

論董事注意義務中監督公司業務執行之義務

楊竹生*

目 次

- 壹、前言
- 貳、董事注意義務之內涵與判斷標準
 - 一、美國公司董事注意義務之內涵與判斷標準
 - 二、我國公司董事注意義務之內涵與判斷標準
- 參、美國公司董事監督義務中符合法令之義務
 - 一、概述
 - 二、In re Caremark International Inc. Derivative Litigation
 - 三、美國法律協會（American Law Institute）之見解
 - 四、美國公司董事指導手冊之見解
 - 五、公司治理原則之見解
 - 六、美國聯邦法之相關規定
 - 七、美國聯邦量刑指導原則之相關規定
 - 八、小結
- 肆、我國公司董事監督義務中符合法令之義務
 - 一、概述
 - 二、我國公司法、證券交易法之相關規定
 - 三、公司治理原則之見解
- 伍、結論

關鍵字：董事、注意義務、監督義務、重大過失、符合法律機制

投稿日：民國九十三年十二月十三日；接受刊登日：民國九十三年十二月二十日

* 美國密西西比州立大學法律博士，現任中原大學財經法律學系專任副教授。本文承蒙兩位匿名審查委員惠賜修正意見，受益良多，謹此致謝。

壹、前言

股份有限公司之基本架構係將經營權與所有權分開，股東係公司之所有者，然股東人數眾多，無法人人均參與公司之經營，公司之經營遂交由董事負責，董事既由股東賦予公司營運之重責大任，董事勢必具有相當之權能，始得為股東追求最大之利益。於賦予董事最大權能之同時，同時亦對董事之科以相當之義務，以免董事犧牲股東之利益以求取自身不當之利益。

依美國公司法之規定，董事對公司與公司股東負有信（受）託義務（fiduciary duty），信託（fiduciary）一字本源起於拉丁字 fides，與信心（faith）信任（confidence）同義，本用於說明案例法（common law）上受託人之義務¹。受託人（trustee）遺囑執行人（executor）或遺產管理人（administrator）對受益人（beneficiary）而言係居於信託關係，對受益人均負有信託義務，受託人於執行職務時必須善意（good faith），且不得利用其身份與信賴以圖利自己²。而信（受）託義務依信託法法律整編（Restatement (First) of Trust）規定，受託人對受益人負有忠實義務與注意義務，其後由於公司組織於商業社會所扮演之角色日趨重要，法院遂將信託法上受託義務此一概念移植於公司法，董事管理公司財產視同受託人管理信託財產，董事、公司之高級職員對公司及股東因而亦負有信託義務³。

¹ JEFFREY D. BAUMAN ET AL., CORPORATIONS LAW AND POLICY 607 (2003).

² MARK REUTLINGER, WILLS, TRUSTS, AND ESTATES 156 (2d. 1998).

³ Edward Rock & Michael Wachter, *Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants*, 96 Nw. U. L. Rev. 651, 653-657 (2002).

忠實義務與注意義務於美國發展迄今已有超過百餘年之歷史，實係美國公司法上最重要之議題。

依美國公司法規定董事注意義務之範圍包括董事為商業決定及監督公司業務執行；董事忠實義務之範圍包括：有利害關係之董事與公司為交易(self-dealing) 公司董事與經理人報酬之決定(executive compensation) 公司機會 (corporate opportunity) 暨控制股東出售公司之控制權 (sale of control) 等。由於注意義務與忠實義務之內容繁多，本文因限於篇幅，將著重於董事監督公司業務執行中符合法令之義務。由於注意義務之規定一般而言適用於公司之董事與高級職員，本文為求論述方便，所探討之對象僅以公司董事為限。此外，因公開發行公司規模龐大、組織複雜，公司由董事會管理，公司日常業務之處理由公司之高級職員與其等聘任之人員為之，公司董事多未參與公司日常業務之處理，董事於公司內應否設立符合法律之機制，以滿足董事監督公司業務執行之義務，於公開發行公司更顯重要，故本文所稱之公司主要指公開發行公司。

貳、董事注意義務之內涵與判斷標準

一、美國公司董事注意義務之內涵與判斷標準

董事對公司應盡其注意義務，如有違背，對公司應負損害賠償責任，此一理念就如同侵權法要求行為人有義務使其行為符合一定標準，如違背此一義務導致他人受損，應對他人之損害負賠償責任。所以律師對其客戶、醫師對其病患、駕駛人對其他駕駛人或行人均有注意義務，以免他人因自己不合理之行為而遭受身體或財產上之損害。由此一觀點，似乎將侵權行為法之過失責任原則套用於公司法，惟細予檢視後發現不論係模範公

司法 (Model Business Corporation Act⁴) 或美國法院, 並非完全將侵權行為為法之過失責任原則適用於公司之董事, 於董事之注意義務方面另為相當之修正⁵。

(一) 美國模範公司法之見解

今日美國所有的州均已經由公司法規定或透過法院判決, 認為公司董事對公司應盡注意義務, 而注意義務之內涵與適用之標準, 模範公司法 8.30 條可為代表。該條(a)項規定, 公司董事會之每一位董事於履行董事之義務時, 其行為必須善意, 且態度必須合理相信其行為符合公司最佳利益⁶。該條(b)項規定, 董事會之成員或董事會下委員會之成員, 於「瞭解相關狀況後為決定 (informed decision)」或「監督公司業務執行」時, 履行其義務所應盡之注意, 以具相同之職位、於類似情形下之人合理地認為其適當為已足⁷。

該 8.30 條評釋 (official comment) 表示, 8.30 條界定董事行為之標準,

⁴ 模範公司法係美國律師公會商事法部門下之公司法委員會所負責草擬, 委員會之 25 位成員均係受邀請加入, 委員會對模範公司法之內容有最終決定權, 起草迄今已數度修正, 模範公司法雖不具正式法律之效力, 僅供各州修正公司法時之參考, 然因其內容充實完整符合理論與實務需求, 全美約有 35 州之公司法係參考模範公司法之內容, 其對美國公司法之發展具有非常深遠之影響。

⁵ FRANKLIN A. GEVURTZ, CORPORATION LAW 274 (2000).

⁶ Model Bus. Corp. Act § 8.30 (a) : Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act (1) in good faith, and (2) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation.

⁷ Model Bus. Corp. Act § 8.30 (b) : The members of the board of directors or a committee of the board, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.

其重點在於董事履行其義務之方式，而非置重於所為決定之正確性。8.30(a) 建立全體董事基本之行為標準，該規定係屬強制規定，董事於履行其義務時，董事之行為必須善意，且其行為符合公司最佳利益。該一要求適用於所有董事之義務，董事之義務不論係注意義務 (duty of care)、瞭解公司業務之義務 (duty to become informed)、詢問義務 (duty of inquiry)、瞭解後為決定之義務 (duty of informed judgment)、監督義務 (duty of attention)、忠誠義務 (duty of loyalty) 及與公司為合理交易之義務 (duty of fair dealing)，均須符合善意，且須合理地相信其行為符合公司最佳利益。8.30(a) 使用合理地相信 (reasonably believe) 字樣，係包含主觀與客觀雙重意義，一方面自該一董事實際相信考量，另一方面「合理」字樣又具有客觀之意義，即具相同之職位之人於類似情形下是否會如此相信。

8.30(b) 之評釋表示，8.30(b)係於董事「為決定」及「監督公司業務執行」之背景下，建立董事一般注意義務之標準。8.30(b)不但為董事個別行為之標準，亦為董事集體行為之標準。模範公司法中許多規定均與董事「為決定」之功能有關，例如：發行新股 (6.21)、分配股息紅利 (6.40)、駁回代表訴訟 (7.44)、補償董事 (8.55)、修改章程 (10.02; 10.03)、公司合併 (11.01)、股份交換 (11.02)、資產出售 (12.01; 12.02) 及解散 (14.02) 等。然模範公司法對董事「監督公司業務執行」並無明文規定，而係由 8.01(b) 間接推論得知，8.01(b)表示除章程另有規定外，所有公司之權力應由董事會行使，公司之業務與事務均由董事會管理或其管理受董事會指導⁸。董事會之意思決定功能，一般係於某一時點為之，而監督功能則具有繼續

⁸ Model Bus. Corp. Act § 8.01 (b) : All corporate powers shall be exercised by or under the authority of, and the business and affairs of the corporation managed by or under the direction of, its board of directors, subject to any limitation set forth in the articles of incorporation or in an agreement authorized under section 7.32.

性，故而涉及一段時間。8.30(b) 於董事「為決定」時使用「becoming informed」二字，其意義係指董事為決定前必須瞭解所欲決定事項之背景事實與情況，再作明智之決定。該一程序通常包括於會議前或會議中檢視書面資料、參與會議之討論、考慮公司所聘請之律師、會計師以外之人員所提供之資料及數據，亦可於董事會外與公司管理部門人員或其他董事直接溝通，瞭解背景事實與情況之方式不一，董事可本其理性自行判斷。

8.30(b) 於董事「監督公司業務執行」時使用「devoting attention」二字，其意義與公司之資訊蒐集與通報系統有關，董事通常會注意公司未來的計畫與目前的活動，但董事不應被期待可預見公司可能面對之所有問題，除非某些情況發生使董事會認為公司應注意某一問題。與監督功能有關之注意標準，包括自我管理階層確認適當之制度（如內部控制、符合法令（legal compliance））已建立，且對該制度保持持續性之監控。此外，於可疑之狀況發生時，加以適當之處理。

8.30(b) 之評釋另表示，8.30(b)使用「person」一字而未加以任何修飾，表示擔任董事之人僅需具備董事之基本特質如：常識、智慧並於瞭解相關狀況後可為決定即可，無須具備特定專業。過去模範公司法所使用之文字為「ordinarily prudent person」⁹，由於該一文字內容與侵權行為法上判斷過失責任之用字相同，使用該一文字描述董事之責任，會使人誤以董事責任之判斷標準與侵權行為法過失責任之判斷標準相同，為避免誤解，故於修正後之模範公司法以「a person in a like position」取代「ordinarily prudent person」_。 8.30(b)使用「reasonably believe appropriate」字樣，其意義係指於數種選擇中，董事所為之選擇，如與一位具有一般常識、智慧之人，於瞭

⁹ 修正前模範公司法 8.30(a)(2)所使用之文字為：「the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances」_。

解相關狀況後所為之選擇相當，則該董事之選擇依注意義務之標準衡量，即屬適當之選擇；反之，如董事之選擇超出合理裁量之範疇，即非適當之選擇，亦即董事違反其注意義務。8.30(b)使用「in a like position」字樣，其意義係指一般人於擔任該公司董事此一職務。8.30(b)使用「under similar circumstances」字樣，其意義係指必須認知，董事應負之責任將因公司之大小、複雜與否、事件之急迫、公司營業活動之處所而有不同，董事為裁量當時所取得之資訊、及董事之特殊背景、資格及有無擔任公司管理工作，均得作為考量董事有無盡其注意義務之參考。

(二) 美國德拉瓦州等法院之見解

依美國德拉瓦州前最高法院法官 Henry R. Horsey 之見解，於一九六三年以前，德拉瓦州法院之判決並未明確指出董事注意義務之具體標準，直到一九六三年德拉瓦州最高法院審理 *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*¹⁰一案時，始明確指出公司董事於管理公司業務時，應使用一般謹慎、小心之人於類似情形下所使用之注意¹¹。依學者與法院之見解，董事之主要功能有二，一為作決定，另一為監督公司業務執行。董事之注意義務依董事係作決定（decision making context）或監督公司業務執行（non-decision making or oversight context）而有不同，於作決定之情形，會涉及商業判斷法則；於監督公司業務執行之情形，原則上不涉及商業判斷法則¹²。

¹⁰ 188 A.2d 125, 130 (Del. 1963).

¹¹ Henry R. Horsey, *The Duty of Care Component of the Delaware Business Judgment Rule*, 19 Del. J. Corp. L. 971, 982-983 (1994).

¹² Melvin Aaron Eisenberg, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, 51 U. Pitt. L. Rev. 945, 948 (1990); Charles Hansen, *The Duty of Care, The Business Judgment Rule, and The American Law Institute Corporate Governance Project*, 48

1. 於董事作決定之情形

董事於執行作決定之功能時，董事之決定因受商業判斷法則(business judgment rule)¹³之保護。例如，於 Aronson v. Lewis¹⁴一案，德拉瓦州最高法院表示：「董事如欲受商業判斷法則之保護，於作商業決定前，董事有義務知悉其可獲得之所有重要資訊，於獲得資訊後，董事於履行其義務時應盡其注意，雖然本州法院使用不同之字彙描述注意義務之標準，本判決認為依商業判斷法則，董事之責任必須本於重大過失(gross negligence)」，

Bus. Law. 1355, 1356 (1993).

¹³ 商業判斷法則係美國法院於檢視董事有無盡其注意義務時所使用之判斷標準，其意義係指董事為商業決定時，如該決定(1)並無涉及董事個人利益；(2)為決定前董事已蒐集相關資訊(informed)；(3)董事合理地相信(rationally believe)其決定係為公司最佳利益，則董事之決定受商業判斷法則之保護。其判斷董事有無盡其注意義務係採較為寬鬆之標準，所以如此，主要考量之理由如下：(1)採用較為嚴格之標準，將導致董事於作商業決定時過份小心，拒絕從事較具風險性之作為，其結果反有害於股東之利益；(2)採用較為嚴格之標準，將導致有能力者因擔心負擔損害賠償責任而拒絕擔任公司董事；(3)董事作商業決定時並無可資參考之固定標準模式；(4)商業決定之結果無法精確計算；(5)法官及陪審員對企業經營不具專業，較不適宜評估複雜之商業決定；(6)訴訟之發生多係數年後，不易公正評估董事為決定當時之各種情況；(7)競爭之市場機制將促使董事謹慎從事各項商業決定；(8)公開發行公司之股東購買公司股票，係自願承擔風險，如不滿意董事之表現，亦可將股票出售。請參閱 Hal R. Arkes & Cindy A. Schipani, *Medical Malpractice V. The Business Judgment Rule: Differences in Hindsight Bias*, 73 Or. L. Rev. 587, 622-630 (1994); Kenneth B. Davis, Jr., *Once More, The Business Judgment Rule*, 2000 Wis. L. Rev. 573 (2000); 戴志傑，公司法上「經營判斷法則」之研究，月旦法學，第一六期，頁 161-163 (2004)。

¹⁴ 473 A. 2d 805, 812 (Del. 1984).

