

引進董事責任保護機制之必要性—以美國法為中心

The Introduction of Director's Protecting Mechanism : A Focus on American Law

摘要

公司董事權利與義務之平衡於公司治理上係一重要課題，比較法上，美國公司法即發展出一系列的董事責任風險之保護機制，如：董事責任保險、董事責任限制或免除條款和董事責任補償制度，以緩和董事法律責任；反觀我國，除將董事責任保險制度明文於公司法外，關於其他之風險保護機制均付之闕如，因此本文擬以美國法之風險保護機制為中心，分析並探討其法理基礎和優缺點，再從我國實務上之董事責任風險狀況出發，並研析學者意見，探求在我國法制環境下，引進董事責任保護機制之必要性與可行性，以期更完善我國之董事責任法制。

Abstract

The balance between the right and the duty of corporate directors is an essential issue in corporate governance. U.S. company law has developed a series of protection mechanisms of corporate directors' liability, including directors' liability limitation, corporate indemnification, and directors' liability insurance. These mechanisms are designed to alleviate the legal liabilities of directors. Contrary to U.S. company law, Taiwan company law lacks protection mechanisms other than providing directors' liability insurance. Therefore, this article will first focus on the regulations of directors' protection mechanisms in the U.S., discussing its legal basis and pros and cons. Then, analyze the practices of directors' liability in Taiwan and collect academic's opinions to explore the necessity and feasibility of introducing a director liability protection mechanism in Taiwan. Hopefully, this article may provide some contribution to future regulations.

關鍵詞：董事責任、董事責任限制或免除機制、董事責任補償機制。

Keywords: directors' liabilities, limitation and elimination of director liability, corporate indemnification

引進董事責任保護機制之必要性—以美國法為中心

The Introduction of Director's Protecting Mechanism : A Focus on American Law

壹、前言

現代公司組織中企業所有與企業經營分離，董事或經營階層可能為自身利益而濫用其職權，進而損害公司與股東之利益，為了避免此類利益衝突所帶來之代理成本，法規即必須課與董事與經營階層一定程度之義務和法律責任，以加強經營者對股東之間責性；然可思考者係，強化董事的義務與責任，固有助於減少董事的自利行為，使董事能夠更謹慎、忠實地執行職務，並能相當程度地減少企業弊案的發生，然而，過重之責任雖可達到「防弊」之效，亦將讓董事於執行職務過程中，動輒須面對股東之追訴和鉅額之賠償，使董事於經營時懼於被追訴之風險而採取保守和防衛性之經營，不願勇於面對市場上之風險而採取高風險之獲利方案，而產生無法「興利」之後果；更甚者，如一味課與董事責任而忽略董事之權利保護，長此以往恐產生優秀人才怯於擔任董事之窘境，果爾，除將減損股東利益外，亦可能影響我國經濟發展，甚非妥當。

比較法上，於美國法，即發展出一系列董事責任之保護機制，其中包含董事責任限制或免除制度（liability limitation）、公司對董事之補償制度（corporate indemnification）以及董事責任保險制度（directors liability insurance，下稱 D&O）（以下將泛稱此些制度為董事責任保護機制），藉由此等制度來平衡董事於經營決策過程中所承擔之責任，鼓勵其能創新經營而勇於任事，為股東及公司謀取最大利益。

觀察我國近來修法動向，首先關於董事會之定位，我國金融監督管理委員會（下稱金管會）於二〇一八年時發布一函釋，擴大了強制設置審計委員會之範圍，強化了董事會的監督功能¹。代表我國公開發行股票之公司（下稱公發公司）董事

¹ 金管證發字第 10703452331 號：「一、依據證券交易法第十四條之四規定，已依本法發行股票之金融控股公司、銀行、票券金融公司、保險公司、證券投資信託事業、綜合證券商、上市（櫃）期貨商及實收資本額達新臺幣二十億元以上非屬金融業之上市（櫃）公司，應設置審計委員會替代監察人；實收資本額未滿新臺幣二十億元非屬金融業之上市（櫃）公司，應自中華民國一百零九年一月一日起設置審計委員會替代監察人。但前開金融業如為金融控股公司持有發行全部股份者，得擇一設置審計委員會或監察人。二、依據證券交易法第一百八十一條之二規定，現任董事、監察人任期未屆滿之公司，前點適用時程規定如下：（一）實收資本額達新臺幣二十億元以上未滿新臺幣一百億元非屬金融業之上市（櫃）公司，應於一百零八年底設置完成。（二）實收資本額未滿新臺幣二十億元非屬金融業之上市（櫃）公司，應自一百零九年一

會已朝「單軌制」邁進，董事會之定位將類似於美國法制，成為「監督型董事會」；又於董事責任追究層面，近年除確立我國董事之經營者責任外（如二〇〇一年修正公布公司法第 23 條引進受任人義務）外，亦逐步強化董事責任之訴追機制（如二〇〇三年施行之證券投資人及期貨交易人保護法（下稱投保法），引進證券投資人團體訴訟制度，二〇〇九年時並增訂第 10 之 1 條，賦予證券投資人與期貨交易人保護中心（下稱投保中心）提起股東代表訴訟之權限，並於二〇二〇年時引進了董事失格制度），以此修法趨勢觀之，我國對於董事之責任標準與違法行為之救濟管道已逐漸完備，然關於董事責任之保護機制，近來僅於二〇一八年時將 D&O 制度明文化，對於其他對董事責任保護措施，目前均付之闕如。故本文即希冀以美國法為借鏡，研究並探討美國法下董事責任限制規範與補償制度，並以此為基礎分析我國法制環境下是否有引進此制度之必要性。本文第貳部分將先介紹美國法下受任人義務之內涵，以作為董事責任保護機制之先決概念；第參部分和第肆部分將分別探討董事責任限制機制與董事責任補償機制之制度內容；第伍部分則是回顧我國實務上的董事經營責任風險與學理上對於董事責任保護機制之討論，分析我國目前之法制環境是否適合引進此制度，第陸部分則為結論。

貳、董事對公司之受任人義務（fiduciary duty）

考量上開提及美國法之董事責任限制與補償制度，僅能適用於董事違反「注意義務」之情形，若個案中董事所被起訴之事實涉及董事違反「忠實義務」或係該董事「不具善意」，則此二項制度即無適用之空間，然忠實義務或注意義務各自的內涵為何，即有先行說明之必要。

按英美公司法判決先例上，所謂受任人義務（fiduciary duty）係以忠實義務（duty of loyalty）與注意義務（duty of care）為其主要內容。我國公司法於二〇〇一年時亦增定第 23 條 1 項，明確規定公司負責人之忠實義務與注意義務，如違反此規定致公司受有損害，公司得依本條為請求權基礎，向該負責人請求損害賠償。惟該條之立法理由中並未表示該條項之立法參考法源或是外國立法例為何

月一日起設置審計委員會替代監察人，其董事、監察人任期於一百零九年未屆滿者，得自其任期屆滿時，始適用之。三、本令自即日生效；本會一百零二年十二月三十一日金管證發字第一〇二〇〇五三一—二一號令，自即日廢止。」

(一) 利害關係人交易

在「利害關係人交易」的行為類型中，可以分為典型之利害關係人交易（basic self-dealing）與交叉董事或董事均有持股公司間之交易（transaction with corporation）。前者係指交易之一方為公司，相對人為公司董事，或與董事有緊密之身分關係或財務經濟利益關係之人，由董事會批准該交易之法律行為。此種行為顯現出利害關係人交易所產生之危害本質，因交易之相對人係董事或與其具有緊密關係之人，其可經由交易獲取所有之利益，而與該董事交易之公司，該董事不必然持有股份，或縱使持有股份，若交易後財富移轉結果對公司造成損害，董事可藉由其股東身分而與他股東就持股比例分攤，毋庸全數承受，與其在該筆交易可獲得之利益相較下，利益顯然大於損害⁶。

而後者，係指交易雙方均為公司或商業組織，但有董事兼任雙方公司或商業組織之董事，且該董事積極參與交易過程的協商談判，使其在該交易時喪失獨立性及中立性，對其中一方有所偏好；或係董事或與其具有緊密關係之人，於交易相對人之公司或商業組織，乃為一受益人或主要股東。外觀上雖然是兩個法人組織之交易，但實質上該公司或商業組織僅係作為「交易工具」，因此仍屬於利害關係人交易。於此行為態樣中，因為該共同董事對於交易雙方之公司均負有忠實義務，其所生利益衝突風險實與董事自我交易行為相似。從而，董事應負舉證責任，要求證明其整體公平性（entire fairness），即證明該交易對雙方公司而言是公平且合理的，否則該交易即屬違法⁷。

(二) 奪取公司機會

所謂「奪取公司機會」係指董事不得利用其基於職務得知原本屬於公司之資訊或機會，而將該資訊或機會納為己用，若董事欲使用該資訊，則必須將該機會或資訊完整告訴公司，並取得公司同意。而奪取公司機會又可分為三種態樣：奪取公司商業機會（taking business opportunity）、使用公司資產或資訊（use of corporate assets or information）以及競業行為（competition with the corporation）。

⁶ 林國彬，前引註 5，頁 175。

⁷ 林國彬，前引註 5，頁 175。

所謂「奪取公司商業機會」，係當一個商業機會呈現在董事面前時，董事可否自行取用而謀取利益，若可，有無任何程序規範必須遵守。又所謂公司之商業機會，德拉瓦州最高法院在 *Guth v. Loft, Inc* 案中係採取「營業範圍」之審查標準⁸，即凡公司在財務上能負擔該機會，且該機會之本質屬於公司一般營業活動範圍內，對公司具有實際利益，或公司在該機會之中具有一定之潛在利益或對其有合理之期待者，公司董事即不得利用該商業機會。

而「使用公司資產或資訊」係指董事不能使用經公司成本所取得之非公開資訊，以此獲得個人財務上利益，內線交易即屬於利用公司資訊而獲取個人利益之典型情況。

最後，關於「競業行為」乃指因董事經營公司業務而能獲知許多公司內部之營業秘密，若董事用該些資訊自為經營或為他人經營與公司具有競爭性質之業務，並藉此獲得個人利益，對公司而言並不公平，因此需要受到監督與司法審查。

(三) 董事之報酬

董事為全體股東之利益，並接受股東之委託而負責經營公司事務及決策，故董事接受合理之報酬乃合理之事，惟若董事報酬由董事會自行決定者，顯然具有球員兼裁判的利益衝突關係⁹。故而，對於董事之報酬數額、種類條件等事項，必須要有程序管制以及司法審查之機會，以避免董事為自己之利益獲取不合比例之報酬。值得關注之實務發展是，早期德拉瓦州法院在審查董事之報酬是否合理時，尚會考慮薪資報酬之合理性¹⁰（如：考慮報酬是否與公司業績具有合理關係），然而近期德拉瓦州法院見解，已較少對於董事報酬之合理性進行實質審查，取而代之者係法院多著眼於董事報酬之決定是否經過「合理之程序決定」，亦即是否經由不具利害關係之董事、董事委員會或股東會，在資訊足夠之情況下，所作成之決定，意即轉而關注於程序控制之問題¹¹。

二、注意義務（duty of care）之內涵

注意義務係指，董事在做成決定之前，有義務瞭解、掌握所有可合理取得之

⁸ See *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503 (Del. 1939).

⁹ 林國彬，前引註 5，頁 176。

¹⁰ See *Wilderman v. Wilderman*, 315 A.2d 610, 615(Del. Ch. 1974).

¹¹ See *Lewis v. Vogelstein*, 699 A.2d 327, 336~338 (Del. Ch. 1997).

重要資訊，並且據此做成經營決定者¹²。詳言之，董事在為商業決策時，應盡到一般謹慎小心之人（ordinarily careful and prudent men）於類似情況下所能盡之義務，並應考量所有在合理情況下所能得到的資訊¹³。注意義務之內涵，不僅包括董事的積極行為，董事的消極不作為亦包含在內，如：長期缺席應出席之會議、未閱讀適量之公司報告，未尋求適當之顧問意見等，此些行為皆可構成注意義務之違反。以下本文將參考美國德拉瓦州最高法院判決，將注意義務分為以下之類型論述之。

（一）監督義務（duty to monitor）

關於「監督義務」，主要係討論董事有無義務建立公司內控機制。考量現代大規模的公司很少是由少數或單一股東所建立，大多是由投資大眾持有股權，股權分佈分散，產生公司所有者與經營者分離的現象。又因為多數的股東並不重視公司的經營，其重視的是公司股價的高低，很少股東會直接參與公司之經營，故而通常是由董事會此一合議制機關，以多數決來決定經營公司的重大事項。然因董事集會僅一年數次，並無法鉅細靡遺的將公司之大小事都納入討論，其通常僅負責對重大事項做決策，對於日常經營較欠缺投入，故在實際經營團隊發生不當行為時，董事應負何種責任，換言之，董事對於經營團隊一般日常經營行為欠缺了解時，是否即屬於違反注意義務，即有所爭議。

在 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 案中，衡平法院認為董事有義務本於誠信，盡力確保存在一個適當的公司內部資訊收集與報告系統¹⁴，已使董事會能本於合理、即時的資訊來為監督與經營決策，若疏於建立而造成公司損害，董事即需負責。惟法院也同時強調此一責任並不會輕易成立，僅有在董事會持續性或系統性地怠於監督，如根本未嘗試建立一合理資訊收集與報告系統存在，才有責任成立的可能¹⁵。

另一著名之案例為二〇〇六年之 *Stone v. Ritter* 案，本案例中德拉瓦州最高法院對於上開 *Caremark* 案有進一步之見解。本案之法官認為怠於監督義務所生之賠償責任係建立在「有違誠信」之行為基礎上。從而，該責任違反之行為態樣應

¹² 林國彬，前引註 5，頁 147。

¹³ See *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 188 A.2d 125, 130 (Del. 1963).

