

論公司法上之忠實義務——美國與我國理論與案例之比較研究（上）

林瑞成*

壹、忠實義務之發生及意義	一、在承認利益衝突交易時之開示義務
貳、忠實義務與注意義務之關係	二、坦誠（或自主開示）義務（duty of candor）
參、忠實義務之類型	伍、董事對違反忠實義務主張之舉證責任
一、概說	一、完全公正之舉證
二、侵害利益型	二、完全公正之意義
三、利益衝突型	陸、結語
四、控制權爭奪介入型	
肆、負有作為義務之忠實義務	

壹、忠實義務之發生及意義

公司董事及經理人與公司間之關係，被視為公司之受任人。從公司法發展史觀之，雙方之關係在最初被認為類似於信託之受託人，而同被課予受託人義務（fiduciary duty）¹。但自公司發展成為法律上主體以後，逐漸清晰認識公司法與信託法多所不同，所以公司法獨自發展出以保護公司股東及債權人為目的之法規範，美國法院因而對董事所適用之受託人規範，亦改變過去所適用之信託受託人模式²。

公司法第194條第1項規定公司董事由股東

會選任，同條第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。我國公司法第23條修正前規定公司之負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對於他人應與公司負連帶賠償之責。因民法第535條規定受任人受有報酬者，受任人處理委任事務，應以善良管理人之注意為之，是在2001年公司法第23條修正前，董事應負善良管理人之注意義務，只限於受有報酬之董事，如未受有報酬之董事，則僅須依民法第535條規定負與處理自己事務為同一之注意即可³，遑論要求董事應負忠實義務，當時國內有關董事受託人義務規

* 本文作者係執業律師，中華民國律師公會全國聯合會第11屆第3任理事長

註1：黃朝琮（2021），《受託義務之理論與應用》，第29頁，新學林。

註2：Tamar Frankel，林鼎鈞、翁祖立譯（2016），《忠實法》，第59頁，新學林。

註3：劉連煜（2021），《現代公司法》，第133頁，新學林。

範之缺漏，可見一斑。我國於2001年10月引進美國董事之忠實義務規範，修正公司法第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，至此董事之受託人義務規範已趨完備，惟我國尚未增訂公司法明文規定經營判斷原則之適用，就繼受美國受託人義務規範而言，實美中不足之處。

公司及股東須依賴董事策定公司之業務，或對董事同僚或部屬之職務遂行給予監視、監督，始能達成促進自己利益之目的。由於公司法將控制權與所有權分離，及公司經營日趨專業，此種公司及股東對董事之信賴或信任關係，乃必然之歸趨。美國1927年阿拉巴馬州*Holcomb v. Forsyth*判決⁴，即闡明此項公司及股東對於董事之信賴關係。董事在行使管理權時，應對公司、股東負起受託人義務，是以受託人義務之重要前提，就是所有權與法律控制劃分開來，平衡的原則就是給予無法直接參與公司管理之股東保障⁵。

在美國法上一般所謂忠實義務，指某人負有不得利用其地位使個人利益優先於受益人利益之義務。在公司法上則指董事不得進行使個人利益優先於受益人利益之自己交易之

情事⁶。董事行使其權限不得反於公司及股東託付自己之信賴，此信賴關係在*Guth v. Loft*判決說明：「公司董事及經理人不得利用自身之受託與信賴關係獲取私人利益」。該判決敘述：「嚴格言之，董事雖非信託法上之受託人，但與公司及股東有信任關係。在長時間存在，並從深入洞察有關人類本性及動機所導出之政策，已經形成下述規則。公司之董事或經理人，不但應積極保護其應負義務對象之公司利益，而且不得剝奪以正當利用其能力所能獲得之公司利益方法，或合理且合法行使其權限之方法，為損害公司利益之行為⁷。」而對忠實義務之意義加以說明。準此，忠實義務在「避免（refrain）」損害公司利益之消極義務，同時含有「積極地（affirmatively）」保護公司利益之義務。美國學者Bishop認為避免某一行為之義務，為對某人不為背信的（betrayal）行為之義務，積極的保護公司利益之義務，包含獻身（devotion）之概念⁸。

因此對應於此信賴關係，董事對公司負：
①追求公司利益之義務；②避免一切損害公司利益行為之義務。從*Guth v. Loft*判決之敘述，可知忠實義務之內涵有二，在消極面，董事負有不作為義務而須避免利益衝突，不

註4：*Holcomb v. Forsyth*, 113 So. 516, 519-20 (Ala. 1927).

註5：2015年11月3日美國德拉瓦州最高法院大法官Randy J. Holland在臺灣演講實錄，「由公司治理實務談企業經營者法律責任」美國德拉瓦州公司法介紹——董事之受託人義務，《司法新聲》，第117期，第17頁。

註6：美國模範商業公司法規定：「董事會成員，在盡其為董事之義務時，應誠實地，以合理相信符合公司利益之方法行動」。

註7：*Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

註8：Carter G. Bishop, *Directorial Abdication and the Taxonomic Role of good faith in Delaware Corporate Law*, 2007 Mich. St. L. Rev. 905, at 924.

得剝奪公司既得或可得利益；在積極面，董事更負有作為義務而應努力追求公司利益⁹。

董事對公司所負上述義務之性質，向來被認為類似信託法學上受託人義務中之忠實義務（duty of loyalty），而在公司法學上一般稱為忠實義務。忠實義務存在於公司與董事間之任何關係上，董事被要求遵守之此忠實義務，具有高度之職業道德¹⁰，且其性質為廣泛、全面的¹¹。不過值得注意的，無論美國公司制定法（例如德拉瓦州公司法、紐約州公司法、加州公司法），或在模範法（模範商業公司法、公司治理之原理：分析與建議），均直接使用「忠實義務」一詞，表達董事之上述義務，未另設關於忠實義務之定義規定。我國公司法第23條仿美國模範法，直接使用「忠實義務」用語，亦不設忠實義務之定義規定。

所謂忠實義務（duty of loyalty），依其文義，在信託法上，係顯示受任人對於所服務之相對人的忠誠（loyalty）義務，但在公司法之脈絡，係從董事會公司間之關係理解，而生忠實義務與同有忠誠概念在內之善意（good faith）義務，究係同質或異質關係之問題。

在美國公司法上，原告主張董事之行為違反忠實義務，並以欠缺good faith或懷疑利益衝突為理由時，法院在經過原告初步舉證之後，如判斷董事之行為不應受經營判斷原則

保護，即係對不認為自己有違反忠實義務之被告董事一造，課以就該當行為有客觀上或本質上之公正性負舉證責任，而嚴加審查。此種嚴格審查，即係對於有利益衝突之董事行為施以強化審查標準。強化審查標準主要是以董事單方面無須經過股東會決議認許之行為，作為審查對象，並適用於反覆出現且明晰可辨之潛在利益衝突場合。目前德拉瓦州主要是在無控制股東之出售公司（Revlon義務）及敵意併購防禦措施審查（Unocal標準）之場合，適用強化審查基準，其內涵係依個案案情之不同而有變化，不過最終皆係以行為合理性之證明為依歸¹²。

我國於110年7月1日施行之商業事件審理細則第37條規定：「法院審理商業事件，得審酌下列各款情事，以判斷公司負責人是否忠實執行業務並盡善良管理人注意義務：一、其行為是否本於善意且符合誠信。二、有無充分資訊為基礎供其為判斷。三、有無利益衝突、欠缺獨立性判斷或具迴避事由。四、有無濫用裁量權。五、有無對公司營運進行必要監督。」本條具有經營判斷原則之概念於其中，而有法院對董事行為嚴加審查之裁判基準意義，深具重要性，商業法院或其他法院將來如何運用本條以判斷公司負責人是否盡受託人義務，甚至是否延伸至經營判斷原則之適用，值得觀察¹³。

臺灣證券交易所股份有限公司及財團法人

註9：黃朝琮，前揭註1，第102頁。

註10：Meinhard v. Salmon, 164 N. E. 545 (N. Y. 1928).

