亦於同年月 25 日函覆原告，說明查核情形及結果，是原告所提前開函文並不足據以證明原告已以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。

此外，在實體請求之部分，原告主張被告於 92 年 4 月 25 日共同主導萬國公司董事會通過於大陸設立凱懋公司，復於 93 年 6 月 28 日參與董事會通過於大陸設立凱銘公司，未盡善良管理人之責，致投資失利，使萬國公司受有約新台幣 4,500 萬元之損害等情，均為被告否認，則原告依民事訴訟法第 277 條之規定，即應就此有利事實負舉證責任，惟原告就此復未舉證以實其說，從而，原告所為請求，應為無理由，不應准許。

參、評析

按公司法第 214 條第 1 項之規定，繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟，是為股東提起代表訴訟之前提要件，而所謂「書面」解釋上宜記載監察人起訴之對象及理由。本案例中，法院即認為原告所提之函文，僅能證明其曾發函請求監察人行使監察權，

依法執行職務，並惠覆執行結果，不足據以證明原告已以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟，而認為其提起代表訴訟之程序不合法。

第二款 臺灣庵原農藥股份有限公司案

壹、案例事實

本案例中，原告臺灣庵原農藥股份有限公司（下稱庵原公司）之股東主張，被告董事（長）明知公司所有之坐落台北縣淡水鎮○○段 659、685、686、758 地號土地，及其上建物即門牌號碼台北縣淡水鎮○○路○○段 87 巷 10 號房屋（下稱系爭房地），依當時財務狀況並無轉讓之實益與必要，甚至以不轉讓對公司更為有利，且上開不動產係屬公司法第 185 條第 1 項第 2 款所稱之「主要部分之財產」，依公司法第 185 條第 1 項第 2 款、第 186 條前段之規定，應召開股東會並經特別決議通過，始得讓與，竟未忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，在未召開股東會並經特別決議之情況下，於 93 年 12 月 27 日擅自以新台幣 1,100 萬元之低價賤賣予訴外人許大聲，致生損害於庵原公司之財產及利益，依公司法第 23 條第 1 項、民法第 535 條、第 544 條、第 184 條第 1 項前段、第 2 項等規定，應由被告負責賠償，爰依公司法第 214 條第 2 項之規定提起股東代表訴訟。

貳、法院判決

第一審臺灣士林地方法院 96 年度訴字第 1320 號判決認為，繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。監察人自有前項之請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟；股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保；如因敗訴，致公司受有損害，起訴之股東，對於公司負賠償之責。又提起前條第 2 項訴訟所依據之事實，顯屬虛構，經終局判決確定時，提起此項訴訟之股東，對於被訴之董事，因此訴訟所受之損害，負賠償責任，公司法第 214 條、第 215 條第 1 項定有明文。查本件原告係庵原公司繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，被告則為庵原公司之董事長，又原告曾於民國 95 年 8 月 8 日以書面請求監察人張德三就本求償事件，為庵原公司對被告起訴，然經張德三回函拒絕，則依前開規定，自得由原告以其個人名義，為公

司對被告提起訴訟。又依上開規定，法院經被訴董事之聲請，固得命原告提供相當之擔保，惟此規定之立法目的，乃在防止股東之濫行起訴，並供作提起訴訟之股東濫訴時，公司及被訴董事對該股東損害賠償請求權之擔保，然經本院審酌原告起訴所主張之事實，尚非顯屬虛構，即不符合公司法第 215 條第 1 項所定應對被告負損害賠償責任之要件，且被告復未能具體指明庵原公司因本件訴訟受有何損害，自無命原告預供擔保之必要，故被告聲請命原告提供相當之擔保，尚無從准許⁸。

惟在實體請求之部分，法院認為系爭房地並非庵原公司主要部分之營業或財產，自無須召集股東會以特別決議之方式作成出售之決議；且被告董事係審酌公司於短期內有支付高額退休金之需求，並考量系爭土地如於 94 年 1 月 1 日後轉讓，將因必須提供土壤污染檢測資料，而有可能發生無法出售或價值貶損之情形等因素後，與其他董事決定於 93 年底前將系爭房地出售變現，確係基於合理之營運考量，應屬正當之經營行為，且無損及公司利益之情事，原告指被告決定出售系爭房地有違善良管理人之注意義務云云，應無可採；另外，被告以 1,100 萬元之價格出售系爭房地，應符合當時之市場行情，並無低賣庵原公司資產之情事，原告指被告出售金額過低，違反善良管理人注意義務云云，亦不足採。是故，被告董事無須對庵原公司負損害賠償責任，原告股東之請求為無理由。

參、評析

我國公司法第 214 條第 2 項中段設有提起代表訴訟之股東預供擔保之制度，

⁸ 不同見解，參閱臺灣臺北地方法院 97 年度審訴字第 2342 號民事裁定：

「按繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。監察人自有前項之請求日起，30 日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟；股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保；如因敗訴，致公司受有損害，起訴之股東，對於公司負賠償之責，公司法第 214 條定有明文。惟公司董事對少數股東之上開妨訴抗辯，依文義而觀，別無其他要件限制，一經申請，法院即應命代公司起訴之少數股東提供本件董事應訴所須費用之擔保。查原告主張其係繼續一年持有峻和建設股份有限公司（下稱峻和公司）已發行股份總數百分之三以上之股東，前以民國 97 年 8 月 14 日台北 57 支局第 802 號存證信函請求峻和公司監察人即訴外人謝麗媛對被告提起損害賠償訴訟，未獲置理等情業據其提出存證信函、峻和公司變更登記表及股東名冊為證，而依上開資料而觀，被告係峻和公司前任或現任之董事，則被告依公司法第 214 條規定申請命原告供訴訟之擔保，揆諸前揭說明，並無不合。經查，本件被告固主張應訴需耗費時間及費用，聲請原告應以本件請求新台幣 450 萬元之足額擔保云云，惟本院審酌被告目前應訴所支付為律師費用，並依被告訴訟代理人估算依按時計酬結果，第一審律師費約為 21 萬元，是被告應訴支付第一、二審律師費為 42 萬元，而第三審律師酬金部分，依法院選任律師及第三審律師酬金核定支給標準第 4 條規定，財產權訴訟不得逾訴訟標的金額百分之三，即不得逾 135,000 元，故本件命原告為被告供訴訟擔保之數額合計為 555,000 元。」並採全額擔保之見解。

然對於董事請求供擔保之聲請，並未課以任何釋明之義務，實務見解亦有認為依其文義觀之，別無其他要件限制，一經聲請，法院即應命提起代表訴訟之少數股東提供擔保。惟在本案中，法院則認為公司法第 214 條第 2 項中段之立法目的乃在防止股東之濫行起訴，並供作提起訴訟之股東濫訴時，公司及被訴董事對該股東損害賠償請求權之擔保，經審酌本件原告起訴所主張之事實，尚非顯屬虛構，不符合公司法第 215 條第 1 項所定應對被告負損害賠償責任之要件，且被告董事復未能具體指明公司因本件訴訟受有何損害，自無命原告預供擔保之必要，似認為就董事可能所受之損害而言，須於原告股東所訴事實顯屬虛構，應依公司法第 215 條第 1 項對被訴董事負損害賠償責任時，始有命原告預供擔保之必要，且無論是董事或公司因訴訟可能遭受之損害，被告董事均應具體指明所受之損害為何，本文認為值得肯定。

第三款 峻和建設股份有限公司假扣押聲請案

壹、案例事實

本件假扣押之聲請人為峻和建設股份有限公司（下稱峻和公司）持續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，其主張董事乙○○侵占峻和公司新台幣 500 萬元，而對峻和公司負有侵權行為損害賠償責任，其以存證信函請求監察人謝麗媛對董事提起損害賠償等訴訟而無效果後，遂代位峻和公司向法院聲請為保全強制執行，嗣再代位峻和公司依民法侵權行為等規定提起損害賠償訴訟，並經臺灣臺北地方法院 97 年度裁全字第 8022 號裁定准許假扣押。

董事乙○○不服原假扣押之裁定而提起抗告，主張無任何證據以資料明其有何侵占峻和公司公款之事；聲請人亦未釋明抗告人有何隱匿財產、處分財產至無資力或有逃匿之可能，難認日後有不能執行或甚難執行之虞；又聲請人既稱代位峻和公司為保全強制執行之聲請，但並未說明係基於何種法律關係及何種法律地位為之，亦未提出曾請求峻和公司對其行使權利之證明，或釋明有假扣押之原因，原法院逕為裁定准許假扣押，尚嫌速斷，求為廢棄原裁定，並駁回其聲請。

貳、法院裁定

抗告法院於臺灣高等法院 98 年度抗字第 104 號民事裁定⁹認為，公司法第 214 條規定「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。監察人自有前項之請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟；股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保；如因敗訴，致公司受有損害，起訴之股東，對於公司負賠償之責。」又，公司法第 214 條第 2 項規定，監察人不依少數股東書面請求，為公司對董事提起訴訟時，少數股東得為公司提起訴訟，而未規定代表公司對董事提起訴訟，故應認以股東自己名義為公司利益起訴即可，無須以公司名義起訴，此觀同條項後段少數股東供擔保之規定益明（司法院 72 年 5 月 2 日司法院第三期司法業務研究會結論參照）。本件假扣押之聲請人自民國 94 年 9 月 2 日起持有峻和公司 375,000 股，占總股數 15%，自屬公司法第 214 條規定持有股份總數百分之三以上之股東，且其業於民國 97 年 8 月 14 日以台北 57 支局第 802 號存證信函，請求峻和公司監察人謝麗媛對公司董事乙○○等人提起民事損害賠償訴訟及刑事侵占罪訴訟，未獲置理，依前揭實務見解，本得以自己之名義對抗告人提起訴訟，自得聲請法院為假扣押，且其業已就峻和公司對董事乙○○（即抗告人）有請求及假扣押之原因為釋明，釋明不足之部分，其既陳明願以現金作為擔保以補釋明之不足，原裁定依首開規定，命供擔保後為假扣押，於法並無不合，抗告人求為廢棄，為無理由，其抗告應予駁回¹⁰。

參、評析

⁹ 本裁定經抗告人聲請再審，經臺灣高等法院民事裁定 98 年度再抗字第 10 號認為，原確定裁定並無聲請人主張之再審事由，聲請人據以聲請再審，為顯無再審理由，應予以駁回；就假扣押所欲保全之請求提起本案訴訟，現由台灣台北地方法院以 97 年度審訴字第 2342 號損害賠償事件受理中（參閱臺灣臺北地方法院 97 年度審全聲字第 350 號民事裁定）。

¹⁰ 相同見解，參閱臺灣高等法院 98 年度抗更（一）字第 25 號民事裁定：

「本件相對人於原法院聲請意旨略以：抗告人侵占案外人峻和建設股份有限公司（下稱峻和公司）新台幣 250 萬元，茲相對人聽聞抗告人有將財產搬移隱匿，如不予立即扣押，日後將有不能強制執行或甚難執行之虞，為恐日後對抗告人名下財產無法強制執行，並願供擔保以補釋明不足，爰代位峻和公司聲請准將抗告人所有財產在新台幣 250 萬元範圍內予以假扣押，以資保全。業據提出世華聯合商業銀行存款憑條、取款憑條、原法院檢察署 97 年他字第 4373 號之刑事告發狀為證。相對人於原法院就代位請求訴訟標的法律關係及其原因事實、假扣押之原因，陳明固有不充足，惟相對人嗣於本院前審補陳其為峻和公司繼續一年以上，持有峻和公司已發行股份總數百分之三以上之股東，其曾依公司法第 214 條第 1 項之規定，以存證信函請求峻和公司監察人謝麗媛對抗告人提起損害賠償等訴訟而無效果，因此相對人得依公司法第 214 條第 2 項之規定代位峻和公司對抗告人依侵權行為提起損害賠償之訴及聲請保全。……是相對人就代位請求、假扣押原因既已釋明，雖尚有不足，惟相對人陳明願供擔保以補釋明不足，揆諸前開說明，應准相對人假扣押之聲請……。原法院酌定抗告人應供擔保之金額，准許相對人假扣押之聲請，即無不合。」

本案係屬提起本案訴訟前之保全強制執行情序，惟其後並無本案訴訟之提起。按被告曾於抗告程序中主張假扣押聲請人既稱代位峻和公司為保全強制執行之聲請，但並未說明係基於何種法律關係及何種法律地位為之，抗告法院則認為符合資格要件之股東除得依公司法第 214 條第 2 項之規定代位公司對董事提起損害賠償之訴外，亦得以本條規定為依據，在提起本案訴訟前，先行聲請保全執行，本文以為自屬當然。

第四款 案例圖表彙整

關於上述各該股東代表訴訟之案件，茲以下列圖表彙整如下：

案號	被告身份	判決要旨
臺灣臺北地方法院 94 年度訴字第 2223 號判決	現任董事	1. 股東代表訴訟在程序上應符合公司法第 214 條第 1 項規定之要件：繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟；監察人自有前項之請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟。 2. 原告主張被告有未盡善良管理人責任之情事者，應依民事訴訟法第 277 條之規定，就此有利事實負舉證責任。
臺灣士林地方法院 96 年度訴字第 1320 號判決	現任董事	法院經被訴董事之聲請，固得命原告提供相當之擔保，惟此規定之立法目的，乃在防止股東之濫行起訴，並供作提起訴訟之股東濫訴時，公司及被訴董事對該股東損害賠償請求權之擔保，然經本院審酌原告起訴所主張之事實，尚非顯屬虛構，即不符合公司法第 215 條第 1 項所定應對被告負損害賠償責任之要件，且被告復未能具體指明公司因本件訴訟受有何損害，自無命原告預供擔保之必要。
臺灣高等法院 98 年 度抗字第 104 號民事 裁定、臺灣高等法院 98 年度抗更（一） 字第 25 號民事裁定	現任董事	股東請求監察人對董事提起訴訟而未獲置理者，得依公司法第 214 條第 2 項之規定，以自己之名義對董事提起訴訟，自得聲請法院為假扣押。

第三項 保護機構之代表訴訟

2009年5月修正通過之證券投資人及期貨交易人保護法第10條之1第1項，明定保護機構得為公司對董事或監察人提起訴訟及訴請法院裁判解任公司董事或監察人，並定於2009年8月1日施行，惟目前司法實務尚未有實際之訴訟案例，未來實際運用之情況為何，是否能確實發揮監督功效，仍有待觀察。

第二節 追訴董事責任法規範於實務運用之整體現況

第一項 多數案例係由董事會決議追訴卸任董事責任

如前章第三節第二項中所述，公司法第212條之規定：「股東會決議對於董事提起訴訟時，公司應自決議之日起三十日內提起之。」其非在規範追訴董事責任為股東會專屬權限，而是僅在規範執行股東會決議之期限，蓋期待公司執行業務機關自行對機關成員追究責任往往落空，因而規定得經由股東會決議後由監察人代表公司對董事提起訴訟，並避免監察人怠於為之，而有三十日期限之規定，而無就董事責任之追究均應經股東會決議之意，故若公司章程亦未強制規定追究董事責任均應經股東會決議者，則追究現任董事之失職責任，應得由現任董事會自行決定；惟由於現任董事仍為董事會成員之一，為避免董事會內部之人事鬥爭，且易使有控制董事會能力之董事利用訴訟手段，將不配合行事之少數董事以訴訟之方式牽制其對公司事務之參與，而不利於公司機關之內部監督，因此不宜由董事會自行決議追訴現任董事之責任；至若責任追究之對象為卸任董事時，並無如前述可能形成董事會內部人事鬥爭之問題，董事會得以普通決議通過對卸任董事追訴責任之議案，並由董事長依公司法208條第3項規定代表公司提起訴訟，此一見解亦由如最高法院86台抗646號裁定、台北地方法院92年訴字第4844號判決、士林地方法院93年簡上字第9號判決、高雄地方法院94年度重訴字第220號判決、新竹地方法院91年度重訴字第192號判決等司法實務判決獲得肯定。

事實上，我國實務上多數對股份有限公司董事訴請民事損害賠償或返還不當得利之案例，亦係以經由董事會決議由公司向卸任董事起訴，並由現任之董事長作為法定代理人之模式為多。除此之外，僅新竹地方法院91年度重訴字第192

號之台欣生技公司案中，曾經作成對卸任董事追究責任之股東會決議，並以監察人為法定代理人提起訴訟，但其後即變更法定代理人為公司之董事長；以及臺中地方法院 98 年度重訴字第 144 號判決之安培企業股份有限公司案，係由繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三之股東，依公司法第 214 條之規定，以書面請求監察人為該公司對現任董事提起訴訟，監察人並依公司法第 213 條規定，應該股東之請求而提起；其背後所反映之意義，或為其他如以股東會決議或由少數股東向監察人請求為公司向董事提起訴訟之方式，無法發揮作用，例如股東所欲追究責任之董事同時亦為公司之大股東，即使股東以臨時動議之方式於股東會提出追究董事責任之議案，亦無法達到通過決議之門檻，或監察人無法善盡其對董事之監督責任及後續的責任追究，僅能期待公司經營團隊更易後，由新任團隊向卸任之董事追究責任。

第二項 股東代表訴訟之案例極少

我國的股東代表訴訟制度，係於民國 55 年公司法修正時參酌日本及美國法制之規定所訂定，但這麼多年的實施以來，股東應用之實例並不多見，僅臺北地方法院 94 年度訴字第 2223 號判決之萬國電腦股份有限公司案，但經法院認定以起訴股東非繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東、未證明已以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟，以及實體請求為無理由而駁回原告之訴；士林地方法院 96 年度訴字第 1320 號判決之臺灣庵原農藥股份有限公司案，法院認定被告董事並無違反忠實義務及善良管理人注意義務之情事，亦未對庵原公司造成任何損害，無須對庵原公司負損害賠償責任；以及臺灣高等法院 98 年度抗字第 104 號民事裁定、臺灣高等法院 98 年度抗更（一）字第 25 號民事裁定中，法院認為少數股東得依公司法第 214 條之規定，以自己之名義對董事提出假扣押之聲請，於本案中並經法院裁定准許假扣押。

為何股東代表訴訟於我國司法實務上之案例極少，主要原因係現行制度規範之眾多缺失所致，茲論述如下：

第一款 濫訴防止規範之設計不當

第一目 提起股東代表訴訟之門檻過高

設定提訴股東之資格要件，其目的在防止股東濫訴，惟過高之起訴資格門檻，又將限制乃至阻卻股東利用股東代表訴訟制度追究董事責任之機會，則股東代表訴訟制度本身即喪失其意義，故如何取捨，實屬微妙。

就持股比例之限制而論，雖然 2001 年 11 月修正公司法時，自修正前的百分之五調降為現行之百分之三，但此一持股比例之資格限制，恐非實際，尤其是隨著資本額越趨龐大的現代公司發展趨勢，股權亦越趨分散，百分之三之持股比例限制的門檻，並不易跨越，將增加股東提起代表訴訟之困難度，且一般小股東要湊成百分之三的股份，仍有實際上的困難¹¹，顯然背離股東代表訴訟制度設計之立法目的，論者甚有主張基於股東代表訴訟制度係作為保護小股東的立法設計而言，應放棄持股比例限制者¹²，蓋例外允許股東為公司提起訴訟之法律救濟，其法制目的是在於避免股東權益再受侵蝕或損害有繼續擴大之危險，故代表訴訟制度反而是一種積極保護股東自身權益之手段，乃因無法期待公司積極對董事責任之追究，採取任何行為之謂，是否必然符合一定的條件，尤其是持股百分之三的門檻的限制，始得為之，實有再研議之處¹³，以日本公司法第 847 條第 1 項及第 2 項為例，即採單獨股東權制度之立法例，不設持股成數之限制，其規定公開發行公司「繼續六個月以上持有股份之股東」即有提起代表訴訟之資格¹⁴。現行德

¹¹ 易明秋，公司治理法制論，五南，2007 年 2 月初版，頁 215-216；劉連煜，股東代表訴訟，台灣本土法學雜誌，第 64 期，2004 年 11 月，頁 158；林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，月旦民商法雜誌，第 1 期，2003 年 9 月，頁 61。

¹² 劉連煜，股東代表訴訟，同前註 11，頁 158；王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，載：賴英照教授五十歲生日祝賀論文集，月旦，1995 年 7 月初版，頁 130。

¹³ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究—檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，載：公司制度與企業組織設計之法理，新學林，2009 年 1 月一版，頁 195。

¹⁴ 会社法第 847 條第 1 項：「六箇月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあつては、その期間）前から引き続き株式を有する株主（第百八十九条第二項の定款の定めによりその権利を行使することができない単元未満株主を除く。）は、株式会社に対し、書面その他の法務省令で定める方法により、発起人、設立時取締役、設立時監査役、役員等（第四百二十三條第一項に規定する役員等をいう。以下この条において同じ。）若しくは清算人の責任を追及する訴え、第百二十條第三項の利益の返還を求める訴え又は第二百十二條第一項若しくは第二百八十五條第一項の規定による支払を求める訴え（以下この節において「責任追及等の訴え」という。）の提起を請求することができる。ただし、責任追及等の訴えが当該株主若しくは第三者の不正な利益を図り又は当該株式会社に損害を加えることを目

國股份法第 148 條第 1 項則規定，單獨或合計持有公司資本總額百分之一以上之股份或持有股份之價額達 10 萬歐元以上之股東，得向法院聲請許可其以自己之名義，以訴訟主張公司對發起人、董事、監察人和控制股東之損害賠償請求權；提出聲請之股東如符合下列條件者，法院應許可其申請：(1) 股東於所主張之義務違反行為或公司所受損失公開前，即已取得公司股份；(2) 股東曾請求公司於合理期限內自己提起訴訟；(3) 有事實表明，公司有可能因不誠實或嚴重違反法律、公司章程的行為而受有損失；(4) 賠償請求權的主張未與公司之重要利益相抵觸¹⁵；關於股東提訴資格之限制，採用持股比例及股份價值擇一適用之立法設計，係基於大型公開發行公司或上市公司與小型非公開發行公司間差異之考量，股東得根據公司規模的大小，選擇對自己有利的條件。

其次，在持股期間要件之部分，其目的係為防止與公司無關緊要之股東濫行代表訴訟，刻意干擾公司運作，故有保留之必要，但應考慮者為是否應適度放寬持股期間之要求，例如日本公司法第 847 條第 1 項及第 2 項之規定，於公開發行公司，僅須「繼續六個月以上持有股份之股東」即有資格提起本訴，於非公開發行公司，則無持股期間之限制；論者甚有認為，持股期間之限制恐亦似無法有效防制股東惡意提起代表訴訟之實際效益，例如有心人士在獲悉董事有不法行為後，伺機成為股東，一旦滿足法定的持股期間，即可依規定提起代表訴訟，以遂行其目的，例如美國模範商業公司法第 7.40 條(a)項規定，股東提起代表訴訟應合於同時持有股份原則（Contemporaneous Ownership Rule），以及德拉瓦州公司法第 327 條所規定，原告應於系爭交易行為發生時，具有股東之身份者，或原告係依法律規定，其後取得之公司股份者，始得為該公司提起訴訟¹⁶，故我國公司法所定之一年持股期間，顯然過於嚴格而有檢討之必要。

的とする場合は、この限りでない。」、第二項：「株式会社が第一項の規定による請求の日から六十日以内に責任追及等の訴えを提起しないときは、当該請求をした株主は、株式会社のために、責任追及等の訴えを提起することができる。」

¹⁵ 除第 148 條第 1 項所規定之起訴許可程序外，依同條第 4 項之規定，若法院准許股東的起訴許可聲請，股東再次要求公司於合理期限內自己提起訴訟而未果之情況下，股東得於法院許可裁決生效後三個月內以自己的名義提起代表訴訟；同條第 6 項並規定，即使代表訴訟全部或部分敗訴，除股東係基於故意或重大過失之不正確陳述而獲得法院許可者，公司應補償股東於起訴許可程序和代表訴訟程序所生費用。

¹⁶ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究—檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，同前註 13，頁 195-196。

第二目 供擔保制度之要件寬鬆

代表訴訟係在確保董事對公司責任之追訴，係防止董事及監察人濫權的重要監控制度，但另一方面，代表訴訟如浮濫過度亦有可能成為有心股東敲詐勒索公司及董事、監察人之工具，為平衡股東濫訴之可能性與加強代表訴訟功能之發揮，乃有股東供擔保制度之設計。惟我國預供擔保之制度設計過於簡略與草率，對於被告請求原告預供擔保之聲請，未課以任何釋明之義務，故在訴訟技巧上，被告董事必然會向法院請求命股東提出擔保，而如此寬鬆的供擔保制度，雖其關鍵在於承審法官，但無可置疑的是此亦將加重股東提起代表訴訟的成本，對於鮮少能仗義執言、為公司伸張正義的股東，無異是一沉重的負擔¹⁷。

事實上，我國公司法上被告董事得聲請法院命原告股東供擔保之規範，乃參考美國公司法上訴訟費用擔保制度（Security for Expenses in Derivative Action）之立法例，係指代表訴訟中，法院有權依據被告公司之聲請而裁定具備一定條件之原告股東向被告公司提供一定金額之擔保，於原告股東敗訴時，被告公司或其他受損害之人得以該擔保金獲得訴訟費用之賠償¹⁸（詳後述於本文第五章），但目前多數州包括德拉瓦州公司法均不採用，即使在採用擔保制度之紐約普通公司法第 627 條，該擔保亦係為被告因代表訴訟所支出之相關費用，而與訴訟標的無關，我國公司法於參考美國法時，可能未深入探究，因此造成提起代表訴訟之股東沈重的擔保負擔。

第三目 敗訴股東對公司之賠償責任嚴格

公司法第 214 條第 2 項後段之敗訴股東對公司之賠償責任，未如公司法第 215 條第 1 項區分訴訟所依據之事實是否顯屬虛構，即使原告股東於起訴時並非惡意，一旦敗訴而致公司受有損害，即應負起過失責任，如此嚴格的賠償責任，將降低股東利用代表訴訟制度追究董事責任之意願，未來應修法導正；另應強調者是，原告股東須對董事及公司負責係屬例外之情事，法院當應嚴格審查，以避

¹⁷ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究—檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，同前註 13，頁 198。

¹⁸ Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations* (3rd ed., West Publishing Co., 1983), at 1089.

免股東因恐懼賠償責任之鉅大而不願行使此代位訴權¹⁹。

第二款 制度設計上之誘因不足

股東訴訟的結果若是股東勝訴，依公司法第 215 條第 2 項所明文，謂該訴訟所依據之事實，顯屬實在，經終局判決確定時，被訴之董事，對於起訴之股東因此訴訟所受之損害，負賠償責任，一般認為係意在鼓勵少數股東，使不致顧慮提起股東代表訴訟，自身勢將遭遇之損失而躊躇不前，且董事之責任既因股東發動少數股東權提起代表訴訟始獲追究，功不可沒，自無令起訴股東自行負擔因此訴訟所受損害之理，按按損害之發生，係由被訴董事所引起，故應令其負賠償之責²⁰。雖然如此，但問題關鍵亦在於損害的概念，其範圍是否包括股東因此訴訟所支出之費用；蓋對股東而言，提起代表訴訟之誘因除依司法程序，實現被訴董事應對該公司賠償之損害，間接確保股東權益不受侵蝕之危險外，相關訴訟費用之支出，若無能獲得合理的補償，恐亦無法積極期待股東主動行使代表訴訟，落實公司監控之理念²¹。職是之故，美國法及日本法上乃有所謂之「訴訟費用補償制度」，於股東代表訴訟勝訴時，由公司補償股東因訴訟所支出之費用，例如律師費、鑑定費用等，例如美國模範商業公司法第 7.46 條(1)項規定，如代表訴訟為公司帶來實質上利益，法院得命公司給付包含律師費在內之合理訴訟費用補償²²；日本公司法第 852 條第 1 項²³（原商法第 268 之 2 第 2 項）亦規定，提起代表訴訟之股東，於其勝訴時，對於進行訴訟已支出非裁判費之必要費用、或應支付之律師費，得請求公司給付該費用數額內之相當金額（關於訴訟費用擔保制度，詳後述於本文第五章）。

按我國現行公司法並未有提起代表訴訟而勝訴之股東得對公司請求費用補償等規定，關於勝訴股東因訴訟進行而支出之費用，將之解為勝訴股東因訴訟所

¹⁹ 劉連煜，股東代表訴訟，同前註 11，頁 160。

²⁰ 柯芳枝，公司法論（下），三民書局，2009 年 9 月八版，頁 290。

²¹ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究—檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，同前註 13，頁 197。

²² Morden Bus.Corp.Act § 7.46(1).

