

實質董事之法律定位 與責任建構

林仁光*

要 目

- | | |
|-------------------------------------------|-------------------------|
| 壹、前 言 | 五、紐西蘭公司法對於事實上董事與影子董事之規範 |
| 貳、案例事實與裁判簡介 | 肆、實質董事之法律定位與範圍 |
| 一、修法前發生修法後審理之案例——以最高法院101年度台抗字第861號民事裁定為例 | 一、事實上董事為「董事」或「非董事」 |
| 二、修法後之案例 | 二、事實上董事之認定 |
| 參、實質董事之立法例 | 三、影子董事之認定 |
| 一、我國公司法第8條第3項 | 伍、實質董事之責任建構 |
| 二、英國公司法對事實上董事或影子董事之立法例 | 一、問題分析與修法建議 |
| 三、新加坡公司法對於事實上董事或影子董事之規範 | 二、修法前法院應如何適用 |
| 四、澳洲公司法對於事實上董事或影子董事之規範 | 陸、裁判評釋 |
| | 一、公司之侵權行為責任 |
| | 二、公司法第8條第3項之解讀 |
| | 三、實質董事之認定標準 |
| | 柒、結 論 |

關鍵字：實質董事、事實上董事、影子董事、實際負責人、職務負責人

投稿日期：109年04月07日；接受刊登日期：109年06月16日

* 國立臺灣大學法律學院教授，美國杜克大學法學博士。

壹、前言

股份有限公司之經營權，係由董事會與經理人所組成之經營團隊所掌控。理論上，法律或章程未保留給股東會決議之事項，均應由董事會決議行之，此於公司法第202條有明文規定。然而，在實際運作上，由於董事會無法經常開會，屬於董事會決議之事項，似乎也跟股東會一樣，取決於法律或章程是否有明文規定，如法律或章程無明文規定應經董事會決議，似乎也不一定排上董事會議程，最多也只是以報告案處理。法律有明訂應經董事會決議者，例如，經理人之委任與解任、公司發行新股及公司發行新股作為受讓他公司股份之對價¹。須經董事會或股東會討論之議案，通常都由內部董事及經理人所負責提案，提案前也都會先提請總經理與董事長批示，因此二人為公司擬定經營政策之核心人物²。如法律或章程無明文規定時，公司之事務通常係由內部董事及經理人依照職務權限，予以決定。

公司之董事會與經營權，至少有兩個觀念或現象需要加以釐清。第一，董事會在法律上（即公司法第202條）為所有公司業務決策與執行機關，然而於實際運作上僅是重要事項（而且是法律或章程明訂應經董事會決議事項）之經營決策機關，法律上與實際上可能存在認知上的落差。公司法第202條所規定，若非屬股東決議之事項，即應由董事會決議行之。然而，若非由董事會決議之事項，董事會是否亦應負責？公司法第202條之立法用意為何？是否僅在劃分董事會與股東會之權限，抑或有意加諸董事會於法律上應負起所有公司經營責任之目的？這些問題都值得探究。第

¹ 公司法第29條、第156條之3、第266條。

² 參閱林仁光，董事會功能性分工之法制課題——經營權功能之強化與內部監控機制之設計，臺大法學論叢，第35卷第1期，頁157-266（2006）。

二，董事會經常被評價為橡皮圖章，這凸顯出雖然在法律上董事會是經營決策機關，然由於董事會之組成多數為內部董事或由公司派所掌控，雖然許多重要決策的確經過董事會通過後才執行，然實際上做成或影響董事會經營決策者為內部董事，也可能是雖不在公司內部卻可影響公司決策之人，實務上有很多案例也說明了董事會有淪為橡皮圖章的可能³。

探討公司決策究竟出自何者，在沒有發生弊端或造成公司或股東損害時，或許不會受到重視。然而，如該決策對公司、股東、投資人、消費者及其他人之權益造成損害時，這個問題就會變成非常重要而有討論之必要。此時，除了要究責法律上之公司決策者外，也希望能歸責於真正促使公司做出此決策而造成損害之人，其目的不外希望能讓應負責者負起責任，同時也可增加受害者求償機會。正如同瞭解契約之構成要件以及契約是否成立之重要性，在於契約當事人之一方因他方違約，可以釐清違約損害賠償之責任。探究公司經營決策之流程、法律上與實際上之負責人，重點也是在釐清誰應為公司決策負責。倘若公司於正常營運狀況，既無涉及違法，也無侵害他人權益之行為時，就算董事會僅是橡皮圖章，雖為公司治理上之瑕疵，但可能不太會受到重視。然而，倘若經營決策經董事會通過，而其決策內容涉及不法時，除了董事會成員必須為此決策負責外，實際上促使做成此決策者，我們將其稱之為實際負責人，似乎也應負責。實際負責人在法律上既非董事會成員亦非經理人時，應如何使其負責，其責任成立之要件為何，實有探討之必要。

為處理此問題，我國公司法於2012年1月4日修正時，增訂第8

³ 有認為，「上市、櫃公司董監事卻常常成為大股東酬庸的工具，使得有些上市、櫃公司的董事會成為橡皮圖章」。賴寧寧，上市、上櫃公司職業董事排行榜，今周刊，第151期，頁28（1999）。

條第3項，規定：「公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。」為方便討論，公司法第8條第3項之兩種情形泛稱為「實質負責人」、「實際負責人」或「實質董事」；該項前段之情形，即「非公司董事而實質上執行董事業務者」，本文將其稱之為「事實上董事」(de facto director)⁴；該項後段之情形，即「非公司董事而實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者」，本文將其稱之為「影子董事」(shadow director)⁵。2018年8月1日公司法再次修正，將適用範圍由公開發行公司擴及於所有公司⁶。公司法第8條第3項之增訂，對於實際負責人之究責有了法源依據，然目前之規範方式，在實務是否產生認定上之困難？認定標準為何？倘若認定標準無法統一，是否產生規範對象

⁴ 曾有法院將公司法第8條第3項前段之情形，稱之為影子董事，或為誤植。「公司法雖於101年1月4日修正時，於第8條第3項新增所謂『影子董事』責任之規定。」臺北地方法院99年度金字第11號民事裁定；臺灣高等法院101年度抗字第579號民事裁定。

⁵ 在用語部分，我國法院曾使用「實質負責人」指公司法第8條第3項前段「實質上執行董事業務」。最高法院107年度台上字第318號民事判決。有法院使用「實際負責人」指公司法第8條第3項非法律上董事，認為「應適用較有利於上訴人行為時之公司法、商業登記法，所規定之有限公司負責人，並不包含未具備前述行為時法律所規定身分以外之所謂『實際負責人』在內。」最高法院109年度台上字第514號刑事判決。案件中有當事人主張某法人股東為實質董事，而法院則使用「實質負責人」說明其屬公司法第8條第3項之情形，然未言明究為前段或後段之情形（該案情形似指為前段之實質董事）。臺灣高等法院106年度重上字第817號民事判決（案中引用最高法院101年度台抗字第861號民事裁定）。

⁶ 實務上，於2018年公司法修正擴大適用範圍前，最高法院已依「衡平原則」將實質董事適用於非公開發行公司。最高法院103年度台上字第736號民事判決；吳志光、羅元媛，擴大公司負責人及實質董事範圍，理律法律雜誌雙月刊，108年2月號，頁4-5（2019）。

範圍過廣或過狹之問題？例如公司顧問長期提供公司決策建議，是否為實際負責人所要規範之對象，認定上是否有明確標準？

為探討實際負責人之法律定位及責任成立之要件，本文於第貳部分，將先介紹一個修法前發生而於修法後審理之案例，將實質董事可能存在之問題提出，再以一個較近之案例來觀察法院認定實質負責人之標準，是否有變化。第參部分，將由比較法之觀點，觀察幾個外國立法例之規範方式。第肆部分，探討實質負責人之法律定位與範圍，除了比較外國制度與我國制度之差異外，也可重新思考在規範上是否仍有調整空間。第伍部分探討實質負責人之責任建構。本部分探究目前我國規範方式，與實質負責人責任建立之要件。由於目前規範將事實上董事與影子董事定義為非董事，因此，本文也將探究，對於實質負責人之事實上董事與影子董事，是否參考國外法制，將其定義為公司法上之董事，是否修正定義對於責任之認定上是否有差別？第陸部分將針對進行判決評釋，對於實質負責人可能存在之問題進行分析與建議。第柒部分為結論。

貳、案例事實與裁判簡介

一、修法前發生修法後審理之案例——以最高法院101年度台抗字第861號民事裁定為例

（一）歷審裁判簡述

本案係於刑事案件繫屬中，原告證券投資人及期貨交易人保護中心（投保中心），根據證券投資人及期貨交易人保護法（投保法）第28條及刑事訴訟法第487條，提起侵權行為損害賠償之附帶民事訴訟，經刑事庭裁定移送民事庭審理之案件⁷。刑事附帶民

⁷ 臺北地方法院96年度矚重訴字第3號刑事判決。臺北地方法院刑事

事訴訟的三個主要被告，包括A公司、B公司以及二家公司之「實質負責人」甲（東○集團總裁、東○媒體公司董事及名譽董事長）⁸。本案地院將二公司與實質負責人甲，分成二部分處理。針對被告甲部分，地方法院判決甲須負侵權行為民事賠償責任⁹。案經雙方上訴至最高法院，發回高院更審後，最高法院駁回雙方上訴而確定，甲仍須負民事賠償責任¹⁰。

針對A、B二公司部分，投保中心以甲為二公司實質負責人，請求二公司負連帶賠償責任，地方法院則以二公司之負責人於刑事庭均被諭知無罪，本案又發生於公司法第8條第3項增訂前，該規定無溯及既往效力，認為起訴不合法而裁定駁回¹¹。投保中心則以甲為該二公司之實質負責人且為刑事被告，提起抗告，高等法院維持地方法院裁定，駁回原告之抗告¹²。投保中心向最高法院提起再抗告，最高法院廢棄原裁定，將案件發回地方法院更審¹³。地方法院更審後，以原告無具體損害為由，判決原告敗訴¹⁴。雙方提起上訴，案經上訴至最高法院，發回高院更審¹⁵。高等法院判決A、B二公司應負損害賠償責任¹⁶。

庭以97年度重附民字第35號裁定移送民事庭。

⁸ 臺北地方法院99年度金字第11號民事判決。

⁹ 前揭註。

¹⁰ 臺灣高等法院101年度金上字第12號民事判決；最高法院104年度台上字第1483號民事判決；臺灣高等法院104年度金上更（一）字第4號民事判決；最高法院108年度台上字第379號民事判決。

¹¹ 臺北地方法院99年度金字第11號民事裁定。

¹² 臺灣高等法院101年度抗字第579號民事裁定。

¹³ 最高法院101年度台抗字第861號民事裁定。

¹⁴ 臺北地方法院101年度金更（一）字第1號民事判決。

¹⁵ 臺灣高等法院102年度金上字第11號民事判決；最高法院104年度台上字第1484號民事判決。

¹⁶ 臺灣高等法院104年度金上更（一）字第5號民事判決。

（二）本案事實簡述

美商凱○集團（收購公司）有意入主東○集團中之東○媒體公司（目標公司），於2006年2月與甲及其他大股東議定收購價格為每股32.5元，為確保於收購後能實質控制目標公司，並約定目標公司股東可出售股數若達67%以上時，則收購公司有義務完成收購。2006年4月24日收購公司與目標公司簽約，購買當時大股東們實質控制之持股，並約定特別利益給實質負責人甲，以答謝其協助完成收購。

甲為東○集團總裁，又以東○國際（以下稱C公司）法人代表身分當選目標公司董事，甲個人也被推選為目標公司之名譽董事長，然甲未於A、B二公司擔任董事職務。為了完成與收購公司所達成之收購協議，甲指示集團旗下二家公司（A公司與B公司）之董事長及財務副總負責資金調度與股權收購事宜。2005年底，甲透過實際掌控之A公司、B公司、C公司、美○投資公司（下稱D公司），已實質控制目標公司53.27%已發行股份。甲利用A公司及乙公司之財務會計，指示公司職員根據目標公司股東名冊，於2006年3月及4月，分別以撥打電話及印有目標公司商標圖案之信箋寄信給目標公司小股東，表示願意以每股20元收購其所持有之目標公司股份。甲再將收購之股份，以每股32.5元之價格讓售給收購公司獲取高額不法利益，使51名小股東因被告甲等人誤導陷於錯誤，而將股份賣出蒙受損害。

