

董事會獨立經營權限及董事注意義務*

洪 秀 芬**

要 目

壹、前 言	肆、董事之注意義務
貳、董事會之獨立經營權限	一、過失責任原則
一、董事會職權之規定	二、善良管理人注意義務
二、董事會與股東會權限之爭議	(一)標 準
三、股東提案權對董事會經營權限之影響	(二)仰賴第三人提供之資訊與注意義務
四、董事會主動請求股東會所為決議對董事會經營權限之影響	(三)消極疏失與注意義務
五、小 結	三、注意義務下對董事行為之要求
參、董事會經營事業之行動準則	(一)遵守法令
一、追求企業之經營目標	(二)遵守章程、公司內部規章
二、獲取合理的經濟利益	(三)遵守股東會決議
三、重視公司利益	(四)適時之資訊揭露
	(五)企業風險之預防

* 本文初稿曾發表於東海大學法律學系舉辦之「新世紀台灣民商法學學術研討會」(2005年10月26日)，承蒙各與會者給予諸多寶貴意見，謹此致謝。此篇論文係以該會議論文為基礎加以修改而成。作者並感謝本期刊審稿人對本文所賜之寶貴意見。

** 德國慕尼黑大學法學博士，東海大學法律學系副教授。

投稿日期：九十四年十一月二十四日；接受刊登日期：九十五年五月一日

責任校對：陳仲豪

(六)業務行為之經濟效益性

(七)業務行為之適當性

(八)沉默義務

四、經營判斷之裁量空間

五、獨立董事之注意義務

伍、結 論

摘 要

股份有限公司之業務執行機關為董事會，依據公司法第202條之規定，股東會之權限應僅限於公司法或章程有明文列舉者為限，其餘則全部歸屬於董事會權限，而使董事會取得高度之獨立經營權限。然而因公司法第193條第1項之規定，產生是否董事會執行業務時，應遵守股東會在非屬其權限內所為決議的疑義。本文傾向認為，股東會對公司法或章程未規定應由股東會決議之事項所作之決議，對董事會無拘束力，惟董事會雖無遵守該決議之必要，但仍須衡量董事是否因此有可能違反注意義務。本文進一步探討股東提案權及董事會主動請求股東會所為決議對董事會經營權限之影響。因董事會取得高度之獨立經營權限，故董事應盡善良管理人注意義務，但對此義務本國法欠缺明確定義，尤其董事應如何執行其職務方符合該義務下之行為要求，實有待深入探討。因此本文於探討董事會之獨立經營權限後，接續探討董事之善良管理人注意義務的標準，及在此注意義務下對董事行為之要求。

關鍵詞：董事會、股東會決議、股東提案權、忠實義務、注意義務、消極疏失、沉默義務、經營判斷法則

壹、前言

公司雖為營利性質之社團法人，具法律上人格，但終究因無實體存在，故須以有自然人存在所組成之機關，作為活動基礎，以為公司意思之決定及行為之實施。而股份有限公司（以下均簡稱為公司）之意思決定機關即為股東會，各股東不論有無表決權均有權與會。業務執行機關則為董事會，由至少三人以上之董事所組成¹，而董事係由股東會就有行為能力之人選任並定期改選之。至於公司業務執行之監督機關，則設有監察人，其至少一人以上，但若為公開發行股票之公司則須有二人以上，監察人亦係由股東會就有行為能力之人選任並定期改選之。若是一人公司，其僅得由政府或法人股東組織成立，其股東會職權改由董事會行使，不適用關於股東會之規定²，而董事、監察人則由政府或法人股東指派。

依據公司機關之設置，負責執行公司業務者，係委由董事會以會議體方式來進行，董事會成員則由股東會選任或於一人公司時由其單獨股東指派之，董事並不需具有股東資格，且人數通常不會太多³，以避免公司經營效率不彰。因公司通常係集合多數人資金而

¹ 相較於本國規範，德國股份法§ 76 Abs. 2 S. 1規定，其股份公司之董事會可由一人或多人組成。但基本上，德國較大之公司通常由二人以上來組成董事會，而少有一人董事會，一方面因為一人無法負擔沉重之工作壓力，再者多人組成之董事會，因連帶責任之因素會彼此互相監督，減少權力濫用之危險，而且在董事會中可交換意見集思廣益，對公司業務之執行較為有利。而我國公司法規定，董事會至少應由三位董事組成，一方面固然是強調其為會議體，應有三人以上，但其設計之初衷亦應是基於前述之優點。德國鑑於多人董事會之優點，於同條文Abs. 2 S. 2規定，公司資本額超過300萬歐元者，應至少由二人組成董事會，除非章程明定由一人組成。

² 此規定備受質疑，參閱拙著，一人公司法制之探討，台大法學論叢，32卷2期，頁187-189，2003年3月。

³ 例如資本額高達上千億之中鋼董事人數僅11人，而資本額更高之台積電董事更

組成，尤其是上市、上櫃等公開發行股票之公司，股東人數更是眾多，且常分散各地，再加上多數股東係以投資獲益為目的，對公司經營不感興趣，因此絕大多數股東並無機會或意願來參與公司之經營，形成由少數股東或甚至無股東身分之專業人士來負責公司之經營，產生所謂「企業所有與企業經營分離」的現象⁴，故如何要求董事為全體投資人盡心盡力經營事業，即成為一重要課題。本文即是針對董事會之經營權限及其成員應盡之注意義務加以探討。

貳、董事會之獨立經營權限

一、董事會職權之規定

依公司法規定，董事會職權有列舉者，如委任、解任經理人規定（§ 29 I ③）、公司之公開發行（§ 156IV）、以對公司所有之貨幣債權，或公司所需之技術、商譽抵充對公司出資之數額決定（§ 156V）、公司發行新股作為受讓他公司股份之對價（§ 156VI）、收買公司股份作為員工庫藏股之決定（§ 167之1 I）、與員工簽訂認股權契約（§ 167之2 I）、股東會之召集（§ 171）、公司重大行為議案之提出（§ 185V）、公司債之募集（§ 246）、分次發行新股（§ 266 II）、公司聲請重整（§ 282 II）、公司之簡易合併（§ 316之2 I）等。此外，對董事會職權尚有概括性之規定，依第202條規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」本條文旨在劃分股東會及董事會職權，不使兩者權責混淆，並充分賦予董事執行業務

僅有9人而已。

⁴ 所謂所有權與經營權分離，係指經營權與大多數之股東分離之現象，非指股東不能參與公司之經營。

之權⁵，因此，除有關公司核心事項，如讓與全部營業或財產、變更章程、合併、分割、解散等，或涉及經營者自身利益之核心事項，如任免董監事、會計表冊之承認、董事競業行為之許可等，依法必須保留為股東會權限外，或除章程所規定為股東會權限者外，其他公司經營權限均歸屬於董事會。公司法制如此設計，一方面使經營者能對公司之營運有主控權，以便發揮最大之營運效率，為公司爭取最大經濟效益；另一方面，由於經營者掌控公司資源與經營權，為保障股東出資，故必須使股東能對公司之重要核心事項保有最後決策權。因此，為符合第202條規定之立法旨趣，有關公司業務執行之決定權應解釋為，除公司法或章程保留與股東會者外，其餘均應歸屬於董事會。

二、董事會與股東會權限之爭議

公司法第193條第1項規定，董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議，但第202條規定，公司業務之執行，除公司法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之，則當股東會對公司法或章程未規定應由股東會決議之事項作出決議時，是否董事會應遵守，即產生疑義。依學者⁶及實務⁷看法，認為公司法第202條係對董事會職權範圍之概括規定，其規範目的在於強化

⁵ 參閱本條民國90年11月12日之修正理由；經濟部(90)年經商字第09102206950號、(90)年經商字第09402071210號函。

⁶ 參閱拙作，董事會與股東會權限之爭議，月旦法學教室，31期，頁32-33，2005年5月；王志誠，董事會功能性分工之法制課題，台灣法學會二〇〇四年度法學會會議，頁10-12，2004年；劉連煜，股東書面及電子方式投票，台灣本土法學雜誌，72期，頁158，2005年7月；王文字，公司法論，頁299，2004年4月。持保留態度者，如余雪明，董事及董事會，載：新修正公司法解析，頁274，2002年3月。

⁷ 經濟部(90)年經商字第09102055120號、(90)年經商字第09102206950號函。

董事會經營權限，因此股東會之權限應僅限於公司法或章程有明文列舉者為限，未明文列舉者，則全部歸屬於董事會權限，應不得由股東會取代決議，是以第193條第1項所指之股東會決議，應指依公司法或章程規定，應由股東會決議之事項所為之決議，其方得拘束董事會，否則，董事會應無遵守之必要⁸。故依第202條之規定，董事會取得除公司法章程規定屬股東會權限外之獨立判斷並由其負責任之公司經營權限，而股東會則僅能在公司法或章程所規定之權限範圍內運作，因此，基本上股東會應對公司之經營無決定權限。或許有人認為，公司與董事間之關係屬於委任關係（公司法§ 192 IV），而依民法第535條之委任規定，受任人處理委任事務時應依委任人之指示，此委任人之指示即是股東會之決議，因此董事會成員身為受任人應依委任人指示，亦即應依股東會決議來執行業務。但公司法第192條第4項規定，公司與董事間之關係，除公司法另有規定外，依民法關於委任之規定，易言之，董事與公司間之法律關係雖屬委任關係，但當事人間之關係應先依公司法規定，其未規定者，方適用民法委任規定。而有鑒於公司法第193條及第202條對股東會及董事會權限之規定，因此，應認為公司法對委任人所得為之指示，亦即股東會對董事會所得為之有拘束力的決議，已有一定規範，而不再適用民法一般受任人服從委任人指示之規定。亦有學者指出，在現行法下股東會可以藉由章程之變更，將特定事項增訂為股東會的「章程專屬決議事項」，進而產生限縮董事會法定權限的實質效果，而使第202條之「立法目的」能否充分落實，產生疑

⁸ 參閱柯芳枝，公司法論（下），頁308，2003年1月增訂5版。德國學者對非屬股東會權限內所為之股東會決議，多數學者亦認為該決議對董事會無拘束力，參閱Götz Hueck, Gesellschaftsrecht, 19. Aufl., 1991, 214; Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, 13. Aufl., 1968, § 119 Rn. 10; Eckardt in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (Hrsg.), Aktiengesetz, 1993, § 119 Rn. 26.

