

論我國法適用「商業判斷原則」 與舉證責任之分配

陳啟垂*、廖大穎**

要 目

- | | |
|-----------------------------|-----------------------------|
| 壹、問題所在 | 參、商業判斷原則與訴訟法上舉證責任配分之檢視 |
| 貳、美國判例法上「商業判斷原則」與我國法適用與否之爭議 | 一、舉證責任的概念 |
| 一、商業判斷原則與移植我國法制的分析 | (一)訴訟上的舉證責任 |
| (一)美國判例法上的商業判斷原則 | (二)主觀的舉證責任與客觀的舉證責任 |
| (二)商業判斷原則在我國實務上較具代表性的判決 | (三)具體的舉證責任 |
| (三)分析我國司法實務適用商業判斷原則的態度 | 二、美國法上商業判斷原則與舉證責任分配之解析 |
| 二、商業判斷原則「推定」的另一法效果 | (一)反 證 |
| (一)延伸忠實義務與歐陸法系注意義務概念的爭議 | (二)商業判斷原則構成要件的舉證 |
| (二)違反注意義務之歐陸法系觀點 | 三、商業判斷原則的引進及其評價 |
| | (一)我國司法實務的現況 |
| | (二)歐陸法系德國所引進商業判斷原則與其舉證責任的分配 |
| | (三)對商業判斷原則的評價 |
| | 肆、結 語 |

* 中興大學法律學系副教授。

** 中興大學法律學系教授。

投稿日期：九十九年四月二十七日；接受刊登日期：一〇〇年二月十日

摘 要

在美國公司法中，有一源自於判例法的商業判斷原則，此商業判斷原則是推定在作商業判斷（或經營決策）時，一公司的董事是基於企業經營上的充分資訊、誠信的，並確信該措施符合公司的最佳利益。為爭執一個公司的董事會的措施，原告承擔董事違反受託人義務的舉證責任。商業判斷原則創造一個有利於公司董事會的有力推定，使其成員免於因其決策有害於公司時的可能賠償責任。至今國內有數則法院判決提及商業判斷原則；然而其於解釋及適用選擇上見解頗有歧異。商業判斷原則應否直接導入國內司法實務，仍待進一步的探究與衡量。

關鍵詞：商業判斷原則（經營判斷原則）、誠信、注意義務、舉證責任、規範論

壹、問題所在

從一般人的認知，董事與經理人均屬於企業經營者的階層。就該企業經營者的法律關係而言，董事與公司間是一種（委任）契約關係，依法由股東會選任董事，組成董事會（公司法第一九二條第一項），由董事會執行公司業務（公司法第一九三條第一項），而經理人係基於章程規定，依法由董事會定之（公司法第二十九條第一項第三款），其與公司間亦是一種（委任）契約關係，為公司管理事務之人（公司法第三十一條第二項）。惟公司經營成效是維繫企業生命之關鍵所在，這乃理所當然的；反之，若企業經營不善，致生公司虧損者，企業經營者之董事或經理人是否應負起最終的企業經營責任？有鑑於董事與經理人兩者，均為我國公司法上的負責人（公司法第八條），依法負有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，負民事上損害賠償之企業經營責任（公司法第二十三條第一項）。

從以上觀之，所謂董事或經理人者，乃接受公司委託企業經營職務之人（公司法第一九二條第四項、公司法第二十九條第一項、第三十一條第二項），理論上是被期待為一個有誠信、有企業經營能力，為公司管理事務之人，因而在公司法第二十三條第一項亦假設相關企業經營上應具有一般誠實、勤勉而有相當經驗之人的注意，如未能盡其注意，所致生的過失是對公司損害賠償之可歸責事由所在，亦即法律上是不容許企業經營者之過失存在的。問題在於現實的企業經營狀況，恐事與願違的，而一般所常見到的，肇因於企業活動的大環境是隱藏眾多非理性的變數，常常無法預測，亦無法假設所選任的董事或經理人，「必然」是一個成功的企業經營者，尤其是在現代企業管理上，所追求的積極創新與企業風險正是最好的寫照。就此，國內學者嘗引介美國判例法上的「商業判斷原則」（Business Judgment Rule，或譯經營判斷原則），充作衡平企業管理與法律秩序的一種新觀念。就商業判斷原則的法理內涵，其寓有促進企業積極進取，容許在公司

經營上或多或少的冒險，但其與股東責任風險間，如何取得衡平的模式基礎，形成司法實務上的共識，尊重企業經營的專業判斷，緩和公司營運上錯誤與嚴格的法律責任追究¹，仍待進一步探討與衡量。

如此美國判例法上的商業判斷原則，在我國近年的司法實務上，譬如台北地院九十二年度訴字第四八四四號陸特公司案判決、台北地院九十三年度重訴字第一四四號的中工電訊案判決、台北地院九十四年度訴字第九五一號吉鵬旅行社案判決、台灣高院九十五年重上字第二三三號華南銀行案判決、台北地院九十六年度重訴字第二三四號鴻亞光電案判決、台北地院九十六年度訴字第二一〇五號中華郵政案判決、台南地院九十六年度金字第第一號官田鋼鐵案判決、台灣高院九十六年度重上字第一四五號農民銀行案判決、台北地院九十七年度訴字第四九七號及台灣高院九十七年度上字第四九七號綠恩生化案判決，甚至是台北地院九十八年度訴字第一三八五號的逸仙文教基金會案等，輒為企業經營者援引抗辯，或承審法官作為斟酌是否負企業經營與損害賠償責任的外國法理論之一。當然，從上舉我國法院判決觀察，就我國應否採用美國法上的商業判斷原則，實務上見解並不一

¹ 關於美國法上的商業判斷原則 (Business Judgment Rule)，請參閱ROBERT C. CLARK, CORPORATE LAW 123 (1986); JAMES D. COX, THOMAS L. HAZEN & F. HODGE O'NEAL, CORPORATIONS (I) 10.2 (1995); ROBERT W. HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS 453 (5th ed. 2000)等，而關於商業判斷原則的國內文獻介紹，請參閱劉連煜，公司經營者之裁量權與公司社會責任，載公司監控與公司社會責任，1995年9月，頁151；陳錦隆，美國法上董事「經營判斷法則」之概說(一)，會計研究月刊，第194期，2001年1月，頁69；陳錦隆，美國法上董事「經營判斷法則」之概說(二)，第195期，2001年2月，頁125；陳錦隆，美國法上董事「經營判斷法則」之概說(三)，第196期，2001年3月，頁133；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151；戴志傑，公司法上「經營判斷法則」之研究，月旦法學雜誌，第106期，2004年3月，頁157；陳碩甫，英美法商業判斷法則概述，萬國法律，第158期，2008年4月，頁40；劉連煜，董事責任與經營判斷法則之運用，載公司法理論與判決研究(五)，2009年4月，頁19；李維心，從實務觀點談商業判斷法則之引進，中原財經法學，第22期，2009年6月，頁129。

致。因此，本文擬擇取前揭我國司法判決中較具體的數則，研析美國法上的商業判斷原則適用於我國法的爭議。

貳、美國判例法上「商業判斷原則」與我國法適用與否之爭議

一、商業判斷原則與移植我國本土法制的分析

(一)美國判例法上的商業判斷原則

商業判斷原則是美國判例法上「Business Judgment Rule」的譯稱，或譯為經營判斷法則，在美國德拉瓦州最高法院於一九八五年著名的代表性判決 *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.* *Smith v. Van Gorkom*² 中，有如下的扼要說明：「The 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. ... A hallmark of the business judgment rule is that a court will not substitute its judgment for that of the board if the latter's decision can be attributed to any rational business purpose」；另依該法院同年的 *Smith v. Van Gorkom*³ 判決，檢驗符合商業判斷原則的準則有五項，即董事的行為應該符合 1. act in good faith（誠信）；2. act in the best interests of the corporation（符合

² *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.* 493 A.2d 946 (Supreme Court of Delaware, 1985); 並參閱網址 http://lawschool.courtroomview.com/acf_cases/9359-unocal-corp-v-mesa-petroleum-co-，造訪日期：2010年12月20日。德拉瓦州最高法院其他相關的代表性判決，例如 *Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858 (Del. 1985) *Zapata Corp. v. Maldonado* 430 A.2d 779 (Del. 1981); *Aroson v. Lewis* 473 A.2d 805 (Del. 1984); *Gagliardi v. TriFoods Int'l Inc.*, 683 A.2d 1049, 1052 (Del. Ch. 1996); 另網址 http://en.wikipedia.org/wiki/Business_judgment_rule 相關資料亦可供參考，造訪日期：2010年10月30日。

³ *Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858 (Supreme Court of Delaware, 1985). *Zapata Corp. v. Maldonado* 430 A.2d 779 (Del. 1981); *Aroson v. Lewis* 473 A.2d 805 (Del. 1984); *Gagliardi v. TriFoods Int'l Inc.*, 683 A.2d 1049, 1052 (Del. Ch. 1996).

公司最佳利益)；3. act on an informed basis (充分資訊的基礎)；4. not be wasteful (符合經濟的或不浪費)；5. not involve self-interest (不涉及自己利益)，而忠誠義務的概念 (duty of loyalty concept) 被認為在這「不涉及自己利益」一點上，具有重要性⁴。

依該州最高法院Randy J. Holland法官的說明，其法院肯定商業判斷原則的意義，在於「公司訴訟所涉股東質疑董事會之不當企業決策，乃是致生公司受損原因之所在，該州法院認為若屬無利害關係之董事，誠實且謹慎評估企業活動事項之相對風險與報酬，這即是對公司、對股東利益之最大化之商業判斷」⁵。惟商業判斷原則在訴訟程序上，並非「董事的行為標準」，而是「司法機關應否審查董事行為的基準」，並藉此避免事後諸葛，重予評斷公司負責人當初所為的經營決定。

承上所述，一般常見的是因企業活動的大環境是個非理性的變數，無法預測、亦無法假設董事或經理人「必然」是一個成功的企業經營者，尤其是現代企業管理上所追求企業的積極創新，認為法律應給予企業經營者更廣泛的商業判斷裁量權，同時縱其企業決策是錯誤的，無法達成原先所預期的目標時，在一定的前提下，仍應減免其在法律上的損害賠償責任。因此，在英美法系公司法制的發展歷史，隨著社會上自由放任的思潮，認為減免企業經營者的法律責任與促使發揮企業經營的功效是必要的；質言之，使公司擁有商業上的外在競爭力，即是為公司帶來最大的利益，倘若公司的經營決策是在董事或經理人的權限範圍之內，該判斷如能證明董事係本於誠信，且依據充分合理的企業資訊，為公司最佳利益所作成的決定，但最後仍不免致生

⁴ 參閱網址http://en.wikipedia.org/wiki/Business_judgment_rule，造訪日期：2010年10月30日。

⁵ Randy J. Holland，劉怡婷翻譯，王文字審定，An Introduction to Delaware Corporation Law Directors' Fiduciary Duties，月旦民商法雜誌，第19期，2008年4月，頁97。亦參閱網址：http://en.wikipedia.org/wiki/Business_judgment_rule，造訪日期：2010年10月30日。

公司營運上的損害或不利之結果，如此對該董事追究其企業經營責任，是否過苛？從而「針對企業經營責任之爭議，法院宜尊重企業經營一者的專業判斷，無須介入」的如此立論，終為法院所肯定，此即企業經營者的商業判斷原則之淵源⁶。雖然股東所選任的企業經營者是董事，並將企業經營權委任於董事，因而董事在法理上當然負有企業經營的最終責任，但商業判斷原則立論，其主張的依據是反射於股東之企業所有人，與其他股東共同承受企業的風險，所選任董事並無使該董事的企業行為一定成功之假設。美國法上的商業判斷原則，是衍生於股東代表公司訴追董事的經營責任模型，針對錯誤的經營決策與企業行為，而致生公司損害者，先推定該董事是誠信的，基於企業經營上的充分資訊所作成之判斷，原告如無反證推翻時，即應尊重董事的判斷，公司經營上的損害則應由股東自行承擔，進而否定董事對公司的賠償責任。就此，論者謂美國法制上的商業判斷原則是衡平企業管理與法律秩序的一種再思維；然，就其法理內涵，實寓有促進企業積極進取，容許在公司經營上或多或少的冒險；但其與股東責任風險間，如何取得衡平的模式基礎，形成司法實務上的共識，尊重企業經營的專業判斷，緩和公司營運上錯誤與嚴格的法律責任追究，試以減低法律對企業經營的負面牽制效果⁷。

惟如美國學者所述，在美國判例法上發展出商業判斷原則，乃針對企業經營責任的爭議，提供法院無須介入董事在權限範圍內所作成的商業判斷與其企業經營責任的一種合理化解釋⁸。針對錯誤的經營決策與企業行為，所致生公司損害者，先推定該董事是誠信的，基於企業經營上的充分資訊所作成之判斷，原告如無反證推翻時，即應尊重董事的判斷，公司經營上的損害則應由股東自行承擔，進而否定董

⁶ 葉銀華等，公司治理與金融監管之界線（座談會），台灣本土法學特刊，2007年12月，頁101（賴源河發言）。

⁷ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究，載公司制度與企業組織設計之法理，2009年1月，頁209。

⁸ ROBERT W. HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS 385 (4th ed. 1996).

