

五南出版

清晰論法

公司法 基礎理論

董事篇



黃清溪 | 著

清晰論法

公司法 基礎理論

董事篇



黃清溪 | 著

國家圖書館出版品預行編目資料

清晰論法：公司法基礎理論——董事篇／黃清溪
著．——初版．——臺北市：五南，2016.01

面；公分

ISBN 978-957-11-8390-9（平裝）

1. 公司法

587.2532

104022725



1UD2

清晰論法：公司法基礎理論——董事篇

作 者 — 黃清溪 (290.7)

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 王翠華

主 編 — 劉靜芬

責任編輯 — 張若婕 王政軒

封面設計 — P. Design視覺企劃

出版者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106台北市大安區和平東路二段339號4樓

電 話：(02)2705-5066 傳 真：(02)2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

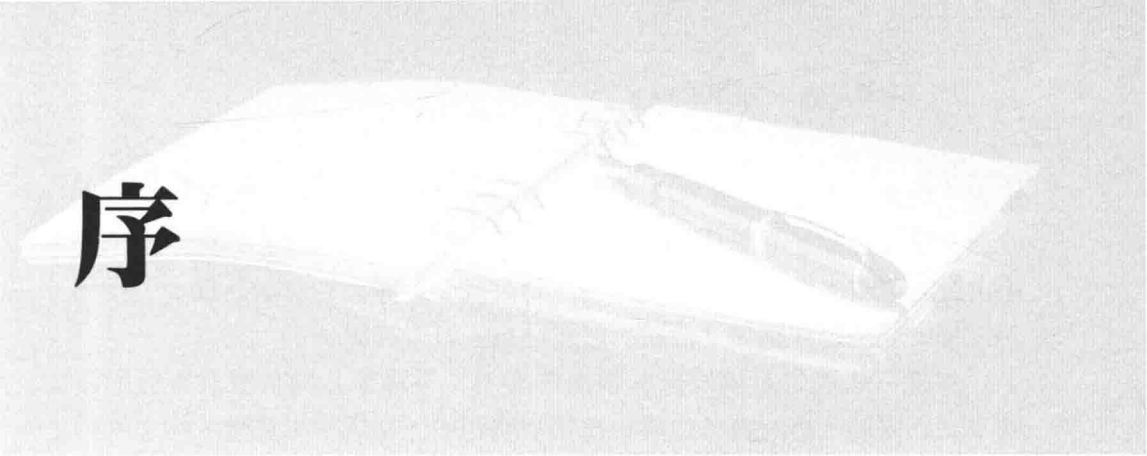
劃撥帳號：01068953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

法律顧問 林勝安律師事務所 林勝安律師

出版日期 2016年1月初版一刷

定 價 新臺幣280元

A photograph of a desk with a pen and papers. The image is in black and white, showing a pen lying on a piece of paper, with other papers and a small object (possibly a stapler or paper clip) visible in the background.

序

在高雄大學任教之課餘，集結有志精進之法曹界同好組成「清溪公司法研究會」，持續公司法法學之探討，已歷時數載。每位研究會成員平日案牘勞形之餘，每每寒窗孤燈，戰戰兢兢地準備報告資料，真摯虔誠地參與討論，會後並不厭其煩地反覆修正原稿。如此累積的研究結果，一小部分已集結成書，於日前付梓問世。

研究會的研究方向係採理論與實務並重齊行方式，對於實務方面的資料收集，較為得心應手，沒有難倒成員們；然而對於理論方面的參考文獻資料，則顯得困難重重，「國內找不到參考資料」、「國內少有涉論」或「論而不深，一語帶過」等類似怨嘆之聲，不絕於耳，這種現象也同樣發生在我任課的研習討論中。因此，有關基礎理論與學說的介紹提示，是研究會主持人的一項重要職責。數年來所累積的書類資料，加上記錄研究會成員所發表獨特見解之筆記，匯集而成撰寫本書的基礎資源。