自 Aronson 一案後，德拉瓦州最高法院認為董事必須具有重大過失始負損害賠償責任。於 Aronson 一案後不足一年之時間，德拉瓦州最高法院於 Smith v. Van Gorkom¹⁵ (Trans Union) 一案中表示，董事會同意以每股五十五元之價格出售公司股票，係未瞭解詳情後所為之商業判斷，董事會之行為有重大過失。法院所依據之理由為：(1) 董事未瞭解該公司董事長兼總經理 Van Gorkom 於併購案中所扮演之角色；(2) 董事未瞭解該公司之真實價值；(3) 除二位董事外，其他董事事前均不瞭解董事會召開之目的係為討論併購案；(4) 公司管理部門之人員除三位外，均未出席董事會，出席者多係臨時接獲通知討論併購一案；(5) 董事會開會時並無任何書面資料，僅董事長 Van Gorkom 做二十分鐘之口頭報告；(6) 未提供併購契約之書面摘要；(7) 無書面資料證明每股五十五元係屬適當；(8) 僅有二小時之討論時間。自 Aronson 與 Van Gorkom 二案可看出，德拉瓦州最高法院認為董事所為之商業決定應受法院尊重，而受商業判斷法則保護，但董事之決定受法院尊重，其前提為董事於作決定之過程中必須經完全且詳盡之討論，特別是必須提供董事詳盡之書面資料，並給予足夠之時間閱讀資料並仔細考慮¹⁶。由於 Van Gorkom 一案中，德拉瓦州最高法院所強調者為董事為決定之「過程」，故有學者以為董事所為之決定，如有遵循 Van Gorkom 一案法院所示之討論程序，縱所為之決定係通常謹慎之人所不為者，董事仍得以免除責任。由 Van Gorkom 一案及其後之案例顯示，侵權行為法與公司法於認定過失責任時有其實質上之差異。侵權行為法係以「結果」導向，即以合理之人於類似情形下是否會從事被告所為之行為？

¹⁵ 488 A.2d 858, 874-875 (Del. 1985).

¹⁶ E. Norman Veasey & Julie M. S. Seitz, *The Business Judgment Rule in the Revised Model Act, the Trans Union Case, and the ALI Project--A Strange Porridge*, 63 Tex. L. Rev. 1483, 1497-1499 (1985).

反之，於公司法則採"過程"導向，董事於為決定前如已採取適當作為以瞭解狀況 (become informed)，則已盡注意義務。是否已採取適當作為則依重大過失此一概念衡量。於公司法，董事所為之行為其正確與否與董事是否盡其注意義務並無關連，公司法所置重者為「過程」，而非「結果」¹⁷。

2. 於董事監督公司業務執行之情形

董事除法令限制不得授權外，董事得授權公司管理部門之高級職員執行業務，董事於授權後，董事有義務監督公司之高級職員妥當管理公司之業務與事務，嚴格言之，商業判斷法則僅適用於須為商業決定之情形，而不適用於監督公司業務執行之情形，然設立何種機制以監督公司管理部門，實涉及商業判斷，如授權之決定符合商業判斷法則之要件，自受其保護而免於責任¹⁸。有關董事監督公司業務執行較著名之案例有三，其中 Lutz v. Boas 與 Graham v. Allis Chalmers Manufacturing Co. 二案係一九六一年代德拉瓦州案例，其所採董事注意義務之標準於判決內雖未明示，然有學者以為係同於前述 Aronson 一案重大過失之原則¹⁹。另一案例為 Francis v. United Jersey Bank，以下將分別說明其內容：

(1) Lutz v. Boas²⁰

Lutz 一案係德拉瓦州唯一董事因怠於執行監督功能，遭科以損害賠償責任之案例²¹，於該案中共同基金 (mutual fund) 公司之外部董事，對共

¹⁷ Hansen, supra note 12, at 1357-1358.

¹⁸ E. Norman Veasey, *An Economic Rationale for Judicial Decisionmaking in Corporate Law*, 53 Bus. Law. 681, 690 (1998).

¹⁹ Veasey & Seitz, supra note 16, at 1503.

²⁰ Lutz v. Boas, 171 A.2d 381 (Del. 1961).

²¹ James L. Griffith, Jr., *Director Oversight Liability: Twenty-First Century Standards and Legislative Controls on Liability*, 20 Del. J. Corp. L. 653, 668-669 (1995).

同基金公司與投資顧問公司所簽訂之管理契約給予自動同意、對於向美國證券交易委員會提出之資料未詳細檢視、對公司之政策完全不知悉、亦不知悉公司是否遵循其所訂之政策、對公司所買賣之證券投資組合(portfolio securities) 從未討論、亦不知悉由何人決定買賣證券、容許投資顧問公司未經諮詢共同基金董事即主導共同基金業務、對證券周轉率及公司經紀業務如何分配均不知悉，本於前述不作為之事實，法院因而認定公司之外部董事完全怠於執行董事之職務，對公司所受之損害應連帶負損害賠償責任²²。

(2) *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*²³

於 *Graham* 案中 *Allis-Chalmers* 公司係一電機設備製造公司，其所聘僱之員工超過 30,000 人，公司共有 24 座工廠，145 處銷售據點，5,000 經銷商，公司之年營業額超過五億美金，公司之營業，分為二個集團，每一集團均由一資深副總經理主持，其中工業集團下之一部門因涉及違反聯邦反托拉斯法 (anti-trust laws) 聯合定價規定，導致公司及四位非董事之職員被起訴，公司因而負損害賠償責任，股東遂代表公司對公司董事提起代表訴訟，其主要之理由為公司董事未採取作為以發現並阻止公司職員之反托拉斯法作為，該案經衡平法院 (Court of Chancery) 駁回，德拉瓦州最高法院維持衡平法院見解²⁴。

原告股東原主張被告董事知悉聯合定價一事，但法院認為並無證據證明被告董事實際知悉。原告股東再主張公司於一九三七年曾因涉及反托拉斯法作為，並與政府曾簽訂協議 (consent decrees)，被告董事知悉該一事

²² Lutz, *supra* note 20, at 395-396.

²³ 188 A.2d 125 (Del. 1963).

²⁴ *Id.* at 127-128.

實，董事應採取作為以確保公司員工不會再有反托拉斯法作為。然法院認為董事中僅三人知悉該協議，且於調查後並未發現公司再有類此反托拉斯法作為。原告最後主張董事縱使對公司之受僱人並未產生任何懷疑，董事仍應建置監視系統以及時發現並制止公司內之不法行為。法院對此論點亦不表贊同，法院認為公司董事有權信賴下屬之誠實與正直，直到某事件發生使其等對下屬產生懷疑，於本案中並無警訊促使董事知悉下屬違反聯合定價之行為，故而董事並無責任。董事應盡之注意為一般謹慎之人管理公司業務於類似情形下所使用之注意。如不具可疑之事由，董事並無義務建置一套偵測系統以發覺公司內之不法行為²⁵。

(3) Francis v. United Jersey Bank²⁶

於 Francis 案中再保險經紀公司 (Pritchard & Baird) 股東共有四人，其中二位係夫妻，另二位為其等之兒子，夫妻與兒子等四人均擔任公司之董事。公司之業務係協助保險公司將所簽訂之大額保險契約，轉售契約金額之一部分與其他保險公司以分散風險，依當時業界之慣例，出售公司會將再保險公司應分得之保險金轉交與保險經紀商，保險經紀商於扣除佣金後，將剩餘之金額轉交再保險公司。於父親在世時，公司由父親經營，於父親因病去世後，由二子接手公司之經營，公司當時違反業界之慣例，未將公司之營運資金與客戶之資金分開存放，而均存放於同一帳戶中，二子陸續以貸款之方式挪用客戶之資金，由於挪用之金額過大最後導致公司破產，公司之破產管理人遂對妻提起訴訟，訴訟過程中妻死亡，乃以妻之遺產管理人為被告，對妻起訴之主要理由為妻擔任公司董事執行職務時有過失，因妻未積極參與公司業務經營，對公司之業務完全不瞭解，妻於擔任

²⁵ Graham, supra note 23, 129-130 (Del. 1963).

²⁶ 432 A2d 814 (N.J. 1981).

董事數年期間僅至辦公室一次，從未閱讀公司之財務報表，對再保險之業務並無基本認識，亦未做任何努力以確保公司之作為符合法令規定²⁷。

於該案中，法院認定公司之董事對公司應盡通常之注意義務，董事不得主張其欠缺專業知識以為抗辯，董事有義務認知公司經營之業務，一個人如果認為其經驗不足以履行董事之義務，則其應充實其專業或拒絕擔任董事此一職務。董事對公司之營業活動有義務持續瞭解，否則無法參與公司業務之管理。董事對公司之不當作為不得緊閉其雙眼，然後主張因未目睹不當作為，所以無調查之義務。董事之管理作為並非要求董事對公司之日常活動詳細檢視，而係對公司之業務與政策作一般性之監督。例如，董事應定期出席董事會，定期檢視公司之財務報表以熟悉公司之財務狀況，檢視之程度應視業界之習慣、公司之性質與公司所經營之業務而定。檢視財務報表發現異狀時，有詢問之義務。發現非法行為時應予制止，公司如拒絕更正非法行為，則應辭去董事職務。於特殊情形下，履行董事之義務非僅限於制止非法行為及辭職，有時可能須諮詢律師，甚或必須採取作為以阻止其他董事之非法作為²⁸。

該案中法院表示雖然董事係對公司與股東負有信託義務，但部分公司之董事對公司之債權人亦負有信託義務，銀行之存戶性質類似債權人，法院認為銀行之董事對銀行之債權人負有信託義務，非屬銀行之公司如為他人持有信託財產，則該公司之董事亦負有信託義務。本案之再保險經紀公司，持有客戶之鉅額款項，其性質類似銀行，本案之被告董事妻對再保險經紀公司之客戶，如同銀行董事對銀行存戶負有信託義務。本案之被告董事妻擔任再保險經紀公司之董事，其應知悉該再保險經紀公司為其他保險

²⁷ Francis, *supra* note 26, at 816-819.

²⁸ *Id.* at 821-823.

公司代管鉅額保險金，被告董事妻有義務檢視再保險經紀公司之年度財務報告，其如檢視再保險經紀公司之年度財務報告，將發現其子以股東貸款之名義，大量挪用再保險經紀公司替其他保險公司代管之保險金。被告董事妻對再保險經紀公司之業務應有基本之認識並加以監督，此一義務包括閱讀財務報表，並為合理之努力以察知並阻止其他董事之違法行為，其違背此一義務²⁹。

(4) 小結

於前述案例中，Francis 案中法院認為被告董事妻違反監督義務，而 Graham 案中被告董事則未違反監督義務，其主要理由係於前一案例中被告董事妻如稍加注意，即可發現其子以借款之名義挪用保險經紀公司代為保管之保險金，被告董事妻檢視財務報表可立即發現此一情事，而董事妻怠於作為。於後一案例中之公司員工人數超過 30,000 人，且營業範圍廣大，董事亦未知悉公司員工有任何不當作為，公司之規模如此龐大，導致董事僅得為政策性決定，董事之監督義務與企業之規模有相當關連性。有學者認為於後一案例中隱含成本效益分析之觀念，董事如有義務建置監視系統以確保公司之行為均符合法令規定，公司將會產生一筆支出，例如：公司須準備書面手冊教導員工不得參與聯合定價；公司須不時派出律師以檢視公司作為是否符合法令規定；公司之高層必須認真看待此事，經常性告知公司之受雇人，嚴格監控與檢視；一旦發現違反規定即予適當懲戒，此等作為均涉及相當花費³⁰。另有學者批評後一案例之法院見解失之過廣，該法院表示公司董事有權信賴下屬之誠實與正直，直到某事件發生使其等對下屬產生懷疑，如依此一見解，則銀行於出納未有可疑行為前，無

²⁹ Francis, *supra* note 26, at 824-826.

³⁰ STEPHEN M. BAINBRIDGE, CORPORATION LAW AND ECONOMICS 294 (2002).

須對銀行出納有任何防止侵吞公款之措施，然而銀行對出納如未有任何防止侵吞公款之措施，不大可能有任何法院會認為銀行董事之行為合理³¹。於現代大型企業，董事如無法信賴下屬，企業將無法運作，故現代公司法均明文規定，董事得合理且善意信賴公司之記錄及下屬所提供之資料、意見與報告³²。最終問題將歸結於發生不法行為之機率與不法行為之嚴重性，是否使建置監督系統所生之花費有其必要。德拉瓦州最高法院於Graham一案雖表示董事並無義務於公司內建置偵測系統以發覺公司內之不當行為，然該案係決定於一九六三年，判決內所表示之見解於現今是否仍具拘束力，詳情請參閱第叁章第二節所述德拉瓦州衡平法院（Court of Chancery³³）於一九九六年所表示之見解。

二、我國公司董事注意義務之內涵與判斷標準

有關董事注意義務之內涵，我公司法亦如美國公司法，一般而言可將之分為「為決定」與「監督公司業務執行」二類。於為決定之情形，公司法第二二條規定：「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」，可見公司業務之執行除公司法或

³¹ Gevurtz, supra note 5, at 277.

³² Del.Gen.Corp. Law § 141(e) ; M.B.C.A. § 8.30(c)(d)(e).

