

私立東海大學法律學研究所
碩士論文

指導教授： 洪 秀 芬 博士

論 董 事 競 業 禁 止

The Non-Compete Duty of Corporate Directors

研 究 生： 張 莉 秋

中 華 民 國 九 十 九 年 六 月 二 十 二 日

摘要

為強化公司負責人之責任，並解決負責人與公司間之利益衝突情形，我國公司法於 2001 年引進忠實義務之制度，要求負責人應將公司之利益置於自己利益之上，以謀求公司經濟發展之最大化。其中競業禁止即為忠實義務具體化類型之一，在我國公司法中，競業禁止制度有公司法第 32 條之經理人競業禁止義務、第 54 條無限公司之執行業務股東競業禁止、第 108 條之有限公司董事之競業禁止、第 115 條準用第 54 條兩合公司之執行業務股東之競業禁止以及第 209 條股份有限公司董事之競業禁止。基於股份有限公司規模龐大，所牽涉之投資大眾廣大，故本文以就公司法第 209 條為主，探求股份有限公司之董事競業禁止課題。

忠實義務係為受託義務之一環，故首先分別介紹國內、外董事受託義務制度，並說明忠實義務之具體類型，藉此引導出董事競業禁止制度。再整理國內有關董事競業禁止之實務涉訟案例，加以分析探討，指出董事競業禁止制度適用時應注意之問題；並介紹我國公司法規範內容並指出現行規範之不足或實務適用上問題加以分析整理，輔以介紹外國之董事競業禁止規範，就可資援用部份可作為我國參考。以及當董事違反競業禁止規定時，該如何救濟，皆為董事競業禁止義務重要之環節。另外，相較於員工離職後競業禁止，董事離職後之競業禁止我國實務或文獻上卻顯貧乏，故從比較員工離職後競業禁止之方式，說明董事離職後競業禁止之法理基礎、根據為何與內容分析、該約款之效力判斷標準、是否應有代償措施，以及董事違反之法律救濟方式。

最後，將所討論之相關內容作一整體回顧與檢討，並提供個人淺見，使我國董事競業禁止義務能更完善運作。

關 鍵 詞： 忠實義務、董事、競業、競業禁止

Key words： duty of loyalty、director、compete、non-compete

目次

第一章	緒論	1
第一節	研究動機與目的.....	1
第二節	研究方法與範圍.....	2
第三節	研究架構	2
第二章	董事受託義務	4
第一節	外國規範.....	5
第一項	美國.....	5
第一款	注意義務.....	5
第一目	意義.....	5
第二目	德拉瓦州公司法	6
第三目	美國模範商業公司法	7
第四目	美國法律協會之公司治理原則	9
第二款	誠信義務.....	9
第一目	意義.....	9
第二目	德拉瓦州公司法	9
第三目	美國模範商業公司法	11
第四目	美國法律協會之公司治理原則	11
第三款	忠實義務.....	12
第一目	意義.....	12
第二目	德拉瓦州公司法	12
第三目	美國模範商業公司法	13
第四目	美國法律協會之公司治理原則	16
第二項	英國.....	17
第一款	普通法上的義務.....	18
第二款	衡平法上的義務.....	19
第一目	誠信義務	19
第二目	忠實義務	20
第三款	2006 年公司法.....	21
第三項	日本.....	26
第一款	善良管理人注意義務	26
第一目	介紹.....	27
第二目	日本現行公司法之規定	27
第二款	忠實義務.....	28
第一目	介紹.....	28

第二目 日本現行之公司法規定	28
第三款 忠實義務與善良管理人注意義務間之關係	30
第一目 同質說	30
第二目 異質說	30
第四項 德國	30
第一款 注意義務	31
第一目 適法行為之注意義務	31
第二目 公司內部誠實與其他董事或機關合作之注意	32
第三目 企業領導之注意	32
第四目 業務分工監督之注意義務	32
第二款 忠實義務	33
第一目 忠誠對公司投入工作的義務	33
第二目 禁止利用職務為個人利益奪取原為公司交易機會之義務	33
第三目 顧及公司利益之義務	33
第三款 沉默義務	33
第二節 本國規範	34
第一項 注意義務	35
第一款 注意義務規定之目的	35
第二款 注意義務之內容	35
第三款 實務案例－臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 2105 號民事判決 36	
第一目 本案事實	36
第二目 法院判決	36
第三目 本案分析	37
第二項 忠實義務	37
第一款 忠實義務規定之目的	38
第二款 忠實義務之內容	38
第三款 實務案例－台灣高等法院 95 年度重上更(一)字第 19 號民事判決 38	
第一目 本案事實	38
第二目 法院判決	39
第三目 本案分析	39
第三節 忠實義務之具體類型	40
第一項 自我交易	40
第一款 我國公司法規定	40
第二款 美國法規定	42
第一目 德拉瓦州公司法	42

第二目 模範商業公司法	43
第三目 美國法律協會之公司治理原則	43
第三款 我國自我交易規定之檢討	43
第一目 自我交易之範圍僅限於直接交易行為	43
第二目 自我交易之情形僅規定由監察人為公司代表	44
第三目 關於自我交易事前相關資訊揭露並未規定	44
第二項 利用公司之機會	44
第一款 公司機會之司法審查	44
第二款 違反時之法律效果	47
第三項 競業禁止	47
第四節 我國受託義務規定缺失之檢討	47
第三章 董事競業行為之實例介紹	50
第一節 未經股東會個別許可之類型	50
第一項 臺灣臺北地方法院 96 年訴字第 4947 號民事判決	50
第一款 案例事實	50
第二款 法院判決	50
第二項 臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 4616 號民事判決	51
第一款 案例事實	51
第二款 法院判決	51
第三項 臺灣臺北地方法院 97 年度訴字第 6514 號民事判決	52
第一款 案例事實	52
第二款 法院判決	52
第四項 本類型分析	52
第二節 未以股東會特別決議許可之類型－臺灣板橋地方法院 95 年度 訴字第 1388 號民事判決	53
第一項 案例事實	53
第二項 法院判決	54
第三項 本類型分析	54
第一項 案例事實	55
第二項 法院判決	55
第三項 本類型分析	56
第四節 公開發行公司就董事競業禁止議案未在召集事由中說明主要 內容之類型－臺灣士林地方法院 98 年度訴字第 10 號民事判決	57
第一項 案例事實	57
第二項 法院判決	57
第三項 本類型分析	58
第五節 公開發行公司就董事競業禁止議案不得以臨時動議提出之類	

型－台北地院 91 年度訴字第 1377 號民事判決.....	58
第一項 案例事實.....	58
第二項 法院判決.....	59
第三項 本類型分析.....	59
第六節 歸入權行使之類型.....	59
第一項 臺灣臺中地方法院 89 年度重訴字第 421 號民事判決.....	59
第一款 案例事實.....	59
第二款 法院判決.....	60
第二項 臺灣高等法院臺中分院 92 年度上易字第 204 號民事判決....	61
第一款 案例事實.....	61
第二款 法院判決.....	61
第三項 本類型分析.....	62
第七節 離職後董事為競業行為之類型－臺灣士林地方法院 94 年度訴 字第 1039 號民事判決.....	63
第一項 案例事實.....	63
第二項 法院判決.....	63
第三項 本類型分析.....	65

第四章 董事競業禁止義務之規範 66

第一節 競業禁止之保護利益及法理基礎.....	66
第二節 我國公司法規範.....	67
第一項 受規範之對象.....	67
第一款 一般董事.....	68
第一目 自然人董事.....	68
第二目 董事長、副董事長、常務董事.....	68
第二款 獨立董事.....	68
第一目 我國引進獨立董事制度.....	68
第二目 證券交易法之規定.....	69
第三目 獨立董事是否為董事競業禁止之規範對象.....	73
第三款 法人代表董事及法人董事與其代表.....	74
第一目 公司法規定.....	74
第二目 應受競業禁止之規範.....	76
第四款 實質董事.....	77
第二項 受規範之行為.....	78
第一款 須為營利行為.....	78
第二款 須為自己或他人.....	78
第三款 須屬公司營業範圍內.....	79
第一目 營業範圍之認定.....	79

第二目 兼任相同營業範圍內董事或經理之情形	82
第三項 未經股東會事前許可.....	85
第一款 未經事前許可	86
第二款 未經股東會特別決議	87
第三款 未向股東會說明其主要內容	91
第三節 我國證券交易法之規範.....	93
第一項 證券交易法第 26 條之 1.....	93
第二項 違反此條之效力.....	94
第四節 董事競業禁止解除後受託義務之遵守.....	94
第五節 外國法規定.....	95
第一項 美國.....	95
第一款 競業禁止規定	95
第二款 實務案例.....	96
第二項 德國.....	97
第三項 日本.....	99
第四項 小結.....	101
第五章 董事違反競業禁止之法律救濟	102
第一節 制止請求權.....	102
第一項 股東之制止請求權.....	102
第一款 股東提起制止請求權之要件	102
第一目 繼續一年以上持有股份	102
第二目 董事會決議為違反法令或章程之行爲時	102
第三目 請求停止其行爲	103
第二款 董事為競業行爲時情形之適用.....	104
第二項 監察人之制止請求權.....	105
第一款 監察人之制止請求權之要件	105
第一目 監察人	105
第二目 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爲時.....	106
第三目 應即通知董事會或董事停止其行爲.....	106
第二款 董事為競業行爲時情形之適用.....	106
第二節 歸入權.....	107
第一項 董事未經股東會許可為競業行爲.....	107
第二項 歸入權之行使應經股東會決議.....	108
第三項 歸入權之行使須經股東會普通決議.....	109
第四項 將董事未經許可為競業行爲之所得，視為公司之所得.....	110
第五項 歸入權之性質.....	111

第六項	歸入權行使期間.....	113
第三節	損害賠償請求權.....	114
第一項	董事為競業行為時之損害賠償請求權.....	114
第二項	歸入權與損害賠償請求權之關係.....	114
第四節	解任董事.....	114
第一項	股東會決議解任.....	115
第二項	法院裁判解任.....	117
第一款	訴請法院裁判解任之原告資格.....	117
第一目	股東.....	117
第二目	證券投資人及期貨交易人保護中心.....	118
第二款	董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項.....	119
第三款	股東會未為決議解任.....	119
第一目	公司法之規定.....	119
第二目	證券投資人及期貨交易人保護法之規定.....	124
第四款	應於股東會後三十日內提起訴訟.....	124
第五款	應以董事與公司為被告.....	124
第六款	董事違反競業禁止時之適用.....	125
第六章	董事離職後之競業禁止.....	126
第一節	離職後競業禁止之保護法益法理基礎.....	126
第二節	根據及內容分析.....	128
第一項	依法律.....	128
第一款	營業秘密法.....	128
第一目	營業秘密之性質.....	128
第二目	保護營業秘密之理論基礎.....	130
第三目	營業秘密之要件.....	132
第四目	營業秘密之侵害.....	133
第五目	侵害營業秘密之救濟方法及範圍.....	135
第六目	董事離職後競業禁止之適用.....	136
第二款	小結.....	136
第二項	依契約.....	137
第一款	憲法上基本權利之衝突.....	138
第一目	董事職業選擇自由之性質.....	138
第二目	公司營業自由之性質.....	139
第三目	基本權之第三人效力問題.....	140
第四目	基本權衝突之處理.....	143
第二款	離職後競業禁止約款效力之判斷標準.....	145

第一目 五標準說	145
第二目 四標準說	146
第三目 三標準說	146
第四目 抽象標準說.....	146
第五目 小結.....	147
第三款 代償措施.....	148
第四款 董事違反離職後競業禁止契約之法律救濟方式.....	148
第一目 不作為請求權	148
第二目 請求支付違約金	148
第三目 請求損害賠償	150
第七章 結論.....	151
參考文獻	155

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

在現今工商業發達時代，人們透過企業模式加速活絡整個商業活動，其中「公司」扮演著最重要的角色。隨著公司之規模不斷擴大，企業所有與企業經營者勢必趨於分離，因此，在現代之巨型企業底下，企業所有與企業分離乃是公司治理模式重要原則之一，企業所有人將其資金投注於公司，將公司交由經營者管理，企盼公司能夠完善經營，謀取最大利益。例如股份有限公司體制下，股東即為公司之所有者，董事即為公司之經營者，董事與公司間即成立一委任關係，該如何監控董事，使董事能克盡其責，乃是企業所有與企業分離原則下之重要課題。我國公司法於 2001 年引進忠實義務之制度，便是強化負責人責任之體現。而忠實義務係為一抽象原則，目的在於解決負責人與公司間有利益衝突發生時，提供負責人一個行為準則，要求負責人應將公司之利益置於自己利益之上，在此概念之下，發展出許多具體的類型，其中競業禁止即為具體類型之一。

實務上就董事競業禁止涉訟之案例並不多見，是否意味董事競業禁止在公司實務上較不常見，應非如此。蓋實際上公司多以事先將董事競業禁止予以解除，然是否表示我國公司法就董事競業禁止之體制已趨完善，並無任何缺失，恐有疑義。

於 2007 年間出現投資人保護中心提起撤銷友聯解除董事競業禁止決議之訴即為典型之案例，其相關報導如下¹：投資人保護中心首開先例，向法院提起撤銷友聯產險（現在為旺旺產險）解除董事競業禁止的股東會決議之訴，已獲得法院判決勝訴。投保中心這項首開對上市公司提起董事競業禁止的股東會決議無效，獲得勝訴判決的案例，意味上市公司解除董事競業禁止愈來愈多之際，未來若上市公司沒有在股東會上充分公開資訊討論，解除董事競業禁止的決議將會變成無效。投保中心昨（14）日指出，友聯是於 5 月 14 日召開今年第一次股東臨時會，討論解除董事競業禁止案；因其解除董事競業禁止的相關重要資訊未依法充分揭露，影響股東獲知公司資訊的權益；投保中心乃於 6 月 11 日針對其董事競業禁止案，向法院提起確認股東會決議無效或撤銷股東會決議之訴。法院已在本月 4 日判決投保中心勝訴，不但開國內司法撤銷解除董事競業禁止股東會決議先例，也象徵有積極實踐股東行動主義精神的意味。投保中心表示，公司法第 209 條規定，公司董事從事與公司同類業務的行為，應向股東說明其行為的重要內容，並取得其許可。另依經濟部函令解釋，董事應「事前」、「個別」向股東說

¹友聯解除董事競業禁止決議投保中心提起撤銷官司勝訴，經濟日報，2007 年 09 月 15，B2 版證券期貨。

明該重要內容。但目前部分上市櫃公司於召開股東會時，有關討論「解除董事競業禁止」的議案，並未具體說明係解除那一位董事的競業行為，且該競業行為內容為何，也未向股東具體說明。投保中心指出，到場開會的股東，通常在未充分了解相關資訊下，通過該議案，容許董事可以在公司外與公司自由競業。如此，難以確保董事不會利用其得自公司的業務機密，為自己或他人謀取私利，導致損及公司利益。投保中心說，目前上市櫃公司股東會討論解除董事競業禁止的議案相當普遍，但多僅概括解除董事競業禁止，卻未充分向股東說明重要內容；期望藉由此次勝訴案例，提醒上市櫃公司在股東會中應避免概括解除董事競業禁止的行為。

本文先透過忠實義務內容之探討作為董事執行業務時應遵守之原則，並說明董事競業禁止之規範並指出現有之缺失，提供個人之淺見，以資參考，達到保護股東權益之目的。

第二節 研究方法與範圍

本文以文獻分析法為主，比較分析法為輔。蒐集國內關於忠實義務及董事競業禁止之學術文獻、碩博士論文、實務判解函釋加以研讀，並進而分析探討。再輔以美國、日本相關文獻比較分析之，藉此觀察我國現行董事競業禁止制度的缺失，並考量我國目前公司現況，適度加以引進，強化董事競業禁止之制度。

本文之研究範圍，公司法之競業禁止制度有公司法第 32 條之經理人競業禁止義務、第 54 條無限公司之執行業務股東競業禁止、第 108 條之有限公司董事之競業禁止、第 115 條準用第 54 條兩合公司之執行業務股東之競業禁止以及第 209 條股份有限公司董事之競業禁止，基於股份有限公司規模龐大，所牽涉之投資大眾廣大，故以公司法第 209 條股份有限公司之董事競業禁止為討論中心。

第三節 研究架構

本文共分七章。第一章為緒論，說明本文之研究動機與目的、研究方法與範圍，以及研究架構之介紹。

第二章為董事受託義務，忠實義務為受託義務之一環，故首先分別介紹外國董事受託義務制度，再介紹我國受託義務以及實務案例，並說明忠實義務之具體類型，藉此引導出董事競業禁止制度，並作為後面章節之立論基礎，進而探討我國受託義務規定之缺失。

第三章為董事競業行為之本國實例介紹，首先整理國內有關董事競業禁止之實務涉訟案例，以董事競業行為解禁要件與違反效果分門別類，針對各種類型介紹法院如何判決，加以分析探討，指出董事競業禁止制度適用時應注意之問題，並略提供個人淺見。

第四章為董事競業禁止義務之規範，首先說明競業禁止定義與法理基礎，再介紹我國公司法規範內容並指出現行規範之不足或實務適用上問題加以分析整理，並將證券交易法第 26 條之 1 有關公開發行公司之董事競業禁止另行特別規定予以介紹，進而介紹外國之董事競業禁止規範，就可資援用部份可作為我國參考。

第五章為董事違反競業禁止之法律救濟，當董事違反競業禁止規定時，股東或是監察人可行使制止請求權，請求董事停止競業行為；行使歸入權，使董事競業行為之所得視為公司之所得；損害賠償請求權；解任董事等，並就各種法律救濟之要件與如何適用加以說明。

第六章為董事離職後之競業禁止，相較於員工離職後競業禁止在我國實務或文獻上廣為討論，董事離職後之競業禁止卻顯貧乏，故本章比較員工離職後競業禁止，說明董事離職後競業禁止之法理基礎、根據為何與內容分析、該約款之效力判斷標準、是否應有代償措施，以及董事違反之法律救濟方式。

第七章為結論，將本文前述所討論之內容作一整體回顧與檢討，並提供個人淺見，使我國董事競業禁止義務能更完善運作。

第二章 董事受託義務

董事競業禁止為忠實義務具體化類型之一，係在避免利益衝突之發生而有損及公司利益之虞。再者，忠實義務係為受託義務（fiduciary duty）之下位概念，故首先從受託義務內涵之介紹，包括注意義務以及忠實義務等，藉以引導出董事競業禁止之規範。

Fiduciary 一字來在於拉丁文 *fides*，意指誠信（faith）或者信心（confidence）²。而受託義務（fiduciary duty）係源自於英美信託法，在信託關係中，由於委託人為信託之擔保或管理目的，而採取超出其目的所必要之法律的形式為其手段，將信託財產之所有權或權利移轉於受託人，造成信託財產之形式上的歸屬與信託利益之實質上的歸屬不一致的形式，受託人於信託關係中被授予廣泛權力（甚至包括某種財產處分權），因此依「權責相符」的原理，受託人對受益人乃負擔較為嚴格的義務。由於信託當事人之間多存在長期且特殊的信賴關係不同於一般民事關係援用傳統法律概念，如民法「善良管理人」或「誠信原則」等來制約當事人已足，此時法律制度乃另闢蹊徑，藉用「受託義務」這個概念來保護可能已喪失部分財產處分權且相較受託人而言專業能力不足、資訊取得接收機會均無法與受託人對稱之弱勢受益人。後來英美法院將此概念擴張適用於類似關係，例如專業的投資顧問與目不識丁的老弱婦孺之間的關係。這些相似的關係都有具有一個共通性，就是為他人處理事務者均掌握廣泛裁量權：為了防止他們濫權並給予應受利益之人實質保護，法律將他們稱為「受託人」（fiduciaries），並且課以「受託義務」（fiduciary duties）³。現在，這個基本概念運用在高級職員、董事和控制股東對公司及公司之股東之強制性義務。股東在各種情況之下，不可能都具體指示董事該如何做決定，故公司法提供一個違反規則來處理股東和董事間之關係，這個規則就是受託義務。我們認為每個股東與董事間將會透過受託義務取得平衡，並且是每個公司經營的一項標準⁴。受託義務內涵基本上包括「注意義務」（duty of care）及「忠實義務」（duty of loyalty），美國晚近認為「誠信義務」（duty of good faith）亦為受託義務之下獨立之義務類型⁵，以下就該內容分別以外國規範與本國規範作介紹。

² Jeffrey D. Bauman, Alan R. Palmiter and Frank Partnoy, *Corporations law and policy : materials and problems*, at 639 (2007)

³ 王文宇，法律移植的契機與挑戰－以公司法的受託、注意與忠實義務為中心，月旦民商法雜誌，第 19 期，2008 年 3 月，頁 83-84。

⁴ See Jeffrey D. Bauman, Alan R. Palmiter and Frank Partnoy, *supra note 2*, at 638,639.

⁵ 關於 fiduciary duty、duty of care、duty of loyalty、duty of good faith 之名詞國內學者翻譯用語不一，本文為求統一，故將 fiduciary duty 為受託義務、duty of care 為注意義務、duty of loyalty 忠實義務、duty of good faith 為誠信義務之翻譯。

第一節 外國規範

第一項 美國

美國法將受託義務內涵基本上包括「注意義務」(duty of care)及「忠實義務」(duty of loyalty)，而誠信義務(duty of good faith)是否為受託義務下一個獨立的子類型，看法有所不同⁶，本文為突顯出誠信義務之重要性，故從誠信義務為受託義務下一個獨立的子類型看法就各類型義務的相關內容及實務案例討論之。

第一款 注意義務

第一目 意義

在以勞務為給付標的之契約關係中，提供勞務之一方對其事務之執行或業務之處理應負相當程度之注意義務，此為法理之必然，無待贅言。需要近一步探究的是，立法者或司法實務對此一「相當程度」如何界定。就此，美國判例上一般認為就董事注意義務之程度應為公司董事在執行公司事務時，應依「一般謹慎、小心之人在相同職位、相似情況下」之程度標準為之⁷。在此一標準之下，董事不能以其個人之特殊因素來主張注意義務的減緩或免責，而必須依照商業上的一般準則，克盡其義務。該注意義務的程度的界定係顯採取相對較高的標準，這可能會不利於公司的經濟發展及經營，分析如下：

- 一、在瞬息萬變、高度複雜的商業環境中，公司經營者常須在極大的時間壓力及極少資訊下，做成商業決策，決策品質之不完美及決策結果之不如預期，皆屬商場常態。若法院以高度注意義務之標準檢視公司決策並論斷公司董事責任，則將造成公司董事決策動輒得咎之情形，在此情形之下，董事們為保護自己，極可能採取風險趨避(risk averse)的態度。然公司決策者若恐於面對商業風險，不敢迅速決斷，不但有害於整體經濟發展，也不利於一般投資大眾。
- 二、一般法官對於商業決策過程及環境並不熟悉，尤其以「事後諸葛」的角度來判斷董事注意義務履行之程度及決策品質之良窳，勢必產生相當大的爭議。
- 三、若以高度注意義務加諸於董事，則公司之不肖股東可能藉此四處興訟，擾亂公司經營，藉以謀取私利。

⁶ 有關此問題之爭議，可參閱邵慶平，董事受託義務內涵與類型的再思考—從監督義務與守法義務的比較研究出發，臺北大學法學論叢，第66期，2008年6月，頁30-38。

⁷ *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125 (Del 1963) "Directors of a corporation in managing the corporate affairs are bound to use that amount of care which ordinarily careful and prudent men would use in similar circumstances".

四、潛在之董事責任若過於龐大，可能形成優秀人才接受董事職務的反誘因，而將造成劣幣驅逐良幣的反淘汰現象。

慮及上述高度注意義務可能造成的不利影響，美國司法實務上發展出所謂的「商業判斷法則」(business judgment rule)。簡言之，此一原則是對董事業務執行的有利推定：作成商業決策之董事被推定為「係在充分資訊下，本於誠信，並確實相信該商業決策之作成係本於公司之最大利益」⁸。訴訟原告若欲主張董事在特定業務之決策、執行上違反其注意義務，必須先舉證推翻此一推定。眾所皆知，「舉證之所在，敗訴之所在」，在此一原則的保護下，縱使董事會決策之結果造成公司之損失，贊同該決策之董事長亦無庸擔心因此可能衍生的損害賠償責任。蓋起訴之原告常無法具體舉證證明被告董事確「非」相信該商業決策之作成係本於公司之最大利益。退萬步言，縱使原告能舉證推翻上述推定，此仍不足以證明董事確已違反其注意義務，相對的，原告舉證行為的法律效果僅在「舉證責任的轉換」。詳言之，在此情形之下，董事若能舉證證明系爭業務之決策、執行對於公司係屬「完全公平」(entire fairness)，則縱其決策過程有相當瑕疵，亦可免責⁹。

第二目 德拉瓦州公司法

在商業判斷原則的廣泛採用下，法院判定董事違反注意義務而令其負賠償之則的案例在 1985 年的 Smith v. Van Gorkom¹⁰ 案例中：本案被告之一 Van Gorkom 係原公開發行公司 Trans union 的執行長，在其積極主導下，該公司董事會於 1980 年通過接受第三人現金收購公司股權(cash-out merger)的議案，董事會並將此一議案提請股東會表決通過。其後，部分股東提起訴訟，主張董事會上述決議之作成顯係違反其注意義務。德拉瓦州最高法院在檢視董事會之決議過程後，判決原告勝訴，其主要理由在於董事會對於此一議案之內容並未詳細研究，亦未延請專業人士加以審慎評估，僅在二十分鐘的口頭討論後，即議決此一重大議案。易言之，由於董事會之重大疏忽，上述決議係在未取得充分資訊的情形下作成，因此該決議並不受商業判斷原則的保護，被告董事應賠償股東因此所受之損失。

本案以董事違反注意義務為由，判決其敗訴，對當時企業界產生相當大的震

⁸ Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984) "business judgment rule is "a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company."

⁹ 邵慶平，董事法制的移植與衝突－兼論「外部董事免責」作為法治移植的策略，台北大學法學論叢，第 57 期，2005 年 12 月，頁 180-182；McMullin v. Beran, 765 A.2d 910(Del. 2000)" If the shareholder plaintiff succeeds in rebutting the presumption of the business judgment rule, the burden shifts to the defendant directors to prove the "entire fairness" of the transaction."； Grobow v. Perot, 539 A.2d 180 (Del. 1988)" Fairness becomes an issue only if the presumption of the business judgment rule is defeated."

¹⁰ Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985)

撼，董事注意義務判斷標準在實務運用上的不確定性也激起許多討論。為降低此一判決對企業運作的不利影響，德拉瓦州在判決出爐後翌年即通過修改該州公司法第 102 條 (b) (7)¹¹，允許公司章程中增列減輕或免除董事因違反注意義務而生損害賠償責任之規定。然此項約款僅適用於董事違反注意義務之情形，如其違反者係忠實義務、誠信或其他事由者，並無第 102(b)(7)條之適用。該款施行後，幾乎所有德拉瓦州公司均通過公司章程納入此項免責約款之修正案，此外，德瓦州法院在該款施行後，亦一致地表示，在股東僅以董事違反注意義務為理由起訴時，如該公司已根據第 102(b)(7)條通過章程修正案，董事所負擔金錢賠償責任將成功地被減輕或免除¹²。

第三目 美國模範商業公司法

美國模範商業公司法係由美國法律協會 (American Bar Association) 所草擬制定的，本身並不具法律效力，該法案目的在於提供美國各州之公司立法參考採行。

針對董事注意義務之標準 2007 年之美國模範商業公司法 (Model Business Corporation Act, MBCA) 於 §8.30 中明文規定，該條(a)項規定，公司董事會之每一位董事於履行董事義務時，其行為必須誠信，且態度必須合理相信其行為係本於公司之最大利益。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¹³。

¹¹ Del. Code Ann. Tit.8,§102 (b) (7) A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective. All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer (x) to a member of the governing body of a corporation which is not authorized to issue capital stock, and (y) to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title.

¹² Randy J. Holland 著、劉怡婷 譯、王文宇 審定，An Introduction to Delaware Corporation Law Directors' Fiduciary Duties (德拉瓦州公司法董事受託之義務簡介)，月旦民商法雜誌，第 19 期，2008 年 3 月，頁 103。

¹³ 2007 MBCA § 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.

(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

該§8.30 條評釋 (official comment) 表示，§8.30 條界定董事行為之標準，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，董事之行為必須誠信，且其行為係本於公司之最大利益。§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。§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。過去美國模範商業公司法所使用之文字為「ordinarily prudent person」，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，故於修正後之美國模範商業公司法以「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。§

discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.

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¹⁴。

第四目 美國法律協會之公司治理原則

2005 年公司治理原則§4.01(a)¹⁵僅規定公司之董事對公司履行其義務，應具誠信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，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¹⁶。

第二款 誠信義務

第一目 意義

美國法上關於誠信義務的討論，多將其視之為注意義務的一環，或認為誠信義務是注意義務的下位概念；雖然如此，學界強調誠信義務之主體性及獨立存在必要性之見解，並非少見。例如，就誠信義務與注意義務規範方向之不同，有主流學者即認為：若公司董事明確知道某一公司決策違反法令，但卻執意為之，其行為即違反誠信義務；惟該決策之作成若確係基於公司之最大利益，董事之行為則不會被認為係違反注意義務。此外，就前述德拉瓦州公司法第 102 條規定觀之，若係注意義務之違反，可能有章程免責條款之適用；相反的，若係誠信義務的違反，即無免責條款之適用。兩者之適用所可能產生的巨大差異，由此可見一斑¹⁷。

第二目 德拉瓦州公司法

近年來加強公司治理的浪潮對於董事誠信義務的概念與落實有何影響，一個最值得觀察的案例應為迪士尼公司(Walt Disney)股東就該公司與前任總裁

¹⁴ 楊竹生，論董事注意義務中監督公司業務執行之義務，中原財經法學，第 13 期，2004 年 12 月，頁 4-7。

¹⁵ 2005 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.

¹⁶ 楊竹生，同註 14，頁 30。

¹⁷ 邵慶平，同註 9，頁 185。

(president) Michael Ovitz 之合約報酬對公司董事提起的代位訴訟：在 1995 年，迪士尼執行長(chief executive officer) Michael Eisner 決定聘用其多年好友 Michael Ovitz 擔任總裁一職。此一人事案所涉薪資相關事項於當年 9 月 26 日提請該公司之薪酬委員會討論，委員會在未審閱此一人事合約草案全文、未徵詢人事聘用專家意見之情形下，非常倉促地通過此一決議案。其後董事會集會時對此一議案亦未深入瞭解及討論，即授權由 Eisner 全權負責此一人事案。此一人事合約最後在 1995 年年 12 月 12 日簽訂，惟其內容與之前薪酬委員會所瞭解者有許多重大的差異。其中之一係關於該合約「無過失終止」(non-fault termination)之處理：在原合約草案中，合約「無過失終止」之事由僅限於迪士尼公司無正當理由終止合約或 Ovitz 死亡或失能之情形；惟在最後確定的合約中卻規定只要非因 Ovitz 之重大過失(gross negligence)或失職(malfeasance)而終止之情形均屬於「無過失終止」，迪士尼公司即有義務給付 Ovitz 極為豐厚的補償(non-fault termination benefits)。

Ovitz 擔任迪士尼公司總裁後，表現乏善可陳，任職未久即萌生去意。惟其若無正當理由而請辭，必須賠償公司因此所受之損害，當然亦無法取得前述合約「無過失終止」之補償。在其與 Eisner 討論後，Eisner 同意將其離職「視為『無過失終止』」("treated as a 'Non-Fault Termination'")，並同意給付其鉅額股票選擇權及超過 3800 萬美元現金之「無過失終止」補償。此一消息在 1996 年 12 月 12 日公諸於世並廣受討論，惟迪士尼董事會或其薪酬委員會自始至終對此一「無過失終止」事件均未曾主動瞭解，亦不曾被動諮詢。

在原告於 2003 年 3 月就此一事件對公司董事及 Ovitz 提起代位訴訟後，被告一致主張系爭人事薪資、報酬決定應受到「商業判斷原則」的保護，亦有迪士尼公司章程中「免責條款」的適用，故請求法院直接駁回原告之訴(motion to dismiss)。法院在 2003 年 5 月駁回被告上述請求，而允許本案訴訟繼續進行，其理由在於：純從原告主張之事實基礎觀之，被告並非僅是怠於行使一定之注意義務，而有可能是「有意識地且故意地忽視其職責」(consciously and intentionally disregarded their responsibilities)若係如此，則公司董事會及薪酬委員會在此一人事決策上的行為，「並非基於誠信甚或涉及故意不法行為」("either 'not in good faith' or ,involve intentional misconduct")，自然不能受到「商業判斷原則」的保護，也沒有公司章程中「免責條款」的適用¹⁸。

上述判決雖然明確指出誠信義務的獨立性與重要性，而對於企業實務人士造成極大的震撼，然而法院在 2005 年 8 月所做出之本案終局判決中，卻認為本案被告均未違反其受託義務，而無須對公司負任何損害賠償責任。在本案判決中，法院雖然再一次強調董事履行其誠信義務的重要性，惟其亦認為本案中 Eisner

¹⁸ In re The Walt Dixney Company Derivative Litigation, 825 A. 2d 275 (Del. 2003)

以及薪酬委員會之成員同意聘用 Ovitz 的決定，僅係一人事決策，而非如前述 Smith v. Van Gorkom 案係關於公司合併存亡之重大事項，因此其決策過程之要求自然有所不同，本案薪酬委員會集會討論時間雖然短暫，然討論事項與合約綱要均已事前通知委員會成員，該委員會據此作成決策，即不能認為有違誠信或有何重大過失之處，而 Eisner 在合約協商、執行過程中的種種行為雖非無不當之處，然基本上並未逾越其權限、吾人也不能以結果論而認為 Eisner 有違其受託義務。

從迪士尼公司的案例中，可以了解到，誠信義務雖然在近年來逐漸受到學界與司法實務的重視，然若因此即認為此一發展將會大幅強化公司董事的受託義務內涵，並顯著增加董事的潛在責任，則有些不切實際¹⁹！

第三目 美國模範商業公司法

2007 年美國模範商業公司法§8.30(a)之規定²⁰係作為董事之行為標準 (standards of conduct)，而非司法審查標準(standards of review)。誠信在美國模範商業公司法 (MBCA) 之規定下似非作為一個獨立之受託義務之下位概念，而係作為所有受託義務之上位概念，亦即董事必須基於誠信而遵守受託義務之要求²¹。

第四目 美國法律協會之公司治理原則

2005 年公司治理原則§4.01 (a)²² 後段即規定關於注意義務之相關標準，而§ 4.01 (c)²³下之各款即規定關於經營判斷原則之適用前提條件，而將注意義務與誠信義務分列。其結果即為「若董事之行為符合§4.01 (c)所規定之經營判斷原則，則董事原則上將被推定為無違法責任；除非，原告股東可以證明被告董事並非誠信(not acting in good faith)或具有利害關係，或係資訊不足的(not informed)，此時§4.01 (c)所提供之推定保護將不適用，而該被告董事之責任即須依§4.01 (a)標準予以判定，簡言之即「若董事係惡意，即使具有經營判斷原則之適用外觀，亦無該推定保護可茲引用」。因此認為在此之下，誠信義務亦足以作為受託義務之一個

¹⁹邵慶平，同註 9，頁 186-187。

²⁰2007 MBCA §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)...」

²¹ Official Comment to §8.30(a),the Comment states：”....,a director shall act in good faith coupled with conduct reasonably believed to be in the best interests of the corporation. This mandate governs all aspects of directors’ duties: the duty of care, the duty to become informed, the duty of inquiry, the duty of informed judgement, the duty of attention, the duty of loyalty, the duty of fair dealing...”

²²2005 Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations §4.01 (a)：「A director...has a duty to the corporation to perform....in good faith,...」。

²³ 2005 Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations §4.01 (c)「A director or officer who make a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if...」。

獨立子義務類型²⁴。

第三款 忠實義務

第一目 意義

顧名思義，所謂「忠實義務」即在要求董事執行業務時，能忠於公司之利益，在積極面上，應對其職務全力以赴，致力於公司利益之極大化；在消極面上，也應避免圖謀私利，而做出任何危害公司利益之事。此一義務之核心概念雖然單純，惟其涵蓋範圍則不易界定，理論上亦缺乏明確的定義，因此此一義務的內涵在實務運作上有相當的操作空間。雖然如此，可以發現多數涉及忠實義務之相關案例均導源於董事與公司發生「利益衝突」(conflict of interests)的情形。蓋於利益衝突之下，本於人性自利的基本假設，董事極有可能為追求私利，而罔顧公司全體股東之利益作成不利公司之商業決策。有鑑於此，法院在審酌董事涉及違反忠實義務之個案時，系爭之董事商業決策並不受到前述商業判斷原則的保障。換言之，起訴原告若能證明董事與公司間確有利益衝突之情形存在，舉證責任即移轉至被告董事身上，若被告董事不能證明系爭決策無損於公司利益，且對於公司「完全公平」，法院可逕宣告系爭商業交易行為無效，董事並需負回復原狀或金錢賠償之責。

雖然商業判斷原則在忠實義務之履行審查上並無適用餘地，惟此不代表法院可以就商業決策進行實質審查的空間大為增加。蓋公司董事會議決公司決策時，本可將特定董事排除於外，以免除利益衝突之嫌，並使該決議取得商業判斷原則的保護；若公司絕大多數董事對某一公司交易行為均涉有利益衝突情形時，董事會亦可聘請公正獨立之外部人士組成特別委員會，並充分尊重該委員會提供之意見，以昭公信。就此觀之，訴訟原告若欲證明董事(會)決策或行為違反忠實義務，在實務上恐有相當困難²⁵。

第二目 德拉瓦州公司法

上述實務運作模式明文反映在德拉瓦州公司法於 1967 年增設的「安全港」(safe-harbor)規定中。依該法第 144 條 a 項規定²⁶，可歸納出董事與公司間之交易

²⁴ 林國彬，董事忠誠義務與司法審查標準之研究－以美國德拉瓦州公司法為主要範圍，政大法學評論，第 100 期，2007 年 12 月，頁 165-166。

²⁵ 邵慶平，同註 9，頁 183-184。

²⁶ See Del. Code Ann. Tit.8,§144 (a)：

No contract or transaction between a corporation and 1 or more of its directors or officers, or between a corporation and any other corporation, partnership, association, or other organization in which 1 or more of its directors or officers, are directors or officers, or have a financial interest, shall be void or voidable solely for this reason, or solely because the director or officer is present at or participates in

行爲，或公司與公司間之交易行爲而其部分董事有利益衝突情事時，該交易行爲在下列三種情形仍爲有效：(1)董事之利益衝突情事已向董事會充分揭露，而該交易行爲經無利益衝突情形之全體董事過半數同意；或(2)董事之利益衝突情事已向股東會充分揭露，而該交易行爲經股東會決議核可；或(3)該交易行爲之內容對公司係屬公平。

據此規定，董事只要妥善安排交易模式及決策過程，即可大幅減少被訴違反忠實義務的可能性。尤有甚者，上述「同意即可免責」的規範方式，近年來更被大幅擴張適用於其他商業決策涉及利益衝突的情形，而不僅僅是侷限於法條明文規定的董事「自我交易」(self-dealing)的情況，此一發展趨勢，更進一步削弱忠實義務存在的實質功能²⁷。

在德拉瓦州 1939 年 Guth v. Loft Inc. ²⁸判決中指出，忠實義務所作之定義爲：「董事或職員不能利用公司對於其信任和信賴之地位，而獲取個人利益。即使此等董事或職員並非信託關係之受託人 (trustee)，但對於公司及股東而言，仍立於一個信賴關係 (fiduciary relation)。對於人類特性與心理動機有所認知之一項公共政策，確立了一項法則，即要求公司董事及職員應絕對、嚴格、審慎履行其義務。不僅應積極保障公司之利益，同時應避免損害公司權益之事，或掠奪其所能給予公司之利益或優勢。此項法則要求董事及員工需對公司保持完整的忠實，個人利益與此義務不得相互衝突，如董事違反忠實義務而爲自己謀取利益，則該利益將被視爲是爲公司所存在的一個信託，董事不僅須返還其所獲取之利益，同時必須對公司負損害賠償責任。」

第三目 美國模範商業公司法

the meeting of the board or committee which authorizes the contract or transaction, or solely because any such director's or officer's votes are counted for such purpose, if:

(1) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the board of directors or the committee, and the board or committee in good faith authorizes the contract or transaction by the affirmative votes of a majority of the disinterested directors, even though the disinterested directors be less than a quorum; or

(2) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the shareholders entitled to vote thereon, and the contract or transaction is specifically approved in good faith by vote of the shareholders; or

(3) The contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the shareholders.

²⁷ 邵慶平，同註 9，頁 184-185。

²⁸ Guth v. Loft Inc., 5A. 2d at 503 (Del.1939)。

2007 年之 MBCA§8.30 (a)²⁹係對於董事忠實義務所為之規定，即每個董事會中之構成員董事，在同一情況下，應忠實地以對公司最有利之方式及在相同之地位時通常慎重之人，所為之同一注意，合理相信所採用方式將為公司獲取最大利益之目的執行董事職務。換言之，董事對公司必須誠信且合理相信所採用之方法為將使公司獲取最大利益。

MBCA §8.60³⁰規定，(1) 董事與公司間有利益衝突存在係指公司董事可從公司之交易中獲得利益，其情形有以下兩種：

(i) 董事於交易決定時，知道自己或關係人為交易之一方，或與該交易關係密切，或有經濟上利益存在。因此可合理的認定該情形會導致於該董事在董事會決議時，影響其表決權之行使。

(ii) 在交易經董事會決議時，該董事知道下列(A)(B)(C)之人為交易之一方，或與該交易有經濟上利益，或與該交易關係密切，以致於可合理認定，該董事在董事會行使表決權時，會受到影響者：(A)與公司交易者為 A 公司，而該

²⁹ 2007 MBCA§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.

³⁰ 2007 MBCA§ 8.60. Subchapter Definitions.

In this subchapter:

(1) Conflicting interest with respect to a corporation means the interest a director of the corporation has respecting a transaction effected or proposed to be effected by the corporation (or by a subsidiary of the corporation or any other entity in which the corporation has a controlling interest) if

(i) whether or not the transaction is brought before the board of directors of the corporation for action, the director knows at the time of commitment that he or a related person is a party to the transaction or has a beneficial financial interest in or so closely linked to the transaction and of such financial significance to the director or a related person that the interest would reasonably be expected to exert an influence on the director's judgment if he were called upon to vote on the transaction; or

(ii) the transaction is brought (or is of such character and significance to the corporation that it would in the normal course be brought) before the board of directors of the corporation for action, and the director knows at the time of commitment that any of the following persons is either a party to the transaction or has a beneficial financial interest in or so closely linked to the transaction and of such financial significance to the person that the interest would reasonably be expected to exert an influence on the director's judgment if he were called upon to vote on the transaction: (A) an entity (other than the corporation) of which the director is a director, general partner, agent, or employee; (B) a person that controls one or more of the entities specified in subclause (A) or an entity that is controlled by, or is under common control with, one or more of the entities specified in subclause (A); or (C) an individual who is a general partner, principal, or employer of the director.

(2) Director's conflicting interest transaction with respect to a corporation means a transaction effected or proposed to be effected by the corporation (or by a subsidiary of the corporation or any other entity in which the corporation has a controlling interest) respecting which a director of the corporation has a conflicting interest.

(3) Related person of a director means (i) the spouse (or a parent or sibling thereof) of the director, or a child, grandchild, sibling, parent (or spouse of any thereof) of the director, or an individual having the same home as the director, or a trust or estate of which an individual specified in this clause (i) is a substantial beneficiary; or (ii) a trust, estate, incompetent, conservatee, or minor of which the director is a fiduciary.

(4) Required disclosure means disclosure by the director who has a conflicting interest of (i) the existence and nature of his conflicting interest, and (ii) all facts known to him respecting the subject matter of the transaction that an ordinarily prudent person would reasonably believe to be material to a judgment about whether or not to proceed with the transaction.

董事擔任 A 公司之董事、合夥人、代理人或受僱人; (B) 與公司交易之對象為 B 公司， B 公司控制之 A 公司，而且該董事為 A 公司之董事、合夥人、代理人或受僱人。另外之情形，若與公司交易之對象為 B 公司，但 B 公司被 A 公司所控制，而且該董事為 A 公司之董事、合夥人、代理人或受僱人; (C) 與公司交易者為自然人，但是該自然人為董事之合夥人、代理人或僱用人。

(2) 利害關係董事之交易係指公司董事對於公司之交易有利益衝突情形存在。

(3) 董事之「關係人」係指下列之人: (i) 董事之配偶、子女、父母、兄弟姐妹，以及配偶之父母或兄弟姐妹，及父母之配偶，或是該董事之同居人，或是為本款之人之信託或遺產之實質受益人; (ii) 該董事擔任受託人之信託、遺產、無行為能力人或未成年人。³¹

(4) 充分揭露係指董事在有 (i) 利益衝突時，要把利益衝突本質和存在完全揭露，並且 (ii) 所有關於這件相關交易之董事所知悉事實，以一個普通謹慎之人所擁有注意能力會將此事實納入是否繼續交易的考量。

MBCA 第 8.61 條(a)項規定，公司對於已生效或即將生效之交易，如該交易非屬利益衝突之交易，則股東或公司不得因董事於該交易中獲有個人利益而主張對於該交易行為為撤銷、禁止或請求損害賠償。另第 8.61 條(b)項規定，董事與公司為利益衝突交易行為，如滿足以下三項要件之任一要件，則對於該交易不得撤銷、禁止或請求損害賠償。(1) 該交易是經過董事會之決議。(2) 該交易是經過股東會之決議。(3) 根據交易承諾(commitment)時之狀況判斷，能證明該交易對公司而言是公正的交易³²。

MBCA 第 8.62³³條規定，董事與公司為利益衝突交易行為，如符合第 8.61 (b)

³¹ 鄭瑞健，股份有限公司內部監控之模型與改進－以組織改造及忠實義務為中心，文化大學法律研究所碩士論文，2008 年 6 月，頁 125-127。

³² 2007 MBCA § 8.61. Judicial Action.

(a) A transaction effected or proposed to be effected by a corporation (or by a subsidiary of the corporation or any other entity in which the corporation has a controlling interest) that is not a director's conflicting interest transaction may not be enjoined, set aside, or give rise to an award of damages or other sanctions, in a proceeding by a shareholder or by or in the right of the corporation, because a director of the corporation, or any person with whom or which he has a personal, economic, or other association, has an interest in the transaction.

(b) A director's conflicting interest transaction may not be enjoined, set aside, or give rise to an award of damages or other sanctions, in a proceeding by a shareholder or by or in the right of the corporation, because the director, or any person with whom or which he has a personal, economic, or other association, has an interest in the transaction, if:

(1) directors' action respecting the transaction was at any time taken in compliance with section 8.62;

(2) shareholders' action respecting the transaction was at any time taken in compliance with section 8.63; or

(3) the transaction, judged according to the circumstances at the time of commitment, is established to have been fair to the corporation.

³³ 2007 MBCA § 8.62 (a) (a) Directors' action respecting a transaction is effective for purposes of section 8.61(b)(1) if the transaction received the affirmative vote of a majority (but no fewer than two) of those qualified directors on the board of directors or on a duly empowered committee of the board who voted on the transaction after either required disclosure to them (to the extent the information was not known by them) or compliance with subsection (b); provided that action by a committee is so effective only if: (1) all its members are qualified directors; and

項規定中之任一要件，則屬有效交易行爲。但董事需將交易相關重要資訊於董事會決議前爲充分揭露，並經由董事會中無利害關係董事或委員會中委員多數決之同意。

MBCA 第 8.63³⁴條規定，董事與公司爲利益衝突交易行爲，如符合第 8.61 條(b)項規定中之任一要件，則屬有效交易行爲。但董事需將交易相關重要資訊於股東會通知中充分揭露，並經由股東會中具表決權股東多數決之同意³⁵。

由美國模範商業公司法之規定可知，若董事可從公司之交易中獲得利益，則董事與公司間即具有利益衝突，該董事必須自行迴避並且揭露，否則即有違反忠實義務之可能。

第四目 美國法律協會之公司治理原則

公司治理原則§5.02 規定³⁶：「

(2) its members are either all the qualified directors on the board or are appointed by the affirmative vote of a majority of the qualified directors on the board.

³⁴ 1984 MBCA§8.63 (a) Shareholders' action respecting a transaction is effective for purposes of section 8.61(b)(2) if a majority of the votes entitled to be cast by the holders of all qualified shares were cast in favor of the transaction after (1) notice to shareholders describing the director's conflicting interest transaction, (2) provision of the information referred to in subsection (d), and (3) required disclosure to the shareholders who voted on the transaction (to the extent the information was not known by them).

³⁵ 陳梅萍，董事競業行爲規範之研究，臺北大學法律學系博士論文，2007 年 7 月，頁 57-58。

³⁶ 2005 Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations§5.02：

(a) General Rule. A director or senior executive who enters into a transaction with the corporation (other than a transaction involving the payment of compensation) fulfills the duty of fair dealing with respect to the transaction if: (1) Disclosure concerning the conflict of interest and the transaction is made to the corporate decisionmaker who authorizes in advance or ratifies the transaction; and(2) Either:(A) The transaction is fair to the corporation when entered into;(B) The transaction is authorized in advance, following disclosure concerning the conflict of interest and the transaction, by disinterested directors, or in the case of a senior executive who is not a director by a disinterested superior, who could reasonably have concluded that the transaction was fair to the corporation at the time of such authorization;(C) The transaction is ratified, following such disclosure, by disinterested directors who could reasonably have concluded that the transaction was fair to the corporation at the time it was entered into, provided (i) a corporate decisionmaker who is not interested in the transaction acted for the corporation in the transaction and could reasonably have concluded that the transaction was fair to the corporation; (ii) the interested director or senior executive made disclosure to such decisionmaker pursuant to Subsection (a)(1) to the extent he or she then knew of the material facts; (iii) the interested director or senior executive did not act unreasonably in failing to seek advance authorization of the transaction by disinterested directors or a disinterested superior; and (iv) the failure to obtain advance authorization of the transaction by disinterested directors or a disinterested superior did not adversely affect the interests of the corporation in a significant way; or(D) The transaction is authorized in advance or ratified, following such disclosure, by disinterested shareholders [§ 1.16], and does not constitute a waste of corporate assetsat the time of the shareholder action.

(b) Burden of Proof. A party who challenges a transaction between a director or senior executive and the corporation has the burden of proof, except that if such party establishes that none of Subsections (a)(2)(B), (a)(2)(C), or (a)(2)(D) is satisfied, the director or senior executive has the burden of proving that the transaction was fair to the corporation.

(c) Ratification of Disclosure or Nondisclosure. The disclosure requirements of § 5.02(a)(1) will be

- (a) 公司董事或高級職員與公司所為之交易行為，必須先向公司決策者揭露該項交易行為及相關利益衝突，並具備下列四個要件之一，才算是符合公平交易之義務：(1)該交易於成立時對公司是公平的。(2)董事事前批准程序：交易於揭露後，經無利害關係、董事或上級事前許可，而且其於許可時可得合理認定該交易行為於當時對公司係屬公平。(3)董事事後追認程序：交易於揭露後，經過無利害關係董事事後追認，而且其可以合理確信該交易於成立時對是公平的。另外事後批准之人對於公司所從事之交易並無利害關係存在，且可合理相信該交易對公司係公平；第二、有利害關係之董事或高級職員有先對事後批准之人做了揭露之行為；第三、有利害關係之董事或高級職員未取得事前許可，並非無理由；第四、該交易未事先獲得無利害關係董事或上級之許可，對於公司之重要利益並未產生不利之影響。(4) 第四個情形係針對股東之事前核准或事後追認，即交易於向股東揭露後，經過無利害關係之股東事前核准或事後追認，而且股東於同意時認為該交易並不造成公司資產之浪費。
- (b) 針對舉證責任之規定：若對於交易有所質疑之當事人證明該交易並未具備揭露要件及經過董事或股東同意，則從事交易之董事或高級職員應舉證證明交易對公司是公平的。
- (c) 揭露的事後補救規定：雖然沒有做事前揭露，然而在交易後任何期間（但不得遲於對交易有所質疑而提起訴訟後之合理期間內），於揭露該交易及相關利益衝突後，經過董事、股東、最初同意該項交易之公司決策者的追認，亦屬於符合揭露之要件。」³⁷

依據公司治理原則之規定可知，公司董事或高級職員若欲與公司為交易行為時，不論事前或事後，當公司董事或高級職員與公司間具有利益衝突存在，均須向其他無利害關係之董事或股東實行揭露程序，該交易始為有效；反之，若該董事或高級職員未實行揭露程序即與公司為交易行為，則有違反忠實義務之可能。

第二項 英國

在探討董事受託義務之前，對於普通法與衡平法內容為何，先簡略說明。在1066年，諾曼人（Norman）征服英國後，因為諾曼人文化水準較高，為一大陸法系國家。但英國本土先後曾受到丹麥人、盎格魯人、撒克遜人等統治，已經存在各種不同風俗習慣及法律制度，法律規定非常分歧，標準也不相同。所以諾曼人在英國無法完全適用自己的法律規定，必須參酌英國當地各地方現有的法律制度。在其統治英國後，英皇就指派自己任命的法官到各個領主區域的小法院審理

deemed to be satisfied if at any time (but no later than a reasonable time after suit is filed challenging the transaction) the transaction is ratified, following such disclosure, by the directors, the shareholders, or the corporate decisionmaker who initially approved the transaction or the decisionmaker's successor.

