

日本董事注意義務之研究

黃百立*

目次

- 壹、前言
- 貳、日本董事之信託義務
 - 一、日本董事之信託義務－忠實義務
 - 二、日本董事之信託義務－善管注意義務
- 參、日本董事之監督義務
 - 一、日本董事之監督義務
 - 二、日本內部控制系統之發展
- 肆、日本董事之損害賠償責任與責任限定制度
 - 一、日本公司法之規定
 - 二、董事責任限定制度
- 伍、結論

關鍵字：董事、受託義務、注意義務、監督義務、商業判斷原則

投稿日期：九十六年十一月十六日；接受刊登日期：九十六年十二月十九日

* 中原大學財經法律學系法學碩士；現任台灣積體電路製造股份有限公司法務處資深法務助理。本文承蒙兩位匿名審稿者提供修正意見，獲益良多，謹此致謝；另本文乃根據作者碩士論文部分內容改寫擴充而成，感謝楊竹生副教授之指導與鼓勵投稿，惟若仍有未竟之處，責任由作者自負。

壹、前言

股份有限公司之基本架構具有經營與所有分離的趨勢，股東為公司之所有者，然一般股份有限公司之股東人數眾多，股東無法人人親自參與經營，公司之營運遂交由董事負責。董事於負有權能決定公司之經營的同時，亦承擔相當之義務，以避免董事犧牲股東利益。依照我國公司法之設計，股東會為其意思機關，董事會及經理人為業務執行機關，監察人及檢查人為監督機關。董事會為負責公司經營之專責機關，對於公司營運具有相當之重要性，除了公司法或章程另有規定，應由股東會決議之事項外，所有公司業務之執行均由董事會為之。董事會控制了公司大部分之經營活動，公司之發展與董事之努力成正比，若董事們都能夠克盡職守，為公司之利益竭盡心力，則公司之發展及經營自無問題。但若董事未能盡其應盡之責任，或是濫用其權限與優勢地位，僅為自己或他人謀取私利，則將為公司及股東帶來損害；因此加重公司董事之責任，為立法上必然之趨勢。同時從公司角度而言，公司治理的終極目標，應是在合於法律規範下，建立最適機制有效率地促成公司價值最大化。因此公司治理應包括「管理」與「監控」兩個面向，而透過設置各種合理、有效率的監督機關，並課以義務或責任防止違法濫權，以使股東能受合理之對待，並使經營者能善用其經營權限，以謀求股東全體與公司本身之利益。

我國公司法及其他相關法規針對公司經營者義務責任之規定，可說極為繁重，立法目的係為了保護廣大之投資者，但卻容易造成經營者的卻步而不願做出更積極但可能具有風險的決策。為了使董事會能夠盡情的發揮所長，創造公司最大價值，在課予董事責任之同時，亦應賦予董事有相當的決策空間，若法院過份干涉董事之經營判斷，使

董事動輒得咎，則董事之功能萎縮，將不利於企業之發展。況且，企業經營乃董事之權限及專業，其決策原則上即應予尊重與保護，且應避免以後見之明加以評斷，「商業判斷原則」即是基於此一認知下所發展出來的原則。而我國公司法在二〇〇一年修正時，為加強董事之經營責任，以健全公司營運，除原本對公司負責人義務責任之規定外，並修正公司法第二十三條，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。此規定明定了董事對公司負有忠實義務及注意義務，加重董事之損害賠償責任。但是對於董事忠實義務及注意義務之內涵為何，並無進一步說明，因此如何判斷董事之經營責任，又董事於決策時應遵守如何之程序，始不須負責，均無所依循。

我國在過去實務中甚少有對董事義務的實質內容加以探討適用之案例，而參酌美國法制引進公司治理概念進行公司法制革新，於公司法第二十三條引進董事受託義務中之注意義務時，未一併明確引進商業判斷原則，於此狀況下恐將強調董事須負高度之注意義務，或將導致董事訴爭不斷¹。而我國公司之機關設計基本上繼受於德國、日本一八九九年之商法體系²，日本於引進歐美公司治理概念修正其公司法制時，雖亦未明定商業判斷原則，但如美國法之發展，以日本法院之判例發展出日本之商業判斷原則，以明確董事之責任。此外，從我國法院對民法上善良管理人之注意義務的見解看來，所謂善良管理人之注意義務係指抽象過失責任，相較於美、日法院對於董事之注意義務標

¹ 黃銘傑，公司治理與董監民事責任之現狀及課題－以外部董事及忠實、注意義務為中心，律師雜誌，第三〇五期，頁29（2005）。

² 王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學雜誌，第三十四期，頁101（2002）。

準而言，程度較高；但是相反的，美、日等國對於董事卻有商業判斷原則的保護，我國卻付之闕如。相比之下，是否有引進商業判斷原則之必要性及其範圍定義等，則有待討論。我國行政院經建會法協中心於二〇〇三年委託萬國法律基金會結合學者專家進行的「公司法制全盤修正」大型研究計畫中，不但對於董事之注意義務有明確的規範，明定董事注意義務之範圍，另外還引進商業判斷原則，作為修法之建議。故我國實有必要對於董事注意義務之內涵範圍與判斷標準作一檢討，釐清董事義務與責任之範圍，使之明確化，俾使董事遵守。因此本研究以股份有限公司的董事注意義務為中心，並探討董事之監督義務，兼論董事違反義務時之損害賠償責任與責任限定制度，忠實義務部分限於篇幅則未於本文深入探討，研究方向主要以平成十八年（2006）五月一日生效之新修正的日本公司法規定及近十數年日本法院實務見解演進的日本董事注意義務之發展及法規為主，以日本法之董事義務與商業判斷原則之適用等規定、法院判決等，從董事之義務與責任為出發點加以討論，並於最後嘗試與我國法制作一比較分析，以期能提供我國未來實務上發展可能之方向及修法之建議。

貳、日本董事之信託義務

一、日本董事之信託義務 - 忠實義務

（一）董事忠實義務於日本法上之規範

日本商法於昭和二十五年（1950）參考美國法引進董事之忠實義務規定，於舊商法第二五四之三條規定：「董事負有為了公司，遵守

法令、章程與股東會決議，忠實執行職務之義務。」³ 該條之規定被稱為董事之忠實義務，於平成十七年（2005）制訂公司法時由公司法第三五五條⁴ 繼承，其規定為：「董事必須遵守法令及章程及股東會之決議，並為了股份有限公司忠實執行其職務。」其解釋為不得將自己或第三人之利益置於公司利益之上的義務。在日本學界現在認為忠實義務與善管注意義務為個別不同之概念，為學者所多採之有力之見解⁵，但以往日本法界亦有將忠實義務與善管注意義務視為同質之學說見解⁶。因為在舊商法第二五四條第三項（即現行日本公司法第三五五條）內，由於其抽象的敘述使得日本公司法下的忠實義務與善管注意義務不如英美法體系下之分類那般清楚。在違反忠實義務之董事責任發生時，根據舊商法第二六六條⁷ 規定（即現行日本公司法第四二三

³ 日本舊商法第254-3条

取締役ハ法令及定款ノ定並ニ總會ノ決議ヲ遵守シ会社ノ爲忠実ニ其ノ職務ヲ遂行スル義務ヲ負フ。

⁴ 日本公司法第355条

取締役は、法令及び定款並びに株主總會の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない。

⁵ 神崎克郎『商法Ⅱ（会社法）』（青林書院、第3版、1991年）290頁；山口幸五郎『会社法概論』（法律文化社、1988年）195頁；堀口亘『新会社法概論』（三省堂、1997年）238頁。

⁶ 新山雄三『会社法の仕組みと働き』（日本評論社、第4版、2006年）193-195頁；岸田雅雄『ゼミナール会社法入門』（日本經濟新聞社、2006年）222頁。

⁷ 日本舊商法第266条

左ノ場合ニ於テハ其ノ行爲ヲ爲シタル取締役ハ会社ニ對シ連帶シテ第一号ニ在リテハ違法ニ配当又ハ分配ノ爲サレタル額、第二号ニ在リテハ未ダ弁

條⁸⁾，法無明文規定董事須將所得利益返還歸入於公司，僅規定負擔

濟ナキ額、第三号乃至第五号ニ在リテハ会社ガ蒙リタル損害額ニ付弁済又ハ賠償ノ責ニ任ズ

一 第二百九十条第一項ノ規定ニ違反スル利益ノ配当ニ関スル議案ヲ總會ニ提出シ又ハ第二百九十三条ノ五第三項ノ規定ニ違反スル金銭ノ分配ヲ爲シタルトキ

二 他ノ取締役ニ対シ金銭ノ貸付ヲ爲シタルトキ

三 第二百六十四条第一項ノ規定ニ違反シテ取引ヲ爲シタルトキ

四 前条ノ取引ヲ爲シタルトキ

五 法令又ハ定款ニ違反スル行爲ヲ爲シタルトキ

2 前項ノ行爲ガ取締役会ノ決議ニ基キテ爲サレタルトキハ其ノ決議ニ賛成シタル取締役ハ其ノ行爲ヲ爲シタルモノト看做ス

3 前項ノ決議ニ参加シタル取締役ニシテ議事録ニ異議ヲ止メザリシ者ハ其ノ決議ニ賛成シタルモノト推定ス

4 第一項ノ取締役ノ責任ハ総株主ノ同意アルニ非ザレバ之ヲ免除スルコトヲ得ズ

5 第一項第四号ノ取引ニ関スル取締役ノ責任ハ前項ノ規定ニ拘ラズ発行済株式ノ総数ノ三分ノ二以上ノ多数ヲ以テ之ヲ免除スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ取締役ハ株主總會ニ於テ其ノ取引ニ付重要ナル事實ヲ開示スルコトヲ要ス

⁸⁾ 日本公司法第 423 条

取締役、会計参与、監査役、執行役又は会計監査人（以下この節において「役員等」という。）は、その任務を怠ったときは、株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

2 取締役又は執行役が第三百五十六条第一項（第四百十九条第二項において準用する場合を含む。以下この項において同じ。）の規定に違反して第三百五十六条第一項第一号の取引をしたときは、当該取引によって取締役、執行役又は第三者が得た利益の額は、前項の損害の額と推定する。

損害賠償責任，不過舊商法第二六六條第四項之規定（即現行日本公司法第四二三條二項規定，將董事或執行人為自己或第三人之交易所得之利益推定為損害賠償責任之數額），或許可說是參考英美法之架構而作的設計⁹。

二、日本董事之信託義務 - 善管注意義務

（一）董事善管注意義務於日本法上之規範

董事與公司間之法律關係適用委任之規定，根據日本公司法第三三〇條規定¹⁰，股份有限公司之重要幹部及會計監察人間之關係，遵從關於民法委任之規定。因此董事作為董事會之構成員、或以代表董事身份執行職務時，須依委任之本旨，以善良管理人之注意處理委任事務，負善良管理人之注意義務¹¹。

3 第三百五十六條第一項第二號又は第三號（これらの規定を第四百十九條第二項において準用する場合を含む。）の取引によって株式会社に損害が生じたときは、次に掲げる取締役又は執行役は、その任務を怠ったものと推定する。

- 一 第三百五十六條第一項（第四百十九條第二項において準用する場合を含む。）の取締役又は執行役
- 二 株式会社が当該取引をすることを決定した取締役又は執行役
- 三 当該取引に関する取締役会の承認の決議に賛成した取締役（委員会設置会社においては、当該取引が委員会設置会社と取締役との間の取引又は委員会設置会社と取締役との利益が相反する取引である場合に限る。）

⁹ 神田秀樹『会社法』（弘文堂、第七版、2005年）183頁。

¹⁰ 日本公司法第330条

株式会社と役員及び会計監査人との関係は、委任に関する規定に従う。

¹¹ 日本民法第644条

董事之善管注意義務為：董事負有以作為董事之地位之人通常被要求之注意程度的義務，因此董事之善管注意義務，為應盡具董事身份者通常被要求程度之注意義務，而有義務必須處理因該職務所須之各種事務，在個別具體的狀況下，董事如欠缺善良管理人之注意時，則被認為有過失¹²。但由於公司經營之複雜化及專門化，除了具體違反日本公司法所規定提供利益等具體違反法令的情形外，法院對於在董事為經營判斷上妥適與否，要在事後加以論斷非常困難，因此董事於商業上之判斷違反善管注意義務之案例非常稀少，而在日本之判例採用根據美國之判例法體系下發展出的商業判斷原則，對於董事之經營行為，尊重董事的裁量，但如法院無條件的尊重董事之裁量，則對於董事之善管注意義務的存在意義則不無疑問，在董事為了公司之最大利益及誠實的為商業判斷之決定作為前提下，法院對董事之商業判斷決定的裁量加以尊重¹³，因此董事之善管注意義務經由商業判斷原則加以緩和¹⁴。

1. 日本法上善管注意義務之演變

(1) 類型化

根據日本公司法上董事對公司之責任的判決，可將董事善管注意義務類型分為 1. 具體違反法令。2. 抽象違反法令。而抽象違反法令

受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。

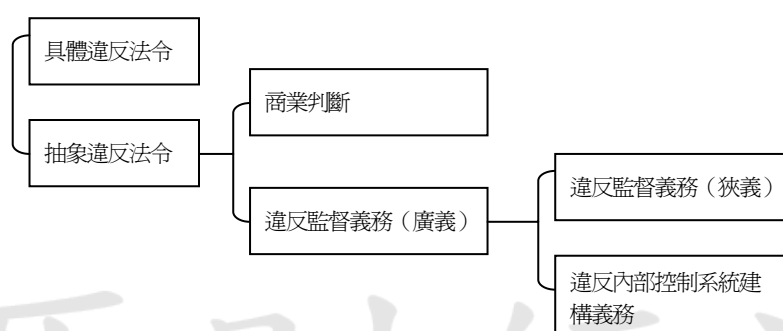
¹² 永井和之『会社法』（有斐閣、第3版、2001年）204-205頁。

¹³ 近藤光男『コーポレート・ガバナンスと経営者責任』（有斐閣、2004年）52-53頁。

¹⁴ 神田，同註9，412頁。

中又可細分為商業判斷類型與違反監督義務類型。而違反監督義務類型中又可細分為狹義監督義務及內部控制系統建構義務類型。結構上可參照圖表一¹⁵：

圖表一：違反日本董事善管注意義務之類型結構圖



上圖之結構係根據判決觀點上之不同，以具體違反法令與以善管注意義務或忠實義務為規範內容之抽象違反法令加以區分，同時於抽象違反法令的情況下，又區分為董事自身行為是否適當之問題的商業判斷類型，與防止其他董監事或職員違法行為的違反廣義監督義務類型。更進一步的對於違反廣義監督義務類型中亦可細分為對於其違法行為本身有認識可能性的違反狹義監督義務類型與違反內部控制系統建構義務責任類型，此部份將於第參部分說明。對於具體違反法令的情形，於股東代表訴訟中，具有判決董事敗訴之傾向，而於商業判斷

¹⁵ 整理自沢口実『新しい役員責任の実務—最近10年間の裁判例の分析』(商事法務、2005年)9頁。

類型中則有顯著判決董事勝訴之傾向¹⁶。

由於平成五年（1993）修正舊商法關於股東代表訴訟制度的缺失¹⁷，因此以股東代表訴訟訴追董事對公司責任為主的判決急速增加（請參閱圖表二），雖然在平成五年之前並非沒有訴追董事對公司責任的判決，不過主要以訴追中小企業之董事責任為主，並多涉及家族企業經營權之爭，而非訴追公開發行公司之董事責任，因此作為判決先例的參考價值較低，特別是關於董事違反舊商法第二六六條第一項第五款的責任（董事具體違反法令之類型），並無充分的判決可供參考。但於這十數年來多樣的類型所累積成的判決，可根據其判決類型的不同，發現法院判決有相當明顯的傾向。對於具體違反法令之類型，不論該公司為公開或非公開發行公司，幾乎所有判決都認為董事應負責任。而對於商業判斷類型之案例，如該公開發行公司於經營上並無缺失，則幾乎判決不認為董事應負責任，然於同樣的商業判斷類型案例中，在非公開發行公司未妥適經營或有缺失之金融機構的情形下，認為董事應負責任之判決很多。至於違反廣義監督義務類型，特別是內部控制系統建構義務違反情形，由於具有作為先例價值之判決為數不多，故司法判斷之傾向並不明顯¹⁸。

