

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：方嘉麟 博士

黃銘傑 博士



股東會決議瑕疵連鎖效應之研究

—以選任董事決議瑕疵為中心

研究生：陳宣至

中華民國一百〇一年二月

謝辭

終於來到最後要寫謝辭的一刻了，回想起來，研究所這幾年真是發生許多事，有好、有壞、有令人愉快、也有令人難過的事吧，太多事情，難以一一的道盡。走上法律這條路，是個意外，很笨高中成績沒有很好、個性又很隨便的我，竟然有機會拿到碩士學位，真是難為了我的父母與我的家人們，我是一個很任性的人，常常因為一些堅持與固執，搞得大家時常為我操心、無奈又不得不順從我的意思。

首先，能拿到這個學位要感謝我的兩位指導恩師，方嘉麟老師與黃銘傑老師。回想起來，當初要入兩位老師門下的過程，可是發生了許多有趣的事（在當時可是個磨難呢！）我的政大指導老師，方嘉麟老師是一位很聰明又好笑、在許多事情上卻又帶著嚴格態度的師長，依稀記得在碩一下的期末，當時剛入門沒多久，有一個問題戰戰兢兢跑去問方老師，老師就坐在研究室的椅上，我站在門口，老師聽完我的問題後，便開始反問我、我回答老師問題、老師再反駁我、反問我，就這樣，兩個人談了快兩小時（其實最後都是方老師在說話），最後老師對我說，“你的這個問題很好啊！下次如果還要再問問題，可以試著再多念一點書再來會比較好。”這是我第一次的打擊，也是這三年多來受挫的起點。碩二上，開始幫老師處理一些事、值班收信、找資料等等同時也是逐步的學習。不知是幸運還是不幸，方老師在我碩二時擔任法學院院長，當時每天幾乎一早來就待在中心裡等候老師（有時候還會接到 morning call），除了上課外，就是在中心、老師研究室、院辦及星巴克跑，有時候甚至跑到老師家附近的古典玫瑰園，碩二、碩三到碩四上是最累也是收穫豐盛的幾年，雖然研究所間發生過一些不愉快的事，但是跟在老師身邊學習老師的許多言行、待人處世態度，方老師也會時常提出一些問題，或請我幫忙找資料，或幫老師打字、擬稿等，漸漸的可以從老師的問題、資料、文字與言談中瞭解得到更多思考問題、爭點的方法與角度，後來老師也會打電話與我討論關於問題的想法、課程大綱等等，與老師在研究室討論文章、陪老師去杭州講學、參加研討會、在古典玫瑰園討論報告及論文、在院辦處理雜務等這些許多的種種，現在回想起來如歷歷在目，忙碌的日子也令人忘卻許多的不愉快。老師對我缺點的指責與勉勵，我將永遠銘記在心。同時方老師對學生也非常的照顧及信任，許多事情的交代讓我深覺老師的信賴與用心，且老師還曾經要我在她的研究室寫論文，她在院辦辦公即可…後來因為太過意不去了，便『極力』拒絕了XD。跟著方老師常常發生許多意想不到的事，有趣的、難忘的、傻眼的、哭笑不得的，甚至有些是老師不知道曾經發生過的，我想這一定會是一輩子難忘的回憶，如果將這些年的事都打詳細出來，一定會是另一本論文吧。所以就到此為止吧，真的是非常感謝方老師這幾年來的指導。

接著是我的另一位指導恩師，黃銘傑老師。由於地緣關係，與黃老師較少碰

面，但不影響我對於老師的崇敬。一開始聽到方老師要向黃老師舉薦共同指導一事時，抱著既驚喜又害怕的心情，驚喜的是黃老師是一位所學領域極廣的學者，害怕的是自己的程度不足以達到他的要求。第一次見到老師時，讓我非常的緊張，好在黃老師人很親切、和藹，緩和了我緊繃的情緒。後來到過老師課堂上上過幾次課，黃老師留學於日本卻不專重於日本學說，對於英美法亦有深刻的瞭解，每次與老師討論問題總是可以得到從未思考過的想法，黃老師雖然見解與方老師有所不同，但也有許多地方兩人結論上是一致，閱讀老師的文章及和老師合作過研究計畫案後，深深覺得黃老師所學極廣，而且私下與老師討論過後，發現其實並老師並未如文章上所表現出來的凌厲，而是一位溫和有趣的老师，所以對於黃銘傑老師，一直令我覺得既敬畏又親切的老师，也辛苦老師人在台大還要忍受我時常寄信或登門叨擾，在上海碰面時也仍然關切著我的論文進展，令學生感動萬分，再次感謝黃老師這幾年的教導與關心。

研究所生涯上過許多老師們的課，許多的老師對我的指導也令我獲益甚多。方老師時常邀請詹森林老師前來與我們共同上課，詹老師幽默風趣、學識淵博，自碩一起即與詹老師共同進行讀書會及上課，詹老師實在是一位非常親切有趣的老师，時常讓我們歡樂不斷的時，又得到充足的民法知識；曾宛如老師跟方老師一樣聰明且見解犀利，常常對於我們的報告及論文有極為肯切的批評，而且老師與詹老師、方老師共同上課時，更是讓學生們手口並動難以停止，在得到知識努力抄寫的時也笑得合不攏嘴；林國全老師極為幽默，且老師身為公司法大家，私下請教老師問題，老師均不吝予以一一指點，並時常提供我們許多研究資料，林老師對學生相當照顧，更常常參與中心舉辦的活動，學問深厚又平易近人，是一位讓我們既尊敬又喜愛的老師。其他還有許多在研究所期間課堂上或平時給過我指導的許多老師，賴源河老師、劉連煜老師、朱德芳老師、顏玉明老師、林勳發老師、張冠群老師、吳秀明老師、馮震宇老師、王文杰老師、張新平老師、楊淑文老師、陳志輝老師等等，老師們給我不論是待人處事或是學問上的指導，都讓學生有所進步。其中朱老師因在中心對面，時常與老師對話討論、跟老師借閱資料，受到我許多打擾，謝謝老師。顏老師則是在我不懂英國法判決的內容時，常上課結束後頂著大肚子被我等在教室外問問題，老師非常謝謝您，也辛苦各位老師的辛勞。

再來是研究所的許多學長姐、同學與學弟妹們，由於碩二開始時常待在中心，每天都有不同上課的人來陪我（應該是無奈都會在中心看到我吧），從同門的開始，宜奴、佩汝、威勳、亞儒、威忠，然後邵璿、大包、松諺、承桓、倍齊，時常在我忙不過來時幫我（咦？）大小事、一起聊天；家彰、家瑋、冠文、億燦、姿函、洪旋、韋伶、伊馨、書傑（應該是同學）、俊偉、佩凌等等的學弟妹，有幫過我忙、聽過我打嘴炮、跟我們一起打嘴炮、提供八卦趣事等等的各位，謝謝你們。尤其是冠文、佩汝、威勳，在企併晚會上的表演跟事前預演，雖然很白爛，

但還是謝謝有你們的相陪；寶貴學姐、立坪學長、筱文學姐、佩霖學姐、翠吟學姐、靜慧學姐等，在許多地方給我適時的幫助。系辦的趙姐、子欣、好庭及不認識工讀生們，在我跑公務、有急事、掃描外國文獻等事情往系辦請託時，都能給我最即時的幫助與關心，還會提供一些『有趣的』資訊、跟我一起聊天，甚至在晚上超過六點下課時在系辦等我歸還器材，在這裡獻上我誠摯的感謝；院辦的院秘們婉惠、正儀、馬可珍等等（不好意思應該有很多位，但我記憶有限請原諒我健忘），在方老師院長任內有急事的互相 cover 及合作，讓身為老師學生的我們少了許多事，謝謝你們。

再來是完成這本論文中，我認為是最關鍵一部分的日文文獻部分，一開始黃老師給我建議並給我一份日文判決摘要，藉由這份摘要中的半頁以來，很幸運的又找到一本論文及其他重要參考日文資料，在這個過程中，在寒冷的三月花了一個月在上完班之餘每週六日陪我翻譯、幫我審閱翻譯上的文法、並教我日文文獻閱讀的黃逸柔及她的同學，讓我可以之後藉著這份資料，繼續往下探討英國法、我國法，甚至之後找到美國法，感謝逸柔的協助，給妳那些報酬實在不足以表達我的感謝，下次一定去台中找妳。在寫論文期間，在研究室陪伴的幾位同學，俐君、小八、Take、君逸、振飛、書甫等等，晚上為了論文苦惱煩躁時，默默聽著你們的話語、不時補上幾句話，真是趣味十足。然後是我的一群國小、高中、大學的好友們，兆康、弘毅、喬凱、政翰、家璿、佩珊、小強；宗翰、老鄧、大PA、之政、阿雞、承翰、經洋學長；書尉、騰威、奕翔、雅雯；億賢、智蛙、大頭、婷圓、世勳、立婕、盧媽等，舉辦活動、聚餐，讓我在忙碌之餘有些許的喘息空間。還有綜院的管理員，每次在中心待到夜晚時，遇到你們巡邏總是看到你們親切的笑容要我早點回家，甚至颱風天來到綜院拿東西還幫我開燈，你們真是辛苦了。還有一群可愛的課輔學弟妹們，怡文、軒儀、家緯、映文、政伸、鏡榮、聖淵等等，謝謝你們忍受我一學期無聊的課輔後，在最後一天期末考完後貼心送的東西與紙條，讓我很感動，你們很可愛也很有趣，還有真的要幫我澄清我不是一個非常嚴肅的人。祝你們事事順利、順心。

最後，除了再次感謝上述的許多幫助過我的師長、朋友與同學以外，也謝謝這幾年來所遭遇過的一切不愉快的人、事、物，如果我的脾氣或品性有比以前更好的話，就是因為有這些不愉快存在，讓我有進步。這本論文完成過程中，得到許多人的關心，不論是如何的關心，我都把他當作一個繼續努力的動力，也幸運地得到上天的眷顧，讓我有完成此部論文的契機，在這裡仍然要感謝陪伴我的家人們，還有一群好友。這本論文的完成希望是另一個階段的開始。

陳宣至 謹誌於

政大法學院研究中心 2012年8月

中文摘要

關於股東會決議之瑕疵，依我國目前法律與實務通說下，共有三種類型：股東會決議無效、不存在與得撤銷。惟我國公司法並未規範一旦法院判決認定股東會決議無效、不存在或撤銷股東會決議後之法律效果為何，若將具瑕疵之決議限縮於選任董（監）事之決議上，則不具董事身分之人擔任公司董事一職下，由於訴訟程序冗長，此段期間公司對外之法律關係（或董事代表公司所為之法律行為）、公司與不具董事身分之人間之法律關係及公司後續的程序召集上，其法律效果為何？日本學說上提出「連鎖瑕疵」闡述此問題。我國公司法學者通說採取對外類推適用表見代理、對內適用無因管理之見解；惟本文以為此見解將生諸多疑問，故本文參考英國法、美國法與日本學說上之見解，介紹英國公司法第 161 條規定並採取「事實上董事理論」以嘗試解決此問題。最後並進一步探究股東會決議瑕疵所產生的後續相關法律問題。



關鍵字：股東會決議瑕疵、事實上董事理論、瑕疵連鎖、選任董事決議、無因管理、表見代理、不當得利

Abstract

According to the current law and common practice, there are three types of the defect of shareholder meeting of the company. There are void resolution, no resolution, and annulment of such resolution. However, our corporate law didn't regulate the results once the court makes the verdict of the above mentioned types of defects of shareholder meeting of the company. If the defect of shareholder meeting of the company could be restrained on the election of directors of the resolution, while the person who was disqualified to act as a director is still in charge, the legal effect of the company's external legal affairs, also the relationship between the company and the disqualified director, and the assembly of the meeting remain discussible. The Japanese scholars bring up a theory called the chain of defect to elaborate the upper mentioned problem. Our corporate law scholars mainly consider that the legal effect of the company's external legal affairs should be an apparent agent situation. The company's internal legal affairs, such as the relationship between the company and the disqualified director, and the assembly of the meeting should think as a management of affairs without mandate situation. However, my article considers that the previous perspective remains plenty of doubtful points. For this reason, my article would refer to the Companies Act 2006 (United Kingdom Company Law), Laws of the United States, and Japan's legal theories. Moreover, I would introduce the Sec.161 of the Companies Act 2006, and adopt the theory of de facto directors in order to solve the problem. Eventually, I would analyze the extended and related legal problems of the defect of shareholder meeting of the company.

Keyword : defect of shareholder meeting of the company, the theory of de facto directors, apparent agent, management of affairs without mandate

目錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機及研究目的.....	1
第二節 研究範圍.....	3
第三節 研究方法.....	3
第四節 研究架構.....	4
第二章 股東會決議瑕疵與後續法律問題之產生.....	6
第一節 股東會決議之瑕疵與法院判決之結果.....	6
第二節 實務上個案.....	10
第一項 太平洋流通公司撤銷登記與 SOGO 經營權變動？.....	10
第二項 股東會決議之瑕疵所引發之連鎖瑕疵？.....	13
第三項 董事會決議瑕疵影響公司股權結構.....	14
第三節 問題之形成與探討.....	16
第三章 過去既往法律關係問題解決之探討.....	23
第一節 既有學說與法規對於過去既往法律關係之解決.....	23
第一項 公司對外法律關係之解決.....	23
第一款 表見代理.....	23
第二款 登記制度.....	24
第二項 公司與被選人間之法律關係.....	25
第一款 無因管理之採取.....	27
第二款 適法無因管理與不適法無因管理之比較.....	29
第三款 無因管理下之運作與可能之問題.....	31
第四款 無因管理之「承認」？.....	42
第五款 不當得利與侵權行為？（採取非構成無因管理下之運作）.....	45
第二項 外國學說、個案之探討.....	48
第一款 英國法上之個案.....	48
第一目 公司對外之法律關係.....	48
第二目 公司被選人對於業務執行報酬之請求.....	54
第三目 2006 年 CA 第 161 條規定之限縮.....	58
第二款 美國法之個案.....	62
第一目 採取事實上董事理論之個案.....	62
第二目 否定事實上董事理論之個案.....	67
第三款 日本法上學說之探討.....	71
第三項 其他解決之途徑—個案解釋排除瑕疵連鎖.....	91
第一款 排除非瑕疵重大者.....	91

第二款	學說、法理上對於瑕疵連鎖之切斷.....	92
第四章	本文見解與各解決方案之評析.....	103
第一節	各方案之評析.....	103
第一項	英國法上類似案例之啟發.....	103
第一款	關於 Turquand 一案之分析.....	103
第二款	關於 Mahony 一案之分析.....	104
第三款	關於 Craven-Ellis 一案之分析.....	106
第四款	關於 Morris 一案之分析.....	108
第二項	美國法個案之探討.....	110
第三項	日本學說與實務的探討.....	111
第二節	採取個案綜合判斷解決模式.....	113
第一項	外國立法例之參考與法理之運用.....	113
第二項	重新劃分股東會決議瑕疵訴訟.....	115
第三項	過去既往法律關係解決之依據與外國法之引進.....	117
第五章	瑕疵連鎖效應後續法律關係之處理.....	121
第一節	主管機關之撤銷登記與經營權之變動？.....	121
第一項	法律關係、登記外觀與表見外觀一致下之法律行為.....	128
第二項	法律關係、登記外觀二者與表見外觀不一致之法律行為.....	131
第三項	法律關係與登記公示、表見外觀二者不一致之法律行為.....	135
第二節	當事人間法律關係之處理.....	145
第一項	被選人與公司間之法律關係.....	147
第一款	過去既往之法律關係.....	147
第二款	判決後經營權歸屬之認定.....	148
第二項	被選人與原應取得經營權人間之法律關係.....	150
第六章	結論.....	152
附件一	155
附件二	157
參考資料	1

第一章 緒論

第一節 研究動機及研究目的

一、研究動機

公司負責人原則上具有代表公司對外進行法律行為之權限，並與公司間存有董監事的委任契約及民法上之委任關係。公司法並制定一定之法定程序選任公司負責人，然而一旦公司負責人任職於公司數年後，因特定之原因發現當初之選任並不合法，該數年期間任職之人並不具備公司法所承認之負責人資格下，其任職期間所為之法律行為以及與公司間之權利義務關係應如何處理？又公司法規範中，許多法律行為之作成均有其特定程序，該程序要求若發生一部或全部瑕疵，致該法定程序並不完整，連帶可能影響公司法律行為作成之效力。因此，某些瑕疵可能將導致公司許多法律行為效力上發生疑義，由於公司（尤其係股份有限公司）之運作不可避免的涉及許多法定程序之規範，是故此等問題於現實生活中亦將必然經常發生。

2009年10月26日，遠東集團於91年間增資太平洋流通公司之決議經法院認定不存在，2010年2月經濟部據此判決依公司法第9條第4項規定撤銷太流於2002年至2009年中所為之六次公司登記。據此，連帶牽動與太流公司交叉持股甚密之太平洋SOGO百貨經營權之歸屬。此等瑕疵連帶影響公司後續諸多法律行為與程序上之效力，外國法上有稱之為瑕疵連鎖。在2012年2月13日，台北地院裁定出爐，認定太平洋流公司於100年8月1日所召開之股東會非以一千萬元資本額為計算基礎而召開，卻係以四十億一千萬元資本額為基礎而召開，該次股東會持股百分之六十之股東聲請人（按：為李恆隆先生）亦未出席，所為改選之為董事，並無股東會決議之外觀，自非合法有效成立之決議，而非僅得撤銷之決議，所為決議即合法存在。故該被選人即顯非太流公司之董事，太流公司營運勢必陷入無經營階層，或實際經營者但非合法經營者之窘境。因此法院選任臨時

管理人，嘗試解決太百公司經營階層適法性以及因該爭議而導致繫屬於法院之多起訴訟之爭議¹。

裁定之作出可能間接承認了多年前公司若發生股東會或董事會決議瑕疵下，將造成程序上之連鎖瑕疵，尤其若係涉及選任董事之股東會決議發生瑕疵或因增資決議發生瑕疵所產生的董事選任基礎有瑕疵，進而導致在數年後法院一旦作出判決認定，連帶影響數年間公司法律關係之變動與經營權歸屬之重大爭議。我國公司法對於此等瑕疵連鎖之規範甚少，然而近來相關案件陸續發生，解決在瑕疵連鎖發生後所衍生的諸多法律問題即有其必要性。

二、研究目的

在法規不足之下，探討學說與實務上對於瑕疵連鎖所引發之效應、公司股東會、董事會決議之瑕疵與法院判決間之關聯及相關衍生之法律問題即為本文嘗試予以釐清之所在。研究目的在於對以下之爭議進行探討：

第一，瑕疵連鎖之發生與法院判決之效果間將導致過去既往的法律關係產生疑義。因此股東會決議之瑕疵與後續可能法律問題之形成即有進行瞭解之必要。

第二，為本文重點之所在，一旦漫長之法院訴訟程序完畢，造成數年前之股東會決議或董事會決議因瑕疵而無效、不存在或被撤銷，若因而致當初之當選人喪失董事資格，則此段期間其代表公司所為之法律行為及與公司間之法律關係應如何解決，將對公司之法安定性有極大的影響。

第三，基於現行學說、實務見解並參考外國立法例下，本文試圖提出初步之審查模式，以減少或避免瑕疵連鎖情況之發生以及瑕疵連鎖所帶來的衝擊。

¹ 臺灣臺北地方法院 100 年度司字第 333 號。

第四，我國公司法定有第 9 條第四項規定，因此將造成法院判決後，後續將發生撤銷登記，經營權即可能因而發生變動。此段期間，法院認定之法律關係、登記名義人與現實經營公司之人可能將有不一致之虞，對於交易安全應如何保障亦有探討之空間。

第二節 研究範圍

我國公司法中法定的四種公司，以股份有限公司為機關最多、易發展為大型企業、法規範上所要求之法律行為應符合特定法定程序之事項亦多於其他公司。因此，本文所舉之例多以股份有限公司為主，但關於瑕疵連鎖解決之解決途徑，於符合其他公司之法定設計或法律程序時，亦應得以適用。

另外，本文所提及之公司負責人多係以股份有限公司之董事長或董事會為主要範疇，而經營權即係以掌握董事會席次最多而得以當選為董事長以對外代表公司之概念為內涵。

第三節 研究方法

一、文獻整合法

歸納、整理截至目前為止之學者學術論著並進行分析比較，以及國內外對於瑕疵連鎖與股東會、董事會決議瑕疵之相關期刊文獻，研讀並整理學者對於議題之討論，有助於歸納、演繹現行法規制度應有之內涵。本文蒐集之論著包括經典之國內外公司法教科書、學者撰寫之學術論文、政府出版品以及期刊文章等。

二、比較研究法

對我國公司股東會決議與董事會決議瑕疵連鎖議題之研究，除了從國

內學者之文章及立法目的出發進行研究外，亦可借鏡外國法制，瞭解不同不同法律規範與個別案例下，對於同一議題之解決機制與思考方向為何，藉以思考完善我國法制之修改方向。本文於此以英國法、日本法與美國法作為比較法之研究國家，由於英國法係事實上董事之起源，且案例上已有相當的規模，並影響著許多國家，而且英國新修訂之 Company Act 2006 亦於 2009 年 10 月已完全生效，實有值得參考之處。而日本法與我國同屬大陸法系之國家，立法方式與我國較為接近，學說上關於瑕疵連鎖的概念亦與我國有所重疊，因此有深入探討之實益。我國近來學說與立法參考美國法之見解甚多，因此本文亦嘗試找尋兩則美國法案例作為輔助說明之研究。

三、實例分析法

法律為應用之社會科學，自不能僅架構在理論之探討上，卻對實務上發生之問題視而不見，因此本文於探討公司股東會決議瑕疵連鎖之議題上，即係以實務上之個案與裁判，或學者相關個案評釋之論著中所討論之法律問題作出發進行研究，綜合學說與實務見解進行分析，進而對我國法制在此議題下提出解決之道。

第四節 研究架構

本論文分為五章：

第一章緒論，依序為研究動機及研究目的、研究範圍、研究方法與研究架構四部分，本章在於介紹本論文之研究理念，以便讀者能於短時間內對於本論文所欲探討之議題及架構有初步之認識。

第二章為股東會決議之瑕疵與後續法律問題之產生，因我國發展至今關於股東會決議之瑕疵之類型與訴訟法上判決效力下，本文並搭配近來學說與實務之案例討論引導出問題之所在。

第三章本章主要是針對過去既往法律關係問題解決之探討，並提出我國學說針對此問題的解決之道及英國法、美國法相關類似案例作為比較依據。最後再介紹與我國法學說相近之日本法進行討論。

第四章為本文就上述我國通說之見解與各國學說與法院判決進行分析，並提出三階段審查，前兩階段在使瑕疵連鎖所帶來之效應降低，最後則係透過事實上董事理論作為依據，解決過去既往法律關係之爭議。

第五章為探討法院判決後續法律關係之處理，此章分為主管機關之撤銷登記與經營權之變動與法院裁判後當事人間法律關係之處理。分別探究法院判決後，在我國登記制度與公司法第9條第4項之運作對於公司對外交易之影響；後者則係在討論法院判決三方法律關係之平衡。

第六章為本文之結論，綜合上述之討論，總結出在面對瑕疵連鎖下所可能得以避免或解決之途徑，並歸結本文對於各項之結論。

第二章 股東會決議瑕疵與後續法律問題之產生

第一節 股東會決議之瑕疵與法院判決之結果

我國公司法第 189 條、第 190 條與第 191 條規定僅對於股東會決議無效、股東會決議得撤銷之要件訂有規範，卻未制定法律效果後相對應之規範，因此學說上對於相關效力即以民法、公司法與訴訟法上之定義與法理進行討論。而關於確認股東會決議不存在之訴係實務上所發展出的訴訟類型，效力上亦無法律明文作規範，故仍回到民法、公司法與訴訟法上之法理作處理。

學說與實務上所認之股東會決議得撤銷之原因，認為係屬「決議方法」或「召集程序」違反法令或章程²。而條文規範中關於股東會決議撤銷之訴：依公司法第 189 條規定，「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。」既謂撤銷訴訟，學說上對於撤銷訴訟之效力多認為「此項訴訟應以訴訟為之，且其訴訟一經判決確定，將使原本有效之股東會決議溯及於決議而成為無效

² 林國全，訴請撤銷程序瑕疵之股東會決議，月旦法學雜誌第 79 期，2001 年，頁 19。論著上有整理學說及實務上所提出之股東會決議撤銷之原因。學說上認為：「召集程序」違反法令或章程者，召集通知或公告未遵守法定期間、公告或通知中對召集權人記載有瑕疵、未為通知或公告、對一部分股東漏未為股東會召集之通知、公告方式之違法、非以書面方式為股東會召集之通知、通知或公告未載召集事由、召集通知及公告中對不得列為臨時動議之事項未在召集事由中載明等；而「決議方法」違反法令或章程者，未提供股東作成合理判斷所需之必要資訊而逕行表決、股東會主席非由法定主席擔任、非股東亦非其代理人之人參與表決、准許未提出委託書之代理人出席參與表決、有特別利害關係之股東參與表決或代理他股東行使表決權、無表決權人參與表決、股東之表決權依章程應受限制卻未受限制計入表決權、一次表決解任二位董事、不當阻止股東行使表決權等情形。而實務見解則有：股東會未經召集通知及公告而開會、通知、公告未載明召集事由、對一部分股東漏未為股東會召集之通知、召集通知或公告未遵守法定期間、不得以臨時動議提出之事項未於召集通知或公告之召集事由中列舉，而以臨時動議方式提出表決、無記名股票之股東不將股票交存公司而出席等，係屬召集程序違反法令或章程；非股東亦非其代理人參與表決、未提出委託書之代理人參與表決、有特別利害關係之股東加入表決、不應計算之表決權令入計算、無記名股票股東不將股票交存公司仍出席並加入表決、拒絕股東或其代理人參與表決、無法定股東會主席資格者擔任股東會主席、選舉董事、監察人未採用累積投票制、一次表決解任二位董事等，均係屬股東會之決議方法違反法令或章程之情形。詳見許朕翔，論股東會決議之效力—以決議瑕疵類型之探討為核心，國立政治大學研究所財經法組碩士論文，99 年 5 月，頁 140、141。

之形成訴訟。」³因此，一旦股東會決議經法院認定有瑕疵而撤銷股東會決議，此一訴訟係使已發生效力之決議依判決而使之無效為目的，而非以確認當然無效之決議為目的，該認定於訴訟法上為一形成判決⁴，因此，股東會決議經法院判決撤銷，則溯及的使該決議失其效力⁵。

學說與實務上所認之股東會決議為無效之原因，認為係屬股東會決議之「內容」，違反法令或章程⁶。而條文規範中關於股東會決議無效之規定：公司法第 191 條規定，「股東會決議之內容，違反法令或章程者無效。」無效者，通說認為即係自始、當然、確定的不生效力，而無待法院之判決也⁷。因此，股東會決議如為無效，係自始確定不生效力。無待任何人之主張，亦無待於法院之裁判，當然的不生法律上之效力⁸。又學者認為，「該決議是否無效發生爭議時，倘原告係以該決議無效為理由，求為確認因該決議所生之法律關係存在與否，且有即受確認判決之法律利益，又不能提

³ 張龍文，論股東會決議之瑕疵，法學叢刊第 23 期，頁 112。

⁴ 最高法院 53 年 1879 號判決，「所謂宣告股東會決議無效之聲請，其性質為形成之訴。」柯芳枝，柯芳枝，公司法論（上），2010 年 7 月，修訂七版二刷，頁 245；張龍文，論股東會決議之瑕疵，法學叢刊第 23 期，頁 112。就撤銷股東會決議之訴性質上係屬形成訴訟，相同見解可參閱公司股東會決議決議訴訟之訴訟標的—民事訴訟法研究會第九十六次研討記錄，報告人：雷萬來，收錄於法學叢刊，第 206 期，頁 197。

