

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究方法與範圍	1
一、研究方法	2
二、研究範圍	2
第二章 公司監控與股東代表訴訟	4
第一節 前言	4
第二節 公司監控的意涵	6
一、公司監控的意涵	6
二、公司監控的源起	8
三、公司監控原則	8
股東之基本權利	9
公司應公平對待股東	9
利害關係人在公司監控中之地位	10
公司資訊揭露及透明化維持	10
董事會責任	10
第三節 公司監控的途徑—以我國法制為中心	10
一、公司外部監控	11

行政監控.....	11
司法監控.....	13
市場監控.....	15
1.控制權市場.....	15
2.產品競爭市場.....	15
3.專業經理人勞動市場.....	15
4.資本市場.....	16
二、公司內部監控.....	18
董事會.....	18
監察機關(監察人).....	21
股東會與股東.....	27
1.股東會.....	27
2.股東.....	28
三、小結.....	30
第三章 股東代表訴訟之訴訟法上結構論.....	31
第一節 股東代表訴訟之概念.....	31
第二節 股東代表訴訟之功能.....	31
一、填補損害說.....	31
二、監督糾正董事違法行為說.....	32
三、小結.....	32

第三節 股東代表訴訟之結構	33
一、沿革	33
英國法制	33
美國法制	34
日本法制	36
1. 昭和二十五年之前	36
2. 昭和二十五年以後	36
我國法制	43
二、股東代表訴訟結構爭議	46
日本	46
1. 學說概況	46
2. 學說評析	50
3. 小結	52
我國	53
1. 學說概況及評析	53
2. 本文見解	54
第四章 股東代表訴訟起訴要件	57
第一節 關於原告股東的持股要件	57
一、須「繼續一年以上之持股」	57
記名股票	58

無記名股票	59
二、須持有已發行股份總數百分之三以上	60
三、同時擁有股份原則	62
W 同時擁有股份原則」之目的	63
例外情況	64
修正理論	65
1. 持續性違法行為理論	65
2. 公開理論	65
日本學者之論說	66
我國學者之論說	68
本文之看法	68
第二節 關於原告股東「代表適切性」要件	70
一、美國法對「代表適切性」之解說	70
二、日本學者對「代表適切性」之解說	72
三、我國學者對「代表適切性」之解說	72
四、本文對「代表適切性」之看法	74
第三節 關於起訴前之先程序要件	75
一、提訴請求的對象	75
美國法制	75
1. 董事會	75
2. 請求股東會決議追究董事責任	77

日本法制	77
二、免除提訴請求程序	77
美國法	77
日本法	79
三、我國現行法制之比較與檢討	79
提訴對象	80
三十日期間之規定	80
公司拒絕提訴的效力	81
免除提訴請求	81
四、其他程序問題	81
提訴股東是否限於已以書面向監察人為提訴求者為限 ...	81
提訴請求程序之瑕疵與補正	83
1. 提訴請求程序欠缺	83
2. 提訴請求程序不完整	85
第四節 小結	85
第五章 股東代表訴訟之供擔保	88
第一節 前言	88
第二節 供擔保制度之比較法上觀點	89
一、供擔保制度必要性探討	89
美國對供擔保之評價	89

日本對供擔保之評價	90
二、股東代表訴訟供擔保的要件	91
美國法制	91
日本法制	92
1. 學說對「惡意」的解釋	92
2. 實務對「惡意」的解釋	93
3. 小結	99
第三節 我國股東代表訴訟供擔保制之檢討	100
一、供擔保的性質	100
二、供擔保之要件	101
三、供擔保的受益人	101
四、供擔保數額的決定	103
五、小結	104
第六章 股東代表訴訟之事前程序保障與事後救濟程序	106
第一節 股東代表訴訟確定判決之效力—以既判力之主觀範圍	
為中心	107
一、確定判決之效力	107
二、股東代表訴訟既判力之主觀範圍	108
對於公司方面	109
對於其他股東方面	110

本文見解	112
1.紛爭類型要求關係人間統一解決	112
2.聽審請求權之保護	113
第二節 事前程序保障 - 訴訟告知、訴訟通知	115
一、訴訟告知	115
二、訴訟通知	117
三、小結	120
第三節 股東代表訴訟之訴訟參與	120
一、公司參與原告股東	123
共同訴訟參加說	123
共同訴訟輔助參加說	124
輔助參加說	124
普通共同訴訟說	125
獨立當事人參加訴訟說	125
小結	126
二、其他股東參與原告股東	127
三、公司參與被告董事	128
肯定說	128
1.學說論點	128
2.實務案例--中部電力公司事件	129
否定說	131

1. 學說論點	132
2. 實務案例	134
3. 對於新說之見解	138
日本新商法	139
小結	139
四、我國法制檢討	139
公司參加原告股東	140
1. 輔助參加	140
2. 獨立之從參加	141
其他股東參與原告股東	142
公司參與被告董事	143
五、訴訟參加之限制	144
第四節 事後救濟程序	145
一、日本商法第二百六十八條之三之詐害再審	146
二、我國民事訴訟法之第三人撤銷之訴	148
三、公司法制全盤修正草案股東代表訴訟之詐害再審	151
四、我國現行法制之運作	153
再審之訴	153
第三人撤銷之訴	154
第五節 小結	155
第七章 股東代表訴訟之和解	157

第一節 概說	157
一、和解態樣	157
二、股東代表訴訟之訴訟和解類型	158
第二節 訴訟上和解（訴訟和解）	158
一、訴訟和解之問題	158
Ⅵ 行為併存說	159
Ⅶ 性行為說	159
新併存說	160
二、股東代表訴訟中討論訴訟和解性質之實益	160
第三節 股東代表訴訟上和解之學說	160
一、有關和解的爭議問題	160
實體法上之問題	160
1. 股東是否具有實體法上之處分權	160
2. 和解是否意謂減免董事之責任	161
程序法上之問題	163
1. 訴訟告知與訴訟參與	163
2. 和解效力之擴張	163
二、美國與日本之學說見解	164
美國法制	164
1. 對股東通知及異議機會之賦予	166
2. 法院之許可	167

資本法制	167
1. 否定說	168
2. 肯定說	169
3. 限定之肯定說	171
4. 修正之限定肯定說	172
三、小結	174
實體法之層面	174
程序問題方面	174
四、我國法制之檢討	175
訴訟告知	175
訴訟通知	176
法院介入和解	176
第八章 結論	177
參考書目	180

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

一九九八年東南亞一場金融風暴，引發國內知名企業傳出財務危機，例如國揚實業、東隆五金、中央票券、順大裕、國產汽車、台中企銀，造成一連串地雷效應，公司股票下市，影響所及，除公司員工及債權人外，最大的受災戶當為公司股東。雖然企業醜聞時有所聞，但股東追究公司董事違法行為責任者，未曾一見，公司監控法制究竟如何設計，內部監控機制為何不能發揮理念上應有的功能，又企業經濟上所有者(股東)面對企業經營者(董事)居然束手無策。

股東代表訴訟制度乃是公司賦予公司少數股東(我國現況)以訴訟監督、糾正董事違法、確保公司營運正常，回復公司損害的一種有效方法，且無須經股東會決議，只須股東符合公司法第二百一十四條所定要件，即可提起。然此制度在我國未見運用，非是企業經營體制健全，而是法律規定太過嚴酷，斷絕股東利用此途徑尋求救濟之意願與可能性，本文旨在探討公司法第二百一十四條關於股東代表訴訟規範之合理性，以及相關實體法、程序法輔助規定，予以檢討，期能在檢討過程中發現不合理的部分予以修正，使立法者提供股東制衡公司經營者(董事)設計之理念不致落空。

第二節 研究方法與範圍

一、研究方法

我國股東代表訴訟制度乃繼受美國、日本法制而來，因此探討股東代表訴訟非借助美、日研究及運作成果不為功。日本商法在平成年間，數度針對股東代表訴訟制度朝合理化方向改進，最近一次修正係在平成十三年，內容偏向訴訟運用層面，證明日本已跳脫紙上談兵，而進入實際運用階段，對我國而言，無疑是一借鏡，因此，本文以美、日法制交互介紹，並就我國現制予以檢討，大體而言，股東代表訴訟首要之務係在如何使股東樂於利用此一制度，並防止股東權利濫用下作適當修正。

二、研究範圍

股東代表訴訟內容涵蓋甚廣，同時兼及程序法與實體法，在實體法方面，除公司監控議題，尚觸及證券交易等特殊領域，內容博大；在程序法方面，更是涉及憲法層次人民訴訟權保障的範疇，理論更顯艱澀。惟本文因時間限制，在處理問題上不能無窮無盡，因此只鎖定幾個股東代表訴訟基本且重要的問題，試加探討：

公司監控與股東代表訴訟

本文於第二章先就公司監控機制，區別外部、內部，簡單描繪我國公司監控輪廓，明確定位股東代表訴訟在公司監控地位，配合民國九十年公司法修正，分析我國公司內部監控所面臨的難題，及藉股東代表訴訟發揮監控功能之必要性。

股東代表訴訟之結構、要件及供擔保

於第三、四、五章各說明股東代表訴訟沿革、結構爭議，提起股東代表訴訟所需具備之要件與供擔保，此部分涉及較多比較法上問題，且攸關股東代表訴訟利用可能性。

股東代表訴訟事前、事後程序保障及救濟

第六章探討股東代表訴訟中，法院對訴訟當事人與關係人的訴訟告知、通知、公告及訴訟參與等事前程序保障；詐害再審之訴與第三人撤銷之訴事後程序救濟。此外，本章亦處理與事前、事後程序保障及救濟有密切關係的既判力主觀範圍問題。

股東代表訴訟之和解

第七章說明原告股東藉由訴訟程序與被告董事達成協議，相互退讓以終結訴訟程序議題。爭議問題，大致在和解是否為對董事責任之減免、原告股東有無與被告董事和解之權限及和解是否對公司、其他股東發生效力等。

結論

第八章則針對上開各單元提出綜合說明及修法方向，俾能對我國之股東代表訴訟之運作能有些助益。

第二章 公司監控與股東代表訴訟

第一節 前言

公司內部制衡、監控的設計與社會經濟發展關係密切，原因在現代大型經濟活動中，為因應瞬息萬變的客觀環境，勢必集合眾人之力，在細緻的專業分工下相互配合，謀取最佳經營績效。因此，如何使各分工單位間相互制衡，並發揮最大經營功效，為現代型公司經營成功與否的關鍵¹。

由於公司監控體系優劣，攸關一國公司體制能否健全發展，歐美先進國家早已將公司監控當成公司法學研究重心²；惟各國雖致力於公司監控議題研究多年，仍無法避免企業醜聞的出現。例如一九九〇年代，英國的 B.B.C.I 及 Maxwell 醜聞事件，引發是否繼續加強監督經營者問題的探討。二〇〇一年十月以來，美國許多大型公司亦陸續發生弊端，例如恩隆公司的會計弊案³、世界通訊、全錄及默克藥廠會計交易醜聞，均使投資者對於上市公司的管理者與財務報表失去信心。迫使美國政府祭出一連串企業改革法案，希望在新法制的規範下，強化公司治理，俾重整企業並

¹ 楊明佳，論我國股份有限公司內部監控設計之改造--以公司監控理論為中心，國立台北大學法學系碩士論文，中華民國 91 年 1 月，頁 5。

² 黃銘傑，公開發行公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯，元照出版公司，2001 年 11 月，頁 4。

³ 關於本事件之始末與分析，參何思湘，美國安隆公司倒閉事件對我國相關立法之啟示，會計研究月刊，第 199 期，頁 17-28；何思湘，美國安隆公司倒閉事件對我國相關立法之啟示，會計研究月刊，第 200 期，頁 105-116。

恢復投資者信心⁴。

數年前，亞洲發生金融風暴，使得公司監控的議題，備受亞洲國家以及國際組織的關注⁵。不少人士認為，亞洲金融風暴產生的主因之一係亞洲國家，尤其是風暴起源地的東南亞國家公司監控體系失調所導致。因此釜底抽薪之途仍繫於「改革、調整各國公司監控體系」⁶。

一九九八年前後，台灣亦遭逢金融風暴的橫掃，大環境的不景氣，許多企業由於資金周轉不靈或遭掏空而產生財務危機，對於整個金融秩序安定、投資人信心發生嚴重影響。例如順大裕公司資金掏空案，造成股票大跌，不但對公司及廣三集團相關企業的投資人造成損害，因資金借貸問題牽連台中商銀，使台中商銀存款戶爭相提領存款，影響層面廣泛。問題根源，正如學者所言，乃因「公司監控」體系失調所致⁷⁾⁸⁾。

⁴ 韋亭旭，美國公司治理之最新發展與我國未來監理方向，證管雜誌，第二十卷第十期。(www.sfc.gov.tw/reference/magazine/9110/Ss3.htm)。美國公司治理最新的發展趨勢：為加重公司主管對財務報表資訊透明之責任，並改革會計專業及重拾投資人信心，美國總統布希於二〇〇二年七月三十日簽署企業改革法案(Sarbanes-Oxley Act)，積極嚴懲違法之企業經理人員，並大幅改變企業會計作業之規範。該法案的重點有四：加強證管會職能。加強規範公司及主管之責任。強化會計師獨立性。對舉發不法情事者之保護。

⁵ 以日本為例，平成年間因泡沫經濟破滅，企業醜聞案不斷浮現，例如野村證券、日興證券公司醜聞案，麒麟啤酒公司、野村證券、日本航空公司對於總會屋為利益輸送案，及建設公司賄賂事件等，引起日本學界對於「是否應重新設計如何抑制經營者不正行為的法律機制」問題的討論。參楊明佳，前揭文，頁 12。所謂總會屋，指僅持有少數股份，但專門於出席股東會時阻撓會議進行，藉以向公司敲詐金錢或專為某特定董事護航索取金錢的職業股東。

⁶ 黃銘傑，前揭書，頁 5。

⁷ 劉乃竹，論股份有限公司之內部監控，東海大學法律學研究所碩士論文，中華民國 90 年 6 月，頁 6；朱日銓，論我國公司內部監控模式之改造--以

股東代表訴訟，乃是股東對於董事、監察人違法行為致使公司發生損害時，以自己名義提起訴訟，追究董事、監察人責任之制度⁹。一般在論及公司監控的機制時，股東代表訴訟常被歸入重點項目，期能作為防止公司董事、監察人違法、遏止自利行為之利器。本章旨在說明我國公司監控的現況，強調股東代表訴訟的定位及制度存在必要性。以下分就公司監控的意涵及監控途徑說明之。

第二節 公司監控的意涵

一、公司監控的意涵

Corporate Governance 一詞係源於一九七 年代的美國，乃是針對大企業的公司組織管理問題所興起之改革議論¹⁰。但是此一理論在美國尚未有一明確定義¹¹，在日本亦同。惟不論使用於何領域，其共通點均為「如何監督、控制公司實際經營者之意思決

外部監察人制度之選擇為中心，國立台北大學法學系碩士論文，中華民國 90 年 6 月，頁 1。

⁸ 一九九八年下半年起，有許多上市公司的控制股東藉著不當擴張信用，利用上市公司的資金與自己持有之股票，向銀行質押，借取大量的資金炒作股票，因而發生財務危機，使股市重挫，影響所及，銀行體系品質亦因逾期放款與呆帳而日趨惡化。依財訊一九九九年四月號之統計，因掏空資產案進入司法程序者，累積金額已達九百億元。葉銀華，台灣公司治理的問題與改革之道，證管雜誌，第二十卷第十一期。

(www.sfc.gov.tw/reference/magazine/9111/Ss1.htm)。

⁹ 此為通說的看法。相關爭議參本文第三章。

¹⁰ 廖大穎，證券市場與股份制度論，元照出版公司，1999 年 5 月，頁 26。

¹¹ 公司監控一詞內容繁夥，無法對其概念作一定義性描述。美國法律協會 (American Law Institute 簡稱 A. L. I.)，經過十多年之討論，於一九九四年公布的「公司監控原理」(Principle of Corporate Governance)，亦放棄對該詞下定義。黃銘傑，前揭書，頁 227。

定及其執行，以促成公司之正常運作¹²。」

我國公司管控之意義與範圍，亦無一明確的定義。大致上，因觀察重點不同而異。從財務管理面觀之，公司監控係指資金的提供者，如何確保經營公司的業務機關，能將資金運用作最妥適的安排，並為其取得應有報酬；從經濟面觀之，公司監控係在促使公司經濟價值極大化之制度，例如追求股東、員工間報酬之極大化是；從法律面觀之，公司監控之目的，在於規範「企業所有」與「企業經營」分離的現代公司組織體系下，應透過如何的法律制衡管理設計，有效監督企業的組織活動、健全企業組織運作、防止經營弊端¹³。

「Corporate Governance」一詞應如何翻譯，國內學者所見未一。其譯詞大致上有：「公司治理」、「公司管理」、「公司統理」、「公司監控」、「公司管控」。管理學者大多取擇前三者；法律學者多取擇後二者。這些譯詞上的差異似因「興利」或「防弊」觀點不同所致¹⁴。有學者謂「Corporate Governance」，其內涵應包括「管理」與「監控」兩個面向含意，而且「governance」寓有「自治」及「監督」兩個面向，因此譯為「公司管控」較為妥當。惟國內學界大多譯為「公司監控」，本文為行文之便，亦採取「公司監控」一詞¹⁵。

¹² 楊明佳，前揭文，頁 6；朱日銓，前揭文，頁 7。

¹³ 石青平，論公司之管控，東海大學法律學研究所碩士論文，中華民國 91 年 7 月，頁 6。

¹⁴ 王文宇，公司與企業法制，元照出版公司，2000 年 5 月，頁 3。

¹⁵ 同上註。

二、公司監控的源起

公司監控概念的源起，肇因於「企業所有與企業經營分離」的現代公司形態。蓋現代公司規模龐大，股東人數眾多，股權結構分散，股東會召集不易，非但次數有限，而且召集過程繁禡，股東間無法就公司之業務與財務狀況逐一商議。因此，公司的經營決策權乃交由公司經營者行使，股東雖為公司的「所有者」，卻無法實際參與公司的經營。公司經營者以其專業能力控制與管理公司的業務與財務，惟其未必為主要投資者。因此，公司的「所有」與「經營」發生分離的現象。

「企業所有」與「企業經營」分離後，公司「一般性經營決策權」由公司的經營者行使；公司「結構性決策權」由公司所有者決定，例如公司讓與營業、公司合併、公司解散等攸關公司存在、發展的關鍵事項，公司所有者(股東)掌有決定權。從表面上看來，公司所有者(股東)的「結構性決策權」之影響力、重要性大於「一般性經營決策權」，然而「結構性決策權」行使的可能性甚少。公司經營者就「一般性經營決策」，則享有高度的自主權。在此情況下，為防止公司經營者違法濫權，並加強公司所有者(股東)的保障，「公司監控」的概念應運而生¹⁶。

三、公司監控原則

關於公司監控的最新發展，一九九八年四月二十七日、二十

¹⁶ 胡浩叡，股份有限公司內部機關之研究--以權限分配與公司治理中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國91年6月，頁22-24；朱日銓，前揭文，頁8-10。

八日召開之「經濟合作暨開發組織」(OECD)理事會部長級會議，對各會員國提出一份不具拘束力的「公司監控原則」(OECD Principles of Corporate Governance)，期作為各會員國強化公司監控體系的具體方案，該原則的主要內容簡述如下¹⁷：

股東之基本權利(the rights of shareholders)

股東的基本權應包括： 確保股份所有權登記之方法； 得贈與或移轉其股份； 在及時性之基礎上取得有關公司之資訊； 出席股東大會及行使投票權； 選舉董事會成員； 擁有公司剩餘財產利潤之請求權。

具體的內容有： 公司從事重大政策變更活動時，股東有受告知及參與權； 參與股東會之公正程序請求。如享有被告知股東會議事規則之權利、享有被提供股東大會日期和開會地點及將在股東會中決議事項之權利、享有在股東大會上，有向董事會發問的時間； 股東投票權之保障； 公司監控外部機制運作下股東權利之保護。

公司應公平對待股東(the equitable treatment of shareholders)

公司監控之設計，應確保能公平等待所有的股東。股東權利遭受不當侵害時，應給予救濟的機會。同一等級的股東均應受同等對待，並應有等值的投票權。

投資人於買進任一等級股票前，應能取得該公司所有等級股

¹⁷ 林培杰，我國公司監控制度之研究，銘傳大學法律研究所碩士論文，中華民國 90 年 6 月，頁 53-58。本文對此部分僅係簡述，並隨意分點，詳細資料請至 w.w.w.oecd.org//daf/governance/principles.htm。

票之投票權資訊。

利害關係人在公司監控中之地位(the role of stakeholders in corporate governance)

公司監控之設計，應顧及利害關係人之權益，並鼓勵公司與利害關係人，在創造公司利益及維持公司財務健全上積極合作。當利害關係人權利遭受不當侵害，應給予救濟的機會。

公司資訊揭露及透明化維持(disclosure and transparency)

公司監控的設計，應確保有關公司績效、財務狀況、及重大資訊得及時正確地揭露。揭露的對象為：

公司之財務及營運狀況；

公司經營目標；

主要股票所有權及投票權之歸屬情形；

董事會及主要經營階層成員的名單、報酬明細；

可預見之主要經營風險； 有關受僱人及其他利害關係人之重大問題；

公司監控結構及政策。

董事會責任(the responsibilities of the board)

公司監控的設計應確保董事會能夠有效監控經理人，建立董事會對於公司與股東的責任。

第三節 公司監控的途徑—以我國法制為中心

對公司的監控面而言，可分為外部監控與內部監控二種。在公司外部監控其方式有：「行政監控」、「司法監控」、及「市場監控」三類；公司內部監控之方式則有：「董事會監控」、「監察人監控」、及「股東會、股東監控」。亦即，藉由公司外部之行政、司法、市場三種機制，迫使公司經營者放棄私利追求公司利益。在內部，則建立完善的監控機制，防止公司經營者為違法自利行為。

一、公司外部監控

行政監控

行政監控¹⁸，係指行政主管機關對於公司經營者所為之監督機制。所謂之行政主管機關，就我國公司法而言，係指中央主管機關(經濟部)，以及目的事業主管機關。由於公開發行公司尚受證券交易法之規範，因此「財政部證券暨期貨交易委員會」亦為行政監控之機關。

公司法就中央主管機關經濟部之監督權限有：

審查權：主管機關對公司設立登記事項之審查(公司法第三百八十八條)。

檢查權：如業務檢查權(公司法第二十一條)、決算表冊之查核(公司法第二、二十二條)。

準立法權：即在公司法條文中「由主管機關以命令定之」之規定。如會計師對於財務報表查核簽證規則，由中央主管機關定之(公司法第二、二條第二項)。

¹⁸ 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論(一)，學林文化事業有限公司，2002年10月，頁117-127。

介入權：例如董事、監察人任期屆滿而未改選時，主管機關得限期令公司改選(公司法第一百九十五條第二項、第二百零一十七條第二項)。

懲罰權：指中央主管機關對公司違反公司法上之義務時所為之處分、制裁。例如主管機關對公司之命令解散(公司法第十條)。

財政部證券暨期貨交易委員會為證券交易法上之主管機關，其主要監控權限有¹⁹：

審查權：例如有價證券之募集與發行，非經主管機關核准或向主管機關申報生效後，不得為之(證交法第二十二條第一項)。

檢查權：例如主管機關為有價證券募集或發行之核准，因保護公益或投資人利益，對發行人、證券承銷商或其他關係人，得命令其提出參考或報告資料，並得直接檢查其有關書表、帳冊(證交法第三十八條第一項)。

準立法權：例如證期會依據證交法第二十二條，頒布「發行人募集與發行有價證券處理準則」。

介入權：例如證交法第五十六條授權證期會透過證券商停止其董事、監察人及受雇人業務之執行。

要求資訊公開權：證交法第三十六條要求公開發行公司必須準備年報、半年報、季報、月報及重大資訊之即時揭露。此點乃證交法與公司法監控最大之區別點。

¹⁹ 曾宛如，前揭書，頁 130-136。

以國家行政力量來監控公司，其效果如何？學者對此多抱持消極態度，蓋一者行政機關監督的成本相當高；再則因行政的資源有限，面對為數眾多監控對象，不區分其結構用同一監控標準，在評價上並不經濟。此外，政府干涉，不能保證公司的經營能力及公司經營者的廉潔。因此，僅冀盼行政機關為公司監控，效果有限²⁰。

司法監控

公司之經營或運作是否違反法令、經營者是否已盡其注意義務及忠實義務，攸關公司能否健全發展。就我國法而言，法院對公司經營者之監控，屬於一種被動的立場，例如於股東依公司法第二百一十四條第二項提起股東代表訴訟；或依第二百四十五條聲請法院選派檢查人，檢查公司業務帳目及財產情況時，法院僅立於被動角色，依當事人之請求審酌有無理由。此外，實務上，我國公司常以假處分達成監控目的，例如禁止董事行使職權等²¹。

以往我國法令，對公司經營者違反忠實義務之經濟犯罪行為，多以刑法上之背信罪或侵占罪為起訴依據。在訴訟審理上，進度緩慢，判決所處之刑罰又太低，監控收效不大。例如東隆五金案，董事長范芳魁掏空公司資金高達三十六億元，法院只判處三年有期徒刑，輕的刑罰，根本無法遏止掏空公司資產的誘惑

²⁰ 陳肇鴻，由經濟觀點論董事之行為規範與責任制度，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國 89 年 6 月，頁 45；劉興善，商法專論集，國立政治大學法律學系法學叢書編輯委員會編印，中華民國 71 年 8 月，頁 341。

²¹ 胡浩觀，前揭文，頁 34；楊明佳，前揭文，頁 28-29。

22)23)。證券交易法於民國八十九年七月十九日增訂第一百七十一條第二款規定：已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，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，致公司遭受損害者，處七年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下之罰金。從法定刑觀之，刑度已有所提高，然是否能有效遏止公司經營者的違法自利行為，仍有待觀察²⁴。

²² 楊文慶，掏空公司資產之經濟犯罪與防制對策--以刑法、公司法及證券交易法等之規範有效性探討掏空刑責與公司管控防制之對策，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國 91 年 1 月，頁 113、143。

²³ 【台灣地雷股求償案件分析表—證基會統計(2002年7月)】引自葉銀華、李存修、柯承恩，公司治理與評等系統，商智文化事業股份有限公司，2002年11月1日第1版，頁341。

地雷股 公司名 稱	地檢署 起訴日 期	基金會 代理投 資人起 訴日期	檢察官 起訴滿2 年之日 期及現 況	刑事起訴主張 之事實	附帶民事訴訟公主張之事實				求償 人數	求償金額(新 台幣)	附註
					財報 不實	公開 說明 書不 實	內線 交易	操縱 股價			
東隆五 金	88.02.03	90.11.5	*90.2.3	1.公證胡書不實 2.財報不實 3.內線交易 4.商會法根冊不實 5.偽造文書 6.業務侵佔 7.背信					3, 801	1,450,944,949	
金緯	88.03.05	88.07.31	*90.3.5 程序駁 回	1.證交法表冊不實 2.商會法根冊不實 3.業務侵佔					36	57,000,000	
國產汽 車	88.01.19	88.08.31	*90.1.19 刑事有 罪移民 事庭	1.操縱股價 2.商會法根冊不實 3.業務侵佔					34	14,982,890	
國揚	88.01.14	88.11.26	*90.1.4 刑事有 罪移民 事庭	1.證交法表冊不實 2.商會法根冊不實 3.業務侵佔					1, 154	1,924,074,120	

²⁴ 學者認為，應加速金融犯罪的判決，而給予違法者較高的處罰成本，亦可

市場監控

公司經營者(其持股不一定很多)之所以努力地提高經營效率、追求利潤，儘可能迎合企業所有者需要，源自於有各類競爭市場匯聚而成的監督力量，加諸於公司經營者身上。

1.控制權市場

公司經營權可能在不同經營團隊之間更替，此即形成「控制權市場」，公司經營者面臨著喪失公司控制權的危險，為了避免此一危險，公司經營者必須盡力為公司創造利潤，摒棄有利自己而無益於公司之行為，能贏取多數股東的信任與支持，期將來發生經營權更替時能獲得多數股東的支持，繼續掌控公司之經營²⁵。實際上運作的方式有「公開收購股權(tender offers)或敵對收購」或「徵求委託書競爭(proxy contests)」。

2.產品競爭市場

若公司所面臨的商品或服務市場處於激烈競爭狀態，經營者為求在此一市場上繼續生存、茁壯，就沒有誘因去從事違法自利行為；否則，一旦公司銷售業績滑落，股東追究原因，就會發現經營者的違法行為。甚有論者認為，只要商品或服務市場上存在著競爭，則所謂控制權市場或資本市場等，都僅居於次要地位²⁶。

3.專業經理人勞動市場

降低意圖違法的意願。葉銀華，台灣公司治理的問題與改革之道，證管雜誌，第二十卷第十一期。

www.sfc.gov.tw/reference/magazine/9111/Ss1.htm

²⁵ 黃銘傑，前揭書，頁 28；王泰升，從所有與經營分離論公開發行公司法制，國立中興大學法律學研究所碩士論文，中華民國 77 年 6 月，頁 61。

²⁶ 黃銘傑，前揭書，頁 33。

在公司股權較分散時，公司「經營」與「所有」明顯分離下，有關公司股業務之實際經營，常須委由專業經理人來負責，此時即形成一個專業經理人勞動市場。位居經營職位的經理人，仍不時受到外部、內部競爭對手的壓力，其在經營決策上若發生重大錯誤，即可能被其他經理人取代。在美國實際運作的結果顯示，經營效率欠佳的經營者(經理人)會隨即被汰換。由於此市場具有流動性，經營者多力謀公司的最佳績效，創造自己在經理人勞動市場的價值，期未來能獲取更佳的報酬與工作機會²⁷。

4.資本市場

在市場監控下，資本市場機制扮演與控制市場機制相同的功能。從公司籌措資金的成本而言，如果公司的經營者刻意規避經營責任(例如太多或不適當的免責條款)，將導致投資人欠缺購買該公司股票之意願(風險高)，公司在籌措資金上欠缺競爭力，營運成本相對提高。其次，在較高的營運成本下，會減損公司對外的競爭力，進而影響股價。此時有意介入公司經營之人，即得以較低的價格大量購入公司股票，再以之為跳板，入主公司經營團隊，發生經營者更替的情況²⁸。

上述四類市場監控機制，能否在我國發生效力，論者持否定見解如下：

針對控制權市場機制能產生效力的前提是：

公司控制權歸屬之決定係由全部不具控制地位的一般大眾

²⁷ 王泰升，前揭文，頁 61。

²⁸ 黃銘傑，前揭書，頁 30；朱日銓，前揭文，頁 26。另參見陳肇鴻，前揭文，頁 41。

股東所為(即分散型的股權結構)。但在股權集中結構型態(如台灣),絕大多數公司的經營控制權,持續地為少數控制股東所掌控,發生控制權移轉於他人,實為罕見,更遑論有所謂控制權市場存在²⁹。

針對產品競爭市場機制：

銷售業績不佳,可以顯示出公司正逐漸減少競爭力,此種產品市場競爭結果要反映出公司經營者有違法行為,需要一段相當長的時間,等到發揮機制的效果時,為時已晚。因此,在我國公司監控上,並非是合適的監控機制。

針對專業經理人勞動市場機制：

由於專業經理人勞動市場的存在,係以其具有高度的流動為前提。惟我國股權結構較為集中,為少數股東所控制,專業經理人流動性低,此機制亦無法發生效用。

針對資本場機制：

在我國,因屬於股權集中的型態,控制股東經常可藉由交叉持股或利用關係企業,買回公司股份,不當哄抬市場股價。因此,資本市場機制在我國無法發揮監控功能³⁰。

綜上所述,市場監控機制無法在我國對公司進行有效的外部

²⁹ 台灣上市公司最大股東平均擁有百分之三十。三三的投票權(控制權),可見台灣上市公司股權結構並非屬於分散的類型(略為集中),在大型上市或上櫃公司,有時只須百分之二十至三十的持股比率,即可取得控制權。更有認為,於一般情形,擁有公司百分之二十的表決權股份,即可控制該公司之經營。黃銘傑,前揭書,頁 17、29;葉銀華,台灣公司治理的問題與改革之道,證管雜誌,第二十卷第十一期。
www.sfc.gov.tw/reference/magazine/9111/Ss1.htm。

³⁰ 以交叉持股方式控制公司經營權,成本雖較昂貴,但由於控制權所在較不透明,外界難以掌握,深為東亞資本家青睞。黃銘傑,前揭書,頁 37。

監控。

二、公司內部監控

在企業自治的原則下，對於公司業務經營或財務內容，由公司內部構成員或機關所為監控，謂之公司內部監控。內容包括股東直接對公司經營者之監控，以及基於公司機關權限分配而生的監控。依我國公司法而言，公司內部監控可分為：董事會 監察機關(監察人) 股東會與股東。以下僅就我國現行法制進行探討。

董事會

在我國現行法制下，董事會是否能發揮自我監控之功能，學者認為：

由於董事採取會議體之形式，必須透過董事間之協調、溝通，以形成決議。因此董事間具有相互監督之功能。

董事會決議之事項，係交由董事長、副董事長及常務董事執行，對於該業務之執行，董事會得加以監督³¹。

從董事會對董事長、副董事長之解任權，以及常務董事會對常務董事之解任權觀察，似可認為該權利之實行係在落實董事會之內部監控機制³²。

公司法第二百零二條規定：「公司業務之執行，除本法或章

³¹ 柯芳枝，公司法論（下），三民書局，2003年1月，頁324。

³² 學者認為關於董事長、副董事長、常務董事之解任，本法雖無明文，但除非公司章程另有規定，仍以由原選任之常務董事會或董事會決議較為合理。柯芳枝，公司法論（下），頁341。

程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」基於本條之規定，董事會之定位為業務執行機關，應無疑義³³。對於業務執行機關賦予其監督之任務，無異將監督與被監督之主體一體化，難免會招致「球員兼裁判」的批評。或有論者認為，依現行法，可以在公司董事會中設置外部獨立董事³⁴⁾³⁵⁾，以達成監

³³ 本條於民國九十年修正，修正理由為：「 明確劃分股東會與董事會之職權。」學者認為董事會之地位較舊法略有改進。余雪明-董事及董事會，？源河等合著，新修正公司法解析，元照出版有限公司，2003年3月，頁259。因此，可以認為九十年的修法，更強化了董事會為業務執行機關的地位。

³⁴ 英美法制的董事，基本上可分為「內部董事」與「外部董事」。所謂內部董事(inside director)，係指投入全部專任時間於公司、子公司或其他受本公司控制之公司(被控制公司)，或控制公司之公司(控制公司)的事務而支領報酬之董事。所謂外部董事(outside director)，係指除了董事之職位外，目前不為公司任何全職職員之董事。除此之外，尚有一種「獨立董事」，所謂「獨立董事」係指除了在董事會擔任職務或具有股東身份外，與公司別無關係。其認定的關鍵在於該董事是否與公司有任何生意上或其他聯繫，以致於有任何影響其獨立判斷能力的關係存在。外部董事與獨立董事兩者常混淆，在英美法上，外部董事亦無一定的定義。不過，較為確定的是，獨立董事一定是外部董事，外部董事不一定是獨立董事。胡浩叡，前揭文，頁77-78。

目前國內學者，在討論上雖有意識地對外部董事與獨立董事加以區辨，但是對於何謂「外部董事」，並沒有一致的見解。至於「獨立董事」，一般認為須具備一定的條件，始得為「獨立董事」。

³⁵ 為配合證期會強化上市、上櫃公司治理、落實獨立董事制度的進一步要求，證交所於民國九十一年二月八日取得證期會之備查後，於同年二月二十二日，發佈(91)台證上字第003614號，修正上市審議準則第九條第一項第十二款以及上市審議準則補充規定獨立董事、監察人認定標準如下：

獨立性之認定條件(補充規則第十七條第一項第一至第六款)：

非公司之受僱人或其關係企業之董事、監察人或受僱人。

非直接或間接持有公司已發行股份總額百分之一以上或持股前十名之自然人股東。

非前二款所列人員之配偶或其二親等內直系親屬。

非直接或間接持有公司已發行股份總額百分之五以上法人股東之董事、監察人、受僱人或持股前五名法人股東之董事、監察人、受僱人。

非與該公司有財務、業務往來之特定公司或機構之董事、監察人、經理人或持股百分之五以上股東。

非為申請公司或關係企業提供財務、商務、法律等服務、諮詢之專業人

控的功能。惟仍有疑慮者包括：

是否建置獨立董事係屬企業自治的範疇；是否列入公司章程由公司自由決定，並無強制力。

如前所述，我國股權結構集中，因此，股權大多掌握在少數有控制權之股東，此些股東仍然可以選任自己「合意」的獨立董事³⁶。

縱使公司選任有獨立董事，但若人數不達一定比例，依舊無法在董事會中發揮監控的機能。

獨立董事對於公司業務之執行，仍與其他董事負連帶責任。

獨立董事雖然可以依公司法第一百九十三條第二項，在董事會會議中為異議，並要求書面記錄以免責。但是以異議作為制衡其他董事的手段並非有利，甚至有可能影響公司業務執行的績效。多數研究顯示，獨立董事的存在，不僅和公司業

士、獨資、合夥、公司或機構團體之企業主、合夥人、董事(理事)、監察人(監事)、經理人及其配偶。

董事會、監察人無法獨立執行職務之認定標準(上市審議準則第九條第一項第十二款中段、上市審議準則補充規定第十七條)：

申請公司董事彼此間且人數超過董事總數三分之二；或監察人彼此間或與董事會成員間，具有下列關係之一者：

配偶；

二親等以內之直系親屬；

三親等以內之旁系親屬；

同一法人之代表人；

關係人。

胡浩叡，前揭文，頁 277-279。

³⁶ 依報導，所謂獨立董事、獨立監察人，其實多半是自己人。參見馬淑華，六成上市公司設獨立董監，經濟日報 2002 年 2 月 21 日二版。劉紹樑、李念祖，獨立董事、證券管理與憲法制約(上)，月旦法學雜誌第 90 期，元照出版公司，頁 263。