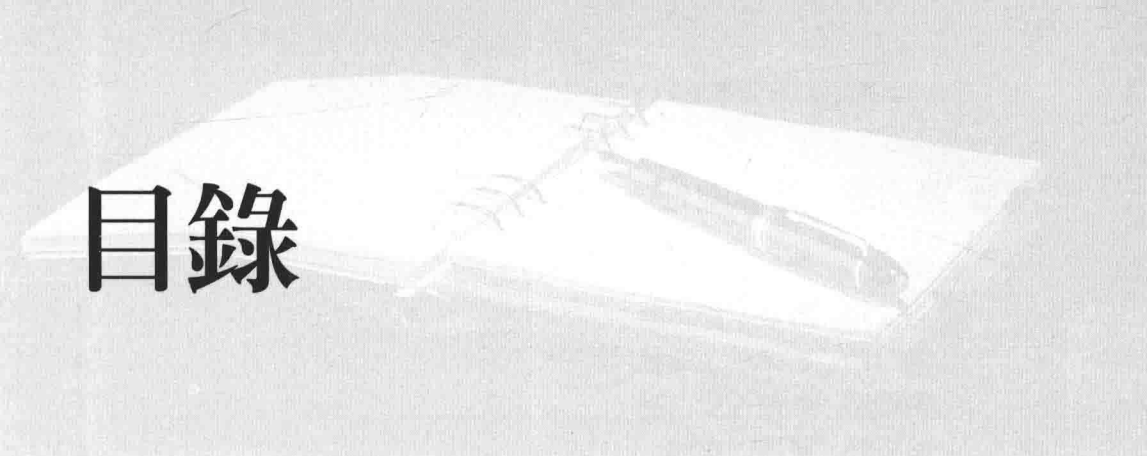
又前述研究會成員共同執筆的問答集（『清晰論法：公司法爭議問題研析——董事篇』），內容以各自問題為主軸，拘泥一方，欠缺整體連貫性，是在所難免；同時，問答集偏重於答案的提示，無法針對理由暢述其理論。鑒於此，另外提供一本整體聯貫統一論述的伴讀書，以及闡明理論背景、法理依據的補助讀本，勢所必要，也由於如此的勸進，一再催促，成為本書的強效催生劑。

缺乏自我主張或創見，是不能成為一篇論文，而沒有將自己的見解融入內容中，也不會是一本好書。本書非以此為念，但是書中確實處處可見個人的想法與主張，批評指摘的論點亦隨地可拾，算是一本主觀性極濃的

小書。因此，筆者特此聲明：書中見解絕非獨到卓見，更不是完璧無瑕之立論；反而可能是滿篇獨斷偏見，令人不忍畢讀。怎奈自己執意出書，說不上野人獻曝，倒是獻醜賣臭一番，乃欲向平寂無波的法學界投下一石，若能招引絲微批評議論之波紋，吾意已足，吾心亦滿。

本書自起稿到定稿付梓，獲得黃國川、黃鋒榮、楊有德及魯軒宇等同學諸多協助，研究會各位成員在相關議題中，提供不少意見，均功不可沒，特此致謝；本書內容之文責，概由本人負責，自屬當然。最後，謹誠摯懇祈社會賢達與學界智士，不吝批評指教，是為至禱。

黃清溪



目錄

■ 第一章	董事制度	1
第一節	總說	3
第二節	董事之資格・選任與終任	11
■ 第二章	董事會制度	19
第一節	董事會的意義	21
第二節	董事會權限	23
第三節	董事與董事會之關係	24
第四節	董事會與董事長的關係——業務執行權限 與代表權限的關係	29
第五節	董事會的業務執行	35
第六節	董事會的召集與決議	36
第七節	内部控制制度的建構	41
■ 第三章	董事長制度——代表機關	51
第一節	代表機關・代表權限	53
第二節	代理權限之病理現象	55