²³ 会社法第 852 條第 1 項：「責任追及等の訴えを提起した株主が勝訴（一部勝訴を含む。）した場合において、当該責任追及等の訴えに係る訴訟に関し、必要な費用（訴訟費用を除く。）を支出したとき又は弁護士若しくは弁護士法人に報酬を支払うべきときは、当該株式会社に対し、その費用の額の範囲内又はその報酬額の範囲内で相当と認められる額の支払を請求することができる。」

受之損害而納入公司法第 215 條第 2 項之對被訴董事之損害賠償請求權之求償範圍中，非毫無爭議；再者，被訴董事亦未必有足夠之資力，使原告股東獲得滿足之補償²⁴。然提起代表訴訟之原告股東，既係為公司之利益提起訴訟，且勝訴之利益歸於公司，勝訴股東僅能依其持股比例分享該勝訴利益，若仍令勝訴股東自己承擔訴訟費用無法求償之全部風險，則公司將成為代表訴訟勝訴之單純受益者，公司與原告股東二者之利益及風險負擔，顯不均衡，此種情形，將降低股東積極利用股東代表訴訟追究董事責任之意願。

此外，我國股東代表訴訟亦有裁判費用過高之弊；按我國現行公司法未就股東代表訴訟之裁判費繳納設有特別規定，而依民事訴訟法之規定，原告應先繳納裁判費，而裁判費之徵收，係按訴訟標的之金額之大小，徵收百分之一至百分之零點六（參照民事訴訟法第 77 條之 13）²⁵，訴訟標的金額愈高，裁判費比例就愈高，而股東代表訴訟之訴訟標的金額，一般來說均頗為龐大，如按民事訴訟法之規定徵收裁判費，其金額往往非一般股東所能負擔，成為阻礙代表訴訟制度提起之一大原因。

第三項 對善良管理人注意義務與忠實義務之認定

董事與股份有限公司間之法律關係為何，於上述之臺中地方法院 98 年度訴字第 450 號判決中，法院認為股份有限公司與董事間之關係，除公司法另有規定外，依民法關於委任之規定，公司法第 192 條第 4 項定有明文，是董事與其所代表之法人間具有契約，其契約性質乃與委任契約類似，可謂係法人與董事間之類似委任契約之一種無名契約；在其他判決中，法院亦經常以公司法第 192 條第 4 項之規定為依據，而於董事與股份有限公司間之法律關係中，直接去適用民法上關於委任如第 535 條、第 540 條、第 541 條、第 544 條、第 545 條等規定；本文亦認為在我國董事與公司間之基礎關係應認為係屬委任關係較為妥適。按民法第 544 條規定，受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責；公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務。

²⁴ 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 11，頁 61。

²⁵ 民事訴訟法第 77 條之 13：「因財產權而起訴，其訴訟標的之金額或價額在新臺幣十萬元以下部分，徵收一千元；逾十萬元至一百萬元部分，每萬元徵收一百元；逾一百萬元至一千萬元部分，每萬元徵收九十元；逾一千萬元至一億元部分，每萬元徵收八十元；逾一億元至十億元部分，每萬元徵收七十元；逾十億元部分，每萬元徵收六十元；其畸零之數不滿萬元者，以萬元計算。」

務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任，公司法第 23 條第 1 項亦定有明文，原告公司亦往往並列民法第 544 條及公司法第 23 條第 1 項之規定，請求法院擇一為判決，然公司法第 23 條第 1 項係於 90 年 11 月 12 日公司法修正時所增列，依公司法第 449 條之規定，公司法之修正條文，除第 373 條及第 383 條施行日期，由行政院定之外，其餘修正條文自公布日施行，故該條文並無溯及效力，故於修正施行前所發生董事處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，仍必須以民法第 544 條為請求失職董事為損害賠償之依據。

值得一提者是，依公司法第 23 條第 1 項之規定，董事對於業務之執行應盡善良管理人之注意義務，惟何謂善良管理人之注意義務，於我國法上無明確之定義，一般學說和實務將其解釋為依交易上一般觀念，具有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意；2001 年 11 月公司法修正時引進英美上「忠實義務」的概念而增列第 23 條第 1 項之規定，但未清楚交代其內涵，在我國大陸法系的法制運作下，適用上或有困難，有認為得將英美判例法上各個原則與例外情形，詳細規定於我國公司法之中，以將忠實義務之全貌完整呈現，使當初立法者修正本條文之立意得以實現²⁶，惟如不採此種立法模式，則除藉由英美法系國家實務、學說對忠實義務之闡釋，尚須透過我國司法實務上之實際操作適用予以型塑，例如我國法院實務上亦有少數判決表示支持美國法上之「經營判斷法則」可作為法院判決之理由，並具體適用於個案中進行檢討²⁷；轟動一時的博達公司掏空案，士林地方法院於 93 年度金字第 3 號民事判決中，亦有引用美國模範商業公司法、美國律師公會公司法委員會(American Bar Association, Committee on Corporate Laws, ABA Section of Business Law)於 2007 年修訂之公司董事手冊(Corporate Director's Guidebook)，以及德拉瓦州最高法院判例之情形，最終並認為董事依公司法有執行業務之職權，縱得將業務之決策或執行工作授權予經營階層或其他委員會，或得主張善意信賴員工、專業人員提出之資訊，仍不能解免對被授權者之監督責任，以及應盡之忠實義務及善良管理人注意義務²⁸；惟我國在對董事為責任追究之案例相對稀少的情況下，亦少見法院就此有深入解釋之判決，長遠來看，自然難以建立善良管理人之注意義務與忠實義務之具體內涵。

²⁶ 陳子操，董事義務之類型化探討—以善意義務為核心，成功大學法律學系研究所碩士論文，民國 98 年 6 月，頁 89。

²⁷ 中華郵政更名案(臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 2105 號)、中工電訊案(臺北地方法院 93 年度重訴字第 144 號)、鴻亞光電案(台北地方法院 96 年度重訴字第 234 號)。

²⁸ 本案係由投資人保護中心依投資人保護法第 28 條提起之團體訴訟。

第五章 觀察美日法制對我國董事民事責任之省思

第一節 美國法之規定

第一項 解任董事 (Removal of Directors)

在美國法上，關於董事解任有股東會解任、董事會解任以及裁判解任等三種之方式：

一、**股東會解任**。一般而言，享有董事之選任權者亦同時擁有解任權，因此解任董事之一般性權利係屬於公司之股東，例如模範商業公司法第 8.08 條規定，除章程另有規定外，股東得於具備法定事由或不具法定事由 (with or without cause) 時，解任一位或多位之董事。惟董事之選任經章程規定採用累積投票制，而足以支持該董事當選之票數，反對該解任案者，該董事不受解任；不採用累積投票制時，對於該解任案之贊成票超過反對票之數量時，該董事即受解任¹。各州公司法以明文為規定者，則有例如紐約州商業公司法 (New York Bus. Corp. Law) 第 706 條(b)項規定，股東依公司之章程 (certificate) 或辦事細則 (bylaw) 之規定，得無條件解任董事；德拉瓦州公司法第 141 條(k)項亦規定，除章程另有關於解任事由之規定，股東得以多數決，不論有無理由而解任任何一位董事或整個董事會，但於公司採用累積投票制時，若受解任者非整個董事會，而反對董事解任案之票數足使該董事以累積投票制當選為董事時，該董事於不具正當理由時不受解任²。事實上，由於董事通常多為控制股東，少數股東欲於股東會取得多數股東支持有相當程度之困難³。

¹ Model Bus. Corp. Act § 8.08:

“(a) The shareholders may remove one or more directors with or without cause unless the articles of incorporation provide that directors may be removed only for cause.(b) If a director is elected by a voting group of shareholders, only the shareholders of that voting group may participate in the vote to remove him.(c) If cumulative voting is authorized, a director may not be removed if the number of votes sufficient to elect him under cumulative voting is voted against his removal. If cumulative voting is not authorized, a director may be removed only if the number of votes cast to remove him exceeds the number of votes cast not to remove him.(d) A director may be removed by the shareholders only at a meeting called for the purpose of removing him and the meeting notice must state that the purpose, or one of the purposes, of the meeting is removal of the director.”

² Del. Gen. Corp. Law. § 141(k):

“(k) Any director or the entire board of directors may be removed, with or without cause, by the holders of a majority of the shares then entitled to vote at an election of directors, except as follows:

二、**董事會解任**。通常而言，董事並無解任其他董事之權限，但某些州之州法規定，董事會在某些特殊情況下得享有董事之解任權⁴，例如該名董事係由董事會為填補董事缺額而選任、董事會之多數董事贊成該董事解任案者；股東亦得以公司章程賦予董事會解任董事之權限⁵。

三、**裁判解任**。依據模範商業公司法第 8.09 條之規定，公司主要營業處（principal office）之所在法院於董事對公司或股東有詐欺或不誠實之行為、嚴重（gross）濫用董事職權，或故意損害公司之行為，且符合公司之最大利益時，得解除董事之職務，亦得禁止該受解任之董事於一段期間內再當選為董事，股東代表公司提起解任訴訟時，除第 7.41 條(1)項之同時持有股份原則（Contemporaneous Ownership Rule）外⁶，應適用第 7.04 條以下關於股東代表訴訟之所有要求⁷；賓夕法尼亞州亦准許任何股東或董事向法院提出解任董事之聲請⁸。

(1) Unless the certificate of incorporation otherwise provides, in the case of a corporation whose board is classified as provided in subsection (d) of this section, shareholders may effect such removal only for cause; or (2) In the case of a corporation having cumulative voting, if less than the entire board is to be removed, no director may be removed without cause if the votes cast against such director's removal would be sufficient to elect such director if then cumulatively voted at an election of the entire board of directors, or, if there be classes of directors, at an election of the class of directors of which such director is a part."

³ James D. Cox & Thomas Lee Hazen, Cox & Hazen on Corporations I, at 451-2 (2003).

⁴ See, e.g., Minn Stat Ann § 302A.223

"**Subd. 2. Removal by directors.** A director may be removed at any time, with or without cause, if: (a) the director was named by the board to fill a vacancy; (b) the shareholders have not elected directors in the interval between the time of the appointment to fill a vacancy and the time of the removal; and (c) a majority of the remaining directors present affirmatively vote to remove the director.";
Mo Ann Stat § 351.317

"§ 351.317. Directors of corporations, removal of, when, how

Any director of the corporation may be removed for cause by action of a majority of the entire board of directors if the director to be removed shall, at the time of removal, fail to meet the qualifications stated in the articles of incorporation or bylaws for election as a director or shall be in breach of any agreement between such director and the corporation relating to such director's services as a director or employee of the corporation. Notice of the proposed removal shall be given to all directors of the corporation prior to action thereon.";

ND Cent Code § 10-19.1-41

"§ 10-19.1-41. Nonjudicial removal of directors

2. A director may be removed at any time, with or without cause, if:
a. The director was named by the board to fill a vacancy;
b. The shareholders have not elected directors in the interval between the time of the appointment to fill a vacancy and the time of the removal; and
c. A majority of the remaining directors present affirmatively vote to remove the director."

⁵ William Meade Fletcher, Fletcher Cyclopedic of the Law of Corporations, Current through April 2010 Update, 2 Fletcher Cyc. Corp. § 357.

⁶ 所謂「同時持有股份原則」係指原告股東提起代表訴訟時，必須證明且主張其於所起訴之交易行為發生當時即為該公司之股東或該社團法人成員。

⁷ Model Bus. Corp. Act § 8.09:

過去的模範商業公司法曾要求限於持有公司百分之十以上股份的股東始得向法院提出解任董事之聲請，某些州法現在亦維持百分之十的持股成數要求⁹，例如阿拉巴馬州、加州、伊利諾州、田納西州及紐約州法等，南卡羅萊那州公司法則僅要求百分之五的持股成數；紐約州公司法第 706 條(d)項並賦予首席檢察官（attorney general）向法院提出解任董事之聲請權限¹⁰。實則，以法院裁判之方式解任董事，是為一種特別的救濟方式，提出解任董事聲請之少數股東必須證明董事有應受禁止之詐欺、不誠實行為或其他濫用權限之行為，以及該董事之解任符合公司之最大利益¹¹。

第二項 股東代表訴訟

我國公司法上，對於董事違反義務之民事賠償責任追究，得依第 212 條及第 214 條第 1 項之規定，經由股東會決議或由繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之少數股東，以書面請求監察人為公司提起訴訟，或依第 214 條第 2 項之規定，於監察人自前述之請求日起，三十日內不提起訴訟時，由為該請求之股東提起代表訴訟；由於美國公司法制上並無監察人之設計，又美國法院於股東提起代表訴訟（Derivative Action、Derivative Suit）前，通常要求股東須先踐行向公司內部機關為提訴請求之程序，就此而言，類似於我國公司法上，股東提

“(a) The [name or describe] court of the county where a corporation’s principal office (or, if none in this state, its registered office) is located may remove a director of the corporation from office in a proceeding commenced by or in the right of the corporation if the court finds that (1) the director engaged in fraudulent conduct with respect to the corporation or its shareholders, grossly abused the position of director, or intentionally inflicted harm on the corporation; and (2) considering the director’s course of conduct and the inadequacy of other available remedies, removal would be in the best interest of the corporation. (b) A shareholder proceeding on behalf of the corporation under subsection (a) shall comply with all of the requirements of sub-chapter 7D, except section 7.41(1). (c) The court, in addition to removing the director, may bar the director from reelection for a period prescribed by the court. (d) Nothing in this section limits the equitable powers of the court to order other relief.”

⁸ 15 Pa Cons Stat Ann § 1726(c).

“(c) **Removal by the court.**— Upon application of any shareholder or director, the court may remove from office any director in case of fraudulent or dishonest acts, or gross abuse of authority or discretion with reference to the corporation, or for any other proper cause, and may bar from office any director so removed for a period prescribed by the court. The corporation shall be made a party to the action and as a prerequisite to the maintenance of an action under this subsection a shareholder shall comply with Subchapter F (relating to derivative actions).”

⁹ See, e.g., Ala Code § 10-2B-8.09 ; Cal Corp Code § 304 ; 805 ILCS § 5/8.35 ; Tenn Code Ann § 48-18-109 ; N.Y Bus. Corp. Law § 706(d).

¹⁰ N.Y Bus. Corp. Law § 706(d).

¹¹ William Meade Fletcher, Fletcher Cyclopedia of the Law of Corporations, Current through April 2010 Update, 2 Fletcher Cyc. Corp. § 358.

起代表訴訟前，須先向監察人為書面請求之規定，故本文於此，關於美國法上董事對公司之民事責任追究將以股東代表訴訟之制度為探討中心。

第一款 對股東代表訴訟之正反意見

董事違反其對公司所負之注意義務或忠實義務時，理論上而言，公司本身透過董事會之決議即得決定是否應對其提起損害賠償或利益返還訴訟，然而在董事會不為行動之時，美國法院長久以來即允許單獨股東以自己之名義為公司之利益提起代表訴訟，以解決董事會不願追究內部人（insider）包括董事、職員或控制股東責任之問題；然而，關於代表訴訟制度之適用亦非毫無爭議。

支持論者認為，股東代表訴訟具有補救內部人不法行為之功能，甚至是唯一有效之方式，蓋公司現任之董事會成員鮮少願意主動追究內部人之失職責任，尤其在其他內部成員對公司之持股數量微少的情況下，市場機制（例如因內部人之失職行為導致公司股票之市場價值下跌）在排除失職人員上亦作用極小，故僅有透過因失職人員之不法行為導致投資價值減少的其他股東之手，有機會能直接去補救公司因此所受之損害；其次，一個成功的代表訴訟亦具有一定程度之嚇阻作用（deterrent effect），不止特定的失職者及公司會受到制裁，對於其他公司中潛在的失職者亦具有一定嚇阻其為不法行為之作用。

反對論者則認為，代表訴訟會耗費公司高階經理人員大量的時間和精力，而即使原告股東勝訴，公司因此所取得之利益，通常亦小於其所耗損之時間與精力；且代表訴訟除可能導致公司經營者在經營活動上採取保守策略（risk-averse managements），反而妨害股東投資公司以追求最大利潤之目的，亦可能帶來敲詐訴訟（Strike Suits）或騷擾訴訟（Nuisance Suit）之問題，蓋股東代表訴訟會耗損經營階層大量的時間和精力，因此公司經營者通常會試圖與提訴股東達成和解，以盡快擺脫對公司而言利益微小之代表訴訟，但在此同時也對原告股東之律師形成一個吸引人的誘因，去提起一個雖然成功機率極小，但對公司之困擾程度已足以促使公司經營者與股東達成和解的敲詐訴訟或騷擾訴訟，而最後的結果，既非股東，亦非公司，僅僅是原告股東之律師在這個過程中獲得利益¹²。

¹² Steven L. Emanuel, Corporations (4th ed., Aspen Law & Business, 2002), at 342-343.

由上述正反兩方之意見可知，代表訴訟制度本身有利有弊，因此美國多數州關於股東代表訴訟法制之設計，即著重於一方面允許對公司帶來利益之代表訴訟的提起與續行，一方面則盡可能排除對公司毫無利益，甚至具有不當目的之敲詐訴訟的產生，因此除要求提起代表訴訟之原告股東必須滿足同時持有股份原則（Contemporaneous Share Ownership rule）、公正適切之代表性（Fairly and Adequately Represent）、對內部機關之提訴請求等要件外，亦有允許公司組成獨立委員會以審查該代表訴訟對於公司具有利益與否，並得對法院提出代表訴訟應否續行或駁回（dismiss）之建議，加上訴訟費用擔保制度（Security for Expenses in Derivative Action）等，以防止代表訴訟過於浮濫。

第二款 股東代表訴訟之當事人

第一目 代表訴訟之原告

關於何人得為公司提起代表訴訟之問題，美國若干州以立法之方式加以明文規定，例如紐約州商業公司法第 626 條(a)項規定，提起代表訴訟之原告必須為公司股東、股權信託證書持有人，或於公司股權或股權信託證書有利益之人¹³。美國 1962 年之模範商業公司法第 49 條雖規定，股東得提起代表訴訟者，以其於不法行為發生時，為股東名簿上（of record）之股東為要件，然而僅有少數州法採用此種要件¹⁴，其他各州則大多允許實質上股東（Beneficial Holder）提起股東代表訴訟¹⁵，美國法院上亦通常承認其得提起代表訴訟之地位¹⁶，且認為所謂的「Beneficial Holder」廣泛包括如信託受益人（beneficiaries of a trust）、質權人

¹³ N.Y. Bus. Corp. Law §626(a):

"An action may be brought in the right of a domestic or foreign corporation to procure a judgment in its favor, by a holder of shares or of voting trust certificates of the corporation or of a beneficial interest in such shares or certificates."

¹⁴ See Ariz. Rev. Stat. Ann. § 10-049 (1977); Mont. Code Ann. § 35-1-514 (1981); Neb. Rev. Stat. § 21-2047 (1977); N.M. Stat. Ann. § 53-11-47 (1978); R.I. Gen. Laws § 7-1.1-43.1 (1969); Wash. Rev. Code Ann. § 23A.08.460 (1969); W.Va. Code § 31-1-103 (1982); Me. Rev. Stat. Ann., tit. 13-A, § 627 (1964).

¹⁵ See Cal. Corp. Code § 800(b)(1) (1977); N.Y. Bus. Corp. Law § 626 (1980); Pa. Stat. Ann., tit. 15, § 1516 (1967); Tex. Bus. Corp. Act Ann., art. 5.14 (1980).

¹⁶ See *Edgeworth v. First Nat. Bank of Chicago*, 677 F.Supp. 982, 993(1988) (trust beneficiary who received one half of income of trust that owned majority of equity in closely held corporation had standing to sue derivatively); *Pearce v. Superior Court*, 149 Cal.App.3d 1058, 197 Cal.Rptr. 238 (1983).

(pledgee)¹⁷、受遺贈人 (legatees) 以及該股權以證券經紀商名義所持有之人 (a person whose shares are held by a brokerage firm in street name)¹⁸；實則在由證券公司或機關投資者之名義持有股份已為一般化之今日，對提起代表訴訟之股東課以應於股東名簿上記載之要件，並無實益；1984 年模範商業公司法修正時，即刪除此項要件，以不法行為時為實質上股東作為提訴股東之資格，故記名股東或無記名股東均得為提起代表訴訟之原告，同時第 7.40 條(e)項則規定，在本條之適用目的下「股東」一詞包括股份為投票信託名義人所持有之受益所有人。

此外，關於可轉換證券 (convertible security) 之持有者得否提起代表訴訟，法院間之意見有所分歧，採取否定看法者有例如 *Simons v. Cogan*¹⁹、*Harff v. Kerkorian*²⁰ 以及 *Kusner v. First Pennsylvania Corp.*²¹ 等判例，同時則有例如 *Hoff v. Sprayregan*²² 之判例承認其有提起代表訴訟之資格者；美國法律協會 (ALI) 則認為依據現今之會計原則，於通常之情形，可轉換證券在分類上相當於普通股 (common stock) 之地位，故應認為可轉換證券之持有者有提起代表訴訟之資格²³。至於普通之公司債券持有人 (bondholder) 是否有提起代表訴訟之資格，普通法 (common law) 則通常採否定見解²⁴，蓋一般而言，債權人若得以提起代表訴訟，可能造成董事不願意進行具有較高風險的經營策略，且在多數情況下，多數債權人得透過契約之約定以保護其權益，相對於公司章程對於股東之保護更具有彈性空間²⁵。

第二目 代表訴訟之被告

不同於我國公司法將股東代表訴訟之被告限定於股份有限公司之董事及監察人 (參照公司法第 227 條，但書並規定第 214 條對監察人之請求，應向董事會為之)，美國法認為代表訴訟中之被告包括：董事 (directors)、重要職員 (officers)、

¹⁷ *Gustafson v. Gustafson*, 47 Wash.App. 272, 734 P.2d 949 (1987)

¹⁸ ALI, Prin Corp. Gov., Reporter's Note 1 to § 7.02.

¹⁹ *Simons v. Cogan*, 549 A.2d 300, 303-304 (1988)

²⁰ *Harff v. Kerkorian*, 324 A.2d 215 (1974)

²¹ *Kusner v. First Pennsylvania Corp.*, 395 F.Supp. 276 (1975)

²² *Hoff v. Sprayregan*, 52 F.R.D. 243 (1971)

²³ ALI, Prin Corp. Gov., Reporter's Note 2 to § 7.02.

²⁴ See *Haberman v. Washington Public Power Supply System*, 109 Wash.2d 107, 744 P.2d 1032, 1061 (1987); *Darrow v. Southdown, Inc.*, 574 F.2d 1333 (5th Cir.1978); *Dodge v. First Wisconsin Trust Co.*, 394 F.Supp. 1124 (1975); *Dorfman v. Chemical Bank*, 56 F.R.D. 363 (1972).

²⁵ ALI, Prin Corp. Gov., Reporter's Note 2 to § 7.02.

控制股東（controlling shareholders）、其他受託人（other fiduciaries）以及公司外部之第三人（outsiders）²⁶。然而，由於公司本身經由董事會決議對於外部人提起訴訟，通常不會有太大的困難，故絕大多數的代表訴訟係以公司之內部人（insiders）為被告²⁷。

至於公司於代表訴訟中之地位，在美國法上，公司於代表訴訟中是為不可缺少之當事人（indispensable party）²⁸，由於公司拒絕以自己名義作為原告提起訴訟，為使判決之效力及於公司，故在代表訴訟中，亦須列公司為名義上之被告（a nominal party defendant），否則將造成訴訟遭駁回（dismissal）²⁹；但另一方面，因代表訴訟實質上係代表公司之利益而提起，故公司亦為代表訴訟中之真正原告（the real party plaintiff）而於訴訟中具有雙重之地位³⁰。

第三款 提起代表訴訟之程序要件

第一目 原告股東之資格要件

壹、同時持有股份原則

賦予股東提起代表訴訟之權利，係著眼於其對於代表訴訟勝訴結果之間接利害關係，因此，美國許多州法和法院³¹要求提起代表訴訟之原告股東在其所爭執

²⁶ Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations* (3rd ed., West Publishing Co., 1983), at 1049-50

²⁷ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 342.

²⁸ See e.g., *Edward F. BAGDON, Petitioner, v. BRIDGESTONE/FIRESTONE, INC., Respondent*, 1991 WL 11177818 (U.S.) (*Appellate Petition, Motion and Filing*)

"Moore's Federal Practice says the same thing: In a derivative or secondary action by corporate stockholders against an outsider or the officers or directors of the corporation for wrongful injury to the corporation, the corporation, if a going concern, is an indispensable party, because the primary right sued on is that of the corporation, recovery normally accrues to it, and the stockholders are only secondarily interested. 3A Moore's Federal Practice, para. 19.13[1], 19-224-226 (emphasis supplied; footnote omitted). See also 3B Moore's Federal Practice, para. 23.1.21[1], 23.1-100 ("the corporation, if a going concern, must be made a defendant, since it is indispensable, even though the plaintiff sues upon a right which belongs to the corporation."

²⁹ *Kauffman v. Dreyfus Fund, Inc.* 434 F.2d 727,734 (1970).

"Indeed, the shareholder's corporation must be made a separate party defendant, or the suit would be dismissed for failure to include an indispensable party; and the shareholder's corporation is entitled to answer the shareholder's complaint and defend its refusal to sue."

³⁰ Harry G. Henn & John R. Alexander, *supra* note 26, at 1037.

³¹ See e.g., *Brambles USA, Inc. v. Blocker*, 731 F.Supp. 643, 648 (D.Del., 1990) ("a derivative plaintiff must be a shareholder of the corporation at the time of the transaction of which he

之違法或不正行為發生時，必須具備公司股東之資格，此即所謂「同時持有股份原則」(Contemporaneous Ownership Rule)。例如，聯邦民事訴訟規則(Federal Rules of Civil Procedure Rule)第 23.1 條(b)項(1)款³²即規定，在由一名或多名股東或成員為行使本應由其公司或社團法人行使但卻怠於行使之權利所提起的代表訴訟中，原告必須證明且主張其於所起訴之交易行為發生當時即為該公司之股東或該社團法人成員，或者此種股東之股份或此種成員之成員身份係依法律規定(operation of law)而移轉於原告；幾乎絕大多數州法(例如德拉瓦州公司法第 327 條³³)或法院均採用此項原則，1989 年之模範商業公司法第 7.41 條³⁴亦有類似之規定。

此項原則最早於確立 1882 年 *Hawes v. Oakland*³⁵聯邦最高法院之判決中，最初的規範意旨在於防止股東將股份轉讓予公司設立所在州以外的其他州居民而意圖將代表訴訟之訴訟管轄由州法院移轉至聯邦法院所採取之手段。惟此項原則在現今最重要的理論基礎，一般認為可追訴至 1903 年內布拉斯加州最高法院之 *Home Fire Insurance Co. v. Barber* 一案³⁶，在該案件中法院認為，因不法行為致公司有損害，該損害會反映於股價上，充分知悉該違法或不正行為，且以相當低之價格取得股份之股東，若容許其得以提起代表訴訟，將使該股東因間接利益之填補而受有不當利益(unjust enrichment)，該判決所揭示之理由其後亦為許多判決所引用，進一步擴大同時持有股份原則之適用³⁷。除此之外，該原則之適用亦可避免投機者以提起代表訴訟為目的，伺機收購內部人有不法行為之公司股份，以提起所謂的「損害購買訴訟」(Litigating Purchased Grievance)³⁸。

complain.....and must also maintain that status throughout the lawsuit"); *Schilling v. Belcher*, 582 F.2d 995, 996 (5th Cir.1978)("a shareholder who sell his stock pending appeal of a favorable judgment in a shareholder's derivative suit.....lose standing to further prosecute or defend the case")

³² Fed. R. Civ. P. 23.1(b)(1):

".....that the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction complained of, or that the plaintiff's share or membership later devolved on it by operation of law."

³³ Del. Gen. Corp. Law. §327:

"In any derivative suit instituted by a stockholder of a corporation, it shall be averred in the complaint that the plaintiff was a stockholder of the corporation at the time of the transaction of which such stockholder complains or that such stockholder's stock thereafter devolved upon such stockholder by operation of law."

³⁴ Model Bus. Corp. Act § 7.41:

"the shareholder may not commence or maintain a derivative proceeding unless she was a shareholder of the corporation at the time of the act or omission complained of....."

³⁵ *Hawes v. Oakland*, 104 U.S. 450 (1882)

³⁶ *Home Fire Insurance Co. v. Barber*, 67 Neb. 644, 93 N.W. 1024 (1903)

³⁷ See also e.g., *Bangor Punta Operations, Inc. v. Bangor & Aroostook R. Co.*, 417 U.S. 703, 94 S.Ct. 2578, 41 L.Ed.2d 418 (1974); *Courtland Manor, Inc. v. Leeds*, 347 A.2d 144 (1975).

³⁸ ALI, Prin Corp. Gov., Reporter's Note 6 to § 7.02.

然而，同時持有股份原則雖在防止投機者於董事之不法行為發生後始收購公司股份，藉以起訴並勒索公司上具有重要之作用，且廣泛地為各州公司法或法院所接受，但仍有其受批評之處，蓋傳統的同時持有股份原則會排斥於違法行為或不正行為發生後始取得股份之股東提起代表訴訟，惟於該行為受公開揭露前，股東事實上不會以較低價格取得該公司之股份，故仍有可能因此受有損害³⁹，故若嚴格適用同時持有股份原則，亦可能造成不公正合理之情形，是故有加以修正之必要。因此，美國法律協會（ALI）所提出的公司治理原則第 7.02 條(a)項即以所謂的「公開理論」（Disclosure Test）加以修正，其僅要求提起代表訴訟之股東，必須於其所控訴之違法行為受公開揭露前，或為該股東知悉前即取得該公司之股份⁴⁰；賓夕法尼亞州之商業公司法亦允許非同時持有股份之股東，若勝訴之可能性極大，且能證明不提起代表訴訟將產生顯著不公平之結果者，仍得提起該訴訟⁴¹；加州公司法第 800 條(b)項(1)款則規定，原告股東若不符合同時持有股份原則時，法院仍得斟酌原告勝訴可能性、以他訴訟提起之可能、原告於違法行為公開或知悉前取得股票、若不提起代表訴訟則被告將因故意違反受託義務之行為而保有不當利益，或不會因代表訴訟之提起而使公司或股東獲得不當利益等情事，賦予股東提起代表訴訟之地位；或者排除例如繼承等依法律規定而取得股份者，即使股東係於不法行為後始取得股份，仍得提起代表訴訟⁴²，美國聯邦民事訴訟規

³⁹ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 345.