績提昇沒有直接關聯，對公司的績效有時還有負面影響³⁷。

綜合以上所述，藉由董事會，甚至在董事會中加入獨立董事，依然無法達成公司內部監控的功能，或許只能如此詮釋—「董事會」在我國公司體制架構上，先天上，即欠缺成為公司監控體系主體的適格性。

監察機關(監察人)

公司體系架構上，監察機關獨立於業務執行機關(董事會)之外的機關。又，公司法第二百二十二條規定：「監察人不得兼任公司董事、經理人或其他職員。」避免造成監督者與被監督者一體化。此種「獨立性」與「第三人性格」，使監察人成為公司在內部監控上適當的監控機制。

民國六十九年，為擴充監察人職權，加強監察人監控的功能，公司法增訂第二百一十八條之一（董事發現公司有重大損害之虞時，應立即向監察人報告）二百一十八條之二（監察人對董事違法行為之停止請求權）但是在整個法制運作下，結果卻令人失望。理由在於：

監察人監察對象不明確：

監察人監察的對象，公司法並沒有規定。雖然從理論上而言，監察權行使的對象應為董事，但在法律欠缺明文的情況下，免不了發生爭議。其次，公司經理人常為公司業務的實際執行者，監察人對其亦無監控權限。在監察人無法對董

³⁷ 黃銘傑，前揭書，頁 40。

事、經理人實際監控下，其結果可想而知。

監察人欠缺公司業務資訊取得管道：

法無明文下，監察人欠缺要求列席董事會、常務董事會的依據，更遑論在董事會、常務董事會上陳述意見。因監察人無法列席董事會、常務董事會，難以得知公司董事經營行為有無違法，故無法發揮監控功能³⁸。

監察人獨立性不足：

擔任公司監察人者，實務常見不是人頭即傀儡，或是與董事有親戚等身分上的關係。如此安能期待監察人扮演公司內部監控的角色？

監察人人數不足：

公司法(舊法)第二百一十六條第一項規定：「公司監察人，由股東會就股東中選任之。監察人中至少須有一人在國內有住所。」又因監察人係股份有限公司之法定、必備、常設之監督機關³⁹，因此，實務運作上，公司監察人往往只有一人。在小規模公司，一名監察人能負荷工作量；但是在大規模公司中，一名監察人的設置就顯得不足。況且一名監察人要面對的是一個董事會(一群董事)，制衡力量亦顯單薄⁴⁰。因此，監察人監控功能無法完全發揮。

³⁸ 就此而論，監察人的監控只能在公司運作發生「明顯狀況時」，才有機會介入。

³⁹ 柯芳枝，公司法論(下)，頁 353。

⁴⁰ 學者就此認為，應增加監察人人數，並組成監察人會，以平衡與董事會的差距。此外，組成監察人會，亦可減少監察資源的浪費。黃銘傑，前揭書，頁 50-52。

法人股東得同時當選董事與監察人：

公司法(舊法)第二十七條第二項規定：「政府或法人為股東時，亦得由其代表人被推為執行業務股東或當選為董事或監察人，代表人有數人時得分別被推或當選。」實務上經濟部認為，「當法人股東之代表人有數人時，得分別當選董事及監察人⁴¹。這樣運作的結果，變成「董監一家親」，嚴重背離監督、制衡的原則。

監察人追究董事責任之情況罕見：

根據一項司法統計，公司對董事、監察人之訴訟統計，民國八十年全國有二件、八十一年有一件、八十二年有四件，八十三年有七件，八十四年有七件、八十五年則全無追究之案例。在企業醜聞不絕於耳的情況，此數據透露出公司監察人的功能確實不彰⁴²。

由於舊法有如上缺點，民國九十年十一月公司法修正，即針對相關部分予以改進。在加強監察人獨立性及監控實效性方面有：

股東會解任監察人的門檻提高：

依公司法第二百二十七條準用一百九十九條第二項，股東會解任監察人須以特別決議方式為之。又依公司法第二百二十七條準用第二百零八條之一，當監察人不為或不能行使職權，致公司受有損害之虞時，法院得因聲請選任臨時監察人代行職權。此一規定，間接強化監察人行使職權獨立性。

⁴¹ 經濟部五十七年九月二十四日商字第三四 七六號函。

⁴² 廖大穎，前揭書，頁 121。

監察人得列席董事會陳述意見⁴³(第二百一十八條之二第二項)，董事會之召集並應於七日前通知監察人。

監察的對象明確化：

本次修法，將監察人資訊蒐集權範圍及於公司的經理人(第二百一十八條第一項)。因此，監察人得請求董事會及經理人就公司業務、財務等提出報告。監察人得否請求「董事」提出報告，應為肯定。蓋公司法第二百一十八條第一項明定，「監察人應監督公司業務之執行」；又依第二百一十八條第二項「董事為公司業務執行之主體。」(均為九十年十一月公司法修正時新增)。由條文規定及修法意旨可知，董事直接受監察人監督，應可認為監察人對於董事之業務執行，得請求董事提出報告⁴⁴。

公開發行公司引進複數監察人制度：

鑑於我國公司現況，公司通常只有一名監察人，若在大規模

⁴³ 第二百一十八條之二第一項修正理由：在現行法中，董事會僅有董事參與，並未規定監察人有參與董事會並陳述意見之權利，然監察人既為公司業務之監督機關，其妥善行使職權之前提仍須明瞭公司之業務經營，若使監察人得出席董事會，則監察人往往能較早發覺董事等瀆職行為。又，學者認為出席董事會，不僅為監察人之權利，亦為其義務。因此，監察人於受董事會開會通知後，除有正當合理的事由，否則應按所通知之時間地點，列席董事會。若無正當理由而未出席，監察人構成職務之懈怠。監察人可否請求出席常務董事會，法無明文。解釋上，監察工作若欲發揮實效，監察人有必要出席常務董事會，並得向常務董事會陳述意見。參黃銘傑-監察人，？源河等合著，新修正公司法解析，元照出版有限公司，2003年3月，頁299。實務上，經濟部91年4月22日商字第09102068230號函亦採相同見解。至於是否採納監察人之意見，由董事會、常務董事會依其注意義務、忠實義務判斷。

⁴⁴ 黃銘傑-監察人，？源河等合著，新修正公司法解析，元照出版有限公司，2003年3月，頁297。

公司，根本無法負荷工作量。本次修法增訂「公開發行股票之公司，須設有二人以上之監察人」，以期能發揮監察人的功能。亦即，本次修法，公司法第二百一十六條第二項，引進日本商法特例法中大規模公司複數監察人制度。日本商法特例法大規模公司認定的標準為：

資本額五億日元以上。

負債總額二百億日元以上。

蓋此等公司的業務內容繁雜、受監督的對象多，因此強制此等公司應設置複數監察人，以收監察之效。鑑於我國公開發行公司，規模較諸一般公司大，業務亦較繁雜，故要求其監察人須有二人以上。

民國九十年十一月公司法修正，欲徹底改善監察人的功能，可謂用心良苦。然而實際上，監察人制度仍遺留一些問題。茲分述如下：

監察人的獨立性方面：本此修法監察人的獨立性依然不足。

公司法第二百二十七條準用第一百九十八條第一項，關於監察人選任方式，屬於公司自治的範疇，公司得以章程之規定排除「累積投票制」方式選任監察人。此乃仿日本商法而設，日本商法此項規定的結果，幾乎所有公司的章程都明文排除「累積投票制」的利用。我國公司實務是否會有此傾向，答案似乎可以預期，蓋排除「累積投票制」的利用，將更有利於控制股東全面控制監察人的人選，以致董事、監察人均由同一群控制股東所操縱，客觀、公正的

監察理念蕩然無存⁴⁵。

其次，依公司法第二十七條第二項，法人股東仍可同時當選董事及監察人，此規定嚴重破壞監察人的獨立性。本次修法未能改正，實屬缺憾⁴⁶。

關於公開發行公司複數監察人制度方面：此部分有兩點值得討論。

民國九十年公司法修正前，第一百五十六條第四項原規定：「公司資本額達中央主管機關所定一定數額以上者，除經目的事業中央主管機關專案核定者外，其股票應公開發行」九十年修法時，認為公司股票是否公開發行，屬於企業自治事項，而將條文改為：「公司得依董事會之決議，向證券管理機關申請辦理公開發行程序。」如此的修正，資本額龐大、業務繁雜的大公司不一定為公開發行公司。因此，立法引進「複數監察人制度」，能否達到立法目的，仍會有疑問⁴⁷⁾⁴⁸⁾。

依公司法第二百二十一條，監察人各得單獨行使監察權。

在公司具有複數的監察人時，單獨行使監督權的結果，會

⁴⁵ 同前註 41，頁 289。

⁴⁶ 民國九十年修法時，行政院送交立法院的草案，有鑑於法人股東，其代表人有數人而可同時當選董事及監察人，將使董事、監察人無法發揮獨立經營、獨立監督的功能，使公司監控制度無法建立。因此擬訂法人股東之代表人不得同時當選為董事及監察人(但一人公司與公營事業不在此限)。但立法院認為：關於法人股東同時職司董事、監察人之職務，由來已久，董事與監察人之權利、義務均有明文，尚不致因此影響公司監控制度。容許政府或公營事業公司之代表可以同時職司董事、監察人，一國兩制有失公平。據此刪除行政院該部分的草案。

⁴⁷ 同見解，胡浩觀，前揭文，頁 251。

⁴⁸ 主導本條修法的劉渝生老師私下表示，對於本條修正的結果不滿意。

不會發生彼此的判斷矛盾，導致被監督對象—董事會、董事、經理人，無所適從⁴⁹？

監察人制度在我國最大的缺陷，莫大於其欠缺獨立性，易被控制股東所操縱。經民國九十年十一月的修法，監察人的獨立性未見增強多少，舊有的問題依然存在。想要藉由監察人扮演好公司監控的角色，在現行制度下，似乎難以期待。

股東會與股東

1. 股東會

股東會係由全體股東組成之會議體，透過多數決運作模式，形成全體股東的集體意志，決定公司的意思，為股份有限公司之法定、必備、常設之最高機關⁵⁰。依現行公司法，股東會展現公司內部監控的權限如下：

機關人員任免權： 選任、解任公司董事、監察人之權(公司法第一百九十八條第一項、第二百一十六條第一項、第一百九十九條第一項、第二百二十七條準用一百九十九條第一項)。 選任檢查人之權(第一百七十三條第三項、第一百八十四條第二項)。 選任臨時管理人之權(第二百零八條之一第一項、第二百二十七條準用第二百零八條之一第一項)。

公司重大事項同意權： 公司營業及財產重大變更決定權(第一百八十五條)。 變更章程決定權(第二百七十七條)。 公

⁴⁹ 惟劉渝生老師認為，數監察人可使意見多元，而彼此間認定不一致時由董事等依經營判斷法則判斷採取何等見解。

⁵⁰ 柯芳枝，公司法論（上），三民書局，2002年11月，頁238-240。

司解散、合併或分割決定權(第三百一十六條)。

聽取報告權 (第二百一十一條第一項、第二百四十條第六項、第二百四十一條第二項、第二百四十六條第一項)。

年度決算之查核與承認權 (第一百八十四條第一項、第二百三十條第一項)。

股東重大權益同意權(第十三條第一項第三款、第二百三十七條第二項、第二百四十條第一、二、三項、第二百四十一條)。

其他對董事、監察人的監控權：董事、監察人報酬決定權(第一百九十六條)。董事競業行為同意權(第二百零九條)。

介入權(第二百零九條第五項)。對董事、監察人提起訴訟決定權(第二百一十二條、第二百二十五條第一項)⁵¹。

2.股東

股份有限公司，依民法規定，係屬社團法人。依「法人實在說」理論，股份有限公司享有一定之權利能力⁵²。因此，公司事業，在法律上歸公司所有，股東對公司所投入的資本喪失所有權；但在經濟上，公司事業仍屬股東所有，股東成為公司的「所有人」。實際上股東所享有的乃是股東權⁵³。

股東為公司經濟上的「所有人」，按此地位，就公司法所賦予的監控權限，依權利行使的方法，可區分為單獨股東權與少數股東權⁵⁴：

⁵¹ 柯芳枝，公司法論（上），頁 248-251；胡浩叡，前揭文，頁 236-240；王泰銓，公司法新論，三民書局，中華民國 87 年 1 月，頁 307-309。

⁵² 王澤鑑，民法總則，著者發行，2003 年元月，頁 162。

⁵³ 柯芳枝，公司法論（上），頁 185。

⁵⁴ 柯芳枝，公司法論（上），頁 187。

單獨股東權：

違法行為制止請求權：公司法第一百九十四條規定，董事會決議為違反法令或章程的行為時，繼續一年以上持有股份之股東，得請求董事會停止其行為。本條立法目的，乃基於與股東提起代表訴訟權同一構想，均在強化股東之權利、防範董事濫權，以維公司及股東利益⁵⁵。

公司簿冊查閱請求權（公司第二百一十條第二項、第二百二十九條）。

股份收買請求權（公司法第一百八十五條、第一百八十六條之二第二項、第三百一十七條第一項）。

少數股東權：

股東會召集請求權與自行召集權（公司法第一百七十三條第一、二項）。

訴請法院解任董事、監察人權（公司法第二百零條、第二百零二十七條）。

對董事、監察人提起訴訟請求權（公司法第二百一十四條第一項、第二百零二十七條）。

股東代表訴訟提訴權（公司法第二百一十四條第二項）。

就股份有限公司而言，絕大部分股東並未實際參與公司經營的機會。對小股東來說，股東會應當是監督公司經營者最好時機。但股東會之召集次數有限，而且股東會常被大股東所操縱。因此，欲仰賴股東會監控公司經營者，其功能有限。

⁵⁵ 柯芳枝，公司法論（下），頁 330。

三、小結

綜上所述，公司外部監控及內部監控（指董事會、監察人、股東會）相關機制在我國無法發揮應有功能。此時，所能倚靠的僅有強化少數及單獨股東權，以達到監督、制衡公司經營者。「股東代表訴訟」即是公司法賦予股東不須經過股東會決議，即可對董事提起訴訟，追究其責任，並確保公司營運正常及公司損害能獲得回復之一種有效制度⁵⁶。在日本，針對股東對公司監控的機能，代表訴訟亦是一個令大眾期待的焦點，這可從平成年間商法數次針對股東代表訴訟加以增修得知。藉著股東代表訴訟，扭轉公司經營者長期忽視股東的心態、防止企業不法行為發生、健全企業經營的良策⁵⁷。本文以下即以股東代表訴訟制度為核心試加探討。

⁵⁶ 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，中華民國 86 年 6 月，頁 5。

⁵⁷ 廖大穎，前揭書，頁 264。

第三章 股東代表訴訟之訴訟法上結構論

第一節 股東代表訴訟之概念

現代股份有限公司，在企業所有與企業經營分離之指導原則下，為追求企業之經營效率，提高企業之獲利機會，避免公司運作遭受不必要之妨礙，不斷地擴張董事會之權限。於此，董事會權限持續擴張的結果，卻不斷使得股東個人地位相對弱化。因而，為防止公司董事違法濫權，以維護股東(尤其是小股東)權益，賦予股東監督糾正公司營運之權利實有必要，其中股東代表訴訟更是重要。依公司法第二百一十四條規定，股東得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟，蓋恐監察人業務與董事熟稔因而通謀、循私，不願對董事提起訴訟，此時股東得以自己之名義為公司對董事提起訴訟，使公司與全體股東之權益能終極的得到確保。本文以下將依次說明股東代表訴訟之功能、沿革及結構，並在本章之末提出本文的看法。

第二節 股東代表訴訟之功能

繼續一年上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，依公司法第二百一十四條第二項規定，對董事提起訴訟時其目的為何？亦即股東代表訴訟究竟發揮何種功能？學者對此點有不同認識，分述如下：

一、填補損害說

此說學者，將股東代表訴訟與股東制止請求權作綜合比較後認為，股東制止請求權，係針對董事為違法行為前預先之防制措施；股東代表訴訟，旨在針對董事為違法行為後追究董事責任，請求公司與全體股東利益之回復，即填補公司損害¹。

二、監督糾正董事違法行為說

股東代表訴訟，旨在使公司董事知其若為違法行為，致公司受到損害時，其責任將被追究，從而使公司董事在進行職務作成判斷上更能謹慎，亦即股東代表訴訟的功能在於監督糾正董事違法行為。至於請求董事填補公司所受損害，並非股東代表訴訟之主要功能²。

三、小結

對此一問題，美國聯邦最高法院認為，股東代表訴訟監督糾正之功能及效用，遠勝填補損害之功能³。日本學者多數認為，填補損害為主，監督糾正功能為輔⁴。而我國學者在說明上，常將填補損害與監督糾正之功能一併列舉⁵。本文認為，股東代表訴訟同時兼具上述兩種功能，偏廢其一，將無法完整描述股東代表訴訟。

¹ 許曉微，股東代表訴訟制度之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國 87 年 6 月，頁 23。

² 同上註。

³ *Brendle v. Smith* 46 F.2d Supp 522(SDNY)(1942). 鄭承華，美國法上代位訴訟制度之研究，賴源河主編，國立政治大學法律研究所第一輯，頁 219。

⁴ 河本一郎、右田堯雄、森田章、山本克己、河本伸一、森本 近藤光男，株主代表訴訟<<座談 Ⅱ>>，民商法 誌第一一 頁，一九九四年，頁 199 以下；許曉微，前揭文，頁 24。

⁵ 柯芳枝，公司法論（下），三民書局，2003 年 1 月，頁 314。

第三節 股東代表訴訟之結構

股份有限公司股東，依公司法第二百一十四條第二項對董事提提起之訴訟，有稱為代位訴訟，亦有稱之為代表訴訟者。其究為代位訴訟抑或代表訴訟？若其為代位訴訟，究與民法第二百四十二條債權人代位訴訟是否相同？此涉及公司法第二百一十四條股東代表訴訟沿革的問題，而其訴訟結構亦需從沿革中求解。本文首先討論沿革，再分析其結構。

一、沿革

英國法制

依學者所考，股東代表訴訟源自十九世紀初衡平法之判例，並在英、美各自獨立發展。但美國亦相當程度上受到英國判例之影響。

在英國最早承認得由團體本身追究經營者濫權之判例，係一七四三年 *The Charitable Corporation v. Sutton*⁶ 案。本案「公益法人」以其「理事」詐欺怠慢為理由訴請法院將之解任，並請求損害賠償，法院容認原告之請求。法院在判決中用隱喻暗示之方式表示信託之原理，並引以追究經營者之基礎⁷。

進入十九世紀後，開始有「公司股東」以不利益經營為由，請求救濟(一八一一年 *Adley v. The Whitstable Co.* 案)，又因經濟

⁶ 2Atk.400,26Eng. Rep.624(Ch.1742)。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，中華民國87年6月，頁2-2。

⁷ 此則案例，原告為「公益法人」本身，當非股東代表訴訟。但此則案例承認團體本身可以追究經營者之責任，又以信託法理認定經營者之責任。

之發展，團體之規模逐漸擴大，其成員不斷地增加分散，建構一個完整的追究經營者責任之訴訟型態刻不容緩，股東代表訴訟因應而生。如一八二八年 *Hichens v. Congreve*、一八四一年 *Preston v. The Grand Collier Dock Co.* 案、一八四一年 *Wallworth v. Holt* 案，均承認股東之訴訟權⁸。

最引人注目之判決為一八四三年 *Foss v. Harbbttle* 案⁹。本案例事實為股份有限公司兩名股東，以董事詐欺且違法使用公司資金為理由，對董事提訴，請求董事對公司損害賠償。法院認為對公司權益侵害之救濟權人，主要為公司本身(股東非適格之原告)，一般情況下應以董事會代表公司提起訴訟。倘若董事會遲不起訴，則訴訟權歸由股東會行使，股東會再決定是否代表公司行使訴權¹⁰。此判決一反過去衡平法院所確立的股東訴訟權，而以股東會多數決限制個別股東權。此則判例影響至今，近來雖有倡議改革，但尚未制定為成文法¹¹。

綜觀英國法院判決初期並無「代位公司行使權利」之概念，至於法院承認的股東訴訟權，乃係衡平法院為救濟因習慣法適用結果而造成實質正義侵害之情況。

美國法制

反於英國，美國法院自始即著重公司經營者與股東間之關

⁸ 許美麗，前揭文，頁 2-3。

⁹ *Foss v. Harbbttle*, 2Hare 461, 67 Eng. Rep 189. (Ch. 1843) .許曉微，前揭文，頁 38。

¹⁰ 劉興善，商法專論集，國立政治大學法律學系法學叢書，中華民國 71 年 8 月，頁 333。

¹¹ 同上註。

係，股東代表訴訟係建構在信託理論上，歸入衡平法之規範體系。一八一七年 *Attorney General v. Utica Ins. Co.* 案，法院在判決中揭明業務執行人，以受託者之資格，就其詐欺違反忠實義務負起責任。一八一三年 *Taylor v. Miami Exporting Co.*案中，股東主張董事濫權，使公司資產減少，違反忠實義務，訴請法院判決董事將資產返還公司，法院為原告股東有利之判決¹²。以上案例董事之責任及衡平法院管轄原因，均類推信託關係。至一八三二年紐約最高法院在 *Robinson v. Smith* 案判決中明確表示，董事與股東間係信託關係。依判決意旨，股東追究董事責任乃為抑制董事濫用經營上之權限，授權股東個人行使公司之訴權¹³。

總括言之，十九世紀前期，因法人實體地位概念尚未完全確立，法院判例概就信託理論，確立股東董事間之關係。股東之訴權來自董事對股東違反忠實義務之行為，股東對董事有請求其履行義務之權利，股東所行使者為自己之權利，而非公司之權利。且就原告股東地位而言，係原告股東代表與自己立於相同立場之股東集團進行訴訟，是以代表訴訟或集團訴訟的方式進行¹⁴。

進入十九世紀後半期，隨著經濟發展，企業交易增多，公司與第三人發生糾紛之情況屢見不鮮。以往以追究董事責任之股東代表訴訟，遂用在第三人侵害公司權益之情況。又此時期公司法人實體化之概念成型，因而出現股東以第二次衍生資格，實行公

¹² 許美麗，前揭文，頁 2-5~2-7。

¹³ 周劍龍，株主代表訴訟制度論，信山社，1996 年 6 月 20 日第一版，頁 14；許美麗，前揭文，頁 2-6。

¹⁴ 許曉微，前揭文，頁 40 註 24。

司權利之衍生訴訟(派生訴訟)概念。亦即第三人與股東間並無受託人與受益人之關係，又因公司法人實體化之結果，第三人對公司之侵害，公司係直接受害人，具有訴權者為公司，惟在一定條件下股東得以自己名義於訴訟上行使公司之權利。著名的案例有一八五六年 Dodge v. Woolsey 案¹⁵。本案起因於法人稅之違法徵收，股東會要求董事會對其提出訴訟，以維護公司財產，惟為董事會拒絕。法院認為公司拒絕起訴，實質上等同於承認公司之財產被違法徵收，董事係違反信託義務，此成為股東對第三人具有訴權之原因。亦即法院在既有之股東代表訴訟中(股東對董事)加入公司不當拒絕提訴為要件，承認股東追究公司以外第三人對公司之責任，此係在兼顧法人獨立性及股東權益保護下所做的調整。當股東之利益因公司違反信託義務，而蒙受損害之危險時，股東得以衍生之資格，行使公司權利，請求司法提供保護。

日本法制

1.昭和二十五年之前

從明治二十三年(一八九一年)舊商法至昭和二十五年改正商法，並未承認股東代表訴訟，其間歷次之修法將公司董事之責任予以明確化。在追究董事責任方面，則貫徹應由公司行使權利，並以監察人為公司之代表，至於少數股東僅在法定條件下具有請求起訴之權利。

2.昭和二十五年以後

¹⁵ Dodge v. Woolsey, 59 U.S. (18How.) 331, 15L. Ed. 401 (1855). 許曉微，前揭文，頁 41。

昭和二十五年（一九五〇年）：

時值二次世界大戰，日軍戰敗，由美國接管。美方感於日本商法中股東地位積弱，救濟途徑短乏，為強化股東地位及監督權，乃促起日本商法修正，因而引入股東代表訴訟制度。從聯軍司令部（GHQ）所提之草案可見¹⁶，係完全移植美國股東代表訴訟結構。但日方所提草案¹⁷、定案之條文用語與GHQ不同。昭和二十六年修正通過之條文，除加入「持股要件」與「原告股東供擔保」之規定外，訴訟結構並無改變。不過與美國法制不同者為公司在訴訟中之地位。在美國股東代表訴訟中，公司為形式上之當事人(被告)，判決之效力當然及於公司，然而在改正之日本商法中，公司並非訴訟當事人，判決之效力，學者認為依日本（舊）民事訴訟法第二百零一條第二項規定（相當於我國民事訴訟法第四百零一條第二項）及於公司¹⁸。

平成五年之商法修正

此次修法之重點有二：

訴訟標的價額核定：關於股東代表訟之訴訟費用如何徵收，有不同意見，有認為應依財產權之訴訟，即應以請求金額為訴訟標的價額，亦有認為應類推民事訴訟費用法第

¹⁶ GHQ 對商法第二百六十七條之提案：「監察人、發起人、董事或其他重要幹部因違法或其非權限之行為，對公司須負責任，於符合以下條件，一人或一人以上之股東，得為全體股東之利益，以代表資格起訴追究」。許美麗，前揭文，頁 2-20。

¹⁷ 商法第二百六十七條第一項：「股東得以書面請求公司提起追究董事對公司責任之訴訟。」

¹⁸ 許美麗，前揭文，頁 2-27 註 76。

四條第二項，非財產權之訴訟，以九十五萬日圓為訴訟標的價額徵收裁判費。以日本日興證券股東代表訴訟案為例，其請求金額為四七 億三千五百萬日圓，若認為財產權訴訟，應徵二億三千五百萬日元裁判費，若認為非財產權訴訟，只需徵收八千二百圓裁判費。東京地方法院認定此案為財產權之訴訟，東京高等法院則認為係非財產權之訴。此次修法採取與東京高等法院相同之見解，即將股東代表訴訟視為非財產權訴訟¹⁹。

商法第二百六十八條之二第一項規定：勝訴股東除得請求律師費外，對於其因進行訴訟已支出之必要費用，均得請求公司支付該費用額數內相當之金額。

平成十三年商法修正

將提訴請求期間從三十日延長為六十日。

增訂公司依商法第二百六十八條第一項對董事提起追究責任，於訴訟中受同條第三項之告知時，應公告訴訟之要旨並通知股東。

增訂股東代表訴訟和解相關規範以因應實際需要。

增訂在股東代表訴訟中，公司得輔助參加被告董事。將學說及實務長久以來的爭議，透過立法加以解決。茲將日本商法關於股東代表訴訟之條文臚列如下：

第二百六十七條

¹⁹ 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，中華民國 86 年 6 月，頁 18。

.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。

.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。

.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。

.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，得直接提起前項訴訟。

.前二項訴訟標的價額之計算，視為非財產權請求之訴訟。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。

第一百零六條第二項規定準用前項之請求。

第二百六十八條

.追究董事責任訴訟，專屬公司主營業所所在地法院管轄。

.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。

.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。

.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。

.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。

.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，並於公司對和解有異議時，亦需催告其於二週內聲明異議之意旨。

.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。

第二百六十八條之二

.提出第二百六十七條第三項或第四項訴訟之股東，於其勝訴所支出非屬訴訟費用，對訴訟之進行認為有必要之費用，或須支付律師或律師法人報酬時，股東得向公司請求該費用或報酬額範圍內相當數額之支付。

.股東敗訴時，若非惡意對公司不負損害賠償之責。

.股東依前條第二項之規定參加訴訟時，準用前二項之規定。

第二百六十八條之三

.提起第二百六十八條第一項之訴時，因原告與被告通謀以詐害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。

.前條規定於前項之訴準用之。

【平成十三年商法修正新舊條文對照】

現行法	舊法
<p>第二百六十七條</p> <p>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。</p> <p>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。</p> <p>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。</p> <p>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，得直接提起前項訴訟。</p> <p>前二項訴訟標的價額之計算，視為非財產權請求之訴訟。</p> <p>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。</p> <p>第一百零六條第二項之規定，於前項之請求準用之。</p>	<p>第二百六十七條</p> <p>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。</p> <p>公司自有前項請求日起，三十日內未提起訴訟者，前項之股東，得為公司提起訴訟。</p> <p>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，不受前二項規定之限制，第一項之股東得直接提起前項之訴訟。</p> <p>前二項訴訟標的價額之計算，視為非財產權請求之訴訟。</p> <p>股東提起第二項或第三項之訴時，法院得依被告之聲請，命其提供相當之擔保。</p> <p>第一百零六條第二項之規定，於前項之請求準用之。</p>
<p>第二百六十八條</p>	<p>第二百六十八條</p>

<p>追究董事責任訴訟，專屬公司主營業所所在地法院管轄。</p> <p>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。</p> <p>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。</p> <p>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。</p> <p>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。</p> <p>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，並於公司對和解有異議時，亦需催告其於二週內聲明異議之意旨。</p> <p>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。</p> <p>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。</p>	<p>追究董事責任訴訟，專屬公司主營業所所在地法院管轄。</p> <p>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之負擔時，不在此限。</p> <p>提起前條第二項訴訟之股東，於提起訴訟後，須立即向公司為訴訟之告知。</p>
<p>第二百六十八條之二</p>	<p>二百六十八條之二</p>

<p>提出第二百六十七條第三項或第四項訴訟之股東，於其勝訴所支出非屬訴訟費用，對訴訟之進行認為有必要之費用，或須支付律師或律師法人報酬時，股東得向公司請求該費用或報酬額範圍內相當數額之支付。</p> <p>股東敗訴時，若非惡意對公司不負損害賠償之責。</p> <p>股東依前條第二項之規定參加訴訟時，準用前二項之規定。</p>	<p>提起第二百六十七條第二項或第三項之訴，股東勝訴時，對於其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。</p> <p>股東敗訴時，若非惡意對公司不負損害賠償之責。</p> <p>股東依前條第二項之規定參加訴訟時，準用前二項之規定。</p>
<p>第二百六十八條之三</p> <p>提起第二百六十八條第一項之訴時，因原告與被告通謀以詐害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。</p> <p>前條規定於前項之訴準用之。</p>	<p>第二百六十八條之三</p> <p>提起第二百六十八條第一項之訴時，因原告與被告通謀以詐害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。</p> <p>前條規定於前項之訴準用之。</p>

我國法制

1.民國五十五年(一九六六年)之前

我國第一部現代化公司法，為光緒二十九年(一九〇三年)頒布的施行公司律，該公司律係以英國一八五六年 Joint Stock

Corporation Act 及一八六二年 Corporation Act 與日本商法(師法德國)為底本²⁰，本身即參合英美法與大陸法兩大法系。嗣後之修正法因以日本學者志田岬太郎所擬之草案為底本，故此一時期之公司法深具大陸法色彩，在民國五十五年之前歷次修法中，對董事提訴及股東代表訴訟有關者如下：

光緒三十四年(一九〇八年)：

公司律草案第一六〇條：「()股東決議提訴董事時，公司應自決議之日起一個月內即行起訴；()對於董事之起訴雖經股東否決，若有股東總數七分之一，或有股份總數十分之一以上之股東仍向監事請求起訴時，公司自請求之日起一個月內即行起訴；()請求起訴之股東，對於公司應連帶負賠償責任。」第一百六十一條：「()公司董事或被董事所訟，均由監事代表公司，但股東會得另選他人為公司訴訟代表人；()前項之特別訴訟代表人股東總數達七分之一，或股份總數十分之一以上股東提訟董事時，得由該股東指定之。」

民國十八年(一九二九年)：

公司法第一百五十條規定：「()有股份總數十分之一以上之股東，得為公司對董事提起訴訟；()前項情形法院因監察人之聲請，得命起訴之股東提供相當之擔保；()如因敗訴致公司受損害時，起訴之股東對於公司負賠償之責。」第一百五十一條：「公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由

²⁰ Chun Li 李俊, The Kung-ssu-Lu of 1904 and the Modernization of Chinese Company Law, 政大法學評論第 10 期, 民國 63 年 6 月版, 頁 209。

監察人代表公司股東會，亦得另選代表公司為訴訟之人。」

2. 民國五十五年之後

一九四九年政府遷台，為因應國內外遽變政經環境，經濟部於民國四十八年成立「修訂公司法研究小組」，致力公司法的修正。其修正草案於五十五年七月五日經立法院三讀通過，同年七月十九日公布施行。此次修法，除參酌日本戰後所修的公司法外，更參考英美公司法，恍若光緒二十九年公司律，參考兩大法系之特色²¹。修法重點之一為，因應企業所有與企業經營分離之趨勢，在擴張董事會權限減縮股東會權限之同時，加強股東對公司監督之機制，其中最重要者，即為引入股東代表訴訟制度，其規定為：

.繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之十以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。

.監察人自有前項請求權之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，法院因被告之聲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時，起訴之股東對於公司負賠償之責。

此條文係仿自日本商法，然兩者之語句有若干不同。嗣於民國七十二年四月，經濟部再向立法院提出修正草案，並於同年十一月二十二日三讀通過，十二月七日公布施行。此次修正重點，在強化少數股東權之行使，以加強董事執行業務之責任，乃將行

²¹ 賴英照，中國公司立法之回顧與前瞻，收錄於氏著，「公司法論文集」，頁19。

使股東代表訴訟應持有之股份數，由百分之十降為百分之五²²。於民國九十年十一月十二日再將之降為百分之三。其修正理由為：「為發揮股東代表訴訟監督之功能，對於股東請求監察人對董事提起訴訟之門檻，應予降低。尤其是資本額龐大之公司，要達到股份總數百分之五非常困難，爰調降股份總數之百分比。」

我國公司法第二百一十四條股東代表訴訟制度，從沿革軌跡上觀察，係承襲日本昭和二十五年之日本商法及美國法制，因此，探究美日兩國之學說與實務，將有助於對我國股東代表訴訟制度之理解。

二、股東代表訴訟結構爭議

四本

1. 學說概況

代位訴訟性質說：

此說論旨認為，少數股東提起股東代表訴訟，以自己之名義為原告，非基於公司代表人之地位代表公司。法律承認此項訴訟之本旨乃係因：公司怠於對董事或監察人追究責任；少數股東又無從在股東會中促成起訴之決議；監察人亦不願代表公司起訴。

有鑑於此，故法律賦予少數股東有逕行起訴之權。其所行使之權利，乃為公司對於董事或監察人之權利，而類似於債權

²² 賴英照，前揭文，頁 31-35。

人代位債務人行使訴權，故為「代位訴訟性質」²³。

在此之前，學者基於股份債權說之觀點，認為股東因持有股份，享有利益分配請求權，而成為債權主體。為保全債權，得代位行使公司對董事之損害賠償請求權，及其他廣義之公司債權²⁴。演變至今，多數學者已不再以債權人之代位訴權作為依據，然觀察股東訴權之取得與債權人代位訴權之取得，兩者頗為類似，故認為股東代表訴訟具有代位訴訟之性質²⁵。

總之，此說認為股東行使之權利與公司所行使之權利兩者相同，在實體法上，公司為訴訟標的法律關係之歸屬者，股東為訴訟之遂行者，表現在訴訟法上是一種「訴訟擔當」的模式。

兩重性質說²⁶：

此說將股東代表訴訟分兩方面觀察，先從法條規定「為公司」提起訴訟，可知公司因具有法人人格，股東代表訴訟所行使者為公司之權利，故有「代位性質」。若從忽視公司法人人格的角度觀察，實際上權益被侵害者為全體股東之權益。為

²³ 小林秀之、原強，株主代表訴訟，全例と理論を知り，日本評論社，一九九六年一月十五日，頁310-311；竹昭夫，株主の代表訴訟，社法の理論，有斐閣，平成二年一月十二日，頁229-240。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，中華民國86年6月，頁22。

²⁴ 竹昭夫，株主の代表訴訟，社法の理論，有斐閣，平成二年一月十二日，頁239註20。黃書苑，前揭文，頁23。

²⁵ 池田辰夫，株主の代表訴訟の法構造，阪大法第一四九、一五〇頁，一九八九年三月，247頁。許曉微，前揭文，頁59。

²⁶ 黃書苑，前揭文，頁27-29；許曉微，前揭文，頁60-61。

維護該權益，作為公司構成員之股東，有請求公司健全營運之權利。若公司怠於行使其對董事之權利時，股東即可代表全體股東，強制行使公司之權利，亦即股東代表訴訟代表兩個訴訟原因：一、因董事違反忠實義務，不行使公司的權利；二、股東行使公司對於第三人之權利²⁷。由此可知，股東代表訴訟的內涵，包括公司拒絕股東對第三人提訴請求是否適當，及公司對於第三人權利之行使。要之，美國法之股東代表訴訟，其基礎係建構在衡平法上公司不當拒絕行使對第三人之權利，於一定要件下，股東得強制行使之。而原告股東之地位，則係為包含自己在內之全體股東提起訴訟。套用在日本法制上則變成：團體(公司)之構成員(股東)有請求團體(公司)健全營運之權利，當團體怠於行使對於理事(董事)權利，經構成員(股東)請求行使而仍不行使時，構成員(股東)可以強制行使，將此種團體構成員共通的權利明定其要件，是為股東代表訴訟²⁸。亦即，兩重性質之代位性質表現在原告股東代公司行使權利上；而代表性質則表現在股東為自己與其他股東利益提起訴訟上。

代表訴訟性質說：

此說論旨為，股東代表訴訟與債權人代位訴訟，在構造上並不相同，法條以代位訴訟的方式規定，僅是技巧上的便宜。

實際上，股東是為包含自己在內全體股東利益而代表全體股

²⁷ 竹 昭夫，株主の代表訴訟， 社法の理論 ，有斐閣，平成二年一月十二日，頁 237-238。

²⁸ 許曉微，前揭文，頁 61。

東所提的訴訟，為 class action 模式。此與日本住民訴訟類似，均是承認團體的構成員，向團體的機關糾正違法行為的權利，即原告股東在基於維護全體股東權利之下，為了糾正、監督公司經營者違法經營行為而提起的訴訟²⁹。

