

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

公司負責人忠實義務之研究

—以善意義務為中心

A Study on Fiduciary Duties of Corporate Directors
and Officers — Focus on the Duty of Good Faith

吳曉青

Hsiao-Ching Wu

指導教授：黃銘傑博士

Advisor: Ming-jye Huang, Ph.D.

中華民國 97 年 6 月

June, 2008

國立台灣大學法律學研究所

碩士論文學位口試

論文題目：公司負責人忠實義務之研究
—以善意義務為中心

指導教授：黃銘傑 博士

研究生：吳曉青

口試地點：法律學院第五會議室

考試委員：

劉明山 王永水 蔡英欣

中華民國 97 年 6 月 27 日

謝 辭

能在不寬裕的時間內及時完成這本尚不成熟的論文，仰仗的是各位師長、家人、同學及朋友們，在撰文期間惠予各方面支援，才能成就如斯小小研究成果。

感謝指導教授黃銘傑老師，在學業上給予無微不至的指導，更承蒙老師厚愛擔任研究助理一職，得到許多學習機會，於老師引領下，始得窺見法學宗廟之美。於本論文題目擬定、執筆以迄完成，老師亦多次提供建議與方向，唯仰賴老師殷殷指導始有本論文開花結果。

而本論文更幸得莊永丞老師及蔡英欣老師擔任口試委員，於口試中分別自美國法、日本法觀點，不吝予以指教並惠賜寶貴意見，使我獲益良多，在莊老師及蔡老師指導下，使本論文內容更臻明確充實。

此外並感謝一橋大學指導教授飯屋広郷老師的體諒與協助，使我得於兼顧留學課業之際如期完成本論文之撰寫與最後潤飾。

感謝父母及弟妹在撰文期間內給予無限的包容與自由，你們的期待與關愛是我學業上最大支柱與前進的動力。

感謝研究所同學們，特別是昆霖、皓芸、詩敏、頌翰學長，在本論文執筆之際、研討會與口試期間不遺餘力協助，尤其口試期間因身在海外，勞煩諸位代為處理論文瑣務與程序事宜，你們是成就本論文的幕後最大功臣。並感謝孟彥學長、大植學長以及巧筠、建良、曉萱、大堂、岸田等同學撥冗參加本論文研討會，提供珍貴建議。

感謝摯友婉禎、毛毛，有你們的鼓勵與支持讓論文撰寫過程不寂寞，在各自費心籌備考試與留學事宜之際，仍時刻關心異鄉的我，藉著 Skype 另一端的聲音，讓隻身海外的我也能感受到無時差的溫暖。

感謝一橋大學台灣留學生，鈞涵學長、雅婷、Lisa、咏芸、靖倫、欣樺、易潔在留學生活及課業上的協助與體諒，讓我得以心無旁騖地在異鄉順利完成本論文。

謹以此文向諸位致謝。

2008 年 夏

于東京 一橋大學



摘 要

在近年來全球重大經濟犯罪與金融弊案頻傳下，公司負責人在公司治理中所扮演之角色備受社會及投資人關注，特別是針對公司負責人對公司應負之義務與民事責任之檢討，更是改善公司治理體質之重點之一，而公司負責人對公司應負忠實義務之充實及責任制度之整備，顯然是更形重要的治本之道。

本文以公司負責人忠實義務內容之整備與責任制度之建構為目的，經由比較法及相關文獻整理，由美國德拉瓦州法院在近年來針對公司負責人忠實義務之重要判決見解（特別是關於善意義務）之介紹，以及美國公司法學者對於善意義務在忠實義務學說中發展著手，釐清善意義務在公司負責人忠實義務中之定位及其內容、範圍，以作為我國適用公司法第 23 條第 1 項忠實義務規定時解釋之參考，達到充實我國公司負責人忠實義務內涵之目的；在重新詮釋對於忠實義務之內涵之際，並考量到在董事責任制度上相應調整與強化，故參考日本公司法在董事忠實義務與責任減免制度上之規範方式，嘗試草擬我國公司負責人責任減免制度之架構，以供作日後公司法忠實義務之充實與責任制度之強化檢討之參考。

在章節安排上，本文於第一章概述研究動機、方法等，於第二章藉由美國德拉瓦州實務判決之認識，嘗試整理美國德拉瓦州法院對於善意義務之見解，復於第三章歸納美國公司法學界見解，整理善意義務在行為標準與司法審查標準上之內涵，釐清善意義務之樣貌；於第四章中則討論日本公司法對於公司負責人忠實義務與責任減免制度，並於第五章整合上述內容，參照我國公司法制與實務現況，嘗試對我國公司負責人義務與責任制度提供新的解釋空間與發展方向，最後在第六章整理本文研究成果，期望提供我國忠實義務內容與配套制度齊備檢討。

關鍵字：經營判斷原則、善意義務、責任減免制度、忠實義務、Disney 股東代表訴訟

Abstract

Since there are a lot of economic crimes and financial scandals in recent years, more and more people today focus their attention on the roles which corporate directors and office should play in corporate governance. Especially the reviews of duties and liabilities that they owe to the corporation have been regarded as the significant point of the improvement in corporate governance. However, the unawareness of the concept and the failure to make relative regulations which meet social expectations led to the increasing of corporate misconducts. The complement of director and officer fiduciary duties and the liability system may be the key approach to solve the problems.

In this thesis, the research focuses on the development of fiduciary duties (especially the duty of good faith and business judgment rule) and the corresponding liability system. Through the comparative analysis on American law and Japanese law and literature review, it reveals that the duty of good faith is important part of fiduciary duties, and the clarification of the duty of good faith can give reference to the compliance of corporate law. In addition, by imitating exculpation and limitation of director and officer liability provisions in Japanese Corporate Law, the research attempts to constitute a rough framework of liability system fit for our country.

In conclusion, the discussion on the evolution of the duty of good faith can help us to interpret the fiduciary duties in a modern light, making them more definite and more comprehensive. Furthermore, constituting an appropriate exculpation and limitation liability system can make the regulations more complete. The research of this paper may leave some advices to the review of existing regulation.

Keywords: business judgment rule, duty of good faith, exculpation and limitation of liability provisions, fiduciary duties, In re Walt Disney Company Derivative Litigation.

目 錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法.....	4
第三節 研究範圍與限制.....	6
第四節 分析架構與章節安排.....	7
第二章 美國德拉瓦州實務對於善意義務見解之發展.....	11
第一節 於 Disney 2006 判決之前.....	11
第一項 Aronson v. Lewis, 1984.....	11
第一款 事實概要.....	11
第二款 法院見解.....	12
第二項 Smith v. Van Gorkom, 1985.....	15
第一款 事實概要.....	15
第二款 法院見解.....	16
第三項 Cede & Co. v. Technicolor Inc., 1993.....	19
第一款 事實概要.....	19
第二款 法院見解.....	20
第四項 In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation, 1996.....	22
第一款 事實概要.....	22
第二款 法院見解.....	24
第五項 Emerald Partners v. Berlin, 2001.....	25
第一款 事實概要.....	25
第二款 法院見解.....	27
第六項 Guttman v. Huang, 2003.....	29
第一款 事實概要.....	29
第二款 法院見解.....	30
第二節 於 Disney 2006 判決之後.....	31
第一項 In re Walt Disney Company Derivative Litigation, 2006.....	31
第一款 事實概要.....	31
第二款 法院見解.....	34
第二項 Stone v. Ritter, 2006.....	42
第一款 事實概要.....	42
第二款 法院見解.....	43
第三節 德拉瓦州法院關於善意義務見解之歧異.....	46
第一項 德拉瓦州最高法院對於善意義務之見解.....	48
第一款 早期最高法院對於忠實義務之見解.....	48
第二款 最高法院對於善意義務之定位.....	51

第三款	最高法院對於善意義務之定義	52
第四款	違反善意義務之法律效果	53
第五款	小結	54
第二項	德拉瓦州衡平法院對於善意義務之見解	54
第一款	衡平法院對於善意義務之定位	54
第二款	衡平法院對於忠實義務內容之見解	55
第三款	違反善意義務之法律效果	57
第四款	小結	57
第三項	Stone v. Ritter 案之集大成	58
第一款	最高法院對於善意義務定位之調整	58
第二款	違反善意義務之法律效果	59
第三款	對於 Stone v. Ritter 案之省思	60
第四節	小結	62
第三章	美國善意義務學說之發展	65
第一節	傳統忠實義務所面臨的困境	66
第一項	經營判斷原則之影響	66
第一款	經營判斷原則之定義	67
第二款	經營判斷原則之規範目的	68
第三款	經營判斷原則之法律上定位	69
第四款	經營判斷原則之適用要件	70
第五款	經營判斷原則對於善意義務地位提升之催化	71
第二項	善意義務在美國德拉瓦州公司法之演進	72
第一款	德拉瓦州公司法§102(b)(7)	72
第二款	德拉瓦州公司法§145	73
第三款	德拉瓦州公司法§144	74
第四款	德拉瓦州公司法§141 (e)	75
第五款	小結	75
第二節	善意義務之定位	76
第一項	獨立義務說	77
第一款	獨立的忠實義務類型	78
第二款	獨立義務說之功能	80
第三款	獨立義務說之利弊	81
第二項	非獨立義務說	86
第一款	善意義務在非獨立義務說下之定位	87
第二款	非獨立義務說之利弊	91
第三節	善意義務在行為標準與司法審查標準上之討論	93
第一項	區別行為標準與司法審查標準之實益	93
第二項	獨立義務說	94

第一款 行為標準之討論	94
第二款 司法審查標準之討論.....	102
第三項 非獨立義務說.....	107
第一款 行為標準之討論	108
第二款 司法審查標準之討論.....	109
第四節 善意義務對於忠實義務之衝擊.....	112
第一項 法律不確定性.....	113
第二項 限制董事會經營判斷之裁量權限	114
第三項 排除經營判斷原則之過度保護.....	114
第四項 法院彈性審查空間	116
第五項 增加訟源與訴訟成本	116
第五節 小結.....	117
第四章 日本法上之董事忠實義務之樣貌	119
第一節 日本法上公司董事對公司所負義務.....	119
第一項 善良管理人注意義務	120
第二項 忠誠義務	121
第一款 忠誠義務之內涵	121
第二款 忠誠義務與善良管理人注意義務間之關係.....	122
第二節 董事對公司所負責任.....	124
第一項 責任內容	124
第二項 董事責任之減免.....	127
第一款 責任免除.....	127
第二款 責任減免.....	128
第三款 責任免除或輕減制度之檢討.....	130
第三節 經營判斷原則之適用情形	133
第一項 對於引進經營判斷原則之疑慮	133
第二項 經營判斷原則之解釋	135
第三項 關於經營判斷原則之法院見解.....	137
第四節 董事責任之探討—大和銀行股東代表訴訟	138
第一項 事實概要	139
第二項 法院見解	140
第一款 內部控制制度之構築.....	140
第二款 任務懈怠有無之認定.....	142
第三項 學說討論	143
第一款 注意義務之水準	143
第二款 經營判斷原則	145
第三款 董事責任限制之必要性.....	146
第五節 善意義務在日本法上之表現	147

第六節 小結.....	149
第五章 我國董事忠實義務與責任之檢討.....	151
第一節 我國公司法下董事義務之現貌.....	151
第一項 基於委任關係所生之義務.....	151
第二項 忠實義務及善良管理人注意義務.....	153
第二節 我國實務對於經營判斷原則之理解.....	157
第一項 經營判斷原則之理解.....	157
第二項 經營判斷原則在我國實務之適用.....	158
第一款 公司負責人對公司應負民事責任.....	158
第二款 刑事事件之適用.....	166
第三項 小結.....	169
第三節 善意義務在我國法下之解釋空間.....	170
第四節 董事責任減免制度之參酌.....	174
第一項 現行董事責任制度之障礙.....	174
第二項 董事責任減免制度參採可行性.....	177
第三項 董事責任減免制度規範之草擬.....	179
第一款 責任免除.....	179
第二款 責任減輕.....	180
第五節 小結.....	185
第六章 結語.....	187
參考文獻.....	195



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

在近年來公司負責人內線交易或企業掏空弊案頻仍之下，公司負責人在重大金融弊案中所扮演之角色以及應負責任向來為公司法學者討論重點之一，由法務部及金融監督管理委員會相關調查結果亦可發現，公司負責人在重大經濟犯罪事件中通常扮演極具關鍵性之角色，以內線交易犯罪為例，絕大多數內線交易案件均由公司負責人所主導，伴隨著內線交易犯罪案件之增多，由台中地檢署於 2007 年所發表之聲明可發現，迄至該年度止台中地檢署所偵察之內線交易案件，高達 90% 以上比例係由公司內部監控所發現，其中已針對十餘家上市櫃公司發動搜索，起訴 8 件內線交易案件，1 件已作成有罪判決，地檢署針對近年內偵辦內線交易犯罪表示，大部分內線交易犯罪均由公司負責人所主導介入，如無法揪出主導犯罪者則內線交易犯罪之偵查難收成效¹，足見公司負責人在重大經濟犯罪中參與程度與其行為之影響力。

在近年來實務對於公司負責人不法經營行為之遏阻，多由刑事責任之檢討為努力方向，有鑒於歷來針對公司負責人不法經營行為之責任追究多以刑法第 342 條背信罪為責任基礎，該條規定 5 年以下有期徒刑刑責受批評過輕無法達到抑制犯罪之效果，故刑法背信罪之修正與罪責提高向為法務部檢討公司負責人經濟犯罪防免重點之一，近日新聞報導內容指出，依法務部調查結果，台灣民眾有 6 成認為企業「不廉潔」，高達 5 成 3 民眾對於政府未能主動查辦企業內部貪污感到不滿，而刑法背信罪之罪責普遍被認為過輕，故法務部已研擬將刑法背信罪之罪責提升到最重可達無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，併科新台幣 1 億元以下罰

¹ 2007 年 5 月 3 日中央社網路新聞：

http://tw.stock.yahoo.com/news_content/url/d/a/070503/1/ekwm.html (瀏覽日期：2008 年 6 月 7 日)

金²，行政院更指出，在台灣面臨激烈國際競爭下，為提升國家競爭力，於振興經濟之外，保護社會公義亦屬行政院施政主軸，尤其是企業負責人掏空背信影響社會至鉅，應加重其刑責以嚴防金融和經濟犯罪破壞國家競爭力，顯見行政院加重刑法背信罪之決策已然定調，將儘速送立法院修法。

然而嚴刑峻罰對於矯正公司負責人經營弊端究能產生多少成效仍備受質疑，以我國對公司負責人規範之特別背信罪如證券交易法³或銀行法⁴相關規定下，均已將刑責加重到3年以上10年以下有期徒刑，得併科新台幣1千萬元以上2億元以下罰金，犯罪所得金額達新台幣1億元以上者，刑責更高達7年以上有期徒刑，得併科新台幣2千5百萬元以上5億元罰金，其責任不可謂之不重，然而以近年來不減反增之企業負責人經營弊案觀之，足見矯正效果仍相當有限。追根究底，在民事責任上我國企業實態對於公司負責人應負義務內容與其違反責任之欠缺認識，以及法律規範與解釋不足以滿足社會對於公司負責人忠實義務之期待等問題，反而構成公司負責人違法瀆職層出不窮之根本原因，公司負責人對公司應負忠實義務之充實以及責任制度之整備，顯然是更形重要的治本之道。

公司負責人對公司所負義務之規範於2001年公司法修正參考英美法新增第23條第1項忠實義務規定後，關於公司負責人對公司所負義務內容可大別為依民法委任關係所應負受任人義務以及忠實義務，前者在傳統民法學說討論下其內容已相當明確，然而後者內容在公司法第23條第1項僅規範「應忠實執行職務」文字而未見具體行為要求規範下，其具體究為何指尚非明確，在學說與實務累積下，參照英美法例，對於忠實義務之內涵已漸形清晰，以奠基在通說英美公司法制下之注意義務及忠誠義務為中心發展，作為我國實務適用公司法第23條第1項規定之參考，然而英美法屬判例法國家，關於忠實義務之具體內涵經由實務判

² 2008年6月2日網路新聞：

http://www.digitimes.com.tw/n/article.asp?id=0000093140_B LH29G2Y9735OZG1EAC2T（瀏覽日期：2008年6月7日）

³ 參照證券交易法第171條。

⁴ 參照銀行法第125條之2。

例之累積與時俱進，傳統忠實義務範疇下注意義務及忠誠義務之分類顯已不足以滿足社會企業實務需求，因應而生者即為對善意義務之重視，善意義務長久以來被定位為忠實義務下之附屬行為要求，而被認為是滿足注意義務要求之重要內容之一，然而在近年來司法實務與公司法規修正發展下，善意義務作為補充傳統忠實義務之窮盡而備受重視，在美國德拉瓦州最高法院判決見解下，甚將善意意圖提升到與注意義務、忠誠義務相當之地位，而賦予「第三個忠實義務類型」之獨立義務類型地位，特別是在 2006 年德拉瓦州最高法院作成 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決⁵後，善意義務之獨立地位已受到美國法下多數公司法學者之肯定，亦備受社會企業實務關注，善意義務在近年內更被作為股東代表訴訟中請求救濟之手段之一，而積極被適用於訴訟實務中以挑戰法院對於善意義務之見解。儘管在筆者行文之際，關於善意義務之內容、範圍與具體類型等，在德拉瓦州最高法院與衡平法院間仍尚無定見，然而在德拉瓦州最高法院於 2006 年 11 月作成 *Stone v. Ritter*⁶判決後，關於善意義務見解之統整已見曙光，在藉由更多具體案例之累積下，可期待善意義務之樣貌將越來越明確化。

我國公司法下忠實義務之發展相較於美國法之差距要非咫尺之間，善意義務在美國法下發展之背景亦非眼下我國企業實務現狀所關切，然而在我國實務與學說積極嘗試具體化忠實義務之類型與其內容俾使規範明確化時，美國法下對於忠實義務之最新發展方向當為我國整備忠實義務內容時之重要參考之一，故本文嘗試以美國實務及學說下對於善意義務之新發展之介紹，以作為我國忠實義務內容充實之參考。

除在董事義務內容之充實上，相對地在董事責任制度上之補充亦屬我國公司負責人權責強化之重點，以美國德拉瓦州公司法為例，該法即規定公司得於章程中免除董事因違反注意義務對公司所負責任⁷，日本公司法更是針對董事責任減

⁵ *In re Walt Disney Company Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006).

⁶ *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

⁷ *See Delaware General Corporation Law* §102(b)(7).

免制度區分為事前減免與事後減免，賦予公司得經全體股東同意免除董事因懈怠職務對公司應負損害賠償責任⁸，或經股東會或董事會決議得以最低責任限額為限免除董事部份責任⁹，且肯定公司得與獨立董事或監察人等未直接參與公司經營之公司負責人簽訂以最低責任限額為限之責任限定契約¹⁰，避免使公司負責人因經營公司行為而動輒陷入遠超過個人清償能力所負擔之鉅額損害賠償風險，以鼓勵公司負責人積極投入冒險性業務追求公司利益，並確保有才能者擔任獨立董事或監察人之意願。我國公司法對於董事責任減免制度之規範付之闕如，伴隨著董事義務內容之充實，關於違反義務所產生責任之規範重要性亦隨之提高，未來對於董事責任制度之整備亦為我國公司法制檢討重點，因此，本文擬藉由日本公司法上董事責任減免制度之介紹，草擬我國公司負責人責任減免制度，以供作日後公司法制檢討之參考。

在介紹並整理美國及日本法下實務及學說對於公司負責人義務與責任制度之見解後，期許經由董事義務內容之介紹與董事責任減免制度之整備，供作我國公司法充實董事權責規範之參考，以達到強化公司治理，防免公司負責人瀆職弊案，促進我國企業經營體質之健全，增加社會投資信心與國際競爭力。

第二節 研究方法

鑒於我國公司法上公司負責人忠實義務之規定屬於參酌英美公司法制下所規範之產物，關於忠實義務具體內容之認識亦必須藉由英美法制之解釋以求明確化及類型化，因此在本論文進行公司負責人忠實義務與所負責任之檢討上，係以比較法制研究分析為核心，藉由外國法判例發展之介紹、法制規範沿革與其規範內容之整理、學說對於忠實義務（特別是以善意義務之定位為中心）之不同見解與箇中優劣利弊等，嘗試整理美國法下近年來善意義務之輪廓，以作為我國在適

⁸ 參照日本公司法第 424 條。

⁹ 參照日本公司法第 425、426 條。

¹⁰ 參照日本公司法第 427 條。

用公司法第 23 條第 1 項忠實義務解釋時之參考。另在於董事責任制度之討論上，藉由比較法整理，除美國德拉瓦州公司法規範以外，並以同屬繼受英美法忠實義務與董事責任減免制度規範之日本公司法制為中心，介紹其董事責任減免制度內容以及日本法院實務適用經營判斷原則之見解，供作我國董事責任減免制度參採與董事違反忠實義務構成責任之司法審查標準調整上之參考。

本論文使用外國判決評析之研究方法，藉由美國德拉瓦州近年來關於忠實義務之代表性判決之介紹，依時間別整理善意義務在德拉瓦州實務上之發展，以具體案例之介紹釐清善意義務之定位、範圍與其內容，並分析德拉瓦州最高法院與衡平法院關於善意義務之見解與見解間之歧異，並由近期判決見解之調整嘗試發現最高法院與衡平法院見解統合之可能性，以作為未來德拉瓦州實務對於善意義務見解方向之預見。

此外，在經由外國判決評析以認識美國德拉瓦州法院對於善意義務之見解後，藉相關文獻整理，以瞭解美國公司法學者對於德拉瓦州實務見解之評論，以及學說間對於善意義務認識之異同，嘗試以善意義務之定位為中心將學說見解分類為獨立義務說及非獨立義務說，比較渠等對於善意義務之定義、行為標準與司法審查標準之不同，在經由獨立義務說及非獨立義務說之不同視角分別觀察善意義務之內涵後，期望得以更明確化善意義務之樣貌，謀求我國接納善意義務以作為忠實義務內涵補充整備時之參考。更重要的當為善意義務在近年來之發展如何影響傳統忠實義務之內容與範圍以及在實務上產生之影響，善意義務是否造成忠實義務範疇之擴張，抑或僅為傳統忠實義務內容之充實，在實務發展上善意義務是否於股東代表訴訟上帶來任何實質效益，對於法律適用或公司經營結構上權責分配或經營狀態適正化之影響如何等等，諸此善意義務在實務上所帶來之影響均成為未來我國應如何適用善意義務以充實忠實義務內涵之考量。

基於比較法學整理分析之研究方法，在彙整美國德拉瓦州實務及學說見解

後，本論文並嘗試經由日本公司法相關規定與學說解釋分析之認識，整理大陸法系國家在適用由英美法判例法系下所發展出之忠實義務規範之心得與成果，以及在面對法制環境不同下依國情差異所作成之規範調整，有鑒於日本法與我國法規範背景之近似與企業經營交流往來之頻繁，日本法在公司負責人忠實義務與責任制度規範上之實績，值得我國參照。

在比較法整理下經由美日公司法實務與學說文獻分析以釐清近年來忠實義務發展與公司負責人責任制度之成果後，與我國公司法董事義務規範相參照，經由我國公司法規範與實務見解之不足，嘗試解釋善意義務在我國忠實義務規範下所扮演之角色，以及草擬我國公司負責人責任減免制度之可行性，以達到充實公司負責人忠實義務規範之目的，在強化公司負責人責任之同時顧及責任程度之合理性，達到公司負責人權責平衡之目的，謀求公司經營適正化，健全我國企業經營體質，增加社會大眾之投資信心及國際競爭力。

第三節 研究範圍與限制

本論文之研究範圍係以美國法與日本法關於公司負責人忠實義務與相關實務上實踐狀況之分析整理為主，蓋因美國公司法規範乃全球公司法規範之前驅，其中德拉瓦州公司法更被尊為美國各州公司法之翹首，不僅在立法規範上斐然成果，在司法實務上德拉瓦州法院關於公司法之見解，往往成為美國各州在司法審判上之重要參考資料，故本論文嘗試藉由近年來德拉瓦州法院關於善意義務之重要代表性判決為核心，並藉由學說相關見解之整理，架構近年來以善意義務強化為中心之忠實義務發展之整理，以供作我國在解釋公司法第 23 條第 1 項之忠實義務規範時參考之用。

在美國德拉瓦州相關實務、法律規範與學說見解以外，有鑒於我國法屬大陸法系國家，係以成文法為法令規範核心，與英美法下藉由判例法之累積以適時調

整法令規範內容解釋之規範方式差異何止千里，貿然移植英美法下忠實義務相關規範可能徒收規範欠缺明確性與不符社會期待與實務發展之虞，是此嘗試藉由同屬大陸法系下忠實義務規範移植國家之日本為例，經由日本法相關規範之整理，以及實務判決之態度及學說見解，分析大陸法系下適用忠實義務與責任制度規範之調整，作為我國法與美國法下忠實義務相關規範間之調和方法，日本公司法上關於公司負責人義務與責任制度之規範方式，在我國檢討公司負責人相關規範時更值得我國參照。

然鑒於篇幅之限度，近年來美國德拉瓦州法院對於忠實義務所作成之相關判決量之龐雜已非本論文所可處理，故擬以善意義務之發展為中心，並依時間順序而擷選 *Aronson v. Lewis*¹¹、*Smith v. Van Gorkom*¹²、*Cede & Co. v. Technicolor Inc.*¹³、*In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation*¹⁴、*Emerald Partners v. Berlin*¹⁵、*Guttman v. Huang*¹⁶、*In re Walt Disney Company Derivative Litigation*¹⁷、*Stone v. Ritter*¹⁸等八宗代表性判決為主，礙於篇幅多有省略，上開判決以外之其他重要性判決亦深感遺憾無力於本論文中處理，關於德拉瓦州法院見解因此恐有流於片斷殘簡之弊，然因力有未逮且為使論點聚焦，本論文僅以上開判決實務內容為中心展開論述，關於德拉瓦州法院實務關於忠實義務之其他見解，容待未來研究發展處理。

第四節 分析架構與章節安排

本論文擬以美國德拉瓦州法與日本公司法關於公司負責人忠實義務之規範與實務判決見解之整理為中心，藉由近年來外國立法例對於忠實義務之發展與解

¹¹ *Aronson v. Lewis*, 473 A. 2d 805 (Del. 1984).

¹² *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

¹³ *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (Del. 1993).

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

¹⁵ *Emerald Partners v. Berlin*, 2001 WL 115340 (Del. Ch. 2001) (Not Reported in A.2d).

¹⁶ *Guttman v. Huang*, 823 A.2d 492 (Del. Ch. 2003).

¹⁷ *See supra note 5.*

¹⁸ *See supra note 6.*

釋供作我國充實公司負責人忠實義務內涵之參考，關於本論文之章節安排如下：

一、第一章「緒論」：

經由研究動機與目的、研究方法、研究範圍與限制、分析架構與章節安排之說明，突顯本論文之研究內容與目的，以奠立本論文研究主題之定位與基礎，基於本章說明以進行具體研究內容之論述。

二、第二章「美國德拉瓦州實務對於善意義務見解之發展」：

藉由美國德拉瓦州實務對於善意義務所作成上開八宗代表性判決之認識，嘗試整理美國德拉瓦州法院對於善意義務之見解，並藉由具體案例不同分析善意義務之具體類型化內容，在判決評析中並可發現德拉瓦州最高法院與衡平法院長久以來關於善意義務定位及違反效果上見解之歧異，藉由整理最高法院與衡平法院對於善意義務見解之變更，以及在近年最高法院在 Stone v. Ritter 判決上所釋出之善意義務見解統合可能性之分析，整理截至本論文執筆之際德拉瓦州法院實務關於善意義務之認識。

三、第三章「美國善意義務學說之發展」：

本章以美國學說對於善意義務之發展為主，並以經營判斷原則之崛起與公司法上董事免責規定制度之規範為主略陳善意義務之發展背景。在關於善意義務之學說整理上，擬以對於善意義務定位之差異，分就否認定善意義務為獨立的忠實義務類型，將學說大別為獨立義務說及非獨立義務說，非獨立義務說下復依對善意義務解釋之不同細分為忠實義務之上位概念說、忠誠義務之附屬責任說、修辭手段說等，並分就獨立義務說與非獨立義務說闡釋各說內涵與其利弊，以及在善意義務之行為標準與司法審查標準上之討論。最後經由善意義務對於傳統忠實義務所帶來之衝擊之整理，以統整學說對於近年來善意義務之發展對於公司負責

人忠實義務影響之評論。

四、第四章「日本法上之董事忠實義務之樣貌」：

基於法令規範類似且經濟環境互動頻繁等因素，日本公司法制規範往往成為我國法令修正檢討上之參考方向，本章擬由介紹日本法上董事忠實義務之內涵與責任制度之樣貌，並探討日本對於美國法下董事免責制度與經營判斷原則之內涵之改良，供作我國董事責任制度檢討參酌。特別是在董事責任減免制度規範之設計與經營判斷原則內涵之調整上，日本法基於大陸法系之規範方式不同以及社會實態需求差異，針對美國法下所發展出之忠實義務與經營判斷原則等概念作成切合其社會期待之調整，相當值得我國參考。

五、第五章「我國董事忠實義務與責任之檢討」：

本章擬就 2001 年公司法修正後之董事義務規定為中心，探討公司法董事義務之內涵，並進而討論本文第二、三章所觸及之美國法下的善意義務在我國現行法制之解釋空間及適用可行性與其實益；其後嘗試就經營判斷原則在我國之發展與解釋、實務界之適用情形以及若干相關判決見解之整理與評析，作進一步介紹與檢討；最後在董事責任之討論上，試圖整理現行董事責任制度之內容與利弊，另參考美國與日本立法例，以第四章所介紹之日本公司法董事責任減免制度為例，針對董事責任減免制度於我國公司法制下參採可行性進行討論，嘗試研擬可行之董事責任減免制度草案，供作董事責任制度發展之參考。

六、第六章「結語」：

經由前揭各章對於美國法與日本法關於公司負責人忠實義務與責任規範內容、實務見解及學說討論之介紹，以及我國公司法制之參採可行性分析等，於本章分就「董事對公司所負義務之善意義務於我國公司法制之影響」、「董事責任制

度之檢討」、「經營判斷原則之適用」三大主題以整理本論文研究成果，期望以本文之研究成果為我國公司法下公司負責人忠實義務內容之充實與相關配套制度齊備之檢討，略盡綿薄之力。



第二章 美國德拉瓦州實務對於善意義務見解之發展

善意義務在美國公司法實務及學說上，並非陌生概念，然過去對於善意義務之解釋，往往止於傳統契約法上之定位，直至近期德拉瓦州法院實務始將善意義務企圖提升至一個獨立之忠實義務類型之層級，本章嘗試經由近期德拉瓦州法院關於善意義務之重要判決之介紹，說明善意義務在德拉瓦州實務上之發展。

2006年6月德拉瓦州最高法院針對Walt Disney Company股東所提起之股東代表訴訟作成 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決（以下稱「Disney 2006 判決」）¹⁹，使纏訟十年的紛擾塵埃落定，該案因所涉賠償金額之龐大程度而備受各界關注，德拉瓦州最高法院之判決亦顯示多年來實務界對於善意義務見解之累積，因此，Disney 2006 判決可謂是德拉瓦州法院實務對於善意義務見解之重要里程碑，筆者嘗試以該判決為分水嶺，於本章第一、二節中依時間順序分別在 Disney 2006 判決前後，德拉瓦州法院實務所作成與善意義務相關重要判決之整理，並簡述系爭判決之事實概要與重要見解後，於第三節針對德拉瓦州最高法院與衡平法院對於善意義務之見解作一整理，並將企圖統合最高法院與衡平法院見解之 *Stone v. Ritter* 判決作為二法院見解間之橋樑，說明最高法院試圖在歷來見解與衡平法院見解取得共識之努力。

第一節 於 Disney 2006 判決之前

第一項 *Aronson v. Lewis*, 1984²⁰

第一款 事實概要

Meyers Parking System, Inc.（以下稱 Meyers 公司）原係 *Prudential Building Maintenance Corp.*（以下稱 Prudential 公司）公司之百分之百控股子公司，於 1979

¹⁹ See *supra* note 5.

²⁰ See *supra* note 11.

年 Prudential 公司將所有之 Meyers 公司股份分配予其股東，Meyers 公司之股份係經由店頭交易。原告 Harry Lewis（以下稱 Lewis）係 Meyers 公司之股東，因認 Meyers 公司與其董事間之交易有害於公司利益，向其董事會全體十名董事提起股東代表訴訟。

Lewis 對於 Meyers 公司與其董事 Leo Fink（以下稱 Fink）間之系爭交易行為為不滿。Fink 持有 Meyers 公司已發行股數之 47% 股份，Lewis 主張 Meyers 公司與 Fink 間所進行之系爭交易行為可獲得董事會決議同意係因 Fink 個人「選派」Meyers 公司之所有董事及經理人。

在 1981 年 1 月以前，Fink 與 Prudential 公司簽訂一顧問契約²¹，依據該契約，Meyers 公司分別於 1980 年及 1981 年支付 Prudential 公司 48,332 美元及 45,832 美元。於 1981 年 1 月，Meyers 公司董事會同意 Fink 之任用契約²²，Meyers 公司依該契約每年支付 Fink 150,000 美元，及超過 2,400,000 美元稅前盈餘之 5% 之紅利等；此外，Meyers 公司董事會並同意提供 Fink 225,000 美元之無息貸款。

本件原告 Lewis 於訴訟中主張，本件系爭契約之交易欠缺明確經營目的（no valid business purpose），且因 Fink 未提供或僅提供些微之服務，以及基於 Fink 之高齡已難以期待其可提供任何服務，Meyers 公司所支付 Fink 之數額顯然過鉅，已構成「公司資產之浪費（waste of corporate assets）」，而 Meyers 公司對 Fink 所提供之貸款，實為「額外報酬」，對 Meyers 公司並未基於任何考量或利益²³。

第二款 法院見解

²¹ 該契約約定在 Fink 自 Meyers 公司退休後擔任 Prudential 公司之顧問，期間為 10 年。在 1980 年 4 月 Fink 退休後系爭顧問契約即生效。然此後 Meyers 公司復與 Prudential 公司簽訂契約，同意與 Prudential 公司共享 Fink 所提供之顧問服務，並支付 25% 顧問費用予 Prudential 公司。

²² 該契約期間為 5 年，且自動更新。Meyers 公司同意每年支付 Fink 150,000 美元，及超過 2,400,000 美元稅前盈餘之 5% 之紅利；Fink 可隨時終止該僱傭契約，但 Meyers 公司欲中止該契約需在 6 個月前提出告知。契約終止時，Fink 成為 Meyers 公司顧問，且於前三年可獲得每年 150,000 美元，其後三年每年 125,000 美元，之後終身每年 100,000 美元之顧問費，該契約同時包括死亡撫恤金條款。

²³ See *supra* note 11, at 810.

Lewis 在提起股東代表訴訟前，並未先依德拉瓦州衡平規則 (Chancery Rule) 第 23.1 項規定，向公司董事為糾正系爭行為之請求 (以下稱先訴請求)，其主張系爭先訴請求無益之原因有三：首先，原告主張 Meyers 公司所有董事係本件被告，均同意或默許本件所主張之不適當經營行為，且應負個人責任；其次，因 Fink 挑選所有 Meyers 公司之董事，控制且支配 Meyers 公司之董事會及各經理人；最後，原告認為要求現任董事進行系爭行為，係要求董事以自己為被告起訴，將使該行為陷入利害衝突之狀態，且妨礙有效起訴²⁴。

被告董事為要求駁回原告之請求，主張原告未於提起股東代表訴訟前先向 Meyers 公司董事會為糾正系爭行為之請求，且未提出可免除該請求之具體事實。被告董事提出之主張可分為程序上與事實上主張，在程序上被告董事等認為德拉瓦州衡平規則先訴請求之要求，肯定管理公司事務者為董事，而非股東。故此項基本原則應促使先訴請求之架構與執行更加嚴謹；在事實上則表示原告主張欠缺免除先訴請求之必要特定事實，如原告無法除了提出 Fink 之持股外，無法證明 Fink 與公司或其他董事間之支配或控制關係²⁵。

德拉瓦州最高法院認為該州公司法重要精神之一，即是管理公司經營與事務者，係董事而非股東，德拉瓦州公司法§141 (a)規定：「本章所規定之公司經營與業務事項，應由董事會管理，或經由董事會裁量決定。但公司章程另有規定者，不在此限。」，即說明上開精神²⁶。

儘管如此，股東並非對於導致公司受損害之董事經營行為完全求助無門，董事選舉之公司民主機制及股東代表訴訟，乃是股東糾正董事散漫或不忠誠之經營行為之有效手段。股東代表訴訟有二層面的意義：其一，股東代表訴訟與公司主動提起訴訟之效果完全相同；其二，係由股東以自己之行為，代表公司向對其應

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* at 811.

²⁶ *Id.*

負責任之人提起訴訟。然基於股東代表訴訟之本質，其必然將侵犯董事管理公司之自由，因此衡平法院始有衡平規則第 23.1 項之起訴門檻要求，首先確保股東已窮盡公司內部補救方法，其次提供對於股東代表訴訟之防護措施。判決中並認為本規定無可避免地將成為經營判斷事項以及經營判斷原則適用可行性標準²⁷。

在本判決中德拉瓦州最高法院提出經營判斷原則之定義為：「『推定』公司董事在作成經營決定時，係處於一獲得資訊充分之基礎下 (informed basis)，基於善意 (good faith) 且真誠信賴 (in the honest belief) 該決定係為追求公司最佳利益而作成」，其後 Aronson 判決此一見解屢受美國各州法院所引用，而形成對經營判斷原則內容之共識。而關於經營判斷原則之基本原則，第一為無利害衝突 (disinterestedness)，第二為資訊充分 (informed)，第三為存在特定董事行為²⁸。本判決雖肯定股東代表訴訟使公司股東針對董事失職行為開啟訴訟程序之權限，但經營判斷適宜標準之運用，可能終止系爭權限之運作。

德拉瓦州最高法院將本案是否有無益請求情形之考量簡化為以下三點：Fink 對於 Meyers 公司董事之支配與控制、Meyers 公司董事對於 Fink 與該公司間之僱傭契約，以及 Meyers 公司董事會對於股東代表訴訟之敵意。

首先，本判決認為持有公司大部分股份之事實，並不足以排除該名董事受經營判斷原則之保護，而本案股東所提出事實上不足以證明 Fink 對於 Meyers 公司董事之支配與控制；其次在原告無法證明 Meyers 公司董事會同意 Fink 與該公司間之契約係公司資產之浪費；最後，對於原告提出因 Meyers 公司全體董事均為被告，故先訴請求無益之主張，德拉瓦州最高法院認為，除非主張之特定事實已足推翻經營判斷原則所帶來之獨立性與適當運作之推定，致使董事被認定為無法期待以自己為被告起訴，此類薄弱之主張在德拉瓦州公司法規定下，將難以得到

²⁷ *Id.* at 811-12.

²⁸ *Id.* at 812.

法律上認同²⁹。基於以上理由，德拉瓦州最高法院肯定衡平法院之見解，駁回原告之上訴主張。

第二項 Smith v. Van Gorkom, 1985³⁰

第一款 事實概要

Trans Union Corporation（以下稱 Trans Union 公司）係一個公開發行控股公司，主要營收來自鐵路機車出租事業。在本案事實發生期間，Trans Union 公司每年度均有上億現金流量，卻難以提供足夠的應稅收入以抵銷日益增加的龐大投資稅額扣抵（investment tax credits）。於 1980 年 8 月 Trans Union 公司董事兼執行長之 Jerome W. Van Gorkom 與 Trans Union 公司之高階管理層集會，並於會議中報告上開遊說行為過程及討論稅務問題之解決方案，其中包括出售公司。同年 9 月高階管理層集會中，Trans Union 公司財務長 Donald Romans 提出融資併購方案，然 Romans 並未開始進行公司併購價格之討論，僅概略提出該價格應為每股 50 美元至 60 美元間，該數額並未經過審慎考量且未達成確定結論，於該次集會中，Van Gorkom 表示同意以每股 55 美元之價格出售其持有 Trans Union 公司已發行 2,000 萬股份中之 75,000 股³¹。

其後 Van Gorkom 開始積極考慮出售公司提案，在未經過與 Trans Union 董事會及高階管理層協商之情況下，即與著名公司併購專家 Jay A. Pritzker 進行併購談判，並指示 Trans Union 公司主計長 Carl Peterson 估算以每股 55 美元之價格為融資併購之可行性。而依 1975 年至 1979 年間之股價變化，Trans Union 公司之股價在 24 至 39 美元間波動。然除卻 Trans Union 公司股價變化歷史及 Van Gorkom 於 Trans Union 公司之長年關係外，每股 55 美元之交易價格之決定，並

²⁹ *Id.* at 813.

³⁰ *See supra* note 12.

³¹ *Id.* at 864-66.

無任何可供支持之證據³²，可認為係 Van Gorkom 單純依據自己個人知識所作成之判斷。

其後 Van Gorkom 並以以每股 55 美元之併購價格，與 Pritzker 協商併購方案，歷經數次協商後於 Pritzker 提出每股 55 美元之現金逐出併購之出價，並要求 Trans Union 董事會於 3 日內決議是否接受該併購方案。Van Gorkom 立即召集 Trans Union 董事臨時會，於集會前大多數董事均未知悉集會目的，除 1 名內部董事因病缺席外其餘均出席該臨時會。Trans Union 公司董事會成員包含 5 名內部董事及 5 名外部董事，外部董事成員為他公司執行長或卸任大學院長，均非投資銀行或資深財務分析專家³³。

Van Gorkom 於董事臨時會進行約 20 分中的口頭報告，並未告知其他董事其自行決定每股 55 美元之併購價格或其他事實。該董事臨時會歷時 2 小時，董事會並未取得併購價格決定之理由或公司價值之相關評估報告，僅依據 Van Gorkom 之口頭報告、Romans 等董事之發言以及董事對於公司市價之認識，即表決同意該併購案³⁴，其後 Trans Union 公司股東投票通過該併購決議³⁵。

原告 Alden Smith 係被告 Trans Union 公司之股東，針對該公司董事會同意上開現金逐出合併之經營判斷，主張因董事會係在未獲得充分資訊之情況下，於急迫時間內作成同意出售公司之決定，已違反董事注意義務，以 Trans Union 公司全體董事及該公司為被告，提起集體訴訟，請求被告董事就公司所受損害負賠償責任。

第二款 法院見解

本件判決最重要之貢獻乃在於經營判斷原則與董事注意義務標準之確立，於

³² *Id.* at 866.

³³ *Id.* at 868.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.* at 870.

本判決中，德拉瓦州最高法院首先肯定於董事經營行為是否違反忠實義務之認定，經營判斷原則之適用，並針對經營判斷原則是用基本前提之「資訊充分」要件，表示決定董事會之經營判斷是否「資訊充分」，應取決於董事是否在作成經營判斷前，使董事會本身知悉所有合理可得之重大資訊³⁶。

而董事應基於資訊充分作成經營判斷之義務（duty to exercise an informed business judgment），係源自於注意義務本質之要求，而與忠誠義務有所區別。於本案例中因無詐欺、惡意或與自己交易之主張，依經營判斷原則應推定董事係基於善意作成經營判斷³⁷。

此外，德拉瓦州最高法院關於注意義務違反之標準，援引 Aronson v. Lewis 判決見解，指出在經營判斷原則的推定保護下，董事違反注意義務責任之構成係取決於「重大過失」之有無。此外並認為重大過失之概念，亦為決定董事會是否達到足以作成經營判斷之「資訊充分」程度之適當標準³⁸。

關於本案事實認定部分，本案董事會投票同意以每股 55 美元併購價格之現金逐出併購方式，因董事並未充分知悉 Van Gorkom 於該公司出售案及併購價格之決定過程中所扮演之角色，且對於公司實際價值一無所知，而董事會僅於短短二小時之考量後即基於「重大過失」同意該公司出售案，且未經事前通知、無緊急或重大迫切事由、具有董事長或執行長身分之董事未使董事會全體充分知悉關於該公司出售案以及每股收購價格等資訊，故董事對於公司真正價值之認識，應認定為係「非資訊充分」³⁹。

此外，德拉瓦州公司法§141(e)規定，公司董事會成員如基於善意信賴公司經理人或獨立簽證會計師所提出之會計帳冊或報告，或基於善意信賴公司之其他

³⁶ *Id.* at 872.

³⁷ *Id.* at 872-73.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* at 874.

紀錄，而行使其職務時，應受到完全保護。而關於該董事免責規定，德拉瓦州最高法院認為，董事為享受德拉瓦州公司法§141(e)免責保護之地位，董事至少必須基於善意相信經理人之報告，且系爭報告必須包括對於董事會進行經營判斷所需之適當之內容，以達到「善意信賴」而非盲目相信之程度⁴⁰。

德拉瓦州最高法院並於本判決中表示，公司所有董事，不論為內部董事或外部董事，於同意公司現金逐出併購案之經營決定上，均處於受經營判斷原則保護之相同地位⁴¹；而 Trans Union 公司之董事會成員對於該併購案之考量之善意程度，係不足以滿足董事會作成「資訊充足的經營判斷」的標準⁴²。

此外，在 Trans Union 公司股東會通過併購案部分，最高法院認為董事因未向公司股東揭露關於該併購案所有真實且正確之重要資訊，已違反對於股東所負之公正忠實義務（fiduciary duty of candor）⁴³。

綜上所述，最高法院認為被告董事之下列行為違反渠等對於公司股東應負之忠實義務：第一，未使董事會本身充分知悉關於該現金逐出併購案所合理可得且與同意該併購案決定相關之所有合理可得之相關資訊；第二，未向公司股東充分揭露所有理性股東於決定是否同意 Pritzker 所提出之併購條件時認為重要之資訊⁴⁴。因此認定衡平法院於本案中所採取之對被告董事有利之經營判斷原則係錯誤的，本案發回重審後，衡平法院應舉辦聽證會以決定原告股東所有股份於本併購案交易時之公平價格，該公平價格超過每股 55 美元之部分，即為原告所受損害，應判決被告董事需為賠償⁴⁵。

⁴⁰ *Id.* at 874-75.

⁴¹ *Id.* at 889.

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.* at 893.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

第三項 Cede & Co. v. Technicolor Inc., 1993⁴⁶

第一款 事實概要

Technicolor, Incorporated (以下稱 Technicolor 公司) 是歷史悠久的電影視聽企業，其經營逾三十年之主要營業內容為跨國電影製程，並於該領域內享有相當卓越地位。然於 1970 年後期開始，Technicolor 公司因對旗下主要電影工作室失去控制，而喪失競爭力⁴⁷。Technicolor 公司執行長 Morton Kamerman 為謀求長期營業成長，建議 Technicolor 公司跨足家用底片市場，於 1981 年 5 月 Technicolor 公司董事會決議通過該提議，然此業務最終歸於失敗，於 1982 年 9 月 Technicolor 公司股價市值達到最低點之每股 8.37 美元⁴⁸。

而 1982 年至 1983 年間，MacAndrews & Forbes Group, Incorporated (以下稱 MAF 公司) 進行對 Technicolor 公司之現金逐出併購，依該併購契約內容，除 MAF 公司及其關係企業以外之所有 Technicolor 公司股東均有權要求 MAF 公司以每股 23 美元價格收購其持股。本件原告 Cinerama Inc. (以下稱 Cinerama 公司) 及 Cede & Co. 公司係 Technicolor 公司之股東，因不同意 MAF 公司所提出之現金逐出併購案之收購價格及該公司於 1983 年 1 月所完成之併購行為，於 1983 年 3 月向德拉瓦州衡平法院提起法定評估程序，請求對其持有之股份進行評估；於 1986 年並對於 Technicolor 公司之 7 名董事、MAF 公司、Macanfor and Ronald O. Perelman 以及 MAF 公司之董事長與控制股東等人提起訴訟，主張因被告於本件併購案中之詐欺與不公平交易行為已違反忠實義務，應負損害賠償責任⁴⁹。

德拉瓦州衡平法院作成於 1983 年 1 月 24 日併購日之公平價格應為每股 21.60 美元之決定，並認為雖發現關於被告董事違反忠實義務之普遍性且有說服

⁴⁶ See *supra* note 13.

⁴⁷ *Id.* at 351.

⁴⁸ *Id.* at 352.

⁴⁹ *Id.* at 349-50.

力的證據，但原告 Cinerama 公司未能滿足舉證責任之要求，因而駁回原告之訴⁵⁰。原告提出上訴，德拉瓦州最高法院作成原告部分勝訴判決，認為：(1) 衡平法院法官對於董事注意義務錯誤信賴；(2) 異議股東（即本案之原告）不需證明損害結果係因董事會未盡注意義務；(3) 系爭併購案非自始無效。

第二款 法院見解

在本判決中，德拉瓦州針對董事忠實義務再次重申關於經營判斷原則之目的與其內容，並首次在判決中闡釋善意義務為董事忠實義務之內容。關於本判決之重要法院見解，整理如下：

一、經營判斷原則之功能及目的

德拉瓦州最高法院於本判決中重申德拉瓦州公司法§141 (a)之規定，認為德拉瓦州法律之基本原則之一，係公司經營與事務之管理應由董事會為之或於董事會控制下為之，為行使該權限，董事會應負有保護公司利益及追求股東最佳利益之忠實義務⁵¹。而最高法院認為經營判斷原則是上開公司法基本原則之擴張，表示經營判斷原則之功能在於排除法院對於公司經營與事務進行不合理干預。經營判斷原則之目的，在提供利於董事經營行為之有力推定，使忠實且資訊充分之董事會所作成之經營決定，可不受法院推翻，但有無法達到任何理性經營目的之經營行為者除外⁵²。

二、善意義務之法律上定位

本判決係德拉瓦州法院實務上，首度闡釋董事忠實義務之內容包含三部分：善意（good faith）、忠誠（loyalty）及適當注意（due care）。在本案之審理上，德拉瓦州最高法院雖肯定董事忠實義務應分為上開三類型，然因本案事涉董事注

⁵⁰ *Id.* at 350.

⁵¹ *Id.* at 360.

⁵² *Id.*

注意義務及忠誠義務之違反，判決上僅處理注意義務與忠誠義務，並未針對善意義務之內容做進一步說明⁵³。

三、經營判斷原則所致之舉證責任分配

如前所述，本判決認為董事經營行為均受經營判斷原則推定之保護，為推翻此推定，原告股東必須就董事系爭經營行為違反忠實義務三內容其一，負舉證責任。

如原告股東確實證明上開義務違反，推翻經營判斷原則之推定後，舉證責任回到被告董事一方，被告董事必須證明系爭交易係對於原告股東「整體性公平」(entire fairness)。而完全公平之證明，必須包括「交易行為公平」(fair dealing)及「價格公平」(fair price)⁵⁴。

四、結論

德拉瓦州最高法院於本判決中肯定前審衡平法院在決定董事有無自我交易上之判斷標準並無錯誤，然而前審在認定被告董事之經營行為是否違反注意義務時，所採取之合理個人行為標準 (reasonable person standard) 係有錯誤的，要求衡平法院應考量德拉瓦州公司法§144(a)公司董事於與自己交易時之有限安全港條款規定⁵⁵之關聯與效力。最高法院並推翻衡平法院對於經營判斷原則中注意義務之要件之解釋，認為衡平法院要求原告證明公司所受損害以推翻經營判斷原則對於注意義務之推定保護係錯誤的，而要求在經營判斷原則受推翻後，衡平法院應接下來檢視整體性公平原則⁵⁶。

⁵³ *Id.* at 361.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ 依德拉瓦州公司法§144(a)規定，至少有以下 3 種董事與自己交易之情形可受保護：第一，已為揭露並經過公司過半數董事之同意；第二，已為揭露並經公司股東同意；第三，該交易被證實為係對於公司公平的。

⁵⁶ *See supra note 13*, at 373.

第四項 In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation, 1996⁵⁷

第一款 事實概要

Caremark International Inc. (以下稱 Caremark 公司) 係於 1992 年依德拉瓦州公司法所設立，並於紐約證券交易所公開上市之公司，其主要經營業務為病患照顧與管理醫療服務。Caremark 公司相當重要的部分營收來自於第三者支付，如保險公司、美國醫療保險 (Medicare)、醫療補助計畫 (Medicaid) 等。此支付受到美國反轉介報酬法 (Anti-Referral Payment Act) 之規範，反轉介報酬法禁止醫療服務提供者支付任何形式之酬金以增加醫療保險或醫療補助之患者。Caremark 公司於業務經營之初，即與醫院、醫師及其他醫療服務提供者簽訂許多關於建議與服務之契約，特別是與部分醫師簽訂協議，約定醫師指定或推薦 Caremark 公司對於醫療保險或醫療補助患者所提供之醫療服務或產品。系爭契約雖非反轉介報酬法所禁止之行為，但顯然已產生一非法回扣之可能性⁵⁸。

於 1991 年 8 月，美國衛生及公共服務部總檢察署辦公室 (the HHS Office of the Inspector General, OIG) 開始對於 Caremark 公司之前身 Baxter International, Inc. 進行調查，於 1992 年 3 月，美國司法部亦加入調查。在 1992 年 4 月，Caremark 公司公布適用公司內部之契約關係指導原則之修正，以確保其所簽訂之契約遵循反轉介報酬法規定，或排除醫療保險及醫療補助之患者。且於 1992 年 9 月，Caremark 公司設置一套政策，要求 Caremark 公司與醫師所簽訂之所有契約，須經其地區經理人、地區負責人之同意⁵⁹。

在政府調查期間中，Caremark 公司設置一套內部稽核制度以確保商業與倫理政策，並聘用 Price Waterhouse 會計師事務所作為其外部監察人。在 1993 年 2 月 8 日，Price Waterhouse 向 Caremark 公司董事會之倫理委員會提交一份外部查

⁵⁷ See *supra* note 14.

