

2021 證券交易法 非常規交易判決

評選紀實

主辦單位 |



社團法人臺灣誠正經營暨防弊鑑識學會

協辦單位 |



普華商務法律事務所
資誠聯合會計師事務所

目錄

活動緣起	2
評選標準及流程	4
評選委員簡介	6
江朝聖教授、吳從周教授、林志潔教授、邵慶平教授、張心悌教授、許恒達教授、陳俊仁教授、楊岳平教授、廖大穎教授、劉連煜教授、蔡朝安律師、鍾元珹律師	
專門委員簡介	13
劉國佑會計師	
判決摘要	14
臺灣高等法院高雄分院 95 年度金上重訴字第 1 號刑事判決	14
臺灣高等法院 102 年度金上重更（一）字第 10 號刑事判決	17
臺灣高等法院 105 年度金上重訴字第 22 號刑事判決	21
臺灣高等法院 106 年度金上重更（一）字第 6 號刑事判決	24
臺灣高等法院臺南分院 106 年度重金上更（一）字第 25 號刑事判決	28
臺灣高等法院 106 年度金上重訴字第 29 號刑事判決	31
臺灣臺北地方法院 104 年度金重訴字第 13 號刑事判決	38
臺灣新北地方法院 108 年度金重訴字第 12 號刑事判決	46
評選委員短評	54
江朝聖教授、林志潔教授、許恒達教授、陳俊仁教授、楊岳平教授、廖大穎教授、蔡朝安律師、鍾元珹律師	
專門委員短評	68
劉國佑會計師	
專文	70
從商業判斷法則看非常規交易罪	邵慶平教授 70
非常規交易之民事責任	張心悌教授 82
發表會綜合座談摘要	102
活動結語	110
從交易談非常規交易	鍾元珹律師 110

活動緣起

社團法人臺灣誠正經營暨防弊鑑識學會自民國 105 年成立以來，結合法律、會計、財務、風險控制、數位鑑識等方面的學者，加上執業律師、會計師，一直致力於公司治理、誠信經營之推動。我們除了舉辦多場研討會之外，也提供上市櫃公司董事會績效評估服務，希望從國際引進的公司治理概念及最佳實務在臺灣，不僅僅是政府機關搖旗吶喊的口號，或者各項法規條文、公司治理評鑑指標；而能夠透過學者與專業顧問從國際上、企業間的橫向觀察，引導企業不停留在追求形式的合規，進一步理解、認同公司治理對企業長遠發展、永續經營的意義，在適應其發展階段差異需求的基礎上，自發性地實質提升治理方法。

基於持續推動臺灣企業強化公司治理、誠信經營的初衷，我們這次舉辦證券交易法非常規交易判決評選活動，主要期望透過法院判決的整理與簡要解析，使企業交易行為適法性的底線透明化，一方面讓企業能夠更清楚地看到在從事交易時，什麼樣的行為已經不止於輿論、形象問題，而涉及法律責任風險，使企業董事、經理人等經營層瞭解形式合規不是萬靈丹，所謂的合法，還包括實質是否合理的問題；另一方面，也能了解到什麼是合法的商業判斷，在利益衝突情境，如何看待問題才不致陷入自身的盲點。

同時，藉由邀請到法律學者、律師共同參與這項活動，我們也希望促進法律圈內的不同角度對非常規交易議題有所互動，透過法律界的力量，逐漸形成給企業董事履行忠實義務、善良管理人注意義務的具體指引。有感於近年來我國公司法、證券交易法的修正多係從英美法移植而來，而英美法發展到現在，雖然也不乏法規條文，但涉及公司法、刑法，對於民、刑事法律責任之判斷標準，仍然延續英美法的傳統，大量存在於判例中，法條多是宣示違法的功用，不透過判例分析找到類型化的事實樣貌，常無法捉摸其概念的內涵。我們期盼藉由這個活動，促使臺灣法院在企業法律案件的判決品質更加精進，亦即透過違法事實的類型化，讓法律足夠明確、安定，同時使判決有一致性、可預測性，不僅發揮個案的力量，也能累積形成引導企業行為的預防功能，發揮社會影響力。

最後，除了感謝參與的評選委員外，我們也要感謝 PwC Taiwan 資誠聯合會計師事務所、普華商務法律事務所對這個活動提供人力、物力資源。坊間討論公司治理、企業董事義務的活動很多，但將多年來的非常規交易判決，經過篩選、整理，再作成解析性的摘要，這樣耗費人力的工作，多虧有 PwC Taiwan 的支持及支援才能完成。

這只是一個開始，未來我們還會繼續……

活動發起人 鍾元瑛

評選標準及流程

鑒於本次判決評選活動的目的是形成給企業董事履行忠實義務、善良管理人注意義務的具體指引，我們有需要以非常規交易判決違法事實類型化的方法來呈現。而臺灣承襲歐陸法系法制，法律責任有成文構成要件，所以違法事實須對應到構成要件。為了檢視一個事實如何被法院認定符合一個構成要件要素，同時使社會有機會藉由討論判決理由以增進彼此溝通，讓判決接近社會而不被束之高閣，我們希望鼓勵法官在判決理由中將涵攝的道理講清楚。

基於上揭目的及方法，我們設定初選、決選二階段的選擇標準如下：

1. 初選以說理完整度為標準，判決理由需包含以事實涵攝構成要件的過程，但不考慮事實認定的部分。
2. 決選以論述合理性為標準。也就是在具備一定說理完整度的前提下，加入法律（包括經驗法則、論理法則）判斷的合理性。

決定評選標準後，我們首先從以下二個法院裁判資料庫中，以關鍵字的方法篩出非常規交易判決；為聚焦在公開發行公司的交易決策，我們以證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之文字發想關鍵字，而沒有以請求權基礎如公司法第 23 條、民法第 184 條出發：

1. 法源法律網：從證券交易法第 171 條，以「不合營業常規」為關鍵字、於「精選裁判」項下搜尋，得出約 250 筆民、刑事判決。
2. Lawsnote：以「營業常規 + 非常規證券交易法第 171 條 - 行政法院 - 裁定 - 簡易」為關鍵字、於「法院見解」項下搜尋，得出約 550 筆民、刑事判決。

為一次囊括所有的非常規交易，我們沒有將民、刑事判決分別評選；也為了鼓勵下級法院法官，我們決定評選範圍不以確定判決為限。

初選工作小組係由普華商務法律事務所鍾詩敏律師、吳宛怡律師、施硯笛律師、胡慕真律師、俞仲宣律師、黃芊雅律師、蔡宛芯律師及簡菀菱律師組成。在前開初選標準下，由於最高法院幾無自為判決，其判決理由除了闡述抽象規則外，多係提出問題讓下級法院思考，因此沒有辦法符合標準而入選；且民事判決只有被挑出來一篇，主要原因應係相較於非常規交易的刑事判決，民事判決數量母體比較少，而且認定是否構成非常規交易而違背公司負責人義務的論述普遍較為簡略；認定行為違法而應負法律責任的判決被挑選出來的機會比較高，因為在規範的要求下，判決有責的論述必須較為嚴謹；案情比較複雜的比較容易被挑選出來，因為當事人可以主張的地方比較多，法院回應當事人主張的說理、論述自然形成較大篇幅。

初選結果有 25 件判決，其中高等法院判決 17 件、地方法院判決 8 件；刑事判決 24 件、民事判決 1 件，提交江朝聖教授、吳從周教授、林志潔教授、邵慶平教授、張心悌教授、許恒達教授、陳俊仁教授、楊岳平教授、廖大穎教授、劉連煜教授（以上按姓名筆畫排列），以及蔡朝安律師、鍾元珖律師組成之評選團。為免陷入只有法條適用問題的討論，我們僅聚焦經法院認定適用證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款的非常規交易行為，而排除適用同條項第 3 款的特別背信行為。在評選團熱烈的討論下，最終以二輪匿名票選方式，選出 8 件精選判決，認其中法律議題有具討論之價值，經摘要解析如后，並由各評選委員隨選提供評論，加上評價專業會計師劉國佑針對無形資產評價議題的看法，供各界參酌。

另外，評選委員邵慶平教授、張心悌教授並以非常規交易相關議題，各自撰寫專文乙篇，檢附於末，企盼引發各界進一步參與相關議題之討論。

最後特別說明 -- 判決摘要係為便閱讀、參考而製作，僅在完整呈現與簡要說明判決理由之間取捨判決原文，並無特定取向，亦非評選委員、主辦單位或協辦單位對個案之意見，完整內容請見判決全文（未訂閱前開法院裁判資料庫者，可於司法院法學資料檢索系統 <https://law.judicial.gov.tw/> 中查得），若有疏漏或解讀問題，還請見諒；任一評選委員之評論或意見，僅針對所指之爭議法律問題，不代表對個案整體結果之態度，也無影響個案整體結果之意圖，亦不代表其他評選委員、主辦單位或協辦單位之意見或立場，欲知個案整體結果者，請自行於法院裁判資料庫中查詢，敬請諒察。非經署名之評選委員、主辦單位或協辦單位同意，請勿將本評選活動紀實內容任意擷取轉載，亦不得用於個案用途。

評選委員簡介

按姓名筆畫排列



江朝聖 教授

| 學歷 |

- 臺北大學法學博士
- 美國伊利諾大學法學碩士
- 美國賓州大學法學碩士
- 中興大學法學碩士
- 臺灣大學法學士

| 現職 |

- 中正大學財經法律學系專任副教授

| 經歷 |

- 東海大學法律學系專任教授、副教授
- 東海大學法律學系專任助理教授
- 臺灣誠正經營暨防弊鑑識學會理事
- 財團法人金融消費評議中心評議委員
- 上櫃公司獨立董事
- 律師



吳從周 教授

| 學歷 |

- 臺灣大學法學博士
- 德國科隆大學博士候選人
- 德國法蘭克福馬克思蒲朗克 (Max-Planck) 研究所研究 (德國 DAAD 與台灣 NSC 獎學金)

| 現職 |

- 臺灣大學法律學院專任教授
- 臺灣大學法律學院蔡萬才講座教授
- 行政院公共工程委員會申訴審議委員會委員
- 財團法人金融消費評議中心評議委員
- 行政院消費者保護會委員
- 臺灣法學會監事、民事法委員會主任委員

| 經歷 |

- 臺灣板橋地方法院 (現為新北地方法院) 法官
- 臺北大學法律學系專任副教授
- 臺北大學法律學系兼任教授
- 臺灣大學法律學院專任助理教授
- 臺灣大學法律學院專任副教授



林志潔 教授

| 學歷 |

- 美國杜克大學法學院法學博士
- 美國杜克大學法學院法學碩士
- 臺灣大學法學碩士
- 臺灣大學法學士

| 現職 |

- 交通大學科技法律學院特聘教授
- 交通大學科技法律學院社會正義榮譽講座
- 交通大學金融監理與公司治理中心主任
- 交通大學法學評論總編輯
- 財團法人金融消費評議中心董事長
- 全國司法改革國是會議委員
- 法務部人權委員會委員
- 中央廉政委員會委員
- 亞洲法與社會理事

| 經歷 |

- 美國杜克大學法學院講師
- 臺灣月旦法學雜誌副總編輯
- 2017 年亞洲法與社會年會主席



邵慶平 教授

| 學歷 |

- 美國柏克萊加州大學法學博士 (J.S.D.)

| 現職 |

- 臺灣大學法律學院教授
- 臺灣大學法律學院商法中心主任

| 經歷 |

- 臺灣大學法律學院副院長
- 中正大學法律學系教授
- 國際通商法律事務所律師



張心悌 教授

| 學歷 |

- 美國加州大學柏克萊分校法學博士
- 美國加州大學柏克萊分校法學碩士
- 東吳大學法學碩士
- 臺灣大學法學士

| 現職 |

- 財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心董事長
- 臺北大學法律學系教授

| 經歷 |

- 臺北大學研究發展處研發長
- 臺北大學法律學系系主任
- 臺灣金融控股公司獨立董事
- 金融監督管理委員會訴願委員會委員
- 科技部法規會委員
- 律師



許恒達 教授

| 學歷 |

- 德國法蘭克福大學法律學系博士
- 德國法蘭克福大學法律學系碩士
- 臺灣大學法學碩士
- 臺灣大學法學士

| 現職 |

- 臺灣大學法律學系專任教授
- 司法官學院犯罪防治研究中心研究委員
- 重要法學期刊之編輯



陳俊仁 教授

| 學歷 |

- 美國喬治城大學法學博士

| 現職 |

- 成功大學法律學系教授
- 成功大學智慧財產權研究推廣小組主持人兼執行長

| 經歷 |

- 成功大學法律學系系主任
- 成功大學法律學系暨科技法律研究所助理教授、副教授、教授
- 中正大學財經法律學系兼任教授
- 南臺科技大學財經法律研究所兼任教授

- 中信金融管理學院財經法律學系兼任教授
- 逢甲大學財經法律研究所助理教授
- 司法院人事審議委員會委員
- 司法院「英譯司法院大法官解釋」編輯委員
- 考試院高普特考典試委員、審題委員、命題委員、閱卷委員
- 證券櫃檯買賣中心上櫃審議委員
- 台北市選舉委員會委員、監察小組委員
- 財團法人金融消費評議中心評議委員



楊岳平 教授

| 學歷 |

- 哈佛大學法學博士
- 哈佛大學法學碩士
- 臺灣大學法學碩士
- 臺灣大學法學士

| 現職 |

- 臺灣大學法律學系助理教授
- 臺灣大學金融科技研究中心金融法律組研究員
- 臺灣大學法律學院亞洲 WTO 暨國際衛生法與政策研究中心
- 臺灣證券交易所股份有限公司機構投資人盡職治理諮詢委員會委員
- 中華民國人壽保險商業同業公會人身保險業務員申訴委員會召集人
- 財團法人中華民國消費者文教基金會金融保險組委員與副召集人

| 經歷 |

- 眾達國際法律事務所律師



廖大穎 教授

| 學歷 |

- 日本神戶大學日本法律研究所博士
- 日本神戶大學日本法律研究所碩士
- 臺灣大學法學士

| 現職 |

- 東海大學法律學院專任教授

| 經歷 |

- 中興大學法律學系教授
- 中興大學(財經)法律學系教授
- 中興大學(財經)法律學系副教授
- 成功大學法律學系所副教授
- 高雄第一科技大學金融營運系所副教授
- 台灣法學會商事法委員會主任委員



劉連煜 教授

| 學歷 |

- 美國史丹福大學法學院法學博士
- 美國哈佛大學法學院法學碩士
- 中興（台北）大學法學碩士
- 中興（台北）大學法學士

| 現職 |

- 政治大學法學院教授
- 政大公司治理法律研究中心執行長
- 臺灣財經法學論叢（EBSCO收錄）總編輯（主編）

| 經歷 |

- 臺灣期貨交易所董事長
- 行政院公平交易委員會委員

- 2017年司法改革國是會議籌備委員
- 最高法院大法庭選任之證券交易法案件專家學者
- 臺灣證券交易所公益董事
- 財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心公益董事
- 臺灣證券交易所及證券櫃檯買賣中心上市、上櫃審議委員
- 行政院金融重建基金管理委員會、訴願委員會委員
- 經濟部國家賠償事件處理審議會委員
- 臺灣企銀及其他上市公司獨立董事
- 證期會（金管會證期局前身）顧問
- 常在國際法律事務所執業律師



蔡朝安 律師

| 學歷 |

- 臺灣大學商學院會計系商學碩士 (EMBA)
- 美國紐約大學法學碩士
- 臺灣大學法學士

| 現職 |

- 普華商務法律事務所主持律師
- 資誠聯合會計師事務所法律暨稅務服務副營運長
- 中華民國律師公會全聯會常務監事
- 臺灣誠正經營暨防弊鑑識學會理事
- 中華民國仲裁協會金融仲裁人、仲裁人
- 工業總會智慧財產權委員會委員

| 經歷 |

- 台北律師公會理事、監事、稅法委員會主任委員
- 台北律師公會金融財稅中心委員會主任委員



鍾元珽 律師

| 學歷 |

- 美國聖路易華盛頓大學法學院法律博士
- 美國聖路易華盛頓大學法學院法學碩士
- 臺灣大學法學士

| 現職 |

- 普華商務法律事務所合夥律師
- 清華大學科技管理學院助理教授
- 台北律師公會理事
- 臺灣誠正經營暨防弊鑑識學會理事
- 社團法人中華公司治理協會講師
- 財團法人中華民國證券暨期貨市場發展基金會人才培訓中心講師

| 經歷 |

- 中華民國律師公會全國聯合會財經法委員會委員
- 台北律師公會環境法委員會委員
- 建業法律事務所資深律師
- 永然聯合法律事務所律師
- 台英國際商務法律事務所法務
- Reeg & Nowogrocki, LLC 法務

專門委員簡介



劉國佑 會計師

| 學歷 |

- 美國喬治華盛頓大學會計碩士
- 臺灣大學工商管理學系管理學士

| 現職 |

- 資誠聯合會計師事務所購併交易服務部負責會計師
- 資誠聯合會計師事務所鑑識與調查服務部負責會計師
- 普華國際財務顧問股份有限公司執行董事
- 資誠普華國際財務顧問有限公司執行董事
- 臺灣誠正經營暨防弊鑑識學會理事
- 中華民國會計師
- 美國會計師
- 中國註冊會計師

| 專長 / 產業 |

- 國內及跨國購併與投資之財務盡職評鑑
- 國內及跨國購併之企業價值評估
- 國內及跨國公司理財相關諮詢服務
- 鑑定與調查服務

| 著作 / 合著 |

- 企業併購策略與最佳實務 (財團法人資誠教育基金會)
- 2018 台灣經濟犯罪與舞弊調查報告 (臺灣誠正經營暨防弊鑑識學會)

判決摘要

臺灣高等法院高雄分院 95 年度金上重訴字第 1 號刑事判決

判決日期 民國 97 年 5 月 30 日

承審法官 李炫德、李政庭、陳志銘

被告所屬公司 寶成建設股份有限公司

事實一

交易性質 股票買賣

是否為關係人交易 寶成公司為賣方，買方和億公司、貝爾公司、萬友公司均為寶成公司轉投資之公司。寶成公司董事長及家族成員對於交易對象和億公司、貝爾公司、萬友公司，可控制股權均超過 50%，且形式上該四家公司之董事、監察人、經理人中有多人相同或具有二親等以內之親屬關係，經法院認定為關係人。

不合營業
常規、不
利益經營

核決程序

1. 締約前雖經董事會決議通過，但未依公開發行公司取得或處分資產處理要點及寶成公司內規，先由承辦部門將擬處分資產之緣由、標的物、交易相對人、移轉價格、付款條件、價格參考依據等事項，呈報總經理、董事長核准後報請董事會核備，亦未經相關部門評估交易之可行性，董事會議記錄僅簡單乙紙結論，未有任何相關評估報告或文書可資參考。

2. 締約後賣方寶成公司董事會決議標的股票交易價格由每股 15 元調降為每股 1.5 元，不僅總經理未出席會議與常情不合，且仍然係結論乙紙，未依法規程序進行評估，未以標的公司最近期依規定編製經會計師查核簽證或核閱之財務報表上所顯示之股權淨值作為交易之參考依據，亦未參考標的公司最近期自結財報數字。
3. 未對其他董事及簽證會計師揭露買方三家公司為賣方寶成公司之關係人。

交易條件

1. 法院認為締約時交易價格每股 15 元，與標的公司經會計師簽證之前一年度財報上所顯示每股淨值 15.26 元及標的公司於交易當月份自結報表所顯示之每股淨值 15.32 元相差無幾，尚屬合理。
2. 買方財務條件不佳，寶成公司僅收取 10% 頭款，即將股票全部過戶。
3. 股票過戶約 7 個月後，在買方仍未支付尾款的情況下，寶成公司主動將總價款 2 億 7 千萬元降為 2,700 萬元，相當於買方已給付之頭款金額，亦即將每股價格由 15 元調降為 1.5 元，等同免除買方給付尾款 2 億 4,300 萬元之義務，致寶成公司對買方之應收債權遽減為原應收債權額 10 分之 1，客觀上顯不利益寶成公司，悖於營業常規。法院認為寶成公司對於買方三家公司均有實質之控制關係，

其他

寶成公司董事會於受調查後決議解除買賣契約，並將買方前已支付之 2,700 萬元充作損害賠償違約金，益見其調降交易價格之不合理。

重大損害

1. 寶成公司出售股份原可獲得處分利益近 3,200 萬元，但調降價金後反而需認列 2 億 1,000 萬餘元損失。寶成公司當年度當期淨損 25 億元，2 億 1,000 萬餘元損失即占 8%，比例可謂重大。
 2. 寶成公司為上市公司，一筆業外投資處分在上半年認列獲利，下半年改認為損失，調降財務預測，使投資人對公司經營誠信產生重大質疑，該聲譽損失之價值為金錢難以估算，構成重大損害。
-

臺灣高等法院 102 年度金上重更 (一) 字第 10 號刑事判決

判決日期 民國 103 年 04 月 23 日

承審法官 溫耀源、施俊堯、張傳栗

被告所屬公司 同開科技工程股份有限公司

交易性質 股票買賣

是否為關係人交易 被告二人原分別為開立公司總經理兼董事、董事兼總經理特助，透過私人投資公司取得上市公司同開公司股權，並分別當選總裁（經法院認定為實際負責人；數月後改任董事長）、董事長（數月後改任總經理）；再使同開公司在興櫃市場，向人頭購買實質上係被告之一開立公司總經理兼董事亦即同開公司總裁持有之開立公司股票（約占股權 17.75%）。

不合營業常規、不利益經營

核決程序

1. 被告二人剛取得同開公司股權，猶未深入進入該公司實際經營，對於該公司之狀況當猶不甚瞭解，於當選同開公司總裁、董事長之同次董事會會議中即行提案通過修訂長短期投資管理辦法，放寬對單一公司之投資上限；又於當日緊接召開第二次董事會會議，迅速決議通過投資開立公司案，並建請專家出具價格見書，但未見任何輔助評估資料（例如投資開立公司之效益分析），僅以一句說明「開立工程股份有限公司為國內機電系統整合工程服務業之領導廠商，亦與本公司有良好的合作關係，建議投資」，即獲得除依法迴避者外之出席之董事全數同意。

