

國立政治大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：劉連煜博士

股東代表訴訟-以證券投資人及期貨交易人
保護法第10條之1為中心

Derivative Suit- Focusing on the Article 10-1 of The Securities
Investor and Futures Trader Protection Act

研究生：鄧雅仁 撰

中華民國 101 年 12 月

謝辭

本篇論文的完成，首先要感謝我的指導教授劉連煜老師。老師一直給我很多學習的機會，不只本身豐厚的法學素養與幽默的上課方式，帶領我認識博大精深的公司法、證交法領域，還開授了許多實務與學術交流的課程，開拓了我對財經法的視野。老師除了知識傳授之外，在待人處事上亦諄諄教誨，以身作則，令學生受益良多。而且老師如父親般的鼓勵與叮嚀，也讓在外求學、打拼的學生感懷在心頭。真的很感激老師的指導與鼓勵，很高興有緣份成為老師的學生，也希望繼續向老師學習下去。此外，也要特別感謝口試委員謝易宏老師和朱德芳老師。首先要向謝老師在金管會繁忙的事務中還願意擔任口委表達感謝。謝老師在口試中分享豐富的實務經驗並提出精闢的見解，令學生收穫良多。另外也要感謝朱老師費心的閱讀並提出論文中的謬誤與需要調整的地方。兩位老師對學生用心的指導與鼓勵，學生由衷感激。

另外，這本論文得以完成還要感謝投保中心的長官和同事的幫忙與鼓勵。謝謝林俊宏副處長，不僅撥空和我討論問題，還分享如何一邊工作一邊完成論文的經驗，給我很多的鼓勵與關懷。也感謝建中組長，提供很多當初立法的資料給我，讓本篇論文更有基礎。另外還有一起工作的同事，德勝律師、溫紫律師、尊民律師。謝謝你們分享承辦代表訴訟的經驗，並且分擔許多工作，讓我有餘力把論文完成。還有新加入魏薇律師，謝謝你在論文的最後修改階段，給我許多的鼓勵和歡笑。也謝謝之前離職的嘉瑜律師，在我為論文、生活心力交瘁的時候，像大姐姐般提供很多建議與鼓勵。

在研究所期間，還要感謝溫暖的劉門大家庭，首先是宗翰學長，謝謝你在我剛進研究所對一切都很不熟悉的時候給我許多建議。還有可愛的劉門學妹：昱吟、雅萍謝謝你們一路從國考、工作到寫論文的階段，一起分享生活中的酸、甜、苦、辣。另外謝謝劉門的學弟承桓在我口試的時候特別幫我做紀錄。還有松諺、億燦，謝謝你們幫我收集資料，提供相關資訊，還在我寫論文的低潮期幫我慶生。真的很感動有你們這群溫暖的學弟妹

們。也要謝謝台北大學劉門的學妹：婉婷、韻婷、君珮、亭妤，還有珮桂，在許多研究案中給我很多的幫助，我也很喜歡跟大家吃吃喝喝的歡樂時光。另外研究所同學：翠吟、婉瑩、正欣、冠中、靜慧，很高興可以與你們一起作報告、一起在研究室趕論文，還有出社會後一起分享工作的點滴。

另外也要感謝大學同學怡君，從大一同寢室一直到畢業分別在不同領域打拼，一直給我很多鼓勵，並且在我論文水深火熱的階段給我很多建議和幫助，真的很感激你特別請休假陪我，讓我能安穩的完成口試。還有謝謝我認識十多年的國高中同學珮君，我一個人台北求學、工作，經歷的點點滴滴，都有你的陪伴與鼓勵。還有回南部工作的郁珍和怡蓁，雖然不能常常見面，但十幾年的老友，還是一說就會懂。最後要感謝我的男友曰舜，從碩一認識你一路陪伴我走過國考的煎熬、成為社會新鮮人的不安，寫論文的焦躁。感謝你各個階段一直給我溫暖的照顧和支持。

六年研究所生涯終於在 2012 年結束，在這段期間經歷了國考、成為社會新鮮人，在一邊為專業打基礎的同時一邊完成論文。回顧種種階段，經歷了許多事、許多人，多虧一路上有眾人的幫助，才能一步步克服各種困難，完成每一個階段。因為篇幅有限，以上無法一一言謝，請多包涵。

最後這本論文要獻給我爸媽，感謝他們從小呵護我、包容我，給我無止盡的愛。在我挫折的時候永遠張開雙臂當我最堅固的後盾。還有要獻給剛到天上的外婆並向她說聲對不起。因為忙著工作和完成論文，都沒時間回去好好陪您。在我完成口試後的那個禮拜回去看您，想不到已經開始倒數。最後一次見你，你問我都在忙什麼？我用生硬的台語跟您解釋寫論文和開庭的生活，您就是微笑以對。阿嬤，可惜我來不及拿著論文的成品，讓您看看我努力的紀錄以及這裡面濃濃的歉意。

鄧雅仁

2012.12.19 台北

摘要

在法人格獨立之原則下，公司對董事、監察人是否提起訴訟，原則上應由公司之意思機關決定，並由公司之代表人代表公司進行。然而，當公司內部機關失靈，代表人怠於為公司行使權利時，我國公司法在第 214 條以下規定少數股東例外可代位公司對不法之董事提起訴訟之代表訴訟。但我國現行公司法下之股東代表訴訟制度，存有起訴之門檻過高、起訴股東負擔之訴訟風險與成本過大之重大缺失，導致實務上甚少有股東代表訴訟進行。因此，立法者於民國 98 年增訂證券投資人及期貨交易人保護法(下稱投保法)第 10 條之 1，使財團法人證券及期貨交易人保護中心(下稱投保中心)可以自己名義為公司提起代表訴訟，不受公司法起訴門檻之限制。探究增定投保法第 10 條之 1 之背景可能係考量目前環境仍不適合全面免除少數股東提起代表訴訟之起訴門檻，以避免股東濫行起訴而影響公司正常經營。立法者藉由具有公益性質之投保中心，在主管機關之監理下，於投資人保護法限制之範圍內對公司之不法董事或監察人提起代表訴訟，以追求小股東權益之維護與公司經營利益與董事、監察人負擔責任三者間最大平衡。

然而，立法者於公司法之外，另於投保法制訂股東代表訴訟之制度，將產生投保中心提起之股東代表訴訟在雙軌制度下是否回歸適用公司法規定之爭議。又股東代表訴訟制度於投保法修法後仍存有許多爭議，投保法第 10 條之 1 之規定僅解決起訴誘因不足之問題。縱透過投保中心依投保法規定代位公司起訴，投保中心提起之代表訴訟存有維護公司利益與維護公益之內涵是否一致之爭議。又投保中心提起之股東代表訴訟常遇到證據偏在舉證困難之問題，縱以刑事附帶民事程序進行，仍存有訴訟程序進度緩慢，且刑事判決認定之結果，仍難以解決民事求償程序中具體判斷公司之損害現今是否仍然存在及損害範圍為何，有無重大

性之問題。是本文除在第五章介紹投保法現行規範及實務運作狀況外，另於第六章透過英美法制之比較，針對股東代表訴訟當事人之範圍、其他股東之程序保障、內部救濟程序先行之效力三大爭議進行我國現行股東代表訴訟制度之檢討，冀希作為未來股東代表訴訟修法方向之參考。



目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究範圍	2
第三節 研究方法	2
第二章 股東代表訴訟緒論	4
第一節 股東代表訴訟之內涵	4
第一項 股東代表訴訟之目的	4
第二項 股東代表訴訟之功能	6
第二節 股東代表訴訟之性質	8
第一項 代位訴訟說	8
第二項 代表訴訟說	9
第三項 美國股東代表訴訟性質之演變	10
第三節 我國公司法下股東代表訴訟之性質與功能	11
第三章 英國代表訴訟制度介紹	13
第一節 緒論	13
第二節 傳統普通法下之代表訴訟制度	14
第一項 Foss 原則	14
第一款 Foss 原則之起源	14
第二款 Foss 原則之內涵	15
第二項 Foss 原則之例外	17
第一款 對少數股東詐欺之例外	17
第一目 存在詐欺行為	18
第二目 不當行為人控制公司	19
第三目 特別決議程序違反之例外	19
第二款 須在預審程序中證明詐欺與控制力之存在	20
第三項 在普通法下提起股東代表訴訟之限制	20
第一款 公司獨立機關之否決	20
第二款 公司股東會事後予以認可	21
第一目 對公司權利能力行為外不法行為之認可	22
第二目 對董事會越權行為之認可	22
第三目 對董事違反受託人義務行為之認可	23
第四目 小結	25

第三款	訴訟費用之負擔	26
第三節	英國 2006 年新修正公司法就股東代表訴訟之改革	27
第一項	傳統代表訴訟制度之檢討	27
第二項	英國 2006 年新修正公司法有關股東代表訴訟之規定	27
第一款	英國 2006 年公司法股東代表訴訟之定義	27
第二款	股東代表訴訟之訴因	28
第三款	代表訴訟之起訴者與被訴者	29
第四款	股東代表訴訟之起訴審查程序	31
第一目	審查表見證據之有無	31
第二目	聽審階段	32
第五款	股東接管訴訟之制度	32
第六款	法院裁定許可之裁量標準	33
第一目	應裁定駁回聲請之情形 (第 263 (2) (a)、(b)、(c)) :	33
第二目	得裁定駁回聲請之情形 (第 263 (3) (a)、(b)、(c)) :	37
第四節	適用英國 2006 年公司法新修正規定之實務判決	38
第一項	裁定駁回之案例	38
第一款	<i>Franbar Holdings Ltd v Patel</i> 案	38
第一目	事實摘要	38
第二目	法院駁回聲請之理由	38
第二款	<i>Finance Ltd v Ryder</i> 案	39
第一目	事實摘要	39
第二目	法院駁回聲請之理由	40
第三款	<i>Kleanthous v Paphitis</i> 案	40
第一目	事實摘要	40
第二目	法院駁回聲請之理由	41
第二項	裁定許可之案例	42
第一款	<i>Stainer v Lee</i> 案	42
第一目	事實摘要	42
第二目	法院同意聲請之理由	43
第二款	<i>Kiani v Cooper</i> 案	44
第一目	事實摘要	44
第二目	法院同意聲請之理由	44
第五節	小結	45

第四章 美國代表訴訟制度介紹 46

第一節 緒論	46
第二節 代表訴訟之當事人	48
第一項 代表訴訟之原告	48
第二項 代表訴訟之被告	49
第三節 美國控制股東代表訴訟濫訴之制度	50
第一項 「同時擁有股份原則」	50
第二項 「繼續持有股份原則」	55
第三項 須有公正適切之代表性	56
第四項 先行向公司董事會為訴訟請求	57
第一款 向董事會請求之先行程序	57
第二款 提訴請求之豁免	60
第五項 特別訴訟委員會	62
第一款 擴大商業判斷法則之適用 (<i>Expansion of the Business Judgment Rule</i>)	63
第二款 兩階段途徑 (<i>Two-Step Approach</i>)	64
第六項 訴訟費用之擔保 (<i>Security for Expense</i>)	66
第七項 小結	68

第五章 我國投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之新制 69

第一節 我國公司法下股東代表訴訟之規定	69
第一項 股東代表訴訟之起訴資格	70
第二項 起訴之發動要件	71
第三項 預供擔保制度	72
第四項 原告敗訴確定時之損害賠償	72
第五項 訴訟費用之計算	73
第二節 我國公司法下股東代表訴訟成效不彰之缺失	74
第一項 起訴門檻過高	74
第二項 欠缺提起代表訴訟之實質誘因	76
第一款 原告於被告要求下須提供擔保金	76
第二款 原告股東敗訴確定時之損害賠償責任	77
第三款 訴訟費用係以財產權之訴訟標的價額計算	77
第三項 我國公司法第 214 條實際案例介紹	78

第三節	投資人保護法第 10 條之 1 針對代表訴訟之改革	80
第一項	緒論	80
第一款	投資人保護中心之介紹	81
第二款	投資人保護法第 10 條之 1 之立法目的	82
第三款	投資人保護法下股東代表訴訟之主要功能	84
第二項	投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之制度介紹	87
第一款	投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之訴訟流程	87
第一目	投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之起訴程序	87
第二目	投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之起訴方式	89
第二款	投資人保護法防止濫行提起股東代表訴訟之機制	89
第一目	投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法第 3 條第 1 款 至第 4 款	91
第二目	投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法第 3 條第 5 款	93
第三目	起訴原因需符合公益目的	94
第三項	投資人保護法之代表訴訟適用公司法之爭議	96
第一款	投保中心提起代表訴訟是否需預供擔保	96
第二款	投保中心敗訴確定時，是否需負擔損害賠償責任	98
第四項	投資人保護法第 10 條之 1 有無法律不溯及既往原則之適用	98
第五項	現今投保中心股東代表訴訟之運作概況	103
第六章	投資人保護法增修後我國股東代表訴訟現 存爭議之檢討	105
第一節	緒論	105
第二節	股東代表訴訟之當事人範圍	106
第一項	股東代表訴訟之原告資格	106
第二項	股東代表訴訟之被告範圍	110
第一款	股東代表訴訟之被告是否包含卸任之董事或監察人	110
第二款	股東代表訴訟之被告是否及於第三人	112
第三項	公司於股東代表訴訟程序之地位	114
第三節	股東代表訴訟下公司未起訴股東程序保障制度之檢討	118
第一項	應建立公司未起訴股東參加訴訟之制度	118
第二項	股東代表訴訟和解、撤回之審查機制	120
第三項	建立其他股東接管訴訟之制度建立	123

第四節	內部救濟程序先行制度之檢討.....	125
第一項	內部救濟程序先行之目的.....	125
第二項	公司內部機關事後追認之效力.....	128
第三項	內部救濟程序豁免制度之建立.....	131
第五節	股東代表訴訟與證券團體訴訟之重疊關係.....	132
第一項	股東代表訴訟與證券團體訴訟當事人重疊之問題.....	132
第一款	公司於不同案件類型之矛盾地位.....	132
第二款	股東與投資人雙重角色之爭議.....	133
第二項	股東代表訴訟與證券團體訴訟功能重疊之問題.....	134
第七章	結論.....	139



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

在法人格獨立之原則下，公司對董事、監察人是否提起訴訟，原則上應由公司之意思機關決定，並由公司之代表人代表公司進行。然而，當公司內部機關失靈，代表人怠於為公司行使權利時，我國公司法在第214條以下規定少數股東例外可代位公司對不法之董事提起訴訟之代表訴訟，且依第227條準用於公司對監察人之訴訟。但是我國現行公司法之股東代表訴訟制度，存有起訴之門檻過高、起訴股東負擔之訴訟風險與成本過大之重大缺失，導致實務上甚少有代表訴訟進行。因此，立法者於民國（下略）98年增訂證券投資人及期貨交易人保護法（以下稱投資人保護法）第10條之1，使財團法人證券及期貨交易人保護中心（下稱投保中心）可以自己名義為公司提起代表訴訟，不受公司法起訴門檻之限制。然而，立法者於公司法之外，另於投資人保護法制訂股東代表訴訟之制度，而非對公司法既有規定進行修正，是否有制度上之考量，在股東權益保護與公司經營者風險控制間予以平衡，賦予具有公益性質及半官方色彩之投保中心特別任務？又投資人保護法下之股東代表訴訟與投保中心既存之證券團體求償訴訟間，應如何調和，實值得探討。

另現行法制在公司法與投資人保護法雙軌併行之情況下，投資人保護法第10條之1並未明文排除適用公司法，故投保中心提起之代表訴訟是否仍須回歸公司法之規定，即存有爭議。又立法者雖特別降低投保中心之起訴門檻，並就該中心提起之代

表訴訟準用投資人保護法有關證券團體訴訟之訴訟優惠規定，藉此對我國傳統代表訴訟制度進行改革。但我國傳統股東代表訴訟制度除起訴門檻過高之外，仍存有其他之缺失，立法者並未一併進行修正與補充，造成實務上投保中心進行代表訴訟仍遇有爭議。因此，本文另探討投資人保護法增訂第10條之1後，我國股東代表訴訟仍未解決之缺失，以及投保中心依投資人保護法提起之代表訴訟，其實際運作狀況與發生之困難，進而提供日後修法之參考方向。

第二節 研究範圍

股東代表訴訟依公司法規定，僅適用於股份有限公司。又本文除討論我國傳統公司法下股東代表訴訟之缺失外，另探討投資人保護法下之股東代表訴訟制度與實際情形，並檢討投保法增修後我國股東代表訴訟仍未解決之法制缺失。故本文係以投資人保護法第10條之1之股東代表訴訟為研究核心，又因該條僅適用於上市、上櫃之股份有限公司，故本文研究範圍限於上市、上櫃公司之股東代表訴訟。又因為第一上市、第二上市、櫃之制度於我國運行不久，公司家數亦不多，本文所研究之對向，亦不包括第一、第二上市、櫃之股份有限公司。

第三節 研究方法

首先分析我國代表訴訟之性質與功能。並透過外國立法例之介紹，檢討我國公司法下股東代表訴訟之缺失。另介紹投資人保護法下股東代表訴訟之制度與現行實務運作之爭議，並檢

視投資人保護法增訂之10條之1後有無補足現行公司法代表訴訟不足之處，以提出未來修法可能改進之方向。



第二章 股東代表訴訟緒論

第一節 股東代表訴訟之內涵

第一項 股東代表訴訟之目的

股東雖為公司所有人，然僅就其持股享有有限之權利與責任。公司與股東既為不同之法律主體，其權利義務自應分別以觀。又公司之董事等經營階層與公司之股東無直接之法律關係，僅對公司本身負有忠實義務與善良管理人注意義務。故若公司董事有違反義務致公司受有損害，僅應對公司負賠償責任，並由公司自身行使權利，提起訴訟請求賠償。除非董事之不法行為直接損害股東權利，否則股東就此間接損害，不得以自己名義直接向不法之董事起訴。

探究美國法上股東對公司所提起之訴訟，可分為直接訴訟（Direct Suit）與派生訴訟（Derivative Suit）。前者係股東本於企業所有權人之基礎，依法向公司請求其權利之實現，例如請求盈餘分派之返還（recover dividends）、請求閱覽公司帳冊（inspect corporate books and records）、公司股票優先承買權（preemptive rights）或制止詐欺性股權稀釋行為（fraudulent dilution of shareholders interests）、股東投票權（the right to vote）等¹；相對於此，「派生訴訟」即非如前者係基於個人法律上之請求原因或滿足個人權利之法律關係。「派生訴訟」多係為防範公司或糾舉公司不法行為，所衍生之訴權，亦即股東行使之權利係本於公司在法律上之請求基礎，以保障公司權益不受侵蝕，並間接實現保護全體股東權

¹Harry G.Henn &John R. Alexander, Law of Corporations (4th ed. West Publishing Co.,1983) ,at1048-49.

益²。蓋當公司內部機關失靈，無法制衡經營階層濫權之際，為避免損害之發生或擴大。此時，公司之所有人即股東應有相關權利與機制，以避免其持股價值受到侵害或繼續減損。惟於公司內部架構中，縱將公司起訴之權利排除於董事會之權限，改由股東會發動，除有須通過股東會召集與表決等程序有緩不濟急之缺點外，在違法董事控制股東會之情形下，亦可能產生杯葛股東會決議之情形。是以，於家族企業色彩濃厚之公司，因為股權集中，董事、監察人與大股東常為利益共同體。故股東代位公司提起訴訟之代表訴訟制度很可能是公司對不法董事或監察人「唯一」可行的求償措施。即便市場（如證券市場）制裁亦能發揮相當規範功能（如調整公司股價以間接制裁違法董事或大股東），但在董事（或大股東）之不法利益超過制裁損失時，市場制裁即難有所作為。從而，代表訴訟請求違法董監事賠償公司損害，不但直接給予違法董監事制裁（損害賠償），亦能保全公司及全體股東之權益³。另國際經濟合作發展組織（OECD）所頒布的公司治理原則（OECD Principles of Corporate Governance），亦認為股東代表訴訟制度所扮演的角色，不僅是提供遇有權益被侵蝕之股東，得依規定請求損害賠償，實現法律救濟，亦為一種有效之公司治理手段⁴。另論者認為完善的公司治理制度，除妥適分配公司經營者、監督者與所有者之權利與義務外，於一方

²廖大穎，企業經營與董事責任之追究——檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，經社法制論叢，2006年1月，頁107-108。

³周振鋒，論股東代表訴訟的變革方向——以美國法為研析基礎，政大法學評論，2010年6月。

⁴前揭註1，頁106。

違反受任人義務時，如何追訴其責任即為落實公司治理之配套措施之一。以股份有限公司為例，公司之負責人依公司法第 23 條第 1 項負有善良管理人注意義務及忠實義務。負責人違反上述義務致公司受有損害時，即應對公司負損害賠償責任。從而，若現實上缺乏有效追訴公司負責人責任機制時，將無法確保公司法義務規範之實際效用⁵。

由前所述，可知股東代表訴訟之目的不僅係維護公司整體利益，亦隱含監控公司經營階層，藉由對違法董監事之追，以遏止董監事之違法意願，進而使公司經營正常化。又透過股東代表訴訟維護公司整體利益之背後，不僅係填補公司所受之損害，其背後亦存有保護公司利益相關人權益之目的。而公司利益相關人中，債權人之利益不是透過代表訴訟來保護，縱使公司破產無償債能力，債權人亦優先於股東對公司資產享有求償權。又就公司之大股東而言，其等往往控制公司之董事會甚至股東會，因此他們可透過其他方式（例如要求從事不當行為之董監事離開公司）等對不當行為進行救濟⁶。從而，保護少數股東利益，係股東代表訴訟維護公司整體利益其背後最終目的。

第二項 股東代表訴訟之功能

股東代表訴訟之功能包涵填補公司之損害，維護公司整體利益，並間接維護少數股東之權益，另達到懲戒不法董監

⁵周振鋒，論證券投資人及期貨交易人保護法第 10 條之 1-以股東代表訴訟為中心，法學新論，2010 年 12 月，頁 159-160。

⁶李小寧，公司法視角下的股東代表訴訟-對英國、美國、德國和中國的比較研究，法律出版社，2009 年 3 月，頁 11。

事，以達強化公司監控之目的。然而，各國所著重之功能不同，故發展出不同之代表訴訟制度。申言之，股東代表訴訟之功能，若係著重公司損害之填補，縱董、監事有不法行為在未對公司造成損害之前，即不得提起股東代表訴訟，因此股東代表訴訟中制衡公司經營階層之功能將會降低。另就強化公司治理之角度觀之，若在相關公權力監控密度較高之國家，透過股東代表訴訟達到公司經營監控之需求，即較不顯著。一般認為美國社會對廣泛之政府干預和公權力介入並不歡迎，故私力救濟（包括訴訟）成為解決紛爭之重要手段，因此股東代表訴訟於美國極為盛行。相反在公權力救濟密度較高之英國，股東代表訴訟之作用即受到限制⁷。

另若著重維護公司整體利益之觀點，股東代表訴訟之設計即會優先考慮公司最佳利益之問題。蓋股東代表訴訟有其本質上之缺陷，一旦股東提起訴訟，董事勢必花費時間與精力為訴訟之防禦，將使董事無法全力專注於公司之經營，間接導致公司時間金錢之耗損，且公司經營階層遭遇鉅額求償，亦可能影響公司之商譽及股價表現。因此，股東代表訴訟若係著重維護公司整體利益，即會特別斟酌起訴「預期所得請求賠償」（如請求金額極小）、「回復可能性」、「因起訴將承受之損失」等因素⁸。

另若認股東代表訴訟之功能係維護少數股東權益之手段之一，在有其他救濟之管道下，股東代表訴訟即具有被替代

⁷例如 1985 年之英國公司法第 432 條（檢查員之任命）、第 447 條（公司文書之調查）等規定，且國務大臣（the Secretary of State）有廣泛的調查和起訴之權利。前揭註 6，頁 13，註 6。

⁸前揭註 3，頁 249-251。

性。例如在英國，不公平侵害救濟訴訟之作用即遠大於股東代表訴訟。當公司受到侵害時，小股東只要能證明遭受不公平侵害，就能提起不公平損害救濟之請求，而其救濟方式主要係請求收購股權退出該公司⁹。另外，小股東亦可透過其他證券團體訴訟，向公司不法之經營階層，起訴請求賠償。因此，在少數股東有其他措施得以救濟自身因公司董監事不法行為直接或間接所受之損害時，透過股東代表訴訟進行救濟之功能即可能被取代。

第二節 股東代表訴訟之性質

股東代表訴訟，又有稱股東代位訴訟。有論者認為代位訴訟在表達上較代表訴訟為佳¹⁰，惟台灣六法全書大都以代表訴訟稱之。是股東代表訴訟之本質為何？股東係為公司利益，代位為公司行使權利之目的提起股東代表訴訟，亦或為自身股東權益代表其他股東向公司經營階層提起訴訟，即有代表訴訟說及代位訴訟說之別。

第一項 代位訴訟說

有論者基於股東為保全對公司之股份債權，即為保全股東對公司利益分配請求權股份債權，故可代位行使屬於公司

⁹依據英國1985年公司法s.461(1)及(2)之規定(英國2006年公司法規定於s.996以下)，當不公平侵害要件滿足時，法院得就該侵害給予其認為適當之命令。該命令之性質，包括但不限於規制將來公司事務之執行、禁止公司為一定之行為或誠命公司應為一定之行為、由聲請人為公司提起代表訴訟，或者命公司或股東應收購股權。顯然，法院的裁判內容具有極大之彈性，且在最終命令做成前，亦得於程序進行中依聲請給予假處分(interlocutory injunctions)之暫時救濟。不公平侵害救濟之度之介紹，參枋啟民，少數股東民事訴訟救濟制度之檢討，台灣大學碩士論文，2007年1月，頁98以下。

¹⁰楊建華，問題研析：民事訴訟法(三)，1989年，頁203-204。

之權利¹¹。然而，就股東代表訴訟之特質，可否直接完全套用民法債權人為保全債權所提起之代位訴訟制度，即生爭議。因為股東對公司雖有利益分配請求權，然而，縱為保全此等利益而提起之股東代表訴訟獲得勝訴，亦僅使公司財產增加，股東利益分配請求之金額雖可隨之增加，仍屬反射利益。且若強調股東代表訴訟係代位公司行使權利，為何該訴訟僅及於追究有責任之董事監察人而不及於有責任之第三人？是以，股東代表訴訟與債權人保全債權而行使之代位權性質並非一致。

第二項 代表訴訟說

另有論者認為股東在提起代表訴訟時，股東同時是基於其他全體股東代表之地位，故稱之代表訴訟¹²。相對於代位訴訟說，股東代表訴訟之股東不能代公司自由地處分對於董事之請求權或受領給付，而債權人代位訴訟可直接受領並得代本來權利歸屬主體享受利益，可見兩者在性格、構造上均有相當大的差異。是股東代表訴訟較傾向提訴股東為公司全體構成員之利益，請求糾正公司機關成員之違法行為，並進行求償填補公司損害。故股東代表訴訟實質上並非完全以公司利益為著眼點，亦非專以股東個人之訴訟為目的，而是透過保全公司權益間接填補損失或避免全體股東之損害擴大。故代表訴訟說之論點認為，股東代表訴訟是股東依其固有立

¹¹劉彥廷，論證券投資人及期貨交易人保護法之團體訴訟，台北大學法律系碩士班論文，2003年8月，頁72。

¹²王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，商法專論—賴英照教授五十歲生日祝賀論文集，1995年7月，頁114，註8。

場，基於共益權之行使反於執行機關的意思，專為全體股東包括起訴股東之利益，提起訴訟，可謂是公益之代表人。其性格應與公司法第 194 條少數股東制止董事違法行為請求權相同，均係代表全體股東，糾正董事違法行為之進行，因此股東代表訴訟係代表全體股東提起之訴訟，而具有集團訴訟（class action）之色彩¹³。

然而，代表訴訟說係以全體股東利益出發，故與一般股東集團訴訟係取得其他股東授權不同，被訴之董事、監察人，亦為公司多數股東選出，是以，在公司拒絕提起訴訟之表示下，少數股東如何以全體股東之利益出發，提起代表訴訟，即生疑義。另於法人格獨立說與經營與所有分離之潮流下，少數股東如何取得代表全體股東之代表性亦存有爭議。

第三項 美國股東代表訴訟性質之演變

我國現行公司法之股東代表訴訟，係引進自美日法制。故就股東代表訴訟之性質，可觀察美國法制之演變。按美國之股東代表訴訟是在十九世紀初，依衡平法的判例形成，作為糾正團體執行機關怠慢行為之手段。而此團體不限於股份有限公司，亦包括不具法人人格之團體。股東代表訴訟於該時期，股東與公司經營者、董事間之關係基於衡平法上信託法理，承認董事對於股東存有信託義務。因此，董事與股東間是立於應被保護之權利與應履行之義務的關係。故股東對於董事可以直接請求對於自己直接為義務之履行，在此意義

¹³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，中興大學法律研究所碩士論文，1997年6月，頁32，註66、67。

下股東代表訴訟可理解為集團訴訟（class action）的一種¹⁴。

然而，在十九世紀後期，隨著經濟之發展，企業亦由向來的合夥企業發展成大規模企業之型態，進一步造成企業所有人與企業經營者分離之情形。一方面一般股東對公司之經營不了解亦不關心，另一方面企業經營朝向專業發展亦專業經理人之制度。於是美國之代表訴訟被訴之對象由公司內部之董事，發展兼以公司外部的第三人為對象。在以公司外部的第三人為被告之理論下，股東代表訴訟制度就演變成股東代替公司行使其之權利，而非僅為股東基於信託關係向經營階層請求。因此股東代表訴訟制度由集團訴訟（class action）朝向衍生性訴訟（derivative suit）發展¹⁵。是以，美國就其代表訴訟之性質目前多採二重構造說，股東基於全體股東利益，為自己與其他股東提起訴訟，處分全體股東的權利，具有代表訴訟的性格，但由股東代替公司行使公司權利觀之，亦具備代位訴訟之性質¹⁶。

第三節 我國公司法下股東代表訴訟之性質與功能

按我國公司法第 214 條規定一定資格之股東，得以書面向公司監察人請求為公司對董事提起訴訟。且不論監察人或股東會、董事會是否表示反對意見，只要監察人未於法定期間內提起訴訟，股東即可逕行為公司對董事提起訴訟。故有論者即質疑我國公司法某程度上已經認為少數股東有自行決定是否為公

¹⁴前揭註 13，頁 16，註 22、23。

¹⁵前揭註 13，頁 16-17，註 22-24。

¹⁶前揭註 13，頁 28-29。

司起訴之權利，且這種權利與傳統代位公司提起訴訟本質已屬二事，而係創造「變相之股東權」¹⁷。另有論者認為台灣股東代表訴訟之發動，大都起因於董事、監察人違反法令、章程之義務，造成公司損害，而公司怠於行使自己之權利，故其例外賦予股東代為公司行使權利之目的在於避免股東權益再受侵蝕或使其損害繼續擴大。因此認為股東代表訴訟係代位公司行使權利，間接保護股東權益，係依法所賦予的一種股東權，應屬於股東共益權之一種，共同維護公司及股東之利益¹⁸。另按，我國公司法之股東代表訴訟其訴追對象僅限於公司董事及監察人，而未及於其他應負責之第三人，是其本質不全然係代位公司行使權利。

是以，我國股東代表訴訟，非著重判斷公司受損之大小與提起訴訟是否對公司造成負擔而係較傾向維護股東權益及懲戒不法董事以抑制不法經營，以強化公司監控制之功能。故股東代表訴訟帶有股東權之色彩，且具共益權之性質，不僅係為公司利益提起，亦係為維護全體股東之利益，而代表公司提起訴訟，實具有代表訴訟與代位訴訟之雙重性質。

¹⁷曾宛如，我國代位訴訟之實際功能與未來發展-思考上的盲點，台灣法學雜誌，2010年9月，頁29。

¹⁸廖大穎，論證券投資人保護機構之股東代表訴訟新制，月旦民商法雜誌，2011年6月，頁10-11。

第三章 英國代表訴訟制度介紹

第一節 緒論

在英國法之歷史背景下，公司權益若受到損害，則應由公司本身出面維護自己之權益。惟公司身為法人之組織體，實際上須由公司之代表機關即公司之董事會主導救濟程序。然而，求償對象若為公司之董事等不法行為人，公司董事會可能被不法行為人所控制，無法發揮應有的功能。故在公司權益侵害救濟之防線設計，即有安排由股東會取代董事會之設計，以決定是否對違法者提起訴訟請求賠償。但是股東會亦可能被違法董事或大股東所控制，故在利益衝突之情況下，亦可能出現偏袒而無法發揮維護公司利益之情況。且在英美法系國家，並無監察人制度之設置，無法制衡董事會或股東會失能之情形。是以，英國實務即透過司法判決發展出於必要之情形下，例外賦予少數股東代替公司維護權益，進行救濟程序以填補公司損害之權利，此即英國股東代表訴訟之起源。

英國普通法對於「正當原告原則」(The proper plaintiff rule)、「多數決原則」(Majority rule)奉行已久，並在1843年的 *Foss v. Harbottle* 案¹⁹中得到強化，持續影響英國法上代表訴訟之發展與討論。所謂「正當原告原則」之核心概念在於在公司遭受侵害時，由公司本身或由公司之股東為最適合提起訴訟之人？在何種例外情形下，得由少數股東代替公司提起代表訴訟？另「多數決原則」之概念則係指原則上公司之決策應遵從多數股東之意見，不得由少數股東任意反覆。因此傳統上英國

¹⁹See [1843] 2 Hare 461; 67 ER 189.

