

影子董事與關係企業

——多數股東權行使界限之另一面向

曾 宛 如*

要 目

- | | |
|--|--|
| 壹、緒 言 | (四)公司停止營業或讓與營業時之
員工利益條款 |
| 貳、影子董事之定義 | 二、責任之性質——比較法的觀點 |
| 一、我國新法之規範 | 三、我國法的解釋 |
| 二、英國及其他大英國協公司法制
及相關判決之見解——凸顯我
國新法定義之缺失 | (一)董事之忠實義務（包含自我交
易之規範） |
| 三、與事實上董事區辨之困難 | (二)董事報酬 |
| 四、法人董事之董事是否當然成為
影子董事 | (三)董事責任之訴究 |
| 參、影子董事之義務、責任及其性質 | (四)其他有關董事之規定 |
| 一、影子董事之義務與責任——比
較法上之設計 | (五)負責人之規定 |
| (一)利益揭露 | 肆、影子董事於關係企業之運用——
兼論多數（或控制）股東之責任
建構 |
| (二)董事與公司間應經股東（會）
決議之交易 | 一、母公司是否必然成為子公司之
影子董事 |
| (三)喪失職位之給付 | 二、我國規定可能產生之適用困擾 |

DOI : 10.3966/102398202013040132001

* 臺灣大學法律學院教授，倫敦大學法學博士。

投稿日期：一〇一年七月十日；接受刊登日期：一〇一年十月十八日

責任校對：林嘉瑛

- (一)適用範圍可能過窄
- (二)適用範圍可能過寬
- (三)與公司法第369條之4可能產生之扞格

- 三、建構我國法下母公司成為子公司之影子董事的要件與配套
- 伍、結 論

摘 要

二〇一二年公司法修訂引進了影子董事及事實上董事之制度，對我國而言實屬一重大變革。影子董事主要為英國、澳洲及紐西蘭等大英國協之國家所採行，細究各該國家之成文法及判決不難發現我國新法有關影子董事之規定過於簡陋。

「公司董事慣習聽其指示或命令而為行為之人」乃影子董事於成文法上之常見定義，上述國家之判決致力於闡述其構成要件。從影子董事之控制力、指示之行使方式、指示之範圍、慣習之形成、義務及責任之範疇、甚至於法人董事之董事何時成為影子董事及母公司是否必然成為子公司之影子董事等皆有詳細討論。此外，何時應適用及應不適用影子董事之規定於法條中皆有明文。

相較之下，我國之簡單定義不足以處理影子董事之各種問題，未來可能引發極大爭議，關係企業就是一顯著例子。本文細究影子董事之要件、義務、責任及除外情形，並以我國法為例提出修法及解釋建議，希望可以為此新制提供適用之參考。

關鍵詞：法律上董事、事實上董事、影子董事、受任人義務、母公司、子公司、控制股東、不法交易、董事失格、替代責任

壹、緒言

「經營與所有分離」是學者在觀察現代公司之發展時所提出的一個形容詞，這個形容詞似乎對大型公司或公開發行公司較為貼切，而未必能適用於中小型企業。然而，即使在大型公司或公開發行公司，經營與所有是否真的「分離」，仍啟人疑竇。

如果將「經營與所有分離」定義為「股東不等於經營者」，甚至在專業經理人掛帥之企業文化下，股東往往不參與公司之實際經營，於是代理成本等問題相繼而生，解決代理成本之理論也因應而起，則這個形容詞似無不妥。但是現實上，董事由股東選舉產生、經理人由董事會選任等規定是一般公司法制常見的設計，如此一來，經營是與少數股東分離了，但經營仍與多數股東結合¹，則是不爭之現象。也因此，「經營與所有分離」的論述在某程度上有些虛幻。

當經營者與公司間以委任關係承受付託時，課予經營者受任人義務（fiduciary duty）有助於防免自我利益衝突及權力濫用；準此，董事對公司負有受任人義務成為普世價值。相對的，指派他人當選董事之多數股東是否也應以「某種角色或身分」對公司負有義務，在各國法制發展上就有相當之落差。更甚者，當多數股東同時兼具董事及股東身分（或僅有多數股東之身分），在董事會及股東會中，其所負之義務可能有極大差距，此際，應否規範？又該如何規範？這些問題亦與多數股東權行使之界限有關。

影子董事（shadow director）是英國法對上述之前一現象的回應，但其思考之重點不在股東身分，而係以董事義務為核心，因此，

¹ 除非該公司股權極度分散，並無多數股東可言。然而，即使如此，在特定情形下，「多數」股東仍可能由「許多少數股東」因議題結合而形成，只不過此種「多數股東」未必為司法實務或立法者所關注。

被認定為影子董事者未必是多數股東。相較之下，美國法並無影子董事之規定，但有大股東忠實義務之論述，似乎是針對上述之後一現象的規範²。

當法律對於影子董事或大股東之受任人義務或忠實義務予以規範及討論時，就必須同時考量關係企業之設計。理由在於，關係企業中母公司對子公司行使控制力，在子公司是典型的「經營與所有結合」。對於此種結合，法律上究竟以興利或防弊之觀點看待必然影響關係企業中董事及股東之角色及義務劃定。

我國公司法於二〇一二年一月正式引進影子董事的制度，對其定義則似以控制力為判定標準。其結果必然引起吾人對其與關係企業間之關聯產生疑惑。是以，本文將以影子董事之定義、義務及責任之範疇及在關係企業中，母公司及影子董事之合理操作為討論對象，佐以事實上董事之探討，以期釐清新法下影子董事應有之解釋及適用。

貳、影子董事之定義

一、我國新法之規範

二〇一二年一月四日新修訂之公司法第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。但政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益等情形，對政府指派之董事所為之指揮，不適**

² 請參閱劉連煜，*公司法理論與判決研究*(四)，頁195-199，2006年。文獻上討論影子董事與控制股東差異者，請參閱Caroline Bradley, *Transatlantic Misunderstandings: Corporate Law and Societies*, 53 U. MIAMI L. REV. 269, 295-96 (1999).

用之。」探究其立法理由，在立法院公報上所查得者惟有提案委員所指之「鑒於公司法就負責人認定採形式主義，公司實際經營者往往退居幕後，名實不符情況越來越嚴重。為使實際上行使董事職權，或對名義上董事下達指令者，均應負公司負責人責任，使其權責相符藉以保障公司及投資人權益，特增訂公司法第八條第一項但書條文」（最後版本是第8條第3項）³。

主管機關經濟部原擬議於公司法第23條之1增訂「非董事而實際執行董事業務或經常指揮董事執行業務者，準用前條之規定。前項規定，於第三百六十九條之四不適用之。」其理由為「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業務之外觀者，例如公司之總裁；所謂影子董事，係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；世界銀行亦將此列為公司治理評比的重要項目。鑒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欠缺規範，爰增訂之，俾落實公司治理。又隱身於幕後不具董事身分而實際上執行董事業務或經常指揮董事執行業務之人，不以自然人為限，法人亦包括在內。按控制公司指示從屬公司執行業務；從屬公司依照控制公司指示執行業務，原屬關係企業之常態。倘控制公司指示從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營者，其應負之損害賠償責任，已明文規範於第三百六十九條之四，自依該條規定辦理。引進實質董事之規定後，實質董事之損害賠償

³ 立法院公報所載者為丁守中委員之提案說明。請參閱立法院公報處，立法院第七屆第七會期第十七次會議紀錄，立法院公報，100卷49期，頁400，2011年6月。

責任與控制公司之損害賠償責任，宜予區隔，爰明文排除第三百六十九條之四之適用」⁴。此版本值得與最終定案之立法相比。

雖然最後之修法理由中未見影子董事之用語，但從整個立法發展之過程及法條文字用語應可推論出我國在此次修法中確實是參酌外國法（主要是英國法）就事實上董事及影子董事所為之規範。英國法及判決中將董事分成三類，法律上董事（*de jure director*）、事實上董事（*de facto director*）及影子董事（*shadow director*）。立法理由中所指之「實際上行使董事職權者」即事實上董事，而「對名義上董事下達指令者」乃影子董事之意涵。

公司法未修正前，負有董事責任者僅以法律上董事為限。如此一來，自會產生立法理由中所稱「名實不符」之情形，而使實際上行使董事職權，或對名義上董事下達指令者逍遙於公司、證交等法令之外的情事。

從上述之內容可知，行政機關曾經構思之版本與最終立法之結果中最大的差異有三。第一，對於影子董事之定義，最終立法由「經常指揮」改為「控制力」；其次，新法並未處理關係企業章中第369條之4與影子董事規範間可能產生之衝突；最後，修改之條文從公司法第23條之1轉移至第8條。這三點不同，使事實上董事及影子董事在我國有截然不同之面貌，其中第一點及第二點之不同也將導致問題叢生。

先就條文落腳之處的改變論之。將影子董事及事實上董事放置於公司法第8條或第23條之1，其最大差異在於，此種「董事」是否為公司法之「負責人」，而須擔負起公司法上負責人所有可能面臨之民、刑及行政責任。若放置於第23條之1，則為初步的、較為保

⁴ 筆者曾參與修正草案之討論，上述資料乃某次討論後之版本。該次版本中也有政府指揮例外之規定，由於與最終立法相似，在此不贅。

守之作法，簡言之，影子董事及事實上董事在此設計下尚非公司之負責人，其所負者乃對公司之注意及忠實義務，違反時將對公司負有損害賠償之責；若因執行業務或指揮他人執行業務致公司對第三人負有侵權行為責任時，亦應與公司對第三人連帶負責。從而，影子董事及事實上董事不涉及其他因董事之職位而可能導致之行政，甚至刑事責任。相反的，若增訂之處在於公司法第8條，則影子董事及事實上董事將實質上成為公司負責人，其責任範圍顯然具有全面性。所以新法之打擊面似乎十分廣闊。此處可能產生之爭議為，公司法第8條第1項將董事定義為負責人；但同條第3項開宗明義即曰「非董事」，則事實上董事及影子董事是否仍得以公司負責人稱之便不無疑問。然而，在「非董事」與法律上董事所負之責任完全相同下，將其排除在「負責人」的定義之外，實益何在？準此，真正更深層的問題其實在於事實上董事及影子董事是否與法律上董事負有相同之「義務」；此時，事實上董事及影子董事是否為「董事」便有相當深遠的含義了。無論如何，僅就立法理由而言，確實有將事實上董事及影子董事列為負責人之意。

既然新法強調影子董事及事實上董事為「非董事」，則所謂董事，在我國法上仍以法律上董事為限，只是影子董事及事實上董事必須擔負起與法律上董事相同之責任而已。但這種用語，將導致影子董事及事實上董事因被定位為非董事，而可能引發影子董事及事實上董事之權力、權利、義務，及責任在解釋上的爭議（不知立法過程中是否意識到此一議題）。就此，下文中將予以討論。

次就影子董事之定義及其與關係企業之安排簡述之。從下文之分析，吾人可以得知影子董事在英國及其他採用影子董事的大英國協國家，如紐西蘭及澳洲等都是不易確定的概念；關係企業中，母公司何時可能成為子公司之影子董事也是判決中具有高度爭議的問題。當我國的立法，棄外國成文法之規定於不顧，僅簡單的借用公

司法第369條之2第2項的文字作為影子董事之定義時，此一過分簡化的定義模式就注定埋下往後嚴重紛擾的源頭。令人更不解的是，不論是事實上董事或影子董事皆為我國法上之新概念，但立法理由未就立法之理論及來源詳加論述，似有過於草率之嫌，此皆有待本文進一步討論及釐清。

二、英國及其他大英國協公司法制及相關判決之見解——凸顯我國新法定義之缺失

影子董事在英國法之發展約莫已一世紀。窺其定義及概念，成文法上最早可以追溯至the Companies (Particulars as to Directors) Act of 1917；但該名詞在法典上的首次出現則遲至一九八〇年公司法 (the Companies Act 1980)⁵。

英國二〇〇六年公司法 (the Companies Act 2006，下稱the CA 2006)，section 251(1)承襲以往之規定，將影子董事定義為「公司董事慣習聽其指示或命令而為行為之人」(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.)。至於一般董事，the CA 2006則規定於section 250：「所謂董事包含任何佔據董事職位之人而不論其稱謂為何」(In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.)。準此，英國公司法係將董事⁶及影子董事分別予以定義。

⁵ Chris Noonan & Susan Watson, *The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle?*, J.B.L. 763, 765 (2006).

⁶ 此一董事定義，將使事實上董事亦包含在內。See Stephen Griffin, *Confusion Surrounding the Characteristics, Identification and Liability of a Shadow Director*, 24(3) *INSOLV. INT.* 44, 45 (2011).

澳洲公司法（the Corporations Act 2001 (Cth)），section 9之規範方式與英國略有不同。該條規定乃針對董事為一般性的定義，其所稱之董事除了依法選任之董事外，也包括事實上執行董事職務之人及董事慣習聽其命令或希望而為行為之人（the directors of the company or body are accustomed to act in accordance with the person's instructions or wishes）⁷。此處有二點值得注意。首先，澳洲公司法並非單就「影子董事」加以定義，而是將影子董事與其他董事同視為董事而後闡述董事之定義，同時准許法律得以例外規定排除之，此與英國有所不同，更與我國將影子董事及事實上董事定義為「非董事」相反。其次，澳洲公司法用wishes取代directions，與英國法稍有出入。但此是否即意涵著影子董事與公司董事會間所要求之服從性較低則未盡如此⁸。澳洲公司法唯一一次出現影子董事之

⁷ Section 9乃就公司法上所使用之名詞為一通盤定義之條文。該條文中有關董事之完整定義如下：

“director of a company or other body means:

(a) a person who:

(i) is appointed to the position of a director; or

(ii) is appointed to the position of an alternate director and is acting in that capacity;

Regardless of the name that is given to their position; and

(b) unless the contrary intention appears, a person who is not validly appointed as a director if:

(i) they act in the position of a director; or

(ii) the directors of the company or body are accustomed to act in accordance with the person's instruction or wishes.

Subparagraph (b)(ii) does not apply merely because the directors act on advice given by the person in the proper performance of functions attaching to the person's professional capacity, or the person's business with the directors or the company or body.”

⁸ Lynne Taylor, *Expanding the Pool of Defendant Directors in a Corporate Insol-*

名詞係於section 729就公開說明書有不實陳述時，相關責任主體之表列中的附註，該處說明，所謂董事包括影子董事，並指向section 9有關董事之定義規定。

紐西蘭公司法（the Companies Act 1993）提供另一種董事定義的規範方式。與澳洲公司法相同的是，紐西蘭公司法也是就董事為一般性之規範，而非特別定義影子董事；但是與澳洲公司法不同、而與英國法相同的是，紐西蘭公司法將適用於影子董事之條文明確表列出來，換言之，並非所有適用於一般董事之規定均適用於影子董事。準此，其規定方式為：“(1) In this Act, **director**, in relation to a company, includes—...(b) for the purposes of sections 131 to 141, 145 to 149, 298, 299, 301, 383, 385, 386A to 386F, and clause 3(4)(b) of Schedule 7,—...(ii) a person in accordance with whose directions or instructions the board of the company may be required or is accustomed to act...” (s.126(1)(b)(ii))（就ss.131至141、145至149、298、299、301、383、385、386A至386F，及Schedule 7中之clause 3(4)(b)的適用而言，董事包括「董事會被要求或慣習聽其指示或命令而為行為之人」）（簡言之，只有在上述條文中，董事之定義包括影子董事）。然而，紐西蘭公司法較英國公司法有效率之處在於，其將所有影子董事適用之條文集中表列，一覽無遺；但英國則散見在各條文中分別明訂該特定條文適用於影子董事。從紐西蘭之規定可以得知，董事會慣習聽其指示或命令而為行為之人為公司董事，而這也是其學說及實務上所稱之影子董事。

綜合上述三個國家之立法例，影子董事對公司董事（或曰董事會）具有一定之影響力，且董事（或曰董事會）慣習聽其指示或命

veny: De Facto Director, Shadow Directors and Other Categories of Deemed Directors, 16 N.Z.B.L.Q. 203, 210 (2010).

