

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論商業判斷法則於經濟犯罪中之作用—以證券交易法
之非常規交易罪及特殊背信侵占罪為中心

The Function of the Business Judgment Rule in Economic
Crimes : A Focus on The Irregular Transaction and the
Special Breach of Trustfulness in The Securities and
Exchange Act

蔡杰承

Chieh-Cheng Tsai

指導教授：王文宇 博士

Advisor: Wen-Yeu Wang, Ph.D.

中華民國 103 年 5 月

May, 2014



國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

論商業判斷法則於經濟犯罪中之作用—以證券交易法之非
常規交易罪及特殊背信侵占罪為中心

The Function of the Business Judgment Rule in Economic
Crimes : A Focus on The Irregular Transaction and the Special
Breach of Trustfulness in The Securities and Exchange Act

本論文係蔡杰承君 (R98A21106) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國 103 年 5 月 6 日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授：_____

收學

口試委員：_____

88回

邵慶平



謝辭

每一篇謝辭，似乎總是以「終於」兩字作為開頭，而我也難以擺脫如此窠臼，畢竟當這一天真的來臨時，心中立刻浮現的不外乎「終於」兩字。

是的，2014年5月6日，在這一天之後，我歷經多年的研究所生涯，「終於」也來到了撰寫謝辭的階段。在我心中充斥的無限的感激與感動，畢竟在我的研究生涯，總是用著雙重身分過著學生生活，先是在警專工作一邊修習學分，再來是來到司訓所受訓一邊撰寫論文，最後則是分發到高雄地檢署後忙碌著收尾最後的階段。雙重身分的日子確實不輕鬆，但也這樣的時間夾擊之下，更提醒自己要把握每分每秒，也是這樣的信念，讓我得以走到這一步。

雖然沒能享受單純學生身分的日子，但能進入台大法研就讀，一直是很光榮的一件事。畢竟在我還是懵懂的高中生時，總是以台大法律作為自己的志向，信誓旦旦地要走向第一學府。但沒想到，在聯考來臨之前，我就作了聯考的逃兵，選擇了警大法律就讀。警察大學是個很特別的學校，因為它其實並不是那麼地像一所「大學」。四年的時光中，在龜山的偏鄉裡，「紀律」、「制度」這類似的字眼一直套束在我的身上。我一直印象深刻的場景是，在中午午休時透過網頁瀏覽了台大法律的眾師資，那時已初入法律殿堂的我，很嚮往在這些名師下如沐春風的樣子，然在幻想之際，斥責的聲響拉回了我的神遊，某學長惡狠狠地指責我，為何制服沒燙、為何皮鞋沒擦？我還不明究理冒著汗埋首作著伏地挺身時，不禁地想，我在作些什麼？除了制服和皮鞋外，我的人生能不能有些許的不同！？這些納悶的聲音，也更支持著我走向法律的道路。上面的這些文字並非全然在抱怨我的大學生活，畢竟在那苦悶的四年中，我結交了許多共患難的知心好友，特別是在那種刻苦的環境中，更明白友情的可貴。而我也並不是全然將制服與皮鞋拋諸於外，全心沉醉於法律智識的那種人，因為在我第一份的工作中—警專區隊長，也扮演著類似的角色。我無法否認，是警大的公費支持，讓我的家人可以展露笑顏度日，是那份工作的保障，讓我的未來不會迷失在未知當中。那四年或許辛苦，

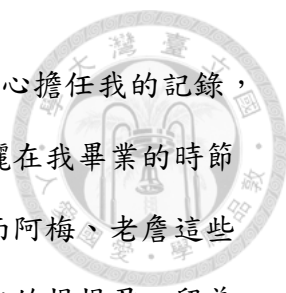


但也值得。只是當我終於不再有經濟的壓力，能進入自己夢想中的學校時，我更應該珍惜這些得來不易的日子。

確實，我很享受研究生的每一天，畢竟當我上課之際，就是我得以暫時離開公職身分，專心作個學生的時候，雖然還是難免有打瞌睡之際，但我還是很積極地希望能在學校中學到許多。尤其是騎著破舊的腳踏車環繞校園時，也讓我頓時覺得自己又年輕了起來，曾經失去的青春似乎也得以重新擁有。而來到台大的環境毫無疑問讓我獲益很多，除了可以向許多優秀又認真的同學及老師們學習外，也是在這個環境中，讓我挺過法律系終究得面對的國考難關，不敢說自己如何在這環境變得多了不起，但確實成長了許多，只是無論再如何沉醉，也總究要有面對及離開的時候。

回想這漫長的研究生生涯，當初之所以選擇報考商法組，最起源的念頭就是指導教授王文宇老師了，老師不像傳統的法律人，不會只拿著生硬的法條作學問，而是對於源源不絕的新知充滿了興趣，也讓法律這學科，增加了些額外的樂趣，在老師的課堂上，也常常能接觸到許多新鮮的話題，雖然沒有深遂厚重的法理，但許多問題都饒富趣味，也正是這種結合其它學門的思考方法，讓我決定了這個論文題目，雖然當中涉及了不少刑法的領域，但也感謝老師願意讓我嘗試這樣的研究。所以王老師當然是我本篇謝辭第一個要感謝的人。再來則是另外兩位口試委員，雖然從未上過林國全老師的課，但一直是久仰大名，老師願意撥空為我口試，確實讓我深感榮幸，也感謝老師對論文的肯定，希望我的努力確實能對實務界有那麼一點點的貢獻。而另一位口試委員邵慶平老師，其實在研討會及文章中就很欣賞邵老師的新思維，老師犀利、精準的思考一直讓我很佩服，尤其後來還能在企金法專題的課程中得到老師的指導，也為這本論文助益不少，所以也要感謝邵老師對這篇論文的費心。

接著在研究所生涯最該感謝的，就是充滿歡樂的 2409 研究室了，雖然在我畢業的時節大家都已各奔前程了，但那幾年，我們一起打的世紀跟世足絕不會從記



憶中抹滅。感謝永鴻學長一路提攜我進入台大，並在口試之際熱心擔任我的記錄，也為我提供多次的台北住宿；也要感謝小馬姊、瑋柏這對賢伉儷在我畢業的時節解救我複雜的論文行政流程，也希望妳們倆好日子快點來臨；而阿梅、老詹這些球場及考場上的共同戰友也是讓人印象深刻，還有賜我刑訴奶水的規規君，留美時尚界的摸皇，人生幸福美滿的猴猴，都是 2409 中令人難忘的夥伴，也是有他們的作伴，我才得以有個豐富的研究所生活。

另外也要感謝警專的昔日同事們，是這些同事的支援與支持，我才得以在工作及準備考試中再來到研究所就讀。除此之外，也是在警專籃球場的熱汗揮灑，我才能充滿動力地過每一天。特別要提一下的就是思遠跟楊區了，思遠是我最早的讀書咖，雖然你已經比我早一步通過碩士關卡，但沒有當初的相互砥礪，也沒有今日的我；而楊區作為當時每日的午餐與晚餐咖，沒有那些垃圾話的幫忙，我也難以消化如此多之壓力。

再來要感謝司訓所的大家，馬三強強君的強大一直是讓讓見賢思齊的最佳動力，也感謝強爺品質優良的論文願意讓我參考；法三組的大家讓辛亥看守所的日子不再那麼苦悶，反而增添了不少色彩，尤其是與敬展間的相互鼓舞，才能在分發之後，努力走完最後這幾步；還有高雄學習組的大家，是那段貼近實務之日子，還有與大家之間之問題激盪，才能讓我的論文得以慢慢成形。


還要再感謝的，就是我的爹娘了~~雖然爸媽應該對這篇論文很難有所共鳴，但他們永遠是最溫柔的靠山，即便我濫用學生身分已久，爸媽也全然地相信我而不加催促。也很開心我的努力能讓他們以我為榮，雖然父親與我在台大法學院前的合照還是招牌的撲克臉，但我相信他的心裡應該燦爛如花，如今我終於得以畢業，更該感謝他們對我無悔的支持。

最後我要感謝的，是我難得的人生伴侶，是妳的陪伴與扶持，我才能在許許多多的戰役及壓力下熬過，雖然法律的世界對妳而言玄妙難解，何謂商業判斷法則妳也無心掛念，但妳還是不厭其煩地陪我在每個不同的咖啡廳中，與每一個標

楷體奮戰，是妳的身影守候在旁，才讓我得以更安心地埋首其中，雖然不敢說這本論文能為法律學門帶來什麼了不起的助益或成就，但最起碼它紀錄著我們共同辛苦的歷程，我只能用它來回應妳對我無悔的愛護與支持，獻給妳，我最愛的老婆。

2014 夏 于我最愛的高雄

中文摘要



在經濟犯罪的型態出現後，撻伐的聲音不斷，證券交易法為了捍衛金融秩序及廣大投資人之利益，也陸續增訂了許多犯罪類型，本文所討論的非常規交易罪及特殊背信侵占罪即為證交法中刑事規範的一大重點。在增訂此種犯罪類型後，是否即表示該以之作為嚇阻經濟犯罪的最佳利器呢？而在近來的經濟犯罪案件中，公司經營者陸續成為被告，在訴訟進行中卻不斷援引美國法上的「商業判斷法則」。然商業判斷法則源於美國法，適用於民事法領域，於我國實務界是否可加以採行仍屬未解，是否即可於刑事案件中加以採用？若於刑事案件中得以採用，其應發揮如何之效果？對於經濟犯罪之訴訟實務有何影響？實有必要加以了解，否則將在被告提出商業判斷法則時手足無措。

本文先介紹美國法上之商業判斷法則，接者說明本文所欲討論之非常規交易罪及特殊背信侵占罪之構成要件及保護法益等，再將商業判斷法則與經濟犯罪加以結合，並介紹我國實務上曾援用商業判斷法則之刑事判決，並作出適度之說明評析。本文肯認商業判斷法則得在經濟犯罪案件中為舉證活動聚焦，足以發揮一定之效用。但本文亦強調刑事處罰非經濟秩序的唯一解藥，商業判斷法則在經濟犯罪中的出現正係重申刑法謙抑性及司法節制之價值觀。

關鍵字：商業判斷法則、經濟犯罪、受託義務、注意義務、忠實義務、非常規交易罪、特殊背信侵占罪



Abstract

As the economic crime emerged, people all hope to punish this kind of behavior badly. The Securities and Exchange Act added lots penal provisions to fight for the financial order and protect the vast investors. The irregular transaction and the special breach of trustfulness in The Securities and Exchange Act are important parts of them. Does it mean we are going to take criminal punishment to fight the economic crime? In the recent economic criminal cases, the defendants usually take the “Business Judgment Rule” as their plea. The Business Judgment Rule arises from the U.S. and it is used in the civil cases. It is still pending that can we apply the plea in Taiwan’s civil cases and is that plea functional in the criminal cases. If it is, what will be effected ?

First of all, this article will introduce the Business Judgment Rule in the U.S. and then explain the constitution and the legal interest of the irregular transaction and the special breach of trustfulness in The Securities and Exchange Act. Second, we try to apply the Business Judgment Rule to the irregular transaction and the special breach of trustfulness in The Securities and Exchange Act. Finally, this thesis will also introduce the cases with the Business Judgment Rule plea and analyze those cases. We think the Business Judgment Rule plea is useful in helping the prosecutors give proof in economic criminal cases and remind us the criminal punishment is not the best solution for the financial order. The Business Judgment Rule appearing in the economic crimes means the restraining of the criminal law and the Judicial Abstention Doctrine.

Keywords: the Business Judgment Rule, economic crimes, fiduciary duty, duty of care, duty of loyalty, The irregular transaction in The Securities and Exchange Act, the special breach of trustfulness in The Securities and Exchange Act

簡目



簡目	ix
第一章 序論	1
第一節、研究動機與目的	1
第二節、研究範圍及研究方法	4
第三節、研究架構	4
第二章 商業判斷法則介紹	5
第一節、商業判斷法則概說	5
第二節、商業判斷法則之源由及立論基礎	6
第三節、比較法上商業判斷法則之發展	22
第四節、商業判斷法則之要件及效果	30
第三章 經濟犯罪之介紹	50
第一節、何謂經濟犯罪	50
第二節、經濟防罪可能之防制措施	53
第三節、非常規交易罪及特殊背信侵占罪	60
第四章 商業判斷法則於經濟犯罪中之作用	79
第一節、概說	79
第二節、刑事案件之舉證責任	81
第四節、外國法對於商業判斷法則可否適用於刑事案件之看法	92
第三節、我國學者對於商業判斷法則可否適用於刑事程序之看法	106
第五節、商業判斷法則與非常規交易犯罪及特殊背信侵占罪	115
第六節、我國實務刑事判決運用商業判斷法則之情形	122
第五章 結論與建議	149
參考文獻	152
壹、中文資料	152
貳、英文資料	156

詳目



簡目	ix
第一章 序論	1
第一節、研究動機與目的	1
第二節、研究範圍及研究方法	4
第三節、研究架構	4
第二章 商業判斷法則介紹	5
第一節、商業判斷法則概說	5
第二節、商業判斷法則之源由及立論基礎	6
第一項、公司負責人受託義務與商業判斷法則	7
第一款、注意義務	9
第二款、忠實義務	11
第三款、善意義務	13
第二項、商業判斷法則之立論基礎	16
第三項、商業判斷法則成文化之嘗試	20
第三節、比較法上商業判斷法則之發展	22
第一項、德國法上之商業判斷法則	22
第二項、日本法上商業判斷法則之發展	25
第三項、英國、澳洲法上商業判斷法則之發展	28
第四節、商業判斷法則之要件及效果	30
第一項、要件	30
第二項、效果	47
第三章 經濟犯罪之介紹	50
第一節、何謂經濟犯罪	50
第二節、經濟防罪可能之防制措施	53
第一項、公部門的防制方式	54
第一款、刑事訴追	54
第二款、行政管制	55
第二項、私部門的防制方式	57
第一款、會計查核	57
第二款、公司內控	58
第三款、吹哨者機制	59
第三項、小結	60

第三節、非常規交易罪及特殊背信侵占罪	60
第一項、立法目的及保護法益	63
第一款、背信罪之立法目的及保護法益	63
第二款、非常規交易罪之立法目的及保護法益	64
第三款、特殊背信侵占罪之立法目的及保護法益	65
第二項、構成要件內容	67
第一款、刑法背信罪與侵占罪之構成要件	67
第二款、非常規交易罪與特殊背信侵占罪之構成要件	68
第三項、我國實務之現況	77
第四章 商業判斷法則於經濟犯罪中之作用	79
第一節、概說	79
第二節、刑事案件之舉證責任	81
第一項、美國法關於刑事舉責任之規定	83
第二項、我國法之舉證責任	86
第一款、幽靈抗辯與商業判斷法則之比較	90
第二款、商業判斷法則類比幽靈抗辯下的舉證程度	91
第四節、外國法對於商業判斷法則可否適用於刑事案件之看法	92
第一項、日本法部分：	92
第二項、美國法部分：	94
第三節、我國學者對於商業判斷法則可否適用於刑事程序之看法	106
第一項、否定見解	106
第二項、肯定見解	109
第三項、小結	112
第五節、商業判斷法則與非常規交易犯罪及特殊背信侵占罪	115
第一項、商業判斷法則與主觀構成要件	115
第二項、商業判斷法則與客觀構成要件	118
第三項、商業判斷法則作為阻卻違法或阻卻責任事由	120
第六節、我國實務刑事判決運用商業判斷法則之情形	122
第一項、臺灣高等法院高雄分院 96 年度金上重訴字第 1 號	126
第二項、臺灣臺北地方法院 98 年度自字第 22 號判決、臺灣高等法院 98 年度上易字第 3084 號判決	129
第三項、臺灣臺北地方法院 96 年度重訴字第 115 號	132
第四項、臺灣臺北地方法院 97 年度重訴字第 42 號判決、臺灣高等法院刑事判決 98 年度上訴字第 3275 號	138
第五項、臺灣高雄地方法院 92 年度重訴字第 70 號、臺灣高等法院高雄分院 95 年度金上重訴字第 1 號	142
第六項、臺灣臺北地方法院 96 年度矚重訴字第 2 號、96 年度矚重訴字第	

3 號、97 年度金重訴字第 2 號、97 年度金訴字第 1 號判決.....	146
第五章 結論與建議.....	149
參考文獻.....	152
壹、中文資料.....	152
貳、英文資料.....	156





第一章 序論

第一節、研究動機與目的

商業判斷法則(Business Judgment rule)，或有人稱之經營判斷法則¹係源自於美國公司法上之法則。簡單來說，美國法上為了讓公司董事於經營公司時能夠勇於認事、冒險創新，積極追求公司最大利益，原則上會把董事就公司經營上所作之判斷，認定為係善意的。不會僅因所作判斷事後造成公司利益上之虧損，即認定董事應負賠償之責。畢竟商場上之競爭瞬息萬變，有許多決定之作出不能單以事後去評斷，否則即有事後諸葛之嫌，而且法院對於商業經營而言，並非屬專業，法院若要充分地介入審查董事經營上之各種行為，可能也會有其極限存在。所以為免過度干預商業行為，即原則認定董事所作決定係出於善意。就其效果而言，有學者認為是舉證責任的轉換²，亦即在控訴董事損害賠償之民事訴訟中，原告必須要能證明董事有不符商業判斷法則之情形，透過此一規定，避免寒蟬效應，讓董事於經營上得以更為果斷，以利董事勇於承擔風險。


商業判斷法則源起於美國法，是否可在我國實務適用，向來有所爭議。在我國法上，並無商業判斷法則之明文規定，但在實務上之判決，已多有引用商業判斷法則之情形³；但相對而言，亦有否認商業判斷法則之適用者⁴，學說方面對於商

¹ 劉連煜，董事責任與經營判斷法則之運用-我國經營判斷法則法制化問題的探討，民事法律論文暨案例研討選輯，2009年8月。

² 同前註，頁159-161。

³ 如臺北地方法院93年度重訴字第144號判決：「...據此我國法院在判斷公司負責人所為之營業行為是否符合「經營判斷法則」，似可採取與美國法院相同之營業標準，即1.限於經營決定(a business decision)；2.不具個人利害關係且獨立判斷(disinterested and independence)；3.盡注意義務(due care)；4.善意(good faith)；5.未濫用裁量權(no abuse of discretion)。若公司負責人為經營行為當時若具備此五項經營判斷法則，則可推定其具善良管理人之注意義務，而無庸對公司及股東負損害賠償責任。」

⁴ 如臺北地方法院92年度訴字第4844號判決：「...但我國公司法未將經營判斷法則予以明文化，且該原則適用對象為公司董事，與公司法第二十三條、第八條所稱公司負責人包含董事、監察人、經理人等之規範主體並不相同。又「經營判斷法則」包含兩項法律原則，一為程序上之推定，一為



業判斷法則之引進亦多有討論，而不可諱言地，實務判決文字中出現「商業判斷法則」或「經營判斷法則」用語者，已日漸增加⁵，亦顯示此項法則之重要性係日益增加。對於商業判斷法則在美國法上之發展，當然值得我們參考，並藉以省思此套法則是否得於我國法適用。於此必須先加以說明者，商業判斷法則在民事領域是否業已引入我國尚有爭議，畢竟以我國之風土民情以及金融風暴後的保守氣息，是否適合鼓勵公司董事勇於追求風險仍有疑慮，但此並不影響以下之討論。

再者，一般而言，商業判斷法則係在民事案件中所衍生之法則，係在對董事提出民事求償時所加以運用。民事責任與刑事責任當然無法等同以觀，兩者間有不同之規範要件及不同之理論基礎，但商業判斷法則之思維，是否對於刑事訴訟亦會產生影響，畢竟在經濟犯罪中，所針對之犯罪行為通常亦屬於公司之經營判斷，若此些舉措也受商業判斷法則之優惠，那麼是否會造成證明經濟犯罪之困難。雖然有學者認為，商業判斷法則並不適用於刑事訴訟程序⁶，蓋在無罪推定的想法下，應由檢察官來證明被告有罪，檢察官本來就負有證明各項構成要件之責任，商業判斷法則之效果即在提高舉證程度或舉證責任之轉換，那麼在刑事訴訟來看應不生影響。但現實上之刑事訴訟過程，檢察官之舉證責任並非完全無法調整，在許多情形下刑事訴訟的舉證亦會有所變化，如常見的幽靈抗辯出現時，是否仍須檢察官去加以推翻此幽靈抗辯之真偽來使有罪心證達到毫無合理懷疑之確信的地步？又現實中之刑事訴訟舉證程度，似乎也未必須達 100% 之程度始能認定有罪，如在常見的竊盜罪中，證明被告有罪的證據可能也許只有贓物及指紋等，似

實體法上之規則，前者指在訴訟程序上推定具有善意與適當注意，後者指公司董事在授權範圍內，以善意與適當之注意而為的行為，即便造成公司損害或損失，亦無庸承擔法律上責任。然我國程序法推定免責，應以法律明文規定者為限，但並無此推定免責之規定，又公司法上之董事係適用民法委任關係為規範，且受人處理委託事件具有過失或逾越權限，委任人依委任關係得請求賠償，而公司法無具體排除此項規定適用之明文，是不能採用上開法則，認本件有該法則適用，而使被告等人即可推定為善意，且對公司經營已有適當注意，仍應按原告之舉證情形分別審酌之。...

⁵ 有關我國實務就運用商業判斷法院之統計，可參考黎秋玫，商業判斷法則之研究，交通大學管理學院碩士論文，2009 年 6 月，頁 98 以下。

⁶ 參考廖大穎、林志潔，「商業判斷原則」與董事刑事責任之阻卻-台北地院 96 年度重訴字第 115 號刑事判決；蔡昌憲、溫祖德，論商業判斷法則於背信罪之適用妥當性-評高雄高分院 96 年度金上重訴字第 1 號判決，均收錄於商業判斷原則與業經營責任，2011 年 12 月。

乎也未必能完全證明被告之不法所有意圖，也無被告竊盜物品的直接證據（如證人目睹或監視錄影等），但法院仍能作出有罪之判決，故所謂毫無合理懷疑之確信，應非指 100%之心證程度，而應係 80-90%，只要未有「合理之懷疑」，即足認定被告之犯行，至於「非合理之懷疑」自仍不影響之⁷。

此外，美國法上的商業判斷法則之效果為舉證責任之調整，是否在我國引進時也係一樣之運作方式，亦為問題之一。所以直接認定商業判斷法則對於刑事訴訟完全無其作用，似過於果斷，且現實上，我國判決中出現「商業判斷法則」關鍵字者，反係以刑事訴訟居多，即在刑事程序中討論商業判斷法則之案例，遠多於民事程序⁸，由此更顯示了商業判斷法則對於刑事訴訟是有其影響力存在的。本文在此即欲討論商業判斷法則對於經濟犯罪之影響，而常見之經濟犯罪態樣，即為我國證券交易法中之「非常規交易罪」及「特殊背信侵占罪⁹」。引入商業判斷法則之概念，對於此兩罪之適用會有何等衝突，是否有所扞格。如非常規交易罪之構成要件係以交易不符常規為前提，引入商業判斷法則之概念後，就被告董事之嫌疑交易行為，是否會因尊重董事之專業判斷而不易該當為「非常規交易」，即屬可疑；又如背信罪當中，其構成要件須被告客觀上「違背任務」，主觀上有「不法意圖」，若引入商業判斷法則之概念，是否因推定董事為善意並為公司最大利益而作決定，故無法成立背信罪。關於此等種種問題，即為本文欲討論之重心。再者，本文題目之所以稱「商業判斷法則於經濟犯罪之『作用』」，而不以「適用」稱之，係因所謂適用係針對適用法律規定之情形，商業判斷法則於我國法之地位如何，尚有未明，故難直接稱之為「適用」，且本文所著重者，係將商業判斷法則之概念運用於經濟犯罪者，而非完全套用美國法之商業判斷法則於經濟犯罪中，故以「作用」稱之，合先敘明。

⁷ 故亦有學者稱所謂的「毫無合理懷疑之確信」並非指 100%之程度，而係約 70-89%之程度。見吳巡龍，刑事舉證與幽靈抗辯，月旦法學雜誌第 133 期，2006 年 6 月，頁 38。

⁸ 李立普，商業判斷原則與董事刑事責任的免除，發表於「商業判斷原則與董事會運作」研討會，2010 年，頁 19-20。

⁹ 即證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款及第 3 款之罪。



第二節、研究範圍及研究方法

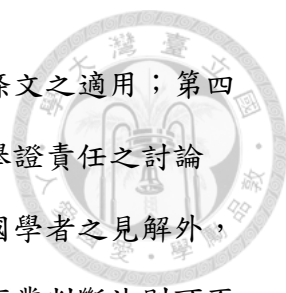
有關本文之用語，在此先加以說明，「the business judgment rule」本文翻作「商業判斷法則」、「fiduciary duty」翻作「受託義務」、「duty of care」翻作「注意義務」、「duty of loyalty」翻作「忠實義務」、「duty of good faith」翻作「善意義務」，但在引用判決、條文或相關文獻時，仍遵照原文之用語，否則本文即以上開翻譯統一稱之。

在研究範圍上，本文主要著重的是商業判斷法則於刑事判決之影響，與向來對商業判斷法則適用於民事責任之情形有所不同，但為求了解商業判斷法則之內容，除介紹美國法所起源之商業判斷法則外，對於比較法制上，如德、日、英、澳有關商業判斷法則之發展亦一併加以介紹，透過比較法的觀察，藉以深入了解商業判斷法則之內涵。又本文討論商業判斷法則於經濟犯罪之適用，並非針對於所有之刑法條文，事實上，刑事犯罪會與商業判斷法則發生牽扯時，多為經濟犯罪之情況，故本文主要著重於證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款及第 3 款之兩種犯罪，就此兩種犯罪構成要件亦於本文中加以分析。

研究方法上，本文著重的是我國實務判決的運作狀況，透過對商業判斷法則及經濟犯罪構成要件之介紹，最後與我國實務判決交叉比對，藉以分析我國刑事實務對於商業判斷法則之運用是否正確，應如何調整等等，並試圖提出結論及建議。

第三節、研究架構

第一章為序論，介紹研究之目的與動機、研究之範圍與方法以及研究之架構；第二章首先介紹美國法上之商業判斷法則之內容及其發展，其中包含了比較法制上有關商業判斷法則之發展，且公司負責人受託義務之內涵，對於商業判斷法則之理解亦相當重要，在此亦一併介紹；第三章再接著介紹我國經濟犯罪之內容及防制作為，以及證券交易法之非常規交易罪及特殊背信侵占罪之規範內容，透過




對上開條文的釐清，才可辨明商業判斷法則應如何套用在此等條文之適用；第四章部分為本文之重點，除介紹美國法上及我國法有關刑事訴訟舉證責任之討論外，再來即為商業判斷法則是否適用於刑事程序之討論，除我國學者之見解外，就日本法上之情形，亦一併介紹。而美國法部分，雖未直接就商業判斷法則可否適用於刑事程序有所討論，但因為商業判斷法則在民事程序中產生之舉證障礙，美國法另發展出「誠實服務詐欺」之刑事犯罪。「誠實服務詐欺」與商業判斷法則牽扯涉深，就其發展亦值一併介紹，再來即為我國實務刑事判決運用商業判斷法則之情形，並挑選幾則判決加以介紹及分析說明，藉此輔助了解商業判斷法則對於經濟犯罪之重要性及影響何在。最後在第五章提出結論及建議。

第二章 商業判斷法則介紹

第一節、商業判斷法則概說

商業判斷法則（Business Judgment rule）係源自於美國法上實務之發展，其大概的內容係為，法院在認定公司董監事或經理人之責任時，不可從事後論之，意即不可因公司有虧損即認為其經營階層有所疏失，而係原則推定，在符合一定要件下，公司董監事或經理人所為之經營判斷，均係為公司著想之商業上考量，合乎忠實義務之要求，須由對造即原告來證明公司董監事或經理人之疏失為何。此原則係源自美國法，從公司董監事或經理人之受託義務（fiduciary duty）衍生而來，透過商業判斷法則，使公司董事得以勇於認事，而無庸擔心因公司事後之虧損而須負擔過重之責任。商業判斷法則之用意，主要仍在於鼓勵董事積極、進取、創新，不畏風險努力為公司創造更大之利益，不會因為可能遭致事後的求償而畏手畏腳。且商業上決定，並非法院之專業，商場上的種種反應，並無法均能在充分資訊下作成，若任由法院從事後介入審查，不免有事後諸葛之嫌。故基於以上種



種考量，美國法於實務運作上日漸發展出商業判斷法則之概念，若欲對董事以訴訟請求「民事賠償」時，如果董事們之決斷係在符合商業判斷之前提下所作成，原則上即推定董事們係無須負賠償責任，換言之，透過商業判斷法則之運作，會讓訴請董事賠償之門檻加高，作為保護董事作成商業決定之依靠。


如果我們說為了尊重商業交易之專業，給予董事們得以自由發揮的空間，不冒然地以司法介入，那麼為何在其它一樣具有專業界限之處，我們卻不停地將司法的手伸入。如同近來對於醫療糾紛之案件，醫療行為之採取，對於法院而言，應該也是一個專業的範圍，而且過度的司法介入，確實也有可能引起防衛性醫療的採取¹⁰，若醫生在處理病患時不再以治癒病患或拯救性命為優先考量，而係如何之醫療行為得以免除未來的訴訟之苦，如此一來亦非病患福音。但我們並未看見「醫療判斷法則」的出現，讓醫生們有一道免於訴訟的保護牆，讓醫生之專業運作有其自主空間；相反地，近年來在台灣常見的，反倒是醫生不斷地因醫療過失而負起損害賠償之案件。同樣面對專業的議題（醫療行為與商業經營），為何卻有不同的處遇，是兩者的專業不同，又或者商業之判斷有更值得不同思考之處，有學者認為或許是「市場機制」之原因造成此種區別¹¹，然而，此部分並非本文所欲處理之重點，雖然商業判斷法則是否得以套用至我國民事實務尚待釐清，但本文著重的是如何將在美國法上已發展良久之商業判斷法則思維援引至我國刑事實務領域，故就何以在醫療案件未能出現類似商業判斷法則之發展，本文可能尚難深究。

第二節、商業判斷法則之源由及立論基礎

美國法上有關商業判斷法則之源起，可追溯自 1829 年，路易斯安那州法院在 *Percy v. Millaudon* 此案中之判決見解，其提到「當前的困難在於，董事採取一項錯

¹⁰ 陳聰富，消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析，「侵權歸責原則與損害賠償」，2004 年 9 月初版，頁 246-248。

¹¹ 此部分之論述可見本章第二節第二項。



誤策略導致公司受損，若此項錯誤係謹慎之人可能觸犯者，不應令董事負責。相對的理論認為擁有、要求就無法避免錯誤之董事應具完全之智慧，將沒有任何人願意在如此嚴苛之條件下對他人提供服務，因此，責任之基準應不在確認有無智慧，而是有無具備普通知識與通常注意之人不可能有之錯誤。¹²」復於 1850 年時，羅德島法院在 *Hodges v. New England Screw Co.* 一案中亦表示：「如果董事可能犯下錯誤，惟其已盡適當之注意，且其係以善意誠信為之，目的是為了公司之利益，董事即不應負責。」、「本院認定董事會基於誠信、盡合理注意與勤勉執行職務，仍難免犯錯，無論在法律上或事實上，皆不應為這樣的錯誤結果負責。¹³」

上開實務見解以不同文字闡述著同樣的概念，雖未明文提出「Business Judgment Rules」之字眼，但已約略可瞥見其精神。事實上商業判斷法則之發展時期，正好是美國經濟、社會大肆發展之時期，當時美國處於自由資本主義底下，思想上倡導個人主義，主張人性解放和個人價值實現，經濟上實行自由主義和不干涉主義，奉行管得最少的政府便是最好的政府，在此種社會氛圍中，法院從保護個人創意、企業冒險心理等面向，儘量減低公司經營者責任¹⁴。


第一項、公司負責人受託義務與商業判斷法則

英美法上之公司負責人對於公司負有所謂「受託義務」(fiduciary duty)，亦與商業判斷法則之發展有重要之關連。Fiduciary 一詞乃源於信託關係中受託人與委

¹² *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n.s.) 68, 1829 La. 原文為：the occurrence of difficulties...which offer only a choice of measures, the adoption of a course from which loss ensues cannot make the agent responsible, if the error was one into which a prudent man might have fallen. The contrary doctrine seems to us, to suppose the possession, and require the exercises, of perfect wisdom in fallible beings. No man would undertake to render a service to another on such severe conditions.... The test of responsibility therefore should be, not the certainty of wisdom in others, but the possession of ordinary knowledge; and by shewing that the error of the agent is of so gross a kind, that a man of common sense, and ordinary attention, would not have fallen into it. 中文翻譯參考，陳錦隆，美國法上「商業判斷原則」之概說，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011 年 12 月，頁 29。

¹³ *Hodges v. New England Screw Co.*, 1 R.I. 312(1850) and 3 R.I. 9 (1853)，原文為：We think aboard of Directors acting in good faith and with reasonable care and diligence, who nevertheless fall into a mistake, either as to law or fact, are not liable for the consequences of such mistake. 中文翻譯參考，陳錦隆，美國法上「商業判斷原則」之概說，商業判斷原則與企業經營責任，2011 年 12 月，頁 29-30。

¹⁴ 李維心，從實務觀點談商業判斷法則之引進，中原財經法學，2008 年 6 月，頁 6。




託人之間所在之信賴關係，英美法則將之引用至公司負責人與公司關係上，英美法上之受託義務可再區分為注意義務（duty of care）及忠實義務（duty of loyalty）¹⁵。簡單地說，注意義務係指公司負責人在為公司作出決策時，應符合一定注意程度之要求；而忠實義務，則是指公司負責人之決策應避免與公司間利益衝突之情形。而論者以為，我國法上之公司負責人亦應同負此等義務，且於公司法第 23 條修正後，更正式地將公司負責人之「忠實義務」引進，該條立法理由即提及：「為明確規定公司負責人對於公司應踐行之忠實義務及注意義務，並對公司負責人違反致公司受有損害，應負損害賠償責任，爰增訂第一項。」顯見我國公司法第 23 條之規定顯有引進美國法上「忠實義務」之想法。又我國公司法第 23 條第 1 項規定：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。」依實務見解之解讀¹⁶，所謂「忠實執行業務」，係指公司負責人於執行公司業務時，應謀求公司之利益，不得犧牲公司之利益，而圖謀個人或第三人之利益；至「善良管理人之注意義務」係指公司負責人進行公司業務時，應盡社會一般誠實、勤勉而有相當經驗之人所應具備之注意義務，甚有認為公司負責人尚應達一般同職位之人，處在相似情況下亦會具備之注意義務。

為何要求公司負責人對於公司須負此等義務，其實可從公司設立之模式討論起。現今商業模式之核心法則，即為「資產分割」（Assets Partitioning），所謂資產分割，係指市場上交易之主體，為達成經濟上特定目的，而在法律認可之前提下，將其特定資產劃分出來，而使得該特定資產之權利義務關係與該主體本身之權利義務關係分離¹⁷。亦即將個人資產獨立出來，另成立一獨立法人格，將彼此之權利義務加以劃分，由此法人格來擁有資產，並進一步運用其人格為法律行為。對於提供出資之股東而言，可享有風險分散之益處，即便公司未來營運受有虧損而負

¹⁵ 王文宇，公司法論，2006 年 8 月，三版，頁 117。

¹⁶ 法務部 2005 年法律字第 0940046500 號函。

¹⁷ 參考王文宇，見註 15，頁 7。



有債務，亦不要求出資之股東負無限之責任，股東個人之資產即不受牽連¹⁸。於是乎，為求效益之極大化，由眾多股東集資成立公司之情形，即越來越興盛，當具有獨立人格的公司擁有來自四面八方的股東所投資的資產時，即會出現一個問題--「由誰來管理此公司」？雖說公司具有獨立人格，但現實上公司仍無法自己坐在桌上談契約，法律行為的作成仍須透過代表人為之。所以代表人的存在即是重點，而在資產分割的誘因下，即得以吸收投資人之加入。如股份有限公司即為典型之資合性公司，其形成原因即在於資金之聚集，而非重於股東個人之條件。且由於股份有限公司之股東人數眾多，分散各地，再加上多數股東均係以投資獲益之目的而並無意願參與公司之經營，故有關公司業務之執行則多委由專業人士來加以經營，此即所謂「企業所有與企業經營分離原則」。意即股東係作為公司之所有人，由其擁有公司之股份，享有對公司之股東權益，而公司之運作經營及業務職權，則另交由專業之董事經營。是以，即相當於將公司之發展託付予董事，而董事既然受託於股東，自應負有一定受託之義務，令董事之所作所為確實符合股東們託付之期待，以免生所託非人之遺憾，故因而日漸衍生出「受託義務」之概念。

而受託義務之內涵，除前述之「注意義務」及「忠實義務」之區分外，其實是否含括其它義務內涵，在美國法上亦曾有爭議。受託義務在美國法上之發展，以德拉瓦州學說與實務為例，認為受託義務僅包括注意義務及忠實義務，但在2006年的迪士尼案¹⁹後，提出「善意義務」亦為受託義務獨立內涵之一，但仍有不少反對之聲音，因此以下將就注意義務、忠實義務及善意義務三者分別介紹。

第一款、注意義務

注意義務係指董事在作成決定之前，必須了解、考慮所有可合理取得之重要資訊，並依所得資訊作成決定，重點放在董事決策之過程而非最後決策之結果，而董事有無違反注意義務，必須考量在相同情況下，一位與該董事相同功能之人，

¹⁸ 當然此處之公司不含無限公司之情形。

¹⁹ See IN RE WALT DISNEY CO. DERIVATIVE LITIGATION 906 A.2d 27 (Del. 2006)

基於可被合理期待之一般知識與經驗，所能認知及所應採取之行動，判斷該名董事是否已盡其注意義務，美國實務認定違反注意義務之標準，僅要求未達重大過失（gross negligence）²⁰，德拉瓦州法院判決所提及董事注意義務內涵可包括：

一、監督義務（duty of monitor）

董事對於公司之經營必須常保「資訊充足」之義務，法律雖未要求董事必須介入公司日常營業，但要求董事對於公司業務為「通常監督」(general monitoring)，故董事經由參與董事會議以瞭解公司之業務，應屬必要，若長期未出席董事會，並因而未發現違反行為，導致公司受有損害，則此時董事之行為應認違反注意義務²¹。

同時，在 1996 年 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*²² 案後，德拉瓦州法院改採所謂「紅旗測試（Red Flag test）」，認為建立公司有效的內部監控制度，係董事注意義務之要求，若公司因員工的違法行為而受到行政機關之裁罰，或因此對第三人負損害賠償責任者，於股東提起訴訟要求董事賠償公司所受損害時，董事必須舉證證明公司已設置一有效之內部監控系統，若董事未能證明該系統存在，或該系統係一假象者，則董事之注意義務即有所違反，而應對公司之損害負賠償責任²³。

二、質詢調查之義務（duty to make inquiry）

與上述監督義務相較，質詢調查義務僅在公司運作有特殊狀況時，董事始具有此種義務，亦即若公司係在正常狀況下運作，則通常之注意即為已足，但若董事已知悉或經由通常注意即可知悉，公司有某些可疑之狀況存在時，則董事必須提高注意並為合理之調查，而不再僅為單純資訊接受者之角色，而必須適當地對

²⁰ 陳柏文，公司負責人忠實義務與司法審查標準之建構—從商業判斷法則出發，台大法律碩士論文，2012 年 8 月，頁 28。

²¹ 林國彬，董事忠誠義務與司法審查標準之研究—以美國德拉瓦州公司法為主要範圍，政大法學評論第 100 期，2007 年，頁 148。

²² See *In re CAREMARK INTERNATIONAL INC. DERIVATIVE LITIGATION*. 698 A.2d 959 (Del.Ch.1996)

²³ 參考林國彬，見前揭註 21，頁 151。

經理人或專家提出問題，以瞭解其所接受之資訊是否正確或可靠，董事若未盡到合理限度內所必須之調查，則違反董事所應負之注意義務²⁴。

三、在資訊充足下作成決定之義務 (duty to make informed business judgment)

此項義務乃係要求董事在作成任何決定前，應先蒐集必要之重要資訊，或聽取公司經理人或外部專家顧問之專業意見，於提出相關詢問瞭解後，並基於其取得之資訊而作成決定，始符合資訊充足注意義務之要求，若董事在資訊不足之情況下而仍作成決定，則違背其所應負注意義務²⁵。

第二款、忠實義務

忠實義務乃為避免董事與公司兩者間利益衝突之情況，在面對利益衝突時，忠實義務要求董事必須為公司最佳利益作出決定，不得圖謀自己或第三人之利益，亦即執行公司業務時，應作公正且誠實之判斷，以防止董事追求公司外之利益，否則在代理成本之假設下，董事可能將其個人利益置於公司及股東利益之上，因而使公司及股東受到損害²⁶，在美國法實務上，發展出以下違反忠實義務之類型：

一、自己交易 (self-dealing)

在自己交易中，最典型違反之型態即交易一方為公司，而另一方為公司之董事或與董事有緊密結合關係之人，例如董事將其所有之房屋出賣予公司，或是當公司出賣土地時，董事自己成為買賣契約之相對人，透過此種交易方式，董事將可能透過交易獲取利益（如高價賣出自己所有之土地，或低價買入公司所有之土地），除此之外，實務上亦常出現，有共通董事之兩家公司間之交易行為，即表面上交易雙方雖為兩個不同法人格的公司，但董事兼任雙方公司之董事，積極介入交易過程，且對其中一方有所偏好，此時該公司僅係作為董事控制之交易工具，

²⁴ 參考林國彬，見前揭註 21，頁 153。

²⁵ 參考林國彬，見前揭註 21，頁 156。

²⁶ 參考劉連煜，現代公司法，初版，2006 年 8 月，頁 81。

而可能損害其中一方公司之利益²⁷。

二、利用屬於公司之資產、資訊、商業機會 (taking business opportunity)

董事不得利用基於職位所得知，本應屬於公司之「商業機會」，而為自己牟利，至於是否屬於公司「商業機會」，美國法院實務上有不同標準，包括利益或期待 (interest or expectancy)、營業範圍 (line of business)、公平性測試 (fairness) 等判斷標準，在德拉瓦州 *Gruth v. Loft, Inc.*²⁸ 判決中，最高法院採取營業範圍之審查標準，法院認為若此商業機會是公司財務上所能負擔的，且該機會本質上涉及公司一般業務範圍，公司對此商業機會有興趣或合理期待，則法律上不允許董事利用此商業機會，否則董事將與公司間產生利益衝突。

因此若公司對該商業機會之內容已具有基本知識、實際經驗及實施之能力，且公司財產上有能力者，則該機會即可認為屬於公司商業機會，若該商業機會確實屬於公司所有，即使原告未能證明公司是否因此喪失此商業機會而受有任何損害，董事仍可因違反忠實義務，而負有將自此商業機會所取得財產利益返還予公司之義務。但若該商業機會係因個人之身分 (individual capacity)，而非基於其身為董事之身分 (official capacity)，且該商業機會對公司並非關鍵 (essential) 要素，公司對此亦無興趣或合理期待時，則董事可自行利用商業機會而無違反義務。因此董事有可能以公司因財務上之困難為由，未經公司允許即利用公司機會，而可不被追究，蓋不得利用公司機會目的是為了防止董事不當利己，是否有放寬董事之抗辯事由，端視放寬之結果有無可能侵蝕此原則，若有可能即以不放寬為妥²⁹。

三、與公司從事競爭 (competition)

董事因經營公司之業務，而有知悉公司內部未公開資訊或營業秘密，若董事利用該資訊，而自行經營或為他人經營與公司具有競爭性質之業務，並因此為自己或他人獲取財務上之利益，將使董事陷入利益衝突之情況，對於公司而言亦顯

²⁷ 參考陳柏文，見前揭註 20，頁 30。

²⁸ See *Guth v. Loft, Inc.*, 5A.2d 503(Del. 1939)

²⁹ 參考曾宛如，董事忠實義務之內涵及適用疑義—評析新修正公司法第二十三條第一項，台灣本土法學雜誌，第 38 期，2002 年 9 月，頁 54。

不公平，故董事不可與公司從事競業行為³⁰。



第三款、善意義務

善意義務是否為受託義務的獨立類型，在美國德拉瓦州實務以及學界間均存有爭論，有判決認為善意義務僅為忠實義務下的內涵³¹，但亦有認為善意義務與忠實義務在德拉瓦州公司§102(b)(7)增訂後，兩者間已經成為不同的概念，善意義務具有獨立的意義，德拉瓦州最高法院 1993 年 *Cede & Co. v. Technicolor* 判決中，首度主張將受託義務內涵皆為三類 (triad) 之看法——即注意義務、忠實義務、善意義務，然卻未就善意義務內涵加以界定，導致此爭論仍繼續持續，衡平法院與最高法院因此面臨如何確定善意義務在忠實義務中地位的難題。在 2006 年 *In re the Walt Disney Company Derivative Litigation*³² (下稱迪士尼案) 後，德拉瓦州最高法院確認了就善意義務界定了違反之行為類型，但在之後 *Stone v. Ritter* 案³³ 中，也強調善意義務仍是忠實義務的一環，換言之，依據目前德拉瓦州最高法院之看法，仍係採二分法之見解，即受託義務有注意義務與忠實義務兩大類型，而忠實義務除傳統所了解的利益衝突外，也包含了有違善意之作為³⁴。

一、迪士尼案³⁵

本案原告股東主張被告 (即迪士尼公司董事) 就聘任 Ovitz 出任該公司總經理，包括與 Ovitz 訂定五年聘任合約一事有惡意或重大過失，導致 Ovitz 在短短十四個月後，因去職而得向公司領取高達 1 億 3000 萬全元之離職金。法院嚴守商業判斷法則，表示被告得合理信賴專業經理人與委員會意見，就聘任案毋庸負責，

³⁰ 參考林國彬，見前揭註 21，頁 181。

³¹ See *Guttman v. Huang*, 823 A.2d 492, 506 n.34(Del.Ch. 2003). Vice Chancellor Strine 在判決中闡明，善意義務為行使忠實義務所必需之要素，故善意義務僅為忠實義務之下位概念。

³² See *IN RE WALT DISNEY CO. DERIVATIVE LITIGATION* 906 A.2d 27 (Del. 2006)

³³ See *Stone ex rel. AmSouth Bancorp. v Ritter*, 911 A.2d 362, 366-367 [Del 2006]

³⁴ 參考邵慶平，商業判斷原則的角色與適用——聯電案的延伸思考，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011 年 12 月，頁 279。

³⁵ 關於該案之詳細中文介紹，請參考 林建良、李韋誠、黃郁嵐、劉怡婷、劉懿德，米老鼠的陰影——由迪士尼案看董事之注意義務，月旦民商法雜誌第 19 期，2008 年 4 月。

且 Ovitz 已表示無提前解任之保障即不願應聘，而 Ovitz 在當時亦被市場認係接掌迪士尼的理想人選，這從宣布該聘任案，迪士尼股價隨即上漲 4.4% 可知。法院同時指出根據德拉瓦州法律，公司得以章程免除董事違反注意義務所產生之責任，但若董事行為非屬善意則不在免除之列。而且，董事基於非出於善意之行為所負擔之費用或債務亦不得向公司請求返還或補償。因此，單純的重大過失並不足以構成缺乏善意，必須是有意的廢弛職務，或有意識的全然不顧及本身責任始足當之³⁶。

為使惡意行為之內容更明確化，最高法院在本判決中舉出三類可能該當「惡意」之行為：**主觀惡意、單純重大過失、故意怠忽責任**，其中第二種類型即單純重大過失，本質上屬注意義務之欠缺，涉及德拉瓦州公司法於重大過失而無惡意之情形下，董事免責條款與補償規定適用之法律問題，應排除於惡意行為之外，因此，至少在判決中，可列舉出主觀惡意行為及故意怠忽責任行為，兩者構成違反善意義務之惡意行為³⁷。

二、*Stone v. Ritter* 案³⁸

本案涉及銀行被詐騙集團利用擔任受託人，以及違反聯邦反洗錢法等情事。原告股東主張被告（即銀行董事）疏於監控，致銀行因違法使政府課以高額罰款。該案原告雖敗訴，法院首次明白將善意與忠實義務連結。**表示倘董事會持續、慣性疏於監控，即非屬善意**，因此，董事就無從自商業判斷法則獲得庇護。法院更進一步主張，若董事會根本未建立內控機制，或雖有此機制，但就該機制是否有效運作完全漠視，從而對營業風險或相關問題一無所悉即屬有意廢弛職務，這就構成違反忠實義務，也推翻了董事善意執行職務的推定。本案的重大意義在界定廢弛職務即屬非善意，又等同違反忠實義務。**這提供近年美國學者倡導在公司承**

³⁶ 參考方嘉麟，論經營判斷法則於我國法下適用之可能——以明基併購西門子手機部門一案為例，政大法學評論第 128 期，2012 年 8 月，頁 290。

³⁷ 參考吳曉青，公司負責人忠實義務之研究——以善意義務為中心，台大法研碩士論文，2008 年 6 月，頁 53。

³⁸ 本案之中文介紹可參考 美國公司法-德拉瓦州公司法經典案例選輯，蘭迪·霍蘭大法官(Justice Randy J.Holland)著，陳春山主持翻譯，2011 年 10 月，頁 107-111。



擔的風險過於巨大而管理者全無風險意識時，即不應適用商業判斷法則理論基礎，蓋此時管理者既非善意又不忠實³⁹。

三、後續產生之效應⁴⁰

在 stone 案後，善意義務之爭論看似已落幕，但在美國學界與實務界又起了另一陣波瀾，美國學者 Stephen Bainbridge 認為，最高法院在提升善意義務至第三種受託義務內涵的爭論中，作出了妥協。最高法院在判決中，闡明善意義務為忠實義務之附屬要素，卻未提到善意義務為注意義務之附屬要素，然而，最高法院所引用的 Caremark 案⁴¹，原先本是針對董事監督責任—注意義務要求之標準，但到了 Stone 案，最高法院卻重新闡述 Caremark 案，將董事監督責任轉移到忠實義務的內涵。事實上，學者 Stephen Bainbridge 認為，在董事監督的案件中，僅僅論及忠實義務而未論述注意義務，可能導致後續法院判決的分歧⁴²。

除此之外，Stone 案對於 Caremark 案的重新闡述，也可能進一步使董事負擔更重的監督責任，Stone 案對於忠實義務的效應，可能如同 Van Gorkom 案對注意義務之解釋，提供更明確的標準，使忠實義務輪廓更加清晰⁴³。但在損害賠償計算方面卻遭遇難題，傳統上當董事違反忠實義務時，須將其因此獲得的利益返還予公司，若照 Stone 案之解釋，董事未盡到監督義務因而違反忠實義務時，亦須將所得之利益返還予公司，但此時董事並未因此獲得任何利益，因此學者認為原告股東必須證明因董事未盡督義務而導致公司受到損害，方能請求董事負擔責任⁴⁴。德拉瓦州法院現行實務上，當原告股東主張被告董事因未盡到意義務而違反忠實義務時，必須證明三項要素：(1)基於惡意而行動；(2)因果關係；(3)對股東或公司造

³⁹ 參考方嘉麟，見前揭註 36，頁 290-291。

⁴⁰ 參考陳柏文，見前揭註 20，頁 35-37。

⁴¹ 可見前開就注意義務之討論。

⁴² See Stephen M. Bainbridge & Star Lopez & Benjamin Oklan, The Convergence of Good Faith and Oversight, 55 UCLA. L. REV. 559,595-97(2008).