■ 第四章	董事與公司之關係	63
第一節	董事公司間關係——委任關係	65
第二節	經營判斷法則	67
第三節	競業禁止義務	69
第四節	利益相反行為	72
第五節	董事的報酬	74
■ 第五章	董事的責任	81
第一節	總說	83
第二節	董事的法的責任	84
第三節	董事對公司的責任	88
第四節	董事對第三人的責任	105
第五節	特殊董事對第三人的責任	109
■ 第六章	設置委員會之董事會制度	117
第一節	審計委員會	119
第二節	薪酬委員會	127
■ 第七章	獨立董事	133
第一節	總論	135
第二節	獨立董事的角色功能	141
第三節	獨立董事之職責	151
第四節	獨立董事運作實例探討	154

第一章

董事制度

第一節 總說



一、董事會與公司經營

以營利爲目的之私營企業制度，是依據出資人集體的意見（總意）進行企業的支配與營運，這是當然的事理。私營企業態樣之一的股份有限公司也維持部分該原則，由出資人（股東）組成的股東會是公司最高的意思決定機關，實質支配公司，但排除由股東直接經營公司。通常擁有爲數眾多股東之股份有限公司，由股東直接經營非僅不切實際，也無法有效經營。據此理由，股份有限公司在制度上，採行經由股東會選任經營專家，委任其經營公司，股東會交出經營權，保留支配權，創造出一劃時代嶄新的所有與經營分離的現代企業模式。

在所有與經營分離的企業制度下，公司商品生產、販售、技術研發、財產、人事等公司經營活動，即公司的經營權（也稱爲業務執行權）劃分給董事會，股東會保存攸關股東地位之支配權（公司社團組織行爲的權限）¹。董事會稱爲業務執行機關，股東會則是公司最高的意思決定機關。但爲權責遂行以及防止權限濫用考量，公司法上兩者權限呈現部分交錯規定亦有之，例如股東會召集權限雖純屬組織行爲卻將此權限分派給董事會（公司法第171條），又公司重大經營政策決定權限規定在股東會下（公司法第185條），即爲具體事例。

我國股份有限公司法制在民國90年公司法修改以前，存在著董事個人爲獨立業務執行機關，以及董事長代表機關。同年的修法導入美國制度中董事會爲業務執行機關的設計，董事的地位變成董事會構成的一分子而

¹ 股東會是由公司出資人之股東爲構成員而組成的唯一機關。在公司機關相互間之關係是居於最高的位置，對公司擁有支配權，蓋股東係自願出資而成立之共同企業形態——公司的所有人，其所有人之集合體股東會，爲公司最高意思決定機關是當然的結果。

已，更具體的說，董事已不是公司的機關²，而董事會從董事中選出董事長，行使公司代表行為。公司法採用了這種新型機關構造，期待股份有限公司制度在我國經濟社會能如同美國般正常有效的運作。但是，我國股份有限公司的實際狀況卻存在著諸多重大問題，法理的深透、實務的落實，都需要一段時間的努力實現，欲讓這制度運作走上正常軌道，還有很多難題要克服。

例如，我國現有之大型、公開發行之股份有限公司，多數是屬於家族公司或是國有民營化公司，前者由創業者家族為大股東，後者由政府法人持有多數股份，公司之支配權及人事權，由創業者家族或政府法人牢牢掌握著。原本制度的設計是股東會選任有專營資質的專才人士，委任其為董事，負起公司經營的重責大任。但是這些公司董事、監察人之選任，多以鞏固家族或政府法人自身利益為考量，充滿濃厚的禁衛性或酬庸性，並非單純為公司利益著想，也不是適才適用、唯才是用的選任方式。還有一項加劇董事會無機能化的因素，就是國內盛行股東會出席開會的委託書收購制度，實際上國內的股東會如果沒有使用委託書，幾乎達不到法定的出席門檻而無法開會；因此，大量收購委託書勢在必行，公司當權派在種種的優勢條件下，從委託書爭奪戰中獲勝是必然的結果。經營者如此長期穩如泰山的地位，導致怠慢與濫權的經營，拖垮或掏空公司也不足為怪。