最高法院101年度台抗字第861號民事裁定，主要是針對原告可否將A、B二公司列為被告。投資人保護中心接受投資人授與訴訟實施權，根據民法第184條第1項之侵權行為責任、公司法第23條第2項公司侵權行為責任及民法第28條之規定向被告二公司請求侵權行為損害賠償。地方法院認為對A、B二公司起訴不合法，以裁定駁回原告之訴。原告投保中心提起抗告，高等法院維持地方

法院裁定，駁回原告之抗告。原告向最高法院提起再抗告。

（三）本案與實質負責人相關爭點

1. 臺北地方法院99年度金字第11號民事裁定

本案係刑事附帶民事訴訟，投保中心針對被告二公司，主張應依民法第184條第1項一般侵權行為之規定，公司法第23條第2項公司侵權行為責任，以及民法第28條法人侵權行為責任。臺北地院裁定駁回原告之訴，認為刑事庭本即應依刑事訴訟法第503條第1項前段規定以判決駁回原告附帶民事訴訟的請求，因為被告二公司並非刑事訴訟法第487條第1項所稱依民法須負賠償責任之人。地方法院主要理由為：第一，公司法第23條第2項係規範公司負責人執行公司業務時，因違反法令而造成他人損害之情形。由於公司負責人執行業務之行為係「公司代表機關之行為」，倘若構成侵權行為，就等同是「公司本身之侵權行為」，該規定使負責人一同負連帶賠償責任，增加受害人求償之機會。若負責人之行為非執行公司業務，則侵害他人權利時，自應由個人自行負責。由於被告二公司之董事長、財務副總、會計主管等公司負責人，刑事庭判決這些負責人無罪，民事庭依照刑事庭認定之事實，認為被告二公司自無公司法第23條之侵權責任，亦無與這些負責人負民法第28條連帶責任之可能。

第二，臺北地院刑事庭判決甲有罪，民事庭亦認定甲應負侵權責任。投保中心以甲為被告二公司之實際負責人，主張被告二公司應依公司法第23條及民法第28條，與甲負連帶賠償責任。地方法院則以甲並非公司法第8條之負責人，也無法證明其為有代表權之人，無法僅因原告主張甲為實際負責人而命被告二公司負連帶賠償責任。地方法院又以公司法於2012年1月4日修正時，「於第8條第3項新增所謂『影子董事』責任之規定」，係於本案發生後，基於法律不溯及既往原則，無法適用，「況前開增訂部分僅

規範影子董事之責任，非規範公司之責任」，因而認為原告有關被告二公司應與實際負責人負連帶賠償責任之主張，不能成立。本項理由即為本文討論之主要爭點與重點。

2. 臺灣高等法院101年度抗字第579號民事裁定

投保中心向臺灣高等法院抗告，主要是以甲為被告二公司之實際負責人。甲於執行被告二公司收購目標公司股權之職務上，違反證交法第20條第1項證券詐欺之規定。被告二公司應與甲根據公司法第23條及民法第28條負連帶賠償責任。

臺灣高等法院以甲並非公司法第8條第2項所列之公司負責人，不得對外代表公司，自不屬民法第28條所謂「其他有代表權之人」。臺灣高等法院亦認為，被告二公司參與收購股份之負責人，已受刑事庭判決無罪，抗告人自無從主張相對人應負連帶賠償責任。高院亦以公司法第8條第3項前段增訂之「影子董事」，不能溯及既往適用，雖甲雖經刑事庭認定有罪在案，然其並非相對人之董事或有代表權之人，因此也無法請求相對人負連帶責任。

公司法第23條部分，臺灣高等法院認為該條係規定「公司負責人對於第三人之損害賠償責任，並非規定公司之連帶賠償責任，抗告人執該規定請求相對人公司負連帶賠償責任，尚有誤會」。意指投保中心之主張方式，與該條規定之意旨不同。臺灣高等法院駁回投保中心之抗告。

3. 最高法院101年度台抗字第861號民事裁定

最高法院廢棄原審裁定，認為民法第28條所稱之「其他有代表權之人，包括雖未經登記為董事，但實際為該法人之負責人即有權代表法人之實質董事在內」。最高法院再以刑事判決認定甲為集團總裁，又實質掌控相對人，認為甲係A、B二公司之「實際

負責人」，應無疑問。最高法院認為，刑事判決也已經認定甲身為被告二公司之實質負責人，以虛偽、詐欺等足致他人誤信行為，向目標公司股東隱瞞實際收購之價格，以低價收購後再以自己實質持股出售予收購公司，獲取不法利益，致使目標公司51名股東因此受害，裁定認為投保中心以民法第28條法人侵權行為連帶責任及第185條共同侵權行為之規定，認為A、B二公司應與甲負連帶賠償責任之形式要件已經具備，起訴合法¹⁷。

（四）實質董事於本案適用之分析

截至本文完稿時，最高法院101年度台抗字第861號民事裁定已被超過70個法院判決引用，可見其重要性¹⁸。由前述案例簡介，主要爭點在於原告可否以實質董事執行公司業務之連結，建構公司應與實質董事負民法第28條之連帶責任。本案之特殊性，又在於案件發生於公司法增訂第8條第3項實質董事之前。針對此爭點，歷審判決之處理方式有以下轉變。第一階段，法院以實質董事非公司法第8條第2項所列之職務負責人為由，認為實質董事也非民法第28條所稱之「其他有代表權之人」。法院同時也明白表示，本案發生於同法第8條第3項增訂前，該條項不能溯及既往適用。因此，地院及高院均認為，原告以實質負責人甲之不法行為，將A、B二公司列為被告之起訴不合法。第二階段，於最高法院101年度台抗字第861號民事裁定中，最高法院雖未對於公司法新增訂之實質董事規定，可否溯及既往適用之問題正面處理，然

¹⁷ 最高法院認定本案原告合法將A、B二公司列為被告後，經過多年審理，高院更一審判決後，兩造當事人上訴至最高法院均被駁回而確定。本案甲於臺灣高等法院104年度金上更（一）字第4號民事判決，判決應負賠償責任。A、B二公司應依判決附表所列之金額負賠償責任。臺灣高等法院104年度金上更（一）字第5號民事判決；最高法院108年度台上字第378號民事判決。

¹⁸ 根據司法院法學資料檢索系統，截至2020年3月20日止，已有超過70個各級法院判決引用最高法院101年度台抗字第861號民事裁定。

技巧性的避開此問題，專注於刑事附帶民事訴訟中，被告資格之起訴要件。最高法院分析民法第28條，認為「其他有代表權之人」，包括實質董事在內。最高法院認為刑事庭已認定被告甲為A、B二公司之實際負責人，再將具實質代表性之甲，以虛偽、詐欺之方式向小股東收購目標公司股份之行為，建構為執行A、B二公司業務之行為，而使民法第28條之要件得以符合。由於最高法院並非正面處理公司法實質董事之問題，因此，也沒有對於下級審判決理由中，關於公司法增訂第8條第3項前段之「影子董事」之論述，加以討論。

最高法院廢棄下級審裁定後，案件進入實質審理。由於受到最高法院裁定以認為原告對A、B二公司之起訴合法，雖然A、B二公司仍繼續基於法律不溯及既往，主張公司法第8條第3項不能適用於本案，然法院後來的判決理由，均未再針對公司法第8條第3項之適用進行討論。最高法院101年度台抗字第861號民事裁定，成為後來判決高度引用之裁判，主要處理法人董事或其他有代表權之人，「包括雖未經登記為董事，但實際為該法人之負責人即有權代表法人之實質董事」¹⁹。本文一方面肯定最高法院裁定之貢獻，然值得繼續關心之問題為，最高法院是否已提出實質董事或實質負責人之認定標準？由於本案對於甲之情形，認定其為實質負責人似乎沒有很大爭議，然公司法實質負責人增訂後，將會有更多案例，而如何認定實質負責人，將更令人關注，也是本文後續討論之重點。

二、修法後之案例

自2012年1月4日公司法增訂第8條第3項後，已有相當數量判

¹⁹ 例如，臺灣新北地方法院103年度重訴字第422號民事判決；臺灣高等法院105年度重上字第888號民事判決；臺灣高等法院106年度重上字第817號民事判決。

決適用該條項之規定，認定當事人為實質董事。自2018年8月1日公司法修正同年11月1日施行後，實質董事規定之適用範圍，更不限於公開發行公司。以下整理分析幾個修法後關於實質董事之經典裁判。

（一）因積欠營業稅而限制出境之營利事業負責人是否及於實質負責人？

臺北高等行政法院103年度訴更一字第39號行政判決，主要處理積欠營業稅限制出境之對象，涉及稅捐法規以及公司法實質負責人之規定。本案之原告為向主管機關登記之公司負責人，因公司積欠營業稅已達得限制營利事業負責人出境之標準，而遭通知限制出境。原告主張，雖其為登記之負責人然已無實權，因不服被限制出境之行政命令，提起訴願及行政訴訟，經最高行政法院發回更審²⁰。本案主要爭點之一為，限制出境之對象是否可及於或應及於實質負責而非登記之負責人？本案限制出境之行政命令，發生於公司法第8條第3項增訂後，原告亦提出財政部函釋，主張「應對公司清算前實質負責業務之人限制出境」²¹。原告主張其於公司執行業務之權利受限制，有董事會及股東會決議可查，公司實權係由某執行董事掌控，經發現公司不可為後全部董事辭任，公司經南部科學工業園區管理局公告廢止登記，原告成為清算中唯一董事，根據公司法第322條規定成為法定清算人。

本案最後更一審裁定原告敗訴，應不意外，蓋依法原告為法律登記之董事並為清算中之法定清算人，屬公司法第8條第2項之

²⁰ 最高行政法院103年度判字第138號行政判決。

²¹ 財政部（102）年台財稅字第10204597880號函釋。原告此主張已被行政法院指正，該函釋之主旨在於限制出境之對象並不包括法院指派之清算人，而法院應對選派清算人前，「實質負責業務之人擔任清算人者」，限制出境。臺北高等行政法院103年度訴更一字第39號行政判決。

職務負責人，國稅局以其為限制出境之對象並無違法。最高行政法院之見解，認為：「稅捐機關為稽查稅捐，以公司實際登記負責人為其追課稅捐之對象，……故稅捐機關報請限制營利事業負責人出境，自應以公司登記之負責人為準。²²」此外，稽徵機關依限制出境實施辦法第2條第1項規定，報請限制營利事業負責人出境，應以公司登記之負責人為準。最後，最高行政法院再以公司登記之效力，說明應登記事項如未加以登記，自不得對抗第三人，無論該第三人為私人或行使公權力之機關²³。因此，雖原告為形式負責人，然因未辦理變更登記，且其為唯一董事，因此，仍不得對抗第三人。因此，限制原告出境之行政命令並無違法。

關於公司法第8條第3項之適用，法院判決理由中說明，原告之公司並非公開發行公司，雖本案發生於修法後，但因當時至適用於公開發行公司，因此最高行政法院於本案與最高法院101年度台抗字第861號民事裁定之處理方式不同。另一個不同點為，行政法院認為「公司法第8條第3項僅規定實質董事與公司法董事同負民事、刑事及行政罰責任，並非規定實質董事亦為公司負責人」。如此解釋，似乎將實質董事排除為實質負責人，而限制出境之對象，亦不包括實質負責人。然而，如不把實質董事當作實質負責人，又如何使其負行政責任，此乃本文覺得疑惑之處。當然，行政法院於本案之看法，認為實質董事之規定，「並非規定實質董事亦為公司負責人」，此說法當然也有其道理，因根據目前規定，實質董事並非公司董事。這也是本文建議，可參考其他國家立法例，將事實上董事定義為公司之董事，蓋事實上董事實際執行董事之職務與功能，使其負董事責任乃理所當然之事。

²² 臺北高等行政法院引述最高行政法院之見解。臺北高等行政法院103年度訴更一字第39號行政判決。

²³ 前揭註20。

以本案限制出境之情形，稅捐稽徵法規似乎將限制出境之對象，係指依法登記之負責人。然而，倘若登記之負責人並不實際執行公司業務甚至失聯，又無法對實質負責人加以規範，如此無法使真正應負責之人負法律責任，稅捐稽徵法之規範目的亦無法達成。再則，本案係發生於公司法第8條第3項增訂後，其目的在於使實際上執行董事職務或經常使董事會習慣於聽從其指示之實質負責人，如因此使公司陷於違反法令或造成公司背負賠償責任時，使實質負責人背負與公司董事相同之責任。有學者認為，「依相關事證（如法院之確定刑事判決）所審認之實際負責人，其對義務人公司清償公法上金錢給付義務具有實質影響力，應認其亦屬上開行政執行法第24條第4款所稱公司之負責人，俾符該款規定落實公法上金錢債權實現之本旨」²⁴。