³³ 德拉瓦州衡平法院由5位法官組成，其中1位擔任首席法官，其他4位擔任副首席法官，全體法官非選舉產生，而係由州長提名經州參議院同意後任命，任期12年，衡平法院負責審理衡平法有關之事項，故而公司法、信託法、遺產、信託義務、不動產買賣等事項均由衡平法院負責審理，不服衡平法院之判決得直接上訴至州最高法院，德拉瓦州雖係一小州，然美國「財富雜誌」全球五百大企業中約有60%之公司係於德拉瓦州註冊，該州法院所為公司事項之判決為全美各州法院處理公司案件之重要參考依據，德拉瓦州衡平法院可稱全美對公司法最有影響力之法院。

章程另有規定外，均應由董事會決議。此外，公司法就應經董事會決議之情事，所為之列舉規定，包括：會計師及經理人之委任、解任、報酬（公司法第二十條第三項、二十九條第一項第三款）、發行新股作為受讓他公司股份之對價（公司法第一五六條第六項）、收買公司股份充作員工庫藏股（公司法第一六七條之一）、與員工簽訂認股權契約（公司法第一六七條之二）、為公司營業政策之重大變更（公司法第一八五條第五項）、選舉公司董事長、副董事長、公司常務董事（公司法第二一八條第一、二項）、以發行新股分派股息、紅利（公司法第二四一條第六項）、公積轉增資（公司法第二四一條第二項）、公司債之募集（公司法第二四六條第二項）、發行新股（公司法第二六六條第二項）、聲請公司重整（公司法第二八二條第二項）、公司進行簡易合併（公司法第三一六條之二第一項）、決議公司進行分割、合併（公司法第三一七條第一項）等，均係公司法規定應經董事會決議之事項³⁴。

公司法第二二條規定公司業務之執行原則上由董事會以決議行之，董事會被定位為業務執行機關，本條規定之內容與德拉瓦州公司法第141(a)、模範公司法（Model Business Corporation Act）第8.01(b)有相當差異，依該二條規定公司之業務係由董事會管理或公司之管理受董事會指導，其所以如此規定，係因公司之大小不一，為符合公司經營之實情，故予彈性規定。如係閉鎖性公司，因公司規模較小、股東人數較少，公司之經營者亦為公司之大股東，故由公司之董事直接管理公司。然如係公開發行公司，因公司規模較大、股東人數較多，公司大股東又多係共同基金、退休基金或保險公司，其等並無意願介入公司經營管理，故而公司經營管

³⁴ 柯芳枝，公司法論（下），頁297-298，三民書局股份有限公司，增訂五版二刷（2004）。

理交由具有專業之高階經理人，董事會僅負責制訂公司重要之業務、財務政策與計畫，並定期集會監督高階經理人所組成管理部門之經營成效。美國法律協會（American Law Institute）所出版之公司治理原則第 3.01 條即本此原則規定，公開發行公司由董事會指定之總經理及獲董事會或總經理授權之高階經理人管理。依我國公司法之規定，董事會為股份有限公司之法定、必備、常設之集體業務執行機關，然依國內現狀，大部分上市、上櫃公司，最多每個月召開董事會一次，許多大型公司因而將公司業務執行區分為業務執行與業務決策，業務執行權授與專業經理人行使，董事會負責重大事項之業務決策³⁵。公司法第二二條規定與公開發行公司實務運作有相當差距，其內容似可參照德拉瓦州公司法第 141(a)、模範公司法第 8.01(b)做適度修正。然不論公司之業務執行係由董事會直接為之，或於董事會指導下由公司管理部門為之，公司之業務執行仍由董事會承擔最終之責任，董事會如將公司之業務執行授權公司之管理部門為之，自應對公司業務執行負有監督義務³⁶。

董事會既負責公司之意思決定及監督公司業務執行，其應負之責任標準如何？按公司法民國九十年十一月修正前，於第一九二條第三項規定：「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」。另依民法第五三五條規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，

³⁵ 王文宇，公司法論，頁 353-354，元照出版有限公司，初版一刷（2003）。

³⁶ 公司法第 218 條第 1 項規定監察人應監督公司業務之執行，並得隨時調查公司業務及財務狀況，查核簿冊文件，並得請求董事會或經理人提出報告。然該條規定係指監察人對公司整體業務之執行有監察權，董事會對公司管理部門授權後監督其業務之執行，係本於授權之當然結果，並不影響公司法所定監察人之監察權，有關公司董事會對公司業務執行之監督並請參閱本文第肆章第二節之內容。

並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。董事服務公司多享有報酬，董事既受公司委任處理委任事務且享有報酬，董事對公司自應盡善良管理人之注意義務。然公司法於民國九十年十一月修正時，於公司法第二十三條增訂第一項：「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」，該條文之修正理由表示：「為明確規定公司負責人對於公司應踐行之忠實義務及注意義務，並對公司負責人違反致公司受有損害，應負損害賠償責任，爰增訂第一項」。另公司法第八條第一項規定董事為有限公司與股份有限公司之當然負責人，董事對公司因而負有忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務。依公司法第二十三條第一項規定，董事無論是否受有報酬，對公司均應盡善良管理人之注意義務，如有違反，對公司應負損害賠償責任，與修正前相較，增訂之第二十三條第一項提高董事對公司之注意義務，董事對公司應盡善良管理人之注意義務更加明確³⁷。

董事對公司應盡善良管理人之注意義務，而善良管理人之注意義務係屬注意義務中最高者，善良管理人之注意義務其具體內容為何？依實務見解：「善良管理人之注意指依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意」³⁸。「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；至行為人有無盡此注意義務之知識或經驗，在所不問」³⁹。自該等實務見

³⁷ 柯芳枝，公司法論(上)，頁47，三民書局股份有限公司，增訂五版三刷(2004)；王文宇，前瞻公司法制，月旦法學，第一期，頁166(2003)。

³⁸ 42年台上字第865號判例。

³⁹ 79年台上字第1203號判決。另請參曾宛如，公司管理與資本市場法制專論(一)，頁24，學林文化事業有限公司，一版(2002)。

解之內容觀之，其係採客觀之標準以判斷董事有無盡其注意義務。其內容與過去美國模範公司法 8.30(a)(2)所使用之「ordinarily prudent person」，目前美國模範公司法 8.30(b)所使用之「reasonably believe appropriate」內容近似，均係採客觀標準以判斷董事有無盡其注意義務。然於過失程度上，我公司法將董事之注意義務定位為抽象輕過失，美國德拉瓦州公司法依前述 Aronson 一案，將董事之注意義務定位為重大過失，過失責任之標準看似有極大不同，然於適用時是否造成差異？實則未必如此，假設一位無利益衝突之董事，於董事會開會討論某議案前，詳細閱讀該議案資料，對所討論之事項，有清楚認識，於會議時就有疑問之處，亦請求公司管理部門詳細說明，董事於決議時贊成該議案，但該決議執行之結果使公司招致損失，贊成決議之董事應否對公司所受損失負賠償責任？個人以為於此情形，不論依美國德拉瓦州公司法或我國公司法，董事均無須負損害賠償責任，因依客觀標準審查，具有相當知識經驗及誠意之董事所應盡之注意亦不過如此，美國與我國於董事過失責任所採之標準雖有不同，然實施之結果未必造成差異。「財團法人萬國法律基金會」於民國九十二年二月提出之「公司法制全盤修正計畫研究案」中以明文引進商業判斷法則，董事所為之商業判斷如符合商業判斷法則之要件，即視為董事已盡其應盡之注意，由於商業判斷法則之內容強調董事為決定時不得違背忠實義務，且自為決定之過程論斷董事有無盡其注意義務，而非依決定之結果論斷，該一標準較之善良管理人之注意義務更為具體明確，相信於完成立法後將有助於釐清董事注意義務之程度。

參、美國公司董事監督義務中符合法令之義務

一、概述

現代政府因職能複雜，不論國內國外，公司受到愈來愈多政府法律與行政命令規範，公司一旦違反相關法令，政府課予公司之制裁不論刑事罰金或行政罰鍰均愈加嚴厲，甚或遭吊銷公司營業執照，公司一旦遭受鉅額罰金、罰鍰或吊銷執照之處分，公司受損之同時股東亦間接受害，董事既負有監督公司業務執行之義務，於此一背景下衍生出董事有無義務於公司內部設置符合法律之機制，以確保公司之經營符合法令之規範。以下將分別依美國法院實務、美國法律協會、美國公司董事指導手冊、公司治理原則、美國聯邦法、美國聯邦量刑指導原則等相關見解與規定說明如後：

二、In re Caremark International Inc. Derivative Litigation⁴⁰

Caremark 係依德拉瓦州法律組織，總部設於伊利諾州之公開發行公司，受僱員工約有 7,000 人，有 90 個分支機構，主要業務係提供醫療照顧服務，其主要收入源自保險公司、老年保健醫療及醫療補助 (Medicare and Medicaid) 之補償性支付。聯邦法 (The Anti-Referral Payments Law-ARPL) 規定，醫療照顧之提供者如 Caremark 禁止對轉介者支付老年保健醫療及醫療補助轉介費用，Caremark 通常與醫生簽訂契約，本於該契約 Caremark 對醫師支付顧問費及研究津貼，其中部分醫生曾指定或推薦 Caremark 對老年保健醫療制度所提供之產品或服務。聯邦政府之健康與人類服務部

⁴⁰ 698 A.2d 959 (Del. 1996).

(United States Department of Health and Human Services Office) 於一九九一年七月曾公布一行政命令，以界定醫療照顧提供者與轉介者之關係，以免違背 ARPL。一九九一年八月聯邦政府之健康與人類服務部開始調查 Caremark 前身之商業作為，特別係調查 Caremark 前身與醫師所簽訂之契約。一九九二年三月聯邦司法部亦加入調查。對於該一調查 Caremark 前身於一九九一年十月宣布其不再支付管理費用予對老年保健醫療及醫療補助病患提供服務之醫師。一九九二年四月 Caremark 公布其契約關係指導原則第四次修正，以確保符合 ARPL 之規定。一九九二年九月 Caremark 宣布所有 Caremark 與醫師簽訂之合約均須獲得地區負責人核准。於整個調查過程中，Caremark 有一內部稽核計畫以確保符合商業與倫理政策，另聘請 Price Waterhouse 會計師事務所做外部查核，會計師事務所提出之報告指出 Caremark 之控制系統已足夠，並將該一報告送交 Caremark 董事會之稽核與倫理委員會。公司之董事會曾被管理階層告知公司為符合相關法令規定所做之計畫與各項作為，例如，公司之銷售人員必須持續接受 ARPL 教育、使用公司律師核准之契約書、一九九三年七月公司新倫理手冊禁止支付轉介費用，並要求員工使用免費倫理熱線舉發違法行為。一九九三年期間，Caremark 另採取數項措施以強化管理監督，此等措施包括要求所有分公司經理依合約支付予醫療照顧提供者之費用，均須獲得總公司同意，Caremark 並任命其財務長負責監督系統⁴¹。

一九九四年八月明尼蘇達州之聯邦大陪審團將 Caremark 起訴，明尼蘇達州之起訴書指出 Caremark 於一九八六年至一九九三年期間，以研究津貼及顧問合約名義曾支付一醫師一百一十萬美金以誘使該醫師使用 Caremark 行銷之藥品。一九九四年九月俄亥俄州之聯邦大陪審團亦將

⁴¹ Caremark, supra note 40, at 960-963.

Caremark 起訴，俄亥俄州之起訴書指出 Caremark 曾支付一醫師十三萬多美金作為轉介費用⁴²。

一九九五年六月 Caremark 就違反 ARPL 部分，與美國司法部及其聯邦及州政府機構達成協議，除就郵件詐欺 (mail fraud) 認罪外，並同意支付民事損害賠償及刑事罰款，參與該案調查之聯邦及州政府機構則同意終止調查，Caremark 被允許仍得繼續參與老年保健醫療及醫療補助計畫，和解協議中並未對 Caremark 董事或高級職員提出刑事控訴。Caremark 另同意補償保險公司九千八百萬美金。相關金額累計後 Caremark 全部支付之總額約達二億五千萬美金⁴³。

於刑事案件起訴之同時，一九九四年八月 Caremark 股東於德拉瓦州衡平法院對公司董事提起代表訴訟，主張公司董事對公司員工未予適當監督違反其注意義務，導致公司遭罰款及負賠償責任。一九九五年六月提起代表訴訟之雙方達成和解，和解協議原包括金錢與後續作為二部分，金錢部分後經刪除，後續作為部分主要內容包括七點，主要係 Caremark 承諾不得再提供轉介費、董事會每半年應討論政府醫療照顧相關規定之重要修正。董事會另應成立符合法令及倫理委員 (Compliance and Ethics Committee)，委員會應有四位董事，二位董事為外部董事，委員會一年集會四次，以落實及監督符合 ARPL 規定，並就落實情形每半年向董事會報告一次。公司負責業務部門之高級職員應擔任符合法令計畫之主持人，每半年應向符合法令及倫理委員報告一次，並透過公司外部律師協助檢視現有公司合約及核准新合約。和解協議經通知股東後送請德拉瓦州衡平法院

⁴² Caremark, supra note 40, at 963-964.

⁴³ Id. at 965-966.

審核，以決定該一協議對公司與其他未為原告之股東是否公平⁴⁴。

德拉瓦州衡平法院首席法官 William T. Allen 於審核時表示，董事因違反注意義務應負責任之情形有二：一為董事會之決定致公司受損，該決定係出於過失，另一為董事會未經思慮之不作為，而適當之注意將阻止損害發生。

於前一類情形，如董事會之決定係以善意並經詳細考慮過程後之產物或董事會之決定係理性的，則董事會之決定依保護董事之商業判斷法則（business judgment rule）檢視，法院或陪審團認為董事會之決定錯誤與否，不得為科董事責任之基礎，只要為決定之過程係理性的（rational），或係以善意增進公司利益。否則，如採其他方式，或評估決定之實質內容，將使董事暴露於法官或陪審員為實質臆測之風險。本於該一理由，法院檢視董事之決定重在決定之過程，而非決定之實質內容，商業判斷法則係程序導向並置重於瞭解相關狀況（informed），對董事會出於善意之決定高度尊重⁴⁵。

於後一情形，公司之損失非出於董事之決定，而係出於未經考慮之不作為。董事之注意通常集中於公司之重大事項，例如總經理之任命及其報酬、公司結構之改變、合併等，然一般商業決定係由較低層之公司職員與受僱人所為，其等之行為同樣對公司策略與財務目標產生重大影響，Caremark 及其他財務金融公司，如 Salomon, Inc.; Kidder, Peabody; Prudential Insurance 等案例之發生，促使董事監督公司符合相關法令之責任問題浮現，特別係聯邦法有增加使用刑事罰以確保公司符合法令規範之傾向，例如環保、金融、勞工及產物安全、及其他健康及安全等規定。依

⁴⁴ Caremark, supra note 40, at 966-967.

⁴⁵ Id. at 967-968.

據一九八四年之聯邦量刑改革法 (Sentencing Reform Act of 1984)⁴⁶ , 美國量刑委員會 (United States Sentencing Commission) 於一九九一年訂定組織量刑指導原則 (Organizational Sentencing Guidelines)⁴⁷ , 該指導原則對公司違反聯邦法律科以一致之制裁, 由於其對公司科處之罰金遠超過以往, 量刑指導原則對現代之公司提供一強有力之動機, 促使公司內部必須建立一機制以發覺公司所可能從事之違法行為, 一旦發現違法行為, 公司應即通報相關政府單位, 並迅速採取補救措施⁴⁸。

德拉瓦州衡平法院首席法官 William T. Allen 表示, 公司內如欠缺一資訊與通報系統, 提供董事會與公司管理階層及時與正確之資訊以為決定之基礎, 董事會即未盡其義務。其依據之理由有三: (一) 德拉瓦州相關案例, 自 Smith v. Van Gorkom⁴⁹ 至 Paramount Communications v. QVC⁵⁰ 等案均強調董事會之重要性; (二) 相關及適時之資訊係滿足董事依德拉瓦州公司法第一四一條監督角色之必要前提⁵¹; (三) 聯邦組織量刑指導原則對企

⁴⁶ Pub. L. 98-473, § 217(a), 98 Stat. 2017 (1984) (codified at 28 U.S.C. §§ 991-998(1994)).

⁴⁷ 有關聯邦量刑指導原則之詳細內容, 請參閱第參章第七節之內容。

⁴⁸ Caremark, supra note 40, at 968-969.

⁴⁹ 488 A.2d 858 (1985).

⁵⁰ 637 A.2d 34 (1994).