令。此一定義仍屬抽象不確定之法律概念。所謂「慣習」意所何指，一次性的指示應當不在其內，是以在一定期間內形成此種現象有其必要性。又所謂指示與命令的具體意義為何？專業建議，如律師、會計師之建議是否構成指示或命令。就此，三個國家之立法例皆明文規定一般的專業建議（*advice given by him in a professional capacity*）不在定義範圍之內（s.251(2) of the CA 2006, s.9 of the Corporations Act 2001 (Cth), s.126(4) of the Companies Act 1993），但其間界線仍然模糊。準此，高度仰賴判決界定影子董事便成為三個立法例之共識。就此，英國之判決對澳洲及紐西蘭有深遠之影響，甚至於成為其判決之依據。

英國有關影子董事之判決，以Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell⁹為分水嶺而有所調整。在Deverell之前，經典案例Re Hydrodam (Corby) Ltd¹⁰中，Millett J就影子董事提出清楚之定義如下：

“A de facto director, I repeat, is one who claims and purports to act as a director, although not validly appointed as such. A shadow director, by contrast, does not claim or purport to act as a director. On the contrary, he claims not to be a director. He lurks in the shadow, sheltering behind others who, he claims, are the only directors of the company to the exclusion of himself. He is not held out as a director by the company. To establish that a defendant is a shadow director of a company it is necessary to allege and prove: (1) who are the directors of the company, whether de facto or de jure; (2) that the defendant directed those directors how

⁹ [2000] B.C.C. 1057.

¹⁰ [1994] B.C.C. 161, at 163.

to act in relation to the company or that he was one of the persons who did so; (3) that those directors acted in accordance with such directions; and (4) that they were accustomed to act. What is needed is, first, a board of directors claiming and purporting to act as such; and secondly, a pattern of behaviour in which the board did not exercise any discretion or judgment of its own, but acted in accordance with the directions of others.”

從上述之判決要旨佐以其他判決不難發現，要構成影子董事，基本上有幾個要件（或特色）。首先，影子董事顧名思義就是**躲在暗處操縱董事**（包括法律上董事及事實上董事）之人；準此，對外，不論是影子董事自己或公司，皆不會宣稱其為公司之董事，否則就喪失「影子」之意義。因此，有學者指出，事實上董事唯恐別人不認其為董事，但影子董事就怕別人指其為董事¹¹。

其次，影子董事對公司業務之執行應具有**支配及控制之影響力**（dominant and controlling influence），其程度已可使影子董事產生其指示或命令將被公司董事會遵守之重要期待¹²。準此，影子董事不須支配或控制所有董事，但至少應得以支配或控制「多數董事」¹³。

再者，影子董事不需要對公司董事會「所有」行為均行使影響力。所要求者，僅係當影子董事決定給予指示或命令時，董事會有遵守其指令之慣習為已足（The reference in the section to a person in

¹¹ L. C. B. GOWER, *GOWER'S PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW* 144 (5th ed. 1992).

¹² Griffin, *supra* note 6, at 45.

¹³ *Ultraframe (UK) Ltd. v. Fielding* [2005] EWHC 1638 (Ch) at [1272]; *Re Unisoft Group Ltd (No 3)* [1994] 1 B.C.L.C. 609, at 620 (Ch).

accordance with whose directions or instructions the directors are “accustomed to act” does not in my opinion require that there be directions or instructions embracing all matters of the board. Rather it only requires that, as and when the directors are directed or instructed, they are accustomed to act as the section requires.)¹⁴。

最後，此種影響力必須具有持續性〔因為必須達到「慣習」（accustomed to act）的程度〕。換言之，一次或偶而為之的指示尚不足以使發揮影響力之人成為影子董事。然而，從影響之「模式」成型時起，該人就成為公司之影子董事。因此，在那一個時點上轉變成影子董事一事，實質上不見得容易辨識；尤須注意者，轉換成影子董事之前所為之行為亦無溯及之效力¹⁵。

Deverell一案後，影子董事之定義產生變化，新的定義某程度上使影子董事及事實上董事間之區別變得模糊。如上文所言，英國對於影子董事所加諸之義務或責任散見於公司法及其他法律規定中，包括公司董事失格法（the Company Directors Disqualification Act 1986，下稱the CDDA）¹⁶及破產法（the Insolvency Act 1986）。Deverell案所涉者為董事之失格問題，亦即當英國貿工部部長向法院聲請宣告兩位影子董事失格時，法院就其是否構成影子董事一事所為之判斷。

¹⁴ See Australian Securities Commission v. AS Nominees (1995) 133 ALR 1 (FCA) at 52 (per Finn J). 此澳洲判決雖承繼英國法對影子董事之認定，但也放寬了影子董事所須具備之影響力，而後被Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell所引用。

¹⁵ D. D. Prentice & Jenny Payne, *Directors' Fiduciary Duties*, 122 L.Q.R. 558, 561 (2006). See also *Ultraframe (UK) Ltd v. Fielding* [2005] EWHC 1638 (Ch) (per Lewinson J at [1276]).

¹⁶ 有關公司董事失格制度之討論，請參閱曾宛如，公司之經營者、股東與債權人，頁118-131，2008年。

本案事實大致為Euro Express Ltd公司進入債務清理程序（creditors' voluntary liquidation），其債務缺口高達446萬英鎊。貿工部部長依the CDDA, section 6向法院聲請將該公司之三名董事及二名影子董事（John Deverell and Peter Hopkins）宣告失格。第一審法官認為Deverell（D）及Hopkins（H）皆不構成影子董事，故不得宣告其失格，貿工部部長因此提起上訴，主張下級審對於影子董事之認定標準有誤。因此，本案之爭點在於D及H在公司究竟扮演何種角色，其介入公司經營之決策須達何種程度方始構成影子董事。先就D觀之。從各種事實顯示，D實際上參與公司之經營，具體事證包括擔任公司在法國之子公司的總經理、當其與公司之原始董事Besant發生意見相左時，其餘二位董事站在D這邊而擬解任Besant，最後Besant辭職。判決指出，如果真如D所抗辯者，其在公司之角色充其量只是提供「建議」（advice）的話，為何在衝突中離開的是公司最資深之董事，留下的卻是「顧問」¹⁷？更甚者，公司之財務規劃顯然出自D之手，當公司尋求他公司入股時，D手握董事會之授權出面負責談判，最後，公司借款，D提供擔保，凡此種種皆證明D在公司董事會成員心中有極重之份量，D也實質的介入公司重大決策之形成及業務執行。

H在法庭上也抗辯表示其僅係公司之顧問而已。然而，當公司擬擴充倫敦至尼斯機位銷售之業務時找上H幫忙；在各項業務擴充之計畫中，H對公司之營運方針均提供具體建議。由於H受破產宣告，故一直保持低調並避免接觸與公司財務有關之事項。然而，當某位董事擔憂公司可能已處於財務困難之邊緣而仍為交易時（擔憂構成wrongful trading，不法交易）¹⁸，H說服該董事並無此事且無

¹⁷ [2000] B.C.C. 1057, at 1061.

¹⁸ 有關不法交易之詳細討論，請參閱曾宛如，同註16，頁196-219。

庸憂慮。準此，H之角色似與單純被動之顧問有別。

依據上述事實，Morritt J推翻了下級審之判斷，轉而認定D與H皆為公司之影子董事，進而予以失格之宣告。在解釋為何上述事實足以使人成為影子董事之時，Morritt J提出不同以往對影子董事之認定標準。主要不同包括「支配及控制之影響程度」、「影子董事是否必然躲在暗處」、「影子董事是否必然不參與業務之執行」及「advice也可能構成directions及instructions」等，以下分述之。

影子董事對董事會之影響力是否必須達到全盤支配及控制之程度，也就是董事會完全沒有任何獨立裁量之權限或者其與影子董事間就是一種服從關係（subservient relationship），一切係依影子董事之指示或命令行事方始構成，Morritt J認為此種要求已超越了法條文字“accustomed to act”的解釋¹⁹。Morritt J表示，今日若能證明當面對來自所謂之影子董事給予之指示或命令時，依法選任之董事或其中部分董事將自己置於服從之角色或放棄其所具有之相關裁量權時，毫無疑義，該人自可構成影子董事，然而，並非所有案件皆非如此不可。Morritt J進一步闡釋，許多加諸於影子董事構成要件之形容詞，雖然有時可以有效且生動的形容影子董事與董事會間之關係，如cat's paw、puppet或dancer to the tune（皆有傀儡之意），然而，當運用在不同事實之案件中，卻有誤導之可能，因為這些形容詞皆暗示了控制程度的質與範圍，而超過法律定義之要求。因此，吾人對影子董事真正要求的是，董事會慣習聽其指示或命令為已足。準此，影子董事所給予之指示或命令不需涵蓋公司所有或大

¹⁹ “Such a requirement would be to put a gloss on the statutory requirement that the board are ‘accustomed to act in accordance with’ such directions or instructions. It appears to me that Judge Cooke, in looking for the additional ingredient of a subservient role or the surrender of discretion by the board, imposed a qualification beyond that justified by the statutory language.” ([2000] B.C.C. 1057, at 1067.)

部分的行為，也不需要證明存有超過慣習聽從程度的強制性²⁰。

因此，有學者指出在Deverell案後，影子董事之成立再也無須以證明某人與董事會間存有絕對服從關係為必要，即使董事會在其他情形下仍保有一定獨立之裁量權亦無妨²¹。持平而論，D之角色其實更適於被歸類為事實上董事；至於H，很顯然的，H雖就業務規劃有相當之影響力，惟其並無控制董事會的能力。若依Deverell之標準，即使對董事會無控制力之人仍可能因其所提供之指令經常的、慣習的被董事會所遵守而成立影子董事之身分。這個慣習聽從指令之董事會究竟是否需要達到過半數之董事方可，還是僅須部分董事聽從即可，在Ultraframe (UK) Ltd v. Fielding案中，法官表示，純就文字解釋來看，部分董事或多數董事皆有可能，但以課予影子董事責任之立法政策切入，仍應解為過半董事²²。

Morritt J就控制程度提出解釋後，緊接著表示，影子董事雖然多躲在暗處操控幕前之事實上董事或法律上董事，但亦不排除光明正大指揮董事之情形。舉例來說，若有一人公司之股東居住於海外，透過在國內之董事會經營公司，此股東雖未參與公司業務之經營，但有時會對董事會下達指示或命令，此際，該股東亦屬影子董事²³。

既然影子董事不以躲在暗處為必要，再加上本案中被認為影子董事之D實際上高度參與公司之經營，因此，本案將影子董事之

²⁰ *Id.* at 1068.

²¹ STEPHEN GRIFFIN, *COMPANY LAW: FUNDAMENTAL PRINCIPLES* 291-92 (4th ed. 2006).

²² [2005] EWHC 1638 (Ch), at [1270]-[1272]. 澳洲亦同，請參閱Robyn Carroll, *Third Party Liability for Corporate Activity: Recent Developments*, 26 U.W. AUSTL. L. REV. 328, 349 (1996).

²³ [2000] B.C.C. 1057, at 1068.

定義擴充至參與公司業務經營之人（involved in the internal management of the company）而與以往之認定大相逕庭。此舉雖可擴大影子董事之認定範圍，但也混淆了事實上董事與影子董事之區分界限，因而遭致學者批評²⁴。

最後，advice與direction、instruction之間區別何在，也是本案另一焦點。由於法條明文排除專業建議（professional advice），故非以專業之身分所給予之建議仍有可能構成direction或instruction。Morritt J認為不論是advice、direction或instruction皆具有一個共通點，就是“guidance”，準此，行為人不得以所提供者是advice而非direction或instruction而脫責。法院應客觀的判斷，行為人所提供之指示，不論以何種方式稱之，實際上為董事會慣習的遵守即可，至於下達指令者及接收者心中所想為何並不重要。

從上述英國及澳洲的實務見解²⁵對影子董事定義的演變反思我國新法之規定，不僅令吾人起疑，我國法對影子董事之定義究竟如何產生。立法理由中並未引經據典的指出比較法上的成文法、判決或理論，但以文字用語判斷，似有受到Deverell案之前，如Hydrodam等案件之影響，亦即，影子董事應對公司董事會具有支配及控制之影響力且行使該影響力。問題在於，我國之新法文字對支配及控制之影響力的描述似乎直接借用了關係企業章中對控制與從屬公司之定義——「直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營」，稍做修改成「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」，致使影子董事之認定不僅失去彈性，也可能導致母公司必然成為子公司之影子董事的解釋，立法技巧實有未恰之處，理由如下。

²⁴ Noonan & Watson, *supra* note 5, at 778.

²⁵ 紐西蘭的實務並未逸脫英國及澳洲之思維。See Taylor, *supra* note 8, at 210.

此立法忽略了建立影子董事制度之先驅國家，如英國、澳洲及紐西蘭等之判決及學說演變，而仍停留在十餘年前之概念，此其一²⁶。對董事會具有實質影響力者未必符合實質控制公司之人事、財務或業務經營（如Deverell中的H）。蓋影子董事制度之重點在於，對那些既非依法選任之董事，也未實際執行董事業務之人，卻能以下達指令之方式使董事會聽其指令而為行為，遂其目的後卻以自身並非公司之董事為由而逸脫責任。故而，下達指令者與董事會間之關係是，董事會慣習聽其指令，並形成一種互動模式，但這並不意味影子董事就是公司的控制者，影子董事也未必會在現實上去控制公司之人事、財務或業務經營。

新法的立法模式似乎是將影子董事之打擊範圍限縮到最小，卻又忽略了母公司與影子董事間不必然劃上等號之相關理論及實務而不當的擴張了影子董事之範圍。另一方面，新法的文字用語也可能導致影子董事概念之擴充而與外國法相悖。舉例說明，倘若未來司法審判實務將「實質」一詞擴張解釋，一律及於法人董事之董事或指派他人擔任董事之法人股東而未加諸其他要件，將忽略影子董事之構成要件而誤用此一概念。

再者，新法僅規定了「控制力」，對於控制力之行使範圍（例如是否須及於董事會職權範圍內之所有事項）、控制力的行使方式（正式或非正式，以行動、書面或言詞給予等）、控制力行使之例外（提供專業之建議是否亦有適用）等皆付之闕如，此其二。控制力（或較新的概念，實質影響力）的行使必須具有持續性。其得影響之行為乃董事會權限範圍內的所有行為，但影子董事不需全面性

²⁶ 倘若我國堅持絕對控制力是必須的要件，而有意排除外國之新趨勢，立法理由中也應予以闡述，畢竟此制度非我國法所先創，立法說明應完備且深具法理基礎。

的行使；換言之，董事會在影子董事未下達指令時，仍有獨立判斷之權能一事，並不影響到當某人確實下達指令而被董事會慣習遵守時，就該行為認定該人為影子董事之結論。

新法的「指揮」與上述英國法所稱之指示或命令有何不同？是否構成影子董事究竟是主觀判斷或客觀決定？給予指揮之形式為何？這些在外國判決上屢有爭議之具體要件，我國法均未交待。倘若立法時直接以外國成文法為本，今日紛爭反易解決，蓋得以立法理由，援引外國法制，包括學說及判決補充成文法抽象概念之不足。現在條文直接從控制力切入，反而造成解釋之困擾，似乎影子董事所側重者唯控制力而已。

更甚者，借用關係企業之定義反而使母公司是否成為子公司之影子董事之認定產生困擾，此其三。此部分將於本文「肆」中予以探討。

三、與事實上董事區辨之困難

如上所言，不論是英國、澳洲或紐西蘭，其公司法對董事之定義皆包括事實上董事在內。判決上，*Secretary of State v. Tjolle*²⁷及*Re Kaytech International Plc*²⁸皆為常引之案例，後者更被認為是指標性案件。但值得注意的是，二〇一一年英國的終審法院²⁹首次有機會就事實上董事之定義予以判斷，即*Holland (Respondent) v. The Commissioner for Her Majesty's Revenue and Customs(Appellant)*

²⁷ [1998] 1 B.C.L.C. 333.