以本案而言，真正造成公司積欠營業稅者，如實際上係由原告所能證明之掌控實權之執行董事所為，雖進入清算程序後已非董事，然如能適用公司法第8條第3項之立法精神與目的，將限制出境之對象，加諸於實際上造成公司違反稅捐稽徵法之實質負責人，應屬妥適之作法，否則將使實質負責人之規定無法真正發揮其效用。因此，本文建議，由於現行法之規定已適用於所有公司，為使實質負責人能與公司法之董事同負民事、刑事與行政責任，或許稅捐稽徵法或行政法院之看法可以微調，基於公司法第8條第3項增訂之精神，應可對依法登記之公司負責人與實質負責人限制出境，以維稅捐稽徵法規範之目的。

（二）監察權行使對象不及於實質負責人

臺灣高等法院臺中分院101年度上字第460號民事判決，主要處理監察人因監察權之行使受阻撓，可否以實質負責人為對象，

²⁴ 韓鐘達，行政執行機關對於義務人公司實際負責人限制住居之探討，法務通訊，第2876期，頁3（2017）。

請求法院排除侵害？原告（本案上訴人），於2012年7月續當選為金○股份有限公司第16屆監察人，主張自2009年起，欲行使公司法第218條第1項監察權，屢遭董事長X（被上訴人，遠○公司當選董事，指派其董事長為代表人）及董事兼執行長Y（被上訴人）阻撓，拒絕依公司法第218條規定交付公司財務及業務簿冊；上訴人依公司法第220條為金○公司利益召集股東會，被上訴人亦拒不配合辦理發布重大訊息，也拒絕交付股東名冊辦理股東會。被上訴人Y與X為父子關係，上訴人主張Y雖未再擔任第16屆董事，然仍持續實質控制金○公司，因此，請求排除X與Y對上訴人監察權行使之侵害行為。

本案關於實質董事或實質負責人之討論，主要為上訴人排除侵害監察權行使之對象，即起訴之對象，可否以侵害行為之個人為被告，抑或必須向公司或董事會請求？如可對個人請求，請求之對象是否及於實質董事？由於截至投稿前，本案仍在最高法院審理中，因此本文主要只點出目前高分院之看法。法院目前之處理，主要從訴訟之角度出發，並分析監察權行使之對象，應為公司或董事會，因此，認為本案上訴人不得以「以董事長或董事個人為行使公司法第218條監察權之對象」，因個人對本件訴訟「無實施訴訟之權能」。因此，法院並未對實質董事之問題進行探討。

雖然目前法院係以不得以董事長或董事個人為監察權行使之對象，然而，假設對公司或董事會請求，而監察權之行使仍受實質董事之阻撓，由目前法院之見解，似乎只能透過對代表公司之董事處以罰鍰。倘若我們由公司法第218條之2第2項出發，「……董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為者，監察人應即通知董事會或董事停止其行為」，而董事阻撓監察人行使監察權之行為是否可認定為執行業務違反法令或章程，因而可以將

董事個人列為被告，可能也是一個可以思考之方向。如此，實質董事可否將其列為被告，就可進一步討論了。

（三）修法前之實質負責人，本質上屬經理人，於執行職務範圍內，應屬公司負責人

臺北地院102年度金訴字第16號刑事判決一案之部分不法行為人，涉及違反證券交易法第171條第1項第1款、第174條第1項第5款之罪。由於公司法實質負責人之規定，係於犯罪行為發生後始增訂，因此，無法直接適用公司法第8條第3項之規定使被告負責。然地方法院於本案之處理及解釋方式，值得一提。臺北地院以：「於修法之前，非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，其本質上應認係經該公司授權，為公司管理事務，及有為公司簽名權利之經理人，依公司法第8條第2項，於執行職務範圍內，應論以公司負責人。」

本案被告張○透過其控制之公司，投資為華○上市公司成為大股東，並指派法人代表進入華○公司擔任董事長X及監察人。張○說服X及其他董事，同意讓其挪用華○公司百分之百控制子之資金，炒作股票。張○本身雖未持有華○股票，然法院認定其為實際掌控華○公司之實際負責人。張○指示華○公司經理人，以進行虛偽交易之方式，將公司款項不法匯至其個人帳戶，並因而製作虛偽不實之財報，因此認定張○為製作不實財報之公司行為負責人，同時也是證交法第179條，法人犯證交法之罪，應受罰之「為行為之負責人」。

雖然法院並非以公司法第8條第3項之實質負責人使其負責，而係以該條第2項之職務負責人，將張○認定為係經公司授權，為公司管理事務之經理人。如此之解釋方式，可謂是一種突破。對於本案這種透過多層次之控制方式，紐西蘭之立法例，即於公司

法中明文將此種情形直接定義為董事，較能避免紛爭，不失為我國將來可以參考之修法方向²⁵。

（四）監察人實際參與執行公司業務為實際負責人

最高法院103年度台上字第2120號民事判決一案，法院認定被告雖為公司監察人，然實際執行業務，應為執行業務之負責人，不得以其為監察人作為抗辯。本案上訴人（即一審被告）崑○建設公司，因未按設計圖及建築技術規則之規範施工，監造人亦未盡監造之責任，導致大樓於九二一地震時嚴重受損，經地方政府認定為危害公安建築物，而遭拆除，原告向建設公司及其負責人等請求因此所生之損害賠償。崑○建設公司之實際負責人陳○○同時為監察人。被告陳○○抗辯其為監察人並未實際執行業務，應無公司法第23條之忠實義務。法院根據相關事實證據，認定陳○○實際參與業務經營，不接受其為監察人並無參與業務經營之抗辯。本案自此即認定陳○○為實際負責人。本案發生於公司法第8條第3項增訂前，判決中雖未提及該條項之規定，然能將監察人認定為實際負責人，值得肯定。我們也可由其他國家立法例，看到類似的規定，透過實務案例以及國外關於事實上董事之立法例與實務經驗，都可能作為我國將來修正公司法第8條第3項實質董事之參考，在將來適用上也可更為便利，避免爭議發生。

參、實質董事之立法例

一、我國公司法第8條第3項

2012年1月4日公司法增訂第8條第3項：「公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財

²⁵ 關於紐西蘭立法例之討論，參閱本文「參、五、紐西蘭公司法對於事實上董事與影子董事之規範」之討論。

務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。²⁶」其目的不外是希望讓名義上不是董事，但實際上執行或實質控制、指揮公司經營運作之人，負起與董事相同之責任，以保障股東及投資大眾。2018年8月1日公司法修正，刪除「公開發行公司」，使本條項之適用範圍擴及於全部之公司。

二、英國公司法對事實上董事或影子董事之立法例

1985年英國公司法第741條第1項規定，只要其所擔任之職務為董事職務，無論所使用的頭銜為何都不重要²⁷。由這個規定，也可以知道這些職稱上不是董事，但實際上所擔任之職務為董事之職務時，這些人可以稱得上是事實上董事。英國公司法中所使用的官員（officer）一詞，包含了董事與經理人²⁸。此外，英國公司法第741條第2項也規範了影子董事²⁹。雖然影子董事並非指固

²⁶ 為了避免爭議，公司法第8條第3項但書，將政府排除在外，因政府可能為了「發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益」，對於政府指派之董事加以指揮，如未排除，則政府也可能成為實際負責人，而可能面臨相關訴訟。不過，倘政府官員並非基於發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益，而指揮政府指派之董事，違反法令而造成公司或他人損害，理論上亦有可能成為公司法第8條第3項後段之影子董事。針對此問題，可以參考英國2006年公司法之規定，影子董事必須是自然人，因此，政府與法人都不會被認定為影子董事。Companies Act 2006, c. 46, § 251(3) (U.K.).

²⁷ “In this Act, ‘director’ includes any person occupying the position of director, by whatever name called.” Companies Act 1985, c. 6, § 741(1) (U.K.).

²⁸ Officer can be a director or a manager. Companies Act 1985, c. 6, § 744 (U.K.).

²⁹ “In relation to a company, ‘shadow director’ means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.” Companies Act 1985, c. 6, § 741(2), para. 1. (U.K.).

定之職務，而是依照個案去認定與判斷是否實際上指示或影響公司決策。這裡可能會產生的疑惑是，財務顧問或其他專家顧問，經常提供建議給公司，而公司也都依循其建議執行時，這些專家顧問是否會被認定為影子董事？針對此問題，1985年公司法也明訂，不會單純的因為該專家顧問經常為公司提供建議，而將專家顧問認為是影子董事³⁰。但倘若一個人經常性地影響公司決策，而可能被認定為影子董事時，公司法中許多關於董事責任之規定，例如公司與董事之資產交易或資金借貸交易等，對於影子董事也有適用。此外，經常會出現的另一個問題則是，母公司是否會被認定為子公司的影子董事？針對這個問題，1985年公司法也有明文規定，不會單純的只因為子公司董事會習慣聽從母公司之指示而執行業務，就認定母公司是子公司的影子董事³¹。

在影子董事部分，2006年公司法延續了1985年公司法關於影子董事之規定。英國於2006年公司法（Companies Act 2006）第251條第1項定義了影子董事，即公司董事會執行公司業務時，習慣聽從於特定人之命令或指示而進行，該特定人即為影子董事³²。第251條第2項也澄清不能單純的因為經常為公司提供建議，而將專家顧問認為是影子董事³³。不過，這項規定並沒有排除專家顧問被認定為影子董事之可能性。換言之，倘若有其他事

³⁰ “A person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity.” Companies Act 1985, c. 6, § 741(2), para. 2. (U.K.).

³¹ Companies Act 1985, c. 6, § 741(3) (U.K.).

³² “In the Companies Acts ‘shadow director’, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.” Companies Act 2006, c. 46, § 251(1) (U.K.).

³³ “A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act (a) on advice given by that person in a professional capacity;...” Companies Act 2006, c. 46, § 251(2)(a) (U.K.).

實可以認定其為影子董事的話，專家亦可能被認定為影子董事。該條項規定亦指出，法人不會因為其子公司之董事習慣聽從其指導或指示進行決策，而使母公司成為影子董事³⁴。

在事實上董事方面，英國2006年公司法第250條與1985年公司法第741條第1項關於董事之定義相同，無論所使用的職稱是否為董事，只要擔任之職務或行使之職權屬於董事之職務時，公司法還是會將其視為董事³⁵。因此，雖未登記為董事而實際上執行董事職務者，無論其職稱為何，英國公司法都將其認定為董事。除了經過合法選任為董事外，未經合法選任或未經選任而擔任董事職務者，即為事實上董事。雖然英國2006年公司法並未使用事實上董事之字眼，但由第250條之規定，可推知事實上董事亦為董事。此與我國公司法第8條第3項前段規定，將事實上董事定義為「非董事」之規範方式不同。

由於在英國公司法之董事定義包含了事實上董事，因此關於董事之義務，例如受託人義務（fiduciary duty），當然適用於事實上董事。然而，在影子董事部分是否也有相同的適用，則不無疑問。對此，英國公司法第170條第5項明文規定，影子董事應盡之義務，須遵照普通法及衡平法所建立之規則³⁶。

³⁴ Companies Act 2006, c. 46, § 251(3) (U.K.).

³⁵ Companies Act 2006, c. 46, § 250 (U.K.).

³⁶ 英國2006年公司法第170條第5項原始文字為“The general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply.” 該項條文文字配合 Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26, §§ 89(1), 164(3)(g)(iii) (U.K.)之修訂，於2015年修正文字為“The general duties apply to a shadow director of a company where and to the extent that they are capable of so applying.”

三、新加坡公司法對於事實上董事或影子董事之規範

新加坡公司法並未直接對事實上董事與影子董事定義，然而，學者認為公司法對於董事之定義已經包含了兩種情形³⁷。新加坡公司法第4條定義「董事」，包括任何擔任董事職務之人，無論其使用之名稱為何，以及公司董事會習慣性聽從其指示而執行業務之人，以及替代董事執行事務之人選³⁸。新加坡學者將影子董事比喻為拉著牽繩遛狗的人，讓狗在板子上（董事會）上跳舞，來說明遛狗人（影子董事）的控制力³⁹。新加坡對於未經正式選任程序而執行董事職務者，稱之為事實上董事。學者指出，事實上董事比較容易出現在小型私人公司，在大型上市公司出現之機率比較小⁴⁰。

如在英國法部分之討論此所述，*Re Hydrodam (Corby) Ltd*案中，法官解釋了事實上董事與影子董事的不同。新加坡法院援引此案，說明「事實上董事」係以董事的身分自居而執行董事職務，公司對外也表示其為董事，但事實上從來都沒有經過合法有效的選任⁴¹。法院也提出，如要主張某人為事實上董事，必須證明此人執行公司董事之功能，且這些功能只有董事才有能力完

³⁷ CHENG HAN TAN, WALTER WOON ON COMPANY LAW, ¶¶ 7.19 & 7.20 (3d ed. 2005).