⁴³ See Andrew D. Appleby & Matthew D. Montaigne, Three's Company: Stone v. Ritter and the Improper Characterization of Good Faith in the Fiduciary Duty "Triad", ARKANSAS Law REV. Vol.62, 457 (2009).

⁴⁴ See id. At 459

成實際損害，董事始須負擔損害賠償責任，然而這種證明損害賠償方式是非常困難的，縱使原告股東能證明董事違反忠實義務，但股東往往無法證明損害而敗訴⁴⁵。

德拉瓦州最高法院試圖藉著 Stone 判決，協調最高法院與衡平法院歷年來對於善意義務之不同見解，主張善意義務並非屬獨立受託義務類型，違反善意義務並不直接導致責任發生，然之後最高法院見解也受到學界與實務界的反彈，不論如何，在迪士尼案與 Stone 案後，我們可以得知，善意義務在受託義務內涵的重要性已受到肯定，但對於善意義務的定位、內涵與責任標準仍不夠明確，有待日後學界與實務進一步發展⁴⁶。

第二項、商業判斷法則之立論基礎

何以在訴追董事之責任時，英美法之法院實務會衍生出商業判斷法則之理論，其主要之立論基礎為何？簡單地說，為何對於董事責任之追究，須作出不同之考量，學者提出之理由主要為：1、人類並非全能無知，均有犯錯之可能。2、鼓勵董事勇於承擔風險。3、法院並非妥適的商業判斷決定者。4、避免股東藉由興訴而實質上轉移經營決策之權力。5、董事本即由股東選任，應受有一定之尊重⁴⁷。就以上五點論據，其實總括來看，就是司法對於董事會經營運作上之尊重，亦有學者認為，商業判斷法則之核心特徵即為司法節制主義（Judicial Abstention Doctrine），亦即法院承認商業界有一塊司法不介入之自治領域⁴⁸，所以商業判斷法則即表示對於商業活動給予司法上之尊重，但是否學說對於商業判斷法則均是一律展開雙臂歡迎而不加遲疑，其實尚未定論，正如前所述，商業判斷法則在美國法上援用於民事訴訟中，能否完全引入我國，其實學說上尚有紛爭，故亦有學者

⁴⁵ See id. At 461

⁴⁶ 參考陳柏文，見前揭註 20，頁 37。

⁴⁷ 參考陳錦隆，美國法上「商業判斷原則」之概說，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011年 12 月，頁 31-34。

⁴⁸ 參考蔡昌憲、溫祖德，見前揭註 6，頁 324。



提出了若干商業判斷法則適用於我國實務之疑慮⁴⁹：

一、 商業判斷法則所定商業決定範圍並不明確。

依上述商業判斷法則之要件，欲適用商業判斷法則之前提即為董事之行為係以一項商業性決定（a business decision）為要件，如非商業決定，自無此法則之適用。而商業之範圍何指？美國法上之案件多涉及「風險性」及「經濟性」決定，但似乎仍未有明確範圍。如公司法第 185 條規定，公司締結、變更或終止關於出租公司全部營業、委託經營、與他人共同經營、讓與全部或主要部分之營業或財產、受讓他人全部營業或財產對公司營運有重大影響；或公司第 316 條公司合併、解散此等經營行為，係採股東會特別決議通過，有學者稱此類權限為董事會與股東會共享之權利（shared responsibility）⁵⁰，而此類經營事項，未經股東會決議，不生效力，無法委由董事全權決斷，既然已有股東會介入決定，董事之責任自應減輕，須否再適用商業判斷法則即生疑義。

二、 商業判斷法則如未引進，法院應否職權適用。


商業判斷法則之定性如係程序規則，屬訴訟上之舉證責任分配，須由被告抗辯，法院即不職權適用；若為實體法則，即本質上可將董事責任免除，董事縱未引用該法則，法院亦應職權調查，正確適用法律。

三、 認定董事違反公司法所定之注意、忠實義務，是否應與民法所定之注意、忠實義務區分。

我國採取民商合一之立法，然民事法律關係與商事法律關係間實際上卻又存有若干差異。如將董事與公司之關係視為民法上之委任契約，且依民法第 535 條之規定，董事若受有報酬，即為有償關係，其注意標準應採善良管理人之程度，責任較重。然而，在美國法上，美國法院對於董事之注意標準，有採

⁴⁹ 參考李維心，見前揭註 14，頁 180-189。

⁵⁰ 王文字，股東會與董事會共享之權利，收錄於公司與企業法制（二），頁 373，元照出版公司，2007 年。



重大過失，亦有採輕過失之標準，甚至可透過章程免除董事違反注意義務時之責任，且實際上係以重大過失作為標準者居多，此即與依我國民事法律關係之思考有異。蓋商業交易流動性高，變化較大，如我國引入商業判斷法則，對於董事之注意義務標準，亦應重新確立。

四、 公司負責人忠實義務具體內涵待建立。

我國公司法在增訂第 23 條後，正式引入忠實義務之概念，違反忠實義務者可認為董事有違委任契約之要求，構成債務不履行，但違反忠實義務者，可否認定為「有過失」，進而向董事主張侵權行為之請求權基礎？此須先確認忠實義務之具體內容。美國法上忠實義務之具體內涵，係指防止董事與公司間之利益衝突，如董事與公司間之交易問題、禁止掠奪公司交易機會等等。至於我國法上忠實義務之具體內容為何，似仍未有明確之建立。

五、 立法政策對董事之商業行為應否採一致標準。

公司法為營利社團之基本法，即所有營利社團之基本規範，如果將商業判斷法則規定於公司法中，意謂著所有公司均可適用。然而，各公司所營事業有所不同，如金融事業，係以存款戶、股東之信任及本身創造之信用無形資產為基礎，與製造業具有有形資產並不相同，是否均可有商業判斷法則之適用而推定董事行為免責？若不採同一標準，為何有差別之待遇，是否應於法律中明文規定？

六、 商業判斷法則引進應否擴大至董事對於第三者責任。

我國公司法第 23 條第 2 項規定：「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。」此為公司董事對於第三人即公司外部人士之賠償責任規定，而商業判斷法則是否亦可擴及於此？商業判斷法則其中之目的即為避免法律對於商業經營的過分牽制，不讓股東任意興訟而影響了經營與所有分離之份際，換言之，是否商業判斷法則僅存在於董事對於股東責任之緩和？若請求者為公司債權人等第三人



時，此時是否仍應有商業判決則之適用？


以上幾點，均係學者對於商業判斷法則於我國實務運用上所提出之疑問，事實上，我國法並未如美國法對於商業判斷法則已有充分之實務發展，甚或是法典之明文，故在實務運作上必定會面對不少問題，但在我國法引入公司董事之忠實義務之概念後，可否選擇性地不引入商業判斷法則，也是有疑問的。雖然在民事領域是否引入商業判斷法則，在我國實務及學界尚難稱有一致之見解，但本文認為，這並不影響將商業判斷法則之概念導入刑事案件當中之作法。或有謂，若在民事領域既難肯認商業判斷法則之適用，何以在刑事領域得以適用商業判斷法則？然此種邏輯並非絕對正確。首先，本文認為在刑事領域引入商業判斷法則，並非在增生一種新的，類似於阻卻違法、罪責之原理原則，而係將商業判斷法則所發展之概念，作為法庭舉證活動的方向⁵¹，此與在民事領域適用商業判斷法則尚屬有別。再者，在民事責任不援引商業判斷法則，產生的結果應為減輕原告之舉證責任，相形下被告之民事責任較易成立，而在刑事責任部分引入商業判斷法則，可重新宣揚刑法謙抑性及司法節制等想法，會讓刑事責任之成立較不容易，此與向來認為刑事責任相較於民事責任應較難成立之想法不謀而合，故即便在民事責任領域對於引入商業判斷法則或許仍有爭執，但仍應不影響本文在刑事責任部分討論商業判斷法則之引入。

另外對於商業判斷法則最常見的質疑，或許就是為何醫療上之相關糾紛未有類似之原則，蓋醫療亦屬醫師之專業領域，亦非法院均可以事後觀點認定者，且若在司法上太過苛責醫師，亦有認為會引來防衛性醫療措施之採取⁵²，如此一來對於眾多病患亦非屬益事，且在病患緊急之處理過程，亦類似商場上瞬息萬變之場景，並無法在事後悠閒且準備充份地作出決定，但耐人尋味的是，在醫療糾紛的案件中，逐步加重的是醫師之舉證責任⁵³；然而在商業決斷中之舉證責任，卻是反

⁵¹ 詳細之論述可見第四章部分。

⁵² 見前揭註 10。

⁵³ 見前揭註 30，頁 286



其道而行，如此之區別，有學者認為主要是因「市場機制」之差別，在公司之環境中，可透過運作良好的資本市場、人力市場及透過董事薪酬與市場之連結，透過市場運作給予董事壓力，並無必要再透過法律責任之介入來賦予種種壓力⁵⁴。除了市場機制此種可能之原因外，另外須平衡說明的是，以現行刑事訴訟之實務為例，醫療刑事案件之定罪及起訴率均低⁵⁵，某程度來說，此亦為刑事司法對於醫療專業之尊重。上開透過市場機制來處理董事之經營責任應主要在董事單純違反注意義務之情形，從前段對於注意義務與忠實義務之介紹，應可看出兩者之義務內涵在程度上尚有差別，違背忠實義務多半是與利益衝突相涉，屬較為嚴重之義務違反，此時法律責任之介入應即有其必要性，是以，一般即認為，商業判斷法則之推定優惠，係在董事違背注意義務時始有適用，若董事所違背者係屬忠實義務時，此時即無商業判斷法則之推定適用⁵⁶。

第三項、商業判斷法則成文化之嘗試

商業判斷法則在美國法上係源起於實務之發展，其要件、內涵均是透過種種個案之判決內容加以形塑。但除了透過判決文字浮現商業判斷法則之概念外，在美國法上，亦有若干將商業判斷法則嘗試具體成文化之努力，試圖在法條文字或定義解釋中將商業判斷法則之概念表現出來，以下則就幾種曾試圖將商業判斷法則成文化之部分加以介紹：

一、Black's law dictionary

Black's law dictionary 是美國最被廣泛使用的法律字典，在該法律字典中亦介紹了「商業判斷法則」一詞，該字典對商業判斷的解釋是：商業判斷法則是一種推定，在公司董事係在一定之資訊基礎、善意且誠信地為公司最大利益作出無涉

⁵⁴ 參考邵慶平，見前揭註 34，頁 286-287。

⁵⁵ 參考吳俊穎、楊增暉、陳榮基，刑事手段對醫療賠償訴訟之影響：以實證取向觀察與分析，科技法學評論第十卷第一期，2013 年 6 月，頁 201。

⁵⁶ See Lisa L. Casey, Twenty-Eight Words: Enforcing Corporate Fiduciary Duties Through Criminal Prosecution of Honest Services Fraud, p22。

自我利益或自我交易之商業決定時，該法則會免除公司董事或相關職員在公司未能獲益或虧損之交易中免責，如果該交易是在善意、合理注意而且是在董事之職權範圍內所作成時⁵⁷。

在 Black's dictionary 中雖對商業判斷法則作出定義性之解釋，但 Black's dictionary 並非實體法律條文，而僅係法學字典，並無實質之規範意義，但透過 Black's dictionary 的文字，也可以窺見幾個在後續會討論到的商業判斷法則要件。

二、模範商業公司法 (Model Business Corporation Act, MBCA)

「模範商業公司法」設計之目的在於，因應現代公司法所涉各種不同商業與社會利益，提供美國各洲立法機關審酌修正公司法之範本。負責修訂之「公司法委員會」，即曾在 80 年代初期全面翻修模範商業公司法，並就「董事之行為準則」訂立 8.30 條加以明文規定，而商業判斷法則之構成要件與適用情形，則持續由法院發展與演進⁵⁸，事實上，8.30 條並未著力於商業判斷原則之法典化。

在 90 年代末期，公司法委員會在審究董事之行為責任時，認為商業判斷法則已屬一種「廣泛的普通法概念」，故認為無須加以法典化，但卻也同時增設 8.31 條，增列「有關個人責任之主要構成要件」⁵⁹。雖然 8.30 條及 8.31 條均未明文地說明商業判斷法則之內容，但就 8.31 條而言，係描述「責任成立」之情形，即相當於從負面去表述各個商業判斷法則要件（不具商業判斷法則之要件時，即不受推定優惠，董事即可能因而成立責任），且模範商業公司法係作為引導性立法之作用，其參考價值亦甚高。

三、公司治理原則：分析與建議

美國法律學院 (American Law Institute) 所擬定的公司治理原則：分析與建議 (Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations) 中則將商業判斷法則法典化，公司治理原則第 4.01 條(C)款即規定：「基於誠信為經營判斷之

⁵⁷ Bryan A. Garner(Editor in Chief), Black's dictionary 9th edition, p226-227.

⁵⁸ 邱立源，英美法上商業判斷法則適用與供應鏈關係之探討，世新大學法律系碩士論文，2004 年，頁 155。

⁵⁹ 參考陳錦隆，見前揭註 12，頁 67-68。

董事或職員及任期以履行注意義務，如該董事或職員符合下列各款情形(1)對於經營判斷事項不具利害關係;(2)就經營判斷事項之知悉程序為其在當時情形下合理相信為適當者;(3)合理相信其經營判斷為公司最佳利益。」⁶⁰

公司治理原則已明文表明商業判斷法則之內涵，與前開之模範商業公司法有所不同，且上開條文內容係指公司董事在符合各款情形時認為履行其誠信義務等，與一般認為直接推定董事係居於善意之見解不同，但在在接續的 4.01 條(d)中，也強調了原告之舉證責任，嚴格說來係殊途同歸⁶¹。

第三節、比較法上商業判斷法則之發展

第一項、德國法上之商業判斷法則


於德國法中最早出現商業判斷法則應為 1997 年，是時德國聯邦最高法院就已在 *ARAG/Garmenbeck* 案中引用「商業判斷法則」，該判決指出：董事必須具備寬廣之見識以經營公司，但因商業活動瞬息萬變，亦須給予董事自由空間來做出商業決定，法院不應對此商業決定做出干預⁶²。此判決可說是德國法中商業判斷原則之源起，但就細節內容，判決內容並未多作說明。之後在德國股份有限公司法第 93 條第 1 項第 2 句中則明文規定：「當進行企業決策時，董事可合理地認為，其係基於適當資訊為公司利益而為者，則未存有（注意）義務違反的情形。」⁶³此為商

⁶⁰ 公司治理原則：分析與建議(上卷)，樓建波等人譯，法律出版社，頁 160。蘇怡慈，從比較公司治理出發論經營判斷法則在美國、德國及我國之實踐，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011 年 12 月，頁 139。

⁶¹ 參考陳錦隆，見前揭註 47，69-70。

⁶² 參考蘇怡慈，見前揭註 60，頁 142-143。

⁶³ 德國股份有限公司法第 93 條第 1 項之原文如下：§93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder：(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren. Die Pflicht des Satzes 3 gilt nicht gegenüber einer nach § 342b des Handelsgesetzbuchs anerkannten Prüfstelle im Rahmen einer von dieser durchgeführten Prüfung. 中文



業判斷法則於德國法中之明文規定，細究其內容要件為：所作出者為商業決定、董事係基於公司最佳利益、董事係基於充分資訊、善意、非基於私益等要件規定，其實內容與英美法上論及之商業判斷法則內容相仿，但德國法卻有一重要之不同，即為舉證責任之配置。在英美法之商業判斷法則中，原告須負舉證責任，須推翻商業判斷法則所給予公司董事們的推定保護，但在德國法下，則係由被告董事們自己負舉證責任來證明自己並未違反商業判斷法則，若董事不符合上述之要件，則屬違反義務，董事們須自己舉證未違反忠實義務⁶⁴。德國法上有此不同規定，其考量基準在於武器平等原則之思考，其認為，董事對於公司資訊之掌握與一般之股東而言係處於絕對之優勢，且透過此一舉證之倒置來避免讓商業判斷法則成為「董事與經理人之避風港」⁶⁵。將商業判斷法則成文化之原因一般認為有二：一為引進英美法上之公司治理機制，以吸引外資。另一則為德國之股份有限公司法中將少數股東對公司提起訴訟的門檻由持股 10% 降到 1%，100 萬歐元降到 10 萬歐元，為了避免造成濫訴及經營階層為了降低被訴風險，故因而引入商業判斷法則⁶⁶。


討論德國法上之商業判斷法則，經典的案例應為德國法上之 *Mannesmann* 案。此案為德國第一次有股份有限公司的董事會及監事會受到「刑事」訴追，且在 1999 年當時 Mannesmann 遭 Vodafone 併購時，曾經是全世界最大之併購案，金額高達 17 兆 8000 億歐元。其概略之事實為：1999 年 10 月英國媒體報導英國電信公司 Vodafone AirTouch PLC（以下稱 Vodafone）計畫併購 Mannesmann 公司，當時 Vodafone 已持有 Mannesmann 公司約 34% 之股份。此時 Mannesmann 之股價約為 144 歐元。1999 年 11 月，媒體又報導 Vodafone 與另一法國電信公司計畫敵意併購 Mannesmann，1999 年 11 月 14 日，Vodafone 公開表示願意以 43.7 股換一股 Mannesmann，總收購金額約 1000 億歐元，1999 年 11 月 15 日，Mannesmann 公司

翻譯參考：洪秀芬，論德國「商業判斷原則」之法制化，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011 年 12 月，頁 161。

⁶⁴ 參考蘇怡慈，見前揭註 60，頁 145。

⁶⁵ 參考蘇怡慈，見前揭註 60，頁 145。

⁶⁶ 參考蘇怡慈，見前揭註 60，頁 148。



的 CEO Klaus Esser 拒絕此收購。Vodafone 的 CEO Chris Gent 於 1999 年 11 月 16 日再次表示敵意併購的決心，當天 Mannesmann 股價上揚至 209.9 歐元，三天後 Vodafone 更公開向 Mannesmann 股東表示願意以 53.7 股換 Mannesmann 一股，但是 Esser 還是拒絕此一收購提議。

1999 年 11 月 23 日，Chris Gent 已經取得 47.2% 的 Mannesmann 股份，最終取得 49.5% 的股權，且一股 Mannesmann 股份價值 58.96 的 Vodafone 股份，總價值 1780 億歐元。此併購案為 Mannesmann 公司賺進約 500 億歐元。Mannesmann 公司監事會於 2000 年 2 月 4 日同意支付 Esser 及其他董事會成員 2400 萬歐元之紅利，Esser 於 2000 年 7 月 31 日基於個人意願離開 Mannesmann 公司時，又領取了 1500 萬歐元的薪資。在 2000 年 3 月 27 日 Mannesmann 公司監事會又同意支付董事會成員約 3250 萬歐元的「特別薪資」，整個併購案於 2000 年 4 月 17 日正式生效。

杜塞道夫地檢署檢察官以背信罪起訴 Esser 等 6 名被告，具體求刑 2 年以上有期徒刑。檢察官認為如此鉅額的紅利及薪金違反德國股份有限公司法第 87 條⁶⁷，監事會此一發放紅利及薪金的決定浪費了 Mannesmann 股東 5700 萬歐元。杜塞道夫地方法院卻作出無罪判決，理由為 6 名被告並未傷害 Mannesmann 公司的利益，

⁶⁷ 德國公司法第 87 條為有關公司董事薪酬原則之規定，其原文如下：87 Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder：(1) Der Aufsichtsrat hat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds (Gehalt, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen wie zum Beispiel Aktienbezugsrechte und Nebenleistungen jeder Art) dafür zu sorgen, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen. Die Vergütungsstruktur ist bei börsennotierten Gesellschaften auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten. Variable Vergütungsbestandteile sollen daher eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben; für außerordentliche Entwicklungen soll der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit vereinbaren. Satz 1 gilt sinngemäß für Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art. (2) Verschlechtert sich die Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung so, dass die Weitergewährung der Bezüge nach Absatz 1 unbillig für die Gesellschaft wäre, so soll der Aufsichtsrat oder im Falle des § 85 Absatz 3 das Gericht auf Antrag des Aufsichtsrats die Bezüge auf die angemessene Höhe herabsetzen. Ruhegehalt, Hinterbliebenenbezüge und Leistungen verwandter Art können nur in den ersten drei Jahren nach Ausscheiden aus der Gesellschaft nach Satz 1 herabgesetzt werden. Durch eine Herabsetzung wird der Anstellungsvertrag im übrigen nicht berührt. Das Vorstandsmitglied kann jedoch seinen Anstellungsvertrag für den Schluß des nächsten Kalendervierteljahrs mit einer Kündigungsfrist von sechs Wochen kündigen. (3) Wird über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet und kündigt der Insolvenzverwalter den Anstellungsvertrag eines Vorstandsmitglieds, so kann es Ersatz für den Schaden, der ihm durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entsteht, nur für zwei Jahre seit dem Ablauf des Dienstverhältnisses verlangen.

故未違反德國股份有限公司法。法官進一步表示法院的職權在於決定被告的行為是否違反刑法，而非透過判斷道德來衡量企業文化。但二審法院卻有不同看法，最後本案 Esser 等人與檢察官認罪協商後，同意以支付 320 萬歐元和解金⁶⁸。

此一德國刑事案例雖未於判決當中討論商業判斷法則之內涵，但亦有學者以此案與美國之迪士尼案相提並論以作比較⁶⁹，或許是因為此案亦涉及董事之薪酬，所以生此聯想，但可以看出商業判斷法則在此類型的刑事案件中，亦有一定之發揮空間，即有學者認為，Mannesmann 案若套用美國法上 *Lewis v. Hett* 案之標準，此一薪酬決定極有可能構成浪費公資產⁷⁰，而不符合商業判斷法則之要件⁷¹。

第二項、日本法上商業判斷法則之發展

日本對於是否引進商業判斷法則經過不少討論，在平成 5 年（1993 年）修正股東代表訴訟程序後，訴訟費用一律規定為日幣 8,200 日圓，同時完備股東代表訴訟制度，再加上當時日本面臨泡沫經濟的崩潰，各企業陸續發生弊案，因此股東代表訴訟案件增加，使得對董事責任訴追之案例中，激起更多是否應採用商業判斷法則保護董事之討論，也促使更多法院判決的累積，而建構出屬於日本法上之商業判斷法則⁷²。

在日本所謂之商業判斷法則主要作用為判斷董事是否違反善管注意義務之基準，與美國法上之商業判斷法則係作為司法排除董事責任之結果不同。美國法上之商業判斷法則係由判例法下發展出來之法理，因此其內容、效力根據不同之解讀可能會有不同之結果，並無明確之內容，又依據美國法律協會之公司治理原則之規定，其內容及效果多為司法審查範圍之界定。而日本法上之商業判斷法則發展，雖然在法院裁判時已明確使用「經營判斷原則」之用語，但亦未明確指出其

⁶⁸ 參考蘇怡慈，見前揭註 60，頁 145-147。

⁶⁹ 參考蘇怡慈，見前揭註 60，頁 147。

⁷⁰ 此部分可見以下就商業判斷法則消極要件之論述。

⁷¹ 參考蘇怡慈，見前揭註 60，頁 148。

⁷² 參考黃百立，董事濫意義務之研究—以日本董事注意義務為中心，中原大學財經法律學系碩士論文，2007 年 6 月，頁 149。


內容，故其概念仍未清楚。但多數下級審法院之判決中，容許董事之商業判斷於裁量之範圍內，超越有無違反善管注意義務，其前提為有無對商業判斷基礎之事實認識，有不注意之錯誤，同時對商業判斷之內容是否有顯著不合理之情事作為判斷之基礎，而加以認定董事是否有違反善管注意義務，而這樣的見解即被稱作日本法上之商業判斷法則⁷³。

日本版商業判斷原則與法上的意義相結合的話，其結論即著重於日本法院對於經營判斷上的「尊重」，雖然所謂的尊重其論理上亦不明確。而且有少數學者認為日本商業判斷原則亦如同美國實務上是司法審查排除對象之不同意見，但學界普遍認為日本版商業判斷原則為變更過失責任原則，以減輕董事注意義務之見解為有力的說法。參考日本下級審法院之判決，對於所謂經營判斷類型之董事違反善管注意義務時，商業判斷原則不過是單純具體的判斷基準，對於過失或正當事由等所謂規範要件作事實認定時，通過判決判例而形成所謂判斷基準的例子亦不少，因此在日本所謂經營判斷原則之商業判斷原則，被認為不過是判斷董事是否違反善管導義務及其規範要件之判斷基準而已，對於這樣的判斷基準，法院於滿足一定之要件下，採取對於經營者之判斷予以尊重之態度。因此相較於以董事判斷之是非結果作為司法審查排除之對象的美國商業判斷原則，日本版商業判斷原則與之有極大之差異⁷⁴。

日本繼受美國藉由判例所確立之商業判斷原則，並以判決加以規則化，如董事對於資料、資訊之蒐集及作為前提之事實認知至為商業判斷之過程中，並無不注意之情形，則判斷董事有無責任之法院，原則上對其商業判斷之內容不應認定董事應負責任。也就是說法院之判斷主要根據董事之商業判斷是符合：1、合理的資訊。2、商業判斷之內容無顯著不當。3、無利益衝突。而在判決上，董事作為判斷「前提之事實」認識上，須無重要且不注意之錯誤，同時於「意思決定之過

⁷³ 參考黃百立，日本董事注意義務之研究，中原財經法學第 19 期，2007 年 12 月，頁 16-17。

⁷⁴ 參考黃百立，同前註，頁 17、18。



程」中，其內容以作為企業經營者來說無特別不合理、不適切之處，則認為董事之商業判斷並無脫逸其裁量之範圍。而根據案例事實之不同，或有可能要求董事為商業判斷時不得違背法令、章程及股東會決議且不得違背忠實義務，或董事之商業判斷行為之目的須無社會之非難可能性等附加之前提，但主要還是以作為商業判斷之事實認識無不注意之錯誤且於判斷過程與內容無顯著不合理之事由，作為董事是否違反善管注意義務之判斷基準中心要素。而對於作為判斷「前提之事實」認識上有錯誤，與判斷過程或內容有錯誤比較起來，於「判斷之過程或內容」有錯誤時，以特別不合理之情形作為違反善管注意義務之判斷基準，因此如於董事商業判斷之意思決定過程中或內容上，有些許不合理之處，仍不認為其違反董事之善管注意義務。這意味著法院對經營者的商業判斷予以尊重⁷⁵。

但法院也對董事商業判斷的推論過程及其內容，如有明顯不合理之處時，認為應負違反善管注意義務之責任，因此對於董事為商業判斷之推論過程，也就是董事為投資、融資之妥適性與否的判斷過程加以審理，同時董事商業判斷之推論過程與商業判斷之內容極其相近，因此對於做成商業判斷之過程，譬如說是否經過充分的討論或尋求外部專門顧問之意見，還是未經公司內部充分之討論及規劃，即斷即決而做成之商業判斷，可說將商業判斷之過程與內容融合為一作司法判斷。如同美國法上之商業判斷原則對於判斷之過程亦作為通常的司法審查對象一樣，商業判斷之意思決定的過程作為一般司法判斷之基準，而修正日本版商業判斷原則之解釋。在作為商業判斷前提之事實認識上，法院判決多認為須以重要且不注意之錯誤作可歸董事責任之事由，但由於影響商業判斷內容之前提的事實認識，其旨趣及解釋上，本來就不包括不影響商業判斷內容或不會導致董事對於事實認識上之錯誤，且於商業判斷上之旨趣，非所謂重大過失之錯誤的程度等問題，因此現在法院判決上僅單單以「不注意之錯誤」來說明董事違反管注意義務

⁷⁵ 參考黃百立，同前註，頁 19。

之責任認定⁷⁶。

簡單來說，日本法上修正的商業判斷法則，就判斷之「前提事實」與「判斷過程與內容」有不同之審查標準，而與美國法相異者，即除商業判斷的作成過程亦為審查標的外（此部分美國法跟日本法均作為司法審查標的），日本法就經營決定之具體內容亦有審查權限，故對於董事的保護與美國法相較即有落差，日本法上之所以擴大司法審查權限，或許是因為企業型態與社會期待的差異，而有如此之調整⁷⁷，是以，我國法在引入商業判斷法則時，或許亦可就我國之民情差別而作一定之調整。


第三項、英國、澳洲法上商業判斷法則之發展

在英國法下並沒有稱為「商業判斷法則」法律制度的存在，然而商業判斷法則的要素、所應發揮的功能及法律上的效果，卻已經為英國法院在判決中予以認可，為何英國未將「商業判斷法則」予以成文化，學者認為可能基於以下幾種原因：第一，是否遵循注意義務與技能，係以董事個人所具備技能判斷，為一主觀標準，因此公司董事行為準則相對而言較低；第二，英國代表訴訟複雜，且英國律師為股東提起代表訴訟並未有成功報酬（contingency fee），因此降低代表訴訟提起的有效性，減輕董事面臨訴訟之風險；第三，在英國 1985 年公司法（Companies Act）第 310 條，公司可為董事提供責任保險，因此董事個人責任可藉由保險契約分散；第四，英國法院向來對於公司事務採取不介入之態度，不願去審查公司董事基於善意與適當目的下所作成的決定，隱含了美國法下「商業判斷法則」所代表的意義。從以上可得知，英國董事並未有需要「商業判斷法則」保險之迫切性，因此並未將美國「商業判斷法則」予以成文化⁷⁸。

⁷⁶ 參考黃百立，同前註，頁 20。

⁷⁷ 參考陳柏文，見前揭註 20，頁 112。

⁷⁸ See Carlos Andrés Laguado Giraldo & Cámara de Comercio de Bogotá, FACTORS GOVERNING THE APPLICATION OF THE BUSINESS JUDGMENT RULE: AN EMPIRICAL STUDY OF THE US, UK, AUSTRALIA AND THE EU, Universitas. Bogotá (Colombia) N° 111, 133-36, enero-junio de 2006。



澳洲卻是採取與英國截然不同的立法選擇，此乃起因於澳洲公司法在 1980 年代對於注意義務規範的不足，而導致公司治理的失敗，因此在 1990 年代初期，立法者與法院在法律中將董事注意義務予以明確化，並且在 2000 年將商業判斷法則明文化，在澳洲公司法（Corporation Act）第 180 條規定，公司董事或其他經理人若符合以下要件，則所作成的決定可受到商業判斷法則的保護：1、董事必須基於善意與適當目的作成決定；2、董事必須不能有物質上的利益衝突；3、董事必須擁有合理充足的資訊；4、董事必須基於理性，並相信係為公司最大利益作成決定⁷⁹。

從上可知，英國並未有商業判斷法則的法律制度，採取低度規範模式，由法院審查董事決定時，給予適當的尊重；而澳洲則是採取相反的方式，採取高度規範模式，藉由法典化賦予董事確實的保護，英國與澳洲採取不同的規範模式，學者認為可能係基於以下主要核心要素，第一、注意義務的概念：英國注意義務的標準（主觀的標準）與澳洲（客觀的標準）相比較，對於公司董事的要求較低；第二、代表訴訟提起的難易度與有效性：澳洲代表訴訟可利用性（availability）高於英國；第三、司法對於商業判斷審查的態度，不論是澳洲或是英國法院對於公司董事商業決定均採尊重的態度，避免對於董事決策事後諸葛（second guess）⁸⁰。除此之外，學者指出亦有一些邊際要素影響規範模式的選擇，第一、國家經濟政策走向：當政府欲提升經濟效率時，則可能將商業判斷法則成文化，以提供董事保護，促使董事能夠勇於創新；第二、注意義務與商業判斷法則內涵建構的明確性；第三、法律上或是契約上對於董事責任限制的機制：當董事對於責任限制機制利用可能性越高，則越不需要商業判斷法則的保護，則可採取英國法上低度規範模式；反之，若董事對於責任限制機制利用可能性越低或是成本過高，則採取澳洲法上高度規範模較為妥適⁸¹。

⁷⁹ See id. At 138-42。

⁸⁰ See id. At 148-50。

⁸¹ See id. At 153-59。



第四節、商業判斷法則之要件及效果

第一項、要件

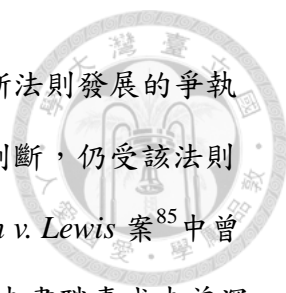
商業判斷法則之主要目的，係為了免除公司董事對於其失誤的商業判斷負擔法律上之責任，並避免影響公司業務之健全運行。但該法則並非使公司董事得以恣意的為任何商業判斷而影響公司利益。商業判斷法則之適用亦有其要件規定，符合以下各要件規定始有商業判斷法則之適用，若有違反，公司董事自不得主張商業判斷法則之保護，而此等要件規定，乃係源於美國法上之實務發展，以下僅就各要件分述之：

一、董事所為係屬商業性之決定 (a business decision)

商業之意義即係指以營利為目的之經濟行為。商業行為是指以發生交易為內容並符合法律規定之行為。此項要件之用意應在排除董事非商業性之決定，蓋商業判斷法則係因為商業性之決定可能大多涉及「風險性」或「經濟性」⁸²，在此等相關事務下，董事之判斷不一定均能處在充分的資訊優勢或充足的討論思考，故對於董事常有減輕之責任之必要，如處分公司資產、資本投資、股票發行等，對於董事而言，均屬商業性之決定；反之，若係單純公司之一般事務，自無商業判斷法則之適用，1993年德拉瓦州最高法院在 *Nixon v. Blackwell* 案即表示：「商業判斷法則的案件中，由無利害關係且具獨立性之公司決策者作出『商業性決定』為其必備要件」(In business judgment rule cases, an essential element is the fact that there has been a business decision made by a disinterested and independent corporate decisionmaker.)⁸³。故在檢驗商業判斷法則之初，首先即要求董事之行為即須為「商業性之決定」。

⁸² 參考李維心，見前揭註 14，頁 138。

⁸³ NIXON v. BLACKWELL, 626 A.2d 1366, 1376(1993)



董事消極不作為可否屬商業性決定？此為美國法上商業判斷法則發展的爭執之一。通說認為，公司董事之不作為決定若是為有意識的經營判斷，仍受該法則之保護⁸⁴。此外，美國德拉瓦州最高法院曾於1984年的 *Aronson v. Lewis* 案⁸⁵ 中指出：「商業判斷法則僅有在董事之行為上方有適用，董事若有未盡職責或未曾深思熟慮即為不作為之決定者，自應無商業判斷法則的適用。但倘若該董事之不作為決定已經深思熟慮者，則該判斷事項自當受商業判斷法則的保護⁸⁶」。此見解德拉瓦州最高法院在 *Rales v. Blasband* 一案中再次肯認，判決即提及：「董事缺乏故意決定為積極行為或阻止積極行為，商業判斷法則並不適用」(Where there is no conscious decision by directors to act or refrain from acting, the business judgment rule has no application.)⁸⁷。故董事之不作為決定亦有可能受商業判斷法則之保護，蓋若係董事經深思熟慮之決策，自亦屬商業性之決定。

二、董事與該交易無利害關係、具獨立性及重要性 (disinterestedness independence and materiality)

若董事於公司進行交易之過程中，或董事在為公司作出商業決定時，對於交易本身，或係商業決定本身，係有利害糾葛時，或董事本身在作出決定時係有欠獨立自主，即難期董事能擺脫自身利害之束縛，仍全心基於公司之立場作出商業決斷。若董事於作出商業決定時，係為自己利益而為，或係有欠獨立時，卻仍受商業判斷法則之優勢推斷，排除可能的追訴責任，即難謂公平，是以，在商業判斷法則之要件上，須以董事與該交易無利害關係且具備獨立性為其前提。

至於「利害關係」及「獨立性」之具體判斷，可參考美國實務上之發展。所

⁸⁴ Lewis D. Solomon and Alan R. Palmiter, *Corporations: examples and explanations*(Aspen Law & Business, New York, 3rd ed.,1999), pp.207-208. 轉引自戴志傑，公司法上「經營判斷法則」之研究，月旦法學雜誌第106期，2004年3月，頁168。

⁸⁵ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

⁸⁶ 原文如下: ...the business judgment rule operates only in the context of director action. Technically speaking, it has no role where directors have either abdicated their functions, or absent a conscious decision, failed to act. But it also follows that under applicable principles, a conscious decision to refrain from acting may nonetheless be a valid exercise of business judgment and enjoy the protections of the rule. 中文翻譯參考 戴志傑，見前揭註84，頁168。

⁸⁷ 中文翻譯參考陳錦隆，見前揭註12，頁42。

謂**利害關係**，係指「董事將自交易中取得其它股東所沒有之個人財務上利益時，即認為董事係具有利害關係⁸⁸」或「公司決策對於董事有重大之影響，但對公司及股東係無此影響時⁸⁹」，此為美國實務上對於利害關係之認定。是以，若起訴之股東得以證明董事享有擔任董事以外之利益之事實，則可推翻商業判斷法則之適用⁹⁰。在前述的 *Aronson v. Lewis* 案亦曾表示：「為了保障商業判斷法則之運用，董事不能有代表雙方間交易之行為，也不能期望在自我交易意義過程中，將公司或股東的資源作為個人利益，就如同反對自公司或所有股東受讓利益一樣。⁹¹」是以，公司董事必須不屬於交易雙方當事人中之一方，且亦無任何為其私益之意圖而從中獲取利益，故若董事位於交易當事人中之一方時，具有從中獲取財務上利益者，即屬具「利害關係」而不受商業判斷法則之推定。又所謂利害關係之認定，應限縮於「**財務上利益或侵害**(either a financial interest or entrenchment)⁹²」，且此等主張須有具體事證，若僅係主張董事對交易有特殊之財務上利益卻**未能提出具體事證** (without specific facts regarding specific financial benefit)，或**主張某交易或行為係有可能延長董事之任期** (a certain decision might lead to the potential of giving a director a longer tenure on the board of directors) (蓋此時非屬金錢利益或侵害) 等，均不足推翻商業判斷法則之推定⁹³。至於原告若主張「侵害」，此時原告則應舉證董事會為該交易或行為之「唯一」或「主要」之目的係為了要永保董事自身對公

⁸⁸ *Rales v. Balsband*, 634 A.2d 927,936(Del. 1993), 原文為：A director is considered interested where he or she will receive a personal financial benefit from a transaction that is not equally shared by the stockholders.

⁸⁹ 同前註，原文為：Directorial interest also exists where a corporate decision will have a materially detrimental impact on a director, but not on the corporation and the stockholders.