¹⁶ 沢口，同註15，9頁。

¹⁷ 平成5年（1993）修正股東代表訴訟之程序，主要係根據修正後之商法規定，股東代表訴訟之訴訟費一律為日幣八千兩百日圓，同時完備股東代表訴訟制度，使得股東容易提起代表訴訟。然平成15年（2003）時修正日本民事訴訟費用法，改正訴訟標的為一百六十萬日圓，因此現今股東代表訴訟之訴訟費用為一萬三千日圓。

¹⁸ 沢口，同註15，10頁。

圖表二：股東代表訴訟增加之數量表¹⁹

日期	地方法院件數	高等法院件數	合計
平成四年（1992）之前			31
平成五年（1993）	76	10	86
平成六年（1994）	129	10	139
平成七年（1995）	148	14	162
平成八年（1996）	150	13	163
平成九年（1997）	172	15	187
平成十年（1998）	186	14	200
平成十一年（1999）	202	18	220
平成十二年（2000）	187	19	206
平成十三年（2001）	166	23	189
平成十四年（2002）	141	22	163
平成十五年（2003） ²⁰	150		

（2）精緻化

根據前述日本對於公司法制上董事責任及股東代表訴訟制度的修正，因此以平成五年（1993）修正舊商法為開端，訴追董事對公開發行公司責任的股東代表訴訟案件急速增加，然因日本並未明文規定董事義務之內涵與適用商業判斷原則，法院沒有充分的根據可依循加以

¹⁹ 參考整合於沢口，同註15，3頁；資料版商事法務194號，轉引自岸田雅雄『ゼミナール会社法入門』（日本經濟新聞社、第6版、2006年）162頁。

²⁰ 平成15年日本最高法院總務局即未統計繫屬於高等法院之股東代表訴訟案件數目。

判決，於各案件的判決上，最初也僅是稍微點出或闡明而已，對於商業判斷原則的概念，係隨著判決的累積加以修正，而形成法院於司法判斷上的概念。同時根據數個最高法院之判決結果的累積，對於董事責任之判決周全精細上，更有莫大的幫助，譬如說有法院做出明示商業判斷原則、信賴專業人士之權利等，作為判斷董事是否違反注意義務基準之判決，同時於傾向尊重董事經營上之裁量，而判決董事無須負責之商業判斷類型案例中，亦散見有做出董事無商業判斷原則之適用，亦須負責之判決²¹，進而提供更周全及精緻化的司法判斷以供參考²²。

2. 日本公司法關於董事善管注意義務之規定

(1) 概說

如同前述，董事與公司間之關係為基於委任契約之委任關係，董事為公司進行之交易行為，為受委任進行法律行為，而其工作即為經營公司，而所謂經營主要是在公司所有之資產範圍，董事以法律行為為中心，訂定交易契約。公司與董事間委任契約之內容，根據該公司所營之事業不同，董事具體該當從事何種行為，公司法無從規定之；而於進行經營時，規定該以何種基準執行業務，即以注意義務為基準。注意義務為以被期待之善良管理人的身份應盡之義務，其與該善良管理人具體之能力或注意力無關，而是根據其職業、社會上、經濟上之地位，被一般要求之程度的注意義務。董事必須就該善管注意義務，

²¹ 東京地裁平成16・3・25判決（日本長期信用銀行事件）判時1851号21頁。本文所引日本法院判決皆以判決字號檢索自日本法學資料庫「LexisNexisJP」（last visited Apr.5,2007）〈<https://legal.lexisnexis.jp/lnmb/jp/loginPage.do>〉。

²² 沢口，同註15，9-10頁。

以董事之身分發揮其專門經營公司之能力，如未盡該義務，則因違反善管注意義務而未為契約之履行，負債務不履行之損害賠償責任²³。

日本公司法又分別規定了董事對公司之責任²⁴ 與董事對第三人之責任²⁵ 的規定，因此關於訴追董事對公司之責任，多根據日本公司法

²³ 神田，同註9，204頁。

²⁴ 同註8。

²⁵ 日本公司法第 429 條

役員等がその職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、当該役員等は、これによつて第三者に生じた損害を賠償する責任を負う。

2 次の各号に掲げる者が、当該各号に定める行爲をしたときも、前項と同様とする。ただし、その者が当該行爲をすることについて注意を怠らなかつたことを証明したときは、この限りでない。

一 取締役及び執行役 次に掲げる行爲

イ 株式、新株予約権、社債若しくは新株予約権付社債を引き受ける者の募集をする際に通知しなければならない重要な事項についての虚偽の通知又は当該募集のための当該株式会社の事業その他の事項に関する説明に用いた資料についての虚偽の記載若しくは記録

ロ 計算書類及び事業報告並びにこれらの附属明細書並びに臨時計算書類に記載し、又は記録すべき重要な事項についての虚偽の記載又は記録

ハ 虚偽の登記

ニ 虚偽の公告（第四百四十条第三項に規定する措置を含む。）

二 会計参与 計算書類及びその附属明細書、臨時計算書類並びに会計参与報告に記載し、又は記録すべき重要な事項についての虚偽の記載又は記録

三 監査役及び監査委員 監査報告に記載し、又は記録すべき重要な事項についての虚偽の記載又は記録

四 会計監査人 会計監査報告に記載し、又は記録すべき重要な事項についての虚偽の記載又は記録

第四二三條之規定，繼受舊商法第二六六條中所規定董事對公司之責任，加以統整規範。其違反之類型可分為 1. 違反保護公司股東利益之法令及與公序有關之法令。2. 違反善管注意義務時。3. 為利益相反行為時，等三種類型。由於 1 與 3 的行為限於故意或過失而嚴格的訴追董事責任是沒有疑問的，因為董事有損公司股東之利益或違反公共秩序、甚至是利己的行為，沒有特別保護董事之必要。於 2 違反善管注意義務時，如董事亦為故意，則一樣沒有保護之必要，因此問題在於董事是過失違反善管注意義務時，有無責任的問題。

而董事違反善管注意義務之行為，更可分為於商業判斷時之義務違反行為與違反監督義務之行為。在違反商業判斷之行為時，於美國法一定的要件下，美國法院尊重董事之商業判斷而廣泛的適用商業判斷原則，因此日本學者及政黨、經濟界認為在日本採歐陸法系之成文法制度下，應將商業判斷原則明文規定於舊商法（即現今繼受之公司法）內，但根據判例所發展的商業判斷原則要加以明文化，縱使在美國法底下亦難以成功²⁶，同時根據以往至今之美國法院判例觀之，一般法院對於董事於商業判斷上違反善管注意義務之案例中，於一定範圍內承認董事之裁量，縱於法院判決中關於承認董事於商業判斷上之裁量的說明並不相同，但其基本上具有相同之旨趣²⁷。因此在日本法院見解中，對於董事商業判斷上之失敗，過於嚴格的認定而判決董事應負責之案例並不多見，縱使未盡早將商業判斷原則明文規定於公司法內，於現在日本公司實務上造成之問題也很少，而皆委由法院加以判斷。因此縱使立法明文化是可能的，但要將商業判斷原則加以公式

²⁶ 近藤，同註13，122頁。

²⁷ 近藤，同註13，122頁。

化、法條化的具體表示於公司法內，並非容易之事，故於何種要件下董事應負何種善管注意義務違反之責任，必須委由法院針對個案加以慎重的檢討。

另一方面，關於監督義務，以往在日本多為主張董事對第三人之責任，而由法院加以判決之案例。然於股東代表訴訟制度修正後，對於董事對公司之責任上違反監督義務時，加以訴追之可能性亦大增；因此於大規模之公司，於多數員工執行業務時或根據信賴他人而委由他人經營管理時，董事如何加以監督，甚至是對於員工之違法行為，董事必須做到何種地步之監督、監視等，其具體的內容並不明確。因此日本公司法認為應重視內部控制系統之建構，而以是否建構內部控制系統作為判斷董事有無違反監督義務。但所謂的內部控制系統（Internal Control System），其內容之決定，許多部分不得不委由進行商業判斷之董事會或業務執行董事裁量決定。因此公司縱使設置適切的內部控制系統，但對於例外或是特別之事項，譬如說須特別注意之經營風險等，則不應認為董事此時並未違反監督義務²⁸，有關於監督義務部分將於第參部分再詳細說明。

（2）日本公司法之規定

根據日本公司法第三三〇條規定，公司與董事間之法律關係適用日本民法委任之規定²⁹，因此董事根據民法第六四四條規定，於執行職務之際負善良管理人注意義務³⁰。不過日本公司法上之董事善管注

²⁸ 近藤，同註13，122頁。

²⁹ 同註10。

³⁰ 同註11。

意義務，其內涵及判斷標準被認為是所謂日本版之商業判斷原則³¹，但與美國所發展之商業判斷原則不同，雖然皆由判例所發展，同時繼受美國有關於董事之商業判斷，屬董事之裁量權宜加以尊重之概念，但日本法院於審判上對商業判斷之內容及其他所有事項皆有加以審查，其主要內涵是根據有關於企業之經營涉及不確定且流動的複雜多樣之要素，因此須要專門的、預測的、具有全盤政策規劃之判斷能力作綜合性的判斷。同時企業活動因為以獲得利益為目標，因此必定伴隨著一定的風險，為了不使董事於這樣的企業活動中怯於視事，使其能專注在企業之經營上，因此應認為於其董事權限範圍內具有經營上之裁量權，董事執行業務是否有違反善管注意義務或忠實義務之判斷，必須根據董事為該行為時之公司狀況及相關之社會、經濟、文化等情勢，該公司所屬之產業界通常一般之經營者應有之知識及經驗作為基準，於作為該董事商業判斷之前提事實無不注意之錯誤，同時根據該事實所為決定之行為是否不合理觀之，而以該行為顯著不合理來加以判斷董事是否違反其善管注意義務³²。詳細有關於日本版商業判斷原則之內涵及類型、適用範圍，將於下詳述之。

（二）日本版商業判斷原則

1. 日本版商業判斷原則與美國商業判斷原則之異同

在日本所謂「經營判斷原則」之商業判斷原則被認為只不過是判斷董事是否違反善管注意義務之基準，與美國所謂「Business Judgment Rule」之商業判斷原則作為司法判斷排除董事責任之結果不同。美國

³¹ 神田，同註9，182頁。

³² 東京地裁平成16・9・28判決判時1886號111頁。

的商業判斷原則是根據判例法下所發展出來的法理，因此其內容、效力根據判例或學者之不同而有不同之見解，無明確之內容，根據美國法律協會(American Law Institute,以下簡稱為ALI)之公司治理原則³³的規定，其定義商業判斷原則為與董事無利害關係之事項，在基於該情況下合理的信賴範圍內之資訊，而為了公司利益且具有相當信賴性之情形，董事無須負責³⁴。因此美國之商業判斷原則於事實審理前階段，作為未敘述訴訟原因而駁回之情況很多，因此其多為限定司法審查之範圍的效果。

而日本所謂經營判斷原則之商業判斷原則，雖然在法院裁判上明確的使用經營判斷原則之用語，但最高法院之判決亦未具體的指出商業判斷原則之明確內容，同時其概念亦不明確。但多數下級審法院之判決中，容許董事之商業判斷於裁量的範圍內，超越有無違反善管注意義務，其前提為有無對於為商業判斷基礎之事實認識，有不注意之錯誤，同時對商業判斷之內容是否有顯著不合理之情事作為判斷之基準而加以認定董事是否有違反善管注意義務，而這樣的見解即被稱為日本所謂經營判斷原則之日本版商業判斷原則。

日本版商業判斷原則與法上的意義相結合的話，其結論即著重於日本法院對於經營判斷上的「尊重」，雖然所謂的尊重其論理上亦不明確。而且有少數學者認為日本商業判斷原則亦如同美國實務上是司法審查排除對象之不同意見，但學界普遍認為日本版商業判斷原則為變更過失責任原則，以減輕董事注意義務之見解為有力的說法。參考日本下級審法院之判決，對於所謂經營判斷類型之董事違反善管注意義務時，商業判斷原則不過是單純具體的判斷基準，對於過失或正當

³³ Principles of Corporate Governance.

³⁴ Principles of Corporate Governance §4.01 (c)

事由等所謂規範要件作事實認定時，通過判決判例而形成所謂判斷基準的例子亦不少，因此在日本所謂經營判斷原則之商業判斷原則，被認為不過是判斷董事是否違反善管注意義務及其規範要件之判斷基準而已，對於這樣的判斷基準，法院於滿足一定之要件之下，採取對於經營者之判斷予以尊重之態度。因此比較於以董事判斷之是非結果作為司法審查排除之對象的美國商業判斷原則，日本版商業判斷原則與之有極大的差異³⁵。

2. 日本版商業判斷原則之具體內容

企業經營伴隨著風險，故董事所進行之商業判斷，其結果對公司造成損害之時，以後見之明對董事之商業判斷內容是否適當，加以判斷而認為董事懈怠其任務，違反善管注意義務，使其負擔損害賠償責任，則作為企業經營者之董事將會迴避大膽的商業判斷，而生不敢積極經營之虞。此舉將會造成企業經營之萎縮，阻礙公司之發展，同時違反股東全體之期待，因此日本繼受美國藉由判例所確立之商業判斷原則，以判決加以規則化，如董事對於資料、資訊之收集及作為前提之事實認知至為商業判斷之過程中，並無不注意之情形，則判斷董事有無責任之法院，原則上對其商業判斷之內容不應認定董事應負責任。也就是說法院之判斷主要根據董事之商業判斷是符合：1. 合理的資訊。2. 商業判斷之內容無顯著不當。3. 無利益衝突。

而在判決上，董事作為判斷前提之事實認識上，須無重要且不注意之錯誤，同時於意思決定之過程中，其內容以作為企業經營者來說無特別不合理、不適切之處，則認為董事之商業判斷並無脫逸其裁量之範圍。而根據案例事實之不同，或有可能要求董事為商業判斷時不

³⁵ 沢口，同註15，43-44頁。

得違背法令、章程及股東會決議且不得違背忠實義務³⁶，或董事之商業判斷行為之目的須無社會之非難可能性³⁷等附加之前提，但主要還是以作為商業判斷之事實認識無不注意之錯誤且於判斷過程與內容無顯著不合理之事由，作為董事是否違反善管注意義務之判斷基準中心要素。而對於作為判斷前提之事實認識上有錯誤，與判斷過程或內容有錯誤比較起來，於判斷之過程或內容有錯誤時，以特別不合理之情形作為違反善管注意義務之判斷基準，因此如於董事商業判斷之意思決定過程中或內容上，有些許不合理之處，仍不認為其違反董事之善管注意義務。這意味著法院對經營者的商業判斷予以尊重。

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

³⁶ 東京地裁平成8・2・8判決（セメダイン事件）商事法務144号111頁。

³⁷ 最高裁平成12・9・12判決（ニッポン放送事件）商事法務188号255頁。

識上之錯誤，且於商業判斷上之旨趣，非所謂重大過失之錯誤的程度等問題，因此現在法院判決上僅單單以「不注意之錯誤」來說明董事違反善管注意義務之責任認定³⁸。

（三）日本法院對違反善管注意義務判決之傾向演進

1. 具體違反法令之類型

所謂具體違反法令之類型，指的是違反善管注意義務及忠實義務等抽象法令規範以外，具體的違反法令行為，譬如說違反公平交易法、刑法等行為。於董事違反此類型之案例中，幾乎都肯定董事應對公司負責，雖然有極少數的案例於認定董事具體違反法令但無須負責之情形³⁹，不過在最近日本及世界潮流對公司治理中法令遵從（Law Compliance）非常重視的趨勢下，未來對於具體違反法令而董事無須負責的案例可預想將是非常少數的⁴⁰。

2. 法令違反與過失

如同上述，於違反具體法令的情形下，亦可主張董事無須負責之前提，即董事欠缺具體違反法令之認識。因此於欠缺違反具體法令之認識，且其認識之欠缺並無過失時，則根據上述日本最高法院判決之見解，此時董事不負債務不履行之損害賠償責任。但由於董事與公司間為委任關係，因此所負之債務不履行責任與一般侵權行為責任不

³⁸ 沢口，同註15，49頁。

³⁹ 最高裁判決（野村證券事件）·平成8年（才）第270号取締役損失補填責任追及及び共同訴訟參加事件·最高裁第2小法廷平成12・7・7判決商事法務197号220頁。