³⁸ The term “director includes any person occupying the position of director of a corporation by whatever name called and includes a person in accordance with whose directions or instructions the directors or the majority of the directors of a corporation are accustomed to act and an alternate or substitute director.” Companies Act (Cap 50, 2006 Rev. Ed.) § 4(1) (Sing.).

³⁹ TAN, *supra* note 37, at ¶ 7.20.

⁴⁰ TAN, *supra* note 37, at ¶ 7.19.

⁴¹ *Re Hydrodam (Corby) Ltd* [1994] 2 BCLC 180 (CH) 182. *Heap Huat Rubber Company Sdn Bhd v. Hong Choot Sian* [2003] SGHC 133 at [24] (HC)., *cited from* TAN, *supra* note 37, at 231 n. 27.

成。倘若僅單純對公司事務執行之關心，或所執行之事務係董事以下之經理人層級即能完成者，均不足以證明其為事實上董事⁴²。相對的，影子董事不但不會以董事之身分自居，反而會否認其為董事。影子董事通常將自己隱藏起來，不欲人知。法院提出證明被告為影子董事的四個要件：

- (一) 被告為公司之董事，不論是事實上董事或法律上董事。
- (二) 被告指示董事們如何執行業務或其本身即為其中一人。
- (三) 董事們依照被告之指示執行業務。
- (四) 董事們習慣於如此之運作模式。

新加坡之公司法雖然受到英國法及澳洲法的影響很深，然公司法對於董事之定義與英國公司法的規範不盡相同。英國除了對董事定義外，也特別對影子董事加以定義。相對的，新加坡並未單獨定義影子董事，而是於董事之定義中，涵蓋了法律上董事、事實上董事及影子董事。

在此必須澄清一點，新加坡法院的確受英國判決影響，且會引用英國法院判例，來說明新加坡法律之構成要件。這並非出自於法官引用外國判決當作法理，來處理新加坡國內法的解釋與適用問題，而是新加坡法律明文規定可直接引用英國法並繼受成為新加坡法律。英國經典判例*Re Hydrodam*，為大英國協國家經常引用的案例之一，新加坡、澳洲、紐西蘭與英國都是大英國協成員。新加坡之法律制度受英國與澳洲影響深遠，新加坡之判決經常亦引用英國判決，包括*Re Hydrodam*判例。

1978年新加坡民法典（Civil Law Ordinance）第6條，後來成

⁴² *Id.*

為1979年民法（Civil Law Act）第5條第1項，明文規定新加坡於特定法令域，將持續繼受英國法（continuing reception of English Law）⁴³。新加坡於1993年另制定了英國法律適用法（The Application of English Law Act 1993），從此，英國法之適用依此法之規定，如屬該法允許繼受之範圍，英國法典之引用視為引用新加坡法典，英國各級法院判例之引用，視為引用新加坡各級法院之判例⁴⁴。

新加坡高等法院於 *Cheng Tim Jin v. Alvamar Capita Pte Ltd*—

⁴³ MYINT SOE, *PRINCIPLES OF SINGAPORE LAW (INCLUDING BUSINESS LAW)* 62-63 (3d ed. 1996). “Subject to the provisions of this section, in all questions or issues which arise or which have to be decided in Singapore with respect to the law of partnerships, corporations, banks and banking, principals and agents, ..., the law with respect to those matters to be administered shall be the same as would be administered in England in the like case, at the corresponding period, if such question or issue had arisen or had to be decided in England, unless in any case other provision is or shall be made by any law having force in Singapore.” *Civil Law Act* (Cap 40, 1979 Rev. Ed.) § 5(1) (Sing.), cited from SOE, *id.* at 63.

⁴⁴ “In relation to any English enactment specified in the First Schedule, unless the context otherwise requires —

- (a) any reference to the United Kingdom shall be read as a reference to Singapore;
- (b) any reference to the High Court shall be read as a reference to the High Court in Singapore;
- (c) any reference to a County Court shall be read as a reference to a District Court in Singapore;
- (d) any reference to the holder of an office shall be read as a reference to the holder of the corresponding office in Singapore;
- (e) any reference to a statute or a statutory provision shall, where applicable, be read as a reference to the corresponding statute or statutory provision in Singapore ...” *Application of English Law Act* (Cap 7A, 1994 Rev. Ed.) § 4(4) (Sing.).

案⁴⁵，明白指出非常認同英國判例（*Gemma Ltd v. Davies* [2008] BCC 812）關於事實上董事認定的理論，而該理論亦受到新加坡高等法院的背書⁴⁶。在該案中，原告因不願登記持股及董事，將其自己與配偶所持有被告公司50%之股權，以信託方式轉讓給Chan Kam Piew（“KP”）（僅說明最後持股變化情形），隨後辭去被告公司董事。KP持有被告公司百分之百股權，其中50%為自己持有，另50%係以受託人持有。原告仍繼續擔任被告公司行銷主管，直到2018年被KP驅離目前職務。原告向法院請求確認其為被告公司之事實上董事，並請求准予查閱公司帳冊。

本案法官認定原告為被告公司之事實上董事（*de facto director*），而關於事實上董事之認定標準，係援引英國法院判決*Gemma*，並說明該判決之理論已為新加坡法院所採用（*endorsed by Singapore courts*）。本案法院於判決中引用*Gemma*案中對於事實上董事之認定，係轉引自新加坡高等法院判決。*Gemma*一案共提出六點說明何為事實上董事，其中第一點，也就是事實上董事之定義與認定標準，即是來自*Re Hydrodam (Corby)*⁴⁷。

四、澳洲公司法對於事實上董事或影子董事之規範

澳洲公司法第9條對董事之定義，包含經正常程序選任之董事，以及事實上董事與影子董事。在未經合法選任之部分，如果行為人自願擔任董事職務者，將被視為董事，此即事實上董事⁴⁸。另一種情形則是公司董事習慣於接收某特定人指示或依照

⁴⁵ *Cheng Tim Jin v. Alvarmar Capital Pte Ltd* [2019] SGHC 220 (HC).

⁴⁶ *Raffles Town Club Pte Ltd v. Lim Eng Hock Peter and others (Tung Yu-Lien Margaret and others, third parties)* [2010] SGHC 163 (HC).

⁴⁷ *Cheng Tim Jin v. Alvarmar Capital Pte Ltd* [2019] SGHC 220 at [14] (HC).

⁴⁸ 澳洲公司法關於事實上董事之定義，將其包含於董事定義中：“(b) unless the contrary intention appears, a person who is not validly

其意願執行業務之情形，此即影子董事⁴⁹。澳洲法律曾於判決中指出，事實上董事與影子董事二種情形不會並存，亦即不會發生某人既是事實上董事，同時也是影子董事的情形⁵⁰。

事實上董事可能使用各種不同的職稱，例如可能宣稱自己是公司顧問，然而，其所執行之事務係屬於董事之職權範圍者⁵¹。公司的經理人也可能被認定為事實上董事，倘若其於文件上簽署時，係以董事名義為之，且其對外宣稱其為董事⁵²。

在 *DCT v. Austin* 一案⁵³，Mr. Austin 原為一經營兩家餐廳（Zigolini's）的董事，於辭任董事後，仍積極參與公司事務，包括與澳洲稅務委員會副主委協商稅務問題，以及與公司債權人協商償債時間，本案爭點乃在認定 Mr. Austin 是否實際上以董事身分執行董事職務（acting as a director）為事實上董事而須對稅務委員會副主委賠償。聯邦法院法官 Madgwick 於判決中指出，由於商務與公司生態的多樣性，援引一般性法則並無實際幫助，而必須考慮被告所參與事務之職責，在該公司整體運作情形與其他所有情況，判決提出幾點可以考量的因素⁵⁴：

appointed as a director if: (i) they act in the position of a director.” *Corporations Act 2001* (Cth) s. 9 (Austl.).

⁴⁹ 影子董事之定義亦包含於董事定義中：“(ii) the directors of the company or body are accustomed to act in accordance with the person’s instructions or wishes.” *Corporations Act 2001* (Cth) s. 9 (Austl.).

⁵⁰ The terms “de facto directors” and “shadow directors” are alternatives and generally should be regarded as “mutually exclusive.” *Secretary of State for Trade and Industry v. Laing* [1996] 2 BCLC 324.

⁵¹ *Mistmorn Pty Ltd (in liq) v. Yasseen* (1996) 21 ACSR 173.

⁵² *Forkserve Pty Ltd v. Jack and Aussie Forklift Repairs Pty Ltd* (2000) 19 ACLC 299.

⁵³ *Deputy Commissioner of Taxation v. Austin* [1998] 39 ATR 485.

⁵⁴ H. A. J. FORD ET AL., *FORD’S PRINCIPLES OF CORPORATIONS LAW* 311 (11th ed. 2003).

（一）原告無須證明影子董事所執行之事務只能由董事執行，只要證明被告是以董事之角色來執行該項事務⁵⁵。

（二）由公司規模觀察，一個大型且多角化經營的公司，可能會賦予受僱人對於重要事務較大的裁量權。如屬這種情形，似乎說明這種情形不宜逕行認為該受僱人為事實上董事。

（三）由公司內部的運作與結構來看，該特定事務由特定人來執行，可能是因為其個人為專業職員或顧問之角色而非董事。如屬這種情形，公司係借重該職員之專業能力，而將工作交付執行，似不宜因此逕行判斷其為事實上董事。

（四）針對被指控為事實上董事，外界究竟如何理性地來看待此人與公司之關係。此點似乎在於由外界對於行為人之行為所建立的觀感與認知，協助判斷該人是否為事實上董事⁵⁶。

（五）行為人所執行之工作，屬於最高階經營管理功能（top-level management functions）⁵⁷。

雖Mr. Austin抗辯其僅於緊急狀況或應董事會之請求而以朋友身分提供協助，然經由法院對於本案所呈現證據與情況一一檢視，Mr. Austin雖已辭任，然由於會計師事務所之錯誤，未將於澳洲證券管理委員會（Australian Securities Commission）所登記之董事進行變更，以致於Mr. Austin仍為公司所登記之董事。雖然這超出Mr. Austin之控制範圍，然而，所有事證均與Mr. Austin所為之主張或抗辯有所衝突，法院最後認定Mr. Austin為事實上董事而須負賠償責任。

⁵⁵ “The statutory test was whether Mr. Austin had occupied or acted in the position of a director.” *DCT v. Austin* [1998] 39 ATR 485, 485.

⁵⁶ *Id.* at 490.

⁵⁷ *Id.* at 486.

五、紐西蘭公司法對於事實上董事與影子董事之規範

紐西蘭公司法將董事之定義，區分成以下四類⁵⁸：

第一，擔任公司董事職務之人，無論其頭銜為何。

第二，從董事之權力與義務及自我利益交易等方面之規定來看，以下三種情形亦屬於董事：

（一）前述第一項之董事習慣於根據或必須根據特定人之指揮、命令或指示（*direction or instruction*）執行業務時，該特定人亦為董事。

（二）董事會習慣於根據或必須根據特定人之指揮、命令或指示（*direction or instruction*）執行業務時，該特定人亦為董事。

（三）性質上屬於董事會所得行使之職權，倘若特定人能行使或有權行使、控制或有權控制職權之行使，該特定人亦為董事。

第三，從董事之權力或義務及自我利益交易等方面之規定，倘若董事會直接將董事會之權力或義務（*power or duty*）授權給特定人並經其同意，或特定人經董事會之同意或默許（*consent or acquiescence*）行使該權利或義務時，該特定人亦為董事。

第四，在自我利益交易方面，關於使用公司資訊、相關利益之界定、股權交易之揭露與限制，倘若前三項之人，習慣於根據或必須根據特定人之指揮、命令或指示（*direction or instruction*）履行其董事之權利或義務時，該特定人亦為董事。

由以上董事之範圍可知，紐西蘭公司法詳細界定董事範圍，舉凡直接行使董事職權或間接利用其影響力行使董事職權，甚至包括第二手影子董事，也都在規範之範圍。然而，值得探索者，除非這些人主動遵守公司法之規定，實務上如何使這些影子董事

⁵⁸ Companies Act 1993, s. 126(1) (N.Z.).