¹⁴ *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959,970 (Del Ch. 1996).

¹⁵ See *id.* at 971.

屬於違反「忠實義務」而生之責任，而非注意義務。而在判斷董事之怠於監督是否屬於「有違誠信」之標準上，本案法院則認同 Caremark 案所提之想法，亦即若「董事完全沒有建置任何報告或資訊系統或控制制度」或「雖已建立該系統或控制制度，但卻有意識地怠於監督或控管其運作」，致使董事無法了解到應注意之風險時，董事會方有怠於監督之賠償責任¹⁶。

從上述判決可發現，德拉瓦州法院是肯認董事會對於公司負有監督義務，且此義務兼具有忠實義務與注意義務之性質，就董事會有無設置一適當的內部控制系統以管理公司事務，或董事會有無確實地監控該制度之運作，為忠實義務之範圍，而就公司應設立何種機制以管理公司部門，因涉及商業判斷，而屬於注意義務之範疇，於符合經營判斷法則之要件下，將受保護。

(二) 詢問義務 (duty to make inquiry)

所謂「詢問義務」係指董事應合理地去追查公司已經獲得之資訊之義務¹⁷。也就是說當董事得知公司有某些可疑狀況時，其就提高注意並積極地為合理調查，不能無視此等情事，使自己侷限於單純接受資訊之角色。

詢問義務必須有發生特定之事實才產生，例如於一公司中，董事會將定期收到財務報表，以及來自各高級主管的書面或口頭報告。審查這些報表與報告內容是屬於公司董事之監督義務。然而當這些報表或報告出現某種可疑之狀況時，董事即負有向經理人或是專家提出詢問之義務，需探究這些報表和報告之相關內容，不得將自己侷限於單純接受資訊之角色。若董事對此些特殊之事時視而不見，則董事即可能須對公司負擔損害賠償責任。

(三) 基於充足資訊而為決策之義務 (duty to make informed business judgement)

此義務係要求董事在作成決定前，應先蒐集必要之重要資訊，聽取公司經理

¹⁶ See Stone v. Ritter, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006).

¹⁷ See Melvin A. Eisenberg, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, 51(4) U. PITT. L. REV. 945,948 (1990)

人或外部專家學者之專業意見，並於詳細瞭解後基於其取得之資訊而作成決定¹⁸。此義務在美國法上，經常被討論之實務案例即為 *Smith v. Van Gorkom*¹⁹ 一案，本案法院指出公司董事面對此一合併案時，事前並未瞭解有關公司併購之法律文件，亦不瞭解公司併購價格計算，合公司實際價值，僅依據 *Van Gorkom* 個人口頭報告，而且董事會亦無要求經理人對該公司之價值進行研究、亦未對外尋求專業人士之建議，董事會成員對公司價值欠缺認識，加上僅於短短兩小時內作出事關公司生存之重大決定之併購決定，故而認為本案董事並未基於充足之資訊即做成決策，違背董事之注意義務，因此需對公司負擔損害賠償之責。於本案後，德拉瓦州法院對於涉及注意義務之訴訟，將董事會做成經營決定過程時是否資訊充足（*Informed*）作為審查之重心，也因此促成了德拉瓦州董事責任限制或免除條款之增訂，影響不可謂不大。

三、善意義務（*duty of good faith*）之內涵

「善意義務」是否為受任人義務之獨立類型，於美國德拉瓦州實務以及學界存有爭論，有判決認為善意義務僅係忠實義務下的內涵²⁰，但亦有認為善意義務與忠實義務於德拉瓦州公司法第 102 條第 b 項第 7 款增訂後，二者間已成為不同之概念，後於二〇〇六年之 *In re the Walt Disney Company Derivative Litigation* 一案²¹，德拉瓦州最高法院於確認了善意義務為受任人義務之獨立類型，並界定了違反善意義務之行為態樣，並於之後之 *Stone v. Ritter* 案²²中確認了違反善意義務之法律效果。

（一）*In re the Walt Disney Company Derivative Litigation* 案（下稱「迪士尼案」）²³

本案中，德拉瓦州法院於判決中認為善意義務與注意義務係可以區分的，且至少有三種類型的行為可能構成惡意（*bad faith*）行為。分別為「主觀惡意」（*subjective bad faith*）、欠缺惡意動機之單純重大過失」（*sole by gross negligence*）

¹⁸ 林國彬，前引註 5，頁 156-157。

¹⁹ See *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858(Del. 1985).

²⁰ See *Gutmann v. Jen-Hsun Huang*, 823 A.2d 492 (Del. Ch. 2003)。

²¹ See *In re the Walt Disney Company Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006).

²² See *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

²³ See *In re the Walt Disney Company Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006).

and malevolent intent) 和「係基於有意的怠忽職務且故意的忽視其責任」。

「主觀惡意」，係指基於傷害公司目的所做成之行為，然因本案原告並未主張亦未舉證被告董事有此惡意之意圖，故法院並未對此類行為做進一步論述²⁴。而關於「欠缺惡意動機之單純重大過失」，本案中原告主張單純之重大過失不僅構成注意義務之違反，亦構成惡意行為，然最高法院卻持不同看法，其認為惡意與重大過失在德拉瓦州公司法下應有不同之涵義。首先於德拉瓦州公司法第 102 條第 b 項第 7 款之規定中，公司可藉由章程免除或限制董事因注意義務所生之財產上損害賠償責任，但不可免除未基於善意行為而生之財產上損害賠償責任。同時德拉瓦州公司法第 145 條第 a 項規定，對於董事或經理人因違反注意義務所產生費用支出，允許公司補償之，但違反善意義務所產生之費用支出則無法依該條規定獲得補償。綜上所述，可知德拉瓦州議會顯然試圖利用立法，賦予董事相當程度之保護，從而若認為構成重大過失之行為（違反注意義務之行為）同時構成惡意行為，將會與立法者之本意相違²⁵。又本案法院亦進步指出，違反注意義務之善意與德拉瓦州公司法第 102 條第 b 項第 7 款例外事項中的善意不同，蓋本條係為使董事於違反注意義務而對公司負金錢賠償責任時，得免除賠償責任，但本條不適用於非出於善意或違反忠實義務之行為。若將衡量是否善盡注意義務之善意與得否適用本條之善意作相同解釋，則當董事違反注意義務時亦將因未盡善意義務而無從適用本條，使本條形同虛設²⁶。

第三類行為則是處於前兩者類型之間，此類行為具有主觀之惡意但係因重大過失所致，亦即「係基於有意的怠忽職務且故意的忽視其責任」，法院認為此種行為之非難性介於違反忠實義務與注意義務之間，例如為了促進股東最大利益以外之目的所為之行為，或故意違反已知之法令，或有作為義務而故意不作為，或其他故意忽視其義務之行為均可視為此種類型之行為²⁷。

(二) Stone v. Ritter 案²⁸

本案之判決時點在迪士尼案後，其對善意義務之內涵有著更進一步之解釋。

²⁴ See *id.* at 964-966.

²⁵ See *id.* at 964-966.

²⁶ See *id.* at 999-1001.

²⁷ See *id.* at 966.

²⁸ Stone v. Ritter, 911 A 2d 362 (Del. 2006).

本案最高法院於判決中指出「未基於善意而行為」，與注意義務之違反行為（如：重大過失），相較之下認為前者更具有可責性。其次針對迪士尼案所出之三種可能構成惡意行為之類型與 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 判決中所謂董事監督責任成立之「欠缺善意的必要條件」，亦即「監督權限之持續性且系統性的失敗」概念一致²⁹。

至於違反善意義務的法律效果，最高法院認為違反善意義務本身並不直接導致董事責任的發生，但未基於善意的行為可能同時構成忠實義務之違反而負有相對應之責任。詳言之，善意義務雖與注意義務和忠實義務被定位成「三合一（triad）」受任人義務之一部分，但善意義務並非與注意義務及忠實義務相等之獨立忠實義務類型，行為人唯有於違反注意義務與忠實義務時，始直接導致責任產生；又本案法院更指出，忠實義務違反之案例，不侷限於存在財產上之利益衝突或其他可察覺之受任人利益衝突之情形，更包括董事未基於善意而為行為之情形³⁰。

善意義務於受任人義務中所扮演之角色，在本案中似乎以得出初步的結論。然此結論亦受到學者的反彈，有學者即指出，*Stone* 案的見解僅將善意義務作為忠實義務之附屬要素，忽略了注意義務亦有可能包含善意義務之內涵，即善意義務應不僅存於忠實義務之內，善意義務於注意義務與忠實義務二者間都有存在之空間，董事在做任何決定時，都必須為公司以及全體股東利益出發，善意義務應該係交錯於（intertwined）注意義務與忠實義務間³¹。

參、董事責任限制機制

一、董事責任限制條款之源起

一九八五年，德拉瓦州最高法院於 *Smith v. Van Gorkom* 一案指出，董事會成員在進行經營判斷時即使董事無詐欺、惡意或自我交易等情事，如未善盡調查義務，未在獲知充分資訊（informed）之基礎上而作成決策，其決策將不受經營

²⁹ See *id.* at 369.

³⁰ See *id.* at 369-379.

³¹ See Appleby, A. D. & Montaigne, M. D. *Three's Company: Stone v. Ritter and the Improper Characterization of Good Faith in the Fiduciary Duty Triad*, 62(3) *ARKANSAS LAW REVIEW* 431, 474 (2009)

判斷法則之保護³²，此一判決可以說是提高了注意義務之行為標準，意味著商業判斷法則之保護網已不如以往穩固，而產生德拉瓦州公司董事對於違反注意義務後隨之而來之責任與巨額賠償產生恐慌。復加上一九八〇年代，美國商業環境不佳，導致董事責任保險之保險人出險率上升，導致當時有許多保險公司開始調高保費或限縮承保範圍以降低損失，使公司董事難以藉由責任保險轉嫁其責任風險，引發所謂「董事暨經理人責任保險危機（directors' and officers' liability insurance crisis）」³³，因此促成美國各州制定相關法規，使公司得基於章程或法律規定，在符合一定條件下限制或免除個別董事因違反受任人義務而生之金錢賠償責任。

二、董事責任限制條款之法理基礎

同前所述，董事會與股東會因潛在之利益衝突而存在代理成本，董事會經營不善或無效率的代理成本得經由受任人義務之規範來加以控制，當董事違反受任人義務而使公司受有損害時，董事應負損害賠償責任，加諸董事此種法律責任除可填補公司之損失外，亦可達到嚇阻董事為不法行為之效果。然董事責任限制機制會削弱此一抑制效果，甚或降低股東提起代表訴訟之意願，果爾，則董事責任限制機制似與受任人義務規範之目的背道而馳，故此等機制之法理基礎及其合理性為何，有進一步探討之必要。

首先，關於董事因經營價值判斷所生之損害，是否必然等同於民法上侵權行為之損害賠償之概念？有學者指出，董事損害賠償機制不能與一般不法行為損賠機制等同看待，因一般不法行為而獲得損賠之受害者，乃直接受害而適用損賠機制，但於股東代表訴訟中被害者並非皆得以特定，且股東多得多樣化運用資產以分散其投資風險，與一般不法行為受害者的損害程度難以相提並論。又於董事之經營責任上應考量企業從事活動之風險與董事所獲得之報酬等，合理計算董事責任之賠償數額；如仍依一般民法上賠償責任之立法思維，對董事課與之經營責任將有不合比例之嫌³⁴，亦即若無責任限制機制，董事所承擔之責任可能與其行為

³² See *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 879-888 (Del. 1985).

³³ See Roberta Romano, *What Went Wrong with Directors' and Officers' Liability Insurance*, 14(1) DEL. J. CORP. L. 1,13-33 (1989).