此種看法，本諸美國法制變遷考察上，蓋美國股東代表訴訟發端之初，僅有股東追究董事責任一種，至十九世紀後半期因承認股東可追究第三人對於公司的責任。（同時，因法人實體化概念成型）而產生所謂 derivative suit 衍生訴訟概念。由此可以得知，在美國法股東追究責任的訴訟類型有二：一為追究董事對公司責任類型（傳統類型），一為追究第三人對公司責任類型（新興類型）。回歸日本法，股東代表訴訟只能追究董事對公司責任，並不承認由股東追究第三人對公司責任，於是在類比之下，關於追究董事對公司責任的訴訟應為 class action 模式而非 derivative suit 模式。

其次，股東代表訴訟，既為原告股東代表全體股東，對公司經營者違法經營行為監督、糾正之訴訟，因起訴所得受之利益，難以客觀量化，故日本商法第二百六十七條第五項將之視為非財產權訴訟，可謂為代表訴訟性質說，提供一個有力的佐證。

總之，此說認為，股東提起代表訴訟基於固有地位，為全體股東的利益監督、糾正公司經營者行為，使公司業務經營正

²⁹ 小林秀之，株主代表訴訟の手 法的考察，木川統一郎 辻古稀祝賀論文集刊行委員 編，木川統一郎稀祝賀民事裁 法の促進，タイムズ社，一九九四年五月十六日，頁 609-611。許曉微，前揭文，頁 62。

常化，其規範目的應與董事違法行為制止請求權相同。

2. 學說評析

關於代位訴訟性質說：

不同法制之套用：代位訴訟源自法國法，而代表訴訟源自英美法，兩者直接予以套用，是否妥當，有待商榷³⁰。

將股東與公司間的關係，評價為類似代位訴訟關係中債權與債務人關係，不無疑問³¹。此外，股份債權說亦有不當之處：若認為股東對於公司有利益分配請求權，則為保全此一權利，得提起股東代表訴訟。惟利益分配請求權性質應屬於一種期待權，請求權是否發生，端視公司有無「現存利益」可資分配，但這一切尚在未定之天。請求權是否發生既不確定，以此作為保全行為之基礎，恐難謂當³²。

從繼受軌跡而論，當初所繼受之美國法制，內容屬於集團訴訟中之一種，呈現高度代表訴訟性質³³，採代位訴訟性質說，明顯忽略制度沿革由來，有所不當。

關於兩重性質說：

此說透過對美國法的考察，闡釋股東代表訴訟複雜的內涵，創造股東對公司有健全營運請求權，為股東代表訴訟權提供

³⁰ 三ヶ月章，わが の代位訴訟。取立訴訟の 異とその 決の 力の主の範圍，民事訴訟法研究第六 y, 昭和五十五年八月三十日，頁 14-15。黃書苑，前掲文，頁 25。

³¹ 同上註。

³² 新谷勝，株主代表訴訟と改正商法， 例タイムズ第八二四 ，一九九三年十一月一日，頁 13。黃書苑，前掲文，頁 26。

³³ 小林秀之，株主代表訴訟の構造と役員責任保 (上)，NBL 第五三二 ，頁 26。黃書苑，前掲文，頁 27。

一個基礎。然而股東對公司健全營業權，法理上其基礎何在，並無交待。其次，將二種性質（代位及代表）在訴訟中予以等量齊觀，在訴訟程序以及後續問題的處理難免會更加棘手。

關於代表訴訟性質說：

此說從強調股東之主體(企業所有者)之角度認為，原告股東之訴權，非衍生自公司，而是本於維護自身固有權益，為監督、糾正公司董事違法經營而代表全體股東起訴，充分理解股東在股東代表訴訟中獨特的地位，惟有如下可議之處：

所謂代表全體股東起訴，欠缺實體法之根據；且謂原告股東代表全體股東，然並無任何之選任程序，如何能為全體股東之代表³⁴？

被告董事程序權保障：採代表訴訟性質說，會發生股東主張之權利與公司所主張者不同之情形，若股東與公司先後對被告董事本於同一違法行為提起訴訟時，因其訴訟標的不同，並非同一訴訟，會使被告董事受到雙重訴追，並不合理³⁵。

董事與股東的關係：採此說者，以信託關係或監督、糾正權，在董事與股東間建構起法律上權利義務關係。惟從現

³⁴ 新谷勝，株主代表訴訟と取締役の責任，中央 社，平成二年二月十五日，頁 46；新谷勝，株主代表訴訟と 社の訴訟 如，今中利昭先生還 紀念論文集刊行委員 n，今中利昭先生還 紀念論文集現代倒産法， n 社法をあぐる諸問題，株式 社法研究 n，平成七年十一月一日，頁 46。黃書苑，前掲文，頁 32。

³⁵ 中島弘雅，株主代表訴訟制度-民事訴訟手 法上の問題 B，ジユリスト 第一 五 ，一九九四年八月一日，頁。許曉微，前掲文，頁 67。

行法制，董事僅對公司負有責任，至於董事與股東間是否有何權利義務關係，通說傾向否定看法³⁶。

過分凸顯監督、糾正權會有不當後果：股東代表訴訟若被有心股東利用，以糾正違法行為為名，打擊公司為實，對公司名譽及經營士氣有重大影響，所招致的無形損害無法計數³⁷。

3.小結

美國法，股東對董事所能提起之訴訟除 derivative suit，尚有基於第一次權利的股東個人訴訟(individual action)及股東之直接集團訴訟(shareholder's direct class action)，前者係股東為保護「自己」之權益所提起之訴，後者則係股東為自己與其他相同情況之全體股東所提起之訴訟，何時提起 derivative suit 何時提起直接訴訟？並無明確標準。大致說來，須視到底是公司或股東個人受到直接的損害，例如董事違反其注意義務、董事將公司利益不法輸送至個人，董事違反競業義務等情形，因公司係直接受損害者，所以股東可以提起 derivative suit。如果是股東個人利益被侵害，但卻不影響公司整體利益者，如少數股東權、盈餘分配請求權被侵害等情況，可提起 direct suit³⁸。

³⁶ 許曉微，前揭文，頁 67。

³⁷ 在美國，若股東代表訴訟之提起公司所得利益較花費之勞力、時間、費用等為少者，法院得駁回原告股東之訴。George W. Dent, Jr, The Power of Directors to Terminate Shareholder Litigation: the Death of the Derivative Suit?, 75 Northwestern University Law Review, at 123 (1980)。黃書苑，前揭文，頁 33。

³⁸ 王?光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，收錄於商法專論-賴英照教授五十歲生日祝賀論文集，月旦出版社，1995年7月，頁 117。

日本在昭和二十五年，繼受美國股東代表訴訟，聯合軍司令部(GHQ)最先所擬之草案為：「監察人、發起人、董事或其他重要幹部因違法或其非權限之行為，對公司須負責任，於符合以下條件，一人或一人以上之股東，得為全體股東之利益，以代表資格起訴追究」可知，GHQ 當時所引進的是美國集團訴訟之股東代表訴訟。而日本官方提案則針對國情稍對文字作修正，其中最要者即將「股東得為全體股東之利益，以代表資格起訴追究」修改為「前項之股東得『為公司』提起訴訟」。經此一修改，則與 GHQ 所擬引入之集團訴訟的股東代表訴訟大異其趣，致使股東代表訴訟之結構產生重大爭議。目前日本學界以兩重性質說為多數說³⁹。

我國

1. 學說概況及評析

關於公司法第二百一十四條第二項股東追究董事對公司責任的訴訟，國內學者有稱為股東代位訴訟，亦有稱為股東代表訴訟者。稱股東代位訴訟者，對於第二百一十四條第二項之訴訟結構有不同之理解：

純粹類比債權人代位訴訟的模式，以起訴股東為原告，為公司在訴訟上行使公司對董事之權利⁴⁰。

³⁹ 新谷勝、株主代表訴訟と取締役の責任，中央社，平成二年二月十五日，頁 48；上柳克郎、鴻常夫、竹昭夫編，新版注 T 社法(6)，有斐閣，平成二年二月十八日，頁 358。黃書苑，前揭文，頁 33。

⁴⁰ 楊建華，民事訴訟法問題研析(三)，頁 203-205；柯芳枝，公司法論(下)，三民書局 2003 年 1 月，頁 314。

起訴股東代表包含自己在內全體股東，以起訴股東自己名義在訴訟上行使公司對董事之權利。

至於稱股東代表訴訟者，對於第二百一十四條第二項之訴訟結構亦有如下不同的理解：

習慣上之稱呼，其內涵則類似兩重性質說⁴¹。

認為原告股東，係立於類似公司機關代表地位而起訴，故稱股東代表訴訟。若依此見解，則原告為公司，股東為公司之代表人⁴²(訴訟上應為公司法定代理人)。

有認為股東是為了包括自己在內全體股東之利益，代表全體股東而提起訴訟，是美國法 class action 類型。此說完全由繼受當時的美、日法制，作最忠實的反映、詮釋⁴³。

我國並無日本繼受美國股東代表訴訟的時代背景，然而卻在無意間繼受了不同法系在同一司法機器運作下所產生的衝突。就股東代表訴訟，強調「代位性質」，所犧牲的是股東主體地位；強調「代表性質」，則在實體法上顯然無據；採「兩重性質說」則同時面臨以上兩種困境。此處最根本的問題是：在公司法人人格嚴守情況下，股東權利(包含實體法及程序法)如何能獲致最充分的保障。

2.本文見解

關於股東代表訴訟的結構，本文認為應屬於「法定訴訟擔當」

⁴¹ 王?光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，收錄於商法專論-賴英照教授五十歲生日祝賀論文集，月旦出版社，1995年7月，頁114-115。

⁴² 柯芳枝，公司法論(下)，三民書局2003年1月，頁314。

⁴³ 黃書苑，前揭文，頁34-37。

的結構。理由為：公司法第二百一十四條第二項賦予公司股東於具備法定的要件下，得以自己名義代公司並為全體股東之利益，對公司董事提起代表訴訟。此種由法律賦予股東訴訟實施權，而使其在代表訴訟中，具有當事人適格所要保護之利益，此種利益屬於集團利益，而以公司及全體股東為歸屬主體。因此，提起代表訴訟之股東，係就此特定集團權益的保護成為當事人適格，故為「法定訴訟擔當」之型態⁴⁴。進言之，提訴股東當事人適格係為保護公司及全體股東等集團之利益而存在。此集團之利益亦歸屬公司及全體股東所享有。因此，股東代表訴訟之訴訟擔當人為原告股東，被擔當人實際上應為公司及全體股東⁴⁵。如此解釋符合代表訴訟權屬於共益權之定位，和以往認為僅單純為公司利益或其他股東利益不同⁴⁶，而且亦符合公司法第二百一十四條第二項「為公司」之規定。

又論者所採代表訴訟性質說之訴訟型態，在我國訴訟法並無相應的制度可資運用，因此在實踐面，代表訴訟性質說之理念無法實現。此部分除非立法明文承認集團訴訟，否則將股東代表訴

⁴⁴ 陳計男等，第三人訴訟參與之研討，民事訴訟法之研討（四），三民書局，中華民國85年3月，頁761-762（邱聯恭研討會後補註）；王甲乙等，當事人適格之擴張與界限，民事訴訟法之研討（六），三民書局，中華民國86年3月，頁88-89（邱聯恭研討會後補註）。

⁴⁵ 學者邱聯恭認為：「股東代表訴訟 需求擴張其判決效力及於未起訴和起訴之公司及其他股東（參照民事訴訟法第四百零一條第二項） 」。由其引用之條文，可以得知被擔當人為未起訴之公司及其他股東。邱聯恭，程序制度機能論--民事程序法之理論與實務第一卷，三民書局，1996年8月，頁230。相同見解，許曉微，前揭文，頁67-69、104。

⁴⁶ 在此理解下，股東代表訴訟之結構既非「代位訴訟」，亦非「代表訴訟」。此「名詞」之爭議，就本文觀點言之並非重要。對於第二百一十四條第二項之訴訟，多數學者以「股東代表訴訟」稱之。

訟理解為代表訴訟性質之主張，恐不能為實務所接受。

至於股東代表訴訟確定判決的效力，是否及於提訴外第三人（即未一同起訴之公司及其他股東），此為既判力主觀範圍認定的問題。詳於後述⁴⁷。

⁴⁷ 我國訴訟當事人之認定，採「形式當事人」概念。股東代表訴訟中，起訴股東為形式當事人，未起訴之公司及其他股東均為訴訟外之「第三人」。關於「形式當事人」概念，參陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，三民書局，中華民國 85 年 7 月，頁 152。

第四章 股東代表訴訟起訴要件

「當事人適格」，係指當事人於進行具體訴訟時，依法應具有之法律關係資格或權利義務關係，亦即就具體案件，在何人間解決較為妥當、有意義而言¹。訴訟當事人是否為適格之當事人，必須就具體案件決定之。原則上，實體法上權利義務法律關係歸屬者為當事人時，應具有當事人適格；例外情形則為非實體上權利義務法律關係之歸屬者，但就訴訟標的法律關係具有管理權（或處分權）時，亦可成為適格之當事人，此種得為他人成為原告或被告之情況，稱為訴訟擔當（民事訴訟法第四十一條、四十三條、四百零一條第二項）。股東代表訴訟，依通說見解，係原告股東為公司在訴訟上行使公司之權利，屬於法定訴訟擔當（縱使採代位訴訟性質說，亦屬於法定訴訟擔當的一種態樣），原告股東為訴訟擔當人，公司為被擔當人。本章所要討論的即具備如何要件的股東，始具有提訴資格以及提起股東代表訴訟的程序。

第一節 關於原告股東的持股要件

公司法第二百一十四條第一項規定：「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」。茲將原告股東持股要件分述如下：

一、須「繼續一年以上之持股」

¹ 駱永家，民事訴訟法，著者發行，1992年10月，頁102。

公司法第二百一十四條第一項規定股東代表訴訟，原告股東必須繼續一年以上持有公司股份，立法目的旨在防止不肖股東濫用股東代表訴訟制度²。在相關外國立法例上如美國，並無此一要件³。日本商法第二百七十六條第一項規定，須繼續六個月以上持有公司股份。

又繼續一年以上持有公司股份起算時點為何？可區分為記名股票及無記名股票兩種情況，茲分述如下：

記名股票

記名股票由股票持有人以背書轉讓之，並應將受讓人之姓名或名稱記載於股票(公司法第一百六十四條第二項前段)亦即記名股票經持有人完成公司法第一六四條第二項前段之方式交付與受讓人，則在讓受當事人間發生股份移轉之效力。但依公司法第一六五條第一項「股份之轉讓，非將受讓人之姓名或名稱及住所或居所，記載於公司股東名簿，不得以其轉讓對抗公司(過戶手續)」。所謂不得以其轉讓對抗公司，係指未過戶前，受讓人不得向公司主張因背書受讓而享有開會、分派股利等股東權⁴。亦即股東代表訴訟記名股東資格之認定，以股東名簿上之記載起算基準，並且以起訴股東向監察人為提訴之請求時點回算一年。實務見解亦認為，關於記名股東持有股份期間計算，應以股東名簿所

² 柯芳枝，公司法論(下)，三民書局，2003年1月，頁312。

³ 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，中華民國87年6月，頁3-8。

⁴ 柯芳枝，公司法論(上)，三民書局，2002年11月，頁210。

載之過戶日期為準⁵。

從美國法觀察，一九六二年美國模範商業公司法第四十九條規定，以「股東名簿上」之股東作為認定基準。但於一九八一年修法時刪除「股東名簿上」之字眼，而在第七．四條(e)指出：在本條之適用目的下「股東」一詞包括受益所有人，而其股份為投票信託或名義人所持有者⁶。即以行為時實質上股東(beneficial holder)作為認定標準，不再囿於股東名簿上記載。

惟本文認為，應區分公開發行公司與非公開發行公司討論：就公開發行公司無實體交易部分，可以實際交割日期為準；而非公開發行公司，則仍以股東名簿記載日期為準，較符合實際⁷。

無記名股票

公司法第一百六十四條後段規定，無記名股票得以交付轉讓之，一經交付不但發生股份移轉之效力，並可對抗公司及第三人。其持股期間應如何計算？有認為，應以股票交存公司達法定期間始足當之⁸。亦有認為，無記名股東持股期間計算，仍只須以交易證明單證明其持股已達法定期間即可。蓋查考公司法僅第一百七十六條規定：「無記名股票之股東，非於股東會開會五日前，將其股票交存公司『不得出席』」。除此之外，就無記名股東行使權利，並無一般性的交存股票於公司的規定。其次，強使無記名股東行

⁵ 經濟部五十六年五月十五日商字一二二九七號。

⁶ 許曉微，前揭文，頁 73；劉連焜譯，美國模範商業公司法，五南，民國八十三年二月，頁 53。

⁷ 2003 年 7 月 15 日與劉渝生老師訪談劉老師的意見。

⁸ 黃川口，公司法論，1989 年修正 4 版，頁 337。

使權利前，將股票交存公司，會造成對無記名股東權利之限制，例如股票將無法設質。然而，這樣的限制與無記名股東行使股東代表訴訟權間，並無合理的關聯。因此，無記名股東持股期間計算，仍只須以交易證明單證明其持股已達法定期間即可⁹。

惟本文認為，此問題亦可區分公開發行公司與非公開發行公司討論：就公開發行公司無實體交易部分，可以實際交割日期為準；而非公開發行公司，則不妨以交易證明單證明之¹⁰。

二、須持有已發行股份總數百分之三以上

公司法第二百一十四條第二項規定，須持有已發行股份總數百分之三以上之股東，始有資格提起股東代表訴訟。至於是一人持有或數人聚合而有，並無限制¹¹。此要件之目的，係在防止股東濫用股東代表訴訟。此一要件使股東代表訴訟成為少數股東權。立法例上，美國¹²、日本法之設計則為單獨股東權。股東代表訴訟究應為單獨股東權或少數股東權？屬於立法政策問題，比較法上，以單獨股東權之設計為多數國家所採。

從股東代表訴訟之功能面觀察，制度功能在於對公司經營者的監督與糾正，在此命題下，縱使股東只持有「一股」，亦無法否定其具有提起股東代表訴訟的資格與地位。

其次，作為股東監督、糾正權一環之股東代表訴訟，是為了

⁹ 許曉微，前揭文，頁 74。

¹⁰ 同註 7。

¹¹ 柯芳枝，公司法論（下），三民書局，2003 年 1 月，頁 314。

¹² 周劍龍，株主代表訴訟制度論，信山社平成 8 年 6 月 20 日版，頁 243；許美麗，前揭文，頁 3-3 註 18。

質疑經營者行為之合法性而存在，此係有別於採取何種經營政策之價值判斷問題。亦即，就後者而言，受資本多數決原則之支配，應以多數股東之判斷(或以經由多數股東所選出董事之判斷)為優先，若承認單獨股東(少數股東)有否定多數股東之決定，將有悖資本多數決原則，並有害公司健全、有效率地經營。但在前者，係以監督糾正經營者之違法行為，確保公司健全營運為目的，此時，為了避免受多數派股東之壓抑，賦予股東強大的單獨股東權，似較能期待小股東權益受到保護¹³。

再者，民國九十年十一月十二日公司法修法，將股東持股比例由百分之五調降為百分之三，修正理由謂：「為發揮股東代表訴訟監督之功能，對於股東請求監察人對董事提起訴訟之門檻應予降低，尤其是資本額龐大之公司，要達到股份總數百分之五非常困難，爰調降股份總數之百分比」。本文認為，此修正理由似有矛盾，蓋既已將股東代表訴訟定位為「監督」公司經營機制，則股東持股比例已不重要，只要是公司股東，縱使僅持有「一股」，均對公司經營有監督權¹⁴。本次修法，立法者似擔心股東代表訴訟遭到不肖股東濫用，故仍保留持股比例要件而僅調降持股比例

¹³ 許曉微，前揭文，頁 80。

¹⁴ 有認為，持有一股之股東提起訴訟，欠缺訴之利益。相類的情況，例如，日本三井礦山案，原告股東持有公司股份 1000 股，對被告請求一億日圓損害賠償。被告抗辯，原告依其持股比例僅能獲得一千零四十圓之間接利益，且就訴訟相關費用支出加以考量，對原告並不合算，主張原告提起訴訟為權利濫用。惟股東代表訴訟係在監督追究董事違法行為、回復公司損害，權利性質為共益權，個別股東因本訴訟受有多少利益並非重點，只要董事有違法行為，即有提起代表訴訟的必要與利益。三井礦山案相關問題檢討，參林麗香，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，民國 83 年 7 月，頁 1-17。

¹⁵。其實，防止股東濫訴另有適當方法（例如：供擔保制度，詳後述），不需在持股比例上設下門檻。因此，立法論上，本文傾向將股東代表訴訟改為單獨股東權。

總之，我國在民國五十五年繼受美、日的股東代表訴訟制度時，即已「青出於藍、更勝於藍」，加入過多預防措施，致使股東代表訴訟在我國司法案牘裡，無案例可稽。民國九十年十一月公司法修正雖已意識到股東代表訴訟功能不彰而加以修正，惟修正內容仍嫌保守，是否能如修正理由中所言能發揮其訴訟功能，有待觀察。

三、同時擁有股份原則

「同時擁有股份原則」(Contemporaneous Ownership Rule)亦有稱「同時存在原則」，係指提起股東代表訴訟之股東，必須於所訴追之違法行為前已為公司股東，若於違法行為發生後始成為公司股東者，不得提起股東代表訴訟¹⁶。

此一原則，為美國於一八八二年 Hawes vs. Oakland 案¹⁷中被聯邦最高法院確立，其後相繼被美國聯邦民事訴訟規則第二三．一條、美國模範商業公司法（一九八九）第七．四一條¹⁸及大多

¹⁵ 此次修法鑑於持有已發行股份總數百分之五以上之持股比例太高，有意放寬股東代表訴訟要件，發揮股東監督公司董事的功能，故調降股份總數之百分比為百分之三。但學者認為，仍未解決百分之三持股已是大股東的問題。余雪明-董事及董事會，？源河等合著，新修正公司法解析，元照出版有限公司，2003年3月，頁284。

¹⁶ 許曉微，前揭文，頁76。

¹⁷ 104 U.S. 450 (1882)。

¹⁸ 在修正說明中提及，維持此一規則的理由在於：簡單 (simple)、明確 (clear)、容易適用 (easy to apply)。See The Committee on Corporate

數州州法援用。

W同時擁有股份原則」之目的

該原則所要規制的目的，約有如下數端：

防止被操縱發動聯邦管轄事件：防止在違法行為發生後，基於某些理由（例如就相同情況，聯邦法院運用事證開示較州法院積極）¹⁹，希望由聯邦法院裁判，藉由股份轉讓予他州之人，使該他州之人成為股東，並讓該人提起股東代表訴訟（因跨州的糾紛，致成聯邦法院管轄案件）。因此，美國聯邦法院為了防止此種藉由通謀買賣股份發動聯邦法院管轄、增加聯邦法院煩累，故確立此一原則。

防止具有惡意動機（例如：脅迫、敲詐公司）之人，購買股份、而提起股東代表訴訟，騷擾、勒索公司²⁰。

防止成為獲取不當利益的工具：防止以廉價購買股份後，藉由代表訴訟，追究董事責任而獲得不當利益²¹。

無人可以預知何時公司董事會有不法行為，因之無人會購買股票來等待董事發生不法行為，此原則的確定，可使股東購買股票的目的，不可能只是為了等待提起代表訴訟並藉以謀

Laws, Changes in the Model Business Corporation Act Amendments Pertaining to Derivative Proceedings, 34 The Bus. Law.1241, at 1243 (May 1990).

¹⁹ 池田辰夫，株主の代表訴訟の法構造，阪大法 第一四九、一五 y, 一九八九年三月，頁 238。許曉微，前揭文，頁 77。

²⁰ Dimpltel v. Ohio & Mississippi Railway Co., 110 U.S. 209 (1884).

²¹ Home Fire Ins. Co. v. Barber, 93N.W.1024 (1903).

利²²。

「同時擁有股份原則」確立後，雖經廣泛的認同，然援用之後卻發生不盡合理的情形，蓋有時公司董事為違法行為在先，但投資人並不知情而買進公司股票，嗣後亦因該違法行為受到損害，若堅持「同時擁有股份原則」，禁止此類股東提股東代表訴訟，未免對之太苛。

例外情況

在採取同時擁有股份原則之同時，亦有少數例外情況緩和此一原則之適用，茲分述如下：

因為法律規定而取得股票者：若股票是依法律的規定而取得者²³ (operation of law)，而前手在違法行為發生時已經是股東，則取得股票者，可繼受前任股東之地位提起股東代表訴訟。(例如繼承)。

公司合併：「同時擁有股份原則」的內涵，除要求欲提起代表訴訟的股東，在違法行為及起訴時擁有股份外，亦要求必須於判決時擁有股份。若訴訟中公司同時進行合併者，是否會影響股東代表訴訟？此問題可分為該合併為存續合併或消滅合併討論。在存續合併的場合，大多數判例認為合併後存

²² Note, Corporate Incapacity to Sue Where Stockholders Would Be Barred From Suing Derivatively-The Vicarious Incapacity Rule: A Public Interest Exceptions, 54 B.U.L. Rev.355, at 369-373 (March, 1974)。王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，收錄於『商法專論--賴英照教授五十歲生日祝賀論文集』，月旦出版，1995年7月，頁122。

²³ 參美國聯邦民事訴訟規則第二三．一條及美國模範商業公司法（1989）第七．四一條。

續公司的股東，其原告地位不受影響。至若為消滅合併，則其股東在合併前所提的代表訴訟將喪失合法性²⁴。

修正理論

對於「同時擁有股份原則」的修正理論，約有如下數端：

1. 持續性違法行為理論

若股東代表訴訟所欲追究的違法行為，是一種持續、延續的行為，則在此一持續、延續的違法行為中取得股份者，仍認為該股東具有原告適格，此理論稱為持續性違法行為理論 (Continuing Wrong Theory)。此理論在適用上，因欠缺明確的標準去認定何謂「持續性違法」導致法院對於相類之案例事實作出不同認定²⁵。

2. 公開理論

由於「同時擁有股份原則」及「持續性違法行為理論」無法合理解決問題，因此美國法律協會 (The American Law Institute，以下簡稱「ALI」) 在「公司監控之原理—分析與建議」(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations) 提出「公開理論」²⁶。所謂「公開理論」

²⁴ 王惠光，前揭文，頁 123-124。

²⁵ See John C. Coffee, Jr., & Donald E. Schwartz, "The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform" 81 Colum. L. Rev. at 303 (1981). 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，中華民國 86 年 6 月，頁 68；王惠光，前揭文，頁 121-122。

²⁶ ALI「分析與建議」第 7.02 條 a 項建議，符合下列要件之股東得提起代表訴訟：1. 取得股票係在所追究董事之違法行為實質事實被公開前或為持有人知悉前或特別被傳？前 2. 直接或間接從符合 1. 之股東依法定方法取

(Disclosure Test)，指提起股東代表訴訟的股東，必須是在所欲追究之違法行為被「公開」以前，已取得公司股東身份始足當之。因此，不論違法行為於何時所為，只要該違法行為眾未週知（未一般性公開）或該原告股東知悉前已為公司股東，均可提起股東代表訴訟²⁷⁾²⁸⁾。蓋違法行為於眾所週知後，該股票交易價值已經調整，此時購入股票，提起股東代表訴訟，恐有獲取不當利益之可能，故不許其提起股東代表訴訟。至於公開時點，是以該訊息到達證券市場並影響證券市場時，非此一公開文件被建檔或由大眾傳播媒體公佈之時²⁹⁾。

日本學者之論說

以上為「同時擁有股份原則」在美國確立與修正的梗概。至於在繼受美國股東代表訴訟制度的日本，對於是否引入「同時擁有股份原則」，有正反不同意見。肯定說³⁰⁾，旨在防止股東濫訴。折衷說者認為，採用「公開理論」較法條規定繼續持有六個月期間為合理³¹⁾。否定說之學者基於下列理由，採取較保留的態度：

得者。利美利，股份有限公司代表訴訟制度之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，中華民國 85 年 6 月，頁 126。

²⁷⁾ 黃書苑，前揭文，頁 69；許美麗，前揭文，頁 3-16。許曉微，前揭文，頁 79。

²⁸⁾ 參加州公司法 800 (b) (1)(iii) the plaintiff acquired the shares before there was disclosure to the public or to the plaintiff of the wrongdoing of which plaintiff complains.黃書苑，前揭文，頁 68。

²⁹⁾ 黃書苑，前揭文，頁 69。

³⁰⁾ 產業界大多贊成將「同時擁有股份原則」納入法律規定。

³¹⁾ 竹 昭夫，株主の代表訴訟，社法の理論，有斐閣，平成二年一月十二日，頁 240-241；龍田 節，三井 山事件の最高裁 決一子公司利用による自己株式取得と代表訴訟一，商事法務第一三三四期，一九九三年十月，頁 36。許美麗，前揭文，頁 3-21。

1. 在現狀上，股東代表訴訟並無濫用現象，若再加入限制，將使剛起步的代表訴訟因之停頓³²。
2. 「同時擁有股份原則」原在排除通謀發動聯邦管轄案件，在日本並無此問題。
3. 「同時擁有股份原則」在防止原告股東獲取不當利益。但是³³：於在該違法行為公開前，基於善意買受股份的股東，亦排除其提起股東代表訴訟，太過嚴苛。股價是否因此違法行為而下跌，證明不易。從股東代表訴訟功能而言(填補損害及監督糾正違法)，「同時擁有股份原則」並不合理。

在日本實務³⁴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。股東有無權利濫用之判斷，東京高等法院認為：「提起股東代表訴訟，是否構成權利濫用應為慎重判斷，如意圖以起訴而向公司嚇取金錢，以獲得個人不當之利益，或所訴追之董事違法事由係屬輕微，或係已久遠之事由，或公司之損害甚微，缺乏追究董事責任之合理性、必要性，或以使被告董事難堪為目的，而故意起訴等特殊情事，始構成權

³² 許美麗，前揭文，頁 3-20。

³³ 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。許曉微，前揭文，頁 78。

³⁴ 在日本三井礦山案中，原告股東係在所追究董事違法行為發生後始取得公司股份，而提起代表訴訟。被告董事將之列為權利濫用的理由之一而抗辯。參林麗香，前揭文，頁 3。

利濫用。」³⁵

我國學者之論說

在我國，提起股東代表訴訟的股東，是否必須在所追究的違法行為發生前已為公司股東？法無明文，因此是否要引入美國法上的「同時擁有股份原則」，論者意見未盡一致，其立場如下：

認為防止原告股東為了提起代表訴訟始買進股票，有必要引進美國法之「同時存在原則」，又為了避免抑制正當訴訟之提起，關於「持續違法行為理論」或「公開理論」，有必要一併引進³⁶。

認為就立法論而言，在刪除原告股東持股限制的同時，為防止原告為了提起代表訴訟，於事後購買公司股份之「買取訴訟」，因此有必要限制必須在董事違法事實公開前，或知悉該違法事實前已取得股份之股東，始得提起代表訴訟。有必要引進「公開理論」³⁷。

認為與其強調以形式、劃一方式，對於提訴股東持股時點加以限制，不如以股東是否係在董事所為不正行為後，或該行為被一般的公開後始購入股份之事實，作為法院判斷之資料，藉以從實質上篩選適格之訴訟擔當者³⁸。

本文之看法

³⁵ 東京高判，平成元年 7 月 3 日，商事法務 1188 號，頁 36。許美麗，前揭文，頁 3-18。許曉微，前揭文，頁 78。

³⁶ 黃書苑，前揭文，頁 70。

³⁷ 許美麗，前揭文，頁 3-32。

³⁸ 許曉微，前揭文，頁 80。

惟本文認為在現階段，我國並無引入「同時擁有股份原則」之必要，理由如下：

我國欠缺美國發展「同時擁有股份原則」的背景，例如通謀發動聯邦管轄；且在防止獲取不當利益方面，欠缺說服力³⁹。股東代表訴訟的功能在於抑制董事違法行為，因此是否能提起代表訴訟所當重者，應於董事違法行為存在與否。只要董事有違法行為存在，縱然原告於違法行為後始取得股份，亦不應否認原告有提起代表訴訟之權⁴⁰。

其次，ALI所建議的「公開理論」，認定是否公開，以該事件到達並影響證券市場為據，但證券市場(交易)是否受此一訊息之影響，舉證上頗有困難。而就個人知悉與否而排除提起股東訴訟而言，此一知悉是否須達確信？又證券市場小道消息眾多，一有風吹草動，媒體即捕風捉影，大肆喧染，如此豈非盡將該時期買入股份之投資人(股東)拒於股東代表訴訟大門，蓋無一投資人(股東)屬於善意(不知情)也。

就「同時擁有限份原則」防止股東濫訴而言，目前國內既未曾見股東代表訴訟，自無濫訴之餘慮。

日本自由民主黨在平成九年時公布「關於 Corporate Governance 的商法改正要點」，在彙集各界意見及其他黨派支持，於平成十三年（2001年）提出「關於商法與股份有限公司監察等關於商法特例法之法律一部修正案」。其中關於

³⁹ 參註 33。

⁴⁰ 林麗香，前揭文，頁 7。

股東代表訴訟起訴股東資格，即加入「同時擁有限份原則」及「公開理論」限制⁴¹。惟嗣後在平成十三年、十四年兩次商法修正中，均未通過，顯示「同時擁有限份原則」及「公開理論」仍有商榷餘地。

因此，在面對董事違法行為發生後，始取得股份之股東代表訴訟之原告股東，有兩個因應之道：

仿照日本實務見解，在濫用權利與否上，予以斟酌；

由法院依「代表適切性」要求，在當事人適格要件，予以排除。

此二因應之道，均在訴之利益層面上篩選，由法院依照具體案件裁量，較「同時擁有股份原則」有彈性。

第二節 關於原告股東「代表適切性」要件

股東代表訴訟的提起及訴訟結果，攸關公司及全體股東的利益。影響層面既廣，因此對於提起股東代表訴訟股東之適當篩選，亦成為一個重要課題。

一、美國法對「代表適切性」之解說

美國聯邦民事訴訟規則第二十三．一條規定：「代表訴訟之原告就行使公司或社團之權利，若認為不能公正且適切代表具有類似地位之股東或社員之利益者，該訴訟不能維持。」即原

⁴¹ 胡浩叡，股份有限公司內部機關之研究--以權限分配與公司治理中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國 91 年 6 月，頁 224-225。

告股東必須具有「代表適切性」—公正且適當代表 (fairly and adequately represent) 全體股東的利益，並將之當作既判力擴張的基礎。至於原告股東能否公正且適切地代表全體股東進行訴訟，則由法院在具體案件予以裁量，其裁量標準可分為二方面⁴²：

在消極面：原告股東必須與其他股東(被代表的股東)不存在利益衝突的情形；

積極面：原告股東必須能為有力主張(vigorously)及謹慎盡責地(conscientiously)進行訴訟。

具體而言，「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，或者，甚至不要求得到全體少數股東的支持。正確的判斷標準不在於原告代表了多少股東，而是在於為代表之原告股東，如何適當地增進其他處於相類似地位股東之利益⁴³。又，提訴股東個人動機，並不影響代表訴訟的合法性，只有在證據顯示提訴股東的訴追目的與全體股東利益衝突時，該訴會被法院駁回⁴⁴。

美國模範商業公司法於一九八九年修正，在第七．四一條

⁴² Schupack v. Covelli, 512 F. Supp. 1310, at 1312(W.D.Pa.1981)

⁴³ 「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 plaintiff represents. Rather it is how well does this representative plaintiff advance the interest of other similarity situated shareholders. 」, Schupack v. Covelli, 512 F. Supp. 1310, at 1312(W.D.Pa.1981) 許曉微，前揭文，頁 88。

⁴⁴ Harry G. Henn, Law of Corporates, at 769, §363. 鄭承華，美國股東代位訴訟之研究，賴源河主編，國立政治大學法律研究所，法律學研究第一輯，頁 223。

規定，原告股東必須能公正且適切代表「公司」行使公司權利⁴⁵，如此規定更能表現股東代表訴訟的本質⁴⁶。

二、日本學者對「代表適切性」之解說

日本商法第二百六十七條，對於股東代表訴訟的原告股東是否必須具有「代表適切性」，法無明文，該國實務認為濫用股東代表訴訟者，均可依此一要件加以篩選⁴⁷。惟學說有採否定看法者，其理由如下⁴⁸：

主張原告股東須具「代表適切性」之要件者，認為因判決效力及於公司及其他股東，故認原告股東須具代表適切性。惟股東代表訴訟之判決效力，係經由公司而及於全體股東，似無必要以前述理由將原告股東「代表適切性」納入提訴要件。以「是否適切」之評價式用語對原告股東下結論，是否妥當亦值懷疑。

三、我國學者對「代表適切性」之解說

至於我國，公司法第二百一十四條亦無對股東代表訴訟的原告股東「代表適切性」作要求，是否要在具體案件中加以考量，論者有不同意見：

⁴⁵ §.41(2)fairly and adequately represents the interests of the corporation in enforcing the right of the corporation.

⁴⁶ See The Committee on Corporate Laws, Changes in the Model Business Corporation Act Amendments Pertaining to Derivative Proceedings, 34 The Bus. Law.1241, at 1243 (May 1990) .