或第二手影子董事遵守規定，有機會亦值得深入研究。此外，紐西蘭公司法並未使用影子董事或幕後董事字眼，然由其定義之第二、第三及第四項，均可見影子董事之描述。此外，紐西蘭對於前述第二至第四項之影子董事之規範，均於條文中明文規定於特定條文範圍之適用時，才將影子董事納入公司法董事之範圍。在紐西蘭，學者對於哪些董事義務可以加諸於影子董事，實際上是一件非常困難的工作⁵⁹。

肆、實質董事之法律定位與範圍

一、事實上董事為「董事」或「非董事」

事實上董事主要指我國公司法第8條第3項前段之情形。事實上董事在我國定義為「非董事」，而規定其應與公司法之董事同負民事、刑事及行政罰之責任。然其他國家，例如英國，則於董事之定義中，包含了事實上董事。究竟何種規範方式，在體系上較為合理？以下先由我國增訂第8條第3項後，法院對於該條之適用與解釋。然後再針對事實上董事在法體系上之定位與相關規範之相容性進行分析。

由於我國未於公司法中使用「實際負責人」⁶⁰、「實質負責人」⁶¹、「實際董事」⁶²、「實質董事」⁶³或「事實上董

⁵⁹ Lynne Taylor, *Expanding the Pool of Defendant Directors in a Corporate Insolvency: De Facto Directors, Shadow Directors and Other Categories of Deemed Directors*, 16 N. Z. BUS. L. QUART. 203, 215 (2010).

⁶⁰ 例如，最高法院109年度台上字第514號刑事判決。

⁶¹ 例如，臺灣高等法院104年度重上字第922號民事判決。

⁶² 實際董事經常被用在與名義上之董事為區分。例如，最高法院97年度台上字第501號民事判決；臺灣高等法院101年度重上更（三）字第79號刑事判決。

⁶³ 例如，前揭註13。

事」⁶⁴之名稱，法院於個案說明公司法第8條第3項之情形時，出現上述多種表達方式。以最高法院101年度台抗字第861號民事裁定為例，各審法院有將公司法第8條第3項或該項前段之規定，認為是「影子董事」的規定；有認為該案中之甲為「實際負責人」；有認為民法第28條有代表權之人包括「事實上董事」在內；有認為公司法第8條第2項所列之人即為民法第28條「其他有代表權之人」；有認為公司法第8條第3項「僅規範影子董事之責任，非規範公司之責任」。究竟公司法第8條第3項之規範內容為何？裁判中所謂之事實上董事與影子董事之關係為何？事實上董事與影子董事之認定標準為何？事實上董事、影子董事如須負責，其責任與法律上合法選任董事之責任是否相同？

由國內外文獻及立法例可知，董事可分成三種類型，包括法律上的董事（*de jure director*）、事實上的董事（*de facto director*）及影子董事（*shadow director*）。法律上的董事，係指依照法律規定之程序，經合法選任之董事。與法律上的董事相對應的，則是「事實上董事」，係指未經合法程序選任或未經選任，而實際上擔任董事職務或控制或影響公司決策之人。實質負責人，大致又分成事實上董事及影子董事。以下將選定幾個國家有關事實上董事之立法例，進行介紹。由於多數規範事實上董事之立法例，多為普通法系國家，因此，法院案例如何認定事實上董事，以及事實上董事應負董事責任之法理也將一併討論。

二、事實上董事之認定

事實上董事係指行為人以董事之身分自居，他人亦認其為董事，實際上執行董事職務，然因未經合法選任程序，或雖經合法選任程序，然因其資格條件不符或其他原因，無法成為合法選任

⁶⁴ 例如，臺灣桃園地方法院101年度重訴字第192號民事判決。此案原告主張被告為「實質負責人（或事實上董事）」。

之董事。英國判例中，法院認為事實上董事，除了前述條件外，公司對外亦表示其為董事⁶⁵。倘董事經解任或經失格判決後，仍持續執行其原本董事職務，可將其認定為事實上董事。

英國公司法董事之定義雖然包括事實上董事，然事實上董事與法律上董事之責任範圍是否相同？是否二者須負之法律責任相同？以澳洲為例，判例法及公司法對於事實上董事有特別規定，我們可由判例法中歸納整理事實董事之責任，公司法中則規定多數有關董事責任之規範也適用於事實上董事。由此可見，法律上董事與事實上董事在法律責任上仍有不同。例如，澳洲法院判例法認為，董事及資深執行官員必須對公司負受託人義務，其中「董事」包括未經選任而自願擔任董事職務者⁶⁶。換言之，事實上董事雖無合法選任，但因其自願擔任董事職務，故亦須對公司負受託人義務。

三、影子董事之認定

影子董事與事實上董事不同，顧名思義，影子董事躲在幕後，以其影響力影響公司董事或董事會，實現其意願；事實上董事，則是在幕前實際上執行董事之職務。影子董事究應如何認定？以下將提供外國司法裁判針對如何認定影子董事所提出之建議。影子董事（shadow director）一詞，最早出現於英國1980年公司法中⁶⁷。其後，1985年公司法開始有明確定義。英國於2006年公司法（Companies Act 2006）及1986年公司董事失格法（Company Directors Disqualification Act 1986）亦對影子董事進行

⁶⁵ *Re Hydrodam (Corby) Ltd* [1994] 2 BCLC 180 (CH) 182.

⁶⁶ *Corporate Affairs Commission v. Drysdale* (1978) 141 CLR 236.

⁶⁷ “The words ‘shadow director’ first appeared as a defined term in s 63 of the Companies Act 1980.” Marc C. Hammerson, *What Is a Shadow Director?*, 151 NEW L.J. 1703 (2001) (U.K.).

定義⁶⁸。在*Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell*一案中，法院指出公司董事失格法對於影子董事之解釋，不應過度嚴格解釋，因為該法之立法目的在於保護投資大眾⁶⁹。

影子董事之定義，其目的在於指認出實際上對公司業務有實質影響力的人，而單純因其專業顧問之角色所提供建議之情形，也不應被認定為影子董事，而應予以排除，以免徒增專家顧問之困擾。在認定影子董事時，該行為人也不一定需要對公司事務有全面性的影響力⁷⁰。影子董事之影響並非對於個別董事之影響，而是對於董事會之影響。法院在事實認定上，必須根據所有證據，對於該名影子董事的指示或指導的文字內容或行為，客觀地加以確認。然而，對於影子董事或董事會對於指示內容之期待或瞭解，則無須證明。另外，一個值得參考的證據是，董事會的全部或部分董事在行使表決權時，僅聽從影子董事之建議或指示，並未行使裁量權或將自己角色定位為次於影子董事⁷¹。有趣的是，法院認為雖然行為人在參與公司事務過程，並未採取任何步驟來隱藏其身分，但仍可能可以被認定是影子董事⁷²。

在另一個案子*Bluecorp Pty Ltd (in liq) v. ANZ Executors*⁷³，法院認定影子董事之要件尚未符合，相關理由如下：原告主張被告L公司之董事會，聽從於Qintex集團經營團隊之指示進行決策，因

⁶⁸ Companies Act 2006, c. 46, § 251 (U.K.). Company Directors Disqualification Act 1986, c. 46, § 22(5) (U.K.).

⁶⁹ *Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell* [2001] Ch 340 (CA).

⁷⁰ 法院在該案中引用Finn法官在*Australian Securities Commission v. AS Nominees Ltd* (1995) 62 FCR 504; 18 ACSR 459中的判決理由。

⁷¹ FORD ET AL., *supra* note 54, at 312.

⁷² *Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell* [2001] Ch 340 (CA) 355.

⁷³ *Bluecorp Pty Ltd (in liq) v. ANZ Executors and Trustee Co Ltd* (1994) 13 ACSR 386.

此Qintex經營團隊成員雖非L公司之董事會成員，但為影子董事而符合公司法上董事之定義，應認定為L公司之董事而與L公司共同擔負賠償責任。MacKenzie法官引用*Harris v. S*案所建立之認定標準，認為本案證據並未滿足認定標準，因此判定被告Qintex集團經營團隊成員不構成影子董事。認定標準包括⁷⁴：

（一）雖然公司外其他人作出指示或決議方向，但實際決定者為公司之董事，由董事行使職權所為之決定⁷⁵。此標準之重點在於判斷，雖然有外人的指示或影響，但如董事會係獨立行使職權做出決議，則該外部人不能算是影子董事。

（二）董事積極執行其職務，而非消極地站在一旁，任由他人僭越其職權⁷⁶。此標準之重點在於顯示董事會並未失職而任由外部人控制，取代董事會之功能。

（三）是否為外部人之意志而非董事會之獨立意志決定董事會之決議⁷⁷。此標準係從另一個角度來看決策之影響力，如係由外部人之意志所決定，則該外部人可能可以認定為影子董事。

另外，倘若公司董事會已經習慣於聽從或遵照特定人之指示而決定公司事務之執行時，該特定人會被認定為影子董事⁷⁸。一個公司可能會被認定為是另一個公司的影子董事，但是否成立完全要看每一個個案事實認定⁷⁹。

⁷⁴ *Harris v. S* (1976) 2 ACLR 51.

⁷⁵ *Id.* at 63.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.* at 71.

⁷⁸ *Beach Petroleum NL v. Johnson* (1993) 43 FCR 1.

⁷⁹ *Secretary of State for Trade and Industry v. Liang* [1996] 2 BCLC 324.

伍、實質董事之責任建構

公司法於2012年增訂第8條第3項規定：「公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。」2018年再次修正第8條第3項，擴大適用範圍，包括所有公司，然對於實質董事規定之其他文字則無更動。我國公司法引進實質董事之規定，目的當然也是為了保護投資大眾。然而，由現行條文文字分析，因為將事實上董事與影子董事視為非董事，雖然法律效果上，希望讓這些人能負起與董事相同之民事、刑事及行政責任，然而，由於並未將其認定為董事，因此，無法將董事義務以及其他規範直接適用到實質負責人身上。在外國立法例中，特別是紐西蘭，直接將事實上董事與影子董事認定為董事，也直接建構了他們應負董事之義務，例如忠實義務，同時對於利益衝突之自我交易，以及股權交易等規範，都必須遵守。本文認為，此為我國公司法實質負責人之規範，未來可以參考修正之重要方向。

一、問題分析與修法建議

經參考外國立法例以及我國相關司法判決後，本文擬對公司法第8條第3項實質董事未來之修法方向，針對以下幾部分提供淺見。

（一）實質董事（事實上董事）視為公司董事

實質董事，無論其於公司中所使用之職稱，或雖於公司中無任何職務，然經常出入公司，並以董事身分自居，經常出席董事會指導公司人事、財務、業務經營者，均應要求其盡公司法及相關法規有關董事義務之規定，例如忠實義務之履行及公司與其交

易利益衝突資訊揭露之義務。參考國外有實質董事立法例之國家，例如英國公司法，將實質董事定義為公司董事，並要求其盡董事相關義務，應為較妥當之作法。又例如，紐西蘭公司法將性質上屬於董事會所得行使之職權，若特定人能行使或有權行使、控制或有權控制職權之行使，該特定人亦為董事。如此，也建構了實質董事與董事一樣，應盡相關之義務。將來，對於實質董事是否應負責任，亦可由其是否違反義務之角度出發，如此論述將更為完整。

此外，我國有判決提及，在實質負責人增訂前，非董事而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，其本質上應認係經該公司授權，為公司管理事務，及有為公司簽名權利之經理人⁸⁰。該判決將此類人認定為公司法第8條第2項之職務負責人，雖無不妥，然於第3項增訂後，究應繼續以第8條第2項或第3項，則有待觀察法院之認事用法。本文認為，將此種情形解釋為「經公司授權」雖不無道理，然此乃係推定之用法，如能適度修改實質董事之定義，則能將此種情形納入事實上董事之範圍。

紐西蘭公司法也明文規定，倘若公司章程授權股東行使董事或董事會職權，則於該股東行使該職權時，應使其盡公司法第131條至138條董事之義務⁸¹。此情形當然可以將其視為公司有授權，而使其成為公司法第8條第2項之職務負責人。然紐西蘭之作法亦值得借鏡，蓋職務負責人雖依公司法第23條有忠實義務，然關於董事之其他義務是否存在，則仍有疑問。

如未將事實上董事定義為董事，根據目前規定，以及前述行

⁸⁰ 臺北地方法院102年度金訴字第16號刑事判決。

⁸¹ Companies Act 1993, s. 126 (2) (N.Z.).