⁵ 曾淑瑜，公司法實例研習，修訂二版一刷，2006 年 3 月，三民書局出版，頁 309。最高法院 73 年台上字第 2463 號判決之意旨：「查公司股東會決議撤銷之訴提起後，在撤銷判決未確定前，該決議固非無效，惟決議撤銷之判決確定時，該決議即溯及決議時成為無效。本件被上訴人之七十一年度股東會第六號議案決議，既被判決撤銷確定，自應溯及七十一年七月十八日決議時成為無效。」經濟部 99/12/17 經商字第 09902170450 號函：「按「股東會決議事項經法院判決撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時無效，公司董事、監察人即應回復於改選前之狀態。惟此時原任董事、監察人之任期如已屆滿，可依公司法第 195 及第 217 條之規定，延長其執行職務至改選就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆時，當然解任。……」經濟部 94 年 10 月 27 日經商字第 09402162200 號函釋亦同。

⁶ 論著上整理學說及實務上所提出之股東會決議無效之原因。學說上認為決議內容：違反「股東平等原則」、「股東有限責任原則」、「股份轉讓自由原則」、違反「資本維持原則」、「股份有限公司制度之本質」、決議逃稅、走私、行賄、為超額董事及監察人之選舉、決議違法分派盈餘、亦有認公司章程明訂設置複數監察人而為「監察人不足額選任」之決議、另有認股東會就其權限範圍外之事項所作之決議等均為無效；實務上則有違反公司法第 232 條規定、違反公序良俗、尚未變更章程中之「股份總數」即決議增資、未先行彌補虧損及提列法定盈餘公積即決議分派盈餘、股東會決議盈餘分派後又以非常年度之決議變更之、股東會決議不行使對於公司內部人因短線交易所獲利益之歸入權、股東會決議由未當選董監者依其得票高低依序遞補董監任其中之缺額、無息返還出資。詳見許朕翔，論股東會決議之效力—以決議瑕疵類型之探討為核心，國立政治大學研究所財經法組碩士論文，99 年 5 月，頁 231 至 236。

⁷ 王文宇，公司法論，2008 年 9 月，四版第一刷，頁 308。王泰詮著、王志誠修訂，公司法新論，2009 年 7 月修訂五版一刷，頁 459。

⁸ 柯芳枝，公司法論（上），2010 年 7 月，修訂七版二刷，頁 248。

起他訴訟時，…，提起確認之訴。」⁹確認之訴於訴訟法上之效力，學說上有認為確認判決並無執行力，但在某些情況下具有某程度之法創造力¹⁰。

股東會決議瑕疵的第三種型態，即係實務上法院所發展而來之股東會決議不存在類型，學說上對此種股東會決議不存在之定義，係指自決議之成立過程觀察，顯然違反法令，在法律上不具股東會決議成立要件或要件上有欠缺，致得否定有決議存在之情形而言¹¹。訴訟法學者則有謂係「實質上雖無有效的決議存在，但外觀上卻有決議之存在」¹²。倘原告係以該決議不存在為理由，求為確認因該決議所生之法律關係不存在，且有即受確認判決之法律上利益，又不能提起他訴訟時，即得提起確認股東會決議不存在之訴¹³。學者有舉例，例如 A 公司根本未召開股東會，甲卻自稱經 A 公司之股東會選任為董事，此時若欲確認 A 公司根本未召開股東會此基礎事實，即得依民事訴訟法第 247 條規定提起確認股東會決議不存在之訴¹⁴。且此種訴訟類型已為學說與實務廣為承認¹⁵。

依通說所認可以得知，在訴訟上法院一旦認定股東會決議為無效、不

⁹ 柯芳枝，公司法論（上），2010 年 7 月，修訂七版二刷，頁 248。就股東會決議無效之訴性質上係屬確認訴訟，相同見解可參閱公司股東會決議決議訴訟之訴訟標的—民事訴訟法研究會第九十六次研討記錄，報告人：雷萬來，收錄於法學叢刊，第 206 期，頁 203。

¹⁰ 陳計男，民事訴訟法論（上），修訂四版二刷，2007 年 2 月，頁 222。

¹¹ 柯芳枝，公司法論（上），2010 年 7 月，修訂七版二刷，頁 242。論著上整理學說及實務上所提出之股東會決議無效之原因。學說上對於決議不存在之原因以下：有根本未召開股東會作成決議卻虛構開會及決議之記錄、不足開會定足數所作成之決議、無召集權人召集股東會所作成之決議、暫成數之不足、無召集之事實而股東任意會合所為之決議、股東會之召集已有效延期或撤回而仍於原定時間集會決議、預定之開會時間與地點已有效變更後仍在原地為決議、預定之開會時間與地點已有效變更後仍在原地為決議、於會議開始前出席股東逕自宣布開會所為之決議、股東會已有效結束後部分股東留下來所為之決議、完全未為召集通知而為決議或對部分股東漏未通知而情況嚴重者、股東偶然集會或以其他名義集會所為之決議等情形；實務上對於決議不存在之原因：不具股東會形式外觀之私人聚會所為之決定、召開非屬股東會之會議所為之決定、未開會、已開會但未為決議、無召集權人召集股東會所為之決議、董事會未決議召集股東會而以董事會名義召集、決議未符定足數之要件等情形。詳見許朕翔，論股東會決議之效力—以決議瑕疵類型之探討為核心，國立政治大學研究所財經法組碩士論文，99 年 5 月，頁 243 至 248。

¹² 公司股東會決議決議訴訟之訴訟標的—民事訴訟法研究會第九十六次研討記錄，報告人：雷萬來，收錄於法學叢刊，第 206 期，頁 197。

¹³ 柯芳枝，公司法論（上），2010 年 7 月，修訂七版二刷，頁 242。

¹⁴ 劉連煜，現代公司法，頁 365，新學林出版，2011 年 9 月增訂七版。

¹⁵ 柯芳枝，公司法論（上），2010 年 7 月，修訂七版二刷，頁 242；劉連煜，現代公司法，頁 354，新學林出版，2011 年 9 月增訂七版。惟學者間對此訴訟用語不一，柯教授以股東會決議「不存在」稱之，而劉教授則在區分上以股東會決議「不成立」為股東會決議瑕疵之種類之一，就本文觀察，二者所指稱之實質內容上似無不同，且此用語間之差異並非本文所關注之焦點，故本文不深入探討，以下均逕以股東會決議「不存在」稱之。

成立或撤銷該股東會決議，尤其在選任董監之股東會決議情況下，效果上往往會溯及使當次選任董監事股東會決議無效或不存在，進而使當次選任為公司負責人之成員轉變為不具有該身分之人或喪失法定行使業務執行之權限。

上述三項型態似乎已成為我國股東會決議瑕疵區分類型之通說¹⁶，然而若細究學說與實務之見解，仍不難發現三種瑕疵間之區分與原因上仍不一致、在認定要件上學說與實務似有異見¹⁷。尤其在股東會決議有重大瑕疵時，可能因此而被認定為無效，然而何謂重大，學說上有提出諸多判斷基準，本文在此並不探討此問題。

相對於我國，日本法於股東會決議瑕疵訴訟上，「会社法」訂有三種股東會決議瑕疵訴訟的類型¹⁸，即各為：

1. 股東會決議撤銷訴訟（会社法第 831 條第一項）
2. 確認股東會決議無效之訴（会社法第 830 條第二項）
3. 確認股東會決議不存在之訴（会社法第 830 條第一項）

且日本「会社法」於第 838 條規定，對於關於公司組織所提起的確認股東會決議無效、不存在之訴訟，原告所取得勝訴判決對於第三者亦有其效力（對世效）¹⁹；而在撤銷股東會決議之訴訟，法院的撤銷判決確定即生股東會決議溯及無效之效力²⁰，並對於第三人有其效力（對世效）²¹。因此，日本法上對於股東會決議瑕疵一旦經過法院判決之認定後，不論係確認股東會決議無效、不存在之訴訟或係撤銷股東會決議之訴訟，均會產生以此股東會決議瑕疵下連帶影響後續公司法律行為作成之合法性的相關問題。

¹⁶ 劉連煜，現代公司法，頁 365，新學林出版，2011 年 9 月增訂七版。

¹⁷ 王銘勇，股東會決議之不成立與決議瑕疵之追認（一）－評最高法院 82 年度台上字第 1826 號判決。公司股東會決議決議訴訟之訴訟標的－民事訴訟法研究會第九十六次研討記錄，報告人：雷萬來，收錄於法學叢刊，第 206 期。

¹⁸ 整理自「会社法」法令集，2011 年 3 月 30 日第八版第三刷發行，頁 273，中央經濟社編。

¹⁹ 江頭憲治郎，株式會社法，有斐閣，2010 年 3 月 25 日，第三版第 2 刷，頁 350 至 352；会社法」法令集，2011 年 3 月 30 日第八版第三刷發行，頁 275，中央經濟社編。

²⁰ 江頭憲治郎，株式會社法，有斐閣，2010 年 3 月 25 日，第三版第 2 刷，頁 346。

²¹ 会社法」法令集，2011 年 3 月 30 日第八版第三刷發行，頁 275，中央經濟社編。

第二節 實務上個案

我國實務上，不乏類似於 SOGO 案中所發生之事實，其特色均在於某次特定之股東會決議或董事會決議發生瑕疵，此瑕疵可能引發後續一連串的公司程序上之瑕疵（即瑕疵之連鎖²²），尤其這些瑕疵最終影響到公司董事資格之效力，最後可能使公司相關之法律行為效力上發生疑義，甚至可能產生經營權之變動。以下本文即列舉近來學說上所探討的數個案例，並藉此統整、歸納出一定的事實與問題之發生。

第一項 太平洋流通公司撤銷登記與 SOGO 經營權變動²³？

民國 91 年 3 月，太平洋建設集團之經營者—章氏父子為解決太平洋建設（簡稱太設）公司財務困難，便聽從林華德、李恆隆等人之建議，就太設集團旗下之資產及太平洋流通公司（簡稱太流）與太平洋百貨公司（下稱 SOGO）之股權進行以下分割計畫：

「1. 太設公司將其原持有「60% 中控公司股權」與「市價 46 億 SOGO 大樓」售予 SOGO；2. 將「48% SOGO 股權」售予太流公司（太流為太設公司為轉投資所設之資本額 100 萬之公司）。依事後之計算，太設共將 84% 之 SOGO 股份售予太流；3. 將太設公司所持有之太流公司 100% 股權售予 SOGO。」此舉造成 SOGO 持有太流公司 100% 股份、太流持有 SOGO 84% 股份。後經民事法院²⁴認定事實如下，「時任 SOGO 董事長之章民強以 SOGO 名

²² 按此用語係參考學者與日本法上相關文獻所使用之文字。

²³ 相關資料請參閱方嘉麟、林進富、樓永堅審定，企業併購個案研究（三），太平洋 SOGO 併購案，元照出版社；自由電子報，徐旭東 SOGO 經營權恐生變！經濟部商業司撤銷遠東增資案，2010 年 2 月 3 日；臺灣高等法院 93 年金上重訴第 6 號判決、臺北地院 91 年度重訴字第 2785 號判決及臺灣高院 93 年度重上字第 45 號判決。

²⁴ 本案引發許多訴訟，經濟部所據以撤銷登記之判決係刑事法院之判決，而在此提及之判決係由章民強父子所提起之信託關係之民事訴訟，其案件字號為臺灣高等法院民事判決 93 年度重上字第 45 號判決，其中謂「…上訴人（章民強）據以主張系爭股票係其個人信託予李恆隆云云，殊屬無據。參酌前揭簽呈係太百公司內部由財務經理戊○○所為，該簽呈上陳予該公司董事長即上訴人，即上訴人亦本於其係太百公司董事長身分於該簽呈批註「辦理信託」。則上訴人批註速辦理信託，應係指太百公司所為之信託，上訴人要無指示太百公司所屬辦理其個人之「信託」至明。……」。

義公司將 SOGO 持有之 100% 太流股份信託予李恆隆，後並依該分割計畫辭去 SOGO 董事長一職」。

至此李恆隆、林華德等人即掌握了 SOGO 與太流公司的經營權。李氏其後並找來遠東集團徐旭東等人先後以增資太流 40 億方式入主太流公司，進而取得 SOGO 經營權。此舉引起章氏不滿，並提起相關訴訟及檢察官進行相關之訴追。其中涉及撤銷登記之爭議係源自 2009 年 93 年度金上重訴字第 6 號判決認為「……民國 91 年 9 月 21 日上午，遠東集團關係企業遠紡公司董事長室副理郭永吉依遠東即團董事長特助之指示前往李恆隆先生住處查看開會情形，後李恆隆請郭永吉擔任股東臨時會記錄，並將太流公司股東臨時會議記錄及董事會議記錄草稿交予丙○○攜回繕打…」等事實，認定當時之增資之董事會、股東會會議記錄與其他相關文書及解任書係屬偽造，故遠東集團陸續增資太流 40 億之行為為無效。2010 年 2 月 3 日經濟部據此判決認定太流公司臨時股東會與董事會會議不實，依公司法第 9 條第 4 項撤銷太流八年來 6 項公司登記。依此判決之認定，將使遠東集團增資太流公司 40 億元之基礎不存在，故太流公司將一夕之間自 40 億 1 千萬元回歸至 1 千萬元²⁵。由於太流與 SOGO 交叉持股，二公司互為控制

²⁵ 惟因本案涉及多項訴訟，在不同法院間所認定之事實卻不一致。本文中所舉之事實認定係以臺灣高等法院 93 年金上重訴第 6 號判決（刑事判決）為基礎；但在民事紛爭中，臺灣高等法院 98 年上字 904 號判決（民事判決）則認為系爭 91 年 9 月 21 日所召開的股東會決議、董事會決議之會議記錄並非偽造不實，且當時太流公司僅有兩位股東（即李恆隆、太百公司），而當時太百公司董事長賴永吉已出具指派書指派太百董事李恆隆出席股東會並行使一旦股東權利；且就下午之董事會決議部分，賴永吉亦以太百公司法人代表人之身分擔任太流公司董事，並出具委託書予李恆隆，由李恆隆代理出席太流公司於 91 年 9 月 21 日所召開之董事會，就該次董事會有關現金增資發行新股相關事宜，全權授權予李恆隆行使董事權利，故當日李恆隆係以兩個身分被告公司股東臨時會，並依事先與丙○○之共識，於會議決議且作成議事錄，決議被告公司資本額增加為 40 億，並先辦理現金增資 10 億元，並無何虛偽不實（請參閱臺灣高等法院 98 年上字 904 號民事判決、台北地方法院 95 年重訴字 490 號民事判決）。按依此事實下，就當日 9 月 21 日之董事會僅有一人出席，但持有另一董事之合法委託書委託出席董事代理出席董事會，就此董事會決議之合法性而言，法院似認為此時之董事會為有效；惟實務上經濟部九三、五、七商字第 0 九三 0 二 0 七三一三 0 號函認為，「按股份有限公司董事會係採合議制，且依最高法院六十五年台上字第一三七四號判決之意旨，會議決議應有二人以上當事人基於平行與協商之意思表示相互合致成立之法律行為之基本形式要件。是以董事會如僅由董事一人親自出席，即使有其他董事委託代理出席，因實質上無從進行討論，未具會議之基本形式要件，與上開判例之要旨有違，係屬無效。具體個案請參考上開說明辦理，如有爭議，請逕循司法途徑解決。」依此見解，該增資決議似亦為無效，惟近來有學者認為『但鑑於公司僅餘二位董事時，尚符合董事會會議之基本形式要件，且實我國公司法第 205 條第 3 項已明定董事可委託其他董事代理出席，且其藉由董事集會以獲致公司決策方針之目的既達，應解為董事會之決議合法。』（請參閱王志誠，董事會之召集、出席及決議，台灣法學雜誌，第 204 期，頁 178，2012 年 7 月 15 日。）

從屬公司，因此，取得太流經營權者相當程度亦得取得 SOGO 經營權，相對的，太流經營階層之變動連帶影響到 SOGO 公司經營權之歸屬。是故法院判決與經濟部之撤銷登記使 SOGO 經營權歸屬再掀波瀾。

本案例中，若依據 93 年度金上重訴字第 6 號刑事判決所認係由於增資之董事會與股東會決議經法院認定不存在，進而導致遠東集團之出資入股太流公司事實並不存在，據此遠東集團於增資太流後，在太流公司之選任董監事股東會決議將連帶發生瑕疵，是故一旦遠東集團自始未取得太流增資後之股權與經營權下，自無法取得 SOGO 經營權，因此在經濟部撤銷登記後，報導紛紛提出 SOGO 經營權將一夕之間變天之疑慮²⁶。

在 2012 年 2 月 13 日，台北地院裁定作出，以台灣高等法院民國 93 年度金上重訴字第 6 號判決與 2010 年經濟部函令²⁷撤銷增資等相關登記為基礎，認定太流公司於 100 年 8 月 1 日所召開之股東會非以一千萬元資本額為計算基礎而召開，卻係以四十億一千萬元資本額為基礎而召開，該次股東會持股百分之六十之股東聲請人（按：為李恆隆先生）亦未出席，所為改選之為董事，並無股東會決議之外觀，自非合法有效成立之決議，而非僅得撤銷之決議，所為決議即非合法存在。故該被選人即顯非太流公司之董事，太流公司營運勢必陷入無經營階層，或實際經營者但非合法經營者之窘境，因此法院選任臨時管理人解決太百公司經營階層之適法性，就太百公司經營權之爭議，及因該爭議而導致繫屬於法院之多起訴訟²⁸，亦將因此有效解決。

²⁶ 「前年高等法院曾判決，91 年 9 月 21 日太流股東臨時會，擔任紀錄的郭明宗偽造文書罪成立；商業司於去年 2 月據此判決，認定太流當時股東臨時會無效，撤銷太流後續六項變更登記，讓太流資本額從 40 億元回復成 1000 萬元。此舉等於間接承認李恆隆為太流最大股東，可以掌握 SOGO 的經營權，使遠東集團董事長徐旭東失去 SOGO 經營權。」股東會鬧雙包 太流、SOGO 經部擬派人接管 兩公司經營權涉及多起官司 經濟部最遲在月底 委託檢察官聲請法院選任臨時管理人，聯合報，AA2 版，2011 年 09 月 07 日。

²⁷ 經濟部 2010 年 2 月 3 日經授商字第 09901000210 號函

²⁸ 臺灣臺北地方法院 100 年度司字第 333 號裁定。

第二項 股東會決議之瑕疵所引發之連鎖瑕疵²⁹？

第二則案例係以股東會決議瑕疵連鎖為主軸，公司董事並非當然係有權召集董事會之人³⁰，所召集之董事會決議可能具有瑕疵，依我國通說見解，董事會決議瑕疵應屬無效，因此無效董事會所召集之股東臨時會³¹，亦係無召集權人所召集之股東會進行之選任董事之決議，將連帶的發生瑕疵。此即學者所指出之關鍵所在，瑕疵之連鎖。

本案事實略為：「原告為 A 股份有限公司（以下稱 A 公司）股東，在 A 公司於 2000 年 4 月 14 日召開股東臨時會前，原有董事甲、乙、丙三人，惟甲因於 1998 年 10 月間轉讓 A 公司股份超過其選任當時所持有 A 公司股份二分之一，依公司法第 197 條第一項後段規定，當然解任，董事乙則於 1999 年 11 月間死亡，故而於上開股東臨時會召開前，A 公司董事僅剩丙一人。原告主張，A 公司既僅存董事丙一人，則理當無由召開董事會，更無法以董事會決議，召集股東臨時會。職是，於上開股東臨時會中所為之董事選舉決議，自屬無效；而由此等無效決議所選出董事所組成之董事會，嗣後於 2003 年 6 月 28 日所召開之股東會，亦係由無召集權人所為之召集，因其召集程序不合法致令其該次股東會之董事選任決議，亦屬無效。而由後者無效股東會決議所選出董事所組成之董事會，復於 2006 年 8 月 10 日所召開之股東會，亦仍屬無召集權人所為召集，從而其所為董事選任決議，亦屬無效。基此認知及論理，原告請求確認於 2006 年 8 月 10 日股東會中，所選出之董事（長）丁、監察人戊與 A 公司間之委任關係不存在³²。」

²⁹ 整理自黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第 196 期，頁 183、184，2011 年 9 月。

³⁰ 公司法第 203 條第一項本文規定，「董事會由董事長召集之。」

³¹ 公司法第 171 條第一項規定，「股東會除本法另有規定外，由董事會召集之。」

³² 此為本訴訟之請求（一）。請求（二）為「原告並請求確認其所認為於 95 年 8 月 10 日股東會合法選出之監察人已，與 A 公司間存在之委任關係。（然而依 A 公司章程第 13 條規定：「該公司設監察人一人，由股東會就有行為能力之股東選任之。」但已於 95 年 8 月 10 日股東會召集（開）時），並未持有 A 公司股份。」，整理自一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第 196 期，2011 年 9 月，頁 184。

學者指出，如本判決所示，因達成董事會有效決議之董事人數不足，導致董事會決議無效，由此無效董事會決議所召集之股東會，將可能被視為係由無召集權人所召集之股東會，致令該次股東會決議不存在或無效。在不存在或無效的絕對、自始、當然無效等法律效果的推波助瀾下，發生蝴蝶效應，連鎖地否定其後所召集之董事會及股東會的有效性。不存在或無效主張越晚提出，此種連鎖效應所衍生之不當性越強，對於公司意思決定一貫性及安定性之維持，帶來重大傷害³³。

其實不僅係本案所發生之事實將造成瑕疵的連鎖，在公司法的規定下，股東會決議之合法有效涉及許多程序上的進行，因此，可知一旦某一次公司股東會或董事會決議之瑕疵，若未及時認定為無效而重新為之、或就瑕疵進行治癒或追認，於事後相當期間內始進行撤銷或確認無效，公司後續許多程序將連帶受到牽連。本案例事實所呈現者，即係一適例。在多項股東會決議的瑕疵中，若聚焦於選任董監事的股東會決議瑕疵觀察，往往將會對於公司後續之運作上造成相當大的影響與變動。

第三項 董事會決議瑕疵影響公司股權結構³⁴

第三則則係公司之增資認股決議與選任公司董事間有密切重大關聯之適例。公司之增資決議可能帶來股權之變動，若有股東或認股人藉由增資取得一定比例之股權，則在往後數屆公司選任董事之股東會決議上即占有優勢，換言之，二決議間有相當之牽連關係。若欲以偽造文書等不法手段召開股東會決議選任董監事而取得公司經營權者，則為求往後在股東會決議上仍有相當之優勢，在此過程中一併取得一定比例之股權即係一值得考慮且合理之作法。

A公司之董事會議事錄中有A公司分別於1996年12月10日下午五時、1997年1月15日下午二時，於某地召開董事會之記錄，並分別通過現金

³³ 黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第196期，頁183、184，2011年9月。

³⁴ 引自曾宛如，違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，月旦裁判時報，第9期，頁100到101，2011年6月。

增資案及原股東逾期未認購時洽特定人認購之決議、訂定減資基準日與現金增資基準日及原股東逾期未認購時洽特定人認購之決議。但 A 公司當時有八席董事，於前開董事會召開時，除董事甲（已死亡）外，其餘董事即上訴人、被上訴人乙、丙、丁、戊、己，及訴外人庚（已死亡，配偶為被上訴人丑）均不在該地，不可能出席系爭董事會並作成系爭決議，且依 A 公司章程亦規定不得委託代理人出席董事會，加以系爭會議之記錄即訴外人卯在開會期間並不在該地，亦不可能作成會議記錄，是以系爭決議均不存在。則 A 公司據此決議發行新股之效力如何，即為本案爭點。若此認股行為無效，認股人即無法取得增資股份之股東權。

被上訴人抗辯認為，上訴人提起本訴之目的在使被上訴人之認股無效，此將使 A 公司增資後已形成之資本結構及董事會解體，對 A 公司之經營權實有不利影響。本案高等法院認為，「A 公司於 1996 年 12 月 10 日、1997 年 1 月 6 日既未召開董事會特別決議發行新股，則 A 公司嗣基於該決議所為發行新股即無所據，兩造所據以完成為認股行為，自無所依憑，原應屬無效。」³⁵即發行新股之效力並未與董事會決議效力脫勾³⁶。法院又認「A 公司究有無召開系爭董事會，該增資決議是否有瑕疵，上訴人於斯時既已知情，進而參與其事，詎上訴人於享有增資利益如董事報酬、A 公司因增資得免破產命運，進而繼續經營迄今，且嗣經多年經營而有所獲利之情事下，7 年後即 A 公司監察人擬召開股東會改選董事時（嗣於 92 年 8 月 26 日改選為被上訴人丙○○），始爭執系爭董事會決議不存在，上訴人及被上訴人所增資股東權均不存在，不僅影響增資後各股東權利變動情形，進而影響嗣後 A 公司股東會召集程序是否有瑕疵問題？造成 A 公司營運、股東法律關係處於不安之狀態，並背負抽還股本義務，撼動既有長期已形成之法律秩序，亦損及增資認股利安公司投資認股之安定性，有礙交易安全。反觀上訴人提起本件確認訴訟，否認增資效力，藉詞以多年前之董事會增資決議不存在或無效，否認該次因增資而取得多數股份之股東之增資股份存在，間接使上訴人持股比例增加，將使其他加入認股之股東無法享受利

³⁵ 台灣高等法院 98 年上更（三）字第 62 號判決。

³⁶ 曾宛如，違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，月旦裁判時報，第 9 期，頁 100 到 101，2011 年 6 月。

益，遭受非其所能預測之損害，明顯違反公平正義原則，既不符禁反言原則，更有背於誠信，揆諸前開說明，乃屬權利濫用，為維持 A 公司既存法律秩序，上訴人訴請確認系爭董事會決議不存在、無效，並據以確認兩造因增資所為附表認股之股股東權不存在，均為無理由，不應准許。」³⁷

本案事實發生已久，且此訴訟所著重者乃係增資決議之效力問題，此連帶所影響者，即係認股行為之效力與被認股公司股權結構上及經營權之變化，於此案例更可得知，一家公司某個特定時點程序上之瑕疵，對於公司經營權之變動產生一定的效應，尤其在涉及公司增資決議上，常與選任董監事之股東會決議有重大的關聯，而選任董監事之股東會決議即與公司經營權分布有極大之牽連³⁸。

本文舉出上述三件案例，目的在突顯出一個問題，如果承認瑕疵連鎖理論下，一旦選任董監事的股東會決議發生瑕疵，對於公司法律關係（不論係對內或對外）安定性將產生極大的破壞。觀察三個案例可知，公司進行增資若目的係在引入新的投資者並參與經營，則一旦增資決議發生瑕疵，以此為基礎的選任董監事股東會決議將可能受到影響，更何況在實務上經常發生的極端案例係增資決議與選任董監事決議係屬偽造之情形下，瑕疵連鎖往往因時間的經過與漫長的訴訟使法律關係更趨於複雜。

第三節 問題之形成與探討

公司的股東會決議將決定公司特定、重大事項之進行，其中經常引發爭議者且亦為大多學者所關注者，即係股東會決議選舉公司董監事之議案，此乃涉及公司經營權之變動及公司權力結構的重新配置³⁹，對於公司、股

³⁷ 台灣高等法院 98 年上更（三）字第 62 號判決。

³⁸ 其實追根究底而言，本文所介紹的第一個案件，SOGO 案中所涉及者亦係增資之董事會決議與股東會決議被認定為不存在（即會議記錄係偽造），而後所牽連的即係據此部分決議所為之相關決議受到連帶影響之問題，只是 SOGO 案運用巧妙的交叉持股與信託關係，使得案件事實未若本案直接、明確。