⁴⁰ ALI, *Prin Corp. Gov.* § 7.02(a) :

"(a) A holder [§ 1.22] of an equity security [§ 1.20] has standing to commence and maintain a derivative action if the holder:(1) Acquired the equity security either (A) before the material facts relating to the alleged wrong were publicly disclosed or were known by, or specifically communicated to, the holder, or (B) by devolution of law, directly or indirectly, from a prior holder who acquired the security as described in the preceding clause (A)"

所謂的公開時點，係指訊息到達並且影響到證券市場之時，而非此公開文件建檔之時或由大眾傳播媒體公布之時。另一方面，由於公開原則之前提係建立在原告股東購買股票時相信大眾傳播資訊且未作進一步之調查，因此若原告股東有能力去瞭解董事是否為違法情形的情況下，仍不具有原告股東之適格。

See ALI, *Prin Corp. Gov. Comment c. to § 7.02(a)*: "In determining the time of public disclosure, § 7.02(a)(1) intends a realistic test that looks to the moment when the information would have reached and affected the securities market, not the precise moment a disclosure document was filed or a press release issued."

⁴¹ Pa. Bus. Corp. Law § 1516 (Purdon 1967):

"there is a strong prima facie case in favor of the claim asserted on behalf of the corporation and ... without such suit serious injustice would result."

⁴² Cal. Corp. Code § 800(b)(1) (West Ann. Code):

"(b) No action may be instituted or maintained in right of any domestic or foreign corporation by any holder of shares or of voting trust certificates of the corporation unless both of the following conditions exist:(1) The plaintiff alleges in the complaint that plaintiff was a shareholder, of record or beneficially, or the holder of voting trust certificates at the time of the transaction or any part thereof of which plaintiff complains or that plaintiff's shares or voting trust certificates thereafter devolved upon plaintiff by operation of law from a holder who was a holder at the time of the

則第 23.1 條及模範商業公司法第 7.41 條(1)項均採用相同見解⁴³。部分法院甚至認為，若股東事實上未因不正行為而以較低價格取得公司股份（in fact get a lower price because of wrongdoing）即無同時持有股份原則之適用⁴⁴。

同時，基於上述對同時取得股份原則之批評，法院亦有以所謂「繼續性違法理論」（Continuing Wrong Theory）作為例外，賦予股東提起代表訴訟之資格，即系爭違法行為或不法行為雖開始於原告股東取得該公司之股份前，但於其成為公司股東後繼續進行，則該股東仍得為公司之利益提起代表訴訟⁴⁵；其相關案例例如 *Lavine v. Gulf Coast Leaseholds, Inc.*⁴⁶一案中，原告股東於不法議案提出後始成為公司股東，但仍係於股東會表決前取得股東身份；*Palmer v. Morris*⁴⁷該案中，原告雖於不法交易初始行為完成後始成為公司股東，但因公司仍繼續支付價款，故原告仍得提起代表訴訟；*Maclary v. Pleasant Hills Inc.*⁴⁸一案之判決中，德拉瓦州最高法院認為違法授權發行股份後，在實際發行前取得股份之股東，亦得提起代表訴訟；以及 *Bateson v. Magna Oil Corp.*⁴⁹和 *Forbes v. Wells Beach Casino, Inc.*⁵⁰等案例中，法院亦承認在違法行為之繼續中，取得股份者得為適格之原告。雖然，繼續性違法理論為股東提起代表之資格保留了一定的司法彈性，而可能達到公平之結果，但其與市場價格之反應及股東取得不正利益之問題間關聯性並不大，蓋不法行為可能於公開揭露後繼續進行，或在公開揭露前即已停止，其後始反映於市場價格，故即使在採納繼續性違法理論之案例中，法院對股東取得股份之時間和狀況仍有一定之限制⁵¹，因此例如前述賓州公司法或加州公司法第 800 條(b)

transaction or any part thereof complained of; provided, that any shareholder who does not meet these requirements may nevertheless be allowed in the discretion of the court to maintain the action on a preliminary showing to and determination by the court, by motion and after a hearing, at which the court shall consider such evidence, by affidavit or testimony, as it deems material, that (i) there is a strong prima facie case in favor of the claim asserted on behalf of the corporation, (ii) no other similar action has been or is likely to be instituted, (iii) the plaintiff acquired the shares before there was disclosure to the public or to the plaintiff of the wrongdoing of which plaintiff complains, (iv) unless the action can be maintained the defendant may retain a gain derived from defendant's willful breach of a fiduciary duty, and (v) the requested relief will not result in unjust enrichment of the corporation or any shareholder of the corporation."

⁴³ Model Bus. Corp. Act § 7.41(1) ; Fed. R. Civ. P. 23.1 ; ALI Prin. Corp. Gov. § 7.02.

⁴⁴ *Rifkin v. Steele Platt*, 824 P.2d 32 (1991).

⁴⁵ Harry G. Henn & John R. Alexander, *supra note 26*, at 1061-62.

⁴⁶ *Lavine v. Gulf Coast Leaseholds, Inc.*, 35 Del. Ch. 539, 122 A.2d 550 (1956).

⁴⁷ *Palmer v. Morris*, 316 F.2d 649 (5th Cir.1963).

⁴⁸ *Maclary v. Pleasant Hills Inc.*, 35 Del. Ch. 39, 109 A.2d 830 (1954).

⁴⁹ *Bateson v. Magna Oil Corp.*, 414 F. 2d 128 (5th Cir), cert. denied, 397 U.S. 911 (1969).

⁵⁰ *Forbes v. Wells Beach Casino, Inc.*, 307 A.2d 210 (1973).

⁵¹ See, e.g., *Schreiber v. Bryan*, 396 A.2d 512 (1978); *Brambles USA, Inc. v. Blocker*, 731 F.Supp. 643, 650-51 (1990); *Maclary v. Pleasant Hills, Inc.*, 35 Del. Ch. 39, 109 A.2d 830 (1954); *Goldie v. Yaker*, 78 N.M. 485, 432 P.2d 841 (1967).

項(1)款之規定，或為較完善之設計⁵²，美國法律協會（ALI）之公司治理原則第 7.02 條(a)項(1)款亦認為繼續性違法理論相對而言不夠精確，故改以公開理論作為同時持有股份原則之修正⁵³。

貳、繼續持有股份原則

提起代表訴訟之股東不只必須於提起訴訟時持有公司之股份，直至訴訟結束，均必須持續具備公司股東之資格，此即「繼續持有股份原則」（Continuing Ownership Rule）之要求，其目的在於確保原告股東與代表訴訟之訴訟結果具有事實上之利害關係⁵⁴，並避免代表訴訟制度之濫用⁵⁵，美國法律協會（ALI）所提出之公司治理原則第 7.02 條(a)項(2)款亦建議，提訴股東必須持續持有股份直至訴訟結束作成判決之時⁵⁶。

在通常情況下，繼續持有股份原則不會形成股東提起代表訴訟之困難，蓋即使僅持有一股，亦足以滿足該原則之要求，然而在公司合併之情況，原有股份為現金逐出（cash-out）⁵⁷或轉為其他公司之股份者，即可能形成提起代表訴訟之障礙，蓋於存續合併之情形，合併後存續公司之股東，其原告地位雖不受影響，但因合併而法人格消滅之公司，其前股東所提起之代表訴訟將喪失其合法性，或於計算被合併公司之資產時，已將系爭違法行為之損害計入，而使因合併而消滅之公司的損害獲得調整，此時該原告股東將可能因代表訴訟而獲得不當之利益⁵⁸。

⁵² ALI, Prin Corp. Gov., Reporter's Note 6 to § 7.02.

⁵³ ALI, Prin Corp. Gov., Comment C. to § 7.02:

"Thus, in preference to the imprecise relief afforded by the "continuing wrong" doctrine, § 7.02(a)(1) adopts public disclosure of the wrong as the better cutoff point, in the belief that on disclosure the marketplace will adjust the security's price to reflect the injury."

⁵⁴ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 347.

⁵⁵ *Lewis v. Anderson*, 477 A.2d 1040, 1046 (1984)

"a derivative shareholder must not only be a stockholder at the time of the alleged wrong and at time of commencement of suit but that he must also maintain shareholder status throughout the litigation. The purpose of such a rule is well established: to eliminate abuses associated with a derivative suit....."

⁵⁶ ALI, Prin Corp. Gov. § 7.02(a)(2):

"Continues to hold the equity security until the time of judgment, unless the failure to do so is the result of corporate action in which the holder did not acquiesce, and either (A) the derivative action was commenced prior to the corporate action terminating the holder's status, or (B) the court finds that the holder is better able to represent the interests of the shareholders than any other holder who has brought suit;"

⁵⁷ 現金逐出合併（cash-out merger）係指公司以現金作為合併對價，並利用股份多數決的強制性作法，令少數股東喪失其於合併後存續或新設公司之股東的地位。

⁵⁸ 王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，商法專論—賴英照教授五十歲生日祝賀論文集，月旦出版社，1995年7月初版，頁123。

許多法院判決認為，即使在符合同時持有股份原則之情形下，當股東之股份因現金逐出合併（cash-out merger）或其他類似的合併交易而不存在時，將無法維持個人訴訟或代表訴訟之續行⁵⁹。但在某些特殊情況下，嚴格遵守繼續持有股份原則會形成不公平之狀況，例如被收購公司之經營階層明知公司即將合併，於實際被收購前自公司溢領報酬，而於合併完成後該溢領報酬之行為始被知悉，此時依繼續持有股份原則之要求，被收購公司之股東將無法提起代表訴訟，收購公司之股東亦因不符合同時持有股份原則而不具提起代表訴訟之資格；或股東已合法提起代表訴訟，其後公司始因與他公司合併而消滅。因此，亦有其他法院判決不否定該等股東提起代表訴訟之資格，或為繼續持有股份原則創設例外情形，例如在 *Shelton v. Thompson*⁶⁰ 一案中，阿拉巴馬州最高法院即認為，銀行因合併而成為他公司之子公司時，不影響銀行之前股東對內部職員及董事因違背受託義務而提起代表訴訟之資格。

以德拉瓦州法院之情況而言，雖然通常不准許該等股東提起代表訴訟或維持代表訴訟之續行，但仍承認某些例外情形：1. 當該公司合併本身即為代表訴訟所指摘之詐欺（Fraud）；2. 該合併事實上係屬公司之組織重組，而不影響原告股東對企業組織之所有權⁶¹；3. 該合併本身即為剝奪股東提起代表訴訟之權利⁶²；在德拉瓦州以外的其他法院，則更為彈性的准許原股東提起代表訴訟，例如印第安那州最高法院於 *Gabhart v. Gabhart*⁶³ 一案中，認為若合併後存續公司之股東中無任何人具備提訴資格，則消滅公司之原股東即使未持有存續公司之股份，

⁵⁹ See *Bokat v. Getty Oil Co.*, 262 A.2d 246 (1970); *Yanow v. Teal Industries, Inc.*, 178 Conn. 262, 422 A.2d 311 (1979); *Breed v. Barton*, 54 N.Y.2d 82, 444 N.Y.S.2d 609, 429 N.E.2d 128 (1981)

See also *Portnoy v. Kawecky Berylco Industries*, 607 F.2d 765 (7th Cir. 1979); *Schupack v. Covelli, W.D.Pa.*, 498 F.Supp. 704 (1980). 聯邦法院亦認為聯邦民事訴訟規則第 23.1 條有繼續持有股份原則之要求。

⁶⁰ *Shelton v. Thompson*, 544 So.2d 845, 848 (Ala.1989)

Merger of bank into wholly owned subsidiary of bank holding company did not deprive bank's former stockholders of substantive standing to maintain derivative action against bank's officers and directors who allegedly made bad or fraudulent loans in breach of their fiduciary duties with regard to proposed merger, thereby causing injury to bank and innocent stockholders.

⁶¹ See *Lewis v. Anderson*, 477 A.2d 1040, 1046 (1984).

"The two recognized exceptions to the rule are: (1) where the merger itself is the subject of a claim of fraud; and (2) where the merger is in reality a reorganization which does not affect plaintiff's ownership of the business enterprise."

⁶² *Kramer v. Western Pacific Industries, Inc.*, 546 A.2d 348, 354 (1988)

"(i) if the merger itself is the subject of a claim of fraud, being perpetrated merely to deprive shareholders of the standing to bring a derivative action; or (ii) if the merger is in reality merely a reorganization which does not affect plaintiff's ownership in the business enterprise."

⁶³ *Gabhart v. Gabhart*, 267 Ind. 370, 370 N.E.2d 345 (1977).

仍得對存續公司及應負責任者合法提起代表訴訟；*Gaillard v. Natomas Co.*⁶⁴一案中，法院則基於公平性之考量而更放寬繼續持有股份原則，不要求存續公司之股東必須全部不具有提起代表訴訟之資格；同時，亦有許多法院判決⁶⁵准許於合併時已提起之代表訴訟，於合併後由前股東繼續續行訴訟⁶⁶。

是故，整體而言，雖然有許多判決認為，合併後消滅公司之股東不具有代表訴訟之提訴資格，但目前已有修正之趨勢，繼續持有股份原則實質上已為其他判決，或准予該等股東對被告提起直接（direct）的集團訴訟（Class Action）⁶⁷，或禁止以終止進行中的代表訴訟為目的之現金合併，或以創設例外情形之方式所修正⁶⁸。但從概念上而言，禁止公司合併有時可能會犧牲公司之合法利益，對為違法行為者提起直接訴訟之方式亦可能無法保護未加入集團訴訟之股東；相對而言，准許該等股東提起代表訴訟是較為簡單（simpler）之方式，且使法院有機會在具體訴訟中按比例去回復受損害者之權益⁶⁹。美國法律協會（ALI）於其所提出的公司治理原則第 7.02 條(a)項(2)款亦建議，當原告股東喪失其股東地位係肇因於公司行為而非原告同意時，若該原告股東喪失其股東身分前即已提起代表訴訟，或法院認為該原告較能代表其他股東之利益時，該原告仍能繼續其代表訴訟。

參、公正適切之代表性

由於，代表訴訟在美國隱含有集團訴訟之性質，又代表訴訟制度本身有受濫用之可能性，判決之既判力亦及於提訴股東以外之第三人，因此美國法上認為提起訴訟之股東對於代表訴訟必須具備「公正且適切」之代表性⁷⁰。依聯邦民事訴訟規則第 23.1 條之規定，若代表訴訟之原告就公司或社團權利之行使未能公正

⁶⁴ *Gaillard v. Natomas Co.*, 173 Cal.App.3d 410, 219 Cal.Rptr. 74 (1985).

⁶⁵ See e.g., *Susman v. Lincoln Am. Corp.*, 587 F.2d 866 (7th Cir. 1978). ; *J. C. Peacock, Inc. v. Hasko*, 184 Cal.App.2d 142, 151, 7 Cal.Rptr. 490, 495 (1960). ; *Platt Corp. v. Platt*, 21 A.D.2d 116, 121, 249 N.Y.S.2d 75, 80 (1964), 15 N.Y.2d 705, 256 N.Y.S.2d 335, 204 N.E.2d 495 (1965). ; *Duffy v. Cross Country Indus., Inc.*, 57 A.D.2d 1063, 395 N.Y.S.2d 852, 853 (1977). ; *Abrams v. Occidental Petroleum Corp.*, 20 F.R. Serv.2d 170 (1975). ; *Schlick v. Castle*, 19 F.R. Serv.2d 642 (1974) ; *Miller v. Steinbach*, 268 F.Supp. 255 (1967) ; *deHaas v. Empire Petroleum Co.*, 300 F.Supp. 834 (1969), 435 F.2d 1223 (10th Cir.1970).

⁶⁶ ALI, Prin Corp. Gov. , Reporter's Note 4 to § 7.02..

⁶⁷ *Fischer v. CF & I Steel Corporation*, 614 F.Supp. 450 (S.D.N.Y.1985) (permitting former shareholders to maintain a class action for same damages)

⁶⁸ *Merritt v. Colonial Foods, Inc.*, 505 A.2d 757 (1986) (enjoining cash-out merger that was intended to terminate a pending derivative action).

⁶⁹ ALI, Prin Corp. Gov. , Reporter 's Note 4 to § 7.02.

⁷⁰ ALI, Prin Corp. Gov., Comment e. to § 7.02.

且適切地代表 (Fairly and Adequately Represent) 處於類似地位之股東或社團之利益，則該代表訴訟應被駁回⁷¹；1989 年模範商業公司法第 7.41 條(2)項則規定，提起代表訴訟之原告於行使公司權利時，須公正且適切地代表公司之利益，否則該代表訴訟不能維持⁷²；美國法律協會 (ALI) 於公司治理原則第 7.02 條(a)項(4)款亦建議，代表訴訟之提訴股東必須能公正且適切地代表股東之利益⁷³，即使其為公司之董事，如具公正及適切之代表性，亦得為代表訴訟之原告⁷⁴。

在具體案例中，原告股東是否能公正且適切實行訴權，係由法院依個案事實加以裁量判斷。所謂「代表適切性」並不要求提起代表訴訟之股東得到大多數股東的支持，或得到全體少數股東的支持，真正的判斷標準不在於原告代表了多少的股東，而是在於原告股東能否適當地維護其他處於相類似地位之股東的利益。評價基準通常可分二部分：首先，代表訴訟原告是否積極地 (vigorously)、有良心地 (conscientiously) 進行訴訟？其次，提起代表訴訟之原告之利益是否在任何方面有與其所代表之集團之利益相衝突？就此部分應由被告負舉證責任⁷⁵。

由於所謂的公正適切與否，本身即屬抽象、不確定之概念，必須仰賴法院依個案衡量以形成一定之標準。Rothenberg v. Security Management Co.⁷⁶一案中，

⁷¹ Fed. R. Civ. P. 23.1 :

"The derivative action may not be maintained if it appears that the plaintiff does not fairly and adequately represent the interests of the shareholders or members similarly situated in enforcing the right of the corporation or association."

⁷² Model Bus. Corp. Act § 7.41(2).

⁷³ ALI, Prin Corp. Gov. § 7.02.(a)(4):

"Is able to represent fairly and adequately the interests of the shareholders."

⁷⁴ ALI, Prin Corp. Gov. § 7.02(c):

"(c) A director of a corporation has standing to commence and maintain a derivative action unless the court finds that the director is unable to represent fairly and adequately the interests of the shareholders."

⁷⁵ *Schupack v. Covelli*, 512 F.Supp. 1310,1312 (1981).

"Rule 23.1 does not require that derivative action plaintiffs have the support of a majority of the shareholders or even that they be supported by all the minority shareholders. The true measure of adequacy of representation under Rule 23.1 is not how many shareholders does the plaintiff represent. Rather it is how well this representative plaintiff advances the interest of other similarly situated shareholders. This qualitative evaluation of the adequacy of representation is frequently expressed as a two part test. First, does the representative plaintiff vigorously and conscientiously prosecute the action? Second, are the interests of the representative plaintiff in any way antagonistic to the interests of the class he purports to represent? In this case there is no argument that the plaintiff is not vigorously pursuing this action. Therefore, the question becomes one of conflict of interests between the representative plaintiff and the shareholder class. On this question the defendant bears the burden of proof."

See also e.g., *G. A. Enterprises v. Leisure Living Communities, Inc.*, 66 F.R.D. 123 (1974), *aff'd* 517 F.2d 24 (1st Cir. 1975) ; *Sweet v. Birmingham*, 65 F.R.D. 551 (1975).

⁷⁶ *Rothenberg v. Security Management Co., Inc.*, 667 F.2d 958,961(1982).

"Whether a particular plaintiff will fairly and adequately represent the interests of other

法院認為當代表訴訟係屬於法院管轄時，特定之原告股東是否具有公正且適切之代表性，法院應就：(1) 原告是否具有實質的利害關係⁷⁷；(2) 原告對於代表訴訟是否熟稔、是否不願意學習代表訴訟⁷⁸；(3) 律師對於代表訴訟之控制程度⁷⁹；(4) 原告股東受到其他股東支持之程度⁸⁰；(5) 原告是否欠缺對於代表訴訟之個人承諾等情事⁸¹等因素為綜合判斷，如認為原告股東能公正且適切地代表其他處與相類似地位之股東的利益時，始承認原告股東有遂行訴訟之權能。美國法律協會（ALI）則建議，原告股東是否具有提起代表訴訟之適切代表性，通常應由被告就原告代表性之不適切負證明責任，法院應考量之因素包括：(1) 是否存在任何可能妨害原告股東對於其他股東之代表適切性之利益衝突；(2) 原告之代表律師之能力（the competence of the attorney representing the plaintiff）；(3) 是否有任何跡象顯示原告股東將不會積極進行該代表訴訟。當原告之代表律師之能力足夠時，法院不應單純以原告欠缺對代表訴訟法律基礎之瞭解，或因年齡或健康因素無法參與訴訟，而認為原告股東不具備提起代表訴訟之適切代表性⁸²。同樣地，原告之死亡亦不影響已經適切代表並合法起訴之代表訴訟⁸³。

第二目 向董事會之提訴請求

美國大多數州之公司法及聯邦民事訴訟規則均明文要求原告股東於提起代表訴訟前，必須先向公司董事會提出書面的提訴請求，僅在董事會拒絕提出訴訟時，為請求之股東始得提起代表訴訟。蓋公司係由董事會負責經營，而決定是否提起訴訟亦包含在經營範圍內，董事會負有決定是否為公司提起訴訟之責任，且為避免股東為個人利益而提起敲詐訴訟（Strike Suit），導致公司董事或高階經營階層之時間和精力耗費於冗長而無益之代表訴訟中，故應賦予董事會或公司特別

similarly situated shareholders as required by Rule 23.1 turns upon the total facts and circumstances of each case. Some of the factors considered by courts include: (1) indications that the plaintiff is not the true party in interest; (2) the plaintiff's unfamiliarity with the litigation and unwillingness to learn about the suit; (3) the degree of control exercised by the attorneys over the litigation; (4) the degree of support received by the plaintiff from other shareholders; and (5) the lack of any personal commitment to the action on the part of the representative plaintiff. Based upon a combination of the aforementioned factors, we conclude that Mrs. Rothenberg would not fairly and adequately represent the interests of the other shareholders."

⁷⁷ See e.g., *Nolen v. Shaw-Walker Co.*, 449 F.2d 506, 509 (6th Cir. 1971).

⁷⁸ See e.g., *Davis v. Comed, Inc.*, 619 F.2d at 593; *Levine v. Berg*, 79 F.R.D. 95, 98 (1978).

⁷⁹ See e.g., *In re Com. Oil/Tesoro Pet. Sec. Lit.*, 484 F.Supp. 253, 263 (1979); *Levine v. Berg*, 79 F.R.D. 95, 98 (1978); *In re Goldchip Funding Co.*, 61 F.R.D. 592, 594-95 (1974).

⁸⁰ See *Schupack v. Covelli*, 512 F.Supp. 1310, 1312 (1981).

⁸¹ See e.g., *Cohen v. Bloch*, 507 F.Supp. 321, 326 (1980).

⁸² ALI, *Prin Corp. Gov.*, Comment e. to § 7.02.

⁸³ See *Saylor v. Bastedo*, 623 F.2d 230 (2d Cir. 1980).

組成之獨立委員會對於是否有提訴必要予以審查的權利⁸⁴。例如加州公司法第 800 條(b)項(2)款規定，原告提起代表訴訟應向法院具體表明其已向公司或董事會以書面方式提出提訴請求或將訴狀送達於公司或董事會⁸⁵；紐約州商業公司法第 626 條(c)項規定，原告股東提起代表訴訟時必須具體說明原告曾努力確保由公司董事會發動訴訟之機會或未為此等努力之理由⁸⁶；美國法律協會（ALI）之公司治理原則第 7.02 條(a)項(3)款及第 7.03 條(a)項亦建議，除依第 7.03 條(b)項而豁免提訴請求外，股東或董事應向公司董事會以書面請求其提起訴訟或採取適當之矯正措施，且須將其所依據之主要事實，合理且明確地通知董事會⁸⁷。依 1989 年模範商業公司法第 7.42 條之規定，股東提起代表訴訟之前亦必須先以書面請求公司採取適當之措施，且原則上須自請求之日起等待九十日屆滿為止始得提起代表訴訟⁸⁸，以使董事會得就原告所指摘之事實為必要之內部調查，並妥善行使董事會正常之商業判斷。

對於提訴請求應給予董事會充分且合理之期間以便回答，該回答期間，則因提訴請求所提出之問題之複雜性而有所不同。在董事會或其組成的獨立委員會對提訴請求回答之前提起之代表訴訟，將遭到駁回，但董事會未在合理之期間內為回答時，股東亦得提起代表訴訟⁸⁹。如董事會接受股東之提訴請求並代表公司提起訴訟，自不應再由該原告股東提起代表訴訟。

董事會若拒絕股東對公司內部成員以外之第三人的提訴請求，法院大多會給予該不予提訴之決定經營判斷法則（**Business Judgment Rule**）之保護；即使該提訴請求係針對公司之內部人（**insider**）時，法院通常亦會給予該決定經營判斷原則之保護，除非原告股東能證明：(1) 董事會成員曾參與該代表訴訟所訴之違法行為或不正行為；(2) 董事會之成員表示拒絕提出訴訟者，係為該代表訴訟所訴之被告所控制（**dominated or controlled**），法院始會拒絕對董事會之決定給予經

⁸⁴ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 350.

⁸⁵ Cal. Corp. Code §800(b)(2).

⁸⁶ N.Y. Bus. Corp. Law §626.

⁸⁷ ALI, Prin Corp. Gov. § 7.02(a)(3):

“Has complied with the demand requirement of § 7.03 (Exhaustion of Intracorporate Remedies: The Demand Rule) or was excused by its terms”; and § 7.03(a): “Before commencing a derivative action, a holder or a director should be required to make a written demand upon the board of directors of the corporation, requesting it to prosecute the action or take suitable corrective measures, unless demand is excused under § 7.03(b). The demand should give notice to the board, with reasonable specificity, of the essential facts relied upon to support each of the claims made therein.”

⁸⁸ Model Bus. Corp. Act Ann. § 7.42.

⁸⁹ ALI, Prin Corp. Gov. § 7.03(d) and Comment f. to § 7.03.

營判斷法則之保護，並准許原告股東提起代表訴訟⁹⁰；又依美國法律協會（ALI）之公司治理原則第 7.04 條之建議，原告股東就董事會拒絕提訴請求之回答，應依第 7.04 條(a)項(2)款之規定，於訴狀上記載前開回答係屬不正確、該拒絕未符合經營判斷原則之要件、未具利害關係之董事拒絕提訴請求，並未符合公司最佳利益，係不合理之決定等詳細事實。訴狀上未詳細記載前開之事實者，法院得駁回原告之訴。另一方面，若未具利害關係之董事在董事會未過半數時，或該等董事不能為客觀判斷時，有關提訴請求之拒絕，法院不得依第 7.04 條(a)項以董事會已拒絕提訴之請求而駁回原告之訴⁹¹。

壹、提訴請求之豁免

雖然，美國大多數的州法均有股東提起代表訴訟前，應向公司之董事會為提訴請求之要求，但在被請求追訴責任者即為公司董事或內部成員時，董事會往往不會作成提出訴訟之決定。一般而言，各州法規或法院一方面保護董事會關於是否應提出訴訟之決策權，尊重董事會或獨立委員會之決定；另一方面，亦會在某些例外情形下，讓股東豁免（excused）於必須先向董事會請求提出訴訟之要求，或於該被追訴責任者為整個董事會或對董事會具有控制力之人時，仍准許股東提起代表訴訟。股東對董事會之提訴請求是否應予豁免，對於代表訴訟得否提出具有重大之意義，其理由在於法院對必須為提訴請求與不須為提訴請求之案件，其司法審查範圍（scope of judicial review）之不同：在須為提訴請求而董事會拒絕提出訴訟之案件中，法院很少（rarely）會准許股東提起代表訴訟；但在不須為提訴請求之案件中，法院則不太會因為公司之提議而終止代表訴訟之進行⁹²。

一、提訴請求豁免之例外

如前所述，美國法承認在若干情形下得免除原告股東對於董事會為提訴請求之義務。一般而言，如董事會因已存在敵視態度而將使原告股東之請求徒勞或無益（futile），則原告股東之請求義務得予以豁免，其通常情形包括：(1) 董事會本身即為不法行為人（the alleged wrongdoers）；(2) 董事會在不法行為人之控制之下；(3) 董事會否認不法行為發生之事實；(4) 董事會曾經批准該不法行為⁹³。

⁹⁰ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 353.

⁹¹ ALI, *Prin Corp. Gov.* § 7.04.

⁹² Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 348.

⁹³ Harry G. Henn & John R. Alexander, *supra* note 26, at 1069.