⁴⁷ 黃書苑，前揭文，頁 72 註 198。

⁴⁸ 許美麗，前揭文，頁 3-26。

否定說

此說除沿襲前述日本否定說的兩點理由外，並認為美國法上之股東代表訴訟隱含集團訴訟之性質，重視原告股東與其他股東的關係，要求原告股東必須具備「代表適切性」乃屬當然。而我國於繼受股東代表訴訟時，並無與美國相同的背景，且我國公司法對股東代表訴訟提訴股東資格已有相當嚴格限制，是否有必要再加入代表適切性概念，有討論餘地。其次，就實務現況而言，要求法院判斷原告是否具代表適切性，甚為困難，且為相當之負擔，因此無須考量列入代表適切性要件⁴⁹。

肯定說

依論者對於股東代表訴訟性質認知的不同，理由說明亦有差異：

採代表訴訟性質說者，認為未將「代表適切性」當成原告股東適格的要件，實是忽略股東代表訴訟具有代表訴訟性質，因此在我國「解釋」上，宜將「代表適切性」認為是原告股東適格的要件之一，亦為既判力擴張的基礎⁵⁰。

採原告股東為集團利益遂行訴訟的法定訴訟擔當說者，認為在顧慮公司及其他股東之利益，對於提訴股東的資格有必要委由法院適度介入監督，並以「消極事由」及「積極事由」（代表適切性）為法院裁量時所應依循的最低標準，以便於具體案件慎選具有「代表適切性」為訴訟擔當者進行訴訟，以

⁴⁹ 許美麗，前揭文，頁 3-25-3-26。

⁵⁰ 黃書苑，前揭文，頁 73-74。

確保公司及股東之利益在訴訟程序中被考量、審酌⁵¹。

四、本文對「代表適切性」之看法

本文認為，關於是否要求提訴股東須具備「代表適切性」，與股東代表訴訟結構並無關連。採代表訴訟性質說者，要求「代表適切性」主要考量點在既判力擴張及於未起訴股東的問題。但在採代位訴訟性質說及兩重性質說的立場，原告股東為公司在訴訟上行使公司對董事的權利，原告股東必須要能公正適切行使公司權利、實施訴訟，此為基本要求，美國模範商業公司法一九八九年修正第七．四一條第一款（公正適切代表公司利益）似可為此註腳。本文對股東代表訴訟結構採法定訴訟擔當說，於此認為，在具體訴訟中考量「代表適切性」要件實有必要⁵²，蓋藉由「代表適切性」要件篩選適當的股東成為原告，以期待其提出較充分之攻擊防禦方法、充實審理內容及避免詐害訴訟的發生。

值得附言者，「權利濫用」與「代表適切性」兩者關係如何？從訴訟法角度而言，兩者均為訴之利益之一環，進一步歸類，權利濫用屬於權利有無保護之必要性；「代表適切性」，依本文看法，應屬當事人適格之問題，原告股東欠缺「代表適切性」，無異說明該追究董事責任的訴訟，由此一原告股東進行訴訟並不適當也。

⁵¹ 許曉微，前揭文，頁 91。

⁵² 國內學者有持相同看法者，參王甲等，當事人適格之擴張與界限，民事訴訟法之研討（六），三民書局，中華民國 86 年 3 月，頁 89（邱聯恭會後補註）。

第三節 關於起訴前之先程序要件

公司法第二百一十四條第一項規定，股東於提起股東代表訴訟前，須以書面請求「監察人」為公司對董事提起訴訟。監察人自有該請求之日起三十日內不提起訴訟時，前項股東得為公司提起訴訟。由此可知原告股東提訴前的先程序有：須先向監察人為提訴之請求 該請求須以書面為之 須請求後三十日內監察人不為提訴時，股東始能提起股東代表訴訟。以下就比較法之觀點，提訴請求的對象及相關程序作探討：

一、提訴請求的對象

美國法制

1. 董事會

就美國法制，公司股東提起股東代表訴訟前，原則上須先向公司董事會為提訴之請求，美國聯邦民事訴訟規則第二十三．一條 (b)規定，「訴狀應記載下列事項：原告對於董事或等同董事之人，為提訴請求之努力；以及其提訴請求失敗之理由。」美國大多數州州法，對之均有相同之要求⁵³。其規範目的為：

公司由董事會運作、經營，是否提起訴訟，亦屬於公司經營範圍。

⁵³ 美國模範公司法第七．四二條，雖未明白規定向董事會為提訴訟請求，但在修正說明中則指出向董事會為之。See The Committee on Corporate Laws, Changes in the Model Business Corporation Act-- Amendments Pertaining to Derivative Proceedings, 34 The Bus. Law.1241, at 1245 (May 1990) .

董事會握有充足的資訊，可以事先排除不成熟、不必要的股東代表訴訟。

防止股東以敲詐公司為目的提起股東代表訴訟⁵⁴。

提訴請求之方式，依美國模範商業公司法第七．四二條及 ALI 建議條文第七．三條，均要求以「書面」為之⁵⁵。提訴請求之內容，必須就違法行為人、原告聲請之事實依據、公司因違法行為所受之損害為明顯者始可，否則法院可以原告股東對董事會提訴請求內容不妥適為由，駁回代表訴訟⁵⁶。股東的提訴請求，應給予董事會充分、合理的時間，以便董事會能就提訴請求所指責、質疑的對象、行為及事實證據等，為完整地調查、評估是否提起訴訟。美國模範商業公司法第七．四二條給予董事會九十日的期間亦出於相同的考量。

董事會是否提訴，屬於經營判斷的範圍，因此，當董事會拒絕對董事提起訴訟時，除其拒絕提訴違反經營判斷原則及錯誤的拒絕外，股東不得提起股東代表訴訟⁵⁷。

⁵⁴ 王惠光，前揭文，頁 132；許美麗，前揭文，頁 3-27。

⁵⁵ The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, §.03, at 60 (1994) .

⁵⁶ 許美麗，前揭文，頁 3-27。

⁵⁷ ALI 第七．四條 a 項建議：原告股東訴狀應詳細記載所訴追之行為之注意義務、經營判斷原則、公平交易義務，未依規定而為控制交易及公開收購之董事等相當可見之事實。訴狀上須記載前開回答(董事會對股東提訴請求之回覆)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與公司最佳利益不符、不合理之決定等相當的事實。若未具利害關係之董事在董事會未過半數時(董事會獨立性欠缺)或該等董事不能為客觀判斷時，關於提訴請求之拒絕，不得以第七．四條董事會已拒絕提訴之請求為由而駁回原告之訴。The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, §.04 (1994) . 許美麗，前揭文，頁 3-30。

2. 請求股東會決議追究董事責任

美國聯邦民事訴訟規則第二十三．一條規定：「若有必要，必須陳明曾經努力尋求公司其他股東或成員提訴及其提訴努力失敗之理由。」從條文文義上觀察可知，向股東會為提訴之請求並非必經的程序，蓋此一程序不但曠日廢時，而且所費不貲，若無必要，不須為如此要求。美國現今仍有許多州要求原告股東必須先向股東會為提訴請求程序，惟該國模範商業公司法並不要求原告股東須先向股東會提訴請求。

日本法制

日本商法第二百六十七條第二項規定：「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」立法目的在於：1.可防止無必要的訴訟，且向公司為提訴之請求的股東不會造成太大負擔；2.促使公司追究董事責任。此一規定大致定位在防止股東濫訴。

當公司拒絕對董事提訴時，不論拒絕是否正當，依條文文義，股東均可提起代表訴訟，此與美國法制大異其趣。惟有認為，為了防止股東權濫用，當公司監察人認定無追究董事責任之必要時，應尊重公司的決定，公司股東不得再提起代表訴訟⁵⁸。

二、免除提訴請求程序

美國法

⁵⁸ 北川 清，株主代表訴訟，取締役の責任制度の現 在問題（下）-企業法制に 関する研究 報告書の概要，商事法務事一三九七期，一九九五年八月五日，頁 29-30。許美麗，前揭文，頁 3-33。

股東代表訴訟旨在追究董事對公司之責任，因此向董事會為提訴之請求，有無實益，不無疑問。又，踐行提訴程序難免會拖延股東代表訴訟之提起，有時對公司及全體股東的利益造成損害。因此如何免除這道程序，亦為美國法上一個討論重點。

股東代表訴訟原告股東欲免除向公司董事會提訴請求程序，有法院認為，須原告股東的提訴請求屬「無益的」(futile)、「無用的」時，即可免除此一程序⁵⁹。但何謂「無益的」、「無用的」提訴請求，並無一致可供依循的標準。有些法院認為，只要多數董事是利害關係人，則提訴請求即屬「無益的」，但在以全部董事為被告的極端案例中，亦有法院認為向董事會為提訴之請求並非無益的⁶⁰。至於提訴請求「無益」、「無用」的證明事項及程度，以德拉瓦州法院的要求為例，在假定董事會獨立性被信賴之前提下，原告股東必須就下列事項，證明至法院產生合理的懷疑⁶¹：

大部分董事具有充分獨立性且就訴追之違法行為無利害關係；

訴追之行為屬於經營判斷原則範圍內。

總之，免除對董事會提訴之請求的難易，因各州法律立場不同而異。

正由於免除提訴請求標準不一、內容繁雜，適用上頗感不

⁵⁹ 黃書苑，前揭文，頁 100。

⁶⁰ Lewis v. Gaves, 701F.2d 245 (2d Cir.1983)。王惠光，前揭文，頁 133。

⁶¹ Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984)。王惠光，前揭文，頁 134；黃書苑，前揭文，頁 101。

便，近來對此已有改變。ALI第七．三條建議：原告股東於提起股東代表訴訟前，必須向董事會為提訴請求。若原告能明確證明有發生不能回復損害之情況，得免除提訴請求⁶²。做如此改變的理由⁶³為：

刪除複雜的提訴請求要求給予法院一明確標準，有助於法院篩選不合法的代表訴訟；

法院可節省時間、精力，不須在解決訴訟核心問題前，去處理太過表面的問題。

此外，美國模範商業公司法第七．四二條第一款規定⁶⁴，股東於九十日內收受拒絕該請求之通知或待至九十日期間經過，對公司之權利有發生不能回復損害之情形時，股東得直接提起訴訟

日本法

日本於繼受美國法股東代表訴訟時，對於免除提訴請求，以因所定三十日期間經過，公司恐有發生不能回復損害之虞時，股東可不向公司為提訴請求，直接提起代表訴訟（現行商法第二百六十七條第四項）。所謂「不能回復之損害」，例如：對於董事之權利將罹於時效、董事將成為無資力等情況。

三、我國現行法制之比較與檢討

⁶² American Law Institute, Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations, Volume 2, at 58-59 (1994) .

⁶³ 黃書苑，前揭文，頁 102。

⁶⁴ §.42(2)90 days have expired from the date the demand was made unless the shareholder has earlier been notified that the demand has been rejected by the corporation or unless irreparable injury to the corporation would result by waiting for the expiration of the 90 day period.

提訴對象

公司法第二百一十四條第一項規定，股東須向「監察人」為提訴請求，與美國（向董事會）及日本（向公司）不同。按美國公司法制並無監察人之設置，因此只得向董事會為之。日本法則是公司與董事間訴訟，一概由監察人代表公司，因此條文規定「向公司」為提訴請求，實則即應向監察人為之。我國條文則直接規定股東向監察人為提訴請求。

三十日期間之規定

公司法第二百一十四條第二項賦予公司三十日的猶豫期間，目的在於能利用三十日之期間就股東提訴請求中所質疑的行為，調查、搜集相關事證，以決定是否對董事提起訴訟。學者認為，此一步驟需要審閱相關的簿冊與資料，三十日期間規定稍嫌短促，有必要加以延長⁶⁵。從比較法的觀點，美國模範商業公司法第七．四二條第一款規定為九十日，日本商法在平成十三年修正時，將原先的三十日延長為六十日。

本文認為，現行法三十日的規定有其合理性：

美國並無監察人設計而我國有之，且為必備常設機關；

監察人依公司法第二百一十八條之二得列席董事會並陳述意見。

本於此，監察人平時執行職務即可得知公司董事有無違法行為，再就因提訴請求時間之經過公司有受不能回復損害之虞等

⁶⁵ 許美麗，前揭文，頁 3-35。

免除提訴請求情況綜合考量，此三十日應屬合理⁶⁶。

公司拒絕提訴的效力

公司拒絕股東的提訴請求時，依現行法，股東即可提起股東代表訴訟，縱使公司拒絕提訴具有正當理由(即符合經營判斷原則、決定符合公司最佳利益等)。在現行制度上，有無必要承認當公司拒絕提訴有正當理由時，股東不得提起代表訴訟，學說上有持肯定見解。本文認為，在健全股東資訊權(例如詢問權)的基礎上，可以明認此一效力。蓋健全、流暢的資訊取得管道，不但攸關股東能及早發現董事違法行為，適時糾正，避免公司損害擴大外，並且在公司拒絕提訴請求的情況，能有足夠的證據證明公司判斷不當，以取得代表訴訟的合法繫屬及審理。然而，現行公司法對股東資訊權保護不充分，且監察人獨立性不足，冒然承認公司拒絕提訴時，股東不得提起代表訴訟，並不妥當。

免除提訴請求

目前公司法尚無免除向公司提訴請求程序之規定，在某些情況，強制股東必須等待相關期間，可能會對公司及全體股東利益造成損害，因此有必要增設免除提訴請求之程序，以因應多樣的情況。

四、其他程序問題

提訴股東是否限於已以書面向監察人為提訴求者為限

⁶⁶ 同註 7。

這個問題涉及公司法第二百一十四條第二項解釋的問題，公司法第二百一十四條第一項前段規定，「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。」條文所稱『前項之股東』，所指為何？有認為係指繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股份⁶⁷；但有認為應指除繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上，且以書面請求監察人為公司對董事提起訴⁶⁸。此外，有論者立足於防止董事妨礙提起股東代表訴訟的觀點，認為：在我國由於提起股東代表訴訟有持股比例的限制，因此在持股總數達股份總數百分之三的情況，通常是由數股東總和其持股，在向監察人提訴請求後，監察人拒絕提訴或已逾三十日而監察人未作回應時，本即可提起股東代表訴訟。但若董事與該數股東中一人「私下解決」，使此一股東不參與股東代表訴訟之起訴，讓持有股份數不足發行股份總數百分之三，致使必須加入新股東以滿足持股比例要求。此新加入之股東若必須再踐行向監察人提訴請求之程序，才能提起股東代表訴訟，難免被有心人士利用而妨礙代表訴訟之提訴。因此，認為於已合法踐行提訴請求程序後，若有其他股東符合繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三之要件，於監察人拒絕提訴或逾三十日未為回應時，即可提起股東代表訴訟，無須再踐行提訴請求程序⁶⁹。

⁶⁷ 利美利，前揭文，頁 56。

⁶⁸ 參王惠光，前揭文，頁 145-146。

⁶⁹ 黃書苑，前揭文，頁 61。在向監察人為提訴請求程序中，亦會發生類似的情況，即董事與為提訴請求數股東中一人私下解決，並讓該人「撤回」其提訴請求之聲請，使持股比例不足發行股份百分之三，而發生提訴請求不

本文認為，這個問題可從提訴請求之目的加以觀察。提訴請求之目的，係在尊重公司法人人格並告知催促公司行使其對董事的權利。既然已有合法之提訴請求，使之知悉董事有應對公司負責之事由，而公司不採取行動，其他股東不須再為提訴請求，即可直接提起代表訴訟，蓋提訴請求保護公司規範目的已不存在。

其次，就股東對公司提訴請求之本質而言，係該股東、公司及全體股東利益之計算所為，因此解釋上，此合法提訴請求之效力應對全體股東發生，於有合法提訴請求後，公司仍不採取行動時，其他股東即可提起代表訴訟，不須再為提訴請求。由此可知，提起股東代表訴訟之股東不限於已以書面向監察人提請求者為限⁷⁰。

提訴請求程序之瑕疵與補正

此處所稱提訴請求程序之瑕疵係指：

提訴請求程序欠缺(未踐行提訴請求程序即逕行提起股東代表訴訟)；

提訴請求程序不完整(雖已為提訴之請求但未等至三十日即提起股東代表訴訟)。

當股東所提的股東代表訴訟具有上述之瑕疵時，法院如何因應？此一有瑕疵之提訴行為可否補正(治癒)？

1. 提訴請求程序欠缺

合法，讓董事有可趁之機，擾亂股東代表訴訟的提起。由此可看出持股比例規定更大的弊端。因此，股東代表訴訟似應設計為單獨股東權較為妥當。

⁷⁰ 以上兩點係立足於針對被告董事同一違法行為而論。

傳統見解⁷¹認為，上述提訴請求程序之瑕疵，將使原告之訴欠缺民事訴訟法第二百四十九條第一項第六款「其他要件」之訴訟要件，其訴應以不合法裁定駁回。而且，從提訴請求之目的言，係為事前給予公司對為違法行為之董事採取追究行為之機會，若股東逕自提起代表訴訟後始向公司為提訴請求，而公司嗣後亦因之而提起訴訟時，將會形成重複起訴的問題。於此得知，應嚴格地要求依法律規定，踐行合法的提訴請求程序，若認為提訴請求程序之瑕疵可治癒，將誘使股東逕行提起代表訴訟，條文規定形同虛設，法律規範的目的無法達成，且會使公司信用低落。因此依「不合法」駁回，對原告而言並不苛酷。原告股東仍得於完成公司法規定的程序後，重行起訴。

針對上述傳統見解，學說上亦有對之提出修正的看法，認為⁷²：

於公司知悉有公司股東提起股東代表訴訟之日起三十日內，公司最後決定仍不追究董事責任時，應認該瑕疵已治癒，法院不得將原告之訴駁回，蓋可知公司已無起訴之意願。

亦有學說認為，原告股東雖未於提起股東代表訴訟前踐行提訴請求程序，但公司對於該代表訴訟已為訴訟參加時，應認為提訴請求程序欠缺瑕疵已被治癒。

有學說從提訴請求規定之意旨出發，認為提訴請求之規範目的，在於使公司於股東提起股東代表訴訟前，有先自行追究

⁷¹ 黃書苑，前揭文，頁 103-104。

⁷² 黃書苑，前揭文，頁 103-105。

董事責任之機會，故設有三十日之期間，然公司於提訴請求後三十日仍不對董事起訴時，不論理由為何，股東均得提起股東代表訴訟，並非如美國法必須限於公司拒絕對董事提訴決定係屬「不當之拒絕」，抑且非為「經營判斷原則」範圍內者，股東始得提起股東代表訴訟。此外，在經驗上，公司因股東提訴請求而對董事提訴追究責任者，並非常見，因此，以原告股東未踐行提訴請求程序而將其訴駁回，並不妥當，且與訴訟經濟原則有所牴觸。

學說上亦有認為，股東提訴請求之目的，係讓公司能即時提起訴訟保護自身之權利，因此，原告股東雖未踐行提訴請求程序，但公司嗣後為訴訟參加⁷³時，則因公司之參加屬於「共同訴訟參加」，可利用既有之訴訟，享有時效等利益，其利益既已受到充分保護，可認為提訴請求程序欠缺之瑕疵已補正。而在公司已知悉股東提起股東代表訴訟起三十日內，公司仍未對董事提訴時，可認為公司已不介意其自身利益之保護。

2..提訴請求程序不完整

原告股東雖已向公司為提訴之請求，但未經三十日即提起股東代表訴訟，此時之處理方式，亦有如上 1.之歧異見解，不再贅述。

第四節 小結

⁷³ 公司參與訴訟相關問題，詳後述。

依我國現行法，提起股東代表訴訟之股東必須繼續一年以上，且持有已發行股份總數百分之三以上，此乃屬於少股東權的設計。惟持有已發行股份總數百分之三以上，是一高持股比例，此限制足以扼殺股東代表訴訟的提起。股東代表訴訟目的係在對公司經營者違法行為的監督、糾正，只要是公司股東即足，持股比例限制並非必要。從比較法觀之，多數國家之股東代表訴訟，對提訴股東持股比例並無此要求（即單獨股東權），因此，股東代表訴訟應以單獨股東權的設計才能對小股東有較周到的保護。至於有關持股期間的限制，為了適當防止股東濫訴，似仍有維持的必要。

「同時擁有股份原則」在美國發展之初，主要在防止通謀發動聯邦管轄之情況，嗣後更用來防堵股東用作脅迫、敲詐公司或獲取不當利益之手段。然有時公司董事違法行為發生在先，善意不知情之股東購買公司股份在後，若依「同時擁有股份原則」不許其提起代表訴訟，對該善意不知情之股東顯失公平。有鑑於此，學者紛提理論修正，如「持續性違法行為理論」、「公開理論」等。惟通謀發動聯邦管轄的情況，在我國還不致於發生。而藉股東代表訴訟獲取不當利益，必須證明公司股票價格因董事違法行為而下跌，此點證明不易。股東代表訴訟的功能在於監督、糾正公司經營者違法行為，只要客觀上董事有違法行為存在，股東就有提起代表訴訟的利益，股東持股時點解釋上無須太嚴。因此，「同時擁有股份原則」及相關修正理論依我國現況，尚無引進必要。

提起股東代表訴訟之股東，是否必須具有「代表適切性」，

此問題涉及訴訟法上當事人適格界限擴張的問題。亦即，原告股東就代表訴訟具有當事人適格，乃因保護公司及全體股東等集團利益而存在，當事人適格之承認較為寬鬆(便利相關人利用訴訟制度，解決紛爭)，因此有必要在眾多利害關係人中篩選適當人選為當事人，為公司及全體股東之利益進行訴訟。現行公司法雖未明定此要件，但可從訴訟法理論推導之。

在提訴請求方面，現行法規定原告股東必須向監察人為提訴請求並等待三十日。提訴請求期間之規定，目的在讓監察人有充分的時間調查董事有無違法行為，惟監察人因職務上關係，平時應可即時知悉與調查，此三十日規定尚屬合理。當公司明示拒絕追究董事責任，或因提訴請求期間之經過，公司將有受不能回復損害之虞時，股東得直接提起代表訴訟。現行法並未規定可免除提訴請求之情況，有仿日本商法第二百六十七條第四項增訂的必要。

第五章 股東代表訴訟之供擔保

第一節 前言

公司法第二百一十四條第二項規定：「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。」本條之立法理由，是為了杜絕發生流弊，避免股東之間因私見不合，乘機攻擊傾軋、爭權奪利，防止少數股東權之濫用。學者間亦將本條定位為防止股東濫權之防弊設計。

然而，就我國現況言之，利用供擔保制度防止股東濫權之功能並不明顯，原因在於目前國內仍將股東代表訴訟，理解為關於財產權之訴訟，故訴訟費用負擔本身，已成為阻絕股東提起代表訴訟的因素。即然無足夠的誘因讓股東提起代表訴訟，供擔保制度之存在並無實際上的意義，更遑論發揮功用。

反觀日本法制，利用供擔保制度防止股東干擾公司運作或濫用訴權的功能非常明顯。依前文所述，因為在日本提起股東代表訴訟的主體要件(持股要件)本較我國寬鬆，提起股東代表訴訟較容易。又日本於平成五年六月十四日公布的商法改正法中，將股東代表訴訟視為非財產權請求之訴後，裁判費降低，使得實務上案件大為增加，同時提高了濫訴的可能性，供擔保制度，成為防止股東濫訴最重要的防線之一。

第二節 供擔保制度之比較法上觀點

一、供擔保制度必要性探討

美國對供擔保之評價

美國法上，最早要求股東代表訴訟原告提供擔保者，是在一九四四年紐約州州法中。立法緣由乃一九二九年美國經濟大恐慌，股東代表訴訟案件層出不窮，為了避免股東濫權及確保原告能於敗訴時賠償損害，紐約州商業會議所之商事訴訟特別委員會，在 Wood 報告書中提出供擔保之建議，爾後為紐約州州法所採納¹。時至今日，美國有十九個州立法，允許公司或代表訴訟的被告，可以要求原告股東，須提供擔保才能提起代表訴訟²。在歷經數十年後，實證上發現，要求原告股東供擔保，並未如預期般有效抑制股東濫訴。更令人擔憂的是，因供擔保的規定，使得真正有價值的股東代表訴訟，被摒棄於司法救濟大門外。

在美國，供擔保制度運作上所招致的批評如下³：

要求所有的股東代表訴訟一律提供擔保，將會導致有價值的訴訟與無價值的訴訟，都受到阻擾。

在允許命供擔保的州，大多數亦規定，若原告股東持股達到一

¹ Clark, Corporate Law, 653 (1986)。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，中華民國 87 年 6 月，頁 5-1；王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，收錄於『商法專論--賴英照教授五十歲生日祝賀論文集』，月旦出版，1995 年 7 月，頁 147。

² DeMott, Shareholder's (Derivative Actions , Law and Practice, Chap.3-Page1), 王惠光，前揭文，147 頁。

³ 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，中華民國 86 年 6 月，頁 114-115。

定比例或總額，即無須提供擔保。

修正前之美國模範商業公司法規定，原告持有已發行股份未滿百分之五，或持有股份之市價低於二萬五千元，得依公司的聲請，裁定命原告供擔保⁴。這些規定，在形式上並無壓抑小股東提起代表訴訟的權利，但在實質上，卻是對小股東權利的歧視與不合理的差別待遇⁵。

此外，股東迴避州法而利用聯邦法上之訴因起訴或逕以直接訴訟代替代表訴訟之提起，均可逃避供擔保的責任。基於上述之原因，供擔保制度機能大受影響。美國模範商業公司法於一九八二年修正時，有鑑於供擔保制度不合理之處，刪除了供擔保的規定。值得注意的是，眾多大企業所在的州，如德拉瓦州、伊利諾州、麻諸塞州等，州公司法對於股東代表訴訟，並無要求原告供擔保的規定。加利福尼亞州州公司法第八百條(c)雖設有要求供擔保之規定，但要件嚴格。另外ALI所建議的條文，亦設有供擔保之規定。綜合以上所述，供擔保制度是否有必要，仍是具有相當大的爭議性。

日本對供擔保之評價

日本於昭和二十六年(西元一九五一年)商法修正時，增訂原告股東供擔保的規定(日本商法第二百六十七條第五、六項、第一百零六條第二項)。立法目的，除為防止股東濫訴或防止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。

⁴ American Bar Foundation, Model Business Corporation Act Annotated, 2d §49, q3.02 (1971) 許美麗，前揭文，頁 5-2。

⁵ American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Volume 2, at 91 (1994) .

學說對該供擔保之規定，有持質疑態度者認為：

在股東代表訴訟中設供擔保之規定，破壞與其他民事訴訟間之平衡。蓋被告因原告之(不當)提訴，對其享有損害賠償請求權者，不限於股東代表訴訟之場合，在其他民事訴訟中，未因此認為原告必須提供擔保。由此可知，股東代表訴訟中原告供擔保之規定，不具有充分理由⁶。

從防止濫訴而言，確實操作「代表適切性」，較命供擔保更具效果⁷。

在代表訴訟中，相當的資料被掌握在公司與被告董事，原告股東蒐證有一定難度。若在訴訟提起階段，即以諸種證據、資料不齊備，命原告供擔保，可能導致被告董事須否負責還尚未確定，卻因未能提供擔保被駁回訴訟之問題。此與代表訴訟具有監督、糾正經營者之機能相違背⁸。

二、股東代表訴訟供擔保的要件

股東代表訴訟，是否須由原告股東提供擔保的必要，已如前述。在肯認供擔保制度的前提下，於何種情況，法院才能命原告股東供擔保，此仍供擔保制度最核心問題。

美國法制

美國允許命原告股東供擔保的州，如加州，其州公司法第八百條(c)規定：只有在公司或任何被告證明代表訴訟程序之進行，對公

⁶ 許曉微，股東代表訴訟制度之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國 87 年 6 月，頁 155。

⁷ 許曉微，前揭文，頁 155；許美麗，前揭文，頁 5-34。

⁸ 許美麗，前揭文，頁 5-34。

司及其股票持有人「無合理可能性」(no reasonable possibility)，始得向法院聲請原告股東提供擔保⁹。ALI 建議的條文，第七．四條(c)規定：除非適用於一般民事訴訟之法律或裁判規則之授權，否則不得要求有關訴訟費用之保證金或提供擔保（即不得僅就股東代表訴訟定有供擔保之義務，除非全部之民事訴訟均有提供擔保之義務）¹⁰。

日本法制

日本商法第二百六十七條第六項規定：「股東提起第三項、第四項之訴(代表訴訟)時，法院因被告之聲請，得命提供相當之擔保。」第七項規定：「第一百零六條第二項之規定(釋明惡意)，於前項之請求準用之。」亦即，股東代表訴訟，於被告董事釋明原告股東為「惡意」後，法院可依其聲請，命原告股東提供擔保。但是商法第一百零六條第二項所稱之「惡意」如何解釋認定，又具體訴訟中應如何舉證，在學說、實務上，均有很大爭議。

1. 學說對「惡意」的解釋

有學者認為惡意係指「不當陷害董事的意圖」；或有認為係指「以原告知道提訴的結果會侵及被告董事利益為已足」；另有認為「對公司不利益之意圖」；亦有認為「單純的惡意，知悉請求無理由而提訴」。通說之見解則認為，商法第一零六條第二項之「惡意」，係指

⁹ 條文內容請至下列網址：

<http://leginfo.public.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=corp&group=00001-01000&file=800>

¹⁰ 許曉微，前揭文，頁 155。

以原告股東對於提訴將會侵害董事之利益有所認識¹¹。此「惡意」所侵害的對象為董事，並非公司¹²。

2.實務對「惡意」的解釋

日本商法第一零六條第二項之「惡意」，在實際運作上，僅少數法院在案例中直接定義「惡意」，大多數法院並不採取這樣的方式，而只有在裁判中列舉具體現象，判斷是否該當「惡意」。前者以「東海銀行事件為代表」，後者以「蛇之目機械工業事件」為代表。

東海銀行事件

在東海銀行事件中，名古屋地方法院裁判¹³意旨：「商法第二百六十七條第六項規定，準用第一零六條第二項之規定，該條項所規定之「惡意」，必須以原告不僅明知聲請人(被告董事)不須對東海銀行負責，且有專為損害聲請人之意圖而提起訴訟為必要，依聲請人(被告董事)所主張之事實(指原告出席包括東海銀行在內之數家公司之股東會，在會議中動輒提出臨時動議、議案之修正案或不規則發言，並對會議主席加以奚落及反覆為長時間質問，因而主張原告提起代表訴訟並非為了維護股東之權益)，不難推認原告就股東權之行使有欠妥適，惟以該事實，尚難認被聲請人明知聲請人不須

¹¹ 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，中華民國 86 年 6 月，頁 117-118。

¹² 日興證券株主代訟弁 編著，訴える側の株主代表訴訟の論理と手続の一，日本評社，平成六年二月二十五日，頁 127；上柳克郎、北正、鴻常夫、竹昭夫，新版 社法，商法講義(2)，有斐閣，一九九一年一月三十日，頁 281；北正，株主の代表訴訟と差止，社法の理論，頁 300；中島弘雄，株主代表訴訟に?ける 保提供の申立て(上)一 に 保提供が認められるための要件について一，商事法務第一三五四期(一九九四年)，頁 41。；黃書苑，前掲文，頁 118。王惠光，前掲文，頁 150。

¹³ 資料版/商事法務一一九號，頁 188；許美麗，日本商法股東代位訴訟提供擔保之案例研究，法學叢刊，第 168 期，民國 86 年 10 月，頁 64 以下。

對東海銀行負責，且有專為損害聲請人之意圖而提起訴訟，且無其他證據足以釋明前開要件。」本於上述之理由，名古屋地方法院駁回被告董事供擔保的聲請。

本件裁定有兩點值得注意：

法院對於「惡意」的認定採取了「加害意圖說」，要求聲請人(被告董事)釋明，原告股東對於被告董事無責任之情事有所認識，以及原告有損害被告之意圖。

原告股東客觀上的特殊行為(例如本案被告董事所主張原告在股東會上種種行為)，法院似不列入是否該當「惡意」之考量。

針對上開裁判意旨，有學者提出質疑認為，對「惡意」作如此高標準的認定，在實際上，將使釋明成為不可能。其次，將原告股東特殊行為排除於「惡意」考量要素，供擔保制度無法完全發揮防止濫訴的機能¹⁴。

蛇之目機械工業事件：

本事件東京地方法院裁定¹⁵如下..

- a. 何謂「惡意」，單由條文字面文義無法確知，解釋上應參酌股東代表訴訟及提供擔保之立法意旨、提供擔保的目的及惡意認定之程序上機制，以防止代表訴訟被濫用並保護董事等不受不當訴訟侵擾，發揮股東監督業務執行的機能。
- b. 依供擔保裁定所為之擔保，目的在確保為股東不當提起代表訴訟而構成侵權行為時，被告所享有之損害賠償請求權。

¹⁴ 許美麗，日本商法股東代位訴訟提供擔保之案例研究，法學叢刊，第 168 期，民國 86 年 10 月，頁 65。

¹⁵ 資料版/商事法務一二五號，頁 184；許美麗，日本商法股東代位訴訟提供擔保之案例研究，法學叢刊，第 168 期，民國 86 年 10 月，頁 65。

- c. 提起代表訴訟之股東，在訴訟中所主張之權利或法律關係，欠缺事實上、法律上之根據而明知該情事者或依一般人之知識即可得知者。依裁判制度之意旨，只要顯然欠缺相當性時，原告股東的提訴行為即構成侵權行為。只要被告能釋明起訴之股東，認識其訴之請求無理由，即得命原告股東提供擔保。
- d. 將因過失而不當訴訟之情況排除得命原告股東供擔保，並不適當。
- e. 提供擔保，係為了確保被告董事，將來之損害賠償請求權。如考量在訴訟的前階段，法院係本於被告董事之釋明而下裁定，未必要求上開所述之「認識」，在請求原因之重要部分，其主張失當，必須大幅補充理由，或者只要不變更請求之內容，則幾無勝訴可能情形；顯可得知，在證明請求之原因事實可能性低的情況；若被告董事之抗辯成立，則代表訴訟被駁回機會很高之情形等。原告股東若對上述情狀有所認識，而仍提起代表訴訟，可認為原告股東之提訴具有「惡意」，得命其提供擔保。
- f. 提起代表訴訟的程序明顯違法，原告股東對之有所認識而仍提訴者，有成立不當訴訟之可能性時，得考量命原告供擔保。
- g. 上述關於「惡意」之解釋，係本於擔保被告董事，因不當訴訟之損害賠償請求權而發，尚未說明代表訴訟供擔保制度之全部。此供擔保制度，亦在防止股東濫權及利用代表訴訟獲取不當利益之情況。因此，股東出於獲取不法不當利益為目的，提起代表訴訟者，不論其是否為權利濫用，亦可命其供

擔保。

- h. 出於與正當股東權行使不相容之不法或不當之目的，而提起的代表訴訟，縱使未能就不當訴訟之具體可能性加以釋明，但成為不當訴訟之可能性很高，仍得命原告股東供擔保。
- i. 股東代表訴訟，係期待股東對公司營運發揮監督功能。因此，儘管股東出於個人之意圖、目的或感情，但董事之責任明顯，為求公司之損害得以填補而提起代表訴訟者，應非供擔保制度目的所要規範的對象，不宜因之命供擔保。此種情形，與上開以代表訴訟為手段而獲取不法不當利益及與正當股東權行使不相容目的之情況有別。

綜合上述裁定意旨，可認定原告提訴具有「惡意」，得命其提供擔保者有：

- a. 原告明知或依一般知識可知，其請求無理由而仍提訴；
- b. 不當訴訟的具體情況(如上東京地方法院裁定 所述)；
- c. 過失不當訴訟；
- d. 原告對於所提代表訴訟認識，其程序明顯違法而仍為提訴；
- e. 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提起代表訴訟者。

此則裁定有如下值得注意之處：

- a. 被告董事只要能釋明提訴股東認識其訴無理由，(主張之權利或法律關係，欠缺事實上或法律上之根據)，即得命提訴股東提供擔保。此與前揭「東海銀行事件」及「名古屋地方法院採取截然不同的標準。
- b. 本則裁定列舉不當訴訟的具體情況，並認為在過失不當訴訟

的情形，亦該當商法第一百零六條第二項的「惡意」，法院得命原告股東供擔保。有疑問者，過失不當訴訟之「過失」，如何解釋？商法第一百零六條第二項的「惡意」能否涵蓋過失不當訴訟的態樣？針對前者，有認為此「過失」指「重大過失」，須具有與故意相同之主觀惡性。亦有認為，就利用裁判制度是否合理考量，不必重視主觀之惡性，凡具有一般過失已足。亦有認為，討論重大過失或一般過失並無意義者¹⁶。「惡意」是否能包含「過失」不當訴訟之態樣，採肯定說¹⁷之學者認為，因不當訴訟所致之損害，於股東過失之情況下亦會發生。其次，供擔保通常於訴訟之前階段發生，要求股東在此階段，確定認知董事無責任，不切實際。採否定說¹⁸之學者，則認為將「過失」包含於「惡意」中，文義上難以解釋。又依肯定說的見解，原告股東必須在起訴之始，就完全掌握及確定董事責任，否則一旦起訴，即構成不當訴訟，並不合理。再者，正因起訴之始，無法期待原告能完全掌握董事責任有無及事實，在此情況下，提訴行為不應認為有過失而命其供擔保。最後，若將「惡意」解釋包含「過失」，則與日本平成五年，為加強股東監督權所作商法修正之意旨

¹⁶ 參許美麗，前揭文，頁 5-18。

¹⁷ 小林秀之、原強，株主代表訴訟，全 例と理論を知り，日本評論社，一九九六年一月十五日，頁 49；中村 人，改正された代表訴訟制度と 務の 上，企業 計第四十五 y 計 ，一九九三年十月，頁 40；竹 昭夫，株主代表訴訟の活用濫用防止，商事法務第一三二九期，一九九三年八月五日，頁 36。

¹⁸ 蛇のミシンエ工業事件第二審 決，東京高裁平成七年七月三十一日，資料版/商事法務一三七期，頁 209；黃書苑，前揭文，頁 120。

不符(將「惡意」解釋擴張及於「過失不當訴訟」,與股東代表訴訟係為了加強股東監督權、鼓勵股東利用代表訴訟,從寬認定供擔保要件,兩者有所矛盾。)

c.關於提訴股東是否出於個人意圖、目的、感情；不法不當目的及與正當股東權行使不相容的提訴,二者間之關係,法院則認為不得僅因提訴股東出於的意圖遽以判定其為「惡意」而命供擔保¹⁹。若原告具有的情況而提起股東代表訴訟,實務上多認為該當「惡意」而命供擔保。相關實例認定如下：