2. 同開公司董事會係先決議投資開立公司案，於一個月後始進行討論投資開立公司之投資價格與額度等細節，該次會議中才提出應補充策略面之投資效益分析，足見關於投資開立公司乙案，其決定順序實與一般評估投資效益後始進一步討論投資細節之投資常理顯不相同。
3. 同開公司一個月後之董事會會議中雖參考中華徵信所提供之興櫃股票合理價格評估報告，而決定以每股不高於 14.23 元之價格取得開立公司股票，然不論係董事會會議中或該報告均未述及何以不採用當時開立公司股票在興櫃市價之理由，或分析股價與建議價格差異之因素。
4. 被告一人雖因當時未擔任董事、另一人則因利益迴避，而皆未參與同開公司董事會表決，但其等主導安排董事會召集，於股東會後未選在距離較近之公司辦公室、而在距離較遠之證券商辦公室開會，並由董事之一擔任記錄；且對其他董事隱瞞關係人交易；同開公司總經理及財管部協理亦均係事後才知董事會決議投資開立公司，與一般公司召開董事會不同。

交易條件

1. 同開公司於董事會後一個月內及相隔 8 個月二批購買開立公司股票之成交價格分別為每股 12.04 元、12.8 元、12.48 元、12.54 元，與興櫃股票電腦議價系統所顯示開立公司在第一批交易當月之電腦報價成交價格為 8.5 ~ 10.3 元、第二批交易當月成交價格僅 7.05 元相較，明顯已高出約 2 至 7 成之價格。同開公司董事會會議中雖參考中華徵信所提供之興櫃股票合理價格評估報告，而決定以每股不高於 14.23 元之價格取得開立公司股票，然考量當時成交價格僅 7.05 元至 10.3 元，儘管興櫃股票因成交量小並非公平衡量股票價值之標準，自仍應以越低之價格購入始符合同開公司及全體股東利益。

2. 興櫃股票電腦議價系統所顯示開立公司股票電腦報價成交價格在第一批交易時高於第二批交易時，然同開公司在第二批交易時之購買價格高於第一批交易時，顯不合常理。
 3. 中華徵信所提供之興櫃股票合理價格評估報告難作為購買開立公司股票交易價格合理性之依據，理由如下：
 - a. 該報告無針對開立公司之工程訴訟糾紛作特別評估，且既然係依營建同業之本益比來反映工程風險，根本不應該有以電子類股來推估開立公司股價之試算。
 - b. 當時已可取得當年度半年報自結數字，無論攸關性或可靠性均以當年度半年報自結數字較為適當，卻仍採用前一年底編列之財務預測來評估股票價值，此與常理不合；且未見鑑價人員分析此財務預測資訊之合理性。由當年度半年報自結數字與前一年底編列之財務預測相差甚遠看來，除非有明顯事實顯示當年度下半年營收會突飛猛進，否則預測過於樂觀且不合理。
 - c. 所憑據之財務預測等資料係由開立公司片面提供，其真實性如何難以驗證。
 4. 被告之一開立公司總經理兼董事於一年多前以人頭名義向金服公司購得拍賣之開立公司股票時每股價格僅為 7.85 元，卻在一年多後興櫃市場成交價格僅約 7.05 元至 10.3 元之情況下，以每股 12 元以上之價格全數賣給同開公司，顯有從中賺取價差而使同開公司為不利益交易之犯意。
-

其他

1. 開立公司當時之現金周轉能力不佳，且財務缺口壓力甚大，法院認為被告意藉同開公司投資開立公司，以圖挽救財務已陷於困境之開立公司，而對被告聲稱係為使二家公司進行業務合作之目的存疑。
2. 同開公司投資開立公司股票總金額與被告入主同開公司所支付之總價款相近。
3. 同開公司投資開立公司股票交易完成後，被告所持有開立公司股權設質比率從 99.51% 下降至 66.42%。

重大損害 同開公司購買開立公司二批股票後 5 個月，開立公司即發生跳票財務危機，並於次年初歇業，致同開公司財報認列該筆投資損失金額達 2 億 8,895 萬 6,000 元，已超出同開公司當年度營業額 10%，屬重大損失無訛。

臺灣高等法院 105 年度金上重訴字第 22 號 刑事判決

判決日期 民國 106 年 12 月 26 日

承審法官 林瑞斌、陳如玲、簡志龍

被告所屬公司 聯福生科技股份有限公司

交易性質 貨品買賣

是否為關係人交易 聯福生公司為買方，G、W 公司兩家境外公司為賣方。G、W 公司實質上均係由聯福生公司董事長個人透過人頭控制。

不合營業常規、不利益經營

核決程序

聯福生公司雖曾作成預付貨款評估報告，並提交董事會決議通過預付貨款，但聯福生公司在前即已預付貨款予 G、W 公司，足見該報告僅係虛應故事，並未就 G、W 公司之履約能力進行評估審查。

交易條件

1. 契約中對於所採購之貨品具體項目、品名、規格標準，及關於預估需求量之提出、確認及調整方案，甚至遲延交貨時預付貨款之償還期限、利息計算方式、違約金之約定等事項，均付之闕如；亦未說明交易標的產品究有何因特殊規格、原料稀有或其他客觀原因可認屬賣方市場情形，而須由聯福生公司持續以預付貨款方式穩定貨源。

2. 聯福生公司與供應商之往來，雖有所謂預期訂單之交易模式，使產品整體預估需求量呈現浮動情形，惟並非一律在客戶提貨後始開立訂單予聯福生公司沖銷進貨貨款。此外聯福生公司對於其他下游供應商之付款條件、庫存損失負擔方面，均未如同對 G、W 公司採如此有利之預付貨款及庫存損失由聯福生公司負擔之情形。

其他

1. 交易實質上係聯福生公司董事長一人身兼原屬相互對立之買賣雙方，訂約手續及契約條款均為其個人意志，欠缺買賣雙方各自基於供需條件、市場機制、利潤多寡等考量進行磋商洽談之過程，且交易目的係將聯福生公司所取得之訂單，透過 G、W 公司轉交由聯福生公司董事長個人設立、與聯福生公司盈虧無關之二家大陸公司製造，客觀上與商業市場買賣交易之常規態樣已無一相合，顯非符合交易常規所為之商業判斷。

2. 聯福生公司與 G、W 公司間在 95 年至 97 年期間尚無預付貨款未沖減之紀錄。聯福生公司自 98 年起經營狀況不佳，需藉應收帳款融資已支應營運，亦即聯福生公司財務堪慮又無迫切鞏固貨源之必要，而預付貨款金額及未沖減之餘額均節節升高。聯福生公司董事長在挹注其個人設立之二家大陸公司營運所需資金之考量下，未曾評估聯福生公司營運需求、如期取得貨物之可能性，明知二家大陸公司無力履約之風險日益升高，卻違反聯福生公司利益，未改採較保守之交易方式，未以預付貨款扣抵應付貨款，反將得來不易之聯福生公司資金持續預付 G、W 公司，其結果不僅無法降低帳款無法收回之風險，更導致聯福生公司承受鉅額之財務重擔及利息支出，勢必使聯福生公司陷於周轉不靈，就此顯然不利於聯福生公司之交易，聯福生公司董事長要難諉為不知。

重大損害 聯福生公司自 98 年起至 101 年間之可運用資金陸續轉出不僅使聯福生公司之採購作業流於形式化，內部會計、稽核流程等制度全然失效，且其在預見該二家大陸公司已處於供貨不穩、償債能力不足之情形下，最終導致聯福生公司須認列備抵呆帳及存貨報廢損失總計 3 億 5,254 萬 6,918 元，聯福生公司顯然受有重大損害。

臺灣高等法院 106 年度金上重更 (一) 字第 6 號刑事判決

判決日期 民國 107 年 12 月 20 日

承審法官 李麗珠、林家賢、朱嘉川

被告所屬公司 林三號國際發展股份有限公司，後更名為金尚昌開發股份有限公司

事實一

交易性質 土地買賣

是否為關係人交易 法院認定被告為公司實際負責人，因覬覦公司土地潛在開發利益，又恐遭抵押債權人查封，遂主導使公司將該等土地出售予其人頭，再伺機買回，故就該等土地出售其人頭之交易，有利益衝突。

不合營業常規、不利益經營 **核決程序**

交易由被告指示公司總經理處理。法院認定本件交易締約過程發生在一個月之間，甚為倉促；且總經理對於交易對象之選擇、交易條件之磋商、交易風險之評估等，完全不予聞問，完全未評估買方之信用資力、債權銀行是否可能同意由買方承擔債務等，即送董事會決議通過，旋即簽約。

交易條件

不動產買賣契約約定買方受讓土地及地上物，承擔公司對抵押權人 7 億 5,500 元之債務，並分期給付土地價值與抵押債權差額及地上物補償約 3,498 萬元予公司。從形式上觀察不動產買賣契約內容，對公司並無不利。

其他

簽約 7 個月後，在買方無確切財力證明、無籌集鉅資之具體計畫、僅支付 1,125 萬元而其餘未依約履行、拒絕負擔借款利息，且抵押債權人未同意債務承擔的情況下，公司未依契約行使權利，逕將土地移轉登記予買方。法院認定被告作出此一決策時，可認知此舉勢將使公司一方面終局喪失重大資產，另一方面對抵押債權人之債務毫無減少，充其量徒對財力明顯有疑之買方存在將來未必實現之請求權而已，實質上已使公司承受不當之交易風險，且逾越一般人之合理期待，係直接使公司為不利益之交易。

重大損害

公司於僅受償 1,125 萬元、對抵押債權人之債務毫無減少之情況下，喪失合理價格約為 7 億 4,311 萬元之土地所有權，顯遭受重大損害。

事實二

交易性質 以土地抵債

是否為關係人交易 法院認定被告為債務人公司實際負責人。債務人公司對抵押債權人之債權淪為不良債權後，被告利用一人頭公司向抵押債權人購買該債權、轉售予另一人頭公司，再由後一人頭公司與債務人公司約定以土地抵償該債權。法院認定該土地抵債交易為關係人交易。

**不合營業
常規、不
利益經營**

核決程序

交易金額達新臺幣 10 億元以上，卻違背公開發行公司取得或處分資產處理準則第 9 條第 1 項第 2 款規定，由不具不動產估價師或建築師資格之人配合偽造估價報告，提董事會決議通過。

交易條件

被告借用人頭公司掩飾自己才是實際交易對象，在已以折扣價 7 億 5,000 萬元取得本金 11 億元之全部債權而有協商議價空間的情況下，未積極為公司謀取最大利益，合理折讓債權金額，更以本金加計遲延利息、違約金作為計算債權金額之基礎；且未充分評估土地合理價格，僅以土地帳面價值 18 億元加計 3 億 5,000 萬元，使公司帳面淨值不低於零，以避免股票下市為考量。又契約中雖約定買受債權之人頭公司尚應給付債務人公司 3 億 5,500 元，但除簽約及完稅時支付共計 3,500 萬元外，其餘均為一年以上之遠期支票；且買受債權之人頭公司得於取得土地所有權後，自己或再出售而以該土地向金融機構抵押借款支付買受該債權之對價。

其他

在買受債權之人頭公司尚未實際交割取得債權、且僅支付 3,500 萬元之情況下，被告使公司將土地移轉登記予該人頭公司。法院認定被告作出此一決策時，可認知此舉勢必導致公司在僅受償 3,500 萬元、對抵押債權人之債務並未消滅之情況下，即喪失土地之所有權，實質上已使公司承受不當之交易風險，且逾越一般人之合理期待，係直接使公司為不利益之交易。

重大損害 公司僅受償 3,500 萬元、對抵押債權人之債務並未消滅，即喪失合理價格約為 12 億 4,633 萬元之土地所有權，顯遭受重大損害。

臺灣高等法院臺南分院 106 年度重金上更 (一) 字第 25 號刑事判決

判決日期 民國 109 年 2 月 27 日

承審法官 黃國永、蔡川富、翁世容

被告所屬公司 佳大世界股份有限公司

交易性質 土地買賣

是否為關係人交易 佳大公司為買方，土地名義所有權人為宏固公司股東，實為宏固公司。法院認定被告為佳大公司副董事長，掌握董事會 5 席董事中之 3 席；且亦同時為宏固公司董事長，乃該公司唯一之實際負責人，故被告對於買賣雙方均具有控制能力，在經營決策上具有重大影響力，雙方為關係人。

不合營業常規、不利益經營 **核決程序**

1. 被告未告知佳大公司土地實際為其擔任董事長之宏固營造公司所有，使佳大公司其他董事及經理人誤以為該土地為名義人所有。

2. 交易前並未依佳大公司取得或處分資產處理程序所定向關係人取得不動產之程序評估，而係於召開董事會前即已決定交易價格，嗣為配合內控程序規定始召開董事會配合作成購地決議；且為形式上提供佳大公司董事會購買土地之價格及投資分析計畫，形式上以佳大公司為委託人，實際上由賣方人員找估價事務所，一再要求各估價師高估土地金額，儘量提高土地鑑價金額以靠近已決定之買賣交易價格，使二家估價師事務所出具之估價金額均以上限值估價，並要求將不動產估價報告書出具日期虛偽記載為董事會決議日之前；另由佳大公司內部製作之投資計畫分析表亦配合董事會會議日期而虛偽記載，足徵上開不動產估價報告書、投資計畫分析表等，於交易決策過程中均無任何實質上參考作用，僅係為符合董事會購地決議所為之形式上文件。

交易條件

被告身為買方佳大公司之董事，不質疑賣方當初買入價格僅 4,890 萬 3 千元，不以此議價以求低買，反而要求鑑價公司儘量提高估價，且不計土地占有現況；最終僅為規避公告而將原定 1 億 5 千萬元之買賣價金降為 1 億 4 千 8 百萬元，足徵其確為不合營業常規且不利利益之交易至明。

其他

在實無坤泉公司居間仲介之情況下，使佳大公司支付 148 萬元之仲介費用予該公司。

重大損害 土地在佳大公司購入當年度，依同一估價師之估價，即有資產減損 19,441,896 元，況歷經 10 年後，在算入歷年投入之勞務費用後，尚有 493 萬元之累計減損，仍未獲利。此外，佳大公司另支出 148 萬元之仲介費用。是認被告主導此一交易確實造成佳大公司 20,921,896 元之重大損害。

臺灣高等法院 106 年度金上重訴字第 29 號 刑事判決

判決日期 民國 109 年 05 月 27 日

承審法官 劉興浪、陳信旗、林怡秀

被告所屬公司 臺灣東洋藥品工業股份有限公司

事實一

交易性質 藥品製劑配方專屬授權開發

是否為關係人交易 東洋公司為授權方、Inopha 公司為被授權方。法院未認定 Inopha 公司有代表人以外之實質負責人及受益人。法院認為 D 自 94 年 10 月起係以 Eusia 公司代表人身分與東洋公司簽訂顧問服務契約，除顧問費外，其他如辦公室租賃及汽車租賃成本、租稅、保險等費用，以及交通成本、娛樂交際、研討會註冊費用等額外支出，均係依顧問服務契約支付；D 未經董事會選任，東洋公司年報上亦未記載其為經理人；且用印申請單上記載其為經手人並非其簽名，不因 D 使用東洋公司電子郵件信箱，而認其為東洋公司之經理人。

不合營業
常規、不
利益經營

核決程序

1. 東洋公司取得或處分資產處理程序及內部核決權限表所指之研發合約，應係由東洋公司出資委託他人進行試劑、委託 CRO 及執行臨床試驗等研發工作，取得他人研發成果者；有關無形資產（會員證及專利權、著作權、商標權）之處分或研發合約金額逾 1000 萬元，應事前經董事會決議同意。基於以下理由，本件交易未經董事會決議，並無違反上開內規，亦無違反營業常規：
 - a. 97 年及 98 年簽訂之授權合約內容第一階段為東洋公司與 Inopha 公司共同開發藥品，東洋公司負責提供製劑配方，Inopha 公司負責後續臨床試驗及藥證查登等，雙方各自負擔所需費用；第二階段為取得藥證後，東洋公司負責製造產品、Inopha 公司負責銷售，並支付東洋公司銷售淨額一定比例之權利金，似非東洋公司前開內規所稱研發合約；況該等合約並無涉及東洋公司需支付 Inopha 公司費用，亦無從由該等合約內容認定東洋公司有支出逾 1,000 萬元以上金額之情。
 - b. 97 年授權標的二項於簽約時均尚未研發完成，難認當時已係具 1,000 萬元價值之無形資產。其一係東洋公司直至 97 年以向臺微體公司取得授權技術研發之藥品在歐美均仍無法取得學名藥證，於 98 年才開始研究複製原廠成分，預計再二年才能進入人體試驗；且東洋公司給付臺微體公司技術授權之權利金不能比附援引。其二則迄 102 年臨床試驗結果失敗、105 年甫完成實驗室階段，尚未進行人體試驗。98 年授權合約主要二項標的製劑配方在合約上記載為「further formulations to be mutually determined」，足見簽約時亦未研發完成，並非無形資產。

-
- c. 東洋公司業務負責單位未曾提出或建議 97 年、98 年簽訂之授權合約應送董事會決議。
2. 雖 Inopha 公司係資本額僅 10 萬瑞士法郎之公司，但當時無其他國際廠商願與東洋公司合作進入市場，且東洋公司內部確有針對授權合約內容確實討論、評估，並未完全接受 Inopha 公司提出之條件，合約內容並非完全對東洋公司不利。且 97 年授權合約部分 Inopha 公司確實有委託 AET 公司進行臨床試驗；98 年授權合約部分則因東洋公司未提供製劑配方而未進行。但 98 年間東洋公司有另就其他藥品委託 Inopha 公司，Inopha 公司與 AET 公司合作也有成功在歐盟取得藥證，應具履約能力。是故無從以簽約之初未對 Inopha 公司進行實地調查，遽認有何違反營業常規。

交易條件

97 年及 98 年授權合約雖未約定簽約金、里程碑金、授權金等，但仍有約定銷售淨額一定比例的權利金，且依照業界簽訂合作開發合約之習慣，本無一定要約定簽約金、里程碑金、授權金；即便就 97 年授權合約其中同一藥品與韓國公司間之共同開發合約，亦無簽約金、里程碑金等權利金之約定；東洋公司與印度公司間藥品共同開發合約亦無。此外，臺微體公司與其他公司間委託製造開發合約，除委製代工費用外，臺微體公司也未支付簽約金、里程碑金及權利金。是以難認 97 年及 98 年授權合約無簽約金、里程碑金、授權金即與營業常規有違。

重大損害

1. 104 年製作之二份估算藥品價值、用以證明東洋公司受有損害之評價報告均不可採，理由如下：
 - a. 報告之前提事實係 101 年可完成臨床試驗、105 年可上市銷售，而採用 87.5% 之成功機率為計算基礎。但 103 年臨床試驗已宣告失敗，足見其前提事實及假設均有錯誤。
 - b. 原廠藥與學名藥在市場定位、價值不同，此為醫藥市場之常態，評估報告以二者藥效相同具有生物相等性，即採 J&J 公司原廠藥全球市場規模及營收做為計算學名藥之基礎，亦未評估尚有其他公司亦投入學名藥之開發，屬根本上錯誤。
 - c. 計算對某一藥品生產技術投入經費時，將對其他藥品之投入甚至原廠藥代工費用均算入，而出具報告之會計師未驗證所憑資料是否完整正確。
 2. 無從依據東洋公司自行製作之 13 項藥品投入成本統計彙總表，即認定東洋公司受有損害或受損金額。
 3. 依 97 年、98 年授權合約之內容，將高支出、高風險之臨床試驗交由 Inopha 公司進行並負擔費用，東洋公司並可享有該臨床試驗所得資料之結果以觀，此等商業條件對於東洋公司應無構成損害之虞。
-

事實二

交易性質 技術及臨床試驗數據資料授權、產品獨家製造供應

是否為關係人交易 東洋公司為授權方及製造方、Inopha 公司為授權方及賣方、J&J 公司為被授權方及買方。自 100 年 8 月三方開始磋商交易至 101 年 3、4 月三方簽約時，關於東洋公司與 Inopha 公司間相關事實與事實一同。又被告所負責之另一企業子公司雖於 100 年 5 月指派員工辦理取得 Inopha 公司全部股權事宜，然投資架構一再變更，最終並未取得，無從認定 Inopha 公司之利益與被告有關。

不合營業常規、不利益經營

核決程序

1. 三方合約於簽訂前確實經過東洋公司法務部門審閱，並會同專利經理意見，且東洋公司經理級以上高階主管均已知悉；且三方合約係代工合約，依東洋公司內部核決權限表，由總經理核決即可，無庸送董事會決議。
2. 無合約編號或無用印申請單，僅係內部簽約流程有程序上之瑕疵，不能逕論以非常規交易。

交易條件

1. Inopha 公司加入成為契約當事人一方係因 J&J 公司要求提供臨床試驗相關資料，且以該資料繼續進行臨床試驗成功作為支付里程碑金之條件，而該等資料係 Inopha 公司所有；由 J & J 公司向 Inopha 公司取得與東洋公司共同開發之授權標的及向東洋公司取得代工商品之目的下，由 Inopha 公司擔任賣方，取得簽約金、里程碑金及權利金，東洋公司擔任製造方，取得代工費用，尚屬合理。

2. J&J 公司所在之比利時與 Inopha 公司所在之瑞士有租稅協定，而與東洋公司所在之臺灣沒有，故由 Inopha 公司出面受領權利金較為有利。
3. 從臺微體公司委託永信公司製造已在我國取得藥品許可證之學名藥，以及東洋公司委託中國化學製藥公司、信東公司代工製造生產藥品來看，代工合約除支付代工費用外，並無所謂支付簽約金、里程碑金及授權金等費用之營業常規可言。
4. 合約中雖載明 J&J 公司得不向東洋公司揭露權利金、里程碑金及權利金費率，但 J&J 公司並無保密義務，東洋公司得逕行詢問即可知悉。