⁴⁰ 沢口，同註15，23頁。

同，在債務不履行責任中對於違法性認識之欠缺與債務人之過失認定上有何影響，以往並無充分之討論，而根據前述最高法院判決之見解⁴¹，明確了實務上處理之依據。

不過於判例上，由於舊商法第二六六條第一項第五款之「法令」包含善管注意義務與忠實義務之規定，因此在這樣違反抽象法令的情況下，欠缺違反法令之認識與違反善管注意義務之間，要加以區別是困難的，於違反善管注意義務的認定上，以過失作為另一種檢討方向而加以否定董事責任的判決未被學說假設，同時現今以過失作為否定董事違反善管注意義務之法院判例亦尚未可見⁴²。

3. 違法性認識之對象

對於在過失的認定上，一般來說，僅具有抽象的違法認識可能性並不足夠，必須以具體的違反法令之認識可能性才可加以歸責。因此於法院見解上對於違反舊商法第二六六條第一項第五款而成立損害賠償責任時，以必須具有具體的違反法令之認識或認識可能性時才成立⁴³。不過現今法院，並非要求董事對於條文之文義或文字等具有具體之認識，而是在對一般抽象的違法性具有認識及其認識可能性，對於違反何種法令或不違反何種法令，加以漠然的忽視其應有之危機感或不安感等，根據這些作為損害賠償責任之基礎，而對於具體違反法令之行為是否具有預見、迴避可能性作為判斷基礎而考慮具體違反法令之認識可能性⁴⁴。因此隨著日本公司法制的修正與進化，在法令修正頻繁

⁴¹ 大阪地裁平成9・4・18判決（大和銀行事件）商事法務158号54頁。

⁴² 沢口，同註15，31頁。

⁴³ 東京地裁平成4・8・11判決（興證券事件）商事法務101号37頁。

⁴⁴ 沢口，同註15，31頁。

的情況下，企業要把握遵守法令而為經營是越來越不容易了，而以大型公司之弊案發生作為契機，在日本對於法令遵從之重視日益增強，因此考慮這樣的狀況與公司法制的要求，對於現在日本公開發行公司之董事於具體違反法令的情況下，因欠缺違法之認識而加以否定董事之過失，使董事無須負責之案例，其判斷上就將與過去大不相同⁴⁵。

4. 法令違反與裁量

於董事具體認識其違反法令之行爲時，不被認為其決定執行違背法令之行爲是屬於董事之裁量範圍內，譬如說日本法院見解認為，縱使董事爲了避免公司以往之違法行爲顯現或遭受更大的損失而決定繼續違法的交易、貿易輸出行爲，但該防止公司以往違法行爲顯現或遭受更大損失並非可作為董事決定繼續違法行爲或採取其他違法行爲正當化之理由，因此董事對採取違法行爲之判斷等行爲，對於法院認定該董事違反善管注意義務或忠實義務等沒有影響⁴⁶。同時於大和銀行事件之大阪地方法院判決⁴⁷中亦明確的表示，董事對於包含外國法令在內之法令是否決定於經營上加以違反，並非董事之裁量，而明確的對於董事採取有意識的具體違反法令之行爲免責，加以否定的立場。因此於未來之實際判決中，對於司法機關主張因利益衡量後而容許董事採取違反法令之行爲，是不可能期待法院做出採認如此主張之判決⁴⁸。

⁴⁵ 沢口，同註15，32頁。

⁴⁶ 東京地裁平成8・6・20判決（日本航空電子工業事件）商事法務148号64頁。

⁴⁷ 同註41。

⁴⁸ 沢口，同註15，34頁。

5. 企業倫理、社會相當性與董事責任

而於日本除了要求遵守法令之外，對於企業之社會責任與企業倫理亦多所關心，因此對於準同於法令之企業倫理，要求公司遵守之見解亦漸強烈，於法院判決中對於董事之行為未違反法令，但欠缺社會相當性，其是否違反善管注意義務之爭論不少。譬如說對於證券公司並非違反法令，而是違反日本證券業協會之公正交易習慣規則時，法院認為雖然並無違反法令，但該行為卻欠缺社會相當性，而根據董事決定之情形，判斷是否違反善管注意義務，於公司所受之經濟上利益與損害等加以考量，作為法院判斷董事是否有違反善管注意義務之基礎⁴⁹。因此法院於判決上所採之見解傾向於對公司所為之非違背法令行為，根據其為行為時之情勢加以認定，如非欠缺社會相當性之行為，則不被認為違反董事之善管注意義務⁵⁰，換言之，雖然判決上並無將企業倫理等規範包含在舊商法第二六六條第一項第五款之法令的範疇內加以認定董事之責任，但如董事所為之決定如欠缺社會相當性，則法院仍認定該董事違反善管注意義務。

（四）商業判斷原則之適用範圍

綜上所述，可透過日本法院於判決上採用商業判斷原則，加以觀察日本版商業判斷原則之適用範圍。

⁴⁹ 同註43。

⁵⁰ 大阪地裁平成14・3・13判決（住友信託銀行事件）判時1792号137頁；大阪地裁平成14・3・27判決（なみはや銀行事件）判例タイムズ1119号194頁；東京地裁平成16・3・25判決（日本長期信用銀行事件），同註21。

1. 為了董事個人之利害關係而非為公司利益之目的時

為了董事個人或他人之利害關係而非為公司利益時，不適用商業判斷原則。譬如說保險公司之董事做出融資之決定，但其有無法回收融資之狀況，造成公司損害時，該董事做出融資之決定，是為了自己的關係企業，其有認識到是為了自己或他人之利益，而利用其身為保險公司之董事，決定融資並實際貸款給董事自己的關係企業，因此被法院認定違反董事善管注意義務，於此有利害關係情形下不適用日本版商業判斷原則⁵¹。亦有案例為銀行總裁於以其長男名義購置之土地上設置倉庫，其目的為利用總裁長男的土地名目，定期受領金錢，該總裁利用其身為銀行董事之身分與其長男積極締結不動產借貸契約，而被認定違反董事善管注意義務，於此時，亦無適用日本版商業判斷原則⁵²。因此於董事個人有利害關係之事項為判斷時，如其非為了公司之利益，則法院認為對該董事之商業判斷，適用日本版商業判斷原則並不妥適。因此於商業判斷原則之適用上，以董事未違反忠實義務為限⁵³。

2. 違反狹義監督義務時

違反狹義監督義務時，亦為違反董事善管注意義務的一種態樣，因此判斷其有無違反監督義務時，法院見解上認為不適用日本版商業判斷原則。因為狹義之監督義務為對於董監事及職員之違反行為有所

⁵¹ 東京地裁平成15・5・22判決（東邦生命事件）判時1835号126頁。

⁵² 大阪地裁平成14・10・16判決（なみはや銀行事件）判例タイムズ1134号248頁。

⁵³ 同註36，東京地裁平成8・2・8判決（セメダイン事件）即明文記述了以不違背忠實義務為限作為適用日本版商業判斷原則之要件。

認識或得認識時應加以阻止之義務，而於董事違反其義務時並不存在董事應作何種積極的判斷，因此如適用日本版商業判斷原則亦不適當，有關於監督義務部分將後詳述於第參部分⁵⁴。

3. 違反內部控制系統建構義務時

對於違反內部控制系統建構義務時，法院判斷董事是否違反建構所謂風險管理制度、法令遵從制度等內部控制系統之義務時，得適用日本版商業判斷原則；因隨著公司所從事之業種、規模不同而生不同之營運風險對公司的影響，董事根據風險管理之結果，適切且健全確保公司營運，並根據公司之規模，所營事業內容及現實狀況等不同，其內部控制系統之規模會有相當大之差異，對於應建構何種內部控制系統，應賦予作為經營企業專門之人的董事廣泛的裁量權，因此在是否違反建構內部控制系統義務時，對於董事之裁量判斷上，法院採用日本版商業判斷原則加以認定，此部分亦將詳述於第參部分⁵⁵。

4. 特殊類型

(1) 金融機構之董事

雖然亦以適用日本版商業判斷原則，作為判斷金融機構之董事是否違反善管注意義務基準，不過其作為商業判斷原則之不注意或顯著不合理之判斷基準，與非金融機構之公司董事的善管注意義務程度不同。在日本版商業判斷原則之適用，是以董事商業判斷之前提事實有不注意之錯誤，或其商業判斷之內容有顯著不合理之處，而其判斷內

⁵⁴ 沢口，同註15，51頁。

⁵⁵ 大阪地裁平成12・9・20判決（大和銀行事件大和銀行）；東京地裁判決（ヤクルト本社事件）；大阪地裁判決（ダスキン事件）等。

容及對前提事實之認識非以一般公司經營之人的判斷為基準，而是要以金融機構之董事為判斷基準，日本法院之判例亦認為應以一般銀行之經營者的判斷做為基準，而不採與一般企業家判斷之基準⁵⁶。

而董事裁量的範圍，金融機構董事之善管注意義務內容，特別是商業判斷裁量之範圍，與非金融機關之公司董事有不少不同之處，以往法院判決中對於銀行之董事的善管注意義務與其他公司比較起來，可說較為嚴格，如大和銀行大阪高等法院裁定⁵⁷認為銀行之董事，作為接受金錢、證券等信託之受託人機關，負有比一般事業之公司董事更嚴格之責任。

同時法院亦以金融機構之性質加以考量，認為銀行根據其業務受有金錢之存入及貸付等金融中介的機能，在社會經濟活動上扮演重要的角色，因此本應要求銀行業務健全且適切的營運，以有助於國民經濟健全的發展，由於銀行業務之公共性，因此銀行之董事於經營上之裁量，不得不與純粹的私人企業董事不同，受較嚴格之制約⁵⁸。

但亦有法院判決認為，金融機構之董事與其他一般公司董事相比，其注意義務程度不同，但並非比一般公司嚴格或其裁量範圍受到限制。銀行之董事必須健全且適切的進行銀行業務之營運，同時確保存款人之保護及維持信用秩序，因此銀行之董事與一般公司之董事一樣，擁有作為公司經營之專家廣泛之裁量，對於貸款業務等授信業務，

⁵⁶ 名古屋地裁平成9・1・20判決（中京銀行事件）商事法務115号123頁。

⁵⁷ 大阪高裁平成9・12・8決定（大和銀行事件）商事法務166号138頁。

⁵⁸ 此見解散見於對以下各金融機構之判決：東京地裁平成16・5・25判決（日本債券信用銀行事件）金判1195号37頁；札幌地裁平成16・3・26判決（北海道拓殖銀行事件）判例タイムズ1158号196頁；東京地裁平成16・3・25判決（日本債券信用銀行事件）判時1863号128頁。

適切的管理信用風險，及安全的運用資金，作為銀行之董事必須留意其商業判斷之裁量上與一般公司董事不同之差異⁵⁹。

因此於金融機構適用日本版商業判斷原則時，其基準係以一般金融機構之董事作為基準這點，法院見解上並無不同意見。不過銀行之業務涉及多樣範圍，同時非金融機構但亦有公共性之企業亦存在於經濟社會中，因此對於銀行董事之商業判斷的裁量，與一般營利企業相比為較嚴格之限制，這樣的理論，一部份法院見解認為應當更慎重的加以考量。同時在具體的融資判斷時，銀行之董事與其他公司之董事在比較上有差異是可能的，但在實務上一般公司之融資與金融機關之融資其背景情況具有相當大的差異，因此現實上要加以比較判斷並不適當。也就是說，對於有關於融資是否違反善管注意義務之判斷上，因須根據個別情事之具體事實加以判斷，因此在一般公司的融資與金融機構之融資上有許多個別不同之差異，並不容易比較。在董事對公司之責任上，法院之判決多為金融機構之融資違反善管注意義務，因此法院在判斷金融機構之融資是否違反董事之善管注意義務上，並非採與一般公司在融資時違反善管注意義務之判斷基準，而是根據具體之事例，參考其他金融機關之判決加以審查⁶⁰。

(2) 併購時之董事

法院對於公司併購時，以換股比率不公平等作為理由之損害賠償請求案件，幾乎皆認為其對公司未造成損害而廢棄原告股東之主張，其理由是根據組織再造而為之股份交換，並未造成公司資產之流出。而於公司分割時則由於分割公司繼承原公司之資產，亦無造成公司資

⁵⁹ 大阪地裁平成14・3・13判決（住友信託銀行事件），同註50。

⁶⁰ 沢口，同註15，84頁。

產流出之影響，因此法院認為並無造成對公司之損害。而於通常合意併購之案件則基本上認可經營者廣泛之裁量，但其判斷重點為併購價格之妥當性，以此作為併購時董事是否違反善管注意義務之基準；由於日本最近亦掀起併購之風潮，而有顯著增加併購企業之傾向，因此利用專業人士進行併購程序也急速的普遍化，對於作為併購判斷之前提事實之認識或檢討之程序，應比以往之法院見解更進一步的要求，對於董事為併購之商業判斷決定前，要求其為詳細之事實認識或更慎重的檢討程序⁶¹。

根據日本產業經濟省與法務省於平成十七年（2005）五月所公布之「為確保及提升企業價值與股東共同利益之買收合併防禦策略指導方針」⁶²的說明，雖然該指導方針並無法律上之效果，然其中針對選擇權制度（即毒藥丸防禦策略）作為防禦策略上提出主管機關之意見如下：

1. 董事基於善良管理人之角色對收購者提出之提案須為充分之討論並顧及股東之共同利益。
2. 不得違反股東平等原則，如以特別有利的條件發行新股或認股權而有顯著使股價低落之情形時，須經股東會特別決議為之。

因此在針對企業採取收購防禦策略上，日本產業經濟省之立場是希望企業必須遵守下列原則⁶³：

1. 確保與提升企業價值與股東之共同利益原則

⁶¹ 沢口，同註15，86頁。

⁶² 日本產業經濟省、法務省「企業価値・株主共同の利益の確保又は向上のための買収防衛策に関する指針」(last visited Apr.5,2007) <<http://www.meti.go.jp/press/20050527005/3-shishinn-honntai-set.pdf>>。

⁶³ 日本產業經濟省、法務省，同註62，3頁。

2. 事前公開與股東意思優先原則

3. 必要性與相當性原則

董事會於發動防禦策略時，須對股東共同之威脅存在合理的認識，須有所謂發動防禦之必要性。因此當遇此判斷時可請外部專家如律師、財務顧問等提供分析，而避免對事實之認識有重大或不注意之誤，排除董事恣意判斷之可能性。

同時東京高等法院針對敵意併購中目標公司及其董事可採取防禦策略提出四個具體判斷例子如下⁶⁴：

1. 沒有參加經營之意思，以提高股價為目標，使公司經營相關人員之後買下（即所謂的 GREEN MAILER）。

2. 對目標公司只有一時支配之意圖，而以移轉智慧財產權，商業方法（KNOW HOW）、企業秘密、交易對象資料於收購者為目的時（焦土化經營）。

3. 支配目標公司之經營後，將其資產作為收購者債務之擔保或是支付收購之支出。

4. 處分目標公司的高價資產，以急速提高股價後賣出目標公司股價為目標。

參、日本董事之監督義務

一、日本董事之監督義務

董事監督義務於日本公司法架構下並無明文規定，一般解釋為代表董事、一般董事對其他代表董事或其他執行業務董事的行為，負有

⁶⁴ 東京高裁平成17・3・23判決（ニッポン放送事例）。

監督使其執行職務合法且合理的遵守法令（包含善管注意義務、忠實義務之一般規定）、章程⁶⁵。

而其根據是由於公司業務執行之意思決定係由董事會決議為之，各董事為了參與規劃公司業務執行之意思決定，對於相關之資訊及知識必須加以收集及瞭解，而董事於有必要時得召集董事會，並非僅包含監督於董事會討論之事項，而是應解釋為監督代表董事之業務執行⁶⁶，對於代表董事違反職務之行爲，董事因監督代表董事之業務執行，得於有必要時自行召集董事會⁶⁷，並向監察人報告⁶⁸並督促監察人行使侵害防止請求權⁶⁹，而這些規定都以董事具有監督義務作為前提，因此縱公司法未明文規定，但在學說⁷⁰及判例⁷¹上以往就採肯定之見