⁵¹ The business and affairs of every corporation organized under this chapter shall be managed by or under the direction of a board of directors, except as may be otherwise provided in this chapter or in its certificate of incorporation. If any such provision is made in the certificate of incorporation, the powers and duties conferred or imposed upon the board of directors by this chapter shall be exercised or performed to such extent and by such person or persons as shall be provided in the certificate of incorporation (Del. Code Ann. tit. 8, § 141(a)). 本項規定公司得直接由董事會制訂政策並指揮公司高級職員從事日常事務之運作, 亦得由董事會授權

業組織之潛在影響，任何理性之人意圖以善意符合公司治理之責任，應將此一發展及更嚴厲之制裁、減輕制裁之機會均列入考慮。其並以為本於前述之理由，德拉瓦州最高法院三十餘年前於 Graham 一案所表示之見解，即「如欠缺引起懷疑之事由，董事並無義務建置並運作該一機制以發覺違法」，如適用於現代其正確性有待商榷⁵²。

由於任何一種合理建置之資訊及通報系統，均不足以排除公司違反法令或董事、高級職員被誤導之可能性，公司內建置之通報系統究應至何一程度，係屬董事商業判斷之領域，董事如以善意確定公司之資訊及通報系統存在，且該系統足以適時提供相關資訊，董事已履行其義務。故而，衡平法院首席法官 William T. Allen 表示，董事之責任包含以善意確認公司之資訊及通報系統存在，董事如怠於作為，於某些情形下，可能使董事對公司因不符合相關法令所導致之損害負賠償責任⁵³。

董事所組成之委員會執行董事會之功能。

A member of the board of directors, or a member of any committee designated by the board of directors, shall, in the performance of such member's duties, be fully protected in relying in good faith upon the records of the corporation and upon such information, opinions, reports or statements presented to the corporation by any of the corporation's officers or employees, or committees of the board of directors, or by any other person as to matters the member reasonably believes are within such other person's professional or expert competence and who has been selected with reasonable care by or on behalf of the corporation (Del. Code Ann. tit. 8, § 141(e)). 本項規定董事會或委員會之成員，得善意信賴公司之記錄，或公司高級職員、受雇人、董事會下委員會或其他相關專業人員之資料、意見或報告，本項規定主要係認知公司之董事不可能知悉公司或公司所進行交易之一切事項，必須依賴下屬所提供之資料。

⁵² Caremark, supra note 40, at 970.

⁵³ Caremark, supra note 40, at 970.

前任德拉瓦州最高法院首席法官 E. Norman Veasey⁵⁴於一九九八年一月至三月於聖地牙哥、賓州大學與史丹佛大學所舉辦之研討會中表示，其雖不願就德拉瓦州衡平法院首席法官 William T. Allen 於 Caremark 一案所表示之意見加以評論，但表示公司建置一符合法律之機制係一項良好之公司作為，依聯邦量刑指導原則，公司建置一合理之機制，且該一機制之設計與執行將有效阻止及偵測公司違法行為，於刑事訴訟中對公司具有加分作用，僅聯邦量刑指導原則一項即足以促使董事會建置符合法律之機制作為一項良好之公司作為。至於符合法律之機制究應建置至何一程度，始能滿足董事監督義務之要求？其表示相信不會有法院要求該一機制必須完美無缺，其以為必須考量當時之習慣、可行性與不具備該一機制所可能產生之風險等相關因素，建立一合理之機制相信足以滿足監督義務之要求，自良好之公司作為此一觀點考量，公司之董事會如以駝鳥心態不採取任何作為，將是一項不明智之決定⁵⁵。其他法律學者亦認同此一觀點⁵⁶。

適用前述之原則於本案中，衡平法院首席法官 William T. Allen 認為該一和解協議對公司與未擔任原告之股東係屬公平。其另表示原告股東如主張公司董事怠於掌控公司之受僱人致違反注意義務，原告股東必須證明：（一）董事知悉或應知悉違法情事發生；（二）董事未以善意採取作為以阻止或更正該違法情事；及（三）董事之怠於作為導致公司損失（proximately resulted in the losses），本案並無 Caremark 之董事知悉公司違

⁵⁴ 其任期於 2004 年 4 月 7 日屆滿，目前已退休，德拉瓦州首席法官由 Myron T. Steele 繼任。德拉瓦州最高法院共有 5 位法官，其中 1 位擔任首席法官，任期均為 12 年，德拉瓦州最高法院法官均由州長提名經州參議院同意後任命。

⁵⁵ Veasey, supra note 18, at 691-692.

⁵⁶ H. Lowell Brown, *The Corporate Director's Compliance Oversight Responsibility in the Post Caremark Era*, 26 Del. J. Corp. L. 1, 47 n.87 (2001).

法情事。另依衡平法院首席法官 William T. Allen 之見解，董事會必須持續性或系統性 (sustained or systematic) 之怠於監督，即完全怠於確保一合理之資訊與通報系統存在，始構成董事欠缺善意而為課以責任之依據，本案並無董事持續怠於行使監督權，相反的，公司之資訊與通報系統顯示公司以善意試圖瞭解相關狀況，本案資料不足以顯示被告董事於行使監督責任時欠缺善意⁵⁷。

衡平法院首席法官 William T. Allen 於 Caremark 一案所表示之見解，代表德拉瓦州對董事監督義務之見解與過去已有重大轉變，其認為公司內應有一監督機制以阻止及偵測公司之違法行為，否則，公司如因違法行為導致公司遭受財務上損失，董事有可能應負損害賠償責任⁵⁸。然衡平法院首席法官 Allen 之見解認為董事會必須持續性或系統性 (sustained or systematic) 之怠於監督，即完全怠於確保一合理之資訊與通報系統存在，始構成董事違反監督義務而為負責之依據，董事如以善意、合理地建立一公司內之資訊與通報系統，即履行其監督義務，因資訊與通報系統究應建

⁵⁷ Caremark, supra note 40, at 971-972.

⁵⁸ 公司內部設置符合法令之機制可能涉及相當之花費，董事會如善意的決議不設置該一機制，參與決議之董事是否可能違反注意義務？個人以為依美國相關法令之規定，其答案應屬肯定，因董事為決定時欲受到商業判斷法則之保護，其要件之一為董事必須合理相信其決定符合公司最佳利益（請參註 13），公司設置符合法令之機制，依聯邦量刑指導原則手冊 8C2.5 規定，將減少公司可責性之點數，導致公司罰金數額減少，公司未設置符合法律之機制，顯然不符合公司最佳利益，其結果將導致董事無法受商業判斷法則之保護，董事為求受商業判斷法則之保護，依美國法之規定，有必要於公司內部設置符合法令之機制。且除罰金數額之考量外，公司因不法行為之結果，尚可能產生其他之不利益，其詳細內容請參閱第參章第七節之說明。

置至何一程度，仍屬董事商業判斷之領域，而受商業判斷法則之保護，故有學者以為董事實際暴露於責任之風險並不大⁵⁹。

公司內建置一套使公司行為符合法令之機制，係屬董事注意義務中之監督義務，除經美國德拉瓦州衡平法院所肯定外，美國法律協會(American Law Institute)所訂定之公司治理原則：分析與建議(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations) 美國律師公會(American Bar Association) 商法類之公司法委員會所出版之公司董事指導手冊、美國企業圓桌論壇、經濟合作暨發展組織訂定之公司治理原則、相關聯邦法規定、聯邦量刑指導原則均認同此一看法，以下分別說明如後：

三、美國法律協會(American Law Institute)之見解

美國之法律協會歷經十三年之努力，於一九九二年公布公司治理原則：分析與建議(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations)，美國法律協會考慮到公司法之內涵包括法條與法院實務見解，同時亦涉及公司實務與公司內部規範，故而公司治理原則僅載明公司治理之基本原則暨對公司實務運作之建議，其內容並未包括公司法之所有章節，而係針對特定之主題加以論述，例如公司治理原僅討論：公司存在之目的與行為、公開發行公司董事與高級職員之功能與權力、審計委員會、董事會與主要監督委員會之實務運作建議、注意義務及商業判斷法則、公平交易義務、公司董事與股東於公司控制權交易及公開收購要約之角色、及損害賠償等問題。其編排之體例主要為本文、評釋及報告人之註

⁵⁹ Stephen F. Funk, *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation: Director Behavior, Shareholder Protection, and Corporate Legal Compliance*, 22 Del. J. Corp. L. 311, 321-325 (1997).

記 (Reporter's Note)⁶⁰。

公司治理原則認為公司治理之基本要義為符合相關法律規定，該原則 §2.01(b)(1) 規定：公司如同自然人一般，其行為限於法定範圍內⁶¹。有關公司是否應遵守相關法令有說法以為，宜視成本與效益分析之結果而定，然 §2.01 不採用成本與效益分析 (cost-benefit analysis) 之立場，即不以從事違法行為所取得之收益與行為一旦被察覺可能產生之損害 (金錢損害賠償) 兩相比較，以決定是否從事該違法行為。公司治理原則 §2.01 之評釋中並舉例說明如下：F 公司係公開發行公司，年度營業收益為三至五百萬美金，F 公司希望取得 P 公開發行公司之供給合約，預期該一供給合約於二年期間對 F 公司所產生之收益為五百萬美金，P 公開發行公司之副總經理對 F 公司之主事者表示，如 F 公司支付其二萬美金，F 公司將取得該一供給合約，F 公司之主事者瞭解此一行為係違反法律規定，但考慮被查獲之機率極低，故同意由 F 公司支付二萬美金予 P 公開發行公司之副總經理，F 公司之行為違反 §2.01(b)(1) 之規定⁶²。

公司治理原則 §3.02(a)(2) 規定，公開發行公司之董事會其應執行之功能之一，即為監督公司業務之行為以評估公司業務是否經適當管理，公司治理原則 §3.02(a)(2) 之評釋中表示，公開發行公司係由高階經理人管理，董事會之主要功能為選任公司之總經理暨其經營團隊，選任廣義上即包括監督經理人之表現，如經理人表現欠佳即予撤換。

⁶⁰ A.L.I., Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Chief Reporter Foreword xxv (1994).

⁶¹ The corporation, in the conduct of its business, is obliged to the same extent as a natural person to act within the boundaries set by law.

⁶² A.L.I., Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 2.01, cmt. g (1994).

公司治理原則§4.01(a)僅規定公司之董事對公司履行其義務，應具善意並以符合公司最大利益之方式，盡通常謹慎之人於擔任相同職位、類似情況下所應盡之注意⁶³，該條文字並未要求董事應建置並維持符合法律之機制，然該條之評釋表示，於現今一位通常謹慎之人擔任具相當規模公司之董事，應認知一有效機制存在之必要，以協助董事執行監督公司業務之功能。公司建置監督機制並無固定不變之方式，公司之規模、業務之領域均足以影響監督機制，例如，小型之閉鎖性公司可能不需要監督機制，大型之閉鎖性公司可能需要周延之監督機制。公司律師之專業與經驗、公司業務性質所涉及之法律層面、公司過去有無違反法律規定、建置符合法律機制所需之費用等，均係建置一合理之符合法律機制所應考慮之因素。一般而言，特別係公開發行公司，董事應有效使用董事會下之委員會，以協助董事會執行監督與詢問之功能，熟悉業務之幾位董事針對特定之公司業務所為之監督，與廣泛、形式之報告相比較，前者應係較有效率之機制⁶⁴。

公司治理原則§4.01 之評釋並舉例說明如下，X 公司年營業額為美金九億元，其產品有一龐大之經銷體系，該公司去年因從事水平聯合定價行為（horizontal price fixing）因違反聯邦反托拉斯法（Sherman Act），遭科處罰金一百萬美金，公司與提起反托拉斯法（Sherman Act）民事訴訟之原告達成和解，共支付民事和解金額美金 16,800,000 元，X 公司之董事對公

⁶³ A.L.I., Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 4.01(a): A director or officer has a duty to the corporation to perform the director's or officer's functions in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances.

⁶⁴ A.L.I., Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 4.01, Reporter's Note, Comment to § 4.01(a)(1)-(a)(2) at 165-167 (1994).

司符合反托拉斯法機制之存在一直未予注意，公司亦無符合反托拉斯法之政策說明及機制，公司再度從事水平聯合定價行為，X 公司之董事縱使對違反反托拉斯法之行為不知情，X 公司之董事仍可能違反其董事之注意義務，因考量過去公司已有違反反托拉斯法之行為、公司之規模及龐大之經銷體系等因素，董事應認知建立符合反托拉斯法機制之重要性，除非董事就符合反托拉斯法機制曾授權公司之法律部門主管，並信賴其等之報告，X 公司之董事未能注意建立符合反托拉斯法之機制，將構成董事違反其注意義務。反之，如公司遭科處罰金美金 1,000,000 元後，公司建置符合反托拉斯法機制，該一機制要求所有 X 公司之地區律師將所有反托拉斯法問題彙報總公司之指定律師，如某一地區辦公室之律師未將反托拉斯法問題彙報總公司致違反反托拉斯法，X 公司之董事並不會因符合反托拉斯法機制之偶一失效而違反其注意義務⁶⁵。

綜上所述，公司治理原則§3.02(a)(2)以明文表示公開發行公司之董事應監督公司業務之行為，公司治理原則雖未以明文要求董事應建置並維持符合法律之機制，然§4.01(a)之評釋表示，一位通常謹慎之人擔任具相當規模公司之董事，應認知一有效符合法律機制存在之必要，董事對公司符合法律機制存在如未賦予應有之注意，致公司因而受損，董事將因違反注意義務而對公司所受之損害負賠償責任。

四、美國公司董事指導手冊之見解

公司董事指導手冊（Corporate Director's Guidebook）⁶⁶第二條指出，

⁶⁵ A.L.I., Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 4.01, Reporter's Note, Comment to § 4.01(a)(1)-(a)(2) at 167-168 (1994).