義⁹。個人以為，此乃涉及股東會賦予董事會權限範圍之決定權，除法律明文規定專屬董事會權限之事項外，其餘事項股東會均可透過章程加以調整決定董事會之權限範圍，而使董事會權限產生限縮的效果¹⁰，但並不因此就使第202條之「立法目的」無法落實，畢竟第202條之立法目的乃在於「劃分股東會及董事會職權，不使兩者權責混淆，並充分賦予董事執行業務之權」¹¹，此處所指之「充分賦予」，係指公司法及章程所規定股東會權限外之其餘事項的充分賦予。因此，董事會執行業務之權限範圍，除法律所明定者外，其餘最終還是受章程所訂股東會權限之影響而決定董事會權限範圍

⁹ 邵慶平教授於東海大學2005年10月舉辦之「新世紀台灣民商法學學術研討會」對本文修訂前初稿之意見。

¹⁰ 持類似見解，甚至更寬鬆的認為章程亦可將法律列舉之董事會權限變更為股東會權限，參閱曾宛如，「讓與全部或主要部分營業或財產」之探討——兼論董事會與股東會權限劃分之議題，台大法學論叢，35卷1期，頁294，2006年1月。另一問題則為，是否法定股東會之專屬權限可透過章程或股東會決議，授權予董事會辦理，而導致董事會權限被擴大？對此，最高法院93年台上字第1224號判決就董事之報酬，認為「公司股東會固不得以決議將報酬額之決定委諸董事會定之，惟若僅將各個董事分配之報酬額委由董事會決之，並經公司股東會事後追認者，即非法所不許。」又(93)年經商字第09302030870號函認為「公司章程經股東會決議，訂明全體董事及監察人之報酬，授權董事會議依同業通常水準支給議定，於法尚無不可，至其支給是否超乎同業標準，係屬具體個案認定，如有爭議，宜循司法途徑解決。」上述實務觀點似乎會被解釋為，股東會之專屬權限可透過章程或股東會決議，授權予董事會而導致其權限被擴大。惟個人以為，此並非將股東會專屬權限授權予董事會而使其取得該權限事項之決定權，而是股東會已決定該專屬權限事項之大體內容，至於執行細節係委由董事會據此辦理，畢竟股東會決議內容仍是須要委由董事會加以執行。對93年台上字第1224號判決之評論，參閱梁宇賢，公司股東會委由董事會決定各個董事分配之報酬額是否有效，月旦法學雜誌，121期，頁222-228，2005年6月。

¹¹ 參閱本條民國90年11月12日之修正理由。

大小，董事會被賦予的權限範圍愈大，其應盡之注意範圍愈廣，而因此應負之經營責任愈重，相對的，若被賦予的權限範圍愈限縮，所能做的經營決策愈少，則其應盡之注意範圍愈小，所負之經營責任也就愈輕。至於除法律所明定之權限分配外，其餘經營決策，公司係採用「股東會至上」須依章程規定由股東會決定，或是採用「董事會中心」不透過章程限制而由董事會決定，此乃公司透過章程所顯示之抉擇，由各公司依其個別狀況而自行決定。此外，有學者質疑，透過章程可擴大股東會權限範圍，並進而使董事會遵守該章程所定權限範圍內之股東會決議，則若是股東會對公司法或章程未規定應由股東會決議之事項作出決議，且該決議達特別決議之門檻時，是否董事會應遵守該決議，因為該決議之通過門檻畢竟都已達到可修改章程之程度？余以為此等決議仍屬非股東會權限內所為決議，而不得拘束董事會。蓋公司章程劃分公司各組織之基本權責，為公司組織及活動之根本規則，對公司而言可謂基於憲法之地位，因此若是章程明確規範列舉股東會權限，即使造成董事會除法定權限外，其餘權限被大幅架空，仍是本於公司自治原則應加以尊重，而使公司運作以股東會為中心。然而若是未特別透過章程規定屬股東會權限者，則本於公司自治原則即應尊重章程所定之權限劃分，而應由董事會本於責任規範下依自行獨立判斷來執行業務，因此股東會對公司法或章程所規定股東會權限外事項所作之決議，即使已達可修改章程之特別決議門檻，但終究非章程授權範圍內之股東會決議，依章程之權責劃分，仍是應由董事會自行判斷是否遵守該股東會決議，而該決議並不能拘束董事會。惟該等決議所表達之絕大多數股東意見，董事會應不得輕忽，否則即有可能違反董事執行業務時之注意義務，對此詳後述董事注意義務之說明。

三、股東提案權對董事會經營權限之影響

2005年新修正之公司法特於第172條之1賦予股東對股東常會之提案權，而依其立法目的係為使股東得藉此積極參與公司之經營¹²，但新法採較保守之態度，於第4項第1款明列，若股東所提議案非股東會所得決議者，董事會得將其不列為議案，則依上述第202條對股東會權限之解釋，將使股東提案內容受到相當限制¹³。蓋當股東所提議案，若其內容非屬公司法或章程所規定之股東會權限範圍者，董事會即可能依據第4項第1款規定，以「該議案非股東會所得決議者」而將股東之提案不列為股東會議案，使股東提案權之立法精神蕩然無存。因此，似有必要對第172條之1第4項第1款所謂「該議案非股東會所得決議者」限制解釋為，股東所提議案內容不論是否屬公司法或章程規定之股東會權限範圍者，其均得於股東會進行討論決議，只不過其決議不一定對董事會有拘束之效力，故董事會不得藉由第172條之1第4項第1款規定將提案排除，以避免董事會擅自將股東提案隨意排除。況且股東所提議案，即使非屬股東會權限範圍而因此所作決議對董事會無拘束力，但仍是可藉由所提議案之討論，形成股東的共識，進而影響董事會對公司之經營。至於股東所提議案之決議效力是否拘束董事會，則仍是依第202條判斷，若屬股東會權限內所為之決議，董事會自應當遵守，若非屬股東會權限之決議，則屬對董事會無拘束力之決議，但可作為董事會執行業務之參考或建議。而第172條之1第4項第1款在此限制解釋下，何種議案方屬「非股東會所得決議之議案」，應可解釋為，若股東所提議案內容違反法令章程，或提案內容屬法令章程明文列舉專屬董事會權限者，則董事會即可依據第172條之1第4項第1款規

¹² 參閱第172條之1立法理由二。

¹³ 參閱劉連煜，同註6，頁158-159。

定，讓該提案不列為議案。論者或謂第202條為強行規定，因此股東會所為非權限內之決議係違反該條強行規定，而屬於內容違反法令之無效決議，故股東所提議案只要非屬股東會權限內之議案，董事會即可以該議案「內容違反法令」，得不列為議案。此論點筆者並不贊同，蓋第191條決議無效之規定，係指決議「內容」本身違反法令章程者，但違反第202條權限劃分所為之股東會決議，並非其決議「內容」違反法令，而是「決議者」違反法令屬無權限為決議之人，惟雖是無權限為決議者，但其所為決議「內容」並非就因此一定違反法令，只是其所為決議因無權限故無拘束他人之效力，易言之，股東會違反第202條無權限所為之決議，並非該決議內容違反法令無效，而是決議對董事會無拘束力，因此，股東仍是可提非屬股東會權限內之議案，因其所提議案並未因此被認為是內容違反法令，至於就此類議案所為決議並無拘束董事會之效力。

四、董事會主動請求股東會所為決議對董事會經營權限之影響

針對股東會決議是否拘束董事會之業務執行，另有一值得探討之情況，即是，若董事會就非屬公司法或章程規定之股東會權限的經營事項，主動提出於股東會請求議決，則是否該股東會對此所做之決議對董事會有拘束力，不無疑問。一般而言，若是董事會主動提出於股東會請求議決之議案，董事會執行業務應當會遵守該決議，但亦不排除董事會可能事後不贊成股東會決議內容，而提出該決議事項非屬公司法或章程所規定之股東會權限，因此主張決議對其無拘束力。就此一問題，或許可參考德國股份法（Aktien-gesetz）第119條第2項¹⁴規定，股東會就公司經營問題僅能在董事

¹⁴ § 119 Abs. 2: “Über Fragen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt.”

會要求下作成決議¹⁵，而因此所作成之決議，對董事會有拘束力¹⁶，董事會未遵守該決議者，對公司應負損害賠償責任¹⁷，且構成同法第84條第3項之解任重大事由¹⁸。

五、小 結

綜上所述，股東基本上僅能藉由股東會參與公司之經營，但股東會之權限，僅限於公司法或章程有明文規定者。雖然我國公司法於2005年引進股東提案權制度，但終究所能發揮之股東參與公司經營之力量有限。然而公司畢竟是由全體股東出資成立，董事會係受公司委託負責公司之經營，股東、甚至其他關係人，如公司員工、公司債權人等，當然期待董事能盡心盡力維護並追求公司利益，以保障相關人士之權益，因此，董事（會）在執行業務時，究竟應遵循哪些行為準則並善盡責任，即成為公司治理上備受重視之課題。

參、董事會經營事業之行動準則

公司為營利性質之社團法人，其業務執行權限，除公司法或章程規定為股東會權限外，均屬於董事會，因而股東會所為非屬公司法或章程規定之股東會權限內的決議，應對董事會無拘束力。有鑒於董事會被賦予高度之獨立經營權限，其自應就其所為對公司負責

¹⁵ 德國股份法第119條規定，股東會就法律章程有明文規定之事項進行決議，但董事會可要求股東會對特定經營事項進行決議。

¹⁶ Aktiengesetz § 83 Abs. 2. Vgl. Götz Hueck, a.a.O. (Fn. 8).

¹⁷ Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, Münchener Kommentar Aktiengesetz, Band 3, 2004, § 76 Rn. 21; Dietmar Kubis, Münchener Kommentar Aktiengesetz, Band 4, 2004, § 119 Rn. 27.

¹⁸ Vgl. Dietmar Kubis, a.a.O., § 119 Rn. 29, 30; F.-J. Semler, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4: Aktiengesellschaft, 1999, § 34 Rn. 19.

任，並在責任規範的要求下來從事公司之企業活動。而董事會在為公司經營事業時，依其受委任之目的，其所為之經營決策及採取之業務行為應至少能符合以下之行動準則或要求（Allgemeine Handlungsmaximen für unternehmerisches Handeln），以免違反其對公司應盡之注意義務。

一、追求企業之經營目標

董事會應以公司擬經營之事業為企業經營目標來執行業務，何謂「業務」，各該相關法規並無明文，惟依一般觀念，係指反覆同種類行為為目的之社會活動¹⁹。董事會在執行業務時應依照章程規定，而公司章程依法應記載公司「所營事業」（§ 41 I ②、§ 101 I ②、§ 116、§ 129②），因此董事會係依據章程所訂之「所營事業」範圍來為公司執行業務。至於公司所營事業應如何記載於公司章程中，依公司法第18條第2項規定：「公司所營事業除許可業務應載明於章程外，其餘不受限制。」亦即許可業務應於章程中明確記載，而非許可業務，依「公司名稱及業務預查審核準則」第11條及經濟部商業司之解釋²⁰，其可採：(一)以概括方式記載，其文字為「除許可業務外，得經營法令非禁止或限制之業務」；(二)以代碼明確記載營業項目；(三)於代碼營業項目後增訂概括條款²¹。至於公司採用上述何種方式，由公司自行決定。若公司章程所營事業之記載係採用方式(二)，則企業之經營目標明確，董事會執行業務範圍之界限較易判斷。惟記載若採用(一)或(三)之方式者，則董事會擁有高度對

¹⁹ 參閱43年台上字第826號判例；法務部83年法律決字第00231號函。

²⁰ 經濟部90年經商字第09102010620號函。

²¹ 公司法於民國94年6月22日修正時，於第18條增列第3項，要求公司所營事業應依中央主管機關所定營業項目代碼表登記。依其立法理由係為提升行政效率並全面推動代碼化措施，以利業務運作。