法院認為，公司具有與其成員分別獨立之法人格，公司自身權利應由公司自己行使，也是法人格獨立下不可顛撲之法則。另凡公司得自行解決之事，或公司內部一些不正常之運作（irregularity）而得由股東事後追認之事，法院皆不宜介入²⁰。

以往英國傳統係以普通法的方式來規範代表訴訟之要件，惟針對傳統代表訴訟，英國之法律委員會（The Law Commission）與英國貿易工業部公司法檢討督導小組（DTI, Company Law Review steering Group）發現 Foss 原則存在於判例法，相關要件之解釋均已年代久遠且過於概括，又相關要件過於嚴苛，於實務上難以執行，故提出一系列改革意見²¹，並於 2006 年修正英國公司法時，將代表訴訟之規定明文化，並就其要件進行改革。以下即分別介紹英國代表訴訟由傳統普通法之沿革及 2006 年英國新修訂公司法股東代表訴訟明文化之規定。

第二節 傳統普通法下之代表訴訟制度

第一項 Foss 原則

第一款 Foss 原則之起源

關於股東代表訴訟，英國傳統上是以著名之 *Foss v. Harbottle* 案所歸納之原則及其發展來調整的。由於股東代表訴訟中之原告無法直接取得勝訴之利益，僅能獲得立基

²⁰See L.S Sealy, *Cases and Materials in Company Law*, Lodon, Butterworths, 499, 1996.轉引自曾宛如，公司經營者與股東-以英國新公司法與股東代為訴訟為例，公司之經營者、股東與債權人，元照出版，2008 年 12 月，頁 100。

²¹See The Law Commission, *Shareholder Remedies*, Law Commission Report No.142, Cm. 3769, 1996.

於股權之反射利益，並且，可能需負擔敗訴之費用，故股東提起代表訴訟之誘因甚小。又股東代表訴訟門檻若過低，容易流於浮濫影響公司之正常經營。是以，為平衡股東利益之維護與公司正常經營，英國自 *Foss v. Harbottle* 一案發展出，股東例外得代表公司提起訴訟之具體原則。

十九世紀中葉 *Foss v. Harbottle* 一案對於股東代表訴訟之限制有較為具體之認定。該案之原告為 Foss 公司之兩位小股東，代替公司對五位董事起訴，並主張被告利用董事會將董事自有之土地以高價賣給公司，而造成公司之損害。因此股東提起訴訟請求法院判決命被告將溢收之利益還給公司。而該案法院認為因為公司才是直接受到侵害之法律主體，所以只有公司才有資格向侵害人提起訴訟，少數股東無法代表公司起訴。由該案發展出兩大原則「正當原告原則」(The proper plaintiff rule)、「多數決原則」(Majority rule)，一般稱為「Foss 原則」(rule in *Foss v. Harbottle*)，嗣後發展為股東代表訴訟限制門檻之理論基礎。

第二款 Foss 原則之內涵

所謂「正當原告原則」，首先由 *James Wigram* 法官在 *Foss v. Harbottle* 一案中提出，其認為當公司受侵害時，公司應以自己名義由公司身分提出訴訟，或以法律指定的代表人之名義起訴²²。與「正當原告原則」相關的是「無間

²²See [1843] 2 Hare 461, p.491. 轉引自李小寧，公司法視角下的股東代表訴訟—對英國、美國、德國和中國的比較研究，法律出版社，2009年3月，頁11。

接損害原則」，即股東個人不能就其因公司損害而間接遭受的之損害要求賠償；他只能就其獨立的、不同於公司損害的直接損害要求賠償。該「無間接損害原則」於 *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd.* 一案得到清楚的闡釋。於該案中，上訴法院認為當股東個人遭受的損失僅基於公司損失帶來的股份貶值時，股東個人不能就該貶值提起直接訴訟，原因在於此時受到損害的是公司，股東個人並沒有直接損失²³。是以，英國普通法之下「正當原告原則」有以下概念，關於 C 對 B 所造成之損害，原則上，不能夠由 A 代表 B 對 C 起訴請求損害賠償或行使其他保全措施²⁴。「正當原告原則」之正當性有二：其一 A 不能任意代表 B 起訴，可以避免同一被告 C 因單一事件遭受多重起訴（multiple action）之風險。其二，既然受害公司本身具有獨立之法人格，對於公司本身遭受之損害，由其以自己名義提起訴訟，應屬最為適當²⁵。

另所謂「多數決原則」，在 *Foss v. Harbottle* 一案中提出，該判決認為法院不應對多數股東可以合法批准的不正當行為進行干涉²⁶。「多數決原則」有兩層意思：第一：其承認簡單多數股東可以批准針對公司不正當行為，從而承認了公司決定的集體性；第二：當所謂的不正當行為是簡單多數股東可以批准的不正當行為時，小股東不可以就該

²³See [1882] Ch 204, pp.222-223.

²⁴See Victor Joffe QC, David Drake, Giles Richardson, Daniel Lightman, *Minority shareholders, Law, Practice, and Procedure*, Oxford press, third edition, 2008, p4.

²⁵前揭註 9，頁 61。

²⁶ See *spra* note 19, pp494-495.

不當行為提起代表訴訟，其體現之原則是對商業事務不當進行司法干預²⁷。

第二項 Foss 原則之例外

公司權利受到侵害，應以公司為主體以其名義向侵害之人自行訴追請求為原則。然而，在公司被大股東或董事所控制之情形下，由公司自行發動訴追已不可期待，所以英國普通法為保護公司整體利益及少數股東之權益，發展出 Foss 原則的例外標準。

第一款 對少數股東詐欺之例外

Prudential Assurance Co. Ltd. V. Newman Industries Ltd. (No. 2) (the Court of Appeal) 一案認為：當不當行為構成詐欺並且不當行為人自己控制了公司時，應該存在“Foss 規則”適用之例外。在這種情形下，為了受侵害的小股東之利益，“Foss 原則”應當被放寬。小股東可以代表自己和其他所有之股東提起訴訟²⁸。詐欺例外的理論基礎在於，如果小股東沒有此種權利，他們的委屈將永遠到不了法庭。因為控制公司的不當行為人不會允許公司提起訴訟。所以前述判決提出，詐欺例外原則包含以下兩個要件，第一、存在詐欺行為；第二、不當行為人控制公司。

²⁷前揭註 6，頁 23，註 2。

²⁸See *supra* note 23,p 211.

第一目 存在詐欺行為

普通法所發展出 Foss 原則之「詐欺例外」要件，不僅僅是指一般意義上之欺騙或不誠實，還包括以公司利益為代價使自己受益。若僅是目的不正當、缺少誠意、有利益衝突或疏忽本身並不能構成「詐欺例外」²⁹。在 *Pavlides v. Jensen*³⁰一案中，由於被告沒有從自身疏忽中獲利，故不能構成詐欺，原告之訴因此被駁回。此外，如果不當行為人雖然從其疏忽中獲益，但該獲益不是以損害公司利益為基礎，那也不能對此提起代表訴訟。英國上議院在 *Regal (Hastings) v. Gulliver*³¹一案附帶意見中支持此一觀點。是以，“詐欺例外”之要件，須從事詐欺之行為人因此獲有利益，若董事之疏忽未獲有相應之利益，並不能因此對其提起代表訴訟³²。

然而，在董事有過失行為而未獲有利益的情況下，少數股東固然不能援用詐欺例外原則而主張提起股東代表訴訟，但並非意味著董事對於過失行為無須負責。董事未獲有利益乙事，僅說明董事就該過失行為並無詐欺情事，因而少數股東不能主張詐欺例外原則，須由公司自己對具有過失之董事起訴。然而，此時如果董事運用其控制力，刻意使公司不對自己提起訴訟，且其目的在於利益自己而非公司全體時，董事嗣後運用控制力阻止不利於己訴訟，則另有可能構成詐欺情事³³。

²⁹ 李小寧公司法視角下的股東代表訴訟，復旦法學文叢，法律出版社，2009年3月，頁26。

³⁰ See [1956] Ch. 565.

³¹ See [1942] 1 All E. R. 378,382F and 389D-E.

³² See *supra* note 24, P5.

³³ 前揭註9，頁64。

第二目 不當行為人控制公司

英國在「正當原告原則」之傳統下認為，公司正當集體決定，尤其是股東會決議應優先於小股東提起代表訴訟之決定。因此，小股東於例外之情形下提起代表訴訟，必須證明公司股東會不可能作出正當的決定，即不當行為人控制股東會之決議。然而，英國實務對控制力之認定相當嚴格，英國上訴法院要求證明不法行為人事實上控制超過 50% 以上之股權³⁴。雖然在 *Prudential Assurance Co. Ltd. V. Newman Industries* 一案，上訴法院認為控制一詞：含義廣泛，既包括控制投票權的絕對多數，也包括連同違法者自己的投票權和那些受其影響或由於漠不關心而與違法者共同投票而達多數的投票權。然而，該案仍要求直接控制加上間接受其影響之投票權需達 50% 以上始具有控制力。是以，在公開發行公司股權分散之情形下，不當行為人控制之要件使得 Foss 原則例外之適用顯得相當困難。

第三目 特別決議程序違反之例外

當公司之行為須先經股東會特別多數決議通過，而董事或多數股東卻未能以合法之特別決議或僅以普通決議程序而為時，少數股東即不受 Foss 原則之限制³⁵。因為前述 Foss 原則中所述之多數決原則，係指全體股東半

³⁴See *supra* note 21,p32-33.

³⁵See *Id.* ,p39.

數以上之普通多數而言。

第二款 須在預審程序中證明詐欺與控制力之存在

在 *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd.* (No. 2) 一案中，法院認為原告是否有權提起股東代表訴訟應作為一前置問題，原告應於進行訴訟前之預審程序，至少以表見證據釋明（1）公司有權獲得該請求之救濟；（2）案件屬於 Foss 原則幾個例外之一³⁶。

於英國 2006 年公司法修正前，英國最高法院民事審理規則規定，在代表訴訟中一旦被告提出答辯之通知後，原告必須向法院申請繼續訴訟之命令而進入預備程序。在該預備程序中原告必須證明其有提起代表訴訟之資格，否則被告即得聲請法院駁回原告之訴³⁷。然而，最高法院民事審理規則雖規定何時及如何進行預備程序，但並未釐清預備程序之終結時點。因此，要求原告於預備程序中證明被告告知詐欺及控制力，將使預備程序異常複雜而冗長，而使預備程序可能失去預備的實質³⁸。

第三項 在普通法下提起股東代表訴訟之限制

第一款 公司獨立機關之否決

在 *Smith v. Croft (No 2)* 一案中認為，由於不當行為人控制等原因使得公司簡單多數股東不適合代表公司做出是否起訴之決定，那麼合適的公司內部獨立機構仍然比單

³⁶前揭註 9，頁 65。

³⁷See RSC,O15,r 12A, (2) and (3). 轉引自前揭註 9，頁 65，註 35。

³⁸前揭註 9，頁 65。

個的小股東更適於做出決定。因此，如果公司內部獨立機構係基於善意且為公司利益做出不予起訴的決定，該決定將約束小股東³⁹。但是在英國法下並未明確規定什麼是公司之獨立機構，*Smith v. Croft (No 2)* 案中 Knox 法官提出合適的獨立機構將隨著公司章程和被告身分的不同而有所不同，其原則上同意上訴法院在 *Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd.* 一案中適用之標準，及行使投票權是否誠信地為了公司整體利益⁴⁰。只有當法院相信投票權的行使是支持被告而不是為公司利益時，或行使投票權之人很有可能發生這種情形時，投票權才被排除。然而，*Smith v. Croft (No 2)* 案在英國遭受很多批評，因為在 *Smith v. Croft (No 2)* 一案之前，英國法院對股東代表訴訟之審查已經被認為過於複雜，限制過多，因此該案提出之新原則將使在英國提起股東代表訴訟極度困難。該案提出獨立機構之意見顯然是受美國股東代表訴訟之特別訴訟委員會影響，不過股東代表訴訟在美國比較普遍，特別訴訟委員會之制度較有利於濫訴之預防⁴¹。

第二款 公司股東會事後予以認可

少數股東擬提起代表訴訟尋求救濟之侵害行為，有時可透過公司內部之認可 (ratification) 予以治癒。當認可有效時，將影響代表訴訟之合法性，即成為少數股東提起代

³⁹前揭註 6，頁 33，註 1。

⁴⁰[1988]Ch. 114,p186.轉引自前揭註 6，頁 73-74。

⁴¹前揭註 6，頁 74-75。

表訴訟之限制⁴²。

第一目 對公司權利能力行為外不法行為之認可

英國法所稱之公司權利能力外之行為 (ultra vires act)，主要指涉超越該公司章程規定之行為，也包括超越公司法賦予公司權利能力之行為。然而，不合法之行為不必然是超越公司法賦予公司權利能力之行為⁴³。在 *Smith v. Croft (No 2)* 一案，法院認為：對於尚未發生之公司權利能力外之行為，股東可以透過個人訴訟請求法院制止，但對於已發生之公司權利能力外之行為，股東會不可透過認可使該行為生效⁴⁴。因此，多數決原則在此並不適用，少數股東可以代表公司起訴，並且不須證明控制股東是否有詐欺情事。然而，依 1895 年公司法第 35 條第 3 款之規定，上述看法必須做出修正。該規定認為，公司股東會特別決議可免除讓公司作出越權行為之董事責任。因此在此種情形下，少數股東若欲對此提起代表訴訟，除須證明存有 Foss 原則之例外，不得對其提起股東代表訴訟⁴⁵。

第二目 對董事會越權行為之認可

董事之行為雖然在公司權利能力範圍內，但是超過章程賦予董事會權限之行為 (act outside the powers of the boards)，仍屬越權行為。英國普通法認為事前核准董事會

⁴²See *supra* note 21, p41

⁴³See *Id.*, p35

⁴⁴See *Id.*, p42

⁴⁵See *Id.*, p36

之越權行為是無效的，但是可於事後以股東會之普通決議予以認可。一旦公司股東會事後有效認可該超越董事會權限行為之合法性，甚至免除該行為董事之責任，少數股東即可能無法對該董事提起代表訴訟⁴⁶。

第三目 對董事違反受託人義務行為之認可

即使董事之行為未逾越董事會之權限，該董事之行為仍有違反受託人義務之可能，例如侵占公司財產、董事與公司自我交易、利用職位獲取營業秘密利益或因不當利益分配公司股份等。

若前述不法行為於事後經由股東會認可，將限制股東代表訴訟之提起，然而仍有可能存有可提起股東代表訴訟之例外情形。首先，事後之認可將成為董事對公司具有控制力之證明，而不會成為少數股東提起股東代表訴訟之限制。在 *Cook v Deeks* 一案，該董事違反受任人義務，將原本以公司名義取得之訂單移轉予自己。法院認為該被告之交易行為無法透過決議予以認可，因為違反董事持有大部份之投票權。若任由控制多數股權之董事得與認可自身之違法行為，無異是壓迫少數股東而構成「詐欺例外」之情形⁴⁷。

然而，英國法院另有與 *Cook* 案持不同看法之判決。在 *North-West Transportation Co Ltd v Beatty* 一案，該案被告董事將自有之一艘船賣給公司，而在與公司之自我

⁴⁶See *Id.*, p42

⁴⁷See *Id.*, p43

交易過程中獲得利益。該筆買賣之售價合理且符合公司營業所需，嗣後該筆買賣由股東會追認。該判決認為縱該名董事控制多數股權，仍可由股東會決議予以追認，而不會發生詐欺少數股東之情形，故少數股東不可提起代表訴訟。該案認為董事在有利害關係下仍得行使表決權之理由在於「公司之交易係合法適格之交易...縱有個人利益與公司利益相反或不同之情形，然每個股東皆有適當之權利行使表決權予以追認」⁴⁸。然而，該判決也認為該追認不可藉由不公平或不適當之方法，否則對股東而言即是違法或詐欺的行為⁴⁹。

另在 *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* 一案中，控制公司因其財力問題，無法再購入子公司之股票，而由控制公司之部分董事買下，嗣後，控制公司跟子公司同時由第三人收購，該董事則自系爭交易中獲得利益。控制公司因而起訴指摘董事利用董事職位而取得系爭利益，違反受任人義務。該案法院則認為被告董事可透過股東會決議嗣後取得公司之認可而免除責任⁵⁰。

為何事後認可在 *Cook v Deeks* 一案與 *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* 一案有不同之影響？Russell 法官解釋，前述兩個個案有許多不同之處，*Regal* 案不是一個詐欺案件，董事在該案中仍忠實尋求公司利益而未顯示其於股東會中控制其掌握之多數股權之跡象。該董事

⁴⁸See *Id.*, p 44

⁴⁹See *Id.*, p 44, note 22

⁵⁰See *Id.*, p 44

負有義務係因為在嚴格之受託義務規定下必須對私下取得之利益負責而非因存有詐欺行為，故在該案中董事並無詐欺行為，公司之多數意見既認可董事之行為，在多數決原則下，少數股東即不可提起訴訟⁵¹。

第四目 小結

綜上，英國普通法在多數決原則之背景下，針對公司權利能力外之行為、董事違反董事會權限之行為及董事違反受託人義務之行為，承認可透過公司內部機制予以追認，進而成為少數股東可否提起代表訴訟之限制。但在不法董事運用控制力而有詐欺之情形下，仍應適用詐欺例外，以排除多數決原則之適用。

然而，關於前述認可制度，英國法律委員會曾提出兩項改革：第一、英國法律委員會建議股東於股東會之投票，應有迴避制度之適用。詳言之，對公司有利害關係之股東，於認可議案中或在公司應否對該股東提起訴訟之議案中，該有利害關係之股東應迴避而不得加入表決。然而，前述制度若經採用，多數決原則實際上將成為「少數股東內之多數決原則」。再者，既然控制股東因迴避制度而無影響力，英國法院將可全面承認認可之效力，而不再擺盪於詐欺情事存否之認定。第二、英國法律委員會建議，法院固然應在代表訴訟之預備程序中考量認可是否存在、有效，以決定代表訴訟最後之判決結

⁵¹See *Id.*, p 44.

果，但不能因為股東會可能存在，即據此拒絕發給准許股東代表訴訟之命令⁵²。前述改革提議部分落實於英國2006年新修正之公司法第239、第263條之規定中。

第三款 訴訟費用之負擔

英國法關於訴訟費用之負擔一般原則是由敗訴之一方負擔，但該原則於股東代表訴訟之類型並不合理。因為股東代表訴訟具派生性及代表性，勝訴所得之賠償歸屬於公司，股東並不能直接受益，因此若原告股東承擔敗訴時支付費用之風險，將會降低股東提起代表訴訟之意願。因此，英國普通法在 *Wallersteiner v. Moir*⁵³一案便確立了適用於股東代表訴訟的費用分擔原則。該案法院認為只要少數股東提起之代表訴訟係屬合理，縱使該訴訟最後之結果為少數股東敗訴，仍可透過司法裁量權使少數股東獲得公司之補償。另於英國新修正之民事訴訟法（CPR）第19.9E⁵⁴將該案之規則予以明文化，該條規定法院得命公司補償代表訴訟之聲請者於預備程序或代表訴訟中所產生之費用。

然而，關於費用補償之規定僅在一定之程度上減輕了原告股東的費用負擔，法院的補償命令往往不能彌補原告所支付之所有費用，故法院補償之裁量權被認定為法院對

⁵²前揭註9，頁73，註83、85。

⁵³[1975]QB373.

⁵⁴See CPR § 19.9E : The court may order the company, body corporate or trade union for the benefit of which a derivative claim is brought to indemnify the claimant against liability for costs incurred in the permission application or in the derivative claim or both.

股東代表訴訟進行監督之方法之一，以避免股東提起無價值或騷擾性的訴訟⁵⁵。

第三節 英國 2006 年新修正公司法就股東代表訴訟之改革

第一項 傳統代表訴訟制度之檢討

英國法律委員會指出在普通法下股東代表訴訟存在的四個主要問題：第一，關於股東代代表訴訟之規則模糊而過時，且這些規則只能由判例法中尋找，而相關解釋已年代久遠。第二，原告只有證明不當行為人控制公司才能提起股東代表訴訟，在實務上運作相當困難，尤其在公開發行公司，股權往往很分散，原告很難證明不當行為人對公司具有控制力。此外，依據普通法，所謂「控制」之定義本身亦相當模糊⁵⁶。第三，在董事違反注意義務時，股東往往無法提起代表訴訟，除非能證明不法行為人從中獲利或其他董事不以公司名義起訴不法行為人之行為構成詐欺⁵⁷。第四，股東提起代表訴訟之資格必須通過前置程序進行審查使得訴訟費時且費財⁵⁸。

第二項 英國 2006 年新修正公司法有關股東代表訴訟之規定

第一款 英國 2006 年公司法股東代表訴訟之定義

英國公司法於 2006 年新增股東代表訴訟之相關規定。於第 260 條至第 264 條之規定係適用英格蘭與威爾斯或北愛爾蘭地區；第 265 條至第 269 條適用於北愛爾蘭。惟兩

⁵⁵See *Id.* 21, para6.14 and footnote 41.

⁵⁶See *Id.* 21,para14.2.

⁵⁷See *Id.* 21,para14.3

⁵⁸See *Id.* 21,para6.6、14.4

者並無重大實質差異，故本文僅介紹適用英格蘭與威爾斯或北愛爾蘭地區之規定。又英國 2006 年公司法於第 260 條定義何謂股東代表訴訟。其股東代表訴訟之原告須基於歸屬公司的訴因，代表公司提起訴訟尋求救濟（第 260 條（1）（a）、（b）項）。且依該法規定，股東代表訴訟僅能根據公司法第 260 條至第 269 條之規定或依公司法第 994 條（股東不公平侵害救濟訴訟）之規定，向法院提出聲請獲得許可後始可進行（第 260 條（2））。

第二款 股東代表訴訟之訴因

英國公司法 2006 年公司法規定，股東代表訴訟之訴因應基於對公司董事已實現或提議中之行為或不行為，涉及過失、不法、義務之違反或信託之違反方可。在先前依實務判決所建立之 Foss 原則下，董事若僅違反注意義務而非詐欺行為，股東係不得提起代表訴訟。然而，在英國 2006 年公司法第 260 第 3 項之規定下，一般義務之違反皆包含在內，不僅包含注意義務，甚至包含違反公司法未明文規定但由普通法形成之義務⁵⁹。是以，在修法後股東不須證明董事符合利用不當控制力為詐欺行為之 foss 原則例要件，亦不需以被告獲有個人利益為前提。

且按，英國股東代表訴訟之訴因不限於董事或第三人而起（或兩者皆有）（第 260 條第 3 項）。不論是在提起或聲請接管股東代表訴訟之人，成為公司股東之前或之後發

⁵⁹See Geoffrey Morse, et al., *Palmer's Company: Annotated Guide to the Companies Act 2006*, London, Sweet & Maxwell, 2009, p.256. 相關董事應遵循之義務詳見英國 2006 公司法第 170 條以下。

生，皆非重要。前手股東在事件發生時未能提起該訴訟，後手股東即可就其成為股東前所發生之不法情事提起代表訴訟，其理論基礎在於經濟地位之繼受。然而，其他司法權有認為股東提起代表訴訟須不法情事發生時已具有股東地位。這樣之規定係為了避免有人為了提起股東代表訴訟而收購股票。因此在本章其他規範下，法院亦將此項因素納入考量，以決定是否允許股東代表訴訟之提起⁶⁰。

第三款 代表訴訟之起訴者與被訴者

在新法下，股東代表訴訟之對象「董事」包括前任董事，且影子董事視為董事（第 260 條（5）（a）、（b））。另股東代表訴訟之聲請人，除公司現存之股東外，亦包括非登載於股東名簿，但已受讓股份之轉讓，或依法律之規定已取得股份之人。其理論基礎在於經濟地位之繼受。然而一些司法權認為股東提起代表訴訟須不法情事發生時已具有股東地位。這樣之規定係為了避免有人為了提起股東代表訴訟而收購股票。因此在本章規範下，法院將考慮此項因素以決定是否允許股東代表訴訟之提起⁶¹。

然而，在英國 2006 年公司法之規定下，當董事違反其義務時，公司是否因此對第三人有請求權？雖然新修正之英國 2006 年公司法未明文規定，但得以普通法之規則補充。在普通法下英國法院對是否對於第三人提起代表訴訟存有

⁶⁰See *Id.*, p256

⁶¹不論是不法行為發生前或之後成為股東皆可（s.260（4））。且英國代表訴訟所謂之股東，不限於已登載於股東名簿上之股東，包括雖未登記於股東名簿但已受股份之轉讓或依法律之規定以取得股份之人。以避免不法之董事拒絕將受讓股權者登載於股東名簿以規避代為訴訟之追訴。See *Id.*,p256.

疑慮，因為是否對第三人提起訴訟屬於商業判斷法則，法院對此往往不願進行干預⁶²。是以，在普通法之規定下，如果第三人明知而協助董事為不法之行為，如明知不法董事違反信託義務而收受公司之財產等等，公司始可對該第三人起訴請求⁶³。

又對於控制股東為何未納入新法之起訴對象，英國之法律委員會提出說明認為，當不法行為人為控制股東時，主要矛盾存在於控制股東於小股東間，因此對遭受不平之小股東而言，最適合的救濟為基於章程的直接訴訟或提起不公平侵害救濟訴訟。如果小股東希望公司之損害得到救濟，那麼他可以透過提起不公平侵害救濟申訴之程序，要求以公司名義起訴。然而，小股東透過不公平侵害救濟訴訟之規定以公司名義提起訴訟，其程序較為嚴苛與複雜，因此新公司法將控制股東排除於代表訴訟起訴對象之外，將可能導致控制股東為不法行為人時，公司之利益得不到充分之保護。不過在現行英國法下，控制股東仍可能被視為影子董事而成為股東代表訴訟之被訴對象⁶⁴。

又如果不法行為係發生於子公司，母公司之股東可否適用英國 2006 年之公司法對於子公司不法之董事提起代表訴訟則有疑義。因為母公司之股東並非子公司之董事會成員亦非該公司之股東。惟在普通法下仍容許母公司股東對子公司（或孫公司）之董事提起股東代表訴訟。英國學者認為在增訂 2006 年公司法後，並未明文納入母公司之股東

⁶²See *supra* note 30, paras. 6.29-6.30.

⁶³See *supra* note 59, p. 256.

⁶⁴前揭註 6，頁 80-81。

可對子公司（或孫公司）提起代表訴訟之規定，故英國學者認為在增訂 2006 年公司法後，該類型之代表訴訟只能回歸普通法適用傳統之 *foss* 原則⁶⁵。

綜上，比較 2006 年公司法與普通法起訴對象之範圍，新法之對象較為限縮，僅限於不法董事。對於控制股東、公司職員等第三人皆未包括在內，故若須對董事以外之人提起股東代表訴訟，即需回歸普通法予以補充。

第四款 股東代表訴訟之起訴審查程序

第一目 審查表見證據之有無

依本章提起股東代表訴訟之公司股東，須依第 261 條向法院提出聲請獲得訴訟之許可。且該聲請人須提出證據進行書面審查，由法院判斷所提出之證據是否達到表見證據（*prima facie*）之程度以進入第二階段之審查程序，決定是否裁定許可訴訟。如果法院發現該聲請及聲請人提出之證據無法達到表見證據之程度，法院除駁回其聲請外，亦可命令另為一定之處置（第 261 條（2））。探究該條之立法目的係為了避免公司涉入毫無價值之訴訟所設立之前置程序，故於該階段代表訴訟之被告不須提出證據以供答辯。又股東代表訴訟之聲請，須將繕本送達予公司（CPR19.9（4） and 19.9A（2） and（4）），惟公司不須對該聲請作出回應。然而，若通知公司將破壞代表訴訟之進行時，法院將可免除聲請者此項義務

⁶⁵See *supra* note 68, p255-256.

(CPR 19.9A (7))。

第二目 聽審階段

假使聲請者通過表見證據之書面審查階段後，將進入第二階段之聽審程序。法院將扮演積極之角色，運用其裁量權命公司提出證據，甚至延長程序以取得證據（第 261 條 (3)）。另法院於聽審之階段即須依第 263 條所規定之標準進行審查，以裁定依其認為適合之條件予以訴訟之許可、駁回聲請或延長審理程序並做出其認為適合之指示（第 261 條 (4)）。

第五款 股東接管訴訟之制度

該款之背景在於，雖公司可為自己之利益，自行提起訴訟尋求救濟。然而不法董事有可能透過公司先行提起訴訟以先發制人，規避股東提起代表訴訟。所以英國公司法第 262 條即規定於一定之條件下，股東可接管公司所提起之訴訟。於該訴訟之訴因可被認為是本章可提起股東代表訴訟之訴因時，公司之股東在以下情形可向法院聲請接管股東代表訴訟之許可：(a) 公司開始或繼續股東代表訴訟之方式已達「法庭程序之濫用」⁶⁶、(b) 公司未能勤勉地進行訴訟，且(c) 由股東接管訴訟為適當之決定(第 262(2))。

股東聲請接管訴訟亦須經過法院起訴審查之先行程序。依本章聲請接管公司訴訟之股東，除依第 262 條須提出證據，由法院判斷所提出之證據是否達到表見證據

⁶⁶接管之條件須公司之行為已達到英國法下「濫用法庭程序」(abuse of the process of the court)之程度，此為相當嚴格之要件。

(*prima facie*) 之程度而得裁定許可訴訟。如果法院發現該聲請及聲請人提出之證據無法達到表見證據之程度以獲得許可，法院將除駁回其聲請外，亦可命令為一定之處置(第262條(3))。如果聲請者所提出之證據已達表見證據之程度，而法院未依第262條(3)予以駁回，法院將扮演積極之角色，運用其裁量權命公司提出證據，甚至延長程序以取得證據(第262條(4))。若滿足表見證據之門檻後，將進入聽審程序，法院可以依其認為適合之條件許可接管訴訟或駁回聲請，或延長審理程序並做出其認為適合之指示(第262條(5))。

第六款 法院裁定許可之裁量標準

法院審理公司股東依第261條提起股東代表訴訟或第262條提出接管股東代表訴訟之許可聲請時，應依以下標準行使裁量權：

第一目 應裁定駁回聲請之情形(第263(2)(a)、(b)、(c))：

1、依據2006年公司法第172條規定(促進公司成功之義務)行事之董事，是否同意提起該訴訟：

根據2006年公司法第172條之規定(促進公司成功之義務(*duty to promote the success of the company*))行事之人，將不會提起此一訴訟(第263(2)(a))。該款之目的即強調股東之所以可代表公司提起訴訟，係為公司之利益而非股東個人之利益。是英國2006公司法

規定法院須以公司法第172條之標準進行裁量，透過假設董事在以促進公司利益之前提下，是否須許可該股東提起或接管代表訴訟為裁量標準。

另按，公司法第172條促進公司成功之義務有以下標準（a）以公司長期發展之觀點判斷、（b）須考量勞工之利益、（c）須考量與供應商、客戶等發展業務關係、（d）考量公司之營運對社區和環境的衝擊、（e）是否為維護商譽之有利條件、（f）須維護各股東之平等⁶⁷。然而，英國實務上法院就該要件之判斷係採取相當低之門檻⁶⁸。

2、公司是否同意或追認系爭行為：

訴訟所訴追之作為或不作為尚未發生，而公司已同意此行為（第263（2）（b））；或訴訟所涉之作為或不作為已經發生，而公司已事前同意或事後追認此一行為（第263（2）（c））。在英國法尊重商業判斷法則之背景下，因公司已由自己之意志決定不對董事不法或不當之行為提起訴時，即應優先尊重公司之決定。故該

⁶⁷See S.172: (1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—

- (a) the likely consequences of any decision in the long term,
- (b) the interests of the company's employees,
- (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
- (d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
- (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
- (f) the need to act fairly as between members of the company.

⁶⁸*Franbar Holdings Ltd v Patel*[2008]B.C.C.885 and *Misson Capital plc v Sinclair*: B.C.C.885.

條款規定，公司若已事前同意或事後追認被告之行為，即不得提起代表訴訟。然而，不管公司事先同意或事後追認董事違反義務之行為，仍須符合以下規定：

(1) 就董事違反利益衝突規定之行為⁶⁹，須符合英國2006年公司法第175(5)條由無利害關係之董事決議通過之相關規定⁷⁰；

(2) 另股東會追認董事過失、怠於執行職務、違反與公司間之受託人義務之行為，則須遵守第239條有關之



⁶⁹§175:Duty to avoid conflicts of interest (1) A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a director indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company.

