

新修公司法－董事「認定」之重大變革（事實上董事及影子董事）暨董事忠實義務之具體化

■ 編目：公司法

| | | |
|------|---|--|
| 出處 | 月旦法學雜誌第 204 期，頁 129~141 | |
| 作者 | 曾宛如教授 | |
| 關鍵詞 | 法律上董事、事實上董事、影子董事、忠實義務、關係企業 | |
| 摘要 | 101 年 1 月公司法再次修正，引進事實上董事及影子董事之概念，並於公司法第 23 條及第 206 條明文規定董事忠實義務下之利益返還義務，以及充分資訊揭露義務。惟第 8 條新增之影子董事定義，似參考關係企業章實質控制力之定義，致解釋上需以有控制力為前提，且將與關係企業章部分規定有衝突之虞。最後本次修法新增資產發還股東之管道，亦為值得注意之議題。 | |
| 重點整理 | 董事之認定 | <p>1. 修法緣由 為杜絕下列兩種易生其應否負董事責任爭議之情形：</p> <p>(1) 不具董事身分（如其選任程序有瑕疵、無選任程序竟偽造股東會決議逕辦理登記、已依法當然解任等）仍以董事身分參與公司業務執行或對外宣稱為董事者；</p> <p>(2) 透過對傀儡董事之操控而實際影響公司業務執行者。</p> <p>2. 公司法第 8 條第 3 項之修正理由 行政院版本之立法理由：「按公司之董事依其顯現於外之身分不同，區分為董事、事實上董事及影子董事（shadow director）三種，所謂董事，指公司依法選出之董事；所謂事實上董事，指非董事而事實上有執行董事事務之外觀者，例如：公司之總裁；所謂影子董事，指非董事而經常指揮公司之董事，但未對外顯現其董事身分，並藉由指揮董事以遂行其執行公司業務之目的者，後二者統稱實質</p> |



| | | |
|--|---|--|
| <p style="text-align: center;">重點整理</p> | <p style="text-align: center;">董事 之認定</p> | <p>董事。鑑於現行公司法僅規範董事之責任，而對於事實上董事及影子董事之法律責任，則欠缺規範，爰於第 1 項明定實質董事之責任，俾落實公司治理。」而三讀通過之立法理由第六點則敘明董事的認定 不宜再依據形式上名稱，須使實際上行使董事職權，或對名義上董事下達指令者，均負公司負責人責任。</p> <p>3.董事之定義並未改變</p> <p>(1)「董事」仍是指法律上之董事，僅於責任歸屬上，擴及事實上董事及影子董事。此觀公司法第 8 條第 3 項「公開發行股票之公司之非董事」即可得知。</p> <p>(2)我國新法有待釐清之處：新法稱事實上董事及影子董事為「非董事」，然公司法第 8 條又使其與董事負同樣之民事、刑事及行政責任，此與直接將其定義為董事之實質差異為何？又就影子董事，絕對影響力是否為認定要件？其義務是否與法律上董事完全一樣，看似如此，然許多現實上無法適用於影子董事之法規（如董事登記、持股申報、設質致表決權受限等）是否應於立法時一併排除？仍有待釐清。</p> <p>4.影子董事與關係企業</p> <p>(1)依我國新法之定義，關係企業中之母公司極可能成為子公司之影子董事。因此將對公司法第 369 條之 4 及第 23 條之解釋適用造成問題，即公司法第 369 條之 4 容許為集團利益，可以暫且犧牲子公司之利益，但母公司必須於年度終了時「補償」，未補償將轉換為「賠償」責任。然如母公司解釋為影子董事時，理論上母公司無論有無依公司法第 369 條之 4 補償，於此情形皆已違反其對子公司之忠實義務，則自始至終都是「賠償」問題，且依修正後之公司法第 23 條尚有利益吐還等問題，對我國關係企業精神已構成嚴重威脅。</p> <p>(2)曾師指出就前開問題，基於公司法第 369 條之 4 立法精神，子公司之董事為相關交易決定時，應無庸迴避且不違反忠實義務，年度終了時母公司未依法補償，而子公司董事未要求母公司賠償時，始生子公司董事違反忠實義務之問題。此乃因若子公司董事於此情形必須迴避，其他非母公司所派董事在忠實義務之前提下，不應同意此類暫且犧牲子公司利益之交易，則何來之「補償」甚至日後「賠償」機制之存在必要。準此，子公司董</p> |
|--|---|--|