²⁸ [1999] 2 B.C.L.C. 351.

²⁹ 以前是House of Lords，自2009年10月起，轉移至the Supreme Court。相關介紹請參閱<http://www.supremecourt.gov.uk/about/history.html>，最後瀏覽日：2012年5月8日。

and another³⁰一案，因此，本案（下稱Holland案）對日後事實上董事之判定具有絕對之影響。

Holland一案之事實簡述如下。大約始自一九九七年六月起，Holland夫婦設立一間名為Paycheck Services Ltd的公司（下稱Paycheck）。這間公司設立之目的在於協助包商處理商業及稅務事宜。蓋設立公司有許多行政瑣事，對於包商而言，他們雖然想享有公司制度下的租稅優惠，但卻不想捲入設立及管理公司之麻煩。於是藉由Paycheck之設立，每個包商皆成為公司之受僱人並獲配一股無表決權股。Paycheck之收入就是包商收取客戶之費用，而後Paycheck再以分派股息及薪資之方式將利益分配給包商，從而大部分包商之所得稅率不高。然而，隨著規模擴充，Paycheck之營收將超過可享有百分之十九至百分之二十一公司稅率的上限，即三十萬英鎊。於是Holland夫婦在專家之建議下，決定重新架構公司組織，規避以當時之營業收入將被課予高達百分之三十至百分之三十三間的稅率。

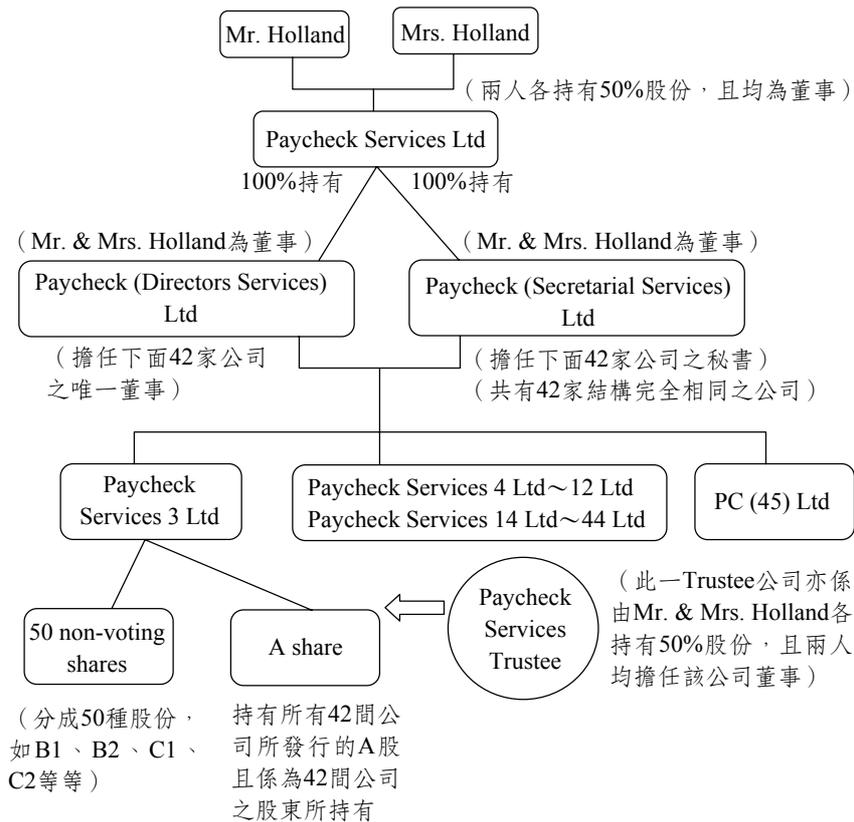
新架構建立於一九九九年二月，由Holland夫婦各取得新公司（仍取名為Paycheck Services Ltd，下稱Paycheck Services）百分之五十的股權，且擔任公司唯二之董事。Paycheck Services百分之百持有二家公司，分別是Paycheck (Directors Services) Ltd（下稱Paycheck Directors）及Paycheck (Secretarial Services) Ltd（下稱Paycheck Secretarial）。Paycheck Directors及Paycheck Secretarial成立之目的就是分別擔任再下一層多達四十二家公司（composite companies）的唯一董事及秘書³¹。這四十二家公司有相似之名字，僅以號碼區別，例如Paycheck Services 3 Ltd。四十二家公司皆發行

³⁰ [2010] UKSC 51.

³¹ 在2006年英國公司法修正前，即使是私人公司，也必須設置一名秘書。

單一有表決權之A股，及另外五十個無表決權之股份，各包商成為公司之受僱人及股東，並持有一股無表決權股，每一股份則分屬不同種類（如B1、B2、C1、C2等）。Holland夫婦另外成立Paycheck Services Trustee Ltd（下稱Paycheck Trustee），由夫婦二人各取得公司百分之五十的股權，並為公司唯一之董事。Holland先生以委託人之名義將四十二家公司的A股為各家公司其他五十名無表決權股東之利益信託予Paycheck Trustee。

新組織圖如下：



在新架構的安排下，包商以受僱人兼股東之身分接受薪資及股息之分派。薪資設計成最低工資，其他給付則透過股息分派方式為之。為求及時且彈性之股息分派，各公司章程皆訂有每一種類無表決權之股東，其所得受領之股息數額、分派頻率及時間，應由董事建議並經A股股東以普通決議通過之條文。簡言之，每一無表決權股東（受僱人）因其業績不同，自有受不同分派內容之必要。四十二家公司在分派股息之前要扣除之項目包括(一)給付予Paycheck Services的行政管理費；(二)給付予受僱人（無表決權股東）之薪資、相關之PAYE稅金及全民保險費；及(三)提列針對小公司而適用之公司稅款。

二〇〇二年四月起英國HMRC（Her Majesty's Revenue and Customs）³²對此公司架構提出質疑，認為其組成之各公司應適用較高之公司稅率，而非小公司稅率的優惠。其判定之關鍵在於，四十二家公司若構成composite companies（組合公司），則其適用之公司稅率應整體合併計算而非分別看待。依照Income and Corporation Taxes Act 1988（1988年所得及公司稅法），section 13(3)之規定，當公司在同一會計年度內有兩家以上之關聯公司（associated companies）時，享有小公司稅率之三十萬英鎊的上限應以全體公司之營收合併計算。準此，若四十二家公司彼此間為關聯公司而形成一個「組合公司」，則應以四十二家公司之總營收合併計算後決定其公司稅率。

Holland夫婦原所仰賴之專家誤以為此架構符合上述規定之例

³² 此政府機關所掌職權包括課徵及管理各種稅賦；給付及管理兒童福利、兒童信託基金及退稅；管理並執行邊境保護事宜及環境稅；確保最低工資給付之執行及收回學生貸款。See <http://www.hmrc.gov.uk/menus/aboutmenu.htm>，最後瀏覽日：2012年5月22日。由於所管事項甚雜難以翻譯，本文中逕以英文縮寫稱之。

外豁免條款 (Extra Statutory Concession, C9, 下稱ESC C9) ; 然而, HMRC並不認為構成ESC C9, 進而認定當四十二家公司之A股皆由Holland先生以委託人之名義信託予Paycheck Trustee時, Holland先生已成為此四十二家公司的控制者, 也因此, 這四十二家公司在同一控制者下成為關聯公司並進而形成組合公司³³, 而應合併計算其營收。

依HMRC之見解, 當HMRC開始質疑公司不合ESC C9時, Holland先生仍執意使四十二家公司在未完全履行其納稅義務前繼續將公司財產分派予股東, 實屬違法分派股息, 違反董事對公司應盡之義務。又因四十二家公司現實上已無資產可清償其積欠政府之稅金 (高稅率與低稅率間之差額), 唯有宣告破產, 破產後, 公司唯一的債權人就是英國政府。故HMRC主張Holland先生³⁴為此四十二家公司之事實上董事, 董事違法分派股息之行為構成the Insolvency Act 1986 (破產法), section 212之規定, 從而應賠償公司資產之流失; HMRC可間接自公司因賠償而增加之資產獲得稅款給付。

在討論本案如何認定事實上董事之前, 有幾點背景資料先予釐清。首先, 破產法section 212所規定者, 係針對公司之發起人、董事、經理人、秘書、清算人及破產管理人等濫用或私取公司資產, 或有其他不法或違反受任人義務或其他義務之行為時, 課予其對公司返還資產, 或以賠償方式對公司給付一定金額之責任。然而, 本條之董事並不包括影子董事在內。準此, HMRC若欲以本條規定追究Holland先生之責, 唯有主張其為事實上董事。倘若HMRC擬以影子

³³ See the Income and Corporation Taxes Act 1988, section 417(3).

³⁴ HMRC主張為事實上董事者原包括Holland太太, 不過初審法院認為Holland太太不構成事實上董事, HMRC也未就此判定上訴。

董事為由要求 Holland 先生依破產法另一規定，section 214 (wrongful trading, 不法交易)³⁵負責，其所面臨之困難是，不法交易唯清算人可以提出，但HMRC為債權人；雖然section 212准許債權人為請求權人，但section 214不可，這也是本案HMRC為何未主張Holland先生為影子董事之原因³⁶。

從上述之案件事實可以得知，四十二家公司之董事為Paycheck Directors，Holland先生則為Paycheck Directors之董事，準此，法人董事之董事有無可能構成法人董事所服務公司之事實上董事，便是本案須予以判斷之主要爭點。英國最高法院以三比二之決議認定Holland先生非四十二家公司之事實上董事。理論上之最大爭議在於，法人董事本質上不可能自為執行業務之決定，則為該法人董事形成決定及為行為之董事在公司法上應賦予何種角色並被課予一定之義務與責任便值得吾人深思。而在下此判斷時，必須同時考慮到英國公司法准許法人擔任董事，且基於法人格獨立之原則，法人與董事乃不同之人格主體之原則³⁷。

雖然the CA 2006，section 250對董事之定義包含事實上董事，但該法並未進一步對構成事實上董事之要素予以明定，故探究認定標準仍應回歸實務判決。早於一八四〇年英國之判決中³⁸便已出現事實上董事之用語，而第一個詳細討論事實上董事之定義者為Foss v. Harbottle³⁹。然而，早期判決（一九八〇年代之前）一直將事實上

³⁵ 有關不法交易之詳細討論，請參閱曾宛如，同註16，頁196-219。

³⁶ Len Sealy, *Paycheck Services 3 Ltd: the Supreme Court Reviews the Concept of the De Facto Director*, 287 Co. L.N. 1, 2 (2011).

³⁷ 發源自Salomon v. A Salomon & Co Ltd ([1897] AC 22)一案，至今仍為金科玉律。

³⁸ Mangles v. Grand Collier Dock Co (1840) 10 Simons 519.

³⁹ (1843) 2 Hare 461.

董事界定為經選任但選任有瑕疵或雖經合法選任，於任期屆滿後卻仍繼續執行董事職權之人，與本案事實：Holland先生從未經四十二家公司選任為董事（遑論有無瑕疵或已屆任期）截然不同，以致於先前判決可提供本案之判斷基礎者畢竟有限。不過，自Re Lo-Line Electric Motors Ltd⁴⁰一案將未曾有過任何選任程序而執行董事職務之人判定為事實上董事後，事實上董事之定義又往前擴充一步。

之後，在不同判決中相繼提出對事實上董事之解釋。“...assumes to act as a director”或“...assumed the status and functions of a company director”（擔負起董事之地位及功能）屢被引為判定事實上董事的重要標準⁴¹。此外，「與法律上董事立於同等地位」（equal footing）⁴²及「公司對外允稱其為董事」（held out by the company）等也是判定事實上董事的要素。準此，單純參與公司之經營尚且不足，因為經理人也可為公司執行業務，事實上董事必須是公司重大決策的一份子（part of the company's governing structure），其所行使職權之層級絕非一般受僱人可比擬⁴³。

⁴⁰ [1988] Ch 477; [2010] UKSC 51, at [82].

⁴¹ Re Lo-Line Electric Motors Ltd ([1988] Ch 477), Re Hydrodam (Corby) Ltd ([1994] B.C.C. 161), Re Kaytech International plc ([1999] 2 B.C.L.C. 351), Secretary of State for Trade and Industry v. Hall ([2006] EWHC 1995 (Ch)).

⁴² Re Richborough Furniture Ltd [1996] 1 B.C.L.C. 507, at 524 (*per* Timothy Lloyd QC).

⁴³ 如Re Hydrodam (Corby) Ltd中，Millett J表示：“A de facto director is a person who *assumes to act as a director*. He is *held out as a director by the company*, and *claims and purports to be a director*, although never actually or validly appointed as such. To establish that a person was a de facto director of a company it is necessary to plead and prove that he undertook functions in relation to the company which could properly be discharged *only by a director*. It is not sufficient to show that he was concerned in the management of the company's affairs or undertook tasks in relation to its business which can properly be performed by a manager be-

HMRC主張Holland先生為四十二家組合公司之事實上董事，但是Holland只是四十二家組合公司之法律上董事（法人董事）的董事，並非直接參與四十二家公司業務之執行。因此，本案五位法官中有四位法官試圖藉由Re Hydrodam之案件找出認定此種事實上董事的要件。Millett J在Re Hydrodam提出之知名標準是「破產管理人主張當一公司擔任他公司之董事時，不論是法律上董事、事實上董事或影子董事，該法人董事之董事理當成為其擔任董事之公司的影子董事。在我的判斷中，並非如此。參加董事會及投票，可能在一定情形下使該董事對公司或債權人負個人責任；但是，如果沒有其他額外情形（without more），該董事不會成為其任職之公司擔任他公司之法人董事的董事」⁴⁴。

依此見解，援引在事實上董事之情形（因為該案所討論者為影子董事），法人董事之董事必須具備「其他額外要件」才有可能構成事實上董事，問題是“without more”，究竟是要多一些什麼才是，判決中並未言明。然而，判決一再強調，法人董事之董事基於董事之身分在董事會上做成決議而後法人董事去執行，並不構成其他額外要件；因為這是每一位董事在其職權範圍內應為之事，倘若

low board level.” (at 163) (emphases added). 在Secretary of State for Trade and Industry v. Tjolle ([1998] 1 B.C.L.C. 333)一案中，Jacob J採相同看法（at 343-44）。

⁴⁴ “The liquidator submitted that where a body corporate is a director of a company, whether it be a de jure, de facto or shadow director, its own directors must *ipso facto* be shadow directors of the company. In my judgment that simply does not follow. Attendance at board meetings and voting, with others, may in certain limited circumstances expose a director to personal liability to the company of which he is a director or its creditors. But it does not, **without more**, constitute him a director of any company of which his company is a director.” ([1994] B.C.C. 161, at 164.)