其他

配合修正東洋公司與 Inopha 公司間 97 年授權合約（即事實一之交易），係基於 J&J 公司及 FK 公司之要求，對東洋公司並無不利。

重大損害 東洋公司有依 97 年授權合約與 Inopha 公司分領 J&J 公司所支付之簽約金、里程碑金及授權金，未見受有損害。

事實三

交易性質 東洋公司向 FK 公司聲明保證將某一藥品之一切權利授權予 Inopha 公司，並保證 Inopha 公司對 FK 公司有關該藥品上市販賣授權皆為有效。

是否為關係人交易 自 100 年 9 月開始磋商交易至 101 年 2、3 月東洋公司出具保證聲明書、Inopha 與 FK 公司簽訂藥品上市販賣合約時，東洋公司與 Inopha 公司間相關事實與事實二同。

**不合營業
常規、不
利益經營**

核決程序

法院認為公開發行公司資金貸與及背書保證處理準則及東洋公司內規所稱之其他保證，係指為他人債務提供保證代負清償或履行責任，而該聲明書內容係確認東洋公司將藥品權利授權 Inopha 公司之事實而為陳述，實質上並無保證將代為清償或履行 InophaAG 公司所負債務之意，核與上開法規所指「背書保證」不同，自無依背書保證規範先經董事會決議之必要。

交易條件

1. 藥證檔案既為 Inopha 公司所有，則 FK 公司所欲締約以取得授權之對象自為 Inopha 公司。東洋公司縱未出具聲明書確認授權狀況，東洋公司亦無權與 FK 公司簽訂藥證檔案授權合約，遑論自 FK 公司取得簽約金、里程碑金或授權金。
2. Inopha 公司與 FK 公司簽訂上市販賣合約仍將 FK 公司支付之簽約金，依 97 年授權合約約定之授權區域依比例給付予東洋公司，顯見 Inopha 公司與 FK 公司簽約，並非使東洋公司受有不利益之交易。

重大損害

Inopha 公司與 FK 公司簽訂 FK 上市販賣合約後仍將 FK 公司支付之簽約金，依 97 年授權合約約定之授權區域比例給付予東洋公司，顯見 FK 上市販賣合約並未對東洋公司造成損害。

臺灣臺北地方法院 104 年度金重訴字第 13 號刑事判決

判決日期 民國 106 年 09 月 01 日

承審法官 陳興邦、鄭昱仁、林瑋桓

被告所屬公司 臺灣東洋藥品工業股份有限公司

事實一

交易性質 藥品製劑配方專屬授權開發

是否為關係人交易 東洋公司為授權方，Inopha 公司為被授權方。法院認定 Inopha 公司實質負責人及受益人 D 雖先以個人名義與東洋公司簽訂僱用契約，後改以法人名義與東洋公司簽訂顧問契約，然後者實為前者之續約；且其有東洋公司員工編號、領有諸多專屬於東洋公司正職員工方得享有的津貼給付（房租及其他雜支）、長期使用東洋公司電子郵件信箱，於東洋公司與 Inopha 公司簽約時，依東洋公司內部作業流程在東洋公司用印申請單上申請人欄位簽名，又被告即東洋公司董事長兼總經理對欲取得東洋公司授權之國際藥廠表示 D 有權代理東洋公司處理國際授權事宜，進而認定 D 於 92 年 6 月至 103 年 12 月間均為東洋公司之經理人，於二公司間之交易存有利益衝突。

不合營業
常規、不
利益經營

核決程序

1. Inopha 為設址於瑞士之公司，95 年成立後僅為紙上信箱公司，迄自 99 年起始承租辦公空間。法院認定東洋公司於 97 年 3 月間開始磋商授權合約前，未依一般藥品研究開發及授權之常規，未實際派遣專業人員赴 Inopha 公司對其資本、財務、智慧財產等重要事項進行實地查核，逕以 D 之報告取代之。
2. 依東洋公司取得或處分資產處理程序及內部核決權限表規定，無形資產之取得處分，或研發合約金額逾 1,000 萬元者，須事前經董事會核准。以相關研發經費支出金額、未收取之簽約金及里程碑金，以及簽約後所負擔之試驗藥品針製造、CMC 文件製作等費用計算，已超過 1,000 萬元；且此等授權屬關係人交易。然而，此等授權交易事前未經董事會決議，且董事會於 102 年底發現有此等交易後亦不同意予以追認。

交易條件

未依一般藥品共同開發實務之作法，未向 Inopha 公司收取簽約金，於開發過程亦不收取里程碑金，僅約定開發成功取得藥證後銷售時之由東洋公司製造；相較於臺微體公司專屬授權東洋公司同屬的委託試驗與授權契約書約款，難謂衡平。復未於授權合約中明訂倘人體試驗失敗，東洋公司有權終止合約。致使東洋公司未能及時先行收回研發成本。

其他

1. 合約中雖約定由 Inopha 公司於歐洲進行人體臨床試驗並申請藥品查驗登記，惟 Inopha 公司係資本額僅 10 萬瑞士法郎之信箱公司，且無任何正職人員，名義上由 Inopha 公司委託 AET 公司進行之臨床試驗，實際上係由東洋公司人員接洽，費用亦係由 AET 公司墊付。
2. D 於 104 年間亦擔任被告所負責之其他企業董事或經理人。

重大損害 法院認為在未收取簽約金、里程碑金之情況下，專屬授權本身即屬財產上損失；損失金額則視有無取得上市許可而定：如無，損失為全部投入研發成本之總支出；如有，則為其與權利金之差額。

事實二

交易性質 藥品技術專屬授權

是否為關係人交易 東洋公司為授權方，Inopha 公司為被授權方。98 年簽約時之相關事實與事實一同。

不合營業常規、不利益經營

核決程序

1. 未經東洋公司董事會決議。
 2. 就 11 份授權合約之簽訂，D 均為東洋公司內部用印申請單上之經手人。
-

交易條件

1. 無簽約金，亦無里程碑金。
2. 其中 3 項藥品係東洋公司於簽約後始開始研發，形同 Inopha 公司未支付任何款項即將東洋公司具發展潛力之學名藥先行圈定。
3. 未約定 Inopha 公司須完成藥品商業化之期限，亦未約定如臨床試驗失敗，東洋公司得以終止契約。

其他

一次將 11 種學名藥交由資本額甚小、無受薪專業人員之 Inopha 公司進行臨床試驗，顯與商業常規有違。且實際上，臨床試驗係由東洋公司人員與 AET 公司接洽。

重大損害 東洋公司於簽約前投入之研發費用，非至成功無以部分回收；簽約後尚須製作 CMC 文件、製造臨床試驗用藥品或針劑樣品，尚需有研發款項支出。

事實三

交易性質 技術及臨床試驗數據資料授權、產品獨家製造供應

是否為關係人交易 東洋公司為授權方及製造方、Inopha 公司為授權方及賣方、J&J 公司為被授權方及買方。自 100 年 8 月三方開始磋商交易至 101 年 3、4 月三方簽約時，關於東洋公司與 Inopha 公司間相關事實與事實一同；又被告所負責之另一企業子公司當時已與相關人等達成取得 Inopha 公司全部股權之合意（此交易嗣因變更而未完成）。

不合營業
常規、不
利益經營

核決程序

1. 被告完全委由 D 代表東洋公司與 J&J 公司、Inopha 公司談判相關合約條款，甚稱沒有詳閱合約條款。
2. Inopha 公司尚且聘僱外部律師提供合約諮詢審閱，而東洋公司僅由對簽約經過一知半解之法務人員參與討論。
3. 與國際大廠 J&J 公司合作，屬業務、財務上之重大事項，未經東洋公司董事會授權。
4. 未遵循東洋公司對合約審閱控管之內部控制程序，無用印申請單。

交易條件

1. 法院認為，比較 J&J 公司一開始對東洋公司提出之里程碑金金額與三方契約中約定之金額，針對學名藥既有的臨床試驗數據資料並無對價，且依東洋公司與 Inopha 公司間授權合約（即事實一之交易），東洋公司本得自行利用該臨床試驗數據資料；且原廠藥部分更與該臨床試驗數據資料無關；又產品係由東洋公司製造原可逕自銷售，故 J&J 公司給付學名藥、原廠藥之簽約金、里程碑金及依銷售額計算之權利金本均應由東洋公司收取，然三方約定該等簽約金、里程碑金、權利金全由 Inopha 公司收受，東洋公司可獲得者僅有 J&J 公司給付之製造費用。合約中甚至載明得不向東洋公司揭露權利金、里程碑金及權利金費率。

2. 合約中單方有利於 J&J 公司之條款，包括 J&J 公司有權選擇開發何種產品而無開發超過一種最終商品之義務、東洋公司應優先供貨並保留大部分產能予 J&J 公司、J&J 公司有權查廠稽核、東洋公司無法供應約定最低供應量時須配合將技術授權第三方、免費或以成本價提供產品供臨床試驗用，J&J 公司有權單方終止契約等，而東洋公司全然接受。

其他

1. 同時配合修正東洋公司與 Inopha 公司間授權合約（即事實一之交易），放寬轉授權限制、增加授權項目、擴大授權區域、延長授權期間，而東洋公司未獲得相對價（之後再次修約時始提及如何分配與 J&J 公司合作之利益）。此修約同樣未遵循東洋公司內控流程，無合約編號，亦無用印申請單。
 2. 三方簽約、且 J&J 公司及 FK 公司（事實四之部分）已支付簽約金後之 101 年 10 月，東洋公司與 Inopha 公司再次修改授權合約（即事實一之交易），議定原授權區域部分（約當 2/3）之簽約金、里程碑金及權利金歸屬 Inopha 公司、其餘（約當 1/3）歸屬東洋公司，不區分學名藥或原廠藥；東洋公司並應支付 Inopha 公司 8% 管理費。
-

重大損害 法院認定有關原廠藥之里程碑金及權利金應全數歸屬東洋公司，故東洋公司應得 J&J 公司所給付之簽約金之二分之一計 75 萬歐元、全部之里程碑金 1,300 萬歐元及全部權利金；且因 Inopha 公司未繼續臨床試驗導致被扣除之里程碑金 150 萬元亦應償付東洋公司。

事實四

交易性質 東洋公司向 FK 公司聲明保證將某一藥品之一切權利授權予 Inopha 公司，並保證 Inopha 公司對 FK 公司有關該藥品上市販賣授權皆為有效。

是否為關係人交易 自 100 年 9 月開始磋商交易至 101 年 2、3 月東洋公司出具保證聲明書、Inopha 與 FK 公司簽訂藥品上市販賣合約時，東洋公司與 Inopha 公司間相關事實與事實三同。

不合營業常規、不利益經營 **核決程序**
法院認為此保證聲明屬公開發行公司資金貸與及背書保證處理準則及東洋公司內規所稱之其他保證，而其未經東洋公司董事會決議，違反東洋公司章程及背書保證辦法。

交易條件

1. 此保證聲明使 Inopha 公司得以與 FK 公司締結藥品上市販賣合約，FK 公司支付 Inopha 公司簽約金 300 萬歐元、里程碑金 600 萬歐元。
2. 法院認定 Inopha 公司授權 FK 公司申請學名藥藥證檔案中之 CMC 文件為東洋公司所有，惟在被告安排下東洋公司非契約當事人，未獲得對價。

其他

配合修正東洋公司與 Inopha 公司間授權合約（即事實一之交易），相關事實與事實三同。

重大損害 法院認為應按東洋公司與 Inopha 公司間授權合約（即事實一之交易）之架構分配 FK 公司給付之簽約金 300 萬歐元：原授權區域部分由東洋公司與 Inopha 公司各取得半數，其他則全數歸屬東洋公司，合計 175 萬歐元。

臺灣新北地方法院 108 年度金重訴字第 12 號刑事判決

判決日期 民國 109 年 10 月 30 日

承審法官 姜麗君、梁家羸、陳幽蘭

被告所屬公司 大西洋飲料股份有限公司

交易性質 不動產買賣

是否為關係人交易 大飲公司向國信公司、旭順公司分別購買不動產二筆。法院認定被告即大飲公司常務董事及總經理實際掌控國信、旭順公司之人事、財務及業務經營而為其等之實際負責人；另一被告即旭順公司財務經理同時為大飲、國信公司之財務會計，負責資金調度，為三家公司之最高財務經理，故三家公司實為關係人。

不合營業常規、不利益經營 **核決程序**

1. 交易決策係由被告二人下令進行籌措程序及董事會提案，管理部門撰擬購買不動產簽呈前，未依公開發行公司取得或處分資產處理準則及大飲公司內規對於向關係人取得不動產之規範進行交易條件分析，亦未透過財務部門實際進行財務評估、預期效益、合理性、交易成本、價格及風險之合理性評估，而係在管理部門不知悉購買標的內容情況下，逕由財務部門要求管理部門召開需求會議，並於當日即刻撰擬簽呈並提案董事會，甚較採購設備流程更為簡易；且高額投資理應先匯集內部管理、法務、財務各部門意見後，才提出評估報告至董事會；從公司內部提案至簽約僅 1 個半月，交易過程甚為倉促，與一般評估投資效益後始進一步協尋標的、議定購買細節之常理顯不相當。

2. 標的不動產於交易前已為大飲公司作為擺放商品及代工所用，大飲公司無支付任何租金費用，交易後亦未有任何變更，足見大飲公司顯無價購該等不動產之必要性及急迫性。
3. 大飲公司董事會開會過程，董事及監察人均係當日始知悉提案內容，會議決議經由主席唱讀議案內容後，全體董事均以無意見通過；關於本件購置不動產之交易提案，除被告外，其他董事對於不動產位置、有無抵押權存在等情況均不清楚。

交易條件

1. 大飲公司於簽約時先給付98%之價額，餘款待過戶時再行給付，與實務上不動產買賣多係於賣方交付辦理所有權移轉登記所必備之文件資料後，始給付大部分價金之交易形態迥異；且契約未載明過戶日期或具體時點，顯與一般交易常規不相符合。
2. 標的不動產之一上設有抵押權，估價時未包含其上抵押權之評估，而大飲公司以未評估抵押權之價額逕作為交易價額；明知國信公司財務狀況不佳，卻未將國信公司何時清償、塗銷抵押債權等節規範於買賣契約中；且在未確保抵押權均塗銷之情形下，即給付幾近全額之價金，此等交易條件顯不利益於大飲公司。甚且於過戶時，其上仍有上海商銀之第一順位抵押權，該不動產有遭拍賣之風險，顯對大飲公司不利益。

其他

1. 標的不動產於簽約 9 個月後仍未過戶，被告在明知國信公司、旭順公司無資力支付過戶時須繳納之土地增值稅之情況下，促使大飲公司董事會同意土地增值稅變更由大飲公司負擔，使大飲公司因而再行支付三千萬餘元之土地增值稅，與交易常情不符。法院並認為，即便交易價格計入土地增值稅仍未逾估價報告鑑值 20%，然並非符合公開發行公司取得或處分資產處理準則第 9 條規定即不屬異常交易，否則該條即淪為規避常規交易之漏洞。
 2. 國信公司、旭順公司收到大飲公司給付之買賣價款後，隨即將之用於清償國信公司債務。法院認定交易目的僅係為將大飲公司資金提供國信公司供其償債用，係因大飲公司囿於上市公司借款額度限制，方改為不動產賣賣，實無不動產買賣之真意。
-

重大損害

法院認為應以公司未發生該等不合營業常規交易與公司因該等交易所支付之金額其間之差額，為公司損害數額之認定標準；且因本質上出於背信行為，交易為原本不應該發生，故使公司匯出交易款項時犯行即既遂，公司所獲得對待給付之公平價值並非考量重點；主導不利益交易之行為人是否因履行交易而另行支付款項給他人，亦與公司受損害金額無關。本件大飲公司支付之價金 1 億 5,700 萬元、2 億 3,500 萬元，加計為支付該等價款而借款支付利息 389 萬 1,151 元，以及額外支付之土地增值稅 3,302 萬 6,213 元，總計為 4 億 2,891 萬 7,364 元；加上二個月後因再向國信公司購買另一筆不動產已支付之 1 億 5,500 萬元（即事實二），為大飲公司受損害之金額；致當年度資產負債表中「預付土地及建築物款增加」科目增加 5 億 4,675 萬 5,000 元，占當年度投資活動之淨現金流出之 82%，占當年度總資產 40%，也幾乎占大飲公司該年度實收資本額之全數。且由大飲公司財務報表分析大飲公司之償債能力，大飲公司之利息保障倍數由 106 年度正值，至 107 年度轉為負值，且利息費用相較於 106 年度增加 427 萬元，其償債能力惡化，營業活動產出之現金已不足支應大飲公司利息費用、固定支出等，堪認三筆不動產交易，已使大飲公司於當年底資金周轉能力惡化。且大飲公司需對外向金融機構募資、對內動用定存款項，始得支付交易價款，當認符合重大損害之要件。

事實二

交易性質 不動產買賣

是否為關係人交易 買方為大飲公司、賣方為國信公司。相關事實同事實一。

不合營業常規、不利益經營

核決程序

1. 交易決策前，大飲公司財務、管理部門均未就購置不動產進行財務評估、投資獲利或經營規劃。董事會提案所檢附之取得不動產合理性評估乙紙僅粗略記載依憑鑑價報告進行投資等語句，對於購置標的之效益評估、規劃等節均無具體載明，至未來一年各月份現金收支預算表僅載明各月份預估現金流以及可動用額度，除未有何具體評估交易之必要性及資金運用合理性之資料外，依其上所載當月份可動用現金顯少於交易價金，是該交易之資金運用是否具有合理性已值存疑，悖於大飲公司取得或處分資產規範對購置不動產應先就價格、交易條件為分析報告之規定；亦未匯集內部管理、法務、財務各部門意見後，才提出評估報告至董事會，僅以乙紙簽核形式會辦各單位，益徵前開資料均僅係形式文件，其內部簽呈提案、董事會決議流程與一般評估投資效益後始進一步協尋標的、議定購買細節之常理顯不相當。

2. 大飲公司董事會開會過程，董事及監察人均係當日始知悉提案內容，會議決議經由主席唱讀議案內容後，全體董事均以無意見通過；關於本件購置不動產之交易提案，董事對於不動產位置、有無抵押權存在等情況均不清楚。
3. 解約後大飲公司將已付出之價款轉為資金貸與，違反公開發行公司資金貸與及背書保證處理準則及大飲公司內規，未就資金貸與之必要性及合理性、貸與對象之徵信及風險、對大飲公司之營運風險、財務狀況及股東權益之影響等情進行實質評估，董事會僅憑形式資料即通過議案；且斯時大飲公司對國信公司貸款金額已逾個別貸與對象之限額。

交易條件

1. 交易總價為 2 億 4 千萬元，大飲公司於簽約時先給付 9 千萬，移轉過戶登記必備文件備妥時給付 6 千萬，餘款過戶時給付，此與實務上不動產買賣多係於賣方交付辦理所有權移轉登記所必備之文件資料後，始給付大部分價金之交易常態迥異。且契約未載明過戶日期。即國信公司並無受過戶時間之限制，大飲公司卻已給付高達 1 億 5 千萬元之價金（合計約占總價金 64%），顯與一般交易常規不相符合，對於大飲公司亦屬不利。
2. 標的不動產上設有抵押權，估價時未包含其上抵押權之評估，而大飲公司以未評估抵押權之價額逕作為交易價額，明知國信公司財務狀況不佳，亦未於契約中載明國信公司應塗銷抵押權之時間，將大飲公司置於該不動產遭拍賣之風險，此交易條件顯不利益於大飲公司。

3. 大飲公司明知國信公司無法償還 1 億 5,500 萬元之價款，仍以國信公司於簽約半年後未完成不動產移轉登記為由解除買賣契約，並同意大飲公司已支付價金 1 億 5,500 萬元變更為對國信公司之資金貸與，由國信公司以每月 40 萬元、分期期間逾 32 年償還；惟國信公司亦未依約支付利息。此舉使大飲公司先淪於無法取得系爭新店不動產之風險，又陷於無法取回價款之境，實質上使大飲公司承擔不當交易之風險，逾越一般人之合理期待，顯屬使大飲公司為不利益之交易。

其他

1. 交易實質上由被告身兼原屬相互對立之買賣雙方，訂約手續及契約條款均為被告之個人意志，欠缺買賣雙方各自基於供需條件、市場機制、利潤多寡等考量進行磋洽談之過程，其目的僅係將大飲公司資金挹注其個人實質掌控之國信公司，客觀上與商業市場買賣交易之常規態樣已無一相合。
2. 國信公司收到大飲公司給付之買賣價款後，隨即將之用於清償國信公司債務。法院認定交易目的僅係為將大飲公司資金提供國信公司供其償債用，係因大飲公司囿於上市公司借款額度限制，方改為不動產買賣，實無不動產買賣之真意。

重大損害 與事實一之部分一併認定。見事實一。

事實三

交易性質 資金貸與

是否為關係人交易 貸與方為大飲公司、借貸方為國信公司。相關事實同事實一。

不合營業
常規、不
利益經營

核決程序

大飲公司向國信公司購買不動產（即事實一中買賣標的之一），於簽約後尚未辦理過戶期間，二次分別貸款 6,500 萬元、1,310 萬元予國信公司；為依大飲公司資金貸與作業相關規定取得動產或不動產之抵押設定以為保全，乃於簽呈上記載以該已出售僅尚未過戶予大飲公司之不動產為擔保，形同無擔保實益，自與交易常情相悖。

交易條件

大飲公司貸款資金來源為銀行借款，年利率 2.13%，但貸與國信公司之年利率為 2.065%，大飲公司因此承受借貸利率差之損失，不利益於大飲公司。

重大損害

大飲公司在國信公司財務狀況不佳、貸款無實質擔保之情形下，短期內將 7,810 萬元流向國信公司，造成大飲公司承受大筆現金無法回收之高度風險，相對減低大飲公司之企業貸信能力，並造成公司財務失序，當認符合重大損害之要件。