(2) This applies in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial) whether the company could take advantage of the property, information or opportunity).

⁷⁰在公開發行公司，董事具有利益衝突之行為，以公司章程規定可由董事會授權之行為為限 (s. 175 (5) (b))。又董事會授權免除利益衝突責任之決議門檻，係以扣除有利害衝突之董事後，滿足董事會最低出席人數，且有利害衝突之董事其表決權不列入計算仍通過決議為要件 (s.175 (6))。See The Companies Act 2006, s. 175 (5) (b) where the company is a public company and its constitution includes provision enabling the directors to authorise the matter, by the matter being proposed to and authorised by them in accordance with the constitution. s. 175 (6) The authorisation is effective only if— (a) any requirement as to the quorum at the meeting at which the matter is considered is met without counting the director in question or any other interested director, and (b) the matter was agreed to without their voting or would have been agreed to if their votes had not been counted.

相關限制⁷¹；

(3) 若由股東會同意或追認董事其他之行為，依該法第180條⁷²之規定，須由股東會依其他公司法及普通法等相關規定之限制下，始得通過決議。

⁷¹公司可透過股東會決議就董事（或前任董事）相關過失、怠於履行職務、違反信託義務等行為或不行為予以追認。該規定亦適用於影子董事。惟該追認須透過具有股東資格之董事或其他股東以書面提案，且於排除該不法董事及其他有關連股東之表決權後，獲得股東會特別決議始生效力（s.239）。See The Companies Act 2006,s.239:Ratification of acts of directors: This section applies to the ratification by a company of conduct by a director amounting to negligence, default, breach of duty or breach of trust in relation to the company. (2) The decision of the company to ratify such conduct must be made by resolution of the members of the company. (3) Where the resolution is proposed as a written resolution neither the director (if a member of the company) nor any member connected with him is an eligible member. (4) Where the resolution is proposed at a meeting, it is passed only if the necessary majority is obtained disregarding votes in favour of the resolution by the director (if a member of the company) and any member connected with him.

⁷²See The Companies Act 2006,s.180: Consent, approval or authorisation by members (1) In a case where— (a) section 175 (duty to avoid conflicts of interest) is complied with by authorisation by the directors, or (b) section 177 (duty to declare interest in proposed transaction or arrangement) is complied with, the transaction or arrangement is not liable to be set aside by virtue of any common law rule or equitable principle requiring the consent or approval of the members of the company. This is without prejudice to any enactment, or provision of the company's constitution, requiring such consent or approval.(2)The application of the general duties is not affected by the fact that the case also falls within Chapter 4 (transactions requiring approval of members), except that where that Chapter applies and—(a) approval is given under that Chapter, or (b) the matter is one as to which it is provided that approval is not needed, it is not necessary also to comply with section 175 (duty to avoid conflicts of interest) or section 176 (duty not to accept benefits from third parties). (3) Compliance with the general duties does not remove the need for approval under any applicable provision of Chapter 4 (transactions requiring approval of members). (4) The general duties— (a) have effect subject to any rule of law enabling the company to give authority, specifically or generally, for anything to be done (or omitted) by the directors, or any of them, that would otherwise be a breach of duty, and (b) where the company's articles contain provisions for dealing with conflicts of interest, are not infringed by anything done (or omitted) by the directors, or any of them, in accordance with those provisions. (5) Otherwise, the general duties have effect (except as otherwise provided or the context otherwise requires) notwithstanding any enactment or rule of law.

第二目 得裁定駁回聲請之情形(第 263(3)(a)、(b)、(c))：

依第 263 條 (3) 之規定，縱使未符合第 263 條 (2) 之規定，法院仍有裁量權透過第 263 條 (3) 所列之考量因素，決定是否駁回股東之聲請：

- 1、股東是否出於善意進行此一訴訟
- 2、對於欲促進公司成功義務之人就繼續此一訴訟所評價之重要性
- 3、訴訟所涉之作為或不作為尚未發生，取得公司嗣後追認此一行為之可能性
- 4、訴訟所涉之作為或不作為已經發生，取得公司嗣後追認此一行為之可能性
- 5、公司是否已決定不提起訴訟
- 6、對產生此一訴訟之訴因，股東為自己起訴較為公司起訴更適合⁷³
- 7、法院除了第 263 條第 (2)、(3) 款規定之應駁回或得駁回之因素外，亦須考量其他無個人利害關係股東之觀點，進行裁量 (第 263 條 (4))。

⁷³See *Franbar Holdings Ltd v Patel* [2008]B.C.C.885、*Mission Capital plc v Sinclair*[2008]B.C.C.886.兩案皆係以股東應透過提起不公平侵害救濟訴訟予以救濟而駁回。然而，*Wishart, Petitioner* 一案 ([2009]C.S.I.H.65)，該聲請人透過補償公司之途徑而非經由個人救濟之方式仍獲得訴訟之允許。

第四節 適用英國 2006 年公司法新修正規定之實務判決

第一項 裁定駁回之案例

第一款 *Franbar Holdings Ltd v Patel* 案⁷⁴

第一目 事實摘要

F 是英國 M 公司之小股東。該公司之大股東將 75% 之股權賣給 C 公司。並提供股權買賣協議書給 F，給予將其持股賣給 C 公司之選擇機會，並約定收購價格係依公司最新之財務簽證結果決定。然而，F 對董事 P 提起股東代表訴訟，對於董事移轉業務之機會予 C 公司，減損其持股價值，且未提供足夠之財務及營運資訊而主張董事有違反注意義務之不法行為。

第二目 法院駁回聲請之理由

1、本案股東於前置程序是否提出足夠之表見證據（第 261（2））：

法院認為聲請人就董事有違反義務之行為已提出足夠之表見證據而得進入第二階段判斷是否裁定許可訴訟。

2、本案是否符合第 263（2）（a）促進成功義務之董事之測試原則：

法院認為聲請者提出之主張與證據，無法使遵循公司法第 172 條促進公司成功義務之假設性董事認為被告董事有明顯違反義務之行為，且無法認為公司預期

⁷⁴See *Franbar Holdings Ltd v Patel* [2008]B.C.C.885.

可回復之部分是重要的以許可訴訟之進行。故法院認為依促進公司成功義務之標準判斷，本件不應允許股東代表訴訟之進行。

3、針對本案股東提起代表訴訟是否違反誠信之裁量：

被告雖抗辯聲請之股東拒絕收購持股之邀約，卻提起股東代表訴訟構成第 263 條（3）（a）不具誠信之要件。然而法院卻接受系爭股東拒絕收購之理由，而認為該股東代表訴訟之提起並未濫用程序。

第二款 *Finance Ltd v Ryder* 案⁷⁵

第一目 事實摘要

被告 R 是個別投資公司之董事，被告 Z 是有限合夥組織，而 R 是 Z 之合夥人。原告 C 公司原本是公司之債權人，因為公司無法清償而成為公司之大股東。C 欲代表公司對 R 提起股東代表訴訟，並主張 Z 為公司之影子董事。R 和 Z 抗辯，股東代表訴訟之規定應在股東之請求被不當地阻止時才能適用，C 既然是公司之大股東，對公司即有控制力而不需提起股東代表訴訟。C 則抗辯被告之觀點係普通法時代之觀念，於新修正公司法之明文規定下，並無限制無控制力之股東始可提起股東代表訴訟。並且原告主張本案存有例外之情形，因為當時其主張並未見於公司之帳冊或紀錄中。

⁷⁵*Finance Ltd v Ryder* [2010] EWHC 3387 (Ch) .

第二目 法院駁回聲請之理由

法院認為修法後新法並未對普通法之原則做根本性之反轉，新法僅給予法院裁量之空間。原則上公司所生之訴訟應由公司自己進行，大股東提起股東代表訴訟須於極例外之情形下始可為之。法院認為 C 之抗辯偏離其所調查之事實，因為 C 並未被迫將公司之帳冊或記錄交出。公司並未因為董事違法之行為無法或不能自己提起訴訟。法院認為本案公司之控制股東不能藉股東代表訴訟規避破產制度之相關規定而裁定駁回訴訟。

第三款 *Kleanthous v Paphitis* 案⁷⁶

第一目 事實摘要

被告 P 是 R 公司的大股東及董事，P 持有 72.4% 的股份，原告 K 和被告 C 分別持有 15.5% 和 12.1% 的股份。在 1998 初 S 尋求買家購賣其持有 L 公司之股份。根據被告 P 之主張，他因此接近 S 洽談股權買賣，並與其他 R 公司之董事討論。然而，被告與 R 公司其他董事皆認為 R 公司不適合併購 L 公司。因此，被告 P 決定由其個人承擔 S 對 L 公司之持股。然而，為獲得併購案之融資，被告 P 遊說其他董事，決議 R 公司借貸資金給 X 公司，再由 P 與其他董事被告成為 X 公司之董事。又多年

⁷⁶*Kleanthous v Paphitis* [2011] EWHC 2287 (Ch).

後被告等又收購 X 公司之股票選擇權，但被告董事 H 未收到該次董事會之通知，而未成為 X 公司之董事，亦未取得 X 公司之選擇權。原告 K 得知該項併購案，詢問被告 P 其對公司之影響。被告 P 告知 K，R 公司並未購買 S 公司之持股。因此原告主張 P 構成詐欺，違反對 R 公司之受託任義務。然 P 設立之獨立委員會做出 R 公司不應允許 K 提起代表訴訟之決議。

第二目 法院駁回聲請之理由

原告難以證明其受詐欺之事實。縱適用 2006 年公司法新修正之規定，原告仍須提出一定強度之表見證據讓法院同意進行訴訟。另法院針對公司法第 263 條所列之審查標準，以下列理由裁定駁回：

- 1、依據第 172 條之標準，不可能沒有董事尋求進行股東代表訴訟，故本案不適用第 263 (2) (a)。
- 2、考量第 263 (3) (b) 之標準，進行股東代表訴訟將損害本案被告之名譽並損及公司之價值。
- 3、考量第 263 (3) (e) 之標準，公司之獨立委員會依據專業之意見，決議反對股東代表訴訟之提起。
- 4、考量第 263 (3) (f) 之標準，本案原告可選擇提起不公平侵害救濟訴訟獲得補償。

5、R 公司之另一位董事 H 認為提起股東代表訴訟對 R 公司而言不能帶來商業利益。雖然 H 董事嚴格來說不符合第 263（4）無利害關係股東觀點之要件，但是 H 對本件之收購案並無獲得利益而無利害衝突。

因此，本案法院考量在公司獨立機關反對提起訴訟，又聲請者之主張未達適合給予同意之程度。並且聲請人還有其他救濟之選擇機會，以及可預期本案對公司之補償最終仍將透過分配之方式回到被告董事身上之情形下，拒絕許可原告提起股東代表訴訟。

第二項 裁定許可之案例

第一款 *Stainer v Lee* 案⁷⁷

第一目 事實摘要

系爭股東代表訴訟係針對公司無償借貸董事之行為而提起訴訟。原告 S 對 C 公司之 2 位董事及一位法人董事 E 及 E 公司之唯一股東兼董事 L 提起股東代表訴訟。S 是 C 公司之小股東，E 公司是 L 為了收購 C 公司股份而設立之公司。於 2002 年為了收購 C 公司 65% 之股份，E 向銀行融資四百萬英鎊。然而，E 公司之清償義務係藉由 C 公司對 E 公司之借貸而完成清償。S 主張 L 與其他董事違反對 C 公司之義務，因為其等被告使 C 無償借貸 E 公司資金，並且是為了減輕 E 公司為了收購 C 公司所產生

⁷⁷*Stainer v Lee*, [2010] EWHC 1539 (Ch); [2011] B.C.C. 134.

之義務，又該決定並未經由 C 公司股東會同意亦非為了 C 公司利益。

第二目 法院同意聲請之理由

1、法院引用 *Iesini v Westrip Holdings Ltd* 一案⁷⁸，認為法院在適用公司法第 263 條之規定時，儘管係基於暫定之事實基礎，仍需判斷原告之主張是否已達表見證據之程度。故法院應綜觀所有之因素而非作機械性之考量。如果原告主張有相當成立之可能，儘管公司可受補償之範圍較小，亦應給予進行股東代表訴訟之許可，因為可促使和解之形成或取得簡易判決。相反地，為公司利益考量縱使原告之主張成立之可能性較小，然而公司受補償之程度較大，仍應給予進行訴訟之允許。

2、就本案而言，被告決議無償借貸與 E 公司四百萬英鎊之背景，相當程度可成立違反受託任義務之不法情事。雖然被告主張已支付利息，然而其無法提出直接證據，故本案仍應允許進行訴訟。

3、董事被告 L 之證言無法解釋 C 公司借貸與 E 公司之理由，以及係為 C 公司最大利益考量之基礎。且 C 公司與 E 公司之借貸契約經股東會決議，也無法證明股東會係在知悉 L 董事可獲得利益之情形下通過決議。因此股東會決議因前述情形受到汙染，可知系爭借貸契約違反 C 公司之最佳利益，且促使股東會通過決議之董事，

⁷⁸*Iesini v Westrip Holdings Ltd* [2009] EWHC 2526 (Ch), [2010] B.C.C. 420.

即已違反其董事義務。

4、本案法院裁定 S 獲得進行訴訟之許可外，另裁定原告可於合理範圍內獲得 C 公司關於訴訟費用之補償，然而不得超過 4 萬英鎊⁷⁹。

第二款 *Kiani v Cooper* 案⁸⁰

第一目 事實摘要

K 為 X 公司之股東兼董事，聲請代表 X 公司對 C 董事提起股東代表訴訟。C 為 X 公司之股東兼董事。C 亦為另一家 D 公司之董事，D 公司對 X 公司因提供服務有應收帳款。K 主張 C 董事決定不執行 D 對 X 之欠款，係基於與前述 D 對 X 之應收帳款抵銷。惟 K 主張透過 C 對 X 公司帳冊之控制，C 係加入毫無根據之欠款於公司帳冊中。

第二目 法院同意聲請之理由

1、原告質疑被告董事違反受任人義務之行為，被告並無法提出切確之證據予以抗辯。法院認為 C 身為 X 公司與 D 公司交易文件之簽署者之一，即可作為有利益衝突之有力證據。是本件原告 K 符合係基於誠信提出股東代表訴訟聲請之要件。

2、雖然原告可選擇依公司法第 944 條不公平侵害救濟程序予以救濟。然而該選擇權僅為是否裁定許可訴訟

⁷⁹*Wallersteiner v Moir* (No.2) [1975] Q.B. 373.

⁸⁰*Kiani v Cooper* [2010] EWHC 577 (Ch); [2010] B.C.C. 463.

之因素之一。根據依第 172 條促進公司成功義務之假設性測試標準，基於第 172 條規定考量之董事會希望本案原告提起股東代表訴訟。

3、另關於本案原告訴訟費用之補償，法院裁定給予費用補償之命令，但不包括潛在性之不利費用。

第五節 小結

由英國公司法修法後之實務判決可知，新修正公司法雖針對股東代表訴訟提起之門檻建立較具體之要件，惟並未對普通法所發展之 Foss 原則做出根本性之反轉。僅透過給予法院較大之裁量權，針對個案予以判斷是否裁定許可訴訟，尤其所謂原告提出之證據是否達到表見證據之審查標準，亦無具體要件，僅依靠法院自身之判斷。故在英國實務針對經營事項不進行司法干預之傳統背景下，是否提高股東代表訴訟之成立仍有變數。在存有使小股東退出公司之不公平侵害救濟訴訟之選擇下，英國法院傾向維持公司決定之集體性與公司經營之效率。尤其，提起股東代表訴訟之原告仍須負擔訴訟費用之情形下，仍難以提高小股東提出股東代表訴訟之動機。

第四章 美國代表訴訟制度介紹

第一節 緒論

由於公司具有獨立之法人格，其所受之損害原則上應由公司本身提起訴訟，並將訴訟所得直接歸屬公司。公司股東於不法董事違反其對公司之義務造成公司之損害，除非董事之不法行為直接損害公司股東之權利，不得以自己名義直接向侵害董事起訴⁸¹。故於美國股東對公司董事提起之訴訟有直接訴訟（direct suits）與衍生性訴訟（derivative suits）之區分。

美國股東代表訴訟起源於衡平法院，當公司董事違反義務或公司為不當行為人所控制，從而拒絕提起公司訴訟時，為保護公司、公司債權人及全體股東，美國法院「例外」賦予股東代表公司求償之權利。美國於 1855 年 *Dodge v. Woolsey*⁸² 一案中確立股東有行使公司權利，為公司利益代表公司提起訴訟之權

⁸¹不許受間接損害之股東提起直接訴訟之原因在於（1）代表訴訟之訴訟利益歸於公司，成為公司之責任財產，提供公司債權人保障；（2）一個代表訴訟可以避免數個股東提起多重訴訟（multiple suits）之現象；（3）代表訴訟之訴訟利益歸於公司，將可公平地促進各股東利益，並維持公司資本，以繼續公司之經營活動；（4）如允許代表訴訟之訴訟利益依股東持股比例流向各股東，此類之司法判決實際上具有分配股利或進行一定程度之清算作用。然而，分配股東或清算必須經過股東會認可，故此類司法判決有侵犯董事經營裁量權之虞。前揭註 9，頁 107、108，註 2。

⁸²See *Dodge v. Woolsey* 18 How. [59 U.S.]331,341-344[1855].

利。在 *Dodge v. Woolsey* 一案中，股東代表訴訟被認為實際上是兩個訴訟之合併：一個是公司針對不當行為之訴訟，另一個是原告和其他股東針對公司之衡平法訴訟。這種股東代表訴訟之雙重性質在美國法中被廣泛地接受⁸³。

然而，代表訴訟可能耗費公司經營階層大量之時間、勞費，且即使股東勝訴，公司因此所得之利益，未必大於其所耗損之時間與精力。且代表訴訟除可能導致公司經營者在經營活動上採取保守策略，反而妨害股東投資公司以追求最大利潤之目的，亦可能帶來敲詐訴訟（Strike Suits）或騷擾訴訟（Nuisance Suit）之問題。究其原因，美國之律師費用制度往往可使律師於訴訟中獲得豐厚之報酬，形成誘因使原告股東之律師去提起一個成功率極小，但對公司困擾程度足以促使公司經營者與股東達成和解之敲詐訴訟或騷擾訴訟。最後獲得利益者，既非股東、亦非公司，僅僅為原告股東之律師⁸⁴。

從而，為防止股東代表訴訟之濫訴，影響公司正常經營。美國許多州之州法，關於股東代表訴訟制度之設計，要求提起代表訴訟之原告必須滿足同時持有股份原則（Cotemporaneous share Ownership Rule）、公正適切之代表性（fairly and adequately represent）、對內部機關之提訴請求（demand rule）等要件，並透過訴訟費用擔保制度（security for expenses in derivative action），以茲制衡。

⁸³See Cox et al. [2001], p. 15.17.轉引自前揭註6，頁91，註6。

⁸⁴Steven L.Emanuel,Corporations (4th ed.,Aspen Law & Business,2002),at 342-343. 關於股東代表訴訟，美國最有影響力之反對報告是在1944年由Franklin W. Wood為紐約州商業會（the Chamber of Commerce of the State of New York）所研究的Wood Report。在該份報告檢視了一千四百件從一九三料至一九四二年間在曼哈頓、布魯克林、紐約南區所發生的Derivative Suit，數據顯示只有少數是獲得勝訴的，大部分不是和解就是未結。轉引自前揭註12，頁114，註15。

第二節 代表訴訟之當事人

第一項 代表訴訟之原告

於美國何人得行使公司之權利為公司提起代表訴訟進行求償?依美國模範商業公司法第 D 章第 7.4 節規定股東得為公司提起股東代表訴訟。而該股東之定義除公司現存股東外，包括股份為投票信託名義人所持有之受益所有人。紐約州商業公司法第 626 (a) 即明定，代表訴訟之原告為公司股東、股權信託證書持有人或於公司股權或股權信託證書有利益之人⁸⁵。在無立法定義的情形時，美國各州法院對於代表訴訟原告之資格採取寬鬆的態度。詳言之，記名股東 (record ownership) 或無記名股東 (unregistered shareholder) 均得為代表訴訟原告。再者，法定持有人 (legal ownership) 或衡平法上所有人 (equitable ownership)，亦得提起代表訴訟。所謂衡平法上所有人之範圍，一般認為包括該股權係以證券經紀商名義持有人 (an owner of stock held by a broker in a margin account in the broker's street name)、質權人 (pledgee)、信託受益人 (beneficiary of a trust) 或受遺贈人 (legatee) 等⁸⁶。

公司之債權人可否成為代表訴訟之原告?美國多數州認為在公司尚有償債能力時，公司債權人不可以提起代表訴訟。因為公司債權人和公司股東不同，在公司有能力支付公司債及利息時，即使公司受違法行為的影響有虧損，但對於

⁸⁵N.Y.Bus.Corp.Law§626 (a) .

⁸⁶前揭註 9，頁 108 至 109，註 7、8。

債權人的利益不會有任何影響。惟公司股東是由公司盈餘而決定可得多少獲利，因此只要有任一違法行為使公司盈餘減少甚至虧損，股東權益都會受到影響，故債權人之地位與股東不同⁸⁷。

第二項 代表訴訟之被告

不同與我國法將股東代表訴訟之被告現於董事或監察人，美國代表訴訟之被告包括，董事（director）、重要職員（officers）、控制股東（controlling shareholders）、其他受託人（other fiduciaries）及公司外部對於公司或股東不負忠實義務之第三人（outsiders）⁸⁸等，就其公司經營上的錯誤或公司資產之不法流用，甚至是對公司進行詐欺性的事務等侵害公司權益之行為提起賠償之請求⁸⁹。

另在美國之股東代表訴訟，公司於訴訟中具有雙重地位，公司為代表訴訟不可缺少之當事人（an indispensable party to a derivative action）⁹⁰。且由於公司一方面拒絕就其所遭受之損害以自己的名義作為原告提起訴訟，為使判決效力及於公司，故在代表訴訟中，須列公司為名義上之被告（a nominal party defendant），否則將造成訴訟遭駁回。另一方面，因代表訴訟實質上係代表公司之利益而提起，故公司亦為代表訴訟真正原告而於訴訟中具有雙重地位⁹¹。

然而，儘管衡平法上程序規則之彈性，允許法院得做成

⁸⁷前揭 12，頁 136。

⁸⁸See *supra* note 1, p 1049-50.

⁸⁹James D. Cox & Thomas Lee. Hazen & F. Hodge O'Neal, *Corporations*, vol. II, 15, 19 (1995).

⁹⁰See *Petitioner, v. BRIDGESTONE/FIRESTONE, INC., Respondent.*, 1991 WL11177818 (U.S.).

⁹¹See *supra* note 1, p 1037.

一利於被告但不利於其他被告之判決，但因為代表訴訟通常都是在公司拒絕訴訟後提起，一般都認為公司和代表訴訟之原告利害是相衝突的⁹²。因此基於公司在代表訴訟之雙重地位，終究並非一般訴訟結構最初所設計安排，因此美國實務亦承認公司的雙重地位在訴訟程序上可能產生較複雜的問題。例如在預審程序中詢問程序（pre-trial examination），公司不得對原告股東進行詢問，而原告股東則得以對公司進行詢問，被告董事在公司否認原告股東所訴事實時又得詢問公司。少數股東與公司之訴訟立場可能有所衝突，公司得立於被告地位而主張其並未遭受損害。因此，少數股東之訴訟代理人，一般而言，不會與公司之訴訟代理人同一⁹³。

第三節 美國控制股東代表訴訟濫訴之制度

第一項 「同時擁有股份原則」

賦予少數股東提起代表訴訟之救濟，係著眼於其對於代表訴訟勝訴結果之間接利害關係，因此，許多州法要求提起代表訴訟之原告必須在被告從事違法行為時、起訴時直至訴訟結束，持續具備公司股東之資格⁹⁴，即所謂「同時持有股份原則」（contemporaneous share ownership rule）。該原則之內涵係提起代表訴訟之原告必須在被告從事違法行為當時即

⁹²前揭註12，頁137。

⁹³See *supra* note 1, p 1081-82.

⁹⁴See e.g., *Brambles USA, Inc. v. Blocker* 731 F.Supp. 643, 648 (D.Del.,1990) ("a derivative plaintiff [must] be a shareholder of the corporation at the time of the transaction of which he complains . . . and]must also maintain that status throughout the lawsuit"); *Schilling v. Belcher*, 582 F.2d 995, 996 (5th Cir.1978) ("a shareholder who sells his stock pending appeal of a favorable judgment in a stockholder's derivative suit . . . loses standing to further prosecute or defend the case").

為公司股東，或者原告股東之身分係由於法律作用（operation of law，例如繼承）而取得，否則原告不得提起代表訴訟⁹⁵。例如聯邦民事訴訟規則第23.1條⁹⁶即規定「在由一名或多名股東或成員為行使本應由其公司或社團法人行使但卻怠於行使之權利所提起的代表訴訟中，原告必須證明且主張（1）原告在其所起訴之交易行為發生當時即為該公司之股東或該社團法人之成員，或者此種股東之股份或此種成員之身份係由於法律作用而移轉於原告；（2）該項代表訴訟並非經由串通而將之轉向於本應對於案件無管轄權之美國法院之訴訟。

此項原則最早可溯及於*Hawes v. Oakland* 一案⁹⁷，最初之規範意旨並非在於防止股東濫訴，而係聯邦法院為防止股東將股份轉讓予公司設立所在州以外的其他州居民而圖謀將代表訴訟由州法院管轄移轉至聯邦法院管轄所採取之手段。惟此原則現今已漸漸喪失管轄問題之色彩。換言之，此項原則現今規範意旨，在於防止投機者在董事不法情事發生後始搜購公司股份並藉起訴而勒索公司以謀取私人利益之行為、遏阻投機訴訟（speculating in litigation）或者損害購買訴訟（litigating purchased grievance）之發生。另該原則之理論基

⁹⁵See *supra* note 1,p1058.

⁹⁶derivative action brought by one or more shareholders or members to enforce a right of a corporation or of an unincorporated association, the corporation or association having failed to enforce a right which may properly be asserted by it, the complaint shall be verified and shall allege (1) that the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction of which the plaintiff complains or that the plaintiff's share or membership thereafter devolved on the plaintiff by operation of law, and (2) that the action is not a collusive one to confer jurisdiction on a court of the United States which it would not otherwise have.....”另德拉瓦州公司法第327條、模範商業公司法第7.41條亦採納此原則而有類似規定。

⁹⁷See *Hawes v. Oakland*, 104 U.S. 450, 26 L. Ed. 827[1882].

礎可參 *Home Fire Insurance Co. v. Barber*⁹⁸一案，該案件之法院認為，因不法行為人之行為致公司受有損害，該損害會反映於股價上。故充分知悉該違法行為或不正行為，且以相當低之價格取得股份之股東，若容許其得以提起股東代表訴訟，將使該股東因間接利益之填補而受有不當利益。

然而，同時持有股份原則雖對遏阻「投機訴訟」、「損害購買訴訟」有重要作用。但仍有其受批評之處，例如違法行為或不正行為發生後始取得股份之股東，因該行為公開前，股價難以反映該不當行為，故股東事實上不會以較低價格取得公司之股份。又因公司董事違法行為發生在前，而嗣後始取得公司股份之股東並不知情，亦非出於勒索公司之動機而買進公司股票時，實宜賦予該股東救濟之機會。為緩和同時持有股份原則對於少數股東提起代表訴訟之限制，美國法上發展出「繼續性違法行為理論」(continuing wrong theory)及「公開理論」(disclosure test)，以茲修正。

所謂「公開理論」係指代表訴訟之股東僅需於其所控訴之違法行為公開揭露前已取得公司股票即可。美國法律協會 (ALI) 所提出之公司治理原則第7.02條 (a) (1) 即建議，若股東在錯誤行重要事實公開揭露前持有股票，仍符合同時擁有股份原則。另其所謂公開的時點，則指訊息到達並且影響到證券市場之時，而非此公開文件建檔之時或由大眾傳播媒體公布之時。另一方面，由於公開原則之前提係建立在原告購買股票時相信大眾傳播資訊且未作進一步之調查，因此

⁹⁸*Home Fire Insurance Co. v. Barber*, 67 Neb. 644, 93 N.W., 1024 [1903].

若原告有能力去瞭解董事是否為違法情形的情況下，仍不具有原告股東之適格。因此，如原告股東於知悉系爭違法行為之後或違法行為已為大眾所知之後，方才買進公司股票者，由於在股票交易價格上已有所變動，應認為不可提起代表訴訟⁹⁹。又ALI原則以錯誤行為消息是否公開，或後手是否明知為判斷標準，仍有理論上之瑕疵，例如，股東於消息公開後購買股票（市場價格已反應），但仍由其他符合資格股東起訴獲得勝訴時，該股東仍有不當獲利之可能，對此問題ALI原則並無法完全說明¹⁰⁰。

另外，為緩和「同時持有股份原則」法院有時會運用「繼續性違法行為理論」（continuing wrong theory）。該理論認為，當董事之違法行為可以被解釋為具有繼續性之行為時，原告股東在該違法行為發生後而持續進行之任何時點始取得公司股份者，仍屬符合同時持有股份原則，而得提起代表訴訟¹⁰¹。相關案例如 *Lavine v. Gulf Coast Leaseholds Inc*¹⁰² 一案，原告股東在不法議案提出之後始成為公司股東，但該不法議案仍須經股東大會批准始生效力，原告在股東會表決前取得股東身份者，亦屬符合同時持有股份原則。又 *Palmer v. Morris*¹⁰³ 一案原告股東取得公司股份雖係在不法交易之初始行為完成之後，但根據該交易原告所代表的公司仍要繼續支

⁹⁹See THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS, §7.02 (a), at 45-46 (1994). 轉引自前揭註9，頁112，註26。

¹⁰⁰前揭註3，頁259。

¹⁰¹See *supra* note 1, at 1061-62.

¹⁰²*Lavine v. Gulf Coast Leaseholds Inc.*, 35 Del Ch. 539, 122 A.2d 50 [Ch. 1956].

¹⁰³*Palmer v. Morris*, 316 F. 2d 649 [5th Cir. 1963].

付價款，原告仍得提起代表訴訟。雖然，繼續性違法理論為股東代表訴訟保留一定司法彈性，而可能到達公平結果。但其與市場價格之反應及股東取得不正利益之問題關聯性不大，蓋不法行為可能於公開揭露後繼續進行，或在公開揭露前即已停止，其後始反應於市場價格，故即使在採納繼續性違法理論之案例中，法院對股東取得股份之時間和狀況有一定之限制¹⁰⁴。又就「同時持有股份原則」相關州法亦有緩和適用之豁免規定。例如加州公司法第800條（b）（1）規定，原告股東若不符合「同時持有股份原則」，法院仍得斟酌原告勝訴可能性、以他訴訟提起之可能、原告於違反行為公開或知悉前取得股票、或不提起代表訴訟將使被告因故意違反受託義務之行為而保有不當利益、或不會因代表訴訟之提起而使公司或股東獲得不當利益等情事¹⁰⁵。美國聯邦民事訴訟法規則第23.1條及模範商業公司法第7.41條（1）項均採用相

¹⁰⁴前揭註25，頁146，註51。

¹⁰⁵Cal. Corp Code §800 rules, “... (b) No action may be instituted or maintained in right of any domestic or foreign corporation by any holder of shares or of voting trust certificates of the corporation unless both of the following conditions exist: (1) The plaintiff alleges in the complaint that plaintiff was a shareholder, of record or beneficially, or the holder of voting trust certificates at the time of the transaction or any part thereof of which plaintiff complains or that plaintiff's shares or voting trust certificates thereafter devolved upon plaintiff by operation of law from a holder who was a holder at the time of the transaction or any part thereof complained of; provided, that any shareholder who does not meet these requirements may nevertheless be allowed in the discretion of the court to maintain the action on a preliminary showing to and determination by the court, by motion and after a hearing, at which the court shall consider such evidence, by affidavit or testimony, as it deems material, that (i) there is a strong prima facie case in favor of the claim asserted on behalf of the corporation, (ii) no other similar action has been or is likely to be instituted, (iii) the plaintiff acquired the shares before there was disclosure to the public or to the plaintiff of the wrongdoing of which plaintiff complains, (iv) unless the action can be maintained the defendant may retain a gain derived from defendant's willful breach of a fiduciary duty, and (v) the requested relief will not result in unjust enrichment of the corporation or any shareholder of the corporation...”