此亦構成事實上董事將打破公司與董事分屬不同人格之理論，也違反公司法課予董事權責之本質。所以，具體個案之情形必須足以使法官認為多了一些董事依法執行職務以外的因素才可能使該董事成為法人董事擔任董事之公司的事實上董事。Holland先生之一切作為不過就是依法使Paycheck Directors提出分派股息的議案，這些議案實際上只是電腦報表⁴⁵。法律既然准許法人擔任公司董事，則作為法人董事之董事依法之行為自無法予以究責⁴⁶，如果對此結果不滿，也只能以修法之方式改變之⁴⁷；更甚者，Holland先生由始至終並無承擔四十二家公司董事責任之意⁴⁸，實無由將其認定為事實上董事。

最後，在Secretary of State for Trade and Industry v. Tjolle⁴⁹中，Robert Walker LJ主張事實上董事之認定將視具體個案之事實而

⁴⁵ 由於每一個包商之業績不同，所以，所謂依公司章程由董事提出股息分配案，再經A股股東同意一事，董事會之議事錄就是電腦跑出來的報表而已。
See [2010] UKSC 51, at [10].

⁴⁶ *Id.* at [42].

⁴⁷ 英國現已要求公司至少須有一名自然人董事（the CA 2006, s.155(1)）。Holland確實引發一些爭議，即企業經營者可以透過此種模式規避責任。*See* Paula Moffatt, *When Is a Director not a Director?*, 20 NOTTINGHAM L.J. 76, 78 (2011).

⁴⁸ Lord Collins認為Re Lo-Line Electric Motors Ltd是一項創新，不宜被過度擴張援引，故而強調，事實上董事仍應以實際上為董事行為而承擔董事責任之人為主。此一見解也被Lord Hopt贊同，準此，整個判決之主要理由應該以Lord Collins此一見解為主。然而，有學者指出Re Lo-Line Electric Motors Ltd將事實上董事之認定及於完全未被選任之人並無不妥，且該案亦主張「承擔董事角色」之要件，此即intention-based test，*See* Peter Watts, *De Facto Directors*, 127 L.Q.R. 162, 164-65 (2011).

⁴⁹ [1998] 1 B.C.L.C. 333, *also see* Re Kaytech International plc ([1999] 2 B.C.L.C 351).

定，法院無從提供單一測試標準。此一說法為最高法院所接受，也是今日之通說。換言之，是否為公司重大決策之一份子、是否處於行使董事職權之地位、是否自行承擔董事之角色並為行為、公司有無對外允稱其為董事，及對公司之控制程度等都是判斷是否為事實上董事的考量因素，但沒有一個因素是必要條件⁵⁰。

英國最高法院認為，當事實上董事之定義被擴充後，其與影子董事之區別變得模糊⁵¹，蓋對外宣稱為公司董事已非構成事實上董事的必要條件；即使從未經選任程序者也可能構成事實上董事。此外，當對公司之控制力及該人實際之作為等皆已成為考量因素時，事實上董事與影子董事遂成為可能重疊之概念⁵²。

四、法人董事之董事是否當然成為影子董事

上文中對Re Hydrodam案已多次論及，現簡述其案件事實。Eagle Trust plc百分之百持有Midland City Partnerships Ltd（下稱MCP）；而MCP百分之百持有Landsaver MCP Ltd（下稱Landsaver 19）；Landsaver 19再百分之百持有Hydrodam (Corby) Ltd（下稱Hydrodam）。Hydrodam只有二位董事，且皆係由Eagle Trust plc所指派，設立於Channel Island之公司（如下圖）。

⁵⁰ Sealy, *supra* note 36, at 3.

⁵¹ 在Re Hydrodam (Corby) Ltd中，Millett J主張事實上董事與影子董事乃互斥之概念。

⁵² [2010] UKSC 51, at [91].



現Hydrodam破產，其破產管理人提告，對象包括Eagle Trust plc的二位董事。破產管理人主張在Hydrodam面臨財務困難時，公司董事從事不法交易（wrongful trading），從而董事應依破產法，section 214負責。所謂公司董事包括Eagle Trust plc的二位董事，不論法院認定其為事實上董事或影子董事，皆應負責。

如同上文所言，Millett J認為事實上董事與影子董事乃互斥之概念，破產管理人此種不區分之主張，並不可採。以本案事實分析之，所涉者為影子董事之認定，與事實上董事無關。Millett J進一步指出「Eagle Trust之董事，以董事會成員之身分為Eagle Trust做成決議，此乃Eagle Trust之代理人（或更正確的說，Eagle Trust之機關）應為之行為。此舉或有可能使Eagle Trust成為影子董事，但非使Eagle Trust之董事成為影子董事。倘若最終控制之母公司的執

行董事不時的、個別的以個人身分對子公司之董事下指導棋；此際確有可能使該執行董事成為子公司之影子董事而必須負責。然而，若其所做所為不外乎基於其最終控制公司之董事身分時，將無由命其負起影子董事之責。」⁵³

由於破產管理人由始至終只是一味的主張Eagle Trust之二位董事應集體的為Hydrodam負責，並未具體證明該董事有任何其他行為足以使其跳脫身為Eagle Trust董事應為之行為範疇⁵⁴，從而判其敗訴。

綜上所言，Hydrodam傳遞一個很清楚的訊息，基於董事與公司人格有別，單就公司擔任他公司法人董事之事實尚不足以使公司之董事因此成為他公司之影子董事。

⁵³ 原文為 “It is possible (although it is not so alleged) that the directors of Eagle Trust as a collective body gave directions to the directors of the company and that the directors of the company were accustomed to act in accordance with such directions. But if they did give such directions as directors of Eagle Trust, acting as the board of Eagle Trust, they did so as agents for Eagle Trust (or more accurately as the appropriate organ of Eagle Trust) and the result is to constitute Eagle Trust, but not themselves, shadow directors of the company.

In practice, in a case of the present kind, it is much more likely that it will be found that the executive directors of the ultimate parent company (or some of them) have from time to time individually and personally given directions to the directors of the subsidiary and thereby rendered themselves personally liable as shadow directors of the subsidiary. But if all they have done is to act in their capacity as directors of the ultimate holding company, in passing resolutions at board meetings, then in my judgment the holding company is the shadow director of the subsidiary, and they are not.” ([1994] B.C.C. 161, at 164)。

⁵⁴ 亦即，非基於代理人之身分而另外給予指示。See Carroll, *supra* note 22, at 357.

參、影子董事之義務、責任及其性質

一、影子董事之義務與責任——比較法上之設計

英國、澳洲及紐西蘭對於影子董事之義務及責任有不同之規範模式。英國將影子董事單獨定義，並就公司法及其他相關法律有關董事之規定者分別明訂影子董事之適用情形；準此，凡法律上未規定適用於影子董事者，該條文即與影子董事無涉。澳洲及紐西蘭將影子董事之定義納入一般董事定義之中；前者規定，除法律另有規定外，原則上與董事有關之條文俱皆適用於影子董事，後者則集中明訂適用於影子董事之條文，三個法域各有特色。

英國the CA 2006明訂適用於影子董事之條文，其情形主要如下⁵⁵。首先，就公司名稱之使用，英國法要求不得與他人相同或近似、不得有誤導之情事及不得使人對公司所營事業之性質產生錯誤認知。若有此情事，主管機關得命公司改變其名稱。此外，公司應依規定方式正確揭露名稱之相關資訊，違者，將受罰金之處罰；主管機關在特定情形下，得豁免有限公司於名稱中標示有限責任之字樣，倘若如此，公司不得修改章程使其喪失豁免所需之要件。凡主管機關命公司改變名稱而不改變、不得修改章程卻修改之或未正確揭露名稱資訊而予以處罰時，影子董事皆為處罰之對象⁵⁶。

其次，大眾公司（public company）應設置秘書一名，並就秘書名冊備置於總公司或其他處所以供股東無償查閱或其他大眾付費查閱，並向主管機關登記，有變動時亦同。準此，大眾公司不符規

⁵⁵ 包括sections 63(2)、68(5)、75(5)、76(6)、84(2)、156(6)、157(5)、162(6)、165(4)、167(4)、170(5)、187、223、230、231(5)、239(5)、247(5)、251、260(5)、265(7)、272(6)、275(6)、276(3)、379(1)、458(6)、460(6)、519(8)、521(6)，及858(1)。此外尚有the CDDA及破產法（如s.214）。

⁵⁶ 包括sections 63(2)、68(5)、75(5)、76(6)、84(2)。

定時，主管機關得命其選任秘書；不備置名冊、拒絕查閱或不向主管機關登記或為變更之登記時，處罰對象皆包括影子董事⁵⁷。

再者，主管機關若認為公司年度報表不符合法律之規定，得命公司更正。公司未依期限更正者，主管機關得自行或授權他人向法院聲請，請求法院宣示公司未遵守規定之事實並命公司更正。為協助被授權之人判斷有無向法院提出聲請之必要，HMRC在未違反個人資料保護法之特定規定下，可以揭露一定資訊予被授權人，被授權人因此負有保密義務，違者將受刑事處罰。當被授權人為法人時，處罰之對象包括其影子董事。被授權人基於同一原因要求公司及他人提供資料時，亦同⁵⁸。公司未向主管機關申報年報時，影子董事也在處罰之列（s.858(1)）。又公司之簽證會計師辭職時，依法須向公司及主管機關通知及申報，若會計師未依期限通知公司或未向主管機關申報時，應受處罰，該簽證者若為法人，處罰之對象包括影子董事⁵⁹。

上述規定皆與公司登記有或多或少之關聯，顯示出影子董事在公司名稱、秘書選任及年度報表之申報等事項上應與法律上董事、事實上董事及高階主管具有相同之影響力，從而應一併負責。由於影子董事並未實際參與公司業務之執行，將上述處罰延伸至影子董事似乎意味著英國對此等事項之重視。

然而，最重要的部分其實是「規範董事」之相關條文有無及於影子董事。就此，英國法在概括及具體之規範上皆有擴充之規定。

雖然英國以判決闡述及發展董事之受任人義務內涵已長達數百年，但業界對於董事受任人義務之範圍及適用仍時有不確定之感，

⁵⁷ See sections 272(6), 275(6), and 276(3).

⁵⁸ See sections 458(6) and 460(6).

⁵⁹ 即sections 519(8)、521(6)之規定。

有鑑於此，the CA 2006首次將董事之受任人義務予以法典化，從section 171到section 177分別條列已類型化之義務內容，並於section 170表示董事對公司負有section 171到section 177所規定之一般義務（general duties）。Section 170(5)進一步規定「有關董事之一般義務在相對應之普通法及衡平原則下，適用於影子董事」⁶⁰。

一般義務包括(一)董事執行業務應依章程之規定，且只能行使其被賦予之權限（s.171）；(二)董事應基於善意，為全體股東之利益以促成公司之成功，在此過程，其得考量決策之長期效應、公司員工之利益、強化公司與供應商、客戶及其他人之商業關係、公司營運對社區及環境之影響、維持公司商業行為高標準之聲譽的必要性及股東平等之必要性等（s.172）；(三)除章程另有規定或履行公司已簽訂之協議外，董事必須獨立行使權限（s.173）；(四)董事應盡合理之注意、技能及勤勉之義務，所謂合理，包括對於與其行使相同職權之人之合理期待及該人自身所擁有之知識、技能與經驗（s.174）；(五)董事應避免因自身直接或間接之利益而與公司利益有所衝突，特別是利用公司之財產、資訊及機會（s.175）；(六)董事不得因其身分或基於其身分之作為或不作為而自第三人收受利益（s.176）；(七)董事若對公司擬進行之交易有直接或間接之利益，在交易完成前，董事必須對其他董事揭露所涉利益之性質及範圍（s.177）。

綜觀上揭規定，究其本質實為現已既存於判決中之原理原則，準此，對於違反之效果section 178規定即與普通法及衡平原則所規定者同。

即使the CA 2006已將董事之義務具體明文化，但實際上仍未

⁶⁰ 原文為 “The general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply.”

解決影子董事是否負有與法律上董事相同義務之疑問。何以如此，關鍵在於「有關董事之一般義務在相對應之普通法及衡平原則下，適用於影子董事」，此「相對應之普通法及衡平原則」限縮了影子董事之義務範圍。簡言之，若普通法及衡平原則並未課予影子董事義務，則影子董事將與法律上董事分道揚鑣。

普通法及衡平原則對於影子董事義務之闡述其實少的可憐，其中最常為人所援引之判決為Ultraframe (UK) Ltd v. Fielding⁶¹。本案例中Lewison J認為倘若英國公司法有意將影子董事與法律上董事及事實上董事同視，則大可在公司法中直接明文規定影子董事與董事負有相同之一般義務，但公司法沒有，這就表示立法者並無課予影子董事等同於一般董事受任人義務之意，特別是duty of loyalty（忠實義務）。此亦可由the Financial Services and Markets Act 2000（金融服務暨市場法）section 417(1)逕將董事定義直接規定包括影子董事在內的立法方式得到明證⁶²。

Lewison J進一步闡述為何事實上董事與法律上董事同負受任人義務，但影子董事卻不然的推論基礎。蓋事實上董事自行擔負起為公司執行業務之角色，也因此承擔了對公司之忠實義務⁶³；相反的，影子董事給予公司董事指示，而董事也慣習聽從這些指示，以指示內容而言，可能對公司利益係屬不利。準此，吾人若主張一位與公司無直接關係，又經常給予對公司不利指示之人，自行承擔對公司之忠實義務，並因此願意將自身之利益置於公司之下，無疑十分詭異⁶⁴。

⁶¹ [2005] EWHC 1638 (Ch).

⁶² *Id.* at [1279].

⁶³ *Id.* at [1280]-[1283].

⁶⁴ “It would be odd if, in those circumstances, a person who has no direct relationship with the company and who consistently gives instructions inimical to its interests

換言之，Lewison J認為課予董事受任人義務（主要係指忠實義務）的基礎係因其自願承擔為公司執行董事職務之角色而來。此一說理，遭到學者強烈抨擊。學者指出事實上董事之所以負有受任人義務並非因其承擔要促進公司利益之任務，相反的；係出於其將自己置放在對公司負有忠實義務之地位；事實上董事是被課予義務而非承擔義務（Thus de facto directors are subject to fiduciary duties not because they undertake to promote the interests of the company, but because they have put themselves in a position where they owe the company a duty of loyalty; their duties are imposed and not assumed...）⁶⁵。準此，從影子董事之構成要件觀察，若曰影子董事不負有與法律上董事及事實上董事完全相同之忠實義務，法理上毫無基礎可言⁶⁶。

雖然英國實務上不認同影子董事對公司負有與其他董事相同之一般忠實義務，以致於限縮了section 170(5)之範圍，但the CA 2006在董事規範之其他部分（Part 10, chapter 3以下，主要與自我交易有關）卻幾乎全部明訂及於影子董事。簡單說明如下。

(一)利益揭露

就公司已締結或已簽訂之交易或協議，董事有直接或間接之利益者，必須將其所涉利益之性質及範圍向其他董事揭露。揭露分成一般性及具體性的揭露。一般性係指董事因與某家公司或某特定人

were nevertheless held to have undertaken a duty of loyalty to the company; and to have agreed to subordinate his own interest to those of the company.” (*Id.* at [1284]).

⁶⁵ Prentice & Payne, *supra* note 15, at 562.