³⁴ Alfred F. Conard, *A Behavioral Analysis of Directors' Liability for Negligence*, 1972 DUKE LAW JOURNAL. 895, at 898 (1972). 另外，亦有學者指出董事與醫生等同為專業人士之個別責任風險相較，只要董事於董事會決議中未為異議就需負連帶責任，賠償責任之風險似乎過重。參閱林麗香，企業經營者責任之救濟制度研究，載於現代公司法制之新課題--賴英照大法官六秩華誕祝賀論文集，頁 587，元照，2005 年 8 月。

之違法性，及擔任公司職務中所獲得之經濟收益不成比例³⁵；其次，因經營價值判斷所產生之損害，很容易受到股東之「後見之明」而遭追訴，許多商業決策在作成當下雖屬正當且合理，然卻可能因事後更多資訊之出現使得前揭決策看來並不妥當，然此應不代表當時董事之決策即為錯誤，而須為此負擔金錢賠償責任。此外，董事之角色並非單純的商業服務提供者，其係代表公司股東作出決定，因此除非董事從事理性股東不會從事之行為，否則不應課與董事賠償責任³⁶。

又此種責任限制條款可避免公司董事因恐懼承擔責任而過於謹慎。詳言之，董事會採取高風險之行為或決定，可能須負注意義務之賠償責任，而過分地謹慎保守卻不須承擔同樣責任。考量到大多數董事只是象徵性持有公司股份，過重的責任可能使大多數董事趨利避害，選擇保守的經營策略，而並非如同股東所希望的那樣積極進取，甚至產生有能力之人無意願擔任董事之現象。事實上，此種憂慮於美國判例法中存有很長一段歷史，最早可追溯於一八八〇年的 *Hun v. Gary* 一案，該案法官即指出：「如果實施這種謹慎的注意義務標準，恐會導致很難尋覓一人願意擔任受託管理人³⁷。」；於一九六四年之 *Smith v. Brown-Borhek Co.* 案，法院也認為：「若把適用於侵權行為之過失標準適用於商業或是銀行關係中，於現實上恐會產生很難找到具有相當經驗與能力之人擔任公司董事³⁸。」因而若從增加公司整體利益之角度觀之，董事責任限制可使董事避免對責任之恐懼而造成決策時趨於保守，鼓勵董事積極經營，並藉此保護公司之人才免受訴訟之累，達促進股東利益之效果。

且在立法明文限制董事責任之情況下，對保險人而言，責任限制條款可以降低保險人可能承擔之風險；對被保人或要保人而言，原告的損害賠償金額與律師報酬將會大幅下降，代位訴訟即有減少之可能，有助於董事責任保險保費降低，進而降低公司負擔董事責任保險費用，也可避免董事之受保障範圍遭到保險公司限縮，可更加落實董事責任保險之功能³⁹。

³⁵ American Law Institute, *Principles of Corporation Governance: Analysis and Recommendations*)§ 7.19, comment(c).

³⁶ See James J. Hanks Jr., *Evaluating Recent State Legislation on Director and Officer Liability Limitation and Indemnification*, 43(4) *Bus. Law* 1207, at 1232 (1987).

³⁷ *Hun v. Gary*, 82 N. Y. 65,70-71 (1880).

³⁸ *Smith v. Brown-Borhek Co.*, 414 Pa. 325,200A. 2d 398, 401 (1964).

³⁹ American Law Institute, *Principles of Corporation Governance: Analysis and Recommendations*)§ 7.19, comment(c).

三、董事責任限制條款之立法類型

目前美國各州關於董事責任限制或免除條款之立法模式大概可以分為「章程選擇 (charter option statutes)」與「自動生效 (self-executing statutes)」兩種主要之立法模式。前者係指法律授權股東會得以章程等方式限制或免除董事之個人責任；後者則是法律直接明文規定限制或免除董事個人責任⁴⁰。

(一) 章程選擇立法模式

此種立法模式又可稱為「選擇適用 (opt-in)」或「許可性立法 (permissive statutes)」，其內涵係指法律授權公司得於章程訂定限制或免除董事個人違反受任人義務所產生之金錢賠償責任，換言之，股東會有權決定是否採納相關條款及其適用程度，並非一經法規範圍明定該州董事即可主張適用，而章程生效後也不會溯及於該條款生效前董事之任何作為或不作為，此種立法模式為各州公司法最普遍採用之方式，其中最典型者即屬於德拉瓦州公司法第 102 條第 b 項第 7 款之規定。

一般來說，章程選擇之立法模式對於責任限制或免除之範圍僅適用於金錢賠償責任，無法免除或限制違反受託義務時衡平法上的法律救濟方式，如禁制令 (injunction) 或協議解除契約 (recission)⁴¹，且原則上不可限制或免除董事違反忠實義務之行為、非基於善意 (good faith) 之作為或不作為、故意違反法規範圍之行為或董事有從中謀取私利之交易行為所生之責任，蓋此等行為明顯侵害股東或公司之利益，若法律授權股東得對此放棄追訴，無異大開董事違法之門，並不妥當⁴²。故而於此類模式下，如何界定忠實義務與注意義務之行為與何謂非基於善意之行為，即具重要性，本文將於後段探討之。

須注意者係，於章程選擇之立法模式下，由於董事責任限制條款係由股東會而非立法機關決定，故而限制之範圍僅限於董事對公司之賠償責任，而不及於限制董事對第三人之責任，蓋若允許董事責任限制條款擴及於股東可限制董事對第

⁴⁰ See James J. Hanks Jr. & Larry P. Scriggins, *Protecting Directors and Officers from Liability - The Influence of the Model Business Corporation Act*, 56(1) BUS. LAW 3, 24 (2000).

⁴¹ James J. Hanks Jr., *supra* note 36, at 1215.

⁴² 郭大維，論英美公司法制下董事責任限制與免除之規範對我國之啟示，東吳法律學報，第 26 卷第 4 期，頁 185，2015 年 4 月。

三人之責任，代表股東可依其意思任意地分配董事對外所引起之任何行為風險，等同允許私人（股東）有權利減少另一個私人（第三人）的損害賠償請求權，係對不知情第三人權益之重大侵害，有違反憲法之疑慮⁴³。

（二）自動生效立法模式

與上開章程選擇之立法模式不同，自動生效之立法模式係由法規直接降低董事注意義務之行為標準，或是直接限制董事違反義務時之損賠責任，無須股東會修改章程，法條生效後註冊於該州之公司即可直接適用⁴⁴，亦即該規定之訂立係基於立法政策之考量而不考慮公司股東之意願，也引此於此立法模式下，基於公司董事任規定之完整建構，編排上可能不僅針對董事違反公司應盡義務而生之責任，而亦會將董事對第三人之責任列入，如佛羅里達州之規定⁴⁵。

此外自動生效之立法模式又可進一步分為「選擇性排除（opt-out）」與「非選擇性排除」兩種類型：所謂選擇性排除係指法律明定董事責任限制或免除之條款並自動生效外，同時亦授權公司可選擇不適用此項規定。若股東會透過章程排除本條董事責任限制條款之適用者，該公司董事即無法受到保護，例如俄亥俄州一般公司法第 1701.59 條 D 項之規定⁴⁶；而非選擇性排除則是指公司不得擅自排除法律有關董事責任限制或免除之規定⁴⁷，以印地安納州商業公司法第 23-1-35-1 條為例，該州公司法即規定，董事應以善意，依一般謹慎之人的注意程度，並合理相信係為公司最佳利益來履行董事義務。但董事無須對於其基於董事身分之作為或不作為承擔責任，除非董事違反或怠於履行本條規定之義務，且其違反或怠於履行義務係屬於故意之錯誤行為⁴⁸。

四、德拉瓦州公司法第 102 條第 b 項第 7 款

本條規定：「公司得於章程中訂立條款，限制或免除個別董事對公司或其他股東因違反受任人義務所生之金錢上損害賠償責任，但有下列情形之一者不在此

⁴³ James J. Hanks Jr. & Larry P. Scriggins, *supra* note 40, at 20.

⁴⁴ James J. Hanks Jr., *supra* note 36, at 1216-1219.

⁴⁵ See Fla. Stant. Ann §607.0831(1).

⁴⁶ See Ohio Rev. Code Ann. §1701.59(D).

⁴⁷ James J. Hanks Jr., *supra* note 36, at 1217.

⁴⁸ See Ind. Code Ann. §23-1-35-1.

限：(1)董事違反對公司或股東之忠實義務；(2)董事之作為與不作為不具善意、有故意之不當行為或違法行為；(3)違反第 174 條違法分派股利、買回股份或償還股份等；(4)董事個人取得不當利益之交易行為⁴⁹。」

因此若登記於德拉瓦州公司有依上開規定修改章程納入董事責任限制條款，原告對公司董事起訴僅主張董事行為違反注意義務且僅要求金錢上損害賠償，而董事又符合適用該款之條件者，法院即可不進行實體審理，而直接引用上開規定駁回原告之起訴 (motion to dismiss)⁵⁰。

從上開條文可知，董事責任限制條款並不適用於董事違背忠實義務及不具善意之行為，何謂違背忠實義務與不具善意即屬董事是否會被追究責任之關鍵，因此以下將針對此二者做進一步之探討。

(一) 忠實義務

關於忠實義務之意義以及董事違反忠實義務之可能行為，本文已於上開第貳部分詳細論述，於此本文想探討者係，為何違反董事忠實義務之行為無法適用於本項規定？亦即忠實義務與注意義務二者間性質上到底有何差異？學者指出，雖然不論董事係違反注意義務或忠實義務均會導致股東財富之降低，然二者間仍存有本質上之不同，如今一董事因欠缺注意義務而無法做出最優的商業決策，自然會有市場力量去懲罰該董事，而較不適合欠缺商業知識之法官介入，且證券市場上之公司價格可提供一明確地指標以衡量董事表現，表現不佳之董事可能會遭到股東撤換，其聲譽與收入也將因此受到影響⁵¹。相對而言，董事之忠實義務的違反則常涉及「重大的、一次性掠奪行為」(spectacular, one-shot appropriations)，此類行為常對公司造成較大損害，嗣後若欲以市場之力量制裁該違法董事，也較為困難，因而需要法院之介入，以阻止不法行為之發生⁵²，於嚴重程度上可得出，忠實義務之違反比起注意義務之違反而言，更具道德非難性，從而應認為對於忠

49 See Del. Code Ann. Tit 8, §102(b)(7.)

50 See ALAN R. PALMITER, CORPORATIONS 248-249 (2009). 轉引自，郭大維，前引註 42，頁 184。

51 See FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHL, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW 94-98 (1992). 轉引自，邵慶平，董事受託義務內涵與類型的再思考—從監督義務與守法義務的比較研究出發，臺北大學法學論叢，第 66 期，頁 36，2008 年 6 月。

52 See *id.* at 103.

實義務之違反不應使股東會藉由訂立章程條款之方式而預先限制或免除。

(二) 不具善意

關於善意義務從上開貳、論之論述可知，事實上關於何謂「善意」與「惡意」之具體內涵，實務上目前尚未能完整定義之，目前僅係藉由舉例之方式來描繪某些行為態樣為惡意行為，此外從上述關於善意義務之內涵所討論之判決觀之，德拉瓦州法院常以董事是否存有惡意行為來探討董事是否基於善意，亦即法院常把「惡意」與「不具善意」畫上等號⁵³，然而有學者即認為上開定義模式恐使董事之受任人義務內涵從「忠於董事職務，並以提高其公司股東的利益為唯一目的去執行職務」變成「避免做出相當於詐欺或是過分的、不合理之行為」，學者指出「惡意」與「不具善意」係可做區分，前者基本上是有著不誠實（dishonest）、歧視性（discriminatory）或存心傷人的（malicious）行為，而行為人對於這樣的目的或動機係有認識且知情的；至於後者則指沒有基於公司全體股東最佳利益之行為，故其包含惡意行為在內⁵⁴，也就是說如依此學者之見解，只要是非基於股東最佳利益之行為，即便並沒有到達惡意之程度，董事仍不得依據本條之規定來免除金錢上之賠償責任。

肆、董事責任補償機制

一、董事責任補償機制之源起與法理基礎

公司對經營者補償之法理基礎源於英美判例法之代理原則。當董事代表其所任職之公司對外從事活動時，董事與公司間之關係就如同代理人（agent）與本人（principal）。於代理原則下，除法律另有規定或當事人另有約定外，代理人在授權範圍內代本人所從事之行為，效果均由本人所承受，代理人並不直接對第三人負責。而代理人基於善意履行代理事務時，在正常代理活動中所支出之合理費用與損失，本人亦有義務予以補償。同樣的，公司經營者善意履行職務時，只要其受有之損失非出於違法或違約行為，其即有權要求公司補償⁵⁵。

⁵³ See Elizabeth A. Nowicki, *Not in Good Faith*, 60(-2) S.M.U. L. REV. 443 (2007).

⁵⁴ See *id.* at 455-61.

⁵⁵ See Joseph W. Bishop Jr., *Current Status of Corporate Directors' Right to Indemnification*, 69(6)

企業經營者在職務期間往往暴露於負擔巨額訴訟費用與法律責任之風險中，首先他們可能因公司或股東代表公司提起之訴訟，主張其因故意或過失而違反對公司之受任人義務而請求賠償；且股東也可以藉由各種契約或法定職責對經營者提起訴訟，如聯邦證券法中關於揭露和不實陳述之規定，甚至與公司交易三人（客戶、職員等）也可能向其請求損害賠償責任，可想見的隨著董事責任訴追制度逐漸完備，追究董事責任之訴訟將呈倍數成長，由於訴訟往往曠日廢時，且賠償金額通常為天文數字，對董事而言無疑是沉重之負擔⁵⁶。若公司得對經營者因訴訟所支出之相關費用進行補償，公司經營者將勇於進行訴訟上之防衛，也可避免經營者之權利義務失衡，並達吸引人才擔任公司經營者職位的功能，最重要的是，此種補償制度將可鼓勵善意公司經營者起身捍衛自身權益，毋庸因畏懼龐大之訴訟費用而放棄對濫訴第三人之訴訟。

然而，如同萬物皆同時具有優缺點，補償制度亦非完美無缺。公司經營者若可於賠償第三人之責任後從公司得到補償，恐降低法律遏止公司經營者之濫權之功能，且對經營者補償將造成公司資產之減少，亦會損及公司其他利害關係人之權利（如債權人與員工），故而公司經營者補償制度勢必須設置相對應之界限與標準，以免公司尚未受到補償制度之利益，反而先受其害。

二、董事責任補償制度之立法類型

（一）強制性補償（mandatory indemnification）

「強制性補償」係指法規直接使董事獲取公司補償之權利，當董事符合一定條件時，其因董事職位而遭受追訴所受之經濟上損失，公司必須無條件給予董事補償。因此當董事因執行職務而遭追訴，若其依法獲得勝訴而符合強制性補償之要件，其即有權向公司請求補償訴訟所生之合理費用，不論股東會是否反對補償，且公司亦不得對該董事之行為是否為善意或是否符合公司最佳之利益作事後評估⁵⁷，必須無條件給予經營者補償。

HARV. L. REV. 1057, 1065 (1956).