公司經營事業判斷之權限，尤其是(一)記載方式，基本上可說任何業務，除許可或法令禁止限制之業務外，董事會皆可決議是否為公司經營。至於(三)之方式者，尚須注意章程所訂概括條款是否將其業務限縮在代碼營業項目的相關營業中，例如於章程中記載「所營事業為C601²²及許可業務外非法令禁止或限制之相關製造業務」，則董事會應不得經營礦業及土石採取業之營業項目。

董事會應依章程所記載之「所營事業」為公司執行業務，然而其執行業務若超越章程記載之所營事業範圍者，其效力為何？已刪除之舊公司法第15條第1項原規定：「公司不得經營登記範圍以外之業務。」國內學者多認為此係屬公司權利能力受目的上限制之規定，而依法理，超越權利能力外之行為，該行為當不生法律上效果方是。惟依舊公司法第15條第3項規定，公司負責人違反第1項規定者負有刑事上之責任，並賠償公司因此所受之損害，以及依舊公司法第194條規定，股東得請求董事會停止為公司登記業務範圍外之行為等規定觀之，似乎將公司若有經營登記範圍以外之業務行為解釋為並非當然無效²³。再者，舊公司法此條項規定，其立法意旨無非以公司於其設立登記之初既已要求公司負責人登記公司所營營業項目，則公司負責人當必依其所登記公司營業範圍為事業之經營，俾求其實際經營事業與登記範圍一致，以明確劃定公司營業範圍，保持設立目的，並保護股東之投資利益，因此就該法立法意旨而言，應非將公司權利能力限於目的範圍內，而僅係限制公司經營業務之範圍²⁴。因此，即使舊公司法第15條第1項規定在未刪除前，公司執行「所營事業」登記範圍外之業務行為，其行為對外仍宜解

²² C601依「公司行號營業項目代碼表」為紙漿、紙及紙製品業等製造業。

²³ 參閱廖大穎，公司法原論，頁47-48，2002年2月。

²⁴ 參閱王文宇，同註6，頁107-108。

釋為有效。現該項規定於民國90年修法時已刪除，因此基於該項規定所引發之效力爭議應可就此打住，刪除之理由係為配合第18條第2項之增訂：「公司所營事業除許可業務應載明於章程外，其餘不受限制。」易言之，公司除許可業務應載明於章程外，得經營任何業務，對外皆屬有效，即使非屬章程記載之所營事業，公司亦應負責，以確保交易安全²⁵。惟董事會執行業務若超越章程記載之所營事業範圍者，則其已違反執行業務應依章程規定之義務，若公司因此受有損害，則違反該義務參與董事會決議之董事應對公司負賠償責任（§ 193 II）²⁶。此外，董事會成員未遵守章程規定所為營業行為，倘出於疏失者，亦屬執行業務有未盡其應盡之注意義務²⁷。

二、獲取合理的經濟利益

公司乃以營利為目的之社團法人，而所謂營利，係指公司因經營而獲得利益，並分派利益於股東。按利益有廣狹兩義，狹義之利益，專指盈餘，而廣義者，尚包括公司之賸餘財產在內。所謂將利益分派於股東，並不限於分派狹義之利益，而是只要有分派廣義之利益於股東，即為已足，因此，公司縱然暫停盈餘分派，尚不致違反以營利為目的之原則²⁸。有鑒於公司是以營利為目的之法人，則董事會為公司執行業務時，應努力為公司經營以獲得經濟利益，但

²⁵ 參閱林國全，章程記載所營事業之意義，月旦法學教室，17期，頁33，2004年3月。

²⁶ 同前註。該文內認為章程所營事業若明確列舉營業項目，則對經營者發生拘束效力，惟此僅為「對內效果」。故即使經營者有超越章程記載營業範圍之行為者，該行為對外依然有效。

²⁷ 不論董事會決議是故意或出於過失而違反章程規定，皆應依第193條第2項規定負賠償責任。

²⁸ 參閱柯芳枝，公司法論（上），頁8，2002年11月增訂5版。

是否營利須追求企業經濟利益極大化為其義務，則有待商榷²⁹。一方面，經濟利益極大化之標準難以界定，究竟其是否指資產負債表列之盈餘呢？是指短期或是長期經營之經濟利益呢？若從公司永續經營之目標來看，董事會應為公司追求長期經濟利益，而非短期獲利。但公司法規定之公司盈餘僅係以一會計年度³⁰為一週期來計算（公司法§ 228），則是否只要會計年度內能獲得最大盈餘，即使長期而言對公司不利，也已符合所謂之（短期）經濟利益極大化？再者，若一味強調董事會應追求企業經濟利益極大化，將導致公司任何支出須以追求獲利為導向，則對於與公司獲利無關之文化、公益等之捐款支出，將被視為使公司獲利減少，而造成董事會成員違反為公司追求經濟利益之義務³¹。然而公司藉由履行社會責任可提升其社會形象，雖說因為該支出而使公司獲利減少，但長期而言，對公司之發展亦有一定之助益，只不過其助益難以直接量化成經濟利益來計算罷了，更何況企業追求經濟利益之目標應該未禁止公司亦可成為「社會的好國民」。因此，董事會為公司執行業務時，雖

²⁹ 例如由許多生物科技公司、學術機構、生物科技研究中心以及相關組織所組成之美國生物科技產業組織（Biotechnology Industry Organization）發表了13點生物倫理原則，其中第13點「我們將持續支持保留生物多樣性」與從事基因轉殖植物培育的生物科技公司之商業利益可能產生衝突，而影響該等公司之經濟利益，但基於維護地球之生態環境，即使從事基因轉殖植物培育的生物科技公司參與發表該生物倫理原則，並採取具體措施以支持該原則，從而致使公司獲利減少，而未能達到追求公司經濟利益極大化之目標者，似乎亦不應被認為有違反公司之營利性。

³⁰ 依所得稅法第23條規定，會計年度應為每年1月1日起至12月31日止，但因原有習慣或營業季節之特殊情形呈經該管稽徵機關核准者，得變更起訖日期。

³¹ 董事會以公司名義所為捐款，雖使公司財產利益減少，但並不必然因此對公司有損害賠償責任，仍須視有無違反注意義務與忠實義務。Vgl. dazu Rittner, Zur Verantwortlichkeit des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG, in: FS Geßler, 1971, 139, 149 ff.

應努力為公司經營以獲得經濟利益，但應該是指盡力為公司獲取合理的經濟利益，而非指追求經濟利益極大化。所謂合理的經濟利益，依德國學者Johannes Semler及Gerald Spindler的觀點³²，係指資本維持確實得到保障，及股東之投入資本獲符合一般市場利率加上適當風險利潤之收益。而在評量收益時，應以企業經營結果所獲得之收益為評量依據，而非以股利分配之多寡為依據³³。

三、重視公司利益

董事受託經營公司業務，其企業經營的行動準則當然必須符合公司利益，但何謂「公司利益」，公司法並未規範，且於我國亦未有太多之討論。傳統上國內學者認為，股東對公司出資，名義上股東即喪失其所投入資本之所有權而直接歸公司所有，然而經濟上，公司事業仍屬股東所有，只不過其對所投入資本之所有權變形為對公司之股東權而已³⁴。基於此認知，則易將公司之利益視為全體（或多數）股東之利益，然而，其他非股東之人的利益是否亦應考量在內，漸於國內受到重視與討論³⁵。德國法如我國公司法般，並未對何謂公司利益加以界定，但於學界已有大量文獻³⁶探討，盡力

³² Vgl. Johannes Semler/Gerald Spindler, Münchener Kommentar Aktiengesetz, Band 3, 2004, Vor § 76 Rn. 80.

³³ Vgl. Johannes Semler/Gerald Spindler, a.a.O.

³⁴ 參閱柯芳枝，同註28，頁185；王文宇，同註6，頁262。

³⁵ 參閱曾宛如，董事忠實義務之內涵及適用疑義，載：公司管理與資本市場法制專論(一)，頁13-15，2002年10月；王文宇，同註6，頁32-35；陳俊仁，論公司治理的發展趨勢，律師雜誌，310期，頁44-46，2005年7月。

³⁶ Vgl. Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, Diss. 1984; Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 5. Aufl., 2002, § 116 Rn. 5; Mertens, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1986, § 76 Rn. 22; Marcus Lutter/Gerd Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., 2002, Rn. 765; Johannes Semler, Leitung und Überwachung der

想要為「公司利益」下定義，並力求能使其範圍明確化。

公司在經營時會受到代表各種不同利益者的影響，如股東、公司員工、客戶、供貨商、公司債權人、公家機關、公司所處區域等，所有各種的利益承受者（*Interessenträger*，或翻譯為利益代表者）皆期待公司經營者將其利益擺在最優先考量的位置上，或至少應得到適當的重視。這些不同的利益承受者，德國學者依其性質區分為企業中利益承受者（*Interessenträger im Unternehmen*）及對企業有利益之承受者（*Interessenträger am Unternehmen*）³⁷。企業中之利益承受者包括股東、公司員工，其皆對公司之構成及運作有貢獻，前者投入資金組成公司資本，後者貢獻其服務成為公司之人力資本³⁸。對企業有利益之承受者則包括許多人及公家機關在內，其與公司間具有利害關係，因此對公司發展存有利益。就此部分，首先提到的為公司客戶、供應商，這些人之業務活動或多或少都與公司之發展有關。再者是金融機構，其對公司融資，當然留意公司發展及其財務狀況，以確保其債權。此外，還包括眾多之公家機關，如公司所處之社區、財政部門、對公司監督管理之行政部門等。而公司其他債權人亦屬於對企業有利益之承受者³⁹。

董事會執行公司業務時，是否及應如何兼顧這些不同的利益，當然涉及對公司利益的判斷。一般而言，德國學者認為促進企業中利益承受者的利益為企業活動的目標，不過就其利益間常須視不同狀況加以調整以達平衡，亦即公司利益除股東利益外亦涵蓋員工利益。德國學者甚至認為，在考量公司利益為經營判斷時，既非股

Aktiengesellschaft, 2. Aufl., 1996, Rn. 49; Junge, Das Unternehmensinteresse, in: FS v. Caemmerer, 1978, 547.

³⁷ Vgl. Johannes Semler/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 32), Vor § 76 Rn. 85.

³⁸ Vgl. Johannes Semler/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 32), Vor § 76 Rn. 86.

³⁹ Vgl. Johannes Semler/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 32), Vor § 76 Rn. 87.