⁵⁸ *Id.* at 961-62.

⁵⁹ *Id.* at 962.

核報告書，內容說明 Caremark 公司之控制制度並無明顯缺失⁶⁰。

在 1993 年間，Caremark 公司採取若干措施以增進管理監督，上開措施包括要求所有地區分公司經理人依照與醫療服務提供業者間之契約規定所為之所有支付，須取得總公司之同意，另外 Caremark 公司並使其財務長兼任法令遵循經理⁶¹。

在 Caremark 公司遭受美國衛生及公共服務部及司法部長達 4 年之調查，在 1994 年 Caremark 公司相繼受到明尼蘇達州與俄亥俄州聯邦大陪審團以數重罪起訴，其後並與美國司法部及其他行政單位達成數和解協議。此等和解協議中包含一項認罪協議，Caremark 公司同意補償許多私人及公益團體，支出約 2 億 5 千萬美元⁶²。

在上開刑事訴訟以外，Caremark 公司股東並於 1994 年 8 月於德拉瓦州衡平法院，提出股東代表訴訟，就 Caremark 公司之員工違反聯邦及州法規及命令對於醫療服務提供業者之規定致使公司受有上開罰金與損害賠償等損害之事實，主張公司董事違反其對公司所負注意義務下之監督責任，以 Caremark 公司全體董事為被告，提出股東代表訴訟。1995 年 6 月，Caremark 公司與其股東達成和解，其和解內容包括 Caremark 公司不再支付任何形式之轉介費用、董事會須每半年討論所有關於政府醫療服務法規之重大變更以及系爭法規對於其與醫療服務提供業者間關係之影響、Caremark 公司之經理人應遠離相關醫療服務機構或醫院、向所有病患提供 Caremark 公司與轉介者間財務關係之書面聲明、設置以 4 名董事為成員之法規遵循與倫理委員會、要求經理人向法規遵循與倫理委員會提出半年度報告等 7 項要求⁶³。

⁶⁰ *Id.* at 963.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.* at 960, 963-64.

⁶³ *Id.* at 965.

第二款 法院見解

一、經營判斷原則之保護功能

德拉瓦州衡平法院認為，在認定董事是否對於造成公司損害之系爭經營決定應負法律責任時，縱使法院認定該經營決定係實質上錯誤（substantively wrong）或錯誤程度係「愚昧」（stupid）、「惡性重大」（egregious）或不理性（irrational），只要法院認定該經營決定作成程序係理性或基於善意以增進公司利益，在經營判斷原則之保護下，董事即不因系爭經營決定負賠償責任。因此，衡平法院在本判決中認為，經營判斷原則係基於對所有董事會作成之善意經營決定之深切尊重之方向且充分知悉資訊之過程⁶⁴。

而在本判決中認為，經營判斷原則保護董事會進行與醫療服務提供者所締結之契約，且該契約可能導致公司支付醫療服務提供者法律所不允許之報酬作為病患轉介之對價。

二、對於善意之說明

德拉瓦州衡平法院認為，當原告股東基於道德觀點，抨擊董事基於善意所作成之經營決定係不合理（unreasonable）或非理性（irrational）時，當董事事實上基於善意之努力獲取充分資訊，且作成適當經營判斷，即應被視為已充分恪盡董事對公司所負照料公司事務之義務（duty of attention to corporation's affairs）⁶⁵。

Chancellor Allen 並於判決中認為，關於所有公司法注意義務違反與否之核心要件，即為系爭董事行為是否存在基於善意之努力而達到資訊充足並依此作成經營判斷⁶⁶。

⁶⁴ *Id.* at 967-68.

⁶⁵ *Id.* at 968.

⁶⁶ *Id.* at 968.

三、董事之監督義務

關於董事違反監督義務所生責任，衡平法院認為不論是董事會抑或高級經理人均不因單純認定員工為正直且其以公司名義所進行之交易為誠實，而就因此所生之錯誤行為負責。唯有董事會行使監督權限之持續性且系統性的失敗（例如對於嘗試確立合理的資訊或通報制度之重大失敗）才能構成欠缺善意之責任成立必要條件⁶⁷。

但董事會可能因董事會成員未建立合理應設置之內部資訊與通報制度，以即時提供高階管理人員與董事會本身足以使管理人員與董事會各自達到公司法令遵循及經營表現的「資訊充分」的經營判斷程度，而被認定為未盡到作為對公司事務合理知悉義務之一部分的監督公司行為義務⁶⁸。本判決認為，因 Caremark 公司之董事已設置監視委員會（oversight committee），故可認為應已滿足監督公司行為業務之責任，縱有若干不法行為發生，亦不受影響。

第五項 Emerald Partners v. Berlin, 2001⁶⁹

第一款 事實概要

May Petroleum（以下稱 May 公司）係一德拉瓦州公司，其前期主要經營業務為石油、天然氣探勘及開採等。May 公司在 1972 年開始公開發行，在進行本案併購時，已發行 14,655,660 普通股，其股東人數逾 2,000 人⁷⁰。

1987 年 10 月，身兼 May 公司之董事長、執行長及控制股東之 Craig Hall 於 May 公司董事會提出併購案，建議 May 公司與 Hall 所有之 13 家公司（以下稱 Hall 公司）併購，Hall 提出系爭併購將有益於 May 公司進軍房地產市場，但不

⁶⁷ *Id.* at 968.

⁶⁸ *Id.* at 969-70.

⁶⁹ *See supra* note 15.

⁷⁰ *Id.* at *1.

可避免地將與原先即處於房地產市場中優越地位的 Hall 公司產生衝突⁷¹。

在 1988 年 2 月 May 公司對股東公開說明信中明確說明該併購案之理由：系爭併購案係起因於雙方之長處與需求；May 公司近期因石油與天然氣探勘事業之不順遂，繼而積極嘗試多樣化經營適宜發展商業機會。May 公司擁有充足的資金，卻苦無多樣化發展新事業的機會，Hall 公司正在進行一個有發展性的經營策略，且在近期房地產市場低迷景氣中已發掘許多發展機會，卻苦於無足夠的流動性資產以供操作。Hall 公司目前雖有獲利，但加上 May 公司資本之錦上添花、未來以公開發行公司型態經營業務，將提供足以充分執行發展性經營策略所需之流動性資產。因此，Hall 認為系爭併購案得以同時解決併購雙方之經營上問題⁷²。

May 公司董事會由 5 名董事所組成，其中因董事 Hall 同時控制併購雙方，董事 Ronald P. Berlin 為 Hall 公司所僱用約 10 年，且於 1987 年至 1988 年間擔任董事長，故 May 公司是否同意與 Hall 公司之決議，取決於構成 May 公司董事多數之其餘三名非關聯董事（non-affiliated）之決議。該三名董事表示在作成決定性之併購決議前，需要更多關於 Hall 公司之資訊。該三名董事開始進行協商，歷經六週協商後同意與 Hall 公司之併購案⁷³。

原告 Emerald Partners 係 May 公司股東，同時以股東代表及集體訴訟方式起訴，其後 Emerald Partners 之主張僅顯示併購案中 May 公司董事對於之集體訴訟聲明，因此本判決之被告，係 May 公司全體 5 名董事中之 4 名，剩餘之被告因 1992 年受破產而受駁回。

原告 Emerald Partners 主張被告董事未經許可授權投資銀行 Bear Stearn 進行併購換股比率之確定乙事，違反董事會應決定併購換股比率法定義務，因此系爭併購係無效；且因本件併購案係利益交易，被告董事應證明系爭併購決議之併購

⁷¹ *Id.* at *5.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.* at *6.

過程及併購價格係整體公平而未證明，因被告董事為常規交易（arm's length）的議價過程，故系爭併購決議是一個不公平交易的產物，在併購價格之決定上，Hall 公司之價值被高估，導致併購價格之決定不公平，且同意本併購案之非關連董事已違反善意義務⁷⁴。

被告則主張 May 公司董事並未授權 Bear Stearn 進行併購條件之決定，縱本件併購決議之司法審查標準應為整體公平性標準，被告董事於訴訟程序中所提出之下列證據資料主張 May 公司之非關連董事已分別協商並同意本件併購案，在代理須知說明中已完全且充分地揭露本件併購案由無利害關係且獨立之董事會協商並同意，且經過一個充分知悉相關資訊的股東投票同意，且本件併購之具體條件是公平的，已足以轉換舉證責任，使原告負擔證明本件併購決議係「不公平」之責任，而原告卻未能證明「不公平」⁷⁵。

第二款 法院見解

關於原告 Emerald Partners 對於非關連董事違反善意義務之主張，原告認為被告董事未指派一特別委員會進行本件併購案之協商、未聘用獨立的財務與法律顧問、未及時集會、滿足於依賴 May 公司之財務與法律顧問之意見、且在重要問題已被解決後才取得相關資訊等行為，已足以認為被告董事之經營判斷缺乏合理經營基礎，而可認定為欠缺善意之表現。

對於原告之指控，德拉瓦州衡平法院認為，雖公司董事毫無疑問地應負善意行動之義務，在學說上該義務並非獨立於忠誠義務，毋寧認為善意義務係包含於忠誠義務範疇中的一個分支或附帶要求（subsidiary requirement），而非一個獨立於基本忠實義務內容之忠誠義務與注意義務之外的忠實義務類型。但因德拉瓦州公司法§102(b)(7)規定中將「違反忠誠義務」與「未善意行動或失職」認定為兩

⁷⁴ *Id.* at *17.

⁷⁵ *Id.* at *18.

個獨立的排除董事免責規定適用之行為類型。因此，原告之善意義務違反之主張應與忠誠義務違反之主張區別⁷⁶。

原告主張被告董事對於本件併購決議之行為缺乏合理經營基礎（rational business basis），且被告董事授權 Bear Stearns 進行併購協商與併購換股比率決定，顯示在併購決議之過程中，被告董事係基於故意或重大過失而漠不關心少數股東之利益。最後在董事會決定結束併購而未使 Bear Stearns 結束其任務時，甚至未試圖表現善意之連結，顯然未滿足善意義務之要求⁷⁷。

德拉瓦州衡平法院認為原告上開主張存有二個重大缺失：首先，縱使原告所控訴之被告董事行為屬實，亦無證據顯示上開行為係「缺乏合理經營基礎」，或對於少數股東之利益「基於故意或重大過失而漠不關心」；其次，原告所提出之惡意（bad faith）主張，係基於對董事事實上所進行之經營判斷行為特性的錯誤認定（mischaracterization）⁷⁸。

在第一個缺失的討論上，本案中原告惡意之主張簡化為：非關連董事之行為欠缺經營合理性之唯一結局是董事係基於惡意而行為。然此主張之目的僅在於以不同形式之主張使系爭經營行為排除於受到經營判斷原則保護之範疇⁷⁹。重要的是，無利害關係、獨立且適當注意之董事所作成之經營決定，除有「無法達到任何合理經營目的」之情形外，應受到尊重。在本案中，並無可信賴之證據足以支持本件併購決定欠缺合理經營目的。

其次，關於第二個缺失，德拉瓦州衡平法院認為原告所提出之惡意主張，係基於對於董事行為特性之錯誤認定，且實質上係先前已受到法院駁回的事實主張之改述⁸⁰。此主張係指原告提出被告董事之惡意可由董事公然無視代理須知資訊

⁷⁶ *Id.* at *25 footnote 63.

⁷⁷ *Id.* at *25.

⁷⁸ *Id.* at *26.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.* at *27.

揭露之重大不足而推論得出。法院認為此主張係誤解，被告董事並未公然無視代理須知之重大資訊欠缺。

而基於上開原因，法院認為被告董事之系爭經營決定係基於善意而作成，並未違反任何忠實義務之要求，而駁回原告之請求。

第六項 Guttman v. Huang, 2003⁸¹

第一款 事實概要

NVIDIA Corporation（以下稱 NVIDIA 公司）係依德拉瓦州公司法所設立，以生產並銷售 3D 繪圖工具及相關軟體為主要營業之科技公司，1999 年 1 月在 NASDAQ 掛牌上市，在公開上市時 NVIDIA 公司尚未開始獲利，在 2000 年 NVIDIA 公司因第二次公開發行普通股及公司債增資 4 億美元⁸²。於 2000 年 2 月 15 日至 2002 年 7 月 30 日間，NVIDIA 公司發布關於其經營成果與未來展望之樂觀消息。而 NVIDIA 公司之股東質疑該樂觀報告係基於不適宜的會計方式所導致之重大錯誤，而該行為之目的乃為膨脹 NVIDIA 公司股價⁸³。此外，於上開期間內，NVIDIA 公司之董事共分多次售出所持有之公司股份，總額高達 1 億 9,460 萬美元，其中董事 Jen-Hsun Huang、Christine B. Hoberg、Jeffrey Fisher 及 Chris A. Malachowsky 四名董事之交易總額即達到 1 億 5,700 萬美元⁸⁴。

原告 Josh Guttman 為 NVIDIA 公司之股東，以 NVIDIA 公司全體董事為被告，提起股東代表訴訟，主張被告董事等進行內線交易且未防止導致公司須修正系爭股票交易期間之財務報表的會計弊案發生之行為已違反忠實義務，應負損害賠償責任。

⁸¹ See *supra* note 16.

⁸² *Id.* at 494.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*

第二款 法院見解

德拉瓦州衡平法院在本判決中重申「如董事非基於善意信賴其行為係為追求公司最大利益，即無法對公司盡到忠誠執行職務之義務」⁸⁵。而因漠視對公司內部系爭經營行為導致追究董事對於公司損害應負之責任時，唯有董事會在執行監視權限上「持續性」或「系統性」的失敗，例如徹底地未確立合理資訊與通報系統，將導致作為責任構成要件之一之「善意」之欠缺⁸⁶。

在本案中，原告曾引 Caremark 判決為例，主張被告董事未盡到監視 NVIDIA 公司作成財務報表之程序以使財務報表詳實且符合法律要求。在衡平法院法官 Vice Chancellor Strine 的意見中認為，雖然 Caremark 案經由其清楚及主觀故意之要件，被正確地視為董事在監督公司是否遵循法律標準上之更重大注意義務行使之刺激，此見解係提出董事未盡監視義務之責任認定標準，而要求應提出董事因為基於善意履行義務而違反忠誠義務之事實⁸⁷。換句話說，該見解係以提出董事知悉其未履行職務之事實為責任成立之前提。

由判決見解認為「如董事非基於善意信賴其行為係為追求公司最大利益，即無法對公司盡到忠誠執行職務之義務」⁸⁸之文字，可認定衡平法院之見解乃將善意義務認定為忠誠義務之一部份或附屬於忠誠義務之責任類型，乍見似與將善意義務認定為獨立的忠實義務之見解相左，然 Vice Chancellor Strine 在判決見解附註中認為，在創設「三種」忠實義務之見解，如 1993 年德拉瓦州最高法院於 Cede & Co. v. Technicolor, Inc. 判決，亦將善意定義為忠誠義務之內容⁸⁹。

本判決認為，將忠誠義務與其本質分離對於法律明確性並無任何助益，而將善意認定為係忠誠義務要件之認定亦非貶低或使隸屬於該基本要求。可能存在董

⁸⁵ *Id.* at 506.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.* at 506 no. 34.

事基於主觀善意之行為並未符合忠誠要求之情形(例如對系爭交易受有利益之董事，應受到整體公平標準之規範卻無法證明財務上的公平)，但不存在董事基於主觀惡意之行為卻符合忠誠要求之情形⁹⁰。此外，德拉瓦州議會經由修正公司法 §102(b)(7) 以明白表示列舉之若干條項行為即屬「不忠誠」行為，有效地終結忠誠義務的分裂。

而 Vice Chancellor Strine 更認為，唯有董事會在執行監視權限上持續的或系統性的失敗，例如徹底地未確立合理資訊與通報系統，將導致作為責任構成要件之一之「善意」之欠缺，而這樣的責任認定標準是相當高的。然而對於監視責任高度要求之標準，當適用於董事經營決定時，因該標準要求董事經營判斷應由適格之行為人作成，且繼續性地基於善意行使義務，可能對於股東整體較為有利⁹¹。

基於以上理由，Vice Chancellor Strine 認定原告股東未滿足免除衡平規則第 23.1 項先訴請求規定之要求，駁回原告之請求。

第二節 於 Disney 2006 判決之後

第一項 In re Walt Disney Company Derivative Litigation, 2006⁹²

第一款 事實概要

Walt Disney Company (以下稱 Disney 公司) 是依德拉瓦州公司法所設立之知名影視娛樂公司，在 1994 年一場直升機事故中 Disney 公司失去其總裁 (president) 暨營運長 (chief operating officer) Frank Wells，Disney 公司董事長暨執行長 Michael Eisner 雖短暫接手營運業務，但基於個人健康因素，隨即開始積極尋求後繼者。

⁹⁰ *Id.* at 506.

⁹¹ *Id.*

⁹² *See supra* note 5.

Eisner 的第一人選是好友 Michael Ovitz，Ovitz 係成功演藝經紀公司 Creative Artists Agency（以下稱 CAA 公司）的主要合夥人，同時也被譽為好萊塢最有影響力的人物之一。在 1995 年 Ovitz 考慮離開 CAA 公司加入 Music Corporation of America（以下稱 MCA 公司）之計畫，Eisner 開始認真思考邀請 Ovitz 加入 Disney 經營團隊之可能性，並私下與 Disney 公司董事會成員個別討論⁹³。

Eisner 與 Disney 公司董事暨報酬委員會主席 Irwin Russell 著手開始進行使 Ovitz 加入 Disney 公司經營團隊之計畫，Eisner 與 Russell 分別與 Ovitz 進行協商，以 Disney 公司過去與 Eisner 及 Well 的聘用契約為藍本，同意 Ovitz 聘用契約之草約（以下稱聘用草約）之內容，該草約除約定對於 Ovitz 之五年聘用契約外，並在契約之終止或解除約定：「本契約在提前終止時應保護締約雙方之利益，且在無約定事由而終止契約時，應負給付賠償金之責任；如 Ovitz 無契約約定事由而終止本契約，將喪失依本契約所得之利益且不得為競爭者所僱用；如 Disney 以「重大過失」（gross negligence）或「違法行為」（malfeasance）以外之理由解僱 Ovitz，Ovitz 可獲得無過失解約金（Non-Fault Termination payment），包含其剩餘聘用年度之薪資、一年 750 萬美元紅利、以及契約所定之認股選擇權。」⁹⁴

Russell 向 Eisner 及 Ovitz 報告上開聘用草約時，對於 Ovitz 之薪資已在所有公司經理之上甚至高於執行長之薪資乙事，以及給予 Ovitz 之認股選擇權已逾 Disney 公司與美國商界之標準，將導致相當嚴重的批評乙事，均提出警告⁹⁵。

為協助對聘用草約條款之評估，Russell 僱用高階主管報酬顧問 Graef Crystal 以及曾協助擬定 Eisner 與 Wells 聘用契約之現任 Disney 報酬委員會成員暨卸任 Disney 董事長之 Raymond Watson，其後 Crystal 與 Watson 分別向 Russell 提出詳盡的分析報告。

⁹³ *Id.* at 36.

⁹⁴ *Id.* at 37.

⁹⁵ *Id.* at 38.

另外，於 1995 年 8 月 Eisner 並與 Ovitz 簽署協議書，內容包括 Ovitz 聘用契約之基本條件，且表示該協議應經 Disney 公司之報酬委員會及董事會同意。經由 Eisner 及 Russell 等個別連絡，Disney 公司其他董事亦知悉聘用 Ovitz 事宜。

於 1995 年 9 月 26 日，Disney 公司之報酬委員會召開會議討論 Ovitz 僱用事宜，Russell 與 Watson 並列席發表意見接受諮詢，Crystal 雖未列席但以電話待機諮詢，惟該次集會並未電詢 Crystal。在訴訟程序中報酬委員會成員 Poitier 與 Lozano 表示相信已從 Russell 與 Watson 的發表中獲得充分資訊，可為公司最佳利益作成經營判斷。該次會議中報酬委員會全體投票通過僱用契約條款⁹⁶。緊接著 Disney 公司董事會集會全體投票同意選任 Ovitz 為公司總裁⁹⁷。

Ovitz 於 1995 年 10 月正式上任，上任之初 Ovitz 雖對於 Disney 確有若干貢獻，但在 1996 年秋季，情況顯示 Ovitz 無法順利融入 Disney 公司之經營團隊。Disney 公司董事開始認為 Disney 公司與 Ovitz 間之隔閡已無法修補，而考慮將 Ovitz 解任。

Eisner 等董事開始尋求依聘用契約之有責事由解任 Ovitz 之可能，以免於支付巨額無過失解約金之損失。Disney 公司董事 Sanford M. Litvack 向 Eisner 表示，其相信並不存在解任 Ovitz 之僱用契約約定事由，而試圖規避合法的契約義務(指無過失解約金之支付)，將傷害 Disney 身為誠實商業夥伴之信譽，且將影響日後的商業交易⁹⁸。

經過數次董事會討論，以及 Eisner、Litvack 等與 Ovitz 較熟稔之董事與 Ovitz 進行私下協商後，於 1996 年 12 月 12 日，Litvack 簽署 Eisner 之指示書，正式記載 Ovitz 之解任，該書面並未經 Disney 董事會閱覽及同意。Eisner 在該日期前，即以電話個別通知董事會成員 Ovitz 已正式被解任乙事，董事會成員於該時點或

⁹⁶ *Id.* at 40.

⁹⁷ *Id.* at 41.

⁹⁸ *Id.* at 43-44.

其他任何時點，均未表示反對解任 Ovitz 之意思⁹⁹。

於同年 12 月 27 日，由 Litvack 寄送予 Ovitz 信函中記載 Ovitz 之離職，離職日為 1996 年 12 月 31 日，並告知 Ovitz 其將依聘用契約約定獲得約 3,800 萬美元之現金及 300 萬認股選擇權可即時行使。Disney 公司隨後即依聘用契約約定，給付 Ovitz 約 1 億 3,000 萬美元之無過失解約金。在給付後一個月，Disney 公司之股東即提起股東代表訴訟。

關於原股東告之主張，主要可分為兩大部分，第一部分是針對 Ovitz，認為 Ovitz 與 Disney 公司其他董事進行自己之聘用契約之協商並接受無過失解約金條款以及於被解任後協商取得全額無過失解約金之行為，已違反對公司應負之注意義務及忠誠義務；第二部份係針對 Disney 公司之其他董事，主張渠等協商並同意 Ovitz 之聘用契約（特別是關於無過失解約金條款）以及解任 Ovitz 並給付無過失解約金等行為，已違反對公司應負之注意義務及善意義務。針對以上原告主張，Disney 公司董事認為上揭經營行為，均已恪盡注意義務與善意義務之要求，而無應負責任之可能。

第二款 法院見解

德拉瓦州最高法院針對原告之主張，表示見解如下：

- 一、Ovitz 與 Disney 公司協議聘用契約之行為，並未違反任何忠實義務。
- 二、Ovitz 於受解任時，依聘用契約條款接受 1 億 3,000 萬美元之離職金之行為，並未違反任何忠實義務。
- 三、證據足以證明 Disney 公司之報酬委員會同意 Ovitz 之聘用契約行為，並未違反忠實義務。
- 四、當執行長與公司法律顧問已決定解任 Ovitz 時，董事會或報酬委員會即不需

⁹⁹ *Id.* at 45.

再進行協商或投票表決 Ovitz 之解任與否。

五、證據足以證明執行長與公司法律顧問決定 Ovitz 無法依聘用契約條款被解任而導致 Disney 需支付無過失解約金之行為，並未違反忠實義務。

關於上開判決內容，分別就其理由整理如下：

一、對於 Ovitz 之主張部分

原告分別針對 Ovitz 之下列行為，主張違反 Ovitz 對 Disney 公司應負之忠實義務，德拉瓦州最高法院表示意見如下：

(一) 關於 Ovitz 就任 Disney 公司前之行為

原告主張 Ovitz 在 1995 年 10 月 1 日就任 Disney 總裁前之聘用契約協商期間內，應已構成「事實上經理人」(de facto officer) 之地位，而應對 Disney 公司負忠實義務，基於該理由，爭執 Ovitz 於聘用契約協商期間之行為，已違反忠實義務之要求。

然前審之德拉瓦州衡平法院及本判決之最高法院均駁回原告之主張，最高法院並表示，所謂事實上經理人係指事實上經指派或選任而擁有經理人權限，且事實上負有身為經理人之義務，但因某些法律上理由，欠缺身為該經理人之法律地位。本件 Ovitz 在聘用契約協商期間內並未擁有或意圖擁有 Disney 公司總裁之權限與義務，並非事實上經理人¹⁰⁰。

(二) 關於 Ovitz 就任 Disney 公司後之行為

原告主張 Ovitz 接受巨額無過失解約金之行為已違反忠實義務內容的忠誠義務，德拉瓦州衡平法院與最高法院均駁回原告之主張。衡平法院認為，Ovitz 並

¹⁰⁰ *Id.* at 48-49.

未在 Disney 公司聘用 Ovitz 之決定以及無聘用契約約定事由解任 Ovitz 之決定中，以 Disney 公司之董事身分參與經營決定之作成，更甚者，關於解任決定，係 Disney 公司加諸於 Ovitz 其所不願意之決定¹⁰¹，因此，Ovitz 就 Disney 公司解任其並支付無過失解約金 1 億 3 千萬美元之行為，並未違反忠誠義務。最高法院於本判決中肯定衡平法院之見解。

二、對於 Disney 公司董事之主張部分

原告主張 Disney 公司董事之下列行為，違反對 Disney 公司所負之注意義務與善意義務，德拉瓦州衡平法院及最高法院均駁回原告之主張，並依渠等主張分別表示意見如下：

(一) Disney 公司董事同意 Ovitz 聘用契約之內容及選任 Ovitz 為 Disney 公司總裁之行為，已違反注意義務與善意義務

原告主張 Disney 公司董事同意 Ovitz 聘用契約之內容及選任 Ovitz 為 Disney 公司總裁之行為，因具有重大過失或非基於善意而作為，故應不受經營判斷原則之保護。前審之衡平法院駁回原告之主張，並認為原告未能證明 Disney 公司董事違反任何忠實義務。

最高法院將原告上開主張，分為違反注意義務及違反善意義務以判斷，簡單整理最高法院見解如下：

1. 違反注意義務部分

(1) 適當注意要求與惡意係不同的推翻經營判斷原則之原因

原告主張，在 2001 年 Emerald Partners v. Berlin 判決要求法院應先認定經營

¹⁰¹ *Id.* at 49.

判斷原則是否因系爭經營決定是否因違反注意義務（例如有重大過失）而被推翻，如證實有重大過失，舉證責任移轉到被告董事一方，應證明系爭經營決定係完全公平。唯有被告董事無法舉證時，法院始處理被告董事所提出之德拉瓦州公司法§102(b)(7)規定之免責條款之抗辯，包括非基於善意而行為之例外規定¹⁰²。

最高法院認為原告之主張忽略善意義務作為推翻經營判斷原則推定之根本目的，以及作為公司法董事財產上損害賠償之免責條款排除適用事由之區別，且依據 *Emerald Partners v. Berlin* 判決內容，無法要求衡平法院在決定經營判斷原則是否應被推翻時，僅能考量有無注意之欠缺（如重大過失）¹⁰³。

(2) Disney 公司全體董事並無義務審查並同意 Ovitz 聘用契約

原告主張 Disney 公司全體董事未就 Ovitz 聘用契約進行審查及同意，違反其所負之忠實義務。衡平法院認為因 Disney 公司之經營架構已將審查及同意聘用契約之權限分配予報酬委員會，故 Disney 公司之全體董事並無義務進行 Ovitz 聘用契約之審查及同意。

最高法院認為，德拉瓦州公司法明文允許董事會組成委員會，並授權委員會廣泛之董事會權限，包含決定高階經理人之報酬。於 Disney 公司董事會內權限分工，關於高階經理人報酬之審查及同意，係由報酬委員會為之，而非全體董事，是以最高法院同意衡平法院之見解¹⁰⁴。

(3) 董事成員注意義務之遵行與否應以董事個人或全體為判斷

於前審衡平法院係以 Disney 公司董事之個人行為一一個別判斷是否違反忠實義務之要求，原告於前審曾反對衡平法院之系爭見解，然在本件最高法院之審理中，原告一反前審之主張，而認為在決定董事會之系爭經營決定是否違反注意

¹⁰² *Id.* at 52-53.

¹⁰³ *Id.* at 53.

¹⁰⁴ *Id.* at 54.

義務時，應以董事會全體之行為作一體之審查，而非以個人行為分別判斷。最高法院以原告未能證明其因衡平法院以個別董事行為來分別判斷是否違反注意義務對其造成任何不利，駁回原告上開主張¹⁰⁵。

(4) Disney 公司報酬委員會同意 Ovitz 聘用契約決定未違反注意義務

原告主張報酬委員會審查及同意 Ovitz 聘用契約中之無過失解約金條款之行為，已違反注意義務。前審之衡平法院認為，報酬委員會作成系爭決定之過程雖欠缺公司治理「最佳表現」(best practice)，但委員會成員並未違反注意義務¹⁰⁶。

最高法院認為原告雖將注意義務違反之主張分裂為許多部分，然其主張之核心為報酬委員會同意包含可能導致龐大費用支出之無過失解約金條款之聘用契約，而未使自己充分知悉該費用之範圍。最高法院認為報酬委員會對於 Ovitz 之聘用契約及無過失解約金條款已達充分知悉程度，審查及同意系爭聘用契約之經營決定，未違反注意義務¹⁰⁷。

(5) Disney 公司之其他董事選任 Ovitz 為總裁之行為，並未違反注意義務之要求

原告主張 Disney 公司董事選任 Ovitz 為總裁之行為，已違反注意義務要求，最高法院認為 Disney 公司董事在選任 Ovitz 為總裁前，已對於所有相關重大事實充分知悉，且原告亦未能證明董事選任 Ovitz 為總裁之行為欠缺注意義務，而駁回原告之主張。

2. 違反善意義務部分

德拉瓦州最高法院於本判決中關於善意義務之見解，係本判決之精髓所在，亦可認為係近年來德拉瓦州最高法院對於善意義務見解之集大成。前審之衡平法

¹⁰⁵ *Id.* at 55.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.* at 60.

院認為 Disney 公司之報酬委員會同意聘用契約之決定以及其他董事選任 Ovitz 為總裁之決定之所以受經營判斷原則之保護，除上開經營決定未違反注意義務之要求外，亦因其等經營決定均非基於惡意而作成。

關於最高法院對於善意義務之見解，試整理如下：

(1) 善意義務之定義

原告主張德拉瓦州衡平法院在 2003 年¹⁰⁸及 2005 年¹⁰⁹之判決中對於善意義務之定義不同，造成認定上之混淆，而基於以下理由主張衡平法院在 2005 年之判決中對於善意義務採取不正確的定義：第一，衡平法院於 2003 年與 2005 年之判決中對於善意義務之定義不同；第二，衡平法院於 2005 年之判決中所採用之善意義務定義係實質上嚴重錯誤的¹¹⁰。

關於第一點，衡平法院於 2003 年判決中對於違反善意義務之「惡意」，定義為「董事有認識且故意地漠視其職責，對於重大的公司經營決定，採取一種『對風險蠻不在乎』的態度（a conscious and intentional disregard of responsibilities, adopting a “we don’t care about the risk” attitude）」；於 2005 年判決中，則將「惡意」定義為「有認識地怠忽職責且故意漠視其責任（an intentional dereliction of duty, a conscious disregard for one’s responsibilities）」。原告主張在 2005 年判決中的「惡意」定義，增加證明主觀惡意動機或意圖之要求，而衡平法院見解上之變更使信賴 2003 年判決內容之原告遭受程序上之不利益。

德拉瓦州最高法院認為，衡平法院 2003 年與 2005 年判決中對於「惡意」之定義雖在用詞上有些微不同，但其內容並無任何實質上差異¹¹¹。因此，原告主張因信賴衡平法院 2003 年判決之見解而受有程序上之不利益亦不存在。

¹⁰⁸ In re Walt Disney Company Derivative Litigation, 825 A.2d 275 (Del. Ch. 2003).

¹⁰⁹ In re Walt Disney Company Derivative Litigation, 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005).

¹¹⁰ See *supra* note 5, at 62.

¹¹¹ *Id.* at 63.

(2) 可能構成「惡意」行為之類型

最高法院認為在本案中善意義務扮演相當重要之角色，縱使其在現今德拉瓦州公司法忠實義務規範中尚未發展成熟。儘管善意義務之概念在近期內已受到學術文章之注意，但相較於其他忠實義務係較未被知悉的。為使善意義務內容明確化，最高法院認為有下列三類行為可能該當於「惡意」：

第一類行為係「主觀惡意行為（subjective bad faith）」，係指基於傷害公司之目的所作成之行為¹¹²。主觀惡意行為係信託法中所發展出最典型的惡意類型，因本案中原告並未主張此類惡意行為，故最高法院並未對主觀惡意行為多加著墨。

第二類行為係「單純因重大過失且欠缺惡意動機之行為（solely by reason of gross negligence and without any malevolent intent）」¹¹³。在本案中原告在注意義務與善意義務之違反主張中均提出重大過失，在前審衡平法院中認為原告無法證明重大過失存在，最高法院認為，縱使存在重大過失，亦不因單純重大過失本身，即構成惡意行為，其理由係基於德拉瓦州公司法§102(b)(7)及§145 規定，而認為違反注意義務與惡意行為應有所區分¹¹⁴。

依德拉瓦州公司法§102(b)(7)規定，公司可免除董事因違反注意義務所生之財產上損害賠償責任，不可免除因未基於善意而行動所生之財產上損害賠償責任。在經營判斷原則保護下，重大過失為構成注意義務違反之要件，如採取一個將同時構成注意義務違反的「惡意」之定義，將導致德拉瓦州公司法§102(b)(7)規定失去意義¹¹⁵。

德拉瓦州公司法§145 規定允許公司補償曾為或現為其董事或經理人之入因違反注意義務所產生之費用支出（包括律師費）、裁判、罰金等費用，但違反善

¹¹² *Id.* at 64.

¹¹³ *Id.* at 64-65.

¹¹⁴ *Id.* at 65-66.

¹¹⁵ *Id.* at 66.

意義務所產生之費用支出則無該條規定之適用。德拉瓦州最高法院認為德拉瓦州公司法 §145 之規定係立法者有意的區別，因此，採取一個同時構成注意義務違反之「惡意」定義，將使本規定形同具文。

第三類行為係指「有意識地怠忽職責且故意漠視其責任(intentional dereliction of duty, a conscious disregard for one's responsibilities)」¹¹⁶，亦即前審衡平法院於 2005 年判決中對於「惡意」所下之定義。最高法院肯定此類行為應構成無免責規定、補償規定適用之違反善意義務行為，理由如下：第一，忠實義務違反行為不應限於傳統的不忠誠或重大過失行為¹¹⁷；第二，立法者區別主觀惡意行為與重大過失行為，亦可認為其肯定忠實義務違反之中間類型之存在¹¹⁸。

基於上開理由，德拉瓦州最高法院肯定衡平法院對於惡意之定義，依此認定德拉瓦州董事同意 Ovitz 聘用契約及選任 Ovitz 之行為均符合善意義務之要求，而駁回原告之主張。

(二) Disney 董事決定支付 Ovitz 1 億 3,000 萬美元之無過失解約金行為，已違反注意義務與善意義務

關於 Disney 公司董事決定支付 Ovitz 1 億 3,000 萬美元之無過失解約金之行為，原告主張如下：第一，唯有董事會全體協同報酬委員會（而非 Eisner 個人），始有權解任 Ovitz；第二，因 Ovitz 得依聘用契約約定事由被解任，故 Eisner 與 Litvack 作成相反決定之行為係違反注意義務且惡意；第三，董事會默許支付無過失解約金之行為，因非基於信賴 Eisner 與 Litvack 之建議，無經營判斷原則之推定保護¹¹⁹。

德拉瓦州最高法院反對原告上開第一項主張，認為依 Disney 公司章程規定，

¹¹⁶ *Id.* at 66.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.* at 67.

¹¹⁹ *Id.* at 68.

董事長或執行長在董事會控制下，亦有權解任公司經理人或員工¹²⁰。因此 Disney 公司之董事會或報酬委員會均不須就解任 Ovitz 作成決定。

至於第二項原告主張 Ovitz 得依聘用契約約定事由解任部分，衡平法院認為 Ovitz 就任 Disney 公司總裁期間，並無聘用契約約定解任事由之重大過失行為或違法行為，且 Litvack 與 Eisner 作成解任 Ovitz 之決定，未違反注意義務與善意義務。最高法院肯定衡平法院之見解，並認為雖然 Eisner 被評價為「獨裁的執行者」之經營風格，Eisner 之行為符合忠實義務之要求¹²¹。

關於原告上開第三項主張，前審衡平法院認為董事會所獲得之建議係正確的，信賴這些資訊的董事已滿足善意義務之要求，最高法院肯定衡平法院之見解，駁回原告之主張¹²²。

三、基於以上理由，德拉瓦州最高法院肯定前審衡平法院之見解，認為 Disney 公司董事同意聘用契約內容之行為、選任 Ovitz 為總裁之行為、給付無過失違約金而解任 Ovitz 之行為，均受到經營判斷原則之保護，且未違反任何忠實義務。

第二項 Stone v. Ritter, 2006¹²³

第一款 事實概要

AmSouth Bancorporation（以下稱 AmSouth 公司）係依德拉瓦州公司法所設立之公司，其百分之百持股子公司 AmSouth Bank 於美國南部六州共有約 600 家分行以及約 11,600 名員工¹²⁴。

¹²⁰ *Id.* at 68-69.

¹²¹ *Id.* at 73.

¹²² *Id.*

¹²³ *See supra note 6.*

¹²⁴ *Id.* at 365.

AmSouth 公司與 AmSouth Bank 於 2004 年支付 4,000 美元罰金與 1,000 美元行政罰鍰，以免除政府與監理機構對於其員工未依銀行秘密法(Bank Secrecy Act)及金融機構反洗錢規定 (anti-money-laundering regulation) 之要求填寫可疑交易報告書 (Suspicious Activity Reports) 所進行之調查¹²⁵。而 AmSouth 公司之董事並未受到任何罰金或行政罰鍰之處罰，亦未受到任何監理行動。

政府調查始於 AmSouth Bank 員工 Louis D. Hamric, II 及 Victor G. Nance 所操作之非法「龐氏騙局 (Ponzi Scheme)」詐財行為¹²⁶，其後 Hamric 與 Nance 被依聯邦洗錢規定責任起訴並判決有罪¹²⁷。監理機構進而調查 AmSouth 公司對於銀行秘密法所規定之通報與其他義務之遵循狀況。2003 年 11 月，美國密西西比州南部地方法院檢察官辦公室 (United States Attorney's Office for the Southern District of Mississippi, 以下稱 USAO) 警告 AmSouth 公司其已成為刑事調查之對象，於 2004 年 10 月，AmSouth 公司與 USAO 開始進行緩起訴協商 (Deferred Prosecution Agreement)，AmSouth 公司就 USAO 於密西西比州地方法院所提起之訴訟認罪，且同意支付 4,000 萬美元罰金¹²⁸。同年月，美國金融犯罪執法網絡 (FinCEN) 與聯邦儲備局 (the Federal Reserve) 針對 AmSouth 公司採取不足之反洗錢程序且未填具可疑交易報告書之行為，共同課 AmSouth 公司 1,000 萬美元行政罰鍰¹²⁹。

William Stone 與 Sandra Stone 為 AmSouth 公司之股東，主張 AmSouth 公司董事之行為違反忠實義務，造成上開 4,000 萬罰金與 1,000 萬行政罰鍰之損害，而提起股東代表訴訟，請求被告董事負損害賠償責任。

第二款 法院見解

¹²⁵ *Id.* at 366.

¹²⁶ *Id.* at 365-66.

¹²⁷ *Id.* at 366.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*

一、過去判決見解

德拉瓦州最高法院於判決中提出 *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company*¹³⁰ 判決與 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*¹³¹ 為例，說明公司董事對於員工違法行為應負責任。於 1963 年 *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* 判決係對於 *Allis-Chalmers Manufacturing Company* 之董事未防免其員工行為違反聯邦反托拉斯法案，造成公司損害股東繼而對董事提起股東代表訴訟。在 *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* 判決中，原告並未主張因董事知悉員工違法行為將導致公司責任，而係主張公司董事應已知悉員工之非法行為。於本判決中，法院認為「因不存在可疑事由，董事即不應被要求設置且操作一套公司系統，以刺探並搜尋董事無理由懷疑存在之員工不正行為」¹³²。

於 1996 年的 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 判決中，德拉瓦州衡平法院進一步闡釋對於董事應負監督責任之內容。*Caremark* 公司之原告主張 *Caremark* 公司董事應已知悉其公司內特定經理人及員工涉及聯邦反轉介報酬法之違反，而因允許導致公司暴露在重大法律責任之狀態發展且持續，董事因此未盡監督義務而違反忠實義務之要求。

在 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 判決中表示，董事會在公司的資訊與通報制度如足以確保董事確信其及時獲得足夠資訊，行使善意的經營判斷，則董事會即已恪盡其職責。具體來說，衡平法院於該判決中表示：「唯有董事會行使監督權限之持續性且系統性的失敗（例如對於嘗試確立合理的資訊或通報制度之重大失敗）才能構成欠缺善意之責任成立必要條件。」¹³³

¹³⁰ *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company*, 188 A.2d 27 (Del. 1963).

¹³¹ *See supra note 14.*

¹³² *See supra note 6*, at 368.

¹³³ *Id.* at 369.

二、Caremark 標準

最高法院引用 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 判決，認為所謂關於董事監督責任認定之「Caremark 標準」，相當著重於董事未基於善意而行為之概念，而與 2006 年 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中之惡意定義一致，進一步闡釋所謂「未基於善意而行為」，必須與注意義務之違反行為（例如重大過失）相區別，且更具有可責性¹³⁴。

最高法院並於本判決中提出 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決所舉出之三種可能構成惡意之行為，與 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 判決所謂董事監督責任成立之「欠缺善意的必要條件」，亦即「監督權限之持續性且系統性的失敗」之概念相一致¹³⁵。而認同衡平法院於 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 判決中針對善意之見解，企圖統合德拉瓦州最高法院與衡平法院在善意義務認定上長久以來之分歧意見。

至於違反善意義務之法律效果，最高法院認為違反善意義務本身並不直接導致董事責任之發生，但未基於善意而行為可能同時構成忠誠義務之違反而導致責任成立¹³⁶。

於上開理解下，德拉瓦州最高法院認為違反善意義務將導致以下兩種理論上結果：第一，善意雖然被定位為包含注意義務與忠誠義務之「三種 (triad)」忠實義務之一部分，但基於善意而行為之義務，並非與注意義務及忠誠義務相等之獨立的忠實義務類型，唯有注意義務及忠誠義務之違反，始直接導致責任產生；第二，忠誠義務違反之案例，不侷限於存在財產上利益衝突或其他可察覺的受託人利益衝突之情形，更包括董事未基於善意而行為之情形¹³⁷。

¹³⁴ *Id.* at 369.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.* at 369-70.

¹³⁷ *Id.* at 370.

最高法院根據 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 判決，整理構成董事監督責任之必要情況有二：第一種情況為，董事嚴重未履行任何通報或資訊制度或控管系統；第二種情形為，董事已履行上開制度或控管系統，但故意地未監督或監視其運作因而導致董事本身無法獲得應知悉的風險與問題¹³⁸。

三、AmSouth 公司董事已盡監督義務

根據 AmSouth 公司之顧問 KPMG Forensic Service 提供予 AmSouth 公司董事會之報告書顯示，董事不僅已履行監視設立資訊與通報制度之義務，且該制度使 AmSouth 公司董事可定期地監督公司遵循銀行秘密法與金融機構反洗錢規定¹³⁹。

依此，該報告書說明 AmSouth 公司董事會已獲得且同意相關策略與程序，授權特定員工及部門填具可疑交易報告書及監視其遵循與否之權限，且 AmSouth 公司董事會已基於信賴該特定員工及部門之定期報告，而行使監督權限。縱使最後員工未向董事會提出充分報告，董事會亦不因員工之失誤而負個人責任¹⁴⁰。基於以上理由，德拉瓦州最高法院肯定前審衡平法院之見解，而駁回原告之上訴。

第三節 德拉瓦州法院關於善意義務見解之歧異

本章於前二節已針對近年來德拉瓦州法院關於董事忠實義務（特別是善意義務）之發展，依判決時間順序作一簡單介紹，由上開判決可發現在 1990 年代德拉瓦州法院中，董事之忠實義務與善意義務早已是一個相當重要的主題，亦發展出深入討論，使善意義務之輪廓與內容日漸清楚，不再只是空泛概念，然德拉瓦州最高法院與衡平法院仍未取得對善意義務理解之共識¹⁴¹。對於善意義務之定義，雖如學說與實務所指摘的，難以由正面定義涵蓋全部範圍，因此如德拉瓦州

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.* at 372-73.

¹⁴⁰ *Id.* at 373.

¹⁴¹ Christopher M. Bruner, *Good Faith, State of Mind, and the Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law*, 41 Wake Forest L. Rev. 1131 (2006).

最高法院在 Disney 2006 判決中所指出的，多數實務見解傾向於以負面表列方式，臚列出顯然違反善意義務之「惡意」行為之類型，逐漸反面突顯實務界所期望的善意義務之樣貌。在經由研讀上開德拉瓦州法院在判決中所發展出之善意義務見解之同時，吾等亦顯可窺諸其中的重要問題，在德拉瓦州最高法院與衡平法院間，向來對於善意義務之定位存有迥然二致的差異，追根究柢，可發現其關鍵點在於對於董事忠實義務之定義上，究竟採取傳統的二分法或三分法。

學說上對於善意義務之見解，可概略分為二類：注意義務或忠誠義務之一種附屬責任，抑或是一個獨立的忠實義務，而德拉瓦州最高法院與衡平法院恰為不同見解之擁護者¹⁴²。依前項見解，將忠實義務中之善意責任類同於傳統契約法中善意的要求，亦即要求締約人應基於善意而履行契約內容之義務，依此解釋，則惡意行為即可能被認定為構成注意義務或忠誠義務之違反，衡平法院即採取本見解，在傳統忠實義務二分法中，將善意義務歸納為附屬於忠誠義務範圍內的責任，而判斷善意義務之違反將導致忠誠義務責任；最高法院則採取後項見解，將善意義務視為一個獨立的忠實義務類型，而與傳統的注意義務、忠誠義務相區別，將忠實義務之內容三分為注意義務、忠誠義務與善意義務，致力於實務累積，企圖使善意義務之輪廓更形清晰，增加其適用可能性。

區別前揭忠實義務二分法或三分法之實質差異，乃在於經由認定善意義務是否為與傳統忠實義務之注意義務、忠誠義務相對等之獨立忠實義務類型，可推論出善意義務之違反本身，是否將獨立構成董事責任基礎。在學說上對於善意義務之定位是否為獨立的忠實義務類型各說紛陳莫衷一是，關於學說對於善意義務之討論，容於次章作進一步的具體說明，在本節筆者希望藉由本章前二節之判決，分析德拉瓦州最高法院與衡平法院對於善意義務見解之發展，進而比較最高法院與衡平法院見解上的殊同，並藉由德拉瓦州最高法院近年企圖整合最高法院與衡平法院見解的重要判決—Stone v. Ritter—說明截至今日之善意義務集大成之面

¹⁴² Hillary A. Sale, *Delaware's Good Faith*, 89 Cornell L. Rev. 101, 107-08 (2004).

貌，並嘗試提出可能的問題。

第一項 德拉瓦州最高法院對於善意義務之見解

第一款 早期最高法院對於忠實義務之見解

董事忠實義務在德拉瓦州最高法院判決實務中，一直是備受關注的重要主題，即便斷言德拉瓦州最高法院之見解乃引領公司法董事忠實義務見解形塑的最重要推手，亦不為過。董事忠實義務在美國之發展已行之多年，於 1939 年 *Guth v. Loft, Inc.* 判決¹⁴³ 中具體闡述忠誠義務之內容，要求公司經理人與董事不得利用公司信賴與秘密之地位追求個人利益，經理人與董事不僅應保護公司利益，更應避免使公司受有損害之行為，或剝奪公司因其技術或才能所受之利益¹⁴⁴。*Guth v. Loft, Inc.* 判決中將忠誠義務定義為一個「不徇私」的義務，而認為違反忠誠義務之情形幾乎均涉及不適當的個人財產上利益¹⁴⁵，亦即利益衝突之情形，此為傳統忠誠義務之核心內容，而該見解亦被認為是對於忠誠義務最廣泛的定義，學說認為 *Guth v. Loft, Inc.* 判決中所提出之忠誠義務定義，包括消極義務與積極義務：消極義務係指限制董事採取有害行動之義務，積極義務係指要求董事積極保護公司利益之義務¹⁴⁶。

而在 1963 年 *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* 判決¹⁴⁷ 中，德拉瓦州最高法院亦就注意義務內容表示見解，認為公司董事應對於公司負有「一般小心且謹慎之人於相同情況下應具備程度」之注意義務。在傳統的忠實義務架構下，早已發展出經營判斷原則之概念，然對於經營判斷原則之適用要件與其內容，歷經長時間之磨合協調後，直至 1984 年 *Aronson v. Lewis* 判決¹⁴⁸ 中，始將經

¹⁴³ *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503 (Del. 1939).

¹⁴⁴ *Id.* at 510.

¹⁴⁵ Carter G. Bishop, *Directorial Abdication and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law*, 2008 Mich. St. L. Rev. 1, 2.

¹⁴⁶ *Id.* at 28-30.

¹⁴⁷ *See supra note 130.*

¹⁴⁸ *See supra note 11.*

營判斷原則之定義及適用要件明確化，此一見解迄今仍廣受美國判決實務及學說所引用¹⁴⁹，而 *Aronson v. Lewis* 判決中最重要的見解，更在於將董事違反資訊充足要求之責任標準確定為「重大過失」。關於經營判斷原則之內容與適用要件，已如本章第一節第一項所述，在此不另贅述。

Aronson v. Lewis 判決所提出之經營判斷原則之定義，提供公司董事強度的推定性保護，舉證責任的分配上亦相對導致對於原告不利，而緊接著在 1985 年最高法院於 *Smith v. Van Gorkom* 判決中，因對於未適當調查並決定公平的合併價格乙事，課予公司董事可能極度有害之注意義務違反責任¹⁵⁰，引起法界對於經營判斷原則並未提供給董事如預期的保護之關切，導致董事人人自危¹⁵¹，連帶促進董事責任保險之發展與學說上熱烈討論¹⁵²。學者更認為，*Smith v. Van Gorkom* 判決中所採取之對於未盡到責任充分要求之董事行為所採取之認定標準，與過去德拉瓦州判決所採取之標準有相當差異¹⁵³，遠較 *Aronson v. Lewis* 判決中確立的「通常過失」標準嚴苛，甚至已經可認為較適當被解釋為「通常過失 (ordinary negligence)」程度¹⁵⁴，採取這樣較低責任標準，致使股東可能輕易向董事提起違反注意義務規定之訴訟，導致董事暴露在損害賠償責任下之可能性遽增¹⁵⁵，有能者擔任公司董事意願低落，公司更難獲得優秀經營人才，反為公司及股東之弊。

在 *Smith v. Van Gorkom* 判決的輿論壓力下，德拉瓦州議會通過公司法 §102(b)(7)之修正，允許公司得於章程中規定，允許免除董事違反忠實義務之責

¹⁴⁹ David A. Skeel, Jr., *The Accidental Elegance of Aronson v. Lewis*, U of Penn, Inst for Law & Eco Research Paper No. 07-28, 1 (2007).

¹⁵⁰ See Bishop, *supra* note 145, at 30.

¹⁵¹ Cheryl L. Wade, *What Independent Directors Should Expect from Inside Directors: Smith v. Van Gorkom as a Guide to Intra-Firm Governance*, 45 Washburn L. J. 367, 373 (2006).

¹⁵² Steven A. Ramirez, *The Chaos of Smith*, 45 Washburn L. J. 343, 353-54 (2006).

¹⁵³ Stephen J. Lubben & Alana J. Darnell, *Delaware's Duty of Care*, 31 Del. J. Corp. L. 589, 590 (2005).

¹⁵⁴ David Rosenberg, *Making Sense of Good Faith in Delaware Corporate Fiduciary Law: A Contractarian approach*, 29 Del. J. Corp. L. 491, 499 (2004).