評選委員短評

短評臺灣高等法院高雄分院 95 年度金上重 訴字第 1 號刑事判決

偷雞不成蝕把米的關係人交易

廖大穎教授

民國 89 年證券交易法修正時，增訂第 171 條第 1 項第 2 款「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損害…」之行為，納入課予刑責之對象，此即一般習稱的「非常規交易罪」；惟究其立法理由，依當時行政院提案說明，謂「…（上述）行為，嚴重影響公司及投資人，有詐欺及背信之嫌，同時因受害對象尚包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大…」爰增列處罰之規定，成為我國特有的證券市場犯罪規定之一。另，民國 93 年證券交易法再修正時，於第 171 條第 1 項第 2 款受損害前，增列「重大」二字。關於證交法第 171 條第 1 項第 2 款「非常規交易」之入罪立法，從行政院草案之立法目的有詐欺及背信之嫌，嚴重影響公司、投資人等廣大社會投資大眾之受害，到商業交易「營業常規」違反之構成要件與爭議，一直是學說與實務見解歧異的豐富題材，在此從略…。

本判決，即承審法院依證交法第 171 條第 1 項第 2 款規定，認定上訴人即被告 3 人「身為寶成建設公司之董事，肩負股東所託，理應善盡善良管理人之義務，渠等有何正當理由及急迫性，慷寶成建設公司股東之慨，而任意調降出售金額百分之 90 之理」，諭示上訴人即被告 3 人共同已依證券交易法發行有價證券公司之董事，以直接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損害，分別處以不同之有期徒刑。在本案，令人矚目的是本件關係人交易的意外效果，即本案事實乃源於關係企業的支配構造下，面臨營建業不景氣的寶成建設公司（民國 92 年下市），民國 90 年 4 月擬將所持旗下的振盛營造公司（民國 91 年解散）股票，巧妙議價 2 億 7,000 萬元，脫手給旗下財務狀況不佳的和億、貝爾及萬友 3 家投資公司（民國 95 年均解散），以順利取得資金的股票交易契約，但因振盛營造公司不慎財務操作虧損，民國 90 年 7 月嚴重受波及，呈現每股淨值轉負，即俗稱股票變壁紙的窘境。就此寶成建設公司與本件的股票轉讓交易，從一開始締約到調降買賣價金，最後解除契約的各階段轉折，不難發覺關係企業內部交易與支配構造，假借股票交易之名，移轉乾坤的財務操作，終因調降價格，構成證券交易法第 171 條的不合營業常規、使公司遭受重大損害的交易。

簡評臺灣高等法院高雄分院 95 年度金上重 訴字第 1 號刑事判決

蔡朝安律師

經濟犯罪近年來在刑事司法實務上一直廣受關注。經濟犯罪的不法類型不斷推陳出新，金額動輒上千上億，影響權益又涉廣大投資大眾，傳統的刑法法條已經不敷使用，以致於特別刑法相應出台，證券交易法第 171 條就是其中廣受運用於處置不合常規交易的刑法特別規定。

舉凡公開發行公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接的方式，使公司為不利益的交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害者，即該當證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款的規定。從本條法律的文字，可以很明顯的看出來，所謂「使公司為不利益的交易」，所謂「不合營業常規」，以及所謂的「重大損害」，都是涉及高度價值判斷的評價性要件，必須以個案的事實情境，具體加以探究，才能作出合適的法律涵攝。如果不明涉案人的交易動機以及交易本質，就可能治絲愈棼，迷失在細節之中，而未得窺見全貌。在本件情形：

本件判決所以得出涉案人有罪的判斷，法院主要有幾個攸關性的認定：

1. 涉案人對於買方公司與賣方公司都有實質控制力，卻隱瞞此實質關係人之事實，所以不合營業常規。
2. 雖然原始的出售價格，與出售標的的淨值相距不遠，價格尚屬合理，但在雙方賣出持股的交易作成後，賣方卻又與買方達成協議，調降交易價格，而此調降價格的決策，與調整時出售標的的淨值出入很大，又沒有依照相關的內控規定辦理，所以不合營業常規。
3. 調降價格的決策顯然不符合賣方的利益，而且是由賣方主動提出，影響公司的利益，所以此調降價格的決策不合營業常規。

4. 涉案人援引「經營判斷法則」作為抗辯並無理由，因為在本案是關係人交易，而且動機並非善意。
5. 賣方在出售持股與買方時，已經知道買方的財務狀況不佳，沒有足夠的支付能力，又沒有相應保全措施，就已經是甘冒買方違約的風險，之後卻又以買方無清償能力為理由，主動調降出售價格，此減價的協議就是賤賣資產，而有圖利買方之嫌。
6. 就算出售標的在之後的股價確實淨值下滑為負，但是這不是重點。既然賣方在之前已經以較好的價格售出持股，之後即不應以賣方拒絕履行為理由，主動任意調降出售價格，否則就是沒有盡到善良管理人的注意義務。

本件判決在諸多的證據調查方面，確實仔細認真。不過在論理方面，吾人認為似有幾點值得進為探究：

1. 其實「隱瞞」實質關係人的行為「本身」，並不構成所謂的不合營業常規，因為這個隱瞞行為本身不是營業行為。在若干隱瞞實質關係人的個案，其目的可能係出於不同的考量；諸如不欲合併財務報表；甚或，藉由不揭露關係人的身分，在兩家實質受控（但在外觀上卻未以關係事業合併財務報表）公司的買賣交易，讓賣方仍然可以認列收入（且交易本身又可以降低被審查的密度）。所以只能說，具有關係人關係的交易，最容易涉及利益輸送，但是，卻不好說，隱瞞關係人交易本身，即不合營業常規，隱瞞身分本身充其量只是暗示著別有盤算，必須進一步探究隱於其後的交易有無正當性及合法性。
2. 交易的決策流程「不符合」內控以及取處的規定「本身」，也不構成所謂的不合營業常規，因為這個步驟本身也不是營業行為。在其他形式利害關係人已經外顯的情形，通常是因為要跳開或迴避核決流程當中的阻礙，所以會有不遵守內控或取處規定的必要，換言之，在此種形式關係人早經浮現的情形，

是因為不得不然，所以跳開或迴避內部規範，從而構成不合常規交易的前置外觀；反之，在類似本案所謂實質關係人交易的情形，因為在交易時並未浮現出關係人交易的外觀，所以，核決流程之所以未符合內規，充其量只是暗示著該項交易本身並不是市場經濟的決策，只是左手右手的交易，從而交易條件沒有實質重要性，無需較真而已。吾人若要深究，其實一個精心設計的實質關係人交易，反而會特別講究在形式上符合內控及取處的規定，以建構其交易的形式正當性。

3. 其實，在本件的情形，值得吾人進為思考的反而是，既然本件交易的買方及賣方公司都置於涉案的共同控制之下，何以涉案人要決策讓其所控制的兩家公司做成這筆持股買賣的交易？又為何在之後要調降出售價錢？
4. 在其他類似的個案，如果一個實質關係人同時對於買方及賣方都有實質控制（換言之，買方及賣方都被置於實質關係人的 common control 之下），交易本質在經濟上其實只是左手換右手，那麼，或許，類此實質關係人的交易目的可能意不在於對買方做利益輸送，或許只是為了利便賣方得以在財報上認列收益的目的而已（只不過，這樣的財報上的目的，在法庭上卻不方便言明，不然或許會引發其他的法律問題）；也正是因為買方及賣方實質上都為相同的關係人所控制，所以賣方對於買方的履約能力，並不關切，也無意要求相關的保全措施，因為，對於類此實質關係人而言，其實在經濟實質上只不過是換手的交易，其根本的目的，或許只是意在財務報表認列收入，而在交易本身。在這樣的脈絡下，如果在交易之後，交易標的價值有所降低時，實質關係人所以會致力於讓賣方和買方協議調降賣價，或許也就不難理解；因為，如果在原始的交易中，賣方只是給買方方便，讓賣方能夠因為交易的安排而在財報上認列收入，但是當交易標的的價值減損太大，買方（私人持股公司）就會吃虧太大（變成反向利益輸送）；基於平衡利害，只能在嗣後調整價格（在交易之初，實質關係人或許並未預想到交易標的的價值在之後可能降低）。

簡評臺灣高等法院 102 年度金上重更 (一) 字第 10 號刑事判決

借殼交易與興櫃股票價值的認定

鍾元珮律師

這個案子有趣的地方在於它是一個借殼交易的後段，也就是說，看起來整個交易安排設想沒有太周全，上市櫃殼公司原本的控制股東順利地讓出了自己的持股，但新入主的控制股東將自己原公司的業務導入殼公司時，卻被法院認定為非常規交易。雖然借殼交易在台灣常給人負面觀感，但其實借殼交易不當然對於公司股東權益不利，問題在於我們法制上是否有足夠機制防止不當利用。舉例來說，控制股東持股轉讓特定人，理應受到證券交易法第 22 條之 2 規範限制，必須搬到檯面上說清楚講明白，也是為了維護上市櫃公司股東權益，然而現實上是如何？在討論公司負責人之忠實義務與善良管理人注意義務時，我們如何看待控制股東出走的行為？此外，對於想要入主上市櫃公司的投資人是否有適當的風險警示（例如這個判決結果），促使他們評估整體交易對自己的成本效益時，在入主後使上市櫃公司併購自己原有事業的階段，不忽略對於該上市櫃公司整體股東權益應負之義務？這個判決給了我們一些啟示。

這件判決中另一個值得討論的問題是興櫃股票公允價值的認定。儘管興櫃股票交易量低、在流動性低的市場形成的價格未必能表彰公允價值，可說是一般性的認知，但當交易決策所憑之股權價值評估報告，其前提假設基礎或推論有明顯瑕疵時，恐難避免法院採用興櫃股票電腦議價系統中所顯示的當月成交均價作為判斷價格合理性之標準。這也是給興櫃股票交易者的一個提醒。

簡評臺灣高等法院 105 年度金上重訴字第 22 號刑事判決

交易之形式與實質：預付款或資金貸予他人

江朝聖教授

本案判決認定聯福生公司與 G 公司、W 公司間預付貨款之供貨契約，「欠缺買賣雙方各自基於供需條件、市場機制、利潤多寡等考量進行磋商洽談之過程」，「產品究有何因特殊規格、原料稀有或其他客觀原因可認屬於賣方市場情形，而須由買方即聯福生公司持續以預付貨款方式穩圖貨源，亦未見說明，其情自屬有疑」，從而認為此交易該當「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」。簡言之，判決由「供貨契約」之條款、交易條件等認定其是否與一般商業交易類似，進而認定是否符合營業常規。

實則，交易法律性質之認定，除由形式判斷外，更應探究交易目的等實質因素。例如：A 公司將債券一筆出售於 B 公司，並約定 60 日後由 A 公司買回。若由形式上認定，該交易安排由 A 公司將債券出售予 B 公司，60 天後再由 B 公司將債券出售予 A 公司等二筆債券交易。實質上，該交易安排亦可認定 A 公司向 B 公司借得一筆資金，並以該債券為擔保，屆期時，A 公司將資金附加利息返還 B 公司之附買回交易 (repurchase agreement)。此即為由形式與實質上評價，出現不同結論之著例¹。

就本案而言，形式上是供貨契約並預付款項，但實質上可能係將資金貸予他人之融資行為。業界常見以預付貨款會計科目列帳，實際上係將資金貸與他人之交易安排，此已多次列為上市櫃公司財務報告常見缺失²。本案究竟是形式上所見的預付貨款，抑或資金貸與他人，必須由雙方交易之真實目的加以認定。若是資金貸與他人，則本案調查重點在於：為何要將資金貸與包裝為預付貨款？是否意圖規避董事會決議？有無違反公司法第 15 條資金貸與他人之對象與額度之限制、以及公開發行公司資金貸與及背書保證處理準則與公司內部資金貸與他人辦法等規定？再者，若實質上係資金貸與他人，因公司與往來廠商間資金週轉相當常見，基此，被告之行為可否被認為「不合營業常規」？此外，若資金貸與他公司，亦不可事後諸葛地因最終債務人無力清償，即推論出借資金公司之負責人有背信行為之結論。簡言之，本案若由交易實質觀察，調查方向與被告該當之罪名將迥然不同。

-
1. 相關討論可參朱麗雯，債票券附買回交易買賣說與融資說之探討，證券暨期貨月刊，第24卷9期，頁24-35，2006年9月；王煦棋、留敬中，債券附買回交易採融資說與買賣說之區別實益，存款保險季刊，第16卷3期，頁75-92，2003年3月。
 2. 109年度上市(櫃)公司財務報告實質審閱常見缺失彙總表「資金貸與及背書保證」2(5)，金融監督管理委員會，證券期貨局，<https://www.fsc.gov.tw/userfiles/file/109年度上市櫃公司財務報告常見缺失彙總表.pdf> (最後瀏覽日，2021年6月10日)。

簡評臺灣高等法院 105 年度金上重訴字第 22 號刑事判決

楊岳平教授

本案被告為上櫃公司董事長兼任總經理，其代表上櫃公司向其夫之姑丈所設立之二家境外公司下單，再由該等境外公司向被告家族設立之二家大陸公司轉單，基此持續以預付貨款的方式，將上櫃公司的資金匯入二家大陸公司，以提供二家大陸公司之營運資金，後因二家大陸公司倒閉，導致上櫃公司未能如期交貨、預付貨款亦無法收回，因此衍生是否非常規交易的爭議。

本件判決首先突顯本件交易具有關係人交易的性質，並點出難以肯認其屬單純商業判斷；其次具體分析本件交易的決策程序，指出其係由被告一人意志身兼買賣雙方代表，且被告決定預付貨款時並未充分評估下單對象的履約能力，以此突顯本件交易的過程有違公平交易程序；本件判決進一步說明被告預付貨款的決定客觀上條件不利上櫃公司，且被告主觀上並未考量上櫃公司自身公司利益，而僅係為援助二家大陸公司，以此突顯本件交易的內容有違公平交易條件。

整體而言，本件判決雖並未特別援引美國案例法上的商業判斷法則 (business judgment rule) 或完全公平標準 (entire fairness)，但分析過程切合美國案例法的精神，包括基於關係人交易的本質而否定商業判斷法則的適用、而採用完全公平標準做為審查基準，以及具體探討本案如何有違公平交易 (fair deal) 與公平價格 (fair price) 的要件，最終得出非常規交易的結論。此精神上參照美國案例法下關係人交易審查基準的分析過程，值得肯定。

簡評臺灣高等法院 106 年度金上重更 (一) 字第 6 號刑事判決

林志潔教授

我國證交法第 171 條第 1 項第 2 款 - 非常規交易罪的規定為：「有下列情事之一者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金：…二、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害」，也就是我們稱的非常規交易罪。考察本罪的客觀構成要件有三：第一、必須是具有某些身份之人使公司為不利益交易，第二、此不利益交易不符合營業常規，第三、此不利益交易且不合營業常規之交易造成公司的重大損害，三要件缺一不可。本人認為，所謂不利益是一個決策時針對實質交易條件判斷的概念，而非事後的諸葛，也就是，在做此交易時，其實質內涵是否讓公司承受了不當的風險。至於不合營業常規，所指應是一般交易的程序是否符合法所要求之流程與該產業之慣例，需具備此二者後，又造成公司之重大損害，始足當之。（關於非常規交易之要件討論，請見 林志潔，論證交法第 171 條第一項第二款非常規交易罪，<http://lawdata.com.tw/tw/detail.aspx?no=27241>）

本判決中，法院清楚將被告對於不動產處分行為是否該當非常規交易的三個要件非常具體的進行涵攝，以交易條件使公司承受不當的交易風險，且處分方式不符合公開發行公司取得或處分資產處理要點，導致公司受償減少、債務毫無減少，損失合理價格約 7 億 4 千萬之資產，受有重大損害且影響投資人權益。層次嚴明，論理清楚，故值得推薦。

簡評臺灣高等法院 106 年度金上重更 (一) 字第 6 號刑事判決

鍾元珅律師

這個判決在理由中雖然引用非常規交易司法實務上最常被引用的最高法院 98 年度台上字第 6782 號判決意旨，但在分析時將「不合營業常規」與「不利益交易」二個構成要件分別定義：前者為交易決策、執行「是否合乎相關程序規範及一般正常交易應踐行之程序」，後者則從交易實質內容觀察是否不利益於公司；且明白指出商業判斷法則於刑事案件「或有參考之價值」，而與上開最高法院判決意旨不盡相同。

我個人雖然認同在判斷是否構成非常規交易時採取整體情況標準（此處乃借用美國法的“the totality of the circumstances test”），但向來也傾向採用類型化的方法區別事實，形塑具體個案的參照指標，以避免整體情況判斷標準被操作起來成為「憑感覺」或受到誤解的「自由心證」。這個判決可以總結為二個結論。第一，在一個價值數億元的不動產交易，儘管交易決策、執行未明顯違反相關程序規範，但未評估買方信用資力、抵押權人是否可能同意由買方承擔債務，即在僅收到千萬餘元的情況下將不動產過戶予買方，很可能被認定為非常規交易。第二，在公司以不動產抵押擔保金融機構債權的情形，該債權若經公司負責人以不良債權之折扣價買下，而由公司對公司負責人清償時，公司負責人應合理折讓債權金額予公司，且須對金融機構付清價款，以免金融機構又向公司追討；若以抵押之不動產抵償，應有具不動產估價師資格之人所出具之估價報告作為合理價格的支持，不能僅以公司帳面數字好看作為目標。儘管在台灣的法制下，判決見解只有個案拘束力，理論上並不形成法律的一部分，但上揭二個結論仍然將某種程度地影響其他判決。

此外，這個判決將美國法下的商業判斷法則，置於個案中主觀犯罪構成要件的層次探討，並明白指出美國法下的商業判斷法則無法直接適用於我國的刑事案件、頂多作為參考的道理，避免了許多其他刑事判決中未考慮我國刑法體系而逕自引用之問題。同時，這個判決也強調，無論如何，個案被告在所主導的公司交易中有利益衝突，或未揭露必要事項、隱匿關係人交易，其行為也難謂出於善意 (good faith)，無從援引該法則。該段說明，在某種程度上透露了個案中有關利益衝突關係的認定，著實影響法院對於是否構成非常規交易的判斷。

簡評臺灣高等法院臺南分院 106 年度重金上更(一)字第 25 號刑事判決

陳俊仁教授

證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款規定之利益輸送禁止規範，係屬對於掌控公開發行公司決策之形成與執行權能之人，就其所為之重大權利濫用其事務處分權限與違反其所負信賴義務行為，而致公司受重大損害時，由法律特別加以處罰之刑罰規定。因此，該罪之「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」犯罪構成要件判斷的基準，應以行為人是否有「濫用其事務處分權限」與「違反其所負義務行為」為依歸；亦即，法院於判斷行為人所為之行為，是否構成「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」之犯罪構成要件認定時，應於判斷行為人是否為接受公開發行公司之委託，為公司作成與執行決策之公司負責人與受僱人後，檢視其於決策之形成與執行過程中，是否為交易之關係人與是否具有利益衝突之情形？是否業已履行其注意義務？是否委請內部或外部會計財務專家對於交易價格合理性表達鑑價意見？以及是否對於會計財務專家之獨立性與其據以鑑價之估算基礎與計算公式合理性與適當性，為適當的判斷與取捨？等等層面，來加以認定。設若行為人之行為背離其所負義務之要求，或有濫用其處分權限之情事，或行為人於無合理基礎的情況下，拒絕委請會計財務專家對於交易價格合理性表達鑑價意見，或其所決定之交易價格並非基於合理與適當的估算基礎與計算公式，則法院即無須再為專注於探究系爭交易價格是否有「高買」與「低賣」之情形，而得以認定行為人所為之行為，該當「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」之犯罪構成要件。本件法院於判斷被告為具有利益衝突之關係人後，檢視被告之決策程序違反該公司既有之取得或處分資產處理程序，且未經客觀合理審慎評估交易價格，本件之論事用法，洵屬允洽，堪為範式。

不動產買賣非常規交易裁判簡評

許恒達教授

證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款有關非常規交易罪，以依證交法發行有價證券公司的董事、監察人、經理人或受僱人，使公司為不利益交易，且不合營業常規，使公司遭受重大損害為成立要件，個案中即須具體地判定，究竟該公司有無不利益交易，該交易是否不合營業常規，更須針對個案是否因非常規交易致生重大損害進行個案判斷。

以不動產交易為例，綜觀數個判決中有關非常規交易罪的論述，包括公司負責人主導交易，而交易的核決過程、交易對象及交易條件不符常態交易要求。法院通常先行論述是否涉及虛偽交易，再確認相關人士是否屬於關係人，引用行政機關所訂定之不動產交易規範，而在未塗銷其上設定的抵銷權或未考慮占有狀況即行進行買賣交易的情形，容易被認為不符營業常規；接著從雙方交易條件的設定仔細分析，判定其買賣條件是否極度不利於公司，最後則進行是否發生重大損害的判斷。法院認為本罪是結果犯，至於重大損害的結果是否發生，法院就此理應非常仔細地論述其認定損害的金額，如對買方而言，可能包括因不動產交易所已給付的價金，因不動產交易必須另行貸款所支付的利息，以及因交易所生的稅負等等。

值得特別強調的是，由於非常規交易罪以發生重大損害為要件，而我國實務對於重大損害的具體內涵及其相應數額，往往認定不夠精確，甚至有不予確認數額就直接認定有重大損害的見解，因此判決中若能認真地確認該項數額，並仔細地分析該數額對於公司而言是否稱得上重大損害，則較有參考價值。

專門委員短評

訴訟上對無形資產評價報告 憑信性的挑戰

劉國佑會計師

相較於有形資產（如不動產、機器設備），無形資產（如企業股權、專門技術）比較不容易有十分近似的代替品，無形資產的評價也涉及更多具不確定性的因素。因此，無形資產評價報告一旦被提到訴訟上，往往容易遭遇更多的挑戰；無論係在無形資產交易前作為參考、支持價格的，抑或係交易後為訴訟目的而做成的，有價值的評價報告均不能忽略以下問題：

一、 已知事實

按台灣及國際評價準則公報暨準則，專業人員本應適當考量截至評價基準日止可得之資訊進行估價，且應採用能最佳反映事實的資訊。因此，以股權價值的評估為例，若同評估期間有自結財報數以及財務預測數可供選擇，則相關專業人員應選擇能更加反映實際業務達成情形的自結財報數進行評估。