³⁷鄭瑞健，同註31，頁128-130。

訴訟案件，此即為巡迴法院制度（Circuit Court），依據當地的習慣並參酌諾曼人自己的法律觀念作判斷，將判決的內容用文字記載成判決書，並以判決之內容作為日後新案件判斷標準，判決書非以條文方式顯示，故稱為不成文法；因其法律之適用有一致的法律標準，而與原先英國各地分歧之標準有別，故依其法律內容的特性以普通法（Common Law）稱之。而衡平法（equity）緣起於古代英國，當時大部份法院均以普通法審理案件。由於普通法十分注重程序，很多人單單是因為未能符合程序，而得不到公正對待。於是設立另一種法院（即衡平法院），以較為寬鬆的態度處理案件，並且由神職人員或教會人士擔任法官，這就是衡平法院的來源。早期衡平法院的法官通常按個別事實來認定如何審理，既無任何法律拘束法官的判斷，也不必依照普通法中既定原則判案，僅依自己良心判斷如何審理，較能符合個案。隨著時間累積，衡平法院也發展出一些既定規則，例如信託制度（Trust）等。因此形成了一個國家同時存在兩種法院體制，故在中古世紀以來，兩者發生許多嚴重分歧及衝突，為顯現自己之判決優越，互相爭奪司法權。但這種衝突，隨著衡平法院的法官漸由學習法律的人擔任，並且亦適用「判例拘束原則」，趨於緩和。但是一個國家有二個法律救濟途徑，人民因此對於選擇何者法院救濟可能無法適從，故英美二國就將此法院系統合而為一，但衡平法的法理仍存在未消失³⁸。

2006 年之新公司法未修正前，英國法上之受託義務（fiduciary duty）並未明文化，故在 2001 年公司法修正委員會所撰寫之 Final Report 中決定整理多年來 common law（普通法）以及 equitable rule（衡平法規則）所衍生之原則，具體陳述董事受託義務之內涵³⁹。

第一款 普通法上的義務

Common law 衍生者主要為注意義務（duty of care）；而是否盡到 duty of care 則以是否符合“duty of skill”及“duty of diligence”，為判斷標準。

在 Re city Equitable Fire Insurance CO.⁴⁰一案中，對董事（主要指非執行業務董事）之 duty of skill 採取寬鬆之標準，即以其個人主觀之知識與經驗為斷；然此一寬鬆態度隨著立法之引進與法院態度之變遷，現已改採客觀標準。詳言之，1986 年破產法（the Insolvency Act 1986）s. 214(4) 規定⁴¹：為達到第二點及第三點之目

³⁸ 參考潘維大，英美法導讀講義，瑞興圖書出版，2003 年 9 月 3 版，頁 7-41。

³⁹ DTI, Modern Company Law for a Competitive Economy: Final Report, Annex C. (2001)

⁴⁰ Re city Equitable Fire Insurance CO., (1925) Ch. 407.

⁴¹ For the purposes of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which be ought to reach and the steps which be ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both – (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and (b) the general knowledge, skill and experience that that director has.

的，公司之董事所必需要知曉或查證之事實、所必須要達到的成果及所應遵循之步驟，這些資訊都應當被具有一般人勤勉標準的董事所知曉、查證、聽聞及接收。而一般人勤勉標準之內涵有二：(a)款所採標準係指一位與該董事執行相同功能之人基於可被合理期待之一般知識、技能與經驗下所能認知及所應採取之行動來判斷該董事是否已盡其注意義務。但除此之外，基於(b)款，董事個人若有較佳之知識、技能與經驗，則需盡其個人特別能力之注意程度，方始符合注意義務之要求。亦即，原則上以客觀標準為斷，但若該董事個人之能力超越一般客觀標準，此時其主觀注意程度亦為要求標準。

顯然，英國法之注意義務與我國所謂善良管理人注意義務有所出入。同時，也說明了英國並非將董事定義為專業人士，因此仍以一般管理者之注意程度為斷。此外，英國法院強調即使職位同為董事，但執行不同功能之董事其注意程度判斷上仍有高低之不同；再者，公司規模大小不同，業務種類亦千變萬化，這些因素均為判斷基礎，不可將董事同等視之。英國法院並強調在決定董事是否已盡注意義務時，必須採取具有彈性之態度。關鍵之一在於其是否以誠實且合理(honestly and reasonably)之方式執行業務⁴²。

第二款 衡平法上的義務

衡平法上之受託義務主要指誠信義務(duty of good faith)與忠實義務(duty of loyalty)，其兩種義務之具體內容及其子原則⁴³，分述如下。

第一目 誠信義務

誠信義務(duty of good faith)係指董事並無利害關係，但董事執行業務時不誠實、不當行使董事權力或未盡裁量義務而言。其有下列三種內涵：一、善意執行業務(duty to act bona fide)；二、以適當的執行業務(duty to act a proper purpose)；三、不得無故縮減裁量(not to fetter discretion)。

壹、善意執行業務

所謂善意執行業務係指董事應誠實的(honestly)認為其執行業務(不論是作為或不作為)之方法及決定係為公司之利益(the interests of the company)。換言之，主觀上董事必須以誠實之態度執行業務；而客觀上則以公司之利益為出發。所謂「公司利益」一詞之認定並非僅指公司自身；基於公司是由股東所組成之社團(英國法上以 members as a group 說明)，因此公司利益實則股東全體之權益。基此，

⁴² 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論(一)，元照出版公司，2007年10月，頁8-9。

⁴³ 曾宛如，同前註，頁10。

公司利益之極大化在傳統上即指股東全體利益之極大化；是以當公司有盈餘時分派股息紅利於股東並無不法，也符合義務上所稱之為公司之利益⁴⁴。

貳、以適當目的執行業務

董事權限除由公司法賦予外，英國主要是委由章程決定。當董事所為超過章程之授權範圍時，以 1985 年公司法之規定，已可明確處理其法律效果，無庸涉及及受託義務之違反，故所謂以適當目的行使權力實指就章程上所賦予之權力應妥當運用而言⁴⁵。英國公司多以章程為一般授權如下⁴⁶：除法令或章程規定需由股東會決議之事項外，董事可行使公司之一切權限。

參、不得無故縮減裁量權

不得無故縮減裁量權係指每一位董事均應依其個人獨立判斷行使職務；倘若彼此間為表決之約定無異於放棄獨立判斷之能力，顯有違受託義務。但是，若已經由獨立判斷達到與他人簽訂長期契約關係之決定，則彼此間有關將來履行契約義務一事做出表決協議，自不違法，否則一旦董事輪替或變更心意，即可任意推翻，將嚴重影響公司業務之經營及交易相對人與公司交易之意願⁴⁷。

第二目 忠實義務

忠實義務(duty of loyalty)係指當董事義務與公司有利益衝突（Conflict of duty and interest）時，如何維護公司利益便成為公司法上之主要課題，這也是現代公司治理主要環節之一。董事若與公司交涉或同時對他人負有義務，基於人性，便很可能犧牲公司利益以成就自己或他人之利益；是以此種行為在衡平法上是被禁止之對象。一般而言，董事與公司利益衝突可能發生在以下之情形：

壹、與公司交易

與公司交易(contracts, arrangement, transactions, etc.)自然涉及所謂自己代理或雙方代理之窘境。以衡平法而言，此時公司可以主張該法律行為無效。董事若欲使其行為效力不受影響，唯有充分揭露所有相關訊息，尤其自身利害何在更須充分告知股東，並經股東會決議通過(除非公司章程另有規定得由董事會為之)方始

⁴⁴ 曾宛如，同註 42，頁 10-11。

⁴⁵ 曾宛如，同註 42，頁 13。

⁴⁶ “directors may exercise all the power of the company not by the articles or by statute required to be exercised by the company in general meeting.” 曾宛如，同註 42，頁 13。

⁴⁷ 曾宛如，同註 42，頁 13。

不受影響。惟 1985 年公司法對此有進一步之規範。對某些公司法認定較為嚴重之行爲，完全加以禁止，如貸款予董事或爲其提供擔保；亦禁止與董事成立任何信用交易（credit transaction），若違反，公司得主張行爲無效。對於其他交易，則與衡平法之處理相同，即須經公司事前允許。

貳、利用公司資產、資訊及機會

即董事不得利用基於職位而得知本應屬於公司之資訊或機會而爲自己牟利；即使公司可能無意願或無能力使該「資訊」(information)或「機會」(opportunity)可能爲公司帶來之商機，但倘若此種行爲不予制止，則董事犧牲公司之機率大爲增加，此與受託義務之本旨大相逕庭。董事因此所得之利益被認定爲處於「擬制受託人」(constructive trustee)之地位，該利益等於是爲公司而保管，至於公司是否實際上受有損害並非重點。

董事若欲利用公司資訊或機會，唯一方法係將資訊或機會完整告知公司，由公司決定不使用該資訊或機會，並同意其利用之，方始免於事後追究之風險。至於公司決定之機關，主要爲股東會，但若有相當數額之無利害關係董事，則由董事會通亦可，但利害相關之董事絕不得參與表決。

參、與公司競爭

雖說判例上並無明文禁止董事任職於競爭對手公司(competing with the company)之明示，但顯然的，倘若董事任職於二家以上競爭之公司，勢必涉及爲他人與公司交涉或者是否誠實的相信其所做決定乃基於雙方公司利益之挑戰，遂有違反忠實義務之高度風險；因此除非充分告知任職狀況並取得公司股東會或由無利害關係董事會所爲之許可，否則不宜爲之⁴⁸。

第三款 2006 年公司法

如上文所指，普通法及衡平法已就董事應盡受託義務之內涵有相當悠久與完整之發展，然不可諱言，對非法律專家之董事在履行受託義務時仍有相當疑慮，因爲不同案例事實所導致之結果可能與先前適法性判斷有所出入，此種訴訟風險使得謹慎守法之董事深感負擔，限制其冒險之可能，以經濟效率而言，無疑是負面的。

在 2006 年公司法（The Companies Act 2006）第二章中即明文規範了董事之一般義務，在其§170 前言中明白說明董事義務的範圍和性質，§170⁴⁹：「(1) 公司

⁴⁸ 曾宛如，同註 42，頁 14-16。

⁴⁹ The Companies Act 2006 §170 Scope and nature of general duties

之董事對公司負有§171 至§177 之一般義務。(2) 離職後之董事仍然要遵守：(a) §175 (避免利益衝突) 之義務，即利用在擔任董事期間所知悉的任何財產、資訊或機會之義務，並且 (b) §176 (不得接受第三人之利益) 之義務，即在董事離職前所應作為或不作為之行爲。任何必要修正之範圍內，皆適用於離職董事甚至於董事。(3) 一般義務是從某些普通法與衡平法中有關董事部份之規則而來，所以就董事對公司之義務而言，這些一般義務可代替那些普通法和衡平法上的規則。(4) 一般義務之解釋與適用應參考普通法與衡平法上規則，並應考慮相對應的普通法和衡平法之規則。(5) 一般義務適用於實質董事 (shadow directors)，且在其相對應的普通法與衡平法之規則內。」，並在§171 至§177 具體呈現董事義務之內涵。

壹、董事須依章程行使職權且依賦予權限之目的而行使

§171⁵⁰：「公司之董事必須：

- (a) 依公司章程行使職權，並且
- (b) 依章程所賦予之權限行使之。」

貳、董事須促進公司之成功

§172⁵¹：「(1) 公司董事必須以誠信履行其職責，爲公司成員之最佳利益促進

(1) The general duties specified in sections 171 to 177 are owed by a director of a company to the company.

(2) A person who ceases to be a director continues to be subject—

(a) to the duty in section 175 (duty to avoid conflicts of interest) as regards the exploitation of any property, information or opportunity of which he became aware at a time when he was a director, and

(b) to the duty in section 176 (duty not to accept benefits from third parties) as regards things done or omitted by him before he ceased to be a director.

To that extent those duties apply to a former director as to a director, subject to any necessary adaptations.

(3) The general duties are based on certain common law rules and equitable principles as they apply in relation to directors and have effect in place of those rules and principles as regards the duties owed to a company by a director.

(4) The general duties shall be interpreted and applied in the same way as common law rules or equitable principles, and regard shall be had to the corresponding common law rules and equitable principles in interpreting and applying the general duties.

(5) The general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply.

⁵⁰ The Companies Act 2006 §171 Duty to act within powers

A director of a company must—

(a) act in accordance with the company's constitution, and

(b) only exercise powers for the purposes for which they are conferred.

⁵¹ The Companies Act 2006 §172 Duty to promote the success of the company

(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—

(a) the likely consequences of any decision in the long term,

(b) the interests of the company's employees,

(c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers

公司的成功，並承擔以下責任：

- (a) 任何決策所可能產生之長期結果
- (b) 員工之利益
- (c) 公司有促進其與供應商，客戶，及其他之商業關係之需求
- (d) 公司營運對社區及環境產生之影響
- (e) 公司維持高標準商業行為之信譽
- (f) 公司成員應給予公正之對待。

(2) 若公司設立目的非其成員利益或包括成員利益以外之目的時，第一款之效力僅限於為達成設立目的而產生之公司利益。

(3) 本條所列舉義務之效力，有其他法律或條例規定董事會在特定情況下判斷或履行公司債權人利益者，適用其他法律。」

參、須獨立判斷

§173⁵²：「(1) 公司之董事必須獨立判斷。

(2) 董事有以下情況並非屬於此義務違反：

- (a) 根據與公司適當地簽訂協議有關將來董事行使職權限制之行爲，或者
- (b) 根據公司章程所賦予之行爲。」

肆、須盡其注意義務，包括技能與勤勉

§174⁵³：「(1) 公司之董事負有注意、技能和勤勉之義務。

and others,

(d) the impact of the company' s operations on the community and the environment,
(e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and

(f) the need to act fairly as between members of the company.

(2) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes.

(3) The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company.

⁵² The Companies Act 2006 §173 Duty to exercise independent judgment

(1) A director of a company must exercise independent judgment.

(2) This duty is not infringed by his acting—

(a) in accordance with an agreement duly entered into by the company that restricts the future exercise of discretion by its directors, or

(b) in a way authorised by the company' s constitution.

⁵³ The Companies Act 2006 §174 Duty to exercise reasonable care, skill and diligence

(1) A director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence.

(2) This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with—

(a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company, and

(b) the general knowledge, skill and experience that the director has.

- (2) 注意、技能和勤勉程度係指需具備一合理勤勉之人在：
- (a) 處於其在公司董事相同地位所合理期待應有的知識、技能與經驗之程度
 - (b) 董事若有個人額外的知識、技能與經驗，亦應符合。」

伍、避免利益衝突

§175⁵⁴：「(1) 董事須避免自身利益與公司利益產生直接或間接衝突之情況與可能性。

(2) 本條尤指任何財產、資訊、及機會之利用（無關於公司是否由其財產、資訊或機會中取得利益）

(3) 本義務不適用於與公司交易或約定所造成之利益衝突。

(4) 下列情況或事項未違反董事義務：

- (a) 無法合理判定是否造成利益衝突的情況，或
- (b) 該事項已由董事會授權

(5) 董事會可授權範圍：

- (a) 公司為私人企業且該授權事項不違反公司章程時，可向董事會提案並由董事會授權執行。
- (b) 公司為公營企業且公司章程允許董事會授權該事項時，可向董事會提案並由董事會依公司章程授權執行。

(6) 授權之生效依下列規定定之：

⁵⁴ The Companies Act 2006 §175 Duty to avoid conflicts of interest

(1) A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company.

(2) This applies in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of the property, information or opportunity).

(3) This duty does not apply to a conflict of interest arising in relation to a transaction or arrangement with the company.

(4) This duty is not infringed—

- (a) if the situation cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest; or
- (b) if the matter has been authorised by the directors.

(5) Authorisation may be given by the directors—

(a) where the company is a private company and nothing in the company's constitution invalidates such authorisation, by the matter being proposed to and authorised by the directors; or

(b) where the company is a public company and its constitution includes provision enabling the directors to authorise the matter, by the matter being proposed to and authorised by them in accordance with the constitution.

(6) The authorisation is effective only if—

- (a) any requirement as to the quorum at the meeting at which the matter is considered is met without counting the director in question or any other interested director, and
- (b) the matter was agreed to without their voting or would have been agreed to if their votes had not been counted.

(7) Any reference in this section to a conflict of interest includes a conflict of interest and duty and a conflict of duties.

- (a) 扣除與該議案相關或有利害衝突的董事後，董事會會議之與會人數須達法定人數要求，以及
 - (b) 該事項經同意，與該議案相關或有利害衝突的董事不得加入表決，或經同意不計入前述董事之選票。
- (7) 本款所稱利益衝突，如利益與義務之衝突及義務之衝突。」

陸、不得因其地位而自第三人收受利益

§176⁵⁵：「(1) 公司董事不得按下列原因收受第三人給予之利益：

- (a) 因擔任董事
 - (b) 因執行(或未執行)董事職責。
- (2) 「第三人」係指公司以外之個人，相關法人團體，或公司或相關法人團體之代表人。
- (3) 董事收受之利益係由同公司服務之董事或他人所給予者，不構成第三方給予之利益。
- (4) 利益之收受無法合理判斷為利益衝突之導因者，不在此限。
- (5) 本條所稱利益衝突，如利益與義務之衝突及義務之衝突。」

柒、對與公司之交易或安排有直接或間接之利益時，應揭露予其他董事。

§177⁵⁶：「(1) 公司董事在任何情況下，直接或間接涉入與公司之交易或約定

⁵⁵ The Companies Act 2006 §176 Duty not to accept benefits from third parties

(1) A director of a company must not accept a benefit from a third party conferred by reason of—

- (a) his being a director, or
- (b) his doing (or not doing) anything as director.

(2) A “third party” means a person other than the company, an associated body corporate or a person acting on behalf of the company or an associated body corporate.

(3) Benefits received by a director from a person by whom his services (as a director or otherwise) are provided to the company are not regarded as conferred by a third party.

(4) This duty is not infringed if the acceptance of the benefit cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest.

(5) Any reference in this section to a conflict of interest includes a conflict of interest and duty and a conflict of duties.

⁵⁶ The Companies Act 2006 §177 Duty to declare interest in proposed transaction or arrangement

(1) If a director of a company is in any way, directly or indirectly, interested in a proposed transaction or arrangement with the company, he must declare the nature and extent of that interest to the other directors.

(2) The declaration may (but need not) be made—

- (a) at a meeting of the directors, or
- (b) by notice to the directors in accordance with—
 - (i) section 184 (notice in writing), or
 - (ii) section 185 (general notice).

(3) If a declaration of interest under this section proves to be, or becomes, inaccurate or incomplete, a further declaration must be made.

(4) Any declaration required by this section must be made before the company enters into the transaction or arrangement.

(5) This section does not require a declaration of an interest of which the director

時，須向其他董事會成員說明其利益之重要內容。

(2) 此說明可發表(非必要)於：

- (a) 董事會會議中，或
- (b) 依下列方式通知董事會成員—
 - (i) 第184條（書面通知），或
 - (ii) 第185條（一般通知）。

(3) 若本條所稱之利益說明經證實非正確或完整揭露，說明人須提出進一步利益說明。

(4) 本條規定之任何說明須在公司交易或協議前為之。

(5) 本條未要求董事在不知悉利益說明或不知悉相關交易或約定的情況下提出利益說明。因此董事對其為合理判斷之所必要資訊視為知悉。

(6) 董事不需說明之利益：

- (a) 該事項無法合理判斷為利益衝突之導因者；
- (b) 其他董事會成員已知悉該事項者(因此其他董事會成員對其為理性判斷之所必要資訊須視為知悉。)
- (c) 該事項牽涉對利益相關董事其委任契約內容，經下列組織之決議或即將審議：

審議：

- (i) 董事會會議。
- (ii) 依公司章程，董事會為該議案特設之委員會。」

第三項 日本

日本商法制定之初，因規定公司董事與公司間之關係依民法委任之關係處理之，故公司董事基於受任人地位應負善良管理人注意程度義務。1950年日本商法修正時，新增忠實義務之規定，並在2005年日本公司法制定時，於第330條及第355條分別規定董事之善良管理人注意義務與忠實義務。

第一款 善良管理人注意義務

is not aware or where the director is not aware of the transaction or arrangement in question.

For this purpose a director is treated as being aware of matters of which he ought reasonably to be aware.

(6) A director need not declare an interest—

(a) if it cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest;
(b) if, or to the extent that, the other directors are already aware of it (and for this purpose the other directors are treated as aware of anything of which they ought reasonably to be aware); or

(c) if, or to the extent that, it concerns terms of his service contract that have been or are to be considered—

(i) by a meeting of the directors, or

(ii) by a committee of the directors appointed for the purpose under the company's constitution.

第一目 介紹

商法制定之初，規定股份有限公司之董事與公司間之法律關係，係依民法委任處理之⁵⁷，董事和公司間成立委任契約。故董事基於受任人地位，應就公司經營事務負善良管理人之注意義務⁵⁸，而關於該注意義務之「程度」係指基於該董事之地位、狀況通常可期待之標準，如特別基於該董事之專門能力而選任者，可期待程度應更高之⁵⁹。上開善良管理人注意義務之規定於 2005 年日本公司法制定時原封不動移植到第 330 條。

有學者將公司法第 330 條之董事善良管理人注意義務稱為「日本版的經營判斷原則」。係在訴訟程序上關於董事責任構成與否判斷中，促使法院不事後地介入公司經營決定之基本原則，與美國法之經營判斷原則不同的是，日本法院在判斷系爭經營決定是否違反董事注意義務時，對於該決定之內容以及其他一切情形，法院具有審查權限。東京地方法院平成 16 年 9 月 28 日判時 1886-111：「對於企業經營的判斷是以不確實、不安定及複雜多樣的各種因素為對象，必須要專門的、預測的、政策的判斷能力，也就是綜合的判斷。另外，企業活動是以獲得利益為目標，就會伴隨一定的風險存在。在這種企業活動中，為了不使董事怯於任事，使其更專心去經營，故在他的權限範圍內可以認同具有裁量權。因此，在判斷董事執行業務有無違反善良管理人注意義務以及忠實義務，必須根據董事為該行為時之公司狀況及與公司有牽連的社會、經濟、文化等的情況下，以該公司所屬業界的一般經營者應有之知識、經驗為基準，於作為該董事經營判斷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。」⁶⁰

換言之，日本版的經營判斷原則可理解如下：「在判斷董事是否違反注意義務時，區別經營決定之過程與內容，在過程之審查上，應以作成該決定時，是否參照當時狀態認為合理之程度進行資訊之蒐集、調查與檢討為審查基準；關於經營決定之內容之審查，應以從具有作為董事之通常能力、知見之人的立場觀之，參照當時情況作成系爭經營決定是否顯不合理為審查基準」⁶¹。

第二目 日本現行公司法之規定

⁵⁷ 參照日本舊商法第 254 條第 2 項。

⁵⁸ 參照日本民法第 644 條：「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。」。

⁵⁹ 江頭憲治郎，株式會社法，有斐閣，2006 年 9 月初版，頁 389。

⁶⁰ 神田秀樹，會社法，弘文堂，2006 年 7 月，頁 188。

⁶¹ 吉原和志，取締役の經營判斷と株主代表訴訟，收錄於：小林秀之、近藤光男編，「株主代表訴訟體系」，弘文堂，2002 年，頁 96。轉引自吳曉青，公司負責人忠實義務之研究—以善意義務為中心，台灣大學法律系碩士論文，2008 年 6 月，頁 137。

日本公司法於第 330 條⁶²規定：「公司與董事間之法律關係適用日本民法委任之規定。」，因此董事根據民法第 644 條⁶³規定，於執行職務之際負善良管理人注意義務。故董事於執行職務時應負善良管理人之注意義務。

第二款 忠實義務

第一目 介紹

1950 年，日本參考美國法引入董事會合議制，將公司業務執行之意思決定權限交由董事會決策⁶⁴，而基於該決定之業務執行行為或代表行為則由董事中選任代表董事擔任之，非代表董事之其他董事則扮演參與董事會意思決定並監督代表董事業務執行之功能⁶⁵。在擴大董事權限之際⁶⁶，對於董事義務之要求亦隨之提升，忠實義務的概念被引進在原有善良管理人注意義務之外，以平衡董事權限的擴大。

1950 年日本引進了關於忠實義務之規定，在 1950 年商法第 254 條之 3⁶⁷規定：「董事應負有遵守法令、章程及股東會決議，為公司忠實執行職務之義務。」要求董事在執行職務時應以公司之最大利益為目的，不得利用其地位為追求自己或第三人之利益而使公司遭受損害或犧牲公司之利益，或利用董事地位謀求自己或第三人之利益。

第二目 日本現行之公司法規定

2005 年日本公司法第 355 條⁶⁸承襲該商法第 254 條之 3 規定：「董事必須遵守法令、章程及董事會決議，為股份有限公司忠實執行其職務。」此即為董事忠實義務之規範。

並於公司法第 356 條⁶⁹及第 365 條⁷⁰將忠實義務具體類型明文規定，其內容

⁶² 会社法第 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。」

⁶³ 同註 58。

⁶⁴ 舊商法第 260 条，現為会社法第 362 条。

⁶⁵ 酒卷俊雄，「取締役会の機能と運営」，商事法務研究会，1986 年，頁 4-6。

⁶⁶ 在採取董事會合議制之外，將舊法下屬於股東會權限的新股發行、公司債發行等權限，以及屬於監察人權限的業務執行監督權移轉於董事會。

⁶⁷ 商法第 254 条之 3：

「取締役ハ法令及定款ノ定並ニ總會ノ決議ヲ邊守シ会社ノ為忠実ニ其ノ職務ヲ遂行スル義務ヲ負フ。」

⁶⁸ 会社法第 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。」

⁶⁹ 会社法第 356 条：

「取締役は、次に掲げる場合には、株主總會において、当該取引につき重要な事実を開示し、

分述如下：

壹、有利害關係之董事所為交易

日本公司法對於董事與公司間之交易行為，歸類為利益衝突交易。即董事親自或擔任他人之代理人、代表等，以當事人身份與公司進行交易時(譬如說購買公司財產、向公司貸與金錢等)，不論該進行利益衝突交易之董事是否為公司的代表董事，皆認為有損害公司利益之虞。因此於董事從事利益衝突交易時，對於該交易重要事項須向股東會揭露並獲得事前承認。而於有董事會設置的公司則須向董事會報告並獲得董事會事前承認，同時在完成交易後，應將交易的重要事實向董事會報告，不得遲延。如進行利益衝突交易之董事獲得股東會或董事會的事前承認時，則不受日本民法第 108 條雙方代理禁止規定限制，該董事得同時為公司之代表。

在董事與公司間交易時(直接交易)受上述規定規範，但於公司對董事之債務或對董事之債權人提供擔保或承受債務時(間接交易)亦須受相同之規範，必得到股東會或董事會事前承認。

貳、競業行為

日本法將董事為了自己或第三人之利益，而進行與公司所營事業相關種類事業之經營或利用公司交易機會（例如說董事買下公司預定購買之土地），歸類為競業交易。董事若為了自己或第三人之利益而得自由進行與公司所營事業相關種類事業之經營，則有利用公司交易對象的機會，有極大損害公司利益之虞。因此日本公司法規定於進行此類競業交易時，交易之重要事項必須先行揭露於股東會並取得股東會事前之承認。而在有董事會設置之公司依日本公司法第 365 條之規定準用第 356 條，董事如從事競業交易行為，亦必須採取適當之措施，不論其是否事前取得董事會之同意，從事競業交易之董事必須馬上將有關該交易之重要事項向董事會報告。

その承認を受けなければならない。

一 取締役が自己又は第三者のために株式会社の事業の部類に属する取引をしようとするとき。

二 取締役が自己又は第三者のために株式会社と取引をしようとするとき。

三 株式会社が取締役の債務を保証することその他取締役以外の者との間において株式会社と当該取締役との利益が相反する取引をしようとするとき。

2 民法第百八条の規定は、前項の承認を受けた同項第二号の取引については、適用しない。」

⁷⁰ 会社法第 356 条：

「取締役会設置会社における第三百五十六条の規定の適用については、同条第一項中『株主総会』とあるのは、『取締役会』とする。

2 取締役会設置会社においては、第三百五十六条第一項各号の取引をした取締役は、当該取引後、遅滞なく、当該取引についての重要な事実を取締役会に報告しなければならない。」

第三款 忠實義務與善良管理人注意義務間之關係

日本商法引進忠實義務概念後，關於忠實義務與善良管理人注意義務間關係應如何處理，在學界引發相當熱烈之討論，有同質說與異質說之爭。

第一目 同質說

法院實務認為所謂忠實義務僅僅是善良管理人注意義務的重申與進一步明確化其內容，並非伴隨通常委任關係所出現的善良管理人注意義務以外之其他的或更高度的義務類型，此即所謂忠實義務與善良管理人注意義務「同質說」之見解。

有學者認為基於在利益衝突時不可謀取自己利益，應被善良管理人注意義務所涵蓋，所以不認為要將忠實義務區分為另一個義務之必要。董事為謀取自己利益的行為，不可以說都沒有錯，並且如硬要董事負無過失責任也沒有意義；另外，雖有認為有分為無利益衝突的情況下之善良管理人注意義務，跟有利益衝突情況下之忠實義務兩種，但是利益衝突的有無，多屬沒有很明確的狀況，故無法考量到董事須服從何項義務。因此，應將善良管理人注意義務和忠實義務，認為都是相同的義務比較適當⁷¹。委任關係法理是柔軟的，根據委任的個別規定之彈性運用，就算是針對沒有明文規定的利害關係交易，很有可能就這樣被處理。商法第 254 條之 3 規定（即忠實義務，現為公司法第 355 條）是民法第 644 條強行法化，將其理解為明確化後的義務也是合理的⁷²。

第二目 異質說

此學說傾向將忠實義務規範意義認定與善良管理人注意義務有區別，即所謂「異質說」。此說認為，商法新增忠實義務之規定係參考美國法下忠實義務之概念而來，其內涵為禁止董事利用其地位而為自己或第三人利益而犧牲公司利益，在董事與公司有存在利益相反之虞時，董事應優先追求公司之利益並為公司適切地執行其職務之義務，忠實義務與民法委任關係發展下之善良管理人注意義務，在性質與適用範圍上均應認定為二個截然不同之義務⁷³。另外，是否負注意義務的有無在於有無過失，而忠實義務並無過失責任的問題；在違反注意義務時是負損害賠償責任，違反忠實義務為利益之吐還⁷⁴。

第四項 德國

⁷¹ 吉原和志、黑沼悅郎、前田雅弘、片木晴彥，会社法 1，有斐閣，2005 年，頁 152。

⁷² 森本滋，会社法，有信堂，1998 年，頁 238。

⁷³ 山口幸五郎，「会社取締役制度の史的展望」，成文堂，1989 年，頁 364。

⁷⁴ 神田秀樹，同註 60，頁 188。

在德國股份法第 93 條係針對董事責任之基本規範，該第 1 項明定董事有注意義務（Sorgfaltspflicht）及沉默義務（Verschwiegenheitspflicht），至於忠實義務德國法並無明文規定，但其實務及學者已視忠實義務（Treupflicht）為公司法上的一種重要的「不成文之法律規則」⁷⁵。本文就各該義務分述如下。

第一款 注意義務

德國股份法第 93 條第 1 項前段⁷⁶規定，對董事注意義務規定董事於執行業務時，應盡一位正直認真負責之事業經營者所應有之注意能力。此規定在於指出一位董事在自己責任下，經營一特定種類和規模之企業時，其應以何種態度來履行注意義務。而董事之注意義務，基於其與公司間之信賴關係，故類似信託行為中受託人（Treuhänder fremder Vermögensinteressen）之注意義務⁷⁷。依德國學者對董事注意義務之解釋，其認為，注意義務之評量並非一種單一固定標準，而會因所經營公司之業別、公司規模、員工多寡、市場環境、服務時間長短、及每位董事所被賦予之特別任務等而定其注意程度及董事應負之責任。此外，若是董事擁有特別的專業知識或能力，則其必須於執行業務時亦盡此特別專才所應有之注意能力，尤其是其常常即是因為擁有此專才背景才會被選任為董事，因此要求其必須盡此專才及注意能力，方能符合盡到一位正直認真負責之事業經營者所應盡之注意義務，於此情況下，對董事注意義務之要求還涉及主觀條件⁷⁸。

對於董事之注意義務，又可細分為適法行為之注意、公司內部誠實與其他董事或機關合作之注意、企業領導之注意及業務分工監督之注意義務等⁷⁹，分述如下。

第一目 適法行為之注意義務

所謂適法行為之注意，不僅是對公司內部作業而言，也包括公司與他人，也就是公司對外之交易行為亦必須適法。

⁷⁵ 劉渝生，公司法總則，新學林出版，2009 年 6 月一版，頁 147。

⁷⁶ §93 Abs. 1 S. 1: "Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden."

⁷⁷ Vgl. BGHZ 129, 30, 34 (für den Geschäftsführer einer GmbH); OLG Düsseldorf, Die Aktiengesellschaft 1997, 231, 235; Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 5. Aufl., 2002, Rn. 4; Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, Münchener Kommentar Aktiengesetz, Band 3, 2004, §93 Rn. 22.轉引自洪秀芬，董事會獨立經營權限及董事注意義務，政大法學評論，第 94 期，2006 年 12 月，頁 242-243。

⁷⁸ Vgl. Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, a.a.O., §93 Rn. 22.轉引自洪秀芬，同前註，頁 242-243。

⁷⁹ 參考姚志明，德國股份法第 93 條德國股份有限公司董事義務之介紹，輔仁法學，第 17 期，1998 年 6 月，頁 267-271。

董事在公司內部的決策過程中必須遵守公司章程及法律規定，而每個董事都有責任使有關公司領導管理的決議符合法令與章程。即使股東大會作出可能被認為是無效的決議，而要求董事執行，但當董事能判斷這是有損公司利益之行為時，董事應採取所有可能的方法去阻止決議被付諸實行，並向監察人為報告。

董事會也必須注意公司對外行為之適法性。雖然公司是承擔風險追求利益，但這個風險並不是因為公司為違法行為被發現，而依法追究的風險。是以公司不論對外交易、商業競爭或稅務管理（節稅）等對外行為，董事都應該盡注意義務。而且，這注意義務還及於關係企業，也就是說，董事應該注意公司之行為應避免間接損及關係企業之利益。

第二目 公司內部誠實與其他董事或機關合作之注意

注意義務之範圍還包括與之合作的其他董事或其他企業團體或機關。

董事間必須合作無間。在考量企業整體利益的原則下，董事會中若有其他的成員受到影響，董事應致力使其他的董事會成員貫徹對企業忠實的原則而遵守公司的決議事項。

不僅如此，與其他企業的董事會也要真誠的合作。在平時或年終結算審查時，都必須為適當的報告或履行答詢義務。若董事會不為報告，董事個人也必須於必要時親自報告，因為報告義務不只是全體董事會應負的責任，也是每個董事個人的責任。

第三目 企業領導之注意

企業存在的目的，就是在經濟上獲得利益，董事依法有經營管理企業之權利與義務，在領導企業經營、為許多的商業判斷時，都必須要依自己長久的商業知識及經驗為妥適的決定。

第四目 業務分工監督之注意義務

根據董事必須共同帶領公司創造企業整體利益的原則，法律賦與董事處理公司事務之權責。而要董事們必須共同執行企業管理措施，是有困難的，所以董事必須分工合作。例如：有的負責生產部門，有的負責財務，有的負責行銷...，發生問題時，再由董事會共同開會討論來決定解決方法。

注意義務違反之法律效力，依照德國股份法第 93 條第 2 項之規定，董事須就因此對公司所致之損害，負損害賠償義務。如注意義務之遵守與否存有爭議，

則由該董事負舉證責任⁸⁰。

第二款 忠實義務

德國忠實義務之內容包含了：忠誠對公司投入工作的義務、禁止利用職務為個人利益奪取原為公司交易機會之義務，與顧及公司利益之義務三種⁸¹，分述如下。

第一目 忠誠對公司投入工作的義務

忠實義務就是要董事毫無保留的為公司的利益付出其人力、才幹、專業知識及其經驗。倘使董事有義務特別額外的付出，則必須預先於委任契約中有明確的規定。

董事必須投入精力為公司來工作，這是法定的義務，但即便在公司的工作以外，也不許為與公司利益背道而馳的行為。

第二目 禁止利用職務為個人利益奪取原為公司交易機會之義務

董事不應因私利而支出公司費用，亦不允許因交易而索取佣金或收賄；同時，亦禁止董事利用職務為個人利益奪取原屬公司之交易機會，如有違反情事，應追究其賠償責任。

第三目 顧及公司利益之義務

董事必須在自己利益與公司利益有衝突時，以公司利益為優先考量。惟若取得監察人同意時，即使與其義務不盡相同或是有損公司利益的，該行為仍屬有效，但不排除賠償責任⁸²。整體而言，董事應負之義務，對公司是適當的控制，這對潛在的利益衝突都是有意義的。

若董事違反忠實義務，其法律效果依據股份法第 93 條第 2、3 項規定，須由違反義務之董事，對公司因此所受之損害，負損害賠償責任⁸³。

第三款 沉默義務

⁸⁰ 劉乃竹，論股份有限公司之內部監控，東海大學法律學研究所碩士論文，2001 年 6 月，頁 15-17。

⁸¹ 參考姚志明，同註 79，頁 272-274。

⁸² 德國股份法§93（4）：“...Dadurch, Daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen.”。

⁸³ 劉乃竹，同註 80，2001 年 6 月，37-40。

德國股份法第 93 條第 1 項後段⁸⁴明文規定，董事對於執行業務所知悉之公司內部報告或機密，尤其是企業操作或業務秘密，負有沉默義務(Schweigepflicht)。若董事因過失，亦即未盡善良管理人注意義務，而違反沉默義務致公司受有損害者，應依同條文第 2 項規定負賠償責任。而監事會亦得將此義務之違反視為重大事由將其解任。此外，故意洩漏機密尚得依同法第 404 條規定予以刑事處罰⁸⁵。

沉默義務規範目的在於董事通常為執行公司業務之人，往往能知悉公司之機密事項以利其決策，該機密事項有時往往牽涉一個公司之重要核心，故要求董事應遵守沉默義務，避免因機密外洩而損及公司。董事任職中，應遵守該沉默義務自不待言，但董事一但離職，因該董事仍握有該機密，若洩漏該商業機密，則亦有損及公司之可能。故德國股份法第 93 條第 1 項後段之沉默義務適用於任職中及離職後之董事⁸⁶，以防其弊。

第二節 本國規範

公司法第 23 條第 1 項規定：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。」又該法第 8 條第 1 項規定：「本法所稱公司負責人：在無限公司、兩合公司為執行業務或代表公司之股東；在有限公司、股份有限公司為董事。」公司法第 23 條第 1 項揭示了忠實義務及注意義務，由第 8 條可推知，董事為公司之負責人，故應遵守公司法第 23 條之規定。而美國法上對於公司負責人對於公司應盡之義務，則統稱為「受託義務(Fiduciary Duty)。按 fiduciary 一詞乃源於信託關係中受託人與委託人之間所存在之信賴關係，英美法將之引用至公司負責人與公司之關係上。英美德法所謂之受託義務又可分為注意義務(duty of care)以及忠實義務(duty of loyalty)。基本上，就董事是否稱職而發揮其業務執行官角色而言，英美法將之歸類於「注意義務」(duty of care)，與我國公司法中將董事與公司間之法律關係定性為委任，並依民法第 528 條以下之相關規定要求董事於執行業務之際，須盡「善良管理人」之注意義務，頗為類似。故有人認為 duty of care 可類比為我國善良管理人注意義務，而新修公司法所言之「忠實執行職務」，則是 duty of loyalty⁸⁷。以下分別就注意義務及忠實義務內容介紹之。

⁸⁴ 德國股份法§93 (1): "...Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren. "

⁸⁵ 洪秀芬，同註 77，頁 256。

⁸⁶ 參考洪秀芬，同註 77，頁 257。

⁸⁷ 王文宇，公司法論，元照出版，2006 年 8 月，頁 117。

第一項 注意義務

第一款 注意義務規定之目的

2001 年公司法修正以前，從第 23 條：「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。」及第 194 條第 4 項：「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。」規定觀之，公司與董事間成立委任契約，並且基於委任關係，對於公司業務之執行應負有注意義務。然該注意程度為何並不明確，為解決此爭議於 2001 年公司法第 23 條修正為公司負責人一律負善良管理人之注意義務。

第二款 注意義務之內容

我國公司法已明白揭示公司負責人與公司間之關係，屬於委任契約。而對公司負責人之善良管理人注意義務的要求，亦由委任契約而來。惟應注意者，民法將委任區分為有償及無償：於無償委任時，受任人僅須與處理自己事務為同一注意；若為有償委任，則應以善良管理人之注意為之（參照民法第 535 條）。若套用於公司負責人身上，則會因有償與無償之不同，使公司負責人有不同程度之注意義務；惟如此解釋顯不合理。民法委任關係原則上係針對委任人對受任人為特定事務處理之授權所為設計，受任人通常係依委任人之指示而行動。而就董事係公司法定、經常業務執行機關而言，股東不可能對公司各項事務鉅細靡遺地指示，而包括董事在內之公司負責人亦須主動審察各種商業狀況、公司情勢並為經營策略之調整，其所處地位與民法上之一般受任人自不相同。是故，公司法第 23 條第 1 項使另以明文規範公司負責人一律負善良管理人之注意義務，不因有償或無償而異。

按本法第 23 條第 1 項所言之「善良管理人」注意義務，一般認為，善良管理人之注意乃指社會一般誠實、勤勉而有相當經驗之人，所應具備之注意；此乃承襲民法學者之說法。若循上述解釋，善良管理人之注意義務於我國法下所表達者，係「程度」上之問題。若將注意義務與過失程度對應，可知我國法將注意義務分成三類，用以與抽象輕過失、具體輕過失及重大過失相對，而與善良管理人之注意義務相對者，即是抽象輕過失。但善良管理人義務之實質內涵，實未盡明確，尚欠缺細緻化之操作標準。

然英美法之 *duty of care*，雖與我國善良管理人注意義務雷同，但彼間仍有不同，舉例言之，在美國法上，董事就公司業務之執行，實際多交由其下之經理人負責處理，是以按權責相符原則，美國實務就董事之商業決定，在過失程度漸漸傾向達「重大過失」（*Gross Negligence*），此舉即將受託義務之認定輔以

主觀面之觀察；美國法之注意義務不僅從客觀事實上作定義上之審查，亦著重於主觀意圖上之判斷。析言之，英美法對於公司負責人應負之注意義務，並非僅如同我國善良管理人注意義務者為一種程度之描述，其乃將義務與個人之地位緊合，並且對於不同職位之人，有其不同之期許與規制；對於義務之內涵與適用皆詳盡探討之，而非單純論斷過失責任之有無，更非得以空泛之標準認定董事行為是否合於社會大眾之期許⁸⁸。相較之下，我國對善良管理人之注意能力，僅依客觀認定標準，較為僵化，於個案中較無法確切探求董事是否已盡其注意義務，因此，解釋上似乎可以更彈性些，而於判斷有無違反義務時，將董事個人主觀條件亦一並加以考慮進去⁸⁹。

第三款 實務案例－臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 2105 號民事判決

第一目 本案事實

原告 A 等 3 人係為被告中華郵政股份有限公司（以下簡稱中華郵政公司，且為一人公司）之勞工代表董事，主張被告中華郵政公司於董事會開會會議資料尚未就修正公司章程案與變更董事會組織案作具體說明，開會當日中華郵政公司臨時更改開會時間地點，且與開會通知中所載之時間地點相差甚遠，且被拒於場外，故原告主張該次董事會開會應為一新的董事會會議，系爭董事會未依公司法第 204 條規定通知開會，並且該開會通知單上並未載明召集事由，屬召集程序違法；另外該次董事會出席人數僅 7 人，未達其章程，甚至是公司法第 206 條之出席數，為決議方法違法。故原告起訴主張該次董事會召集程序及決議方法違法，先位聲明為撤銷董事會決議；備位聲明為確認董事會決議無效，並且原告主張因渠等為被告公司之董事，依公司法第 8 條第 1 項之規定屬公司之負責人，故對公司負有善良管理人之注意義務，而系爭董事會決議變更公司名稱是否合法有效，關係到高額之費用支出，即董事會決議如果無效，而原告同意該項費用支出，將使原告負損害賠償責任，反之如果決議有效，而原告認為其無效而不同意該項費用支出，亦有違善良管理人之注意義務；故系爭董事會決議有效與否，已使原告主觀上有不安之狀態存在，而此種不安之狀態，可依民事確認判決予以除去，即具有確認利益。

第二目 法院判決

本件法院駁回原告之訴，就先位聲明部份，認為形成之訴提起應限於法有明文之情形，原告主張類推公司法第 189 條撤銷股東會決議之訴係無理由；就備位聲明部份，基於下列理由認為原告並無確認利益，故認為確認董事會決議無效亦

⁸⁸ 王文宇，同前註，頁 117-118。

⁸⁹ 洪秀芬，同註 77，頁 244。

無理由。1.倘依原告主張，不論系爭董事會決議是否有效，均會對原告產生法律狀態不安之狀態。如系爭董事會決議有效，因原告之反對，即會產生「違反善良管理人之注意義務」之結果，果真如此，則任何董事會均不可能有董事為反對之表示，因為將有「善良管理人之注意義務」之違反，可知原告主張所謂其有即受確認判決法律上之利益，顯不存在。2.於該判決中認為英美法上的 duty of care 約當於我國法上之「善良管理人注意義務」。因此，公司負責人在無其他忠實義務或其他相關法令之違反，而已盡其應有之注意義務，公司負責人之判斷縱然有錯誤或結果未如預期，公司負責人之經營判斷行為仍屬「經營判斷原則」下合理行為，亦即相當於我國法上已盡善良管理人之注意義務，自無庸就其經營管理行為對公司負損害賠償之責。公司負責人在經營公司時，若已經盡善良管理人之注意義務，惟因經營判斷錯誤，事後公司雖然發生損失，則仍不可反推公司負責人未盡其善良管理人之注意義務。本件被告董事會決議修改章程變更公司名稱，符合「經營判斷法則」之五個原則【判決中列出 a.限於經營決定（a business decision）；b.不具個人利害關係且獨立判斷（disinterested and independence）；c.盡注意義務（due care）；d.善意（good faith）；e.未濫用裁量權（no abuse of discretion）。】，不論其有效或無效，董事會成員可推定已具善良管理人之注意義務，而無庸對公司負損害賠償責任，是以原告之法律地位亦無不明，其不得提起確認之訴，至為明顯。

第三目 本案分析

就第 1 點理由部分，若董事會決議有效，原告認為無效時，原告是否未盡善良管理人之注意義務判斷，一般認為，善良管理人之注意乃指社會一般誠實、勤勉而有相當經驗之人，所應具備之注意。本案原告被拒於場外，並無法參與討論，依「社會一般誠實、勤勉而有相當經驗之人，所應具備之注意」之標準，應認原告並無違反善良管理人之注意義務。

就第 2 點理由部分，董事有無盡善良管理人之注意義務判斷，引用英美法之商業判斷法則（判決中謂經營判斷法則）認為被告董事會決議修改章程變更公司名稱，符合「商業判斷法則」，不論其董事會決議有效或無效，董事會成員可推定已具善良管理人之注意義務。惟在美國所謂商業判斷原則係指針對董事之經營決定行為推定已具善良管理人注意義務，轉由原告負舉證責任，當原告無法舉證推翻時，始能認為董事已盡善良管理人之注意義務，並非董事之行為符合商業判斷原則，即認為已盡善良管理人之注意義務。再者，我國法就商業判斷原則未有明文規定，法院判決直接引用英美法之商業判斷法則作為判決基礎，尚有疑慮。

第二項 忠實義務

第一款 忠實義務規定之目的

在 2001 年公司法尚未增訂第 23 條第 1 項前，董事與公司間之法律關係為委任關係(公司法第 192 條第 4 項)，因此董事對公司所負之義務，依民法第 535 條負善良管理人之注意義務。然而公司法於 2001 年 11 月 14 日增訂第 23 條第 1 項為：「公司負責人應忠實執行職務，並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害，負損害賠償責任。」該忠實義務的規定，第一次出現在公司法。增訂本項之立法理由為：為明確規定公司負責人對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 1 項。但由增訂之立法理由中並無法得知忠實義務之真正內涵。有學者認為增訂本項規定之意應在於引進英美法上忠實義務的概念以強化我國目前董事義務之內涵⁹⁰。故可得知，公司法第 23 條第 1 項規定中之「公司負責人應忠實執行職務」即相當於英美法中之忠實義務。

第二款 忠實義務之內容

「忠實義務」係源於英美法受託義務下之忠實義務，其乃為解決公司負責人與公司(依情形或指股東)間所生之利益衝突而形成之法理。此義務要求公司負責人於利益衝突之情形中，須以公司利益為上，並以此為行為準則，提供其最廉潔之商業判斷。然本條僅有「忠實義務」之名，卻未規定忠實義務之內涵與適用情況。是故，學者多引用英美法之概念以填補立法上之空白。

由於忠實義務乃在解決公司負責人與公司利益衝突之問題，遂有學者將利益衝突之情狀區分為：與公司交易、利用公司資產、資訊與機會、與公司競爭。首先，與公司交易指負責人可能面臨自己代理與雙方代理之問題，本法就此雖另有規範(詳後述)，但卻未規定公司負責人應充分提供資訊以供判斷。再者，利用公司資產、資訊與機會，在於公司負責人可能利用職務之便，得知本應屬於公司之訊息或機會而圖利自己，此乃完全背於忠實義務本旨之作為，理應禁止之。而與公司競爭，則涉及公司負責人競業禁止之問題(詳後述)。總而言之，英美法於處理上開問題時，雖未全部予以明文規範，但經由判例之長期累積已形成共識，並逐漸具體化且類型化⁹¹。

第三款 實務案例－台灣高等法院 95 年度重上更(一)字第 19 號民事判決

第一目 本案事實

⁹⁰ 曾宛如，同註 42，頁 30。

⁹¹ 王文宇，同註 87，頁 118-119。

本案事實大要為：被告甲於 1999 年 6 月 10 日，擔任原告智達公關顧問股份有限公司之總經理，同時身兼董事一職，其於 2002 年 4 月 18 日與原告終止委任關係而離職，並於 2002 年 4 月 15 至 17 日間，未告知原告公司董事長，竟自行同意讓上訴人公司(即原告)之全體員工離職，並於 4 月 17 日當天發電子郵件至原告客戶處，表明其電子郵件已為變更，而於 4 月 18 日當天，帶走原告公司與美商超微(AMD)等數份客戶合約，同時雇用原告公司之全體九名員工，於離職後至被告另成立之采杰公司任職。被告於同年 4 月 22 日對媒體寄發聲明稿，聲稱智達公司之所有成員均已轉至采杰公司任職，且智達公司原有之客戶，亦改由采杰公司負責處理公關事務。

原告即向台北地方法院提起侵權行為與債務不履行之給付訴訟，並於二審法院追加被告違反公司法第 23 條第 1 項，並依公司法第 34 條及民法第 544 條、563 條第 1 項之規定，負擔損害賠償責任之相關訴訟。

第二目 法院判決

關於本件，台灣高等法院 95 年度重上更(一)字第 19 號判決：

「於 91 年 4 月 12 日、15 日、16 日及 17 日，被上訴人仍為上訴人之總經理，基於該職務而簽核上揭員工離職申請書，並無不法，縱被上訴人於得知上訴人之員工全部辭職之際，未轉知上訴人之董事長，亦未足認上訴人有煽動員工離職之行為。上訴人主張因被上訴人煽動員工離職並邀約其等至采杰公司任職，致上訴人之業務中斷，被上訴人有違反公司法第 23 條第 1 項所規定經理人忠實及善良管理人之義務及民法第 544 條規定處理委任事務有過失，並有民法第 227 條所規定不完全給付之情形云云，即屬無據。」

「是依一般交易習慣，上訴人之客戶並不會因被上訴人所為前揭電子郵件內容，即逕捨上訴人而與采杰公司交易，必係客戶自由選擇之結果。縱上揭上訴人之客戶嗣後未再委任上訴人，亦難認係被上訴人傳送前揭電子郵件所致，上訴人據此主張被上訴人惡意違反經理人之善良管理人注意義務及後契約義務，並掠奪伊原有客戶、侵害伊之營業權及營業秘密，構成侵權行為，亦無足採。」

第三目 本案分析

其實上述見解，顯然與本案更審前之最高法院 94 年度台上字第 2406 號見解未能符合。最高法院於本案謂：「被上訴人得知上訴人公司員工全部離職後未轉知上訴人公司董事長(不違反忠實義務?)，亦不足認其有煽動員工離職(全員工共同離職，非屬常態，可否據以其均為自由意志而未受經理人行為之鼓吹)之行為，尙值考慮。」