⁶⁵ 最大判昭和48・5・22判例民集27卷5號655頁・百選59・商判Ⅱ-7；最大判昭和55・3・15判例判時971號101頁。

⁶⁶ 永井，同註12，202-203頁。

⁶⁷ 日本舊商法第259條

取締役会ハ各取締役之ヲ召集ス但シ取締役会ニ於テ召集ヲ爲スベキ取締役ヲ定メタルトキハ此ノ限ニ在ラズ。

⁶⁸ 日本舊商法第274-2條

取締役ハ会社ニ著シキ損害ヲ及ボス虞アル事實ヲ発見シタルトキハ直ニ監査役ニ之ヲ報告スルコトヲ要ス

⁶⁹ 日本舊商法第275-2條

取締役ガ会社ノ目的ノ範圍内ニ在ラザル行爲其ノ他法令又ハ定款ニ違反スル行爲ヲ爲シ之ニ因リ会社ニ著シキ損害ヲ生ズル虞アル場合ニ於テハ監査役ハ取締役ニ對シ其ノ行爲ヲ止ムベキコトヲ請求スルコトヲ得

2 裁判所ハ仮処分ヲ以テ取締役ニ對シ其ノ行爲ヲ止ムベキコトヲ命ズルニハ保証ヲ立テシムルコトヲ要セズ

⁷⁰ 永井，同註12，203頁；加美和照『新訂会社法』（勁草書房、第6版、1998年）280頁；龍田節『会社法』（有斐閣、第6版、1998年）96頁；沢口，同

解，而認為董事之監督義務為善管注意義務之更深一層的型態，因此違反董事監督義務即構成違反董事善管注意義務⁷²。

代表董事對其他代表董事之行為當然負有監督義務，代表董事對其他無代表權之董事行為亦負有監督義務，而無代表權之一般董事不僅只為董事會之構成員，亦負有監督代表董事之義務。董事之監督義務與董事之善管注意義務相關連，也就是如同上述所說的監督其他董事執行職務之義務，在現行日本公司法制度下，各董事並非都是公司之業務執行機關，而是遵從董事會之決議為業務執行之意思決定與進行監督，由代表董事為業務之執行及代表公司。但並非公司所有廣泛業務皆由代表董事負監督義務，無代表權之董事，不限於提交於董事會討論之事項，對於公司之全部業務，亦皆負有監督其他董事之義務，代表董事則於負有監督其他董事之義務的同時，也基於公司業務執行機關之領導者地位，對業務擔當董事或董事兼職員之業務執行，負有監督義務⁷³。

但由於要求董事不間斷的監督其他董事之業務執行，並個別具體的監督公司職員之業務執行，是不可能的，同時也失去由有效率營運公司之觀點，而為業務分配之意義。因此董事對於職員日常業務之執行及未於董事會上討論之事項，雖負有監督義務，但亦有一定之界限。董事監督義務之範圍，除了董事會於業務之執行負有監督義務外，代表董事、業務擔當董事或董事兼任職員亦全部負有監督義務，但代表

註15，191頁。

⁷¹ 最大判昭和48・5・22判例・最大判昭和55・3・15判例，同註65。

⁷² 松尾真・勝股利臣編著『株主代表訴訟と役員賠償責任保険』（中央經濟社、1994年）71頁。

⁷³ 神田，同註9，412頁；永井，同註12，203頁。

董事、業務擔當董事，董事兼任職員或是一般董事接觸各種公司職務之客觀內容、執行業務有關之機會與資訊都不相同，根據其職務之不同，對於作為監督對象之代表董事等所為之違法行為態樣及其關係，所應盡之監督義務與善管注意義務的判斷也具有差異。具體而言，在故意、過失的認定上有所差異，而對於董事違反監督義務與造成損害之間是否有相當因果關係上，有所不同⁷⁴，譬如說董事對於未提交董事會討論之事項，亦應負監督義務之責任，以代表董事或執行人有不當或違法執行業務行為之虞時，或董事已知代表董事不當或違法行為，或其從事的是容易知悉之特殊行為時，董事對該等未於提交董事會討論之事項，未盡監督義務時，法院判決見解認為董事亦須負責⁷⁵。

董事善盡監督義務時，如發現有可能對公司產生顯著損害之虞之事實時，具有向監察人報告之義務⁷⁶，監察人於董事有違反法令、章程之行為或有該等行為之虞時，負有向董事會報告之義務⁷⁷。

因此於日本公司法修正後第三四八條⁷⁸、第三六二條規定⁷⁹，董事

⁷⁴ 永井，同註12，204頁；倉沢康一郎『会社法の論理』（中央經濟社、1979年）182頁；神崎克郎『取締役制度論－義務と責任の法的研究』（中央經濟社、1981年）119頁。

⁷⁵ 前橋地裁高崎支裁昭和49・12・26判決；東京地裁昭和55・4・22判決；上田榮治代表編集『平成商法改正ハンドブック平成13年～15年版』（三省堂、2004年）151頁。

⁷⁶ 同註68。

⁷⁷ 日本舊商法第260-3條

監査役ハ取締役会ニ出席シ意見ヲ述ブルコトヲ得

⁷⁸ 日本公司法第348條

取締役は、定款に別段の定めがある場合を除き、株式会社（取締役会設置会社を除く。以下この条において同じ。）の業務を執行する。

2 取締役が二人以上ある場合には、株式会社の業務は、定款に別段の定めがある場合を除き、取締役の過半数をもって決定する。

3 前項の場合には、取締役は、次に掲げる事項についての決定を各取締役に委任することができない。

一 支配人の選任及び解任

二 支店の設置、移転及び廃止

三 第二百九十八条第一項各号（第三百二十五条において準用する場合を含む。）に掲げる事項

四 取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備

五 第四百二十六条第一項の規定による定款の定めに基づく第四百二十三条第一項の責任の免除

4 大会社においては、取締役は、前項第四号に掲げる事項を決定しなければならない。

⁷⁹ 日本公司法第 362 条

取締役会は、すべての取締役で組織する。

2 取締役会は、次に掲げる職務を行う。

一 取締役会設置会社の業務執行の決定

二 取締役の職務の執行の監督

三 代表取締役の選定及び解職

3 取締役会は、取締役の中から代表取締役を選定しなければならない。

4 取締役会は、次に掲げる事項その他の重要な業務執行の決定を取締役に委任することができない。

一 重要な財産の処分及び譲受け

二 多額の借財

三 支配人その他の重要な使用人の選任及び解任

四 支店その他の重要な組織の設置、変更及び廃止

或董事會具有監督義務外，尚必須決定內部控制系統之建構，於公司內設立確保董事執行業務遵從法令及章程之組織，及其他根據法務省令所訂之確保股份有限公司業務執行適當正確之組織，本項內部控制系統之建構義務，於董事會設置公司不得委由董事為之，為董事會之職權；而於大公司或大公司採用委員會設置型公司時，則強制必須設置內部控制系統，於公司內設立確保董事執行業務遵從法令及章程之組織及其他確保公司業務適當正確之組織。日本公司法施行規則第九十八條⁸⁰、第一〇〇條⁸¹ 即針對所謂法務省令之確保公司業務執行合

五 第六百七十六條第一号に掲げる事項その他の社債を引き受ける者の募集に関する重要な事項として法務省令で定める事項

六 取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備

七 第四百二十六條第一項の規定による定款の定めに基づく第四百二十三条第一項の責任の免除

5 大会社である取締役会設置会社においては、取締役会は、前項第六号に掲げる事項を決定しなければならない。

⁸⁰ 会社法施行規則第98条

法第三百四十八條第三項第四号に規定する法務省令で定める体制は、次に掲げる体制とする。

一 取締役の職務の執行に係る情報の保存及び管理に関する体制

二 損失の危険の管理に関する規程その他の体制

三 取締役の職務の執行が効率的に行われることを確保するための体制

四 使用人の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制

五 当該株式会社並びにその親会社及び子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制

2 取締役が二人以上ある株式会社である場合には、前項に規定する体制には、業務の決定が適正に行われることを確保するための体制を含むものとする。

3 監査役設置会社以外の株式会社である場合には、第一項に規定する体制には、取締役が株主に報告すべき事項の報告をするための体制を含むものとする。

4 監査役設置会社（監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがある株式会社を含む。）である場合には、第一項に規定する体制には、次に掲げる体制を含むものとする。

一 監査役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合における当該使用人に関する事項

二 前号の使用人の取締役からの独立性に関する事項

三 取締役及び使用人が監査役に報告をするための体制その他の監査役への報告に関する体制

四 その他監査役の監査が実効的に行われることを確保するための体制

⁸¹ 会社法施行規則第 100 条

法第三百六十二条第四項第六号に規定する法務省令で定める体制は、次に掲げる体制とする。

一 取締役の職務の執行に係る情報の保存及び管理に関する体制

二 損失の危険の管理に関する規程その他の体制

三 取締役の職務の執行が効率的に行われることを確保するための体制

四 使用人の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制

五 当該株式会社並びにその親会社及び子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制

2 監査役設置会社以外の株式会社である場合には、前項に規定する体制には、取締役が株主に報告すべき事項の報告をするための体制を含むものとする。

理之組織加以明訂為：1. 保存及管理董事執行職務相關資訊之組織。2. 風險管理相關規定及組織。3. 確保董事執行職務有效率進行之組織。4. 確保員工執行職務遵從法令及章程之規定之組織。5. 確保該股份有限公司之母公司及子公司所組成之集團執行業務適當正確之組織。

同時於董事為兩人以上之股份有限公司時，上述所規定之組織，包含建構確保業務之決定是合理進行決定之組織。於設置監察人公司以外之股份有限公司，上述所規定之組織，包含董事應向股東報告事項之報告組織。於監察人設置公司，上述所規定之組織，包含 1. 輔助監察人之員工相關事項。2. 該員工獨立於董事之相關事項。3. 董事及員工對監察人報告之組織。4. 確保其他監察人之監察實際有效進行之組織。因此董事所負建構內部控制系統義務，包含了所謂風險管理組織及法令遵從組織之建構義務，如違反內部控制系統建構義務即被認為是違反董事之善管注意義務，同時董事對於代表董事是否履行內部控制系統建構義務亦負有監督義務⁸²。

3 監査役設置会社（監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがある株式会社を含む。）である場合には、第一項に規定する体制には、次に掲げる体制を含むものとする。

一 監査役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合における当該使用人に関する事項

二 前号の使用人の取締役からの独立性に関する事項

三 取締役及び使用人が監査役に報告をするための体制その他の監査役への報告に関する体制

四 その他監査役の監査が実効的に行われることを確保するための体制

⁸² 同註80、81；神田，同註9，184頁。

（一）監視義務與監督義務之不同

監視義務為對公司業務執行之意思決定者或業務執行者之經營、法令遵守的監視義務。監督義務則為對於員工之違法行為的監督責任⁸³。一般而言日本法上學者多以監視義務統稱之，而於日本法院判決中亦有加以區別使用之判決，但混和使用的判決亦不在少數⁸⁴。因此監視義務亦包含監督責任中違反內部控制系統建構義務之見解⁸⁵，法院認為於董事違反監督責任類型之訴訟中，對於董事依該公司業務之型態、內容與規模，違反建構員工執行業務之指揮監督組織義務，此為原告應舉證事項，且為董事是否違反監視義務之判斷基準。不過監視義務與監督義務之區別於學說上未有定論，以往判例上採用監視義務的文字表現，而傳統上判決多以此為準採用之，但舊商法昭和五十六年（1981）改正時，於第二六〇條使用監督之字樣，而法院於判決對於董事、重要幹部或職員之違法行為皆採用監督義務來表示者亦有，因此本文於未有特別說明時，統一採用監督義務。

而於判例上對於董事之監督義務，認為以負有監督義務之董事對於從事違法行為之董事，其違法行為之認識、或有認識可能性與否，作為董事是否違反監督義務之判斷基準，但隨著日本公司法之修正強制董事負有建構內部控制系統之義務，在未來法院判斷董事是否違反監督義務之基準，將不以負有監督義務之董事對於違法董事違法行為之認識可能性有無，作為排除其責任之基準。

⁸³ 沢口，同註15，6頁。

⁸⁴ 沢口，同註15，108頁。

⁸⁵ 沢口，同註15，108頁。

（二）監督義務之對象

董事之監督義務，並不限於董事、重要幹部或員工的具體違反法令的行為，而是對違反善管注意義務等抽象的違反法令行為，亦包含在內。法院判決上，對於董事負監督義務之對象，除了董事或員工具體違反法令外，於董事違反善管注意義務或員工的誠實義務等抽象違反法令時，亦負有監督義務。但於具體違反法令時，董事對於其他董事或員工之違反行為有所認識時應加以阻止之作為義務，大體上沒有例外；但於抽象違反法令之時，對於其違反要加以認識並不容易，同時亦無法課與董事應立刻阻止、或中止抽象違反法令行為之概念，將其與如抽象違反法令之態樣，為違反公司內部規章，則對於該違反行為有所認識時之作為義務的觀念加以相比較即可瞭解。在非有內控缺失之公開發行公司經營判斷類型的法院判決中，對此幾乎沒有認為董事應負責而為敗訴之判決。由此可推論，於抽象違反法令之行為是否有違反監督義務之認定上，法院亦有所猶豫。然而於董事違反善管注意義務中監督義務之情形，以該善管注意義務之違反為顯著時，法院現今認定違反監督義務之判決上，總結來說都是顯著違反善管注意義務之案例⁸⁶。

二、日本內部控制系統之發展

（一）內部控制系統建構義務

1. 內部控制系統之具體內容

由於日本法上董事之監督義務，董事對於職員之違法行為因公司

⁸⁶ 沢口，同註15，114頁。

內組織或業務分擔之劃分而使得董事之監督有現實上之限制時，根據判例之見解，容易使得董事對於具預見可能性之違法行為不加以監督及阻止，亦無須負責。因此對於董事之監督義務，應設置內部控制組織確保公司執行業務時妥適正當，因此爭點在於有關於內部控制組織制度是否應設置，及如何充分發揮其機能⁸⁷。

在大和銀行事件中，由於該銀行之海外分行以公司資金從事證券金融商品交易，同時負責人濫用其權限、隱蔽交易損失等違法交易行為，而使公司生鉅額損失之危險，法院認為公司必須建構內部控制系統，對於銀行以自有資金從事證券交易等行為時，有義務必須加以建構並實施控制其交易風險及防止違法證券交易行為的發生與擴大的內部控制系統，而董事對於該內部控制系統組織是否有確實建構並運作，負有監督義務，明確化董事建構內部控制系統組織之義務⁸⁸。所以如同前述，日本公司法亦修正強制董事或董事會應建構內部控制系統組織。

因此於大企業中，作為董事之善管注意義務的內容之一，即董事必須建構適當的內部控制系統，同時負有監督其發揮機能之義務。董事雖然於大企業中，不可能對業務執行者執行業務之狀況作個別的、詳細的逐一監督，但並非可說董事不負監督義務，對於違法或不當之行為，也不得以其不知或不可得知而予以免責。

至於內部控制系統之建構，其內容抽象而言：1. 其組織之綱要由董事會決定。2. 代表董事和業務擔當董事對於其業務執行部門之內部控制系統，負有具體建構之義務。3. 董事對代表董事與業務擔當董事

⁸⁷ 上田，同註75，152頁。

⁸⁸ 上田，同註75，152頁。

是否履行其建構內部控制系統之義務，負有監督責任。4. 監察人對董事是否設立內部控制系統，負有監察義務⁸⁹。在委員會設置公司內，董事會決定關於內部控制系統相關事項之決定⁹⁰，業務執行之執行人則實際建構、營運內部控制系統，而審計委員會則對執行人具體建構及營運內部控制系統加以監察，同時妥適其運作，並向董事會報告。

但關於內部控制系統之建構義務來說，董事應負擔怎樣具體的義務並不明確，因為所謂內部控制系統，並無統一明確之定義，而且董事或執行人建構內部控制系統之義務內容，亦不明確。譬如說公司為金融機構時，應對於金融檢查規則等規定加以參照，以作為業務執行之準則。在大和銀行事件判決中，亦說明銀行對於所保管之證券確認方式，及前後櫃臺的分離，強制休假輪調制度等為內部控制具體參考之事項。但是判例並無法具體化董事之義務的內容，同時內部控制系統之建構程度，亦被認為是董事商業判斷的問題，董事因此有廣泛的裁量權，此點亦為法院判例所採用⁹¹。對於內部控制系統建構之義務來說，其具體內容並不明確，董事執行業務違法或不當之情形時，而對公司產生損害，以內部控制系統之建構不充分作為理由，訴追董事責任有敗訴之風險⁹²。

因此對於監督義務之履行是否等於建構內部控制系統？不無疑問。由於日本之董事多有擔任公司業務之執行，與強化董事監督機能的美國公司法制不同，因此是否應將董事之監督義務，置換為建構監