⁶⁶ *Id.* 持相同看法者，如Paul L. Davies, *See* PAUL L. DAVIES, GOWER AND DAVIES’ GENERAL PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW 16-18 (8th ed. 2008).

具備一定之關係，往後任何與這家公司或特定人所締結或簽訂之交易或協議，該董事均有利益。具體揭露則是因個案情形發展出該董事具有直接或間接之利益而有揭露義務所為之揭露。

揭露方式可於董事會上為之，或以書面為之。應用於影子董事，只剩書面方式而已，蓋影子董事並不參與董事會，自無於董事會上揭露之可能（s.187）。

(二)董事與公司間應經股東（會）決議之交易

The CA 2006規定董事與公司間之服務契約，其存續期若達二年以上且公司不得任意終止時，該契約應經股東（會）決議。違反時，違反部分之條文無效，且公司可隨時經合理之通知終止契約（ss.188-189）。此服務契約除了單純擔任董事外⁶⁷，也包括董事擔任公司其他職位之契約；或由第三人（如personal services company）與公司締約，而由董事個人履行董事職務或其他職務之契約。準此，影子董事若與公司訂有擔任董事外其他職位之服務契約，時間達二年以上且公司無法任意終止者自有適用。

董事與公司間若有重大財產交易，該交易應經股東（會）決議。所謂重大財產交易係指超過公司資產價值百分之十且達5千英鎊以上之非現金資產，或超過10萬英鎊之非現金資產⁶⁸。違反時公司得撤銷交易，但若回復原狀為不可能、公司已受補償而填補損

⁶⁷ 新法將服務契約予以明確定義並擴張及於letters of appointment to the office of director，是以，即使是陽春董事，此董事契約也在規範範圍之內。See *Hansard*, HL GC Day 4, Vol. 678, cols 361-361 (February 9, 2006) (per Lord Sainsbury), in GEOFFREY MORSE ET AL., PALMER'S COMPANY LAW: ANNOTATED GUIDE TO THE COMPANIES ACT 2006, at 211 (2007).

⁶⁸ 但母公司與其百分之百持有之子公司、同一母公司百分之百持有之子公司相互間為重大財產交易時，不適用之（s.192(b)）。

失，或撤銷將影響有償取得該財產之善意第三人時，則不得撤銷。惟不論如何，董事皆負有吐還利益及連帶賠償公司損害之責任（ss. 190-195）。然而，股東若事後追認，公司將不得撤銷（s.196）。

公司若欲貸款予董事，或提供準貸款、信用予董事亦須經股東（會）決議方可。貸款包含提供保證，適用於所有公司。至於準貸款及信用提供則以大眾公司或其從屬公司為適用對象⁶⁹。扣除例外准許之情形，凡違反者，公司得撤銷交易，不得撤銷之情形與上述財產交易同，亦包括股東事後追認（ss.199-214）。

（三）喪失職位之給付

當董事失去董事一職或喪失擔任董事期間其他在公司擔任之管理職（如經理人），公司擬對其有所補償；又或者董事退休、因退休而失去原於公司擔任之管理職，公司就此擬提供對價，此皆須經股東（會）之決議。所稱補償及對價及於現金以外之利益。若有違反，受領者負返還之責。

上述失去職位之情形可能係因公司讓與全部或一部之營業或財產而生，也可能因股權移轉而生（如公開收購），應經股東（會）決議之規定一體適用。不過，若係為履行法定義務、因違反義務而生之損害賠償、因終止委任或僱傭所生之請求（該請求經和解而定之數額）及退休金等之給付，自無經股東（會）同意之必要；低於2百英鎊之小額給付亦豁免之（ss.215-222）。

理論上，影子董事並無喪失影子董事職位而由公司予以補償或給予對價之可能，蓋其與影子董事之定義有違。但影子董事仍可能任職於公司，擔任董事以外之管理職，此時，仍可透過其影響力使

⁶⁹ 有關貸款、準貸款及信用提供，請參閱曾宛如，公司法制基礎理論之再建構，頁32-42，2011年。

公司對其提供相當之給付，故而有規範之必要。

④公司停止營業或讓與營業時之員工利益條款

公司全部或一部之營業停止營運或讓與他人時，股東（會），或董事在章程之授權下，得制訂對現在或之前之員工提供一定利益之規定，但前提是受益對象不包括董事自己（所稱董事包括現任董事、已卸任之董事及影子董事）。前揭給付必須發生在公司解散前，且以公司可為股息分派之數額為限（s.247）。

上述各項規定俱皆適用於影子董事，凸顯出一個極為有趣之現象：如果影子董事慣於躲在暗處操縱幕前之董事，則要求其揭露利益、要求其與公司間之交易皆須經股東（會）之同意乙事等於係將其身分昭告天下。此似非影子董事所樂見之事，也與「影子」一詞產生矛盾。雖然自Deverell一案後，影子董事也包括堂而皇之、明目張膽操縱之人，惟不可否認，絕大多數之影子董事之所以選擇隱藏，不外是為了規避法律之規範，否則其自任法律上董事即可。

因此，上述規定之解讀應是，倘若影子董事擬與公司交易，或在公司之交易中獲取直接或間接之利益，則必須自我揭穿身分，否則任何交易都將面臨無效或得撤銷之命運，影子董事也因此須與其他董事同負利益吐還及損害賠償等責任。相反的，影子董事若不欲自我揭穿身分，則應自我節制不涉及上述之各種行為，以免責任上身。

在違反上面規定之責任訴究上，the CA 2006亦將股東（會）得事後追認董事過失、不法、違反義務或違反信託之行為適用於影子董事（s.239(5)）。與此同時，代位訴訟之適用對象也及於影子董事（s.260(5)及s.265(7)）。

最後，影子董事之案件類型主要發生在董事失格之聲請及要求影子董事為破產之公司負責，特別是破產法上之不法交易。因此，判決多會就立法目的去闡述影子董事應有之定義，或許這也是造成

影子董事是否負有受任人義務之判決稀少的主因之一。

除了上文中提到影子董事適用之條文外，其他公司法上與董事有關之規定便與影子董事無關。舉例而言，董事之選任、解任及登記；董事會之召開、公司召開股東會、發行新股、不實報表之責任等等皆無影子董事之適用。此源自於影子董事之本質，畢竟，影子董事不參與公司業務之執行，只是影響公司業務之執行。而公司法上對於影子董事責任之追究也僅以與公司交易有關之事項為主，影子董事之責任似以「對內」為限。即使因不法交易而於公司破產後，面臨破產管理人向法院聲請命其為一定之給付以減輕債權人未受清償之損失，仍係對公司之給付。之所以如此，係因將影子董事與董事類比而令其負責，而董事負有義務之對象是公司而非股東或其他人所致。

相較之下，紐西蘭對影子董事義務之規定與英國最大不同在於，影子董事對公司負有與法律上董事及事實上董事相同之受任人義務。紐西蘭公司法（the Companies Act 1993）的編排方式與英國有所出入，就適用於影子董事之規定分布於第八章（Part 8：董事及其權力與義務）中之「董事義務」（Directors' duties）及「涉有自我利益之交易」（Transactions involving self-interest）、第十六章（Part 16：解散）中之關係人交易之撤銷及返還、第二十一章（Part 21：違法及處罰）中之董事失格及鳳凰公司（phoenix company）之責任，及施行細則七（Schedule 7）有關清算財產分派之規定。規範事項大致與英國類似，只是英國將部分規定另以the CDDA及破產法處理。

準此，董事應負之善管義務、基於適當目的行使職權、遵守法令章程、不得利用公司資訊等皆與英國相同，惟紐西蘭公司法並未加上如同the CA 2006「相對應之普通法及衡平原則」的文句，所以，影子董事之受任人義務與法律上董事並無不同。

與公司交易之部分，就董事報酬、失去職位之補償、公司貸款予董事，及為董事提供擔保等，除非章程另有規定，紐西蘭公司法皆授權董事會為之。但這些規定並未適用於影子董事；換言之，影子董事不在規範範圍內。可見紐西蘭公司法並未設想影子董事會在公司擔任任何職務，故無報酬或失去職位補償之問題。

澳洲公司法（the Corporations Act 2001 (Cth)）並未在董事之義務及自我交易部分將影子董事排除在外。從而，如上文中已討論者，所有適用於法律上董事及事實上董事之受任人義務均及於影子董事。

二、責任之性質——比較法的觀點

不論是英國、澳洲或紐西蘭，其公司法均課予影子董事受任人義務，其中除了英國因受限於「相對應之普通法及衡平原則」之解釋而使影子董事受任人義務之範圍大受限縮外，在澳洲及紐西蘭，影子董事違反對公司之一般受任人義務而應對公司負責自屬法理上之當然。

惟上述各國之司法實務對影子董事之構成要件有相當嚴格之解釋，從而，法人董事之董事或指派他人擔任董事之股東（不論是法人股東或自然人股東）未必成為影子董事，此與股東有限責任及公司法人格獨立之概念息息相關。

至於影子董事應否對公司以外之人，如股東、債權人或侵權行為之受害人負責，將視個案而定。基本上除非公司破產，否則董事，包括影子董事，基於董事之身分而須對公司以外之人負責之情形幾希。

準此，影子董事對公司之責任應為主要責任（primary liability）⁷⁰。然而，現實上影子董事之構成要件不易滿足，在此情形下，對於未構成影子董事卻唆使或幫助法律上董事或事實上董事違反義務之人，或對法律上董事或事實上董事有監督及解任能力之人，是否及如何令其對公司或第三人負責，也是學界討論的重點。常見之爭點包括侵權行為責任、替代責任（vicarious liability）及知情的協助（knowingly assist, dishonestly assist）他人違反受任人義務等⁷¹。

實務上曾發生之案件，如子公司控告其簽證會計師，主張因會計師之過失以致於公司受損。會計師提出之抗辯中除了表示子公司之董事有疏失而應過失相抵外，母公司未能妥善監督子公司業務執行一事使母公司成為侵權行為人而應分擔部分或全部損害賠償額。法院接受前者與有過失之主張，但不認為母公司對子公司有何監督之責，法院甚至主張即使母公司得完全控制子公司，也無法僅憑此事實而認定母公司對子公司負有直接義務⁷²。

該案中，會計師亦主張替代責任（vicarious liability），即母公司對於其所指派之董事（employee-director）應負僱用人之責，此一主張被法院拒絕⁷³，主要理由有二。首先，股東本有權指派董事，若命其為此指派之行為及所指派董事之行為負責將傷害公司法

⁷⁰ 持相同見解，請參閱Taylor, *supra* note 8, at 215.

⁷¹ Carroll, *supra* note 22. 本篇文章以第三人為公司行為負責之角度，透過幾個重要案例，分別自侵權行為、忠實義務之違反及公司法有關影子董事之規定找尋責任之基礎。

⁷² Dairy Container Ltd v. NZI Bank Ltd, 1994 NZLR LEXIS 701.

⁷³ 但Thomas J只是為了遵守Kuwait Asia Bank EC v. National Mutual Life Nominees之判決先例而做此決定，其於判決中花了很大篇幅論證指派董事者應負vicarious liability之理論基礎。

最核心之價值——股東有限責任之原則⁷⁴。其次，受指派之董事應以任職董事之公司的利益為主，在執行董事職務之當下，僱傭關係不在其考慮之列⁷⁵。然而，學說上對此見解並不認同，有主張 employee-director 與其他受僱人在法理上並無不同，替代責任應可一體適用者⁷⁶。

三、我國法的解釋

依據新法之規定（公司法第8條第3項），影子董事與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。此規定完全從責任出發，而未觸及根本問題，即影子董事是否對公司負有如同法律上董事一般之受任人義務？義務與責任原則上具有相對應之關係，因為違反義務所以導致責任。當然，責任也可能純粹來自法律之課予，但是不同之解釋將影響責任之性質，不可不慎。

立法理由中曾提及「……對名義上董事下達指令者，均應負公司負責人責任……」。從該理由可以推論出兩種解釋可能，一者是，影子董事是公司之負責人，故負有負責人之責；另一者為影子董事非公司之負責人，但應負與負責人相同之責任。若採前者，公司負責人依公司法第23條第1項之規定，對公司負有受任人義務，準此，影子董事負有與法律上董事相同之受任人義務內涵。然而，值得注意的是，不論是英國、澳洲或紐西蘭，其基於影子董事之性質——影響但不實際參與公司董事業務之執行，對受任人義務及其他義務、規範之適用予以配合調整。倘若將影子董事解釋為公司之

⁷⁴ Kuwait Asia Bank EC v. National Mutual Life Nominees [1990] 3 All E.R. 404.

⁷⁵ See *NZI Bank Ltd*, 1994 NZLR LEXIS at 205-06.

⁷⁶ Gehan Gunasekara & Alexandra Sims, *Statutory Trends and the 'Genetic Modification' of the Common Law: Company Law as a Paradigm*, 26 STATUTE L. REV. 82, 86-87 (2005).

負責人，公司法上適用於董事或負責人之規定可能將如影隨形的依附在影子董事之上，此種結果不見得合乎影子董事之本質。舉例說明，影子董事並無董事執行公司業務之權力，遑論其職權範圍，從而許多有關董事之規定，不見得適合應用於影子董事。又如影子董事若在公司擔任董事以外之職位，如經理人（類似Deverell案之情形），其報酬應如何決定？同理，影子董事與公司間之交易應否遵守公司法第206條第2項之規定？換言之，公司法上對董事及負責人之相關規範何者應準用於影子董事，何者在性質上不宜或無庸準用，其實應以法律明文規定之，方能杜絕爭議。

若採後一說法——「影子董事非公司之負責人，但應負與負責人相同之責任」，則似無課予其受任人義務之意，而僅是命其與負責人負相同責任。解釋上似乎是負責人若有應負責之情形時，影子董事應一併負責。責任之性質頗類似補充責任之概念（secondary liability），而以負責人為主要責任（primary liability）者。然影子董事責任若採此說可能更不合理，原因如下。綜觀條文之意旨，其所欲達成者係將所有負責人可能面臨之民、刑，及行政責任全部加諸在影子董事之上。以負責人之民事責任為例，若因侵權行為而生，則命影子董事負責之道，可以循共同侵權行為之法理完成，無庸藉助影子董事之概念。董事責任若因契約而生，影子董事為契約外之第三人，其何以須與契約當事人負相同責任？責任基礎是因為教唆他人違反契約（亦屬侵權行為）？抑或法定責任？責任範疇是否包括獲利之吐還？如果是法定責任，為何不直接將影子董事在一定情形下定位為與董事負有相同之義務而使其負主要責任更為便捷。更甚者，若只有責任而無受任人義務，則影子董事利用公司機會或資訊時又該如何？蓋此際法律上董事可能並無違反任何受任人義務，責任之體系架構將更複雜。

不僅如此，影子董事之責任若非主要責任，而是負責人應負責

時，其一併負責，則影子董事與其他法律上負責人（如董事等）之關係為何？其間之求償關係為何？是否為連帶責任？在說理上將產生更多困擾。

此外，就刑事責任論，若無影子董事之制度，基於共犯或幫助犯之概念也極有可能將幕後操縱之人納入責任範疇，此一立法方式助益有限。也許，條文最有效打擊的地方在於行政責任。然而，下文將仔細討論，對於不實際參與業務執行之影子董事課予所有加諸於負責人（包括董事）之行政責任是否符合影子董事之本質不無疑問，再者，現在的實務現況是法律上董事可能寧願被課以罰鍰也要違反公司法之規定以確保其經營權，則課予影子董事此種責任有多少實益更令人存疑。