⁵⁶ See Mindy Olson, *The Statute of Limitations for Indemnification When No Charges Are Filed: How Soon Is a Director Required to Make a Claim*, 31(4) J. CORP. L. 1035, 1039 (2006).

⁵⁷ See Kurt A. II Mayr, *Indemnification of Directors and Officers: The Double Whammy of Mandatory Indemnification under Delaware Law in Waltuch v. Conticommodity Services, Inc.*, 42(1) VILL. L. REV.

以德拉瓦州公司法第 145 條 c 項為例：「若現任或曾任公司董事或經理人者於第 a 項或第 b 項所述的程序或訴訟中獲得勝訴判決或其中的任何主張、爭點或相關事項防禦成功，獲得實體上的勝訴判決，則公司應補償其於前揭程序所產生之實際合理花費（包括律師費）⁵⁸。」於強制性補償下，因其要求董事必須勝訴故而其補償項目自然不會有相關敗訴責任成立時之損害賠償費用或罰金等賠償責任，取而代之者係公司應補償董事於進行訴訟防禦或抗辯所支出之相關合理費用如律師費。有疑義者係，既然本條對於強制性補償之要件係要求董事勝訴，然而須達到何種勝訴程度，一部勝訴是否該當，因程序事項而勝訴是否可請求補償；又若雙方成立和解又該如何處理，即有進一步探討之必要。

1. 勝訴

由於訴訟結果並非一律全部勝訴或全部敗訴，多數情形係原被告皆各取得一部勝訴一部敗訴之訴訟結果，若董事於訴訟中僅對某些原告主張之事項防禦成功而獲得一部勝訴之判決，是否該當強制性補償之「勝訴要件」，即有爭議。於美國立法例上，目前某些州係採取全部勝訴標準（wholly successful），即要求董事須對原告之全部主張完全防禦成功，始得請求公司補償相關費用⁵⁹，有一些州則係採部分勝訴標準（partially successful），其要求董事於相關案件中只要依案件之性質或相關法律而部分勝訴，即可請求公司對其合理之費用損失給予補償⁶⁰。例如若董事成功進行部分防禦，即可在其成功範圍內請求補償⁶¹。由於部分勝訴標準的彈性可能過大，進而造成損及法律課與公司經營者一定程度義務之目的，而全部勝訴標準則有過苛之嫌，故有採取實質勝訴標準，即公司經營者若成功防衛原告之主要請求，即可請求公司補償其訴訟所生之合理費用⁶²。

223, 261 (1997).

⁵⁸ See Del. Code Ann. Tit 8, §145(c).

⁵⁹ 如，北卡羅萊納州公司法。See N.C. Gen Stat. §55-8-52.

⁶⁰ 如，德拉瓦州公司法。See Del. Code Ann. Tit 8, §145.

⁶¹ 以 *Merritt-Chapman & Scott Crop v. Wolfson* 為例，本案中 Wolfson 先前被檢方控告違反證券相關法規，後 Wolfson 與檢方進行認罪協商（plea bargain），Wolfson 對於其中五項罪名不作爭執（nolo contendere）換取檢方撤回其他四項罪名之指控，Wolfson 即以公司經理人之身分向公司請求補償其所支出之相關費用，本案德拉瓦州法院認為 Wolfson 確實有權依據強制性補償之規定向公司請求與該勝利部分相關之訴訟費用補償。See *Merritt-Chapman & Scott Crop v. Wolfson*, 321 A.2d 138, 141-142 (Del. super. Ct. 1974)

⁶² See Robert P. McKinney, *Protecting Corporate Directors and Officers: Indemnification*, 40(3) VAND. L. REV. 737,738 (1987).

另一個有趣的問題為，當公司經營者係因程序事項而獲得勝訴，其是否仍得向公司請求補償相關訴訟費用，例如若董事之行為依法或依公司章程符合董事責任限制條款之要件而得免除責任，法院可逕行依程序駁回原告訴訟而不用為實體審查，則此時董事是否仍可以向公司請求補償？主張否定論者認為，此種情況董事之行為並未被法院證明無罪而可能存有行為瑕疵，其僅係技術上躲過了賠償之責，因而不該予以訴訟費用補償；然而如拒絕給予因程序事項勝訴之董事補償，形同懲罰主張程序抗辯之行為，且若因程序事項勝訴無法請求補償則可能造成被告董事為領取補償金而放棄程序抗辯，改採更為冗長且費用可能更高之實體事項抗辯，果爾恐反而增加公司補償費用支出之負擔，並不利於公司，因而大多數美國州法規，不論董事是因為實體事項勝利或是「其他情形」的勝利（success on the merits or otherwise），皆把他列為強制性補償之項目⁶³。

2. 和解

關於公司經營者與原告達成民事和解是否亦屬於勝訴（或一部勝訴）而該當強制性補償之要件，於一九九六年美國第二巡迴上訴法院在 *Waltuch v. Conticommodity Services, Inc.* 判決對於雙方達成和解並撤銷訴訟時，是否構成強制性補償之要件提出看法⁶⁴。該案原告 *Waltuch* 被控告為被告 *Conticommodity Services* 公司之副總裁，其之前曾被投資人控告詐欺、操縱市場等罪名但最後皆以和解而被法院撤銷訴訟。原告因此向公司主張應補償其於案件中之抗辯費用，但公司以和解之原因乃公司對投資人付出賠償金，非因原告具備善意，不符合德拉瓦州公司法第 145 條 c 項之要件而拒絕補償。惟被告之主張並未被法院接受，法院認為「獲得勝訴或其他」之要件代表只要公司經營者未被法院判決責任，即構成強制補償之要件，與公司是否支付鉅額和解金無關，公司仍應補償⁶⁵。從而，在和解並撤銷訴訟時，應肯認公司經營者得向公司請求補償。由此判決觀之，可得出欲符合強制性補償要件下之「和解」，其成立的條件是「該公司經營者毋庸負擔任何賠償之責」且「該和解需與確定終局裁判具有同一效力」⁶⁶。

另有學者從強制性補償之立法目的來思考此議題，考量其立法目的並非促進訴訟當事人相互和解或讓步妥協以迅速終結訴訟，而是鼓勵公司經營者能夠堅持對抗不合理或未被證實之訴訟或指控，透過公司補償被證明為無辜之經營者可於

⁶³ See FRANKLIN A. GEVURTZ, *CORPORATION LAW* 461 (2010). 轉引自，周家媛，論董事之責任風險移轉機制—以董事責任限制和公司補償制度為中心，東吳大學法律學系碩士論文，頁 44。

⁶⁴ *Waltuch v. Conticommodity Services, Inc.*, 88 F.3d 87(2nd Cir 1996).

⁶⁵ *Id.* at 96.

⁶⁶ Kurt A. II Mayr, *supra* note 57, at 258-259.

進行訴訟時無後顧之憂爭取應得之結果，並藉此適度將經營者責任風險轉嫁給公司進而吸引人才擔任董事，因此認為強制性補償應僅適用於被訴董事在訴訟中確實防禦成功之情況，至於若經營者與原告和解是否應由公司補償，或許可以考慮將其納入許可性補償之範圍，即交由個別公司自行裁量是否納入補償範圍⁶⁷。

(二) 許可性補償 (permissive indemnification)

不同於強制性補償，許可性補償係法規範授權個別公司董事在符合法規之限制下透過章程、內部細則 (bylaws) 或契約等訂定補償條款，若公司經營者符合該條件則具有向公司補償請求補償之權利。又為避免公司補償制度不當使用而有害法律防止董事濫權之功能，針對許可性補償之要件，除該公司經營者本身須為善意且合理相信其行為符合公司最佳利益外，亦須符合相關授權程序。許可性補償可進一步分為「排他型 (exclusive)」與「非排他型 (nonexclusive)」二類⁶⁸。前者係指法律規定公司對經營者之補償範圍，若公司章程、內部細則或契約之規定超過此一範圍者均無效⁶⁹，例如美國模範商業公司法第 8.59 條規定，公司僅能在本節允許之範圍內對董事或其重要職員提供補償或預付費用⁷⁰；至於後者則係指公司對於法律所未規定之事項亦得補償公司經營者，即法律規定的補償內容僅係供公司參考，給予公司較大之裁量權，使其得自由選擇公司得補償之範圍，較具彈性⁷¹。事實上美國大多數州公司法係採取非排他型之立法模式，如德拉瓦州公司法第 145 條第 a、b 項規定，現任或曾任公司董事 (director)、經理人 (officer)、職員 (employee)、代理人 (agent) 或應公司要求擔任其他公司、合夥人、合資企業、信託或其他企業之董事、經理人、職員或代理人之人，若其行為具備善意且合理相信該行為係為公司之最佳利益或並未違背公司之最佳利益時 (在刑事訴訟程序，有合理理由相信其行為並未違法)，公司有權補償其對於被威脅將提起、繫屬中或已終結之法律訴訟或調查程序 (包括民事、刑事或是行政程) 所生之相關費用⁷²。同條 f 項復規定，本條其他各項所規定給予補償與費用之預支，不應

⁶⁷ See John F. Olson & Josiah O. Hatch Director and Officer Liability: Indemnification and Insurance VOLUME I 676-78 (2016-2017). 轉引自，周家媛，論董事之責任風險移轉機制—以董事責任限制和公司補償制度為中心，東吳大學法律學系碩士論文，頁 45。

⁶⁸ Robert P. McKinney, *supra* note 62, at 755-756.

⁶⁹ See *id.*

⁷⁰ See Model Bus. Corp Act, §8.59(2016).

⁷¹ See *id.*

⁷² See Del. Code Ann. Tit 8, §145(a)(b).

視為排除公司經營者依據內部細則、協議、股東或其他無利害關係董事之表決所取得之權利⁷³，當然如果公司欲以本項補償經營者除第 a、b 項以外之費用時，公司仍必須受到相關公共政策的限制且不得與其他法律相衝突，如公司不得補償董事因違法行為所支出的費用或係違反聯邦證券交易法而被究責的支出⁷⁴。

1. 對公司以外之第三人對提起訴訟中敗訴經營者補償之要件

雖經營者於訴訟中敗訴代表其行為並未通過法院之認可，然若經營者行為並無違反任何對公司之義務，其進行之違法行為或是造成第三人損害之行為亦是為了促進公司之利益，或甚至經營者並未有明確意識到其行為將構成法律責任，則此時若公司對於經營者因執行職務而被第三人訴追而產生之相關費用予以補償，應具合理性⁷⁵，又為避免削弱法律規定董事義務之威嚇力，該董事必須符合相關行為標準，典型之要件包括：(1) 行為具備善意；(2) 合理相信系爭行為係為公司之最佳利益或與公司之最佳利益不相違背；(3) 如係刑事訴訟，董事係有合理理由相信其行為並無不法⁷⁶。

2. 對由公司或以公司利益提起之訴訟中敗訴經營者補償要件

考量到由於公司提起訴訟或股東代表訴訟，通常主張之依據係董事違反其對公司應盡之義務。若允許公司再對董事補償，將形成公司經營者賠償公司、公司又補償公司經營者之循環支付的結果，果爾，則該訴訟將變成毫無意義。然而，在公司或以公司利益對經營者提起訴訟而經營者敗訴之情形，某些情況給予公司董事補償並非全無道理，例如董事敗訴之爭點係原被告雙方勢均力敵的或是經過該完整之訴訟程序而獲得法院判決之見解或標準對公司而言係有價值的⁷⁷。

也因此，為維護股東與公司權益，並避免落入循環支付之困境，相對於由第三人對公司經營者提起之訴訟，由公司或公司股東所提起之訴訟，法律授權公司得補償之範圍將有更多的限制。如德拉瓦州公司法第 145 條 b 項，除了要求董事必須具備善意且合理相信其行為係基於公司最佳利益或至少不違背公司最佳利益外，還必須經由法院認為該經營者獲得適當的補償金額係公平合理，且於補償

⁷³ See Del. Code Ann. Tit 8, §145(f).

⁷⁴ Kurt A. II Mayr, *supra* note 57, at 253.

⁷⁵ See FRANKLIN A. GEVURTZ, CORPORATION LAW 463 (2010). 轉引自，周家媛，前引註 67，頁 46。

⁷⁶ See Del. Code Ann. Tit 8, §145(a).

⁷⁷ Franklin A. Gevurtz, *supra* note 75, at 463.