⁹⁰ *LEWIS v. S. L. & E., INC.* 629 F.2d 769 (1980) 原文為：「But the business judgment rule presupposes that the directors have no conflict of interest. When a shareholder attacks a transaction in which the directors have an interest other than as directors of the corporation, the directors may not escape review of the merits of the transaction」

⁹¹ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 812(Del. 1984) 原文為：First, its protections can only be claimed by disinterested directors whose conduct otherwise meets the tests of business judgment. From the standpoint of interest, this means that directors can neither appear on both sides of a transaction nor expect to derive any personal financial benefit from it in the sense of self-dealing, as opposed to a benefit which devolves upon the corporation or all stockholders generally. 中文翻譯參考李維心，見前揭註 14，頁 141。

⁹² *GROBOW v. PEROT*, 539 A.2d 180,188 (Del. 1988)

⁹³ *WASHINGTON BANCORPORATION v. SAID*, 812 F.Supp. 1256,1269 (D.D.C. 1993)

司之控制權⁹⁴，此時始認原告之舉證已足而認董事具利害關係並推翻商業判斷法則之推定。


利害關係之認定除了上述美國實務歷來於訴訟中之判斷外，亦有將之明文化之情形，德克薩斯州公司法第 1.02 條第(12)項對無利害關係亦有定義性之參考，其規定內容為：「無利害關係，常指董事或他人於契約、交易或其他事務無相關之利益，意指董事或他人或董事之幕僚（公司及其同事除外）或其他人員，非屬於契約、交易之一方，或實質上未涉及被請求賠償之行為，另一方面董事在所訂契約內容中無重大之財務利益，或處分所主張之財產。⁹⁵」就此條文之定義內容看來，其實就「利害關係」之判斷，與前開歷來之實務判準相去不遠，亦要求董事必須非屬交易之一方，且於交易中未涉及董事自身重大之財務上利益等情形。

另美國法律協會（American Law Institute）在公司治理原則：分析與建議章第 1.23 條（Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations §1.23）對董事之利害關係亦有以下定義性規定可供參考：「(a)董事或經理人在以下之交易或行為中認為具有利害關係：(1)董事或經理人，或其等幕僚為該交易或行為之一方當事人；(2)董事或經理人，與交易或行為之一方具有商業、財務或家族成員關係，而該等關係合理預測將影響到董事或經理人為該交易或行為決定，且不利於公司；(3)董事或經理人，其等之幕僚，或與董事、經理人有商業、財務或家族上關係，並與其等決定之交易或行為有金錢上之利益（一般使用及經常給予董事之費用利益除外），而該利益預測將影響到董事或經理人不利於公司之判斷；(4)董事或經理人受制於控制影響交易或行為之一方，該當事人對交易或行為具有重大金錢利益，可合理預測董事或經理人對該交易或行為之判斷為不利於公司。⁹⁶」美國法

⁹⁴ 參考陳錦隆，前揭註 12，頁 43-44。

⁹⁵ Tex. Bus. Corp. Act §1.02(A)(12)；原文為：「"Disinterested," when used to indicate a director or other person is disinterested in a contract, transaction, or other matter ... means the director or other person, or an associate of the director (other than the corporation and its associates) or other person, is not a party to the contract or transaction or is not materially involved in the conduct that is subject to the claim or challenge and does not otherwise have a material financial interest in the outcome of the contract or transaction or the disposition of the claim or challenge.」中文翻譯參考李維心，見前揭註 14，頁 15。

⁹⁶ 原文為：(a) A director or officer is "interested" in a transaction or conduct if either:



律協會係為美國之非營利之民間團體，並非官方之組織，其主要的工作即在於將法律明確化，透過發表大量模範法典（Model Code）等方式，來影響美國立法界之發展。商業判斷法則於美國法上是實務上在各不同案件中累積所發展出來之概念，然而在美國法律協會所發行的「公司治理原則：分析與建議」中，也嘗試地為商業判斷法則以法條方式明定，因此由美國法律協會發行之「公司治理原則：分析與建議」，甚具參考意義。

適用商業判斷法則之董事除須不具上開之利害關係外，另仍須就商業決定之作成具有「獨立性」。商業判斷法則係推定董事在為商業判斷之行為時係以「**不屈服法則**」（**unyielding precept**）為基礎，故獨立性要件本為商業判斷法則之基本原理。所謂「獨立性」，係指董事之決定乃基於董事會討論之議案對公司之真正價值，而非依據外在因素或影響⁹⁷。是以，若公司董事在交易中係受有關之個人或團體之「控制」或「支配」時，董事的獨立性即受影響。雖然公司董事在為商業決定時或許是經過協商、討論、妥協，或是合理地信賴專家、同事或其他專業人員的意見而作出決定，但最後每一位董事仍須掌握商業判斷事項之相關資訊，以獲得明確的價值決定，而不顧慮或屈服於各種將使有效的商業決定變為不具誠信行為的外在影響因素⁹⁸。故重點在於董事之商業判斷是否受到不具誠信的外在因素影響，

(1) The director or officer, or an associate of the director or officer, is a party to the transaction or conduct;


(2) The director or officer has a business, financial, or familial relationship with a party to the transaction or conduct, and that relationship would reasonably be expected to affect the director's or officer's judgment with respect to the transaction or conduct in a manner adverse to the corporation;

(3) The director or officer, an associate of the director or officer, or a person with whom the director or officer has a business, financial, or familial relationship, has a material pecuniary interest in the transaction or conduct (other than usual and customary directors' fees and benefits) and that interest and (if present) that relationship would reasonably be expected to affect the director's or officer's judgment in a manner adverse to the corporation; or

(4) The director or officer is subject to a controlling influence by a party to the transaction or conduct or a person who has a material pecuniary interest in the transaction or conduct, and that controlling influence could reasonably be expected to affect the director's or officer's judgment with respect to the transaction or conduct in a manner adverse to the corporation. 中文翻譯參考李維心，見前揭註 14，頁 143-144。

⁹⁷ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 816 (Del. 1984)；原文為：Independence means that a director's decision is based on the corporate merits of the subject before the board rather than extraneous considerations or influences. 中文翻譯參考陳錦隆，見前揭註 12，頁 44。

⁹⁸ *Id.*, p.816；原文為：While directors may confer, debate, and resolve their differences through compromise, or by reasonable reliance upon the expertise of their colleagues and other qualified persons, the end result, nonetheless, must be that each director has brought his or her own informed business



即便判斷之作成係經討論或參考專家意見，仍無礙獨立性之具備。而前開所謂的「控制」或「支配」，其事由必須具體明確，若原告係單純主張公司有位具控制力之股東之事實，尚無法認定董事將受該股東之控制。換言之，單純持有公司股權，尚不足以證明董事受控制或支配之事實。此部分可參考美國實務上之見解：「具控制股權利益，不足推翻商業判斷法則之推定或質疑董事之獨立自主⁹⁹」。在 *Benerofe v. Cha* 案中，德拉瓦州最高法院亦作出了相關之論述：「然而，就法律而言，有位股東對公司具控制力之事實，尚不得認為董事被該股東支配或控制。欲建立董事於交易中未具獨立性之認定，原告必須舉證證明該董事係因個人因素或其他之關係而被該控制股東所控制。舉例而言，在 *Rales* 案中，因為法院發現了兩位職員/董事分別收受了 100 萬及 30 萬美金之薪資，故合理懷疑董事之獨立性。在此案中，法院係因董事受有明顯的報酬而推論董事受到控制股東之支配。¹⁰⁰」。所以，原告若欲攻擊董事之獨立性，即應舉出特定之證據以證明公司董事之利害關係已具有危害獨立性要件之大體上可能性 (substantial likelihood)，而不能僅以片面的宣稱即推翻此一法則之推定保護¹⁰¹。而將獨立性予以明文定義之情形，亦可參考德克薩斯州公司法第 1.02 條第(15)項之規定：「獨立性，常用於董事或其他人員於被主張關於特別契約、或交易、或特殊行為之請求時，該董事等人對於被主張之契約、

judgment to bear with specificity upon the corporate merits of the issues without regard for or succumbing to influences which convert an otherwise valid business decision into a faithless act. 中文翻譯參考戴志傑，見前揭註 84，頁 170-171。

⁹⁹ *Williams v. Geier*, 671 A.2d 1368,1378 (Del. 1996) 原文為：The mere fact that the Family Group owned a dominant stock interest does not rebut the presumption of the business judgment rule or call the directors' independence into question 中文翻譯參考陳錦隆，見前揭註 12，頁 44。

¹⁰⁰ *Benerofe v. Jung Woong Cha*, 1996 Del. Ch. LEXIS 115 at*20, 21, 原文為：However, the fact that the corporation has one controlling shareholder does not, as a matter of law, establish that its directors are dominated or controlled by that shareholder. To establish that a director does not maintain discretion to independently approve a transaction, Plaintiffs must demonstrate that the directors are beholden to the controlling shareholder because of personal or other relationships. For example, in *Rales*, the Court found a reasonable doubt existed as to a director's independence where two employee/directors received salaries of \$ 1 million and \$ 300,000 respectively. In that case, the Court inferred that the directors were beholden to controlling shareholders for their significant remuneration.

¹⁰¹ See Dennis J. Block, Nancy E. Barton, Stephen A. Radin., *The Business Judgment Rule : fiduciary duties of corporate directors* (Aspen Law & Business, N.Y., 5th ed., 1998), p44. 轉引自戴志傑，見前揭註 84，頁 171。



或交易、或特殊行為具有自主性。¹⁰²」意即董事就自身所涉及之交易，應具有不受他人影響之自主性。是以，單純的友誼關係、高爾夫球伴及社會關係等因素，尚不能成為否認董事獨立性之因素¹⁰³。

上開利害關係及獨立性之判斷，尚須搭配「重要性」綜合為之，換言之，董事就交易具有利害關係或欠缺獨立性之情形，仍須達「重要性」之標準，原告始足推翻商業判斷法則之推定。德拉州最高法院在 *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* 案中即表示，當原告欲推翻董事被推定之無利害關係及具獨立性時，其舉證應通過下列二階段式之檢驗：(1)董事之自我利益對其獨立性判斷之影響已具重要性 (materiality)；(2)任何如此之自我利益對於董事會集體決策之獨立性影響已具重要性。而前揭重要性之判斷，法院係採所謂「理性人標準」，換言之，原告應證明，在合理的情形下，理性之董事在董事會之決策過程將受到此等利益之影響¹⁰⁴。而在 *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.* 案中¹⁰⁵，法院對於董事獨立性之判斷仍是採取二階段之檢驗方式，但對自我利益「重要性」之判斷，已從上述之「理性人標準」，轉而改採「真實人標準」(actual person standard)。蓋重要性之判斷即著重於該位董事在現實上是否會受到自我利益影響，而非在於建立普世通用之基準，畢竟利益對於個人之誘因不同，若該自我利益在真實個案中已足影響董事之獨立性，是否符合理性人之標準即非法院應關切之重點。

總結來說，若欲推翻董事所受之商業判斷法則之推定，原告除證明董事就所涉交易或行為有自身利害關係外，亦可針對獨立性之要件舉證，若董事與該交易間確實有利害關係存在，或就該交易之進行欠缺獨立性，而此等利害關係或獨立

¹⁰² Tex. Bus. Corp. Act §1.02(A)(15)；原文為：「"Independent," when used to indicate a director or other person is independent for purposes of considering the disposition of a claim or challenge with respect to a particular contract or transaction or to particular conduct or alleged conduct...」

¹⁰³ E. Norman Veasey, *The Defining Tension in Corporate Governance in America*, 52 *Bus. Law. Rev.* 393(1997), p405.

¹⁰⁴ *Cede & Co. v. Technicolor*, 634 A.2d 345,362 (1993 Del. LEXIS 398) 原文為：(1) the materiality of a director's self-interest to the given director's independence; and (2) the materiality of any such self-interest to the collective independence of the board. Proof of materiality under either part requires a showing that such an interest is reasonably likely to affect the decision-making process of a reasonable person on a board composed of such persons.

¹⁰⁵ 663 A.2d 1156。

性之疑慮確實具備「重要性」，足以影響董事之該交易進行之意志決定時，此時原告之舉證即足推翻商業判斷法則之推定。



三、董事已有合理之注意（due care）

所謂合理注意，所著重的是董事在決策的作成中，是否具備充分的資訊基礎。即有謂合理注意是指董事應經「合理且勤勉」的對於公司商業判斷上的業務或重要資訊加以調查或考慮¹⁰⁶。而所謂充分之資訊基礎，係注重決策作成時之過程與程序，即決策之過程或程序是否合理，是否有踐行了解相關資訊之步驟。是以，所謂合理注意，係指商業決定作成「過程」的合理注意¹⁰⁷。特別注意者，董事於決策過程中對於資訊的充分吸引，並非要求董事為詳盡且完美之事先調查，讓所有提案均禁得起股東或未來法院之挑剔¹⁰⁸。蓋若將注意程度拉到如此之高度，勢必商業判斷法則之原意將付諸流水，因為公司董事將很有可能因為欠缺合理之注意而無以援用商業判斷法則，此外，美國實務之所以開展出商業判斷法則之見解，商業經營環境之多變性及時效性也是原因之一，即在現實的商業環境中，常常難有充裕之時間供董事進行詳盡的評估與分析再行作出商業決定，有時為搶得先機，能充分考量之時間並不多，正是此種不利之因素下，逐漸開展出商業判斷法則之見解，讓公司董事得勇於任事，若今日在商業判斷法則之要件再把合理注意之標準拉高，要求董事在作出商業判斷前須歷經完全無缺之評量過程，無異係緣木求魚。

至於如何之過程，可稱之為董事「並未」取得充分之資訊基礎，可參考美國模範商業公司之內容。如董事就其決策並未取得任何資訊，不閱讀開會前所發放之資料即作出決定，開會遲到以致於表決時始到場，結果竟因為其它董事之贊成即亦投下贊成票¹⁰⁹，此類情形，可認為董事並未充分地獲取資訊基礎，在此種情

¹⁰⁶ Constance Frisby Fain, Corporate Director and Officer Liability (18 U. Ark. Little Rock L.J. 417, Spring 1996) p424

¹⁰⁷ HANSON TRUST PLC v. ML SCM ACQUISITION, INC. 781 F.2d 264 ,274(1986)

¹⁰⁸ 參考陳錦隆，前揭註 47，頁 53。

¹⁰⁹ 模範商業公司法第 8.31 條官方評論（uninformed about the decision – he or she did not read the merger materials distributed prior to the meeting, arrived late at the board meeting just in time for vote

形下所作出之商業決定，將因欠缺合理注意而無法援用商業判斷法則。

又何種程度之注意，始可稱之為「合理」，即我們對於合理注意之注意程度，應如何要求，究應採「輕過失之標準」(Ordinary Negligence)，亦或是「重大過失」(Gross Negligence)之標準。若採輕過失之標準，此時董事雖未達重大過失之程度，亦將會被認定為注意義務之違反，換言之，輕過失之標準比重大過失來得更為嚴苛。在1986年聯邦第二巡迴法院於 *Hanson Trust PLC v. MLSCM Acquisition Inc.* 案中即提及：「董事之行為並未達到如 *Smith v. Van Gorkom* 案中的重大過失程度，但為滿足禁制令之目的，仍構成注意義務之違反。¹¹⁰」此外，亦有採「重大過失」之標準者，如先前所提及之 *Aronson v. Lewis*¹¹¹ 案及前述之 *Smith v. Van Gorkom* 案¹¹² 即為適例。同前所述，當把商業判斷法則要件中之注意義務拉高時，其實是間接違反商業判斷法則之本旨的，蓋公司董事即係因隨時身處風險中，才透過商業判斷法則加以解放，若再把董事之注意義務提高，有可能使商業判斷法則之意旨落空。故在德拉瓦州公司法第 102 條(b)項(7)款之規定中，即允許公司透過章程之規定，免除公司董事違反注意義務時所可能負擔之任何金錢損害賠償責任¹¹³。透過此條文之規定，亦可看見放寬公司注意義務要求之想法。

另外欲再討論者，即商業判斷法則要件中所要求之「合理注意」，與公司董事對於公司所應負之「受託義務」(fiduciary duty) 中之「注意義務」(duty of care)


but, nonetheless, voted for the merger solely because the others were in favor)

¹¹⁰ HANSON TRUST PLC v. ML SCM ACQUISITION, INC. 781 F.2d 264 (1986)

¹¹¹ Supra note 85 at 812.

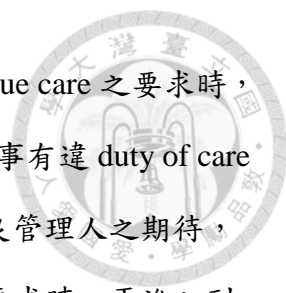
¹¹² *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 873 (1985), (We again confirm that view. We think the concept of gross negligence is also the proper standard for determining whether a business judgment reached by a board of directors was an informed one.)

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



有何異同？蓋有學者認為，將董事之受託義務區分別「忠實義務」及「注意義務」兩種概念之實益即為，**董事違反忠實義務時並無商業判斷法則之適用**，換言之，**商業判斷法則之適用係發生在董事僅違反「注意義務」之情形**。若然，而 duty of care 之程度與 due care 之標準相同時，違反 duty of care 亦將有違 due care 之要求，而無法援用商業判斷法則。此外，英美法上之 duty of care，與我國所言之社會一般誠實、勤勉而有相當之經驗之人所應具備之「善良管理人注意義務」相仿，但仍有部分之不同，美國法上之公司業務運行，大多係由經理人負責處理，而非上位之董事，若要求權責相符，對於董事責任要求即應適度減輕，是以，**美國實務就董事之商業決定，在過失程度之認定漸傾向「重大過失」之標準**，並將受託義務之認定輔以主觀面之觀察。是以，美國法上之注意義務，並非單純從客觀事實作定義審查，亦著重主觀意圖之判斷。換言之，英美法對於公司負責人之注意義務，並非如同我國善良管理人注意義務者為一種程度之描述，其將注意義務與個人地位結合，對於不同職位之人，賦予不同之期許與規制¹¹⁴。本文認為 duty of care 與 due care 兩者應分別以觀，在公司負責人受託義務下之注意義務，其用意係在描述公司負責人之行為準則，而商業判斷法則本身之功能並非在於提供董事作為行為規範之基準，而係在司法審查所應考量之寬嚴採擇。Due care 乃係商業判斷法則之要件之一，而商業判斷法則所適用之對象，乃係以董事之商業決定為前提，若非董事之商業決定，自無討論商業判斷法則之必要；而在 duty of care，此種公司負責人對於公司所應負之義務，所指之面向應包含董事之各方面行為，不單限縮於商業決定，故始稱 duty of care 係董事之一般行為規範基準。所以，我們可認為在 duty of care 中，仍對公司董事採取「善良管理人」之注意程度，並以此程度作為董事之行為基準，然在公司董事違反善良管理人之注意義務時，遭提起訴訟而進入司法審查時，在決定董事是否應負賠償責任時，僅要求董事有盡合理之注意，即未達重大過失之程度即可。當然，此種區別附隨而來的疑問是，若 duty of care

¹¹⁴ 參考註 15，頁 118。



與 due care 根本係不同標準時，違反 duty of care 仍有可能符合 due care 之要求時，那麼違反 duty of care 時，會有何種效果？或許我們可以說，在董事有違 duty of care 時，才有必要進入司法審查之程序，若董事之行為完全符合善良管理人之期待，當然無須進入司法程序，惟有當董事之行為已有違注意義務之要求時，再進入到司法審查，去認定董事是否有達重大過失之程度，進而決定是否令董事負損害賠償責任。

四、董事本於善意執行職務 (good faith)


於我國法中之「善意」，常係指「不知情」之狀態，如民法中對善意第三人之善意受讓規定，其要件即係第三人對於無處分權之情形不知情。但在商業判斷法則中所提及之「善意」，不單指不知情之狀態，更有其它意義存在。而依美國 Black's Law Dictionary 對於「善意」之解釋係指，具備誠實信念或目的，履行其忠實義務或責任、於貿易或商業過程中遵守合理商業標準以為公平交易，且無意從中詐取不正當利益之一種狀態¹¹⁵。而在美國之判例中，多係從反面即所謂「惡意」(bad faith) 來加以說明，在 *DESERT EQUITIES v. MORGAN STANLEY LEVERAGED* 案中，即提及：所謂「惡意」，其所意指不只是不好的判斷或過失，而須因不誠實之目的或有違道德而有意地去為不當行為，與過失之消極概念不同，係企圖以陰謀詭計或惡劣意念運作之心態¹¹⁶。

故若原告欲推翻商業判斷法則之推定時，原告試著去舉證公司董事之決策係出於「惡意」即為可能的選項之一。曾認定董事「惡意」之實務見解可參考如 *Potter v. Pohlada* 案所提及：「惡意之認定，得以舉證董事係為誤導股東，因而明知或有意地隱匿所知悉之重要資訊。」¹¹⁷ 又或如 *In re J.P. Stevens & Co. Shareholders Litigation*

¹¹⁵ Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary* (West Group, MINN., 7th ed., 1999), p701, 轉引自戴志傑，同前揭註 84，頁 169。

¹¹⁶ *DESERT EQUITIES v. MORGAN STANLEY LEVERAGED*, 624 A.2d 1199 (1993) [The] term "bad faith" is not simply bad judgment or negligence, but rather it implies the conscious doing of a wrong because of dishonest purpose or moral obliquity; it is different from the negative idea of negligence in that it contemplates a state of mind affirmatively operating with furtive design or ill will.

¹¹⁷ *Potter v. Pohlada*, 560 N.W.2d 389 (Minn. Dist. Ct. Aug 19, 1996) Bad faith is evidenced by a showing that the directors knowingly or deliberately withheld information they knew to be material for the purpose




案中所提及：董事之決策遠超乎合理判斷之範圍，致其除基於惡意之理由外，別無解釋¹¹⁸。另麻州法院於 *In re Healthco International, Inc* 一案中，法院告知陪審團：「欲證明特定被告董事之行為為惡意者，原告必須以證據證明被告董事對於贊成合併之表決行為，並非真誠的企圖提昇公司利益，而係基於不當的動機，明知且故意違反公司利益，或故意忽略資訊或報告的不完備。不適當的決定與未盡到注意義務，不等同於惡意。¹¹⁹」亦可作為認定「惡意」之參考。此等均為美國法實務上所提出供判斷「惡意」之參考。此外，在近來聞名的迪士尼案，即 *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation* 案中，就董事是否構成惡意之部分，也作了詳盡的說明，有三種類型之行為可以討論其構成「惡意」行為之可能性。第一類為「主觀惡意」，此類所指即董事係基於損害公司之意圖而為之；第二類為「無任何動機之單純重大過失」，重大過失並不等同於惡意，本案原告雖主張董事之重大過失亦構成惡意等情，但最高法院認為惡意與重大過失應有不同意涵，重大過失無法導出董事即為惡意之結論；第三類為「具有主觀之惡意，但因重大過失所致者」，亦即「基於有意的怠忽職務且忽視其責任」。如故意違反已知現行法令規範，或有作為義務而故意不作為者¹²⁰。此三類行為恰似光譜之分散，主觀惡意應為惡意之最適例情形，而重大過失為另一端不應構成惡意之邊界，困難的是，具有主觀惡意但係因重大過失而致者之拿捏，才是個案中令人頭痛的情形。本文認為，可透過董事是否於明知之情形下，違背相關法律規範或個人之作為義務作為參考，或許明知違背法令，並非主觀有意損害公司之意圖，但若此等明知之情事導致公司受有重大損失時，可從此角度切入追究董事之惡意。

of misleading shareholders.

¹¹⁸ *In re J.P. Stevens & Co. Shareholders Litigation*, 542 A.2d 770, 780-81 (Del. Ch. 1998) A court may review the substance of a business decision made by an apparently well motivated board for the limited purpose of assessing whether that decision is so far beyond the bounds of reasonable judgment that it seems essentially inexplicable on any ground other than bad faith. 中文翻譯參考 陳錦隆，同前揭註 87，頁 54。

¹¹⁹ *In re Healthco Intern, Inc.*, 136 F.3d 45, 39 Collier Bankr 轉引自邱立源，英美法上商業判斷法則適用與供應鏈關係之探討，世新大學碩士論文，2003年，頁 148。

¹²⁰ 參考李維心，前揭註 82，頁 154。



此外，另一值得提出討論者，在單純的重大過失中，迪士尼案中將重大過失與惡意加以區辨，認為重大過失不可與惡意等同以觀。若所謂惡意如同前揭所指，係董事主觀上有意為之的負面行為，此等區辨當然可以理解，只是即便排除了公司董事之「惡意」，然董事之重大過失，可否符合商業判斷法則中之「合理注意」(due care)要件，亦不免令人有所疑問。雖然就所謂「合理注意」，主要是指董事決定作成過程當中資訊是否合理充足，而非董事作出決定時的心理狀態，但已經被認定有重大過失之董事，其決定過程是否仍有可能有充足之資訊基礎¹²¹？若重大過失係有違「合理注意」之要件，那麼區別惡意或重大過失之意義只在於概念之分明，其效果一律都是有違要件而無以援用商業判斷法則之推定，那麼再細究董事之重大過失是否為惡意即實益不大。若認重大過失亦合乎「合理注意」之要件時，那麼合理注意是否要再納入要件亦值考量，因為如果董事具有重大過失仍合乎「合理注意」之要求，那麼實難想像有何更低程度之注意義務。是以，迪士尼案中區別重大過失與惡意之用意，或許得以發揮之實益將相當有限。

五、董事無濫用裁量權 (no abuse of discretion)

此項要件可否作為排除商業判斷法則之事由，在美國實務上尚非定論，仍有爭議。蓋若法院就「董事有無濫用裁量權限」加以實質審查時，其實就相當於將法院自己之觀點來取代董事之判斷，若董事之交易行為已符合係屬商業上之決定；不具利害關係且具獨立性；合理注意；善意等要件時，可否再認董事作成之交易屬裁量權限之濫用，而推翻商業判斷法則之推定，將啟人疑竇。蓋美國實務在審查所謂裁量權限之濫用時，可能的情形如「其表面上為如此過分，致董事會之准許不符商業判斷標準¹²²」或「如此過分致等同於不贏之決策¹²³」。雖有認為此

¹²¹ 蓋若有充足的資訊基礎來作出相關決定，理應不易被認定為具重大過失之決定。

¹²² *Aronson v. Lewis*, 參考前揭註 85, 815, (so egregious on its face that board approval cannot meet the test of business judgment), 中文翻譯參考 陳錦隆, 前揭註 87, 頁 55。

¹²³ *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 886 (2d Cir. 1982), (so egregious as to amount to a no-win decision), 中文翻譯參考 陳錦隆, 前揭註 87, 頁 55。

概念仍意在強調賦予董事自由裁量之空間¹²⁴，但現實運用此概念時，仍意在強調司法審查的不鬆綁，如德拉瓦州最高法院院長 E. Norman Veasey 即認為：「縱若適用商業判斷法則，仍有某些狹小的、剩餘的司法審查空間。商業判斷原則本質上意含一項不雅之稱謂即『出牆』之基準。若董事之決策係過分或重大濫用裁量權或不能歸諸合理經營目的或其他類似情況，則不容許其存在。¹²⁵」

肯定此要件者如上述之實務判決及 Veasey 院長之見解，其它如美國第三巡迴法院於 1978 年在 *Cramer v. General Tel. & Elec. Corp.* 案中對濫用職權表示之見解：「當股東主張董事之決定是欠缺智慧或決定逾越董事職權範圍而不具合理性時，法院得按自己的意見分析董事之決定是否具合理性的權力。¹²⁶」是以，在此要件下，董事之決策是否在「合理之裁量空間」，亦屬法院得加以審查者，如此一來是不是將使法院把自己之觀點取代董事之判斷，即讓人憂心，故亦有對此要件加以否定者。

德拉瓦州衡平法院 1989 年在 *In re RJR Nabisco, Inc. v. Shareholders Litigation* 一案中，即對要件持不同看法，其表示：「像這樣有限制的實質審查（指董事之決定非常嚴重，或不合理性，或超越合理範圍）是推論董事具有惡的方式。」、「儘管董事之決定是真正來自無利害關係董事所作成，但讓法院有最終的權力檢驗董事之商業決定具有實質公平性、合理性、合乎理性、並盡到忠實義務與注意義務，將使法院成為一位『超級董事』。¹²⁷」

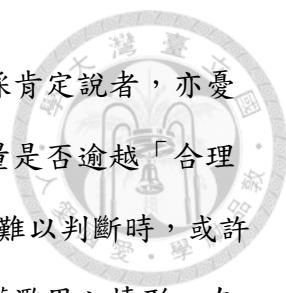
本文以為，美國實務判決之所以對於此要件如此爭論，關鍵點即在於是否會使法院介入董事經營決策之實質審查，採否定說者，即認為此一要件所審核者可

¹²⁴ 「模範商業公司法」第 8.30 條官方評論 (presupposes discretion, a term which reaffirms the broad latitude granted to directors)

¹²⁵ Veasey, Duty of Loyalty: The Criticality of the Counselor's Role, 45 Bus. Law. 2065, 2071-72(1990) (Even if the business judgment rule is applicable, there is some narrow, residual judicial review. The business judgment rule, at bottom, implies a test which has sometimes been inelegantly described as the "off-the-wall" test. That is, a directorial decision cannot be allowed to stand if it is "egregious" or "a gross abuse of discretion" or a decision which "cannot be attributed to any rational business purpose" or the like) 中文翻譯參考，陳錦隆，前揭註 87，頁 56。

¹²⁶ 參考李維心，前揭註 82，頁 28。

¹²⁷ 參考李維心，前揭註 82，頁 29。



透過其它要件加以篩選之，如「合理注意」或「善意」等；而採肯定說者，亦憂心讓法院之觀點取代董事，而不斷強調其實查只在於董事之裁量是否逾越「合理之範圍」，而肯定說納入此要件亦可有補遺之功用，在其它要件難以判斷時，或許可透過是否符合「合理之裁量空間」為之，然而，現實上裁量權濫用之情形，在美國法之實務上並不常見¹²⁸，而我國實務判決於引述商業判斷法則之要件時，對於此要件多一併加以引用¹²⁹，是以，或許在考量商業判斷法則之要件時，先加以納入並無不妥之處。

消極要件：

除上述之積極要件外，對於商業判斷法則之要件部分，實務上亦多提及消極之要件，若董事有符合消極要件中之情形者，即無法適用商業判斷法則之推定。以下亦就消極要件部分說明之：

一、詐欺、不法行為與越權行為 (fraud、illegality and ultra vires conduct)

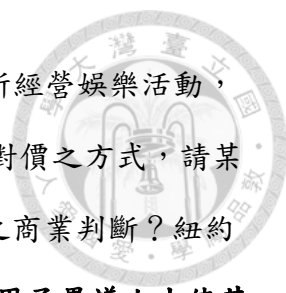
商業判斷法則意在鼓勵董事之勇於任事，冒險創新以求取公司最大利益，並非意在形塑董事責任之避風港，是以，若董事之行為係屬「詐欺」(fraud)、「不法行為」(illegality)及「越權行為」(ultra vires conduct)時，因此等行為業已逾越商業判斷法則所欲追求之本旨，縱使此等行為係為公司之最大利益，亦不受商業判斷法則推定之保護。至於相關之理論形成，亦依賴美國法上實務見解之堆砌。

所謂「詐欺」，係指故意對實情為不實之陳述，或對重要事實加以隱瞞，以誘使他人為行為而致損害。而詐欺通常亦屬侵權行為，但在有涉及不法意圖的案件中，將會構成犯罪。而所謂「不法行為」，則係指董事之行為違反聯邦或州之相關法規，如下例中所提及之董事違反公司不得於星期日營業之州法規定。又所謂「越權行為」，係指董事之行為逾越法律或公司章程所授逾之權限範圍。

紐約州法院在 *Roth v. Robertson* 一案之判決即可作為案例說明，大概之案例事

¹²⁸ 陳錦隆，前揭註 87，頁 55。

¹²⁹ 如台北地院 96 年度重訴字第 115 號刑事判決，台北地院 97 年重訴字第 42 號刑事判決。



實為，依紐約州之州法規定，在基督教安息日時，禁止娛樂場所經營娛樂活動，某 A 即因娛樂公司違反上開規定欲檢舉之，公司即以支付金錢對價之方式，請某 A 保持沉默，就此「封口費」之支出，是否亦屬符合董事合理之商業判斷？紐約州法院表示：「若在法定禁止營業日期營業係違反法律，支付費用予異議人士使其封口，即為非法費用。若在星期日營業並未違法，自無須有封口費之支出。無論觀點為何，此項封口費之支出對公司之正常營運而言，不僅毫無關聯，且正是法院應予究責之對象。這應該也已經是不法之給付，比權限外之行為更為嚴重，具有道德缺陷，主張付款係為公司之預設利益，在法律上不能認為有理由。」¹³⁰

另一案例為 1847 年紐約州上訴法院的 *Abrams v. Allen* 案，該案之大致事實為，Abrams 代表 Remington 公司股東對 Allen 等董事提起訴訟，主張 Allen 等董事決定將公司工廠、設備、機器移除及減縮產量，造成公司重大損失，而此決定並無合法、誠實、慎重及合理的商業理由，僅係為了威嚇及處罰員工，使員工無法重新被僱用。法院在判決中提及：「當時紐約州之勞工法令公共政策明顯反對關閉或移除工廠，董事未基於誠信考量公司與股東的利益，而僅因自己的惡意、偏見，不准開動工廠機器之行為，已違反對於公司所應負之義務」¹³¹。

在 1974 年聯邦第三巡迴法院之 *Miller v. American Telephone & Telephone Co.* 一案中，亦為董事之行為違反州法令之適例。其大概之事實為原告股東對於 AT&T 公司董事怠於向全國民主委員會 (Democratic National Committee) 催收電信費用，

¹³⁰ *Roth v. Robertson*, 64 Misc. 343(N.Y. Supp. Ct. Erie Co. 1909) 原文為：「If it was against the law to keep open on the Sabbath, it was an illegal expenditure to pay money to silence opposition to the violation of the law. If it was not against the law to keep open Sundays, there was no necessity of purchasing immunity from complaint for a violation in that respect. In whatever view we look at it, the payment was not only foreign to the objects of the corporation, but made for a purpose which the courts must condemn. It was, and must be treated as, an illegal payment. It was something more than an ultra vires transaction, it was one bad in morals, and so evidently so that the plea that the payment was made for the supposed interest of the corporation cannot be deemed any excuse in law.」中文翻譯參考 李維心，前揭註 14，頁 160-161。

¹³¹ *Abrams v. Allen* 297 N.Y. 52(1947) 原文為：「That the public policy of this State and nation is opposed to the closing or removal of factories, for such purposes as are here asserted, is obvious.....the defendant Rand, Jr. was not actuated by honest bona fide considerations affecting the welfare of the defendant corporation and its stockholders but by the malice, bias and personal prejudices hereinbefore described...」中文翻譯參考 李維心，前揭註 14，頁 161。

在保全假處分案中認為，公司對於董事未催收之決定有商業判斷法則之適用，但第三巡迴法院將此廢棄發回，並於判決中表示：「商業判斷法則不能使董事免於賠償責任」¹³²，換言之，董事決定不追討對政黨之債權，已違反聯邦政治活動獻金法，董事之決定既屬違法，自無商業判斷法則之適用。

其實就此部分之要件，可與董事之義務內容相互觀察，在董事對公司所應負之義務內容，亦有認為除注意義務及忠實義務外，尚負有「守法義務」者，美國實務見解在商業判斷法則中要求董事不可違背法令，對於董事守法義務之形成，或有推波之效果。此外，亦有學者認為，違反法律之消極要件與積極要件中之「未濫用裁量權」係相類似之效果。蓋「未濫用裁量權」，係審查董事之決定合理與否，而違反法律，即可作為例示化的濫用裁量權，自無商業判斷法則之適用¹³³。

二、浪費行為 (waste)

董事浪費公司資產之行為，係違反董事受託義務，為董事之違約行為，美國法院認此種情形即無商業判斷法則推定免責之適用。而何謂「浪費」，如何主張董事構成浪費行為，1962年德拉瓦州衡平法院在 *Saxe v. Brady* 案¹³⁴中提出了相關見解。其認為若欲證明公司構成浪費，必須證明公司所收取之對價，「在價格上如此不適當，即便是普通人之商業判斷標準，也不會認為公司的支付是值得的」(so inadequate in value that no person of ordinary, sound business judgment would deem it worth what the corporation has paid)。

美國法律協會所推出的「公司治理原則：分析與建議」(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation)中，即對於「浪費」作出定義，其認為：「一項交易之構成浪費公司資產，若其涉及公司資金之支出或公司資產之處分，並無取得任何對價，以及不具合理之經營目的，或已受領對價，但其對價在價值

¹³² *Miller v. American Telephone & Telephone Co.*, 507 F.2d 759, 762(3rd Cir. 1974)，原文為：The business judgment rule did not insulate the corporate directors from liability for breaching § 610 prohibiting corporate political contributions.

¹³³ 參考 李維心，前揭註 14，頁 162。

¹³⁴ *Saxe v. Brady*, 184 A.2d 602, 610(Del. Ch. 1962)

上如此不足，致無具通常、適當商業判斷之任何人認為其值得公司所已支付者

¹³⁵」。此等定義性之規定，可作為認定「浪費」之判準。




第二項、效果

美國法上商業判斷法則之主要法律效果，即係董事受有「推定」之優勢。此處宜特別辯明者，於原告起訴時，「並非」要求董事先行舉證自己符合商業判斷法則之上開要件，待所列要件確實均具備後，董事始享有推定之優惠。通常法律概念之判斷，係「要件」符合後，始推導出法律效果，如侵權行為之主張，須被告符合故意或過失不法侵害他人權利之要件時，才會推導出被告應負賠償責任之法律效果。但在商業判斷法則中的思考並不相同，上開所謂「要件」之臚列，並非為「推定」法律效果之前提，毋寧是提供此等要件，作為原告股東可用以攻擊商業判斷法則之參考。換言之，我們原則認為董事所作出的商業判斷均受推定之保護，原告若欲推翻此等推定，自須就商業判斷法則加以否認，而可供原告否認之著力點，即為上述之各要件。原告之攻防即可針對如被告董事所為根本非屬商業決定，又或係董事所為已超出合理之裁量等。蓋若非如此，則商業判斷法則之美意亦將盡失，如果董事在受有推定之保護前須先行證明上開各要件，如此要求董事先行證明要件相符，豈可再謂董事受有推定之保護。

商業判斷法則最主要的效果，即為「推定」(presumption)之效力。即推定董事所作出之商業決策並未違反對於公司之忠實義務，此種推定之效力，並未在於實體法之歸責上直接排除掉董事之責任，而係在舉證程序上，加重、提高原告股東對於被告董事之舉證責任。換言之，商業判斷法則「並非」如同刑法上之阻卻違法事由一般，若具阻卻違法事由，即否定行為之違法性，而不構成犯罪；相對


¹³⁵ Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation §1.42(2005) 原文為：A transaction constitutes a "waste of corporate assets" if it involves an expenditure of corporate funds or a disposition of corporate assets for which no consideration is received in exchange and for which there is no rational business purpose, or, if consideration is received in exchange, the consideration the corporation receives is so inadequate in value that no person of ordinary sound business judgment would deem it worth that which the corporation has paid. 中文翻譯參考 陳錦隆，前揭註 12，頁 65。



地，係預設立場即推定董事之行為均係符合受託義務之要求。故原告股東在訴追董事之責任時，應負之舉證將須到達更高之程度。自前開的 *Aronson v. Lewis* 案以來，德拉瓦州最高法院即稱商業判斷法則係推定董事會獨立自主、合理注意、誠信並忠實確信其行為係為股東之最佳利益。1971 年之 *Sinclair Oil Corp. v. Levien* 案中曾表示之見解即經常被引用，1994 年的 *Paramount Communications v. Qvc Network* 一案即為適例：「董事會之行為若已盡合理注意、誠信並忠實確信其所為係為股東之最佳利益……法院對董事決策之實體內容給予絕對尊重，將不使該項決策歸於無效，永不審究其合理性。又董事會之決策係基於合理經營目的，法院將不以自己之觀點取代董事會之觀點¹³⁶」。透過商業判斷法則之「推定」，原告對董事會之決策是否有違受託義務等即先負證明之責任。即有學者認為，依我國法之觀察，此種推定相當於我國法中之「法律之推定」，法律規定此種推定，意在免除當事人之舉證責任，此觀民事訴訟法第 281 條規定「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證」即明，但此種推定之事實，非必確為真正，仍許他造以反證推翻之，例如民法第 9 條第 1 項「受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其為死亡」，民事訴訟法第 355 條第 1 項「文書，依其程式及意旨得認作公文書者，推定其為真正」¹³⁷。承上，推定僅係法律上之先行假設，仍有舉證推翻之可能，在商業判斷法則之適用上亦然，若原告確實提出充分之證據足以推翻商業判斷法則之推定時，此時之效果又為何？依美國法上之說法，若推定被推翻時，再適用所謂「公平性標準」(the fairness standard)。公平性標準主要之內容係指，在商業判斷法則遭推翻時，因董事已無受有推定之保護，董事此時對於自己之行為即負有舉證責任，而被告董事所須舉證者，即自己之行為對於公司而言，係屬公平

¹³⁶ *Paramount Communications v. Qvc Network*, 637 A.2d 34, 45(Del. 1994)原文為：the board acted with due care, in good faith, and in the honest belief that they are acting in the best interests of the stockholders (which is not this case), the Court gives great deference to the substance of the directors' decision and will not invalidate the decision, will not examine its reasonableness, and "will not substitute our views for those of the board if the latter's decision can be 'attributed to any rational business purpose. 中文翻譯參考 陳錦隆，前揭註 12，頁 35-36。

¹³⁷ 參考陳錦隆，見前揭註 12，頁 37 之註腳。



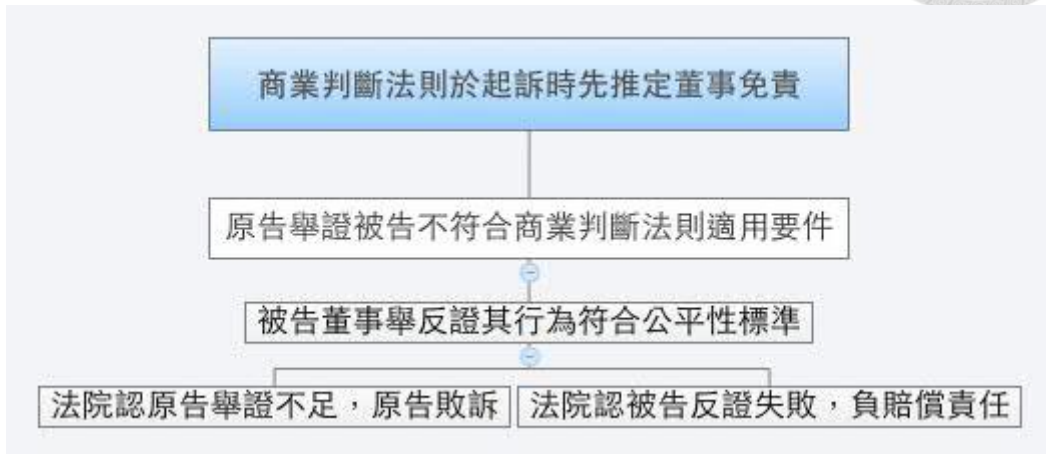
交易與公平價格，換言之，若董事得以說明自己之決策符合公平交易與公平價格之要求時，亦無法令被告董事負擔損害賠償責任，換言之，公平性標準之適用，對於被告董事而言，相當第二層的保障，當商業判斷法則的保護網遭突破時，尚可透過證明自己的決策符合公平交易與公平價格來加以防免賠償責任的攻擊。而公平交易與公平價格之概念何指，此部分可再透過美國法院實務上之見解加以說明。德拉瓦州最高法院於 1983 年之 *Weinberger v. UOP, Inc.* 案中對於公平性標準即曾加以說明，提及：「公平之概有兩個基本面向：即公平交易與公平價格。前者內容包含下列問題：交易係在何一時機下產生，是如何開始、建構、談判與揭露予董事會，以及如何獲得董事與股東的同意。後者則涉及合併交易中的經濟與財務面向的考量，包含相關之因素為：資產、市場價值、盈餘、未來展望及任何其他足以影響公司股票固有價值的因素。此兩項檢測標準並非分歧。所有爭執必須全部被檢驗，因為二者是整體公平性標準的一環。¹³⁸」

是以，對於商業判斷法則之推定及推定遭推翻後所適用之公平性標準，亦可參考 Black's law dictionary 之說明，於 Black's law dictionary 中即對商業判斷法則如是說：「所謂的商業判斷法則乃係一種推定，即推定公司董事所作出的商業決定，係在一定之資訊基礎上，以善意且誠實地相信其所為係符合公司之最佳利益。此一法則保護公司董事或經理人於無益或有害公司的交易行為中免負責任，只要其以善意且盡到相當注意，並在其職權範圍內之行為。」、「商業判斷法則對於公司董事或經理人推定免責，緣於他們的行為是合理商業目的。原告為推翻推定免責效果，應舉證相關事實。當此一推定被推翻後，則由公司董事對其決定的交易

¹³⁸ *Weinberger v. Uop*, 457 A.2d 701 (Del. 1983) 原文為：The concept of fairness has two basic aspects: fair dealing and fair price. The former embraces questions of when a merger transaction was timed, how it was initiated, structured, negotiated, disclosed to the directors, and how the approvals of the directors and the stockholders were obtained. The latter aspect of fairness relates to the economic and financial considerations of the proposed merger, including all relevant factors: assets, market value, earnings, future prospects, and any other elements that affect the intrinsic or inherent value of a company's stock. However, the test for fairness is not a bifurcated one as between fair dealing and price. All aspects of the issue must be examined as a whole since the question is one of entire fairness. 中文翻譯參考 李維心，見前揭註 14，頁 41-42。

為證明是在公平情形下作出決定。這兩層司法審查方式的差異——即有利於董事的推定與對董事證明交易決定行為的公平性，經常是由審理的結果而判定的。¹³⁹」

故對於商業判斷法則之效力，大致可圖示如下¹⁴⁰：



第三章 經濟犯罪之介紹

第一節、何謂經濟犯罪

經濟犯罪其實並非近來始興起之概念，其實早在民國 60 及 70 年代，即有「經濟犯罪」之相關探討了。但為避免經濟犯罪成為一空泛之詞，就其實際所指之內容，仍應加以說明。有學者認為，經濟犯罪是濫用經濟交易的信任關係，違反規範經濟活動的有關法規，危及或侵害整體經濟秩序的不法圖利行為¹⁴¹。亦有學者

¹³⁹ Black's Law Dictionary 9th ed. P227 原文為：The presumption that in making business decisions not involving direct self-interest or self-dealing, corporate directors act on an informed basis, in good faith, and in the honest belief that their actions are in the corporation's best interest. • The rule shields directors and officers from liability for unprofitable or harmful corporate transactions if the transactions were made in good faith, with due care, and within the directors' or officers' authority. The business judgment rule is a presumption protecting conduct by directors that can be attributed to any rational business purpose. In order to plead and prove a claim, a plaintiff must plead and prove facts overcoming this presumption. Where the presumption is overcome, directors bear the burden of proving the fairness of the challenged conduct. The difference between these two levels of judicial scrutiny a presumption in favor of directors that protects conduct that is rational, versus a burden of proving fairness -- frequently is outcome determinative. 中文翻譯參考 李維心，見前揭註 14，頁 38。

¹⁴⁰ 圖示參考 李維心，見前揭註 14，頁 43。

¹⁴¹ 林山田，經濟犯罪與經濟刑法，第 13 頁，三版，1981 年。

認為，最重要的判斷標準即在於是否有「整體經濟秩序的危險或侵害」，且不將經濟犯罪限縮在造成龐大財產損失的犯罪，只要已經對整秩序形成危險即足¹⁴²。嚴格說來，學界對於經濟犯罪之定義或概念尚未有完整統一之共識¹⁴³，且其它相仿的概念如「財經犯罪」、「白領犯罪」及「金融犯罪」等，與經濟犯罪間似亦有概念範圍重複之情形，好比著名的「太電案」及「力霸案」，均可符合這些犯罪型態。學說上雖無統一之見解，但在實務上，我國也嘗試對經濟犯罪作出定義，在「檢察機關辦理重大經濟犯罪案件注意事項」中的第二點¹⁴⁴，即羅列了各種其認定的重大經濟犯罪案件。除了前開注意事項外，在「國民涉嫌重大經濟犯罪重大刑事案件或有犯罪習慣不予許可或禁止入出國認定標準」及「法務部調查局重大經濟犯罪案件認定要點」等相關法令中，其實也都提到了如何界定經濟犯罪。管見以為，經濟犯罪之內涵，確實難以界定，但我們可以從幾個經濟犯罪的特性來描述

¹⁴² 林東茂，經濟犯罪之研究，第 11 頁，初版，1986 年。

¹⁴³ 許永欽，新興經濟犯罪與防制，台灣本土法學 101 期特刊，第 10 頁，2007 年 12 月。

¹⁴⁴ 二、下列案件為重大經濟犯罪案件，適用本注意事項之規定：

(一) 犯下列各目之罪，犯罪所得或被害金額達新臺幣五千萬元以上，或被害人數達五十人以上，足以危害社會經濟秩序者：

1 刑法第一百九十五條、第一百九十六條、妨害國幣懲治條例第三條之罪。

2 刑法第二百零一條、第二百零一條之一之罪。

3 刑法第三百三十六條第二項之罪。

4 刑法第三百三十九條、第三百三十九條之三、第三百四十條、破產法第一百五十四條、第一百五十五條之罪。

5 刑法第三百四十二條之罪。

6 證券交易法第一百七十一條、第一百七十四條之罪。

7 期貨交易法第一百十二條之罪。

8 銀行法第一百二十五條、第一百二十五條之二、第一百二十五條之三、第一百二十七條之二第二項之罪。

9 金融控股公司法第五十七條至第五十八條之罪。

1 0 票券金融管理法第五十八條至第五十九條之罪。

1 1 信託業法第四十八條至第五十條之罪。

1 2 信用合作社法第三十八條之二、第三十八條之三、第四十條之罪。

1 3 保險法第一百六十七條、第一百六十八條之二、第一百七十二條之一之罪。

1 4 農業金融法第三十九條、第四十條之罪。

1 5 金融資產證券化條例第一百零八條、第一百零九條之罪。

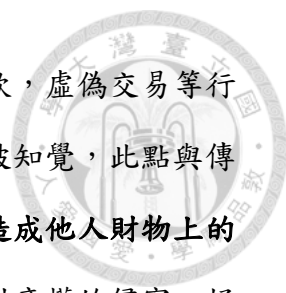
1 6 證券投資信託及顧問法第一百零五條至第一百零八條、第一百十條之罪。

1 7 稅捐稽徵法第四十一條、第四十二條之罪。

1 8 懲治走私條例第二條至第六條、第八條之罪。

1 9 管理外匯條例第二十二條之罪。

(二) 違反經濟管制法令，或以其他不正當方法，破壞社會經濟秩序，情節重大之案件，經報請各該檢察署檢察長核定者。




之，首先經濟犯罪係不具備暴力性的，其手法可能夾雜證券詐欺，虛偽交易等行為，但並不行使暴力行為，也正因此特性使得經濟犯罪較不易被知覺，此點與傳統犯罪通常具有罪力性即有所區別；其次，經濟犯罪的結果會造成他人財物上的損失，此種財物損失的涵義較廣，並非如同傳統犯罪下直接對財產權的侵害，好比進行公司掏空資產時，會藉由合法交易的手法，透過高買低賣來侵蝕公司之資產，使公司蒙受損失；再者，如同上開學者所提及的，經濟犯罪另一特性即是危害經濟秩序，蓋經濟犯罪的出現易擾亂交易原有之穩定性，造成市場之恐慌，使市場參與者喪失參與市場之信心，而此點正是經濟犯罪日益受到重視之原因，蓋經濟犯罪爆發後，除了被掏空之公司其資產減損外，所產生的負面消息將重挫股市投資人對於投資環境之信心，可想而知的是如股票市場必定因而大跌，於是其影響之層面亦將因而變廣，延伸而來的不景氣將使得更多人受其所害。

而我國自 1998 年第四季起發生多起上市、上櫃公司負責人及內部相關人員，利用職務上之便挪用公款或掏空公司資產，導致發生財務危機之事件（如臺肥案¹⁴⁵、華夏租賃案¹⁴⁶），嚴重影響企業經營及金融安定，且損及廣大投資人權益，行政院便於 1999 年初核定「強化經濟體質方案」，認為應該嚴懲重大經濟金融違法案件當事人，並加重企業董監事之民事賠償與相關刑事責任。¹⁴⁷因此，財政部並於 88 年 7 月 5 日台財字第 26121 號函提出證交法第 171 條修正案，納入第 1 項第 2 款規範公司董事、經理人等之非常規交易行為，函請立法院審議，並說明：「鑑於公開發行公司之董事、監察人、經理人及受僱人等人員，若有利用職務之便挪

¹⁴⁵ 「台灣肥料公司成立於 1946 年。依經建會排定的民營化時間表，於 1999 年 9 月 1 日正式民營化。由於其擁有的大筆土地資產在重估後，預計達新台幣一千億以上，以總股數七億股計算，每股淨值在新台幣 142 元以上，因此引發起國內外相當的重視。然而，歷經 1998 年 3 月；1999 年 8 月二次成功釋股，財務狀況及營運狀況均稱健全的台肥，卻在 1999 年 10 月 13 日爆發疑似母子交叉持股、抄作股價掏空案，短短一個多月的時間內，由民營化優等生變成留校察看。掏空案發生後，經濟部以快刀斬亂麻的迅度撤換主導公司運作的董事長謝富生，同時連帶撤換官股代表董事。」參考林青青·徐安平，由台肥案論我國公營事業民營化，網址來源：<http://www.twse.com.tw/ch/products/publication/download/0001000040.htm>，最後瀏覽日：103/6/3。

¹⁴⁶ 華夏租賃為資本額 15 億 5 千萬之公司，卻在 1999 年間被爆不良放貸近 10 億，虧損近半個資本額，參考商業周刊第 622 期，華夏租賃 9 億呆帳大追蹤。

¹⁴⁷ 立法院第 4 屆第 2 會期財政、經濟及能源、司法三委員會第 1 次聯席會議紀錄，立法院公報，88 卷 51 期 3051 號下冊，285-308 頁。



用公款或利用職權掏空公司資產，將嚴重影響企業經營及金融安定，損及廣大投資人權益，實有嚴予懲處之必要...」因之，立法院於 89 年度修訂證券交易法（下稱證交法），增列第 171 條第 1 項第 2 款。由此立法歷程可知，該款規定有意在保護一般投資大眾之權益及證券市場與金融秩序之穩定。在立法上出現的嚴懲聲浪，遇上優惠公司董事之商業判斷法則，想必會激發出一定之火花。

第二節、經濟防罪可能之防制措施

當股東把自身的財產換取成為公司的股份時，就相當於將自身得運用的金錢轉讓給公司運用了，當然股東可藉由股份行使其股東權，但就實際的公司經營，則係交由專業的經營者即董事，這種將經營與所有分開處理的情形，在公司法上稱之「經營所有分離原則」。在此原則下其實有兩難之處，當董事在經營所使用的完全是他人的資源時，公司的成敗與其自身利害關係即無直接強大的利害關係，簡單來說，即便公司經營失利，敗掉的也不會是經營者自身的財產。但若董事本身亦是大股東時，在經營公司的目的上，難保該經營者係為當下自身之股東利益而進行經營之決策，而非以公司長遠之最大利益為其前提。是故，無論董事對於公司股份的多與寡，都會有其在制度規劃上的難題。

公司制度之設計有困難之處，在經濟犯罪之防制更是如此。雖然言之為犯罪，但並不必然表示須完全依賴刑法處理。甚至，亦曾有過反對以刑事責任來追訴經濟犯罪的想法，其理由不外乎，投資公司並不具強制性，亦即，當投資人不信任公司經營者時，可選擇不投資或是賣出股票，讓自己不至於成為股價下跌之受害者；此外，刑事追訴有可能帶來寒蟬效應，亦即對經濟犯罪者祭出刑事責任，很可能完全地壓跨一家公司，此時會帶來更多失業及經濟的問題，在安隆案中倒掉的安達信會計事務所（Arthur Andersen LLP）即是如此¹⁴⁸。是故，防制經濟犯罪，刑事追訴並非唯一解；事實上，我們在因應經濟秩序的維護上其實有許多可能採取

¹⁴⁸ See David O. Friedrichs, *Trusted Criminals: White Collar Crime In Contemporary Society* 313-314 (2009).