¹⁵⁵ Lloyd L. Drury, *What's the Cost of a Free Pass? A Call for the Re-Assessment of Statutes that Allow for the Elimination of Personal Liability for Directors*, 3-4 (2007). (unpublished manuscript)
Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=996423>

任，但該條文同時亦規定若干例外情況不得免除董事責任，如違反忠誠義務以及非基於善意而行為等，依此，可認為公司法§102(b)(7)僅就董事違反注意義務對公司所負之責任免除上有所適用。公司法§102(b)(7)使公司得自行決定是否於章程中設置董事責任免除規定，依自己意思安排最適當的公司與董事間責任分配關係，董事責任免除規定亦被認為是為緩和 Smith v. Van Gorkom 判決之後對於董事注意義務過於苛刻之認定¹⁵⁶。另外值得注意的是，依公司法§102(b)(7)規範內容可認為，學者認為該條規範方式並未嘗試德拉瓦州法律下對於注意義務、忠誠義務、善意義務之定義¹⁵⁷。

在公司法§102(b)(7)之後，德拉瓦州公司董事責任歷經相當重大的變革，在各公司董事的期望與努力下，德拉瓦州公司多數均將董事免責規定納入公司章程中，在章程定有董事免責規定之前提下，董事經營行為如違反注意義務，縱股東提起股東代表訴訟並證實董事行為確構成注意義務之違反，在公司法§102(b)(7)之要求下，亦無法要求該董事對於其違反注意義務之行為以致公司所受之損害，負損害賠償責任。因此，在股東代表訴訟提起之情形中，主張董事經營行為違反注意義務之實益驟降，在章程定有董事免責規定之公司中，更可認為違反注意義務之訴訟上主張實益早已蕩然無存。在這樣的情況下，可以想見的是排除於董事免責規定適用範圍之外的忠誠義務與善意義務之重要性，理所當然相對地加重，在許多判決實務中，主張系爭董事經營行為違反忠誠義務或善意義務，更是公司股東在股東代表訴訟中所能彌補公司損害的唯一救濟手段。

然而傳統對於忠實義務之內容，僅二分為注意義務與忠誠義務，而忠誠義務之內容通說上又侷限於個別董事與公司間有利益衝突之情形，導致董事在無利益衝突之情況下所作成之不適當經營判斷，在公司法§102(b)(7)規範下股東可能求

¹⁵⁶ 關於 Smith v. Van Gorkom 判決對於其後公司治理實務發展之討論，參見：Henry N. Bulter, *Smith v. Van Gorkom, Jurisdictional Competition, and the Role of Random Mutations in the Evolution of Corporate Law*, 45 Washburn L.J. 267, 280-282 (2006).

¹⁵⁷ *Id.* at 501.

救無門，為了符合時代需求，達到保護公司股東之目的，德拉瓦州最高法院也開始注意到學說上已討論多時的善意義務概念。

第二款 最高法院對於善意義務之定位

在 1993 年 *Cede & Co. v. Technicolor* 判決¹⁵⁸中，德拉瓦州最高法院首度提出將忠實義務之內容分為三類 (triad) 之見解¹⁵⁹，主張董事之經營判斷受到經營判斷原則之推定性保護，股東代表訴訟中之原告股東為推翻該推定，必須提出系爭經營判斷行為違反忠實義務之三類型義務——即善意義務、忠誠義務、注意義務——之一。在 *Cede & Co. v. Technicolor* 判決中德拉瓦州最高法院雖提出創新的忠實義務「三分法」概念，然因本件股東代表訴訟之原告，並未提出違反善意義務之主張，最高法院於本判決中亦僅就原告所提出之注意義務及忠誠義務違反之主張提出見解，未就善意義務之內容做進一步說明。因此，學者認為 *Cede & Co. v. Technicolor* 判決並未說明注意義務、忠誠義務與善意義務間之重疊 (overlap) 或同時包括 (over-inclusiveness) 之範圍，亦未嘗試說明善意義務之任何實質內容¹⁶⁰。

然而在 *Cede & Co. v. Technicolor* 判決之後，善意義務逐漸在德拉瓦州法院實務上開始紮根，特別是在公司章程定有董事免責條款，而系爭董事經營行為又顯然無涉利益衝突之情形下，公司股東既無法主張董事行為違反忠誠義務，提出注意義務違反又無受償實益，股東開始嘗試提出善意義務的主張，以避免董事免責條款之適用，而達到追究董事責任，彌補公司損害之實質目的。

在這樣的風潮下，德拉瓦州法院所受理之股東代表訴訟中開始頻繁出現善意義務主張，而德拉瓦州最高法院亦隨之作成許多重要見解，其中最受注目者當為 2006 年 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決¹⁶¹，誠如上開所述，

¹⁵⁸ See *supra* note 13.

¹⁵⁹ *Id.* at 361.

¹⁶⁰ See Rosenberg, *supra* note 154, at 502.

¹⁶¹ See *supra* note 5.

依德拉瓦州公司法所設立之公司於 1986 年之後多已於公司章程內增訂董事免責條款之規定，Disney 公司亦不例外，是而注意義務違反之主張對於 Disney 公司股東在求償上已無實益，Disney 公司股東繼而將焦點轉移到董事行為違反善意義務的主張上，自 1993 年 Cede & Co. v. Technicolor 判決中肯定善意義務作為董事忠實義務「三類型」之一後，德拉瓦州最高法院已對於善意義務累積相當程度之心得與見解，而集結於 In re Walt Disney Company Derivative Litigation 判決中，顯見該判決在董事忠實義務的探討上，具有相當重要的里程碑意義。

In re Walt Disney Company Derivative Litigation 判決對於善意義務之討論相當細緻，在基於最高法院一向見解肯定善意義務作為董事忠實義務「三類型」之一之定位後，重申善意義務作為獨立的忠實義務類型的重要性，並試圖區別注意義務與善意義務之差異，提出公司法§102(b)(7)董事免責以及§145 補償規定，肯定善意義務應獨立於注意義務之外，而成為獨立的忠實義務類型，此一見解也是於德拉瓦州最高法院判決實務中向來所堅持的。

第三款 最高法院對於善意義務之定義

在善意義務的定義上，鑒於正面定義善意義務有所困難，最高法院肯定衡平法院在 In re Walt Disney Company Derivative Litigation 案 2003 年及 2005 年中對於「惡意」所作之定義，認為惡意係指「董事有意識且故意地漠視其職責，對於重大的公司經營決定，採取一種『對風險蠻不在乎』的態度」、「有意識地怠忽職責且故意漠視其責任」，雖然在用詞上有些微差異，然最高法院肯定其所指內容並無二致。

為使惡意行為之內容更形明確化，最高法院更於本判決中舉出三種可能被判斷為惡意行為之類型：主觀惡意、單純重大過失、故意怠忽責任。其中第二種類型因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

下董事免責規定與補償規定之法律問題，應排除於惡意行為之外¹⁶²。因此，在 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中，至少可以列舉出主觀惡意行為及故意怠忽責任行為構成違反善意義務之惡意行為。

第四款 違反善意義務之法律效果

在 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中，德拉瓦州最高法院雖整理歷年來對於善意義務之見解，由反面定義「惡意」行為以試圖描繪出善意義務的輪廓，更舉出了該當惡意行為之類型使惡意行為之概念更形具體，然而因 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中最高法院肯定衡平法院認定 Disney 董事之經營行為俱未違反善意義務，而未就善意義務違反之法律效果多加著墨。

在 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中，雖已使善意義務相對較為明確化，然而對於違反善意義務之法律效果的討論卻付之闕如，以一個法律義務而言，欠缺違反義務之法律效果或違反後之法律效果不明確，將導致系爭義務欠缺重要的實質功能，在實務應用上亦可預見將處處掣肘。由反面觀之，採取傳統忠實義務定義而反對將善意義務定位為與注意義務、忠誠義務相對等之獨立忠實義務類型的見解中，最有力的理由即是善意義務的定義未有定見、法律效果不明確，以善意義務發展之歷程看來，欠缺明確的定義、範圍與法律效果，確實構成善意義務行使與主張上之窒礙。

直到 2006 年 *Stone v. Ritter* 判決¹⁶³ 中，德拉瓦州最高法院對於善意義務違反責任提出較具體的見解，該判決可謂是目前德拉瓦州最高法院對於違反善意義務之法律效果的代表，惟因該判決亦涉及德拉瓦州最高法院與衡平法院歷年來對於善意義務分歧見解之妥協，容於本節第三項就 *Stone v. Ritter* 判決在德拉瓦州法

¹⁶² See Bishop, *supra* note 145, at 8-10. See also Carter G. Bishop, *A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law*, 41 *Tulsa L. Rev.* 479, 496-96 (2007).

¹⁶³ See *supra* note 6.

院實務上之定位與其對於善意義務發展所帶來的影響，作進一步說明。

第五款 小結

自 1993 年 *Cede & Co. v. Technicolor* 判決以來，德拉瓦州最高法院堅守將忠實義務三分為注意義務、忠誠義務與善意義務之立場，將善意義務認定為與注意義務、忠誠義務相對等的獨立忠實義務類型，以促使公司董事責任能與時俱進，更符合實務期望。在前開若干判決中亦可見德拉瓦州最高法院在善意義務建構上之努力，於 2006 年 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決之後，善意義務之輪廓更形具體，惟為使善意義務真正達到與傳統忠實義務類型之注意義務、忠誠義務相抗衡之地位，具體明確之法律效果亦不可或缺，因此，關於善意義務是否確實能作為一個獨立的忠實義務類型，尚待實務見解繼續累積。

第二項 德拉瓦州衡平法院對於善意義務之見解

德拉瓦州衡平法院站在傳統忠實義務二分法之立場，堅持忠實義務之內容應劃分為注意義務與忠誠義務，而所謂善意義務，僅是附屬於忠誠義務範圍內的一種責任，並非與注意義務、忠誠義務處於對等地位之獨立義務類型，此參照 *Vice Chancellor Jacob* 在 *Emerald Partners v. Berlin* 判決中之見解可見一斑¹⁶⁴。

關於德拉瓦州衡平法院對於善意義務之見解，嘗試以本章第一節所援引之判決，整理如下：

第一款 衡平法院對於善意義務之定位

在 1996 年 *In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation* 判決¹⁶⁵中，衡平法院並未明確指出其對於善意義務之見解，而僅說明「盡善意之努力」以追求

¹⁶⁴ See *supra* note 15.

¹⁶⁵ See *supra* note 14.

公司利益是經營判斷原則之適用前提要件之一¹⁶⁶，此外董事如「盡善意之努力」以使本身達到資訊充足程度且行使適宜的經營判斷，即可認定為已充分滿足照料公司事務義務之要求¹⁶⁷。在本判決中衡平法院雖未就善意作進一步解釋，但由判決內容或可判斷出，衡平法院於本判決中將善意定位為履行忠實義務下所附屬的一種責任，以及適用經營判斷原則之前提要件之一，在這樣的理解下，顯然於前述傳統契約法理論下的善意概念較相近。

於 2001 年 *Emerald Partners v. Berlin* 判決中，德拉瓦州衡平法院明確表示對於其對於善意義務之定位：「在學說上該義務並非獨立於忠誠義務，毋寧認為善意義務係包含於忠誠義務範疇中的一個分支或附帶要求，而非一個獨立於基本忠實義務內容之忠誠義務與注意義務之外的忠實義務類型。」¹⁶⁸相較於 *In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation* 判決，於本判決中更能明確窺見衡平法院對於善意義務的態度，衡平法院站在傳統忠實義務二分法的立場，企圖在注意義務與忠誠義務的架構下為善意義務定位。

衡平法院在 2 年後的 *Guttman v. Huang* 判決¹⁶⁹中，更清楚說明善意義務與忠誠義務間之關係，Vice Chancellor Strine 在該判決理由中表示：「如董事非基於善意信賴其行為係為追求公司最大利益，即無法對公司盡到忠誠執行職務之義務」¹⁷⁰認為董事未盡到善意義務之行為當無法達到忠誠義務之要求，肯定善意義務作為忠誠義務重要內涵之一的重要地位。

第二款 衡平法院對於忠實義務內容之見解

衡平法院在秉持傳統忠實義務二分法之見解下，將善意義務歸類為忠誠義務之附屬責任之一，而非獨立於注意義務、忠誠義務之忠實義務類型。然而衡平法

¹⁶⁶ *Id.* at 967.

¹⁶⁷ *Id.* at 968.

¹⁶⁸ *See supra* note 15.

¹⁶⁹ *See supra* note 16.

¹⁷⁰ *Id.* at 506.

院亦察覺到傳統忠實義務之概念恐不足以因應現今商業實務之複雜需求，公司股東對於董事應負之善意義務之要求日漸增多，衡平法院不得不面對現實，考量重行安排忠實義務內容與其範圍，俾使董事忠實義務能更符合公司與其股東之期待。

在衡平法院將目光投注在善意義務時起，即明示將善意義務歸納到忠誠義務範疇內，此一見解雖然保持傳統忠實義務二分法之堅持，然同時也對傳統忠誠義務之範疇產生衝擊。雖然學說與實務上對於忠誠義務之內容尚且存有若干不同見解，惟通說對於忠誠義務之定義，係在於董事與公司間存有利益衝突之情況下應負之「不徇私」的義務¹⁷¹，因此忠誠義務之違反通常伴隨著個人財產上利益所得等情形，一般而言，忠誠義務亦即要求董事消極的避免與公司爭利之義務。

惟在衡平法院將善意義務歸納入忠誠義務之範疇內後，忠誠義務之內容隨之擴大，此為堅守傳統二分法之忠實義務概念下，為期符合時代潮流所需必然之調整。在此理解下，忠誠義務之內容不但包括原有之消極面的避免利益衝突之義務，更包括積極的善意行為義務，此一見解或可追根究柢到 1939 年 Guth v. Loft, Inc. 判決¹⁷²中對於忠誠義務所提出之廣義定義。

在 1999 年衡平法院 In re ML/EQ Real Estate Partnership Litigation 判決¹⁷³中，Vice Chancellor Strine 指出，在忠誠義務之範疇內，邏輯上應包含基於善意行為之義務。2000 年的 In re Gaylord Container Corp. Shareholders Litigation 判決¹⁷⁴中，Vice Chancellor Strine 進而表示傳統二分法之忠實義務係源自德拉瓦州最高法院關於經營判斷原則之重要判決見解—1989 年 Barkan v. Amsted Industries, Inc. 判決¹⁷⁵及 1993 年 Cede & Co. v. Technicolor, Inc. 判決¹⁷⁶，在 Barkan v. Amsted

¹⁷¹ Andrew S. Gold, *A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty*, 66 Md. L. Rev. 398, 432-33 (2007).

¹⁷² See *supra* note 143.

¹⁷³ In re ML/EQ Real Estate Partnership Litigation, No. 15741, 1999 WL 1271885 (Del. Ch. 1999).

¹⁷⁴ In re Gaylord Container Corp. Shareholders Litigation, 753 A.2d 462 (Del. Ch. 2000).

¹⁷⁵ Barkan v. Amsted Industries, Inc., 567 A.2d 1279 (Del. 1989).

Industries, Inc. 判決中，最高法院認為如董事會經營行為滿足謹慎注意與善意之要求，則應受到經營判斷原則之保護¹⁷⁷；於 1993 年 Cede & Co. v. Technicolor, Inc. 判決中，最高法院重申依 Barkan v. Amsted Industries, Inc. 判決之上開見解，已表示經營判斷原則係對於董事已分別達到忠誠義務與注意義務之要求之推定。於 In re ML/EQ Real Estate Partnership Litigation 判決中，Vice Chancellor Strine 基於上開理由，認為 Barkan v. Amsted Industries, Inc. 判決已明確表示德拉瓦州最高法院使用「謹慎注意」與「善意」之要件，分別作為「注意義務」與「忠誠義務」之代換¹⁷⁸。此見解雖遭飽受學說批評¹⁷⁹，然對於衡平法院對於近年內忠實義務演進之詮釋，雖尚欠周全，仍不啻為一種可能的簡單明瞭理解方法。

第三款 違反善意義務之法律效果

在衡平法院將善意義務定位為附屬於忠誠義務之必要要件後，可推論出善意義務之違反自當無法滿足忠誠義務之要求，故欠缺善意之董事經營行為，即構成忠誠義務之違反，董事因而應負違反忠誠義務之責任。

在 Guttman v. Huang 判決中，Vice Chancellor Strine 所提出出於主觀惡意之董事行為無法滿足忠誠義務之要求之見解¹⁸⁰，即說明善意之欠缺將導致不忠誠之結果，而應負違反忠誠義務之責任。

第四款 小結

德拉瓦州衡平法院否定善意義務作為一個獨立的忠實義務類型之見解，將善

¹⁷⁶ See *supra* note 13.

¹⁷⁷ See *supra* note 175, at 1286.

¹⁷⁸ See *supra* note 174, at 476.

¹⁷⁹ Melvin A. Eisenberg 針對 Vice Chancellor Strine 上開見解，認為最高法院之原意並非企圖以「謹慎注意」與「善意」之概念替換「注意義務」與「忠誠義務」之本質，因注意義務所要求之「適當注意 (due care)」之內容顯然較謹慎注意複雜得多，而善意更難以被認為係忠誠義務之新穎解釋方法。See Melvin A. Eisenberg, *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 Del. J. Corp. L. 1, 12-21 (2005).

¹⁸⁰ See *supra* note 16, at 506.

意義歸納到忠誠義務之範疇內，使董事忠實義務之架構尚且維持在傳統的二分規模，然此際忠實義務之範圍已與一般傳統見解有別，忠誠義務除了既有的避免利益衝突之義務外，更增加積極的善意行為義務，此見解雖與最高法院將忠實義務分類為注意義務、忠誠義務、善意義務之分類，顯然有別。然總的來說，最高法院與衡平法院對於忠實義務的範圍劃定應可認為大同小異，唯一明顯的差別僅在於將忠實義務內容劃分為三類型或二類型而已，對於董事所要求之忠實義務之內容與程度，並無二致。

第三項 Stone v. Ritter 案之集大成

德拉瓦州最高法院於 2006 年 11 月所作成的 Stone v. Ritter 判決，緊接在同年 6 月的 In re Walt Disney Company Derivative Litigation 判決之後，進一步企圖統合德拉瓦州最高法院與衡平法院長久以來在善意義務定位上之爭議，希望達成共識。Stone v. Ritter 判決在善意義務定位上之相當值得肯定，可謂是德拉瓦州最高法院與衡平法院截至目前為止所堆壘之善意義務討論之高峰。關於 Stone v. Ritter 判決之事實概要與重要判旨已如本章第二節所述，於本項中筆者嘗試由該判決在德拉瓦州法院判決實務上以及德拉瓦州公司法學說上之意義如下：

第一款 最高法院對於善意義務定位之調整

如同前揭所述，在最高法院堅持三分法忠實義務而衡平法院固守忠實義務傳統二分法之見解下，關於善意義務是否應被認定為一個獨立的忠實義務類型，最高法院與衡平法院向來處於見解各異之堅定立場。在董事行為標準的討論上，善意義務是否認定為獨立的忠實義務類型之問題實益不大，蓋因不論在傳統二分法見解或三分法見解中，善意義務均為忠實義務所包括，為董事經營行為要求之內容。然在於董事責任標準上，是否將善意義務認定為獨立的忠實義務類型標準，將導致善意義務違反後之法律效果如何的問題，如將善意義務認定為一個獨立的

義務，則違反善意義務當然將構成相當的責任；如善意義務被認定為非屬獨立義務類型，則善意義務之違反不當然導致任何責任產生。於 Stone v. Ritter 判決前，德拉瓦州最高法院與衡平法院對於善意義務之討論雖多，惟仍集中於善意義務定位，甚至於直到 In re Walt Disney Company Derivative Litigation 判決中，德拉瓦州最高法院始舉出可能構成「惡意」之行為類型，以反面舉例善意義務之內容，方使善意義務之輪廓更形明朗。然而在數十年的討論之下，實務及學說對於善意義務之理解仍未能與傳統忠實義務類型之注意義務、忠誠義務相提並論，對於其內容與定位尚且難以達成共識，更遑論對於善意義務違反後所構成的責任標準之認定。

Stone v. Ritter 判決即是在這種時空背景下作成，在該判決中，德拉瓦州最高法院表面上仍肯定其向來所採取之忠實義務三分法，然而卻認為忠實義務下的注意義務、忠誠義務與善意義務，並非呈現均分的三等分，善意義務並非與注意義務、忠誠義務相等重之獨立義務類型。而唯有注意義務與忠誠義務之違反，將直接導致責任的產生，而善意義務違反本身並不當然構成任何責任。在這樣的理解下，忠誠義務違反的案例不再限於傳統的財務上或其他利益衝突之情形，更包括董事未基於善意而執行其職務之情形。

理論上來說，Stone v. Ritter 判決雖基於近年來德拉瓦州最高法院對於忠實義務三分法之見解，然而對於善意義務之定位顯然已較其他最高法院判決之見解更形薄弱，對於善意義務之重要性亦大幅削減，明確表示善意義務並非與注意義務、忠誠義務地位相當的、獨立的「第三種」忠實義務類型，表面上雖因循最高法院歷來主張，但實際上 Stone v. Ritter 判決中所展現的善意義務之定位，應可認為較接近於衡平法院之理解。

第二款 違反善意義務之法律效果

如前所述，德拉瓦州最高法院在 Stone v. Ritter 判決中，對於善意義務之定位採取與過去最高法院見解存有相當差距的看法，認為善意義務並非一個與傳統注意義務、忠誠義務相對等之義務類型，單純違反善意義務本身並不當然構成任何責任¹⁸¹。這是德拉瓦州最高法院對於違反善意義務之法律效果首次提出具體說明。

但最高法院亦提出，因善意屬於忠誠義務之必要要件之一，未基於善意作成之經營決定可能同時構成忠誠義務的違反，導致責任產生，Stone v. Ritter 判決中亦指出，依 In re Walt Disney Company Derivative Litigation 判決與 In re Caremark International Inc. Derivative Litigation 判決之見解，惡意行為將導致監督責任之成立，此際系爭行為所違反之義務類型為忠誠義務¹⁸²。

第三款 對於 Stone v. Ritter 案之省思

在 Stone v. Ritter 判決中德拉瓦州最高法院大膽地採用了與過去判決迥然不同的見解，顯然可見的是德拉瓦州最高法院企圖拉近與衡平法院在善意義務之立場上的距離，消弭彼此關於善意義務解釋上之衝突。然而 Stone v. Ritter 判決在忠實義務之架構上，雖肯定善意義務在「口語上 (colloquially)」被認定為忠實義務之「三類型」之一¹⁸³，但主張善意義務並非一個獨立的忠實義務類型，善意之違反亦不當然導致責任產生。在這樣的理解下，最高法院在該判決中，似乎嘗試於最高法院歷來見解之外表下，採取衡平法院所堅持之忠實義務二分法之內涵，除去三分法的皮相，最高法院在 Stone v. Ritter 判決中對於善意義務之態度，顯然與衡平法院之見解較為相近，雖然在學說上對於本判決之見解相當肯定，且認為最高法院應提出進一步的見解，以擴展善意義務在實務上之適用空間，特別是在系爭董事行為未涉及忠誠義務傳統範疇(亦即限定於有財務上或其他可察知

¹⁸¹ See *supra* note 6, at 369.

¹⁸² *Id.* at 370.

¹⁸³ *Id.*

的受託人利益衝突)之情況¹⁸⁴。

然而最高法院於 Stone v. Ritter 判決中之見解，與衡平法院之一貫見解相同地，將可能產生若干適用上之疑慮。首先，該判決擴張傳統忠誠義務之範疇，以包含積極的善意行為義務，雖係基於加強董事責任以符合時代需求之用意，然此積極行為義務之要求顯已逾越實務與學界向來對於傳統忠誠義務通說認定之範疇，是否能受到法學界與實務界普遍的接受尚且存有疑問；其次，如前揭所述，善意義務定位之實質意義在於責任構成標準判斷上，亦即，肯定善意義務是否作為一個獨立的忠實義務類型，將導致善意義務之違反本身是否被判斷為構成董事責任，在 Stone v. Ritter 判決中，最高法院顯然認定善意義務之違反本身並不構成董事責任，但因善意義務被認定為忠誠義務之必要要件之一，違反善意義務將同時無法滿足忠誠義務之要求，因而董事可能負違反忠誠義務之責任。然而，苟依傳統忠誠義務之見解，按忠誠義務係對董事與公司存有利益衝突之情形下避免董事追求自己利益而損及公司利益之道德上要求，因此，違反忠誠義務通常伴隨不正當利益之取得，對於違反忠誠義務之補償方式則為利益之返還，然而在違反善意義務之情形下，並無所謂不正利益之獲得，上開傳統補償方式顯有適用上之困難¹⁸⁵。

Stone v. Ritter 判決是否對於德拉瓦州最高法院日後關於善意義務之評量形成參考標準，尚待時間考驗。惟該判決致力於協調德拉瓦州最高法院與衡平法院歷來對於善意義務之不同見解，尋求二法院間共識形成之可能性，應相當值得正面肯定。在 In re Walt Disney Company Derivative Litigation 判決與 Stone v. Ritter 判決之後，善意義務在董事忠實義務範疇中的重要性雖已受到肯定，惟對於善意義務之內涵、範圍與責任構成標準等，尚不能謂之明確，為增加適用之法明確性，

¹⁸⁴ Claire A. Hill & Brett H. McDonnell, *Essay: Stone v. Ritter and the Expanding Duty of Loyalty*, 76 Fordham L. Rev. 1769, 1778 (2007).

¹⁸⁵ Stephen M. Bainbridge, Star Lopez & Benjamin Oklan, *The Convergence of Good Faith And Oversight*, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 07-09, 28 (2007).

仍有待日後法院實務發展之累積。

第四節 小結

在傳統公司法學說上，董事之善意義務通常被定位為包括於法院調查董事行為是否滿足注意義務及忠誠義務之標準內¹⁸⁶。然而如本章所述，在德拉瓦州法院實務近年的發展中，善意義務顯然已躍升到董事忠實義務中相當重要的責任要求，實因近年內公司業務型態發展蓬勃，傳統對於董事之忠實義務內涵之注意義務與忠誠義務之要求已不足以保護公司及股東之利益，在德拉瓦州公司法§102(b)(7)制定後，德拉瓦州多數公司更於章程內明定排除董事違反注意義務之責任，導致股東所提出違反注意義務之責任主張在實務上幾乎無法被認可，忠誠義務與善意義務相形之下即顯得更為重要，惟傳統學說見解將忠誠義務限制為利益衝突下無私的道德上要求，則不存在利益衝突情況下，董事不適當之經營行為縱導致公司受有損害，在傳統忠實義務二分法及德拉瓦州公司法§102(b)(7)之架構下，公司與其股東將可能落入求助無門之下場，換個角度來說，德拉瓦州公司法制規範似乎過於優待公司董事，導致公司董事之權限與其責任達到不相當之程度，以致有害於公司與股東利益之虞。

因此，德拉瓦州法院極力謀求對於董事權限與其責任之平衡點，以期達到保護公司與股東利益之目的，提升善意義務的重要性即為重要手段之一。德拉瓦州最高法院與衡平法院雖對於善意義務之定位尚無定見，然其立意並無二致，德拉瓦州最高法院將善意義務拉抬到與注意義務、忠誠義務平行之地位，創造三分法的忠實義務範疇，使善意義務之行為標準與責任標準明確化，善意義務之違反即可能導致新的責任產生，以增加課與公司董事之責任類型，便於公司及其股東主張權利；衡平法院雖堅守傳統二分法之見解，然而將善意義務納入忠誠義務之範疇內，使善意之欠缺間接導致忠誠義務之違反，而導致董事責任之產生。最高法

¹⁸⁶ *Id.* at 1-2.

院與衡平法院對於善意義務之認識雖然相差甚巨，然在強化董事責任以謀求董事
權限與責任之平衡上，可謂殊途同歸。

在筆者為文之際，雖已有 Stone v. Ritter 判決企圖統合德拉瓦州最高法院與
衡平法院之見解，然形成通說之路途尚且迢迢，更重要的是，對於善意義務之內
容、範圍、責任標準等，尚待豐富的實務見解累積，以使善意義務之輪廓更形明
確。



第三章 美國善意義務學說之發展

善意義務近年來在美國公司法學界受到相當矚目，特別是在 1990 年代後期德拉瓦州法院建立為數甚多的相關判決後，更引發學界廣泛討論，成為近年來公司法學重要發展之一。在傳統公司負責人忠實義務受到現代企業實務蓬勃發展與多變之挑戰，陷入對公司負責人既有規範或要求不足之窘境，進而衍生公司股東、投資人乃至於社會大眾對於公司經營之信賴度降低、對公司負責人操守產生質疑等問題，美國公司法學者對於此情況亦備感憂心，嘗試尋求符合現代需求的公司負責人忠實義務之理想形貌，在此背景下，公司法學者的努力方向可大別為二類，一是在傳統的忠實義務架構下，將傳統忠實義務賦予更貼切時代需求的詮釋，例如在傳統忠誠義務之內涵中，除原本消極的公司負責人與公司間利益衝突避免義務外，另外加入積極的善意執行職務義務，以填補傳統忠實義務之缺漏；另一是在傳統忠實義務分類外，另外將善意義務獨立為個別的忠實義務類型，以創造一個獨立的行為標準與請求權基礎，作為加強公司負責人責任要求之依據。本章即以此分類為主軸，嘗試整理近年來美國公司法學者對於善意義務之討論，進而使善意義務之樣貌更形明確化，以突顯善意義務在近年美國公司法學說中之角色。

關於善意義務學說的討論，本章嘗試先從傳統忠實義務所面臨的困境著眼，討論公司負責人忠實義務發展上所遭遇的重大變革或障礙，以闡釋善意義務發展的背景，由於近代全球化與資訊發展下導致公司經營制度之變異已非昔日所可估量，其變因更非三言兩語以蔽之，本章為免旁生枝節，擬簡化善意義務發展背景要因，概略由經營判斷原則對於公司負責人忠實義務之要求所帶來之影響與德拉瓦州公司法中對於善意義務之相關規範之修法發展，以突顯善意義務輪廓，釐清善意義務之變貌與其內涵。在釐清善意義務發展背景後，本章即開始進入學說對於善意義務討論的整理，從最根本的善意義務之定位出發，討論善意義務之法律

上地位究竟是否被認定為一個獨立的忠實義務類型，以說明善意義務之內涵與其範圍，其次以善意義務之定位不同出發，分別討論在獨立義務說及非獨立義務說在行為標準要求以及違反善意義務後之司法審查標準要求上之內涵與其差異，以嘗試突顯善意義務之風貌，在善意義務之輪廓漸形明確之後，對於善意義務在公司負責人忠實義務之發展上究竟帶來什麼樣的影響與衝擊，作進一步的闡釋。

第一節 傳統忠實義務所面臨的困境

第一項 經營判斷原則之影響

經營判斷原則（business judgment rule）是近代美國法院實務關於公司負責人注意義務之判斷上，鑑於公司經營與一般委任關係或信託關係之特殊性，所發展出的相當重要之責任認定原則，在經營判斷原則確立之後，美國法院實務關於公司負責人是否違反注意義務之責任認定上造成相當大的變革，責任認定標準亦確立為重大過失（gross negligence）。經營判斷原則在是否構成注意義務違反責任之認定上提供公司負責人推定已恪盡注意義務要求之假設性保護，經營判斷原則再加上近代美國公司法制對於公司負責人責任排除約定之肯認等，導致公司負責人權限與責任間之平衡點重行修正，以更契合公司經營實態對於公司負責人應負忠實義務之要求。然而另一方面，經營判斷原則在訴訟程序中導致舉證責任之轉換，促使股東代表訴訟中之原告股東應負系爭經營行為違反注意義務之舉證責任，舉證責任之轉換導致股東主勝訴可能性降低，加上公司法上責任排除條款等規定，縱使認定系爭經營決定行為已構成注意義務之欠缺，亦不構成任何責任，在責任排除條款在德拉瓦州公司實務中受到廣泛適用之現狀下，主張注意義務違反對於股東請求損害賠償救濟之實益相對薄弱許多，對於存在瑕疵、顯然不適當或錯誤之經營行為所導致之公司損害，股東開始尋求不同救濟途徑，其他忠實義務之主張在此背景下即更形重要，除與注意義務同屬傳統忠實義務類型的忠誠義務外、新興的善意義務亦受到重大矚目，因忠誠義務之行為要求與責任構成認定

在長久發展下早已構築相當完整的標準，要非股東所可輕易挑戰，是以內容未臻完備之善意義務即受到股東之青睞，股東針對各種無法歸納為忠誠義務範疇內之不當經營行為，嘗試以善意義務違反為由提起股東代表訴訟，挑戰法院對於善意義務之認知與判斷，以謀求損害填補之救濟。因此，筆者以為經營判斷原則所引發之公司負責人忠實義務在責任構成標準上之變革，乃是近代公司法實務對於善意義務關注之一大要因。

第一款 經營判斷原則之定義

經營判斷原則之討論在美國法院實務上出現甚早，於 1963 年美國德拉瓦州最高法院始在 *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* 判決中，揭示董事應對公司負有「相類似情形下一般小心且謹慎之人應具備之注意程度（the amount of care which ordinarily careful and prudent men would use in similar circumstances）」¹⁸⁷。而在 1984 年 *Aronson v. Lewis* 判決中，德拉瓦州最高法院並提出了相當重要的經營判斷原則之見解，認所謂「經營判斷原則」，係指「推定」公司董事在作成經營決定時，係處於一獲得資訊充分之基礎下，基於善意且真誠信賴該決定係為追求公司最佳利益而作成¹⁸⁸。其後 *Aronson* 判決此一見解屢受美國各州法院所引用，而形成對經營判斷原則內容之共識。

在 *Aronson* 判決之理解下，可認為經營判斷原則係「預設」在經營決策作成過程中董事已滿足合理勤勉（reasonable diligence）與注意程度之要求¹⁸⁹。除了將經營判斷原則解釋為對於董事注意義務違反之責任追究上之「推定性保護」外，亦有學說認為經營判斷原則更適宜解釋為司法對於高度專業之公司經營決策行為之自我退讓，係一種司法不干涉（judicial hands off）¹⁹⁰、司法不審查（judicial

¹⁸⁷ See *supra* note 130.

¹⁸⁸ See *supra* note 11.

¹⁸⁹ James D. Cox & Thomas Lee Hazen, *Corporation* 185 (2nd ed. 2003).

¹⁹⁰ Alan R. Palmiter, *Corporations: Examples and Explanations* 203 (5th ed. 2006).

non-review, a doctrine of abstention¹⁹¹) 政策之表現¹⁹²或給予董事特別保護之安全港條款¹⁹³。

至於肯定經營判斷原則正當性之理由，學說列舉出為鼓勵董事承擔風險、避免司法審查干預、鼓勵董事積極服務等理由，以提供董事違反注意義務之虞時推定性保護¹⁹⁴。

第二款 經營判斷原則之規範目的

依美國法院實務上經驗可認為，經營判斷原則之目的，係藉由經營判斷合理性之推定，以避免法院進行董事會所作成之具體經營決定之審酌¹⁹⁵。以經營判斷原則避免法院對於具體經營決定進行審查，係認為法院對於高度專業之公司經營事務，通常不具有審查能力，而尊重董事會之決定，避免司法審查之過度介入；其次，因公司經營與一般委任關係之處理仍有不同，在公司經營上為追求公司及全體股東之最大利益，經營決定過程中常存有相當之風險與投機性，不待資訊充分，即必須在僅能取得不完整的有限資訊及相當風險下作成及時之經營判斷決定，此乃公司經營事務之特性¹⁹⁶；相較於此，法院在判斷系爭經營判斷之決定是否已構成董事之忠實義務違反時，係處於一資訊充足之狀態下，其作為審查基礎所取得之資訊通常已非董事會作成經營判斷之時點所可比擬，因而此際法院作成之審查結果，往往難逃事後諸葛之嫌，故法院拒絕對董事經營判斷進行事後評價（second-guessing）¹⁹⁷，基於公司經營之專業性、決策作成時效性等特性，以經營判斷原則對於董事責任提供一程序性保護。

¹⁹¹ Stephen M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, UCLA, School of Law, Law-Econ. Research Paper No. 03-18, 28 (2003).

¹⁹² Lyman Johnson, *The Modest Business Judgment Rule*, 55 Bus. Law. 625, 631 (2000).

¹⁹³ Jean Jacques du Plessis, James McConville & Mirko Bagaric, *Principles of Contemporary Corporate Governance* 262 (2005).

¹⁹⁴ See Cox & Hazen, *supra* note 189, at 104.

¹⁹⁵ See Gold, *supra* note 171, at 432, 433.

¹⁹⁶ See American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* §4.01(c), Comment f at 182 (1994).

¹⁹⁷ *Brehm v. Eisner*, 746 A. 2d 244, 264 (Del. 2000).

此外在美國模範公司法中，提出董事注意義務之不同行為標準，以與注意義務違反之責任標準有所區別¹⁹⁸。在美國學說及實務判決中，認為經營判斷原則同時存有二作用，其一是作為避免董事經營決定受到司法審查之程序性保護手段，其二則為避免董事遭受個人責任追究之實質面效力¹⁹⁹，在德拉瓦州最高法院判決中，亦曾肯定此見解²⁰⁰。

第三款 經營判斷原則之法律上定位

德拉瓦州最高法院在 2000 年 *Brehm v. Eisner* 判決中表示：「法院不評估、權衡或量化判斷董事之經營決定。法院甚至不判斷在經營決策中董事是否合於理性（reasonable）……不合理（irrationality）係經營判斷原則之界限，不合理可能被認定與『浪費標準』（the waste test）具有同等效果，或可能表示該經營判斷係非基於善意——係經營判斷原則之主要構成因素——所作成。」²⁰¹學者認為上開德拉瓦州最高法院關於經營判斷原則之見解，應理解為對於注意義務行為要求與經營判斷原則之區別，而前者係董事或經營人執行公司經營行為之行為標準，後者係司法審查標準之具體化²⁰²。因此，可知經營判斷原則並非董事經營行為之行為標準，而係應用於董事經營行為有違反注意義務之虞時之司法審查標準。

承上所述，經營判斷原則在判例法上的定位，乃在於董事之經營判斷是否違反注意義務之司法審查上，提供被告董事一個推定性之程序保護，在訴訟實務上並容許原告（即股東代表訴訟中之公司股東）舉證推翻經營判斷原則之認定。因此，經營判斷原則在訴訟實務之重要功能之一，乃在於舉證責任之分配，基於法院肯定董事經營決定受到「處於一獲得資訊充分之基礎下，基於善意且真誠信賴該決定係為追求公司最佳利益而作」之經營判斷原則推定下，原告在主張被告董

¹⁹⁸ See e.g., Model Business Corporation Act §§8.30, 8.31.

¹⁹⁹ See Bishop, *supra note* 145, at 18-19.

²⁰⁰ See *supra note* 198.

²⁰¹ See American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations §4.01(c), Comment f at 182 (1994).

²⁰² See Cox & Hazen, *supra note* 189, at 184.

事之經營決定違反注意義務時，應舉證證明該經營決定已不符合經營判斷原則之適用要件。

第四款 經營判斷原則之適用要件

美國法律協會在 1994 年所頒布之公司治理原則中在經營判斷原則之適用上，認為公司負責人如基於善意且不存在與公司利益衝突之情事，在做成經營判斷前已獲得系爭經營判斷相關資訊達到其合理相信於該情況下足以做成經營判斷之程度，並合理相信該經營決定之目的可以達到公司最佳利益時，則該公司負責人所做成之系爭經營決定，即被認為已符合注意義務之要求²⁰³。

而在公司法學說討論上，經營判斷原則向來是備受學者關注的重點，在近代公司法學說中佔有舉足輕重之地位，特別是在做為經營判斷原則發源地之美國學界更在經營判斷原則之適用要件討論上，有鉅細靡遺之分析，雖各說見解未臻一致，然對於經營判斷原則適用之核心要件已足認達成共識。因經營判斷原則並非本章討論重點，僅就學說對於經營判斷原則適用要件之認定做簡要說明，而關於經營判斷原則之適用要件，可歸類為經營判斷原則的做成、無利害衝突、合理注意、善意、未濫用裁量權等五要件²⁰⁴。

經營判斷原則既非注意義務行為要求之內容，而係作為注意義務違反責任構成與否之司法審查過程中之判斷原則之一，則須以作成系爭經營決定為必要自不待言，而行為人就系爭經營決定存在與公司利益相反之關係時，則該經營決定行為是否構成公司負責人忠實義務違反之判斷當屬以「不徇私 (unselfishness)」為核心理念之忠誠義務範疇，當無經營判斷原則適用之餘地；至於合理注意程度與善意，乃對於公司負責人經營行為之基本要求，通說肯定應認定為經營判斷原則

²⁰³ See American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations §144(a)(1) (1994).

²⁰⁴ Dennis H. Block, Nancy E. Barton & Stephen A. Radin, Business Judgment Rule: Fiduciary duties of Corporate Directors 20 (4th ed. 1993).

適用前提要件，而不濫用裁量權雖非美國法律協會之公司治理原則、或德拉瓦州公司法等各州成文法規中所要求，學說討論中鑒於公司負責人權限擴張與經營判斷原則所帶來之保護程度強度，認為適用經營判斷原則當然應以公司負責人在系爭經營決定作成過程中未涉及裁量權之濫用為前提，因此肯定無裁量權之濫用亦應屬經營判斷原則之適用前提之一。可知並非所有公司經營決定均受到經營判斷原則之推定保護，唯有滿足上要件始有經營判斷原則之適用。

在德拉瓦州實務及學說上，已有共識認定經營判斷原則係適用於基於善意行動且無「與自己交易」(self-dealing，在德拉瓦州中係忠誠義務之典型)情事，因此，經營判斷原則之推定，可能因董事係欺瞞行動(act fraudulently)、惡意或涉及與自己交易之情形等主張而受到推翻²⁰⁵。當經營判斷原則之推定因上開主張之證實受推翻時，舉證責任移轉到被告董事一方，董事必須就該交易係「整體公平」(entire fairness)負舉證責任²⁰⁶。所謂「整體公平」之司法審查標準，同時包含交易程序面與實質內容面之公平性要求，被主張有「與自己交易」情事之董事，為滿足「完全的公平」之司法審查標準，必須同時證明其行為滿足「交易過程公平」(fair dealing)之交易程序面要件以及「交易價格公平」(fair price)之實質內容面要件²⁰⁷。

第五款 經營判斷原則對於善意義務地位提升之催化

傳統二分法的忠實義務概念下，對於造成公司損害之系爭經營決定，公司或其股東之請求權基礎僅有注意義務或忠誠義務，而通說見解之忠誠義務又限於利益衝突態樣，因此在大多數不存在公司負責人與公司間利益衝突關係之不當或錯誤經營決定之情形下，注意義務違反往往是公司或其股東請求填補損害之唯一救濟方法。而在經營判斷原則出現後，在經營判斷原則推波助瀾下，公司負責人之

²⁰⁵ See *Grobow v. Perot*, 539 A.2d 180, 187 (Del. 1988). See also *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, 663 A.2d 1156 (Del. 1995).

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457, A.2d 710 (Del. 1983).

系爭經營決定如符合前揭要件時，即受到推定性保護，其所導致之推定符合注意義務行為要求之實質效果與訴訟上舉證責任轉移之程序上效果，使勝訴難度大幅提升，以注意義務違反之請求權基礎達到損害填補之救濟已難順遂人意，因此公司或股東不得不開始尋求其他可能的權利救濟途徑，嘗試提出或認同一個可作為新請求權基礎的忠實義務類型則構成最直觀的變通救濟途徑之一。

實務及學說對於善意義務之關注正好搭上前揭風潮，加上善意義務因發展尚淺，其具體內容與範疇皆未完備，概念上的不確定性恰好提供公司或其股東發揮之空間，股東積極地提出各種不當或錯誤經營決定之實例，來挑戰法院對於善意義務之見解，期望能滿足損害救濟之終極目的，而踴躍且頻繁地在訴訟實務上使用善意義務之概念，促使善意義務之明確性更形提升，使其實務上適用價值更高，因此筆者以為在近代公司負責人忠實義務中經營判斷原則之出現與發展，間接導致善意義務地位提升之催化效果。

第二項 善意義務在美國德拉瓦州公司法之演進

針對德拉瓦州公司法中與善意義務相關之規範，嘗試整理如下：

第一款 德拉瓦州公司法§102(b)(7)

於 1986 年以前德拉瓦州公司法實務中多以責任保險制度來保護公司負責人避免因經營行為導致曝露在鉅額個人責任之風險下，然鑒於當時責任保險費用日漸高昂，且非於各種情況均有適用，責任保險危機已威脅理想的企業判斷過程，責任保險制度對於董事之保障已不足滿足公司負責人期待。在 1985 年 Smith v. Van Gorkom 判決後，德拉瓦州最高法院對於董事違反注意義務之司法審查標準，雖堅持在 Aronson v. Lewis 判決下之「重大過失」標準，然其具體上審查密度卻較 Aronson v. Lewis 判決中之「重大過失」標準為高，學者主張該司法審查

標準甚至已達「一般過失」程度²⁰⁸。在 Smith v. Van Gorkom 判決之後，公司董事人人自危，導致擔任董事或經理人之意願低落，公司欠缺吸引有能經營人才之誘因，而董事責任保險已不足以彌補過高的董事個人責任風險，德拉瓦州議會開始省思董事個人責任之規範方式，於 1986 年公司法修正案中通過§102(b)(7)規定，允許公司於公司章程內規定限制或排除董事違反注意義務之個人責任，但違反忠誠義務、未基於善意之行為、故意的不當行為或明知的違法行為、取得不當個人利益、未依同法§174 規定非法支付股息或買回股份等所產生之個人責任則不得免責²⁰⁹。

在公司章程依德拉瓦州公司法§102(b)(7)設有免責條款時，公司股東所提起違反注意義務之重大過失主張即不受法院接受，在傳統忠實義務之理解下，公司股東對於公司負責人違法行為之救濟方法，僅剩下忠誠義務違反之主張。另§102(b)(7)規定目的乃在於減輕公司負責人責任以謀求公司經營正當化，僅排除公司負責人之責任，對於教唆或幫助董事違反忠實義務之第三人並不適用。

第二款 德拉瓦州公司法§145

德拉瓦州公司法§145 賦予公司權限以補償其董事、經理人、員工或代理人因訴訟或其他程序所生之花費或其他損失。然而該條文規定若該例外情形，如未基於善意之行為所生訴訟之損害，公司即不得補償之。

依德拉瓦州公司法§145(a)規定，公司對於曾為或現為其董事、經理人、員工或代理人，或依該公司之要求而曾為或現為其他公司、合夥、合資企業、信託或其他組織型態之董事、經理人、員工或代理人之人，因該身分曾為或現為或可能為任何將開始、進行中或已結束之民事、刑事、行政或調查之訴訟或其他程序，現實且合理地受有費用支出（包括律師費）、裁判、罰金或和解支出費用，而於

²⁰⁸ See Rosenberg, *supra* note 154, at 499.

²⁰⁹ Edward P. Welch & Andrew J. Turezyn, *Folk on the Delaware General Corporation Law: Fundamentals* 15 (2003).

該訴訟或其他程序中基於善意而行為並合理相信未違背公司最佳利益，且在刑事訴訟或程序中，並無合理依據相信系爭行為係非法行為時，得賠償其損失。德拉瓦州公司法§145 的根本原則是促使公司經理人在認知公司將負擔其因此所受之費用支出後，願意忍受其所認為不正當的訴訟或其他請求，此外，德拉瓦州公司法§145 更積極地期望鼓勵有能之人在確認公司將負擔其基於誠實且完善執行董事職務所產生之花費，而更有意願擔任公司董事²¹⁰。本條補償條款適用前提係公司董事或經理人等之系爭行為係出於「善意」且合理相信係基於公司最佳利益或未違反最佳利益。

第三款 德拉瓦州公司法§144

德拉瓦州公司法§144 規定如滿足非利益衝突董事之同意、股東同意或公平原則三種情形之一，利益衝突交易即非無效或可得撤銷，於§144(a)規定唯有董事會或股東基於善意同意時，利益衝突交易始被同意。

依德拉瓦州公司法§144 規定，如滿足下列情形之一，公司與其董事或經理人間、或公司與其他與該公司共有董事或經理人或有財產上利益之公司、合夥、結盟或其他組織間之契約或交易行為，不因該利害關係、或該董事或經理人出席或參與董事會或內部委員會同意該契約或交易行為之決議或參與表決而當然無效或得撤銷：

- 一、關於董事或經理人之利害關係或可得利益及該契約或交易之重要事實已向董事會或其內部委員會揭露或已為董事會或內部委員會所知悉，且無利益關係之董事會或內部委員會基於善意經過多數表決同意批准該契約或交易行為，縱該無利益關係之董事或內部委員會之人數未達表決標準亦同。
- 二、關於董事或經理人之利害關係或可得利益及該契約或交易之重要事實已向股東揭露，且股東隨即基於善意投票同意該契約或交易。

²¹⁰ *Id.* at 258.

三、該契約或交易在董事會、內部委員會或股東為批准、同意或認可時對於公司係公平的。

本條利益衝突交易之規定係德拉瓦州公司法長久以來確立之原則，對於董事與公司間之信賴關係，加諸董事因與公司進行交易獲得利益之基礎限制²¹¹。

第四款 德拉瓦州公司法§141(e)

德拉瓦州公司法§141(e)規定，如公司負責人係基於善意信賴公司紀錄、或經理人、員工或專家所提供之意見，該經營判斷應受保護。在法院認定公司負責人不受該條規定保護之少數情況下，善意之解釋即相當重要。

依該條規定，董事會或其內部委員會之任何成員基於善意信賴公司之記錄或該公司經理人、員工或委員會向公司所提出之資訊、意見、報告或說明而作成之經營行為，應完全受到保護。董事信賴公司盡合理注意程度選出之人且合理相信係於其專業能力下所提出之資訊、意見、報告或說明，所做成之經營行為，亦應受到完全的保護²¹²。

第五款 小結

德拉瓦州公司法在上開規定中，均明文規定董事或經理人等應基於善意而執行職務之要求，並將善意作為適用董事免責、補償或其他保護條款、或利益衝突交易效力之前提要件之一，學者則主張依德拉瓦州公司法對於善意之規定，可認為董事或經理人是否盡到善意之要求係判斷其是否忠誠且盡充分注意程度履行其職責之考量要件，而認為善意係作為忠誠義務及注意義務之間之下位概念²¹³。然而德拉瓦州公司法對於善意之具體內容，並未作進一步說明。在德拉瓦州最高

²¹¹ *Id.* at 240.

²¹² *Id.* at 226.

²¹³ Claire A. Hill & Brett H. McDonnell, *Disney, Good Faith, and Structural Bias*, 32 J. Corp. L. 833, 842 (2007).

法院將善意提升到與注意義務、忠誠義務對等之獨立的忠實義務類型之地位後，善意義務之內涵更形重要。

在經營判斷原則之保護與德拉瓦州公司法上開規定(特別是德拉瓦州公司法§102(b)(7))後，董事的經營判斷行為受到高度保障，股東主張董事違反忠實義務而請求救濟之可能性更形困難，在主張注意義務違反之情形，因公司章程中普遍存在§102(b)(7)之董事免責條款，縱系爭經營判斷行為具備重大過失，如屬善意行為，亦受免責條款之保護，股東因而求償無門；而在主張忠誠義務違反之情形，又以利益衝突為前提，因此不存在利益衝突之經營判斷行為則無忠誠義務違反之問題。學者認為善意義務因此擔負經營判斷原則與董事免責條款之阿基里斯腱之地位²¹⁴。

基於上開德拉瓦州公司法規定，學者認為縱使在德拉瓦州法院實務中，尚無案例顯示董事違反善意之要求應負任何責任，亦無法否認善意義務在董事忠實義務內涵之重要性，至少在德拉瓦州公司法規範下，惡意行為將排除於董事免責規定、補償規定之適用，亦不受經營判斷原則之保護，縱使無不忠誠之情形亦同²¹⁵。

第二節 善意義務之定位

關於善意義務之定位，如同前章所介紹德拉瓦州法院實務上之見解紛歧，美國公司法學界對於公司法中善意義務之定位更是眾說紛紜，莫衷一是，而善意義務之內容仍是一個模糊的法概念²¹⁶，公司法學界迄今尚無法取得共識，與實務見解相同地，主要分類為肯定善意義務為獨立的忠實義務類型之獨立義務說，以及否定善意義務作為獨立義務類型之非獨立義務說，在非獨立義務說中，依據法律位階之認定不同，尚且分為將善意義務提升到忠實義務的上位概念之上位概念說，認為善意義務僅屬於忠誠義務之附屬義務類型之附屬義務說，以及將善意義

²¹⁴ See Bishop, *supra* note 162, at 492-93.

²¹⁵ *Id.*

²¹⁶ See Gold, *supra* note 171, at 409.