範圍上，此情形僅允許公司補償董事訴訟抗辯或進行和解過程中所產生之合理費用，而不擴及於依判決內容必須負擔之責任和賠償、罰金與和解金，蓋訴訟之過程之花費（如律師費），並非法律有意遏止或制裁不法行為之手段，與公共政策較無關聯，也不會產生循環支付之狀況。然不論係第三人對經營者提起訴訟還是由公司或股東所提起，都還需要經過公司對於該補償之評估或程序，以避免利益衝突之發生。

3. 補償與否之決定程序

有關公司補償制度評估之程序，必須個案各別事後審查，但若由受補償董事審查自身是否符合補償要件，難謂不存在利益衝突之情況，故而於各州立法例上針對補償與否之決定者資格，存有如下之方式：(1) 請求補償當事人以外之多數董事；(2) 股東；(3) 獨立之法律顧問⁷⁸；(4) 法院⁷⁹。由這些人來評估董事是否符合許可性補償之條件並表決公司應否予以補償，以盡量降低利害關係與濫權等情事發生。然有學者對於上開決策程序提出以下幾點疑問：首先，無利害關係之董事，仍有可能因為與其他董事間之交情，而決定「拔刀相助」，且董事間會有唇亡齒寒之感受，對於補償之審查多半會趨於寬鬆而輕易同意補償，或是基於私人恩怨而堅決否定補償⁸⁰；又法律顧問或律師之獨立性亦難以明確判斷，即便是有對獨立性做解釋之州法規，也都只強調該顧問與董事及其所屬公司於過去一段期間內不得具有連結或關係，卻忽略未來商機誘惑，亦有可能使法律顧問之客觀性被動搖⁸¹；末就以股東會決議之方式為之，勢必會耗費公司不少成本，且可以想見者係，通常股東應不會願意以公司資金補償經營者之損害⁸²。

三、補償制度之限制—聯邦證券交易法責任之補償

公司經營者可能面臨之訴訟風險，除了違反公司之受任人義務與對公司以外第三人於公司經營者執行職務之侵權行為外，尚包含聯邦證券交易相關規範⁸³之

⁷⁸ E.g. Del. Code Ann. Tit 8, §145(d).

⁷⁹ E.g. Cal Corp. Code §317(e) (4)

⁸⁰ 邵慶平，董事法制的移植與衝突—兼論「外部董事免責」作為法制移植的策略，臺北大學法學論叢，第57期，頁345，2005年12月。

⁸¹ See Pamela H. Bucy, *Indemnification of Corporate Executives Who Have Been Convicted of Crimes: An Assessment and Proposal*, 24(2) IND. L. REV. 279,305-306 (1991).

⁸² 郭大維，論公司經營者責任之救濟機制—以公司對經營者補償制度為中心，政大法學評論，第117期，頁329，2010年10月。

⁸³ 包含：美國1933年之聯邦證券法(The Securities Act of 1933)和1934年的聯邦證券交易法(The

責任訴追，有疑義者係，因聯邦證券交易規範之立法目的，多與公共政策有關，如公司經營者違背聯邦證券交易規範之賠償責任是否仍可透過各州公司法之公司補償制度以尋求補償，即不無疑問。

對此美國證券管理委員會（Securities and Exchange Commission, SEC）之立場是認為公司董事對經營者補償其違反聯邦證券交易法之責任係違反公共政策，一九三三年之證券法與一九三四年之證券法主要是為督促有義務者善盡義務、執行正確的資訊揭露並嚇阻證券詐欺及其他危害投資人權益之行為，填補投資人之損害僅為其次，而公司事後對董事得補償破壞此公共政策⁸⁴。又根據一九三三年的聯邦證券法授權制定之 Regulation S-K 中，明確地指出，若公司董事違反一九三三年證券法而應負法律責任時，公司補償該董事責任之相關經濟上損失係違背公共政策且無法被執行的⁸⁵。雖然 Regulation S-K 僅明文提及一九三三年之證券法，但一般認為一九三四年之聯邦證券交易法亦有適用⁸⁶。

惟，學者認為，上開 SEC 之見解或許有進一步探討之空間，首先 SEC 並不反對董事透過 D&O 保險來減少董事或高級職員承擔聯邦證券責任的風險，儘管該責任保險亦有破壞聯邦證券交易規範立法目的之可能⁸⁷，可見 SEC 之見解存有矛盾，又若董事行為具備善意，且其行為符合公平交易之標準和合理相信該行為係為公司之最佳利益時⁸⁸，補償該董事應不違背聯邦交易法之立法目的，故而其認為於該情形下應使董事有受補償之可能⁸⁹。

Securities Exchange Act of 1934)

⁸⁴ See David B. Schulz, *Indemnification of Directors and Officers against Liabilities Imposed under Federal Securities Laws*, 78(4) MARQ. L. REV. 1043, 1048-1049 (1995).

⁸⁵ Item 510 of Regulation S-K, 17 C.F.R. § 229.510 (1994) (Insofar as indemnification for liabilities arising under the Securities Act of 1933 may be permitted to directors, officers or persons controlling the registrant pursuant to the foregoing provisions, the registrant has been informed that in the opinion of the Securities and Exchange Commission such indemnification is against public policy as expressed in the Act and is therefore unenforceable.)

⁸⁶ David B. Schulz, *supra* note 84, at 1049.

⁸⁷ 17 C.F.R. § 230.461(c) (1994).

⁸⁸ See David B. Schulz, *supra* note 84, at 1068.

⁸⁹ 事實上，美國威斯康辛州公司法第 180.0859 條即允許公司補償經營者違背聯邦證券法時之費用。然而因該條文有違背聯邦證券交易法之疑慮，故而法規之有效性，與合憲性都有進步探討之空間，目前係因該法規尚未直接受到司法檢驗故尚無法得知。

伍、董事責任限制或免除與補償制度於我國之可行性

考量董事責任限制與補償條款之目的在於鼓勵董事身為公司經營者勇於迎向市場上之風險，創新而致力於為公司創造財富，防止董事因憂心動輒得咎而走向保守經營，以迴避所有風險，甚至產生對董事職位之退卻，且補償機制亦有促進善意董事勇於對其認為不合理之控訴進行抗辯之功能。然而若不思量我國之法制環境就直接引進，即便再好的制度恐亦會產生水土不服之窘境，故而本文欲於本段探討具體上董事於公司法或證券交易法上民事責任追究之狀況，透過蒐集股東代表訴訟、公司對董事之訴訟和投保中心對於團體訴訟以及代表訴訟之判決，研究我國對董事責任訴追之發展概況與成效，從實務訴訟狀況來判斷我國董事是否已面臨過重之經營責任風險，除此之外亦將輔以我國針對此制度是否該引進之學說見解一同納入思考，從實際面和理論面來評估董事責任限制或免除與補償制度於我國實踐之可能。

一、董事責任保護機制引進與否—實務層面

依現行公司法規定，關於董事責任之訴追，得由「公司自行訴追」、「少數股東代表訴追」和「公司以外之第三人之訴追」。對於「公司自行訴追」之部分，其依據係依我國公司法第 212 條，原則上須先經由股東會決議為之，又此部分之規範重點在於如何避免董事間為維護同事情誼而彼此串通，甚至成為共犯結構的關係，導致無法由客觀角度決定是否對該違法董事提起訴訟，從而公司法將此訴追決定權交由股東會並於第 213 條規定應由監察人或股東會選定之人代表公司，以避免可能產生之利益衝突⁹⁰。

然而，若每件公司對董事之訴訟都必須經由股東會決議通過，於實務上恐有

⁹⁰ 最高法院 69 年度台上字第 846 號民事判決：「公司法第二百十三條所謂公司與董事間訴訟，無論由何人提起，均有其適用，且亦不限於其訴之原因事實係基於董事資格而發生，即其事由基於個人資格所生之場合，亦包括在內，蓋股份有限公司之董事，係以合議方式決定公司業務之執行，如董事與公司間之訴訟，仍以董事為公司之代表起訴或應訴，則難免利害衝突，故應改由監察人或股東會另行選定之人代表公司之必要，此就同法第二百廿三條及第五十九條參互以觀，極為明瞭。」

緩不濟急和成本過大之問題，且我國「經營與所有分離」並非常見之現象⁹¹，因而在違法董事與大股東利益相通的公司，難免發生大股東於程序上阻撓、杯葛股東會順利表決。因此，以股東會決議發動訴追董事責任的方式，並不足夠。為補救此不足，公司法另規定，少數股東亦得主動以書面請求監察人代表公司提起訴訟（公司法第 214 條），無須經由股東會決議程序，以濟上開規範之窮。

又關於公司董事對於公司以外之第三人訴追之部分則係規定於公司法第 23 條第 2 項，該條規定因董事執行職務違反法令而受有損害之第三人，得依本條規定向應負責之董事起訴。然關於本條之性質到係一法定之特別責任，抑或係特別侵權責任，存有爭議。實務上多認為，本條是一法定特別責任，並非為一種侵權責任，故而行為人不需要具備主觀要件（即故意或過失），只須符合一定客觀要件，如行為人係公司負責人，客觀上也在執行職務，侵害他人權利，責任即成立⁹²。多數學說均認為本條應該係一特別侵權責任，即行為人仍須具備主觀要件（故意或過失）為必要，蓋法律政策上若欲令行為人負無過失責任必基於特殊考量，如創造高度危險卻又舉證困難等⁹³。

（一）公司法下股東代表訴訟成效

股東為公司之實質所有人，若公司董事於經營公司時違背受任人義務致公司受有損害時，股東雖亦會受到損害，然而其所受到的損害僅係間接損害，如股利

⁹¹ 我國之公司治理結構特色主要有三：散戶投資人為主之投資市場、多數公司董監事未能有效發揮功能、家族企業色彩濃厚，且於我國上市公司一般具有股權集中與一般小股東股權分散之特點，股權集中比率較高，多半為家庭企業由家族相關人士擔任董事會成員，僅有少屬公司聘請專屬經理人，亦即我國公司之大股東、董事長與經理人往往由同一人或是由家族人士擔任，故而企業經營與所有分離並非常見之現象。進一步論述可參考：劉連煜，健全獨立董監事與公司治理之法制研究-公司自治、外部監控與政府規制之交錯，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 136-137，2003 年 3 月。

⁹² 最高法院 73 年度台上字第 4345 號判決：「又按公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責，公司法第 23 條第 2 項定有明文，且此係基於法律之特別規定，異於一般侵權行為，就其侵害第三人之權利，原不以該董事有故意或過失為成立之要件。」

⁹³ 曾宛如，少數股東之保護與公司法第二三條第二項一兼評台南高分院八十七年度重上更一字第二二號判決及九十六年度台上字第一八六號判決，月旦法學雜誌，第 159 期，頁 266-268，2008 年 8 月

分配之減少或公司股價下跌等，並非直接受到權利之侵害，也就是說，於上開董事違法之場合股東並非直接受到權利侵害之人，無法本於自己之權利對公司提起訴訟，又加上股東與公司於法律上係不同的權利主體，原則上除非有特別規定，不然應無法代替公司對董事提起訴訟，因而此時即有賦予股東代表行使公司之權利以向有責之董事起訴之必要，此即所謂之代表訴訟(derivative suit)，透過實現公司權利來填補股東之間接損害，而於我國法上，股東代表訴訟之規定即存於公司法第 214 條。

本文為了解於我國實務上股東代表訴訟之成效並探求董事被訴責任之風險，於 Lawsnote 法學資料檢索系統中以公司法第 214 條為關鍵字搜尋相關裁判，扣除同一案件之歷審判決後，共搜尋到 66 筆裁判，其中有 5 筆判決⁹⁴係股東對董事提起之確認訴訟，因確認訴訟並不會涉及董事之金錢賠償責任，與本文較無關聯，故不予討論；另外亦有 8 筆判決⁹⁵係關於公司法第 214 條第 2 項命原告股東提擔保之裁定和關於原被告所聲請之暫時狀態假處份，因此亦不涉及董事對股東之金錢賠償責任，故於下述討論時亦會將該 8 筆判決省略，合先敘明。

於剩下之 53 筆裁判中，其中有 30 筆裁判法院以程序不合法為由判決駁回，而觀察程序不合法之理由，可以發現最常見之駁回理由係「有限公司並未準用公司法第 214 條所以股東起訴不合法⁹⁶」，其次為「不符合公司法第 214 條之程序

⁹⁴ 包括：臺灣高等法院臺中分院 107 年度上字第 327 號判決、臺灣臺中地方法院 106 年度訴字第 3483 號判決、臺灣臺北地方法院 101 年訴字第 3588 號民事判決、臺灣臺北地方法院 98 年度訴字第 1086 號判決、臺灣高等法院 91 年度上更(一)字第 174 號判決。

⁹⁵ 包括：臺灣士林地方法院 108 年重訴字第 127 號民事裁定、臺灣高雄地方法院 105 年聲字第 360 號民事裁定、臺灣高雄地方法院 105 年聲字第 318 號民事裁定、臺灣臺北地方法院 100 年重訴字第 80 號民事裁定、臺灣臺北地方法院 97 年度審訴字第 2342 號裁定、臺灣高等法院 98 年度抗字第 104 號裁定、臺灣高等法院臺南分院 96 年度抗字第 130 號裁定、臺灣高等法院臺中分院 96 年度抗字第 149 號裁定。

⁹⁶ 包括：臺灣臺中地方法院 108 年度訴字第 2370 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 280 號判決、臺灣士林地方法院 108 年聲字第 229 號民事裁定、臺灣臺中地方法院 107 年度訴字第 1160 號裁定、臺灣桃園地方法院 107 年聲字第 216 號民事裁定、臺灣高等法院 107 年度抗字第 915 號裁定、臺灣高等法院臺中分院 103 年度重上字第 111 號判決、臺灣新北地方法院 103 年度訴字第 1241 號、臺灣新北地方法院 102 年重訴字第 265 號民事判決、臺灣高等法院 98 年度上易字第 3128 號判決、臺灣高等法院 86 年度上更(二)字第 802 號判決。