實際上，提訴請求是否徒勞而得以免除，各州法院的寬嚴標準亦有不同。德拉瓦州法院傾向於較有利於公司之經營者，在 *Aronson v. Lewis*⁹⁴一案中，法院認為主張提訴請求為徒勞而聲請豁免之原告，應就董事無利害關係之獨立性及對於有問題之交易行為所為商業判斷之結果有足生合理懷疑（reasonable doubt）之事實，負舉證責任，而法院須就董事之利害關係、獨立性，問題之實體性質及董事對此之承認加以審查；單純提出全部董事均為被告之事實，亦尚無法主張免除為提訴請求之義務⁹⁵。相對於德拉瓦州最高法院所採之標準，紐約州法院則採取比較寬鬆之態度，紐約州最高法院於 *Marx v. Akers*⁹⁶一案中認為，如有下列情況之一者，股東對公司之提訴請求即得認為係屬徒勞而予以免除：(1) 董事會多數成員對於該有問題之交易行為有利害關係；(2) 關於該有問題之交易行為，董事會未充分取得在當時情況下，可合理取得之一切資訊；(3) 該有問題之交易行為顯非合理之商業決定。

事實上而言，若觀察允許股東在董事會拒絕提訴時，仍得提起代表訴訟之情況，與提訴請求受豁免之例外情形，二者某種程度上有類似之處，故相同的案例事實無論法院判斷為須對董事會為提訴請求或不須為提訴請求，在結論上是不會有太大的差別；只是在多數情況下，相對於說服法院相信董事會拒絕提出訴訟之決定有利益衝突或董事會決議受到控制之情況，而不受經營判斷法則之保護，說服法院認為提訴請求為徒勞（futile）而不須為提訴請求是比較容易的⁹⁷。

⁹⁴ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805,814 (1984).

"Our view is that in determining demand futility the Court of Chancery in the proper exercise of its discretion must decide whether, under the particularized facts alleged, a reasonable doubt is created that: (1) the directors are disinterested and independent and (2) the challenged transaction was otherwise the product of a valid exercise of business judgment. Hence, the Court of Chancery must make two inquiries, one into the independence and disinterestedness of the directors and the other into the substantive nature of the challenged transaction and the board's approval thereof."

See also *Levine v. Smith*, 591 A.2d 194, 205 (1991).

"(1) whether threshold presumptions of director disinterest or independence are rebutted by well-pleaded facts; and, if not, (2) whether the complaint pleads particularized facts sufficient to create a reasonable doubt that the challenged transaction was the product of a valid exercise of business judgment."

⁹⁵ *Allison on Behalf of G.M.C. v. General Motors Corp.*, 604 F. Supp. 1106, 1114 (1985).

⁹⁶ *Marx v. Akers*, 666 N.E.2d 1034, 1040-41 (1996).

"Demand is excused because of [futility] when a complaint alleges with particularity that a majority of the board of directors is interested in the challenged transaction..... ; (2) Demand is excused because of futility when a complaint alleges with particularity that the board of directors did not fully inform themselves about the challenged transaction to the extent reasonably appropriate under the circumstances. ; (3) Demand is excused because of futility when a complaint alleges with particularity that the challenged transaction was so egregious on its face that it could not have been the product of sound business judgment of the directors."

⁹⁷ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 353.

由於上述的類似之處，相對對於德拉瓦州、紐約州及其他很多州之判例法，區別要求提訴請求及免除提訴請求二者，模範商業公司法第 7.42 條及美國法律協會（ALI）所提出之公司治理原則第 7.03 條則採取不同立場。依模範商業公司法第 7.42 條之規定，股東提起代表訴訟之前必須以書面請求公司採取適當之措施，除非股東被提前通知其請求被拒絕，或有致公司受有不可回復損失之虞外，股東必須自其請求之日起等待九十日屆滿為止始得提起代表訴訟。若公司就股東請求中之事項開始調查，法院有權將代表訴訟程序展延至其認為適當之期日⁹⁸；ALI 之公司治理原則第 7.03 條亦建議，除原告確實證明在其起訴前向公司董事會提出請求將導致公司不可回復之損害時，此種請求方得免除，但原告仍應於提起代表訴訟後立即向董事會提出請求⁹⁹，蓋向董事會為提訴請求之成本很低，至少亦可能促成董事會採取某些矯正措施¹⁰⁰，判例上亦有採取與模範商業公司法及美國法律協會（ALI）所提出之公司治理原則相同之見解者¹⁰¹。

二、提訴請求豁免後法院之訴訟處理

雖然，即使在豁免於提訴請求之案例中，董事會亦得組成獨立的特別訴訟委員會（Special Litigation Committee）對提起訴訟之利弊進行審查¹⁰²，經委員會之調查並提出法院應駁回代表訴訟之建議時，法院通常仍會考量是否應採納該建議而駁回股東所提起之代表訴訟；惟一般而言，相對於案件被法院認為屬須為提訴請求者，原告股東的責任會減輕許多。因此，在代表訴訟之事件中，該案件是否屬應向董事會為提訴請求之爭議，通常即須先經過冗長之訴訟程序予以確認¹⁰³。

貳、特別訴訟委員會（Special Litigation Committee）

⁹⁸ Model Bus. Corp. Act § 7.42.

⁹⁹ ALI, Prin Corp. Gov. § 7.03(b):

"(b) Demand on the board should be excused only if the plaintiff makes a specific showing that irreparable injury to the corporation would otherwise result, and in such instances demand should be made promptly after commencement of the action."

¹⁰⁰ ALI, Prin Corp. Gov. Comment e. to § 7.03.

¹⁰¹ *Kamen v. Kemper Financial Services, Inc.*, 908 F.2d 1338, 1343-44 (7th Cir. 1990); *rev'd 111 S. Ct. 1711 (1991)*.

¹⁰² *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 813 (1984).

"Thus, even in a demand-excused case, a board has the power to appoint a committee of one or more independent disinterested directors to determine whether the derivative action should be pursued or dismissal sought."

¹⁰³ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 351.

一、發展背景

在 1970 年代的美國，由於對「公司治理」(Corporate Governance) 這個新興議題的關注，由董事會成員組成各種專責委員會之情形大幅擴大。早期最主要的專責委員會為執行委員會 (Executive Committee)，其成文法早於 1933 年即見諸於伊利諾州商業公司法第 38 節。至 1970 年代，審計委員會 (Audit Committee)、提名委員會 (Nominating Committee)，與薪酬委員會 (Compensation Committee) 等其他專責委員會開始出現，使外部董事能更有效率地針對其專業領域對公司經營進行監督；其中，由於美國之公司董事會在 1970 年代面臨許多因質疑雇主與外國人賄賂或其他不法行為而提起之代表訴訟，因此促成了「特別訴訟委員會」(Special Litigation Committee) 之發展，以應對日益增加之代表訴訟。公司會指派無利害關係 (disinterested) 之董事組成特別訴訟委員會去調查該代表訴訟是否符合公司之最佳利益，董事會可能依據其判斷而作成不予提訴之決定，或直接授權該委員會就應否提訴之事宜作成最終決定，並向法院提出駁回訴訟之建議¹⁰⁴；即使董事會之成員處於對提訴與否具有利害關係而無法作成客觀決定之狀況，仍不妨害其授權由不具利害關係之董事會成員組成獨立的特別訴訟委員會之權力¹⁰⁵。

特別訴訟委員會在 1980 年代雖然普遍盛行，支持論者並認為特別訴訟委員會之適用可以在初期即避免敲詐訴訟或濫訴可能對公司造成之損害，惟反對論者則認為，幾乎所有特別訴訟委員會均作成駁回訴訟之決定，所謂的特別訴訟委員會事實上僅是在掩蓋真相 (whitewash) 而已¹⁰⁶。雖然，美國多數法院、美國模範公司法第 7.44 條¹⁰⁷，及美國法律協會 (ALI) 於公司治理原則第 7.08 和第 7.10 條¹⁰⁸所提出之建議，均承認獨立訴訟委員會之效力，但特別訴訟委員會之適用仍伴隨著許多爭議，包括應給予特別訴訟委員會所作之建議多大的重要性？對於特別訴訟委員會所作成決定之司法審查標準為何？

¹⁰⁴ Charles W. Murdock, Corporate Governance – The Role of Special Litigation Committees, 68 Wash. L. Rev. 79, at 83.(1993)

¹⁰⁵ *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 786. (1981).

“We do not think that the interest taint of the board majority is per se a legal bar to the delegation of the board's power to an independent committee composed of disinterested board members. The committee can properly act for the corporation to move to dismiss derivative litigation that is believed to be detrimental to the corporation's best interest.”

¹⁰⁶ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 355.

¹⁰⁷ Model Bus. Corp. Act § 7.44

¹⁰⁸ ALI, Prin Corp. Gov. § 7.08 & § 7.10.

二、法院審查基準

法院當然並非特別訴訟委員會所作決定之橡皮圖章，原告若能證明委員會之成員不具獨立性，或並未踐行小心且合理之調查程序，則法院不會因特別訴訟委員會之建議而駁回原告之訴¹⁰⁹。至於在特別訴訟委員會之成員具備獨立性，並經過合理之調查程序而作成判斷時，法院如何決定該判斷是否合宜？其中，紐約州法院（*Auerbach v. Benntt*¹¹⁰）及德拉瓦州法院（*Zapata Corp. v. Maldonado*¹¹¹）即分別代表了主要的兩種立場；麻薩諸塞州¹¹²、北卡羅萊那州¹¹³和阿拉巴馬州¹¹⁴進一步擴大了德拉瓦州法院於 *Zapata* 一案中之見解，而愛荷華州則認為有利害關係之董事無法授權特別訴訟委員會作成終止訴訟之決定¹¹⁵。

（一）經營判斷法則之適用

在 *Auerbach v. Benntt*¹¹⁶ 一案中，紐約州法院採取擴大商業判斷法則之適用（*Expansion of the Business Judgment Rule*）而避免法院介入公司事務之態度，將特別訴訟委員會所提出之建議視同其他經營決策，因此原告要推翻特別訴訟委員會所作成終止訴訟之決定，相對上較為困難。在該案中，涉及公司支付回扣予外國人超過 700 萬美金，因而針對董事及檢查人提起代表訴訟。嗣後，由三位於系爭行為發生後新加入之董事組成特別訴訟委員會，並被充分授權於代表訴訟中代表董事。該委員會經過六個月之調查後，認為被告董事個人並未受有利益，而代表訴訟之進行將會使公司業務經營受到損害並花費昂貴之訴訟費用，且勝訴之可能性極低，因而決定停止代表訴訟之進行。法院首先認為，經營判斷法則某種程度是建立於法院無法勝任判斷公司決策是否正確之認識上，法律或法院判決賦予董事會經營判斷之權能，亦是承認法院或其他機關並沒有客觀的標準以衡量公司決策之對錯，並認為判斷是否應續行代表訴訟之任務，應由公司董事會決定。若無特別訴訟委員會具有惡意或詐欺之證據下，法院應當尊重特別訴訟委員會之決

¹⁰⁹ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 355.

¹¹⁰ *Auerbach v. Benntt*, 47 N.Y.2d 619 (1979).

¹¹¹ *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779 (1981).

¹¹² *Houle v. Low*, 556 N.E.2d 51 (1990).

¹¹³ *Alford v. Shaw*, 358 S.E.2d 323 (1987) (state supreme court withdrew its earlier opinion following *Auerbach* and instead adopted a *Zapata* approach).

¹¹⁴ *Roberts v. Alabama Power Co.*, 404 So. 2d 629 (Ala. 1981)

¹¹⁵ *Miller v. Register & Tribune Syndicate, Inc.*, 336 N.W.2d 709 (Iowa 1983)

¹¹⁶ *Auerbach v. Benntt*, 47 N.Y.2d 619 (1979).

定，而不予以干涉介入。同時，特別訴訟委員會的決定亦應全盤考量各種因素，以確保公司之利益¹¹⁷。

在 *Burks v. Lasker*¹¹⁸一案中，涉及公司購入他公司之商業發票，嗣後卻無法獲得清償，原告股東主張被告董事違反忠實義務及其他法律規定，因而提起代表訴訟。該公司全體董事會授權成立特別訴訟委員會以決定是否續行訴訟，其成員為五位非被告之董事，並延聘一位退休之法官為其特別顧問。經過五個月之調查後，該委員會認為原告股東之訴是否有理，頗堪質疑，而訴訟之進行將使公司與其投資顧問之關係受損，訴訟所產生之費用甚高，且被告董事購買系爭商業票據係出於誠信之合理決定，則該代表訴訟不符合公司最佳利益，該委員會乃提案中止代表訴訟之進行，美國最高法院亦認為特別訴訟委員會得援用經營判斷法則中止股東所提起之代表訴訟。

（二）兩階段途徑（Two-step Approach）

相反地，德拉瓦州法院對特別訴訟委員會之決定，則有較積極介入的審查，蓋委員會所做出之決定關係到其他董事會成員之利益，因此其中立性本身應受到懷疑，代表性的案例即為 *Zapata Corp. v. Maldonado*¹¹⁹一案。在該案中，原告股東主張十名公司職員及董事有違反受託義務之行為，並向法院說明所有董事均為被告而屬提訴請求為無益之豁免情形而提起代表訴訟。在該代表訴訟提起之四年後，兩名被告董事離開董事會，由其餘董事任命兩位新的外部董事，並由該兩位

¹¹⁷ *Auerbach v. Benntt*, 47 N.Y.2d 619,630-631 (1979).

"It appears to us that the business judgment doctrine, at least in part, is grounded in the prudent recognition that courts are ill equipped and infrequently called on to evaluate what are and must be essentially business judgments. The authority and responsibilities vested in corporate directors both by statute and decisional law proceed on the assumption that inescapably there can be no available objective standard by which the correctness of every corporate decision may be measured, by the courts or otherwise. Even if that were not the case, by definition the responsibility for business judgments must rest with the corporate directors; their individual capabilities and experience peculiarly qualify them for the discharge of that responsibility. Thus, absent evidence of bad faith or fraud (of which there is none here) the courts must and properly should respect their determinations. Derivative claims against corporate directors belong to the corporation itself. As with other questions of corporate policy and management, the decision whether and to what extent to explore and prosecute such claims lies within the judgment and control of the corporation's board of directors. Necessarily such decision must be predicated on the weighing and balancing of a variety of disparate considerations to reach a considered conclusion as to what course of action or inaction is best calculated to protect and advance the interests of the corporation. This is the essence of the responsibility and role of the board of directors, and courts may not intrude to interfere."

¹¹⁸ *Burks v. Lasker*, 441 U.S. 471 (1979).

¹¹⁹ *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779 (1981).

新進董事組成獨立委員會去調查該代表訴訟，以決定公司應採取何種行動¹²⁰。經過三個月之調查後，委員會認為原告股東所提之所有代表訴訟，均不合於公司最佳利益而應撤回，被告公司即請求法院駁回原告股東之所有請求。案經上訴至最高法院，德拉瓦州最高法院採用兩階段途徑（Two-step Approach）以決定是否根據特別訴訟委員會之判斷而駁回股東所提起之代表訴訟，最終並判決准許被告公司之請求，而將該代表訴訟予以駁回。

法院認為，應否採納特別訴訟委員會之判斷而駁回代表訴訟，第一步驟應先調查訴訟委員會之獨立性（independence）、誠信（Good Faith）及支持其結論之根據，於此種調查程序中，法院並得進行有限的事證開示程序（limited discovery），且公司有義務證明訴訟委員會之獨立性、誠信及調查的合理性。如法院認為訴訟委員會並不具獨立性、調查結論亦不具合理根據，或有委員不具誠信等其他情形，法院得駁回公司之請求。如法院認為訴訟委員會係獨立、誠信且其判斷具有合理性時，則會進入第二步驟之判斷¹²¹。

第二步驟的判斷，在於尋求該代表訴訟所追求之公司合法權益與獨立調查委員會所追求之公司最佳利益之間的平衡點。法院應當運用法院自己獨立之經營判斷以決定是否應准許公司之請求。換言之，在某些情況下，即使特別訴訟委員會已證實其具有獨立、誠信且其判斷具有合理性，法院仍然得拒絕公司之請求，而准許代表訴訟之進行。要求法院進行第二步驟的目的，在於排除下列情形：公司行為雖符合第一步驟之標準，但其結論與第一步驟的精神不符；或者公司有過早終止為公司利益而進一步考慮應否准許原告股東訴訟請求之情形。當然，面對並非輕率的訴訟時，法院應當審慎考量駁回代表訴訟時公司之利益。在適當的時候，法院除公司之最佳利益外，亦應特別考量法律與公共政策的問題。經過法院

¹²⁰ Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller., *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. Chi. L. Rev. 1, at 38 (University of Chicago Law Review) (1991).

¹²¹ *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 788-789 (1981).

"First, the Court should inquire into the independence and good faith of the committee and the bases supporting its conclusions. Limited discovery may be ordered to facilitate such inquiries. The corporation should have the burden of proving independence, good faith and a reasonable investigation, rather than presuming independence, good faith and reasonableness. If the Court determines either that the committee is not independent or has not shown reasonable bases for its conclusions, or, if the Court is not satisfied for other reasons relating to the process, including but not limited to the good faith of the committee, the Court shall deny the corporation's motion. If, however, the Court is satisfied under Rule 56 standards that the committee was independent and showed reasonable bases for good faith findings and recommendations, the Court may proceed, in its discretion, to the next step."

之獨立經營判斷而認為適宜時，法院即可准許公司駁回代表訴訟之請求¹²²。

論者雖有對德拉瓦州最高法院於 *Zapata Corp. v. Maldonado* 一案中，法院得作成自己的經營決定（business judgment）之見解予以批評者¹²³；但另一方面，亦有認為若法院不對特別訴訟委員會之決定進行任何司法審查，則未來僅有非常少數之案件其將作成續行訴訟之決定¹²⁴，因此對於特別訴訟委員會之決定仍有予以司法審查之必要性，蓋委員會經過歷經冗長的調查程序之後，仍可能作成無保證的結論（unwarranted conclusion），尤其是在董事有嚴重疏失的情形，用經營判斷法則去排除法院的司法審查並非妥當（inappropriate）¹²⁵。

第三目 向股東會之提訴請求

美國若干州法亦要求原告股東於提起代表訴訟前，必須先向公司股東會提出提訴請求。理論上而言，股東會若決議反對提出訴訟，則該原告股東將不得提起代表訴訟。聯邦民事訴訟規則第 23.1 條(b)項(3)款亦規定，在必要時，應陳明其曾向股東會請求提起訴訟，及被拒絕或無法為提訴請求之理由¹²⁶。

¹²² *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 789 (1981).

"The second step provides, we believe, the essential key in striking the balance between legitimate corporate claims as expressed in a derivative stockholder suit and a corporation's best interests as expressed by an independent investigating committee. The Court should determine, applying its own independent business judgment, whether the motion should be granted. This means, of course, that instances could arise where a committee can establish its independence and sound bases for its good faith decisions and still have the corporation's motion denied. The second step is intended to thwart instances where corporate actions meet the criteria of step one, but the result does not appear to satisfy its spirit, or where corporate actions would simply prematurely terminate a stockholder grievance deserving of further consideration in the corporation's interest. The Court of Chancery of course must carefully consider and weigh how compelling the corporate interest in dismissal is when faced with a non-frivolous lawsuit. The Court of Chancery should, when appropriate, give special consideration to matters of law and public policy in addition to the corporation's best interests. This step shares some of the same spirit and philosophy of the statement by the Vice Chancellor: "Under our system of law, courts and not litigants should decide the merits of litigation." If the Court's independent business judgment is satisfied, the Court may proceed to grant the motion, subject, of course, to any equitable terms or conditions the Court finds necessary or desirable."

¹²³ Dennis J. Block & H. Adam Prussin, *The Business Judgment Rule and Shareholder Derivative Actions: Viva Zapata?*, 37 BUS. LAW. 27, at 63 (1981).

¹²⁴ E. Norman Veasey, *Seeking a Safe Harbor from Judicial Scrutiny of Directors' Business Decisions-An Analytical Framework for Litigation Strategy and Counselling Directors*, 37 BUS. LAW. 1247, at 1273 (1982).

¹²⁵ Charles W. Murdock, *supra note 104*, at 95.

¹²⁶ Fed. R. Civ. P. 23.1(b)(3):

"The complaint must be verified and must: (3) state with particularity: (A) any effort by the plaintiff to obtain the desired action from the directors or comparable authority and, if necessary, from the shareholders or members;"

對於原告股東應於提起代表訴訟前，向股東會提出提訴請求之要求，支持論者認為，在董事會無法對應否提訴做出公正決定時，應否提出代表訴訟之決定權應屬於全體股東，而非由個別股東所享有，且對於濫訴之防止亦可發揮作用。但多數論者則持反對見解，蓋在大型的公開發行公司，要求股東會對於應否提出訴訟作出決議，可能先引發一場所費不貲之表決權爭奪戰，對於代表訴訟之提起帶來過重的負擔；公開發行公司之股東亦往往不適合對於代表訴訟之提起對公司是否具有利益，如此複雜的問題作成決定¹²⁷；再者，若公司章程並未明定股東會得指示董事會對不法行為人起訴，而董事會認為不予追訴始符合公司最佳利益時，因該決定受經營判斷法則之保護，股東會實際上亦莫可奈何¹²⁸。

美國法現今之發展趨勢，似不支持原告股東須向股東大會提出提訴請求之要求，例如模範商業公司法、加州公司法¹²⁹、紐約州商業公司法¹³⁰、北卡羅萊那州公司法¹³¹均未有此等要求，美國法律協會（ALI）之公司治理原則第 7.03 條(c) 項亦建議，原告不須向股東會提出提訴請求¹³²。法院判決例如 *Jacobs v. Adams*¹³³ 亦認為，依代表訴訟提起時之佛羅里達州法，股東不須向股東會為提訴請求，亦不須說明未為提訴請求之理由。

即使在有須向股東會為提訴請求的早期州法或法院見解，亦有得予以免除之例外情形，其情形包括：(1) 因公司之股東人數龐大，若須作成提訴請求其成本極高，或可能明顯（substantially）將對代表訴訟造成時間拖延；(2) 代表訴訟之被告本身即為公司之主要股東或控制股東；(3) 該代表訴訟所指控之行為涉及內部人之詐欺行為（Fraud）、自我交易（Self-dealing）或不法行為（Illegal Act），而其責任非以股東會之多數決即得免除者（the wrong is said to be non-ratifiable）

¹²⁷ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 348.

¹²⁸ 鄭承華，美國法上代位訴訟制度之研究，公司法論文選輯（法律學研究第一輯），國立政治大學法律研究所，1985年7月，頁228。

¹²⁹ Cal. Corp. Code. §800.

¹³⁰ N.Y. Bus. Corp. Law §626.

See also *Syracuse Television, Inc. v. Channel 9, Syracuse, Inc.*, 51 Misc.2d 188, 273 N.Y.S.2d 16 (Sup. Ct. 1966) (interpreting this omission in the New York law as intended to negative the need for such demand)

¹³¹ N.C. Gen. Stat. § 55-55 (1982)

¹³² ALI, Prin Corp. Gov. §7.03 (c): "Demand on shareholders should not be required."

¹³³ *Jacobs v. Adams*, 601 F.2d 176 (5th Cir.1979)

"under the Florida law applicable at the time this suit was instituted, the plaintiffs were not required to make a demand on the shareholders or to allege their reasons for not making such a demand"

¹³⁴。事實上，構成向股東會為提訴請求之例外情形十分普遍，因此該項要求，在實際作用上並不大¹³⁵。

第四款 訴訟費用擔保制度

「訴訟費用擔保制度」(Security for Expenses in Derivative Action) 起源於 1944 年紐約普通公司法 (New York's General Corporation Law) 之修改¹³⁶，係指於代表訴訟中，法院依公司之聲請而裁定具備一定條件之原告股東向公司提供一定金額的擔保，俾於原告股東敗訴時，被告公司或其他受損害之人得以自該擔保金獲得訴訟費用賠償¹³⁷，其目的在於避免原告或其律師輕率起訴或提起以擾亂公司或與公司達成和解為目的之敲詐訴訟 (Strike Suit)。

按紐約普通公司法第 627 條規定，如提起代表訴訟的股東所持有之公司股份、表決權信託證書 (voting trust certificate) 或受益人利益 (beneficial interest) 所代表的股份於公司所發行任何種類的股份總額所佔比例低於 5%，而其市場價值 (market value) 未超過 50,000 美元者，法院得依公司之請求，命原告股東提供包含律師費在內之訴訟費用擔保。提供擔保後，如能證明所提供之擔保額並不充分或過多，法院得隨時裁量增減¹³⁸。多數採用訴訟費用擔保制度之州法，亦採用此種以「小股東」(small shareholder) 為對象的擔保制度¹³⁹，僅關於原告股東持股比例與市場價值之規定不同。例如 1982 年修正前之模範商業公司法第 49 條、科羅拉多州、馬里蘭州、新澤西州及北達科他州等州之公司法將持股最低比例訂為 5%，持股市場價值訂為 25,000 美元；佛羅里達州與賓夕法尼亞州則將持股最低比例訂為 5%，持股市場價值訂為 50,000 美元；此外，威斯康辛州之公司

¹³⁴ ALI, *Prin Corp. Gov.*, Reporter's Note 8. to §7.03

See *Heilbrunn v. Hanover Equities Corp.*, 259 F.Supp. 936 (1966); *Gottesman v. General Motors Corp.*, 268 F.2d 194 (2d Cir. 1959); *Weiss v. Sunasco Inc.*, 316 F.Supp. 1197 (E.D.Pa.1970); *Mayer v. Adams*, 37 Del.Ch. 298, 141 A.2d 458 (1958).

¹³⁵ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 349.

¹³⁶ 其立法之背景乃在 1929 年發生經濟大恐慌後，股東代位訴訟席捲美國之產業界，基於 1949 年紐約州商業會議所之商事訴訟特別委員會所發表之 Wood 之報告書，其分析 1932 年至 1942 年間，在美國紐約所提起之 1266 件股東代位訴訟，其中原告勝訴，被告向公司賠償金錢者僅百分之八，其餘大部分係專門以擾亂公司為目的之訴訟，或利用訴訟圖謀不當利益者，為防止濫訴，而建議原告股東所持之股份在某市場價格以下者，應負提供擔保之義務。參閱，許美麗，股東代位訴訟制度之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國 87 年 9 月，頁 [5-1]。

¹³⁷ Harry G. Henn & John R. Alexander, *supra* note 26, at 1089.

¹³⁸ McKinney's Business Corporation Law §627.

¹³⁹ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 349.

法將原告持股最低比例定為 3%，但無持股市場價值之限制¹⁴⁰。

由於訴訟費用擔保制度中所謂的「費用」除訴訟費用之外，法院亦會命原告股東就公司之律師費用提供擔保，甚至通常包括公司對被告董事須支付之賠償金，因此原告股東往往必須提供一筆龐大的擔保金，而與原告股東或其律師即使勝訴可獲得之利益不成比例¹⁴¹。論者並認為以訴訟費用擔保制度作為防止敲詐訴訟（Strike Suit）之方式具有三個重大缺失：(1) 除了對公司無價值之訴訟外，訴訟費用擔保制度亦將排斥對公司有價值之代表訴訟的提起；(2) 多數州法於擔保制度之設計上係不公平地歧視小股東，對於大股東和小股東有為差別待遇之問題；(3) 研究顯示股東亦會以各種方式去迴避擔保制度之適用¹⁴²，例如與其他股東共同提起訴訟以湊足一定的持股比例、改為提起直接訴訟（Direct Suit）、以違反聯邦證券法為由而向聯邦法院提起訴訟，或向不要求提供擔保之州提起訴訟¹⁴³，因此訴訟費用擔保制度事實上並未形成股東提起代表訴訟之重大障礙；再者，法院通常會命公司提供股東名簿（shareholders list）以供原告股東尋求其他股東共同進行代表訴訟，公司為避免此種情況發生，往往因此即不為供擔保之聲請或不為高額擔保金之聲請¹⁴⁴；而紐約州於規定股東有提供擔保義務之後，股東代表訴訟之提訴件數，雖由每年五十件以上遽減為每年兩件，但經過二十年之時間，股東代表位訴訟又趨於增加¹⁴⁵。

有鑑於關於訴訟費用擔保制度可能的負面影響，且其實際上發揮的作用亦有限，目前全美大約僅有三分之一的州法有採用訴訟費用擔保制度，不僅民事聯邦訴訟規則，多數法院（包括德拉瓦州法院）均無訴訟費用擔保之要求，亦未因此有高頻率的濫訴問題¹⁴⁶。例如德拉瓦州、伊利諾州、麻薩諸塞州等各州之公司法均未要求提起代表訴訟之股東必須提供擔保，模範商業公司法於 1982 年修正時，亦刪除原第 49 條提供擔保之規定，第 7.46 條(2)項則規定，如代表訴訟之提起無合理理由（without reasonable cause）或係出於不正當之目的者（improper

¹⁴⁰ Harry G. Henn & John R. Alexander, *supra* note 26, at 1090.

¹⁴¹ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 361.

¹⁴² Note, Security for Expenses in Shareholders' Derivative Suits: 23 Years' Experience, 4 Colum. J. Law & Social Probs. 50 (1968); Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 361; ALI, Prin Corp. Gov., Comment h. to §7.04.

¹⁴³ Clark, Corporate Law (Little, Brown 1986), at 653.轉引自許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[5-3]。

¹⁴⁴ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 361.

¹⁴⁵ Danial J. Dykstra, The Revival of the Derivative Suits, 116 U. PA. L. Rev. 74 (1967).