東，亦非員工之利益有普遍性的優先權，因此，在執行業務時，不能完全忽略股東或員工其中一方之利益⁴⁰，此亦可由德國之「礦業及煉鐵工業之勞工在監事會與董事會之共同決定法」（Montan-Mitbestimmungsgesetz 1951）、「勞工共同決定法」（Mitbestimmungsgesetz 1976）、「企業組織法」（BetrVG 1952），勞工有權參與盛事會之組成，使勞工得以監督企業經營，甚至得依前述二部共同決定法設置勞工董事（Arbeitsdirektor）等規定，得到印證。至於對企業有利益之承受者而言，基本上其利益不會對公司之一般經營決定造成影響，而是公司經營者在從事個別與其有關之企業活動時，其利益方成為考量因素之一。即使是公眾利益，其是否在公司企業活動中被顧及，雖對公司社會形象有重大影響，但並不能因此就主張其屬於公司利益的一部分，而成為經營者的義務。公眾利益對公司企業活動的意義在於，其在法令規範外亦不能被危及或損害，因此公司之企業活動應避免危及或損害公眾利益。同樣的，公司債權人之權益亦非屬於公司經營者應追求之公司利益的一部分，但債權人權益均透過法律周密的規範來加以保護，而董事會在決定公司企業活動時應重視並遵守這些規範，惟其並無義務須對公司債權人提供額外措施來保障其權益⁴¹。此外，近年來德國學界亦致力於發展在本人／代理人關係（Prinzipal/Agenten-Verhältnisses）⁴²中，經營者應努力使股東價值提高，但並非因此可不顧，甚至反對其他企業中利益承受者及對企業有利益之承受者等人的利益，而是要求經營者應竭盡所能投入全部力氣來提高企業（公

⁴⁰ Vgl. Johannes Semler/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 32), Vor § 76 Rn. 88.

⁴¹ Vgl. Johannes Semler/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 32), Vor § 76 Rn. 89.

⁴² Vgl. Johannes Semler, in: Picot (Hersg.), Corporate Governance, 29, insbes. Das aktienrechtliche Überwachungssystem als Prinzipal-Agentenverhältnis, 49.

司)的價值，此要求與經營者應盡注意義務之要求是完全一致的⁴³。

董事執行公司業務應重視公司利益，因此其亦應盡注意能力避免與公司發生利益衝突。公司法第23條第1項規定，董事對公司應忠實執行業務，學者一般將其稱為「忠實義務」(duty of loyalty)⁴⁴，其義務之內涵即是在處理董事與公司利益衝突時，董事應將公司之利益置於自己利益之上，是一種概括性之行為準則⁴⁵，類似民法第148條第2項之誠信原則，但較民法誠信原則要求之內涵及範圍更廣。民法誠信原則是基於行使權利履行義務附隨而來之行為準則，通常是基於契約法一般原則，要求對契約相對人應以誠實信用方法待之。但董事與公司間較一般契約當事人關係更密切，就董事被賦與之職權而論，其與公司關係實為一種信賴關係(fiduciary relationship, Vertrauensstellung)，因此對公司應盡之忠實義務(duty of loyalty, Treuepflicht)不能僅依一般誠實信用之行為準則要求，而應有更高之標準⁴⁶。依英國衡平法上所指之忠實義務，是指董事應以誠實態度為公司利益執行業務(duty to act bona fide)、基於適當目的行使其權力(duty to act for a proper purpose)、其須獨立判斷行使職務(duty not to fetter discretion)、並防免與公司利益衝突(conflict of duty and interest)⁴⁷。而美國法上對董事忠實義務

⁴³ Vgl. Johannes Semler/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 32), Vor § 76 Rn. 90.

⁴⁴ 如柯芳枝，同註28，頁51；王文宇，同註6，頁29-30。但亦有學者將包括duty of care 及 duty of loyalty 之上位概念的fiduciary duty併稱為忠實義務，參閱曾宛如，同註35，頁1-41。

⁴⁵ 參閱王文宇，同註6，頁30。

⁴⁶ Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 17), § 76 Rn. 14, § 93 Rn. 69; Götz Hueck, a.a.O. (Fn. 8), 210.

⁴⁷ 相關說明，參閱曾宛如，同註35，頁12-18。

之判斷，主要從以下幾方面來觀察：自己與公司之交易（self-dealing transaction）、經營者報酬（executive compensation）、公司機會學說（corporate opportunity doctrine，其中又再分為與公司競爭、利用公司資產、公司機會）等⁴⁸。我國公司法對忠實義務之具體規範為董事會決議之表決權行使迴避（§ 206 II 準用§ 178）⁴⁹、自己代理與雙方代理之禁止（§ 223）⁵⁰、競業禁止（§ 209 I）⁵¹等規定。

肆、董事之注意義務

一、過失責任原則

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。」則法律規定董事執行業務對公司應負之責任為一種過失

⁴⁸ See STEVEN L. EMANUEL, CORPORATIONS 195-235 (4th ed. 2002); FRANKLIN A. GEVURTZ, CORPORATION LAW § 4.2 (2000).

⁴⁹ 依公司法第206條第2項準用第178條規定，則董事對於董事會議事項「有自身利害關係致有害於公司利益之虞」時，不得加入表決，此應就具體個案視其對於該表決事項有無自身利害關係致有害於公司利益之虞而定，而具體個案事實之認定，允屬司法機關認事用法之範疇。參閱90年經商字第09102287950號函。

⁵⁰ 依民法第106條規定，代理人如經本人許諾，即可解除自己代理及雙方代理之禁止。但公司法第223條另有規定，不適用民法規定。依公司法規定，並非可解除自己及雙方代理之禁止，而是改由監察人為公司之代表。又公司法第223條之立法意旨係在防患董事礙於同事之情誼，致有犧牲公司利益之虞，故改由監察人為公司之代表，因此不限於締約，議約亦應由監察人代表公司為宜，故其應實質審查該法律行為，對此參閱90年經商字第09102287950號、經商字第09102132160號函。

⁵¹ 本條規定類似英美法之「禁止與公司競爭」。

責任。若要求董事應對公司負經營須成功之結果責任，是非常不適合的，將致使無人願意擔任公司經營者。因為經營「只准成功不准失敗」的責任，會在經營者心理上產生不利影響，當其考量到，若是因為市場情勢造成公司經營失敗，而即使自己已盡全力避免公司受到損害，但仍須負責，則不如不擔任此董事職務，以免事後責任之追究，而使公司難以找到經營者，尤其當公司狀況不佳或經濟環境惡劣時，更無人願意擔任公司經營者。此外，公司董事之地位與一般獨資經營者大為不同，後者自己管理自己財產，並承擔事業所有風險，但董事受託管理他人財產，並因此負有義務，應維護股東、公司員工、甚至公眾之利益，而此種應維護不同利益者之義務亦排除董事應承擔事業所有風險的責任⁵²。惟雖然董事僅負過失責任，但卻不能忽略其畢竟取得管理他人財產的強大實力地位，因此應負相當的責任，使其權責相符。

公司董事對公司之責任為過失責任，而依民法規定，過失可分為抽象過失、具體過失及重大過失。抽象過失係指行為人欠缺善良管理人之注意，具體過失係指行為人欠缺應與處理自己事務為同一之注意，而重大過失則指行為人欠缺普通人之一般注意。依其性質，抽象過失及重大過失係採客觀標準，而具體過失則為主觀標準，客觀標準乃於同一情況，行為人均應適用之標準，而主觀標準則因行為人而各有不同⁵³。其中因為具體過失係採主觀標準，因人而異，因此，為避免該行為人責任過輕，於民法第223條規定：「應與處理自己事務為同一注意者，如有重大過失，仍應負責。」亦即若行為人處理自己事務之注意能力較普通人一般注意能力為低

⁵² Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 17), § 93 Rn. 3.

⁵³ 參閱劉興善，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（概要），政大法學評論，57期，頁425，1997年6月。

時，仍應盡一般人之注意。而又為避免責任過嚴，依一般學說及實務上看法，若行為人處理自己事務之注意能力較善良管理人為低時，如其已與處理自己事務為同一之注意，即無過失，但若是行為人處理自己事務之注意能力高於善良管理人之標準時，則仍以善良管理人之注意為標準，無須要求其超過善良管理人之注意。亦即具體過失之標準，原則上以該行為人主觀之注意能力為標準，但其下限不得低於重大過失，上限則以抽象過失為限⁵⁴。

公司董事與公司間之法律關係為委任，依民法委任規定，受任人處理委任事務，應與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之（民法§ 535），但依公司法第23條第1項規定，董事不分有無受領報酬，其應盡善良管理人之注意義務。在民國90年公司法修正前，公司負責人執行業務或職務時，是否應盡善良管理人注意義務，並未有一致性規定。公司法於清算人、檢查人、重整人、重整監督人等職務上負責人，有明確規定應盡善良管理人之注意義務，而公司經理人、股份有限公司董事、監察人，因有在第29條第1項、第196條、第227條規定該等人報酬之決定權限，故與公司間應屬有償委任，則其應盡之注意為善良管理人注意義務。而無限期、兩合公司之執行業務股東或有限公司董事與公司間，則未必屬有償委任，若為無償時，在舊公司法時期，依民法委任規定，其僅需盡與處理自己事務為同一之注意，因此除非有重大過失之情況，否則執行業務股東或有限公司董事係以其個人處理自己事務之注意而認定其有無過失。此依有無受領報酬而異其注意義務之規範備受質疑，尤其若是股份有限公司董事於就任時言明不支領報酬或僅受領車馬費⁵⁵，則其是否仍屬有償委任及應盡

⁵⁴ 同前註。

⁵⁵ 公司法第196條規定：「董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定

善良管理人注意義務，亦或是可因此減低其經營責任，僅須負與處理自己事務為同一之注意即可，顯有疑問⁵⁶。若就民法委任規定之設計而言，其通常係針對委任人對受任人為特定事務處理之授權而言，而受任人處理委任事務應依委任人之指示，此與執行業務股東或董事為公司執行業務機關，須主動省察各種商業狀況、公司情勢並為經營策略之調整，不可能等待全體股東或股東會就公司各項事務鉅細靡遺之指示，因此，其所處地位與民法上一般受任人不同⁵⁷。既然性質上有明顯差異，則公司負責人之注意義務依民法委任規定，因有無受有報酬而異其責任，顯然並不合理，故公司法於民國90年修法時，增訂第23條第1項規定，其立法理由即是為明確規定公司負責人對於公司應踐行之忠實義務及注意義務，以提高公司負責人應盡之注意，來維護公司權益。因此，依現行公司法第23條第1項規定，董事已不分有無受領報酬，其皆應盡善良管理人之注意義務。

之。」所謂「董事之報酬」，係指董事為公司服勞務應得之酬金而言。所謂「車馬費」，顧名思義，則指董事前往公司或為公司與他人洽商業務所應支領之交通費用而言，自與董事之報酬有別，其性質較類似委任關係中受任人處理委任事務之必要費用，對此參閱69年台上字第4049號、71年台上字第4154號判決。

⁵⁶ 股份有限公司董事、監察人未受有報酬，而僅於董事會召開時領取車馬費者，所在多有，而其應盡之注意義務，若於舊公司法時期依民法委任規定，則僅須負與處理自己事務為同一之注意即可，對此參閱劉興善，同註53，頁426；劉連煜，公司負責人之忠實及注意義務，月旦法學教室，7期，頁25，2003年5月。