此外，專業人員在進行鑑定或評價時，應對標的的背景與特性等已知事實有適當程度的了解，並適當評估與考量其可能產生的影響。舉例而言，評價人員應對標的特性有所瞭解，欲在採用代替品相關資訊作為評價基礎時，需先辨識標的與代替品在市場定位與價值上有無基本差異，若未能察覺並予考量，恐有專業上的疏漏；又如股權價值評估標的已涉及訴訟糾紛但評價人員未察覺，或有察覺但未評估其對標的股權價值可能產生的影響，則顯示在評價過程恐有失周全。

二、 未來期間之假設與期後事項

無形資產往往須涉及對未來期間的假設。按台灣及國際評價準則公報暨準則，各個估值係基於某特定歷史評價基準日所進行之估價，相關專業人員應依據截至評價基準日止可得之資訊對未來期間做出合理的假設以進行估價。因為未來固有的不確定性，不能僅根據日後不符假設的發展或當時無法預期的期後事項而判斷評價基準日當時之前提事實及假設乃至鑑定或評價結果為不合理，除非有事證顯示相關專業人員在評價基準日當時已能合理預期期後事項的發生及其相關影響卻未納入考量。舉例而言，若在評價基準日當時尚無事證顯示已能合理預期生技醫藥臨床實驗失敗的情形，即不能謂評價報告的前提事實及假設乃至其估算結果有誤。惟實務上若於製作評價報告的過程中已得知臨床實驗之失敗，評價人員應額外揭露此一重大期後事項及其對估算結果可能造成之影響，以供報告使用人參考。

三、 資料之驗證

實務上，專業人員進行評價時，通常係確認委任人提供之資訊來源及合理性，而未特別針對相關資料的真實性進行驗證，但專業人員理應在接受工作委任前執行適當的客戶評估 (Know-Your-Client, KYC)，以對客戶的背景以及其委任目的有合理的掌握，並應隨時保持警覺，以免牽涉不當利益衝突或遭客戶不當誤導，並在有合理懷疑時，對相關資訊之攸關性與可靠性進行適當的驗證與確認。此外，在評價結果有價格區間過大或與市場價格有明顯差異的情形，專業人員理應進一步的分析並尋求合理的解釋，否則評價結果恐有禁不起細部審視之虞。

從商業判斷法則看非常規交易罪

臺灣大學法律學院邵慶平教授

壹、前言

民國(以下同)89年7月19日修法後，證券交易法第171條新增「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損害者」之非常規交易罪。本罪法定刑本為7年以下有期徒刑，93年4月28日修法後，提高為3年以上10年以下有期徒刑，如犯罪所得達1億元以上者，更提高至7年以上有期徒刑。其刑度甚重，而構成要件又相對模糊，所涉之被告又常屬具強大資力、經營專業之企業人士，個案中訴訟攻防之強度極高、實務爭議叢生，自不難想見。也因此，法院在案件審理、事實論斷及本條的涵攝適用，更須付出極大之心力。就此而言，臺灣誠正經營暨防弊鑑識學會針對非常規交易罪所舉辦的判決精選活動，不論是從良善商業法制環境的建構、企業法律風險的釐清或對承審法院投入心力的致敬，均有重大意義。

對於非常規交易罪的立法與解釋，個人以下將從商業判斷法則(Business Judgment Rule)的角度出發，嘗試加以彙整與釐清。此一法則在本次獲選的許多判決中都被提及，吾人應可肯認此一法則及其精神，已經為實務廣泛接受，就此而言，應給予實務發展相當的肯定。個人也期待，商業判斷法則從民事責任到刑事責任，從背信罪到非常規交易罪的演化、發展，可讓吾人對於相關規範有進一步的理解與反省。

貳、商業判斷法則與背信罪

依公司法第 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注意義務。如有違反其義務，因此致公司受有損害時，公司得向公司負責人請求損害賠償。面對此類違反義務之損害賠償的請求，公司負責人是否可以主張、援用商業判斷法則？

所謂商業判斷法則，個人過去曾引述文獻指出，此係美國司法實務上所發展出對於董事業務執行的有利推定，亦即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。原告股東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。在此一原則的保護下，縱使董事會決策之結果造成公司的損失，贊同該決策之董事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。相對的，若原告股東主張董事在特定業務之決策、執行上存有利益衝突情事，而違反其忠實義務，即無此一法則的適用，董事的責任風險因此將明顯提昇¹。

1. 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，66 期，2008年6月，33-34頁。

上述問題可以說是 90 年公司法修正增訂第 23 條第 1 項後，公司法研究者都會論及的問題²。對此，學界常從比較法角度採肯定見解，基本上認為我國公司法的修正引進美國（特別是美國德拉瓦州）之公司法中受託義務（fiduciary duty）、忠實義務（duty of loyalty）及注意義務（duty of care）之規範，自可同時採用美國法上所發展之商業判斷法則，避免法院事後過度審查公司決策而對商業經營不利。從法制移植的角度來看，更應進一步強調的是，若謂我國公司法明文採取忠實義務、注意義務二分的立法，卻未能同時引進類似美國法上的商業判斷法則，或在法規解釋、訴訟指揮上採取類似的作法，則我國的法制移植將淪為缺乏實質意義的形式整合，換言之，商業判斷法則的引進實係將董事受託義務一分为二的必要配套措施³。

然而，商業判斷法則在刑事責任的論斷上，特別是刑法第 342 條背信罪構成要件的認定，是否亦有適用空間？按，刑法第 342 條規定，為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。關於商業判斷法則與刑事責任之關連，在過去引起較少討論。實則，在證券投資人及期貨交易人保護法於 98 年修正增訂第 10 條之 1 賦予證券投資人及期貨交易人保護中心得以為公司對公司負責人提起代表訴訟以前，實務上公司負責人被訴賠償的民事事件顯然較少，相對之下，公司負責人因背信被訴的刑事案件則明顯較多。據此，從本土實務觀點來看，商業判斷法則在刑事責任上有無適用，顯然是更為重要的問題。

2. 相關文獻為數眾多，此處不一一列舉。在修法前後的文獻可以參閱曾宛如，董事忠實義務之內涵及適用疑義一評析新修正公司法第二十三條第一項，台灣本土法學雜誌，38期，2002年9月，51-66頁；王文宇，論董事與公司間交易之規範，政大法學評論，62卷，1999年2月，415-439頁；陳春山，公司董事的使命、義務與責任—構建企業健全經營之規則（上），法令月刊，51卷8期，2000年8月，21-30頁。

3. 邵慶平，同註1，35頁。

就此一問題，個人於 99 年 5 月 7 日的一場研討會中，即提出肯定觀點，並指出⁴：

「關於違反注意義務之民事責任的判斷，被告尚可獲得經營判斷法則的有利推定，據此而論，在不法性要求更高、構成要件應更為嚴格的刑事責任判斷上，當應為更有利於被告的規範與處理（不將注意義務違反作為刑事不法行為加以規範），而不應有輕重倒置的情形（將注意義務違反作為刑事不法行為加以規範，且無經營判斷法則的適用）。」

其後，在 100 年 6 月發表之「商業判斷原則的角色與適用—聯電案的延伸思考」一文中，個人再指出⁵：

「背信罪的立法意旨可以說是與商業判斷原則的精神若合符節，…基於此一認識，吾人可以肯定背信罪之被告援引商業判斷原則，與刑法第三四二條之構成要件認定並不衝突，蓋若有忠實義務或誠信義務的違反，即可以推翻商業判斷原則的推定，不能受到該原則的保護。…當被告援引此一原則時，其在訴訟活動上的實質意義在於：主動向法官或檢察官表明『在進行商業決定時，被告乃立於一資訊充足之基礎，且出於善意，與該行為將帶給公司（與股東）最大利益之真實確信。』

雖然就消極面而言，吾人無須絕對禁止或否定被告援引商業判斷原則，但被告援引此一原則是否有其積極面的意義或價值？從對舉證活動的影響來看，本文對此問題持肯定的看法。蓋不法意圖的證明，特別是『損人意圖』之證明，是實務上檢察官起訴、證明被告行為該當背信罪構成要件最困難之處。…今若法院肯定並詳細分析被告所提之商業判斷原則的抗辯，即是更明確地將單純違反注意義務的經營不法行為，排除於刑事不法行為的範疇之外，也能夠更正確地引導訴訟當事人的舉證活動，以確定主觀的不法構成要件是否成立。」

4. 邵慶平，「經營判斷法則與董事刑事責任的免除」與談，「經營判斷法則與董事會運作」研討會，震瀛法律文教基金會，2010年5月。

5. 邵慶平，商業判斷原則的角色與適用—聯電案的延伸思考，科技法學評論，8卷1期，2011年6月，120-121頁。

值得特別注意的是，商業判斷法則的精神在背信罪的適用上，現已逐漸受到實務肯定。近期之最高法院 109 年度台上字第 4806 號刑事判決即有如下的論述：

「按背信罪的違背職務行為，一般而言，在本質上含有違反信託義務之特徵，而行為人是否違反信託義務，涉及公司經營之合理『商業判斷法則』，此項法則包括注意義務及忠實義務的合理性判斷。法院在審理是類個案時，固然不能就『行為人所為決定是否正確』或『行為人應作如何的決定』等涉及商業經營的專業考量為事後審查，以免干預市場機制；然法院為維護公平正義，判斷行為人之行為是否違背其職務時，職責上必須審查者，自當包括行為人作成該決定時，『是否已盡其應有之謹慎態度（注意義務）』及『真心相信其決定係置於一個合理的基礎上（忠實義務）』。具體言之，欲審究行為人有無違背信託義務（即違背職務之行為），可以其決策及行為是否建立在合理性的基準上，加以綜合判斷。」

參、商業判斷法則與非常規交易罪

證券交易法第 171 條，於 89 年 7 月 19 日修正後，增訂「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損害者」之非常規交易罪。本條修正之立法理由謂：「已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不合營業常規或不利益交易行為，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處，爰增列處罰。」後於 93 年 4 月 28 日修法時，本條再經修正，條文中之「致公司遭受損害」改為目前條文之「致公司遭受重大損害者」。

非常規交易罪之構成要件與上述之刑法背信罪，看似明顯不同：後者一方面有「意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益」之主觀構成要件的規範，在客觀方面則是規定行為人「為違背其任務之行為」；前者並無此一意圖之主觀要件，客觀要件方面則是「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」。構成要件既有差異，解釋上當然也會有不同之處。然而兩者的適用，究竟有多大的不同，首要的問題應是：商業判斷法則的內涵與精神，既可用於背信罪構成要件的解釋上，則在非常規交易罪，是否亦存在相類似的角色與功能？

對於上述問題，答案應為肯定。如同前段所述，個人認為商業判斷法則對於個案中背信罪構成與否的影響，重點在於行為人主觀要件的探知。而在非常規交易罪中，雖無意圖之規定，但行為人對於「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，必須具備故意⁶。若行為人明知其「使公司為不利益之交易」，則其所為之商業決定很可能就不具備商業判斷法則的適用基礎。據此，對於非常規交易之構成要件，在商業判斷法則的導引下，檢察官所應舉證說明的，不僅是被告之作為如何不同於一般企業運作，更在於行為人對該交易係對公司不利，應屬明知或其發生並不違背行為人之本意。

6. 刑法第12條規定：「行為非出於故意或過失者，不罰。過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」

本次獲選的判決中，許多都明確肯定商業判斷法則的適用，並就個案中是否有可受到商業判斷法則的有利推定，進行充分的論述。例如臺灣高等法院 106 年度金上重更（一）字第 6 號刑事判決中，針對「被告犯罪動機、主觀犯意及不符商業判斷之認定」之段落中即有如下之說明：

「按所謂商業判斷法則（或稱經營判斷法則），為美國法院之判例法則，一般適用於民事案件，將董事、經理人等就其執行業務是否善盡注意義務之舉證責任予以倒置。本於刑法之謙抑性，避免司法過度柑制企業經營者之決策彈性，於刑事案件或有參考之價值。惟該法則之內涵，非謂商業決策自由完全不受司法審查，一般而言，倘若董事、經理人等所為之商業決策，有利益衝突、關係人交易、未揭露必要事項、行為時非善意（good faith）等情形，即無商業判斷法則之適用，亦即不能推定已盡合理之注意義務。查被告為系爭○○段土地交易之主要決策者，其動機自始出於覬覦系爭○○段土地之潛在開發利益，恐該土地遭其他債權人查封，乃謀劃先將該土地交易過戶給第三人，再俟機由自己或與他人合資買回乙情，已如前述，洵有利益衝突，亦無善意可言，尚難援引商業判斷法則，為有利於被告之認定。」

在臺灣新北地方法院 108 年度金重訴字第 12 號刑事判決中，對於被告所提出之商業判斷法則的辯護，法院亦在說明商業判斷法則之後，針對本案事實，論述如下：

「詐欺、不法、權限外行為涉及不法，而浪費涉及違反受託人義務，一般咸認屬於商業判斷原則之消極要件。本案被告○○○為主導大飲公司購買系爭臺南、高雄、新店不動產之主要決策者，其自始出於避免其實質掌控之國信公司名下不動產遭本院拍賣，乃謀劃由大飲公司向國信、旭順公司購買系爭臺南、高雄、新店不動產之形式交易下，利用其掌控契約條件之權限，使大飲公司於契約簽立後不久後率先將幾近全額價金匯款至國信、旭順公司，再由旭順公司將款項借與國信

公司，國信公司復將取得價款全數用以清償債務，對於大飲公司取得前開不動產之時點、不動產上存續之抵押權塗銷與否全然未置，已如前述，可見其於判斷大飲公司向國信、旭順公司購買系爭臺南、高雄、新店不動產之過程中，非但具有利害關係且失獨立性，且於買賣契約中以顯不利於大飲公司之條件逕將資金率先挹注至國信公司，顯未善盡善良管理人之注意義務，揆諸前開商業判斷原則之說明，實與商業判斷原則所欲保護者規範目的有別，且不合於商業判斷原則之要件，是辯護人此部分所辯，恐屬誤會，無足可採。」

肆、不合營業常規的解釋

無疑的，商業判斷法則的適用，或對其精神的理解，可大大降低法官、檢察官在論斷非常規交易罪時，以事後之明入人於罪的風險。然而，反面言之，是否任何公開發行公司之董事、監察人、經理人或受僱人，只要其行為不受商業判斷法則的有利推定，即應處以刑責？只要其明知其行為係使公司為不利益之交易，即可能被處以非常規交易罪的重刑，不論該「不利益」的金額或程度？若係如此，則此一條文的規定明顯過苛⁷！在93年本條修正為「致公司遭受重大損害者」之前，上述問題尤其嚴重；即使在93年修正後，由於本條之「重大損害」的認定亦非完全清楚，且公司是否遭受重大損害，亦可能受其他因素影響，該當於非常規交易罪之行為的可非難性，不應完全建立在此一損害的認定之上。在此情形下，非常規交易罪的妥善解釋，有賴於本條中「不合營業常規」之認定。

7. 劉連煜，「公司利益輸送之法律防制」，月旦法學雜誌，49期，1999年6月，103-104頁；郭士木，「非常規交易與掏空公司資產法律構成要件之探討」，月旦法學雜誌，201期，2012年2月，147-151頁。

按，本條增訂時納入「不合營業常規」一詞，並非此詞在我國法規中首次出現。因此過去司法實務上在解釋本條疑義時，也經常提及其他法規就此之規定。本次獲選的臺灣高等法院臺中分院 104 年度重金上更（二）字第 11 號刑事判決⁸ 即有如下之論述：

「所謂『不合營業常規交易』在英美法上稱之為『non-arm's length transaction』，原指交易雙方因具有特殊關係，未經由正常之商業談判來締結契約，且其交易條件未反映市場的公平價格而言。此用語首見於我國於民國 60 年修正所得稅法所增訂之 43 條之 1『營利事業與國內外其他營利事業具有從屬關係…其相互間有關收益、成本、費用之攤計，如有以「不合營業常規」之安排，規避或減少納稅義務者…』等語，次如公司法於 86 年增訂關係企業專章，於第 369 條之 4 亦規定『控制公司直接或間接使從屬公司為「不合營業常規」或其他不利益之經營』等語，換言之，上開所謂之『不合營業常規』均是以交易雙方之間具有一定特殊關係為規範對象，前者係為規避或減少納稅義務，而為『不合營業常規之安排』；後者，乃控制公司利用控制關係為不利於從屬公司之『不合營業常規』行為。…益見上開法規中如有『非常規交易』或『不合營業常規』用語者，多與關係人交易有關」。

誠如上一判決所述，不合營業常規一詞在我國法規中的使用，常與關係人交易有關。但本條規定之構成要件中，本不以此為限，立法目的上亦難看出有此一意圖。據此，最高法院 98 年度台上字第 6782 號刑事判決即已指出，本條規定：

「與所得稅法第四十三條之一規定之『不合營業常規』，目的在防堵關係企業逃漏應納稅捐，破壞租稅公平等流弊，稅捐機關得將交易價格調整，據以課稅；公司法第三百六十九條之四、第三百六十九條之七規定之『不合營業常規』，重在防止控制公司不當運用其控制力，損害從屬公司之利益，控制公司應補償從屬公司者，迥不相同，自毋庸為一致之解釋。」

8. 編者按：此處係指初選階段獲選之判決，最終因決選未入選而未收錄於紀實錄。

從立法目的之不同出發，上述見解固有其理。然而，更精確的說法應是：不合營業常規本係一客觀構成要件之描述，與行為主體或所涉交易之對造當事人的性質，本無直接相關。因此，關鍵的問題在於：同為「不合營業常規」，本條的解釋與現有其他法規之解釋，是否相同？個人認為，此一問題的答案，應屬否定。

對於非常規交易罪中的「不合營業常規」，目前實務多數見解所採者，亦是來自於前述之最高法院 98 年度台上字第 6782 號刑事判決。在上述引用的說明之後，此一判決接著提到：

「本罪構成要件所稱之『不合營業常規』，為不確定法律概念，因利益輸送或掏空公司資產之手段不斷翻新，所謂『營業常規』之意涵，自應本於立法初衷，參酌時空環境變遷及社會發展情況而定，不能拘泥於立法前社會上已知之犯罪模式，或常見之利益輸送、掏空公司資產等行為態樣。該規範之目的既在保障已依法發行有價證券公司股東、債權人及社會金融秩序，則除有法令依據外，舉凡公司交易之目的、價格、條件，或交易之發生，交易之實質或形式，交易之處理程序等一切與交易有關之事項，從客觀上觀察，倘與一般正常交易顯不相當、顯欠合理、顯不符商業判斷者，即係不合營業常規，如因而致公司發生損害或致生不利益，自與本罪之構成要件該當。」

相對於此，其他法規的規範係針對關係人交易，且有其不同之管制目的以及法律效果，因此對於不合營業常規的認定，原則上應較為嚴格。舉例而言，依銀行法第 75 條第 4 項規定，商業銀行與其持有實收資本總額百分之 3 以上之企業，或與本行負責人、職員或主要股東，或與第 33 條之 1 銀行負責人之利害關係人為不動產交易時，須合於營業常規，並應經董事會 3 分之 2 以上董事之出席及出席董事 4 分之 3 以上同意。違反本條規定者，依銀行法第 130 條之規定，處新臺幣 1 百萬元以上 2 千萬元以下罰鍰。而本項之營業常規，依主管機關的解釋，「係指與非關係人之其他一般交易對象之鑑價方式、基礎及交易條件相當。」⁹ 不管從銀行法的目的或本條規定的意義來看，吾人應會接受此處所採之「各方面應相當於與非關係人交易」之解釋，而無須達到「顯不相當」的程度，始認為銀行所為的關係人交易，係不合營業常規。

又如，公司法第 369 條之 4 對於關係企業的規範，於控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之交易時，要求控制公司應於會計年度終了時為適當補償。此一補償義務之發生及未補償所生之損害賠償責任，亦不應以該交易之條件顯然不相當於一般交易為要件。蓋若非如是，反而認為控制公司使從屬公司為交易而受有損害，只要該交易未達「顯然不相當於一般交易」之程度，控制公司即可無須負責，不啻使控制公司可以合法的「蠶食」從屬公司之權益。此一見解應非合理。然而，目前實務上對於公司法第 369 條之 4「不合營業常規」的解釋，似乎受到上開最高法院 98 年度台上字第 6782 號刑事判決的影響，此可能弱化、損及關係企業專章規範的實效¹⁰。再者，公司法第 369 條之 4 及證券交易法非常規交易罪之「不合營業常規」，既有其不同之立法目的及解釋，則適用上自應分別認定，而無須因第 369 條之 4 而限制了非常規交易罪之「不合營業常規」的適用¹¹。

9. 財政部 (90) 年台財融 (一) 字第 90728873 號函。

10. 臺灣高等法院 98 年度重上字第 170 號民事判決：「公司法第 369 條之 7 所謂之『不合營業常規』及『不利益之經營』，為不確定法律概念，於適用於具體個案前，必須先探求相關規定之規範目的，以進行適當法律評價並補充其規範價值。而公司法第 369 條之 7 規定之立法目的，在於保護從屬公司債權人及股東之權益，以防止控制公司不當運用其控制力而設，顯然與所得稅法等規定以維持租稅公平正義之規範目的不同。而一般認為，所謂不合營業常規或不利益之經營，應以控制公司要求從屬公司進行交易行為時，是否依一般商業交易原則或商業慣例，再進一步分析其合理程度（參見王志誠教授著，不合營業常規交易之判定標準與類型，政大法學評論，第 66 期，第 168、181、182 頁，2001 年 6 月）。從而公司交易之目的、價格、條件，或交易之發生，交易之實質或形式，交易之處理程序等一切與交易有關之事項，從客觀上觀察，倘與一般正常交易顯不相當、顯欠合理、顯不符商業判斷者，即係不合營業常規。」

11. 比較賴英照，最新證券交易法解析，四版，2020 年 4 月，669-671 頁；王志誠，不合營業常規交易法則之運用與解釋，證券櫃檯雙月刊，128 期，2007 年 4 月，23-24 頁。