綜上所言，既然行政機關曾考慮將影子董事增訂於公司法第23條之1，從而依該立法結果，影子董事當負有受任人義務並須為侵權行為與公司連帶負責。雖然幾經轉折，最後落腳之處在第8條，但其用意不外乎為擴張影子董事負責之情形，而不以民事責任為限。既然如此，採第一種解釋，雖然仍有許多問題，但畢竟較合乎公司治理之本旨，也與英國、澳洲及紐西蘭等採用影子董事制度之國家較為契合。

因此，在簡單的第8條第3項之外，於立法再次修正補充現行法之缺失前，不妨借用比較法之經驗，檢視我國現行相關規定，就公司法上有關董事及負責人之規範情形，予以檢視並釐清影子董事可適用及不可適用之情形，以下分別討論之。

（一）董事之忠實義務（包含自我交易之規範）

影子董事一旦被定位為公司之負責人，課予其受任人義務與現行規範並無不合。不同於英國以判決累積董事受任人義務之內涵，我國公司法遲至二〇〇一年修法時才引進忠實義務之概念，準此，

我國於界定忠實義務之內容及範圍時無法仰賴既有之判決，反而需大量藉助比較法之規定作為法理，以填充公司法第23條第1項之不足。二〇一二年一月份之修法增訂了第23條第3項及第206條第2項，引進負責人利益吐還及董事資訊揭露之義務，可謂係於忠實義務引進十年後，對其內涵加以充實之具體規定，值得肯定。

既然我國無法仰賴判決，自亦無英國the CA 2006在規範影子董事之忠實義務時所設之限制——「相對應之普通法及衡平原則」的問題，從而，依循目前公司法第8條及第23條之脈絡，並參考澳洲及紐西蘭之立法例，我國不妨逕自課予影子董事與法律上董事相同之受任人義務（僅於性質不合時略加調整）。此種解釋對公司治理而言當屬更加完善，此於上文中已有提及。準此，公司法第209條及第223條⁷⁷應一併適用於影子董事。

但是，公司法第193條及第194條應無適用於影子董事之必要。蓋影子董事並不執行公司業務，也不參與董事會，故前揭二個條文適用及請求之對象應限於法律上董事及事實上董事。

(二)董事報酬

影子董事與公司間並不存在董事之委任關係，自無董事報酬討論之議題，從而，影子董事也無權向公司主張董事報酬之給付。但是，影子董事若於公司擔任其他職位，其報酬又該如何決定？影子董事擔任經理人時⁷⁸，依公司法第29條之規定，其報酬在股份有限

⁷⁷ 以監察人代表公司與董事訂約的設計其實意義不大，甚至於在公司法增訂第209條第2項後，此設計不僅多餘，甚至可能發生解釋上的矛盾。請參閱曾宛如，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，204期，頁138-139，2012年5月。

⁷⁸ 舉例而言，某些公司總經理之權限凌駕於董事長之上，倘若該總經理不擔任

公司中係由董事會決定；當影子董事擔任之職位只是一般受僱人時，公司經理人多數已可自行決定其報酬。故就影子董事報酬一事有無需要準用董事之規定，提升到章程或股東會決議之層次值得思考。

我國公司法雖將董事報酬交由股東會決定或章程規定，但對於董事酬勞則未另為規範，是以董事酬勞得由董事會自行決定。英國、澳洲及紐西蘭之公司法均允許公司經由章程規定將董事之報酬及酬勞交由董事會自行決定；甚且在公司治理之概念下，改由薪酬委員會決定董事報酬與酬勞。如上文所言，英國只在董事與公司間之服務契約達二年以上且公司不得任意終止時，才將此權限劃歸股東會，且決定事項與董事報酬無關，而是針對二年任期保障條款；至於澳洲及紐西蘭並未設有相同規定。準此，學理上，董事報酬未必非經股東會決議不可，尤其是設有薪酬委員會之時，更是如此。

然而，我國公司法既將董事報酬交由章程及股東會決議，在面臨對董事會具有實質影響力（若依我國之定義，影子董事已對公司具有控制力）之影子董事任職之報酬時，若依循現有公司法之規定（如第29條）將無法防免影子董事自肥。故在現行法制下，影子董事任職於公司時，其報酬應經董事會決議或由其下之經理人決定。倘若影子董事不願自曝身分，自可選擇不在公司任職；違反時，其報酬給付似以解釋為無效較為合理。

(三)董事責任之訴究

公司法第214條及第215條關於代位訴訟之規定，理論上亦應及於影子董事。既然影子董事對公司負有受任人義務，則因其不法之

董事卻實質影響董事會之決策時，其經理人之報酬在現行公司法第196條之設計下，顯有輕重失衡、不合理之嫌。

行為導致公司受損自應負損害賠償之責。影子董事對公司之影響力大於任何特定董事，從而代位訴訟產生之根本原因——公司董事會極可能怠於究責一事在影子董事上將更明顯。準此，股東應得使用代位訴訟之機制追究影子董事之責任。

此外，上文提到英國法上之不法交易乃追究影子董事責任的主要戰場之一，相對應的即我國公司法第211條第2項及民法第35條之規定。若公司應聲請宣告破產，卻因影子董事之指示而不聲請，日後影子董事對破產公司之債權人負有與法律上董事相同之損害賠償責任。

(四)其他有關董事之規定

除了上述受任人義務、報酬及代位訴訟外，公司法上有關董事會執行業務，如召開董事會、召開股東會、參與董事會、編製年度報表等均無由適用於影子董事。此外，對董事之持股要求（如轉讓持股超過半數時當然解任等）、解任董事及董事資料之登記等也與影子董事無關。

(五)負責人之規定

新法要求公開發行公司之影子董事與法律上董事負相同之民事、刑事及行政責任，但以影子董事不參與公司經營而言，一律命影子董事與法律上董事負有相同負責人之責實不妥當。

公司法中有負責人之規定且得適用於公開發行公司者共計34個條文⁷⁹。其中許多條文顯然與影子董事之本質無涉，是以，即使法

⁷⁹ 外國公司依公司法第377條之規定準用公司法第9、10、12至25條之規定。然而，所謂外國公司在中華民國境內之負責人，係指其在中華民國境內之訴訟及非訴訟代理人。按公司法第372條第2項規定，外國公司應在中華民國境內指定其訴訟及非訴訟代理人，並以之為在中華民國境內之公司負責人。是

律上董事受到處罰，亦不應使影子董事一併負責。

舉例說明，公司轉投資、借貸、保證、備置年度報表、印製股票、買回庫藏股、處理股東提案權、選舉董事、分派盈餘、發行新股、發行公司債、減資、通知相互持股等皆屬業務執行事項；而影子董事概念之所以產生，就是針對不參與董事業務之執行，卻經由影響力左右董事會決策之人，命其在一定情形下負責。是以，上述有關負責人（更正確的說法，董事）執行業務違反法令而生之行政罰似無擴張及於影子董事之必要。當然，英國課予影子董事未申報公司年度報表之責任的政策也可供參考；亦即倘若某些事項在政策上認為藉由課予影子董事責任之作法更容易達到時，或許亦可將行政責任擴充及之。

民事責任部分，對公司內部，倘因影子董事之操縱致公司受損，或濫用其地位為自己牟利，此可循影子董事違反其注意義務或忠實義務命其對公司負責，甚且吐還因此所獲得之利益，而非以「與董事負相同責任」之方式命其負責，以免混淆責任之性質。對公司以外之第三人，即使無影子董事之制度，若法律上董事執行業務侵害他人，對於影子董事之請求權基礎可以求諸民法第185條第2項造意人之概念。同理，刑事責任亦可經由教唆或共同正犯之概念將影子董事繩之於法，無庸藉助擴充負責人之定義解決之。

其他有關負責人之規定，不適用於影子董事者尚有重整中負責人之角色、對公司送達之對象、登記之申請人及對廢止登記得為異

以，外國公司在中華民國境內之負責人，係指其在中華民國境內之訴訟及非訴訟代理人。又外國公司在中華民國境內設立分公司並設有經理人者，分公司經理人在其職務範圍內，亦為外國公司在中華民國境內之負責人。至分公司之經理人，不以一人為限（經濟部92年商字第09202223880號函）。影子董事基本上係董事概念之延伸，倘外國公司之董事非公司法所稱在臺分公司之負責人，就負責人責任之規定似無法適用於外國公司之影子董事。

議之人等各種情形。畢竟以目前之實務，甚難想像法院或登記主管機關會徵詢或允許非於公司擔任法律上負責人之影子董事提起之。

綜上所論，本文之所以偏好將影子董事定位為公司負責人，其用意在於與第23條第1項勾稽，找尋課予影子董事受任人義務之法律依據。然而，更佳之選項應該是在公司法第8條逕予明訂本法中所稱董事包括影子董事之個別條文，以杜爭議。此外，從比較法之觀點，影子董事制度之主要運用在於宣告該影子董事失格，或命其對破產公司之資產予以填補，以保障債權人。在公司正常營業下去追究影子董事責任的案例實屬少見。準此，不論是司法實務界或行政主管機關，未來在運用影子董事之概念時，須步步為營，不得直接以法律上董事負責，故影子董事也要負責這個簡單的推論作為課予責任之基礎。

肆、影子董事於關係企業之運用——兼論多數（或控制）股東之責任建構

一、母公司是否必然成為子公司之影子董事

我國新法之條文用語極易使人將母公司與影子董事連結，然若依英國等國家之判決及立法，顯然並非如此。

The CA 2006, section 251(3)規定「就董事之一般義務、需經股東會同意之自我交易，及一人公司與其唯一股東兼董事締約⁸⁰等規定而言，即使子公司之董事慣習聽從母公司之指示或命令而為行為，母公司在此情形亦不被認定為影子董事。」⁸¹ 母公司因子公司

⁸⁰ The CA 2006要求一人公司與其唯一股東兼董事在非一般營運過程中所簽訂之契約必須以書面為之，或至少記載於書面之備忘錄或簽約後第一次董事會之議事錄中（s.231）。

⁸¹ Section 251(3) provides: “A body corporate is not to be regarded as a shadow di-

之董事慣習聽從其指示或命令而為行為成為子公司之影子董事，此種定義可能與關係企業之本質有所扞格，故英國特設除外規定。換言之，母公司若構成子公司之影子董事，當子公司破產時，母公司可能負有不法交易之責任，母公司也可能被施以失格處分；但是，透過除外規定，母公司對子公司不負有一般之董事義務、母公司與子公司間之交易也無庸經子公司股東（會）之決議；更明確的是，母公司與百分之百持股之子公司間的交易也不在規範範圍內。

母公司基於集團整體利益之考量可以犧牲某間子公司之利益，倘若因母公司成為子公司之影子董事而使其對子公司負有董事之一般義務時，母公司此種犧牲子公司的決定將構成義務之違反，從而產生責任，此非立法之本意。再者，the CA 2006要求應經股東（會）決議之事項在母子公司間不具實益，蓋子公司表決時，母公司依法並無迴避表決權行使之義務，其結果，表決依然通過，造成程序之設計徒具形式。

另一方面，實務上判決對於母公司何時成為子公司之影子董事也有所宣示。股東，包括關係企業中之母公司，本即有權指派代表擔任公司之董事，而該股東想當然爾也極可能會對其指派之人傳達某些指示（即使不傳達指示，股東對不合其理念之董事也可予以解任，而此解任之權力也會使董事多少尊重其想法）。倘若這些股東僅因此等行為就必須以影子董事之身分對公司負責，無疑係對股東課予「無限

rector of any of its subsidiary companies for the purposes of —

Chapter 2 (general duties of directors),

Chapter 4 (transactions requiring members' approval), or

Chapter 6 (contract with sole member who is also a director),

By reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions.” 上述義務及交易規定已於本文參之一討論。

責任」，不僅違反有限責任之原則⁸²，也與公司法人格獨立之原則相悖；換言之，此本屬多數股東之權力。每個股東對公司經營有不同應對之策，較消極的股東可能選擇以買賣股份作為對經營者滿意與否之回應，較積極之股東可能選擇推派代表擔任董事，立法政策上似無理由對後者股東課予較前者更多之義務。準此，多數股東依循公司法制下之組織結構在股東會上表決、選任或解任董事等皆為其固有之權利（力），除非在極例外之情形，否則司法實務上不會否定此種權利（力）之行使。從而，在認定母公司是否為子公司之影子董事時，英國及澳洲等國家之實務見解均採十分審慎之立場，除非多數股東已經跨越了單純作為股東而得行使之權力的界限時，其身分方有可能轉變成影子董事而必須擔負起某些董事之義務與責任⁸³。

上文中曾討論過的Re Hydrodam案，判決即表示從實際運作上看，Eagle Trust可能成為Hydrodam之影子董事。現以其他案件為例進一步說明。Dairy Containers Ltd v. NZI Bank⁸⁴一案中（下稱Dairy案），New Zealand Dairy Board（下稱NZDB）為Dairy Containers Ltd（下稱DCL）百分之百的控制公司。DCL負責生產罐子，完全供NZDB使用，二者為共生依存之關係，甚至可以說DCL形同NZDB的一個生產部門。所以DCL的前景全部掌控在NZDB手上，NZDB也不准許DCL從事其他投資事業。不料，NZDB指派擔任

⁸² 當母公司成為子公司之影子董事而必須承擔某些責任時，有學者以之為揭穿公司面紗的情形之一。不過，母公司對子公司具有控制力是關係企業的本質，不能僅憑控制力之存在即要求母公司負責，否則對關係企業間有限責任之原則有所危害。為闡明這些理論，有學者主張藉由影子董事條文之改革以明訂追究母公司責任的實體要件。See Helen Anderson, *Piercing the Veil on Corporate Groups in Australia: The Case for Reform*, 33 MELB. U. L. REV. 333, 363-64 (2009).

⁸³ Noonan & Watson, *supra* note 5, at 782.

⁸⁴ Dairy Container Ltd v. NZI Bank Ltd, 1994 NZLR LEXIS 701.

DCL之董事掏空DCL之資產，且DCL之簽證會計師因疏失而未能發現此一問題。DCL遭受損失後向會計師求償，會計師抗辯的眾多事由中包括NZDB為DCL之影子董事，故對DCL負有注意義務，現因NZDB之監督不周以致於DCL受損，依與有過失之法理，會計師之責任應予減免。Thomas J表示雖然DCL所有董事皆由NZDB指派且為NZDB的受僱人，但這些受僱人也是DCL的董事。準此，這些董事自應基於董事身分執行業務，證據上並未顯示董事接獲NZDB的指示，即使NZDB有指示，其指示之對象是DCL而非董事。因此，NZDB不構成DCL之影子董事⁸⁵。由此可見，百分之百持股的控制公司也未必成為子公司之影子董事。

在Standard Chartered Bank v. Antico⁸⁶一案（下稱渣打案），Pioneer持有Giant百分之四十二的股權。當Giant向銀行展延貼現及承兌契約時，Pioneer也挹注資金給Giant且同時取得擔保，此一事實依約Giant應向銀行揭露，然而Giant卻未告知債權銀行以致債權銀行不察而同意延展並給予透支帳戶。當Giant終究無法免於破產之命運時，銀行起訴請求Pioneer依法負責，其理由為Pioneer乃Giant之影子董事。Hodgson J表示吾人無法單純以Pioneer之高持股及指派三名代表擔任Giant董事之事實就認定Pioneer為Giant之影子董事。然而，細就Pioneer與Giant間之互動觀察，Pioneer已構成Giant之影子董事，原因有七，分別包括：Pioneer為Giant單一最大股東（其餘股東最大者持股百分之十）、Pioneer要求Giant採用與Pioneer集團一致的報表編製方式（且Pioneer可充分取得Giant的財務資訊）、Pioneer推遲Giant某些併購行為、Pioneer主導決定Giant不應自Pioneer取得礦產、Pioneer具體主宰Giant許多財務及管理規

⁸⁵ *Id.* at 196-97.