要件者(包含不符合起訴股東之要件⁹⁷和未先行向監察人請求⁹⁸)」,再其次係「刑事訴訟之自訴程序應無公司法第 214 條之適用⁹⁹」、「誤以自己名義而非公司名義提起本條訴訟¹⁰⁰」以及「未繳裁判費¹⁰¹」。

扣除完上開判決後可知,真正進入實體審查之判決僅有 23 件,又因為本文所欲探討之董事責任限制制度,其所限制之責任僅包含董事之「注意義務」的違法態樣,從而本文想進一步從這 23 筆判決之案例事實,觀察事實上董事因違背注意義務而被起訴的案例比例,及探求股東起訴後之勝敗訴比例,扣除掉其中 1 筆判決因公司並未向董事請求損害賠償而不在本研究之範圍之內¹⁰²,於剩下之判決中,其案例事實涉及注意義務之判決係 12 筆,其中勝訴的判決僅有 2 件¹⁰³,一部勝訴之判決 1 件¹⁰⁴,敗訴的判決則有 9 件¹⁰⁵;而涉及忠實義務之判決為 13

⁹⁷ 包括：臺灣高等法院臺中分院 109 年度抗字第 325 號裁定、臺灣桃園地方法院 105 年度重訴字第 50 號判決、臺灣臺北地方法院 94 年訴字第 2223 號民事判決、臺灣臺中地方法院 108 年度訴字第 3579 號裁定、臺灣高雄地方法院 108 年度訴字第 295 號判決、臺灣高雄地方法院 101 年度訴字第 932 號判決(本判決之駁回理由較為特殊,本案之法院認為於股東提起股東代表訴訟之時,應先由法院審酌提起訴訟是否符合公司利益,若與公司之利益不符合,則法院應以當事人不適格而判決駁回之,本案中法院即是認為於本件事實之情況下股東所提起之股東代表訴訟並不符合公司利益故而加以駁回。)

⁹⁸ 包括：最高法院 109 年度台抗字第 109 號裁定、臺灣高等法院 105 年度重上字第 799 號判決。

⁹⁹ 臺灣高雄地方法院 107 年自字第 22 號刑事判決、臺灣臺東地方法院 105 年聲判字第 1 號刑事裁定、臺灣臺東地方法院 104 年聲判字第 7 號刑事裁定、臺灣臺南地方法院 101 年度自字第 2 號判決、臺灣臺中地方法院 95 年度自字第 5 號判決、臺灣高等法院臺中分院 93 年度上訴字第 284 號判決、臺灣高等法院臺中分院 89 年度上易字第 2388 號判決。

¹⁰⁰ 包括：臺灣臺北地方法院 109 年度訴字第 529 號民事判決、臺灣高等法院臺南分院 101 年度重附民上字第 124 號判決。

¹⁰¹ 臺灣士林地方法院 108 年補字第 1544 號民事裁定。

¹⁰² 臺灣高等法院 105 年度上字第 1122 號判決(本案之事實係股東向公司董事請求返還董事所佔有之公司土地,並無向董事請求損害賠償)。

¹⁰³ 包括：臺灣屏東地方法院 93 年度重訴字第 59 號判決、臺灣臺北地方法院 105 年訴字第 940 號民事判決。

¹⁰⁴ 包括：臺灣高等法院 108 年度上字第 1529 號判決

¹⁰⁵ 包括：臺灣嘉義地方法院 108 年度訴字第 343 號民事判決、最高法院 109 年度台上字第 360 號判決、臺灣高等法院 107 年度重上字第 484 號判決、臺灣新北地方法院 108 年度訴更一字第 15 號判決、臺灣臺中地方法院 106 年訴字第 2057 號民事判決、臺灣高雄地方法院 105 年訴字

筆¹⁰⁶，勝訴的判決有 3 件¹⁰⁷，一部勝訴判決有 1 件¹⁰⁸，敗訴的判決則有 9 件¹⁰⁹。

觀察上開統計資料可發現：首先，從上開統計資料可知於無投保法適用之非公發公司其股東代表訴訟之制度功能似乎並未真正落實，於全部之 66 筆裁判中就先有將近一半的案例係被法院以程序不合法而判決駁回，且即便進入實體審判，真正會使董事負擔金錢賠償責任之股東勝訴（包含一部勝訴）案件也近乎屈指可數，可見於非公發公司中股東代表訴訟之監督董事善盡職務、合法經營的成效極為有限，應尚未發生所謂董事承擔過度的經營風險、股東動輒利用代表訴訟來干擾公司經營或藉此敲詐董事，使董事遭受鉅額之賠償責任之問題。探究其背後之原因，從程序方面，除了我國法之股東代表訴訟所要求之起訴股東要件過於嚴格之外¹¹⁰，我國法並未具有美國法上之「請求無益原則（demand futility）」，欲提起訴訟之股東於起訴前都必須先以書面向監察人請求，然而於遇監察人與請求內容具利害關係致其無法客觀行使職權之虞時（如監察人為共同或潛在被告），依法股東仍須向其請求起訴。但此請求恐無必要，且有打草驚蛇的可能，因此曾有學者指出，未來立法時或可考慮於「全體監察人具利害關係致有不能客觀行使職權之虞」或「公司有受難以回復的損害之虞」時，豁免股東請求，但股東須於起訴時向法院釋明豁免的理由¹¹¹；如從實體的角度觀看，我國之股東代表訴訟之設

第 2213 號民事判決、臺灣臺南地方法院 105 年度訴字第 1081 號判決、臺灣臺南地方法院 102 年度訴字第 1570 號判決、臺灣士林地方法院 96 年訴字第 1320 號民事判決

¹⁰⁶ 需注意者係，因為個案事實中，可能被起訴之董事為複數，或是因該董事違法行為有複數，故而可能同一案例事實中被股東同時股張董事違反注意義務與忠實義務，從而才會發生注意義務與忠實義務之案件量總和大於 23 筆。

¹⁰⁷ 包括：臺灣桃園地方法院 108 年度重訴字第 42 號判決、臺灣臺南地方法院 109 年度訴字第 564 號判決、臺灣臺北地方法院 105 年訴字第 940 號民事判決。

¹⁰⁸ 包括：臺灣高等法院 108 年度上字第 1529 號判決。

¹⁰⁹ 包括：臺灣新北地方法院 108 年度訴字第 1952 號判決、最高法院 109 年度台上字第 360 號判決、臺灣桃園地方法院 107 年重訴字第 428 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度重上更二字第 35 號判決、臺灣臺北地方法院 105 年度訴字第 844 號判決、臺灣臺北地方法院 105 年度訴字第 939 號判決、臺灣高等法院臺中分院 105 年度重上字第 60 號判決、臺灣新竹地方法院 102 年重訴字第 168 號民事判決、臺灣高等法院 89 年度重附民上字第 34 號判決。

¹¹⁰ 因於 107 年公司法修正前，公司法第 214 條第 1 項係要求之起訴股東要件係繼續 1 年以上，持有已發行股份總數 3% 以上之股東方可起訴，而修正後方改為現行法下之要件，如此之修正對於股東代表速功效的發揮應是正面的，至少起訴之門檻降低，然而因新法剛修正通過不久，故而其具體成效為何尚待觀察。

¹¹¹ 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，第 115 期，頁

計除使股東起訴誘因不足之外，亦設下令人卻步之阻礙，蓋股東獲得勝訴判決僅是使被告董事賠償公司損害以回復公司權益，勝訴利益歸於全體股東，而我國法不許勝訴方對他造請求律師費用及其他訴訟相關費用之機制，雖然股東得藉由爭取公司權益來間接捍衛其自身權益，但通常權益實現與起訴成本不合比例會大幅削弱股東提起代表訴訟之意願，更何況起訴股東若敗訴還需面對董事之求償（公司法第 215 條），此外法院尚得因被告之聲請而命股東提起相當之擔保，此規定過於簡略且將加重起訴股東之財務負擔，總之在上開提起程序障礙、起訴設計誘因不足與股東負擔過重之重重壓力下，非公發公司之股東代表訴訟功能並無法充分實現¹¹²。

又須進一步說明的是，本文於閱讀上開判決時發現，實務上法院通常並未明顯區分注意義務與忠實義務，通常法院於判決理由多係以混合的形式作為結論，如「是被告就上開涉及負責人自身與公司利益衝突事務，未為利益迴避，亦未忠實報告，顯已違背其忠實義務及善良管理人之注意義務¹¹³」，考其原因可能係出於本文前述所提起之當時增訂公司法第 23 條 1 項時，並未於立法理由說明其參照之立法例，造成法院於訴訟上也無所適從，不知道該如何區別董事之受任人義務之具體內涵，索性直接以上開混合之形式作為判決理由。然而若未來立法要引進董事責任限制條款之制度，因該制度只允許免除或減輕董事注意義務之賠償責任，而在我國並未明顯區隔注意義務與忠實義務之法制環境下，是否適合引進此制度，亦值得思考。

（二） 投保法下代表訴訟與團體訴訟之成效

二〇〇九年時我國立法者為加強代表訴訟機制、保護證券投資人，於投保法增訂第 10 條之 1，規定證券投資人與期貨交易人保護中心（下稱投保中心）發現上市上櫃公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得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。若監察人或董事會自上開請求之日起 30 日內不提起訴訟時，投保中心即得為公司提起訴訟，不受公司法第 214

300，2010 年 6 月。

¹¹² 郭大維，我國股東代表訴訟制度之解構與再建構，財金法學研究第 1 卷第 1 期，頁 120-122，2018 年 6 月；周振鋒，論證券投資人及期貨交易人保護法第十條之一--以股東代表訴訟為中心，法學新論第 27 期，頁 161-173，2010 年 12 月。

¹¹³ 臺灣新北地方法院 108 年度訴字第 1952 號判決參照。

條及第 227 條準用第 214 條之限制。此規定擴大投保中心保護市場投資人之功能，並一定程度的解決以往公司法第 214 條股東代表訴訟於實務上訴訟效果不彰之情況，加強對違反義務董事之責任訴追，對於我國之公司治理具有重大意義。

為了解投保法下之代表訴訟之成效，本文藉由上開法學資料庫系統，搜尋並閱讀投保中心所提起之代表訴訟之判決¹¹⁴，發現共有 31 筆案件¹¹⁵，而於該 31 筆案件中，其中有 1 件因僅係涉及上訴第三審時應該遵守之上訴要件而另 1 件則是單純之刑事判決，因與本文較無關聯¹¹⁶，故先予扣除。

於剩下之判決中，共有 6 筆判決未進入實體上審查，觀察其背後的原因，無外乎就係因投保中心所提起之訴訟為附帶民事訴訟，然刑事訴訟法第 503 條 1 項規定刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決者，法院應以判決駁回之，從而導致投保中心訴訟被法院駁回¹¹⁷。

進入實體審查之判決中，與注意義務有關之判決有 12 件，其中勝訴的有 2 件¹¹⁸，一部勝訴的有 4 件¹¹⁹，敗訴的有 6 件¹²⁰；與忠實義務有關之判決則有 15

¹¹⁴ 依投保法第 10 條之 1，投保中心可提起之訴訟包含代表訴訟與解任訴訟，然因解任董事之訴訟並不涉及董事之金錢賠償責任，與本研究之關聯度較低，故而本文只整理投保中心所提起之代表訴訟判決，合先敘明。

¹¹⁵ 此 31 筆之來源係，財團法人證券投資人與期貨交易人保護中心，本中心提起代表訴訟案件之判決書，網址：

<https://www.sfpc.org.tw/MainWeb/article.aspx?L=1&SNO=O0fnblS/WzfQbpgd6+BkpQ==&P=1>。

(最後瀏覽日期：2021/05/22)

¹¹⁶ 最高法院 105 年度台上字第 296 號民事裁定、臺灣臺北地方法院 106 年度金重訴字第 18 號刑事判。

¹¹⁷ 包括：臺灣高等法院 107 年度重附民字第 7 號刑事判決、臺灣士林地方法院 106 年度重附民字第 17 號刑事判決、臺灣新北地方法院 105 年度重附民字第 59 號刑事判決、臺灣新北地方法院 105 年度重附民字第 63 號刑事判決、臺灣高等法院 103 年度重附民上字第 32 號刑事判決、臺灣高等法院臺南分院 103 年度重附民字第 12 號刑事判決。

¹¹⁸ 包含：臺灣高等法院 108 年度金訴更三字第 1 號民事判決、臺灣高等法院 105 年度金訴字第 2 號民事判決。

¹¹⁹ 包含：臺灣高等法院 106 年度上字第 1175 號民事判決、臺灣彰化地方法院 107 年度重訴字第 20 號民事判決、臺灣高等法院 106 年度金訴字第 19 號民事判決、臺灣新北地方法院 109 年度金字第 6 號民事判決。

¹²⁰ 包含：最高法院 106 年度台上字第 519 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 2420 號民