.以提起股東代表訴訟用作特殊股東示威的手段：此種情況應可推定該提訴股東具有「惡意」²⁰(具有不法不當目的的可能性高)。

.以得到經濟利益為目的：原告股東藉股東代表訴訟以實現、獲取個人經濟上利益為目的,可認為其具不當不法目的可能性高²¹。

.因對董事反感而提起代表訴訟：實務上認為並不能遽以認為原告股東具惡意。

.挾私怨報復而提起代表訴訟：可認為具非正當行使股東權之不法不當目的。

.以奪取公司經濟權為目的而提起代表訴訟：實務上認為縱使原告股東對公司經營具有野心,只要實現之手段、方法無不

¹⁹ 若原告股東出於專為追求個利益,其「該當」與正當股東權行使不相容,係有不法不當目的,居心可議,法院可命供擔保。

²⁰ 東京三菱銀行事件,東京地裁平成八年六月二十六日,商事法務一四三期,頁42。黃書苑,前揭文,頁118。

²¹ 伊予銀行事件,松山地裁平成七年三月二十七日,資料版/商事法務第一四三期,頁149;黃書苑,前揭文,頁118。

當，則無可非難。因此，在原告具有奪取經營權之野心而提起代表訴訟の場合，只要其請求具有合理理由，即不該當「惡意」。

以出名為目的而提起代表訴訟：在三井礦山案中，被告董事以原告股東在與公司交涉過程中曾說「打官司就能出名」，主張其為濫用股東權(此事實經調查證實確有其事)。二審法院認為，代表訴訟本身對起訴股東無直接財產利益，若原告股東基於替公司行使權利之考量而提起訴訟，即使希望藉此出名，亦不應認其為股東權濫用。除非股東意圖個人利益對公司恐嚇錢財或其他對公司或董事具有不當惡意等特別情事存在，否則不應認有股東權濫用之情形。第三審法院亦認為原告不構成權利濫用²²。因此，以出名為目的而提起之股東代表訴訟，不構成股東權濫用，不該當「惡意」。

3.小結

綜合上述，日本實務上認定為「惡意」者，為原告股東所提之代表訴訟構成不當訴訟的可能性高，或者原告股東具有不法不當之目的(即藉以獲取私人利益之不法不當目的，及與正當股東權行使不相容的目的)。至於提起代表訴訟伴隨股東個人之意圖、目的或感情者，除非認定同時具有不法不當之目的，否則並不該當「惡意」。在因過失而提起之不當訴訟，是否可命其供擔保，實務上見解不一，

²² 吉原和志「完全子 社による親 社株式の高値買取」リ—三井礦山事件最高裁判決，法學教室第 159 號，1993 年 12 月，頁 34；河本一郎、龍田節等「三井礦山事件判決が提起した諸問題」，商事法務第 1085 號，頁 10，11；林麗香，從日本三井礦山案件判決檢視我國公司法上有關規定，法政學報第二期，1994 年 7 月，頁 4。

學者見解亦未見一致。因此，過失不當訴訟是否命供擔保，仍有爭議。

第三節 我國股東代表訴訟供擔保制之檢討

公司法第二百一十四條第二項規定：「股東提起訴訟，法院因被告之申請，得命起訴之股東提供相當之擔保。」此為我國股東代表訴訟供擔保制度。立法目的旨在防止股東濫訴，已如前述，可資說明、檢討之處如下：

一、供擔保的性質

公司法第二百一十四條第二項命股東提供擔保之規定，應為相對的訴訟成立要件，為訴訟法上之妨訴抗辯，必須被告有此申請(抗辯)，法院始得命原告供擔保。原告股東於裁定供擔保期內不提供擔保者，法院應以原告之訴不合法，裁定駁回其訴(民事訴訟法第一百零六條準用第一百零一條)。命供擔保之裁定期間並非法定不變期間，如在裁定駁回前已供擔保者，縱使逾越法院所定命供擔保期間，仍應認為原告起訴合法(民訴法第一百零六條準用第一百零一條)。董事依公司法第二百一十四條第二項申請命原告供擔保者，在此申請後，於其申請被駁回前或原告供擔保前，董事得拒絕本案辯論²³(民事訴訟法第一百零六條準用第九十八條)。供擔保的方式有提存現金、或法院認為有相當之有價證券、或依當事人之約定。惟原告以保證書代之，此保證書須由保險人或經營保證業務之銀行出具者為

²³ 楊建華，「股東代位公司對董事或監察人起訴之提供擔保」，問題研析民事訴訟法(三)，三民書局，中華民國84年10月，頁77。

限²⁴(民訴第一 六、第一 二第二項)。

二、供擔保之要件

從條文字面文義觀之，似只要被告董事申請，法院即可裁定命原告提供擔保，無需附帶任何要件。但在比較法上，美國加州公司法規定，若被告董事或公司能證明原告股東之訴對公司或股東無合理可能性，始得聲請法院命原告股東供擔保。日本商法第二百六十七條第七項亦規定，法院於被告董事釋明原告股東為「惡意」，得命原告股東提供擔保。兩者均須具備一定條件，法院始得命原告股東供擔保。相較之下，我國現行法的運作無任何要件限制命供擔保，將對原告造成莫大負擔，直接影響代表訴訟提起。因此，對供擔保設定要件實有必要。此一要件為「惡意」、「不當目的」、「無合理可能性」均無不可，目的僅在防止股東濫訴(參見立法理由)。至於在具體個案所需考量的因素、日本實務上不當訴訟、不當或不法目的認定皆可供參考。

現行條文既規定法院「得」命供擔保，由立法者授權法院，依具體個案作出合目的性之裁量。只要法院能確實掌握立法理由所揭示的意旨，參酌上開考量因素、作出適當的裁判，並非難事。

三、供擔保的受益人

股東代表訴訟中，法院命原告股東提供擔保，此擔保之提供係

²⁴ 本條在民國九十二年修正時修正理由為：有關因假執行、假處分或起訴等而須供擔保者，依原條文準用原一 二條第二項規定之結果，供擔保人原得以保證書代之，惟如供擔保人與具保證書人勾串，以保證書代供擔保，日後卻規避保證責任，對受擔保利益人而言，將生損害。因此修正為於其他依法令供訴訟上擔保者，排除保險人或經營保證業務之銀行以外之人得出具保證書代供擔保，以杜流弊。

為何者利益？學說尚有爭論。日本通說認為，原告股東提供擔保，係在確保被告董事對原告股東損害賠償請求權能夠實現（即被告董事對原告股東損害賠償請求權提供擔保）國內學者有認為依立法旨意，供擔保之目的係在防止股東濫訴，擔保公司及被告董事於原告敗訴確定時，對原告之損害賠償請求權²⁵。亦有學者認為，從公司法第二百一十四條第二項中段、後段規定，將「得命起訴之股東提供擔保」、「如因敗訴致公司受有損害時，起訴之股東對公司負賠償之責」在條文中明確揭示原告股東對公司賠償責任供擔保，對董事之責任另規定於第二百一十五條第一項。因此，原告股東供擔保的受益人應為公司。但斟酌實情，股東濫訴受損害者不單只公司，被告董事亦會因之連累受損，因此認為擔保利益人僅及於公司，立法上值得商榷²⁶。

誠如上述，原告股東擔保之提供僅公司一人受益，對被告董事顯失公允，此種僅保障單方之立法，有學者提出解決方案：

甲：將公司法第二百一十四條第二項後段「如因敗訴，致公司受有損害時，起訴之股東，對於公司負賠償之責。」移列於第二百一十五條。此時條文可解釋為「原告股東為被告董事供擔保」，續增訂「法院得依公司之聲請對公司供擔保²⁷。」

乙：將公司法第二百一十四條第二項後段移列第二百一十五條，在第二百一十四條第二項增列「原告股東亦為被告董

²⁵ 柯芳枝，公司法論（下），三民書局，2003年1月，頁315。

²⁶ 楊建華，「股東代位公司對董事或監察人起訴之提供擔保」，問題研析民事訴訟法（三），三民書局，中華民國84年10月，頁78。

²⁷ 許美麗，前揭文，頁5-32~5-33；王惠光，前揭文，頁152。

事利益供擔保²⁸。」

本文認為，以甲說為當。惟公司在股東代表訴訟中未必為訴訟當事人，得否以訴外人的地位要求原告股東為其供擔保？有待研究。

四、供擔保數額的決定

供擔保數額如何決定，是一個重要卻棘手的問題，蓋數額過高，原告股東將視股東代表訴訟為畏途。數額過低，又難遏止濫訴之風。在兩相權衡中，日本學者認為法院在酌定擔保金額時應考量下列幾個因素：

本案請求金額。

不當訴訟的蓋然性。

原告股東惡意之態樣與程度。

經判定具有惡意所占全部訴訟之比例。

被告董事人數等。

在顧慮上述因素及於足資防止濫訴目的情況下，決定應供擔保金額²⁹。具體項目，例如：被告董事應支出之律師費、證人費、本人日費等必要費用³⁰(即應訴所須費用)。實務運作上，針對個別董事供擔保之金額已然可觀(大致在三百萬至一千萬日圓)，在被告董事為數人時，供擔保之金額驚人，例如蛇之目機械工業事件，被告董

²⁸ 黃書苑，前揭文，頁 123。

²⁹ 新谷勝，株主代表訴訟と改正商法，例タイムズ第八二四，一九九三年十一月一日，頁 15；小林秀之，保提供と原告の慮，小林秀之、近藤光男合編，株主代表訴訟大系，弘文堂，平成八年十二月十五日，頁 166-169；黃書苑，前揭文，頁 123。

³⁰ 小林秀之，保提供と原告の慮，小林秀之、近藤光男合編，株主代表訴訟大系，弘文堂，平成八年十二月十五日，頁 169。許美麗，前揭文，頁 5-31。

事多達二十九名，法院命原告股東就其中二十六名董事提供擔保，擔保金額高？一億一千萬日圓。

我國到目前尚無股東代表訴訟案例，如何決定供擔保金額，無案可稽。實務上常見供擔保的情況為民事保全程序中假扣押及假處分聲請。一般而言，假扣押的擔保金通常為保全標的價值三分之一，假處分的擔保金則是全額擔保或法院認定適當之金額。然在股東代表訴訟中決定供擔保金額，不宜以上述假扣押、假處分等僵化方式決定。應可參照日本學者之見解，依原告惡意態樣、程度、不當訴訟可能性，被告董事應訴所需費用、名譽損害、精神上痛苦等綜合決定之。

五、小結

關於股東代表訴訟供擔保之問題，本文認為，藉由強化股東資訊權可緩和供擔保制度對股東代表訴訟的衝擊。蓋原告股東之訴，常被輕易誤認為濫訴或不當訴訟，其癥結在於股東無足夠的資訊證據對董事行為是否違法做出判斷。公司法第二百一十條的查閱權，僅及於董事會提供簿冊、表冊，若要進一步了解公司財務狀況，只有依第一百八十四條第二項或依第一百七十三條由股東會選任檢查人，然股東會向為大股東所操縱，大股東與董事常為同一派系，因此要通過選任檢查人檢查公司業務議案，勢必難期。依公司法第二百四十五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，得聲請法院選任檢查人，檢查公司業務帳目及財產情形。惟規定要件嚴格，要跨此門檻仍有難度。此外，在我國現行法下，股東對董事會並無詢問權，股東只能單方的接收由董事會所提供的

資訊，無主動探取的權利。在此先天失調的因素下，股東提起代表訴訟，欠缺有利的資料、證據以供判斷董事有無違法。依法院「有證為憑」的角度，極易認定原告股東濫訴而命供擔保，甚至認定原告股東起訴所據事實「顯屬虛構」，在判決確定後尚須對董事負賠償責任。

綜上所陳，適度承認個別股東在具備一定要件下，允可查閱公司商務契約、文件或會計帳簿等較重要資料³¹，並明文規定股東詢問權³²，讓股東在不甚害及企業競爭的前提下，主動獲取相關所需資訊。此行非但令董事兢兢業業，在董事有違法行為時，能及時制止(公司法第一百九十四條)，在事後亦能掌握充足的證據，透過代表訴訟追究董事責任。因資訊、證據確實，原告股東不致在起訴之初即被認定為濫訴而被要求提供擔保，使得股東代表訴訟適當擺脫供擔保制度的左右。由此觀之，「健全股東資訊權」實具有多重功能，對股東代表訴訟發展而言，不失為一良方。

³¹ 例如美國模範商業公司法第 16.02 條 c 項將股東行使帳簿查閱權的要件規定為，股東之請求係出於善意及合於正當之目的、應合理說明其目的及指定查閱之紀錄文件、並證明查閱標的與其目的直接相關。林德瑞，股份有限公司股東對公司會計表冊之查閱權，賴源河編，商事法實例問題分析，五南出版，頁 137。此查閱權，美國模範商業公司法第 16.02 條以下與德拉瓦州公司法第 200 條，均為單獨股東權。

³² 詳參劉渝生，從股東會議事進行論股東之詢問權—德國股份法相關規定之介述，法學叢刊，第 178 期，頁 100-110；姚志明，論德國股份法第 131 條--股東之一般資訊權，華岡法粹，第 24 期，民國 85 年 10 月，頁 219-235。

第六章 股東代表訴訟之事前程序保障與事後救濟程序

股東代表訴訟，因其紛爭事件類型的特殊性質，強烈需求判決效力之擴張，以解決多數主體間紛爭，使未起訴之公司與其他股東因之受判決效力所及。又，為保障公司及其他股東之聽審權，必須給予程序上的保障，以資平衡¹。訴訟繫屬之知悉(受通知權)係最基本的程序保障²，蓋陳述權、證明權等權利之行使及利害關係人得否適時參與訴訟，均有賴於訴訟繫屬之知悉³。而訴訟繫屬知悉有來自訴訟當事人的「訴訟告知」與法院依職權所為的「訴訟通知」。因此，公司及其他股東得因上述情況知悉代表訴訟之繫屬，並進而於最有利之時機採取最有利方式參與訴訟，以維護自己的權益⁴。

關於程序保障，學說區分事前程序保障與事後程序保障。本文採取相同的方法，區分為「事前程序保障」與「事後救濟程序」。前者包含訴訟告知、訴訟通知與訴訟參與；後者包含再審與第三人撤銷之訴。

¹ 邱聯恭，程序保障論之新開展，月旦法學雜誌，第 19 期，1996 年 12 月，頁 11。

² 許士宦，新修正民事訴訟法上程序保障之新開展--以民事訴訟法總則編之修正為中心，月旦法學教室第 6 期，頁 78。

³ 姜世明，論合法聽審權--以在民事程序法之實踐為中心，法學叢刊第 188 期，民國 91 年 10 月，頁 19；駱永家等，法院的訴訟指揮權和當事人的聲明權、異議權，民事訴訟法之研討（七），三民書局，1998 年 10 月，頁 374（許士宦發言）。

⁴ 對聽審請求權保護的對象，為合法、適正的通知要求，為滿足「程序參與機會」不可欠缺的前提。黃國昌，訴訟參與及代表訴訟--新民事訴訟法下「程序保障」與「紛爭解決一次性」之平衡點，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月，頁 10。

又本章所探討的主題與股東代表訴訟既判力主觀範圍關係密切，因此，本章先討論股東代表訴訟既判力主觀範圍，再就訴訟告知、訴訟通知、訴訟參與、再審與第三人撤銷之訴說明之。

第一節 股東代表訴訟確定判決之效力—以既判力之主觀範圍為中心

一、確定判決之效力

法院就具體個案所為判決，必須使其發生一定法律上效力，始能終結糾紛，保障實現私權。所謂「判決發生一定法律上效力」係指判決必須受尊重，不容任意被撤銷或變更。從而，訴訟當事人藉由此一確定判決，讓其法律關係或權利義務獲得明確之解決⁵。

確定判決有三種法律效果—即確定力、形成力及執行力。而確定力可分為形式上確定力與實質上確定力⁶。所謂「形式上確定力」係指一個判決處於當事人不得以通常上訴之方法，請求上級法院將該判決廢棄或變更之狀態。確定判決之實質上確定力，我國學者及實務上有時稱其為「既判力」⁷。

確定判決除了上述原有的效力外，尚有某些附隨的效力。依法

⁵ 陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁 633。

⁶ 判決須已發生形式上確定力，始生實質上確定力。所謂「實質上確定力」係指就訟爭當事人間，關於判決實質內容所為確定的判斷，其後不得再就同一法律關係更行起訴、或於他訴訟上為確定判決內容相反之主張。在法院方面，則後訴之裁判亦不得與該確定判決內容相牴觸。陳計男，民事訴訟法論（下），三民書局，中華民國 89 年 8 月，頁 60-61；陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁 634；王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，中華民國 89 年 11 月，頁 488。

⁷ 陳計男，民事訴訟法論（下），頁 60-61；最高法院七十三年台上字三二三九號判例。但我國民事訴訟法法典，並無使用既判力一詞。

律規定發生者，例如民事訴訟法第六十三條「參加的效力」；因學理上所創出的附隨效力有「反射效」⁸、「爭點效」⁹等。

二、股東代表訴訟既判力之主觀範圍

所謂既判力主觀範圍，即既判力究竟在何人間有爭執時發生作用的問題¹⁰。民事訴訟判決以解決訴訟當事人間糾紛為目的，判決效力以能對該當事人間相對地加以拘束即可。若對於未賦予機會參

⁸ 確定判決的反射效力，其概念與內涵，學者之間並無一致的看法，一般所謂確定判決的反射效力，乃指第三人雖非確定判決既判力所及，但因與當事人間存有一定之特殊關係(依存關係)。致使當事人因受既判力拘束，而反射地投映在第三人，而對其發生利或不利之影響之效力。例如債權人對主債務人之訴受敗訴判決確定後，保證人並非訴訟當事人，在「既判力相對性」原則下，保證人不受既判力拘束，但因保證債務係從屬於主債務(依存關係)，而債權人須受主債務不存在之確定判決既判力之拘束，從而保證人即援用該確定判決為自己有利之主張。最早正式使用反射效(Reflexwirkung)之學者為Jhering，此論點提出後在德國並未形成通說。反射效的概念引入日本後，在日本頗受重視，反射效理論是為了解決複數當事人之間的紛爭，以向受既判力拘束之當事人法律地位為基礎，擴大於有「有依存關係」之訴訟外第三人。但是作為反射效基準的「依存關係」其內容並不明確，而且僅以依存關係作為擴張之理由，明顯忽視對訴訟外第三人之程序保障，其理論基礎似不夠堅強。其次，反射效能適用的案例極為有限(典型的案例只有四種：債權人、主債務人、保證人、債權人、連帶債務人、其他連帶債務人、出租人、承租人、次承租人、無限公司債權人、無限公司、股東)。反射效之理論並非通說，著名民事訴訟法學者如三ヶ月章、齊藤秀夫、新堂幸司等，皆未採取此一概念。因此，反射效理論似乎仍具高度的爭議性。呂太郎，民事確定判決之反射效力，收錄於氏著『民事訴訟之基本理論(一)』，智勝文化事業有限公司，1999年2月，頁351以下；葉明松，判決對第三人的效力與第三人的程序保障，國立政治大學法律研究所碩士論文，中華民國86年6月，頁106-130。

⁹ 爭點效為日本新堂幸司教授於昭和四十年代所提倡，認為：「前訴中當事人重要爭點，在法院審理後對爭點所作判斷之效力，在同一爭點成為後訴另請求之主要先決問題時，不許與前訴判斷相反主張舉證之效力。」爭點效在日本學界已成為通說，最高裁判所亦有透過誠信原則，擴張判決理由中判斷之拘束力。在我國實務上亦有以誠信原則使判決理由中之判斷發生拘束力者，例如七十三年台上字四六二號判決。駱永家，判決理由中判斷之拘束力，民事法研究，著者發行，1997年10月，頁39-50、55-60；葉明松，前揭文，頁130-131。

¹⁰ 駱永家，「既判力之主觀範圍」，既判力研究，著者發行，1996年5月，頁115。

與訴訟之第三人強制其受既判力之拘束，必然不當侵害第三人受裁判之權利。因此，既判力所及之人，原則上限於對立當事人間，非當事人則不受既判力拘束¹¹。

股東代表訴訟中，原告為提訴之股東，被告為被追究責任之董事，判決效力及於該原告股東與被告董事乃為當然。惟判決效力是否及於未起訴之公司其他股東？此乃涉及代表訴訟性質的問題。茲就公司及其他股東兩方面分別探討：

對於公司方面

1.代位性質說與兩重性質說

在股東代表訴訟採代位性質說及兩重性質說者¹²，認為股東代表訴訟判決的效力應及於公司。理由在於：

代位訴訟屬於「第三人訴訟擔當」，依日本舊民事訴訟法第二百零一條第二項規定，為他人利益而為原告或被告者，確定判決對該他人亦有效力。公司為訴訟擔當理論下原有利益歸屬主體，為前揭條文中所稱「他人」，故股東代表訴訟之確定判決對公司發生效力¹³。

若代表訴訟之判決既判力不及於公司時，不但被告董事須受來自公司重覆的訴追，而且相同之權利行使二次，有悖訴訟經濟原則¹⁴。

¹¹ 陳計男，民事訴訟法論（下），頁 85；陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁 664。

¹² 兩重性質說認為，形式上為代位性質，在實質上為代表性質，因此表現在訴訟上，與代位性質說同。

¹³ 戴世瑛，債權人代位訴訟之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，中華民國 85 年 6 月，頁 136。

¹⁴ 新堂幸司，「民事訴訟法」，筑摩書房，昭和六十二年四月二十五日，頁 194。

公司可自行或依原告股東為訴訟告知而參加訴訟，一起參與裁判形成過程。倘公司因不知有代表訴訟制度存在或原告股東未訴訟告知，當原告股東敗訴確定，因既判力及於公司，使公司受有損害時，公司得以原告股東未盡善良管理人注意義務，請求原告股東賠償，公司乃有救濟之途徑¹⁵。

股東代表訴訟之提起，乃因公司怠於行使對於董事之權利。公司既有怠於行使權利之行為在先，當原告股東敗訴時，公司因與有過失(自己怠於行使權利)，由其負擔危險，似不苛刻¹⁶。

2. 代表性質說

採代表性質說者，認為股東代表訴訟既判力應及於公司。既判力擴張及於公司的基礎在於公司既為全體股東所有，應尊重此種維護全體股東利益之效力，而將行使糾正違法行為的結果及於公司¹⁷。

對於其他股東方面

1. 代表性質與兩重性質說

有四種不同意見：

既判力及於其他股東：此說認為，原告股東代公司之位對董事起訴，乃為公司成為當事人，雖然以股東自己之名義成為原告，但實質當事人仍為公司。倘若該數股東行使公司對被告董事之權利相同(訴訟標的相同)、訴之聲明相同、或相反或可以互相代用，則造成同一事件更行起訴。此時法院應依民事訴訟法第

¹⁵ 楊建華，問題研析民事訴訟法(三)，三民書局，中華民國84年10月，頁368。

¹⁶ 楊建華，前揭書，頁367。

¹⁷ 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，中華民國86年6月，頁45。

二百四十九條第一項第七款，裁定駁回原告之訴¹⁸。若於判決確定後，其他股東始另行提起者，法院應依民事訴訟法第四百條第一項，第二百四十九條第一項第七款裁定駁回原告之訴¹⁹。原告股東勝則及於其他股東，敗則不及：日本三ヶ月章教授認為，原告勝訴確定，所得之利益由全體股東均霑，此時既判力應及於其他股東。但原告敗訴確定時，顧慮到其他股東未必能夠知曉代表訴訟之提起，甚且，該敗訴之結果可能係由於原告之訴訟技術拙劣所造成。若認為其他股東亦須受此一判決拘束，對其他股東而言，並非公平，故應認為股東代表訴訟判決既判力，不及於其他股東²⁰。

既判力不及於其他股東：我國實務見解認為，按確定判決之效力範圍，民事訴訟法第四百條、第四百零一條第一、二項已有規定，其他股東顯非判決拘束力所及。公司之同一權利，一經股東代位提起訴訟並由法院已為實務裁判者，此與怠於行使不同，已無再保全之必要，若有其他股東再起訴，亦必因代位權欠缺而被駁回，固非因前判決既判力之拘束所致。如最初代位起訴之股東，乃因自己權利欠缺而受敗訴判決，則公司之權利尚未受實體裁判，其他股東仍非不得代位行使，更無拘束之可言²¹。

確定判決對其他股東發生反射效：此說認為，確定判決之既

¹⁸ 楊建華，前揭書，頁 286。

¹⁹ 楊建華，前揭書，頁 287。

²⁰ 戴世瑛，前揭文，頁 203。

²¹ 台南地院五十三年十月份司法座談會研究意見。此研究意見內容，筆者配合本文需要而略作更改，併予指明。

判力不及其他股東，但其判決對其他股東發生反射效²²。

2.代表訴訟性質說

起訴之原告股東乃是為包含自己在內全體股東的利益而提起訴訟。既然起訴之股東是代表全體股東，因此判決之既判力應及於全體股東。其他股東不得更行起訴²³。

本文見解

本文認為，股東代表訴訟確定判決之效力應及於未起訴之公司及其他股東。理由之構成如下：

1.紛爭類型要求關係人間統一解決

現代訴訟，呈現多樣化的面貌。在某些特定類型的訴訟，強烈地需求在利害關係人間為統一的解決，以防止因個別、相對的傳統解決方式，導致紛爭解決不徹底，浪費司法資源。公司法第二百一十四條第二項股東代表訴訟事件，為了謀求公司業務運作之安定、其紛爭處理之劃一，在起訴之股東、其他未起訴之股東、公司三者間以及與被告董事間，成為本案訴訟標的法律關係之存否有必要合一確定，並有將其判決效力擴張及於未起訴之公司與其他股東(民事訴訟法第四百零一條第二項)²⁴。在這樣的理解下可認為，股東代表訴訟判決效力擴張及於未起訴之公司及其他股東乃是本於紛爭類型

²² 黃書苑，前揭文，頁 44。

²³ 黃書苑，前揭文，頁 46。

²⁴ 依學者之見，強烈需求統一解紛爭之事件類型尚有：1.依民法第八百二十一條，共有人中一人為其他共有人全體，起訴請求無權占有共有物(被告)返還共有物之訴 2.依民法第二百四十二條，債權人對第三債務人(被告)，以自己之名義所提起之代位訴訟 3.判決發生對世效之事件。邱聯恭，程序制度機能論--民事程序法之理論與實務第一卷，三民書局，1996年8月，頁 230。

要求所使然。然尚有一問題因應而生：未起訴之公司及股東固然因紛爭事件類型，為判決效力所及，但是其並未參與形成裁判之過程，無法在訴訟中陳述、提出事證並進而影響判決。在此情況下認為判決效力及於未起訴之公司與股東，是否正當？此乃涉及如下列所述「聽審請求權」保護之問題。

2.聽審請求權之保護

聽審請求權係源自德國基本法第一百零三條，此乃程序法上之基本權。基於上開規定，在成為審判對象之訴訟標的的法律關係涉及個人權利或利益時，應賦予該人參與審判程序，就事實上或法律上觀點，向法官提出主張、舉證之機會。此種保障是以尊重當事人程序主體性、人性尊嚴為基礎思想²⁵。

享有聽審請求權者是形式當事人，並無疑問，但形式當事人外之第三人，是否對該訴訟均為聽審請求權之主體？德國學說及實務判斷的基本原則：第三人須對判決有法律上的利害關係，亦即，該判決直接對該第三人權利狀態發生影響(非僅事實上影響)，而且並無其他可期待之適當途徑，足以讓該第三人防衛受侵害²⁶。至於此第三人應承認至何種程度，學說上尚有爭論。德國學者提出的判斷基準，大致上有兩說，一為「判決效基準說」二為「實體法基準說」。判決效基準說認為，應廣泛承認受判決效力所及之第三人均有聽審請求權。實體法基準說認為，判決效基準說過度擴張聽審請求權主體範圍。經斟酌實體法上之關連之後，必須與系爭法律關係有固有

²⁵ 陳榮宗等，婚姻無效與股東會決議無效之訴訟，民事訴訟法之研討（四），三民書局，中華民國85年3月，頁51（邱聯恭研討會後補註）。

²⁶ 姜世明，論合法聽審權--以在民事程序法之實踐為中心，法學叢刊第188期，民國91年10月，頁19。

權源(eigene zustaendigkeit)者，始有聽審請求權²⁷。

聽審請求權權利內容，一般認為有：

知悉權(受通知權)(Das Recht auf Orientierung)：知悉權的內容包含訴訟繫屬受通知權(合法通知)、對相對人陳述內容之知悉權及閱卷權。

陳述權(Das Recht auf Ausserung)：陳述權可表現在兩面向

積極面—係指在法院能主張、聲請、表示意見之權利；

消極面—指法院所得作為裁判基礎者，須確定當事人對均已

獲得聽審請求權之保護，否則不得作為裁判之基礎²⁸。

法院對於當事人所為之陳述或提出之證據尚有審酌義務。

我國大法官會議釋字第四八二號解釋理由書中表明聽審請求權為憲法第十六條訴訟權之一環，為人民司法上之受益權²⁹。

至於聽審請求權主體範圍，國內學者認為，如能從紛爭統一解決、擴大訴訟解決紛爭機能、避免裁判歧異以及保障第三人權益等觀點出發，則於保障訴訟當事人程序權前提下，對判決效力範圍之擴張、並因此對聽審權主體範圍作較寬鬆解釋之見解，為一可思考的方向³⁰。本文認為此一觀點，頗值贊同，至於聽審請求權之內容，

²⁷ 陳鵬光，股東會決議爭訟事件審理程序之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國 91 年 6 月，頁 42-43。

²⁸ 姜世明，前揭文，頁 19-24。

²⁹ 釋字第四八二號解釋理由書：憲法第十六條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。民事訴訟法中受審程序為特別救濟程序，係對於確定終局判決重新再次審理，為確保兩造當事人能立於平等、公正之程序下進行訴訟及對已確定終局之穩定性，故對民事再審之提起有較嚴格之限制，並不違背憲法保障人民訴訟權利之意旨。

³⁰ 姜世明，前揭文，頁 19。

應可與德國法為相同之解釋。

股東代表訴訟中，未起訴之公司與其他股東，依前所述為判決效力所及，本於上開說明，其應受聽審請求權之保護。保護的方式在現行法下，除了訴訟當事人對其所為之訴訟告知外，尚有法院依職權所為「訴訟通知」(民事訴訟法第六十七條之一)，使公司及其他股東能知悉訴訟之繫屬，適時向法院請求閱覽卷宗內容(民事訴訟法第二百四十二條第一項)，俾使公司及其他股東能及時參與訴訟保護權益。因此，賦予公司及其他股東參加訴訟之機會，應為判決效力擴張正當化之基礎³¹；或如學者所言，為擴張判決效力所及範圍之前提³²，從而兼顧紛爭之統一解決與訴訟關係人之程序保障。倘若公司或其他股東，非因可歸責於己之事由而未參加訴訟，致不能提出足以影響判決結果之攻擊或防禦方法者，得依民事訴訟法第五百零七條之一提起第三人撤銷之訴，以資救濟³³。

第二節 事前程序保障 - 訴訟告知、訴訟通知

一、訴訟告知

訴訟告知(或稱告知訴訟)，乃指當事人得於訴訟繫屬中，將訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人(民事訴訟法第

³¹ 黃國昌，訴訟參與及代表訴訟--新民事訴訟法下「程序保障」與「紛爭解決一次性」之平衡點，月旦法學雜誌，第97期，2003年6月，頁9。

³² 邱聯恭，程序制度機能論--民事程序法之理論與實務第一卷，三民書局，1996年8月，頁230。

³³ 關於依民事訴訟法第四百零一條第二項為判決效力所及之人可否提起第三人撤銷之訴，我國學者尚有爭議。參呂太郎第三人撤銷之訴—所謂由法律上利害關係之第三人，月旦法學雜誌第99期，2003年8月，頁34以下。

六十五條第一項)，所謂「有法律上利害關係」，學者多認與民事訴訟法第五十八條第一項之「法律上利害關係」同義³⁴。實務上，最高法院五十一年上字第三三八號判例明文揭示：「告知訴訟乃當事人一造於訴訟繫屬中，將其訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人，以促其參加訴訟。而所謂有法律上利害關係之第三人，係指本訴訟裁判效力及於第三人，該第三人私法上地位，因當事人之一造敗訴，而將致不利益，或本訴訟裁判之效力雖不及於第三人，而第三人私法上之地位因當事人之一造敗訴，於法律上或事實上依該裁判之內容或執行結果，將致受不利益者而言。」

訴訟告知的功能，國內學說及實務咸認：告知人依法為訴訟告知，賦予受告知人參與訴訟機會後，縱使被告知人實際上未參加訴訟，均發生訴訟告知的效力(民事訴訟法第六十七條)。亦即，訴訟告知的功能，旨在取得民事訴訟法第六十七條之效力。近年來，有力的學說認為訴訟告知的目的機能，不僅在於取得民事訴訟法第六十七條之效力，更有保障第三人利益之功能³⁵。股東代表訴訟中，未起訴的公司與其他股東，為判決效力所及之第三人，具有受訴訟告知的利益，訴訟當事人得對之為訴訟告知。

日本商法第二百六十八條第三項規定：「股東於提出股東代表訴訟後，須對公司告知該訴訟，不得遲延。」，第四項規定：「公司提出第一項訴訟時，須公告訴訟之要旨並通知公司股東，不得遲延。」

³⁴ 陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，中華民國 90 年 9 月，頁 152；王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭書，頁 302；吳明軒，中國民事訴訟法（中），三民書局，中華民國 89 年 9 月，頁 765；陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁 240。

³⁵ 林望民，訴訟告知制度之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國 80 年 1 月，頁 28。

依前項規定受告知之公司，亦須公告訴訟之要旨並通知公司股東。」立法上採取強制原告股東通知公司及由公司公告並通知其他股東的方式，在兼顧公司、股東程序權保障下，³⁶成紛爭的統一解決。

二、訴訟通知

通知的概念

訴訟告知為告知人之權利而非義務，是否為訴訟告知，得由告知人自由決定，縱不告知亦不負法律上責任³⁶。有時原告股東或被告董事，與公司及其他股東存在利害對立關係，不願為訴訟告知，因而無法達成統一解決紛爭之目的。此時，解決途徑轉由法院依職權對於具有法律上利害關係之第三人踐行通知方式，將相關訴訟關係人導入本案訴訟，就紛爭為統一之解決。民事訴訟法於民國九十二年修正時，增設第六十七條之一，明文賦予法院得依職權將訴訟繫屬、進行程度通知有法律上利害關係之第三人³⁷。

³⁶ 陳計男，陳計男，民事訴訟法論（上），頁 152；王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭書，頁 302；吳明軒，中國民事訴訟法（中），頁 765；陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁 239；22 年上 754 號判例。

³⁷ 民事訴訟法第六十七條之一：訴訟之結果於第三人有法律上利害關係者，法院得於第一審或第二審言詞辯論終結前相當時間，將訴訟事件及進行程度以書面通知該第三人。前項受通知人得於通知送達後五日內，為第二百四十二條第一項之請求，第一項受通知人得依第五十八條規定參加訴訟者，準用前條之規定。

修正理由：

1. 本條係新增
2. 為使有法律上利害關係之第三人能知悉訴訟而有及時參與訴訟之機會，避免第三人嗣後再提起第三人撤銷之訴，以維持確定裁判之安定性，並貫徹一次訴訟解決紛爭之原則，應賦予法院適時主動將訴訟事件及進行程度通知有法律上利害關係之第三人之職權，爰增訂第一項，第三人受通知後得視其情形自行斟酌是否參與訴訟及參與之方式，例如依第五十四條規定起訴，或依第五十八條規定參加訴訟，或依第二百五十五條、第四百三十六條之一第二項、第四百四十六條第一項之規定為當事人之追加，或依其他

通知的功能

法院依職權所為通知，在股東代表訴訟中可發揮下列功能³⁸：

利害關係人參與訴訟之可能性增大，有利於充分蒐集裁判基礎之證據。例如法院對公司為通知訴訟，公司如參加原告股東，則公司能提供更有影響力的證據，彌補原告股東與被告董事間資訊之差距。

對於公司及其他股東等訴外第三人賦予事前的程序保障，使其有參與代表訴訟的機會，以保護其權益。

使判決效力擴張於公司、其他股東具有正當性。

能統一解決存在於訴訟當事人及訴外第三人間之同一紛爭或爭點。在不違背程序權保障之前提下，達成訴訟經濟、紛爭解決統一性或擴大訴訟制度解決紛爭功能之要求。

通知訴訟程序之踐行，具有防止該訴外第三人提起撤銷判決之訴或再審之訴的作用，維持法之安定性，節省司法資源。

法官「通知」裁量之基準

法定程序行使或防衛其權利，又訴訟之結果涉及多數利害關係人者，法院亦得斟酌情形，分別予以通知，如受通知人知有其他法律上利害關係人，亦得向法院陳明，由法院斟酌是否一併通知，均屬當然。

3. 依第二百四十二條第一項規定，第三人欲為同條第一項之請求者，須先經當事人同意或釋明有法律上之利害關係，並經法院裁定許可，始得為之。為便利受通知人瞭解有關訴訟資料，俾能迅速決定如何參與訴訟以保護其權利，爰於第二項規定前項受通知人得於通知送達後五日內為第二百四十二條第一項之請求，不受該條第二項規定之限制。
4. 第一項之受通知人如得依第五十八條規定參加訴訟，而不為參加或參加逾時，仍應使其發生一定之效力，始能貫徹第一項通知之目的。爰於第三項規定此種情形準用前條規定，視為於得行參加時已參加於訴訟，遞行準定第六十三條之規定，又受通知人如依法應發生其他法律效果，例如依第四百零一條之規定為判決效力所及者，當然仍發生該法律效果，無待明文。