綜言之，雖同為「不合營業常規」之文字，然最高法院在非常規交易罪的構成要件解釋中，正確的予以更為嚴格的解釋。但此一對於「不合營業常規」之更為嚴格的解釋，在現行法規體系下，乃係特例，而非通則。其他條文的解釋，不應與本條混淆、類比。

伍、結語

從對於過去到現在大量實務判決的觀察中，可以充分感受到我國司法的不斷進步，以及審檢辯等實務家的專業與努力！類似本次的判決精選活動，希望可以促成法律專業社群的相互對話與鼓勵的功能，藉以讓彼此有更大的動力，持續開創。

當然，欲使法制臻於健全，責任不僅在司法部門，同時也在立法部門與行政部門身上。當我們看到司法見解的出入，甚至是不同法院對於同一案件天壤之別的裁判，一方面固然可以對眾多裁判再加檢視評斷，另一方面也應該思考不同部門對於此類法律問題的解決，如何扮演更積極的角色，各自發揮所長、協力合作。

非常規交易之民事責任

臺北大學法律學系張心悌教授

壹、前言

我國證券交易法（下稱「證交法」）第 171 條第 1 項規定：「有下列情事之一者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金：…二、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害。」本條款一般認為是非常規交易（non-arm-length transaction，或稱不合營業常規交易、掏空公司資產）的具體規範。

依證交法之立法體例，各種犯罪原則上均先有禁止某種行為的規定，並明定其犯罪構成要件（如證交法第 157 條之 1 禁止內線交易），再於罰則（第七章）規定其處罰的方法。證交法第 171 條則將構成要件及刑罰合而為一，體例上較為突兀；更重要的是，因其規範於罰則章，因而難以針對非常規交易的民事責任加以規定。學者有建議應將證交法第 171 條第 1 項第 2 款及第 3 款移列至適當的章節，並就犯罪構成要件及民事責任做明確的規範，以減少適用爭議，並使受害投資人得依本法請求賠償¹。

目前實務上，關於非常規交易的民事責任，由於證交法欠缺明文，乃以行為人違反公司法第 23 條負責人的受任人義務（fiduciary duty）及回歸民法侵權行為之相關規定作為請求權基礎。是否構成非常規交易，多屬事實認定的個案問題，本文觀察非常規交易民事責任的法院實務見解，擬就下列兩個重要法律問題進行研究與分析：第一、經營判斷法則（business judgment rule）於非常規交易案件中的適用；第二、非常規交易中民事損害賠償之認定與明文規範。以下分別論述之。

1. 賴英照，最新證券交易法解析，頁652，元照出版公司，2020年四版。

貳、經營判斷法則於非常規交易案件中的適用

一、經營判斷法則與整體公平標準

為鼓勵董事會勇於開創並承擔合理之商業風險，避免法院事後猜測 (second guessing) 董事會決議而予以違法之認定，英美法下發展出所謂的「經營判斷法則」(或稱商業判斷法則)，即除非原告股東可以證明被告董事之系爭行為：(一) 非屬經營決策，(二) 或於作成行為當時係處於「資訊不足」之狀況，(三) 或係基於「惡意」所作成，(四) 或參與作成決議之董事具有重大利益衝突之關係，(五) 或有濫用裁量權之情事，否則即使該經營決定是個錯誤，且其結果確實使公司遭到虧損，董事亦不會因此而負賠償責任。惟如果原告成功推翻了經營判斷法則，舉證責任將會轉換至被告董事這一方，由被告董事證明該交易對股東而言仍是公平的交易，董事會的行為將會被放在「整體公平」(entire fairness) 標準下由法院進行審查。「整體公平」要求董事證明該筆交易係公平交易過程 (fair-dealing) 和公平價格 (fair price) 下的產物²。

此外，在利益衝突之事項，美國德拉瓦州最高法院認為應受到司法審查密度最高的「整體公平」標準，以確定該交易之合法性³。承前所述，整體公平包括二個基本概念：公平交易與公平價格，且必須在二者均屬公平之情況下，該交易才可被認定為合法，而交易是否公平係一程序上或交易過程之審查，其中包括該交易作成之時點、該交易如何發動、交易架構、談判過程、對董事揭露之程度、董事批准該交易之程序及取得股東批准之過程等；而價格是否公平則涉及經濟上及財務上之對價合理性，應考慮包括資產價值、市場價值、營收能力、未來預估及其他可能影響公司股票價值之所有因素⁴。

2. 劉連煜，現代公司法，頁143，新學林，2020年15版。

3. Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701 (Del. 1983).

4. Weinberger v. UOP, Inc., id. at 711.; 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64-65。

二、 經營判斷法則適用於非常規交易之法院見解

在非常規交易的刑事和民事案件中，被告董事常以該筆交易的經營決策，應受經營判斷法則的保護作為抗辯理由。

例如，在刑事案件方面，最高法院 105 年度台上字第 2206 號刑事判決：「於具體刑事案件中，被告亦有援引上開原則為辯者，倘公司經營者對於交易行為已盡善良管理人之注意義務，符合商業判斷原則，於民事事件已不負損害賠償責任，基於刑法補充性原則及法秩序一致性之要求，應認與『違背職務行為』之構成要件尚屬有間。」即最高法院肯認刑事案件有商業判斷法則之適用，若被告所為之經營判斷受商業判斷法則保護時，被告行為即不會被評價為「違背職務行為」。

高等法院在金尚昌案⁵，則對經營判斷法則於非常規交易之適用，有更詳盡的分析：「證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪及同項第 3 款特殊背信侵佔掏空公司資產罪之刑罰規範，無非係公司負責人違反公司法增訂第 23 條第 1 項所定違反注意義務而不受經營判斷法則保護或違反忠實義務所為業務執行之刑罰具體實現之一，以免董事對公司所負責任之規定落空，故其構成要件之內涵，應與公司法增訂第 23 條第 1 項所定注意義務與忠實義務規定相呼應。」、「故如符合上開要件，縱使公司董事或經理人或從業人員之決策日後造成公司受有損害，然只要其於決策當時，與交易相對人無利害關係、於決策過程中已盡注意義務參酌相關資訊並基於善意做出商業決策，自應受商業判斷法則之保護，法院不應、也不宜以事後諸葛的態度，假想當初可能存在其他最佳的決策方式，

5. 台灣高等法院103年金上重訴字第29號刑事判決。

據認決策者有損害公司或圖利自己或圖利第三人之意圖或據指行為人有違背其忠誠義務的行為。」法院並進一步分析「當經營判斷法則遭推翻後，法院即進入交易實質公平性之審查，由被告董事就交易對公司而言係屬公平加以舉證。進入實質公平性的檢驗，民事上並不代表系爭交易必然遭到撤銷或董事必須就公司的損害負起責任，刑事上亦非可認定違法。經由董事就其交易之公平性、合理性舉證，並不排除法院判決董事會之決策係屬公平、合理。」本案中，法院不僅認為經營判斷法則適用於刑事非常規交易案件，於被告因為具有利益衝突而被推翻商業判斷法則之推定時，亦採取與美國法之「整體公平」極為類似的標準，進一步檢視系爭交易是否交易公平與價格公平⁶。

在非常規交易之民事判決方面，高等法院在勤美案⁷中表示：「為促進企業積極進取之商業行為，應容許公司在經營上或多或少之冒險，司法應尊重公司經營專業判斷，以緩和企業決策上之錯誤或嚴格之法律責任追究，並降低法律對企業經營之負面牽制，此即為美國法上所稱「商業判斷法則」(business judgment rule)，故當公司董事已被加諸受任人義務，則董事在資訊充足且堅信所為決定係為股東最佳利益時，則全體股東即必須共同承擔該風險，而不得以事後判斷來推翻董事會之決定…而承認所謂經營判斷法則，將可鼓勵董事等經營者從事可能伴隨風險但重大潛在獲利之投資計畫。此外，司法對於商業經營行為之知識經驗亦顯然不如董事及專業經理人豐富，故司法對於商業決定應給予『尊重』，因此減少司法介入，自有必要。」該案法院進而檢視系爭交易的價格與必要性，認定並未構成不合營業常規交易。

6. 本案之詳細討論，請參見劉連煜，董事責任與經營判斷法則的運用—從我國司法判決看經營判斷法則的發展，財金法學研究，第3卷第1期，2020年3月，頁21-27。

7. 台灣高等法院台南分院104年重上字第1號民事判決。

高等法院在中化案⁸亦表示：「惟商業判斷原則之適用須符合：該案涉及商業決策、對於該交易不具個人利害關係、已盡到合理注意義務、基於誠實善意、無濫用裁量權等，且董事及經理人之決策如有詐欺、不法、權限外行為及浪費之情形，商業判斷原則亦不加以保護。本件被告係為個人補償林鴻聯之損失而為之交易，乃具有個人利害關係而不具獨立性，逕自讓林鴻聯從中賺取價差，且於系爭評估意見書不實記載向沈麗娟購買，草率估算股價，顯未盡善良管理人注意義務，又於董事會決議前即完成系爭交易，違反系爭處理程序，顯然逾越權限，即無商業判斷原則之適用，被告是項抗辯，殊無足採。」

又如，新北地方法院在聯福生案⁹中亦認為：「足認聯福生公司對於…『供貨合同採購契約書』，形式上雖係聯福生公司與 G 公司、W 公司為契約之當事人，實質上均由被告沈秀美一人身兼原屬相互對立之買賣雙方，訂約手續及契約條款均為被告沈秀美之個人意志，欠缺買賣雙方各自基於供需條件、市場機制、利潤多寡等考量進行磋商洽談之過程，其目的係將聯福生公司所取得之訂單，交由其個人設立而與聯福生公司盈虧無關之二家大陸公司製造，客觀上與商業市場買賣交易之常規態樣已無一相合，顯非符合交易常規所為之商業判斷。」

三、 本文思考與建議

從前述判決的整理可知，我國法院實務不論刑事或民事判決，對於經營判斷法則已有一定程度的接受；甚至在刑事責任的判斷上，法院實務發展出被告欲援用經營判斷法則之抗辯，基本上自己應協力證明相關有利的要件存在¹⁰（如前述金尚昌案）之我國「特殊版本」經營判斷法則。

8. 台灣高等法院106年金訴字第19號民事判決。

9. 台灣新北地方法院105年金字第4號民事判決。

10. 劉連煜，同註6，頁33-34。

實務上，非常規交易常發生在公司與其關係人或關係企業之間的交易，通常並使用大量人頭¹¹，但我國證交法第 171 條第 1 項第 2 款關於非常規交易的規範，並未僅限於關係人交易或自我交易的情形，則於非常規交易涉及關係人交易與未涉及關係人交易時，兩者在「不合營業常規」之舉證責任與法院判斷要件上，是否應有不同的標準？為避免牽涉龐大與複雜的刑事案件舉證責任問題，本文以下僅就非常規交易之民事責任為探討。

從董事受任人義務之角度思考，倘公司與不具有利害關係的第三人進行交易，屬於公司業務執行之商業決策，董事會決議受到注意義務 (duty of care) 的檢視；而公司之關係人交易或自我交易，則涉及以利益衝突為規範核心的忠實義務 (duty of loyalty) 較高檢驗標準。

一般而言，董事的利益衝突多發生於下列三種情況¹²：第一、兩間公司的董事會成員互相重疊，因一位董事同時任職於兩間公司的董事會，則於這兩間公司相互交易時，就會有利益衝突的情形發生；第二、自我交易，即董事涉及與自己公司交易；第三、董事從交易中獲取個人利益，且股東並未同樣平等地獲取這份利益。例如，若交易順利完成，董事將獲得作為中間人的佣金¹³。

在美國之公司法制，僅對關係人交易或自我交易訂有特別規範，例如德拉瓦州公司法 (Delaware General Corporation Law) 第 144 條設有安全港之程序性規定。該條規定董事或關係人自我交易應符合下述三種條件之一：一、在該交易重要事實，以及董事或關係人之利害關係已充分揭露並說明的情況下，經由董事會

11. 賴英照，同註1，頁656。

12. Mary A. Jacobson, Interested Director Transactions and the (Equivocal) Effects of Shareholder Ratification, 21 DEL. J. CORP. L. 981 (1996).

13. Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 362 (Del. 1993).

或委員會多數無利害關係董事 (majority of disinterested directors) 善意地 (in good faith) 授權該交易；二、在該交易重要事實，以及董事或關係人之利害關係已充分揭露並說明的情況下，經由股東會同意該交易；三、該交易在被董事會、委員會或股東會授權、同意或認可時，對公司係公平的¹⁴。所謂公平，包括公平交易與公平價格。依據法院實務見解，在符合前述第一、二項程序性規定情況下，法院係依「經營判斷法則」審查，舉證責任轉換至原告，由原告負擔證明該交易係不公平性的，但被告於主張舉證責任轉換時，須先由被告證明該交易已由非利害關係機關同意、已充分揭露且係經雙方對等下之談判¹⁵；而就未符合第一、二項程序性規定之交易，法院則以「整體公平」標準進行審查，而由被告董事負擔舉證責任證明該交易係公平的¹⁶。換言之，在德拉瓦州，要讓法院支持董事涉及之關係人交易，其關鍵在於某些中立決策機構的批准，所謂的中立決策機構通常由多數或全由無利害關係且獨立之董事所組成¹⁷。

從前述我國法院判決觀之：在金尚昌案中，法院認定「被告林○明以金尚昌所有系爭水仙段土地以物抵債（償）與○揚公司之交易顯然含有利害衝突性質…即不受經營判斷法則之保護，而必須檢驗本件系爭以物抵債（償）之財產交易過程或交易價格是否符合公平原則且具有合理性。」即認為涉及關係人之非常規交易，應以類似「整體公平」標準檢驗之；另在涉及（實質）利害關係人之非常規交易的中化案與聯福生案，法院則正確地拒絕適用經營判斷法則；而在勤美案，法院就勤美公司與齊林公司（被認定與勤美公司無利害關係）間之交易，則肯定有經營判斷法則的適用。

14. Del. Gen. Corp. Law § 144.

15. Fiegler v. Lawrence, 361 A. 2d 218 (Del. 1976).

16. Weinberger v. UOP, Inc., 457 A 2d 701 (Del. 1983). 模範商業公司法(Model Business Corporation Act)第8.60條至第8.63條亦有類似之規定。

17. 關於德拉瓦州關係人交易的安全港機制或淨化設計，涉及如何認定中立機構係無利害關係且獨立的認定，詳細討論，請參見「Randy Holland在台公司法演講集」，第九章「德拉瓦州司法觀點下之關係人交易」，頁147以下，林建中編輯翻譯，社團法人公司治理協會出版，108年10月。

是以，我國現行公司法與證交法對於關係人交易的民事責任判斷，雖然並無如德拉瓦州公司法此種安全港的明文設計，或於董事注意義務與忠實義務之審查正式引進經營判斷法則或整體公平標準，但在若干實務案件的操作上，似已將非常規交易區分為是否涉及利害關係人而異其審查標準：若涉及利害關係人之非常規交易，則明確拒絕適用經營判斷法則，而進一步檢視交易程序與交易價格等；若未涉及利害關係人之非常規交易，倘被告提出經營判斷法則之抗辯，似較為法院所接受。

築基於此，為使非常規交易或不合營業常規交易民事責任之法院審查標準較為明確，並使公司經營者於決策時瞭解如何善盡其受任人義務與承擔合理之商業風險，本文建議於非常規交易的民事責任判斷上，應採取「雙階測試」：法院第一階段應判斷該非常規交易是否屬於關係人交易（包括形式上和實質上關係人之判斷），倘認定非屬關係人之非常規交易，則以經營判斷法則檢視之；若認定屬關係人之非常規交易，則以較高標準的整體公平標準進行實質審查。

參、非常規交易中民事損害賠償之認定與明文規範

一、非常規交易民事損害賠償之法院見解

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。」從事非常規交易的公司負責人，因違反其受任人義務，對公司造成之損害，必須負擔損害賠償責任；另侵權行為之請求亦以造成損害為要件。換言之，非常規交易民事責任存在之前提，是公司必須因此受有損害。

最高法院 106 台上第 512 號民事判決（飛寶案）明確表示「惟損害賠償，旨在回復或填補被害人所受損害，此觀民法第二百十三條第一項規定即明。基於『有損害斯有賠償』之原理，仍應以請求人實際受有損害，始得請求損害賠償。苟公司因其董事、監察人之不合營業常規之行為所受之損害，已自該行為相對人處獲得填補時，即應將該項得以填補之財產權扣除，以計算其實際是否尚受有損害，俾判斷其與行為人間有無損害賠償之債存在。本件原審…合法認定被上訴人就簽訂及執行系爭買賣契約、專賣權契約、委託製造契約之不合營業常規交易行為，致飛寶公司分別支付履約保證金一千五百萬元、訂金二千二百五十六萬元，共三千七百五十六萬元予宏勃公司；支付權利金二千五百萬元、簽約金四千七百萬元，共七千二百萬元予世錚公司。各該契約均已解除，宏勃公司就其所受領之上開款項業於九十五年九月八日、同年十一月十五日分別匯款三千萬元、七百五十六萬元，共計三千七百五十六萬元予飛寶公司；世錚公司就其所受領之上開款項，亦於九十六年一月至六月間先後匯款共四千八百萬元予飛寶公司，另依系爭技轉契約、解除系爭專賣權契約協議書之約定，以飛寶公司應給付世錚公司之第一期權利金二千四百萬元扣抵世錚公司因解除系爭專賣權契約而應退還飛寶公司之二千四百萬元，則飛寶公司已未受有損害。而以上述理由為上訴人不利之判決，經核於法並無違誤。」

在勤美案，高等法院¹⁸亦認為「勤美公司於 95 年 9 月 5 日向齊林公司買賣大廣三大樓及不良債權時，當時勤美公司分別委託冠昱不動產估價師事務所（下簡稱冠昱不動產）及中華徵信不動產估價師聯合事務所（下簡稱中華徵信）就大廣三大樓市值為鑑定…勤美公司嗣後於 102 年 9 月間以 48.96 億元將大廣三大樓出售予南山人壽…與當初購得價格相比，獲利將近 27 億 646 萬 6 千元。揆諸首揭說明，民事訴訟起訴請求實體訴訟標的之法律關係是否存在以及損害範圍應係以最後事實審言詞辯論終結前之事實狀況及範圍為認定之標準。本件勤美公司

雖以 17 億元購得大廣三大樓，惟於最後事實審言詞辯論終結前以 48 億 9,604 萬元出售，獲利將近 27 億 646 萬 6 千元，並無損害。依此，上訴人主張被上訴人由齊林公司先行向統一安聯購買大廣三大樓及不良債權後，再向齊林公司購買之行為造成勤美公司損害云云，並不可採。」

換言之，就非常規交易之民事責任，倘被告行為當時確實構成非常規交易而對公司造成損害，倘被告事後陸續還款、或資產以更高價賣出等，最後就結果而言，公司並未受有損害，被告因此無須負擔損害賠償責任。此一「事後」觀點，從「有損害斯有賠償」之原則思考，言之成理。然而，論其實際，於非常規交易作成時，公司即受有損害，例如公司在未取得任何擔保的情況下將資金貸與關係人，即承受未來關係人可能無法順利還款的商業風險，可否因日後該關係人順利還款而謂公司無損害？更有甚者，公司董事因該關係人交易收受回扣，即使日後關係人順利還款，董事收受的回扣並非公司所受的損害，無法請求賠償，而產生該董事得以保留回扣利益之不當結果¹⁹？又公司日後以高於買入價格將資產賣出，是否即謂公司未受有損害？倘公司當初以不合理高價買入，雖以更高價賣出，「少賺」是否屬於公司的損害？

18. 台灣高等法院台南分院104年重上字第1號民事判決。

19. 例如，永豐餘集團總裁、前永豐金董事長何壽川四億元交保後，金融市場隨即傳出消息「上海一七八八國際中心大樓」賣了，成交價二八六億元新台幣，買家正是與何家交情深厚的頂新魏家；八月二十九日，永豐金發布重訊，年底前可望收回J&R公司一億三千萬美元的債權，永豐金總經理陳嘉賢還說：「估計不會有財務損失」。「沒有損失，沒有犯罪」是何壽川律師團訴訟攻防主旋律，永豐金宣稱三寶債權即將清償、急售一七八八大樓等動作頻頻，隱然與律師團遙相呼應，然而還錢就能了事嗎？恐怕沒那麼容易。根據檢調掌握的證據顯示，何壽川不但拿貸款回扣，連從永豐餘投控、元太科技挪用的款項也全數轉成他在一七八八的投資持分，以至於只出資八百萬美元的何壽川，卻享有三千七百萬美元的「福利」，分潤比從四%暴增為十二·六五%，如同是「經濟艙的票價，頭等艙的待遇。」相關報導，請參見今周刊，<https://www.businesstoday.com.tw/article/category/80392/post/201709070020/%E4%B8%80%E4%B8%83%E5%85%AB%E5%85%AB%E6%A1%88%E8%B8%A9%E5%85%A9%E5%A4%A7%E9%9B%B7%20%20%E4%BD%95%E5%A3%BD%E5%B7%9D%E6%A0%BD%E5-AE%9A%E4%BA%86%EF%BC%9F>，最後瀏覽日：2021年6月5日。

就非常規交易的損害認定，若干相關刑事判決上，則呈現不同見解。高等法院於赤坎案²⁰表示：「本件交易形式上固有交易之外觀與行為，然實質上使公司蒙受重大損失，益見此項交易之發生及交易之內容，欠缺正當性、合理性，明顯脫逸一般以營利為目的之公司於正常交易狀態下被期待應有或被容許之作為。再本罪所稱之公司重大損害，通常雖指金錢等財物損失，且以損失金額與公司規模等衡量損失是否重大，然法無明文限於金錢等有形之財物損失，如對公司之商業信譽、營運、智慧財產等造成重大傷害者，雖未能證明其具體金額，仍應屬對公司之損害」（最高法院 99 年度台上字第 6731 號判決要旨參照），準此，縱然退萬步而言認宏勃公司事後返還 3756 萬元之履約保證金予赤坎公司，但被告江恆光、張進坐、林雍荏以前揭不合營業常規交易，而將鉅額之資金挪來移去，業已造成赤坎公司商業信譽、營運狀況、投資大眾之信賴等重大損害至明，因此，被告江恆光、張進坐、林雍荏等人辯稱：赤坎公司毫無損害云云，要屬圖卸刑責之詞，並無可採。」即認為事後返還資金並不減免被告從事非常規交易的刑事責任，就損害之認定，採取「行為時」判斷；並認無體財產之商業信譽等之損害，雖未能證明其具體金額，亦屬之。