⁶⁶ 公司董事指導手冊係美國律師公會商法類之公司法委員會所出版，第一版係發行於 1978 年，第二版係發行於 1994 年，第三版係發行於 2001 年，主要係依

公司從事商業活動之中心目標在於創造及增進股東之財產價值，為達成此一目標，董事活動之主要功能有二：一為做決定（decision-making），另一為監督（oversight）。做決定之功能主要包括形成公司政策與策略目標，及對特定事項採取作為。監督之功能包括持續監督公司業務及事務，特別應注意：公司之業務表現、計畫與策略、風險評估與管理、符合法律義務與公司政策、提供股東之財務報表及其他報告之品質、及其他有必要詢問或調查之事項。由於公司之權力由董事會行使，公司之業務與事務由董事會管理或其管理係受董事會指導，故而公司之董事會或其下之委員會負責監督公司之管理部門。廣義而言，董事之主要責任固在於指導公司之管理部門以增進公司之最佳利益，但同時亦應考量社會之期待，於追求公司經濟利益之同時，應同時注意其政策與活動對公司受僱人與公司所處社區之影響。就個別而言，為有效執行其做決定與監督之責任，每一位董事對下列事項應有一基本認識：公司之業務、主要之活動與財務計畫、公司經濟上與競爭上所面對之風險、公司之財務狀況、與競爭者相較下之業務表現。同時，董事亦應設置有效之系統，以及時提供董事會或相關委員會下列資訊：公司之目標與策略計畫、公司之業務與財務表現、財務資訊、用以管

據模範商業公司法所編撰，該書主要之目的係提供公司董事指引以履行其對公司之義務及瞭解現代公司治理原則如何運作，著重於個別董事應扮演之角色、董事會及主要委員會之功能，自第三版發行後，美國陸續發生許多震驚全世界之大公司經營失敗案例，為彌補漏洞，聯邦政府立即展開相關立法，美國之證券交易委員會根據聯邦法增訂並修正相關行政命令，2004年5月出版之公司董事指導手冊第四版，其內容即係依沙氏法案（Sarbanes-Oxley Act of 2002）美國證券交易委員會有關公司治理之新規定、主要證券交易市場對上市公司公司治理標準、董事會過半數董事獨立性之標準而做修正。公司董事指導手冊雖主要以公開發行公司董事為對象，其對一般公司董事亦同樣適用。

理風險與確保符合法律與公司政策之內部控制系統、可能產生之重大風險與責任⁶⁷。

公司董事指導手冊第六條係有關審計委員會之規定，該委員會自一九三九年由紐約證券交易所推薦設置以來，已成為公開發行公司公司治理架構中重要之一環，依沙氏法案（Sarbanes-Oxley Act of 2002）⁶⁸，公司外部稽核之聘任與行為之監督專屬稽核委員會，稽核委員會亦負責監督公司財務報表之製作與內部控制。稽核委員會之法定義務除選任公司之外部稽核、核定外部稽核之薪資、建置對公司會計與內部控制之申訴程序、檢視公司之年報、季報、檢視對股東之年度報告等事項外，尚應定期與公司管理部門會談，以檢視公司之主要風險，並檢討風險管理計畫，其內容包括：降低現在與未來之訴訟風險、訂定符合法律機制之程序與政策⁶⁹。公司董事指導手冊第六條 F 項規定，稽核委員會應定期與負責落實公司倫理規範及符合法律政策之公司高級職員面談，面談時公司之其他高級職員暨非獨立董事不宜在場，該負責之高級職員報告之內容應使稽核委員會知悉公司之高級職員違反法律與公司行為準則之情形、所受之懲戒及其他使稽核委員會有效監督公司符合法律機制之資訊。此外，公司之法律總顧問應定期與稽核委員會會談，以告知公司符合法律機制之現況，其內容包括潛在或持續之公司重大違反法律或公司高級職員違反義務情事，該等會談宜以不公開之方式以便稽核委員會與法律總顧問坦誠交換意見⁷⁰。公司董事指導

⁶⁷ Committee on Corporate Laws, ABA Section of Business Law, *Corporate Director's Guidebook, Fourth Edition*, 59 Bus. Law. 1057, 1063-1066 (2004) .

⁶⁸ Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (2002).

⁶⁹ Committee on Corporate Laws, *supra* note 67, at 1088-1090.

⁷⁰ COMMITTEE ON CORPORATE LAWS, CORPORATE DIRECTOR'S GUIDEBOOK 52-53 (2004).

手冊第九條有關其他監督活動，其 F 項指出進年來董事會之責任特別置重於監督公司符合法律規範之機制，許多公開發行公司將此一工作交付稽核委員會，由稽核委員會定期與公司之內部或外部法律顧問討論符合法律規範之問題，部分公司則因稽核委員會之負擔過重，選擇另行成立法律事務委員會，但不論採何一方式，董事應確保符合法律之機制確係存在，以注意符合法律機制之相關問題，並使重大之法律事件得以迅速通知董事會或相關之委員會。此外，針對公開發行公司，沙氏法案暨證券交易委員會律師行為準則規定，於特定情形下法律顧問就重大違反證券法或董事義務之情事，應向董事會或獨立董事組成之委員會報告，董事會應確保符合此等規定之程序存在，並應考慮如何處理此類報告⁷¹。

五、公司治理原則之見解

美國企業圓桌論壇 (The Business Roundtable)⁷²於二〇〇二年五月修正公布之公司治理原則 (Principles of Corporate Governance)，於前言中表示公開發行公司董事會最重要之義務即為選任公司之總經理 (Chief Executive Officer，簡稱 CEO)，並監督總經理及管理部門以有效及符合倫理之方式處理公司日常事務，公司之管理部門應以有效及符合倫理之方式

⁷¹ Committee on Corporate Laws, supra note 67, at 1106.

⁷² 企業圓桌論壇係 1972 年美國當時之三大組織 (March Group, Construction Users Anti-Inflation Roundtable, and Labor Law Study Committee) 合併而成，成員包括近 150 家美國主要企業，企業所僱用之員工超過 10,000,000 人，其中多屬名列美國「財富雜誌」全球五百大企業，由公司之主要負責人 (CEO) 參與會議，成立此一圓桌論壇之理念係公共政策形成之過程中企業應扮演積極與有效之角色，其主要之目的有二：(1) 使不同公司之主要負責人有機會共聚一處，分析影響經濟與企業之特定問題；(2) 為提供政府與大眾適時、有效之資訊及行動之建議。

經營公司業務，以增進股東之利益⁷³。於第二章（有關董事會與管理部門所扮演之角色）中表示，總經理及管理部門之責任，於內部控制方面包括：建立有效之內部控制系統以確保公司之簿冊、紀錄均屬正確、公司之資產已受妥當保護、公司行為符合相關法令規定，內部控制系統應定期評估與更新以配合環境變遷⁷⁴。於第三章（董事會如何履行其監督功能）中表示，每一公開發行公司均應有一全部由獨立董事組成之稽核委員會，稽核委員會一般包括三至五位成員，稽核委員會主要之功能除應瞭解公司之風險、監督公司與外部稽核之關係、瞭解並熟悉公司之內部控制系統外，並應檢視公司符合法律規定及重要公司政策之程序⁷⁵。於第四章（公司與股東暨其他利害關係人之關係）中表示，公司如同自然人一般，其行為應符合法律之規定，嚴重違法之處罰會相當嚴重，甚至導致公司結束營業，所以符合法律之規定不但係適宜並且是必要的，公司之管理部門應採取適當之措施，以設計、落實並維持有效之法律監督機制，公司之董事會對該一機制應定期檢視以確保該一機制產生效果⁷⁶。

經濟合作暨發展組織（Organization for Economic Co-operation and Development，簡稱 OECD）於二〇〇四年修正公布之公司治理原則，於第一部份（公司治理原則）第六章有關董事會之責任中表示，表示董事會應履行之主要功能之一即為確保公司之會計與財務通報系統完善，及控制系統（特別係風險管理、財務與作業控制、符合法律與相關標準）存在⁷⁷。

⁷³ The Business Roundtable, Principles of Corporate Governance, (May 2002), available at <http://www.businessroundtable.org/pdf/704.pdf>.

⁷⁴ Id. at 10.

⁷⁵ Id. at 18.

⁷⁶ Id. at 33.

⁷⁷ OECD, OECD PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE 25 (2004), available at

於第二部份（公司治理原則註釋）第六章有關董事會之責任中表示，董事會除負責監督公司管理部門之作為，並使股東之投資產生適當收益外，另一董事會重要之責任為監督符合相關法令之系統，其並建議公司設置內部控制系統與程序，以提昇公司符合法令與標準，相關之法令包括稅務、競爭、勞工、環保、平等權利、健康安全等法律⁷⁸。

六、美國聯邦法之相關規定

美國公司於公司內設置符合法律機制實緣起於一九六〇年代，當時許多以重電機設備為主要產品之公司，因產能超過需求，於從事價格戰後，決定從事聯合定價、分割市場及綁標等違反聯邦反托拉斯法（Antitrust）之行為，該等案件經起訴後有二十九家公司與四十四人進入認罪協商程序，奇異公司（General Electric）遭處罰金四十三萬七千五百美金之最嚴厲懲罰，奇異公司當時試圖以該公司自一九四六年起，即具有符合反托拉斯法之機制作為抗辯之理由，然該一抗辯不為法院所接受，聯邦地方法官認為該一機制被用以違反反托拉斯法，而非用以遵守反托拉斯法。奇異公司試圖使用公司內符合反托拉斯法之機制作為抗辯雖未成功，但一九六〇年當時聯邦貿易委員會主席（Paul Rand Dixon）表示，公司如能證明公司內部符合法律之機制係經合理設計足以達成其目標，機制被嚴密監督與真誠執行，違法行為係由於疏於注意且將迅速改正，則該一機制將值得信賴。因聯邦貿易委員會此一言論之鼓勵，公司內設置此一符合反托拉斯法之機制遂成為風潮，此一機制也確實降低反托拉斯法之行為，於美國雷根總統就職期間縱使聯邦政府已減少實施反托拉斯法之作為，於一九八七年所為之實證研究中，有 68 % 之受訪公司表示，其公司之行為準則（Code of

<http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>.

⁷⁸ Id. at 63.

Conduct) 中對反托拉斯法之行為有加以規範⁷⁹。

於一九七〇年代以後，美國聯邦政府陸續制訂並修正許多聯邦法規，如聯邦反國外行賄法 (Foreign Corrupt Practices Act of 1977⁸⁰)、證券法、環保法等法律中均引導公司自行設置有效之符合法律之機制，以下將簡述該等法規之相關內容：

(一) 反國外行賄法

聯邦反國外行賄法實緣起於一九七二年之水門案，一九七三年水門案特別檢察官指控數公司及其高級職員於一九七二年美國總統選舉時違法使用公司資金，一九七四年美國聯邦證券管理委員會認定，公開發行公司之董事或高級職員因違法支付款項遭刑事判決係屬重大事項，必須對社會及公司股東揭露，為便於揭露有疑問之付款，美國聯邦證券管理委員會推行自動揭露計畫，結果有四百家公司承認曾為有疑問或違法付款，其中包括洛克西德飛機公司 (Lockheed Aircraft Corp.) 及海灣石油公司 (Gulf Oil Corp.) 等大公司，支付之總金額高達三億美金，於參議院之立法文件指出，公司支付賄款係不正當之商業作為，為阻止違法付款，故由聯邦立法訂定反國外行賄法，禁止美國人所有之公開發行公司，為取得或維持海外之商業機會，對外國之政府官員或政黨代表行賄。此外，由於該等問題付款均係經由秘密帳戶支付，該法亦一併要求公開發行公司維持正確之簿冊、紀錄及帳戶，以正確及公正反應公開發行公司財產交易及資產處理情形，並建立內部控制系統，以確保 (1) 公司交易之執行符合公司管理部門之授

⁷⁹ Harvey L. Pitt & Karl A. Groskaufmanis, *Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct*, 78 Geo. L.J. 1559, 1578-1582 (1990).

⁸⁰ Pub. L. No. 95-213, §§ 102-104, 91 Stat. 1494 (1977) (codified as 15 U.S.C. §§ 78dd-1, 78dd-2, 78ff (1994)).

權；(2)公司交易均經記錄，以製作符合一般公認會計原則之財務報表⁸¹。公開發行公司必須維持正確之簿冊、紀錄及帳戶，該一規定並非必然與海外支付賄款有關，凡向美國聯邦證券管理委員註冊之公開發行公司，即使該公司並無海外交易，於美國國內亦未與外國公司交易，同樣必須維持正確之簿冊、紀錄及帳戶。美國聯邦證券管理委員認為董事會是公司治理中最重要之要素，故由董事會負責建置會計與內部控制機制，並監督評估內部控制機制之程序。有關會計及內部控制原一直被認為係屬公司內部管理事項，因本法之規定使美國聯邦證券管理委員會有權加以規範，本法有關會計及內部控制之規定被認為係自一九三三年聯邦證券法完成立法以來最重大之聯邦擴權⁸²。本法之規定對美國公司治理影響重大，公開發行公司因而必須設計妥適之內部控制系統。

(二) 證券法

聯邦證券交易法 (Securities Exchange Act) 第 20(a)⁸³ 規定：「任何依本章規定或依本章所定行政命令規定負損害賠償責任之受控制人，其控制人應於受控制人對他人應負損害賠償之範圍內，與受控制人連帶負損害賠償責任，但控制人之行為係本於「善意」，且未直接或間接誘使產生違規之行為者，不在此限」。依本條規定，控制人如係善意，則其免負連帶損害賠償責任，控制人如主張善意此一抗辯，法院均考量被告公司所設立之監督控制系統是否有效，如被告公司已設立監督系統，且以合理方式落實該一監督系統，則控制人已滿足善意此一要件，善意此一標準所強調者係

⁸¹ 15 U.S.C. § 78 m(b)(2)(A)-(B)(1994).

⁸² Pitt & Groskaufmanis, *supra* note 79, at 1582-1585; Brown, *supra* note 56, at 35-43; Robert C. Clark, CORPORATE LAW §3.42 (1986).

⁸³ 15 U.S.C. § 78 t(a) (1988).

監督系統之有效性，而非監督系統不具任何漏洞⁸⁴。於 S.E.C. v. First Jersey Securities, Inc., 一案中，證券公司之監督機制被法院認為僅具裝飾功能不具任何實益，公司之總經理應連帶負損害賠償責任⁸⁵。

此外，於一九八〇年代因內線交易盛行，故而美國國會通過內線交易與證券詐欺執行法（Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988⁸⁶），課予券商以積極之義務以防止券商之受僱人從事內線交易，將券商置於打擊內線交易之第一線。該法規定證券自營商、經紀商與投資顧問應設置、維持並執行合理設計之書面政策與程序，以防止證券自營商、經紀商、投資顧問及與之相關連之人，利用未經公開之消息從事違反本章之行為⁸⁷。該法要求證券自營商、經紀商、投資顧問不但須設置監督程序，並應嚴格檢視、修正與執行。如未設置有效之監督計畫，且其未設置導致違規行為之發生，則證券自營商、經紀商、投資顧問之控制者（controlling person）將被處下列二者較高之罰款：美金 1,000,000 元之罰款或因違規交易所獲利益或所免除損害三倍之罰款⁸⁸。立法者希望藉由擴大券商控制者之民事賠償責任，以促使其等嚴密監督其受僱人⁸⁹。

（三）環境保護法

美國聯邦環保署為保護人體健康及環境，於一九九五年十二月公布自我稽核政策，鼓勵受環保法規範之組織（regulated entity）定期自行發覺、

⁸⁴ Pitt & Groskaufmanis, supra note 79, at 1614-1616.