³⁹ 按公司經營權所涉及之概念極廣，本文將著重於董事會人選為公司經營權之核心，亦即得以掌握公司董事會過半數人選之一方，通常為會被認定取得公司之經營權，蓋依我國公司法第 208 條第一項、第二項規定，「董事會未設常務董事者，應由三分之二以上董事之出席，及出席董事過半數之同意，互選一人為董事長，並得依章程規定，以同一方式互選一人為副董事長。董事會

東與公司之利害關係人均有相當大的影響。

公司董事會為公司法規定下，股份有限公司之法定、必備之集體執行業務機關⁴⁰，董事會由董事所組成，實務上往往以三年股東會決議改選一次公司董事人選，假設此三年為公司董事會為公司同一派之人員所掌握下，公司此三年之業務執行均係由董事會決議行之⁴¹，而由公司董事長對外代表公司⁴²，此時董事會之成員與董事長應具備董事之身分應屬必然⁴³，因此環環相扣者，董事身分決定常務董事、董事會決議與董事長之人選，董事長與董事會決定公司內部之程序之進行⁴⁴與對外之法律行為、亦影響公司內部程序中的股東會決議之進行，以及股東會決議內容決定公司特定事項之作成⁴⁵。

公司於股東會決議撤銷之前（或經法院認定為無效或不成立之前），已依該決議而為行為時，該行為是否亦因決議之撤銷而溯及無效？學者有自「公司若於決議被撤銷之前」進行探討，認為不可一概而論⁴⁶。應以該決議即發生一定之效果，其履行亦不影響第三人之權益，且須溯及的否定決議之效力，始能達到撤銷決議之目的，決議一經撤銷，行為即溯及為無

設有常務董事者，其常務董事依前項選舉方式互選之，名額至少三人，最多不得超過董事人數三分之一。董事長或副董事長由常務董事依前項選舉方式互選之。」又公司法第 208 條第三項前段規定，「董事長對內為股東會、董事會及常務董事會主席，對外代表公司。」由於董事會決議係以人數為表決計算基礎，因此掌握公司董事會多數（過半數）之一方，原則上大多得以取得董事長一職，而對外代表公司為一定之法律行為。在此假設前提下，展開本文以下之經營權變動之探討。

⁴⁰ 柯芳枝，公司法論（下），2010 年 2 月，修訂八版二刷，頁 249。

⁴¹ 公司法第 202 條規定，「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」

⁴² 公司法第 208 條第三項前段規定，「董事長對內為股東會、董事會及常務董事會主席，對外代表公司。」

⁴³ 公司法第 192 條、第 203 條、第 206 條規定參照。

⁴⁴ 如公司董事會決議原則上係由董事長擔任召集權人及主席；而股東會決議之召開原則上亦係由董事會決議召集之。請參照公司法第 203 條第一項規定，「董事會由董事長召集之。但每屆第一次董事會，由所得選票代表選舉權最多之董事召集之。」公司法第 171 條規定，「股東會除本法另有規定外，由董事會召集之。」

⁴⁵ 如公司合併、分割、資產讓與等重大議案，學說上有謂此等議案在我國法規定須由董事會決議與股東會決議通過始得為之，此係董事會與股東會之共享權限。請參閱王文宇，股東會與董事會共享之權限，月旦法學教室，第 44 期，2006 年 6 月。可以想像，一旦董事會決議發生瑕疵而無效，股東會若因此而亦產生瑕疵，此時連鎖瑕疵之發生仍然影響公司的重大交易。

⁴⁶ 柯芳枝，公司法論（下），2010 年 2 月，修訂八版二刷，頁 249。

效⁴⁷。因此，若公司之行為不以股東會決議為有效要件者，行為效力即不受決議撤銷之影響。若係涉及到公司之行為係以股東會之決議為成立或生效要件時，且其履行與行為之相對人權益有關者，如合併⁴⁸、分割⁴⁹、主要資產讓與⁵⁰等等，為維護交易之安全計，應依照公司對於代表董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人之法理，以保護行為之相對人⁵¹。然而若將股東會決議之焦點放置於選任董監事決議上觀察，學者似未對於選任董監事之股東會決議究係屬對內或係對外之性質進行界定，且除上述三種類型外，亦未提出其他公司法上之股東會決議何者係屬「履行亦不影響第三人之權益」與「履行與行為之相對人權益有關者」之類型及更明確之相關區分標準。蓋嚴格而論，公司之股東會決議幾乎多與第三人權益息息相關⁵²。其中，選任董監事股東會決議之瑕疵訴訟一經提起，直接所涉及者，係公司經營權之變動，間接所影響者，則係公司對外之法律行為與公司經營權之歸屬及相關利益重新分配之問題，事涉不可謂不重大。

由於公司法上規定應經股東會決議通過之事項眾多，當然各項規範之事項均有產生股東會決議瑕疵之可能，本文於此為求探討與聚焦之方便，擬以選任董事之股東會決議為討論之重心，亦即在以某次公司所行之選任董事之股東會決議有瑕疵下，一旦經提起訴訟，而被法院認定為無效、不成立或得撤銷之情況下，該段期間若依經濟部實務見解，即回歸至原經營

⁴⁷ 柯芳枝，公司法論（下），2010年2月，修訂八版二刷，頁249。經濟部99/12/17經商字第09902170450號函：「按「股東會決議事項經法院判決撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時無效，公司董事、監察人即應回復於改選前之狀態。惟此時原任董事、監察人之任期如已屆滿，可依公司法第195及第217條之規定，延長其執行職務至改選就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆時，當然解任。……」經濟部94年10月27日經商字第09402162200號函釋亦同。

⁴⁸ 公司法第316條第一項規定，「股東會對於公司解散、合併或分割之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。」

⁴⁹ 公司法第316條第一項規定，「股東會對於公司解散、合併或分割之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。」

⁵⁰ 公司法第185條第一項規定，「公司為左列行為，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之：一、締結、變更或終止關於出租全部營業，委託經營或與他人經常共同經營之契約。二、讓與全部或主要部分之營業或財產。三、受讓他人全部營業或財產，對公司營運有重大影響者。」

⁵¹ 柯芳枝，公司法論（下），2010年2月，修訂八版二刷，頁249。

⁵² 舉例而言，分派盈餘之股東會決議除與股東權益相關外，與債權人亦有關係；關於企業併購等相關之股東會決議自亦與第三人權益相關；公司解散、清算、組織變更等行為與債權人及交易往來之第三人權益相關等等。

者⁵³，但現實上卻係無董事資格之人經營公司的情況下，法律上應如何評價該段期間的種種法律行為？為求說明便利清楚，茲舉一例如下：「假設有一公司為A公司，今A公司設有董事各為甲、乙、丙、丁、戊五名，其中甲為董事長。今甲、乙與丙、丁、戊於經營理念上不合，又苦於丙、丁、戊於董事會上之多數且持有之股份（約50%）多於甲、乙（約40%）二人，為避免於下次改選董事時，遭到改選而被逐出公司，因此甲、乙便自行召開董事會並偽造董事會開會記錄、公司進行增資而由第三人B、C二人認購之決議（B、C經此決議後可持有A公司近25%）等相關文書，並立刻召開股東會進行董監事之改選⁵⁴，改由甲、乙、B、C、D擔任公司董事，並由B擔任A公司董事長。丙、丁、戊隨即提起訴訟，主張甲、乙自行召開之董事會與增資決議為無效，而隨之提起之選任股東會決議亦屬無效或不成立。訴訟繫屬經9年判決確定後，法院認定丙、丁、戊之主張有理由。」

⁵³ 經濟部 99/12/17 經商字第 09902170450 號函：「按「股東會決議事項經法院判決撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時無效，公司董事、監察人即應回復於改選前之狀態。惟此時原任董事、監察人之任期如已屆滿，可依公司法第 195 及第 217 條之規定，延長其執行職務至改選就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆時，當然解任。……」經濟部 94 年 10 月 27 日經商字第 09402162200 號函釋亦同。

⁵⁴ 關於增資決議無效與增資行為之效力為何之問題，實務上臺灣高等法院 98 年度上更(三)字第 62 號民事判決認為，「(四)系爭董事會決議不存在是否會影響股東認股的效力？1. 系爭董事會決議有效與否是否影響股東外部認股權？按股份有限公司基於授權資本制特質，將公司發行新股之事務專責由董事會決定，以便適時籌措公司營運資金，故應由董事會以特別決議方式議決之，違反此特別決議者，其決議應屬無效，已如前述。本件大華公司為增減資發行新股，縱然已經股東臨時會決議通過，因法律無例外規定，發行新股既屬董事會之專屬權利，自仍須經董事會特別決議。不得任意增資發行新股。是以大華公司於 85 年 12 月 10 日、86 年 1 月 6 日既未召開董事會特別決議發行新股，則大華公司嗣基於該決議所為發行新股即無所據，兩造據以完成為認股行為，自無所依憑，原應屬無效（因有前述誠信原則之適用，上訴人不得主張系爭董事會決議不存在、無效）。」臺灣高等法院高雄分院 98 年度上易字第 339 號民事判決：「…董事長陳天寶…未經股東會決議增資、變更章程，亦未經董事會決議發行新股等情，…陳天寶係代表上訴人向被上訴人招募特別股，有發放股票給認股者，惟未經公司股東會或董事會決議等情，…上訴人該發行特別股之行為應屬無效；兩造間系爭契約以認購該無效發行之特別股為標的，自屬不能之給付，按之民法第 246 條第 1 項前段規定，亦屬無效契約…」就此爭議，學說上有認似不可一概而論，在當該數年前已完成之現金增資至今被提起訴訟時，為求確保常期法律效果形成後之安定保護的主張，應認此時發行新股之效力可逕為有效。曾宛如，違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，月旦裁判時報，第 9 期，頁 118，2011 年 6 月。另有主張，「不應不問董事會決議瑕疵之程度，而僅因董事會決議無效或不成立，即認為公司代表人依瑕疵決議所為之法律行為，皆屬無效。亦即，基於保障交易安全，應從利益衡量之觀點，依具體個案解釋公司代表人所為法律行為之效力。換言之，應綜合考量法律規定應經董事會決議之規範目的（保護公司或股東之利益）、交易安全、法律關係安定性之必要性等因素，以解釋其法律效力。」此見解請參閱王志誠，董事會決議不成立所為新股發行之效力，月旦法學裁判時報，第 9 期，頁 98，2011 年 6 月。本文以為，若以後者見解觀之，偽造文書在董事會決議瑕疵程度中應已屬相當重大，推論上似亦應認為無效。

按在藉由偽造文書而奪取公司經營權時，往往所伴隨著的係公司的增資決議與選任董監事之決議，實務上，增資決議之瑕疵亦將連帶影響選任董監事決議之效力。換言之，股東增資決議之瑕疵，尤其係在閉鎖型公司，往往與公司董監選任之決議具有一定的牽連關係。以選任董監事股東會決議而論，股東會決議瑕疵訴訟所生效力，不論係採取哪一種類型之主張與訴訟上之進行，法院認定某次選任公司董監事股東會決議為無效、不成立或撤銷該次決議下，形成該次「當選」之被選人不具有公司負責人之資格，實務上法院認定之判決一旦作成，法律論理上若無其他學說或法理解釋，接下來所面臨之法律問題甚多，進而將產生程序上與實體上的各種問題。

最初步之問題在於，當某一次選任公司董監事之股東會決議經法院認定為無效、不存在或撤銷該次股東會決議後，隨後該「當選」之被選人於該段期間公司內部所為之經營權行使及董事會決議之行為效力為何？

再將問題往下延伸，選任董監事之股東會決議因某種原因而經法院認定無效、不存在或撤銷該次股東會決議下，民事審判程序往往費時冗長，一經法院判決定讞後，已事隔數年，公司營運仍然不間斷，此時公司可能已再歷經二至三次（選任董監事）股東會決議，這些基於不成立或無效之股東會決議所選任出來的公司負責人，其對外所為之經營行為效力為何？就公司內部之法律關係而言，在該段期間內，誰才會或應該被認定為真正的公司負責人？更值探討者，此段期間經營者所領取得的董監事報酬應為何人領取？何人對公司負有公司法第 8 條與第 23 條第一項規定下之公司負責人之忠實義務與善良管理人注意義務？

再來，該次選任董監事之股東會決議，實際上之後已召開數次的股東會決議，因我國公司法對於股東會決議之召開原則上應經董事會決議召集之⁵⁵。此時在非合法之董事所召集之董事會決議效力如何？董事會因此所召集之股東會決議之瑕疵應如何處理？一次之股東會決議瑕疵將連帶影響後續之法律關係，因此應如何對第一次之股東會決議瑕疵之效力作出法

⁵⁵ 公司法第 171 條規定，「股東會除本法另有規定外，由董事會召集之。」公司法第 173 第一項規定，「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，得以書面記明提議事項及理由，請求董事會召集股東臨時會。」

律的評價將深遠的牽動著經營權之變動。其他問題諸如，後續之股東會決議與非經合法選任之董監事於公司之地位與法律行為之法律效果應如何判斷，對於公司影響重大；第二，我國係經由董事會決議選任董事長，並由董事長對外代表公司⁵⁶，及公司經理人選任、解任與報酬等事項亦由董事會決議行之⁵⁷，此時公司董事長與經理人對外所為之業務執行行為效力與交易效力應否有效；第三，在第一次股東會決議之瑕疵係在爭奪經營權之兩派股東為求經營權之取得下，所為之不合法手段產生之瑕疵，當初喪失經營權之一方，在經過數年後取得法院認定的勝訴判決下，其得為如何之法律上主張？倘回復原狀有重大困難該勝訴判決有如何實質上之意義？又當初未經合法選任為公司負責人之被選人擔任了數年的公司經營者，其所投入之經營成本未必低於其當初所取得之經營權價值，在法院判決認定其不具有經營權下，得否請求公司返還經營成本、甚而如何計算？

上述的問題在股東會決議無效、不存在或得撤銷下，亦可能形成諸項問題，現今社會商業環境瞬息萬變，此種經營權之變動連帶影響社會大眾深遠，以 SOGO 案為例，完全發生了瑕疵連鎖下衍生的各項問題。首先由民國 93 年度高院判決認定太流公司增資決議不存在、經濟部於數月後撤銷遠東集團當初入主太流之增資登記、選任董事等登記，連帶使遠東集團喪失增資認股比例與後續選任太流董事之基礎，引起極大震撼。蓋依太流與 SOGO 極高比例的交叉持，掌握太流即形同控制 SOGO，基於此，一旦該增資決議與選任董事之決議亦不存在，則首先發生經營權立即易主之情事，再者即係 SOGO 所分配之盈餘歸屬問題；近來台北地院之裁定⁵⁸認為，太流公司民國 91 年 9 月 21 日增資案之股東臨時會及董事會既未召開，即無所謂增資案之決議存在，相對人公司之資本額自無可能增資為 40 億 1 千萬元，因此登記資本額回復至 1 千萬元，而非 40 億 1 千萬元，進而太流於 100 年 8 月 1 日股東會既非以 1 千萬元資本額為計算基礎而召開及所為之改選，並無股東會決議之外觀，自非合法有效成立之決議，而非僅得撤銷

⁵⁶ 公司法第 208 條第一項規定，「董事會未設常務董事者，應由三分之二以上董事之出席，及出席董事過半數之同意，互選一人為董事長，並得依章程規定，以同一方式互選一人為副董事長。」

⁵⁷ 公司法第 29 條第一項第 3 款規定，「公司得依章程規定置經理人，其委任、解任及報酬，依下列規定定之。但三、股份有限公司應由董事會以董事過半數之出席，及出席董事過半數同意之決議行之。」

⁵⁸ 臺灣臺北地方法院 100 年度司字第 333 號民事裁定。

之決議。發展至今，各項訴訟仍尚在進行，縱使太流已有法院介入選派臨時管理人，然而過去既往之法律關係已遭受質疑，太流、SOGO 與遠東集團之間均因瑕疵連鎖之效應，法律關係上陷於極大之不安定。以下本文即嘗試就各項問題提出解決之道。



第三章 過去既往法律關係問題解決之探討

第一節 既有學說與法規對於過去既往法律關係之解決

首先，連鎖瑕疵在法院判決效力下造成之影響，我國通說似係區分為公司對外之法律行為與公司內部之法律關係進行探討⁵⁹。惟通說並未就各種行為究屬對外法律行為或對內之法律關係進行說明，然而依其見解用語觀之「董事選任自始無效者，其被選人自始即非該公司之董事，是故其代表公司所為之行為原則上對公司不生效力。但為保障交易安全，就其行為對第三人之關係，應類推適用民法表見代理之規定使之對公司生效……」⁶⁰；「……至於當選人與公司之內部關係，應依民法無因管理解決之。」⁶¹因此，本文即以此基準點進行探討，即以被選人代表公司所為之行為作為公司對外之法律行為，而以當選人與公司間作為對內之法律關係之區分。

第一項 公司對外法律關係之解決

第一款 表見代理

民法上之表見代理規定於第 169 條規定，「由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。」表見代理本質上仍係屬一無權代理，因此，若公司有創造出一外觀或允許董事對外進行交易，如允許被選人於公司辦公室處理公司事務、被選人以公司負責人名義出席公開場合（剪綵、發表演說等等）、於締約場合使用公司董事長或公司負責人之印鑑簽章或用印、於報章媒體上暢談公司經營

⁵⁹ 柯芳枝，公司法論（下），2011年2月，修訂八版三刷，頁261；王文宇，公司法論，元照出版，頁316，2006年8月三版第1刷。

⁶⁰ 柯芳枝，公司法論（下），2011年2月，修訂八版三刷，頁261；王文宇，公司法論，元照出版，頁316，2006年8月三版第1刷。

⁶¹ 柯芳枝，公司法論（下），2011年2月，修訂八版三刷，頁261；王文宇，公司法論，元照出版，頁316，2006年8月三版第1刷。

方針、擔任公司董事會或股東會決議主席、經公司年度財報與年報上登錄為公司董事長等等行為，若公司於一定合理期間內未為反駁或提出相關之異議與法律程序排除此等現象，於具體個案上將容易製造出「表見外觀」，使公司外的善意交易第三人以此「表見」信賴其為公司負責人而得以代表公司對外管理公司事務、進行交易。此時，縱該董事與公司間並無委任關係，交易第三人仍得上述之事實而對公司主張民法表見代理規定，應屬合理⁶²。

第二款 登記制度

我國公司法第 12 條規定，「公司設立登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。」關於董監事選任變更登記事項上，此登記依通說見解，被認定為對抗要件，而非成立生效要件⁶³。又依經濟部向來之見解，此「第三人」包括善意第三人與惡意第三人⁶⁴。但在本文探討之背景下，似並非公司法第 12 條規定之「有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者」之情事，蓋若係以原本大眾所認之合法董事為登記而事隔數年後，經由法院認定其選任不適法的情況（因該次選任股東會決議被認定為無效或不成立而喪失其選任之基礎），此並非應登記之事項而不登記，亦非登記事項有變而不為變更之登記者，而應係「不應登記之事項而登記」，故是否有此條規定之適用即有疑義。

此條文之規範其立法目的在於通說多認係在「求取法律關係的劃一與

⁶² 我國學說上採取此等見解者，除本文前述所提之學者外，尚有王志誠，公司負責人之概念與責任，月旦法學教室，第 24 期，2004 年 10 月，頁 91。

⁶³ 最高法院 67 年台上字第 760 號判例：「公司登記，除設立登記為公司之成立要件外，其他登記，皆屬對抗要件，變更董事、監察人，故屬應登記之事項，但此事項之有效存在，並不以登記為其要件。」經濟部 93.6.21 商字第 09302090350 號函：「按公司法第十二條規定：『公司設立登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人』。本條所指登記事項不為登記或不為變更登記，其登記與否僅為對抗要件，尚非生效要件，合先敘明；至於所謂不得對抗第三人，並無善意、惡意之別，均不得對抗之。……。」；最高法院 67 年台上字第 760 號判例：「公司登記，除設立登記為公司之成立要件外，其他登記，皆屬對抗要件，變更董事、監察人，故屬應登記之事項，但此事項之有效存在，並不以登記為其要件。」

⁶⁴ 經濟部 93.6.21 商字第 09302090350 號函（此函釋內容請參照前揭註）。

確定」⁶⁵，學者在觀察要求公司事項向主管機關登記之立法旨趣時，認為「在依此登記，使公司之權利義務得以確定，並公示於社會，藉以保障公司本身及社會公眾之利益與維護交易之安全。」⁶⁶若站在保護第三人之立場而言，當初之登記係合法且經主管機關登記於可受公眾查看之處，交易相對人亦得依此登記認定其為合法之公司負責人，而相信其具有代表公司之合法權限而與其進行交易等行為，「登記」者，亦應為一對外之公示外觀，本文以為當然亦得構成一「表見之外觀」，故在公司法第 12 條所揭示之目的背景下，若認係為保護因信賴登記而為交易之相對人亦無不可⁶⁷。有疑者，在將登記亦作為一表見代理之外觀下，在本文探討下將會出現「公示外觀」與「經營事實外觀」二者不一致時，對於交易第三人而言，應以何者效力為優先即生爭議，又再搭配上法院認定之法律關係與二者其中之一不一致時，應如何取捨等種種問題，將於公司登記部分進行探討。

另有疑者，該交易相對人，即「第三人」是否要與經濟部向來之見解所認，係指「善意第三人與惡意第三人」？在公司第 12 條規定下，有學者即主張應限於「不得對抗善意第三人」之見解⁶⁸，其理由在於「已知悉登記事項有變更者，法律即無再行干涉之必要」及「惡意者不受保護。」本文亦採相同之見解，且認為或可以表見代理不保護「明知其無代理權或可得而知」之第三人法理作為依據。又在實務見解下，對於惡意第三人之可能性下或得以依民法第 148 條權利濫用禁止之規定對抗之⁶⁹。

第二項 公司與被選人間之法律關係

關於現行法下，選任董事股東會決議經法院認定無效、不成立或撤銷

⁶⁵ 柯芳枝，公司法論（上），2010 年 7 月，修訂七版二刷，頁 15。

⁶⁶ 柯芳枝，公司法論（下），2010 年 2 月修訂 8 版二刷，頁 681。

⁶⁷ 另有實務見解認為，登記應得逕作為認定公司董事長之依據。最高法院 91 年度台上字第 802 號判決：「……再按公司法第三百八十八條更規定：主管機關對於公司登記之申請，認為有違反本法或不法法定程式者，應令其改正，非俟改正合法後，不予登記。是如經主管機關登記為董事或董事長，即應認定其為董事或董事長。查被上訴人經風土公司之股東名簿記載為股東，且經濟部公司執照及該公司登記事項卡亦均記載被上訴人為董事長，為原審所確認之事實，雖被上訴人未持有該公司股票，惟上訴人未能證明上述記載或登記為偽造或不實，依上開說明，仍應認被上訴人為風土公司之股東、董事或董事長……」

⁶⁸ 劉連煜，現代公司法，新學林出版，頁 615、616，2011 年 9 月增訂七版。

⁶⁹ 劉連煜，現代公司法，新學林出版，頁 615、616，2011 年 9 月增訂七版。

後，對於被選人與公司間不存在董監委任關係下，應如何解決部分，公司法並未有明文，因此在探討效力時，應回歸民法或相關之法理尋求解決之途徑。就對外關係而言，學說上認為「對於董事選任自始無效者，被選人自始即非公司之董事，故其代表公司所為之行為原則上對公司不生效力，但為保障交易安全，就其行為對第三人之關係，應類推適用民法表見代理之規定使之對公司生效」⁷⁰，是故公司對外之法律關係，學說見解即多係自保護第三人之交易安全作出發，以類推適用表見代理⁷¹與信賴登記作為依據解決此問題。

惟就公司內部與董事間之法律關係上，學說有參考經濟部早期見解認為，「就董事之選任決議係經法院判決撤銷者（189條），因該決議於法院撤銷判決確定之前尚非無效，故應認該當選人對第三人之行為於決議經確定判決撤銷前不受影響，仍對公司生效。至於當選人與公司之內部關係，應依民法無因管理解決之」⁷²。易言之，在選任董事之股東會被法院認定為無效或不存在時，該次股東會所選任出之董事自應與公司間無正當合法之委任關係，然而在法院判決作成後，距選任該次董事會成員之股東會已經過數年、甚而已改選數屆董事會，今暫時單純化問題，若第一次股東會所選任出之董事與接下來數次改選後之董事會成員、目前之董事成員完全相同（即並無人辭任、經營階層並無更換他人，均由相同之人掌握之情況下），該董事於此段期間於公司內部間之權利義務關係應為如何之評價？首先，本文認為，學說上以「董事之選任決議係經法院判決撤銷者」，而

⁷⁰ 柯芳枝，公司法論（下），2010年2月修訂8版二刷，頁262；王文宇，公司法論，元照出版社，2008年9月，四版第一刷，頁316；曾淑瑜，公司法實例研習，2006年3月，修訂二版一刷，三民書局，頁309。按曾淑瑜教授於論著中係並無使用「類推適用」之字語，曾教授似認以「適用」即可。

⁷¹ 柯芳枝，公司法論（上），2010年7月，修訂七版二刷，頁248；柯芳枝，公司法論（下），2010年2月修訂8版二刷，頁262；曾淑瑜，公司法實例研習，2006年3月，修訂二版一刷，三民書局，頁309。

⁷² 柯芳枝，公司法論（下），2010年2月修訂8版二刷，頁262；王文宇，公司法論，元照出版社，2008年9月，四版第一刷，頁316。經濟部58/8/5五商26762號函釋：「董事監察人之選任經判決無效確定則其執行職務行為依無因管理法則解決查公司董事監察人任期屆滿，經由公司股東臨時會決議改選，因有股東訴請法院撤銷上開股東會決議，其當選資格自尚未確定，在未移交其職務以前，原任董事監察人仍應為公司利益繼續執行職務，倘其職務已經移交者，即可由新選任董事監察人執行職務，蓋股東依公司法第一八九條規定撤銷股東會決議之訴，在未終局判決確定之前，其決議並非當然無效，嗣後如經法院判決應撤銷者，其董事監察人執行職務行為為所生法律上效果，應依民法無因管理法則解決之。」

認定「當選人與公司之內部關係，應依民法無因管理解決之。」⁷³惟其實，在採取判決效力具溯及既往之效力下，不僅係在選任董事之股東會決議被撤銷之情況，有依民法無因管理以解決公司與被選人內部法律關係之問題；相同地，在選任董事之股東會決議經法院事後認定為不成立或無效下，亦生可能有所適用之空間，故本文以下即以此三種情況一即被撤銷、無效或不成立三者情況下進行論述。依無因管理解決此問題下，本文以該見解繼續延伸探討，現行法下當選任董事股東會決議經法院認定無效、不成立或撤銷後，對於被選人與公司間不存在董監委任關係下，回歸適用民法無因管理運作下所可能產生之問題與相關法律關係：

第一款 無因管理之採取

對於委任關係事後發現並不存在、無效或經撤銷後之探討。民法無因管理規定於民法第 172 條規定，「未受委任，並無義務，而為他人管理事務者，其管理應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法為之。」此為真正之無因管理規定⁷⁴，其中公司董事自應係為公司管理事務無疑，因此當法院為選任董事股東會決議撤銷、無效或不成立之認定前，本來存有（或至少外觀上存有）者，係董事與公司間之意定契約⁷⁵，且通說均認此意定契約係屬委任契約⁷⁶，該意定契約在法院判決後，即無效或不成立或經法院撤銷後，董事與公司間之董監事委任關係⁷⁷亦不成立或無效，此時依學者見解，董事為公司為執行業務之行為，為「未受委任，並無義務」，