高等法院就本案僅從員工離職之自由意志與經理人之職務範圍出發，似乎忽略忠實義務之本旨。甲於行為當時明知全體員工分次之離職行為，將導公司業務執行之不能，被告甲竟未加慰留，反而全部予以核准；且全體員工分次提出離職申請，非屬常態，對公司影響甚鉅，董事兼經理人甲未對董事長提出報告及說明，甚至於必要時應適時建議公司改善工作環境，以留住人才，反倒進一步提供欲離職員工其將於日後設立新公司之資訊，更加助長員工離職之決意，實難謂其無任何煽動之情事。而其日後轉而雇用全體員工於甲設立之采杰公司，亦可推論該核准離職行為，乃與招攬新公司人事之動作密切相關，其係濫用准許員工離職之權限，為日後所設公司之人力資源進行規劃，明顯係欲圖謀甲自身利益所為，違反其對原公司之忠實義務。另外，甲告知客戶其電子郵件有所更動，而欲接收原公司之客戶，該寄發電子郵件之行為，並非單純提供客戶新的委託抉擇，而係為與原告公司進行競業行為，且甲若無擔任原告公司經理人及董事等職，自無知悉客戶聯絡方式之可能，其濫用所得資訊而為日後之競業行為進行準備，自與所負忠實義務之內涵相違背⁹²。

第三節 忠實義務之具體類型

忠實義務乃係一個抽象之概念，目的在於解決董事與公司間有利益衝突發生時，要求董事需將公司（更精確的說是指公司所有股東）利益置於自己利益之上，以謀求公司經濟發展之最大化。以下就忠實義務重要之具體類型作介紹，且基於美國就忠實義務已經過數十年的累積發展，故輔以美國法說明之。

第一項 自我交易

為避免董事為自己或他人與公司進行交易時，利用其職務之便為自己或他人之利益而犧牲公司利益，造成公司損害，故對於董事與公司間之交易行為應有所規範，以防其弊。

第一款 我國公司法規定

公司法第 223 條：「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表。」本項規定之立法目的是為避免董事與公司間之交易損及公司利益，如該交易行為對公司並無造成損害之虞，甚至有利於公司時，自然無禁止之必要。因此，公司法並未禁止董事自我交易行為，且不需如競業禁

⁹² 劉連煜，董事忠實義務與獨立性之司法審查，月旦法學雜誌，第 173 期，2009 年 10 月，頁 141-142。

止之規定，需得到股東會之同意，只要董事與公司為交易行為時，由監察人代表公司即可。就本條規定而言，任何董事為自己或他人與公司進行交易時，應由監察人為公司之代表，該董事有無代表權限，並非所問。董事長以外之一般董事，除充任董事長之職務代理人之外，雖無代表公司之權(公司法第 208 條)，但當其為自己或他人與公司有交涉時，亦不得由董事長代表公司，仍須由監察人代表公司。由此可知，本條之設，並不單純在禁止董事之雙方代表或代理(惟與公司交涉之對方若是公司之董事長，則屬雙方代表之禁止)⁹³。立法原意，亦在防範董事長礙於同事之情誼，致有犧牲公司利益之虞⁹⁴。

此處所謂「為他人」與公司為法律行為時，依一般學者通說，係指董事為他人之代表或代理人而與公司為法律行為之情形而言。因之，在有共通董事(或稱兼充董事)公司之交易，而該交易非由該共通董事代表時，即非本條規範之對象⁹⁵。

董事與公司間之交易，之所以由監察人代表公司，係因監察人係監督機關，立法者認為由其代表公司，較不易產生弊端。但若董事、董事長與監察人均與本公司有交易時，因法律無明文規定，以何人為公司代表人，為顧及公司利益，宜由股東會推選代表為之⁹⁶。按監察人與公司間之關係，屬有償委任(參照公司法第 216、227、196 條)，從而，當監察人代表公司與董事為交易時，應以善良管理人之注意義務為之(參照民法第 535 條)，若未盡此一義務，致公司受損害(因欠此一注意，致對價不相當)，即屬有抽象輕過失，應對公司負損害賠償責任。若監察人有數人時，原則上應共同代表公司與董事交易(參照民法第 168 條)⁹⁷。

本條所謂「由監察人為公司之代表」，究竟是指單純對外代表公司，內部的決策程序仍交由董事會為之(參照公司法第 202 條之規定)，或是指涉及該交易之事項完全由監察人代表公司，包括內部的決議及對外之交涉。若是前者，該自己交易仍是先經由董事會之同意(但須排除有利害關係董事參與表決)，再由監察人對外代表公司交易，監察人同時也可行使其監察權；若是後者，該自己交易需經由監察人同意才可行，也就是涉及該交易之事項由監察人取代董事會以及董事長之地位。學說傾向於後者，其理由之一為，既然該條之立法意旨並不單純是禁止雙方代表，還考慮到董事之間因有同事情誼，恐會犧牲公司利益之問題，若仍交由董事會同意，即無法貫徹該條立法意旨；其二為，既然學說及實務皆認為，違反本條規定之董事長為無權代表，應類推用依無權代理之規定，該行為效力未定，必須經由監察人代表公司為承認，才會生效，那麼事前之同意也應交由監察人為之。

⁹³ 柯芳枝，公司法論(下)，三民出版，2009年2月，頁291-292。

⁹⁴ 王文宇，論董事與公司間交易之規範，政大法學評論，第62期，1999年12月，頁419。

⁹⁵ 柯芳枝，同註93，頁292。

⁹⁶ 經濟部1991年8月28日商220732號。

⁹⁷ 王文宇，同註94，頁419。

董事長若代表公司與自己交涉時，則屬自己代表。此際，董事長難免會因私利而損害公司之利益，故更有保護公司利益之必要。然此一代表行為之效力為何？按法律禁止自己代理行為，僅係法律為保護本人之利益，對代理權之範圍予以限制，並無強制性質，故董事長之此一代表行為，亦僅係逾越權限之代表行為而已，並非無效。換言之，此一代表行為亦係效力未定之行為，得由監察人代表公司承諾，而對公司生效⁹⁸。

第二款 美國法規定

美國法上將董事與公司間的交易稱為「自我交易」(self-dealing)，對於其評價可分為三階段，在 1880 年代認為，自我交易不管對公司是否公平，都可應股東或公司之請求而撤銷。在 1910 年代，一般之法則是認為如果經過大多數無利害關係之董事同意，法院沒有發現任何不公平或詐欺情事時，該契約即有效。但如果大多數之董事都有利害關係，只要公司或股東有所請求，該契約即為可撤銷，不必考慮是否公平。1960 年代，法則變的更為寬鬆：不管是否有大多數無利害關係之董事通過，該交易都不會因為股東提起訴訟而自動被撤銷，但如果法院發現該交易對於公司不公平，還是可以撤銷之。判斷該交易對公司是否公平，不但要比較交易條件與市場上的價格，其是否有必要締結也是重要問題⁹⁹。以下就美國相關之法律規定加以說明：

第一目 德拉瓦州公司法

德拉瓦州公司法第 144 條 a 項：沒有一個契約或交易會無效或被撤銷，只因為存在於公司與其一個或一個以上之董事或高級職員之間，或該董事或高級職員代表或參與授權該契約或交易之會議，或因他們的表決權在這樣的會議中被算入，但須有下列情事之一：

(1) 董事或高級職員之關係或利益，及該契約或交易之實質內容充分地告知董事會或委員會或已為其所知悉，且董事會或委員會由多數無利害關係之董事忠實地 (in good faith) 授權該契約或交易，即使無利害關係之董事未達出席法定人數。

(2) 董事或高級職員之關係或利益，及該契約或交易之實質內容充分地告知有資格投票之股東或已為其所知悉，且股東忠實地同意該契約或交易。

(3) 該契約或交易在其被董事會、委員會或股東授權、同意或認可時對於公司是公平的¹⁰⁰。

⁹⁸ 王文宇，同註 94，頁 420。

⁹⁹ 參閱王文宇，同註 94，頁 422。

¹⁰⁰ 王文宇，同註 94，頁 422，註 31。

第二目 模範商業公司法

MBCA 第 8.60 條規定，所謂與公司為利益衝突交易之行為乃指無論該交易之決定是否經由董事會之決議，當該董事於承諾時，明知自己或親屬為該交易之當事人、或可享受該交易之經濟上利益、或與該交易具密切關係，並且該董事基於自身之判斷認為，如要求董事會就該交易為表決將對於自身或其親屬產生經濟上之重大利益時之行為。董事與公司為利益衝突交易行為時，由於該交易行為並無法滿足經營判斷原則中董事對於決議事項應「無利害關係」之適用要件。因此董事對於公司所受之損害不得依經營判斷原則免責。並於§8.61(b)、§8.62 及§8.63 可得知如果董事與公司為利益衝突交易時，若有下列情形之一，則對於該交易不得撤銷，禁止或請求損害賠償。(1) 該交易是經由董事為充分揭露資訊後，取得董事會中無利害關係董事或委員會中委員多數決之同意；(2) 該交易是經由董事為充分揭露資訊後，取得股東會中具表決權股東多數之同意(3) 根據該交易承諾時之狀況判斷，能證明該交易對公司是公正的交易。

第三目 美國法律協會之公司治理原則

由公司治理原則第 5.02 條規定，如董事藉由與公司之交易獲得其個人之利益時，須符合以下要件之一，否則將視為違反其忠實義務。1.董事應將交易內容、個人所獲得之利益，公開向公司具有決定權之董事會或股東會說明，並取得其同意。2.該交易於契約成立當時，對公司而言，必須是一項公平之交易。原告需舉證被告之交易行為並不具備上述任一要件，如原告舉證明確，則舉證責任轉換至被告，由被告舉證該交易對公司而言是公平的交易。換言之，董事與公司間之交易，事前或事後經無利害關係董事之同意或追認，確認該交易對公司為公平合理之交易，則該交易將受到保護。惟如具利害關係董事未將交易相關重要事實充分揭露，無論該交易對公司而言是否為公平合理之交易，法院均得撤銷之¹⁰¹。

第三款 我國自我交易規定之檢討

由美國法相關規定，可知我國關於自我交易規定有若干不足之處，分列如下。

第一目 自我交易之範圍僅限於直接交易行為

我國公司法第 223 條規定：「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表。」，依本條規定之解釋，自我交易範圍限於「雙方當事人為董事本人與公司間之交易」以及「董事代表他人與公司交易」

¹⁰¹ 陳梅萍，同註 35，頁 62。

兩種情況，且僅限於直接交易行為。但事實上，除上述兩種之直接交易情形外，董事可能非交易之當事人，但對於該項交易之一方當事人具有影響力，換言之，該董事可利用人頭或關係企業等間接方式與公司進行交易，使該名董事獲得實質上之利益；或者董事與公司交易對象有直接或間接之利害關係時，董事也可能從中獲利，或者就該交易決定有影響。就上述情形，該董事皆對該交易具有影響力，而產生利益衝突，我國法對此種情形並未規範。故可參考美國法之規定，對於利用他人名義與公司交易，及與董事具直接或間接關係而與公司為交易等間接交易行為皆應同時列入董事自我交易行為規範範圍內。擴大董事自我交易行為關係人之範圍，始能防止該漏洞。

第二目 自我交易之情形僅規定由監察人為公司代表

我國公司法並未就董事自我交易情形應交由誰同意，美國法係將其交由董事會同意，但在我國實際運作之情形，礙於董事間通常有同事情誼，恐有損害公司利益之可能，除非獨立董事能夠在董事會中完全發揮其獨立行使職權功能，否則仍有考量之處，因此應明文規定應交由監察人同意。若該公司為一公開發行公司；在未設有監察人而設有審計委員會時，應交由審計委員會同意並由審計委員會之獨立董事成員為公司代表。

第三目 關於自我交易事前相關資訊揭露並未規定

董事自我交易時，僅有該名董事對該交易相關事項有所了解，監督機關若要憑己力得知相關重要資訊，恐有一定困難，故可參照美國法，應讓該董事，應事先將交易行為相關重要資充分揭露，以利該監督機關之查核並且做出對公司最有利決定。

第二項 利用公司之機會

董事為公司經營決策及業務執行之實際參與者，因基於地位及職務優勢，而有經常接觸到各種商業機會的可能，董事本應秉持忠實義務，將所獲知之商業機會提供給公司，除非公司已確實瞭解該項商業會，並決定不予使用，董事才有可能使用這項機會，否則在則在未將商業機會誠實告知公司前，董事不得為謀求個人或他人利益而將機會隱匿或自行使用，否則即違反了董事對公司之忠實義務。相對於我國現行公司法，董事利用公司之機會並無明文規定，故以下就美國法相關內容簡略予以介紹之。

第一款 公司機會之司法審查

當一個商業機會呈現在董事面前時，董事得否利用之關鍵在於該何種商業機會是屬「公司機會」，法院發展出種種的審查標準，主要有下列三種：

一、現存利益或預期利益審查標準（interest or expectancy test）

現存利益或期待利益分析是最早的審查標準¹⁰²。係指公司對於既存的權利或關係中，對於有一個得到法律上或公平的利益或預期利益的認知（sense），有立足點（beachhead）時，該商業機會就屬公司機會。而因此公司經營者在取走機會前，就必須尋求公司之同意¹⁰³。

在1940年Litwin v. Allen一案中，法院對於公司是否具有現存利益或預期利益的判定認為在董事對公司的委任關係中，公司權利或公司預期利益可能存在各種情況，例如董事曾代表公司進行業務洽商、或者公司曾欠缺被委任董事所具有的、從事特定商業機會所需的知識，亦或此商機由公司掌握並利用公司之財力及設施發展。值得注意的是，在此種加諸受託人責任的案例中，法院會參考對公司有特殊意義或價值的項目，例如不動產、具商業價值的獨有配方或專利、競爭企業，或公司業務拓展之要項等等，將對受益人有獨特價值的項目作為討論的命題及判斷的依據¹⁰⁴。

二、營業範圍審查標準（line-of-business test）

營業範圍標準是由德拉瓦州最高法院於1939年Guth v. Loft, Inc.一案中所建立的。該判決認為，營業範圍並無法精確的被定義，或者是採既定公式來計算。應針對不同的事實情況及案例，合理且明智的變其意義。當公司投入特定業務時若獲知某商機，且此公司具有追求此機會所需之知識、實際經驗、能力及財力，且此機會符合該公司對於發展之合理的需求與期望，則此機會可被視為在公司的營業範圍內¹⁰⁵。

但是除了德拉瓦州法院的解釋外，其他法院對於營業範圍的認定基準多少有一點差異。有些法院把該經理人所進行的新營業事項與公司現存運作或未來打算要做的營業項目拿來比較，如果該被利用的機會與公司現存或預期要做的營業事項有功能性或密切相關的話，即被認定屬於公司機會¹⁰⁶。

而事實上，對於法院而言，要明確認定該機會是否屬於公司之營業範圍部分，

¹⁰² Jeffrey D. Bauman, *supra* note 2, at 793.

¹⁰³ Lewis D. Solomon & Alan R. Palmiter, *corporations-examples and explanations*. At 267 (1999)

¹⁰⁴ Litwin v. Allen, 25 N.Y.S.2d 667, 686 (Sup. Ct. 1940)

¹⁰⁵ Guth v. Loft, Inc., 5A.2d 503 (Del 1939)

¹⁰⁶ Goodman v. Perpetual Bldg. Assn., 320 F. Supp. 20 (D.D.C.1970)

其實是非常困難的¹⁰⁷。因為「營業範圍」本身就是一個極度抽象的概念。例如一家極少從事土地買賣而以改良土地為主業的公司，其董事或經理人因其職務得知消息有一筆土地因為政府政策可能增值而去購買，則此機會是否屬於於公司之營業範圍內？而若是該公司專以改良土地為業，而未曾做過土地買賣時，則是否又有不同？因為此種認定必須根據許多不同的因素，例如對於土地的需求、其財務及實際能力、揭露之程度、機會來源的資訊、受任人是否使用公司資源於開發該機會、章程或細則是否有明確規定營業範圍等¹⁰⁸。所以如果欠缺相當的事實基礎，法院通常不會依據營業範圍標準認定屬於公司機會。

三、公平性審查標準 (the fairness test)

一些法院有單採公平性審查標準，或將之結合其他標準共同適用¹⁰⁹。在 1948 年 *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.* 一案中，法院認為，董事是否為個人利益而利用公司機會之判定標準並非以該財產是否屬於公司現有之利益，或對該財產具有期待性。而應以董事取得該機會時相關事實之公正性加以判斷，並且在判斷各項事實的公平性及公正性時，必須適用倫理標準¹¹⁰。然而，因為公平性標準無一定模式，採取此標準將產生不確定及不可預期的結果。因此，這個標準無法提供一個可靠的指引去判定高級主管或董事是否應將特定機會提供公司之責任¹¹¹。

也因為這樣的不確定性，一些法院試圖結合營業範圍審查標準與公平性審查標準。在 1974 年 *Miller v. Miller*¹¹² 一案中，其結合營業範圍標準與公平性標準，並採取二階段程序，以判斷受任人利用公司機會所應負之賠償責任。第一階段是「認定機會是否屬於公司」，所採用的是「營業範圍審查標準」，由原告負擔舉證責任，而其考量因素有：(1) 該機會是否與公司現存契約權利中有利益或預期利益；(2) 該機會公司的企業目標及當前活動的關係；(3) 採用該機會所生之結果是否能夠適應公司營運項目且使公司更易擴張；(4) 該機會的競爭本質；(5) 公司是否有財務能力能夠接受該機會；(6) 該機會所生的活動，公司是否有基本知識、實務經驗、設備、裝備、員工及能力追求。考量所有因素及狀況後，若認定非屬公司機會，則受任人無庸負責任。

而若認定屬於公司機會後，受任人也尚未被課以個人責任，而是進入第二階段之審查。第二階段則是針對「衡平因素」(equitable considerations) 詳細審查，包括受任人與該公司經營階層及控制力的關係；該機會是否是因為該受任人之職

¹⁰⁷ James D. Cox & Thomas Lee Hazen, *corporations*, at 240 (2003)

¹⁰⁸ *Id.*, at 240.

¹⁰⁹ Jeffrey D. Bauman, Alan R. Palmiter and Frank Partnoy, *supra* note 2, at 795.

¹¹⁰ *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.*, 323 Mass. 187, 80 N.E.2d 522 (1948)

¹¹¹ Jeffrey D. Bauman, Alan R. Palmiter and Frank Partnoy, *supra* note 2, at 795.

¹¹² *Miller v. Miller*, 222 N.W.2d 71, 81 (Minn. 1974)

務所得；是否事先對董事會或股東揭露；受任人是否使用公司資源；及對於公司是否產生傷害等。且舉證責任轉由受任人證明其已盡善意及忠實義務¹¹³。

四、小結

雖然大致上有三種標準用來認定機會是否屬於公司，實際上這些標準已經被法院交互使用，而且所考量的因素也是綜合所有事實情況而做認定¹¹⁴。但是唯一不變的是，主張受任人利用公司機會的原告，必須負有舉證責任，證明該機會是屬於公司的¹¹⁵。一般公司實務上，董事如果不確定該機會是否屬於公司機會時，除了最好考慮上述的因素外，另外再經過充分知悉資訊的董事會或股東會之同意，以增強自己利用機會的合法性。

第二款 違反時之法律效果

例如，在 *Guth v. Loft, Inc* 一案中，若法院經由事實調查後認定該商業機會確實應歸屬於公司所有，則董事未經正當程序而利用時，即使原告未能證明公司因失去此一機會而受有損害，因為董事違反忠實義務而為自己謀取利益，則該利益將被視為是為公司所存在的一個信託，董事不僅須返還其所獲取之利益，同時必須對公司負損害賠償責任¹¹⁶。

第三項 競業禁止

我國依公司法第 209 條第 1 項規定，董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行爲，應對股東會說明其行爲之重要內容，並取得許可。如有違反，股東會得以決議，將該行爲之所得視為公司之所得。董事競業禁止義務，係起於董事會之成員參與公司業務執行之決定，常得獲悉公司營業上之機密，若允許董事在公司外與公司自由競業，則可能發生利益衝突而做出損及公司利益之行爲，故對董事競業情形應加以限制。有關此董事競業之問題，容後詳細探討。

第四節 我國受託義務規定缺失之檢討

¹¹³ Edward Brodsky, M. Patricia Adamski, *Law of corporate officers and directors :rights, duties, and liability*, at 4-13-4-14. (2007)

¹¹⁴ James D. Cox & Thomas Lee Hazen, *supra note 107*, at 238.

¹¹⁵ *Katz Corp. v. T. H. Canty & Co., Inc.*, 168 Conn. 201, 362 A.2d 975, 979 (1975).

¹¹⁶ *Guth v. Loft, Inc.*, 5A.2d 503 (1939)

我國雖引進了忠實義務，將之與注意義務並列，但卻未清楚交待其內涵及適用情形，勢必得借助英美法之概念加以闡釋。甚者，於未來修法，應仿效其立法並將之具體類型化，以利實務操作¹¹⁷。

既然第 23 條第 1 項規定公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任；則表示損害賠償之前提為「致公司受有損害」。自損害賠償之觀點，自屬當然。但是，董事違反忠實義務對公司之所以要負責任，未必為損害賠償責任；尤其是利益衝突的案件，責任性質反而以交付其所受之利益為主，為利益之吐還（disgorge）。

因此，新修正條文十分令人困惑。如果引入「忠實義務」是要借用英美法之概念強化董事義務之內涵，則條文設計上不應侷限於「損害」之情形，而應同時包括「受益返還」之義務，否則即失去修法的意義¹¹⁸。

董事義務之內涵關係到公司治理之發展。我國公司法歷來雖多次修正，但引進董事忠實義務則為首見，這表示了公司治理是我國法未來強化之方向。過去數十年來掏空公司資產、董事利益衝突之案件時有耳聞¹¹⁹，造成社會相當之衝擊，然而此類事件不僅反覆發生，而且相關人士似乎均未即時受到處罰。

雖說公司法上設有監察人，但其功能不彰，早已是眾所周知之事實，甚且有不知從何修法之慨；唯今之計在於補強事後追究執行；若義務能規範的既廣且明確，至少董事負責之型態將多樣化，負責之原因也複雜化，從反面而言，或許可能阻礙董事創新冒險之動機，但從正面說理，顯然可以引導董事更加注重公司利益，維護股東、債權人、甚至員工與投資大眾之利益。

配合上述討論，建議公司法第 23 條第 1 項應進一步朝下列方向修正：類型化受託義務並整合目前公司法其他有關具有忠實義務實質的條文。例如

壹、一般宣示條款：

董事應善意的為公司最大利益執行業務。

董事應遵守法律、章程及股東會之決議，並應適當行使職權。

董事應於充分取得並了解與決議有關之資訊的情形下，基於自由裁量做出個人判斷。所謂充分資訊係指在進行決議當時之情形下，合理可以取得之資訊。

¹¹⁷ 王文宇，同註 87，頁 119。

¹¹⁸ 曾宛如，同註 42，頁 31-32。

¹¹⁹ 如台中商銀一案。

貳、處理自我交易(self-dealing)可以規定為：

董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，應充分揭露自己之利害關係，並經股東會之允許；但章程規定由董事會決議者，不在此限。

利害相關之董事不得參與前項表決。

所稱自己之利害關係包括其配偶、未成年子女、或其他自己為受益人之信託關係中所涉之利害關係。

未為第一項之揭露者，公司得撤銷該法律行為(或規定為無效)。

參、處理利用公司機會或資訊可以規定為：

董事不得利用公司機會或為自己或他人為屬於公司營業範圍之行為。

董事亦不得利用基於職位所得知之公司資訊。

違反前二項規定者，股東會得決議將其所得視為公司所得，並請求董事交付之。若致公司受有損害，並應賠償。

董事得經股東會以代表已發行股份三分之二以上股東出席，出席股東表決權過半數之同意，事前取得利用第一項及第二項所稱之機會、資訊或與公司競業。

於前項股東會前，董事應於開會通知書中說明請求同意事項之主要內容。未為說明或就足以影響股東會決議之事項因故意或過失而為不完全或錯誤之揭露者，公司得撤銷同意(或逕規定為同意無效)。

第一項及第二項之規定於為利用公司機會或資訊而離職之董事，準用之¹²⁰。

¹²⁰曾宛如，同註 42，頁 32-34。

第三章 董事競業行為之實例介紹

依公司法規定董事對公司負有忠實執行職務之義務，董事執行職務須為公司追求最大利益，當公司與自己有利益衝突時，基於忠實義務董事應優先考量公司利益。故當董事與公司間處於競爭關係時，除非公司認為董事為競業行為為容許範圍之下，否則董事就應以公司之利益為優先。在我實務判決針對董事競業禁止規範之涉訟案件數量並不多，本章試從各種董事競業行為實務案例類型分別加以介紹與分析，以突顯出董事競業禁止規範內容之重要性。

第一節 未經股東會個別許可之類型

第一項 臺灣臺北地方法院 96 年訴字第 4947 號民事判決

第一款 案例事實

東森國際股份有限公司（被告）2007 年 5 月底股東常會議程討論「解除董事競業禁止之限制案」，惟其僅概括說明：依公司法第 209 條規定，解除該公司全體董事及法人董事指派代表人在該公司轉投資之公司或該等董事及法人董事指派代表人經營之公司競業禁止之限制。並未具體向股東會說明究係何董事擬解除競業禁止？亦未說明擬解除競業禁止董事所從事行為之重要內容。準此，該公司董事並未「事前」、「個別」向股東會說明行為之重要內容，而與公司法第 209 條第 1 項之規定及經濟部相關函釋有違，是以系爭決議係違反法令而無效或得撤銷。財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心（原告）於 2007 年 5 月 24 日發函該公司，要求該公司競業之董事應先將其行為之重要內容，個別於股東會中說明，以供股東判斷許可與否之依據。然該公司仍回覆表達其作法並不違背公司法第 209 條規定之本意。且於 2007 年 5 月 30 日財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心派員參加該公司股東會，並於開會當場提出異議，2007 年 6 月 26 日並對該公司提起確認股東會決議無效或撤銷股東會決議之訴，同時於當日發布新聞稿¹²¹。

第二款 法院判決

被告於該次股東會係欲全面、概括性准許擔任被告新、舊任董事者得兼任同類業務轉投資公司之董事，並解除彼等之競業禁止義務。然被告於為該議案之表決前，既未對欲取得許可之競業行為重要內容為充分之說明，且股東會所為之許可，亦非針對特定董事為之，顯然違反公司法第 209 條，認為該決議應屬無效。

¹²¹ 參閱財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心網站：<http://www.sfipc.org.tw/main.asp>

又公司法第 209 條第 1 項既已明定「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行爲，應對股東會說明其行爲之重要內容並取得其許可」之規定，與全體股東是否於決議前，自行自「公開資訊觀測站」查詢資料，並無關連，且被告亦未舉證該「公開資訊觀測站」內有「董事競業行爲之重要內容」等資料，故被告辯稱已給予股東會充分機會判斷競業之內容，並不可採。並且認為不能以股東會仍得對爲競業行爲之董事行使歸入權，即認股東會決議違反上開規定者，應解爲有效，基於上訴理由，法院判決原告勝訴，認爲被告該次董事競業許可之一案係屬無效。

第二項 臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 4616 號民事判決

第一款 案例事實

友聯產物保險股份有限公司（被告）2007 年 5 月 14 日第 1 次股東臨時會議程討論「解除董事競業禁止案」，然其僅概括說明：「爲因應事實需要，凡本公司董事為自己或他人為屬於本公司營業範圍內之行爲，擬請均予同意許可，以符合公司法第 209 條規定。」然而友○產險公司並未具體向股東會說明究係何董事擬解除競業禁止？亦未說明擬解除競業禁止董事所從事行爲之重要內容。準此，該公司董事並未「事前」、「個別」向股東會說明行爲之重要內容，而與公司法第 209 條第 1 項之規定及經濟部相關函釋有違，是以系爭決議係違反法令而無效或得撤銷。財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心（原告）於 2007 年 5 月 7 日發函該公司，要求該公司競業之董事應先將其行爲之重要內容，個別於股東會中說明，以供股東判斷許可與否之依據。被告於股東臨時會中說明，該公司本屆改選後之董事包括法人及其代表人，若因業務需要同時擔任與該公司營業範圍所列同類業務公司之董事時，除董事兼任專業經理人者外，擬於不違反公司利益之範圍內，提請股東會許可並解除其餘董事競業禁止之限制。對此，原告於 2007 年 5 月 14 日股東會開會時已當場提出異議，並於 2007 年 6 月 11 日對該公司提起確認股東會決議無效或撤銷股東會決議之訴，並發布新聞稿¹²²。

第二款 法院判決

被告該次股東會之董事競業並非針對特定欲爲競業行爲之董事而設，而係欲全面、概括性准許擔任被告董事者得兼任同類業務公司之董事，並解除彼等之競業禁止義務。此提案雖於該次股東臨時會中經表決通過，有議事錄足憑，然被告於爲該議案之表決前，既未對欲取得許可之競業行爲重要內容爲充分之說明，且股東會所爲之許可，亦非針對具體個案個別爲之，揆諸前開說明，此項決議顯然與公司法第 209 條、證券交易法第 26 條之 1 之規定相違，依公司法第 191 條之規定，此決議應屬無效。

¹²²參閱財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心網站：<http://www.sfipc.org.tw/main.asp>

並就該股東會之議事錄，系爭決議說明欄第二點係記載：「本公司本屆改選後之董事包括法人及代表人若因業務需要同時擔任與本公司營業範圍所列同類業務公司之董事時，除董事兼任專業經理人者外，擬於不違反公司利益之範圍內，提請股東會許可並解除其餘董事競業禁止之限制」，以該等文字觀之，難認此決議適用範圍僅及於此次股東會選舉出之董事，而不及於日後改選之董事；況該次股東會之進行順序，討論事項乃先於選舉事項，此觀該次會議之議事錄即明，亦即在系爭競業禁止解除議案進行討論、表決時，尚未進行董事之改選，在新任董事尚未選出前即預先准許當選者可兼任同業務公司董事，並解除彼等之競業禁止義務，尤證此項決議並非針對具體個案而為，被告徒以前開情詞否認此項決議違反公司法第 209 條、證券交易法第 26 條之 1 之實，要不足採。

法院判決指出，如董事未對股東會為充分之說明，或其說明之內容虛偽不實，因而取得股東會之許可，此許可即非適法，應歸無效之要求。又股東會所為解除董事競業禁止義務之許可，應就具體行為個別為之，概括之許可應不予准許，若非如此，則前開條文所設「對股東會說明其行為之重要內容」將無由達成。

第三項 臺灣臺北地方法院 97 年度訴字第 6514 號民事判決

第一款 案例事實

捷泰精密工業股份有限公司於 2001 年 5 月 25 日該公司股東常會決議解除該公司董事依公司法第 209 條為自己或他人為屬於公司營業範圍行為競業禁止之限制，若該董事連選連任公司董事職務時，併解除其競業禁止之限制。

第二款 法院判決

經查：2001 年 5 月 25 日被告公司股東常會決議解除該公司董事依公司法第 209 條為自己或他人為屬於公司營業範圍行為競業禁止之限制，若該董事連選連任公司董事職務時，併解除其競業禁止之限制，法院判決理由中提及「…被告(公司)就原告(董事)連任董事期間不受公司法第 209 條競業禁止限制一節，當知之甚稔。」

第四項 本類型分析

為使股東會對是否解除董事之競業禁止義務，能進行實質審議，公司法第 209 條第 1 項設有「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可」之規定，證券交易法第 26 條之 1 更規定公開發行公司解除董事競業禁止義務之議案，應於召集事由中列舉並說明

其主要內容，不得以臨時動議提出，凡此規定，用意均在確保董事競業資訊之充分揭露，使股東得以明智決定是否免除特定董事競業禁止之義務，故對於公司法第 209 條第 1 項之規定，解釋上應認為屬於強制規定，較為妥適，否則，該條文所設之立法目的無由達成，該條文亦將成為具文。是公司在進行股東許可決議前，至少應提供全體股東有關董事競業行為之重要內容，以便股東在表決前有相當之判斷資料。倘股東會議案僅為概括性地解除董事競業禁止之義務，對於董事競業行為之內容卻毫無所悉，則全體股東無法評估判斷是否解除董事競業禁止之義務及其風險，與公司法第 209 條第 1 項之立法目的顯然有違，違反該規定者，依公司法第 191 條「股東會決議之內容，違反法令或章程者無效。」之規定，係屬於違反強制規定，應認為股東會決議無效。

就上述三個判決，前二個判決法院皆認為當董事欲為競業行為時，應事先說明其競業行為之重要內容，且許可之方式應為具體個別之方式取得股東會許可，俾使在股東會中股東得以個別判斷何董事就其具體競業行為在其容許範圍內可為之或不得為之，較能符合股東之認知並且使「對股東會說明其行為之重要內容」之目的較能達成。

就第三個判決，從該判決理由文中，法院似肯認董事競業行為得在董事未選出時，即可事先並概括予以許可，且董事當選後連任公司董事職務時，可一併解除之。在這種未就個別許可情形可能產生一個問題，即日後當股東認為該董事不適用於為競業行為時，僅能容任董事為競業行為，當股東會欲行使歸入權時，董事可主張其競業行為已取得股東會決議同意，產生無補救之方法，有不妥之處。

第二節 未以股東會特別決議許可之類型－臺灣板橋地方法院 95 年度訴字第 1388 號民事判決

第一項 案例事實

原告起訴主張，被告（侑瑋衛星通訊股份有限公司）於 95 年 5 月 15 日在臺北縣中和市○○街 100 號 8 樓召開股東常會，討論事項包括(一)解除董事競業限制案；(二)公司章程修訂案；(三)減資彌補虧損案；(四)現金增資案。上揭討論事項(一)對公司權益有重大影響，依公司法第 209 條第 2 項規定，應以特別決議為之；至其餘事項，依同法第 174 條規定，僅須以普通決議為之即可。（對於公司章程修訂及減資彌補虧損應以特別決議通過，但在本案例中原告主張僅需以普通決議為之）又被告當日所召集之股東常會，依議事錄記載，被告發行股份總數為 26,000,000 股，當天出席股東常會之股東連同委託代理人所代表之股份計

19,549,867 股，佔已發行股總數 75.19 %。惟原告均為被告之股東，合計持有股份數達總發行股份之 6.45%，而召開股東常會當天原告均未出席，亦未出具委託書委託代理人出席，且經探詢多名大股東亦均表示未出席，亦無委託他人代理出席，殊難想像當日股東之出席數已達佔已發行股總數之 75.19 %，是當日之出席數顯與事實有所不符，即該出席股東簽名簿實有偽簽之嫌。故該次股東常會之出席人數是否已達可作成普通決議之數額既已有疑義，更遑論可作成討論事項(一)之特別決議，是該次股東常會所為之決議，應屬未達法定最低出席數（即應有代表已發行股份總數過半數之股東出席）所為之決議，顯有違公司法第 174 條之規定，係屬決議方法之違法。為此，原告爰本於被告股東身分，依公司法第 189 條之規定提起本件訴訟等語，並聲明求為判決：被告於 95 年 5 月 15 日所為之股東常會決議應予撤銷。

第二項 法院判決

本件原告乃係以依經驗法則及向多名大股東探詢結果，均未出席亦無委託他人代理出席，故殊難想像當日股東常會之股東出席數已達發行股份總數之 75.19 %，是其出席數顯與事實有所不符，該股東簽名簿實有偽簽之嫌疑云云為據，而主張被告 95 年 5 月 15 日所召開之股東常會，其決議方法有違公司法第 174 條之規定。然原告就其上揭主張迄至本院言詞辯論終結時，均未舉出任何確切證據資料以實其說，是其主張本已難予採信；更何況本件依據被告所提出且原告並未爭執其真正之該次股東常會出席資料，包括親自出席、委託出席明細及簽到卡等，亦足徵被告於 95 年 5 月 15 日所召開之股東常會，當日到場出席股東所代表之發行股份數確實已達發行股份總數之 75.19 %無誤，併參酌該次股東常會議事錄之記載，就其討論事項決議過程之表決權數，亦皆符合公司法第 209 條第 2 項、第 174 條規定之要件，是其所為決議因認並無任何違法之處，益徵原告上揭主張為不實，揆之前揭判例意旨，自應駁回原告之請求。

從而，原告本於公司法第 189 條規定，訴請撤銷被告於 95 年 5 月 15 日所為之股東常會決議，即屬於法無據，為無理由，應予駁回。

第三項 本類型分析

此判決原告雖以敗訴收場，就法院判決立場觀之，董事競業行為之許可，應經股東會之特別決議方式通過，原告主張該未以特別決議方式通過時，應屬公司法第 189 條之決議方法違法訴請法院撤銷決議，法院認為該股份數並未計算錯誤而認為原告本於公司法第 189 條規定，訴請撤銷被告於 95 年 5 月 15 日所為之股東常會決議，即屬於法無據，為無理由，應予駁回，可看出是否未經股東會特

別決議通過之董事競業許可屬決議方法違法，得依公司法第 189 條訴請撤銷股東會決議之訴。

第三節 未說明其主要內容之類型－臺灣臺南地方法院 91 年度訴字

第 1192 號民事判決

前述之臺灣臺北地方法院 96 年訴字第 4947 號民事判決、臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 4616 號民事判決中，除解除董事競業禁止並未經個別許可外，該案例事實被告亦未於股東會決議之前說明競業行為主要內容，先予以敘明。關於此類型尚有臺灣臺南地方法院 91 年度訴字第 1192 號民事判決一案，本節即就此案例事實及法院判決加以介紹，並就上述判決綜合分析。

第一項 案例事實

原告起訴主張渠係被告公司（怡華實業股份有限公司）之股東（股東戶號為六九一二六號），並曾於 91 年 4 月 25 日出席參加被告公司之 91 年度股東常會，認為會議程序中主席主持議事不公，原告分別加以提出質疑及反對，原告因見該次股東會中前數個議案均未經合法討論決議，所以於進行第四個議案時，即憤然離席，惟該次股東會第四案至第六案之選舉事項及解除董監事競業禁止議決案，亦無任何一案是經合法討論而通過，爰依公司法第 189 條規定，自決議日起一個月內，訴請法院撤銷其決議。

第二項 法院判決

按股份有限公司之股東，依公司法第 189 條規定訴請撤銷股東會之決議，仍應受民法第 56 條第 1 項但書之限制，如已出席股東會而其對於股東會之召集程序或決議方法未當場表示異議者，不得為之，亦據最高法院 75 年台上字第 594 號判例著有明文。原告既於議決第四案至第六案之選舉事項及解除董監事競業禁止議案時，業已離開會場，並未參與討論，當然不可能對該第四案至第六案之議決有何召集程序或決議方法情事當場表示異議，則依上說明，原告自不得於事後出而主張該第四案至第六案之選舉事項及解除董監事競業禁止議案有何召集程序或決議方法情事，據以訴請撤銷該部分之決議。

法律並未禁止「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為」，而係規定董事倘欲為該等競業行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可，且應獲得代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，及出席股東表決權過半

數之同意，或公開發行公司經有代表已發行股份總數過半數股東之出席，及出席股東表決權三分之二以上之同意行之而已，原告任指該決議內容違法云云，顯非可採。

原告雖另指稱股東會中就解除董事競業禁止之限制，並未詳細說明云云，惟觀諸被告所提怡華實業股份有限公司 91 年股東常會開會通知書可知，有關解除董事競業禁止之限制之議題，早已列入議題主要內容中並已寄發予各股東，則各股東於開會之前既已知之甚詳，自可事前充份準備並研究其制度之優劣及其可行性，而於會議中加以討論，自難認被告公司有何未予詳細說明之情事，且該項議案既係經代表已發行股份總數過半數股東之出席，及全體出席股東一致之同意行之，此有該議事錄之記載在卷可稽，自難認該決議有何召集程序或決議方法、決議內容違法之情事。

第三項 本類型分析

該判決重申股份有限公司之股東，依公司法第 189 條規定訴請撤銷股東會之決議，仍應受民法第 56 條第 1 項但書之限制，如已出席股東會而其對於股東會之召集程序或決議方法未當場表示異議者，不得為之。但是否僅限於股東於當場表示異議者為限始得提起撤銷股東會決議之訴，容後討論。並且認為法律並未全面禁止董事為競業行為，而係容許若經股東會特別決議許可之前提下，董事可為競業行為。

當公司之意思決定機關，經過斟酌評估，作成願意放棄法律保護而容認董事競業行為之意思決定時，法律亦予尊重。惟為期確保該放法律保護之意思決定，係在充分資訊揭露下之合理判斷，對欲從事競業行為之董事，課予「應對股東會說明其行為之重要內容」之說明義務。競業董事是否已充分說明其行為之「重要內容」之程度為何，應為其說明之內容是否足供股東據以作成是否同意董事從事該競業行為之合理判斷。亦即，是否得使股東據以合理預測公司營業今後將因該競業行為所受影響程度，應依具體個案，檢視是否已充分揭露。

惟該判決理由中指出，被告所提股東常會開會通知書可知，有關解除董事競業禁止之限制之議題，早已列入議題主要內容中並已寄發予各股東，則各股東於開會之前既已知之甚詳，自可事前充份準備並研究其制度之優劣及其可行性，而於會議中加以討論，自難認被告公司有何未予詳細說明之情事，似認為該情形並無決議有何召集程序或決議方法、決議內容違法之情事。就此部分，是否僅能依就董事競禁止之議題之主要內容已列入股東會開會通知中，即肯認無庸於股東會中說明其行為之重要內容，亦即無庸盡其說明義務，即為合法，尚有探討空間。本文認為董事是否盡其說明義務，重點置於是否已適當揭露其競業行為之重要內

容，而不在於其說明之方式。從該判決事實觀之，若有股東認為股東會開會通知中所陳述之主要內容並無法使股東能充分了解，股東也無法在股東會中再為要求董事為充分說明，未有保護股東權益之處。並且股東在未有充分資訊了解之下，草草做出決定，恐有損及公司利益。

第四節 公開發行公司就董事競業禁止議案未在召集事由中說明主要內容之類型－臺灣士林地方法院 98 年度訴字第 10 號民事判決

第一項 案例事實

本件原告主張系爭股東會（台灣神戶電池股份有限公司之股東會）係由無召集權人召集，所為之決議應不成立而無效，且所為之決議亦因出席股權數不足、吉廣公司無表決權仍參與表決，構成決議方法違法之瑕疵而得撤銷。再者系爭股東會開會通知書記載，會議主要內容為：…(2)其他議案：解除董事競業禁止之限制，因未說明其主要內容而無效，該決議亦因有利害關係人參與表決、採反面表決方式進行而有瑕疵，自得撤銷等情，爰依法請求法院判命。先位聲明：確認系爭股東會全部決議不成立。第一備位聲明：確認系爭股東會關於董事及監察人改選議案之決議無效；確認系爭股東會關於解除董事競業禁止限制議案之決議無效。第二備位聲明：系爭股東會關於董事及監察人改選議案之決議應予撤銷；系爭股東會關於解除董事競業禁止限制議案之決議應予撤銷。

第二項 法院判決

按公開發行公司召集股東會時，關於公司法第 209 條第 1 項之決議事項，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，且不得以臨時動議提出，此固係證交法第 26 條之 1 明文規定，惟實際上應如何在召集事由中列舉並說明其主要內容，仍應考量實務作業之可行性及便利性。若公司欲於同次股東會中先選舉董監事，而後決議解除新任董事競業禁止限制時，因於製發該次股東會之開會通知書當時，公司新任董事均尚未選任確定，且開會通知書之篇幅有限，實不能期待公司於事前即將各個可能當選董事之競業行為內容均載明於開會通知書之上，是就此類議案之開會通知書記載方式，雖僅列舉議案名稱「解除董事競業禁止限制」，難認已違反證交法第 26 條之 1 規定。

系爭股東會於選舉新任董事後，解除董事競業禁止限制議案表決之前，經主席主動促請，由司儀宣讀當選董事競業行為之主要內容以為該議案之補充說明，該宣讀內容即為系爭股東會議事錄第 3 頁之附表，亦即司儀已分別將汪世堯等 6

名請求股東會解除競業限制之董事，其「兼任其他營利事業職務」及「該營利事業主要營業項目」逐朗讀補充說明之，其後主席並就該案加以說明，方始進行決議，業經本院勘驗系爭股東會錄影光碟無訛，是系爭股東會係針對個別董事具體解除其競業禁止之限制，並非原告指稱之概括性解除，自難認有違公司法第 209 條第 1 項及證券交易法第 26 條之 1 規定而無效。

第三項 本類型分析

按公開發行公司召集股東會時，關於公司法第 209 條第 1 項之決議事項，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，且不得以臨時動議提出，此固係證交法第 26 條之 1 明文規定，以昭慎重。惟法院見解認為，若該次股東會同時有改選董事與解除董事競業禁止一案，若要求在召集事由中列舉並說明主要內容有一定難度，故認為若於股東會當日當選之董事可在股東會中先盡其說明義務使股東能充分了解判斷是否解除該董事競業禁止。然公開發行公司之股東眾多，故針對公開發行公司證交法有特別規定，其中關於董事競業禁止一案，要求應在召集事由中列舉並說明其主要內容，其規範意旨係為求慎重，讓股東能事前多考慮，使股東能有充分時間考慮判斷，並藉以引起股東之注意，而踴躍參加股東會，關心公司事務。若該次股東會同時有改選董事與解除董事競業禁止一案，認為解除董事競業禁止不必在召集事由中列舉並說明其主要內容，僅在股東會上盡其說明義務即可，可能使股東無法有周全之考量時間，有所不妥。應使該解除董事競業禁止一案，另行召開股東臨時會決議討論之，雖可能耗費成本，但與股東權益二者衡量，為較妥適作法。

第五節 公開發行公司就董事競業禁止議案不得以臨時動議提出之類

型—台北地院 91 年度訴字第 1377 號民事判決

第一項 案例事實

原告為被告富邦金融控股股份有限公司之股東，被告於民國 91 年 2 月 6 日所召集之 91 年度股東臨時會議，原告有參加，當會議進行至臨時動議時，主席提案：「富邦產物保險股份有限公司於 90 年 12 月 19 日轉換為金融控股公司後，因營業範圍已變更（原為保險業，現為投資業），前於 90 年 5 月 22 日富邦產物保險股份有限公司股東會中，作成『本屆當選董事中，如花旗集團之公司或其代表人擔任董事時，於擔任董事期間，同意其得為自己或他人為屬於本公司營業範圍內之競業行為，並解除其責任』之決議，於本公司轉換為金融控股公司後，雖仍有適用，但為免爭議，本人僅提議確認並重申該項決議對本公司仍繼續有效適

用，各位股東對此提議，有無附議？」，原告及訴外人陶家駒均反對，說明：因富邦產物保險股份有限公司及富邦證券股份有限公司均為消滅之公司，現已不存在，90年5月富邦產物保險股份有限公司在22日上午召開股東會第三案決議事項，此為公司之重要事項，依證券交易法第26條之1規定關於公開發行公司之董事競業禁止之許可不得以臨時動議提出之規定，認為明顯損害股東權益，原告即依公司法第189條決議之撤銷之規定，請求法院撤銷其決議。

第二項 法院判決

法院判決認為，關於「董事競業行為之許可」既係規定「應」在召集事由中列舉，則其未在開會通知書內之召集事由中列舉，即不得對該事項予以討論，甚或決議，否則，即屬決議方法違反法令，股東得依公司法第189條之規定，自決議之日起1個月內，訴請法院撤銷其決議。就本案中有關「花旗銀行董事競業行為許可」之議案，乃係於90年5月22日「原富邦產物保險股份有限公司」之股東常會中經決議通過，此有「原富邦產物保險股份有限公司」90年股東常會議事錄影本及90年股東臨時會議事錄影本各一件附卷可稽。而被告與「原富邦產物保險股份有限公司」既係同一之主體，已如前述，則前開「原富邦產物保險股份有限公司」有關「花旗銀行董事競業行為許可」之決議，自仍對被告繼續有效，無待被告於91年2月6日之91年度股東臨時會中再為決議，亦不得於臨時動議中另予提案及付諸表決。若被告為慎重起見，認為應就前開決議再予重申，亦僅須於「報告事項」中「重申」即可，而不得於臨時動議中為之。

第三項 本類型分析

依證券交易法發行有價證券之公司召集股東會時，有關董事競業行為許可之決議，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，不得以臨時動議提出。推原其故，良以董事競業行為之許可事項係屬重大事項，故要求應在股東會之召集事由中列舉，不得以臨時動議提出，旨在防止公司隱匿重要事項，並使股東事先知悉會議進行內容，俾能預作準備，免致股東在毫無準備情況下，影響會議之進行，或損及公司及股東之權益，並藉以引起股東之注意，而踴躍參加股東會。故就競業禁止許可不可以臨時動議方式為之。

第六節 歸入權行使之類型

第一項 臺灣臺中地方法院 89 年度重訴字第 421 號民事判決

第一款 案例事實

原告（國睦工業股份有限公司）主張伊係一生產、銷售電動輪椅、電動代步車等物品之廠商，主要之銷售對象為國外廠商客戶，尤其電動代步車及電動輪椅，係以美國為主要銷售市場。被告英商戴斯醫療控股有限公司（即 DAYS MEDICAL HOLDING LIMITED 下簡稱 DMHL 公司）係訴外人 DAYS MEDICAL AIDS LIMITED（下簡稱 DMAL 公司）之子公司，DMAL 公司復為愛爾蘭商 DCC PLC（下簡稱 DCC 公司）之子公司，是 DMHL 公司應係 DCC 公司之子公司，而 DCC 公司以被告 DMHL 公司名義，於八十五年間，投資原告成為股東，DMHL 公司並指定代表人即被告柯摩爾及戴頓，經原告股東會選任為董事，行使董事職權，被告柯摩爾及戴頓係受僱於 DMHL 公司，代表其公司行使董事職權，其實際上聽命於 DMHL 公司及其母公司 DCC 公司。被告柯摩爾於擔任董事後，明知原告所生產之電動代步車、電動輪椅主要銷售於美國市場，以該市場為主要之營業範圍，竟利用其擔任董事職務，以原告每月提供之營業報告、計劃成本、財務分析等資料，而知悉原告之客戶資料、進出貨成本、營業策略等商業機密之機會，由其母公司 DCC 公司，與原告之競爭對手必翔實業股份有限公司（下簡稱必翔公司），合作成立 DCC SHOPRIDER INC（下簡稱 DSI 公司），在美國為必翔公司獨家經銷其所生產之電動代步車及電動輪椅，與原告在同一銷貨市場直接競爭，為屬於原告營業範圍內之行爲，被告柯摩爾之行爲除違反公司法第 209 條規定外，亦符合侵權行爲之要件，經原告一再制止，其均未置理，原告公司於 89 年 3 月 14 日，召開臨時股東會，及於 90 年 4 月 2 日召開股東會，決議對被告柯摩爾提起訴訟行使歸入權，依公司法第 209 條規定，將被告柯摩爾為 DSI 公司所為屬於原告公司營業範圍行爲營業所得，視為原告公司之所得，且被告柯摩爾係被告 DCC 公司之董事，而 DMHL 公司為 DCC 公司持股百分之百之子公司，被告柯摩爾受 DCC 公司指派為 DMHL 公司董事，又代表 DMHL 公司受指派為原告董事，被告柯摩爾擔任原告公司之董事，純因代表 DCC 公司執行職務，依民法第 28 條規定，法人於其董事因執行職務所加害於他人之損失，與該行爲人負連帶賠償責任。被告 DCC 公司、DMHL 公司與被告柯摩爾應負連帶賠償責任，依上述公司法歸入權及民法侵權行爲法則，請求被告柯摩爾及被告 DMHL 公司、DCC 公司連帶給付原告新台幣 7,000 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息 5% 計算之利息。

第二款 法院判決

董事若僅為他公司之董事，甚至擔任他公司之董事長，不能認其有違反競業禁止之行爲，被告雖受 DCC 公司之指派，被選為 DSI 公司之董事，並不能認為即有違反競業禁止原告就被告柯摩爾違反競業禁止之事實。且原告所提之證據書函皆為被告否認，原告無法再提出有利證據，故不足以證明有董事競業禁止之

事實。又股份有限公司對董事主張行使歸入權，必須該董事有違反競業禁止規定，並有所得，再由公司股東會決議以意思表示行使形成權，將該董事違反競業禁止行為所得，視為公司所得。本件原告固主張被告柯摩爾有違反競業禁止之行為，使訴外人D S I公司獲有約新台幣4億6450萬8000元之利益，然而原告就被告柯摩爾於該違反競業禁止有何所得，並未主張及舉證證明，按被告柯摩爾既無所得，縱其有如原告主張之違反競業禁止之行為，然其既無任何所得，即與公司法所規定之歸入權要件不符，原告對被告柯摩爾即無從主張歸入權，是原告徒以被告柯摩爾有違反董事競業禁止行為，使訴外人D S I公司獲有約新台幣4億6450萬8000元之利益，進而主張被告柯摩爾應將D S I公司上述所得其中新台幣7000萬元依歸入權之規定給付予原告，於法實屬無據。

第二項 臺灣高等法院臺中分院 92 年度上易字第 204 號民事判決

第一款 案例事實

上訴人（保瑞科技股份有限公司）主張伊係經濟部核准並登記在案之股份有限公司，所營事業為電器、精密儀器、事務性機器、電信器材、資訊軟體、電子材料等之批發及零售，按被上訴人（邱健盛）為原伊公司董事，並任伊公司副總經理，詎被上訴人明知訴外人璽瑞股份有限公司（下稱璽瑞公司）所營業務範圍與伊公司相同，竟陸續私自提供伊之業務資料予璽瑞公司，且於擔任伊公司董事期間，同時擔任璽瑞公司副總經理，為璽瑞公司之利益從事屬於伊公司業務範圍內之行為，不僅未曾對伊公司股東會說明其行為之重要內容，更未取得股東會之許可，核其為已違反公司法第 209 條第 1 項之董事競業禁止義務。伊公司股東會於 91 年 8 月 12 日決議通過依法向被上訴人行使歸入權，將被上訴人任職於璽瑞公司之所得視為伊公司所得等情。爰依公司法第 209 條第 1、5 項規定，基於行使歸入權，求為命被上訴人給付伊 60 萬元，並加付法定遲延利息之判決；並在第二審擴張訴之聲明被上訴人應再給付上訴人 100 萬。