務用以解釋忠實義務內涵之修辭手段說。試整理如下：

第一項 獨立義務說

將善意義務認定為獨立於注意義務、忠誠義務以外之第三種獨立的忠實義務類型，是德拉瓦州最高法院在 1990 年代開始處理善意義務之相關案例時所秉持之固定見解，在學說上受到相當多學者之肯定，因注意到傳統忠實義務之窮盡，在公司負責人行為標準之要求上，傳統注意義務與忠誠義務二分法下的忠實義務內涵，分別以追求公司利益最大化以及避免利益衝突交易損及公司利益情事發生之目標，顯已不足以因應現代金融環境與公司經營事項之多元與急遽變遷下，社會大眾、股東、投資人對於公司負責人行為之期望，社會大眾期待公司負責人應負更廣泛的、積極的行為義務；在責任構成的司法審查標準上，傳統對於董事忠實義務違反侷限於注意義務違反與忠誠義務違反之主張方法，造成股東或公司尋求司法救濟的困難，以注意義務違反之主張為例，在司法審查階段有經營判斷原則提供對董事有利的推定性保護，增加原告股東舉證責任之負擔，縱法院認定滿足「重大過失」之司法審查標準，苟若該公司章程中已依德拉瓦州公司法§102(b)(7)定有董事免責規定之條款，亦不成立違反注意義務之責任，在 1986 年德拉瓦州公司法§102(b)(7)增訂以來，董事免責條款早已蔚為絕大多數德拉瓦州公司章程之必備內容，股東針對董事系爭經營行為造成公司受有損害時，主張注意義務違反之救濟實益幾已蕩然無存；在忠誠義務違反之主張上，德拉瓦州最高法院雖曾於 1939 年 *Guth v. Loft Inc.*²¹⁷ 判決中對於忠誠義務採取最廣泛之定義，除傳統認定的消極避免有害公司利益之經營行為外，並包括積極保護公司利益義務²¹⁸，然而法院通常見解仍侷限在傳統忠誠義務理解下，唯有具備利益衝突關係始有主張忠誠義務之餘地。鑑於企業實務之發展蓬勃，董事不當經營行為之類型已非傳統注意義務與忠誠義務所可掌握，學說開始探討在不存在與公司間利益衝突，且未

²¹⁷ See *supra* note 143.

²¹⁸ See *Bishop*, *supra* note 145, at 18.

違反追求公司利益最大化之目的外，其他造成公司實質損害、卻在傳統忠實義務範圍內無法為注意義務或忠誠義務所涵蓋之董事不當經營行為，是否亦有繩之以法之必要，因而思索將善意義務提升到獨立忠實義務類型之法位階作為責任基礎，將有效填補傳統注意義務與忠誠義務間之規範縫隙，在前開司法審查實務與公司法制規範使注意義務與忠誠義務在司法救濟程序中之實益限縮下，善意義務之地位更形重要，甚至對於不存在利益衝突關係之董事不當經營行為，違反善意義務之主張可能是公司或其股東唯一可獲得司法救濟填補損害之方法。

如同前章所述，德拉瓦州最高法院在 1990 年代以來處理董事忠實義務違反案件中，向來秉持注意義務、忠誠義務、善意義務之忠實義務三分法之見解，而將善意義務定位為一個獨立的忠實義務類型，然而德拉瓦州最高法院對於善意義務內容在長久以來並未多加著墨，縱使在 2006 年的 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中，亦表示善意義務之定義有所困難，而以負面表列可能構成違反善意義務要求之「惡意」行為態樣來突顯善意義務之輪廓，在義務內容與範圍之定義尚且如此，遑論司法審查標準之形成。德拉瓦州最高法院之善意義務獨立義務說見解，雖為支持獨立義務說之學者打了一劑強心針，但其言詞上之曖昧、對確立定義、行為標準與司法審查標準迴避的態度，卻無法說服大多數公司法學者以及堅持傳統二分法忠實義務見解之衡平法院。因此，支持獨立義務說之學者的努力方向，即是在企圖使善意義務之內涵與範圍更形明確，確立善意義務之行為標準與司法審查標準，並提出善意義務對於填補注意義務與忠誠義務間之規範漏洞之實益，以消彌對善意義務之質疑。

第一款 獨立的忠實義務類型

Hillary A. Sale 教授將善意義務之實務發展歸納整理，肯定善意義務作為獨立的忠實義務類型之定位，並認為忠實義務下之三種義務類型（注意義務、忠誠義務與善意義務）之內容可互相重疊（overlap）。Sale 教授以 1996 年德拉瓦州衡

平法院所作成之 *Ganliardi v. TriFoods Int'l, Inc.* 判決²¹⁹ 為例，主張公司董事可能同時違反忠誠義務與善意義務之要求，但 Sale 教授補充認為系爭董事行為可能同時認定為係「忠誠」但「惡意」的，因對於忠誠義務違反之主張著眼於利益衝突之存在，但對於善意義務違反之主張，更重視於對該行為之漠不關心（indifference）或重大惡意（egregiousness）²²⁰。

Sale 教授更舉出善意義務與注意義務、忠誠義務之別，認為基於善意之受託人於執行其職務時應承受公司治理基準之要求並遵循法律標準。因重大或顯然未達到上開標準，將可能導致違反善意義務之責任產生²²¹。而關於違反善意義務責任之關鍵，在於將疏忽行為（negligent behavior）之標準提升到故意的漠不關心（deliberately indifferent）、重大惡意或故意行為以致產生關於行為人動機的爭議²²²。

Melvin A. Eisenberg 教授亦是獨立義務說的擁護者，Eisenberg 教授認為善意義務與忠實義務傳統內涵之注意義務、忠誠義務處於相等之地位，不但在成文法上早已予以肯定其作為法定義務之地位，在案例法上亦已形成共識。

Eisenberg 教授認為善意義務是一個在成文法中早已確立且無庸置疑的法定義務，在公司法等各種法規之規範下，公司負責人均負有善意義務。Eisenberg 教授舉出美國模範商業公司法（Model Business Corporation Act）§8.30 為例，於該條中要求公司董事會之成員應基於「善意」履行董事義務，此規範受到美國各州公司法之效法，如紐約州商業公司法§717(a)之規定²²³，Eisenberg 教授肯定在所有或絕大多數美國各州均以各種法令規範重要法規之適用須基於管理善意（managerial good faith）的前提下。而德拉瓦州公司法規範亦如是，Eisenberg

²¹⁹ *Ganliardi v. TriFoods Int'l, Inc.*, 683 A.2d 1049, 1503 (Del. Ch. 1996).

²²⁰ See Sale, *supra note* 142, at 126-27.

²²¹ *Id.* at 129.

²²² *Id.* at 131.

²²³ See Eisenberg, *supra note* 179, at 6.

教授以德拉瓦州公司法§145(a)、(b)為例，於公司補償規定中，係達到善意要求為適用前提。

Eisenberg 教授主張善意義務在美國判例法中亦為既已確立之獨立義務類型。例如依美國法協會公司治理原則規定，在經營判斷原則的適用上，於公司負責人違反注意義務時，唯有在滿足「善意」執行職務之前提下，始得引用經營判斷原則作為保護²²⁴，在引用經營判斷原則之案例中，亦多可見著墨於善意義務之論述，本文前章對於德拉瓦州最高法院與衡平法院見解之整理即可見一斑。

此外，Eisenberg 教授認為禁止故意使公司違反法令規範之義務因無法被歸類到注意義務或忠誠義務之範疇內，長久以來亦被肯定為是善意義務的內涵之一，因此亦可作為肯定善意義務作為案例法中所確立之忠實義務類型。

基於上開理由，Eisenberg 教授認為善意義務在美國成文法與案例法中，早已確立其作為獨立的忠實義務類型之重要地位。

第二款 獨立義務說之功能

善意義務雖於契約法中由來已久，然長久以來在公司法之定位多僅為一廣泛且不明確的法律概念或解釋方法，非具體義務類型，以往對於善意之定位乃附屬於注意義務或忠誠義務之理解下。近年實務界與學界企圖將善意義務提升到獨立忠實義務類型之努力，亦可被認為是因應現實需要的結果。獨立義務說認為將善意義務認定為一個獨立的忠實義務類型之價值，在於將欠缺錯誤過程或利益衝突之惡劣或重大怠忽職務之經營行為納入責任規範之可能性。而善意義務之意義亦不僅在於事後的損害賠償責任，亦在改變公司受託人、公司治理之行為與動機占

²²⁴ See American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations §4.01(c) (1994).

有一席之地²²⁵。

而在今日公司治理結構中，經營權多由公司經理人所掌控，公司董事實已遠離經營核心，退居監督地位。因此在控制重大違反忠實義務之行為時，善意義務即發揮日漸重要之功能。學者舉出，如 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 案件中原告所主張之情形，當主導公司經營權限的經理人僅提供部分而非全部可得之重要資訊予董事會以供其參考，致使董事會無法對於經理人提出諮詢或作成經營決定時，為追究因此所致公司受有損害之責任時，即有善意義務發揮之餘地²²⁶。因此，獨立義務說肯定，對於善意義務之加強與重視，將可促使公司董事致力於執行更好的經營行為。

第三款 獨立義務說之利弊

獨立義務說在德拉瓦州最高法院之實踐下已累積相當數量見解，亦引發美國法學界重大討論，其肯定善意義務在董事忠實義務中之重要地位，為忠實義務之內涵提供與時俱進之新面貌的可能性，以滿足股東及投資人對於公司負責人經營行為之期待，然而在善意義務發展尚未成熟之際，其內容之不確定性無可避免的將帶來適用上之困擾，筆者嘗試整理目前獨立義務說發展下之優點與缺點，以作為觀察獨立義務說可行性之參考。

第一目 獨立義務說之優點

一、填補漏洞

在經濟社會現狀與公司治理結構之變更下，投資人及股東對於公司負責人行為之要求程度與內容亦應與時俱進，注意義務與忠誠義務之傳統忠實義務類型之要求，顯已不足以滿足公司及其股東之期待，因此，將善意義務認定為獨立的忠

²²⁵ See Sale, *supra* note 142, at 136.

²²⁶ *Id.*

實義務類型，在公司負責人忠實義務的規範結構上，發揮了填補傳統注意義務與忠誠義務效力未及範圍的功能（gap-filler）²²⁷。

在傳統忠實義務範疇下，公司股東欲主張公司負責人不適當之經營行為導致公司損害而應負之損害賠償責任時，必須在存有特定公司負責人與公司間具備利益衝突之情況下，始有主張違反忠誠義務之可能性，如關於系爭經營決定董事與公司間並無利益衝突時，股東無法以忠誠義務之違反追究董事之責任，救濟手段唯有注意義務違反之主張；而注意義務之主張在近年德拉瓦州實務界發展下，亦產生重大變革，尤其是美國實務界發展出經營判斷原則作為違反注意義務之推定性保護，董事違反注意義務之責任標準限縮至「重大過失」，使董事責任成立難度更增；在各州議會分別於該州公司法中制定董事免責條款（如 1986 年之德拉瓦州公司法 102(b)(7)規定）後，即便系爭經營行為符合重大過失之責任標準，如該公司章程中訂有免責條款之規定，公司負責人亦排除於損害賠償責任之外，董事免責條款之立法目的，雖是基於私法自治原則，由公司自行決定與董事間責任分配之安排，以達到董事權限與其責任最適當的平衡狀態。惟在此規範之下，董事注意義務之要求顯然已對於公司負責人經營行為欠缺拘束實力，股東因此亦無從以主張董事違反注意義務為由要求公司負責人負賠償責任，大大降低責任構成之可能性。

在以上討論中，可以發現法院實務為尊重公司負責人經營專業並避免事後猜測，避免做事後實質審查之介入，亦提供公司自行安排責任分配之可能性。然而，在不存在利益衝突情況下之不當經營行為，如完全不容許股東向公司負責人主張權利之可能性，顯然對於公司負責人過度保護，導致權限與責任日漸失衡。因此，將善意義務之定位從傳統契約法下的不明確概念提升到獨立忠實義務類型，善意義務即發揮填補注意義務與忠誠義務所未及之範圍內的行為類型，以作為股東向董事不適當的經營行為所導致公司所受損害之求償基礎，而修正向董事一方偏頗

²²⁷ See Rosenberg, *supra* note 154, at 495.

之責任分配關係，達到董事權限與責任之新的平衡點。

二、責任標準之彈性認定

在傳統董事忠實義務的責任構成標準討論下，在注意義務違反之主張下，因被告董事受到經營判斷原則之推定保護，原告股東負有推翻經營判斷原則推定之舉證責任²²⁸，而依據經營判斷原則之假設，違反注意義務之責任標準必須達到「重大過失」之程度。而在忠誠義務違反情形，在原告主張利益衝突下，董事必須負擔證明系爭交易行為係「整體公平」之舉證責任。

忠實義務在長久以來已建構明確之責任認定標準，然在時代變遷下，公司負責人不法經營行為類型千變萬化，早非昔日實務與學說所可預見，傳統責任認定標準亦認識到其限度。因此，建構一套彈性的責任認定標準，或依具體個案之別而設定不同程度之責任標準，早已為現代法院實務迫切所需。善意義務因具備「開放性」定義²²⁹，其所規範之行為類型涵蓋忠實義務範圍內除忠誠義務、注意義務外之所有義務類型，甚至可能與忠誠義務或注意義務範圍相重疊（overlap）。故違反善意義務之責任認定標準更難以一貫之，而必須依個案之不同分別設定相當之責任標準，因此，更待實務累積個案經驗以確立善意義務之責任標準。

因此，善意義務之廣泛性定義，同時也提供董事責任認定上除既有的「重大過失」標準與「整體公平」標準外，較具彈性的責任標準，使董事責任構成得以更符合現代公司治理實務與投資大眾之要求。然而此立意雖屬良善，以目前德拉瓦州法院實務之發展觀之，對於善意義務之內容與行為類型之累積尚且欠缺明確，更遑論對於認定屬於善意義務範圍內之特定行為要求違反後之責任認定標準之確立，是而筆者以為善意義務所帶來的彈性責任標準相當值得肯定，惟其內容之確立顯然尚待實務累積。

²²⁸ See Bishop, *supra* note 145, at 18.

²²⁹ See Bainbridge, Lopez & Oklan, *supra* note 185, at 34.

三、董事權限與責任之新平衡點

如前所述，在經營判斷原則與公司法免責條款等相關規定之前提下，以往董事權限與責任之平衡點已受到嚴重的挑戰，而有明顯致使董事責任與權限不相當之窘境。善意義務作為一個獨立的忠實義務而出現，使未受傳統忠誠義務與注意義務規範之行為類型得以落入善意義務之範疇而構成對董事行為之要求，增加董事在傳統忠誠義務與注意義務以外之具體行為要求，以導正原本向董事權限偏頗之平衡點。

因此，善意義務在公司治理上的重要意義之一即在於，藉由對董事責任之新增，達到董事權限與責任的新平衡點。

第二目 獨立義務說之缺點

一、不確定性

獨立義務說是德拉瓦州最高法院在處理董事忠實義務問題時對於善意義務向來所秉持的見解。將善意義務作為一種獨立於注意義務、忠誠義務且與之地位對等之忠實義務類型，在董事忠實義務範圍內，即發揮了填補漏洞的功能，對於雖不存在利益衝突且無經營決定過程瑕疵但仍有可責性之董事行為，課以相當之責任，然善意義務之定義與範圍不明卻帶來不確定性之問題。

惟學者認為 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 案件與 *Stone v. Ritter* 案件中以強調故意錯誤行為（intentional misconduct）來定義善意義務之方式，乍看之下似已限制不確定之風險，然而縱使在 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中定義下，善意仍可能導致擴張法院審查經營決定實質內容範圍之虞，因而產生使公司負責人曝露於責任下之危險²³⁰。在德拉瓦州最高法院之見解下，善意義務之定義被認定為是開放的（open-ended），因善意義務

²³⁰ See Bainbridge, Lopez & Oklan, *supra* note 185, at 34.

被認定為是廣泛適用於不具備傳統不忠誠要件且較重大過失更具可責性之董事經營行為。善意義務之不確定性保留法院對於董事經營行為做實體審查之空間，作為司法審查的彈性調整。

然而，善意義務內容之不確定性同時在行為標準與司法審查標準上亦產生適用上之問題。在行為標準上來說，善意義務定義之不明確，使公司負責人無所適從，造成履行之障礙，善意義務之內涵多少能經由注意義務或忠誠義務之解釋來彌補，尚且不致造成太大問題。但在司法審查標準上，善意義務之定義不明確即造成責任成立與否欠缺標準，將可能誘使公司股東積極提起訴訟以測試該概念之界線，而導致訴訟增加²³¹。

二、限制董事會經營決策之裁量權限

縱使在 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中所採取之較為限縮的善意概念下，善意概念仍將限制董事會經營決策之裁量權限²³²。學者認為無論於任何案件中，最重要的是法院對於董事經營權限自由之判斷所帶來的影響，在 2006 年 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決之前，經營判斷原則並未將非法行為排除於司法審查範圍之外。而經營判斷原則並非司法審查標準，而是為避免司法審查之介入對於經營判斷決定的推定。故在經營判斷原則被推翻後，法院應該進一步審查是否有違反注意義務或忠誠義務之情事²³³，而非直接認定責任成立。經營判斷原則之重點在於使股東不應被允許單純以董事錯誤的經營決定為由而尋求財產損害之回復，而允許股東對董事基於公司利益最大化所作成之經營決定提起訴訟，縱使該經營決定係方針錯誤的，除造成雙重不利外無任何實效。然而在 2006 年 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決之後，違法經營決定因該當「惡意」，而自動地構成善意義務之違反，甚至在該

²³¹ *Id.*

²³² *Id.*

²³³ *Id.* at 35.

經營決定確實為公司獲利之情形亦同，確實對於董事會經營權限之裁量範圍造成負面影響。因此，近年來以德拉瓦州為首之美國法院實務對於善意義務之重視，已威脅到公司治理結構中公司負責人權責平衡，增加董事曝露於責任中之風險²³⁴。

三、欠缺實益

然善意義務之不確定性向來是其發展的絆腳石，獨立義務說無法明確說明其所列舉之善意義務類型是否即無法包含於傳統忠誠義務與注意義務之範疇內，在肯定善意義務作為「第三種」忠實義務類型後，忠實義務之範圍是否即有所改變，如肯定忠實義務範圍已受變更，則其變更之具體內容為何，如範圍並無影響，則肯定善意義務作為獨立的忠實義務類型之實益何在，因獨立義務說之擁護者往往無法提出具體說明，善意義務作為獨立義務之見解往往被認為欠缺實質意義。

支持非獨立義務說之學者即指出，獨立義務說雖肯定善意作為與忠誠義務、注意義務相當且獨立之忠實義務類型，但對於善意之定義卻悉數來自忠誠義務及注意義務之內容，例如獨立義務說使用「不負責任 (irresponsible)」、「因放棄、惡意違反或故意忽視責任 (resulting from abdication, subversion, or deliberate indifference)」來形容「惡意行為」為例，其所指之上列情形，其實已直接該當故意未盡注意程度之情形²³⁵，因此，獨立義務說欠缺將善意義務與注意義務、忠誠義務區別之實益。

第二項 非獨立義務說

堅守傳統忠實義務二分法之學者，不受德拉瓦州最高法院見解之動搖，拒絕將善意義務認定為「第三種」獨立的忠實義務類型。採取非獨立義務說之學者，雖肯定善意義務在忠實義務中之重要地位，但認為善意義務要非與注意義務、忠

²³⁴ *Id.* at 34.

²³⁵ See Rosenberg, *supra* note 154, at 520.

誠義務地位相匹之獨立義務，不僅在行為標準要求上不及注意義務與忠誠義務之具體明確，在司法審查標準上，其違反之法律效果亦不明，難以被肯定為獨立義務之地位。

非獨立義務說之立論主要在於傳統忠實義務的堅持以及對於善意義務作為獨立忠實義務見解之不以為然，在德拉瓦州最高法院以及獨立義務說學者無法提出具體的善意義務定義以及其行為標準、司法審查標準之下，妄然驟下善意義務屬於獨立忠實義務之定論，實屬過於武斷。非獨立義務說之主要論點在於，傳統忠實義務之解釋下已足以應付現代公司實務中對於董事忠實義務要求之所需，而將定義不明確的善意義務認定為一個獨立的忠實義務類型，僅是徒增法律適用之困擾。

第一款 善意義務在非獨立義務說下之定位

支持非獨立義務說之學者雖同樣處於否定善意義務作為獨立忠實義務類型的立場，然而對善意義務之詮釋卻各不相同，進而在善意義務之定位上，發展出截然不同的見解，筆者嘗試提出以下三種非獨立義務說下之善意義務定位見解，供作參考。

第一目 忠實義務之上位概念說

學者認為公司法上之善意既非如德拉瓦州最高法院所認定的獨立的忠實義務類型，亦非如衡平法院所認為的附屬於忠誠義務下之行為要求。相反的，善意義務之範圍應遠大於忠誠義務，凡加諸於公司負責人之任何義務類型均應有其適用，包括注意義務及忠誠義務，以及公司負責人所同意負擔之義務類型²³⁶。此說認定善意義務係一個凌駕於注意義務與忠誠義務之上，作為董事忠實義務之上位概念。

²³⁶ *Id.* at 526.

上位概念說顯然與傳統契約法中之善意概念相一致，在契約法學者之理解中，所謂忠實義務是在締約雙方因不可能完全描述所有義務類型時使用的一種填補隔闕方法²³⁷。因此，契約法學者認為，契約內容中之善意是法院用以判斷締約者是否故意違反契約所定義務之解釋工具，重要的是，對於契約法學者，分析公司負責人是否遵循其忠實義務之要求，即須經由判斷其是否基於善意而履行其所負義務。

而在傳統公司法架構下，忠實義務被認為是為削減公司負責人濫用權限之可能性所必要之法令強行限制。此觀點因假設公司關係中所有相關人均應對公司負相同忠實義務，並不要求董事對其應負義務內容有所認識，相較於契約論者強調締約雙方基於契約內容之不足以善意解釋締約者於締約時之具體意向，顯然有相當大的不同。因此，上位概念說認為契約法論者對於善意要件之認識在傳統公司忠實義務法學中似不適當²³⁸。

依此說見解，善意包含所有公司負責人因公司關係或契約關係所應負責任的內容，同意遵守公司章程規定之公司負責人應基於善意履行以下行為：應誠實地致力於忠誠、應盡全力達到注意程度要求、應誠實地致力於完成任何其對於公司之承諾。亦即，善意單純為對於當事人如何履行公司章程或契約約定加諸於其身上的義務之一種解釋方式²³⁹。

上位概念說對於德拉瓦州法院對善意義務之認定均不贊同，認為善意義務既非德拉瓦州最高法院所主張的一種忠實義務類型，亦非衡平法院所認定之忠誠義務範圍內之附屬義務類型，而毋寧認為善意義務之法地位更高於注意義務與忠誠義務，其範圍更是遠較忠誠義務廣泛，適用於所有公司負責人對公司應負義務²⁴⁰。

²³⁷ *Id.* at 495.

²³⁸ *Id.* at 495-96.

²³⁹ *Id.* at 525.

²⁴⁰ *Id.* at 526-29.

然而將善意義務認定為忠實義務之上位概念之見解，仍與傳統契約論者對於忠實義務之認識有所不同，上位概念說認為契約之締約者得基於善意追求自己利益而公司受託人不可，因公司受託人如追求自己利益可能導致違反基於善意行使中實義務之要求²⁴¹。

上位概念說之學者另認為公司法上的善意義務應被解釋為一個至高的忠實義務，而涵蓋注意義務與忠誠義務。善意義務是一個「普遍且廣泛的義務」，在注意義務與忠誠義務無法適用的情況下發揮填補隔闕的效果²⁴²。在此見解下，忠誠義務與注意義務均可維持在其原本定義之範圍內不受變動，而違反注意義務之行為在欠缺惡意及利益衝突之前提下同樣受到經營判斷原則之保護。

第二目 忠誠義務之附屬責任說

本說認為最終而言公司負責人僅對公司應負有唯一的忠實義務——主動追求公司最佳利益的義務（the duty to actively pursue the best interests of this corporation），而忠誠義務、注意義務、善意義務均為該唯一義務的不同面貌²⁴³。

於肯定公司負責人對於公司所負義務為單一的忠實義務後，學者進一步將忠實義務劃分為數階層，第一層為單一的忠實義務，其內容包含忠誠義務、注意義務及善意義務，第二層分為注意義務與忠誠義務，第三層則於忠誠義務下再分為狹義的忠誠義務與善意義務，其下再舉若干著名判決為例，顯示不同情況下責任構成要件認定之區別²⁴⁴。此架構係將善意義務認定為是忠誠義務下的一個附屬義務類型²⁴⁵，與前章所述德拉瓦州衡平法院之見解相同或相近似。

²⁴¹ John C. Coffee, Jr., *The Mandatory/ Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, 89 Colum. L. Rev. 1618, 1658 (1989).

²⁴² Filippo Rossi, *Making Sense of the Delaware Supreme Court's Triad of Fiduciary duties*, 45 (June 22, 2005) (unpublished manuscript).

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=755784>

²⁴³ See Hill & McDonnell, *supra* note 213, at 855.

²⁴⁴ See Hill & McDonnell, *supra* note 184, at 1796.

²⁴⁵ D. Gordon Smith, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, 55 Vand. L. Rev. 1399, 1487-88

在這樣的忠實義務框架下，善意義務所扮演的角色在於提供更廣泛之義務範圍已涵蓋原本不包括在傳統忠實義務內容（此係指注意義務與忠誠義務）中之可非難行為。本說嘗試將善意義務概略分為以下三種類型：過於偏重董事或經理人的結構上偏頗類型、雖存在董事個人利益但因事涉公司核心考量而無法以傳統忠實義務衡量之類型（如 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決）、以及違法行為類型（*illegality*，包括對違法行為之不充分監督或實際進行違法行為）²⁴⁶。

第三目 修辭手段說

本說認為善意毋寧被認為是一種修辭手段（*rhetorical device*），而非實質的標準，因此善意之功能係作為一種語言行為、表現，而非周詳的分析手法。法院創造出善意義務之修辭，目的在於鬆綁公司法規範意旨，並增加對於董事會經營決策過程之司法審查，以因應企業醜聞及其他法外壓力²⁴⁷。經由將善意作為一種鬆綁的修辭方式，法院得以執行權力以課與責任或禁止未符合該理論類型之行為。

在解釋善意義務的理論上，學者以顯影盤為例，認為善意義務係擺盪在忠實義務的二種傳統類型（注意義務、忠誠義務）之要件間，因此善意義務之分析亦奠基於注意義務與忠誠義務之既有學說標準上之擺盪。因此，於德拉瓦州法院實務之相關重要案例所創造之善意，並不是一個嶄新且清楚的理論基礎，而只是夾在注意義務與忠誠義務理論間的中間地帶²⁴⁸。

此說之見解與前揭上位概念說較為相近，然修辭手段說所描述之善意，其內容較近於用以填補注意義務與忠誠義務間漏洞之解釋方式，而非一個凌駕於注意

(2002).

²⁴⁶ *Id.* at 12-13.

²⁴⁷ Sean J. Griffith, *Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence*, 55 *Duke L. J.* 1, 34-35 (2005).

²⁴⁸ *Id.* at 36.

義務與忠誠義務之上的上位概念，因此將本說獨立於上位概念說，另作介紹。

第二款 非獨立義務說之利弊

前揭上位概念說、附屬義務說、與修辭手段說，其對於善意義務之定義與界限雖不盡相同，然可以肯定的是，上開見解較接近傳統契約論中善意之概念，而排除善意義務做為一個獨立義務之可能性，在忠實義務之範圍上堅持傳統注意義務與忠誠義務之二分法，而此等見解同時亦產生若干優缺點。

第一目 非獨立義務說之優點

相對於獨立義務說欠缺明確性之弊，非獨立義務說在忠實義務之闡釋上維持傳統注意義務與忠誠義務之分類，而在長久實務與學說發展以來，注意義務與忠誠義務之行為標準與司法審查標準均已形成共識，董事等受規範者不但已充分了解義務之行為要求內涵，公司股東與法院亦對於何種情形構成注意義務或忠誠義務之違反有所認識，在法律要件之解釋上並無太大問題，故非獨立義務說之見解因未動搖傳統忠實義務之架構，而未影響法律明確性之要求。

第二目 非獨立義務說之缺點

一、無法擴充忠實義務之範圍

然非獨立義務說之最大缺點在於固守傳統忠實義務之分野，無法滿足現代企業環境下社會大眾與股東、投資人之期待，對於無法受注意義務、忠誠義務所囊括的其他不當經營行為，仍處於脫韁野馬之勢，在非獨立義務說之理解下，善意僅為注意義務或忠誠義務之解釋方法、或空泛的上位概念、或附屬於忠誠義務之行為要求，善意義務本身並不構成股東針對董事系爭不當行為提起股東代表訴訟之訴因，在訴訟程序上未主張注意義務或忠誠義務之違反時法院亦不就善意義務進行審查或判斷，因此，善意義務附屬在注意義務或忠誠義務之下之非獨立義務

說，對於現行法律規定與司法審判程序傾向對董事有利之情形下，非獨立義務說對於公司或股東在尋求司法救濟上並無法給予如同獨立義務說的實質效益，因此在解決董事權限與責任之失衡上之成效亦相當有限。

二、責任認定上欠缺彈性化

此外，非獨立義務說堅持傳統注意義務與忠誠義務二分之忠實義務類型，將導致違反忠實義務之主張限於注意義務或忠誠義務，而使司法審查標準僵化為注意義務違反情形之重大過失標準，或忠誠義務違反行為之整體公平標準，與獨立義務說下將善意義務囊括進忠實義務之內涵使善意義務之違反成為獨立的責任構成原因，並因此衍生出各種彈性化的司法審查標準，以因應善意義務違反之不同情狀相較下，非獨立義務說在忠實義務上否定善意義務作為一個獨立義務類型，即當然使善意義務之違反不直接導致責任之產生，而無司法審查標準之彈性化設計之餘地。

三、對忠誠義務之衝擊

在附屬責任說之理解下，忠誠義務之內容除傳統的利益衝突防免的消極義務外，另增加善意行使職務之要求，進而認為未盡善意義務之要求同時即該當忠誠義務之違反，而依違反忠誠義務之司法審查標準處理之。然而附屬責任說之見解，並非一般通說對於忠誠義務之認識所能接受，在一般通說對忠誠義務之理解中，忠誠義務之內涵即為利益衝突交易之防免，將善意執行職務之要求強加入忠誠義務之範疇在通說下難被接受，亦已超出董事對忠誠義務內涵之理解，在行為標準之成立上無法形成共識；在司法審查上，因忠誠義務違反之案件，在美國法院實務中已發展出「整體公平」司法審查標準，然而違反善意義務之行為，其可責性並不在於「公平」之欠缺，以整體公平標準審查並不適當；而在損害填補方法上，違反忠誠義務之情形如無法通過整體公平原則之審查，董事應負之損害填

補方法係將因不法經營行為所得之利益悉數吐出，惟在違反善意義務之情形，因不必然存在利益衝突，行為人亦非當然獲得不當利益，利益吐還之賠償方法將有適用上之困難²⁴⁹。雖另有學者表示，在忠誠義務長久發展之下，利益之吐還已非唯一之損害填補手段，附屬責任說將善意義務納入忠誠義務之範圍內，在因未盡善意行使職務之要求而違反忠誠義務之情形，並不必然適用利益吐還之損害填補手段。

上開爭論在 2006 年底德拉瓦州最高法院作成 Stone v. Ritter 判決後更形明朗，在反對附屬責任說之學者認為，Stone v. Ritter 判決中將善意納入忠誠義務之範疇，使傳統適用於忠誠義務違反行為之剝奪不法財產上利益所得之補償手段，無法擴張到被告董事未取得不法利益的情形²⁵⁰。然亦有學者指出，返還所得利益之損害填補方法（rescissory damages）雖然確實為典型的忠誠義務違反案件之典型損害填補手段，然而最高法院早於 1983 年關於忠誠義務違反之判決中已表示法院得依適當的任何公平財產上認識而採取不同損害填補方法²⁵¹，因此，返還所得利益應非違反忠誠義務情形之唯一損害填補方法，補償性損害賠償（compensatory damages）亦有適用之可能²⁵²。

第三節 善意義務在行為標準與司法審查標準上之討論

第一項 區別行為標準與司法審查標準之實益

在美國公司法上，特定義務之行為標準（standard of conduct）與司法審查標準（standard of review，亦或稱為「責任標準（standard of liability）」）通常係採取不同標準，所謂行為標準，係指對於行為人關於其所被賦予之角色應盡何種行為之要求；至於司法審查標準，則係法院審查行為人之系爭行為以決定是否課與

²⁴⁹ See Bainbridge, Lopez & Oklan, *supra* note 185, at 27-28.

²⁵⁰ *Id.* at 28-31.

²⁵¹ See *supra* note 207.

²⁵² See Hill & McDonnell, *supra* note 184, at 1788.

責任時之標準。以美國模範商業公司法為例，該法即於§8.30 即規範董事行為標準，於§8.31 規範董事司法審查標準，顯可發現行為標準與司法審查標準之差異²⁵³，學者在解釋上開法令時，亦表示§8.30 之規範內容僅處理行為標準之問題，亦即在對公司董事為公司服務並承擔作為董事或經理人之角色時應盡之行為表現之標準，§8.30 之行為標準規定並未直接處理董事責任問題，儘管責任之產生通常來自於未遵守系爭行為標準之要求，而關於責任構成之要件則規定於§8.31 及§8.33 等。§8.30 之行為標準規定在董事經營行為與董事會經營成效之評估上發揮舉足輕重之功能，而§8.31 之司法審查標準規定則係用以評價董事個人主觀認識之合理性²⁵⁴。因此，在本節中亦分就行為標準與司法審查標準討論善意義務之內容，以使善意義務之內容更形明確。

第二項 獨立義務說

第一款 行為標準之討論

第一目 善意義務之範圍



在關於善意義務內容之敘述上，定義欠缺善意之「惡意行為」顯較定義「善意」為簡單，但在公司法中為使規範內容明確化仍有賦予善意義務積極意義之必要性，學者認為雖然善意義務之內涵難一言以蔽之，然善意義務作為一種基本原則，通常都藉由數要件建構基礎概念以描述其輪廓，臚列四項要件建構善意義務之基礎概念，以描繪出善意義務之範圍：主觀誠實或正直、不違反普遍接受之適當經營行為標準、不違反普遍接受的公司行為基準以及忠於職務。在上開四項要件下所建構善意義務基礎概念之實例為不得故意致使公司違反法令之義務，以及縱於無利益衝突下仍應公正執行職務之義務（obligation of candor）²⁵⁵。

²⁵³ See e.g., Model Business Corporation Act §§ 8.30, 8.31.

²⁵⁴ Melvin A. Eisenberg, *Corporations and Other Business Organizations* 2006: Statutes, Rules, Materials, and Forms 811 (2006).

²⁵⁵ See Eisenberg, *supra* note 179, at 5.

主觀誠實要件要求數種不同類型的誠信行為，公司負責人必須誠實相信其經營行為係為追求公司最大利益、其任何管理能力下之陳述均係真實、且其行為在適當行為標準之範圍內²⁵⁶。

除主觀要件外，獨立義務說另提出三項客觀要件以掌握住公司法上善意義務之定義：首先是要求公司負責人不得違反普遍接受之適當經營行為標準，亦即應遵守適當標準之要求；其次，係要求公司負責人不得違反普遍接受之公司行為基準，該要件反應公司構成所包含之基準，且可與美國統一商法典（Uniform Commercial Code）Article 2 中之善意定義作類比，於美國統一商法典規範於商業行為，善意義務係指事實上誠實以及遵守公平交易的合理適當商業標準（the observance of reasonable commercial standards of fair dealing）；最後一項要件係忠於職守，所謂「職守（office）」係指組織內一種義務、信賴或權力之地位，忠於職守即意謂於該職務所合理期待之職務或組織架構內執行該職務，以及該職務所表徵之角色²⁵⁷。

獨立義務說認為上開四要件所架構之善意義務內容，乃是善意義務的行為標準，因此，違反要件內容本身並不當然構成責任，而唯有違反善意義務之特定行為要求始有構成責任之可能。以注意義務違反為例，法院通常不會對於公司負責人單純未基於適當注意之行為而課以責任，然公司負責人如違反基於注意義務所要求之特定行為義務，例如基於適當資訊充足作成經營決定之要求時，法院始課以責任。忠誠義務違反之情形亦同，公司負責人單純未忠誠執行其職務，並不必然構成責任，但公司負責人如違反基於忠誠義務所要求之特定行為義務，例如介入以不公平價格之與自己交易的情形，則可能產生違反忠誠義務之責任²⁵⁸。

而上開善意義務之基礎概念雖不直接構成責任之成立，並不代表系爭基礎概

²⁵⁶ *Id.* at 22.

²⁵⁷ *Id.* at 25.

²⁵⁸ *Id.* at 26.

念即欠缺法律上意義，系爭基礎概念除作為善意義務之法定行為標準外，更可認為是判斷公司負責人是否符合善意狀態之考量要件，更者，為使善意義務更符合時代需求，上開基礎概念更能提供特定行為要求納入善意義務範圍之平台²⁵⁹。

第二目 惡意行為

鑒於善意難以正面定義，在法院實務與學說上均曾嘗試以違反善意義務之「惡意」行為來反面定義「善意」，至於「惡意」類型，德拉瓦州判決中已發展出若干具體事例，判例法可能定義方式即是係將惡意行為主張限制於「不誠實」或「不適當動機」之案例，然而在 2006 年 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中德拉瓦州最高法院並未指出「惡意」行為須與董事之「詭計」（furtive design）或「不良意圖」（ill will）相關連，在該判決中德拉瓦州最高法院亦否定惡意之構成須包含導致公司受有損害之要件，且行為董事具備個人利益亦非惡意之要件之一，德拉瓦州最高法院認為惡意應為行為董事對於未基於公司利益最大化而執行職務有所認識，故要求在惡意行為之情形中，董事必須認識到其行為與責任不一致²⁶⁰。

因此學者認為，依 2006 年 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決之見解，違法善意義務之要求，顯然必須具備違背義務的故意或認識，亦即惡意之要件應包含行為董事之事實上主觀認識（actual state of mind）²⁶¹。在該判決中，德拉瓦州最高法院闡釋善意義務同時應包含客觀與主觀標準，而學者亦嘗試在善意義務的行為標準中納入主觀要件之要求，以與違反注意義務之重大過失區別。在 2006 年 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中德拉瓦州最高法院嘗提出三種可能構成為反善意義務之惡意行為類型，並否定其中第二類型之「單純的重大過失」行為本身即構成惡意，其理由即在於注意義務之違反（亦

²⁵⁹ *Id.* at 26.

²⁶⁰ *See Gold, supra note 171, at 422.*

²⁶¹ *Id.*

即本處所指之「重大過失」情形)應與惡意行為有所區分²⁶²，學者並舉例董事之系爭不當經營行為雖可能同時構成惡意行為及違反注意義務之行為(例如 Disney 案件)，然而惡意行為與注意義務違反行為之要件並不相同，仍應分別判斷之。例如未認識到自己已漠視其責任而作成不當經營行為之董事，儘管依事實可認為理性之人於相同職位應有所認識，即難以與基於重大過失而為經營行為之董事清楚區分²⁶³。

在德拉瓦州最高法院否定單純的重大過失行為本身即構成惡意行為之見解下，學者認為該見解表示善意義務是認定系爭行為在「質」上較重大過失行為更具可責性之一個機制，顯見惡意行為需要主觀要件²⁶⁴。學者並認為在 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中引用 2003 年及 2005 年德拉瓦州衡平法院對該案件所作成判決中對於惡意之定義——「故意怠忽職責、有認識的漠視責任」——是一個清楚明白的主觀行為標準，並依此認定善意義務之行為標準上之定義應全然仰仗行為董事之主觀認識，亦即該董事對於其行為係基於公司最大利益而作成之信賴²⁶⁵。

第三目 善意義務之具體內容列舉

關於善意義務之行為標準，實務與學說中均肯定善意義務是一個沒有具體型態的法律概念²⁶⁶，雖已費盡相當篇幅企圖使善意義務之內容明確化，在前開討論中仍可明確發現，具體善意義務之行為要求類型，尚待實務累積以判明其內涵，因此，學說依據德拉瓦州審判實務，分別列舉以下行為要求，以充實善意義務之具體內容。

²⁶² See *supra* note 5, at 64-68.

²⁶³ See Eisenberg, *supra* note 179, at 72.

²⁶⁴ See Gold, *supra* note 171, at 424.

²⁶⁵ *Id.* at 426.

²⁶⁶ *Id.* at 409.

一、不得故意使公司違反法令之義務²⁶⁷

善意義務之重要內涵之一係董事不得故意使公司為違反法令之行為，縱使合理相信因違反法令之成本（如罰金或商譽損害）小於該違法行為預期可得利益，而認系爭行為可追求公司及股東最大利益亦然。

德拉瓦州公司法§102(b)(7)董事免責條款之例外排除免責適用情形之一即為「未基於善意、或故意的不當行為、或明知違反法令之行為或失職（for acts and omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law）」²⁶⁸即將明知的違法行為與非基於善意之行為並列，彰顯不得故意使公司違反法令義務之重要性，排除於董事免責條款之適用。然而與其他善意義務之內涵不同的，違反本義務可能直接導致責任之產生²⁶⁹。

學者更指出，善意義務內涵中之遵循法令原則與作為注意義務核心之公司利益最大化原則相一致，公司利益最大化原則表示公司應有之經營目標，而遵循法令原則並未修改該目標，而是提供使該目標更適當實現之途徑²⁷⁰。不得故意使公司違反法令之義務傳統上即被認為是善意義務之內涵，在公司負責人故意使公司為違反法令之行為之情況，因明知其行為係不適當且違反普遍被接受的經營行為標準而被認為欠缺誠信。且因該行為人所屬之組織必須在法律規定限度內為經營行為，且合理期待其負責人亦應如是，故行為人故意使公司為違反法令之行為，同時構成對其職務之忠誠之欠缺。

至於不得故意使公司為違反法令行為之義務，何以必須納入善意義務之範疇，學者認為違反遵循法令之義務通常不伴隨著存在董事與公司間利益衝突之情形、亦不必然違反公司利益最大化之目標，故不構成忠誠義務或注意義務之違

²⁶⁷ See Eisenberg, *supra* note 179, at 31.

²⁶⁸ See Delaware General Corporation Law §102(b)(7)(ii).

²⁶⁹ See *supra* note 267.

²⁷⁰ *Id.* at 34.

反，而無法為傳統忠實義務範疇所涵蓋²⁷¹，故有納入善意義務規範之必要。

二、公正義務（obligation of candor）與資訊揭露義務²⁷²

公正義務是一個真誠、公開且正直的義務，學者認為公正義務包含二內容：不得誤導之義務（the obligation not to mislead）以及適當公開之義務（the obligation to duly inform）；不得誤導之義務係指董事不得基於故意或重大過失於其經營權限內作成虛偽或誤導之聲明，適當公開義務係指董事不得基於故意或重大過失而未使公司經理人或機關知悉關於作成經營決定或履行其職務所重大之資訊。不得誤導之義務僅在於公司負責人為陳述或聲明時有所適用，而適當公開義務則係要求公司負責人應為特定聲明之積極義務²⁷³，因此不論是不得誤導之義務或適當公開之義務，均不受注意義務或忠誠義務之內容所涵蓋，而有以善意義務相繩之實益。

公正義務之內容與資訊揭露義務相近，二者經常於善意義務之討論中被提及，資訊揭露義務儘管非德拉瓦州最高法院所採取之注意義務、忠誠義務、善意義務三分類忠實義務之一，經常在學說上被認為是一種獨立的義務類型。公正義務來自於代理法，於公司董事上之適用範圍尚非明確，在 2001 年安隆案爆發後，伴隨著公司經理人對於董事會或董事之通報制度與董事對經理人或員工之質詢制度之失靈，公正義務與資訊揭露義務之檢討與整備受到社會大眾之關注，然而公正義務或資訊揭露義務之內容雖備受爭議，學者認為該義務應被認為是注意義務、忠誠義務或善意義務之附屬行為要求²⁷⁴。

公正義務或資訊揭露義務被認為是善意義務下所解釋之內容，因為公正義務之違反，不論是對於聲明之誤導或未適當告知其他董事等，均構成不真誠、欠缺

²⁷¹ *Id.* at 38.

²⁷² *Id.*

²⁷³ *Id.* at 38-39.

²⁷⁴ *See Sale, supra note 142, at 129-130.*

誠信且違背其職守之狀態，資訊揭露義務之違反亦同。

三、以違反普遍被接受的公司基準之手法而使公司為特定行為²⁷⁵

在公司負責人以違反普遍被接受的公司基準之手法而使公司為特定行為時，該公司負責人可能違反善意義務。然而此原則被認為係一個狀態，而非責任構成規定，因在符合該原則之下，公司所作成之特定行為將被認定為無效的，公司負責人通常亦不因而直接導致公司受有損害，而不構成任何責任²⁷⁶。

學說提出德拉瓦州判決作為實例，認為公司負責人以違反普遍被接受的公司基準之手法，以促使公司為特定行為之情形，應被解釋為善意義務之範圍，蓋因進行系爭操縱行為之董事通常係合理相信其行為係基於公司利益最大化而作成，亦不具備個人利益衝突之情形，而不受注意義務或忠誠義務所囊括，因此以善意義務解釋，使受忠實義務之範圍規範，即具有實益，應此學說肯定將系爭行為納入善意義務之具體行為要求範圍中²⁷⁷。而董事基於真誠相信係以公司利益最大化之目的，而於普遍被接受的公司經營基準中執行其職務，即被認為是善意義務下之客觀行為要求之一²⁷⁸。

四、不被容許的非財產上動機²⁷⁹

公司負責人如係基於個人考量，縱非財產上之動機，而作成其經營權限內之行為，即可能被認為是違反善意義務之行為。所謂「個人考量」，依德拉瓦州衡平法院之見解，可能係指基於公司負責人個人之敵意、貪心、嫉妒、報復、羞愧或傲慢等動機而作成之經營行為²⁸⁰，亦即「不被容許的非財產上動機」。基於上

²⁷⁵ See Eisenberg, *supra* note 179, at 51.

²⁷⁶ *Id.* at 51.

²⁷⁷ See Gold, *supra* note 171, at 409.

²⁷⁸ Norman Veasey & Christine T. Di Guglielmo, *What Happened in Delaware Corporate Law And Governance From 1992-2004?—A Retrospective on Some Key Developments*, 53 U. Pa. L. Rev. 1399, 1452-53 (2005).

²⁷⁹ See Eisenberg, *supra* note 179, at 57.

²⁸⁰ *In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation*, 1989 WL 7036, 389 (Del. Ch. 1989).

開動機之行為，除構成善意義務之違反外，因係基於個人考量而作成系爭不當經營行為，可能同時構成忠誠義務之違反。惟學者認為，即使基於不容許的非財產上動機所作成之不當經營行為同時構成忠誠義務之違反，將之納入善意義務之範疇內仍有實質意義，其理由在於傳統對於忠誠義務違反之要件解釋上，多侷限存在利益衝突而基於財產上動機之情形，本件行為應不具備財產上動機，不必然受到忠誠義務規範之相繩，因此，在此種較限縮的忠誠義務解釋下，即有將基於不容許的非金錢上動機所作成之不當經營行為納入善意義務規範之實益；此外，在具備財產上動機之情形，依現行德拉瓦州公司法之規定，並不當然禁止利益衝突之交易行為，而係設立若干要件使系爭交易被肯定或得證明為「公平」時，即肯定該利益衝突交易之效力，然而在基於不容許的非財產上動機所作成之不當經營行為，則難以想像有證明系爭行為係「公平」交易行為而肯定其效力之可能性，因此，學者認為將基於不容許的非財產上動機所作成之不當經營行為納入善意義務內規範之，仍有其實益²⁸¹。

五、嚴重漠視職責

公司負責人嚴重漠視其職責之行為（substantial disregard of responsibility），通常構成注意義務之違反，惟漠視程度嚴重者則更可能同時構成善意義務之違反，因為達到漠視職責嚴重程度者已被認定為欠缺對其職守之忠誠度，違反普遍被接受的公司基準，且通常因董事未真誠相信其係適當執行職務而欠缺誠信，故而構成善意義務之違反²⁸²。

在德拉瓦州法院實務中對於董事嚴重漠視職責導致股東提起代表訴訟主張違反善意義務違反之情形亦屢有所聞，如前章所提及之 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 以及 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 案件中，原告股東即以董事系爭經營行為嚴重漠視其職責而主張構成

²⁸¹ See Eisenberg, *supra* note 179, at 57-58.

²⁸² *Id.* at 62.

善意義務之違反。

第二款 司法審查標準之討論

第一目 是否構成獨立責任

關於違反善意義務是否構成獨立責任之基礎，縱使在獨立義務說下亦無定見。獨立義務說之學者肯定善意義務之違反將構成特定責任，然而唯有善意義務下之特定行為要求之違反始構成責任基礎，單純未滿足善意義務行為標準之要求，不必然構成責任，與違反注意義務或忠誠義務之態樣相同。因此，學者認為違反善意義務可能導致兩種情形，其一是構成違反善意義務之「狀態（condition）」，但未達構成責任之程度，另一類情形則是構成違反善意義務之「責任（liability）」；當善意義務構成一種「狀態」時，法院應判斷公司負責人是否違反善意義務之四項基礎要件之一，亦或基於該要件所產生之特定行為要求；當善意義務構成「責任」時，法院則必須進一步探討公司負責人是否違反該要件所具體化之特定行為要求²⁸³。然而對於何種「特定行為要求」構成善意義務之「狀態」或「責任」，其區別標準與實益為何，具體內容如何，學說悉未做進一步說明，在司法審查標準之形成上，違反效果之明確性的欠缺，顯然構成善意義務責任發展上的一大障礙。

雖然獨立義務說之學者對於違反善意義務之法律效果仍欠缺明確共識，然而可保守肯定的是，違反善意義務應有構成行為董事個人責任之可能，學者並指出，善意義務之行為要求將在董事個人責任認定上扮演相當重要的角色，不僅在善意義務本身之違反上，在注意義務或忠誠義務責任之構成上亦有舉足輕重之地位，而善意義務可能在重新定義並在特定情況下重行分配整體監督者、董事與其監督下之日常業務經理人的權限、責任與法律關係²⁸⁴。因此，肯定違反善意義務

²⁸³ *Id.* at 26-27.

²⁸⁴ Hillary A. Sale, *Monitoring Caremark's Good Faith*, 2 Del. J. Corp. L. 719, 756 (2007).

之特定行為將可能導致董事個人責任之產生，具有追求董事權限與責任之平衡之重要意義，應值得肯定，然而具體的司法審查標準，尚待司法實務見解與學說討論之累積以明確化。

第二目 司法審查標準之欠缺統一

學者認為，董事基於善意行使其職務之期待係對於董事所有基本責任要求之共通要件，而欠缺增進公司利益之具體意圖之董事會可能被認定為欠缺善意，系爭交易行為出於增進公司利益以外之目的或顯然違反應遵守之成文法規定時，可能被認定為惡意行為²⁸⁵。獨立義務說在肯定善意義務作為一個與注意義務、忠誠義務地位相當之獨立忠實義務類型之實益，除在行為標準之討論上依善意義務之解釋建立過去不受注意義務或忠誠義務所納入之具體的行為要求以擴充忠實義務之範圍，進而符合社會大眾及股東、投資人對公司負責人經營行為之期待外，更重要的毋寧是建構一個新的責任基礎。蓋善意義務之行為標準與現今所發展出之具體行為內容已如前揭所述，獨立義務說致力於使善意義務內涵明確化之用心雖令人感服，然實際上亦可發現，獨立義務說所指出之善意義務具體行為要求，並非無法於傳統二分法忠實義務解釋下納入其範疇中，如前述第一類型之不得故意使公司違反法令之義務，獨立義務說認為因故意使公司違反法令之行為並不存在個人財產上利益衝突，亦不當然違反公司利益最大化之目的，而認定為不受傳統注意義務或忠誠義務所規範，然而在傳統注意義務之討論中，遵循法律本屬注意義務之基本要求之一²⁸⁶，縱非將善意義務提升到獨立義務之位階，系爭行為要求本即可解釋為忠實義務之範圍內，對於董事忠實義務行為標準之影響並不大。

然而真正影響重大的係司法審查標準上之差異，亦即違反善意義務之要求是否即導致責任之成立，善意義務違反之主張本身是否即為一個獨立的請求權基

²⁸⁵ See Eisenberg, *supra* note 254, at 829.

²⁸⁶ See Welch & Turezyn, *supra* note 209, at 82; James D. Cox 及 Thomas Lee Hazen 亦主張董事之行為應遵循理想社會目標，因此故意違反刑事法律則不受經營判斷原則之推定性保護，See Cox & Hazen, *supra* note 189, at 196-98.