政法院關於公司負責人限制出境之對象僅適用於登記之公司負責人之案例，都可能產生事實上董事是否應盡董事之注意義務以及法律上之義務等。綜上，將事實上董事視為公司董事，除了於責任建構上，可以先將董事應盡之義務加諸於事實上董事，對於公司法許多利益衝突之規定，例如競業禁止、事實上董事與公司交易等⁸²，亦能適用於事實上董事，如此才能真正建構事實上董事之責任體系。然而，於公司法第8條第3項尚未修法將事實上董事定義為董事之前，當然可以由法院參考外國立法例及司法實務經驗，除於個案認定外，也可以先由司法判決建立事實上董事之認定標準，以填補目前公司法第8條第3項之規定過於簡略之缺憾。因此，本文建議將來可考慮將公司法第8條第3項之事實上董事，將其定義為公司董事，並將董事義務加諸於事實上董事身上。

（二）影子董事之定義與義務之建立

影子董事於外國立法例，例如英國、紐西蘭等，雖然定義之模式不同，然也都將其認定為公司董事。特別是紐西蘭公司法，更是結合董事之義務與相關規範，將其套用至事實上董事與影子董事。英國公司法則是於2015年制訂小型商業、企業與就業法（Small Business, Enterprise and Employment Act 2015）時，配合修正關於影子董事相關義務之規範⁸³。

本文認為，影子董事應可再區分為顯性與隱性影子董事兩種

⁸² 有學者指出，實質董事與公司交易時，「是否有公司法第206條之適用？如何適用？公司如何掌握公司實質董事之相關資訊，以便遵循相關程序，避免交易效力受到影響？現行法規範均不明確有未臻明確之處。」朱德芳，董事忠實義務與利益衝突交易之規範——以公司法第206條為核心，政大法學評論，第159期，頁138-139（2019）。

⁸³ Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26, §§ 89-90 (U.K.); Companies Act 2006, c. 46, §§ 170-177, 251 (U.K.).

類型。外國立法例雖無顯性和隱性影子董事之區分。筆者試圖由影子董事之實際運作，以及外國立法例規範影子董事注意義務之部分，特別是紐西蘭公司法之啟發，將影子董事再區分為顯性與隱性之影子董事。

第一類為顯性之影子董事，亦即某特定人雖非直接執行董事職務，然董事或董事會習慣於根據或必須根據該特定人之指揮、命令或指示來執行業務，而該特定人顯而易見係居於該地位，例如公司營運總管理處、集團總裁、名譽董事等，這些人對於公司事務經營之指揮、命令或指示，直接影響公司營運，自應要求其盡董事之義務，包括受託人義務，如公司之交易對象為這些人，當然也有公司法第206條之說明義務。紐西蘭公司法雖未使用影子董事之字眼，也未使用顯性與隱性影子董事之字眼，然於幾個條文中，於不同的情形直接規範此等人（及影子董事）也須盡特定董事義務，此規範方式也值得參考。

第二種類為隱性之影子董事，由於這些人多位居幕後且不欲人知，雖有時呼之欲出，然仍屬隱性之影子董事，與顯性之影子董事相較，不容易直接判定。大股東是否可以將其認定為影子董事，即是值得探討之問題，蓋大股東不一定會參與公司業務經營，當然也可能主動發揮其影響力，因此，尚須就個案認定。我國法院曾有判決將大股東認定為影子董事，並稱此乃「經營權與所有權分離原則下所常見之影子董事之公司經營實態運作情形」⁸⁴。由於我國目前審判實務中，將被告認定為影子董事之案例仍不多，或許也與目前事實上董事與影子董事之區分，仍可能有重疊之處。

在影子董事之義務部分，我國公司法第8條第3項並無規定，

⁸⁴ 臺灣高等法院102年度金上訴字第24號刑事判決。

是否董事應負之義務均適用於影子董事，不得而知。我國目前之立法模式，僅要求影子董事與董事負相同之民事、刑事與行政責任。然影子董事應負責任之前提，是否仍應以影子董事有相關義務之違反，抑或以聽從其指示之董事或董事會義務之違反，當作其責任認定之根據，實應進一步釐清。查外國立法例，例如英國，係原則性的規定，凡董事應盡之一般性義務，能適用到影子董事的都有適用⁸⁵。授權內閣大臣以頒布法規來規定董事之義務如何適用於影子董事，此法規須經國會的積極核准程序（affirmative resolution procedure）⁸⁶。英國內閣大臣於頒布關於影子董事義務範圍時，可特別針對1.當董事義務適用於影子董事時須進行調整或改變之部分，及2.規定哪些董事義務不適用於影子董事，加以規範⁸⁷。紐西蘭公司法，則於定義影子董事時，將其與董事之義務進行結合規範。

我國公司法第8條第3項，目前仍僅以一個條文，涵蓋事實上董事與影子董事，且並未對於事實上董事與影子董事應負之義務加以規定。我國學者多批評此項規定過於簡略⁸⁸。無論是事實上董事或影子董事，並非僅是尋找出目前公司法第8條第3項前段及後段所描述的這些人，然後就要求其應負與董事相同之法律責任。在制度上，仍須界定其應盡之義務，如此才能完整建構其應

⁸⁵ Companies Act 2006, c. 46, § 170 (5) (U.K.); Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26, § 89 (U.K.). 所謂董事一般義務，係指規定於英國公司法第171條至177條之董事義務。Companies Act 2006, c. 46, §§ 171-177 (U.K.); Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26, § 89(4) (U.K.).

⁸⁶ Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26, § 89(2), (5) (U.K.).

⁸⁷ Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26, § 89(3) (U.K.).

⁸⁸ 例如郭大維，我國公司法制對事實上董事及影子董事之規範與省思，臺北大學法學論叢，第96期，頁74（2015）。

負之法律責任。事實上董事，由於實際上執行董事職務與功能，與法律上董事之差別僅在於其並未經董事選任程序。因此，將來修法，建議將事實上董事定義為董事，須與一般董事負相同之義務並遵守相同之規定，例如公司法第23條之忠實義務（忠誠義務、注意義務）、資訊揭露義務與責任、競業禁止之規定等。至於影子董事，本文將其區分為顯性與隱性影子董事。顯性影子董事與事實上董事類似，差別在於顯性影子董事並非自己執行董事職務，而係指示、影響公司董事與董事會之決策，且知道公司之董事習慣於聽從其指示執行業務，而非僅參考其建議。此種情形，將一般董事義務加諸於顯性影子董事，並無不妥。至於隱性影子董事，則可參考英國制度，由公司法授權主管機關頒布法規來規範影子董事之義務，此法規須完成國會之積極核准程序。也可參考紐西蘭之作法，直接於公司法條文中規定哪些義務適用於影子董事。當然，倘若大家無法接受顯性及隱性影子董事之區分，認為無區分實益或於執行上有困難，本文亦不反對不用加以區分。然仍須參照前述建議，採取英國或紐西蘭模式，規範影子董事之相關義務。唯有明訂事實上董事與影子董事之義務，才能認定其是否已盡義務，也才能認定其應負之法律責任。這些關於影子董事義務之外國立法例，值得我國於未來修法時參考。

我國學者也曾分析英國公司法，指出法院對於事實上董事與影子董事是否為互斥之概念，也曾有不同看法⁸⁹。然而，董事區分為法律上的董事（*de jure director*）、事實上董事與影子董事，在英國、澳洲、紐西蘭與新加坡，都是一個已經確立的區分。當然，外國立法例對於事實上董事與影子董事之認定，以及其他視

⁸⁹ 曾宛如，新修正公司法評析——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，月旦法學雜誌，第204期，頁132（2012）。

為董事之人的範圍，仍有不同。其中，紐西蘭之公司法，似乎做了較為廣泛之定義，亦即納入「董事」規範之範圍較廣。

我國增訂公司法第8條第3項時，的確參考外國立法例，引進事實上董事與影子董事，第8條第3項前段「實質上執行董事業務」即與英國、澳洲、紐西蘭之事實上董事（*de facto director*）相同，而第8條第3項後段「實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者」，即為影子董事。當然，我國並未完全依照外國立法例之方式，增訂第8條第3項，除了明文其為非董事外，亦未對於事實上董事與影子董事之注意義務加以規範。英國、紐西蘭、澳洲之公司法，均將事實上董事定義為董事，我國公司法則明文規定事實上董事為「非董事」。此當然證明公司法為我國特殊的立法。在影子董事部分，澳洲將影子董事亦定義為董事。英國則授權主管機關另外針對影子董事之義務另行頒布法規規範。紐西蘭則直接於公司法中，依照不同行為情境與義務，將影子董事納入規範。

然而，由於我國公司法第8條第3項之規範過於簡略，雖然法律上可區分事實上董事與影子董事，然於司法實務上，許多判決並未特別於個案中認定當事人屬於前段之事實上董事或後段之影子董事。更有甚者，最高法院101年度台抗字第861號民事裁定之下級審，好像也誤將第8條第3項前段解讀為影子董事。這些都是我國公司法第8條第3項規定，仍有修正必要之理由。

（三）法人可否為事實上董事或影子董事

當引進事實上董事與影子董事後，可能引起疑惑的另一個爭議問題，即是法人可否為事實上董事或影子董事。事實上董事部分的爭議較小，因為事實上董事係指未經合法選任成為公司董事，然實際上執行屬於董事職權範圍工作者，例如參與董事會討

論，指揮命令關於公司人事、財務、業務之情形，無論其於公司之職稱為何，因此事實上董事原則上以自然人為限。然與影子董事部分，是否包括法人，則可能引發爭議。有學者即指出，根據我國目前之規定，關係企業中之母公司極有可能被認定為子公司之影子董事⁹⁰。本文於先前討論英國法制時，即已說明英國於2006年公司法定義影子董事時，明訂不應逕予認定其為影子董事之例外規定。有學者即指出，英國訂定例外規定，係為避免「影子董事之認定過廣或影響關係企業之運作」⁹¹。同時也由關係企業制度制訂之目的，探討母公司對子公司是否負有忠實義務，以及子公司之董事對於子公司是否負有忠實義務，有充分討論，值得參考⁹²。

針對此問題，本文認為在回答法人可否為影子董事這個問題前，特別是加入關係企業之經營模式之考量，我們可以由我國現行公司法之規定來綜合思考。首先，若單純由公司法第8條第3項之規定觀察，影子董事的確可能包括其控制公司，特別是從屬公司之人事、財務、業務經營，形式上雖為不同法人且有其獨立之人事、財務、業務經營，然很多公司的確係由控制公司主導。因此，控制公司的確可能成為公司法第8條第3項之影子董事。第二，我們若由公司法第6章之1關係企業專章之規定觀察，目前有第369條之4之規定，已有處理控制公司不當運用其控制力，使從屬公司為不合營業常規或不利益經營時，如造成從屬公司損害時，有填補損害及損害賠償之相關規定。當然，我們可以繼續思考，是否因此我們就無須適用影子董事之規定。本文採取比較保

⁹⁰ 前揭註，頁133。詳細討論請參閱，曾宛如，影子董事與關係企業——多數股東權行使界限之另一面向，政大法學評論，第132期，頁1-70（2013）。

⁹¹ 曾宛如，前揭註89，頁133。

⁹² 曾宛如，前揭註89，頁134-136。

守的看法，認為影子董事仍可能適用於控制公司。由外國立法例觀察，紐西蘭並無排除控制公司不會成為影子董事之規定，而英國2006年公司法則規定，不會因為子公司經常聽從母公司之指引或指示而認定其為影子董事，然並非謂母公司絕對不會是子公司的影子董事。換言之，控制公司仍可能成為從屬公司之影子董事。第三，我國已於公司法引進揭穿公司面紗原則，「股東濫用公司之法人地位，致公司負擔特定債務且清償顯有困難，其情節重大而有必要者，該股東應負清償之責」⁹³。此原則主要目的係與股東之有限責任制度加以平衡，其適用亦有一定之限制，且主要係屬民事賠償責任，與影子董事之規定亦不相同。因此，影子董事之規定，似能補足關係企業專章規定與揭穿公司面紗原則適用情形不足之處。如由另一個角度分析，雖言將影子董事之規定適用於關係企業，可能造成企業直覺上的壓力，然關係企業本即應思考，如欲藉由集團之運作，發揮其影響力而影響從屬公司之營運，本即應擔負起經營者責任。再則，如無不當運用其影響力，自無須擔心須負民事、刑事與行政責任。然本文也同意，公司法第8條第3項之影子董事之規範，就定義、義務之加諸與責任之認定，以及是否應訂定例外規定或適用範圍，的確須再斟酌。