第二款 法院判決

本件上訴人主張被上訴人有違反競業禁止規定之事實，被上訴人予以否認，是上訴人就被上訴人確有為璽瑞公司為與上訴人公司營業範圍內之行為之事實，自應先負舉證之責。上訴人所提之名片、廠商名錄、照片等物，仍無法證明被上訴人有為璽瑞公司為與上訴人公司營業範圍內行為之事。而上訴人主張被上訴人擔任董事期間，有陸續私自提供上訴人之業務資料予璽瑞公司事，亦為被上訴人所否認，被上訴人復抗辯上訴人僅以璽瑞公司登記營業項目與其營業項目相同為據，始終均未具體舉證伊究曾從事何項與上訴人營業項目相同之業務等語在

卷，而上訴人就之迄仍未據舉證以實其說，則上訴人主張被上訴人擔任董事期間，有違反董事競業禁止行為之事實，實無足取。

上訴人雖謂被上訴人有違反競業禁止之行為，而獲取報酬，惟原審法院依上訴人聲請調閱被上訴人 90 年間薪資所得申報資料。而依璽瑞公司關於營利事業所得稅方面「申報 90 年度之資料，核無支出邱健盛之薪資、報酬、分紅或其他所得」、關於營業稅方面自 90 年度 6 月起至 91 年 8 月間「尚未發現有關邱健盛之記載資料」。均屬無以證明被上訴人於任職上訴人公司董事期間，同時經營璽瑞公司及獲有所得。因此，被上訴人抗辯依前載薪資所得申報等資料，伊任職上訴人公司董事期間，未自璽瑞公司領取薪資、報酬，非無可採。上訴人主張被上訴人於擔任上訴公司董事期間，任職璽瑞公司獲有所得一節，未經舉證以資證明，委不足採。

本件被上訴人因合組上訴人之保瑞公司而擔任董事兼副總經理，嗣於 90 年 12 月 1 日因故而遭上訴人公告解除副總經理職務後，固未辭任或即遭解任董事職務，然未再參與上訴人公司任一董事會之召開明甚，酌情被上訴人藉之行使董事權限，俾予重新愈益洞悉公司營業上機密之機會當形減少。被上訴人乃謂伊雖未辭任董事，而仍保有名義上董事身分，然既自 90 年 12 月 1 日起迄 91 年 8 月 12 日遭解任時止，實際上均未曾執行董事職權或藉董事身分與聞上訴人公司任何營業事項，此與辭任董事後自行在外經營業務者無異云者，上訴人又未主張並舉證被上訴人其間曾執行董事職權或藉董事身分與聞之。被上訴人關此所述，實非全然無由。

上訴人亦無從舉證被上訴人在上訴人公司業務範圍內為自己或他人璽瑞公司之計算從事業務而生報酬獲有所得，即與公司法所定之歸入權要件不符，上訴人對被上訴人自無從主張行使歸入權。

第三項 本類型分析

上述二判決皆以敗訴收場，公司無法對該董事行使歸入權，但仍有探討之空間。就第一個判決，董事兼任其他相同營業項目之公司董事情形，本案判決認為董事兼任其他相同營業項目之公司董事無董事競業禁止之適用。然縱未有為該他公司為屬於公司營業範圍內之「現實競業行為」，董事參與董事會之運作之行為本身，即為參與公司之經營。其在參與該他公司董事會運作時即有流用公司機密之高度危險。而對當事公司而言，欲證明該董事在該他公司董事會運作中，有流用公司機密或資訊等侵害公司利益之行為，如本案舉證證明十分困難，應宜認為董事兼任其他相同營業項目之公司董事亦有董事競業禁止之適用；再者，就得歸入權行使之客體，係為被告董事之所得，非為被告為第三人為競業行為時第三

人之所得。另外，就請求損害賠償方面，該判決作成時公司法第 23 條並未增訂忠實義務，無法依公司法第 23 條規定請求，故僅能就民法之侵權行為請求損害賠償，但並不失其探討性。法院認為就原告所提出之證據，不足以證明該損害與結果間已達到具有相當因果關係，故認為無法請求損害賠償。但可看出，就董事違反競業禁止之規定時，亦有損害賠償請求之可能。另外，就歸入權之行使方面，原告就被告有無違反競業禁止規定並無法提出有力證明，使法院形成有利原告之心證，且該違反競業禁止之被告有何所得，原告亦無法舉證證明，故被告既無任何所得，原告對被告即無從主張歸入權。對此舉證之所在，敗訴之所在，即可看出就要行使歸入權舉證被告有何所得，舉證有一定之困難程度，顯現出舉證責任的重要性。

就第二個判決，亦說明歸入權行使之客體係為被告董事之所得，非為被告為第三人為競業行為時第三人之所得。被告有無競業行為及有無所得，皆應原告無法具體提出證據而敗訴，亦顯現出舉證責任的重要性。值得注意者，可否以董事僅參加前幾次之董事會而不參加之後之董事會開會而認為洞悉公司營業上機密之機會當形減少，本案判決認為此種情況，並非全然無理由，惟公司之商業機密可否因董事在後期無於參與董事會討論公司經營事項，之前其所參與董事會獲知的公司機密即可斷然被切割認為之前所獲知的商業機密董事即可變成不知悉，或者是該商業機密對公司變成不重要，應無法如此論斷。

第七節 離職後董事為競業行為之類型－臺灣士林地方法院 94 年度

訴字第 1039 號民事判決

第一項 案例事實

原告（凱盟國際系統科技股份有限公司）主張被告擔任原告公司董事及副董事長，兩造間僅存有一委任契約關係，被告於 2003 年 8 月 25 日間逕自離開公司，未依承諾於 9 月底完成職務交接，使訴外人毅裕公司因而與原告終止契約，造成原告損失預期利益 296 萬元及 2 年之公司基本開銷費用 72 萬元，又被告於任職期間違約在外兼職，離開時又將公司程式碼、文件等帶走，並利用在公司習得之營業秘密，在外授課，已違反保密合約（其內容包括競業禁止之義務不僅限於任職期間，並及於被告離職之後，且無期間之限制），原告自得行使歸入權並請求賠償 132 萬元等情。

第二項 法院判決

本件原告並未舉證證明股東會曾於被告所得產生後一年內以決議將其兼職行為之所得視為公司之所得，則原告自不得主張公司法第 209 條之歸入權，請求被告返還擔任董事期間之兼職所得。

原告主張被告於離職時有將原告公司研發之機密與顧客之系統流程圖與相關文件，及在被告筆記型電腦內所留存之顧客系統之所有相關程式碼帶走之事實，既為被告所否認，自應由原告就此有利於己之事實負擔舉證責任，然原告僅能證明被告於 92 年 8 月 25 日離開軟體程式設計一職後，曾於啓迪國際資訊股份有限公司、大亞電腦股份有限公司任教，惟其所講授之內容，是否涉及其公司研發之機密及客戶系統流程圖、程式碼等，則未能舉證以實其說，自難認原告之主張為真實。是原告主張被告有違反營業秘密保密合約第 3 條之約定，尚難憑採。

綜觀兩造所簽訂之營業秘密保密合約第 4 條約定，競業禁止之義務不僅限於任職期間，並及於被告離職之後，且無期間之限制。惟按關於「競業禁止」之約定，一般而言，乃僱主為免受僱人於任職期間所獲得其營業上之秘密或與其商業利益有關之隱密資訊，遭受受僱人以不當方式揭露在外，造成僱主利益受損，而與受僱人約定在任職期間及離職一定期間內，不得利用於原僱主服務期間所知悉之技術或業務資訊為競業之行為。而關於離職後競業禁止之約定，其限制之時間、地區、範圍及方式，在社會一般觀念及商業習慣上，可認為合理適當且不危及受限制當事人之經濟生存能力，其約定固非無效。惟轉業之自由，牽涉憲法第 15 條所保障人民工作權、生存權之基本人權，競業禁止契約乃應有合理限制。在該競業禁止之約定係以附合契約即定型化契約之方式訂定時，仍應審酌該競業禁止之約定，是否有民法第 247 條之 1 各款（一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。）且顯失公平情形。在離職後競業禁止約定之效力問題，應就僱主與受僱人間之利益量加以判斷，其以附合契約即定型化契約之方式訂定時，審酌該競業禁止之約款是否有顯失公平之情事，其判斷標準均應以下列各項加以審酌：1. 企業或僱主需有依競業禁止特約保護之利益存在，亦即僱主的固有知識和營業秘密有保護之必要。2. 為受僱人之離職勞工或員工在原僱主或公司之職務及地位，足可獲悉僱主之營業秘密。關於沒有特別技能、技術且職位較低，並非公司之主要營業幹部，處於弱勢之勞工，縱使離職後再至相同或類似業務之公司任職，亦無妨害原僱主營業之可能，此競業禁止約定應認拘束勞工轉業自由而無效。3. 限制受僱人就業之對象、時間、區域、職業活動之範圍，應不逾合理範疇。不致對離職員工之生存造成困難。4. 需有填補受僱人因競業禁止損害之代償或津貼措施。5. 離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則，亦即當離職之員工對原僱主之客戶、情報大量篡奪等情事或其競業之內容及態樣較具惡質性或競業行為出現有顯著

之背信性或顯著的違反誠信原則時，此時該離職違反競業禁止之員工自屬不值保護。本件兩造間就軟體設計一職部分雖屬委任契約（如前述），然就競業禁止約定之有效與否仍得參酌以上說明予以認定。前開合約第 6 條約定就第 4 條競業禁止義務規定不因被告離職而失效，其就被告就業之對象、時間、區域、職業活動之範圍，均未予以明訂，故對被告轉職之限制顯逾合理範疇，已拘束被告之轉業自由，且其對於被告因競業禁止所受之損害亦無代償或津貼措施，是應認該合約對被告離職後之競業禁止約定已顯失公平而應為無效，即被告僅於任職期間對原告負有競業禁止之義務。

第三項 本類型分析

針對董事離職後競業禁止在無法律明文規定之下，只能從當事人訂立合約加以規制，避免董事離職後利用公司之商業機密從事競業行為致公司利益遭受損害。離職後所為的競業行為內容包括利用公司之機密以及從事競業行為之兩部份，本件中原告和被告有簽署營業秘密合約，其中有競業禁止義務規定不因被告離職而失效之約定。而競業行為僅指與公司營業範圍內行為，被告於離職後從事任教雖可能洩漏公司之商業機密，但並非一與公司營業範圍內之行為，故非屬於競業行為。另外，就離職後競業禁止契約限制被告轉業自由，其契約效力是否因違反憲法上基本權利而歸於無效，或者認為基於保護雇主之商業機密在其在合理範圍內得限制被告之職業選擇自由。本判決提供五種標準判斷該離職後競業禁止條款是否合理，認為從被告就業之對象、時間、區域、職業活動之範圍等標準加以認定，本案均未予以明訂，故對被告轉職之限制顯逾合理範疇，已拘束被告之轉業自由，且其對於被告因競業禁止所受之損害亦無代償或津貼措施，是應認該合約對被告離職後之競業禁止約定已顯失公平而應為無效。

第四章 董事競業禁止義務之規範

第一節 競業禁止之保護利益及法理基礎

董事因為經營公司之業務而知悉公司內部許多非公開之資訊或營業秘密等，若董事利用該等資訊而自為經營或為他人經營與公司具有競爭性質之業務，並因此為自己或他人獲取財務上之利益，則對於公司而言顯失公平，誠然董事從事競業行為雖未必使用公司之資訊或營業秘密，但至少因為董事之競業行為將使該董事無法全心全意投入所有心力於公司之業務，並使公司得到較少之董事服務，可產生間接受到損害之可能，因此董事從事競業行為亦將使其自己陷入利益衝突之情況¹²³。

最早將競業禁止義務運用於股份有限公司者，為 1884 年德國股份法。依該法第 232 條規定，「若未以章程或股東會之決議，將認許之權限委諸監察人時，董事非經股東會之認許，不得為自己或他人之計算，為屬於公司營業之行為…」。其後，歷經 1897 年、1937 年之修正，至 1965 年股份法第 88 條則規定，「董事未經監察人之同意，不得經營商業，或為自己或他人之計算，為屬於公司營業之種類之行為」，並沿用至今。依德國股份法之規定，不但禁止董事為自己或他人之計算為屬於公司營業範圍內之行為，甚至禁止其為商業，究其實際，不僅在限制董事之競業行為，更要求董事將全部之勞力奉獻於公司。惟各國對於董事競業禁止之立法，或未設有明文或僅禁止董事為屬於公司營業種類之行為，而鮮有採行德國之立法例¹²⁴。

在我國公司法第 209 條第 1 項：「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容，並取得其許可。」本項規定一般稱為「董事競業禁止義務」，為董事對公司忠實義務之具體規範。蓋董事本即依其為公司負責人之身分（參照公司法第 8 條第 1 項），對公司負忠實執行職務之義務（參照公司法第 23 條第 1 項）。在忠實義務下，董事執行職務應為公司牟取最大利益，當公司之利益與自己之利益有所衝突時，應優先考量公司之利益。然若董事另為自己或他人從事屬於公司營業範圍內之營業行為，就該營業行為，將與公司處於競爭關係（此等行為即稱為「競業行為」）。該董事將陷於究應為公司，抑或為其另為之營業行為，謀取最大利益之忠實義務衝突困境。更有甚者，因董事為股份有限公司業務執行決策機關董事會之成員，對公司業務之機密，自然知之甚稔。從而，若該從競業行為之董事，選擇不為公司盡忠，則除該董事將不為

¹²³ 林國彬，同註 24，頁 181。

¹²⁴ 柯芳枝，論股份有限公司董事之競業禁止義務，公司法專題研究，2004 年 3 月 3 版，頁 184。

公司謀求最大利益之消極效果外，更有該董事將其基於董事地位得自公司之業務機密或資訊等，流用至其另為營業行為之積極侵害公司利益之高度危險。公司法乃將此等董事競業行為，自一般忠實義務規範抽離獨立而為本項應經股東會許可之事前規範模式。違反時，並以同條第 5 項本文：「董事違反第一項之規定，為自己或他人為該行為時，股東會得以決議，將該行為之所得視為公司之所得。」賦予公司不以受有損害為前提之「利益歸入權」¹²⁵。

第二節 我國公司法規範

公司法第 209 條規定：「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可。股東會為前項許可之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。董事違反第一項之規定，為自己或他人為該行為時，股東會得以決議，將該行為之所得視為公司之所得。但自所得產生後逾一年者，不在此限。」以下就本條規範分析之。

第一項 受規範之對象

股份有限公司為法人，無法自己運作，故須設置機關。若依性質而分，股東會為意思機關，董事會為業務執行機關，該二機關為一公司之基本機關。股東會由股東所組成，董事會由董事所組成，董事會依公司法第 202 條規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」，本條之修正，結束究為股東會或是董事會為公司組織中之最高決策機關爭議，明確劃分股東會與董事會之職權，使董事會之權限大幅擴張。並且因應企業所有與企業經營分離原則之國際潮流，依公司法第 192 條第 1 項，董事無庸再具有股東身份。由此可知，董事之地位，在公司業務執行方面，扮演重要之角色。

董事既為董事會之成員，參與公司業務執行之決定，對於公司營業上之機密事項，通常容易取得，若容許董事在公司外與公司自由競業，則難免會發生利害衝突之情形，而可能損及公司之利益，故公司法第 209 條係規範禁止董事之競業行為，其受規範對象為董事，董事是否具備股東身份非所問¹²⁶，而董事除自然人

¹²⁵ 林國全，董事競業禁止規範之研究，月旦法學雜誌，第 159 期，2008 年 8 月，頁 220。

¹²⁶ 經濟部 2002 年 4 月 2 日商字第 09102060640 號：「... 五、未具股東身分之董事，仍有歸入權規定之適用。」

董事外，尚有獨立董事、法人董事之類型。更甚者，雖無董事之名，但其對於公司之決策進行有舉足輕重之地位之人，是否亦須受規範，以下分別探討之。

第一款 一般董事

第一目 自然人董事

依公司法第 202 條規定，公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。即公司之業務之執行原則上係交由董事會決議為之，而董事會係由董事所組成，各個董事行使表決權決定公司業務該如何執行，當董事參與決議時，自對該公司之商業機密有所知悉，始能決定公司業務該如何行使，基於避免利益衝突，因此受公司法第 209 條董事競業禁止之規範。

第二目 董事長、副董事長、常務董事

依公司法第 208 條規定，董事長、副董事長由董事或者常務董事互選之。董事長係股份有限公司之法定、必備、常設之業務執行機關，且原則上在公司營業上之通常事務內，對外單獨代表公司。副董事長依章程有設立時，於董事長請假或因故不能行使職權時，由副董事長代理之，故副董事長為股份有限公司之章定、任意、常設之輔助董事長之業務執行機關。又副董事長僅係董事長之職務代理人，其本身並無對外代表公司之權限，僅於董事長請假或因故不能行使職權時始得以董事長之職務代理人之身分對外代表公司。常務董事為股份有限公司之章定、任意、常設之業務執行機關。依本法之規定，常務董事之設置須依章程有無訂定而定其屬章定且任意之機關。雖董事會股份有限公司之業務執行機關，但其集會並非頻繁，是故，為使公司在董事會休會期間之業務執行得以順利推行，乃設有常務董事之規定，故常務董事屬於股份有限公司任意常設之業務執行機關。因此，董事長¹²⁷、副董事長、常務董事，亦為公司之經營者，常獲該公司之商業機密，為避免利益衝突，因此更應受公司法第 209 條董事競業禁止之規範。

第二款 獨立董事

我國於 2006 年 1 月始引進獨立董事制度，故本款就獨立董事制度簡述如下，並探討獨立董事是否受董事競業禁止之限制。

第一目 我國引進獨立董事制度

¹²⁷ 另實務上針對股份有限公司之董事長欲擔任另一同種類業務之股份有限公司之經理時亦應受競業禁止之規範，參照經濟部 1977 年 8 月 29 日商字第 25392 號函。

自 2001 年 10 月所爆發的安隆案 (the Enron Scandal) 以來，國內外企業相繼爆發弊案¹²⁸，弊案之影響所及，亦由最初參與公司投資經營的投資人，擴大至公司本身、經營者及其股東、員工與債權人，更及於整個社會，甚或對國家經濟亦發生影響。其所以如此，乃在於公司組織已發展成為現代商業活動之主體，職是之故，於現代經濟社會中，公司組織以及公司經營管理的良窳，實牽動公司本身，以及其所往來公司之全體公司參與者 (corporate participant)、利害關係人 (other constituencies, stakeholders)，乃至於社會與國家之利益；誠可謂影響深遠。也正因為如此，如何於制度上健全「公司治理」(Corporate governance) 之呼聲，始終不絕於耳¹²⁹。

於此背景下，世界各國競相採取相對應之措施，以健全公司治理。如美國自安隆案等企業弊案發生之後，美國總統布希於 2002 年 7 月 30 日簽署，由國會通過的 Sarbanes Oxley Act¹³⁰ (中文音譯為「沙賓法案」或「沙氏法案」) 即為一顯著的例證。台灣亦不自外於此世界潮流，於連串企業弊案發生後，有鑑於現行監察人制度之不彰，產官學界即擬師法美國，有意藉獨立董監事制度的引進與「審計委員會」之設置，加強對企業經營者之監督，以達到強化台灣公司之公司治理的目標。亦正因如此，獨立董監事設置議題，長久以來為各界熱烈討論¹³¹；而我國對於獨立董事、獨立監察人制度之推動，最初是由臺灣證券交易所與證券櫃檯買賣中心於「上市上櫃公司審查準則」中，將董監事欠缺獨立性之情狀具體規範，明確規定董監事之獨立性資格條件，並以初次申請上市上櫃之公司為實施對象，對已上市上櫃者則以宣導方式推動。金管會為了實踐公司治理之理想，全面落實獨立董監事制度，乃大力推動證券交易法修正案¹³²，新法條文於 2006 年 1 月 11 日公布，並於 2007 年 1 月正式生效施行，使我國公司治理邁入新里程碑，且實務上就獨立董事之設置情形，也逐漸增多¹³³。

第二目 證券交易法之規定

獨立董事 (independent director) 乃指不兼任公司行政職務，並與公司不具任何利害關係之董事¹³⁴而言。其主要特徵為具有專業能力與相關工作經驗、一定獨立性，且不得與公司有直接或間接之利害關係。簡言之，公司設置獨立董事之目的乃係聘請非參與公司經營之專業人士來參與或監督公司經營運作。

¹²⁸ 例如美國之環球電訊 (Global Crossing)，我國之博達案。

¹²⁹ 陳俊仁，忠誠義務—論公司負責人之競業禁止規範，月旦民商法雜誌，第 15 期，2007 年 3 月，頁 44-45。

¹³⁰ Sarbanes-Oxley Act of 2002, 15 U.S.C.A. §§7201-7266。

¹³¹ 陳俊仁，同註 129，頁 45-46。

¹³² 王文宇，同註 87，頁 532。

¹³³ 詳見公開資訊觀測站：<http://newmops.twse.com.tw/>。

¹³⁴ 賴英照，股市遊戲規則-最新證券交易法解析，2006 年 3 月，頁 114。

證券交易法第 14 條之 2 規定：「已依本法發行股票之公司，得依章程規定設置獨立董事。但主管機關應視公司規模、股東結構、業務性質及其他必要情況，要求其設置獨立董事，人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一。獨立董事應具備專業知識，其持股及兼職應予限制，且於執行業務範圍內應保持獨立性，不得與公司有直接或間接之利害關係。獨立董事之專業資格¹³⁵、持股與兼職限制¹³⁶、獨立性之認定¹³⁷、提名方式及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。

有下列情事之一者，不得充任獨立董事，其已充任者，當然解任：

- 一、有公司法第三十條各款情事之一。
- 二、依公司法第二十七條規定以政府、法人或其代表人當選。
- 三、違反依前項所定獨立董事之資格。

獨立董事持股轉讓，不適用公司法第一百九十七條第一項後段及第三項規定。

¹³⁵ 專業資格認定係指公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第 2 條第 1 項：「公開發行公司之獨立董事，應取得下列專業資格條件之一，並具備五年以上工作經驗：

一、商務、法務、財務、會計或公司業務所需相關科系之公私立大專院校講師以上。
二、法官、檢察官、律師、會計師或其他與公司業務所需之國家考試及格領有證書之專門職業及技術人員。

三、具有商務、法務、財務、會計或公司業務所需之工作經驗。」

¹³⁶ 持股及兼職限制係指公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第 3 條第 1 項第 3 款：「本人及其配偶、未成年子女或以他人名義持有公司已發行股份總額百分之一以上或持股前十名之自然人股東。」及該辦法第 4 條：「公開發行公司之獨立董事兼任其他公開發行公司獨立董事不得逾三家。」

¹³⁷ 獨立性之認定依該法第 3 條：「公開發行公司之獨立董事應於選任前二年及任職期間無下列情事之一：

一、公司或其關係企業之受僱人。
二、公司或其關係企業之董事、監察人。但如為公司或其母公司、公司直接及間接持有表決權之股份超過百分之五十之子公司之獨立董事者，不在此限。
三、本人及其配偶、未成年子女或以他人名義持有公司已發行股份總額百分之一以上或持股前十名之自然人股東。
四、前三款所列人員之配偶、二親等以內親屬或五親等以內直系血親親屬。
五、直接持有公司已發行股份總額百分之五以上法人股東之董事、監察人或受僱人，或持股前五名法人股東之董事、監察人或受僱人。
六、與公司有財務或業務往來之特定公司或機構之董事（理事）、監察人（監事）、經理人或持股百分之五以上股東。
七、為公司或關係企業提供商務、法務、財務、會計等服務或諮詢之專業人士、獨資、合夥、公司或機構之企業主、合夥人、董事（理事）、監察人（監事）、經理人及其配偶。

公開發行公司之獨立董事曾任前項第二款或第六款之公司或其關係企業或與公司有財務或業務往來之特定公司或機構之獨立董事而現已解任者，不適用前項於選任前二年之規定。

第一項第六款所稱特定公司或機構，係指與公司具有下列情形之一者：

一、持有公司已發行股份總額百分之二十以上，未超過百分之五十。
二、他公司及其董事、監察人及持有股份超過股份總額百分之十之股東總計持有該公司已發行股份總額百分之三十以上，且雙方曾有財務或業務上之往來紀錄。前述人員持有之股票，包括其配偶、未成年子女及利用他人名義持有者在內。
三、公司之營業收入來自他公司及其聯屬公司達百分之三十以上。
四、公司之主要產品原料（指占總進貨金額百分之三十以上者，且為製造產品所不可缺乏關鍵性原料）或主要商品（指占總營業收入百分之三十以上者），其數量或總進貨金額來自他公司及其聯屬公司達百分之五十以上。

第一項及前項所稱母公司及聯屬公司，應依財團法人中華民國會計研究發展基金會發布之財務會計準則公報第五號及第七號之規定認定之。」

獨立董事因故解任，致人數不足第一項或章程規定者，應於最近一次股東會補選之。獨立董事均解任時，公司應自事實發生之日起六十日內，召開股東臨時會補選之。」

證券交易法第 14 條之 3 規定：「已依前條第一項規定選任獨立董事之公司，除經主管機關核准者外，下列事項應提董事會決議通過；獨立董事如有反對意見或保留意見，應於董事會議事錄載明：

- 一、依第十四條之一規定訂定或修正內部控制制度。
- 二、依第三十六條之一規定訂定或修正取得或處分資產、從事衍生性商品交易、資金貸與他人、為他人背書或提供保證之重大財務業務行為之處理程序。
- 三、涉及董事或監察人自身利害關係之事項。
- 四、重大之資產或衍生性商品交易。
- 五、重大之資金貸與、背書或提供保證。
- 六、募集、發行或私募具有股權性質之有價證券。
- 七、簽證會計師之委任、解任或報酬。
- 八、財務、會計或內部稽核主管之任免。
- 九、其他經主管機關規定之重大事項。」

惟新法並未採行獨立監察人制度，與上市上櫃審查準則的規定不同。

再者，公開發行公司應擇一設置審計委員會或監察人，但主管機關得視公司情況，命令設置審計委員會代替監察人¹³⁸。倘若公司已設置審計委員會，且合於主管機關規定者，得不設置監察人。審計委員會之定位原則上屬董事會之幕僚單位，但此次證交法增設審計委員會希望其能發揮監督公司經營的事前防弊功能，故證交法賦予審計委員會比監察人更多的專屬職權¹³⁹。此外，關於監察人的規

¹³⁸ 參照證券交易法第 14 之 4 條：「已依本法發行股票之公司，應擇一設置審計委員會或監察人。但主管機關得視公司規模、業務性質及其他必要情況，命令設置審計委員會替代監察人；其辦法，由主管機關定之。

審計委員會應由全體獨立董事組成，其人數不得少於三人，其中一人為召集人，且至少一人應具備會計或財務專長。

公司設置審計委員會者，本法、公司法及其他法律對於監察人之規定，於審計委員會準用之。

公司法第二百零條、第二百零三條至第二百零五條、第二百零六條第一項、第三項、第四項、第二百零八條第一項、第二項、第二百零八條之一、第二百零八條之二第二項、第二百零十條、第二百零二十三條至第二百零二十六條、第二百零二十七條但書及第二百四十五條第二項規定，對審計委員會之獨立董事成員準用之。

審計委員會及其獨立董事成員對前二項所定職權之行使及相關事項之辦法，由主管機關定之。

審計委員會之決議，應有審計委員會全體成員二分之一以上之同意。」

¹³⁹ 參照證券交易法第 14 之 5 條：「已依本法發行股票之公司設置審計委員會者，下列事項應經審計委員會全體成員二分之一以上同意，並提董事會決議，不適用第十四條之三規定：

- 一、依第十四條之一規定訂定或修正內部控制制度。
- 二、內部控制制度有效性之考核。
- 三、依第三十六條之一規定訂定或修正取得或處分資產、從事衍生性商品交易、資金貸與他人、為他人背書或提供保證之重大財務業務行為之處理程序。
- 四、涉及董事自身利害關係之事項。

定，於審計委員會準用之¹⁴⁰。

析言之，證券交易法之修法對於強化公司治理之規範主體限於公開發行公司，適用對象將依國內實務狀況及公司治理推展情形，採循序漸進方式推動。從架構上看，證券交易法修正條文所提供之公司治理模式可能有三種：一、董事會與監察人的雙軌制，且未設置獨立董事；二、改革式雙軌制，即公司設有董事會與監察人，但董事會設有獨立董事，仍執行董事的職務，並未具有監察人的職權；三、採單軌制，公司董事會設有獨立董事，並由其組成審計委員會取代監察人，審計委員會監督公司的經營，審計委員會成員即獨立董事同時為公司之董事得參與公司的決策。證交法並准許公開發行公司視情況選擇上述三種治理模式之一，但主管機關應視公司規模、股東結構、業務性質及其他必要情況，強制公開發行公司採行上述之改革式雙軌制或單軌制模式¹⁴¹。此次立法的三種治理模式提供企業彈性的選擇，但也使法令適用複雜，可能出現多種「管理架構」(Governance Structures)而產生之混淆。獨立董事具有專業性與獨立性，雖有人質疑目前獨立董事須靠大股東支持方能當選，加上領取報酬及人情壓力(如師生關係)等因素，自然不會輕易喧賓奪主、假戲真做。不過，相較於任由大股東完全掌握公司的狀況，此制度仍能有可取之處¹⁴²。

另外，公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第 4 條：「公開發行公司之獨立董事兼任其他公開發行公司獨立董事不得逾三家。」其立法理由為依證交法第 14 條之 3 之規定，獨立董事較諸一般董事尚有其特定之職權及責任，故兼任公開發行公司獨立董事之家數不宜過多，以避免影響獨立董事執行職務之品質，爰明定獨立董事兼任其他公開發行公司獨立董事不得逾三家。另，經濟部所屬事業實施獨立董事制度作業要點三、(六)限制條件：3. 除法令及章程所明定之當然兼職外，各事業獨立董事兼任政府投資或轉投資公、民營事業機構董、監

五、重大之資產或衍生性商品交易。

六、重大之資金貸與、背書或提供保證。

七、募集、發行或私募具有股權性質之有價證券。

八、簽證會計師之委任、解任或報酬。

九、財務、會計或內部稽核主管之任免。

十、年度財務報告及半年度財務報告。

十一、其他公司或主管機關規定之重大事項。

前項各款事項除第十款外，如未經審計委員會全體成員二分之一以上同意者，得由全體董事三分之二以上同意行之，不受前項規定之限制，並應於董事會議事錄載明審計委員會之決議。

公司設置審計委員會者，不適用第三十六條第一項財務報告應經監察人承認之規定。

第一項及前條第六項所稱審計委員會全體成員及第二項所稱全體董事，以實際在任者計算之。」

¹⁴⁰ 參照證券交易法第 14 條之 4 第 3 項。

¹⁴¹ 金管會 95 證一字第 0950001616 號：「依據證券交易法第十四條之二規定，已依本法發行股票之金融控股公司、銀行、票券、保險及上市(櫃)或金融控股公司子公司之綜合證券商，暨實收資本額達新臺幣五百億元以上非屬金融業之上市(櫃)公司，應於章程規定設置獨立董事，其人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一。」

¹⁴² 王文宇，同註 87，頁 532-535。

事之職務，兼任財團法人董、監事或其他實際執行業務之重要職務，合計以不超過二個為限；且不得同時兼任兩家國營事業之獨立董事。

第三目 獨立董事是否為董事競業禁止之規範對象

獨立董事是否應受競業禁止之規範對象，如就公司法第 209 條第 1 項文義解釋，獨立董事亦為董事之類型，故應包含在內¹⁴³。有學者指出，2001 年 11 月 12 日修正公司法第 18 條第 2 項¹⁴⁴，已不再以法律限制公司之營業。故，除特許業務外，現代公司得自由決定其營業內容，因此，對於兼任之獨立董事而言，如何確保其所擔任獨立董事之公司，彼此之間業務並無重疊，以免因其競業禁止規範之違反，而使公司受損害，殊難想像。即便於實務上可行，且每每於事前求得所有擔任獨立董事之公司股東特別決議同意，其所付出之成本，將龐大到難以想像；更遑論獨立董事往往身兼數家公司之獨立董事職務？因此，現行公司負責人競業禁止規範，實有加以修正之必要。關於此部分，即主張之公司負責人競業禁止規範，視其實際上經營管理公司特定資產之有無，而為適用上與規範內容上之區隔，應有助於獨立董事制度之推行，與相關獨立董事責任之釐清。換言之，將公司董事競業之禁止規範，限定於公司董事所營事業，係利用公司資源所獲得，且與公司主要營業項目相同，且為公司合理可期待獲得者，始有競業禁止規範之適用¹⁴⁵。

本文認為，從實務限制獨立董事兼任之觀點出發，為了確保獨立董事執行職務具有一定品質，原則上獨立董事不得兼任其他公司獨立董事逾三家，若獨立董事所兼任的其他公司皆經營相同營業範圍之事業時，依實務看法，僅不逾三家即可；但從競業禁止之目的觀之，獨立董事參與公司業務決策，應為公司盡其最大之能力、謀求最大利益，獨立董事若有競業之行為，雖其具有專業之能力，亦可能為自己或他人之利益而做出損及公司之行為，故亦受公司法第 209 條董事競業禁止之規範。另有學者主張，對於獨立董事為競業許可可能耗費很大成本，應將「公司負責人」競業之禁止規範，限定於公司董事所營事業，係利用公司資源所獲得，且與公司主要營業項目相同，並為公司合理可期待獲得者，始有競業禁止規範之適用¹⁴⁶。然就目前實務已針對獨立董事兼任有所限制，股東會針對各個獨立董事為競業行為許可之成本可能並無想像中的龐大，故並無必要將負責人競業禁止規範限定於公司董事所營事業，係利用公司資源所獲得，且與公司主要營業項目相同，並為公司合理可期待獲得者，始有競業禁止規範適用之修改。亦即，當只要獨立董事之競業行為被認定為公司所營業範圍時，即應受公司法第 209 條董事競業禁止之規範。

¹⁴³ 參閱林國全，同註 125，頁 220。

¹⁴⁴ 參閱公司法第 18 條第 2 項：「公司所營事業除許可業務應載明於章程外，其餘不受限制。」

¹⁴⁵ 陳俊仁，同註 129，頁 47。

¹⁴⁶ 陳俊仁，同註 129，頁 47。

第三款 法人代表董事及法人董事與其代表

第一目 公司法規定

現行公司法第 27 條第 1 項規定：「政府或法人為股東時，得當選為董事或監察人。但需指定自然人代表行使職務。」第 2 項規定：「政府或法人為股東時，亦得由其代表人當選為董事或監察人，代表人有數人時，得分別當選。」此為我國獨特之立法，為外國所無¹⁴⁷。第 27 條明定政府或法人為法律上權利義務之主體，可成為公司之股東，並且相較於自然人無須具有股東身分即能當選董事，政府或法人須具有股東身分始得擔任公司之董監事。

公司法第 27 條第 1 項係以「政府或法人股東」本身為對象，即以政府或法人股東之資格得當選為董事或監察人，且僅可當選一席。其當選為董監事時，需指定自然人代表行使職務，因法人無法自己執行職務，需有自然人為代表¹⁴⁸。故委任關係存在於公司與該「政府或法人股東」之間，如改派代表人行使董監職務，非屬董監之變更。

公司法第 27 條第 2 項以該「政府或法人股東之代表人」為對象，即由該代表人個人以自然人之資格而當選為董事或監察人，而且代表人有數人時得分別當選。準此，政府或法人股東得指派複數代表人參選董監事，而此代表人不以具有股東身份為要件¹⁴⁹。實務上，係由政府或法人股東評估其可當選被投資公司之章程規定董監事之席次而指派之¹⁵⁰。故委任關係存在於公司與「該代表人個人」之間，如政府或法人股東改派其他代表人補足原任期，則屬董監事之變更。

公司法第 27 條第 3 項規定：「第 1 項及第 2 項之代表人，得依其職務關係，隨時改派補足原任期。」此規定係在避免公司不致因此需召集股東會之繁複程序¹⁵¹。依此規定允許法人股東得指派複數代表人分別當選多席董監事，且得依其職

¹⁴⁷ 林國全，法人得否被選任為股份有限公司董事，月旦法學雜誌，第 84 期，2002 年 5 月，頁 21。

¹⁴⁸ 高靜遠，公司法上法人股東代表人人數之規範探討，月旦法學雜誌，第 79 期，2001 年 12 月，頁 174。

¹⁴⁹ 經濟部 1967 年 09 月 08 日商字第 23486 號：「查董事長對內為股東會及常務董事會主席，對外代表公司，公司法第 208 條第 3 項前段定有明文，如公司章程訂定「董事長及常務董事各自代表」於法不合，應依照上開條文規定修正。又政府或法人股東所指派之代表人當選為董事或監察人者，依公司法第二十七條第二項規定其代表人不得具有股東身份為要件。」

¹⁵⁰ 高靜遠，同註 148，頁 174。

¹⁵¹ 經濟部 1968 年 1 月 20 日商字第 02136 號解釋：「查政府或法人股東之代表人當選為董事或監察人時，公司法第二十七條第三項規定得依其職務關係，隨時改派補足原任期者，皆在避免公司不致因此而須召集股東會之繁複程序。至於常務董事依規定係由董事會推選，本無一定任期，改選不困難，政府或法人股東改派之代表人如繼續擔任原代表人之常務董事職務仍應由董事會另行

務關係隨時改派。

有問題者，公司法第 27 條第 2 項中，若法人股東之自然人代表當選董事時，其法人股東、自然人代表與公司間之法律關係為何，有所爭議。有認為應採取合併說，依最高法院 88 年台上 2590 號判決：「……必先有股東身分而後始有擔任董事之資格，法人股東所指派之代表人以該法人股東代表之身份擔任另一法人公司董事，同時又被推為公司董事長，其有關該項職務之權利義務，自應以法人代表身分承擔，權利義務直接歸屬於該法人股東。……原審將被上訴人公司股東行政院開發基金會與其指派代表擔任被上訴人公司董、監事之自然人分開，認系爭股東會決議之效果歸屬於該擔任董、監事之人，而非其所代表之行政院開發基金會，致使無股東身分之自然人個人來承擔決議之效力，其所持法律見解，已滋疑義。」故而廢棄原二審判決。本案判決首先值得斟酌之處在於：法院似認為該董監事之委任關係，係以「法人股東」加上「自然人代表」二者合一，為契約之一方當事人。法院進一步嚴守法文用語之意旨，將該自然人代表定性為「代表人」性質，此觀諸判決理由中處處顯露「否認法人代表之獨立人格性」一節自明¹⁵²。亦即，自然人代表當選董事時，法人股東和該自然人代表間成立一內部委任關係，另公司與法人股東和該自然人代表間成立另一個外部委任關係。

另有認為應採分離說，認為自然人代表與法人股東成立一個委任關係，另一方面，該自然人代表與公司間成立一個獨立的委任關係，二者各自獨立、並不相屬。並認為最高法院之見解有些不妥之處：1. 本判決將自然人代表所為之行爲，直接視為本人(即法人股東)行爲。惟此際最高法院之用語又復為「權利義務直接歸屬於法人股東」，究竟係直接對法人股東發生效力亦或是被認係法人股東自己行爲，易茲疑異。2. 最高法院並就該案例當事人間法律關係，即逕以第 27 條第 1 項為立論基礎，似有不當¹⁵³。3. 董事會為制訂公司決策之集合體，在行使職權時必須具有集思廣益、溝通意見的功能，並且應於違反注意義務（與忠實義務）時承擔責任，故其成員本以自然人擔任為宜。然而，適用「合併說」的結果，不啻使法人股東與自然人代表間產生「你泥中有我、我泥中有你」的現象，如此一來，董事權義與責任將更難釐清¹⁵⁴。

該上述爭議可在公司法第 209 條規定之董事競業禁止看出合併說與分離說之差異。例如，設某 a 法人為 b 公司之股東，某 c 為其自然人代表，並當選董事，今某 a 經營與 b 公司營業範圍內相同業務，效力如何？某 c 經營與 b 公司營業範圍內相同業務，效力為何？依合併說，真正擔任董監者，應認係法人股東，自然

推選。」

¹⁵² 王文宇，法人股東、法人代表與公司間三方法律關係之定位，台灣本土法學雜誌，第 14 期，2000 年 9 月，頁 103。

¹⁵³ 王文宇，同前註，頁 103。

¹⁵⁴ 王文宇，同註 152，頁 105。

人不過為其代表，性質上屬法人股東之手足，故究否有競業行為，自應以 a 法人觀之。從而，即使 c 位列董事長，執掌公司經營大權，並同時為自己經營與 b 公司相同內容之業務，仍然無董事競業責任之適用，b 公司不能主張歸入權。競業禁止之規定僅於 a 法人經營與 b 公司相同業務時，始有適用。然而，當 c 任 b 之董事，而竟利用職務之便而行競業行為，縱使無故意損害 b 公司之意旨，最少也係搭便車（free rider）之不公平行為，且斯種情形，為何應與一般自然人股東當選董監後之競業行為，為相歧異之處理？若依分離說，是否有競業行為，自得以 c 之情形為判斷基準即足，蓋 c 之任董監，係與 b 公司間之委任契約所致，該委任契約之當事人係 c，自以其究否有為競業行為，判斷 b 公司得否發動歸入權，性質上可免上述無法自圓其說之困境，自較為佳¹⁵⁵。

第二目 應受競業禁止之規範

壹、法人股東當選董事之情形

法人股東依公司法第 27 條第 1 項當選董事時，並指定一自然人為代表行使職務。該法人股東為董事，即應受公司法第 209 條之董事競業禁止之規範，並無疑義¹⁵⁶。而其自然人代表與公司間並無委任關係存在，從而，其對公司忠實義務之有無？進而，是否應為本項董事競業行為主體？似仍有待更進一步理論架構¹⁵⁷。代表人以法人名義所為之行為，係屬本人（法人）的行為。蓋法人無論其為社團或財團，不能自為法律行為，須由自然人為之。代表法人之機關，猶如其手足，其所為的法律行為，即為法人自身所為，當然由法人承受¹⁵⁸。當自然人代表法人股東出席該公司之董事會，雖非該公司董事，但能知悉公司之業務機密機會，故可能利用該資訊在外做出競業行為而損及公司利益，該自然人亦應為規範之對象。

貳、法人股東之代表人當選董事之情形

法人股東之代表人依公司法第 27 條第 2 項當選董事時，該自然人代表為董

¹⁵⁵ 王文宇，同註 152，頁 105-106。

¹⁵⁶ 惟有論者認為，該法人董事似應排除競業禁止規範之外。其認為：「在競業禁止方面，若認為擔任董事職務者係「法人」，而非該自然人代表個人，則似乎只有該法人才是公司法第二〇九條的規範主體，不過，這樣解釋有時會造成一些有趣的情況。假定 A 法人係經營零售業，轉投資另一家經營倉儲業的 B 公司，假定 B 公司有進入零售市場的計劃，如果 A 公司當選 B 公司之董事，則是否 A 公司即受到競業禁止的限制？對商業界而言，如果此時要求他們要依競業禁止的規定負責，可能是相當奇怪的事情，商業上多元化經營的彈性可能會因為必須要得到被投資公司股東會的同意，而大大增加其成本，這些增加的成本可以經由將其排除於競業禁止義務之外而得到解決。」，陳肇鴻，由經濟觀點論董事之行為規範與責任制度，台灣大學法律學研究所碩士論文，2000 年 6 月，頁 202-203。

¹⁵⁷ 林國全，同註 125，頁 221。

¹⁵⁸ 王澤鑑，民法總則，2008 年 10 月版，頁 476。

事，自應受董事競業禁止之規範，並無疑義。而該法人股東並非董事，對此，經濟部 2000 年 4 月 24 日商字第 89206938 號函解釋：「按公司法第二百零九條有關董事競業禁止規定之規範目的係為保障公司之營業機密，而法人股東依同法第二十七條第二項規定，指派代表人當選為董事時，該代表人即有知悉公司營業秘密之機會，又其與法人股東有委任關係，依民法第五百四十條之規定，受任人〔代表人〕應將委任事務進行之狀況報告委任人〔法人股東〕，該法人股東自亦有知悉公司營業秘密之機會，故二者均應受董事競業禁止之限制，始符合公司法第二百零九條規定之意旨。準此，公司法第二十七條第一項規定，自應亦為相同之解釋。又具體個案有無違反公司法第二百零九條之規定，係屬司法機關認事用法範疇，仍由法官本其確信之法律見解依法審判併為敘明。」因該法人股東與該代表人間係屬委任關係，故該代表人依民法負有報告義務而該法人股東亦可能獲悉該公司之營業秘密；是故，應認該法人股東以及其代表人均受競業禁止規範之限制為妥¹⁵⁹。

第四款 實質董事

實質董事 (shadow director) 係指不居於董事地位而事實上卻能發揮如同董事影響力之股東，或是利用人頭充任董事而自己居於幕後操縱公司經營者之幕後董事而言¹⁶⁰。2006 年英國公司法第 250 條¹⁶¹規定：「『董事』包括任何具有董事地位之人而不論實際明稱為何」；第 251 條第 1、2 項¹⁶²規定：「公司法中所謂實質董事 (shadow director)，係指公司董事必須經常遵照其指揮或指示而行之人，但不得僅因其專業背景給予公司董事建議，而認定為實質董事。」相較於我國並未對實質董事有明文規範。

實質董事並非法律明文規範董事類型，並無法受到董事競業禁止之規範。換言之，董事之認定，原則上採形式認定。凡經股東會適法選任(公司法第 198 條)，或主管機關指派或核定(證交法第 126 條第 2 項；期交法第 36 條)者，皆為本項規範對象主體。名相符者，固屬之。有董事之名，卻未實際執行董事職務之「有名無實」者，亦屬之。因我國法制與司法判決皆未有英美「影子董事」或「實質董事」之概念，故形式上無董事身分，卻能實際影響甚至掌控公司經營之「有實

¹⁵⁹ 王文宇，同註 87，頁 326。

¹⁶⁰ 王文宇，同註 87，頁 328。

¹⁶¹ The Companies Act 2006 §171 “Director”

In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.

¹⁶² The Companies Act 2006 §251 “Shadow director”

(1) In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.

(2) A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity.