同見解。部分法院甚至認為若股東事實上未因不正行為而以較低價格取得公司股份，即無同時持有股份原則之適用¹⁰⁶。

第二項 「繼續持有股份原則」

又美國法下除要求股東需於不法行為時即持有股份外，提起代表訴訟之股東於起訴時至訴訟終結，均必須具備公司股東之資格，此即「繼續持有股份原則」(Continuing Ownership Rule)，其目的在於確保原告股東與代表訴訟之訴訟結果兼有事實上之利害關係。美國法律協會(ALI)所提出之公司治理原則第7.02條(a)項(2)款亦規定，提訴股東須繼續持有股份至訴訟終結時。

然而，當遇到公司合併之情形，繼續持有股份原則即受挑戰。故多數判例認為，在吸收合併中之合併公司股東之原告地位不受影響，但被合併而消滅之公司，其股東先前所提之代表訴訟將喪失合法性。惟上述看法，目前則有修正之趨勢。詳言之，德拉瓦州法院認為，當合併本身構成代表訴訟中所指摘之詐欺，或者該合併本身即為剝奪少數股東提起代表訴訟之權利時，此時應認為少數股東縱因合併而喪失股東身分，仍得提起代表訴訟。ALI即建議，當原告股東喪失其股東地位係因公司行為而非原告同意時，(1)在該原告喪失其股東身分前即已提起代表訴訟；或(2)法院認為該原告較能代表其他股東之利益時，該原告仍能繼續其代表訴訟¹⁰⁷。

¹⁰⁶前揭註25，頁146，註44。

¹⁰⁷前揭註9，頁112-113。

第三項 須有公正適切之代表性

由於，美國之代表訴訟兼具有集團訴訟之性質，又代表訴訟制度有濫訴之疑慮，且判決之既判力亦及於提訴股東以外之第三人。因此美國法認為提訴之股東於代表訴訟須具備「公正且適切之代表性」(fairly and adequately represent)¹⁰⁸。另聯邦民事訴訟規則第23.1條規定，倘代表訴訟之原告就公司或社團權利之行使未能公正且適切地代表(fairly and adequately represent)處於類似地位之股東或社員之利益者，則該訴訟不能維持¹⁰⁹。又1989年模範商業公司法第7.41(2)條亦規定提起代表訴訟之原告於行使公司權利時必須公正且適切地代表公司之利益，否則該代表訴訟不能維持¹¹⁰。在*Schupack v. Covelli*一案中，法院認為：所謂「代表適切性」並不要求提起代表訴訟之股東得到大多數股東的支持，甚至不要求得到全體少數股東的支持。真正的判斷標準不在於原告代表了多少的股東，而是在於原告股東如何適當地增進其他處於相類似地位股東之利益¹¹¹。然而，所謂公正適切與否，本身即屬抽象、不確定之概念，必須仰賴法院依個案裁量以

¹⁰⁸See ALI, Prin Corp.Gov., Comment e. to§7.02(a)(2).

¹⁰⁹Fed. R. Civ. P. 23.1. provides, "...The derivative action may not be maintained if it appears that the plaintiff does not fairly and adequately represent the interests of the shareholders or members similarly situated in enforcing the right of the corporation or association."

¹¹⁰See 1989 Model Business Corporation Act§7.41"A shareholder may not commence or maintain a derivative proceeding unless the shareholder: (1) was a shareholder of the corporation at the time of the act or omission complained of or became a shareholder through transfer by operation of law from one who was a shareholder at that time; and (2) fairly and adequately represents the interests of the corporation in enforcing the right of the corporation."

¹¹¹*Schupack v. Covelli*, 512 F. Supp. 1310, p 1312 [W.D.Pa.1981].轉引自前揭註9，頁113。

形成一定之標準。於 *Rothenberg v. Security Management Co.* 一案中即發展出以下判斷標準（1）原告是否具有實質的利害關係；（2）原告對於代表訴訟是否熟稔、是否不願意學習代表訴訟；（3）律師對於代表訴訟控制的程度；（4）原告股東所受到其他股東支持之程度；（5）原告是否欠缺對於代表訴訟之個人承諾等情事後，如認為原告股東能公正且適切地代表其他處與相類似地位之股東之利益時，始承認原告股東具有遂行訴訟之權能¹¹²。

第四項 先行向公司董事會為訴訟請求

第一款 向董事會請求之先程序

美國法下董事會具有公司法定經營權。惟該國並無大陸法系國家有監察人之制度，以作為監督董事會之專責機關。是美國法下之董事會本身同時具有執行業務與自我監督之權限。因此，公司對特定董事起訴，亦屬董事會決定權限範疇¹¹³。且為避免股東為個人利益而提起敲詐訴訟（Strike Suit）導致公司董事或高階經理人之時間和精力耗費於冗長而無益之代表訴訟中，故賦予董事會或公司特別組成之獨立委員會就起訴與否有審查之權利。具體而言，之所以要求原告股東必須在提起代表訴訟前先請求公司機關採取措施之意義有二：其一，既然公司為代表訴訟中爭執權利之主體，自然應賦予公司由其自身提起訴訟之機會。其二，公司其餘股東在某些情況下得以有機會認可

¹¹²前揭註25，頁150-151。

¹¹³周振鋒，論股東代表訴訟的變革方向--以美國法為研析基礎，政大法學評論，2010年6月，頁260。

(ratify) 被告之違法行為，或代表公司行使商業判斷後決定不再提起訴訟¹¹⁴。

美國大多數州之公司法及聯邦民事訴訟法皆規定要求股東於提起代表訴訟前，必須先向公司董事會提出書面之起訴請求。按聯邦民事訴訟法第23.1條規定，股東須具體陳述其已向董事會為訴訟之請求¹¹⁵。加州公司法第800(b)(2)規定，原告提起代表訴訟應向法院具體表明其已向公司或董事會以書面方式提出提訴請求或將訴狀送達於公司或董事會¹¹⁶。紐約州商業公司法第626(c)亦規定，原告股東提起代表訴訟時必須具體說明原告曾努力確保由公司董事會發動訴訟之機會或未為此等努力之理由¹¹⁷。

另美國模範商業公司法第7.42條則規定，股東在提起代表訴訟之前必須履行以下程序：(1)以書面請求公司採取適當之措施；(2)除非股東被提前通知其請求被拒絕或股東自其請求之日起等待90天有致公司不可回復損失之虞外，股東必須自其請求之日起等待90天屆滿為止始得提起代表訴訟。第7.43條若公司就股東請求中之事項開始調查，法院有權將代表訴訟程序展延至其認為適當之期日¹¹⁸。該規定要求原告股東等待90天之期間，在於使董事會得以召開並指示就原告所指摘之事實為必要之內部調查，以期妥善行使董事會正常之商業判斷。ALI之公司治理原則§7.03

¹¹⁴See *supra* note 1, p 1061-62.

¹¹⁵Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23.1.

¹¹⁶Cal. Corp Code §800(b)(2)

¹¹⁷N.Y. Bus. Corp. Law §626©

¹¹⁸Model Bus. Corp. Act Ann., §7.42§7.43.

則建議¹¹⁹：（a）在提起代表訴訟之前，除（b）項外，股東或董事應向公司董事會提出書面請求其提起訴訟或採取適當之矯正措施。請求之方式應以適當具體之事實通知董事會；（b）只有當原告確實證明在其起訴前向公司董事會提出請求將導致公司不可回復之損害時，此種請求方得免除，但原告應當於提起代表訴訟後立即向董事會提出請求；（c）原告不須向股東會提起提訴請求；（d）除非董事會或委員會於合理期間內未對原告請求作成答覆，對於原告在董事會或委員會對其請求作成答覆之前所提起之代表訴訟，法院不應受理，但（b）項規定之情形不在此限。

董事會受股東請求起訴後，有以下可能之回應：（1）接受股東請求並自行起訴。此時，請求股東自無為公司提起代表訴訟之理由；（2）若董事會未於合理期間回應時，股東即得自行起訴。但請求起訴遭拒絕時，僅有在該拒絕係屬不當時，始得提起代表訴訟¹²⁰。申言之，董事會若拒絕股東起訴請求時，法院大都會給予該決定經營判斷法則之保護¹²¹。除非原告股東能證明（1）董事會成員曾參與該代表訴訟所訴之違反行為或不正行為；（2）董事會之成員表示拒絕提出訴訟者，係為該代表訴訟所訴之被告所控制，法院始會拒絕對董事會之決定給予經營判斷法則之保

¹¹⁹See ALI, Principles of Corp. Governance §7.03(1994).

¹²⁰前揭註3，頁261。

¹²¹有關董事會拒絕股東請求之決定被認為屬董事會經營判斷範圍，而有經營判斷法則之適用。因此，若請求股東見董事會拒絕後仍欲自行起訴，除非其能於審查訴訟合法程序（Pretrial）時舉證推翻（Rebut）董事會拒絕為不當之決定，否則法院將尊重董事會拒絕訴訟之決定，不做事後判斷。轉引自前揭註3，頁262。

護，並准許原告股東提起代表訴訟¹²²。因此，除非原告能於審查起訴合法程序（Pretrial）時舉證推翻（Rebut）董事會拒絕為不當決定，否則法院將尊重董事會拒絕訴訟之決定，而駁回股東之請求¹²³。

依美國法律協會（ALI）之公司治理原則第7.04條之建議，原告股東就董事會拒絕提起訴訟之回答，應依第7.04（a）（2）之規定，於訴狀上記載前開回答係屬不正確、該拒絕未符合公司最佳利益，係不合理之決定等詳細事實。訴狀上未詳細記載前開事實者，法院得駁回原告之訴。另一方面，若未具利害關係之董事在董事會未過半數時，該等董事會不能為客觀判斷時，有關起訴請求之拒絕，法院不得依第7.04（a）（2）駁回原告之訴¹²⁴。

第二款 提訴請求之豁免

另一方面，美國法亦承認若干情形下可以免除原告股東對於董事會提訴請求之義務。詳言之，如董事會已存在之敵視態度將使原告股東之請求徒勞或無益（futile）時，則可豁免原告股東之請求義務。一般認為原告股東之請求屬於徒勞之情形包括：（1）董事會本身即為不法行為人（the alleged wrongdoers）；（2）董事會在不法行為人之控制之

¹²²前揭註25，頁152-153。

¹²³前揭註3，頁262。另參考Model Business Corporation Act§ 7.44(a)規定於(b)或(f)組成之獨立機關進行合理調查後，善意地認定繼續該代表訴訟不能實現公司最大利益，法院可依公司之請求不予受理系爭代表訴訟。

¹²⁴See ALI, Principles of Corp. Governance §7.04.

下；（3）董事會否認不法行為發生之事實；（4）董事會先前已批准該不法行為¹²⁵。實際上，提訴請求是否徒勞而得以免除，係就各個具體案例之特定事實、狀況加以判斷，各州法院對此並無統一之見解。紐約州法院對於提訴請求之豁免，採取較為寬鬆的態度，而麻州法院則採取比較保守的態度。德拉瓦州法院則傾向於有利於公司經營者之立場，在 *Aronson v. Lewis* 一案中¹²⁶，德拉瓦州之法院建立「雙叉測試」（Two-Prong Test）原則。如起訴原告能對：（1）過半數董事對系爭訴訟請求無利害關係（Disinterested）與獨立性（Independent）；或就系爭交易得否受經營判斷法則保護，提出合理懷疑時（Reasonable Doubt），請求即得豁免。然而，由於判斷請求是否豁免階段仍不適用「開示制度」，起訴股東僅能仰賴有限資訊作為其「合理相信」之基礎。因此，實際上通過Aronson測試的案子並不多¹²⁷。若為單純提出全部董事均為被告之事實，原告股東尚無法主張豁免¹²⁸。相對於德拉瓦州嚴格之標準，紐約州法院則採取較寬鬆之立場。紐約州法院在 *Marx v. Akers* 一案中認為，如有下列情形之一者，股東對公司之提訴請求即得認為係屬徒勞而得豁免：（1）董事會多數成員對爭議之交易行為具有利害關係；（2）就有爭議之交易行為，董事會於當時之情形下，未能充分取得，可合理取得之一切資訊；

¹²⁵See *supra* note 1, at 1069.

¹²⁶473 A.2d 805(Del. Supr. 1984).

¹²⁷See CHARLES R.T. O'KELLEY & ROBERT B. THOMPSON, *CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ASSOCIATIONS-CASES & MATERIAL* 378(5th ed.2006).轉引自前揭註3，頁265-267。

¹²⁸前揭註9，頁116。

(3) 該爭議之交易行為顯非合理之商業決定¹²⁹。

因此相較於請求董事會提起訴訟被拒絕，起訴股東須於訴訟中舉證董事之行為不符合經營判斷原則，試圖主張請求無益似乎較為可行。蓋事實上因為代表訴訟不適用開示程序 (Discovery)，起訴股東僅能依賴公司的公開資訊、媒體報導與有限之簿冊文件調查權 (Tool at hand)。因此，在資訊缺乏之情形下，股東很難去挑戰經營判斷法則¹³⁰。

第五項 特別訴訟委員會

特別訴訟委員會 (Special Litigation Committee, SLC)，係指當董事會受股東請求起訴 (或股東已逕行起訴)，由與請求爭議無利害關係並具獨立性之董事所組成之特別委員會。美國模範公司法第 7.44 條及美國法律協會 (ALI) 於公司治理規則第 7.08 條和 7.10，均承認獨立委員會之效力。即使董事會之成員處於對起訴與否具有利害關係而無法作成客觀決定之狀況，仍不妨害其授權不具利害關係之董事會成員組成獨立之特別訴訟委員會之權利¹³¹。SLC 組成後將針對股東起訴請求 (或股東代表訴訟) 之合理性進行內部調查 (委員會亦得視情形決定是否委請其他公正的外部機構輔助調查，如外部之律師事務所)，並據調查結果判斷股東代表訴訟是否符合公司最佳利益。若調查結果顯示股東請求基礎不實、無理由或證據不足；或者，股東主張雖然屬實，但依公司內部處

¹²⁹轉引自前揭註 25，頁 154。

¹³⁰前揭註 3，頁 266。

¹³¹Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779 [Del. 1981].轉引自前揭註25。

理程序規範，公司董事已盡適當的注意程度而可免責等，SLC 大多傾向拒絕股東起訴請求或向法院聲請駁回¹³²。

特別訴訟委員會在 1980 年代盛行，並被認為可在初期避免敲詐訴訟或濫訴之可能。惟採反對論者認為，訴訟委員會大多傾向拒絕訴訟之決定，所謂特別訴訟委員會僅係在掩蓋真相而已¹³³。因此特別訴訟委員會之決定效力即存在相當之爭議，從而美國實務即發展出不同之司法審查標準。

第一款 擴大商業判斷法則之適用 (*Expansion of the Business Judgment Rule*)

在 *Auerbach v. Benntt* 一案中¹³⁴，紐約州法院採取擴大商業判斷法則適用，將特別訴訟委員會之建議視同其他經營決策。而受經營判斷法則之運用，而減少法院介入公司事務。法院認為，商業判斷法則某程度地是建立在法院並無法勝任判斷公司決策之認識上，法律賦予董事會商業判斷之權能，亦是承認法院或其他機關並沒有客觀的標準以衡量公司決策之對錯。因此，判斷是否應續行代表訴訟之任務，應由公司董事會決定。在缺乏特別訴訟委員會惡意或詐欺之證據下，法院應當尊重特別訴訟委員會之決定。然而，特別訴訟委員會的決定應當全盤考量各種因素，以確保公司之利益¹³⁵。因此，在特別訴訟委員會做出拒絕訴訟之決定時，代表訴訟爭議之重心即轉為「特別訴訟委員

¹³²前揭註 3，頁 270。

¹³³See Steven L. Emanuel, *Corporation* (4th ed., Aspen Law & Business, 2002), at 353. 轉引自前揭註 25。

¹³⁴47 N.Y.2d 619 [1979].

¹³⁵前揭註 9，頁 121。

會之成員與系爭爭議是否獨立且無利害關係」或「SLC是否已對系爭爭議為善意合理之調查」。若上述問題皆為肯定，SLC結論即受經營判斷法則機制保護，法院將不作事後審查，並會駁回股東訴訟¹³⁶。

第二款 兩階段途徑（Two-Step Approach）

有些州認為，縱使SLC委員已具備獨立性且SLC已為相當調查，但法院仍可對其決定是否合理作實質審查，不受拘束。例如，德拉瓦州法院由在 *Zapata Corp. v. Maldonado*¹³⁷ 一案中發展出兩階段途徑（Two-Step Approach）之理論。說明法院如何根據公司訴訟委員會之判斷而決定是否駁回代表訴訟。申言之，法院在第一階段應先調查訴訟委員會之獨立性、善意及支持其結論之根據。於此種調查程序中，法院得進行有限的事證開示程序（limited discovery）¹³⁸。公司有義務證明訴訟委員會之獨立性、善意及調查的合理性。如法院認為訴訟委員會並不具獨立性、調查結論並非合理，或有委員會不具善意等情形，法院得駁回公司之請求。

又縱SLC能證明其委員無利害關係，具獨立性並已盡善意合理之調查，且其駁回訴訟建議有合理之基礎等，法院仍可自行決定是否允許訴訟進行，不受SLC結論之拘束，進行第二階段之判斷。在第二階段法院應當在系爭代表訴

¹³⁶前揭註3，頁272。

¹³⁷*Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779 [Del. 1981].

¹³⁸關於SLC委員的利害關係、獨立性問題，程序上是用開示程序。因此原告股東能獲得更多關於SLC委員資格之資訊而做出必要之防禦。原告甚至能詰問公司證人，如SLC委任之律師、會計師。參前揭註3，頁274。

訟所追求之公司合法權益與訴訟委員會所追求之公司最佳利益之間，尋求平衡點。法院此時得自行行使「獨立之經營判斷」（Independent Business Judgment）以決定是否准許公司之請求。換言之，在某些情況下，儘管訴訟委員會已證實其獨立性、善意、決定之合理性，法院仍然得拒絕公司之請求，而准許代表訴訟之進行。相對於前述擴大商業判斷法則適用之方式，此處法院扮演較為積極介入公司事務判斷之角色。

第三款 特別訴訟委員會制度之批評

儘管多數法院承認特別訴訟委員會之判斷，但學者對此亦不乏批評：（1）董事會無法將自己所無之權限再讓與他人。詳言之，股東欲提起代表訴訟前，必須先尋求公司內部救濟途徑，股東於履踐向董事會請求之程序而遭拒絕時，如股東以全體董事為被告，或證明董事會之拒絕係屬惡意，股東仍得提起代表訴訟。既然在提訴之前階段，董事會無法援用商業判斷法則以阻止股東提起代表訴訟，何以股東起訴後，董事會授權成立之特別訴訟委員會反而有中止代表訴訟之權利？其法理邏輯顯有矛盾；（2）特別訴訟委員會只是形式上獨立，但事實上委員會之成員與公司內部董事通常有相當的聯繫，且訴訟委員會成員的選任，亦是由包括被告在內的董事會所選任，難真正保有獨立性；（3）特別訴訟委員會的調查，必須動員律師與會計師三個月到六個月的時間，相當花費時間與費用¹³⁹。

¹³⁹前揭註9，頁123。

第六項 訴訟費用之擔保 (Security for Expense)

美國之訴訟費用擔保制度起源於1944年紐約普通公司法 (New York's General Corporation Law)。紐約普通公司法第627條規定，如提起代表訴訟的股東所持有之公司股份、表決權信託證書 (voting trust certificate) 或受益人利益 (beneficial interest) 所代表的股份於公司所發行任何種類的股份總額所佔比例低於5%，而其市場價值 (market value) 未超過50,000美元者，法院得依據公司之請求，命原告股東提供包含律師費在內之訴訟費用擔保。提供擔保後，如能證明所提供之擔保額並不充分或過多，法院得隨時裁量增減¹⁴⁰。然而，紐約州之持股門檻得尋求其他股東共同起訴之方式與以迴避，故實際上擔保金制度並未發生太大影響力¹⁴¹。

另加州之立法方式，則與上述紐約州之立法方式不同。該州公司法並非以原告股東之持股比例或市場價值作為是否適用訴訟費用擔保制度之標準⁹⁵。依加州公司法§800 (c) - (f) 規定，得要求原告提供訴訟費用擔保之人包括公司、作為被告的董事和職員，且其等如能證明：(1) 代表訴訟之進行對於公司或訴訟費用擔保權人並不存在合理可能性 (reasonable possibility)；或(2) 公司之外之被告並未參與系爭交易行為時，法院得根據其等請求，令原告股東提供訴訟費用擔保。法院對於供擔保之數額有裁量權，但最多不可超過50,000 美元。被告等聲請原告提供擔保，必須在傳票送

¹⁴⁰McKinney's Business Corporation Law § 627.

¹⁴¹前揭註3，頁272。

達後三十日內為之，如有特殊情事可展延至六十日¹⁴²。

惟對於訴訟費用擔保制度得否有效阻止代表訴訟之增加，學說上有強烈之質疑：（1）紐約州修改其公司法後，代表訴訟之案件數，固從一年五十件驟減為一年兩件，但經過二十年期間後，代表訴訟量又趨於增加；（2）提供擔保之規定方式，對於有價值與無價值之訴訟均為相同之處理，並不妥適，因期待法院訴訟之初即分辨有價值與無價值之訴訟，有事實上之困難。再者，要求持股未達一定比例之股東提供擔保，有歧視小股東之嫌；（3）原告股東有各種管道規避訴訟費用擔保制度，例如主張以違反聯邦證券法為由向聯邦法院提起代表訴訟、經閱覽股東名簿後呼籲其他股東加入代表訴訟，或向不要求提供擔保之州提起訴訟等¹⁴³。是以，訴訟費用之擔保實際上可透過其他管道予以規避，無法達成其控制濫訴之目的，又存有相當負面影響。因此，模範商業公司法於1982年修正時即刪除第49條提供擔保之規定，修正後之第7.46條（2）則規定，法院如認代表訴訟之提起或繼續無合理理由或係出於不正當之目的者，法院於終止代表訴訟時，得命原告給付被告任何因訴訟辯護所生之合理費用（包括律師費）¹⁴⁴。ALI 出版之公司治理與建議第7.04（c）亦規定，除了一般民事訴訟制定法或裁判規則之授權外，不得要求提供訴訟費用之保證、擔保協議或其他費用擔保。換言之，原告股東提起代表訴訟時，僅應依一般民事訴訟均適用之規定

¹⁴²West's Ann.Cal.Corp.Code § 800.

¹⁴³前揭註9，頁125。

¹⁴⁴Model Bus. Corp. Act §7.46(2).

負擔擔保義務，不得單就代表訴訟課予特別之費用擔保義務¹⁴⁵。

第七項 小結

就美國實務股東代表訴訟之發展，除非股東能說服法院向董事會先行請求起訴無實益（請求豁免），否則起訴股東則須先行向董事會請求，且董事會針對系爭請求之決議，原則上受經營判斷法則之保護，除非原告能於審查起訴合法程序（Pretrial）時舉證推翻（Rebut）董事會拒絕為不當決定，否則法院將尊重董事會拒絕訴訟之決定，而駁回股東之請求。因此，有論者認為以德拉瓦州為例，因其對股東代表訴訟嚴格的程序要求與遵循特別訴訟委員會意見之情形，造成股東對於違反受任人義務之情形較依賴集團訴訟來請求¹⁴⁶。但據學者觀察，自安隆案起一連串爆發之公司治理弊案後，似乎有所轉變。德拉瓦州之法院以許可不少代表訴訟進入實質審理程序（Trial），此顯示法院對訴訟前階段（Pretrial）適用經營判斷法則已有所限縮¹⁴⁷。然而在美國律師費用係採公司受賠償金額之一定比例作為計算方式之背景下，律師有較大之動機促使股東代表訴訟之提起。且原告之律師在面對被告之財產是否足夠賠償與董監責任保險之問題將有經濟上之壓力，迫使原告律師尋求快速的金錢上和解，而有造成股東代表訴訟濫用之可能，且對公司損害之補償恐無實際利

¹⁴⁵ALI, Prin Corp. Gov. §7.04(c).

¹⁴⁶Kenneth B. Davis, Jr., The Forgotten Derivative Suit, 61 Vand. L. Rev. 387[2008], p 400.

¹⁴⁷See Ann M. Scarleat, Confusion and Unpredictable in shareholder Derivative Litigation: The Delaware Court's Response to Recent Corporate Scandals, 60 FLA. L. Rev. 589, 590-92 (2008) 轉引自前揭註3，頁269。

第五章 我國投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之新制

第一節 我國公司法下股東代表訴訟之規定

按股份有限公司董事與公司之法律關係為委任關係（公司法第 192 條第 4 項），依民法第 544 條規定受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責。另董事為股份有限公司之當然負責人（公司法第 8 條第 1 項），而公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，對公司應負賠償之責（公司法第 23 條第 1 項）。因此，在公司委任董事處理公司業務經營之法律結構下，董事執行其職務，如因故意、過失或逾越權限之行為，致生公司損害者，董事對公司即應負有民事賠償責任。

又依據公司法第 202 條規定「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議之。」

¹⁴⁸See *supra* note 146.

又公司法第 212 條規定「股東會決議對董事提起訴訟時，公司應自決議之日起三十日內提起之」。基此，是否對不法董事提起訴訟請求賠償，除公司之業務執行機關董事會得決議提起外，股東會亦有權決議使公司對董事提起訴訟。惟董事會對於同為董事會成員之不法行為人進行訴追，難免有徇私掩護之情形。又監察人與董事間關係密切，期待由其召集股東會不僅召集程序曠日廢時，且監察人或礙於情面，或與董事朋比為奸，實難期望監察人召集股東會提請公司向董事提起訴訟。又少數股東雖依公司法第 173 條可招集股東會，且依公司法第 172 條之 1 具有股東提案權，然不法之董監事往往對股東會具有控制力，故亦難以期待股東會得依公司法第 212 條決議向董事提起訴訟。因此，政府在立法政策上，於民國 55 年修正公司法部分條文時，仿照美國與日本之立法例，引進股東代表訴訟制度，於公司法第 214 條以下規定特別允許股東得依自己名義，為公司對董事提起之股東代表訴訟。

第一項 股東代表訴訟之起訴資格

我國公司法對股東代表訴訟之起訴資格設有限制，公司法第 214 條第 1 項之規定，代表訴訟之原告須為繼續一年以上持有已發行股份總數 3% 以上之股東。又該條項 3% 之持股門檻可由股東一人或數人滿足之¹⁴⁹。

另依通說見解，股東代表訴訟身為原告之提訴股東係為公司在訴訟上行使公司之權利，故屬於法定訴訟擔當之性

¹⁴⁹劉連煜，現代公司法，2011 年 9 月增訂 7 版，頁 450。

質，原告股東為訴訟擔當人，公司為被擔當人。實體法上之權利義務主體仍為公司與被訴追之董事。此訴權並非「屬人性質之權利」，而係附隨於公司股份，故若股東於提起公司法第214條第一項所定之請求後，轉讓其持有股份，而喪失股東身份，原股東不能提起本項所定股東代表訴訟。然而，附隨於該股份上之訴權，並未因股份之轉讓而消滅，而由受讓人繼受¹⁵⁰。

又我國公司法之股東代表訴訟係屬少數股東權之性質。按少數股東權主要係為了抑制或抵抗大股東專橫，以保護公司利益，特賦予股東（尤其是小股東）之權利，惟因恐股東濫用此等權利，乃要求須持有股份達一定比例，始得行使¹⁵¹。故我國引進股東代表訴訟制度，賦予少數股東代位公司，對不法董事提起訴訟之為公司請求賠償之以制衡公司經營階層權利違反濫權之機制。惟為避免該制度受到濫用，爰對起訴股東設有持股期間及持股門檻之限制。

第二項 起訴之發動要件

公司法第214條第2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。」是股東代表訴訟，係少數股東於監察人未能確實盡其職權時，得以自己之名義，為公司之利益對董事提起訴訟，

¹⁵⁰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，1996年3月，頁761至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，1997年3月，第88至89頁（邱聯恭研討會後補註），轉引自陳梅欽，從比較法觀點看我國「股東代表訴訟」制度，頁66，註96。

¹⁵¹前揭註20，頁232。

以謀求公司甚至股東利益之回復。換言之，依公司法第214條規定，股東須於公司內部機關怠於行使權利之，始得發動代表訴訟。其立法基礎應在於董事責任的追究，本屬於公司權利，故由股東先向公司之代表機關（監察人）（參照公司法第213條規定）行使，待其怠於行使時，股東才可代行此一訴權。亦即提起股東代表訴訟前須先尋求公司內部之補救，以免股東濫行提出代表訴訟¹⁵²。

第三項 預供擔保制度

按我國公司法第214條第2項後段規定：「股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保；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。」此項之立法目的在於防止股東濫行起訴，並提供公司及被訴董事於原告敗訴確定時，得對原告請求損害賠償並就該請求權提供擔保¹⁵³。

第四項 原告敗訴確定時之損害賠償

按公司法第214條第2項後段規定，提起代表訴訟之原告，如因敗訴致公司受有損害，起訴之股東，對於公司應負賠償責任；此外，原告提起股東代表訴訟所依據之事實，如顯屬虛構，於經終局判決確定時，提起此項之股東，對於被訴之董事，因此所生之所害，亦應負賠償之責（公司法第215條第1項）。蓋股東代表訴訟之基本原則，必須在保護小股東

¹⁵²前揭註20，頁451。

¹⁵³柯芳枝，公司法論（下），2011年2月修訂8版，頁289。

權益與防止濫訴兩者間取得平衡點，因此對受損害之一方，必須予以補償，始能平衡股東、公司與被訴董事三者間之權益¹⁵⁴，此亦為防範少數股東利用此種訴訟，作為敲詐公司及董事之手段，且可避免濫訴之發生¹⁵⁵。

第五項 訴訟費用之計算

我國公司法關於股東代表訴訟之訴訟費用並未有明文規定，因此應適用民事訴訟法中關於訴訟費用之規定。依民事訴訟法第77條之13規定，「因財產權而起訴，其訴訟標的之金額或價額在新台幣十萬元以下部分，徵收一千元；逾十萬元至一百萬元部分，每萬元徵收一百元；逾一百萬元至一千萬元部分，每萬元徵收九十元；逾一千萬元至一億元部分，每萬元徵收八十元；逾一億元至十億元部分，每萬元徵收七十元；逾十億元部分，每萬元徵收六十元；其畸零之數不滿萬元者，以萬元計算。」；第77條之14第一項規定：「非因財產權而起訴者，徵收裁判費新台幣三千元。」是以，股東代表訴訟係股東代表公司提起追究董事責任之訴訟，如果認為屬於財產上請求權之訴，則關於裁判費用之計算應依訴訟標的之金額或價額比例計算。惟股東代表訴訟之訴訟標的金額通常相當龐大，依照我國目前裁判費採取依照訴訟標的金額比例計算及預繳制之制度，欲提起股東代表訴訟之股東，面對如此龐大之裁判費將成為起訴之一大負擔¹⁵⁶。

¹⁵⁴孫藝娜，股份有限公司董事對公司之民事賠償責任之研究，東海大學法律研究所碩士論文，2009年，頁77。

¹⁵⁵前揭註24，頁289。

¹⁵⁶前揭註21，頁64-65。

第二節 我國公司法下股東代表訴訟成效不彰之缺失

股東雖可以依公司法代位公司行使權利，對違反董監事提起訴訟，但立法者為避免股東濫行使用代表訴訟之制度，造成公司經營階層為應付訴訟疲於奔命，影響公司經營。甚或利用提起股東代表訴訟，詐害公司或董監事之金錢之「詐害訴訟」出現。故各國皆設有防止小股東濫行提起股東代表訴訟之程序，我國也不例外。我國公司法規定不僅限制符合一定持股期間、持股成數之股東始可提起訴訟外，並於第 214、215 條規定起訴股東於被告要求下即需取提出相當擔保，並於敗訴時負擔賠償責任等負擔，以避免小股東濫行提起股東代表訴訟。因此，我國公司法股東代表訴訟之規定一再受到起訴要件過於嚴格之批評。且小股東起訴之成本及面對敗訴所負擔之風險與其能獲得之利益顯不相符，導致我國公司法下之股東代表訴訟成效不彰，實際案例極少。

第一項 起訴門檻過高

前已言及，我國於民國五十五年公司法修正時仿效日本及美國法制建立股東代表訴訟制度。然而，為避免股東濫行起訴，影響公司經營，現行公司法第 214 條規定除規定股東須以書面向監察人請求起訴，即須先進行內部救濟程序外，另規定起訴股東須達「繼續一年以上」之持股期間且限制須持有已發行股份總數百分之三以上之持股門檻。然而，多數論

者認為我國股東代表訴訟之持股門檻過於嚴格¹⁵⁷。首先，公開發行公司，尤其係上市上櫃公司，在股權分散之情況下，一般小股東要滿足持股百分之三以上之門檻，實有困難。且縱持股門檻可透過單獨或數個股東之合併計算其等持股比例。然而，我國證券市場結構以散戶為主，在實務上小股東如何串連以共同提起訴訟恐有障礙。另依公司法第214條規定，起訴股東於起訴後，其持股比例若因自願性或非自願性之因素，導致持股低於3%¹⁵⁸，甚至完全喪失持股時（例如現金逐出合併），可否續行訴訟，即有爭議¹⁵⁹。故美國ALI即建議，當原告股東喪失其股東地位係因公司行為而非原告同意時，（1）在該原告喪失其股東身分前即已提起代表訴訟；或（2）法院認為該原告較能代表其他股東之利益時，該原告仍能繼續其代表訴訟¹⁶⁰。