之手段，以下即分別介紹之。



第一項、公部門的防制方式¹⁴⁹

第一款、刑事訴追

刑事責任是在所有管制手段當中，最具有威嚇效力的。因為刑事責任除了鉅額的罰金外，透過自由刑之處罰，將會剝奪掉這些經濟犯罪者（通常即為白領階級）的珍貴自由，而正是讓此等犯罪人最害怕的。在孫道存的欠稅執行案例中，當祭出管收之手段時，拖欠已久的稅款竟可立即償還，著實耐人尋味，此案例雖非施以刑事訴追，但看得出來白領者對於失去自由的恐懼¹⁵⁰。

刑事責任雖然效果強大，但在使用上仍有其困難之處，好比上開所說的可能因刑事訴追的結果造成公司倒閉而引來後續的經濟秩序問題。此外，刑事責任的認定，實務上要求就有罪之判斷須達「毫無合理懷疑之確信」的程度，而經濟犯罪之訴追，首先要面對的即是經營專業的問題，又如非常規交易罪之認定，在公司經營運作中，究竟何種交易係屬不合營業常規，現實上無法斷然區分，此外，在掏空公司資產的過程中，常會使用複雜化的交易手段來加以掩蓋，如何在複雜的金流過程中發現發覺這些問題交易，也是一大困難，實務上重大經濟犯罪之爆發，若非重大之資金缺口，否則即為相關人士爆料¹⁵¹。另外在舉證上，關鍵的交易資料都留存在公司內部，要蒐集發現作為證據並非易事。是故，刑事處罰之效果固然強大，但能否有效地使用仍是問題。為此，我國在刑事訴追手段上也作了相應之策略，比如在金管會中設置駐會檢察官，讓金融監理機關得隨時就相關問

¹⁴⁹ 公私部門的分類方式，參考許耀云，公開發行公司經濟犯罪之跨部門監控，台大碩士論文，2011年1月。

¹⁵⁰ 見今日新聞「明明就有錢！孫道存欠稅 2.95 億全部清償」，

<http://www.nownews.com/2010/03/22/91-2582671.htm>，最後瀏覽日：102年1月20日。


¹⁵¹ 如太電案之所以開始偵查，即係以一封不知名之檢舉信為開端，見商業週刊第 892 期，錢密碼詭計- 回顧太電案。<http://www.businessweekly.com.tw/webarticle.php?id=19510>，最後瀏覽日：2012/2/18。

題交易進行討論，將金融與法律之專業加以結合。此外，培養偵查人員之金融專業亦為相應手段之一。我國近來在檢察事務官的招募上增加了許多金融專業背景之人員，在偵查工作之協助上應有相當助益；再者，我國亦為作為偵查主體之檢察官安排了許多金融專業講習課程，用以提升檢察官之金融專業知識，再貢獻於經濟犯罪之刑事訴追上。

第二款、行政管制

我國對於經濟犯罪最主要的行政管制力量，即為金融監理的主管機關——金融監督管理委員會（簡稱：金管會）。其組織上之監理單位可再分為銀行局、保險局、證期局及檢查局。其中銀行局及保險局主要負責對銀行業及保險業之監理工作，而檢查局負責金融機構的監督及檢查，證期局則處理證券交易市場監理、不法交易查核等案件。而行政管制的力量，也常是在經濟犯罪中常被倚重者。2008年時從美國的次級房貸開始引起了一連串的金融風暴，尤其雷曼兄弟的倒閉更是令世界嘩然。雖然在這次的風暴並未有任何公司或個人遭到刑事責任的制裁，但其對經濟秩序的危害，已是重重一擊。這一波金融海嘯的緣起，其實就有不少批評的聲浪把矛頭指向了美國自雷根時代起所採取的「去管制化」措施。所謂的去管制化，想法其實很簡單，就是把政府加諸於企業上的行政管制束縛加以解除，給企業最大的自由空間去求追求自己的利益，讓市場機制作最大的發揮。在一波去管制化的思潮化，批評聲浪最大的即在於對金融業的去管制化。銀行業的賺錢的方式其實相當簡單，即透過吸收大眾的存款，再適當地放款出去，透過放款利息的收取，來賺取支付存款利息後的價差，所以銀行業經營之重點核心，即放款對象的慎選。銀行業因為其資金來源係吸收自社會大眾之存款，且其操作槓桿又高，在巴塞爾協定下，對銀行資本適足率的要求係為百分之八¹⁵²，意即銀行用 10 塊錢

¹⁵² 巴塞爾協議內容可參考金管會網站之中文版本，
http://www.fsc.gov.tw/Layout/main_ch/News_NewsContent.aspx?NewsID=20854&path=2117&LanguageType=1，最後瀏覽日：2012/2/18。




的資本，就能去作 125 塊錢的生意，若其放款不慎，即會傷及社會大眾之存款，也正因如此，對於金融業的行政管制，會比起其它一般企業來得更多。而次級房貸金融風暴即在於，因為 CDO（違約信用交換）及證券化的影響，使得銀行業大舉地對購屋能力較差者給予購屋貸款，CDO 的設計讓銀行業的以把風險完全移轉出去，但移轉風險並不等於除去風險，只是透過制度設計，將風險轉嫁予保險單位，當大部分的銀行業都投入次級房貸的市場時，整個無法還款的風險所影響的層面即越來越廣大，於是若當購屋者因為資力負荷不足，開始無法定期還款時，將會引起一連串的連鎖反應，等到全面爆發時，便使得雷曼兄弟這樣的金融巨人也倒下了。

在紀錄整個次級房貸風暴的紀錄片「Inside Job」中，即把首要的矛頭指向了行政管制。亦即，對於銀行大肆地對信用能力較差者給予貸款，卻未有任何行政力量加以制止，蓋在這種風潮下，我們無法期待銀行業的自我克制，畢竟在去管制化的風潮化，積極地追求利潤便是主要目標，但風險的掌控卻反倒為大家所忽略了。若是行政管制的力量在此時適時地介入，管控銀行業放款的對象，若許即能有不同的結果，是故，行政管制之力量乃不可小覷者。

金管會在我國所扮演的角色，除了平時對金融業及公開發行公司的管制外，也包含了對司法機關提供行政調查的協助。對於公開發行公司主要的規範法律即為證券交易法，而同法第 3 條也明定其所稱之主管機關為金管會。證券交易法的立法目的即在於發展國民經濟與保障投資，所以對於公開發行公司有諸多資訊透明化之規範，如公司財報的定期揭露及禁止內線交易與炒作股價之規定。而在行政調查部分，於行政院金融監督管理委員會組織法第 5 條¹⁵³即規定了有金管會的行政調查權，其可對「金融機構及其關係人」與「公開發行公司」要求提供有關帳簿、文件等資料，或是要求被檢查者至指定辦公處所備詢，甚至可經檢察官許

¹⁵³ 該組織法已於民國 100 年 06 月 29 日修正全文 18 條，並自民國 101 年 7 月 1 日施行。但第 5 條部分並未有重大修改。



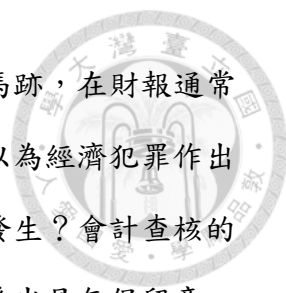
可，向該管法院聲請搜索票，會同司法警察實施搜索。其中或是妨礙、規避或拒絕檢查、拒不提示有關資料或無正當理由而拒不到場備詢者，得處 5 萬元以上 25 萬以下罰鍰，並得按次連續處罰。透過行政調查之協助，似乎得以補足檢察官在追訴犯罪上能的專業不足，但現實上此等行政調查之設計仍有幾點值得討論：如調查的對象並不及於公開發行公司之關係人，而且以組織法之方式賦予行政調查權，立法上亦非妥適。

第二項、私部門的防制方式

第一款、會計查核

在現行的證券交易法要求下，公開發行公司均須定期公開其財報，財報雖係由公司內部所製作，但仍須經會計師的審核。財務報表係指資產負債表、現金流量表、損益表及股東權益變動表共四種報表，而會計師須就公司所提出的此四種報表進行查核，再出具其意見書，查核意見書依「一般公認審計準則」可分為無保留意見、修正式無保留意見、保留意見、否定意見及無法表示意見幾種狀況。會計師亦可能透過此編製此等報表之過程，去檢視公司的經營狀況是否有異常，而且會計師係為具備相關專業知識之人，若公司之經營階層有異常的舉措，通常在財務報表上可略知一二。以博達案為例，博達公司係透過虛偽交易模式產生假營收，藉以提升股價，所以博達實際上並未有現金之收入。故在博達之會計表冊上，博達的營收大部分是屬於應收帳款，再把這些應收帳款以附條件的方式出賣給外國銀行製造其資產上有大筆外幣定存的假象。但在帳面上資產甚多的情形下，博達卻仍有大筆之借款，甚至為這些借款須負擔 4 億左右的利息¹⁵⁴，此即不合常理。蓋若有充足之資產得以利用，為何仍以定存方式處理卻不清償該等借款造成無謂的利息支出，且定存的銀行又係遠在國外的外國銀行，而不選擇國內交

¹⁵⁴ 參考博達科技 92 年度財報。



易行為較為方便之銀行，這些都是令人懷疑之處。而這些蛛絲馬跡，在財報通常均會有一定痕跡可循，是故，透過會計師的查核把關，應該可以為經濟犯罪作出先期的預防行為才是。但為何仍會有博達案及太電案此等弊案發生？會計查核的問題何在？蓋在實際簽發會計查核意見書的情形，會計師大都係出具無保留意見，至於保留意見或否定意見等不利於公司財報的情形幾乎不會出現，畢竟查核後的財報是要公諸於大眾的，所有公司理所當然都是以其財報經會計師審核無誤為理想，沒有公司會願意將被會計師否定的財報公諸於市場上，如此一來即相當於拿石頭砸自己腳。而且查核會計師仍係受僱於公司，雖說專業人士應具備一定程度之獨立性，但不可諱言會計師仍會有受公司影響之可能，即便會計師堅持己見，要出具不符公司期待之查核意見書，公司仍可透過更換會計師的絕招來避免自己的問題報表曝光；再者，會計報表的製作而係受查核公司所為，仍可能透過虛偽不實之報表來欺瞞查核會計師。但上開諸點都不應作為會計師完全免除責任的理由，在實際的經濟犯罪中，其實常見的反倒是會計師與公司的勾結¹⁵⁵，會計師作為專業人士，即應為其查核結果背負相關責任，若會計師無法視破公司財報的詭異之處，如何期待一般之社會大眾得以為之。

第二款、公司內控

公司內控乃是指公司內部之控制稽核制度，透過此等內控機制以要求公司內部運作遵循一定之作業程序，如交易之進行應該經由那些部門或層級之授權、公司資金之運用是否有管控之程序、財務部門首長是否有其獨立性等，透過此種規範來避免公司有舞弊之可能。其實公司內控之設計也會受行政管制的力量影響，如我國金管會即公布了「公開發行公司建立內部控制制度處理準則」，要求公開發行公司應遵照相關的規範建立內部控制之制度。良好的公司內控，即應有明確的權限劃分及內部稽核，避免讓公司之經營權限落入少部分人之手中而無所限制，

¹⁵⁵ 如力霸案之情形。

若公司經營決策之作成均受制於少數人而無所管制，其舞弊之機會即大大提升。如太電案中，太電公司的資金運用幾乎全落入胡洪九之手，孫道存對於公司之營運均未加以關心¹⁵⁶，且未有良善的內部稽核去發現其不肖之經營行為，此即為公司內控不完足之適例。

公司內控乍看之下猶如公司自我設限，但實際上若公司能有良善之內控，舞弊之機會因而減低，其經營決策受信賴之程度即可隨之提高，投資人自然會選擇較可信賴之公司，畢竟人人都害怕地雷股，是故，有良好內控的公司在吸收資金上亦較為可行，亦將有助其公司規模之增加及未來長久之營運。

第三款、吹哨者機制

所謂吹哨者 (whistle blower)，泛指將不法情事透露給第三者知悉之人，在公司治理的領域中即是揭露公司弊端者¹⁵⁷。在安隆風暴之後，美國即致力於推動沙賓法案，而吹哨者之保護即為沙賓法案之重點內容之一¹⁵⁸，足見吹哨者在經濟犯罪防制上具有相當之作用。蓋經濟犯罪多藏於公司之經營行為之中，掏空公司資產常會以合法交易加以掩飾，一般人其實並不熟悉公司營運之狀況，難以查覺其弊端，且相關舞弊之資料證據也多存於公司內部。是故，公司之舞弊情事，若由相關經手之人員揭發，在查緝經濟犯罪上便來得容易許多。另根據國際會計師事務所 PricewaterhouseCoopers LLP (PwC) 在 2011 年對全球 54 個國家、共 3000 多家公司，以問卷方式進行調查之經濟犯罪調查報告中，在 2011 年部分，即有 5% 是由吹哨者揭發經濟犯罪之情事，比例上似乎仍在少數，但實際上尚有 18% 的部分是由內部人或外部人的密告 (tip off) 揭發了經濟犯罪¹⁵⁹。此一比例上的差異，

¹⁵⁶ 參考方萬富，淺談利用境外紙上公司從事犯罪問題，檢察新論，第 10 期，2011 年 7 月，頁 119-120。

¹⁵⁷ 參考許耀云，見前揭註 149，頁 78。

¹⁵⁸ 謝棋楠，英美法國家對吹哨者合法爆料行為之認定：評最高法院 98 年臺上字第 1042 號判決，台灣勞動評論 3:1 期，2011 年 6 月，頁 35-36。

¹⁵⁹ 參考

http://www.pwc.com/en_GX/gx/economic-crime-survey/assets/GECS_GLOBAL_REPORT.pdf，最後瀏覽日：2012/2/19。

似乎透露了一般人仍不願採取較為正式的吹哨者制度，匿名的密告方式仍為較令人安心之作法。現實上，太電案的開端，也是透過一封匿名檢舉信為之¹⁶⁰。若是在吹哨者的制度設計上能落實吹哨者之保護，並強化吹哨者之誘因，將更有利吹哨者制度之建立，讓這些接近資訊者勇於揭露不法之情事¹⁶¹。

第三項、小結

對於經濟犯罪之防制，其實並無法單靠以上任一種防制方法完成，現實上每種制度都有其不完足之處，甚至每種防制方式也都息息相關。比如在刑事司法追訴上，檢察官對於金融專業的欠缺，可以透過行政管制當中的行政調查來協助其追訴之進行，補足金融專業不足之部分；而會計查核的進行，某程度也在檢視公司的內控機制是否健全，而行政管制亦得透過規範之頒行要求公司落實內控之執行；又健全的公司內控機制，必然也包含員工內部通報之機制，此部分與吹哨者之保護又是緊密相依。所以，重點並不在於選擇何種防制方式，而是如何進行完善之配套。然而，不可諱言地，強化經濟犯罪之刑事追訴手段似乎是現今法制之趨勢，這也正是證交法在刑責上不斷加重的原因，但就經濟犯罪的管制，全然託付予刑事追訴手段是否妥適，效果最強的手段不一定就等於最有效的方法，以下也將繼續探討證交法上之非常規交易及特殊背信侵占罪之相關規定，是否足以達成其防制經濟犯罪之想法。

第三節、非常規交易罪及特殊背信侵占罪

我國於民國 89 年 6 月 30 日修正時增訂了證交法第 171 條第 1 項第 2 款，規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害。處七

¹⁶⁰ 參考前揭註 151。

¹⁶¹ 有關吹哨者法制之介紹，參考陳文智，試論「吹哨者保護法制」之引進，全國律師第 11 卷第 6 期，2007 年 6 月。

年以下有期徒刑，得併科三百萬元以下罰金」。於 93 年 1 月 13 日，第 171 條再次修正，增訂第 1 項第 3 款，規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產。」並將刑度提升為三年以上十年以下有期徒刑，得併科一千萬元以上二億元以下罰金；如犯罪所得達新臺幣一億元以上時，處七年以上有期徒刑，得併科二千五百萬元以上五億元以下罰金。於 100 年 12 月 12 日時，第 3 款之規定修正為：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受損害達新臺幣五百萬元。」¹⁶²法律效果則未再變化，其刑度亦為三年以上十年以下有期徒刑，得併科一千萬元以上二億元以下罰金，此等罪刑處罰之重，間接透露出對於經濟犯罰加以嚴懲的決心。

關於證交法第 171 條第 1 項第 2 款，即為「非常規交易罪」¹⁶³之規定，而就同條項第 3 款之規定，有學者稱之為「背信與侵占之加重類型」¹⁶⁴，或稱為「掏空公司資產犯罪」¹⁶⁵，本文對於第 3 款之行為，暫以「特殊背信侵占罪」稱之，蓋此名稱較著重於該行為對公司所造成之傷害，至於其是否屬於背信與侵占之加重或特別類型，亦將一併討論。

證交法上之非常規交易罪，並非率先或唯一使用「不合營業常規」之用語者，現行法上有關不合營業常規之用語，尚有：1、**所得稅法第 43 條之 1**：「營利事業與國內外其他營利事業具有從屬關係，或直接間接為另一事業所有或控制，其相互間有關收益、成本、費用與損益之攤計，如有以不合營業常規之安排，規避或減少納稅義務者，稽徵機關為正確計算該事業之所得額，得報經財政部核准按營

¹⁶² 證券交易法之立法沿革請參照立法院網站之法律系統，網址：

<http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@@@1804289383> 最後瀏覽日：102 年 1 月 19 日

¹⁶³ 非常規交易罪之用語參考，林志潔，論證券交易法第一七一條第一項第二款非常規交易罪，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011 年 12 月。

¹⁶⁴ 參考劉連煜，新證券交易法實例研習，增訂 9 版，2011 年 9 月，頁 362。

¹⁶⁵ 參考郭土木，非常規交易與掏空公司資產法律構成要件之探討，月旦法學雜誌第 201 期，2012 年 2 月。

業常規予以調整。」2、**公司法第 369 條之 4**：「控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害者，應負賠償責任。」**第 369 條之 7**：「控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營者，如控制公司對從屬公司有債權，在控制公司對從屬公司應負擔之損害賠償限度內，不得主張抵銷。」3、其他向大眾獲取資金以從事資產管理及運用，具有高度公益性之銀行業、信託業、保險業及證券投資信託事業等金融機構，亦有相關刑事及行政處罰規定。如證交法第 174 條、銀行法第 32、33、33 條之 1、33 條之 3、127 條之 1；信託業法第 7、25、27、50、54 條；保險法第 146 條之 3、第 168 條第 2 項；證券投資信託基金管理辦法第 12、35 條¹⁶⁶。由此可知，不合營業常規之用語，並非證交法所獨創，而已可認之為具有一定內涵之法律概念。當然證交法上所規範之非常規交易，其用意與所得稅法及公司法有所不同，所得稅法重在稅額之判斷，而公司法則為控制與從屬關係公司間之民事責任認定，然證交法之非常規交易所欲處理者，係為公司董事等人之刑事上責任。雖同稱之為「不合營業常規」，但在解釋適用上亦可能有所差異¹⁶⁷。而就證交法上之非常規交易罪通常認為係為刑法第 324 條背信罪之特別規定¹⁶⁸；而就證交法之特殊背信侵占罪，則認其為背信罪及侵占罪之特別規定¹⁶⁹，此等見解是否妥適，以下將逐一討論之。

¹⁶⁶ 參考郭土木，同前註，頁 124 的註腳 3。

¹⁶⁷ 如刑法「公然猥褻罪」與「強制猥褻罪」雖同有「猥褻」之用語，但前者重於社會法益之保護，後者則著重於個人之性自主權保障，解釋上當然有所不同。

¹⁶⁸ 臺灣高等法院 96 年度金上重更(一)字第 2 號：「...因而本件所應審酌者，乃係三陽公司在決定向慶豐環宇公司購入 VMEP、廈杏摩托公司、慶洲機械公司三家子公司（PIL 及 COSMOS 為控股公司），為投資決策以及價格決定之經過情形，就其決策決定之程序是否有故意違反背信罪所保護之信賴基礎以及故意違反營業常規使公司為不利益之交易作為判斷之基礎。...」。

¹⁶⁹ 臺北地方法院 96 年度矚重訴字第 3 號刑事裁定：「按證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款明定：『已依本法發行有價證券之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產』，依第 171 條論處，其構成要件包括：1. 為公開發行公司董事、監察人或經理人的行為；2. 意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為，或為侵占公司資產之行為。又本款為刑法背信罪（第 342 條）、侵占罪（第 335 條、第 336 條第 2 項）之特別規定，則就背信部分之構成要件應與刑法第 342 條背信罪相同，亦應以損害本人之財產或其利益為構成要件之一。」。



第一項、立法目的及保護法益

第一款、背信罪之立法目的及保護法益

非常規交易罪及特殊背信侵占罪既然我國實務上均認之為**背信罪**之特別規定，為求了解非常規交易罪及特殊背信侵占罪之內容，自應先行探求背信罪之本質為何。刑法第 342 條背信罪之規定為：「**為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者**，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」該條係規範於詐欺背信及重利罪章，從條文體系看來，背信罪應仍屬於保護**個人財產法益**之犯罪。而學說上對於背信罪之罪質亦多有討論，對於背信罪之處罰，究竟係因為行為人「違背任務」亦或係其「濫用權限」，又或者是因為其它原因，以下則分別討論之。

對於背信罪之本質，在早期德國刑法學界及實務界有不同之見解：學術界係持「濫用理論」(Missbrauchstheorie)，又可稱為權限濫用理論，認為**背信行為之本質即在於權利之濫用**，行為人基於法律原因，而對他人之財產擁有處分權時，背信行為即是對於這種財產處分權濫用，因而造成他人財產上損失。另一方面，德國實務界則採「背託理論」(Treubruchstheorie)，又可稱為信託違背理論，其認為**背信行為之本質係為信託義務之違背**，行為人基於法律原因，或其他事實原因，因而負有經營或管理他人財產義務時，背信行為即是指違背此種信託義務的失信行為¹⁷⁰。進一步來看，上述兩種說法各有所長，前者著重於權利面之觀點，後者則係從義務面出發，然權利與義務之間乃一體之兩面，故背信之本質應兼含信託權利的濫用與信託義務之違反。易言之，背信行為致他人財產的損失，其不法內涵的本質不只是濫用權限，而且也兼含背託失信。因此，乃引致德國刑法修改背

¹⁷⁰ 參照 Blei, BT, S. 257 轉引自 林山田，刑法各罪論（上），修訂五版，2005 年，頁 450。

信罪條款，使背信罪兼含濫權與背託兩個本質，亦即背信構成要件包括濫用構成要件與背託構成要件，行為人只要該當兩個構成要件當中之二者，即可構成背信罪¹⁷¹。是以，濫用理論與背託理論之對立，乃轉化為濫用理論與背託理論之綜合¹⁷²。

第二款、非常規交易罪之立法目的及保護法益


從以上脈絡看來，背信罪之處罰本質，是在於濫用權限或背託失信，相對以觀，證交法上之非常規交易罪，其處罰本質是否亦係因為公司董事對於公司有濫用權限或背託失信之情事？確實，在非常規交易罪之案例情事中，公司董事確實應會對公司有濫用權限或背託失信等行為，畢竟公司董事係透過股東會選舉而來，對於公司應負有上述之受託義務等，而公司董事可能係濫用自身對公司所享有之經營權限，令公司從事不利益且不合營業常規之交易，或係違背對於公司所應負之受託義務，但是否因此可直接認非常規交易罪係為背信罪之特別規定，在此應先打個問號？蓋非常規交易罪之刑責相較於刑法上之背信罪來得更為嚴重，且從證交法修法增訂第 171 條第 1 項第 2 款之理由亦不難發現係著重於投資大眾及金融秩序之保護，是以，非常規交易罪之處罰本質，究係因為公司董事對於公司出現了濫有權限、背託失信之行為，又或者係因為公司董事此等行為破壞了證券市場及金融秩序應有之和諧，若欲直接認為非常規交易罪與背信罪間具有特別普通之關係，似有疑義。

再從兩者之保護法益來看，無論背信罪保護之重點係著動於違背任務及濫用權限之行為，其所保護之對象並未溢出個人財產法益之範圍¹⁷³。反觀非常規交易罪於 89 年立法之初，立法理由中即提及：「一、本條原規範之刑責，其低刑度可處罰金，顯不足以嚇阻違法，爰參照銀行法第一百二十五條規定，提高其刑度，將罰金刑修正為新臺幣。另就違反第一百五十七條之一之刑事責任，依第一百七

¹⁷¹ 參照 Sch/Sch, §26, Rn. 2 f.; Wessels/Hillenkamp, BT-2, Rn. 749 f. 轉引自 林山田，同前註，頁 450-451。

¹⁷² 參照 林山田，同前註，頁 451，2005 年。

¹⁷³ 參照 林山田，同前註，頁 450。




十五條規定，僅為二年以下有期徒刑，相形之下，顯然無從發揮嚇阻犯罪之功能。爰將違反第一百五十七條之一第一項禁止利用內部消息買賣公司股票圖利之規定之刑罰由第一百七十五條移列本條第一款，並提高其最高刑度為七年以下有期徒刑。二、已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不合營業常規或不利益交易行為，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處，爰增列處罰。」對於公司而言，犯非常規交易罪之公司董事確實有可能符合背信之行為，然非常規交易罪之保護對象應不僅限於該公司，而係更廣泛之投資大眾及社會金融秩序。是故，非常規交易罪之保護對象應不僅限於所受損害之公司，而係廣大地包含了社會投資大眾，又非常規交易罪之刑責為三年以上十年以下有期徒刑，若犯罪所得達新臺幣一億元以上者，甚至加重為七年以上之有期徒刑；相較刑法第 342 條背信罪之規定，其刑度則為五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金，對照之下，非常規交易之處罰顯然來得嚴重許多。事實上，證交法第 1 條即開宗明義地言明立法目的為發展國民經濟，並保障投資。¹⁷⁴當保護對象擴及於社會投資大眾而非單純之個人財產法益時，想必已難再稱非常規交易罪為刑法背信罪之特別規定。

第三款、特殊背信侵占罪之立法目的及保護法益

特殊背信侵占罪依前開學說及實務見解，認為其係刑法背信罪與侵占罪之特別規定，有關刑法背信罪之處罰本質及保護法益已如上述，是計對行為人濫用權限或背託失信之行為，所保護之法益，亦屬個人的財產法益。而特殊背信侵占罪若為背信及侵占之特別規定，兩者在罪質及保護法益上應相去不遠。

學說上認為侵占罪與竊盜罪一樣同為取得罪，與竊盜罪不同之處在於侵占者已持有他人之物，所以無須再行破壞他人對物的持有支配關係，是其處罰本質應

¹⁷⁴ 證交法第 1 條：「為發展國民經濟，並保障投資，特制定本法。」



在於對他人財物所有權之侵害，所欲保護的法益亦屬個人之財產法益¹⁷⁵。至於特殊背信侵占罪，若是不能對此種犯罪行為加以防範，所可能影響之層面不單是公司資產的減損，尚會直接影響到股票價格與投資大眾對公司信譽之評估。更嚴重的情形是，因為掏空案件的發生必定會使得公司股價重挫，讓投資人血本無歸。如此一來，投資市場之風險將更為提升，因為在放任公司董事為特殊背信侵占犯罪的情形下，隨時都可能有案件爆發，投資市場將變得深不可測，佈滿風險，投資人將因而對投資市場失去信心，而不願意將金錢投入證券市場，不僅會造成證券市場之萎縮，影響到證券市場集中資本及促進國民經濟發展之功能。是以，特殊背信侵占罪本身之立法目的應與非常規交易罪相去不遠，應亦係在於預防經濟犯罪之發生，保障投資大眾及金融秩序。蓋掏空公司資產確實亦附隨著侵占之情事，然特殊背信侵占罪之目的應不僅在保護遭侵占之公司，更應含括因此而間接受影響之社會投資大眾。

若仍沿襲前開將特殊背信侵占罪單純當作背信罪與侵占罪之特別規定之說法，在此脈絡下，容易將特殊背信侵占罪的保護法益限縮於個人財產法益，如此之觀察可能難以實現特殊背信侵占罪於立法時所欲達成保護投資大眾之目的。是以，在特殊背信侵占罪之觀察中，不可僅因其構成要件較特別於傳統刑法上之背信罪，而認特殊背信侵占罪亦純屬保護個人財產法益之規範。特殊背信侵占罪在構成要件上因為主體的限制使得適用上較傳統背信罪更來得限縮，但這正係因為特殊背信侵占罪的保護目的已外擴至投資市場之保護，所以才為此等限縮及加重，故雖為傳統背信罪之特別規定，但在保護目的上仍應有所分別。

¹⁷⁵ 參考林山田，見前揭註 170，頁 419-420。



第二項、構成要件內容

第一款、刑法背信罪與侵占罪之構成要件

刑法第 342 條背信罪之規定為：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為**違背其任務**之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」關於本罪之成立，首先須以「**為他人處理事務之人**」作為行為主體，而所謂事務，本罪即在於保護財產法益，自應**限於財產上之事務為宜**。而處理事務之原因，通說原則上認為並不受任何限制，故依據法令的規定，或法律行為，或其他事實的信託關係等，均包含在內。行為人主觀上，除故意之外，則須具備「為自己或第三人的利益」或「損害本人利益」的不法意圖作為其**特別之主觀要件**。

刑法第 335 條為普通侵占罪之規定，其內容為：「意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」故侵占罪之行為人首先須為持有他人之物者，且有「易持有為所有」之侵占行為；主觀上行為人除故意之外尚須具備與竊盜罪相同之不法所有意圖此等特別主觀要件。

銀行法上之背信罪，即為銀行法第 125-2 條規定：「銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為**違背其職務**之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。

銀行負責人或職員，二人以上共同實施前項犯罪之行為者，得加重其刑至二分之一。

第一項之未遂犯罰之。

前三項規定，於外國銀行或經營貨幣市場業務機構之負責人或職員，適用之。」

綜合上開條文可發現，各種背信罪之構成要件均有「違背任務」或「違背職務」以及「意圖為自己或第三人不法之利益」、「損害本人之利益」等要件，此等要件在證交法上之特別背信侵占罪亦可發現¹⁷⁶。是以，如何解釋主觀上之「意圖為自己或第三人不法之利益」以及客觀上是否屬「違背任務」，即為適用背信罪時應注意之點。

第二款、非常規交易罪與特殊背信侵占罪之構成要件

第一目、非常規交易罪部分

非常規交易罪禁止公司相關人員為不合營業常規交易，其構成要件包括：1、須為公開發行公司之董事、監察人、經理人或受僱人的行為；2、須以直接或間接方式，使公司為不利益的交易，且不合營業常規；3、系爭交易使公司遭受重大損害。關於本罪常見之討論，以下分別介紹之：

一、適用範圍為公開發行公司，故不論上市、上櫃或興櫃均包含在內，相較於內線交易、操縱市場之規定，非常規交易罪之適用範圍較廣¹⁷⁷。

二、規範對象為董事、監察人、經理人或受僱人，故若非屬上開規定之人，自不適用非常規交易罪之處罰，例如未擔任公司職務之大股東，即不在本罪之適用範圍內。此與內線交易及歸入權對於規範對象均涵蓋大股東之情形有所不同¹⁷⁸。即有學者認為，本款立法之目的，係為防止對公司決策有影響力之人，不當使用其控制力量，以侵害公司及股東權益。因此，如有大股東實際操控公司經營，或影響重大決策者，雖不具董事、監察人或經理人名銜，仍應為列入本款適用對象較妥。雖然非常規交易罪未將大股東納入規範之主體，然依現行法之處理方式，大

¹⁷⁶ 但證交法上之特殊背信侵占罪之主觀要件並未有「損害本人利益」之規定。

¹⁷⁷ 如證交法第 157 條即將規範對象限制於「上市股票」。

¹⁷⁸ 參考證券交易法第 157 條及第 157-1 條。



股東依其情形仍可能成為本款犯罪之教唆犯或共犯¹⁷⁹（刑法第 31 條）。

三、有「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」之行為：實務上此種不合營業常規間之交易，常係發生於關係企業中，至於關係企業間有關非常規交易之處理，將再另外討論。學者認為，所謂「不合營業常規交易」(non-arm's length transaction)，係指交易雙方因具有特殊關係，未經由正常商業談判達成契約，且其交易條件未反映市場的公平價格而言¹⁸⁰。而非常規交易之用語，承上所述，證交法並非首創始祖，除公司法第 369 之 4 及所得稅法第 43 條之 1 均有使用「不合營業常規」之用語外，於證券主管機關發布之「發行人募集與發行有價證券處理準則」（第 8 條第 1 項第 7 款）¹⁸¹、「公開發行公司取得或處分資產處理準則」（簡稱資產處理準則，第 17 條第 3 項）¹⁸²及證交所訂定的「臺灣證券交易所股份有限公司有價證券上市審查準則」（第 9 條第 4 款）¹⁸³等，均有「非常規交易」之用語；於資產處理準則並規定，公司如向關係人取得不動產者，應將其取得目的、必要性、預計效益、選定關係人為交易對象的原因及其他交易重要事項，提報董事會通過及監察人承認後，始得為之（資產處理準則第 14 條），並應依規定的方法評估交易成本的合理性，及辦理公告（資產處理準則第 15 至 17 條、第 30 條、第 31 條）。證交所並在其「上市審查準則補充規定」，訂定重大非常規交易的認定標準（第 10 條）¹⁸⁴。上開規定係就價格決定的程序及其合理性訂定標準，以防止不合

¹⁷⁹ 參考賴英照，股市遊戲規則-最新證券交易法解析，再版二刷，2011 年，頁 747。

¹⁸⁰ 參考賴英照，同前註，頁 748。

¹⁸¹ 第 8 條：發行人辦理第六條第二項規定之案件，經發現有下列情形之一，本會得退回其案件：七、有重大非常規交易，迄未改善者。

¹⁸² 第 17 條第 3 項：公開發行公司向關係人取得不動產，若有其他證據顯示交易有不合營業常規之情事者，亦應依前二項規定辦理。

¹⁸³ 第 9 條：申請股票上市之發行公司雖符合本準則規定之上市條件，但除有第八、九、十款之任一情事，本公司應不同意其股票上市外，有下列各款情事之一，經本公司認為不宜上市者，得不同意其股票上市：四、經發現有重大非常規交易，尚未改善者。

¹⁸⁴ 第 10 條：本準則第九條第一項第四款所規定「重大非常規交易」，係指申請公司有下列各款情事之一者，但公營事業依審計法規辦理者，不在此限：

一 進銷貨交易之目的、價格及條件，或其交易之發生，或其交易之實質與形式，或其交易之處理程序，與一般正常交易顯不相當或顯欠合理者。

二 依主管機關訂頒「公開發行公司取得或處分資產處理要點」，應行公告及申報之取得或處分資產交易行為，未能合理證明其內部決定過程之合法性，或其交易之必要性，或其有關報表揭露之充分性，暨價格與款項收付情形之合理性者。

營業常規交易之發生；惟觀其內容，仍具有相當彈性，亦留下爭議之空間¹⁸⁵。是亦有學者認為，本款非常規交易常見之適例即為不動產及未上市、櫃股票的高買及賤賣之利益輸送行為，但依其概念應不限縮於此，仍須待法院於個案中以判決加以具體補充¹⁸⁶。

四、犯罪結果部分須「致公司受有重大損害」：客觀上須令公司受有重大損害，非常規交易罪才有該當之可能。然就公司董事進行非常規交易罪追訴的源頭，向來通常即附隨著公司的巨大損失，如在財務報表上出現了少見的虧損，始因而就相關交易行為進行調查，故令公司受有重大損害，亦為本罪構成要件之一。

五、主觀構成要件部分：非常規交易罪並無如同特殊背信侵占罪之規定，有特別主觀要件之規定，若單純文義理解，則非常規交易罪並非意圖犯，不以行為人有圖利自己、第三人或損害本人之意圖為要件，惟若如此解釋，則恐怕無法凸顯行為人刑事可非難性及本罪之不法內涵，蓋本罪刑責係三年以上十年以下有期徒刑，確屬刑法上之重罪，若公司董事作出之商業決定有違常規，且令公司受有一定損害，而公司董事實際上卻係為公司長遠發展而作出此決定時，其主觀上並未

三 以簽約日為計算基準，其最近五年內買賣不動產有下列情形之一者：

(一) 向關係人購買不動產，具有主管機關所訂頒「買賣不動產涉有非常規交易之認定標準」之情事者。

(二) 出售不動產予關係人，其按主管機關所訂頒「公開發行公司向關係人購買不動產處理要點」之買賣不動產涉有非常規交易之認定標準所列方法，設算或評估不動產成本結果，均較實際交易價格為高者。

(三) 向關係人買賣不動產，收付款條件明顯異於一般交易，而未有適當理由者。

(四) 申請公司所買賣土地與關係人於相近時期買賣鄰近土地，價格有明顯差異而未有適當理由者。

(五) 最近五個會計年度末一季銷貨或租賃不動產予關係人所產生之營業收入，逾年度營業收入百分之二十，而未有適當理由者。

(六) 向非關係人買賣不動產，有其他資料顯示買賣不動產交易明顯異於一般交易而無適當理由者。


四 非因公司間業務交易行為有融通資金之必要，而仍有資金貸與他人者。

前項第三款關於向關係人買賣不動產之規定，對於最近五年內其交易對象之前手或前前手有關係人身分時，亦應比照適用之。但買賣不動產之交易，其交易對象簽約取得時間，至本次交易簽約日止超過五年者，可免適用主管機關訂頒之涉有非常規交易認定標準。

申請公司有第一項所定情事，致獲得利益者，經將所獲得利益予以扣除設算後，其獲利能力仍應符合上市條件。

¹⁸⁵ 參考賴英照，見前揭註 179，頁 748-749。

¹⁸⁶ 參考劉連煜，見前揭註 164，頁 361。



有任令自己得利之意圖，僅因商業決定有違常規且令公司受有損害即負 3 年以上之刑責，並非合理。且若行為人欠缺上開意圖而不構成普通刑法上之侵占、背信罪，卻反而該當證交法上特別刑法犯罪，普通刑法之背信罪之刑度係「五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金」，換言之，最輕之刑度可能係科罰金或拘役，對照於證交法上之非常規交易罪 3 年起跳的刑度，未免輕重失衡。此外，就重罪之構成加以非成文主觀要件之限制，實務確實有如此之作法，如在毒品危害防制條例中有關販賣毒品之規定，就條文文字並未有「意圖營利」之限制，但在實務之運作上，對於此種販毒重罪，仍要求行為人主觀上須有營利之意圖始足該當。蓋就罪刑法定而言，此種增加主觀要件加以限縮的解釋方式，並不會擴大刑法的處罰範圍，而係作一定之限制，對於行為人亦屬有利，亦不違背罪刑法定之原則。故有學者認為，就證交法非常交易罪之適用，解釋上行為人仍應具備上開意圖，否則將有價值矛盾、輕重失衡之怪異現象¹⁸⁷。本文就此亦同意上開見解，認為即便非常規交易罪條文上並未有「得利益圖」之文字，但在該罪之解釋上，仍應有得利益圖之限制，若公司董事未具有此種「得利益圖」時，不應令其負此罪之罪責。

「不合營業常規」確實為一不確定之法律概念，而公司之經營型態上存在著難以計數的交易類型，難以透過法律規定就每一交易行為作細節性之規定，即便立法上得以克服此困難而一一加以立法，亦可能有違立法應「抽象」、「一般」之特性。事實上，使用不確定法律概念於刑罰規定中，有可能引來有違罪刑法定原則之質疑，但現實上於刑法規定中，亦存有空白構成要件之情形，如毒品危險防制條例中就不同級別之毒品犯罪，亦有可能因毒品分級之變動而造成法律適用之不同，此亦為行為人無法事先加以預測者，仍實務上亦不將此種情形認為係屬違反罪刑法定原則之要求。就本罪之運用，學者認為「不合營業常規」之抽象文字

¹⁸⁷ 參考陳運財，資本市場與企業法制學術研討會(九)－商業判斷原則與阻卻違法【腦力激盪與談】，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，新學林出版社，2011 年 12 月，頁 119；郭土木，見前揭註 165，頁 137。