⁷³ 王文字，公司法論，元照出版社，2008 年 9 月，四版第一刷，頁 316；柯芳枝，公司法論（下），2010 年 2 月修訂 8 版二刷，頁 262；

⁷⁴ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 371。

⁷⁵ 柯芳枝，公司法論（下），2010 年 2 月修訂 8 版二刷，頁 261。書中認為「…股東會為董事之選任決議時，由於股東會係意思決定機關，…欲使當選人就任董事，應由公司與當選人間締結委任契約。此契約由公司代表機關基於股東會選任之決議對當選人為要約，經當選人承諾而成立。此際，承諾之意思表示不以明示為必要，默示亦可。……」

⁷⁶ 公司法第 192 條第四項規定，「公司與董事間之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。」；王文字，公司法論，2008 年 9 月，四版第一刷，頁 322。柯芳枝，公司法論（下），2010 年 2 月修訂 8 版二刷，頁 263。作者尚謂「惟董事與公司間成立之委任契約與一般委任契約仍有不同，其適用上須以公司法上有關董事之特別規定優先適用之，而於公司法無特別規定者時，始有適用民法上委任關係之餘地」；劉連煜，現代公司法，新學林出版，頁 394、395，2011 年 9 月增訂七版。

⁷⁷ 公司法第 192 條第四項規定，「公司與董事間之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定」。

應已成立無因管理之行為⁷⁸，形成法定之債之關係，學說上早期有認為適法之無因管理為「準契約關係」⁷⁹，若僅以此點觀察，兩者間之差異可能即在於意思表示合致之有無，「無因」者即係指無法律上之義務⁸⁰。委任關係與無因關係雖各自屬於意定契約與法定契約之範疇且均使當事人間產生勞務給付之義務。惟無因管理之要件相當嚴格，已近於委任關係，前者因雙方之意思表示合意而成立債之關係，後者因管理人單方有意之事實行為成立債之關係⁸¹。故多數認得以委任關係相關之規範對於無因管理進行準用或類推適用⁸²，在欠缺意思表示時，退而求其次或可考慮無因管理之法定之債⁸³，或可能構成不當得利或侵權行為。

有疑者在於，公司董事主觀上自始認為係在履行董事委任契約上之義務，而為公司執行公司業務等行為，此是否係為公司管理事務之意思而構成無因管理？學說上曾有列舉一例「若甲受乙委任處理事務，於處理事務之後，始發現委任契約不成立或無效。於此情形，甲自始認為在於履行委任契約上之義務，欠缺為乙管理事務之意思，不成立無因管理，應適用不當得利規定」⁸⁴。其他民法學者亦指出，「民法第 172 條規定之『並無義務』，則指無民事法上之義務而言，例如因親權、監督權而負之管理義務。這不含履行不成立或無效之法律行為之情形。不成立或無效法律行為之履行給

⁷⁸ 王文宇，公司法論，元照出版社，2008 年 9 月，四版第一刷，頁 316。

⁷⁹ 邱聰智，新訂民法債編通則（上），2000 年 9 月新訂一版，頁 84；

⁸⁰ 按學者認為，成立無因管理中之「管理事務」與委任契約上的「處理事務」（民法第 528 條），其意義相當，即凡任何適於為債之客體的一切事項均屬之。王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 376。

⁸¹ 林信和，無因管理人之注意義務，月旦法學教室第 43 期，頁 10。

⁸² 民法第 173 條第二項規定，「第五百四十條至第五百四十二條關於委任之規定，於無因管理準用之」；且於管理事務經本人承認後，第 178 條規定，「管理事務經本人承認者，除當事人有特別意思表示外，溯及管理事務開始時，適用關於委任之規定。」

⁸³ 最高法院 45 年台上字第 637 號判例：「上訴人基於繼承其父之遺產關係而取得系爭房屋所有權，原與其叔某甲無涉，某甲之代為管理，曾用自己名義出租於被上訴人，如係已受委任，則生委任關係，依民法第五百四十一條第二項之規定，受任人以自己名義為委任人取得之權利，固應移轉於委任人，如未受委任則為無因管理，依同法第一百七十三條第二項之規定，關於第五百四十一條亦在準用之列，均不待承租之被上訴人同意而始生效，從而某甲將其代為管理之系爭房屋，因出租於被上訴人所生之權利移轉於上訴人，縱使未得被上訴人之同意，亦難謂為不生效力，上訴人自得就系爭房屋行使出租人之權利。」

⁸⁴ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 380。相同見解，劉春堂，輔仁法學，論無因管理，第 26 期，頁 148；黃立，民法債編總論 2006 年 11 月，元照出版社，頁 183。

付的返還請求，應依不當得利，而非無因管理之規定。」⁸⁵對此，相較於不適用無因管理之見解，公司法學者似與民法學者有不同之見解。公司法學者上大多認為此時應得構成無因管理⁸⁶，本文嘗試自二種不同之見解探討後續之處理。於此為求討論方便，即先行以構成無因管理進行討論。

在構成真正無因管理下，某程度上，法律賦予了「適法無因管理」接近「委任契約」之效力⁸⁷。因此，在認定董事與公司間成立適法無因管理時，既係接近「委任關係」，似乎得以解決於董事與公司間無合法之委任關係下，依無因管理處理。惟若細究無因管理之相關規範，在被選人經法院之認定或撤銷後而回復訂立委任契約前不具董事身分狀態下，公司法似無適用餘地，此時公司與被選人間即全然以民法無因管理關係處理之。

按法定之債與意定之債間之差異，在公司與董事（被選人）之間所生之權利義務關係上之區別有何不同即有其探討之實益，蓋當初被選人係以自身係公司股東會決議合法選任之董事身分為公司行管理、業務執行之行為，在事後因法院評價該股東會決議有瑕疵後，原本在委任關係下所評價之行為如今可能須以法定之無因管理之債之關係進行評價，對於公司、董事間之法律關係影響甚大。

第二款 適法無因管理與不適法無因管理之比較

一、公司對於被選人之權利

（一）適法無因管理：

採取通說下，被選人對於公司負有善良管理人注意義務，而其他公司

⁸⁵ 黃茂榮，債法各論（第一冊），2003年8月初版，植根法學叢書編輯室編輯，頁302。

⁸⁶ 民法學者有：史尚寬，債法總論，作者自版，頁59。公司法學者有：王文宇，公司法論，元照出版社，2008年9月，四版第一刷，頁316；柯芳枝，公司法論（下），2010年2月修訂8版二刷，頁262；

⁸⁷ 民法第173條第二項規定，「第五百四十條至第五百四十二條關於委任之規定，於無因管理準用之」；且於管理事務經本人承認後，第178條規定，「管理事務經本人承認者，除當事人有特別意思表示外，溯及管理事務開始時，適用關於委任之規定。」劉春堂，論無因管理，輔仁法學，第26期，頁154，2003年12月。

法上之義務，亦得依據解釋而令被選人在民法第 535 條規定負有善良管理人注意義務的內容中包含了相關之義務；而就權利上，因被選人無領取報酬之權利，故公司對於被選人得依民法第 179 條規定，請求被選人返還被選人所領取之報酬，且因適法無因管理時之管理人應屬善意而不知當初之選任股東會決議有瑕疵，因此管理人應得在領取之利益為金錢薪酬時，因金錢具有高度可代替性及普遍使用性，只要移入受領人的財產，即難以辨別，原則上無法判斷其不存在⁸⁸。但受領人若能證明確以該項金錢贈與他人時，則可主張所受利益不存在⁸⁹。

（二）不適法無因管理：

不適法的無因管理因公司被選人在「管理事務之承擔」上違反「違反『公司』明示或可得推知之意思」，對於公司所受之損害即負有無過失責任；而若係故意以違法之方式當選為公司董事者，自應構成不適法之無因管理，管理人即有可能構成侵權行為、不當得利等責任。又關於被選人自公司所領取之報酬等權利，對於「董事報酬」與「董事酬勞」兩部分，管理人仍無合法請求（或保有）的基礎，公司得主張民法第 179 條不當得利之規定請求返還，且在不適法無因管理下，受領人若（即被選人）為惡意知情其違法而擔任董事，依民法第 182 條第二項規定，被選人應將領取所得附加利息，一併償還；如有損害，並應賠償。因而管理人領取之「董事報酬」與「董事酬勞」，在「本於該利益更有所取得」下，依民法第 181 條規定，「應一併返還或依其利益之性質或其他情形不能返還者，償還其價額」。

1. 本人得主張享有管理事務之利益：

管理事務若利於本人，但違反本人之意思，本人得主張享有管理人因管理所受之利益；管理事務不利於本人，本人亦得主張享有管理人管理之

⁸⁸ 王澤鑑，債法原理第二冊—不當得利，頁 255，2005 年 9 月出版。

⁸⁹ 王澤鑑，債法原理第二冊—不當得利，頁 255，2005 年 9 月出版。

利益⁹⁰。

2. 本人主張不享有管理事務之利益：

負有不當得利返還其所得利益之義務，且管理人亦屬惡意，故本人應得依民法第 181 條與第 182 條第二項規定，請求返還。本人如受有損害，則得依民法侵權責任請求損害賠償⁹¹。

二、被選人對於公司之權利

(一) 適法無因管理：

被選人為公司實際上擔任董事一職、處理公司事務，被選人為公司所為之勞務給付，雖無報酬等請求權，但其自得請求身為管理人所支出的相關必要費用與有益費用。

(二) 不適法無因管理：

本人主張享有管理事務之利益時，被選人得請求本人償還被選人所支出之費用，清償其所負擔之債務，賠償其所受之損失，但此以本人所受之利益為限⁹²；本人不主張享有利益時，自無須負擔被選人所支出之費用，清償其所負擔之債務，賠償其所受之損失的義務。但本人若因管理事務受有利益，則應依不當得利規定負返還責任⁹³。

第三款 無因管理下之運作與可能之問題

一、適法無因管理之探討

(一) 被選人對於公司之權利義務

⁹⁰ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 399。

⁹¹ 劉春堂，論無因管理，輔仁法學，第 26 期，頁 167，2003 年 12 月。

⁹² 王澤鑑，無因管理制度基本體系之再構成，民法學說與判例研究(二)，頁 99，2009 年 12 月。

⁹³ 王澤鑑，無因管理制度基本體系之再構成，民法學說與判例研究(二)，頁 96，2009 年 12 月。

適法無因管理下，首先應該且必須關注的，即係無因管理人應盡到何種義務？依民法第 172 條後段規定，「……應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法為之」，相較於民法上之委任契約，於委任關係下，民法第 535 條規定，「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」又再與公司法上之董監委任契約進行比較，公司法上對於公司負責人制訂了有別於民法委任關係上更為具體性之義務與責任。公司與董事之間的權利義務關係廣為學者所討論者，即係「董事與公司間之受任人義務」與「董事與公司間之報酬請求權」。由於公司與董事間之委任契約，除公司法另有規定外，準用民法委任關係⁹⁴，故以下即對民法之委任關係與無因管理適用上有何差異進行介紹，再與公司法上之董事委任契約作比較，以突顯三者間之落差。

學說上區分民法委任契約於有償委任或無償委任下，受任人所負之注意義務即有所不同。在民法有償委任契約下，受任人應負善良管理人注意義務，即抽象輕過失責任；而無償委任，受任人應負與處理自己事務同一事務之注意義務即可，即具體輕過失責任。民法第 172 條後段規定之「有利於本人之方法為之」的管理方法，係屬何種，學說間有不同之看法：

1. 抽象輕過失說。

其理由在於，無因管理行為本質上仍係侵入他人私領域之行為，故而認管理人原則上應負善良管理人注意義務，否則應負債務不履行責任⁹⁵。若有未盡此項注意義務，致本人受有損害時，本人得請求民法第 227 條規定之不完全給付之損害賠償請求權⁹⁶。

2. 具體輕過失說。

⁹⁴ 公司法第 192 條第四項規定，「公司與董事間之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。」

⁹⁵ 蔡宏光，無因管理與委任契約之法律關係，法律評論，第 46 卷第 6 期，頁 13，1980 年 06 月 01 日；王澤鑑，無因管理制度基本體系之再構成，民法學說與判例研究（二），頁 87，2009 年 12 月；劉春堂，論無因管理，輔仁法學，第 26 期，頁 156，2003 年 12 月。

⁹⁶ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 388。

採此之理由係以無因管理人原則上並未領取報酬⁹⁷，既無領取對價且無因管理又與委任契約相似下，對照至委任契約之規定，依民法第 535 條規定，無償管理人原則上僅負具體輕過失之責任。惟若在例外無因管理人得請求報酬時，其注意義務應相對提高至抽象輕過失之責任。學說上認為，「管理人應盡之注意程度究竟為何，有時要直到事後受損害賠償之請求時，方因其選擇是否請求管理報酬而確定下來。」⁹⁸

上述二說似係以「抽象輕過失說」為我國通說⁹⁹。若肯定此見解，則在我國公司法第 23 條第一項規定下¹⁰⁰，公司負責人對公司負有善良管理人注意義務與忠實義務，通說對此注意義務之程度幾乎均採「善良管理人之注意義務」並無太大爭議¹⁰¹。因此，在無因管理與委任關係下，董事（或無因管理人）對公司（即本人）所負之義務為相同。

探討良好的公司治理發展時，公司與董事間之權責相符常為學者所關注的焦點之一¹⁰²。權責相符之意義，其中之一即在於有權利者，相對而言即負有義務，自另一個層面上觀察，權利與義務應相當。因此，股份有限公司負責人負有善良管理人注意義務與忠實義務下，公司法亦給予董事報酬請求權¹⁰³。相對者，無因管理人依通說下雖負有善良管理人注意義務¹⁰⁴，然而在權利上卻僅有必要與有益費用之返還請求權¹⁰⁵，原則上並無報酬請

⁹⁷ 民法第 176 條第一項規定，「管理事務，利於本人，並不違反本人明示或可得推知之意思者，管理人為本人支出必要或有益之費用，或負擔債務，或受損害時，得請求本人償還其費用及自支出時起之利息，或清償其所負擔之債務，或賠償其損害。」

⁹⁸ 黃茂榮，債法總論（第一冊），植根法學叢書編輯室編輯，2003 年 10 月，修訂版，136 頁；林信和，無因管理人之注意義務，月旦法學教室第 43 期，頁 11，同此見解。

⁹⁹ 蔡宏光，無因管理與委任契約之法律關係，法律評論，第 46 卷第 6 期，頁 13，1980 年 06 月 01 日；王澤鑑，無因管理制度基本體系之再構成，民法學說與判例研究（二），頁 87，2009 年 12 月；劉春堂，論無因管理，輔仁法學，第 26 期，頁 156，2003 年 12 月。

¹⁰⁰ 公司法第 23 條第一項規定，「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。」

¹⁰¹ 柯芳枝，公司法論（上），2010 年 7 月修訂 7 版二刷，頁 40；王文宇，公司法論，元照出版社，2008 年 9 月，四版第一刷，頁 117 至 118；劉連煜，現代公司法，2010 年 9 月增訂六版，頁 429。

¹⁰² 王文宇，公司法論，元照出版社，2008 年 9 月，四版第一刷，頁 50 至 53。

¹⁰³ 公司法第 196 條第一項規定，「董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定，不得事後追認。」

¹⁰⁴ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 388；孫森焱，民法債編總論上冊，2010 年 5 月修訂版，頁 123。

¹⁰⁵ 民法第 176 條第一項規定，「管理事務，利於本人，並不違反本人明示或可得推知之意思者，管理人為本人支出必要或有益之費用，或負擔債務，或受損害時，得請求本人償還其費用及自支

求權¹⁰⁶。當然仔細觀察下，此點即係採取無因管理人負「具體輕過失說」下所支持的有力理由。至此，成立無因管理下，對於被選人之不利情況即可能於此發生。

又回至義務層面下，僅以民法上規定來探討委任關係下受任人對於處理事物之過失，依民法第 544 條規定，「受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責。」委任人得依此主張損害賠償；相對於無因管理人處理事務之過失，公司得依民法第 227 條規定，「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。」¹⁰⁷又其他相同或相似之義務內容上：

1. 報告義務¹⁰⁸：

公司法第 218 條之規定，「董事發現公司有受重大損害之虞時，應立即向監察人報告」；又公司法第 230 條第一項規定，董事應編製第 22 條第一項規定下之各項表冊，並提請股東會承認之，且依公司法第 211 條第一項規定，「公司虧損達實收資本額二分之一時，董事會應即召集股東會報告」，學者認為此均屬民法第 540 條受任人報告義務的具體規定之一¹⁰⁹。因此，僅論以民法委任關係仍得包含此義務；相較於無因管理之規定，民法第 173 條第二項規定無因管理準用「民法第五百四十條至第五百四十二條關於委任之規定」，結論上並無太大差異。

至於其他義務方面，成立無因管理與民法委任契約間之差異可能有：

2. 忠實義務：

公司法第 23 條第一項除規定董事對公司具有善良管理人注意義務外，尚有忠實義務。此忠實義務係我國 90 年公司法修正時所增訂，此義務重

出時起之利息，或清償其所負擔之債務，或賠償其損害。」按尚有損害賠償請求權，然而因本文探討主題上，與損害賠償請求權關聯性較小，故不予提出。

¹⁰⁶ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 392；劉春堂，論無因管理，輔仁法學，第 26 期，頁 162，2003 年 12 月。

¹⁰⁷ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 388。

¹⁰⁸ 廖大穎，公司法原論，2005 年 9 月修訂二版一刷，頁 192。

¹⁰⁹ 廖大穎，公司法原論，2005 年 9 月修訂二版一刷，頁 192、193。

點在於「利益衝突」為其重要特徵¹¹⁰。惟在民法委任關係中，並無相同之規範，進而準用至無因管理行為上亦欠缺了規範被選人關於其「利益衝突」之行為。學說上有提出，解釋上「自民法委任關係觀之，受任人受人之託，本應忠人之事，其受任處理事務時，原則上即有忠實的要求」¹¹¹，難以想像在受任人與委任人間有利益衝突者，受任人在未排除此一利益衝突或告知委任人時，其在委任事務之處理上仍得被認為已盡到善良管理人注意義務。因此，民法委任規定中雖無「忠實義務」之字眼，惟解釋上仍應為民法第 535 條之注意義務所涵蓋¹¹²。據此解釋下，對於民法第 172 條後段規定之「有利於本人之方法為之」的管理方法採取善良管理人注意義務之見解者，是否得以與民法委任關係作相同之解釋，即有待學說上之探討。

3. 競業禁止：

公司法第 209 條規定以下對於董事有競業禁止之相關規範。有認為「競業禁止」規範為董事忠實義務之具體內涵之一¹¹³，其根本意旨仍在避免利益之衝突，因此解釋上，仍在民法委任關係之注意義務範疇之中，無因管理或許亦得採取同樣見解。

4. 於公司證券簽章之義務、申報持有股之義務、申報股份設定或解除質權之義務等¹¹⁴：

這些規定於民法委任關係中並無具體之規範，因此僅得以解釋上概括的涵蓋於受任人義務之中，即身為受任人之董事基於其受任人義務下，自應履行此類之義務。故無因管理準用民法委任關係上，或許亦應作相同之解釋，始為合理。

董事業務之執行應依董事會之決議而行為、依法應定期召開股東會、

¹¹⁰ 柯芳枝，公司法論（上），2010 年 7 月修訂七版二刷，頁 39。

¹¹¹ 曾宛如等，董事忠實義務之內涵及適用疑義—評析新修正公司法第 23 條第一項：民法研究會第三十次學術研討會記錄，法學叢刊，190 期，2003 年 4 月，頁 104、105（方嘉麟教授發言時強調：「公司負責人對公司負忠實義務，在民法裡一對一的關係，受任人對委任人負忠實義務是天經地義的，他既然受任於他人，就要忠誠，要好好的作。」）。引自邵慶平，組織與契約之間—以董事與公司之關係為例的觀察，月旦法學教室第 65 期，頁 48。

¹¹² 邵慶平，組織與契約之間—以董事與公司之關係為例的觀察，月旦法學教室第 65 期，頁 48。

¹¹³ 林國全，董事競業禁止規範之研究，月旦法學雜誌，第 159 期，頁 220、221，2008 年 8 月。

¹¹⁴ 柯芳枝，公司法論（下），2010 年 2 月修訂八版二刷，頁 280、281。各義務之規定為：公司證券簽章之義務規定於公司法第 162 條第一項、第 257 條第一項；申報持有股之義務規定於公司法第 197 條第一項前段、第二項；申報股份設定或解除質權之義務於公司法第 197 條之一。

或應法定資格之人請求而召集股東會、或其他規定應為一定行為而不為之相關責任等等。若未為法定的一定行為，此時即應依公司法第 23 條第一項規定，違反公司負責人對公司應盡善良管理人注意義務。解釋上，民法委任關係之受任人應依「法令」或「委任契約另有約定」之內容而處理委任事務，若有未依相關規定而為管理，即已違反受任人義務，因此無因管理於管理人行為上似亦應為相同之解釋較為合理。

(二)「是否有利於本人」之判斷

最後，即涉及被選人之行為與適法無因管理中之「管理應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法為之」間之「是否有利於本人」應由何機關判斷？早期似有實務見解認為，得請求法院選任臨時管理人代行董事之職務¹¹⁵，此時或由臨時管理人依其職權進行判斷或係一合理之方案。惟近來似有不同的實務見解可能有不同的結論。身為本人之公司的意思表示若認係由董事長（對外代表公司為意思表示¹¹⁶）或係由董事會之意思表示¹¹⁷作判斷基礎，而此時因股東會決議無效、不成立或經撤銷後，董事會成員（或董事長）若依經濟部見解可能回歸至原有之公司經營者¹¹⁸，

¹¹⁵ 經濟部 80 年 7 月 17 日商字第 216464 號函釋：「按選任董事監察人之股東會決議，經法院判決撤銷確定者，董事、監察人之選任無效。又前任董事、監察人既因任期屆滿，並有改選之事實，而生解任之效力，亦均不能再行使董事、監察人職權，業經本部 80.4.3 商 209723 號函說明在案。至於在合法董事改選出前，公司之業務如有處理之必要，請參考法務部 78.1.26 法 1714 號函辦理。」法務部 78.1.26 法 78 律 1714 號函釋關於公司業務因董監事之職權經法院裁定假處分不得行使，致有停頓之虞，應如何救濟乙案，復如說明二。說明：二本案經轉准司法院秘書長 78.1.13 秘台廳(一)字第 01029 號函，復略以：「來函所稱公司之董事及監察人均因法院裁定假處分，而不得行使職權，… 此時，公司之業務如有處理之必要，似得分別其情形，依如下各有關規定，定其代表人：… (二)公司係屬營利之社團法人，僅其組織、登記係依公司法成立而已(民法第 45 條、公司法第 1 條參照)，故… 非訟事件有關法人之監督及維護事件之規定(非訟事件法第 62 條至第 65 條)，除公司法另有規定外，對於公司似亦有其適用。是則如有必要，利害關係人或檢察官似得依非訟事件法第 65 條第 1 項規定，請求法院選任臨時管理人，代行董事之職權。」

¹¹⁶ 公司法第 208 條第三項前段規定，「董事長對內為股東會、董事會及常務董事會主席，對外代表公司。」

¹¹⁷ 公司法第 202 條規定，「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」

¹¹⁸ 經濟部 99/12/17 經商字第 09902170450 號函：「按「股東會決議事項經法院判決撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時無效，公司董事、監察人即應回復於改選前之狀態。惟此時原任董事、監察人之任期如已屆滿，可依公司法第 195 及第 217 條之規定，延長其執行職務至改選就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆時，當然解任。……」經濟部 94 年 10 月 27 日經商字第 09402162200 號函釋亦同。最高法院 94 年度台抗字第 72 號民事裁定：「…相對人前於八十九年改選董事之決議，經法院判決撤銷確定，由經濟部據

此時由其決定是否有利於本人是否允當備受質疑；又若係以被選人組成之董事長(或董事會)自行作認定，然而其即已被認為應與公司無委任關係，並非公司董事(長)成員，自無代表公司作成意思之能力，如何代表公司認為係「有利於本人」？又以公司當初之股東會決議之意思認定之見解亦與該股東會決議已經法院事後認定為無效、不成立或撤銷，因此分析至此，似乎陷入了無合適的機關進行認定之困境之中。若採取學者與實務早期之見解，以臨時管理人作為認定之人或係一值得考慮之途徑。

二、不適法無因管理：

(一) 不適法無因管理之判斷

若係在「管理人違反本人明示或可得推知之意思，而為事務之管理者」之情況，此為不適法之無因管理，本人得依民法第 174 條第一項規定，對於因其管理所生之損害，請求管理人損害賠償。學說上認為此所指之「而為事務之管理者」，係指管理事務之承擔，而非管理事務之實施，又此為無過失責任¹¹⁹，亦即若公司被選人所為之行為係「違反『公司』明示或可得推知之意思」，在不構成委任契約而構成無因管理下，可能反而比正常的委任關係負擔更重之責任。蓋依通說對於無因管理之管理事務所作之區分下，以「管理事務之承擔」及「管理事務之實施」作判斷¹²⁰，若公司被選人在「管理事務之承擔」上「違反『公司』明示或可得推知之意思」，

此撤銷該董事登記、回復八十九年改選前之董事登記後，相對人公司業務已由經濟部於九十三年六月八日核准變更登記之法人股東愛之味股份有限公司改派之代表人白文仁為董事長之董事會經營中，並依經濟部限期改選董、監事之通知，於九十三年九月二十三日召開九十三年度股東常會，改選董事、監察人，於同年月二十四日選任白文仁為董事長，亦難認相對人有抗告人所稱董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞，而有選任臨時管理人，代行董事長及董事會職權以儘速召集股東會改選董、監事之必要。…」

¹¹⁹ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 372。書中舉例：「三歲幼童某甲迷途，乙加以收留，應成立無因管理。乙收留甲，此項行為本身（管理事務之承擔），利於本人（甲或其父母），並不違反本人明示或可得推知之意思，應有民法第一七六條之適用。依民法第一七二條規定，乙應依本人明示或可得推知之意思以有利於本人之方法為之。若甲身體不適，乙為甲求神拜佛治病，未延依診療致甲患重病，於此情形，乙未盡其管理上之義務（管理事務之實施），應依不完全給付債務不履行之規定（第二二七條），負損害賠償責任；但仍得依民法第一七六條規定，請求其收留甲所支出之費用。」無過失責任之相同見解，黃茂榮，債法各論（第一冊），2003 年 8 月初版，植根法學叢書編輯室編輯，頁 325。

¹²⁰ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 371、372；王澤鑑，無因管理制度基本體系之再構成，民法學說與判例研究（二），頁 79，2009 年 12 月。

即負有無過失責任。然而若以此概念更進一步思考，「為公司執行業務之行為」應係屬「管理事務之承擔」，如何違反『公司』之意思，此為其一。其二，仍係在適法無因管理下所面臨的問題。公司之意思表示應取決於何機關亦為公司法上學者所關注之重點之一，在選任董事之股東會決議的場合，若係認為係由股東會選任之決議代表公司對當選人為要約¹²¹，則該次股東會原本即係選任被選人為董事，自應不違反『公司』之意思，然而事後法院認定該次股東會決議不存在或無效，此時是否仍可認定或應由何人認定該「管理事務之承擔」不違反『公司』之意思？抑或是否係由法院選任臨時管理人較為妥適，實值深思。又若係認為此時公司經營權回復至選任董事之股東會決議前之董事會上¹²²，而公司之意思又係取決於董事長或董事會之意思，則該被選人對於「管理事務之承擔」似乎必定係違反『公司』之意思，此亦有所不合理。因此，於法理上似面臨了抉擇上的困境。