又我國設有「繼續持股一年以上」之持股門檻，雖有論者認為繼續一年以上之持股限制是專為防止惡意股東破壞公司經營之不得不設限，但如此之規定恐無法達到有效防止股東惡意提起代表訴訟之實際效益。例如有心人在獲悉董事有不法行為後，伺機成為股東，一旦滿足法定持股期間，即可依規定提起代表訴訟。或有心人士，亦得假借他人股東之名義，達至其目的¹⁶¹。

按美國股東代表訴訟係採「同時擁有股份原則」，即提起

¹⁵⁷前揭註2，頁107-108、前揭註12，頁114，註8、前揭註20，頁450。

¹⁵⁸例如公司增資發行新股、減資、公司合併。

¹⁵⁹前揭註17，頁30。

¹⁶⁰前揭註9，頁112-113。

¹⁶¹前揭註2，頁119-120。

代表訴訟之原告必須在被告從事違法行為時、起訴時，直至訴訟結束時，持續具備公司股東之資格，並無一定之持股期間限制。並且，美國實務上亦有檢討「同時擁有股份原則」對股東代表訴訟限制之聲浪。陸續提出「繼續性違法行為理論」（continuing wrong theory）及「公開理論」（disclosure test），以茲修正¹⁶²。另按，就英國新修正2006年公司法亦規定，不論是不法行為發生前或之後成為股東皆可提起代表訴訟（s.260（4））。且不限於已登載於股東名簿上之股東，包括雖未登記於股東名簿但已受股份之轉讓或依法律之規定以取得股份之人。以避免不法之董事拒絕將受讓股權者登載於股東名簿以規避代為訴訟之追訴。從而，我國有論者即認為應放寬起訴股東持股期間之限制，以緩和現行法之起訴障礙¹⁶³。

第二項 欠缺提起代表訴訟之實質誘因

第一款 原告於被告要求下須提供擔保金

我國第 215 條規定只要被告聲請法院即得命原告股東提出擔保¹⁶⁴。是我國股東代表訴訟預供擔保之制度設計過於草率與簡略，未課予被告任何釋明義務及豁免原告得免供擔保之規定。按美國多數州如德拉瓦州並無擔保制度，且規定有擔保制度之紐約州亦有條件限制，且擔保範圍僅限於訴訟費用之擔保¹⁶⁵。再者，日本 2005 年修正之公司法

¹⁶²詳參第四章第三節第一項。

¹⁶³前揭註 20，頁 453。

¹⁶⁴學者有認為原告提供之擔保除為公司損害賠償之用，亦應包括被告董事因被訴可能受之損害，前揭註 12，頁 152。

¹⁶⁵參第四章第三節第五項。

規定，被告須釋明原告係惡意起訴，法院始得命原告提供擔保（日本商法第 847 條第 7 項、第 8 項）。因此，國內學者認為現行擔保金制度過於寬鬆，將造成起訴股東過大之負擔而降低起訴之意願，故建議將該條項修正為「法院因被告之聲請及釋明原告之起訴係為不當之目的者，得命起訴之股東，提供相當之擔保」¹⁶⁶，以降低小股東提起代表訴訟之負擔。

第二款 原告股東敗訴確定時之損害賠償責任

依現行法規定（公司法第 214、215 條）起訴股東於敗訴時，須對公司及被告因訴訟致生之損害負賠償責任。且原告股東對公司所費之賠償責任未如對董事之賠償責任以「訴訟所依據之事實是否顯屬虛構」為要件，造成一旦敗訴而致公司受有損害，即應負起過失責任。如此嚴格之賠償責任將大大降低股東提起代表訴訟之意願。是以，有學者建議增訂公司法第 215 條第 3 項「終局判決確定敗訴之股東，如非起訴係為不當目的者，對公司及董事不負損害賠償責任」，且其亦認為原告股東須對董事及公司負賠償責任係屬例外情事，法院當應嚴格審查，以避免股東因恐懼鉅額之賠償責任而不願提起股東代表訴訟¹⁶⁷。

第三款 訴訟費用係以財產權之訴訟標的價額計算

按我國公司法就股東代表訴訟並未對裁判費之繳納有

¹⁶⁶前揭註 20，頁 454。

¹⁶⁷前揭註 20，頁 455。

特別除外之規定。故我國股東代表訴訟即須回歸民事訴訟法之規定（第 77 條之 13），依訴訟標的金額之大小，增收百分之一至百分之零點六不等之裁判費。依照我國目前裁判費採取預繳制之制度，且代表訴訟之標的金額往往相當龐大，欲提起股東代表訴訟之股東，如此鉅額之裁判費將成為起訴之一大負擔。故建議參考日本 2005 年修正之公司法第 847 條第 6 項規定，將代表訴訟之標的明定為非財產權性質，其訴訟費用即適用民事訴訟法第 77 條之 14 之規定，僅須課徵新台幣三千元整即可。

第三項 我國公司法第 214 條實際案例介紹

我國公司法雖於 58 年引進股東代表訴訟，惟為避免小股東濫用代表訴訟之制度影響公司經營，故公司法即設有相關起訴門檻及其他避免濫行起訴之規定。然而，我國家族企業色彩濃厚，股票市場之結構多以散戶為主。又公司董監事違法濫權之行為通常涉及公司經營業務，不僅手法複雜，侵占、掏空造成公司損害之金額亦相對龐大。且提起訴訟所需之證據資料往往由公司經營階層掌握，故一般小股東已難具備相當資力及相關資訊與專業能力得針對公司違法不當之董監事提起代表訴訟。何況我國公司法下之股東代表訴訟起訴門檻過於嚴格，一般小股東難以滿足。又小股東透過代表訴訟可獲得之間接利益，遠遠小於其所需負擔之訴訟費用及敗訴時必須面對之損害賠償風險。是以，我國公司法之相關規定，欠缺使小股東願意提起股東代表訴訟之誘因，造成我國現存

依公司法提起之股東代表訴訟案例極少。

關於我國公司法上第 214 條之實務案例，可參考士林地方法院 96 年度訴字第 1320 號民事判決。該案之原告係繼續一年以上，持有已發行股份百分之三以上之股東，依公司法第 214 條提起股東代表訴訟¹⁶⁸。惟該判決最後係以被告即原告所屬公司之董事長，實體法上未違反注意義務，判決原告股東敗訴。

另按台中地院 98 年度重訴字第 144 號民事判決¹⁶⁹，雖該案係由繼續一年以上，持有已發行股份百分之三以上之股東依公司法第 214 條請求監察人為公司起訴。然而，公司監察人於股東請求下即為公司對董事提起訴訟，故非真正之代表訴訟。又該案例最後非以公司董事違反公司法第 23 條之善良管理人注意義務或忠實義務判決不法董事賠償，而係以認為公司對董事有不當得利返回請求權，因而判決被告董事須返回自公司獲得之不當得利予公司。

另就股東代表訴訟執行保全程序之案例，可參台灣高等法院 98 年度抗字第 104 號民事裁定。法院認定原告為符合公司法第 214 條第 1 項起訴門檻之股東，故得依公司法第 214 條第 2 項之規定，代位公司保全強制執行，嗣再代位公司依民法侵權行為等提起損害賠償訴訟，故駁回被告之抗告。

¹⁶⁸該判決另對原告是否須依被告請求提供擔保之問題表示意見，該判決認為原告起訴事實非顯屬虛構，故不需依被告請求提供擔保，依法律解釋減免股東之起訴負擔。

¹⁶⁹該案事實係被告即原告所屬公司之董事長，未經董事會授權，以公司名義資產購買高爾夫球證供己所用、違法受領退職金及溢領董事報酬三大大事實。就違法購買高爾夫球證部分，雖被告主張相關會計帳冊已記載係徵高爾夫球證之採購金額，且相關表冊已經前一年度之股東會決議承認。惟該法院認為股東會依公司法第 232 條解除董監責任之範圍，應限於向股東常會提出之會計表冊所掲載事項或自此等表冊得知悉之事項。且縱經股東常會承認之會計表冊有明確掲載上開事項，其法律效果亦僅係解除董事之經營責任，並非表示公司放棄其他法律關係之請求權。是以，法院最後就系爭事實判決被告須返還不當得利予原告。

由前述三個實務案例可知，實際上提起代表訴訟之股東，大多係持有公司一定比例之股票之股東，始有能力提起訴訟。又雖然原告股東亦得代位公司行使保全程序，惟仍須就高額之請求標的與一般之民事財產訴訟相同，須提供一定之擔保。是以，一般之小股東難以有能力負擔如此龐大之訴訟成本。因此，我國於 98 年修正投資人保護法增訂第 10 條之 1 使投保中心不受公司法第 214 條限制，便利投保中心提起股東代表訴訟之前，實務上依公司法提起股東代表訴訟之案例極少，成效的確不彰。

第三節 投資人保護法第 10 條之 1 針對代表訴訟之改革

第一項 緒論

立法者於 98 年 8 月 1 日增定投資人保護法第 10 條之 1，使投保中心不受公司法第 214 條持股期間及持股成數之規定即可提起股東代表訴訟，藉此改革我國公司法下股東代表訴訟之缺陷，並透過具公益性質之投保中心克復起訴誘因過低之問題，提高股東代表訴訟之效率。

然而，投資人保護法第 10 條之 1 僅係免除投保中心不受公司法第 214 條起訴要件之限制，其他規定是否仍須回歸公司法相關規定，即生爭議。且投資保護法於 98 年增訂第 10 條之 1 後，該規定是否適用於 98 年增訂前發生之不法事實，於實務上存有爭議。又投資人保護法第 10 條之 1 增訂後是否即已完全改善我國相關股東代表訴訟制度之缺失，並得充分發揮股東代表訴訟之功能，存有相當大之疑慮，本文將

於第六章進行詳細討論。又股東代表訴訟，作為維護股東權益之手段之一。故投保中心依投資人保護法提起之股東代表訴訟與其證券團體訴訟制度，作用是否重疊及是否存有衝突，亦為第六章欲討論之爭議之一。

第一款 投資人保護中心之介紹

我國於 91 年 7 月施行投資人保護法，依該法規定主管機關應指定證券及期貨市場相關機構，由其捐助一定之財產，設立財團法人性質的保護機構(投資人保護法第 7 條)。該保護機構係專責處理證券投資人及期貨交易人與發行人、證券商、證券服務事業、期貨業、交易所、櫃檯買賣中心、結算機構或其他利害關係人間，因有價證券之募集、發行、買賣或期貨交易及其他相關事宜所生民事爭議之處理程序。依據該法，「投資人保護中心」於 92 年成立，負責統籌執行證券投資人及期貨交易人之保護事宜。其業務內容除為提供相關證券或期貨之法令諮詢，並於證券商或期貨商因財務困難無法償付時，其所屬之保護基金可對投資人進行償付外，保護中心對於投資人對因買賣證券或期貨發生之民事爭議，設有申訴管道，可透過中心設立之調處委員會進行調處，另亦可為投資人提起團體訴訟或仲裁進行求償。

保護中心亦有負責推動公司治理之任務，監督上、市櫃公司之日常財務、業務狀況以維護股東權益，例如就公司私募業務、大額背書保證、歸入權之執行及董監事酬勞

等若發生異常之情形不僅透過發函詢問、移送相關單位外，亦利用參加股東會之方式，向公司經營階層提出改進建議，以促使公司加強公司治理，維持正常運作。

又投保中心業務運作不僅須定期向主管機關報備，受其監督，主管機關之專案監管案件，亦常透過投保中心進行相關之處置。從而，投資人保護中心，名義上雖為民法上之財團法人，然其董、監事之選派極具官方色彩。依投資人保護中心之捐助章程，其目的事業主管機關為行政院金融監督管理委員會（下稱金管會），相關董監事之派任係由金管會主導¹⁷⁰。且其業務內容亦受金管會下之證券期貨局監督指揮。另投資人保護中心之保護基金來源亦係依法強制提撥，與民間自行捐助設立之財團法人顯有不同。因此，有論者認為投資人保護中心雖係公益性質之財團法人，然其人事、業務具有相當強烈之官方色彩，故某程度代替了金管會遂行金融監理之行政上任務，是以與其將投資人保護中心之行為論為單純之私經濟行為，毋寧認為其應屬具有濃厚官方色彩之非營利組織¹⁷¹。

第二款 投資人保護法第 10 條之 1 之立法目的

雖現行公司法第 214 條已賦予小股東可提起股東代表訴訟之權利，對公司董事或監察人具有一定監督之功能。惟參考日本 2005 年修正公司法第 847 條及英美法制就股東

¹⁷⁰參投資人保護法第 11 條、第 15 條規定。

¹⁷¹王文字、張冀明，非營利組織主導的證券團體訴訟—論投資人保護中心，月旦民商法雜誌，第 15 期，2007 年 3 月，頁 16。

代位訴訟權並無持股比例之限制。我國股東代表訴訟之持股門檻及程序要件之規定相較前揭外國法制規定過於嚴格。為加強公司治理機制，外界建議保護機構應該為維護股東權益，對於公司經營階層背信掏空或董事、監察人違反善良管理人注意義務等情事，進行相關措施，以保障股東權益。故投資人保護法於 98 年 5 月修正增訂第 10 條之 1 之規定，就具公益色彩之保護機構辦理第 10 條之 1 第 1 項之業務。於發現有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得不受公司法相關規定限制，而有提起代表訴訟之權。以達充分督促公司管理階層善盡忠實義務，保護證券投資人權益之目的¹⁷²。有論者認為投資人保護法第 10 條之 1 免除投保中心不受公司法第 214 條持股門檻之限制，即係透過投保中心之介入，以解決公司股東集體決策與行動之困難。且透過便利投保中心提起股東代表訴訟，可緩和以往股東提起代表訴訟誘因不足之問題¹⁷³。換言之，我國公司法下之股東代表訴訟，提訴股東縱獲得勝訴判決，公司損害獲得填補之利益，係間接由全體股東均霑。且公司法並無補償起訴股東訴訟費用或律師費用之制度。故投資人保護法透過保護機構提起股東代表訴訟之機制，即可使用其業務經費等相關公共資源，進行股東代表訴訟。另投保中心亦可利用投資人保護法第 17 條，向發行人、證券相關機構調閱資料，甚至向法院調取刑事起訴書或判

¹⁷²參 98 年 5 月 18 日修正公布之投資人保護法第 10 條之 1 立法理由。

¹⁷³前揭註 5，頁 177。

決書，以解決股東代表訴訟相關訴訟資料偏在而資訊不足之問題。

第三款 投資人保護法下股東代表訴訟之主要功能

股東代表訴訟之功能股東代表訴訟之功能包涵填補公司之損害，間接維護少數股東之權益，另達到懲戒不法董監事，以達強化公司監控之目的。然而，依投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項增訂理由可知，立法者較偏向透過具公益性之投資人保護中心提起代表訴訟，發揮代表訴訟促進公司治理之功能，使公司經營正常化，進而維護證券市場秩序，達到保護證券投資人權益之目的。申言之，投資人保護法第 10 條之 1 之規定使投保中心不受公司法第 214 條之起訴門檻及持股期間之限制，即得提起股東代表訴訟，故有論者認為投資人保護法第 10 條之 1 賦予投保中心可單獨起訴之權利，係屬一種單獨股東權¹⁷⁴。惟投保中心基於公益之設立目的，其提起代表訴訟背後動機係為保護投資人權益及維護證券市場秩序。非如同一般股東係為維護自身持股之經濟利益。且依投資人保護法第 10 條之 1 規定，投保中心限於發現「上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項」始得依該條提起股東代表訴訟。由前述法條文字可知，

¹⁷⁴按投保中心依其捐助章程第 10 條規定，可運用保護基金購買上市、上櫃公司不超過一千股之股票，而成為上市、上櫃之股東。立法者為何僅賦予投保中心等保護機構有此權限？其故在於考量投保中心公益之角色及投保中心有董事會等內部組織加以管制，不至於發生浮濫起訴之情形。劉連煜，投保中心對董監事提起解任之訴的性質，法令月刊，2012 年 4 月，頁 518。

依投資人保護法發動股東代表訴訟之前提，須公司因董事、監察人之侵權行為或違反法令或章程之不法行為而受有「重大損害」或發生之「違反法令或章程之重大事項」，即屬須重大違反注意義務及忠實義務之情形¹⁷⁵，其起訴範圍與公司法第 214 條之範圍相比較為限縮。另系爭股東代表訴訟之起訴對象限於公司之董事、監察人，而不及於公司外之第三人。基此，投資人保護法下之股東代表訴訟與公司法下一般代表訴訟比較，非限於公司損害之填補，更傾向於監控公司經營階層之公司治理目的，以維護證券投資人之權益及證券市場秩序為主。然有論者認為，探究股東代表訴訟之本質，終究係代位公司之訴權，即實體法上仍係以營利為目的之公司法人為權利主體，應屬依法所得提起之私人利益訴訟，投保中心提起之股東代表訴訟應未改變「私人利益訴訟」之本質，何來以公益之名代位公司起訴¹⁷⁶。投資人保護法第 10 條之 1 僅規定不受公司法第 214 條之規定，未改變原來代位公司起訴之本質。是投資人保護法下之股東代表訴訟不應脫離維護公司整體利益，進而保護公司全體股東等利害關係人權益之功能。

綜上，探究投資人保護法下股東代表訴訟增定目的，立法者似為平衡填補公司損害，維護股東利益與抑制股東代表訴訟濫行提起兩者間之衝突，而透過投資人保護法之增修，賦予保護機構單獨提起股東代表訴訟之權利。換言

¹⁷⁵投保中心之起訴範圍可參財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心辦理證券投資人及期貨交易人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法第 3 條、第 5 條規定。詳後述第二節第二項之討論。

¹⁷⁶前揭註 19，頁 17-18。

之，立法者擔心全面免除股東代表訴訟之起訴門檻，可能會造成小股東濫行起訴之問題，故特別增修投資人保護法，希望透過具公益性質之保護機構，代替小股東提起代表訴訟，以防止股東惡意提起代表訴訟。又投保中心依投資人保護法提起之代表訴訟，其起訴原因有所限縮。探究其原因，可能係考量保護機構雖依法持有上市、上櫃公司之股票，惟本質上並非基於公司內部構成員即股東之身分。換言之，投保中心提起股東代表訴訟之目的並非基於自身經濟利益之考量，而係為維護證券投資人利益及證券市場發展之公益目的，故為符合投保中心提起代表訴訟之公益性質，將投保中心之起訴範圍限於董事或監察人之重大損害行為。蓋因上市、上櫃公司股權分散，股東人數眾多，若公司董監事違反受任人義務發生掏空公司等重大不法行為，其影響之人數及層面極廣。且按每當公司發生重大弊案，相關消息一揭露股價通常大幅下跌，投資人身為公司股東，不僅本身股東權益因公司受害間接受有減損，亦因股價下跌，另受有交易價值之損失。另按，若受害公司為權值股或大型金融機構，亦會影響整個證券市場秩序甚或引發系統性風險。惟投保中心挾有一定之行政資源，若投保中心提起之代表訴訟，無控管機制將使公司董事或監察人負擔過大之風險，而造成其執行業務更加保守而不願冒險，實對公司長遠營運發展有不利之影響。是以，故投資人保護法增訂第 10 條之 1，藉由具有公益性質之投保中心，在主管機關之監理下，於投資人保護法限制之範圍內

對公司之不法董事或監察人提起代表訴訟，以追求小股東權益之維護與公司經營利益與董事、監察人負擔責任三者間最大平衡。

第二項 投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之制度介紹

第一款 投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之訴訟流程

第一目 投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之起訴程序

按投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款規定，保護機構於發現上市或上櫃公司之董事或監察人¹⁷⁷執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項時，若以書面請求公司之監察人為公司對董事提起訴訟，或請求公司之董事會為公司對監察人提起訴訟。而監察人或董事會自保護機構請求之日起 30 內不提起訴訟，保護機構得為公司提起訴訟，不受公司法第 214 條及第 227 條準用第 214 條之限制。

然而，投保中心如何發現上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項。實務上投保中心大部分係由證期局所移送經檢察官提起公訴之刑事案件或專案監理事件，作

¹⁷⁷非董監事之不法行為人是否列為股東代表訴訟之被告？依投保中心之內規，原則上係不列為代表訴訟之被告。惟如屬法人董監事之代表人者例外列入被告範圍。該法人董監事之代表人，因其係實際執行董監事職務之人。故依公司法第 23 條第 2 項、民法第 28 條應與該法人共負連帶賠償責任。

為評估公司董事或監察人是否有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項而須提起股東代表訴訟之基礎。通常投保中心在辦理證券團體訴訟如財報不實、內線交易、操縱股價等案件之評估時，亦會一併評估公司是否有因不法行為而受有損害，符合投資人保護法股東代表訴訟之起訴標準。

又投保中心內部作成相關案件之評估報告後，將提交該中心之董事會進行決議，若該董事會決議通過須向不法之董事、監察人提起股東代表訴訟進行求償。投保中心即遂行投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款之程序，以公司股東之身分寄發存證信函，向公司之監察人、審計委員會或董事會提出起訴請求。若公司之監察人、審計委員會或董事會對投保中心之請求於 30 日內不為起訴，投保中心即不受公司法第 214 條之限制，可依相關規定提起股東代表訴訟。

另為便利投保中心提起股東代表訴訟，發揮充分督促公司管理階層善盡忠實義務，保護證券投資人權益之目的。投保中心依投資人保護法所提起之股東代表訴訟，亦準用投資人保護法第 34 條至第 36 條有關團體訴訟之較優惠之訴訟程序規定¹⁷⁸。申言之，股東代表訴訟相關之保全程序及假執行之程序，法院得就投保中心之聲請為免供擔保之裁定。且股東代表訴訟之裁判費若超過新台幣三千萬元以上者，超過部分投保中心得暫免予

¹⁷⁸投資人保護法第 10 條之 1 第 3 項。

繳納或於敗訴時免予徵收。

第二目 投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之起訴方式

投保中心提起股東代表訴訟之方式，基於節省訴訟費用之負擔，並考量代表訴訟主張之認定頗倚賴刑事程序之認定，係以附帶民事訴訟為辦理之原則。且投保中心可基於刑事附帶民事訴訟原告之地位，聲請調閱刑事卷證，以獲得更充足之訴訟資料進行股東代表訴訟。然而，目前投保中心仍有以獨立民事訴訟方式提起股東代表訴訟之實際案例。蓋該案被訴董事所涉之不法行為，並未經刑事之追訴。而係由主管機關列為專案查核案件，發現涉有不法而移送投保中心。嗣後經該中心評估存有提起股東代表訴訟之必要，而以獨立民事訴訟之方式提起之。雖該案之訴訟標的高達七億，惟因投資人保護法第 10 條之 1 第 3 項準用該法第 35 條，故超過三千萬以上之裁判法得暫予免繳。是以，投保中心提起股東代表訴訟之方式，仍係依據個案事實，進行不同之選擇。

第二款 投資人保護法防止濫行提起股東代表訴訟之機制

公司法第 214 條所規定之股東代表訴訟，設有持股期間及持股成數之起訴門檻，究其原因係為避免股東濫行提起訴訟，干擾公司正常經營，遂行敲詐公司及董監事之不當目的。然而，前以言及，投保中心係屬公益性質之財團

法人，且其人事、業務皆受主管機關之監督。故投保中心應較無進行惡意敲詐訴訟之可能。是以，投資人保護法第 10 條之 1 特別規定投保中心不受公司法第 214 條之限制，不須滿足持股成數及持股門檻即得單獨提起股東代表訴訟。

然而，股東代表訴訟有其本質上之缺陷，即面對股東代表訴訟，被訴之董監事須花相當之時間、精力進行防禦，進而無法專注於公司經營，進而可能導致公司之耗損。又股東若能輕易指責董監事之行為違法不當，將導致公司經營階層為相關決策時採取較低風險之行為，可能導致錯過為公司及股東創造最大利益之機會¹⁷⁹。且公司主要負責人若遭起訴求償，往往會影響公司股價，反而可能造成股東持股價值之減損。故投保中心所提起之股東代表訴訟，亦應有相關控管機制，以降低股東代表訴訟所帶來之負面風險。

從而，與公司法第 214 條規定「得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟」之文字相較下¹⁸⁰，投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款之規定將該法股東代表訴訟之起訴原因限於保護機構於發現「上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程

¹⁷⁹前揭註 5，頁 161。

¹⁸⁰單從條文之文義觀之，我國公司法第 214 條似乎凡公司對董事得行使之請求權均可成為股東代表訴訟之起訴範圍。依據相關立法過程資料，1965 年修正公司法時，在審查會討論階段，行政院版本原將公司法下之股東代表訴訟起訴範圍限於「得對董事對公司賠償損害之訴訟」，惟有立法委員認為公司法第 214 條之起訴範圍，僅限於損害賠償之訴範圍過小。所有董事依公司法對公司應負義務之違反皆應包括在內，故決議維持原條文之規定。立法院公報，第 54 卷第 35 期 18 冊，1965 年，頁 51-52。

之重大事項」，已限縮該法可得追溯之董監責任範圍。又投保中心亦制訂「財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心辦理證券投資人及期貨交易人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法」（下稱投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法）及相關細則，進一步透過列舉董監事不法行為態樣，並設定經檢察官起訴、造成公司重大損害、基於公益等起訴條件，以限縮投資人保護法下代表訴訟之適用範圍。

第一目 投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法第3條第1款至第4款

投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法第3條第1款至第4款將起訴原因限於董監事之「特定行為」，「足認公司受有重大損害者」或「違反法令或章程之重大事項」，並經檢察官起訴者¹⁸¹。由前述規定可知，投資人保護法相關細則所規定投保中心提起股東代表訴訟之原因係以上市、上櫃公司之董事或監察人有違反證交法有關財報不實、內線交易、操縱股價及期交法相關規

¹⁸¹投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法第3條第1款至第4款之規定：「本中心就上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務有下列情形之一者，得依本法第十條之一規定辦理：一、依檢察官起訴之犯罪事實，違反證券交易法第二十條第一項、第二項、第一百五十五條第一項、第二項、第一百五十七條之一第一項、期貨交易法第一百零六條、第一百零七條或第一百零八條第一項之規定，足認公司受有重大損害者。二、依檢察官起訴之犯罪事實，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害者。三、依檢察官起訴之犯罪事實，意圖為自己或第三人利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，足認公司受有重大損害者。四、依檢察官起訴之犯罪事實，違反法令、章程或逾越董事會授權之範圍，將公司資金貸與他人、或為他人以公司資產提供擔保、保證或為票據之背書，致公司遭受重大損害者。」

定之不法行為，或使公司為不利益之交易，且不合營業常規、有背信或侵占公司資產之行為，甚至違反法令、章程、逾越董事會授權，將公司資金貸與他人及其他背書、保證之行為。且前述董監事之不法行為皆須以造成「公司重大損害」並經「檢察官起訴」為前提。故投資人保護法下之股東代表訴訟得追溯之董監責任範圍，並非就將公司對董事、監察人得行使之所有請求權皆納入起訴範圍，而有所限縮。

然而，為何「投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法」第3條第1至4款係以經檢察官起訴為提起股東代表訴訟之原則？蓋投保中心雖依投資人保護法第17條有向發行人、證券商等相關機構調取文件之權力，惟被請求者若拒絕提出，投保中心仍須透過主管機關出面協調。故投保中心畢竟非如同檢察官具有強制處分權等司法權得調查、收集相關資訊，可作為起訴之基礎。故投保中心大都以刑事之起訴書作為其提起股東代表訴訟之起訴事實及相關證據資料。此等依據檢察官刑事起訴結果作為股東代表訴訟起訴與否之評估標準，即為控制投保中心濫行提起股東代表訴訟之機制之一。

另按，何謂「投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法」第3條所指「足認公司受有重大損害者」？依「投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法」第4條第1至第4款即定有認定標準：「有下列情形之一者，本中心得不提起本法第十條之一第一項第一款所定之訴訟：

二、該事件所造成公司之損害在新台幣五百萬元以下者。三、該事件所造成公司之損害未達公司最近年度決算營業收入淨額百分之一者。四、該事件所造成公司之損害未達公司實收資本額百分之五者。」是以，公司董監事之不法行為，是否足認造成公司重大損害，而得由投保中心依投資人保護法提起代表訴訟，即須經過「投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法」第 4 條第 1 至第 4 款規定之檢視，避免投保中心提起無益之代表訴訟。

第二目 投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法第

3 條第 5 款

另按投資人保護法第 10 條之 1 訴訟事件處理辦法第 5 款之規定¹⁸²，係針對由投保中心自行收集資料或由相關單位移送惟未經檢察官起訴之案件提起股東代表訴訟。該處理辦法規定未經檢察官起訴之案件，須符合足認公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，基於公益目的，而有提起訴訟之必要，始得由投保中心自行提起。

又該條款規定之「基於公益目的，有提起訴訟之必要者」其定義為何？依投保中心內部作業標準認為「得以

¹⁸²投資人保護法第 10 條之 1 訴訟事件處理辦法第 3 條第 5 款「依主管機關、相關單位提供或由本中心自行蒐集之事證資料，足認公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，基於公益目的，有提起訴訟之必要者。」

公司董事或監察人執行業務之行為，是否有「影響證券市場之秩序」作為判斷標準，並以下列所舉之情事作為參考認定之基礎：(一) 該案為主管機關、證券交易所或證券櫃檯買賣中心函送本中心認有影響證券市場秩序之案件。(二) 該案為社會大眾矚目之案件，有影響公司股東權益或損及投資大眾對證券市場之信賴者。」¹⁸³。就投保中心內部作業標準之規定及制訂理由，似排除董事或監察人執行業務之行為發生違反法令或章程之重大事項，卻未造成公司重大損害之情形。究其原因，似因相關案件未經過刑事偵查程序，違法事實尚未明確，故限縮投保中心自行調查，收集資料，逕行提起股東代表訴訟之權利，以控制投保中心濫訴之風險。

第三目 起訴原因需符合公益目的

按「投資人保護法第 10 條之 1 訴訟事件處理辦法」於第 4 條第 5 款訂有概括條款。依該條第 5 款規定，若該案件整體評估由投保中心提起股東代表訴訟，顯不符公益者，即可不提起系爭股東代表訴訟。惟系爭處理辦法第 4 條第 5 款規定「顯不符公益者」之判斷標準為何，

¹⁸³其訂定之理由係基於：代表訴訟提起之前提，係以公司有遭受到重大損害時，才有提起該訴訟之實益。又考量本中心為具有公益性質之財團法人，當本中心得由其他事證資料認定公司董事或監察人執行業務之行為，有致公司遭受重大損害時，由本中心提起代表訴訟，不僅得替公司全體股東主張權益，亦可於一定程度上避免公司董事或監察人利用現行公司法制有關代表訴訟提起困難之缺失，無視股東權益之救濟進而破壞證券市場秩序之情形，故於第二點第二項特別針對「基於公益目的」之要件，擬以有無「影響證券市場之秩序」作為判斷標準。依前述制訂理由，似排除董事或監察人之執行業務行為違反法令或章程之重大事項，而未造成公司重大損害之情形。

目前投保中心並無內規予以定義，亦無以該條款進行簽結不予起訴之實際案例。探究其原因，移送投保中心進行股東代表訴訟之案件，大都經檢察官起訴或由主管機關專案移送，故難認顯不符合公益。

然而，經檢察官大都係以被訴之公司董監事違反相關規定，須負擔刑事責任而提起公訴。惟公司現今是否仍存有損害、損害範圍為何？是否具重大性？皆非刑事訴追之重點？是以，基於股東代表訴訟之民事損害賠償訴訟之本質，及股東代表訴訟係以填補公司損害及維護股東權益為基礎發展形成之制度。故股東代表訴訟獲得勝訴所能帶給公司之利益與該訴訟帶給公司之負面影響是否平衡而符合公司整體最佳利益，似應納入起訴與否之考量¹⁸⁴。然而，可否以「顯不符合公益」之裁量標準作為投保中心提起代表訴訟之基礎，將遇到維護公司利益與維護公益之內涵是否一致之爭議。換言之，是否可基於符合公司最佳利益為基礎而認為已滿足公司整體股東利益，進而認為投保中心提起代表訴訟已不符合所謂「公益」目的。此即為投保中心基於公益之設立目的透過代表訴訟強化公司治理甚至公司監理功能與股東代表訴訟為公司利益填補所受損害之本質，必然產生之爭議與矛盾。

¹⁸⁴參第六章第四節第一項。

第三項 投資人保護法之代表訴訟適用公司法之爭議

按投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款之條文僅規定投保中心於發現上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項時，「得不受公司法第 214 條之限制」提起股東代表訴訟。然而，何謂「不受公司法第 214 條之限制」？按公司法第 214 條除第 1 項規定起訴股東須符合一定之持股期間與持股門檻外，第 2 項亦明文規定，法院因被告之申請，得命起訴之股東提供擔保。且起訴股東如因敗訴，致公司受有損害，起訴之股東，對公司須負賠償之責。從而，投資人保護法之特別規定是否完全排除公司法第 214 條所有之規定？並無法從該條之增訂理由中確定。況且，投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款並未明文排除公司法第 215 條對被訴董事之賠償責任規定。有論者認為依一般解釋，該規定排除適用之範圍應不包括起訴股東提供擔保與公司及被告董監事之損害賠償請求權¹⁸⁵。是以，投保中心依投資人保護法所提起之股東代表訴訟未特別規定之部分，是否回歸適用公司法下股東代表訴訟之規定，須就其提起之股東代表訴訟，適用訴訟擔保之制度與敗訴時是否對公司即被訴之董、監事負擔損害賠償責任，即生爭議。