⁸⁵ 101 F.3d 1450, 1472-1474 (2d Cir. 1996) 轉引自 Edward Brodsky, *Directors' Liability-Importance of Compliance Procedures*, 217 N.Y.L.J. 29,36 n.41 (1997).

⁸⁶ 15 U.S.C. §§ 78c, 78o, 78t-1, 78u, 78u1, 78f, 78kk, 80b-4a (1988).

⁸⁷ 15 U.S.C. § 78o(f), 80b-4a (1988).

⁸⁸ 15 U.S.C. § 78u-1(a)(3) (1988).

⁸⁹ Pitt & Groskaufmanis, supra note 79, at 1590-1592.

揭露及更正違反環保法之行為，該一政策鼓勵公司自行設置與維持法律符合機制，除少數導致重大實際損害或對人類健康或環境可能產生急迫、重大之危險行為外，公司如係經由自動自發之環保稽核(environmental audit)或查核評估(due diligence)，發覺違反聯邦環保法之行為，並迅速通報及更正不法行為，則予完全免除或免除四分之三之罰款，並得建議免除刑事追訴。環保稽核指有系統、定期、客觀地檢視公司與環保規定有關之公司作業設施與作為。查核評估指公司採取下列作為以阻止、發現及更正公司違反聯邦環保法之行為：1. 制訂符合法律機制之政策、標準與程序；2. 指定監督符合法律機制之負責人；3. 確保符合法律機制之政策、標準與程序之落實；4. 將符合法律機制之標準與程序有效告知公司之受僱人；5. 對違反規定之受僱人加以懲戒之機制；及 6. 訂定迅速更正違規行為之程序，並對現行規定加以修正以防止再犯⁹⁰。

(四) 公開發行公司會計改革及投資人保護法(亦稱沙氏法案)⁹¹

沙氏法案之主要內容分為五部分：1. 會計監督；2. 會計師之獨立性；3. 公司治理；4. 揭露重要事項；及 5. 刑事處罰，以下簡述其相關內容⁹²。有關會計監督方面，設立受美國證券交易委員會監督之公開發行公司會計

⁹⁰ Edward Brodsky, *Directors' Liability-Importance of Compliance Procedures*, 217 N.Y.L.J. 29, 31 (1997); *Incentives for Self-Policing; Discovery; Disclosure, Correction and Prevention of Violations*, 60 Fed. Reg. 66706-66711.

⁹¹ Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002, 亦稱 Sarbanes-Oxley Act, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (2002). 美國於 2001 年 10 月陸續出現 Enron 及 Worldcom 等大公司因財務報表不實而倒閉之醜聞，美國國會對此迅速作出反應，國會參眾兩院於 2002 年 7 月 25 日分別通過沙氏法案，經布希總統於同年 7 月 30 日簽署生效。

⁹² Jonathan Shirley, *International law and the Ramifications of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, 27 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 501, 506-511 (2002).

監督委員會 (Public Company Accounting Oversight Board) , 由該委員會負責訂定審計標準、定期檢視會計師事務所、建立調查與懲戒程序⁹³。於會計師之獨立性方面, 起自一九九〇年代會計師事務所除從事公司審計工作外, 開始提供公司較有利可圖之管理顧問服務, 為求繼續提供公司管理顧問服務, 會計師事務所必須與客戶公司維持良好之關係, 此一考量自然影響會計師之獨立性, 為避免此一情勢, 沙氏法案遂規定公開發行公司之會計師於提供審計服務時, 不得同時提供下列服務: 簿記、財務資訊系統之設計與實施、估價、統計精算、管理及人力資源、投資顧問或投資銀行、與審計有關之法律或專業服務⁹⁴。沙氏法案另要求會計師事務所必須輪調負責從事公司審計之合夥人, 每一合夥人不得負責同一公司之審計超過五年⁹⁵。於公司治理方面, 為修正會計師事務所之誤解, 糾正其等以為其服務之對象為公司之管理部門, 而非對公司負有信託義務之董事會, 沙氏法案採取下列步驟: 1. 於該法規定由公司之審計委員會負責聘請、給付報酬及監督負責公司審計工作之會計師事務所⁹⁶, 負責公司審計工作之會計師事務所直接對公司之審計委員會負責⁹⁷; 2. 公司審計委員會之全體成員由公司董事會中之獨立董事組成⁹⁸。沙氏法案另要求公司之總經理及財務長必須具結證明 (certify) 公司年度及季財務報表之正確無誤⁹⁹, 故意違反此一規定將導致五百萬美金以下之罰金及二十年以下之有期徒刑¹⁰⁰。沙氏法

⁹³ Sarbanes-Oxley Act §§ 103-105.

⁹⁴ Id. §201.

⁹⁵ Id. §203.

⁹⁶ Id. §301.

⁹⁷ Id. §204.

⁹⁸ Id. §301.

⁹⁹ Id. §302.

¹⁰⁰ Sarbanes-Oxley Act §906.

案並於三七條規定，於美國證券交易委員會登錄及執業之律師，於發現公司或其代理人有重大違反證券交易法、或信託義務情事時，應將相關證據告知公司之法務主管（chief legal counsel）或公司之總經理（chief executive officer），如公司之法務主管或公司之總經理未採取適當之措施處理，律師應告知公司董事會之審計委員會或董事會¹⁰¹。有關揭露部分，沙氏法案要求公司必須揭露對公司財務有重大影響之資產負債表外之交易¹⁰²。於刑事責任方面增訂二新規定，其一為意圖妨礙聯邦調查銷毀、變造證據，得處二十年以下有期徒刑。另一為明知並故意不保存審計工作底稿滿五年，得處十年以下有期徒刑¹⁰³。

七、美國聯邦量刑指導原則之相關規定

依據一九八四年之聯邦量刑改革法（Sentencing Reform Act of 1984）¹⁰⁴，美國聯邦量刑委員會（United States Sentencing Commission）於一九

¹⁰¹ 美國證券交易委員會並依沙氏法案第 307 條之授權，訂定行政命令以落實該一授權，其內容請參見 17 C.F.R. § 205.3(b), 205.3(d)(2)(2003)。美國律師公會（American Bar Association）因鑑於公司醜聞之一再發生，亦修正模範律師倫理規則（Model Rules of Professional Conduct 2003）第 1.13 條，該條規定亦近似於美國證券交易委員會依沙氏法案第 307 條授權所訂定之行政命令，德拉瓦州並未追隨模範律師倫理規則第 1.13 條，但其他 41 州（含加州）已依模範律師倫理規則第 1.13 條修正該州之相關規定，即課律師以通報之義務。轉引自 Jenny E. Cieplak & Michael K. Hibey, *The Sarbanes-Oxley Regulations and Model Rule 1.13: Redundant or Complementary?*, 17 Geo. J. Legal Ethics 715, 715-716 (2004)。有關沙氏法案重點簡介另請參范曉玲，*公司治理及財務審計之新紀元*，*月旦法學*，第八十九期，頁 267（2002）。

¹⁰² Sarbanes-Oxley Act § 401.

¹⁰³ Id. § 802.

¹⁰⁴ Pub. L. 98-473, § 217(a), 98 Stat. 2017 (1984) (codified at 28 U.S.C. §§

九一年訂定組織量刑指導原則 (Organizational Sentencing Guidelines)¹⁰⁵，由於該指導原則對公司科以之罰金額度遠超過以往¹⁰⁶，對公司之刑事責任因而產生重大影響¹⁰⁷。

991-998(1994)). 量刑改革法之立法目的在於消除聯邦刑事案件中量刑之不當差異，其被稱之為本世紀最具影響力之聯邦量刑改革，該法於司法體系下建立一獨立機構，即聯邦量刑委員會，由該委員會訂定指導原則以確保聯邦量刑之一致性與比例性。

¹⁰⁵ 聯邦量刑委員會於 1987 年 4 月公布個人量刑指導原則，該原則於 1987 年 11 月生效，起初該一原則招致聯邦司法體系抵制，然聯邦最高法院 1988 年於 *Mistretta v. United States* (488 U.S. 361, 412) 一案中宣告該指導原則並無違憲後，司法體系逐漸接受該指導原則。本於個人量刑指導原則同一方式，聯邦量刑委員會於 1988 年公布組織量刑指導原則草案，經討論修正後，組織量刑指導原則於 1991 年 11 月生效。

¹⁰⁶ 依早期英國普通法，公司不受刑事追訴，主要理由係公司非屬自然人，而為自然人所創造之團體，欠缺從事不當行為之實體、心理與道德上能力，其無法從事犯罪行為、不具犯罪意圖，亦無法接受刑事制裁，此一論點後為美國所繼受。然美國聯邦最高法院 1909 年於 *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States* (212 U.S. 481) 一案中表示，鐵路公司職員違法支付佣金違反聯邦法，得依法起訴鐵路公司並科處罰金，聯邦最高法院表示公司雖然無法從事某些犯罪行為，但許多其他犯罪行為法律已禁止故意為之，代理人於公司授權範圍內故意為之，公司自應對代理人之行為負責，非如此，法律縱使禁止任何人為之，許多犯罪行為將無法加以處罰。現代社會之商業交易絕大多數經由公司為之，如仍本於公司無法從事犯罪行為此一理論，使公司免於刑事制裁，將使政府無法規範州際貿易並糾正其濫用。於 *New York Central* 一案後，法院之案例多認同，代理人於職務範圍內為公司利益所為之犯罪行為，將導致僱用人公司負擔刑事責任。

¹⁰⁷ *Brown*, supra note 56, at 78-79.

依聯邦量刑指導原則手冊(2003)規定,被定罪之公司將依其犯罪行為之輕重被賦予指定之基本罰金等級,等級愈高罰金愈重,例如六級以下,罰款美金5000元,三十八級以上,罰款美金72,500,000元,亦得依公司犯罪所得或公司犯罪所導致之損失,計算基本罰金數額¹⁰⁸。此外,尚須依據公司行為可責性之程度,增加或減少公司基本罰金數額,例如:公司高階人員涉案或具相當權力之公司人士對公司犯罪行為視而不見、公司就類似行為過去曾遭致民事、刑事或行政制裁、公司之犯罪行為同時違反法院之禁制令、公司就犯罪行為故意妨礙調查、起訴或判決,均將導致公司可責性之基本點數(五點)向上增加。反之,公司如建置一有效之機制以阻止及偵測違法行為、公司發現違法行為後主動迅速通報相關政府單位,將減少公司可責性之點數¹⁰⁹。可責性之點數達十點以上時,罰金數額即增加至原基本罰金數額之二至四倍;反之,可責性之點數減少至一點時,罰金數額即減少至原基本罰金數額之20%至40%¹¹⁰。於確定基本罰金數額暨增加或減少之比例後,究應科以若干數額,由法院考量下列因素決定:犯行之嚴重性、公司所扮演之角色、犯行所導致非財產上之損失(如危害人之生命、國家安全)、被害人之屬性、參與犯行之公司高階主管過去之前科、公司過去民事或刑事不良紀錄、可責性之嚴重程度等¹¹¹。於此胡蘿蔔與棍子雙管齊下之政策指引下,聯邦量刑指導原則對公司建置一有效之機制以阻止及偵測違法行為,及公司發現違法行為後主動迅速通報相

¹⁰⁸ U. S. Sentencing Guidelines Manual ch. 2 & § 8C2.4(a)(1) (Nov. 2003), available at <http://www.uscourts.gov/GUIDELIN.HTM>.

¹⁰⁹ U. S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5.

¹¹⁰ U. S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.6.

¹¹¹ U. S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.8.

關政府單位，提供一強有力之動機¹¹²。

此外應附帶一提者，公司未能落實符合法律機制所產生之後果，可能遠超過組織量刑指導原則所科之罰金。例如於 Daiwa Bank 一案中，該銀行紐約分行之債券交易員暨副總經理於一九八三至一九九五年期間，因從事債券交易致銀行損失美金 1,100,000,000 元，該債券交易員未將該一損失告知公司之高階主管，亦未告知美國之銀行主管機關，其後該債券交易員於一九九五年七月十七日將銀行受損事告知公司之總經理，並建議銀行如何將損失繼續隱匿美國之銀行主管機關，Daiwa Bank 決定不告知美國之銀行主管機關該銀行所受之損失，並對紐約之聯邦儲備局提出不實之財務報告，一九九六年九月該一損失終於曝光，Daiwa Bank 紐約分行之前任董事對共謀詐欺美國銀行主管機關此一罪名認罪，Daiwa Bank 被要求終止其營業，該銀行在紐約之分行最終出售予另一日本銀行¹¹³。

於另一案例中，所羅門兄弟公司 (Salomon Brothers) 負責政府交易之人員，於一九九一年二月參與競標美國財政部發行之政府票券，該負責人以借人頭之方式標得超過 50% 之政府票券，遠超過單一交易員所能標購之數量，該負責人並將借人頭事告知其經理，經理遂轉告公司之總經理及法務主管，後二者於一星期後轉告公司之董事長，當時並未將該一事項通知聯邦證券交易委員會或聯邦儲備局，一九九一年四月及五月該公司負責政府交易之人員，持續以借人頭之方式參與競標政府票券，一九九一年七月所羅門兄弟公司所聘任之律師於調查時發現，該公司人員於一九九一年十二月即曾以借人頭之方式參與競標政府票券，一九九一年八月九日所羅門兄弟公司將不當交易之經過告知聯邦政府相關單位，九日後公司之董事

¹¹² Brown, supra note 56, at 80-88.

¹¹³ Brown, supra note 56, at 87 n.422.

長、總經理、法務主管及負責交易人員之直屬經理均同時辭職。由於所羅門兄弟公司疏於監督公司負責交易之人員，違反聯邦證券交易法第十五條(b)(4)(E)，所羅門兄弟公司為與聯邦證券交易委員會達成和解，除同意支付美金一億九千萬元外，並同意設置美金一億元之基金以備支付民事求償¹¹⁴。

由前述二案例可知，公司未能採取適當之作為以確保受僱人之行為符合法律之規定，將導致鉅額之民事或行政賠償或處罰，此外，違法行為之結果，對公司尚可能產生其他之不利益，例如：公司訴訟之花費可能高達數百萬美金、刑事調查程序會使公司之管理部門分心、影響員工之士氣、刑事起訴或定罪可能導致公司營業所必須之執照遭吊銷、或公司被禁止與政府部門有業務往來，凡此均足以顯示公司內部設置符合法律之機制，以事先發現問題並及時加以處理之重要¹¹⁵。

聯邦量刑指導原則之主要目的，係促使公司建置一內部機制以阻止、發覺並通報違法行為。依聯邦量刑指導原則之規定，欲建立一合理有效之機制以阻止及發覺公司之違法行為，公司至少應採取下列步驟：(一) 建立一套得以減少犯罪行為並供員工遵守之標準與程序；(二) 指定公司之高級職員負責監督符合前述之標準與程序；(三) 對公司內有從事違法行為傾向之職員不得授與相當之裁量權；(四) 公司應採取各項作為以將前述之標準與程序告知所有員工；(五) 公司應採取各項合理作為以符合所訂之標準，例如：利用監督系統以發覺犯罪、公告通報系統以便員工舉發犯罪行為；(六) 透過適當之懲戒機制以持續執行前述之標準；及(七) 一旦發現違法行為，採取一切合理作為以處理違法行為並阻止將來再犯

¹¹⁴ Brown, supra note 56, at 87 n.423.