無名」者，並非本項規範對象主體¹⁶³。對此一漏洞，基於競業禁止之目的觀之，係在避免其選擇不為公司盡忠，從而利用其地位取得之業務機密或資訊，與公司競業，恐有損及公司角度觀之，宜將實質董事納入規範範圍中。

第二項 受規範之行爲

第一款 須爲營利行爲

董事競業之行爲應以具有營利性或商業性者始應禁止；換言之，若完全不具營利性之行爲則不在限制之內。如汽車公司之董事爲自己或家人購進他汽車公司之驕車等行爲不屬之¹⁶⁴或是房屋銷售公司之董事，爲自己購買房屋¹⁶⁵，即非董事競業規範之範圍。

第二款 須爲自己或他人

依公司法第 209 條第 1 項對於董事競業行爲之限制，限於董事「爲自己或他人」爲屬與公司營業範圍內之行爲。本項規定與日本公司法第 365 條第 1 項第 1 款（商法第 264 條第 1 項）之規定相當。對於究竟「爲自己或他人」所指爲何？是否以具有形式上之名義，即以董事或他人名義所爲之行爲作爲董事「爲自己或他人」爲屬於公司營業範圍內行爲之判定基準？或是以董事爲自己或他人之計算所爲之行爲，即以經濟效益是否歸屬於董事或他人作爲競業行爲之判定基準？則存有爭議。

對此問題，日本學說有「名義說」與「計算說」兩種不同見解。名義說之見解認爲：所謂爲自己或他人乃指以自己或他人代理人或代表人之名義所爲之行爲¹⁶⁶。即使是以自己或他人之名義所爲之行爲，未必能爲自己或他人取得利益，只要具有形式上之名義即可，至於經濟效益歸屬於何人，則非所問¹⁶⁷。並且，如以自己或他人之名義作爲判定標準，則容易由外觀上得知是何人從事交易，但如以爲自己或他人之計算爲標準，則無法由外觀上得知該交易之實質利益是否屬於董事。因此如以形式上之名義作爲認定標準，不但可免除是否需經由股東會同意所產生之爭議，同時也可輕易由外觀判定是否屬於董事競業交易¹⁶⁸。相對採計算說之多數見解認爲：所謂爲自己或他人是指爲自己或他人利益計算所爲之行爲，只要其行爲之經濟效果歸屬於自己或他人則屬之，至於實際上是以何人名義爲之，

¹⁶³ 林國全，同註 125，頁 221。

¹⁶⁴ 柯芳枝，同註 93，頁 278；王文宇，同註 87，頁 326。

¹⁶⁵ 陳梅萍，同註 35，頁 268。

¹⁶⁶ 大隅健一郎，会社法の諸問題，高文社，1983 年 9 月，頁 293。

¹⁶⁷ 大隅＝今井，会社法論中卷，（第三版）有斐閣，1992 年，頁 227。

¹⁶⁸ 多田晶彦，自己又ハ第三者ノ爲ニ」の意義，商事法務，1985 年 11 月，頁 9。

在所不問¹⁶⁹。

在我國對此爭議亦有兩種見解，有認為¹⁷⁰「爲自己或他人」未必有爲自己或他人取得利益之意義，只要在形式上係以自己之名義或爲他人之代理人即可，至其經濟上之效果，究歸屬何人則非所問。另有認為¹⁷¹不問董事係以自己名義或他人名義爲之，只需其行爲之經濟上效果，歸屬於自己或他人則屬之，蓋競業禁止規範之目的既在防止董事爲謀取私利而使公司利益受損，則自應以競業行爲利益歸屬之實質爲規範重點，而不應拘泥於以何人名義之形式¹⁷²。更有認為，兩者皆應包含在內，因競業禁止的目的有保護公司免於受到損害，亦有要求董事需爲公司盡其心力。故當董事爲競業行爲時，其對於公司已造成損害之風險，且董事立於與公司存有利益衝突之地位，故應以此作爲實質性之判斷，較可妥適地保護公司不受到董事競業行爲之侵害¹⁷³。

本文認爲「爲自己或他人」宜解釋爲形式上係以自己之名義或爲他人之代理人即可，至其經濟上之效果，究歸屬何人則非所問。即董事必須有形式上以自己名義或他人名義爲競業行爲時，始能適用競業禁止之規定，否則董事就實際上根本無法被看出有爲競業行爲時，如何判斷董事有爲競業行爲。再者，董事或第三人有無獲得利益而可能侵害公司利益與否係由股東會判斷，並決定是否就董事競業行爲予以許可之層次。析言之，當董事形式上以自己或他人名義爲競業行爲，無論董事之競業行爲有無被股東會認定有爲自己或他人獲有利益而可能損及公司利益，皆受公司法第 209 條之競業禁止規範。若董事形式上無以自己或他人名義爲競業行爲，客觀上根本無法認定董事有爲競業行爲，故無法受公司法第 209 條之競業禁止規範，雖董事爲自己或他人獲有利益而可能造成公司利益受損僅爲利益衝突之情形，應屬公司法第 23 條忠實義務之射程範圍內，而非公司法第 209 條之競業規範。

第三款 須屬公司營業範圍內

第一目 營業範圍之認定

¹⁶⁹ 本間輝雄，新版注釈会社法(6)，株式会社の機関，上柳克郎、鴻常夫、竹内昭夫編集代表，有斐閣，1986年10月，頁250。

¹⁷⁰ 劉甲一，商事法論(上)，1980年9月，頁186。

¹⁷¹ 林國全，同註125，頁222；王文宇，同註87，頁325；柯芳枝，同註93，頁278；劉連煜，現代公司法，新學林出版，增訂四版，2008年9月，頁399。

¹⁷² 林國全，同註125，頁222。並認爲現行爲字「爲自己或他人」中之「爲」字，已清楚呈現其係屬目的要件之意義，並無再增列「之計算」文字之必要。但有建議將現行「爲自己或他人」之文字，修正爲「爲自己或他人之計算」，以求明確，見陳梅萍，同註35，頁265。

¹⁷³ 鄭植元，董事忠實義務之研究－以企業併購爲中心，成功大學法律學研究所碩士論文，2008年6月，頁98-99。

本項所定競業行為之內容為「屬於公司營業範圍內之行為」。此之公司，係指該行為董事所屬之公司，自不待言。本條為股份有限公司章程之規定，故此之「公司」，自指股份有限公司，其是否為公開發行公司，並非所問¹⁷⁴。

所謂：「屬於公司營業範圍內」之行為，2001 年公司法修正前之通說及實務見解，謂：「係指其行為屬於『公司章程所載』之公司所營事業中為公司實際上所進行之事業，並包括公司業已著手準備或只是暫時停止之事業在內。」在 2001 年公司法修正後之學說文獻與主管機關函釋，亦仍維持此一見解，以是否屬於「章程所載之公司所營事業」為認定董事之行為是否屬於本項所定競業行為之第一道基準¹⁷⁵。在此見解下，若董事所為行為非屬於「公司章程所載之公司所營事業」，將非屬本項所定競業行為，而無本項之適用。

惟 2001 年公司法修正，刪除原第 15 條第 1 項「公司不得經營登記範圍以外之業務」規定。雖於第 129 條第 2 款仍維持「所營事業」為公司章程應記載事項，但就章程上「所營事業」之記載方式，配合 2001 年公司法修正而於 2002 年 1 月 30 日修正發布之「公司名稱及業務預查審核準則」第 11 條，已允許公司章程記載之所營事業為概括性記載。具體而言，公司章程記載之所營事業可有下列之三種型態：(一)依經濟部公告之公司行號營業項目代碼表所定細類之代碼及業務別具體限定列舉公司所營事業；(二)除上述(一)之具體列舉業務外，並加列「除許可業務外，得經營法令非禁止或限制之業務」之概括性記載；(三)僅為「除許可業務外，得經營法令非禁止或限制之業務」之概括性記載。更重要者為，2001 年修正公司法增訂第 18 條第 2 項：「公司所營事業除許可業務應載明於章程外，其餘不受限制。」故在現行法下，若公司以上述(二)或(三)之方式記載其所營事業，其實際經營之業務，縱非章程所具體列舉，亦落入章程概括性記載之所營事業範圍內，而無問題。然若公司係以(一)之具體限定列舉方式記載其所營事

¹⁷⁴ 經濟部 2006 年 10 月 12 日經商字第 09500626690 號函：「按公司法第 32 條規定：『經理人不得兼任其他營利事業之經理人，並不得自營或為他人經營同類之業務。但經董事或執行業務股東過半數同意者，不在此限』；又同法第 209 條第 1 規定：『董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容，並取得其許可』。以上競業禁止規定，除其他法律有特別規定外，其是否涉及公開發行公司，或公司指派董事或經理人擔任其轉投資事業之董事或經理人，要非所問。至於所稱公司營業範圍內之行為或經營同類之業務，係指其所為之行為(業務)屬於章程所載之公司所營事業中為公司實際上進行之事業，並包括公司業已著手準備或只是暫時停止之事業在內。至於具體個案是否有競業情形，允由法院本於權責認定。」

¹⁷⁵ 廖大穎，公司法原論，三民出版，修訂二版，2005 年 9 月，頁 189；王文宇，同註 87，頁 325；王泰銓、王志誠，公司法新論，三民出版，增訂四版，2007 年 1 月，頁 504；主管機函釋如經濟部 2006 年 10 月 31 日經商字第 09502156510 號函：「……二、次按公司法第 32 條規定：『經理人不得兼任其他營利事業之經理人，並不得自營或為他人經營同類之業務……』。旨在規範經理人競業之禁止，但不及於董事。而依同法第 209 條第 1 項規定：『董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容，並取得其許可』，該條項所稱『公司營業範圍內之行為』，係指其所為之行為屬於章程所載之公司所營事業中為公司實際上進行之事業，並包括公司業已著手準備或只是暫時停止之事業在內。具體個案是否涉有競業情形，允由法院本於權責認定。」

業，依公司法第 18 條第 2 規定，公司仍得適法經營章程具體限定列舉所營事業以外之事業。於此情形，若謂本項之董事競業行為，仍以該董事之行為是否屬於「公司章程所載」之公司所營事業為第一道認定基準，即非妥當。縱上，在現行法下，就本項所定董事競業行為之認定，以經濟部 2006 年 10 月 31 日經商字第 09502156510 號函：「……，該條項所稱『公司營業範圍內之行為』，係指其所為之行為屬於章程所載之公司所營事業中為公司實際上進行之事業，並包括公司業已著手準備或只是暫時停止之事業在內」為例，宜刪除「章程所載之公司所營事業中」等文字，始較妥當¹⁷⁶。

另一方面，若公司尚未著手準備或已完全廢止之事業，縱載於章程，亦應加以排除，蓋此際無競業之可言¹⁷⁷。

有學者參考日本實務及學說見解，而主張競業禁止之規定既為防止利益衝突之產生，不應僅就目前是否有發生具體危險之虞作為判定競業與否之基準，應對於目前或將來一切可能產生利益衝突之範圍均加以限制。例如：即使公司目前對於某一新事業尚未著手準備，但由公司營業種類、經營策略加以判斷，未來公司從事該項事業是在合理可預期範圍內，因而董事也不應利用該新事業之相關資訊，否則仍應認為違反競業禁止義務。此外，董事在不同區域從事與公司營業範圍相同之事業，除非公司已對於該區域有具體進駐之計畫，或合理推測公司未來會進駐該區域，一般而言不應產生競業問題¹⁷⁸。但事實上，即使所營事業所處地域完全不同，依然可能產生潛在客戶競合，或購入原物料或商品時產生競合問題，若該事業之性質極有可能產生競爭關係之虞者，即使現在並未存有競爭關係，也不應排除本項規定之適用。因此，只要有使公司產生利害衝突之抽象危險者，不論該行為是否與公司在市場之交易對象有所競合、經營區域是否相同、是否與公司存有競爭關係，應全部在禁止範圍內。即「除公司已完全廢止之事業外」，皆有可能使公司發生利益衝突之抽象危險，皆應屬於公司營業範圍內之行為。然而，董事競業行為雖屬於公司營業範圍內之行為，但卻並不一定會與公司發生利益衝突，在擴大解釋公司營業範圍的同時，也必須兼顧董事之權益。因此，如董事能證明所為之競業雖屬於公司營業範圍內之行為，但並無損害公司利益之虞，或公司對該營業範圍完全沒有進行之計畫時，將此種情況排除於競業規定之限制範圍應無不可¹⁷⁹。

¹⁷⁶ 林國全，同註 125，頁 223-224。

¹⁷⁷ 柯芳枝，同註 93，頁 278。

¹⁷⁸ 神崎克郎，山崎製パン事件判決とその意味，6 月，商事法務，1981 年 8 月 15 日。

¹⁷⁹ 陳梅萍，同註 35，頁 269-270；相同見解另有程春益，公司治理與董事法制，前瞻公司法制學術研討會，2002 年 12 月 13 日，頁 10 及吳碧雲，董事的注意義務，中原大學財經法律研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 33。在此見解下，日本學說甚至認為即使經營同一事業之 A、B 二公司，已就顧客層或商圈之市場區隔達成合意，仍有利益衝突之抽象危險，而不能排除競業禁止規範之適用。見あさひ・狛法律事務所，平成 18 年会社法，取締役・取締役会の実務，2006 年 6 月，頁 175。

另有認為此「抽象危險認定說」固呈現日本實務與學說細膩之一面。但以台灣實務環境觀之，因其認定標準有欠具體明確，在運作上恐易增爭議而暫不宜採。但另一方面，亦認為應適當擴張「業已著手準備」之認定範圍，始能確實達成董事競業禁止規範之目的。公司如已有具體行為顯示其從事某新事業之「意思」，例如，公司已開始研議評估進入某新事業之可行性，或已將某事業列入其長期發展計畫，亦應認為係涵蓋於「業已著手準備」之概念中¹⁸⁰。

另謂「公司營業範圍內」之行為，則應以公司之業務行為，即公司經常反覆之營利行為為限。例如製造業之 A 公司為建新廠而欲購入某土地，董事甲卻搶先購入該土地。因購買土地並非 A 公司之業務，故甲之行為，或構成違反忠實義務之另一行為類型，即「利用公司機會」，而得依公司法第 23 條第 1 項處理。但並不構成本項之競業行為¹⁸¹。

有學者主張，「屬於公司營業範圍內之行為」，並非泛指一切營業範圍內之行為，而僅指致使公司受不利益之營業範圍內之行為，方在禁止之列¹⁸²。此一見解，並未明確表明其係在界定應經事前許可之行為，或公司得據以對董事行使歸入權之行為。然本項董事競業禁止規範，原屬預防危害發生性質。且本條第五項之歸入權行使，亦不以公司受有不利益或損害為要件。故上述見解，徒然限縮本項適用範圍，且若需事前判斷是否「致使公司受不利益」，更增加本項規定之適用困難¹⁸³。

第二目 兼任相同營業範圍內董事或經理之情形

若公司之董事，兼任經營同種類業務之他公司董事，是否構成本項所定之董事競業行為。關於此問題，日本公司法第 365 條第 1 項第 1 款「董事為自己或他人從事屬於股份有限公司營業範圍內之交易」，就董事競業行為，使用「交易」一語，故在日本法下，所謂董事競行為，限於具體交易行為。「兼任經營同類業務之他公司董事」之行為，本身並不構成競業行為。然相對於此，我國法本項規定文字為「屬於公司營業範圍內之『行為』」，涵蓋範圍應較日本法廣泛，而有探討是否應將「兼任經營同類業務之他公司董事」納入競業行為範圍之可能性與必要性。

同一人同時為二以上公司之董事，一般稱為「董事兼充」。單純之董事兼充，即該同一人同時擔任董事之各公司間，所營事業並非相同或類似，而無競爭關係

¹⁸⁰ 林國全，同註 125，頁 224。

¹⁸¹ 陳梅萍，同註 35，頁 268。

¹⁸² 梁宇賢，公司法論，三民出版修訂 5 版 1 刷，2003 年 11 月，頁 427。

¹⁸³ 林國全，同註 125，頁 224。

之情形，自無使之適用董事競業禁止規範之必要，並無疑義¹⁸⁴。

但就「董事兼任經營同類業務之他公司董事」行為本身，是否構成本項所定董事競業行為，我國學說與實務，均有不同見解或處理。

否定說認為，例如惟若擔任同類業務之他公司之董事長時，因董事長須代表公司為法律行為（公司法第 208 條第 3 項），其行為勢必成為為他人為屬於公司營業範圍內之行為，而須受到競業禁止之規律¹⁸⁵。雖未明言，但應意涵若非擔任董事長，而係擔任無代表公司為法律行為權限之一般董事，即無須受競業禁止規範。在司法實務判決，如台中高分院 92 年度上易字第 204 號民事判決以「而競業禁止之規定本旨在禁止董事為自己或他人與公司現實為競業行為，因此必該董事有為違反競業禁止之行為方屬相當。……上訴人就被上訴人確有為○○公司為與上訴人公司營業範圍內之行為之事實，自應先負舉證之責，……」。駁斥上訴人僅以被上訴人擔任經營同類業務之○○公司董事即認上訴人從事競業行為之主張。台中地院 89 年度重訴字第 421 號民事判決及同院 91 年度訴字第 3036 號民事判決更皆明言：「禁止競業之規定本旨在禁止董事為自己或他人與公司現實為競業行為，因此董事若僅為他公司之董事，甚至擔任他公司之董事長，並非問題所在，必該董事有為違反競業禁止之行為方屬相當，自不得僅以其擔任他公司之董事，即任其有違反競業禁止之行為。」

肯定說認為，主張董事兼任與公司營業範圍相同公司職務，應可認為董事是為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，因此需受競業規之限制¹⁸⁶。在司法實務判決上，則如台北地院 96 年度訴字第 4616 號民事判決及同院 96 年度訴字第 4947 號民事判決，分別就以「本公司董事若因業務需要同時擔任與本公司營業範圍所列同類業務公司之董事時，提請股東會許可並解除其競業禁止之限制」及「（一）為業務發展需要，本公司轉投資其它與本公司營業範圍相同或類似之公司，並指派董事擔任公司之經理人或董事，提請解除競業禁止之限制。（二）因董事或有投資或經營其它與本公司營業範圍相同或類似之公司，在無損及本公司利益之前提下，擬依公司法第 209 條規定，解除本公司全體董事及法人董事指派代表人競業禁止之限制，法人代表如有改派時亦同」為內容之「解除董事競業禁止之限制」議案，上述判決並非以該等董事兼充行為不構成競業行為為理由，而係以該等議案既未對欲取得許可之競業行為重要內容為充分之說明，且股東會所為之許可，亦非針對具體個案個別為之，而判決該股東會決議無效。而有豐富參與股東會實務運作經驗之法律實務工作者亦謂「實務上的做法，大都帶有『事前』『概括性』的意味，但多係針對董事兼任其他公司董事或經理人的行為解除

¹⁸⁴ 劉連煜，同註 171，頁 400。

¹⁸⁵ 柯芳枝，同註 93，頁 278。

¹⁸⁶ 陳梅萍，同註 35，頁 315。

限制」¹⁸⁷。

另有學者亦採肯定說，認為蓋董事競業禁止規範之目的在預防董事將公司機密流用至其另為之營業。董事如兼任另一經營同類業務公司之董事，即對該他公司亦負有忠實義務。其縱未有為該他公司為屬於公司營業範圍內之「現實競業行為」，但董事會既為股份有限公司之業務執行機關，則董事參與董事會之運作之行為本身，即為參與公司之經營。其在參與該他公司董事會運作時即有流用公司機密之高度危險。而對當事公司而言，欲證明該董事在該他公司董事會運作中，有流用公司機密或資訊等侵害公司利益之行為，實屬困難。此由上舉採否定說之司法實務判決，主張行使歸入權之原告公司皆歸敗訴，亦可窺知。故在我國現行文字下，應無必要如日本法將董事競業行為限縮於具體交易行為。而應認為「擔任經營同類業務之他公司董事」之行為本身，即為董事「為他人」為屬於公司營業範圍之行為，而受本項規範，始為妥當¹⁸⁸。

至於董事兼任經營同類業務之他公司經理人之情形，因經理人之本質即為在「公司章程或契約規定範圍內，有『為公司』管理事務及『簽名』之權」（公司法第 31 條第 2 項）之對外權限之人。故本文亦認為「董事兼經營同類業務之他公司經理人」行為本身，即為本項所定董事競業行為，而受規範¹⁸⁹。

董事兼任經營同類營業之他公司董事或經理人時，若皆未經各該公司股東會或董事會許可，則針對董事為競業行為各該公司皆得對董事行使歸入權，自不待言；若是董事兼任經營同類營業之他公司經理人，該董事之公司可行使歸入權外，公司法第 32 條規定經理人之競業禁止，違反時他公司可依公司法第 34 條，當經理人有違反法令，致公司受損害時，經理人對於公司負損害賠償之責。惟有論者謂「若兩家公司同時都行使歸入權，孰為優先，法文明文，頗費思量」¹⁹⁰。有學者認為此實屬多慮。蓋於此時，各公司行使歸入權之對象主體固為同一人，惟歸入權之對象客體，分別為該董事在對方公司之所得，並無衝突，應無孰為優先問題¹⁹¹。

若董事兼任經營同類業務之他公司董事或經理人，而該二公司為百分之百母

¹⁸⁷ 黃日燦，企業要聞公司董事競業禁止問題的商榷，經濟日報，2003 年 8 月 25 日，第 6 版。

¹⁸⁸ 林國全，同註 125，頁 226-227。

¹⁸⁹ 參見經濟部 1977 年 8 月 29 日商字第 25392 號：「公司法第二百零九條第一項規定『董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可。』又同法第三十二條規定「經理人……不得自營或為他人經營同類之業務，但經董事或執行業務之股東過半數同意者，不在此限。」故股份有限公司之董事長欲兼任另一同類業務之股份有限公司經理時，應分別經原公司股東會及所兼任經理公司之董事會之同意。」此函釋雖僅針對「董事長」，有學者認為就「董事」亦應為同解，林國全，同註 125，頁 227。

¹⁹⁰ 黃日燦，同註 187。

¹⁹¹ 林國全，同註 125，頁 227。

子公司關係時，在法律上雖為二獨立法人格之公司，但在經濟意義上實為一體。二者之間並無利益衝突之可言。故應認為於情形下之董事或經理人兼充，並不構成本項之競業行為¹⁹²。本文認為當母公司董事兼任經營同種類之子公司董事或經理人時，此種情形仍應經母公司之股東會與子公司之董事會許可，而非不適用公司法第 209 條第 1 項之規定。理由為，就母公司角度而言，董事兼任經營同種類業務之子公司董事或經理人，受公司法第 209 條之規範，自不待言。就子公司角度而言，依公司法第 128 條之 1 規定，若二公司為百分之百母子公司關係時，母公司為該子公司唯一股東，公司董事由該母公司股東指派，且子公司之股東會職權由董事會行使，因此針對董事競業行為之許可則由董事會行使同意權。董事由母公司股東所指派，當董事不聽從母公司之指示時，母公司可隨時另行指派他人取代之，故董事多可能聽從母公司股東意見執行公司業務，該董事也因此違反了子公司之忠實義務而有損害賠償之問題。但當母公司所指派擔任子公司之董事冒著可能遭母公司撤換之危險，「勇於」為子公司忠實執行其業務捍衛子公司之利益，認為該董事之競業行為可能損及公司利益而不應許可，此時該母公司董事兼任子公司董事或經理人，即違反公司法第 209 條或第 32 條之規定，子公司之董事會並可行使歸入權或是當子公司受有損害時可行使損害賠償請求權以填補公司之損害。

第三項 未經股東會事前許可

公司法第 209 條規定：「（第一項）董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行爲，應對股東會說明其行爲之重要內容並取得其許可。（第二項）股東會為前項許可之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。（第三項）公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。（第四項）前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。（第五項）董事違反第一項之規定，為自己或他人為該行爲時，股東會得以決議，將該行爲之所得視為公司之所得。但自所得產生後逾一年者，不在此限。」董事對公司固負有競業禁止之義務，但若對股東會說明其行爲之重要內容，並取得其許可，即得與公司為競業行為。蓋競業禁止之立法原意，既在保護公司之利益，是則當公司自己判斷，認為董事與公司競業，不會損害公司利益時，不妨免除董事此一義務。股東會為許可之決議，應以特別決議為之，以期慎重¹⁹³。

與公司為競業之董事，就股東會為許可之決議，應屬有自身利害關係，固有

¹⁹² 劉連煜，同註 171，頁 405。

¹⁹³ 柯芳枝，同註 93，頁 279。

本法第 178 條之適用，不得加入表決，亦不得代理他股東行使表決權¹⁹⁴。另外，第 206 條準用第 178 條之規定同樣是為防止董事與公司利益衝突所為之規定，故，如董事競業行為已獲得股東會之許可，則往後該董事在董事會中討論相關議案之表決時，是否需要迴避？對此問題現行之規定並不明確。依公開發行公司董事會議事辦法第 16 條第 1 項之規定，董事對於會議事項，與其自身或其代表之法人有利害關係，致有害於公司利益之虞者，不得加入討論及表決，並不得代理其他董事行使其表決權。事實上，董事獲得股東會之同意得排除競業禁止規定之適用，僅是同意該董事為與公司營業範圍內相同之行為。董事對公司仍負有忠實義務及注意義務，一旦董事之行為有自身利害關係而有損害公司利益之虞時，仍應依公司法第 206 條準用第 178 條之規定，不得行使表決權。

第一款 未經事前許可

若董事競業行為未經股東會許可時，則違反董事競業禁止之規範。就「許可」而言，應指董事需「事前」、「個別」向股東會說明行為之重要內容後，取得許可之情形。然該許可是否包括「事後」之追認或者「概括性」許可，有所爭議。

日本法董事競業行為係交由董事會行使，董事競業行為是否可容許事後追認，有肯定見解認為：由於即使經由董事會之追認仍無法免除董事損害賠償責任，僅產生歸入權消滅之效果，因此同意董事會為事後追認並無不可¹⁹⁵。採否定事後追認之見解認為：為達成許可所為之董事會召集程序並不困難，並不需要事後追認，並且不論是否經由許可，董事皆依法有將交易重要內容向董事會為事後報告之義務，因此，對於競業交易所為之事後承認應為無效，而應以獲得事前許可較為妥當¹⁹⁶。我國實務上，依經濟部 1997 年 8 月 20 日商字第 8621697 號函釋：「按公司法第 209 條第 1 項規定係指董事應於『事前』『個別』向股東會說明行為之重要內容，並取得許可，並不包括由股東會『事後』『概括性』解除所有董事責任之情形。」，實務所以採此見解，應係因事後承認（或追認），其性質乃係責任免除，與本項規定屬預防性規範之本旨不符。而若允許「概括性」許可，則本項所定董事競業行為解禁前提行為之「說明其行為之重要內容」，將無從實行，而失其意義¹⁹⁷。換言之，競業禁止規定課以董事嚴格許可要件，其目的是為預防公司利益受損。如董事未經許可而為競業行為，公司可自行決定是否追究董事之責任，例如行使歸入權，則並無事後追認之必要。另外，由於大股東多能主導股東會之決議，若採取事後追認方式，可能僅是配合競業董事之要求而為，因此，如允許股東會事後追認，將使歸入權行使之規定無法發揮作用，同時也將因有事後追認方式而可能促使以既成之事實強迫股東會追認，間接鼓勵董事先下手為

¹⁹⁴ 柯芳枝，同註 93，頁 279。

¹⁹⁵ 涉谷光子，利益相反行為の規制，民商法雜誌，1982 年 6 月，頁 746。

¹⁹⁶ 大隅＝今井，同註 167，頁 209-210。

¹⁹⁷ 劉連煜，同註 171，頁 400。

強，從事更多競業交易行為，實有違競業禁止規定之立法本旨。因此認為，對於董事競業行為原則上應事先取得股東會之許可始得為之較為妥適。

董事為競業行為應經股東會個別許可外，是否得為概括性許可之問題。對此，德國股份法認為監察人會可針對特定商業或商業公司或特定種類之交易為許可¹⁹⁸。日本公司法或舊商法雖無明確規定，但多數說是以個別同意原則，概括同意為例外¹⁹⁹。對於持續進行之特定競業交易（例如允許同為貨物運輸業者之董事得於某一限定區域內配送貨物），如不允許概括同意實際上無法進行交易，如董事將競業交易之重要事實揭露後，董事會能據此預測及判斷該交易對公司未來營運所可能產生之影響，則應同意董事會對該交易為概括之承認²⁰⁰。除此以外，原則上董事會仍應就個別行為行使同意權。就我國公司法並無規定，有學者認為，許可原則上應就具體行為個別為之，惟就關於在一定地域為貨物運送之類之同種同型之反覆行為，則得為概括之許可²⁰¹。依公司法第 209 條第 2 項規定需經過股東會許可之立法目的，乃希望股東會能確實瞭解並判斷董事實際交易行為，是否有損及公司利益之虞，因此應就個別行為分別判斷並行使同意權。但目前工商企業發達環境下，如對於所有交易行為皆需經由股東會之同意，而股東會並非經常性的召開，恐緩不濟急，即使召開臨時股東勢必浪費公司成本。因此認為，原則上股東會對於董事競業行為之同意權應每次就個別事項加以判斷後行使，但對於同種定型之持續性交易，董事如能向股東會說明其重要內容，則應允許股東會事前為概括同意²⁰²。但另有認為，在我國現行文字下，「擔任同類業務之他公司董事」行為本身，亦屬董事競業行為，故許可董事「擔任同類業務之他公司董事」之股東會決議，應就該董事具體擔任「何家」同類業務公司之董事為其內容，始符合實務所採應個別許可之要求。尚不得為擔任「任何家」同類業務公司董事之概括性許可²⁰³。

第二款 未經股東會特別決議

我國對董事競業行為之許可權限機關為股東會。亦為 2001 年公司法修正第 202 條限縮股東會權限後，現行法明定股東會專屬權限之一²⁰⁴。若就董事競業行為僅經常務董事會決議「.....提下屆股東會許可」，自不能認為已取得股東會之許

¹⁹⁸ 參照德國股份法第 88 條第 1 項後段規定。§88:「(1).....Die Einwilligung des Aufsichtsrats kann nur für bestimmte Handelsgewerbe oder Handelsgesellschaften oder für bestimmte Arten von Geschäften erteilt werden.」

¹⁹⁹ 田中誠二，会社法詳論上卷，勁草書房，1993 年 3 月，頁 607。

²⁰⁰ 大隅=今井，同註 167，頁 229。

²⁰¹ 柯芳枝，同註 93，頁 279。

²⁰² 陳梅萍，同註 35，頁 279。

²⁰³ 林國全，同註 125，頁 229；王文宇，同註 87，頁 326，同此見解。

²⁰⁴ 公司法第 202 條：「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²⁰⁵。又，此之股東會，不問股東常會或股東臨時會皆得為之。

以公司之最高意思機關股東會為董事競業行為許可權限機關，立法原意應係鑑於董事競業行為有對公司造成積極侵害利益之高度危險，就其許可，允宜慎重所致。

但有認為如所屬於公司營業範圍內之行為，皆須獲得股東會特別決議之許可，不但耗費公司成本、影響企業運作之機動性，並且由於因股東會為每年定期召開之會議，對於競業議案之通過恐緩不濟急，即使以召開股東臨時會之方式，也將使公司支付不必要之開會成本或費用。此外，由於股東會仍是由經營者或大股東所掌控，即使通過股東會之許可，仍無法有效達成保護少數股東之目的，顯見對於董事競業行為獲得股東會決議之方式仍有待商榷²⁰⁶。並且，依照我國目前董事會之運作現況觀之，董事會多由經營者或大股東所掌控，且董事會成員彼此間多為親朋好友，對於公司許多重大決策往往是充分配合，而缺乏嚴密的討論或辯論過程，因此競業董事要通過董事會之決議並非難事，但因現階段公司並無監察人會之組織，而依現行法之規定，監察人得單獨行使其監察權，因此，短期內轉換至監察人會方式並不可行。因此，在現行法規定需經由股東會同意情況下，至少可考慮採取「定期揭露」的補強措施，主管機關應要求公司定期申報並揭露董事競業計畫及競業事實，明訂董事競業行為之公開揭露方式，股東會對於該競業行為同意之程序，董事於兼任其他同種業務公司職務前，應「個別」、「具體」、「事前」向股東會說明行為之重要內容，以使股東能完全瞭解並判斷競業之內容及對公司所可能產生之影響，同時公司本身（董事會）也應對競業董事所揭露之競業計畫表示意見並即時對外揭露。透過資訊揭露制度的設計，至少能使股東享有知的權利。此外，主管機關也應確實查核公司是否有違反公司法第 209 條之情形。該學者並認為基於未來修法之建議，應將股東會之同意權移轉至董事會，但董事會對於競業禁止議案為決議時，應以特別決議方式為之，而獨立董事也必須能在董事會中發揮應有之功效。並且為該競業許可之決議，如致公司受有損害時，參與決議表示同意之董事如未盡到注意公司利益而違反注意義務時，應負賠償責任。如此可使參與決議表示同意之董事在為決議時能謹慎評估。但就長期而言，仍應將同意權轉移至具有獨立性之監察人會或審計委員會較為妥當²⁰⁷。另有認為是否應將許可機關由股東會改為董事會，就此等建議有部分質疑²⁰⁸。本文認為，就現行法將董事競業行為許可交由股東會為之前提下，應可考慮資訊揭露制度，不僅要在股東會事前個別許可前說明其重要內容，另外，當該競業董事之競業行為中亦應適時將資訊揭露給股東，滿足股東知的權利，當股東認為董事之競

²⁰⁵ 經濟部 1968 年 2 月 13 日商字第 04697 號函釋：「有關僅經該行常務董事會決議，自不能認為已取得公司法第 209 條第 1 項規定之股東會許可。」

²⁰⁶ 陳梅萍，同註 35，頁 273-274。

²⁰⁷ 陳梅萍，同註 35，頁 275-276。

²⁰⁸ 林國全，同註 125，頁 229。

業行為使公司之利益受損程度超過當時股東會許可所能忍受的程度時，為防止公司利益受損害擴大，本文建議此時股東會應有取消董事競業行為許可之權利。

另就現行法就董事競業許可之股東會決議方式，依公司法第 209 條第 2 項：「股東會為前項許可之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。」此乃因對公司利益影響甚大，為求慎重，係採取股東會特別決議。第 3 項：「公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。」第 4 項：「前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。」需注意者，就第四項規定，僅能加重其要件，不得降低。

1946 年公司法對於股份有限公司董事競業禁止規定係依當時公司法第 193 條第 4 項準用第 48 條第 1 項之規定（即現行公司法第 54 條第 1 項），似要求須經其他全體股東之同意，但依當時解釋，基於若要求股份有限公司董事為競業行為時，須獲得其他股東全體同意之機會極為渺茫，將使該規定形同具文，因此既無特別規定，自以經股東會普通決議同意始可²⁰⁹。在 1966 年公司法修正增訂第 209 條，明文規定股份有限公司董事之競業行為，需經股東會特別決議行之，故若要許可董事競業行為，即應以股東會特別決議方式同意。若股東會係以普通決議通過許可董事競業行為時，是否該董事即免除此義務？換言之，惟若該董事競業行為未經股東會特別決議通過，而係經股東會以普通決議通過而許可時，該效力如何。有認為²¹⁰應為「決議不成立」，應經特別決議之事項若以普通決議或假決議為之時，為決議不成立，從而該決議不生效力。該代表一定數額以上的股份之股東出席，為該法律行為的成立要件，非單純決議方法違法而已。另有認為²¹¹應採「決議得撤銷」，股東會出席股東所代表的股份未達法令或章程所規定的成數，自有公司法第 189 條規定適用。實務上對此問題亦有不同看法。採「決議不成立」者如最高法院 69 年台上字第 3362 號判決認為：「公司為公司法第一百八十五條第一項所列各款之行為時，應得該條項所列一定股東之同意。否則該行為不發生效力。」採「決議得撤銷」之見解如最高法院 63 年台上第 965 號判例：「公司為公司法第一百八十五條第一項所列之行為，而召開股東會為決定時，出席之股東，不足代表已發行股份總數三分之二以上，乃違反公司法第一百八十五條第一項之規定，而為股東會之決議方法之違法，依公司法第一百八十九條規定，僅股東得於決議之日起一個月內，訴請法院撤銷之，而不屬於同法第一百九十一條決議內容違法為無效之範圍。」及最高法院 91 年台上字第 2183 號判決：「查被上訴人係上訴人公司之股東，系爭股東常會所為之系爭決議，依公司法第

²⁰⁹ 向志衡，股份有限公司董事之權責，法令月刊，1966 年 4 月，頁 7。

²¹⁰ 林國全，訴請撤銷股東會程序瑕疵之決議，月旦法學雜誌，第 79 期，2001 年 12 月，頁 21。

²¹¹ 王紹育，股東會決議無效與撤銷，東吳法律學報，第 3 卷第 2 期，1981 年 6 月，頁 179。

一百二十九條第三款、第二百七十七條第一、二項規定，應有代表已發行股份總數三分之二以上之股東出席，以出席股東表決權過半數之同意行之；而股東『林國長遺產共有戶』、林命嘉個人之股份不得計入系爭股東常會之出席股份，系爭股東常會僅有百分之五十九點零一股份數之股東出席，未達應出席股東代表已發行股份總數三分之二以上，不得為系爭決議，為原審確定之事實。依上說明，為上訴人公司股東之被上訴人，固非不得以其決議方法違反法令，自決議之日起一個月內，訴請法院撤銷其決議。惟該項決議於未撤銷前，仍非無效。」

本文認為，應採取「決議得撤銷」之見解。依公司法第 189 條規定：「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。」股東會若未經特別決議許可而僅以普通決議通過許可時，係為公司法第 189 條之決議方法違法，股東得自決議之日起 30 日內，訴請法院撤銷之。並且依公司法第 189 條之 1 規定：「法院對於前條撤銷決議之訴，認為其違反之事實非屬重大且於決議無影響者，得駁回其請求。」法院在評量是否得駁回撤銷股東會決議的請求時，應以決議之瑕疵非屬重大且同時對決議無影響者，方得駁回請求。而瑕疵是否重大應以有無積極侵害股東參與股東會權益為斷，若有積極侵害者，應認為違反之事實屬於重大，則不論其對決議結果是否有影響²¹²。又依最高法院 73 年台上字第 595 號判例²¹³：「依公司法第一百八十九條規定訴請法院撤銷股東會決議之股東，仍應受民法第五十六條第一項之限制。此綜觀公司法與民法關於股東得訴請法院撤銷股東會決議之規定，始終一致，除其提起撤銷之訴，所應遵守之法定期間不同外，其餘要件，應無何不同。若謂出席而對股東會召集程序或決議方法，原無異議之股東，事後得轉而主張召集程序或決議方法為違反法令或章程，而得訴請法院撤銷該決議，不啻許股東任意翻覆，影響公司之安定甚鉅。法律秩序，亦不容許任意干擾。」亦即得提起股東會決議撤銷之訴之股東，限於股東會當天對召集程序或決議方法為有當場表示異議者為限。若是非可期待出席股東得事先預知股東會召集程序或決議方法有違反法令章程，以致其於股東會無法當場表示異議者，則似仍應允許其於法定期間內提起撤銷股東會決議之訴²¹⁴。

故董事競業行為未經股東會特別決議通過，而係經股東會以普通決議通過而許可時，股東是否提起撤銷董事競業許可決議之訴為其選擇之權，若股東認為以普通決議方式通過許可董事競業行為不適法，且非屬於公司法第 189 條之 1 之情形時，即可於法定期限內提起之，得提起撤銷之訴者原則上限於股東會當天對該決議方法有當場表示異議股東為限。若股東認為普通決議方式通過許可董事競業行為認為無撤銷必要並且逾法定期限亦無其他股東提起時，基於尊重股東權益之立

²¹² 洪秀芬，法院對撤銷股東會決議請求之駁回裁量權，月旦法學教室，第 57 期，2007 年 7 月，頁 27。

²¹³ 最高法院 75 年台上第 594 號判例亦持相同見解。

²¹⁴ 洪秀芬，出席股東請求撤銷決議之訴權，月旦法學教室，第 77 期，2009 年 3 月，頁 35。

場，應認為該董事之競業行為為適法。若該次股東會中未出席股東事後得知該股東會具有提起撤銷決議之訴事由時，依最高法院 86 年台上字第 3604 號：「惟未出席股東會之股東，則因非可期待其事先預知股東會決議有違反章程或法令之情事而予以容許，亦無法當場表示異議，自應許其於法定期間內提起撤銷股東會之訴。」，亦即當競業許可以普通決議方式通過，該未出席股東會之股東得於法定期間內提起撤銷董事競業許可決議之訴；若該未出席股東會之股東已逾法定期間，則不得提起撤銷董事競業許可決議之訴。惟在德國股份法第 245 條第 2、3 款²¹⁵規定可看出，原則上未出席股東並無撤銷訴權，基於此，本文認為無論是否逾法定期間，基於該股東事前即對該股東會決議是採取較不關心態度，若許其可提起撤銷董事競業許可決議之訴，有許股東任意翻覆之情形，故認為不可提起撤銷董事競業許可決議之訴。

第三款 未向股東會說明其主要內容

董事競業禁止規範之立法原意，旨在保障公司及股東之權益。是以，當公司之意思決定機關，經過斟酌評估，作成願意放棄法律保護而容認董事競業行為之意思決定時，法律亦予尊重。惟為期確保該放法律保護之意思決定，係在充分資訊揭露下之合理判斷，本項乃對欲從事競業行為之董事，課予「應對股東會說明其行為之重要內容」之說明義務。

董事履行說明義務之對象主體為「股東會」。惟股東會為會議體制之機關，並非常態性存在。故董事履行此說明義務，需有股東會之召開。此一說明義務之目的，既係在提供充分資訊，俾有助於合理意思決定之作成，故需於該意思決定，即股東會許可決議作成前履行，無待法律明文。但除此之外，本項並未就此說明義務之具體履行期限及履行方法有所規定。除非法令另有規定，由於許可競業行為之議案，並非公司法第 172 條第 5 項所列不得以臨時動議提出之議案。故若股東會召集人未將許可董事為競業行為之議案於召集通知載明，仍得於股東會開會時以臨時動議提出。從而，在現行公司法下，除公開發行公司如後述另有特別規範外，非公開發行之股份有限公司，就本項所定說明義務，董事只需在股東會就該董事競業許可議案進行表決前完成即為已足。至其說明方法，究係隨股東會開會通知以書面寄發予各股東，或在股東會開會時始以書面或口頭方式為之，皆非所問。當事董事亦不以於股東會開會時親自出席說明為必要²¹⁶。亦即，董事是否

²¹⁵ 德國股份法§245：「Zur Anfechtung ist befugt...2. jeder in der Hauptversammlung nicht erschienene Aktionär, wenn er zu der Hauptversammlung zu Unrecht nicht zugelassen worden ist oder die Versammlung nicht ordnungsgemäß einberufen oder der Gegenstand der Beschlußfassung nicht ordnungsgemäß bekanntgemacht worden ist;3. im Fall des § 243 Abs. 2 jeder Aktionär, wenn er die Aktien schon vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben hatte;...」

²¹⁶ 經濟部 2005 年 9 月 15 日京商字第 09402133270 號函：「一、按公司法第 209 條第 1 項規定：「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容，並取得其許可。」董事依此規定對股東會說明時，是否須親自出席說明，公司法尚無明文，如有爭議，

盡其說明義務，重點置於是否已適當揭露其競業行為之重要內容，而不在於其說明之方式。

惟公開發行公司，依證交法第 26 條之 1「已依本法發行有價證券之公司召集股東會時，關於公司法第二〇九條第一項、(略)之決議事項，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，不得以臨時動議提出」，故需在公司法第 172 條所定公開發行公司召集股東會通知期限前提出之股東會召集通知書上列舉該許可董事競業行為議案，並說明其主要內容。亦即，其說明期限（同股東會召集通知期限）與說明方式(載明於召集通知書之書面方式或電子方式)皆屬法有明定。

競業董事說明義務之內容，需為「其行為之重要內容」。競業董事是否已充分說明其行為之「重要內容」，其抽象認定標準應為其說明之內容是否足供股東據以作成是否同意董事從事該競業行為之合理判斷。亦即，是否得使合理股東據以合理預測公司營業今後將因該競業行為所受影響程度²¹⁷。而在實際運作上，則仍須就具體個案，自該競業行為之交易對象、交易性質、交易規模、交易範圍、交易期間等項目，檢視是否已充分揭露，而為實質認定。自實務操作觀點而言，上述認定標準實屬抽象，而有不知如何遵循之憾²¹⁸。但亦難期待以法令明訂具體認定標準。對此，似只能仰賴爾後司法判決之累積，逐步形成足供實務操作參考遵循之標準²¹⁹。

若董事未向股東會說明主要內容，股東會就該董事競業行為予以許可時，學說²²⁰及實務²²¹上認為需歸於無效。若該競業董事雖已向股東會說明，然卻係為說明錯誤之情形，基於說明錯誤時，該董事競業之重要內容並未被揭露於股東會，無法使股東能藉以為充分判斷，等同於該董事未為說明，故解釋上亦為無效²²²。上訴兩種董事未盡說明義務致其違反公司法第 191 條而無效之情形，構成公司股東會發動本條第 5 項所定歸入權之事實基礎。

應注意者，無效之法律行為，為自始、確定、當然無效，無待以訴訟撤銷。若當事人有爭執時，即可提起確認無效之訴，且欲提起確認無效之訴尚須有確認

請循司法途徑解決。」

²¹⁷ 96 年度台北地院訴字第 4616 號；柯芳枝，同註 93，頁 279。

²¹⁸ 參見蔡朝安，董事任意競業違反忠誠義務，經濟日報，2007 年 9 月 24 日，A13 版。

²¹⁹ 林國全，同註 125，頁 227-228。

²²⁰ 劉連煜，同註 171，頁 400；林國全，同註 125，頁 228。

²²¹ 96 年度台北地院訴字第 4616 號其得心證理由：「… 凡此規定，用意均在確保董事競業資訊之充分揭露，使股東得以明智決定是否免除特定董事競業禁止之義務。為貫徹前開規定之立法意旨，欲為競業行為之董事在股東會召開前，應針對其欲進行之競業行為，提供股東會為許可決議所必要之判斷資料，且該等資料應屬能預測公司營業今後將受影響程度之具體事實。如董事未對股東會為充分之說明，或其說明之內容虛偽不實，因而取得股東會之許可，此許可即非適法，應歸無效。…」

²²² 劉連煜，同註 171，頁 371；林國全，同註 125，頁 228；96 年度台北地院訴字第 4616 號。

利益始可提起之，而股東會之決議，固係法律行為，為法律關係發生之原因，並非法律關係本身，但股份有限公司股東會之決議，為公司之意思決定，公司之一切運作，均應依股東會決議之原則行之，故其常為多數法律關係之基礎，若生爭執時，如能就多數法律關係所由生之基礎法律行為予以確認，能使當事人間之紛爭概括解決，不僅符合訴訟經濟原則，亦與確認之訴原有救濟之功能無違。另無效之法律行為，固屬自始、確定、當然無效，無待以訴訟撤銷，惟就公司股東會決議無效，尚非不得以訴訟確認之（最高法院 89 年度台上字第 850 號判決意旨參照）。若董事未盡說明義務時，該股東會所為的董事競業許可為無效，在提起確認無效之訴，若具有確認利益，則可提起之。設若無人提起該決議為無效時，是否該董事所為競業行為即為不違反董事競業禁止之規定，基於無效法律行為，是為自始、確定、當然無效，任何人皆得主張其為無效，無待法院判決，法院所為的判決，僅為具有宣示的性質，無效無待當事人在訴訟上主張，法院應以職權認其為無效，為無效的絕對性。是故，雖無任何人提起確認該股東會決議無效之訴，該股東會決議仍為無效，董事所為競業行為，仍為未取得股東會之競業許可，故其行為仍違反董事競業禁止之規範，得行使歸入權。然股東會未有任何行動，也未行使歸入權時，一旦歸入權行使期間逾一年，股東會即不能行使歸入權。

第三節 我國證券交易法之規範

臺灣士林地方法院民事判決 98 年度訴字第 10 號法院認為考量實務作業之可行性及便利性，就此類議案以開會通知書記載方式，雖僅列舉議案名稱「解除董事競業禁止限制」，並不違反證券交易法第 26 條之 1 規定。但基於規範意旨係為求慎重，讓股東能事前多考慮，使股東能有充分時間考慮判斷，並藉以引起股東之注意，而踴躍參加股東會，關心公司事務，應在召集事由中列舉並說明其主要內容。台北地院 91 年度訴字第 1377 號判決法院認為，關於「董事競業行為之許可」既係規定「應」在召集事由中列舉，則其未在開會通知書內之召集事由中列舉，即不得對該事項予以討論，甚或決議，蓋董事競業行為之許可事項係屬重大事項，故要求應在股東會之召集事由中列舉，不得以臨時動議提出，旨在防止公司隱匿重要事項，並使股東事先知悉會議進行內容，俾能使股東能預作充分準備下判斷是否應解除董事競業禁止，保障股東之權益。本節即以證交法相關內容加以介紹。

第一項 證券交易法第 26 條之 1

證券交易法第 26 條之 1 規定：「已依本法發行有價證券之公司召集股東會時，關於公司法第 209 條第 1 項、第 240 條第 1 項及第 241 條第 1 項之決議事項，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，不得以臨時動議提出。」此係針對公開發行之股份有限公司所作的特別規定，本條之立法目的，規定股東會競業禁止之

許可決議事項，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，不得以臨時動議提出，以昭程序慎重並維護股東會之功能。

第二項 違反此條之效力

按我國公司法關於股東會決議瑕疵之處理，基本上將之劃分為：瑕疵存在決議之成立過程者，與存在於決議內容之本身者，而異其救濟方法。前者，依公司法第 189 條規定，股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起 30 日內，訴請法院撤銷其決議。後者，依同法第 191 條規定，股東會決議之內容，違反法令或章程者無效。很顯然的，違反證交法第 26 條之 1 規定者，係違反不得以臨時動議提出原應在股東會召集事由中列舉並說明議案主要容之召集程序規定，故屬決議得撤銷之原因，落入公司法第 189 條之範疇。

公司法（2001 年 11 月）第 189 條之 1 增訂：「法院對於前條（第 189 條）撤銷決議之訴，認為其違反之事實非屬重大且於決議無影響者，得駁回其請求。」新增本條係避免少數股東過度濫用公司法第 189 條所規定之撤銷之訴（屬形成之訴），以兼顧大多數股東之權益。如一定要求法院必須依照公司法第 189 條毫無彈性地撤銷股東會決議，則公司即必須重新召開股東會，徒增公司成本之支出及法律關係之不安定，故公司法增訂本條賦予法院得斟酌案件具體情事，裁量是否駁回撤銷決議之訴的請求。

當違反證交法第 26 條之 1 規定的事實，有無適用公司法第 189 條之 1 之餘地？解釋上違反第 26 條之 1 應在股東會召集事由列舉並說明議案主要內容之召集程序規定，從證交法本條立法意旨在強調程序之重要性觀察，應不屬於公司法第 189 條之 1 所謂「違反之事實非屬重大且於決議無影響」之情形，故宜解為無適用公司法第 189 條之 1 裁量駁回請求之可能²²³。

第四節 董事競業禁止解除後受託義務之遵守

當董事取得股東會事前競業之許可後，並不當然表示董事毋須遵守忠實義務。蓋董事即便獲得股東會事前競業之許可，董事仍為公司之負責人，故仍應遵守公司法第 23 條之忠實義務，應為公司追求最大之利益；同理，董事與公司間係成立委任關係，董事於委任關係終止前，即便董事競業禁止義務獲得解除，仍應於執行公司業務時，依公司法第 23 條盡善良管理人之注意義務。

²²³ 劉連煜，新證券交易法實例演習，元照出版，2008 年 9 月增訂 6 版，頁 403-404。

第五節 外國法規定

第一項 美國

第一款 競業禁止規定

美國州公司法目前並無關於競業行為之相關明文規範，競業行為之禁止仍處於判例發展中，而無一套嚴謹及固定的審查標準。所以《公司治理原則：分析與建議》則採取其他忠實義務爭議類型的審查模式，以經過充分揭露利益衝突及經過無利害關係董事會或股東會同意為舉證責任由原告負擔之要件，作為競業行為之審查基準²²⁴。

美國對於競業行為，係採取一種較開放的態度。董事及高階主管縱使其在任職期間，係可以自由的進行獨立的競爭事業(independent competitive business)，只要其基於善意且不違反對本公司之受託義務即可²²⁵。但是對於「競爭」(competition)概念很容易懂，卻是難以明文定義之，而必須交由法官之心證認定。而法官之認定重點，亦即競業行為成立之要素為：「該受任人所進行之事業營運是否會對本公司造成直接或可預見之損害」²²⁶。反之，若該獨立事業是與本公司的相關事業(related or complimentary business)時，除非有明顯證據證明惡意、違反義務或違反契約外，則不會被視為競業行為。另外，如果只是單純的擔任競爭事業之董事或經理人，而無積極的競爭行為的話，並不屬於美國競業行為下之概念²²⁷。而證明惡意的方式有幾種：(1) 利用公司資源於競爭事業、(2) 利用公司機密資訊、(3) 拉走本公司之客戶、(4) 怠忽職務於本公司²²⁸。所以，《公司治理原則：分析與建議》所採取認定競爭行為的方式，是由「公司是否有受到合理可預見之損害」，或者「公司同意該競爭所帶來之利益與所造成之損害的比較」方式²²⁹。

²²⁴See ALI §5.06.

²²⁵ Brodsky & Adamski, *supra note 113*, at 4-39; E.g., *Red Top Cab Co. v. Hanchett*, 48 F.2d 236, 238 (N.D. Cal. 1931).

²²⁶ Brodsky & Adamski, *Id.*; Solomon & Palmiter, *supra note 103*, at 271. (“In general, during their relationship with the corporation, managers may not compete with the corporation unless there is no foreseeable harm caused by the competition or disinterested directors (or shareholders) have authorized it.”)

²²⁷ Sec ALI, Prin. Corp. Gov., §5.06 Comment c.

²²⁸ Brodsky & Adamski, *supra note 113*, at 4-40.

²²⁹ ALI §5.06 Competition With The Corporation

(a) *General Rule*. Directors [§ 1.13] and senior executives [§ 1.33] may not advance their pecuniary interests by engaging in competition with the corporation unless either:

- (1) Any reasonably foreseeable harm to the corporation from such competition is outweighed by the benefit that the corporation may reasonably be expected to derive from allowing the competition to take place, or there is no reasonably foreseeable harm to the corporation from such competition;
- (2) The competition is authorized in advance or ratified, following disclosure

美國公司法制下的競業禁止義務直到董事、經理人解任或辭職後，才可以免除。但是當董事或經理人尚在職時，就可以準備安排其競爭事業的計畫，除非這些準備行為被認定屬於不公平或非法之行為²³⁰。換言之，如果有證據足以顯視此種競業準備行為仍會對於本公司產生實質損害者，公司或股東仍得對該董事或經理人起訴請求禁止。所以，就算尚未解任或辭職，董事可以預先設立競爭事業、購買必要設備、僱請員工等準備行為，但不得屬於公司機會；而一旦關係終止，董事或經理人便可以自由與其前公司競爭²³¹。

違反競業行為的救濟方式，法院通常會採取三種：(1) 金錢損害賠償：以公司實際所受損害衡量為主，另外亦得請求返還其違反義務期間中所領的薪資報酬。(2) 禁制令；(3) 情況嚴重時，則採取「法定信託」之方式²³²。

第二款 實務案例

Regenstein v. Regenstein Co.一案²³³中，案例事實其案例事實為：X 公司之董事 A，在 x 公司所屬零售店 Y 之附近，販賣與 Y 店同種類同性質之商品，X 公司之少數股東對 A 提起請求回復利益 (accounting) 之訴訟。喬治亞州最高法院判決認為：員工及董事在不違反對公司或股東，所負之法律上或道德上義務範圍之前提下，應允許其為完全獨立、自由從事競業。因此 A 即使販賣與 Y 商店相同種類之商品，在原告無法就 A 之競業行為導致 Y 商店之損失，或爭奪 Y 商店顧客等行為提出證明情況下，A 之行為並不違法。

concerning the conflict of interest [§ 1.14(a)] and the competition [§ 1.14(b)], by disinterested directors [§ 1.15], or in the case of a senior executive who is not a director, is authorized in advance by a disinterested superior, in a manner that satisfies the standards of the business judgment rule [§ 4.01(c)]; or

(3) The competition is authorized in advance or ratified, following such disclosure, by disinterested shareholders [§ 1.16], and the shareholders' action is not equivalent to a waste of corporate assets [§ 1.42].

(b) *Burden of Proof*. A party who challenges a director or senior executive for advancing the director's or senior executive's pecuniary interest by competing with the corporation has the burden of proof, except that if such party establishes that neither Subsection (a)(2) nor (3) is satisfied, the director or the senior executive has the burden of proving that any reasonably foreseeable harm to the corporation from such competition is outweighed by the benefit that the corporation may reasonably be expected to derive from allowing the competition to take place, or that there is no reasonably foreseeable harm to the corporation.

²³⁰ Brodsky & Adamski, *supra* note 113 ; Cox & Hazen, *supra* note 107, at 249.

²³¹ See Cox & Hazen, *Id.*

²³² Brodsky & Adamski, *supra* note 113, at 4-40-4-41.

²³³ Regenstein v. Regenstein Co., 213 Ga. 157, 97 S.E. 2d 693 (1957) ; 參閱北村雅史，取締役の競業禁止義務，有斐閣，2003 年 9 月，頁 66。

Green v. Standard 一案²³⁴中，案例事實為：X 公司為開發油田而購得美國北方之土地，而該公司之董事 A 同樣在該地區購得土地，自行設立公司，從事與 X 公司相同之事業。法院判決：A 雖從事與公司相同之事業，但其以開發油田為目的而成立公司所取得之機會，並非利用其為 X 公司董事之職務上之關係而取得，因此可判定 A 之行爲完全忠實於 X 公司及股東，A 不需對 X 公司負責。

Craig v. Graphic Arts Studio, Inc. 一案²³⁵中，案例事實為：X 公司之前董事長 A 在離職前，曾持有與 X 公司相競爭 Y 公司 50% 之股份，並參與該公司之經營。法院判決：A 明知自己不久之後將自 X 公司離職而至與 X 公司具競爭關係之 Y 公司就職，在此情況下，A 如繼續為增進 X 公司業務發展而努力，有違人之常情(human nature)，寧可相信 A 當時反而會為增進 Y 公司業務發展而努力。因此 A 在離職為止，確實有違對 X 公司之忠實義務。

由上述案例可知，基於社會經濟發展觀點，美國對於董事競業行爲採取較為寬容的態度，認同其應自由競爭，除非該董事違反忠實義務，否則對於董事競業行爲原則上多不加以禁止的。

第二項 德國

德國股份法第 88 條²³⁶第 1 項規定：未經監察人會之同意，董事不得經營商業 (Handelsgewerbe) 或為自己或他人之計算 (für eigene oder fremde Rechnung) 為屬於公司營業範圍內之行爲。並且，董事未經監察人會之同意，不得為其他公司之董事、業務執行者或無限責任之股東。德國對於競業限制之範圍，不問是否屬於與公司相競爭之事業，只要經營一般商業或成為其他公司 (不限於經營相同目的事業之公司) 之董事皆屬之。所謂「屬於公司營業範圍內」之行爲，除章程

²³⁴ *Green v. Standard*, 85 Mont. 78, 277 at 622 (1929); 參閱北村雅史，同前註，頁 66。

²³⁵ *Craig v. Graphic Arts Studio, Inc.*, 39 Del. Ch. 447, 166 A. 2d 444 (1960); 參閱北村雅史，同註 233，頁 66。

²³⁶ 德國股份法§88, (1) Die Vorstandsmitglieder dürfen ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Sie dürfen ohne Einwilligung auch nicht Mitglied des Vorstands oder Geschäftsführer oder persönlich haftender Gesellschafter einer anderen Handelsgesellschaft sein. Die Einwilligung des Aufsichtsrats kann nur für bestimmte Handelsgewerbe oder Handelsgesellschaften oder für bestimmte Arten von Geschäften erteilt werden.