⁸⁶ (1995) 18 A.C.S.R. 1.

劃、Pioneer決定Giant必須提供擔保予Pioneer及Pioneer為Giant做出重大買賣決定⁸⁷。簡言之，控制公司決定子公司之董事組成、債權人要求債務人提供擔保等對Pioneer而言並無不妥，但Pioneer已經跨越了上述之界線而顯示出其有意願及能力控制Giant，也真實的行使了影響力，故此際Giant之董事實質上已立於Pioneer董事之地位決定Giant之業務執行⁸⁸。

渣打案中，Pioneer持有百分之四十二的股權構成了影子董事，但Dairy案中NZDB百分之百持有DCL卻非影子董事，其間差異之理由有學者認為係因Dairy案找不到NZDB給予具體指示之證據，但渣打案卻俯拾皆是；又Dairy案中NZDB所指派之代表人只是公司之受僱人，但渣打案中三位董事皆為Pioneer之執行董事，此二點不同使法院做出不同判斷⁸⁹。

由此可知，母公司未必成為子公司之影子董事。現實上，母公司必須對其指派之董事基於其董事之身分而給予指示，且實際上涉及公司日常業務之經營及決策，方有構成影子董事之可能。

二、我國規定可能產生之適用困擾

公司法第8條第3項將影子董事定義為「非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」。此定義可能因解釋方式之不同而產生適用範圍過窄或過廣之疑慮。此外，其與關係企業章間之適用順序亦應釐清。

⁸⁷ *Id.* at 66-70.

⁸⁸ *Id.* at 70-71.

⁸⁹ Carroll, *supra* note 22, at 354.

(一)適用範圍可能過窄

如上文所言，第8條第3項似有直接借用第369條之2第2項之文字而略做調整之嫌。其使用「控制」一詞將使所謂影子董事之構成必須以其對公司具有控制力為前提；從而，英國在Deverell案後允許對公司有實質影響力但未達控制程度者有可能成為影子董事之解釋在我國將無法採用。

換言之，我國應以能對「董事會之過半董事」具有控制力或支配力且實際上行使控制力者，方有構成影子董事之可能。本文對於採取此種解釋並無否定之意，蓋此乃政策選擇。倘若吾人希望凡於幕後實際操縱某位董事者皆負如同董事之責任，自不應將影子董事限於具有控制力者為限；相反的，若不欲影子董事之範圍在引進之初較為寬廣，自可以控制力加以限縮。現以公司法第27條第2項為例說明之。設若A公司有七席董事，其中一法人股東指派二位自然人當選董事且經常性的對該二位董事為指示或命令，而該二位董事亦慣習聽其指令，此際，若採控制力之見解，A公司因僅能控制七席董事中之二席，將不構成影子董事，其結果可能使A欠缺誘因監督自然人董事，也可能使A更具誘因指揮自然人董事違法。這些分析及討論在立法理由中似乎消失了，也看不見任何思辯過程。

(二)適用範圍可能過寬

相反的，新法最大的問題也許在適用範圍可能因解釋方式之不當而過度擴張。司法審判者或主管機關若對英國、澳洲及紐西蘭等存有影子董事制度之國家的法制不甚熟稔，極有可能望文生義，因「實質」一詞而將打擊範圍延伸至母公司之董事。

以Re Hydrodam案為例，英國法院明確表示Eagle Trust可能成為影子董事，但Eagle Trust之董事基本上不會成為子公司之影子董事；在Holland案中，英國最高法院也強調同一概念。支撐這些說

法的基礎理論是，董事基於法令及章程之規定原本即應執行公司業務；法律既然不禁止法人擔任董事，則擔任董事之法人也需要經過董事（會）決策之過程方有可能行使其董事職權。在此邏輯下，法人董事之董事只不過履踐其作為董事應盡之職責，透過決策機制為法人董事做出決定，準此，若認為法人董事之董事為影子董事，將破壞公司法之設計，使董事不知所措。事實上，更深一層的思考左右者英國學者及實務界的思維不外乎為公司法人格獨立之概念。雖然英國並不排除母公司之董事也有成為子公司影子董事之可能，但前提必須是該董事已經超越了董事執行公司業務之模式，即該董事不在董事會中透過多數決之機制參與決策也不在特定授權下代為形成決策，而是自己個人跨過母公司直接對子公司之董事為指示或命令⁹⁰。

我國新法之規定以「實質」一詞形容影子董事行為之特質。如此一來，母公司之董事透過董事會之決策使母公司決定控制子公司之董事為一定之行為，該母公司之董事是否構成「實質」控制子公司呢？如果採肯定之解釋，則所謂影子董事必定較英國為廣。我國是否樂見此種發展自有討論空間，只可惜在立法過程中並未慮及於此。

此外，條文用語與關係企業之高度雷同也可能導致母公司輕易成為子公司之影子董事的解釋結果。Dairy案及渣打案所欲傳達之理念為母公司未必成為子公司之影子董事。誠然，母公司透過指派代表擔任子公司董事職位一事可以對子公司產生影響，但子公司之董事畢竟對子公司負有受任人義務。商業實務上受僱人基於僱傭契約難免會立於僱用人之角度思考問題，但仍不可抹殺其作為公司董事之角色。Dairy案的判決中認同此一商業實務，並對子公司之董事的

⁹⁰ 有論者批評何時構成個人的個別指示也許不易判斷。See N. R. Campbell, *Liability as a Shadow Director*, J.B.L. 609, 611 (1994).

受任人義務舉出許多現存判決證實其有調整空間⁹¹。但是，無論如何，母公司對子公司之董事具有某程度影響力一事終究受限於該董事仍應以善盡對子公司之受任人義務為優先的法理，故除非有證據顯示母公司直接對子公司之董事，要求其以董事之身分聽從其指示或命令，否則，即使母公司百分之百持有子公司也未必使母公司成為子公司之影子董事。深藏於此主張之背後理論包括「股東有限責任原則」及法人格獨立。

這種思維係將子公司之董事置於「不可承受」之重的地位。亦即，子公司之董事若因聽從母公司之指示而為決策將有背於「不可限縮裁量權」（not to fetter discretion）之受任人義務⁹²；反之，若子公司董事拒絕聽從，則可能面臨被撤換之命運。大股東（母公司）指派代表擔任董事以保障其利益之事在現實上天天發生，無可非難⁹³，而受其指派之董事必須承擔此種兩難，英國認為這就是該董事的宿命。不過，商業實務運作上顯非如此，如果受指派擔任董事者完全不考量指派者之利益，則指派之意義何在，從而，判決對於是否以子公司之利益為考量一事，在認定上存有較廣之解釋空間。子公司之董事若合理的相信眼下雖有損失之虞，但因對集團整體有利，子公司終究會間接受益，也可視為滿足其義務之履行⁹⁴，試圖緩合理論與現實的落差。

綜上所言，倘若子公司之董事依法以其董事之角色為子公司做

91 See *Dairy Container Ltd v. NZI Bank Ltd*, 1994 NZLR LEXIS at 213-17.

92 董事違反不可限縮裁量權之義務未必產生責任，蓋該決定未必對公司不利。但若該決定非以公司利益為考量則可能衍生公司受損之結果，進而產生賠償責任。

93 Andrew Keay, *The Duty of Directors to Exercise Independent Judgment*, 29(10) COMP. LAW. 290, 293-94 (2008).

94 DAVIES, *supra* note 66, at 16-30.

成決策，縱使其或多或少考量到母公司之想法，也不足以使母公司成為子公司之影子董事。母公司對子公司董事之具體指示、母公司涉入子公司日常營運之程度及子公司的決策是否由母公司在母公司董事會形成等都是考量母公司是否成為子公司影子董事之要素，「實質」控制及「實質」指揮在解釋上必須十分謹慎。

如果將子公司之董事會想像成一個橫切面，將關係企業想像成縱切面，新法用語似乎是限縮了橫切面而拉長縱切面。蓋其要求控制力，故僅對董事會成員中之一人或數人有影響力是不夠的；但其以「實質」形容影子董事行為之特質將使影子董事可以「穿越」數間公司達到最後一位「藏鏡人」。其中拿捏有經仔細評估之必要。

（三）與公司法第369條之4可能產生之扞格

新法丟出的另一個難題是，關係企業間因為影子董事制度之引進會產生何種變化似乎不甚明確。

條文規定影子董事對公司負有與董事相同之責任，而上文中已詳細討論此一責任的性質及其相對應之義務。經過詳細之論述，本文採取影子董事對公司負有受任人義務之解釋立場。但影子董事對公司之義務及責任在關係企業中是否應該調整或豁免，新法並未交待，故吾人只能以外國法為參考依據。如上所言，英國就關係企業，部分的排除了影子董事之適用。

反觀我國關係企業設計之基本理念，似乎默許母公司得以集團利益之考量暫時犧牲子公司之權益。進一步從條文用語觀察，母公司依第369條之4對子公司負有於會計年度終了時為補償之義務，若未補償將產生損害賠償之責。故可推論出，母公司有權宜性、暫時性犧牲子公司的「權力」。相同道理下，子公司的董事配合母公司為不合營業常規或其他不利益之經營似乎不違反其對子公司之受任

人義務⁹⁵。子公司董事的受任人義務似乎是暫時的被壓制直到會計年度終了，母公司未依法補償之際子公司董事之受任人義務方始「復活」，而必須依法向母公司求償。就母公司及子公司之義務而言，如不為此解釋，第369條之4將毫無意義⁹⁶。

我國學界不乏主張控制公司應對從屬公司負有受任人義務之說法⁹⁷，然以現行關係企業章之規定似無法得出此一推論。現在引進影子董事之新制，且其定義方式又與控制從屬之界定高度類似，則是否可藉由影子董事解決先前存在之難題？其實未必盡如人意。影子董事雖對公司負有受任人義務，然若將此觀念套用在控制公司將發生若干問題，舉例說明之。母公司若對子公司負有一般之董事義務，則其命子公司為不合營業常規或其他不利益之經營時已構成董事義務之違反，從而，母公司一開始就對子公司負有損害賠償之

⁹⁵ 有學者持不同見解，認為一旦控制公司有使從屬公司為不合營業常規交易時，其已違反控制公司對從屬公司之忠實義務。請參閱王志誠，不合營業常規交易之判定標準與類型，政大法學評論，66期，頁189-190，2001年6月。

⁹⁶ 第369條之4係參考德國法而引進之立法例，但因引進的落差已失去德國法的原意。條文目的之解釋也產生困擾。如果依德國法之觀點，母公司此時對子公司如同董事等經營者而負有忠實義務，只是在集團間因交易頻繁而無法逐筆交易皆以追求公司利益極大化之作法而斤斤計較，故以補償方式解決「放寬」忠實義務履行方式之結果。請參閱方嘉麟，關係企業專章管制控制力濫用之法律問題(一)——自我國傳統監控模式論專章設計之架構與缺憾，政大法學評論，63期，頁294-295，2000年6月。然而，純就現行法條文義觀察，佐以當年經濟部商業司司長之發言，本條實寓有關係企業互補互利的概念，準此，在年度終了前實不宜定義為已違反忠實義務。

⁹⁷ 請參閱王志誠，同註95，頁189。就控制股東何時對公司負有忠實義務，請參閱張心娣，控制股東與關係人交易，台灣本土法學雜誌，101期特刊，頁81-82，2007年12月。亦有學者仿德國立法，區分控制程度而有課予或不課予忠實義務之區別。請參閱洪秀芬，公司法「關係企業」規範之疑義與缺失，東海大學法學研究，17期，頁293，2002年12月。此種區分與英國對影子董事認定之要件對照下有其類似之處。

責，也就沒有第369條之4所謂補償及後續賠償之問題，此其一。再者，母公司與子公司間之交易也會涉及公司法第206條的窘境，母公司既然是子公司的影子董事（較諸修法前更直接）⁹⁸，則受其指揮之過半董事是否也應該迴避表決權之行使⁹⁹？如果需要迴避，關係企業存在的意義便值得思考¹⁰⁰。以第369條之4為例，既然法律准許母公司以補償方式填補子公司之經濟上損失，則母公司所指派之董事在此情形下似無迴避表決權行使之必要。

準此，從關係企業章原本立法之目的觀察，第369條之4應優先

⁹⁸ 依據經濟部90年商字第09102287950號函，法人股東之代表人於董事會行使職權時，就其代表人之法人股東與公司締結買賣契約等相關議案，應以「有自身利害關係致有害於公司利益之虞」，依公司法第206條第2項（現為第3項）準用第178條之規定，不得加入表決。此適用於關係企業已不無疑慮。現若母公司成為子公司之影子董事將使問題更加嚴重。就表決權迴避行使一事，我國學者多有限縮之見解，舉例而言，有學者即主張公司法第178條及第206條應予以廢除，董事部分可以參考美國德拉瓦州之立法例及判決轉換成法院之審查及舉證責任分派問題。請參閱劉連煜，股東及董事因自身利害關係迴避表決之研究——從台新金控併購彰化銀行談起，台灣法學雜誌，112期，頁34-35，2008年9月。

⁹⁹ 英國、澳洲及紐西蘭等國皆認為在關係企業中，各公司董事所負忠實義務之對象為其各自所屬之公司，故子公司董事即使由母公司所指派，其負有忠實義務之對象仍為子公司。只是囿於商業實務，就子公司董事是否以子公司利益為考量之認定有所放寬。紐西蘭公司法（the Companies Act 1993），section 131(2)規定若子公司為母公司百分之百所持有，則其公司章程得允許子公司董事以母公司利益為優先考量（the Corporations Act 2001(Cth)，s.187有相同規定）；若非百分之百持有，經子公司章程規定並經其他股東同意者，其董事亦得以母公司利益為優先考量，即是一種明文規定的妥協作法。基於此種思維，若子公司董事在無例外准許之情形下以母公司利益為考量將構成子公司董事義務之違反，而得對其究責。See Ian M. Ramsay, *Allocating Liability in Corporate Groups: An Australian Perspective*, 13 CONN. J. INT'L. L. 329, 351-52 (1998-1999).

¹⁰⁰ 學者有提出相同質疑及討論，請參閱方嘉麟，同註96，頁284-288。

適用，而達到此一解釋有二種管道。第一種管道是將母公司在於此情形下解釋為非子公司之影子董事，另一種方式則是母公司即使為影子董事，就此情形對子公司不負有董事義務。

三、建構我國法下母公司成為子公司之影子董事的要件與配套

綜上所言，我國應試圖找尋及建構母公司成為子公司影子董事的標準。英國等國家藉由判決累積實務見解，就個案予以判斷。我國現在欠缺實務發展的支撐，故而現階段可能需透過修法或以學說解釋補充更具效益。

在建構影子董事之標準時，吾人必須理解，其本質上亦涉及多數股東權力的問題。在我國法制下，股東對公司並未負有任何義務，多數股東亦然。英國一向主張股東對公司並無受任人義務，而股東行使權利（力）也是基於財產權之本質，除了在極端例外的情形下，多數股東得自由行使權利（力）不受限制。影子董事某程度上節制了多數股東權力的行使，建構母公司成為影子董事的構成要素，究其實不外係透過這個機制對控制股東加以管制，因此，如何在股東權之保障及約束間求得平衡成為考量重點。不過，因為英國法一貫的堅持，故影子董事處理的是「董事」問題而非「股東」問題。也就是當多數股東跨越了公司法依機關法理分配權力之概念而行使權力時，其將以「影子董事」之身分對公司負責¹⁰¹。

除此之外，在公司正常營運下，母公司若有不正壓迫子公司之少數股東（unfairly prejudicial to the interests of the shareholders）之

¹⁰¹ 當母公司跨越了general or usual control而實質介入公司經營時，責任便可能應運而生，除了影子董事外，也可能依替代責任、破產前不法交易及不公平壓迫等負責。See Joanna Bird & Jennifer Hill, *Regulatory Rooms in Australian Corporate Law*, 25 BROOK. J. INT'L L. 555, 584-85 (1999); Natania Locke, *Shadow Directors: Lessons from Abroad*, 14 S. AFR. MERCANTILE L.J. 420, 430 (2002).