註11：Hoover Industries, Inc. v. Chase, C.A. No. 9276, 1988 Del. Ch. LEXIS 98, at *5 (Del. Ch. Jul. 13, 1988).

註12：黃朝琮，前揭註1，第115頁。

註13：劉連煜，前揭註3，第145頁。

中華民國證券櫃檯買賣中心共同制定於107年12月12日公布「上市上櫃公司治理實務守則」，第37條規定：「董事會成員應忠實執行業務及盡善良管理人之注意義務，並以高度自律及審慎之態度行使職權」，以落實公司法第23條第1項規定之董事受託人義務。

貳、忠實義務與注意義務之關係

就阻止董事反於公司最佳利益之行為，及取得未對其他股東提供之個人利益之點而言，忠實義務與注意義務不同¹⁴。首先，應區辨者，乃注意義務為涉及草率的（poor）意思決定或注意欠缺之問題，而與董事之個人利益無關¹⁵。在自己交易上董事讓其個人利益優先於公司利益，為自己交易之董事必不予開示、揭露，其行為難曝光。吾人固不否認自己交易亦有產生公司利益之可能，惟終究其係該董事唯基於犧牲股東利益，而以僅生其個人利益目的所為之交易，故仍為違反忠實義務。由於促發董事自己交易之種種誘因無所不在，只要個人利益大於市場之制裁，董事即可能濫用其本身之權限。是以，一般而言，忠實義務之相關規範，應比注意義務等其他規範更加嚴格，故在案情不同之個案，即有區分忠實義務與注意義務之必要。尤其，在有忠實義務爭執之場合，因為惹起形形色色之自己交易問題，故在美國法

上有關忠實義務之規範亦呈現多樣化。

進而言之，比較忠實義務與注意義務，吾人發現在上述董事對公司所負義務之①追求公司利益之義務，係指董事應以常抱實現公司最佳利益之動機而執行職務；②避免一切損害公司利益行為之義務，則係意味在董事之義務與董事之個人利益之間，不能有任何對立之情事發生。換言之，忠實義務之內容要求董事應以一定之動機、目的，而且不形成被評價為欠缺動機、目的之關係或狀況，作為執行職務之前提。在美國法上，受託人義務之另一構成要素之注意義務，係要求在從事經營公司之際，應勤勉且慎重的行動之義務（有關執行職務之過程或結果之義務），而忠實義務指實現公司利益之動機、目的之運作問題，性質上不同。

最高法院106年度台上字第472號判決：「按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。受任人處理委任事務，其受有報酬者，亦應以善良管理人之注意為之。受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責。此觀公司法第23條第1項、民法第535條及第544條規定自明。而所謂忠實執行業務係指公司負責人執行業務，應充分取得並了解資訊，為公司謀取最大利益並防免公司受有損害；所謂盡善良管理人之注意義務，則係指具有相當知識經驗且忠於職守

註14：Arthur R. Pinto et al., *Understanding Corporate Law*, at 221-222 (2nd ed. 2004)，日譯本，アーサー・R・ピントほか著 [米田保晴監譯] 『アメリカ会社法』（レクシスネクシスジャパン，2010年）。

註15：Id. at 222.

之受任人，依交易上一般觀念所用之注意而言。是以公司負責人、受有報酬受任人依上述公司法及民法規定所負義務，與民法第184條規定之侵權行為責任自有不同。」

在106年度台上字第472號案，因被告援引侵權行為損害賠償請求權已罹於2年短期時效之抗辯，判決理由認為本案無短期時效之適用，認為公司法第23條第1項規定之公司負責人之受託人義務，區分為忠實義務及注意義務，違反受託人義務，與民法之侵權行為係不同請求權之依據，闡明依據受託人義務之請求，係公司法上之特別法規定，為主張債務不履行之損害賠償請求，其請求權性質與侵權行為損害賠償請求權不同，值得肯定。惟最高法院106年度台上字第472號判決，似將民法委任契約中受有報酬受任人負善良管理人之注意義務，與公司法第23條第1項混淆，其實在2001年公司法修法時，為強化公司治理，不再區分有償無償，公司負責人均應負善良管理人之注意義務¹⁶，此或由於該案被告之一為公司之處長，抗辯其與公司間僅為僱傭關係，無委任關係，不負公司法第23條第1項規定之公司負責人有受託人義務，而本判決從民法委任關係以該被告受有報酬，依民法第535條規定，該被告仍應盡善良管理人之注意義務，始謂「受任人處理委任事務，其受有報酬者，亦應以善良管理人之注意為之」，尚無誤解美國法上之受託人義務規範，本判決就公司負責人之受託人義務

定位為契約關係，殊值讚許。

但是棘手之問題，乃注意義務與忠實義務間之界限並不明瞭，有可能同一行為符合注意義務違反及忠實義務違反兩者之事例。由於我國公司法第23條第1項之文字規定：「公司負責人應忠實執行業務並善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。」在我國實務上，原告公司依該條項請求賠償時，都主張被告同時違反注意義務及忠實義務，原告未論述區別二者之不同，法院亦不加以區分而為判斷，此與美國受託人義務規範，係嚴格區分注意義務與忠實義務而適用不同之規範有所不同，即在注意義務以重大過失為歸責事由，給予經營判斷原則之保護，而對違反忠實義務予以嚴格審查，並因不同之脈絡而有不同之審查標準，呈現司法判斷之多樣化，而達成公司治理之最高精神，顯有不同。

茲以最高法院判決107年度台上字第325號判決¹⁷為說明。該案上訴人幸福人壽保險股份有限公司（下稱幸福人壽保險公司）起訴主張被上訴人分別擔任伊之董事長、副總經理及不動產投資二部協理之職務，被上訴人評估及執行購入不動產投資案件，就系爭不動產估價報告鑑估土地之正常價格每坪為421.5萬元，未說明不採之合理理由，且未思慮系爭土地共有人多、整合不易，怠忽職守，違反善良管理人注意義務及忠實義務，逕以每坪490萬元之交易價格購入，於當年度

註16：劉連煜，前揭註3，第138頁。

註17：同樣由幸福人壽公司提起之類似事件，尚有最高法院107年度台上字第326號、106年度台上字第2315號、106年度台上字第2318號判決三案，茲以該院107年度台上字第325號判決分析。

審計查核時，遭會計師認定購買價格明顯高於正常價格，而認列損失1179萬元，並遭金融監督管理委員會裁罰180萬元，致該公司受有支出溢價1179萬元之損害。爰依公司法第23條第1項、第34條及民法第544條、第227條第1項、第184條、第185條規定，請求被告損害賠償。被上訴人則以其為公司之最大利益而為商業決定，未違反善良管理人之注意義務，上訴人亦未證明其有受損害為抗辯。

本案最高法院判決：「按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。受任人處理委任事務，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。受任人因處理委任事務有過失所生之損害，對於委任人應負賠償之責。公司法第23條第1項、民法第535條及第544條分別定有明文。首開規定所謂忠實執行業務係指公司負責人執行業務，應對公司盡最大之誠實，謀取公司之最佳利益；所謂盡善良管理人之注意，係指依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人所具有之注意。…上訴人主張被上訴人核決購入系爭土地應有部分2之1，尚需與其他土地所有人共有，亦無變更土地使用分區之規劃或與相鄰6筆土地之開發計劃，逕引用華信、元宏事務所估價報告之特定價格，未盡善良管理人之注意以忠實執行職務等語，是否全然不足採取，非無進一步探究之餘地。」