法人於本質上可否成為影子董事，除由外國立法例之角度有可能成立外，我國目前既是允許法人董事，理論上並無不可。然而，若由實際運作來看，法人董事仍須指派自然人為代表人行使董事職務。究竟法人董事執行職務時，如有違反法令章程時，應負責者究為法人股東或自然人代表人？對此問題也經常引起爭論。有些國家並不承認法人可以擔任董事，認為真正為行為者為自然人，例如新加坡，僅自然人可以擔任董事⁹⁴。

⁹³ 公司法第99條第2項、第154條第2項。

⁹⁴ “No person other than a natural person who has attained the age of 18

因此，雖然我國之法人於理論上可認定為影子董事，然本文建議仍宜以真正為行為之自然人為範圍。例如，某集團設置總營運管理處，集團內公司之重要經營政策，均須由總營運管理處討論決議後，始由集團內各公司根據法律與章程之程序執行。營運總管理處可能為法人但與集團內公司無任何持股關係，也可能將其安置於集團內某公司之部門，其角色實際上應可被認定為影子董事。法人成為影子董事理論上雖為可能，然實際上可能發生之情形，比較容易存在於集團企業或法人大股東，蓋公司不會無緣無故受一個毫無關係之法人之影響，因此非控制股東，例如債權銀行，也可能成為影子董事⁹⁵。關於政府是否可能成為影子董事，目前法規亦已排除，然有學者認為政府是否能成為影子董事，仍值得持續觀察發展⁹⁶。

二、修法前法院應如何適用

(一) 實質負責人之適用範圍

我國實質負責人之規定，於2018年公司法修正時，已將適用範圍擴及於所有公司，與國外立法例相同。2012年剛引進時，僅適用於公開發行公司，其目的不外著眼於公開發行公司投資人人數眾多，如因事實上董事之控制，而導致公司、股東或投資人受有損害時，除了原本公司法負責人應負責外，也將原本非公司法董事之事實上董事及影子董事，要求須與公司董事負相同之法律責任。由外國法院案例觀察實質負責人之規範，事實上董事案例

years and who is otherwise of full legal capacity shall be a director of a company.” Companies Act (Cap 50, 2006 Rev. Ed.) § 145(2) (Sing.).

⁹⁵ 郭大維，前揭註88，頁48。

⁹⁶ 曾宛如，前揭註89，頁136。另有學者認為，倘若於「對於已有民股之公營事業（尤其是上市公司）以及一般民間之控制法人（如財團法人）而言，仍有可能會發出不平之鳴，值得注意。」劉連煜，現代公司法，頁135-136，自版，增訂11版（2015）。

多發生在較為閉鎖、規模較小之私人公司，上市櫃公司反不多見⁹⁷。當時亦有學者呼籲，應將適用範圍擴大⁹⁸。因此，出發點良好之立法，在2018年公司法修正時，即檢討適用之範圍而予以適度修法，目前已將適用範圍擴及於事實上董事發生率更高的非公開發行公司，以保護更多投資人，值得肯定。

（二）非董事之實質負責人與董事同負法律責任之範圍是否相同？

事實上董事與影子董事之行為，如果造成公司、股東或投資人損害，其所負之責任與董事責任相同。然而，事實上董事因為實際上執行董事職務，僅因為缺乏合法選任，或已喪失董事資格而繼續執行董事職務，規定其與董事負相同法律責任較無問題。然而，影子董事因為隱居於幕後，首先認定上已有困難，如真能認定其為影子董事，是否責任範圍與事實上董事及一般董事應相同？由國外法之規範觀察，是否應先界定事實上董事以及影子董事應有之義務為何，然後才能論及違反該義務之法律責任。換言之，事實上董事與影子董事實際上必須了解，其指示或影響公司決策之行為，將使其處於與董事相同之地位，因而要求這些人於指示或影響公司決策時，必須善盡其應盡之義務，倘若違反該等義務時，則必須與董事負相同之民事、刑事及行政罰責任。然而，我國法律規定與英國、澳洲、新加坡等其他國家之公司法規範有所不同。這些國家之公司法，係將「董事」之定義中涵蓋「事實上董事」及「影子董事」。可以理解的是，我國公司法是要將這些人與經合法選任之董事有所區隔，然而，我國將這些人歸類為「非董事」，在建構這些人應負董事責任之理論基礎，可

⁹⁷ See TAN, *supra* note 37, at ¶ 7.19 and accompanying text.

⁹⁸ 有學者認為公司法第8條第3項之實質董事未適用到有限公司，也是一個缺憾，應擴大適用範圍。郭大維，前揭註88，頁77。

能就稍顯不足了。

（三）實質董事之義務為何？

如前所述，公司法第8條第3項僅規定實質董事應與董事同負法律責任，並無規定實質董事是否亦負有董事應負之義務。例如公司法第23條之受託人義務、公司法第209條不與公司競業之義務、公司法第206條2項於董事會說明利益衝突之義務等，實質董事是否負有這些義務？若更進一步區分，實質董事中之事實上董事與影子董事是否負有相同之義務？又實質董事與公司交易，是否亦有公司法第223條、證券交易法第14條之3或第14條之5規定之適用？諸如這些問題，根據目前規定並無明確答案，然這些問題在英國公司法、澳洲公司法卻有明確規定。以英國2006年公司法為例，第170條第1項首先澄清第171條至177條所規範之董事義務，係指董事對公司所負之義務。第171條至177條將過去普通法（common law）及衡平法原理（equitable principles）所發展出來的法律規則，予以成文法化，主要包括了董事執行公司事務須在公司權利範圍內，為公司之利益所為（duty to act within powers）⁹⁹；推動公司之成功與利益之義務（duty to promote the success of the company）¹⁰⁰；董事執行公司事務應獨立行使判斷或裁量權之義務（duty to exercise independent judgment）¹⁰¹；董事執行業務應盡之注意、專業技能及努力之義務（duty to exercise reasonable care, skill and diligence）¹⁰²；避免利益衝突之義務（duty to avoid conflicts of interest）¹⁰³；不向第三人收取利益之義務（duty not to

⁹⁹ Companies Act 2006, c. 46, § 171 (U.K.).

¹⁰⁰ Companies Act 2006, c. 46, § 172 (U.K.).

¹⁰¹ Companies Act 2006, c. 46, § 173 (U.K.).

¹⁰² Companies Act 2006, c. 46, § 174 (U.K.).

¹⁰³ Companies Act 2006, c. 46, § 175 (U.K.).

accept benefits from third parties) ¹⁰⁴；對於擬進行之交易或安排有利害關係時，說明其自身利害關係之義務 (duty to declare interest in proposed transaction or arrangement) ¹⁰⁵。

英國公司法對於董事之定義中包含事實上董事¹⁰⁶，因此，事實上董事於實際上執行董事業務時，自應遵守前述董事應盡之義務¹⁰⁷。影子董事則是於董事定義外，於另一個條文特別加以定義¹⁰⁸。影子董事是否也負有上述董事應盡之義務，可能就有商榷之餘地，因為影子董事在因其指示或影響公司決策之行為導致發生損害前，可以稱得上是「藏鏡人」，即便事件發生後，仍須費一番功夫才能證明該人為影子董事，因此，影子董事是否也須負法律上董事之義務，本身就是個值得玩味的問題。然而，為了要追究影子董事之責任，除了定義何謂影子董事外，也必須讓躲在幕後的藏鏡人知道，其行為如符合公司法所定義之影子董事時，仍須接受公司法之規範，也就是須負一定之義務，以及違反該義務而造成公司或第三人損害時，亦須承擔與董事責任類似之法律責任。這些問題，在規範影子董事時，必須謹慎加以思考，始能在規範理論與實踐上有完整的論述與根據。

英國公司法針對影子董事是否應負董事之義務，則有不同的規定。2006年公司法第170條第5項規定關於第171條至第177條董事義務之規定，影子董事在普通法及衡平法原則認為其應負責時負董事責任¹⁰⁹。由此可知，在英國，事實上董事與法律上董事應

¹⁰⁴ Companies Act 2006, c. 46, § 176 (U.K.).

¹⁰⁵ Companies Act 2006, c. 46, § 177 (U.K.).

¹⁰⁶ Companies Act 2006, c. 46, § 250 (U.K.).

¹⁰⁷ LEN S. SEALY & SARAH WORTHINGTON, *CASES AND MATERIALS IN COMPANY LAW* 283 (8th ed. 2008).

¹⁰⁸ Companies Act 2006, c. 46, § 251 (U.K.).

¹⁰⁹ “The general duties apply to shadow directors where and to the extent

負2006年公司法第171條至第177條之董事義務，而影子董事則有待進一步由法院判例所形成之法律及衡平法原理確認其應盡之義務範圍。

在紐西蘭公司法部分，第126條詳細界定董事範圍，並將事實上董事與影子董事之界定，與公司法中關於董事義務及相關規範之具體條文連結。例如第126條1項b款中界定之事實上董事或影子董事，係與第131條至第141條、第145條至第149條、第298條、第299條、第301條、第318條(1)(bb)、第383條、第385條、第385條之AA、第386條之A至F，以及附表(Schedule) 7，Clause 3(4)(b)之規定連結，被界定為董事者，應遵循相關規定。

陸、裁判評釋

一、公司之侵權行為責任

臺灣高等法院針對原告抗告所為之裁定，指出抗告人投保中心誤解了公司法第23條第2項之規定，認為該條項係規定公司之侵權行為責任，而非公司之連帶賠償責任。查抗告人之抗告，主要係主張被告二公司之法律上負責人與甲為實際負責人，因違反證券交易法第20條第1項之規定，造成授與投保中心訴訟實施權之投資人受有損害，被告二公司應與這些負責人負連帶賠償責任。由於本案係發生於公司法第8條第3項增訂之前，我國司法實務及國內多數學者均認為修法前負責人之認定仍採取形式認定主義。由於刑事判決認定被告二公司之負責人無罪，僅甲有罪，而甲非被告二公司之董事或經理人，因此本案原告欲建構被告二公司根據民法第28條及公司法第23條第2項負責，必須證明甲為民法第28條

that the corresponding common law rules or equitable principles so apply.” Companies Act 2006, c. 46, § 170(5) (U.K.).

之董事或其他有代表權之人或公司法之負責人，始能使被告二公司負責。

由於本案尚在訴訟中，截至目前已有之判決，甲被認定有罪在案，臺北地方法院亦判決甲在民事上應負損害賠償責任。投保中心係以甲為實際負責人，於執行業務致他人受有損害，主張被告二公司應與甲負連帶賠償責任，此種推論方式被臺灣高等法院認為適用不正確，認為公司法第23條第2項係規範公司之侵權行為責任而非公司之連帶責任。臺灣高等法院之見解固然正確，然而投保中心之推論亦無錯誤。由文義解釋，公司法第23條第2項固然規定公司侵權行為責任之要件，如公司負責人於執行業務過程因「違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責」，一方面建構公司侵權行為責任，一方面規定公司負責人應負連帶賠償責任。然而，論述上若能以甲執行業務之違反法令行為先建立被告二公司之侵權行為責任，再由結果論，負責人與公司負連帶賠償責任，抗告人以被告二公司與負責人負連帶賠償責任之說法，應該也沒有錯誤。

最高法院於在抗告裁定中，僅以民法第28條之規定，並援引刑事判決所認定之事實，認為甲為實際負責人或實質董事，屬於民法第28條所稱「其他有代表權之人」，建構被告二公司與甲之連帶責任之形式要件已經符合之論述。如民法第28條已經涵蓋了實質負責人的概念，最高法院實可進一步分析抗告人有關公司法第23條第2項之主張，一方面解釋實質負責人於公司法中之概念與適用，一方面也可釐清臺灣高等法院所稱抗告人執公司法第23條第2項規定「請求相對人公司負連帶賠償責任，尚有誤會」之意見是否妥適。

二、公司法第8條第3項之解讀

臺北地方法院與臺灣高等法院都將公司法第8條第3項之規定，解讀為影子董事之規定。然而由條文規範內容可知，第3項並非僅規範影子董事，同時也包含了事實上董事。最高法院於再抗告裁定書中指出高院裁定說明公司法於2012年1月4日修正，增訂第8條第3項「影子董事」之規定，但卻未於再抗告裁定中針對此點說明，釐清實質負責人、事實上董事及影子董事三者間之關係，實屬可惜。倘若最高法院可以利用此機會表達關於公司法第8條第3項之真正內容予以正名，並分析認定之標準，供未來一、二審法院參考將會增添此裁定之重要性。事實上董事與影子董事之定義不同，認定標準亦不相同，應盡之義務及責任，也都可能有所不同，本文於第肆及第伍部分已有討論，於此不贅。