又在為數眾多的中小型公司，採行股份有限公司制，雖不能說是全然，但絕大多數的公司經營者，無心或無力去遵守適用繁雜的公司法規定，連最基本的要件：最少每年召開定期之股東常會或是每三個月一次的董事會，一概不開的公司比比皆是，更不能奢論其建立董事會的機制。國內公司制度的營運如此落後、不健全，不僅投資者躊躇不前，也會令內部投資者驚走遠離，如何使我國公司制度營運透明化、健全化與效率化，是

² 不同見解，認為個別董事仍屬公司之法定、必備之業務執行機關。參照王文宇，公司法論，元照出版社，95年3版，第312頁。

當前的急務。也要如此，才能讓我們的企業在國際舞臺上堂皇登場，在全球經濟市場活動中耀然取勝。

二、認識董事

現今社會生活諸要素如基本之食、衣、住之外，包括交通、物流、金融、情報、醫護以及娛樂等等，絕大部分由股份有限公司之企業所提供。無股份有限公司的存在建構不成今日的社會，絕非誇張之詞。擔負如此重擔之股份有限公司，竟然是受股東委託之董事在運作經營。

公司運作首先得決定公司經營方針，謂之「決定機能」；將決定內容確實實行，謂之「執行機能」；確認如實執行決定內容，謂之「監督機能」；公司之運作經營是否違反章程法令之檢查，謂之「監察機能」。四種機能俱全公司始能正常運作。董事最低限度受託承擔「決定機能」與「監督機能」。例如擔任執行董事或董事兼任經理、總經理、部長等，則要負起「執行機能」；設置委員會之公司，其審查委員會是由董事充當，則也要分擔「監察機能」，公司機能由董事全盤操作並非稀事。

董事英文是「Director」，是由「將事情導往一定的方向」之原語「Direct」衍生，道出董事本質之用語，由此可以認識董事真正任務是作「決定」。當然公司之所有者、支配者股東在章程上決定了公司的「事業目的」，立下了公司的基本目標，但那是很籠統的方向性決定，具體如何實現該目的，則是董事的經營判斷與決定。

三、董事與員工之差別

如要對董事之本質深入瞭解，將董事與員工地位對比探討是極為有益之舉。公司董事與員工地位之差別，出自於其與公司間契約效力的不同。

公司與員工之間所定的是僱傭契約，所謂僱傭契約直如條文所示「約定為他方服勞務，他方給予報酬」（民法第482條），指員工遵從公司之指揮命令從事勞動之契約。對於業務的指向，進行方法之檢討判斷，進而為各種指示命令是公司的權限，員工僅聽從公司指示提供「勞動力」而已。

反之，公司與董事間所締結的是委任契約（公司法第192條第4項）。委任契約依通俗的說法，是通常人自己做不了的困難事務依賴該行業專家處理之契約，所謂行業專家的代表最常被舉例的是醫生、律師、神道人士，這三者自古以來稱謂為「專門職業」人士，病人求治於醫生、繫訟者依賴律師處理法律問題，信徒仰望神道人士除迷解惑，這種依賴元素就是「委任」。隨著社會活動細緻化與生活多元化，所謂「專家」之範圍擴大，即隔行如隔山，社會上將這些依賴專家之契約，法律統一規範為委任契約。此二種契約基本上有如下之不同：

（一）責任範圍

公司與董事間之關係是委任契約，公司將公司之經營委任經營專才的董事處理，董事接受這個委任之意思，就任後董事對於公司之經營就如同醫生、律師之受託，必須負起「專家」的責任。所謂「專家的責任」是說受託專家對受託事務應本著專家的良心，謹慎地遂行職務，這也是受託人本質上的義務。法律將此義務統稱為「善良管理人注意義務」，又通稱為「善管注意義務」。醫生對待病人，律師對待依賴者均應負起該注意義務，董事與公司是委任關係，當然，董事對公司同樣要負善良管理人注意義務。