原審未違詳究，徒以被上訴人核決程序符合上訴人內部規範及主管機關之相關規定，遽認彼等未違反善良管理人之注意義務，而為不利於上訴人之判斷，自有可議。倘被上訴人未忠實執行系爭投資案，致上訴人以逾正常價格之不合理高價購入系爭房地，上訴人於購入時即受有與合理價格之差價損失，縱事後系爭房地價值回升上漲，乃市場偶然之地價波動因素所致，不影響購入時已生之價差損失。原審未察，率以系爭不動產地價嗣已逐年上漲，遽認上訴人未受有損害，而為不利於上訴人之判決，亦嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。」¹⁸。

對107年度台上字第325號判決評析如下：本件判決理由主要以被上訴人為董事長及經理人在受公司委任負責處理不動產投資規畫及執行者應忠實執行之職務，造成公司以不合理之高價購入不動產，公司溢付高於合理價格之差價即屬公司之損害，於購入時公司即受有與合理價格之差價損失，上訴人主張被上訴人未盡善良管理人之注意義務以忠實執行職務，是否非全然不足採取，非無進一步探究之餘地，而廢棄原判決發回更審。

就比較法而言，在美國德拉瓦州對董事行為之審查，係以經營判斷原則為預設之審查規則，而有關經營判斷原則之適用，係一連串混合程序與實體法則之運作過程，故其同時具有程序法與實體法之性質。首先，法院

註18：107年度台上字第325號發回更審後，臺灣高等法院以108年度重上更一字第87號判決駁回幸福人壽保險公司之上訴（被上訴人毋庸賠償），前揭註所列該公司之其餘上訴最高法院案件，在經發回更審後，亦均經臺灣高等法院判決駁回上訴（被上訴人毋庸賠償）。

將推定董事之決定，係在掌握充分資訊（informed）下，真誠善意地相信其行為符合公司最大利益。而為打破此一程序上之推定，原告必須證明董事：①就該決定之作成缺乏善意；②就該決定所涉事項有利益衝突（有利害關係或缺乏獨立性）；或③就該決定之作成有重大過失或決定之內容缺乏合理性。

以上事項之舉證，固然皆有打破經營判斷原則之推定效果，惟在美國法，根據原告所舉證事項之不同，法院在後續的審查事項亦有不同：若原告能證明董事有利益衝突，接著將進入整體公平標準的審查；若原告能證明被告董事缺乏善意，則將構成積極面向之忠實義務違反；若董事為重大過失或未具合理性，則屬於注意義務之違反，法院將賦予原告適當救濟¹⁹，故美國法須峻別董事之行為究係違反忠實義務或違反注意義務之不同，俾在後續程序適用不同之受託人義務規範。

惟，我國公司法未引進經營判斷原則，亦無安全港之設計，本判決可以合併論述被告董事等人是否違反注意義務及忠實義務，然而在受託人義務，注意義務與忠實義務係不同法律規範，亦為兩個不同的請求權基礎，本判決將注意義務及忠實義務合併論述，似與2001年公司法第23條引進忠實義務之立法理由不符，且與忠實義務之內涵有違。我國

實務上通常當事人將忠實義務與注意義務不加區別而一併主張，法院亦不區分二者而加論述，明顯是受公司法第23條第1項條文用語之影響。

參、忠實義務之類型

一、概說

在美國法上由於缺乏唯一得以判定違反忠實義務行為之定義或基準，即便有之，至多亦僅提供如對公司詐欺之行為、有bad faith之行為、自己交易或利益衝突交易、收賄行為等程度之例示而已，例如在*Smith v. Gorkom*判決²⁰，僅有如此之判斷基準²¹。又如在*Citron v. Fairchild Camera*判決，則說明打破經營判斷原則推定之要件，均無統一判斷基準。本論文擬從美國數則忠實義務違反之判例，以個案不同事實之脈絡，嘗試將忠實義務違反予以類型化。

行為之動機非基於促進公司最佳利益，廣義而言即應該當忠實義務違反之行為，惟因為此種判斷基準非常曖昧，所以依區分積極或消極侵害公司利益之類型認定違反忠實義務行為之傾向，即出現於美國判例中，例如*Solash*事件認為若無利益衝突存在，僅以注意義務問題處理²²。

美國學者Lyman Johnson²³及Carter G.

註19：黃朝琮，前揭註1，第110頁。

註20：Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 873(Del. 1985).

註21：Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp., 569 A.2d 53, 64 (Del. 1989).

註22：Solash v. Telex Corp., C.A. Nos. 9518, 9528 & 9525, 1988 Del. Ch. LEXIS 7, at 20-21 (Del. Ch. Jan. 19, 1988)

註23：Lyman Johnson, *After Enron : Remembering Loyalty Discourse in Corporate Law*, 28 DEL. J. CORP. L. 27, 39-40 (2003).

Bishop²⁴，分別指摘美國法院在判斷違反忠實義務時，過度受限於董事公司間之利益衝突。如同吾人對消極侵害公司利益亦在違反忠實義務範疇內之理解，縱令董事欠缺侵害公司利益之意圖，亦不影響於違反忠實義務之認定²⁵。

臺灣高等法院108年度重上更一字第86號民事判決：「所謂忠實義務，即公司負責人因受公司股東信賴而委以特殊優越地位，故於執行業務時，自應本於善意之目的，著重公司之利益，依公司規定之程序做出適當之經營判斷，避免自身利益與公司利益相衝突。忠實義務大致可歸納為二種類型，一為禁止利益衝突之規範理念，一為禁止奪取公司利益之理念²⁶。」可以看出在國內實務上，亦將忠實義務予以類型化²⁷。另我國學者方嘉麟，將忠實義務分為三種類型：一、基於適當目的行使權力；二、不可限縮自我的裁量權；三、避免利益衝突²⁸。

二、侵害利益型

公司負責人有侵害公司利益之行為，得認

定為忠實義務違反之場合，除積極侵害行為之利益衝突交易外，尚包含明知有損害公司之虞，但未開示該當事實之不作为在內。例如董事知悉公司財產被不正挪用之事實或對詐欺公司行為之計畫，卻故意對董事會隱匿，或拒絕開示之情形，在董事無秘匿特權之限度內，該當行為即違反忠實義務²⁹。換言之，忠實義務具有董事應以合理、合法的努力確保公司利益免於喪失之意義³⁰。

德拉瓦州最高法院對於董事會有無義務擔保作為經營判斷前提之資訊信賴性，亦即應否確保公司內部資訊通報系統（此等資訊包含法令遵循在內），一開始尚無明確之說明，直至Caremark判決，才進一步填充董事監督義務之實質內容。Caremark判決指出建立及評估內控制度之合適性及資訊通報系統，乃董事會履行其監督義務之重要內涵³¹。又，董事行使權限之結果，取得非歸屬於公司或股東之個人利益，即該當忠實義務違反³²，忠實義務是一非常嚴格的董事行為基準。就此而言，侵害公司利益之類型，亦可以從積極及消極兩個方面解讀其意涵。

註24：Carter G. Bishop, *A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law*, 41 TULSA L. REV. 477, 481 (2006).

註25：Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp., 564 A.2d 651, 663 (Del. Ch. 1988).