在為公司董事、監察人、經理人或受僱人可得預見下，仍為憲法所容許¹⁸⁸，而所謂的不合營業常規，即可從交易的決議程序來看，蓋在業界已有許多交易踐行程序之規定，如上開的資產處理準則等，若公司負責人違反此種交易程序規定，交易風險即相形提高，將之導入非常規交易之概念，應為受規範之人及社會通念所得預見¹⁸⁹。

第二目、特殊背信侵占罪部分

特殊背信侵占罪之規定為證交法第 171 條第 1 項第 3 款，主要之構成要件包括：1、為公開發行公司董事、監察人或經理人的行為；2、意圖為自己或第三人之利益；3、為違背其職務之行為或為侵占公司資產之行為；4、致公司遭受損害達新臺幣五百萬元。關於本罪常見之討論，以下分別介紹之：

一、規範主體與非常規交易罪相同，均適用於「公開發行公司」，至於適用之對象，與非常交易罪則有不同，係限於董事、監察人及經理人，惟不包含受僱人。依立法理由就此之說明為：「(二)又本款規範對象為公司之董事、監察人或經理人，未列入『受僱人』係因受僱人違背職務之執行或侵占公司資產已有刑法第三百三十五條、第三百三十六條第二項、第三百四十二條侵占、業務侵占或背信罪科加以規範，相較於受僱人可能違反之非常規交易罪，本款之罪情節不同，為避免可能發生情輕法重情事，爰不予規範」¹⁹⁰。故立法者之想法為，受僱人之掏空資產行為可透過刑法背信罪等規定加以處罰，若科以本罪之重刑，可能會有情輕法重之情形，故特別將之排除。然而，立法者於此同樣的邏輯卻套不回非常規交易罪之情形，因為非常規交易罪之刑度與特殊背信侵占罪並無不同，且同樣將受僱人納入規範對象，若對受僱人所為掏空資產行為有情輕法重之憂心，為何於受僱人係為非常規交易時則不會有情輕法重之結果發生？因為無論受僱人所為係掏空資產

¹⁸⁸ 參考林志潔，見前揭註 163，頁 366。

¹⁸⁹ 參考林志潔，見前揭註 163，頁 369-371。

¹⁹⁰ 見立法院法報第 93 卷第 2 期，院會紀錄，第 195 頁。



或係非常規交易之行為，均屬立法理由所稱「違背職務」之情事，理應不會有不同之處遇，是以，立法理由所稱之「避免情輕法重情事」，並非一具體排除受僱人適用本款之理由。

二、**意圖為自己或第三人利益**。就此部分之特別主觀要件，立法理由係稱：「(三)在刑法構成要件中，意圖犯除對基本客觀構成要件須具備故意之外，仍須具有特定之內在意向。多數財產犯罪類型中，其意圖即屬涉及所保護法益之侵害，有關本條之意圖亦屬之；其構成要件則包含特定之內在意向及故意，並有違背其職務之行為、以詐術或不正之方法致生損害於金融機構或其他利益。」而此特別主觀要件，亦係非常規交易罪中所未規定之部分。有關此種特別主觀構成要件，首先的作用即為限縮構成要件之該當，使犯罪成立之困難性增加¹⁹¹，例如在竊盜罪中，單純地破壞他人對物之持有支配關係，並不足以成立竊盜罪，仍須以行為人主觀上有不法所有意圖始足，是以，債權人為求清償債務取走債務人之物，縱使破壞了債務人對其物之所有支配關係，但因為主觀上欠缺不法所有意圖，所以仍不能以竊盜罪論之。此外，**特別主觀要件通常也特別表徵出該罪之不法內涵**，簡單地說，正因為行為人主觀上有此意圖存在，才更讓我們覺得應該用刑責來處罰這些行為人，此主觀意圖正也告訴我們行為人可惡在什麼地方。是以，對於特殊背信侵占罪此等之重罪，其中行為的態樣包含「違背其職務」，是以，如果行為人未有特別為自己或他人利益之主觀意圖，如此而違背職務時，此時逕課予掏空交易罪之刑責，未免過重，且我們之所以將特殊背信侵占罪作如此嚴重之處罰，正亦在嚇阻此等為自己或第三人利益意圖之產生。然而，特殊背信侵占罪中之特別主觀要件，僅提及「意圖為自己或第三人利益」，**並無如竊盜罪中之「不法意圖」**部分。所謂不法意圖，係指行為人主觀上明知自己係欠缺法律上之請求權，故因而具備不法性，而在本款之構成要件規定中，卻未有「不法」之字樣，惟此是否意

¹⁹¹ 參考 洪瑋嫻，財產犯罪中之所有意圖-以竊盜罪為中心，政治大學法律研究所碩士論文，2010年6月，頁59。

味即便行為人主觀上係認知自己有法律上請求權時，仍須成立本罪？即有學者認為，特殊背信侵占罪本質上仍為背信侵占，係因考量影響層面波及整體證券市場及廣大投資人，爰加重其刑責，是以，法條雖漏未規定，仍不應拘泥於文義認為行為人之主觀意圖並非所問，否則將產生刑事不法內涵空洞化之現象¹⁹²。

三、客觀上須有為「違背其職務」之行為或為「侵占公司資產」之行為。前者性質上類似背信罪，因均有違背職務之要件；後者則為類似侵占罪之規定，蓋亦有侵占行為之要件。是以，對於特殊背信侵占罪，亦有學者稱之為背信及侵占之特殊類型，所謂背信之特殊類型，即指違背其職務之行為，而侵占之特別類型，即指侵占公司資產之行為。

四、致公司遭受損害達新臺幣五百萬元。此部分之要件係於修法後始新增，於特殊背信侵占罪初訂定時，條文並未有致公司遭受損害之要件，此與非常規交易罪之規範方式有所不同，於是即有學者質疑，為何非常規交易罪中即有「公司遭受重大損害」之要件，而特殊背信侵占罪並無，且特殊背信侵占罪係為背信及侵占之特殊類型，若僅因對象為公開發行公司，即以此重罪相繩，未免過苛¹⁹³。且向來均認為特殊背信侵占罪係背信罪與侵占罪之特別規定，而背信罪之客觀構成要件中即有「致生損害於本人之財產或其他利益者」之規定，故即便於修法未增訂此遭受損害之要件時，從此角度亦可推論出特殊背信侵占罪應限於公司受有損害之情形為是。是以，本次修法將受有損害之要件納入確實值得肯定，然有疑義者即為為何設定損害須達五百萬元之標準，蓋實際損害數額之計算應如何為？證交法上類似的問題如犯罪所得達一億元以上時，得加重刑度達7年以上，而此犯罪所得如何計算出？是否須究每筆交易進行鑑價認定，即有爭議。是故，此五百萬元額度之規定，可想而知於未來之實務運作上適必又將興起一番討論。本文以為，立法者限定於五百萬元之數額，應係強調限於「重大」損害之用意，惟將標準限

¹⁹² 參考郭土木，見前揭註 165，頁 137。

¹⁹³ 參考賴英照，見前揭註 179，頁 751-752。

制於五百萬元，此標準如何得之，又現實中之損害數額應如何認定，仍待實務與學說之發展。



第三目、非常規交易罪與特殊背信侵占罪之比較

非常規交易罪與特殊背信侵占罪兩者間之關係如何，可透過相互比較來了解兩罪之不同，蓋此兩者均為在一連串經濟犯罪之風向引導下所訂定之條文，從上述之立法理由也看出立法者對於規範經濟犯罪之用心，然非常規交易罪與特殊背信侵占罪兩者，彼此間究為何種關係，亦影響著兩罪之適用，若兩者間具有特別普通關係，那麼兩罪競合時當然只應論以特別規定；反之，若兩者間並非特別普通關係，則表示兩罪各有所欲處理之規範範圍，那麼此不同的範圍各為何，即為本文所欲討論者，是以，透過兩罪之比較以釐清兩罪間之關係，以利作出最為精確之法律適用。

非常規交易罪與特殊背信侵占罪兩罪間應如何適用及競合，有學者以為，非真實之虛假交易，應適用特殊背信侵占罪之規定，而所謂非真實之虛假交易，係指類似博達案中之情形，以虛偽不存在之交易來產生公司績效良好之假象；而非常規交易罪則應只適用於真實交易但屬不合營業常規性質之交易行為情形，即如不動產之賤賣，現實上確有出售不動產之情事存在，惟出售之價格明顯不合市場理性價格等等，而力霸案當中亞太固網公司，業務上應無黃豆之需求，公司卻買入大批黃豆，此種交易情形亦為適例。而若行為同時構成第二、三款時，由於非常規交易罪為背信罪之特別規定，理論上應優先適用非常規交易罪；但若涉及侵占時，因侵占罪可說是特定之背信行為，故二者競合時，應優先論以侵占罪¹⁹⁴，換言之，學者認為，若非常規交易罪係與特殊背信侵占罪之侵占類型競合時，則優先論以特殊侵占罪；若非常規交易罪係與特殊背信侵占罪中之背信類型時，則優先適用非常規交易罪。另亦有學者認為，非常規交易罪之保護法益為大眾投資

¹⁹⁴ 參考劉連煜，掏空公司資產之法律責任，月旦法學教室第 56 期，第 85 頁。

人權益及市場安定，而特殊背信侵占罪之保護法益則為個別公司的整體財產法益，故兩者之保護法益並不相同，若一行為同時觸犯兩罪，應論以想像競合¹⁹⁵。



¹⁹⁵ 參考林志潔，見前揭註 163，頁 86。




附表

	§171 I ②	§171 I ③
主體	董、監、經理人、受僱人	董、監、經理人（無受僱人）
行為	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	為違背其職務之行為或侵占公司資產
損害要件	致公司遭受重大損害	致公司遭受損害達新臺幣五百萬元
特別主觀要件	無（學者建議解釋上亦應要求特別主觀要件）	意圖為自己或第三人之利益（未要求不法意圖）
劉連煜老師見解	真實交易但不合營業常規	虛假交易
實務見解	背信特別規定	背信、侵占特別規定
林志潔老師見解	保護大眾投資人權益及市場安定	保護個別公司的整體財產法益

第三項、我國實務之現況

證交法上之非常規交易罪與特殊背信侵占罪雖然是在因應相關弊案後所新增，但在實務上也日漸發展出一定之見解，作為法院在認事用法時之判斷基準，以下就兩種犯罪類型常援引之實務見解介紹之。

就證交法第 171 條第 2 款之非常規交易罪中「不合營業常規」如何判斷，可參考臺灣高等法院 99 年度金上重訴字第 6 號判決：「按公司經營者應本於善良管理人注意義務及忠實義務，為公司及股東謀取最大利益，然時有公司經營者或有決策權之人，藉由形式上合法，實質上不法或不正當之手段，將公司資產或利益移轉、輸送給特定人，或為損害公司利益之交易行為，損害公司、股東、員工、債權人、一般投資大眾之權益，甚至掏空公司資產，影響證券市場之穩定或社會金融秩序，證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款因而定有處罰之規定。該罪構成要件所稱之『不合營業常規』，為不確定法律概念，因利益輸送或掏空公司資產之手



段不斷翻新，所謂「營業常規」之意涵，自應本於立法初衷，參酌時空環境變遷及社會發展情況而定，不能拘泥於立法前社會上已知之犯罪模式，或常見之利益輸送、掏空公司資產等行為態樣。該規範之目的既在保障已依法發行有價證券公司股東、債權人及社會金融秩序，則除有法令依據外，舉凡公司交易之目的、價格、條件，或交易之發生，交易之實質或形式，交易之處理程序等一切與交易有關之事項，從客觀上觀察，倘與一般正常交易顯不相當、顯欠合理、顯不符商業判斷者，即係不合營業常規，如因而致公司發生損害或致生不利益，自與本罪之構成要件該當。又不合營業常規交易罪，其立法目的，係以已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不利益交易行為且不合營業常規，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處，以發揮嚇阻犯罪之效果。因此，在適用上自應參酌其立法目的，以求得法規範之真義。所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，只要形式上具有交易行為之外觀，實質上對公司不利益，而與一般常規交易顯不相當，其犯罪即屬成立。以交易行為為手段之利益輸送、掏空公司資產等行為，固屬之，在以行詐欺及背信為目的，徒具交易形式，實質並無交易之虛假行為，因其惡性尤甚於有實際交易而不合營業常規之犯罪，自亦屬不合營業常規之範疇¹⁹⁶。是以，實務見解的出發點在於公司經營者對於公司負有善良管理人注意義務及忠實義務，應以公司之最大利益為考量，擅用形式合法之交易而實質對公司不利，自有其不法內涵，且本款所欲處罰之對象不以現實上已知悉之交易方式為限，而係應整體以觀，且若董事所為者係利益輸送、掏空公司、詐欺背信，亦有該當本款之可能。

至於證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之規定，其實除了主體上較為特殊外，其行為之構成要件規定與傳統之背信、侵占罪並無多大不同，故實務上在援引第 171 條第 1 項第 3 款之解釋時，常會用援用向前對於侵占或背信之判例解釋說明

¹⁹⁶ 最高法院 98 台上字第 6782 號判決亦有類似見解。

之，如臺灣高等法院 101 年度金上重訴字第 5 號在不另為無罪諭知之部分即如此處理。而傳統背信、侵占罪在實務上之見解如背信罪之行為主體確係受有委任為他人處理財產事務之人，而侵占罪之標的須限於因法律或契約規定而占有之物為其前提等。但因實務見解認為背信罪為非常規交易罪與特殊背信侵占罪之普通規定，故在論罪上並不會特別強調背信罪之涵攝。


第四章 商業判斷法則於經濟犯罪中之作用

第一節、概說


依照我國實務見解，公司負責人與公司間之關係是為所謂「委任」關係，為一種契約關係，公司法第 192 條之規定¹⁹⁷亦同此意旨。而公司負責人所應負注意義務之程度，在公司法第 23 條修訂後，已明文公司負責人應負「善良管理人」之注意義務，所謂善良管理人之注意義務，係指依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意程度，亦可稱為抽象輕過失¹⁹⁸，相較於具體輕過失及重大過失來說，是較為嚴格之注意程度。若公司負責人經營判斷上有誤而致使公司遭受損害，既然公司與董事兩者間有契約關係（委任）存在，若欲對公司董事求償，可能提起之訴訟類型即為民法第 277 條之不完全給付，不完全給付係為債務不履行之一種態樣，而此種債務不履行責任與無契約關係之侵權責任最大的

¹⁹⁷ 公司法第 192 條第 4 項：「公司與董事間之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。」

¹⁹⁸ 最高法院 42 年台上字第 865 號判例：「惟過失為注意之欠缺，民法上所謂過失，以其欠缺注意之程度為標準，可分為抽象的過失、具體的過失，及重大過失三種。應盡善良管理人之注意（即依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意）而欠缺者，為抽象的過失，應與處理自己事務為同一注意而欠缺者，為具體的過失，顯然欠缺普通人之注意者，為重大過失。故過失之有無，抽象的過失，則以是否欠缺應盡善良管理人之注意定之，具體的過失，則以是否欠缺應與處理自己事務為同一之注意定之，重大過失，則以是否顯然欠缺普通人之注意定之，苟非欠缺其注意，即不得謂之有過失。」



差異即在舉證之不同。最高法院 82 年台上字第 267 號判決即指出：「民法第一百八十四條第一項前項規定侵權行為以故意或過失不法侵害他人之權利為成立要件，故主張對造應負侵權行為責任者，應就對造之有故意或過失負舉證責任（參照最高法院五十八年台上字第一四二一號判例）。又在債務不履行，債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。故債務人苟證明債之關係存在，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，即應由其負舉證責任，如未能舉證證明，自不能免責（參照最高法院二十九年上字第一一三九號判例意旨）。二者關於舉證責任分配之原則有間。」是以，在侵權責任中，被害人即原告須就被告即行為人之侵權行為成立要件負舉證責任，如證明行為人確有故意過失之不法行為，自己確有損害，而兩者間確有因果關係等等；但在債務不履行之訴訟中，原告若欲主張自己權利，只須證明契約關係之存在，以及違約之情形，如在不完全給付之訴訟中，原告只須證明有契約關係存在，且被告履行債務之行為有違債之本旨即可，至於行為人之故意過失，並不須由原告舉證。是以，將此種情形套用於對公司負責人之訴訟時，首先須證明公司負責人與公司間有委任之契約關係存在，而此點並不難證明，蓋若確為公司負責人之身分，必定與公司間存有委任關係；其次，在對公司負責人提起訴訟之情形，想必一定存有公司負責人之某一商業上決斷從事後證明係確實有誤之情形，畢竟若已對公司負責人提起訴訟，必定是公司在經營上已受有相當虧損之情況。若原告已提出此些事證時，從上述舉證責任分配看來，可認原告已盡其舉證之責，此時反倒須由被告（即公司負責人）努力來證明、說服法院自己之經營判斷並無故意過失存在等等。法諺有云：「舉證之所在，敗訴之所在」，若公司負責人無法提出具體事證說明自己不具故意過失時，就此種事實真偽陷於不明時之不利利益，將會歸於被告即公司負責人，換言之即令公司負責人敗訴而須負賠償之責。從上述脈絡看來，可以知道的是，若單純依我國民事訴訟之舉證分配，欲令公司




負責人負賠償責任，並非困難。或許正是因為從傳統民事責任的舉證分配來看，容易造成對公司負責人訴追之情形（即公司負責人作出造成虧損之決策，即對之提出訴訟），如此一來，確有可能因訟累而令公司負責人難以專心於公司事業經營，才會試圖引進商業判斷法則，也正因如此，有學者稱商業判斷法則之效果係為舉證責任之「轉換」，即原須由被告說明自己之經營符合商業上判斷，但在引入商業判斷法則後，再「轉換」由原告股東加以證明。然亦有學者認為此種舉證分配有違法理，蓋依舉證責任分配之通說「規範說」而言，即主張權利者，應就其要件負舉證責任，故不論係以侵權責任或契約責任作為其請求權基礎，原則上原告就請求權之要件均應負舉證之責，而引進商業判斷法則之用意不在舉證責任之「轉換」，而係「提高」或「加重」原告舉證之困難¹⁹⁹，就結論而言，都是出於保護公司董事之想法，此部分即相去不遠。但以上之討論是在民事法律關係之狀況，而刑事訴訟上之舉證責任，與此則有不同。

第二節、刑事案件之舉證責任

刑事案件舉證責任之分配，並不同於民事案件之情形。民事案件中有關舉證責任之分配，通說採取所謂「規範說」，藉由對實體法區分為基本規範（或可理解為實體法上之請求權基礎即主張權利存在之人，應就權利發生要件之該當事實為舉證）及對立規範（即指權利障礙、消滅、排除規範由被主張權利之相對人應負舉證責任）以分配當事人間之舉證責任。主張權利存在之人（除消極確認之訴外），就權利或法律上效果發生之特別要件事實先負舉證責任，而其對造就權利或法律上效果之一般要件欠缺之事實，負舉證責任；主張權利不存在之人，就權利障礙、消滅及權利排除之特別要件事實，負舉證責任，而其對造就權利障礙、消滅及權利排除之一般要件欠缺之事實，負舉證責任²⁰⁰。而在刑事案件中，原則係由檢察

¹⁹⁹ 參考邵慶平，見前揭註 34，頁 281-286。

²⁰⁰ 參考楊建華原著，鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論（全），2005 年 10 月，頁 279；陳計男，民事訴訟法論（上），2006 年 2 月增訂 3 版，頁 462。



官負舉證責任，即檢方必須證明被告有罪，而被告受無罪推定之保護，並非如民事法律關係間之要件分配。然而，在刑事案件證明被告有罪之過程中，被告亦會有若干辯詞，若此些辯詞所表徵之事實已足以影響到有罪判斷之心證時，那麼究竟係該由檢察官來推翻被告說法之不可信，或係由被告自己舉出相關證據來說明其所辯之可信基礎？刑事案件中較經典者如「幽靈抗辯」之情形，例如在竊盜案件中，持有贓物者遭警查獲後，常辯稱贓物係自不詳姓名之人處所收受，陳瑞仁檢察官即把被告此種答辯稱為「幽靈抗辯」，並指出：「被告於檢察官起訴後，到了院方全部翻供，被竊機車到底怎麼來的？被告說是一個叫『阿炮』交給他的，這種案子非常非常多，這時應由被告律師來證明『阿炮』存在？還是檢察官應負舉證責任。」²⁰¹陳瑞仁檢察官並指出：「在士林發生一件非常有名的走私案，檢察官起訴後，被告辯稱：『我不是走私啦，是我在海上捕魚的時候，有匪船靠過來，拿著槍強迫我們，他把我們的魚貨全部都搶走，但丟了一千盒的走私香菸給我們，強迫交換……我也是受害者。』結果法院認為無法證明被告所提抗辯不實在，判決無罪。」自從該案判決後，很多私梟都作同樣的抗辯，陳瑞仁檢察官有一次值內勤時，和書記官、法警開玩笑說：「等一下這個人進來，看他會不會這樣講。」果然陳檢察官一問，被告立即如此抗辯，大家都笑了起來²⁰²。而商業判斷法則通常亦為被告之抗辯，處理上是否有何與幽靈抗辯類似之處？在此並非欲將商業判斷法則與幽靈抗辯相提並論，畢竟幽靈抗辯常係指被告空言而不切實際之辯詞，而商業判斷法則卻係源自美國法上發展多年之理論，但是，當被告董事在經濟犯罪的案件中提出商業判斷法則之抗辯時，法院應如何處斷，係應由檢察官負推翻商業判斷法則之責任，抑或係被告董事必須提出事證說明自己確係符合商業判斷法則之要件？欲了解提出商業判斷法則抗辯於刑事訴訟之影響，則應先釐清刑事案件中之舉證責任。

²⁰¹ 刑事訴訟法改革對案系列研討會，陳瑞仁檢察官發言紀錄，月旦法學雜誌第 50 期，1999 年 7 月，頁 123。

²⁰² 同前註，頁 123。



第一項、美國法關於刑事舉責任之規定

美國法上之「舉證責任」(burden of proof) 含有兩層意義，廣義之舉證責任有兩個下位概念，即「提出證據責任」(burden of producing evidence) 與「說服責任」(burden of persuasion)；狹義之舉證責任則與說服責任同義。²⁰³


一、 提出證據責任

當事人一方主張某特定事實，為使該主張得以成為有效爭點，負有向法院提出足以支持其主張的相當證據之責任，稱為「提出證據責任」，亦即若某造負有「提出證據責任」，即有義務向法院提出相當之證據加以證明待證事實，若未履行此責任，該主張即不能成為有效爭點，法院得逕為對其不利之認定。²⁰⁴故通常主張有某項積極事實之一方，應先負「提出證據責任」，舉證之前，對方並無舉證反駁義務。審判開始後，因檢察官主張被告犯罪，即負有先提出證據證明被告犯罪事實之責任，此種程序稱為「prosecution's case in chief」。檢察官舉證完畢時，至少需證明至「表面證據」程度 (prima facie case)，亦即若採信該證據，在無相反證據情形下，可據以認定其所證明之事為真實的程度，此乃檢察官的「提出證據責任」，檢察官若未能證明至表面證據程度，被告可請求法院逕為無罪判決。又因檢察官對被告犯罪行為負有「說服責任」，故對構成要件的所有要素均負有「提出證據責任」。對於消極事實之不存在，若屬法律明定之犯罪構成要素，檢察官對於該事實不存在亦負舉證責任。

在檢察官業已提出足以支持犯罪事實達表面證據程度，被告為求勝訴，另提出積極事實，用以反駁檢官之主張，亦負「提出證據責任」。若被告提出

²⁰³ 吳巡龍，舉證責任與法院依職權調查證據，檢察新論第 12 期，2012 年 7 月，頁 178。

²⁰⁴ Patterson v. New York, 432 U.S. 197, 230-231(1997) 轉引自 吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學雜誌第 133 期，2006 年 6 月，頁 24。



「積極抗辯」(affirmative defense)，例如主張其行為是出於正當防衛，心神喪失等，此時被告即負有提出證據責任與說服責任。所謂積極抗辯，一般是指被告對擁有特別知識之阻卻違法或阻卻責任或減免罪事由，可公平地被要求負舉證責任之抗辯。因此，積極抗辯通常對構成要件該當事實並不爭執，但主張有阻卻違法或阻卻、減免責任之事由。若被告對於構成要件不該當的抗辯事項擁有特別知識，美國有些州亦將其列為積極抗辯，如不在場抗辯、基於善意持有贓物、同意性交等等。以不在場抗辯為例，若被告單純主張案發時不在場，此為單純否認構成要件該當，並無其他積極主張，被告不用負舉證責任。但若被告所主張者係案發時人在犯罪現場以外之處，則等於否認其為犯罪主體，其性質為對構成要件該當性之抗辯，美國法有些州認為此種抗辯非「積極抗辯」，只是對檢察官舉證的反駁²⁰⁵；但有些州則認為被告對於此種抗辯事項擁有特別知識，是「積極抗辯」²⁰⁶。

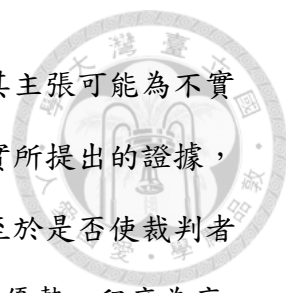
二、 說服責任

「說服責任」乃當事人一造使裁判者於證據調查後採信其主張之責任，與前開提出責任不同，說服責任著重者在於說服裁判者該證據確可證明待證事實，而非僅單純之提出而已。因無罪推定原則，被告無自證己罪之義務，證明被告為構成要件行為之「說服責任」當然由檢察官始終負擔，檢察官若未盡「說服責任」，被告將受無罪判決，此部分沒有舉證責任轉換之問題²⁰⁷。就說服責任而言，裁判者有時會被說服至確信無疑的程度，有時僅被說服至「半信半疑」的程度，裁判者也可能被說服至介於二者之間「大致確信」之程度。就裁判者被說服的確信程度來區分，說服責任又可分為「毋庸置疑」(Beyond a Reasonable Doubt)，「證據明確」(Clear and Convincing Evidence)、
「證據優勢」(Preponderance of Evidence) 等三種不同程度。而毋庸置疑者，

²⁰⁵ 參考吳巡龍，同前註，頁 179。

²⁰⁶ 參考吳巡龍，同前註，頁 180。

²⁰⁷ 參考吳巡龍，同前註，頁 181。



即負舉證責任者，必須說服裁判者至確信、無合理的懷疑其主張可能為不實的程度。而「證據優勢」者，即負舉證責任者，就待證事實所提出的證據，則須較對造更具說服力，即屬優勢，即已盡其舉證責任，至於是否使裁判者達到確信無疑即非所問。而「證據明確」之程度仍較「證據優勢」程度為高，而低於「毋庸置疑」，亦即證據明確係介於兩者之程度。舉例言之，如甲所負者為證據優勢之舉證責任，甲提出證據證明待證事實，對造乙則提出證據反駁，裁判者綜合兩方之證據，若認甲提出的較乙所提出者更具說服力，甲即已盡其「證據優勢」之舉證責任，裁判者自應為甲勝訴之判決。若甲所負為「毋庸置疑」之說服責任，而所提出的證據縱較乙具說服力，但若仍使裁判者對於待證事實之真實存有合理之懷疑，即便甲已達到「證據優勢」或「證據明確」之責任，但仍未盡「毋庸置疑」之舉證責任，裁判者仍須為甲敗訴判決²⁰⁸。

檢察官舉證完畢後，若被告沉默不作任何主張或抗辯，則被告沒有任何舉證責任，法官只須審酌就檢察官是否已證明至「無合理懷疑」之程度。但若被告為求勝訴，另提出積極事實，用以反駁檢察官之主張，亦負「提出證據責任」。若被告提出積極抗辯如：主張正當防衛、心神喪失、陷害教唆等，此時被告即負有「提出證據責任」與「說服責任」。因此，積極抗辯通常對構成要件該當事實並不爭執，但主張有阻卻違法或阻卻、減免責任之事由²⁰⁹。
若被告對於構成要件不該當的抗辯事項有特別知識，美國有些州亦將其列為積極抗辯，例如：不在場證明、機械故障、善意持有贓物、同意性交等。以不在場證明不例，若被告單純主張案發時不在場，此為對構成要件單純之否認；但若被告係主張案發時人在現場以外之處所，其性質亦相當於對構成要件該當之抗辯，此主張有利於被告，且被告對此有特別知識，故被告對此項

²⁰⁸ 參考王兆鵬，刑事訴訟講義，2006年9月，頁567。

²⁰⁹ 參考吳巡龍，見前揭註204，頁27-28。

積極主張負提出證據責任²¹⁰。被告就上開舉證之「說服程度」應比檢察官低，以「有合理懷疑」之程度為已足²¹¹。

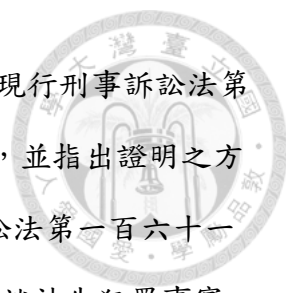


第二項、我國法之舉證責任

我國刑事訴訟法在早期採取「職權主義」之刑事制度，法院依舊法第 163 條有依職權調查證據之義務，並無當事人負有提出證據責任之概念。過去實務認為被告若未提出證據，法院不得為有罪之判決，且應為當事人提出證據加以調查。如最高法院 64 年台上第 2962 號判例：「事實審法院應予調查之證據，不以當事人聲請者為限，凡與待證事實有關之證據，均應依職權調查，方足發現真實，否則仍難謂無刑事訴訟法第三百七十九條第十款之違法。」及 25 年上字第 3706 號判例：「審理事實之法院，對於被告之犯罪證據，應從各方面詳予調查，以期發現真實，苟非調查之途徑已窮，而被告之犯罪嫌疑仍屬不能證明，要難遽為無罪之判斷。」換言之，若檢察官所提出之證據尚不足證明被告有罪時，此時法院仍負有澄清義務，須接力調查證據，辨明案件中之可疑事項，無法逕以檢察官舉證不足而認被告無罪。然此乃舊時代之見解，上開兩判例業經最高法院 90 年第 7 次刑庭會議決議不再援用。而對於認定有罪之說服程度，我國亦係採「毋庸置疑」之程度，以 76 年台上字第 4986 號判例為例：「認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法。」亦即有罪判決應達「毫無合理懷疑之確信」程度始足。若法院對於犯罪事實有合理懷疑存在，作出無罪判決自不違法。

²¹⁰ 參考吳巡龍，見前揭註 204，頁 28。

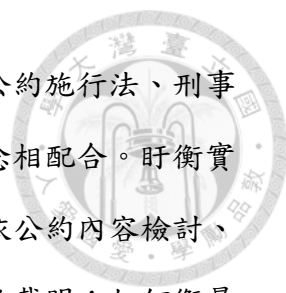
²¹¹ 參考吳巡龍，見前揭註 204，頁 29。



而我國現行之刑事訴訟法，則係採「當事人進行主義」，依現行刑事訴訟法第161條第1項之規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」而最高法院92年台上字第128號判例亦提及：「刑事訴訟法第一百六十一條已於民國九十一年二月八日修正公布，其第一項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。本件原審審判時，修正之刑事訴訟法關於舉證責任之規定，已經公布施行，檢察官仍未提出適合於證明犯罪事實之積極證據，並說明其證據方法與待證事實之關係；原審對於卷內訴訟資料，復已逐一剖析，參互審酌，仍無從獲得有罪之心證，因而維持第一審諭知無罪之判決，於法洵無違誤。」此判例即足說明我國舉證責任之實務見解認為：1、舉證責任分為提出證據之責任以及說服之責任；2、檢察官對於犯罪事實，同時負有提出證據及說服之責任；3、就提出證據責任而言，只要檢察官所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，法院即應為被告無罪判決，原則上無須再為調查；4、就說服責任而言，檢察官必須說服法院形成被告有罪之心證，否則法院必須為無罪判決；5、上開判例雖未說明檢察官說服責任之程度為何，但依最高法院76年台上字第4986號判例，檢察官仍必須說服法院至「毋庸置疑」的心證程度²¹²。

我國刑事訴訟有關舉證責任之發展，在最高法院101年度第2次刑事庭會議決議之見解出現後，再度引起了許多討論。該決議之主要內容為：『無罪推定係世界人權宣言及公民與政治權利國際公約宣示具有普世價值，並經司法院解釋為憲法所保障之基本人權。民國九十一年修正公布之刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書，法院於「公平正義之維護」應依職權調查證據之規定，當與第一百六十一條關於檢察官負實質舉證責任之規定，及嗣後修正之第一百五十四條第一項，

²¹² 參考王兆鵬，見前揭註208，頁569-570。



暨新制定之公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法、刑事
妥速審判法第六、八、九條所揭示無罪推定之整體法律秩序理念相配合。盱衡實
務運作及上開公約施行法第八條明示各級政府機關應於二年內依公約內容檢討、
改進相關法令，再參酌刑事訴訟法第一百六十三條之立法理由已載明：如何衡量
公平正義之維護及其具體範圍則委諸司法實務運作和判例累積形成，暨刑事妥速
審判法為刑事訴訟法之特別法，證明被告有罪既屬檢察官應負之責任，基於公平
法院原則，法院自無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務。則刑事訴
訟法第一百六十三條第二項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事
項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質
舉證責任之規定及無罪推定原則相抵觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩
序理念』。簡言之，該決議出現後，將刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書（但於公平
正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之）有關法院職
權調查之情形，將之限縮於「有利被告」之前提下。換言之，若係不利被告之證
據，就不會被認定對「公平正義之維護有重大關係」。此一見解下更限縮了法院職
權調查的進行，也可說是更再度加重了檢察官的舉證責任要求，也因此引起了一
陣「檢察官六四運動」的訴求。總之，從此 101 年第 2 次決議的發展可以看出，
我國更向當事人主義的方向走去，對於檢察官的舉證要求，也漸趨嚴格。

然我國法在對檢察官之舉證責任漸趨嚴格之風潮下，被告是否有可能在刑事
程序中負擔舉證之責，前開所提及之「幽靈抗辯」在我國之處理方式如何，可以
從幾則實務見解中略窺一二。大致的結論是，被告提出幽靈抗辯時，其實是被告
否認為犯罪主體或否認犯罪故意，屬構成要件該當性之抗辯事項，被告不負終局
的「說服責任」。但因該事由有利於被告，且被告對於該積極主張之事實有特別知
識，比較知道何處取得相關證據，此種抗辯與「被告案發時在犯罪現場以外處所」
抗辯類似，應由被告負「提出證據責任」，若被告能證明至「有合理懷疑」程度，
舉證責任轉換，檢察官就抗辯事由不存在應負舉證責任，證明至「無合理懷疑」

程度，目前我國多數實務判決即採類似見解²¹³。

當被告董事在經濟犯罪案件中援引商業判斷法則抗辯時，本文認為即屬被告董事就「得利益圖」此等主觀要件之否認²¹⁴，蓋商業判斷法則即為推定董事係基於善意及合理資訊下為公司作出決定，在此種前提下的交易行為即難認被告有何得利益圖，且公司詳細完整之交易過程及商業考量，又以被告最為了解，故就此等主觀要件之否認，被告董事確實是具有特別之經驗知識的，此外，現實上公司作出商業決定的相關資料，多數仍留存於公司內部，除非透過強制力之搜索或內部吹哨者之提供，否則不易取得相關資料，故本文認為，在董事援引商業判斷法則抗辯時，應可比照幽靈抗辯中之作法，將之視為積極抗辯，命被告亦負一定程度之「提出證據責任」，但就此提出之證據，其說服程度無須到達毫無合理懷疑之確信，僅須達有合理懷疑之程度已足。藉由命被告董事負提出證據責任，其實尚有其它實益，蓋被告主觀意圖現實上並無法在法庭活動上重現，即便是法官、檢察官也無法直接看透被告內心之真正想法，故在證明此種主觀意圖時，可能採取的方法即為透過間接事實之反覆累積，來推出被告之主觀意圖。例如在竊盜、侵占案件中，被告或許亦會抗辯只是單純借用，並未有所有意圖，此時即可透過被告佔用該物品的使用時間長短、使用該物品的方式，以及現實上將該物品歸還或交付警方的可能性等等，綜合加以佐證判斷被告主觀上是否有所有意圖。而在經濟犯罪之案件中，若能令被告負一定之提出證據責任，就被告提出之部分，其實正可以成為偵查或訴訟中攻防之爭點，讓訴訟活動因此得以聚焦，被告可透過盡一定程度之說服責任來為自己脫免罪責；相對的，檢察官亦可就被告提出之部分進行調查，藉由打擊被告之說詞來間接推論被告應具有主觀上之意圖。但在此應再特別提醒的是，單純推翻被告的辯詞，並不等於證明了犯罪，檢察官在舉證上仍應透過其它間接事實的堆砌，來加以證明被告主觀上之得利益圖，而商業判斷

²¹³ 參考吳巡龍，見前揭註 204，頁 39。

²¹⁴ 此部分之論述可見本章第五節第一項。

法則在實務上演變而來的種種要件，即為檢察官得加以嘗試的舉證方向。



第一款、幽靈抗辯與商業判斷法則之比較

將幽靈抗辯與商業判斷法則作連結時，首先可能遇到的質疑即是：「此兩者可否等同視之？」畢竟幽靈抗辯某程度上係一種背於經驗法則之抗辯，故難為法院所採信；而商業判斷法則則係源於美國法下之原理原則，經過了美國實務種種的案例淬鍊而生，將商業判斷法則比照幽靈抗辯處理，某程度上是否輕視了此法則的正當性？然而，之所以對幽靈抗辯之處理採取命被告負提出證據之責任，並不完全係因為其抗辯欠缺經驗法則。以最常見的幽靈抗辯內容為例，如漁船遭查獲走私時，辯稱係因遭海盜脅迫運送該批貨物云云。事實上，在漁船出海的過程遭海盜洗劫的場景並非無法想像，換言之，此種情形在現實上確實是可能存在的，只是漁船遭打劫的情形並非生活經驗上如此常見，所以在聽取此類之辯詞時，難免會有一定之質疑。但此時之所以不全然直接採信幽靈抗辯之內容，並不是因為此類辯詞欠缺論理或經驗法則，蓋若辯詞內容欠卻論理或經驗法則，即可能直接為法院所不採取。依我國刑事訴訟法第 155 條第 1 項之規定：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」換言之，若被告所提出之辯詞已被認定為明顯欠缺經驗法則時，法官即可能因上開規定而難以採信該辯詞，否則其就證明力之判斷即有違經驗法則。換言之，並非幽靈抗辯本身欠缺經驗法則支持才令提出之被告負相關之舉證，因為若幽靈抗辯本身係欠缺經驗法則支持時，即會因刑事訴訟法上開規定而無證明力可言。事實上，幽靈抗辯之所以稱之為幽靈，主要原因似非在於經驗法則的違背與否，而係被告在援引此類抗辯時，時常會出現一名無法調查之「阿炮」，透過此阿炮的存在來否定構成要件的該當等，被告的辯詞論理上或許合理，但現實上阿炮存在與否的虛無漂渺，讓此等辯詞難以進行調查。而此等辯詞有利於被告，且對於被告而言，又是有特殊知識經驗存在的，是以令被告負有提出證據之責任，加以佐證其辯詞。以近來的

八里媽媽嘴命案為例，被告謝依涵辯稱非為錢而殺人，係因為與陳進福間有不倫關係，而陳進福又有殺傷張翠萍之意，在不得已下配合陳進福殺人，自己再採用「計中計」之方式殺害陳進福云云。法院在回應為何駁斥被告謝依涵之辯詞時，除了針對其中的合理性外，主要的理由即是陳進福已死無對證，被告謝依涵對此等辯詞無法提出任何證據供法院審酌²¹⁵。故就此等辯詞仍難以採信，尚對有罪之毫無合理懷疑之確信程度造成打擊之作用，最後仍是判決被告謝依涵犯強盜殺人罪而論以死刑。


此種否認構成要件該當之辯詞，在美國法下部分州仍將之列為「積極抗辯」，所謂積極抗辯是指，被告對擁有特別知識之阻卻違法或阻卻責任或減免罪責事由，可公平地被要求負舉證責任之抗辯。是以，積極抗辯通常對構成要件該當並不爭執，而係用於阻卻違法或責任之事由。但在處理「不在場事由」此類否認構成要件該當之辯詞時，通常認為此主張有利於被告，且被告對當時身在何處及何人可以證明此事擁有特別知識，故被告對此項主張負提出證據責任²¹⁶。是以，之所以認為將商業判斷法則之抗辯類推幽靈抗辯之作法處理，並非在將商業判斷法則視作欠缺經驗法則之抗辯，而係被告提出此等有利於自己，又具有特殊知識經驗之抗辯時，被告所提出之證據才最能作為有利於後續進行調查的對象。

第二款、商業判斷法則類比幽靈抗辯下的舉證程度

當提及將商業判斷法則援引幽靈抗辯之作法，命被告亦負一定之提出證據之時，相應而來的問題即是，所謂的提出證據責任，其舉證之程度應為如何？在傳統幽靈抗辯的案例中，如被告辯稱贓物來自阿炮而非竊取時，被告應提出的即是該名阿炮之相關明確之年籍資料或聯絡資料，使該名阿炮有明確之調查可能，而不是讓被告簡單推拖阿炮係三十幾歲之人，身高 175 左右等抽象難以特定阿炮的

²¹⁵ 臺灣士林地方法院 102 年度矚重訴字第 1 號刑事判決，其中「被告辯詞之分析與辯證」部分。

²¹⁶ 參考吳巡龍，見前揭註 204，頁 28-29。




辯詞即謂已盡其提出證據責任。將此種情形套用在經濟犯罪之案例，被告援引商業判斷法則時，被告最重要的提出證據責任即為提出為何符合商業判斷法則之相關資料。以簡單的案例為例：A 董事出售公司的資產被訴以非常規交易，A 董事辯稱此交易係為達成公司的遠程目標，且經由公司股東會同意後始作出等語，此時 A 董事應負的提出證據責任，應即在於說明如何達成公司的遠程目標，以及該股東會決議之內容²¹⁷，至於該股東會決議是否有偽造虛構的情節，應不在於 A 董事提出之範圍。換言之，本文認為，被告在提出商業判斷法則抗辯時，其所應負的提出證據責任，即為如何說明符合商業判斷法則的相關資料，至於資料內容是否真實無虞，尚不在被告提出之範圍。此種提出證據責任之程度，最重要的是讓後續的調查作為得以繼續進行，故被告提出之資料若已足以進行後續之調查時，應認其已盡提出證據責任。

第四節、外國法對於商業判斷法則可否適用於刑事案件之看法

第一項、日本法部分：

日本學者及實務對於商業判斷法則於刑事案件之適用，曾於銀行法之案件中分別表示過意見。在違法授信之情形，如何認定銀行負責人或職員係屬「違背任務」，相關處理放款授信之法令、內規等都可能作為參考之判準。對於關係人為無擔保授信、逾越授信額度、個人徵信不實、擔保品估價不實之情況，較容易去認定其所為之授信行為屬於違背任務之範圍，但若是符合銀行內部之授信規定，所為「無擔保貸付」或「未充足擔保貸付」之行為是否仍然會被認為屬於「違背任務」，則有所疑問。蓋一般授信之決定，應會按照銀行之內規進行，而當中較易被

²¹⁷ 須附帶言明者，此處並不表示本文認為經股東會之決議即具有阻卻構成要件該當之效力。

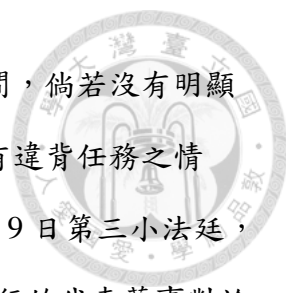


認為具有影響力之裁量權限者即為銀行經理、副理、襄理及監督人等人員。若此等人員「明知」其授信之決定係屬「無擔保或未擔保充足」時，是否須因決策之錯誤而擔負特別背信罪之責任，日本學者松宮孝明即認為或許可以援用所謂「商業判斷法則」加以認定此些決策人員所從事之風險決斷並沒有「違背任務」²¹⁸；而日本學者內田幸隆則認為可將一般適用於商事案件之「商業判斷法則」，將之適用於特別背信罪中「是否違背任務」之認定，亦即對於企業上層決策者的經營上判斷之錯誤，進而造成決算赤字之場合，雖然結果對本人來說是不利益，只要為財產處分時沒有違反規、法令的規則，其實便無處罰之必要，應該是私法自治之自律性問題²¹⁹。

日本實務見解對於商業判斷法則可否適用於特別背信罪中「違背任務」此一構成要件之判斷，則於「北海道拓殖銀行事件」中有所論述。其案例事實為：「被告 A 從平成元年 4 月 1 日到平成 6 年 6 月 28 日間、被告 B 從同月 29 日到平成 9 年 11 月 20 日間，擔任北海道拓殖銀行（下稱拓殖銀）的代表董事，被告 C 於札幌市經營美容業、不動產借貸業的 D 股份公司，以及從同公司租用於經營於土地上興建綜合健康休閒設施的 E 公司，拓殖銀則於昭和 58 年對 D 公司進行真正的融資，雖然是將 D 公司當作是新興育成之企業加以積極的援助，但是拓殖銀與其他銀行調度約 107 億日圓對於上開建設的設施(昭和 63 年 4 月開業)加以融資，與當初預期相反，營業額減少...並且被告 A 於平成 5 年 7 月對於 D 集團經營會議上雖然知悉 D 集團已陷於實質破產的情況，但仍於平成 6 年 4 月 8 日至 6 月 30 日間，前後約 10 次地對 D 和 E 共計融資 8 億 4000 萬日圓，被告 B 承繼 A 的路線，於平成 6 年 7 月 8 日到平成 9 年 10 月 13 日間，前後共計 88 次地對 D 和 E 共計融資 77 億 3150 萬日圓...而被告 A 和 B 則是主張是為了防止拓殖銀自身信用不安之發生、避免融資中斷造成地域社會之混亂所為之綜合判斷，並且主張此一判斷具有高度的政策性、

²¹⁸ 松宮孝明，「經營判斷と背任罪」，頁 108-109，立命館法学 307 号，2006 年 3 号。轉引自吳志強，經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構，台灣大學碩士論文，頁 280，2011 年 6 月。

²¹⁹ 內田幸隆，「背任罪の共犯-不良融資における借り手の刑事責任」，頁 135-136。轉引自吳志強，見前揭註 218，頁 280。




預測性，屬於專門經營判斷之事項，其應該具較寬廣的裁量空間，倘若沒有明顯地不當的判斷的話，法院應該加以尊重其所為之決定，從而沒有違背任務之情形。」，日本最高法院廢棄高等法院之看法(最決平成 21 年 11 月 9 日第三小法廷，棄卻平成 18 年 8 月 31 日札幌高等裁判所之判決)進而認為：「銀行的代表董事對於實質上破產的企業集團(融資相對人),該集團於平成 6 年 3 月瀕於實質破產的情況後，集團各公司經營部分也沒有改善，既存的貸付金取回的唯一方式-「G 地區的開發事業」-亦欠缺可能性，正是因為假設此一實現的收支相抵後的核算性有疑問，不能夠期待既存貸付金額之清償，追加融資可能會造成新的損害之危險，被告 A 和 B 對於此些情勢應該有所認識,在沒有考慮根除原因的方策上，在沒有任何客觀上重整計畫、實質上沒有擔保的情況下，並未存在其所謂為了損失極小化的明確性，總體的綜合判斷上欠缺合理性，銀行董事所為之追融資違反其所應盡之義務，從而應該當特別背信罪的作為董事的任務違背。」²²⁰從此實務見解可以看出，日本的最高法院最後並未以「商業判斷法則」為由來開脫 A、B 之責任，仍舊認定其所為之授信為「違背職務」。但該判決認定的過程中，主要判斷依據是認為被告 A、B 基於本身之專業，應足以就對方是否得以還款作出正確之判斷，在沒有重整計畫或擔保的情形，卻仍為放貸的決定，故認其為違背職務。此等思考脈絡，著重點並非在於被告 A、B 主觀上是否有何不法意圖，仍僅被告 A、B 就其專業而言，違背了應加以注意之注意義務。而單純的注意義務違反，是否足以構成背信罪之基礎，仍有待多方的思考。

第二項、美國法部分：

商業判斷法則係源於美國法上實務發展而來，然在美國法之運用下，商業判斷法則在經濟犯罪中扮演何種角色，此部分可從「郵電詐欺罪」(mail and wire fraud)

²²⁰ 最決平成 21 年 11 月 9 日第三小法廷,判例タイムズ NO.1317,頁 142-148。轉引自吳志強，見前揭註 218，頁 280-281。



之實務運作發展加以觀察。有關美國法上之郵電詐欺罪，係規定於美國聯邦法典第 18 章（Title 18 of the United States Code）之第 1341 條²²¹及第 1343 條²²²。郵電詐欺罪基本上禁止任何人用郵件或其他通訊方式「**設計或意圖設計任何詐欺之計畫或陰謀**」（having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud）。其規範目的在於因應新型態的通訊方式所可能產生的各種詐欺行為，正因為通訊發展有無限可能，為免掛一漏萬，其構成要件之文字顯得甚為模糊，具有多方解釋之空間，在實務上操作可能造成浮濫判斷之情事，如該條所謂「詐欺」是否包含「違背任務」之刑態，即引發不少討論，美國最高法院在 1987 年的 *McNally v. United States* 一案中，對此問題即採取否定之看法²²³。故在多方之討論下，美國國會在 1988 年即再增訂了第 1346 條之規定，針對上開之構成要件文字加以解釋，其規定內容為：「**就本章而言，『詐欺之計畫或陰謀』一詞包含剝奪他人獲取誠實服務之無形權利。**」（for the purpose of this chapter, the term “scheme or artifice to defraud” includes a scheme or artifice to deprive another of the intangible right of

²²¹ §1341 : Whoever, **having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud**, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, or to sell, dispose of, loan, exchange, alter, give away, distribute, supply, or furnish or procure for unlawful use any counterfeit or spurious coin, obligation, security, or other article, or anything represented to be or intimated or held out to be such counterfeit or spurious article, for the purpose of executing such scheme or artifice or attempting so to do, places in any post office or authorized depository for mail matter, any matter or thing whatever to be sent or delivered by the Postal Service, or deposits or causes to be deposited any matter or thing whatever to be sent or delivered by any private or commercial interstate carrier, or takes or receives therefrom, any such matter or thing, or knowingly causes to be delivered by mail or such carrier according to the direction thereon, or at the place at which it is directed to be delivered by the person to whom it is addressed, any such matter or thing, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation occurs in relation to, or involving any benefit authorized, transported, transmitted, transferred, disbursed, or paid in connection with, a presidentially declared major disaster or emergency (as those terms are defined in section 102 of the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (42 U.S.C. 5122)), or affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.