⁸⁹ 大阪地裁平成12・9・20判決（大和銀行事件）判時1721號3頁・商判Ⅱ-64。

⁹⁰ 特例法第21-7條第1項第2款，平成15年（2003）商法之規定。

⁹¹ 同註89。

⁹² 「委員會等設置會社、株式制度の理論と実務」別冊商事法務263號（2003年）212頁。

督業務執行董事之系統的義務？另一問題則是以內部控制系統作為監督義務之中心來思考，由於內部控制系統之型態非常多樣化，因此完全怠於建構內部控制系統之董事，當然違反其善管注意義務，但問題是作為違反監督義務之責任基準的「系統」應建構至何種程度？如果不考慮成本問題，則董事應於可能之限度內建構最優良之內部控制系統，但實際上董事應建構何種程度之系統才不會被視為違反其責任呢？日本法院之見解認為該內部控制系統（即風險管理組織、法令遵循組織等）之綱要，須由董事會決定⁹³。

因此如前述在某種程度以上規模之公司，為了健全公司經營，必須建構對應公司所經營事業之規模、特性的內部控制系統⁹⁴。這樣的內部控制系統綱要由董事會決定，尤其是董事會設置公司且為大公司時，具有內部控制系統建構之義務⁹⁵。而董事作為董事會之構成員，代表董事或業務執行董事對內部控制系統之建構負有義務，同時代表董事及業務執行董事對內部控制系統履行其應負之責任與否，負有監督義務⁹⁶。

2. 信賴之權利

由於今日的企業經營，特別是對於大型公開發行公司來說，其事業規模及於全世界，對於公司經營的內容來說，已經是高度專業化、分工化了，董事要對於這樣的企業經營內容，全體具體的加以監督，現實上是不可能的，因此對於董事將監督的義務委由其他的重要幹部

⁹³ 沢口，同註15，116頁。

⁹⁴ 同註80、81。

⁹⁵ 日本公司法第362條第4項第6款，同註79。

⁹⁶ 同註89。

或職員等所謂專業人士，董事對這些專業人士之信賴，必須於一定程度內加以保護。

在美國法上，依判例法所發展之法理，董事於無可疑理由的情形下，以相當之注意選任的重要幹部或職員，對於其誠實執行職務及能力無調查之必要，而認為對於這樣的信賴，被認定為所謂「信賴之權利」。信賴之權利的對象，為重要幹部、董事會內部委員會、職員、律師等專業人士，而作為信賴的效果，並非得完全怠於監督義務，而是對於信賴的對象，縱使為違法行為等，董事原則上不因此負任務懈怠之責任⁹⁷。

由於日本的大型公開發行企業，從事世界性規模之經營者亦不在少數，因此對於所謂信賴之保護的必要性，在日本的企業經營中亦與美國的情況一樣，而於法院判決中明示所謂信賴的保護原則。在大和銀行事件大阪高裁裁定⁹⁸中，法院認為在大規模經營的股份有限公司中，由於股份有限公司制度之旨趣，而必須適當正確的進行公司組織之運行，對於公司營運權限內，廣泛且複雜分歧的公司業務之權限，委由各董事或職員分擔適當且正確的執行，這種情況非常常見，於此時，董事已經相當之注意而選任、監督受委任權限之人時，則對於這些專業人士之違法行為，董事基於信賴專業人士不應因此負責，而認可信賴之權利的概念。但是對於董事信賴之權利，以該董事是否無過失且誠實，且是否已盡充分之注意，均不過是法院判斷的間接事實而已⁹⁹，因此根據日本法院之判決，採用信賴之權利而否定董事責任之判決不在少數，但現實上於法院審理運用上亦有不少不明確的部分，

⁹⁷ 沢口，同註15，56頁。

⁹⁸ 同註57。

⁹⁹ 沢口，同註15，57頁。

這部分依據法院個案判斷董事仍負有監督義務之責任¹⁰⁰。

（二）日本版SOX法（J-SOX）

董事負有建構確保公司業務適當且正確執行之組織的義務，已如前述，世界各國對於公司內部應建構何種內部控制系統，皆有以立法例加以規定之趨勢。而針對日本上市公司，尚須適用所謂日本版SOX法（即所謂的J-SOX），日本版SOX法之名稱，是源自於美國沙賓法案，對董事建構內部控制系統之義務加以法制化，惟日本版SOX法並非一部獨立法典，而是日本企業界及監察法人等，對修正原證券交易法，並將其改名為「金融商品交易法」中，關於內部控制報告書提出義務規定¹⁰¹之稱呼。而日本金融商品交易法於平成十八年（2006）六月七日修正，將於平成二十年（2008）四月一日後之營業年度開始適

¹⁰⁰ 沢口，同註15，60頁。

¹⁰¹ 即根據日本「金融商品取引法」第24條規定，於金融商品取引法第24-4-4條所規定之內部控制報告書：

金融商品取引法第24-4-4條第1項

第二十四条第一項の規定による有価証券報告書を提出しなければならない会社（第二十三条の三第四項の規定により当該有価証券報告書を提出した会社を含む。次項において同じ。）のうち、第二十四条第一項第一号に掲げる有価証券の発行者である会社その他の政令で定めるものは、事業年度ごとに、当該会社の属する企業集団及び当該会社に係る財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するために必要なものとして内閣府令で定める体制について、内閣府令で定めるところにより評価した報告書（以下「内部統制報告書」という。）を有価証券報告書（同条第八項の規定により同項に規定する有価証券報告書等に代えて外国会社報告書を提出する場合にあつては、当該外国会社報告書）と併せて内閣総理大臣に提出しなければならない。

用，由公開之法規版本可以瞭解其定義為：「內部控制，是爲了合理的保證公司業務執行之有效性及效率性、財務報告之信賴性、公司營業活動相關法令之遵守並且保全公司資產等四個目的的達成；而作爲公司業務之一部份，由組織內全部人員遂行之程序，對應控制環境、風險評估與對應、控制活動、資訊與傳達、監控及IT資訊技術等六個基本要素所構成。」¹⁰²

因此由其定義，可瞭解日本版SOX法之目的爲：1. 業務之有效性、效率性：爲了有效達成公司營業之目標，而提高業務之有效性與效率性。2. 財務報告之信賴性：對於所揭露之財務報表與對財務報表有所影響之重要資訊，擔保其信賴性。3. 法令遵守：除了遵守公司營業活動相關之法令與會計準則等規範，對於各公司之企業倫理綱要或指導方針亦加以遵守。4. 資產之保全：對於公司之有形或無形資產的取得或使用、處分等須有適切且正當之程序或許可，以保全公司之資產¹⁰³。

董事必須透過以下六項要素之建構與實施，提出內部控制報告書，並由會計師或監察法人加以認證。1. 控制環境：決定公司組織之風氣，對公司內所有人給予內部控制之影響下，作爲其他基本要素之基礎，而對應風險之評估與對應、控制活動、資訊與傳遞、監控與IT等要素之基盤。2. 風險之評估與對應：爲對於影響公司組織目標達成之狀況或阻礙公司目標達成之因素等評估其風險並加以分析評價之程序，而對應不同的風險，以對該風險之評價，選擇適切之對應程序。3. 控制活動：爲確保經營者之命令及指示適切實行而訂定之方針或程

¹⁰² 松尾直彦・岡田大・尾崎輝宏『金融商品取引法制の概要』旬刊商事法務1771号（2006年）4-6頁。

¹⁰³ 安田正敏『日本版SOX法実践ガイド』（日経BP社、2006年）48-49頁。

序。4. 資訊與傳遞：辨別必要之資訊而加以處理，同時確保對公司組織內外之相關之人相互傳遞之正確，同時明文禁止以職位脅迫或性騷擾等情事並加以徹底防止。5. 監控：對內部控制系統是否有效發揮機能加以持續性的評價之程序，以內部監察或外部監察加以監督控制活動。6. 對IT的對應：為了達成公司組織之目標而於IT資訊系統予以訂定適切的方針及程序，同時因應公司內外之資訊系統而於公司業務之實施上適切的加以對應¹⁰⁴。

因此，日本版SOX法即泛指金融商品交易中，關於設立財務報告等內部控制強化制度之規定，董事因此負有建構財務報告相關之內部控制機構的義務¹⁰⁵。可以想見如日本版SOX法施行後，其好處為董事、經理人等按照上述六項基本要素而建構確保業務妥適之組織，則可避免法令違反或判斷錯誤、未設立組織或規定而造成資訊洩漏、或無計畫的引進IT資訊系統造成業務之混亂、無效率與不透明化等各種企業經營上之危險，而達到建構內部控制系統之目的。但對於人力不足之企業，其建構確保公司業務妥適之組織可能須花費數億至數十億日圓之成本及龐大的人力，同時所謂內部控制系統並沒有一個完美或最終的型態，因此無法避免其持續性的開銷。對公司業務之相關程序加以確認並變更，同時對公司職員加以教育，亦需長久的時間，因此對於適用負有建構內部控制機構、提出內部控制報告書之企業，由於其子公司（包括海外子公司）等亦包含在規範範圍內，對企業課與過於嚴格的內部控制系統，可能有損於企業之成長¹⁰⁶。

¹⁰⁴ 同前註，50頁。

¹⁰⁵ 鳥飼重和「内部統制は経営者が主役」(last visited Apr.5,2007)
<<http://www.torikai.gr.jp/ic/1.html>>。

¹⁰⁶ 安田，同註103，173頁。

肆、日本董事之損害賠償責任與責任限定制度

一、日本公司法之規定

(一) 任務懈怠

1. 責任內容

根據日本公司法第四二三條第一項規定¹⁰⁷，董事、會計參與人、監察人、執行人、會計監察人等重要幹部，怠於其任務對公司造成損害時，負損害賠償責任。其規定為繼受舊商法第二六六條¹⁰⁸第一項第五款違背法令及章程之行爲，而董事之責任則回到如同昭和二十五年（1950）修正商法前規定之架構。責任內容認為董事如違反「作為經營者通常之注意義務」時，則生任務懈怠之責任，然所謂經營者通常之注意義務認定基準，則根據企業之規模及所營事項有所不同（即所謂的日本版商業判斷原則），而違反法令、章程等具體個別的規定之外，違反一般抽象性的義務規定亦當然包含在內，如善管注意義務、忠實義務及監督義務等¹⁰⁹。

2. 損害數額之推定

於競業交易時，則以董事等獲取利益之數額推定為公司因此所受損害之數額¹¹⁰，繼受舊商法第二六六條第四項規定。

¹⁰⁷ 同註8。

¹⁰⁸ 同註7。

¹⁰⁹ 新山，同註6，202頁。

¹¹⁰ 日本公司法第423條第2項，同註8。

3. 任務懈怠之推定

於利益相反交易時，則推定董事之任務懈怠¹¹¹，繼受舊商法第二六六條第一項第四款規定，同時亦負無過失責任。

4. 無過失責任

爲自己而進行利益相反交易之董事負無過失責任（日本公司法第四二八條第一項¹¹²），繼受舊商法第二六六條第一項第四款規定，同條第一項第三款與第六項刪除。

5. 利益供給

提供利益予特定股東時則提供利益董事（或執行人）負無過失責任（日本公司法第一二〇條第四項¹¹³），至於其他董事則負過失責任。

¹¹¹ 日本公司法第423条第3項，同註8。

¹¹² 日本公司法第 428 条
第三百五十六条第一項第二号（第四百十九条第二項において準用する場合を含む。）の取引（自己のためにした取引に限る。）をした取締役又は執行役の第四百二十三条第一項の責任は、任務を怠ったことが当該取締役又は執行役の責めに帰することができない事由によるものであることをもって免れることができない。

2 前三条の規定は、前項の責任については、適用しない。

¹¹³ 日本公司法第120条

株式会社は、何人に対しても、株主の権利の行使に関し、財産上の利益の供与（当該株式会社又はその子会社の計算においてするものに限る。以下この条において同じ。）をしてはならない。

2 株式会社が特定の株主に対して無償で財産上の利益の供与をしたときは、当該株式会社は、株主の権利の行使に関し、財産上の利益の供与をしたものと推定する。株式会社が特定の株主に対して有償で財産上の利益の

6. 違法分派

若董事超過可能分派之限額而為分配盈餘時，該分派業務執行者對超過可能分派之限額之金額對公司負有支付義務，因此執行該違法分派之董事或執行人負有給付之義務。但如能證明其分派之決定並無過失，則得免除該義務（日本公司法第四六二條第一、二項¹¹⁴）。

供与をした場合において、当該株式会社又はその子会社の受けた利益が当該財産上の利益に比して著しく少ないときも、同様とする。

3 株式会社が第一項の規定に違反して財産上の利益の供与をしたときは、当該利益の供与を受けた者は、これを当該株式会社又はその子会社に返還しなければならない。この場合において、当該利益の供与を受けた者は、当該株式会社又はその子会社に対して当該利益と引換えに給付をしたものがあるときは、その返還を受けることができる。

4 株式会社が第一項の規定に違反して財産上の利益の供与をしたときは、当該利益の供与をすることに関与した取締役（委員会設置会社にあつては、執行役を含む。以下この項において同じ。）として法務省令で定める者は、当該株式会社に対して、連帯して、供与した利益の価額に相当する額を支払う義務を負う。ただし、その者（当該利益の供与をした取締役を除く。）がその職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明した場合は、この限りでない。

5 前項の義務は、総株主の同意がなければ、免除することができない。

¹¹⁴ 日本公司法第 462 条

前条第一項の規定に違反して株式会社が同項各号に掲げる行為をした場合には、当該行為により金銭等の交付を受けた者並びに当該行為に関する職務を行った業務執行者（業務執行取締役（委員会設置会社にあつては、執行役。以下この項において同じ。）その他当該業務執行取締役の行う業務の執行に職務上関与した者として法務省令で定めるものをいう。以下この節において同じ。）及び当該行為が次の各号に掲げるものである場合にお

ける当該各号に定める者は、当該株式会社に対し、連帯して、当該金銭等の交付を受けた者が交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭を支払う義務を負う。

一 前条第一項第二号に掲げる行為 次に掲げる者

イ 第五十六条第一項の規定による決定に係る株主総会の決議があった場合（当該決議によって定められた同項第二号の金銭等の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該株主総会に係る総会議案提案取締役（当該株主総会に議案を提案した取締役として法務省令で定めるものをいう。以下この項において同じ。）

ロ 第五十六条第一項の規定による決定に係る取締役会の決議があった場合（当該決議によって定められた同項第二号の金銭等の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該取締役会に係る取締役会議案提案取締役（当該取締役会に議案を提案した取締役（委員会設置会社にあつては、取締役又は執行役）として法務省令で定めるものをいう。以下この項において同じ。）

二 前条第一項第三号に掲げる行為 次に掲げる者

イ 第五十七条第一項の規定による決定に係る株主総会の決議があった場合（当該決議によって定められた同項第三号の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該株主総会に係る総会議案提案取締役

ロ 第五十七条第一項の規定による決定に係る取締役会の決議があった場合（当該決議によって定められた同項第三号の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該取締役会に係る取締役会議案提案取締役

三 前条第一項第四号に掲げる行為 第七十一条第一項の株主総会（当該株主総会の決議によって定められた同項第一号に規定する取得対価の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合における当該株主総会に限る。）に係る総会議案提案取締役

四 前条第一項第六号に掲げる行爲 次に掲げる者

イ 第九十七条第三項後段の規定による決定に係る株主総会の決議があつた場合（当該決議によって定められた同項第二号の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該株主総会に係る総会議案提案取締役

ロ 第九十七条第三項後段の規定による決定に係る取締役会の決議があつた場合（当該決議によって定められた同項第二号の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該取締役会に係る取締役会議案提案取締役

五 前条第一項第七号に掲げる行爲 次に掲げる者

イ 第二百三十四条第四項後段（第二百三十五条第二項において準用する場合を含む。）の規定による決定に係る株主総会の決議があつた場合（当該決議によって定められた第二百三十四条第四項第二号（第二百三十五条第二項において準用する場合を含む。）の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該株主総会に係る総会議案提案取締役

ロ 第二百三十四条第四項後段（第二百三十五条第二項において準用する場合を含む。）の規定による決定に係る取締役会の決議があつた場合（当該決議によって定められた第二百三十四条第四項第二号（第二百三十五条第二項において準用する場合を含む。）の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該取締役会に係る取締役会議案提案取締役