事對公司的賠償責任。就此，論者謂美國法制上的商業判斷原則是衡平企業管理與法律秩序的一種再思維，其理自明。當然，值得一提的是美國在商業判斷原則法制化之努力，即美國法律協會（American Law Institute）所擬定之公司治理原則分析與建議（Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations）§ 4.01 (c)條文中，亦作出將商業判斷原則予以法典化的努力，規定董事會或經理人，基於誠信為公司做出企業決策時，若該董事會或經理人是 1. 對於該商業判斷事項，不具利害關係；2. 就商業判斷事項之知悉程度，乃在當時情形下，合理相信其為最適當者；並且 3. 合理相信是公司最佳利益等，公司董事會或經理人即可免損害賠償的責任。簡而言之，就美國司法實務上所肯定的商業判斷原則，作為推定企業經營者的判斷或決策是誠信、合理的假設，而司法判決是不予介入的，除非是原告提出可資證明，足以推翻該假設。如此假設與推定的效果，無異是對企業經營者提供強而有力的，又似乎是毫無例外的一把保護傘，這確有助於減少企業經營者被追訴民事責任，及其被求償訴訟結果的安定性。誠如美國學者的司法實證分析，企業經營者受司法上所採的商業判斷原則及董事責任保險之保護甚大，比例甚高，連著名的 *Smith v. Von Gorkom* 案⁹，肯定企業經營者賠償責任的判決，亦僅屬鳳毛麟角之特例而已¹⁰。

(二)商業判斷原則在我國實務上較具代表性的判決

1. 否定適用商業判斷原則的陸特公司案——台北地院九十二年度訴字第四八四四號判決¹¹

本案被告A，除了當時是原告公司的董事長外，更是股東美商力

⁹ *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

¹⁰ See http://en.wikipedia.org/wiki/Smith_v._Van_Gorkom (last visited: 2010.12.10); Bernard Black, Brian Cheffins & Michael Klausner, *Outsider Director Liability*, 58 STAN. L. REV. 1055, 1060 (2006).

¹¹ 台北地院92年度訴字第4844號民事判決，參閱司法院法學資料全文檢索，<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>。

特公司在新加坡百分之百投資設立的「利特遠東股份有限公司」(Littelfuse Far East Pte Ltd) (下稱利特遠東公司) 負責人；原告主張，被告A (董事長)、B (董事)、C (董事) 為直接圖利，其負責經營的利特遠東公司，在未得股東會同意下，逕自將原告所經營的電子買賣業 (原本是買賣股東美商力特公司電子產品) 變更，指示原告的經理人 (即日後被告D)，將台灣廠商的訂單移轉至利特遠東公司，再由該公司交貨於台灣廠商，原告角色由買賣，變成賺取佣金的三角貿易居間者。被告A竟只給予原告6.1%的佣金，使原告毛利降低，致持續虧損，幾到無法繼續經營地步。因此，原告公司依法就被告A、B、C行為，指控其在無股東會決議下，逕自將原告營業項目變更為三角貿易，導致原告短少4.15%利潤的收入，圖利其他公司，而同時被告D為原告公司經理人，卻與上述被告A、B、C等董事共謀圖掏空原告，均違反忠實義務與善良管理人的義務，訴請被告A、B、C、D等數人，共負連帶的賠償責任。

【判決要旨】

承審法院認為前揭指控，被告抗辯原告所稱被告有許多不法行為，圖利利特遠東公司等，未提出任何具體證據，空言指摘不足採；同時，就援引外國判例法上的商業判斷原則與否，認為「依美國法院長期之司法實踐過程中建立之『經營判斷法則』，為保護公司董事，使其免於經營判斷責任之負擔，並進而發展成具有避免法院事後審查董事經營判斷之功能。基於此一原則，公司之商業經營判斷將被法院所尊重，對於經營判斷事項提起訴訟之原告，應負擔提出事實證據之責任，方能推翻經營判斷法則下之推定保護。」惟承審法院表示「我國公司法未將經營判斷法則予以明文化，且該原則適用對象為公司董事，與公司法第二十三條、第八條所稱公司負責人包含董事、監察人、經理人等之規範主體並不相同。又『經營判斷法則』包含兩項法律原則，一為程序上之推定，一為實體法上之規則，前者指在訴訟程序上推定具有善意與適當注意，後者指公

司董事在授權範圍內，以善意與適當之注意而為的行為，即便造成公司損害或損失，亦無庸承擔法律上責任。然我國程序法推定免責，應以法律明文規定者為限，但並無此推定免責之規定，又公司法上之董事係適用民法委任關係為規範，且受任人處理委託事件具有過失或逾越權限，委任人依委任關係得請求賠償，而公司法無具體排除此項規定適用之明文，是不能採用上開法則，認本件有該法則適用，而使被告等人即可推定為善意，且對公司經營已有適當注意，仍應按原告之舉證情形分別審酌之」。最後，承審法院認為被告抗辯其等無違背忠實義務與注意義務等情，應可採信，駁回原告之訴。

2. 肯定適用商業判斷原則的中工電訊案——台北地院九十三年度重訴字第一四四號判決¹²

本案被告自民國九十二年一月八日起，擔任原告公司總經理，至九十二年十一月三十日未完成交接即自行離職止，身為公司的經理人，受原告公司所委任，負責公司經營、管理，並領有高薪。依原告公司主張，被告竟不思謀求公司利益，反而與第三人欣○國際行銷股份有限公司（下稱欣○公司）、鴻○資訊科技股份有限公司（下稱鴻○公司）等，於民國九十二年四月十日簽訂合約，同時執行合約時嚴重偏差，假藉「策略聯盟」及「垂直分工」之名，利用原告公司資金，使欣○公司與鴻○公司一方面得以免費使用中華電信公司的話務路由，另一方面又可從一般消費者手中，賺取話務費用；然，所有應繳付予中華電信的話務費用，均由原告公司負擔，鴻○公司應繳付予原告公司的話務費，則以鴻○公司無力清償為由，交付無法獲得承兌的票據，造成所有損害，均由原告公司負擔，因而原告公司認為被告顯已違反經理人的善良管理人注意義務及忠實執行業務的義務，並導

¹² 台北地院93年度重訴字第144號民事判決，參閱司法院法學資料全文檢索，<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>。另台灣高院96年度重上字第145號判決亦採用「經營判斷原則」。

致原告公司受有損害，訴請法院裁判，被告應賠償原告未能向鴻○公司收取話務費用的損害。

【判決要旨】

承審法院明諭被告與原告二造間的爭點，均涉及被告是否違背公司法第二十三條第一項「應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務」及被告得否以「經營判斷法則」抗辯等問題，而承審法院的判斷如下：(一)公司負責人所為，若事後證明發生損失時，不論是我國法系或英美法系，均適用所謂「經營判斷原則」(Business judgment rule)，以上述法則之標準為判斷之標準，不以事後之損失，反推公司負責人未盡公司法第二十三條第一項之善良管理人之注意義務或忠實執行業務義務。(二)(下略)。然而承審法院卻又認為，被告違背公司法第二十三條第一項「公司負責人應忠實執行業務之義務」，因被告並未舉證證明於任職原告總經理之初，曾告知原告仍具欣○公司董事長的身分，並經原告公司董事會同意，參照公司法第三十二條規定，本已違反競業禁止的規定，且被告任職總經理期間，於民國九十二年四月十日分別與鴻○公司、欣○公司訂立「電訊業務合作協議書」、「電信增值網路服務合約書」契約的本件，屬原告公司重大經營策略、重大營運事項，被告未將其個人與鴻○、欣○間的密切關係揭露，實亦與公司負責人應負忠實執行業務的忠實義務有間。綜上，承審法院肯認本件被告未盡善良管理人注意義務及忠實執行業務的義務，告知原告其原為欣○公司董事長，與欣○、鴻○公司關係密切，及在簽約前欣○、鴻○公司進一步查證，慎選合法第二類電信服務業者為簽約對象，漠視原告權益，逕與欣○公司、鴻○公司簽約，嗣後執行合約過程中亦未慮及原告公司的利益，造成原告公司損害，自應依前開公司法第二十三條第一項規定賠償原告的損害。

3. 不否定，但不肯定適用商業判斷原則的官田鋼鐵案 ——台南地院九十六年度金字第1號判決¹³

本案是被告間因背信等案件，由原告公司提起侵權行為損害賠償的刑事附帶民事訴訟。依原告指控被告A、B、C、D等四人係民國八十五年時，分任該公司董事長、總經理及董事等職務，為公司董事會管理決策核心，利用原告公司將購地投資擴廠，決議藉由訴外人X名義，向訴外人Y、Z二人購買七筆土地，價金共計一億三千四百一十二萬七千九百九十元，嗣於民國八十六年二月二十日董事會決議以多角化經營，轉投資四億九千九百八十九萬九千九百六十六元成立嘉○開發投資股份有限公司（下稱嘉○公司），但該轉投資公司實際並未從事任何營運行為。然，上述被告等四人於假借訴外人人頭購地後，再由華信不動產鑑定股份有限公司負責人即被告E，製作不實之「財產時值勘估鑑定報告」，復由大通鑑定顧問股份有限公司負責人即被告F，出具偽造不實之鑑價報告，分別將前揭七筆地價值高估為五億三千一百二十九萬七千六百九十元及五億六千九百二十四萬七千五百二十五元，以利作為購地，掏空原告公司。嘉○公司經原告公司轉投資成立後，董事會迅以決議總價高達四億七千四百四十九萬一千元代價，向訴外人X買回前揭七筆土地……，並於民國九十一年六月二十七日再由原告公司董事會決議以相同價格向嘉○公司買回該七筆土地，掏空原告資產達三億四千零三十七萬二百一十一元。被告以上……，復經……刑事判決被告有罪確定。

【判決要旨】

就本案之民事賠償部分，被告等人主張為有利於公司多角化經營，乃決議成立嘉鼎公司是一種商業判斷，依法理應推定企業經營者之決定是適法的抗辯，而應予免責，亦即被告認為公司負責人在經營公司時，若已經盡善良管理人的注意義務，惟因經營判斷錯

¹³ 台南地院96年度金字第1號民事判決，參閱司法院法學資料全文檢索，<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>。