第一款 投保中心提起代表訴訟是否需預供擔保

基於公司法第 214 條規定法院於被告請求下，得命原告股東提出擔保之目的，係為避免濫行起訴並提供公司及

¹⁸⁵劉連煜，投保中心提起解任董監事及代表訴訟之新規範，月旦法學教室，2009 年 10 月，頁 23，註 2。

被訴董事於原告敗訴時請求損害之擔保¹⁸⁶。故有論者認為從投資人保護法第 10 條之 1 之文義以及立法過程觀之，法院應仍得斟酌個案情形命保護機構提供相當之擔保¹⁸⁷。

前已言及，投資人保護法及相關細則及投保中心之內部規範，已規定層層關卡避免投保中心濫訴。似無再透過訴訟擔保之制度，增加投保中心之起訴負擔。且按，投資人保護法之法規體系觀之，投資人保護法第 10 條之 1 第 3 項既規定投保中心依該法所提起之股東代表訴訟於保全程序得適用該法第 34 條免供擔保之規定，依相同之理由，其所提起之股東代表訴訟亦應得免除公司法第 214 條訴訟擔保之規定，蓋依該法第 34 條之立法理由認為投保中心具有相當之公益性，且鑒於團體訴訟所得求償之金額相當鉅大，若依實務上保全程序須繳納訴訟標的三分之一之擔保金，恐仍為相當大之數額，將來聲請領回擔保金，尚須相當時日，恐造成保護基金運作上之困難。爰於第 34 條第 2 項明定，法院於保護機構已釋明請求及保全程序之原因後，得為免供擔保之裁定。是股東代表訴訟之訴訟標的往往相當龐大，若依一般法院實務提供訴訟標的金額三分之一以上之擔保金，將對投保中心之保護基金造成相當大之負擔，亦與投資人保護法第 10 條之 1 第 3 項之立法目的不一致。另有相關實務判決認為，基於代表訴訟原告起訴所主張之事實，尚非顯屬虛構，即不符合公司法第 215 條第 1 項所定應對被告負損害賠償責任之要件，且被告復未能

¹⁸⁶前揭註 3，頁 288。另參士林地方法院 96 年度第 1320 號民事判決。

¹⁸⁷前揭註，頁 23。

具體指明公司因本件訴訟受有何損害，故無命原告預供擔保之必要¹⁸⁸。故基於投保中心之公益性及公共資源之有限性，投資人保護法下之股東代表訴訟，應參酌該條第 3 項之規定，得享有免供擔保之優遇規定。且法院於裁定是否命投保中心提供擔保時，應嚴格審酌投保中心提起訴訟是否基於不當目的起訴，僅於被告或公司將發生相當損害之可能下，始得例外裁定投保中心須提供擔保。

第二款 投保中心敗訴確定時，是否需負擔損害賠償責任

投資人保護法第 10 條之 1 是否排除公司法第 214 條、第 215 條於原告敗訴時須對公司及被訴之董事負賠償責任之規定，存有爭議。按「敗訴」與否攸關舉證之能力、法官心證等等難以控制之因素。故若需回歸適用公司法第 214 條、第 215 條之規定，投保中心就「敗訴」結果須對公司及董事負賠償之責，恐造成投保中心寒蟬效應，亦架空投資人保護法增訂第 10 條之 1 之目的。是以，建議未來明文規定，於被告證明投保中心係出於不當目的提起訴訟時，投保中心始負擔損害賠償責任。

第四項 投資人保護法第 10 條之 1 有無法律不溯及既往原則之適用

投保中心依據於 98 年 5 月 20 日公布增訂，同年 8 月 1 日施行之投資人保護法第 10 條之 1，可直接對上市或上櫃公

¹⁸⁸ 士林地方法院 96 年度訴字第 1320 號民事判決。

司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得於監察人或董事會自保護機構請求之日起三十日內不提起訴訟時，為公司提起訴訟，不受公司法第 214 條及第 227 條準用第 214 條之限制。然而，投保中心於實務上進行訴訟時，代表訴訟之對造常引用東森國際裁判解任一案之歷審判決¹⁸⁹主張投資人保護法第 10 條之 1 規定適用法律不溯及既往原則，應排除該法施行前所發生之不法事實。其抗辯理由略為：投資人保護法第 10 條之 1 已涉及變更實體法上權利義務主體。且該規定須判斷公司董事或監察人執行業務有無重大損害公司之行為或有無違反法令或章程之重大事項，已涉及實體問題。因此投資人保護法第 10 條之 1 施行前，董事或監察人無法預見其不法行為將於日後遭訴請負擔損害賠償責任，故為保護被告之信賴利益，投資人保護法第 10 條之 1 既未有得溯及既往之明文，即不得對 98 年 8 月 1 日實施前已發生之事件訴請損害賠償云云¹⁹⁰。是投資人保護法第 10 條之 1 有無適用上市、櫃之董事、監察人於 98 年 8 月 1 日施行前所發生之不法事實，即生爭議。

然而，由投資人保護法之法條規定、立法目的，股東代

¹⁸⁹東森國際裁判解任訴訟一案，首先台北地院以 99 年度訴字第 4604 號民事裁定駁回投保中心之起訴，投保中心不服，上訴二審；經台灣高等法院以 100 年度上字第 221 號民事裁定駁回上訴；本件最高法院復以 100 年度台上字第 1303 號民事裁定駁回投保中心之上訴，而告確定。按本件歷審判決駁回原告之意旨略謂：「因上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務之行為或有無違反法令或章程之重大事項，涉及實體問題，仍應適用法律不溯及既往之原則，以兼顧交易安全。」並符合法治國家法之安定性及既得權益信賴保護之要求。」「至於投資人保護法第 10 條之 1 規定所賦予上訴人之裁判解任權，並不以上訴人需持有公司已發行股份總數 3% 以上之股份及股東會為決議解任董事為其要件，亦無提起解任訴訟之期間限制，顯與前揭公司法第 200 條之裁判解任權有間。核以涉及變更行使實體法上損害賠償請求權主體，自難認投資人保護法第 10 條之 1 規定僅為依公司法第 200 條規定所發動代表訴訟及裁判解任訴訟之程序性規定，仍應認投資人保護法第 10 條之 1 規定有法律不溯及既往原則之適用。

¹⁹⁰目前投保中心對發生於民國 98 年前之不法事實所提起之股東代表訴訟，皆有遭受被告以此為理由提出抗辯之情形。

表訴訟之性質觀之，投資人保護法第 10 條之 1 未涉及實體法權利義務主體之變更，亦未涉及實體法規範，而未有侵害信賴利益保護之問題。故投資人保護法第 10 條之 1 應僅屬程序性規定，基於「程序從新原則」，而無「法律不溯及既往原則」之適用。

首先，公司股東依公司法第 214 條為公司向不法董監事提起訴訟進行求償之訴訟類型，應屬於法定訴訟擔當，實質當事人應為公司及被訴之董事、監察人。申言之，股東代表訴訟之例外規定，係因公司之董事會或股東會常由與不法董事同派之大股東所把持，難以期待公司自身向不法董事提起求償訴訟¹⁹¹。故公司法第 214 條規定「繼續一年以上，持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」，例外賦予股東得為公司提起求償訴訟之訴訟實施權，惟股東於訴訟上主張，仍係為公司行使其對被訴董事或監察人之權利，公司仍為實質當事人。故公司法第 214 條性質係應為法定訴訟擔當。又立法者為避免股東濫行為公司提起訴訟，故規定提訴股東需符合持股期間及持股成數之條件，該等條件僅為訴訟要件，未涉及系爭訴訟實體法上之權利義務主體。

又 98 年增訂之投資人保護法第 10 條之 1 並未變更股東代表訴訟法定訴訟擔當之本質，故亦未變更實體法上之權利義務主體。當事人之實體法地位未受惡化而無信賴利益保護之問題。換言之，投保中心依投資人保護法第 10 條之 1 提起

¹⁹¹前揭註 20，頁 449。

之股東代表訴訟，僅係免除起訴門檻之訴訟要件。保護中心仍係基於股東地位取得訴訟法上之訴訟實施權，並未因修法新增任何實體法上之請求權基礎。有論者亦認為「投資人保護法第 10 條之 1 規定係賦予投保中心提起『代表訴訟』、『裁判解任訴訟』之原告當事人適格」，實為關於當事人適格之程序性規定」¹⁹²。是以，投保中心依投資人保護法所提起之股東代表訴訟，實質當事人為公司與被訴之董事，蓋實體法上請求權主體仍為公司，本件訴訟之利益亦歸屬於公司自身。故該法第 10 條之 1 之增訂並未涉及實體法上權利義務主體之變更。

且按，投資人保護法第 10 條之 1 之適用並未涉及實體事項之判斷，而不適用法律不溯及既往原則。按保護機構依投資人保護法第 10 條之 1 規定提起代表訴訟時，就被訴之公司董事是否對公司負擔損害賠償責任，仍須回歸公司與被訴董事間實體法上權利義務關係之相關規定判斷，而非依投資人保護法第 10 條之 1 為據。另依投資人保護法第 10 條之 1 之增訂理由觀之，該條規定僅係為排除公司法上關於股東持股門檻及程序要件之限制，並非創設新的權利，亦非獨立的請求權基礎¹⁹³。換言之，投資人保護法第 10 條之 1 如為獨立之請求權依據，直接規定保護機構於符合法定要件時，得依該條規定提起代表訴訟即可，為何法條用語係為「不受公司法相關規定限制」。是投資人保護法第 10 條之 1 之規定，並非新增之請求權基礎而未涉及實體法規範之變更，僅係訴訟

¹⁹²前揭註 171，頁 158。

¹⁹³前揭註。

要件之免除而為程序事項之更新。

又所謂法律不溯及既往原則，係基於法律安定性之要求，避免人民對於先前法律秩序之信賴遭受破壞，甚至原屬合法行為，因嗣後法令之制定或修正，而使之在法律上重新評價為違法行為，進而遭受不可預期之法律制裁，於此種情形乃有違法律不溯及既往原則之適用。然而，不論投資人保護法有無增訂第 10 條之 1，公司之董事、監察人皆可預見受害公司可對其不法行為訴請負擔損害賠償責任，難謂有何侵害渠等董監信賴利益保護而受不可預期之法律制裁之問題。

況且，公司法第 214 條所規定持股百分之三之規定，並不限股東一人，可彙集數股東達到百分之三之門檻後，依該規定提起股東代表訴訟¹⁹⁴。是以，投保中心依其捐助章程之規定，原則上為各上市、上櫃公司之股東。在投資人保護法增訂第 10 條之 1 規定前，本可彙集其他小股東，於滿足公司法第 214 條持股百分之三之門檻後，依公司法為受害公司對不法之董事訴請求償。是投資人保護法第 10 條之 1 增訂前，投保中心仍有可能依公司法對不法董事提起股東代表訴訟，故被告無遭受不可預期之法律制裁之情形。有論者即認為在投資人保護法第 10 條之 1 於 98 年 8 月 1 日生效施行之前，董事若有符合重大損害公司或違反法令或章程之重大行為者，法律評價即已確定，並不會惡化此一行為之法律上評價或重新給予不利之評價¹⁹⁵。

綜上，投資人保護法第 10 條之 1 之增定，僅為訴訟要

¹⁹⁴前揭註 20，頁 450、王文宇，公司法論，2006 年 8 月，頁 333。

¹⁹⁵前揭註 171，頁 519。

件之免除而為程序事項之更新，故無法律不溯及既往原則之適用。投保中心提起之股東代表訴訟之範圍自不應排除 98 年公告施行前發生之不法事實。

第五項 現今投保中心股東代表訴訟之運作概況

自投資人保護法 98 年施行至今，投保中心依投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款進行之訴訟總計有 13 件¹⁹⁶。目前 13 件進行之案件，其中有 5 件受害之公司於投保中心向其監察人寄發存證信函，請求其為公司向不法董事提起損害賠償訴訟後，監察人或公司之董事會即決議自行代表公司提起訴訟，故保護中心係以參加訴訟之方式參與公司對不法董事提起之求償訴訟，而未實際提起股東代表訴訟。另投保中心已提起之股東代表訴訟僅有一件因被訴之不法董事未受刑事責任之訴追而以獨立民事訴訟方式起訴外，其餘之案件皆以刑事附帶民事訴訟之方式提起之¹⁹⁷。

另前以言及，為符合投保中心公益之設立目的，立法者以現所投保中心提起代表訴訟之適用範圍。故歸納投保中心依投資人保護法第 10 條之 1 發動之代表訴訟其案件事實，大都屬公司之董事涉嫌侵占公司資產、進行非常規交易、違法借貸等不法行為造成公司重大損害之情事¹⁹⁸。然亦有被訴董事單純違背善良管理人注意義務造成公司重大損害而提起代

¹⁹⁶投保中心內部統計資料（更新時間 2012 年 7 月）。

¹⁹⁷投保中心目前案例中受害之公司大都以附帶民事訴訟之方式向不法董事提起股東代表訴訟。僅有一件因不符合附帶民事訴訟之規定以獨立民事訴訟之方式提起。

¹⁹⁸因公司經營階層進行掏空公司資產等侵占背信行為或使公司進行非常規交易，通常伴隨財報不實之情形。故投保中心就財報不實之團體訴訟案件，大都會一併提起股東代表訴訟。

表訴訟之案例¹⁹⁹。

又投保中心提起之股東代表訴訟案件，其訴訟進度往往較為緩慢。因起訴方式大都以附帶民事訴訟之方式提起，故依刑事訴訟法規定，附帶民事訴訟案件通常需待刑事一審有罪判決後，始移送民事庭進行審理。縱已進行民事審理程序之實際案件，因被告之不法行為亦受刑事訴追，法官往往為避免民事判決結果與刑事判決結果矛盾而勸諭原、被告雙方合意停止或裁定停止，以待相關事證透過刑事程序調查審理，進行釐清後使續行民事訴訟程序。

由前述投保中心採行之起訴方式與目前案件之訴訟進度觀之，可發現股東代表訴訟實務上，原告因證據偏在之情形，存有舉證困難之問題，未因投保法之修正而解決。投保中心雖可依投資人保護法第 17 條向證券相關單位調取資料，然具體事證往往被檢調扣押在案，或為公司內部資料，仍難以取得。況且，縱刑事判決認定被告須負擔刑事責任，惟公司現今是否仍存有損害、損害範圍為何？是否具重大性？仍難完全以刑事判決結果作為民事損害賠償之基礎。故投資人保護法下之股東代表訴訟雖於起訴範圍原則上限於檢察官已起訴之案件，另於實務運作上亦大都以刑事附帶民事訴訟方式起訴。然而就民事程序中就公司所受損害之範圍及董監事賠償責任之建立所生之舉證困難，仍難以解決。

¹⁹⁹該案為主管機關專案查核移送投保中心，原因事實係被訴之董事違反善良管理人注意義務，怠於為公司行使權利，致使公司對第三人之不當得利請求權罹於時效而消滅，造成公司受有重大損害。然而，該案被訴之董事未受有刑事之追訴。

第六章 投資人保護法增修後我國股東代表訴訟現存爭議之檢討

第一節 緒論

雖然我國立法者可能顧及目前環境欲全面開放小股東可不受公司法起訴門檻之限制而得逕行提起代表訴訟，將發生濫訴之情形。故透過賦予投保中心單獨提起代表訴訟之權利，以具有公益性質之投保中心取代一般小股東，為公司提起代表訴訟而增訂投資人保護法第 10 條之 1 之規定。然而，不論僅修正投資人保護法而未修正公司法是否存有法制割裂之問題²⁰⁰。股東代表訴訟制度於投資人保護法修法後仍存有許多爭議，投資人保護法增訂第 10 條之 1 之規定僅解決起訴誘因不足之問題。縱透過投保中心依投資人保護法代位公司提起訴不僅將遇到傳統股東代表訴訟既存之障礙與爭議，投保中心與公司及其他股東之關係與角色亦存有爭議。以下即針對股東代表訴訟當事人之範圍、其他股東之程序保障、內部救濟程序先行之效力三大爭議進行我國現行股東代表訴訟制度之檢討。

²⁰⁰有論者認為就投資人保護法第 10 條之 1 之法制效益而言，這將衍生特別法優先適用與不當之法制割裂。非保護機構之其他股東，依法提起的股東代表訴訟，因不屬投資人保護法之公益訴訟，在法律適用上，又回到公司法上股東代表訴訟原有窠臼。前揭註 19，頁 18-19。

第二節 股東代表訴訟之當事人範圍

第一項 股東代表訴訟之原告資格

我國公司法下之股東代表訴訟就原告之起訴資格有門檻過高之缺點，已如前述。另外，就代表訴訟之原告資格亦存有爭議。按我國現行公司法除提起代表訴訟者須為公司股東外，另規定有持股期間即持股成數之限制，未如美國法採「同時持有原則」，而較偏向英國法，不以不法行為當時即存有股東資格為限。又投資人保護法第10之1提並未就保護機構之資格進行任何限制，然而，雖起訴時具有股東資格而得提起訴訟，嗣後持股比例因自願性或非自願性之因素，導致持股低於3%²⁰¹，甚至完全喪失持股之情形（例如現金逐出合併），是否仍具有原告之資格而得續行訴訟，即發生有爭議²⁰²。雖然投資人保護法第10條之1使保護中心不受公司法規定下持股成數之限制，而避免持股成數變動時所生當事人適格之爭議。但我國公司法下既有之股東代表訴訟制度，仍未因投資人保護法之修正，解決原告資格所生之問題。另提起訴訟前已喪失股東資格，例如被強制現金逐出合併之股東或不具公司資格之股東或母公司股東對子公司之董監事可否提起代表訴訟，於我國現行法制皆存有爭議。

第一款 起訴前不具股東身分

首先，例如遭現金逐出合併（Cash out）之小股東，認為被吸收合併之公司因經營階層不當或不法之行為，使被

²⁰¹例如公司增資發行新股、減資、公司合併。

²⁰²前揭註17，頁30。

吸收合併而消滅之公司受有損害。是否得於喪失股東資格後提起股東代表訴訟？探究股東代表訴訟之功能，包含填補公司損害、間接補償股東持股價值減損、抑制經營階層違反濫權。故被吸受合併而消滅之公司已無填補損害之實益。另遭強制現金逐出之股東，其損害應在於強制收購之價格是否公平合理，故透過代表訴訟之提起，已無法補償收購價格之不公平之差額。

參考英國法制，因另存有「不公平侵害救濟訴訟制度」，故2006年公司法修正後的 *Franbar Holdings Ltd v Patel*²⁰³ 案，法院就合併案件認為拒絕股權收購之股東，因可另行提起不公平侵害救濟訴訟請求公司以公平價格收購而駁回其股東代表訴訟之聲請。另參我國東森媒體公司與私募基金凱雷公司之合併案，因小股東控告公司經營階層亦為公司之大股東，利用其對公司之控制權以高價賣出本身持股，卻以低價買回一般小股東之持股，故向公司之經營階層及大股東提起直接訴訟請求公平價格予收購價格之賠償，而獲得勝訴裁定²⁰⁴。另投資人保護中心亦就前述東森媒體案遭不公平價格收購之股東向大股東提起證券詐欺訴訟，請求賠償而獲得一審勝訴判決。綜前所述，因公司合併而喪失股東資格之人，提起直接訴訟似較賦予提起代表訴訟資格較符合填補自身損害之

²⁰³前揭註 74。

²⁰⁴臺灣台北地方法院 95 年度司字第 1073 號民事裁定：「再觀諸盛澤公司及前東森媒體公司決議合併之董事會紀錄，盛澤公司因持有前東森媒體公司 90.37%之股份，決議合併後，一併銷除所有股份，不換股或現金對價，並以每股 26 元為現金吸收合併價格（本院卷第 61、65 頁），此種現金逐出合併之方式，小股東並無選擇之權，雖非不法，但基於公平原則，小股東既已犧牲其選擇權，如再令其僅能接受 26 元之合併價格，坐令其與大部分股東有 6.5 元之價差，無乃犧牲太過，亦非事理之平…本院認為本件前東森媒體公司合併時公平合理之價格為每股 32.5 元，亦即相對人應以該價格收買聲請人等之股份，爰裁定如主文第 1 項所示。」

目的，且在小股東權益保護與合併活動發展間取得平衡。

另一種情形，不法行為係發生於子公司，母公司之股東可否對於子公司不法之董事提起代表訴訟，或相反之情形，子公司之股東可否對母公司之董事提起代表訴訟，於我國現行法制亦存有爭議。參考前述英國法制介紹，雖英國2006年公司法未將母子股東納入提起代表訴訟之範圍內。惟英國學者認為該類型之代表訴訟仍可回歸普通法適用傳統之foss原則，決定是否具有提起代表訴訟之資格²⁰⁵。另參考我國公司法第369條之4第3項規定「從屬公司之債權人或繼續一年以上持有從屬公司已發行有表決權股份總數或資本總額百分之一以上之股東，得以自己名義行使前兩項從屬公司權利，請求對從屬公司為給付。」對照該條從屬公司股東之起訴要件較公司法第214條之要件更為嚴苛。且從屬公司之股東請求之對象為控制公司非實際為不法行為之控制公司負責人，難以抑制經營階層濫權，且由控制公司負損害賠償責任，對控制公司之股東而言亦屬不公。故就立法論而言，建議賦予控制公司或從屬公司之股東提起代表訴訟之資格。

第二款 起訴後喪失股東資格

若於起訴時具有股東資格而得提起訴訟，嗣後持股比例卻因自願性或非自願性之因素，導致持股低於3%²⁰⁶，甚至完全喪失持股之情形（例如現金逐出合併），是否仍具有原告之

²⁰⁵參前述第三章第三節第二項第三款。

²⁰⁶例如公司增資發行新股、減資、公司合併。

資格而得續行訴訟，於我國現行法制下存有爭議。

參考前述美國法制介紹，當遇到公司合併之情形，縱基於「繼續持有股份原則」，多數判例仍認為在吸收合併中之合併公司股東之原告地位不受影響，但被合併而消滅之公司，其股東先前所提之代表訴訟將喪失合法性。惟上述看法，目前美國實務有修正之趨勢。詳言之，德拉瓦州法院認為，當合併本身構成代表訴訟中所指摘之詐欺，或者該合併本身即為剝奪少數股東提起代表訴訟之權利時，此時應認為少數股東縱因合併而喪失股東身分，仍得提起代表訴訟。ALI即建議，當原告股東喪失其股東地位係因公司行為而非原告同意時，（1）在該原告喪失其股東身分前即已提起代表訴訟；或（2）法院認為該原告較能代表其他股東之利益時，該原告仍能繼續其代表訴訟²⁰⁷。

又依我國民事訴訟法第254條「當事人恆定原則」，起訴後訴訟繫屬中，縱訴訟標的之法律關係移轉至第三人，於訴訟並無影響。是探究股東代表訴訟之訴訟性質，係屬代位訴訟，實體法上之當事人係屬公司與被訴之董事或監察人，喪失股東身分之原告僅為形式當事人。故民事訴訟法第254條「當事人恆定原則」，實體法當事人於訴訟繫屬後縱有變更仍不影響訴訟主體之當事人適格，故依舉重以明輕法則，代表訴訟之原告股東於訴訟繫屬後喪失股東資格，原則上應不影響其當事人適格性。且代表訴訟之功能之一係填補公司之損害，及抑制經營階層之違法濫權。是以，縱原告股東嗣

²⁰⁷參考第四章第二節第一項。

後喪失股東資格，亦不影響股東代表訴訟繼續進行之利益。

綜上，我國現行法制或實務未如美國法係採同時持有原則及繼續持有原則，故已提起代表訴訟之股東，因公司合併（例如現金逐出合併）等因素喪失股東資格時，參考美國法制及我國民事訴訟法第 254 條「當事人恆定原則」，於立法論上建議容許嗣後喪失股東資格之原告繼續股東代表訴訟。然而，為避免原告失去股東資格與股東代表訴訟已無利害關係而發生不盡力訴訟等情事，故若原告股東於訴訟繫屬後喪失股東資格之原因，應限於非自願性因素，以確保原告繼續進行訴訟之正當性。且應參考民事訴訟法第 254 條第 1 項、第 2 項建立承當訴訟制度，以利公司其他股東承當訴訟，確保股東代表訴訟上之原告可使公司獲得最大訴訟利益。

第二項 股東代表訴訟之被告範圍

依公司法第 214 條之規定，少數股東符合要件時，得為公司對董事提起訴訟。至於監察人如有不法，損及公司權益，就監察人對公司責任之追究，依公司法第 227 條，代表訴訟之規定亦準用之。然而，從前述公司法之法條文義無法判斷，股東代表訴訟之起訴對象是否包括卸任之董事或監察人。另基於少數股東權益保護之觀點而言，若公司之董事或監察人以外之第三人造成公司損害，是否為股東代表訴訟之求償對象亦有討論空間。投資人保護法之修正後並未解決前述爭議。

第一款 股東代表訴訟之被告是否包含卸任之董事或監察

人

從代表訴訟係股東於訴訟上代位公司行使對不法董事或監察人之權利觀之，董事或監察人於行為時違反對公司之義務，公司對系爭董事或監察人之權利即已產生。故不論嗣後行為人是否辭任公司之董事或監察人，亦不影響已存在之權利義務關係。然而，有論者認為公司法第 214 條第 1 項之所以規定對監察人（證交法第 14 條之 4 第 4 項對審計委員會之獨立董事）請求，係源於追究之對象為董事，若向董事會請求，會產生利害衝突，而使請求無實益。惟此應是在股東請求對現任董事追究責任時方會發生，若擬追究之對向為卸任董事者，則應與現任董事會無利害關係²⁰⁸，因而認為公司法第 214 條應適用於現任董事。

然而，實務上不法之董事、監察人往往因不法行為東窗事發而辭任董事，惟對公司仍有控制力。或於股權買賣造成經營權變更之案例，新的經營團隊恐與卸任之不法董監事仍有掛勾，亦無法為公司利益代表公司對卸任者之不法行為進行追訴。另參考外國立法例，英國 2006 年公司法第 260（5）（a）即規定卸任之董事亦為股東代表訴訟之對象。是以，依我國公司法第 214 條之法條文義並未明文排除卸任之董事。又股東代表訴訟之判斷基準為公司有無權利追訴董事之責任，故應以行為時，即公司對董、監事權利發生時認定之。故我國公司法下之股東代表訴訟不應限於在任之董事或監察人。

²⁰⁸洪秀芬，公司對董事責任追究之探討-以股份有限公司之民事賠償責任為研究對象，輔仁法學，第 36 期，2008 年 12 月，頁 103。

又依投保法第 10 條之 1 之相關規定，投保法下之股東代表訴訟限於公司董事或監察人之不法行為造成公司重大損害之情形，始由投保中心代位公司提起代表訴訟。故系爭董事或監察人對公司之侵權行為事實係發生於在任時，不論嗣後卸任與否，皆不影響公司對系爭不法董事既存之損害賠償請求權。故於投保中心目前提起之股東代表訴訟中，亦有對卸任之董事提起股東代表訴訟之案例。

第二款 股東代表訴訟之被告是否及於第三人

按公司法第 214 條既明定少數股東得為公司對董事提起訴訟，則依法條文義之反面解釋，對於公司其他負責人，如經理人、清算人、檢查人、重整人、重整監督人等（公司法第 8 條），少數股東即不得對之提起代表訴訟。按公司對董事、監察人為之經理人或公司外之第三人若有請求權，行使與否或是否對第三人起訴涉及營運及成本考量，應為董事會之業務執行權限（公司法第 202 條）。故設計股東代表訴訟之起訴對象不包括董事、監察人以外之第三人有其基礎。又投資人保護法第 10 條之 1 亦未將董事、監察人以外之第三人納入求償對象。故投保中心目前實際之案例觀亦無對不法之經理人等第三人提起代表訴訟之情形。

但實務上董事或監察人往往勾串公司高階經理人共謀侵害公司權益之不法行為。且董事與公司之自我交易（self-dealings）中，或董事利用公司機會違反競業禁止之規定等類型之侵害中，經常可見非屬董事之第三人參與其

中。是以，實際上難以期待成為被告之董事或監察人對共謀之經理人提起訴訟。

參考外國立法例，英國2006年公司法雖未明定股東可為公司對董事之外之第三人提起代表訴訟。然依英國普通法，如果第三人明知而協助董事為不法之行為，如明知董事違反信託義務而仍收受公司之財產等，股東即可為公司對第三人提起訴訟²⁰⁹。另美國法認為，代表訴訟中被告之範圍應與公司本身提起訴訟時之被告範圍相同，故該國代表訴訟中之被告包括董事(directors)、重要職員(officers)、控制股東(controlling shareholders)、其他受託人(other fiduciaries)及公司外部對於公司或股東不負忠實義務之第三人(outsiders)。

雖公司法100年修正公司法第8條引進影子董事及事實上董事之制度，然僅部分解決非公司形式上董事之第三人是否納入代表訴訟被告範圍之爭議。按該條第3款規定「公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。」。是以，就形式上非列為公司董事之第三人，只要實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務，亦須對公司負起民事責任。故於公司法與投保法之股東代表訴訟，符合事實上董事或影子董事要件之公司外第三人，於現行法下即具有代表訴訟之被

²⁰⁹See *supra* note59,p256.

告適格。

又依代表訴訟係為填補公司損害、保護股東權益的角度觀之，只要公司權益遭受侵害，不論是董事等公司內部人員或公司外部之第三人，似應均有代表訴訟之被告適格。又經理人等職務上負責人依公司法第8條規定，於職務範圍內亦為公司負責人，而與董事、監察人相同，亦須依公司法第23條對公司負善良管理人注意義務與忠實義務。是股東代表訴訟僅將董事、監察人納入被告範圍，於法律體系解釋上有前後矛盾之情形。因此，在我國之民事訴訟程序下，對與不法之董事或監察人進行共同侵權行為之第三人，似應於同一個審理程序中為公司對該第三人一併提起主觀合併訴訟，同列為共同被告較符合訴訟經濟與公平性。然而，有論者認為在董事未直接涉及侵害之情形，少數股東僅對於第三人提起代表訴訟時，必須先以書面請求董事會為公司提起訴訟，在董事會自股東請求日起三十日內不提起訴訟時，股東始得為公司對該第三人提起代表訴訟，如此較符合公司訴訟原則上係由董事會提起之原始設計（公司法第202條）²¹⁰。故就未來法制之修正，建議對於實際上予不法董事、監察人有共同侵害關係之第三人，納入代表訴訟之範圍，以符合訴訟經濟與公平性。

第三項 公司於股東代表訴訟程序之地位

股東代表訴訟之性質具有代表訴訟說與代位訴訟說之爭

²¹⁰前揭註9，頁157。

議。惟不論公司股東係為公司之利益或整體股東利益起訴。股東代表訴訟仍為法人格獨立原則之例外，而賦予股東於公司機關怠於行使權利時，代位公司提起訴訟行使權利之本質。故當公司之董事會或股東會等內部機關未決議對不法之董事或監察人提起訴訟，甚或公司之監察人等內部機關面對少數股東提出起訴請求時拒絕為公司提起訴訟之情形下。此時公司之股東依公司法第 214 條提起股東代表訴訟即係違背公司多數之意見。因此，公司就股東代表訴訟之立場與起訴股東即有衝突。然而，代表訴訟之勝訴利益最終仍係歸屬與公司，故公司於股東代表訴訟中之地位為何？係純為訴訟外之第三人或可作為訴訟之被告而為訴訟上當事人？又公司是否有參加訴訟之權利，可否為輔助被告董事或監察人一方參加訴訟？皆存有爭議。

按股東代表訴訟具有法定訴訟擔當之本質，公司若欲於股東提起代表訴訟後再就同一標的向被告董事或監察人另行起訴，恐受有一事不再理原則之適用。又我國公司法第 214 規定，股東只需於公司監察人受起訴請求後 30 日內未提起訴訟，即可自行為公司起訴。是以，公司沒有機會於訴訟繫屬前向法院表達，公司有無損害、損害之範圍及對公司之董、監事提起訴訟是否符合公司整體最佳利益之意見。況且，監察人縱於第 214 條規定之 30 日內向股東表達反對之意見，亦無拘束起訴股東之效力。從而，於訴訟程序上應賦予公司參與股東代表訴訟之機會，使公司可表達相關意見及提出具體之事證資料，以協助法院釐清相關事實。

然而，公司可否依我國民事訴訟法參加訴訟之制度，參與代表訴訟之訴訟程序？按我國民事訴訟法下之參加訴訟制度，限於有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，始能參加訴訟（民事訴訟法第 58 條）。因此公司能否參加被告之一方輔助訴訟，存有疑義。蓋股東代表訴訟之勝訴利益係歸屬於公司，故被告董事或監察人敗訴對公司是否存有法律上利害關係即生爭議。又就公司參加原告股東之一方進行訴訟之情形，在公司拒絕股東起訴請求之情形下，實難期待公司為輔助原告股東之利益參加訴訟程序。

故外國立法例即有將公司列為股東代表訴訟被告之制度。按美國法制下之股東代表訴訟，公司於訴訟中具有雙重地位，為代表訴訟不可缺少之當事人（an indispensable party to a derivative action）。一則，由於公司一方面拒絕就其所遭受之損害以自己的名義作為原告提起訴訟，為使判決效力及於公司，故在代表訴訟中，須列公司為名義上之被告（a nominal party defendant），否則將造成訴訟遭駁回。另一方面，因代表訴訟實質上係代表公司之利益而提起，故公司亦為代表訴訟真正原告而於訴訟中具有雙重地位²¹¹。

另按，於英國 2006 年公司法修訂後，該國亦修訂其民事訴訟法相關規定，於股東依公司法第 261 條向法院提出股東代表訴訟聲請許可之階段，雖須通知公司已提出代表訴訟之聲請，惟於該階段不須將公司列為被告²¹²。但於法院允許股

²¹¹See Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations* (3rd., West Publishing Co., 1983), at 1037. 轉引自前揭註 9，頁 109。

²¹²提出聲請之股東並須提出代表訴訟起訴書之繕本及包含聲請許可所附之表見證據予公司（CPR19.9

東提出代表訴訟之聲請後，縱使公司將獲得代表訴訟之利益，法院仍須命公司成為代表訴訟之被告（CPR19.9（12））²¹³，藉以使公司受到既判力及執行力之拘束。

綜上，雖依我國民事訴訟法第 401 條，公司因屬法定訴訟擔當之被擔當人，自受判決效力所及，與外國法制不同，不須基於判決效力之原因列為代表訴訟之被告。然而，當公司內部機關拒絕原告股東提起訴訟之請求時，將公司列為股東代表訴訟之被告，除避免立場衝突之困境外，即得適用民事訴訟法第 342 條之規定，就被告所執之文書，聲請法院命被告提出。並於被告無正當理由拒絕提出時，依民事訴訟法第 345 條之規定，法院即得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。是以，於前述情形透過公司成為訴訟之共同被告，進行攻防答辯，亦有助於釐清事實，使法院獲得更多資訊判斷該股東提起之代表訴訟，對公司有無實益。又公司雖於股東提起股東代表訴訟前拒絕對公司之董事、監察人起訴，惟符合我國民事訴訟法第 58 規定之情形下，亦得聲請參加訴訟，於股東代表訴訟進行中輔助原告，以提供相關事證，協助釐清事實，解決股東於代表訴訟中舉證困難之問題。是以，建議我國未來修法可納入公司拒絕股

（4）、19.9A（2）、（4）。另於法院依審查股東代表訴訟之聲請是否符合表見證據之要件階段，公司不需要對代表訴訟之聲請有任何回應（CPR19.9（3））。又當該通知將使請求者所尋求之補償無效時，法院得免除聲請者通知公司之義務（CPR19.9A（7））。

²¹³See *supra* note 59, p256; CPR (12): Where the court does not dismiss the application under section 261(2) of the Act, the court will –(a) order that the company and any other appropriate party must be made respondents to the permission application; and(b) give directions for the service on the company and any other appropriate party of the application notice and the claim form.