(2) Verstößt ein Vorstandsmitglied gegen dieses Verbot, so kann die Gesellschaft Schadenersatz fordern. Sie kann statt dessen von dem Mitglied verlangen, daß es die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten läßt und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgibt oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtritt.

(3) Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in drei Monaten seit dem Zeitpunkt, in dem die übrigen Vorstandsmitglieder und die Aufsichtsratsmitglieder von der zum Schadenersatz verpflichtenden Handlung Kenntnis erlangen. Sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in fünf Jahren seit ihrer Entstehung.

所記載之目的事業外，尚包括公司實際所經營之事業，即使是公司一時停止之事業，仍屬於公司之營業範圍內²³⁷。由德國股份法之規定可知，該規定不僅禁止董事為競業交易，同時也禁止董事兼任其他公司業務經營者。但競業禁止可因監察人會之同意而解除限制，惟依股份法第 88 條第 1 項第 3 句規定，監察人會之同意僅得針對特定商業或商業公司或特定種類之營業，始得為之。因此監察人會必須為事前同意，且不得為概括同意。依股份法第 93 條第 3 項之規定，監察人會對於公司之損害賠償請求權並無自由處分之權利²³⁸（股份法第 93 條第 4 項），故即使違反競業禁止規定之董事獲得監察人會事後承認，仍是違反股份法第 88 條第 1 項第 1、2 句應經監察人會事前同意之規定，而需對公司負損害賠償責任。所謂「監察人會僅得針對特定商業或商業公司或特定種類之營業，始得為之。」之規定，其立法目的乃要求監察人會於行使同意權時必須對於董事之特定交易行為有充分瞭解，而不允許其行使空白同意權(Blankoeinwilligung)²³⁹。

同條第 2 項規定：董事如違反前項規定，公司得向董事請求損害賠償，或行使歸入權（Eintrittsrecht），將董事為自己之計算(fur eigene Rechnung)所為之交易，視為為公司之計算而為之交易，並且交付其為他人之計算所獲取之報酬或讓與該報酬請求權，以代替損害賠償之請求。歸入權之行使不但可發揮維持客戶往來之效果，同時也可排除公司所受損害額舉證之困難及使董事返還所獲得之利益。德國歸入權之行使無論董事是為自己或他人所為之競業行為皆可行使，與日本舊商法歸入權之行使僅限於董事為自己所為之競業行為有所不同。並且歸入權行使之效果應僅限於公司與董事，並不及於第三人，公司不得對第三人取得權利。

同條第 3 項規定：公司之請求權，自其他董事及監察人知悉發生損害賠償責任之行為時起算經三個月而消滅。或自行為成立時經過五年而消滅。換言之，損害賠償請求權之消滅時效，自其他董事及監察人知悉發生損害時起算，如僅監察人一人或監察人會知悉仍為不足，必須董事及全體監察人皆知悉，始足以開始計算消滅時效。

德國股份法之規定，較其他國家之規定更為嚴格，德國董事與商業使用人相同(參照德國商法第 60 條)，必須對公司貢獻全部心力，原則上公司賦與其指揮權、業務執行權及代表權(股份法第 76 條至第 78 條)，相對也必須使其負擔較為廣義之競業禁止義務。不但禁止董事為公司營業範圍內之行為，更禁止其為公司以外一切商業行為，其目的乃希望董事能避免與公司產生利益衝突，對公司貢獻全部心力。此外，董事對於從董事會之活動中所獲悉公司機密事項負有沉默之義務(股份法第 93 條第 1 項)，董事如違反義務，利用公司機密情報而獲有利益者，

²³⁷ 神作裕之，商法における競業禁止の法理，法協 107 卷 8 号，1991 年 5 月，頁 1645。

²³⁸ 北村雅史，同註 233，頁 91。

²³⁹ 陳梅萍，同註 35，頁 200。

須對公司負損害賠償責任。

第三項 日本

日本法將董事爲了自己或第三人之利益，而進行與公司所營事業相關種類事之經營或奪取公司交易機會(例如說董事買下公司預定購買之土地)，歸類爲競業交易。董事若爲了自己或第三人之利益而得自由進行與公司所營事業相關種類事業之經營，則有奪取公司交易對象的機會，有極大損害公司利益之虞。因此日本公司法規定於進行此類競業交易時，交易之重要事項必須先行揭露於股東會並取得股東會事前之同意²⁴⁰，如董事違反前述義務，則對公司負損害賠償責任²⁴¹。同時構成解任董事之正當事由²⁴²。而在有設置董事會之公司根據日本公司法第 365 條之規定準用第 356 條，董事如從事競業交易行爲，交易之重要事項亦須先行揭露於董事會並應取得董事會事前同意，且從事競業交易之董事於交易後應將有關該交易之重要事項向董事會報告²⁴³。違反第 356 規定時，即爲違反第 355 條所規定的董事忠實義務。

日本公司法已廢除歸入權規定，而係將董事爲自己或第三人之利益進行競業交易所得之利益，推定爲公司所受損害之數額，公司得向該董事請求損害賠償²⁴⁴。如董事受股東會或董事會之事前同意進行競業交易，造成公司受損害時，並非當然產生損害賠償責任，僅於違反善良管理人注意義務時始負損害賠償責任²⁴⁵。

山崎股份有限公司一案中，其事實爲：X 公司爲從事麵包點心製造販賣的公司，Y 自公司成立以來至昭和 51 年 3 月 29 日止，一直擔任公司董事長職務，且公司內部完全是其一人所掌控。另一以小麥粉二次加工爲業之 A 公司，100%持有以麵包製造販賣爲業之 B 公司股份，但因 B 公司經營不善，因此昭和 38 年 7 月 A 公司希望轉讓 B 公司之股份，與有經營能力之麵包業者共同於千葉縣推動將二次加工業者集中生產之工廠建設計畫。而 Y 認爲千葉縣市場未來發展潛力雄厚，如果 B 公司之股份被其他同業取得，將會對 X 公司造成衝擊，因此 Y 希望以 X 公司資金購買 B 公司股份。但掌管 X 公司財務之董事 C 告知 Y，公司並無多餘資金可購買 B 公司股份。但 Y 並不予理會，在未經由董事會之決議下，自行決定購買 B 公司股份，其購買資金來源則委由 C 以 X 公司信用做爲擔保，

²⁴⁰ 会社法第 356 條。

²⁴¹ 会社法第 423 條。

²⁴² 会社法第 339 條。

²⁴³ 会社法第 365 條。

²⁴⁴ 会社法第 423 條。

²⁴⁵ 神田秀樹，同註 60，頁 182。

向銀行借貸。昭和 38 年 9 月 1 日，C 以 X 公司代理人身分與 A 公司訂定契約，X 公司由 A 公司受讓 B 公司 29 萬股，及 B 公司所解雇之全員工由 X 公司重新雇用，並且由 B 公司借款 A 公司擔任保證之部分，也轉由 X 公司取代 A 公司擔任保證人。此外，當 X 公司於千葉縣設新工廠時，A 公司應將 B 公司殘餘 3 萬股讓與 X 公司。而 Y 卻在未經由 X 公司董事會決議下，於昭和 38 年 9 月 5 日擅自變更上述契約內容，將 B 公司 25 萬 8 千股之股份轉任與自己，而 X 公司僅取得 3 萬 2 千股之股份，並且取得股份之資金來源則是以公司 70 萬股之股份及公司 500 萬元之定存作為擔保向銀行質借而來，在 X 公司併購 B 公司的整個過程中，雖 Y 並未擔任 B 公司之董事長或任何董事職務，但卻掌控 B 公司之實際經營權。在併購之後，為提升 B 公司之業績，Y 竟又擅自將 X 公司位於千葉市內之 100 家店及其他地區共計 508 家店於同年 11 日移交 B 公司管理。

另 X 公司因計畫將業務範圍由關東地區擴大至關西地區，而 Y 在其主要交易銀行的介紹下，於昭和 41 年 5 月 11 日向 D 公司購買位於關西地區吹田的土地，以作為設立新麵包工廠之用，該新公司之股份全數由 Y 本身及其配偶所持有，而購買土地之資金來源除由 X 公司向銀行借貸 1 億 8 千萬元外，Y 自行籌措 4500 萬元，於同年 6 月 1 日成立 F 公司，由 Y 擔任該公司之董事長。之後 F 公司又與 G 公司合併成為 H 公司，仍由 Y 擔任董事長職務，直到昭和 51 年 3 月 3 日為止。無論是合併前的 F 公司或是合併後的 H 公司，皆與 X 公司相同，經營麵包販賣之業務，而公司所需週轉資金皆由 X 公司擔任連帶保證人，向銀行借貸而來，並且公司之製造技術、包裝、人員等也全部使用 X 公司之資源。因此 X 公司主張 Y 違反競業禁止義務、善良管理人之注意義務及忠實義務使公司蒙受損失，向 Y 請求損害賠償，並返還競業公司之股份。

關於違反競業禁止義務部份，法院判決認為：為根本解決損害填補的觀點來看，應命其將所取得之股票返還之。其理由為董事競業禁止義務為舊商法第 264 條所規定，其係為防止董事利用職務上所知之公司機密，為了自己或第三人之利益，在屬於公司營業範圍內之交易時，從事競業行為。

B 公司與 X 公司經營業務範圍相同，在 B 公司尚未由 X 公司併購前，Y 雖僅擔任 X 公司之董事長，並未擔任 B 公司之任何職務，但實際上卻主導 B 公司之經營權，Y 之行為已明顯違反為 B 公司（第三人）為屬於公司營業範圍內交易之競業禁止義務。另 X 公司向 D 公司所購買吹田之土地應是作為拓展關西地區業務之用，理應將其視為自己公司之一部分，但 Y 卻另外成立新公司，不但擔任 X 公司董事長職務，又同時擔任 F 公司及 H 公司之董事長且完全使用 X 公司之資源（製造技術、包裝、人員等），Y 之行為已明顯違反為 F 公司及 H 公司（第三人）為屬於公司營業範圍內交易之競業禁止義務²⁴⁶。

²⁴⁶ 陳梅萍，同註 35，頁 243-245。

第四項 小結

德國股份法及日本公司法皆明文規定董事負有競業禁止義務，採取原則禁止例外許可之方式。相較於此，美國法對於並未有明文規定董事競業應受限制。德國股份法對於董事競業禁止之範圍較廣泛，不但禁止董事為屬於公司營業範圍內之行爲，更禁止董事為任何營業行爲或擔任其他公司之無限責任股東或董事，違反時，公司得向董事擇一行使歸入權或是請求損害賠償。相對於美國則認為，董事只要基於善意所為之競業行爲，原則上並無禁止之必要。而日本之規定原則上只要將相關交易事項充分揭露並經由董事會或股東會之同意，則董事可從事競業交易，如未經同意所為之競業交易，公司可向董事請求損害賠償。

第五章 董事違反競業禁止之法律救濟

董事違反競業禁止規定時，基於保護相對人交易安全，董事與第三人間之交易行為效力係屬有效，但董事之違反競業禁止規定並不因此而免責，董事尚須就違反競業禁止規定負法律責任。

第一節 制止請求權

董事違反競業禁止義務時，若能即時停止董事之違法行為可防止公司之損害擴大，故對董事行使制止請求權，請求董事停止該競業行為，應肯認之。關於董事違法行為之制止請求權，公司法分別定有監察人之制止請求權與股東之制止請求權，分述如下。

第一項 股東之制止請求權

公司法第 194 條：「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。」此即所謂董事行為之制止請求權(或停止請求權)。此立法原意乃在衡量監察人可能與董事相互勾結，彼此掩護，從而明定除監察人外，股東亦享有此一制止權²⁴⁷。該權利屬於一種單獨股東權(須繼續一年以上持有股份之股東，始得行使之)，於董事為違法行為之前或尚持續中，採取事前之防範措施，以強化股東之權利，藉此防範董事之濫用權限，保護公司及股東之利益。

第一款 股東提起制止請求權之要件

第一目 繼續一年以上持有股份

公司法對股東提起制止請求權之規定，須請求之股東繼續一年以上持有公司股份，其用意亦在防止股東濫用該制止請求權，如股東濫用制止請求權，則將致公司經營者疲於應付股東，影響公司正常營運，故設此持有股份期間之限制。

第二目 董事會決議為違反法令或章程之行為時

依前揭條文規定觀之，得行使制止請求權之場合，為當董事會決議，違反法令或章程之行為時。又此之所謂違反法令或章程之行為，不僅指如違反本法第

²⁴⁷ 劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，月旦法學教室，第 18 期，2004 年 4 月，頁 24。

167 條之規定而取得公司自己股份等具體個別規定之行爲，抑且包括違反諸如規定董事之忠實義務及善良管理人注意義務之一般規範之行爲在內。因此，董事怠忽其任務之行爲，亦應屬違反法令之行爲，而成爲停止請求權之行使對象²⁴⁸。

另就公司法所規定文義觀之，似僅限於對董事會之決議始有股東制止請求權，如係董事長或董事未經董事會決議，有違反法令或章程之行爲時，股東得否爲制止請求其違法之行爲，即生疑義。最高法院 80 年台上字第 1127 號判決認爲，「公司法第 194 條所規定之單獨股東權，旨在強化小股東之股權，使之爲保護公司及股東之利益，得對董事會之違法行爲，予以制止，藉以防範董事之濫用權限，而董事長或董事爲董事會之成員，若董事長或董事恣意侵害公司及股東之利益，而爲違法行爲，是否仍應拘泥須爲董事會之違法行爲，始有上開規定之適用，而不得探求法律規定之目的，爲法律的補充或類推適用，尙非無疑。」是最高法院似對於此問題，認爲應探求該條規定之目的，不應拘泥於文義解釋，限制僅對董事會決議始有股東之制止請求權。況且董事會採行合議制，公司法第 194 條規定之對象爲董事會決議乃當然之理，然公司董事長對外代表公司，採行單獨代表制，是如董事會決議應受拘束，則未經董事會決議而由董事長所爲之違反法令或章程之行爲，更應受股東監督²⁴⁹。另有認爲，在公司法第 194 條未修正前，宜類推適用第 218 條之 2 第 2 項之規定，而爲相同之解釋，使之及於「董事執行業務」²⁵⁰，如此解釋，始能適時制止執行董事之違法行爲，以收制止之效。另有認爲，不應拘泥於公司法第 194 條之文義，應探求其規範目的，而主張股東得類推適用公司法 194 條之規定，請求制止其違法行爲²⁵¹。更有認爲，不論係採應類推適用公司法第 218 條之 2 第 2 項規定，抑或類推適用公司法第 194 條之規定，僅係說理方式不同而已，基本上並無不同，本條文義確有不足，而於修法前透過擴張解釋亦屬可採²⁵²。由上述可知，股東對於董事或董事長之不法行爲，應有制止請求權。

第三目 請求停止其行爲

股東向公司董事或董事會提出制止請求時，目的係在要求公司董事或董事會停止其違反法令或章程之行爲，股東之制止請求權係股東對公司之事前監督，避免公司因董事或董事會之決定而造成公司之損害，因此，制止請求權僅能消極的

²⁴⁸ 柯芳枝，同註 93，頁 313；劉連煜，同註 171，頁 435；王文宇，同註 87，頁 346。

²⁴⁹ 曾宛如，董事不法行爲之制止及濫權行爲之處理，台灣本土法學雜誌，第 39 期，2002 年 10 月，頁 154。

²⁵⁰ 柯芳枝，同註 93，頁 314。

²⁵¹ 曾宛如，同註 249，頁 153-156；王志誠，股東之制止請求權，月旦法學教室，第 32 期，2005 年 6 月，頁 39，其認爲公司法第 218 條之 1 第 2 項所規定之監察人制止請求權爲監察權之行使，與股東制止請求權之性質不同，不宜類推適用第 218 條之 2 第 2 項；劉連煜，同註 171，頁 436。

²⁵² 王文宇，同註 87，頁 346。

制止尚未著手執行，或雖已著手執行，而尚未完成之行爲²⁵³，是如行爲完成，縱令董事或董事會決議時卻有違反法令或章程之情形，股東亦無從對董事或董事會提出制止請求，惟股東仍得向違法之董事或董事會提出股東代表訴訟，則屬當然。

請求權之行使，不必以訴訟方式爲之。換言之，股東得於訴訟外，對於爲違法行爲之董事會或董事請求其停止該行爲。董事會或董事是否停止其行爲仍有自行決定之權，並非一經請求或通知，即當然應停止其行爲，若該董事會或董事不理會股東之請求而不停止其違法之行爲時，解釋上股東得以訴訟方式請求法院判決制止之，此爲一消極不作爲給付之訴²⁵⁴。提起此一訴訟，董事會或董事是否停止其行爲，仍不受該訴訟之拘束，甚至法院已判決應停止其行爲，在尚未確定判決以前，如無它執行名義，董事會或董事仍不受其拘束，自得繼續爲之²⁵⁵。

再者，如前所述，本項制止請求權，原爲預防之性質，故系爭行爲如已執行完畢，即無所謂預防性可言，其訴訟應即無保護之必要，因此，事實審言詞辯論終結前，如有此情形，法院應以其欠缺權利保護要件，以判決駁回原告之訴²⁵⁶。也正因此之故，制止請求權人自得以假處分方式保全之（民事訴訟法第 538 條）。

至於行使制止權之起訴及假處分之聲請，應以何人爲相對人？針對董事會爲不法行爲時，學者似較傾向以**公司**爲相對人²⁵⁷。此外，此項假處分對公司業務之執行有相當影響，爲免濫用，法院應謹慎行之，仍以有可即時調查之證據，使法院得薄弱之初步心證爲宜，非必一經陳明願供擔保，即裁定准予假處分²⁵⁸。再者，就股東行使制止權而言，因其本質爲公益權之行使，在通常情形，應認此種假處分，非公司爲股東提供擔保後，即足以達假處分之目的，故假處分一經准許，原則上自以不許公司供擔保而撤銷假處分爲宜²⁵⁹。²⁶⁰若針對董事之不法行爲時，則應以董事爲相對人，蓋爲不法行爲者爲董事個人，係董事個人侵害公司股東利益，故應以董事爲相對人，再者，股東行使制止權之本質爲公益權之行使，故假處分一經准許，原則上亦不許董事供擔保而撤銷假處分爲宜。

第二款 董事爲競業行爲時情形之適用

依公司法第 194 條，針對違反法令或章程之行爲，雖該條僅就董事會決議爲明文規定，然依學說或實務之見解，並依舉重以明輕之法理，若董事有違反法令

²⁵³ 柯芳枝，同註 93，頁 314。

²⁵⁴ 柯芳枝，同註 93，頁 314-315；劉連煜，同註 171，頁 437。

²⁵⁵ 劉連煜，同註 171，頁 437。

²⁵⁶ 參閱楊建華，問題研析 民事訴訟法（三），1998 年 5 月，頁 454-455。

²⁵⁷ 參閱楊建華，同前註，頁 455。

²⁵⁸ 參閱楊建華，同註 256，頁 456-457。

²⁵⁹ 參閱楊建華，同註 256 頁 456-457。

²⁶⁰ 劉連煜，同註 171，頁 437。

或章程之行爲，亦有適用。公司之董事未經股東會爲競業許可，其競業行爲違反公司法第 209 條之規定，有損及公司之利益，除董事已完成競業行爲外，不論董事尙未著手實行，亦或是執行競業行爲中，皆爲違反法令之行爲，屬於公司法第 194 條之情形，故持續一年以上持有股份之股東，得請求該競業行爲之董事，停止其行爲，以防止損害之發生或擴大，以強化股東之地位。即便公司董事已經獲得股東會爲競業許可，董事之競業行爲若有違反忠實義務時，亦屬違反法令之行爲，在董事競業行爲中，股東亦得行使公司法第 194 條之制止請求權。

若股東已請求該爲競業行爲（違法或合法之情形如上所述皆有可能）之董事停止其行爲時，董事若不予理會，仍自行爲之，則股東得提起請求該董事不得爲競業行爲之給付之訴，請求法院判決之，於法院判決確定後，股東得以該確定判決爲執行名義，請求該董事不爲競業行爲。

第二項 監察人之制止請求權

公司法第 218 條之 2 第 2 項規定：「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爲者，監察人應即通知董事會或董事停止其行爲。」本條旨在強化監察人之權限，亦屬預防性質，以確實落實公司之監控。此一權利（亦爲義務）屬監察權之一種，因而公司如有數監察人，則各監察人得單獨行使之，自不待言（公司法第 221 條）²⁶¹。

第一款 監察人之制止請求權之要件

第一目 監察人

股東會雖係公司之最高意思決定機關且其亦具有各種權限，就董事會之執行業務得加以監督，惟股東會人數眾多，不但召集不易甚且不經常集會，勢必無法隨時就公司之業務及財務加以監督，並且監察人對董事會業務執行內容相較於股東（會）之知悉程度更具有優勢，故本法乃設一常設之機關就公司之業務及財務隨時進行監督以補股東會之不足。是故，依本法，監察人係屬股份有限公司之法定、必備、常設之監督機關²⁶²，應立於超然之地位，監督公司之業務執行²⁶³。故監察人之任務，即爲監督公司業務及財務之執行，當董事（會）有違反法令、章程或股東會決議之行爲時，爲發揮其監督之責，由監察人行使制止請求權。

²⁶¹ 劉連煜，同註 171，頁 435；柯芳枝，同註 93，頁 316。

²⁶² 王文宇，同註 87，頁 354。

²⁶³ 王志誠，監察人之地位及權責，月旦法學教室，第 31 期，2005 年 6 月，頁 91。

第二目 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爲時

董事會執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行爲時，本來具有制止權者，應爲公司本身。惟公司係法人，其行動須透過機關爲之。職是，本法乃賦予監察人此一停止請求權，由監察人代表公司制止董事會或董事違反法令、章程或股東會決議之行爲，以免公司遭受無謂之損失。是則，董事會或董事執行業務，若有違反法令、章程或股東會決議之行爲時，監察人有權亦有義務要求停止²⁶⁴。

第三目 應即通知董事會或董事停止其行爲

監察人向公司董事提出制止請求時，如同股東之制止請求權，目的係在要求公司董事停止其違反法令或章程之行爲，避免公司因董事之決定而造成公司之損害，因此，制止請求權僅能消極的制止尙未著手執行，或雖已著手執行，而尙未完成之行爲，皆得制止之。

監察人行使制止請求權，公司法並無明文規範，解釋上應與股東之制止請求權相同，不必以訴訟之方法爲之。換言之，監察人得於訴訟外，對決議爲違法行爲之董事會或欲爲違法行爲之董事通知其停止該行爲。若該董事(會)不理會監察人之通知而不停止違反法令、章程或股東會決議之行爲時，監察人自得代表公司以訴訟方式請求法院判決制止之，此爲消極不作為給付之訴，並得先以假處分的方式制止之（民事訴訟法第 538 條）²⁶⁵。至於針對董事會爲不法行爲時，行使制止權之訴訟及假處分之聲請，學者傾向應以公司爲相對人²⁶⁶；若針對董事之不法行爲時，則應以董事爲相對人。

另股東制止請求權之行使，不以監察人怠於行使爲前提²⁶⁷，兩者間並無先後順序。

第二款 董事爲競業行爲時情形之適用

依公司法第 218 條之 2 第 2 項，董事執行業務違反法令、章程或股東會決議時，監察人得制止之。公司之董事未經股東會爲競業許可，即在外自爲競業行爲，違反公司法第 209 條之規定，有損及公司之利益，董事尙未著手實行，亦或是執行競業行爲中，皆爲違反法令之行爲，屬於公司法第 218 條之 1 第 2 項情形，故監察人得發揮其監督之權限，應請求該競業行爲之董事，停止其行爲，以防止損害擴大。即便公司董事已經獲得股東會爲競業許可，董事之競業行爲若有違反忠

²⁶⁴ 柯芳枝，同註 93，頁 315。

²⁶⁵ 柯芳枝，同註 93，頁 316。

²⁶⁶ 劉連煜，同註 247，頁 25。

²⁶⁷ 劉連煜，同註 171，頁 438。

實義務時，亦屬違反法令之行爲，在董事競業行爲中，監察人亦應行使制止請求權。

若監察人已請求該爲競業行爲之董事停止其行爲時，董事若不予理會，仍自行爲之，則監察人得提起請求該董事不得爲競業行爲之給付之訴，請求法院判決之，於法院判決確定後，監察人得以該確定判決爲執行名義，請求該董事不爲競業行爲。

第二節 歸入權

公司法第 209 條第 5 項規定：「董事違反第一項之規定，爲自己或他人爲該行爲時，股東會得以決議，將該行爲之所得視爲公司之所得。但自所得產生後逾一年者，不在此限。」此種公司得將董事競業行爲所得視爲公司之所得，一般稱之爲「歸入權」，分析如下。

第一項 董事未經股東會許可爲競業行爲

當董事未取得股東會許可，爲自己或他人在公司營業範圍內爲競業行爲時，股東會即可行使歸入權。然是否該競業行爲須有「致公司受有損害」之要件，始得行使歸入權？

有學者認爲，在合法競業行爲中，僅能依據公司法第 23 條第 1 項規定請求損害賠償。而依據損害賠償之法理，必須公司受有損害且損害與該行爲間有因果關係。因此，於合法競業行爲中，若公司無損害則董事無負擔損害賠償責任之可能。但是在違法競業行爲中，則「不問對公司有無損害」均得由股東會依據公司法第 209 條第 5 項決議行使歸入權。而歸入權之效果通常對於董事之影響較大，因爲董事所投資的時間、金錢都要不回來。因此，這是否是對於未許可決議者之懲罰？而這懲罰是否有失衡之虞？並且從學者對於公司法競業行爲規範之立法意旨中均提到：「恐有此等人利用其所得之機密，爲自己或他人謀利，致『損害公司利益』之虞」然而，我國競業禁止相關規範之認定卻不以「公司有無實質或可能所受損害」爲認定標準，因此產生此種不「太」合理區別對待。另外，此處也可以知道，和美國法制比較，以「公司之實質或可能所受損害」爲衡量標準的話，較注重實質上之公平，且公司負責人以合法方式追求自己利益空間也較大²⁶⁸，因而認定爲在立法政策上似可考慮將「致公司受損害」作爲「歸入權」行使要件之一。

²⁶⁸ 曾博欣，我國公司法忠實義務之探討－以「美國法」爲中心，逢甲大學財經法律系碩士論文，2006 年 1 月，頁 144 及其註 463。

本文認為若需事前判斷是否「致使公司受損害」方得行使歸入權，從保護股東的權益觀之，一般非董事之股東不僅對於該「致使公司受損害」有無之資訊舉證較為困難，況且舉證之所在，敗訴之所在，該未經董事會許可為競業行為之董事就公司之運作比起一般股東更為了解，要趨使該董事提供資訊給予一般股東作為判斷有無致使公司受損害似有困難之處，加深歸入權之行使困難，無法真正保障股東之權益。其次，董事未經股東會許可而為競業行為時，即應考量到其違法之競業行為一違反公司法令之行為，即便該董事在外之競業行為所投資之時間、金錢可能流於浪費，但此為該董事為違法競業行為當時，所應考量到之風險，是否值得受保護，似有可議之處。另外，美國法制對於董事競業行為所採取較為開放之態度，但從比較法觀點，我國之董事競業係承襲日本法，日本法之競業行為係從德國法而來，加上我國之董事多為該公司之大股東，在現實情況之下，是否應學習美國法制之開放態度，恐應持保留態度。故認為就現行法下，董事未經股東會許可競業行為時，即可行使歸入權。

第二項 歸入權之行使應經股東會決議

公司法對於歸入權之行使，公司法規定交由股東會為之。有爭論者，對於歸入權是否應修法為不須由股東會決議行使，而認為董事一旦有競業行為即有歸入權之發生？

支持修法之學者認為國內之企業董事兼充頗為普遍，如違反公司法第 209 條規定而為競業，則股東會是否確有依同條第 5 項規定行使歸入權？因缺乏實證資料，故不得而知。惟因股東會往往由擔任董事之大股東操控股東會的決議，因此可想見歸入權行使之議案想獲得通過，應屬困難重重。立法上，似宜仿照證券交易法第 157 條內部人短線交易歸入權之規定²⁶⁹，使違反競業禁止之董事當然負有此項移轉所得之義務，不待股東會以決議方式請求而後始存在²⁷⁰。此外，亦以為，本條更可進一步規定：董事會或監察人不為公司行使權利時，股東得以三十日之期限，請求董事或監察人行使之；逾期不行使時，請求之股東得為公司行使此項權利，董事或監察人並應因此而連帶負損害賠償責任，以督促落實公司歸入權的行使。再者，為使公司小股東勇於代行使本項公司權利，似亦可規定，公司必須償還小股東為此所支出之必要費用(如律師費等)²⁷¹。

²⁶⁹ 證券交易法第 157 條第 1 項：「發行股票公司董事、監察人、經理人或持有公司股份超過百分之十之股東，對公司之上市股票，於取得後六個月內再行賣出，或於賣出後六個月內再行買進，因而獲得利益者，公司應請求將其利益歸於公司。」

²⁷⁰ 劉連煜，同註 171，頁 402；王文宇，同註 87，頁 327。

²⁷¹ 劉連煜，同註 171，頁 402。

反對修法之學者認為，上述主張，用心良苦，原應予以肯定。但基於下述理由，不表贊同。首先，證交法第 157 條內部人短線交易規範所欲保護之法益，係投資人對證券市場交易公平性與公正性之信賴，而屬「公益」。內部人短線交易行為，與公司之利益無關。所以課短線交易行為人將所得利益歸入公司，僅係將對短線交易行為人之民事制裁，由公司承受其利益而已。為公益之目的，課公司行使該歸入權之義務，有其意義。反之，本條董事競業行為禁止規範，所保護之法益為公司之利益，乃屬「私益」。既屬私益之保護，課予公司行使本條歸入權之義務，似欠缺堅強之理論基礎。其次，證交法第 157 條內部人短線交易行為之構成要件，清楚明確，認定容易。課予公司行使歸入權之義務，在執行上並無太大困難。反之，董事是否違反從事競業行為，在實務認定上未必容易。貿然課予公司行使歸入權之義務，在實務執行上，反易滋生爭議²⁷²。

本文認為，在反對修法之見解下，依企業所有與企業經營原則，對於公司所有者—股東，若針對未經許可為競業行為之董事認為並無行使之必要，即可放棄行使歸入權。然而，誠如支持修法見解認為，因股東會往往由擔任董事之大股東操控股東會的決議，因此歸入權行使之議案欲獲得通過，在我國現行體制下應屬困難，無法保障小股東權益。其次，反對見解認為公司法第 209 條所保護者為一私益，不應課予違反競業行為之董事當然負擔此義務，然而基於股東對於該違反競業行為之董事有無違反競業行為之舉證已十分困難，更要在我國現行體制股東會往往由擔任董事之大股東操控股東會的決議，更加重其困難性，再者，或許有可能股東認為並無對該董事之競業行為行使歸入權必要，但是此種情形應少之又少，故應採支持之見解為宜。

第三項 歸入權之行使須經股東會普通決議

在現行存有歸入權行使應交由股東會決議為之要件下，相對於就公司法第 209 條第 1 項董事從事競業行為之許可決議，本條第 2 至 4 項明訂其應以特別決議為之，就第 5 項所定發動歸入權要件之股東會決議，並未特別規定其決議方式，故應依公司法第 174 條規定以「有代表已發行股份總數過半數股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意」之普通決議為之。此係因董事從事競業行為之許可，涉及公司利益可能受侵害之危險，故需慎重為之。而第 5 項歸入權之發動，純係有利於公司，故無必要設下嚴格之意思形成要件，否則將徒然增加其決議成立之難。又，成為歸入權行使對象主體之董事，若持有公司股份，就該發動歸入權之股東會議案，自屬「有身利害關致有害於公司利益之虞」，而「不得加入表決，並不得代理他股東行使表決權」（公司法第 178），亦即，應予迴避，乃不待言²⁷³。另外，股東會為意思決定機關，非代表機關，故依公司法第 223 條，董事

²⁷² 林國全，同註 125，頁 231。

²⁷³ 林國全，同註 125，頁 231。

爲自己或他人與公司爲買賣、借貸或其他法律行爲時，由監察人代表公司，將公司行使歸入權之意思直接對爲競業之董事表示之²⁷⁴。

第四項 將董事未經許可爲競業行爲之所得，視爲公司之所得

董事競業行爲可分爲「爲自己」及「爲他人」之二類型，故此所謂該行爲之所得，亦應區分不同類型而異其處理。首先，董事爲自己所爲競業行爲產生之經濟上利益，自爲本項所定歸入權對象客體之「所得」。但董事爲他人所爲競業行爲產生之經濟上利益，係歸屬於該他人，非該董事，若以該歸屬於該他人之經濟上利益，爲本項所定歸入權之對象客體，並非妥當。故於董事「爲他人」爲競業行爲之情形，所謂「所得」應指董事因該爲他人所爲之競業行爲，而自該他人所獲取之報酬而言²⁷⁵，並非指該他人之所得。

又關於歸入權之行使範圍是否僅限於董事爲自己所爲之競業行爲？有認爲公司歸入權之行使範圍應僅限於董事爲自己所爲之競業行爲，至於董事爲他人之所爲之競業行爲，可參照日本公司法第 423 條第 2 項（舊商法第 266 條第 4 項）之規定，將董事爲他人之計算所獲取之利益，推定爲公司所受之損害，或參考德國股份法第 88 條第 2 項之規定，董事如違反競業禁止項規定，公司得向董事請求損害賠償，或行使歸入權（Eintrittsrecht），將董事爲自己之計算(fur eigene Rechnung)所爲之交易，視爲爲公司之計算而爲之交易，並交付其爲他人之計算所獲取之報酬或讓與該報酬請求權，以代替損害賠償之請求。但依照日本損害額推定方式，公司必須就董事爲他人之競業行爲所獲取之利益負舉證責任，然而要查證董事所獲取之利益不但困難，同時也耗費時日。因此認爲，採用德國法請求董事交付爲他人計算所獲取之報酬，或讓與該報酬請求權，應是較爲容易方式²⁷⁶。另有學者認爲在現行規範文義下，將「爲自己」與「爲他人」所爲競業行爲之所得，區分爲損害賠償請求權與歸入權二不同性質權利行使，欠缺堅強理論依據，故不採²⁷⁷，本文從之，蓋現行日本公司法下已將歸入權刪除，現行日本公司法不論董事爲自己或他人所爲之競業行爲，公司皆得請求損害賠償，將董事所獲取之利益推定爲公司受損害數額；況且，在我國公司法第 209 條第 5 項之文義解釋範圍內，董事無論係爲自己或他人而違反競業禁止行爲皆得爲歸入權行使對象。

本項歸入權之行使，以董事因該競業行爲有「所得」爲必要²⁷⁸。若董事確「無償」爲他人爲屬於公司營業範圍內之行爲，雖構成未經許可爲競業行爲，公司卻

²⁷⁴ 柯芳枝，同註 93，頁 280。

²⁷⁵ 林國全，同註 125，頁 237-232。

²⁷⁶ 陳梅萍，同註 35，頁 286。

²⁷⁷ 林國全，同註 125，頁 232。

²⁷⁸ 參見台中地院 89 年度重訴字第 421 號民事判決。

無從依本項規定對之行使歸入權，僅得依公司法第 23 條第 1 項對該董事追究違反忠實義務之責任。

公司法第 209 條第 5 項規定，董事如違反第 1 項之規定而為競業行為時，股東會得以決議將行為之所得視為公司之所得。但何謂「所得」？該範圍如何界定？有學者認為應係採較嚴格之「對價」說，即不扣除成本之對價即可。首先，本項所定歸入權之性質並非填補公司損害之損害賠償性質，而係對違反不競業義務董事課予之懲罰性特別民事責任規定。故應採較嚴格之對價說，以達成其藉由事後懲罰發揮事前警惕效果之目的。其次，在實務運作上，行使歸入權之公司，欲證明董事競業行為所獲得之「對價」若干，已非容易。若更要求行使歸入權之公司，需證明就該對價扣除成本後之「獲利」若干，更屬困難。更有甚者，董事為自己或他人為競業行為，有時其結果可能是兩敗俱傷，即一方面造成公司積極或消極損害，但董事所為競業行為扣除成本後，亦未「獲利」。若謂此時公司即因行使歸入權之對象客體(即「所得」)不存在，而無從行使歸入權，亦非事理之平²⁷⁹。另有學者認為我國法並無明確規定，故建議修法區分董事係為自己或第三人情形有所不同，即董事如違反公司法第 209 條第 1 項，為自己之計算所為該行為時，股東會得以決議，將該行為之所得是為公司之所得，為他人之計算為該行為時，股東會得以決議，請求董事交付為他人計算所獲取之盈餘分派及勞務對價之報酬²⁸⁰。本文認為，雖有認為歸入權之性質係為一懲罰性特別民事責任規定，且基於舉證上困難重重等理由而認為應採取對價說，但從競業禁止之本質來看其為忠實義務之下位概念，而忠實義務乃係為避免董事與公司利益衝突之情形發生其責任性質應為交付其所受之利益為主，即利益之吐還，故當董事甘願冒險而為自己或為他人為競業行為時，即發生利益衝突情形，故所得應僅包括獲利之部分；再者，公司法並非完全禁止董事為競業行為，而係認為在取得股東會同意下，董事尚得為競業行為，故當董事無獲利下，似不應對其如此嚴苛。

另所謂「視為公司之所得」解釋上應僅指董事因此負有義務將其競業所得之金錢、報酬或其他物品交付公司，或將所取得之權利移轉於公司而言，並非因歸入權的行使而使該所得自動而當然的移轉於公司²⁸¹，為一債權關係。

第五項 歸入權之性質

歸入權係指要求特定人為特定行為之權利之「請求權」性質，抑或是依權利人一方的意思表示而使法律關係發生，內容變更或消滅之「形成權」性質？

²⁷⁹ 林國全，同註 125，頁 232。

²⁸⁰ 陳梅萍，同註 35，頁 289。

²⁸¹ 柯芳枝，同註 93，頁 280；劉連煜，同註 171，頁 402；王文宇，同註 87，頁 327。

在舊商法時代，日本通說認為，此項權利經由公司一方之意思表示為之，且一經行使即發生將董事競業所得視為公司之所得法律效果，因此為形成權一種²⁸²。在德國股份法第 88 條第 3 項，公司之請求權，自其他董事及監察人知悉發生損害賠償義務之行為時起算經三個月而消滅，或自行為成立時經過五年而消滅。換言之，損害賠償請求權之消滅時效，自其他董事及監察人知悉發生損害時起算，如僅監察人一人或監察人會知悉仍為不足，必須董事及全體監察人皆知悉，始足以開始計算消滅時效，將其界定為消滅時效，故為一請求權。

我國多數學說認為，歸入權係以股東會之決議，基於公司一方之意思表示，使違反競業禁止義務而為自己或他人為行為之董事，將其由該行為所得之經濟上效果歸屬於公司之特殊權利，故屬形成權之一種²⁸³。另有學者認為，從多數說中認為歸入權行使之效果限於公司與董事間之內部關係，且董事只發生債權的權利歸屬關係，在此見解之下，本項規定之運作，將係公司因作成「將該行為之所得，視為公司之所得」之股東會決議，而形成一「請求未經股東會許可而為競業行為之董事交付其由該行為所得之金錢、其他物品或報酬或將所取得之權利移轉於公司」之「請求權」。而後，公司尚須作成行使該請求權之意思，並進而實行，始能達成「將該行為之得，視為公司之所得」之目的。如果依上述之法律概念推演，實屬迂迴複雜。若能將本項所定歸入權性質，解為係一「法定請求權」，而本項所定股東會決議，則為該請求權發動之要件，法律概念將較簡單而明確²⁸⁴。本文認為，從證券交易法第 157 條短線交易規定比較觀之，該條文第 1 項明文規定短線交易之歸入權內容係公司應「請求」將其利益歸於公司；第 4 項明文規定第一項之「請求權」，自獲得利益之日起二年不行使而消滅，可見證券交易法第 157 條之歸入權係為一「請求權」，且如前所述證券交易法之短線交易具有公益性質，其歸入權將其界定為一請求權，尚須經過公司向違反短線交易之人為「請求」，短線交易之人始有義務將利益歸於公司，並非自始當然歸為公司所有，反觀公司法第 209 條第 5 項，法律規定並不明確，若將歸入權解為形成權時，基於董事競業行為原則上並非完全被禁止且此董事違反競業禁止相對而言較屬私益性質，是否賦予公司相對於請求權而言力量較強大的形成權，較不妥適；其次，從比較法觀點來看，日本法之歸入權已刪除，當董事為自己或他人違反競業禁止時，改由董事負損害賠償責任，公司得對董事為請求，故為一請求權，依余意推知，或許日本法先前之通說認為歸入權為一形成權應也有受影響，亦即日本公司法亦認為董事違反競業禁止時，僅賦予為一請求權即可，另外，德國股份法中將歸入權也僅認定為一請求權，亦值得參考；再者，若將歸入權認為一形成權，那麼一旦除斥期間經過，權利即消滅，此時若董事良心發現歸還利益，公司受領即無法律上

²⁸² 本間輝雄，同註 169，頁 221。

²⁸³ 柯芳枝，同註 93，頁 280；劉連煜，同註 171，頁 402；王文宇，同註 87，頁 327；林明華，論公司法於競業禁止之規定，律師通訊，第 193 期，1995 年 10 月，頁 35-36；台中高分院 92 年度上易字第 204 號民事判決。

²⁸⁴ 林國全，同註 125，頁 233。

原因，更對公司不利益，相反地，若歸入權認為一請求權，即便時效消滅，此時董事良心發現歸還利益，公司受領仍有法律上原因，對公司較有利，故宜認為公司法第 209 條之歸入權為一請求權。

第六項 歸入權行使期間

公司法第 209 條第 5 項但書：「自所得產生後逾一年者，不在此限。」此為歸入權之行使期間，究竟是消滅時效或是除斥期間？所謂消滅時效，係指因一定期間不行使權利，致其請求權消滅的法律事實。所謂除斥期間，係指權利預定存續之期間。依多數學說，若將歸入權認為一形成權，故該期間為一除斥期間，超過此一年期間而未行使者，即不得再行使²⁸⁵。若係將歸入權定為「法定請求權」之見解，則該期間為一消滅時效期間，且此但書時效期間，另有因應處理之斟酌空間²⁸⁶。

本項但書所定期間始點為「所得產生」，此「所得產生」時點如何認定。有認為，「所得產生」之時點認定，在實務操作上未必容易。故認為，此之「所得產生」應係指已能計算（認定）出該當事董事因該競業行為所能獲取之對價而言，而非指該當事董事已現實取得該違法競業為之對價。蓋本項但書規定之正面意義雖在界定歸入權之行使期限，但其反面即在界定歸入權得行使之始期。若尚未能確定該當事董事因該競業行為所能獲取之對價為何及若干，則歸入權之行使對象客體尚未確定而亦無從行使。反之，若歸入權之行使對象客體已為確定，即使處於該當事董事已取得對價請求權，而尚未現實取得該對價之狀態，公司亦已處於得請求該當事董事讓與該對價請求權之方式，進而由公司自行積極行使該請求權，達成歸入權目的之狀態。反之，若認為此之「所得產生」係指當事董事已現實取得該違法競業行為之對價，則難保當事董事藉由不積極行使其對價請求權，導致公司之歸入權無從啟動之弊病²⁸⁷。

此外，歸入權行使期間之規定，其主要考量為歸入權具有制裁之效果，行使期間過長對於董事過於嚴格，因而將行使期間規定為一年。惟既然本項規範之目的是為維護公司之利益，便不應過於縮短公司得行使歸入權之時效，應此宜參照證券交易法第 157 條第 5 項有關短線交易歸入權行使期間之規定，將董事為競業交易行為自該行為產生之歸入權行使期間同樣規定為二年²⁸⁸。

²⁸⁵ 柯芳枝，同註 93，頁 280；劉連煜，同註 171，頁 402；王文宇，同註 87，頁 327；經濟部 2001 年 5 月 21 日商字第 03002095350 號：「按公司法第 209 條第 5 項但書所稱：『自所得產生後逾一年者，不在此限。』係指歸入權行使之除斥期間為自所得產生時起算一年。逾此一年期間而未行使者，即不得再行使。至係屬歸入權行使之個案認定問題，如有爭議，請逕循司法途徑解決。」。

²⁸⁶ 林國全，同註 125，頁 233。

²⁸⁷ 林國全，同註 125，頁 233-234。此文將公司法第 209 條第 5 項之所得採取對價說，故文中出現對價請求權。

²⁸⁸ 陳梅萍，同註 35，頁 289-290。

本文認為歸入權為一請求權，故公司法第 209 條第 5 項但書為一消滅時效，在此前提之下此消滅時效起算點為「自所得產生」認定不易，而且現行法消滅期間稍嫌過短，許可參考德國股份法第 88 條第 3 項，公司之請求權，自其他董事及監察人知悉發生損害賠償義務之行為時起算經三個月而消滅，或自行為成立時經過五年而消滅，較為明確。

第三節 損害賠償請求權

第一項 董事為競業行為時之損害賠償請求權

由於董事為公司之負責人之一，董事對公司負有忠實義務，故董事若未經股東會許可為競業行為時，除了可行使歸入權外，若該行為致公司受有損害，則仍須受忠實義務之規範，得依現行公司法第 23 條規定，向董事請求損害賠償。另外，董事已取得股東會許可為競業行為時，即便不能行使歸入權，但董事之行為若有違反忠實義務致公司受損害時，仍得行使損害賠償請求權。

第二項 歸入權與損害賠償請求權之關係

當董事違反競業禁止之規定，同時可行使歸入權及損害賠償請求權，二者間是否可同時行使或須擇一行使？有認為，歸入權與損害賠償請求權，擇一行使或同時行使，得由股東會斟酌具體之情事定之，惟不以獲雙重利益為當²⁸⁹。另有學者認為歸入權與損害賠償請求權，僅得擇一行使²⁹⁰，蓋其一行使便可填補公司所受之損害則無行使另一權利之必要，無先後順序，公司得選擇對其最有利之方式為之。在德國股份法第 88 條第 2 項規定，董事如違反競業禁止規定，公司得向董事請求損害賠償，或得行使歸入權，將董事為自己之計算所為之交易，視為為公司之計算而為之交易，或交付其為他人之計算所獲取之報酬或讓與該報酬請求權，以代替損害賠償，採擇一行使。本文認為，基於保護股東立場，兩者可同時行使並無不利，並且具有嚇阻作用，只要注意公司無不獲得雙重賠償，應肯認之。

第四節 解任董事

當董事違反競業禁止規定時，公司得否將該董事予以解任，以下就股東會決議解任及訴請法院裁判解任之情形探討之。

²⁸⁹梁宇賢，同註 182，頁 429。

²⁹⁰鄭玉波，論競業之競止，收於民商法問題研究（二），國立台灣大學法學論叢（十九），1980 年 10 月，頁 180。

第一項 股東會決議解任

公司法第 199 條規定：「董事得由股東會之決議，隨時解任；如於任期中無正當理由將其解任時，董事得向公司請求賠償因此所受之損害。」

股東會為前項解任之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。

前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。」

在公司法第 192 條第 3 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。」故董事與公司間之關係為委任關係之性質，除公司法另有規定之事項外，民法關於委任之規定，亦得適用於公司與董事間。並且董事受有報酬（參照公司法第 196 條），故為一有償委任。而委任係基於當事人之信賴關係，所謂信任關係屬於主觀信念上之問題，若當事人信念上對於他方之信任有所動搖時，自不問客觀上之理由為何，均得許其隨時終止契約，否則勉強維持，必遭致不良之後果²⁹¹。董事係由股東會所選任，既然股東對董事之信賴已不存在，故得由股東會以特別決議方式隨時解任終止委任關係²⁹²。因此，當董事違反競業禁止時，股東會對於該董事之信任已不存在，即得以特別決議方式將其解任，不問有無任何理由。

另外，在公司法第 199 條第 1 項後段，如於任期中無正當理由將其解任時，董事得向公司請求賠償因此所受之損害。所謂「正當理由」在法律概念上，係屬於不確定之規範性概念。一般認為，不確定之規範性概念，在適用上，必須在個案中，依價值判斷予以具體化。故認為，在判斷公司法第 199 條上所稱之「正當理由」時，不應漫無限制，似宜以董事是否違反其與公司之委任關係（公司法第 192 條第 3 項）上之義務（含給付義務及附隨義務）及是否顯有不適任之情事而定，且是否屬正當理由應隨著時代演變、視社會環境不同而不同。此種判斷基準，著重當事人契約的特別結合關係，似較能顧及公平正義之原則，也似較合乎公司法本條之立法意旨²⁹³。違反競業禁止之規定而與公司從事競業之行為之情形，乃係具有正當理由而將其解任²⁹⁴，故該競業之董事不得請求損害賠償。然而，已取得競業許可之董事，是否當然認為將其解任即不具正當理由？當已取得競業許可

²⁹¹ 林國全，股東會決議解任董監事之研究，月旦法學雜誌，第 47 期，1999 年 4 月，頁 107-108。

²⁹² 劉連煜，同註 171，頁 369。

²⁹³ 劉連煜，股東會決議解任董監事及董監事因無正當理由遭解任所得請求賠償之範圍—以最高法院 81 年度台上字第 3013 號判決等三則判決之評釋為中心，月旦法學雜誌，第 30 期，1997 年 11 月，頁 107-108。

²⁹⁴ 劉連煜，同註 171，頁 370。

之董事為競業行為時無違反忠實義務，將其解任即不具正當理由，董事得請求損害賠償；但當其在為競業行為時有違反忠實義務而遭解任時，仍應認為具有正當理由，該董事即不得請求損害賠償。

解任董事是否可以臨時動議之方式提出？因現行公司法第 172 條第 5 項已明文規定：「選任或解任董事、監察人、變更章程、公司解散、合併、分割或第一百八十五條第一項各款之事項，應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出。」故現針對解任該違反競業禁止規定之董事自不得以臨時動議之方式提出。

被解任之董事，於表決權中是否須迴避？有認為，該董事不得參與表決，蓋被解任之董事對於會議的事項有自身利害關係，依公司法第 178 條之規定：「股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權。」，故該董事不得參與表決。本法第 199 條未如第 198 條²⁹⁵設有排除第 178 條適用之明文，故將被解任之董事對於該解任決議應屬有自身利害關係，因此，既不得加入表決，亦不得代理他股東行使其表決權²⁹⁶。另有認為，董事與公司間為委任關係，而委任係以當事人間之信任關係為基礎。公司對董事信任關係之成立，係經由股東會選舉方式以形成多數決為基礎，而就此形成公司對董事信任基礎之選任決議，並未排除被選任為董事之股東表決權行使。換言之，該被選任為董事之人以股東身分行使表決權之意思表達，亦為構成公司對董事信任意思之一部分。解任董事決議成立與否，實即公司是否維持對該董事之信任之意思決定。在公司對該董事之信任，係以該董事以股東身分所為之意思為形成基礎一部分之前提下，就該信任是否維持，剝奪該董事以股東身分表達其意思之權利，實欠缺合理性，並可能導致實質上係以少數決形成公司意思之情形。並且公司法第 178 條除了「有自身利害關係」，但並非屬有害於公司利益之虞之情形，故就被解任對象之董事而言，解任之議案若剝奪其參與表決之權利並不合理²⁹⁷。本文從之，蓋該董事若有濫用其股東權利之事，卻在多數決之下，無法以股東會決議解任之方式被解任，可另訴請法院解任之，以資救濟。然而董事若同時具有股東身分，並且違反競業禁止，就該次解任董事之議案表決時，基於該董事有自身利害關係並致有害公司利益之虞，故就該次決議事項應迴避，不得行使其表決權。

²⁹⁵ 公司法第 198 條：「股東會選任董事時，除公司章程另有規定外，每一股份有與應選出董事人數相同之選舉權，得集中選舉一人，或分配選舉數人，由所得選票代表選舉權較多者，當選為董事。」

第一百七十八條之規定，對於前項選舉權，不適用之。」

²⁹⁶ 柯芳枝，同註 93，頁 267；梁宇賢，同註 182，頁 420。

²⁹⁷ 林國全，同註 291，頁 110-111；劉連煜，同註 171，頁 374-375。

董事若有違反公司法第 209 條之董事競業禁止之規定，股東會即可依公司法第 199 條以特別決議方式將該董事解任，且該被解任之董事並不具正當理由，無法請求損害賠償。

第二項 法院裁判解任

公司法第 200 條規定：「董事執行業務，有重大損害公司之行爲或違反法令或章程之重大事項，股東會未爲決議將其解任時，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，於股東會後三十日內，訴請法院裁判之。」關於本條之立法意義，向來係以「董事執行業務若有重大損害公司之行爲或違反法令或章程之重大事項時，已構成股東會爲決議解任之正當理由，股東會原得隨時決議解任之，惟公司法唯恐股東會爲大股東所把持，致無法爲解任之決議，故特定本條，以保護公司及一般股東之利益」說明之。申言之，本條立法意義在使股東有機會透過司法審查，矯正不當之股東會決議。當董事違反競業禁止之規定時，得否訴請法院裁判解任該董事。另外，若該公司爲一上市上櫃公司時，證券投資人及期貨交易人保護法令有相關規定，以下分別討論之。