本文以為，一旦當初被選人經股東會決議被選任為公司董事，而該被選人於公司擔任一定期間（半年或一年）之董事後，若並未有提出訴訟主張該選任具有瑕疵，基於對「既成事實發生的不異議」與「禁反言原則」之理由，或許即可認已不違反『公司』明示或可得推知之意思，此時或得考慮參考公司法第 189 條所定之「三十日內」為考量，依違法情節輕重作為衡量基準，如於該次選任股東會決議事後經法院認定得撤銷時，於三十日後即不得提起；若係無效，則於六個月後不得提起；較為嚴重之不成立則應有更長之期間，如一年後等便不得提起，惟由於後者訴訟性質上係屬確認之訴，尚應與訴訟法上之相關法理作調合。至若該被選人任職期間於公司所為之經營決策有故意或過失致公司受有損害，此時即屬「管理事

¹²¹ 柯芳枝，公司法論（下），2010 年 2 月修訂 8 版二刷，頁 261。

¹²² 經濟部 99/12/17 經商字第 09902170450 號函：「按「股東會決議事項經法院判決撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時無效，公司董事、監察人即應回復於改選前之狀態。惟此時原任董事、監察人之任期如已屆滿，可依公司法第 195 及第 217 條之規定，延長其執行職務至改選就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆時，當然解任。……」經濟部 94 年 10 月 27 日經商字第 09402162200 號函釋亦同。最高法院 94 年度台抗字第 72 號民事裁定：「…相對人前於八十九年改選董事之決議，經法院判決撤銷確定，由經濟部據此撤銷該董事登記、回復八十九年改選前之董事登記後，相對人公司業務已由經濟部於九十三年六月八日核准變更登記之法人股東愛之味股份有限公司改派之代表人白文仁為董事長之董事會經營中，並依經濟部限期改選董、監事之通知，於九十三年九月二十三日召開九十三年度股東常會，改選董事、監察人，於同年月二十四日選任白文仁為董事長，亦難認相對人有抗告人所稱董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞，而有選任臨時管理人，代行董事長及董事會職權以儘速召集股東會改選董、監事之必要。…」

務之實施」範疇，依前述所言，仍應係以善良管理人之注意義務作判斷，此種解釋應尚不致於與公司法之規定有過大之出入。

（二）被選人對於公司之權利義務

首先，若係被選人惡意以違法或偽造文書之方式當選為公司之董事，此時基於法律不保護惡意之人原則，似不應認為構成適法之無因管理，此時被選人惡意以違法方式當選為公司之董事，對於公司應顯已達到「違反『公司』之意思」而為「管理事務之承擔」，蓋依社會通念與交易市場上之一般認知，公司經營權合法、符合法定程序下的經營公司權力的移轉或重新選任公司負責人，為理所當然之事，亦係在公司法立場下最符合公司利益之預設，因此若有一方以故意或其他惡意之方式，違反公司法所制定之『規則』下而擔任公司董事，自應認為構成不適法之無因管理。在不適法之無因管理下，除了不阻卻管理行為之違法性¹²³，此時管理人即有可能構成侵權行為、不當得利等責任；本人（即公司）亦得依民法第 177 條第一項規定選擇享有管理之利益。當本人得以主張享受管理利益時，公司仍須負有民法第 176 條規定，管理人若「為本人支出必要或有益之費用，或負擔債務，或受損害」下，「償還其費用及自支出時起之利息，或清償其所負擔之債務，或賠償其損害」之義務；而公司若不主張享有管理之利益時，則管理人應對於其管理行為若致本人受有損害，則負有「無過失之侵權責任」¹²⁴，此時本人與管理人間的法律關係應依「不當得利」規定處理之¹²⁵。而在不適法無因管理下，又可區分：

1. 本人主張享有管理事務之利益

¹²³ 另有反對見解，孫森焱，民法債編總論上冊，2010 年 5 月修訂版，頁 117、118。

¹²⁴ 民法第 174 條第一項規定，「管理人違反本人明示或可得推知之意思，而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失，亦應負賠償之責。」通說認為此規定之「而為事務之管理者」，指管理事務的承擔，而非管理事務的實施。並舉例謂：「例如甲培養新品種蘭花，頗為名貴，乙明知甲不願參展，為使甲名利雙收，趁甲外出，逕取該蘭花參展趁機出售，不幸被盜，乙雖盡看管之能事，仍應負損害賠償責任。」王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 398；劉春堂，論無因管理，輔仁法學，第 26 期，頁 164，2003 年 12 月。

¹²⁵ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論、債之發生，2003 年 10 月增訂七版，頁 399；劉春堂，論無因管理，輔仁法學，第 26 期，頁 167、168，2003 年 12 月。

本人得主張享有管理人管理事務之利益，相對的，本人以其所得利益為限下，管理人仍得請求民法第 176 條第一項規定之必要費用與有益費用之支出，即本人應償還管理人所支出之費用，清償其所負擔之債務，賠償其所受之損失，但以本人所得之利益為限¹²⁶。在此情況，管理人僅得請求車馬費等相關已為公司支出之必要費用與有益費用（此與在民法第 176 條第一項情形中，不論本人是否願意享有管理利益、以及管理費用大於管理利益，該管理利益均歸屬於本人，本人亦皆負管理費用之返還義務不同）¹²⁷，此時管理費用之領取上，因本人表示享受管理利益，在不適法無因管理仍為其法律上原因¹²⁸。對於「董事報酬」與「董事酬勞」兩部分，管理人仍無合法請求（或保有）的基礎，公司得主張民法第 179 條不當得利之規定請求返還，且在不適法無因管理下，受領人（即被選人）為惡意知情其違法而擔任董事，依民法第 182 條第二項規定，「受領人於受領時，知無法律上之原因或其後知之者，應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還；如有損害，並應賠償。」因而管理人領取之「董事報酬」與「董事酬勞」，在「本於該利益更有所取得」下，依民法第 181 條規定，「應一併返還」，「但依其利益之性質或其他情形不能返還者，應償還其價額」。

2. 本人不主張享有管理事務之利益

本人不主張民法第 177 條第一項規定之權利，則管理人之管理事務之承擔本身即構成一侵權行為；而對於管理人管理公司之事務有不當時，管理人即負有民法第 174 條第一項規定，「管理人違反本人明示或可得推知之意思，而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失，亦應負賠償之責」之無過失的責任；除此之外，無正當權源而介入他人事務，原為一種侵權責任，如對本人引起損害，本來應負賠償責任；如本人因管理事務受有利益時，則應依不當得利之規定，負返還責任¹²⁹。管理人即負

¹²⁶ 王澤鑑，無因管理制度基本體系之再構成，民法學說與判例研究（二），頁 95，2009 年 12 月。

¹²⁷ 黃茂榮，債法各論（第一冊），2003 年 8 月初版，植根法學叢書編輯室編輯，頁 327。

¹²⁸ 無因管理制度基本體系之再構成，民法學說與判例研究（二），頁 96，2009 年 12 月；黃茂榮，債法各論（第一冊），2003 年 8 月初版，植根法學叢書編輯室編輯，頁 344。

¹²⁹ 黃茂榮，債法各論（第一冊），2003 年 8 月初版，植根法學叢書編輯室編輯，頁 342。

有不當得利返還其所得利益之義務，且管理人亦屬惡意，故本人應得依民法第 181 條與第 182 條第二項規定，請求返還。

若採取公司法學者之多數見解，依無因管理處理相關爭議，在適法無因管理下，被選人為公司實際上擔任董事一職、處理公司事務，被選人為公司所為之勞務給付，自得請求管理人所支出的相關必要費用與有益費用；相對的，其他額外之報酬即不得請求之。適用至公司法相關的金錢請求權上，通說認為董監事報酬請求權大致上得分成三類，即「董事報酬」、「董事酬勞」與「車馬費」等項目¹³⁰。該段期間管理人所領取之薪資，僅得請求（或保有）「車馬費」一項，其餘項目均無法請求、甚而可能受到公司依民法第 179 條規定，「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同」而請求返還。蓋具有「成功報酬」性質之董監事酬勞並非單純之勞務對價¹³¹，亦非屬必要或有益費用、另一方面，具有勞務對價之董監事報酬自非屬「管理公司的必要或有益費用」之範疇中。而適法無因管理時之管理人應屬善意而不知當初之選任股東會決議有瑕疵，因此管理人應得在領取之利益為金錢薪酬時，因金錢具有高度可代替性及普遍使用性，只要移入受領人的財產，即難以辨別，原則上無法判斷其不存在¹³²。但受領人若能證明確以該項金錢贈與他人時，則可主張所受利益不存在¹³³。

綜合在上述無因管理架構的討論下，公司對於被選人所領取之紅利與成功報酬得否請求返還部分？不論係適法或不適法之無因管理，被選人若係善意並不知該次股東會決議有瑕疵，而領取「董事報酬」、「董事酬勞」與「車馬費」，基於此三種領取性質上多係屬金錢利益，並無所受之利益已不存在之可能，似不得主張因善意而不須返還已不存在之利益，並保有因無管理所支出之有益費用與必要費用。惟此處之「有益」費用應如何計算？在企業經營權上公司營運之好壞難以量化為數據，無法與傳統上案例

¹³⁰ 林國全，董事報酬請求權一評最高法院九十四年台上字第二三五〇號判決，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 244 以下。

¹³¹ 林國全，董事報酬請求權一評最高法院九十四年台上字第二三五〇號判決，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月，頁 247 以下。

¹³² 王澤鑑，債法原理第二冊—不當得利，頁 255，2005 年 9 月出版。

¹³³ 王澤鑑，債法原理第二冊—不當得利，頁 255，2005 年 9 月出版。

中管理人無因管理修繕鄰居房屋，所支出之粉刷、美化環境等使房屋更為美觀的有益費用相類比。因此，「有益」費用的部分，想像上是否存在公司負責人自行支出之必要費用以外且使公司經營更為順利或促進營運之費用，如被選人為公司進行董監連保？公司已虧損而由被選人提供保證使公司得以借貸資金因應等，縱使有，應如何計算，均有待訴訟上發展衡量量化之標準。本文以為，關於此或許得以被選人所保證之債務作為計算基礎。相對的，依民法第 180 條規定，「給付，有左列情形之一者，不得請求返還：一、給付係履行道德上之義務者。二、債務人於未到期之債務因清償而為給付者。三、因清償債務而為給付，於給付時明知無給付之義務者。四、因不法之原因而為給付者。但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限。」公司（本人）是否有不法原因給付之可能？觀察民法第 180 條四款中，最可能發生者為第 3 款與第 4 款，然而此處仍會發生一項問題，公司主觀上之認知與否應取決於何機關決定？當時給付時公司經營者（又或董事會）即為管理人，公司主觀上之認知與否即以董事會之善惡意定之，此是否妥適亦值探討。

第四款 無因管理之「承認」？

最後，應探討者，為民法第 178 條規定，「管理事務經本人承認者，除當事人有特別意思表示外，溯及管理事務開始時，適用關於委任之規定。」通說認為，此規定之「承認」並無轉換法律關係（自瑕疵契約至契約）之效果，僅係具有補正瑕疵無因管理之考慮而已¹³⁴，有瑕疵之真正無因管理行為，經承認後也僅局部適用委任規定，使管理人不致因本人之承認而處於不利之地位¹³⁵。探討此「承認」之規定，首應注意的，此「承認」的效果對於被選人與公司內部間之法律關係得否獲得解決？又另一方面，據上所分析，構成適法無因管理下，所形成的一大問題係董事（被選人）權責不符之爭議，被選人在採取通說「無因管理人應對本人負有善良管理人注意義務」見解下，卻無法領取相當之報酬，造成董事空有責任卻無相對之對價給付；其次，公司法上對於董事相關的其他之規範是否於「承認」後

¹³⁴ 蘇永欽，無因管理中本人之承認，民法經濟法論文集，頁 140。

¹³⁵ 蘇永欽，無因管理中本人之承認，民法經濟法論文集，頁 140。

完全的落實；第三，係被選人得否自行以董事會為此「承認」？此應係由何人為之？由公司之股東會或董事會或甚而係對外有代表公司權限之董事長？此部分均值得探討。

亦即，首要者，如前所述在事隔多年後法院認定選任董事之決議為無效、不成立或應撤銷一旦作成或因連鎖瑕疵造成該決議效力上有所疑義，被選人已領取多年之相關薪酬與金錢，縱符合適法之無因管理，依民法第176條第一項規定，「管理事務，利於本人，並不違反本人明示或可得推知之意思者，管理人為本人支出必要或有益之費用，或負擔債務，或受損害時，得請求本人償還其費用及自支出時起之利息，或清償其所負擔之債務，或賠償其損害。」意謂該為公司無因管理行為之被選人僅得依此領取為公司（本人）所支出必要或有益之費用，即關於「車馬費」之部分，而無法領取具有勞務對價給付性質的「董監事報酬」與成功報酬性質的「董監事酬勞」。

首先，探討關於報酬部分之前，先觀察學者嘗試對於無因管理經承認後局部適用委任契約後之差異所進行之分析（以受任人，即被選人立場下觀察）¹³⁶：

1. 承認後，適用委任規定對受任人較有利者：

責任程度（民法第五三五條、第五四四條）、擔保代負債務（民法第五四六條第二項）、報酬請求權（民法第五四七條至第五四八條）、費用預付請求權（民法第五四五條）

2. 承認後，適用委任規定對受任人較不利者：

費用求償請求權（民法第五四六條）、繼續處理義務（民法第五五一條）

3. 承認後，適用委任規定與適用無因管理規定並無差異者：

複委任責任（民法第五三八條）與報告、交付、移轉義務（民法第五四〇條至第五四二條）

¹³⁶ 蘇永欽，無因管理中本人之承認，民法經濟法論文集，頁137。

自上述學者之整理可知，在報酬部分，若得適用委任規定對於受任人將較為有利，亦即受任人多了民法第 547 條至第 548 條規定之報酬給付請求權。惟公司法上對於董事之報酬請求之種類，多數說目前認為有「董事報酬」、「董事酬勞」與「車馬費」三個項目，縱得因「承認」而得以適用民法委任規定，單依民法上之委任關係是否得以完全解決董事於正常公司法適用下所得享有的權利，如董事所得分配到之成功報酬，即董事酬勞（股息紅利）等。此時或許在解釋上民法委任契約中，關於民法上之受任人依委任契約所得請求之權利上得以包括至「董事報酬」、「董事酬勞」二部分。

再者為董事對公司負有忠實義務之部分，在民法規定中，並無自英法觀念下之『忠實義務』概念，若退而求其次，忠實義務之核心概念於公司法上所欲解決者，在於利益衝突，因此適用民法委任關係中，是否得以解決利益衝突之問題？此問題在將民法委任契約中的受任人的注意義務解釋上認已包括「忠實義務」之內涵下，相當程度已獲得解決；因此在「承認」後，似亦得以此論理解決同樣之疑義。

學者有提出「管理行為本身，除非以管理人確有締結委任契約（或其他類似契約）之意思，自不得解釋為已構成事實要約，而認定承認為承諾（不論管理行為結束以前或以後作為承認）」¹³⁷，關於意思實現上，無效之契約關係也許可以「退而求其次」，以無因管理之法律關係解決，此較事實契約理論為勝¹³⁸。然而，事實上契約理論受到諸多批評，至今似已受到揚棄¹³⁹，本文暫不予以考慮。其實，更進一步去探討，若得以引入英國法上之事實上董事概念，或可根本解決適用無因管理下所帶來之紛爭，又日本法上已有學說探討在此種選任董監事之股東會決議於數年後被法院認定為無效、不成立或撤銷後，以事實上董事理論進行解決。此時的內部關係、外部關係處理上將得以較為完足的獲得解決（於後介紹之）。又有疑

¹³⁷ 蘇永欽，無因管理中本人之承認，民法經濟法論文集，頁 136。

¹³⁸ 蘇永欽，無因管理中本人之承認，民法經濟法論文集，頁 136。

¹³⁹ 王擇鑑，事實上之契約關係，民法學說與判例研究（一），頁 108，2004 年 10 月。書中提到，「事實上契約關係」之理論，在解決特殊情況，較諸傳統學說，不無簡便明確之處，此為其價值之所在，而為若干學說判例所贊同。然此尚不足令吾人以「事實行為」取代「意思表示」，以事實上之契約關係取代意思契約，蓋傳統理論尚可規律現代大量典型交易，任意創設新奇概念，不免混淆法律體系…。

者係被選人與真正董事間之關係？「當久了就是你的」的價值判斷與利益衡量是否妥適？

第三，依民法第 178 條規定，「管理事務經本人承認者，除當事人有特別意思表示外，溯及管理事務開始時，適用關於委任之規定。」依此規定，仍回到應由「公司」（本人）之內部何種機關作此『承認』之意思？只要無法解決公司身為一個「法人」而並無能力自為意思表示，而應由其內部之機關為意思之形成情況下，此類問題所生的困境，均會存在而造成相當的困擾。且此時不禁反問，若董事會作成決議為公司作成承認之意思表示，是否即得溯及既往與公司成立委任關係？若由被選人組成之董事會進行承認，可能產生利益衝突之問題；由原應取得經營權之人進行承認，似並不合理。或許此仍得由法院選任之臨時管理人依其專業評估而審查被選人擔任無因管理人期間對於公司之管理情形而進行承認。然而，一個經過數年後，被法院認定為無效或不成立之法律關係，經由臨時管理人為一承認之意思表示，即可推翻此判決之效力，此種結果是否合理？更何況，臨時管理人之職權範疇有限¹⁴⁰，是否得包含至如此重要之「承認」，亦有待探討。

第五款 不當得利與侵權行為？（採取非構成無因管理下之運作）

再者，嘗試探討另一個途徑，即如民法學者所認在不適用無因管理下，依不當得利及侵權行為，此時之發展應為何？在被選人為善意或符合本文以上所討論之適法無因管理情狀下，無因管理本身即屬一侵權行為，且若此時對於管理公司不當致公司受有損害，即可能構成侵權行為，當然仍須以侵權行為之要件進行檢視。另一個角度，此時就被選人付出之勞務得向公司請求給付相當之對價以及公司得對本人請求返還之報酬，依不當得利規定應雙方均得各自向他方進行請求，但此計算上仍有困難之處，前者涉及公司經營權之營運與事務處理之勞務給付，應如何確切量化為金錢（相

¹⁴⁰ 公司法第 208 條之 1 第一項規定，「董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞時，法院因利害關係人或檢察官之聲請，得選任一人以上之臨時管理人，代行董事長及董事會之職權。但不得為不利於公司之行為。」

當於管理公司事務之對價數額)，若僅以一般同業間之公司負責人薪酬為標準是否公平？若該批董事每年均領有具成功報酬性質之「酬勞」，是否亦應列入作為勞務給付請求返還之考量？反之，公司得請求被選人返還其所領取的「董事報酬」、「董事酬勞」與「車馬費」。此時類似於雙方於解除契約下互負返還之義務，是否得以類推民法第 259 條規定抑或使雙方互負清算義務¹⁴¹？

另一方面，於符合本文以上所討論之不適法之無因管理情況（但不適用無因管理規範）下，依不當得利與侵權行為之規範下，本文認為惡意之被選人以非法或非正當之方式（如偽造文書等）當選為公司負責人，若不論民法第 174 條第一項之法定無過失責任規定，此舉於常理上應得認構成民法第 184 條第一項前段或後段規定之侵權行為並無疑義，然而，若細究侵權行為之構成要件（不論是一般侵權責任或民法第 174 條第一項），尚有一「致生損害」要件，在對於「公司」而言，此舉對於公司是否有所損害？若純就損失填補角度而言，僅係當選董事一事，實難認為有何侵害公司權利或利益而言，可能構成損害者係在當選者為不適任之人，管理公司不當致公司受有損害，然而從公司經營層面角度上觀察，「不適任之人」此語似乎往往係在經營者管理行為對於公司運作或營運績效不佳下所給予之評論，換言之，對於公司是否構成侵權行為似應取決於「管理行為」於市場上之優劣（當然此等管理行為應為合法或於法律容許範圍內之行為），此種結論並非合理，某種程度上反映出（在公司組織中無契約上權利義務關係之拘束下）侵權行為制度受限於損害補償之功能，難以完全評價出惡意之人以不適法方式當選公司之董事對於公司產生何種侵權上的責任。（至於被選人與原經營者或應當選之人間之法律關係應如何處理，本於將於後嘗試略述之。）更遑論若此惡意之人對於公司投注相當多資源，

¹⁴¹ 黃茂榮，債法各論（第一冊），2003 年 8 月初版，植根法學叢書編輯室編輯，頁 302 註 14 部分。其內容為：「…民法特別針對自始無效及嗣後經撤銷而無效之法律行為，規定其當事人應回復原狀的責任（民法第 113 條、第 114 條第二項），第 259 條針對契約因解除而無效時，其當事人雙方應負回復原狀的義務，第 179 條在一般的針對無法律上原因而受利益，致他人受損害者規定：應返還其利益。雖有法律上原因，而其後已不存在者，亦同。……惟誠如民法第 259 條及第 179 條所示，不當得利之返還義務並不以受領利益這有可歸責事由為必要，而以有財產利益之移動及其移動無法律上原因為要件。是故，第 113 條及第 114 條第二項，以當事人於行為當時知其無效或得撤銷，或可得而知，作為其所定回復原狀義務的要件，顯然不妥。…」

亦使公司營運表現上較以往更好，此時如何以侵權行為進行究責更具疑義。因此，是否在解釋上一旦有發生故意以不法之手段（如偽造文書、假冒公司負責人名義）等造成選任董事之股東會決議發生瑕疵進而致公司經營權動盪之危險時，即應認其係對於公司進行侵權行為，而負有侵權責任以課予違法之人相當之責任，至於「損害」方面，即以公司之後所面臨的經營權不安定、訴訟風險、市場評價降低等綜合計算作為其損害數額，係值得列入考量之中。

就公司對於被選人的另一個不當得利之權利上，惡意被選人所領取之紅利與成功報酬，公司得否請求不當得利返還？被選人以不適法行為或不正當之方法當選為公司負責人，每年所領取之報酬、酬勞與車馬費在法院認定後，即不具法律上之原因而受有利益，公司自得請求返還，且被選人之不適法行為係屬惡意，依民法第 181 條規定，「將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還」且「如有損害，並應賠償」。反之，被選人若僅擔任公司董事而處理公司業務，公司支付於被選人相當於董事報酬之價額尚屬一容易之問題，然而若係被選人以惡意行為入主公司後，投注相當大筆資以改善公司、擴大公司規模或為公司提供保證、連保等，則此部分是否得被歸入於被選人所支出之有益費用而請求返還？此部分是否構成不法原因之給付？若不構成，則公司應如何計算並如何返還亦甚具困擾？蓋問題仍回到前文所分析者，一旦金錢投入涉及公司經營權的好壞，往往難以評價公司負責人之業務執行行為或投注之資金對於公司本身所帶來之價值為多少，象徵公司營運的好壞與否，一般人所認者可能係以公司股票於市場上之價值高低為標準，然而，在資本市場上，商業行為變化萬千，尤其上市公司股價表現之起伏背後所涉及之因素更為複雜，因此應如何計算被選人所投注之人力、物力與財力在單純的民法請求權上實屬困難。

除了被選人之權利（最重要的即係薪酬請求權）外，在不適用無因管理下，被選人之管理不當行為，即被選人之責任方面應如何進行評價？首先，於委任契約存在下而被認為係違反善良管理人注意義務或忠實義務之行為上，若欲以法定之債之關係（且排除掉無因管理）進行檢驗，最有可

能者係侵權行為。然而，在被選人與公司員工認為被選人自身具有董事身分下所為之管理過失行為，是否係屬侵權行為之「因故意或過失，不法侵害他人之權利」或「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人」範疇？在一般情況下，公司負責人因過失管理事務不當致公司受有損害時，公司係金錢財產上受有損害，因此僅得適用民法第 184 條第一項後段規定，惟經營公司因過失管理致公司有所損害之行為事否屬「背於善良風俗之方法」亦有疑義、又若被選人係擔任公司經營者期間故意為不法行為（如掏空公司、製造假財報隱匿公司虧損詐騙投資人等等），以危害公司，則公司應屬「他人」而有侵權行為之適用。

第二項 外國學說、個案之探討

第一款 英國法上之個案

英國法上似並未發生過有「選任董事之股東會決議有瑕疵，於事後該股東會決議經法院認定為無效、不成立或撤銷該決議下，被選人擔任公司負責人期間之法律關係應如何處理」爭議而由法院針對該被選人所為之法律行為及其地位進行評價、解決之案例，此乃係因英國法上針對此等情況特別訂有規範之緣故。本文於此即以英國法類似之案例作介紹，嘗試就英國法院相類似之情況以及相關法規探討不具董事資格之人經營公司行為，對外與對內法律關係應如何解決之可能。

第一目 公司對外之法律關係

—Royal British Bank v. Turquand¹⁴²—案事實與法院見解

本案的結論形成了著名的「Turquand」原則。此原則係指一個公司外部之交易第三人與公司進行交易時，有權利去相信此交易係完全遵守公司

¹⁴² (1856) Corut Of Exchequer Chamber [1843-1860] A11 ER Rep 435

內部之程序規定而進行¹⁴³。本件事實略為，Royal British Bank 對 Truquand 公司提起訴訟。Truquand 公司身為進行採礦業務與鋪設鐵路為目的公司的清算人 (liquidator)¹⁴⁴，銀行請求 Truquand 公司償還其向銀行所借貸的款項。此筆借貸關係是由公司的兩位董事及秘書所簽署且經由公司批准 (seal)。Truquand 公司提出抗辯認為該借貸契約依公司章程規定下並不合法，因為公司董事僅有在經由公司的一般決議 (ordinary resolution) 授權，在特定條件下始得對外進行借款，且在本案中並未有任何這樣的授權決議通過。然而，此抗辯並未被法院所接受。

本案的法官認為，公司章程規定公司進行借貸之行為應經公司董事會一般決議通過授權為之，雖然事實上並無授權決議之存在，但交易第三人有權利相信董事已取得該決議之授權下，對於交易第三人而言該借貸契約仍應認為是合法有效的。亦即，藉由授權決議中所通過的文件影本已足以滿足公司登記文件之要求。檢視著公司的登記文件，公司得藉由公司的董事會一般決議通過，授權准許董事進行借貸，此借貸行為在一定數額的金錢範圍內對公司而言是有效的；而該文件顯示出了公司已有經過決議授權董事在特定期間內得按對於公司有利的利率為公司借貸一定數額之金錢；但決議並未明確授權董事得借貸之金額數額。法院最終採取之見解為「處理這些公司的交易無法與處理其他的合夥團體間的交易作相同解釋，且當事人與公司進行交易應受到該登記文件記載之拘束的。但相對人不應再受到更多的拘束。在本案中，當事人閱讀了登記文件，且發現公司並不禁止借貸行為，但對於借貸行為設有一個特定的條件。假如交易相對人發現在公司的決議中已完全授予了特定之權限，而此決議所顯示的文件表面上係合法所作成下，其即有權利去推斷確實存在決議授權之事實。」依此，即為「Turquand」原則。

而接下來將再介紹另一個案，同樣亦係涉及「Turquand」原則，惟與 Royal British Bank v. Turquand 一案不同者係，此案之公司內部並未有

¹⁴³ Alan Dignam, Hicks & Goo' s Cases & Materials on Company Law, 244, seventh Edition, Oxford University.

¹⁴⁴ Alan Dignam, Hicks & Goo' s Cases & Materials on Company Law, 244, seventh Edition, Oxford University.