¹⁴⁶ ALI, Prin Corp. Gov. Comment h. to §7.04.

purpose)，法院於終止代表訴訟時，得命原告給付被告任何因訴訟辯護所生之合理費用¹⁴⁷。加州公司法雖有原告股東供擔保之規定，然而其設計不同於前述各州以持股比例及市場價值為基準之規定，依加州公司法第 800 條(c)-(f)項之規定，得要求原告提供訴訟費用擔保之人包括公司、作為被告的董事和職員，其如能證明：(1) 代表訴訟之進行對於公司或訴訟費用擔保權人並不存在合理可能性 (reasonable possibility)；或 (2) 公司以外之被告並未參與系爭交易行為時，法院得根據其等請求，令原告股東提供訴訟費用擔保。法院對於供擔保之數額有裁量權，但最多不可超過 50,000 美元。被告等聲請原告提供擔保，必須在傳票送達後三十日內為之，如有特殊情事可展延至六十日¹⁴⁸。美國法律協會 (ALI) 所提出之公司治理原則第 7.04 條(c)項亦跟隨修正模範商業公司法之規定而認為，除一般民事訴訟制定法或裁判規則之授權外，不得要求提供訴訟費用之保證、擔保協議或其他費用擔保¹⁴⁹。

第五款 訴訟費用補償制度

第一目 合理費用之補償

依美國民事訴訟制度上所稱的「美國規則」(American Rule)之要求，除法律另有規定或契約另有約定外，民事訴訟之原告與被告雙方應各自負擔其所支出之訴訟費用及律師費用¹⁵⁰，但在代表訴訟之情形下，嚴格遵守此項原則將可能股東不願意提起代表訴訟，畢竟在多數情況下，即使股東所提起之代表訴訟獲得勝訴結果，股東個人所能獲得之利益通常並不足以支付合理的律師費用¹⁵¹。是故，代表訴訟雖為民事訴訟之一種，惟於代表訴訟勝訴或訴訟之結果使公司之損害獲得填補時，公司應補償原告股東包含律師費在內之合理訴訟費用，同時亦為提供

¹⁴⁷ Model Bus. Corp. Act § 7.46(2).

¹⁴⁸ Cal. Corp. Code § 800.

¹⁴⁹ ALI, Prin Corp. Gov. §7.04 (c):

"(c) Security for Expenses. Except as authorized by statute or judicial rule applicable to civil actions generally, no bond, undertaking, or other security for expenses shall be required."

See e.g., Fed. R. Civ. P. § 62(c): "While an appeal is pending from an interlocutory order or final judgment that grants, dissolves, or denies an injunction, the court may suspend, modify, restore, or grant an injunction on terms for bond or other terms that secure the opposing party's rights."

¹⁵⁰ See e.g., Cal. Ccp. Code § 1021:

"Except as attorney's fees are specifically provided for by statute, the measure and mode of compensation of attorneys and counselors at law is left to the agreement, express or implied, of the parties; but parties to actions or proceedings are entitled to their costs, as hereinafter provided."

¹⁵¹ Steven L. Emanuel, *supra* note 12, at 365.

股東提起代表訴訟之誘因¹⁵²。按紐約州商業公司法第 626 條(e)項之規定，如股東代表訴訟全部或部分勝訴或和解，法院得允許原告股東取得合理費用之補償，包括合理之律師費¹⁵³；模範商業公司法第 7.46 條(1)項亦規定，如代表訴訟為公司帶來實質上利益，法院得命公司給付包含律師費在內之合理訴訟費用補償¹⁵⁴。

股東代表訴訟之勝訴，一般認為係指訴訟結果對於公司具有「實質上利益」(Substantial Benefit)，於 *Bosch v. Meeker Cooperative Light & Power Association*¹⁵⁵一案中，法院認為「實質上利益」係指代表訴訟之結果糾正或阻止侵害公司權利或利益之行為，或有利於股東基本權利之保護者；本案中，涉及董事會選舉與章程修正案之無效，法院認為公司因被告之不法行為受到阻止而獲得實質利益。因此，公司若因代表訴訟而獲得非金錢之救濟(non-pecuniary relief)，例如因代表訴訟之提起，取消不法買賣契約而獲得消極利益者¹⁵⁶，或阻止公司原擬增加授權股份而變更章程¹⁵⁷，仍可認為公司因此受有實質上利益(Substantial Benefit)，而原告股東得自公司獲得合理之訴訟費用及律師費用之補償。

第二目 律師費用之計算

由於美國法上一般民事訴訟之裁判費係採定額制，而與所爭執之訴訟標的價額(amount in controversy)無關，而此於股東代表訴訟中亦有其適用¹⁵⁸，因此，在訴訟費用補償制度中，最具有爭議性者即是合理的律師費用之計算基準為何。自 1970 年代中期之後，論者開始對以「Corporate Therapeutics」作為律師費用補償之理由產生懷疑，而認為所謂的實質上利益(Substantial Benefit)應被更精確貼近於合理之律師費用的計算標準所取代¹⁵⁹。

¹⁵² Harry G. Henn & John R. Alexander, *supra* note 26, at 1108.

¹⁵³ McKinney's Business Corporation Law § 626(e).

¹⁵⁴ Model Bus. Corp. Act § 7.46(1).

¹⁵⁵ *Bosch v. Meeker Cooperative Light & Power Association*, 257 Minn. 362, 101 N.W.2d 423, 427(1960):

"one that accomplishes a result which corrects or prevents an abuse which would be prejudicial to the rights and interests of the corporation or affect the enjoyment of protection of an essential right to the stockholder's interest."

¹⁵⁶ *Denney v. Phillips & Buttorff Corp.*, 331 F.2d 249 (6th Cir.1964)

¹⁵⁷ *Berger v. Amana Society*, 257 Iowa 956, 135 N.W.2d 618 (1965)

¹⁵⁸ 參閱許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[5-3]。在聯邦地方法院，通常之民事訴訟裁判費為 120 美元。

¹⁵⁹ See John P. Dawson, *Lawyers and Involuntary Clients in Public Interest Litigation*, 88 Harv. L. Rev. 849, at 871-81 (1975); John C. Coffee, *The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation*, 48 Law & Contemp. Probs. 5 (Summer 1985); Note, *Attorneys' Fees in*

傳統上，美國各州採用「Percentage Method」模式（或稱 Contingent Fee、Salvage Value）作為律師費用之計算方式，將公司所受賠償金額之一定比例作為原告律師費用之補償；在通常情況下，損害賠償金額低於 1,000,000 美元時，其補償比例約為 20-30%，損害賠償金額高於 1,000,000 美元時，則約為 15-20% 之補償比例¹⁶⁰。而在所謂「Lodestar Method」的計算模式下，則以原告律師於代表訴訟之進行所花費之合理時間的價值（reasonable value of the time）作為計算標準，該制度最初於 1970 年代中期為聯邦法院巡迴法院所採用¹⁶¹，目前亦有許多法院採用此種計算方式；亦有綜合兩種計算方式者，例如以「Lodestar Method」計算出律師費用後，再設定一定比例作為律師費用補償之上限者¹⁶²。近期而言，法院判決似乎以「Percentage Method」模式為趨勢，在部分巡迴法院（Circuit）亦有可能出現 30% 的律師費用補償¹⁶³，因此「Lodestar Method」模式或「Percentage Method」模式兩者間計算出來的結果可能實質上是相同的¹⁶⁴，論者亦有認為「Percentage Method」雖然亦有缺失之處，但其具有計算容易、標準明確而易為律師預測其應得報酬為何之優點，在定有合理比例之前提下，應為較適當之律師費用計算方式¹⁶⁵。

Shareholder Derivative Suits: The Substantial Benefit Rule Reexamined, 60 Cal. L. Rev. 164 (1972).

¹⁶⁰ ALI, Prin Corp. Gov. Comment c. to §7.17.

「Percentage Method」之缺點在於可能對公司並非最大利益，因其可能鼓勵律師為於短時間內獲得高額報酬，於早期即與公司進行和解，甚至造成以早期和解為目的而提起無價值之代表訴訟的情況，且無法適用於公司未受有金錢賠償之情形。參閱許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[4-14]。

¹⁶¹ See *Pennsylvania v. Delaware Valley Citizens' Council for Clean Air*, 478 U.S. 546, 106 S.Ct. 3088, 92 L.Ed.2d 439 (1986); *Lindy Bros. Builders, Inc. v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 487 F.2d 161, 166-68 (3d Cir.1973); *Lindy Bros. Builders, Inc. of Phila. v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 540 F.2d 102 (3d Cir.1976); *City of Detroit v. Grinnell Corp.*, 495 F.2d 448, 469-71 (2d Cir.1974); *Johnson v. Georgia Highway Express*, 488 F.2d 714 (5th Cir.1974).

惟以「Lodestar Method」計算律師費用之缺點在於原告律師可能拖延進行和解之時間，或於其知悉勝訴有高度可能性後，故意耗費額外的時間或浮報工作時數，甚至是同意以不合理過低的金額和解，與被告交換條件去提高律師費用；律師費用愈高，即愈壓縮股東因代表訴訟所能獲得之利益。對法院而言，合理時間之決定亦非易事。See Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *supra note 120*, at 45,51; John C. Coffee, Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions, 86 Colum L Rev 669, at 717-18 (1986).

¹⁶² Steven L. Emanuel, *supra note 12*, at 367.

¹⁶³ *Paul, Johnson, Alston & Hunt v. Gaulty*, 886 F.2d 268 (9th Cir.1989); *In re Activision Securities Litigation*, 723 F.Supp. 1373 (N.D.Cal.1989)

¹⁶⁴ ALI, Prin Corp. Gov. ,Comment c. to §7.17.

¹⁶⁵ See Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *supra note 120*, at 59-60 (1991).

由於「Percentage Method」或「Lodestar Method」兩種計算方式各有優劣之處，依美國法律協會（ALI）於公司治理原則第 7.17 條之建議，代表訴訟中勝訴之原告股東得向公司請求補償之律師費及其他訴訟費用，並由管轄法院裁定之，但不得超過原告股東為公司由訴訟救濟所得價值之合理比例¹⁶⁶，而不採用上述兩種之計算方法；並認為雖然代表訴訟之結果為非金錢之救濟（non-pecuniary relief）時，對於公司仍可能實質上具有利益，但法院仍應具體衡量該訴訟結果對於公司所帶來之利益為何，以定律師費用補償之上限比例¹⁶⁷，例如在 *Weisberg v. Coastal States Gas Corp.*¹⁶⁸一案中，法院亦強調代表訴訟因和解而終結時，仍須衡量該和解對於公司是否具有實質上利益。

第六款 美國代表訴訟制度之實證研究

理論上，以受託義務之違反而提起之代表訴訟對於企業經營者具有嚇阻不法之作用，對於企業則有補償損失之功能。然而，論者曾經以 1960 年代底至 1987 年隨機選取現在紐約證交所、NASDAQ 的全國性交易系統交易，以及現已下市的五百二十五家公司的全部代表訴訟進行統計與分析，其結論為：(1) 大型企業發生代表訴訟的頻率甚低，且大多數均以和解收場；(2) 特定阻嚇效果的證據不足，唯一的現象是相對於沒有遭遇代表訴訟的公司，受訴公司的最高管理階層在訴訟前或訴訟中變動率比較高，但由於有董事及經理人責任保險制度（D&O Liability Insurance）之存在，故從未有董事或經理人受到金錢上的處罰，公司也沒有調整或減少其報酬，就此而言，代表訴訟作為一般性的嚇阻工具效果亦顯薄弱；(3) 代表訴訟作為監督董事會之機制，相關證據亦甚貧乏，但似可為外部（在野）的股東集團所利用；(4) 此外，內部人的持股較多時，似乎可減少過失訴訟之發生比例，但對於涉及利益衝突、自我交易（self-dealing transactions）、以及證券法之訴訟並無影響。(5) 僅有 21% 的代表訴訟，股東獲得金錢上補償（cash payouts to shareholders），其平均金額為 6,000,000 美元，相當於公司資產之 0.5% 或每股 0.8 美元；惟儘管代表訴訟在實證研究上並未有明顯正面的影響，

¹⁶⁶ ALI, *Prin Corp. Gov.* §7.17.:

"A successful plaintiff in a derivative action should be entitled to recover reasonable attorney's fees and other reasonable litigation expenses from the corporation, as determined by the court having jurisdiction over the action, but in no event should the attorney's fee award exceed a reasonable proportion of the value of the relief (including nonpecuniary relief) obtained by the plaintiff for the corporation."該建議並為德拉瓦州法院於 *Bird v. Lida, Inc.*, 681 A.2d 399, 404 (1996) 所引用。

¹⁶⁷ ALI, *Prin Corp. Gov.*, Comment d. to §7.17.

¹⁶⁸ *Weisberg v. Coastal States Gas Corp.*, 1982 WL 1311 (S.D.N.Y.), *Fed. Sec. L. Rep.* P 98,716.

但在規範面（nonnative）上，其仍認為法律是公共財（Public Goods），而在訴訟少時不足以建立清楚的行為規範而使公司構成員了解並遵守¹⁶⁹。

再者，由於代表訴訟之訴訟成本通常高於股東按持股比例所受之利益，因此法律上須以前述之訴訟費用補償制度加以配合，以修正在美國規則下原告及被告雙方應各自負擔訴訟費用之原則，使代表訴訟事實上有為股東利用之機會。然而，訴訟費用補償制度雖然一方面解決了股東集體行動之問題（Collective Action Problem），但另一方面又產生了原告股東與其律師在利益上立場可能並不一致的問題¹⁷⁰。事實上，美國之股東代表訴訟經常因和解或撤回訴訟而終結¹⁷¹；由於董事及經理人責任保險制度會補償個別被告於律師費用及對股東所支付之任何金錢賠償的支出，因此即使股東獲得勝訴之判決結果的可能性很小，個別被告仍有強烈的動機與提訴股東達成和解，以避免其他訴訟上之個人支出。同時，在律師費用採取成功報酬之約定下，原告之律師亦可能為避免因敗訴而無法獲得酬勞，或為減少時間、勞力花費以有效率地獲取高額報酬，而成立對公司或其他股東不利之和解，這也是律師與原告股東間之利益衝突最鮮明之處。兩種因素結合之下，即形成兩個有問題的發展趨勢：其一為輕率提起之代表訴訟（frivolous claims）獲得過度賠償，其二則是有價值之代表訴訟（meritorious claims）未受到足夠之賠償（undercompensated）。再者，由於伴隨著代表訴訟而來的龐大之律師費用，股東即使勝訴亦僅能獲得微不足道之利益—公司通常僅受有非金錢之救濟或非常少的金錢救濟，價值低於公司資產（firm assets）之 0.5%，或扣除律師費用之後每股僅有 0.15 美元之獲益，所以原則上律師將成為唯一的受益者，因此該代表訴訟之提起不會對公司股價形成明顯的正面價格反應¹⁷²。

這些顯示代表訴訟淨利微少之資料，為代表訴訟制度之改革必要性提供了支持的理由，以求更為妥善地協調原告股東與其律師間之利益衝突問題，例如於代表訴訟之和解，美國法律協會（ALI）所提出的公司治理原則第 7.14 條、聯邦民

¹⁶⁹ Roberta Romano, *The Shareholder Suit: Litigation without Foundation?*, 7 *Journal of Law, Economics, and Organization* 55 (1991).

¹⁷⁰ Sanjai Bhagat & Roberta Romano, *Event Studies and The Law: Part II: Empirical Studies of Corporate Law*, 4 *Am. L. & Econ. Rev.* 380, at 406 (American Law and Economic Review, 2002)

¹⁷¹ Harry G. Henn & John R. Alexander, *supra* note 26, at 1199.

訴訟繫屬中，當事人如希望自行解決紛爭而終止訴訟，則由原告撤回訴訟（withdrawal），經法院記錄撤回訴訟之意旨後而終結訴訟，法院據此為和解之判決（consent judgment）；此與我國民事訴訟上之訴訟上和解不同。參閱許美麗，*股東代位訴訟制度之研究*，同前註 136，頁 [7-77]。

¹⁷² Sanjai Bhagat & Roberta Romano, *supra* note 170, at 406.

事訴訟規則第 23.1 條、模範商業公司法第 7.45 條及許多州之制訂法或民事訴訟規則均規定，代表訴訟之和解及撤回應通知因之受影響之股東，賦予股東對和解聲明異議及續行訴訟之機會，並須經法院之認可，以防止被告與原告或原告律師之通謀和解；論者所提出之改革方式，甚有建議法院得於初步調查後，於合適情形下將代表訴訟以拍賣之方式對外提供律師事務所進行競標，由最高出價者取得續行訴訟之權利，並給予將案件提出於法院的原始律師合理之報酬；換言之，在此種方式之下，不須再強調代表訴訟中名義上原告之地位（the named plaintiff），而讓律師獨立成為具有利害關係之一造當事人（the real party in interest），藉以過濾出真正有價值之代表訴訟；如此一來即得克服股東與律師間代理成本（Agency Costs）之問題，以確保律師有致力於追求最高賠償之動機，而不會任意與被告董事達成和解，同時亦得降低法院於審查和解條件或律師費用合理性所需之交易成本（Transaction Costs）¹⁷³。

值得注意者是，近年來在州法院有為數不少以董事違反受託義務為由而提起之集團訴訟（Class Actions），且其案件數量在德拉瓦州已大幅超過以公開發行公司為對象之代表訴訟。論者觀察 1999 年至 2000 年的德拉瓦州衡平法院（Delaware Court of Chancery）關於董事或職員違反受託義務之案件，在總共 1048 個案例中，其中 824 個為集團訴訟，87 個為個別股東提起之直接訴訟（Direct Suit），而股東代表訴訟僅佔 137 件（約佔總數 13%，其中 108 件係以公開發行公司為對象），而州法院或聯邦法院之集團訴訟相對上較為興盛的原因，其認為在於股東為求迴避向董事會為提訴請求或其他提起代表訴訟之程序要求¹⁷⁴。若進一步就公開發行公司之董事或職員違反受託義務而提起之代表訴訟中，其中 57 個代表性案例（lead cases）進行分析，有 28 件（49%）涉及經營管理者之自我交易行為（self-dealing benefit to managers），以及 6 件（11%）涉及不當之合併交易，易言之，約有 60% 的代表訴訟主要以違反忠實義務（Duty of Loyalty）為主張；此外，並有 15 件（26%）屬於違反注意義務（Duty of Care）者，其情形包括不當之財務報告（improper financial records）或監督（supervise），蓋德拉瓦州公司法於前述 *Smith v. Van Gorkom*¹⁷⁵一案後，於其第 102 條(b)項(7)款¹⁷⁶增訂注意義務免責條款而准許公司以章程特別排除或限制董事或職員因違反注意義務而應對

¹⁷³ Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *supra note 120*, at 106-109.

¹⁷⁴ Robert B. Thompson & Randall S. Thomas, *The Public and Private Face of Derivative Lawsuits*, 57 Vand. L. Rev. 1747, at 1757, 1762 (October, 2004).

¹⁷⁵ *Smith v. Van Gorkom*, 188 A.2d 858 (1985).

¹⁷⁶ Del. Gen. Corp. Law § 102(b)(7).

公司負之金錢賠償責任，因此相關案例大多轉而以證券詐欺訴訟(**Securities Fraud Class Action**) 之形式於聯邦法院起訴¹⁷⁷。此外，相對於在州法院或聯邦法院提起集團訴訟，提起成功的代表訴訟在程序上之困難度較高，在前述 1999 年至 2000 年德拉瓦州衡平法院 57 件代表性案例中，其中 60% 的案件(34 件) 經法院駁回，28% (16 件) 的案件獲得救濟，且僅有 6 件為金錢上救濟(**monetary relief**)¹⁷⁸。

雖然以股東人數眾多的公開發行公司為對象的股東代表訴訟可能存有訴訟代理成本(**Litigation Agency Cost**) 之問題，亦即提起代表訴訟之股東可能與其他全體股東的利益不一致，但相對於其他集團訴訟，其訴訟代理成本較低，且代表訴訟除了嚇阻不法和對股東提供救濟之作用外，當股東能積極採取行動時亦能提高發現公司不法行為之可能性，因此有認為應修改現行規範，以鼓勵公開發行公司之股東代表訴訟；以向董事會為提訴請求之程序要求為例，德拉瓦州法院關於提訴請求之豁免本即採取較有利於公司經營者之態度，在 1999 年至 2000 年衡平法院僅有 8 件對提訴請求之裁決，其中 6 件以公開發行公司為對象者，僅有 1 件獲得豁免；紐約證券交易所及 **NASDAQ** 要求大型公開發行公司提高獨立董事之數量後，股東要證明提訴請求應受豁免亦更為困難，因此建議修正代表訴訟之提訴請求為「持股 1% 以上之股東或機構投資人(**institutional investors**) 提起代表訴訟時，即得豁免向董事會為提訴請求之義務」，以促使更多代表訴訟之提起¹⁷⁹。

第二節 日本法之規定

日本公司法於 2005 年 6 月(平成 17 年) 經歷了歷史上最大規模之修訂，國會制定通過新日本公司法(会社法)，而該次法律修訂於形式上最重要者是，廢除原商法第二編之公司、其他商事特別法，以及有關公司登記等其他單行法規，加以整合為一部完整的公司法，同時進行用語修改、篇章整理，以及減少準

¹⁷⁷ Robert B. Thompson & Randall S. Thomas, *supra note 174*, at 1772-73.

¹⁷⁸ Robert B. Thompson & Randall S. Thomas, *supra note 174*, at 1776.

獲得金錢上救濟之六個案件，分別為：**Digex Corp., C.A. No. 18336** 和解金額為\$165M，律師費用為\$12M；**M&F Worldwide, C.A. No. 18502** 和解金額為\$140M，律師費用為\$12.154M；**Olsten Corp., C.A. No. 17135** 和解金額為\$11M，律師費用為\$900K；**Plains All-American Ltd. P'ship, C.A. No. 17627** 和解金額為 10.6M，律師費用為\$1.05M；**Anchor Glass Container Corp., C.A. No. 18417** 和解金額為\$9.33M，律師費用為\$2.5M；**Bank of America Corp., C.A. No. 16964** 和解金額為\$2.5M，律師費用為\$250K。

¹⁷⁹ Robert B. Thompson & Randall S. Thomas, *supra note 174*, at 1790-91.

用規定等，使法律規定更加明確化；實質上並包括最低資本額之廢除、擴大公司機關設置之選擇彈性，以及股東代表訴訟制度之修正。

依現行日本公司法第 326 條之規定，股份有限公司應設置一或二人以上之董事，並得依章程規定設置董事會、監察人等機關；又依同法第 327 條第 1 項第 1 款及第 2 項之規定，公開發行公司必須設置董事會，而設置董事會之公司（除已由外部董事組成類似我國之審計委員會者）應設置監察人。換言之，在日本股份有限公司法制上，董事會與監察人並非必備、常設之法定機關，公司機關之設計上彈性較大，本文將以類似我國公司法上股份有限公司設計之「設置董事會以及監察人之股份有限公司」的角度出發，並以代表訴訟制度為重心，對日本公司法關於董事責任追究之相關規定為一比較法上之觀察。

第一項 董事行為之制止

日本公司法亦如我國公司法第 194 條及第 218 之 2 條第 2 項，設有關於股份有限公司之董事行為制止請求權之規定。

首先，在股東制止請求權之部分，依公司法第 360 條之規定，公開發行公司之董事，如有為公司目的範圍外之行為或其他違反法令或章程規定之行為者，或有實施該行為並將為公司造成顯著損害之虞時，繼續六個月以上持有公司股份之股東，得請求該董事停止其行為（第 1 項）；非公開發行公司之股東，則無持股期間之限制（第 2 項）。設置監察人之公司，則須於董事有實施該行為並為公司造成不可回復之損害之虞時，始得行使第 1 項之制止請求權（第 3 項）。

其次，關於監察人之制止請求權，則規定於日本公司法第 385 條第 1 項，公司之董事，如有為公司目的範圍外之行為或其他違反法令或章程規定之行為者，或有實施該行為並認為將為公司造成顯著損害之虞時，監察人得請求該董事停止其行為。

第二項 解任董事

第一款 決議解任

日本公司法第 339 條第 1 項規定，董事得由股東會決議，隨時解任；惟除其解任有正當理由者外，該被解任之董事得向公司請求賠償其因此所受之損害（同條第 2 項）。至於股東會為董事解任之決議時，應以何種決議方式為之，則因董事選任之方式是否採用累積投票制而有所不同¹⁸⁰。

依公司法第 341 條之規定，股東會為董事解任之決議，應有代表已發行有表決權股份總數過半數以上股東之出席（章程如規定應有代表已發行有表決權股份總數三分之一以上股東出席者，從其規定），出席股東表決權過半數（章程有較高規定者，從其規定）之同意行之。惟第 342 條第 6 項規定，前條規定，於依累積投票制（第 342 條第 3 項至第 5 項）之方式所選任之董事，不適用之，而必須適用更高的決議門檻；按第 309 條第 2 項第 7 款之規定，對於依累積投票制之方式所選任之董事，該股東會之解任決議，應以代表已發行有表決權股份總數過半數以上股東之出席（章程如規定應有代表已發行有表決權股份總數三分之一以上股東出席者，從其規定），出席股東表決權三分之二（章程有較高規定者，從其規定）以上之同意行之。

第一款 裁判解任

日本公司法第 854 條第 1 項規定，公開發行之股份有限公司之公司負責人（係指第 329 條第 1 項所規定之董事、監察人、會計參與人等）執行職務有不正行為，或違反法令或章程之重大事項，而解任該負責人之議案為股東會所否決或依第 323 條之規定不生效力（係指該事項須經特別股股東會決議卻未經其決議之情

¹⁸⁰ 按日本公司法第 341 條之規定，股東會為董事選任之決議，應有代表已發行有表決權股份總數過半數以上股東之出席（章程如規定應有代表已發行有表決權股份總數三分之一以上股東出席者，從其規定），出席股東表決權過半數（章程有較高規定者，從其規定）之同意行之。同法第 342 條第 1 項則規定，股東會預計選任二人以上之董事時，對於董事選任之議案有表決權之股東，除章程另有規定外，得向公司請求依累積投票制之方式選任董事；惟該請求應於股東會開會日之五日前提出。此時股東對於其所持有之股份，每一股份有與應選出董事人數相同之選舉權，股東得集中選舉一人或分配於數人，並由得票最多者依序當選為董事。

形)時,下列股東得於股東會後三十日內,以公司及該公司負責人為被告(參照公司法第 855 條),向法院訴請將之解任:

一、繼續六個月(章程有較短期間之規定者,從其規定)以上,持有全體股東(下列股東除外)表決權總數百分之三(章程有較低規定者,從其規定)以上之股東(下列股東除外)。

(一)對於解任該公司負責人意旨之議案,不得行使表決權之股東。

(二)與該請求相關而具有公司負責人身分之股東者。

二、繼續六個月(章程有較短期間之規定者,從其規定)以上,持有已發行股份(下列股東所持有者除外)總數百分之三(章程有較低規定者,從其規定)以上之股東(下列股東除外)。

(一)該股份有限公司本身為股東者。

(二)與該請求相關而具有公司負責人身分之股東者。¹⁸¹

同條第 2 項則規定,非公開發行公司股東提起裁判解任之訴,則無前項繼續六個月以上之持股期間的限制。

上開條文之第一款及第二款對照之下可知,在一股份有限公司有發行無表決權特別股時,無表決權之股東亦能依第二款之規定提起裁判解任訴訟,僅其提訴門檻較會較有表決權之股東為高。

¹⁸¹ 公司法第 854 條第 1 項:「役員(第三百二十九條第一項に規定する役員をいう。以下この節において同じ。)の職務の執行に關し不正の行為又は法令若しくは定款に違反する重大な事實があつたにもかかわらず、当該役員を解任する旨の議案が株主總會において否決されたとき又は当該役員を解任する旨の株主總會の決議が第三百二十三條の規定によりその効力を生じないときは、次に掲げる株主は、当該株主總會の日から三十日以内に、訴えをもって当該役員を解任を請求することができる。

一 総株主(次に掲げる株主を除く。)の議決権の百分の三(これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合)以上の議決権を六箇月(これを下回る期間を定款で定めた場合にあっては、その期間)前から引き続き有する株主(次に掲げる株主を除く。)

イ 当該役員を解任する旨の議案について議決権を行使することができない株主

ロ 当該請求に係る役員である株主

二 発行済株式(次に掲げる株主の有する株式を除く。)の百分の三(これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合)以上の数の株式を六箇月(これを下回る期間を定款で定めた場合にあっては、その期間)前から引き続き有する株主(次に掲げる株主を除く。)

イ 当該株式会社である株主

ロ 当該請求に係る役員である株主」

第三項 失職董事對公司之損害賠償

按日本公司法第 330 條（原商法第 253 條第 3 項）之規定，股份有限公司與董事間之關係，依有關民法委任之規定，因此董事作為董事會之構成員，或以代表董事身分執行職務時，須依委任之本旨，以善良管理人之注意義務處理委任事務，負善良管理人之注意義務¹⁸²；董事負有作為董事地位之人通常被要求程度之注意義務，如未盡該義務，應負債務不履行之損害賠償責任¹⁸³。除準用委任人之注意義務外，日本商法於 1950 年（昭和 25 年）參考美國公司法引進董事忠實義務，現行公司法第 355 條（原商法第 253 之 3 條）規定：「董事應遵守法令、章程及股東會決議，為股份有限公司忠實執行其職務。」其解釋為董事負有不得將自己或第三人之利益置於公司利益之上的義務；在日本學界亦多認為善良管理人注意義務與忠實義務為不同之概念¹⁸⁴。

至於董事對公司之責任追究方式，依現行公司法第 423 條第 1 項（原商法第 226 條）之規定，董事如有怠於執行其職務時，就因此所生之損害應對公司負損害賠償責任，其類型包括 1.違反保護公司股東利益或與公序有關之法令；2.違反善良管理人之注意義務；3.為與公司利益相反之行為。同條第 2 項及第 3 項並規定，於競業交易時，以董事所獲取利益之數額推定為公司因此所受之損害之數額；於與公司利益相反之交易時，則推定為董事有怠於執行其職務。如董事拒不履行其賠償責任時，則須透過訴訟上程序，追究其責任，按日本公司法所明文規定者，其方式有二：其一為依股東請求，由監察人代表公司對董事提起訴訟；其二為由股東為公司之利益，對應負責任之董事提起股東代表訴訟。