²²² §1343 : Whoever, **having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud**, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio, or television communication in interstate or foreign commerce, any writings, signs, signals, pictures, or sounds for the purpose of executing such scheme or artifice, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation occurs in relation to, or involving any benefit authorized, transported, transmitted, transferred, disbursed, or paid in connection with, a presidentially declared major disaster or emergency (as those terms are defined in section 102 of the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (42 U.S.C. 5122)), or affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.

²²³ *McNally v. United States*, 483 U.S. 350(1987).

honest services)。有關第 1346 條之規定，即以「誠實服務條款」稱之，透過判斷是否有違誠實服務之情事，來認定是否構成郵電詐欺罪²²⁴。而 1346 條之規定，也等同於國會對於最高法院見解的回應。

從上開誠實服務條款之文字不難看出，即便業已用條文定義「設計或意圖設計任何詐欺之計畫或陰謀」，然此定義似乎僅是透過再使用另一種抽象文字加以操作。故在該條之適用上，檢察官便多出了不少發揮空間。經濟犯罪在美國法之發展上有一饒富趣味之情事，當公司負責人違背其受託義務掏空公司資產，進而造成公司損害時，公司股東其實原可透過民事訴訟途徑請求損害賠償，事實上公司股東所在意的也是金錢上的賠償，將公司負責人關進大牢，也還不回公司股東所受之損失，雖然將公司負責人以刑事手段加以處罰，或許能讓受害之股東們得到復仇心理的些微平衡，但刑事訴追手段仍舊無法填補此等損害。且從刑事處罰的謙抑性、最後手段性加以思考，在公司負責人有違其受託義務時，以刑事責任加以訴追應該是較為困難的方式，畢竟刑事之構成要件理應較為嚴謹，嚴守罪刑法定等原則，但在美國法上，對於公司負責人違反受託義務時，卻往往因為民事訴追的種種困難，使得反倒係以刑事手段追究公司負責人手段成為常態。美國法以民事責任訴追公司負責人違背受託義務時，在州法院可能遭遇的困難、障礙如下：

1、民事訴追之起訴門檻（standing to enforce）：

在公司負責人違反其受託義務時，如掏空公司資產等情形，其所造成之損害，其實不僅係僅有公司之股東，公司員工、公司債持有人或是其它的債權人都可算是受害者。但大部分的情形卻只有公司股東可代表公司提起訴訟。作為原告不僅要在**最初提出請求時持有股份**²²⁵，也須證明該有違受託義務之交易進行時亦擁有股份。此外，**原告必須在整個訴訟的過程中均持有股份**²²⁶，即使是非自願地失去股

²²⁴ 18 U.S.C. §1346.

²²⁵ DEL. CODE ANN. tit. 8, § 327 (2006). For criticism of the contemporaneous ownership requirement, see generally J. Travis Laster, Goodbye to the Contemporaneous Ownership Requirement, 33 DEL. J. CORP. L. 673 (2008) (arguing that the rule is unnecessary and incoherent, and proposing that an alternative standard be adopted).

²²⁶ Lewis v. Anderson, 477 A.2d 1040, 1046 (Del. 1984) ("[A] derivative shareholder must not only be a

份的持有，如公司合併等情形，亦會剝奪原告繼續提起訴訟之資格²²⁷。

2、請求原則及請求無用原則（the demand rule and pleading demand futility）：

根據德拉瓦州之法律，在股東對公司負責人提起民事訴訟前，必須先向董事會提出請求，或者必須提出事實足以說明向董事會提出請求係屬「無用的」（futile）²²⁸。無論是否提出請求，訴訟之請求必須符合「嚴格要件」（stringent requirements）以及主張「列舉的事實陳述對該訴訟是必要的」（particularized factual statements that are essential to the claim）²²⁹。在實務運作上，原告大多傾向說明請求係屬無用，而非向董事會提出請求²³⁰。而在股東向董事會提出訴訟之請求時，公司是透過「特殊訴訟委員會」（special litigation committee 【SLC】）來審酌該訴訟請求，該委員會係由無利害關係之董事組成，而且在必要時，可因為原告股東未能成功滿足訴訟請求而駁回原告之主張²³¹。在大多數的案例中，是由被告勝出。不僅是德拉瓦州法院不願意去免除此訴訟請求，而且原告必須滿足繁重的請求標準。至於主張請求無用時，原告必須提出列舉的事實主張足以對下列兩種情形引發合理懷疑：

（1）董事是否無利害關係或獨立的；（2）系爭交易不同於有效商業判斷下之產物

²³²。在實務運作上，德拉瓦州法院甚少認為原告已滿足此高標之起訴標準²³³，而

stockholder at the time of the alleged wrong and at time [sic] of commencement of suit but he must also maintain shareholder status throughout the litigation.").

²²⁷ See id.

²²⁸ Stone v. Ritter, 911 A.2d 362, 366-67 (Del. 2006). If the reviewing court determines that demand would have been futile, the court will excuse demand. Zapata, 430 A.2d at 784.

²²⁹ Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 254 (Del. 2000).

²³⁰ Plaintiffs who make demand on the board are deemed to have conceded the directors' independence and disinterestedness for purposes of the lawsuit. E.g., Levine v. Smith, 591 A.2d 194, 212 (Del. 1991), overruled on other grounds by Brehm, 746 A.2d at 253.

²³¹ See ARTHUR R. PINTO & DOUGLAS M. BRANSON, UNDERSTANDING CORPORATE LAW 465 (2d ed. 2004) ("[N]o SLC has ever recommended that derivative litigation continue against sitting officers, as opposed to former directors or senior executive officers."); see also Robert B. Thompson & Randall S. Thomas, The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits, 57 VAND. L. REV. 1747, 1776, 1783 (2004) (reviewing all corporate litigation filed in Delaware in 1999 and 2000, authors found that courts dismissed 60% of derivative actions against public corporations and plaintiffs obtained no relief; further, the courts excused demand in only one of eight cases where the parties litigated demand futility). "The limited data that has been collected on [SLC behavior] supports the view that the appointment of a special litigation committee almost always leads to dismissal of the case." Id. at 1791 n.147.

²³² Aronson, 473 A.2d at 814. This requirement "exists to preserve the primacy of board decisionmaking regarding legal claims belonging to the corporation." In re Am. Int'l Group, Inc. Deriv. Litig., 965 A.2d 763, 808 (Del. Ch. 2009). When the case involves the board's failure to take



且法院公開之裁決中有時還透露出對於股東訴訟之反感²³⁴。結果就是董事之決定並不會遭到訴訟並會受商業判斷法則保護，而且除非該決定是錯誤的，否則亦會受到尊重²³⁵。

3、商業判斷法則（the business judgment rule）

對於董事違反注意義務之請求通常附屬於商業判斷法則之下。此核心之公司法原則樹立了一假設，即公司董事係基於充分資訊之基礎，在誠實信用之情形下，為公司之最大利益作出此一商業決定。為了鼓勵承受風險，除了極端情形下，商業判斷法則幾乎保護公司董事就其決定免於民事責任之訴追。更尤甚者，在適用商業判斷法則時，也建立一假設，讓公司董事就其違反注意義務之行為，在大部分之情形免於司法審查。簡單來說，只要商業決定係基於理性的商業目的時，法院根本不會理會這些對於管理階層商業決定的控訴。商業判斷法則引進了幾乎無法克服的障礙來訴追公事董事的責任，為的就是“只要公司董事之決定確實經過理性之程序，並且考量各種合理取得的重要資訊—即重大過失概念的衡量標準，即加以避免司法的事後批判”。但即便原告盡力提出事證來充分說明重大過失以駁斥商業判斷法則，然而法院也會在未審查其主張之優勢下，逕對違背注意義務之訴求加以駁斥，只要公司董事並非基於惡意又或者該公司之章程中含有排除條款（exculpatory provisions）之規定。

action, the second prong is inapplicable and the court only asks whether the plaintiff has alleged with particularity facts which "create a reasonable doubt that . . . the board of directors could have properly exercised its independent and disinterested business judgment in responding to a demand." *Rales v. Blasband*, 634 A.2d 927, 934 (Del. 1993).

²³³ Delaware presumes that directors are independent and disinterested until shown otherwise, and "[i]ndependence is a fact-specific determination made in the context of a particular case." *Beam ex rel. Martha Stewart Living Omnimedia, Inc. v. Stewart*, 845 A.2d 1040, 1049 (Del. 2004). Specifically, the court considers not only "whether the director is disinterested in the underlying transaction" but also, "even if disinterested, whether the director is otherwise independent." *Id.* Commentators have criticized this presumption and the limited nature of judicial inquiries testing it. See, e.g., Antony Page, *Unconscious Bias and the Limits of Director Independence*, 2009 U. ILL. L. REV. 237, 242-46.

²³⁴ See, e.g., *Brehm*, 746 A.2d at 255 (holding that higher pleading standards are needed to prevent shareholders from causing "the corporation to expend money and resources in discovery and trial in the stockholder's quixotic pursuit of a purported corporate claim based solely on conclusions, opinions or speculation").

²³⁵ *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 784 & n.10 (Del. 1981).



4、章程排除條款 (exculpatory charter provisions)

上市公司通常同意補償其董事受有法律最大程度之保護。意即當公司董事涉訴，就其訴訟費用、律師費用以及罰款、和解花費金額，通常會被上開補償協定所填補。德拉瓦州公司在章程中也排除董事責任之規定，只要是違反注意義務下所生之金錢賠償，就其個人責任都可為公司章程所預先排除。**德拉瓦州公司法 102 條(b) 第(7)款即有預先免除責任之規定**，但重要的是，**此排除條款並不包含對於公司董事違反忠實義務所應負擔之責任**²³⁶。是以公司並不會讓董事故意違背受託義務或出於惡意時仍解除其所應負之責任。但因大部分之上市公司在成立時，就其章程已規定此排除條款，故公司董事在僅違背注意義務而受追訴時仍受保護²³⁷。故若公司章程訂有排除條款時，即便原告駁斥商業判斷法則並成功主張公司董事有注意義務之違反，被告董事仍無須去證據整體公平性標準。相對地，原告應去證明被告董事有浪費公司資產行為——一種幾乎不可能證明的少數主張²³⁸。故若要令被告董事負責任，原告必須主張未被排除之部分，如忠實義務之違反或主張惡意疏失。然而，在上市公司中，即便是在沒有排除條款保護下，對於重大的個人責任，也不令公司董事承擔此種風險。

5、請求非排除條款的特定性 (pleading non-exculpated claims with particularity)

當針對非排除條款之事由訴追公司董事之責任時，如惡意疏失之情形，股東必須主張列舉的事實來說明公司董事之責任²³⁹。即**原告必須主張特定的事實**來說明被告的行為更甚於重大過失（舉例來說，如被告忽略了明確的警告訊號），被告的行為是如此過分以致於認定其係出於惡意。基本上，股東必須主張特定事實來證明被告主觀上的不法狀態²⁴⁰。

6、經無利害關係之董事成員及股東同意


²³⁶ Supra note 56, P22.

²³⁷ See Id., P22.

²³⁸ See Id., P22.

²³⁹ See Id., P23.

²⁴⁰ See Id., P23




忠實義務係在公司董事涉有自我交易等情形下所引進，當公司無法將董事免除違背忠實義務之訴追時，德拉瓦州法院反而對獨立且無利害關係之董事成員給予相當程度的尊重，且在忠實義務的案件中的尊重程度也大致於違背注意義務之案件一樣多。進一步來說，德拉瓦州法院在過去數十年來，已充分減輕公司董事在利益衝突上的疏失²⁴¹。法院過去曾經用整體公平性標準（entire fairness test）詳細審查自我交易及其它利益衝突之交易，而整體公平性標準比起商業判斷法則而言是更嚴格的標準²⁴²。在整體公平性標準下，是被告即負受託義務者須就系爭交易是否對於公司整體而言係屬公平一事負舉證責任。為滿足此種舉證負擔，負受託義務者必須說明系爭交易在實體上及程序上均符合公平²⁴³。雖然整體公平性標準似乎對負受託義務者創造了一種嚴格的舉證負擔，但經充分諮詢的公司經營階層可以且也必然會避免公平性標準之適用。公司董事可透過利用法定之程序進行交易，避免自我交易之情形受到法院以公平性標準加以審查。為了享有此種安全港之庇護，**公司董事通常會促使其涉及利益衝突之決定或交易經由無利害關係之董事或股東之同意**。若此等經充分告知且無利害衝突之董事或股東認可系爭交易，德拉瓦州法院即可能援用商業判斷法則。法院因而限制了對此等交易的司法審查，股東若欲攻擊此等交易即須負舉證之責，證明該交易相當於浪費之情事。即有論者批評：「法院就經多數具獨立性之董事所同意之利益衝突交易，因適用商業判斷法則之故，從未給予充分之司法審查。第 144 條第 a 項並沒有規定如同部分法院所宣稱地要求如此之適用方式。如此一來並無法去除利益之衝突，事實上，透過經獨立性董事同意之方式，會使決定作成之過程不費吹灰之力即可確保免於利益衝突之影響。²⁴⁴」

²⁴¹ See Id., P23

²⁴² See Id., P23

²⁴³ See Id., P24.

²⁴⁴ See Id., P24. (The courts have never provided an adequate justification for applying the business judgment rule to a conflict of interest transaction approved by a board that contains a majority of independent directors. Section 144(a) does not, as some courts have suggested, compel applying the outcome. Nor does it result from expungement of the conflict. In fact, the approach makes no effort to ensure that a decision-making process is free of the conflict of interest.)




不僅德拉瓦州法院通常拒絕去體認所謂的「獨立性董事」，其結構性的偏見及社會關係是如何不適格，而且因為原告必須滿足高度之請求標準，法院亦無法判斷具獨立性之董事是否已受充分之訊息告知以及有利害關係之董事是否在其決定作成上有所影響²⁴⁵。有鑑於有利害關係之董事保留重要的資訊甚至有意地欺瞞外部之董事，如安隆或世界通訊之案例，對於利害衝突交易寬鬆之司法審查確實係一大問題。在德拉瓦州法律如此重重障礙之下，甚少原告股東得以通過起訴主張之門檻並不令人意外。法院在此等訴訟中免除公司董事之民事責任，原告股東無法透過此等訴訟來貫徹受託義務之要求，因為並無法達到高標之起訴門檻。於是，就如同迪士尼案所揭示一般，公司董事在德拉瓦州公司法下並無法因違背受託義務而負擔責任，即便其所為遠不如股東所期待及信賴受信託者所應為之情形，亦與德拉瓦州法律所規定之受託義務不相稱。

於 2008 年遭逢金融風暴之際，花旗集團之股東即試圖以訴訟方式向公司董事主張責任。花旗集團之董事們於 2008 年之金融風暴中亦大量投資次級房貸，在聯邦政府進行救援行動前，一共認列了 200 億美金之損失，股價也因此跌了 77%²⁴⁶。也正因為花旗銀行被認為大到不能倒 (too big to fail)，美國財政部 (the Treasury Department) 也盡力對其進行纾困，透過「不良資產救助計畫」(Troubled Asset Relief Program, TARP) 花了納稅人近 450 億美金對花旗進行金援²⁴⁷。而在政府進行金援之前，許多花旗之股東即嘗試以訴訟之方式，訴請此等涉及次級房貸交易之董事能就公司之損失加以賠償。其主張認為被告董事們違背了其受託義務，因為未能有效監督、管理花旗集團對於次級房貸的大量投資，以致次級房貸之投資額最後佔了整體公司淨值近 43% 之高。忽視了房地產及信用市場上許多之警告訊號，未能功成監督花旗就次貸之投資組合，導致公司巨大之損失，以及整體資產之大幅

²⁴⁵ See Id, P25.

²⁴⁶ See David Enrich et al., U.S. Agrees to Rescue Struggling Citigroup—Plan Injects \$20 Billion in Fresh Capital, Guarantees \$306 Billion in Toxic Assets, WALL ST. J., Nov. 24, 2008, at A1 (<http://online.wsj.com/news/articles/SB122747680752551447>)

²⁴⁷ See Id. (explaining that the Department of Treasury gave Citigroup \$20 billion in addition to the \$25 billion previously provided).




縮減。原告亦主張被告未能保證花旗財報之準確性及適度的揭露。此外，原告另主張部分被告有浪費公司資產行為，因為同意對即將卸任之 CEO, Chrales Prince 支付數千萬美金的離職金。原告認為本案中被告很有可能違反了「忠實義務」，因為有意識地將花旗集團曝露在如此巨大的風險投資下，明顯未能善盡其監督之責。

首席大法官 Chandler 不同意此說法，法院認為花旗董事與 Caremark 案中之監督義務有所不同，在 Caremark 案中，被告董事是未能監督不法行為或交易，而在花旗案中，被告董事是未能監督花旗集團於次級房貸中之風險投資。於是法院在此仍駁回原告之請求，Chandler 甚至認為，若准許原告之主張，將形同拋棄了德拉瓦州法下受託義務之基石，將使此種本來應受商業判斷法則保護之投資選擇受到司法的事後審查²⁴⁸。Chandler 的決定受到商業界之讚揚，但卻也透過出一種訊息，在德拉瓦州法下，公司董事之責任是近乎免疫的。確實，股東們的訴求也許連一次開庭的機會也沒有。但在 AIG 案中卻有不一樣的情況出現，當時德拉瓦州的副首席法官 Leo Strine 並未駁回對 AIG 的 CEO, Hank Greenberg 的訴訟，Strine 強調 AIG 的案例是種刑事案件，並著重 AIG 不法行為的影響性、嚴重性確實非屬常態等等。而法院也確實將 AIG 描述成一種刑事犯罪組織²⁴⁹，並強調此種腐敗已經滲透了整個企業，而非單一領域而已。將兩個案件相比，將可發現一般訴追公司董事責任之門檻確實過高，除非公司董事所涉及的是滲透性的不法行為，又或者其行為係嚴重有違忠實及誠信，否則被告董事們並不會因其違背受託義務而受到司法之追訴。


除了上述德拉瓦州法對於訴追董事責任之障礙外，在州法之外，聯邦法律亦有不利於追訴公司董事責任之處。美國係為聯邦體制，除各州有獨立之法制外，另尚有聯邦之法律規定。上開所述即為德拉瓦州之法律規定及適用情形，承上所述，原告股東在訴追董事責任時，州法之種種規定將使股東無法透過上開方式滿足其追究責任之目的。於是乎，在州法下提起訴訟飽受阻礙之情形，原告有時會

²⁴⁸ Supra note 56, p27.

²⁴⁹ See Id, P28.




將訴訟戰場亦拉至聯邦之場合。而原告股東此時主張被告董事所違反者，多為 1934 年證券交易法的 section 10(b) 及 Rule 10b-5 規定。因為董事違背受託義務下的種種作為，很可能除了傷害公司外，亦對持有公司股份之股東造成傷害。現實上公司董事違背對於公司之受託義務以對於公司股東的欺騙或怠忽，常常係相併發生的。在 1998 年前，股東若在州法的訴訟中若遭遇困難時，如上述嚴格的起訴要求，尚得以援用聯邦法院補充性的司法審核權限，來通過在州法間懸而未決之訴訟。換言之，州法之路不通，尚可走上聯邦一途。但國會在 1990 年後將此路封閉了，為的就是抑制這些濫用又無實益的證券訴訟。首先，1995 年的私人證券訴訟改革法案 (the Private Securities Litigation Reform Act of 1995, 下稱 PSLRA)，即限制了股東向聯邦法院提起訴訟之權利。該法案同時也減輕了公司董事、監察人等人在聯邦證券法下之民事責任。因此，對於股東而言，要在聯邦法院提起證券詐欺之訴訟，將變得更困難、更昂貴且風險亦更高。3 年不到，上市公司之董事又重返國會殿堂，尋求更進一步的保護，以免於股東對其之訴訟舉動。這些上市公司董事發現，原告股東之律師常係迴避上開 PSLRA 之規定，透過向州法院提起訴訟來獲取訴訟資料，如此之策略使得國會上開修法之意圖難以達成。於是國會便再通過了 1998 年的證券訴訟統一標準法 (the Securities Litigation Uniform Standards Act of 1998, 下稱 SLUSA)。SLUSA 有效地限制股東們利用州法上之證券詐欺訴訟來為聯邦法上之訴訟進行修正與調整。除少數情形外，依 SLUSA 之規定，若原告主張被告違背受託義務之行為涉及「covered security」之買賣時，應優先適用州法之規定來處理違背受託義務之情形。透過此種州法優先之規定，某程度上，SLUSA 等於讓違背受託義務之情形無法在聯邦間透過訴訟主張。事實上，SLUSA 所適用的範圍比起 section 10(b) 來得更加廣泛，如果受託義務的違反同時涉有證券之交易行為，不論是由原告或其它人所為之證券交易，如此之情形即足以發動 SLUSA 中的優先規定，優先以州法加以處理。因此，即便原告股東只是單純的股票持有者，而且並未實際地買入或賣出該公司之股票，原告一樣會喪失聯邦法上之訴訟途



徑。但原告股東們仍然是企求透過聯邦證券法反詐欺之規定來令公司董事負責，最典型之規定即為 section 10(b)及 Rule 10b-5，即便違反此等反詐欺規定之行為嚴格說來亦屬違背注意義務及忠實義務之行為一環。Thompson 及 Sale 教授即說明了原告可將違背受託義務之訴訟主張再形成為證券詐欺之訴訟主張。上面曾提到原告股東在州法的訴訟中，原告之起訴常因未達門檻而很快即遭到駁回，根本未進行審理。而這樣的情形在聯邦之證券詐欺訴訟也同樣會出現。因為 PSLRA 在民事訴訟上建立了十分嚴格之標準。故與其回應原告之指控，被告董事通常更傾向於請求法院駁回訴訟。依 PSLRA 之規定，原告提出 section 10(b)及 Rule 10b-5 之指控時，必須就被告之主觀狀態盡相當嚴格之證明責任，**須提出特定且充分之事實就被告確實「知悉」且「輕率」之主觀加以說明**。此外，原告尚須詳細說明每一段指涉欺騙的陳述，之所以認定屬欺騙之原因，且若如此之主張係根據於一定之資訊及信賴時，原告亦須就該信賴形成之全部相關事實加以說明。在這種種的要求之下，原告又如同在州法之情形下，必須滿足此等異於常態之起訴標準，且無法透過訴訟來從公司或相關被告來開示相關事證。**最高法院在近幾十年來的相關裁判也透露出欲以聯邦法律請求民事責任的困難**²⁵⁰。最主要的原因乃係最高法院對於聯邦證券法律之規定予以狹隘之解釋，讓已在州法部分詳細規範之行為無須再承擔聯邦法上之責任。以 *Santa Fe Industries, Inc. v. Green* 案為例²⁵¹，該案涉及公司併購之情事，被告擁有 Kirby 公司 95% 之股份，而欲完整收購 100% 之股份，被告於是利用德拉瓦州之公司合併規定，利用其持有超過 90% 股份之優勢地位，以補償少數股東之方式，強迫少數股東必須在 10 日內出售所持有之股份。本案中之被告也透過摩根史丹利之估價，以每股 150 美元之對價收購少數股東之股份（摩根之估價為每股 125 美元）。然而，Kirby 公司之資產經評估最後被認為每股之價值應該 640 美元。依德拉瓦州之法律規定，少數股東若認該合併之對價顯不公平，可向德拉瓦州法院提起訴訟。但原告卻非向德拉瓦州法院提起訴訟，而係向聯邦

²⁵⁰ See *Id.*, P32.

²⁵¹ See *Santa Fe Industries, Inc. v. Green*, 430 U.S. 462, 478(1977)




法院提起訴訟，認為多數股東對少數股東負有受託義務，而其違反了聯邦證券交易法的 Rule 10b-5 規定。最後，法院認為違反受託義務之情事，並非屬聯邦法院之審理範疇。如此之決定，透露出法院所關切者，乃係受託義務之違反，傳統上係屬州法所加以規範之領域，若將聯邦法律套用至此，將會衍生不少問題²⁵²。若將受託義務之違反，也認定屬於 section 10(b) 的構成要件內容，將會擴展原所規範禁止行為之範圍。換言之，處罰之範圍即因而擴大了。但根據該法院之看法，如何去區分受託義務之違反是否屬聯邦證券交易法 Rule 10b-5 之規範範疇係相當困難的。於該案判決中也同時說明，若讓聯邦法院透過證券交易法來塑造出「聯邦的受託義務」，將會與透過州法建立的公司法制相重疊且互相干擾。在 2008 年的 *Stoneridge Investment Partners, LLC v. Scientific-Atlanta, Inc.* 案中，法院也採類似之見解，即不透過證券交易法之規定重行塑立聯邦性的受託義務²⁵³。

如上所述，股東訴訟實為一種既昂貴又欠缺效率之選擇，這樣的民事訴訟手段並無法發揮嚇阻投機分子的作用，再者，外部董事也欠缺動機去發掘或防免經理階層之錯誤行為。民事責任既然無法充分地發揮作用，美國法上便將點子動到刑事責任上頭。前開所提及的誠實服務條款，即是最佳的利器，在 1988 年誠實服務條款制定以來，檢方便積極利用該條去打擊公司詐欺、自我交易及其它在不法交易情事。違反誠實服務條款的案件訴追也在這段時間中大大增加了。之所以刺激此類案件的催化劑正是安隆及世界通訊等案件的發生。這兩件大型的金融弊案讓民主黨及共和黨均槍口一致，白宮和國會也對此弊案很快地作出回應。小布希總統先是發誓要把這些壞蛋送進監獄並且拿走他們的錢，很快地在 2002 年 7 月成立了公司詐騙專組 (Corporate Fraud Task Force, CFTF) 來執行相關的命令，欲揭露並根除此種公司貪腐的情形。小布希總統向國會要求賦予行政部門更多力量來落實公司責任，這也正是小布希總統的第一個要求，郵電詐欺罪的新刑事處罰。在 CFTF 之後，國會在兩週後通過了沙賓法案 (Sarbanes-Oxley Act of 200,

²⁵² Supra note 56, P33.

²⁵³ See Id., P33.



SOX)，沙賓法案在幾個面向增加了新的刑事處罰，如不要求技術要素的證券詐欺、試圖犯郵電或證券詐欺、妨礙司法、對吹哨者的報復等²⁵⁴。但在私權領域部分，沙賓法案幾乎是無貢獻的，是故並無法透過沙賓法案對此種公司犯罪在民事上尋求任何救濟或賠償²⁵⁵。如此一來即產生一種怪異的情形，在民事訴訟中，因為商業判斷法則之作用讓追訴公司董事成為一道難題，但透過刑事手段的採取，卻反而足以大大有利地打擊經濟犯罪，然而刑事法律在謙抑性及罪刑法定等原則底下，通常的情形應該是刑事責任的成立要比民事責任來得困難才是，然後美國法在沙賓法案及郵電詐欺罪的幫助下，卻反其道而行，確實值得令人深思。

第三節、我國學者對於商業判斷法則可否適用於刑事程序之看法

第一項、否定見解

商業判斷法則可否適用於刑事程序，學說上有採反對見解者²⁵⁶。主要的理由為，商業判斷法則在美國法上本係適用於民事程序，即向董事提起求償訴訟時所適用，蓋其效果為舉證責任之轉換或加重，透過加強原告必須舉證證明董事有違商業判斷之方式，來達到防止董事須就公司之虧損加以負擔之目的。簡言之，透過舉證的變化，讓董事負擔損害賠償責任的機會減少。然舉證責任的變換，係屬於民事訴訟上之概念，在我國之民事訴訟中，依據民事訴訟法第 277 條前段之規定，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。所以原告在民事訴訟中請求董事負損害賠償之際時，原告負有舉證之責任，須證明董事之行為確有符合損害賠償之種種要件，如故意過失等。正因有此舉證責任之存在，於原告舉

²⁵⁴ See Id., P40.

²⁵⁵ See Id., P41.

²⁵⁶ 如蔡昌憲、溫祖德，見前揭註 6。

證不足時，即無法令法院作出滿足原告請求之判決，而須以原告舉證不足為由而敗訴。民事訴訟正因為有此舉證責任之差異存在，所以商業判斷法則之作用才得以突顯，透過加重原告之舉證，即可生減輕董事負責之效果。

然而，在刑事訴訟中，作為原告者即為檢方（此處暫不討論自訴之情形）²⁵⁷，作為被告之董事，本即受有刑事訴訟法上無罪推定之待遇，意即須由檢方舉出被告有罪之證據，來說服法官之心證，並使法官之心證達到毫無合理懷疑之確信的程度時，法官才能作出被告有罪之判決，換言之，舉證責任本即落在檢察官之一方。依我國刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」當時民國 91 年之修法理由為：「一、鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任，修正第一項。二、為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴，基於保障人權之立場，允宜慎重起訴，以免被告遭受不必要之訟累，並節約司法資源，爰設計一中間審查制度之機制，增訂第二項。三、法院於裁定駁回起訴前，既曾賦予檢察官補正證明方法之機會，檢察官若不服該裁定者，亦得提起抗告請求上級法院糾正之，是以檢察官之公訴權能已獲充分保障，此時為維護被告基本人權，避免被告有受二次追訴之危險，增訂第三、四項。」²⁵⁸另再參考最高法院 92 年台上字第 128 號判例見解：「刑事訴訟法第一百六十一條已於民國九十一年二月八日修正公布，其第一項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判

²⁵⁷ 自訴程序中原告所應負之舉證責任，與檢察官並無不同，此為我國實務向來見解，在後述介紹實務判決中亦遇有自訴之情形。

²⁵⁸ 修法理由請參考：

[http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@170:1804289383:f:NO%3DE04552*%20OR%20NO%3DB04552\\$10\\$ \\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@170:1804289383:f:NO%3DE04552*%20OR%20NO%3DB04552$10$ $$NO-PD)

決之諭知。本件原審審判時，修正之刑事訴訟法關於舉證責任之規定，已經公布施行，檢察官仍未提出適合於證明犯罪事實之積極證據，並說明其證據方法與待證事實之關係；原審對於卷內訴訟資料，復已逐一剖析，參互審酌，仍無從獲得有罪之心證，因而維持第一審諭知無罪之判決，於法洵無違誤。」此外，**最高法院 91 年第 4 次刑事庭會議決議**亦認為：「為貫徹無罪推定原則，檢察官對於被告之犯罪事實，應負實質舉證責任。刑事訴訟法修正後第一百六十一條（下稱本法第一百六十一條）第一項規定「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法」，明訂檢察官舉證責任之內涵，除應盡「提出證據」之形式舉證責任（參照本法修正前增訂第一百六十三條之立法理由謂「如認檢察官有舉證責任，但其舉證，仍以使法院得有合理的可疑之程度為已足，如檢察官提出之證據，已足使法院得有合理的可疑，其形式的舉證責任已盡...，」）外，尚應「指出其證明之方法」，用以說服法院，使法官「確信」被告犯罪構成事實之存在。此「指出其證明之方法」，應包括指出調查之途徑，與待證事實之關聯及證據之證明力等事項。倘檢察官所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無法說服法院以形成被告有罪之心證者，應貫徹無罪推定原則，為無罪之判決。同條第二、三、四項，乃新增法院對起訴之審查機制及裁定駁回起訴之效力，以有效督促檢察官善盡實質舉證責任，藉免濫行起訴。」

透過上述修法理由及實務見解之意涵，均可看出在刑事訴訟當中，係由檢察官負擔舉證責任，若認被告董事涉有掏空公司或是涉及非常規交易等情事，均應由檢察官提出證明被告涉有相關犯行之證據，並進一步利用此些證據之存在說服法官之心證，在無罪推定之運作底下，蓋無可能由被告自行舉證證明自己並未涉及犯行之情形。是以，若認為商業判斷法則之作用係在加強原告之舉證門檻，不要求董事自行解釋說明自身商業判斷之妥適與否，而係由原告來證明董事確實有違反商業判斷之情形，將同樣的思維套用於刑事訴訟時會發現，在刑事訴訟中的原告（即檢察官），本來就負有證明被告犯罪之義務，換言之，被告有違商業判

斷之情事，本來也在檢方的證明之列，而檢方證明之程度，必須達至毫無合理懷疑之確信的高度始可，否則被告一律受無罪之推定。在此等刑事訴訟原則的套用下，無須商業判斷法則之介入，原告已負有相當高度之舉證責任。此外，透過背信「為他人處理事務」此等構成要件之認定，即足以達到過濾犯罪效用，無再援引商業判斷法則之必要及實質意義²⁵⁹。

第二項、肯定見解

商業判斷法則可否適用於刑事案件，學說上亦存有持肯定見解者。惟對於商業判斷法則如何適用於刑事案件，處理上仍有些微不同。以下分別論述之：

一、用商業判斷法則作為是否「違背職務」之認定

背信罪成立之構成要件，有一要件即為被告須有「違背職務」之行為，換言之，若被告之行為並無違背職務時，自不該當背信罪之要件，被告自不成立背信罪。且此「違背職務」之要求，除刑法第 342 條有此構成要件外，在銀行法第 125-2 條之規定中²⁶⁰，亦有此違背職務之要求。而商業判斷法則之內涵，即原則推定公司董事均能善守本份，係基本充分資訊下所作的商業決定，除非原告已足證明董事有違背忠實義務等行為，否則董事即可受有推定之優勢，亦避免法院以事後論斷之方試來評斷董事基於瞬息萬變下而作出的商業判斷，侵蝕公司董事之判斷空間。從此觀點看來，將商業判斷法則引入刑事案件中，並非援引該法則而變更舉證責任之分配，而是作為認定被告是否「違背職務行為」之參考²⁶¹，故若被告所為已善守公司之內部程序規定，相關情形亦符合商業判斷法則之要件下，即非為違背職務之行為。事實上，將商業

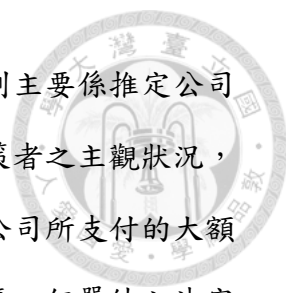
²⁵⁹ 參考蔡昌憲、溫祖德，見前揭註 6，頁 341-342。

²⁶⁰ 銀行法第 125 條之 2 第 1 項：「銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，**而為違背其職務之行為**，致生損害於銀行之財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」

²⁶¹ 參考曾淑瑜，論金融犯罪「特別背信罪」之構成要件—臺灣高等法院 99 年度金上重訴字第 31 號判決，月旦法學雜誌第 193 期，2011 年 6 月，頁 201。

判斷法則作為判斷「是否違背職務」之判準，在日本法上亦有學說提出此種想法，此部分可參考前述日本法之部分。

然在「非常規交易罪」及「特殊背信侵占罪」之構成要件中，僅有後者有「違背職務」之構成要件規定，更嚴謹的說法是，應該是僅有背信罪才會有所謂「違背職務」之前提。故若將商業判斷法則作為判斷是否「違背職務」之指標時，商業判斷法則在刑事領域中也將只限縮在背信類型之犯罪。然公司負責人在犯下特殊背信侵占罪等掏空公司資產行為時，許多手法即係透過非常規交易之方式進行，此時公司負責人很有可能同時涉犯「非常規交易罪」及「特殊背信侵占罪」，若此時援引商業判斷法則作為抗辯，甚至推翻了違背職務之認定，亦即認為公司負責人確實符合商業判斷法則之要求，並未有違背職務時，是否仍會成立「非常規交易罪」，蓋非常規交易罪當中並無違背職務之要件，即便透過運用商業判斷法則推翻了違背職務的認定，也無礙非常規交易罪之成立，如此之法律適用顯得十分吊詭。非常規交易罪與特殊背信侵占罪之該當也許是出於同一行為（如透過某此非規之交易將公司資產轉移到公司負責人自身上），如果商業判斷法則僅能排除違背職務之要件，自然顯得不合理。再者，在經濟犯罪之案例中，現實上必定伴隨著公司的巨大損失存在，蓋若是令公司受有利益的交易，尚不致淪於訴訟之程度。是以，若將商業判斷法則抗辯連結到客觀構成要件觀察，現實上的巨大損失是否容易影響判斷（都虧損如此嚴重了卻仍未違背職務？）。此外，商業判斷法則在美國法上運用的情形為被告董事或有違反注意義務，但未違背忠實義務之情形，若被告已有違背注意義務之情事，是否仍足以稱之為「未違背職務」？蓋所謂違背職務，就背信之本質來看，應兼含信託權利的濫用與信託義務之違反，而已有違背注意義務之行為，是否仍未屬信託義務之違反？諸此種種疑慮，在將商業判斷法則套用於經濟犯罪之客觀構成要件時均易發生，本文因此認為，商業判斷法則抗辯在經濟犯罪中最重要的作用，應非在於客觀構成要件




該當之否認，而係針對主觀構成要件之部分。商業判斷法則主要係推定公司董事基於善意來為公司作出商業決定，所著重者似乎係決策者之主觀狀況，且在美國法上各項商業判斷法則之案例中，如迪士尼案中公司所支付的大額離職金，最後雖因商業判斷法則而認公司董事就此無須負責，但單純之決定之作成，客觀上是否完全可認為係「符合職務」或「符合常規」，單就客觀行為的定性上，似乎是有疑慮的，故在經濟犯罪中當被告董事援引此抗辯時，較重要的意義應在於主觀意圖的否認，而非客觀行為的否定。

二、 商業判斷法則作為舉證責任分配之引導

學者認為，董事忠實義務與注意義務的重要區別實益之一即在於商業判斷法則之適用。所謂商業判斷法則即係美國司法實務上所發展出對於董事業務執行的有利推定，亦即作成商業決策之董事被推定為「係在充分資訊下，本於誠信，並確實相信該商業決策之作成係本於公司之最大利益」。原告股東若欲主張董事在特定業務之決策、執行上違反其注意義務必須先舉證推翻此一推定。而透過舉證責任分配的保護，即便董事的決策令公司受有損害，起訴之原告亦難具體證明被董事確「非」相信該商業決策之作成係本於公司之最大利益。相對而言，若原告股東主張董事在特定業務之決策、執行上存有利益衝突情事，而違反其忠實義務，即無此一商業判斷法則的適用，董事的責任風險因此將明顯提昇²⁶²。簡言之，商業判斷法則之適用，應係在董事違反注意義務之前提下，若係忠實義務之違反，公司董事即不受商業判斷法則之推定，是以，董事所違反者係為「注意義務」或「忠實義務」即來得相當重要。

又刑法第 342 條之背信罪之構成要件為：「為他人處理事務，**意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益**，而為違背其任務之行為，致生損

²⁶² 參考邵慶平，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，2008 年 6 月，頁 35。




害於本人之財產或其他利益。」就其意圖部分，可區分為「意圖自己獲利」並「致生損害於本人」及「意圖損本人利益」並「致生損害於本人」兩種類型。而背信罪此兩種類型，對於公司董事而言，應屬「忠實義務」之違反，從前開的脈絡看來，自無商業判斷法則之適用。但反推而言，若公司董事所違反者係屬「注意義務」，亦不符合背信罪之構成要件規定。是以，當被告援引商業判斷法則時，其在訴訟活動上之實質意義在於：主動向法官或檢察官表明「在進行商業決定時，被告乃立於一資訊充足之基礎，且出於善意，與該行為將帶給公司（與股東）最大利益之真實確信。」²⁶³所以，當被告提出商業判斷法則之抗辯時，此時檢察官更應努力去證明不法意圖之存在，且檢方所尋求的路徑，應係被告有違反忠實義務之情事，蓋若被告具備此等不法意圖，必係在違反忠實義務之前提下，是以，提出商業判斷法則之抗辯，某程度也是令法院就注意義務與忠實義務加以區辨。在民事責任的情形，單純的注意義務違反可受到商業判斷法則之保護而近乎於免責；相對而言，在舉責更應嚴謹要求的刑事訴訟中，更不應將董事單純的注意義務違反，課予背信罪之罪責。是以，被告在刑事程序中提出商業判斷法則之抗辯時，其意義應在於舉證方向及活動的引導，藉以節省訴訟資源之耗費，減緩訴訟的不確定性²⁶⁴，亦藉此抗辯讓法院加以區辨注意義務與忠實義務之不同，以確定主觀的不法構成要件是否成立。

第三項、小結

其實上開所列之肯定說與否定說，管見認為在本質上並非真正對立之兩說。與其說是兩種對立之見解，不如說是觀察的角度不同。否定說的想法，主要是認為商業判斷法則之效果在於民事舉證責任的影響，而刑事舉證責任與民事的舉證責任

²⁶³ 參考邵慶平，見前揭註 34，頁 292。

²⁶⁴ 參考邵慶平，同前註，頁 293。



分配係不同之原理，故無法直接套用，但否定說之見解並不表示浮濫地套用經濟犯罪的構成要件，以背信罪為例，仍要回歸背信罪之構成要件，是否具備主觀之意圖，違背任務之行為，造成特定之損害等等。簡單地說，合乎商業判斷法則諸多要件下所作出之商業決定，當回歸用刑法的構成要件進行判斷時，其實通常也不會構成刑法上之犯罪，是自無引進商業判斷法則至刑事案件之餘地，仍援引原存之構成要件加以判斷即可。而肯定說亦「並非」表示在刑事案件可以直接引進商業判斷法則作為阻卻構成要件或是阻卻違法之事由，而是善用商業判斷法則在公司經營之思維，在符合商業判斷法則之公司經營行為，公司負責人通常即無須負擔民事之賠償責任，既然民事責任都不被苛求了，那麼將此種思維同樣套用到刑事案件中時，是否仍可逕認被告所為係屬違背任務呢？又或者將商業判斷法則援引至刑事案件，作為最具體的舉證提醒，不是公司一有虧損即足以課以背信或其它刑事罪責，仍應以行為人主觀上有不法之意圖為其要件。於是乎，商業判斷法則並非完全無法在刑事案件中發生作用，仍有其價值存在，也並非與刑事案件完全對立之概念。兩種看法尚難逕認誰是誰非，但就本文立場看來，是較傾向肯定說的。因為商業判斷法則在美國實務上之發展已有諸多時日，此種思維在法體制上應具一致性，不應在民刑兩種領域卻出現天南地北之差距，而且以肯定說之說法，將商業判斷法則作為刑事舉證責任的引導，確實有其實益，蓋在如背信罪之判斷上，主觀上之不法意圖、損人意圖，正是最困擾人的部分，透過商業判斷法則抗辯的引入，也能提醒法官、檢察官在適用法律上，不可只因為公司受有損害，董事係為公司處理事務之人等要件，而逕認被告有背信罪責，在被告引入商業判斷法則抗辯，更應注意在主觀意圖上，是否亦有足夠之證據足以認定被告確有主觀上之得利益圖等。