合法之董事，因此，這些未經合法選任之董事對外所為之借貸行為效力亦將受到質疑。

—Mahony v. East Holyford Mining Co Ltd 一案¹⁴⁵事實與法院見解

與前「Turquand」一案相類似者，兩案均係由公司對外進行借貸交易所引起之爭議。然而本案卻存在著未經合法選任的董事，對外進行借貸行為，此行為受到公司之質疑，認為作成交易之人並非公司合法之董事。本案系爭公司¹⁴⁶設立於1866年7月17日，公司的內部組織條款(memorandum)與章程(articles of association)¹⁴⁷於同一日登記。在公司成立前，公司的設立計畫書(prospectus)中記載Wedge、McNally、Hoare與Lewis等人為公司董事，而Wall為公司秘書(secretary)¹⁴⁸，並有公司辦公室地點。公司設立時資本額約有4000英磅，此筆金額並存放於上訴人銀行之中。本訴訟中公司之清算人主張銀行應返還該筆金錢於公司，銀行承認有收取此筆金錢，但銀行主張(此筆錢)大部分應作為公司與銀行間成立借貸關係所生之金錢債務¹⁴⁹。本案所爭執的即係涉及銀行是否有權利向公司請求清償此筆債務。如以下顯示的事實中，系爭由公司董事所簽發之票據、銀行是否有確實受到指示而支付票款，以及銀行對於其依公司之指示

¹⁴⁵ Mahony (Public Officer of National Bank of Ireland) v East Holyford Mining Co Ltd, [1874-1880] All ER Rep 427

¹⁴⁶ 公司名稱為 East Holyford Mining Co Ltd

¹⁴⁷ 依學者之介紹，「memorandum of association」與「articles of association」二文件於2006年英國公司法修正前，均係指公司之章程。基本上，「articles of association」所規定之事項係以公司對外之存在為主，如規定公司之名稱、種類、住所、所營事業及資本額等事項；「articles of association」則係以處理公司內部組織為主，如支付股款之程序、移轉股權、召集股東及董事會之方法、選任及解任董事、決定董事報酬及支付股息等事項。2006年後，CA 2006將公司章程變成一單一文件(即「memorandum of association」)。詳見曾宛如，論公司法制賦予公司之自主與彈性，收錄於余雪明大法官榮退論文集—企業與金融法制，頁566，2009年1月，初版第一刷，元照出版社。因本文於此引用之判決為1874-1880間英國法院之見解，故仍列出判決中所示之兩項文件。

¹⁴⁸ 依學者之介紹，「公司秘書於英國公司法角色主要係行政工作，並不參與公司經營，是因其雖屬公司之高階職員(officer)，但非公司經營者。公司秘書工作具體上有妥善保存公司文件、確認公司遵詢公司規定、出具經董事會通過之契約或決議之文件的認證本、甚至為公司保管及加蓋印鑑。準此，與公司秘書為交涉之相對人，可於與該秘書職稱相當之範圍內主張表見代理。」詳見曾宛如，論公司法制賦予公司之自主與彈性，收錄於余雪明大法官榮退論文集—企業與金融法制，頁577，2009年1月，初版第一刷，元照出版社。此點於本判決佔有一個關鍵之地位。

¹⁴⁹ 與「Turquand」一案略有不同者，係系爭公司在銀行設立一帳戶，並由銀行支付由公司所簽發之票據債務，換言之，若依我國實務見解，銀行與公司間係成立民法委任關係與消費借貸關係，公司按其對第三人原因關係簽發票據後，由銀行支付執票人金錢，在由銀行向公司請求所清償之數額。

而清償董事簽發之票據債務是否正當等爭議。

依公司的組織條款規定，公司應有 3 位以上、5 位以下之董事，董事由七位在章程上簽名之人以過半數同意選任之，並於公司設立後管理公司之業務¹⁵⁰；以公司名義所簽發之票據應由董事會決議通過為之，並由公司於銀行帳戶之存款支付，董事們並應維持銀行帳戶之金額足以支付票據債務¹⁵¹；董事會或由董事成員組成之委員會所為的業務執行行為應為有效，就如同每位成員係依規定經合法、正式選任而受任命為董事、具有董事資格。不論是否這些董事成員中可能在之後被發現有董事或其他人員在職務之選任上具有瑕疵、或董事會中之人有部分成員因瑕疵而取消其董事資格¹⁵²。

於公司組織條款上簽名者為 Hoare、Wall、Tully、McKenna、Murphy、Hughes 與 McNally 七人。此七人以過半數同意選任出公司董事並組成董事會。這些條款顯示幾項意義：董事執行公司之業務；對銀行而言，得作為銀行依公司董事之簽名指示支付票款之依據，銀行得藉此查詢董事代表公司為法律行為之權力來源；對股東而言，股東得以知悉受到選任的董事將立即為公司執行、管理公司事務與掌管公司金錢的事實。

之後在 1866 年 7 月 21 日，銀行收到公司的來信，內容係記載著公司已通過董事會決議，銀行得依據公司所授權三位人士（即 Thomas McNally 與 E Harvey Wadge 與 John Hoare）中其中兩位以及秘書的副署下所簽發之票據，進行付款。該信中並附上了 Wadge 與 McNally 與秘書（Wall）的簽名。

¹⁵⁰ 公司組織條款第 52 條、第 53 條、第 4 條規定。

¹⁵¹ 公司組織條款第 58 條規定。

¹⁵² 公司組織條款第 85 條規定。按此條款與 Companies Act 1948 as Amended By Companies Sct 1981 TABLE A 中的第 105 條極為相似。其原文為：「All acts done by any meeting of the directors or of a committee of directors or by any person acting as a director shall, notwithstanding that it be afterwards discovered that there was some defect in the appointment of any such director or person acting as aforesaid, or that they or any of them were disqualified, be as valid as if every such person had been duly appointed and was qualified to be a director.」（此條文本文將於以下介紹）

事實上，在章程與組織條款上簽名之人均與這家公司沒有真正的利害關係可言；且公司未定期召開股東會與董事會。法院發現此三位董事未經法定的選任董事程序而擔任該公司的董事職位，此三人可能並不具備董事資格，然而法官依照公司條款中第 85 條之規範，採取了這些董事所作成的行為仍將視為有效，就如同係經過合法之選任程序受到任命而具有董事資格下所作成的行為¹⁵³。縱使並不存在「由組織條款上簽名的七人中過半數同意選任董事或同意 McNally、Wadge 與 Hoare 三人與銀行成立借貸關係」的事實；且 Wall 在信件中對銀行所告知之內容，實際上亦並沒有通過任何的決議。但法官卻認為簽名於章程上的其他六位人士知悉成員中的兩位與 Wadge 事實上正擔任公司執行業務董事一職，三人負責管理公司業務，此三人亦從未以任何方式否認他們的行為或不同意他們所擔任的職位。因此法官建議在此應採取，該公司具有事實上董事 (de facto directors)¹⁵⁴，McNally、Wadge 與 Hoare 受到在組織條款上簽名的大多數人同意擔任公司董事職位，且銀行善意相信 (acted on the faith) Wall 所發之信件及此三人係董事之事實，而清償票據債務。

最後，在關於銀行應如何證實其支付票據款項的合法性即有其必要性。觀察整個交易過程中，銀行受到參與公司辦公的秘書 Wall 以信件告知銀行公司簽發票據的流程：將由董事會決議通過，授權三位董事 McNally、Wadge 與 Hoare 中的兩位董事簽章並經由秘書的副署 (countersigned by secretary)。McNally、Wadge 與 Hoare 任職於公司董事職位，其他人並未反對此事實並表示係由此三人擔任董事。由於公司內部由一部分的人擔任公司董事係必要的，否則公司的業務無法繼續進行；且 McKenna、Murphy、Hughes 與 Tully 知曉何人正擔任董事，此四人為公司及董事成員以下的職員，對於三人擔任董事執行業務的事實並無異議。法官認為¹⁵⁵，在這些情況下，銀行相信 Wall 的陳述應屬正當並已盡了舉證責任，Wall 身為公司秘書，透過明顯而適當的信件通知銀行得依 McNally、Wadge 與 Hoare 董

¹⁵³ Lord Cairns LC 的見解，Lord Penzance 亦有提及此論點。

¹⁵⁴ Lord Cairns LC、Lord Penzance 的見解。同時亦係本判決主要所採取的見解。

¹⁵⁵ Mahony v. East Holyford Mining Co Ltd, House of Lords [1874-1880] All ER Rep 427; [1874-80] All ER Rep 427. 承審的三位法官中之一，Judgementby-1: Lord Cairns LC (資料來源：LexisNexis 下載)

事三人簽名所簽發之票據支付票款。雖有其他主張提出：銀行得調查 Wall 主張的正確性，由銀行調查公司是否確有決議指定這些人擔任董事、Wall 的信件是否可能係屬偽造等情事，這樣銀行應該即可得知 Wall 的信件並不具真實性。但法官認為除非銀行自身參與董事會議，並從過程中知悉上述內容所作成的事實，否則這樣的過程其實是不可能達到的¹⁵⁶。

另有法官提出了補充意見表示，本案係與公開公司交易有關之案件¹⁵⁷。因此 Royal British Bank v. Turquand 一案中所採取的立場在此係值得參考的。依據 Turquand 一案中所採取之見解，公司可能得由公司的決議進行授權之行為，交易相對人有權利合理的推定授權文件係合法作成的情況下，事實上存在著此授權之決議。在本案的組織條款中，訂有同樣類型的『章程與登記文件』。自公司設立時起開始，有三位人士佔據著董事職位以及另一位人士佔據著秘書職位，四人認股作為公司股東並處理公司之業務，且在公司公開的設立計畫書（prospectus）中記載著自身擔任公司董事與秘書。三人任職於設立計畫書上所記載的辦公室中。在 6 個月期間內，該三人假裝係公司執行業務之人；公司認股人、股東與任何其他交易的相對人等，自始並無一人質疑他們的權力，因此，在這段期間內，該公司以此四個人作為存在著具有外觀的表見董事及秘書，而且係『事實上董事（de facto directors）』與『事實上秘書』。

公司依據內部的組織條款對外進行交易，而本案過程中，事實上秘書寫了一封信給銀行提及公司簽發票據的程序。這封信內容指出，公司已通過決議，且指定特定的董事簽發票據，並寄送了特定董事的簽名以引導銀行得以辨識該票據是否真實。自此，得到了簡單的事實—即一個事實上的公司執行秘書發送信件予公司所設有帳戶的銀行，以董事們之名義陳述，依據董事會決議，部分人得受授權使用公司的金錢，且自該時點起所涉及到的程序均依循該信件進行之。Cairns 法官認為銀行所須查證之事實有限，針對有論者主張銀行應調查者，並非此人是否擔任秘書一職，而係此人是否合法地受到選任而擔任秘書。因此銀行必須查證之事實：首先，董事們

¹⁵⁶ Lord Cairns LC 的見解。

¹⁵⁷ Lord Penzance 的見解。

是否已任命此人，因為依據公司的內部組織條款，銀行必須要知道、且應檢視董事們是否任命此人為秘書。然後銀行必須更進一步去調查是否董事自身有受到合法地任命。再者，董事係依公司組織條款規定下受到發起人任命，因此銀行必須一開始即調查所有的證明文件，縱使此公司並非係正常經營之公司¹⁵⁸，更何況在一家有完整償債能力的公司下，亦應作同樣的事。但 Penzance 法官採取 Royal British Bank v Turquand(2)一案中之結論，銀行不須再為任何這樣的調查。而應係證明銀行合理的信賴該漸件並依公司的組織條款履行其義務。最後，針對公司董事資格之爭議，Penzance 法官認為雖然並未有人質疑條款第 85 條規定之範圍得否涵蓋這些董事選任上之瑕疵。然而此條款的用字是相當地廣泛；一旦董事作的行為是符合條文本旨，而與第三方進行交易，董事們的行為應為有效，雖然他們並未經合法地任命。無疑地，在本案中，董事們並未受到合法地任命，但他們所為的行為依據條款 85 條下似乎仍為有效。

第二目 公司被選人對於業務執行報酬之請求

—Craven-Ellis v Canons, Limited (1936) 一案之介紹¹⁵⁹

在 Craven-Ellis v Canons, Ltd [1936] 一案中，原告在知悉其受到委任為公司的董事後，便代表公司處理公司大量業務。其後始發現，其並未受到合法委任為董事。法院最後採取對於原告所完成的事務應得領取在執行業務下合理的對價為計算基礎的報酬。原告與公司間的契約之所以無效，係因該公司章程訂有公司董事應取得一定數量的公司股份始得擔任董事一職，原告並未滿足章程所訂的持股要件，因此公司委任原告擔任董事之契約為無效，但是原告已履行完董事一定之職務¹⁶⁰。

本案的三位法官有相同的結論。Per Greer L. J 法官認為：於當事人

¹⁵⁸ Lord Cairns LC 與 Lord Penzance 認為 East Holyford Mining Co Ltd 係一“泡沫”公司 (“bubble” company)，但 Lord Chelmsford 卻認為 Holyford Mining 並不適合被稱為“泡沫”公司，此公司係一間一般的聯合股份公司 (joint stock companies)。

¹⁵⁹ Craven-Ellis v Canons, Limited, [1936] 2 KB 403

¹⁶⁰ Ian Brown, Commercial Law, Butterworths, 144.

之間並無一個有拘束力的契約時，對於工作事務完成所應支付合理的報酬，係來自法律所課予的義務，而不是以接受該服務的事實作為默示契約成立的認定。

本案大致上的事實為，在1928年8月15日前原告即與 Arthur du Cros（以下稱 Arthur）先生建立合作關係。8月15日後，Arthur 與其兒子 Phillip 設立被告公司（Canons Ltd.），原告因係資產評估員與資產代理人而受邀至被告公司擔任董事一職。當時受委任為公司董事者有：Mr. Phillip、原告與 Mr. Wheeler，以及8月23日董事們聯合選任的董事 Arthur。

身為資產評估員與資產代理人的原告，依照與公司契約中所約定之酬勞（remuneration），請求被告公司給付其受到公司的委任而擔任董事所為之工作的酬勞。然而，依公司的章程（articles of association），每一位董事受到任命為公司董事後的兩個月內，應取得章程所訂持有股份數額限制（qualification shares）之拘束。但在本案事實上董事們沒有人取得所必要的持股數，即事實上，不只原告或是其他的董事們，在兩個月內未取得章程上規定所應達到的股份限制或自始並未取得股份，導致在兩個月期滿後，董事們因沒有滿足持股之限制將不得擔任公司董事，且除了認定為事實上董事之外，這些人將無法以公司董事身分與外部人或與股東間之協議拘束公司。但是所有的董事均知悉這樣的事實，因而應承擔違反 Companies Act 1908 第 73 條規定¹⁶¹（與 1929 年英國公司法第 141 條）下

¹⁶¹ The Companies Act, 1908, 第 73 條規定，「(1) Without prejudice to the restrictions imposed by Qualification of the last foregoing section, it shall be the duty of every director who is by the regulations of the company required to hold a specified share qualification, and who is not already qualified, to obtain his qualification within two months after his appointment, or such shorter time as may be fixed by the regulations of the company. (2) The office of director of a company shall be vacated, if the director does not within two months from the date of his appointment, or within such shorter time as may be fixed by the regulations of the company, obtain his qualification, or if after the expiration of such period or shorter time he ceases at any time to hold his qualification; and a person vacating office under this section shall be incapable of being re-appointed director of the company until he has obtained his qualification. (3) If after the expiration of the said period or shorter time any unqualified person acts as a director of the company, he shall be liable to a fine not exceeding five pounds for every day between the expiration of the said period or shorter time and the last day on which it is proved that he acted as a director.」

擔任董事這樣的結果，因此原告即不得擔任被告公司的董事。原告請求於公司任事下依約定公司所應給付的報酬，或是基於合理價格支付其相當的報酬：—最後法院採取，原告依無效協議下所履行執行業務的事實，並無法剝奪其請求合理價格報酬的權利。

訴訟過程中，原告與被告曾提出多項法律上之攻防。首先針對就公司章程所定持股限制之義務，原告認為，依據被告公司章程第 18 條規定，董事在因終止其所應持有的持股比例而被剝奪其董事職位或資格時，其忠實為公司執行業務之行為仍應為有效，除非於執行業務前公司以書面通知或於登記上告知或記錄董事已受到公司免除董事之職位；但公司並未送達通知或未有任何登記記載免除董事之事實。故公司充分認知到董事所為公司服務的事實，因此，公司並無法否定原告請求支付同等合理的報酬。

被告曾提出主張，原告係在公司與董事們所認知的契約關係下進行履約，因此對於被告而言，並無法律上義務對原告給付合理的報酬。即被告認為，默示契約應該係雙方想像上認為已存有契約關係並有效存續下而為履行，在履行契約後再依此契約請求報酬。默示契約不可能係在工作已完成後而他方受領的時點上成立，而當事人再依此契約提出請求報酬。本案的當事人假設有協議之約定，且係基於明示的請求下而履行義務，當事人之一方履行該協議，而他方也接受該服務，但事後卻發現該請求係一不存在的請求，此時並不可能認定為默示契約，因此公司更無須支付合理的對價。法官認為這僅係一個嚴謹的邏輯上推論—必須有契約的成立後，始有履約、受領給付及請求，而受領給付的行為不可能係作為對於要約作成承諾的推定。但法院並未自契約成立與否著眼討論，而係認為這應該係法律所課予的義務，在當事人之間的契約不生效力下，對於工作的完成支付合理酬勞的義務，係來自法律的規定而非藉由接受貨物或服務的行為來推定默示契約的成立¹⁶²。

Cravne-Ellis 在一個無效的契約下完成其工作，並不會剝奪其依

¹⁶² Volume 1, General Principles, Chitty on Contracts, 29th, London Sweet&Maxwell, 1680

『quantum meruit』¹⁶³請求補償的權利，因為公司（透過具資格的董事或透過其股東）接受了該服務的利益，且其明知該服務並非係無償給予的¹⁶⁴。本案法院中，採取了被告必須以合理價格為基礎支付報酬，給付報酬的總額應包括所有由原告提供於公司服務直到他被解僱為止。

其他法官¹⁶⁵認為，章程賦予董事成員選任指派董事擔任常務董事的權力，亦即受指派人應具有董事資格。指派不是董事的人擔任公司常務董事，已超越了一個合法董事會所具有的權限，更何況一個事實上的董事會是無法擁有超越合法的法律上董事會的權力，而進行法律上董事所無法進行之行為。另一個認為該契約無效的原因係在契約存續過程中，當事人係相信原告身為公司董事且有能繼續擔任一位董事的前提下去成立一個協議，此種以當事人為目的對於契約成立的基礎上是重要的。故不具董事資格之人作為此協議之當事人原則上應認為該協議自始無效（void ab initio）。

法院認為公司的義務係單純的回復補償（purely restitutionary）¹⁶⁶。本案相較於以往的案例比較之下，係由於獲利而課予補償義務的案件。Greene 法官指出若公司並未由原告履行該義務，公司仍須藉由其他代理人履行該工作內容，在 Craven-Ellis 一案中，原告所提供的服務對於公司的性質上是必要的，因此原告得以取得『quantum meruit』的給付¹⁶⁷。除了本案外，在另一個案件中，法院亦採取了相同見解¹⁶⁸：對於公司在設立後依據其所成立之契約而取得履約的服務，在當事人依據『quantum meruit』請求公司對價給付時，不須考慮究竟當事人間係成立了明示契約或默示契約¹⁶⁹。因為法院的任務係在實現公平的補償¹⁷⁰。

¹⁶³ 『quantum meruit』係指“（某人）所應得的數目（as much as）”或是，換言之係“合理的補償（reasonable remuneration）”；類似意思得理解為『quantum valebant』，指支付合理的價格（他們所應得到的（as much as they were worth）或是合理的價值（reasonable value））。『quantum meruit』係英美法上類似於不當得利（unjust enrichment）之概念。請參閱 Peter Birks, *Unjust Enrichment*, 7th, 287, Oxford University Press.

¹⁶⁴ Volume 1, *General Principles, Chitty on Contracts*, 29th, London Sweet&Maxwell, 1680

¹⁶⁵ Greene L. J 之意見。

¹⁶⁶ Volume 1, *General Principles, Chitty on Contracts*, 29th, London Sweet&Maxwell, 1680

¹⁶⁷ Laurence Koffman, Elizabeth Macdonald, *The Law of Contract*, 5th, LexisNexis UK, 631.

¹⁶⁸ *Rover International LTD. v. Cannon Film Sales (No.3)* [1989] 3 All ER 423

¹⁶⁹ Volume 1, *General Principles, Chitty on Contracts*, 29th, London Sweet&Maxwell, 1681

第三目 2006 年 CA 第 161 條規定之限縮

—Morris v Kanssen and Others 一案¹⁷¹之介紹

發生於 1870 年代的 Mahony 一案，其中的 Penzance 法官曾提及系爭公司章程條款中的第 85 條¹⁷²規定範圍相當廣泛，似乎得以包含該案所發生的事實而使未受合法委任為董事們的行為有效。該條款與當時的 CA 1948 之第 180 條規定¹⁷³相當類似，再對照 CA 1985 之第 285 條規定¹⁷⁴與 CA 2006 之第 161 條規定¹⁷⁵，條文規範上均係極為類似的規定。然而，誠如 Mahony 一案法官所適用，由於該公司中之章程條款與當時之法律規定下，認定當時未經合法選任之董事們所為之法律行為有效。然而後來有認為此規定之

¹⁷⁰ Rover International LTD. v. Cannon Film Sales (No. 3) 中 Kerr L. J 之意見。

¹⁷¹ Morris v Kanssen and Others (House of Lords), [1946] AC 459, [1946] 1 All ER 586, 174 LT 353, 62 TLR 306, [1946] WN 73

¹⁷² Clause 85 provided that all acts done by any board or committee of directors should, notwithstanding it might be afterwards discovered that there was some defect in the appointment of any such directors or persons acting as aforesaid, or that they or any of them were or was disqualified, be as valid as if every such person had been duly qualified and appointed to be a director.

¹⁷³ 1948 年 CA sec. 180: "The acts of a director or manager shall be valid notwithstanding any defect that may afterwards be discovered in his appointment or qualification."

¹⁷⁴ 1985 年 CA sec. 285: "The acts of a director or manager are valid notwithstanding any defect that may afterwards be discovered in his appointment or qualification; and this provision is not excluded by section 292(2) (void resolution to appoint)."

1985 年 CA sec. 292(2): "A resolution moved in contravention of this section is void, whether or not its being so moved was objected to at the time; but where a resolution so moved is passed, no provision for the automatic reappointment of retiring directors in default of another appointment applies."

¹⁷⁵ 2006 年 CA sec. 161: "(1) The acts of a person acting as a director are valid notwithstanding that it afterwards discovered—(a) that there was a defect in his appointment; (b) that he was disqualified from holding office; (c) that he had ceased to hold office; (d) that he was not entitled to vote on the matter in question. (2) This applies even if the resolution for his appointment is void under section 160 (appointment of directors of public company to be voted on individually)."

2006 年 CA sec. 160: "(1) At a general meeting of a public company a motion for the appointment of two or more persons as directors of the company by a single resolution must not be made unless a resolution that it should be so made has first been agreed to by the meeting without any vote being given against it. (2) A resolution moved in contravention of this section is void, whether or not its being so moved was objected to at the time. But where a resolution so moved is passed, no provision for the automatic reappointment of retiring directors in default of another appointment applies. (3) For the purposes of this section a motion for approving a person's appointment, or for nominating a person for appointment, is treated as a motion for his appointment. (4) Nothing in this section applies to a resolution amending the company's articles."

範圍過於廣汎，造成部分案件並非原條文目的所規範之範圍亦有所適用，因而在後來於1946年的 *Morris v Kanssen* 案件中，本條款適用範圍受到英國法院 (House of Lords) 之限縮，排除了『自始根本不存在選任董事決議』(no appointment at all)¹⁷⁶ 的情況。

在 *Morris v Kanssen* 一案中，系爭公司設立之章程係適用當時 articles of Table A 之規範，其中章程條款第 88 條 (art 88) 之內容為「擔任公司董事之人所為之行為，雖然之後發現董事在選任程序或資格上有瑕疵，其仍屬有效」¹⁷⁷。K 與 C 係公司的第一任董事，且每一位均持有公司 1 股股份，當時公司只有發行這些股份，公司擁有一間戲院 (Rialto Theatre) 並出租與他人使用。後來 K 與 C 間發生爭執，而 C 即開始進行一項計畫，C 與 S 合作將 K 排除於董事成員之外。基於此目的，由於 S 必須先受選任擔任公司董事，並使 C 與 S 應依照公司章程中 art8 規定，請求 K 辭職。因此，C 與 S 在 1940 年 2 月以虛偽的意思主張 S 已受到選任擔任董事，且兩人偽造登記於記錄簿上 (minute book)。在 1940 年 4 月，C 與 S 試圖剝奪掉 K 董事席次 (雖然此部分係屬無效)，並嘗試發行一股股份給予 S，但這些行為均屬無效，此時 K 仍為公司董事。依公司章程記載，公司每年均應召開年度股東大會，但在 1941 年間公司並未如期召開，且因此自 1942 年 1 月起，公司即處於沒有董事在任的狀態。在 1942 年 3 月 30 日，C 與 S 以選任董事為目的下，選任 M 擔任公司董事，接著 C、S 與 M 共發行股份 34 股給予 M、32 股給予 S 以及 24 股給予 C；在 1942 年 4 月 20 日時，S 移轉了自身的 17 股給予 M，在假設所有股份均為有效發行的狀態下，當時即為 K 持有 1 股，M 持有 51 股，C 持有 32 股及 S 持有 16 股。隨後 K 即提起訴訟，主張內容其中之一為請求修正公司之登記，除了保留 C 與 K 每人所持有之一股外，應移除掉其他所有人股份之登記，法院准許了此項請求。在上訴審中，M 主張：1. 該發行之股份依據 CA, 1929, sec 143 與 Table A, art 88 下，對 M 而言係生效力的；2. 依據 *Turquand* 一案所創立之原則，故其有權利主張所發行的股份係屬有效的。

¹⁷⁶ Peter Loose, Michael Griffiths and David Impey, *The Company Director: Powers, Duties and Liabilities*, 11th, Jordans publisher, 152; *Morris v Kanssen and Others*, [1946] AC 459.

¹⁷⁷ 此規定主要內容類似於當時的 Companies Act, 1929, sec 143 的規範內容。

對於 M 的上訴主張，英國法院針對第 1 點，認為 CA, 1929, sec 143 與 Table A, art 88 之規定，無法令 1942 年 3 月 30 日之交易發生效力（亦即選任 M 擔任董事以及發行股份給予 M 之部分）。因為，在這案件的事實上，C 與 S 在當時並非公司董事；C 與公司間之委任關係已於 1941 年底終止，而且 S 自始從未受到選任。Sect 143 與 art 88 規定，僅適用於擔任董事之人所為之行為，於之後關於其選任程序或資格要件上被發現有瑕疵。這些規範無法涵蓋適用於涉及完全不存在選任的事實或是一個因詐欺而取得權力的案件中¹⁷⁸。關於第 2 點，M 無法適用 Turquand 案件原則，因為本案係屬在明知未經公司授權的交易中，自己係身為代表公司之人與公司交易之行為（而非與公司無關之交易第三人）。因此最高法院駁回了上訴人之主張。

除了上述兩點結論外，法院討論了更為困難的股份發行上的問題。法院認為(1)本案與上訴人所主張的公司章程及法規均不相關，縱使其有關聯，這些規範亦無助於他的主張。因為 sec 143 與 art 88 在本案均無適用之餘地¹⁷⁹。選任過程中具有瑕疵，與根本完全沒有選任一事兩者應有不同，合理所應該採取見解係認為至少有一個以選任董事為目的基礎條件存在始為合理，而不得將規範之文義擴張至根本沒有確實意思進行選任董事的情況，尤其係在該職位係來自於起初無任何表見外觀權力下的篡奪（usurped）行為而來，故 C 之行為於 1941 年底後依法規規定即不具有效力、S 的行為亦自始不具效力；(2) M 則未作合理的調查而受到不正確事實的影響，因而在此無法同意 M 認為自己無法發現該瑕疵（此部分亦與 Turquand 規則相關）之主張。首先，當股份發行予 M 當時，M 自身係擔任

¹⁷⁸ Morris v Kanssen and Others, [1946] AC 459. 一案法院的判決敘述道” They did not cover a case where there had been a total absence of appointment or a fraudulent usurpation of authority.”