¹⁸² 日本民法第 644 條。

¹⁸³ 日本實務判例有以所謂「經營判斷原則」作為判斷董事是否違反注意義務之基準，而對善良管理人注意義務加以緩和，但其與美國法上之「經營判斷法則」（Business Judgment Rule）作為排除法院對董事經營行為之司法審查有極大之不同；日本法繼受美國判例法上之「經營判斷法則」，並以判決加以規則化，其認為法院在判斷董事有無責任時，應根據其經營判斷是否符合：1.合理之資訊；2.經營判斷之內容有無顯著不當；3.有無利益衝突，而變更原來的過失責任原則。因此，日本法上有關善良管理人之注意義務的判斷標準，可認為係所謂日本法之經營判斷法則。

參閱黃百立，日本董事注意義務之研究，中原財經法學，第 19 期，2007 年 12 月，頁 254-258。

¹⁸⁴ 黃百立，同前註，頁 242-251。

第一款 依股東請求對董事提起訴訟

日本現行公司法第 847 條第 1 項及第 2 項（原商法第 267 條第 1 項及第 2 項）規定，於公開發行之股份有限公司，繼續六個月以上持有股份之股東，得以書面請求公司提起追究董事責任之訴訟；公司於受請求之日後六十日內未提起訴訟者，為該請求之股東即得為公司提起訴訟，於非公開發行公司，則無持股期間之限制；於我國法不同者是，其採用單獨股東權之立法設計。

至於公司受理股東提訴請求之機關為何，依公司法第 386 條第 2 項第 1 款之規定，設有監察人之公司，其接受股東所為追訴董事責任之提訴請求時，應以監察人為公司之代表，而在該六十日之考慮期間內，監察人應調閱議事錄、相關資料或調查關係人，以調查董事有無責任以及公司所受之損害額為何，並檢討訴訟上之舉證問題，以決定公司是否應提出責任追究之訴訟。監察人如認為請求為有理由，即得代表公司對董事提起訴訟；如認為請求為無理由，則得不依股東之請求提起訴訟，而為該請求之股東即取得代表訴訟權（第 847 條第 2 項）。

而在公司與董事間之訴訟，其代表權人應為何？按現行日本公司法第 349 條第 4 項規定，代表公司之董事有關於公司業務一切訴訟上及訴訟外行為之權限，然依同法第 353 條之規定，股份有限公司對董事（包括曾經為董事者），或董事對股份有限公司提起訴訟時，股東會得就該訴訟選任代表公司為訴訟之人；第 364 條則規定，除股東會有依第 353 條另選代表公司為訴訟之人者外，設置董事會之公司，其董事會亦得選任代表公司為訴訟之人。然依第 386 條第 1 項之規定，雖有上述第 349 條第 4 項、第 353 條以及第 364 條之規定，但公司設有監察人者，股份有限公司對董事（包括曾經為董事者），或董事對股份有限公司提起訴訟時，應由監察人代表公司。是故，以「設置董事會以及監察人之股份有限公司」為例，股份有限公司對董事（包括曾經為董事者），或董事對股份有限公司提起訴訟時，係以監察人為公司之代表。

第二款 股東之代表訴訟

第一目 立法背景與沿革

二次世界大戰之前的日本商法，由於深受德國法之影響，因此採用所謂的股東會中心主義，除了法定權限事項以外，股東會享有對公司任何事物之決定權，亦不承認股東得為公司，直接向董事提起訴訟之制度。二次戰後，日本戰敗，美國接管日本後，在當時佔領日本的聯合軍司令部（GHQ）的指導下，開始進行公司法制之修正，日本商法並於 1950 年（昭和 25 年）通過增設董事會，並成為公司經營決策作成之核心機關，同時在此背景之下，引進英美法之股東代表訴訟制度。惟就昭和 25 年商法修正的法制史觀之，商法第 267 條的內容並非依聯合軍司令部（GHQ）所提出之修正草案，照章全收，而係與日本政府所研議之修正草案，折衝而成；因此，一般論者亦認為日本法上股東代表訴訟制度是不同於美國法之設計，其主要差異在於：

- （一）股東雖得為公司提起訴訟，然並非代表所有股東所提起的。
- （二）關於此種股東代表訴訟，承審法院無須對起訴股東「是否適切代表所有股東」為判斷。
- （三）為防止股東訴訟上之共謀，日本法上所採取的立法政策，一是起訴股東依法應告知被起訴之公司，二是該公司不僅如其他股東一樣，得藉由訴訟參加制度參加之，且公司與其他股東亦得在程序上，提起再審之訴。
- （四）針對股東所提起的代表訴訟，日本商法特別規定原告股東供擔保之制度，即承審法院得依被告之聲請，釋明原告股東相關代表訴訟之提起是基於惡意者，裁定命原告股東提供擔保之設計，藉以防止股東濫行起訴¹⁸⁵。
- （五）公司於訴訟上之地位不同。在美國法上之代表訴訟，公司為形式上之被告，而為判決效力所及，但在日本法，代表訴訟之形式上原告係股東，公司並非訴訟之當事人，其判決效力乃依民事訴訟法之規定而當然及於公司¹⁸⁶。

¹⁸⁵ 以上參閱廖大穎，企業經營與董事責任之追究－檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，載：公司制度與企業組織設計之法理，2009 年 1 月一版，頁 186-187。

¹⁸⁶ 岡咲恕一，解說改正会社法，日本經濟新聞社，昭和 25 年，頁 33、139；轉引自許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[2-26]。

昭和 25 年商法第 267 條所創設之股東代表訴訟制度，其後歷經 1951 年（昭和 26 年）¹⁸⁷、1993 年 10 月（平成 5 年）¹⁸⁸以及 2001 年 12 月（平成 13 年）¹⁸⁹三次商法修正，最終日本商法上關於代表訴訟之法律規定如下：

第 267 條

- I. 繼續六個月以上持有股份之股東，得以書面請求公司提起追究董事責任之訴訟。
- II. 第二百零四條之二第二項及第三項之規定，準用前項以書面所為請求之規定。
- III. 公司於第一項請求之日後六十日內未提起訴訟者，為同項請求之股東得為公司提起訴訟。
- IV. 因前項所定期間之經過而有對公司產生難以回復損害之虞時，第一項之股東不受前三項規定之限制，得直接提起訴訟。
- V. 前二項訴訟標的價額之計算，視為非財產權請求之訴訟。
- VI. 股東提起第三項或第四項之訴時，法院得依被告聲請，命其提供相當之擔保。
- VII. 第一百零六條第二項之規定，於前項之請求準用之。（即惡意之釋明）

第 268 條

- I. 追究董事責任訴訟，專屬公司主營業所所在地法院管轄。
- II. 股東或公司得參加前項之訴訟，但不當遲延訴訟或顯著增加法院負擔時，不在此限。
- III. 提出前條第三項或第四項訴訟之股東於提起訴訟後，須立即向公司為訴訟之告知。

¹⁸⁷ 昭和 25 年 5 月 2 日通過包括股東代位訴訟（商法第 267 條以下）在內之修正案，於施行前之昭和 26 年再加以修正，包括：（一）對於代表訴訟之提起附加「繼續六個月以上持有股份之股東」之要件。（二）以惡意之釋明為前提，得因被告之請求，並由法院於起訴後以裁定命少數股東提供擔保，若原告股東於一定期間內不供擔保，法院得駁回其訴訟，但基本的架構並未改變。

¹⁸⁸ 該次有關股東代表訴訟部分之修正共有二項：（一）增訂將股東代表訴訟之裁判費，視為非財產上請求之訴。（二）增訂股東勝訴時，其進行訴訟已支出而非裁判費之必要費用，得請求公司給付該費用數額內之相當金額。

¹⁸⁹ 該次關於股東代表訴訟之修正，包括：（一）將提訴請求之考慮期間從三十日延長為六十日。（二）擴大公司內部訴訟告知義務之範圍。增訂第 268 條第 4 項之規定，公司依第 268 條第 1 項對董事提出追究責任，或於訴訟中受同條第 3 項之告知時，應公告訴訟之要旨並通知股東。（三）增訂股東代表訴訟和解之相關規範。當公司提起追究董事責任的訴訟時，無須得到全體股東之同意，即得與被告董事進行和解；當股東提起代表訴訟時，原告股東亦得與被告董事進行和解，然若公司非和解當事人時，得就和解內容於受法院通知之日起之兩週內提出異議。（四）增訂股東代表訴訟中，公司得輔助參加被告董事之規定，但須得到公司監察人之全體同意；該修正案並於 2002 年 5 月 1 日起施行。參閱王思洋，日本股東代表訴訟制度淺析，法學視野，2008 年，第 1 期，頁 11。

- IV.公司提出第一項訴訟時，須公告訴訟之要旨並通知股東，不得遲延。依前項規定受告知之公司亦同。
- V.於第一項之訴訟，公司提交和解時，不適用第二百六十六條第五項之規定。
- VI.前條第三項或第四項訴訟提交和解，公司非屬和解當事人時，法院須通知公司和解內容，並須催告對和解有異議時，於二週內聲明異議之意旨。
- VII.公司於前項期間內，未以書面聲明異議時，依同項規定就通知內容視為股東已同意和解，準用第五項之規定。
- VIII.公司為輔助董事提出申請參加前條第三項或第四項訴訟時，準用第二百六十六條第九項。

第 268 條之 2

- I.提起第二百六十七條第二項或第三項之訴的股東，於其勝訴時，對於進行訴訟已支出非裁判費之必要費用，或應支付之律師費，得請求公司給付該費用數額內之相當金額。
- II.股東敗訴時，若非惡意對公司不負損害賠償之責。
- III.股東依前條第二項之規定參加訴訟時，準用前二項之規定。

第 268 條之 3

- I.提起第二百六十八條第一項之訴時，因原告與被告通謀以害詐訴訟標的之公司權利為目的所為之判決，公司或股東對該確定判決得提起再審之訴。
- II.前條規定於前項之訴準用之。

至 2005 年 6 月（平成 17 年）所制訂通過新日本公司法，關於股東代表訴訟之修正，則主要體現在三個方面：（一）原告股東提訴資格之擴大。新公司法明文規定，股東喪失股東資格時，原則上即同時喪失提起代表訴訟之資格，但由於股份交換、股份轉移或合併等原因而成為持有原公司全部股份之控制公司或存續公司之股東時，不喪失提起代表訴訟之資格。（公司法第 851 條第 1 項）（二）公司作出不起訴決定時之理由揭露。為牽制公司高層間之相互掩飾，並便於股東為進行代表訴訟而蒐集必要之資料，按新公司法之規定，為提訴請求之股東或為代表訴訟之起訴對象者為請求時，公司必須通知其決定不予起訴之理由。（公司法第 847 條第 4 項）（三）濫訴要件之明確化。由於代表訴訟之訴訟費用低，極容易發生以謀取不正當利益為目的之濫用，故新公司法明文規定，當追究責任之訴訟係為該股東或第三人之不正當利益，或以損害公司為目的者，該股東不得為提

起訴訟之請求或起訴。(公司法第 847 條第 1 項、第 4 項)¹⁹⁰；本文以下即以日本 2005 年公司法制訂通過後，現行之代表訴訟制度為中心，為較詳盡之論述。

第二目 代表訴訟之當事人

壹、代表訴訟之原告

依原日本商法第 267 條第 1 項及第 2 項規定，「繼續六個月以上持有股份之股東」，得以書面請求公司提起追究董事責任之訴訟，公司於受請求之日後六十日內未提起訴訟者，為該請求之股東即得為公司提起訴訟，係採用單獨股東權制度之立法例，而不設持股成數之限制，原告股東僅須持有一股即得具有代表訴訟之提訴資格，縱屬無表決權之股份亦無不可。雖然單獨股東權之設計，加上平成 5 年有關裁判費用計算之修正，將股東代表訴訟視為非財產上請求之訴後，代表訴訟之數量較修正前明顯增加，故以產業界為中心，有認為代表訴訟之原告股東提訴資格應改為少數股東權之設計為當；然一般對此種見解則採取反對之態度，蓋因持股數之不足而排除適切之股東代表訴訟，將無法兼顧小股東利益保護，以及代表訴訟監督公司正常運作之立法意旨。再者，於公司之股權分散之現實情況下，代表訴訟制度將失去其存在意義，濫訴之防止，應以個別具體之對策加以彈性對應較為可行¹⁹¹。2005 年 6 月國會制訂通過之公司法第 847 條第 1 項及第 2 項，仍依循相同之立法政策，廣泛賦予股東提起代表訴訟之資格，於公開發行公司，僅須「繼續六個月以上持有股份之股東」即有資格提起本訴，於非公開發行公司，則無持股期間之限制。

至於，提起股東代表訴訟之股東，是否必須於所訴追之違法行為發生時已為公司之股東，即類如美國法上「同時持有股份原則」之要求，則有正反不同之意見。以產業界為中心之意見大多贊成將「同時持有股份原則」納入法律規定¹⁹²；折衷見解者則認為，採用「公開理論」而以事件公開與否及取得股份之人知悉與否作為基準，較法條所規定之繼續持有六個月之期間為合理¹⁹³。否定說者則認

¹⁹⁰ 王艷，日本 2005 年公司法的修改及对中国的启示，商場現代化，2007 年 9 月，第 516 期，頁 281。

¹⁹¹ 許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[3-4]。

¹⁹² 許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[3-20]。

¹⁹³ 竹內昭夫，株主の代表訴訟，会社法の理論Ⅲ，有斐閣，平成 2 年 1 月 12 日，頁 240-241；龍田節，三井鉦山事件の最高裁判決—子公司利用による自己株式取得と代表訴訟，商事法

為，就現狀而言，代表訴訟制度不至有受濫用之情形，日本法上亦無如美國法有防止股東將股份轉讓予公司設立所在州以外的其他州居民而意圖將代表訴訟之訴訟管轄移轉至聯邦法院，而須適用同時取得股份原則之必要，且該原則將否定善意取得公司股份之股東提起代表訴訟之資格¹⁹⁴；再者，美國法上採用同時持有股份原則之理由之一是，公司所受之損害反映於股價，股東以較低之股價取得股份，後因代表訴訟所得之損害賠償，將使其獲得意外之利益，然股價是否因違法行為而下跌，證明不易，且從股東代表訴訟填補損害及監督糾正違法之功能而言，同時持有股份原則亦非合理¹⁹⁵。日本實務方面，對於提起股東代表訴訟的股東，是否在其所訴追的違法行為發生前具有股東身份，並不要求，僅在原告股東係於違法行為發生後始成為公司股東的情形，考量其有無權利濫用之情事，而依權利濫用予以排除¹⁹⁶。

其次，代表訴訟之原告股東，因股份交換等原因而成為持有原公司全部股份之控制公司的股東時，是否會因為不具原公司之股東身份，而同時喪失提起代表訴訟之資格，原日本商法並無明確規定，但於股份交換或公司合併等情形，由於股東仍可能間接受到訴訟結果之影響，故如認為其於此種情形下，會喪失代表訴訟之提訴資格並不妥當，故新修正公司法第 851 條第 1 項即明文規定，因股份交換、股份轉移而成為持有原公司全部股份之控制公司股東，或因合併而取得新設公司、存續公司或持有原公司全部股份之控制公司之股東時，不喪失其提起代表訴訟之資格。

貳、代表訴訟之被告

相對於美國法上認為代表訴訟中之被告包括：董事（directors）、重要職員（officers）、控制股東（controlling shareholders）、其他受託人（other fiduciaries）以及公司外部之第三人（outsiders），原日本商法所規定之被告範圍較小，除商法第 267 條之「董事」外，第 196 條、第 280 條第 1 項及第 430 第 2 條亦明文規

務第 1334 期，1993 年 10 月，頁 36；轉引自許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[2-21]。

¹⁹⁴ 周劍龍，株主代表訴訟における株式同時所有の原則，商事法務 1368 號，1994 年 10 月 5 日，頁 88；轉引自許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[2-20]。

¹⁹⁵ 小林秀之、原強，株主代表訴訟の法構造と機能(2)，判例時報 1494 號，1994 年，頁 166。

¹⁹⁶ 林麗香，從日本三井礦山案判決檢視我國公司法上有關規定，法政學報，第 2 期，1994 年 7 月，頁 3。

定準用第 267 條之規定，故得為股東代表訴訟之被告者，亦包括公司之發起人、監察人及清算人。

依現行日本公司法第 847 條第 1 項之規定，代表訴訟之被告則包括發起人、公司設立時之董事及監察人、第 423 條第 1 項所規定之公司負責人（包括董事、監察人、會計參與人等），以及清算人，較我國法所規定之範圍廣泛許多。

第三目 起訴前之提訴請求

依日本公司法第 847 條第 1 項之規定，公開發行公司繼續六個月以上持有股份之股東，得以書面請求公司提起追究董事責任之訴訟，公司於受請求之日後六十日內未提起訴訟者，為該請求之股東即得依同法第 3 項之規定為公司提起責任追究之訴訟（原商法第 267 條第 1 項、第 3 項）；僅在因該六十日之等待期間經過，而有對公司產生難以回復損害之虞時，股東得不受該期間之限制即直接為公司提起訴訟，例如對董事之請求權將罹於時效、董事隱匿財產或將成為無資力等情形（參照公司法第 847 條第 5 項、原商法第 267 條第 4 項）。

要求股東於提起代表訴訟前向公司為提訴請求之目的，係為給予公司判斷應否親自追訴董事責任之機會，要求股東須履行慎重之程序亦有防止濫訴之作用；然而，即使公司拒絕對董事提出訴訟，無論有無正當理由，股東均取得代表訴訟之訴權，此與美國法制上法院若認為公司拒絕提訴之決定符合公司最大利益而無不妥當之處時，得駁回股東所提起之代表訴訟，有極大的不同之處。因此，在日本公司法上代表訴訟之提訴請求僅為一個取得代表訴訟權之形式要件，立法上限制股東須向公司為提訴請求及經過六十日之等待期間，在防止股東濫訴上之作用不大¹⁹⁷。

第四目 訴權濫用之防止

平成 5 年商法修正時，增訂第 267 條第 5 項將股東代表訴訟之訴訟標的價額計算，視為非財產上請求之訴訟，大大地降低股東提起代表訴訟之的訴訟成

¹⁹⁷ 蔡元庆，董事经营责任研究，法律出版社，2006 年 8 月一版，頁 239-240。

本，在隨後幾年，代表訴訟之案件數量亦大幅度增加，於此同時，代表訴訟之訴訟權濫用的問題則為學界及產業界所高度重視。當股東所提起之代表訴訟，係屬訴訟權之濫用時，法院得於具體審理前，即駁回原告股東所提起之訴訟。

若從司法實務之角度，觀察構成訴訟權濫用之認定標準為何？在日本三井礦山案中¹⁹⁸，東京高等法院認為，僅有在：(1) 原告股東提起代表訴訟之主要目的係為恐嚇或造成公司及董事之困擾，並訴訟結果使該股東獲得不當之個人利益；或 (2) 股東提起代表訴訟所追究之董事不法行為，其情節輕微而對公司造成之損失極其微小，追究其責任欠缺合理性及必要性，且提訴之主要目的係為對董事表達不滿者，始能認為構成訴訟權之濫用。在長崎銀行股東代表訴訟案中¹⁹⁹，長崎地方法院則認為，股東代表訴訟制度係為實現公司之利益，而賦予具有一定資格之股東追究董事對公司應負責任之權利，並藉以達到保護公司及股東利益之目的，作為監督和糾正公司經營活動之一種方式，該權利應屬共益權之一種；股東若違背代表訴訟之立法意旨，而以其作為追求個人利益之手段，犧牲或侵害公司甚至其他股東之權益，則應屬股東權利之濫用，並在該案中，以構成權利濫用為由而駁回原告股東之訴²⁰⁰。

2005 年制訂通過之新公司法第 847 條第 1 項但書即規定，當追究責任之訴訟係為該股東個人或第三人之不正當利益，或以損害公司為目的者，該股東不得為提起訴訟之請求或起訴，將代表訴訟之訴訟權濫用禁止之予以明文化；其立法目的即在於，就不正當目的之股東代表訴訟或股東濫訴時，能盡早在訴訟前階段即加以解決²⁰¹。

第五目 代表訴訟之供擔保

日本於 1951 年（昭和 26 年）商法修正時，增訂原告股東供擔保之規定，除為防止股東濫訴或利用訴訟謀取不當利益外，並擔保被告董事勝訴時，對原告股東之損害賠償請求權。按現行公司法第 847 條第 7 項及第 8 項（原商法第 267 條第 6 項及第 7 項）之規定，股東提起責任追究之訴訟時，法院得依被告聲請，命其提供相當之擔保；被告為前項之聲請者，應釋明股東提起該責任追究之訴訟

¹⁹⁸ 東京高等法院 1989 年 7 月 3 日判決，金融商事判例第 826 號，頁 3 以下。。

¹⁹⁹ 長崎地方法院 1991 年 2 月 19 日判決，判例時報第 1393 號，頁 138 以下。

²⁰⁰ 蔡元庆，董事经营责任研究，同前註 197，頁 201-203。

²⁰¹ 飯屋広郷，改正のポイント役員の責任，法學セミナー，NO.613，2006 年 1 月，頁 18。

具有惡意。平成 5 年 6 月 14 日商法修正中增列第 267 條第 4 項，規定股東代表訴訟之訴訟標的價額之計算，視同非財產上請求之訴，並於同年 10 月 1 日施行後，在股東代表訴訟之盛行下，被告請求原告股東供擔保之聲請亦隨之增加，惟所謂「惡意」應如何解釋認定，在學說和實務上均有很大之爭議。

壹、學說見解

所謂「惡意」之解釋，有學者認為係指「不當陷害被告董事之意圖」；或有認為係指「原告明知提訴的結果侵害被告董事之利益」；另有認為係指「對公司不利益之意圖」、「單純的惡意」或「主觀上明知其請求為無理由而提訴」。通說見解則認為，係指「原告股東對於提訴將會侵害董事之利益有所認識」者²⁰²。

貳、實務見解

至於司法實務見解，僅少數法院在判決中直接定義何謂「惡意」，大多數法院只有在判決中列舉具體現象，以判斷是否該當「惡意」之情形。例如「東海銀行案」中²⁰³，名古屋地方法院認為，所謂「惡意」不僅原告須明知被告董事不須對東海銀行負責，且以有專為損害被告董事之意圖而提起訴訟為必要，最終並駁回被告董事擔保之聲請；本案雖係股東代表訴訟中，首先經由法院解釋何謂「惡意」之案例，然如此高標準的認定，在實際上，將使釋明成為不可能。

在「蛇之目機械工業案」²⁰⁴中，法院則採取比較寬鬆的態度，其後並成為許多案例之主要見解。東京高等法院肯定第一審法院之見解，而認為所謂「惡意」應包含下列情況：(1) 原告明知或依一般知識可知，其請求無理由而仍提訴；(2) 過失不當訴訟；(3) 原告對於所提代表訴訟，認識其程序明顯違法而仍為提訴；(4) 原告本於圖謀獲取不法利益之目的，或出於與正當股東權行使不相容之目的而提起代表訴訟者，且不論其是否為權利濫用；(5) 其他可認為係屬不當訴訟之具體情況，例如關於請求原因之重要部分其主張本身失當，須大幅補充理由，或若不變更請求內容，則幾無勝訴之可能者，原告知其情事而仍提起訴訟；或明顯

²⁰² 參閱黃書苑，股份有限公司之股東代表訴訟—著重於程序法上問題之比較研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，民國 86 年 6 月，頁 117-118；洪世崇，股份有限公司股東代表訴訟之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 7 月，頁 92-93。

²⁰³ 名古屋地方法院 1995 年 2 月 28 日判決，判例時報第 1537 號，第 167 頁。

²⁰⁴ 東京高等法院 1995 年 2 月 20 日判決，金融商事判例第 968 號，頁 23。

可知所請求原因事實之證明可能性很低，原告知其情事而仍提起訴訟者；或若被告之抗辯成立，則該請求被駁回之機會很高，原告知其情事而仍提起訴訟者。

在 MINEBEA 擔保聲請案件²⁰⁵以及三愛擔保聲請案件²⁰⁶中，法院進一步對蛇之目機械工業事件中東京高等法院判決之見解加以補充，其認為原告明知或應知悉其訴訟之請求無根據，但未為必要的調查，而提起代表訴訟者，應推定其係基於惡意而提起該代表訴訟；而在此種較為寬鬆的解釋下，其後大多數法院均有依被告之聲請而命原告股東必須提供擔保²⁰⁷。

至於在近期值得觀察者是，「綠十字股東代表訴訟案」中，大阪高等法院關於該供擔保之聲請所為之判決²⁰⁸。大阪高等法院未如以往沿用「蛇之目基準」，而認為原告股東是否出於惡意而提起代表訴訟，應從兩個方面作觀察：一為股東明知其在代表訴訟中主張的權利，欠缺事實上及法律上的依據，卻仍提起並續行該訴訟；二為原告提起訴訟係基於侵害被告董事以及公司之目的，具有藉由提起該訴訟而獲得個人之不當利益的不法意圖；蓋在代表訴訟提起之初期階段，原告蒐集證據存有一定之困難，而難以判斷其主張是否欠缺事實上及法律上的依據，故應排除過失不當訴訟得命原告股東提供擔保之情形，並將不當目的之訴訟，限縮於單純為侵害董事及公司，提起代表訴訟作為手段以獲取不當利益，而得認為係屬訴訟權濫用之情形。此種見解，不僅為學者支持，同時也逐漸為大多數法院所接受²⁰⁹。

第六目 其他制度設計上之誘因

壹、代表訴訟裁判費之計算

日本法上一般民事訴訟之裁判費係採訴訟標的價額計算制及預先繳納制，日本商法於平成 5 年修正前，未對股東代表訴訟之裁判費計算為特別規定。學說上有認為，代表訴訟係屬財產權訴訟，應以訴訟標的之價額計算其裁判費用，亦有

²⁰⁵ 長野地方法院 1995 年 9 月 20 日判決，商事法務第 139 號，頁 196。

²⁰⁶ 東京高等法院 1994 年 12 月 26 日判決，商事法務第 131 號，頁 81。

²⁰⁷ 蔡元庆，同前註 197，頁 218-224。

²⁰⁸ 大阪高等法院 1997 年 8 月 26 日判決，商事法務第 162 號，頁 234。

²⁰⁹ 蔡元庆，同前註 197，頁 227。

認為代表訴訟之利益歸屬於公司及全體股東，原告股東所得受之利益難以算定，故應準用或類推適用民事訴訟費用法第 4 條第 2 項，將訴訟標的之價額視為 95 萬日圓；日本司法實務則一直採用前者之見解²¹⁰。平成 5 年商法修正時，增訂第 267 條第 5 項將股東代表訴訟之訴訟標的價額計算，視為非財產上請求之訴訟。換言之，股東代表訴訟係股東為公司之利益，以自己名義為公司所提起追究董事責任之訴訟，其請求係金錢或財產之給付請求，故本質上係屬財產上請求之訴，將股東代表訴訟視同非財產權之訴，其結果係直接適用民事訴訟費用法第 4 條第 2 項，訴訟標的視為 95 萬日圓，裁判費用則為 8,200 日圓²¹¹。

股東代表訴訟之裁判費降低，雖減輕原告股東之負擔，有利於代表訴訟之提起，鼓勵股東以代表訴訟監督公司之正常運作及防止董事濫權，卻有導致股東任意起訴之可能，因而引起產業界之反彈，學者亦有加以批評者。蓋公司若委由特定股東起訴，原應負擔之裁判費用，則可合法減省，與其他訴訟亦可能產生失衡；再者，原告股東起訴及為勝訴所負擔之費用屬於民事訴訟法上之訴訟費用，股東勝訴時，其所支出包括裁判費在內之「為進行訴訟所必要之費用」，應均得向公司請求償還，再由公司依判決向敗訴之一造請求負擔該裁判費²¹²；惟至 2005 年制訂通過公司法時，其中第 847 條第 6 項仍維持相同之規定²¹³。

貳、其他必要費用及律師費之請求

按日本之股東代表訴訟係仿美國之立法例，日本商法即仿照美國法之規定設有關於勝訴股東之律師費用請求權；至平成 5 年商法修正時，費用請求之範圍擴大至律師費用以外之其他必要費用，包括事實調查（資料蒐集費用、假處分費用、證據保全費用）、鑑定費、原告股東之旅費及交通費等，按原商法第 268 條之 2 第 1 項之規定：「提起第二百六十七條第二項或第三項（代表訴訟）之訴的股東，於其勝訴時，對於進行訴訟已支出非裁判費之必要費用，或應支付之律師費，得請求公司給付該費用數額內之相當金額。」第 2 項並規定，股東敗訴時，若非惡

²¹⁰ 蔡元庆，同前註 197，頁 197-198。

²¹¹ 依平成 15 年 7 月 25 日法律第 128 号修正後之現行民事訴訟費用法第 4 條第 2 項規定，訴訟標的視為 160 萬日圓。

²¹² 平賀健太，株主代表訴訟管見—訴訟の目的の価額九五萬圓、訴狀印紙額八二〇〇圓とする改正について—，商事法務 1354 號，1994 年 5 月 5 日，頁 27-29；轉引自許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[4-7]。

²¹³ 公司法第 847 條第 6 項：「第三項又は前項の責任追及等の訴えは、訴訟の目的の価額の算定については、財産権上の請求でない請求に係る訴えとみなす。」

意對公司不負損害賠償之責。蓋股東代表訴訟係為公司之利益而提起，訴訟勝訴所獲得之利益亦歸屬於公司，由公司負擔訴訟費用乃屬當然；並可賦予股東提起代表訴訟之誘因，具有抑制公司經營者不當行使權力之機能²¹⁴。現行日本公司法第 852 條第 1 項及第 2 項亦為相同之規定。