是以，將商業判斷法則引入此類經濟犯罪之判斷中，著實有如下之實益²⁶⁵：

²⁶⁵ 參考黃孟珊，經營判斷法則對刑事背信罪認定影響之研究，中正大學會計資訊與法律數位學習碩士在職專班碩士論文，2013年1月，頁90-92。



一、**符合司法節制主義**：在刑事案件援引商業判斷法則之精神，可讓司法不過度介入商業領域，保護企業經營者之經營決策，鼓勵其勇於任事及承擔風險，以符合刑法之謙抑思想及刑罰最後手段性之想法。

二、**正確引導當事人之舉證活動**：商業判斷法則有其成立之要件，對於當事人在舉證上，可提供明確之方向。首先，在被告提出商業判斷法則抗辯時，先令其負一定程度之提出責任，此部分可作為訴訟之爭點之一；再者，檢察官可再就商業判斷法則的種種要件進行攻擊，推翻被告得以援用商業判斷法則之說法。但在檢察官推翻商業判斷法則，例如證明被告董事有不法行為而無以適用商業判斷法則時，並不直接證明了被告的主觀的犯罪意圖。檢察官應須透過商業判斷法則種種要件的推翻，一一堆疊出足以說明被告得利益圖的間接事實。主觀意圖難以重現，但透過商業判斷法則的引導，不僅讓訴訟得以聚焦，檢察官亦有舉證之方向。

三、**提供一致之審查標準，統一自由心證歷程**：司法實務上廣泛運用自由心證常備受爭議，就行為人主觀構成要件是否具備，在實務判斷上可能缺乏一致之審查標準，而有因人而異之問題，肯認商業判斷法則之適用，可以降低判斷過程之高度射倖性，避免同一案件在不同法官之自由心證下，產生不同結論之情形。

四、**提高商業實務的法安定性**：商業判斷法則可以作為原、被告在舉證責任與舉證活動方向上的重要指引，如此可整合學說上主觀、客觀舉證責任分配混亂之現象，且藉由提供一致之審查標準，以求自由心證歷程之統一，節省訴訟資源耗費，減緩訴訟不確定之法律風險，以兼顧商業實務上對於法律安定性、法律風險控制之高度需求²⁶⁶。

²⁶⁶ 參考施茂林，商業判斷原則之蝴蝶效應發展，收錄於商業判斷原則與企業經營責任論文集，2011年12月，頁3-7。




第五節、商業判斷法則與非常規交易犯罪 及特殊背信侵占罪

第一項、商業判斷法則與主觀構成要件

特殊背信侵占罪之主觀構成要件除基本之故意外，尚有其特殊之主觀要件，即「意圖為自己或第三人之利益」，與刑法第 342 條普通背信罪不同的是，刑法背信罪之特殊主觀要件除「得利益圖」外，亦包含「損人意圖」（意圖損害本人之利益），而於本文所討論之特殊侵占背信則僅有「得利益圖」之規定。另非常規交易罪在法條文字上雖未明文規定主觀意圖部分，但依前述說明，就非常規交易罪，本文認為，仍應有特殊主觀意圖的構成要件限制，以表彰該罪之不法內涵，以及避免輕重失衡之情形。又承上所述，商業判斷法則係指推定公司負責人係基於善意、充分資訊等基礎下為公司作出商業決定，其要件為：1、商業決定，2、須與該交易無利害關係，具獨立性及重要性，3、已盡合理注意，4、須為善意，5、須無濫用裁量權。復依前開所述，商業判斷法則僅適用於被告違反注意義務之情形，亦即被告若違反忠實義務時，將不受商業判斷法則之推定，換言之，當被告確受有商業判斷法則之推定時，其不會有違背忠實義務之情形，至多係注意義務之違反，而將注意義務與刑法上之主觀要件相結合，可以得知的是，注意義務之違反至多能稱之為過失、疏忽，與本文所欲討論之「非常規交易罪」與「特殊背信侵占罪」主觀上應具備「得利益圖」等特別主觀要件尚屬有別，是以，當被告援引商業判斷法則之抗辯時，應可將之視作被告就此等犯罪要件中，特殊主觀要件之否認。

再依上述刑事訴訟舉證責任的態樣來看，被告受有無罪推定，檢察官就構成要件原則上均負提出責任及說服責任，且說服之程度須達毫無合理懷疑之確信，




法院始得為有罪之判決。但在無罪推定下並不等於被告完全不負任何之提出責任，以幽靈抗辯的情形為例，在被告否認構成要件之抗辯具有個人特殊的經驗或知識時，此時應令被告負提出責任，就有利自己之抗辯提出說明，但就此部分所負之提出證據之責任，無須達毫無合理懷疑確信之說服程度。

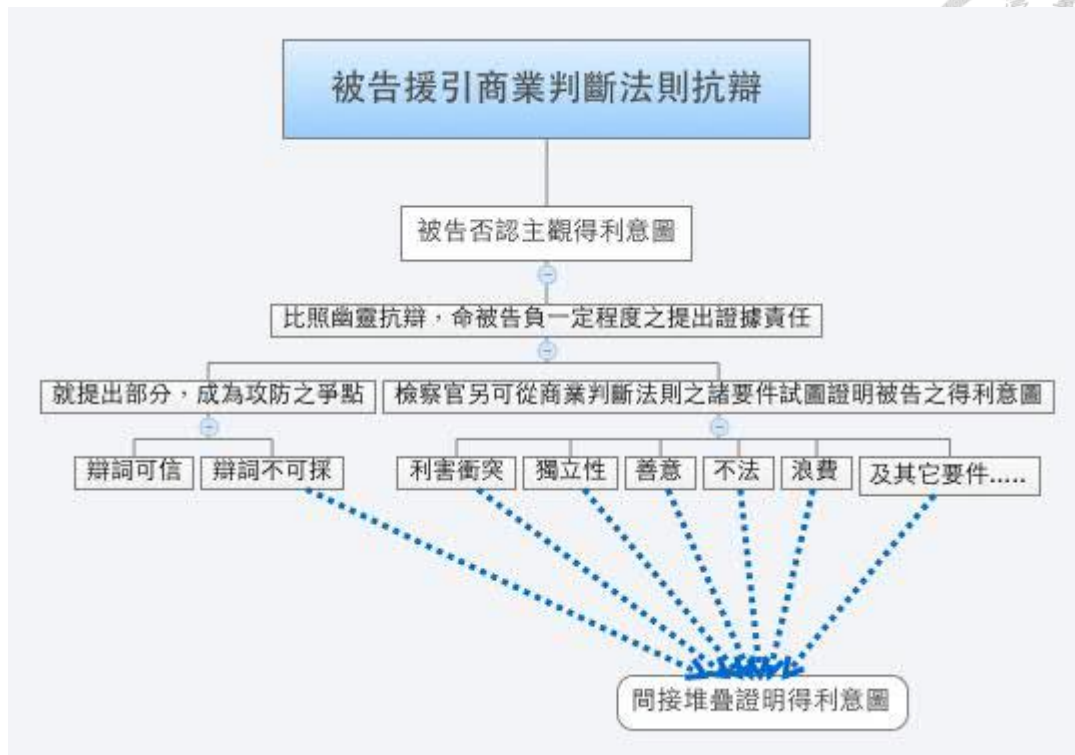
以經濟犯罪上常見的手法來看，被告董事將公司資產中之高價不動產以不合市價之低價轉賣於董事之關係人時，檢察官就主觀意圖部分應如何舉證？可以想見的，檢察官可透過查訪不動產交易之行情，對象，以及公司變賣資產之程序上是否有被告董事之利益衝突介入。當檢察官得以調查出相關交易確實不符行情，且交易對象亦有利害衝突疑慮時，此時被告董事除單純援引商業判斷法則之抗辯外，更應負有提出證舉之責任，就此等不動產交易有何公司經營上之考量，待被告董事提出相關抗辯後，檢察官可再就被告董事所提出之部分調查其合理性，再尋覓相關證據加以打擊被告董事之說詞，以達到說服法院之程度。蓋不動產的交易價格、對象、交易內容均可能透過調查而重現，然而，存在於內心的主觀意圖，是無法直接揭發公開於陽光之下的，對於主觀意圖的攻防，應讓被告董事負有一定的提出責任，讓調查審判之過程得以聚焦。

事實上在一般財產犯罪，如詐欺，竊盜主觀不法意圖之舉證，也係相類似之情形。以詐欺案為例，被告時而否認自己之主觀意圖，如佯稱買賣虛偽進貨，收貨後再開立無法兌現之支票作為對價，藉由收取貨物而獲利。此類案件被告即可能辯稱自己並未有主觀不法意圖，係資金流動之問題云云。檢察官既無法重現被告之內心世界，自僅得以打擊被告之辯詞為調查之核心。故在相關案件中，說服法院被告確有主觀不法意圖最好的方式，既在於令被告提出一定之辯詞，再從被告之辯詞細究其合理性，使被告之辯詞得以成為案件中之「爭點」，若得以打擊被告之辯詞，說服法院被告主觀確有不法所有意圖之機率即相當之高。

除了讓被告負有一定之提出證據責任，讓刑事訴訟得以聚焦外，檢察官在舉證的過程中，另外可以努力的方向，即係透過商業判斷法則之要件為之。在民事



訴訟中，被告受有商業判斷法則之優惠推定，原告為推翻商業判斷法則之推定，其努力的方向即為商業判斷法則的種種要件，透過推翻此等要件，拿去被告推定之優惠，再轉而適用「公平性標準」。而在經濟犯罪之刑事案件中，被告董事亦受有無罪之推定，而在被告董事仍符合商業判斷法則之要件下，亦不足說明被告主觀有何得利益圖，此時檢察官即可透過商業判斷法則的各項要件，將被告受商業判斷法則之推定加以推翻，**以間接的方式來證明被告主觀之得利益圖**。但在此應特別注意的是，商業判斷法則之要件只是供檢察官舉證之方向，**並非謂當檢察官推翻商業判斷法則之適用時，即證明了被告犯罪之主觀意圖**。正如前開所述，被告的主觀世界是難以重現在法庭審判中的，檢察官所能努力的，即是透過諸多間接事實來加以證明之，而商業判斷法則之要件，即是此等間接事實的引導方向。但例如當公司的商業決定因為違背法令，因而無法商業判斷法則之適用時，並不會單單因為商業決定的違背法令即與被告的主觀得利益圖劃上等號，檢察官仍應透過其它舉證來加以補充說明之。不可倉促地認為無商業判斷法則適用即等同被告具備主觀上之得利益圖要件。是就經濟犯罪中援引商業判斷法則之思考流程，可以參考附圖：



第二項、商業判斷法則與客觀構成要件

一、行為主體：非常規交易罪其主體限為董事、監察人、經理人或受僱人，而特殊背信侵占罪之主體則為董事、監察人及經理人。兩者之差別僅在於「受僱人」之有無。而商業判斷法則之適用範圍，主要係針對公司之負責人，是公司之董事、監察人、經理人，依我國公司法第 8 條之規定，在其職務內均屬公司負責人，是此兩罪之主要行為主體確有商業判斷法則適用之餘地。至於公司之受僱人，或許傳統上並不將之視為公司之負責人，但商業判斷法則之適用範圍，其實也日漸開展，德拉瓦州衡平法院在 Kaplan v. Centex Corp. 一案中，已指明**職員之決定亦為商業判斷法則所涵蓋**，得為此法則之適用對象²⁶⁷。事實上，後續仍有案例將職員納入商業判斷法則之適用，在「公司治理原則：分析與建議」亦同意將商業判斷之保護擴及於公司職員²⁶⁸。是以，非常規交易罪中之受僱人，確亦有商業判斷法則之適用，此兩者罪之主體均有商業判斷法則適用之可能，益徵商業判斷法則有機

²⁶⁷ 參考陳錦隆，見前註 12，頁 65-66。

²⁶⁸ 參考陳錦隆，同前註，頁 66。



會在此兩罪之判斷上產生一定之作用。

二、客觀行為：非常規交易罪之行為係「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」，而特殊背信侵占罪係「為違背其職務之行為或侵占公司資產」。是以，非常規交易罪之情形，均係在公司作出交易，認該交易對公司不利益且不合營業常規時加以適用，而商業判斷法則要件之一，即為所針對之內容須為公司之商業決定，而公司之交易行為，當然係為商業決定，自亦屬商業判斷法則得以運用之範圍。現實上，商業判斷法則之要件與非常規交易罪及特殊背信侵占罪之構成要件行為有一定程度之關連。如背信行為以被告為違背職務行為為其前提，而若被告有裁量權之濫用，或係在商業決定上具有個人利害關係，欠缺獨立性時，此等行為均易被認定為違背職務之行為。又如不合營業常規之交易與不利益交易，若被告在商業決定欠缺善意，且與自身之利害關係有嚴重掛勾而欠缺獨立性時，亦易被認為不合營業常規或不利益之交易。即有學者認為，商業判斷法則之精神在經濟犯罪客觀要件之判斷上，不可棄之不用²⁶⁹。當然亦有學者認為商業判斷法則在刑事案件上無其用途，單純透過客觀構成要件之解釋，即可達到過濾犯罪之作用，無須再援引商業判斷法則之概念²⁷⁰。但商業判斷法則之種種要件即已在美國法上發展多年，此等討論應足為我們在判斷何為「違背職務」或「不合營業常規」之參考。然本文在此欲強調者，雖然商業判斷法則之要件可作為非常規交易罪及特別侵占背信罪在客觀構成要件行為判斷之參考，但在刑事案件援引商業判斷法則最重要之效果應仍在於主觀意圖之否認。蓋即便行為人確實符合了商業判斷法則之種種要件，在客觀之行為上，是否即得認為「未違背職務」或「符合營業常規」，尚屬有疑。如在明基併購西門子的案例中，此一併購決策不慎造成了股市市值 337 億之損失，仍該案似乎仍未惟違反商業判斷法則之要求²⁷¹，然單就其客觀之決策行為，是否仍得認為其「未違反職務」或「符合營業常規」，即屬有

²⁶⁹ 參考林志潔，前揭註 163，頁 374-375。

²⁷⁰ 參考蔡昌憲、溫祖德，見前揭註 6，頁 342。

²⁷¹ 參考方嘉麟，前揭註 36，頁 264-265。該文結論認為我國不應引進商業判斷法則，但明基案係為適用商業判斷法則之適例。

疑。是商業判斷法則可作非常規交易罪及特殊侵占背信之客觀行為判斷參考，但尚難認為其足以完全否認客觀行為之該當。



第三項、商業判斷法則作為阻卻違法或阻卻責任事由

關於阻卻違法事由，可分為法定阻卻違法事由與超法規阻卻違法事由，而法定阻卻違法事由，即指刑法第 21 條至第 24 條規定。刑法第 21 條：「依法令之行為，不罰。依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」此條常見之情形如現行犯之逮捕，雖然逮捕行為可能妨害了現行犯之行動自由，然因此係本於刑事訴訟法第 88 條之規定之依法令行為，故可阻卻違法而不罰。刑法第 22 條：「業務上之正當行為，不罰。」此條常見之情形即如醫師從事業務上之行為如開刀，雖然會造成病人身體上之傷害，但仍屬業務上正當行為而不罰。刑法第 23 條：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」此條即為正當防衛之規定，讓行為人面對現在不法侵害之防衛行為得以阻卻違法而不加處罰。第 24 條：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。」此條則為緊急避難之規定，讓行為人在針對緊急危難行為所採取之避難行為免於遭受刑罰。但就超法規之阻卻違法事由，係指某些行為與法律秩序之整價值或精神並無違背，在社會生活觀念中亦認係屬正當，既無害於社會，應可阻卻其違法性，故稱超法規阻卻違法事由，常見的例子如「得被害人承諾行為」、「義務衝突」、「教師懲戒權行為」、「欠缺可罰違法性行為等」²⁷²。

關於商業判斷法則，明顯非屬法定之阻卻違法事由，因為於我國刑法第 21 條至第 24 條並無有關商業判斷法則阻卻違法之法律規定；至於超法規阻卻違法事

²⁷² 參考黃孟珊，見前揭註 265，頁 99。

由，須經由實務及學說之長期發展，日漸形塑要件，始足以將之納入超法規阻卻違法事由，雖然商業判斷法則在美國法之實務上已發展多時，但在我國刑法學說及實務係近來才有此概念之討論，尚難逕認可將之亦納入超法規阻卻違法事由，故將商業判斷法則套用於經濟犯罪時，應從構成要件加以分析，而非逕認得以阻卻違法，一來將使商業判斷法則概念與刑事概念之結合淪於空泛，另一來將有使商業判斷法則淪為公司董事刑事責任避風港之可能。

另亦有學者認為，在刑事案件中引進商業判斷法則係基於減輕被告舉證之想法，而依檢察實務目前之見解，若被告主張阻卻違法事由時，因此等事由屬積極抗辯，被告對此具有特殊之知識經驗，應由被告負舉證責任²⁷³，是以，若為落實減輕被告舉證之想法，自不宜將商業判斷法則之抗辯視作阻卻違法事由，否則即無法達到減輕被告舉證之效果，故自應將商業判斷法則反映到構成要件裡來作規範²⁷⁴。

至於阻卻罪責部分，我國刑法上常見之阻卻罪責事由如第 16 條前段之反面解釋²⁷⁵，第 18 條第 1 項²⁷⁶及第 19 條第 1 項²⁷⁷，刑法之所以針對此類情形不課以刑事責任，其主要的想法即對於此類行為人，刑法並無期待其為適當行為之可能性，是以即便行為人作出有違法秩序之行為，仍不加以處罰，蓋既然無法期待行為人為適當之行為，縱施以處罰，也無法達到刑法預防犯罪及保護法益之目的。簡單言之，阻卻罪責的想法是，行為人所作出之行為仍屬法秩序應加以非難的，該行為仍應給予負面評價的，只是基於行為人個人主觀之條件，無處罰之意義，故阻卻其罪責而不施以處罰。

將上開想法套用至商業判斷法則之情形，當公司負責人之商業決定符合商業判斷法則之要件時，此時公司負責人並無忠實義務之違反，至多係注意義務之違反，而公司負責人單純違反注意義務之情形，是否足以該當本文所討論之非常規

²⁷³ 此部分可參考本文先前對於刑事舉證責任之介紹。

²⁷⁴ 參考陳運財，前揭註 187，頁 120。

²⁷⁵ 刑法第 16 條前段：除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。

²⁷⁶ 刑法第 18 條第 1 項：未滿十四歲人之行為，不罰。

²⁷⁷ 刑法第 19 條第 1 項：行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或缺乏依其辨識而行為之能力者，不罰。

交易罪與特殊背信侵占罪應具備之主觀不法要件，即屬有疑。簡單來說，如果公司負責之行為已符合商業判斷法則之要求時，其在法秩序上應該並非屬負評價之行為，換言之，之所以不對公司負責人施以處罰，並不是因為公司負責人個人有不適合施以處罰之情形，而係其所為尚非屬法秩序加以非難之行為，故公司負責人援引商業判斷法則，自亦難認屬阻卻罪責之事由。基此，本文認為，援引商業判斷法則抗辯之重點仍在於主觀特別要件之否認，而非將商業判斷法則作為阻卻違法或阻卻責任之事由。

第六節、我國實務刑事判決運用商業判斷法則之情形

商業判斷法則雖係從美國公司法上發展而來之概念，常用於股東對董事所提起之求償訴訟，然而在刑事判決中，亦可略見商業判斷法則之蹤跡。以「商業判斷法（原）則」及「經營判斷法（原）則」作為關鍵字，在我國法學資料檢索系統上檢索相關之實務判決，其所得之結果約略如下²⁷⁸：

一、最高法院 2 則，一則為違反商業會計法，另一則為證券交易法案件。

二、於高等法院部分：

	背信	證券交易法	貪污治罪條例	違反商業會計法	妨害公務	偽造文書	總計
臺灣高等法院	2	3	2	1	1	0	9
高雄分院	1	3	1	0	0	0	5
臺中分院	0	0	0	1	0	2	3
臺南分院	0	0	0	0	0	0	0
花蓮分院	0	0	0	0	0	0	0
小計	3	6	3	2	1	2	17

²⁷⁸ 檢索日期為 102 年 8 月 18 日，檢索網站為法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/>




三、於地方法院部分：


地院部分	背信	證券交易法	貪污	破產法	瀆職	詐欺	違反銀行法	聲請交付審判	總計
臺北地院	4	6	3	1	0	0	1	0	15
士林地院	0	1	2	0	0	1	0	1	5
桃園地院	0	0	1	0	0	0	0	0	1
嘉義地院	0	0	1	0	1	0	0	0	2
臺南地院	0	1	1	0	0	0	0	0	2
高雄地院	0	1	1	0	0	0	0	0	2
屏東地院	2	0	0	0	0	0	0	0	2
臺東地院	0	0	0	0	0	0	1	0	1
小計	6	9	9	1	1	1	2	1	30

從以上兩表看來，我國刑事判決確有運用商業判斷法則之情形，實務上之判決雖不多，但亦非全無。不過，上述之統計，仍有些許應說明之處，雖然係以「商業判斷法（原）則」及「經營判斷法（原）則」作為關鍵字檢索，但判決所提及者，是否即為源自美國公司法上之商業判斷法則（即 Business Judgment Rule），仍須就判決全文加以觀察，因為就檢索結果中，亦有單純提及商業判斷法則一詞，而未加以論述其內容者。此種情形，即難判別法院是否運用美國法上之商業判斷法則作為判斷理由。本文以下將摘錄幾則論述商業判斷法則較為詳細之判決作為觀察對象，了解我國刑事判決係如何運用此源自美國公司法上之理論。

此外，從案由看來，背信罪與證券交易法案件為適用商業判斷法則之大宗，在高院部分分別占了 18% 及 35%；至於地院部分，則分別占了 20% 及 30%，係為主要之案件類型。但出人意料的是，貪污、瀆職及妨害公務此類案件，卻也在檢索之內容之列。貪污、瀆職及妨害公務案件所侵害者為國家法益，多適用於公務人員或執行公務之情形。而商業判斷法則，係保護公司董事得專心致力於公司營運，讓董事免於就錯誤決斷的責任訴追，於刑事案件中，應屬公司董事之抗辯主張，並不會有公務人員或執行公務之情狀出現，是以，為何貪污此類案件會在檢



索結果中出現，即值得探求。依檢察機關辦理貪污案件應行注意事項（下稱貪污案件注意事項）第2點第3項之規定：「公務員於執行職務時，已善盡注意之義務，基於誠信之判斷，認為採取之決定係最有利於該機關之經營判斷法則，不宜遽認有圖利故意。」此處之「經營判斷法則」，係在審酌刑法第131條及貪污治罪條例第6條第1項第4款、第5款之圖利罪當中，公務員圖利故意之考量基準，與本文所討論之「商業判斷法則」或有不同，該項規定之用意在於判斷圖利罪之主觀要件時，應考量公務員是否已有善盡注意義務、符合誠信等情形。故其文字上雖使用「經營判斷法則」，但於本文所欲討論之內容係公司董事於商業決定上之判斷應有不同，而圖利罪之構成須審酌公務員是否有圖利自己或他人之情事，屬於國家法益之犯罪，係公務員有瀆職之情形；惟本文所討論之商業判斷法則，係適於公司內，非屬國家公務員之事項，兩者之適用並不相同。然而，兩者在思考上，或有些許類似之處。貪污案件注意事項中之經營判斷法則係用來阻卻圖利罪之故意，其判斷係公務員是否有善盡注意義務，符合誠信等。與上開本文所談論之商業判斷法則，係認為被告董事未有忠實義務之違反，頂多僅有注意之違反，與經濟犯罪中之得利意圖此等主觀要件有違。換言之，貪污案件注意事項意在讓公務員免於受圖利罪之適用，在判斷圖利之故意時應作有利之認定；而商業判斷法則亦係在公司受有虧損，對公司董事作有利之認定，而不認股東得以任意訴追，影響公司經營。然而，商業判斷法則之意旨在於，商業經營係專業事項，法院介入空間有限，且為鼓勵公司董事積極進取，冒險創新而生。但在公務員圖利罪部分，似乎缺乏類似之理論基礎（公務員執行職務為專業？鼓勵公務員積極創新？），本文以為，貪污案件注意事項可能之用意在於司法權對於行政權之尊重。貪污案件注意事項第1點即說明，本注意事項之訂定係為審慎偵辦貪污案件，然而，在他類型之犯罪，如竊盜、傷害卻無類似之注意事項，即可看出貪污案件或有程度上之不同，一部分之原因或許是，貪污案件容易影響到公務人員之身分保障，依公務人員任用法第28條規定第1項第4款及第5款之規定：「有下列情事之一者，不



得任用為公務人員：...四、曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。五、犯前二款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但受緩刑宣告者，不在此限。...」及同條第 2 項前段之規定：「公務人員於任用後，有前項第一款至第八款情事之一者，應予免職」由此規定可看出，公務人員若係因犯貪污案件而遭有罪確定，即會失去公務人員之身分，但若係貪污以外之罪，即便係有罪確定，但若受有緩刑宣告，亦可保有公務人員身分。由此不難看出，貪污案件對於公務人員之身分影響重大，或許正因重視對於公務人員身分之保障，故特定訂定貪污案件注意事項，要求須謹慎偵辦。即有學者認為此種對於公務貪污犯罪的「司法節制」，某程度上亦可套用於經濟犯罪上，即眾多人民即相當於國家這個公司的股東，而公務員即是代理這些股東來為公司執行職務者，是以，在 2001 年修法時，不僅將圖利罪的主觀跟客觀要件明確化，並修正為結果犯，刪除未遂犯之處罰規定。其中，關於主觀的構成要件，要求必須公務員明知違背法令，且在 2009 年底進一步修法將違背法令的概念，具體規範包括違背法律、法規命令或自治條例等等。透過此等修法之方式，更限縮了圖利罪之適用，以釐清公務員圖利與便民的界，形同把商業判斷原則放入圖利罪的構成要件²⁷⁹。

此外，亦有認為之所以對於圖利罪主觀故意加以審慎認定，係基於「行政裁量」之考量。當行政機關之職權行使，係在授權範圍內之裁量空間時，只要未有裁量瑕疵之情形，原則即認行政機關之職權行使並未違法，換言之，司法此時應尊重行政之形成空間。故行政機關若係在裁量空間內作出決定，法律評價並無不同，故公務員在此裁量範圍內之決定，基於誠信之判斷，自不宜遽認有圖利自己或他人之主觀意圖，蓋在裁量範圍內均為法律所授權之形成空間，自不應以圖利罪相繩。然美國法上之商業判斷法則係運用於公司董事等人執行職務之行為，適用範圍與理論基礎間並非相同，故在圖利罪之情形逕而使用「經營判斷法則」一

²⁷⁹ 參考陳運財，見前揭註 187，頁 118-119。

詞，應屬誤用²⁸⁰。

然本文認為，保護國家法益的公務員圖利罪與著重經濟秩序的經濟犯罪確有不同，但此處兩者確實彰顯同一價值，即「司法節制主義」，故此等貪污注意事項之規定，亦足以作為支持商業判斷法則援用至經濟犯罪中之理由，且其所著重點，均係針對行為人之主觀層面，作為檢察官追訴此類犯罪時，更應注意自身舉證程度之充足與否。

第一項、臺灣高等法院高雄分院 96 年度金上重訴字第

1 號


一、案件事實

被告丁於民國 84 年間擔任高雄區中小企業銀行股份有限公司(下稱高雄企銀)常務董事兼任潮州分行經理，被告己時任該行董事，被告丙時任該行審查部經理，被告戊時任該行副理，均屬高雄企銀之負責人。被告甲、乙分別時任該行之徵信課課長及調查員，係為高雄企銀處理事務之人。

孟郡建設開發股份有限公司(下稱孟郡公司)為購買高雄縣湖內鄉某處土地，作為興建住宅區之大型開發計劃，於 84 年 11 月間以該公司名義向高雄企銀申貸放款 1 億 5000 萬元，並提供 12 筆坐落於台南縣新新鄉之土地作為擔保品(實際上此 12 筆土地並非位於科學園區第一期開發區)。又被告己於同年間擔任孟郡公司負責人，該申貸行為係屬利害關係人貸款。再者，孟郡公司未檢附相關證明文件來證明其擔保品乃位於科學園區第一期開發區，即向高雄企銀申貸。

被告甲、乙於現場訪價後未於徵信報告書上記載任何佐證資訊或訪價來源，即於「估價核算表」中，載明系爭 12 筆擔保土地之放款值為 130,414,683 元，已超過公告現值之放款值。再者，申貸企業代表人即被告己於 84 年 4 月 1 日至 10

²⁸⁰ 參考黎秋玫，商業判斷法則之研究，交通大學碩士論文，2009 年 6 月，頁 110-111。




月 11 日止，共計有 17 次補退記錄，總額達 125,175,000 元；惟被告乙於該「估價核算表」僅簡略載明「負責人補退記錄」，而被告甲、戊、丁亦依循該「估價核算表」內容，逐層簽報。嗣呈至高雄企銀審查部時，審查部經理即被告丙於○年 11 月 20 日帶領審查科襄理與科長 2 人，前往擔保品現場進行勘做後，被告丙於該「估價核算表」中以放款值為 81,481,671 元，簽請提呈董事會核示。該行總經理於同年 11 月 21 日審核該「超過授權限額審議申請書」時，明確批示「擬併審查意見提請董事會審議」（即併將放款值 1 億 3000 萬與 8000 萬元兩案送核）。同年 11 月 22 日高雄企銀常務董事會會議中，決議通過前述「擬併審查意見提請董事會審議」之意見。高雄企銀於 84 年 11 月 24 日召開董事會，決議通過貸放金額 1 億 1000 萬元予孟郡公司。詎料孟郡公司於 87 年 9 月起未續繳利息，至同年 12 月 31 日轉列催收，該公司積欠本息 113,233,272 元。後高雄企銀將已列為逾期放款之不良債權辦理整批公開標售，為龍星昇公司於 92 年 6 月 24 日以 7,342,327 元標得。致高雄企銀損失 105,890,945 元，致生損害於高雄企銀與該銀行投資大眾與股東之財產及利益。因認被告乙、丙、甲、戊、丁、己涉犯刑法 342 條第 1 項背信罪，被告丙另涉有違反銀行法第 33 條第 1 項規定，而犯同法第 127 條之 1 第 1 項罪嫌。

二、法院見解

法院認為：本件貸款案有最後裁決權限之董事會，與會之出席董事及列席人員，就孟郡公司上開各種負面因素亦已知悉，而無遭隱瞞而誤判之情事。再者，本件系爭借款人為孟郡公司，非其負責人即被告己之個人借款，是孟郡公司負責人個人之退補紀錄，因公司有獨立之財務及法人格，自不直接影響高雄企銀之審核。

而所謂「商業判斷法則」(The Business Judgement Rule)，係英美法上為緩和董事之忠實義務與注意義務而發展出來之理論，以避免董事動輒因商業交易失利而應對公司負賠償責任，經多年理論與實務之發展，在實務運作上適用範圍已逐漸擴及經理人及從業人員。且金融機構從事授信貸款業務之相關人員，於執行



業務之過程中，就借款人提供擔保品之價值多寡、授信金額是否應為擔保品之一定成數、以及決定是否授信貸款等問題，均屬專業判斷事項，相同借款人、相同擔保品，對不同金融機構而言，或因對景氣之判斷不同，或因對借款人之信用優劣之認定有異，或因市場競爭強弱，當因金融市場上各種財務性或非財務性因素，而產生不同之估價、授信標準及結論。金融業相關授信人員在商場上隨時須作商事判斷，其判斷之優劣，反映出市場競爭之一面，有競爭必有成敗風險，法院祇問是否在規則內競爭，其所為商事判斷是否符合公司內部控制制度之規定，法院不應也不宜以市場結果之後見之明，論斷相關授信人員原先所為商事判斷是否錯誤，甚而認失敗之商業判斷係故意或過失侵害公司，即論經營者或經理人以背信罪責。在此情形下，即有上開「商業判斷法則」之適用，倘無積極證據證明授信人員於授信過程中故意違背其任務及公司內部控制之規定，且有為自己或第三人不法利益之意圖，尚不得僅以該授信案件成為呆帳無法收回，即謂金融人員有何違背信託義務之行為，亦不能以背信罪責論處。

而被告乙、甲、戊、丁、丙上開所為，縱或有「藉故推諉或轉請上級核示」、「未忠實執行職務並盡善良管理人注意義務」之情形，而有違公司法第 23 條第 1 項及高雄企銀授權融資辦法第 2 條規定之意旨，然既無積極證據證明被告乙、甲、戊、丁、丙於本件孟郡公司貸款案授信過程中有意圖為自己或第三人不法之利益，而故意為違背其任務之行為，即不得僅以該授信案件成為呆帳無法收回，遽將被告乙、甲、戊、丁、丙以背信罪責論處。

三、短評

本件判決維持一審之見解，將上訴駁回，就被告甲、乙、丙、丁、戊、己等人維持無罪之判決，而在理由論述中則提及了商業判斷法則。但就檢索相關判決時可發現，在涉及「背信罪」之判斷時（如本案為銀行法之特別背信罪），通常即會引述上開說法，再以未能證明被告之主觀意圖為由，判決被告無罪。從此不難看出，背信罪作為財產犯罪中之補遺作用，內涵不清，為免刑罰權浮濫，法院適

時加以限縮之用意。而本則判決之思路略可與本文前開之分析相呼應，即商業判斷法則之種種要件，確實在討論「違背職務」等客觀要件時有許多參考討論之價值，但現實上商業判斷法則最重要之抗辯應在於主觀意圖的否認，而本則判決也是從未能證明主觀意圖論列被告無罪。惟可惜的是，本則判決雖然引述了美國法之商業判斷法則，然只約略提及其司法節制之精神，未能嘗試將商業判斷法則之內涵與背信罪之種種要件相扣，如此一來未能讓商業判斷法則在背信罪中發揮更深刻之作用，略為遺憾。


另外本案中的被告甲、乙分別時任該行之徵信課課長及調查員，嚴格說來並非屬商業判斷法則上常論及之公司負責人或經理人，是徵信課課長及調查員此種從業人員，是否亦得為適用商業判斷法則之主體，在美國法上確實曾引起爭執。而從本案判決之脈絡看來，似乎是認為被告甲、乙亦有適用商業判斷法則之餘地。實際上美國法商業判斷法則之適用範圍，已日漸開展，德拉瓦州衡平法院在 Kaplan v. Centex Corp. 一案中，已指明職員之決定亦為商業判斷法則所涵蓋，得為此法則之適用對象。事實上，後續仍有案例將職員納入商業判斷法則之適用，在「公司治理原則：分析與建議」亦同意將商業判斷之保護擴及於公司職員²⁸¹。

第二項、臺灣臺北地方法院 98 年度自字第 22 號判決、 臺灣高等法院 98 年度上易字第 3084 號判決

一、案件事實

被告係自訴人金鼎綜合證券股份有限公司（下稱金鼎公司）營業部之副總經理，自訴人金鼎公司為證券商，平日基於業務需求，經常規劃購買各項投信基金以換取投資信託公司之下單或其他合作機會，而各該購買之投信基金一般在購買之初均會設定贖回日期，再由金鼎公司營業部承辦人員在預計贖回日前簽擬贖回簽呈，經簽核後辦理贖回手續，相關經辦人員及在簽呈上簽核之相關人員均屬為自


²⁸¹ 見本章第五節就商業判斷法則與客觀構成要件部分。



訴人金鼎公司辦理贖回投信基金事務之人員，並負有此項贖回任務。緣自訴人因所屬集團之投信單位與兆豐國際證券投資信託股份有限公司（下稱兆豐投信）洽商進行業務換單，互相申購基金新台幣（下同）2億元，故於民國93年3月11日以自訴人金鼎公司名義，申購兆豐國際投信歡喜平衡基金（下稱歡喜平衡基金）2億元，預計持有90日即至93年6月10日止。迨至預定贖回日前，經辦人員原亦如往常簽擬贖回基金之簽呈，且該簽呈已經營業部門最高主管李明朗簽核完成，並轉會會計及財務部門。孰料被告竟以電話擅自指示承辦人潘慶姿暫不贖回該基金，並將該贖回簽呈撤回，且刻意隱瞞會辦單位與報告直屬之部門主管，致該簽呈未繼續往上送簽，而自訴人金鼎公司因未能如期於93年6月10日贖回該基金，直至內部稽核與風控部門人員察覺後，始於93年7月20日贖回，致使自訴人金鼎公司受約有2千5百萬元之損失。被告對於基金之買賣或贖回僅有建議權，並無決策權，且該基金業已設定質權，因此要在贖回3天前告知財務部進行解質手續，否則將肇致自訴人財務部產生資金調度財務缺口之問題，然被告明知93年6月7日贖回係以93年6月10日之淨值計算贖回之價金，且知悉兆豐投信要拉高淨值為10元，若以93年6月10日該基金之淨值贖回，自訴人將無損失，被告卻在經業務部告知不贖回基金將有資金缺口問題時仍不為所動，反而作成贖回另筆國泰基金以掩人耳目，甚至將前揭贖回簽呈撕毀，又據經辦人員向自訴人告知被告係表示為人情之壓力，才做成不贖回之決定，顯然被告係為其自身與他人之利益而為此違背自訴人委任其處理贖回事務且有損自訴人利益之行為。因認被告涉犯刑法第342條第1項之背信罪云云。

二、法院見解


法院認為：所謂「商業判斷法則」(The Business Judgement Rule，又稱經營判斷法則)，係英美法上為緩和董事之忠實義務與注意義務而發展出來之理論，以避免董事動輒因商業交易失利而應對公司負賠償責任，經多年理論與實務之發展，在實務運作上適用範圍已逐漸擴及經理人及從業人員。則投信公司從事買賣股票基金



業務之相關人員，於執行業務之過程中，對經理人基於自身之判斷決定投資標的持有期間金額多寡何時買入賣出等問題，均屬專業判斷事項，不同經理人身處在同一環境下，或因對景氣之判斷不同，或因市場競爭強弱，當因金融市場上各種財務性或非財務性因素，而產生不同之結論。因此投信業相關人員在商場上隨時須作商事判斷，其判斷之優劣，反映出市場競爭之一面，有競爭必有成敗風險，法院祇問是否在規則內競爭，其所為商事判斷是否符合公司內部制度之規定，法院不應也不宜以市場結果之後見之明，論斷投信相關人員原先所為商事判斷是否錯誤，甚而認失敗之商業判斷係故意或過失侵害公司，即論經理人以背信罪責。而預定之贖回日即為方便行政管理之用，非有絕對之強制性，又依贖回日之淨值計算，基金仍屬虧損，**被告判斷當時股市有超跌現象，應會反彈並帶動基金淨值，有機會轉虧為盈。**本件被告雖撤回贖回簽呈而未於預定時間贖回歡喜平衡基金，然依自訴人所提出之證據，均不足以證明被告有何損害自訴人利益而違背其任務之行為，且被告身為自訴人公司之營業部副總經理兼經理人，對於贖回基金等投資事宜**本即具有一定之判斷權限，縱依其判斷事後導致自訴人受有損害，亦屬商業判斷法則所容許之界線**，而不得逕以背信罪相繩。

三、短評

此兩件判決為同一被告就涉犯刑法第 342 條背信罪嫌之第一審及第二審之判決，本案第一個特別之處，即在於係採自訴之方式，故未有檢察官之角色出現，但就自訴人之舉證責任，依最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議決議認為：「本法第 161 條、第 163 條規定係編列在本法第一編總則第十二章「證據」中，原則上於自訴程序亦同適用。除其中第 161 條第 2 項起訴審查之機制、同條第 3、4 項以裁定駁回起訴之效力，自訴程序已分別有第 326 條第 3、4 項及第 334 條之特別規定足資優先適用外，關於第 161 條第 1 項檢察官應負實質舉證責任之規定，亦於自訴程序之自訴人同有適用。」最高法院 79 年台上字第 524 號判決則認為：「舉證責任分配之原則，民、刑訴訟有別，刑訴法第 161 條規定，檢察官就被告犯罪



事實，有舉證責任，此項證據章通則內之規定，亦為自訴程序所準用，……」等見解，亦應與檢察官負同等之舉證責任。故就刑事訴訟舉證責任分配與民事訴訟不同而無法運用商業判斷法則之質疑，在自訴程序中亦應存在。但本案判決仍舊運用了商業判斷法則加以判斷背信罪之成立，但不同於第一則判決的是，本則判決著重的是被告之行為是否屬「違背任務」，而非針對被告之主觀故意或意圖。但與第一則判決同樣可惜的是，法院在引述商業判斷法則時，未能妥適地將商業判斷法則之內涵與背信罪（本案涉犯係刑法 342 條之背信罪）之構成要件相呼應，究竟商業判斷法則與背信罪之客觀要件即「違背任務」之行為間應如何加以運用，這是本則判決未能交代之處。

此外，如本文上述，商業判斷法則主要應在於否認被告主觀上之特別要件，惟此判決卻係從客觀上之違背任務著手。事實上，如案例所示，被告判斷當時股市有超跌現象，應會反彈並帶動基金淨值，有機會轉虧為盈，且被告作為專業經理人對於基金之操作有一定之權限，其作出暫不贖回之決定，主觀上並未有何損害本人之意圖，自不宜以背信罪相繩。相對來說，檢察官在就此類案件，可從其它的商業判斷法則要件著力，如被告就此暫不贖回基金之決定有自身之利害關係，或此交易有違法令等情形，來形塑出被告之主觀意圖。

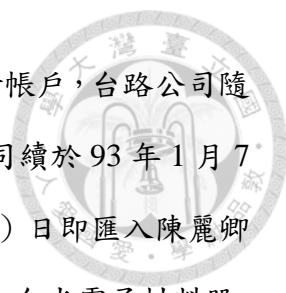
第三項、臺灣臺北地方法院 96 年度重訴字第 115 號

一、案件事實

被告甲自民國 78 年間起接任台路公司及中興紡織公司之董事長職責；被告乙於 82 年間起至台路公司結束營業止，均擔任台路公司董事長（即被告甲）的特別助理，負責幫董事長處理公司事務，並掌管董事長之核決章，公司相關之財務決策由其決定；被告丙於 71 年 3 月間起進入中興紡織公司，歷任辦事員、專員、課長、財務襄理、副理及財務經理等職位，並於 83 年 5 月間調任採購經理，於 84 年 1 月間，經董事長派至台路公司擔任管理部經理，於 86 年間升任管理部協理並

兼任公司發言人，92年初另改任財務部協理職務，負責公司財務現金流量管理、重大財務決策及大額資金調度，被告甲、乙、丙等3人均受台路公司全體股東委任，代表全體股東實際經營與執行台路公司事務之人。又台路公司與三云興公司、揚捷公司為關係企業，並以台路公司為控制公司，三云興公司、揚捷公司為從屬公司。

台路公司董事長明知台路公司自90年間興建桃園二廠後，台路公司因國內電路板市場萎縮訂單遽減，已出現營運狀況不佳及財務吃緊情形，而三云興公司自90年起負債比高達99.74%、揚捷公司自89年間起淨值即已虧損，竟因三云興公司、揚捷公司均為中興紡織集團之控制及從屬公司之關係企業，因而指示有犯意聯絡之台路公司特助被告乙及財務副理被告丙2人，先於90年6月間借款予揚捷公司新臺幣(下同)2,981萬6,378元、同年8月借款予三云興公司6,500萬元(於91年9月間追認、調整)，雖有計息然卻違反台路公司資金貸與他人之作業程序規定一貸與個別廠商以本公司淨值25%為上限，資金貸與最高限額以公司淨值40%為上限(貸與三云興公司金額佔淨值之45.59%，超過本公司淨值25%；貸與揚捷公司金額佔淨值20.9%，公司資金貸與他人之總額佔淨值比為66.49%，超過本公司淨值40%)之不符合營業常規之交易行為。之後，又以其「對三云興公司之貨源依賴甚般，為協助暨鼓勵其業務拓展並穩定貨源」為由，接續將台路公司資金以「預付購料款」名義支付予三云興公司，並自91年9月起至同年12月止共計4億3,643萬9,680元、92年1月起至同年12月止共計2億506萬8,375元，及自93年1月起至同年6月止，共計7,246萬1,006元，遠高於三云興公司實際進貨予台路公司之金額，而自91年9月至91年12月止累積溢付1億7,189萬8,057元、92年1月起至92年12月止累積溢付2億1,972萬5,879元、93年1月起至93年6月止累積溢付1億3,918萬279元，均供三云興公司作為資金調度之用，即以預付購料款之名行資金借貸之實，而為上述不符合營業常規之交易行為。之後，三云興公司再將部分款項分別於92年3月6日、7日間分成400萬元、700萬元及



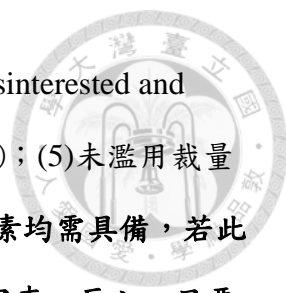
300 萬元 3 筆資金再由三云興公司匯至台路公司之中國信託銀行帳戶，台路公司隨即於同年月 10 日匯出 2,400 萬元用以支付員工薪資，三云興公司續於 93 年 1 月 7 日再度匯至台路公司上述帳戶 2,000 萬元，台路公司於翌（8 日）日即匯入陳麗卿（即被告乙之弟媳）所有之萬通銀行總行營業部帳戶 280 萬元、台光電子材料股份有限公司所有中國信託銀行中壢分行帳戶 300 萬元，供台路公司支付個人款項、貨款或薪資之用，即以預付購料款之名行資金借貸之實，而為上述不符合營業常規之交易行為。嗣後，三云興公司雖有匯回部份資金填補，但截至 93 年 6 月止，仍有 139,180,279 元未予回收。嗣經會計師查核台路公司財務後截至 93 年上半年度止將台路公司對揚捷公司、三云興公司之借款及對三云興公司之預付購料款全數轉為呆帳，導致台路公司淨值下降，造成台路公司及全體股東遭受重大損害，雖台路公司、三云興公司與集福公司訂立三方協議，免除三云興公司對台路公司之借款，台路公司仍因缺乏資金，週轉不靈，於 93 年 12 月 23 日向臺灣桃園地方法院聲請重整，同月底復因無資力繳納電費而全面停工。

二、法院見解

檢察官認為被告甲、乙、丙等 3 人之行為涉犯證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之非常交易罪。然被告甲辯稱：依商業判斷法則，本案不構成非常規交易，縱使存有「以預付貨款之名行資金貸與之實」，仍不構成刑事犯罪，所有信用交易，均具有融資性質，尚不能以因具備融資性質，而論為「以預付貨款之名行資金貸與之實」，二者性質仍屬有間，不可混為一談，「預付貨款」為合法之交易態樣，與常態之會計科目，為商業上常見交易云云。