註26：另，臺灣臺北地方法院110年度重訴字第519號民事判決，亦為相同敘述。

註27：惟亦如同上述美國學者Lyman Johnson及Carter G. Bishop所批評的，在判斷違反忠實義務時，過度拘泥於董事公司間之利益衝突，幸福人壽保險公司對公司負責人及經理人提起之違反忠實義務之損害賠償訴訟，在最高法院發回更審後，仍判決被告未違反忠實義務、注意義務而毋庸賠償。

註28：方嘉麟主編（2018），《變動中的公司法制——17堂案例學會公司法》，第196頁，元照。

註29：Hoover Industries, Inc. v. Chase, C.A. No. 9276, 1988 Del. Ch. LEXIS 98, at *6-7 (Del. Ch. Jul. 13, 1988); Hollinger International, Inc. v. Black, 844 A.2d 1022, 1061-62 (Del. Ch. 2004).

註30：Mills Acquisition Co. v. MacMillan, Inc., 559 A.2d 1261, 1280 (Del. 1989).

註31：蔡昌憲（2013），〈從經濟觀點論企業風險管理與董事監督義務〉，《中研院法學期刊》，12期，第123頁。

註32：Geller v. Allied-Lyons PLC, 674 N.E.2d 1334, 1336 (Mass. App. Ct. 1997).

董事之監督、監視義務，亦可理解為董事之注意義務（即董事應勤勉、慎重的執行職務，或我國公司法第23條第1項所謂公司負責人應盡善良管理人之注意義務）之一種，而可謂含有防免公司損失動機之保持，董事並因而負積極的作為義務。除此之外，監督、監視義務之完全懈怠，在解釋上可以認為該當注意義務違反或忠實義務違反中之一種，並因此產生忠實義務與注意義務之交錯現象。

我國實務上，原告依據董事受託人義務請求公司負責人負損害賠償責任之訴訟，係以公司法第23條第1項作為請求權之基礎，法院判決亦同時評價公司負責人之行為有無違反忠實義務及注意義務，顯示忠實義務與注意義務之交錯現象。例如，我國最高法院106年度台上字第472號判決（台糖公司判決），以公司負責人低估價格出售土地係侵害公司利益，應負違反受託人義務之損害賠償責任，顯示忠實義務與注意義務交錯之現象。另，106年度台上字第2318號、106年度台上字第2315號、107年度台上字第325號、107年度台上字第326號判決（均幸福人壽保險公司判決），以公司負責人高估價格買入土地係侵害公司利益，應負違反受託人義務之損害賠償責任（惟幸福人壽保險公司判決雖經最高法院發回更審後，在更審時均判決公司負責人毋庸賠償），亦顯示忠實義務與注意義務之交錯。

再者，在美國董事傳布錯誤之公司財務資訊案例，對股東權利行使必要之資訊開示之

際，董事有義務遵守適切之規範，美國 *Malone v. Brincat* 判決認為此規範，為注意義務、忠實義務、good faith 義務三者為渾然一體（combination）之受託人義務³³。此判決從明知錯誤資訊而仍使股東知悉，認定董事違反忠實義務，顯示法院在認定忠實義務之際，應審查董事是否關照股東利益喪失之主觀態樣。此點，在德拉瓦州判例法上，以 *Aronson* 判決為契機之系列判例法，提示誠實性基準與經營判斷原則之關係，又 *Caremark* 判決承認在監督義務履行之際董事有善意（good faith）義務（或稱誠實義務），其後 *Disney* 判決以決議報酬等之董事違反受託人義務的審查基準，說明不誠實概念之意義及誠實性基準之適用要件，該判決在德拉瓦州判例法之發展上是一非常重要之判例。

其實，上開有關低估價格出售土地，及高估價格買入土地，公司負責人應負損害賠償責任之案例，我國最高法院雖未明言法院之審查，已及於公司負責人執行職務時，是否關照公司利益喪失之主觀態樣（即在出售土地時未關照未來土地漲價之公司利益，在買入土地時未關照未來開發成本填高之公司不利益），亦即上開案例隱含承認公司負責人應負善意（good faith）義務。

在我國商業法院2021年7月1日成立，在同日之施行商業事件審理細則第37條規定，法院審理商業事件，得審酌其行為是否本於善意且符合誠信，以判斷公司負責人是否忠實執行職務並盡善良管理人注意義務，即以條文明示公司負責人應負善意（good faith）義

註33： *Malone v. Brincat*, 722 A.2d 5, 11 (Del. 1998).

務，此為我國繼受德拉瓦州董事受託人義務後極重要之發展，將來商業法院如何適用上開條文，及普通法院是否採行，對我國公司負責人受託義務之發展非常重要，值得觀察³⁴。

三、利益衝突型

在忠實義務違反之行為中，董事公司間之利益衝突交易，為典型的侵害公司利益，故單獨列為一類型。此之所謂利益衝突，意味董事犧牲公司之利益而取得自己之金錢利益，但應注意者，利害關係董事與公司間之利益相反關係，不限定於金錢上之利害（此種與公司立於實質利益衝突之董事，稱為利害關係董事interested director³⁵）。例如，第三人與公司之間有利害關係，而公司董事為感恩（beholden）該第三人，對關涉該第三人之事項無法為獨立之經營判斷之脈絡，該董事亦被視為有利害關係之人³⁶，為間接利益衝突之類型。

在美國法上，有無足認為違反忠實義務之利益衝突，係以實質上判斷有否害於公司利益之虞。例如，在形式上兼任母子公司兩方之董事，縱參與兩家公司間之交易，由形式上僅兼任董事之地位自身，尚不滿足忠實義務違反之利益衝突關係，即便因未經董事會或股東承認之該當交易造成公司之損害，只要原告未進一步提示其他證據，被告董事即毋庸負責任。在Kaplan事件，兼任母子公司董

事的被告，因於母公司董事會決議承認母公司與子公司間之違法交易，遭當時聯邦金融監督局依違反受託人義務處分，受處分之被告主張信賴子公司董事會之程序及該局之處置而不知違法事實，法院同意此主張並許可該董事之聲明異議而進入相關程序³⁷；在Luigino's事件，被告兼任食品公司及同業Z之董事，在原告就任之際，原告與Z並無競業關係，惟Z製造銷售類似原告之商品，故原告主張Z由被告提供原告內部資訊所致，被告此行為係對原告違反受託人義務，而向被告請求損害賠償，法院以原告所主張類似商品之時間點而言，難認有盜用商品設計理念之問題，而判決原告敗訴³⁸。

在臺灣臺北地方法院110年度重訴字第519號判決，原告公司主張被告公司向伊借款未還，請求清償債務，被告抗辯借款期間原告為被告之法人代表股東，原告應對被告盡善良管理人注意義務，惟原告交付系爭借款後，於擔任被告公司法人董事期間，將借款使用於被告之子公司增資、借款，原告貿然投資亦未好好經營，原告未盡公司負責人之善良管理人注意義務，應依公司法第23條第1項規定賠償被告系爭借款同額之款項，爰以此債權與原告之請求抵銷等語，對此法院以原告應受經營判斷原則之推定，應先由被告舉證證明原告就其增資、借款予子公司，違反忠實義務及善良管理人注意義務，並因此

註34：劉連煜，前揭註3，第145頁。

註35：PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS §1.23(a).

註36：Rales v. Blasband, 634 A.2d 927, 936 (Del. 1993); Orman v. Cullman, 794 A.2d 5, 24 (Del. Ch. 2002).

註37：Kaplan v. United States Office of Thrift Supervision, 104 F.3d 417, 424 (D.C. Cir. 1997).

註38：Luigino's, Inc. v. Peterson, 317 F.3d 909 (8th Cir. 2003).