¹¹⁵ Brown, supra note 56, at 88-90.

¹¹⁶。另考慮到無法以單一之機制適用於所有之公司，量刑指導原則列出三項因素，以供法院考量公司是否具備一有效之符合法律機制：(一) 公司之規模，公司愈大符合法律機制應更正式，大型之公司應有書面政策以界定符合法律之標準與程序，大型之公司依量刑指導原則 8C2.5(b) 係指僱有 5,000 名以上員工之公司；(二) 公司管理階層評估公司因從事之業務所涉及之違法風險，例如：公司之業務係處理有毒物質、公司之受僱人對公司之產品或服務有聯合定價之能力；(三) 由公司過去之紀錄，顯示出公司應特別注意之風險範圍，例如：過去發生之違法行為再次發生，將對公司採取合理作為阻止違法行為發生產生懷疑¹¹⁷。

八、小結

綜合前述之說明，美國德拉瓦州法院於一九六三年處理 Graham 一案時，法院認為除非有特殊事件引起董事懷疑，董事並無義務於公司內設立一機制，以發覺公司內部人員所可能從事之犯罪行為。此一見解雖不時受到學者質疑，然美國德拉瓦州法院並未變更其見解，直到一九九六年 Caremark 一案時，當時之衡平法院首席法官 William T. Allen 於該案中表示，及時之資訊係董事履行其監督義務所不可或缺，公司內如欠缺資訊與通報系統以提供及時、正確之資訊以為做決定之基礎，則董事會並未履行其監督義務。二年後，前任德拉瓦州最高法院首席法官 E. Norman Veasey 於研討會中亦同意公司建置一符合法律之機制係一項良好之公司作為，依聯邦量刑指導原則，公司建置一合理之機制，於刑事訴訟中對公司具有加分作用，僅聯邦量刑指導原則一項即足以促使董事會建置符合法律之機制。以美國德拉瓦州法院對公司法之影響力，二位重量級法官之言論必已

¹¹⁶ U. S. Sentencing Guidelines Manual § 8A1.2, cmt. n.3(k) (2003).

¹¹⁷ U. S. Sentencing Guidelines Manual § 8A1.2, cmt. n.3(k) (2003).

促使公開發行公司之董事會，認真看待公司內部設置符合法律機制之重要性。

美國之法律協會公布之公司治理原則，雖於文字中並未要求董事應建置並維持符合法律之機制，然該條之評釋表示，於現今一位通常謹慎之人擔任具相當規模公司之董事，應認知有效機制存在之必要，以協助董事執行監督公司業務之功能。美國律師公會公司法委員會所出版之公司董事指導手冊，於第六條稽核委員會及第九條其他監督活動中，均強調公司應設置符合法律之機制。美國企業圓桌論壇暨經濟合作暨發展組織分別公布之公司治理原則，其內容均不約而同強調公開發行公司均應設置符合法律之機制，公司董事指導手冊及公司治理原則雖僅係作為公司治理最佳實務運作參考而非法令，但由該等規定可反映出公司建立並維持符合法律之機制，係現今社會廣為領導企業接受之作為。

最後，考量聯邦反國外行賄法、聯邦證券法、聯邦環境保護法、沙氏法案暨聯邦量刑指導原則等相關法令對公司所科之嚴厲制裁，公司內部設置有效之符合法律機制，已成為公司董事會為減免董事將來所負之民事損害賠償責任不得不做之選擇。故而不論係聯邦法之規定、德拉瓦州法院之見解、公司治理原則之規定均相當一致，即董事會應於公司內部設置一有效之符合法律之機制，以阻止、發覺並改正公司可能產生之違法行為。

肆、我國公司董事監督義務中符合法令之義務

一、概述

國內近年來亦如同美國，政府法令對企業之規範愈趨周密、嚴格，特別係針對銀行、保險、證券等行業。此外，企業之行為如涉及污染環境、

違反公平交易法，處罰亦相當嚴厲。舉例言之，銀行之行為如違反銀行法第一二九條之規定，處新台幣 2,000,000 元以上 10,000,000 元以下罰鍰。銀行法第一三三條第一項規定，第一二九條罰鍰之對象為銀行。如違反銀行法第六十一條之一規定，主管機關並得停止銀行部分業務。金融控股公司法第六十一條規定，金融控股公司不配合主管機關檢查，處新台幣 2,000,000 元以上 10,000,000 元以下罰鍰。金融控股公司法第六十五條規定，除依本章規定處罰行為人外，對於該法人亦科以該條之罰鍰。金融控股公司法第五十四條規定，金融控股公司有違反法令、章程，主管機關得停止其子公司一部或全部業務。證券交易法第六十六條規定，證券商違反本法，主管機關得對公司或分支機構就其所營業務之全部或一部為六個月以內之停業。違反公平交易法第三十五條、第三十六條、第三十七條規定，除科處行為人有期徒刑外，或科或併科新台幣 100,000,000 元或 50,000,000 元以下之罰金。公平交易法第三十八條規定，法人犯前三條之罪，除處罰行為人外，對法人亦科以該條之罰金。由以上列舉規定可知，公司之行為如違反法令，公司除受鉅額之罰金或罰鍰處罰外，亦可能受主管機關停止業務之處分。董事會既負有執行公司業務或指導公司業務執行之權力，依現行公司法規定董事會是否有義務確保公司業務執行符合法令規範？為確保公司業務執行符合法律規範，董事會是否有義務於公司內設立符合法律之機制？以下將依公司法等相關規定分別討論：

二、我國公司法、證券交易法之相關規定

於探討董事會是否有義務確保公司業務執行符合法律規範前，首應詢問者為公司是否僅得從事法令範圍內行為？依公司法第二十三條第二項、第一九三條、第一九四條等規定內容可知，公司不得從事違反法令之行為，以下將分別論述該等規定之內容。

公司法第二十三條第二項規定：「公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責」。依該條規定，公司董事對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受損，董事對他人應與公司負連帶賠償之責。公司法第一九三條規定：「董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議。董事會之決議，違反前項規定，致公司受損害時，參與決議之董事，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」。故董事會之決議違反法令章程或股東會之決議，董事依該決議執行致公司受損，贊成該決議之董事與執行董事均應對公司所受之損害負賠償之責，於董事會決議時聲明異議之董事有紀錄或書面聲明可證者，免其責任¹¹⁸。公司法第一九四條規定：「董事會決議，為違反法令或章程之行為時，繼續一年以上持有股份之股東，得請求董事會停止其行為」，依本條規定若董事會已為決議但尚未交由執行董事執行，則繼續一年以上持有股份之股東應請求董事會停止該決議之執行。反之，董事會決議已交由執行董事執行，則應請求該執行董事停止執行¹¹⁹。學者並以為：（一）本條所謂違反法令或章程之行為，不僅指如違反公司法第一六七條之情事，違反公司法第二十三條第一項董事忠實義務與善良管理人之注意義務、董事怠忽其職務均包括在內。（二）民國九十年修正公司法第二一八條之二，將該條第二項修正為「董事會或董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為者，監察人應即通知董事會或董事停止其行為」。由於第二一八條之二第二項規定較第一百九十四條周延，故認為於第一九四條修正前，宜類推適用第二一八條之二第

¹¹⁸ 柯芳枝，同註 34，頁 282；另請參王文宇，同註 35，頁 346-347。

¹¹⁹ 柯芳枝，同註 34，頁 303；另請參王文宇，同註 35，頁 361。

二項之規定，認為本條規範之對象尚應包括單獨董事之行為¹²⁰。另有學者自不同之論點指出，公司法第一九四條雖限於董事會決議有違反法令或章程之情形，然如董事長或董事未經董事會決議而自為違反法律或章程之行為，仍得類推適用第一九四條，否則將喪失第一九四條規定保護公司及股東利益之立法本旨¹²¹。實務見解亦認同此一看法¹²²。

依前述公司法第二十三條第二項、第一九三條內容可知，董事會之決議或董事之行為不得違反法令。然因前述二條規定置重於董事之行為或董事會之決議違反法令導致第三人或公司受損，如董事之行為或董事會之決議違反法令但未導致第三人或公司受損，則董事得否為該一行為？例如：向公務人員行賄可能導致受賄之公務員違法，但公司之董事會或董事可能明示或默許公司之職員，向公務人員行賄以為公司爭取合約或降低公司對國家所應繳之稅賦，該等行為縱不會導致第三人或公司受損¹²³，依公司法規定董事會仍不得為該一行賄之決議，董事亦不得為行賄之行為，因一旦有此等行為，繼續一年以上持有股份之股東得依公司法第一九四條之規定，請求董事會或董事停止其行為。亦得依公司法第一九九條及第二條規定，由股東會決議解任或由少數股東訴請法院裁判解任從事違法行為之董事。然於公司因違法行為未受損且可能受益之情形下，繼續一年以上

¹²⁰ 柯芳枝，同註 34，頁 303-304；另請參王文宇，同註 35，頁 361。

¹²¹ 曾宛如，董事不法行為之制止及濫權行為之處理，台灣本土法學，第三十九期，頁 154（2002）。

¹²² 最高法院 80 年台上字第 1127 號判決。

¹²³ 62 年台上字第 2 號判例：「公司法第二十三條所謂公司負責人，對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受損害，對他人應與公司連帶負賠償責任云云，仍以違反法令致他人私權受有損害，為責任發生要件，若公權受有損害，則不得以此為請求賠償之依據。」

持有股份之股東，未必有意願請求董事會或董事停止其行為，加以由股東會決議解任董事或由法院裁判解任董事亦非易事，個人以為公司法似可參考美國模範公司法第 3.01(a)、德拉瓦州公司法第 101(a)、美國法律協會訂頒之公司治理原則第 2.01(a)等規定，明文規定公司僅得從事法令範圍內之行為。如公司法明文規定公司僅得從事法令範圍內之行為，由於公司業務執行由董事會為之或受董事會指導，董事會自有義務確保公司業務執行符合法令規範。

如係公開發行公司，依證券交易法第十四條之一第一項規定，公開發行公司應建立財務業務之內部控制制度。同條第二項規定，主管機關得訂定前項公司或事業內部控制制度之準則。財政部證券暨期貨管理委員會依證券交易法第十四條之一第二項規定，訂定公開發行公司建立內部控制制度處理準則，依該準則第三條規定，公開發行公司之內部控制制度由公司董事會及經理人所設計，其目的在於促進公司之健全經營，並合理確保下列目標之達成：一、營運之效果及效率。二、財務報導之可靠性。三、相關法令之遵循。該準則第十六條規定，內部稽核人員不得有明知違反法令而予隱飾或作不實不當之揭露。該準則第二十三條規定，公開發行公司自行檢查內部控制制度，目的之一在於確保已遵循相關法令。依上述證券交易法之相關規定可知，內部控制制度係由董事會所設計，其目標之一在於合理確保公司遵循相關法令，內部稽核人員及公司自行檢查內部控制制度之目的均在於確保公司符合相關法令，可知公開發行公司強調公司之行為必須符合相關法令。

董事會有義務確保公司業務執行符合法令規範之概念確定後，其次應詢問者有二：(一)公司是否應設立符合法律之機制？(二)董事會是否有義務於公司內設立符合法律之機制？對於前一問題，其答案應屬肯定，概依前述我國公司法及證券交易法規定，公司之行為應符合相關法令。再

檢視美國公司法發展之現況，暨美國與經濟合作暨發展組織所訂頒公司治理原則之內容，其等不但強調公司之行為應符合相關法令，並進一步指出公司內設立符合法律機制之重要性，可知公司內設立符合法律之機制符合歐美公司治理之現況。否則，如僅規定公司業務執行應符合法令規範，但無檢驗、落實之機制，則如何確知公司之行為符合法令規範，為避免徒託空言，公司法或證券交易中宜明文規定公司有義務於公司內建置符合法律之機制。

有關次一問題董事會是否有義務於公司內設立符合法律之機制？按我國公司法第二一八條規定：「監察人應監督公司業務之執行，並得隨時調查公司業務及財務狀況，查核簿冊文件，並得請求董事會或經理人提出報告」，公司法係將業務之監察權賦予監察人，然此一規定是否代表公司之董事會欠缺監督公司業務執行之權限？個人以為並非如此，蓋公司之監察人人數與董事人數相較，通常等於或少於董事人數之三分之一，且現代之公開發行公司，因公司資本龐大、員工眾多、工廠散佈世界各地，業務更形複雜，少數之監察人實無法監督公司龐大之管理部門所從事之業務。董事會與監察人相較更適於執行公司業務執行之監督，除董事會人數較多、專業領域較廣外、對公司業務較瞭解等因素外，最主要之原因為公司管理部門之總經理及各級經理，其等任免依公司法第二十九條第一項第三款，均係由董事會以普通決議為之，總經理及各級經理之任免既操之於董事會，由董事會監督總經理及各級經理之業務執行自易產生實效。加以，公開發行公司既多將業務執行權授與公司之管理部門，此一授權行為之結果自然產生董事會監督公司管理部門之權限，否則，如何確保公司管理部門依董事會之授權執行業務。此一論點，亦為「上市上櫃公司治理實務守則」、「金融控股公司治理實務守則」、「銀行業公司治理實務守則」、「保險業公司治理實務守則」所認同，因該等規定中均詳細列舉董事會與審計委

員會之任務與職責，而其中一項即為確保公司遵循相關法規。為確認董事會對公司業務之監督權，公司法似可參考美國法律協會所訂頒之公司治理原則第 3.02 條或前述公司治理實務守則之內容，將董事會之重要功能列舉明示，以確定董事會除為決定之功能外，尚有監督公司業務執行之功能。公司內設置符合法令之機制即屬董事會監督公司業務執行功能之一部。