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的注意義務，此即英美法所謂「經營判斷原則」，且認為經營判斷法則，並非董事的行為標準，係司法機關審查董事行為的基準，藉此避免事後重加評斷公司負責人之當初所為經營決定之謂。惟承審法官認為被告A、B、C、D等四人並無「經營判斷法則」的適用，判決中雖明論「『經營判斷原則』是一種推定，即推定公司董事所作的經營上決定，是在資訊掌握的基礎上，以善意且誠實的確信其所為的行為，是符合公司的最佳利益。……在無裁量權濫用的情況下，法院將尊重董事的經營判斷。原告應負擔舉證責任而以相關事實來推翻這一推定。『經營判斷法則』有五個標準，包括：經營決定、不具個人利害關係且獨立判斷、盡注意義務、善意、未濫用裁量權，這五個標準可以將我國之善良管理人注意義務進一步具體化」，然亦認為「被告等人抗辯為利於……公司多角化經營，決議成立嘉○公司一節，既無可採，且被告等人因背信及違反證券交易法等罪行，業經刑事庭判刑確定，被告等所為亦與民法第一八四條第一項侵權行為構成要件相符，渠等於本件土地輾轉買賣過程中，掏空……公司三億餘元，其欠缺善意，亦未盡善良管理人之注意義務，自不得援引『經營判斷法則』推定本件被告等人買賣系爭土地，其經營決定適法」。

(三)分析我國司法實務適用商業判斷原則的態度

相對於我國司法實務上，相關商業判斷原則的判決，其實不多，但新近似乎有增加的趨勢，如前所列舉。依司法院法學資料全文檢索全國各級法院判決，其中較具體、詳細的，如本文所列三個判決，但其對適用商業判斷原則的推定效果與民事舉證責任之司法態度，似與美國法院裁判呈現不同之見解：

一是台北地院九十二年度訴字第四八四四號民事判決的「陸特公司案」，承審法官明白表示，美國法上的商業判斷原則是不適用於我國現行法的規定。其謂程序法上的推定免責，應以法律明文規定者為

限，即相關我國公司法並無推定免責的規定，不能採用美國判例法上的商業判斷原則；若認為有該法則適用，而使被告等人可推定為善意且對公司經營已有相當的注意，仍應按原告的舉證情形，分別予以審酌，因而否定美國法上的商業判斷原則，直接適用於我國現行的民事訴訟程序。

二是台北地院九十三年度重訴字第一四四號民事判決的「中工電訊案」，以及台南地院九十六年度金字第第一號民事判決的「官田鋼鐵案」。就此二件判決，相較於後者的「官田鋼鐵案」，承審的台南地院法官雖無特別表示商業判斷原則與否適用於我國法的見解，但直接否定此個案是不適用的，即該案被告「為有利公司」而決議轉投資設立公司的行為，不得援引美國判例法上商業判斷原則，藉以「推定」「免責」之辯護，前者「中工電訊案」的承審法官，則積極肯定商業判斷原則於我國法上的適用。易言之，就董事的企業經營責任議題上，該「中工電訊案」承審法官認為，我國法在判斷公司負責人所為的營業決策，是否符合商業判斷原則，可採取與美國法院所持的相同標準，亦即「1. 限於經營決定 (a business decision)；2. 不具個人利害關係且獨立判斷 (disinterested and independence)；3. 盡注意義務 (due care)；4. 善意 (good faith)¹⁴；5. 未濫用裁量權 (no abuse of discretion)」之要件該當時。「中工電訊案」之所以備受矚目，是在於其適用美國法上的商業判斷原則，乃我國本土案例的第一宗，而不同於先前的「陸特公司案」或「官田鋼鐵案」判決。在「陸特公司案」，承審法院認為在程序法上的推定免責，應以法律規定者為限，若認有商業判斷原則的適用，而使被告等人可推定為善意且對公司經營已有適當的注意，仍應按原告的舉證情形，分別予以審酌。當然，「陸特公司案」判決的後續發展，值得再觀察。在「官田鋼鐵案」，承審法官似乎雖不否定美國法上的商業判斷原則，但諭示該案不得援引，以推定其經營決定是適法的，且並無再進一步釐清該案之不適用

¹⁴ 「good faith」一詞，在法律上宜譯為「誠信」，遠較「善意」為妥。

商業判斷原則推定與訴訟上舉證責任的關係；至於「中工電訊案」的承審法官，不僅肯定美國法上的商業判斷原則是適用於我國，作為遮斷企業經營者違反注意義務的理論依據，且認為「若公司負責人為經營行為當時，若具備此五項經營判斷法則，則可推定其具有善良管理人之注意義務，而無庸對公司及股東負損害賠償責任」，其更明白指出公司負責人為經營行為，當時若具備此五項經營判斷法則的構成要件時，則可推定其具善良管理人的注意義務，法院始無須再介入公司經營的商業判斷，亦即肯認公司負責人無庸對公司及股東，負損害賠償責任。反之，因「中工電訊案」承審法院認為，該案被告並無舉證辯駁原告所舉，自無法免除其責任。

持平而論，從上述的判決，觀察我國司法實務是從積極否定、消極不否定，到積極肯定的態度均有，此乃近年國內學者相繼介紹美國法制的具體影響；在經營法制上，如此「推定」效果的商業判斷原則，亦不啻是一種「正面」務實的面對企業經營，而這將是日後促使公司負責人更積極有為、勇於承擔經濟活動風險，開創事業新局，有助於釐清企業經營裁量與法制規範間的灰色地帶。惟就「中工電訊案」的判決，論者亦指摘，該承審法院雖肯定商業判斷原則在我國法上的適用，但該判決的見解，似屬誤解美國判例法上適用商業判斷原則的思維¹⁵。的確，本案與美國司法判決的見解不一，依德拉瓦州最高法院Randy J. Holland法官所述，當此假設推定被原告舉證推翻時，法院所再審究的是系爭交易的公平性原則，始由被告董事負責舉證¹⁶。就此而言，我國法官是否對該原則有所誤解？或屬我國法官基於專業判斷，在適用美國法上「商業判斷原則」時的調整？均有待進一步探究；同時，該一商業判斷原則的推定效果與民事責任舉證的負擔，亦宜透過民事訴訟法的學理論證，以明商業判斷原則推定的假設

¹⁵ 例如劉連煜，董事責任與經營判斷法則之運用，前揭註1，頁39；李立普，經營判斷法則與董事會刑事責任的免除，震瀛法律文教基金會，經營判斷法則與董事會運作研討會報告，2009年11月13日，頁20。

¹⁶ Randy J. Holland，劉怡婷翻譯，王文字審定，前揭註5，頁98。

及其舉證責任的分配，是否合理¹⁷。

二、商業判斷原則「推定」的另一法效果

(一) 延伸忠實義務與歐陸法系注意義務的爭議

嚴格言之，董事與經理人兩者，在公司法上的制度設計是不同的，但依公司法第八條規定，不僅董事與經理人，連監察人等同樣是屬於公司負責人的同一範疇；然，因公司負責人之於公司法第二十三條第一項規定，董事與經理人兩者均負有忠實執行業務並盡善良管理人的注意義務。所謂注意義務，在民法債之關係，係指債務人應盡一定程度的注意，履行債務，若應注意而不注意致違反義務，乃屬法律上可歸責事由的「過失」；再者，就應注意的程度觀之，原則上是以「善良管理人」的注意能力為民法規範的核心，即所謂抽象的輕過失概念，作為一般法律所課予民事責任的基準。惟所謂的「善良管理人之注意」程度，乃我國法沿用日本法上的名詞，但同樣是歐陸法系的德國，則使用「交易上必要的注意（im Verkehr erforderliche Sorgfalt）」之文義，而如此相較於我國公司法與日本公司法上董事的「善良管理人」注意義務規定，德國股份法則使用「一個正式、有誠信的事業管理人（eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters）」的注意義務。就善良管理人的注意義務，在我國民事法學者通常解釋為社會上一般誠實、勤勉而有相當經驗的人，應所具備的注意¹⁸，而商法學者多從之。然，相對於上述的注意程度，公司負責人於執行職務時，所應注意的對象或內容，除民法第五三五條前段「受任人……，應依委任人之指示」等規定外，諸如公司法第一九三

¹⁷ 廖大穎，公司負責人之注意義務與商業判斷原則的適用，月旦裁判時報，第1期，2010年2月，頁117。

¹⁸ 王伯琦，民法債編總論，1962年5月，頁153；何孝元，民法債編總論，1977年3月，頁147；戴修瓚，民法債編總論（下），1993年1月，頁120；鄭玉波、陳榮隆，民法債編總論，修訂第2版，2002年6月，頁334；孫森焱，民法債編總論（下），修訂版，2004年1月，頁493；黃立，民法債編總論，第2版，2000年9月，頁419。

條第一項亦明文「董事會執行業務，應依照法令章程……」等規定，若有違反，則將負損害賠償的民事責任，此即民法第五四四條受人處理事務遇有過失，負賠償責任的原則，就如公司法第一九二條第四項所示。當然，此時亦有如公司法第一九三條第二項「參與決議之董事，對於公司負賠償之責；……免其責任」、公司法第二二四條「監察人執行職務違反法令、章程或怠忽職務，……負賠償責任」等規定，特別強調公司負責人應注意的義務內涵，及其違反的法律效果。

然，就公司法第二十三條第一項的忠實執行業務部分，依民國九十年公司法部分條文修正時的增訂立法說明，謂「為明確規範公司負責人對於應踐行之忠實義務及注意義務，並對公司負責人違反致公司受有損害，應負損害賠償責任，爰增訂第一項」的原委¹⁹，且我國一般商法學者亦認為此忠實義務的概念，係源自於英美衡平法的「fiduciary duty」（信賴義務，亦有譯為忠實義務、忠誠義務、誠信義務，甚至是受託人義務等，稱呼頗不一致），即認為董事或經理人等負責企業管理的人與公司間的關係，乃等同於處理信託財產關係的信任基礎，因而為使董事或經理人等，不違背其間的信賴關係，所課予的忠實義務；質言之，即董事或經理人等，在執行公司職務時，應持公正且對公司盡最大的誠信，追求公司利益的最大化，以防止受公司委任的董事或經理人等，為謀求自己或他人利益，而有損及公司的行為²⁰。

(二)違反注意義務之歐陸法系觀點

就本文所舉的「中工電訊案」判決，承審法院即認為，「公司法第二十三條第一項立法如此修正，顯然應係採取前述異質論之說法，

¹⁹ 民國90年公司法部分條文修正草案，增訂第23條第1項之立法說明，請參閱立法院公報，第90卷第51期，頁159。

²⁰ 柯芳枝，公司法論（上），增訂第5版，2003年1月，頁51；梁宇賢，公司法論，第6版，2006年3月，頁113；王文字，公司法論，第2版，2005年8月，頁30。劉連煜，現代公司法，2006年8月，頁83則強調，在英美判例法下，注意義務與忠實義務的形成與個別發展，兩者是完全不同的概念。

即公司負責人除應負原民法上善良管理人之注意義務外，仍應負忠實義務，且此種忠實義務實與民法上誠信原則相當，即在企業經營上的最上位之概念，而扮演好守護公司、股東及社會大眾之角色」²¹。惟有關公司負責人的公司法第二十三條規定，針對忠實義務與注意義務二者間的關係，或有不同的見解；申言之，所謂忠實義務是否獨立於注意義務，是否為法律上個別的義務，抑或為注意義務所涵攝，在英美法系與歐陸法系間，似存有不同的認知。除上述的公司法第二十三條第一項增訂忠實義務的立法說明外，關於歐陸法系的忠實義務與注意義務間之關係，國內學者論述的重點歸納如下：