礎。在傳統忠實義務範疇中，唯有注意義務或忠誠義務之違反始得作為請求權基礎，構成責任，違反善意義務本身並不構成任何責任，亦非法院主動進行審查之對象，只有在原告主張董事系爭不當經營行為違反注意義務或忠誠義務之要求時，法院始在注意義務或忠誠義務之司法審查範圍之下，附帶地進行善意義務之判斷。因此，獨立義務說之最大實質功能之一，即在將獨立義務認定為一個獨立的請求權基礎的挑戰，儘管在獨立義務說下，違反善意義務本身是否即構成責任仍尚無定論，然獨立義務說之見解，仍對於董事不當經營行為提供一個新的責任構成之可能性，提供公司或股東尋求司法救濟彌補損害之一個新途徑。

關於獨立義務說下善意義務之司法審查標準，縱使在向來堅持獨立義務說見解之德拉瓦州最高法院，在歷來關於善意義務之判決中，針對善意義務之司法審查標準少有著墨，縱使在 2006 年 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中，亦僅針對善意義務之內涵與違反善意之「惡意」行為之定義與可能類型加以說明，對於責任構成階段的司法審查標準則付之闕如，直至同年 *Stone v. Ritter* 判決中德拉瓦州最高法院始針對違反善意義務之效果做進一步說明，然而在 *Stone v. Ritter* 判決中，德拉瓦州最高法院一改以往獨立義務說之見解，而採取將善意義務認定為忠誠義務之附屬義務類型之非獨立義務說見解，要非獨立義務說下之行為標準之說明，挪至非獨立義務說中討論之。

獨立義務說之學者認為在德拉瓦州法院相關判決中，雖未就如何審查系爭經營決定是否違反善意義務之司法審查標準明確說明，亦未對於董事職責的「故意漠視」作具體定義，然鑒於在忠實義務違反案件中，對於董事動機或意圖之直接證據相當稀少，通常只有董事會經營決定與系爭經營決定之過程可取得，適當的司法審查方法係將董事會之經營決定理解為董事動機之表現，而排除對於善意義務違反與否之一般主觀認定，採取客觀審查，以經營判斷原則之合理基礎標準（*rational basis test*）作為判斷無利益衝突董事會所作成之系爭經營決定是否違反

善意義務而構成責任之審查標準²⁸⁷。此見解雖解決了司法審查實務上之主觀認定的舉證困難問題，然而適用經營判斷原則下的合理基礎標準審查是否構成善意義務之違反，卻與經營判斷原則之適用應以具備善意作為前提之要求兩相矛盾，亦導致善意義務司法審查標準與注意義務審查標準欠缺區別性，筆者以為應非妥切。

而為與傳統注意義務、忠誠義務之責任類型（特別是注意義務）作區別，另有學者認為違反善意義務所構成責任的關鍵在於將過失行為（negligent behavior）提升到故意的漠不關心（deliberate indifference）、重大惡意（egregious）、故意行為，並因而產生與行為董事動機相關之系爭不當經營行為，而認為違反善意義務責任構成實益，係在注意義務違反責任之上，針對非難性更高的故意行為課予不受現行法免責或補償條款所寬宥之責任，以確實達到懲罰行為人之目的。因此，在探討善意義務之司法審查標準上，應可著眼於善意義務較注意義務所確立的「重大過失」審查標準更高的惡意程度，與過失或重大過失程度作區別，學者舉出德拉瓦州最高法院在 1997 年 *Scattered Corp. v. Chicago Stock Exchange*²⁸⁸ 以及 1996 年 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 判決見解，認為善意義務之司法審查標準可能定位在極重度過失（severely reckless）或接近故意（seemingly intentional）的程度²⁸⁹。

第三目 經營判斷原則之適用

在 2005 年德拉瓦州衡平法院作成 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決²⁹⁰ 中說明，所謂基於善意而執行職務，係指董事必須隨時基於誠信目的且為公司之最佳利益或福祉執行其職務，而經營判斷原則提供董事經營行為滿足善意要求之推定性保護，一旦原告股東提出優勢證據（preponderance of the

²⁸⁷ See Gold, *supra* note 171, at 402.

²⁸⁸ *Scattered Corp. v. Chicago Stock Exchange*, 701 A.2d 70 (Del. 1997).

²⁸⁹ See Sale, *supra* note 142, at 131.

²⁹⁰ See *supra* note 109, at 755.

evidence)證明董事系爭行為屬惡意行為，即可推翻經營判斷原則之推定性保護。然而對於原告股東應提出何種證據以證明惡意，衡平法院並未加以著墨，在2006年德拉瓦州最高法院對於該案作成之判決中，關於善意義務違反之司法審查標準，則隻字未提。

在善意義務違反之主張中，通常均肯定應有經營判斷原則之適用，在1993年德拉瓦州最高法院作成之 *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* 判決中，明白表示股東提起股東代表訴訟挑戰董事之系爭經營決定時，該經營決定應先受到經營判斷原則之推定性保護，此際董事之責任標準為重大過失標準，原告股東則必須主張並證明董系爭經營決定違反忠實義務之三種類型——即注意義務、忠誠義務或善意義務——之一，以推翻經營判斷原則之推定性保護，如推定性保護被推翻，則舉證責任轉至被告董事一方，董事必須證明系爭經營決定並未違反忠實義務之要求，此時的司法審查標準為整體公平性標準，被告董事必須證明系爭經營決定係對於公司及其股東整體公平的²⁹¹，被告董事必須同時證明系爭經營決定或交易行為係滿足「公平交易」及「公平價格」之要求²⁹²。

第四目 通常過失標準之適用

德拉瓦州法院與學說通說在違反注意義務或善意義務之情形中，於經營判斷原則受推翻後採取整體公平標準之見解，亦受到少數學者之批評，學者認為將為違反忠誠義務量身打造的司法審查標準適用到注意義務或善意義務違反之情形中並不適當，因整體公平審查標準與欠缺注意程度要求或惡意行為之關連性相當薄弱，而提出以下二理由以支持其見解：首先，違反注意義務或惡意行為之事實所涉及者並非系爭經營決定行為公平與否之問題，而是因系爭董事或董事會在經營決定上之誤判而導致公司受有損害；其次，整體公平審查標準所帶來的損害填補方法亦在違反注意義務或善意義務之情形中將造成適用上之困難，學者認為在

²⁹¹ See *supra* note 13, at 361.

²⁹² See *supra* note 207.

整體公平審查標準之下，損害填補的目的乃是在回復被告董事因系爭不當經營行為所取得之非法所得利益以及因該利益所衍生之其他利益，以回復系爭利益衝突交易前之公平狀態，故違反忠誠義務之損害賠償方法為利益之返還，然而在違反注意義務或善意義務之情形中，被告董事通常不因而取得不法利益，以返還所得不當利益之賠償方法難以認為係董事未因系爭不當經營行為取得任何不法利益情形的適當損害賠償方法²⁹³，通常以損害賠償作為其損害填補手段。

此外，學者主張經營判斷原則本身並非司法審查之標準，推翻經營判斷原則之推定不直接構成責任，經營判斷原則僅是司法面對企業經營專業之主動退讓與自我設限，將經營判斷排除於司法評價範圍之外，避免由不具備經營專業之法院對於企業經營事項進行事後的二次評價。因此，經營判斷原則構成公司股東挑戰董事或董事會經營決定之第一道門檻，當原告股東順利推翻該原則之保護後，法院即有必要進入董事經營決定是否違反忠實義務之審查，以決定是否構成責任。在董事受到經營判斷原則之推定性保護下，董事仍應具備最基礎的注意程度，在德拉瓦州法院實務下所發展出來的即為「重大過失」標準，然而在經營判斷原則受舉證推翻後，系爭經營決定之可非難性顯然較高，以致法院無須再為退讓，或甚至應積極挺身而出進行責任構成與否之認定，則此際之司法審查標準，應回歸到代理理論中的通常過失標準。

因此學者主張，在違反注意義務或善意義務之情形，應不適用整體公平性司法審查標準，對於原告股東主張並舉證推翻經營判斷原則之推定後，基於董事與公司間之法律關係向來被理解為代理關係，應回復到一般代理關係責任構成標準之「通常過失（ordinary negligent）」標準。

第三項 非獨立義務說

非獨立義務說下，不論是上位概念說、忠誠義務的附屬責任說、修辭手段說，

²⁹³ See Bainbridge, Lopez & Oklan, *supra* note 185, at 31.

均立於傳統注意義務與忠誠義務二分法之忠實義務範疇，對於善意義務之解釋亦內化於注意義務或忠誠義務之內容中。在行為標準的討論上，非獨立義務說在肯定善意義務作為忠實義務內涵之一部分之見解與獨立義務說無異，然認為善意義務之實踐應屬注意義務或忠誠義務之行為要求之一環，而非一個獨立的義務類型要求，因此善意義務行為之要求通常被認為已在注意義務或忠誠義務之行為標準中得到滿足；至於在司法審查標準上，因善意義務之違反在非獨立義務說下被否定作為一個獨立忠實義務類型的地位，違反善意義務本身不當然構成任何責任，而甚少討論到司法審查標準之架構，惟在忠誠義務的附屬責任說中，因將善意義務認定為忠誠義務之內涵之一，違反善意義務即同時構成忠誠義務要求之欠缺，然而傳統忠誠義務之司法審查標準難以直接適用到善意義務違反之行為態樣，因此有針對善意義務違反另行設計適宜的司法審查標準之必要，故在本項司法審查標準討論一款中，擬以忠誠義務之附屬責任說為主討論之。

第一款 行為標準之討論

在上位概念說與修辭手段說中，均將善意義務認定為涵蓋注意義務或忠誠義務內涵的要求或解釋方法之一，因此善意義務之實踐在注意義務或忠誠義務之具體行為要求被履行時即同時受到滿足，此等見解相當於傳統契約論者對於善意之解釋，在上位概念說與修辭手段說下，善意義務不在傳統忠實義務範疇外另增加額外的具體行為要求，因此，關於善意義務之行為標準，悉仰仗傳統注意義務與忠誠義務之履行。

至於忠誠義務的附屬責任說，將善意義務納入忠誠義務之範疇中，使忠誠義務除傳統的消極避免個別董事與公司間利益衝突產生之行為要求外，另增加積極的善意執行職務之要求，主張忠誠義務之附屬責任說之學者，雖有德拉瓦州衡平法院見解之支持，然而其對於忠誠義務之解釋已逾越通說認知，而必須進一步在傳統忠誠義務之範疇之外，另外闡釋善意義務之具體行為要求。學者在分析善意

義務在德拉瓦州衡平法院之實務發展以及最高法院所做成 Stone v. Ritter 判決中對於善意義務之解釋，認為善意義務在廣泛的忠誠義務範疇中，提供一個概念架構，以使納入傳統忠誠義務所無法涵蓋的可非難行為類型。系爭可非難行為類型，學者認為可概括分為以下三種：結構偏頗（structural bias）²⁹⁴、雖存在董事或經理人個人利益但基於公司核心考量而認定不適宜作為傳統忠誠義務違反情形審查、非法行為²⁹⁵。

第二款 司法審查標準之討論

上位概念說與修辭手段說對於善意義務之解釋既已附麗於傳統注意義務與忠誠義務之領域內，違反善意義務本身並不直接構成責任，唯有在特定違反善意義務之行為同時構成注意義務或忠誠義務之違反時，始依注意義務或忠誠義務之司法審查標準判斷是否構成責任，因此在上位概念說與修辭手段說下，欠缺討論善意義務之司法審查標準之餘地。

在忠誠義務的附屬責任說下，善意義務作為忠誠義務之內涵之一，該學說雖認為善意義務違反本身亦不直接構成任何董事個人責任，然而該欠缺善意之行為即同時構成忠誠義務之違反，而可能構成忠誠義務責任，惟在責任構成與否之司法審查上，適用於傳統忠誠義務之利益衝突關係下之整體公平性標準，是否能直接適用於不存在利益衝突之善意義務違反情形，非無疑問，更重要的是傳統忠誠義務違反情形所適用之利益吐出之損害補償方式，在行為董事個人不必然取得個人利益之違反善意義務情形中，亦造成適用上之困擾。此點向來為獨立義務說學者抨擊忠誠義務的附屬責任說之攻擊重心。

²⁹⁴ 所謂「結構偏頗」，係指對於其他董事或經理人的過度尊重（excessive deference），亦即在經營判斷之決定上，縱不存在董事個人直接利益關係，亦可能基於董事或經理人間之關係，而做成有問題的經營決定，例如一個友好的董事會（cronystic board）所做成的經營決定，學者指出 In re Walt Disney Company Derivative Litigation 案即是典型案例，被告 Michael Ovitz 是否因身為 Disney 公司執行長 Eisner 之長年好友之親密身分而取得優遇的聘僱契約與解約賠償金等，是該案的重點之一，See Hill & McDonnell, *supra* note 213, at 851-55.

²⁹⁵ See Hill & McDonnell, *supra* note 184, at 1780-81.

支持忠誠義務的附屬責任說學者針對上開抨擊則認為，在原則上肯定董事或經理人僅負有單一的忠實義務之大前提下，忠實義務下分為注意義務與忠誠義務，在注意義務之司法審查標準中，為尊重經營專業與決策特性，避免司法介入二次判斷並鼓勵有能之人擔任公司經營要職等多元目的下，對於注意義務之司法審查標準是用相對較寬鬆之責任認定，採取遠較一般代理關係之通常過失審查標準為低的重大過失標準²⁹⁶；在典型忠誠義務之司法審查標準中，因無上開考量且涉及行為董事或經理人與公司間存在之利益衝突關係，所採取的是最嚴格的整體公平性標準。然而忠實義務之司法審查標準應呈現一個光譜型的流動，在重大過失標準與整體公平性標準間的中間地帶，亦即忠誠義務範疇下非屬典型忠誠義務之其他義務類型（如本文之善意義務），其所應適用之司法審查標準應介於最寬鬆的重大過失標準與最嚴格的整體公平性標準之間，依具體行為類型之不同適用不同程度之司法審查標準，學者並援引若干德拉瓦州法院判決之實例，嘗試依具體事實之不同排列不同寬嚴程度之司法審查標準，藉由善意義務司法審查標準之建構，拓展並合理化中間標準之類型，以填補傳統忠實義務之漏洞且確保董事或經理人以誠實目的與保護公司利益之認識為執行業務行為²⁹⁷，關於忠誠義務說之附屬責任說下的忠實義務內涵與其對應的司法審查標準，可嘗試整理如下表格：

²⁹⁶ 關於注意義務之司法審查標準，有學說認為應係指經營判斷原則，然而經營判斷原則僅在進行注意義務違反與否之司法審查情形中提供對於被告董事一方有利的推定性保護，不直接構成責任成立與否之關鍵，在原告董事舉證推翻該推定時，亦不直接構成董事責任之成立，其效果僅是使違反注意義務責任成立與否之認定回到未受推定之狀態，唯有在證立系爭董事經營決定存在重大過失時，始構成違反注意義務之責任，因此本文認定經營判斷原則係欠缺企業經營專才避免對公司經營決定作二次判斷之自我讓步或棄權（abstention doctrine），注意義務之司法審查標準應為重大過失標準。See Bainbridge, *supra* note 191, at 6-8.

²⁹⁷ See Hill & McDonnell, *supra* note 184, at 1796.

圖表 1

忠實義務內涵	忠實義務		
	注意義務	忠誠義務	
		善意義務	典型忠誠義務
司法審查標準	重大過失標準	具體認定	整體公平性標準

在忠誠義務之附屬責任說中，學者提出德拉瓦州法院在若干具代表性的忠實義務案件中之見解，以嘗試整理德拉瓦州法院對於具體不當經營行為之司法審查標準之寬嚴，例如在 *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 判決中，因該案件爭執核心在於董事監督功能之不彰與內部控制制度之欠缺，且系爭不法行為之行為人係公司內部實際執行職務之經理人而非行使監督權限之董事，故在此事實類型之責任認定應較接近於注意義務之重大過失標準，而採取相對較寬鬆的司法審查標準；在 *In re Walt Disney Company Derivative Litigation* 判決中，因該判決爭點之一在於董事報酬之認定，涉及相當高度的結構偏頗問題，需要一個公平程度之審查(a fair degree of scrutiny)，但因報酬決定係一不可避免、頻繁地且重複性的決定，過度嚴厲之司法審查將造成對董事會經營決定之過度干預，因此對於董事報酬決定之標準在司法審查程度的光譜中，應處於距離注意義務之重大過失標準不遠的位置；而在於公司董事會針對公開收購所採取之防禦措施是否違反忠實義務之案件²⁹⁸中，因公司經營權變動本身即產生董事會的結構偏頗與可疑動機，但經營權變動與針對公開收購案所採取的防禦措施於特定情形下均可能

²⁹⁸ 關於抵抗敵意併購之防禦手段是否違反董事忠實義務之案件，學說提出德拉瓦州最高法院所作成的 *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985)與 *Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holding, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1986)為例，在 *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.* 判決中，最高法院主張唯有在系爭公開收購行為已威脅公司政策且該防禦手段係符合比例且合理的，董事會始得採取防禦手段，此即適用於敵意併購防禦手段司法審查之「Unocal 標準」；在 *Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holding, Inc.* 判決中，最高法院認定董事會出售公司時，其義務即由善意管理人轉換為公正的拍賣人，其具體義務要求即從維護公司存續轉變為謀求最高價出售以確保公司股東利益，故應擇出價最高者出售之，此即適用於出售公司的「Revlon 標準」。

被認為具備正當性，欠缺公司經營專才之法院難以判斷特定情況下的經營權變動究竟應被鼓勵或勸阻，因此法院對於經營權變動事件之審查，不宜過度強勢；此外，在針對股東在提起代表訴訟前要求公司向特定董事提起訴訟時，董事會設立特別訴訟委員會以審查系爭訴訟利弊並判斷不宜提起該訴訟時²⁹⁹，因董事會設立特別訴訟委員會之行為具有強度的結構偏頗，法院應具有通常程度以上之嚴格司法審查標準來判斷委員會之決定是否違反忠實義務，因此在審查標準的光譜上，會更接近於典型忠誠義務所適用的整體公平性標準³⁰⁰。因此，在忠誠義務的附屬責任說之理解下，上開忠實義務司法審查標準表格，可針對關於忠誠義務之司法審查標準（特別是善意義務違反部分），進一步整理如下表：

圖表 2

忠誠義務類型	忠誠義務					
	善意義務					典型忠誠義務
司法審查標準	案例	Caremark	Disney	Unocal、Revlon	Zapata	整體公平性標準
	事實類型	監督權限不彰	董事報酬	敵意併購防禦手段	公司對董事訴訟之審查	
	寬 ←—————→ 嚴					

第四節 善意義務對於忠實義務之衝擊

善意義務是契約法下之基本概念，長久以來亦為公司負責人忠實義務之內涵之一，在德拉瓦州最高法院嘗試將善意義務提升到與注意義務、忠誠義務地位相

²⁹⁹ Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779 (Del. 1981).

³⁰⁰ See Hill & McDonnell, *supra* note 184, at 1796.

當之獨立忠實義務類型時，善意義務擺脫以往附屬於注意義務或忠誠義務的行為要求之次要地位，而成為對於董事行為的義務類型之一，在違反忠實義務之責任判斷上，善意義務在近年實務界之發展更引發軒然大波，不論是德拉瓦州最高法院所採取的獨立義務說見解，抑或衡平法院認定善意義務作為忠誠義務內涵之一之見解，都使得欠缺善意的不當經營行為可能構成公司負責人之個人責任，致使公司負責人之責任在傳統注意義務或忠誠義務違犯之外面臨重新調整，對於傳統忠實義務之理解造成衝擊，不僅在公司負責人履行忠實義務之行為要求上應對於善意義務的新風貌有所認識，在法院進行不當經營行為是否違反忠實義務之司法審查時，亦必須留意善意義務是否影響責任之構成。

關於善意義務在近年司法實務與公司經營現狀所帶來之衝擊，嘗試整理如下：

第一項 法律不確定性

在 2001 年安隆案與世界通訊案爆發後，董事責任引發社會重大質疑與反省，對於董事求取實際損害賠償之救濟方式，亦無可避免地導致公司董事傾向風險趨避之保守態度，特別是針對不涉及公司經營業務卻仍因公司經營弊案而應負鉅額損害賠償責任之外部董事，其影響更是巨大，學者認為安隆案與世界通訊案對於公司董事個人求償鉅額損害賠償之發展，表現出公司董事會成員將被要求對於監督不善應承擔更高個人責任之公司不當經營情況之衝擊，此衝擊直接改變公司董事根本上對於風險認知的事態，包括雖勤勉追求公司最佳利益之外部董事，仍可能必須憂慮如上開金融弊案的和解手段可能導致其面臨惡性極度輕微案件之責任追究³⁰¹。

而儘管在近年重大企業弊案之影響與德拉瓦州關於忠實義務法規之混淆複雜狀態之下，德拉瓦州法院向來費心於強調公司董事所面臨的個人支付賠償責任

³⁰¹ See Bruner, *supra* note 141, at 1176-77.

之低風險，避免使公司董事個人財產暴露於經營責任之高度風險中。在善意義務日漸備受重視並被認定為一個獨立的忠實義務類型甚至是一個獨立的請求權基礎時，直接引發的結果之一是公司負責人將暴露於一個新的責任風險，在此理解下，學者指出善意義務可能是造成公司負責人進行經營判斷之困擾與焦慮之來源³⁰²。除了前揭行為要求內涵部分，另外從更基礎的層面來說，公司負責人之主觀善意之判斷標準，可能迫使法院必須重行思索公司法制與忠實義務之界線，加上近年來德拉瓦州法院與立法者在公司負責人忠實義務見解上之不一致，導致學說架構之自我矛盾，最後甚至犧牲了德拉瓦州公司法制發展中所自豪的「明確」且「可預測性」之優點，導致適用法律者無所適從，反而構成法律之模糊地帶，增加法律適用之不確定性與難度，無可避免地導致司法錯誤之風險產生³⁰³。

第二項 限制董事會經營判斷之裁量權限

在前揭法律不確定性增加的認識下，公司負責人對於所負忠實義務之具體內容與其界限之認知即直接受到挑戰，公司負責人對於其所負之善意義務內容欠缺具體認識，僅知悉善意義務將使其暴露在新的賠償責任風險中，導致公司負責人在經營業務上窒礙難行，而善意義務責任構成標準之不明確性亦導致因不當經營行為而受有損害之公司或其股東積極提起股東代表訴訟以請求救濟，然而此種增加訟累之救濟手段，亦造成董事會在經營事項上之裁量權限受到相當程度之限縮，董事會可能因無法預測何種經營決定將受到公司或其董事之挑戰並進一步被法院認定為違反善意義務要求而應負個人責任，而限縮其裁量權限，導致經營決策趨向保守，公司經營之活性大減，實非公司或其股東、甚或社會大眾之福。

第三項 排除經營判斷原則之過度保護

如本章第一節所述，在經營判斷原則確立後，董事權限與其責任面臨重行調

³⁰² *Id.* at 1173-75.

³⁰³ *See Gold, supra note 171, at 435.*

整其平衡點之必要，而經營判斷原則在訴訟程序上所賦予公司負責人之推定性保護，使公司負責人違反注意義務之責任構成難度提高，導致公司負責人權限與責任之天平在特定情況下產生失衡之可能性，而在此種情況下，善意義務即可能推翻經營判斷原則對於公司負責人之過度保護，扮演導回平衡點之角色。

然而另一方面，經營判斷原則對於公司負責人經營決定之保護，在法院一再退讓並尊重作為經營專業之公司負責人經營決定之情況下，經營判斷之範圍漫無邊際，公司負責人得以輕易將系爭經營決定行為解釋為出於公司利益最大化目的所為，亦即，即使系爭經營行為包含其他非為優先公司利益最大化之目的、亦或有超過公司利益最大化之更直接的目的，例如在敵意併購情形下為鞏固經營權、或其他利益第三人之經營決定等，只要系爭經營決定仍包括增進公司利益之目的，公司負責人仍可輕而易舉使用經營判斷原則將系爭經營決定解釋為符合注意義務之要求，尊重經營專業之法院則往往從善如流接受經營者之主張。類此經營判斷原則適用上之發展造成公司或其股東在主張系爭經營決定違反注意義務之訴訟中，遭受到事實認定與程序上舉證分配之不利，對於公司負責人之經營決定之過度保護，更造成其經營權限與經營責任有失衡之虞，導致不當甚或錯誤之經營決定仍可能受到經營判斷原則之保護而不被認定違反注意義務，有超越社會投資大眾對於經營判斷原則適用範圍之期待之虞。

而在以往經營判斷原則之適用上，善意本即適用前提之一，學說與實務早有共識，然以往對於善意之內涵並未詳加著墨，往往僅以主觀上欠缺惡意即輕描淡寫帶過，對於善意之具體積極內容或類型之討論則付之闕如，在近年來法院與實務提升善意義務之地位並積極討論其內涵之風潮下，善意義務之樣貌漸趨明朗，在善意義務的範圍與內涵更形明確之下，相對地欠缺善意之情況更可被清楚界定，如此即可在判斷經營決定是否合乎忠實義務要求之前階段，即直接將欠缺善意之經營決定排除於經營判斷原則適用之外，以避免公司或其股東在系爭經營決定之司法審查上遭受經營判斷原則過度保護之不利益。

第四項 法院彈性審查空間

在德拉瓦州最高法院與如上有力學說支持下，善意義務作為一個獨立忠實義務類型之見解已受到相當程度之肯定，縱現階段中尚難謂構成共識，然而在訴訟實務上早已受到股東代表訴訟之原告股東積極提出各類型之不當經營決定行為挑戰法院對於善意義務之見解，並刺激實務對於善意義務內涵與其範圍認定之累積。

如在獨立義務說之前提下，善意義務作為一個獨立忠實義務，善意義務之違反即作為一個獨立的請求權基礎之可能性，假若肯定善意義務之違反確實可構成系爭責任，則善意義務之司法審查標準應如何建構即為司法實務處理善意義務問題時最迫切面臨之挑戰；縱使在否定善意義務作為獨立義務類型之各種非獨立義務說見解下，善意義務仍被肯定在違反注意義務或忠誠義務之司法審查上扮演舉足輕重之角色，而可能影響責任構成與否之認定，因此善意義務在司法審查上仍可提供相當彈性之審查空間，在獨立義務說下尤其是，在非獨立義務說下亦然，近年來備受實務與學說見解關愛之善意義務，提供法院在系爭經營決定是否違反忠實義務之司法審查階段中，在僵化的注意義務與忠誠義務司法審查判斷下，更具備彈性的審查標準或考量要件，以因應不同類型之具體事實。

第五項 增加訟源與訴訟成本

鑒於傳統忠誠義務將適用範圍侷限於行為董事與公司間有利益衝突之情況，而注意義務之違反在訴訟程序上又有經營判斷原則之保護，且若公司章程訂有董事免責條款則向行為董事主張注意義務違反根本無實益，公司股東對於欠缺利益衝突但顯然不當之經營行為所導致公司受有損害，將遭受求償之困難，此際德拉瓦州法院實務對於善意義務之重視，為受害公司及股東開了一扇窗，無法經由注意義務或忠誠義務之主張求償的股東，在被日漸重視的善意義務上發現一絲

希望。

善意義務具體內容之不明確性導致系爭不當經營行為是否被認定為「惡意」行為而排除於董事免責條款適用之外欠缺判斷標準，因此在遭遇不當經營行為時，善意義務之不明確將可能誘使公司股東在訴訟中積極主張善意義務之違反以試探善意義務概念之界線，而被告董事在主張善意義務違反之訴訟中更難以成功主張駁回原告請求³⁰⁴。

然而善意義務之定位與內涵欠缺明確性，乃是法律概念發展尚未健全的途徑中無可避免的必經過程，不論是獨立義務說或非獨立義務說均肯定善意義務對於填補公司負責人忠實義務內容闕漏之實益，而對於其定位、行為標準及司法審查標準尚無定見，尚待法院實務與學說討論之交相衝擊磨合，以尋求對於善意義務共識之形成。在邁向共識之過程中，適用法律者積極試探或挑戰該法律概念之界線或實益，乃是可預見的必經階段，經由實務訴訟之挑戰，得以使善意義務之內涵更迅速探究，在歷經學說與實務一連串的碰撞與試誤後，始能成就圓融的法概念。因此，學者指出善意義務之偏重可能導致增加訟源與訴訟成本雖屬明確，然該過程並非漫無實益，而係善意義務發展中必然無可倖免的過渡階段，在善意義務之定位與內涵日趨明確後，無謂的訴訟案件即相形式微，筆者樂觀以為善意義務不致長久地造成法院訴訟量之負擔。

第五節 小結

善意義務在近年來美國公司法學說討論上，是一個備受學者重視的主題，在傳統忠實義務類型的注意義務與忠誠義務均已發展到內容完備架構清楚的情況下，一般注意義務與忠誠義務之內容顯已無法容納現代瞬息萬變的企業經營實務下所面臨的形形色色經營行為問題，難以滿足學者對於公司負責人經營行為之要求與期待，而善意義務則如同一塊存在已久卻未開發的處女地，吸引著學者探索

³⁰⁴ See Bainbridge, Lopez & Oklan, *supra* note 185, at 34.

的目光，學者嘗試將無法由傳統的注意義務或忠誠義務範圍所涵蓋的不當或錯誤經營行為之類型，經由善意義務之解釋而使以忠實義務繩之，除作為公司負責人具體經營行為要求外，在公司負責人對公司所負責任上，亦提供新的責任基礎之可能性。不論在行為標準或責任構成與否之司法審查標準上，善意義務提供了一個新的忠實義務的詮釋方法或適用可能性。

學說上關於善意義務之見解雖各說紛陳尚無定論，甚至在最基本的定位上尚且無法形成共識，然而不論是肯定善意義務作為獨立忠實義務類型之獨立義務說，抑或否定善意義務獨立性之各種非獨立義務說之見解，儘管在善意義務之定位與內容上各執己見，對於善意義務在公司負責人忠實義務中之重要性則當無疑問地均與以肯定。縱使在善意義務之定位或內涵上尚待學說討論發展以架構縝密且明確的理論基礎，然而在現階段可以肯定的是，以實務上若干具體事例所堆壘出之善意義務理論雖嫌單薄，卻是近代公司治理討論上，關於公司負責人之經營權限與經營責任之抗衡上所不可或缺的關鍵，善意義務在公司負責人權限日漸擴張之現狀下，被期待扮演阿基里斯腱的制衡功能。

而伴隨著善意義務發展所出現的，是實務上面對不熟稔的法律概念之不安與抗拒感，本章第四節所討論關於善意義務對於傳統忠實義務之衝擊，即建立在此不安與抗拒感上。善意義務衝擊既有忠實義務概念之原因，一言以蔽之，即「不確定性」問題。因為發展尚屬起步，在定位與內容上之不明確造成公司負責人遵行上的困擾，亦使得公司或其股東在遭受不當或錯誤經營決定導致之損害，而欲提起訴訟救濟時，面臨到善意義務解釋之問題，然而類此實務上所面臨之窘迫，不難理解為是新興法律概念或義務發展時所必然面臨之問題，善意義務雖為契約法上常年耳熟能詳之概念，然而在公司負責人忠實義務之討論中，顯然是近年來才萌芽茁壯的新面孔，與其擔憂目前因義務內容不明確所必然導致之適用上混亂窘境，毋寧以更樂觀的態度，在活躍且紛亂的實務發展中，汲取箇中精華，以釐清善意義務之輪廓與樣貌。

第四章 日本法上之董事忠實義務之樣貌

與我國同為美國公司法制下公司負責人忠實義務與責任制度之繼受國，日本公司法在制定與修正時亦受到美國法制之深刻影響，近年來日本商法及公司法更屢次針對公司董事責任部分作成若干重大修正，以期更契合社會大眾與企業實態之期待，基於法令規範類似且經濟環境互動頻繁等因素，日本公司法制規範往往成為我國法令修正檢討上之參考方向，本章擬經營介紹日本法上董事忠實義務之內涵與責任制度之樣貌，並探討日本對於美國法下董事免責制度與經營判斷原則之內涵之改良，供作我國董事責任制度檢討參酌。

第一節 日本法上公司董事對公司所負義務

日本公司法對於股份有限公司董事對於公司所負義務之規定，與我國公司法規定相當類似，而董事在公司治理結構中扮演何種角色以及與公司間之法律關係等，因歷年來商法³⁰⁵、公司法等相關法規之修正而有顯著之變動。伴隨著董事角色之變化，董事對公司所負之義務態樣亦隨之不同，在討論日本公司法上董事義務之內涵時，當不能忽略在過去修法歷程中之演變。

在 2005 年以前關於公司所涉之基礎法令悉由商法規範之，董事義務亦然，日本法在董事義務規範上之修正，鑒於國內實務界之聲浪，於學說上被認為是「傾向美國化之公司法」之表現³⁰⁶。在商法制定之初，因規定公司董事與公司間之關係依民法委任之關係處理之，故公司董事基於受任人地位應負善良管理人注意程度之義務。在 1950 年商法修正時，新增忠誠義務之規定，其後在 2005 年公司法制定時，關於董事對公司義務之部分，則將舊商法規定移植，構成目前董事義務規範之架構，關於公司董事對公司所負之義務內容，依傳統見解大別為善良管理

³⁰⁵ 日本於 2005 年公司法制定後，原規定於商法中之公司法相關條文移植至公司法規範中，故本文所引用 2005 年前商法中關於公司法規之條文，擬以「舊商法」稱之。

³⁰⁶ 岩原伸作，会社法改正の回顧と展望，商事法務第 1569 號，頁 4，2000 年。

人注意義務與忠誠義務³⁰⁷，詳述如下：

第一項 善良管理人注意義務

在商法制定之初，規定股份有限公司之董事與公司間之法律關係，依民法委任處理之³⁰⁸，因此，董事基於委任契約中之受任人地位，應就公司經營事務負善良管理人之注意義務³⁰⁹，而關於該注意義務之程度，學者引東京高等法院於 1983 年判決中之見解，認為係指基於該董事之地位、狀況通常可期待之程度，如為特別基於該董事之專門能力而選任者，可期待水準應更高之³¹⁰。具體而言，即要求董事應對公司負有以相當注意程度遂行職務之義務，如無其他正當理由，應出席董事會，並以作成依法令或章程規定或股東會決議且為公司最大利益之經營決定為目的，應於董事會中陳述意見，說服其他董事並行使表決權，如董事會決議案違反法令或章程、或與公司最大利益不一致時，應陳述其修正意見³¹¹。

上開商法規定在 2005 年日本公司法制定時亦原封不動移植到公司法第 330 條，縱使公司董事或董事會在公司治理結構中之地位在歷次公司相關法規修正中與時俱進而伴隨著董事或董事會權限之變動導致董事所負義務或責任亦經多次調整，然而董事與公司間屬於民法委任之法律關係定位始終屹立不搖，善良管理人注意義務因而成為董事義務之核心要求。

另有學者將公司法第 330 條之董事善良管理人注意義務稱之為日本版的經營判斷原則，係在訴訟程序上關於董事責任構成與否判斷中，促使法院不事後地介入公司經營決定之基本原則，然而與美國法所肯認的經營判斷原則所不同的是，日本法院在判斷系爭經營決定是否違反董事注意義務時，對於該決定之內容

³⁰⁷ 堀越董，「取締役の義務と責任」，頁 2，稅務研究会出版局，1993 年。

³⁰⁸ 日本舊商法第 254 條第 2 項。

³⁰⁹ 日本民法第 644 條。

³¹⁰ 江頭憲治郎，「株式会社法」，頁 389，有斐閣，2006 年。關於東京高等法院之見解，參見東京高判昭和 58 年 4 月 28 日判時 1081 号 130 頁。

³¹¹ 並木俊守，「取締役の職責と取締役会」，頁 115，中央經濟社，1985 年。

以及其他一切情事，均有審查之權限³¹²，足見日本法雖肯定經營判斷原則之立意，然在經營判斷原則之適用上，已針對企業社會特性與司法審查判斷需求之不同，因應國情作成相當調整，並非照單全收，關於日本法對於經營判斷原則之解釋與適用情形，容待本章第三節說明之。

第二項 忠誠義務

第一款 忠誠義務之內涵

在 1950 年商法修正前之舊法規定，關於公司業務之執行，各董事均有單獨執行公司業務並代表公司之權限，即所謂個別單獨代表制。然而在 1950 年修正後，廢除個別單獨代表制，參考美國法引入董事會合議制，將公司業務執行之意思決定權限交由董事會決策³¹³，而基於該決定之業務執行行為或代表行為則由董事中選任代表董事擔任之，非代表董事之其他董事則扮演參與董事會意思決定並監督代表董事業務執行之功能³¹⁴。在採取董事會合議制之外，並進一步擴大且強化董事會權限³¹⁵，將舊法下屬於股東會權限的新股發行、公司債發行等權限，以及屬於監察人權限的業務執行監督權限移轉於董事會，達到慎重且適當的執行權限之目的³¹⁶。而在擴大董事權限之際，對於董事義務之要求亦隨之提升，忠誠義務的概念即在此想法下被引進，在既有善良管理人注意義務之外另增加新的行為要求義務以因應董事權限之擴大。

因此 1950 年商法修正時即新增第 254 條之 2 規定：「董事應負遵守法令、章程及股東會決議，為公司忠實執行其職務之義務。」³¹⁷參照新增本條之立法理由，係參考美國法制，導入董事會制度，強化董事權限，並因應董事權限之擴張依美

³¹² 神田秀樹，前揭註 312，頁 197，弘文堂。

³¹³ 商法第 260 條。

³¹⁴ 酒卷俊雄，「取締役会の機能と運営」，頁 4-6，商事法務研究会，1986 年。

³¹⁵ 山口幸五郎，「会社取締役制度の史的展望」，頁 320，成文堂，1989 年。

³¹⁶ 加美和照，「会社取締役法制度研究」，頁 197-198，中央大學出版部，2000 年。

³¹⁷ 本條規定於 1981 年商法修正時調整為第 254 條之 3。

國法規定強化其義務，而增加忠誠義務之要求³¹⁸，要求董事在執行職務時應以追求公司最大利益為目的，不得利用地位為追求自己或第三人之利益而使公司受損害或犧牲公司利益，或利用董事地位謀求自己或第三人之利益³¹⁹，然而學說認為縱使在 1950 年商法修正之前欠缺忠誠義務之明文規定，避免為自己或第三人之利益而犧牲公司利益之要求，亦應解釋包含在善良管理人注意義務之下³²⁰。

第二款 忠誠義務與善良管理人注意義務間之關係

在 1950 年日本商法引進忠誠義務概念後，關於忠誠義務與善良管理人注意義務間之關係應如何處理，在學界引發相當踴躍之討論，依照對忠誠義務定位之不同，又可分為同質說與異質說³²¹，法院實務認為所謂忠誠義務僅是善良管理人注意義務之重申與進一步明確化其內容，並非伴隨通常委任關係所出現之善良管理人注意義務以外之其他的、更高度的義務類型³²²，亦即所謂忠誠義務與善良管理人注意義務「同質說」之見解³²³。自日本最高法院在 1970 年於判決中揭示同質說見解以來，同質說即奠立其通說地位，實務界奉為忠誠義務處理之圭臬，同質說學者認為忠實執行職務之義務與本於善良管理人之注意執行職務之義務，均為要求董事應慎重且誠實地執行公司業務，在商法修正擴大董事權限之際引入忠誠義務概念，解釋為僅為原本之董事一般義務之明確化已足³²⁴，在理論上縱使可將善良管理人注意義務與忠誠義務分為二獨立義務類型，然現實上並無區分實益，因董事違反忠誠義務之行為亦同時構成委任契約下善良管理人注意義務之違反³²⁵。然而此種解釋方法卻可能使忠誠義務之規定形同具文，而無法達到商法修法理由中期望在擴張董事權限同時增加其義務以達到權限與責任制衡目的之

³¹⁸ 加美和照，前揭註 316，頁 199。

³¹⁹ 並木俊守，前揭註 311，頁 116。

³²⁰ 藤田友敬，忠實義務の機能，法協第 117 卷 2 號，頁 158，2000 年。

³²¹ 新谷勝，「株主代表訴訟と取締役の責任」，頁 67-72，中央經濟社，1994 年。

³²² 最判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号 625 頁。

³²³ 關於同質說之見解，參見：王君，「信認義務の理論的基礎—アメリカ法を中心にして」，頁 202，早稻田大学出版部，1991 年。

³²⁴ 森本滋，取締役の善管注意義務と忠實義務，民商第 81 卷 4 號，頁 457，1980 年。

³²⁵ 新谷勝，前揭註 321，頁 70-71。

虞，而在商法將原本屬於股東會之諸多權限均交由董事會決策時，如未另課與其更高度之義務要求，與社會企業實務之認識亦將產生差距。

因此學說另發展出一套善意管理人注意義務與忠誠義務之解釋方法，傾向將忠誠義務之規範意義認定為董事基於委任關係所負善良管理人注意義務的強行規定³²⁶，而與善良管理人注意義務已為區別，即所謂「異質說」³²⁷。主張異質說之學者認為，商法新增忠誠義務之規定係參考美國法下忠誠義務之概念而來，其內涵為禁止董事利用其地位而為自己或第三人利益而犧牲公司利益，在董事與公司有存在利益相反之虞時，董事應優先追求公司之利益並為公司適切地執行其職務之義務，忠誠義務與民法委任關係發展下之善良管理人注意義務，在性質與適用範圍上均應認定為二個截然不同之義務³²⁸。為區別忠誠義務與善良管理人注意義務，異質說將善良管理人注意義務解釋為日本版的經營判斷原則，其內容較近於美國法下之注意義務，實務判決說明善良管理人注意義務在司法審查上之功能如下：「企業經營之判斷係以不確定且流動性高、複雜多樣之諸要素為對象，而需要專門性、預測性與政策性之判斷能力之綜合性判斷，而企業活動因以營利為目標，當然伴隨一定之風險。為使董事於企業活動中得以不退縮地專心經營，在其權限範圍內應肯認其具有裁量權。因此，關於董事業務是否違反善良管理人之注意義務或忠誠義務之判斷上，應以董事進行系爭行為之當時公司狀況或影響公司之社會、經濟、文化等情勢下，該公司所屬業界中之通常經營者應有之知識與經驗為基準，對於前提事實之認識有無不注意之錯誤以及基於該事實所進行之經營行為之選擇決定有無不合理之觀點，以判斷系爭行為是否應被評價為顯不合理」³²⁹，其所採取之判斷標準，與美國法經營判斷原則之考量相當，因此被評價為日本版之經營判斷原則。

³²⁶ 齋藤毅，*關連会社の救済・整理と取締役の善管注意義務・忠実義務*，判例タイムズ第1176號，頁75-76，2005年。

³²⁷ 山口幸五郎，前掲註315，頁364。

³²⁸ 森本滋，前掲註324，頁457。

³²⁹ 東京地判平成16年9月28日判時1886號111頁。

至於異質說下對於舊商法第 254 條之 3、公司法第 355 條「為公司忠實執行其職務之義務」規定之理解，係指不得將自己或第三人之利益置於公司利益之上之義務³³⁰，亦即美國法下忠誠義務之概念。雖亦有學者在解釋上開條文時使用「fiduciary duty」之用語³³¹，然從內容觀之，仍較接近於忠誠義務之概念，而非廣義的忠實義務內涵。此由擁護異質說之學者支持異質說之理由之一即在於義務主體之不同，認為董事與監察人均負有善良管理人注意義務，惟僅董事應負忠誠義務，對監察人並無忠誠義務要求之說明亦可窺之一二³³²。

近年來異質說已發展為關於善良管理人注意義務與忠誠義務解釋之有力說，在異質說下，可以概略地將日本公司法下之善良管理人注意義務與忠誠義務之規定，分別與英美法下之注意義務與忠誠義務相參照，善良管理人注意義務雖是由民法委任關係而來，然而董事所負之善良管理人注意義務之內容，可理解為本於善意為公司之最大利益執行職務，與英美法下注意義務之內涵相當，日本實務界亦在善良管理人注意義務違反責任構成與否之討論上，發展出日本版之經營判斷原則概念，關於其內容容待本章第三節討論。

第二節 董事對公司所負責任

第一項 責任內容

在 2005 年公司法制定前，關於董事對於公司所負之責任類型，依舊商法第

³³⁰ 神田秀樹，前揭註 312，頁 198；江頭憲治郎，前揭註 310，頁 390。

³³¹ 加美和照，「新訂会社法」，頁 303-04，勁草書房，2007 年第 9 版。作者說明日本公司法第 355 條之忠誠義務時，雖使用英美法下「fiduciary duty, duty of loyalty」之用字，然而由其所闡釋之內容如下：「董事於執行公司業務時，應為公司最佳利益，基於善意行使其權限，如公司利益與自己利益牴觸時，董事應優先追求公司之利益，不得利用其優越地位，犧牲公司利益而追求自己利益之義務……我國在昭和 25 年採用英美法之董事會制度，使董事會權限擴大後，有強化董事之義務與責任之必要，因此忠誠義務與善良管理人注意義務應解釋為不同性質之義務。亦即善良管理人注意義務係指董事在執行職務上所需注意程度之義務，忠誠義務則係指董事不得利用其地位犧牲公司之利益以謀求自己或第三人利益之義務……與董事忠誠義務相關之公司法其他具體規定為競業或利益相反交易之限制、董事報酬規定等……」，由上開內容觀之，可認為作者仍係將公司法第 355 條之董事義務解釋為忠誠義務，而非更廣泛的忠實義務。

³³² 戶塚登，取締役の忠實義務—善管義務とは性質を異にする，ジュリスト第 387 號，頁 66，1967 年。

266 條規定，包括：(一)違法分配利益、違法中間分配；(二)與股東權利行使相關之利益提供；(三)對其他董事提供金錢借貸；(四)董事與公司間之利益相反交易行為；(五)違反法令或章程規定之行為³³³，對應董事權限之強化同時藉由責任制度之整備抑制職務權限之濫用，以謀求公司、股東、債權人之保護³³⁴。上開第五種所稱之違反「法令」，除相關法令具體職務內容之規定外，並包括原則性的一般忠誠義務或善良管理人注意義務等規定³³⁵，故董事怠於執行其職務而造成公司損害者，應依上開第五種類型規定負賠償責任。如上開經營決定係經由董事會決議作成者，視為贊成決議之董事之行為³³⁶，至於責任態樣，通說認為前四類屬於無過失責任，違反法令或章程規定之行為則屬於過失責任，然而對於上開無過失責任之規定是否過於苛酷，學說上亦有不同見解³³⁷。此外，關於委員會設置公司之董事、執行經理人³³⁸之責任，依舊商法規定，於違法分配或違法中間分配、或與股東權利行使相關之利益提供等行為上，係採過失責任，相較於前揭一般董事之責任程度為低，而任務懈怠行為係基於董事會決議而作成之情形時，贊成該決議之董事視為行為董事，較前揭舊商法第 266 條規定為寬鬆。學者認為此係鑑於商法第 266 條在 1950 年修正時係基於期望藉由董事責任之嚴格性以填補業務執行監督制度不足之修正目的，在委員會設置公司之情形進行適當修正。

基於董事與公司間基於民法委任關係之下，董事違反應負之善良管理人注意義務或忠誠義務，自應依民法規定負債務不履行之損害賠償責任，此係民法一般原則，然而上開舊商法之董事責任規定，卻無法完全滿足上開原則要求，因此在 2005 年公司法制定時，即以舊商法第 266 條規定為主軸，基於上開理解，以過

³³³ 關於商法公司負責人對公司所負責任規定之變遷，參見：加美和照，前揭註 316，頁 204-05。

³³⁴ 加美和照，前揭註 316，頁 418-19。

³³⁵ 關於本條規定之「法令」，亦有不同見解認為應係指「商法與刑法等其他刑罰法規」，參見：久保利英明、中村直人、菊地伸，「取締役の責任—代表訴訟時代のリスク管理」，頁 90，商事法務研究会，1999 年。

³³⁶ 參照舊商法第 266 條第 2 項第 1 款。

³³⁷ 北村雅史，取締役の義務と責任，法學教室第 304 號，頁 43-44，2006 年。

³³⁸ 本文所謂「執行經理人」，原文為「執行役」，亦即「executive officer」，係在委員會設置公司中，由董事會所選任，並大幅委任業務執行決定權之機關，其目的在於補充董事會人數眾多集會不易無法做成迅速經營決定之缺陷，參見：江頭憲治郎，前揭註 310，頁 494、512-18。

失責任為原則進行大幅修正，將董事對公司所負責任類型，分為以下三類：(一) 任務懈怠；(二)關於股東權行使之利益供給；(三)剩餘金分配等³³⁹。

任務懈怠行為係指董事等機關³⁴⁰怠於執行其職務時，對於因此導致公司所受損害，應負賠償責任³⁴¹。公司法將上開舊商法規定下之第五種「違反法令或章程規定之行為」類型，改以「任務懈怠」之規定涵蓋之，並規定為過失責任³⁴²；至於因董事與公司間利益相反交易致公司所受損害，則推定為任務懈怠³⁴³，為自己之利益而為與公司利益相反之直接交易行為之董事，應負無過失責任³⁴⁴，且該責任不得為一部免除。

另外在利益提供上，董事對於股東權利行使，在公司或子公司計算中提供財產上利益之行為，除有證明關於其職務之進行並無怠於注意之情形外，應對公司負支付相當於所提供利益數額之義務³⁴⁵，採取無過失責任³⁴⁶。至於違法的剩餘金分配，在給付超過分配可能額度剩餘金之情形，董事應對公司負支付分配額度數額之義務，如可證明無過失時，免除其義務，採取過失主義。

如因上開責任類型行為之行為人為複數董事時，該複數董事對公司負連帶賠償責任³⁴⁷，如公司免除有責董事中之部分董事責任時，其餘董事在免責董事原應負擔限度內亦免除其責任。

³³⁹ 江頭憲治郎，前揭註 310，頁 422-30；神田秀樹，前揭註 312，頁 222-25。

³⁴⁰ 依日本公司法第 423 條第 1 項規定，所謂董事等機關，係指董事、會計參與、執行經理人、會計監察人等機關。日本公司法在對公司責任就上開機關作相同規範，學者認為係基於調整修正舊商法對於委員會設置公司及其他股份有限公司間之責任制度之不均衡之目的，參見：北村雅史，前揭註 337，頁 44。

³⁴¹ 參照日本公司法第 423 條第 1 項。

³⁴² 森本滋，会社法のもとにおける經營管理機構，商事法務第 1744 號，頁 33-34，2005 年。關於任務懈怠規定之修法歷程，參見：田中亘，利益相反取引と取締役の責任(上)—任務懈怠と歸責事由の解釈をめぐって，商事法務第 1763 號，頁 4，2006 年。

³⁴³ 參照日本公司法第 423 條第 3 項。

³⁴⁴ 參照日本公司法第 428 條第 1 項。

³⁴⁵ 參照日本公司法第 120 條第 4 項。

³⁴⁶ 神田秀樹，前揭註 312，頁 224。

³⁴⁷ 參照日本公司法第 120 條第 4 項、第 430 條、第 462 條第 1 項、第 464 條第 1 項、第 465 條第 1 項。

第二項 董事責任之減免

關於責任減免規定，在早期商法規定中相當嚴格，僅在全體股東同意之下始得免除，因條件過嚴實質成效不彰；然而在股東代表訴訟提起門檻不高，以致股東代表訴訟量增加，董事經常面臨遠高於其個人清償能力與報酬額度之鉅額損害賠償之請求，如下節所提及之大和銀行股東代表訴訟事件即為一著例³⁴⁸，因而有導致經營萎縮、董事傾向消極經營、甚至使擔任董事經營公司之意願低落導致公司求才無門等弊端之虞³⁴⁹，在 2001 年商法修正時，參考美國法規定，引進責任減免制度，使董事責任得經由一定程序之遂行予以免除或減輕，避免諸如上開弊端之產生³⁵⁰。

而於 2005 年公司法制定時，對於商法所定責任減免制度作成微幅調整，以使委員會設置公司與其他股份有限公司在董事責任處理上達到規範一致之目的，參考公司法制定要綱案，即說明公司法董事責任規範之原則在於，使董事在各自恪盡善良管理人注意義務之後即無須對於公司負損害賠償責任，邁向使經營上不過度保守之適當正確經營判斷與得以執行之環境³⁵¹。

第一款 責任免除

依舊商法第 266 條第 5 項規定，董事對公司所負責任之免除，應由全體股東同意為之，該條所謂全體股東之同意，同意方式不以經股東會決議為必要，股東個別同意已足³⁵²。在公司法制定時，亦將本條規定移植，作為免除董事責任之手

³⁴⁸ 田中亘，取締役の責任軽減・代表訴訟，ジュリスト第 1220 號，頁 32，2002 年。

³⁴⁹ あずさ監査法人，「新会社法による取締役・執行役・監査役実務のすべて」，頁 26，清文堂，2006 年。

³⁵⁰ 然而亦有學者認為，由日本股東代表訴訟發展之實際情況觀之，在股東代表訴訟中肯定董事責任之事例少見，對於公司經營失敗肯定公司負責人應負忠誠義務或注意義務違反責任之案件更為稀少，單以股東代表訴訟提起之踴躍與經營萎縮相連結，欠缺說服力。參見：末永敏和，企業統制に関する商法等の改正案要綱について，商事法務第 1528 號，頁 23，1999 年。

³⁵¹ 石塚洋之、三苫裕、玉井裕子、清水毅，企業統制(2)—取締役の責任、株主代表訴訟、監査役、会計参与、会計監査人，商事法務第 1720 號，頁 60，2005 年。

³⁵² 加美和照，前掲註 316，頁 426-27。

段³⁵³。

然而本條規定雖得以免除董事全部責任，但條件門檻過高，只要任一名股東反對即無法成立，可以預見唯在小規模股份有限公司中始有適用可能³⁵⁴，在股權分散投資人遍及的公開發行公司中，欲取得全體股東之同意幾乎難以想像，在實務上適用可能性不高。

第二款 責任減免

如前所述，在 2001 年日本商法修正之際，鑒於股東代表訴訟之蓬勃所導致之諸多弊端，使董事責任不得不面臨諸多調整，以維持公司經營狀態之正常化與專業人士擔任董事意願。而董事責任減免制度即在這樣的考量下參考美國法規定而新設，在公司法制定後，亦從善如流將責任減免制度移植。責任減免制度係指就董事對於公司所負之任務懈怠責任，如董事執行職務係善意或無重大過失之情形時³⁵⁵，得依下列方法免除其應負賠償額之一部份：(一)股東會之特別決議；(二)董事或董事會依章程規定所做成之決定；(三)責任限定契約。關於其內容簡單敘述如下：