東依法提起訴訟之請求時，應將公司與被訴之董事或監察人同列為代表訴訟被告之規定。然另應賦予公司選擇權，以訴訟參加人之身分，參加原告股東之代表訴訟程序。

第三節 股東代表訴訟下公司未起訴股東程序保障制度之檢討

第一項 應建立公司未起訴股東參加訴訟之制度

股東代表訴訟係股東為維護公司及整體股東利益，代位公司向公司之董事或監察人提起訴訟，係屬法定訴訟擔當之訴訟類型，故股東代表訴訟判決之既判力將及於公司本身，且公司受有一事不再理原則之適用。惟未共同起訴之其他公司股東，是否可另行提起股東代表訴訟或受判決效力之拘束，存有爭議？

投資人保護法下之股東代表訴訟，對其他公司股東之判決效力為何？有基於股東代表訴訟係代位公司行使權利之本質，該訴訟對公司其他股東僅具有反射利益，股東係屬法律上利害關係人之地位，而非當事人，故公司其他未起訴之股東，似仍有代位公司其訴之權限²¹⁴。參美國實務，符合同時持有股份原則之其他股東，有可能另行提起代表訴訟，因而有重複起訴之可能²¹⁵。惟美國實務上並未採取當然駁回後訴

²¹⁴我國公司法並未規定原告股東起訴後禁止其他符合法定要件之公司股東另行起訴之權利。故程序法學者認為倘若公司或股東已受訴訟告知或法院職權通知，則彼等所提起之後訴有重複起訴禁止之適用。相反地，如彼等不知前訴之繫屬而另行提起後訴，則應以合併辯論、合併裁判解決之。甚至於不同法院起訴時，可類推適用民事訴訟法第 572 條第 2 項移送至訴訟係屬之法院合併審判。參照股東代表訴訟程序上股東的地位-民事訴訟法研究會第 109 次研討記錄，法學叢刊，2011 年 4 月，頁 244。

²¹⁵See *supra* note 1, p1081.

之觀點，而係採取較彈性之處理。有判決認為後訴原告股東具有適法之提訴理由，因而拒絕被告提出駁回後訴之聲請；亦有認為在前訴繫屬中，基於法院之裁量，得命後訴中止，後訴與前訴如得合併，並得撤銷中止之命令。再者，有判決甚至認為，基於避免裁判矛盾，後訴原告得對駁回之前訴提起上訴²¹⁶。惟投保中心依投資人保護法第 10 條之 1 提起代表訴訟並未改變其法定訴訟擔當之本質。因此，訴訟標的應為公司對不法董事或監察人之請求權。故若其他股東於提起代表訴訟後欲為公司提起代表訴訟，即可能有因訴訟標的同一而基於禁止一事不再理原則而遭駁回之可能。因此，為使公司其他未起訴之股東對該判決之作成具有預見可能性，避免另行提起再審或第三人撤銷之訴，以達到紛爭解決一次性之目的。又當原告股東並非以全體股東利益而提起股東代表訴訟，例如原告股東與被告董事勾結，使原本公司可勝訴之訴訟，故意導致其敗訴。是公司其他股東應有管道參與股東代表訴訟之程序，以牽制或監視原告股東訴訟之進行或事後有提起再審或撤銷之訴之權利，保障自身權益。

又其他公司股東參加訴訟之程序保障應透過法院職權告知訴訟之方式予以落實。惟依民事訴訟法第 67 條之 1，法院具有裁量權可決定是否或何時通知有利害關係之第三人。故有論者認為可參考日本法制，於公司法中課予公司立即對股東進行公告及個別通知之義務（日本公司法第 849 條第 4 項），以達紛爭解決一次性之目的²¹⁷。

²¹⁶前揭註9，頁128。

²¹⁷蔡英欣，股東代表訴訟制度之重塑-從實體法與程序法之面向，2012年6月3日公益信託台灣財政金

是以，投保中心提起股東代表訴訟後，應踐行民事訴訟法第 65 條訴訟告知之權利。然而，上市、上櫃公司股權分散，法院難以依民事訴訟法第 66 條將告知訴訟之通知一一送達予公司所有之股東。故為達紛爭解決一次性及維護其他股東之程序保障，我國法應建立類似民事訴訟法第 44 條之 2 公告曉示之制度，以公告之方式告知公司其他股東得參加訴訟表示意見，並賦予民事訴訟法第 67 條之 1 第 3 項之效力。

第二項 股東代表訴訟和解、撤回之審查機制

代表訴訟繫屬中，原告股東可否與被告之公司董事或監察人成立和解？且該和解之效力為何，存有爭議？蓋原告股東係為公司及整體股東利益提起代表訴訟而代位行使公司於實體法上之權利，故原告股東是否有代表公司與被告董、監事進行訴訟上和解或訴訟外和解，進而撤回訴訟之權限，我國法並無任何明文規定。如承認原告股東得自由與被告董事、監察人和解，則代表訴訟可能成為股東與董監事之談判籌碼，發生原告股東與被告通謀，而成立危及公司及其他東權益之和解方案。又如認為系爭和解協議僅及於原告股東及被告董、監事間，則被告將處於隨時被其他股東再為起訴之不安定地位²¹⁸。

比較外國法制，基於代表訴訟之程序可能過於冗長而不經濟，和解不失一種解決紛爭之方式²¹⁹。然而，原告之律師

融法學研究基金舉辦之第二屆兩岸商法論壇研討會未發表文章。

²¹⁸前揭註 13，頁 50。

²¹⁹See *supra* note 1, p1099.

往往面對被告之財產是否足夠賠償與董監責任保險之問題將有經濟上之壓力，迫使原告律師將尋求快速的金錢上和解除²²⁰。因此，為避免原告與被告董事同謀而成立損害公司及股東權益之和解方案，美國及英國法制，係透過法院介入之機制以進行代表訴訟和解或撤回訴訟之審查。

按美國聯邦民事訴訟規則第 23.1 條要求，代表訴訟之駁回或和解必須得到法院之許可，並應依法院之指示通知其他股東²²¹。另美國模範公司法第 7.45 條規定非經法院同意，代表訴訟程序不得終止或和解。如果法院認為代表訴訟中止或和解之裁定將對公司股東或其他集團訴訟之股東具有實質性之影響，則將向受影響之股東發出通知²²²。且 ALI 出版之公司治理原則分析與建議第 7.14 條亦建議，代表訴訟之和解必須得到法院之許可，法院在審酌公司利益（特別是公司因和解而得之金錢性與非金錢性之利益）與公共政策等因素下，認為適當時應准許和解。當公司其他股東有因和解方案而受損之虞時，法院之許可應以適當方式通知該受影響之股東，並許其於聽審程序上出席並詰問證人²²³。法院在考量是否許

²²⁰See *supra* note 146.

²²¹Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23.1. Derivative Actions by Shareholders, stipulates, “...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.”

²²²Revised Model Business Corporation Act § 7.45. DISCONTINUANCE OR SETTLEMENT: 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.

²²³See ALI, PRINCIPLES OF CORP. GOVERNANCE § 7.14 (1994). 轉引自前揭註 9，頁 128。

可和解時，除上述 ALI 公司治理原則分析與建議第 7.14 所述之應考量之因素外，亦應考量原本代表訴訟勝訴之可能性及被告之支付能力²²⁴。另英國民事訴訟法第 19.9F 亦規定，當英國法院依 2006 年公司法第 261 條同意股東代表訴訟之聲請時，亦得命原告嗣後欲進行訴訟之撤回或和解時，皆須取得法院之同意，始得為之²²⁵。

是以，其基於股東代表訴訟涉及公司及全體股東之整體利益，應緩和原告股東之處分權，藉由法院之介入行使裁量權權限，以保護其他利害關係人之利益。故建議未來於我國法制增訂原告股東與董監事為訴訟上和解及訴訟標的之捨棄，須經法院之許可；並且法院為許可前，得以適當方式通知有法律上利害關係之第三人，使其表示意見。另原告撤回起訴時，亦應准用前述程序。

另投資人保護法增訂第 10 條之 1 賦予投保中心單獨提起股東代表訴訟之權利。惟就投保中心可否代表公司與被訴之董、監事進行訴訟上和解或於訴訟外和解後，得否撤回起訴之規定，皆付之闕如。目前投保中心之實際運作情形，因無法律明文授權規定下，故無以投保中心之名義與代表訴訟被告達成和解之案例。縱於投保中心提起代表訴訟後，若遇有公司與不法之董監事間，已達成損害賠償之協議，投保中心

²²⁴See *supra* note 1, p1100.

²²⁵CPR, 19.9F, providing that “Where the court has given permission to continue a derivative claim, the court may order that the claim may not be discontinued, settled or compromised without the permission of the court.

僅於協議之金額完全符合股東代表訴訟之起訴金額時，始撤回股東代表訴訟。且若公司與不法董、監事協議之賠償金額，與投保中心起訴金額不一致時，投保中心仍將就剩餘之差額繼續進行股東代表訴訟。蓋公司與董監事間之和解與起訴金額不一致，恐涉及董監責任之減輕或免除，則將產生公司內部應由何機關進行決議及如何決定董監責任減免之問題（詳第六章第四節）。投保中心於難以判斷公司損害是否受到完全之填補及董監事責任之減免是否合法之情形下，僅能就公司未協議填補之部分繼續進行訴訟，透過司法審查予以判斷。此亦為我國現行法制未引進外國法就股東代表訴訟之和解與撤回建立法院審查制度之變通方式。

第三項 建立其他股東接管訴訟之制度建立

依股東代表訴訟之性質，係於公司怠於行使自己之權利時，例外於法人格獨立原則下，賦予一定資格之股東代位公司向不法之董、監事提起訴訟行使權利。因此，原則上若公司自行提起訴訟行使權利，公司之其他股東即無代位行使之必要與權利。且基於股東代表訴訟法定訴訟擔當之本質，公司對不法董監事起訴後，其他公司股東即受一事不再理原則之拘束，不得另行起訴。然而，若不法董事或監察人對公司具有控制力，即可能利用公司法第 212 或第 214 條透過股東會決議或與監察人通謀掛勾，先於股東提起向不法董事提起訴訟，以排除股東依法提起代表訴訟之權利。故公司其他股東遇到不法董、監事與公司其他經營階層掛勾，以架空提起

代表訴訟之權利時，似只能依民事訴訟法第 507 條之 1 提起第三人撤銷之訴，予以救濟。

然而，若其他公司股東受訴訟告知而生參加訴訟之效力，或如投保中心於實務上踐行投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項向公司監察人請求之程序後，若監察人自行為公司向董事起訴，投保中心亦僅能聲請參加訴訟而不能另行起訴。故公司其他股東或投保中心雖可依訴訟參加之制度參與公司對不法董、監事之訴訟，然而依民事訴訟法第 61 條之規定，參加人其行為與當事人行為牴觸者，不生效力。故於我國現行法下，公司股東於不法之董、監事對公司具控制力，利用相關制度與公司經營階層掛勾，架空小股東提起股東代表訴訟之權利，並無事前之救濟程序。

就此法制之漏洞，建議我國法參考英國 2006 年公司法第 262 條所建立股東接管訴訟制度，增定股東於一定條件下可接管公司對董、監事提起之訴訟。參考英國法公司法，公司自行向董事起訴後，公司股東可基於以下理由向法院聲請接管公司已提起之訴訟：(a) 公司開始或繼續股東代表訴訟之方式已達「法庭程序之濫用」(an abuse of the process of the court) 程度、(b) 公司未能勤勉地進行訴訟，且 (c) 由股東接管訴訟為適當之決定²²⁶。而法院亦須如同審查股東依第 261

²²⁶§262(2), providing that: A member of the company may apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue the claim as a derivative claim on the ground that—(a) the manner in which the company commenced or continued the claim amounts to an abuse of the process of the court, (b) the company has failed to prosecute the claim diligently, and (c) it is appropriate for the member to continue the claim as a derivative claim.

條提出股東代表訴訟之聲請一樣，依該法第 263 條所列之標準審查股東所提出接管訴訟之聲請。股東依該法第 262 條聲請接管訴訟之程序，準用依該法第 261 條提出聲請之相關訴訟程序（CPR19.9B（3））。法院亦須於預審程序審查股東提出之表見證據是否符合該法第 262 條所列之標準（英國 2006 年公司法第 262（3）、（4））。使投保中心或其他公司股東，有機會得制衡不法董事或監察人利用控制力剝奪股東提起代表訴訟之權利。

第四節 內部救濟程序先行制度之檢討

第一項 內部救濟程序先行之目的

董事會依公司法第 202 條具有處理公司業務之法定權限（除法律或章程規定須由股東會決議外），因此公司對個別董事或監察人之權利應由董事會行使或決定。但為避免公司董事會可能基於同事情誼或被不法之董事、監察人控制而不願或消極行使公司權利，公司法特別規定公司與董事訴訟得由股東會決議並由監察人代表公司起訴（公司法第 212、第 213 條）。甚或為避免股東會受不法行為人控制，另例外賦予少數股東為公司起訴之權利（公司法第 214 條）。因此，在我國公司法下原則上係以監察人為公司對董事起訴之代表機關（公司自行追訴之情形），股東代位公司起訴即應視為「例外」之情形²²⁷。按我國股東代表訴訟之性質依當初公司法第 214 條立法過程討論認為，該條並非股東個人訴訟而係為公司利益

²²⁷前揭註 3，頁 249-250。

所提起²²⁸。是以，股東為取得代表公司之正當性，即須符合「窮盡內部救濟途徑」之程序要求，先行向公司內部機關請求。換言之，股東代表訴訟之發動，應以公司內部機關失靈，怠於為公司行使權利為發動要件。

是以，當股東代表訴訟勝訴之利益小於對董事提起訴訟付出之成本及產生之負面影響，是否應例外賦予少數股東為公司提起訴訟之權利，於各國即有檢討聲浪。申言之，當監察人或由獨立董事組成之審計委員會經公正、獨立之調查後，認為無起訴必要而明示拒絕提起訴訟，是否仍賦予股東違反多數意見提起代表訴訟之權利，存有爭議。按美國立法例，其股東代表訴訟之發動要件係以向公司董事會請求為前提，若該董事會拒絕起訴，股東須證明董事會違反經營判斷法則不當拒絕起訴或無法客觀決定（豁免請求）時，始得進行代表訴訟²²⁹。另按，英國立法例係透過法院起訴審查機制，判斷股東之提訴請求是否符合「促進公司成功義務」之標準或公司內部機關是否已事先同意或事後追認董事之行為而無提起訴之必要²³⁰。按外國立法例中不論「窮盡內部救濟途徑」之程序要求或法院審前調查判斷，其目的皆係判斷提起代表訴訟是否符合公司整體利益，以避免無益之代表訴訟，甚至詐害訴訟產生。

按我國公司法第 214 條或投資人保護法第 10 條之 1 之規定，股東只需於公司監察人受起訴請求後 30 日內未提起訴

²²⁸立法院公報，第 54 卷第 35 期 18 冊，頁 51。

²²⁹參考第四章第三節第四項、第五項。

²³⁰參考第三章第三節第六款。

訟，即可自行為公司起訴。換言之，對於股東提起訴訟適當與否，並未賦予董事會或監察人審查公司內部機關有無怠於為公司行使權利之情形之裁量權。有論者認為我國公司法規定代表訴訟起訴前，以股東先以書面通知公司監察人請求為必要，有兩個主要目的，一為提醒公司監察人有此權利，另一為賦予監察人代表公司起訴權限之積極功能²³¹。故我國之股東代表訴訟制度並未要求監察人或審計委員會於進行公正、獨立之調查後提出不予起訴之理由，以判斷公司因董事、監察人不法行為所生之損害是否已受填補或於考量公司整體最佳利益下無提起代表訴訟必要。換言之，向公司監察人請求之目的，僅係賦予監察人為公司發動訴訟之權利而未強制監察人就起訴與否進行調查判斷，並提出起訴與否之理由。故為避免無益之代表訴訟之提起及減輕代表訴訟對公司之負擔與衝擊。建議未來修法要求監察人或審計委員會應進行內部調查後向法院提出之具體不起訴理由，以供法院了解不起訴之原因進而形成心證，亦解決原告證據偏在，舉證困難之問題，便利紛爭之解決。

又若公司之監察人或審計委員會經過公正、獨立之調查，甚至引進專家意見，而提出不予起訴之理由。於我國法下是否引進外國立法例，賦予一定之效力。按我國係採董事、監察人雙軌制度，我國之監察人僅為監督機關非如美國法身兼職務之執行與監督機關。故我國之監察人可否如美國法制主張適用經營判斷法則之推定，主張為公司最佳利益拒絕股

²³¹於我國法公司法第 212 條至第 214 條規定下，監察人似僅有被動代表公司向董事發動訴訟之權利。轉引自前揭註 5，頁 166。

東之起訴請求，而受經營判斷之保護，存有爭議。然而，依公司法第 23 條第 1 項之法條明文係針對公司之負責人之義務規範，而監察人依公司法第 8 條規定亦處於公司負責人地位。且我國證券交易法第 14 條之 4 引進審計委員會制度，由獨立董事組成審計委員會。我國之審計委員會已兼具執行業務與監理之功能。故未來實務發展上可賦予監察人或審計委員會就起訴與否受經營判斷法則推定之效力，以減輕公司監察人或獨立董事執行業務之風險。且建議法院亦可於準備程序運用民事訴訟法第 249 第 2 項「依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之」之規定，判斷原告股東提起之股東代表訴訟是否顯無實益或屬詐害訴訟，而不經言詞辯論，逕以判決駁回，以避免公司董事、監察人遭受訟累。

第二項 公司內部機關事後追認之效力

於我國股份有限公司之結構下，決定對董事或監察人責任追訴之機關為何？立法者於 90 年將公司法第 202 條修正為「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之」。似乎於經營與所有分離之潮流下，傾向董事會優位原則。股東會已非為公司之最高意思機關。原則上公司向不法之董事或監察人起訴，似由董事會決定是否對董事或監察人提起訴訟。惟由董事會決定對董事提起訴訟請求損害賠償不僅難以期待，且若由董事會決定免除董事甚至整個董事會之責任，性質上屬於董事自我交易行

為，實為典型利益衝突之態樣²³²。故我國公司法第 212 條即規定可透過股東會決議對董事或監察人提起訴訟，以避免董事會因循私而怠於為公司提其訴訟之缺失。然而，就股東會事後認可董事或監察人之行為之效力為何？若認可之內容非屬公司法第 202 條法定或章定由股東會決議事項，股東會可否作出與董事會不同之決議內容？甚至，董事會可否向股東會提案，由股東會認可董事或監察人之行為並決議不再對前述董事或監察人提起訴訟？該股東會決議效力為何？我國法制皆未明確規定。

從而，就董事或監察人對公司之責任可否由公司內部機關予以免除。不僅涉及董事會及股東會間權限分配之問題，亦涉及公司內部機關決議利益迴避制度之建立。我國家族企業色彩濃厚，大股東控制董事會及股東會之情形實屬常見。是董事會作出不追究董事責任之決議並提案股東會表決尋求背書之案例確實發生。就系爭股東會決議之效力為何，董事會可否主張依公司法第 193 條受股東會決議拘束，存有爭議。且公司內部機關作出追認董事或監察人之行為進而免除其責任之決議，是否成為股東依公司法第 214 條或投保法第 10 條之 1 提起代表訴訟之限制事由，亦存有爭議？

參考英國之立法例，其 2006 公司法規定公司可透過股東會決議就董事（或前任董事）相關過失、怠於履行職務、違反信託義務等行為或不行為予以追認。該規定亦適用於影子董事。惟該追認須透過具有股東資格之董事或其他股東以

²³²前揭註 2，頁 136。

書面提案，且於排除該不法董事及其他有關連股東之表決權後，獲得股東會特別決議始生效力（s.239）。而英國公司法另規定法院於進行股東代表訴訟之起訴審查時，就公司已對董事行為進行追認之情形，應予以駁回（s. 263（2））。甚至，對公司可能對董事行為有進行追認之可能，另成為法院得駁回股東代表訴訟之考量因素之一（s. 263（3））。申言之，外國法制似認為，公司依其獨立之法人格，有權自行決定是否追究董事之責任，惟公司內部機關若欲作出免除責任之決定，仍須遵循利益迴避之制度。故於英國法制下公司若已放棄或可能放棄對董事責任之追究，股東即不宜再為公司提起代表訴訟，以避免無益之代表訴訟產生，並違反法人得獨立原則。

我國董事或監察人之責任免除是否依循公司法第 202 條屬董事會得逕行決議之權限範圍，實值得檢討。於為避免公司董事會訴追不法董事或監察人之功能失靈之目的下，既設計公司法第 212 條由股東會決議是否對董事或監察人提起訴訟。依該條之反面解釋，似可由股東會進行決議決定不再對董事或監察人追究責任，而有事後追認之權限。然系爭股東會決議，仍應確保非出於被告董事或監察人權利之濫用，即必須踐行利益迴避之相關規定。甚至提出相關議案之董事會決議，亦應遵循利益迴避之規定。

又就公司內部機關作出免除董事或監察人責任之決議，是否成為提起股東代表訴訟之排除事由？按公司法第 214 條賦予一定資格之少數股東為公司向不法之董監事提起訴

訟，是否應建立可藉由股東會事後追認之機制，排除股東代表訴訟之提起，存有討論空間。申言之，投保中心目前實際案例即發生類似前述所論及董事會作出不追究董事責任之決議並提案股東會表決予以背書之案例²³³。該股東會決議之效力為何²³⁴？是否阻礙少數股東提起代表訴訟？於我國法制下皆不明確。於實務上恐發生具有控制力之不法董事或監察人，操控公司董事會或股東會之決議，免除自己責任之情形。

是以，考量我國家族企業色彩濃厚，股權結構集中。若以公司追認董事或監察人行為進而免除責任作為阻礙股東代表訴訟提起之要件之一，恐架空股東代表訴訟制度。故建議未來修法就公司內部機關做出免除董事或監察人責任之決議，無拘束股東提起代表訴訟之效力，僅可作為法院於股東代表訴訟中判斷責任是否成立之基礎，且相關決議應踐行利益迴避制度。

第三項 內部救濟程序豁免制度之建立

我國公司法第 214 條規定，監察人於股東請求之日起，30 日內不起訴，股東始得為公司提起代表訴訟。依法條文義觀之，縱監察人於 30 日內已拒絕起訴，股東仍須待 30 日之

²³³該案例係公司對第三人有不當得利請求權，然因董事怠於為公司行使權利，造成公司對立三人應時效消滅而無法請求返還不當得利，致生重大損害。投保中心就違反善良管理人注意義務及忠實義務之董事提起代表訴訟，然於訴訟中，董事會提案經由股東會決議，公司放棄原本對第三人之不當得利請求權，間接承認公司已不存有損害，故董事對公司已無責任。

²³⁴投保中心於訴訟中主張，依經濟部相關函釋及實務見解該股東會決議違反公司法第 202 條，係就股東會章定或法定事項外進行決議，故該決議不生效力，因而不得拘束董事會。另參經商字第 09102055120、經商字第 09402071210、桃園地院 97 年度訴字第 210 號民事判決、台中地方法院 92 年度簡上字第 431 號民事判決。

法定期間過後始得起訴。我國法制未考量公司遇有緊急情形時之特別處置，未設計任何豁免機制，其規定過於僵化。例如遇有監察人全體缺位之情形，股東並無請求之對象。若須依法待召開股東臨時會補選（公司法第 217 條之 1）或聲請法院選任臨時管理人（第 227 條準用第 208 條之 1）其方式過於迂迴且耗費時間，恐使公司喪失最佳求償機會。另於預期監查人無法客觀行使職權時，與股東請求之內容有利害關係（如監察人為共同或潛在被告），股東若依法須向其請求，並無實益，且恐有打草驚蛇之可能。縱監察人接受其請求，亦難免與被告之董事勾結，於訴訟中消極攻擊或防禦²³⁵。

故有論者即建議公司法修訂增訂第 214 條第 3 項：「因前項期間之經過，致公司受有不能回復之損害之虞者，不受前兩項規定之限制，第 1 項之股東得直接提起前項之訴」²³⁶。

第五節 股東代表訴訟與證券團體訴訟之重疊關係

第一項 股東代表訴訟與證券團體訴訟當事人重疊之問題

第一款 公司於不同案件類型之矛盾地位

按公司經營階層違背對公司之善良管理注意義務或忠實義務，往往伴隨財報不實等不法事實存在。例如公司董事或監察人進行掏空公司資產或非常規交易，常以虛偽隱

²³⁵前揭註 3，頁 284-285。

²³⁶建議理由為「公司若受有急迫且有不可回復損害之虞，若仍要求股東須待監察人拒絕後始得提訴，實有欠缺解決紛爭之時效性…此時法院審理時，須對起訴之要件作較為嚴格之審查，以避免股東濫訴」。參考萬國法律基金會「公司法制全盤修正計畫研究案總報告（I）」（行政院經濟建設委員會財經法制協調服務中心，2003 年），頁 5-74 頁。轉引自前揭註 3，頁 286。

匿之不實財報進行窗飾。所以實務上經營階層進行掏空、背信之不法行為，除須對公司負損害賠償責任而有成立代表訴訟之可能外，不法行為人亦有可能須對善意之投資人負責而有投資人保護法第 28 條證券團體訴訟之成立。詳言之，於實務上投保中心提起有關財報不實之證券團體訴訟，依法皆會將發行人及其負責人列為被告進行求償²³⁷。因此，因公司董事不法行為受有損害之公司，可能基於發行人之地位依法須對善意之投資人負損害賠償責任，故形成受害者同為加害者之矛盾情形。蓋就發行公司而言，因其須依證交法第 20 條或第 20 之 1 條為不法之董事或監察人編制公告、查核承認之不實財報對受害之投資人負損害賠償責任，然其亦為董事或監察人不法行為下受害者。故為避免公司既為受害人卻須對外負擔損害賠償責任之矛盾情形，建議投保中心向不法董事或監察人提起股東代表訴訟時，將公司因證券團體訟對投資人負擔之賠償金額亦列為股東代表訴訟之求償範圍內，以衡平公司之權益。

第二款 股東與投資人雙重角色之爭議

另我國證交法第 20 條之 1 第 1 項，將有價證券之善意持有人與善意之取得人納入賠償之對象，而系爭請求權人亦包括繼續持有股票之人。因此，是否造成被訴之董事或監察人對公司之股東發生重複賠償之情形，即存有疑義。

²³⁷依證券交易法第 20 條之 1 規定發行人及其負責人對依第 20 條第 2 項之財務報告及財務業務文件或依第 36 條第 1 項公告之財務報告，其主要內容有虛偽或隱匿之情事，應對發行人所發行有價證券之善意取得人、出賣人或持有人因而所受之損害負賠償責任。

申言之，股東透過代表訴訟訴追不法之董事或監察人，請求向受害之公司負賠償責任，藉此使公司之損害受到填補，間接回復受損之股東權益。然而，股東代表訴訟之被告通常於財報不實之團體訴訟案件中，亦基於公司負責人之地位而為投資人求償之對象。故於財報不實案件發生後仍未賣出公司股票之投資人，當然亦為公司之股東。因此可能發生繼續持有股票之善意投資人基於證交法第 20 條之 1 之規定透過直接訴訟之方式向不法董事或監察人請求賠償，惟亦於股東代表訴訟中獲得間接利益而受有雙重填補之情形。

惟實際探究投資人保護法下財報不實之證券團體訴訟，授與訴訟實施權之投資人向公司不法負責人請求之標的係因信賴不實財報而以虛漲價格買進系爭股票所受之價差損害，與公司因被告之不法行為受有損失而造成公司股東固有權益受損之部分似乎並不重疊。股東可透過證券團體訴訟與代表訴訟一併填補直接與間接所受之損害。

第二項 股東代表訴訟與證券團體訴訟功能重疊之問題

由少數股東權益救濟措施之觀點比較前述兩種訴訟，證券團體訴訟可使股東獲得直接賠償，而股東代表訴訟因係代位公司行使權利，勝訴之利益將回歸公司，由公司全體股東共享，股東僅受有間接利益。因此，對公司股東而言，參與團體訴訟似較提起股東代表訴訟，更有吸引力。故美國即有判決承認被告董事得直接比例賠償（Pro Rata）予善意

(Innocent) 的公司股東，但須不損害公司債權人之權利為前提。承認比例賠償予公司股東的理由在於避免違法董事亦能參與股東代表賠償分配（若其亦為股東）、且違法董事仍控制公司等原因，直接賠償起訴股東似較公允²³⁸。另按，英國之法制及實務判決，除股東代表訴訟外，另設有不公平侵害救濟訴訟，賦予公司或股東收購小股東股權之制度，使小股東可獲得直接之救濟。故英國 2006 年公司法第 263(f) 即規定，股東個人若可提出其直接訴訟，例如不公平侵害救濟訴訟等訴訟，法院得因此駁回該股東代表訴訟之聲請。於外國法制下，就股東權益保障之觀點，股東除代表訴訟外亦有其他救濟途徑，故代表訴訟之功能與其他救濟途徑即有重疊之可能。

有論者觀察美國德拉瓦州股東代表訴訟近年之發展發現，有逐漸被證券集團訴訟取代之趨勢。其認為因為德拉瓦州對股東代表訴訟嚴格的程序要求與遵循特別訴訟委員會意見之情形下，造成代表訴訟之起訴障礙，使得股東對於董事違反受任人義務之情形較依賴集團訴訟來請求²³⁹。且縱使公司獲得賠償，因董事之賠償金額係由董監保險支付，將造成公司之董監保險費率因此提高，進而造成公司實際上所獲得之賠償受到減損²⁴⁰。因此，該論者認為代表訴訟之功能將由證券集團訴訟及相關監理機制（如 SEC 之相關強制程序），

²³⁸See *Clenn v. Holteltron Systems, Inc.*, 74 N.Y.2d. 386, 547 N.Y.S. 2d 816 (N.Y.1989) . See MELVIN ARON EISENBERG, CORPORATION AND OTHER BUSINESS ORGANIZATION-CASES 7 MATERIALS 933-35 (9th ed. 2005) ; ROBERT W. HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS IN A NUTSHELL 554 (5th ed. 2000) .轉引自前揭註 3，頁 255。

²³⁹See *supra* note 146, p.413.