一是在定義上，英美法系認為兩者係不同的概念，忠實義務乃針對董事是否利用其職務或地位上的利便，圖謀自己或為他人的利益，犧牲公司行為之謂，與注意義務係指董事執行職務時，應依善良管理人的注意程度，處理其事務的內涵不同。但相對地在歐陸法系則不然，因在歐陸法系普遍認為，委任關係乃本於雙方當事人間互信基礎，所締結的一種契約關係，依社會通念上所謂「受人之託，忠於其事」的認知，「維護委任人的利益」乃理所當然。從歐陸法系的觀點，忠實義務自應包攝於受託人在法律上「善良管理人」或「正式、有誠信的事業管理人」的注意義務內涵，即董事或經理人等，為公司處理所委託的企業經營，因而認為英美法上的忠實義務，並非一種獨立發展的新興概念。

二是在忠實義務的發生本質上，英美法系認為，忠實義務是衍生自衡平法院的一種判斷，針對受託人的董事或經理人，所課予的衡平法上義務，乃以「不得犧牲公司利益」為前提的無過失責任；然，相較於違反善良管理人的注意義務，係基於執行職務時的故意或過失，

²¹ 至於「中工電訊案」判決中，相關同質說與異質說的日本法上辯證，請參閱廖大穎，論公司與董事間之非常規交易與利益衝突——淺釋日本商法第265條的規定，載公司制度與企業金融之法理，2003年3月，頁58。當然，這從英美法的觀點，似乎無法理解的，例如曾宛如，董事忠實義務內涵及適用疑義，載公司管理與資本市場法制專論(一)，2002年10月，頁7；劉連煜，同前註，頁83。

而課予侵權行為或契約責任的普通法思維是不同的。至於歐陸法系則認為，忠實義務充其量僅是明確善良管理人注意義務的一個特別樣態而已，違反忠實義務，自是屬於未盡到善良管理人處理事務的注意義務，所致生的過失責任體系之一。再者，就英美判例法上的違反忠實義務與商業判斷原則言之，其議題原是舉證責任的倒置，藉由訴訟法上的推定效果，致生類似無過失責任的反射效而已，這恐屬倒果為因，誠如本文所指摘。

三是在司法救濟上，英美法系認為董事的違反忠實義務，因其屬董事與公司間發生利益衝突的一種結果，原則上應是返還不當利益，以衡平法律上的爭議；而歐陸法系見解則認為，董事犧牲公司利益，等同於違反善良管理人的注意義務，自屬於對公司致生損害的行為，原則上應是請求損害賠償的傳統議題。惟所謂損害賠償，是建立於「損害」與「賠償」的概念，但在歐陸法系損害賠償的法律政策上，原則上是以回復原狀為先順位，次而例外請求金錢上的賠償，例如我國民法第二一三條至第二一五條所規定，即屬之；就此而論，歐陸法系的損害賠償概念，實足以涵攝英美法上違反忠實義務的返還不當利益²²。

參、商業判斷原則與訴訟法上舉證責任分配之檢視

一、舉證責任的概念

在討論商業判斷原則與訴訟法上舉證責任分配的關聯之前，有必

²² 廖大穎，公司法原論，第5版，2009年9月，頁204，則持傳統歐陸法系的觀點，認為受任人本於「忠於所託」的信任基礎下，為維護委任人（即公司）的利益，在解釋上當然亦是董事的注意義務內容之一，兩者間實無必然視為截然不同的法律概念；並參閱德國公司法的代表性注釋書，例如 Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, Münchener Kommentar Aktiengesetz, Bd. III, 2004, § 76 Rn. 14, § 93 Rn. 18; 與日本公司法的代表性注釋書，例如江頭憲治郎、森本滋（落合誠一），會社法コンメンタール(8)——機關(2)，商事法務，2009年，頁52，§ 355（近藤執筆）。

要先釐清訴訟上舉證責任的基本概念，並扼要介紹其主要分類，以作為主題論述的基礎。

(一) 訴訟上的舉證責任

如果法院在訴訟程序進行中，雖然極盡所有可能且訴訟上允許的證據調查，直到程序終結，仍無法就被主張的（待證）事實得到確信的心證，也就存在所謂的真偽不明（*non liquet*）之情形。由於沒有確定的案件事實即不可能完成法規範的涵攝，因此在真偽不明的情形，法院應是否或如何就該訴訟為裁判，即成為問題。今日的普遍觀點是，法院於此種待證事實真偽不明的情形，仍必須就該訴訟事件為實體裁判（本案裁判），絕不得因為欠缺事實基礎而拒絕對一訴訟事件為裁判²³。在此待證事實雖然仍陷於真偽不明的情形，關於舉證責任²⁴的規則，其乃提供法院一個實體裁判的方法上工具，而如此一個依舉證責任原則之法院的實體裁判，凡是在法院已用盡所有合法的證明，可能卻仍舊未達效果的情形，就是一個最後的方法（*ultima ratio*）。不同於所有成功的舉證（證據提出），依舉證責任原則的裁判，並不是克服事實真偽不明的手段，而是一個縱然事實真偽不明的裁判。因此，依舉證責任的裁判，是以一個特別的法規範基礎為前提，因為在事實真偽不明的事件中，訴訟危險必須基於獨立的歸責標準，而在訴訟當事人間為分配²⁵。

²³ 例如 Leo Rosenberg, Die Beweislast – Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München, Berlin 1965, S. 2; Thomas Rauscher/Pter Wax/Joachim Wenzel (Hrsg.), MünchKommZPO (= Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung), Bd. I, 3. Aufl., München 2008, Prütting § 286 Rn. 93; 陳計男，民事訴訟法論（上），增訂第5版，2009年8月，頁476；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），增訂第5版，2008年10月，頁481；三月月章，汪一凡譯，日本民事訴訟法，1997年6月，頁439。

²⁴ 舉證責任（Beweislast），並非一種法律上「責任」（Haftung），而僅是一種不利（危險）或行為的「負擔」（Last），其使用「責任」稱呼，極易因望文生義而造成概念混淆。

²⁵ MünchKommZPO - Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 93.

舉證責任裁判對於當事人的效果是，特別的舉證責任規範使該承擔危險之當事人一方，在該訴訟遭受敗訴，一般謂該當事人負有舉證責任，此舉證責任乃指「客觀的舉證責任」；對於該負有舉證責任的當事人另外的效果是，其就為了避免事實真偽不明，而必須在訴訟中積極舉證一事而言，有其特別的利益，此舉證責任則為「主觀的舉證責任」²⁶。

不管在何種訴訟類型（給付訴訟、確認訴訟或形成訴訟），亦不論在該具體訴訟程序採用何種訴訟立法主義（辯論主義或職權探知主義），均可能發生事實真偽不明的情形。因此，客觀的舉證責任不論在任何一種訴訟法（民事訴訟法、行政訴訟法或刑事訴訟法）中，都具有非常的重要性²⁷；相對地，主觀的舉證責任則僅有在採辯論主義的訴訟程序才會存在，也在該種訴訟程序才具有重要性。

（二）主觀的舉證責任與客觀的舉證責任

舉證責任問題可能在訴訟程序的不同階段出現，例如訴訟的開始階段，誰必須就一定的事實主張為證明；在訴訟進行中的個別階段，誰在具體情況必須舉證；在訴訟的結束階段，誰必須負擔因該不能證明的事實主張所生的不利結果。因此，舉證責任此一概念並非僅有單一的意義，而是得區分為就舉證責任問題具有重要性的二種不同的情況及觀察方式：其一，在訴訟的開始，或在其後的訴訟程序進行中，由當事人的立場而提問，哪一造當事人必須對一定的構成要件要素為舉證，此是所謂的主觀的舉證責任；其二，與此相對地，在訴訟終結時，則由法院的立場而提問，在訴訟中的某一事實主張最後仍然不明

²⁶ MünchKommZPO - Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 94; Gottfried Baumgärtel/Hans-Willi Laumen/Hanns Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 2. Aufl., Köln, München 2009, - 3 Rn. 10, 32; 姜世明，新民事證據法論，第3版，2004年1月，頁182-183；陳榮宗、林慶苗，前揭註23，頁481-482。

²⁷ Rosenberg, aaO. (Fn. 23), S. 24, 28-43; Leo Rosenberg/Karl-Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004, § 114 Rn. 3-4; MünchKommZPO - Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 96; 高橋宏志，林劍鋒譯，（日本）民事訴訟法——制度與理論的深層分析，2004年1月，頁428-429。

時，由哪一造當事人負擔其不利的結果，此是所謂的客觀的舉證責任²⁸。

1. 主觀的舉證責任

主觀的舉證責任，又稱證據提出責任或形式的舉證責任²⁹，是當事人所負之一項真正的「負擔」，其為避免敗訴，透過自己的行動，就有爭執的事實提出證據，它並不是一種「義務」。負舉證責任的當事人，特別是藉由聲明證據，並就其主張表明具體的證據方法，而履行其負擔³⁰；法院亦會重視主觀的舉證責任，尤其是因為審判長行使闡明權而為聲明證據的曉諭（民事訴訟法第一九九條第二項的），必須針對該負有舉證責任的當事人而實施。

因為主觀的舉證責任為一項真正之當事人提出證據的負擔，僅有在採辯論主義的訴訟程序才會存在。主觀的舉證責任之分配，必須在每一件訴訟開始時即確定，此亦可由民事訴訟法第二七七條推知，因而其必須抽象地、規範性地被確立，而且此舉證責任分配本身，必然地遵循客觀的舉證責任之規則³¹。

2. 客觀的舉證責任

在訴訟中，儘管就其基礎事實未能達到確信的心證的地步，法院亦不得拒絕為實體裁判（本案裁判），並且基於憲法保障人民的訴訟權（憲法第十六條），亦禁止法院拒絕審判，故法院仍有義務作成實體裁判³²。

²⁸ 參閱MünchKommZPO - Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 97; 陳榮宗、林慶苗，前揭註23，頁482-483。

²⁹ Hans-Joachim Musielak, Grundkurs ZPO, 2. Aufl., München 1993, Rn. 416 a.E.; 姜世明，前揭註26，頁183；高橋宏志，林劍鋒譯，前揭註27，頁429。

³⁰ MünchKommZPO - Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 98.

³¹ MünchKommZPO - Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 99; Baumgärtel/Laumen/Prütting, aaO. (Fn. 26), § 3 Rn. 33.

³² 對於判基礎的事實（待證事實）真偽不明之情形，法院應否裁判以及如何裁判，在民事訴訟的世界歷史發展上曾存在過不同的制度，例如拒絕裁判、不為實體裁判、委諸神意的裁判或將該事實擬制為存在或不存在等，參閱高橋宏

客觀的舉證責任，又稱確認責任或實質的舉證責任，其就在待證事實真偽不明的情形，究竟應該為何造當事人不利判決的問題，給予法院答案。因此，不同上述主觀的舉證責任，客觀的舉證責任不是嚴格意義的「負擔」，因為負擔此一概念，盡皆以當事人的行為為前提要件，該行為的欠缺將導致某種不利的結果。然而該概念客觀的舉證責任，不受到當事人的任一行為的影響，即使當事人盡所有可能的努力，如果法院不能就該事實的存在與否形成確信的心證，依然發生事實真偽不明的情形。因此，進一步地觀察，客觀的舉證責任是一種法律上危險分配的特別方式，所以必須被以抽象的、一般的形式並作為規範地確立³³，即以法律為規定。

具體地說，客觀的舉證責任此一概念，是用以總括在某待證事實，因未能證明而真偽不明的情形下，不適用有利於該負舉證責任的當事人之法律規定，或適用有利於對造之法律規定，因而所生的不利³⁴。因此，它也可以粗略地說是一種訴訟上不利後果的承擔。

3. 相互關係

在待證事實真偽不明的情形，客觀的舉證責任決定，應該為對何造當事人不利的判決，而鑑於此客觀的舉證責任的存在，當事人將會關注於透過證明對其有利的法律規定之實現，以避免會承擔該不利的後果；此一當事人基於自己的利益，為避免訴訟上不利，而對一個有爭執的事實提出證據之必要性，即為主觀的舉證責任³⁵。

客觀的舉證責任是一種解決待證事實在真偽不明的情形，法院應如何適用法律的技術手段。因為待證事實在真偽不明的情形，不論在

志，林劍鋒譯，前揭註27，420頁。

³³ MünchKommZPO - Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 100; Baumgärtel/Laumen/Prütting, aaO. (Fn. 26), § 3 Rn. 20.