第一目 股東會特別決議

依日本公司法第 425 條規定，針對董事因任務懈怠所生之責任，該董事於執行職務係基於善意或無重大過失³⁵⁶之情形，得經由股東會特別決議³⁵⁷，免除扣除

³⁵³ 參照日本公司法第 55 條、第 120 條第 5 項、第 424 條、第 462 條第 3 項但書、第 464 條第 2 項、第 465 條第 2 項。

³⁵⁴ 江頭憲治郎，前掲註 310，頁 426-27。

³⁵⁵ 在 2001 年日本商法引進董事責任減免制度之際，關於無責任減免制度適用之故意或重大過失情形，學者認為仍存在美國德拉瓦州公司法§102(b)(7)舉證責任應在原告股東或被告董事方之問題，鑒於原告通常主張系爭經營行為存在重大過失，其結果仍可能與商法改正前處於同樣的長期爭訟狀態。參見：野田博，エンロン後における取締役の信認義務議論の一断面—とくに取締役の責任免除規定との関係での展開を中心として，一橋法学第 3 卷第 2 號，頁 449，2004 年；神田秀樹、久保利英明、宮廻美明，「企業統治に関する商法改正の実務への影響」座談會，神田秀樹發言，商事法務第 1617 號，頁 18，2002 年。

³⁵⁶ 關於董事因輕過失不法經營決定對公司應負損害賠償責任，依本條規定亦有責任減免規定之

最低責任限度額後之部分賠償責任，關於最低責任額限度，則係以「董事作為職務對價所得之所有利益」作為計算標準³⁵⁸，亦即依法務省令所定計算方法，相當於該董事在其任職中從公司所收受之執行職務對價或應收受之財產上利益之一年度總額，依職位之不同乘以相當倍數所得之數額：代表董事或代表執行經理人為 6 倍，代表董事以外之其他董事（除外部董事）或代表執行經理人以外之其他執行經理人為 4 倍，外部董事、會計參與、監察人或會計監察人為 2 倍³⁵⁹。如該董事受有該股份有限公司之新股預約權時，最低責任額度限制為依法務省令所定方法計算，相當於該新股預約權相關之財產上利益之數額，亦即董事在就任後所實現之發行新股預約權的利益，應全數吐還。

第二目 章程所定事前免責

在設有二名以上董事之監察人設置公司或委員會設置公司中，得於公司章程中規定，對於董事任務懈怠之責任，如董事執行職務係善意或無重大過失之情形時，考量構成責任原因之事實內容與該董事執行職務之狀況或其他情事認有特別必要時，以前揭公司法第 425 條第 1 項規定之最低責任額度為限，經董事或董事會過半數之同意免除董事一部責任³⁶⁰。

適用，然學說認為鑑於輕過失經營決定亦可能對公司造成莫大損害，且以董事責任保險制度應已足因應，而認為輕過失經營行為適用責任減免制度之必要性薄弱，參見：末永敏和，前揭註 350，頁 24。

³⁵⁷ 參照日本公司法第 309 條第 2 項第 8 款。

³⁵⁸ 在商法修正案中，係以「報酬」作為免責額度計算基礎，因在日本通說、判例及舊商法第 269 條解釋下其範圍過於狹隘而備受批評，參見：浜田道代，企業統制と監査役制度・代表訴訟・役員の責任輕減，商事法務第 1528 號，頁 12，1999 年。

³⁵⁹ 然而上開董事免責規定之適用與責任額之計算，可能於受僱人兼任董事時產生疑問，關於受僱人在就任董事前基於受僱人身份所進行之不法行為，依董事免責規定之規範目的觀之，其規範對象限於董事，受僱人之不法行為無免責規範之適用乃屬當然之理，然而在受僱人同時兼任董事之情形，縱系爭不法行為係基於受僱人身份作成而認定為受僱人責任，仍有被視為董事責任之可能，因此是否有董事免責規定之適用即構成問題，學者認為因公司業務行為難以清楚劃分為董事行為或受僱人行為，在受僱人兼任董事之情形，對於受董事免責規定適用之董事不法行為，應非限於基於董事固有權限下之行為，而係以處於董事地位之人所進行之公司業務相關行為來理解較為妥適，此見解顯然大幅放寬受僱人兼任董事時之免責規定適用範圍，相關討論參見：江頭憲治郎、神作裕之、藤田友敬、武井一浩編著，「改正会社法七ミナ一企業統制編」，頁 13-29，有斐閣，2006 年。

³⁶⁰ 參照日本公司法第 426 條第 1 項。

此免責規定與前揭第一目之股東會特別決議免責之不同點在於，章程所定事前免責係在董事構成系爭任務懈怠責任以前即以章程規定之方式預先授與董事或董事會權限以免除行為董事之部分責任，屬於事前免責之類型，而與股東會特別決議在行為董事構成系爭任務懈怠責任後始進行是否免除其部分責任之事後免責方法不同。事前免責因在具體責任發生前即以章程排除責任，在股東會通過免責規定之章程條款時，關於具體責任發生之事實、損害額等尚無法作成決議，學者因此認為恐有超越股東預測免責範圍之疑慮³⁶¹，對於董事會是否能作成公正而合乎公司利益之免責決定亦有質疑³⁶²，然而責任減輕之目的乃在於給予董事安全感、防止經營萎縮，單以事後免責制度規範尚不足以紓緩董事對於經營責任之不安³⁶³，故事前免責規範有其合理存在必要。

第三目 責任限定契約

除了上開二類責任減免制度之方法外，立法者針對外部董事、會計參與、外部監察人、會計監察人等不直接參與公司經營之機關，考量其與公司經營關聯性之薄弱，如使其與直接執行職務或參與經營之董事負相同責任顯然有失公平，故允許公司於章程中規定得與上開外部董事等機關締結責任限定契約，約定關於其任務懈怠責任，如於執行職務時係善意或無重大過失，得以公司章程事前所定責任限度額度或公司法第425條第1項所定最低責任限度額中之數額較高者作為限定責任額³⁶⁴。

第三款 責任免除或輕減制度之檢討

關於董事責任免除或輕減制度，雖無可避免地使股東代表訴訟導正公司經營狀態與董事行為之成效大打折扣，然而針對因起訴門檻低而過度活躍的股東代表

³⁶¹ 島田公明，取締役の責任の制限および免除，福岡大法学論叢44卷3-4號，頁565，2000年。

³⁶² 末永敏和，前揭註350，頁24。

³⁶³ 田中亘，前揭註348，頁34。

³⁶⁴ 參照日本公司法第427條第1項。

訴訟導致公司董事動輒陷入漫無限制的高額損害賠償之風險中，對於董事漫無限制的民事責任之恐怖，導致董事在經營決定過程中過度採取風險迴避之態度，使企業經營面臨萎縮，繼而有造成社會不經濟之虞。

在 2001 年商法修正引進董事責任減免制度之前，日本學界對於是否採取美國制的責任減免制度，特別是章程之董事事前免責規定，即有相當之討論，其出發點在於注意義務違反之情形，董事係因經營判斷錯誤而使公司蒙受損害，使董事個人完全負擔起賠償公司所有損害之救濟方式是否為正確的解決方法，即存在檢討之餘地，縱使部分學者認為事前以公司章程規定包括性的免除董事責任之免責方式，從責任的抑制效果觀之其妥當性實有相當疑問³⁶⁵，即使是在引進董事責任減免制度之後，亦有日本學者認為董事責任減免制度以報酬為計算標準而經由事後股東會決議或事前的公司章程規定來限制董事責任之方式，從日本企業特性、忠誠義務之強行法規性質與公共政策等觀點觀之，並非無疑問。與其以立法方式一律許可董事責任限制，毋寧重視司法之角色，參照日本企業實態，在維持公平損害分擔觀點的同時，從日本法體系所添付的法解釋論，探討董事與公司間之實質法律關係，以構築實質的責任論³⁶⁶。

然而在責任減免制度引進之後，學說對於董事責任減免制度在抑制過度囂張

³⁶⁵ 近藤光男，「取締役の損害賠償責任」，頁 250，中央經濟社，1996 年。

³⁶⁶ 柳 伸之介，我が国における取締役責任論の實質的解釈に関する一考察（一），頁 427，阪大法学第 55 期，2005 年。所謂「實質的責任論」，係作者認為日本企業具有高度法人實在性、權限分散與權限委託等特色，而多數董事係經由內部升遷獲得董事職位，與公司員工之關係構成連續性階層之結構，此定位導致日本企業董事角色顯著的多樣性，因此在討論董事的責任論時，應基於董事與公司間之實質關係以個別判斷之，至於依「實質的責任論」所設計之董事責任限制計算標準，則為「忠誠義務程度之裁量權限（該董事概括性的參與度）」×「具體違法行為之參與度比例（個別的參與度）」所算出之比例來決定董事之分擔責任，關於其詳細內容，參見作者博士論文：柳 伸之介，「会社との實質的關係に鑑みた取締役責任論」，大阪大學博士論文，2004 年。然而依據董事個別違法行為之參與度以認定因果關係比例而達到限制責任之目的之見解，在日本裁判例中亦屢有所聞，此係參考交通事故或醫療過失案件依參與度認定事實因果關係之比例，而按比例決定損害賠償額之減輕或認定存在相當因果關係，然而此處理方法仍存在著依參與度所決定之比例因果關係之可否與其射程等問題留待處理。關於依董事個別違法行為參與程度認定因果關係比例之判決，參見：東京地判平成 8 年 6 月 20 日，判時 1572 號 27 頁；關於上開討論，參見：佐々木宗啓、森岡泰彦，会社の取締役に対する責任追及訴訟，判例タイムズ第 1166 號，頁 13-64，2005 年。

之股東代表訴訟之使用上多已肯定確實可提供相當助益，董事責任減免制度之問題已不在於制度本身之存在與目的是否為社會所需求，而是在於最低責任限額之計算標準如何，以及該計算標準是否符合社會與投資大眾之期待。

在檢討日本公司法之董事責任免除或輕減制度時，學者舉出美國法律協會之公司治理原則第 7.19 條規定之責任限制契約為例，認為公司治理原則之所以提出責任限制契約之政策判斷，係認為關於確保經營決定品質之目的，與其藉由訴訟方式，毋寧更信賴公司之說明義務或其他代替因素，因此採用以除去股東代表訴訟之弊端為目的之董事責任限制制度³⁶⁷。而美國訴訟社會之特質，也在公司法領域中造成相當顯著之弊害，有鑑於此美國過半數州在 1986 年以後進行董事違反注意義務責任構成防免之立法化，其中最初的典型立法規範，即屬美國德拉瓦州公司法§102(b)(7)經由股東變更公司章程基本條款以免除或減輕董事注意義務責任，其制度之發想乃在於經由契約自由原則，使股東得以自由決定公司與董事間之責任分配。至於美國法律協會主張董事責任限制之理由如下：「(一)董事責任限制使董事違反注意義務之有責性與董事向公司提供勞務之期待經濟利益得以相當，達到公正之程度；(二)由經濟上觀之，董事責任限制下之最高限度額可減少董事不當地採取風險迴避之經營行為；(三)對於法院而言，不使注意義務之違反導致過於苛酷之結果，可使注意義務更易於被履行；(四)責任限制制度可使董事責任保險之風險降低³⁶⁸」。

學者舉出上開美國法律協會之公司治理原則第 7.19 條規定為例，美國法對於明知或有責的法律違反行為、不當得利所得金額、惡意或接近惡意之重大過失而導致注意義務違反以外之注意義務違反行為之責任，係以年度報酬額度為最低責任限度，相較於此日本公司法第 425 條之 2 倍、4 倍、6 倍責任限額之規定，顯然過高，至於該計算標準之根據為何，立法者並未提供明確答案，學者則猜測

³⁶⁷ 森田章，取締役の義務と責任—取締役の民事責任の制限，商事法務第 1740 號，頁 6，2005 年。

³⁶⁸ 同前註，頁 7-8。

上開2至6倍之計算標準可能係參考立法當時多數公司加入之經理人賠償責任保險之保險限度額為10億至20億日圓之譜。學者認為此計算標準不僅過高，更可解釋為包含相當程度之懲罰性要素，已超出美國法律協會之公司治理原則將損害賠償額度轉換為報酬返還義務之理解，而不得不對其是否已構成對公司負責人之懲罰抱持懷疑³⁶⁹。

第三節 經營判斷原則之適用情形

如前揭所述，日本法院實務在董事是否違反善良管理人注意義務之司法審查上亦發展出日本版的經營判斷原則之概念，在滿足一定條件下提供對董事之保護，以協調董事權限與責任之平衡，避免經營萎縮等弊端出現。然而鑒於日本企業環境與美國企業存在相當明顯的差距，美國企業實務下所發展出之經營判斷原則之概念恐無法契合日本社會大眾之期待，亦不足以解決日本公司法下董事責任之問題。在經歷美國安隆案衝擊之後，日本學界亦意識到美國公司法制下注意義務對於董事之經營行為僅具有相當微弱之實質拘束力，導致為數甚多之顯有判斷錯誤卻不構成任何責任之經營判斷在公司經營業務中廣泛出現，造成所謂「注意義務之迷思」³⁷⁰等現象³⁷¹。

因此，日本法院在接受經營判斷原則時，亦同時考量其企業實態與社會期待而就內容作相當程度之調整，以符合日本企業之需求。關於經營判斷原則在日本之適用情形與其內涵，嘗試說明如下，並舉出近年來日本關於董事責任備受爭議之大和銀行股東代表訴訟判決為例，一窺日本司法實務對於經營判斷原則之見解。

第一項 對於引進經營判斷原則之疑慮

³⁶⁹ 同前註，頁9。

³⁷⁰ 柴田和史、野田博編著，「会社法の現代的課題」，頁99-102，法政大学出版社，2004年。

³⁷¹ 野田博，前揭註355，頁421。

在引進經營判斷原則之初，日本學術界亦曾經歷一番論辯，經營判斷原則在美國實務界上所發展出之程序上與實質上法律效果，對於促進董事在公司經營上勇於冒險投機上、法院在處理董事注意義務違反與否之司法審查上、以及對於股東之風險分擔等方面，均帶來相當顯著之貢獻，然而鑑於美日司法環境與企業實態之差異，美國法下所發展出之經營判斷原則是否可安然移植至異邦開花結果，抑或橘越淮為枳，非但難收甜美果實之美意，反造成司法審查標準之錯亂與法律適用之無所適從。基於上開考量，日本學者早期在討論經營判斷原則時，針對日本法下經營判斷原則之適用，提出若干疑慮。

首先是針對董事與其他領域之專業人在責任構成上之比較，在關於經營判斷原則之根據上，首當其衝的當為司法權對於企業經營專業之尊重與主動退讓，其立意係來自於法院自認既非企業經營專業者，對於經營事項之決定交由專業董事判斷顯然較法院判斷為適當，因此避免進行事後的二次判斷。在其他因專業判斷或行為涉訟之場合，亦不難想見將出現法院在專業判斷能力欠缺之可能性，例如在醫生因醫療過失而被追究債務不履行或侵權責任受到起訴時，法院對於需具備高度醫療知識所作成之醫囑是否有過失或瑕疵，在責任認定之判斷上同樣有力所未殆之疑慮³⁷²，何以只有董事得以藉由經營判斷原則之保護而被置於訴訟上有利之立場，如單純由法院對於系爭責任之認定是否以專業能力之具備為必要而有司法權自動退讓之專業尊重作為經營判斷原則之依據時，則在上開醫療過失訴訟之情形，醫生之醫囑或醫療行為是否亦受到相同之保護。經營判斷原則以企業經營專業為依據雖有其考量，然而針對董事責任之司法審查標準上何以使董事得以享受到其他專業人士所無之高度保護卻隻字未提。

然而學者亦提出醫療過失行為與經營過失行為之差異性，主要可從對受害者救濟之必要性以及風險負擔之角度觀之，基於對患者人身直接造成損害之救濟必

³⁷² 近藤光男，「經營判斷と取締役の責任—『經營判斷の法則』適用の検討」，頁99，中央經濟社，1994年。

要性以及醫病間風險分擔下顯然無法想像患者同意醫師貿然採取冒險的醫療行為等考量，無法將同屬專業過失之醫療過失行為與經營過失行為相提並論。

其次在於董事對第三人之責任上有無經營判斷原則之適用，美國法上對於經營判斷原則之適用係在於股東代表訴訟中董事是否違反對公司所負注意義務之責任構成上之判斷，關於董事對第三人之責任審查上，則鮮有所聞。日本法院在處理舊商法第 266 條之 3 董事對第三人之責任時，屢見以經營判斷原則之說明尊重董事之經營判斷，然而在董事與第三人間縱有注意義務違反之情事，董事對第三人所負注意義務之內容與對公司所負義務內容亦不當然相同，縱在董事對第三人之責任審查上有尊重董事經營判斷之必要，其尊重或受保護程度亦非當然得類比董事對公司所負責任判斷之情形中的經營判斷原則³⁷³。

最後是著眼於美日董事制度之差異，美國法下發展經營判斷原則之目的之一，乃是確保有才能者擔任董事之意願並使經營者願意發揮冒險的企業家精神從事大膽經營行為，避免經營萎縮之弊端，學者認為美國法下討論經營萎縮或拒任董事之情形係以外部董事為對象，在引進經營判斷原則之際，日本公司董事悉數為內部董事，且依日本企業特色觀之，公司董事多由原公司員工擔任，基於以上日本董事制度之特性，美國法下經營萎縮之憂慮不必然為日本法下之問題³⁷⁴。然而經營判斷原則之適用，非專以外部董事為對象，當時日本董事制度中欠缺外部董事之特徵，似難以認定為不需要經營判斷原則的理由。無論如何，在日本法引進外部董事之概念後，亦有產生外部董事責任分配之問題，上開討論顯已非目前日本法下之疑慮。

第二項 經營判斷原則之解釋

日本在處理因董事經營判斷錯誤所導致之善良管理人注意義務違反之損害

³⁷³ 同前註，頁 103。

³⁷⁴ 同前註，頁 104-05。

賠償責任構成與否之問題時，亦面臨到嚴格追究公司董事之責任所可能導致之經營上弊端，諸如經營萎縮、董事經營判斷趨向風險趨避態度等問題，因此美國判例法所發展出之經營判斷原則即受到日本法實務及學界之關注，然而在探討是否引進美國法下之經營判斷原則時，日本學界同時亦意識到該國公司經營實態與法令規範環境與美國之不同，將美國法下作為「公司法下司法消極主義」³⁷⁵之經營判斷原則照單全收恐有難以符合日本公司經營與司法實務需求之虞，特別是在經營判斷原則推定後所導致之「司法不介入」之效果，將使法院在處理董事不當或錯誤經營決定是否構成損害賠償責任之司法審查上，受到相當重大程度之司法權限縮。經營判斷原則下所導出之「司法不介入」之效果，固然在美國判例法發展中具有其背景與考量，惟不必然符合日本社會期望，學者即質疑為何僅對於董事責任構成與否之司法審查上，特別授與如此廣泛之法院不得介入領域，縱然不具備經營專才之法官對於身為經營專業者之董事所做成之經營決定確有尊重且避免作事後二次判斷之必要，但相較於其他專業者，例如醫生、建築師等，何以無法享受相同之優遇，法院在注意義務違反與否之司法審查上，是否藉由經營判斷原則之適用給予董事過度優惠之特權地位³⁷⁶。因此，在肯定經營判斷原則對於董事注意義務違反與否之司法審查上之實益與必要性的同時，日本法在處理經營判斷原則之內涵與效果時，並非囫圇吞棗地將美國經營判斷原則照單全收，而係納入該國企業經營狀態與司法實務考量，認為日本在使用經營判斷原則時，不適宜採取全面排除司法判斷之效果，法院仍得介入董事之經營判斷，但應對於董事之經營判斷予以相當程度之尊重³⁷⁷。此「改良式」的經營判斷原則概念，在日本法院處理董事違反善良管理人注意義務之損害賠償責任構成與否之司法審查上受到普遍適用。

在此理解下，日本版的經營判斷原則，可理解如下：「在判斷董事是否違反

³⁷⁵ 仮屋広郷「取締役の注意義務と経営判断原則—人間観と法の役割」，一橋法学第3卷第2號，頁473，2004年。

³⁷⁶ 近藤光男，前掲註365，頁250。

³⁷⁷ 同前註，頁8。

注意義務時，區別經營決定之過程與內容，在過程之審查上，應以作成該決定時，是否參照當時狀態認為合理之程度進行資訊之蒐集、調查與檢討為審查基準；關於經營決定之內容之審查，應以從具有作為董事之通常能力、知見之人的立場觀之，參照當時情況作成系爭經營決定是否顯不合理為審查基準」³⁷⁸。

此外值得一提的是，相對於美國判例法下之經營判斷原則係由股東代表訴訟中發展，以適用於董事對公司所負責任之司法審查為常態，日本法院在董事對第三人責任³⁷⁹之司法審查上，亦經常使用經營判斷原則以尊重董事經營判斷，然而認為經營判斷原則之用意乃在於對於董事與公司間之法律關係下尊重董事之經營判斷，對於與董事不存在如上法律關係之第三人，則董事之經營判斷即不必然應受到同等之尊重，從公司債權者角度觀之，對於董事經營判斷之尊重，在對公司責任或對第三人責任之追究上，亦不適宜給予為相同程度之尊重³⁸⁰。

第三項 關於經營判斷原則之法院見解

在 1993 年商法修正引進股東代表訴訟以來，股東以進行不當或錯誤經營行為導致公司受有損害之董事為被告，提起股東代表訴訟尋求救濟之數量相當驚人，法院在處理為數甚多的股東代表訴訟中，亦就經營判斷原則之內容與其適用條件，累積相當心得。在眾多裁判例的累積之下，可以發現法院對於司法審查之判斷標準依然相當游移，法官在判斷責任構成與否時欠缺明確的判斷基準³⁸¹，導致判決發展難以預測，亦有欠缺公平性之虞。

而經由法院裁判之累積，日本司法實務上對於董事對公司之民事責任判斷上已發展出相當程度之心得，其中相當重要的一大發現是，在因經營判斷涉訟之股

³⁷⁸ 吉原和志，取締役の經營判斷と株主代表訴訟，收錄於：小林秀之、近藤光男編，「株主代表訴訟體系」，頁 96，弘文堂，2002 年。

³⁷⁹ 日本舊商法第 266 條之 3、公司法第 429 條第 1 項、第 430 條。

³⁸⁰ 近藤光男，前揭註 365，頁 9-10；近藤光男，前揭註 372，頁 103。

³⁸¹ 日本取締役協會編著，井口武雄、落合誠一監修，「經營判斷ケースブック」，頁 23-24，商事法務，2008 年。

東代表訴訟中，公開公司之董事敗訴案例幾乎微乎其微，可謂極端例外之情形³⁸²。因此亦可窺知，日本法院對於公開公司之董事所作成的經營判斷，具有強烈尊重的傾向。

關於經營判斷原則之說明，在法院裁判上多被定位為「善良管理人注意義務之司法判斷標準」，與美國法下經營判斷原則之定位相同，而法院裁判在判決中對於經營判斷原則之具體判斷標準，闡述如下：「董事判斷是否超出所容許之裁量範圍而構成善良管理人注意義務之違反，應於作成意思決定當時之狀況下，參照通常期待董事應具有之水準，在作成該判斷之前提事實認識過程（資訊蒐集與分析、檢討等）中有無不注意之錯誤而欠缺合理性，並基於該事實認識之判斷推論過程及其內容是否有明顯不合理之處，以判斷是否構成責任。」³⁸³由上開敘述觀之，可將判斷標準區分為前段之「作成該判斷之前提事實認識過程中有無不注意之錯誤而欠缺合理性」以及「基於該事實認識之判斷推論過程及其內容是否有明顯不合理之處」，學者認為前段之事實認識過程中之審查，對於法院在司法審查處理上是相對較容易之判斷標準，至於後段關於判斷過程與內容之審查，因涉及企業經營專業，當非欠缺經營能力之法官所能勝任，唯有以「由無經營專業之法官觀之均認為明顯不合理」為判斷責任成立與否之標準，而判決以「明顯不合理」作為判斷標準，亦可解釋為未達「明顯」程度之不合理經營判斷，係被認定為裁量權限範圍內而受容許³⁸⁴。

第四節 董事責任之探討—大和銀行股東代表訴訟³⁸⁵

大和銀行股東代表訴訟是日本司法史上裁判董事損害賠償數額最高之案

³⁸² 同前註，頁 25。

³⁸³ 東京地判平成 16 年 12 月 16 日判時 1883 號 3 頁。

³⁸⁴ 日本取締役協會編著，井口武雄、落合誠一監修，前揭註 381，頁 30-31。

³⁸⁵ 大阪地判平成 12 年 9 月 20 日判時 1721 號 3 頁。

件，大阪地方法院對於大和銀行之 12 名董事，分別要求應對大和銀行負 7,000 萬美元至 7 億 7,500 萬美元損害賠償責任，賠償額度之高乃前所未見，引起社會輿論高度重視與討論，對於其後董事責任之討論上亦帶來相當重要之影響。

本節擬以大和銀行股東代表訴訟為例，討論日本實務對於董事忠實義務責任之判斷與理解如下：

第一項 事實概要

大和銀行紐約分行證券課職員 A，自 1976 年起受僱於該分行，經該行許可擔任美國財務省證券交易之證券業務，交易限度額為 300 萬美元。1984 年因上開交易業務蒙受 20 萬美元之損失，A 企圖填補該損害，而於 1984 年至 1995 年之 11 年間，未經許可進行美國財務省證券之帳外交易，迄至 1995 年止總計造成 11 億美元之虧損。

在 A 進行上開不法交易期間，大和銀行會計監察人與監察人均曾前往紐約分行視察，紐約州銀行局、紐約聯邦準備銀行、日本國稅局與日本銀行均頻繁地進行例行檢查，俱未發現前揭不法交易情事，大和銀行並於 1993 年開始使用海外分行即時線上交易通報系統，由總行國際資金證券部即時監視分行交易明細，亦未發覺該不法交易。直至 1995 年 7 月，因虧損過鉅無力回天，A 以書信向當時大和銀行董事長 B1 自陳不法交易始末，董事長 B1 獲悉後指派副董事長與常務董事等數名董事進行事實調查，對外持續隱瞞事實，期間紐約分行行長 C 在向美國聯邦準備制度委員會報告時，將 A 賣出之股份虛偽記載為大和銀行紐約分行之現存資產，並於會計帳簿上為虛偽記載。歷經一連串調查後，於 1995 年 9 月 14 日及 17 日分別向日本銀行副總裁、總裁報告上開不法交易始末，同年 18 日向紐約聯邦準備銀行報告，於同年 25 日召開經營幹部會議，向其他董事說明上開不法交易，外部董事至此始知悉不法交易情事，於翌日由董事長向常任

監察人、外部監察人、會計監察人等說明不法交易始末後，召開記者會將系爭不法交易情事公諸大眾。

1995 年 10 月，大和銀行股東以大和銀行之歷任與現任董監計 49 名為被告，針對上開不法交易導致大和銀行受有 11 億美元之損害事，提起股東代表訴訟請求董監賠償（以下稱甲事件）。同年 11 月因紐約分行妨礙美國聯邦準備銀行檢查事於美國受到刑事追訴，於 1996 年 2 月達成司法交易，應負擔罰金 3 億 4,000 美元，課徵金 3,200 美元，創下當時美國刑事裁判史上最高額罰金之紀錄³⁸⁶。同年 3 月，大和銀行股東以歷任與現任董監計 49 名為被告，就上開司法交易導致公司所受罰金與課徵金損害，提起股東代表訴訟請求賠償（以下稱乙事件）。

2000 年 9 月 20 日，大阪地方法院就上開甲、乙事件作成第一審判決，命董事 11 人應對大和銀行分別支付 7,000 萬至 7 億 7,500 萬美元。被告上訴，於 2001 年 12 月，達成訴訟上和解。被告 49 名應於 2002 年 3 月前，連帶向大和銀行支付 2 億 5,000 萬日元。

第二項 法院見解

本件不法交易損害金額高達 11 億美元，歷時 11 年，其間更經歷多次公司董事改選、關連業務經理人或負責人改派等情事，所涉相關事實龐雜，牽連者眾，被告人數即多達 49 人，法院在事實認定與爭點整理上均耗費相當心力，而關於本案之審理，主要可將判決內容整理如下之主要三爭點，並嘗試簡要說明判決內容如下：

第一款 內部控制制度之構築

本判決中主要爭點在於被告董事是否有建構完備的內部控制制度之義務，如

³⁸⁶ 川崎友巳，アメリカ金融犯罪の一断面—「大和銀行 NY 支店事件」からの教訓，商事法務第 1602 號，頁 51，2001 年。

肯定董事應負內部控制制度建構義務時，被告董事是否已就大和銀行所經營之證券交易業務建構完備的內部控制制度。另外，完備的內部控制制度之建置是否可自始防免或抑止系爭不法交易行為之出現，或於系爭不法交易行為作成時及時發現以採取補救措施，欠缺完善的內部控制制度是否與系爭不法交易之發生與規模擴大存在因果關係等等，均為法院審查之重點。

法院在判決理由中即開宗明義表示：「董事基於董事會成員身分、抑或代表董事或業務執行董事之身分，負有建構風險管理制度之義務，以及對於代表董事或業務執行董事是否履行其風險管理制度構築義務之監督義務，此應被認為係董事之善良管理人注意義務與忠誠義務之內容。監察人除商法特例法第 22 條第 1 項適用之小公司以外，負有監督董事是否執行風險管理制度整備之義務，此應被認為係監察人之善良管理人注意義務之內容。」³⁸⁷肯定風險管理之內部控制制度整備義務乃是董事之善良管理人注意義務與忠誠義務、以及監察人之善良管理人注意義務之內容。至於風險管理制度之整備應具備何內容，係經營判斷之問題，應授與公司經營專業者之董事為廣泛裁量權以決定之。

至於本案之大和銀行紐約分行之風險管理制度，大和銀行紐約分行對於 A 所負責之證券買賣業務，已設置交易額度、停損規則等相關交易限制，且將擔當證券交易業務者與擔當證券確認保管業務由不同人擔任，並使證券交易業務與證券保管業務分離，且依序追加並齊備內部控制之風險管理制度，法院認定大和銀行紐約分行所設置之風險管理制度已然充分，並無風險管理制度欠缺或不完善之問題。

此外法院雖肯定董事除應遵法執行職務外，並應監督其下屬遵循法令防範違法行為於未然，亦為董事善良管理人注意義務與忠誠義務之內容之一，然而在擁有巨大組織的大規模公司中，要求董事個別監督所有公司業務，由效率且合理之

³⁸⁷ 大阪地判平成 12 年 9 月 20 日判時 1721 號 3 頁。

觀點觀之既不適切亦無可能性。因此，應容許董事長或副董事長將公司業務之執行委派予各業務執行董事，關於業務執行董事之業務執行內容除有特別懷疑之情事外，不負監督義務懈怠之責。

第二款 任務懈怠有無之認定

本判決另一重要爭點在於，違背美國法令導致受有罰金等損失之行為，是否該當舊商法第 266 條第 1 項第 5 款違反法令之任務懈怠行為。關於外國法令是否該當同條規定之「法令」，學說上曾有不同見解，本判決認為舊商法第 266 條第 1 項第 5 款不僅要求公司應遵守內國法令，凡於國外設有分公司或事務所而於海外拓展經營業務者，亦應遵守當地法令，而遵循外國法令之要求，依舊商法第 254 條第 3 項準用民法第 644 條規定，亦屬於董事善良管理人注意義務之內容。

至於在任務懈怠行為有無之認定上，法院舉出經營判斷原則作為司法審查之標準：「對於作為專業經營者之董事，應於職務之執行上予以廣泛之裁量權。因此如欲就董事過去之經營上措施主張善良管理人注意義務或忠誠義務之違反而追究其責任時，應以其作成經營決定之時點，判斷董事對於前提事實之認識有無重要且未注意之錯誤，或意思決定之過程或內容對於企業經營者而言是否特別不合理或不適切，始為相當。」

法院認為本件大和銀行董事長 B1 為首之數位被告董事，在經由 A 之告知而知悉系爭不法交易行為時，未向美國主管機關當局報告，甚至進行虛偽帳簿記載等隱瞞行為，且其他知悉董事亦未對董事長之上開決策表示異議，並依該決策執行，已構成嚴重錯誤判斷。知悉系爭不法交易行為之董事雖於美國開展事業，卻對於應受美國主管機關監督、以及美國對外國銀行之嚴格規範欠缺正確認識，而未對美國當局及時提出申報，採取違反美國法令之行為。上開被告董事之裁量，應在不違反包括外國法在內之法令限度內，董事並無是否違反法令(包括外國法)

之裁量權。故包括董事長在內之知悉不法交易行為之董事，雖考慮當時大和銀行所處之嚴峻環境，卻做出對企業經營者而言顯著不合理且不適切之經營判斷，已構成善良管理人注意義務及忠實義務之違反。

第三項 學說討論

本件判決一經宣判，即因對董事所負損害賠償數額之鉅備受社會關注，於學說上更引起軒然大波，成為董事義務與責任上相當具代表性之判決之一，謹就相關學說討論整理如下：

第一款 注意義務之水準

在本判決中，法院明白闡釋公司董事應負構築內部控制制度之義務，其內容包括風險管理制度與法令遵守制度，未盡到制度構築義務之董事應依商法第 266 條第 1 項第 5 款負任務懈怠責任，未盡到內部控制制度執行之監察責任的監察人，亦應負責，此乃過去實務見解所未見。學者認為本判決所揭示之意義，乃在於考量大公司規模之巨，董事直接指導、監督全體員工係不可能，故將構築並監視員工間風險管理與法令遵循制度之義務，納為董事注意義務之內容³⁸⁸。學說亦認為在公司董事之監督義務下，對於一定規模以上公司之董事，應課與作為業務執行內容之一的防止公司受有損害之內部控制制度構築義務³⁸⁹。

然而究竟何謂內部控制制度，其內容為何，近年日本學者則提出四個目的、六項基本要素以說明之，所謂內部控制制度之四個目的，係指業務有效性與效率性、財務報告之信賴度、事業活動相關法令之遵守與資產之保全；六項基本要素則為治理環境、風險評價與因應、控制業務行為、資訊與傳達、監控、因應 IT

³⁸⁸ 岩原紳作，大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(上)，商事法務第 1576 號，頁 11，2000 年。

³⁸⁹ 江頭憲治郎，前揭註 310，頁 425。

社會等要素³⁹⁰。亦有學者主張以二個目的、二項機能闡述內部控制制度，亦即不法行為之防免與謀求企業發展繁榮等目的，以及控管、免責（信賴之抗辯）二機能³⁹¹，此外，為與傳統以企業財務信賴度確保為目的之會計與監察為主的內部控制制度區分，現代化之公司內部控制制度更應以維持健全且具備競爭力之企業經營為目的³⁹²。

在 2005 年日本公司法制定後，公司法第 348 條第 3 項第 4 款、第 362 條第 4 項第 6 款、第 416 條第 1 項第 1 款均規定「確保董事或執行經理人之職務執行符合法令與章程規定之制度、及其他依法務省令要求確保股份有限公司業務適當所必要之制度之整備」，即為內部控制制度整備之要求³⁹³，惟內部控制制度具體上應包含何種內容，仍應考量實務上需求以確定之。

至於內部控制制度建構之內容應達到何程度，亦即注意義務之水準如何，判決中表示係經營判斷之問題，應授與公司經營專業者之董事廣泛裁量權以決定之，至於注意義務之水準應以經營決定作成時為判斷基準，而非責任認定之時。在內部控制制度監督義務部分，本判決中所揭示之「信賴的權利」，肯定董事及監察人得將其職務之部分委託其他董事或監察人或公司員工執行，對於委任事務之執行，除有特別存有疑慮之行為外，得信賴該行為。學者肯定「信賴的權利」³⁹⁴見解，認為在龐大公司組織下要求董事或監察人鉅細靡遺監察所有公司事務已屬不可能，美國法律協會所頒布之公司治理原則中亦有相同規定³⁹⁵。然而問題在於所謂「特別存有疑慮」之例外情形應如何判斷，按董事或監察人對於執行職務

³⁹⁰ 神田秀樹，新会社法と内部統制のあり方，商事法務第 1766 號，頁 35，2006 年。

³⁹¹ 同前註，頁 40。

³⁹² 宮島司，企業監査とガバナンス—内部統制システムを中心として，ジュリスト第 1235 號，頁 14-15，2002 年。

³⁹³ 宮廻美明，内部統制をめぐる最近の動きと企業の課題，商事法務第 1766 號，頁 30，2006 年。

³⁹⁴ 抑或稱「信賴的抗辯」，參見：弥永真生、岩倉正和、太田洋、佐藤丈文監修，西村ときわ法律事務所編，「新会社法実務相談」，頁 152，商事法務，2006 年。

³⁹⁵ See American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 4.02 (1994).

之人行為之信賴雖應受到肯定，然而過度保護董事或監察人之信賴將產生導致董事或監察人之監督義務流於具文之疑慮³⁹⁶。故學者認為在「特別存有疑慮」情事之判斷上，應以該公司內是否已構築使董事或監察人足以信賴執行職務之人之制度判斷之，以本案為例，判斷董事是否構成注意義務之違反時，要求非擔任風險管理制度中確認交易證券保管餘額業務之董事親自執行確認業務顯然超乎現實，只要風險管理制度之架構周全、擔任業務執行者適任，不應認為董事須再進行進一步的監督行為³⁹⁷，如無特別存疑情事，應認為董事已恪盡內部控制制度之構築義務，在監察人之內部控制制度監督義務之判斷上亦同。

第二款 經營判斷原則

本件判決在處理董事是否構築並監視內部控制制度之義務之司法審查上，提出經營判斷原則之見解，肯定董事對於經營判斷具有廣泛裁量權，對於董事在作成經營決定時，唯有在對於作為董事經營決定判斷前提之事實之認識有重大且不注意之錯誤，亦或在意思決定的過程或內容對於企業經營者而言係不合理、不適切之情形，董事始構成違反注意義務之責任³⁹⁸。

相較於美國法下經營判斷原則之內涵以及過去日本法院對於經營判斷原則代表案例之野村證券損失填補代表訴訟³⁹⁹中之見解，對於經營判斷原則下之司法審查，僅著眼於經營判斷作成過程為對象，然而本判決則認為法院對於系爭經營決定之具體內容亦有審查權限，調整傳統經營判斷原則之定義並擴大司法審查之範圍。此外，在經營判斷原則賦予董事之廣泛裁量權限下，是否包括作成違法經營行為之裁量，亦為本判決討論之重心，本判決將外國法令亦解釋為舊商法第266條第1項第5款之「法令」，學者以美國判例法下對於惡意違法行為不受經

³⁹⁶ 山田純子，取締役の会社に対する責任と株主代表訴訟—大和銀行株主代表訴訟事件—審判決を契機として，法学教室第246號，頁38，2001年。

³⁹⁷ 岩原紳作，前掲註388，頁14。

³⁹⁸ 大阪地判平成12年9月20日判時1721號3頁。

³⁹⁹ 東京地判平成5年9月16日判時1469號25頁。

營判斷原則保護為例，認為在舊商法規範下亦應作相同解釋，公司董事明知而違反法令之經營行為，在舊商法第 266 條第 1 項第 5 款規定下，無法認為違法行為屬於董事裁量權限範圍而否定其責任⁴⁰⁰。

第三款 董事責任限制之必要性

本件判決最備受關注之點，即在於使董事個人負擔 7,000 萬美元至 7 億 7,500 萬美元之鉅額賠償責任，賠償金額已遠超過個人清償能力所能負擔程度，亦導致日本社會相當抵抗感⁴⁰¹，實務與學說亦發展出各種責任減免理論，以作為董事賠償額調整之基礎，例如過失相抵或參與度減責理論⁴⁰²等，然而眾說紛陳下對於董事責任之輕減或賠償額度之調整雖有出入，為使董事與公司間責任分配關係符合社會期待之目的並無二致。

學說認為在故意或重大過失違反法令之經營行為案例，基於懲罰惡質董事之立場，使行為董事負擔全額損害賠償責任或無疑問，然而在因輕過失經營行為之案例，要求行為董事完全負擔鉅額之損害額顯然值得同情，而有思考責任減免之可能⁴⁰³。然而由另一角度觀之，不論行為董事主觀條件為何，縱使是故意不法經營行為，要求董事負擔遠超乎個人清償能力之賠償額度，相當程度上已喪失損害救濟之可能性，難謂符合社會期待下董事與公司間責任分配之平衡狀態。以本案為例，縱在第一審判決中判命 12 名董事負擔鉅額賠償額，然上訴第二審後，最終仍以和解收場，和解金額則為打折再打折後的 2 億 5,000 萬日圓⁴⁰⁴，相較於第一審判決合計約 800 億日圓之賠償額，其差距不可謂不大，然而在本案之發展下，亦可窺見判決與當事人間和解額度孰者較接近於社會或投資人之期待。

⁴⁰⁰ 岩原紳作，大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題（下），商事法務第 1577 號，頁 7，2000 年。

⁴⁰¹ 關於經濟界對本件判決之批評，參見：司法記者の眼—大和銀行の株主代表訴訟で巨額賠償命令，ジュリスト第 1187 號，頁 55，2000 年。

⁴⁰² 岩原紳作，前掲註 400，頁 10-11。

⁴⁰³ 同前註，頁 12-13。

⁴⁰⁴ 新谷勝，持株会社の創設と株主代表訴訟の原告適格—大和銀行株主代表訴訟の和解が残した問題点，判例タイムズ第 1085 號，頁 36，2002 年。

至於董事責任額之判斷上，學者亦指出若干考量要素，諸如股份有限公司之有限責任與交易規模之關係、伴隨企業永續性之交易規模之關係、大規模公開公司之金融、經濟狀況與交易規模之關係、企業體質之欠缺對系爭不法經營行為之影響、行為人與法人間之歸責性、行為人於企業營運體制中之地位、行為人對具體經營行為之貢獻度或參與度等等要素，以決定董事具體應負擔額度⁴⁰⁵。

在本案行為當時，舊商法下之免責規定僅有第 266 條第 5 項經由全體股東同意之事後免責手段，在如同大和銀行龐大規模之大公司中，欲滿足上開免責要件幾乎不可能，在本件判決之後，學說與立法者思索放寬董事責任減免制度之可能性，包括事前及事後的董事責任減免制度與責任限制契約等⁴⁰⁶。

第五節 善意義務在日本法上之表現

美國公司法下之善意義務雖早已受日本學者著文介紹而引進⁴⁰⁷，甚至經由德國學說之解釋對於善意義務之理論基礎、機能與目的亦有相當研究⁴⁰⁸，然而在日本學界始終未曾受到青睞，相較於同發展自美國法的經營判斷原則在日本大放異彩並依時地發展出獨特的日本式經營判斷原則之內容，善意義務顯然相當受到冷落，然而在近年來美國司法實務頻繁地討論善意義務之影響下，經由美國判決之介紹，日本學界亦重行將焦點投注到善意義務之上⁴⁰⁹。

⁴⁰⁵ 上村達男，「会社法改革—公開株式会社法の構想」，頁 248，岩波書店，2002 年。

⁴⁰⁶ 中村直人，大和銀行事件判決と代表訴訟制度の在り方，ジュリスト第 1191 號，頁 21，2000 年。

⁴⁰⁷ 關於早期日本學界對於善意義務之介紹，參見：吉田直，アメリカ会社法における誠実義務について，一橋論叢第 95 卷第 2 號，頁 96-108，1986 年。

⁴⁰⁸ 名島利喜，会社法上の誠実義務の機能と目的，富士大学紀要第 28 卷第 1 號，頁 75-85，1996 年。

⁴⁰⁹ 關於日本學者對於美國法判決中善意義務發展之介紹，參見：柴田和史、野田博編註，前揭註 370，頁 85-102；其他個案判決之介紹，例如 Cede & Co. v. Technicolor, Inc. 判決之介紹，參見：明田川昌幸，最近の判例，アメリカ法 1999 年號第 1 卷，頁 146-50，1999 年；關於 In re Walt Disney Company Derivative Litigation 判決之介紹，參見：川口恭弘，經營判斷原則と取締役の誠実義務，商事法務第 1730 號，頁 31-34，2005 年以及釜田薰子，取締役の經營判斷と誠実義務，商事法務第 1787 號，頁 45-48，2006 年。以上二文另收錄於近藤光男、志谷匡史編著，「新アメリカ商事判例研究」，商事法務，2007 年；關於 Stone v. Ritter 判決之介紹，參見：近藤光男，従業員に対する監視と誠実義務，商事法務第 1806 號，頁 35-39，2007 年。

為使善意義務在日本公司法規下找到法規依據，學者在商法對於董事義務規範上無法找到善意義務之解釋空間，轉而仰仗民法上誠信原則之要求，依日本民法第 1 條第 2 項規定，關於義務之履行應依誠信原則為之，故在董事執行職務之際，亦應負誠信義務，解釋上即為善意之來源⁴¹⁰。學者藉由肯定善意義務在日本商法下之地位，並認為美國法下之信賴的權利、經營判斷原則、善意義務與注意義務間之理論整合雖有困難，然而在限定事實狀況之範圍內，卻可以作為董事責任之彈性且機能性之分析工具⁴¹¹。

金融商品交易法第 36 條、第 66 條之 7 分別要求金融商品交易業者、金融商品仲介業者及其董事與受僱人，應對於顧客善意且公正地執行其業務。此係金融商品交易法下善意義務之規定，然而金融商品交易法下之善意義務之義務人係金融商品交易業者或仲介業者以及其董事或受僱人，應負義務之對象則為金融商品交易行為之顧客，與公司法下基於董事與公司間之委任或信託關係所發展出之善意義務之性質顯然有別⁴¹²。

追根究底而論，美國公司法下善意義務雖由來已久，在近年內備受關注之原因之一乃在於因應董事責任之立法政策與司法審查上變革之反動，以德拉瓦州公司法為例，在 1960 年代以後新增之董事免責或責任減免規定，致使董事責任得於滿足特定條件下受到免除或部分減輕；另外經營判斷原則之出現，亦使董事責任在司法審查上受到推定性之保護，增加責任成立之障礙，諸如以上規範與理論，導致董事責任與權限有失衡之虞，縱使認定董事對於系爭經營決定確有故意或重大過失，亦可能無法向董事追究其責，對於公司或其股東之利益顯有不公平之影響。因此，美國公司法近年來對於善意義務之重視相當程度可認為是董事責任立法政策與司法審查上發展之矯正，企圖以所謂「第三個忠實義務」之要求，

⁴¹⁰ 吉田直，前揭註 407，頁 96。

⁴¹¹ 同前註。

⁴¹² 關於金融商品交易法之行為類型要求與忠實義務規範，參見：小野里光広，金融サービスにおける行為類型と信託義務—アメリカ法の観点から，商学論集第 75 卷第 3 號，頁 67-83，2007 年。

將過度發展而過度偏向董事保護之責任制度矯正回符合社會期待之方向，因此善意義務之重要性即受到突顯。

然而在日本法下，基於司法規範與企業環境特性之差異，上開董事責任制度之問題並不如美國法下之嚴重，此乃因日本作為董事免責或責任減免制度與經營判斷原則之繼受國，在繼受上開法令規範與司法審查原則時，即已經過充分討論，參酌美國法下發展情狀與日本國內法令規範與企業實態進行調整，而非全盤接收，美國法下所產生之董事權限與責任失衡之問題不必然為日本法董事責任發展中必經之過程。此外，由上開日本公司法規範介紹亦可發現，董事免責或責任減免制度直至 2001 年才引入日本法中，制度尚屬起步，尚無過度發展之弊端。在日本公司法對於董事免責或責任減免制度之調整與經營判斷原則之修正下，未來董事責任之發展亦不必然走向如美國法過度擴張而必須仰賴善意義務導正之途徑，如藉由董事免責制度與經營判斷原則之微調即足以使董事經營權限與責任維持平衡，則善意義務在日本公司法下董事責任制度所能發揮之功能上將相當有限。

第六節 小結

由本章內容觀之，可發現日本公司法在董事義務上之規定與我國公司法幾無二致，董事對公司所負之義務，由董事與公司間之委任關係出發，而有善良管理人注意義務之要求，此外，亦參考美國公司法之規定，納入忠實執行職務之要求，然而條文用語雖大同小異，在法規解釋上卻產生相當歧異，相較於我國公司法第 23 條第 1 項規定解釋為忠實義務之內涵，日本公司法第 355 條規定則被解釋為忠誠義務，顯然較我國規範範圍為窄，然而以董事整體義務觀之，忠實義務下之另一個重要分支—注意義務，已經由善良管理人注意義務之解釋而涵蓋，董事義務之整體範圍並無差異。

然而特別值得注意的是日本公司法在董事責任減免制度上之規範，相較於我國公司法對於董事責任全無責任減免制度之規定，日本公司法經由公司章程規定之事前免責或事後股東會或董事會決議所為之事後免責等規定，以公司自治之理念，使公司得基於具體需求分配與董事間之責任關係，以達到公司與董事間之責任分配彈性化與最佳化之狀態。

而在經營判斷原則之理解與適用上，日本更發展出以日本企業實態量身訂作的日本版經營判斷原則，以美國法下發展出之經營判斷原則為基礎，在肯定法院對於經營專業之司法消極退讓下，仍保有相當程度之實質審查空間，使日本法院在處理董事注意義務違反之責任構成審查時，除就系爭經營決定之作成過程外，對於經營決定之具體內容亦容許法院進行實質審查，在尊重經營專業外，並同時兼顧司法權高度之維持，以結果來說，日本版經營判斷原則對於董事之保護顯然不及美國法下經營判斷原則周到，以促使公司董事於經營事務上抱持謹慎戒心免於怠職。

在董事責任減免制度與經營判斷原則之調整下，日本公司法對於公司董事經營權限與責任之安排得以取得平衡，與美國法下藉由經營判斷原則之充分保護給予董事過度自由，而必須倚賴善意義務之加強而填補董事責任與權限間之落差之情形不同，日本法下對於董事責任之安排，於引進外國法規範之際，並充分發揮日本獨特色彩⁴¹³，並未經過矯枉過正後進一步亡羊補牢的歷程，在董事權限與責任安排並未失衡下，善意義務之強調在日本公司董事義務與責任制度之影響相當有限，以目前而言，除於美國判決介紹中併同論及外，尚未見學說積極提倡善意義務之出現，關於善意義務可能對於日本公司法帶來如何的衝擊，仍留待日後持續觀察。

⁴¹³ 神田秀樹、久保利英明、宮廻美明座談會，前掲註 355，神田秀樹發言，頁 31。

第五章 我國董事忠實義務與責任之檢討

在近年來全球金融重大弊案頻仍風潮下，董事義務之加強與責任制度之檢討一直被認為是包括在公司治理省思中重要課題之一，伴隨台灣近年來重大企業掏空弊案與不法交易層出不窮，社會大眾對於企業經營之信賴感大打折扣，影響投資人投資意願與公司評價，台灣社會亦充斥著對於公司治理制度與董事責任之反省與改革聲浪，在這樣的浪潮下，公司治理結構之公平化、透明化與權責分明，即成為當前最重要課題之一，立法者亦從善如流，參考美日等先進諸國立法例，自 2001 年起針對公司法、證券交易法作成若干修正以加強公司治理結構，以期收防弊興利之效。

本章擬就 2001 年公司法修正後，我國公司董事對公司所負義務為中心，探討公司法董事義務之內涵，並進而討論本文第二、三章所觸及之美國法下的善意義務在我國現行法制之解釋空間及適用可行性與其實益；其後嘗試就經營判斷原則在我國之發展與解釋、實務界之適用情形以及若干相關判決見解之整理與評析，作進一步介紹與檢討；最後在董事責任之討論上，試圖整理現行董事責任制度之內容與利弊，另參考美國與日本立法例，以第四章所介紹之日本公司法董事責任減免制度為例，針對董事責任減免制度於我國公司法制下參採可行性進行討論，嘗試研擬可行之董事責任減免制度草案，供作董事責任制度發展之參考。

第一節 我國公司法下董事義務之現貌

我國公司法對於董事對公司所負責任之規範，與日本公司法規範方式相當雷同，主要可概分為基於委任關係所生之義務與參照英美法所引進之忠實義務，分別就其義務內容說明如下：

第一項 基於委任關係所生之義務

依公司法第 192 條第 4 項規定：「公司與董事間之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。」明白揭示公司與董事間之法律關係為委任關係，故依民法第 535 條規定應負依從指示及注意之義務，又因董事通常受有報酬，其注意義務之程度即為善良管理人之注意義務，在公司法第 23 條第 1 項規範下，不論董事與公司間是否有償均應負善良管理人注意義務，亦即社會一般誠實、勤勉且有相當經驗之人應具備之注意程度⁴¹⁴，其過失程度相當於抽象輕過失責任⁴¹⁵，然而相較於德國法與英美法立法例我國對於注意義務違反之判斷僅有僵化的客觀認定標準，學者亦有提出應在個案判斷上彈性考量董事個人主觀條件⁴¹⁶。

此外，基於委任關係，董事並應對公司負下列義務⁴¹⁷：首先為董事應對公司負有報告公司經營業務進行狀況之報告義務⁴¹⁸，然因公司法就董事報告義務另有特別規定，報告義務之內容應依公司法相關規定行之，其具體內容包括應監察人之請求提出有關公司業務及財務狀況之報告以及每會計年度終了時對股東常會提出會計表冊請求股東會承認之義務等⁴¹⁹；其次董事並應對公司負有基於委任關係所衍生的計算義務，諸如應交付因執行業務時所收取之金錢、物品、孳息之義務及應移轉以自己名義為公司所取得之權利之義務⁴²⁰、以及為自己之利益使用應交付公司或應為公司之利益使用之金錢時，應自使用之日起支付利息並賠償所生損害之義務⁴²¹等。惟應特別注意的是，學者認為民法上委任關係原則上係針對委任人對受任人特定事項之授權所設計，受任人執行委任事務仍與委任人之指示緊密聯繫⁴²²，而股東不可能針對公司業務對包含董事在內之公司負責人作鉅細靡遺