²⁴⁰See John C. Coffee, Jr., *Litigation and Corporate Governance: An Essay on Steering Between Scylla and Charybdis*, 52 GEO. WASH. L. REV. 789, 805-06(1984).

甚是刑事責任之訴追所取代²⁴¹。又股東代表訴訟之不法事實與證券詐欺之集團訴訟往往皆根源於董事違反受任人義務。而該論者觀察 1999 至 2000 德拉瓦州之股東代表訴訟發現，其不法事實較多為董事違反忠實義務之案例²⁴²，蓋集團訴訟往往涉及根源於公司經營階層怠於執行其注意義務與發揮監督之功能之不實陳述之事件。而違反忠實義務之主體往往以明知（*scienter*）作為抗辯，使得忠實義務之爭議在集團訴訟中並不顯著²⁴³。

由前述外國實務可知，就股東損害之填補及權益之維護，實有不同之訴訟方式可選擇。於我國法下，當個別股東持股價值之減損，遠小於公司因董監事不法或不當之行為所生之損害，股東難有動機耗費龐大之訴訟成本與風險提起股東代表訴訟，此即為我國股東代表訴訟成效不彰之原因之一。股東因公司董監事之不法行為所造之損害，可透過投保中心之證券團體訴訟請求直接賠償。因此就股東損害之填補觀點，股東代表訴訟之功能與地位，在另外成立證券團體訴訟時即受動搖。且按，股東代表訴訟縱獲得勝訴判決，訴訟利益亦回歸公司，若被告係為公司之大股東，甚至仍為公司現任之負責人或對公司具有控制力，公司因股東代表訴訟獲得之損害填補，最後仍可能流入被告之手中。故就少數股東

²⁴¹See *supra* note 146.

²⁴²See Robert B. Thompson & Randall S. Thomas, *The New Look of Shareholder*

Litigation: Acquisition-Oriented Class Actions, 57 VAND. L. REV. 133, 168-69, 169 tbl.2(2004).

²⁴³See Robert B. Thompson & Hillary A. Sale, *Securities Fraud as Corporate Governance: Reflections upon Federalism*, 56 VAND. L. REV. 859, 897-99, 904-05 (2003) (discussing consequences of misrepresentation and federalization of claims traditionally seen in state courts).

權益維護之觀點，股東代表訴訟是否為最佳之選擇，就個案事實之不同，存有不同之可能。

然而，公司董事或監察人之行為，仍有可能未成立其他團體訴訟之情形。且在傳統股東代表訴訟起訴動機不足之情況下，可藉由具公益性質之投保中心於證券團體訴訟之外，另透過代表訴訟之提起以強化抑制公司經營階層違法濫權，維持公司正常運作之公司治理功能。故投資人保護法下之股東代表訴訟仍有其特別之功能存在。

第六節 投資人保護法下股東代表訴訟立法制度之檢討

比較英美兩國之股東代表訴訟制度，我國股東代表訴訟制度，於傳統公司法下由一般股東為公司起訴外，另透過投保中心提起代表訴訟。探究我國新修訂投資人保護法之設計，係於避免股東濫行提起代表訴訟與制衡公司不法董事、監察人濫用其控制力間進行平衡。申言之，於美國法下係透過同時持有原則、繼續持有原則，及向董事會請求，甚且由特別訴訟委員會判斷之機制來避免股東提起無益或詐欺性之代表訴訟。另英國法制則是透過法院進行起訴審查機制，由司法權就公司整體利益考量有無許可股東代表訴訟進行之必要。而我國投資人保護法第 10 條之 1 之設計，則係透過具有公益性質且帶有半官方色彩之投資人保護中心就特定被告具有重大性之行為，為公司提起訴訟，從起訴範圍之限制與投保中心之公益性質來避免無益或詐欺性質之股東代表訴訟。實則，我國投保法下股東代表訴訟之制度，避免美國法制下，公司董事會，甚至特別訴訟委員

會受不法行為人控制之陰影，並免除起訴股東為證明前述機關無法作出客觀斷之舉證困難。且亦避免英國法制中由全面由法院進行起訴審查，增加法院負擔之缺點。另我國法下透過投保中心利用公共資源，亦解決傳統股東代表訴訟制度，股東起訴負擔過重、起訴動機不足之問題。

然而，投保中心提起之代表訴訟存有維護公司利益與維護公益之內涵是否一致之爭議。實際上投保中心自身難以判斷是否有為公司提起代表訴訟之必要，蓋投保法之相關規定雖將起訴範圍限於須經檢察官起訴及須符合公益目的之案件。惟刑事之起訴程序或刑事判決認定之結果，難以具體判斷公司之損害現今是否仍然存在及損害範圍為何，有無重大性？仍需待民事法院進行實質審理始能認定。故投保中心提起之代表訴訟，於實務運作上無法完全避免與公司整體利益不一致之情形。

另立法者未全面解決我國傳統公司法下股東代表訴訟制度之缺陷與爭議前，採取公司法及投保法併行制度，由投保中心代替一般股東提起代表訴訟，於實務運作上仍將遇到前述適用法規及舉證困難等問題，仍難以全面發揮股東代表訴訟之功能。故有待立法者就前述股東代表訴訟之爭議進一步透過法條之修訂予以解決。

第七章 結論

壹、我國投資人保護法第 10 條之 1 股東代表訴訟之新制

一、投資人保護法增訂股東代表訴訟新制之背景

本文在第三、四章介紹英國與美國之代表訴訟制度。惟比較外國法制，英美法下股東代表訴訟發動者皆為公司個別股東，且大都係基於維護個人經濟利益之目的而提起代表訴訟。然我國立法者卻透過增訂投資人保護法第 10 條之 1 免除投保中心不受公司法代表訴訟制度有關持股期間與持股成數之限制而得以投保中心之名義為公司提起訴訟。故本文於第五章第三節探究其增修之背景。我國立法者可能考量我國目前環境仍不適合全面免除少數股東提起代表訴訟之起訴門檻，以避免股東濫行起訴，造成董事或監察人負擔過大之風險而影響公司經營。且投保中心具有非營利團體之本質，其提起代表訴訟之目的，非出於個人經濟利益之維護，故無一

般小股東起訴成本大於所獲利益之起訴障礙。是以，探究投資人保護法下股東代表訴訟增定目的，立法者似為平衡填補公司損害，維護股東利益與抑制股東代表訴訟濫行提起兩者間之衝突，而透過投資人保護法之增修，賦予保護機構單獨提起股東代表訴訟之權利。

二、投資人保護法下股東代表訴訟之主要功能

本文於第五章第三節第二項介紹現行投資人保護法下之股東代表訴訟程序。投保中心只能在「投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法」第3條第1款至第4款所規定之行為類型下，於經檢察官起訴後並於該行為對公司造成重大損害之情形下，始得提起代表訴訟。又「投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法」第3條第5款雖訂有概括條款，使投保中心對未受檢察官起訴之事件，亦可提起代表訴訟。然而，投資人保護法下之股東代表訴訟仍需符合「投資人保護法第十條之一訴訟事件處理辦法」第4條一定數額之重大損害與公益要件之檢視。比較投資人保護法下之代表訴訟之發動原因較公司法之代表訴訟之範圍更為限縮且具體。

探究立法者就投保中心提起代表訴訟之範圍予以

限縮之原因，可能基於投保中心雖依法持有上市、上櫃公司之股票，而具有公司股東之身分。惟投保中心提起股東代表訴訟之目的並非立於自身經濟利益之考量，而係為維護證券投資人利益及證券市場發展之公益目的，故為符合投保中心提起代表訴訟之公益性質，將投保中心之起訴範圍限於董事或監察人之重大損害行為。蓋投保中心挾有一定之行政資源，若投保中心提起之代表訴訟，無控管機制將使公司董事或監察人負擔過大之風險，而造成其執行業務更加保守而不願冒險，實對公司長遠營運發展有不利之影響。故投資人保護法增訂第 10 條之 1，藉由具有公益性質之投保中心，在主管機關之監理下，於投資人保護法限制之範圍內對公司之不法董事或監察人提起代表訴訟，以追求小股東權益之維護與公司經營利益與董事、監察人負擔責任三者間最大平衡。透過增訂投資人保護法第 10 條之 1，以具公益性質且帶有半官方色彩之投保中心，代替少數股東提起代表訴訟，以強化代表訴訟公司治理之功能。

貳、投資人保護法下之股東代表訴訟適用公司法相關規定之爭議

本文於第五章第一節介紹我國公司法下之代表訴訟規定。然而，立法者於公司法外另行於投資人保護法下增訂以投保中心為起訴者之代表訴訟制度，即產生投保中心提起之代表訴訟於公司法與投保法雙軌化適用法制之爭議。故本文於第五章第三節第三項探討投保中心提起代表訴訟時是否須適用公司法規定，於起訴提預供擔保及於代表訴訟敗訴確定提是否須負起賠償責任之爭議。

依投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款之條文僅規定投保中心於發現上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項時，「得不受公司法第 214 條之限制」提起代表訴訟。然而，投保中心是否須回歸適用公司法第 214 條第 2 項、第 215 條，有關預供訴訟擔保及原告敗訴時對公司或董事之損害賠償責任規定，存有疑義。前述公司法規定係為控制股東濫行利用代表訴訟制度之手段。然投保中心係以公共資源成立之公益性財團法人，亦具有半官方色彩之監理任務存在。若投保中心無任何豁免規定而須負擔訴訟擔保，甚至於敗訴確定時須對公司或被告董事、監察人負擔損害賠償責任，不僅對保護基金造成相當大之負擔，並與

第 10 條之 1 第 3 項之立法意旨不合，亦將架空投資人保護法增訂第 10 條之 1 之目的。故基於投保中心之公益性及公共資源之有限性，建議投資人保護法下之股東代表訴訟，應參酌該條第 3 項之規定，得享有免供訴訟擔保之優遇規定。且法院於裁定是否命投保中心提供擔保時，應嚴格審酌投保中心提起訴訟是否基於不當目的起訴，並限於被告或公司將發生相當損害之可能下，始得例外裁定投保中心須提供擔保。另就公司法下代表訴訟敗訴確定時，原告負賠償責任之規定，是以，建議未來明文規定，於被告證明投保中心係出於不當目的提起訴訟時，投保中心始負擔損害賠償責任。

參、投資人保護法第 10 條之 1 是否適用法律不溯及既往原則？

投保中心依新修訂之投保法第 10 條之 1 就該條 98 年生效前所發生之事件提起代表訴訟，於實務上往往遭遇被告以法律不溯及既往原則進行抗辯。然而，由投資人保護法之法條用語、立法目的，股東代表訴訟性質觀之，投保法第 10 條之 1 之增訂未改變代表訴訟法定訴訟擔當之本質，投保中心於訴訟上亦係行使公司對被告之權利，並未變更任何實體法上之權利義務關係及權利義務主體而未

有侵害信賴利益保護之問題。是以，投資人保護法第 10 條之 1 未涉及實體法規範，應僅屬程序性規定，基於「程序從新原則」應適用新法，而無「法律不溯及既往原則」之適用。

肆、投保法增訂第 10 條之 1 後我國代表訴訟未解決之缺失

股東代表訴訟制度於投資人保護法修法後仍存有許多爭議，投資人保護法第 10 條之 1 僅解決起訴誘因不足之問題。縱透過投保中心依投資人保護法代位公司提起訴不僅將遇到傳統股東代表訴訟既存之障礙與爭議，投保中心與公司及其他股東之關係與角色亦存有爭議。是本文即於第六章針對股東代表訴訟當事人之範圍、其他股東之程序保障、內部救濟程序先行之效力三大爭議進行我國現行股東代表訴訟制度之檢討。

一、內部機關救濟先行制度之檢討：

(一) 我國代表訴訟欠缺強制公司內部機關提出不起訴理由之規定：

股東代表訴訟之發動，應以公司內部機關失靈，怠於為公司行使權利為發動要件。因此，在我

國公司法下，原則上係以監察人為公司對董事起訴之代表機關（公司自行追訴之情形），股東代位公司起訴即應視為「例外」之情形。然而，當監察人或由獨立董事組成之審計委員會經公正、獨立之調查後，認為無起訴必要而明示拒絕提起訴訟時，是否仍賦予股東違反多數意見提起代表訴訟之權利，存有爭議。參考外國立法例，皆有避免無益訴訟之制度。按美國法下之股東代表訴訟其發動要件係以股東向公司董事會請求為前提，若該董事會拒絕起訴，股東須訴訟前階段證明董事會違反經營判斷法則，不當拒絕起訴或於符合豁免請求之規定時，始得進行代表訴訟。而英國立法例則係由法院進行起訴審查，判斷股東之提訴請求是否符合「促進公司成功義務」之標準或公司內部機關未事先同意或事後追認董事之行為，始得裁定許可股東進行代表訴訟。

然而，我國法下不論公司法或投資人保護法之規定，並未要求監察人或審計委員會進行公正、獨立之調查後提出不予起訴之具體理由，以判斷公司

因董事、監察人不法行為所生之損害是否已受填補或為公司整體最佳利益而無提起代表訴訟必要。故於我國制度下容易發生股東提起之代表訴訟不符合公司整體利益，而為無益之代表訴訟，甚至發生詐害訴訟之情形。故建議未來修法方向，應要求監察人或審計委員會進行內部調查後提出具體之不起訴理由，除此請求之股東得具體判斷是否有提起代表訴訟之必要外，於代表訴訟程序亦便利法院了解公司拒絕起訴之原因進而形成心證，促進紛爭之解決，亦可緩和原告證據偏在，舉證困難之問題。且建議法院就公司提出之不起訴理由，可於準備程序運用民事訴訟法第 249 第 2 項「依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之」之規定，判斷原告股東提起之股東代表訴訟是否顯無實益或屬詐害訴訟，而不經言詞辯論，逕以判決駁回，以避免公司董事、監察人遭受訟累。

(二) 我國法下公司內部機關基於經營判斷法則拒絕起訴之爭議：

我國法下監察人可否主張經營判斷法則，而拒絕為公司對董事提起代表訴訟？除我國實務就經營判斷法則之適用，未如英美法成熟之發展外，按我國係採董事、監察人雙軌制度，我國之監察人僅為監督機關非如美國法身兼業務之執行與監督機關。故我國之監察人可否如美國法制主張適用經營判斷法則之推定，為公司最佳利益拒絕股東之起訴請求，存有爭議。然而，依公司法第 23 條第 1 項之法條明文係針對公司之負責人之義務規範，而監察人依公司法第 8 條規定亦處於公司負責人之地位。且我國證券交易法第 14 條之 4 引進審計委員會制度，由獨立董事組成審計委員會。我國之審計委員會已兼具執行業務與監理之功能。故未來實務發展上可賦予監察人或審計委員會就起訴與否受經營判斷法則推定之效力，以減輕公司監察人或獨立董事執行業務之風險。

(三) 我國代表訴訟欠缺內部救濟先行程序之豁免制度：

我國法下股東代表訴訟欠缺豁免向公司內部機關請求之規定。按公司法第 214 條規定及投資人保

護法第 10 條之 1 之規定，股東須於監察人受請求之日起，30 日內不起訴，始得為公司提起代表訴訟。依法條文義觀之，縱監察人於 30 日內已明示拒絕起訴，股東仍須待 30 日之法定期間經過始得提起訴訟。我國法制未考量公司遇有緊急情形時之特別處置，未設計任何豁免機制，其規定過於僵化。故建議公司法修訂增訂第 214 條第 3 項：「因前項期間之經過，致公司受有不能回復之損害之虞者，不受前兩項規定之限制，第 1 項之股東得直接提起前項之訴」。

二、代表訴訟相關之訴訟程序未有具體規範：

(一) 股東代表訴訟之被告是否及於第三人：

依代表訴訟係為填補公司損害、保護股東權益的角度觀之，只要公司權益遭受侵害，不論是董事等公司內部人員或公司外部之第三人，似應均有代表訴訟之被告適格。又經理人等職務上負責人依公司法第 8 條規定，於職務範圍內亦為公司負責人，而與董事、監察人相同，亦須依公司法第 23 條對公司負善良管理人注意義務與忠實義務。是股東代表

訴訟僅將董事、監察人納入被告範圍，於法律體系解釋上有前後矛盾之情形。因此，對與不法之董事或監察人進行共同侵權行為之第三人，似應於同一個審理程序中為公司對該第三人一併提起主觀合併訴訟，同列為共同被告較符合訴訟經濟與公平性。然而，有論者認為在董事未直接涉及侵害之情形，少數股東僅對於第三人提起代表訴訟時，必須先以書面請求董事會為公司提起訴訟，在董事會自股東請求日起三十日內不提起訴訟時，股東始得為公司提起代表訴訟。如此較符合公司訴訟原則上係由董事會提起之原始設計（公司法第 202 條）。故就未來法制之修正，建議對於實際上予不法董事、監察人有共同侵害關係之第三人，應於同一個審理程序中為公司對該第三人一併提起主觀合併訴，以符合訴訟經濟與公平性。

（二）公司於代表訴訟程序中之地位：

股東提起代表訴訟後是否須將起訴書送達於被代位之公司。又公司於代表訴訟中之地位為何，是否可同列為代表訴訟之共同被告，或為起訴股東之

利益參加訴訟程序，皆未有具體規定。其他未起訴之公司股東其程序保障之規定，亦付之闕如。按公司係代表訴訟利益歸屬之主體，亦為最接近事證之人，應賦予公司參與股東代表訴訟程序之機會，使公司可表達相關意見及提出具體之事證資料，以協助法院釐清事實。然而，我國民事訴訟法下之參加訴訟制度，限於有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，始能參加訴訟（民事訴訟法第 58 條）。因此公司是否能參加被告之一方進行訴訟，存有疑義。又就公司參加原告股東之一方進行訴訟之情形，在公司拒絕股東起訴請求之情形下，實難期待公司為輔助原告股東利益參加訴訟程序。

因此，當公司內部機關拒絕原告股東提起訴訟之請求時，將公司列為股東代表訴訟之被告。除可避免立場衝突之困境外，於訴訟上即得適用民事訴訟法第 342 條之規定，命被告提出相關文書。並於被告無正當理由拒絕提出時，法院依民事訴訟法第 345 條之規定，得審酌情形，認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實，減輕原告股東

之舉證困難。是以，於前述情形透過公司成為代表訴訟之共同被告，進行攻防答辯，亦有助於釐清事實，使法院獲得更多資訊判斷該股東提起之代表訴訟，對公司有無實益。故建議我國未來修法可納入公司拒絕股東依法提起訴訟之請求時，應可將公司與被訴之董事或監察人同列為代表訴訟被告之規定。然而，另應賦予公司選擇權，得以訴訟參加人之身分，參加原告股東之代表訴訟程序。

(三) 代表訴訟中其他未起訴股東程序保障制度之檢討：

為使公司其他未起訴之股東對該判決之作成具有預見可能性，避免另行提起再審或第三人撤銷之訴，以達到紛爭解決一次性之目的及制衡原告股東與被告董事勾串或不盡力進行訴訟之弊端。應賦予公司其他股東有參加股東代表訴訟程序之權利與保障。另就投保中心提起股東代表訴訟後，其他公司股東亦有可能另行提起代表訴訟或有對確定之判決提起再審或第三人撤銷訴訟之可能。是以，建議投保中心提起股東代表訴訟後，應踐行民事訴訟法第65條訴訟告知之程序。又上市、上櫃公司股權分散，

法院難以依民事訴訟法第 66 條將告知訴訟之通知一一送達予公司所有之股東。故為達紛爭解決一次性及維護其他股東之程序保障，我國法應建立類似民事訴訟法第 44 條之 2 公告曉示之制度，以公告之方式告知公司其他股東得參加訴訟表示意見，並賦予民事訴訟法第 67 條之 1 第 3 項之效力。

三、股東代表訴訟和解、撤回欠缺審查機制：

原告股東係為公司及整體股東利益提起代表訴訟而代位行使公司於實體法上之權利，惟原告股東是否有代表公司與被告董、監事進行訴訟上和解或訴訟外和解，進而撤回訴訟之權限，我國法並無明文規定。如承認原告股東得自由與被告董事或監察人和解，則代表訴訟可能成為股東與董監事之談判籌碼，發生原告股東與被告通謀，而成立危及公司及其他股東權益之和解方案。又如認為系爭和解協議僅及於原告股東及被告董、監事間，則被告將處於隨時被其他股東再為起訴之不安定地位。

參考英美法制，其基於股東代表訴訟涉及公司及全體股東之整體利益，故緩和原告股東之處分權，藉由法

院之介入行使裁量權權限，以保護其他利害關係人之利益。故建議未來修法時，增訂原告股東與董監事為訴訟上和解及訴訟標的之捨棄，須經法院之許可；並且法院為許可前，得以適當方式通知有法律上利害關係之第三人，使其表示意見。另原告撤回起訴時，亦應准用前述程序。

四、證券團體訴訟與股東代表訴訟之重疊關係：

(一) 股東代表訴訟與證券團體訴訟當事人重疊之問題：

實務上投保中心提起有關財報不實之證券團體訴訟，依法皆會將發行人及其負責人列為被告進行求償。從而，因公司董事、監察人不法行為受有損害之公司，可能基於發行人之地位依法須對善意之投資人負損害賠償責任，故形成受害者同為加害者之矛盾情形。故為避免公司即為受害人卻須對外負擔損害賠償責任之矛盾情形，建議投保中心向不法董事或監察人提起股東代表訴訟時，將公司因證券團體訴訟而對投資人負擔之賠償金額亦列為股東代表訴訟之求償範圍內，以衡平公司之權益。

(二) 股東代表訴訟與證券團體訴訟功能重疊之問題：

由少數股東權益救濟措施之觀點比較前述兩種訴訟，證券團體訴訟可使股東獲得直接賠償，而股東代表訴訟因係代位公司行使權利，勝訴之利益將回歸公司，由公司全體股東共享，股東僅受有間接利益。因此，對公司股東而言，參與團體訴訟似較提起股東代表訴訟，更有吸引力。就股東損害之填補及權益之維護，實有不同之訴訟方式可選擇。於我國法下，當個別股東持股價值之減損遠小於公司因董監事不法或不當之行為所生之損害，股東難有動機耗費龐大之訴訟成本與風險提起代表訴訟，此即為我國股東代表訴訟成效不彰之原因之一。在投資保護法未增訂第 10 條之 1 規定前，股東因公司董監事之不法行為所造之損害，實可透過投保中心之證券團體訴訟請求直接賠償。因此就股東損害之填補觀點，股東代表訴訟之功能與地位，在另外成立證券團體訴訟時即受動搖。且按，股東代表訴訟縱獲得勝訴判決，訴訟利益亦回歸公司，若被告係為公司之大股東，甚至仍為公司現任之負責人或對公司具有控制力，公司因股東代表訴訟獲得之損害填

補，最後仍可能流入被告之手中。故就少數股東權益維護之觀點，股東代表訴訟是否為最佳之選擇，就個案事實之不同，存有不同之可能。

然而，公司董事或監察人之行為，仍有可能未成立其他團體訴訟之情形。且在傳統股東代表訴訟起訴動機不足之情況下，可藉由公益性質之投保中心於證券團體訴訟之外，另透過代表訴訟之提起，以強化抑制公司經營階層違法濫權，發揮維持公司正常運作之公司治理功能。故投資人保護法下之股東代表訴訟仍有其特別之功能存在。

伍、現行投資人保護法下股東代表訴訟運作實務之檢討

一、訴訟上舉證責任之障礙與訴訟進度緩慢之困難：

自投資人保護法 98 年施行至今，投保中心依投資人保護法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款進行之訴訟總計有 13 件。本文於第五章第三節第五項介紹投保中心股東代表訴訟目前之運作概況。投保中心依投資人保護法第 10 條之 1 發動之代表訴訟其案件事實，大都屬公司之董事涉嫌侵占公司資產、進行非常規交易、違法借貸等不法行為造成公司重大損害之情事。

然亦有被訴董事單純違背善良管理人注意義務造成公司重大損害而提起代表訴訟之案例。按投保中心就代表訴訟起訴方式大都以附帶民事訴訟之方式為之，故其訴訟進度往往較為緩慢。蓋依刑事訴訟法規定，附帶民事訴訟案件通常需待刑事一審有罪判決後，始移送民事庭進行審理。縱已進行民事審理程序之實際案件，因被告之不法行為亦受刑事訴追，法官往往為避免民事判決結果與刑事判決結果矛盾而勸諭原、被告雙方合意停止或裁定停止，以待相關事證透過刑事程序調查審理，進行釐清後使續行民事訴訟程序。由前述投保中心採行之起訴方式與目前案件之訴訟進度觀之，可發現股東代表訴訟實務上，原告因證據偏在之情形，存有舉證困難之問題，未因投保法之修正而解決。

二、投保法下之代表訴訟的與傳統公司法之代表訴訟本質上之衝突：

比較英美兩國之股東代表訴訟制度，我國投保法下股東代表訴訟之制度，避免美國法制下，公司董事會，甚至特別訴訟委員會受不法行為人控制之陰影，

並免除起訴股東為證明前述機關無法作出客觀斷之舉證困難。且亦避免英國法制中由全面由法院進行起訴審查，增加法院負擔之缺點。另我國法下透過投保中心利用公共資源，亦解決傳統股東代表訴訟制度，股東起訴負擔過重、起訴動機不足之問題。

然而，投保中心提起之代表訴訟存有維護公司利益與維護公益之內涵是否一致之爭議。實際上投保中心自身難以判斷是否有為公司提起代表訴訟之必要，蓋投保法之相關規定雖將起訴範圍限於須經檢察官起訴及須符合公益目的之案件。惟刑事之起訴程序或刑事判決認定之結果，難以具體判斷公司之損害現今是否仍然存在及損害範圍為何，有無重大性？仍需待民事法院進行實質審理始能認定。故投保中心提起之代表訴訟，於實務運作上無法完全避免與公司整體利益不一致之情形。

三、小結：

立法者未全面解決我國傳統公司法下股東代表訴訟制度之缺陷與爭議前，採取公司法及投保法併行制度，由投保中心代替一般股東提起代表訴訟，於實

務運作上即發生前述適用法規及舉證困難等問題，仍難以全面發揮股東代表訴訟之功能。是以，有待立法者未來就前述股東代表訴訟之爭議進一步透過法條之修訂予以解決。

參考文獻

中文文獻（按作者姓名筆劃排列）

一、書籍部分

- 1、王文字，公司法論，2006年8月。
- 2、李小寧，公司法視角下的股東代表訴訟--對英國、美國、德國和中國的比較研究，法律出版社，2009年3月。
- 3、柯芳枝，公司法論（下），2011年2月修訂8版。
- 4、曾宛如，公司經營者與股東-以英國新公司法與股東代為訴訟為例，公司之經營者、股東與債權人，2008年12月。
- 5、楊建華，問題研析：民事訴訟法（三），1989年。
- 6、劉連煜，現代公司法，2011年9月增訂7版。

二、期刊部分

- 1、王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，商法專論—賴英照教授五十歲生日祝賀論文集，1995年7月。
- 2、王文字、張冀明，非營利組織主導的證券團體訴訟-論投資人保護中心，月旦民商法雜誌，第15期，2007年3月。
- 3、洪秀芬，公司對董事責任追究之探討-以股份有限公司之民事

- 賠償責任為研究對象，輔仁法學，第36期，2008年12月。
- 4、周振鋒，論股東代表訴訟的變革方向—以美國法為研析基礎，政大法學評論，2010年6月。
 - 5、周振峰，論證券投資人及期貨交易人保護法第十之一條-以股東代表訴訟為中心，法學新論，2010年12月。
 - 6、曾宛如，我國代位訴訟之實際功能與未來發展-思考上的盲點，台灣法學雜誌，2010年9月。
 - 7、劉連煜，投保中心對董監事提起解任之訴的性質，法令月刊，2012年4月。
 - 8、劉連煜，投保中心提起解任董監事及代表訴訟之新規範，月旦法學教室，2009年10月。
 - 9、廖大穎，企業經營與董事責任之追究—檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，經社法制論叢，2006年1月。
 - 10、廖大穎，論證券投資人保護機構之股東代表訴訟新制，月旦民商法雜誌，2011年6月。
 - 11、股東代表訴訟程序上股東的地位-民事訴訟法研究會第109次研討記錄，法學叢刊，2011年4月。

三、論文部分

- 1、枋啟民，少數股東民事訴訟救濟制度之檢討，台灣大學碩士論文，2007年1月。
- 2、陳梅欽，從比較法觀點看我國「股東代表訴訟」制度，銘傳大學法律學系碩士班論文，2009年6月。
- 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，中興大學法律研究所碩士論文，1997年6月。

4、劉彥廷，論證券投資人及期貨交易人保護法之團體訴訟，台北大學法律系碩士班論文，2003年8月。

5、孫藝娜，股份有限公司董事對公司之民事賠償責任之研究，東海大學法律研究所碩士論文，2009年7月。

四、研討會文章

1、蔡英欣，股東代表訴訟制度之重塑-從實體法與程序法之面向，2012年6月3日公益信託台灣財政金融法學研究基金舉辦之第二屆兩岸商法論壇研討會未發表文章。

外文文獻

一、專書

- 1、Geoffrey Morse, et al., *Palmer's Company: Annotated Guide to the Companies Act 2006*, London, Sweet & Maxwell, (2009) .
- 2、Harry G.Henn & John R. Alexander, *Law of Corporations*. (4th ed. West Publishing Co.,1983) .
- 3、James D. Cox & Thomas Lee. *Hazen & F. Hodge 'Neal, Corporations*. (vol.II,15,1995) .
- 4、L.S Sealy , *Cases and Materials in Company Law* , Lodon , Butterworths (1996) .
- 5、Victor Joffe QC, David Drake, Giles Richardson, Daniel Lightman, *Minority shareholders, Law, Practice, and Procedure*, Oxford press, (third edition,2008) .
- 6、Steven L. Emanuel, *Corporation* (4th ed., Aspen Law & Busuness,2002) .

二、期刊文獻

- 1、John C. Coffee, Jr., *Litigation and Corporate Governance: An Essay on Steering Between Scylla and Charybdis*, 52 GEO. WASH. L. REV. 789, 805-06 (1984) .
- 2、Kenneth B. Davis, Jr., *The Forgotten Derivative Suit*, 61 Vand. L. Rev. 387 (2008) .
- 3、The Law Commission, *Shareholder Remedies*, Law Commission Report No.142, Cm. 3769,1996.
- 4、Robert B. Thompson & Randall S. Thomas, *The New Look of Shareholder Litigation:Acquisition-Oriented Class Actions*, 57 VAND. L. REV. 133, 168-69, 169 tbl.2 (2004) .
- 5、Robert B. Thompson & Hillary A. Sale, *Securities Fraud as Corporate Governance: Reflections upon Federalism*, 56 VAND. L. REV. 859, 897-99, 904-05 (2003) .

三、法院判決

- 1、*Brambles USA, Inc. v. Blocker* 731 F.Supp. 643, 648 [D.Del.,1990].
- 2、*Petitioner,v.BRIDGESTONEFIRESTONE* ,[1991] WL11177818 (U.S.)
- 3、*Dodge v. Woolsey* 18 How. (59 U.S.) 331,341-344[1855].
- 4、*Foss v. Harbottle*, [1843] 2 Hare 461; 67 ER 189.
- 5、*Franbar Holdings Ltd v Patel* [2008]B.C.C.885.
- 6、*Finance Ltd v Ryder*, [2010] EWHC 3387 (Ch) .

- 7、 *Hawes v. Oakland*, 104 U.S. 450, 26 L. Ed. 827 [1882].
- 8、 *Home Fire Insurance Co. v. Barber*, 67 Neb. 644, 93 N.W., 1024 [1903].
- 9、 *Iesini v Westrip Holdings Ltd*, [2009] EWHC 2526 (Ch), [2010] B.C.C. 420.
- 10、 *Kleanthous v Paphitis*, [2011] EWHC 2287 (Ch) .
- 11、 *Lavine v. Gulf Coast Leaseholds Inc*, 35 Del Ch. 539, 122 A.2d 50 [Ch. 1956].
- 12、 *Mission Capital plc v Sinclair* [2008] B.C.C. 886.
- 13、 *Pavlides v. Jensen*, [1956] Ch. 565.
- 14、 *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd*, [1882] Ch 204.
- 15、 *Stainer v Lee*, [2010] EWHC 1539 (Ch) ; [2011] B.C.C. 134.
- 16、 *Regal (Hastings) v. Gulliver*, [1942] 1 All E. R. 378, 382F and 389D-E.
- 17、 *Wallersteiner v Moir (No.2)* , [1975] Q.B. 373 .