造成被告公司損害，惟被告未能舉證而判決被告應清償系爭借款。

他方面，董事公司間之交易（自己交易），如未經董事會或股東之承認即進行此交易，即可評價為依該當事實所示已初步舉證忠實義務之違反，接著主張忠實義務違反不存在之董事一造，即應就自己無不公正之利得或秘密之利得、交易對公司完全的公正負舉證責任³⁹。在此脈絡中，董事會或股東之承認，不僅是自己交易之有效要件，同時亦對於為交易當事人之董事，給予機會開示該交易對公司為公正之交易⁴⁰。

在最高法院109年度台上字第2507號判決，原告主張被告擔任伊公司之董事長，同時擔任訴外人A公司之董事長，伊辦理系爭工程招標案，由A公司得標。A公司於簽訂系爭合約時，所提附於系爭合約之標單，竟與其投標標單之多項項目及數量均有不同，增加工程費之支出，對伊甚為不利，被告明知其情卻未予以告知，逕代表伊與A公司訂約，並

同意追加工程費，又被告明知A公司未施作某項工程，猶代表伊給付A公司費用，另就某項工程以高於原合約價格計價付款。因被告執行招標、訂約及付款業務，未盡忠實義務及善良管理人之注意義務，致伊受有溢付工程款之損害，被告應負賠償責任。被告抗辯系爭工程為總價承攬，業經原告董事會同意訂約及追加工程款，A公司既已按圖全部施作完畢，通過驗收，並經原告分層審核付款，原告無任何損害。伊並無違背忠實義務及善良管理人之注意義務。

上開最高法院判決認為：「本件被告同時為原告與A公司之負責人，原告發包系爭工程時，提供空白標單，供投標人投標，以為評比之標準。開標後，經原告臨時董事會決標，由A公司以總價最低得標，為原審認定之事實。原告於事實審主張：A公司之投標標單項目內容與空白標單相同，伊董事會憑其投標標單決標，兩造就新建工程成立契約，惟A公司於簽約時，提出於合約書內之合約標

註39：*Geddes v. Anaconda Copper Mining Co.*, 254 U.S. 590, 599 (1921); *Keenan v. Eshleman*, 2 A.2d 904, 908 (Del. 1938); *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 306 (1939), *citing Geddes*, 254 U.S. at 599; *Guth v. Loft*, 5 A.2d 503, 512 (Del. 1939); *Fliegler v. Lawrence*, 361 A.2d 218, 222 (Del. 1976); *Mills Acquisition Co. v. MacMillan, Inc.*, 559 A.2d 1261, 1280 (Del. 1989).

註40：在美國公司法上，包含自己交易在內之利衡交易，只要其公正性獲得擔保，並非無效或得撤銷之行為。在我國也是如此，參臺灣臺北地方法院110年度重訴字第519號判決：「原告顯係為自己及被告為系爭借款契約之借貸行為，本應由被告監察人代表被告公司，始合於公司法第223條規定，既未由被告監察人代表被告為系爭借款契約之簽訂，則系爭借款契約應屬效力未定。」惟在一人股東之有限公司場合，臺灣臺南地方法院107年度重訴字第48號判決認為：「按代表公司之股東，如為自己或他人與公司為買賣借貸或其他法律行為，不得同時為公司之代表，公司法第59條定有明文。此即雙方代表禁止之規定，有限公司之董事，依同法第108條第4項規定，亦準用之。違反該項禁止規定，其法律行為應屬無效。又其法律行為既屬無效，亦無民法第106條經本人許諾得為雙方得為雙方代理之適用（最高法院108年度台上字第180號判決參照）。雖民法第106條承認經本人許諾得為自己代理或雙方代理之例外情形，且有限公司之股東如以個人名義為法律行為，須負無限責任，足見公司所為法律行為尤須保護交易安全。尤其，在一人有限公司，股東及董事為同一人之情形，仍應受公司法第59條規定之限制，且違反該項規定之法律行為應屬無效。」足資參考。

單，核與投標標單於工程項目及數量均有不同，合約標單對伊不利，被告明知二份標單不符卻未告知伊董事會，仍逕為簽約，有違忠實義務及善良管理人之注意義務等語，參諸被告於第一審具結證稱：A公司當初投標標單就是該份空白標單，合約標單不是投標標單，似見A公司投標標單與其嗣後提供之合約標單相異。究二份標單是否不同？被告代表原告以合約標單簽訂契約，有無違反公司法第23條第1項規定之義務？對原告有無損害？原審未遑論細究，概以系爭合約係經原告董事會決議，同意A公司以所投標標單得標，原告在意者為工程之完成，各細項工程非其所關注，原告並無損失云云，遽為不利原告之判斷，已嫌速斷。」顯見最高法院認為被告不能只以業經董事會決議為其免責之事由，在利益衝突之脈絡中，應由被告證明交易對公司為完全的公正，符合美國公司法受託人義務之規範。

美國制定法關於利益衝突交易，訂定公正性確保之程序要件規定，參與交易之董事得利用此規定，作為該當交易之有效性及自己不違反受託人義務之根據（safe harbor，安全港）。例如，德拉瓦州公司法144條(a)訂定交易有效性之要件規定，在該條項細目(3)可以事後承認；模範商業公司法8.61條(b)訂定衡平法之救濟及損害賠償等對董事制裁之排除要件規定，並可以利用同條項之細目(1)(2)於事後承認，此外在(3)規定縱無事前、事後之承認在對公司公正場合，亦非是正對象之規

定。而且以8.62條及8.63條規定具體之程序內容；在「公司治理之原理：分析與建議」5.02條，大致與模範商業公司法8.61條(b)相同，但在細目(b)，明文規定違反程序場合之董事之舉證責任。

在美國法上值得注意者，德拉瓦州最高法院於2014年*Kahn v. M&F Worldwide Corp.*判決⁴¹，首次指出控制公司與從屬公司間之合併，只要同時符合公司法上之兩個程序要件，就應採用商業判斷法則而非完全公平原則：①系爭交易係由具獨立性且獲得充分授權之特別委員會與控制股東進行磋商，且交易條件獲得特別委員會同意，同時②經資訊充分且不受壓迫之少數股東之多數決同意。該法院指出，當控制股東與公司間進行合併，公司法保護股東之機制——無利害關係董事會與股東之同意，往往會因為控制股東之影響而受到減損，因此公司法採用最嚴格的司法審查標準——完全公平原則加以檢視，但在本案中，控制股東在交易之各環節中均未運用其影響力，交易係在雙方對等的情況下進行。法院強調本案與過往適用完全公平原則的案件不同，過去案件中控制股東中僅符合一項安全港條款，而本案則是首次控制股東完全符合兩項程序保護措施，於此情況下少數股東已獲得充分之保障，已無需要法院依完全公平原則加以審視⁴²。

四、控制權爭奪介入型

在美國法上受託人義務規範，一般而言如

註41：*Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, 88 A.3d 635 (Del. 2014).