高等法院於金豐案²¹表示：「惟按證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之違背常規交易罪，所稱之『公司重大損害』，通常雖指金錢等財物損失，且以損失金額與公司規模等衡量損失是否重大，然法無明文限於金錢等有形之財物損失，如對公司之商業信譽、營運、智慧財產等造成重大傷害者，雖未能證明其具體金額，仍應屬對公司之損害（最高法院 98 年度台上字第 6782 號、99 年度台上字第 6731 號判決要旨參照）。申言之，倘行為人以交易之外觀隱藏資金輸送之目的，

20. 台灣高等法院102年金上重更(一)字第13號刑事判決。

21. 台灣高院台中分院104年金上訴字第1107號刑事判決。

實際上係攫取公司資金以供其個人財務周轉之用，俟東窗事發，均得將事後少部分之履約行為，逕予曲解為給付遲延之托詞，以圖虛實混淆犯罪原貌，甚且最終循民事解除契約之模式，返還先前之不法所得，即可謂公司「未」受有「實際」之重大損害，豈非使上開證券交易法之規定形同具文，亦係違背該罪係為保護廣大投資人及證券交易市場穩定而設之立法意旨。」亦採相同的見解²²。

綜上，非常規交易的民、刑事判決對於損害之認定具有時間差，刑事判決多採「行為時」觀點，而民事判決則採「事後」之結果觀點。就此問題，倘我國就非常規交易的民事損害賠償訂有明文，或許可以解決民事責任損害認定的爭議。

二、美國與英國非常規交易民事責任之規範

在美國德拉瓦州，普通法下所有的關係人交易，其本身都是可被撤銷的 (voidable)²³。作為整體德拉瓦州普通公司法的一部分，德拉瓦州公司法第 144 條立法目的在於，若這些交易有符合安全港保護規定時，得消除普通法中「本身得被撤銷」的效果。在此必須強調的是，德拉瓦州公司法第 144 條並非肯認關係人交易是有效的，該規定只是要避免這些交易，僅單純地因為涉及任何一位董事或高階經理人的利益，而被撤銷。但這類交易是否因其他原因而無效或甚至負有法律責任，這些共通的問題，則待德拉瓦州法院決定²⁴。

22. 惟刑事判決亦有不同的見解，如「詹庚辛擔任同開科技公司董事長，意圖為開立公司之不法利益，未依同開科技公司之標準採購程序，逕與開立公司簽訂採購合約，而為違背職務之行為，以詹德仁名義匯出工程履約保證金1億9千萬元予開立公司，惟因同開科技公司內部經理人員抗議，開立公司已連同借款利息返還同開科技公司，因而同開科技公司並未遭受損害，依上開說明，詹庚辛尚難論以修正後證券交易法第171條第1項第3款之背信罪。原判決因此認詹庚辛此部分，應論以刑法第342條第2項、第1項之背信未遂罪，於法並無不合。(最高法院104台上1748號刑事判決)

23. See *Marciano v. Nakash*, 535 A.2d 400, 403-04 (Del. 1987). (比較普通法與那些在德拉瓦州普通公司法第144條頒布前所決定的判例法。)

24. Randy Holland, 同註17, 頁146-147。

英國公司法 (Companies Act 2006) 就關係人交易，則有非常詳盡的規範。該法第 177 條規定董事的揭露義務：「如公司董事以任何方式直接或間接與公司擬從事的交易或安排具有利害關係，其必須對其他董事揭露該利害關係的本質與範圍。」另外，就關係人交易，英國公司法區分成不同類型，包括董事服務契約、重大資產交易 (substantial property transaction)、借貸、準借貸 (quasi-loan) 與信用交易等²⁵，茲僅就比較重要的重大資產交易為說明。

英國公司法第 190 條規定，公司或控制公司之董事，或與該董事具有連結之人 (connected with such a director) 直接或間接從公司收購或擬收購重大非現金資產 (substantial non-cash asset)；或公司直接或間接從該董事或與該董事有連結之人收購或擬收購重大非現金資產，必須經公司股東會決議通過²⁶。

同法第 195 條對於違反英國公司法第 190 條之情形，明文規定相關民事責任，即違反英國公司法第 190 條規定而未經公司股東會決議通過之董事重大資產交易，公司得撤銷 (voidable) 該交易，但就公司行使撤銷權設有三個例外情形：(a) 該交易之金錢或其他資產的回復原狀係不可能的，或 (b) 公司因此所受之損害已經被其他人填補，或 (c) 非交易當事人之第三人就該交易付出相當對價、未收到違反規定之實際通知，且基於善意取得之權利將因該交易被撤銷而受到影響。

25. 請參考英國公司法第188條至第214條之規範。<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>，最後瀏覽日：2021年6月12日。

26. 英國公司法第191條就何謂「重大非現金資產」設有定義性規範。

此外，英國公司法第 195 條第 (3)、(4) 項並就公司董事、控制公司董事、與公司或控制公司董事具有連結之人 (any person who is connected with a director of the company or of its holding company) 的損害賠償責任予以規定²⁷：不論該交易是否被撤銷，前述之人應 (a) 就其直接或間接從該交易取得之獲利 (gain) 歸還給公司，以及 (b) 就公司因該交易所受之損失或損害與其他應負責任之人負連帶損害賠償責任。此外，英國公司法在董事與公司為借貸、準借貸、信用交易等違反法律規定的情形，亦設有類似於英國公司法第 195 條的民事責任²⁸。

相較於我國證交法就非常規交易之規範包括關係人與非關係人之交易，從前述美國德拉瓦州與英國公司法的整理可知，其基本上僅就董事或與董事有連結之人的關係人交易進行規範，且均就違法之關係人交易賦予公司得撤銷的權利；另英國公司法就違法之董事與公司之重大資產交易、借貸、準借貸等交易行為，明確規定公司得享有利益歸入權和損害賠償請求權。

27. 英國公司法第195條第(4)項就關係人交易要負責任之人規範相當廣，甚至包括授權通過該非常規交易或安排的其他公司董事(any other director of the company who authorised the arrangement or any transaction entered into in pursuance of such an arrangement)；同時，由於其應負責任的主體規範較廣，英國公司法第195條第(5)、(6)、(7)項就民事責任訂有若干限制，例如授權通過該非常規交易的其他董事若能證明其就相關情形構成違法並不知情等，則無須負擔責任。Please see Article 195 (5)、(6)、(7) of the Companies Act 2006.

28. Please see Article 213 of the Companies Act 2006.

三、 本文思考與建議

首先，從美國德拉瓦州與英國之立法例可知，典型的非常規交易之民事救濟即為賦予公司撤銷該交易的權限²⁹。我國證交法第 174 條之 1 規定：「(第一項) 第一百七十一條第一項第二款、第三款或前條第一項第八款之已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人所為之無償行為，有害及公司之權利者，公司得聲請法院撤銷之。(第二項) 前項之公司董事、監察人、經理人或受僱人所為之有償行為，於行為時明知有損害於公司之權利，且受益人於受益時亦知其情事者，公司得聲請法院撤銷之。(第三項) 依前二項規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限。(第四項) 第一項之公司董事、監察人、經理人或受僱人與其配偶、直系親屬、同居親屬、家長或家屬間所為之處分其財產行為，均視為無償行為。(第五項) 第一項之公司董事、監察人、經理人或受僱人與前項以外之人所為之處分其財產行為，推定為無償行為。(第六項) 第一項及第二項之撤銷權，自公司知有撤銷原因時起，一年間不行使，或自行為時起經過十年而消滅。」

本條係在 2005 年新增，立法目的是「為避免犯罪行為人進行財產移轉行為，掩飾其犯罪所得，維護公司權益，並使犯罪人或相對人無法享受其犯罪所得或財產上利益」³⁰。倘公司得有效行使撤銷權，其法律行為視為自始無效(民法第 114 條)，可能發生回復原狀價金與給付標的互相返還，則基於公司法第 23 條第 1 項及民法侵權行為所請求之非常規交易民事損害賠償之訴訟中，將無需受限於公司最後是否「實際受有損害」，以及損害如何計算的問題。

29. 論其細節，美國德拉瓦州與英國公司法就關係人交易的公司撤銷權規範，仍有其差異。美國德拉瓦州之關係人交易若符合安全港之保護規定，則不得主張撤銷之；但英國公司法則無此種安全港條款之規範，除有例外情形，公司原則上可以撤銷系爭關係人交易。

30. 賴英照，撤銷權無法防止脫產，聯合報，2021年4月14日，<https://udn.com/news/story/121739/5386458>，最後瀏覽日：2021年6月12日。

然而，本條在實務運作上，恐無法達到立法期待的效果。本文分析其原因如下：第一，在無償行為方面，證交法第 174 條之 1 規定公司行使撤銷權的要件為「有害及公司之權利者」，即公司必須證明該無償行為係有害及公司權利始能行使撤銷權，如何證明「有害及公司權利」，則可能涉及複雜的交易內容、交易條件、交易價格等實質認定，有相當大的爭議空間；反觀前述英國法之規定，無償行為的撤銷並無任何限制，公司較容易行使撤銷權。

第二，在有償行為方面：證交法第 174 條之 1 規定公司行使撤銷權的要件包括：董事行為時明知有損害公司的權利，且受益人亦知其情事；相較於英國法之前述規定，就有償行為之撤銷僅須證明受益人非善意且已收到違反之通知，我國證交法則要求公司必須證明「董事行為時明知有損害公司的權利」，將增加公司行使撤銷權的難度，蓋董事是否「明知」有損害公司的權利，乃主觀要件之證明，誠非易事，必須仰賴其他客觀間接證據的證明。

我國民法第 244 條規定：「(第一項) 債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。(第二項) 債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。」或有認為，證交法第 174 條之 1 與民法第 244 條規定具有高度類似性，

民法關於無償行為與有償行為的撤銷權行使，均分別規定「有害及債權者」、「行為時明知有損害於債權人之權利者」之類似限制，則證交法第 174 條之 1 有關公司於非常規交易撤銷權之行使，為何得以排除該等限制規定？本文認為，證交法第 174 條之 1 所規範的行為人，主要為董事、監察人、經理人³¹，該等人為公司的負責人，對公司負有受任人義務，與民法債權人和債務人間並未具有受任人之信賴關係並不相同，故對董事等人所從事的非常規交易行為，應課以較高標準，而使公司較容易行使其撤銷權。此外，非常規交易常發生在公司與其關係人或關係企業之間，具有利益衝突的本質，與民法債權人和債務人間通常無利益衝突的情形並不相同，亦可合理化公司於非常規交易行使撤銷權的要件，應與民法第 244 條規範作不同的思考。

最後，也是最主要的障礙，即我國證交法規定有權行使撤銷權的人，是公司本身，但公司有何誘因行使撤銷權，特別是對自己的董事長、總經理或董監事³²？公司在大股東與董事之控制下，是否可以合理期待公司會行使撤銷權？而實務上非常規交易民事訴訟的原告多為證券投資人及期貨交易人保護中心（下稱「投保中心」）基於證券投資人及期貨交易人保護法（下稱「投保法」）第 10 條之 1 代表訴訟的規定，為公司對董事提起訴訟，惟投保法並未賦予投保中心得代位公司行使證交法第 174 條之 1 的撤銷權，在公司亦欠缺行使撤銷權的誘因下，第 174 條之 1 的規定，實難以發揮功能。

31. 受僱人因為欠缺對公司的控制力與影響力，其從事非常規交易與特別背信的情形應屬相當少見。

32. 同前註。

其次，就非常規交易中公司之損害賠償請求權與利益歸入權部分，現行實務操作上，公司得依公司法第 23 條第 1 項與第 3 項規定主張之。2012 年公司法修正增訂第 23 條第 3 項規定：「公司負責人對於違反第一項之規定，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。」引進公司負責人違反忠實義務歸入權之規定，特別是在公司無損害的情形，將不法利益歸入，有其意義³³。則於董事於非常規交易中收受回扣之情形，應得依該項規定將「該行為之所得視為公司之所得」，向董事請求返還所收受之利益（如回扣）。

惟公司法第 23 條第 3 項在公司行使歸入權的設計上有二大障礙：第一，必須經過「股東會決議」通過。對於公司董事長、董監事的非常規交易行為，公司是否有誘因在股東會中提案？又公司在大股東與董事控制下，是否可以合理期待公司會主動提案並決議通過？第二，利益歸入請求權的時效非常短。第 23 條第 3 項規定：「自所得產生後逾一年者」即不得主張之，此或許係參考公司法第 209 條第 5 項關於董事競業行為歸入權「自所得產生後逾一年者，不在此限」的規定。但相較於董事之競業行為，董事從事非常規交易，其犯罪行為具有隱密性與複雜性，發現與調查證據等皆有相當程度的困難，等到犯罪完成偵查起訴後，通常多已經係犯罪行為發生數年之後，早已經超過「所得產生後逾一年」之規定，而使該歸入權的行使成為具文。

33. 公司法第23條第3項之立法理由即謂：「現行公司法第23條『負責人忠實義務』之規定，係延續自英美法及日本商法『公司與董事間之委任關係』而來。公司法第209條第三項（現行法為第五項）亦有『股東歸入權』，以避免公司負責人動輒中飽私囊並逕為脫產。現行公司法第23條顯有增訂該規定之必要。」劉連煜，同註2，頁137。

從前述英國公司法的規定可知，於關係人交易而行使利益歸入權時，並無需經過股東會決議通過；我國證交法第 157 條短線交易歸入權之行使亦無須經股東會決議通過。本文建議於證交法中明確立法賦予公司於董事等從事非常規交易的損害賠償請求權及利益歸入權，並與公司法第 23 條第 3 項脫鉤，無需經過公司股東會決議，同時或許可以參考證交法第 21 條規定，就利益歸入權之請求權時效規定為「自公司知有得受賠償之原因時起二年間不行使而消滅；自所得產生後逾五年者亦同。」。

肆、結論

我國證交法對於非常規交易的民事責任未為規範，以致適用上產生若干問題。本文研究並分析非常規交易民事責任的兩個重要法律問題，參考美國德拉瓦州法規、實務見解與英國公司法的相關規定，提出建議如下：

第一、為明確非常規交易民事責任之法院審查標準，並使公司經營者於決策時瞭解如何善盡其受任人義務與承擔合理之商業風險，本文建議於非常規交易的民事責任判斷上，應採取「雙階測試」：法院第一階段應判斷該非常規交易是否屬於關係人交易（包括形式上和實質上關係人之判斷），倘認定非屬關係人之非常規交易，則以經營判斷法則檢視之；若認定屬關係人之非常規交易，則以較高標準的整體公平標準進行實質審查。

第二、修正證交法第 174 條之 1 非常規交易撤銷權行使的要件：(一) 符合證交法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易之無償行為，簡化公司行使撤銷權的要件，刪除「有害及公司之權利者」之規定；(二) 符合證交法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易之有償行為，簡化公司行使撤銷權之要件，刪除「於行為時明知有損害於公司之權利」之規定，僅要求受益人於受益時亦知其情事者，即公司可對惡意知情的受益人行使撤銷權。另外，為達到有效保障投資人之目的，避免證交法第 174 條之 1 撤銷權之規定成為具文，可以考慮修改投保法，賦予投保中心於非常規交易代位公司行使撤銷權的權利。

第三、於證交法明文增訂非常規交易之民事責任：參考英國法之規定，明文規定證交法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易之行為人應就其直接或間接從該交易取得之獲利歸還給公司，以及就公司因該交易所受之損失或損害與其他應負責任之人負連帶損害賠償責任。至於利益歸入權與損害賠償請求權的行使，則回歸證交法第 21 條的時效規定。此外，投保法就此部分亦必須作相對應的修正，賦予投保中心得代位公司行使新增的非常規交易利益歸入權及損害賠償請求權³⁴。

34. 倘不選擇於證交法明文增訂非常規交易的民事責任，另一個途徑是修改公司法第 23 條第 3 項關於歸入權行使的要件，刪除「經股東會決議」、以及調整「所得產生後逾一年」之規定，以使歸入權的行使能成為有效督促公司負責人善盡忠實義務的工具。

發表會綜合座談摘要¹

陳俊仁教授

非常規交易罪的犯罪構成要件並不是很明確，在這樣的不明確之下，可能就會產生許多適用上的疑慮。我們很多與會嘉賓是企業界的菁英，當他們在做決策的時候可能會覺得似乎沒有一個標準可以依循，常常擔心會跨過紅線。會產生這樣的情況的原因，實際上也是因為把非常規交易直接以特別刑法的方式訂在證交法的時候，未把它作適當的定位，未將「應加以處罰的不法非常規交易行為」與「應容許的合法非常規交易行為」加以區隔，這也是法律界應該要再一起集思廣益來思考的。

非常規交易罪規定在證交法第 171 條第 1 項第 2 款，而從犯罪構成要件來判斷非常規交易罪是否成立時，法條本身的要求，其實是要求我們著眼在一個斷面。要求我們去檢視掌握企業決策權之人，當他在做決策的時候，這個交易或商業行為有沒有使公司遭受不利益、且不合營業常規。然而，這是僅就這個行為本身來探究，實際上也應該要觀照到很多的企業在做商業決策的時候，其實是 give and take 的。今天如果單就一個企業的個別活動加以評斷，那我們當然很容易判斷這可能對公司造成不利益。但是，很多時候應該要拉長來看，因為這個活動或許是因為他想要在長遠中獲得更大的利益。所以單就一個個別的利益來判斷的話，我覺得可能就會失真。

剛剛兩位演講人都談到了經營判斷法則 BJR，今天就算不是 give and take，在實務上常常可能出現因為企業期待獲得一些利益，進而決定去犧牲自己的利益，但最後又沒有獲得什麼利益的情況。假設我們經營一個企業，而這個企業想要跟護國神山台積電成為交易夥伴，就我而言，如果我是經營者，就算虧錢我也願意做。但是，有可能虧錢和台積電做生意後，最終台積電還是沒有成為我們的交易夥伴，這時候我們公司不是白虧了嗎？可是，這個當時決定使公司遭受不利益

1. 本摘要謹供參考。

的交易行為，應該是要受到保護的。也就是說，今天我們不應該單獨以某一個或幾個商業行為到底有沒有造成公司損害、或者有沒有符合營業常規來判斷，這樣的話可能就會失真。所以，我們應該怎麼來判斷呢？我覺得，非常規交易是不是使公司遭受不利益、且不合營業常規，這個犯罪構成要件不應該是探究的終點，而是一個起點。當我們判定這個交易行為確實使公司遭受不利益、且不合營業常規，這時候應該給予做經營決策之人或者是被告舉證證明的機會，使他來舉證證明自己其實是沒有違反義務的。

我個人覺得，非常規交易不管是從判斷是否成立這個罪來著眼，或者是從剛剛兩位演講人用舉證責任的轉換、或者是 BJR 來看，實際上都應該殊途同歸而有同樣的解釋。也就是說，非常規交易罪本身，不應該用個別的、單獨的、或者是幾個交易來判斷。就法官而言，法官當然具備法律專業，但卻未必具有商業專業。再者，商業其實是複雜多變的，且不同行業別可能也有不同的考量。此時，法官應該要在判斷商業行為不符合營業常規且致公司遭受不利益交易的時候，將舉證責任轉換給被告，讓被告能夠證明他其實是善盡所負義務的，我覺得這才是符合非常規交易罪的判斷。

確切來說，如果談非常規交易，不應著眼在非常規交易罪、或是非常規交易本身，而應該去判斷這個交易是不是有正當的商業目的和商業理由，我覺得這樣可能會比較適當，也可以使我們的法律能夠更貼近商業活動的現實面。當然，對少數不當或違法的行為法律應該加以懲罰，但法律不應該過於嚴苛，我覺得要調和法律禁止處罰行為和正當商業活動之間的分野，不應該把一些看起來是使公司遭受不利益、不合營業常規，但實則具備商業理由的正當商業活動也禁止掉，這樣很可能會使法律與商業之間會有一些扞格之處。另一方面，我們不希望防弊功能、或者是說法律處罰或導正商人商業行為的功能失去，但是也不希望打擊面過廣，在這樣的前提下，我覺得對非常規交易罪建立正確的判斷，就非常的重要。

蔡朝安律師

現在的企業者在從事商業活動的時候，其實面臨很多的風險；證券交易法所謂的非常規交易本身，其實也構成企業者的風險。刑事不法責任是企業在從事決策與交易行為的紅線，可是非常規交易的法條特別之處在於這條紅線雖然存在但卻不曉得它應該畫在哪裡。這也是我們做這個判決研究最大的意義，讓這條紅線比較清晰，讓大家知道什麼時候是觸底。如果各位先進有機會看目前的司法判決，這樣子的期待充其量還只是一個理想，所以說，透過類型化的方式，把被認為是不符合交易規範的交易行為加以整理，我希望能夠讓經營者能夠有比較多的可預測性，以利經營者知道在做決策的時候哪些是容許的、哪些是不容許的。

企業者在從事經營活動的時候，主要面臨三個局限。第一個是時間上的有限，必須很快的做決策；其二是資源上的有限，資源並不是絕對充分；第三，他可能有資訊上的有限，他沒有辦法在一個完全理解狀態的情況下做決策。也就是說，他所做的決策，如果要嚴格以後見之明來看，可能沒有辦法說是一個完美決策，甚至可能是錯誤的決策。這就是為什麼剛剛兩位老師特別去提到商業判斷法則之所以必須要存在的理由。也就是說，不要讓企業者動輒得咎，也不要輕易的將一個理論上需要有高度判斷、實際上是非常情境式的決策，讓一個其實反而是不熟悉商業活動的法官來做 second guess。這都會對整個企業經營構成不適當的干預，事實上也無助於企業的經營與發展。