³⁸ 許士宦，前揭文，頁 81。

民事訴訟法第六十七條之一第一項，係授權法官視具體情況決定是否對有法律上利害關係之第三人為通知訴訟。而法官裁量基準為何？學者³⁹認為：

有關係爭標的訴訟審判所及於該第三人有法律上利害影響；

本訴訟的進行對該第三人之程序權(例如攻擊防禦機會)保障所可能導致之妨害程度。

因該第三人之參與所可能提供之裁判基礎資料，對於本訴訟之進行有多大之利益。

因第三人之參與所致本訴訟拖延之危險性高低。

第三人不參與訴訟對本訴訟當事人所可能造成不公平。

法院通知訴訟的方式，依民事訴訟法第六十七條之一第一項，係以書面通知有法律上利害關係之第三人。但在股東代表訴訟中，因利害關係人眾多，且分散各地，若要求法院對其一一為之者，實際上有所困難，因此宜容許法院得採取其他適當的方式為通知—例如「公告」，藉以增加法律上利害關係人參與本訴訟之可能性，強化第三人訴訟參與制度之功能發揮⁴⁰。值得一提者，民事訴訟法第六十七條之一第三項規定：「受通知人得依第五十八條規定參加訴訟者，準用前條之規定」，從文義上觀之，似有受通知人無法為第五十八條之輔助參加者，但受通知者依民事訴訟法第六十七條之一第一項須對訴訟結果具法律上利害關係，既然具有法律上利害關係，卻

³⁹ 陳計男等，第三人訴訟參與之研討，民事訴訟法之研討（四），三民書局，中華民國85年3月，頁769-770（邱聯恭會後補註）。

⁴⁰ 陳計男等，前揭文，頁770（邱聯恭會後補註）。

不符合輔助參加要件，實際上難以想像⁴¹。

三、小結

我國公司法對於股東提起股東代表訴訟後，是否須向公司為訴訟告知？公司起訴追究董事責任時是否對公司股東為通知？公司受告知時是否須公告起訴要旨並通知公司股東？法未明文。但公司與股東對於代表訴訟之結果具有法律上的利害關係，因此法院得依民事訴訟法第六十七條之一第一項規定，於第一審或第二審言詞辯論終結前相當時期，將訴訟事件及進程序以書面通知公司或股東。公司或股東得依同條第三項參與代表訴訟。此與日本商法第二百六十八條第三項、第四項規定不同。日本商法在股東代表訴訟中，課予原告股東對公司有訴訟告知，及公司公告訴訟要旨並通知股東之義務，此項規定切乎實際。例如股東的情況，公司應比法院清楚，由公司為之顯然較法院通知更迅速。蓋經由法院通知，股東資料乃須由公司呈報，再由法院經手，難免曠日費時。因此，本文認為，立法上可明定於代表訴訟提起後，原告股東對公司有訴訟告知，及公司對股東有公告、通知的義務，相較於民事訴訟法第六十七條之一規定法院依職權通知，應較有效率⁴²。

第三節 股東代表訴訟之訴訟參與

「訴訟參與」，係指某一紛爭提起訴訟後，由當事人以外之第三

⁴¹ 同見解，葉明松，判決對第三人的效力與第三人的程序保障，國立政治大學法律研究所碩士論文，中華民國 86 年 6 月，頁 202。

⁴² 不同見解，參許曉微，前揭文，頁 111。

人參與訴訟之情況。訴訟參與的態樣從訴訟上具有的地位觀察，可分為 1.獨立地位的參與 2.輔助地位的參與。前者係指第三人以自己獨立之地位參與他人間訴訟成為訴訟當事人，亦即第三人參與後成為新加入之當事人⁴³，例如依民事訴訟法第五十四條提起之訴訟。後者係指第三人以輔助當事人之一造為目的而參與他人間之訴訟。此類訴訟之參與，第三人非以獨立之地位而係以輔助當事人中一造而參與，故其非訴訟當事人，例如民事訴訟法第五十八條之輔助參加⁴⁴。

股東代表訴訟因紛爭類型強烈需求就多數利害關係人間為統一解決，故判決效力擴張及於未起訴之公司與其他股東。又，為顧及公司及其他股東聽審請求權保障，應給予其參與訴訟之機會，進入原告股東與被告董事間之訴訟程序，提出資料，共同形成裁判，以維護自己之法律上地位與權益⁴⁵。此外，公司與其他股東之參與訴訟，可監督原告股東訴訟進行⁴⁶，防止詐害訴訟之發生⁴⁷。

⁴³ 從比較法的觀點，可分為以下五類：

1. 以本訴訟兩造為共同訴訟人類型，例如民事訴訟法第五十四條之訴。
2. 追加第三人為一造共同訴訟人類型，例如強制執行法第十五條債務人亦否認第三人權利時，並將債務人列為被告。
3. 原訴之被告轉向第三人提起訴訟類型，例如美國聯邦民事訴訟規則第十四條：「第三人訴訟」。我國現行法無此種訴訟參與類型。
4. 第三人承當當事人一造之地位成為當事人，例如民事訴訟法第六十四條第一項二百五十四條第一項、一百六十八條、一百七十一條第三人承受為當事人之情形。
5. 第三人以訴訟當事人一造為被告提起訴訟類型，例如日本民事訴訟法第四十七條第一項，對本訴訟標的全部或一部為自己有所主張、或訴訟結果自己權利將被侵害者，得對本訴訟當事人一造提起訴訟；

參陳計男等，前揭文，頁 713-714；葉明松，前揭文，頁 150-151。

⁴⁴ 陳計男等，前揭文，頁 714。

⁴⁵ 黃國昌，前揭文，頁 12。

⁴⁶ 中島弘雅，株主代表訴訟にける訴訟 如，小林秀之、近藤光男合編，株主代表訴訟大系，弘文堂，平成八年十二月十五日，頁 210。黃書苑，前揭文，

我國民事訴訟法依第三人與本訴訟利害關係強弱，設有三種參與型態：從參加或稱輔助參加(民事訴訟法第五十八條)；獨立從參加⁴⁸(民事訴訟法第六十二條)；主參加訴訟⁴⁹(民事訴訟法第五十四條)。

日本民事訴訟法除上述之類型外，尚有獨立當事人參加(日本民事訴訟法舊法第七十五條、新法第四十七條)及學說與實務均承認的共同訴訟輔助參加等第三人訴訟參與的類型以資運用。

美國法之股東代表訴訟，由於公司為必要當事人(公司既為共同被告，因此公司並無以第三人地位參與訴訟的問題)。但在日本及我國，公司並非必要當事人，故有公司訴訟參與之問題與必要(日本商法第二六八條第二項，公司及其他股東為訴訟參加)。股東參與代表

頁 128。

⁴⁷ 新谷勝、株主代表訴訟と取締役の責任，中央社，平成二年二月十五日，頁 225；上柳克郎、鴻常夫、竹昭夫編，新版注 T 社法(6)，有斐閣，平成二年二月十八日，頁 384。黃書苑，前揭文，頁 128。

⁴⁸ 民事訴訟法第六十二條之參加，有稱為獨立從參加、獨立輔助參加、特種參加獨立參加及共同訴訟參加，多數採取獨立從參加一詞，參陳計男，民事訴訟法論(上)，頁 146；王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭書，頁 299；吳明軒，中國民事訴訟法(中)，頁 761；陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁 235；楊建華，「獨立之輔助參加」，問題研析民事訴訟法(四)，三民書局，中華民國 84 年 3 月，頁 91；駱永家，共同訴訟參加與共同訴訟的輔助參加，民事法研究，著者發行，1997 年 10 月，頁 200。

稱其為共同訴訟參加者(如駱永家教授)，乃係參照德、日民事訴訟法之規定。楊建華先生認為日本民事訴訟法第七十五條(舊法)規定：「訴訟標的對於當事人之一造及第三人必須合一確定者，該第三人得以共同訴訟人參加訴訟，於此情形，準用第六十七條之規定。而德國民事訴訟法第六十九條規定：「依民法規定，本案訴訟裁判確定之效力，及於從參加人與對造間之法律關係，從參加人視為主當事人，依本法第六十一條規定之共同訴訟人。」此二條文用語或係「以共同訴訟人參加訴訟」或「視為主當事人」，因此稱為「共同訴訟(之)參加」，乃有其依據。我國民事訴訟法僅有「準用」第五十六條必要共同訴訟之規定，為免誤會「參加人即為共同訴訟人」，故以不稱「共同訴訟(之)參加」為宜。楊建華，「獨立之輔助參加」，問題研析民事訴訟法(四)，三民書局，中華民國 84 年 3 月，頁 91。

⁴⁹ 日本民事訴訟法於平成八年修正時，已刪除第六十條主參加訴訟之規定。

訴訟的問題較單純，但公司之參與代表訴訟為學說爭論重點，尤其是公司得否參加被告董事之問題。茲就公司及其他股東參與代表訴訟的情況，分述如下。

一、公司參與原告股東

股東代表訴訟中，公司參與原告股東之側，其參與性質(型態)為何，學說上素有爭論。日本學說有 1.共同訴訟參加說 2.共同訴訟輔助參加說 3.輔助參加說 4.普通共同訴訟說 5.獨立當事人參加說等五說，通說採「共同訴訟參加說」。

共同訴訟參加說

受判決效力所及而具有當事人適格之第三人，得以當事人之地位參加該訴訟，而與該訴訟當事人一造成為共同原告或被告⁵⁰⁾⁵¹⁾。在股東代表訴訟中，公司受判決效力所及，其具有當事人適格且訴訟標的必須合一確定。其次，公司為系爭訴訟標的權利義務法律關係之主體，其參與訴訟不僅為了防止詐害訴訟之發生，亦得獨立的為訴訟請求之擴張，故必須賦予公司較強的訴訟地位為參與。因此，公司參與股東代表訴訟的類型為共同訴訟參加⁵²⁾。

⁵⁰ 駱永家，前揭書，頁 200-201。

⁵¹ 日本法上之共同訴訟參加係源於一九二六年(大正十五年)繼受德國民事訴訟法第六十九條共同訴訟輔助參加，當時立法者有意不區分參加人是否具當事人適格皆可適用。但學說、實務將之稱為共同訴訟參加，並認為因為共同參加後，在訴訟程序上成為共同訴訟人(當事人)，所以該參加人須就訴訟具有當事人適格始可，參陳榮宗等，訴訟繫屬中當事人讓與系爭物所引發之法律問題，民事訴訟法之研討(五)，三民書局，中華民國 85 年 10 月，頁 235-236 (邱聯恭研討會後補註)。

⁵² 德田和幸，株主代表訴訟と 社の訴訟參加、法曹時報四八卷八號，頁 30。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，中華民國 87 年 6 月，頁 6-2。

共同訴訟輔助參加說

依法律規定，他人間訴訟判決的效力亦及於第三人(但無當事人適格)，此第三人為輔助參加時，成為共同訴訟輔助參加。蓋此第三人為判決效力所及，其獨立性應較通常之輔助參加人強。若不承認該第三人有比通常之輔助參加人更強之訴訟實施權，則其利益無法透過訴訟程序得到充分的保障⁵³。

採此說的學者認為，原告股東已代公司之位提起代表訴訟，公司已不具當事人適格，但公司為判決效力所及，此時若公司參與訴訟，其參與的性質應為共同訴訟輔助參加。

輔助參加說

輔助參加(亦有稱從參加)，係指在他人間之訴訟繫屬中，就該訴訟結果有法律上利害關係之第三人，為藉輔助當事人之一造使獲勝訴，以保護自己法律上利益，而參加於該訴訟⁵⁴(日本舊民事訴訟法第六十四條、新法第四十二條)。此說學者認為，公司不另行提起訴訟而以參與之方式加入訴訟，其參與的性質為輔助參加⁵⁵。

輔助參加因係在輔助當事人之一造，在比較法上，各國法律概規定，參與人只須因對他人間訴訟具有法律上之利害關係或法律上利益，即得參與。所謂法律上之利益，德國學說係指因裁判之結果，對於第三人私法上或公法上之法律關係，受到法律上有利或不利之

⁵³ 駱永家，前揭書，頁 205-206。

⁵⁴ 駱永家，輔助參加與告知訴訟，民事法研究，著者發行，1997年10月，頁 179。

⁵⁵ 柳川昌勝，株主の代表訴訟，法新報第五十七頁，頁 1478 以下。黃書苑，前揭文，頁 13。

情形，而觀念上、經濟上或事實上之利益並不包括在內；日本通說(判決主文利益說)，認為所謂有法律上之利害關係，係指參加人之權利義務或其法律地位，以訴訟標的法律關係是否存在為前提，依判決主文而受直接影響之關係。若僅屬判決理由中所判斷之事實或法律關係存否之利害關係，則尚有不足。但有力說認為，參與利益之有無，僅囿於判決主文對訴訟標的之判斷，過於嚴格，不合於就該紛爭因各種輔助參加之機會需求，因而主張判決理由中之判斷，第三人如有法律上之利害關係時，亦有輔助參加之利益(判決理由利益說)⁵⁶。近來學說則認為，不問是否於主文或理由中判斷，只要第三人作為紛爭主體而有獨立主張舉證之必要時，即應有參與訴訟之必要(有參與訴訟之利益)⁵⁷。

普通共同訴訟說

在股東代表訴訟結構理解為代表訴訟性質者，認為股東對董事享有固有的損害賠償請求權，公司對董事所行使之權利與股東對董事主張之權利不同，公司參與訴訟的性質為訴之主觀追加合併。公司與原告股東間為普通共同訴訟之關係⁵⁸。

獨立當事人參加訴訟說

⁵⁶ 陳計男等，前揭文(註39)，頁718-719；陳計男，前揭書(上)，頁136；王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭書，頁292；吳明軒，前揭書(中)，頁752；陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁229；駱永家，前揭文(輔助參加與告知訴訟)，頁182-183；洪西東，民事訴訟法上從參加問題之研究，國立中興大學法律研究所碩士論文，中華民國七十七年六月，頁12-36。

⁵⁷ 葉明松，前揭文，頁163-164。

⁵⁸ 河本一郎、右田堯雄、森田章、山本克己、河本伸一、森本茲、近藤光男，株主代表訴訟<<座談 Ⅱ>>，民商法誌第一一七，一九九四年，頁205。許曉微，頁112，註39。

日本民事訴訟法(舊法)第七十一條規定：「主張因訴訟結果而使其權利受損害之第三人，或主張訴訟標的之全部或一部屬於自己權利之第三人，得為當事人而參加訴訟。於此情形，準用第六十二條及第六十五條之規定。」此即所謂「獨立當事人參加」。採此說者認為，股東代表訴訟的實際情況為原告股東、被告董事、公司三者對立之關係。從公司之立場而言，有輔助原告股東之情況，亦有想輔助被告董事防禦之情況。亦即公司對原告股東、被告董事均可能同時存在利害關係部分一致、部分對立的情形。因此，公司參與代表訴訟之性質應為獨立當事人參加⁵⁹。獨立當事人參加與輔助參加不同，獨立當事人參加並非輔助一造當事人，而是以雙方當事人為對立當事人，參與訴訟成為當事人，實際上為一個新訴。至於獨立當事人參加的結構為何，學說上尚有爭論，通說採「三面訴訟說」。⁶⁰

小結

從日本法的觀點而言，公司參與股東代表訴訟的性質，應認為是「共同訴訟參加」。蓋公司為判決效力所及，且公司對該訴訟具當事人適格，應承認其有如當事人般地位參與訴訟，俾妥適保護其權益⁶¹。

若認為公司的參與為「共同訴訟輔助參加」，甚或為「輔助參

⁵⁹ 谷口安平，株主の代表訴訟 務民事訴訟講座 5，昭和四十九年，頁 107；許曉微，前揭文，頁 112。

⁶⁰ 相關中文文獻，駱永家，引進「獨立當事人參加」訴訟制度之探討，民事法研究，著者發行，1997年6月，頁 101 以下；駱永家等，從主參加與獨立當事人參加之比較論獨立當事人參加訴訟制度之引進，民事訴訟法之研討（二），三民書局，中華民國 85 年 5 月，頁 193 以下。

⁶¹ 日本商法第二百六十八條第三項規定，原告股東提起代表訴訟後，應立即對公司為訴訟告知。

加」，則公司在訴訟上之地位太過弱化。或有學說認為，公司的參與為「共同訴訟輔助參加」，解釋上可以承認公司具有獨立防止被參加人為訴之撤回或得為訴之擴張，避免詐害訴訟發生⁶²。但是，如此解釋，並無根據⁶³。

二、其他股東參與原告股東

其他股東在股東代表訴訟中參與原告股東的性質，學說見解歧異。將股東代表訴訟解為代位訴訟性質說者認為，原告股東已代公司行使權利，其他股東不能再行使同一權利。因此其他股東參與訴訟應為「共同訴訟輔助參加」⁶⁴。亦有學者認為，代表訴訟提出並無同時否定其他股東亦具有當事人適格之地位，故其他股東之參與是為「共同訴訟參加」⁶⁵。採代表訴訟性質說者認為，所有具備提起股東代表訴訟資格的股東，均可代表其他股東提起股東代表訴訟，每一股東地位皆平等，先提起訴訟的股東，並不保有先占之地位，彼此之間無主、從之別。因此其他股東參與訴訟是為「共同訴訟參加」⁶⁶。

由日本法制論之，其他股東參與原告股東之性質，似應先區分其有無當事人適格。若具當事人適格，則其參與為「共同訴訟參加」；反之則為「共同訴訟輔助參加」。亦即區分其他股東對股東代表訴訟

⁶² 黃書苑，前揭文，頁 133。

⁶³ 竹 昭夫，株主の代表訴訟，『社法の理論』，有斐閣，平成二年一月十二日，頁 254。黃書苑，前揭文，頁 137。

⁶⁴ 松田二郎，『社法概論』，頁 146。許曉微，前揭文，頁 113。

⁶⁵ 大隅健一郎、今井宏，『社法論上』（第三版），有斐閣，平成三年一月三十日，頁 171。黃書苑，前揭文，頁 145。

⁶⁶ 竹 昭夫，株主の代表訴訟，『社法の理論』，有斐閣，平成二年一月十二日，頁 253-254。黃書苑，前揭文，頁 145。

關係之強弱而異其保護的方式。

至於參與代表訴訟之股東其資格是否要加以限制，學說上有不同意見。有認為參加訴訟之股東，亦須符合提起股東代表訴訟之法定資格，並向公司為提訴請求，始得參與訴訟。有認為只要具公司股東之身份，即得參與訴訟，是否已繼續持有公司股份六個月以上，並非緊要⁶⁷。

三、公司參與被告董事

在股東代表訴訟中，公司可否參與被告董事為輔助參加，此乃為日本學者所關注之焦點，不論學說或法院見解，各持己見，呈現分歧的現象。問題核心大致圍繞在股東代表訴訟結構及輔助參加利益有無之判斷。以下就日本學說及實務見解，分述如下：

肯定說

1. 學說論點

此說學者認為，在股東代表訴訟中，公司不得參與被告董事為輔助參加，理由為：

輔助參加之目的係在防止因訴訟當事人之訴訟行為，致參加人受不利益。公司為權利的歸屬者，其參與被告董事，猶若否定自己之權利，豈非有論理上的矛盾⁶⁸。

依通說見解，日本民事訴訟法第四十二條所謂第三人對於訴訟

⁶⁷ 許美麗，日本商法上股東代位訴訟有關公司參加訴訟之案例研究-東京商銀信用組合事件及中部電力事件，全國律師 82 年，7 月號，頁 42。

⁶⁸ 新谷勝、株主代表訴訟と取締役の責任，中央 社，平成二年二月十五日，頁 276-277；山下友信，取締役の責任．代表訴訟と監察役，商事法務第一三三六期，一九九三年十一月，頁 13。

結果有利益關係，係指第三人對於判決主文中成為訴訟標的之權利或法律關係，就其存否的判斷具有法律上的利害關係，且第三人就判決主文中有關訴訟標的之判斷須與被參加人一致，否則不得為輔助參加⁶⁹。股東代表訴訟的訴訟標的為公司對被告董事的損害賠償請求權，倘被告董事勝訴，被告董事對公司即無賠償責任。因此，公司與被告董事間利益並不一致，衡諸前開說明，公司無輔助參加被告董事之利益，公司不得輔助參加被告董事，進行訴訟⁷⁰。

在股東代表訴訟中，倘若公司為訴訟參與，公司之代表人依法應為董事長。董事長為董事會之主席，是董事會決議當然參與人，有關被告董事之行為或董事會決議，理所當然會為適法之主張與抗辯(蓋一旦董事會決議被判定為違法，參與決議之董事均須對公司負賠償責任)，此時董事長能否秉持公正、適切的為公司利益參與訴訟，頗有疑問⁷¹。

2.實務案例--中部電力公司事件

日本實務上有中部電力公司事件，係採取否定說的見解，否定公司輔助參加被告董事。茲將案例之事實及裁定要旨略述如下：

案例事實⁷²

⁶⁹ 兼子一，新修民事訴訟法體系增訂版，酒井書店 1965 年，頁 399 以下；三ヶ月章，民事訴訟法三版，弘文堂，1992 年，頁 279 以下；蔡英欣，論日本代表訴訟制度中公司為訴訟參加之問題—公司可否為被告董事之輔助參加，月旦法學雜誌，第 72 期，民國 90 年 5 月，頁 190。

⁷⁰ 山下友信，取締役の責任．代表訴訟と監察役，商事法務第一三三六期，一九九三年十一月，頁 11-15。蔡英欣，前揭文，頁 191。

⁷¹ 岩原紳作，株主代表訴訟の構造 社と被告側への訴訟參加，頁 229、233 以下。黃書苑，前揭文，頁 140。

⁷² 蔡英欣，前揭文，頁 194。

本案代表訴訟中，原告 X 等人(訴外人 A 即中部電力股份有限公司的股東)主張，被告 Y 等九人(訴外人 A 的董事)非法對當地漁業協同合作社提供資金，導致訴外人 A 產生二億日圓的損害，乃提起本件代表訴訟(原告 X 的另一請求，因未提供擔保而被駁回)，請求被告 Y 對訴外人 A 給付二億日圓的損害賠償金，而訴訟繫屬中，訴外人 A 聲請輔助參加被告 Y。

訴外人中部電力公司 A 聲請輔助參加的理由⁷³：

本案 A 公司意思決定(董事會決議)之適法性成為重要爭點，以 A 公司本身在組織法上之法律地位及利益作為訴訟上爭點，在判決理由中接受判斷，就代位訴訟之結果，A 公司有法律上之利害關係。

原告主張 A 公司與漁會所定二億圓之寄存協定無效，而本件訴訟之判決理由中須就原告之主張加以判斷，而對於協定之有效與否，A 公司有法律上之利益。

本件訴訟就原告之主張加以判斷，則 A 公司有受行政機關公法上監督處分之可能，在免受公法上監督處分上，A 公司有法律上之利益。

法院裁定意旨⁷⁴：

民事訴訟法(舊法)第六十四條所規定對訴訟結果有利害關係者，係指對本案判決主文所示之訴訟標的之權利或法律關係存在與否所為之判斷，影響輔助參加人之法律地位之情

⁷³ 參閱中島弘雅，株主代表訴訟にける訴訟參加，收錄於小林秀之，近藤光男合編，株主代表訴訟大系，弘文堂平成八年十二月十五日初版，二一八頁；許美麗，前揭文，頁 6-8。

⁷⁴ 資料版/商事法務一四八號，一 五頁。節引自許美麗，前揭文，頁 6-9。

形，因此准予參加訴訟者，須就本案判決主文所示之訴訟標的，聲請人與被參加人有共通之利害關係者為限。被參加人勝訴時受有不利影響者，不得輔助參加該被參加人一造之訴訟。

本案係被告等對聲請人連帶賠償二億圓及利息，該訴訟標的為聲請人對被告之損害賠償請求權及遲延損害金之請求權。本件訴訟判決原告勝訴確定者，被告對聲請人有損害賠償義務，結果對聲請人有利。反之判決被告勝訴確定者，聲請人對被告則無損害賠償請求權，對聲請人不利，故聲請人與被告對主文中所為之判斷並無共通之利害關係。

本件聲請人基於本身公司之意思決定而支出二億圓，不管其對於原告、漁會或第三人在私法上或公法上是否不當或違法，只問被告身為聲請人之董事，對於二億圓之支出，是否有違善良管理人之注意義務或忠實義務。又董事特定之行為是否依公司正規之意思決定程序，實際上難以區別時，其本身即為訴訟上之爭點，因此是否依公司正規定之意思決定程序，並不影響有無輔助參加利益之認定。

聲請人保管或持有有關前開支出二億圓之資料，尚不足為聲請人有參加訴訟之利益之基礎。

基於上開所述，尚難認聲請人就本件訴訟有輔助被告一造而參加訴訟之利害關係⁷⁵。

肯定說

⁷⁵ 本則裁定所持的理由與學說反對說大致相同。

1. 學說論點

肯定公司得輔助參加被告董事之學說，尚有兩種不同的論證方式。茲以舊說、新說加以區別，分述如下：

舊說 採此說學者所持的理由，整理如下：

從股東代表訴訟的結構而言，採代位訴訟性質說者，未必會產生論理上的矛盾。蓋在債權人對第三債務人所提起的代位訴訟，被代位之債務人仍有可能爭執債權人代位權之行使而參加被告(第三債務人)。依此而論，在股東代表訴訟中，公司亦有可能與董事利益一致而參加被告董事⁷⁶。採代表訴訟性質說者，則原告股東係代表全體股東提起代表訴訟，因此公司參與被告董事不會發生論理上的矛盾⁷⁷。

在公司輔助參加被告董事的問題上，公司輔助參加的利益有：

- a. 一旦公司輔助參加被告董事，應可期待公司在訴訟過程中提出充分的證據、資料，充實審理程序⁷⁸。
- b. 在以爭奪公司經營權或專門擾亂公司營運為目得而提起的股東代表訴訟，公司為了避免形象下跌，應認公司具有輔助參加被告之利益⁷⁹。
- c. 依商法第二百六十八條之二第一項，若原告股東勝訴，公

⁷⁶ 陳榮宗等，前揭文（民事訴訟法之研討【二】），頁 23、31（楊建華、陳石獅教授發言）。

⁷⁷ 佐藤 男，株主代表訴訟とに?ける訴訟 加とその型態，ジュリスト第一六二，一九九五年三月，頁 63。許曉微，前揭文，頁 118。

⁷⁸ 有學者認為，股東代表訴訟的訟爭事項內容，尚具公益面向。為配合其公益面，有必要要求相關訴訟資料儘可能的被充分提出，其對充實審的要求較通常之民事訴訟更強。吉野正三郎，株主代表訴訟に?ける会社の參加(下)，商事法務 1358 號，1994 年，頁 28 以下。許曉微，前揭文，頁 118-119。

⁷⁹ 同上註。

司對其有償還律師費用之責任，就此而言，公司對於訴訟之結果應可認為具有法律上之利害關係，即具有輔助參加被告董事之利益⁸⁰。

然而有學者認為此處所列舉的輔助參加利益，不僅未說明其利害關係基礎，亦未說明所舉利害與訴訟標的或本案爭點間之關聯性。因此，其所舉事項，僅為事實上的利害關係，與法條所定(日本民事訴訟法第四十二條)須具「法律上」利害關係並不符合⁸¹。依照實務及學說對法律上利害關係的詮釋，須就判決主文中對訴訟標的判斷或判決理由中之判斷，對於公司法律上地位造成「法律上」的影響。上述所舉僅為事實上或經濟上之利害。公司在原告股東勝訴時須償還該股東相關費用之義務，但此義務之發生並非取決法院對訴訟標的及本案相關爭點之判斷，而僅為法院形成裁判基礎之訴訟法上相關事實。

新說

日本學者伊藤真教授，雖同意公司得參與被告董事，但說明與舊說全然不同，其認為：

依現行民事訴訟法第四十二條關於輔助參加的規定，一般認為只須不是訴訟當事人，任何第三人於訴訟結果具法律上利害關係者，均可為輔助參加。其次，民事訴訟法係採形式當事人概念，公司為訴外第三人。既然公司為訴外第三人，則

⁸⁰ 同上註。

⁸¹ 伊藤真，コーポレート・ガバナンスと民事訴訟-株主代表訴訟に?ける諸問題，商事法務一三六四號，1994年，頁18-20。蔡英欣，前掲文，頁191。

其參與被告董事，與輔助參加的構造並不矛盾⁸²。

公司輔助參加被告董事的輔助參加利益：當原告股東所主張被告董事之違法行為，並非基於董事個人判斷所為，而是基於公司之意思時，公司意思決定的適法性(涉及公司本身組織法上的法律地位)將會在代表訴訟中成為主要爭點，而在判決理由中有所判斷，因此可認為公司具輔助參加利益⁸³。

2.實務案例

日本實務上，亦有肯認公司得輔助參加被告董事的案例，其說理有援用伊藤真教授見解者，例如東京商銀信用組合事件。最近日本最高法院針對一件股東代表訴訟(萬兵事件)，明白肯認公司得輔助參加被告董事，在說理上亦延續伊藤真教授之見解，茲將兩則案例之事實與裁定意旨，簡述如下：

東京商銀信用組合事件

案例事實⁸⁴：原告 X(即訴外人 A 東京商銀信用合作社的社員)主張被告 Y 等人(即訴外人 A 的理事)未經過合法的理事會承認與內部審查，逕行對訴外人 A 的董事長即訴外人 B 及其相關企業為超額融資，其後並怠於確保債權擔保，導致訴外人 A 無法回收此筆融資，造成訴外人 A 同額的損失，而被告 Y 等人的行為係違反忠實義務的行為，原告 X 乃依中小企業等協同組合法第四十二條、商法第二百六十七條，對被告 Y 等

⁸² 伊藤真，コーポレート・ガバナンスと民事訴訟-株主代表訴訟に?ける諸問題，商事法務一三六四號，1994年，頁18。蔡英欣，前掲文，頁192。

⁸³ 伊藤真，コーポレート・ガバナンスと民事訴訟-株主代表訴訟に?ける諸問題，商事法務一三六四號，1994年，頁21。蔡英欣，前掲文，頁192。

⁸⁴ 東京地裁平成七年十一月三十日決定，資料版商事法務，一四三號，頁163(東京商銀信組事件)。蔡英欣，前掲文，頁195。

人提起代表訴訟，請求被告 Y 等人對訴外人 A 支付同額的損害賠償金，而訴訟繫屬中，訴外人 A 向法院聲請為被告 Y 等人的輔助參加。

裁定意旨⁸⁵：東京地方法院認為東京商銀信用合作社 A 得輔助參加被告 Y 等。理由如下：

- a. 依民事訴訟法（舊法）第六十四條規定，輔助參加人須係對訴訟結果有利害關係之第三人，換言之，輔助參加人以有參加利益為必要。……。參加人有法律上之利益係指被參加人敗訴判決之事實上影響，非僅係參加人本身在事實上及經濟上之地位或利益，須係法律上之地位或利益受到影響，惟不以被參加人敗訴之判決效力於法律上及於參加人為必要。從是否為判決效力所及之觀點而言，判決主文中有關訴訟標的之判斷與判決理由中有關爭點或攻擊防禦方法之判斷，二者之區別相當重要，但從被參加人之敗訴判決對參加人法律地位之事實上影響之觀點而言，二者之區別則未必重要，關於判決理由中之判斷內容，有法律上利害關係時，參加人為維護其法律利益，應給予輔助被參加人舉證之機會。
- b. 公司董事基於公司之意思決定所為之行為是否適當發生爭執時，公司決定不追究公司董事之責任，當然係認為前開意思之決定係屬正常。此時在判決理由中若認定前開意思之決定並非違法或不當，則公司自有其利益，且被告董

⁸⁵ 判例時報一五五六號，頁 137，金融商事判例九九一號，頁 37；節引自許美麗，前揭文，頁 6-14。

事敗訴之判決中所為之判斷對公司影響所及之內容如何，對公司而言應認有法律上之利益。……代表訴訟係以填補公司之損害為目的，就股東而言係行使監督公司業務執行之糾正權，就公司而言認定意思決定係屬正當而採取不追究董事責任之態度，此時公司與起訴之股東隱然處於對立當事人之立場，因此公司輔助被告一造而參加訴訟，係與提起股東處於對立之立場而進行訴訟活動，公司有其法律上利益。

- c、本件訴訟假使原告 X 之請求獲准時，在判決理由中會認定 X 所主張本件融資之違法事由，有關本件融資被判定 A 信用合作社之意思決定係屬違法之可能性極高，則不僅行政機關可能對 A 信用合作社為立即檢查，或為停止業務，解散命令等公法上之監督處分，亦將影響 A 信用合作社繼續性融資之業務方針或營運方法，故本件被告 Y 等之敗訴判決，關係本件融資之意思決定之適法性，對於 A 信用合作社法律上之利益有不利之影響，A 信用合作社為避免前開之不利益，提供本件融資之相關資料，以主張或證明本件融資之適法性，自有其必要，A 信用合作社對於本件訴訟之判決結果，應有法律上之利害關係，應准其輔助參加訴訟。

萬兵事件

案例事實⁸⁶：原告 X(訴外人 A 公司的股東)主張，因被告 Y(訴

⁸⁶ 最高裁平成十三年一月三十日第一小法庭決定，商事法務一五八六號，頁四

外人 A 的董事)就訴外人 A 第四十八期及第四十九期決算為粉飾決算或因忽略之結果，以致訴外人 A 繳納超額的法人稅，支付檢查人報酬及分派股利於股東等，而造成訴外人 A 的損失一事，被告 Y 的行為係違反董事的忠實義務，乃依商法第二百六十七條提起代表訴訟，對於訴外人 A 聲請為被告 Y 的輔助參加，一審法院與抗告審均駁回 A 的聲請與抗告，而 A 針對後者的駁回，乃向最高法院為抗告。

裁定意旨⁸⁷：日本最高法院於平成十三年針對萬兵事件，公司聲請輔助參加被告董事作出裁定，認為原告股東以董事會的意思決定違法為由所提起的股東代表訴訟，除有「特別情形」，均應允許公司為被告董事輔助參加之聲請。裁定要旨如下：

- a. 日本民事訴訟法第四十二條有關輔助參加規定的要件，即輔助參加僅限於對兩造的訴訟結果具有法律上利害關係者始得為之，而不包括對於兩造的訴訟結果僅有事實上利害關係的情形，又所謂的法律上利害關係，係指該訴訟判決有影響參加人私法上或公法上的法律地位或法律利益之虞者。
- b. 以董事會的意思決定違法為由所提起的代表訴訟，在此等代表訴訟一旦認定公司對董事具有損害賠償請求權時，對於以董事會意思決定為前提所形成的股份有限公司私法上或公法上的法律地位或法律利益將有所影響，因此股份

六。蔡英欣，前揭文，頁 195。

⁸⁷ 同上註。

有限公司就防止董事敗訴一事，即具有法律上的利害關係，基於此種前提，倘若本案代表訴訟中的被告董事被判敗訴，其將有可能影響到本件抗告人即公司第四十八期以下的會計關係，及將來的交易關係，因此，除有特殊情形外，均應允許抗告人的輔助參加的聲請。

- c、公司在代表訴訟中，究採取中立的立場抑或聲請輔助參加一事，係屬董事會的經營判斷事項，而縱使允許股份有限公司為被告一造的輔助參加，並不代表該輔助參加即有害於股東的利益，或有損於公正適切的訴訟程序進行，反之，其不僅能避免訴訟遲延或訴訟的複雜化，亦可期待公司提出訴訟資料或證據資料，而有助於法院為充分審理。

3.對於新說之見解

有學者提出如下質疑：

新說認為被告董事之違法行為係基於公司的意思決定時，公司意思的適法性將成為代表訴訟中的重要爭點，而在判決理由中被判斷，因而認為在此情況下公司有輔助參加被告董事的利益。然而，公司意思決定的適法性並非必然成為股東代表訴訟中重要爭點⁸⁸。

公司意思決定是否適法須待判決確定始能得知，公司在代表訴訟審理中聲請為輔助參加時，無從認為公司意思決定為適法(即

⁸⁸ 中島弘雄，株主代表訴訟にける 社補助 如，ジュリスト第一 九一，一九九六年一月十五日，頁 92；中島弘雅，株主代表訴訟にける訴訟 如，小林秀之、近藤光男合編，株主代表訴訟大系，弘文堂，平成八年十二月十五日，頁 226-227。黃書苑，前揭文，頁 139。

無法認定公司輔助參加被告董事為有利公司利益之行為)⁸⁹。

公司極有可能只提出有利被告董事一方的證據資料，進而導致法院認定之事實有所偏差⁹⁰。

日本新商法

日本商法於平成十三年修法時，增訂第二百六十八條第八項，明定公司得輔助參加被告董事，學說爭論於是落幕。往後討論的焦點，在於如何讓公司於維護公司全體股東利益的立足點上公正的參與被告董事，進行訴訟。

小結

公司得否輔助參加被告董事，問題大致圍繞在參加利益有無之爭論。近年來，日本學者在多數當事人（含利害關係人）紛爭解決議題上，成就斐然。參加利益有無認定上，有從？解釋的趨勢，主要在便利多數利害關係人，利用同一訴訟程序，在該等人間獲得全面解決。日本商法在平成十三年增訂公司得輔助參加被告董事，即為因應此趨勢之明證。

四、我國法制檢討

關於第三人參與訴訟，我國民事訴訟法設有三種方式 1.輔助參加(民事訴訟法第五十八條) 2.獨立之從參加(民事訴訟法第六十二條) 3.主參加訴訟(民事訴訟法第五十四條)，主參加訴訟在實務上甚

⁸⁹ 岩原紳作，株主代表訴訟の構造 社と被告側への訴訟參加，頁 233 以下。
蔡英欣，前揭文，頁 192。

⁹⁰ 蔡英欣，前揭文，頁 192。

為罕見⁹¹，因此較具討論實益者，僅有輔助參加與獨立之從參加兩類。實務上亦以此兩類較常見。以下亦就公司及其他股東參與原告股東或被告董事之情況加以探討。

公司參加原告股東

1. 輔助參加

依前文所述，股東代表訴訟判決效力及於公司，衡諸民事訴訟法第五十六條，公司就股東代表訴訟具有法律上利害關係，因此公司對原告股東得為合法的輔助參加。輔助參加並非直接為自己有所請求而參加，而僅在輔助當事人一造為訴訟行為，使勝訴之結果間接保護自己私法上利益。

輔助參加人原則上得輔助當事人為一切訴訟行為，但其所為之訴訟行為不得與被參加人相牴觸—例如自認，否則訴訟行為不生效力(民事訴訟法第六十一條)。此外。非當事人不得為之特定訴訟行為，輔助參加不得為之，例如提起反訴、訴之撤回、上訴之撤回、訴之變更或追加、捨棄、認諾及和解等⁹²。