董事對公司應負善良管理人注意義務，這一關鍵詞，將是往後思考攸關董事問題之核心點，董事的任務一言以蔽之，就是要盡善良管理人注意義務。反之，居於僱傭契約的員工，就沒有課予這種嚴格的義務。

(二)身分保障

員工是聽從公司指揮監督被動性的工作，勢力無法與公司並比，是社會的弱勢族群。因此，公司對員工解除僱傭契約時，有「合理的理由」以及「相當性」之要件限制，又謂之「解僱理由限制原則」（勞基法第11條）。以公司裁員為例：1.人員裁減真有必要；2.為避免解僱確實盡了相當努力；3.被解僱對象的篩選具有妥當性；4.與被解僱人員很誠意進行說明溝通協議。這些缺一不可，還得俱備「合理的理由」與「相當性」，並須一定期間前預告解僱（勞基法第16條）。

相較於董事之委任契約，一貫採行「相互解約自由原則」（民法第549條第1項）。委任契約是認委託人與受託人間存在的信賴關係為基本要素，一旦信賴喪失，基礎不固，當事人任何一方，得隨時終止契約。僅當事人一方，於不利於他方之時期終止契約者，應負損害賠償責任，但因非可歸責於該當事人之事由，致不得不終止契約者，則免除賠償責任。

公司與董事間之委任契約也不例外適用「相互解約自由原則」。當董事對公司失去忠實感時，隨時可以辭職走人；反之，公司對董事失去信賴時，也隨時可以解任不留人，公司法第199條第1項就規定「董事得由股東會之決議，隨時解任」。被解任之董事可向公司請求損害賠償，但如有正當理由解任者即不得請求。董事得由公司隨時解任，無任何身分保障，與適用「解僱理由限制原則」之員工，其身分保障大有不同。

(三)對價保障

再者，員工本於僱傭契約，於公司歇業、清算或破產積欠未滿六個月工資部分與第一順位抵押權、質權或留置權所擔保之債權有相同的受償順序，按其債權比例受清償；未獲清償部分有最優先受清償之權（勞基法第28條第1項），此即「員工優先受償特權」。尤其立法例上更有公司債務超過之「特別清算」制度，員工的債權與清算協議無關，得隨時全額支

付。此均基於員工係社會經濟上弱者，必須保護其生活條件而來。

對於以「經營專家」受聘之董事，因非社會之弱者，沒有特別保障必要，因此董事報酬債權與公司一般債權同等受償，甚至偶而還會遭受「公司倒閉的負責人，還有什麼臉出來受償。」的嚴厲指責。

四、董事加重責任減輕

董事與公司間關係由於適用委任契約規定之故，董事因任務懈怠致使公司受有損害，就該債務不履行責任（民法第544條），但公司經營既全面委由「經營專家」之董事、董事會全權掌握公司命運，基於權責相衡考量，若適用民法上開規定，顯無法充分保護公司利益，故而特別於公司法第23條第1項加重董事的責任。

公司是以營利為目的，經營本質上就帶有風險。董事於業務執行而為經營判斷時，囿於經營環境變化莫測，判斷失誤情形無法完全避免，如因而導致公司受損，是否亦須負責賠償？就此，英美法採「經營判斷法則」，即董事從事業務執行，如履行合理手續且誠實執行，縱事後檢視判斷不當，確有注意義務違反，仍不該追問董事責任，減輕董事責任的負荷。