件，其中勝訴的判決有 4 件¹²¹，一部勝訴的有 3 件¹²²，敗訴的 8 件¹²³。

由上開統計資料可發現，目前看來投保中心提起股東代表訴訟之頻率和勝訴率應還不能算是已對公司董事造成高程度的風險，然而對比前開公司法下之股東代表訴訟，其勝訴（包含一部勝訴）之比例和進入實體審查之案件比例已有大幅度之提升，應可認為達到當時透過制定本條以強化股東代表訴訟之成效，和加強上市櫃公司之公司治理的立法目的。又從請求之金額觀看，投保中心所請求之最高金額有高達 57 億多元，若取平均值的話則為 7 億多元¹²⁴，此表示董事行為一旦涉及違反對公司義務而面臨法律責任與求償，在我國實務上是有機會負擔鉅額之賠償責任的。由此觀之，建立完善之董事責任風險保護機制之討論在我國似乎非言之過早。

另外，於查閱各投保中心中之敗訴判決，法院之判決理由有以「投保法第 10 條之 1 並不能對卸任董事起訴」為由而駁回請求¹²⁵，然此理由於二〇二〇年投保法修法後已不再適用，新通過之投保法第 10 條之 1 第 1 項第 1 款已明訂，投保中心得對已卸任之董監事提起代表訴訟，以避免董監事利用辭任的方式輕易規避本條之訴追¹²⁶，可預見者係未來會有更多案件進入實體審查，至於是否

事判決、臺灣臺北地方法院 104 年度金字第 12 號民事判決、臺灣高等法院 107 年度金上字第 19 號民事判決、臺灣臺北地方法院 107 年度金字第 58 號民事判決、臺灣新北地方法院 106 年度金字第 36 號民事判決、臺灣臺中地方法院 107 年度金字第 10 號民事判決。

¹²¹ 包含：臺灣高等法院 104 年度金上字第 19 號民事判決、臺灣高等法院 105 年度金訴字第 2 號民事判決、臺灣新北地方法院 105 年度金字第 4 號民事判決、臺灣新北地方法院 105 年度金字第 4 號民事判決。

¹²² 包含：臺灣高等法院 106 年度上字第 1175 號民事判決、臺灣彰化地方法院 107 年度重訴字第 20 號民事判決、臺灣高等法院 106 年度金訴字第 19 號民事判決。

¹²³ 包含：臺灣高等法院臺南分院 106 年度重上更(一)字第 5 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 512 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 519 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 2420 號民事判決、臺灣臺南地方法院 106 年度金字第 1 號民事判決、臺灣高等法院 107 年度金上字第 19 號民事判決、臺灣臺北地方法院 107 年度金字第 58 號民事判決、臺灣臺中地方法院 107 年度金字第 10 號民事判決。

¹²⁴ 資料來源：財團法人證券投資人與期貨交易人保護中心，代表訴訟之案件彙總表，網址：<https://www.sfpc.org.tw/MainWeb/Article.aspx?L=1&SNO=nqyPLeqa/JqLKKYGIFPn7Q==>（最後瀏覽日期：2021/05/22）。

¹²⁵ 最高法院 106 年度台上字第 2420 號民事判決。

¹²⁶ 參閱投保法第 10 條之 1 於 2020 年時之修正理由：「…將原第一項第一款後段有關保護機構書面請求之規定移列至第一款前段。另保護機構之代表訴訟及裁判解任訴訟，主要係在督促公

會進而提升投保中心之勝訴率則仍有待觀察；亦有判決係以董事當時所作的商業決策係當時對公司最有利之決定，並非顯不相當、顯不合理之商業判斷決定而判決投保中心敗訴¹²⁷，然而是否適合由法院具體判斷該交易的合理性和對公司之有利性與否，以作為董事是否應負責任之基礎，本文對此持保留態度。考量法院之並不具有商業和管理專業，實難認為其判斷具有公信力與正確性，且訴訟過程冗長，也有些事實證據可能早已滅失，是否適合由事後觀點來觀看當時之決策結果，亦有疑問，對此本文認為未來法院應將審判之重心由對具體之商業決策做合理性，轉為審查董事為決策過程中之適法性與其資訊之完整性，如此或許更能體現法院之公正客觀的角色，以避免「事後諸葛」。

復依據投保法之規定，投保中心可提起之訴訟除了代表訴訟外，亦可提起投保法第 28 條第 1 項之團體訴訟，本條規定使得證券市場中受害之投資大眾能夠有效率的集結以利共同爭取權益。而依據投保中心之相關資料截至二〇一九年為止，由投保中心所提起之團體訴訟計有 56 件業已全部或一部確定，並藉由勝訴判決取得 8 億多元之賠償款項（包含強制執行、判決確定後清償及不法所得），此外投保中心也已替證券投資人取得 54 億多元之和解金，投資人的損害應可望獲得部分之實質補償¹²⁸。

總的來說，投保中心的成立不論是對於我國之董事代表訴訟抑或係團體訴訟都具有指標性的意義¹²⁹，且觀察上開數據可發現團體訴訟之實施成效應是優於

司管理階層善盡忠實義務及注意義務，並透過保護機構之訴追，收嚇阻不法之功能，以促進公司治理，有其公益目的，該代表訴訟權本應及於不法行為之人於「行為時」具有董事、監察人身份者，否則董事、監察人只要藉由不再任或辭任等方式，即可輕易規避本款規定之訴追，致本款規定形同具文，與立法意旨嚴重相違。參考日本會社法及美國法就代表訴訟相關規範及實務運作，均得對已卸任董事、監察人起訴，爰於第一款明定保護機構得依規定對已卸任董事、監察人提起代表訴訟。如董事、監察人於保護機構請求後起訴前卸任者，則保護機構仍應重新依本款規定，先向公司請求對其提起訴訟，併予敘明。」，可參閱立法院法律系統，網址：

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?0^260CC0C418188C460CC0C02F180C468CD4C09C184C278CD8C418> (最後瀏覽日期：2021/05/22)。

¹²⁷ 如：臺灣臺北地方法院 107 年度金字第 58 號民事判決、臺灣臺北地方法院 104 年度金字第 12 號民事判決。

¹²⁸ 資料來源：財團法人證券投資人與期貨交易人保護中心，2019 年年報，網址：

<https://www.sfpc.org.tw/mainweb/Article.aspx?L=1&SNO=cETUAHMWj7bwkiS59QXNnw> (最後瀏覽日期：2021/05/21)。

¹²⁹ 林郁馨，投資人的諾亞方舟——投資人保護中心與證券團體訴訟之實證研究，月旦法學雜誌，第 229 期，頁 88，2014 年 6 月。

代表訴訟，又加上被投保中心起訴之違法董事多是違反證券交易法之規定，而違反證券交易法之民事賠償責任基本上涉及眾多證券投資人，賠償之數額自然也會較高，故而本文認為，目前我國董事違反證券交易法之賠償風險應係高於違反公司法義務之責任風險。然而由前文介紹可知，基本上美國法係禁止限制或免除董事違反證券交易法之賠償責任，蓋證券交易法之違法除了影響股東個人之利益外，也影響了全國證券市場之穩定性，帶有公益的性質，自然不許由個別公司自行裁量；於公司補償制度方面，原則上美國法亦多是禁止公司補償董事違反證券交易相關法規之賠償責任，認為若補償有違公共政策，無法達到嚇阻或制裁不法行為之目的，惟本文認為全面的禁止補償恐有打擊過廣之嫌，若遇到董事勝訴且其行為具備善意之時，斯時公司補償董事於勝訴後之訴訟費用（如律師費），並不會影響到證券交易法保障投資人和遏制不法行為之立法目的，相反的若於此時不補償董事之訴訟費用，恐會使善意董事懼於訴訟費用而不敢勇於面對濫行起訴之股東，甚至不願擔任董事職務，長此以往對我國公司股東之利益，並非善事，故而應考慮有條件地開放補償善意董事之費用。

二、董事責任保護機制引進與否—理論層面

（一）董事責任限制條款

1. 否定說

有學者以強行規定不宜由公司自行限制或免除為由，表示注意義務與忠實義務係屬法律上的強行規定，若以股東會決議減輕董事責任，將違背公司法第 23 條 1 項強行規定之性質，且在控制股東自行或推舉他人當董事時，若又能減輕董事責任，實有違背公司治理的推行，為維護股東、債權人等之利益，亦不得以契約免除董事責任，復加上以我國目前董事違反注意義務案件之數目和舉證證明的困難度來看，對於董事責任限制或免除制度之引進仍需多方考量，不得貿然引進¹³⁰。

此外亦有學者認為，若我國驟然引進上開限制董事責任之措施或將董事之歸責標準降低，將實質降低董事履行忠實義務之門檻，有違公司法第 23 條之立法目的，對於司法威信亦可能產生損害。更甚者係，在我國目前商業環境當中，監

¹³⁰ 陳彥良，董事義務責任的解構與建構——德國法制之借鏡，月旦法學雜誌，第 198 期，頁 152-154。

控董事行為及成效的市場機制及其他社會規範均尚未如美國法般成熟，貿然採取美國之作法，恐助長不肖董事之氣焰¹³¹，但就我國獨立董事(下稱獨董)的部分，學者則是主張應適度減輕或免除獨董之義務與責任，蓋獨董雖具有董事身分，但多未深入介入公司經營事務，若獨董和屬於經營階層之董事負擔相同之責任恐阻卻優秀人才投入，因而認為有立法引進賦予公司得減輕或免除獨董之責任的必要¹³²。

2. 肯定說

有學者指出，就解釋論上或可從民法 343 條：「債權人向債務人表示免除其債務之意思者，債之關係消滅。」以做為董事責任限制條款之法理依據。若公司與董事間的責任免除契約，可認為董事因企業經營上過失所生之損害賠償責任，由公司來負擔免除之，基於契約自由原則，應不在法律禁止之列。至於具體運作上則可參考公司法第 196 條的規定，若公司章程未明定者，股東會得決議限制或免除董事對公司的責任¹³³。

另有學者認為，良好之公司治理，除了課與董事相關義務與責任，使其能夠謹慎執行職務外，亦應建立一套適當的董事責任保護機制，以避免過重義務與責任造成相關負面的影響。雖說目前我國法制上已立法肯認公司得為其董事承保責任保險，惟責任保險僅處理董事責任成立後的賠償風險，若董事責任尚未成立，或是尚未被追訴前即透過董事責任限制條款來減輕董事之責任，將可減少董事執行職務面臨之訴訟風險，較不易產生僅因經營結果不佳即遭訴訟纏身，背負巨額賠償責任壓力之結果。且即使董事嗣後被法院認定並無法律責任，然訴訟的過程所耗費之勞力、時間與費用均足以讓人卻步，因而董事責任限制條款能夠使董事勇於做決策判斷而不會因被訴風險而保守經營，可對公司股東帶來更高之利益¹³⁴。

¹³¹ 邵慶平，董事法制的移植與衝突—兼論「外部董事免責」作為法制移植的策略，臺北大學法學論叢，第 57 期，頁 201。

¹³² 邵慶平，前引註 131，頁 202-203；另外，亦有學者主張，應以未必故意或間接故意此種較高歸責標準之主觀要件，以區別執行業務之內部董事以及專事監督任務獨董之歸責標準，參蔡昌憲，從內控制度及風險管理之國際規範趨勢論我國的公司治理法制：兼論董事監督義務之法律移植，國立臺灣大學法學論叢，第 41 卷第 4 期，頁 1872-1873。

¹³³ 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，第 37 期，頁 134-138，2006 年 1 月。

¹³⁴ 郭大維，前引註 42，頁 192-193。

(二) 董事責任補償條款

1. 否定說

有認為，關於公司對董事補償制度於我國現行法並無相關規定，未來立法時也宜效仿新加坡、香港等規定，直接立法禁止公司以任何形式補償董事之法律責任支出，蓋若我國效仿德拉瓦州公司法，因公司補償董事成為訴訟當事人所生的費用與損失，前提為董事之行為須具備善意且合理相信其行為係為公司最佳利益，即是否可補償尚須審查善意、合理相信等不確定法律概念，會造成實務上認定之困擾，若要爭取人才擔任董事職位並為公司利益勇於決策，透過責任保險制度即可達成，並無必要透過董事責任補償制度¹³⁵。亦有認為，於董事違反受任人義務之訴訟中，補償條款制度將使民事責任的警告與制裁機能嚴重削弱，無法達到法律課與經營者責任而保護股東利益的目的¹³⁶。

2. 肯定說

有學者指出，隨著商業環境發展日趨複雜，公司董事難免於執行職務的過程中有所疏忽而承擔賠償責任，如其行為係為追求公司利益而非個人利益，卻未給予其向公司請求補償之權利，對董事而言恐有失公平，畢竟其若未擔任該職位而為公司執行職務也不會被起訴。此外我國既然已經推動董監事責任保險，則應當就其和董事補償條款之連動性一併考慮，通常考慮公司董事之責任救濟制度，避免造成公司經營者的權利失衡。並且於我國引進董事補償責任制度之初，不論是強制性補償還是許可性補償，都必須對補償之要件與範圍加以限縮，不該過度給予公司裁量權限，是否符合補償之要件也應經過公正客觀之審查程序，可由獨董所組成之審計委員會或由訴訟當事人以外之董事或股東會決定，以防此制度遭濫用¹³⁷。

¹³⁵ 黃帥升、陳肇鴻，公司治理及各國董事制度新趨勢，萬國法律第 174 期，頁 48-49，2010 年 12 月。

¹³⁶ 蔡佩君，董事及重要職員責任保險之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 95，2000 年

¹³⁷ 郭大維，前引註 82，頁 336-34。

三、本文見解

(一) 董事責任限制條款

綜觀上開否定論者，似乎是從公司董事受任人義務之二大功能，即「補償受損股東功能」與「遏止不法行為功能」¹³⁸為切入點思考並得出否定引進之結論。然本文與上開否定論者之想法並不相同。首先若從遏止功能之角度來看，本文認為引進董事責任限制條款並不會對我國董事之義務規範造成負面影響，蓋由上開參、之論述可知，若董事係違反對公司之忠實義務、或其行為不具善意或其係為獲取董事個人不當利益之行為所生之法律責任，並無該制度之適用，事實上此制度僅係要降低董事經營成果不佳之壓力，鼓勵董事把握市場先機而積極為商業決策而非放任董事肆意妄為，引進此制度後只是為了向董事表達一種信號，即一位具誠實善意且不具利益衝突之董事與一位具有惡意之董事，於法律的評價上並不會使該二人一起承擔經營不善之賠償責任，而會將二者做區隔以示公平。退步言之，董事責任限制制度僅係限制了董事之「金錢賠償」責任，換句話說，若公司股東認為該名董事之經營決策有所失當，則仍可以藉由股東會決議解任，或向法院提起裁判解任訴訟，藉此對該董事表達不信任，且若該董事係在上市櫃公司，尚可以藉由投保法第 10 條之 1 第 7 項之董事失格制度¹³⁹，讓該不適任之董事一

¹³⁸ R. Link Newcomb, *Limitation of Directors' Liability: A Proposal for Legislative Reform*, 66 TEX. L. REV. 411, 434-435 (1987).