第三節 美、日及我國法制之比較

關於美國、日本及我國法制，在董事行為之制止、解任董事、公司對董事請求為損害賠償，以及股東代表訴訟等制度上之差異，茲以下表呈現：

表一：董事行為之制止（資料來源：本文自製）

	美國法	日本法	我國法
對董事行為之制止		<p>1. 股東制止請求權（公司法第 360 條）： 公開發行公司之股東，有繼續六個月以上之持股期間限制；設置監察人之公司，則須於董事有實施該行為並為公司造成不可回復之損害之虞時，始得行使其制止請求權。</p> <p>2. 監察人制止請求權 （公司法第 385 條第 1 項）。</p>	<p>1. 股東制止請求權（公司法第 194 條）：繼續一年以上持有股份之股東。</p> <p>2. 監察人制止請求權 （公司法第 218 條之 2）。</p>

表二：解任董事（資料來源：本文自製）

			美國法	日本法	我國法
解任董事	股東會決議解任	不採用累積投票制選任董事	對於該解任案之贊成票超過反對票之數量時，該董事即受解任（Model Bus. Corp. Act § 8.08）。	代表已發行有表決權股份總數過半數以上股東之出席，出席股東表決權過半數之同意行之（第 341 條）。	不區分選任董事之方式是否採用累積投票制，一律須經股東會特別決議通過（第

²¹⁴ 許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[4-22]。

	採用累積投票制選任董事	足以支持該董事當選之票數，反對該解任案者，該董事不受解任（Model Bus. Corp. Act § 8.08）。	代表已發行有表決權股份總數過半數以上股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之（第 309 條第 2 項第 7 款）。	199 條第 2 項）
	董事會解任	董事會在某些特殊情況下享有董事之解任權。	無。	無。
	裁判解任	法院於董事對公司或股東有詐欺或不誠實之行為、嚴重濫用董事職權，或故意損害公司之行為，且符合公司之最大利益時，得解除董事之職務，並得禁止該受解任之董事於一段期間內再當選為董事（Model Bus. Corp. Act § 8.09）。	公開發行公司之負責人執行職務有不正行為，或違反法令或章程之重大事項，而解任該負責人之議案為股東會所否決時，符合資格之股東得於股東會後三十日內，向法院訴請將之解任（第 854 條第 1 項）。	董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，股東會未為決議將其解任時，得由持有以發行股東總數百分之三以上股份之股東，於股東會後三十日內，訴請法院裁判之（第 200 條）。

表三：公司訴請董事為損害賠償（資料來源：本文自製）

		美國法	日本法	我國法
公司訴請董事為損害賠償	依股東會決議對董事提起訴訟			股東會決議對董事提起訴訟時，公司應自決議之日起三十日內提起之（第 212 條）
	依少數股東請求對董事提起訴訟		公開發行之股份有限公司， <u>繼續六個月以上持有股份之股東</u> ，得以書面請求公司（監察人）提起追究董事責任之訴訟；於非公開發行公司，則無持股期間之限制（第 847 條第 1 項及第 2 項）。	<u>繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東</u> ，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟（第 214 條第 1 項）。

	<p>依現任董事會決議對董事提起訴訟</p>	<p>是否對董事提起訴訟，係屬董事會之經營權限。</p>		<p>依第 202 條之規定，董事會理論上亦有決議追究董事責任之權限，惟為避免董事會內部人事鬥爭，應以卸任董事為限。</p>
--	------------------------	------------------------------	--	--

表四：股東代表訴訟（資料來源：本文自製）

		美國法	日本法	我國法
當事人	原告	各州大多允許實質上股東 (Beneficial Holder) 提起代表訴訟，包括信託受益人、以證券商名義持有股權之人等。	形式上持有公司股份之股東。	形式上持有公司股份之股東。
	被告	董事、重要職員、控制股東、其他受託人，以及公司外部之第三人。	發起人、公司設立時之董事及監察人、第 423 條第 1 項所規定之公司負責人 (包括董事、監察人、會計參與人等)，以及清算人 (第 847 條第 1 項)	董事、監察人 (第 214 條第 2 項、第 227 條)。
原告股東資格要件		<p>1. 同時持有股份原則或公開理論。提起代表訴訟之原告股東在其所爭執之違法或不正行為發生時，必須具備公司股東之資格 (FED. R. CIV. P. 23.1(b)(1)) 或必須於其所控訴之違法行為公開揭露前，或為該股東知悉前即取得該公司之股份 (ALI, Prin Corp. Gov. § 7.02(a))</p> <p>2. 繼續持有股份原則。 惟在公司合併時，可能例外允許喪失股東地位者，仍有提起代表訴訟之權利；例如該合併本身即為代表訴訟制度所指摘之詐欺，或以剝奪股東提起代表訴訟之權利為目的。</p> <p>3. 公正且適切之代表性。</p>	<p>1. 持股期間： 在公開發行公司須為<u>繼續六個月以上持有股份之股東</u>，非公開發行公司，則無持股期間之限制 (第 847 條第 1 項及第 2 項)。</p> <p>2. 無持股比例之限制。</p> <p>3. 因股份交換、股份轉移而成為持有原公司全部股份之控制公司股東，或因合併而取得新設公司、存續公司或持有原公司全部股份之控制公司之股東時，不喪失其提起代表訴訟之資格。(第 851 條第 1 項)</p>	<p>1. 持股期間： <u>繼續一年以上持有股份之股東</u> (第 214 條第 2 項)。</p> <p>2. 持股比例： <u>已發行股份總數百分之三</u> (第 214 條第 2 項)。</p>

<p>程 序 要 件</p>	<p>1. 除有豁免提訴請求之情形外，股東提起代表訴訟前，應先向董事會提出書面的提訴請求 (Model Bus. Corp. Act § 7.42、ALI § 7.02)。</p> <p>2. 董事會得指派無利害關係之董事組成「特別訴訟委員會」調查該代表訴訟是否符合公司之最佳利益。</p>	<p>公開發行公司繼續六個月以上持有股份之股東，以書面請求公司 (監察人)提起追究董事責任之訴訟，而公司未於受請求之日後六十日內提起訴訟者，為該請求之股東始得為公司提起訴訟。(第 847 條第 1 項)</p>	<p>監察人於受符合資格之股東以書面請求為公司對董事提起訴訟之日起，三十日不提起訴訟，為該請求之股東得為公司提起訴訟 (第 214 條第 1 項與第 2 項前段)。</p>
<p>訴訟 費用 擔保 制度</p>	<p>1. 多數州法採用以「小股東」為對象的擔保制度，僅關於持股比例與市場價值之規定不同。例如紐約普通公司法第 627 條規定，如提起代表訴訟的股東所持有之公司股份、表決權信託證書或受益人利益所代表的股份於公司所發行任何種類的股份總額所佔比例低於 5% ，而其市場價值未超過 50,000 美元者，法院得依公司之請求，命原告股東提供包含律師費在內之訴訟費用擔保。</p> <p>2. 該擔保係為被告或公司因代表訴訟所支出之費用，而與訴訟標的無關。</p> <p>3. 目前全美大約僅有三分之一的州法有採用訴訟費用擔保制度。</p>	<p>股東提起責任追究之訴訟時，法院得依被告聲請，命其提供相當之擔保；被告為前項之聲請者，<u>應釋明股東提起該責任追究之訴訟具有惡意</u>。(第 847 條第 7 項及第 8 項)</p>	<p>1. 股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保 (第 214 條第 2 項中段)；</p> <p>2. 依實務見解，其擔保數額約為訴訟標的價值之二分之一至三分之一。</p>
<p>訴訟 費用 補償 制度</p>	<p>代表訴訟為公司帶來實質上利益 (Substantial Benefit) 時，公司應補償原告股東包含律師費在內之合理訴訟費用 (Model Bus. Corp. Act § 7.46(1)、McKinney's Business Corporation Law § 626(e)) 。</p>	<p>提起代表訴訟的股東，於其勝訴時，對於進行訴訟已支出非裁判費之必要費用，或應支付之律師費，得請求公司給付該費用數額內之相當金額 (第 852 條第 1 項)。</p>	<p>無。</p>

第四節 對我國法之修正建議

第一項 關於董事解任之修正

第一款 決議解任之部分

首先在由股東會決議解任董事之部分，我國法及美國法、日本法均認為董事得經由股東會之決議，隨時解任，且無須具有正當事由，然其不同者是，相對於我國公司法第 199 條第 3 項，其規定股東會之決議方式採用特別決議之方式，以求慎重；美國法及現行日本公司法則認為股東會為董事解任之決議時，其決議方式或贊成反對票數應為何，因董事選任之方式是否採用累積投票制有所不同（參照前述模範商業公司法第 8.08 條、德拉瓦州公司法第 141 條(k)項、日本公司法第 341 條、第 342 條第 6 項以及第 309 條第 2 項第 7 款）；在董事之選任採用累積投票制之方式時，必須達到相對於不採用累積投票制時更高的決議門檻。

按累積投票制乃民國 55 年修正公司法時，為強化個別股東權，仿美、日立法例所採之制度，其立法旨趣在於防止股東會中多數派以其優勢把持選舉，致少數派股東所支持者沒有當選為董事之機會，蓋少數派股東所推派之董事雖力不足以控制董事會，然至少其意見能反映於董事會，且使多數派股東所選出之董事，於執行公司業務之際，有所顧忌，而達內部監查（internal audit）之實效。惟由於少數派代表之參與，將導致董事會董事間利益之對立，而有礙公司業務順利執行之虞，且董事之選任方式亦屬公司內部之自治事項，故我國公司法第 198 條第 1 項乃有「除章程另有規定外」之除書規定作為彈性處理²¹⁵。然而，我國法不同於美國法者是，美國法上關於董事之選任方式並不以累積投票制為原則，依美國模範商業公司法第 7.28 條(b)項²¹⁶及德拉瓦州公司法第 214 條²¹⁷之規定，必

²¹⁵ 參閱柯芳枝，公司法論（下），三民書局，2009 年 9 月八版，頁 258-259。

²¹⁶ Model Bus. Corp. Act § 7.28(b):

"(b) Shareholders do not have a right to cumulate their votes for directors unless the articles of incorporation so provide."

²¹⁷ Del. Gen. Corp. Law. § 214:

"The certificate of incorporation of any corporation may provide that at all elections of directors of

須章程另有規定，董事之選任始採用累積投票制之方式；日本公司法第 342 條第 1 項則規定，股東會預計選任二人以上之董事時，對於董事選任之議案有表決權之股東，除章程另有規定外，得向公司請求依累積投票制之方式選任董事。

按我國董事選任之方式係以累積投票制為原則，本文認為為避免藉由累積投票制所當選之少數派董事，經由股東會以一般決議之方式任意解任，適用公司法第 199 條第 3 項所規定特別決議之高門檻，固無不當之處；然在公司有依章程規定排除累積投票制之適用時，應可考慮降低董事解任議案之決議門檻，蓋由多數派股東所支持之董事，原本即不易經由股東會決議所解任，降低解任門檻應不致經常發生董事遭股東會隨意解任之情形，反而使少數派股東有更大的機會，透過股東會決議解任失職董事。

第二款 裁判解任之部分

裁判解任制度之目的，本為打破大股東之壟斷而設，但我國公司法第 200 條在程序要件之設計上，卻反而給予大股東操作之空間。按法院的角色如界定為對明顯違法瀆職行為之危機處理，以彌補常態公司治理機制之失靈，則法院介入之前提要件為「股東會未為決議解任」似屬當然，但考量我國現行公司治理之具體設計，此一程序要求將使裁判解任制度，在實務運作上窒礙難行，反而是藉由訴請裁判解任為名取得假處分，行經營權爭奪之實的趨勢十分明顯²¹⁸，著名的台灣大假處分案即為一例²¹⁹，現行實務甚至同意得以擔保金取代定暫時狀態之必要的釋明，完全背於立法初衷係為保護少數股東，箝制大股東而設。

造成此種現況的原因在於，我國現行制度下，股東會何時召開或召開與否，

the corporation, or at elections held under specified circumstances, each holder of stock or of any class or classes or of a series or series thereof shall be entitled to as many votes as shall equal the number of votes which (except for such provision as to cumulative voting) such holder would be entitled to cast for the election of directors with respect to such holder's shares of stock multiplied by the number of directors to be elected by such holder, and that such holder may cast all of such votes for a single director or may distribute them among the number to be voted for, or for any 2 or more of them as such holder may see fit."

²¹⁸ 相關案例，參閱葉大殷等合著，公司經營權爭奪與假處分，元照，1999 年 12 月一版，頁 88。學界大多主張，以訴請裁判解任為由，聲請假處分時，假處分效果與終局判決並無不同，故應考量本案實體爭點，審酌聲請人本案勝訴之可能性，甚至應予當事人陳述意見與相互辯論之機會，以釐清本案爭點，亦即所謂的「假處分本案化」。參閱王文宇，定暫時狀態假處分與公司經營權之爭奪，載：公司與企業法制，元照，2000 年 5 月一版，頁 81-96。

²¹⁹ 臺北地方法院 92 年度裁全字第 3972 號裁定。

極易受到大股東之操縱，除非股東常會召開在即，股東唯有自行召集股東會一途，故在股權高度集中的公司，小股東根本無力使用裁判解任制度，此項程序要求將使大股東在訴訟上佔盡優勢。又股東會之召開耗費時日而緩不濟急，聲請法院假處分係達時效目的之唯一途徑，惟法院即使經過實質認定董事確有重大瀆職之嫌，而予以假處分，在本案訴訟時，卻可能因程序要件不符，而予駁回，使得假處分階段之審查變得意義不大且徒然浪費司法資源；惟若審查實質要件，又不符合假處分在時效上之要求，造成這種矛盾的問題，即在於裁判解任制度以「股東會已先否決解任議案」作為前提要件，難免拖延時日而無法立即處理危機。此外，最簡單也最不合理的就是，小股東即使成功透過法院解任董事，大股東在股東會上，仍可輕鬆再次支持自己的人馬當選為董事，只要該董事並無公司法第 30 條所定不符消極資格之當然解任事由，其當選自屬合法有效²²⁰。

在實體要件之部分，就公司法第 200 條所謂「重大損害公司之行為」之文義觀之，似乎只要董事執行業務，導致公司發生重大損害即可，並不要求董事具有故意、過失，但此種解釋將扭曲企業經營活動，並增加法院以事後諸葛之姿不當干預之風險；我國學者即有認為，裁判解任之實質要件愈嚴格，程序要件之要求即可愈放寬，蓋法院的裁量限縮，不當干預之機率降低，且濫訴者必遭敗訴，這本身就可以發揮防止濫訴干預、浪費資源的力量。是故，所謂「重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項」應指達到舞弊、背信或故意濫用控制力，失職程度足以引發誠信或信心能力危機者，在此同時並應刪除股東會未為解任決議之前提要件²²¹。

按前述美國模範商業公司法第 8.09 條之規定，即將董事裁判解任之實質要件限於董事對有詐欺或不誠實之行為、嚴重濫用董事職權等故意損害公司之行為，且法院得禁止該受解任之董事於一段期間內再當選為董事，亦無裁判解任前須有股東會未為解任決議之要件，實得作為我國法修正之參考，將公司法第 200 條之實質要件中所稱之「重大損害公司之行為」為更明確具體之規範，刪除須股東會未為解任決議之前提要件，並明定該受解任之董事於一段期間內不得再當選為董事。

²²⁰ 方嘉麟，從台灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理之定位，政大法學評論，第 83 期，2005 年 2 月，頁 127-150。

²²¹ 方嘉麟，同前註，頁 156-189。

第二項 關於代表訴訟制度之修正

如本文第四章所述，我國代表訴訟制度存有濫訴防止規範之設計不當、提起股東代表訴訟之門檻過高，以及制度設計上之誘因不足等問題，本文擬就美日法制觀察研究之結果，針對我國制度設計上之缺失提出修正之建議。

第一款 股東提訴資格之部分

首先，我國法就股東代表訴訟之訴權採用少數股東權之立法設計，而定有持股比例應達已發行股份總數百分之三以上之資格限制，但即使准許複數股東共同提起代表訴訟，現行法上百分之三之門檻限制實際上仍不容易跨越，我國學者亦有認為基於股東代表訴訟制度作為保護小股東之立法設計而言，應放棄持股比例限制者。本文認為，代表訴訟作為活化股東對公司監控的衡平設計，具有防範及糾正公司經營者不法行為之作用，應為公司每一股東均得享有之權利，而與股東持股比例之多寡無關，股東不能因持股比例少，即無法對公司行為加以糾正；此外，我國證券交易法關於公司因短線交易對董事、監察人、經理人等之歸入權，第 157 條第 2 項規定：「發行股票公司董事會或監察人不為公司行使前項請求權時，股東得以三十日之限期，請求董事或監察人行使之；逾期不行使時，請求之股東得為公司行使前項請求權。」股東為公司行使該請求權時，不排除以訴訟之方式為之，此時亦屬為公司提起之代表訴訟，而該代表訴訟權並無持股比例之限制，實務上並可發現相關案例²²²。是故，我國未來亦應修法改採美國及日本立法例上單獨股東權制度之立法設計，刪除持股比例之限制。

其次，在持股期間要件之部分，其目的係為防止與公司無關緊要之股東濫行代表訴訟，甚或於董事不法行為發生後以提起代表訴訟為目的而刻意收購公司股份，而故意干擾公司運作；我國法如不採用美國法上關於同時持有股份原則、繼續持有股份原則或公開理論等作為股東提訴資格之要件限制，應有加以保留之必要，然相對於美國法與日本法之規定，我國公司法所定之門檻，似仍過於嚴格而有考慮適度放寬之必要，例如參考日本公司法第 847 條第 1 項及第 2 項之規定，於公開發行公司，僅須「繼續六個月以上持有股份之股東」即有資格提起本訴，

²²² 參閱中國人造纖維公司案（台北地方法院 77 年度重訴字第 90 號）、新亞電器股份有限公司案（新竹地方法院 79 年度訴字第 859 號）、保固股份有限公司案（台北地方法院士林分院 80 年度重訴字第 31 號）、華隆股份有限公司案（台北地方法院 80 年度重訴第 628 號；81 年度重訴字第 122 號）、陽慶電子股份有限公司案（台北地方法院 94 年度金字第 31 號）。

於非公開發行公司，則無持股期間之限制²²³。

雖然代表訴訟之程序要件，本文認為最終應盡量採用較具彈性之規範設計，以能適用於不同之具體個案，防止在一開始即將有價值之代表訴訟拒於法院門外，因此制度設計上應盡量避免採用類如持股比例、持股期間等較硬性的提訴股東資格要件，例如美國法上關於原告股東之資格要件，採用同時持有股份原則，並以繼續持有股份原則或公開理論加以修正，再加上代表適切性之要求，相對於持股比例或持股期間之限制，更能夠確保提訴股東與代表訴訟之結果具有真正的利害關係，而能夠積極地、有良心地進行代表訴訟；論者亦有建議應全盤放棄持股比例及持股期間者²²⁴。然而，全面廢除持股期間及持股比例，而改採美國法之法制設計，與我國現行法制差距極大，為避免短期內法制變動過大可能造成之衝擊，本文建議不妨先行參酌日本法之規定，刪除現行法上持股比例限制，將持股期間縮短六個月，並配合代表訴訟權濫用禁止之原則，避免可能的濫訴問題。

第二款 濫訴防止之規範設計方面

第一目 訴訟權濫用之禁止

我國法之所以在代表訴訟之原告資格上，設有相對於美國法與日本法嚴格許多之限制，其原因或許在於我國在法制設計上，監察人未於受股東對董事提起訴訟之請求日起三十日內起訴者，股東即取得提起代表訴訟之訴權，而未如美國法賦予法院享有是否應依董事會或特別訴訟委員會審查代表訴訟對於公司之利益後，決定不提起訴訟之建議而駁回代表訴訟之最終決定權，或如日本法院於原告股東提起代表訴訟之主要目的係為恐嚇或造成公司及董事之困擾，並訴訟結果使該股東獲得不當之個人利益，或所追究之董事不法行為其情節輕微而對公司造成之損失極其微小，追究其責任欠缺合理性及必要性，而係屬訴訟權之濫用時，得於具體審理前即駁回原告股東所提起之訴訟，此項訴訟權濫用之禁止並為 2005

²²³ 相同見解，參閱劉連煜，現代公司法，2008年2月三版，頁409。

其建議參考日本法及美國法之規定，放棄持股比例限制並放寬持股期間之要求，明定「繼續六個月以上持有股份之股東」即有資格提起代表訴訟。於發生繼承或公司合併時，前、後手之持股期間可以併計；如公司成立未滿六個月，則解釋上僅須公司成立後仍繼續持有股票者，便可提起。

²²⁴ 王惠光，同前註58，頁130。

年制訂通過之新公司法第 847 條第 1 項但書予以明文化。

由於我國現行法下股東之提訴請求係向監察人為之，而監察人之中立性與獨立性尚無法與美國之特別訴訟委員會相提並論，故其不起訴判斷之正當性或妥當性可能不若特別訴訟委員會之決定；再者，美國法院對特別訴訟委員會所為決定之司法審查，有採用經營判斷法則（**Business Judgement Rule**）作為審查標準者，而此項法則能否適用於我國實務上目前亦有爭議。因此，本文認為日本法關於代表訴訟權之濫用禁止的規定，應較能作為我國代表訴訟制度修正上之參考，建議於我國公司法上參酌日本公司法第 847 條第 1 項但書之規定，明定代表訴訟係為該股東或第三人之不正當利益，或以損害公司為目的而提起者，法院得駁回該訴訟，以促使法院對於代表訴訟是否構成濫訴予以積極審查，並作為法院駁回訴訟之明文依據。

第二目 供擔保制度之修正

我國法關於代表訴訟之濫訴防止，於公司法第 214 條第 2 項中段設有原告股東供擔保之制度，然其對於被告董事請求預供擔保之聲請，未課以任何釋明之義務，實務見解亦有認為依其文義觀之，別無其他要件限制，一經聲請，法院即應命提起代表訴訟之少數股東提供擔保²²⁵，加上實務見解認為該擔保數額，係以訴訟標的價值之二分之一至三分之一作為計算方式，更將提高股東提起代表訴訟的成本，對股東形成沉重之負擔，實有加以改正之必要。

我國公司法上關於被告董事得聲請法院命原告股東供擔保之規範，乃參考美國公司法上訴訟費用擔保制度之立法例，但實際上美國目前包含德拉瓦州在內之多數州法及法院均無訴訟費用擔保之要求，如認為我國法上仍應保留原告股東預供擔保之制度，首先在實務上應回歸擔保制度之原始目的：「擔保公司、董事或其他受損害之人於原告股東敗訴時，對股東之損害賠償請求權」，將擔保金額限定於公司或董事因應訴所支出之相關費用，而非以訴訟標的之價額並採用固定比例作為計算基準。其次，應修法改正我國現行法不設任何限制的擔保制度，不妨參酌日本現行公司法第 847 條第 7 項及第 8 項（原商法第 267 條第 6 項及第 7 項）之規定，增訂：「股東提起代表訴訟時，法院因被告之聲請及釋明原告之起

²²⁵ 參閱臺灣臺北地方法院 97 年度審訴字第 2342 號民事裁定。

訴係為不當之目的者，得命起訴之股東，提供相當擔保」²²⁶換言之，我國司法實務上亦應對被告董事就原告股東之濫訴課以釋明之義務，並考量被告董事因應訴所需之花費、被告人數而綜合各項情事，裁定合理之供擔保金額。

第三目 股東對公司賠償責任之修正

此外，我國公司法第 214 條第 2 項後段所規定之敗訴股東對公司之賠償責任，即使原告股東於起訴時並非惡意，一旦敗訴而致公司受有損害，即應負起過失責任；而相對於我國法如此嚴格之賠償責任規定，日本公司法第 852 條第 2 項（原日本商法第 268 條之 2 第 2 項）則規定，股東敗訴時，若非惡意對公司不負損害賠償責任。本文認為，我國公司法第 214 條第 2 項後段關於敗訴股東賠償責任之規定，未來應有修法加以導正之必要，否則將嚴重降低股東利用代表訴訟制度追究董事責任之意願，至少在修法前應類推適用公司法第 215 條第 1 項所規定之股東對被訴董事之賠償責任，僅於訴訟所依據之事實顯屬虛構，經終局判決確定時，股東始應對公司因訴訟所受之損害負賠償責任。

第三款 制度誘因之部分

第一目 訴訟費用之補償

由於股東為公司之利益，以自己名義所提起之代表訴訟，其勝訴利益係歸屬於公司，而非提訴股東，因此在多數情況下，即使股東所提起之代表訴訟獲得勝訴結果，股東個人所能獲得之利益通常並不足以支付相關之訴訟費用，如股東於代表訴訟之訴訟費用支出，無法獲得合理之補償，即難以期待股東主動積極行使代表訴訟權，以落實公司監控之理念。

按我國民事訴訟之第一審及第二審訴訟程序，未採律師強制代理主義，故除由法院選任律師為代理人所支出之酬金，得列為訴訟費用之一部外，律師之酬金並非訴訟費用，非由敗訴之一造依民事訴訟法第 78 條之規定負擔²²⁷；又我國公

²²⁶ 劉連煜，現代公司法，同前註 223，頁 411。

²²⁷ 陳計男，民事訴訟法論（下），三民書局，2005 年 4 月三版，頁 132。

司法第 215 條第 2 項雖規定，代表訴訟所依據之事實，顯屬實在，經終局判決確定時，被訴之董事，對於起訴之股東因此訴訟所受之損害，負賠償責任，惟所謂損害之概念，其範圍是否包括股東因此訴訟所支出之費用，並非無毫無疑問；即使其範圍有包括原告所支付之律師報酬或其他必要費用，股東可能必須另行對被告董事起訴請求，且被訴董事亦未必有足夠之資力，使董事獲得滿足之補償。是故，本文認為，為有效激勵股東為公司之利益提起代表訴訟，我國亦應參考美國法與日本公司法第 852 條第 1 項之規範，明定勝訴，即使是一部勝訴或和解者，股東得請求公司，於合理範圍內補償其因訴訟所支出之律師費用，以及鑑定費、交通費、證據保全費用、假處分費用等其他必要費用，且不以公司受有金錢上救濟為限，始符合股東提起代表訴訟之期待²²⁸。

第二目 裁判費之計算

我國現行公司法未就股東代表訴訟之裁判費繳納設有特別規定，故原告股東應先繳納依民事訴訟法第 77 條之 13 之規定，按訴訟標的之金額之大小所計算，百分之一至百分之零點六之裁判費²²⁹。一般而言，股東代表訴訟之訴訟標的金額均頗為龐大，故依該條訴訟法之規定所計算出來的裁判費，其金額往往非一般股東所願意負擔，而成為阻礙代表訴訟制度提起之一大原因。

我國學者有建議應參考日本公司法第 847 條第 6 項之規定，明定代表訴訟之標的屬非財產權之訴訟標的，並依民事訴訟法第 77 條之 14 之規定計算股東代表訴訟之訴訟費用，其結果為新台幣 3,000 元²³⁰，以鼓勵股東積極提起代表訴訟²³¹。然而，雖然日本法將代表訴訟視為非財產權請求以徵收裁判費用，確實提高股東提起代表訴訟之意願而使代表訴訟蓬勃發展，但該國學者亦有謂此為「董事受難

²²⁸ 相同見解，參閱劉連煜，股東代表訴訟，台灣本土法學雜誌，第 64 期，2004 年 11 月，頁 160；林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，月旦民商法雜誌，第 1 期，2003 年 9 月，頁 61。

²²⁹ 民事訴訟法第 77 條之 13：「因財產權而起訴，其訴訟標的之金額或價額在新臺幣十萬元以下部分，徵收一千元；逾十萬元至一百萬元部分，每萬元徵收一百元；逾一百萬元至一千萬元部分，每萬元徵收九十元；逾一千萬元至一億元部分，每萬元徵收八十元；逾一億元至十億元部分，每萬元徵收七十元；逾十億元部分，每萬元徵收六十元；其畸零之數不滿萬元者，以萬元計算。」

²³⁰ 民事訴訟法第 77 條之 14：「非因財產權而起訴者，徵收裁判費新臺幣三千元。於非財產權上之訴，並為財產權上之請求者，其裁判費分別徵收之。」

²³¹ 劉連煜，現代公司法，同前註 223，頁 412；林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，同前註 228，頁 62。

之時代」(取締役受難の時代)而提倡董事責任保險之重要性²³²；在我國董事責任保險未稱興盛之環境下，關於代表訴訟裁判費計算之法制移植上，勢必要格外謹慎，而須與股東提訴資格以及其他濫訴防止措施之修正妥善配合。

單純就裁判費用之計算而論，如有認為民事訴訟法第 77 條之 14 所定之訴訟費用過低，可能形成股東輕率起訴之弊，或得於公司法就代表訴訟之裁判費用，另行特別規定其計算標準為何，例如將代表訴訟之訴訟標的價額定為得上訴第三審之最低額²³³。由於原告股東所提起之代表訴訟勝訴時，其利益係歸屬於公司，而股東實際上所得之利益，雖然理論上可就其持股數和公司已發行股份總數之比例計算之，但仍非得為精確之衡量，故現行法下仍不妨認為代表訴訟之標的價額為不能核定，而依民事訴訟法第 77 條之 12 之規定，以第 446 條所定不得上訴第三審之最高利益額數加十分之一定之（165 萬）。