六 前条第一項第八号に掲げる行爲 次に掲げる者

イ 第四百五十四条第一項の規定による決定に係る株主総会の決議があつた場合（当該決議によって定められた配当財産の帳簿価額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該株主総会に係る総会議案提案取締役

ロ 第四百五十四条第一項の規定による決定に係る取締役会の決議が

(二) 董事對第三人之損害賠償責任

根據日本公司法董事之責任除了上述所介紹的之外，尚有規定董事對第三人之損害賠償責任，如董事違反其執行業務之時，本來僅對公司負有責任，但因有可能因此對股東及公司債權人造成損害，因此日本公司法特別規定了董事除了對於公司，對於第三人亦負有特別之責任。

根據日本公司法第四二九條第一項、第二項¹¹⁵ 規定，董事、執行人、會計參與人、監察人、監察人會之委員、會計監察人等，於執行業務時造成第三人受損時須負責任，如須負責之人有複數時，則該等應負責之人負連帶責任¹¹⁶。

あつた場合（当該決議によつて定められた配当財産の帳簿価額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該取締役会に係る取締役会議案提案取締役

2 前項の規定にかかわらず、業務執行者及び同項各号に定める者は、その職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明したときは、同項の義務を負わない。

3 第一項の規定により業務執行者及び同項各号に定める者の負う義務は、免除することができない。ただし、前条第一項各号に掲げる行爲の時における分配可能額を限度として当該義務を免除することについて総株主の同意がある場合は、この限りでない。

¹¹⁵ 日本公司法第429条第1、2項，同註25。

¹¹⁶ 日本公司法第430条

役員等が株式会社又は第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合において、他の役員等も当該損害を賠償する責任を負うときは、これらの者は、連帯債務者とする。

而董事等重要職員於執行職務時因惡意¹¹⁷或重大過失造成第三人之損害時，才須負責，因此日本公司法明文排除了輕過失的情況¹¹⁸。至於於特定之文件及關於公司之登記、公告事項為虛偽之記載或紀錄時，則董事須舉證其無過失，否則應負責任，為舉證責任之轉換，要求董事負無過失責任¹¹⁹。因此董事對於 1. 股份、新股認購權、公司債、附新股認購權之公司債於募集發行時必須通知之重要事項為虛偽之通知或於募集所須之公司營業或公司其他事項為虛偽之記載。2. 會計文件、營業報告書及上述文件之附屬明細表或臨時會計文件等應記載重要事項為虛偽之記載、紀錄。3. 虛偽之公司事項登記。4. 虛偽之公告等，則應負責任。而如果董事之行為為惡意或重大過失，或是滿足了以上所列舉關於特定文件或公司登記、公告事項之虛偽記載或記錄之要件時，則縱使無日本民法¹²⁰一般侵權行為之要件，第三人仍然可對董事請求損害賠償責任。

該制度之旨趣及適用範圍有各種考量依據，日本學者通說及判例認為董事之責任僅為對公司負責，因此於對第三人造成損害之時，僅限於滿足侵權行為時始負責任，但為了保護第三人，於惡意、重大過失的情形，始對第三人負損害賠償責任，因此對第三人之權利侵害不以故意或過失為爭點，為特別之法定責任，而要求董事對第三人負損

¹¹⁷ 日本法上所謂「惡意」，即善意的相反，為知悉影響法律效果之事實存在，非指故意。其意涵解釋上如同我國票據法第14條第1項規定。

¹¹⁸ 日本公司法第429條第1項，同註25。

¹¹⁹ 日本公司法第429條第2項，同註25。

¹²⁰ 日本民法第709條

故意又は過失によつて他人の權利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによつて生じた損害を賠償する責任を負う。

害賠償責任。日本公司法第四二九條第一項之規定係延續舊商法第二六六條之三第一項¹²¹之規定，不過由於該項規定係法定之特別責任，因此於董事對第三人造成損害時，縱使係董事違反對公司之善管注意義務或忠實義務，但並非當然對第三人負損害賠償責任，而是根據舊商法第二六六條之三第一項之規定，站在保護第三人之立場，使董事直接對第三人負損害賠償責任。而於董事因其任務懈怠而造成第三人之損害時，如其間具有相當因果關係，則不論是由於公司之損害結果及於第三人，而造成第三人損害之時，或是直接對第三人造成損害，董事皆須負責。由於本條之規定，在董事任務懈怠時，若能舉證董事之惡意、重大過失，則縱無法舉證董事對第三人加損害之故意或過失，亦可根據本項規定主張¹²²。

雖然日本藉由日本公司法修法之際，調整董事對公司之責任，不過針對董事之受託義務主要歸責之規定，還是以違反日本公司法第四二三條之任務懈怠責任為主，也就是舊商法第二六六條第一項第五款之規定。至於董事對第三人之損害賠償責任雖然亦有可能是由於董事執行職務之際違反董事受託義務，然於本文範圍內限於篇幅不加以深入討論。

¹²¹ 日本舊商法第 266-3 条

取締役ガ其ノ職務ヲ行フニ付悪意又ハ重大ナル過失アリタルトキハ其ノ取締役ハ第三者ニ対シテモ亦連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ズ重要ナル事項ニ付株式申込証、新株引受権証書、社債申込証、目論見書若ハ第二百八十一条第一項ノ書類ニ虚偽ノ記載ヲ爲シ又ハ虚偽ノ登記若ハ公告ヲ爲シタルトキ亦同ジ

2 第二百六十六条第二項及第三項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

¹²² 神田，同註9，211頁。

二、董事責任限定制度

(一) 董事責任限定制度發展歷程

由於平成五年（1993）修正商法關於股東代表訴訟之訴訟費等規定，而使股東易於提起代表訴訟已如前述；在日本企業界由於股東代表訴訟大量提起之衝擊，而有對於董事責任之減輕及改進代表訴訟制度之建議聲浪，於平成九年（1997）起陸續有提出修法緩和董事責任之意見¹²³。平成十一年（1999）之「企業統治之商法修正案綱要」公布，對於緩和董事責任之綱要為：1. 依據股東會特別決議減輕董事責任與基於章程之規定而依董事會決議減輕董事責任等特別規定於舊商法第二百六十六條。2. 不得免除之責任最低額（責任減輕之限度額）為董事報酬之兩年份。3. 提出責任減輕之議案或章程變更議案時，須經監察人全體之同意。4. 減輕董事責任之決議須為股東會時揭露，同時董事會於決議減輕董事責任後之資訊揭露須加以充實。5. 董事責任減輕之除外事由為董事之惡意、重大過失，且董事應負責之原因為犯罪行為。6. 監察人亦適用相同之責任減輕規定¹²⁴。

而此時於大和銀行事件¹²⁵，大阪地方法院在平成十二年（2000）做出判決，課與董事鉅額損害賠償責任（最高額為七億七千五百萬美元，最低為七千萬美元之金額）之衝擊，使得日本政黨於平成十三年（2001）提出緩和董事責任之法案內容，傾向於更容易減輕董事責任

¹²³ 股東代表訴訟研究會意見，轉引自小林秀之・近藤光男・黑沼悅郎・北村雅史・中島弘雅・笠村正俊『新しい株主代表訴訟』（弘文堂、2003年）37-38頁。

¹²⁴ 小林・近藤・黑沼・北村・中島・笠村，同註123。

¹²⁵ 同註41。

的方向，以避免對董事課與過重之責任，而造成經營活動之萎縮及確保人才不會怯於擔任董事，因此提出以下三點：1. 股東會決議減輕董事責任由特別決議改為普通決議。2. 退職慰勞金及新股認購權等包含在責任減輕限度額內。3. 董事責任減輕之除外事由僅為犯罪行為等。不過國會通過之法案內容則修正為：1. 董事責任減輕之決議須經股東會特別決議。2. 將原本董事責任之賠償額由兩年之董事報酬，根據董事執行職務之身分不同而提高四至六年。3. 股東異議之要件由具表決權數百分之五降低為百分之三。

同時於平成十三年（2001）受到美國的州公司法規定及參考美國法律協會（ALI）之報告書影響，日本學者及立法建議亦多參考美國法之規範。美國於一九八〇年代後半，多數州皆立法排除或限制董事對公司之責任，最常見的就是採用於章程中規定董事違反注意義務時排除或限制董事對公司責任之立法類型，其係由德拉瓦州普通公司法第 102 條（b）（7）開始而經多數州公司法採用，而有一部份州公司法縱未於章程未規定，然法律本身即規定限制或排除董事之責任¹²⁶。

由於以往州公司法對於董事、經理人及職員與第三人間之民事訴訟，關於訴訟費用、和解金額及損害賠償金額等賠償權限，認為是公司應負責之範圍，但董事與公司間之訴訟，如認為公司應負損害賠償責任，則會陷入給付損害賠償之循環中，因此根據股東代表訴訟之判決，課與董事責任時，則不認為公司負有賠償之權限。也因此，於股東代表訴訟中，董事應負責任時，董事除了購買責任保險之外沒有其他方式，因此在美國一九八〇年代圍繞著董事責任的判例動向及保險業界之內在問題等，使得董事及重要幹部之責任保險（D&Q）之保險

¹²⁶ 小林・近藤・黑沼・北村・中島・笠村，同註123，40頁。

費急速升高同時不易投保，或是給付保險之範圍狹隘而無法達到補償董事責任之利用價值，而使得美國學界亦於不違反公序（public policy）之範圍內討論對董事責任之可能救濟方向，而衍生出於州公司法內制訂限制或排除董事責任之設計，同時也為多數州所採用。

其於公司法內制訂限制或排除董事責任之正當化根據，為ALI的「公司治理之原則：分析與建議」7.19條內容¹²⁷，有以下五點可供參考：1. 以董事之有責性及依職務所得之經濟利益相比，其於被訴追時之潛在責任過大，因此以公平（fairness）的觀點來看，得正當化限制董事責任。2. 如果因董事之過失責任而使董事負擔莫大之風險，則董事會較分散投資之股東所期望的，更為選擇規避風險之行動，因此限制董事責任制度會使董事減輕其選擇規避風險行為的壓力。3. 法院不會唯恐董事被課與過重之刑罰，而於董事是否有違反注意義務之認定上有所躊躇。4. 限制董事責任能幫助減少董事及重要職員責任保險之成本。5. 得減少股東或股東之代理人提起訴訟經濟上之誘因，防止濫訴。不過關於董事之責任限制、責任限度額及除外事由等，德拉瓦州公司法之規定與ALI之建議亦有不同之見解¹²⁸。

（二）現行日本公司法之規定

日本公司法對於董事之責任，自始即認為在嚴格的程序之下，始得以免除，而如同前述在日本修正股東代表訴訟之後，股東提起代表訴訟追董事責任之案件倍增，以此為契機，而於平成十三年十二月修正以往之董事責任免除制度。以修正前舊商法第二六六條第一項第

¹²⁷ ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Comment c, to §7.19 (Proposed Final Draft, 1992)

¹²⁸ 小林・近藤・黑沼・北村・中島・笠村，同註123，42頁。

五款違反法令、章程之董事責任為限，而於一定條件之下引進減輕董事責任制度，於平成十八年新實施之日本公司法亦承繼董事責任之免除及減輕制度，以下為董事責任免除及減輕之說明。

1. 董事責任之免除

董事如經全部股東同意則可免除董事任務懈怠¹²⁹、提供利益¹³⁰及違法分派盈餘¹³¹之責任，這裡的全部股東同意包含於股東會上無表決權之股東¹³²。

2. 董事責任之減輕

董事責任之減輕則是以免除董事部分責任之方式為之，董事之責任減輕得經由：

(1) 根據股東會決議而事後減輕

I. 減輕之限額

根據日本公司法第四二三條第一項¹³³所規定董事對公司之責任(除了第四二八條之情形，董事為了自己而為利益相反交易時，不得減輕責任¹³⁴)，該董事於執行職務時是善意且無重大過失時，對於其因任務懈怠而對公司負損害賠償責任時，其應負之損害賠償金額扣法定應

¹²⁹ 日本公司法第424條

前條第一項の責任は、総株主の同意がなければ、免除することができない。

¹³⁰ 日本公司法第120條，同註113。

¹³¹ 日本公司法第462條，同註114。

¹³² 神田，同註9，207頁。

¹³³ 同註8。

¹³⁴ 同註112。

負責數額（根據日本公司法第四二七條第一項¹³⁵之規定，稱為最低責任限度額）後，以該最低責任限度額為底限，得經股東會之特別決議

¹³⁵ 日本公司法第 427 条

第四百二十四条の規定にかかわらず、株式会社は、社外取締役、会計参与、社外監査役又は会計監査人（以下この条において「社外取締役等」という。）の第四百二十三条第一項の責任について、当該社外取締役等が職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がないときは、定款で定めた額の範囲内であらかじめ株式会社が定めた額と最低責任限度額とのいずれか高い額を限度とする旨の契約を社外取締役等と締結することができる旨を定款で定めることができる。

2 前項の契約を締結した社外取締役等が当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人に就任したときは、当該契約は、将来に向かってその効力を失う。

3 第四百二十五条第三項の規定は、定款を変更して第一項の規定による定款の定め（社外取締役（監査委員であるものを除く。）と契約を締結することができる旨の定めに限る。）を設ける議案を株主総会に提出する場合について準用する。

4 第一項の契約を締結した株式会社が、当該契約の相手方である社外取締役等が任務を怠ったことにより損害を受けたことを知ったときは、その後最初に招集される株主総会において次に掲げる事項を開示しなければならない。

一 第四百二十五条第二項第一号及び第二号に掲げる事項

二 当該契約の内容及び当該契約を締結した理由

三 第四百二十三条第一項の損害のうち、当該社外取締役等が賠償する責任を負わないとされた額

5 第四百二十五条第四項及び第五項の規定は、社外取締役等が第一項の契約によって同項に規定する限度を超える部分について損害を賠償する責任を負わないとされた場合について準用する。

(第三〇九條第二項¹³⁶)，於應付之損害賠償金額與最低責任限度額

¹³⁶ 日本公司法第 309 条

株主総会の決議は、定款に別段の定めがある場合を除き、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数をもって行う。

2 前項の規定にかかわらず、次に掲げる株主総会の決議は、当該株主総会において議決権を行使することができる株主の議決権の過半数（三分の一以上の割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の三分の二（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）以上に当たる多数をもって行わなければならない。この場合においては、当該決議の要件に加えて、一定の数以上の株主の賛成を要する旨その他の要件を定款で定めることを妨げない。

一 第四百十条第二項及び第五項の株主総会

二 第五百五十六条第一項の株主総会（第六十条第一項の特定の株主を定める場合に限る。）

三 第七十一条第一項及び第七十五条第一項の株主総会

四 第八十条第二項の株主総会

五 第九十九条第二項、第二百条第一項、第二百二条第三項第四号及び第二百四条第二項の株主総会

六 第二百三十八条第二項、第二百三十九条第一項、第二百四十一条第三項第四号及び第二百四十三条第二項の株主総会

七 第三百三十九条第一項の株主総会（第三百四十二条第三項から第五項までの規定により選任された取締役を解任する場合又は監査役を解任する場合に限る。）

八 第四百二十五条第一項の株主総会

九 第四百四十七条第一項の株主総会（次のいずれにも該当する場合を除く。）

イ 定時株主総会において第四百四十七条第一項各号に掲げる事項を定めること。

ロ 第四百四十七条第一項第一号の額がイの定時株主総会の日（第四百三十九条前段に規定する場合にあっては、第四百三十六条第三項の承認があった日）における欠損の額として法務省令で定める方法により算定される額を超えないこと。

十 第四百五十四条第四項の株主総会（配当財産が金銭以外の財産であり、かつ、株主に対して同項第一号に規定する金銭分配請求権を与えないこととする場合に限る。）

十一 第六章から第八章までの規定により株主総会の決議を要する場合における当該株主総会

十二 第五編の規定により株主総会の決議を要する場合における当該株主総会

3 前二項の規定にかかわらず、次に掲げる株主総会（種類株式発行会社の株主総会を除く。）の決議は、当該株主総会において議決権を行使することができる株主の半数以上（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）であつて、当該株主の議決権の三分の二（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）以上に当たる多数をもって行わなければならない。