⁵⁷ 參閱王文宇，同註6，頁124。公司負責人與公司間存有信賴關係，因此與一般委任不同，應要求其盡善良管理人之注意義務，對此參閱劉興善，同註53，頁427。

二、善良管理人注意義務

(一)標 準

所謂注意義務，係在判斷行為人是否盡心盡力處理其所負責之事，若未盡力施與足夠之注意，則應負相關之過失責任。依公司法第23條第1項規定，董事應負之注意義務為「善良管理人之注意義務」，而何謂善良管理人注意義務，於我國法上並無明確定義。但法律上對他人財產之管理或使用人員、或受有報酬為他人處理事務者，均明確規範其應負較高之注意義務，以維護他人權益，例如承租人應以善良管理人之注意保管租賃物（民法§ 432）、借用人應以善良管理人之注意保管借用物（民法§ 468）、受有報酬之受任人應以善良管理人之注意處理委任事務（民法§ 535）、信託業處理信託事務應以善良管理人之注意為之（信託業法§ 22）、銀行對存款帳戶應負善良管理人責任（銀行法§ 45-2 II）等。蓋行為人所負責之事涉及他人財產之管理運用，或因自身受有報酬，因此依其取得之權力或獲得之利益，相對的在法律上要求該等行為人應付出比處理自己事務更高之注意能力，如有未盡心力，即違反注意義務，而應負過失損害賠償責任。

對善良管理人之注意，一般學者將其解釋為係指社會一般誠實、勤勉而有相當經驗之人，所應具備之注意⁵⁸，此並非現實社會生活各人注意之平均值⁵⁹。依此解釋，其係就客觀標準來認定行為人所應施行的注意力，必須達到一般執行同類事務有經驗之人，本於誠實態度，細心負責以其能力與經驗來處理有關事務所應付出的

⁵⁸ 參閱柯芳枝，同註28，頁51；劉連煜，同註56，頁25；孫森焱，民法債編總論（上），頁122，2001年9月修訂版。

⁵⁹ 參閱劉興善，同註53，頁426-427。

注意能力⁶⁰，至於行為人主觀上是否具備此相當能力或經驗，甚至是否擁有更佳之專業能力，則並非判斷有無過失之標準⁶¹。學者批評此一強調客觀認定之標準，流於空泛，且對董事應盡之注意義務欠缺細緻化之操作標準⁶²。德國股份法第93條第1項對董事注意義務之規定與我國類似，其規定董事於執行業務時應盡一位正直認真負責之事業經營者所應有之注意能力⁶³。此規定在於指出一位董事在自己責任下，經營一特定種類和規模之企業時，其應以何種態度來履行注意義務。而董事之注意義務，基於其與公司間之信賴關係，故類似信託行為中受託人（*Treuhänder fremder Vermögensin-*

⁶⁰ 類似美國法或實務對董事應盡注意能力之觀點。MBCA (1999) § 8.30 (a): “A director shall discharge his duties as a director ... (1) in good faith; (2) with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstance; and (3) in a manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation.” Also s. ROBERT CLARK, *CORPORATE LAW* 123 (1986); DENNIS J. BLOCK ET AL., *THE BUSINESS JUDGMENT RULE—FIDUCIARY DUTIES OF CORPORATE DIRECTORS*, Vol. 1, at 118 (5th ed. 1998)。然而由於實務上所發展之經營判斷法則（*The Business Judgment Rule*），使美國實務對董事過失之認定漸漸傾向有「重大過失」（*gross negligence*）或「輕率」（*recklessness*）才須負責，對此參閱STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 174。此外，由於董事因違反注意義務而負損害賠償責任之案例日增，因此許多州修改法令試圖降低董事違反注意義務之責任負擔，對此參閱STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 189-190。

⁶¹ 參閱79年台上字第1203號判決，其認為「行為人注意之程度，依一般社會上之觀念，認為具有相當知識及經驗之人對於一定事件所能注意者，客觀的決定其標準，至於行為人有無盡此注意義務之知識或經驗，在所不問」。

⁶² 參閱王文字，同註6，頁124-125。

⁶³ 亦有直接翻譯為應盡善良管理人注意義務，如財團法人萬國法律基金會，公司法制全盤修正計畫研究案總報告第二冊，頁158，2003年9月。原文為§ 93 Abs. 1 S. 1: “Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.”

teressen) 之注意義務⁶⁴。依德國學者對董事注意義務之解釋，其認為，注意義務之評量並非一種單一固定標準，而會因所經營公司之業別、公司規模、員工多寡、市場環境、服務時間長短、及每位董事所被賦予之特別任務等而定其注意程度及董事應負之責任⁶⁵。此外，若是董事擁有特別的專業知識或能力，則其必須於執行業務時亦盡此特別專才所應有之注意能力，尤其是其常常即是因為擁有此專才背景才會被選任為董事，因此要求其必須盡此專才及注意能力，方能符合盡到一位正直認真負責之事業經營者所應盡之注意義務，於此情況下，對董事注意義務之要求還涉及該董事之主觀條件⁶⁶。美國法學者亦持同樣觀點，認為注意能力之標準基本上是客觀的，因此，即使董事個人主觀上不具備一般執行同類事務之人的注意能力，仍是要求其應盡此同類人之注意能力，然而如果董事擁有超出一般董事之特別能力者，則他必須使用這些能力，方有盡到注意義務⁶⁷。同樣的，於英國破產法也有類似規範，要求董事除應盡與其相同功能董事一般所能盡之注意能力外，尚需盡其個人特別能力所能盡之注意程度⁶⁸。由上述說明，可知德國法及英美法對董

⁶⁴ Vgl. BGHZ 129, 30, 34 (für den Geschäftsführer einer GmbH); OLG Düsseldorf, Die Aktiengesellschaft 1997, 231, 235; Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 5. Aufl., 2002, Rn. 4; Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 17), § 93 Rn. 22.

⁶⁵ Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 17), § 93 Rn. 22. 類似觀點，參閱王文字，同註6，頁124-125；曾宛如，同註35，頁11-12。

⁶⁶ Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 17), § 93 Rn. 22.

⁶⁷ “If the director has special skills that go beyond what an ordinary director would have, he must use those skills.”, see STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 175; ROBERT HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS IN A NUTSHELL 310 (3d ed. 1991); In re Emerging Commc’ns, Inc., No. CIV.A.16415, 2004 WL 1305745, at 39-40 (Del. Ch. May 3, 2004).

⁶⁸ 參閱曾宛如，同註35，頁11。

事應盡之注意，係同時採用客觀標準及主觀條件來作為判斷依據，而重點皆在於董事執行業務時，是否以正直認真負責之態度為之。相較之下，我國對善良管理人之注意能力，僅依客觀認定標準，較為僵化，於個案中可能較無法確切探求董事是否已盡其注意義務，因此，解釋上似乎可以更彈性些，而於判斷有無違反義務時，將董事個人主觀條件亦一併加以考慮進去。

(二) 仰賴第三人提供之資訊與注意義務

在善良管理人注意義務下，另一值得探討的問題為，是否董事可仰賴專業人士、公司經理人或職員之分析或報告，而根據他們所提供之資訊作判斷來執行業務，並因此主張其在資訊收集上已盡相當之注意能力，故應無違反注意義務。事實上，一般的董事，尤其是大公司的董事，多數很少能夠直接掌握公司營運事務的各細節，反而是相當依賴專業人士，如律師、會計師、行銷顧問，或公司有關人員所提供之資訊或分析報告來決定業務之執行⁶⁹。例如：某公司生產的電腦在德國、法國售價相差二成，其原因可能是當地市場競爭力的不同、對電腦產品的消費習慣不同或其他因素等，但不論真正原因為何，董事會成員都是十分仰賴負責當地市場之公司人員所提供的市場分析資料來定決策；又或者某科技公司董事會關於技術授權、策略聯盟、合併或收購等規劃，相當依賴律師所提供之專業意見。因此，似有必要認可，若董事正當合理信賴專業人士、公司相關人員等第三人所提供之資訊、分析判斷或報告而為業務執行者，其屬已在獲得充分資訊下執行業務，因此就資訊收集層面上應可主張已盡相當之注意能力，此觀之證券交易法第32條第2項之規

⁶⁹ See STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 176.

定⁷⁰，立法者似就此已有所斟酌而為免責規定。而美國模範商業公司法亦規定，董事有權相信以下人員所準備或提供之資訊、意見、報告或報表，包括財務報表及其他財務資料在內：1. 董事就資料提供之公司主管人員或職員，有合理之理由相信其足以信賴或足具備能力者；2. 董事就法律顧問、會計師或其他人員所提之資料有合理之理由相信，係在該等人員之專業或專家能力範圍內所提出者；3. 非董事會委員會成員的董事，具有合理之理由相信委員會值得信賴⁷¹。然而要認可董事有權可信賴上述人等所提供之資訊，須該信賴為正當合理的，倘若存有不正當或不合理之情況，則董事即不能繼續主張其可信賴該等資訊⁷²，例如董事知道某些情況而顯示出提供資訊者可能說謊或犯有錯誤時，則董事應就其所知向董事會說明，以使董事會可作出正確之判斷，否則該董事即有可能違反注意義務⁷³。

(三)消極疏失與注意義務

此外，董事是否會因消極疏失（passive negligence）而違反注意義務，亦有探討的空間。所謂消極疏失是指，若董事應該察覺某些情況並採取行動，卻放任不採取任何行動所產生的疏失。一般而言，若董事積極採取業務措施，要判斷其所採取的行動是否有過失

⁷⁰ 證券交易法第32條第2項規定：「前項第一款至第三款之人，除發行人外，對於未經前項第四款之人簽證部分，如能證明已盡相當之注意，並有正當理由確信其主要內容無虛偽、隱匿情事或對於簽證之意見有正當理由確信其為真實者，免負賠償責任；前項第四款之人，如能證明已經合理調查，並有正當理由確信其簽證或意見為真實者，亦同。」

⁷¹ See MBCA (1999) § 8.30 (b). 此類似我國證券交易法第32條第2項所規定之「有正當理由確信」。

⁷² See MBCA (1999) § 8.30 (c).

⁷³ See STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 176.

未盡注意能力較不困難，但若完全未採取行動，則是否其不採取行動有過失而違反注意義務就較難判斷，因為在此涉及董事執行業務時，是否有義務應具體採取某些作為的判斷。依照本文前述說明，董事會被賦予高度之獨立經營權限，其應在責任規範下來從事公司之企業活動，而在進行企業活動時應維護公司利益，亦即董事應盡其所能追求公司利益並防止公司危害產生，因此若是有某些可疑不利情況存在，而一般執行同類事務有經驗之人，本於誠實細心負責任之態度，以其能力與經驗應會注意到該對公司不利之情況，並會具體採取某些措施以避免公司遭受損害，然而同樣情況下，董事卻疏於注意未採取任何行動者，應可主張董事違反注意義務，甚至如果董事擁有特別的專業知識或能力，其注意能力原就比一般執行同類事務有經驗之人更高，則依前述注意義務標準之說明，其尚須以此更高之注意標準來被要求其應採取行動，否則即是有違反注意義務。另外一種不同的情況則是，如果董事在無合理可疑情況下，因而未積極採取調查行動來發覺是否存有對公司不利之情況，以致造成公司受有損害者，是否亦屬董事違反注意義務，則有待商榷，而此種情況最常發生在未偵測察覺到公司經理人或員工之不法或不當行為⁷⁴。然而就一般情況而言，董事應是在信賴基礎下，放心讓公司經理人或員工去執行他們的職務，而非時時刻刻認為他們可能在從事非法事務或有不當行為而隨時如同偵探或間諜般在調查他們，尤其是大公司，擁有為數眾多之經理人或員工，其董事更無可能隨時一一調查是否他們的行為不法或不當，因此在無任何合理可疑跡象下，要求董事應積極盡調查非法或不當行為之義務似乎並不合理⁷⁵。但是董事會畢竟為公司業務執行機關，擁有公司經營權限，

⁷⁴ See STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 177.