註42：朱德芳（2019），〈董事忠實義務與利益衝突交易之規範——以公司法第206條為核心〉，《政大法學評論》，第159期，第146頁。

董事行為之主要目的，在於鞏固自己在公司之地位（公司控制權之保衛），即該當於忠實義務之違反⁴³，董事介入公司控制權之爭奪，亦為利益衝突（以自身利益優先於公司利益之行為）之一類型。他方面，在美國法上，如董事所為決議在於阻止股東權（股東之意思決定權）之行使，縱使董事相信係符合公司最佳利益所為之決議，由於董事介入控制權爭奪，自始即非屬於其權限之事項，而被認定違反忠實義務之案例⁴⁴。在董事介入控制權爭奪而妨害特定股東行使權利之脈絡中，董事為解消違反受託人義務之嫌疑，應提出證明足以正當化其行為之有力證據⁴⁵。準此，董事自身就某行為雖無利害關係，但專以侵害股東之權利或利益為目的之場合，或不管有無侵害股東之權利或利益，若無可以正當化之事由，該當行為得認定為違反忠實義務。此均為不符合公司最佳利益行為之事例，充分顯示不應僅將忠實義務理解為免於利益衝突義務之狹義形態。

董事在處理涉及防衛敵對企業併購之行

為，為公司控制營權爭奪之最典型場面，包含屬於第一階段義務之忠實義務，及屬於第二階段義務之注意義務雙方問題。在*Unocal v. Mesa Petroleum*事件（或稱*Unocal*事件）判決（德拉瓦州最高法院，1985年⁴⁶）之有名指示：「董事之行為有難以拂拭疑念（omnipresent specter）之非為公司及股東利益或許是為自身利益」之糾纏，因此對董事應適用「由於在前階段給予經營判斷原則之保護而應受司法上審查之所謂更高度之義務規範」⁴⁷。其所謂高度之義務規範，即以介入公司控制權之爭為主要目的所為經營判斷之董事一造應就：①有相當根據應相信對公司營運之方針及效率有危險；及②所採取之處置對應於壓迫之威脅為相當，盡其舉證責任⁴⁸。又，在*Unocal*事件之後的*Paramount*判決（德拉瓦州最高法院，1994年⁴⁹）則詳細說明*Unocal*基準為：在控制權之爭奪場面，因為法院在審查經營判斷之當否及於①意思決定過程（process）之完整性審查（含判斷時所根據之資訊本身）；及②董事在當下所採取措置

註43：*Heineman v. Datapoint Corp.*, C.A. No. 7956, 1990 Del. Ch. LEXIS 162 (Del. Ch. Oct. 9, 1990)；*Franz Manufacturing Co. v. EAC Industries*, 501 A.2d 401(Del. 1985)；*Schnell v. Chris-Craft Industries, Inc.*, 285 A.2d 437, 439(Del. 1971)；*Yasik v. Wachtel*, 17 A.2d 309, 313(Del. Ch. 1941).

註44：*Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp.*, 564 A.2d 651 (Del. Ch. 1988).

註45：*Blasius*, 564 A.2d at 661；*IBS Financial Corp. v. Seidman & Associates II, L.L.C.*, 136 F.3d 940, 951(3d Cir. 1998)；*Chesapeake Corp. v. Shore*, 771 A.2d 293, 320(Del. Ch. 2000)；*Hills Stores Co. v. Bozic*, 769 A.2d 88, 103(Del. Ch. 2000).

註46：*Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del.1995).

註47：*Id* at 954.

註48：*Unocal*, 493 A.2d at 955；*Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 180 (Del. 1985)；*Hills Stores Co. v. Bozic*, 769 A.2d 88, 107 (Del. Ch. 2000)；*Aquila, Inc. v. Quanta Services, Inc.*, 806 A.2d 196, 206 (Del. Ch. 2002).

註49：*Paramount Communications, Inc. v. QVC Network, Inc.*, 637 A.2d 34 (Del. 1994).

(action)之合理性審查，2個方面，而在每一方面，董事一造應舉證已取得充分資訊及已合理行動⁵⁰。

董事應負之上開舉證責任，就以企業併購防衛為目的所採取之具體措置而言，即便董事在客觀上尚無利益衝突關係存在，但仍應負擔消除「難以拂拭疑念」之責任。例如，在缺乏董事行動獨立性擔保之承認的自己交易，或已經初步證明有惡意(bad faith)事實之場合，這些事案之主要爭點，在於忠實義務違反之有無，故對董事就該當交易對公司公正且相當，課予舉證責任⁵¹。

董事以鞏固自身在公司之控制地位為目的之行為類型，除上述侵害股東利益或權利之行為外，尚有涉及發行股份，處分或取得自己股份，或委託書徵求等相關費用支出，違反忠實義務之事例。董事以支付屬於公司通常業務執行之行為由，由公司負擔這些費用⁵²，但如果原告能證明由公司負擔費用所進行該行為之主要或唯一之目的，係董事為鞏固公司控制權，則應以忠實義務違反問責⁵³，而

在董事這一造，應負擔其非出於控制權鞏固目的，或產生以控制權鞏固為目的係屬公正、相當之舉證責任⁵⁴。

肆、負有作為義務之忠實義務

一、在承認利益衝突交易時之開示義務

美國公司法上利益衝突交易之效果，並非作為交易無效(void)或得撤銷(voidable)，與信託法不同，在開示相關交易資訊，及由股東或無利害關係董事之追認後，得為有效之交易。德拉瓦州公司法第144條規定，董事與經理人利益衝突交易之定義，包含：1.公司與董事或經理人進行交易；2.公司與有共通董事或經理人之其他公司(或合夥、協會，或其他組織)進行交易；或3.公司與董事或經理人具有財務上利益(financial interest)之其他公司(或合夥、協會，或其他組織)進行交易⁵⁵。

德拉瓦州公司法第144條規定，利益衝突交易在獲得董事會或委員會、股東之承認或追

註50：Paramount, 637 A.2d at 45; *In re Pennaco Energy, Inc. Shareholders Litigation*, 787 A.2d 691, 705 (Del. Ch. 2001), citing *Paramount*, 637 A.2d at 45.

註51：Norlin Corp. v. Rooney, Pace, Inc., 744 F.2d 255, 265 (2d Cir. 1984), citing *Treadway Companies, Inc. v. Care Corp.*, 638 F.2d 357, 382 (2d Cir. 1980).

註52：Locke Manufacturing Companies v. United States, 237 F. Supp. 80, 89 (D. Conn. 1964).

註53：Yasik v. Wachtel, 17 A.2d 309, 256 (Del. Ch. 1941); *Condec Corp. v. Lunkenheimer Co.*, 230 A.2d 769, 775 (Del. Ch. 1967); *Warehime v. Warehime*, 777 A.2d 469, 481 (Pa. Super. Ct. 2001); *Chicago Stadium Corp. v. Scallen*, 530 F.2d 204, 207 (8th Cir. 1976).

註54：Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp., 564 A.2d 651, 661 (Del. Ch. 1988); *Commonwealth Associatiates v. Providence Health Care, Inc.*, C.A. No. 13135, 1993 Del. Ch. LEXIS 231, at *25-26 (Del. Ch. Oct. 22, 1993), citing *Blasius*, 564 A.2d at 661; *Uni-Marts, Inc. v. Stein*, C.A. Nos. 14713 & 14893, 1996 Del. Ch. LEXIS 95, at *36(Del. Ch. Aug. 9, 1996); *Kors v. Carey*, 158 A.2d 136, 141 (Del. Ch. 1960); *Cheff v. Mathes*, 199 A.2d 548, 554(Del. 1964).