¹⁷⁹ 在此法院先比較了兩者的文義，Companies Act, 1929, s 143 provides that “The acts of a director or manager shall be valid notwithstanding any defect that may afterwards be discovered in his appointment or qualification.” Art 88 of Table A provides that “All acts done by any meeting of the directors or of a committee of directors, or by any person acting as a director, shall, notwithstanding that it be afterwards discovered that there was some defect in the appointment of any such director or person acting as aforesaid, or that they or any of them were disqualified, be as valid as if every such person had been duly appointed and was qualified to be a director.” 並認為兩者用語上雖有不同，但適用上並無太大不同，且法院相信其主要的規範目的應屬相同。

著公司董事一職並發行股份。法院認為對於 Turquand 原則之理解應為「人們與公司係基於善意下而成立契約並進行交易，得認為其交易之過程與董事所為法律行為之權限上係經合法、適當的實行，交易相為人即不必再對於該行為在內部管理上是否為合法進行調查。」但法院對於 M 是否為善意存有疑問，況且在交易過程中 M 自己得以作確認，K 亦已試圖去對「M 自己擔任著董事之一事」提出質疑。

法院指出，法律上之代理人利用顯名主義（doctrine of ostensible）來表示其權限，公司組織亦係如此，而為求商業活動運作進行之順利，此制度適用的前提在於假設該合理的外觀權限係屬合法。但此假設有其界限，當該顯名代理係建立在本人無法合法作成的行為時，本人即不受拘束。董事或高階管理者超越權限之行為無法拘束公司，而一個制度經過設計而成立係在保護有權利去作『假設』的人，受保護之人得以主張與他們交易的人具有權限因而拘束公司，只因為他們無法得知。當 M 主張此原則時即應進行調查，M 並無權利假設選任與發行係已合法作成之有利於己之事實，而一旦調查下 M 即應該告訴自己：C 與 S 未合法地作成該行為。董事之職責就是在管理公司業務、檢視權力之行使及交易是否合法，若承認董事自身得以將事實上係違法行為當作其係合法行為、並作為有利於自己的『假設』，此將係鼓勵忽視與寬恕怠忽職守的行為。M 所得作為有利於己主張僅有『放棄知悉』（disclaim knowledge），而這唯一的途徑無法解決基於董事角色本身與此原則下二者根本上的衝突。最後，雖然有提出主張認為 M 擔任上董事後立刻進行了發行股份之行為，因此事實上無從得知該瑕疵，進而指出若在 1942 年 3 月 30 董事會會議過程，採取相反的順序，首先發行股份，接下來選任 M 擔任公司董事，該結果將會有所不同。本案法院明確指出該主張順序不同將造成不同結果之見解係荒謬的，法院對 Turquand 規則所適用之範圍作出了解釋，亦即所必須承認的係一位董事不得如同居於一位陌生人地位般適用該原則，此並非該原則之目的，不論其擔任了多久的董事，其將因未作調查而喪失了利益。

第二款 美國法之個案

第一目 採取事實上董事理論之個案

—Drob et al. v. National Memorial Park, Inc., et al.¹⁸⁰一案

本案原告係 Drob 等人；被告為國家紀念公園公司 (National Memorial Park, Inc)。原告請求法院認定公司歷次選任董事之效力並指定被告公司的臨時管理人 (receiver)。原告主張公司已有數年未有足額的董事會成員，董事未經合法選任，因為選任董事的股東會會議未經合法選任的董事召開，公司的經營在兩派股東嚴重且長時間的持續性僵持下，導致公司現實運作上的癱瘓，亦將造成公司產生立即的危險及損失。

在 1933 年 9 月，Robert F. Marlowe 成立被告公司。公司成立時係以經營追悼園 (memorial cemetery) 為目的。之後為解決公司改善營運所產生的財務問題，Marlowe 同意由 Drob 以 15000 元入主公司半數股權，且約定此筆資金將作為改善營運計畫的經費。在 1934 年 6 月 11 日兩人參與的會議上，雙方合意約定關於股份轉讓 (限制) 及權力的分配等事項，並選任出新的高階管理員與董事。依此股東名簿上所記錄的股份持有人各為：Marlowe (49 股)、Constance Marlowe (1 股)、Drob (48 股)、Harry A. Altman (1 股) 以及 John J. Mullahy (1 股)。而 Marlowe 與 Drob 各自提名數人當選為董事。

兩位大股東在 1934 年產生了不和，至 1938 年時兩人間的衝突已相當嚴重。雙方在公司的權力相當，事實發現雙方均有不合理使用或以非合理的手段取得公司財產的記錄，且 Drob 所自公司取得之利益上遠不如 Marlowe。1938 年間，Drob 指控 Marlowe 利用公司的交易獲得私益，並剝奪 Drob 所應取得之利益。雙方亦均曾嘗試解任對方之職務。爭執越演越烈，Drob 更於 1938 年 11 月 14 日以書信指責 Marlowe 剝奪其在公司的權

¹⁸⁰ Drob et al. v. National Memorial Park, Inc., et al. 28 Del. Ch. 254; 41 A.2d 589; 1945 Del. Ch. LEXIS 44 (資料來源：Lexis)

利，Marlowe 除了拒絕以相當價格購買 Drob 的股份外，並阻礙 Drob 出售其持股予第三人。

為了緩和雙方的衝突，1939年7月29日召開股東會會議，修正公司內規 (by-law) 並經無異議通過，此次修正之內容為(1)公司商業交易，董事會的法定門檻為有6名出席，出席中之5名董事同意通過；(2)董事會基於任何目的下的法律行為，應由6名董事其中的5名董事同意通過；與(3)公司內規僅得由多數持股股東投票進行制定或修改¹⁸¹。但情況並未好轉，自1939年7月29日，公司選任出六名董事後¹⁸²，即從未再召開過年度股東大會決議。至1942年9月28日止，僅剩四位董事存活，但此人數已低於召開董事會的法定門檻。Drob死於1942年1月21日、Dr. Hancher死於同年2月。Harry Drob (Drob的兄弟) 與Drob的遺產管理人各自擁有Drob公司半數持股。又雖然Harry Drob從未為公司工作服務過，但在Marlowe同意下，Harry Drob仍繼續領取原本屬於Drob的部分薪酬。

Drob死後，Harry Drob等人想退出公司經營，雖然Drob留下之股份當時係以15000元成交，且公司仍發展良好，但Marlowe僅願意在10000元內購買該股份。證據顯示Marlowe曾極力壓低Harry Drob等人持股之價值，並阻礙Harry Drob等人出售其股份¹⁸³。

¹⁸¹ 內規的 Paragraph II of Chapter V 修正之內容為：「3. 董事會成員應有 6 個人。4. 進行公司的商業交易應有必要由 5 位董事組成法定最低人數為之。5. 董事會基於任何目的下進行任何的法律行為 (any action on any subject) 時，應由 6 名董事其中的 5 名董事同意而為之。」Chapter XXII 則被修正如下：「公司內規得藉由持有多數流通在外股份之股東在任何股東常會或股東特別會 (regular or special meeting of the stockholders) 上進行修正。」(Chapter XXII 之修正係在股東會會議上，被以合法的動議所提出，並受到支持且無異議地通過)

¹⁸² 當時共有 Robert F. Marlowe、Norman Marlowe、John W. Hancher、Morris Drob、Harry A. Altman 與 John J. Mullahy 六位董事。

¹⁸³ 如判決中提到部分事實，「在 Morris Drob 死後的短暫數日，他的遺產管理人帶著一個可能的股份購買者至公司查看募園。他們並未通知 Marlowe 他們的到訪，但在遺產管理人及購買者抵達時 Marlowe 已站在大門等候他們。當遺產管理人告訴 Marlowe 他們此行的目的時，Marlowe 提供了司機供他們循視該地。有證據顯示，Marlowe 告訴他們該募園已無許多募地且這看起來像是一塊失敗的事業。Marlowe 亦告訴購買者，政府人員正在檢視公司關於稅務方面的帳簿。但事實上，公司有關於後續稅務的訴訟雖獲敗訴的裁判但已提起上訴。遺產管理人無法自 Marlowe 得到關於公司營運情況的資訊，因而 Drob 的遺產管理人控訴 Marlowe 的目的係在阻礙股份的交易。Marlowe 否認任何的意圖並認為他是坦白而真誠的。在爭執中 Marlowe 承認，公司前景看好但他未平等的將任何有利的資訊給予可能的股份購買者。約 1942 年 7 月 1 日時，原告透過律師向 Marlowe 的律師提議，Marlowe 將擁有選擇權是否在高價格賣出或以低價買入，但該提案被拒絕了。」

接著另一項爭議涉及到 Altman 與 Mullahy 持股之權利歸屬問題。兩人主張該持股係 Drob 作為兩人長久以來為其服務的報酬，且股票證書上各別登記著兩人的名字，但 Drob 死亡時卻在 Drob 占有之中。兩人表示在 1937 年後半，兩人將股份交付於 Drob，其目的係因兩人為使 Drob 與 Marlowe 協商出售公司股權事宜順利進行；原告主張 Drob 使兩人取得股份，僅係為使兩人具有擔任公司董事之資格而已¹⁸⁴。在 Drob 死亡後，兩人即要求原告應將該二股份返還，否則兩人將支持 Marlowe。該爭執關鍵反映在以下事實：公司董事會在 1942 年 2 月 28 日召開，記錄上顯示選任 Worth、Fay Marlow 為公司董事以填補董事空缺，但此並不符合公司內規。接著董事會通過由 Worth 接替 Hancher 擔任主席。同年 9 月 28 日，新的公司董事會通過，將公司未來完成的所有交易所得中給付 Marlowe 5% 作為酬金。同年 11 月 13 日再召開董事會，由尚存的 4 位董事（即 1939 年所選任的四位）再加上 Worth（1942 年 2 月當選之董事）參與會議，指示公司秘書寄送股東會開會通知書，通知股東 1942 年 12 月 5 日召開股東會。原告等人出席反對此次決議並主張召集不合法¹⁸⁵；但反對未受到理會並持續進行。決議過程中，Altman 與 Mullahy 兩人支持 Marlowe 之一方。原告依據所占有的股份證書行使股東權益，但 Drob 一方卻僅有 48 股記錄於公司上。議會主席公布結果由具有 52 股投票權的 Marlowe 派當選。

於 1942 年 9 月 28 日給予 Marlowe 酬金的董事會並不合法。Worth 在 1942 年 2 月董事會中並未合法當選為董事，因此九月召開的會議中只有四

¹⁸⁴ 但依當時的法律，擔任公司董事似不必須擁有公司股份。判決指出，在接近系爭股份證書發行給予 Altman 與 Mullahy 的 3 年後（即約 1937 年 2 月或 3 月），在 Drob 參與的董事會上似乎討論著關於 Delaware 州的法律是否要求公司董事應由股東所組成。公司的秘書以書信詢問德拉瓦州司法部（Attorney General of Delaware）此問題並得到告知，『董事不一定被要求為公司股東』。且 Drob 仍留有該原始或複製的信件。

¹⁸⁵ 關於國家紀念公園公司相關之內規如下：「公司發行的股份並未在股票交易所中交易。公司其他的內規規定，被節錄出來如下：Chapter 2, Section 3:3. 登記於公司股東名簿上的每一位股東每一股份應有一個投票權。4. 每一年度的股東大會應舉行於每年一月份的星期二上午 11 時，並由股東投票選任董事會成員。5. 股東會決議通知書應於會議召開至少 10 日前寄送給每一位股東。6. 特別股東決議會得由主席或由持有公司多數股之所有權人召開，並於 10 日前寄發開會通知書給所有股東，且該通知書應記載該決議之簡短意旨。」「Chapter 4:4. 公司應視登記（股東名簿）股份之持有者為絕對的所有權人，且任何其他人在該股份上主張任何股權或權利或利益應不予承認。」「Chapter 8:1. 公司的高階管理者應由主席、副主席、秘書與會計人員與該其他的高階管理員所組成，原則上得由董事會指定。」「Chapter 10: 在主席缺席或無行為能力時，副主席應享有所有的權力並應履行主席所有的義務，除非或直到董事們決定其他主席人選。副主席應具有如同法律上規定董事的其他權力並履行其他的義務。」

位成員具董事資格。該情況不符合內規，亦非當時公司法規定¹⁸⁶所允許少於 5 位董事會的成員在此去補滿該空缺的情況。該條文 Section 30 准許『其餘的董事們』填補空缺，除非公司組織證明文件（Certificate of Incorporation）上或內規另有其他的規定。然而在本案中，內規規定應藉由董事成員中共五位董事投贊成票通過進行選任。

原告主張，目前公司有必要請求法院指定臨時管理人（receiver）來管理公司業務。其大致主張以下幾點：(1)公司存在著兩派對等權力的股權結構，由於意見上的嚴重不一致及內規規範下，造成公司自 1942 年起所有的業務無法運作，且公司亦無法召開股東會選任董事；(2)公司自 1942 年起實際上係由 Marlowe 所掌握，並將 Drob 排除於營運之外，且以其自身之利益為主要考量經營公司；(3)雙方僵持下，Marlowe 不願以合理之價格購買 Drob 的持股；(4)縱使 Drob 僅擁有 48 股股份，但此時應得視公司為僅有兩位合夥人的合夥組織，但 Drob 自公司收取的利益遠低於 Marlowe，其侵吞了 Drob 應享有的利益。此不公平不平等的情況，已對 Drob 造成可觀的損失，且 Marlowe 拒絕補償 Drob 的損失。當時法律規定¹⁸⁷：公司的業務，除另有規定或約定外，原則上應由董事會管理。原告主張自 Drob 及 Hancher 死後，此規定完全受到漠視，Marlowe 並未透過合法的董事會運作經營公司。

被告則主張，當公司處於有盈餘並足以清償所有債務的繼續經營狀態下，法院不應允許指定臨時管理人的請求；且原告請求的目的僅係藉由要求法院指定的方式下強迫 Marlowe 與 Harry Drob 等人進行交易。

最後本案法院認為，衡平法院雖承認在明顯且無法避免的情形下，得介入正常營運具清償能力公司的經營。如因經營者詐欺、粗心的不當管理公司，基於保護小股東、避免造成重大損失為目的下，得以指定臨時管理人。但此應限於急迫並有利於公司的考量之下。若僅係股東間意見上的歧異，無法作為指定臨時管理人的正當理由。在本案中，股東間的衝突得藉

¹⁸⁶ Section 30 of the General Corporation Law, Rev.Code 1935, § 2062

¹⁸⁷ Section 9 of the General Corporation Law, Rev.Code 1935, § 2041

由出售股份獲得彌補，Marlowe 並無購買 Drob 的股份或出售自己持股之義務，對於交易過程以及雙方協議等情事上亦無詐欺之事實；且對於原告而言，公司後來拒絕繼續支付原本屬於 Drob 的部分薪酬，亦未不公平。雖有證據顯示，Marlowe 可能有故意阻礙該第三人購買 Drob 的股份之情事，其似乎過於強調公司處於不利情況，但這些並無法證實符合詐欺、不公平行為、危害公司資產，而有指定臨時管理人之必要¹⁸⁸。

法院自另一個角度切入，認為若有一法定足額的公司董事會由系爭公司股東會決議於 1942 年 12 月 5 日適法地被選任出來，則即無指定暫時的臨時管理人之必要。因為公司業務運作即不致發生癱瘓，更不會因此產生立即急迫損失的危險，此亦係涉及到原告請求法院裁決的其中一項重要內容。公司內規規定選任董事的股東會決議於年度之一月份進行。德拉瓦州公司法亦規定¹⁸⁹，若選任董事的股東會決議並未於內規所定之日期召開，『董事們應盡快令選任董事的股東會決議合法召開』。上述規定合理的結論係，法規指示應由董事組成董事會依法定方式寄送通知書以召集股東會。而事實上，系爭董事會決議已在同年 11 月 13 日召開，並寄送書面通知股東；且原告亦承認已收到該通知。四個尚生存的董事會成員係在 1939 年所選任，其中，Worth 參與該董事會議並參與召集股東會決議之表決。雖然 Worth 之選任不符內規規定，但其係 1942 年 2 月以選任 Worth 為目的下的董事會會議召開而擔任公司董事，Worth 並以擔任該職位之身分下在許多會議上投下多數決之一票，因此必須視為事實上高階管理員(de facto officer)。就第三人而言，事實上高階管理員之行為雖僅拘束公司，但此一規範應得以更為彈性自由地適用於，董事會成員們寄送通知書召集股東會之情況下，只要其有如同法律上董事般的權利。此原則將適用於本案例中，因此原告所召集的 12 月股東會決議應為有效¹⁹⁰。

¹⁸⁸ 判決中有指出，雖有主張，並無指定臨時管理人得以解決公司陷於嚴重且長期的僵持，而導致公司業務現實上的癱瘓的合法依據，故可能僅有忍受一途。但在任何情況，雖有不同派的董事或不同地位股東之間的不同意見，但對於公司目前在一方當事人暫時經營公司下而言，即無法作為指定暫時臨時管理人足以保護公司資產，直到公司得以合法正常運作的正當理由。

¹⁸⁹ Section 31 of General Corporation Law

¹⁹⁰ 判決最後之結果為：「最後，Marlowe 一派的人選在股東會決議中有六名董事被選任，而該股東會決議的多數投票權中只有兩個表決權可能受到質疑，而且並沒有充分理由顯示出應令公司資產受到任何種類的臨時管理人保管。登記在 Marlowe 所有 50 個名義下的股份，被其自身

第二目 否定事實上董事理論之個案

— Cecil P. Young and Delmas K. Kitchen v. Sigmund Janas, T. Peter Ansberry, John Feder and Permachen Corporation¹⁹¹

在本案中，原告是 Class A 的董事與 Class B 的董事，對被告公司提起訴訟，請求法院裁決公司高階管理者與董事的適法性。一位 Class A 的董事提名一位主席 (president) 作為 Class A 的董事，且得到一位股東支持。法院認該股東並未依據公司組織證明文件 (certificate of incorporation) 規範合法當選為 Class A 董事，因其並未取得 Class A 多數董事同意。因此，該主席當選為 Class A 的董事並不適法。另一方面，持有多數 Class B 股份的股東，請求公司秘書召集特別股東會。但依公司內規，股東們未得到授權得以股東自身之身分召集股東會，因此 Class B 股東會之召集係屬無效。其中一位 Class B 董事因未合法的當選為公司主席，因而以身分主席召開股東會決議請求股東們同意免除特定董事的職位並選任 Class B 董事接替者的相關程序係無效的。

本案的首席法官認為，幾乎難以相信一家公司在短暫的期間內有許多選任上的不適法。被告 Permchem 公司 (以下將逕稱公司) 有兩類股份。依公司修正的組織證書規定，當關於公司事務上有爭執時，Class B 股東僅有選任多數董事的權力。如此解釋下，法院認為十一位董事席次中的六位董事成員應由 Class B 股東選任，其餘的五位由 Class A 股東選任¹⁹²。

投予自己一派的人選上，然而 48 股被登記為原告名義的股份，身為遺產管理人，被投予相反且敗選的一方。原告亦試圖將 Altman 與 Mullahy 名字的投了兩票股份給予自己一方，但所投下的票被合法地排除，且被認定此並非一有效而受拘束的投票。因為只有記錄於公司名簿上之所有權人始得在股東會決議上投票。」

¹⁹¹ Cecil P. Young and Delmas K. Kitchen v. Sigmund Janas, T. Peter Ansberry, “John” Feder (his real first name being unknown) and Permchem Corporation, 34 Del. Ch. 287; 103 A.2d 299; 1954 Del. Ch. LEXIS 83 (資料來源: Lexis) 以下事實與法院見解均來自於此判決。

¹⁹² 據判決指出，依公司修正的組織證書規定，每股 Class A 股份與每股 Class B 股份應有一個表決權。而 Class B 股票的持有人應有權力選任多數董事會的董事，且 Class A 股票的持有人應有權力選任其餘的董事會成員。同樣的規範亦規定，Class A 缺額董事會應由其餘 Class A 董事中的多數董事同意通過補足，又 Class B 董事會之缺額應藉由其餘的 Class B 董事中的多數董事

首次引起的爭議發生在1953年7月8日的董事會決議上。該會議過程，當時公司合法的董事中，Class A的董事有—Tebrock、Beyer 與 Machle；Class B的董事有—Janas, Sr.、Kitchen、Ansberry、Janas, Jr. 與 Fessler。在會議中，Walsh 當選為 Class A 的董事以填補董事會的空額。雖然當時董事會成員中有三位 Class A 的董事，但卻只有一位在會議中出席，Walsh 經原告 Kitchen 指名並獲 Fessler 支持，但 Kitchen、Fessler 均係 Class B 的董事。依據內規規定，因 Walsh 並未取得當時既有的多數 Class A 董事的同意，故並未當選為 Class A 的董事。但此過程在當下並未受到爭執。由於 Walsh 的選任違反公司內規，係這次訴訟主要部分，且亦須考慮在 Walsh 不合法的選任後，繼續擔任 Class A 的董事數個月內，在許多場合投下關鍵票等諸項事實的法律效力。

Walsh 的選任係無效，且本案中不須關心第三人與公司交易間的權利上的問題。但法官認為，該董事地位在選任過程上可能會受到 Class A 股東的質疑¹⁹³。縱使有違法的選任過程，但若僅係在處理公司內部事務的特定目的下，則仍得接受此過程¹⁹⁴。如 *Drob v. National Memorial Park, Inc.* 一案中之闡示（此處即係指事實上董事理論）。然而，本案法官認為，在這樣違法選任董事的情況，利用事實上理論（de facto theory）的擴張適用來免除掉所有的質疑係不可能的。相反的，適用事實上理論的結果將嚴重的破壞（德拉瓦州公司法）本章節目的、公司內規以及公司民主理論的精神。

但被告認為原告等人¹⁹⁵並無權利質疑Walsh的選任，因為Walsh曾受到原告數人中一人之提名且經其他人同意而作為Class A的董事，即使僅一人有投票權。此處應得認為，若原告（即Kitchen）曾提名Walsh、並已接受他在一段期間內擔任董事的事實，則這些董事即不得質疑Walsh的資格；

同意通過補足之。內規規定董事會應有 11 位董事成員。

¹⁹³ 判決中援引了 *In re Chelsea Exchange Corp.*, 18 Del. Ch. 287, 159A. 432; *1 Cook on Corps.*, (9th Ed.), pp. 2937-2938 之見解。

¹⁹⁴ 判決中援引了 *Drob v. National Memorial Park, Inc.*, 28 Del. Ch. 254, 41 A.2d 589 一案。

¹⁹⁵ 本案有原始的原告：Cecil P. Young 與 Delmas K. Kitchen；後來訴訟參加的原告：Enrico Caruso 與 Cortez F. Enloe。被告為 Sigmund Janas、T. Peter Ansberry、John Feder（但 John 似乎不是真實的姓名）與 Permacjem 公司。而此處係指原始的原告所提出的質疑。

但法院對此問題表示仍有其他原告亦提出相關的質疑，而其他原告係不適用此抗辯的A股東等人。故禁反言抗辯並不成立。被告提出另一個主張，因為在後續的決議中，Walsh當選為Class A的董事似已為大眾所承認，且決議現場中有充足的Class A的董事，應得以認已取得全體董事之承認。但法院認為承認應在行為當下基於主觀上有所認知下所作成，但當時Class A的董事們仍缺少完全的認知。因此，以隱含的承認來作為Walsh有效選任為董事的抗辯基礎，係無法律依據的。

接下來檢驗各董事會決議所發生的違法事實。首先，過去以來一直身為Class A董事的Willard Machle，在日期1953年7月17日寄信給予主席Janas, Sr提到關於辭職之事。Machle並於1953年9月14日合法地辭職，而Janas, Sr.在8月24日辭去主席之職位。Machle的辭職在Janas, Sr.的辭職後生效。Janas辭職後，董事會試圖選任無董事資格的Young擔任主席。被告認為此違反當時8 *Del. C.* § 142中所規定的『主席應自董事人選間進行選任』，公司內規亦有類似此條文的規定。原告則認為，Young的選任是有效的，Young是在董事會會議暫停過後即受到選任為董事，而非在下次的董事會會議中。法院則認為Young係另一次的董事會會議上始有效選任為董事，此決定將與Young前次當選為主席（president）的合法性有其關聯。法院認此係一強制規定，Young在被選為主席之前應具備董事資格，因此將發生許多的錯誤。故8月24日會議中選任Young為主席不符合法律規定。

另一方面，公司當時並無人擔任主席。後來，前後有Young與Cook被選任為公司之董事，法院認定時間上分別係Young、Cook當選為董事，此時計算上Class B的董事共有七位，與公司組織中所規定Class B的法定董事席次多出一席，故結論上Cook並非公司董事。在1953年9月3日，Janas, Sr.再辭去Class B的董事。接下來即談論導致本訴訟的1953年10月30日董事會議。

法院認定在當時，有五位合法的Class B的董事（Janas, Jr.、Kitchen、Ansberry、Fessler與Young）與兩位Class A的董事（Tebrook, Beyer）。

在會議剛開始時，Class A 的董事 Beyer 提名 Janas, Sr. 擔任 Class A 董事且獲得 Walsh 支持。Beyer 與 Walsh 投票贊成 Janas, Sr. 擔任董事，但另一位 Class A 董事 Tebrock，並未投下贊成票。明顯地，在選任 Janas, Sr. 為 Class A 董事上 Walsh 的表決權係一大關鍵。但是在法院的立場上，Walsh 並非合法的 Class A 董事。選任被告 Feder 擔任董事的部分，同樣獲得 Beyer 與 Walsh 的贊成、Tebrock 反對，仍然構成相同於 Janas, Sr. 選任上的瑕疵，Feder 亦非合法的 Class A 董事。此次會議中，有人提出請求此會議延期兩週，但在座有六位董事反對、五位董事贊成。反對延期意見的六位董事有 Walsh、Janas, Sr. 與 Feder。但法律上這三位與 Cook 並無董事資格得以投票，該延期之請求即以 4 票中的 3 票通過。然而，違法的狀態持續著，並涉及到 Janas, Jr.，提議撤除 Young 主席職位。由於法院已認定 Young 並非合法的公司主席，因此對於撤銷職位之提議已無意義。且法院認為，進行撤除高階管理員的議案亦未合法撤除，故其他人仍繼續擔任公司的高階管理員。

10 月 30 日之後公司各董事的資格，關於高階管理者部分，包括公司主席一職仍持續空缺。在 1953 年 11 月 2 日，原告 Young 以擔任 Permachem 主席的身分，召集 Class A 的特別股東會，而 Class B 股東會在 11 月 16 日之同地點召集，該股東會係以董事的行為對公司不利為理由，請求股東同意撤除特定董事為目的召開，並選任董事的繼任者。由於法院認為 Young 並非公司主席，因而由其以主席身分所為之召集為無效，隨後會議中依此召集所為之行為效力亦為無效。

原告主張 Class B 股東會會議係受到合法的通知、召集，且股東們無法否認此次召集係由具有多數 B 股份資格的股東所召集。被告們雖針對此次召集提出數個異議，但法院所考慮者僅有一點：即 Permachem 公司的內規第 3 條規定如下：『特別股東會決議應在任何時候由主席召集且，此召開係主席或秘書基於過半數董事同意下的書面請求、或由持有多數資本流通在外且具有投票權股份的股東的書面請求之下，即應召開股東會。』