³⁴ Musielak, aaO. (Fn. 29), Rn. 416 a.E.; 姜世明，前揭註26，頁182、186；王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，2010年6月，頁401。

³⁵ Musielak, aaO. (Fn. 29), Rn. 416 a.E.; 姜世明，前揭註26，頁183；高橋宏志，林劍鋒譯，前揭註27，頁429。

採辯論主義或職權探知主義的訴訟程序中，均可能發生。所以採辯論主義與職權探知主義的訴訟程序，皆需要客觀的舉證責任規則³⁶。同時，僅有在採辯論主義的訴訟程序中，若是雙方當事人都不提出或不能提出證據，法院原則上不能調查證據，而必須以該事實當作未證明（即真偽不明）而為處理。因此，為了避免法院因此作出對自己不利的裁判，當事人即有必要提出證據以證明該事實，此即為主觀的舉證責任。所以，僅有在採辯論主義的訴訟程序（包括依職權調查的範圍），才會發生主觀的舉證責任³⁷。

在採辯論主義的訴訟程序中，主觀的舉證責任之分配與客觀的舉證責任之分配，原則上是一致的；不過，主觀的舉證責任相對於客觀的舉證責任是減輕的，蓋民事訴訟法第二八八條第一項例外地准許法院在當事人未有聲明的情形下，得依職權調查證據；此外，依民事訴訟法第一九九條第二項規定，法院必須向當事人要求提出證據；以及負有舉證責任的當事人之對造，亦即該不負有舉證責任的一造當事人，在例外情形亦有說明義務，例如依民事訴訟法第三四二條至第三四四條規定有提出文書的義務、依同法第三六七條第一項作為被訊問的當事人。

如上所述，不論是主觀的舉證責任或客觀的舉證責任，均須抽象地且具規範性地被確立，即以法律規定。因此，二者都是屬於抽象的舉證責任³⁸。

（三）具體的舉證責任

如上所述，主觀的舉證責任或客觀的舉證責任，均屬於抽象的舉

³⁶ Rosenberg, aaO. (Fn. 23), S. 24, 28-43; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 27), § 114 Rn. 3-4; Baumgärtel/Laumen/Prütting, aaO. (Fn. 26), § 3 Rn. 18; 高橋宏志，林劍鋒譯，前揭註27，頁428-429。

³⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 27), § 114 Rn. 3-4; Hans-Joachim Musielak/Ulrich Foerste, Kommentar zur Zivilprozessordnung (ZPO), 5. Aufl., München 2007, § 286 Rn. 33; 高橋宏志，林劍鋒譯，前揭註27，頁429。

³⁸ MünchKommZPO - Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 98.

證責任，而應嚴格與之區別的，是具體的舉證責任。具體的舉證責任是在訴訟進行中，依該已經提出的證據及法院之暫時的心證形成，每一當事人交替地負有在本證與反證的範圍內，提出證據的行為責任；所以此一個具體的證據提出責任，可能在一個程序進行的過程中，於兩造當事人之間多次地來回變換³⁹。因此，具體的舉證責任無法遵循抽象及一般的規則，而是取決於各該證據評價的具體情況，故必須與抽象之主觀的與客觀的舉證責任嚴格區別。

1. 事實真偽不明時的法律適用

難以解決的問題是，如果基礎的生活事實終究不明，因而將事實涵攝於法規範成爲不可能時，則法律的適用在方法上如何才爲可能。確定的是，當事實真偽不明（*non liquet*）而不適用該有關法律時，舉證責任不會彷彿就由自己產生。以現代的觀點，當事實真偽不明時，在方法性的行動上必須區分三個步驟⁴⁰：

第一步應探問是，在事實真偽不明的情況，法院是否有裁判義務。此一義務今日已經普遍被肯定。舉證責任裁判的第二步涉及到該法律理論的問題，即方法論上法院如何在事實不明的情況爲裁判，於此需要一個特別的、方法性的工具，其在形式觀點上克服該事實的真偽不明；此工具可稱爲操作規則（*Operationsregel*），此操作規則作爲方法上的指示，包含一項擬制，即對於該仍然不明的事實，法官得以及必須如同它已經被釐清而處理。此擬制的內容，能夠以兩種方式設想，法院得將該仍然不明的事實主張，擬制爲已經被證明，或已經被推翻。法院必須擬制爲這兩項選擇中的哪一項，在第三步中由舉證責任規則（*Beweislastregeln*）予以指示，此舉證責任規則規定舉證責任的分配，並因而確定該擬制的內容。由此可見，舉證責任的分配是由立法者決定的規範性行爲，而舉證責任分配的內容並不由法院的方

³⁹ MünchKommZPO - Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 101; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 27), § 114 Rn. 6.

⁴⁰ MünchKommZPO - Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 105-106.

法性行動所決定。

2. 舉證責任規則

(1) 法律明定的舉證責任規則

由於舉證責任的分配需要具有規範效力的規定，所以在當事人間分配舉證責任的決定，是屬於立法者的工作。事實上依照正義、合理及訴訟上武器平等（Waffengleichheit）的要求，而由法律設明文規定之當事人間的舉證責任分配，在民法及其他的法律規定中即可得到印證，例如民法第一六五條第一項本文、第一八四條第二項但書、第二三一條第二項但書、第二三三條第三項、第五九一條第二項但書、第五九三條第一項但書、第六三四條但書、第六三七條、第六五九條、第九四四條第二項、第一〇一七條第一項；票據法第三十七條第一項、第九十二條第二項；證券交易法第二十條之一第二項、第三十二條第二項等。

(2) 一般的舉證責任基本規則

有疑義的舉證責任問題，僅有少部分能夠藉由法律明定的舉證責任規範而決定；事實上，立法者也不可能就所有的實體法上構成要件要素，分別制定獨立的舉證責任規範。因此，必須要有一個一般的舉證責任分配之基本規則，而此一被普遍承認的基本規則是：「主張權利的人必須就權利發生的構成要件要素負舉證責任，而其對造必須就權利障礙⁴¹、權利消滅及權利防阻⁴²的構成要件要素負舉證責任」⁴³。至於何種構成要件要素應劃歸為權利成立、權利消滅或權利防阻的構成要件要素，可以由各該實體法的定性（或歸類）中得知；

⁴¹ 這相當於姜世明，前揭註26，頁184所稱的「權利妨害」。

⁴² 這相當於姜世明，前揭註26，頁184所稱的「權利受制」。

⁴³ 參閱最高法院43年台上字第377號判例；94年台上字第90號判決。MünchKommZPO – Prütting, aaO. (Fn. 23), § 286 Rn. 110-112指出，德國1888年民法第一次草案第193條即是此舉證責任的基本規則的規定，後來以其為當然事理而刪除，並僅就背離此一基本規則的情形設明文規定，例如其但書規定（es sei denn, dass ...）。

相對地，權利障礙的構成要件要素並沒有自己獨立的屬類，其只不過是權利發生的構成要件要素偏離舉證責任分配的基本規則，而劃歸由主張權利者的對造負責舉證（證明權利不發生）之所有的舉證責任特別規範之總稱。

(3) 民事訴訟法第二七七條規定

與上述基本規則相較，民事訴訟法第二七七條本文的舉證責任分配原則規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任」，顯得過度地簡化與抽象，對舉證責任的合理分配而言，其助益極為有限⁴⁴。二〇〇〇年民事訴訟法修正，增訂第二七七條但書：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限」，其立法理由稱：「我國現行法就舉證責任之分配，於本條設有原則性之概括規定，在適用上固有標準可循。惟關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難，故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配。尤以關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，爰於原條文下增訂但書，規定『但法律有特別規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。』以資因應。」此立法理由已明白指出民事訴訟法第二七七條本文規定的嚴重不足與實務的困難；惟僅增訂該條但書是否即能有效彌補缺陷，仍有待進一步驗證。

對於民事訴訟法第二七七條關於舉證責任分配的（本文）原則與（但書）例外規定，有學者予以肯定，認為其一面可由立法者於立法之時，對舉證責任預先作公平衡量的立法，俾便遵循；一面予法官於依個案情形，考量倘按通常舉證責任分配原則，將對舉證的當事人造成不公時，使其可依衡量減輕該當事人的舉證責任，以達裁判公正之

⁴⁴ 參閱姜世明，前揭註26，頁190；王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭註34，頁404。

目的⁴⁵。

實務上就民法第二七七條規定的適用，在二〇〇〇年增訂該條但書前，司法院解釋及最高法院判例傾向採所謂的「法律要件分類說」（規範說或特別要件說），例如謂事實為法律關係發生的特別要件者，在消極確認之訴，應由被告就其存在負舉證責任，在其他的訴訟，應由原告就其存在負舉證責任⁴⁶，或謂主張法律關係存在的當事人，僅就該法律關係發生所具備的特別要件（權利發生要件）負舉證責任，至於他造主張有利於己的事實（權利障礙、消滅及防阻的要件），則由他造負舉證責任⁴⁷；此外，少數個案也有兼採如「待證事實分類說」等其他的分配理論情形⁴⁸。在二〇〇〇年增訂該條但書後，將「法律別有規定，或依其情形顯失公平」二種情形排除該條本文舉證責任分配原則規定的適用之外，實務上偶有因「證據遙遠」或「舉證困難」，而以證明度減低的方式，減輕當事人的舉證責任⁴⁹，或以調整修正舉證分配原則，並審酌兩造所各自提出的人證、物證等資料，綜合全辯論意旨而為認定待證事實⁵⁰，而達到減輕甚或免除當事人舉證責任的效果。除前述特別情形外，最高法院通常仍延續過去見解，而採用「法律要件分類說」（規範說或特別要件說）⁵¹。截至目前為止，最高法院對於增訂民事訴訟法第二七七條但書規定的適用，顯得相當地含蓄與謹慎，未來發展，仍有待觀察。

⁴⁵ 陳計男，前揭註23，頁482。

⁴⁶ 司法院30年院字第2269號解釋；最高法院28年上字第1739號判例；98年台上字第1219號判決。

⁴⁷ 最高法院48年台上字第887號判例；90年台上字第1747號判決；91年台上字第2076號判決；92年台上字第1971號判決；98年台上字第1913號判決。

⁴⁸ 關於舉證責任分配的理論及其分類，參閱陳榮宗、林慶苗，前揭註23，頁483以下；陳計男，前揭註23，頁470以下；王甲乙、楊建華、鄭健才，前揭註34，頁404以下。