⁷⁵ 美國實務上即普遍認為董事並無此義務 (no duty to detect wrongdoing), *see*

因此若是公司經理人或員工執行業務有不法或不當者，董事即可能被認為有違反注意義務，為避免被質疑未盡注意義務，因此公司宜制定內部控制制度，用以規範監督各層級人員執行職務時應遵守之程序或實質上的行為要求，使董事能及時瞭解及監控公司運作狀況，並可藉此避免被質疑未盡注意義務⁷⁶。在我國現行法下，已在證券交易法第14條之1第1項規定：「公開發行公司、證券交易所、證券商及第十八條所定之事業應建立財務、業務之內部控制制度。」⁷⁷

三、注意義務下對董事行為之要求

董事會應追求企業之經營目標，致力為公司獲取合理利潤，於公司利益考量下為公司經營事業（董事會經營事業之行動準則）。而董事會成員基於注意義務在執行職務時，除應遵守董事會決議外，董事及董事會行為應至少符合下列要求：

STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 177; *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125 (Del. Sup. 1963). 此外，英國對董事注意義務就此問題亦持同樣觀點，參閱何曜琛，公司治理與公開發行公司董事之告知義務——以美國法為中心，華岡法粹，30期，頁138，2003年12月。

⁷⁶ 美國許多法院認為，雖然董事注意義務或許不要求其應建構“a system of espionage to ferret out wrongdoing”，然而注意義務卻要求應建構“reasonable control systems”，即使是董事會尚未有合理懷疑是否有不當或不法行為發生。See STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 177.

⁷⁷ 美國1934年證券交易法（Securities Exchange Act of 1934）§ 13 (b)(2)亦規定每家公開公司必須設有內部會計控制制度（system of internal accounting controls）。

(一) 遵守法令

董事執行職務及董事會運作，必須受到一定法令之規範，除必須遵守本國法令外，若公司業務範圍涉及國際商業事務，則尚必須遵守外國法令。董事會所為決議，若有違反法令，致公司受損害時，參與決議之董事，依公司法第193條第2項規定，對於公司負賠償之責；但經表示異議之董事，有紀錄或書面聲明可證者，免其責任。若董事會決議係出於董事過失未盡注意能力以致違反法令，則董事同時亦違反注意義務，不過在董事會決議違反法令情形下，董事對公司之損害賠償責任，不論其是否出於故意或過失，逕依第193條第2項規定負其責任。若董事會決議未違反法令，但執行董事未遵守決議而執行致公司受損時，屬董事未盡善良管理人注意義務，而應依第23條第1項規定負責。又董事會雖為公司業務執行機關，但並非公司一切大小事務皆依董事會決議為之，通常公司日常事務係交由執行董事酌情處理，則該董事執行其職務時，應遵守法令規定，若有違反者，其亦係以違反善良管理人注意義務而依第23條第1項規定負責⁷⁸。在此，令人質疑的是，若是董事會決議違反法令致公司受損時，不論是參與決議或執行董事皆係依第193條第2項規定負責，而執行董事未遵守董事會決議或非依決議執行職務而有違反法令致公司受損時，則係依第23條第1項規定負責，第23條第1項之責任，如同前述，屬過失責任，而第193條第2項責任性質為何？為故意過失責任或是法定無過失責任？若為後者，則董事在為董事會決議時，即使已盡一切可能之注意，例如已諮詢法律專業人員、公司法務部門、甚至洽詢主管機關，仍不免有違反法令之疏失，尤其現行商業法令多如牛毛，操作複雜，若要求董事會決議在任何情況下之違反法令，皆有第193條第2項之損害賠償責任，則經

⁷⁸ 參閱柯芳枝，同註8，頁308。

營者責任未免過於沉重，因此合理解釋應為，第193條第2項責任亦屬過失責任。亦即，董事在為董事會決議時應盡善良管理人注意義務，若有違反，以致其所為決議違反法令，造成公司損害，則有第193條第2項之損害賠償責任。

(二) 遵守章程、公司內部規章

章程乃規定公司組織及活動之根本規範，依公司法第193條第1項規定，董事會執行業務應依章程規定，若董事會決議違反章程而執行業務致公司受損時，參與決議之董事，應依同條文第2項規定，對公司負賠償責任，但經表示異議之董事，有紀錄或書面聲明可證者，免其責任。董事會及董事執行業務除應遵守公司章程外，亦應遵守公司制定之其他規章。許多公司除章程外，為業務執行或管理監督目的，出於自治，而制定各種公司內部規章，例如依據證券交易所發布之「上市上櫃公司訂定道德行為準則參考範例」而訂定道德行為準則⁷⁹；依「上市上櫃公司治理實務守則」而訂定公司治理守則⁸⁰。或是公司依法令要求而制定有關規章，例如依證期局制定之「公開發行公司建立內部控制制度處理準則」⁸¹第4條規定，公開發行公司應以書面訂定內部控制制度，含內部稽核實施細

⁷⁹ 依「上市上櫃公司訂定道德行為準則參考範例」第1點之訂定目的及依據指出，為導引我國上市上櫃公司董事、監察人及經理人（包括總經理及相當等級者、副總經理及相當等級者、協理及相當等級者、財務部門主管、會計部門主管、以及其他有為公司管理事務及簽名權利之人）之行為符合道德標準，並使公司之利害關係人更加瞭解公司道德標準，各公司確有訂定道德行為準則之必要，爰訂定本準則，以資遵循。各上市上櫃公司宜參照本準則及相關規定，訂定道德行為準則，對於不同經理人亦得分別訂定其道德行為準則。

⁸⁰ 依「上市上櫃公司治理實務守則」第1條第2項規定，上市上櫃公司宜參照本守則相關規定訂定公司本身之公司治理守則。

⁸¹ 本準則係依證券交易法第14條之1第2項規定訂定。

則；依證期局制定之「公開發行公司資金貸與及背書保證處理準則」⁸²第8條、第11條規定，公開發行公司應訂定資金貸與他人作業程序、背書保證作業程序等。這些公司規章，不論是出於公司自治，或是依法令要求而訂定，皆有對內拘束效果⁸³，因此，董事會為決議或是執行董事在執行職務時皆應遵守，否則即是未盡善良管理人注意義務，若因此造成公司損害，則有第23條第1項之責任。此外，公司訂定內部規章，如道德行為準則、內部控制制度、內部稽核制度等，對公司董事義務的履行與責任風險的避免亦有正面積極意義⁸⁴。蓋就董事會之實際運作及結構而言，某些公司其董事成員中有些可能積極參與公司經營，對公司事務熟悉而實際負責執行，有些董事僅於一年數次召開之董事會參與決議，或者，有些公司董事會開會一年次數不多，董事通常僅就法令章程特定須經董事會決議事項或公司重大業務事項進行決策外，其它事項，基於營運上之需要，授權由公司經理階層實際負責決策執行⁸⁵。易言之，並非每位董事對公司所為業務均確實參與，但董事會為公司業務執行機關，擁有公司經營權限，各董事應盡善良管理人注意義務，則若公司執行董事、經理人或公司員工執行業務有不法或不當者，董事即可能被認為有違反注意義務。為避免董事被質疑未盡注意義務，因此公司若能藉由制定內部完善規章，用以規範各層級人員執行職

⁸² 本準則係依證券交易法第36條之1規定訂定。

⁸³ 至於公司章程以外之其他規章是否有對外拘束第三人之效力，應依有無經公示程序而論斷，詳細探討請參閱王文字，公司保證之權限與規章之對世效力，台灣本土法學雜誌，47期，頁145-148，2003年6月。

⁸⁴ 參閱邵慶平，論企業道德行為準則——移植模式的分析與檢討，律師雜誌，310期，頁54，2005年7月。

⁸⁵ 參閱林仁光，論經營者誠信、內部控制、內部稽核制度與公司治理，月旦法學雜誌，106期，頁45、49-50，2004年3月。

務時應遵守之程序或實質上的行為要求，並規範公司之資訊、溝通及監督系統，使董事能及時瞭解及監控公司運作狀況，則董事或許可藉由已制定及遵守公司規章而主張其已盡注意義務，而降低其責任風險⁸⁶。

(三) 遵守股東會決議

董事會執行業務依第193條第1項規定，除應依照法令章程，並應遵守股東會決議，否則亦有第193條第2項規定之責任。本處所指之股東會決議，係指依公司法或章程規定，應由股東會決議之事項所為之決議，否則，董事會可不遵守⁸⁷，但董事會仍是可將股東會就非屬職權範圍內所為之決議內容列為其執行業務之參考。雖然董事會對股東會非屬職權範圍內所為決議無遵守的義務，故即使公司因此受有損害，董事不會僅因未遵守股東會決議即須對公司負賠償責任，但是否董事即確定對公司無賠償責任，則仍須視董事會決議時董事有無違反注意義務而定⁸⁸。因為股東會就非屬其職權範圍內所為決議，雖對董事會無拘束力，卻可傳達出公司股東們之意願或想法，因此董事會在執行業務時，斷不能全然不考量股東們集體藉由決議表達的意見，否則董事即有可能違反注意義務。此外，如果董事會針對非屬公司法或章程規定之股東會權限的經營事項，自己主動提出於股東會請求議決，則是否股東會對此所做之決議對董事會有拘束力，不無疑問。雖說一般而言，若是董事會自己主動提出，其應當會遵守，但亦不排除董事會可能不贊成股東會決議內容，而主張該決議無拘束力。然而就董事會對公司經營事項自己主動提出

⁸⁶ 參閱邵慶平，同註84。

⁸⁷ 見本文「貳、二」之說明。

⁸⁸ 參閱拙作，同註6，頁33。

於股東會請求議決之舉動而言，應可將股東會決議視為是董事會就該事項作成決策形成心證之重要參考，甚至是形成決定的依據，因此，若無重要理由或市場情況改變，該股東會決議應當對董事會有拘束力，如未遵守，可能會涉及董事注意義務之違反。就此一問題可以德國股份法（Aktiengesetz）為借鏡，其具體規定，當董事會自己主動提出議案請求股東會表決者，該決議原則上對董事會有拘束力。德國股份法第119條第2項規定，股東會可就公司經營事項在董事會要求下作成決議⁸⁹，而且該決議被認為對董事會有拘束力（Aktiengesetz § 83 Abs. 2）⁹⁰。然而如果採納德國法之觀點，而認同董事會針對非屬公司法或章程規定之股東會權限的經營事項，自己主動提出於股東會請求議決後，對董事會有拘束力的話，則必須思考慮及，是否有可能（被擔任董事之大股東控制的）董事會蓄意主動請求股東會作成決議，於依決議為業務執行後，再主張其係依據股東會決議為業務之執行以求免責，並因此可避免被檢驗是否有違反注意義務的賠償責任。對此一問題，亦可參考德國有關規定，依據德國股份法第93條第4項規定，若是使公司受損害之董事會行為係依據符合法令之股東會決議所為，則無損害賠償責任，惟同時其股份法第243條第2項亦規定，若是股東嘗試利用表決權之行使為自己或第三人獲取特別利益而造成公司或其他股東受到損害，且該決議對此目的之達成是合適的話，則股東可訴請法院撤銷該決議，除非依據該決議有給予其他股東就其損害合理的補償。因此，依德國法規定，即使董事會主動請求股東會作決議以為執行業務及免責

⁸⁹ 如果董事會擬採取之業務決定涉及對股東權益有重大影響時，雖該業務不屬法定或章定應經股東會決議之事項，但例外的德國最高法院認為董事會仍是有義務而非權利，應召集股東會請求股東會對此決議。Vgl. BGHZ 83, 122; Hopt/Hehl, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1987, Rn. 1217 ff.