註55：朱德芳，前揭註42，第142頁。

認場合，不以之為無效，亦非得撤銷，此即安全港條款之設計，包含：1.對於董事會或其委員會，開示該人之關係或利害及契約或交易有關之重要事實，或已為董事會所知悉，且在該董事會或其委員會，縱無利害關係董事未達董事會之定足數，但經過半數無利害關係董事，基於good faith承認該契約或交易時；2.董事對有議決權之股東，開示該人之關係或利害，及契約或交易上之重要事實，或已為股東所知悉，且該契約或交易經股東基於善意為承認之決議時；或3.該契約或交易，在董事會、委員會或股東會授權、承認或追認之時點，對公司為公正（fair to the corporation）。

以德拉瓦州公司法第144條處置利益衝突交易之方式而言，此時董事之忠實義務，並非「禁止形成利益衝突關係」，而係依本於「禁止形成會損害公司利益之利益衝突關係」之要求予以重組。亦即，可能發生利益衝突交易之當事董事，負有作為義務，即該當關係對公司係公正之開示義務，以作為忠實義務之一環。此具有從促進公司利益為忠實義務要求之觀點，而要求負作為義務之性格作為其特徵。

模範商業公司法關於利益衝突交易之基本原則，為如經無利害關係之董事或股東之同意，或該當交易對公司係公平，即不得以利益衝突為由，主張交易無效或損害賠償⁵⁶。依據模範商業公司法8.60條規定，應於承認

前為開示之事項：1.在公司董事間存在利益衝突及其態樣；2.交易之主要事項為董事所掌握之事實，無利害關係之董事在判斷應否履行該交易之際相信為重要且合理之事項二點（同條細目(7)）。此之所謂利益衝突，係指交易所涉之經濟上利益，在進行交易承認之際，可合理預測將傷害或破壞該董事決策時之客觀判斷（同條細目(4)）。又，在該法所謂利害關係董事，不僅與公司直接結合交易關係，包含公司之交易相對人為董事之親屬，董事之同居人，或董事支配或關與之個人、團體之場合（同條細目(5)）。又，依據模範商業公司法，利益衝突交易之承認，基於由滿足無利害關係等一定要件之董事（1.43條(a)）之過半數（但應有2名以上）之贊成行之（8.62條細目(a)(c)）。

在美國判例法上，例如，*Marciano*事件⁵⁷判示，在（滿足制定法上之要件等）擔保公正性之範圍內，利益衝突交易之承認，負責判斷之董事為經營判斷原則保護之對象。*Williams*事件⁵⁸，判示一邊授與基準日股東複數表決權，一邊對於從該股東取得股份之人適用一股一表決權之章程變更，因透過強化有力股東地位而鞏固經營權為目的為無效之原告主張，法院以由無利害關係董事占過半之董事會提案，經股東會決議為理由駁回。又，*Official Committee of the Unsecured Creditors of Color Tile, Inc.*事件⁵⁹，判示主張董事之忠實義務違反之際，過半數董事就董事

註56：朱德芳，前揭註42，第147頁。

註57：*Marciano v. Nakash*, 535 A.2d 400, 405 n. 3 (Del. 1987)。

註58：*Williams v. Geier*, 671 A.2d 1368, 1371 (Del. 1996)。

註59：*Official Committee of the Unsecured Creditors of Color Tile, Inc. v. Investcorp S. A.*, 137 F. Supp. 2d 502, 513 (S.D.N.Y. 2001)。

會決議事項有無利害關係，或喪失獨立性應由原告舉證之。

但是，從促進公司利益之觀點，不僅動機保持，一旦連資訊開示之一定行動亦要求在內，則忠實義務與注意義務間之界線即不清楚。忠實義務是否超越一定狀態之確保（動機保持及利益衝突關係之不形成），甚至連任何作為、不作為之義務也都要求？的確有爭議。吾人認為僅就上述開示義務而言，其只是不形成一定狀態（即不形成有害於公司利益之相反關係）之義務而已，自難謂連董事執行職務上一般之作為義務，亦為此之開示義務所包含（應限縮開示義務之範圍），為應予注意者。

然而，進言之，以董事執行職務一般而言，從促進公司利益之觀點，解釋為必須為一定之作為或不作為之場合⁶⁰，則此一定之作為、不作為之義務，是否此義務即屬於忠實義務範疇？或在觀念上，其應作為傳統的注意義務範疇？其應作為第三義務？即有爭議。吾人認為以受託人義務之第三類型所提出之good faith之討論，即能正確處理此點。又，伴隨行為規範之問題，在責任認定之際，經營判斷之過程並無過失，亦無權限濫用事實，更無董事公司間利益衝突情形，應依如何之客觀事實認定受託人義務違反，在責任規範設定上亦生難題。

臺灣臺北地方法院106年度金重訴字第18號、106年度金訴字第42號刑事判決認為：

「被告何○○明知自己有投資三寶集團之1788大樓開發案，其所為前開指示同案被告游○○之行為動機，自始出於協助三寶集團負責人即同案被告李○○順利收購美林證券之股權，並於同案被告李○○約定分兩成後，隨即經被告張○○指示被告邱○○配合撥款等情，顯係為圖謀後續自己之獲利分潤，其客觀上所為之行為，洵有利益衝突，亦無善意可言，業已違背其職務行使所應遵守之忠實義務，且其主觀上縱然兼具圖謀第三人（即同案被告李○○）、自己利益與圖謀永豐金控公司、永豐餘投控公司之利益，…尚難援引經營判斷法則，為有利於何○○之認定。」此判決即以縱然被告何○○主觀上兼具圖謀公司之利益，惟難認其行為有何善意（即not in good faith），仍應是忠實義務違反之行為，可以看出以善意（good faith）縱非受託人義務之獨立義務，但仍係為忠實義務之內涵⁶¹。

二、坦誠（或自主開示）義務（duty of candor）

當討論忠實義務中之作為義務之性質時，在公司相關交易，是否形式上存在董事之利益衝突？或者，在企業併購防衛等被認為實質上存在利益衝突可能性之場面，應以確保董事參與之客觀的公正性（即無損及公司之利益衝突之不存在）作為出發點。換言之，在有利益衝突之任何懷疑下，董事該如何解

註60：例如，在已取得被認為有助於促進公司或股東利益或權利保護之資訊時，即有加以開示之義務（See E. Norman Veasey, *The Defining Tension in Corporate Governance in America*, 52 BUS. LAW. 393, 397, 398 (1997).）。

註61：AmSouth Bancorporation v. Ritter, 911 A.2d 362,370 (Del. 2006).

消投向自身之懷疑，是一個必須處理之基本之問題。

按照傳統之理解，忠實義務如理解為禁止形成對公司不利益之利益衝突關係之義務，董事在自己與公司間即應該努力於消滅其利益衝突，甚至應努力於澄清利益衝突之嫌疑，並據此充分達成自己之忠實義務。但是，忠實義務如採廣義，而解釋為積極追求公司及股東利益之義務，則忠實義務所涵蓋範疇之董事作為義務之內容，即非常廣泛。

如上所述，董事違反忠實義務，不限於因利益衝突行為而取得個人利益場合（對公司之積極的利益侵害），凡是得連結公司損害之資訊，或股東行使權利必須掌握之資訊未予開示，結果侵害公司或股東利益之所謂消極利益侵害，亦應成立違反忠實義務。換言之，作為董事，不僅個人之利得，或為澄清有蓋然性之懷疑，甚至應盡其最大限努力以迴避公司或股東之利益侵害。以董事進行資訊之開示而言，其不限於與董事公司間利益衝突連結之資訊，縱令董事公司之間無利益衝突關係，在觀念上應負以適當方式開示一切與公司或股東利益侵害連結之資訊義務⁶²。

作為忠實義務之一環，董事所負義務，非僅止於不能發生董事公司間利益衝突關係或有其疑問之情事，即董事自己進行開示之際，負有應積極對股東等開示相對人提供有益、重要之資訊義務。美國判例、學說上，稱此義務為自主開示義務（duty of candor）⁶³。此義務，不限於股東會決議或股東同意等之所謂股東行動之必要狀況，即董事自己判斷須為開示行為場合，亦有此自主開示義務之適用。在 *Malone v. Brincat* 判決⁶⁴，德拉瓦州最高法院董事會尋求股東行動時，負揭露重要資訊之受託人義務。在 *Stroud v. Grace* 判決⁶⁵，德拉瓦州最高法院強調關於「坦誠（candor）」一詞應清楚定義——其僅要求股東為一定作為時揭露全部重要事實之義務。

但德拉瓦州亦有判例認為，董事之自主開示義務，係與公司方要求股東會決議或股東承認等股東行動之際董事應該提供重要資訊之義務結局相同，亦即，在個別局面上法律要求履行之開示義務（duty of disclosure）⁶⁶。換言之，所謂在不特定狀況上督促董事自發性告知之義務，並不存在。美國學者 Lawrence Hamermesh 之文章中，涵括關於資訊揭露義務

註62： *Stroud v. Grace*, 606 A.2d 75 (Del. 1992). (本判例指摘 it is now "well-recognized" that fiduciary duty requires directors to disclose all material information within their control when they seek stockholder action)。

註63： *Lynch v. Vickers Energy Corp.*, 383 A.2d 278, 279, 281 (Del. 1977); *Rosenblatt v. Getty Oil Co.*, 493 A.2d 929, 944 (Del. 1985); *Ciro, Inc. v. Gold*, 816 F. Supp. 253, 266 (D. Del. 1993); In re *Marriott Hotels Properties II Limited Partnership Unitholders Litigation*, C.A. No. 14961, 2000 Del. Ch. LEXIS 17, at* 34 (Del. Ch. Jan. 24, 2000).