第一款 訴請法院裁判解任之原告資格

第一目 股東

依公司法第 200 條之規定，必須持有已發行股份總數 3% 以上股份之股東，始符合提起裁判解任董事訴訟之原告資格，此一訴請裁判解任爲一少數股東權，無持股期間之限制。依法條之文義解釋，原告股東所持有之股份，不論是有表決權股份或無表決權特別股，皆包括在內，而不以有表決權股份爲限²⁹⁸；且依公司法設置少數股東權之規範目的，係在於鼓勵小股東有機會參與公司之經營及監督，故解釋上不以單一股東持有已發行股份總數 3% 以上之股份爲必要，而得合併計算數位股東所持有之股份總數²⁹⁹。股東持有之股份總數應達 3% 以上，性質上爲股東依公司法第 200 條提起裁判解任董事訴訟時所應具備之訴訟成立要件，有認爲³⁰⁰在訴訟繫屬中，應始終具備。若股東起訴後將全部或部分股份轉讓給第三人，致使持股總數未達法定之持股比例，法院應依民事訴訟法第 249 條第

²⁹⁸ 另有認爲該提起訴訟股東持股要件，僅限於「已發行為表決權股份總數」始爲妥當，其理由爲本條規定目的觀之，係在使股東有機會透過司法審查，矯正不當之股東會決議，而無表決權股份原與股東會決議成立與否無關，以「已發行股份總數」爲本條提訴股東資格要件之持股數計算基礎，是否妥當，非無可議，林國全，股份有限公司董事之資格、選任與解任，台灣本土法學雜誌，第 36 期，2002 年 7 月，頁 109。惟本文認爲，雖該無表決權之股東與該股東會決議成立與否無關，但站在監督之立場，促使股東多參與公司之治理，仍應認爲無論有無表決權皆可加入計算。

²⁹⁹ 王志誠，股東之裁判解任董事監事訴請權，台灣本土法學雜誌，第 92 期，2007 年 3 月，頁 152；林國全，同前註，頁 109。

³⁰⁰ 王志誠，同前註，頁 152。

1 項第 6 款之規定，起訴不合程式或不備其他要件者，裁定駁回其所提起之訴訟。惟本文認為訴請法院裁判解任係為股東之共益權，即便股東於訴訟後將全部或部分股份轉讓給第三人，致使持股總數未達法定之持股比例，仍不應駁回訴訟。

若股東於股東會討論解任董事之議案時，並未表示贊成該議案，則該股東是否能於股東會後提起裁判解任董事訴訟。有學者認為，依民法第 56 條第 1 項：「總會之召集程序或決議方法，違反法令或章程時，社員得於決議後三個月內請求法院撤銷其決議。但出席社員，對召集程序或決議方法，未當場表示異議者，不在此限。」之適用，亦即得提起公司法第 200 條訴訟之股東，以在股東會曾贊成解任董事者為限³⁰¹。亦有學者贊同此見解者，其理由為因若原在股東會係反對解任者得提起解任董事訴訟，將違反誠信原則及禁反言原則³⁰²。反之，有學者有認為持有已發行股份總數 3% 以上股份之股東，即得提起裁判解任董事訴訟³⁰³。亦有認為，依公司法第 200 條之文義，得提起裁判解任董事訴訟之股東，並不以在股東會曾贊成解任董事者為限，又在我國係採取民商合一之精神下，當公司法未設有明文規定時，固應以民法補充之，但觀諸民法第 56 條第 1 規定，顯係指依公司法第 189 條規定訴請法院撤銷股東會決議之股東，始應受民法第 56 條第 1 項但書之限制；至於股東依公司法第 200 條解任董事，則不在民法第 56 條第 1 項但書之規範射程內。此外，股東提起撤銷股東會決議訴訟之原因，係股東會之召集程序或決議方法違反法令或章程，出席股東如未對股東會之程序瑕疵當場表示異議，事後始轉而主張召集程序或決議方法為違反法令或章程，而得訴請法院撤銷股東會之決議，不啻許股東任意翻覆，影響公司之安定。相對地，股東提起裁判解任董事訴訟之原因，係董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，出席股東如未積極表示贊成解任董事之議案，而消極對解任董事之議案表示反對或棄權，事後即使轉而主張董事執行業務有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，而訴請法院裁判解任不適任之董事，其目的在於為公司及全體股東之利益，亦不會影響公司經營之安定性³⁰⁴。本文認為，依公司法第 200 條文義解釋，可提起訴請法院裁判解任之股東並不以該股份有無表決權，若無表決權之股東於股東會中無法就該議案為反對或贊成，於事後僅於股東會曾有贊成該解任董事議案之股東始可提起，該無表決權之股東即無法訴請法院裁判解任，表達其見解機會，故即使未表示贊成該議案，則該股東亦能於股東會後提起裁判解任董事訴訟。

第二目 證券投資人及期貨交易人保護中心

³⁰¹ 柯芳枝，同註 93，頁 268。

³⁰² 劉連煜，同註 171，頁 378。

³⁰³ 梁宇賢，同註 182，頁 420。

³⁰⁴ 王志誠，同註 299，頁 152-153。

針對上市或上櫃公司，證券投資人及期貨交易人保護法（下稱「投保法」）於 2009 年 5 月 20 日新修正第 10 條之 1：「保護機構辦理前條第一項業務，發現上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行爲或違反法令或章程之重大事項，得依下列規定辦理：

一、請求公司之監察人爲公司對董事提起訴訟，或請求公司之董事會爲公司對監察人提起訴訟。監察人或董事會自保護機構請求之日起三十日內不提起訴訟時，保護機構得爲公司提起訴訟，不受公司法第二百十四條及第二百二十七條準用第二百十四條之限制。保護機構之請求，應以書面爲之。

二、訴請法院裁判解任公司之董事或監察人，不受公司法第二百條及第二百二十七條準用第二百條之限制。

公司已依法設置審計委員會者，前項所稱監察人，指審計委員會或其獨立董事成員。

第三十四條至第三十六條規定，於保護機構依第一項規定提起訴訟、上訴或聲請保全程序、執行程序時，準用之。

公司因故終止上市或上櫃者，保護機構就該公司於上市或上櫃期間有第一項所定情事，仍有前三項規定之適用。」

此條賦予保護機構（如投資人保護中心）得訴請法院裁判解任董監事之權，並且不受公司法第 200 條之限制，亦即保護機構得不受持股 3% 之門檻限制，即可提起解任董事之訴，對台灣公司治理上市是很大的里程碑³⁰⁵。

第二款 董事執行業務，有重大損害公司之行爲或違反法令或章程之重大事項

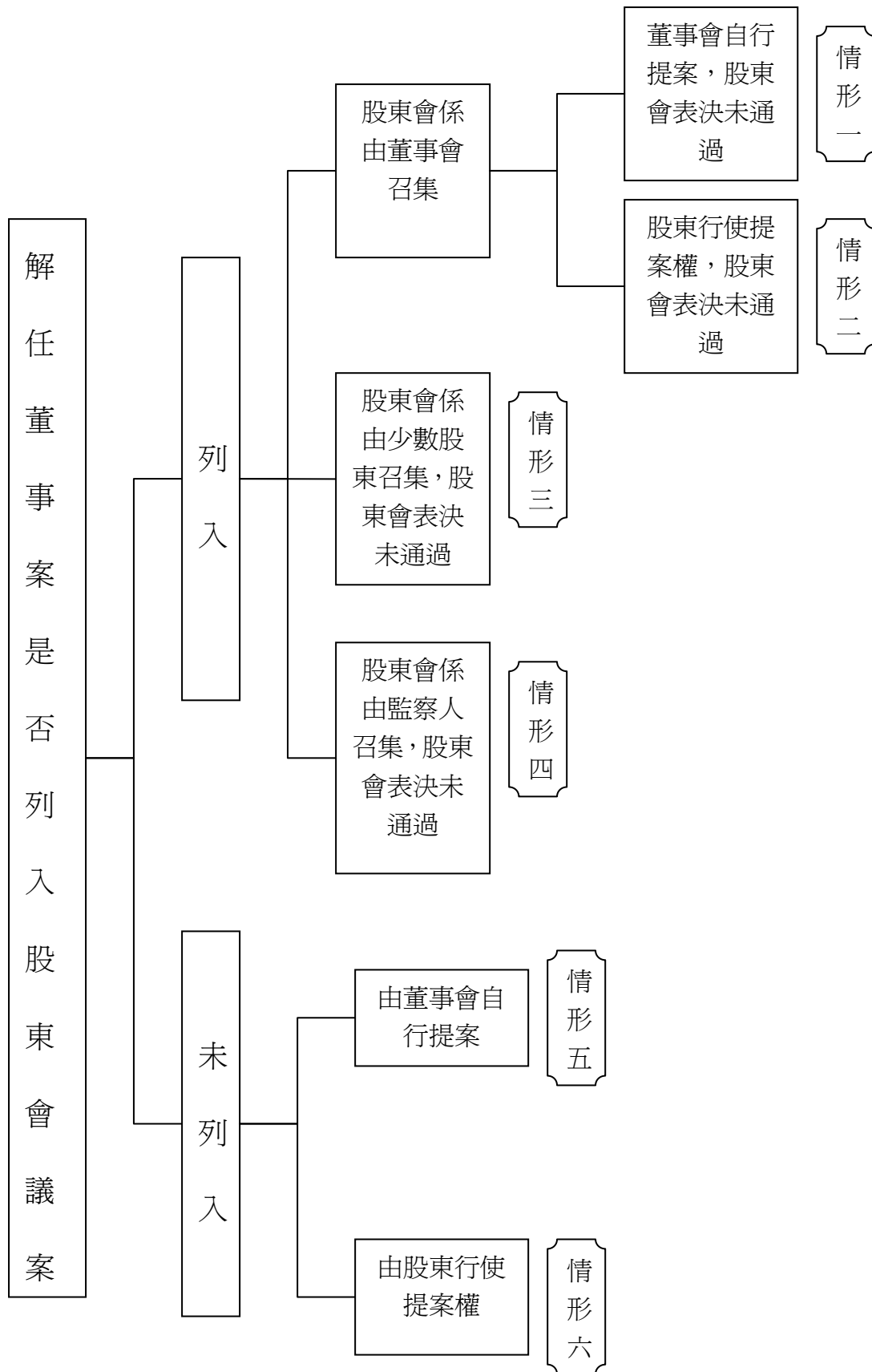
依公司法第 200 條及投保法第 10 條之 1 規定，董事執行業務，有重大損害公司之行爲或違反法令或章程之重大事項，始能訴請法院裁判解任董事。具體而言，法院應審酌董事執行業務時，有無下列三種情事之一：1. 重大損害公司之行爲。2. 違反法令之重大事項。3. 違反章程之重大事項。法院必須依個案具體判斷之。

第三款 股東會未爲決議解任

第一目 公司法之規定

依公司法第 200 條之規定，股東得行使裁判解任董事訴權之前提要件，必須「股東會未爲決議將其（董事）解任」，究指爲何，試以圖表示並加以說明如下。

³⁰⁵ 參照劉連煜，投保中心提起解任董監事及代表訴訟之新規範，月旦法學教室，第 84 期，2009 年 10 月，頁 22。



壹、情形一

依公司法第 202 條：「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。」亦即除重大事項保留給股東會外，其餘皆由董事會決議行之，此乃企業所有與企業經營分離原則之體現，關於公司之業務執行由董事會行之。故董事會有權決定股東會所欲表決之議案是否列入該次股東會中討論。因此，董事會將決議解任董事之議案列入該次股東會，該議案遭股東會否決時，股東即得依公司法第 200 條，訴請法院裁判解任。另外，為避免董事刻意採取抵制措施，迫使股東會無法召開，故所謂「股東會未為決議將其（董事）解任」，解釋上應包括股東會因不符法定出席定足數而流會之情形，乃至於股東會所為解任董事之決議經訴請法院撤銷之情形³⁰⁶。

貳、情形二

為便利股東積極參與公司之經營，我國在 2005 年新增訂公司法第 172 條之 1，賦予股東提案權，本文先對股東提案權制度先為簡略之說明。

一、股東提案權之立法理由

（一）、本條新增。

（二）、增訂第一項立法理由如次：

1. 鑒於現代公司法架構下，公司之經營權及決策權多賦予董事會，本法已明文規定，公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議者外，均應由董事會決議行之。若股東無提案權，則許多不得以臨時動議提出之議案，除非由董事會於開會通知列入，否則股東難有置喙之餘地，為使股東得積極參與公司之經營，爰賦予股東提案權。

2. 公司處理股東提案需花費相當時間，我國初次引進，為免造成股東臨時會召開過於費時，此次立法僅先就股東常會部分賦予股東提案權，又為避免提案過於浮濫，並參酌美國證券交易法之規定，於本項但書明定股東所提議案，以一項為限。若提二項以上議案者，所提全部議案均不列入議案。

（三）、為使公司有充分時間處理股東提案，爰於第二項明定公司應公告受理股東提案之時間及處所。

（四）、為防止提案過於冗長，且鑒於我國文字三百字已足表達一項議案之內容，特於第三項就提案之字數限制在三百字以內。所稱三百字，包括理由及標點符號。如所提議案字數超過三百字者，該項議案不予列入。另，為使該股東提案有

³⁰⁶ 王志誠，同註 299，頁 153-154。

充分說明之機會，爰明定提案股東應親自或委託他人出席股東會，並參與該項議案討論。

(五)、第四項明定董事會得不列為議案之情事，俾資明確。

(六)、公司收到股東提出之議案後，應於股東會召集通知日前，將處理結果通知提案股東，並應將符合規定之議案，列印於開會通知，爰為第五項規定。

(七)、公司負責人如違反第二項或第五項規定者，將課以新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，爰為第六項規定。

二、股東提案權之內容

公司法第 172 條之 1：「持有已發行股份總數百分之一以上股份之股東，得以書面向公司提出股東常會議案。但以一項為限，提案超過一項者，均不列入議案。

公司應於股東常會召開前之停止股票過戶日前，公告受理股東之提案、受理處所及受理期間；其受理期間不得少於十日。

股東所提議案以三百字為限，超過三百字者，該提案不予列入議案；提案股東應親自或委託他人出席股東常會，並參與該項議案討論。

有左列情事之一，股東所提議案，董事會得不列為議案：

一、該議案非股東會所得決議者。

二、提案股東於公司依第一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時，持股未達百分之一者。

三、該議案於公告受理期間外提出者。

公司應於股東會召集通知日前，將處理結果通知提案股東，並將合於本條規定之議案列於開會通知。對於未列入議案之股東提案，董事會應於股東會說明未列入之理由。

公司負責人違反第二項或前項規定者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。」

當董事會未將決議解任董事一案列入股東會議程中，股東即得依公司法第 172 條之 1 行使提案權，以書面向公司提出決議解任董事一案，需注意者，提案股東之提案不得超過一項，否則均不列入議案；並且不得超過 300 字為限，300 字尚且包括提案理由及標點符號在內，超過者不得列入議案。董事會此時得將該決議解任董事一案列入該次股東會討論，並且股東會決議未通過，此即「股東會未為決議將其（董事）解任」情形之一。

參、情形三

公司法第 173 條：「（第一項）繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，得以書面記明提議事項及理由，請求董事會召集股東臨時會。（第二項）前項請求提出後十五日內，董事會不為召集之通知時，股東得報經主管機關許可，自行召集。（第三項）依前二項規定召集之股東臨時會，為調查公司業務及財產狀況，得選任檢查人。（第四項）董事因股份轉讓或其他理由，致董事會不為召集或不能召集股東會時，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，報經主管機關許可，自行召集。」

當董事會不將決議解任董事一案列入股東會議案時，少數股東即得依公司法第 173 條之規定，召集股東臨時會討論決議解任董事，並且股東會決議未通過時，此即「股東會未為決議將其（董事）解任」情形之一。

肆、情形四

公司法第 220 條：「監察人除董事會不為召集或不能召集股東會外，得為公司利益，於必要時，召集股東會。」當董事會不將決議解任董事一案列入股東會議案時，監察人即得依公司法第 220 條之規定，召集股東會討論決議解任董事議案，並且股東會決議未通過時，此即「股東會未為決議將其（董事）解任」情形之一。

伍、情形五

董事會有權決定是否將決議解任董事之議案列入該次股東會討論事項之一，若董事會未將其列入，則股東會即無法就解任董事一案行使表決，亦可解釋成「股東會未為決議將其（董事）解任」之情形，此時股東即得訴請法院裁判解任。

陸、情形六

當股東依公司法第 172 條之 1 行使提案權，以書面向公司提出解任董事一案，該提案股東之提案超過一項，則均不列入議案，亦即該解任董事一案即不列入該次股東會討論；另或解任董事一案超過 300 字、停止股票過戶時，持股未達 1%者、該議案於公告受理期間外提出者，該解任董事一案董事會得不列入議案。上述情形皆無法列入該次股東會議案，股東會無法行使表決權，此亦為「股東會未為決議將其（董事）解任」情形之一。

另外，更值得探討的是，股東所提之決議解任董事一案並無違反公司法第

172 條之 1 之情形時，董事會卻不將之列入股東會議案³⁰⁷時，股東會議無法行使表決權，此亦為「股東會未為決議將其（董事）解任」情形之一。

第二目 證券投資人及期貨交易人保護法之規定

一般訴請法院裁判解任董事案件之「解任之議案曾提出於股東會，而股東會未為決議將其解任」的前提要件，保護機構是否亦可豁免？從本條法律文字觀之，似不明確。按在野派股東甚至保護機構，為解任董監事，縱依公司法第 172 條之 1 行使股東提案權，如公司派拒不將解任提案列為議案，恐怕保護機構亦甚難依投保法新規定提起本項解任董事之訴。且在投保法本項增訂之立法理由中明白謂：「現行……公司法第 200 條股東訴請法院裁判解任之規定，對公司董事或監察人具有一定監督之功能，惟其規定之門檻仍高，且依公司法第 200 條規定訴請法院裁判解任，須股東會未為決議將其解任，而依司法實務見解，應以股東會曾提出解任董事提案之事由，而未經股東會決議將其解任為限，是如股東會無解任董事之提案，股東亦無從訴請法院裁判解任不適任之董事。」因此應採肯定見解，亦即保護機構不受此前提要件之拘束，即可提起解任董事之訴。否則必減低本條之規範功能³⁰⁸。

第四款 應於股東會後三十日內提起訴訟

持有已發行股份總數 3% 以上股份之股東，應於股東會後三十日內，提起裁判解任董事訴訟，始符合公司法第 200 條所設法定期間之限制。至於如股東會所為解任董事之決議經訴請法院撤銷，而構成「股東會未為決議將其(董事)解任」之情事時，解釋上所稱三十日之法定期間應自判決確定日後起算³⁰⁹，另外，若係保護機構依投保法第 10 條之 1 所提起的解任董事之訴時，基於該條第 1 項第 2 款排除公司法第 200 條適用，故依文義解釋，保護機構不受此前提要件之拘束。

第五款 應以董事與公司為被告

提起裁判解任董事之訴應以何人為被告？法無明文規定究應以何人為被告，按此項訴訟既係以消滅公司與董事間之委任關係為目的，解釋上應以委任關係之當事人為被告，即以董事與公司為共同被告（參照民事訴訟法第 56 條³¹⁰）。

³⁰⁷ 董事會違法未將股東提案列為議案時，可能依公司法第 189 條之決議方法瑕疵撤銷者，應限於與該股東提案內容相關，而因該股東提案未列為議案，致其結果可能因而受到影響之決議。參閱林國全，董事會違法拒絕股東提案，台灣本土法學雜誌，第 73 期，2005 年 8 月，頁 131。

³⁰⁸ 劉連煜，同註 305，頁 23。本文認為，從證券投資人及期貨交易人保護法新修正第 10 條之 1 第 1 項第 2 款排除公司法第 200 條適用，故從文義觀之應即可知不需有未經股東會決議將其解任之前提要件。

³⁰⁹ 王志誠，同註 299，頁 154。

³¹⁰ 民事訴訟法第 56 條：「訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，適用下列各款之規定：

第六款 董事違反競業禁止時之適用

當董事違反董事競業禁止之規定，股東會未為決議將董事解任時，依公司法第 200 條規定，得由持有以發行股份總數 3% 之股東，於股東會後 30 日內，以董事與公司為被告，訴請法院裁判之，以資救濟。若該公司為一上市上櫃之公司，保護機構可依投保法第 10 條之 1，訴請法院裁判解任。

一、共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力。

二、他造對於共同訴訟人中一人之行為，其效力及於全體。

三、共同訴訟人中之一人有訴訟當然停止或裁定停止之原因者，其當然停止或裁定停止之效力及於全體。

前項共同訴訟人中一人提起上訴，其他共同訴訟人為受輔助宣告之人時，準用第四十五條之一第二項之規定。」

第六章 董事離職後之競業禁止

我國公司法第 209 條董事僅於任職中始受競業禁止規範，對於董事離職後之競業行為並無規定，惟競業行為可能為董事單純不利用公司之商業機密僅憑董事之才能在外從事競業，但此種情形發生較少，較可能發生者係為董事之競業行為包含利用公司之商業機密，在此種情況下，恐有損及公司利益之虞，公司並無法加以制裁，因而，本章僅就發生可能性較大之董事競業涉及董事利用在職中從公司獲知商業機密方面加以討論。

當董事於任職中取得公司之商業機密，未經公司同意而洩漏之，對公司所造成之損害，可依公司法第 23 條規定，認為該董事係違反注意義務而應負損害賠償責任。蓋該董事依注意義務對公司負有維護其利益及避免其發生損害之責任，因此為避免公司機密外洩，使公司在商譽上或競爭上遭逢不利，董事自應對公司機密保持沉默，否則即有違反其應盡之注意義務³¹¹；但對於公司法第 23 條之注意義務，係針對任職中之董事始負有此義務，若董事離職後利用該商業機密與原公司相競爭，即無法以違反注意義務規範之。若從忠實義務角度觀之，董事於任職中對公司負有忠實執行其職務義務，當董事於任職中違反競業禁止規定，蓋基於董事競業禁止係為忠實義務之具體化，故有公司法第 23 條忠實義務之適用，違反時董事依公司法第 23 條負損害賠償責任；相反地若董事於離職後從事競業行為時，已無利益衝突之情形，且公司法之忠實義務係針對任職中之董事所為之規範，就此情形，即無忠實義務之適用。對此董事離職後之競業行為，公司法即對此束手無策。故本章節以下試針對董事離職後之競業禁止情形討論。

第一節 離職後競業禁止之保護法益法理基礎

在公司治理原則之下，董事於在職中得參加董事會，就公司之業務執行參與決策，因此，當董事在公司業務討論之際，對於公司之重要商業機密，即有獲知之機會，有時該商業機密可能涉及一個公司之存亡或者獲利之大小，故公司法第 23 條要求董事負有忠實義務，並且在其業務執行負有注意義務，以防董事做出損及公司之行為，對公司不利，進而影響一個公司之運作，損害企業所有者之權益。但董事於離職後對該商業機密並不因離職後隨即煙消雲散，乃是董事一但得知，該商業機密是持續握在董事手中，若董事此時從事與公司相同營業範圍內之競業行為，對於公司之運作與商業競爭優勢勢必削弱，甚至離職因董事已無任何顧慮，其損害往往可能大於在職時從事競業行為對公司造成之損害。董事離職後所為之競業行為，基於董事已對原公司已無負任何忠實義務，故已無利益衝突情

³¹¹ 洪秀芬，同註 77，頁 256。

形之發生可能，本因可就此自由在外為任何行為，甚至與原公司相同營業範圍內之競業行為。但從公司角度觀之，由於現今工商社會，公司同業間相互競爭激烈，經常利用挖角方式獲取競爭對手的商業機密，甚至公司董事等高階經營管理階層者於任期間便積極籌備新公司，待離職後在由該董事帶領旗下員工集體跳槽或共同組成新公司，專門生產與當時公司同類之產品，若不禁止此種情形發生，將可能對公司造成損害，尤其是具有專業長才之董事，對於公司核心之商業機密更為了解，一但洩漏或利用該商業機密，對公司之損害不可言喻。

就離職後競業禁止之目的，本文先試從員工離職後競業禁止規定目的觀之，並進行推論董事離職後競業禁止。對於員工競業禁止之目的為：

- 一、憲法上基本權衡平。競業禁止約款上之限制主要係為維持憲法保障勞雇雙方擁有基本權利之衡平，故要求勞工簽訂競業禁止條款之主要目的包括：避免其他競爭事業單位惡意挖角或勞工惡意跳槽，防免優勢技術或營業秘密外洩³¹²。
- 二、避免勞工利用其在職期間所獲知之技術或營業秘密自行營業，削弱原雇主之競爭力。
- 三、保障原雇主之營業機密或專門技術³¹³。
- 四、使原雇主免於受僱人之競爭行為及惡性競爭³¹⁴。

就員工離職後競業禁止而言，原雇主在事業經營過程中，營業秘密的運用是必要的，必須加以公開或揭露，尤其是對於事業組織內部的員工。故若雇主將其所擁有的優勢專業技術或營業秘密，對該經手的員工揭露或公開，相關經手的員工，便可直接或間接的得知原雇主之相關營業秘密或優勢專業技術。又員工可能濫用原雇主對其之信賴，在原雇主委以相當重要職務、地位，或令其從事優勢專業技術之研發後，一段時間後旋即離職，進入他競爭企業或公司任職。由於此類型的員工，受到原雇主高度的信賴，所以能接觸原企業或雇主相當多的優勢專業技術或營業秘密，此類情形通常都認為係屬於不正競業的範圍。另一種情況是，員工可能進入原雇主之事業主體，係有其特定之目的，其任職的行為屬於有特殊用意的行為。例如：部分員工在原雇主事業體的任職期間，已經為其未來離職後所欲從事的工作，蒐集相關的專業技術知識或營業秘密，此亦屬於不正競業的範圍，此兩種類型均屬於離職勞工的惡性競爭。從而，當員工離職後，雇主為確保其營業秘密之安全即便免離職勞工惡性競爭，故有限制之必要。

從董事角度觀之，董事與員工間畢竟有所不同，董事與公司間地位較為平等，多居於領導公司業務執行之方向。但是，相同點在於，董事在參與業務執行

³¹² 蔡正廷，離職勞工競業禁止之類型研究，萬國法律，第 107 期，1999 年 10 月，頁 23。

³¹³ 台北地方法院 91 年度勞訴字第 129 號判決。

³¹⁴ 林更盛，離職後競業禁止約款的審查：三步驟－評台南地方法院 88 年度勞簡上字第 6 號判決，月旦法學雜誌，第 111 期，2004 年 8 月，頁 204-206。

過程中，亦可藉由參與董事會討論知悉公司之營業秘密，當董事離職後，董事洩漏此營業秘密有極大可能性，董事亦有可能於在職中早已預備於離職後利用該商業機密而積極蒐集相關資訊，從事相關行業，故為確保其營業秘密安全與避免離職後董事之惡性競爭，應有限制必要。

第二節 根據及內容分析

我國公司法就董事競業禁止之規定，依公司法第 209 條觀之，僅限於在職中之董事，但對於離職後董事競業行為並未有明文規定，本節以下試從其他相關法律及契約角度切入剖析之。

第一項 依法律

第一款 營業秘密法

董事離職後競業禁止包括不得洩漏商業機密及不得從事競業行為。故單從董事離職後若將原公司之商業機密洩露或利用時，此時可能涉及依營業秘密法相關規定要求該董事不得洩漏之。1996 年 1 月 17 日我國公布施行營業秘密法，營業秘密之保護目的，保護營業秘密之目的，在於使從事發明或創作之人，其投入之時間、勞力及金錢，所獲得之心血結晶，不受他人剽竊而付諸東流。故為鼓勵發發明或創作，維護競爭秩序，法律應有明確之保護³¹⁵。於營業秘密法第 1 條規定亦指出：「為保障營業秘密，維護產業倫理與競爭秩序，調和社會公共利益，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」以作為營業秘密之規範。

第一目 營業秘密之性質

所謂權利，依法力說係為為了使特定人能享受合理利益，由法律賦予該特定權利人的一種法律手段，若他人未經同意，不得擅自使用之，否則可被禁止並排除。利益，並非如此，僅於法律上有特別保護，如若違背公序良俗或違背保護他人法律者，始可排除之。而營業秘密就屬權利或利益，學說上有所爭執。

柒、利益說

採此說之學者主要理由如下：(1) 營業秘密法是屬於公平交易法所規範之不公平競爭中之一環，只不過我國將其於公平交易法之外，特別再獨立另立一法保

³¹⁵ 林洲富，營業秘密及離職競業禁止約款一兼評最高法院 89 年度台上字第 1906 號判決，律師雜誌，第 307 期，2005 年 4 月，頁 6。

護之。營業秘密保護之目的，並非僅在於保護營業秘密所有人維持其祕密性之利益而已，其更重要之目的在於維持自由而正當之競爭秩序。因此如果認為這類法律規範係賦予競爭者一個絕對性之專屬權利，使其得以排除任何人參與競爭，不僅與規範之目的及規範功能不符，而且亦與競爭制度不合，因為在自由競爭下，任何競爭者均無要求維持其享有一定經濟利益或維持其生存之權利，這些均應由市場之競爭機能決定之，營業秘密法所保護之法益，嚴格言之，並非專屬性之權利，而僅是一種受法律所保護之利益。(2) 若對於營業秘密亦賦予專屬權利之保護，則無異於鼓勵事業將其技術上之發明隱密化，因為毋庸公開就可以取得專屬權，而受到如同專利權相當之保護，自然無人願意將其技術公開而申請專利，若賦予營業秘密專屬權利，將使專利權制度隨之瓦解，而且將使權利之保護過於浮濫，對社會整體之發展造成不利之影響。(3) 各國對營業秘密之保護方式，均在於強調禁止他人以不正當之方法取得、使用或洩漏營業秘密，而不是在於賦予其如同專利權人般可以享有專屬使用權，使其得以禁止、排除任何人使用該資訊；如果他人另行研發出相同之秘密技術，或以其他正當之方法取得相同之秘密資訊，營業秘密所有人並不能禁止其使用³¹⁶。且現行專利法第 87 條第 2 項「被告舉證所揭示製造及營業秘密之合法權益，應予充分保障。」之規定，亦僅謂營業秘密之「權益」，仍未載明營業秘密究為權利或僅為利益。

捌、權利說

採取此說之學者其主要理由如下：(1) 權利之本質依通說認為「係受法律保護，得享有特定利益的法律實力」，故權利有兩項要素：一為所滿足者為人類合理的利益，也即法律承認的利益，通常為法益(法律利益)；其次為未能獲滿足時，得以國家強制力促其實現，此即法力說所重視的「法力」(法律實力)。營業秘密屬於法律所保護之利益，應無爭論，而當營業利益被侵害而有保護未足時，被侵害者亦可透過法律，促使國家加以救濟及排除侵害，強制營業秘密保護之實現。故從權利本質及保護營業秘密之現況而言，將營業秘密之法律性質認係「權利」，堪為允當。(2) 營業秘密既屬財產上利益，則如進而將其解為係以財產上利益為標的之財產權之一，當無不妥。(3) 將營業秘密之法律性質認係權利，就營業秘密之歸屬、使用及處分等情形顯較明確。且符合以權利為主要規範客體之法律體系，於適用法律時應無窒礙難行之處。(4) 就營業秘密之被侵害者而言，營業秘密如係其所享有之權利，對其保護應較為周全³¹⁷。

上訴二說，本文認為基於營業秘密法第 12 條：「因故意或過失不法侵害他人之營業秘密者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。」

³¹⁶ 謝銘洋、丁中原、古清華、張凱娜，營業秘密法解讀，月旦出版，1996 年 11 月，頁 30-32。

³¹⁷ 黃三榮、林發立、郭雨嵐、張韶文合著，營業秘密：企業權益之保護，財團法人萬國法律基金會，2002 年 3 月第 1 版，頁 17。

前項之損害賠償請求權，自請求權人知有行為及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自行為時起，逾十年者亦同。」之規定，故不論將營業秘密解釋為權利或利益，皆有請求權之依據，其區別重要性已不高。

第二目 保護營業秘密之理論基礎

壹、契約責任(Contractual Obligation)說

本說認為營業秘密保護的理論依據，是來自於營業秘密擁有者與接觸營業秘密之人間，以契約方式課予營業秘密接觸者一定的保密義務，主要為保密約款及競業禁止約款。隨著營業秘密所有人揭露其營業秘密的態樣，保密義務可能規範在僱傭契約、授權契約、代工契約、共同研發契約等，或是以獨立的保密契約的方式存在³¹⁸。但採取本說可能產生幾個營業秘密保護上的疑慮，一是當契約未明確規定保密義務或規定不完整時，營業秘密所有人可否主張及如何主張？營業秘密保護的範圍是否應視契約規定而變動？二是營業秘密保護的範圍是否因契約自由原則而產生不當擴張的可能性？如果有其他法律加以規範(例如：權利濫用原則、勞工保護法規等)，則其界線又該如何劃分？三是對於沒有契約關係而不當取得營業秘密之人，無法加以規範。

貳、信賴關係(Fiduciary Relation Ship)說

本說認為營業秘密保護的依據在於當營業秘密所有人營業秘密交付或提給接受者，接受者即處於一種應為營業秘密所有人之利益而保密的地位，無待契約特別規定。英國營業秘法制即處於一種應為營業秘密所有人之利益而保密的地位，無待契約特別規定。英國營業秘法制即認為在特定的狀況下，法律會加諸某些人保密的責任。例如：若某一藥物的配方向某一獸醫揭露，即使在沒有辦法向法院證明雙方間有任何契約的來自於營業秘密情況下，該獸醫亦負有保密之責。瑞士立法例即採此種理論。在受僱人之情形，瑞士責任法典(Swiss Code of Obligations)指出他們必須維護僱主營業秘密，無論僱傭合約或交易合約中是否提及前述義務³¹⁹。

國內亦有見解以為，營業秘密保護依據之信賴關係的產生，常肇因於契約關係。此一契約關係可為明示契約或非明示契約，由於明示契約之保護，其保護理

³¹⁸ 張靜，我國營業秘密法學的建構與開展—第一冊 營業秘密的基礎理論，新學林出版，2007年4月，頁85。

³¹⁹ See Francois Dessemontet, Protection of Trade Secrets and Confidential, Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement, edited by Charlos M. Correa and Abdulqawi A. Yusuf, kluwer law, 244(1998)，轉引自林振芳，論勞動契約中競業禁止約款在司法實務上之效力問題，東吳大學法律學系碩士論文，2005年7月，頁101。

論應屬契約責任說之範疇，故此處所指之信賴關係的產生應以非明示契約為主，其主要類型有三³²⁰：

一、附隨義務之違反：例如在僱傭契約中雖未就受僱人之保密義務加以約定，但受僱人對僱主仍負有保守營業秘密之忠實義務，此一忠實義務即係基於誠信原則之附隨義務而來。

二、後契約義務之違反：例如在僱傭契約中雖未就受僱人離職後之保密義務加以約定，但受僱人離職後，基於誠信原則仍負有保守僱主營業秘密之後契約義務。

三、先契約義務之違反：例如事業因與相對人締約進行接觸或磋商，而使無契約關係之相對人知悉或取得營業秘密，在此一階段中雙方當事人基於誠信原則負有告知、注意、忠誠等先契約義務，亦即相對人負有守密及不為使用之先契約義務。

參、禁止不當取得(Misappropriation)說

本說認為營業秘密保護的依據在於營業秘密不應該被以不正當的手段取得。營業秘密與專利不同，營業秘密並未被賦予一個法定排除他人使用的權利，只是其不應以不正當的方式被取得。此一理論強化了營業秘密作為一種財產利益的性質。一般而言，商業間諜是經常被認為屬於不當取得營業秘密的行為，而反向工程或獨立發現則是屬於合法發現機密資訊的方式。此說在國內亦為稱為不公平競爭說，認為同業間彼此競爭對於產業發展原則上有所助益，但某些競爭態樣卻可能對整體產業界造成不良之影響，最後甚至會損害社會大眾的權益。因此，美國法院在審理營業秘密案件時，對於以不當方法使用及洩露他人營業秘密者，經常基於公共政策的考量，而援引不公平競爭理論³²¹。

肆、財產權說

本說乃是將營業秘密之法律性質認為是一種財產權(property)，而依財產權之理論加以保護。例如：1953年 *Ferroline Corp. v. General Aniline and Film Corp.* 案、1939年美國密蘇里州 *Godefroy Mfg. Co. v. Lady Lennox Co.* 案皆採此一見解。惟在多數有關營業秘密侵害的案件中，財產權說和信賴關係說這兩種說法，經常被法院同時用以作為正當化營業秘密法保護的依據。財產權說另一個有力的依據，是判決上認為營業秘密是可以讓與的，因此，可推論出營業秘密具有財產價值，應當作財產權加以保護。例如：1908年密西根州最高法院 *Grand Rapids Wood Finishing Co. v. Hatt* 案，法院認為傢俱亮光劑的祕密處方就如同傢俱亮光劑一

³²⁰ 謝銘洋，營業秘密侵害之類型觀察與責任分析，資訊法務透析，1992年8月，頁45以下；曹永遊，論專門技術在我國營業秘密法之保護，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1997年6月，頁107-108。

³²¹ 葉茂林、蘇宏文、李旦，營業秘密保護戰術-實務及契約範例應用，永然出版，1995年5月，頁22-23。

樣，都是屬於可以合法讓與的財產權，因而認定 Hatt 與 Grand Rapids Wood Finishing 公司間傢俱亮光劑處方的交易有效，Hatt 應受該契約的約束。另須特別說明的是，美國法上對於財產權的認定，相當於我國民法上的權利與利益，因此，在理解上不應把財產權說理解為「權利說」，而應從美國法院認為營業秘密具有應受法律保護的財產價值或財產利益的方向來理解³²²。

目前我國營業秘密法所採取的理論依據，依立法過程相關資料及目前法院實務見解，前述幾種學說可謂兼而有之。通常法院會在不同個案中，引用不同的理論論述營業秘密所有人應予保護的正當性。不過，主流學說之看法，仍係將營業秘密之保護定位為基於「商業倫理」之考量，而以防止不正當競爭為主要之目的。

第三目 營業秘密之要件

從營業秘密法第 1 條、第 2 條：「法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：一、非一般涉及該類資訊之人所知者。二、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。三、所有人已採取合理之保密措施者。」及學理上可歸納出下列五個要件：

壹、須為可用於產業競爭之資訊

營業秘密法之制訂既在維護產業倫理與競爭秩序，即規範員工與雇主間、事業體彼此間之倫理與競爭秩序³²³，因此，必須與產業競爭即生產、銷售或經營有關之資訊，方屬營業秘密，與產業無關秘密資訊，不受營業秘密法之保護，例如國防機密、公務秘密、公職候選人競選策略等，其非營業秘密固無疑義；即如供應商之名單，一般亦不認其為營業秘密，因供應商本身應不欲其商業名稱成為秘密，否則將妨礙其獲得更多之商業機會，損害其本身之競爭地位³²⁴；再如公司使用建物之坪數、租金、話機金額，係屬一般事項，亦非營運秘密³²⁵。

貳、須為具有相對秘密性之資訊

秘密性為營業秘密本應具有之特質，但並非絕對之機密，基於僱傭、保密契約或事業活動信賴原則，營業秘密亦得提供與員工、合夥人、經銷商等特定之人，祇其非至公開之程度，仍不失為營業秘密。惟暢銷產品，如其規格設計圖可在市

³²² 賴文智、顏雅倫合著，營業秘密法二十講，益思科技法律事務所，2004 年 4 月，頁 108-113。

³²³ 營業秘密法第 1 條。

³²⁴ 羅怡德，美國營業秘密法之介紹與分析，輔仁法學，第 12 期，1993 年 6 月，頁 193。

³²⁵ 最高法院 95 年度台上字第 564 號民事判決。

面上取得者，既屬公開之產業資訊，即非營業秘密，我國在營業秘密法公布實施前即已採此見解，遑論於營業秘密法施行後³²⁶。

參、非一般涉及該類資訊之人所知者

本款為「秘密性」之要求，故屬於產業間可輕易取得之資訊，則非營業秘密之標的。因此，專利申請範圍(claims)所公開揭露(disclosure)之技術內容，即欠缺所謂之保密性，並非營業秘密之範疇。倘專利權受侵害時，應循專利法保護，非營業秘密法所保護之客體。

肆、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者

本款為「經濟價值」之要求，是該技術或資訊有秘密性，且具備實際或潛在之經濟價值者，始有保護之必要性。基上可知，保護範圍包括實際及潛在之經濟價值。是尚在研發而未能量產之技術或相關資訊，其具有潛在之經濟價值，亦受營業秘密法之保護。

伍、所有人已採取合理之保密措施者

本款為「合理保密措施」之要求，蓋營業秘密涵蓋範圍甚廣，取得法律保護之方式，並非難事，倘營業秘密所有人不盡合理之保密措施，讓第三人得輕易取得，法律自無保護其權利之必要性。

第四目 營業秘密之侵害

營業秘密法第 10 條：「(第一項)有左列情形之一者，為侵害營業秘密。一、以**不正當方法**取得營業秘密者。二、知悉或因重大過失而不知其為前款之營業秘密，而取得、使用或洩漏者。三、取得營業秘密後，知悉或因重大過失而不知其為第一款之營業秘密，而使用或洩漏者。四、因法律行為取得營業秘密，而以不正當方法使用或洩漏者。五、依法令有守營業秘密之義務，而使用或無故洩漏者。(第二項)前項所稱之不正當方法，係指竊盜、詐欺、脅迫、賄賂、擅自重製、違反保密義務、引誘他人違反其保密義務或其他類似方法。」分析如下。

壹、以不正當方法取得營業秘密者

「不正當方法」係指竊盜、詐欺、脅迫、賄賂、擅自重製、違反保密義務、引誘他人違反其保密義務或其他類似方法，為一不確定法律概念。以不正當方法

³²⁶ 吳啓賓，營業秘密之保護與審判實務，台灣本土法學雜誌，第 98 期，2007 年 9 月，頁 3。

取得該營業秘密之人與營業秘密所有人間，是否有僱傭關係或其他法律關係，並非所問。例如事業主內部員工竊取非屬其職掌範圍內之營業秘密，或以詐欺、脅迫、賄賂方式，使有權接觸營業秘密之同仁交付該營業秘密等；或外部人員非法侵入事業主內，竊取、擅自重製營業秘密，或以詐欺、脅迫、賄賂方式，使事業主內部人員交付營業秘密等是。

貳、知悉或因重大過失而不知其為前款之營業秘密，而取得、使用或洩漏者

不論知悉或因重大過失而不知該營業秘密係他人以不正當方法取得者，卻仍取得、使用或洩漏該營業秘密，亦構成侵害營業秘密。本款與上款規定不同之處，在於上款係以自己本身直接以不正當方法取得他人營業秘密之人為規範對象；而本款則以轉得人為規範之對象，其本身並無以不正當方法直接取得他人營業秘密之行爲。轉得人本身雖無正當之行爲，但由於該營業秘密為他人以不正當方法而取得，為確保營業秘密所有人之正當利益，避免其營業秘密繼續流傳於外，因此有規定其為侵害營業秘密行爲之必要。但其究僅為轉得人，本身並無不正當之行爲，是以其責任不應過重，故僅限於知悉或因重大過失而不知之情形，始須負責；如其為善意無過失或僅有輕過失，因而取得、使用或洩漏之行爲，除有第 3 款之情形外，不構成營業秘密之侵害。

參、取得營業秘密後，知悉或因重大過失而不知其為第一款之營業秘密，而使用或洩漏者

本款規定與第 2 款類似之處，均在於避免營業秘密所有人被他人以不正當方法取得營業秘密後，繼續被流傳於外。不同之處在於第 2 款規定該轉得人於取得該營業秘密時，即知悉或因重大過失而不知該營業秘密係以不正當之方法取得；本款則在規範轉得人於取得該營業秘密之初，並不知情，亦無重大過失，而是於嗣後始知情，或有重大過失而仍不知，則其即不應再有使用或洩漏之行爲。

肆、因法律行爲取得營業秘密，而以不正當方法使用或洩漏者

本款係規範基於類如僱傭、委任、承攬等雙方法律行爲，或單方法律行爲，如代理權之授與之營業秘密侵害情形。其特徵在於受僱人、受任人、承攬人、代理人或交易相對人取得僱用人、委任人、定作人、本人或他方之營業秘密，往往係因該等關係而「正當取得」，亦即其營業秘密並非以不正當方法取得，此與前三款之規定均有所不同。

此種正當取得之營業秘密，如果被以不正當之方法使用或洩漏，對於營業秘密所有人所造成之損害，甚至較前三款之情形為嚴重，是亦有加以規範之必要。

另外特別須注意者，即本款並非規範受僱人於離職後之競業應否禁止之問題，蓋此一問題涉及受僱人之工作權保障，若一概予以禁止，並不妥當。故僅禁止受僱人於離職後將其自僱傭關係中所取得之僱用人之營業秘密再予使用或洩漏，至於受僱人使用其於任職之前即已具有之專業知識，並不構成營業秘密之侵害。

伍、依法令有守營業秘密之義務，而使用或無故洩漏者

依法令有守密義務之人，雖其係以正當方法得知該營業秘密，然既依法令有守密之義務，如其加以使用或洩漏所知悉之營業秘密，原本即構成侵權行為，惟因營業秘密法對於營業秘密之保護有較周延之規定，是以於此情形亦將其列為侵害態樣之一，一方面使侵害營業秘密之態樣更為完整，另一方面亦使受害人能適用營業秘密法之規定，而得到更周延之保護。

公務員因承辦公務而知悉或持有他人之營業秘密，所在多有；又在有關營業秘密之訴訟案件進行時，亦難防止相關人員知悉或持有該營業秘密。上述公務員或相關人員非必為依法令應守營業秘密之義務人，為避免營業秘密遭公務員使用或無故洩漏因而受損；或因營業秘密訴訟案件而知悉或持有該營業秘密之人擅予洩漏或使用，造成營業秘密之侵害，營業秘密法第 9 條：「公務員因承辦公務而知悉或持有他人之營業秘密者，不得使用或無故洩漏之。當事人、代理人、辯護人、鑑定人、證人及其他相關之人，因司法機關偵查或審理而知悉或持有他人營業秘密者，不得使用或無故洩漏之。仲裁人及其他相關之人處理仲裁事件，準用前項之規定。」即使該等人負法定保密義務。如有違反，在民事責任方面，依營業秘密法第 10 條第 1 項第 5 款為侵害營業秘密，負同法第 11 條及第 12 條之不作為義務及損害賠償義務；而刑事責任方面，則負刑法第 316 條洩漏因業務得知知他人秘密罪、第 317 條洩漏業務上知悉之工商秘密罪、第 318 條洩漏公務上知悉之工商秘密罪之刑責，惟須告訴乃論³²⁷。

第五目 侵害營業秘密之救濟方法及範圍

營業秘密法第 11 條：「營業秘密受侵害時，被害人得請求排除之，有侵害之虞者，得請求防止之。被害人為前項請求時，對於侵害行為作成之物或專供侵害所用之物，得請求銷燬或為其他必要之處置。」第 12 條：「因故意或過失不法侵害他人之營業秘密者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。前項之損害賠償請求權，自請求權人知有行為及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自行為時起，逾十年者亦同。」另就賠償範圍規定在第 13 條：「依前條請求損害賠償時，被害人得依左列各款規定擇一請求：一、依民法第二

³²⁷吳啓賓，同前註，頁 8-11。

百十六條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其使用時依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後使用同一營業秘密所得利益之差額，為其所受損害。二、請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。依前項規定，侵害行為如屬故意，法院得因被害人之請求，依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。」

第六目 董事離職後競業禁止之適用

董事在職中有任何洩露公司營業秘密之行為，而違反營業秘密法之相關規定時，自得依營業秘密法第 11、12、13 條相關規定予以處罰。當董事於離職後有競業之行為，若涉及洩漏公司之營業秘密時，亦得依營業秘密法規定予以處罰，自不待言。

第二款 小結

然有鑑於該法對「營業秘密」之定義有其特定範圍³²⁸，有時董事所知悉者並非公司之營業秘密，僅是公司一般商業機密，營業秘密法就無法救濟此部份。再者，該法對於持有秘密者，一般係僅就其故意或重大過失不法侵害他人營業秘密者，方負賠償責任，此與對（現任或離職）董事要求其應盡善良管理人注意義務來保持沉默上有落差³²⁹，故在這些無法被依法律（營業秘密法）途徑救濟所涵蓋之董事離職後競業行為，僅能束手無策。

在英國法上，2006 年之新修正公司法中，從第 170 條及第 175 條第 2 項規定觀之，即便是董事離職後，對於其在職中所知悉之任何公司資產、資訊或機會，無論公司有無受損害、有無使用，董事不得利用之而謀取利益，因此當董事所為之離職後競業行為涉及利用公司資訊機會時，則違反英國公司法之規定。在德國法上，如前所述依德國股份法第 93 條第 1 項後段，董事對於執行業務所知悉之公司內部報告或機密，尤其是企業操作或業務秘密，負有沉默義務 (Schweigepflicht)。若董事因過失，亦即未盡善良管理人注意義務，而違反沉默義務致公司受有損害者，應依同條文第 2 項規定負賠償責任，監事會得依重大事由將其解任，此外，洩漏機密尚得依同法第 404 條規定予以刑事處罰。此類規定，董事離職後之競業行若涉及洩漏公司營業秘密，公司之利益皆可受到保護。

相較於外國法有法律依據可相當限制董事離職後競業行為，我國僅能針對董事離職後之競業行為為營業秘密範圍內時始受法律規範，至於營業秘密範圍外，

³²⁸ 參照營業秘密法第 2 條。

³²⁹ 洪秀芬，同註 77，頁 257。

法律並無明文規範，產生一大漏洞。我國在未明文規定之前，對此部分僅能依當事人間契約約定加以約束之。

第二項 依契約

當董事離職後為競業行為除依法律加以規範時，公司可否以契約和董事約定離職後競業禁止？在美國實務上，除了公司法下的競業禁止義務外，公司通常都會要求董事或經理人簽訂解任後競業禁止契約(non-competition agreement)³³⁰及保密契約。除此之外，在特殊法律³³¹規定下，這些解任董事或經理人也不能利用屬於公司的營業秘密或其他機密資訊。在 *Bancroft-Whitney Co. v. Glen* 一案³³²中，案例事實：X 出版社的董事長 A 同時具有董事身分，決定幾個月後要前往 Y 公司與現任 X 公司從事相競爭之事業，同時 A 與 Y 公司訂定未來將在 Y 公司擔任董事長的契約。對於這項計畫，A 並未告知 X 公司。為了將來 Y 公司所從事競爭事業能夠順利進行，A 開始挖角現任公司員工。因而 X 公司以 A 利用交易上之秘密及資訊，向法院提出告訴。最高法院認為，挖角員工的行為並不屬於利用交易上之秘密及資訊，並且僅以董事在離職前，為將來從事競業所作準備的這項事實，就認定董事違反忠實義務，其理由並不充分。但因 A 未事先將從事競業計畫告知公司，而使 X 公司受有損害，因此 A 對 X 公司仍應負違反忠實義務的責任。因此基本上，只要董事不利用在職期間所獲得公司之商業機密，原則上董事離職後仍可自由從事與公司相競爭之事業，並且董事於離職後，也不需再對公司負有忠實義務。換言之，董事於在職中明知該機會是屬於公司之機會，即使離職後也不得為自己或他人取得該機會，否則仍有違反忠實義務之可能。

反觀我國從公司角度而言，董事於在職中得參加董事會，就公司之業務執行參與決策，因此，當董事在公司業務討論之際，對於公司重要商業機密，即有獲知機會，有時該商業機密可能涉及一個公司之存亡或者獲利之大小，董事離職後（在職中亦有可能）一但洩漏可能會對公司造成損害；甚者，有時董事本身即具有專業才能，即便未從公司獲知商業機密，但是於離職後為競業行為，亦可能對公司造成損害，此時若無法以法律相關規範加以制裁，只能任憑公司之損害擴大。基於上述理由，公司可與董事間簽訂董事離職後競業禁止契約，加以保護³³³。

³³⁰ 美國法院也通常不願執行此種競業禁止契約，因為他們不願意限制董事或經理人的謀生能力。只有當這種契約或條款對於時間、地區、範圍之限制是「合理」時，才願意執行此類契約。see Harry G. Henn & John R. Alexander, *law of corporations*, at 630 (3d ed. 1986).