第四款 其他修正建議

第一目 代表訴訟之原告及被告

關於何人得為公司提起代表訴訟之問題，依我國公司法第 214 條第 2 項之規定，僅限於持有公司股票之形式上股東；然而，現今美國法院及各州公司法大多允許實質上股東（beneficial holder）提起股東代表訴訟，例如紐約州商業公司法第 626 條(a)項規定，得提起代表訴訟之原告包括公司股東、股權信託證書持有人，或於公司股權或股權信託證書有利益之人；本文認為，在投資者對公司之股權模式越趨多樣化之今日，未來應有考慮放寬所謂「實質上股東」亦有提起代表訴訟之權利。此外，因公司合併而喪失股東地位之消滅公司股東，如仍具有存續公司股東之身分者，其提起代表訴訟而勝訴時仍可能間接獲得利益，因此不妨肯定其有提起代表訴訟之地位，仍得以原來消滅公司之董事為對象提起代表訴訟，至於因現金逐出合併（cash-out）而不具存續公司股東之地位者，則無允許其提起代表訴訟之必要，前述日本公司法第 851 條第 1 項之規定應得作為我國法將來

²³² 松尾真、勝役利臣，株主代表訴訟と役員賠償責任保險，中央經濟社，平成 6 年 7 月初版，頁 1-25。

²³³ 依司法院(91)院台廳民一字第 03075 號函釋，現行民事訴訟法第 466 條第 1 項所定上訴第三審之利益額數，為新台幣 150 萬元。

修法上之參考。

代表訴訟之被告方面，我國公司法將股東代表訴訟之被告限定於股份有限公司之董事及監察人（公司法第 227 條參照），美國法則認為代表訴訟中之被告應包括：董事（directors）、重要職員（officers）、控制股東（controlling shareholders）、其他受託人（other fiduciaries）；現行日本公司法第 847 條第 1 項亦規定，代表訴訟之被告包括發起人、公司設立時之董事及監察人、第 423 條第 1 項所規定之公司負責人（包括董事、監察人、會計參與人等），以及清算人，均較我國法所規定之範圍（董事及監察人）廣泛許多。本文認為，公司法第 8 條第 2 項所規定之公司負責人，其中經理人、清算人、發起人均屬公司之內部人員，而與股份有限公司之董事相同，依公司法第 23 條第 1 項對公司負有忠實義務及善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，應負損害賠償責任，理論上不應排除其作為代表訴訟所得追訴責任之對象，應有修法加以擴大代表訴訟中被告範圍之必要。

至於是否應仿照美國法將公司外部之第三人（outsiders）亦納入代表訴訟之被告範圍？本文以為，由於公司本身經由董事會決議對於外部人提起訴訟，通常不會有太大的困難，實際上之訴訟亦大多以公司內部人為訴追對象，故將第三人納入被告範圍並無絕對之必要性；再者，代表訴訟制度之產生，最初即係為追訴公司內部人對公司應負之責任，將公司外部之第三人納入責任追究之對象僅會增加股東濫訴之機會，不如將對第三人起訴與否之權利，保留為董事會自為經營判斷之範圍；如董事會決定對第三人不提起訴訟之行為，構成忠實義務或善良管理人注意義務之違反，再由公司或由股東提起代表訴訟追究其對公司之責任。

第二目 起訴前等待期間之例外與延長

按我國公司法第 214 條第 1 項與第 2 項前段之規定，股東提起代表訴訟，必須具備「監察人於股東以書面請求為公司對董事提起訴訟之日起，三十日不提起訴訟時」之前提要件，相當於美國法上關於股東提起代表訴訟前，應先向董事會為提訴請求之程序要件；日本公司法第 847 條第 1 項亦為相同之規定，於設有監察人之股份有限公司，股東於提起代表訴訟前，應先向公司（監察人）為提訴之請求（第 386 條第 2 項第 1 款參照）。惟我國現行公司法就此三十日之等待期間

或猶豫期間未設有例外縮短之規定，縱有急迫之情形，股東仍必須於期限屆滿後，始能提起代表訴訟，而可能錯失權利保護之時機；故論者有認為，若有監察人於期限屆滿前，即向請求之股東為決定不對董事提起訴訟之明確表示，可視為公司放棄該猶豫期間，而解為股東得於未滿三十日前提起代表訴訟，如同美國法上認為於股東對董事會之提訴請求為徒勞或無益（futile）時，則原告股東對董事會之請求義務即得予以豁免之情形。

此外，參酌日本公司法第 847 條第 5 項（原商法第 267 條第 4 項），其規定在因六十日之等待期間經過，而有對公司產生難以回復損害之虞時，股東得不受該期間之限制即直接為公司提起訴訟；模範商業公司法第 7.42 條亦規定，若股東被提前通知其請求被拒絕，或有致公司受有不可回復損失之虞者，股東不須等待 90 天之等待期間屆滿即得提起代表訴訟，應值得作為我國法修正之參考，而於起訴後交由法院對有無「公司受有不能回復之損害之虞」的要件作較為嚴格之審查，以避免股東浮濫起訴。

值得一提者是，按是否應對董事提出訴訟，應屬公司經營判斷之範圍，等待期間或猶豫期間之設置目的，即在於公司（監察人）必須要有一段時間就股東之提訴請求所質疑之行為，進行必要之調查，並搜集相關事證，以決定是否應對董事提起訴訟，從比較法之觀點而言，日本商法於平成 13 年修正時，將原本所定的三十日延長為六十日；美國模範商業公司法第 7.42 條(2)項則規定為九十日，論者有認為代表訴訟提起前之相關事證調查，必須審閱相關之簿冊與資料，我國法所定三十日之期間規定稍嫌短促，有必要加以延長²³⁴；但亦有認為，監察人為我國股份有限公司之必備、常設機關，依公司法第 218 之 2 條之規定並得列席董事會並陳述意見，其平時執行職務即可得知公司董事有無違法行為，且因提訴請求時間之經過公司有受不能回復損害之虞等免除提訴請求情況綜合考量，此三十日應屬合理²³⁵。本文認為，現行法所定三十日之等待期間，雖就充足之事證調查而言確嫌過短，但就我國法未就須期間屆滿始得提起代表訴訟之要件設有例外規定之現況下，為避免因等待期間經過而對公司產生難以回復損害，三十日之設計尚屬妥當；未來修法時，應在就等待期間設有例外規定之前提下，延長現行法所定之三十天為六十天。

²³⁴ 許美麗，股東代位訴訟制度之研究，同前註 136，頁[3-35]。

²³⁵ 洪世崇，同前註 202，頁 80-81。

第六章 結論

- 一、我國董事與公司間之基礎關係，於公司法第 192 條第 4 項：「公司與董事間之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。」之明文規定下，應認為係屬委任關係較為妥適，而其對公司所負之義務，則包括其基於與公司間之委任契約而生之民法上委任關係之義務、公司上各該條文所列舉之義務，以及公司法第 23 條第 1 項所規定之善良管理人注意義務與忠實義務，以作為董事對公司所負之概括性義務。又我國公司法第 23 條第 1 項之規定既係參酌英美法上「受託義務」(fiduciary duty)中「注意義務」(duty of care)與「忠實義務」(duty of loyalty)之概念而訂定，而所謂善良管理人注意義務與忠實義務之具體內涵與義務違反之標準為何，於我國法上又無明確之定義，故仍有待利用英美法系國家之實務、學說充實我國條文之內涵，此亦為此一法律繼受成敗之重要關鍵；惟我國對於董事責任追究之案例相對稀少的情況下，亦少見法院就此有深入判決之解釋，尚難建立我國董事注意義務與忠實義務之具體內涵。
- 二、國內近年來各大公司掏空弊案及炒作股票弊案頻傳，如何防止公司經營者違法濫權侵害公司、投資人以及利害關係人之權益，為公司治理之重要一環，除於事前及事中建立預防及監督機制外，對於違反法令或章程之董事，事後應課予民事、刑事及行政責任，始能徹底落實公司治理的目標，其中民事賠償責任具有填補公司及股東所受損害之重要功能，從而建立完善之民事責任求償機制自為健全公司體制之重要課題。雖然公司法第 23 條第 1 項已有概括性的民事損害賠償依據，立法論上對於涉及商業行為之特殊案件，例如關係人交易等，宜直接將公司負責人（董事）民事賠償責任之依據規制於相關法規中，並明確規定具體之判斷標準及救濟管道。
- 三、我國公司法對於董事違反法令或章程行為之事前預防及事後救濟，訂有一套完整之規定，事前預防部分包括第 194 條之股東制止請求權、第 218 條之 2 第 2 項之監察人制止請求權；在事後救濟之部分，除解任失職董事外，董事對公司應負損害賠償責任時，依公司法之規定，公司對董事提起訴訟之情形有二：其一為依股東會決議，由監察人或股東會另選之人，對董事提起訴訟（公司法第 212 條、第 213 條）；其二為監察人或審計委員會之獨立董事依

少數股東之請求，為公司對董事提起訴訟（公司法第 214 條第 1 項、證券交易法第 14 條之 4 第 4 項準用公司法第 214 條第 1 項），且其所指之董事均包括卸任董事在內。至若公司章程未強制規定追究董事責任均應經股東會決議者，則追究董事之失職責任，依公司法第 202 條之規定，理論上亦應得由現任董事會自行決定，我國實務上多數對股份有限公司董事訴請民事損害賠償或返還不當得利之案例，亦係以經由董事會決議由公司向卸任董事起訴，並由現任之董事長作為法定代理人之模式為多；然為避免董事會內部之人事鬥爭，不宜由董事會自行決議追訴現任董事之責任。此外，公司於訴訟外與應負責任之董事進行和解時，如損害額明確，且董事負完全責任而不涉及免除或減輕部分責任，則無須經股東會決議；惟如和解條件有涉及責任之免除或減輕部分責任者，則應限於違反善良管理人之注意義務之情形，而不包括違反忠實義務或法律規定而生之損害賠償責任者，且除非章程對董事會另有授權，原則上應由股東會決議較為妥當；縱董事會有與董事達成和解之情形，股東會仍得為不同之決議，且於我國目前尚缺乏相關法制規範之情況下，或可類推適用我國公司法第 369 條之 4 第 4 項之立法意旨，認為其行為對於股東不具拘束力，少數股東依公司法第 214 條第 2 項之規定提起代表訴訟之權利不因公司與董事間之和解而受影響。

四、前述由公司自行訴追董事責任外，我國公司法第 214 條第 2 項前段設有少數股東提起代表訴訟之規定，但多年的實施以來，股東應用之實例並不多見，主要原因係現行制度規範之眾多缺失所致，其原因包括股東提訴門檻過高濫訴防止規範之設計不當、制度設計上誘因不足等，實有參考外國立法例加以修正之必要，蓋其他如以股東會決議或由少數股東向監察人請求為公司向董事提起訴訟之方式，本身有其侷限性，例如應負責任之董事同時為公司之大股東時，通過對董事追究責任之決議有所困難，或監察人本身之監督功能不彰，僅能期待公司經營團隊更易後，由新任團隊向卸任之董事追究責任，因此一個良好的代表訴訟制度設計更顯重要：

（一）為避免短期內法制變動過大可能造成之衝擊，首先不妨先行刪除現行法上持股比例限制，並將持股期間縮短六個月，放寬原告股東之提訴門檻；其次參酌日本公司法第 847 條第 1 項但書之規定，明定代表訴訟係為該股東或第三人之不正當利益，或以損害公司為目的而提起者，法院得駁回該訴訟，以促使法院對於代表訴訟是否構成濫訴予以積極審查，減少因放寬提訴資格而可能產生的濫訴問題。

(二) 在濫訴防止之規範設計方面，我國之供擔保制度亦應參酌日本公司法第 847 條第 7 項及第 8 項之規定，對被告董事就原告股東起訴之不當目的(惡意)及所受損害為何課以釋明之義務，且擔保金額之酌定應考量被告董事因應訴所需之花費、被告人數而綜合各項情事，裁定合理之供擔保金額，而與訴訟標的之價額無關；公司法第 214 條第 2 項後段原告股東對公司之損害賠償責任，解釋上應類推適用公司法第 215 條第 1 項而與對被訴董事之賠償責任要件採同一解釋，即以「提起代表訴訟所依據之事實，『顯屬虛構』，經終局判決確定時」為敗訴股東對公司賠償責任成立之要件，未來亦應修法增訂上述要件，以臻明確。

(三) 關於制度誘因之部分，應增訂訴訟費用補償制度，明定勝訴股東得請求公司於合理範圍內補償其因訴訟所支出之必要費用；修正裁判費用之計算方式，現行法下仍不妨認為代表訴訟之標的價額為不能核定，而依民事訴訟法第 77 條之 12 之規定，以第 446 條所定不得上訴第三審之最高利益額數加十分之一定之(165 萬)；將來則得於妥善配套下，參酌日本法之規定將股東代表訴訟明定為非財產權之訴。

(四) 其他修正建議則包括：

1. 擴大代表訴訟之原告及被告範圍：

在投資者對公司之股權模式越趨多樣化之今日，應放寬所謂「實質上股東」亦有提起代表訴訟之權利。此外，因公司合併而喪失股東地位之消滅公司股東，如仍具有存續公司股東之身分者，應肯定其有提起代表訴訟之地位，至於因現金逐出(cash-out)而不具存續公司股東之地位者，則無允許其提起代表訴訟之必要。

代表訴訟之被告方面，公司法第 8 條第 2 項所規定之公司負責人，其中經理人、清算人、發起人亦屬公司之內部人員，而依公司法第 23 條第 1 項對公司負有忠實義務及善良管理人之注意義務，應修法將之納入代表訴訟之被告範圍。至於是否應仿照美國法將公司外部之第三人亦納入代表訴訟之被告範圍？本文以為，應採否定見解為當。

2. 起訴前等待期間之例外與延長：

我國現行公司法就三十日之等待期間未設有例外縮短之規定，於有急迫情形時，可能錯失權利保護之時機，未來應就監察人於期限屆滿前即為拒絕提訴之明確表示，或有致公司受有不可回復損失之虞者，增訂例外情形，並在此前提下，延長現行法所定的三十日之等待期間為六十日。

五、2009年4月28日投資人保護法修正時新增第10條之1第1項第1款，賦予投資人保護中心提起代表訴訟之資格，而不受公司法所定須繼續一年以上及持股百分之三的限制，惟其僅在賦予投資人保護中心提起公司法上之股東代表訴訟之訴權，除關於主體要件之部分得排除適用，其他相關公司法上關於代表訴訟之規定應仍有適用之餘地，與前述公司法所規定者，同為我國現行法上董事對公司民事賠償責任之追訴機制；雖然目前司法實務尚未有實際之訴訟案例，但至少於公司法上代表訴訟制度修正前，對於董事有重大損害公司行為之個案，使投資人保護中心能夠主動出擊而予以救濟之機會，於我國公司治理上為一重大之里程碑。

參考文獻

壹、中文文獻（依姓名筆畫順序排列）

一、繁體部分

（一）教科書、專論及論文集

1. 王文宇，公司法論，元照，2005年8月二版。
2. 王文宇，新公司法與企業法，元照，2003年1月初版。
3. 王文宇，公司與企業法制，元照，2000年5月一版。
4. 王文宇，公司與企業法制（二），元照，2007年1月初版。
6. 王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，載：賴英照教授五十歲生日祝賀論文集，月旦，1995年7月初版。
6. 王泰銓、王志誠，公司法新論，三民書局，2006年10月四版。
7. 易明秋，公司治理法制論，2007年2月初版。
8. 柯芳枝，公司法論（上），三民書局，2009年8月七版。
9. 柯芳枝，公司法論（下），三民書局，2009年9月八版。
10. 洪秀芬，交叉持股之規範—公司法修正草案第一百六十七條第三、四項之探討，載：公司法修正議題論文集，神州圖書，2002年3月。
11. 陳計男，民事訴訟法論（下），三民書局，2005年4月三版。
12. 黃立主編，楊佳元，民法債編各論（下），元照，2004年9月。
13. 黃銘傑，公司治理與企業金融法制之挑戰與興革，元照，2006年9月初版。
14. 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），學林文化，2002年10月一版。
15. 葉大殷等合著，公司經營權爭奪與假處分，元照，1999年12月一版，頁88。
16. 劉連煜，現代公司法，新學林，2008年2月三版。
17. 劉連煜，公司理論與判決研究（二），自版，1998年4月。
18. 劉連煜，公司法理與判決研究（三），自版，2002年5月。
19. 劉連煜，公司監控與公司社會責任，五南，1995年9月。
20. 廖大穎，公司法原論，三民書局，2005年9月二版。

21. 廖大穎，公司制度與企業組織設計之法理，新學林，2009年1月一版。
22. 廖大穎，論公司治理的核心設計與股東權之保護—分析股東代表訴訟制度之法理，載：邁入21世紀之民事法研究—駱永家教授七秩華誕紀念論文集，元照，2006年7月。
23. 鄭玉波，公司法，三民書局，1995年4月初版。
24. 賴源河、王志誠，現代信託法論，五南，2001年9月三版。
26. 賴源河等著，新修正公司法解析，元照，2002年3月二版。
27. 鄺承華，美國法上代位訴訟制度之研究，公司法論文選輯（法律學研究第一輯），國立政治大學法律研究所，1985年7月。

（二）期刊

1. 王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學雜誌，第34期，2002年5月。
2. 王志誠，不合營業常規交易之判定標準與類型，政大法學評論，第66期，2001年6月。
3. 王志誠，股東之裁判解任董監事訴請權，台灣本土法學雜誌，第92期，2007年3月。
4. 王志誠，董事自己交易規範之適用要件及範圍，台灣法學雜誌，第130期，2009年6月15日。
5. 王志誠，監察人之法律行為代表權，月旦法學教室，第81期，2009年7月。
6. 方嘉麟，從台灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理之定位，政大法學評論，第83期，2005年2月。
7. 朱德芳，論重整中公司之公司治理—以當事人之利害衝突與重整法制為核心，兼論債權人於公司治理中之功能與地位，東吳法律學報，第17卷第2期，2005年12月。
8. 林昌億，證券投資人及期貨交易人保護法最新修正介紹，證券暨期貨月刊，第27卷第8期，2009年8月。
9. 林國全，2005年公司法修正條文解析（上），月旦法學，第124期，2005年9月。
10. 林國全，股份有限公司董事之資格、選任與解任，臺灣本土法學雜誌，第36期，2002年7月。
11. 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，月旦民商法雜誌，第1期，

2003年9月。

- 12.林國全，董事會決議成立要件，台灣本土法學雜誌，第68期，2009年3月。
- 13.林國全，董事競業禁止規範之研究，月旦法學，第159期，2008年8月。
- 14.林國全，監察人對董事提起訴訟及常務董事之解任，月旦法學教室，第6期，2003年4月。
- 15.林國彬，董事忠誠義務與司法審查標準之研究，政大法學評論，第100期，2007年12月。
- 16.林麗香，從日本三井礦山案判決檢視我國公司法上有關規定，法政學報，第2期，1994年7月。
- 17.林麗香，企業取回自己股份之法律問題，臺北大學法學論叢，第48期，2001年6月。
- 18.邵慶平，董事受託義務內涵與類型的再思考－從監督義務與守法義務的比較研究出發，臺北大學法學論叢，第66期，2008年6月。
- 19.邵慶平，論股東會與董事會權限之分配－近年來公司法修正之反思，東吳法律學報，第17卷第3期，2006年4月。
- 20.邵慶平，公司董事的守法義務，月旦法學教室，第58期，2007年8月。
- 21.洪秀芬，董事會與股東會權限之爭議，月旦法學教室，第31期，2005年5月。
- 22.洪秀芬，董事會獨立經驗權限及董事注意義務，政大法學評論，第94期，2006年12月。
- 23.洪秀芬，公司對董事責任追究之探討－以股份有限公司董事之民事責任為研究對象，輔仁法學，第36期，2008年12月。
- 24.郭土木，證券投資人及期貨交易人保護法之探討，台灣本土法學雜誌，第38期，2002年9月。
- 25.郭大維，從比較法之觀點探討我國現行公司董（監）事與重要職員責任保險制度，輔仁法學，第36期，2008年12月。
- 26.郭大維，觀投資人保護法之修正再思我國證券投資人保護之規範，證券暨期貨月刊，2009年8月，第27卷第8期。
- 27.許美麗，公司股東代位訴訟之董事責任，新竹律師會刊，第7卷，2002年9月。
- 28.陳俊仁，由企業併購法第五條與第六條論我國忠實義務規範的缺失，華岡法萃第33期，2005年6月。
- 29.陳俊仁，忠誠義務－論公司負責人之競業禁止規範，月旦民商法雜誌，第15

- 期，2007年3月。
30. 陳彥良，由美國 AIG 事件看我國新修公司法杼困與肥貓條款，台灣法學雜誌，第 126 期，2009 年 4 月。
 31. 黃百立，日本董事注意義務之研究，中原財經法學，第 19 期，2007 年 12 月。
 32. 黃銘傑，自己股份買回與公司法—財政部「庫藏股」制度草案的問題點與盲點，台大法學論叢，第 28 卷第 1 期，1998 年 10 月。
 33. 曾宛如，董事不法行為之制止請求權及濫權行為之處理，台灣本土法學雜誌，第 39 期，2002 年 10 月。
 34. 劉連煜，董事責任與經營判斷法則，月旦民商法雜誌第 17 期，2007 年 9 月。
 35. 劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，月旦法學教室，第 18 期，2004 年 4 月。
 36. 劉連煜，股東代表訴訟，台灣本土法學雜誌，第 64 期，2004 年 11 月。
 37. 劉連煜，投資人保護中心提起解任董監事及代表訴訟之新規定，月旦法學教室，第 84 期，2009 年 10 月。
 38. 廖大穎、陳哲斐，論股東權之關於關係企業與代表訴訟法理之研究，興大法學，第 2 期，2007 年 11 月。
 39. 蔡朝安、楊佳政，淺談投資人保護法修正與董監事責任，資誠通訊，第 225 期，2009 年 6 月。
 40. 謝易宏，董事會與董事，法學講座，第 5 期，2002 年 5 月。
 41. 戴志傑，公司法上經營判斷法則之研究，月旦法學雜誌，第 106 期，2004 年 3 月。

(三) 學位論文

1. 王筆毅，股份有限公司董事會執行業務與董事損害賠償責任之研究—以公司法之相關規定為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 93 年 1 月。
2. 林怡伸，經營判斷法則之研究—董事責任之避風港？，國立台北大學法律學研究所碩士論文，民國 96 年 7 月。
2. 洪世崇，股份有限公司股東代表訴訟之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，民國 92 年 7 月。
3. 許美麗，股東代位訴訟制度之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國 87 年 9 月。
4. 陳子操，董事義務之類型化探討—以善意義務為核心，成功大學法律學系研

究所碩士論文，民國 98 年 6 月。

5. 黃郁嵐，投資人保護制度之研究－以投資人團體訴訟為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年 7 月。
6. 黃書苑，股份有限公司之股東代表訴訟－著重於程序法上問題之比較研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，民國 86 年 6 月。
7. 劉坤典，對股份有限公司董事求償機制之研究，國立政治大學法學院在職專班碩士論文，民國 97 年 7 月。
8. 賴義彰，論董事忠實義務於銀行組織下之運用，國立成功大學法律研究所碩士論文，民國 97 年 6 月。

(四) 報章雜誌

1. 博達案－投資人保護中心和安侯、勤業和解，工商時報，2005 年 9 月 16 日。
2. 2009 年保護投資人權益系列座談會，工商時報，2009 年 7 月 29 日，A14 版。

二、簡體部分

1. 王保樹主編，最新日本公司法，法律出版社，2006 年 5 月一版。
2. 王思洋，日本股東代表訴訟制度淺析，法學視野，2008 年，第 1 期。
3. 王艷，日本 2005 年公司法的修改及對中國的啟示，商場現代化，2007 年 9 月，第 516 期。
4. 徐海燕，英美代理法研究，法律出版社，2000 年 10 月。
5. 蔡元慶，董事經營責任研究，法律出版社，2006 年 8 月一版。

貳、外文文獻

一、英文部分（依姓氏字母順序排列）

1. American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994).
2. Bhagat, Sanjai & Roberta Romano, Event Studies and The Law: Part II:

- Empirical Studies of Corporate Law, 4 Am. L. & Econ. Rev. 380
3. Block, Dennis J. & H. Adam Prussin, The Business Judgment Rule and Shareholder Derivative Actions: Viva Zapata?, 37 BUS. LAW. 27 (1981).
 4. Coffee, John C., The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation, 48 Law & Contemp. Probs. 5 (Summer 1985).
 5. Coffee, John C., Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions, 86 Colum L Rev 669 (1986).
 6. Cox, James D. & Thomas Lee Hazen, Cox & Hazen on Corporations I, (2003).
 7. Cox, James D. & Thomas Lee Hazen & F. Hodge O'Neal, Corporations, 2nd ed. (1997).
 8. Davies, Paul L., Gower's Principles of Modern Company Law, 6th ed. (1997).
 9. Dawson, John P., Lawyers and Involuntary Clients in Public Interest Litigation, 88 Harv. L. Rev. 849 (1975).
 10. Dykstra, Daniel J., The Revival of the Derivative Suits, 116 U. PA. L. Rev. 74 (1967).
 11. Emanuel, Steven L., Corporations, 4th ed. Aspen Law & Business (2002).
 12. Fletcher, William Meade, Fletcher Cyclopaedia of the Law of Corporations Current through April 2010 Update, 2 Fletcher Cyc. Corp. § 357.
 13. Fletcher, William Meade, Fletcher Cyclopaedia of the Law of Corporations Current through April 2010 Update, 2 Fletcher Cyc. Corp. § 358.
 14. Garner, Bryan A., Black's Law Dictionary (7th ed, West Group, 1999).
 15. Hamilton, Robert W., The Law of Corporations, 4th ed. West Publishing Co. (1996).
 16. Henn, Harry G. & John R. Alexander, Laws of Corporations (3rd ed., West Publishing Co., 1983).
 17. Jensen, Michael C. & William H. Meckling, Theory of The Firm: Managerial Behavior Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. Fin. Econ. 305. (1976)
 18. Macey, Jonathan R. & Geoffrey P. Miller., The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform, 58 U. Chi. L. Rev. 1 (University of Chicago Law Review) (1991).
 19. Murdock, Charles W., CORPORATE GOVERNANCE — THE ROLE OF SPECIAL LITIGATION COMMITTEES, 68 Wash. L. Rev. 79 (1993).

20. Note, Attorneys' Fees in Shareholder Derivative Suits: The Substantial Benefit Rule Reexamined, 60 Cal. L. Rev. 164 (1972).
21. Note, Security for Expenses in Shareholders' Derivative Suits: 23 Years' Experience, 4 Colum. J. Law & Social Probs. 50 (1968).
22. Romano, Roberta, The Shareholder Suit: Litigation without Foundation?, 7 Journal of Law, Economics, and Organization 55 (1991).
23. Sealy, L.S., The Director As Trustee, Cambridge Law Journal 83 (1967).
24. Thompson, Robert B. & Randall S. Thomas, The Public and Private Face of Derivative Lawsuits, 57 Vand. L. Rev. 1747 (October, 2004).
(American Law and Economic Review, 2002).
25. Van Winkle, John R. & Gary R. Welsh, Origin, Development, and Current Status of Fiduciary Duties in Close Corporations: Has Indiana Adopted a Strict good Faith Standard? , 26 Ind. L. Rev. 1215 (1993).
26. Veasey, E. Norman, Seeking a Safe Harbor from Judicial Scrutiny of Directors' Business Decisions-An Analytical Framework for Litigation Strategy and Counselling Directors, 37 BUS. LAW. 1247 (1982).

二、日文部分（依姓氏第一字之筆畫順序排列）

1. 小林秀之、原強，株主代表訴訟の法構造と機能(2)，判例時報 1494 號，1994 年。
2. 山田泰弘，株主代表訴訟の法理，信山社，2000 年。
3. 平賀健太，株主代表訴訟管見－訴訟の目的の価額九五萬圓、訴狀印紙額八二〇〇圓とする改正について－，商事法務 1354 號，1994 年 5 月 5 日。
4. 竹内昭夫，株主の代表訴訟，会社法の理論Ⅲ，有斐閣，平成 2 年 1 月 12 日。
5. 仮屋広郷，改正のポイント役員責任，法學セミナー，NO.613，2006 年 1 月。
6. 松尾真、勝役利臣，株主代表訴訟と役員賠償責任保険，中央經濟社，平成 6 年 7 月初版。
7. 岡咲恕一，解説改正会社法，日本經濟新聞社，昭和 25 年。
8. 周劍龍，株主代表訴訟における株式同時所有の原則，商事法務 1368 號，1994 年 10 月 5 日。

9. 龍田節，三井鉦山事件の最高裁判決－子公司利用による自己株式取得と代表訴訟－，商事法務第 1334 期，1993 年 10 月。

參、網路資源

1. Company Law Review Steering Group ,Modern Company Law for a Competitive Economy:Completing the Structure Para.3.7(2000)
<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20081108032619/http://www.berr.gov.uk/files/file23210.pdf>
2. Company Law Reform White Paper of March, 2005, Chapter 3.3,
<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20061209032534/http://www.dti.gov.uk/files/file25407.pdf>
3. 德拉瓦州普通公司法
<http://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml>
4. 德國股份法
<http://www.aktiengesetz.de/>
5. 司法院法學資料檢索系統
<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>
6. 法源法律網
<http://www.lawbank.com.tw/>