惟法院認為：

（一）商業判斷法則是美國法院在判例中發展出來有關董事作出經營決定就其過失行為是否承擔法律責任之新的判斷標準，旨在尊重董事基於善意的對公司經營管理的決定，並保障其於獨立決定後若有致公司損失時，免於承擔個人責任的推定法則，然商業經營判斷法則並非毫無限制而仍有其適用要件：(1)限於經營



決定 (business decision)；(2)不具個人利害關係且獨立判斷 (disinterested and independence)；(3)盡注意義務 (due care)；(4)善意 (good faith)；(5)未濫用裁量權 (no abuse of discretion)，商業判斷法則適用時，前開 5 項要素均需具備，若此項推定未被推翻，董事及其決定即受保護，則免受法院之事後審查，反之，只要任一要素違反，法院就應介入並為實質審查；美國 Black's Law Dictionary 對商業判斷原則之定義為，商業判斷原則乃一推定，推定公司董事所為之商業決策係於不存在利害關係下而做成的，且該商業決策係基於一定資訊基礎下，董事善意相信該行為符合公司最大利益。對於董事於其權限內基於善意與合理注意所為之交易行為，縱使造成公司損害，董事亦得免其責任。也因此商業判斷法則運用的結果，將使董事未盡忠實義務的舉證責任落在原告（即檢察官）身上。就字義上說，免責是指董事是存有過錯行為的（一般泛指輕過失），換言之，董事沒有承擔責任並不意味著董事沒有違反注意義務，只不過這種違反義務的情形依法理應當免除其責任，因此，除非董事的經營判斷是基於過失所作出的，或者是基於欺詐、利益衝突或非法而做出的，否則董事的經營判斷是不能被起訴與加以攻擊的。足徵法院在適用商業經營法則，對公司經營者為有利判斷之前提，應是公司經營者所為的經營決策係合法、無詐欺之經營作為，始可引進商業經營法則推論公司經營者在做出某一經營判斷時，已經對公司事務處理盡了合理的注意義務而免除刑事上之責任，合先敘明。

（二）美國會計師協會之會計原則委員會，為會計所下之定義為：「會計係一項服務性活動，其功能提供有關經濟個體之數量化資料，尤其是財務資料予使用者，以便使用者藉此資料在各種行動方案中，做一明智的抉擇。」而所謂經整理之資料，亦非毫無準據可循，按商業會計法第 1 條第 1 項規定：「商業會計事務之處理，依本法之規定。」，另依一般商業會計習慣，企業尚應依循會計權威團體，所發布之一般公認會計原則紀錄財務狀況，在我國所依循之一般公認會計原則，即為中華民國會計研究發展基金會之財務會計準則委員會所發佈之「財務會計準



則公報」，亦即，企業在採取紀錄財務狀況之決策時，首按法律規定，若法律無規定，則依「財務會計準則公報」處理，使態樣各異之交易行為得以歸類表達企業之財務情形，簡言之，企業經營手法是否涉及證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款所稱不合營業常規情事，除有法令規定為據外，尚可參佐「財務會計準則公報」之規定，以資判斷。另觀之關於預付款項交易之規範，商業會計法規定於第 53 條前段：「預付費用應為有益於未來，確應由以後期間負擔之費用，其評價應以其有效期間未經過部分為準」，再查「財務會計準則公報」第 32 號收入認列之會計處理準則，係針對企業中對於收入認列之時點作出規範，其中關於預付貨款（或亦有稱為進貨契約權利）科目價值之認定，認為應以借出款項之折現值與借出款項間之差額（即所含利息）做為入帳基礎，此種情形係指買方所以採預付貨款方式，係為取得賣方優先供貨權或是優惠供貨價，故預先借款予賣方，實質上仍為資金貸與之性質，折算後內含利息部份，始為該權利之價值，而非全額記入「預付貨款」或「進貨權利合約」項下，若採此方式交易並非不許，惟必須忠實表達出借款之事實而非如台路公司將所有借款皆以「預付購料款」科目入帳，此舉即與會計之原理原則不符。

（三）台路公司與三云興公司簽訂之委外製作合約書第 3 條第 2 款付款方式規定為：「台路公司（甲方）於交貨驗收完成採月結方式付款」，況綜觀合約書中之記載未見有何約定預付款項之條款，因此即便台路公司與三云興公司以預付貨款方式之交易型態非法所禁止，然既雙方合約中言明三云興公司應於交貨驗收完成後始得向台路公司請款，台路公司預付貨款予三云興公司之行為即與合約不符，顯見台路公司確有以資金借款予三云興公司，而卻在帳上採「預付貨款」之記帳方式，預先支付三云興公司尚未銷售之上億元之貨款，而未於財務報表上忠實表達台路公司與三云興公司間借貸之事實，屬違反法令之經營行為，自無商業判斷法則之適用，足堪認定。

綜上所述，91 年 9 月至 93 年 6 月間台路公司與三云興公司預付與回貨金額顯

不相當，帳冊會計科目中「預付購料款」中借方金額並非台路公司正常營業行為之預付購料款，且台路公司與三云興公司不但違反雙方間約定之委外製作合約書上之付款方式，又未依據財務會計準則公報，於財務報表中忠實表達台路公司與三云興公司間以借貸之事實，被告等三人以預付購料款之方式與三云興公司交易，為非合乎營業常規之交易。


三、短評

本則判決認為被告並不符合商業判斷法則之要件，並判決被告構成證交法第171條第1項第2款之非常規交易罪。其中最主要的理由，是認為被告「預付貨料款」之行為，未於財務報表上正確表示三路公司與三云興公司間之借貸事實，是一種「違反法令」之行為，而因為違反法令自無商業判斷法則之適用²⁸²。確實依照通說之見解，商業判斷法則之適用必須以商業決定不違法為其前提，是以，在股東與董事的民事訴訟中，若股東得以舉證證明系爭商業決定係屬違法，即可推翻商業判斷法則的推定，轉由被告董事負責舉證系爭商業決定對公司係屬「完全公平」，在此一嚴格的證明標準下，被告董事想要脫免民事責任，則非易事。但在刑事責任的判斷上，縱使證明被告董事所作成之商業決定係屬違法，仍不能認定被告主觀上已具備特殊背信侵占罪或非常規交易罪所應具備之主觀意圖²⁸³，檢察官就此主觀意圖仍應另舉證之責。蓋商業決定違背法令致無法適用商業判斷法則，與被告主觀出於為自己或他人利益之不法意圖間，仍有程度之差別。是以，本案雖然從違背法令之角度排除商業判斷法則之適用，但在被告主觀意圖之認定上，仍不可因此排除而逕認已證明主觀上之特別要件。

再者，此則判決就商業判斷法則於刑事案件中之作用，似認為當被告具備商業判斷法則之要件時，即受推定之保護而不須受到司法審查，換言之，若檢察官無法推翻商業判斷法則，被告即免除刑事上之責任。然本文認為，援引商業判斷

²⁸² 參考陳錦隆，同前揭註 47，頁 27-28。

²⁸³ 參考邵慶平，同前揭註 34，頁 299。



法則並不在於直接阻卻掉被告之刑事責任，而係就被告主觀意圖之否認，雖然在結論上，若檢察官無法推翻商業判斷法則時，法院應認被告董事係基於善意作出決定而認被告無罪，與本則判決之結論上並無不同，但單純把商業判斷法則當作阻卻刑事責任之事由，無以深究商業判斷法則之內容與經濟犯罪構成要件之結合，論理上容易淪為空泛，且亦難達到引導舉證使訴訟聚焦之效果。且本文認為，在檢察官突破商業判斷法則之屏障外，亦應讓被告援用商業判斷法則時負一定程度之舉證責任，此意義並非在苛求被告，而係被告董事就系爭交易作為當事人，具有特別之知識，且公司亦享有資訊之優勢，命其負一定程度之提出證據責任，亦有利於訴訟之進行，惟就提出部分無須令被告負說服至毫無合理懷疑確信之程度。

另就非常規交易罪中「不合營業常規」之認定，即有學者認為，「不合營業常規」之要件，應該要從交易條件之決議程序是否符合經營的常規來判斷²⁸⁴。因為公司之經營決策若違反相關之程序性或禁止性之規定時，將提高公司相關人士利用職務之便掏空公司資產之風險²⁸⁵。確實透過相關程序規定來輔助認定「非常規」與否著實方便，但本文仍認為在非常規交易罪上，解釋上應有主觀之特殊意圖以彰顯本罪之不法內涵，否則在無求取任何利益之意圖下，僅因決議程序違反相關規定而課以非常規交易罪之重刑，未免不平。


第四項、臺灣臺北地方法院 97 年度重訴字第 42 號判決、臺灣高等法院刑事判決 98 年度上訴字第 3275 號

一、案例事實

被告甲於民國 84 年間出資成立旭展公司，自任總經理一職，係旭展公司之業務負責人，並由張玉雄（已死亡）擔任董事長。被告甲及張玉雄均明知依照(1)公開發行公司取得或處分資產處理準則第 10 條規定，公開發行公司取得或處分有價

²⁸⁴ 參考林志潔，同前揭註 163，頁 370。

²⁸⁵ 參考林志潔，同前註，頁 370。



證券，應先取具標的公司最近期經會計師查核簽證或核閱之財務報表作為評估交易價格之參考；(2)旭展公司取得或處分資產處理程序第 8 條規定，本公司取得或處分有價證券，應先取具標的公司最近期經會計師查核簽證或核閱之財務報表作為評估交易價格之參考；(3)旭展公司核決權限表第 5 項財務會計管理第 3 點規定，有關長期投資金額在新臺幣 1,000 萬以上者，應由董事會核決等規定；竟於 93 年 2 月間為與美國 Arescom 公司（下稱 AI 公司）形成策略聯盟，以取得 AI 公司至少 50 萬台 ADSL 訂單，竟未取得 AI 公司經會計師查核簽證或核閱之財務報表作為評估交易之參考及董事會之核決，僅憑 AI 公司自行編制之營運計畫及財務預算資料，交由不知情之旭展公司管理處處長（兼財務部主管）製作旭展公司投資計畫（處分）分析表後，即於同月 25 日核決購買 AI 公司所發行之 Bridge Loan 亦即可轉換普通股公司債美金 200 萬元後，旋於同年 3 月 5 日先行匯出美金 100 萬元至 AI 公司，同月 31 日始於旭展公司所召開之董事會中提請追認上開投資案，同年 4 月 7 日再度匯出美金 100 萬元予 AI 公司；另於同年 4 月 30 日竟仍違反旭展公司客戶授信額度作業辦法 CS-105 之徵信作業程序，未取具 AI 公司經會計師簽核之財報，且未經旭展公司財務單位進行徵信下，僅憑 AI 公司所提供上開之自行編制之營運計畫及財務預算，即准予給 AI 公司新臺幣 3,000 萬元授信額度，至同年 9 月間 AI 公司宣告即將破產，債務履行已發生困難，竟又違反上開作業辦法之程序，仍未經財務單位進行徵信下，擅自將上述授信額度自新臺幣 3,000 萬元提高為 7,000 萬元，期間 AI 公司於 93 年 10 月間自 CPE 事業部門另分割成立 Arescom Technology 公司（下稱 ATI 公司），旭展公司之銷售對象同時改為 ATI 公司，銷售條件仍與 AI 公司相同，至 94 年 3 月 1 日對 AI 公司到期之 Bridge Loan 未獲清償而轉列長期應收款，含利息共計 6,931 萬 8,000 元，另對 AI 公司及 ATI 公司之應收帳款共計 5,153 萬元，一併於旭展公司 94 年 7 月 29 日公開資訊觀測站公布全數提列備抵，至 94 年 6 月底之每股淨值約減少 1.8 元，因認被告甲涉犯證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款使公司為不利益且不合營業常規交易致公司遭受損害之罪



嫌。

二、法院見解


「商業判斷原則」(Business Judgment Rule)係指美國法院對於董事或經理人所為商業判斷行為，推定處於獨立且無利害關係之地位(independence and disinterestness)，又基於善意(good faith)已盡其合理注意(due care)，亦無濫用其裁量自由時，除原告舉證推翻此推定外，法院原則上尊重董事或經理人之決定而不予以審查其商業判斷行為。亦即，倘若董事或經理人基於合理之商業目的進行風險性活動，已盡其注意義務仍不免造成經營損失，即不歸責於董事或經理人。基於此原則，法院免於干預董事或經理人之決策自由(美國 Proposed Model Bus. Corp. Act 8.31 Official Comment, 53 Bus. Law. At 178 參照)。又所謂合理之商業目的，亦有法院進一步指出，須在取得足夠資訊之基礎上，誠實而有正當理由相信該判斷符合公司之最佳利益(Aronson v. Lewis, 473 A.2d 813(del. 1984); Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717(Del.1971))。因此，「商業判斷原則」可歸納出要件如下：1.獨立無利害關係；2.合理注意；3.善意；4.無裁量權之濫用。其中「合理注意」之違反，倘達到「重大過失」(gross negligence)程度，表示董事或經理人對於公司整體股東之不關心或行動上欠缺合理，有悖其擔任公司董事或經理人應謹慎面對風險之任務，即應予歸責。然而，此「重大過失」責任與我國證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款應以「故意」為其主觀構成要件、同條項第 3 款應以「意圖」及「故意」為其主觀構成要件，顯有不同。從而，本案被告甲擔任旭展公司總經理，對於旭展公司購買 AI 公司 Bridge Loan 美金 2 百萬元及提高授信額度為 7 千萬元之決定，造成旭展公司受有每股淨值減少約 1.8 元之損害，係其本於經理人職務所為商業判斷行為。然而，關於被告甲此等判斷，是否適用美國法上之「商業判斷原則」而不可歸責？又倘若可歸責，被告甲之主觀意思是否僅係「重大過失」，或具證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款所規定使公司為不利益且不合營業常規交易致受損害之「故意」、第 3 款所規定不法利益之「意圖」及違背職務之「故

意」？(2)依美國法上「商業判斷原則」，本案被告甲忽略未就 AI 公司之財務狀況詳為徵信，即貿然簽約購買 2 百萬元美金之 Bridge Loan 在先，又未取得合理憑據，逕而將 AI 公司之授信額度由 3 千萬元提高為 7 千萬元在後，本院認為被告甲顯非在獲取足夠資訊之基礎上，作成合理正當之商業判斷。因此，揆諸前揭關於美國法上「商業判斷原則」之說明，被告甲自不得主張其所為係「商業判斷」而自我保護，本院得以審查其決定是否應予歸責。

然被告甲雖草率徵信，匯出美金 2 百萬元購買 AI 公司 Bridge Loan，又將 AI 公司授信額度由 3 千萬元大幅提高至 7 千萬元，造成旭展公司重大損害，縱屬違背注意義務之重大過失，旭展公司股東或可經由民事程序請求被告甲負損害賠償責任；惟在刑事責任方面，我國證券交易法與美國法不同，不合營業常規之不利益交易罪應以「故意」為構成要件，而背信罪亦應以不法利益之「意圖」及違背職務之「故意」為構成要件，均不處罰過失犯。從而，既無證據足以證明本案被告甲有何故意使旭展公司為不利益且不合營業常規交易致生損害之行為，亦無意圖不法利益、故意為違背職務之行為，揆諸前揭最高法院判例說明，自不能認為被告甲應負證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款或第 3 款之罪責。

三、短評

本案主要涉及證交法第 171 條第 1 項第 2 款「非常規交易罪」及同條項第 3 款之「特殊背信侵占罪」之認定，惟法院認為，須被告未受商業判斷法則保護時，始以司法介入審查，並認為商業判斷法則之效果係為「不可歸責」，此與美國法上之商業判斷法則僅有舉證責任變動之效果有所不同。然此究屬法院對於商業判斷法則之誤解，亦或係商業判斷法則運用於刑事案件時之不同效果，仍有待實務進一步之說明。然本文認為，在經濟犯罪中援引商業判斷法則，其效果不在於增加一層阻卻刑事責任之事由，事實上援引商業判斷法則，其效果即在抗辯被告之主觀意圖，故應非須待推翻商業判斷法則之要件後，法院始可進行審查，而係在被告提出商業判斷法則之抗辯後，即應針對被告之主觀意圖進行審慎之認定。



於本案中，法院認為被告甲草率徵信，並未處於足夠資訊之基礎作出決定，不符商業判斷法則之前提要件，故不受商業判斷法則之保護。然進一步加以審酌被告甲是否構成上開犯罪時，法院再以被告主觀上僅有「過失」，未符合上開犯罪須以「故意」或特定主觀要件之要求，故不成立上開犯罪，因而認定被告無罪。法院之所以採取先排除商業判斷法則適用，再以無法證明被告僅有重大過失，未有故意或意圖之主觀要件而認被告無罪作為論述，此種兩階段式的論述方式，或許是誤認商業判斷法則之效果，認為其效果將導致直接之免責效果，始先就商業判斷法則之適用與否加以論述。事實上，依照本文前開見解，被告提出商業判斷法則之用意，即在督促法院判斷被告是否有違背忠實義務此種主觀上之不法意圖，提醒法院勿在違反注意義務之情況下對被告課以刑事罪責。

此外，本判決就非常規交易罪及特殊背信侵占罪已注意到其主觀要件之要求，認為非常規交易罪須基於「故意」；特殊侵占背信罪則須有不法利益之意圖。從主觀要件切入與本文見解相同，但判決中既已提及商業判斷法則之要件中有合理注意等要件要求，縱係重大過失與上開之「故意」或「意圖」仍屬有別。故此判決在論述上其實可直接將商業判斷法則與構成要件相結合，將之作為主觀要件之抗辯，而非將之提高成預先阻卻刑事責任之要件，須待突破商業判斷法則後始可就被告罪責進行審查。另外本文欲強調者，非常規交易罪之文字雖未規定特別之意圖要件，但解釋上仍應有此類之要件限制，始足彰顯該罪之不法內涵，以及避免輕重失衡之情事。


第五項、臺灣高雄地方法院 92 年度重訴字第 70 號、臺灣高等法院高雄分院 95 年度金上重訴字第 1 號

一、案件事實

緣甲、乙及丙 3 人，係兄弟姐妹關係，甲係寶成建設公司之董事長，乙係和億投資公司之董事長，並於 90 年 6 月間接續甲擔任寶成建設公司之董事長及總經

理，丙則為寶成副總經理，渠等 3 人均係受寶成建設公司全體股東委任，代表全體股東實際經營與執行寶成建設公司事務之人；振盛營造公司、和億投資公司、貝爾投資公司及萬友投資公司等 4 家公司，均為寶成建設公司轉投資之關係企業。

甲、乙及丙 3 人於 90 年 4 月間，均明知和億、貝爾及萬友投資公司等 3 家關係企業（股本均僅為 300 萬元）之財務狀況不佳，於 90 年 4 月之自結股權淨值皆為負數，財務及營運狀況均不佳，並無履約付款之能力，竟共同基於以非常規交易方式使寶成建設公司與其關係企業為不利益交易之犯意聯絡，先推由甲、丙 2 人於 90 年 4 月 19 日，違背寶成建設公司自訂之「內部控制（投資循環）制度」及「取得或處分資產處理程序」等處分資產之相關規定，於未經該公司承辦部門評估及呈報總經理核准等程序，即逕行召開董事會（另有無犯意聯絡之董事陳增彩出席），擅自決議以每股新台幣（下同）15 元之價格（當時振盛營造公司 89 年經會計師查核之財務報表每股淨值 15.26 元），出售寶成建設公司所持有之振盛營造公司 1800 萬股之股權，旋由甲於 90 年 4 月 20 日與和億、貝爾及萬友等 3 家投資公司，簽訂各轉讓 600 萬股、股價金額各 9000 萬元，買賣總價款合計 2 億 7000 萬元之股票買賣契約，雙方約定付款條件為：（一）契約簽訂當日買方（即和億、貝爾及萬友等 3 家投資公司）應支付 2700 萬元；（二）尾款 2 億 4300 萬元於 6 個月內繳交。迄 90 年 10 月 20 日止，前揭買賣契約之應付尾款期限已屆至，和億、貝爾及萬友等 3 家投資公司並未依約交付尾款。詎乙（時任和億投資公司、寶成建設公司董事長）、甲、丙（以上 2 人時任寶成建設公司董事）3 人，竟共同基於損害寶成建設公司利益之犯意聯絡，佯以經濟景氣嚴重趨緩，振盛營造公司營運狀況不佳，股權淨值大幅滑落為由，而於 90 年 11 月 30 日，即振盛營造公司自行結算股權淨值尚維持在每股 10.14 元時，甲、丙 2 人先行與時在大陸經商之乙達成共識，彼此間並基於犯意聯絡，旋由甲、丙 2 人（僅甲、丙出席）即於 90 年 11 月 30 日上午 10 時召開董事會決議變更系爭股權買賣契約之總價款，擅將原來之總價款 2 億 7000 萬元逕行調降為原價款之百分之 10 即 2700 萬元（相當於每股價格僅剩 1.5



元)，並於同日與和億、貝爾及萬友投資等 3 家公司簽訂變更買賣契約，約定免除和億、貝爾及萬友等 3 家投資公司給付尾款 2 億 4300 萬元之義務，並於同年 12 月 31 日將上開原應收尾款全數轉列投資損失，而以此不合營業常規之方式，直接使寶成建設公司為不利益之交易，致寶成建設公司對於和億、貝爾及萬友等 3 家投資公司喪失 2 億 4300 萬元之債權請求權，即寶成建設公司對於和億、貝爾及萬友投資等 3 家公司之應收債權遽減為原應收債權額 10 分之 1，使寶成建設公司之股東及投資大眾受有損害。嗣於 91 年初證期會針對此案展開調查後，寶成建設公司乃於 91 年 6 月 27 日由財務部請求董事長戊召開董事會，出席者有董事長戊、董事張喻、董事丁祖瑞，會中作成決議：「1.本公司於 90 年 4 月 20 日及 90 年 11 月 30 日就本公司持有振盛營造公司股權 1800 萬股，簽立之股票買賣契約書及變更買賣契約書，因股權淨值急劇變動，為恐有失公平原則，擬解除雙方之買賣契約書。2.要求買方將前所過戶於買方之股權辦理變更登記返還予本公司。3.買方前支本公司之 2700 萬元，應充作損害賠償違約金」，並於同日與和億、貝爾、萬友等 3 家公司訂立解除買賣協議書，並於 91 年 10 月 21 日向財政部高雄市國稅局請求退還因解除股票買賣契約書繳納之證券交易稅。

二、法院見解

本件判決於認定被告主觀之犯意時提及商業判斷法則，判決中寫道：「被告丙擔任寶成建設公司財務部門主管，對於本次不合營業常規，損害寶成建設公司利益之變更契約買賣，乃居於主導地位，其有主觀犯意，應可認定。至於辯護人雖辯稱：丙當時做出上開經營決定時，是基於對公司最佳利益之考量，不得以事後結果認係對公司不利益，即歸責其善意決策行為，並引用美國法之『經營判斷法則』為其辯護云云。惟查：美國法之『經營判斷法則』，係美國法院在判例中發展出董事做出經營決定，就其過失行為是否承擔法律責任之判斷標準，旨在尊重董事基於善意對公司經營管理之決定，若致公司損失，免於承擔個人責任的推定法則，然其前提必須符合：1.限於經營判斷事項。2.須無利益衝突。3.須善盡注意義

務。4.須為善意。5.未濫用裁量權等要件。而衡諸本件調降變更買賣交易過程，被告丙無視決策程序之正當性，更無視買賣股權雙方當事人係嚴重之關係人交易，便宜行事任意而為，且就其動機而言亦非屬善意，均已如上述，此實與經營判斷法則所欲保護者相距甚遠，被告辯護人所辯，並不可採。」

三、短評

此兩則係同一案件之第一審及第二審判決，第二審判決雖將第一審判決加以撤銷改判，但兩則判決均認為被告成立刑法第 342 條第 1 項背信罪及證交法第之非常規交易罪，惟第二審判決認為前開兩罪為特別普通關係，即證交法之非常規交易罪屬特別規定論以證交法之非常規交易罪，而不再論以刑法第 342 條第 1 項背信罪餘地，故原判決認被告 3 人所犯上開 2 罪有方法目的之牽連關係，有所不當，因而將原判決加以撤銷。故第二審判決與第一審不同者，係兩罪間之關係，就被告成立非常規交易罪部分，則未有歧異之認定。

本案被告提出經營判斷法則（即本文所指之商業判斷法則）作為抗辯事由，法院並未單純以該法則僅適用於民事責任為由而加以忽略，相反地，法院亦審酌了商業判斷法則之前提要件，因而認被告隱瞞了關係人交易之事實，且其股權買賣亦不符合公司本身之內部控制機制，被告所為未屬善意，自可排除商業判斷法則之適用。從判決之論述邏輯，係先將商業判斷法則以不符要件要由加以排除，再行論述被告確有主觀上之犯意，似乎將商業判斷法則當作認定刑事責任的前提障礙，是否表示未將商業判斷排除，即無以認定被告之刑事責任，由於判決中未明文述及，自不得而知。

另此判決係從「善意」之要件加以否定商業判斷法則之適用，然依前開之介紹，就善意要件，在論述上多係以被告是否出於「惡意」來加以認定，若為惡意，自足以排除善意之要件而無商業判斷法則之適用。然依照迪士尼案及 stone 案所提出之見解，應以被告有主觀惡意，或係持續性地疏於監督等情事始足以違反善意之要求，而本案係違背決策程序的正當性，可否直接去論列被告主觀上係出於惡

意，似乎尚有未明，但結論上排除商業判斷法則之要件應無不同，蓋本案亦係關係人間之交易且違背公司內控程序，似可以從商業判斷法則中利害衝突以及越權行為等積極及消極要件加以排除商業判斷法則。



第六項、臺灣臺北地方法院 96 年度矚重訴字第 2 號、 96 年度矚重訴字第 3 號、97 年度金重訴字第 2 號、97 年度金訴字第 1 號判決

一、案例事實簡要內容²⁸⁶

甲、力霸暨嘉食化公司部分：

(一)、力霸公司：

力霸公司以投資為名，將款項撥付至其所設立之人頭小公司，藉以進行掏空資產。或以購買無價值之小公司股票，虛列力霸公司長期投資，藉以美化財報並掏空公司。力霸公司另以高於市價數倍之價格向旗下小公司購買亞太固網公司之股票，以為債權擔保，以此方式掏空公司資產。又或以力霸公司為首擔任關係企業授信案件，以背書保證方式，造成公司損失。

(二)、嘉食化公司部分

以嘉食化公司長期投資為名，將款項撥付予旗下小公司，掏空公司資產。另處分嘉食化公司對小公司之長期投資，但應收帳款未予收回。再以嘉食化公司為首擔任關係企業授信案件背書保證，致嘉食化公司受有損害。復以嘉食化公司與關係企業間為虛偽買賣，並藉以美化財務報表。並讓嘉食化公司以高於市場數倍之價格向旗下小公司購買亞太固網公司股票，作為債權擔保，而掏空公司資產。

²⁸⁶ 參考力霸案臺北地方法院檢察署偵結新聞稿，
<http://www.tpc.moj.gov.tw/public/Data/73817629238.pdf>

因力霸案犯罪事實繁雜，予以全部羅列或許將會影響本文所欲討論之重心，故於此僅引用新聞稿之簡要內容，就非本文所欲討論之犯罪事實則予省略，本文所欲著重之點，仍係觀察法院在力霸案中就其非常規交易及掏空背信之行為如何運用商業判斷法則於理由當中。



乙、力華票券:

以無實際營業之小公司名義，向力華票券取得授信貸款或保證商業本票，違法將資金掏出 25.1 億元。另利用宏中興業等 26 家公司資金困窘，營運狀況不佳，其他金融機構貸借資金，以無擔保發行商業本票，搭配購買力霸及嘉食化公司債約 6 億元。

丙、友聯產險:

未實際召開董事會，虛偽製作董事會會議紀錄，違背授信規定，**以虛偽不實且不合常規之不動產買賣、擔保品放款**(桃園縣八德市大湳段房地、臺北市北投區豐年段 4 小段土地、力霸山河(臺北縣中和市大智段成功南路)、力霸山河及力霸湖濱房地(臺北市內湖區東湖段 3 小段))將友聯產險資金融通予力霸公司、嘉食化公司及王又曾設立之 11 家人頭公司，掏空友聯產險資金。

丁、中華商銀:

違法放貸予力霸集團成立之虛設公司即德台公司。並將現金卡不良債權催收業務、信用卡等呆帳低價轉售關係人由「翊豐公司」牟利 3925 萬 5577 元。

戊、亞太固網:

王又曾等明知亞太固網公司並無承租營業所或倉庫之必要，且縱使有承租之必要，就市場行情而言，押租金僅需給付二個月左右即可，然渠為了自亞太固網公司取得資金使用，竟分別向力霸及旗下公司以給付押租金再以利息抵付租金方式，掏空亞太固網公司 7 億 8500 萬元。另假藉轉投資為由，設立鼎森、宏森二家公司，迨亞太固網公司將投資款 29 億元、28 億元分別匯入鼎森公司及宏森公司後，即假藉購買關係企業之股票、公司債、預付貨款或借款名義，將前述 57 億元資金掏空殆盡。再以投資為名，在無任何擔保或進行風險評估之下，自 91 年起，即陸續購買均已虧損累累且無實際營運事實之力霸集團小公司所發行之私募公司債共 100 億 8000 萬元，並均已挪供王又曾家族使用殆盡。復於 93 年 12 月下旬，明知亞太固網公司並無購買大宗黃豆之必要及可能，竟仍以購買大宗黃豆方

式,支付預付款予鼎森公司及宏森公司,共達 9 億 8,034 萬 8,350 元。並於事後再虛偽將前述黃豆轉售予小公司,迄今仍有。末於 94 年 8 月間起,又以其他預付款名義,支付鼎森公司及宏森公司使用,以此手法掏空金額達 42 億 4,660 萬元。

貳、法院見解

法院於本案判決中詳細介紹了商業判斷法則²⁸⁷,不僅就其立論基礎、要件、適用範圍等均詳細說明²⁸⁸。法院亦提及,商業判斷法則係作為司法審查之基礎,非屬董事之行為規範,作為裁判規範的商業判斷法則,其目的即在於給予經營者更大的裁量及過失空間。從此意旨看來,適用商業判斷法則似有放寬司法審查之作用,但該判決最後卻又提及:「上列力霸、東森集團所屬公司之負責人(董事長、副董事長、董事、監察人、經理人或與經理人職務相當之人)及員工即被告戊○○等人既均違背上列法律規定(包括刑法、證券交易法、銀行法、票券金融管理法、保險法、商業會計法等)自難遽以公司治理及經營判斷法則²⁸⁹等資為脫免罪責之論據。」


參、短評

從上開論述看來,本案判決認為,在違背法律規定之情形下,即難援引商業判斷法則作為抗辯論據。然此種論述似有互為因果之疑慮。蓋被告援引商業判斷法則之用意即在藉以判斷並未有構成證券交易法等犯罪之情事,意即須從商業判斷法則之論理加以分析被告之行為是否屬非常規交易或背信等。而非逕認被告業已違反證交法等法律規定,自難遽以公司治理及經營判斷法則等資為脫免罪責之論據。此外,法院見解認為被告等人即已違背刑法、證券交易法、銀行法、票券金融管理法、保險法、商業會計法等規定,即無法援引商業判斷法則脫免罪責。似乎有將「守法義務」亦納入受託人義務之感,蓋通說認為商業判斷法則僅在公

²⁸⁷ 該判決之用語為「經營判斷法則」,但與本文之商業判斷法則同指美國法上之「Business judgment rule」。

²⁸⁸ 本文前半段已就商業判斷法則有充分之介紹,故法院就商業判斷法則之要件、效力著墨部分,即不再贅述。


²⁸⁹ 即為本文所指之商業判斷法則。



司董事單純違反注意義務時可加以主張，若所違反者係屬忠實義務之範疇時，則無法援引商業判斷法則，至於要求董事遵行「刑法、證券交易法、銀行法、票券金融管理法、保險法、商業會計法」等法律規範之「守法義務」係屬何種義務內涵，亦或獨立之義務內涵，法院究此未說明，但依其結論可得知，若守法義務要建立在注意義務與忠實義務之下，即應屬忠實義務之內涵，蓋此義務之違反即無法援引商業判斷法則，故自屬忠實義務之內涵。但若法院係將之當作獨立之受託義務內涵時，此守法義務之地位亦較為慎重，蓋若董事有所違反時即推翻商業判斷法則之適用，係屬規格較高之義務內涵。而在本案中，係以違背相關法律規定認定無商業判斷法則的適用，但推翻商業判斷法則之適用與證明被告犯罪之主觀要件間，仍屬不同層次之問題。在本案中，被告提出商業判斷法則之抗辯時，就案件之進行即應針對被告之主觀要件聚焦，在力霸案相關公司的非常規交易（如固網公司卻購入大量黃豆）中，董事們是否有何得利意圖存在，仍應就檢察官所提出之證據加以綜合判斷，而非在認被告因違反相關法律，無商業判斷法則之適用時，即逕以認定被告主觀上係出於得利之意圖。


第五章 結論與建議

法院在刑事案件中作為判斷者的角色，但在現實上仍有許多力猶未逮的情形。例如醫療案件中，醫生進行醫療行為的正確流程為何，什麼樣的舉止是有違醫療常規的，又於何時種情形可論之以過失，常需要相關單位為法院進行資訊的協力。又如在工程案件中，施工者的作法是否符合工程上之要求，在工程業的慣例中，是否會有特殊的執行模式，這些資訊都是法院原則上所缺乏的。可能解套的方式，即是透過專業「鑑定」的模式為之。而在實務的運作下，其實借用「鑑定」的案件已日益增加，如車禍案件中對過失的判斷，常須要「車禍事故鑑定委員會」協助鑑定過失；工程案件中，可能需要「工程委員會」提供工程相關的專



業意見；而醫療案件也需要「醫事審議委員會」提供專業見解。然而，在掏空公司資產的案件中，向來的看法是，公司商業經營判斷也是一種專業，現實上法院也難以期待能夠了解公司經營運作之方式，所以，法院面對董事在營運過程中各式各樣的交易時，要如何來認定那項交易是有問題的，那是交易又是沒問題的，的確是有其困難所在，但更困難的是，我們並沒有一個專業的單位可以來提供「此種交易方式是否有違公司之商業判斷」的意見，這也使得經濟犯罪的認定更為辛苦。因此，如果能在經濟犯罪中找出一條思路，讓檢察官的證明活動能有方向，將可使訴訟實務的進行更有效率而不致於失焦。本文認為，商業判斷法則之概念在經濟犯罪中應可作為此種引導之作用。

雖然透過證券交易法的修訂理由，我們可以了解其立法目的在於對經濟犯罪發生嚇阻之作用，確實刑事手段對於經濟秩序能產生嚇阻的效果十分地大，在美國法上檢察官多加援用郵電詐欺罪之誠實信用服務條款時，確實帶來不小之效果，令被告們主動認罪協商，未達審判階段即已令被告屈服。但這樣的作用似乎也有違了刑法謙抑性的要求，商業判斷法則最主要即在向司法散發出一種價值觀，讓司法尊重商業上之專業，但此種尊重並不表示管制上的完全放手。就如同本文中所提到的，對於經濟犯罪的可能管制手段，其實不單刑事訴追一種而已，公領域中亦可透過行政管制之力量；私領域中亦尚有會計查核及公司內控等手段可達到管制之效果。確實，在經濟犯罪中援用商業判斷法則之抗辯並不會改變刑事案件中被告受無罪推定保障之原則，且商業判斷法則亦非屬阻卻違法或阻卻罪責之事由，並不會因為商業判斷法則之援用而直接免除被告之責任。然而，商業判斷法則既然主要適用在公司董事未違背忠實義務之情形，如此一來，被告援引此種抗辯，等於否定特別主觀構成要件之該當。在特殊背信侵占罪中，被告必須有特別之得利益圖要件；而在非常規交易中，雖然條文未言明此種主觀構成要件，但依上述學者及本文之見解，也都認為證券交易法上之非常規交易罪在解釋上仍須具備特殊之主觀意圖要件，以藉此彰顯該種犯罪的不法內涵。是以，在此類案



件中援引商業判斷法則，最主要之作用應在於主觀意圖要件之否認，而透過商業判斷法則抗辯之援引，等於提醒檢察官須就主觀意圖部分有充足之證據加以證明或說明，將被告之主觀意圖部分，作為審理時之爭點加以辯明。此處應再說明的是，援引商業判斷法則既然係為對為特別主觀要件之否認，應可參考幽靈抗辯中之作法，在被告董事提出商業判斷法則抗辯時，負有一定程度之舉證責任，以藉此讓檢察官得就被告所提出之資料，作出聚焦之攻防。

除了透過被告提出一定證據來讓檢辯攻防聚焦外，檢方另能從商業判斷法則的各種要件中，作為自己之舉證方向，如證明被告就商業交易確有惡意、利害關係、違背法令等情事，透過間接事實的堆疊，來讓法院形成被告有罪的心證。但應再提醒的是，在經濟犯罪案件中從各種要件推翻商業判斷法則後，並不直接等於證明了被告主觀上之特殊意圖，但被告的主觀想法為何，在現實上是難以重現在法庭上的，我們只能如上述所透過各種事證加以說明，而商業判斷法則的各種要件可作為證明的參考方向。如普通的竊盜案件中，也是從種種的間接事實來論述被告的主觀意圖，而在經濟犯罪案件，應也是類似的作法，透過證明被告在經濟犯罪中種種商業判斷法則要件之違反，來推論出被告主觀上之特殊意圖。商業判斷法則確實源於商業決定等民事案件中之情形，或許在民事領域是否引入商業判斷法則在學說、實務均尚有爭執，然在經濟犯罪中導入此一概念，仍足以發揮其一定之價值，不但可表彰出司法尊重專業，刑法謙抑精神，更足以讓經濟犯罪的訴訟攻防產生明確方向，不至於浪費訴訟資料，相對地亦讓被告也有明確的防禦方向，更得以控管法律風險，確保法安定性。



參考文獻

壹、中文資料

一、中文書籍

John Lanchaster 著，林茂昌譯，大債時代：第一本看懂全球債務危機的書，早安財經出版社，2011 年 7 月。

王文宇，公司法論，元照出版社，三版，2006 年 8 月。

王文宇，股東會與董事會共享之權利，收錄於公司與企業法制（二），元照出版公司，2007 年。

王兆鵬，刑事訴訟講義，2006 年 9 月。

江元慶，流浪法庭 30 年，報導文學出版社，2008 年 8 月。

林山田，刑法各罪論（上），修訂五版，2005 年。

林山田，經濟犯罪與經濟刑法，第 13 頁，三版，1981 年。

林東茂，經濟犯罪之研究，第 11 頁，初版，1986 年。

張夏準著，胡瑋珊譯，富國的糖衣：揭穿自由貿易的真相，博雅書屋出版社，2010 年 8 月。

張夏準著，胡瑋珊譯，資本主義沒告訴你的 23 件事，博雅書屋有限公司，2012 年 10 月。

陳計男，民事訴訟法論（上），2006 年 2 月增訂 3 版。

陳聰富，消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析，「侵權歸責原則與損害賠償」，元照出版社，2004 年 9 月初版。

楊建華原著，鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論（全），2005 年 10 月。

葉銀華，實踐公司治理-台灣集團企業的功與過，聯經出版公司，2008 年 3 月。

劉連煜，現代公司法，新學林出版社，初版，2006 年 8 月。



劉連煜，新證券交易法實例研習，元照出版社，增訂9版，2011年9月。

劉順仁，財報就像一本故事書，時報出版社，2005年6月。

樓建波等人譯，公司治理原則：分析與建議(上卷)，法律出版社，2006年8月。

賴英照，股市遊戲規則-最新證券交易法解析，再版二刷，2011年。

蘭迪·霍蘭大法官(Justice Randy J.Holland)著，陳春山主持翻譯，美國公司法-德拉瓦州公司法經典案例選輯，新學林出版社，2011年10月

二、中文期刊：

Robert Esser 著，王效文譯，刑法對經濟活動自由之規制—以背信罪（德國刑法第266條）為例，成大法學，第20期，2010年。

方萬富，淺談利用境外紙上公司從事犯罪問題，檢察新論，第10期，2011年7月。

方嘉麟，論經營判斷法則於我國法下適用之可能—以明基併購西門子手機部門一案為例，政大法學評論第128期，2012年8月。

吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學雜誌第133期，2006年6月。

吳巡龍，刑事舉證與幽靈抗辯，月旦法學雜誌第133期，2006年6月。

吳巡龍，舉證責任與法院依職權調查證據，檢察新論第12期，2012年7月。

吳俊穎、楊增暉、陳榮基，刑事手段對醫療賠償訴訟之影響：以實證取向觀察與分析，科技法學評論第十卷第一期，2013年6月

李立普，商業判斷原則與董事刑事責任的免除，發表於「商業判斷原則與董事會運作」研討會，2010年。

李維心，從實務觀點談商業判斷法則之引進，中原財經法學，2008年6月。

林志潔，論證券交易法第一七一條第一項第二款非常規交易罪，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011年12月。

林建良、李韋誠、黃郁嵐、劉怡婷、劉懿德，米老鼠的陰影—由迪士尼案看董事之注意義務，月旦民商法雜誌第19期，2008年4月。

林國彬，董事忠誠義務與司法審查標準之研究—以美國德拉瓦州公司法為主要範圍，政大法學評論，第100期。



邵慶平，商業判斷原則的角色與適用—聯電案的延伸思考，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011年12月。

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，2008年6月。

施茂林，商業判斷原則之蝴蝶效應發展，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011年12月。

洪秀芬，論德國「商業判斷原則」之法制化，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011年12月。

許永欽，新興經濟犯罪與防制，台灣本土法學101期特刊，2007年12月。

郭土木，非常規交易與掏空公司資產法律構成要件之探討，月旦法學雜誌第201期，2012年。

陳文智，試論「吹哨者保護法制」之引進，全國律師第11卷第6期，2007年6月。

陳運財，資本市場與企業法制學術研討會(九)—商業判斷原則與阻卻違法【腦力激盪與談】，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，新學林出版社，2011年12月

陳錦隆，美國法上「商業判斷原則」之概說，收錄於商業判斷原則與企業經營責任，2011年12月。

曾淑瑜，論金融犯罪「特別背信罪」之構成要件—臺灣高等法院99年度金上重訴字第31號判決，月旦法學雜誌第193期，2011年6月。

黃百立，日本董事注意義務之研究，中原財經法學第19期，2007年12月。

廖大穎、林志潔，「商業判斷原則」與董事刑事責任之阻卻-台北地院96年度重訴字第115號刑事判決，收錄於商業判斷原則與業經營責任，2011年12月。

劉連煜，掏空公司資產之法律責任，月旦法學教室第56期，2007年6月。

劉連煜，董事責任與經營判斷法則之運用-我國經營判斷法則法制化問題的探討，民事法律論文暨案例研討選輯，2009年8月。

蔡昌憲、溫祖德，論商業判斷法則於背信罪之適用妥當性-評高雄高分院 96 年度金
上重訴字第 1 號判決，收錄於商業判斷原則與業經營責任，2011 年 12 月。

戴志傑，公司法上「經營判斷法則」之研究，月旦法學雜誌第 106 期，2004 年 3
月。

謝棋楠，英美法國家對吹哨者合法爆料行為之認定：評最高法院 98 年臺上字第 1042
號判決，台灣勞動評論 3:1 期，2011 年 6 月

蘇怡慈，從比較公司治理出發論經營判斷法則在美國、德國及我國之實踐，收錄
於商業判斷原則與企業經營責任，2011 年 12 月。

三、學位論文：

吳志強，經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構，台灣大學法律研究所碩士論
文，2010 年 6 月。

吳曉青，公司負責人忠實義務之研究—以善意義務為中心，台灣大學法律研究所
碩士論文，2008 年 6 月。

李維心，從比較法觀點論商業判斷法則之應用，東吳大學法律學系研究所碩士論
文，2008 年 8 月。

邱立源，英美法上商業判斷法則適用與供應鏈關係之探討，世新大學法律系碩士
論文，2004 年，頁 155。

洪瑋嫻，財產犯罪中之所有意圖-以竊盜罪為中心，政治大學法律研究所碩士論文，
2010 年 6 月。

許耀云，公開發行公司經濟犯罪之跨部門監控，台灣大學法律研究所碩士論文，
2011 年 1 月。

陳柏文，公司負責人忠實義務與司法審查標準之建構—從商業判斷法則出發，台
灣大學法律研究所碩士論文，2012 年 8 月。

黃百立，董事漲意義務之研究—以日本董事注意義務為中心，中原大學財經法律
學系碩士論文，2007 年 6 月

黃孟珊，經營判斷法則對刑事背信罪認定影響之研究，中正大學會計資訊與法律

數位學習碩士在職專班碩士論文，2013 年 1 月。

鄭安宇，公司利益輸送之法律責任：以背信罪與商業判斷法則之交錯適用為核

心，台灣大學法律研究所碩士論文，2013 年 7 月。

黎秋玫，商業判斷法則之研究，交通大學管理研究所碩士論文，2009 年 6 月。

貳、英文資料

一、書目

American Law Institute Publishers, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994)

BLOCK, DENNIS J., NANCY E. BARTON & STEPHEN A. RADIN, THE BUSINESS JUDGMENT RULE-FIDUCIARY DUTIES OF CORPORATE DIRECTORS, ASPEN LAW & BUSINESS, NEW YORK, U.S.A. (FIFTH EDITION 1998)

BRYAN A. GARNER, BLACK LAW DICTIONARY, WEST GROUP, (NINTH EDITION, 2009)

David O. Friedrichs, Trusted Criminals: White Collar Crime In Contemporary Society (2009).

二、期刊論文

Andrew D. Appleby & Matthew D. Montaigne, Three's Company: Stone v. Ritter and the Improper Characterization of Good Faith in the Fiduciary Duty "Triad", ARKANSAS Law REV. Vol.62, (2009).

Carlos Andrés Laguado Giraldo & Cámara de Comercio de Bogotá, FACTORS GOVERNING THE APPLICATION OF THE BUSINESS JUDGMENT RULE: AN EMPIRICAL STUDY OF THE US, UK, AUSTRALIA AND THE EU, Universitas. Bogotá (Colombia) N° 111, enero-junio de 2006。

Lisa L. Casey, Twenty-Eight Words: Enforcing Corporate Fiduciary Duties Through

Criminal Prosecution of Honest Services Fraud, Notre Dame Law School Legal

Studies Research Paper No. 09-48

Stephen M. Bainbridge & Star Lopez & Benjamin Oklan, The Convergence of Good

Faith and Oversight, 55 UCLA. L. REV. 559,(2008)