⁴⁹ 最高法院98年台上字第2096號判決。

⁵⁰ 最高法院97年台上字第313號判決；96年台上字第921號判決。

⁵¹ 參閱最高法院97年台簡抗字第18號裁定；最高法院90年台上字第1747號判決；最高法院90年台簡抗字第62號裁定。

關於民事訴訟法第二七七條所規範的舉證責任，究為主觀的舉證責任，抑或為客觀的舉證責任，學說上一直存有爭議⁵²。如上所述，在採辯論主義的訴訟程序，主觀的舉證責任之分配與客觀的舉證責任之分配，原則上是一致的。因此，不妨謂該第二七七條係同時是主觀的舉證責任及客觀的舉證責任之規範，祇不過後者在訴訟實務上顯然較為重要而已。其實，民事訴訟法第二七七條最大的問題在於，該條「本文」規定的舉證責任分配原則過度簡化與抽象，此在過去即備受批評，而二〇〇〇年新增訂的該條「但書」，卻又賦予法院一個極其概括之偏離原則分配的權責。以致在不明確的舉證責任分配原則上，又加上一個頗為空泛之偏離原則的（例外）授權，使整體的舉證責任分配，陷入相當不明確、不安定的窘境。幸好法律審的最高法院對該但書的例外規定，至目前仍採嚴格解釋的謹慎態度，使舉證責任分配，在實務上仍維持相當的明確與安定性。

如上所述，客觀的舉證責任是一種法律上危險分配的特別方式，所以必須以抽象的、一般的形式並作為規範地被確立；舉證責任的分配，是由立法者所決定的規範性行為，而舉證責任分配的內涵，並不由法院的方法性行動所決定。舉證責任的分配，應以安定性為原則，彈性為例外；惟現行民事訴訟法第二七七條的規定內涵，賦予法院寬鬆的裁量權，可能使舉證責任的分配陷於不安定，變成以彈性為原則，安定性反倒成了可遇不可求的例外⁵³。因此，法院於適用民事訴訟法第二七七條規定，就具體的訴訟事件之舉證責任為分配上，至少應認知如學者指出的「第二七七條之規定亦非將舉證責任之分配完全置於法官之裁量下，仍有原則（前段）與例外（後段）之關係，否則將使法律安定性與預測性受到動搖」⁵⁴，以降低該規定本身所隱含的

⁵² 採客觀的舉證責任說者，如陳計男，前揭註23，頁482；姜世明，前揭註26，頁190-195。採主觀的舉證責任說者，如沈冠伶，民事證據法與武器平等原則，2007年10月，頁59-63。

⁵³ 姜世明，前揭註26，頁192亦疑慮「難免有法官恣意運作之危險」。

⁵⁴ 沈冠伶，前揭註52，頁66。

不安定性。

二、美國法上商業判斷原則與舉證責任分配之解析

在美國判例法上的商業判斷原則，傳統上用於保護董事，以免於其特定的商業上決定，導致公司的損失時，因而可能須負賠償責任，該原則可當作董事為其決策而負責任的保護傘。如果商業判斷原則有適用，對於董事的決策，法院即不應該干涉或者扮演事後諸葛（second-guess）；如果商業判斷原則不適用，法院對董事的決策，即應就其對公司及公司的少數股東之內，在公平性上詳細審查⁵⁵。作為程序上問題，商業判斷原則充當一項「可反證推翻的推定」（rebuttable Presumption; widerlegbare Vermutung），即在作商業判斷或經營決策，董事要比法院更為勝任；因此，法院在適用商業判斷原則時，將會推定董事有發揮合理的勤奮（diligence），並有誠信（或認真）（in good faith）作為，於是對董事會的決策，提出指責的原告（股東或公司），則負有推翻該推定的舉證責任，藉由證明董事從事與自己交易、不認真或無誠信（或惡意）之行為，或證明該決策，並非商業判斷的適當行使⁵⁶。如上所述的商業判斷原則，確為保護董事的法則之一，推定「其決策及行為係為合理經營、管理目的所為」。依美國判例法上之適用此項法則，對董事（被告）主張請求權存在的原告（股東或公司），在訴訟上應主張並證明足以推翻該推定的事實，如該推定被原告提出的「反證」予以推翻，而被請求的董事為求免責，即應證明其行為是符合公平性的。所以，商業判斷原則既有當作對訴訟當事人的一項訴訟指導方針（a procedural guide）之作用，亦有作為一項實體法法則（a substantive rule of law）之作用⁵⁷。

⁵⁵ See J. D. BAUMAN, A. R. PALMITER & F. PARTNOY, CORPORATIONS LAW AND POLICY 663 (6th ed. 2007).

⁵⁶ See *id.* 國內文獻，例如Randy J. Holland，劉怡婷翻譯，王文字審定，前揭註5，頁97；陳錦隆，前揭註1，頁73；劉連煜，前揭註1，頁26。

⁵⁷ Randy J. Holland，劉怡婷翻譯，王文字審定，前揭註5，頁98。

(一)反 證

因商業判斷原則的推定，主張請求權的原告（股東或公司）得舉反證予以推翻，在此有必要先就此所謂的「反證」作說明。在證據的分類上，有「本證」與「反證」的區分。負有舉證責任的當事人，為證明自己主張的事實為真，所提出的證據，稱為「本證」，其應使法院達到確信的程度，才能達到證明目的。相對地，就負有舉證責任（本證）的一造當事人之事實主張，其對造為否定該一方當事人的事實主張，所提出的證據，則稱為「反證」；換句話說，反證乃一造當事人為推翻該負有舉證責任的他造所主張之事實，而主張與該事實相反的事實，並為了證明該相反事實的存在，所提出的證據。提出反證，只要使法院對他造的該事實主張產生懷疑，就已經足夠。

負舉證責任的當事人所提出的證據（本證），須證明至使法院就該待證事實獲得確信的心證，始為已經盡其證明責任；倘不負舉證責任的他造當事人，就同一待證事實已證明其間接事實，而此間接事實依經驗法則為判斷，與該待證事實的不存在，可認為有因果關係，足以動搖法院原已形成的心證，將因該他造當事人所提出的反證，使待證事實回復至真偽不明的狀態；此際，仍應（再）由主張該事實存在的一造當事人舉證予以證明，始得謂其已盡其證明責任⁵⁸。

按法律規定，某事實的「推定」得以「反證」推翻情形，例如民事訴訟法第二八一條、民法第九條或第十一條等，其所用的「反證」概念，與此證據的學理分類上的「反證」不同，否認該推定事實（存在或不存在）者因負有舉證責任，所以其所提出的「反證」，性質上屬於上述證據分類的「本證」，故必須使法院得到確信的心證，才可謂其已經盡舉證責任。因此，要推翻商業判斷原則所「推定」事實的當事人（通常為原告的股東或公司），負有舉證責任，其為推翻該推定所提出的證據，性質上為「本證」，僅使法院對該推定事實產生懷疑猶不足，而是必須使法院產生確信的心證才足夠。

⁵⁸ 最高法院93年台上字第2058號判決；陳計男，前揭註23，頁468。

(二)商業判斷原則構成要件的舉證

如本文「中工電訊案」之判決所指陳，美國判例法上的商業判斷原則，其構成要件有下列五要素：1. 一項商業決策（a business decision）；2. 不具個人利害關係且獨立自主（disinterested and independent）；3. 充分的注意（due care）；4. 誠信（或認真）（in good faith）；5. 未濫用裁量權（no abuse of discretion）⁵⁹。惟此構成要件的五要素，亦均由商業判斷原則推定其存在，若其未被（主張請求權的股東或公司）舉反證予以推翻，董事（董事會）及其決策即受到保護，不受法院的事後審查，這是美國法上商業判斷原則的核心。理所當然耳，如指責董事（或董事會）決策的原告要推翻上述商業判斷原則的推定，就負有舉證責任，其得證明董事有從事與自己交易（self-dealing），或證明其是不誠信的（或不認真的）（in bad faith），或證明該決策並非是商業判斷的適當行使⁶⁰。甚且，就美國司法實務上觀之，論者指出商業判斷原則的推定，被原告舉反證推翻後，其直接效果僅是董事（或董事會）不受到該原則的保護，但尚非直接肯定其損害賠償責任，亦即不排除法院認定，該董事（或董事會）的決策或行為是符合公平性的，因而仍然不負賠償責任⁶¹。綜合上面敘述，可歸納出美國司法實務上商業判斷原則與舉證責任的關係，如下表：

⁵⁹ See *Grobow v. Perot*, 539 A.2d 180 (Del. 1988).

⁶⁰ See BAUMAN, PALMITER & PARTNOY, *supra* note 55, at 663.

相關國內介紹美國的文獻，例如Randy J. Holland，劉怡婷翻譯，王文字審定，前揭註5，頁98；陳錦隆，前揭註1，頁73；林國彬，前揭註1，頁186；劉連煜，前揭註1，頁26。

⁶¹ Holland法官所介紹的，例如*Cinerma Inc. v. Technicolor, Inc.*案、*Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*案等，尤其是在企業併購案件中，一旦商業判斷原則被推翻，系爭董事會的決定，將受完全公平的標準檢驗之，參閱Randy J. Holland，劉怡婷翻譯，王文字審定，前揭註5，頁99。

商業判斷原則		推定的推翻	董事的免責
要件	效果	股東（原告）得舉證推翻商業判斷原則的推定，董事及其決策受保護→董事及其決策不受該原則的保護	董事（被告）得證明其決策符合公平性→無庸對其行為負損害賠償責任
1. 一項商業判斷 2. 不具個人利害關係並且獨立自主 3. 合理適當注意 4. 誠信（或認真） 5. 未濫用裁量權	推定前五項要件（要素）具備→董事及其決策受保護，免受法院事後評斷		

三、商業判斷原則的引進及其評價

(一)我國司法實務的現況

相較於【官田鋼鐵案】承審法官之於適用美國判例法上商業判斷原則與否的不表示意見，在【陸特公司案】（台北地院九十二年訴字第四八四四號判決），承審法官則積極否定適用於我國法，並指摘商業判斷原則（按判決中稱「經營判斷法則」）包含兩項法律原則，一為程序上的推定，一為實體法上的規則，前者指在訴訟程序上推定具有「善意」（誠信）與適當注意，然在該判決亦明白指出我國程序法上之推定免責，應以法律明文規定者為限，如無此推定免責的規定，且公司法上的董事係適用民法委任關係為規範，受任人處理委託事件具有過失或逾越權限，委任人依委任關係得請求賠償，而公司法無具體排除此項規定適用的明文，因此否定美國判例法上商業判斷原則的適用；惟被告等人是否為「善意」（相當於此所謂的「誠信（或認真）」），且對公司經營已有適當注意，仍應按原告的舉證情形分別予以審酌。相反地，在【中工電訊案】（台北地院九十三年重訴字第一四四號判決）中，承審法院則持不同看法，認為不論是我國法系或英美法系，均適用所謂商業判斷原則（按判決中亦稱「經營判斷法則」）；若公司負責人為經營行為當時，若具備此「五項經營判斷法則」⁶²，則可「推定」其具善良管理人的注意義務，而無庸對公司及

⁶² 按在原判決中先提出的：「1. 限於經營決定（a business decision）；2. 不具備

股東負損害賠償責任⁶³。

本文所提的這三個判決，似可凸顯二個較重大的議題：一為商業判斷原則，在我國法上究有無適用之餘地？二為商業判斷原則，若有其適用，何人就其構成要件負舉證責任。關於第一個問題，觀諸我國實務上其他有斟酌使用「商業判斷原則」（或經營判斷法則）等文字的法院裁判不多，且其裁判法官似亦有重疊現象⁶⁴，其直接適用「商業判斷原則」的法院裁判，更是稀少，尤其是至今尚無最高法院的相關判決，未來發展，似仍難以預料。關於第二個問題，從本文所列舉的三個較具體判決觀察，一為否定「商業判斷原則」（或經營判斷法則）的【陸特公司案】判決，一為縱然不否定「商業判斷原則」的【官田鋼鐵案】判決，另一則是積極採行「商業判斷原則」的【中工電訊案】判決，可見我國司法實務就其內容及法律效果而言，仍存有極大的歧見。當然，繼【陸特公司案】直接否定後，台北地院九十六年重訴字第二三四號【鴻亞光電案】的判決亦明白指出：「『經營判斷法則』並非世界通用之法則，英國判例拒絕採用此法則來降低被告之舉證責任。即便在美國法上，『經營判斷法則』細部的內容仍存有歧異」外⁶⁵，尚有實務界人士認為，我國民事訴訟法係由法官介入調查，分配舉證責任，並採自由判斷證據的證明程度，非如美國法民事