⁹⁰ Vgl. Götz Hueck, a.a.O. (Fn. 8).

之基礎，但若是該決議涉及第243條第2項情形，則股東可請求撤銷決議，而使董事會免責之基礎受到動搖⁹¹。又即使沒有股東向法院請求撤銷決議、或是該決議有給予受損害股東合理補償、或是該決議根本無第243條第2項等情形下，雖然公司或股東對董事會依據股東會決議所為行為，不能主張董事對公司應負損害賠償責任，但依據股份法第93條第5項規定，公司債權人之權利如果未能自公司得到滿足時，其仍是可以為公司來行使損害賠償的請求，即使董事會之行為係依據股東會決議所為亦同，惟此時董事僅對重大違反注意義務才須負賠償責任。觀諸德國法有關規定，可知董事會若欲藉由股東會決議來為自己尋求免責，並藉此免受可能因違反注意義務而產生對公司之賠償責任時，不但該決議可能涉及是否有股份法第243條第2項得撤銷之問題，且股份法對公司債權人於此種情況下另有配套保護措施。而在我國，若認可董事會針對經營事項自己主動提出於股東會請求議決後，對董事會應有拘束力，但又擔心可能產生董事藉此主張免責的情況發生，基於我國欠缺如同德國法相關完整之規範，因此就我國現行情況，宜解釋為，即使董事會自己主動請求股東會所為之決議，雖對董事會有拘束力，惟董事會在執行該決議時，仍是應盡善良管理人注意義務來衡量對公司的影響，否則依該股東會決議而為之行為，仍是有違反注意義務之可能。

(四)適時之資訊揭露

在注意義務規範下，董事有必要適時對股東為資訊揭露，以使股東在公司股東會決議時能作出正確的判斷。現行法令已有許多對企業內容資訊揭露之規範，例如：公司法第20條、第228條至第230條、證券交易法第36條、第36條之1、第37條第4項等有關財務、業

⁹¹ Vgl. Götz Hueck, a.a.O. (Fn. 8), 217.

務資訊之公開；公司法第252條、第273條第2項、證券交易法之公開說明書等有關公司發行有價證券資訊之公開；公司法第369-12條關於關係企業資訊之公開；公司法第197條、第227條、證券交易法第25條關於股權結構變動之公開；證券交易法及相關行政命令對委託書徵求及公開收購股權等資訊之公開等。若董事會違反現行法令對資訊揭露之規範者，其係違反公司法第193條第1項規定，而有第2項之責任，同時董事會成員亦違反注意義務。而董事會除遵守現行法令所要求之資訊揭露外，對任何須經或要求股東會討論或決議之事項，亦應適時為相關資訊之揭露，否則董事會成員亦有可能違反注意義務⁹²。例如依公司法第209條第1項規定：「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可。」規定中就要求董事應就相關重要內容說明，此指那些可能影響股東判斷之各種資訊都應揭露，以避免違反注意義務。

(五)企業風險之預防

董事會之任務係維護公司利益，並盡其所能防止危及公司之風險產生。由於董事對公司經營所負之責任非結果責任，而是過失責任，因此若僅是因為董事經營判斷失誤，即使造成公司不利益或重大損害之結果，尚不因此就構成董事之損害賠償責任，蓋商業環境本就詭譎多變，故董事之商業決策判斷必然或多或少存有風險，不可能萬無一失，而只要董事已盡其注意能力，則尚無須對判斷失誤造成之不利結果負責。但若決策事務本身不適當且具有危及公司生存之高度風險，或是對公司完全沒有任何利益而僅有壞處者，則董事

⁹² See STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 178-179.

即不應進行該事務，因對該事務之決策本身即是違反注意義務⁹³。

(六)業務行為之經濟效益性

公司為營利性質之社團法人，因此公司業務之執行應注意其經濟效益性，各項業務之支出與收入間必須追求獲利的可能性。故雖然董事會掌握公司經營大權，於執行業務時可就任何其認為合理之費用加以支出，惟其須考量對價是否適當。至於以公司名義對文化、社會公益等之捐款，雖允許之⁹⁴，但捐款時須注意公司財務狀況及經濟能力，不能因此危及公司之財務及運作。董事會在決定以公司名義捐款時應盡善良管理人注意義務，其必須意識到，其並非以自己的錢財捐獻，而是運用他人錢財，因此應盡受託人義務，故若捐款涉及董事之個人利益或自己之特別偏好時，則捐款活動應經董事會決議，不得任由該董事自行決定，即使其被指派負責此相關業務時亦同⁹⁵。此外，尚須注意，被捐助對象與公司所營事業之關聯性愈鬆散，則董事會對捐款決策的裁量空間愈狹窄，且對內資訊公開要求之程度愈大⁹⁶。

(七)業務行為之適當性

董事會經營公司所採取之業務行為須注意適當性。通常為達一定業務目的，有多種可供採用之業務措施，董事會在其權限範圍內可自由決定採用其認為最適當之措施，惟其應事先就各種不同可供選擇之措施，就內、外在因素，加以細心評估其影響程度及可能發展過程，再依評估結果決定措施，方有盡到注意義務。

⁹³ Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 17), § 93 Rn. 23.

⁹⁴ 見本文「參、二」。

⁹⁵ Vgl. Johannes Semler/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 32), Vor § 76 Rn. 82.

⁹⁶ Vgl. BGH Der Betrieb 2002, 626, 627.

(八) 沉默義務

德國股份法第93條第1項後段明文規定，董事對於執行業務所知悉之公司內部報告或機密，尤其是企業操作或業務秘密，負有沉默義務（Schweigepflicht）。若董事因過失，亦即未盡善良管理人注意義務，而違反沉默義務致公司受有損害者，應依同條文第2項規定負賠償責任，監事會得依重大事由將其解任⁹⁷，此外，洩漏機密尚得依同法第404條規定予以刑事處罰。反觀我國公司法，並未明文規定董事之沉默義務，則董事是否負有義務，應對其執行業務所知悉之公司機密保持沉默，似乎僅能以公司法第209條競業禁止規定，或依董事之注意義務來要求。依經濟部看法，第209條有關董事競業禁止規定之規範目的係為保障公司之營業機密⁹⁸，惟就本條規范文義而言，其規範重點應非在要求董事對公司機密有沉默義務，而係禁止董事為自己或他人與公司現實為競業行為，從而董事不得或無從利用公司之營業機密，此與沉默義務之內涵不相同。沉默義務係要求不得洩漏公司機密，以免公司遭受損害，至於董事有無意圖藉由利用公司機密與公司為競業行為或獲利乃另一回事，因此無法從公司法第209條規定得出董事有沉默義務。而作為沉默義務較合理之法源依據，應為董事之注意義務，蓋董事依注意義務對公司負有維護其利益及避免其發生損害之責任，因此為避免公司機密外洩，使公司在商譽上或競爭上遭逢不利，董事自應對公司機密保持沉默，否則即有違反其應盡之注意義務。惟於此有疑問者，是否董事於離職後仍對公司負有沉默義務，蓋董事於任職中對公司負有注意義務，但離職後並非當然仍對公司負有注意義務，故除非雙方簽有保密協定，否則似無法再依注意義務要求離職董事應就公司

⁹⁷ Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 17), § 93 Rn. 43.

⁹⁸ 參閱經濟部(89)年經商字第89206938號函。

機密保持沉默。至於是否得依營業秘密法相關規定要求離職董事對公司機密不得洩漏，則尚待探討，畢竟該法對「營業秘密」之定義有其特定範圍⁹⁹，無法完全涵蓋董事對公司所知悉之企業運作或業務秘密，再者，該法對持有秘密者，一般係僅就其故意或重大過失不法侵害他人營業秘密者，方負損害賠償責任¹⁰⁰，此與對（現任或離職）董事要求其應盡善良管理人注意義務來保持沉默尚有段落差。就德國股份法第93條第1項規定而言，該沉默義務適用於現任及離職之董事¹⁰¹。

四、經營判斷之裁量空間

董事會雖在責任規範下為公司執行業務，但並非要求其對所為決策負結果責任，蓋商業環境詭譎多變，各商業決策往往結合機會與風險，不能因事情發展結果與當初決策之預期不同，即評價當初所作決策是錯誤而須負責，因任何人都能輕易以事後出現之情勢來主張，若當初採取另一決策會更有利，蓋千金難買早知道，因此對董事會成員之經營判斷必須給予一定自由的裁量空間，此不但包括對業務風險承擔的容忍，而且包括對錯誤決策與錯誤判斷發生可能性之接納，如此方有可能鼓勵董事勇於任事。但這並非意謂董事會經營判斷之裁量空間不受任何限制，董事會必須以公司利益為考

⁹⁹ 依營業秘密法第2條規定：「本法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：

- 一 非一般涉及該類資訊之人所知者。
- 二 因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。
- 三 所有人已採取合理之保密措施者。」

¹⁰⁰ 營業秘密法第10條規定。

¹⁰¹ Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 17), § 93 Rn. 61.

量，且作出判斷前應盡其可能就各相關資訊加以調查或考慮，方有盡其注意義務，而可免於事後失誤經營之損害賠償責任¹⁰²。

另一值得探討之問題為，若董事被指責違反注意義務應對公司負損害賠償責任時，究竟應由原告（公司或股東）或被告董事負舉證責任？若依美國法院長期司法實踐所建立之「經營判斷法則」（*Business Judgment Rule*，亦有譯為商業判斷法則），其係推定公司董事之商業決定是在無自我利益或自我交易情況下所為，且董事行為是在掌握資訊基礎上，善意且誠實相信他們的行為係符合公司最佳利益而採取的¹⁰³，因此，原告應負舉證責任，方得推翻經營判斷法則之推定，之後法院才會就董事判斷繼續為實質審查¹⁰⁴。若依德國股份法第93條第2項後段規定，則應由被告董事負舉證責任。其立法理由係認為，雖就一般爭訟而言，應由原告負舉證責任，惟於此類爭訟，若要求原告負舉證責任，有違事理，因原告通常欠缺必要之業務執行有關資訊，而無能力就董事違反注意義務之情況或細節提出具體證據，蓋所有資訊均掌握在董事手中，因此應由被告董事負舉證責任，否則原告幾乎不可能控訴成功。而被告董

¹⁰² Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 17), § 93 Rn. 25-28.