至於輔助參加人可否為其輔助之當事人提起再審，國內通說及實務持否定見解⁹³，但民國九十二年二月民事訴訟法修正時，於第

⁹¹ 陳計男先生表示，主參加訴訟在實務上甚為罕見。駱永家等，從主參加與獨立當事人參加之比較論獨立當事人參加訴訟制度之引進，民事訴訟法之研討(二)，三民書局，中華民國85年5月，頁229。

⁹² 王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭書，頁290-297。

⁹³ 陳計男，民事訴訟法論(上)，頁141註18；王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭書，頁296；吳明軒，中國民事訴訟法(中)，頁757；陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁228；68年台抗第398判例。不同意見，駱永家，民事法研究，頁181；呂太郎，從參加人得否提起再審之訴，萬國法律，2000年6月，第111期，頁93-94。

五十八條第三項增訂：就兩造之確定判決有法律上利害關係之第三人，於前訴訟程序為參加者，亦得輔助一造提起再審之訴⁹⁴。已肯認輔助參加人得為其所輔助之當事人提起再審之訴或聲請再審。

2.獨立之從參加

訴訟標的對於參加人及其所輔助之當事人，必須合一確定者為獨立之從參加。所謂訴訟標的對於參加人及其所輔助之當事人必須合一確定，係指依法律規定，其人雖未參與訴訟，就該訴訟所為之判決其效力亦應及於其人而言⁹⁵。此判決之效力，有學者認為除既判力外，亦包含反射效所及之情形⁹⁶。此時，參加人對於該訴訟具有直接之利害關係，為妥適保護其權益，應賦予其在訴訟上有獨立的地位，因此「視作」必要共同訴訟人，準用民事訴訟法第五十六條規定。獨立之從參加人所為與所輔助當事人之行為相牴觸者亦生效力。例如所輔助之當事人捨棄上訴權，獨立之從參加人仍得為合法有效上訴、所輔助之當事人對他造主張之事實具獨立性自認，獨立從參加人仍可加以爭執，法院不得本於當事人之自認採為裁判基礎。獨立從參加人雖較輔助參加人具獨立性⁹⁷，但是仍然處於參加人之地位，並非真為共同訴訟人⁹⁸。

⁹⁴ 修正理由為：依實務見解有認為參加人就兩造之確定判決有法律上利害關係，亦不得為其輔助之當事人提起再審之訴，對於參加人程序上權利之保障，尚嫌欠周。爰增訂第三項，規定參加人於此種情形，得輔助其於前訴訟程序中所輔助之一造當事人提起再審之訴。至於前訴訟程序中未參加於訴訟之第三人，則不許其於判決確定後參加訴訟同時提起再審之訴，以維持確定判安定性。又受訴訟告知之人雖未為參加或參加逾時，如其依第六十七條之規定視為已參加訴訟者，當然有本項規定之適用，無待明文。

⁹⁵ 王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭書，頁 299。

⁹⁶ 駱永家，民事法研究，頁 202。

⁹⁷ 王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭書，頁 299-300。

⁹⁸ 獨立的從參加人有雙重地位，一面係具當事人之必要共同訴訟人地位，另一

公司為判決效力所及，本於上開說明，訴訟標的在公司與其所輔助的原告股東間必須合一確定，因此公司參與訴訟的性質為獨立的從參加。公司參加訴訟後在訴訟上之地位，依國內通說僅為參加人地位，並不因之成為共同訴訟人(當事人)。但是仍有學者比照日本民事訴訟法第五十二條(舊法第七十五條)共同訴訟參加的規定，將我國獨立從參加的規定作相同解釋，認為公司為獨立從參加後與所參與的原告股東成為共同原告，蓋不如此解釋無法妥適保護公司權益⁹⁹。筆者承認現行通說給與獨立從參加人地位的評價，在股東代表訴訟中對參與訴訟的公司而言，保護似嫌薄弱。然而，誠如學者楊建華先生所言，日本法作如是解釋(指將訴訟標的對參加人當事人一造間必須合一確定時，參加人所為之參加為共同訴訟參加，一旦為訴訟參加後，該參加人即為訴訟當事人)，有其根據(日本民事訴訟法第五十二條)¹⁰⁰。依照我國現行民事法第六十二條，尚難為相同解釋。本文認為，此一問題應透過立法解決。

其他股東參與原告股東

其他股東為判決效力所及具有參加訴訟之利益，如前所揭，不再贅述。但其參與訴訟的性質究竟為何？較妥適的處理方式應以該股東是否具當事人適格作為區分：當事人適格，其參加即為「共同訴訟參加」且與原告股東成為共同原告；反之則為「共同訴訟輔助參加」，類推民事訴訟法第五十六條之規定。然如此解釋卻與現行法

方又係以從參加人之地位輔助其當事人，但其實際上並非真正共同訴訟人(當事人)僅為參加人。陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁 237。

⁹⁹ 駱永家，民事法研究，頁 200-201。

¹⁰⁰ 楊建華，「獨立之輔助參加」，問題研析民事訴訟法(四)，三民書局，中華民國 84 年 3 月，頁 91。。

之規定有悖。按照現行法，其他股東就訴訟標的與原告股東必須合一確定，其參加性質為獨立從參加(民事訴訟法第六十二條)，僅為參加人並非當事人。依通說之看法咸認對於具有當事人適格之其他股東保護不周，有待改進。

公司參與被告董事

在股東代表訴訟，公司得否輔助參加被告董事，依日本法制的經驗，問題著重在參加利益有無之探討。依我國民事訴訟法第五十八條，第三人必須就兩造訴訟有法律上利害關係(參加利益)，始得為輔助參加。所謂法律上利害關係，學者陳計男先生認為：「係指第三人法律上之地位，因為當事人一造之敗訴，依該判決之內容(包括法院就訴訟標的之判斷，及判決理由中對某事實或法律關係存否之判斷)將直接或間接受不利益，若該當事人勝訴，則可免受不利益而言」此乃採取日本學說有力說(判決理由利益說)的觀點¹⁰¹。其他學者亦有採此看法¹⁰²，在我國似採「判決理由利益說」為多數說。而判決理由利益說能否判定公司有無參加被告董事之輔助利益？日本民事訴訟法學者新堂幸司教授認為，公司得否參加被告董事之問題，並非客觀上能否辨明聲請為被告董事輔助參加係符合公司利益，而在於是否須給予公司有透過訴訟活動，來證明其意思決定為適法的機會。因之，只要能確認公司意思決定的適法性為訴訟中重

¹⁰¹ 陳計男，前揭書(上)，頁136。

¹⁰² 「所謂利害關係，係指第三人私法上之法律關係，因當事人之一造敗訴，依其『判決之內容』將致直接或間接之不利益」從『判決之內容』而言，應不限於主文，亦即包含判決理由。王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭書，頁292；吳明軒，前揭書(中)，頁752；陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁229；洪西東，前揭文，頁18。

要爭點，而就此爭點所作被告敗訴判決的判斷，將採不利於輔助參加人(公司)時，即可作為是否准許公司輔助參加的判斷¹⁰³。此見解揉合伊藤真教授的新說與判決理由利益說，可作為我國同類問題上的參考。此外，就公司參加被告董事，可以充實審理內容，在原告以擾亂營運或意圖損害公司名譽為目的所提起之訴訟或可避免，以維公司形象。因此，本文認為肯認公司得輔助參加被告董事確有其必要與實益。

五、訴訟參加之限制

如前所述，訴訟當事人以外之第三人，依法律規定或其他事由為本訴訟判決效力所及，為保護該第三人之聽審請求權，應給予的程序保障(例如參加訴訟程序)，使判決效力擴張具有正當性，然而賦予權利與權利之實現為兩不相同之事。亦即權利之主體之權利，雖不能否定其存在，卻非不得限制其行使。因此，在考量實際情況，為賦予聽審之機會，而必須支出龐大的通知費用、時間、甚至造成訴訟程序過度延滯時，法院應可在衡量該第三人聽審利益與本案實體及程序上之利益多寡後，合理限制聽審權之程度或範圍¹⁰⁴。日本商法第二六八條第二項規定，在因公司或其他股東之參加造成訴訟不當的遲延及法院負擔者，法院得限制其參加，即是本於相同之考量。目前我國公司法對之並無明文，似有仿照日本商法增訂的必要，或者於民事訴訟法中，針對參加人作一般的規定以因應相類情況。

¹⁰³ 新堂幸司，株主代表訴訟の被告役員への 社の補助參加，自由と正義，1996年12月，頁114、121。蔡英欣，前揭文，頁192。

¹⁰⁴ 陳鵬光，股東會決議爭訟事件審理程序之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國91年6月，頁103。

第四節 事後救濟程序

判決原則上經確定之後，當事人即不得再行爭執，法院亦不得重新審理，是為確定判決之消極效果，旨在維持既已形成法律狀態之安定性。但二造當事人間之確定判決，未必只有雙方受其影響及拘束，判決所形成之狀態，亦常影響第三人法律上之利益。在股東代表訴訟中，受訴訟影響之人，除公司外，股東亦多有利益上之密切關係，故賦予此等之人事前之程序保障，應屬迫切且必要。在判決確定之後，之前曾受程序保障之人，當無理由於事後否認判決之效力，然而對於未受有事前保障之利害關係人，若強要其接受他人間之確定判決，顯係剝奪憲法賦予人民訴訟權之保障。是故，學者多從事後保障之觀點，肯認受他人間確定判決影響而有法律上利害關係之第三人，在未受有事前之程序保障之前提下，賦予其事後有爭執之機會，以維持憲法所保障之訴訟權。我國於民國九十二年二月，修訂民事訴訟法，參酌法國之第三人撤銷之訴，增訂第五百零七之一條至第五百零七之五條之第三人撤銷之訴的規定，使身為訴訟主體之人得受有完整之權利保障，而公司法亦於草案中，參酌日本商法第二百六十八條之三之特別再審事由，增訂第一百三十六條，賦予公司股東得於股東代表訴訟確定之後，得以詐害為理由提起再審。然我國之第三人撤銷之訴係屬新增之規定，在實務與學說上尚無實例與專論，故難對其為妥適之評論；而公司法草案之詐害再審之訴亦僅處於草案階段，故本節以日本商法之第二百六十八條之三規定之詐害再審之訴為主，附帶探討我國新民事訴訟法之第三人撤銷之訴及公司法草案之詐害再審之訴其間之異同。

一、日本商法第二百六十八條之三之詐害再審

日本商法第二百六十八條之三第一項規定：依第二百六十八條第一項提起之訴，如原告股東與被告董事通謀，以詐騙並損害公司權益為目的時，公司及股東可對終局確定判決提起再審之訴聲明不服。此係對追究董事責任之訴之終局確定判決所提起之再審之訴。日本商法再審之訴之立法意旨，即在避免通謀訴訟之弊端，與訴訟參加之目的同。在訴訟參加外另承認再審之訴，係因未起訴之股東縱因訴訟參加制度知悉代表訴訟之提起，但信任原告；或根本不知原告股東提起訴訟而未參加；或即使參加訴訟，但訴訟並未被妥適地遂行¹⁰⁵，若於判決確定之後即不許再行爭執，對通謀訴訟而言，並非妥適¹⁰⁶。故於訴訟參加之制度之外有另承認詐害再審之訴的必要。

主體

原告、被告係詐害再審之主體，原告包括公司與股東，所有股東皆可提起，不受六個月或應踐行一定之程序之限制；亦無須於確定判決時已為公司之股東¹⁰⁷。與被告董事通謀之原告股東及共謀參加人，應不得為之¹⁰⁸。被告係指提起第二百六十七條之訴之原告股東及被告董事。

訴訟標的

¹⁰⁵ 新谷勝、株主代表訴訟と取締役の責任，中央社，平成二年二月十五日，頁 22，黃書苑，前揭文，頁 185。許曉微，前揭文，頁 147，。

¹⁰⁶ 北澤正啟，新版注釋會社法（6），頁 384。許曉微，前揭文，頁 147。

¹⁰⁷ 北澤正啟，新版注釋會社法（6），頁 385；大隅健一郎、金井宏，會社法論中卷（第三版），頁 278。許曉微，前揭文，頁 148。

¹⁰⁸ 許曉微，前揭書，頁 148。

原股東代表訴訟之確定終局判決。

要件

- 1.原告股東與被告董事通謀：主觀上具故意，客觀上有通謀之事實。
- 2.以詐騙並損害公司權益為目的時：如原告股東故意敗訴或原告股東故意為小額請求¹⁰⁹。

管轄

專屬為判決之本公司所在地之法院管轄（日本商法第二百六十八條第一項）。

期限

應自判決確定後，知悉再審事由之日起三十日內為之（日本民事訴訟法三百四十二條第一項參照）。

第二百六十八條第二項之準用

- 1.提起再審之訴之股東可向公司要求其支出額度內之費用或是支出酬勞額度範圍內要求給付相當之金額（日本商法第二百六十八條之三第二項準用第二百六十八條之二第一項）。
- 2.提起再審之訴之股東，若原先無惡意則不追究對公司造成損害之賠償責任（日本商法第二百六十八條之三第二項準用第二百六十八條之二第二項）。
- 3.參與提起再審之訴之股東，亦適用之（日本商法第二百六十八

¹⁰⁹ 大隅健一郎、金井宏，會社法論中卷（第三版），頁 278。許曉微，前揭文，頁 147。

條之三第二項準用第二百六十八條之二第三項)。

二、我國民事訴訟法之第三人撤銷之訴

為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，就特定類型事件，有時需擴張判決效力及於訴訟外之第三人，以統一解決訴訟當事人與該第三人間之紛爭。又為保障受判決效力所及第三人之權益，本法於第六十七條之一增訂法院得於事實審言詞辯論終結前相當時期，將訴訟事件及進行程度以書面通知就訴訟之結果有法律上利害關係之第三人，使該第三人有參與該訴訟程序之機會。惟實際上第三人未必恆受參與訴訟程序之機會，倘其係非因可歸責於己之事由致未獲得該機會，而未參與訴訟程序，強令其忍受不利判決效力之拘束，無異剝奪其訴訟權。故為貫徹程序權保障之要求，應使該第三人於保護其權益必要範圍內，得請求撤銷原確定判決，爰增訂第第三人撤銷訴訟程序。

壹體（民事訴訟法第五百零七條之一）

- 1.原告：有法律上利害關係之第三人。
- 2.被告：以兩造（本訴之原、被告）為共同被告。

要件¹¹⁰（民事訴訟法第五百零七條之一）

- 1.非因可歸責於己之事由而未參加訴訟。

¹¹⁰ 民事訴訟法第五百零七條之一增訂理由說明：貫徹訴訟經濟之要求，發揮訴訟制度解決紛爭之功能，就特定類型之事件，固有擴張判決效力及於訴訟外第三人之必要，惟為保障該第三人之程序權，亦應許其於一定條件下得否定該判決之效力。第三人撤銷之訴，係對於利害關係第三人之特別救濟程序，如該第三人依法應循其他法定程序請求救濟者，即不應再許其利用此制度請求撤銷原確定判決，爰增訂但書規定。

2. 因未參加訴訟致不能提出足以影響判決結果之攻擊或防禦方法。
3. 須無其他法定程序救濟途徑。(民事訴訟法第五百零七條之一但書)

管轄¹¹¹ (民事訴訟法第五百零七條之二)

1. 原則：專屬為判決之原法院管轄。(民事訴訟法第五百零七條之二第一項)
2. 例外：(民事訴訟法第五百零七條之二第二項)

專屬原第二審法院管轄：(a)對於審級不同之法院，就同一事件所為之判決，合併提起第三人撤銷之訴。(b)僅對上級法院所為之判決提起第三人撤銷之訴者。

專屬原第一審法院管轄：同一事件所為之判決，其未經第二審法院判決者。

效力

1. 原則

無停止原確定判決執行之效力¹¹² (民事訴訟法第五百零七條

¹¹¹ 民事訴訟法第五百零七條之二增訂理由說明：第三人撤銷之訴，就該第三人有無法律上利害關係，是否非因可歸責於己之事由而未參加訴訟、所提出之攻擊或防禦方法是否足以影響原確定判決之結果，及原確定判決對該第三人不不利之範圍等事項，往往涉及事實認定及證據調查，故對於審級不同之法院就同一事件所為之判決合併提起第三人撤銷之訴，或僅對上級法院所為之判決提起第三人撤銷之訴時，宜專屬原最後事實審之法院管轄，即原則上專屬原第二審法院管轄，其未經第二審法院判決者，則專屬原第一審法院管轄。

¹¹² 民事訴訟法第五百零七條之三增訂理由說明(第二點)：第三人撤銷之訴乃係為賦予非因可歸責於己之事由而未參與訴訟之利害關係人救濟機會之特別程序，原則上並不影響該確定判決在原當事人間之效力，故原判決當事人依該確定判決聲請執行時，並不因第三人提起撤銷之訴而受影響，爰增訂第一

之三第一項)。

法院得以裁定停止原確定判決之效力¹¹³ (民事訴訟法第五百零七條之三第一項但書)。法院因必要情形或依聲請定相當並確實之擔保，得於撤銷之訴聲明之範圍內對第三人不利部分以裁定停止原確定判決之效力 (民事訴訟法第五百零七條之三第一項但書)。

原判決不失其效力¹¹⁴：(a)法院認第三人撤銷之訴為有理由者，應撤銷原確定終局判決對該第三人不利之部分。(b)於必要時在撤銷之範圍內，為變更原判決之判決 (民事訴訟法第五百零七條之四)。

2.例外

原判決失其效力¹¹⁵：訴訟標的對於原判決當事人及提起撤銷之訴之第三人必須合一確定者，原判決於原當事人間失其效

項。

¹¹³ 民事訴訟法第五百零七條之三增訂理由說明 (第二點)：為避免執行程序於第三人撤銷之訴判決確定前即已終結，致第三人之權益受損，爰增訂但書規定，明定受理第三人撤銷之訴之法院因必要情形，或依聲請定相當並確實之擔保，得於撤銷之訴聲明之範圍內，以裁定停止原確定判決對第三人不利部分之效力。

¹¹⁴ 民事訴訟法第五百零七條之四增訂理由說明 (第二點)：第三人提起撤銷之訴，法院認為有理由者，應以判決撤銷原確定終局判決對該第三人不利之部分。如第三人除請求撤銷原確定判決對其不利部分外，並為變更原判決之聲明，而法院認有保護之必要者，自應依第三人之聲明，於撤銷之範圍內為變更原判決之判決，爰增訂第一項。

¹¹⁵ 民事訴訟法第五百零七條之四增訂理由說明 (第三點)：第三人撤銷之訴，旨在除去原確定判決對該第三人不利部分之效力，而非全面否定原確定判決之效力。故為維持原確定判決之安定性，原則上法院就第三人撤銷之訴所為撤銷、變更原判決之判決，僅具相對效力，故原判決縱經撤銷或變更，於原當事人間仍不失其效力。但於訴訟標的對於原判決當事人及提起撤銷之訴之第三人必須合一確定之情形，如仍維持原確定判決在原當事人間之效力，該第三人因原確定判決所生之不利益即難以獲得充分救濟，自應使原確定判決在原當事人間亦失其效力。

力（民事訴訟法第五百零七條之四第二項但書）

再審之準用（民事訴訟法第五百零七條之五）

第三人撤銷之訴與再審之訴，均係以除去已確定之終局判決為目的，關於提起訴訟之期間限制（第五百條第一項、第二項）、提起之程式（第五百零一條）、對不合法（第五百零二條第一項）或顯無理由訴訟之裁判（第五百零二條第二項）、審理範圍（第五百零三條）、訴訟程序（第五百零五條）及善意第三人利益之保護（第五百零六條）等，自宜為相同之規定，爰明定再審之訴相關規定，於第三人撤銷之訴準用之。

第三人撤銷之訴係法國民事訴訟法獨特之設計，允許第三人對前確定判決，就法律上及事實上問題再為審理，俾為第三人之利益而撤銷或變更前判決之制度。此制度係為保障第三人之程序權而設，然其問題則為可能對判決之安定性產生衝擊。又得提起本訴之第三人範圍，較得提起再審之訴之人為廣，但其判決之效力較小，僅為保障第三人之程序權而設¹¹⁶，此為其與再審之訴之差別。

三、公司法制全盤修正草案股東代表訴訟之詐害再審

我國公司法制全盤修正草案第一百三十六條規定：「股東依第一百三十三條規定提起訴訟時，起訴之股東與被告知董事以侵害公司利益者為目的，共謀使法院為不利公司之判決者，公司或其他股東對於確定之終局判決，得提起再審之訴」¹¹⁷。本條係參考日本商法

¹¹⁶ 參呂太郎，「身分判決之對世效力與程序保障」，台灣本土法學雜誌，第 37 期，2002 年 8 月，頁 30。

¹¹⁷ 公司法制全盤修正計劃研究案總報告第一冊，財團法人萬國法律基金會著，

第二百六十八條之三規定所訂股東代表訴訟之特別再審事由，於起訴股東與董事共謀使法院為不利公司之判決時，公司其他股東得據以提起再審之訴，以保障公司之最大利益¹¹⁸。其規定與日本商法之規定相同，法條之相關解釋，在無學說、實務之運作及批判之下，只能暫從日本法而為解釋。

主體

同本節一、 W

訴訟標的

同本節一、 X

要件

同本節一、 Y

管轄

原則上專屬為判決之本公司所在地之法院管轄（我國民事訴訟法四百九十九條第一項）。

期限

應於三十日之不變期間內提起。前項期間，自判決確定時起算，判決於送達前確定者，自送達時起算；其再審之理由發生或知悉在後者，均自知悉時起算。但自判決確定後已逾五年者，不得提起（我國民事訴訟法第五百條第一、二項）。

行政院經濟建設委員會財經法制協調服務中心出版，92年2月，頁5-77。

¹¹⁸ 參公司法修正草案第一百三十六條之修正理由，同上註。

四、我國現行法制之運作

在我國現行之民事訴訟法及公司法之下，若因原告股東與被告董事之通謀所得之詐害判決，公司及其他股東是否得依民事訴訟法之規定提起再審之訴，又應依何款事由？或是依第三人撤銷之訴，撤銷對己不利之部分？對於股東代表訴訟通謀詐害公司之情形，應如何處理，實為一大問題。

再審之訴

1.再審之訴之原告適格

再審之訴之原告適格，應為既判力所及之當事人，又依本文前述認為公司及其他股東亦受既判力所及，故亦可提起再審之訴。且提起再審之訴之股東，並不受持有股份時間之限制，亦無須於確定判決時已為公司之股東，所有股東皆可提起。

2.再審事由

至於應依民事訴訟法第四百九十六條何款事由提起，則屬一難題。我國之再審僅於第四百九十六條、第四百九十七條中列舉其事由，但其中並無詐害訴訟之規定。日本於商法第二百六十八條之三明文予以規定，避免此爭議。但在我國，若於股東代表訴訟發生詐害訴訟問題時，應如解決？以日本先前見解觀之，若認詐害訴訟係一執行妨礙，此時固可類推我國民事訴訟法第四百九十六條第一項第八款，以當事人之代理人或他造或其代理人關於該訴訟有刑事上應罰之行為，影響於判決者為由，提起再審¹¹⁹。然此見解，在事實

¹¹⁹ 依日本商法未規定詐害訴訟可為再審之前之學說，參船越隆司，詐害判決，法學新報 74 卷 4、5 號，頁 116-119。黃書苑，前揭文，頁 184。

上並非確實可行，蓋依我國現行民事訴訟法第四百九十六條第一項第八款提起之再審，必須為有罪判決確定，故在時間上，可能有緩不濟急之憾。另亦有主張依第四百九十六條第一項第五款，以當事人於訴訟未經合法代理者為由，提起再審¹²⁰。惟本文認為，依現行法解釋，如以上述之事由提起再審，過於牽強，應以立法之方式解決較妥。

第三人撤銷之訴

我國於民國九十二年二月增訂民事訴訟法第五百零七條之一至第五百零七條之五第三人撤銷之訴，擴大訴訟制度解決紛爭之功能，就特定類型事件，統一解決訴訟當事人與具利害關係第三人間之紛爭。惟實際上第三人未必恆受參與訴訟程序之機會，為貫徹程序權保障之要求，倘其係非因可歸責於己之事由而未參與訴訟程序，應使該第三人於保護其權益之必要範圍內，得請求撤銷原確定判決。故若有非因可歸責於己之事由者而未參予訴訟之股東或公司，致不能提出足以影響判決結果之攻擊或防禦方法者，依現行民事訴訟法對於詐害訴訟並無適當救濟途徑下，應可提起第三人撤銷之訴（民事訴訟法第五百零七條之一）。應注意者，由於股東代表訴訟係原告股東代公司及全體股東之利益，對被告董事所提起之訴訟，判決效力依本文看法應及於公司及全體股東，故此時法院不應僅依第五百零七條之四第一項，撤銷原確定終局判決對該第三人不利之部分，而應依第五百零七條之四第二項但書之規定，認為訴訟

¹²⁰ 船越隆司，詐害判決，法學新報 74 卷 4、5 號，頁 170。黃書苑，前揭文，頁 184。

標的對於原判決當事人及提起撤銷之訴之第三人間必須合一確定，原判決於原當事人間失其效力。本文以為，即使在現行民事訴訟法再審規定不足掌握詐害訴訟之情況下及公司法草案通過前，對於詐害訴訟似非無救濟之管道。

第五節 小結

民國九十二年民事訴訟法之變革，主要目的在積極謀求「程序保障」與「紛爭解決一次性」此二基本要求之調和與平衡。股東代表訴訟因紛爭事件類型，有必要在起訴的股東、未起訴的股東、公司、被告董事間統一解決，故有將判決效力擴張及於未起訴之公司與其他股東必要，並在充分保障公司及其他股東聽審權下，使判決效力擴張有正當性。此有別於傳統代位訴訟性質說、兩重構造說，所認逕依民事訴訟法第四百零一條第二項為既判力擴張說理¹²¹。

事前程序保障方面，因未起訴之公司及股東為判決效力所及，為保障其聽審權，應使之有知悉訴訟繫屬及參與訴訟的機會，在保障未起訴公司及其他股東受通知權上，於當事人不願為訴訟告知時，法院可依職權為訴訟通知。惟本文認為，課予訴訟當事人、公司為訴訟告知或公告通知股東義務，較為迅捷。在訴訟參與方面，公司參加原告並無太大問題，而公司可否輔助參加被告董事，在參加利益有無判斷上，依國內學說應可得到肯定看法。此外，從公司

¹²¹ 近來，日本關於債權人代位訴訟，學說加入程序保障的觀點，認為在給予債務人程序保障後，代位訴訟判決效力始及於債務人。王碧霞，債權人代位訴訟既判力之主觀範圍，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，中華民國八十三年七月，頁 52-53。

輔助參加被告董事可充實訴訟審理的角度言，亦應予以肯定。

在訴訟參與人的權限上，我國法規定顯然對公司及未起訴但具當事人適格之股東保護不周，在此方面應擺脫程序保障的口號，朝向實質改善訴訟參與人訴訟地位邁進。

在事後救濟程序上，當原告股東出於詐害公司之意思與被告董事通謀提起代表訴訟而法院為公司不利之判決時，公司及未起訴之股東依現行民事訴訟法關於再審事由之規定，無法對之加以救濟。民國九十二年民事訴訟法增訂第三人撤銷之訴，使公司及其他股東於非因可歸責於己之事由而未參加訴訟致不能提出足以影響判決結果之攻防方法時，得以原告股東與被告董事為共同被告提起撤銷之訴以為救濟，尚不致無救濟途徑。惟本文認為，在比較再審之訴與第三人撤銷之訴效力後，似以在公司法中針對詐害訴訟制定專條加以規範，對公司及其他股東較為有利。

第七章 股東代表訴訟之和解

第一節 概說

一、和解態樣

和解可分為訴訟外和解與訴訟上和解。訴訟外和解係指民法第七百三十六條所規定之當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約；而訴訟上之和解（下稱：訴訟和解），係指民事訴訟法第三百七十七條至三百八十之一條之和解。民事訴訟法第三百七十七條至三百八十之一條之用語，雖亦稱為和解，與民法用語相同，惟其概念與民法和解未必相同¹。訴訟和解係訴訟繫屬後以終結訴訟為目的之一種方式，其效力與法院之判決相同（民事訴訟法第三百八十條第一項），其功能在於能迅速解決二造之紛爭，維持雙方之和諧關係，而原來訴訟上之被告亦較樂於履行債務，法院亦可減輕案件之負荷。故訴訟和解在訴訟實務上，廣受雙方當事人及法院接受。訴訟上和解（訴訟和解），係指當事人於訴訟係屬中，在受訴法院、受命法官或受託法官開庭期日，為了終結訴訟全部或一部為目的，就訴訟上所主張之權利義務，互相讓步，達成合意，將結果向法院為陳述之訴訟行為²。法院不問訴訟程度如何，得隨時和解（民事訴訟法第三百七十七條）。若當事人僅於訴訟外，約定相互讓步，以終止爭執或防止紛爭發生所為之契約者，並不生訴訟法上和解之

¹ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，三民書局，中華民國 85 年 7 月，頁 574-575。

² 陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁 575。王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，中華民國 89 年 11 月，頁 428-429。

效力。

二、股東代表訴訟之訴訟和解類型

和解（民法及民事訴訟法）屬於終結二造當事人間之民事糾紛之手段之一。而股東代表訴訟亦屬於民事糾紛之一種，當然適用民法及民事訴訟法上關於和解相關之規定，以終止紛爭。股東代表訴訟之訴訟和解類型，依時間點及當事人之區分，可將股東代表訴訟類型化為：
1. 提起代表訴訟前股東與董事間之和解；
2. 提起代表訴訟前公司與董事間之和解；
3. 訴訟繫屬中公司與董事之訴訟外和解；
4. 訴訟繫屬中公司與董事之訴訟上和解；
5. 訴訟繫屬中股東與董事之訴訟外和解；
6. 訴訟繫屬中股東與董事之訴訟上和解。
上述的類型問題不大³，本文僅就 加以探討。

第二節 訴訟上和解（訴訟和解）

一、訴訟和解之問題

和解具有實體法上之效果與訴訟法上之效果，在訴訟外之和解，僅發生私法上之契約效果，但訴訟和解是否亦具有實體法上之效果？其行為究屬那一行為（實體法行為或訴訟法行為）或二行為（實體法行為及訴訟法行為）？其行為之性質，學說上有私法行為說、訴訟行為說、二行為併存說、二性行為說及新併存說等爭議，

³ 參許曉微，股東代表訴訟制度之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國 87 年 6 月，頁 124-128；許美麗，股東代位訴訟之和解及撤回，政大法學評論第 61 期，民國 88 年 6 月，頁 348-352。

私法行為說與訴訟行為說已無人採⁴，本文僅探討二行為併存說、二性行為說及新併存說。

Ⅳ行為併存說

訴訟和解兼具實體法之和解契約與訴訟法上之訴訟契約，二者獨立併存。民法上之和解契約係以處分實體權利，終止紛爭為目的；訴訟法上之和解契約則以終結訴訟為目的。前者適用實體法規定；後者適用訴訟法規定。此二行為，各自獨立判斷其法律效果。故可能發生其中一契約無效而另一契約有效之情形。如：民法之和解契約無效，但訴訟契約有效而終結訴訟；亦可能發生民法上之和解契約有效，但訴訟契約無效而不生終結訴訟之情形⁵。

Ⅴ性行為說

訴訟和解屬於一個行為，但此一行為中兼具二個性質，即民法上法律行為之性質與訴訟法上訴訟行為之性質。此說認為訴訟上之和解為一個行為，但此一行為中兼具有實體法及訴訟法之性質，適用法律時，應同時適用訴訟法及實體法之規定，只要其中一行為無效，訴訟和解及全部無效，不生併存說所謂之其中一契約行為（不論民法之和解契約或訴訟終結契約）無效，但另一行為仍為有效之情形。此說為德、日通說，實務亦同⁶。

⁴ 伊藤真，コーポレート・ガバナンスと民事訴訟-株主代表訴訟に?ける諸問題，商事法務一三六四號，1994年，頁22。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，中華民國86年6月，頁164。

⁵ 駱永家，「訴訟上之和解與既判力」，既判力研究，著者發行，1996年5月，頁158-160。

⁶ 駱永家，前揭書，頁160；陳榮宗、林慶苗，前揭書，頁577

新併存說

主張訴訟和解係二行為併存說者，另有主張實體法上之行為與訴訟法上之行為雖係二個行為而併存，但二行為仍相互影響而有依存關係，一行為無效，它行為亦轉為無效⁷。

二、股東代表訴訟中討論訴訟和解性質之實益

基於上述，不論採二行為併存說、二性行為說或新併存說，皆係認為訴訟和解具有實體法及訴訟法之性質，股東代表訴訟中和解問題之焦點，在實體法上，原告股東須有實體法上權利義務之處分權，涉及訴訟擔當者之權限；在程序法上，因和解具有與確定判決之同一效力，若此和解效力及於其他未成為當事人之公司及股東時，則須考量程序保障之賦予。

第三節 股東代表訴訟上和解之學說

一、有關和解的爭議問題

實體法上之問題

1. 股東是否具有實體法上之處分權

在實體法上之和解要件中，值得注意者，即為和解當事人對於系爭之權利義務具有處分權。股東代表訴訟中，原告雖係以自己之名義進行訴訟，但其所行使者，乃為公司之權利，其性質屬於共益權，故原告股東在實體法上，對於公司之權利並無處分權。

⁷ 採此說者，王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭書，頁 430；吳明軒，中國民事訴訟法（中），三民書局，中華民國 89 年 9 月，頁 971-972。

2.和解是否意謂減免董事之責任

日本商法在第二百六十六條第五項明文規定，非經股東會之同意，不得免除董事之責任。故欲免除或減輕董事之責任，應經公司之意思機關即股東會之同意。對於訴訟上和解所減免之權利是否涉及公司法上減免董事責任，日本學者有不同意見：

未確定說：

此說學者認為，董事責任之有無，須經法院判決後始能確定，因此原告股東與被告董事訴訟和解是否為減輕或免除被告董事之責任，須視判決結果而定，未經判決前，其責任之有無，及應負責之程度，尚未可知。若和解數額與判決可預見的金額相近時，應不認為該和解為減輕或免除被告董事之責任，即不須經股東會之同意⁸（日本商法第二百六十六條第五項參照）。

實質額說：

此說以公司實際上所得受領之賠償數額為判斷標準。被告董事受破產宣告時，公司僅在破產分配額之範圍內得到賠償，因此在可預見之破產分配數額內之和解，應不認為係減輕或免除被告董事之責任，因此不須經股東會決議⁹。

實質不利益說：

此說又稱免除說，乃以公司受有整體上之實質不利益為判斷標

⁸ 遠藤 哉、牧野 一、村田 幸，日本サンイズ株主代表訴訟事件の一審 判決と和解，商事法務第一三六三期，一九九四年八月，頁 66；高橋宏志，株主代表訴訟と訴訟上の和解，商事法務第一三六八期，一九九四年九月，頁 78；黃書苑，前揭文，頁 165；許美麗，股東代位訴訟之和解及撤回，政大法學評論第 61 期，民國 88 年 6 月，頁 359。

⁹ 高橋宏志，株主代表訴訟と訴訟上の和解，商事法務第一三六八期，一九九四年九月，頁 78；黃書苑，前揭文，頁 166；許美麗，前揭文，頁 360。

準。原告股東與被告董事所達成之訴訟上和解，須視內容在實質上是否不利於公司，若屬之，則原告股東係免除被告董事之責任。若和解之金額低於預期之判決數額，但就整體而言，和解內容並非不利於公司，則非免除董事之責任，例如早點獲得賠償，對公司較有利，或使董事對公司負更重的責任，對公司有利之情形等等，因和解內容較判決有利，故不宜認為係減輕或免除被告董事之責任¹⁰。

類推集團訴訟說：

此說認為只要將和解內容向股東公告或通知時，和解效力及於其他股東，只要能擔保原告股東之「代表適切性」，且法院充分參與和解之內容，則實質上視同「股東會同意」，不須經股東會決議¹¹。

以上各說，係立於已肯定訴訟和解之前提下，討論是否受日本商法第二百六十六條第五項之拘束。各說之共通點，乃認為訴訟上之和解未必皆為減輕或免除被告董事之責任¹²，是否須經股東會之同意應視具體情況而定。惟股東會召開不易，因此在無股東會決議之下，考量如何合理解決訴訟和解之實體法上問題。前開各說之標準甚為抽象且無法完整解決問題，乃有學說倡議以經由立法之方式，於對公司及其他股東踐行程序保障後，肯認原告股東得與被告

¹⁰ 遠藤 哉、牧野 一、村田 幸，日本サンイズ株主代表訴訟事件の一審 決と和解，商事法務第一三六三期，一九九四年八月，頁 66；高橋宏志，株主代表訴訟と訴訟上の和解，商事法務第一三六八期，一九九四年九月，頁 79；黃書苑，前揭文，頁 166；許美麗，前揭文，頁 360。

¹¹ 小林秀之、原強，株主代表訴訟，全 例と理論を知り，日本評論社，一九九六年一月十五日，頁 175、308；許美麗，前揭文，頁 360。

¹² 許美麗，前揭文，頁 360。

董事為訴訟上和解而無須股東會之決議¹³。日本在平成十三年修正商法，於第二百六十八條增訂五、七兩項，對於股東代表訴訟之訴訟上和解是否經股東會之同意，已另有規定。該國商法第二百六十八條第五項規定，於追究董事責任之訴，若由公司提交和解時，即無須經由股東會之同意；第七項規定，若是由股東提交之和解，公司未於第六項規定之二週內為異議時，視同股東亦已同意和解之提案，不須再經股東會之同意。由日本新修正之第二百六十八條觀之，公司與原告股東得與被告董事和解，並避免召開股東會之不便，解決了在無股東會之決議下，完成訴訟和解之實體法問題。

程序法上之問題

1. 訴訟告知與訴訟參與

民事訴訟程序中有訴訟告知、訴訟通知及訴訟參與之制度，對於賦予公司及其他股東程序保障，已如前述。在股東代表訴訟之訴訟和解議題上，則公司與其他股東藉由踐行程序保障，使之有參與訴訟及和解之可能。

2. 和解效力之擴張

股東代表訴訟中，原告股東所行使者為屬於公司之權利，且間接影響其他股東之權益，所涉及之人數與公益性，與普通民事紛爭有異，若該和解之效力僅及於當事人，勢必無法避免非當事人之公司或股東再行起訴之問題。故即使在肯認原告股東得與被告董事和解之場合，所需考量者，仍為該和解之效力是否及於未起訴之公司

¹³ 吉原和志，ケンス？ vā 社法のエツセン，法 教室第一七二，一九九五年一月，頁 28-29。黃書苑，前掲文，頁 166。

及其他股東。判決效力擴張之基礎，在採取程序保障說之下，應賦予受判決效力擴張之人參與訴訟之機會。和解具有與確定判決同一之效力，依同一思考，和解效力若欲拘束公司及其他之股東，亦應與判決效力之擴張為同一之解釋，應賦予未為當事人之其他股東及公司程序之保障。日本於平成十三年所增訂商法第二百六十八條第三項至第八項，亦採相同論點。

二、美國與日本之學說見解

美國法制

美國法上對於股東代表訴訟以和解來解決，向採肯定見解，理由不外乎為訴訟經濟、避免訴訟程序過於冗長、浪費審判資源及增加律師費之支出，相對地使公司利益減損，且容易使利害關係人有應訴之煩，造成時間、勞力、費用之增加與浪費，形成程序上之不利利益¹⁴。

美國之股東代表訴訟常因和解而終結，但其中亦蘊含不利益和解之危險，此危險來自兩方面：原告股東與被告董事間，通謀成立對公司或其他股東不利之和解；原告律師亦為不利和解之危險源，蓋與其花費長時間及勞力，獲得高額報酬，不如花費較少時間及勞力而迅速和解，雖然取得較少之報酬，但較有效率與利益。其次律師若敗訴，可能無法獲得報酬。再者公司或原告股東所負擔之律師費，容易因時間拉長而增加，相對使公司所應獲得之利益減少

¹⁴ Hornstein, *New Aspects of Stockholder's Derivative Suits*. 47 Colum. L. Rev. 15-18. 許美麗，前揭文，頁 341。

¹⁵。為了消除上述危險，美國法採取對股東通知和解方案，賦予異議機會及透過法院對和解方案許可（the approval of the court）之監督，確保和解方案內容的妥適性與相當性¹⁶。美國聯邦民事訴訟規則第二十三．一條(d)項規定：「訴訟非經法院許可不得撤回或和解；就提出撤回或和解之聲請，應依法院指示之方法通知股東或構成員」

¹⁷。美國模範商業公司法於第七．四五條亦沿襲聯邦民事訴訟規則¹⁸，設有相同之規定¹⁹。此外，相同之規定亦可於多數州州法及民事訴訟規則發現²⁰。美國法律協會（The American Law Institute，下稱A L I）公佈 Principles of Corporate Governance：Analysis and Recommendations 之試案第七．一四條²¹亦規定股東代表訴訟和解之程序保障及法院之參與：對股東通知為要件：提供股東異議之機會；和解須經法院之認可：由法院審查和解之實質內容，確保

¹⁵ Saylor v. Lindsley, 456 F.2d 896(2d Cir 1972)；前田雅弘，株主代表訴訟と和解，法論叢第一三四 五、六，頁 260-261。許美麗，前揭文，頁 345-346；許曉微，股東代表訴訟制度之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國 87 年 6 月，頁 135。

¹⁶ 許曉微，前揭文，頁 135。

¹⁷ Rule 23.1(d) : The action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to shareholders or members in such manner as the court directs.