⁴¹⁴ 柯芳枝，「公司法論(上)」，頁 51，三民書局，2003 年 5 版；孫森焱，「民法債編總論(上)」，頁 211，三民書局，2001 年。

⁴¹⁵ 劉興善，從信賴關係談受託人、受任人、法人代表及公司負責人之注意義務，政大法學評論第 57 期，頁 425，1997 年。

⁴¹⁶ 洪秀芬，董事會獨立經營權限及董事注意義務，政大法學評論第 94 期，頁 243-44，2006 年。

⁴¹⁷ 柯芳枝，「公司法論(下)」，頁 302，三民書局，2003 年 5 版。

⁴¹⁸ 民法第 540 條。

⁴¹⁹ 公司法第 218 條第 1 項、第 228 條第 1 項、第 229 條、第 230 條。

⁴²⁰ 民法第 541 條。

⁴²¹ 民法第 542 條。

⁴²² 池泰毅，獨立董事違反注意義務之判斷標準，法官協會雜誌第 8 卷第 1 期，頁 97，2006 年。

之指示，董事應主動省察相關商業情狀以調整經營策略⁴²³，故董事對於公司事務之處理範圍係全面性且概括性，公司經營業務之繁雜與經營環境瞬息萬變之決策風險⁴²⁴，更使董事所處地位與民法上受任人顯有差距。

由前揭義務內容之敘述並參照本文第四章可發現，我國公司法在董事依委任關係所負義務之規定方式，與日本公司法相類似，經由將公司與董事之法律關係定位為民法上委任關係，復要求董事依委任關係下之受任人地位負受任人責任，最主要義務類型即屬善良管理人之注意義務，至於具體義務內容則與民法解釋並無二致，於此容不贅述。

第二項 忠實義務及善良管理人注意義務

依公司法第 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。」本條規定係 2001 年修正新增，修正理由說明公司負責人對於公司應踐行忠實義務及注意義務⁴²⁵，學說上多參考英美法將本條規定解釋為忠實義務之根據⁴²⁶，並闡釋本條規範內容包括忠實義務與善良管理人注意義務。關於善良管理人注意義務之說明，與公司法第 192 條第 2 項董事基於與公司間之有償委任關係，依民法第 535 條規定所負之注意義務程度相同，公司法第 23 條第 1 項規定使公司與董事間無論是否受有報酬均應負善良管理人注意義務⁴²⁷，然因實務上公司與董事間之關係多為有償委任，故仍維持在委任關係下之注意義務，注意程度與過失程度並無不同。

至於本條「應忠實執行業務」文字，通常解釋為參採英美法下之忠實義務之規定所設，然而相較於德拉瓦州公司法關於注意義務與忠誠義務相關規定之鉅細

⁴²³ 王文字，「公司法論」，頁 124，元照出版，2003 年。

⁴²⁴ 陳錦隆，對獨立董事之省思，會計研究月刊第 209 期，頁 61-62，2003 年。

⁴²⁵ 參見 2001 年公司法第 23 條修正理由。

⁴²⁶ 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，收錄於：曾宛如，「公司管理與資本市場管制專論(一)」，頁 6-7，學林出版，2002 年。

⁴²⁷ 柯芳枝，前揭註 414，頁 52。

靡遺，我國公司法第 23 條第 1 項顯然過分精簡，因此關於其規範內容即充滿各種解釋空間，學者認為在我國公司法董事義務之討論上，應將董事依委任關係所負之民法第 535 條及公司法第 23 條第 1 項之「善意管理人之注意義務」所揭示之「善意管理人之注意」，類比為美國法下之注意義務，而公司法第 23 條第 1 項之「應忠實執行業務」，係源於美國法下受託義務之忠誠義務，其目的在於「解決公司負責人與公司間所生之利益衝突而形成之法理」⁴²⁸，認為該條規定內涵係要求董事應將公司利益置於自己利益之上之概括性行為準則，或應以公司利益為唯一考量而自行處理受託事務⁴²⁹，並提出民法第 148 條第 2 項誠信原則作類比，但強調忠誠義務較民法上誠信原則之內涵與範圍更廣泛⁴³⁰；由上開討論顯見係將公司法第 23 條第 1 項之「應忠實執行職務」類比為美國法下之忠誠義務，此一見解顯然較接近於日本公司法下忠實義務異質說之理解。

然亦有學者認為，英美法下之注意義務雖與我國法之善良管理人注意義務雷同，然基於公司治理結構與權責分配之別，在美國法下經由經營判斷原則之設計，使實務上針對董事商業決定之責任判斷，在過失程度上逐漸傾向「重大過失」之程度⁴³¹，除由客觀事實作定義上審查外，並著重於董事主觀意圖之判斷，故應美法下之注意義務之判斷，非單純如我國法下善良管理人注意義務為一種注意程度之描述，而係以將董事義務與其所處地位作連結，個別規範應負義務內容與程度⁴³²，因此難以由我國法下之善良管理人注意義務來替代英美法下注意義務之概念。此說學者傾向將公司法第 23 條第 1 項之「應忠實執行業務」解釋為範圍更廣泛之「忠實義務」，亦即由董事與公司間之信認關係⁴³³所產生之忠實義務，其

⁴²⁸ 王文宇，前揭註 423，頁 124。

⁴²⁹ 李福隆，論證卷投資信託事業之忠實義務與利益衝突，月旦法學雜誌第 89 期，頁 177-79，2002 年。

⁴³⁰ 洪秀芬，前揭註 416，頁 236-37。

⁴³¹ 曾宛如，前揭註 426，頁 21。

⁴³² 王文宇，前揭註 423，頁 124-25。

⁴³³ 即「fiduciary relationship」，為與我國規定董事與公司間之委任關係相參照，擬借用日本法下對於「fiduciary relationship」之譯法，以「信認關係」代之；亦有學者以「忠實關係」稱之，參見：謝哲勝，忠實義務與忠實關係，月旦法學雜誌第 70 期，頁 127-40，2001 年；或譯為「受託關係」，參見：王文宇，前揭註 423，頁 125；或譯為「信託關係」，參見：戴志傑，公司法上「經

內涵包括注意義務與忠誠義務⁴³⁴，以藉由注意義務之引進填補善良管理人注意義務之不足或作為進一步解釋董事注意義務具體內容之方法，並針對董事與公司間利益衝突情形之行為，經由忠誠義務之導入作為利益衝突情況處理之基本原則，作為公司法第 209 條競業禁止規定等利益衝突規定之上位原則，包括董事與公司交易，利用公司資產、資訊與機會，與公司競爭等利益衝突情形⁴³⁵。本文鑒於英美法下注意義務與我國善良管理人注意義務間仍有無法完全重疊之空間，基於規範完整性與強化董事義務內涵之目的，擬採取後說見解，將公司法第 23 條第 1 項之「應忠實執行業務」解釋為參採英美法下忠實義務之依據，包含通常解釋下注意義務與忠誠義務之範疇，以此為前提進行以下論述。至於其他與董事忠實義務相關之義務，包括由忠誠義務所導出之競業禁止義務⁴³⁶與由注意義務所衍生之報告義務等⁴³⁷。

然而如前所述，我國公司法第 23 條第 1 項規定欠缺明確性，雖規範忠實義務之要求，對於具體義務內容與適用要件卻付之闕如，亦忽略個別董事基於其地位對於公司所負義務內涵亦隨之不同之差距，甚至在不同企業環境下對於董事忠實義務之內涵或程度之要求亦可能隨之不同⁴³⁸，現行法下唯有藉由英美法對於忠實義務之討論與具體實踐經驗之匯入，以作為我國適用忠實義務之參考，在未來修法建議上，並應以公司法第 23 條第 1 項忠實義務之類型化、明確化為目的，使法院適用時有所依據，並期待藉由判決之累積，使公司法第 23 條第 1 項規定

營判斷原則」之研究，月旦法學雜誌第 106 期，頁 158，2004 年；亦有譯為信賴關係者，參見：洪秀芬，前揭註 416，頁 236。

⁴³⁴ 曾宛如，前揭註 426，頁 5-41。

⁴³⁵ 洪秀芬，前揭註 416，頁 237。

⁴³⁶ 公司法第 209 條。

⁴³⁷ 例如發現公司有受重大損害之虞時應立即向監察人報告之義務、申報持股等義務等，參見：柯芳枝，前揭註 417，頁 305-06。

⁴³⁸ 例如對於金融機構之公司負責人可能基於金融機構之特殊性或公共性等，而要求更高程度之注意義務等，在美日學說中均受到肯定，相關論述參見：黃銘傑，金融機構負責人忠實注意義務加重之理論與實務，月旦法學雜誌第 142 期，頁 149-76，2007 年；對證券投資信託事業之忠實義務規範之討論，參見：李福隆，前揭註 429，頁 175-90。

依從經濟環境變遷更形健全⁴³⁹。

惟公司法第 23 條第 1 項之忠實義務之規定，除明確性不足外，在責任性質上亦有所爭議，在學說解釋上亦多認為公司法第 23 條第 1 項係以英美法上之忠實義務來充實民法或公司法上現行董事義務內涵不足之處，至於公司法第 23 條第 1 項責任之性質究屬契約責任或侵權責任，在學說上亦備受討論，其實益則在於該條責任請求權時效究應適用契約責任下之民法第 125 條規定亦或侵權責任下之民法第 197 條規定，學者在肯定公司法第 23 條第 1 項構成一個獨立的請求權基礎之際，明確否定作為侵權責任之可能性，而認為該條責任可能接近於我國之契約責任⁴⁴⁰，此亦與我國法下將董事與公司間委任關係所生之善良管理人注意義務與英美法下注意義務相類比一點得以相對應。

暫且不論公司法第 23 條第 1 項責任之性質，關於損害賠償規範方式，依該條規定，在董事具體經營行為違反忠實義務之要求時，對於因違反而致公司所受損害應「負賠償責任」⁴⁴¹，顯然將傳統損害賠償方式作為義務違反責任之範圍；然而參考英美法下對於違反忠實義務責任範圍之討論，在違反注意義務下之責任範圍固然以公司所受損害作為賠償義務範圍，然而在忠誠義務之違反上，因忠誠義務所處理者乃董事與公司間利益衝突關係，董事違反忠誠義務之系爭經營行為目的在於獲取自己或第三人之利益，不必然構成公司之損害，因此責任規範方式係以因系爭不法經營行為所得利益之吐還作為責任內容⁴⁴²，參考我國公司法第 209 條第 5 項關於違反競業禁止下歸入權之規定亦出自相同考量，然公司法第 23 條第 1 項之規範義務類型既包括善良管理人注意義務及忠實義務，未區分違反義

⁴³⁹ 民法研究會第三十次學術研討會紀錄：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，曾宛如教授發言，收錄於：法學叢刊第 190 期，頁 100，2002 年。

⁴⁴⁰ 同前註，詹森林教授與曾宛如教授發言，頁 100-03。

⁴⁴¹ 學者分析違反忠實義務應發生以下四種法律效果：一、損害賠償責任；二、利益歸於託付人（即公司）；三、終止忠實關係（即本文所謂「信認關係」）；四、報酬請求權消滅，參見：謝哲勝，前揭註 433，頁 138。與我國公司法第 23 條第 1 項規範參照，該條僅以損害賠償責任規範之，顯然過於不足。

⁴⁴² 謝哲勝，前揭註 433，頁 135。

務類型即逕以損害賠償規範構成責任內容，在善良管理人注意義務(或注意義務)之違反情形固無疑問，在忠誠義務之違反上是否應以公司所受損害作為賠償額度、公司是否必然因而受有損害、此種處罰方式是否可以達到規範目的，均非無疑問。

第二節 我國實務對於經營判斷原則之理解

經營判斷原則在美國法下雖為處理注意義務違反之司法審查重要原則，然而在美國法忠實義務違反之司法審查標準如經營判斷原則等係經由長年來判例之累積與時俱進，適用於大陸法系統下之我國法本有配合上之困難，此係在引進忠實義務規範時即應考量到，在經營判斷原則之討論下尤然，我國公司法於 2001 年修法引進英美法忠實義務後，在學界及實務界即引發熱烈討論⁴⁴³。近年來在司法實務上亦出現若干關於經營判斷原則之代表性判決，顯示我國司法實務上對於經營判斷原則之理解與適用情形，本節擬整理我國實務對於經營判斷原則之見解，檢討我國司法現狀下經營判斷原則適用之問題，並參酌同屬大陸法系與英美法忠實義務與經營判斷原則移植國之日本法對於經營判斷原則之理解與適用，供我國實務發展之參考。

第一項 經營判斷原則之理解

經營判斷原則在我國學說向來備受關注，過去往往侷限於美國法之介紹，在 2001 年公司法新增第 23 條第 1 項引進英美法忠實義務規定後，在我國司法實務上是否應有所適用即引起學者熱切討論，學者認為在討論我國法下是否有經營判斷原則之適用時，應先檢討我國實務是否具備審查公司經營判斷之能力，以及法院事後審查是否將影響專業人才充任公司董事之意願等因素，而肯定我國在忠實義務規範下應同時於董事注意義務違反與否之司法審查程序中引入經營判斷原

⁴⁴³ 戴志傑，前揭註 433，頁 157-76。

則⁴⁴⁴。學者指出經營判斷原則乃美國實務上泛用之董事責任司法審查標準，依一般商業交易原則與習慣判斷董事行為是否合乎信認義務之要求，在英國法下英國法院雖不如美國法明文承認經營判斷原則之存在，但司法不介入企業經營之原則，早為英國法院行之有年之傳統⁴⁴⁵。在我國引入忠實義務並藉由英美法闡釋以具體化其內涵以提升實務適用可行性後，美國法經由判例累積形成之經營判斷原則在做為大陸法系之我國法下適用上障礙⁴⁴⁶之調整，以及關於其後續配套措施，例如責任構成之司法審查標準等，亦應進一步加以整備，以構築適合我國公司法制之董事司法審查標準，因此經營判斷原則在我國法上適用可行性之分析即屬當前最重要課題之一。

第二項 經營判斷原則在我國實務之適用

我國司法實務對於經營判斷原則之適用已作成若干先例，從法院對於經營判斷原則之敘述，可以窺見我國實務對經營判斷原則之適用情形與特色，以下擬就目前具代表性之數宗判決為例，檢討我國司法實務對於經營判斷原則之適用情形：

第一款 公司負責人對公司應負民事責任

第一目 台北地方法院 93 年度重訴字第 144 號判決

本件被告 A 於民國 92 年 1 月 8 日至同年 11 月 30 日間擔任原告 B 公司之總經理，受 B 公司委任負責經營、管理公司，執掌事項亦包括業務推展與招攬，然而 A 隱匿同時身兼 C 公司董事長之身分，在執行業務之際，於 92 年 4 月與 C 公司及其關係企業 D 公司簽訂契約，藉策略聯盟等名義，使 C 公司、D 公司得

⁴⁴⁴ 戴志傑，前揭註 433，頁 176。

⁴⁴⁵ 池泰毅，前揭註 422，頁 90。

⁴⁴⁶ 關於經營判斷原則在我國實務發展下可能遭遇之困難，由注意義務的行為標準與責任構成標準討論，參見：黃銘傑，「公司治理與企業金融法制之挑戰與興革」，頁 79-82，元照出版，2006 年。

利用 B 公司資金與電信話務費獲取利益，B 公司則因此受有電信話務費之損害。B 公司以 A 為被告，主張 A 經營行為已違反忠實義務並構成債務不履行，依民法第 227 條、第 544 條及公司法第 23 條第 1 項，請求 A 就公司所受損害負賠償責任。

本件法院首先就忠實義務之規定予以說明，並舉出日本商法第 254 條之 3⁴⁴⁷ 為例，認為我國公司法第 23 條第 1 項之立法方式與日本該條規定相同，提出日本實務及學說上過去針對善意管理人注意義務與忠誠義務之討論所發展出之同質說與異質說理論，詳細說明二說內涵後⁴⁴⁸，並認為「惟不論學說上採取何見解，公司法第 23 條第 1 項立法如此修正顯然應係採取前述異質論之說法，即公司負責人除應負原民法上善良管理人之注意義務外，仍應負忠實義務，且此種忠實義務實與民法上誠信原則相當，即在企業經營上的最上位之概念，而扮演好守護公司、股東及社會大眾之角色……我公司法第 23 條第 1 項規定及日本商法之前開規定均係源自英美法上之 fiduciary duty 即一般所稱之忠誠義務。所謂 fiduciary duty，即是認為公司負責人（含董事、經理人等）與公司間之關係為一種「信託」關係，根據此一信託關係（Fiduciary Relationship），課予公司負責人忠實義務。公司負責人應對公司盡最大之誠實義務為內容，使其於執行公司業務時，能為公正誠實之判斷，並防止其追求公司利益以外之個人利益……英美法上之忠誠義務（fiduciary duty）又可細分為三大類即注意義務（duty of care）狹義忠誠義務（duty

⁴⁴⁷ 參照日本公司法第 355 條。

⁴⁴⁸ 台北地方法院 93 年重訴字第 144 號判決對日本舊商法第 254 條之 3 之忠實義務所發展出之同質說與異質說之說明如下：「持異質論者認為：『忠實義務』是在避免董事濫行職權，圖利個人而犧牲公司的利益衝突防制義務；而『善良管理人注意義務』則是要求公司負責人用合理的、相當程度的注意來執行其業務兩者性質互異。違反善良管理人注意義務時可能發生侵權行為或債務不履行責任。公司可對負責人依法追究其經營責任；反之『忠實義務』之違反，並非以其過失為歸責事由，而是『企業倫理』的法制化，透過法條的宣示，藉以嚴格的要求公司董事公正執行其職務，同時忠實義務是基於公司與公司負責人間有著深刻的『信賴』及『信任』，公司負責人既然受公司或股東之託，就必須忠人之事。時時刻刻都要把公司之利益放在第一位，連在道德操守上都被嚴苛地要求，這樣的程度已經超乎簡單的過失與否所能涵蓋。而『同質論』則認為公司負責人所應負之『忠實義務』與『善良管理人注意義務』是基於同質理論構造，委任是本於雙方互相信賴而締結的法律關係，董事忠實義務並非創設委任關係的特別義務，只是明確化董事經營責任之規定，乃藉由商法之明文將民法上受任人的注意義務具體轉化為董事的法定義務。」

of loyalty) 及其他義務 (other duty)。注意義務約當於我國法上之『善良管理人注意義務』，即指公司負責人必須以合理的技能水準、合理的謹慎和注意程度去處理公司事務。又被稱為『技能義務、勤勉注意義務 (duty of skill and diligence)』。即公司負責人必須扮演稱職的執行機關角色，同時執行職務時，應本於善意 (good faith)，並盡相當之注意 (good care)，以避免造成公司之損害。其重要內涵即為一董事須以一個合理的謹慎的人在相類似的情形下，所應表現出的謹慎、勤勉與技能以履行其職務。因此，公司負責人在無其他忠實義務或其他相關法令之違反，而已盡其應有之注意義務，公司負責人之判斷縱然有錯誤或結果未如預期，公司負責人之經營判斷行為仍屬『經營判斷原則』(詳下述) 下合理行為，無庸就其經營管理行為對公司負損害賠償之責(依我國法上可認係已盡善良管理人之注意義務)。狹義忠誠義務 (Duty of Loyalty) 又可稱「信賴義務」約可比擬於我國公司法上之『忠實執行業務之義務』，係指公司董事於執行業務時，應盡最大之能力，忠誠且積極地為公司謀取之商業利益，不得違背公司及股東對其之信任，亦不得將自己的利益置於公司利益之上，或利用機會而圖自己之利益。學者劉連煜教授認為此一義務，是指公司董事在處理公司事務時，必須出自為公司最佳利益之信念而為，不得圖謀自己與第三人利益。而在英美法上，公司負責人與公司及股東間關係被認為是一種信託關係 (Fiduciary Relationship) 如前述，故公司負責人面對公司利益與自身利益發生衝突 (Conflict-Interest) 情形時，基於信託關係的存在，公司負責人必須『忠實』於公司，應以公司利益為優先考量。換言之，當公司負責人自身與公司間發生利益衝突時，公司負責人不得違背其受信託人即公司或股東等所加諸法律上及倫理上等義務，而應以避免公司受有損害為優先」法院首先肯定我國公司法第 23 條第 1 項忠實義務之規定係與民法上誠信原則相當之企業經營最上位概念，並經由參酌美國法與日本法之比較法分析下，採取日本法下異質說見解，將公司法第 23 條第 1 項之「忠實執行業務」解釋為美國法下忠實義務內涵中之「忠誠義務」概念。

至於法院在判斷 A 系爭經營行為是否違反公司法第 23 條第 1 項之忠實義務時，提出經營判斷原則之概念：「又公司負責人在經營公司時，若已經盡善良管理人之注意義務，惟因經營判斷錯誤，事後公司雖然發生損失，則仍不可反推公司負責人未盡其善良管理人之注意義務。此即英美法所謂『經營判斷原則』（Business judgment rule）……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。」顯見法院將我國公司法下公司負責人之善良管理人注意義務與美國法下之董事注意義務類比，肯定在判斷董事系爭經營行為有無善良管理人注意義務之違反時，亦應有經營判斷原則之適用，且在適用要件上直接移植美國法院之經營判斷原則標準於善良管理人注意義務違反與否之判斷上。

然而於本案中值得一提的是，法院雖肯定公司法第 23 條第 1 項規範應依「異質說」區分為「善良管理人注意義務」及「忠實義務」（亦即本文所稱「忠誠義務」），在論及經營判斷原則之適用時，卻未區別系爭經營行為究屬違反善良管理人注意義務行為或違反忠誠義務之行為，而一體適用經營判斷原則，顯與美國法下對於經營判斷原則之理解有所差距，本判決謂：「惟公司負責人在實際經營公司之各種各類不同行為中，本即難區分各該行為是否違反所謂『忠實義務』、『忠誠義務』、『善良管理人注意義務』等，是以英美法中即不強加區而逕以一概括之『fiduciary duty』稱之；且查公司負責人所為若事後證明發生損失時，不論是我國法系或英美法系，均適用所謂『經營判斷原則』（Business judgment rule），不以事後之損失反推公司負責人未盡公司法第 23 條第 1 項之善良管理人之注意義務或忠實執行業務義務，亦應敘明。從而本院下開判斷，雖儘量區分何者為違反

公司法第 23 條之 1⁴⁴⁹之善良管理人注意義務。何者為違反忠實執行業務義務，惟因受限於公司經營行為之多樣化、多變性、及多面向等特點，均僅屬於法院或裁判者個人觀點之一而已；同時在法律判斷上，若公司負責人違反公司法第 23 條第 1 項之義務，則應對公司負損害賠償責任則屬同一；故法院就具體個案為判斷時，實亦無庸無庸強採學理上『異質說』看法，逕將公司負責人所為之各種商業行為逐一定性、判斷是否違背善良管理人注意、忠實執行業務之義務，亦應先予敘明。」首先，法院逕以「公司經營行為之多樣化、多變性、及多面向」及英美法之「fiduciary duty」概念為由認為無法判斷善良管理人注意義務與忠誠義務，惟英美法下雖以「fiduciary duty」泛稱董事基於信認關係對公司所負義務，仍肯定「fiduciary duty」下分為注意義務與忠誠義務，並發展出本論文第二、三章所討論之第三種忠實義務類型之善意義務，早已為英美法下一般理解，因此本案法院表示無法區分善良管理人注意義務與忠誠義務之理由，而回歸同質說見解，顯然過於牽強。

苟以最直觀之區別標準，亦即「利益衝突」之有無來判斷系爭經營行為應受注意義務或忠誠義務規範⁴⁵⁰，依法院理由所示，兩造並未爭執被告 A 於任職 B 公司總經理期間，隱匿兼任訴外 C 公司董事長事，並利用擔任 B 公司總經理地位使 C 公司、D 公司獲利，本案被告 A 系爭經營行為，顯與公司間存在利益衝突，為最典型的忠誠義務範疇內涵。因此，善意管理人注意義務與忠誠義務之區分或許因經營行為多樣化等因素無法作明確且任何情況下一體適用之區分，然而本判決中概未提及最單純之「利益衝突」區分方式，而直接認定善意管理人注意義務與忠誠義務難以區分，故一體適用經營判斷原則之見解非無疑問。

再者，如依本判決見解肯定善良管理人注意義務與忠誠義務情形均應有經營

⁴⁴⁹ 本處「公司法第 23 條之 1」應為「公司法第 23 條第 1 項」之誤。

⁴⁵⁰ 利益衝突係通說對於注意義務與忠誠義務之區別標準，然依循公司法學之發展，忠誠義務之適用或其目的可能不再侷限於利益衝突之防免，而進一步追求經營者與公司利益兼顧之雙贏局面，相關討論參見：陳俊仁，忠誠義務—論公司負責人之競業禁止規範，月旦民商法第 15 期，頁 41-44，2007 年。

判斷原則之適用，則法院應如何解釋其所臚列經營判斷原則適用五大標準之一「不具個人利害關係且獨立判斷」與忠誠義務之核心理念「利益衝突」兩相衝突之問題⁴⁵¹，本判決將忠誠義務違反情形亦適用經營判斷原則之見解顯然在適用上將受窒礙。且法院認為「在法律判斷上，若公司負責人違反公司法第 23 條第 1 項之義務，則應對公司負損害賠償責任則屬同一」，然而對於忠誠義務之違反以損害賠償責任規範本屬我國公司法第 23 條第 1 項規範上之不適宜，參酌本章前揭相關論述可知，以美國法規範而言，忠誠義務之違反原則上應以利益吐還為賠償手段，然而在現行公司法第 23 條第 1 項不分善意管理人注意義務之違反或忠誠義務之違反一概以損害賠償責任規範之，在未來修正時應朝向規範適當化與明確化之方向邁進，在現行規範下唯有經由規範目的與比較法之解釋，或類推適用公司法第 209 條規定，將違反忠誠義務之損害賠償方式修正為利益吐還，或經由比較法解釋，例如參照日本公司法相關規定，將公司負責人違反忠誠義務之利益相反交易行為所得利益推定為公司因該不法經營行為所受損害額度⁴⁵²，而非逕依有欠允當之法條明文規範處理之，因此，本判決以違反善良管理人注意義務與忠誠義務在法律判斷上之結果相同作為毋庸區分善良管理人注意義務與忠誠義務之理由，顯非妥當。

承上，本判決謂：「綜合上述可知，依公司法第 23 條第 1 項規定，本件被告未盡善良管理人注意義務及忠實執行業務之義務……造成原告公司損害，自應依前開公司法第 23 條第 1 項規定賠償原告之損害。再查本件原告主張所受損失為……從而本件原告請求被告給付 12,583,238 元及自起訴狀繕本送達翌日（即 93 年 1 月 30 日起）按週年利率百分五計算之利息為有理由應予准許。」云云，係將因本件不法經營行為所生損害認定為公司因而所受損害，而非被告或第三人因而所得利益，本件因係被告 A 利用公司機會使 C 公司、D 公司得利用原告 B

⁴⁵¹ 無利益衝突向來為經營判斷原則適用前提之一，如董事與公司間存在利益衝突時，則董事之系爭經營決定應受到整體公平標準之審查，而非經營判斷原則之保護，相關討論參見：戴志傑，前揭註 433，頁 170-71。

⁴⁵² 參照日本公司法第 356 條第 1 項、第 423 條第 2 項。

公司之資金與電話話務費，使原告 B 公司所受損害恰為第三人 C 公司、D 公司所得利益，使責任判斷結果上並無不同，然而以忠誠義務法理觀之，仍應以所得利益作為賠償範圍較為適當。

本判決因採納經營判斷原則作為公司負責人免責抗辯而備受關注⁴⁵³，本案法院肯定我國法下董事應負忠實義務，並將善良管理人注意義務類比為美國法下注意義務，明確說明忠實義務之內容與經營判斷原則之適用前提，肯定在我國法下善良管理人注意義務違反之司法審查上應有經營判斷原則之適用，在我國法院實務關於經營判斷原則之適用上係相當具有代表性之判決；惟本判決與美國法下經營判斷原則之適用所不同的是，不區分忠誠義務或注意義務均一概認為適用經營判斷原則，以本判決事實觀之，被告 A 系爭經營決定已涉及個人與公司間之利益衝突，然法院仍肯定經營判斷原則應有適用，關於忠誠義務之違反何以得適用經營判斷原則、以及經營判斷原則適用前提與忠誠義務之核心意義所產生之矛盾應如何解決，悉未提出具體說明，顯然尚待進一步法院見解累積。

第二目 台北地方法院 96 年訴字第 2105 號判決

本件係屬於撤銷董事會決議之訴，原告 A 等 3 人為 B 郵政股份有限公司（以下稱 B 公司）之勞工代表董事，主張被告 B 公司於董事會開會會議資料尚未就修正公司章程案與變更董事會組織案作具體說明，開會當日 B 公司不但臨時數度更改開會地點，並以鎮暴警察將 A 等董事拒於會場外，而於該次董事會議中通過公司章程名稱修改案及公司名稱變更案，原告 A 等 3 人主張該次董事會召集程序及決議方式違法，以 B 公司為被告起訴，先位聲明為撤銷董事會決議，備位聲明為確認董事會決議無效。

法院於本判決中駁回原告起訴，就先位聲明部分，主要係認為形成之訴之提

⁴⁵³ 黃銘傑，前揭註 438，頁 171。

起，應限於法有明文之情形，原告主張類推公司法第 189 條撤銷股東會決議之訴規定係無理由；就備位聲明部分，法院認為原告並無即受確認判決之法律上利益，謂：「審究我國公司法第 23 條第 1 項規定係源自英美法上之『fiduciary duty』即一般所稱之忠誠義務。所謂『fiduciary duty』，即是認為公司負責人（含董事、經理人等）與公司間之關係為一種『信託』關係，根據此一信託關係（Fiduciary Relationship），課予公司負責人忠實義務。公司負責人應對公司盡最大之誠實義務為內容，使其於執行公司業務時，能為公正誠實之判斷，並防止其追求公司利益以外之個人利益。英美法上之忠誠義務（fiduciary duty）又可細分為三大類即注意義務（duty of care）狹義忠誠義務（duty of loyalty）及其他義務（other duty）。注意義務約當於我國法上之『善良管理人注意義務』，即指公司負責人必須以合理的技能水準、合理的謹慎和注意程度去處理公司事務。因此，公司負責人在無其他忠實義務或其他相關法令之違反，而已盡其應有之注意義務，公司負責人之判斷縱然有錯誤或結果未如預期，公司負責人之經營判斷行為仍屬『經營判斷原則』下合理行為，亦即相當於我國法上已盡善良管理人之注意義務，自無庸就其經營管理行為對公司負損害賠償之責。公司負責人在經營公司時，若已經盡善良管理人之注意義務，惟因經營判斷錯誤，事後公司雖然發生損失，則仍不可反推公司負責人未盡其善良管理人之注意義務。此即英美法所謂『經營判斷原則』（Business judgment rule）。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』，可借用與美國法院相同之營業標準，亦即：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。本件被告董事會決議修改章程變更公司名稱，符合前述『經營判斷法則』之五個原則，不論其有效或無效，董事會成員可推定已具善良管理人之注意義務，而無庸對公司負損害賠償責任，是以原告之法律地位亦無不明，其不得提起確認

之訴，至為明顯。」故法院認為不論系爭董事會決議有效與否，原告均不因而構成善良管理人注意義務之違反，因而無須對公司負損害賠償責任，故欠缺即受確認判決之法律上利益，因而駁回原告之訴。

由以上判決內容觀之，可發現與前揭台北地方法院 93 年度重訴字第 144 號判決見解相同，法院均肯定董事應負忠實義務，並將忠實義務內涵中之注意義務類比為我國法下之善良管理人注意義務，肯定在判斷董事是否違反善良管理人注意義務之審查上應有經營判斷原則之適用，如滿足經營判斷原則之要件則無庸對公司負損害賠償責任，惟參考美國法下經營判斷原則之定義，僅是對於董事系爭經營決定之假設性保護⁴⁵⁴，滿足經營判斷原則之適用要件，係發生程序上舉證責任之移轉以及行為董事受到推定性保護之效果⁴⁵⁵，董事責任程度並因而降低到重大過失程度，惟要非當然使董事可自免於損害賠償責任之追究，本判決謂在滿足經營判斷原則要件後即直接推論到董事無庸對公司負損害賠償責任，其推理似乎過遽。

第二款 刑事事件之適用

然而，經營判斷原則在我國法院實務上，不僅於董事對公司所負注意義務違反與否之責任判斷，甚至在刑事案件中亦可發現經營判斷原則之出現，特別是在董事背信案件，經營判斷原則往往為被告董事引為抗辯理由之一，然而經營判斷原則適用於刑事案件是否適宜非無疑問，援以台灣高等法院高雄分院 95 年上易字第 233 號判決為例，說明經營判斷原則在我國刑事案件中之適用情形。

本件被告 A 等四人為 B 銀行之理事，業務內容為放款業務之審核，卻未忠於職務，基於共同犯意聯絡，意圖為訴外借款人共 5 人不法利益之概括犯意，分別於民國 84 年至 86 年間，連續利用審理、覆核申請貸款案件之機會，或未依 B

⁴⁵⁴ See *supra* note 11.

⁴⁵⁵ See Bishop, *supra* note 145, at 18.

公司內部所訂授信審議委員會組織準則規定為利害關係之迴避，或未敘明具體理由決議貸放超出最高放款值之款項，造成 B 公司無法回收貸款本息，導致受有 4,500 餘萬催收款及利息損失。被告 A 等人因而涉刑法第 342 條第 1 項背信罪嫌受追訴，第一審法院判決被告不構成背信，檢方提起第二審上訴。

第二審法院於判斷被告等人違法貸放行為是否構成背信罪時，謂：「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，論斷經理人或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。故所謂『商事判斷法則』，認法院不應介入商事判斷，即指此理。是以，倘授信人員於授信過程均符合公司（即本人）內部控制之規定，除非另有積極證據證明背信之故意或意圖，否則不容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。」本判決中引經營判斷原則作為法院避免以結果論就專業人士之經營決定作事後審查，認同第一審判決見解，判斷被告之決議貸放行為不構成背信罪行，駁回上訴。

將經營判斷原則適用於刑事背信罪成立與否之司法審查上，顯然是我國司法實務對於經營判斷原則適用之特色，上開判決見解乍見似有其道理，然而針對經營判斷原則適用部分，筆者嘗試提出若干質疑如下。首先，經營判斷原則作為由董事違反注意義務對公司所負民事責任事件所發展出之司法審查標準，是否能直接適用在董事背信刑事事件之司法審查上，以經營判斷原則發展背景觀之，如第三章第一節所述，經營判斷原則係考量企業經營即時性、專業性等特性以及避免法院以結果論成敗之事後審查，而對於系爭經營決定採取推定董事已滿足注意義務要求之假設性保護，其出發點係在於對董事民事責任之追究，然而刑事事件已涉及到公權力之訴追，具有公益性目的，是否有對於被告董事提供與民事事件相

同程度之保護之必要則非無疑問，縱然在董事因經營行為涉及背信罪嫌之審查上，因事實認定涉及專業經營判斷之作成，經營判斷原則之企業經營即時性、專業性等特性以及避免法院以結果論成敗之事後審查等上開考量亦為法院審查被告董事刑事責任時所不得不面臨的難題之一，欠缺經營專業之法院在判斷董事系爭經營行為是否構成背信罪時，當然應考量對於董事經營之尊重，然而因背信罪之保護法益已涉公益，背信罪所傷害的除公司及其股東利益外，尚且侵害社會大眾對於企業經營之信賴，法院在進行背信罪之司法審查時，對於董事經營專業之尊重，應與系爭經營行為對於公司及其股東、社會大眾所帶來之影響兩相權衡，要非概以經營判斷原則之引入即可免除對於董事經營行為之審查。因此，筆者以為在背信等刑事責任審查上，法院雖同有顧慮企業經營專業與特性等因素，然而在公益考量下，對於董事經營判斷之尊重應不及民事責任事件之程度，肯定法院應對於董事經營決定予以相當程度之尊重，但非原封不動移植經營判斷原則以為適用，本判決直接於背信罪之司法審查上引用經營判斷原則，亦未針對經營判斷原則之適用要件或內涵作具體說明，似有不當。

其次，關於經營判斷原則之效力亦值得檢討，本判決謂：「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……所謂『商事判斷法則』，認法院不應介入商事判斷」即將符合競爭秩序與公司內部控制制度規定之董事經營決定完全排除於司法審查之外，其效力之強大恐為英美法及日本法經營判斷原則之適用情形所不及。美國法下之經營判斷原則允許法院對於經營決定作成之過程為審查，而限制對於經營決定實質內容之審理；日本法下除對經營決定作成之過程為審查外，並肯定法院對於經營決定之實質內容在尊重企業經營專業等特性外仍得為相當程度之審查，對於董事之保護程度較輕，然而本判決直接排除對於符合競爭秩序與公司內部控制制度規定之經營判斷之司法審查權限，其保護強度更勝美國法下經營判斷原則之效力，且市場競爭秩序之功能乃在維護交易市場之公平性，與董事經營決定適當與否並無直接關聯，而公司內部控

制制度雖為公司監理之重要規範，其地位亦僅為公司內規，如何能使董事經營決定單純以滿足競爭秩序與公司內規之條件即免於司法審查之外，本判決關於經營判斷原則之適用顯有檢討空間。

第三項 小結

伴隨著實務對於公司法第 23 條第 1 項忠實義務之認識與適用頻率，經營判斷原則在董事經營決定是否違反注意義務之司法審查上的重要性與其功能即受到法院之重視，由上開判決之介紹可發現，我國法院對於經營判斷原則之適用採取相當開放之態度，肯定經營判斷原則之內涵與功能應在我國司法實務審查董事善良管理人注意義務違反與否時派上用場，法院肯定判斷系爭經營決定之法律效力時應考量到在瞬息萬變的商業環境中董事執行經營業務之專業性與即時性、以及欠缺經營專業之法院作事後審查之缺失等，肯認經營判斷原則作為董事關於經營決定失誤之責任負擔之避風港，以達到鼓勵董事承受經營風險獲取利益、並促使專業人事樂於充任董事、避免法院不當介入公司經營等目的⁴⁵⁶。

於近年來備受關注之聯電案中，聯電公司前董事長、前副董事長等人因涉及聯電公司與中國和艦公司間資金投資與技術移轉案，經檢察官調查後以違反刑法第 342 條背信罪與商業會計法第 71 條第 4、5 款提起公訴，被告等亦曾於審理過程中提出經營判斷原則之抗辯，然而在 2007 年 10 月新竹地方法院所作成之第一審判決⁴⁵⁷中，卻對於經營判斷原則之抗辯隻字未提，從而無法窺知法院對於本案是否適用經營判斷原則之意向及對於經營判斷原則之認識，然本案在第一審判決被告等人無罪後，已經檢察官提起上訴，於第二審中將可預見系爭經營決定是否受經營判斷原則之保護將成為兩造攻防重點之一⁴⁵⁸，其發展十分可期。

⁴⁵⁶ 戴志傑，前揭註 433，頁 175。

⁴⁵⁷ 新竹地方法院 95 年矚訴字第 1 號判決。

⁴⁵⁸ 被告於新聞媒體中屢次重申曾於第一審審判期間提出經營判斷原則辯護，指出經營判斷原則可鼓勵有才能者勇於任事，且能避免法官陷入複雜的商業判斷，不適任董事應由股東會決定去留

然而美國法下所發展出之經營判斷原則是否可全盤適用於我國法院實務、我國是否應發展出符合我國企業實態與法令規範之經營判斷原則、關於經營判斷原則與傳統民法上對善良管理人注意義務之責任認定之調和、責任認定之主觀判斷標準與客觀判斷標準⁴⁵⁹等問題，仍待實務進一步之累積。

第三節 善意義務在我國法下之解釋空間

在我國公司法對於董事義務之規範中，雖無善意義務之明文規定，然衡量善意義務之本質與內容，當非我國法對於董事經營行為所不要求，參考日本學說見解⁴⁶⁰，或可將善意義務之法源依據解釋為我國民法第 148 條第 2 項之誠信義務⁴⁶¹，由義務履行之基本誠實信用要求做為善意義務之依據與核心內容，縱無法以公司法相關規定解釋出對董事經營行為應滿足善意義務要求，但以一般契約法規定，善意義務本為基本誠信原則之內涵，縱公司法無明文亦不能否認其存在，故善意義務仍應為我國法下董事應負義務之一，縱使不以善意義務之名，董事以主觀誠實信賴為公司執行業務作成經營決定，本屬基於董事與公司間委任關係下受任人基於善良管理人注意義務應盡行為，可包含於善良管理人注意義務範圍內。於 2001 年公司法修正新增第 23 條第 1 項之董事忠實義務規定後，對於忠實義務之內涵如何向來為學說討論重心之一，在採用傳統二分法之注意義務與忠誠義務之分類下，善意義務亦作為注意義務下之附屬義務類型肯認為董事忠實義務內涵之一部分⁴⁶²。承上，承認善意義務與否、抑或是否將善意義務作為一個獨立的忠實義務類型，均不影響到善意義務本即為我國法下對公司董事執行業務所要求應負義務之內涵。

而非法院裁判介入，並主張其作成和艦案相關經營決定行為係其為聯電公司利益所作成之經營判斷，縱該判斷係錯誤或對聯電公司不利，亦僅能認定為係其無能，而不能逕予定罪，此即經營判斷原則之效力。聯合報，2007 年 10 月 27 日，A1 版。

⁴⁵⁹ 洪秀芬，前揭註 416，頁 241-44。

⁴⁶⁰ 吉田直，前揭註 407，頁 96。

⁴⁶¹ 惟另值得注意者，亦有學說將忠誠義務與民法第 148 條第 2 項作類比，認為忠誠義務係較民法誠信原則要求內涵與範圍更廣泛之義務類型，參見：洪秀芬，前揭註 416，頁 236。

⁴⁶² 曾宛如，前揭註 426，頁 21。

在肯定善意義務在我國法下亦屬董事對公司應負義務內容外，近年內善意義務在美國法下所發展出之獨立性與加強的法律效力在我國是否產生影響，我國法下對於董事善意義務之態度是否亦應依循美國法下之見解以為調整⁴⁶³，相較於同屬美國公司法制移植國家之日本對於善意義務之淡漠，我國法應如何對應，在在成為目前公司法制下受到企業金融醜聞壓力下加強董事責任之努力方向中的重要課題之一。

以善意義務在近年來備受重視並加強其法律上效力（特別是司法審查上）⁴⁶⁴之背景觀之，由本文第二、三章可清楚發現，善意義務地位之加強乃是公司法制對董事責任一再放寬之修正，從經營判斷原則之發展與公司法董事免責規定之新增可發現，基於鼓勵有才能者踴躍擔任董事為公司服務，對於董事因經營行為所致個人受責任追究之可能性大幅受到限縮，除有重大過失或利益衝突之情況外，幾乎難以構成責任，經營判斷原則與董事責任減免制度構成董事個人責任之金鐘罩，然而此舉固然保全有能者擔任公司董事之意願與公司業務經營狀態之健全，董事經營權限與責任之不平衡在較極端的董事不當或不法經營行為導致公司受有重大損害之情形中，卻有可能造成有責者毋庸負責，公司求償無門之不公平狀態，最終之受害者仍為公司股東及投資大眾。傳統忠實義務對於董事經營行為之要求即為注意義務與忠誠義務，在不具備董事與公司間利益衝突關係之情形下，在經營判斷原則下，董事除有重大過失等例外情形，幾乎不受責任追究之威脅，如公司章程中定有董事免責規定，董事縱有重大過失亦不構成責任，對董事之保護不可不謂過度，上開保護董事免受個人責任追究之法律上措施或許在鼓勵有能

⁴⁶³ 關於近年來美國司法實務對於善意義務之重要見解整理，參見：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，頁 135-214，2007 年。

⁴⁶⁴ 相較於英美法下將忠實義務之內涵分為行為標準與責任標準（司法審查標準），大陸法系下之我國並無此概念，通常在未達到系爭義務之行為要求內容時即構成違反該義務之責任，因此美國法下對於善意義務之行為標準與責任標準在我國適用上可能產生理解上之障礙。以注意義務為例，經營判斷原則在我國法下之適用即面臨到行為規範與裁判規範合一所產生之發展空間阻礙問題，參見：黃銘傑，前揭註 446，頁 79-82。可以預見的是，近年來美國法下在善意義務強化上之努力，於引入我國法時亦可能面臨相同困擾。

者擔任董事以及鼓勵董事進行投機性冒險性經營行為上有顯著成效，然而過度的責任排除保護同時也可能降低董事對於經營行為與風險之注意程度與危機感，可以想見如董事認識到自己受到充分甚至過度之責任排除保護，縱使在經營行為有所疏漏亦不構成個人責任時，對於經營行為之注意程度與危機感可能變得遲鈍，而公司為填補此經營上缺失，必須設計更縝密之內部監控制度以加強公司經營業務之適正性，無疑又造成經營成本之浪費，對社會整體而言亦非佳音。因此，在美國法日漸放鬆而有失衡趨勢之董事責任規範下，善意義務之地位即受到學說及實務關注，法院亦藉由善意義務之加強，企圖鞏固董事忠實責任之內涵，並嘗試發展出獨立的責任基礎⁴⁶⁵以平衡董事權限與責任間之關係⁴⁶⁶。

然而上開美國法善意義務發展之背景在日本公司法制之討論下顯然較欠缺董事責任制度修正之需求，此乃因日本在引進英美法董事忠實義務後同樣也產生經營判斷原則適用與否之討論⁴⁶⁷，而在適用經營判斷原則時已因應其國內企業實態與法令規範作程度上調整，並保留法院對於經營決定之實質審查權限，在董事責任輕減制度上亦以最低責任限度額規範，避免董事完全豁免於不當經營行為之責任追究之外，對於董事經營決定予以保護的同時並維持法院的司法審查權限與董事最低責任限額⁴⁶⁸，俾使董事責任制度符合社會期待，因日本董事責任制度未如美國法在保護過度後又圖謀強化責任，而亡羊補牢地加強善意義務在董事對公司所負義務上之角色，在董事權限與責任未致失衡之虞的日本公司法制上，強化善意義務概念的實益顯然不大。

相較於我國公司法制，在 2001 年公司法修正新增第 23 條第 1 項董事忠實義務規定後，對於經營判斷原則之適用亦成為學說討論重心之一，以前揭法院判決

⁴⁶⁵ 林國彬，前揭註 463，頁 157-71。

⁴⁶⁶ 例如在現今美國法下善意義務是否作為一個獨立的忠實義務類型尚無定論時，針對股東於股東代表訴訟中之善意義務違反主張，關於善意之舉證責任應由原告或被告負擔即影響訴訟勝敗結果之關鍵，參見：林國彬，同前註，頁 194。

⁴⁶⁷ 近藤光男，前揭註 372，頁 98-105。

⁴⁶⁸ 日本公司法第 425 條。

內容觀之，足見法院亦開始接納所謂經營判斷原則之司法審查原則，然而經營判斷原則在我國尚屬嶄新法律概念，由台北地方法院 93 年度重訴字第 144 號判決及台北地方法院 96 年訴字第 2105 號判決內容可發現，我國法院對於經營判斷原則之理解仍為美國法之全面繼受，未來尚待依照我國企業經營現狀與法令規範發展出適當的經營判斷原則具體架構與內容。此外，我國公司法對於董事責任減免制度之規範付之闕如，在經營判斷原則之適用尚起步，又欠缺董事責任減免制度之規範下，我國董事責任制度較諸美日等國顯然應有不同的發展方向，相對於美國在過度保護董事經營決定後復以善意義務之加強作為亡羊補牢之舉，我國董事顯然因欠缺對因業務經營導致個人責任追究之保障，反有導致經營人才之流失、企業經營萎縮等缺失，因此我國法在董事責任制度之檢討上，毋寧應先以董事違反忠實義務之司法審查標準以及董事責任減免制度之建構為方向，在欠缺對於董事經營行為之個人責任保護之現行法規範下，類如美國法對於善意義務之加強顯然尚非我國所遇到之難題，善意義務在忠實義務中之加強顯非我國當前董事責任制度檢討上之必要課題。

然而近年美國法下對於善意義務之發展並非對我國董事責任制度之建構毫無助益，在近年來學說與實務判決發展下，美國法對於善意義務之內涵與範圍日漸明朗化，藉由判決累積在善意義務違反之司法審查上亦有類型化之趨勢，在善意義務更形明確化之下，有助於董事忠實義務內容之強化與健全，在屬於大陸法體系之我國公司法制下，吸收英美法系下由衡平法所發展，具體內容及範圍與時俱進而無固定型態之忠實義務以及經營判斷原則等概念無可避免地將遭遇制度適用上之困難，美國法下對於善意義務之具體類型化討論，恰可提供我國在忠實義務之內涵上之參考。而美國公司法制下對於董事責任制度之發展歷程，應可作為我國董事責任制度檢討之借鏡，與其如同美國法先過度鬆綁董事責任復以善意義務之強化修正過度寬鬆之董事責任制度，毋寧在制度設計之初即具體考量到董事責任之適當保護程度與最低責任額度，以謀求董事權限與責任之平衡，因此除

注意義務與忠誠義務之具體內容及範圍外，美國法下對於善意義務之發展亦值得我國進一步具體化忠實義務內涵並修正董事責任制度時之參考。

第四節 董事責任減免制度之參酌

承上所述，關於當下我國董事責任制度之重要課題，當為經營判斷原則司法審查標準之調整與董事責任減免制度之建構，關於經營判斷原則在我國司法實務上之現狀詳如本章第二節所述，經營判斷原則之發展尚待我國法院判決累積以具體明確化其內容，本節擬經由日本董事責任減免制度之比較，檢討我國目前董事責任制度遭遇之障礙，參酌日本法規定嘗試建構我國法下董事責任減免制度之可行性。

第一項 現行董事責任制度之障礙

關於我國對於董事責任之規範，除公司法第 23 條第 1 項違反忠實義務之損害賠償責任及違反公司法其他規定之損害賠償責任外，尚有違反民法委任契約受任人義務所生損害賠償責任等規定。觀察我國判決中對於董事不當經營行為所導致公司受有損害之責任追究，多以公司法第 23 條第 1 項及民法委任規定為請求權基礎，除民事責任之追究上，亦經常可見對於董事刑事責任之訴追，特別是以刑法第 342 條背信罪或第 336 條侵占罪為中心，此外證券交易法及商業會計法上對於董事不法經營行為之刑事責任追究亦屢有所聞，此係因公開公司董事之重大錯誤經營行為往往同時涉及不法交易行為或公開揭露不實或其他商業會計記載不實等行為，導致有構成刑事責任之虞，然而因刑事責任所需證據證明力相較於民事責任為高，責任成立相對較難，以嚇阻不法經營行為而言，效力反不及民事責任規範，民事責任制度之齊備即為董事經營行為適正性確保之重要課題⁴⁶⁹。

現行董事責任制度在上開責任構成以外，欠缺任何董事責任減免制度之設

⁴⁶⁹ 王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學第 34 期，頁 114，2002 年。

計，導致董事暴露於因不當經營行為導致被追究龐大個人責任之危險當中，而有降低經營專業者擔任董事之意願並導致董事不願採取冒險經營決定而構成企業經營萎縮之困境⁴⁷⁰。然而上開顧慮在我國實務中並不明顯，實因公司以董事為被告請求因不當經營行為所致損害賠償之情形並非常態，而礙於公司法第 214 條規定，公司股東欲提起股東代表訴訟需繼續一年以上持有已發行股份總數百分之三以上之股東始有權提起，股東代表訴訟要件顯然過苛，在資本額龐大股權分散之公開發行股份有限公司中更難以達到百分之三已發行股份總數之起訴門檻，且起訴股東更可能因被告聲請而須提供擔保，而勝訴由公司獲利，敗訴或因股東代表訴訟之提起致使公司受損害時卻由股東負賠償責任，如此嚴苛之規定造成股東代表訴訟在我國不發達之主因，因此公司股東以董事為被告請求不當經營行為所致損害賠償並不普遍⁴⁷¹，此外我國民事訴訟上百分之一裁判費之負擔亦構成股東對於股東代表訴訟躊躇不前之障礙⁴⁷²。因此，在我國董事責任制度上雖欠缺責任減免制度之保障，但董事因不當經營行為導致公司受有損害時受到公司或公司股東所提起之責任追究情形並不常見。

於董事責任制度之討論上，獨立董事更是一個相當重要的課題，行政院於 2002 年 11 月成立改革公司治理專案小組所提出之「政策綱領暨行動方案」中所規劃之四大目標之一即為「建立獨立董事、監察人制度」⁴⁷³，其後並就證券交易

⁴⁷⁰ 以日本法為例，於降低股東代表訴訟門檻同時，因考量到股東代表訴訟之便利起訴可能促使董事動輒陷入巨額賠償之恐懼導致經營萎縮之弊，因而同時考量賠償額負擔減輕之可能而有董事責任減免制度之設計，相關討論參見：畠田公明，「コーポレートガバナンスにおける取締役の責任制度」，頁 317，法律文化社，2002 年。