¹⁰³ 依據Black's Law Dictionary法律辭典之解釋。See BRYAN A. GARNER (ed.), BLACK'S LAW DICTIONARY 192 (1999). 被認為對經營判斷法則定義最清楚的是美國法律研究院（American Law Institute）1994年「公司治理原則」第4.01(c)條的規定：“A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty if the director or officer (1) is not interested in the subject of the business judgment; (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes the business judgment is in the best interests of the corporation.”。

¹⁰⁴ 關於經營判斷法則之詳細介紹，可參閱戴志傑，公司法上「經營判斷法則」之研究，月旦法學雜誌，106期，頁157-176，2004年3月。See also STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 181-188.

事舉證時，可提出所有事證，包括原本應保持沉默之公司內部報告及機密皆可提出，來證明自己已盡注意義務¹⁰⁵。以上兩種不同舉證責任之分配，將會實質影響雙方主張貫徹之可能性，因此實有再深入評估之必要，本文於此不多贅述。

五、獨立董事之注意義務

在新修正之證券交易法中，已明文規定獨立董事之設置¹⁰⁶，惟關於獨立董事之相關規範於96年1月1日方開始生效施行，故現有強制要求設獨立董事者，係依據「台灣證券交易所股份有限公司有價證券上市審查準則」、「財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心證券商營業處所買賣有價證券審查準則」之規定，因此其設置在現行法律上非屬法律強制規定，而係依公司與證券交易所簽訂之「上市契約」、與櫃檯買賣中心簽訂之「櫃檯買賣契約」而為之。獨立董事之產生與一般董事相同，均須透過股東會選任，而其義務與責任因此亦同於一般董事。但若就獨立董事之設置目的，主要係要求其以公正、中立態度與專業知識來監督內部董事之經營行為，則獨立董事應負之義務與責任應有別於一般董事¹⁰⁷，因此，若要使獨立董事制度發揮預期功能，宜依其職責明定其義務與責任，使之與一般董事有所區隔，才能鼓勵專業人士勇於擔任公司獨立董事之職，惟已修法通過之證券交易法獨立董事規範，就此並未作明顯區隔。

¹⁰⁵ Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O. (Fn. 17), § 93 Rn. 86.

¹⁰⁶ 證券交易法第14條之2至第14條之5。

¹⁰⁷ 參閱黃銘傑，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，305期，頁18，2005年2月。See also STEVEN L. EMANUEL, *supra* note 48, at 196.

伍、結 論

股份有限公司董事會擁有獨立經營公司之權限，而股東基本上僅能藉由股東會參與公司之經營，且股東會權限限於公司法或章程有明文規定者。然而公司畢竟是由全體股東出資成立，董事會係受公司委託負責公司之經營，因此，董事（會）在執行業務時應盡心盡力，此為董事之注意義務，若有違反，應對公司負損害賠償責任。由於董事取得管理他人財產的強大實力地位，因此其應盡之注意義務為善良管理人注意義務。所謂善良管理人注意義務，一般學者將其解釋為係指社會一般誠實、勤勉而有相當經驗之人，所應具備之注意，其係就客觀標準來認定行為人所應施行的注意力。惟僅依客觀標準來判斷，似乎過於僵化，於個案中可能較無法確切探求董事是否已盡其注意義務，因此，解釋上可以更彈性些，而於判斷有無違反義務時，可將董事個人主觀條件亦一併加以考慮進去。董事在注意義務要求下，董事及董事會於執行業務時應遵守法令規章、股東會決議，適時為資訊揭露，並盡力預防企業風險產生，執行業務時應注意經濟效益性、適當性，且董事對其在執行業務時所知悉之公司機密應保持沉默。最後，必須提及的，乃獨立董事之設置，係希望以其公正、中立之態度與專業知識來監督內部董事之經營行為，而非使其實際從事公司業務之執行，因此，若要使獨立董事能發揮預期功能，宜就其義務與責任另作規定，使之與一般董事有所區隔，方能鼓勵專業人士勇於擔任公司獨立董事之職，惟證券交易法新通過之獨立董事規範似未能符合此期待。

參考文獻

一、中 文

1. 王文字，公司保證之權限與規章之對世效力，台灣本土法學雜誌，47期，144頁以下，2003年6月。
2. 王文字，公司法論，元照，2004年4月。
3. 王志誠，董事會功能性分工之法制課題，台灣法學會二〇〇四年年度法學會會議，2004年。
4. 余雪明，董事及董事會，載：賴源河等著，新修正公司法解析，元照，2002年3月。
5. 何曜琛，公司治理與公開發行公司董事之告知義務——以美國法為中心，華岡法粹，30期，頁101以下，2003年12月。
6. 林仁光，論經營者誠信、內部控制、內部稽核制度與公司治理，月旦法學雜誌，106期，頁39以下，2004年3月。
7. 林國全，章程記載所營事業之意義，月旦法學教室，17期，頁32以下，2004年3月。
8. 邵慶平，論企業道德行為準則——移植模式的分析與檢討，律師雜誌，310期，頁50以下，2005年7月。
9. 柯芳枝，公司法論（上），三民，2002年11月增訂5版。
10. 柯芳枝，公司法論（下），三民，2003年1月增訂5版。
11. 洪秀芬，一人公司法制之探討，台大法學論叢，32卷2期，頁167以下，2003年3月。
12. 洪秀芬，董事會與股東會權限之爭議，月旦法學教室，31期，頁32以下，2005年5月。
13. 孫森焱，民法債編總論（上），2001年9月修訂版。
14. 財團法人萬國法律基金會，公司法制全盤修正計畫研究案總報告第二冊，2003年9月。
15. 梁宇賢，公司股東會委由董事會決定各個董事分配之報酬額是否有效，月旦法學雜誌，121期，頁222以下，2005年6月。

16. 陳俊仁，論公司治理的發展趨勢，律師雜誌，310期，頁38以下，2005年7月。
17. 曾宛如，董事忠實義務之內涵及適用疑義，載：公司管理與資本市場法制專論(一)，學林，2002年10月。
18. 曾宛如，「讓與全部或主要部分營業或財產」之探討——兼論董事會與股東會權限劃分之議題，台大法學論叢，35卷1期，頁267以下，2006年1月。
19. 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，305期，頁15以下，2005年2月。
20. 廖大穎，公司法原論，三民，2002年2月。
21. 劉連煜，公司負責人之忠實及注意義務，月旦法學教室，7期，頁24以下，2003年5月。
22. 劉連煜，股東書面及電子方式投票，台灣本土法學雜誌，72期，頁153以下，2005年7月。
23. 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（概要），政大法學評論，57期，頁425以下，1997年6月。
24. 戴志傑，公司法上「經營判斷法則」之研究，月旦法學雜誌，106期，頁157以下，2004年3月。
25. 判決及解釋函令：43年台上字第826號判例、69年台上字第4049號判決、71年台上字第4154號判決、79年台上字第1203號判決、93年台上字第1224號判決；司法行政部台(63)年函參6303號；法務部(83)年法律決字第00231號函；經濟部(89)年經商字第89206938號、(91)年經商字第09102010620號、(91)年經商字第09102055120號、經商字第09102132160號、(91)年經商字第09102206950號、經商字第09102287950號、(93)年經商字第09302030870號、(94)年經商字第09402071210號函。

二、德 文

1. Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, bearbeitet von A. Hueck, G. Hueck, Schulze, 13. Aufl., 1968.
2. BGH, Der Betrieb 2002, 626, 627.

3. BGHZ 129, 30, 34 (für den Geschäftsführer einer GmbH).
4. Eckardt in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (Hrsg.), Aktiengesetz, 1993.
5. Hefermehl, Wolfgang/Spindler, Gerald, Münchener Kommentar Aktiengesetz, Band 3, 2004, § 76, § 93.
6. Hopt/Hehl, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1987.
7. Hueck, Götz, Gesellschaftsrecht, 19. Aufl., 1991.
8. Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 5. Aufl., 2002.
9. Junge, Das Unternehmensinteresse, in: FS v. Caemmerer, 1978.
10. Jürgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, Diss. 1984.
11. Kubis, Dietmar, Münchener Kommentar Aktiengesetz, Band 4, 2004, § 119.
12. Lutter, Marcus/Krieger, Gerd, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., 2002.
13. Mertens, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1986, § 76.
14. OLG Düsseldorf, Die Aktiengesellschaft 1997, 231, 235.
15. Rittner, Zur Verantwortlichkeit des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG, in: FS Geßler, 1971, 139, 149 ff.
16. Semler, F.-J. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4: Aktiengesellschaft, 1999, § 34.
17. Semler, Johannes, in: Corporate Governance. Unternehmensüberwachung auf dem Prüfstand., Picot (Hrsg.), 1995, 29, 49.
18. Semler, Johannes, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., 1996.
19. Semler, Johannes/Spindler, Gerald, Münchener Kommentar Aktiengesetz, Band 3, 2004, Vor § 76.

三、英文

1. BLOCK, DENNIS J. ET AL., THE BUSINESS JUDGMENT RULE—FIDUCIARY DUTIES OF CORPORATE DIRECTORS, Vol. 1 (5th ed. 1998).
2. CLARK, ROBERT, CORPORATE LAW (1986).

3. EMANUEL, STEVEN L., CORPORATIONS (4th ed. 2002).
4. GARNER, BRYAN A. (ed.), BLACK'S LAW DICTIONARY (1999).
5. GEVURTZ, FRANKLIN A., CORPORATION LAW (2000).
6. *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125 (Del. Sup. 1963).
7. HAMILTON, ROBERT, THE LAW OF CORPORATIONS IN A NUTSHELL (3d ed. 1991).

The Independent Management Competence of the Board of Directors and the Duty of Care of the Director

Shiu-Feng Hung^{*}

Abstract

The business of a company limited by shares is conducted by its board of directors. According to Article 202 of Company Law, the competence of the shareholders' meeting is confined to the recited matters corresponding to the Company Law or the articles of incorporation; any remaining competence belongs to the board of directors. Hence, the board of directors independently conducts business for the company. But with respect to Article 193 I of Company Law, it is questionable whether the board of directors, in conducting business, should follow each resolution adopted at the shareholders' meeting. This thesis is of the opinion that the resolution of the shareholders' meeting has for the board of directors no binding effect, when the shareholders' meeting is beyond its competence. Furthermore, this thesis will focus on the impact on the competence of the board of directors, which is caused by the

^{*} Dr. Jur., University of Munich (Germany), Associate Professor of Law Department, Tunghai University.

Received: November 24, 2005; accepted: May 1, 2006

proposal right of shareholders and by the demanded resolution of the shareholders' meeting from the board of directors. Because the board of directors exercises its competence independently, so the director shall exercise the due care of a good administrator in conducting the business for the company. But Company Law has no explicit definition as to the due care of a good administrator; more particularly, it is not clear how the director should act in conducting business for the company to meet the duty of care; therefore the last part of this thesis is to study the duty of care.

Keywords: Board of Directors, Resolution of the Shareholders' Meeting, Proposal Right of Shareholder, Duty of Loyalty, Duty of Care, Passive Negligence, Duty of Silence, Business Judgment Rule