註64： *Malone v. Brincat*, 722 A.2d 5 (Del. 1998).

註65： *Stroud v. Grace*, 606 A.2d 75 (Del. 1992).

註66： *Stroud v. Grace*, 606 A.2d 75, 84 (Del. 1992); *Malpiede v. Townson*, 780 A.2d 1075, 1086 n.31 (Del. 2001), citing *Stroud*, 606 A.2d at 84-88.

法律之歷史摘要、內容、背景脈絡與重要性，而在德拉瓦州過去20年來之一系列判決被採用⁶⁷。

董事自主開示義務，被認為派生自利益衝突交易上之公正交易義務（具利害關係之董事應為充分之資訊開示，據此課予由不具利害關係之董事進行審議及承認之程序要求）之義務。明知有利於股東或其他董事資為適切判斷之資訊應開示卻不開示，以董事之職責而言，實帶有背信之色彩，而不免於日後被追究不正意圖之可能，故將自主開示義務置於忠實義務下之一類型乃自然之事。

茲介紹美國法上自主開示義務或坦誠義務之規範發展之軌跡，早在1922年德拉瓦州衡平法院之 *Cahall v. Loftland* 判決⁶⁸，清楚論述：「董事必須證明股東係基於完全瞭解一切之重要事實後所為之承認（“The burden is

on him who relies on a ratification to show that it was made with a full knowledge of all material facts.”）」。董事在許多事項必須取得股東之承認（stockholder ratification），在某些情況股東之承認，係公司經理人在其所為之行動被質疑時，意圖取得股東之承認，此外，公司受託人之董事在訴訟上被主張自己交易或浪費，其為能獲得司法上有利之對待，須以更嚴格標準例如「完全公正（entire fairness）」加以檢驗，而其法律上之前提要件，即須取得股東之承認，始得以降低嚴格之司法檢驗⁶⁹。

德拉瓦州最高法院1977年 *Lynch* 判決⁷⁰，揭示坦誠義務，此判決被譽為「德拉瓦州法有關開示義務之創世紀（genesis）」⁷¹、「帶動現代的受託人開示義務」、「德拉瓦州法上開示義務最重要之演化」、「定義受託人義

註67：Lawrence A. Hamermesh, *Calling Off the Lynch Mob: The Corporate Director's Fiduciary Disclosure Duty*, 49 VAND. L. REV. 1087 (1996).

註68：114 A. 224 (Del. Chanc. 1921), *affd*, 118 A. 1 (Del. 1922).

註69： *Gottlieb v. Heyden Chemical Corp.*, 91 A.2d 57, 58-59 (Del. 1952); *Fidanque v. American Maracaibo Co.*, 92 A.2d 311, 321 (Del. Chanc. 1952). The entire fairness doctrine is a device by which the courts impose upon self-dealing corporate directors the burden of establishing that their transactions with the corporation are fair both substantively, that is, as to price, and procedurally. See, for example., *Weinberger*, 457 A.2d at 710-11; Block, Barton, and Radin, Business Judgment Rule at 131-32 (cited in note 30); Lawrence A. Mitchell, *Fairness and Trust in Corporate Law*, 43 Duke L. J. 425, 443-45 (1993); *ALI Principles* § 5.02(b) (cited in note 32). The Delaware Supreme Court has said that the entire fairness test requires "careful scrutiny" by the courts, *Weinberger*, 457 A.2d at 710, and that determining whether to apply that test "frequently is determinative of the outcome" of litigation challenging a self-dealing transaction. *Nixon v. Blackwell*, 626 A.2d 1366, 1376 (Del. 1993) (citing *Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc.*, 559 A.2d 1261, 1279 (Del. 1988)). In recent years, however, the Delaware Supreme Court has upheld several transactions despite applying that ostensibly demanding test. Kahn, 669 A.2d at 79; *Cinerama*, 663 A.2d at 1156; *Nixon*, 626 A.2d at 1366.

註70： *Lynch v. Vickers Energy Corp.*, 383 A.2d 278 (Del. 1977).

註71： *Arnold*, 650 A.2d at 1276.

務為『完全坦誠 (complete candor)』之開創性德拉瓦州案例」⁷²。對法官及律師而言，*Lynch*之判決塑造，在於開創性的定義。*Lynch*使用寬闊的語言，引出一連串受託人義務違反之損害賠償請求，包括許多以語言為基礎但卻不合理請求之案例。因此*Lynch*可能產生誤導，其僅為宣示性的法律原則而已。儘管*Lynch*是一個重要判決，與其說是最佳了解受託人開示義務之基礎法理之判決，毋寧僅為一個有理論推進之判決⁷³。

當董事尋求股東之決議時，僅提供適當密切相關事實 (germane facts)、充分之資訊仍不夠，董事有揭示其所知之任何資訊之義務，且須遵守「完全坦白 (complete frankness)」之標準⁷⁴。

我國公司法第206條第2項規定：「董事對於會議之事項，有自身利害關係時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容。」在適用本條項之時機為會議之事項，如非當次董事會之會議事項，尚無說明之義

務，其適用範圍已被限縮，其缺陷不言可喻。實務上認為公司法第206條董事自身利害關係應限於「具體、直接之利害關係⁷⁵」，尚不符合忠實義務之內涵⁷⁶。另關於公開發行公司，依證券交易法第14條之3與第14條之5規定涉及董事或監察人自身利害關係之事項，應經審計委員會與董事會之決議。

我國2018年11月30日大法官會議第770號解釋指出，2015年修正增訂企業併購法第5條第3項仍未能使股東於股東會一定合理期間前，及時獲取【利害關係股東、董事】提供相關資訊及促使提供完整資訊之機制，現行法就【適時揭露資訊】議題仍力有未逮；並指出公司併購時，公司董事就併購交易有自身利害關係時，應向董事會及股東會說明其自身利害關係之重要內容及贊成或反對併購之理由，說明義務主體係具有利害關係之【董事】不及於股東。770號解釋宣告現行法就【適時揭露資訊】未作規定為違憲。

(待續)

註72：Dale A. Oesterle and Alan R. Palmiter, *Judicial Schizophrenia in Shareholder Voting Cases*, 79 Iowa L. Rev. 485, 565-70 (1994).

註73：Lawrence A. Hamermesh, *Calling Off the Lynch Mob: The Corporate Director's Fiduciary Disclosure Duty*, VANDERBILT L. R. 49, at 1115, 1996.

註74：*Lynch v. Vickers Energy Corp.*, 383 A.2d 278, 281 (Del. 1977).

註75：經商字第09902145220號；最高法院106年度台上字第1177號裁定。

註76：朱德芳，前揭註42，第137頁。