所以從這個角度來說，理論上這樣的法條應該是比較謙抑性的，也就是不隨意介入的立場。因此，從這樣的想法和思維出發，可能我們就要去想，什麼樣的情況之下應該被理解為不合營業常規。坦白講，如果是在一個市場經濟的脈絡當中，兩個當事人、甚或是兩個以上的當事人，當他們都是基於自身的逐利動機去成就交易的時候，其實法律是不合適去介入去判斷。換言之，只有在關係人交易的情況下，才進去做經營判斷；若是非關係人，則推定成是市場常規的行為。就如同剛剛陳老師所說，它可能是拉到一個更長的時間軸去思考利益，這些東西都沒有辦法簡單的去認定對或不對。在這個情況下，我們來看待非常規交易就有意思了。

也就是說，雖然法條本身並沒有明白地說它是適用在關係人間的交易所，然後才會進入所謂非常規判斷，可是論其實際都是關係人交易的脈絡；即便在形式上沒有呈現出關係人，也都是實質關係人居多。因為，只有在關係人的情況下，它的風險與利益的分配本身才會不對勁，或者說，做這個交易所本身找不到合理性的道理與動機。因此，就會回歸到一個簡單的判斷：關係人交易所不一定不合常規，因為他本來是容許的；但是，不合常規的交易所通常是關係人交易所。

實務上，根本的癥結點在於如何發現實質關係人。關係人這件事情在整個證券交易所法的規範脈絡當中其實非常重要，不管是在揭露上包括如果是關係人，審查密度要變高、取處的規定會更嚴格等，揭露的部分之外還有迴避的問題。然而，如果不是關係人，基本上就回歸到市場經濟的狀況。所以我個人認為，不一定要透過刑事不法且是加重刑度的非常規交易所去處理這個狀況，與其說事後去做 second guess，是否有可能在事前針對揭露的要求做更好的設計，讓想要隱藏的實質關係人能夠浮上水面，進入所謂事前預防的可能性，而非在事後才去探究這個交易所實際上不合常規並為刑事訴追。

實際上，主管機關針對非常規交易所，在上市上櫃審查準則中已經有嘗試做類型化的整理，可是都還僅止於比較傳統的交易當中。然而，隨著交易所的日新月異，更多的非常規交易所並不是以土地買賣或實體商品的交易所為特徵，而已經是透過更複雜的擔保性交易所、甚至結構性商品、或透過無形資產的買賣等方式去處理。這樣的方式本身要去探究它的常規或非常規，難度已經更高了。

因此，如何能有更好的規範手段，例如透過揭露方式，或除了鑑價報告價格合理性意見之外，能夠再加上其他的制度基礎，可能是律師協助針對交易所條件本身出具法律意見等，能夠使非常規交易所本身要去防杜的領域能夠更加完善，我想這也會是大家共同再去努力的方向與目標。

江朝聖教授

我把焦點放在非常規交易的構成要件之解釋或認定上面。

第一點要提出的是「非常規交易」之構成要件如何認定。在我們的想像中，一定會有一個常規、正常的情況，與正常情況不同則構成「非常規」。但是，在解釋「非常規交易」，不應該拿教科書或模範合約來做比較，否則評價上會有失真或與現實脫節的情形。舉例來說，假設一件買賣契約標的一百萬美金即約三千萬台幣，但雙方未簽訂書面契約，判決書裡可能會認為這是一個數額不少的交易，雙方應該要慎重其事，因而要簽訂正式的書面契約、或經過公司的法務人員或委請律師審閱合約，若未有書面契約，即是非常規交易。

在實務上，當你詢問當事人可否提供合約書時，常見當事人並未簽署書面契約，而只有下訂單 (purchase order)。因此，不能夠因為實務沒有一個白紙黑字的書面契約，就認定這是一個非常規交易。如果我們下了這樣的結論，其實我們是不了解實務運作的狀況，且期待實務上每一個人都是模範生。這樣以模範生來比較，進而認定是不是一件非常規交易，恐怕會有失真的情況。

第二點，一個交易是否為非常規交易，有時候不只看形式上的交易條件，可能還要去探究背後的交易行為目的。舉例來說，商店擺了很多特價的商品，這些特價商品之所以是「特價」，一定是因為它比市價還低。可否因為交易價格比市價低，就認定是非常規交易？恐怕也不盡然。就如同剛剛陳教授及蔡律師所提到的，某一個交易它可能是放眼在未來更多的交易或合作機會上。因此，這件商品或這個合約雖然買賣的價格比市價低，但或許長久來看對公司未必是不利益。因此，我們可能要用「手段與目的」評價一個交易是否為非常規交易。亦即，除了看手段（行為本身），如剛剛提到的價格與市價比較之外，還要去查看行為後面的目的為何，必須綜合考量手段與目的的關係，或許才能正確且適當地評價是否為非常規交易。

最後一點，簡單來說，當法院在看這些商業交易的時候，必須要排除事後諸葛的態度。其實「常規」在醫療訴訟、醫療糾紛裡面也常會提到，我用醫療來做類比或許更為傳神。假設一個急診室的醫師面對一位可能即將失去生命徵象的病人，那他要如何處置呢？我們必須以當時的情境來判斷，而不是以事後好整以暇坐在法庭上的心態檢視當時醫生的處置。商業交易也是一樣。如同蔡律師剛才所提，很多商業判斷都必須要在當下馬上做成決定，以做決定當下之情境檢視，與事後好整以暇去檢視整個交易的過程，我想在心態上會有相當大的不同。

楊岳平教授

我簡短分享自己在參與這次活動當中三個主要的觀察，包括一點感謝、一點心得以及一點評論。

第一點是感謝。這次活動最大的意義之一在於選評出優秀的判決內容，這個工作內容對我來說很具特別性。作為學者，我們與判決的交往大部分都是處於比較批判性的過程，針對判決內容有待加強的部分提出意見。然而這次的活動則是要正面肯定判決，讓我們在這個過程當中，除了看到我們覺得不足的部分外，也同時去看到判決已經達到的高度，這對我而言是一個受益匪淺的過程，稍稍平衡了過去主要持批判立場的罪惡感。在這次的過程當中，透過肯定的視角也因此看到了更多不一樣的風景、看到國內判決已經完成的部分，我覺得這是第一個非常感謝的地方。

第二點是我自己的小小心得。我是 2017 年才回國任教，在這之前是在美國求學，在求學的過程中剛好也經歷到美國德拉瓦州最高法院針對關係人交易是否可有條件適用商業判斷法則的重大變革過程。約在 2014 到 2015 年，美國德拉瓦州最高法院開始稍微扭轉過去他們處理關係人交易的判決態度，開始有條件地肯認商業判斷法則也可以適用在關係人交易的場合。回國以後，我也有幸有機會參與一些相關判決評析，所以也感覺到國內與國外在這方面的討論存在的落差。

例如，剛剛很多先進分享到的：國外在討論 BJR 是針對民事判決，而我們現在想要把它用於刑事判決；國外可能是在處理 fiduciary duty 的訴訟，我們現在要把它拿到非常規交易這個國外並沒有特別存在的法律概念下；國外可能是英美法系訴訟體制，商業判斷法則的產生與整個訴訟體制有關，而臺灣沒有這方面的訴訟制度等。因此，我們在討論這些相關的判決時，每當想要引用美國法、英國法的這些概念，都會遇到一定的阻力。

在試圖將我自己學習到的美國經驗與臺灣的本土制度融合的過程中，我自己感受到最重要的心得就是：也許真正重要的，不是形式上把別人的東西搬進來，而是實質上把別人的精神搬進來。我在這次評釋相關判決的過程當中，也有深刻的感受。很多高等法院或地方法院的判決，雖然不見得明白肯認商業判斷法則並照著操作，但在審理的過程中有把商業判斷法則所想要強調的幾個精神，例如不要事後諸葛、不要過度介入商業決定等精神引入。我覺得這是一個非常正向的發展，也是我自己這次在評釋判決當中所秉持的標準。而在審查的過程當中，也看到許多判決已經慢慢導入了這個精神，我覺得這是非常值得肯定的一部分。

最後一點則是一個評論。我自己從過往的經驗以及這次的判決評析過程當中看到的一個重點是，「程序」非常的重要。在決定是不是一個不合常規交易時，這個交易本身經過了什麼樣的決策程序？這點我覺得不管是在美國法的經驗或臺灣的本土判決中，都是非常重要的事情。

美國在 2014 年針對關係人交易有一個非常重大的改變，他們認為，當大股東跟自己的公司在從事關係人交易的時候，如果能夠做到六點的程序，雖然表面上是一個關係人交易，仍然可以得到商業判斷法則的保護。這六點程序的重點是：

如果控制股東能夠放手讓無利害關係的董事以及無利害關係的股東去代替公司決策的話，大體上比較有機會能夠取得商業判斷法則的保護。美國的學者在評論這一系列判決時也強調一個重點，就是法院的判決並不是要強制規定死一套程序，而是希望引導企業家往這個程序走。如果大股東願意遵守法院給的這六點程序，可以大大地降低法律風險；如果不願意，也不代表違法，但是法律風險相對會提升。法院透過這樣的判決來引導企業經營者—如果你在乎你的法律風險，請採取比較嚴謹的程序。

我自己在評析國內的法院判決時，也隱約感受到這樣的精神。國內法院在審查有無不合常規交易時，蠻大的審查重點會擺在這樣的交易根據公司的內規或公司過去的慣例應該要經過什麼樣的程序；特別是如果這是一個關係人交易的時候，有沒有照著內規所定的程序進行，還是省略了一些程序。法院透過這樣的審查過程，其實也是在暗示企業經營者，如果你想要或覺得有必要做關係人交易，請至少按照程序來走。在這樣的背景下，另一個更隱晦的提示是，如果每一家公司能夠先制定好處理這類交易、特別是遇到關係人交易時應該要走的程序，未來也照著這些程序來走的話，法律風險理論上會大大降低。

其實不管是美國還是臺灣的法院，他不只是在規定或處罰，他其實是在引導企業經營者，希望企業經營者能夠在內部建立關係人交易應有的制度或程序。我覺得這是不論美國還是臺灣這一系列的非常規交易判決都想要傳達的一個訊息—程序的重要性。希望隨著我們這個活動的繼續進行，可以挖掘出更多這樣的判決，能夠更有系統地歸納出判決模式與思維邏輯，甚至建立起這樣的案例法。如此，我相信對於企業經營者來說，形式上會更有保障、風險更能夠獲得控制，且可以引導企業經營者往更良善的方式去處理需要做的交易包括關係人交易。

活動結語

從交易談非常規交易

鍾元珮律師

作為一個以訴訟律師出身、到現在以交易顧問為主業的律師，每個非常規交易判決背後的故事，對我來說都有一種熟悉的感覺。但我從這次非常規交易判決評選活動精選判決中所觀察到的第一個現象，就是判決中的交易看起來沒有一個是在事前諮詢過律師意見的。這在臺灣其實是很普遍的情況。不過礙於主題，本文沒有要深入探討這個現象的成因及影響，只在我交易顧問經驗的基礎上，談談我從這次非常規交易判決評選活動中得到的觀察。

非故意而因過失促成非常規交易之行為人是否有法律責任？

理論上，故意作成非常規交易之行為人，依證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款相關規定負擔刑事責任，並依公司法第 23 條第 1 項、民法第 184 條第 1 項規定負擔民事損害賠償責任。除了故意行為人外，非故意而因過失促成非常規交易之人是否應負擔民事損害賠償責任？我提出這個問題可能被法律界恥笑。公司法第 23 條第 1 項所定董事、經理人忠實義務或善良管理人注意義務的違反，以及民法第 184 條第 1 項前段所定侵權行為，都是過失責任。有趣的是，觀察違反證券交易法非常規交易案件與財報不實案件，相較於財報不實案件民、刑事被告有清晰的區別—刑事被告是被認為有參與作假的人、民事被告還包括沒有參與但沒有發現作假的人，非常規交易案件的民、刑事被告幾乎一致。我不禁推測，儘管本質同樣涉及公司法第 23 條所定董事、經理人的義務與責任，在財報不實，

因為有證券交易法第 20 條之 1 的特別規定，因此民事原告起訴時以及判決時，均必須主張、論述那些過失行為人究竟做錯什麼（包括是沒做什麼），所以對於董事如何盡義務的討論也就較多。在非常規交易，刑事被告與民事被告高度一致，推論是民事原告在起訴時，可能沒有將潛在過失行為人都找出來；這可能也是我們看到非常規交易民刑事判決內容高度雷同、而民事判決內容較少的原因之一。

利益衝突之有無，影響是否不利益且不合營業常規的判斷？

從刑事判決觀察，儘管非常規交易罪的構成要件並未如背信罪有不法得利意圖或不法損害意圖，至少從我們這次選出的判決來看，有相當多被法院認定行為人應負刑事責任的案子都是自我交易 (self-dealing)，也就是主導雙方交易的是同一人或同一群人，交易決策時有利害關係衝突的情況存在。主導交易的人是否在交易雙方都有利害關係、是否有利益衝突情境，若無法從形式上予以辨認，而涉及較複雜的事實認定，則在判斷交易是否「不利益且不合營業常規」時，基於對於有無利益衝突情境認定之不同，似乎可以各說各話、各自成理，並於最後得出迥異的結論。

從企業實務的角度來說，將法院在這些案件中認定所謂不利益、不合營業常規的交易決策程序或交易條件，如交易的評估是上層交辦、標的不是下層員工找來、沒有一手交錢一手交貨等等，放到沒有利害關係的情境來看，其實可能都是無關乎利益輸送而另有道理的常態。

舉例而言，上市櫃公司併購交易通常對交易雙方來說都是很重大事情，一則只有控制股東或董事、高階經理人才有誘因、權力去啟動，二則必須在秘密狀態下進行，消息走漏的影響不僅包括引發內線交易的可能性，有些還會影響員工、供應商、客戶繼續維持往來的意願，在涉及股票的交易更可能因為影響股票價格而導致交易破局，所以企業內部的評估流程事實上是自上向下交辦、而非由下往上提議的，不僅很常見，根本可以說是必然。另一種例子是在「供給產生需求」的情況，交易會發生是因為標的直接被送到了控制股東或董事、高階經理人的面前，引起了興趣，進而展開評估；如果不是這樣，企業一開始根本沒有打算從事那樣的交易。在這種情況，企業內部評估決策過程是自上向下交辦、而非由下往上提議，自然也是常態。從而可知，問題應該不是在於交易的評估由誰起頭。

跳到其他相關的程序問題來觀察。公司法第 206 條所定董事會議案討論及表決時之利益迴避、公司法第 223 條所定雙方代理禁止，還有由公司法第 206 條所衍生公開發行公司董事會議事辦法第 16 條、審計委員會及其他功能性委員會行使職權辦法中的對應條文，都在規範利益衝突情境下交易決策的作成。我國公司治理一直是用法規明文要求在一定情狀下的利益迴避，但許多外國公司法在程序上並不當然要求利益迴避，而更重視利益揭露，實質上就用受託人義務 (fiduciary duty) 規範，也就是不限制在「具體且直接」的利害關係、或「決議結果將使特定董事取得、喪失權利或負擔義務」的利害關係，才討論利益揭露或迴避的問題。我國法這樣硬性的規範方法，有時候反而容易導致問題失焦。例如在交易雙方公司董事一人或數人相同的情形，誰作為公司代表人在契約上簽章應該不是重點，重點應該是誰來決策。法院實務上有看到這個問題，不過，只要現行公司法第 223 條規定存在一天，就避免不了企業究竟要找哪一個監察人或

獨立董事代表簽章的無謂煩惱。大多數企業極度用心想要遵守上開程序性的法律，以避免被主管機關處罰，於是每每糾結於上開法條的解釋。這次非常規交易判決評選活動所選出的判決中，我們看到不只一個法院提出對於程序問題的看法：主導非常規交易的行為人不會因為有遵守表決迴避的程序，就不用負擔法律責任；決策程序即便未違反主管機關所定的標準作業規則，也未必不構成非常規交易。終究來說，是否合於程序規範，雖屬重要，但也莫要過於重程序而輕實質，而認為只要形式上沒有逾越規範就完全沒有疑慮。

至於交易條件對於公司有利與否的問題，得先從交易的本質談起。在臺灣學契約法，從民法第 153 條讀起，只談要約、承諾。在美國學契約法，不斷強調有“bargain-for exchange”才是契約，這樣的概念，更清楚地展現出契約是當事人間利益的交換。回到非常規交易來看，當我們談交易條件是否對一方有利，若只看單一契約條款，一定是一方的權利對應另一方的義務，但我們應該不會認為這樣就是對後者不利，我們知道必須看拿什麼換什麼。從契約條款觀察，可以看到呈現在契約裡面的利益交換。但是拿什麼換什麼，可能不是單純的交易條件磋商問題，而是若不接受對方條件自身就沒有其他機會，也就是存在當事人地位不對等而形成顯著的議價能力 (bargaining power) 差異。這種情況，除非已經形成一個市場地位強大的企業與其交易對手的交易常規，否則可能不容易呈現在外。甚至又或許也不是那樣顯著的地位不對等，而是相對的有一方主觀上更需要交易，不願意交易破局，以至於在對方稍微堅持的情況下，即接受了類似沒有一手交錢一手交貨的交易條件。這在臺灣企業文化頗為常見。在當事人雙方間沒有關聯的情境，即便與類似交易的交易條件相較更往一方傾斜，我們大概都會肯認那是雙方議價的結果，不至於認為係「不利益之交易且不合營業常規」。

沒有明顯利益輸送、但嚴重不合常理的違反受託人義務，該當何罪？

非常規交易行為之構成，並不限於利益衝突情境，也就是說，非常規交易行為不必然涉及利益輸送；構成要件中行為人對交易之一方當事人有職務上的義務，並不當然指向存在利益衝突情事，充其量僅係利益衝突的半部。然而，我們看到法院在認定被告是行為人，並涵攝該款明文的構成要件一行為人須有交易當事人一方之公開發行公司董事、經理人或受僱人等身分一的時候，不見得明指、但時常暗示、或至少提出有關主導交易的行為人在交易雙方都有利害關係、而有利益衝突問題的事實。這似乎反映了法院游移於非常規交易罪、背信罪之間。背信罪有不法得利或至少不法損害意圖的構成要件，排除了不具利益衝突的情境，而非常規交易之主觀構成要件並無故意以外的意圖，兩罪構成要件之差異，存在沒有明顯利益輸送、但嚴重不合常理的違反受託人義務情形。在主導交易的人並非對交易雙方都有利害關係，也就是沒有利益衝突的情境，交易是否對公司有利，究竟應以主導交易的人主觀判斷抑或客觀判斷？雖然不具背信罪的不法得利意圖，但恐將深陷遭認具有非常規交易罪故意之困境。這對通常是經營商業背景、習於以風險換報酬、較願意接受不確定風險的非常規交易被告來說，恐怕不是法律問題，而在很多時候是如何讓對於風險看待通常較為保守的公務機關背景檢察官、法官理解自己如何判斷有利公司與否的問題。

交易所致重大損害的認定--全不該做還是不該沒做好？

有些法院認為非常規交易本質上出於背信行為，進一步根本性地否定交易應該發生，所以不以交易條件調整的方法來認定損害，公司所獲得對待給付之公平價值亦不予減除，與民事損害賠償額計算不同。這種見解認為非常規交易使公司所受損害為風險性的財產損害，犯罪行為的損害結果在使公司交易時即已發生，故犯罪行為即既遂。其優點在於一方面不調整交易條件，避免法院自作交易條件有利與否的判斷；但在認定非常規交易行為本質上為背信行為的前提下，若論理一貫，必然要求不法得意圖的存在，也就是存在利益衝突的情境，係對非常規交易構成要件的解釋做出了有利於被告的限縮，是否符合立法目的？有些法院則在猶疑中，雖似隱約透露出非常規交易的認定受到利益衝突情境的影響，但未根本性地認定交易完全不應該發生。基於這種見解所認定的損害額理論上會小於前面那種見解所認定者；風險則是在交易標的係無形資產或股權的情形，儘管價值較難以衡量，法院容易在缺乏專業評價報告為基礎的情況下，大筆一揮，其結果是否仍然對被告有利，即屬未必。在這次非常規交易判決評選活動中，撇開利益衝突情境不談，我著實對某些法院在判決中彷彿化身為交易顧問，直接指出交易條件應該如何才是、利益應該如何分配才公平，感到些許不安。

結語

經由這次非常規交易判決評選活動的整理，企業經營者應該可以發現，判斷交易決策的法律風險，並非只是企業經營者自己認為是不是對公司有利、有沒有傷害公司的問題。尤其是在企業經營者對於交易雙方都有利害關係的情況，不能只看到形式上有利益衝突，是否需要在董事會、股東會迴避表決，或是如何符合公司法、證券交易法及其他各種公開發行公司法規所定程序性法律規範；更重要的是必須注意交易條件合理才是實質的合法，才能避免非常規交易的民、刑事責任。而如何才是合理的交易條件，雖有主觀的成分，但俗話說的善意不見得是法律上肯認的善意，每個人都很容易陷入自身的盲點，在無意中忽視第三人的角度。可是偏偏法律風險正是從法院這個第三人的角度來判斷的，對爭議風險忍受度更低的企業還需要從檢察官、行政主管機關甚至輿論的角度來看。即便在判斷是否構成主觀故意、過失要件的時候，法院也不是透過什麼儀器設備探視行為人行為時的大腦，而必須從客觀的證據資料、經驗法則，推論行為人行為時最可能是怎麼想的，更不是行為人自己說了算。所以，最後要提醒的是，雖然臺灣不見得如許多法治先進國家，將行為前是否諮詢律師意見作為判斷主觀上是否有故意、過失的重要基礎，但有經驗的交易顧問律師可以提供法律上的客觀角度，協助分析交易決策是否存在法律風險，並協助適當透過交易安排管理那樣的風險，企業在做成重大交易決策前，實不宜忽略律師在風險管理方面的功能。