⁴⁷¹ 在 2001 年公司法修正以前，依修正前第 214 條規定，股東代表訴訟之起訴門檻為「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之五以上」，於 2001 年修正後改為現行之「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上」，雖在持股比例上已放寬，仍無法解決僅大股東有能力提起股東代表訴訟之問題，相較於日本公司法對於股東代表訴訟之規定，依日本公司法第 847 條規定，對於股東代表訴訟之起訴門檻僅限定持股期間六個月而未有持股比例之限制，或可作為我國股東代表訴訟制度修正之參考，參見：王文宇，前揭註 469，頁 114。

⁴⁷² 關於股東代表訴訟之裁判費，參考日本公司法第 847 條第 6 項規定，鑒於縱使股東代表訴訟勝訴其勝訴利益亦不直接歸屬原告股東，而將訴訟標的價額之計算視為非財產權上請求之訴，依日本民事訴訟費用法第 4 條第 2 項規定，於起訴時向法院繳納之裁判費一律為日幣 13,000 元。相關說明參見：江頭憲治郎，前揭註 310，頁 444；神田秀樹，前揭註 312，頁 231-37；關於股東代表訴訟提起之程序，參見：加美和照，前揭註 331，頁 373-75。

⁴⁷³ 郭土木，我國公司治理法令架構之探討，法官協會雜誌第 8 卷 1 期，頁 70，2006 年。

相關法規進行修正⁴⁷⁴，例如證交所與證期會早於相關法規⁴⁷⁵規定獨立董事之設置，並採取獎勵措施，或明定公司應充分考量獨立董事之意見並列入紀錄⁴⁷⁶等。此目標在2006年證券交易法修正時新增第14條之2明文規定公開發行公司得設獨立董事之規定實現。獨立董事在採取公司治理結構下三權分立制衡之我國股份有限公司規範⁴⁷⁷下，具有補充監察人未參與經營事項導致只能事後監督之缺失，參與董事會決策程序⁴⁷⁸，以提供即時監督與制衡經營⁴⁷⁹之功能⁴⁸⁰，進而達到提升經營績效、汰換不適任經營者、對於違法經營或利益衝突交易等道德危險行為之監督等目的⁴⁸¹。在設有由獨立董事所構成之審計委員會⁴⁸²之股份有限公司下，依證券交易法第十四條之五增列考核內部控制制度之有效性權利，加強審計委員會之獨立功能，上開事項經由審計委員會同意後，並需提經董事會決議，達到明確落實董事會責任之目的⁴⁸³。尚且不論獨立董事或審計委員會之設置是否有助於解決傳統公司治理體系下監察人監督權限不彰問題⁴⁸⁴，基於獨立董事之特性與功能，獨立董事應負之義務內容與責任當然應與一般董事區別⁴⁸⁵，關於獨立董事與一般董事之責任制度上有何差別或應如何調整董事會內責任分配等即成為當前重要課題，然而證券交易法在引進獨立董事規定後，卻未針對獨立董事與一般董

⁴⁷⁴ 林宜男，董監事、經理人職責之公司治理機制—以金融控股公司為例，政大法學評論第75期，頁304，2003年。

⁴⁷⁵ 例如2002年2月22日修正之「有價證券上市審查準則」第9條規定、同年11月15日修正之「公開發行公司董事、監察人股權成數及查核實施規則」第2條規定。

⁴⁷⁶ 賴英照，「股市遊戲規則—最新證券交易法解析」，自版，頁115-18，2006年。

⁴⁷⁷ 關於股份有限公司內部權限分立制度之討論，參見：賴英照，同前註，頁114-18；梁宇賢，「公司法論」，頁369-373，三民書局，2004年。

⁴⁷⁸ 關於董事會決策程序之介紹，參見：池泰毅，前揭註422，頁85。

⁴⁷⁹ 亦有學者主張獨立董事監督、制衡公司經營之功能才是各國競相移植獨立董事制度的重點所在，參見：邵慶平，董事法制的移植與衝突—兼論「外部董事免責」作為法治移植的策略，台北大學法學論叢第57期，頁177，2005年。

⁴⁸⁰ 陳錦隆，前揭註424，頁64。

⁴⁸¹ 王志誠，美國公司經營機關之改造與啟發—兼論我國引進外部董事制度之基本課題，證券暨期貨管理第16卷第1期，頁6-9，1998年。

⁴⁸² 參照證券交易法第14條之4。

⁴⁸³ 劉連煜，公開發行公司董事會、監察人之重大變革—證券交易法新修規範引進獨立董事與審計委員會之介紹與評論，台灣本土法學雜誌第79期，頁320-29，2006年。

⁴⁸⁴ 關於獨立董事之設置是否能達到提升經營效益與促進監督等功能之批評，參見：黃銘傑，「公開發行公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯」，頁38-47，元照出版，2001年。

⁴⁸⁵ 黃銘傑，公司治理與董監民事責任之現狀及課題—以外部董事制度及忠實、注意義務為中心，律師雜誌第305期，頁18，2005年。

事在對公司所負責任上作進一步區分，導致獨立董事在條件有專業性與獨立性之要求⁴⁸⁶，在權限上亦與一般董事不同⁴⁸⁷，但在責任上卻適用一般董事之規定，導致獨立董事與一般董事權限不同卻在所負責任上沒有區別，維持一定獨立性之獨立董事因未參與公司經營業務，與公司之連結不如一般董事緊密，卻被迫負擔與一般董事相同之責任，導致獨立董事在權限與責任上之顯然失衡，欠缺一般董事經營權限卻須與一般董事負擔相同責任，使具備專業性與獨立性之人擔任獨立董事之意願降低，獨立董事之功能無法發揮。

第二項 董事責任減免制度參採可行性

如前所述，在我國董事責任之追訴上，因股東代表訴訟提起門檻過高實務上使用頻率低落，對於董事因不當經營行為導致公司所受之損害，在民事責任制度之整備上顯然仍有相當努力空間，然而以現行法規觀之，單以刑事責任之追究並無法達到企業經營適正性之確保，在隨著修法與公司治理結構變化下，董事權限日益擴張，依我國公司法第 202 條規定，關於公司業務之執行除公司法或章程規定應由股東會決議事項外，均應由董事會決議行之，已將董事會權限擴張至股東會決議事項以外之所有公司經營事項。

在 2001 年公司法第 202 條修正時，伴隨著董事會權限之擴張雖同時增加了公司法第 23 條第 1 項董事忠實義務之要求以及降低公司法第 214 條股東代表訴訟提起之門檻，然而修正後股東代表訴訟門檻規定仍不足以促使股東積極利用股東代表訴訟請求救濟⁴⁸⁸，股東代表訴訟制度之齊備與起訴門檻之降低成為董事民事責任追訴制度修正當務之急，然而在檢討董事民事責任制度便利公司股東向董事追訴民事責任之同時，為避免董事因股東代表訴訟起訴門檻降低而動輒受到漫無邊際賠償請求之威脅，對於董事應負責任之範圍與減免制度之構築，亦成為在

⁴⁸⁶ 參照證券交易法第 14 條之 2 第 2 項。

⁴⁸⁷ 參照證券交易法第 14 條之 3。

⁴⁸⁸ 王文宇，前揭註 469，頁 102-03。

確保企業經營正常化以及公司損害填補間取得平衡之重要課題。

因此，董事責任減免制度在強化董事責任與公司損害救濟上亦具備積極面的意義，在我國公司法對董事責任減免制度規範付之闕如之現狀下，貿然降低股東代表訴訟門檻將導致董事因暴露於高度責任風險中而人人自危，加上不當經營行為致使公司所受損害之程度與範圍往往非董事個人經濟能力所堪負擔，第四章之日本大和銀行股東代表訴訟即為一著例，可能導致董事傾向於避免採取冒險性但獲利較高的經營決定，甚至影響企業經營專才者擔任公司董事之意願，故在修正股東代表訴訟起訴門檻同時，對於董事責任制度亦應重行調整，在強化董事責任之際，並賦予公司自主決定權限，自行調整公司與董事間責任之分配，以達到董事權責平衡與企業經營適正化之雙元目的。是此，我國董事責任減免制度之規範即相當值得討論。

然而董事責任減免制度在我國法之適用考量下，可能面臨的第一個問題即在於與複數董事責任間之調和，依公司法第 193 條第 2 項規定，董事會決議違反法令章程或股東會決議致使公司受有損害時，參與決議之董事（除表示異議之董事外）應對公司負賠償責任，雖未明文規定參與決議董事應連帶負責，基於我國民法規範連帶責任應以法律明文規定為限⁴⁸⁹之理由，文義上無法解釋為連帶責任之成立，然而學者由立法論及比較法⁴⁹⁰認為，在加重董事民事責任保護公司之目的下，應有修正為連帶責任之必要⁴⁹¹。惟以現行法論，參與董事會決議之董事因系爭決議造成公司所受損害而負賠償責任時，並不構成連帶責任，因此對個別董事責任上之減免在我國公司法下並不構成窒礙，如未來修法使董事間負連帶責任時，關於個別董事之事後責任減免即應依民法第 272 條以下連帶債務相關規定處理之。

⁴⁸⁹ 參照民法第 272 條。

⁴⁹⁰ 參照日本公司法第 430 條規定，關於董事等公司負責人因賠償公司或第三人所受損害而負賠償責任時，如有其他董事亦應負相同責任時，該所有董事應連帶負賠償責任。

⁴⁹¹ 柯芳枝，前揭註 417，頁 307-08。

第三項 董事責任減免制度規範之草擬

鑒於我國公司法董事責任減免制度之欠缺，擬參考與我國企業環境與法令規範相近之日本公司法規定，草擬適用於我國之董事責任減免制度，參考日本公司法規定將董事責任減免制度分為責任免除與責任減免二類，並在責任減輕上另分為事前責任減免與事後責任減免，關於其具體內容，試整理如下：

第一款 責任免除

依日本公司法規定⁴⁹²，關於董事因經營行為致公司受有損害而應對公司負賠償責任時，得經公司股東會全體之同意免除董事責任，此係日本公司法董事責任免除之一般規定，亦為日本公司法董事減免責任制度之最早規定，由全體股東之同意以免除董事對公司所負賠償責任之方法，雖在大公司下難以想像全體股東之同意成立的可能性，然而在規模較小、股權較不分散的小規模公司中仍有實行之可能性，因此應可肯定其規範之必要。

至於規範方式上，日本舊商法⁴⁹³係直接規範董事對公司所負損害賠償責任得經全體股東之同意免除，現行日本公司法則將責任免除規定分散於各董事對公司所負責任相關條文上，諸如公司法第 55 條對於發起人或設立時董事對公司所負損害賠償責任、第 120 條第 5 項董事進行與股東權利行使相關之利益輸送行為時所負損害賠償責任、第 424 條董事等公司負責人對於公司所負損害賠償責任、第 462 條第 3 項但書業務執行者等人對於剩餘金分配懈怠相關損害賠償責任、第 464 條第 2 項行使股份收買時支付超額費用時對公司所負損害賠償責任、第 465 條第 2 項對公司虧損所負損害賠償責任等。使個別條文所規範之董事損害賠償責任在適用董事免責規定時更形明確，然而不論是舊商法總則式規定抑或現行公司法散見於各條文之規範方式，其內容並無殊異，在我國採用董事責任免除規

⁴⁹² 參照日本公司法第 55 條、第 120 條第 5 項、第 424 條、第 462 條第 3 項但書、第 464 條第 2 項、第 465 條第 2 項。

⁴⁹³ 參照日本舊商法第 266 條第 5 項。

定時均可參採，並試擬條文內容為：「董事對公司所負損害賠償責任，得經全體股東之同意免除其責」，至於應適用責任免除規定之具體經營行為類型，則尚待進一步研究檢討以確立。

第二款 責任減輕

關於責任減免制度之立法意旨乃在於防止董事因輕微過失而有負擔巨額損害賠償責任之危險導致業務執行之萎縮，並以確保有才能者擔任獨立董事之意願為目的所設立⁴⁹⁴，關於我國可參採之董事責任減免制度，擬參考日本公司法規定分為以下三類：

第一目 股東會特別決議免責

日本公司法特別針對董事因善意且無重大過失任務懈怠行為對公司所負損害賠償責任，設計得經由股東會以特別決議免除其部份責任之規範，但針對公司負責人職位及權限之高低分別設定不同倍數之最低責任限額。以日本公司法第425條規定觀之，分別依公司負責人職位為具有代表權限之董事或執行經理人、其他董事或執行經理人、不直接參與公司經營之獨立董事或會計參與或監察人或會計監察人等三類，依序規定由重至輕的最低責任限額，依代表權限有無與參與公司經營程度課以程度不同之最低責任限額固無疑問，然而在最低責任限額之計算基礎與計算方法上，則存在各種設計方法，日本公司法下以「報酬」為計算基礎，分別課以六倍、四倍、二倍計算出最低責任限額，其依據並非相當清楚，學者有認為應係考量到二至四年之最低責任額度係修法當時多數日本公司所加入之董事責任保險之保險責任額度，公司負責人全體約10億至20億日圓之程度⁴⁹⁵。因計算依據不明且學說評價最低責任限額過高，特別是對於獨立董事要求二

⁴⁹⁴ 太田誠一、保岡興治、谷口隆義監修，企業統治關係商法改正法 Q & A，商事法務第1623號，頁7，2002年。

⁴⁹⁵ 田中亘，前揭註348，頁34。

倍最高責任限額被批評為將構成獨立董事擔任意願之阻礙⁴⁹⁶，而最高責任限額之計算方法更被認為是超過報酬返還義務更具備深刻的懲罰性要素⁴⁹⁷，然而在經過熱烈討論後學說仍未針對董事責任減免制度設計出更理想之最低責任限額計算方式⁴⁹⁸。

惟考量到董事責任減免制度之最低責任限額之設計時，仍應參照當時社會企業董事報酬、董事或經理人保險額度、公司經營實際需求等要素，輔以比較法下外國立法例相關規範之參酌，以訂定適合國情之董事最低責任限額，以我國而言，關於董事最低責任限額之計算方式，尚待我國主管機關對國內企業實際情狀與董事及經理人責任保險等相關情形為進一步調查後，方能建構切合我國實情之董事責任減免制度。

在本文中因欠缺上開國內企業相關調查，無從作進一步之董事責任減免制度規範，僅概略參考日本公司法第 425 條規定，草擬股東會特別決議免責規定如下，惟應特別注意者，關於最低責任限額之計算基礎與倍數，悉數參採日本公司法規定內容，不當然適用於我國公司實務需求：

「公司負責人因怠於執行職務違反法令或章程規定，致公司受損害而應負賠償責任時，如該公司負責人執行職務係善意且無重大過失，得以扣除依下列方式計算之數額（以下稱最低責任限額）後之數額為限，經股東會特別決議免除賠償責任：依主管機關所定方法計算，相當於該公司負責人任職中自公司收受或應收受之執行職務對價之一年份財產上利益之數額，依其職位不同分別乘以下列倍數所得數額：

一、董事長：六倍。

⁴⁹⁶ 「企業統治に関する商法改正法の実務への影響」研討會會議紀錄，商事法務第 1617 號，頁 17，2002 年。

⁴⁹⁷ 森田章，前揭註 367，頁 9。

⁴⁹⁸ 關於 2001 年董事責任減免制度之修正草案說明與討論，參見：山田純子，前揭註 396，頁 40-41；森田章，前揭註 367，頁 5-6；柳 伸之介，前揭註 366，頁 428-38。

二、獨立董事及監察人：二倍。

三、其他公司負責人：四倍（第1項）。

前項情形中董事應於股東會中揭露以下事項：

一、構成該責任之原因事實及賠償責任數額。

二、依前項得免除數額之限度與計算基礎。

三、得免除責任之理由及免除額度(第2項)。」

第二目 章定事前免責

日本公司法允許公司章程中規定關於董事因怠於執行職務致公司受有損害而對公司所負之賠償責任，在董事執行職務係善意且無重大過失之情形時，得考量責任構成原因之事實內容與該董事執行職務之狀況或其他情事認有特別必要時，以前揭日本公司法第425條第1項規定之最低責任額度為限，經董事或董事會過半數之同意免除董事一部責任⁴⁹⁹。由於係規定於公司章程中，在董事不當經營行為作成前即依章程授與董事或董事會免責權限⁵⁰⁰，故稱之為事前免責規定。

章定董事免責規定乃係公司法賦與公司本身在損害發生前即得於章程中規定董事或董事會決議免責之權限，使董事會在董事懈怠職務行為導致公司受有損害時，得不經股東會特別決議，即逕依章程規定免除行為董事部份責任，然而免除額仍受限於最高責任限額之規定。

擬參照日本公司法規定，草擬我國章定免責規定如下：

「公司得於章程規定，公司負責人因怠於執行職務違反法令或章程規定，致

⁴⁹⁹ 參照日本公司法第426條第1項。

⁵⁰⁰ 江頭憲治郎，前揭註310，頁435。

公司受損害而應負賠償責任時，如該公司負責人執行職務係善意且無重大過失，考量責任原因構成之事實內容、該公司負責人執行職務情形與其他情事認有特別必要時，於最低責任限額之限度下，經由董事會過半數之同意得免除其責任（第1項）。

董事會依章程規定決議免除前項董事責任時，應立即公告並向股東通知以下事項：

一、構成該責任之原因事實及賠償責任數額。

二、依前項得免除數額之限度與計算基礎。

三、得免除責任之理由及免除額度。

四、對責任免除決議有異議時應於一定期間內陳述異議，該期間不得少於一個月(第2項)。

非公開發行公司之股份有限公司適用前項規定時，向股東通知前項事項（第3項）。

持有已發行有表決權股份總數百分之三以上之股東於陳述第二項第四款之異議時，股份有限公司不得依章程規定免除董事賠償責任（第4項）。」

第三目 責任限定契約

在面對獨立董事、監察人等未直接參與公司經營但可能因疏於監督而致使因董事不當經營行為所致公司受損害，而應對公司負賠償責任時，有鑒於獨立董事與監察人等機關之特性不應與直接參與公司經營之董事等負相同責任，且動輒使獨立董事或監察人因企業經營面臨個人責任之威脅亦有降低擔任獨立董事或監察人意願之虞，故允許公司與獨立董事、監察人等締結責任限定契約，藉由事前

確認責任限額，以排除獨立董事等對於賠償責任追訴之不安，確保獨立董事與監察人之人才⁵⁰¹。

因此，責任限定契約其用意係在於藉由契約自治，使公司與獨立董事間事先以契約約定責任限額，以確保其擔任獨立董事之意願，日本公司法第 427 條即規定公司得依章程規定與獨立董事等締結責任限定契約，在第 425 條第 1 項之最低責任限額以上約定其責任額度。

擬參照日本公司法第 427 條規定，草擬我國責任限定契約規定如下：

「關於獨立董事或監察人因怠於執行職務違反法令或章程規定，致公司受損害而應負賠償責任時，公司得與獨立董事或監察人約定，如其執行職務係善意且無重大過失時，於章程事前所定額度範圍內或最低責任限額二者較高者為限之責任限額契約（第 1 項）。

締結前項契約之獨立董事或監察人擔任該公司或其子公司之一般董事或經理人或員工時，該契約失其效力（第 2 項）。

締結第一項契約之公司知悉因該獨立董事懈怠任務而受損害時，應於知悉後第一次召開之股東會揭露以下事項：

- 一、構成該責任之原因事實及賠償責任數額。
- 二、依前項得免除數額之限度與計算基礎。
- 三、責任限定契約之內容及締結該契約之理由。

四、因該行為公司所受損害中該獨立董事或監察人不負賠償責任之數額（第 3 項）。」

⁵⁰¹ 江頭憲治郎，前揭註 310，頁 437。

第五節 小結

由本章內容可見我國公司法下針對董事對公司所負義務之規範相當簡陋，對於義務內容亦欠缺具體說明，導致公司法第 23 條第 1 項所指為何在法律解釋上仍存有疑義，然而亦可發現我國公司法上董事責任相關規定與日本公司法規範方式相當雷同，在義務內容之說明上亦相當類似，日本實務及學說所發展出之忠實義務內涵應相當值得我國法在解釋公司法第 23 條第 1 項之參考。而在現行公司法規範下，忠實義務當然為董事義務之重要內涵之一，而善意義務依其義務內容觀之，基於主觀誠信真誠為公司執行業務當屬對董事之行為要求之一，通常在英美法忠實義務之理解下被認為是注意義務之內容而涵蓋於董事所負忠實義務範疇內，因此善意義務應解釋為董事所負義務。

然而縱肯定我國法下董事應負善意義務，在董事責任制度上善意義務所發揮之功能顯然不及美國法之情形，蓋因我國董事責任制度發展未臻健全，不僅在責任構成的司法審查階段尚未建構合乎我國企業實態與法規制度之經營判斷原則，在董事責任減免制度上更是尚無規範，儘管基於我國股東代表訴訟規定過苛成效不彰等因素導致董事暴露於個人責任追究上之頻率與程度不及美日等國情形，然而對於董事責任欠缺制度保護仍對於企業經營有不良影響，基於公司自治之理念，公司與董事間責任之分配與其經由法律強行決定，毋寧賦予公司自我決定權限，在一定條件與限度下得以依企業實際需求分配公司與董事間責任，以達到最適狀態。因此擬參考日本公司法責任減免制度之規定，嘗試草擬我國法下可適用之董事責任減免制度內容，供作未來董事責任制度修正之參考。

第六章 結語

董事義務與責任制度之檢討向為公司治理學說討論上之重要課題之一，在近年來重大企業弊案頻傳，導致投資大眾對企業經營信心低迷，我國主管機關力圖振作，於近年來公司法與證券交易法等相關法規俱有相當重要之修正，如 2001 年公司法董事忠實義務規範之新增與 2006 年證券交易法新增獨立董事與審計委員會規範等，其目的在於強化董事義務與責任、充實公司內部監控以謀求公司治理之健全與企業經營之適正化之目的，然而由近年來重大企業掏空案、違法投資案頻仍現狀觀之，公司治理法制之健全似乎仍有相當距離。

本文以介紹近年來美國法院實務在董事責任上之重大發展，亦即善意義務的發展與其影響，復由美國學說討論之整理與介紹，藉以釐清善意義務之內容與範圍，使善意義務之樣貌更形明確，對於董事忠實義務內容之新發展亦有所認識，復以同屬美國公司法制移植國家之日本法制為例，經由日本公司法制近年來重大改革之介紹，特別是在經營判斷原則之適用與董事責任減免制度設計等董事責任制度方面，最後於說明我國公司法制對於董事義務與責任規範之現狀後，以經營判斷原則之適用為主，提出若干代表性判決為例，討論我國在司法審查上對於董事責任之見解，並嘗試參考日本董事責任輕減制度之設計，規劃我國公司法制上新增董事責任輕減制度之可行性與制度內容之草擬，以期作為未來我國董事義務與責任制度改革之參考。以下謹就本文之研究內容簡要說明，除概述研究結果與研究發現外，針對本文所未及處理之若干問題以及尚待實務學說發展累積以形成共識之爭論，則容待日後進一步研究。

如本文第一章所述，基於善意追求公司最佳利益之義務要求雖向來被肯認為董事忠實義務內涵之一⁵⁰²，美國德拉瓦州法院實務在近年內嘗試推翻傳統公司法學說上將董事之善意義務定位為包括於法院調查董事行為是否滿足注意義務及

⁵⁰² Martha Bruce FCIS, Rights and Duties of Directors 28-29 (1998).

忠誠義務標準內之見解，而使善意義務躍升到董事忠實義務中相當重要的行為要求之一，以填補傳統忠實義務內涵中之注意義務與忠誠義務在處理近代企業弊案中董事忠實義務違反責任判斷上之不足，並在公司法董事免責規範與實務上經營判斷原則之適用過度保護董事之狀態下，經由善意義務之提升，充實董事忠實義務之內容，以謀求董事權限與責任之平衡點，除達到保護公司與其股東利益之目的外，亦藉由對董事經營行為之義務要求，謀求公司內部控制制度與經營體質之強化。

儘管立意相同，德拉瓦州最高法院與衡平法院在善意義務之解釋上卻始終未形成共識，德拉瓦州最高法院認定善意義務係一個獨立的忠實義務類型，將善意義務提升到與注意義務、忠誠義務平行之地位，試圖將善意義務之行為標準與責任標準明確化，肯定善意義務之違反可能導致責任產生之可能性；衡平法院則堅持傳統二分法之忠實義務見解，主張善意義務僅為忠誠義務內容之一個重要行為要求類型，故善意義務之違反不直接導致責任產生，而係藉由善意之欠缺間接導致忠誠義務之違反，始有構成責任之可能。然而不論最高法院或衡平法院之見解，對於善意義務之認識雖不盡相同，在善意義務內容之充實及謀求董事責任之強化上，可謂殊途同歸。而於 *Stone v. Ritter* 判決⁵⁰³ 後，對於德拉瓦州最高法院與衡平法院之見解之統合已見曙光，未來更可期待關於善意義務之內容、範圍、責任標準等更形明確之見解累積，以確實達到強化董事責任促進企業經營正常化之目的。

而伴隨著美國法院實務之重視，善意義務在學說上亦備受學者青睞，在傳統注意義務與忠誠義務無法容納現代瞬息萬變的企業經營實務下對於公司負責人經營行為之要求與期待時，善意義務擔負起社會大眾對於公司負責人經營行為之要求與期待，對於一般認識的忠實義務下注意義務或忠誠義務之範疇所無法涵括的行為要求部分，經由善意義務之解釋以囊括在忠實義務範疇下，除經營行為要

⁵⁰³ See *supra* note 6.

求外，更提供新的責任基礎可能性，以達到充實忠實義務內涵之目的。

學說上對於善意義務之定位雖尚無定論，然而不論是採取獨立義務說或非獨立義務說之學者，均肯定善意義務在近代忠實義務之發展與充實上的重要性，在英國法下，善意執行職務之要求亦被認定為忠實義務之具體類型之一⁵⁰⁴，藉由實務累積將可期待善意義務之內容更形明確清晰，以達到制衡公司負責人日益擴張之經營權限之目的。至於伴隨著善意義務發展所必經之法律概念不明確下，導致法律適用與責任認定之不安定感，亦可望在實務經驗累積下釐清其面貌，繼而減輕不明確的善意義務之法律概念下所導致之抗拒與緊張感。

在經由美國實務與學說對於善意義務發展之介紹以探討近年來美國法下董事忠實義務與其責任制度後，經由同屬英美法公司法制移植國之日本公司法規定之內涵，說明日本公司法對於董事對公司所負義務與責任規定，由日本公司法規定可發現，其對於董事義務之規範與我國公司法規定相當類似，原則上係由董事與公司間之委任關係出發，要求董事負受人義務，主要包括善良管理人注意義務等，並參照英美法規定，引入忠實義務規範，要求董事應忠實執行職務，在善良管理人注意義務與忠實執行職務之義務之關係上，實務及學說上有同質說與異質說之討論，通說則向來以同質說為中心，惟肯定善良管理人注意義務與忠實執行職務之義務性質各異之異質說，亦發展為相當有力之見解，其將善良管理人注意義務等同於英美法下之注意義務，忠實執行職務之義務則等同於英美法下之忠誠義務概念，則日漸受到學者重視。關於條文解釋方式，相較於我國公司法將第23條第1項規定通說解釋為忠實義務之概念雖有相當出入，然而以董事應負整體義務而言，注意義務已經解釋涵蓋於善良管理人注意義務之範疇內，故董事義務整體範圍實無差異。

儘管在董事對公司應負義務之規範上相當類似，對於日本公司法上董事責任

⁵⁰⁴ Bruce S. Butcher, Directors' Duties—A New Millennium, A New Approach? 100 (2000).

制度之規範在我國卻是付之闕如，日本公司法對於董事責任減免制度有相當縝密之規範，除了原則性的全體股東同意免責之事後免責規範外，並規定完整的董事責任減免制度，使董事在最低責任限額以外之損害賠償責任，得經由事前之章程規定或事後股東會決議等方式，達到責任減免之效果，使董事因經營行為所負擔之損害賠償額度得以預測，避免董事因經營行為動輒陷入遠超過個人清償能力所及之鉅額賠償風險，以達到鼓勵有才能者擔任董事為公司服務並作成積極之經營決定，以及確保擔任獨立董事之意願，類此經由公司內部章程規定或股東會決議以免除董事在最低責任限額外之部分損害賠償責任之規範方式，基於公司自治之理念，使公司得依照其具體需求分配董事與公司之責任關係，達到經營狀態最佳化。

注意義務雖要求董事應勤勉且謹慎處理公司經營事務，然而同時亦肯定董事對於經營事務享有廣泛之裁量權⁵⁰⁵，在司法實務對於董事忠實義務違反之責任構成審查上，基於鼓勵董事承擔風險、避免司法審查干預、鼓勵董事積極為公司服務等理由，以提供董事違反注意義務之虞時推定性保護等目的，基於法院對於企業經營專業尊重等考量，在判斷系爭經營行為是否構成注意義務違反之司法審查上，於滿足一定要件下提供予董事推定已盡注意義務要求程度之保護，認為公司之董事或經理人如基於善意且不存在與公司利益衝突之情事，並在做成經營判斷前已獲得系爭經營判斷相關資訊達到該行為人合理相信於該情況下足以作成經營判斷之程度，並合理相信該經營決定之目的可以達到公司最佳利益時，則該公司負責人所做成之系爭經營決定，即被認為已符合注意義務之要求⁵⁰⁶。

經營判斷原則之發展亦間接導致善意義務在近代公司法學中地位之提升，經營判斷原則在判斷系爭經營行為是否構成違反注意義務責任之司法審查上提供予經營者之推定性保護，產生推定系爭經營行為符合注意義務要求與訴訟上舉證

⁵⁰⁵ James Hamilton & Ted Trautmann, Responsibilities of Corporate Officers and Directors 24 (2004).

⁵⁰⁶ See American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations §144(a)(1) (1994).

責任移轉之法律效果，使公司或其股東難以藉由股東代表訴訟之勝訴達到損害救濟之目的，實務上即鑑於強化董事權限與責任之需求，而強調善意義務之地位，嘗試提升善意義務為一個獨立的忠實義務類型，以作為新請求權基礎。因而可見在近代美國判例下類型尚未具體化之善意義務之主張往往成為公司股東挑戰之目標，也進一步促使法院對於善意義務見解之整理。

然而在經營判斷原則之理解與適用上，日本在引進美國法下的經營判斷原則後，依其企業實際需求修正為日本版的經營判斷原則，在肯定對於企業經營專業之尊重下，並保有對於經營行為之實質審查可能性，使法院在進行注意義務違反之司法審查時，除就作成經營決定之過程外，對於經營決定之具體內容亦有進行實質審查之權限，於尊重經營專業外並兼顧司法權之高度，日本版經營判斷原則對於董事之保護顯不及美國法下經營判斷原則周全，但同時達到促進公司董事謹慎經營之目的。

在我國公司法新增第 23 條第 1 項忠實義務規定後，我國法院對於忠實義務違反之審查亦同時面臨經營判斷原則適用與否之問題，實務上亦已出現若干代表性判決，顯見我國法院對於經營判斷原則之關注，然而以目前判決見解觀之，我國法院實務對於經營判斷原則之認識仍侷限於美國法下經營判斷原則之全面繼承，尚未有針對我國企業經營現狀之特性進行調整，是否可滿足我國企業實務需求尚有疑問，且美國法下發展多年的經營判斷原則所遭遇之問題，亦可能成為我國未來法院適用經營判斷原則之隱憂，因此，在引進經營判斷原則時，即應考量到我國企業經營現狀之需求，並掌握經營判斷原則所面臨之困難與其窮盡，以進行經營判斷原則內容之調整，除應著眼於我國企業經營實務需求以規劃具體內容外，日本法對於經營判斷原則之理解與適用情形亦值得我國法院作為適用經營判斷原則可行性之參考，以參考前人經驗俾求規劃切合我國實務需求之經營判斷原則內容。

而公司負責人之義務與責任內容之修正亦為公司治理中之重要課題之一，在我國近年企業掏空弊案頻傳導致投資大眾對於投資環境信心缺乏之下，「加重企業負責人掏空背信罪責」甚至成為 2008 年度法務部執行目標之一⁵⁰⁷，依法務部長發言，顯可發現主管機關對於企業掏空弊案之憂心，將「研修刑法加重企業負責人掏空背信罪」亦納為廉政行為內容之一，表示依廉政指標民調顯示，「不廉潔」企業比例達六成，而刑法背信罪僅有 5 年以下有期徒刑之規範顯不足以遏阻企業掏空弊案之發生，然而嚴刑峻罰是否為糾正企業經營正常化之唯一手段，在證券交易法⁵⁰⁸與銀行法⁵⁰⁹在公司負責人違背職務行為上之刑責規範已高達 3 年以上 10 年以下有期徒刑，得併科新台幣 1 千萬元以上 2 億元以下罰金，犯罪所得金額達新台幣 1 億元以上者，刑責更高達 7 年以上有期徒刑，得併科新台幣 2 千 5 百萬元以上 5 億元罰金，相較於日本金融商品交易法上相關規定⁵¹⁰，現行規範刑責程度不可謂之不重大，然而所收遏止犯罪效果仍相當有限，嚴刑峻罰是否為導正企業經營正當化之唯一手段，現行規範強度是否仍嫌不足，值得吾等省思。

然而刑事責任構成難度較高，規範目的及遏止效果亦相當有限，單以刑事責任之加強欲達到企業經營合法適正化之目的顯然有所不足，追根究柢仍應回歸到公司負責人義務與責任之加強與內容明確化之方向，以根本地導正公司負責人執

⁵⁰⁷ 法務部於 2008 年 5 月宣示之廉能政府施政重點八大目標之一，赫然可見「打擊企業不法」亦臚列為重點之一，儘管難以解釋何以將公司負責人之行為義務與公務員廉潔規範要求相提並論，然而依法務部長發言內容，亦顯見公司負責人責任之強化當屬我國司法實務首須面臨之重大問題之一，參見：工商時報 2008 年 5 月 22 日，A20 版。

⁵⁰⁸ 參照證券交易法第 171 條。

⁵⁰⁹ 參照銀行法第 125 條之 2。

⁵¹⁰ 依日本金融商品交易法第 197 條規定，對於從事同法第 157 條之不正行為、第 158 條之散布流言、詐欺、暴力、脅迫等行為或第 159 條操縱市場行為者，得處以 10 年以下有期徒刑，或科或併科 1 千萬日圓以下罰金，依同法第 207 條第 1 項第 1 款，對於法人並另科 7 億日圓以下罰金，相較於 2006 年修正前證券交易法之規定，上開行為之刑責為 5 年以下有期徒刑，或科或併科 5 百萬日圓以下罰金，對於法人另科 5 億日圓以下罰金之規定已加重許多；至於內線交易之刑責，依金融商品交易法第 197 條之 2 規定可處 5 年以下有期徒刑，或科或併科 5 百萬日圓以下罰金，依同法第 207 條第 1 項第 2 款規定，對於法人另科 5 億日圓以下罰金，2006 年修正前證券交易法規定則為 3 年以下有期徒刑，或科或併科 300 萬日圓以下罰金，對法人另科 3 億日圓以下罰金，顯然亦有加重，然而與我國證券交易法第 171 條規定刑責相較，仍屬較輕，顯見我國證券交易法對於證券交易不法行為之規範刑責已超越日本法相關規定。

行公司經營行為之正軌，本論文嘗試由近年來美國公司法下所發展出之善意義務之介紹為出發，經由善意義務之討論充實忠實義務之內容，以作為我國在適用公司法第 23 條第 1 項忠實義務規定時之解釋方法，以填補該條規定內容未臻完備之缺失，企圖使忠實義務具體化與類型化，便於公司負責人適用法律，以及公司或其股東針對系爭經營行為違反忠實義務救濟之主張，以及法院判斷違反忠實義務責任構成與否之審查。

在強化公司負責人對公司所負義務及責任之同時，基於公司經營正常化及鼓勵公司負責人積極經營勇於冒險之目的，亦應考量到對於董事經營行為之保護與責任之限制，因此對於違反忠實義務責任之司法審查標準之調整與董事責任減免制度即相當重要，以日本公司法規範為例，日本法在公司法董事責任減免制度規範與司法審查上經營判斷原則之調整下，對於公司負責人經營權限與責任取得平衡點，藉以避免美國法下過度擴張之經營判斷原則導致董事經營行為形同脫韁野馬之放任狀態，在嚴格審查董事違反忠實義務之責任之同時，亦對於董事賠償責任之範圍進行調整，允許公司基於實際狀態調整與董事間之責任分配，以避免董事因不當經營行為而動輒陷於遠超過個人清償能力範圍之損害賠償責任風險。在我國公司法下，不僅於忠實義務違反責任之司法審查階段中尚未建構符合我國企業實態與法規制度要求之經營判斷原則之內容，對於董事責任減免制度付之闕如之狀態下，對於董事違反忠實義務之責任構成與安排往往有趨於保守判斷之可能，而偏離公司與董事間責任分配之實際需求，儘管因股東代表訴訟適用情況之不踴躍使董事暴露於個人責任追究上之頻率與程度不及美日諸國，然而董事責任欠缺制度保護仍有導致企業經營消極化之可能，因此基於企業自治與導正企業經營之理念，本文擬參考日本公司法董事責任減免制度之相關規定，嘗試草擬我國公司法適用之董事責任減免制度如本文第五章第四節內容，以作為公司負責人責任制度檢討之參考。

公司負責人忠實義務之內容與其配套之責任減免制度或司法審查標準等規

範，是強化公司治理之重要課題之一，然而隨著商業環境瞬息萬變，社會大眾對於公司負責人應負忠實義務之要求與期待亦隨之不同，我國公司法在 2001 年修正引進忠實義務之規範後，關於忠實義務之具體內容則靜待學說與實務累積以冀明確化，期望以本文之研究成果為我國公司法下公司負責人忠實義務內容之充實與相關配套制度齊備之檢討，略盡綿薄之力。



參考文獻

一、中文參考文獻

(一) 中文專書

1. 王文宇，「公司法論」，元照出版，2003年。
2. 柯芳枝，「公司法論(上)」，三民書局，2003年5版。
3. 柯芳枝，「公司法論(下)」，三民書局，2003年5版。
4. 孫森焱，「民法債編總論(上)」，三民書局，2001年。
5. 梁宇賢，「公司法論」，三民書局，2004年。
6. 黃銘傑，「公司治理與企業金融法制之挑戰與興革」，元照出版，2006年。
7. 黃銘傑，「公開發公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯」，元照出版，2001年。
8. 曾宛如，「公司管理與資本市場管制專論(一)」，學林出版，2002年。
9. 賴英照，「股市遊戲規則——最新證券交易法解析」，自版，2006年。

(二) 中文期刊論文

1. 王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學第34期，2002年。
2. 王志誠，美國公司經營機關之改造與啟發—兼論我國引進外部董事制度之基本課題，證券暨期貨管理第16卷第1期，1998年。
3. 民法研究會第三十次學術研討會紀錄：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，法學叢刊第190期，2002年。
4. 池泰毅，獨立董事違反注意義務之判斷標準，法官協會雜誌第8卷第1期，2006年。
5. 李福隆，論證卷投資信託事業之忠實義務與利益衝突，月旦法學雜誌第89

- 期，2002 年。
6. 林宜男，董監事、經理人職責之公司治理機制—以金融控股公司為例，政大法學評論第 75 期，2003 年。
 7. 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。
 8. 邵慶平，董事法制的移植與衝突—兼論「外部董事免責」作為法治移植的策略，台北大學法學論叢第 57 期，2005 年。
 9. 洪秀芬，董事會獨立經營權限及董事注意義務，政大法學評論第 94 期，2006 年。
 10. 郭土木，我國公司治理法令架構之探討，法官協會雜誌第 8 卷 1 期，2006 年。
 11. 陳俊仁，忠誠義務—論公司負責人之競業禁止規範，月旦民商法第 15 期，2007 年。
 12. 陳錦隆，對獨立董事之省思，會計研究月刊第 209 期，2003 年。
 13. 黃銘傑，金融機構負責人忠實注意義務加重之理論與實務，月旦法學雜誌第 142 期，2007 年。
 14. 黃銘傑，公司治理與董監民事責任之現狀及課題—以外部董事制度及忠實、注意義務為中心，律師雜誌第 305 期，2005 年。
 15. 劉連煜，公開發行公司董事會、監察人之重大變革—證券交易法新修規範引進獨立董事與審計委員會之介紹與評論，台灣本土法學雜誌第 79 期，2006 年。
 16. 劉興善，從信賴關係談受託人、受任人、法人代表及公司負責人之注意義務，政大法學評論第 57 期，1997 年。
 17. 戴志傑，公司法上「經營判斷原則」之研究，月旦法學雜誌第 106 期，2004 年。
 18. 謝哲勝，忠實義務與忠實關係，月旦法學雜誌第 70 期，2001 年。

二、日文参考文献

(一) 日文專書

1. あずさ監査法人「新会社法による取締役・執行役・監査役実務のすべて」, 清文堂, 2006年。
2. 上村達男「会社法改革—公開株式会社法の構想」, 岩波書店, 2002年。
3. 江頭憲治郎「株式会社法」, 有斐閣, 2006年。
4. 江頭憲治郎、神作裕之、藤田友敬、武井一浩編著「改正会社法セミナー—企業統制編」, 有斐閣, 2006年。
5. 王君「信認義務の理論的基礎—アメリカ法を中心にして」, 早稲田大学出版部, 1991年。
6. 加美和照「会社取締役法制度研究」, 中央大学出版部, 2000年。
7. 加美和照「新訂会社法」, 勁草書房, 2007年第9版。
8. 神田秀樹「会社法」, 弘文堂, 2008年第10版。
9. 久保利英明、中村直人、菊地伸「取締役の責任—代表訴訟時代のリスク管理」, 商事法務研究会, 1999年。
10. 近藤光男、志谷匡史編著「新アメリカ商事判例研究」, 商事法務, 2007年。
11. 近藤光男「取締役の損害賠償責任」, 中央経済社, 1996年。
12. 近藤光男「経営判断と取締役の責任—『経営判断の法則』適用の検討」, 中央経済社, 1994年。
13. 酒卷俊雄「取締役会の機能と運営」, 商事法務研究会, 1986年。
14. 柴田和史、野田博編著「会社法の現代的課題」, 法政大学出版局, 2004年。

15. 新谷勝，「株主代表訴訟と取締役の責任」，中央経済社，1994年。
16. 並木俊守，「取締役の職責と取締役会」，中央経済社，1985年。
17. 日本取締役協会編著，井口武雄、落合誠一監修，「経営判断ケースブック」，商事法務，2008年。
18. 畠田公明，「コーポレートガバナンスにおける取締役の責任制度」，法律文化社，2002年。
19. 堀越董，「取締役の義務と責任」，税務研究会出版局，1993年。
20. 弥永真生、岩倉正和、太田洋、佐藤丈文監修，西村ときわ法律事務所編，「新会社法実務相談」，商事法務，2006年。
21. 柳 伸之介，「会社との実質的關係に鑑みた取締役責任論」，大阪大學博士論文，2004年。
22. 山口幸五郎，「会社取締役制度の史的展望」，成文堂，1989年。
23. 吉原和志，取締役の経営判断と株主代表訴訟，小林秀之、近藤光男編「株主代表訴訟体系」，弘文堂，2002年。

(二) 日文期刊論文

1. 明田川昌幸，最近の判例，アメリカ法 1999年號第1卷，1999年。
2. 石塚洋之、三苫裕、玉井裕子、清水毅，企業統制(2)——取締役の責任、株主代表訴訟、監査役、会計参与、会計監査人，商事法務第1720號，2005年。
3. 岩原紳作，大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(上)，商事法務第1576號，2000年。
4. 岩原紳作，大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(下)，商事法務第1577號，2000年。
5. 岩原紳作，会社法改正の回顧と展望，商事法務第1569號，2000年。
6. 太田誠一、保岡興治、谷口隆義監修，企業統治關係商法改正法 Q & A，

- 商事法務第 1623 号，2002 年。
7. 小野里光広，金融サービスにおける行為類型と信認義務—アメリカ法の観点から，商学論集第 75 卷第 3 号，2007 年。
 8. 釜田薫子，取締役の経営判断と誠実義務，商事法務第 1787 号，2006 年。
 9. 仮屋広郷，取締役の注意義務と経営判断原則—人間観と法の役割，一橋法学第 3 卷第 2 号，2004 年。
 10. 川口恭弘，経営判断原則と取締役の誠実義務，商事法務第 1730 号，2005 年。
 11. 川崎友巳，アメリカ金融犯罪の一断面—「大和銀行 NY 支店事件」からの教訓，商事法務第 1602 号，2001 年。
 12. 神田秀樹，新会社法と内部統制のあり方，商事法務第 1766 号，2006 年。
 13. 神田秀樹、久保利英明、宮廻美明，「企業統治に関する商法改正の実務への影響」座談会，商事法務第 1617 号，2002 年。
 14. 「企業統治に関する商法改正法の実務への影響」研究会會議紀錄，商事法務第 1617 号，2002 年。
 15. 北村雅史，取締役の義務と責任，法学教室第 304 号，2006 年。
 16. 近藤光男，従業員に対する監視と誠実義務，商事法務第 1806 号，2007 年。
 17. 斎藤毅，関連会社の救済・整理と取締役の善管注意義務・忠実義務，判例タイムズ第 1176 号，2005 年。
 18. 佐々木宗啓、森岡泰彦，会社の取締役に対する責任追及訴訟，判例タイムズ第 1166 号，2005 年。
 19. 新谷勝，持株会社の創設と株主代表訴訟の原告適格—大和銀行株主代表訴訟の和解が残した問題点，判例タイムズ第 1085 号，2002 年。
 20. 末永敏和，企業統制に関する商法等の改正案要綱について，商事法務第 1528 期，1999 年。

21. 田中亘，利益相反取引と取締役の責任(上)—任務懈怠と帰責事由の解釈をめぐって，商事法務第 1763 号，2006 年。
22. 田中亘，取締役の責任軽減・代表訴訟，ジュリスト第 1220 期，2002 年。
23. 戸塚登，取締役の忠実義務—善管義務とは性質を異にする—，ジュリスト第 387 号，頁 66，1967 年。
24. 中村直人，大和銀行事件判決と代表訴訟制度の在り方，ジュリスト第 1191 号，2000 年。
25. 名島利喜，会社法上の誠実義務の機能と目的，富士大学紀要第 28 巻第 1 号，1996 年。
26. 野田博，エンロン後における取締役の信認義務議論の一断面—とくに取締役の責任免除規定との関係での展開を中心として—，一橋法学第 3 巻第 2 号，2004 年。
27. 畠田公明，取締役の責任の制限および免除，福岡大法学論叢 44 巻 3-4 号，2000 年。
28. 浜田道代，企業統制と監査役制度・代表訴訟・役員 of 責任軽減，商事法務第 1528 号，1999 年。
29. 藤田友敬，忠実義務の機能，法協第 117 巻 2 号，2000 年。
30. 宮廻美明，内部統制をめぐり最近の動きと企業の課題，商事法務第 1766 号，2006 年。
31. 宮島司，企業監査とガバナンス—内部統制システムを中心として—，ジュリスト第 1235 号，2002 年。
32. 森田章，取締役の義務と責任—取締役の民事責任の制限—，商事法務第 1740 号，2005 年。
33. 森本滋，会社法のもとにおける経営管理機構，商事法務第 1744 号，2005 年。
34. 森本滋，取締役の善管注意義務と忠実義務，民商第 81 巻 4 号，1980 年。

35. 柳 伸之介，我が国における取締役責任論の実質的解釈に関する一考察
（一），阪大法学第 55 期，2005 年。
36. 山田純子，取締役の会社に対する責任と株主代表訴訟—大和銀行株主代
表訴訟事件一審判決を契機として—，法学教室第 246 号，2001 年。
37. 吉田直，アメリカ会社法における誠実義務について，一橋論叢第 95 巻第
2 号，1986 年。

三、英文参考文献

(一) 英文專書

1. American Law Institute, Principles of Corporate governance: Analysis and Recommendations (1994).
2. Block, Dennis H., Nancy E. Barton & Stephen A. Radin, Business Judgment Rule: Fiduciary duties of Corporate Directors, Aspen Publishers (4th ed. 1993).
3. Bruce, Martha FCIS, Rights and Duties of Directors, Butterworths (1998).
4. Butcher, Bruce S., Directors' Duties—A New Millennium, A New Approach?, Kluwer Law International (2000).
5. Cox, James D., & Thomas Lee Hazen, Corporation, Aspen Publishers (2nd ed. 2003).
6. du Plessis, Jean Jacques, James McConvill & Mirko Bagaric, Principles of Contemporary Corporate Governance, Cambridge University Press (2005).
7. Eisenberg, Melvin A., Corporations and Other Business Organizations 2006: Statutes, Rules, Materials, and Forms, Foundation Press (2006).
8. Hamilton, James, & Ted Trautmann, Responsibilities of Corporate Officers and Directors, CCH Incorporated (2004).
9. Palmiter, Alan R., Corporations: Examples and Explanations, Aspen Publishers (5th ed. 2006).
10. Welch, Edward P., & Andrew J. Turezyn, Folk on the Delaware General Corporation Law: Fundamentals, Aspen Publishers (2003).

(二) 英文期刊論文

1. Bainbridge, Stephen M., Star Lopez & Benjamin Oklan, *The Convergence of Good Faith And Oversight*, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 07-09 (2007).
2. Bainbridge, Stephen M., *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, UCLA School of Law, Law-Econ. Research Paper No. 03-18 (2003).
3. Bishop, Carter G., *A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law*, 41 Tulsa L. Rev. 479 (2007).
4. Carter G. Bishop, *Directorial Abdication and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law*, 2008 Mich. St. L. Rev. 1.
5. Bruner, Christopher M., *Good Faith, State of Mind, and the Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law*, 41 Wake Forest L. Rev. 1131 (2006).
6. Bulter, Henry N., *Smith v. Van Gorkom, Jurisdictional Competition, and the Role of Random Mutations in the Evolution of Corporate Law*, 45 Washburn L.J. 267 (2006).
7. Coffee, John C. Jr., *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, 89 Colum. L. Rev. 1618 (1989)
8. Eisenberg, Melvin A., *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 Del. J. Corp. L. 1 (2005).
9. Gold, Andrew S., *A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty*, 66 Md. L. Rev. 398 (2007).
10. Griffith, Sean J., *Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence*, 55 Duke L. J. 1 (2005).
11. Hill, Claire A., & Brett H. McDonnell, *Disney, Good Faith, and Structural Bias*, 32 J. Corp. L. 833 (2007).
12. Hill, Claire A., & Brett H. McDonnell, *Essay: Stone v. Ritter and the Expanding Duty of Loyalty*, 76 Fordham L. Rev. 1769 (2007).
13. Johnson, Lyman, *The Modest Business Judgment Rule*, 55 Bus. Law. 625 (2000).
14. Lubben, Stephen J., and Alana J. Darnell, *Delaware's Duty of Care*, 31 Del. J. Corp. L. 589 (2005).
15. Ramirez, Steven A., *The Chaos of Smith*, 45 Washburn L. J. 343 (2006).
16. Rosenberg, David, *Making Sense of Good Faith in Delaware Corporate*

- Fiduciary Law: A Contractarian approach*, 29 Del. J. Corp. L. 491 (2004).
17. Sale, Hillary A., *Delaware's Good Faith*, 89 Cornell L. Rev. 101 (2004).
 18. Sale, Hillary A., *Monitoring Caremark's Good Faith*, 32 Del. J. Corp. L. 719 (2007).
 19. Skeel, David A. Jr., *The Accidental Elegance of Aronson v. Lewis*, U of Penn, Inst for Law & Eco Research Paper No. 07-28 (2007).
 20. Smith, D. Gordon, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, 55 Vand. L. Rev. 1399 (2002).
 21. Veasey, Norman, & Christine T. Di Guglielmo, *What Happened in Delaware Corporate Law And Governance From 1992-2004?—A Retrospective on Some Key Developments*, 153 U. Pa. L. Rev. 1399 (2005).
 22. Wade, Cheryl L., *What Independent Directors Should Expect from Inside Directors: Smith v. Van Gorkom as a Guide to Intra-Firm Governance*, 45 Washburn L. J. 367 (2006).



四、網路資料

(一) 中文網路資料

1. DIGTIMES 科技網：<http://www.digitimes.com.tw/>
2. 司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw>
3. 法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw>
4. 聯合新聞網：<http://udn.com>

(二) 日文網路資料

1. LexisNexis JAPAN：<https://legal.lexisnexus.jp>
2. Westlaw JAPAN：<http://www.westlawjapan.com/>
3. 一橋大学機関リポジトリ HERMES-IR：Research & Education Resources：
<http://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/rs/>
4. 法令データ提供システム：<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>

(三) 英文網路資料

1. Lloyd L. Drury, What's the Cost of a Free Pass? A Call for the Re-Assessment of Statutes that Allow for the Elimination of Personal Liability for Directors (2007). Working draft available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=996423>
2. Filippo Rossi, Making Sense of the Delaware Supreme Court's Triad of Fiduciary duties (June 22, 2005). Unpublished manuscript available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=755784>
3. HeinOnline: <http://heinonline.org>
4. LexisNexis: <https://www.lexisnexis.com/ap/auth>
5. Social Science Research Network: <http://www.ssrn.com/>
6. Westlaw International: <http://www.westlaw.com>