人利害關係且獨立判斷（disinterested and independence）；3. 盡注意義務（due care）；4. 善意（good faith）；5. 未濫用裁量權（no abuse of discretion）」等五項；並參閱代表性的判決 *Grobow v. Perot*, 539 A.2d 180 (Del. 1988)。

⁶³ 另台北地院96年訴字第2105號判決亦有相同的見解。

⁶⁴ 例如台灣高等法院97年上字第497號判決（民事第10庭：法官黃豐澤、林麗玲、鄭純惠）；台灣高等法院96年重上字第145號判決（民事第14庭：法官張蘭、黃麟倫、鄭純惠）；台北地院96年重訴字第234號判決（民事第一庭：法官文衍正）；台北地院96年訴字第2105號判決（民事民四庭：法官黃柄縉）；台南地院96年金字第1號判決（民事民一庭：法官孫玉文）；台北地院93年重訴字第144號判決（民事民四庭：法官洪遠亮）。另台北地院94年訴字第951號判決（民事民四庭：法官洪遠亮）將所謂的「經營判斷原則」「演化」而適用到信用卡銀行與旅行社間的關係。

⁶⁵ 台北地院民國96年重訴字第234號民事判決，請參閱司法院法學資料全文檢索，<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>。

訴訟採證據證明優勢性，亦無美國法的證據揭示制度，因此在實務上縱無引進商業判斷原則，亦非使董事之企業經營畏縮不前的原因所在等云云⁶⁶。惟以上的論述，亦可用來描述我國目前相關司法實務的態度。

(二) 歐陸法系德國所引進商業判斷原則與其舉證責任的分配

我國隸屬於歐陸法系及典型的成文法國家，因而若認為英美法上的「商業判斷原則」，有其採行的價值，基於法律的安定與明確，宜就其內容及效果，在舉證責任的議題上，有明確的規定⁶⁷。就此，例如同屬歐陸法系的德國，於二〇〇五年修正股份法時，特別在第93條（§ 93 AktG）明文引進美國判例法上的商業判斷原則，即為其適例之一。關於德國股份法第93條的原文與中譯文部分，節錄如下：

**Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder,
§ 93 AktG**

股份法第93條 董事會成員（董事）的注意義務及責任

(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren. Die Pflicht des Satzes 3 gilt nicht gegenüber einer nach § 342b des Handelsgesetzbuchs anerkannten Prüfstelle im Rahmen einer von dieser durchgeführten Prüfung.

⁶⁶ 李維心，前揭註1，頁190。

⁶⁷ 當然，這亦有不同見解，例如劉連煜，前揭註1，39頁，認為「應以公司本質之原因自然承認所謂經營判斷法則」，而主張「無需法典化」。

(第1項) 董事會成員於執行職務時，應盡到正式且認真（或誠信）的事務管理人（善良管理人）之注意。如該董事會成員於作企業上決定時，得合理認為於為公司的利益之適當資訊的基礎上為處理，即無義務的違反。對於公司的機密資料及秘密，尤其是董事會成員藉由其在董事會的工作而知悉之經營及業務秘密，其應保守秘密。對於一個依商法第342條之2規定所承認的檢查機關，在其所實施的檢查之範圍內，第三句的義務不適用。

(2) Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. **Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.** Schließt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen.

(第2項) 違反其義務的董事會成員，對公司負有為連帶債務人以賠償因之所生損害的義務。其（董事會成員）是否已盡到正直且誠信（或認真）的事務管理人（善良管理人）之注意，如有爭執，其應負舉證責任。如公司簽訂一份保障董事會成員對抗其為公司的業務活動所生的風險之保險契約，應預先規定從最少損害的百分之十至最少一倍半額度的董事會成員固定年報酬之自負額。

(3)...

(第3項) ……以下省略

相關德國股份法第93條規定，將商業判斷原則明文於該條第1項第二句，並明定義務違反的賠償責任，以及爭執是否違反義務時的舉證責任分配。相較於美國法的思維，令人注意的是，德國股份法引進美國判例法上商業判斷原則，作為董事可免責的同時，在舉證責任分

配上，規定由違反注意義務的董事負舉證責任，始得以享有商業判斷原則的免責效果，這顯然有別於美國法的制度。從董事與公司間的契約關係，德國股份法認為董事基於經營決策上的裁量權，為公司執行業務，所造成的債務不完全給付與損害賠償間，相關免責的「不可歸責」事由，宜應由企業經營者董事舉證，始符合公平正義⁶⁸。

(三)對商業判斷原則的評價

如前所述，商業判斷原則傳統上是用來當作公司董事（或其他決策者）的保護傘。支持商業判斷原則的常見理由，如可鼓勵有能力者勇於擔任董事以經營公司、鼓勵董事從事可能有風險之具潛在利益的投資計畫、股東乃相當程度自願承擔不正確商業判斷（bad business judgment）的風險、避免法院陷入錯綜複雜的公司決策之困境、法院承認事後爭訟是評價公司商業決定的最不完善設計等⁶⁹。

不可否認地，支持商業判斷原則的理由的確有相當的道理，我國部分法院判決因此予以援引適用；國內也有學者贊同法院引進該原則的作法，並進一步表明「無需法典化」的傾向⁷⁰，此亦符合目前美國一般對商業判斷原則的認知，認為該原則本質上是法院創造物，曖昧（ambiguous）是成文法最好的態度⁷¹。

然而，任何的制度的產生，都有它的前提條件與背景，法律制度亦然。商業判斷原則作為保護公司董事，以避免因其經營決策（business decision）而負損害賠償責任的防護盾，其有無必要的決定因素，主要有決策正確的風險之高低、股東或公司對董事（或其他決策者）訴請賠償的可能性與可能賠償額的高低，以及法院事後判斷的

⁶⁸ 相關德國股份法第93條之國內文獻介紹，請參閱陳麗娟，從美國公司法制之商業判斷原則論德國股份公司機關的責任，東吳法律學報，第20卷第3期，2009年1月，頁81-105。

⁶⁹ 參閱劉連煜，前揭註1，頁20-21附引用資料；BAUMAN, PALMITER & PARTNOY, *supra* note 55, at 667-69。

⁷⁰ 劉連煜，前揭註1，頁37、39。

⁷¹ BAUMAN, PALMITER & PARTNOY, *supra* note 55, at 670.

合理性。不管任何行業與工作上決策，均有某種程度之決策正確與否的風險，而董事之商業決策（或經營決策）的風險，未必即屬於較高的一種；法院就訴訟事件的裁判，必然是事後的判斷，商業決策時的場景難以於嗣後進行訴訟時，在法院予以重建，任何其他訴訟亦均有此同一困境，以此理由譏評法院為事後諸葛或後見之明，而否定法院為事後判斷的合理性，無異根本否定法院存在的價值。因此，祇有股東或公司對董事（或其他決策者）訴請賠償的可能性與可能賠償額的高低，才應是導致美國法院採行商業判斷原則的真正原因。

英國著名法學家及法官 Lord Denning⁷² 在一份廣泛被引用判決中，如此生動地描寫美國的（國際）民事訴訟現象：「一位訴訟當事人被美國所吸引，就像一隻飛蛾被光所吸引一般。假如他只要能夠將他的案件送進他們的法院，他就等著贏取一筆財富；對他自己不會造成花費，而且沒有要予他造為任何支付的風險，那裡的律師將如我們說的以『碰運氣（on spec）』，或如他們說的以『成功酬金（contingency fee）』方式去處理該案件⁷³。」由此可以推論，相較於其他國家，包括英國、歐陸國家及我國，美國的訴訟制度是對原告是多麼有利而富有吸引力。美國公司的董事，尤其公開公司部分是獨立董事，確實有需要一個有效之適度減輕其應訴及賠償責任的保護傘，當然此亦是商業判斷原則主要的功能。相對地，我國實務上股東直接訴請董事（或監察人）賠償的訴訟事件甚少⁷⁴。除公司法本身的

⁷² 關於其簡介，可瀏覽網址：http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/290996.stm，造訪日期：2010年4月14日。

⁷³ *Smith Kline & French Laboratories Ltd. v. Bloch* [1983] 2 All ER 72, 74 (C. A.): “As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States. If he can only get his case into their courts, he stands to win a fortune...”, zitiert nach *Haimo Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1995, S. 1. See also Siehr Kurt & Eric H. Leake, “Forum Shopping” in *International Litigation*, available at <http://www.needenglish.com/SHOPPING.htm> (last visited: 2010.12.10); <http://druganddevicelaw.blogspot.com/2010/04/light-rebuffs-moths.html> (last visited: 2010.12.18).

⁷⁴ 參閱李維心，前揭註1，頁74。

限制外，我國的訴訟制度本身並不如美國那樣有利於原告，應是主要因素；而且，在我國得請求損害賠償的額度，也僅限於原告能證明的實際損害額。

國內學者認為引進商業判斷原則，「方足以鼓勵董事承擔風險，積極進取、創新商業活動，而非保守，故步自封⁷⁵」。我國公司法雖自美國引進獨立董事制度，但成效不彰⁷⁶，公司真正有決策權的董事為大股東或其指派的代表人，仍屬普遍現象。相較於罕見股東因董事決策錯誤而對董事起訴求償，發生頻仍的董事掏空公司事件，除投資者受損難以求償，也傷害整體的社會經濟與安定。如董事已盡其法律上的注意義務，縱使其商業決策錯誤造成公司的損害，在我國也同樣無庸負損害賠償責任，有差別的只在於舉證責任的分配而已。國內公司的商業決策之相關資料與資訊，通常僅為公司的董事（或其他決策者）所知悉與掌握，往往非僅是公司的股東所得與聞。公司董事的決策導致公司及股東的損害，商業判斷原則之有利於董事的推定，股東提出反證予以推翻，事實上幾無可能。因此，依商業判斷原則由股東

⁷⁵ 劉連煜，前揭註1，頁37-38。

⁷⁶ 在美國獨立董事的實證研究，國內學者曾引述Bhagat教授與Black教授的實證研究報告（Sanjai Bhagat & Bernard Black, *The Non-correlation Between Board Independence and Long-term Firm Performance*, 27(2) JOURNAL OF CORPORATION LAW 231 (2002)），指出美國的企業績效與董事會獨立性是負相關的，且亦無證據顯示董事會的獨立性愈高，會導致公司績效的改善，甚至是獨立性愈大的董事會，反而是會傷害公司的績效，參閱易明秋，*公司治理法制論*，2007年2月，頁51。當然，上述類似直指獨立董事可能弊端的言論，對立法採行獨立董事制度的我國當局，將是不討喜的。

縱然如此，相對於我國實證分析，一是發現設立獨立董事並無法有效降低財務報表受操縱的可能性，例如戚務君、馬瑜雲，*我國獨立董事以及獨立監察人制度對異常應計影響之研究*，*金融風險管理季刊*，第1卷第1期，2005年3月，頁35，而在會計爭議時，權威會計指引的存在對於財務報導品質有顯著而正面之作用，設置獨立董事或獨立監察人則無顯著影響，同時亦發現獨立董監之專業知識與能力雖受到肯定，但其獨立性與影響力遭到質疑，因而無法發揮監控公司財報品質的功能，例如杜榮瑞、劉雅芳、吳婉婷，*獨立董監、會計規範與財務報導品質之關係：多重研究方法之運用*，*當代會計*，第7卷第2期，2006年11月，頁135、140-141。

負反證推翻的責任，在我國即顯得極不公平。

另外，在美國依所謂的美利堅原則（American rule），訴訟當事人原則上各自負擔自己的訴訟費用及律師費，其訴訟費用相對是低廉的⁷⁷；但近年來，美國的立法或實務就特定種類的訴訟，有例外採行敗訴當事人負擔訴訟費用，或授予法院裁判訴訟費用的裁量權，而股東主張公司（對董事）的請求權所提起的訴訟（shareholder's derivative suit），即屬於其中一種⁷⁸。此亦是因美國的訴訟制度易引誘股東為原告，對公司董事提起訴訟，而造成公司管理經營上的困擾之問題，所設的一道門檻；然而，我國有關公司的訴訟實務上，並沒有類似的問題。

肆、結 語

在未引進並明文規定商業判斷原則的前提下，從我國適用該原則與訴訟法的觀點，就公司董事的商業決策而導致公司的損害，決定其應否負損害賠償責任的問題，目前應先透過公司法第二十三條第一項及民法債務不履行（不完全給付）、侵權行為等相關規定的解釋與適用，於必要時，甚至透過類推適用，以解決相關權利義務的糾紛。就舉證責任的分配而言，則先於民事訴訟法第二七七條規定的基礎上，輔以相對明確、穩定的學說，即「法律要件分類說」中的「規範論」（Normtheorie）⁷⁹，在對法律要件適當的「定性」下，求其適當分配，而不宜如少數判決，或僅翻譯外國裁判或文獻，或直接節錄國內相關論文的片段文字，以之作為裁判國內相關法律關係的爭執之依據。蓋如此的司法裁判，不僅欠缺安定性，亦缺乏說服力⁸⁰。就董事

⁷⁷ 例如在第一審的聯邦法院起訴，應繳納250美元的法院費用，參閱28 U.S.C. § 1914 (a) (2004).