一 その発行する全部の株式の内容として譲渡による当該株式の取得について当該株式会社の承認を要する旨の定款の定めを設ける定款の変更を行う株主総会

二 第七百八十三条第一項の株主総会（合併により消滅する株式会社又は株式交換をする株式会社が公開会社であり、かつ、当該株式会社の株主に対して交付する金銭等の全部又は一部が譲渡制限株式等（同条第三項に規定する譲渡制限株式等をいう。次号において同じ。）である場合における当該株主総会に限る。）

三 第八百四条第一項の株主総会（合併又は株式移転をする株式会社が公

之間、部分免除董事之責任（日本公司法第四二五條第一項¹³⁷）（示

開会社であり、かつ、当該株式会社の株主に対して交付する金銭等の全部又は一部が譲渡制限株式等である場合における当該株主総会に限る。）

4 前三項の規定にかかわらず、第百九条第二項の規定による定款の定めについての定款の変更（当該定款の定めを廃止するものを除く。）を行う株主総会の決議は、総株主の半数以上（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）であつて、総株主の議決権の四分之三（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）以上に当たる多数をもつて行わなければならない。

5 取締役会設置会社においては、株主総会は、第二百九十八条第一項第二号に掲げる事項以外の事項については、決議をすることができない。ただし、第三百十六条第一項若しくは第二項に規定する者の選任又は第三百九十八条第二項の会計監査人の出席を求めることについては、この限りでない。

¹³⁷ 日本公司法第 425 条

前条の規定にかかわらず、第四百二十三条第一項の責任は、当該役員等が職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がないときは、賠償の責任を負う額から次に掲げる額の合計額（第四百二十七条第一項において「最低責任限度額」という。）を控除して得た額を限度として、株主総会の決議によって免除することができる。

一 当該役員等がその在職中に株式会社から職務執行の対価として受け、又は受けるべき財産上の利益の一年間当たりの額に相当する額として法務省令で定める方法により算定される額に、次のイからハまでに掲げる役員等の区分に応じ、当該イからハまでに定める数を乗じて得た額

イ 代表取締役又は代表執行役 六

ロ 代表取締役以外の取締役（社外取締役を除く。）又は代表執行役以外の執行役 四

ハ 社外取締役、会計参与、監査役又は会計監査人 二

意圖請參考圖表三)。

二 当該役員等が当該株式会社の新株予約権を引き受けた場合（第二百三十八条第三項各号に掲げる場合に限る。）における当該新株予約権に関する財産上の利益に相当する額として法務省令で定める方法により算定される額

2 前項の場合には、取締役は、同項の株主総会において次に掲げる事項を開示しなければならない。

一 責任の原因となった事実及び賠償の責任を負う額

二 前項の規定により免除することができる額の限度及びその算定の根拠

三 責任を免除すべき理由及び免除額

3 監査役設置会社又は委員会設置会社においては、取締役は、第四百二十三条第一項の責任の免除（取締役（監査委員であるものを除く。）及び執行役の責任の免除に限る。）に関する議案を株主総会に提出するには、次の各号に掲げる株式会社の区分に応じ、当該各号に定める者の同意を得なければならない。

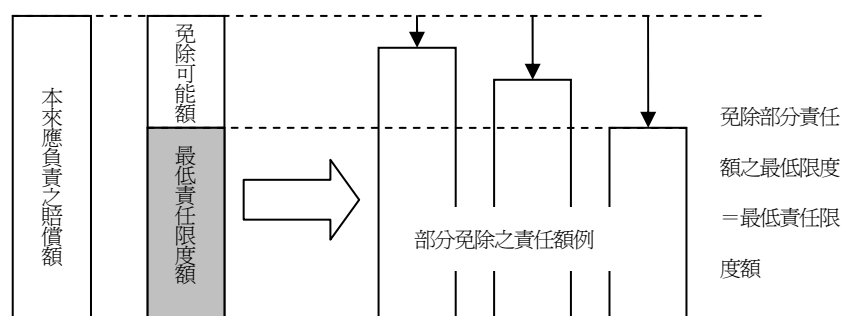
一 監査役設置会社 監査役（監査役が二人以上ある場合にあつては、各監査役）

二 委員会設置会社 各監査委員

4 第一項の決議があつた場合において、株式会社が当該決議後に同項の役員等に対し退職慰労金その他の法務省令で定める財産上の利益を与えるときは、株主総会の承認を受けなければならない。当該役員等が同項第二号の新株予約権を当該決議後に行使し、又は譲渡するときも同様とする。

5 第一項の決議があつた場合において、当該役員等が前項の新株予約権を表示する新株予約権証券を所持するときは、当該役員等は、遅滞なく、当該新株予約権証券を株式会社に対し預託しなければならない。この場合において、当該役員等は、同項の譲渡について同項の承認を受けた後でなければ、当該新株予約権証券の返還を求めることができない。

圖表三：董事責任限定示意圖



而最低責任限度額之計算根據日本公司法第四二五條之規定¹³⁸，董事因其擔任公司之職務而作為其執行職務之對價所受領之財產上利益，以相當於該董事擔任職務一年之數額而以日本法務省行政命令所訂之方式計算之金額計算，代表董事或代表執行人違反董事之責任時，其最低責任限度額以六年計算。代表董事以外之董事（不包括獨立董事）及代表執行人以外之執行人，以四年計算。獨立董事則以兩年計算最低責任限度額。若董事因此受有該股份有限公司之新股認購權時，則亦根據法務省行政命令計算其新股認購權相當於財產上利益之金額。

II. 得監察人全體之同意

對於董事責任減輕之議案於股東會提出時，必須先得監察人（於委員會設置公司時則為監察委員）全體之同意，始得為之^{139、140}。

¹³⁸ 日本公司法第425條，同註137，。

¹³⁹ 日本公司法第425條第3項，同註137。

¹⁴⁰ 日本公司法第426條

第四百二十四條の規定にかかわらず、監査役設置会社（取締役が二人以上

ある場合に限る。)又は委員会設置会社は、第四百二十三条第一項の責任について、当該役員等が職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がない場合において、責任の原因となった事実の内容、当該役員等の職務の執行の状況その他の事情を勘案して特に必要と認めるときは、前条第一項の規定により免除することができる額を限度として取締役(当該責任を負う取締役を除く。)の過半数の同意(取締役会設置会社にあつては、取締役会の決議)によって免除することができる旨を定款で定めることができる。

2 前条第三項の規定は、定款を変更して前項の規定による定款の定め(取締役(監査委員であるものを除く。)及び執行役の責任を免除することができる旨の定めに限る。)を設ける議案を株主総会に提出する場合、同項の規定による定款の定めに基づく責任の免除(取締役(監査委員であるものを除く。)及び執行役の責任の免除に限る。)についての取締役の同意を得る場合及び当該責任の免除に関する議案を取締役に提出する場合について準用する。

3 第一項の規定による定款の定めに基づいて役員等の責任を免除する旨の同意(取締役会設置会社にあつては、取締役会の決議)を行ったときは、取締役は、遅滞なく、前条第二項各号に掲げる事項及び責任を免除することに異議がある場合には一定の期間内に当該異議を述べるべき旨を公告し、又は株主に通知しなければならない。ただし、当該期間は、一箇月を下ることができない。

4 公開会社でない株式会社における前項の規定の適用については、同項中「公告し、又は株主に通知し」とあるのは、「株主に通知し」とする。

5 総株主(第三項の責任を負う役員等であるものを除く。)の議決権の百分の三(これを下回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合)以上の議決権を有する株主が同項の期間内に同項の異議を述べたときは、株式会社は、第一項の規定による定款の定めに基づく免除をしてはならない。

6 前条第四項及び第五項の規定は、第一項の規定による定款の定めに基づ

III. 於股東會應揭露之事項

董事於股東會提出責任減輕之決議事項時，須於股東會揭露 1. 董事應負責任之原因、造成該原因之事實，及應負損害賠償之數額。2. 得免除部分責任之數額限度及其計算之根據。3. 應免除董事部分責任之理由及免除數額¹⁴¹。

IV. 股東會決議減輕責任時

公司對該董事為財產上利益之給予時（如退職慰勞金等），須經股東會之承認，同時於該董事行使新股認購權時亦同¹⁴²。而董事持有新股認購證券時，亦必須立即返還委由公司保管¹⁴³。

(2) 根據章程規定及董事會決議而事後減輕

I. 章程規定

公司於上述情形，於董事負責情況下，得以同樣的主觀要件及減輕限額等，於章程內訂定於該董事應負責之情形，得經董事會決議（於非設置董事會公司則以應負責任董事以外之過半數董事同意）減輕該董事責任。而根據日本公司法第四二六條¹⁴⁴ 規定，限以董事善意且無重大過失，且考量該董事應負責任之原因及造成該原因之事實內容，與該董事執行業務之狀況及其他情事等，而有特別之必要時為限，該

づき責任を免除した場合について準用する。

¹⁴¹ 日本公司法第425条第2項，同註137。

¹⁴² 日本公司法第425条第4項，同註137。

¹⁴³ 日本公司法第425条第5項，同註137。

¹⁴⁴ 同註140。

章程之規定須經登記(日本公司法第九一一條第三項第二十三款¹⁴⁵)。

¹⁴⁵ 日本公司法第911条。

株式会社の設立の登記は、その本店の所在地において、次に掲げる日のいずれか遅い日から二週間以内にななければならない。

一 第四十六条第一項の規定による調査が終了した日(設立しようとする株式会社が委員会設置会社である場合にあっては、設立時代表執行役が同条第三項の規定による通知を受けた日)

二 発起人が定めた日

2 前項の規定にかかわらず、第五十七条第一項の募集をする場合には、前項の登記は、次に掲げる日のいずれか遅い日から二週間以内にななければならない。

一 創立総会の終結の日

二 第八十四条の種類創立総会の決議をしたときは、当該決議の日

三 第九十七条の創立総会の決議をしたときは、当該決議の日から二週間を経過した日

四 第一百条第一項の種類創立総会の決議をしたときは、当該決議の日から二週間を経過した日

五 第一百一条第一項の種類創立総会の決議をしたときは、当該決議の日

3 第一項の登記においては、次に掲げる事項を登記しなければならない。

一 目的

二 商号

三 本店及び支店の所在場所

四 株式会社の存続期間又は解散の事由についての定款の定めがあるときは、その定め

五 資本金の額

六 発行可能株式総数

七 発行する株式の内容(種類株式発行会社にあっては、発行可能種類株式総数及び発行する各種類の株式の内容)

-
- 八 単元株式数についての定款の定めがあるときは、その単元株式数
- 九 発行済株式の総数並びにその種類及び種類ごとの数
- 十 株券発行会社であるときは、その旨
- 十一 株主名簿管理人を置いたときは、その氏名又は名称及び住所並びに営業所
- 十二 新株予約権を発行したときは、次に掲げる事項
- イ 新株予約権の数
 - ロ 第二百三十六条第一項第一号から第四号までに掲げる事項
 - ハ ロに掲げる事項のほか、新株予約権の行使の条件を定めたときは、その条件
 - ニ 第二百三十六条第一項第七号並びに第二百三十八条第一項第二号及び第三号に掲げる事項
- 十三 取締役の氏名
- 十四 代表取締役の氏名及び住所（第二十二号に規定する場合を除く。）
- 十五 取締役会設置会社であるときは、その旨
- 十六 会計参与設置会社であるときは、その旨並びに会計参与の氏名又は名称及び第三百七十八条第一項の場所
- 十七 監査役設置会社（監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがある株式会社を含む。）であるときは、その旨及び監査役の氏名
- 十八 監査役会設置会社であるときは、その旨及び監査役のうち社外監査役であるものについて社外監査役である旨
- 十九 会計監査人設置会社であるときは、その旨及び会計監査人の氏名又は名称
- 二十 第三百四十六条第四項の規定により選任された一時会計監査人の職務を行うべき者を置いたときは、その氏名又は名称
- 二十一 第三百七十三条第一項の規定による特別取締役による議決の定めがあるときは、次に掲げる事項

イ 第三百七十三條第一項の規定による特別取締役による議決の定めがある旨

ロ 特別取締役の氏名

ハ 取締役のうち社外取締役であるものについて、社外取締役である旨

二十二 委員会設置会社であるときは、その旨及び次に掲げる事項

イ 取締役のうち社外取締役であるものについて、社外取締役である旨

ロ 各委員会の委員及び執行役の氏名

ハ 代表執行役の氏名及び住所

二十三 第四百二十六條第一項の規定による取締役、会計参与、監査役、執行役又は会計監査人の責任の免除についての定款の定めがあるときは、その定め

二十四 第四百二十七條第一項の規定による社外取締役、会計参与、社外監査役又は会計監査人が負う責任の限度に関する契約の締結についての定款の定めがあるときは、その定め

二十五 前号の定款の定めが社外取締役に關するものであるときは、取締役のうち社外取締役であるものについて、社外取締役である旨

二十六 第二十四号の定款の定めが社外監査役に關するものであるときは、監査役のうち社外監査役であるものについて、社外監査役である旨

二十七 第四百四十條第三項の規定による措置をとることとするときは、同條第一項に規定する貸借対照表の内容である情報について不特定多数の者がその提供を受けるために必要な事項であつて法務省令で定めるもの

二十八 第九百三十九條第一項の規定による公告方法についての定款の定めがあるときは、その定め

二十九 前号の定款の定めが電子公告を公告方法とする旨のものであるときは、次に掲げる事項

イ 電子公告により公告すべき内容である情報について不特定多数の

II. 監察人全體同意

同様の、於章程變更爲上述董事責任減輕之規定時、須經監察人全體之同意、始得於股東會提出該議案¹⁴⁶。

III. 經董事會免除部分責任之決議

而根據章程之規定、董事會進行減輕董事責任之決議後、必須立刻將如同上述第四二五條¹⁴⁷所規定應於股東會揭露之事項及對免除董事責任之異議期間（不得低於一個月）加以公告並通知股東¹⁴⁸。

IV. 異議股東權

股東於上述之異議期間內、經擁有全部股東表決權百分之三以上之股東表示異議時（其計算不包含免除責任之董事爲股東時之持股）、公司不得免除該董事之責任、然股東異議權之表決權數可由章程另外規定減輕之¹⁴⁹。

者がその提供を受けるために必要な事項であつて法務省令で定めるもの

ロ 第九百三十九条第三項後段の規定による定款の定めがあるときは、その定め

三十 第二十八号の定款の定めがないときは、第九百三十九条第四項の規定により官報に掲載する方法を公告方法とする旨

¹⁴⁶ 日本公司法第426条第2項、同註140。

¹⁴⁷ 日本公司法第425条第3項、同註137。

¹⁴⁸ 日本公司法第426条第3項、同註140。

¹⁴⁹ 日本公司法第426条第5項、同註140。

(3) 根據章程規定及責任限定契約而事前減輕

I. 適用對象

獨立董事、會計參與人、獨立監察人、會計監察人等於負有上述之責任時，得於章程內訂定減輕責任之限額，於章程所訂之範圍內，視預先與公司訂定之限額與法定最低責任限度額何者為高，作為獨立董事等賠償之限度。另將公司得與獨立董事等訂定如同前述之責任限定契約，規定於章程¹⁵⁰。該規定於章程內及獨立董事、獨立監察人等亦須經過登記¹⁵¹。

同時與公司締結責任限定契約之獨立董事等兼任該股份有限公司或其子公司之業務執行董事或執行人或經理人或其他職員等之時，則該責任限定契約嗣後失去效力¹⁵²。

II. 監察人全體同意

而於變更章程為訂定責任限定契約時，須經全體監察人之同意，始得於股東會提出該議案¹⁵³。

III. 股東會應揭露事項

締結責任限定契約之公司於獨立董事因懈怠其任務而使公司受有損害之時，於其後第一次召開之股東會須揭露 1. 上述第四二五條所規定應於股東會揭露之事項。2. 責任限定契約之內容及締結該契約之理由。3. 該獨立董事等因此未負之賠償責任數額。

¹⁵⁰ 同註135。

¹⁵¹ 日本公司法第911條第3項第24、25、26款，同註145。

¹⁵² 日本公司法第427條第2項，同註135。

¹⁵³ 日本公司法第427條第3項，同註135。

3. 小結

董事責任限定之說明，試整理如下表（圖表四）：

圖表四：董事責任限定分類表¹⁵⁴

	日本公司法第四百二十五條（責任限額）	日本公司法第四百二十六條（章定責任限額）	日本公司法第四百二十七條（責任限定契約）
對象	所有重要幹部	所有重要幹部	獨立董事、會計參與人、獨立監察人、會計監察人
責任發生前		章程規定	章程規定 責任限定契約
責任發生後	股東會之特別決議	董事會決議	