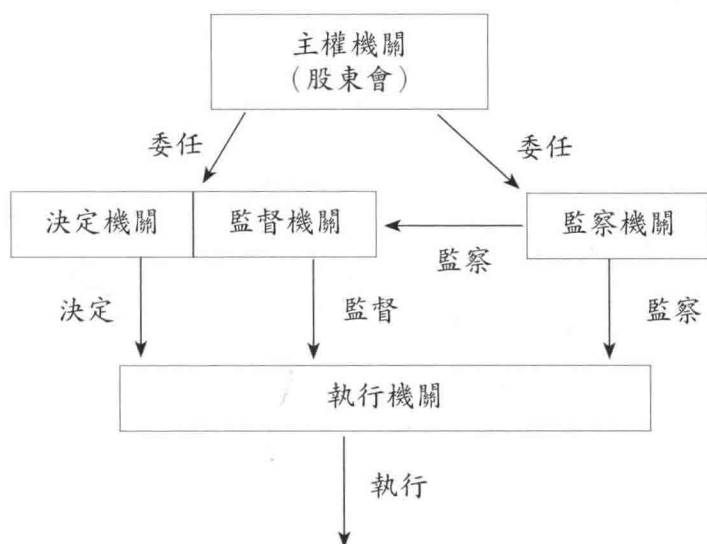
董事僅對公司負擔義務，至對他人（第三人），除侵權行為責任之外，不負責任。但股份有限公司於當今經濟社會處重要地位，而其經濟活動又是仰賴公司機關董事會之業務執行，有鑒於此，公司法第23條第2項規定，董事對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶責任，擴大董事之責任範圍。

五、董事與公司營運之四種機能

股份有限公司是股東為實現目的事業，由其等出資結合而成之事業體制，享受公司利益分配，清算後剩餘財產之歸屬者，公司破產時就出資額負擔責任。股東既是公司資本提供者，公司利益之享有者，又是公司風險最終承擔者，因此法律上公司之所有者當然是股東應無置疑。

公司之所有人是股東，正如國家主權在國民，公司之所有掌控，以及營運原則上本來均應是股東，即所謂「股東主權原則」。但因股東人數眾多，為便於行事，及經營專業非一般股東得以勝任，故於制度上乃規劃釋出一部分主權而將公司營運權歸屬（委由）專家處理。

上面已概略述及，公司啟動必須要有「決定」、「執行」、「監督」、「監察」四種機能，以下依順稍加詳述。



公司營運四種機能示意圖

公司機能要啟動，首先要決定「要幹什麼」，這個作業稱之「決定機能」。公司要幹什麼是由公司所有人決定，實際上由股東會決定基本方向，以章程上目的之方式呈現。但是章程上目的之記載極為簡略，如「電子產品之開發、生產、販賣」，充其量是電子公司之目的，仍須藉由如何開發產品、開發何種產品、生產工場如何設置、市場價格等具體內容來決定，這個決定機能擔當之組織即公司「決定機關」。

基於「股東主權原則」，由股東會負起「決定機能」本天經地義，但是股東數眾多的公司，股東流動性大的公司，要股東會逐一決定各該事項乃強其所難，不合現實，唯一良策，即歸屬（委由）專家處理。

決定機關雖做了決定，決定內容無法自動實現，必須有擔當者把它執行。譬如董事會決定機關決議「購買工廠用地」，由誰實際行動尋找土地、進行買賣交涉、簽訂不動產買賣契約、籌措購買資金、最後完成土地登記等，一連串的作業實行。如此決定機關決定事項，付諸實行之作業稱為「執行機能」。擔當此機能之組織就是「執行機關」。

決定機能與執行機能組織機關俱全的話，公司方能運轉，但說不上健全完善，無法保證執行機關如實實行決定機關之決定。如前所述，決定機關做了「購買工廠用地」決定，執行機關獨斷逕自購買了不合目的的土地，或則輕率不予調查購買到權利紛爭的土地，即不能達成決定機關之目的。為要求執行機關誠實執行，在其執行過程就有加以監視監督必要，於執行機關做錯走偏時適時加以制止或指正。這種對執行機關業務遂行加以看守，必要時加以糾正的機能，稱為「監督機能」，擔負此機能的組織稱之「監督機關」。

監督機關只對執行機關是否忠實「遂行」決定機關之決定監督，無法對決定機關之「決定」做檢查，因此有對決定、執行、監督機關有否為違法或不當的作為，全盤性加以檢視檢查之必要即不言而喻。例如，決定機