三、公司治理原則之見解

為因應國際趨勢，強化我國公司治理之績效，並提升國家整體競爭力，行政院於九十二年一月成立「改革公司治理專案小組」，並由該小組研擬提出強化公司治理政策綱領暨行動方案，九十二年九月行政院核定該小組通過之政策綱領暨行動方案。有關強化公司治理之政策，決定優先推動上市（櫃）公司、金融服務業及公用事業之公司治理改革工作。台灣證券交易所股份有限公司及財團法人中華民國證券櫃臺買賣中心遂共同制訂「上市上櫃公司治理實務守則」，依該守則第二條規定，上市上櫃公司應遵守相關法令。依該守則第二十一條第一項規定，上市上櫃公司之董事會應向股東會負責，其公司治理制度之各項作業與安排，應確保董事會依照法令、公司章程之規定或股東會決議行使職權。依該守則第二十七條規定，上市上櫃公司董事會之主要任務包括確保公司遵循相關法規。依該守則第二十九條規定，上市上櫃公司宜優先設置審計委員會，審計委員會主要職責之一即為檢查公司遵守法律規範之情形。依該守則第三十一條第一項規定規定，上市上櫃公司應委任專業適任之律師，提供公司適當之法律諮詢服務，或協助董事會、監察人及管理階層提昇其法律素養，避免公司及相關人員觸犯法令，促使公司治理作業在相關法律架構及法定程序下運作。由前述規定之可知，上市上櫃公司之董事有遵守法令之義務，並由審計委員會及公司委任之律師協助確保公司之行為符合相關法令。

此外，「銀行業公司治理實務守則」第二十八條、「保險業公司治理實務守則」第二十條均分別規定，銀行業（保險業）公司治理制度之各項作業與安排，應確保董事會依照法令、章程之規定或股東會決議行使職權。

「銀行業公司治理實務守則」第三十四條、「保險業公司治理實務守則」第二十一條均分別規定，銀行業（保險業）董事會之主要任務包括監督銀行（確保公司）遵循相關法規。「銀行業公司治理實務守則」第三十六條、

「保險業公司治理實務守則」第二十八條均分別規定，銀行業（保險業）得設置審計委員會，其主要任務包括檢查銀行（公司）遵守法律規範之情形。

「銀行業公司治理實務守則」第三十七條、「保險業公司治理實務守則」第三十條均分別規定，銀行業（保險業）得聘任專業適任之律師，提供適當之法律諮詢服務，以協助董事會、監察人及管理階層提昇法律素養，促使公司治理作業在相關法律架構及法定程序下運作。凡此，均係強調銀行業、保險業之公司治理均應符合法令規定。「金融控股公司治理實務守則」

第二條、第十四條、第二十二條、第二十四條、第二十五條均有類似規定。

「金融控股公司治理實務守則」第五十三條規定，金融控股公司及其所屬子公司應按照相關法令規範建立健全之財務、業務及會計管理制度。較特殊者，「金融控股公司治理實務守則」第六十八條規定，金融控股公司應建立遵守法令制度，指定單位負責該制度之規劃、管理及執行，建立諮詢、協調、溝通系統，對各單位施以法規訓練，並應指派人員擔任遵守法令主管，負責執行法令遵循事宜，以確保遵守法令主管制度之有效運行，並加強自律功能。「金融控股公司治理實務守則」第七十一條規定，金融控股公司稽核人員及遵守法令主管，對內部控制重大缺失或違法違規情事所提改進建議不為管理階層採納，將肇致金融控股公司重大損失者，均應立即通報主管機關。凡此均足以證明不論係銀行、保險或金融控股公司之公司治理均非常強調公司必須符合法令規定，特別係金融控股公司應指派人員

擔任遵守法令主管，建立遵守法令制度，以確保遵守法令主管制度之有效運行，遵守法令主管並得於必要時，將內部控制重大缺失或違法違規情事立即通報主管機關。

由上述有關國內公開發行公司、金融業公司治理實務守則之內容研析，其與國外之公司治理原則幾無差異，其共通點均係強調公司應遵守相關法令，然僅強調應遵守相關法令仍過於被動，所有之公開發行公司均應如金融控股公司，於公司內設置符合法律之機制，專責制度之規劃、管理及執行，對公司內各部門施以法規教育訓練，並指派公司高階主管擔任遵守法令主管，以建立真正有效之符合法律機制。

伍、結論

公司如同自然人一般，其行為應符合國家法令，公司重大違反法令之行為會招致鉅額之罰金或罰鍰，甚或吊銷執照，故而公司之行為符合相關法令規定不但係適當而且係必要之做法，而公司之業務係由董事會管理或其管理受董事會指導，確保公司之行為符合國家法令規定，屬董事會監督義務之一部。董事為履行其對公司監督義務之功能，其前提必須董事瞭解公司之狀況（to be informed），公司內部建立資訊與通報系統使董事有機會瞭解公司之狀況，故而公司內部建立資訊與通報系統與董事是否對公司盡其監督義務息息相關，擔任公開發行公司董事應有此一認知，否則董事對公司所受之損害應負損害賠償責任。由於我公司法第二十三條第二項、第一九三條、第一九四條等規定，尚不足以明確認定公司僅得從事合法之業務，我公司法中宜明定公司僅得從事法令範圍內之行為。此外，公開發行公司業務之執行極少由董事會直接為之，而係由公司之管理部門為之，

公司法第二二條將董事會定位為業務執行機關，該規定與公開發行公司實務運作有相當差距，其內容宜參考美國模範公司法或德拉瓦州公司法規定，明訂公司之業務由董事會管理或其管理由董事會指導。我公司法中並宜考量是否可參考美國法律協會所訂頒之公司治理原則第 3.02 條之規定，將董事會應履行之重要功能列舉明示，以確定董事會除為決定之功能外，尚有監督公司業務執行之功能。

為落實公司治理，於證券交易法中宜參考「金融控股公司治理實務守則」之規定，明訂董事會有義務於公司內部建立資訊與通報系統，將公司法中董事會消極不違反法令、章程之義務，轉化為積極應遵守法令、章程之義務，藉公司內部之資訊與通報系統以及早發覺違法行為並通知主管單位，以期於損害擴大或惡化前即時處理。於此應強調者為，於公司內部建立資訊與通報系統必須係一「有效」之系統，而非紙上談兵僅於公司書面上表示此一系統存在，此一系統之建置必須考量公司之規模、從事之業務、可能產生之違法風險，並指定公司高階主管負責其落實，藉不斷之教育訓練，使公司全體員工均瞭解公司內之任何人均不得從事違法行為，一旦發覺有任何員工從事違法行為即予適當之懲處。負責此一資訊與通報系統之高階主管及公司法務主管，亦應定期向公司審計委員會之外部董事彙報執行狀況，以層層節制。公司如未設置資訊與通報系統或所設置之資訊與通報系統僅虛應事故不發生實際作用，致公司因違法行為而受損害，則公司董事因未盡善良管理人之注意義務，自應對公司所受損害負損害賠償責任。

董事會之主要功能在於追求公司及股東之利益，然於追求利益之同時，亦應符合國家法令，美國、或經濟合作暨發展組織之公司治理原則，均強調公司之行為須符合法令之規定，董事會藉由總經理之聘任，將此一概念藉由建立資訊與通報系統落實於公司之管理部門，董事會再經由審計

委員會持續監督公司之管理部門以落實資訊與通報系統。美國德拉瓦州公司法雖尚未明文要求公司應設立符合法律之機制，然其衡平法院已於判決中明示其重要性，該州前任最高法院首席法官亦認為建置符合法律之機制係一良好之公司作為。以美國德拉瓦州公司法於舉世公司法之影響力，我國公司法或證券交易法中宜早日以明文引進此一制度，以符合公司治理之世界潮流。

本文之重點僅討論公司內部應建立符合法律之機制，且此一機制之建立應由董事會負責。然現行公司法有待檢討之處尚多，例如：董事注意義務與忠實義務之檢視標準、股東提起代表訴訟之障礙等，所幸此等問題於「財團法人萬國法律基金會」，民國九十二年二月提出之「公司法制全盤修正計畫研究案」中已提出對應方案，本文之數點建議均屬著者不成熟之考量，期望能拋磚引玉，共同探討此類問題，以逐步建立符合世界潮流之公司法體制。

參考文獻

書籍

- 柯芳枝，公司法論（上），三民書局股份有限公司，增訂五版三刷（2004）。
- 柯芳枝，公司法論（下），三民書局股份有限公司，增訂五版二刷（2004）。
- 王文宇，公司法論，元照出版有限公司，初版一刷（2003）。
- 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），學林文化事業有限公司，一版（2002）。
- Committee on Corporate Laws, Corporate Director's Guidebook (4th ed. 2004).
- Bauman, Jeffrey D. et al., Corporations Law and Policy (2003).
- Model Rules of Professional Conduct (2003).
- U. S. Sentencing Guidelines Manual (Nov. 2003).
- Bainbridge, Stephen M., Corporation Law and Economics (2002).
- Gevurtz, Franklin A., Corporation Law (2000).
- Reutlinger, Mark, Wills, Trusts, and Estates (2d. 1998).
- American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994).
- Clark, Robert C., Corporate Law (1986).

期刊

- 戴志傑，公司法上「經營判斷法則」之研究，月旦法學，第一 六期，頁 157-176（2004）。
- 王文宇，前瞻公司法制，月旦法學，第一 期，頁 162-173（2003）。
- 曾宛如，董事不法行為之制止及濫權行為之處理，台灣本土法學，第三十九期，頁 153-156（2002）。
- 范曉玲，公司治理及財務審計之新紀元，月旦法學，第八十九期，頁 267-274（2002）。

- Jenny E. Cieplak & Michael K. Hibey, The Sarbanes-Oxley Regulations and Model Rule 1.13: Redundant or Complementary ?, 17 *Geo. J. Legal Ethics* 715, 715-716 (2004).
- Edward Rock & Michael Wachter, Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants, 96 *Nw. U. L. Rev.* 651, 653-657 (2002).
- Jonathan Shirley, International law and the Ramifications of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, 27 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 501, 506-511 (2002).
- H. Lowell Brown, The Corporate Director's Compliance Oversight Responsibility in the Post Caremark Era, 26 *Del. J. Corp. L.* 1, 47 n.87 (2001).
- Kenneth B. Davis, Jr., Once More, The Business Judgment Rule, 2000 *Wis. L. Rev.* 573 (2000).
- E. Norman Veasey, An Economic Rationale for Judicial Decisionmaking in Corporate Law, 53 *Bus. Law.* 681, 690 (1998).
- Edward Brodsky, Directors' Liability-Importance of Compliance Procedures, 217 *N.Y.L.J.* 29, 36 n.41 (1997).
- Edward Brodsky, Directors' Liability-Importance of Compliance Procedures, 217 *N.Y.L.J.* 29, 31 (1997).
- Stephen F. Funk, In re Caremark International Inc. Derivative Litigation: Director Behavior, Shareholder Protection, and Corporate Legal Compliance, 22 *Del. J. Corp. L.* 311, 321-325 (1997).
- James L. Griffith, Jr., Director Oversight Liability : Twenty-First Century Standards and Legislative Controls on Liability, 20 *Del. J. Corp. L.* 653, 668-669 (1995).
- Henry R. Horsey, The Duty of Care Component of the Delaware Business Judgment Rule, 19 *Del. J. Corp. L.* 971, 982-983 (1994).
- Hal R. Arkes & Cindy A. Schipani, Medical Malpractice V. The Business Judgment

Rule: Differences in Hindsight Bias, 73 Or. L. Rev. 587, 622-630 (1994).

Charles Hansen, The Duty of Care, The Business Judgment Rule, and The American Law Institute Corporate Governance Project, 48 Bus. Law. 1355, 1356 (1993).

Harvey L. Pitt & Karl A. Groskaufmanis, Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct, 78 Geo. L.J. 1559, 1578-1582 (1990).

Melvin Aaron Eisenberg, The Duty of Care of Corporate Directors and Officers, 51 U. Pitt. L. Rev. 945, 948 (1990).

E. Norman Veasey & Julie M. S. Seitz, The Business Judgment Rule in the Revised Model Act, the Trans Union Case, and the ALI Project--A Strange Porridge, 63 Tex. L. Rev. 1483, 1497-1499 (1985).

中原財經法學

摘 要

本文第壹章為前言，第貳章敘述董事注意義務之內涵與判斷標準，依美國公司法規定，董事之注意義務可分為作決定及監督公司業務執行二種情形，於前一情形，董事之決定如符合商業判斷法則之要件，則其決定受商業判斷法則之保護。於後一情形並無商業判斷法則之適用。有關董事義務之檢視標準，美國各州所採之標準並不一致，德拉瓦州採重大過失此一標準。我國董事注意義務之內涵，解釋上亦可認為包含作決定及監督公司業務執行二項，惟其檢視標準係採善良管理人之注意義務。

第參章說明美國公司董事監督義務中符合法令之義務，美國德拉瓦州法院於一九六〇年代之案例認為董事無此義務，然該州法院於一九九六年之 Caremark 一案中表示公司設立符合法律之機制屬董事監督義務之一部，美國法律協會、公司董事指導手冊、美國及經濟合作暨發展組織之公司治理原則、美國聯邦法之相關規定、及聯邦量刑指導原則手冊之見解均認同此一看法。

第肆章說明我國公司法與證券交易法中亦強調董事會之決議應符合相關法令，「上市上櫃公司治理實務守則」、「金融控股公司治理實務守則」中均列舉董事會與審計委員會之任務與職責，其中一項即為確保公司遵循相關法規。「金融控股公司治理實務守則」更進一步規定金融控股公司應建立遵守法令制度，並應指派人員擔任遵守法令主管，負責執行法令遵循事宜。

第伍章結論中建議於證券交易法中明訂董事會有義務於公司內部建立資訊與通報系統，將公司法中董事會消極不違反法令、章程之義務，轉化為積極應遵守法令、章程之義務，藉公司內部之資訊與通報系統以及早發覺違法行為並即時處理。

Directors' Duty to Monitor under the Duty of Care

Jru-sheng Yang

Abstract

The first chapter makes a general description about the duty of care. The second chapter engages a textual comparison regarding the contents of the duty of care and the standards of care between the United States and the Republic of China. The third chapter discusses directors' duty to establish a law compliance program in the context of duty to monitor. In the year of 1996, the Delaware Chancery Court in *Caremark* expressed that corporate boards may not satisfy their obligation to be reasonably informed concerning the corporation, without assuring themselves that information and reporting systems exist in the organization that are reasonably designed to provide to senior management and to the board timely and accurate information. Comment to § 4.01 of the ALI Principles of Corporate Governance also provides that an ordinarily person serving as a director of a corporation of any significant scale should recognize the need to be reasonably concerned with the existence and effectiveness of procedures to assist the board in its oversight role. Corporate Director's Guidebook published by ABA and relevant provisions of the federal law and regulations also support the same viewpoint. The fourth chapter mentions that even though the Company Law and the Securities and Exchange Act of the Republic of China emphasize the importance of the decisions of the board of

directors to comply with the law, however, the relevant laws and regulations did not require that a law compliance program should be established by the board of directors. As a conclusion of this article a proposal is made which suggests that the board of directors of each public corporation should have an obligation to establish an effective law compliance program.

Key words: director, duty of care, duty to monitor, gross negligence, law compliance program

中原財經法學