三、實質董事之認定標準

我國公司法第8條第3項前段為事實上董事，而後段則較接近影子董事。實質董事之認定標準為何？由各國立法例及法院判決觀察，事實上董事係指未經合法選任而實際上擔任或執行董事職務。因此，至少兩個要件，一為未經合法選任，一為自願擔任董事職務。因此，只要事證足以證明此人係以董事自居而執行董事職務，包括知其所執行之事務屬董事職權範圍者，至於公司是否對外也表示其為董事雖可作為認定其有執行董事職務之事證，但應不是必要之要件。至於未經合法選任，可能有許多情形均符合此要件。例如，完全沒有經過選任，選任程序有瑕疵而造成當選無效或經撤銷後仍繼續執行董事職務，董事任期屆滿後繼續執行董事職務，因法律規定而發生解任效果後繼續執行董事職務之情形。行為人無論在公司使用何種職稱，只要實際上執行屬於董事職權之事務，都可認定為事實上董事。當事人是否有此認知其未經選任而擔任董事職務，因屬當事人主觀認知部分，只要從客觀

標準來認定其實質上擔任董事職務，所處理之事務多屬董事職權範圍，公司其他人員或許也知悉此情況存在即為已足。至於非經常性執行董事職務，而僅一次性執行董事職務，是否也可將其認定為事實上董事，仍有討論空間。我國引進實質董事，主要參考英國立法例，我國即有學者詳細介紹討論英國制度，文中也指出英國學者對於事實上董事與影子董事可否重疊及其認定標準，亦未必有一致看法¹¹⁰。

最高法院101年度台抗字第861號民事裁定中，甲究為事實上董事或影子董事？由於本案發生於公司法第8條第3項「實質董事」規範制訂之前，臺北地方法院及臺灣高等法院均認為無該條項之適用。最高法院針對投保中心再抗告之裁定中，並未認定甲是否為公司法第8條第3項之實質董事，而係以民法第28條「其他有代表權之人」為討論核心，首先認為其他有代表權之人，包括未經登記為董事，但實際為該法人之負責人，即為有權代表法人之「實質董事」在內。最高法院再根據刑事判決所認定之事實，將甲認定為相對人（即被告二公司）之「實際負責人」。藉以建構被告二公司與甲，在形式上已經符合民法第28條，法人與其他有代表權之人負連帶賠償責任之可能性。

首先，本文肯定最高法院將民法第28條「其他有代表權之人」，包括實際負責人（即有權代表法人之實質董事）。然而，本案將甲認定為「實際負責人」或「實質董事」之認定標準為何？究竟是以事實上董事或影子董事或有其他第三類型之實質董事，來認定甲為實質負責人¹¹¹？或許刑事判決之事證足以證明甲

¹¹⁰ 曾宛如，前揭註89，頁131-133。

¹¹¹ 有學者即認為紐西蘭1993年公司法（Companies Act 1993），除了法律上董事、事實上董事及影子董事外，尚有第四類，即公司法第126條所規定「其他視為董事」之類型。Companies Act 1993, s. 126 (N.Z.); See generally Taylor, *supra* note 59.

為實際負責人，然而，法院於再抗告裁定中之理由論述，使人有種「憑感覺」認定甲為實際負責人之嫌疑。最高法院以「刑事判決認定甲為東○集團總裁，實質掌控相對人公司、東○國際股份有限公司……，足見甲係相對人公司實際負責人，要無庸疑」。集團總裁或許有權利可以影響集團內公司之經營，然其影響方式究屬於事實上董事或影子董事，則有待進一步釐清，而不宜逕行使用「實際負責人」或「實質董事」，蓋此名詞並非僅包含一種特定類型之人，容易使人誤判，對於司法安定性及可預見性而言，可能並無幫助。

此外，最高法院也援引刑事判決所認定東○集團四家公司分別持有東○媒體股權之數據，以及甲為東○媒體董事及名譽董事長，利用被告二公司負責人與職員以東○媒體名義為其向小股東進行收購事宜之事實，最高法院如能就這些事證，運用事實上董事或影子董事之規範理論體系進行分析，提供認定甲為事實上董事、影子董事或其他類型之實際負責人或實質董事之證據，並將其套用於事實上董事或影子董事之定義，將使判決理由更加周延，更具說服力。

柒、結 論

實質負責人之規定，自2012年增訂後受到重視，然在引進之初僅適用於公開發行公司，2018年公司法修正，將適用範圍擴及於全部公司，相關案例將更為普遍。然而，由於第8條第3項目前之定義方式與法院之適用情形，似乎仍有值得討論之地方。本文藉由最高法院101年度台抗字第861號民事裁定此經典案例出發，從實質負責人之規定可否溯及既往適用之爭辯，到法院如何突破此障礙，使實質負責人可成為民法第28條「其他有代表權之人」。本文發現，實質負責人之規定，能使許多名義上不是董

事，而實際上實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，負與董事相同之法律責任。然而，我們也發現，有部分案例，例如因積欠營業稅而予以限制出境之對象，可能因為法規規定之限制或狹隘之解釋方法，對於能否將規範及於實質負責人，仍有待進一步觀察。

現行實質負責人之規定，在適用上也可能產生混淆。國內學說多將公司法第8條第3項前段之規定「實質上執行董事業務」，以實質董事或事實上董事稱呼，而將後段「實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者」稱之為影子董事。然由判決中，可發現有法院將公司法第8條第3項前段之情形，稱之為影子董事，亦有法院判決中描述實質董事即影子董事。可見目前之定義模式，的確可能造成適用上有不清楚地帶。

本文嘗試由外國立法例關於董事之定義，尋找出這些國家如何將實質負責人納入董事之定義中。每個國家之規定雖不盡相同，然我們可以發現，多數國家將事實上董事直接納入董事之範圍，例如英國、澳洲與紐西蘭屬之。對於影子董事部分，有於董事定義外，以不同條文或項次來定義說明影子董事為何及其義務與責任為何，例如英國屬之。然亦有國家直接將其界定為董事，例如澳洲屬之。本文參考各國規範、事實上董事與影子董事之特性以及實務案例發生之情形，建議可重新思考公司法第8條第3項之規範方式。第一，可思考是否將事實上董事定義為公司負責人，並使其負與法律上董事相同之義務，而非僅要求其負責而已。如此，也可要求事實上董事必須盡與董事相同之義務與責任。第二，影子董事部分，可將其區分為顯性之影子董事與隱性之影子董事。顯性之影子董事，亦可將其認定為公司負責人，並要求其負與董事相關之義務與責任。對於隱性之影子董事，則可另外界定其責任與相關義務。倘若剛開始無法接受顯性及隱性影

子董事之區分，認為無區分實益或於執行上有困難，本文亦同意可先不予區分。然仍須參照前述建議，採取英國或紐西蘭模式，規範影子董事之相關義務。唯有明訂事實上董事與影子董事之義務，才能認定其是否已盡義務，也才能認定其應負之法律責任。第三，事實上董事與影子董事應盡之義務與責任是否完全相同，也應進一步重新盤點。事實上董事因實際執行董事職務，而董事之義務亦係針對董事執行職務時所加諸，如同英國公司法與紐西蘭公司法，事實上董事原則上與法律上董事負相同義務。然影子董事並非實際執行董事職務，即便在紐西蘭，學者對於哪些董事義務可以加諸於影子董事，實際上是一件非常困難的工作。關於影子董事之義務，筆者將另撰文討論。

本文仍有許多討論不盡完善，也希望能藉此拋磚引玉，在事實上董事與影子董事立法一段時間後，能有更多討論，促使本制度更加完善。

中原財經法學

參考文獻

書 籍

- 劉連煜，現代公司法，自版，增訂11版（2015）。
- FORD, H. A. J., IAN M RAMSAY & R. P. AUSTIN, *FORD'S PRINCIPLES OF CORPORATIONS LAW* (LexisNexis Butterworths, Australia, 11th ed. 2003).
- SEALY, LEN S. & SARAH WORTHINGTON, *CASES AND MATERIALS IN COMPANY LAW* (Oxford University Press, New York, NY, 8th ed. 2008).
- SOE, MYINT, *PRINCIPLES OF SINGAPORE LAW (INCLUDING BUSINESS LAW)* (The Institute of Banking & Finance, Singapore, 3d ed. 1996).
- TAN, CHENG HAN, WALTER WOON ON COMPANY LAW (Sweet & Maxwell Asia, Singapore, 3d ed. 2005).

期刊論文

- 朱德芳，董事忠實義務與利益衝突交易之規範——以公司法第206條為核心，政大法學評論，第159期，頁129-214（2019）。
- 吳志光、羅元媛，擴大公司負責人及實質董事範圍，理律法律雜誌雙月刊，108年2月號，頁4-5（2019）。
- 林仁光，董事會功能性分工之法制課題——經營權功能之強化與內部監控機制之設計，臺大法學論叢，第35卷第1期，頁157-266（2006）。
- 郭大維，我國公司法制對事實上董事與影子董事之規範與省思，臺北大學法學論叢，第96期，頁45-83（2015）。
- 曾宛如，新修正公司法評析——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，月旦法學雜誌，第204期，頁129-141（2012）。
- 曾宛如，影子董事與關係企業——多數股東權行使界限之另一面向，政大法學評論，第132期，頁1-70（2013）。
- 韓鐘達，行政執行機關對於義務人公司實際負責人限制住居之探討，

法務通訊，第2876期，頁3-5（2017）。

- Hammerson, Marc C., *What Is a Shadow Director?*, 151 NEW L.J. 1703-1706 (2001).
- Taylor, Lynne, *Expanding the Pool of Defendant Directors in a Corporate Insolvency: De Facto Directors, Shadow Directors and Other Categories of Deemed Directors*, 16 N. Z. BUS. L. QUART. 203-224 (2010).

中原財經法學

摘 要

公司法於2012年修正時，增訂第8條第3項，規範公開發行公司之實質負責人（實質董事），包括事實上董事及影子董事。2018年修正時，擴大適用範圍至非公開發行公司。目前之規定，將實質負責人定義為非董事，然須與董事同負民事、刑事及行政罰之責任。由於我國並未規範事實上董事與影子董事之義務，與國外立法例不同。規範方式仍有討論及修正之空間。本文由我國實務及國外立法例，探究有關事實上董事與影子董事之規範。研究之方向，主要包括各國公司法如何對事實上董事與影子董事之定義？是否對其應負之義務加以規範？是否有明確之認定標準？對於應負責任之部分，是否與董事仍有所區分？本文由經典的最高法院101年度台抗字第861號民事裁定出發，檢視修法後之相關判決，並參考國外規範，分析實質負責人於實務上之認定標準與責任建構，並於適當地方提出修法建議。

Legal Status and Responsibilities of *De Facto* and Shadow Directors

Andrew Jen-Guang Lin

Abstract

In 2012, the Taiwan Company Act began to regulate *de facto* and shadow directors of public companies, and under the 2018 amendment, regulation was extended to nonpublic companies. *De facto* and shadow directors are not defined as directors but are subject to the same civil and criminal liabilities as directors are. Because current law in Taiwan is silent on the duties of *de facto* and shadow directors, such duties remain a topic of discussion and subject to potential amendments. This article compares the law in Taiwan with that in other jurisdictions that have specific laws regulating *de facto* and shadow directors. The author reviews some major domestic and foreign judicial decisions involving *de facto* and shadow directors. The discussion centers on the following concerns: (1) How are *de facto* and shadow directors defined in other jurisdictions? (2) Do foreign laws impose director duties on *de facto* and shadow directors? If so, how? (3) Are there criteria or a test for determining one's status as a *de facto* or shadow director? (4) Are *de facto* and shadow directors subject to the same liabilities as a director? This article begins with a discussion of a leading Taiwan Supreme Court ruling addressing the issue of whether a *de facto* director can be treated as the representative of a legal entity and then reviews the judicial decisions handed down after the addition of Article 8 Paragraph 3 to the Company Act as well as foreign cases. The purpose of this article is to indicate the criteria or test for identifying *de facto* and shadow directors and determine their legal responsibilities.

Keywords: *de facto* director, shadow director, responsible person, corporate director, actual director

中原財經法學