而於日本股東代表訴訟提起容易之情形下，採用董事責任限定制度的公司比率非常高，如下表（圖表五）所示，尤其在我國於證券交易法設置獨立董事制度後，董事責任減輕制度等相關規定可提供我國於董事責任修法時之參考。

¹⁵⁴ 依據日本公司法之規定整理，相關條文與說明請參照前述。

圖表五：採用董事責任限定制度之公司統計表¹⁵⁵

項目	比率%
於最近一次股東會決議修改章程得由董事會決議減輕董事責任	49.0
於最近一次股東會修改章程訂定與獨立董事締結責任限定契約	57.1
與非專職獨立董事締結責任限定契約	96.4

伍、結論

董事身為公司之受託人，其對公司及全體股東負有受託義務。董事之受託義務包含忠實義務及注意義務兩者，本文主要是以股份有限公司下董事注意義務之研究為主。同時由於我國之公司法制體系，如同日本繼受歐陸公司法體系，民商法理論亦深受日本法制影響，因此本文研究、比較日本公司法制與修法背景、及董事注意義務之規定與發展，以期能作為我國修法與實務運作上之參考。

如同本文所述，董事之善管注意義務其具體之義務內容為何，法無明文規定也無從規定起，公司作為營利法人，公司之董事受公司之所有人的股東委任，組成董事會，為了使公司之營利上升執行業務，

¹⁵⁵ 本表參考日本監察人協會之調查製作，（社）日本監查役協會，株主總會前後の役員等の構成などに関するアンケート集計結果－第7回 インターネット・アンケート《委員会設置会社版》－(last visited Apr.4,2007) <http://www.kansa.or.jp/PDF/enquet7_061122-2.pdf>。調查作成年度為2006年1月22日。以委員會設置公司為調查中心，以日本監察人協會之會員公司為主，調查公司數為七十九家，回答五十三家，回答率為67.1%。

因此董事之善管注意義務，是以最大化公司利潤之善良管理人的注意，處理其受委任之事務。而董事應於法令或章程所訂之範圍內，不負股東之託付，追求公司最大化之利潤，於現代社會中，與企業經營相關之法令繁多，各法令之重要性及所規範之範圍非常複雜，因此現實上，對董事而言於何時所為之何種行為對公司而言會產生最大之利益，並不容易判斷，如果僅根據董事所為之商業判斷及業務執行的結果論斷，而課與董事之責任，則未免過酷。

日本公司法第三三〇條規定董事與公司間關係為委任關係，準用日本民法第六四四條有關於委任之規定，其與我國部分學者作相同解釋，董事所負為善良管理人注意義務，而負有以作為董事地位之人通常被要求之注意程度的義務，解釋上董事之善管注意義務判斷基準，為抽象輕過失責任，但日本公司法上之董事善管注意義務判斷標準的內涵，被認為是所謂的日本版商業判斷原則，因此一般來說日本董事之注意義務，可大分為具體違反法令與抽象違反法令兩類，而抽象違反法令之內涵包括商業判斷類型與監督義務類型等，具體違反法令之類型，其範圍並非僅限於公司法所規定之法令，而是包括所有公司應遵守之法令。同時由於公司法制對於建構內部控制系統之要求，對於董事違反具體法令之情形，欲主張其欠缺違法性之認識，其不可能為法院所採信，因此雖然日本公司法規定之董事善管注意義務還是以董事違反具體法令之類型為主，然在現今對公司要求負擔社會責任的傾向向下，及透過法院判例之累積與宣示，董事之善管注意義務在違反抽象法令之類型，已經被商業判斷原則所緩和了，但也擴大至董事對企業倫理與社會責任等社會相當性事項負有注意義務。我國民法上所謂的過失標準以結果論定，與公司法上之董事責任，須視其做成決策之過程是否有所疏失不同，因此若要將民法上之善良管理人之概念放入

作為董事注意義務內涵的判斷標準，對董事而言似責任過重，因此在一定的前提要件充分下，應得主張適用商業判斷原則，而排除董事之責任。

董事之職責包含決策功能及監督功能，因此董事不論在履行其決策功能或監督功能，均應盡到其注意義務。董事之決策義務與監督義務兩者在內涵上並不相同，在於是否盡到其應有之注意義務時之判斷標準亦有不同。我國一概規定董事應盡善良管理人之注意義務，但是對於善良管理人之注意義務概念，卻未清楚釐清，以致於對於該過失標準始終處於模糊不清之地帶。相較於此，日本與美國則是利用各種案例來具體化其過失認定之標準，因此實有必要釐清我國公司法上之「善良管理人之注意義務」與民法上「善良管理人注意義務」之標準是否相同，及該標準如何在實際加以運用。不過，我國未來修法時縱未明文加以立法規定，且實際上對董事之善管注意義務具體內容要加以明文化，亦屬困難，但可參考本文所研究之日本法上的發展轉換過程，而仰賴法院判決及實務上運用建立相關見解加以規則化。但此一部份又涉及我國股東提起代表訴訟之困難，以致於甚少訴訟進入法院，因此這並非單一方面的討論研究即可解決的，而是要對於公司法整體作一通盤檢討、修正，才能畢其功於一役。

董事會負有決策之重責大任，為了替公司及股東追求最佳利益，董事有時候必須採取某些具有商業風險之行爲，而這些決定其結果可能會如董事所預期的爲公司帶來極大之利潤，但是在瞬息萬變之商場，此刻看來似乎是高瞻遠矚的極佳商業決策，其結果可能卻完全不如預期，甚至對公司造成巨大的損失。若對結果所帶來之損失，要求董事必須完全負責，恐怕將使所有董事都不敢有所作爲。因此商業判斷原則便因應而生，使董事在沒有利害關係之情況下，就其所爲之決

定，於取得充分之資訊，並真誠合理的相信係為公司之最佳利益，於其商業判斷無顯著不合理時，該決策即可受到商業判斷原則之保護，董事不須為該決策所產生的結果負損害賠償責任。

我國公司法第二十三條第一項規定：「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。」從該條文來看，董事若有違反忠實執行業務，或是違反善良管理人之注意義務，即對公司負有損害賠償之責任。但是，公司法第二十三條所規定董事應負之責任，其範圍廣泛且不確定，因此董事在履行其職務過程中，隨時有動輒得咎之可能，故有必要對於董事應負之責任加以明確之界定，並且使董事之決策行為在一定條件下受到保護。

行政院經建會法協中心於二〇〇三年委託萬國法律基金會進行的「公司法制全盤修正」大型研究計畫之公司法修正建議條文第二十二條仍然維持「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務」，但在修正建議條文第一〇七條，則是參考美國制度，增加了所謂「商業判斷原則」之規定，使董事獲得可以免除個人責任的保護傘，如此一來，將使董事更樂於為公司之利益努力奮鬥，並在經過深思熟慮之後，願意為了追求公司及股東之更大利益，而採取某些具有風險但相對地有更大投資報酬率的行為。當然這並非指董事即可任意依其想法，採取所有作為，其決策仍是必須基於充分合理之資訊下所為，並無顯著不合理，才會受到保護。我國對於董事之責任範圍既然是如此的不確定，因此商業判斷原則之引進實有必要，惟其實際操作結果，仍有必要借鏡日本與美國之經驗，畢竟商業判斷原則乃是一個極度抽象之原則，在美國，該原則仍在持續不斷發展中，且透過各州法院判決之結果，僅能使大家對於商業判斷原則之基本要件有一共識，但是

其中仍有歧異存在。而在日本則繼受英美法制，於日本公司法制下，發展出不完全與美國相同要件之商業判斷原則，其根據日本公司實務運作之特性與國際對公司治理之要求而不斷進化，因此我國將來不論是否修法通過將商業判斷原則之規定、定義明文化，對於此一制度之運作，仍可參考日本與美國之經驗。

董事所負之注意義務中，除了決策義務外，尚有監督義務存在。其實在董事監督義務之領域內，並非完全不會有商業判斷原則之適用，若該監督行為涉及董事之決策時，則有關監督事項之判斷，亦可能有商業判斷原則之適用空間。但是對於單純之監督義務，既然未涉及決策，當然也就不會有商業判斷原則之問題。

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。」此外，公司若有違反法令之情形，即有可能受到重罰，甚至停止公司全部或一部之業務，因此，雖然法律沒有明文規定公司業務之執行必須遵從法令，但是從種種相關規定可以得知，公司如同自然人一般，其行為也必須遵從法令，故董事對於公司業務之執行不得違反法令，乃屬於其所負注意義務之範圍內。

同時董事對於公司所有業務之執行，並無法事事親力為之，有必要在一定程度內，授權給其他管理階層或專業人士來負責業務之執行，因此，董事在履行其監督公司業務遵從法令之義務時，難免會有無法觸及之處，為了協助董事善盡其注意義務，公司內必須有一套機制，能夠及時將公司內可疑之不法行為通報董事，使董事能在第一時間對該可疑之不法行為進行調查、詢問，並阻止違法行為進一步發生。對於設置使公司遵從法令之機制，日本公司法與日本版 SOX 法，將董事建構內部控制系統之義務明文化，並期待確保公司妥適之經營，提

高公司業務之有效性與效率性，藉此提升公司之價值及成長。我國公司法中雖無相關之規定，但是由公司治理實務守則中可以看出，其強調公司必須遵從法令規定，而且董事會也負有監督公司遵循法令之義務，並應設置適當之機制，以確定公司明確遵循法令，因此於未來修法時，可參考日本公司法與日本版 SOX 之規定，將建構內部控制系統之義務明文化。

最後，在平成十三年（2001）日本舊商法修正時，承認董事責任減輕制度，以董事執行業務時非惡意或重大過失之情形為限，得限定董事之責任。但法院亦採用所謂商業判斷原則，而於司法審理上排除董事之責任，由於可在法院審判中否定董事之責任，而有論者認為無須減輕董事之責任。但所謂商業判斷原則並非僅於董事執行業務有輕過失時予以排除董事責任這般單純，而應說是以董事是否違反注意義務作為判斷基準，如以善管注意義務之違反與過失之有無作區別來判斷，則適用商業判斷原則而肯定董事應負責任之判決中，董事執行業務有輕過失但無重大過失之情形亦屬有之。同時違反忠實義務之行為並不適用商業判斷原則，因此不論責任減輕制度之立法政策是否適當，於董事違反忠實義務之情形，有部分仍認可減輕其責任，在日本以判例確立商業判斷原則之同時，減輕董事責任制度依然不會失去其存在之必要性；而且該制度另一重要理由為，若董事因法院之判決負擔過重之損害賠償責任，則責任減輕制度可於事後適度地緩和法院之判決，亦使法院不會畏懼認定董事之責任¹⁵⁶。因此於我國未來公司法修正時，亦可一併考慮引進董事責任限定制度，增加確保董事致力公司經營，及使獨立董事發揮權責之機制。

¹⁵⁶ 小林・近藤・黑沼・北村・中島・笠村，同註123，73頁。

参考文献

書籍

- 上田栄治代表編集『平成商法改正ハンドブック (Sanseido law capsule) 平成13年～15年版』三省堂（2004年）。
- 小林秀之・近藤光男・黒沼悦郎・北村雅史・中島弘雅・笠村正俊『新しい株主代表訴訟』弘文堂（2003年）。
- 山口幸五郎『会社法概論』法律文化社（1988年）。
- 加美和照『新訂会社法』第6版、勁草書房（1998年）。
- 永井和之『会社法』第3版、有斐閣（2001年）。
- 安田正敏『日本版SOX法実践ガイド』日経BP社（2006年）。
- 沢口実『新しい役員責任の実務－最近10年間の裁判例の分析』商事法務（2005年）。
- 岸田雅雄『ゼミナール会社法入門』第6版、日本経済新聞社（2006年）。
- 松尾真・勝股利臣『株主代表訴訟と役員賠償責任保険』中央経済社（1994年）。
- 近藤光男『コーポレート・ガバナンスと経営者責任』有斐閣（2004年）。
- 倉沢康一郎『会社法の論理』中央経済社（1979年）。
- 神田秀樹『会社法』第7版、弘文堂（2005年）。
- 神崎克郎『取締役制度論－義務と責任の法的研究』中央経済社（1981年）。
- 神崎克郎『商法Ⅱ（会社法）』第3版、青林書院（1991年）。
- 堀口巨『新会社法概論』三省堂（1997年）。
- 新山雄三『会社法の仕組みと働き』第4版、日本評論社（2006年）。
- 龍田節『会社法』第6版、有斐閣（1998年）。

期刊論文

王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學雜誌，第三十四期，頁99-116（2002）。

黃銘傑，公司治理與董監民事責任之現狀及課題－以外部董事及忠實、注意義務為中心，律師雜誌，第三〇五期，頁15-29（2005）。

松尾直彦・岡田大・尾崎輝宏「金融商品取引法制の概要」旬刊商事法務1771号（2006年）。

「委員會等設置會社株式制度の理論と実務」，別冊商事法務263號（2003年）。

網路資源

日本法學資料庫「LexisNexisJP」(last visited Apr.5, 2007) <<https://legal.lexisnexis.jp/lnmb/jp/loginPage.do>>。

日本産業經濟省、法務省「企業価値・株主共同の利益の確保又は向上のための買収防衛策に関する指針」(last visited Apr.5, 2007) <<http://www.meti.go.jp/press/20050527005/3-shishinn-honntai-set.pdf>>。

社団法人日本監査役協会，株主總會前後の役員等の構成などに関するアンケート集計結果－第7回 インターネット・アンケート《委員會設置会社版》－(last visited Apr.5, 2007) <http://www.kansa.or.jp/PDF/enquet7_061122-2.pdf>。

鳥飼重和「内部統制は経営者が主役」(last visited Apr.5, 2007) <<http://www.torikai.gr.jp/ic/1.html>>。

摘要

董事對於公司及其股東負有受託義務，董事之受託義務包含忠實義務與注意義務，其中注意義務可分為董事之商業判斷與業務監督兩部分，這兩者在內涵及判斷標準上各有不同，董事為商業判斷時，有商業判斷原則之適用，以鼓勵董事勇於任事。

而公司如同自然人一般，其行為亦須遵從法令，董事負有監督之義務，除了負有監督公司日常營運遵從具體法令之義務外，尚有建構內部控制系統之義務，確保董事於經營公司時能適切且正當的符合董事之受託義務，董事怠於監督義務時，大多時候無商業判斷原則之適用，但董事對於內部控制系統之內容則有裁量的權限。

我國以往之公司法制繼受日本公司法制，同時對董事之注意義務亦皆採善良管理人注意義務之判斷標準，然日本未明文於公司法內制訂商業判斷原則，而以判例建立日本商業判斷原則之規則緩和董事注意義務，並於公司法內制訂董事建構內部控制系統之義務與減輕董事責任之規定，以調和董事之責任，此點可供我國參酌，希望本文能對未來公司法修法時提供一些建議，並作為實務發展上之參考。

A Study on Director's Duty of Care in Japan

Bai-Li Huang

Abstract

A company's directors have fiduciary duties toward their company and shareholders. The fiduciary duties in question include both the duty of loyalty and duty of care, which the duty of care can be identified into two parts namely business judgment and business monitoring. The aforementioned two parts are differentiated by their characteristics and judgment standards. There are business judgment rules for the directors to adopt and support the directors when the directors are making business judgments.

Just as a natural person, a company is obliged to act in accordance with the relevant laws. A company's directors have a duty to monitor not only to supervise and make sure the company's daily business operations are in compliance with the relevant laws, they also have a duty to establish an internal control system to ensure the directors are adequately and justly fulfilling their fiduciary duties when running the company. There are no business judgment rules for when the directors are failing to fulfill their duty to monitor, however the directors have a considered limits of authority towards the contents of the internal control system.

Taiwan's formal company legal system is stemmed from Japan corporate legal system and the directors' duty of care is standardized in

accordance with the due care of a prudent manager. Furthermore, as the business judgment rules are not specifically stated by Japanese Companies Act, Japan setting the business judgment rules by precedent rulings to ease directors' duty of care, and specify the directors' duty by Japanese Companies Act to establish Internal Control System and a system to limit director's responsibilities, are both lightening the directors' responsibilities and valuable as our reference. This paper hopes to provide some suggestions for Taiwan's Corporate Law amendments in the future and acts as a reference for practice.

Key words: Director, fiduciary duty, duty of care, duty-to-monitor, business judgment rule

中原財經法學