¹³⁹ 此為投保法於 2020 年修正通過後方有之新規定。投保法第 10 條之 1 第 7 項：「第一項第二款之董事或監察人，經法院裁判解任確定後，自裁判確定日起，三年內不得充任上市、上櫃或興櫃公司之董事、監察人及依公司法第二十七條第一項規定受指定代表行使職務之自然人，其已充任者，當然解任。」。其立法理由為：「七、證券市場之上市、上櫃及興櫃公司規模龐大，股東人數眾多，公司是否誠正經營、市場是否穩定健全，除影響廣大投資人權益外，更牽動國家經濟發展及社會秩序之安定。審酌依第一項第二款被訴之董事或監察人，主要係有重大違反市場交易秩序及損及公司、股東權益等不誠信之情事，故為保障投資人權益及促進證券市場健全發展，其一旦經裁判解任確定後，即不應在一定期間內繼續擔任公司董事、監察人，以避免影響公司治理及危害公司之經營。又依公司法第二十七條第一項規定受指定代表行使職務之自然人，實質上行使董事、監察人職務，自有併予規範之必要，故為維護公益，確保公司及其股東權益，並達成解任訴訟之立法意旨，增訂第七項，明定不論被解任者之職務為董事或監察人，其經裁判解任確定日起三年內，皆不能擔任上市、上櫃或興櫃公司之董事、監察人及依公司法第二十七條第一項規定受指定代表行使職務之自然人，其已充任者，當然解任。又保護機構之裁判解任訴訟具有失格效力，董事或監察人於訴訟繫屬中，未擔任該職務時，該訴訟仍具

定時間內不得再從事董事職務，來達到維持受任人義務之遏止功能。

若從補償公司股東功能觀之，若允許公司完全免除董事注意義務之賠償責任，則會使於受損害的股東無從填補其損害，似乎也非完全妥適，對此本文認為，若為使股東於該損害中仍有獲得賠償之空間，則可於立法上可採取美國法律協會（American Law Institute, ALI）所公布的「公司治理原則：分析與建議（Principles of Corporation Governance: Analysis and Recommendations）」上之立法方式，即從董事的年度報酬金額¹⁴⁰去設計於董事違反注意義務時所應賠償之數額¹⁴¹，以平衡董事之經營風險和其自身之經濟利益。然可想見者係，以董事報酬額作為賠償責任之計算基礎，恐產生有心人士以故意不支薪的方式來規避賠償責任，對此本文認為於遇到上開情形，或可以其他董事報酬平均額（若為獨董，則以獨董報酬平均額）作為參考，若公司全體董事皆如此的話則以同業董事平均報酬為計算基礎，如此應可避免前開之疏漏；至於於計算董事之報酬數額時，若其亦於關係企業擔任董監事，是否應將其於關係企業中所領取之報酬額納入計算範疇？對此本文認為，考量關係企業於法律上乃不同法人格，董事即使在母公司有注意義務的違反，也不代表此時其對子公司的注意義務也同時違反，應個別去審查違反的情況，故應毋庸將其於關係企業所領取之報酬額亦納為計算基礎。

惟另一方面，否定論者指出我國違反注意義務的案件量其實不多，引進董事責任限制條款似非當務之急也非全無道理，從上開統計資料數據可發現，特別是在無投保法適用之非公發公司，違反注意義務且股東勝訴的判決幾乎寥寥無幾。故本文認為，就目前而言若我國欲引進董事責任限制條款制度，則適用之對象應不包含非公發公司，雖說非公發公司股東人數較少，不像上市櫃公司般有保障證券市場安定和廣大投資人之需求，法律上似乎應給其較大的契約自治以及彈性，應無不許其適用之理。然而考量到非公發公司之內部監督機制本就無法確實落實¹⁴²，再加上前開統計資料發現非公發公司之股東代表訴訟尚未成熟，該條文本身

訴之利益，保護機構自得繼續訴訟。」可參閱立法院法律系統，網址：

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?0^260CC0C418188C460CC0C02F180C468CD4C09C184C278CD8C418> (最後瀏覽日期：2021/05/22)。

¹⁴⁰ 需進步說明者係，本文此處的報酬額係指董事為公司提供勞務所得之酬金，即具有勞務對價之性質方屬之。不包括為了處理董事之事務而實際花費之「車馬類」和具備盈餘分派性質之「酬勞」。關於報酬與酬勞之認定標準，可參閱：林國全，董事報酬請求權——評最高法院九十四年度台上字第二三五號判決，月旦法學雜誌，第135期，頁250-251；劉連煜，前引註4，頁472-473。

¹⁴¹ See ALI, Principles of Corporation Governance: Analysis and Recommendations §7.19 (1994).

¹⁴² 我國目前適用於非公開發行公司之監督機制，僅設監察人，然而基於以下理由，常導致監察

於學說上亦存有不少批評，故應認為現行非公發公司之董事責任追訴體制尚無法稱為完備，董事並無過大之經營風險，應暫無適用董事責任限制條款之必要。

然而就上市櫃之公發公司而言，本文則認為應有引進此制度之必要。考量此類公司具有投保法之適用，亦即除了股東外尚有投保中心可提起代表訴訟，以加強對董事的監督，對董事之責任追訴體制應予完備，加上前開統計數據可發現於董事被訴時請求金額甚高，已逾越了董事擔任公司經營者之收益，其權利與義務已構成不平衡之狀況，應有必要引進此制度，以避免董事將獨自面對的不合比例之鉅額責任。至於引進該制度的範圍，是否僅限於獨董可適用？本文認為應無區別之必要，全體董事應可一體適用，原因在於，若為如此之區別，則可想見的是在董事會召開之過程當中，會有一組董事願意採取更積極的經營手段、更願意的去承擔積極風險，而另一組董事則相反，不願意採取過度風險的經營決策，恐影響董事會經營決策之效力；查上開主張僅獨董可減輕責任之理由，多係主張因獨董主要之職責在於監督公司經營者，其對於公司業務執行和營業細節的介入遠不如內部董事，而主張不應該使二者負相同的義務，惟關於業務經營與監督，是否真的可為如此清楚具體的劃分，不無疑問，例如對於一筆公司重大資產交易案，內部董事認為交易條件合理應予出售，而獨董則認為該條件並非公平而認為不應出售，則此時獨董所行使之職權到底是業務執行權抑或是監督權，似皆有成立之空間。故而本文主張，因不論係獨董或內部董事都具有公司經營階層的身分，亦即都有因為經營不善而遭致股東追訴之可能，二者間應皆有本制度之適用，且因二者間之報酬額勢必有所差異，在採取本文報酬數額作為賠償數額之計算基礎下，二者間所需負的賠償責任即會有所不同，應不致發生權責不符之情況。

至於應採取何種立法模式，本文認為應採取章程選擇之立法模式，授權公司得於章程中事先表示適用董事責任限制條款，給予個別公司就其經營狀況、內控制度以及董事會績效等情形考慮其是否欲採取此機制，又為避免對尚未進入公司之股東產生突襲，此一章程條款必須明確揭露於章程不宜僅載於公司之內部細則中，使股東得事前知悉並自行評估是否進入公司。

人監督效力不彰：首先因法規對於相關職權範圍過於限縮，致使監察人極少接觸業務執行之狀態下無法逐一對董事會之經營決策做出評價與判斷；又現行法雖要求監察人之獨立性而不許其身兼董事或經理人，然而卻無排除其他可能影響獨立性之因素，如：親屬關係，導致實務上監察人償喪失獨立性；最後是因董事監察人仍採取分別選舉之方式，使公司大股東在董監選舉上佔有優勢，而能順利選派其關係親密之人擔任監察人，監督職能自然不能如實發揮。參閱：劉連煜，前引註 91，頁 131-154。；曾宛如，公司治理（一）我國公司治理之省思，收錄於，氏著，公司管理與資本市場法制專論（二），頁 182，台北：元照，2008 年。

(二) 董事責任補償條款

本文認為，董事責任補償條款引進之必要應高於董事責任限制條款。首先二〇一八年公司法修正後，不論是否為公開發行公司都可為董事投保 D&O，而觀察實務上 D&O 保單之承保範圍都係效仿美國 D&O 保單，包含 Side A 以及 Side B，前者係為公司董事在保險期間因公司職務上不當行為被起訴求償而最終被裁判應支出相關費用，又無法依法或依公司章程受公司補償時，保險人應就該筆費用負理賠之責；而後者係當投保公司在保險期間因法律規定或章程中補償條款補償董事時，保險人應填補公司之損失¹⁴³。然而我國法制下並無公司對董事補償制度之完整規範，因此使得 D&O 保單設計與現行法規無法配合，產生解釋與認定上之困擾，不如盡早將董事責任補償法制明文化，以利保險人做風險評估，而使二者發揮互補之效果。又若從保險市場之穩定性來看，因保險市場會隨者各種經濟因素而使保費有所升降、承保範圍之窄寬變動，並非一成不變¹⁴⁴，若我國針對董事執行公司職務過程所生之經濟損失風險都完全仰賴 D&O 保險制度運作的話，萬一保險市場突生鉅變而產生如美國一九八〇年代 D&O 保險危機而損害 D&O 分散風險之功能時，將有害於公司經營與獲利。

事實上雖然我國目前尚未有相關公司補償制度之規範，然於公司實務中，卻早有公司藉由契約或以股東會決議之方式將董事之補償措施納入公司章程之中¹⁴⁵，若公司藉由此方式以補償董事之刑事責任罰金或補償其證券賠償責任，如此章程是否適法？約定此種補償條款是否為私法自治之範疇？又是否可主張其會影響到我國相關法規嚇阻不法行為之功能？此皆為目前暫無法律明文下可能會產生的相關疑義，可見此制度之引進應有必要性。

關於否定論者所提起之於補償制度下需判斷善意、合理相信等不確定法律概念之疑義，本文認為此疑義除可藉由參考美國法之法律解釋與實務案例外，考量現行之董事責任訴追規範逐漸完備，投保中心出現也帶動被害人之求償一事，故而未來關於董事被訴之案例也定會越來越豐富，隨著實務案例的累積，此不確定

¹⁴³ 例如：國泰產物董監事及重要職員責任保險單，網址：

<https://cathayins.com.tw/insurance/pdf/other/law/297.pdf> (最後瀏覽日期：2021/05/23)

¹⁴⁴ See Tom Baker & Sean J. Griffith, *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*, 74(2) U. CHI. L. REV. 487,506-507 (2007).

¹⁴⁵ 陳俊仁，董事責任之限制、免除與補償—美國與臺灣公司法制之比較法觀察，臺灣財經法學論叢，第2卷第1期，頁81，2020年1月。

法律概念之疑慮應盡可除去，應無必要為此理由而使法制停滯不前。

陸、結論

董事責任保護機制之目的就在於避免董事面臨不合比例的風險而使其產生以規避個人責任為先，公司最大利益為後之概念，並進而採取保守和防衛性之經營策略，甚至對董事之職位卻步，如此不僅對於公司之長期經營不利，甚至也會影響國家之經濟發展，因而隨著我國對董事責任追訴的法制逐漸成熟，本文認為應是時候為我國董事打造一套權利與義務之平衡措施。

具體而言，本文建議未來立法時就董事責任限制制度，可考慮以董事之薪資報酬作為賠償數額計算基礎的方式，亦即從董事年度之報酬數額去計算董事違反注意義務時所生之賠償責任之合理限額，且應明文禁止公司完全免除其責任，並採用章程選擇之立法模式，讓公司得考量自身經營狀況，決定是否應於章程中訂立責任限制條款；而就董事責任補償制度，因強制性補償與許可性補償二者間並非互斥之制度，故而引進時該二種立法模式應均可採納，然而於許可性補償之範疇，在我國公司對於補償制度尚不熟悉之情況下，不宜一開始就給予公司過多的裁量空間，從而宜採取非排他型之立法模式，只有透過公司章程明訂且符合法規範之限制下之事項方可補償。