⁷⁸ Peter Hay, US-Amerikanisches Recht, 4. Aufl., München 2008, Rn. 154 mit weiteren Nachweisen.

⁷⁹ 並參閱姜世明，前揭註26，頁184、199-200；沈冠伶，前揭註52，頁63-66。

⁸⁰ 例如劉連煜，前揭註1，頁37，雖表示贊同台北地院93年重訴字第144號判決適

的商業判斷（或經營決錯）錯誤，導致公司或股東受到損害，性質上屬於債務不履行的不完全給付。對於不完全給付的歸責事由，應由債務人就其不可歸責的事由負舉證責任，亦即債務人應證明其未違反注意義務，而非由債權人就債務人的可歸責事由負舉證責任⁸¹。依此見解，公司董事因其商業判斷導致公司（或股東）受到損害，應由董事就其未違反其注意義務舉證以免責，而非由起訴的公司或公司股東，就董事的違反注意義務負舉證責任。

的確，商業判斷原則的推定效果，是美國判例法上為保護董事所形成的一個法則，其推定董事的決策及行為係為合理的企業目的所為。故依此法則，對被告董事主張請求權存在的原告股東或公司，在訴訟上應證明足以推翻該推定的事實；然，如該推定被原告提出的「反證」所推翻，被請求的董事為求免責，即應證明其行為是符合公平性的。惟就舉證責任的分配上，要推翻商業判斷原則「推定」事實的原告股東或公司，負有舉證責任，而推翻該推定所提出的證據，性質上為「本證」，須使法院產生確信的心證，才是已經盡到舉證責任，如其舉證僅使法院對該推定事實，產生懷疑，尚嫌不足。至於上述所舉的我國法院三個相關判決中，本文認為較重大的議題，在於我國法上有無適用美國法上的「商業判斷原則」，若有適用，何人應就其構成要件負舉證責任。承上，如從訴訟法的觀點，就我國的公司董事責任與決策風險之關係，似無具體事證足以證明，我國目前在未引進商業判斷原則的情況下，公司董事普遍不積極進取、創新商業活動，有保守、故步自封等表現。因此，本文對商業判斷原

用「經營判斷法則」，但也同時於該文頁39明白指出，該判決「誤解經營判斷法則之效果」。如此情形，適用「商業判斷原則」的判決，其正確性、公平性與價值，就比不適用更低了。

81 相同見解，最高法院77年台上字第1989號判決；97年台上字第1000號判決；姜世明，前揭註26，頁348-348、351。

則在現行法基礎上的適用，抱持保留的態度；縱使將來客觀環境與條件的發展，有引進商業判斷原則的必要時，鑑於我國屬歐陸法制及典型的成文法國家，基於法律的安定與明確，就其內容及效果，亦宜設有明定違反義務時的舉證責任規定，以求明確而避免爭議。

參考文獻

一、中文

(一)專書

1. 三ヶ月章，汪一凡譯，日本民事訴訟法，五南，1997年6月。
2. 王文宇，公司法論，第2版，元照，2005年8月。
3. 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，自版，2010年6月。
4. 王伯琦，民法債編總論，正中，1962年5月。
5. 何孝元，民法債編總論，三民，1977年3月。
6. 沈冠伶，民事證據法與武器平等原則，元照，2007年10月。
7. 易明秋，公司治理法制論，五南，2007年2月。
8. 姜世明，新民事證據法論，第3版，新學林，2004年1月。
9. 柯芳枝，公司法論（上），增訂第5版，三民，2003年1月。
10. 孫森焱，民法債編總論（下），修訂版，自版，2004年1月。
11. 高橋宏志，林劍鋒譯，（日本）民事訴訟法——制度與理論的深層分析，北京，2004年1月。
12. 梁宇賢，公司法論，第6版，三民，2006年3月。
13. 陳計男，民事訴訟法論（上），增訂第5版，三民，2009年8月。
14. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），增訂第5版，三民，2008年10月。
15. 曾宛如，董事忠實義務內涵及適用疑義，載公司管理與資本市場法制專論(一)，2002年10月，頁1-38。
16. 黃立，民法債編總論，第2版，元照，2000年9月。
17. 廖大穎，公司法原論，第5版，三民，2009年9月。
18. 廖大穎，企業經營與董事責任之追究，載公司制度與企業組織設計之法理，2009年1月，頁177-228。
19. 廖大穎，論公司與董事間之非常規交易與利益衝突——淺釋日本商法第265條的規定，載公司制度與企業金融之法理，2003年3月，頁53-78。
20. 劉連煜，公司經營者之裁量權與公司社會責任，載公司監控與公司社會責任，1995年9月，頁151-161。

21. 劉連煜，現代公司法，新學林，2006年8月。
22. 劉連煜，董事責任與經營判斷法則之運用，載公司法理論與判決研究(五)，2009年4月，頁1-42。
23. 鄭玉波、陳榮隆，民法債編總論，修訂第2版，三民，2002年6月。
24. 戴修瓚，民法債編總論(下)，三民，1993年1月。

(二)期刊論文

1. Holland, Randy J., 劉怡婷翻譯，王文字審定，An Introduction to Delaware Corporation Law Directors' Fiduciary Duties，月旦民商法雜誌，第19期，2008年4月，頁92-109。
2. 立法院公報，第90卷第51期，頁128-422。
3. 李立普，經營判斷法則與董事會刑事責任的免除，寰瀛法律文教基金會，經營判斷法則與董事會運作研討會報告，2009年11月，頁1-25。
4. 李維心，從實務觀點談商業判斷法則之引進，中原財經法學，第22期，2009年6月，頁129-211。
5. 杜榮瑞、劉雅芳、吳婉婷，獨立董監、會計規範與財務報導品質之關係：多重研究方法之運用，當代會計，第7卷第2期，2006年11月，頁135-169。
6. 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135-214。
7. 陳碩甫，英美法商業判斷法則概述，萬國法律，第158期，2008年4月，頁40-46。
8. 陳錦隆，美國法上董事「經營判斷法則」之概說(一)，會計研究月刊，第194期，2002年1月，頁69-75。
9. 陳錦隆，美國法上董事「經營判斷法則」之概說(二)，會計研究月刊，第195期，2002年2月，頁125-130。
10. 陳錦隆，美國法上董事「經營判斷法則」之概說(三)，會計研究月刊，第196期，2002年3月，頁133-139。
11. 陳麗娟，從美國公司法制之商業判斷原則論德國股份公司機關的責任，東吳法律學報，第20卷第3期，2009年1月，頁81-105。

12. 葉銀華等，公司治理與金融監管之界線（座談會），台灣本土法學特刊，2007年12月，頁100-110。
13. 戚務君、馬瑜囊，我國獨立董事以及獨立監察人制度對異常應計影響之研究，金融風險管理季刊，第1卷第1期，2005年3月，頁35-60。
14. 廖大穎，公司負責人之注意義務與商業判斷原則的適用，月旦裁判時報，第1期，2010年2月，頁111-118。
15. 戴志傑，公司法上「經營判斷法則」之研究，月旦法學雜誌，第106期，2004年3月，頁157-176。

二、英 文

(一)專 書

1. BAUMAN, J. D., PALMITER, A. R. & PARTONY, F., CORPORATIONS LAW AND POLICY (6th ed. 2007).
2. CLARK, ROBERT C., CORPORATE LAW (1986).
3. COX, JAMES D., HAZEN, THOMAS L. & O'NEAL, F. HODGE, CORPORATIONS (I) (1995).
4. HAMILTON, ROBERT W., THE LAW OF CORPORATIONS (4th ed. 1996).
5. HAMILTON, ROBERT W., THE LAW OF CORPORATIONS (5th ed. 2000).

(二)期刊論文

1. Black, Bernard, Cheffins, Brian & Klausner, Michael, *Outsider Director Liability*, 58 STAN. L. REV. 1055 (2006).
2. Bhagat, Sanjai & Black, Bernard, *The Non-correlation Between Board Independence and Long-term Firm Performance*, 27(2) JOURNAL OF CORPORATION LAW 231 (2002).

三、日 文

- ◎江頭憲治郎、森本滋（落合誠一），會社法コンメンタール(8)——機關(2)，商事法務，2009年。

四、德 文

1. Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 2. Aufl., Köln, München 2009.
2. Hay, Peter, US-Amerikanisches Recht, 4. Aufl., München 2008.
3. Hefermehl, Wolfgang/Spindler, Gerald, Münchener Kommentar Aktiengesetz, Bd. III, 2004.
4. Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs ZPO, 2. Aufl., München 1993.
5. Musielak, Hans-Joachim/Foerste, Ulrich, Kommentar zur Zivilprozessordnung (ZPO), 5. Aufl., München 2007.
6. Rauscher, Thomas/Wax, Pter/Wenzel, Joachim (Hrsg.), MünchKommZPO (=Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung), Bd. I, 3. Aufl., München 2008.
7. Rosenberg, Leo, Die beweislaster – Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München, Berlin 1965.
8. Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004.
9. Schack, Haimo, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1995.

On the Application of Business Judgment Rule in Our Law and the Allocation of the Burden of Proof

Chii-Chwei Chern* Ta-Ying Liaow**

Abstract

In the American corporations law there is a case law-derived business judgment rule. This 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. To challenge the actions of a corporation's board of directors, a plaintiff assumes the burden of providing evidence that directors breached their fiduciary duty: good faith, loyalty, or due care. The business judgment rule creates a strong presumption in favor of the Board of Directors of a corporation, freeing its members from possible liability for decisions that result in harm to the corporation. Until now there are several judgments of domestic courts that have been referred to these business judgment rule. However, there are rather differences in their

* Associate Professor of the Department of Law, National Chung-Hsing University.

** Professor, Department of Law, National Chung-Hsing University. JSD, Kobe University, Japan.

Received: April 27, 2010; accepted: February 10, 2011

views on its interpretation and choice. It still needs further discussion and consideration whether the business judgment rule should be directly imported in the domestic judicial practice.

Keywords: Business Judgment Rule, Good Faith, Duty of Care, Burden of Proof, Norms Theory