| | | |
|--|---|--|
| <p style="text-align: center;">重點整理</p> | <p style="text-align: center;">董事之認定</p> | <p>事忠實義務違反之時點遞延也是應然之解釋。然惟有期待司法機關未來考量新法及關係企業之規定，對影子董事之認定或忠實義務之存否作出兼容並蓄的解釋。另劉連煜老師認為在現行架構下，解釋上應認為公司法關係企業章係特別規定，仍應優先適用較妥。</p> <p>5.影子董事與政府 為避免政府主導之民生事業，因政府符合影子董事之定義，致往後政府因公共利益之考量而為價格干預時，政府必須負起違反忠實義務之責任。因此新法第 8 條第 3 項新增但書排除於此情形之適用。於行政院函請立法院審議時本項之立法理由即謂，公司在追求利潤最大化的同時，應負擔公司之社會責任，基於公益大於私益原則，爰明定政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益對政府指派之董事所為之指揮，不適用之。曾師認為其以公益超越謀求股東最大利益之訴求，是否得為一般公司董事可得援引，頗值觀察。</p> |
| | <p style="text-align: center;">董事忠實義務之具體化</p> | <p>1.曾師曾著文表示，此次修法前之我國公司法於忠實義務之規範上未盡完善，蓋忠實義務之內容尚應包含資訊之充分揭露，以及董事因此獲利應將所得利益返還公司，故曾師肯認此次公司法第 23 條及第 206 條之修正，已分別補足了前開不足。</p> <p>2.新法第 206 條之相關疑義 (1)說明時點是否限於當次董事會？說明義務是否僅及於「出席」之董事？ 本次修正之立法精神在於強調資訊揭露，所謂「當次」應是指當次董事會決議時應有充分資訊，無論該有利害關係董事是否出席，其說明義務不因此而有所不同，且說明方法書面或言語皆無不可。</p> |
| <p style="text-align: center;">重點整理</p> | <p style="text-align: center;">董事忠實義務之具體化</p> | <p>(2)違反之法律效果 第 206 條立法理由中載明「另董事會召集程序、決議內容違反法律者，應認為當然無效（最高法院 97 年度台上字第 925 號判決參照）。是以，董事違反修正條文 第二項所定之說明義務時，董事會決議因程序瑕疵而當然無效。又董事違反說明義務參與表決者，依修正條文第三項準用第一百七十八條規定，董事會決議因決議方法違法而失效。」曾師認為我國為此強烈效果之設計，與現代公司法之發展相違，是否有此必要值得深思。對此劉連煜老師亦表贊同，認為只要適用公司法第 23 條 第 1 項之規定，課違反者損害賠償責任即可。</p> <p>3.新法第 206 條增訂之結果，使資訊揭露及利益迴避之要件已臻明確，將自我交易之決策回歸董事會，且其立法理由亦已明定未揭露重大資訊之董事會決議應為無效，故原公司法第 223 條使監察人代表公司締約而避免利益衝突之設計，將不具意義。曾師認為應刪除第 223 條使公司法體系更趨完善。</p> |



| | | |
|--------------------|--|--|
| | <p>公司治理及其他股東會相關規定</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1.新法第 27 條禁止同一法人股東分別指派代表擔任董事、監察人，依法律不溯及既往與既得權保護，新法生效前已選任之董監事仍受舊法保護，惟一旦缺額而須補選時，即應依新法為斷。 2.針對公司法第 177 條之 1 但書之修正，金管會已公告公司規模達資本額一百億元以上及股東人數同時達一萬人以上之上市（櫃）公司召開股東會時，應採電子投票；對 2012 年股東會有董監改選且採候選人提名制之公司有緩衝期，可自下次董事會起採用電子投票。寓有使公司採行候選人提名制之用意。同時應注意立法理由已謂違反本條項但書規定，屬公司法第 189 條撤銷股東會決議之事由之一。 3.第 181 條開放公開發行公司股東表決權之分割行使。蓋因名義上之股東因信託而持有時，其實質受益人多為複數，即有表達不同意見之可能，故應得分別行使其表決權。惟本次修正以公開發行公司為限，與外國法例有所出入。 |
| | <p>資產發還方式之改變</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1.公司法第 232 條刪除第 2 項但書並於第 241 條增訂現金分派之條件，使法定盈餘公積及資本公積之用途完全一樣，可用於彌補虧損、公積轉增資及現金分派。 |
| <p>重點整理</p> | <p>資產發還方式之改變</p> | <ol style="list-style-type: none"> 2.依修正後第 241 條，資本公積中因股份溢價發行所得溢額及受贈之所得，得全數以現金發還予股東；至於法定盈餘公積發放現金者，與舊法下之實際運作並無不同，以該公積超過實收資本額 25% 部分為限。因此發還非股息及紅利，故對象以股東為限，且就傳統資本三原則而言，屬某程度之退守，對債權人亦未必造成損害。 |
| <p>考題趨勢</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1.本篇雖為立法論，除可使考生藉此深思公司法許多重要制度（如董事之忠實義務、利益迴避等）之規範體系架構外，更間接點出許多公司法之重要考點。 2.此外，本次公司法之修正重點相當多，除本篇提及之條文外，另就公司法第 197 條之 1 第 2 項董監事設質逾 1/2 之表決權行使限制，經濟部已公告相關函釋說明其計算方式，與股東會決議之相關規定合併出題之可能性極高。 3.又於本次立法理由中多有實務見解之說明，例如：第 206 條之立法理由已明定董事會決議瑕疵之效力、第 199 條之 1 之立法理由提及對被提前解任之董事，以民法委任規定為其損害賠償之請求權基礎等，故提醒考生務必仔細研讀本次之修正條文對照表。 | |
| <p>延伸閱讀</p> | <ul style="list-style-type: none"> • 曾宛如(2002)，〈董事忠實義務之內涵及適用疑義－評析新修正公司法第二十三條第一項〉，《台灣本土法學雜誌》，第 38 期，頁 51-66。 <p>※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！</p> | |