行為，英國公司法有救濟途徑；在子公司破產時，身為多數股東之母公司也有負責的機制，例如英國就母公司在子公司破產時之責任設計連結到影子董事¹⁰²。但澳洲則不然，即使母公司非子公司之影子董事，母公司在一定情形下仍須就子公司之債務負責¹⁰³。可見，影子董事之外仍有訴究母公司責任的可能機制，值得多方思考。

準此，較為簡易的設計方法不妨綜合採用英國及紐西蘭之立法例，亦即先就本法中有關董事及負責人之條文可適用於影子董事者逐一系列，而後將影子董事加以定義，緊接著再特別排除母子公司於影子董事之運用規定。

有鑑於我國欠缺如同英國之判決背景，未來修法時，應否直接在定義影子董事時即將法人董事之董事何時構成法人董事所服務之公司的影子董事，及母公司何時構成子公司之影子董事等要件明訂於法條，或採取較為間接之方式於立法理由中引用外國判決作為一般定義之補充說明，可以再予思索。不過，以國內對此制度之陌生來看，也許以條文直接明確規定之方式較能減少適用疑義。

伍、結 論

英國以影子董事之制度對大股東之行為產生制約（此不意味僅有大股東方始構成影子董事）而美國法上則另闢蹊徑提出控制股東負有忠實義務之情形。這二種作法各有其優缺點。

英國因為無法摒棄其傳統的信仰——股東對公司不負有任何忠實義務，故以「董事」義務與責任之規範方式使實質影響董事之人

¹⁰² Daniel D. Prentice, *Some Aspects of the Law Relating to Corporate Groups in the United Kingdom*, 13 CONN. J. INT'L L. 305, 327-28 (1998-1999).

¹⁰³ Anderson, *supra* note 82, at 363.

負責；相反的，美國坦率的肯認股東並非永遠不能成為忠實義務之責任主體¹⁰⁴。相比之下，美國之作法似乎較為直接。然而，即使美國承認股東負有忠實義務之空間，但其實務判決及學說著力不深，且所謂股東之忠實義務主要仍以控制股東為限，且所適用之案件類型也以freeze-outs（逐出少數股東）之情形及閉鎖型公司為主¹⁰⁵。對照之下，英國影子董事之制度所涵蓋者不限於控制股東，所適用之情形亦較為廣泛；然而基於股東有限責任及公司法人格獨立之概念，在英國，控制股東（多數股東）也不必然成為影子董事，仍須視具體個案中，該股東如何對董事（會）之決策產生影響而定。準此，二種制度各有其優劣，端視政策選擇¹⁰⁶。我國於二〇一二年公司法修正之際引進了影子董事之制度，此一重大變革似乎宣示了我國目前並無課予股東對公司負有忠實義務之意，而擬循董事之路徑解決問題。

由於新法之條文用語與其他採用影子董事制度之國家顯有不同，控制力成為判斷影子董事的唯一標準，將產生以下之適用結果：(一)操縱部分董事但未達控制董事會程度之人依規定無法成為影

¹⁰⁴ 在此必須注意者，英國影子董事主要以注意義務切入，美國控制股東之義務則以忠實義務為主。相關討論可參閱Bradley, *supra* note 2.

¹⁰⁵ Iman Anabtawi & Lynn Stout, *Fiduciary Duties for Activist Shareholders*, 60 STAN. L. REV. 1255, 1268-69, 1273, 1297-99 (2008). 該文中表示雖然控制股東之忠實義務亦會發生在其他情形但很罕見。至於控制股東在此時之忠實義務內涵主要為完全公平法則（entire fairness），即確保逐出合併之交易在程序上符合公平交易（fair dealing）及合併條件符合公平價格（fair price），詳細討論，請參閱Geoffrey E. Hobart, *Delaware Improves Its Treatment of Freeze Mergers: Weinberger v. UOP, Inc.*, 25 B.C.L. REV. 685, 712-17 (1984).

¹⁰⁶ 然而，這二種制度對大股東所能產生之制約效果也十分有限。英國部分，請參閱Richard Schulte, *Corporate Groups and the Equitable Subordination of Claims on Insolvency*, 18(1) COMP. LAW. 2, 2 (1997). 美國部分，請參閱Anabtawi & Stout, *id.* at 1269.

子董事。長期以來為人所垢病之公司法第27條第2項及第3項無法仰賴影子董事之新制而得到舒緩¹⁰⁷；該法人股東與公司間仍無法產生受任人義務之法律關係；(二)關係企業中之母公司，未經細膩之分析過程，即有可能被認定為子公司之影子董事。這個結果與第369條之4原所欲期成之關係企業間的綜效有所牴觸，必須透過解釋加以排除。換言之，母公司即使成為影子董事也不宜全面性的適用所有影子董事之規定；及(三)由於關係企業並未處理具有實質控制力之非公司組織，現在經由影子董事之制度，得以將實質控制公司之自然人納入規範而解決某些問題。準此，新法之文字用語有得有失，但其得失之間似乎不在當初立法考量之內。

對公司董事（會）具有實質影響力卻未在公司擔任任何職位之人究竟應否命其對公司或第三人負有義務往往涉及股東之角色與定位的政策選擇。在此種考量下，不難發現不同的解決機制（影子董事或控制股東之受任人義務或忠實義務）均有所保留。即使在特定情形下命股東以某種身分負責，其所擔負之義務內容也與傳統上董事所背負者為輕。同理，對公司董事（會）具有實質影響力卻未在公司擔任任何職位之人也可能是公司的債權銀行，例如債權銀行對向其貸款之公司董事會做出各種要求以確保受償。英國法上即有破產管理人主張債權銀行應以影子董事之身分對該公司為資產填補以保護其他債權人，但法院考量到所有自願性債權人為確保債權受償而要求公司配合為某些業務執行並無非難之必要性，從而判定債權銀行並不構成影子董事，這也凸顯出在影子董事之定義下，某些公司以外之第三人的憂慮。

¹⁰⁷ 公司法第27條所凸顯出責任追究問題，請參閱林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，月旦民商法雜誌，創刊號，頁62-63，2003年9月。

我國新法確實開啟了日後公司以外之第三人以影子董事之身分對公司及其他人負責之契機，但條文的過度簡化也埋下爭議之伏筆。日後或者藉由修法完備此一制度，或者主管機關及司法機關在修法前應參考外國法理審慎應用，以免制度失去其原意而有損立法之美意。

參考文獻

一、中 文

1. 方嘉麟，關係企業專章管制控制力濫用之法律問題(一)——自我國傳統監控模式論專章設計之架構與缺憾，政大法學評論，63期，頁271-321，2000。
Fang, Kai-Lin, Controlling Abuse by Shareholders: Structural Problems in the Traditional Approach to Corporate Governance in Taiwan, *Chengchi Law Review*, no. 63, pp. 271-321, 2000.
2. 王志誠，不合營業常規交易之判定標準與類型，政大法學評論，66期，頁163-207，2001。
Wang, Chih-Cheng, Determining the Standards and Types of Non-Arm's Length Transactions, *Chengchi Law Review*, no. 66, pp. 163-207, 2001.
3. 林國全，股份有限公司董事民事賠償責任之追究，月旦民商法雜誌，創刊號，頁50-63，2003。
Lin, Kuo-Chuan, A Study of the Civil Liabilities of Corporate Directors, *Cross-Strait Law Review*, no. 1, pp. 50-63, 2003.
4. 洪秀芬，公司法「關係企業」規範之疑義與缺失，東海大學法學研究，17期，頁271-300，2002。
Hung, Shiu-Feng, Critical Analysis of the Norms of "Affiliated Enterprises" in Company Law, *Tunghai University Law Review*, no. 17, pp. 271-300, 2002.
5. 張心娣，控制股東與關係人交易，台灣本土法學雜誌，101期特刊，頁76-99，2007。
Chang, Hsin-Ti, Controlling Shareholder and Related Party Transaction, *Taiwan Law Journal*, no. 101, pp. 76-99, 2007.
6. 曾宛如，公司之經營者、股東與債權人，2008。
Tseng, Wang-Ruu, *Corporate Management, Shareholders and Creditors*, 2008.
7. 曾宛如，公司法制基礎理論之再建構，2011。
Tseng, Wang-Ruu, *Reconstructing the Fundamentals of Company Law*, 2011.
8. 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，204期，頁129-141，

2012。

Tseng, Wang-Ruu, On the Company Act Amendment: Material Reforms in the “Identification” of Directors (De Facto Directors and Shadow Directors) and the Development of Directors’ Fiduciary Duties, *The Taiwan Law Review*, no. 204, pp. 129-141, 2012.

9. 劉連煜，公司法理論與判決研究(四)，2006。

Liu, Len-Yu, *The Theory and Judicial Decisions of Company Law IV*, 2006.

10. 劉連煜，股東及董事因自身利害關係迴避表決之研究——從台新金控併購彰化銀行談起，*台灣法學雜誌*，112期，頁19-35，2008。

Liu, Len-Yu, Restrictions to the Voting Rights of Shareholders and Directors Due to Self-interest: Discussions Concerning the Acquisition of Chang Hwa Bank by Taishin Financial Co., Ltd., *Taiwan Law Journal*, no. 112, pp. 19-35, 2008.

二、外 文

1. Anabtawi, Iman & Stout, Lynn, *Fiduciary Duties for Activist Shareholders*, 60 *STAN. L. REV.* 1255 (2008).

2. Anderson, Helen, *Piercing the Veil on Corporate Groups in Australia: the Case for Reform*, 33 *MELB. U. L. REV.* 333 (2009).

3. Bird, Joanna & Hill, Jennifer, *Regulatory Rooms in Australian Corporate Law*, 25 *BROOK. J. INT’L L.* 555 (1999).

4. Bradley, Caroline, *Transatlantic Misunderstandings: Corporate Law and Societies*, 53 *U. MIAMI L. REV.* 269 (1999).

5. Campbell, N. R., *Liability as a Shadow Director*, *J.B.L.* 609 (1994).

6. Carroll, Robyn, *Third Party Liability for Corporate Activity: Recent Developments*, 26 *U.W. AUSTL. L. REV.* 328 (1996).

7. DAVIES, PAUL L., *GOWER AND DAVIES’ GENERAL PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW* (8th ed. 2008).

8. GOWER, L. C. B., *GOWER’S PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW* (5th ed. 1992).

9. GRIFFIN, STEPHEN, *COMPANY LAW: FUNDAMENTAL PRINCIPLES* (4th ed. 2006).

- 10.Griffin, Stephen, *Confusion Surrounding the Characteristics, Identification and Liability of a Shadow Director*, 24(3) *INSOLV. INT.* 44 (2011).
- 11.Gunasekara, Gehan & Sims, Alexandra, *Statutory Trends and the 'Genetic Modification' of the Common Law: Company Law as a Paradigm*, 26 *STATUTE L. REV.* 82 (2005).
- 12.Hobart, Geoffrey E., *Delaware Improves Its Treatment of Freeze Mergers: Weinberger v. UOP, Inc.*, 25 *B.C.L. REV.* 685 (1984).
- 13.Keay, Andrew, *The Duty of Directors to Exercise Independent Judgment*, 29(10) *COMP. LAW.* 290 (2008).
- 14.Locke, Natania, *Shadow Directors: Lessons from Abroad*, 14 *S. AFR. MERCANTILE L.J.* 420 (2002).
- 15.Moffatt, Paula, *When Is a Director not a Director?*, 20 *NOTTINGHAM L.J.* 76 (2011).
- 16.MORSE, GEOFFREY ET AL., *PALMER'S COMPANY LAW: ANNOTATED GUIDE TO THE COMPANIES ACT 2006* (2007).
- 17.Noonan, Chris & Watson, Susan, *The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle?*, *J.B.L.* 763 (2006).
- 18.Prentice, D. D. & Payne, Jenny, *Directors' Fiduciary Duties*, 122 *L.Q.R.* 558 (2006).
- 19.Prentice, Daniel D., *Some Aspects of the Law Relating to Corporate Groups in the United Kingdom*, 13 *CONN. J. INT'L L.* 305 (1998-1999).
- 20.Ramsay, Ian M., *Allocating Liability in Corporate Groups: An Australian Perspective*, 13 *CONN. J. INT'L L.* 329 (1998-1999).
- 21.Schulte, Richard, *Corporate Groups and the Equitable Subordination of Claims on Insolvency*, 18(1) *COMP. LAW.* 2 (1997).
- 22.Sealy, Len, *Paycheck Services 3 Ltd: the Supreme Court Reviews the Concept of the De Facto Director*, 287 *CO. L.N.* 1 (2011).
- 23.Taylor, Lynne, *Expanding the Pool of Defendant Directors in a Corporate Insolvency: De Facto Director, Shadow Directors and Other Categories of Deemed Directors*, 16 *N.Z.B.L.Q.* 203 (2010).
- 24.Watts, Peter, *De Facto Directors*, 127 *L.Q.R.* 162 (2011).

The Shadow Director and Affiliated Enterprises: Another Perspective for Analyzing the Limits to the Majority Shareholders' Power

Wang-Ruu Tseng^{*}

Abstract

The introduction of the shadow director and the de facto director in the 2012 Company Law amendment is truly a material reform in our country. The concept of a shadow director has mainly been adopted in the U.K., Australia, New Zealand and other members of the Commonwealth of Nations. If one takes a close look at the statutes and judicial decisions of the countries mentioned above, it can be seen that our rules regarding shadow directors are relatively inadequate.

“A person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act” is a common definition of a shadow director, and the above-mentioned countries all endeavor to illustrate its essential conditions. Related discussions include the controlling power of a shadow director, the mode and range of instructions, the formation of customary operations, the range of obligations, duties and liabilities, even the debate as to when a director would become a

^{*} Professor of Law, College of Law, National Taiwan University; Ph.D. in Law, University of London.

Received: July 10, 2012; accepted: October 18, 2012

director of any company of which his company is a director, and whether a parent company would necessarily be a shadow director of its subsidiary. In addition, in what situation the rules of a shadow director would be or would not be applied is also expressly stated in the statute.

Comparatively speaking, our simple definition of a shadow director is incapable of dealing with all related problems, and therefore it will probably cause significant issues in related future, e.g., issues related to affiliated enterprises. This article provides an in-depth study of the identification, obligations, liabilities and the exceptions in relation to the shadow director and provides some advice for further amendment and explanation. The author believes that the work could serve as a useful reference for the application of the new company law.

Keywords: De Jure Director, De Facto Director, Shadow Director, Fiduciary Duty, Parent Company, Subsidiary Company, Controlling Shareholder, Wrongful Trading, Director Disqualification, Vicarious Liability