³³¹ 例如美國的統一營業秘密法(Uniform Trade Secret Act, 簡稱 UTSA)、經濟間諜法案(Economic Espionage Act of 1996, P.L. 104-294) 等。

³³² *Bancroft-Whitney Co. v. Glen*, 411 P. 2d 921 (Cal. Supr., 1966)

³³³ 在公司委任董事之初，法律並無強制規定董事有簽訂董事離職後競業禁止契約之義務，除了董事係單純由依「股東民意選出」者，若董事不與公司簽訂此種契約，該董事可能遭股東會解任之制裁外，若董事係由一人股東所指派或是依公司法第 27 條之情形法人股東得隨時改派，董事並無簽訂之義務，亦無任何制裁效果，產生盲點，故僅當董事與公司簽有此種契約前提之下予以探討。

此種契約可使公司利益獲得保護，相反的，同時也限制了董事選擇職業之自由，二者間的權衡該如何取得一個平衡點也是一個問題，以下就董事離職後競業禁止契約相關內容加以討論。

第一款 憲法上基本權利之衝突

董事離職後本有選擇從事任何工作之自由，有選擇職業自由之權利；公司存在目的亦在以有利於己之方法經營事業，有經營自由之權利，即便是針對董事離職後不得競業之限制，仍是屬於公司有經營自由之權利，兩者間所涉及基本權為何，以及何者應優先受保障，以下分別討論之。

第一目 董事職業選擇自由之性質

我國憲法基本權利部份並未對職業選擇自由加以著墨，故選擇職業自由應屬憲法第 15 條工作權或憲法第 22 條概括自由權之部份？學說上亦無定論。

有認為職業選擇自由係我國憲法第 15 條：「人民之生存權、工作權及產權，應予保障」中工作權之部分。認為工作權為人民得以自由選擇職業及工作場所³³⁴，亦即人民有從事工作、選擇職業的權利。司法院大法官在釋字第 404 號、第 411 號解釋文中明確界定：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計」，釋字第 462 號解釋理由書中提及：「憲法第十五條規定，人民之工作權予保障，是以凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障，對於職業自由之限制，應具有正當理由，並不得逾越必要程度」，釋字第 510 號解釋亦提及：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由」，釋字第 514 號解釋理由書謂：「基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為職業。」

另有認為職業選擇自由與工作權並非同一範疇³³⁵，憲法上之工作權係源於工業革命之後，社會之運作完全依賴自由競爭，而國家之權力受限於特定治安功能，其結果導貧富不均及層出不窮之社會問題，故多數人民轉而要求國家積極作為，制訂社會政策，以符合公平正義之社會規範。故工作權之內涵，在消極面可透過國家對國民提供就業訓練、就業服務、失業救濟等措施，使國民免於失業造成社會上安全之負擔；在積極面則是透過團結、團體協商及爭議等三權，使得勞動者取得與資方平等之地位，以免在資方不斷擴大生產規模、壟斷生產工具，片面決定勞動條件。而職業選擇自由權與居住遷徙同源，濫觴於十八世紀重商主義

³³⁴ 法治斌、董保城，中華民國憲法，國立空中大學，2001 年，頁 182。

³³⁵ 司法院大法官釋字第 514 號，黃越欽大法官不同意見書。

轉變為自由主義模式之際，在當時個人之教育、職業、工作乃由其出身階級地位決定之。所謂之職業選擇自由權乃世人所陌生之事，直到十八世紀封建體制瓦解，工業革命勃興才開始擺脫此種封建枷鎖。因此職業選擇自由與遷徙自由有密切不可分之關係，並不屬於憲法工作權所保障之範圍，而應係憲法第 22 條概括自由權所保障³³⁶。

本文依大法官解釋之見解認為，職業選擇自由係為一工作權，屬於憲法第 15 條之範圍。

第二目 公司營業自由之性質

我國憲法基本權利部份並未對營業自由有明文規定，其性質為何學說上有不同之見解：

一、工作權說

此說認為營業自由包括營業時間自由、營業地點自由、經營方式自由、廣告自由、營業內容自由、營業對象自由、晉用員工自由、投資自由等，與職業選擇自由同樣源自於憲法第 15 條工作權保障之範圍³³⁷。

二、財產權說

此說認為從財產權之保障即可導出經濟活動自由者，蓋透過經濟活動可以創造財產，而財產之自由支配又為從事經濟活動(尤其是營業活動)所必要前提之故也。換言之，財產之取得常以經濟活動為原因，而財產使用之結果又常出之以營業自由之型態³³⁸。

三、工作權及財產權兼具說

司法院大法官會議釋字第 514 號解釋理由書中：「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。」乃將人之營業自由區分為營業自由及營業活動自由。謝在全大法官在釋字 538 號協同意見書中表示贊同前開說法：「營業自由乃憲法上工作權及財產權所保障，屬經濟自由之一環。詳言之，基於工作權之保障，人民有選擇從事一定職業之自由，由於選擇一定職業為其經營之事業，自己遂成為營業主體，於該營業之經營，享有營業之自由，包括開業、

³³⁶ 林振芳，同註 319，頁 36。

³³⁷ 李惠宗，憲法要義，元照出版，2009 年 9 月，頁 237。

³³⁸ 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍合著，現代憲法學論，2000 年，頁 209。

停業與否以及營業維持、存續之自由，且人民除營業自由外，並有營業活動之自由，亦即對營業之資本、財產及其商品之生產、交易或處分均得自由為之，此即為憲法上財產權保障之範圍。可見營業自由非僅單屬財產權或工作權保障之問題。」

四、概括自由權說

黃越欽大法官在釋字第 514 號解釋之不同意見書中：「營業自由權與財產權同出一源，蓋有財產即有營業，無財產則無營業，營業權乃財產權之綜合行使。社會主義國家施行共產制度沒收財產之時代，人民無私產當然也就無所謂營業自由權可言，財產公有、營業亦改由國營，如今共產意識型態退潮，不但前社會主義國家恢復私產，從而恢復人民營業自由權，即使原本採市場經濟之國家也紛紛將公營事業「民營化」，即是縮小國家壟斷權，擴大人民營業自由權之範圍。…由於世界各國對基本權強調重點有所不同，我國承威瑪憲法之精神，將工作權正式明文規定於憲法基本權之中。至於職業選擇自由權則在人權清單之外。此一事實並不表示職業選擇自由不受我國憲法保護，依我國憲法第廿二條之規定職業選擇自由權乃至營業自由權，均應受憲法保護。」為一概括自由權。

本文認為營業自由係為一工作權，屬於憲法第 15 條之範圍。

第三目 基本權之第三人效力問題

憲法規定人民之基本權利，以保障人民不受國家之侵害，然而私人與私人間是否有可能遭受到類似國家之侵害而主張其憲法上基本權利？在現行之法律框架之內，都應受到憲法基本權利之拘束，此為憲法所蘊含之客觀基本價值決定，適用於所有之法律領域，換言之，所有之法律規定，皆不能抵觸憲法基本權利所彰顯之基本原則與精神。故私法自治原則亦應有其界限，例如民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。」即為私法自治之界限。惟當私人間依據私法自治原則所為之法律行為，若雙方並非立於平等之地位，此時依據憲法客觀基本價值之決定，亦不容許其發生，換言之，當基本權利所保障之法律地位遭他人支配時，國家必須採取必要之調整與規範，以確保基本權利之實質內涵，此即國家之保護義務。例如：為防止社會地位或經濟地位不平等之情形，立法者制定公平交易法及消費者保護法等法律，以落實憲法基本權利規定之基本決定。故有關競業禁止條款之合憲性問題，除涉及私法自治之問題外，亦涉及國家對職業自由此基本權利之保護義務³³⁹。離職後競業禁止條款之合憲性問題，基本上即為處理此種條款之效力問題，依據私法自治及契約自由原則所訂定之離職後競業禁止約款，在違反工作權或職業自由之憲法上基本權利時，應直接使用憲法之規定，判定其無效，或是應認定其違反社會上得接受之公共秩序及善良風俗，

³³⁹ 李建良，競業禁止自由與職業自由，台灣本土法學雜誌，第 15 期，2000 年 10 月，頁 114。

進而涉及違反憲法基本權利之客觀價值決定，而認定為無效，此涉及基本權之第三人效力之問題。

壹、學說爭議

一、否定說

這是最傳統憲法學界之見解，因憲法條文之規範對象主要是針對國家，要求國家不得侵犯人民之自由、權利，國家並需積極的提供人民基本生存的權利，憲法的規範之對象既非一般人民，所以憲法的規定自不能適用於私人間之法律行為。

二、直接適用說

憲法為一國之根本大法，法律、命令、條約乃至私人之行為，均不能違反此最高之規範，人權之保障既為憲法規定置重之處，則私人間之法律行為自亦不得違反，私人間所為之協議與契約既不得違反法律強制或禁止之規定，自不得違反憲法，此乃理所當然。故憲法關於保障人權之規定對於私人相互間之關係，原則上自屬適用³⁴⁰。且同樣是概括條款，何以憲法上的不能直接適用？民法上的才可以適用？私法自治固應尊重，但如果其內容已悖離憲法上的基本權所代表的基本價值秩序時，難道私法自治也凌駕於憲法之上嗎？或者當民事法規所代表的價值與憲法上的基本價值相衝突時，為何不以後者為優先？或者認為一旦由民事法院直接引用基本權作成裁判依據，則法治國（Rechtsstaat）將不再存在，而是由法官國（Richterstaat）取代了。如果法官國是指法官直接以憲法規定作判決依據，那麼只要設憲法審判機關的國家，不早就成為法官國了嗎？我國在不久的將來各級法院法官也將享有部分違憲審查權，豈不更是法官國？或許又有人認為，縱然憲法對某些結社有禁止的規定，例如德國基本法第9條第2規定，禁止設立違反憲法秩序及國際所接受的理念之結社，但行政機關如要取締這類結社，仍須有立法依據，不能逕依憲法執行。行政部門既是間接適用，何以司法機關要直接適用基本權規定？此說認為基本權尤其自由權是先憲法而存在，憲法的規定只是確認其在整體法律中的地位，法院援用以發揮保障人權的直接效力，與允許行政機關引用限制人民的一般行為自由，不可相提並論。總之，承認基本權的直接效力，對吾人長久以來視憲法為政治綱領，未與庶民生活發生關係的現象，可能有所改進³⁴¹。

三、間接適用說

³⁴⁰ 李紀東，中華民國憲法逐條釋義，第一冊，1975年11月，頁70-71。

³⁴¹ 吳庚，憲法的解釋與適用，2003年9月，頁155-156。

法官係依據法律獨立審判(憲法第 80 條規定),而此謂之法律係指經立法院通過、總統公布之法律(憲法第 170 條規定),是此所謂之法律是否包括憲法,即非無疑。且憲法係規範國家與人民間之權利關係,得否據以為私法關係間之直接規範,亦乏法制上之依據。惟憲法既為位階最高之規範,並以保障人權為要務,為維護司法之獨立性及法秩序之統一性,宜經由私法上概括條款之運用,而於具體個案中實現基本人之價值判斷³⁴²。

四、折衷說

此說認為應依情形之不同而定,即原則上間接適用,法院在必要時,例外才直接適用。惟法官得直接適用憲法審判是附有條件的,故法院審理時,應先審查該行為造反基本權利之事實是否亦符合私法禁止規定之構成要件及該私法規定對私人所提供之保護強度是否與基本權利之規定所提供者相當。如肯定者,依低位階法規範用優先原則,法院即不得直接適用憲法基本權利之規定。唯有當個案審查之結果證明私法規定並無基本權利之保護功能時,法院始得直接適用憲法基本權利之規定審理³⁴³。

貳、董事競業禁止條款之適用

董事競業禁止條款乃係公司與董事間基於私法自治原則而自由訂定,但是該條款卻也同時限制董事之職業選擇自由,董事得否據以援用憲法上基本權利來對抗公司,此即涉及基本權對第三人效力問題。

就否定說而言,基於董事之職業選擇自由之權利係經由公司以契約方式加以侵害,若予以否定,公司即得無限制以契約自由做為該條款合法性「藉口」,恐有不公允,故不可採,宜認為憲法上基本權之保障亦可適用於董事競業禁止條款。然而如何適用,亦即是直接適用或間接適用其實只是方法不同而已,就其本質,都肯認董事競業禁止條款中董事職業選擇自由就憲法上基本權之保障可加以援用,本文認為,若欲對人民基本權加以限制或干預,按憲法第 23 條規定,國家權力需有法規範作為依據,此即法律保留之要求,宜採間接適用說,因此私人欲以憲法上基本權利之規定對抗私人,必須透過民法之規定,使基本權利間接適用於私法關係中,以我國法而言,係私法中之概括條款或不確定法律概念,例如:民法第 72 條:「法律行為,有背於公共秩序或善良風俗者,無效。」民法第 148 條:「權利之行使,不得違反公共利益,或以損害他人為主要目的。行使權利,履行義務,應依誠實及信用方法。」或民法第 184 條:「因故意或過失,不法侵

³⁴² 王澤鑑,勞動契約上之單身條款,基本人權與公序良俗,民法學說與判例研究第 7 冊,1992 年 9 月一版,頁 47-48;債篇總論(一),1988 年 1 月,頁 13。

³⁴³ 許宗力,基本權利對國庫行為之限制,法與國家權利,月旦出版,1995 年 10 月,頁 63-65。

害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」，故在董事競業禁止條款對董事若主張職業選擇自由而認為該條款無效，國家若要限制或干預公司之營業自由，必須依據民法上述規定來主張。

第四目 基本權衝突之處理

壹、學說爭議

當基本權發生衝突同時，法院該如何衡量兩者間何者應受到較高的保護，學說上有不同處理之方式。

一、依基本權利價值之位階秩序衡量

此說係指將各基本權利訂出明確的價值位階秩序，較高位階之基本權利優先於較低位階之基本權利，作為在基本權利主張相衝突時的取捨標準。採此說者即認為憲法是受「價值拘束的法秩序」，亦即憲法所規定的基本權利之間應認為有價值位階秩序。在私人間基本權利發生衝突時，應權衡何種基本權利較符合憲法的根本價值順序，但何謂憲法的根本價值？在此一價值下，何種基本權的優先性更值得優先保護？此在憲法上不易得知，在判斷上亦會因人存異。所謂是「無衝突，不衡量」在個案判斷上唯有透過對基本權利的解釋以及斟酌相關法律規定方能達成，因此仍有一定之準則可循。從國家總體價值秩序，例如民主秩序、法治原則以及各種基本權利旨在促使個人基本尊嚴獲得確保的意旨來看，基本權利的確可能序列化出來其「價值位階秩序」³⁴⁴。

二、依具體規定優先於概括規定衡量

採此說者認為，我國憲法中關於基本權利有分為明文列舉之具體規定（第 7 條至第 18 條及第 21 條），優先適用於第 22 條之概括規定。又具體規定中的特別規定（第 8 條）優先適用於一般規定³⁴⁵。若人民的基本權利為憲法所明示列舉者，應有認為立憲者已體會出此種基本權利有其絕對的重要性，相對於概括存在之基本權利有更值得重視之理由。基於此點，可認為在基本權利主體間權利主張相衝突時，具體規定有優先於概括規定之本質上的重要性，而應被予以優先考量³⁴⁶。

³⁴⁴ 李惠宗，同註 337，頁 126、262。

³⁴⁵ 李震山，基本權利之衝突，月旦法學雜誌，第 1 期，1995 年，頁 61。

³⁴⁶ 陳文貴，基本權利對民事司法之規範效力，中央警察大學法律研究所碩士論文，2000 年，頁 47。

三、比例原則

比例原則係指為達成某一特定目的所採取之方法或措施，必須符合合理、比例之原則，不得為達目的而不擇手段，蓋從公法學的觀點來看，比例原則係要求立法、行政及司法之行爲，在其手段與所欲實現之目的間，皆應有合理、適當及公允之比例關係，且不得不成比例，也就是「禁止過當」。易言之，比例原則在強調目的與手段間之均衡。有下列三大內容：

- 1.目的正當性原則或適當性原則：所採取之措施必須可能達成所欲達成之目的者，亦即透過法律所產生之侵害必須與法律所欲達成之目的間具有適宜性、正當性。立法者的判斷、預測是否適當，亦即所採取之措施和所欲達成之目的應有適宜性。
- 2.手段必要性原則或最小侵害原則：所採取之手段、措施中必須選擇其對當事人最小之侵害者，亦即採取較為緩和之措施，又稱最小侵害原則。
- 3.狹義比例性原則：係指手段與目的之間要成比例，不能為達成很小的目的，使人民損失過大，不能使用過於激烈的手段。換言之，合法措施可能引起的損害和所欲達成的合法結果之間，沒有極端不相稱的情形發生³⁴⁷。

四、在具體個案中法益衡量

在具體個案中審酌所有狀況，依立法者之立法目的，由司法者依其合理之確信作出合乎現況之法益衡量，此時必須先尋找兩法益間可以比較之處。其衡量並非以對立基本權利之排斥為出發點，而係以調和為主，調和基本權利在衝突中彼此的矛盾，而非排除或犧牲某一個基本權利。在具體案件中應儘可能調和相互衝突基本權利的憲法價值，若無法達成此一調和之目的，在參酌案件的類型及個別案件的特殊環境下，其中一個基本權利的利益必須讓步，然而，所讓步的程度不得侵犯到該基本權利的核心內涵³⁴⁸。

貳、董事競業禁止條款所涉及基本權衝突之處理

若離職後之董事主張其職業自由被公司侵害時，則公司與董事之二項同受憲法保障之基本權即因離職後競業禁止約款而發生衝突，此際法院應如何處理？二不同法益間發生衝突時，應如何權衡？

就基本權利價值之位階秩序衡量而言，董事離職後競業禁止條款所涉及之基本權均有工作權，並無法區分價值高低；就具體規定優先於概括規定衡量而言，所涉及的基本權均為具體規定，亦無法依此解決；就比例原則而言，僅有一方之

³⁴⁷ 法治斌、董保城，同註 334，頁 41。

³⁴⁸ 法治斌、董保城，同註 334，頁 130。

權利有所犧牲，另一方並未有犧牲，只要一方之犧牲符合比例原則，該犧牲即不被禁止的³⁴⁹，然而董事離職後競業禁止條款雙方皆有所犧牲，較不適用此見解。故本文認為依據具體個案中法益衡量說，較能調和與兼顧各個基本權。從而，在董事離職後競業禁止條款中，當公司之營業自由與董事之選擇職業自由之工作權發生衝突時，未必公司營業自由之工作權必須退讓，而係依法院合理之審查標準就個案事實進行衡量，再以誠信原則最為考量，並以比例原則衡量之尺度，透過利益衡量之方式為公司與董事兩造間取得最適當之平衡，發揮契約實質之正義與公平。

第二款 離職後競業禁止約款效力之判斷標準

在我國就董事離職後競業禁止之契約約款效力為何並未有多著墨，反倒是公司與員工簽訂離職後競業禁止契約較多見。員工與公司間處於較不平等之地位，其所簽訂之離職後競業禁止契約員工較無磋商可能性，但從本質上觀之，就其離職後競業禁止契約皆限制了員工或董事離職後之職業選擇自由，此限制之合理與否，亦可參考實務上對於員工離職後競業禁止之約款效力判斷標準判斷之。故以下先就員工離職後競業禁止約款效力在實務上判斷標準予以介紹，以供參考。

第一目 五標準說

台灣台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號判決，乃營業秘密法公佈實施後之首件離職後競業禁止案例。法院於該判決中參考外國立法例及學說，第一次針對離職後競業禁止條款之有效性判斷，提出了審查五標準，嗣後並為實務上諸多判決延用³⁵⁰。除此之外，行政院勞工委員會所公佈之「簽訂競業禁止參考手冊」亦支持此見解，而將五標準連同契約自由及誠信原則、違約金是否合理列為簽訂競業禁止相關約定應行注意之七項重要事項。其內容如下：

- 壹、雇主的固有知識和營業秘密有保護之必要；
- 貳、考量勞工或員工在原雇主或公司之職務及地位與該固有知識和營業秘密之相關性；
- 參、限制勞工就業之對象，期間，區域，職業活動範圍需合理；
- 肆、考慮代償措施之有無；
- 伍、考慮離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則³⁵¹

³⁴⁹ 參閱劉安和，勞工的賣身契？—論勞工離職後競業禁止契約，銘傳大學法律研究所碩士論文，2009 年 7 月，頁 95。

³⁵⁰ 如台灣高等法院 87 年勞上字第 18 號、台灣高等法院 91 年度重上字第 119 號、台灣高等法院 92 年度勞上易字第 43 號判決。

³⁵¹ 簡榮宗，談知識經濟時代之競業禁止條款（三），<http://www.soho.dbodm.com/index.php?act=detail&ID=473>，最後瀏覽日：2010 年 6 月 21 日。

第二目 四標準說

上開審查五標準提出後，雖廣為一、二審法院判決及主管機關參考手冊所採認；惟其中第五項「離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則」之標準，陸續有反對而排除於約款有效性判斷標準之外者。其主要理由乃認為，在個案審查上，應先行肯認離職後競業禁止約定為有效後，再行根據個案勞工之競業行為是否具有「顯著背信性」，而為違約程度之斟酌，此事項尚非審認競業禁止約定是否有效之標準，充其量僅為違約金或損害賠償等違約效果之斟酌因素之一而已。從而近來亦有為數不少之判決³⁵²將此項標準排除，而認為僅需考量：

- 壹、原雇主需有依競業禁止特約保護之利益之存在
- 貳、勞工之職務及地位，知悉上開正當利益
- 參、限制員工轉業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，需不超逾合理之範疇，不致使員工處於過度困境中
- 肆、需有填補勞工因競業禁止損害之代償措施存在。

第三目 三標準說

台北地方法院 88 年度勞簡上字第 14 號判決不採五標準說之後二項標準，其理由可能認為除顯著背信性為違約程度之斟酌外，就代償措施之有無係違約金審酌之問題，非契約是否有效之標準，故認為競業禁止契約是否有效，應審酌：

- 壹、員工在原雇主之職位，足可獲悉雇主之營業秘密
- 貳、條款足以或能夠保護雇主之正當營業利益
- 參、該條款禁止之期間、區域、職業活動之範圍，需不超逾合理之範疇，而對員工之生存造成困難

第四目 抽象標準說

司法實務上，除有上開各種分項條列之具體審理標準外，亦有諸多判決係以競業禁止之約定，其限制之時間、範圍及方式，在「社會一般觀念及商業習慣上」，可認為「合理適當」而且「不危及受限制當事人之經濟生存能力」者，用於檢視離職後競業禁止約款之效力，如臺灣高等法院 86 年勞上字第 89 號判決、近期之臺灣臺北地方法院 92 年度勞訴字第 190 判決等。並針對五標準說提出，「尚非即謂須具備該等內容者，始為競業禁止條款之有效要件」之意見。對於此等以「合理適當」且「不危及受限制當事人之經濟生存能力」之抽象審查標準，有贊同者，其主要理由為，競業禁止係與時俱進之觀念，需要隨時依據國情、產業以及個案

³⁵² 台北地方法院 87 年勞訴字第 90 號判決；台灣桃園地方法院 87 年訴字第 263 號判決；台灣高等法院 94 年度勞上易字第 66 號判決等。

狀況加以調整，欲歸納獲致具體有效性原則，非但不易，且其與時俱進、個案狀況歧異甚大等原因，當下所建立之具體標準，亦有遭日後判決否定之疑慮，難獲將來必然有效之確信，勢必嚴重影響就業市場秩序；與其建立未必長久有效之具體標準，毋寧以抽象而得依時空環境彈性解釋之原則，更具司法安定性³⁵³。另如臺灣高等法院 92 年度上更三字第 118 號判決理由：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，此為工作基本權，但契約自由原則亦為憲法位階自己決定權所應保障清單之一，工作基本權人民如合意予以限制，在未達完全剝奪其工作權及生存權，並符合比例原則與禁止過當原則下，契約自由亦應予尊重。因此當事人如於僱傭契約約定，受僱人於任職期間除向公司報備經核准外不得從事在外之任何兼職銷售及營利投資，以及約定當事人間為免受僱人因知悉前僱用人之營業資料而作不公平之競爭，約定於受僱人離職後，在特定期間內不得從事與僱用人相同或類似之行業，以免有不公平之競爭，若此禁止兼職及競業禁止之約定期間、內容，不侵害其工作基本權之核心，並符合比例原則，以及禁止過當原則下，即不應認係侵入憲法工作基本權之核心領域，而認之為違憲。」其中提出「不侵害工作權之基本核心」、「比例原則」以及「禁止過當原則」等抽象判斷標準。惟此標準，應非一判斷標準，即此類抽象原則僅提供一抽象原則，無論在前述之五標準、四標準、三標準說皆有適用。

第五目 小結

上述實務之各個判斷標準係提供員工離職後競業禁止條款效力之判斷，但也可供董事離職後競業禁止約款效力之參考。本文認為董事競業禁止條款之效力可採用四標準說，亦即原公司需有依競業禁止之保護利益存在，若是董事因個人知識、經驗與技能關係，則非保護範圍，蓋離職後競業禁止之係避免董事多可能利用公司之商業機密而為競業，而損及公司之利益，若公司無保護利益，則該條款可能較偏向於無效。另外，當董事為公司之專業董事，其所知悉的商業機密較一般非專業董事較為深入，就董事之離職後競業禁止條款之認定標準亦應有所不同，蓋公司最重要的保護利益往往是具有商業性的機密，專業董事離職後若從事競業行為，往往侵害公司利益也越大，該離職後競業禁止之條款也較趨向有效。就競業限制之範圍為何，包括限制時間、區域、職業內容等。公司因其商業機密而使其在商場上具有一定競爭優勢，但商業機密可能會隨著時間經過而減損，就限制區域而言，若其限制區域過大，原公司及無利益保護之必要，應依個案及該技術之流通程度具體判斷，至於限制董事職業，必須是相同或類似職業內容，始能達到保護原公司之利益，亦即離職後競業禁止條款若限制時間區域過大，職業過廣時，則該條款較可能會成為無效。另外，代償措施亦可為一考量之點，若有給予董事代償措施，能提供董事不競業代償，對董事而言於離職後失去工作機會能給予經濟上保障，若有代償措施該條款較應該解釋為有效，惟若無代償措施，

³⁵³ 林發立，競業禁止近期實務見解再釐清，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月，頁 64-65。

該契約並非無效，亦即代償措施有無並非條款有效與否的問題，但是有，其代償金額多寡係為一條款有效之斟酌點。

第三款 代償措施

當董事離職後被限制不得從事一定之職業，從公平角度觀之，僅要求董事負單方面遵守競業禁止義務可能致使董事失去工作機會，就公司方面而言卻無任何義務，並不公平。若能藉由代償金的支付，在具有對價關係之下，董事不僅較願意與公司簽訂離職後競業禁止契約，而且可獲得在競業禁止期間之一定代償，一方面兼顧公司之商業機密不被洩漏或利用，另一方面亦兼顧董事之損失。另外，事實上對於代償金之有無及金額多寡，可能決定董事是否在離職後從事競業行為之重要關鍵，該如何衡量，原則上應依具體個案為之。

第四款 董事違反離職後競業禁止契約之法律救濟方式

當公司與董事間競業禁止契約係合理有效存在，而董事未遵守契約時，董事應負何種法律上責任，分述如下。

第一目 不作為請求權

離職後競業禁止，乃限制董事於離職後不得從事特定職業之行為，屬於典型契約上之「不作為義務」。此種不作為債務的內容為繼續性的不作為，而非僅僅一次性的不作為，若董事違反此種約定時，公司可請求董事停止其競業行為，以防止董事在為來剩餘之競業期間內，繼續妨害原公司依競業禁止契約所得保護之利益。關於此種「不作為請求權」之實現，除得於法院判決確定後予以履行實踐外，在訴訟前或起訴同時，可先依假處分保全禁止董事繼續為競業行為，以防止原公司之損害隨著訴訟時間之增加而持續擴大。

第二目 請求支付違約金

實務上，在員工離職後競業禁止契約之情形，雇主為確保員工能履行此種契約，並使違約效果明確，簡化損害金額之舉證責任，通常會於契約上約定違約金。此種違約金依民法第 250 條，除非當事人另有特別約定為懲罰性質者外，視為賠償額預定性違約金，故違約金之性質可能係為懲罰性或賠償性違約金。懲罰性違約金乃係雇主為嚇阻員工離職後違約，故預先與員工約定，以收警示效果；而賠償性違約金，則屬於賠償總額之預定，藉以避免舉證之困難。反觀在董事離職後競業禁止契約之情形下，公司為確保董事能確實履行，亦可在其契約當中約定懲罰性或賠償性之違約金，以使違約效果明確，簡化損害金額之舉證責任。

董事離職後競業禁止契約之違約金應到何種程度始合理，亦即就違約金部分涉訟時法院該如何審酌始符合公平？行政院勞工委員會所提出的「簽訂競業禁止參考手冊」中提出，就員工離職後競業禁止契約觀之，勞工與雇主簽訂競業禁止條款所生之效果，一為離職後不得為競業行為，一為如有違約情形，可能須支付違約金或損害賠償金。歷年來競業禁止相關案件中，雇主與勞工訂定的競業禁止條款中，其金額多寡尚無一定之標準，端視個案情節輕重，依事實認定之。事業單位固然可以與勞工約定違約金多寡，但不能漫天要價，應考量違約金的額度與競業禁止期間之長短二者間之相關性，並應與是否提供勞工代償措施作適度衡量。亦即是如果雇主已提供代償措施，勞工仍恣意違約，即可視為情節重大，其違約金自可從高考量；如果未提供代償措施或代償措施金額過低，則勞工違約之可責性即已降低，從而其給付違約金之正當性必受質疑。也就是說，競業禁止期間之約定，不得對勞動者之工作權造成過度的限制或侵害，而其違約金之額度亦應依一般客觀事實、勞工違約當時的社會經濟狀況及當事人可能受損情形來衡酌。

反觀董事競業禁止契約中，董事違反契約約定且該契約中有違約金條款，法院該如何審酌該違約金是否合理，可藉由上述行政院勞工委員會針對勞工競業禁止所提出的標準作為參考，提出以下之審酌標準參考，但仍須以個案具體情形衡量之。

壹、董事對原公司應受保護利益所之範圍

公司與董事簽定離職後競業禁止約款之目的，乃在防止董事離職後帶槍投靠，將原公司應受保護之營業秘密或其他利益洩漏予競爭對手。故董事所知原公司具經濟價值之機密資訊之多寡，與其違約投靠競爭對手所致原公司之危害可能性及程度之間，二者係成正比。易言之，董事所知原公司之應受保護利益愈多，其違約之危害程度、可能性即越高，自應與違約金之金額成正比。

貳、原公司對於競業禁止約定有無提供補償條款

補償條款對於違約金是否妥適之判斷階層中，可作為一個參考。蓋原公司若針對離職後競業禁止相對提供合理之補償條款，則董事離職後比較無誘因去從事競業行為；倘董事於此優渥條件下卻仍違約為競業行為，在可歸責程度提高之情形下，課以較高之違約金，自符衡平。相反地，倘原公司未提供補償條款，董事復未領有豐厚待遇，離職後可有較大可能性鋌而走險違反競業禁止之約定，其所應受之非難因素之降低，過高之違約金即失之公平。

參、董事是否立即為競業行為

董事離職後，以迄實際為違約之競業行為，此二者相隔時間之長短，亦可作為法院考量董事具體違約情狀，以作為違約金是否合理之斟酌事項之一。

肆、可能危害程度及原公司之具體損害

違約金之數額，依契約自由原則，得許由當事人自行約定，惟若約定違約金之數額過高，竟至超過權利人損害額而有失公平時，法院即得依法將之減至相當數額。而至何程度始得謂超過權利人損害而有失公平，即應參酌權利人關於具體損害之舉證情形。在離職後競業禁止案件中，原公司對於董事離職後之競業行為致原公司之損害，若能予具體舉證時，法院即得參考以決定違約金之約定數額是否過高；惟倘原公司對於具體損害情形或金額未能充分舉證者，非即謂董事無約責任而毋庸給付違約金，法院仍得考量違約行為所可能導致原公司之潛在危險，憑為決定違約金之數額。

伍、其他

如董事違約之事後態度，以及公司與董事雙方之利益、經濟狀況等其他因素，亦可作為法院審酌違約金是否合理所考慮的事項。

第三目 請求損害賠償

倘若當事人未特別約定賠償性違約金，或者僅特別約定為懲罰性違約金者，則於董事違約時，公司得請求損害賠償。但原公司要先證明自己受有損害、離職之董事有違約之競業行為，及此損害與離職董事之違約競業行為間有因果關係存在，尤其是針對要證明此因果關係之存在部分，在訴訟中是最困難的。而且通常舉證之所在即敗訴之所在，原公司在此部分受到敗訴之不利益判決可能性極大。

第七章 結論

董事為公司之業務執行者，相較於股東與公司之關係更具密接性，如何致力董事於執行業務實行是否能遵守公司法第 23 條之忠實義務與注意義務，係為公司甚或是股東最為關切之課題。尤其是忠實義務之規範，若能發揮其功能，對於公司整體運作就能達到最大效用，將為公司帶來更多利益，是故，忠實義務要求董事於利益衝突情形中，須以公司利益為主，並以此為行為準則，不可將自己利益做為優先考量。

忠實義務乃係一上位概念，其具體類型大可分為與公司交易、利用公司資產、資訊與機會、禁止與公司競爭，其中禁止與公司競爭即為本文董事競業禁止所探討之重要概念。董事競業禁止規範，係起於董事會之成員參與公司業務執行決定，常得獲悉公司營業上之機密，若允許董事在公司外與公司自由競業，則可能發生利益衝突而做出損及公司利益之行為。

董事競業禁止義務，為董事對公司忠實義務之具體規範。董事若從事競業行為，將與公司處於競爭關係，該董事將陷於究應為公司，抑或為其另為之營業行為，謀取最大利益之忠實義務衝突困境。再者，董事為股份有限公司業務執行決策機關董事會之成員，自然知悉公司業務機密，從而，若該從競業行為之董事，選擇不為公司盡忠，則除該董事將不為公司謀求最大利益之消極效果外，更有該董事將其基於董事地位得自公司之業務機密或資訊等，流用至其另為營業行為之積極侵害公司利益之高度危險，是故我國公司法第 209 條明文規定董事有競業禁止義務。

董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明主要內容並取得其許可。「為自己或他人」基於董事形式上無以自己或他人名義為競業行為，客觀上根本無法認定董事有為競業行為，故宜解釋為形式上係以自己之名義或為他人之代理人即可。再者，董事兼任經營同類業務之他公司董事時，其縱未有為該他公司為屬於公司營業範圍內之「現實競業行為」，但董事會既為股份有限公司之業務執行機關，則董事參與董事會之運作之行為本身，即為參與公司之經營。其在參與該他公司董事會運作時即有流用公司機密之高度危險，故宜受董事競業禁止規範之內。另外，母公司董事兼任經營同種類之子公司董事或經理人時，從母公司角度而言，董事兼任經營同種類業務之子公司董事或經理人，受公司法第 209 條之規範；從子公司角度而言，當母公司所指派擔任子公司之董事冒著可能遭母公司撤換之危險，勇於為子公司忠實執行其業務捍衛子公司之利益，認為該董事之競業行為可能損及公司利益而不應許可，此時該母公司董事兼任子公司董事或經理人，即違反公司法第 209 條或第 32 條之規定，子公司之董事會

並可行使歸入權或是當子公司受有損害時可行使損害賠償請求權以填補公司之損害，此種情形仍應經母公司之股東會與子公司之董事會許可。

由於大股東多能主導股東會之決議，若採取事後追認方式，可能僅是配合競業董事之要求而為，同時也將因有事後追認方式而可能促使以既成之事實強迫股東會追認，因此董事競業行為原則上應「事前」取得股東會之許可。另外，基於希望股東會能確實瞭解並判斷董事實際交易行為，是否有損及公司利益之虞，因此原則上應就個別行為分別判斷並同意之。另外，基於保障公司及股東之權益，為期確保該放法律保護之意思決定，係在充分資訊揭露下之合理判斷，本項乃對欲從事競業行為之董事，課予「應對股東會說明其行為之重要內容」之說明義務，董事是否已盡說明義務重點在於有無適當揭露其競業行為之重要內容。

董事違反競業禁止規定時，除股東會可行使歸入權之外，為即時停止董事之違法行為可防止公司之損害擴大，故對董事可行使監察人制止請求權與股東制止請求權，請求董事停止該競業行為。或者，基於董事對公司負有忠實義務，故董事若未經股東會許可為競業行為時，該行為致公司受有損害，則仍須受忠實義務之規範，得依現行公司法第 23 條規定，向董事請求損害賠償。再者，股東會認為競業董事已不適任，除可依公司法第 199 條以特別決議方式將該董事解任之外，若股東會未為決議將董事解任時，得由持有以發行股份總數 3% 之股東或者上市上櫃之公司之保護機構訴請法院裁判解任。

對於離職後董事競業行為我國公司法並未有相關明文規定，現行作法，僅能從董事於離職後有競業之行為涉及洩漏公司之營業秘密時，得依營業秘密法規定予以處罰之外，只能委由公司可與董事間有簽訂董事離職後競業禁止契約加以拘束，以避免離職後之競業行為對公司造成損害。

惟我國之忠實義務與董事競業禁止規定無論在實務上運作或是規定乃有不足之處，分別加以說明並提出個人淺見：

一、忠實義務方面

（一）違反忠實義務效果修正

我國於 2001 年修正公司法第 23 條，引進忠實義務，強化公司治理，使得過去數十年來掏空公司資產、董事利益衝突之案件所造成的社會衝擊，在未來可望相形減少。但遺憾的是忠實義務的本質係在解決公司與董事間有利益衝突情形發生時，董事應以公司利益為主，若董事以自己利益為主而使公司利益受損害，董事對公司所要負責之責任，未必是損害賠償，應為利益之吐還較為妥適。

（二）董事自我交易規範不足

在美國實務上針對忠實義務發展出許多具體類型，就董事自我交易情形而言，我國公司法第 223 條董事自我交易範圍限於「雙方當事人爲董事本人與公司間之直接交易」以及「董事代表他人與公司直接交易」，然而董事可能非交易之當事人，而係對於該交易之當事人一方具有影響力，藉此種情形我國法並未規範，宜參考美國法將董事爲自己或他人與公司之間接交易列入董事自我交易規範範圍；再者，爲解決董事自我交易應交由何機關進行同意，我國法也付之闕如，造成解釋上之爭議，本文認爲爲求明確宜明定交由監察人同意以杜絕此種爭議；進而，董事自我交易時，僅有該名董事對該交易相關事項有所了解，監督機關若要憑己力得知相關重要資訊，恐有一定困難，故可參照美國法，應讓該董事事先將交易行爲相關重要資充分揭露，以利該監督機關做出對公司最有利決定。

二、董事競業禁止規範方面

（一）法人股東當選董事所指定的自然人代表以及法人股東之代表人當選董事時之法人股東應列入競業禁止規範對象

當法人股東當選董事所指定的自然人代表出席該公司之董事會，雖非該公司董事，但能知悉公司之業務機密機會，故可能利用該資訊在外做出競業行爲而損及公司利益，該自然人亦應爲規範之對象。

法人股東之代表人當選董事時之法人股東，因該法人股東與該代表人間係屬委任關係，故該代表人依民法負有報告義務而該法人股東亦可能獲悉該公司之營業秘密，實務上雖有函釋解釋認爲該法人股東受競業禁止規範之限制，爲求明確，在現有公司法第 27 條存在下，應明文規定之。

（二）明文規定董事競業禁止應「事前」獲得股東會許可

公司法第 209 條第 1、2 項僅爲「許可」，就股東會應爲事前許可或亦得採取事後許可方式並不明確，在我國公司現況下，爲避免配合競業董事之要求，對於董事競業行爲原則上應明確規定「事先」取得股東會之許可始得爲之較爲妥適。

（三）董事爲合法競業行爲中，應課予定期揭露資訊義務

董事爲競業行爲前應對股東會說明其行爲之主要內容，並取得許可，乃屬當然。當該競業董事之競業行爲中，爲滿足股東知的權利，亦應適時將資訊揭露給

股東，若股東認為董事之競業行為使公司之利益受損程度超過當時股東會許可所能忍受的程度時，為防止公司受損擴大，本文建議此時股東會應有取消董事競業行為許可之權利。

三、違反董事競業禁止之歸入權方面

現行公司法第 209 條第 5 項歸入權之性質並不明確，基於董事競業行為原則上並非完全被禁止，董事違反競業禁止較屬私益性質，宜認為公司法第 209 條之歸入權為「請求權」，即便時效消滅，此時董事良心發現歸還利益，公司受領仍有法律上原因，對公司較有利。再者，公司法第 209 條第 5 項但書起算點為「自所得產生」認定不易，且期間稍嫌過短，可參考德國股份法第 88 條第 3 項，公司之請求權，自其他董事及監察人知悉發生損害賠償義務之行為時起算經三個月而消滅，或自行為成立時經過五年而消滅，明確立法。

四、董事離職後競業禁止方面

董事在職中有公司法第 209 條競業禁止規定，當董事離職後若為競業行為勢必有洩漏公司商業機密之危險，造成公司受損害，在現行情況之下，公司可考量與董事簽訂離職後競業禁止契約，同時須給予董事適當代償措施，兼顧雙方利益。當公司與董事未簽訂離職後競業禁止契約，當董事所為競業行為涉及違反營業秘密法時，公司得請求損害賠償，惟若董事係對公司非屬公司之營業秘密範圍，則無任何法律限制，相較於德國股份法第 93 條第 1 項後段之沉默義務適用於任職中及離職後之董事，故可參考德國股份法第 93 條第 1 項後段明文規定，董事對於執行業務所知悉之公司內部報告或機密，尤其是企業操作或業務秘密，負有沉默義務。

參考文獻

一、中文文獻（依姓名筆劃排列）

（一）書籍

1. 王澤鑑，民法總則，2008年10月版。
2. 王澤鑑，勞動契約上之單身條款，基本人權與公序良俗，民法學說與判例研究第7冊，1992年9月一版。
3. 王澤鑑，債篇總論（一），1988年1月。
4. 王文宇，公司法論，元照出版，2006年8月。
5. 王泰銓、王志誠，公司法新論，三民出版，2007年1月增訂四版。
6. 李紀東，中華民國憲法逐條釋義，第一冊，1975年11月。
7. 李惠宗，憲法要義，元照出版，2009年9月。
8. 吳庚，憲法的解釋與適用，2003年9月。
9. 法治斌、董保城，中華民國憲法，國立空中大學，2001年。
10. 柯芳枝，論股份有限公司董事之競業禁止義務，公司法專題研究，2004年3月3版。
11. 柯芳枝，公司法論（下），三民出版，2009年2月。
12. 張靜，我國營業秘密法學的建構與開展—第一冊 營業秘密的基礎理論，新學林出版，2007年4月。
13. 許宗力，基本權利對國庫行為之限制，法與國家權利，月旦出版，1995年10月。
14. 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍合著，現代憲法學論，2000年。
15. 梁宇賢，公司法論，三民出版修訂5版1刷，2003年11月。
16. 曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（一），元照出版公司，2007年10月。
17. 黃三榮、林發立、郭雨嵐、張韶文合著，營業秘密：企業權益之保護，財團法人萬國法律基金會，2002年3月第1版。
18. 葉茂林、蘇宏文、李且，營業秘密保護戰術-實務及契約範例應用，永然出版，1995年5月。
19. 楊建華，問題研析 民事訴訟法（三），1998年5月。
20. 潘維大，英美法導讀講義，瑞興圖書出版，2003年9月3版。
21. 廖大穎，公司法原論，三民出版，修訂二版，2005年9月。
22. 賴英照，股市遊戲規則-最新證券交易法解析，2006年3月。
23. 賴文智、顏雅倫合著，營業秘密法二十講，益思科技法律事務所，2004

年 4 月。

24. 劉渝生，公司法總則，新學林出版，2009 年 6 月 1 版。
25. 劉連煜，現代公司法，新學林出版，增訂四版，2008 年 9 月。
26. 劉連煜，新證券交易法實例演習，元照出版，2008 年 9 月增訂 6 版。
27. 劉甲一，商事法論（上），1980 年 9 月。
28. 謝銘洋、丁中原、古清華、張凱娜，營業秘密法解讀，月旦出版，1996 年 11 月。

（二）期刊論文

1. Randy J. Holland 著、劉怡婷 譯、王文宇 審定，An Introduction to Delaware Corporation Law Directors' Fiduciary Duties(德拉瓦州公司法董事受託之義務簡介)，月旦民商法雜誌，第 19 期，2008 年 3 月。
2. 王文宇，法律移植的契機與挑戰－以公司法的受託、注意與忠實義務為中心，月旦民商法雜誌，第 19 期，2008 年 3 月。
3. 王文宇，法人股東、法人代表與公司間三方法律關係之定位，台灣本土法學雜誌，第 14 期，2000 年 9 月。
4. 王文宇，論董事與公司間交易之規範，政大法學評論，第 62 期，1999 年 12 月。
5. 王志誠，股東之制止請求權，月旦法學教室，第 32 期，2005 年 6 月。
6. 王志誠，監察人之地位及權責，月旦法學教室，第 31 期，2005 年 6 月。
7. 王志誠，股東之裁判解任董監事訴請權，台灣本土法學雜誌，第 92 期，2007 年 3 月。
8. 王紹育，股東會決議無效與撤銷，東吳法律學報，第 3 卷第 2 期，1981 年 6 月。
9. 向志衡，股份有限公司董事之權責，法令月刊，1966 年 4 月。
10. 吳啓賓，營業秘密之保護與審判實務，台灣本土法學雜誌，第 98 期，2007 年 9 月。
11. 李建良，競業禁止自由與職業自由，台灣本土法學雜誌，第 15 期，2000 年 10 月。
12. 李震山，基本權利之衝突，月旦法學雜誌，第 1 期，1995 年。
13. 林更盛，離職後競業禁止約款的審查：三步驟－評台南地方法院 88 年度勞簡上字第 6 號判決，月旦法學雜誌，第 111 期，2004 年 8 月。
14. 林洲富，營業秘密及離職競業禁止約款－兼評最高法院 89 年度台上字第 1906 號判決，律師雜誌，第 307 期，2005 年 4 月。
15. 林國全，股東會決議解任董監事之研究，月旦法學雜誌，第 47 期，1999 年 4 月。
16. 林國全，訴請撤銷股東會程序瑕疵之決議，月旦法學雜誌，第 79 期，2001

- 年 12 月。
17. 林國全，法人得否被選任為股份有限公司董事，月旦法學雜誌，第 84 期，2002 年 5 月。
 18. 林國全，董事競業禁止規範之研究，月旦法學雜誌，第 159 期，2008 年 8 月。
 19. 林國全，股份有限公司董事之資格、選任與解任，台灣本土法學雜誌，第 36 期，2002 年 7 月。
 20. 林國全，董事會違法拒絕股東提案，台灣本土法學雜誌，第 73 期，2005 年 8 月。
 21. 林國彬，董事忠誠義務與司法審查標準之研究—以美國德拉瓦州公司法為主要範圍，政大法學評論，第 100 期，2007 年 12 月。
 22. 林明華，論公司法於競業禁止之規定，律師通訊，第 193 期，1995 年 10 月。
 23. 林發立，競業禁止近期實務見解再釐清，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月。
 24. 邵慶平，董事受託義務內涵與類型的再思考—從監督義務與守法義務的比較研究出發，臺北大學法學論叢，第 66 期，2008 年 6 月。
 25. 邵慶平，董事法制的移植與衝突—兼論「外部董事免責」作為法治移植的策略，台北大學法學論叢，第 57 期，2005 年 12 月。
 26. 洪秀芬，董事會獨立經營權限及董事注意義務，政大法學評論，第 94 期，2006 年 12 月。
 27. 洪秀芬，法院對撤銷股東會決議請求之駁回裁量權，月旦法學教室，第 57 期，2007 年 7 月。
 28. 洪秀芬，出席股東請求撤銷決議之訴權，月旦法學教室，第 77 期，2009 年 3 月。
 29. 姚志明，德國股份法第 93 條德國股份有限公司董事義務之介紹，輔仁法學，第 17 期，1998 年 6 月。
 30. 高靜遠，公司法上法人股東代表人人數之規範探討，月旦法學雜誌，第 79 期，2001 年 12 月。
 31. 曾宛如，董事不法行為之制止及濫權行為之處理，台灣本土法學雜誌，第 39 期，2002 年 10 月。
 32. 陳俊仁，忠誠義務—論公司負責人之競業禁止規範，月旦民商法雜誌，第 15 期，2007 年 3 月。
 33. 楊竹生，論董事注意義務中監督公司業務執行之義務，中原財經法學，第 13 期，2004 年 12 月。
 34. 蔡正廷，離職勞工競業禁止之類型研究，萬國法律，第 107 期，1999 年 10 月。
 35. 劉連煜，股東會決議解任董監事及董監事因無正當理由遭解任所得請求賠

- 償之範圍—以最高法院 81 年度台上字第 3013 號判決等三則判決之評釋為中心，月旦法學雜誌，第 30 期，1997 年 11 月。
36. 劉連煜，董事會違法行為之制止請求權，月旦法學教室，第 18 期，2004 年 4 月。
 37. 劉連煜，董事忠實義務與獨立性之司法審查，月旦法學雜誌，第 173 期，2009 年 10 月。
 38. 劉連煜，投保中心提起解任董監事及代表訴訟之新規範，月旦法學教室，第 84 期，2009 年 10 月。
 39. 鄭玉波，論競業之競止，收於民商法問題研究（二），台灣大學法學論叢（十九），1980 年 10 月。
 40. 謝銘洋，營業祕密侵害之類型觀察與責任分析，資訊法務透析，1992 年 8 月。
 41. 羅怡德，美國營業祕密法之介紹與分析，輔仁法學，第 12 期，1993 年 6 月。

（三）學位論文

1. 吳碧雲，董事的注意義務，中原大學財經法律研究所碩士論文，2005 年 7 月。
2. 吳曉青，公司負責人忠實義務之研究—以善意義務為中心，台灣大學法律系碩士論文，2008 年 6 月。
3. 林振芳，論勞動契約中競業禁止約款在司法實務上之效力問題，東吳大學法律學系碩士論文，2005 年 7 月。
4. 陳肇鴻，由經濟觀點論董事之行為規範與責任制度，台灣大學法律學研究所碩士論文，2000 年 6 月。
5. 陳梅萍，董事競業行為規範之研究，臺北大學法律學系博士論文，2007 年 7 月。
6. 陳文貴，基本權利對民事司法之規範效力，中央警察大學法律研究所碩士論文，2000 年。
7. 曹永遊，論專門技術在我國營業祕密法之保護，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1997 年 6 月。
8. 曾博欣，我國公司法忠實義務之探討—以「美國法」為中心，逢甲大學財經法律系碩士論文。
9. 劉乃竹，論股份有限公司之內部監控，東海大學法律學研究所碩士論文，2001 年 6 月。
10. 劉安和，勞工的賣身契？—論勞工離職後競業禁止契約，銘傳大學法律研究所碩士論文，2009 年 7 月。
11. 鄭瑞健，股份有限公司內部監控之模型與改進—以組織改造及忠實義務為中心，文化大學法律研究所碩士論文，2008 年 6 月。
12. 鄭植元，董事忠實義務之研究—以企業併購為中心，成功大學法律學研究所碩士論文，2008 年 6 月。

二、 外文文獻

(一) 英文參考資料 (依字母順序排列)

1. Bauman, Jeffrey D., Alan R. Palmiter and Frank Partnoy, Corporations law and policy : materials and problems (2007)
2. Brodsky, Edward, M. Patricia Adamski, Law of corporate officers and directors :rights, duties, and liabilities (2007)
3. Cox, James D. & Thomas Lee Hazen, corporations (2003)
4. Henn, Harry G. & John R. Alexander, law of corporations(1986).
5. Solomon, Lewis D. & Alan R. Palmiter, corporations-examples and explanations (1999)

(二) 日文參考資料 (依姓名筆劃排列)

1. あさひ・狛法律事務所，平成 18 年会社法，取締役・取締役会の実務，2006 年 6 月。
2. 大隅健一郎，会社法の諸問題，高文社，1983 年 9 月。
3. 大隅＝今井，会社法論中卷，(第三版)有斐閣，1992 年。
4. 山口幸五郎，「会社取締役制度の史的展望」，成文堂，1989 年。
5. 本間輝雄，.新版注釈会社法(6)，株式会社の機関，上柳克郎、鴻常夫、竹内昭夫編集代表，有斐閣。
6. 田中誠二，会社法詳論上卷，勁草書房，1993 年 3 月。
7. 北村雅史，取締役の競業避止義務，有斐閣，2003 年 9 月。
8. 多田晶彦，自己又ハ第三者ノ爲ニ」の意義，商事法務， 1985 年 11 月。
9. 江頭憲治郎，株式会社法，有斐閣，2006 年 9 月初版。
10. 吉原和志，取締役の経営判断と株主代表訴訟，収録於：小林秀之、近藤光男編，「株主代表訴訟体系」，弘文堂，2002 年。
11. 吉原和志、黒沼悦郎、前田雅弘、片木晴彦，会社法 1，有斐閣，2005 年。
12. 神作裕之，商法における競業禁止の法理，法協 107 卷 8 号， 1991 年 5 月。
13. 神田秀樹，会社法，弘文堂，2006 年 7 月。
14. 神崎克郎，山崎製パン事件判決とその意味，6 月，商事法務，1981 年 8 月 15 日。
15. 涉谷光子，利益相反行為の規制，民商法雑誌，1982 年 6 月。
16. 酒卷俊雄，「取締役会の機能と運営」，商事法務研究会，1986 年。
17. 森本滋，会社法，有信堂，1998 年。

三、 網站

1. LexisNexis@Lexis.com 法學檢索系統，<http://www.lexis.com/tw>
2. OPSI，<http://www.opsi.gov.uk/about/index.htm>
3. SOHO 創業網，<http://www.soho.dbodm.com/index.php>
4. 日本電子政府綜合窗口，<http://www.e-gov.go.jp/>
5. 月旦法學知識庫，<http://www.lawdata.com.tw>
6. 公開資訊觀測站，<http://newmops.twse.com.tw/>
7. 司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>
8. 法源法律網，<http://www.lawbank.com.tw/index.php>
9. 財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心網站，
<http://www.sfipc.org.tw/main.asp>
10. 國家圖書館全國博碩士論文資訊網，<http://etds.ncl.edu.tw/theabs/index.html>
11. 聯合知識庫，<http://udndata.com/>