¹⁸ See The Committee on Corporate Laws, Changes in the Model Business Corporation Act-- Amendments Pertaining to Derivative Proceedings, 34 The Bus. Law.1241, at 1253 (May 1990) .

¹⁹ §7.45 : A derivative proceeding may not be discontinued or settled without the court's approval. If the court determines that a proposed discontinuance or settlement will substantially affect the interests of the corporation's shareholders or a class of shareholders, the court shall direct that notice be given to the shareholders affected.

²⁰ 例如：紐約州商業公司法 §26(d)，條文內容請至下列網址：
<http://assembly.state.ny.us/leg/?cl=13&a=7>

²¹ 利美利，股份有限公司代表訴訟制度之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，中華民國 85 年 6 月，頁 135-136。

其妥適性與相當性。藉由對股東通知及法院之許可，和解之效力及於其他股東²²。

1.對股東通知及異議機會之賦予

在 ALI 之試案七．一四條中規定：代表訴訟原告與被告之和解須經法院之認可（a 項）；若法院認為和解將會實質影響股東之權益，應於和解認可前對該等股東為通知（c 項）²³，用以防止被告董事與原告股東之律師通謀和解。因此，決定是否對股東為通知，乃以該和解是否對股東造成實質之影響為據，若和解對股東不造成實質之影響，則無需通知，但實際上得免除通知之情形相當罕見²⁴。

而通知之內容應記載：和解方案之內容、得為異議之審理時間、地點及得參加該審理之事項等²⁵。

至於通知之方式，ALI 之試案僅規定以一般妥適之方法通知，其係考慮經濟因素，要求在實務上以個人之情形及可能之程度為通知，至於具體之方法，由法院依個案予以裁量²⁶。在實務運作上，或要求為郵寄通知，或為公告及其他法院認為適當之方式²⁷，考量因素與 ALI 所提並無太大差異。

此外，對於對和解方案有異議之股東亦給予其就該方式之妥適

²² 久保利 明，「務から見た株主代表訴訟の課題」，*ジユリスト第一一〇二*，一九九三年四月十五日，頁 77；池田辰夫，*株主代表訴訟と和解*，小林秀之、近藤光男合編，*株主代表訴訟大系*，弘文堂，平成八年十二月十五日，頁 235。黃書苑，前揭文，頁 167。

²³ 同註 21。

²⁴ American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, Volume 2, at 185 (1994)。黃書苑，前揭文，頁 169。

²⁵ 前田雅弘，*株主代表訴訟と和解*，*法論叢第一三四* 五、六，一九九四年三月，頁 262。許曉微，前揭文，頁 136。

²⁶ 許美麗，前揭文，頁 347。

²⁷ 黃書苑，前揭文，頁 169；許曉微，前揭文，頁 136；許美麗，前揭文，頁 347。

性、相當性，有聲明不服之機會。其內容有²⁸：

異議股東經法院之同意，得提出證據。

得對「請求法院同意和解之一方」所提之證人為反對詢問。

異議股東為了準備，得請求延期審理。

得請求法院為事證開示程序。

2. 法院之許可

美國聯邦民事訴訟規則第二十三．一條、美國模範商業公司法第七．四五條及 ALI 之試案第七．一四條均規定，股東代表訴訟之和解須經法院許可。而法院許可之標準為何，ALI 之試案第七．一四條(b)項規定，法院於平衡公司之利益，且合乎公共政策時，應認可和解方案。在審議和解方案時，應衡量原告勝訴所得回收支數額與和解方案之數額，以保障公司之利益。ALI 所採之許可標準，係以和解方案之公正且合理，及對於受影響者之最佳利益為考量因素。此外，學說、判例上所主張認可之標準尚有：和解方案所提之糾正措施、續行訴訟對公司之負面影響、原告股東之勝訴蓋然性、被告之資力等²⁹。至於舉證方面，應以請求法院許可之一方證明和解對公司及股東係屬最佳利益³⁰。

日本法制

日本傳統見解，對股東代表訴訟之和解，係採否定之看法，不認為代表公司之原告股東得於訴訟上與被告和解。其認原告股東不得私自處分原屬於公司之利益，蓋股東代表公司所行使之權利，並

²⁸ 許曉微，前揭文，頁 137；許美麗，前揭文，頁 347。

²⁹ 許曉微，前揭文，頁 137；許美麗，前揭文，頁 341。

³⁰ 註 21；許美麗，前揭文，頁 341。

非股東固有之權利而係屬於共益權之性質，原告進行訴訟所應保護之利益應屬於公司。近來之見解逐漸趨向於肯定。贊成肯定說之主要導火線，乃日本於平成五年時，商法修正，將股東代表訴訟視為非財產上請求之訴訟，裁判費僅徵八千二百日圓（日本商法第二百六十七條第五項），因裁判費用減輕，故學者間即認為股東代表訴訟有可能被濫行提起。在預期股東代表訴訟可能增加之情形下，以和解方式來終結訴訟關係，遂成為實務上及學說上重要之課題與爭論³¹。而日本商法於平成十三年，修訂第二百六十八條，於第五、六、七項中，增訂有關股東代表訴訟之訴訟和解相關規定，明白肯認股東代表訴訟中，公司及原告股東均可與被告董事為訴訟和解。

平成十三年商法修正前，關於在股東代表訴訟中，原告股東可否與被告董事為訴訟上和解，學者有不同之意見，茲分述如下：

1. 否定說³²

原告股東起訴後，不得就訴訟標的之法律關係與被告董事為訴訟上和解，認為³³：

股東代表訴訟中，原告股東起訴，係為公司兼為全體股東之利益，屬於股東權中之共益權，且行使之權利係公司對董事之權利，若認為原告股東得與被告董事為訴訟上和解，如同承認原告股東得依私意處分公司權利之全部或一部。

原告股東與被告董事為訴訟上和解，涉及免除董事責任之問

³¹ 許美麗，前揭文，頁 341。

³² 許美麗，前揭文，頁 342。

³³ 田中誠二，*社法詳論上* y, 勁書，頁 704；大隅健一郎、今井宏，*n 社法論上* y(第三版)，有斐閣，平成三年一月三十日，頁 277。黃書苑，前揭文，頁 157-158；許曉微，前揭文，頁 129；許美麗，前揭文，頁 342。

題，依日本商法第二百六十六條第五項，須經股東會決議，不得自行為之。

本於上述之理由，否定原告股東得於代表訴訟中，與被告董事為訴訟上和解。

2.肯定說

此說立於訴訟經濟及整體利益之觀點，主張原告股東得於股東代表訴訟中，與被告董事和解。該說認為，以獲得確定判決所須之時間勞力費用（程序利益），與公司因判決預估所能獲得之金額（實體利益），二相比較，若和解對公司較為有利，則不能棄此不顧，而認為一旦起訴，僅能以判決之方式終結案件，否則將可能有損公司與股東最佳利益保護，且會減低股東提起代表訴訟之意願³⁴。除基於訴訟經濟與整體利益之考量，本說基於以下之理由，肯定原告股東得於訴訟中與被告董事和解：

程序保障：日本（舊）商法第二百六十八條第三項規定，提起第二百六十七條第二項訴訟之股東，於提起訴訟後，須立即向公司為訴訟告知。由告知公司使公司得以參與訴訟，進而參與和解，防止對公司不利益之和解。股東依商法第二百六十八條第二項亦可參與訴訟並參與和解。

事後救濟：依日本商法第二百六十八條之三第一項，提起第二百六十八條第一項之訴時，因原告與被告通謀以詐害公司權利

³⁴ 池田辰夫、中川雅 x 株主代表訴訟にける和解，ジユリスト第一 六二 ，一九九五年三月，頁 67-68；前田雅弘，株主代表訴訟と和解，法論叢第一三四 五、六 ，一九九四年三月，頁 254-255；竹 昭夫，株主の代表訴訟，社法の理論 ，有斐閣，平成二年一月十二日，頁 265-266。黃書苑，前揭文，頁 158。

為目的所為之判決，公司或股東對該確定判決得提起再審。而於詐害和解，可訴請確認和解無效³⁵，已提供公司及其他股東救濟之途徑³⁶。

公司之損害賠償請求權：依日本商法第二百六十八條之三第二項準用第二百六十八條之二第二項，原告股東因和解致公司受不利益時，若出於惡意，公司得向原告股東請求損害賠償。

和解內容妥適性之確保：原告股東與被告董事之和解係於期日在法官面前所為，由法院監督、參與和解程序，可保障和解內容之妥適性³⁷。

肯定說基於訴訟經濟觀點，為避免無經濟利益之訴訟，認為在現實上有承認訴訟和解之必要與優點。但肯定說之論點有如下不妥之處：

再審之訴之主觀要件證明不易：

就詐害再審之訴而言，當事人間之通謀及詐害目的之主觀要件證明不易，欲循此救濟，在實際上甚為困難³⁸。

³⁵ 訴訟上之和解有瑕疵時應如何救濟，日本學說與實務尚有爭議。於訴訟上和解採既判力肯定說者認為，和解經記載於和解筆錄後，當事人不得主張和解當然無效，但在和解成立之程序上有再審之事由存在時，得準用再審之訴，請求撤銷和解筆錄及再開訴訟程序。採既判力否定說者則認為，和解若有瑕疵存在，當事人得主張其無效或撤銷，主張之方式，日本判例認為，當事人得任意選擇聲請指定，新期日請求繼續審判、或提起確認和解無效之訴，但不得提起再審之訴。駱永家，前揭書，頁 182-184。

³⁶ 山口和男，株主による取締役對する責任追及の訴，會社訴訟非訴の實務，新日本法規平成三年，頁 637；北澤正啟，會社法，頁 431。許美麗，前揭文，頁 342-343。

³⁷ 岩原紳作、高橋宏志、吉戒修一、久保利 明、石版昌美，株主代表訴訟の改善と今後の問題 B，商事法務一三二九期，一九九三年八月，頁 27（高橋宏志發言）。黃書苑，前揭文，頁 155；許美麗，前揭文，頁 342-343。

³⁸ 前田雅弘，株主代表訴訟と和解，法 論叢第一三四 五、六，頁 255。黃書苑，前揭文，頁 156；許曉微，前揭文，頁 130。

對於單純過失之股東，公司不得求償：

依日本（舊）商法第二百六十八條之二反面解釋，只有惡意之股東於敗訴時，始須對公司負損害賠償之責任，但若股東之單純過失時，解釋上即不得類推日本商法第二百六十八條之二之規定，公司不得對其求償，因此公司亦有須證明主觀要件及和解內容係不利於公司之難處³⁹。

程序保障並不周全：

日本商法第二百六十八條第三項雖規定原告股東須對公司為訴訟告知，但並未規定對其他之股東亦須為告知。制度上未保障其他股東參加訴訟之機會，且公司亦可能不參加訴訟，因此，以日本商法第二百六十八條第三項作為肯定股東代表訴訟和解之依據，並不夠堅強⁴⁰。

法院參與之程度不足：

若法院對於訴訟上之和解能於最初即介入，並為實質審理判斷，則和解之效力對於原告股東以外之股東及公司有拘束力，並無太大疑問。但實務上，法院參與之時期、程度有別，且法院並不實質審理和解方案之內容，因此仍有產生不利益和解之問題。故以法院之參與肯認原告股東得與被告董事為訴訟上之和解，亦非有力⁴¹。

3. 限定之肯定說

³⁹ 前田雅弘，株主代表訴訟と和解，法論叢第一三四 五、六，頁 255-256。黃書苑，前揭文，頁 156；許曉微，前揭文，頁 130；許美麗，前揭文，頁 342。

⁴⁰ 前田雅弘，株主代表訴訟と和解，法論叢第一三四 五、六，頁 256。

⁴¹ 前田雅弘，株主代表訴訟と和解，法論叢第一三四 五、六，頁 256-257。黃書苑，前揭文，頁 156-157；許曉微，前揭文，頁 130；許美麗，前揭文，頁 343-344。

此說認為，原告股東得與被告董事為訴訟上和解惟和解之效力僅及於受有參與訴訟之程序保障者，未參與之股東不受和解效力之拘束，得另行提起代表訴訟。

但若依限定之肯定說之見解，則未參與之公司及其他之股東仍可再行起訴，則和解陷被告董事於不安定之境，其將面臨不斷應訴及二重賠償之危險，此和解對被告董事無任何實益可言，在實際上？有任何被告董事願意和解。

4.修正之限定肯定說

限定之肯定說認為，股東未受有參與訴訟之程序保障者，不受和解效力之拘束，得另行提起代表訴訟。修正之限定肯定說則主張，原告以外之股東，若由公告或通知得知已有股東提起代表訴訟時，事實上業已提供參與訴訟之機會，此時和解之效力應及於股東。依此說，未受參與訴訟程序保障之股東，不受和解效力拘束，仍得提起代表訴訟，但被告董事得透過公告之方式，避免二重賠償之危險，保護自己之利益⁴²。

日本多數學者贊成此說⁴³，惟此說在昔日舊法時代仍有下列之缺失有待克服：

日本商法並未規定對股東為訴訟公告或通知：日本商法僅於第二百六十八條第三項中規定，提起代表訴訟後，須立即向公司為訴訟之告知。但對於股東之通知或告知，法無明文，因此是否對股東為公告或通知，係屬任意性質。

⁴² 前田雅弘，株主代表訴訟と和解，法論叢第一三四 五、六，頁 258。
許曉微，前揭文，頁 132。

⁴³ 許美麗，前揭文，頁 345。

程序保障之證明不易：依此說，對其他股東之通知只屬任意性質，故事後欲對任意之公告或通知之內容、時期、方法等，判斷是否已受有充分保障其他股東參與訴訟之機會，尚屬不易；且如係經媒體傳播得知股東提起代表訴訟，其他股東是否亦等同受告知而受和解效力所及，不無疑問⁴⁴。又公告費用應否由公司負擔亦是問題。

其他缺點：

- a. 單純通知即擬制股東已消極同意原告股東得為訴訟和解是否妥適⁴⁵？
- b. 此說於和解階段並無踐行公告或通知之程序保障，且相關之程序保障僅強調在對股東之部分，而漠視公司之立場⁴⁶。

針對本說上述之缺失，學者認為只能期待透過立法之方式，加以改進⁴⁷。

日本商法於平成十三年修正第二百六十八條，並於第四、五、六、七項中規定：公司對於董事提起訴訟時，應通知股東，且股東提起代表訴訟後，依日本商法第二百六十八條第三、四項通知公司後，公司亦應再行公告或通知股東（日商法第二百六十八條第三、四項）；股東提起代表訴訟，若公司提交和解時，則不須經股東會同意（日商法第二百六十八條第五項）；又股東提起股東代表訴訟而欲和解時，若公司不屬於和解當事人，法院應對公司發出和解？容之

⁴⁴ 許曉微，前揭文，頁 132。

⁴⁵ 高橋宏志，株主代表訴訟と訴訟上の和解，商事法務第一三六八期，一九九四年九月，頁 79。許美麗，前揭文，頁 345。

⁴⁶ 池田辰夫、中川雅 x 株主代表訴訟にける和解，ジユリスト第一 六二 ，一九九五年三月，頁 68。許曉微，前揭文，頁 132。

⁴⁷ 許曉微，前揭文，頁 132。

通知，公司如有異議，須於二週內說明其異議內容（日商法第二百六十八條第六項），公司於前項期間內，未以書面提出異議時，則視同其他股東已同意和解，此情況適用第五項之規定，不須經股東會同意（日商法第二百六十八條第七項），已對於股東有公告或通知之規定，但就和解階段而言，似未規定對股東之程序保障。

三、小結

股東代表訴訟之訴訟和解，觸及實體與程序之問題：

實體法之層面

1. 股東提起代表訴訟不僅須為公司之利益，更是為全體股東之利益，原告股東並無處分公司權利之權限，蓋從現行法規範無法推得公司有授與原告股東處分公司權利之依據。
2. 訴訟上和解是否為減輕或免除董事之責任

和解既是雙方約定互相讓步而終止紛爭，若肯定原告股東得就代表訴訟為訴訟和解之場合，並不難想像原告股東會放棄部分原屬於公司之權利而與被告董事為和解。若股東得以自己之意思與被告董事達成和解，將恐發生不利公司和解之情況，而害及公司及其他股東之權利。日本學說在討論此問題上，則基於肯認股東訴訟和解之必要下，依該國商法第二百六十六條第五項之規定，探討是否須經股東會之同意。而日本新修正商法第二百六十八條，賦予公司提交和解或公司無異議擬制股東同意和解，而避免股東會之召開，解決了此一實體法上之問題。

程序問題方面

令人關注者，即在於若承認原告股東得與被告董事和解，該和解之效力是否及於其他未為當事人之公司與股東？美國法採取踐行通知程序與法院之許可之方式解決。而日本法在和解階段並未對和解效力擴張之基礎加以規定，但解釋上可認為得準用商法第二百六十八條第三、四項，要求公司將和解方案內容對股東為公告或通知，加以解決。

四、我國法制之檢討

我國實務上，尚未見股東依公司法第二百一十四條，提起股東代表訴訟，但並非意謂公司法第二百一十四條之存在毫無實益，至少公司法第二百一十四條提供股東解決董事違法行為之一救濟途徑。股東提起代表訴訟若能以和解之方式解決紛爭，不可否認亦為迅速解決紛爭之方法。現行我國法制，對股東代表訴訟之訴訟上和和解並無專條規範，因此在處理相關問題上，除運用既有之制度外，尚須參酌美、日法制之運作：

訴訟告知

原告股東得於訴訟繫屬中，將訴訟告知公司，使公司得參與訴訟（民事訴訟法第五十八條），並進而參與和解。其餘股東亦得透過公司之告知，而獲得程序之保障（民事訴訟法第六十五、六十七條）。但訴訟告知依我國法現況為任意性質，如此無法圓滿保障其他股東之權益。日本商法於第二百六十八條第三、四項中，明文規定股東與公司負有告知、公告及通知之義務。而在和解階段，依本文看法可以準用商法於第二百六十八條第三、四項，將和解方案內容公告或通知股東，以保障其他股東之權益，並使和解效力擴張具有正當

性。

訴訟通知

法院於股東提起代表訴訟時，得依新修正之民事訴訟法第六十七之一條，將訴訟事件及進行程度以書面通知公司及股東，使公司及股東得參與訴訟（民事訴訟法第五十八條），並有機會參與和解。

法院介入和解

在顧慮原告股東有可能為對公司不利之和解，除前揭藉由公司與股東之參與和解為對治外，此時尚可透過法院之許可對於和解內容為監控。而法院亦應以積極態度介入調查相關事證，並實質審查和解方案內容之妥適性。至於法院認可之標準為何，美國 ALI 試案及該國學說、判例之標準可用作參考。

我國公司法全盤修正草案，對於股東代表訴訟之訴訟和解亦未加以規範，或許考量在現階段，尚無加以規定之必要。惟如此造成股東代表訴訟全盤檢討之漏洞，實有參酌美、日法制予以增訂股東代表訴訟之訴訟和解相關規定之必要。

第八章 結論

- 一、公司監控體系良窳，攸關一國公司體制能否健全發展。股東代表訴訟係為了保護少數股東(就我國法現狀而言)，使其能監督、糾正董事違法經營行為、維持公司正常運作，而賦予少數股東可以代公司並為全體股東之利益，提起訴訟追究董事責任之權利，為公司內部監控機制之一環。在公司外部監控機制與其他內部監控機制失靈下，企業弊案不斷，股東代表訴訟一直被認為是最能防止企業不法行為發生、健全企業經營的良策。日本平成年間，商法數度針對股東代表訴訟制度加以改良、修正、即為明證。因此，股東代表訴訟實為健全公司經營不可或缺的監控利器，不可偏廢。
- 二、我國股東代表訴訟制度，係由日本輾轉繼受美國法制，表現在代表訴訟的結構上即產生代位訴訟性質說、兩重性質說、代表訴訟性質說之論爭。本文認為，公司法第二百一十四條第二項賦予股東訴訟實施權，即當事人適格制度所要保護之利益，屬集團利益之一種，以公司及全體股東為歸屬主體，起訴之股東就特定集團利益權之保護成為當事人適格，為「法定訴訟擔當」。
- 三、提起股東代表訴訟之原告，依我國現行法，須繼續一年以上，持有已發行股東總數百分之三以上之股東。可知我國股東代表訴訟是少數股東權的設計。惟斟酌外國立法例，避免股東提起代表訴訟權受到不當壓抑，應以單獨股東權設計為妥。此外，

原告股東必須具有代表適切性，此要件可從訴訟理論推導而出。股東提起代表訴訟前，必須先向公司監察人為請求，並須等待三十日，現行法並無免除提訴請求之規定，為避免請求期間之經過，使公司受無法回復之損害，應增訂免除提訴請求之規定。監察人拒絕股東提訴之請求，考量我國監察人功能不彰且欠缺獨立性，不宜因之禁止股東提起代表訴訟。

四、股東代表訴訟供擔保，我國現行法並無規定須具備一定要件，相對於原告股東相當不利，甚至妨害代表訴訟之提起。此點須要加以檢討。目前公司法全盤修正草案已加入被告董事釋明原告股東具「不當目的」，作為供擔保的要件，值得贊同。

五、股東代表訴訟因紛爭事件類型，強烈要求訴訟在相關利害關係人間為統一解決，又在保護未成為當事人之公司及其他股東的聽審權下，判決效力應擴張及於公司及其他股東。在事前程序保障方式，法院固然可依民事訴訟法第六十七條之一，依聲請或職權，對公司及其他股東為訴訟通知，但就實效性而言，似以強制由原告股東對公司為訴訟告知，公司對其他股東為公告、通知為當。在事後救濟程序，現行民事訴訟法再審之規定，無法救濟詐害訴訟。但公司及其他股東在符合要件下，可提起第常人撤銷之訴救濟。惟於立法論上，以在公司法增訂股東代表訴訟詐害再審為宜。

六、原告股東與被告董事為訴訟和解，在對公司、其他股東為訴訟通知及和解內容通知之程序權保障，在法院實質審查下，和解

之效力可擴張於公司其他股東，且無須股東會為可決，日本商法於平成十三年修正時，增訂股東代表訴訟和解相關規定，但公司法全盤的修正草案，對此部分未置隻字，造成股東代表訴訟制度全面改革的一大缺憾。在立法論上，有必要增設股東代表訴訟和解規定，以便實務運用。



【參考書目】

一、教科書

1. 吳明軒，中國民事訴訟法（上），三民書局，中華民國 89 年 9 月。
2. 吳明軒，中國民事訴訟法（中），三民書局，中華民國 89 年 9 月。
3. 吳明軒，中國民事訴訟法（下），三民書局，中華民國 89 年 9 月。
4. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，三民書局，中華民國 85 年 7 月。
5. 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，中華民國 89 年 11 月。
6. 邱聯恭，程序制度機能論--民事程序法之理論與實務第一卷，三民書局，1996 年 8 月。
7. 邱聯恭，司法之現代化與程序法，國立台灣大學法學叢書，1997 年 3 月 4 版。
8. 陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，中華民國 90 年 9 月。
9. 陳計男，民事訴訟法論（下），三民書局，中華民國 89 年 8 月。
10. 柯芳枝，公司法論（上），三民書局，2002 年 11 月。
11. 柯芳枝，公司法論（下），三民書局，2003 年 1 月。
12. 王泰銓，公司法新論，三民書局，中華民國 87 年 1 月。

13. 余雪明-董事及董事會，? 源河等合著，新修正公司法解析，元照出版有限公司，2003年3月。
14. 黃銘傑-監察人，? 源河等合著，新修正公司法解析，元照出版有限公司，2003年3月。
15. 葉銀華、李存修、柯承恩，公司治理與評等系統，商智文化事業股份有限公司，2002年11月1日第1版。

二、學位論文

16. 林??，訴訟擔當之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國75年6月。
17. 林望民，訴訟告知制度之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國80年1月。
18. 許曉微，股東代表訴訟制度之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國87年6月。
19. 陳肇鴻，由經濟觀點論董事之行為規範與責任制度，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國89年6月。
20. 楊文慶，掏空公司資產之經濟犯罪與防制對策--以刑法、公司法及證券交易法等之規範有效性探討掏空刑責與公司管控制之對策，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國91年1月。
21. 胡浩叟，股份有限公司內部機關之研究--以權限分配與公司治理中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國91年6月。
22. 陳鵬光，股東會決議爭訟事件審理程序之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，中華民國91年6月。

23. 葉明松，判決對第三人的效力與第三人的程序保障，國立政治大學法律研究所碩士論文，中華民國 86 年 6 月。
24. 戴世瑛，債權人代位訴訟之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，中華民國 85 年 6 月。
25. 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，中華民國 87 年 6 月。
26. 王泰升，從所有與經營分離論公開發行公司法制，國立中興大學法律學研究所碩士論文，中華民國 77 年 6 月。
27. 洪西東，民事訴訟法上從參加問題之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，中華民國 77 年 6 月。
28. 利美利，股份有限公司代表訴訟制度之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，中華民國 85 年 6 月。
29. 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，中華民國 86 年 6 月。
30. 朱日銓，論我國公司內部監控模式之改造--以外部監察人制度之選擇為中心，國立台北大學法學系碩士論文，中華民國 90 年 6 月。
31. 楊明佳，論我國股份有限公司內部監控設計之改造--以公司監控理論為中心，國立台北大學法學系碩士論文，中華民國 91 年 1 月。
32. 劉乃竹，論股份有限公司之內部監控，東海大學法律學研究所碩士論文，中華民國 90 年 6 月。
33. 石青平，論公司之管控，東海大學法律學研究所碩士論文，中華民國 91 年 7 月。

34. 葉淑芬，公司法上少數股東保護之研究--以「少數股東權為中心」，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文，中華民國 89 年 6 月。
35. 林培杰，我國公司監控制度之研究，銘傳大學法律研究所碩士論文，中華民國 90 年 6 月。

三、論文集

36. 駱永家，引進「獨立當事人參加」訴訟制度之探討，民事法研究 II，著者發行，1997 年 6 月。
37. 駱永家，判決理由中判斷之拘束力，民事法研究 III，著者發行 1997 年 10 月。
38. 駱永家，輔助參加與告知訴訟，民事法研究 III，著者發行，1997 年 10 月。
39. 駱永家，共同訴訟參加與共同訴訟的輔助參加，民事法研究 III，著者發行，1997 年 10 月。
40. 駱永家，「既判力之主觀範圍」，既判力研究，著者發行，1996 年 5 月。
41. 楊建華，「股東代位公司對董事或監察人起訴之提供擔保」，問題研析民事訴訟法（三），三民書局，中華民國 84 年 10 月。
42. 楊建華，「股東代位公司對董事或監察人起訴之原告」，問題研析民事訴訟法（三），三民書局，中華民國 84 年 10 月。
43. 楊建華，「股東代位公司對董事或監察人起訴關於訴訟之進行」，問題研析民事訴訟法（三），三民書局，中華民國 84 年 10 月。

44. 楊建華，「獨立之輔助參加」，問題研析民事訴訟法（四），三民書局，中華民國 84 年 3 月。
45. 陳榮宗等，代位訴訟既判力之研究，民事訴訟法之研討（二），三民書局，中華民國 85 年 5 月。
46. 駱永家等，從主參加與獨立當事人參加之比較論獨立當事人參加訴訟制度之引進，民事訴訟法之研討（二），三民書局，中華民國 85 年 5 月。
47. 陳榮宗等，婚姻無效與股東會決議無效之訴訟，民事訴訟法之研討（四），三民書局，中華民國 85 年 3 月。
48. 陳計男等，第三人訴訟參與之研討，民事訴訟法之研討（四），三民書局，中華民國 85 年 3 月。
49. 陳榮宗等，訴訟繫屬中當事人讓與系爭物所引發之法律問題，民事訴訟法之研討（五），三民書局，中華民國 85 年 10 月。
50. 王甲乙等，當事人適格之擴張與界限，民事訴訟法之研討（六），三民書局，中華民國 86 年 3 月。
51. 駱永家等，法院的訴訟指揮權和當事人的聲明權、異議權，民事訴訟法之研討（七），三民書局，1998 年 10 月。
52. 廖大穎，證券市場與股份制度論，元照出版公司，1999 年 5 月。
53. 黃銘傑，公開發行公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯，元照出版公司，2001 年 11 月。
54. 王文宇，公司與企業法制，元照出版公司，2000 年 5 月。
55. 劉興善，商法專論集，國立政治大學法律學系法學叢書編輯委員會編印，中華民國 71 年 8 月。

56. 呂太郎，民事確定判決之反射效力，收錄於氏著『民事訴訟之基本理論（一）』，智勝文化事業有限公司，1999年2月。
57. 王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，收錄於『商法專論--賴英照教授五十歲生日祝賀論文集』，月旦出版，1995年7月。
58. 曾宛如，「董事忠實義務之內涵及適用疑義」，收錄於氏著『公司管理與資本市場法制專論（一）』，學林文化事業有限公司，2002年10月。
59. 曾宛如，「英國法上投資人資訊取得權之分析」，收錄於氏著『公司管理與資本市場法制專論（一）』，頁，學林文化事業有限公司，2002年10月。
60. 曾宛如，董事不法行為之制止及濫權行為之處理，臺灣本土法學雜誌，第39期，民國91年10月。
61. 曾宛如，「股東會程序問題之探討」，收錄於氏著『公司管理與資本市場法制專論（一）』，學林文化事業有限公司，2002年10月。
62. 曾宛如，「股份有限公司經營者報酬結構之分析」，收錄於氏著『公司管理與資本市場法制專論（一）』，學林文化事業有限公司，2002年10月。
63. 林德瑞，股份有限公司對公司會計表冊查閱權，賴源河主編，商法實例問題分析，五南，2000年12月。

四、期刊

64. 劉渝生，從股東會議事進行論股東之詢問權—德國股份法相關規定之介述，法學叢刊，第178期。

65. 蔡英欣，論日本代表訴訟制度中公司為訴訟參加之問題—公司可否為被告董事之輔助參加，月旦法學雜誌，第 72 期，民國 90 年 5 月。
66. 陳榮宗，當事人能力、當事人適格、本案適格，台北大學法學論叢，第 51 期，民國 91 年 12 月。
67. 姜世明，論合法聽審權--以在民事程序法之實踐為中心，法學叢刊第 188 期，民國 91 年 10 月。
68. 姜世明，選定當事人制度之變革--兼論團體訴訟，月旦法學雜誌，第 96 期，2003 年 5 月。
69. 呂太郎，從參加人得否提起再審之訴--最高法院六十八年度臺抗第三九八號判例評釋，萬國法律，第 111 期，民國 89 年 6 月。
70. 吉野正三郎著、朱健文譯，民事訴訟法中之程序權保障(上)，司法周刊，第 806 期，民國 85 年 12 月 18 日，版 2。
71. 吉野正三郎著、朱健文譯，民事訴訟法中之程序權保障(下)，司法周刊，第 807 期，民國 85 年 12 月 25 日，版 3。
72. 許士宦，新修正民事訴訟法上程序保障之新開展--以民事訴訟法總則編之修正為中心，月旦法學教室第 6 期。
73. 許美麗，日本商法股東代位訴訟提供擔保之案例研究，法學叢刊，第 168 期，民國 86 年 10 月。
74. 許美麗，日本商法上股東代位訴訟有關公司參加訴訟之案例研究--東京商銀信用組合事件及中部電力事件，全國律師，第 1 卷第 7 期，民國 86 年 7 月。
75. 許美麗，股東代位訴訟之和解及撤回，政大法學評論第 61 期，民國 88 年 6 月。

76. 邱聯恭，程序保障論之新開展，月旦法學雜誌，第 19 期，1996 年 12 月。
77. 黃國昌，訴訟參與及代表訴訟--新民事訴訟法下「程序保障」與「紛爭解決一次性」之平衡點，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月。
78. 陳啟垂，訴訟實施權與訴訟擔當，月旦法學教室第 3 期，頁。
79. 陳錦隆，新修正公司法董事之忠實義務解析（1），會計研究月刊，第 200 期，民國 91 年 7 月。
80. 陳錦隆，新修正公司法董事之忠實義務解析（2），會計研究月刊，第 201 期，民國 91 年 8 月。
81. 陳錦隆，新修正公司法董事之忠實義務解析（3），會計研究月刊，第 202 期，民國 91 年 9 月。
82. 陳錦隆，美國法上董事「經營判斷法則」之概說（1），會計研究月刊，第 194 期，民國 91 年 1 月。
83. 陳錦隆，美國法上董事「經營判斷法則」之概說（2），會計研究月刊，第 195 期，民國 91 年 2 月。
84. 陳錦隆，美國法上董事「經營判斷法則」之概說（3），會計研究月刊，第 196 期，民國 91 年 3 月。
85. 姚志明，論德國股份法第 131 條--股東之一般資訊權，華岡法粹，第 24 期，民國 85 年 10 月。
86. 涂春金，董事責任之新趨勢，軍法專刊第 44 卷第 3 期，民國 87 年 3 月。
87. 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，民國 83 年 7 月。

88. 范瑞華，新修正施行公司法下之內部管控制度檢討，萬國法律，第 121 期，2002 年 2 月。
89. 黃虹霞，獨立董事與監察人，萬國法律，第 125 期，2002 年 10 月。
90. 余雪明，台灣新公司法與獨立董事（上），萬國法律，第 123 期，2002 年 6 月。
91. 余雪明，台灣新公司法與獨立董事（下），萬國法律，第 124 期，2002 年 8 月。
92. 黃銘傑，公司法七十二變（四）--下一階段公司法修正方向之芻議，月旦法學教室，第 3 期。
93. 何思湘，美國安隆公司倒閉事件對我國相關立法之啟示 r，會計研究月刊，第 199 期。
94. 何思湘，美國安隆公司倒閉事件對我國相關立法之啟示 s，會計研究月刊，第 200 期。
95. 薛明玲、蔡朝安，從資訊揭露看公司治理，月旦法學雜誌第 96 期，2003 年 5 月。

五、網路資料

96. 葉銀華，台灣公司治理的問題與改革之道，證管雜誌，第二 十 卷 第 十 一 期。
www.sfc.gov.tw/reference/magazine/9111/Ss1.htm
97. 韋亭旭，美國公司治理之最新發展與我國未來監理方向，證管雜誌，第二 十 卷 第 十 期。
www.sfc.gov.tw/reference/magazine/9110/Ss3.htm
98. CALIFORNIA CORPORATIONS CODE

www.leginfo.public.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=corp&codebody=&hits=20

99.日本商法

www.houko.com/00/01/M32/048B.HTM#s2.4