持有多數 Class B 股份的股東們，請求公司秘書召集特別股東會。被

告認為，該請求雖為有效，但受到違法拒絕的股東們，仍然無權力自行召集股東會。依德拉瓦州法規及公司組織章程與內規規範，當所指定的公司高級職員在受到召集股東會的請求時，拒絕或忽略召集股東會，股東對於召開股東會的權限上並無發言權。本案中的合理結論為，股東並無自行召集股東會之權利，而應藉由一適當的法院程序，合法地令高階管理員召集股東會，或藉由其他手段得到救濟。法院認為，此似乎得以更為有秩序地去解決問題，特別係在家族公司間所引起爭論。

因此多數股東於11月16日的Class B股東會的召集係無效。本案顯示出法院應依據法律所賦予的權力範圍中，在當公司董事的資格上已趨於複雜而無法挽回時，在董事選舉上作出指示。總結上述，公司主席缺席而Kitchen是公司副主席。Beyer是唯一Class A的董事，Tebrock於12月辭職。Class B董事是Kitchen、Ansberry、Janas, Jr.、Fessler與Young。

第三款 日本法上學說之探討

關於本文前面所述「選任董監事之股東會決議於事後經法院認定為無效、不成立或撤銷該股東會決議」情況下，在被選人於公司內部擔任公司負責人期間中，公司對外所為之法律行為之效力如何？又被選人於公司內部之權利義務應如何決定？以及公司之後以該次股東會決議後所為之相關程序效力為何？這幾個問題，在日本學說上，似乎係以法院判決之效力是否具有溯及效力作為立論之基礎，並自此學說上各自進行論述。換言之，在以判決效力作為基礎下，若採取法院判決之效力並不具有溯及之效力，自無須在事隔多年法院判決認定出來後，討論過往相關法律關係之必要。

法院最終之認定究有無溯及之效力，將與該段期間法律關係之變化有密切關聯。採取判決無溯及效力之說似為我國訴訟法下目前通說所不採¹⁹⁶，公司法上學者亦無異見¹⁹⁷，而確認股東會決議無效或不成立之訴訟，法院

¹⁹⁶ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），2011年1月修訂七版，頁628；楊建華、鄭傑夫，民事訴訟法要論，100年9月，頁388。

¹⁹⁷ 王文宇，公司法論，2008年9月，四版第1刷，頁309。書中謂：「依本法第189條之規定，欲撤銷股東會決議，應以訴訟為之。而此訴係屬形成之訴，即讓已發生效力之決議溯及作成決議

既已為無效或不成立之認定，則當然自始、當然、確定之無效¹⁹⁸或法律上不能認為有股東會或其決議之存在¹⁹⁹，此兩種類型下，自與溯及說下所生的結論並無二致，某種程度上此二訴訟亦係屬判決效力溯及效。第二則係在採取溯及效力之說下，若在該次選任董事股東會決議所當選董事之被選人一直到法院判決作成時點上為相同之人時，則在訴訟上似無太大疑義；有疑者，即在若是該段期間有第三人當選為董事而取得公司經營權，此時之法律關係將變得相當複雜，訴訟法上何人對於何次股東會決議之不成立或無效具有確認利益，亦須加以釐清。本論文暫不處理此情況下之法律問題，仍假設僅以『該次選任董事股東會決議所當選董事之被選人一直到法院判決作成時點上為相同之人』為前提下進行論述。

誠如前所述，過去既往法律關係將因事隔多年後法院的判決認定而產生變化，其最為根本的問題在於，即在於判決效力的溯及效力問題。統整日本學說之見解，大抵在追求此爭議的相關問題的解決上，可以分成兩說：即『判決效力溯及說』與『判決效力不溯及說』下為立論出發點。

在探討此二立場下所導出的各項學說前，日本學說上即有先就各項公司股東會決議事項進行分類，自股東會決議的各種事項上先行排除於法院判決效力進行區分，以避免產生後續的問題。如涉及公司股東會決議的法律行為甚多，其中，在關於董事自我交易責任之免除、董事報酬之決定、財務報表之承認等等情況，其股東會決議之作成會產生一定的、終了的法律效果，但不會發生因實行此股東會之決議而產生另一個法律關係時，其

時成為無效。」柯芳枝，公司法論（下），2010年2月，修訂八版二刷，頁247。民國64年02月24日(64)台函民字第1603號：「查股東會決議事項，經判決撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時成為無效，業經本部六十四年一月十六日函民字第四四三號函復在案。至於公司法第十二條關於公司登記事項之規定，由該條：「不得以其事項對抗第三人」之規定觀之，係採所謂對抗主義甚明，即公司登記事項僅為對抗要件而已，並非生效要件，故公司登記事項之登記經主管機關撤銷者，僅喪失其對抗效力而已，與該登記事項本身效力之發生或喪失，並無關係。」

¹⁹⁸ 柯芳枝，公司法論（下），2010年2月，修訂八版二刷，頁247；王文宇，公司法論，2008年9月，四版第1刷，頁308。

¹⁹⁹ 柯芳枝，公司法論（下），2010年2月，修訂八版二刷，頁242；王文宇，公司法論，2008年9月，四版第1刷，頁308。最高法院65年台上字第1374號判決意旨，「股東會之決議，乃二人以上當事人基於平行與協同之意思表示相互合致而成立之法律行為，如法律規定其決議必須有一定數額以上股份之股東出席時，此一定數額以上股份之股東出席，即為該法律行為成立之要件。股東會決議欠缺此項要件，尚非單純之決議方法違法問題，如認為決議不成立，自始即不發生效力，無須再行訴請法院撤銷，尤以公司法上之特別決議為然。」

判決效果的效力將溯及造成股東會決議無效（判決效果所溯及的決議將會無效）²⁰⁰。然而，因為如營業讓與、董事與清算人或監察人之選任、盈餘分派、章程變更、減資、合併、解散公司等等以上的情況下，於法律論理上，股東會決議成為特定的法律行為得以成立、發生的要件或是成為進行特定法律關係下的成立、發生要件時，在法理上，決議被當作無效，那這些行為或法律上的關係也必然溯及而無效。此等推論結果，無論係在公司對內或對外的法律關係上，均係一致受到認同的²⁰¹。

日本學說上認為，為了確保以當初的決議為前提下，以此決議所進行的公司內部法律關係之安定性，首要應考慮者，即係務必應先找尋或利用既有的法律規定或法理處理相關問題。另一方面，例如買賣、借貸、經理人之選任、公司債之發行等等在章程中被認定由股東會作成決議事項等，此等在法律上，選任董事無效、撤銷決議之判決不會影響不以股東大會決議為有效要件的行為²⁰²，日本判例基本上與通說採取了相同的立場，亦即法院作出如下的解釋²⁰³，其意旨為，公司對於公司與股東內部關係間所作成的法律行為，係依據股東會決議所產生時，雖然該決議因法院判決之溯及既往的效力而無效，但公司董事在執行該次股東會決議作成後之意思決定而與第三人所為之行為，由於「此股東會決議，性質上只不過是公司內部之意思決定」，故並不會受到此無效效力之影響。但是，在選任董事與清算人之決議無效之情況，因為在法院認定為無效或撤銷決議下，該董事與清算人自始即非合法的董事與清算人，這些董事對外所為之行為，善意相對人應有受到保護之必要，此時民法表見代理規定即應有所準用。此部分之說法似與我國通說對於公司各事項上之股東會決議有瑕疵時之處理相類似，因此亦產生與我國通說下所產生之疑問，即選任董事之股東會決議瑕疵究應屬何者，及在面對善意相對人時，適用民法表見代理是否得以完全解決問題之疑義。

²⁰⁰ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 149。

²⁰¹ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 149。

²⁰² 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 150。

²⁰³ 大判昭和六・六・五民集一〇卷・六九八頁部分。引自石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，頁 150。

將焦點置於選任董監事決議上觀察時，不存在的股東會決議所選任出之董事並非董事，其選任行為為無效，且其瑕疵會延續到後續的股東總會決議，此即是瑕疵連鎖說²⁰⁴。在日本法實務上，有發生對於「公司選任董事之股東會決議有瑕疵後，公司所為之相關程序的效力為何」之個案。日本實務上，類似於此爭議案件者，為最高法院平成二年4月17日判決。其案例事實大致上為²⁰⁵「昭和49年6月30日，X（被上訴人、原告）與A各自擁有Y股份公司（上訴人、被告）50%的股份（一人50%）。Y公司有董事四人，X是Y公司的代表董事，A、B、C是當時的董事。當時發生『在X等人任期屆滿前的臨時股東總會上，X辭任董事職位，而D與A被選任為其後繼董事、並在之後的董事會議上，A被選任為代表董事等』之情事，於同年7月1日的股東大會與董事會的各議事錄意旨被記載於議事錄上，但實際上均並無此等事實。因此，X以Y公司為被告，提起了請求確認下列事項之訴訟：X仍處於Y公司董事以及代表董事之地位、昭和49年7月1日之各決議不存在、D並非處於董事地位、A也非處於代表董事地位。

於Y公司，實際上並無決議之事實，卻在其後的昭和53年、56年皆登記了選任董事的意旨，甚至於59年1月30日登記了A、C、D就任董事，A就任代表董事之意旨。Y公司為避免本件訴訟中X的主張被認同，請求X召集以『應由昭和49年6月30日當時曾為董事者解任X的代表董事職位以及選任後續代表董事』一事為議題的董事會。之後X回應此請求，依A、C的請求，X向A、C發出會議召集通知，昭和60年1月30日召開了董事會，並於A、C出席的董事會上，決議解任X的代表董事一職，並選任A為後繼代表董事。」

就此案例，日本論著上探討之問題不少。其中關於選任董事股東會決議瑕疵經法院判決後，對於後續的董事會決議與股東會決議連鎖瑕疵問題

²⁰⁴ 竹濱修，先後關係にある取締役選任決議の不存在確認の訴えの利益，收錄於現代ビジネス判例—企業行動の新たなる指針—，主編者：『現代ビジネス判例』編集委員會，發行者：岡村勉，頁56、57，2003年3月27日初版第1刷發行。

²⁰⁵ 整理自弥永真生，最新重要判例200[商法]，平成22年3月20日，第三版第1刷，頁174；酒卷俊雄、尾崎安央，会社法重要判例解説，成文堂，2008年，頁152、153。

上，該判決之意旨認為，「以選任公司董事為目的之股東會決議，在無法被認為係存在的情況下，由該股東會決議選任出之董事且因而所構成之董事會，亦無法被認為係正當的董事會。並且，該董事會所選任出的代表董事亦非合法正當的受到選任。而因為不合法的代表董事並無召集股東大會的法定權限，因此即使係基於其所為之股東會召集決定，所召開的股東會並決議選任新的董事，系爭決議，若無例如係由全員股東出席之股東會會（被召開）的特別情況時，即僅得認為此等決議在法律上並不存在²⁰⁶。因此，只要此瑕疵繼續存在，之後公司的股東大會進行選任新董事，此事解釋上即係不可行的。」²⁰⁷ 本判決有其意義在於：在選任董事之（股東會）決議不存在後，若以選任董事為目的下，公司於董事會中選任出代表董事，由代表董事召集的股東總會並作成選任新任董事之決議亦將被認定不存在，亦即發生連鎖瑕疵之問題²⁰⁸。蓋公司之股東總會應係由代表董事基於董事會決議所召集，由代表董事以外之人召集的會議即並非股東總會，因此其所作成的決議無法被認定為股東總會決議（或股東會決議不存在），判例、通說即採取同樣之見解²⁰⁹。本判決即以此為前提，在選任董事之股東會決議不存在之情況下，因此時之董事會係由非合法之董事所構成，此董事會無法有效選任合法之代表董事，故此時選任出的代表董事所召集之股東總會解釋上將係有召集權限以外之人所召集之會議，其在法律上無法被認定為合法之股東總會。更因而，在此股東會決議中所作之董事選任決議亦將被認定不存在²¹⁰。

而針對此判決意旨的結論上而言，日本學說上有提出一些疑慮，若確

²⁰⁶ 最判昭和 60 年 12 月 20 日民集 39 卷 8 号 1869 頁，其意旨認「當然，即使未經法定的招集程序，包含代理人出席的情況，所謂全員出席的股東總會之決議，將作為股東總會決議被解釋為有效」。本判決之意旨，請見西尾幸夫，再決議・決議無効と訴えの利益，現代裁判法大系，第 17 卷，会社法初版，家近正直編，新日本法規出版，平成 11 年 1 月 25 日；弥永真生，最新重要判例 200 [商法]，平成 22 年 3 月 20 日，第三版第 1 刷，頁 174。

²⁰⁷ 西尾幸夫，再決議・決議無効と訴えの利益，現代裁判法大系，第 17 卷，会社法初版，家近正直編，新日本法規出版，平成 11 年 1 月 25 日；弥永真生，最新重要判例 200 [商法]，平成 22 年 3 月 20 日，第三版第 1 刷，頁 174。

²⁰⁸ 弥永真生，最新重要判例 200 [商法]，平成 22 年 3 月 20 日，第三版第 1 刷，頁 174。

²⁰⁹ 弥永真生，最新重要判例 200 [商法]，平成 22 年 3 月 20 日，第三版第 1 刷，頁 174。

²¹⁰ 弥永真生，最新重要判例 200 [商法]，平成 22 年 3 月 20 日，第三版第 1 刷，頁 174。當然本案例亦涉及其他問題，即是否得以後續合法有效的股東會決議去追認（以治癒）前有瑕疵之股東會決議以及關於提起訴訟之人是否具有確認利益等爭議。但此爭議並非本文所欲討論之重點，故暫不予以討論。

實如同本判決之意旨，一旦選任董事股東會決議不存在，即因此作出其後的股東總會決議亦不存在之解釋，將會造成只要有訴訟上之確認利益存在，不論時間經過之長短，皆得主張股東總會決議不存在，因此自法律安定性的觀點視之將有所不妥之處²¹¹。不僅是公司後續的股東會與董事會決議，如在交易安全上，股東會決議被認為係屬有效、到法院判決確定前所形成的法律關係，一旦喪失所有存續的基礎關係，那利害關係者恐怕就會有遭受不測之損害的可能。特別是，若其係以（該股東會選任董事）決議的成立為前提，所進行的各類公司事項或是交易之行為²¹²。

自確認利益存在的立場上作討論²¹³，就結論上而言，學說上似乎係傾向原告有其提起股東會決議不存在之確認利益²¹⁴。在肯定原告具有確認利益後，日本多數學說上以「為了斷絕瑕疵連鎖所帶來的持續性紛爭，即使有董事選任決議瑕疵（基本上是包含無效、撤銷之事由的，但如此就存在著其他所必須考慮的要素，故在此限定其為不存在），只要有透過登記及受到選任程序等合法的外觀、且其他的決議程序、內容方面沒有瑕疵的話，將不會影響該董事之後所召集之股東大會召集程序、決議之效力。」之見解最為有力²¹⁵。此見解固然得以保障法安定性，然而亦有批評此理論構成上的問題，即此見解存在著並無充足的法律根據的情況²¹⁶。且先前之瑕疵

²¹¹ 弥永真生，最新重要判例 200 [商法]，平成 22 年 3 月 20 日，第三版第 1 刷，頁 174。

²¹² 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 147。

²¹³ 簡言之，即「明明根本無此股東大會或是根本無作過此決議，但卻在如股東會議事錄或登記簿上作了這些虛偽的決議記載的情況、或是此股東大會在形式上雖是存在的，但在其成立形態有明顯瑕疵、或是未基於董事會的招集決定係由董事代表以外的人所招集的股東大會時，將被解釋為決議不存在。選任董事的決議不存在之訴被提起，之後，因該決議而被選任出之董事辭職或退任後，新的股東會召開並選任出新的董事或舊的董事被再次選任的時候，最初的董事選任決議不存在確認之訴，是否將失去其確認利益一事備受爭議。」探討此種情況下，確認利益存在與否之情況，請見西尾幸夫，再決議・決議無効と訴えの利益，現代裁判法大系，第 17 卷，会社法初版，家近正直編，新日本法規出版，平成 11 年 1 月 25 日。

²¹⁴ 西尾幸夫，再決議・決議無効と訴えの利益，現代裁判法大系，第 17 卷，会社法初版，家近正直編，新日本法規出版，平成 11 年 1 月 25 日。按本文所探討者，係股東會決議經法院撤銷、認定無效或不存在後，公司對外之法律關係、公司與被選人間之法律關係之變化等等問題之解決，故在此本文並不著重在確認利益有無進行探討，惟若不肯認原告有確認利益存在，某種程度而言，即否定了或相對的減少後續問題發生之機會，此或許亦不失為一種處理此爭議之方法，於此述明。

²¹⁵ 西尾幸夫，再決議・決議無効と訴えの利益，現代裁判法大系，第 17 卷，会社法初版，家近正直編，新日本法規出版，平成 11 年 1 月 25 日；竹濱修，先後關係にある取締役選任決議の不存在確認の訴えの利益，收錄於現代ビジネス判例—企業行動の新たなる指針—，主編者：『現代ビジネス判例』編集委員會，發行者：岡村勉，頁 56、57，2003 年 3 月 27 日初版第 1 刷發行。

²¹⁶ 竹濱修，先後關係にある取締役選任決議の不存在確認の訴えの利益，收錄於現代ビジネス

不影響後續程序之瑕疵，係間接的否定了判決效力所造成的瑕疵連鎖的問題。

以下，本文即將各別自日本學說上的『判決效力溯及說』與『判決效力不溯及說』兩立場作出發，介紹對於「選任董監事之股東會決議於事後經法院認定為無效、不成立或撤銷該股東會決議」後，董事代表公司對外之法律關係、董事與公司內部之法律關係等見解處理之整理與法理依據，作為本文於我國法下考量解決途徑之依據：

一、關於公司對外業務執行過去法律關係之處理

日本學說上亦意識到，採取判決溯及效力肯定說下的通說、判例，在因選任董事股東會決議瑕疵此種公司內部的事件，而造成善意第三人受到無法意料的損害，自法律關係的平衡與安定性之角度而言，此並非係學者所樂見的。因此，探求在各種法律關係中善意第三人的保護上，學者整理出學說實務上，有下述幾種解釋²¹⁷：

(一) 解釋為類推適用合名公司（即無限公司）²¹⁸在合併無效下，判決效力不溯及既往規定

(舊)日本商法第 110 條明文規定²¹⁹，合名公司的合併無效判決並不會影響合併後的存續公司或是合併後所設立的公司，以及此公司職員與第三者間所生的權利義務關係。合併無效判決之效力將不溯及既往。此規定

判例—企業行動の新たなる指針—，主編者：『現代ビジネス判例』編集委員會，發行者：岡村勉，頁 56、57，2003 年 3 月 27 日初版第 1 刷發行。

²¹⁷ 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 154。

²¹⁸ 日本法上の合名公司係指，由兩個成員以上組成，每個成員對公司債務負有無限責任之公司。

²¹⁹ (舊)日本商法第百十條，「合併を無効とする判決は合併後存続する会社又は合併に因りて設立したる会社、其の社員及第三者の間に生じたる権利義務に影響を及ぼさず」；(現)会社法第 839 條，「会社の組織に関する訴え（第八百三十四條第一号から第十二号まで、第十八号及び第十九号に掲げる訴えに限る。）に係る請求を認容する判決が確定したときは、当該判決において無効とされ、又は取り消された行為（当該行為によって会社が設立された場合にあっては当該設立を含み、当該行為に際して株式又は新株予約権が交付された場合にあっては当該株式又は新株予約権を含む。）は、将来に向かってその効力を失う。」條文內容，請參照「会社法」法令集，2011 年 3 月 30 日第八版第三刷發行，頁 275。

於合名公司的設立無效判決（（舊）日本商法第 136 條第三項）²²⁰與股份有限公司的合併無效判決（（舊）日本商法第 415 條第二項）²²¹亦有所準用。

因此，有主張若在股東會決議受到撤銷、認定無效判決的情況下，類推適用該規定（（舊）商法第 110 條）以保護善意第三人，使公司與第三人間之權利義務關係不受判決效力之影響。然而，日本學說上即有認為，若僅係自公司合併與公司設立等均為登記事項，而選任決議事項亦係公司登記事項的角度觀察，或許得以採取類推適用之見解並無太大的疑問。但對於承認準用本條規定的見解，仍有不少的批評，亦即，公司設立登記並非僅係單純的公示效力，而是效力創設之要件²²²，因而伴隨此效力下，判決不溯及效力的規定受到承認，另一方面，在公司吸收合併時之登記效力似不具創設效力，而在新設合併之登記上，始具創設之效力²²³。相對的，董事選任登記時，實體法上的權利關係並不因是否進行登記而受有影響，僅係公司於登記前不得以此事項對抗第三人，使第三人得以之對抗公司，在不同立場的情況下因而有不同的利益考量，因此是否得以逕自進行類推適用，即備受質疑。另一個有力的批評在於，日本商法（会社法）在会社法中，有關於股東會決議之撤銷、決議無效或不成立一事上，並未有準用本條的規定（即缺少否定溯及效力的條文）²²⁴，因此類推適用本規定係欠

²²⁰（舊）日本商法第百三十六條，「1. 会社の設立の無効は其の成立の日より二年内に訴を以てのみ之を主張することを得 2. 前項の訴は社員に限り之を提起することを得 3. 第八十八條、第百五條第三項、第百九條及第百十條の規定は第一項の訴に之を準用す」；（現）会社法第 839 條，「会社の組織に関する訴え（第八百三十四條第一号から第十二号まで、第十八号及び第十九号に掲げる訴えに限る。）に係る請求を認容する判決が確定したときは、当該判決において無効とされ、又は取り消された行為（当該行為によって会社が設立された場合にあっては当該設立を含み、当該行為に際して株式又は新株予約権が交付された場合にあっては当該株式又は新株予約権を含む。）は、将来に向かってその効力を失う。」條文內容，請參照「会社法」法令集，2011 年 3 月 30 日第八版第三刷發行，頁 275。

²²¹（舊）日本商法第四百十五條，「会社の合併の無効は訴を以てのみ之を主張することを得 2. 前項の訴は各会社の株主、取締役、監査役、清算人、破産管財人又は合併を承認せざる債権者に限り之を提起することを得 3. 第八十八條、第百五條、第百六條、第百八條乃至第百十一條及第二百四十九條の規定は第一項の訴に之を準用す」。

²²² 設立登記有使股份有限公司的法人格成立的效力（創設的效力，会社法第 49 條）。江頭憲治郎，株式会社法，2010 年 3 月 25 日，第三版第 2 刷發行，頁 104；「会社法」法令集，2011 年 3 月 30 日第八版第三刷發行，頁 24。新設合併依会社法第 754 條規定，係具創設效力。

²²³ 按於平成一七年修正前的商法第 416 條第一項、第 102 條規定下，合併登記為吸收合併效力發生之要件（登記的創設效力）；然而在現行会社法則規定公司未為吸收合併之登記，即不得以之對抗第三人（会社法第 750 條第二項）。請參閱江頭憲治郎，株式会社法，2010 年 3 月 25 日，第三版第 2 刷發行，頁 790、791 及頁 791 註 27、28 部分。

²²⁴ 竹瀆修，先後關係にある取締役選任決議の不存在確認の訴えの利益，收錄於現代ビジネス

缺法律依據的。況且不論是否將類推適用之範圍限定於股東會決議的事項中應進行登記之情況，採取類推適用此規定之見解本身即與承認股東會決議撤銷、或決議無效、不成立之判決溯及效力所採取的基本立場不協調，亦與現行會社法規範不符²²⁵。

(二)類推適用不實登記的效力規定((舊)商法第14條)、民法上表見代理規定(民法第109條、第110條、第112條)、表見代表董事規定((舊)商法第262條)等等適用善意第三人保護規定的見解：

通說大多認為適用自上述其中之一的規定下，應該得以兼顧到對於第三人的保護。另外，亦有學說認為，關於不論係惡意或善意第三人，於撤銷股東會決議判決的情況下，自作成法律行為至法院判決確定前為止，該次選任董事之股東會決議仍係被認為有效的情況下，且同時因為有提起訴訟權資格與提起訴訟期限的相關限制，因此即使該股東會決議有實體法上的撤銷原因，由於第三人(於交易時)不會相信該股東會決議將被撤銷，難以想像在法律行為作成時的時點上，第三人對於該股東會決議的瑕疵係屬惡意的，因此依上述各規定下應得以取得一定程度的救濟實效性²²⁶。然而，若自上述各該規定進行個別的檢討，上述諸說仍受有批評：

1. 首先是(舊)商法第14條²²⁷—關於不實登記的效力規定：

判例—企業行動の新たなる指針—，主編者：『現代ビジネス判例』編集委員會，發行者：岡村勉，頁56、57，2003年3月27日初版第1刷發行。

²²⁵ 按現行會社法第839條規定之意旨為，「關於公司組織之訴訟(限於第834條第1号至第12号、第18号及第19号所揭示的訴訟)，相關的請求判決確定後，當該關於判決認定為無效、或撤銷的行為(當對於因該行而設立公司的情況，包括該設立行為、當對於該行為係進行股份或新股預約權之交付的情況，包括該股份與新股預約權本身)，對於將來失去其效力。」而第834條第16号、第17号規定，為「十六、以股東總會決議不存在或其決議內容違反法令因而該決議無效為理由下，所提起的確認訴訟；十七、股東總會決議撤銷之訴。」換言之，會社法第839條並未對此三種訴訟作限制效力之規定。相關條文，參閱「會社法」法令集，2011年3月30日第八版第三刷發行，頁274、275。

²²⁶ 石山卓磨，事實上的取締役理論とその展開，昭和59年9月1日，第1刷發行，頁155。

²²⁷ 日本舊商法第14條規定，「故意又は過失に因り不實の事項を登記したる者は其の事項の不實なることを以て善意の第三者に對抗することを得ず。」現行會社法第908條規定，「この法律の規定により登記すべき事項は、登記の後でなければ、これをもって善意の第三者に對抗することができない。登記の後であっても、第三者が正当な事由によってその登記があることを知らなかったときは、同様とする。2. 故意又は過失によって不實の事項を登記した者は、その事項が不實であることをもって善意の第三者に對抗することができない。」其大致意旨為「I.

日本法院判例上有認為，包括民法上表見代理的情況，由於公司對於登記事項負有表見代理之責任，因此該表見董事相關的選任登記，必須係由具有真正權限者進行申請作為前提。於是，基於有瑕疵的股東大會決議而被選為董事的表見代表董事，若係其自行申請而作成登記的情況下，將因為是無權限者所申請的登記，而失去可歸責於公司的根據²²⁸。惟針對此實務見解，有認為若該不實登記之代表董事，已經公司過半數董事同意而為登記，應已得視為公司之同意，公司即應對第三人負責²²⁹。但對於上述相關的解釋，則另有批評認為，僅係因數人同意下所進行的登記程序，此種因公司內部程序間的差異，如何形成受有登記之人的行為為有效，而其他未受登記之人行為為無效，此等效力上差異，兩者之間若發生歧異則應如何解決或提供第三人保護？就此一部分，已是理論構成的自身上有所缺陷的佐證；而且，以進行登記與否的效力來為董事行為的有效性尋求法律上依據一事，亦將會在股東會決議選任董事後而尚未完成登記之情況下，造成（第三人）不受到保護的結果²³⁰。

2. 關於民法表見代理之適用乃至於類推適用的見解：

另有一說則認為，關於存有公司代理權授予表現外觀的型態上，有進行董事選任登記的情況應類推適用日本民法第 109 條規定²³¹；無進行董事

依本法規定所為之登記事項，非經登記後，不得對抗善意第三人。於登記後，第三人有正當事由而不知該登記者，亦同。II. 因故意或過失而為不實登記者，不得以該不實登記為由對抗善意第三人。」相關條文，參閱「会社法」法令集，2011 年 3 月 30 日第八版第三刷發行，頁 292。

²²⁸ 最判昭和 55.9.11 金判 609 號 11 頁。本判決摘要如下：X 公司代表董事甲死亡，其餘董事乙丙未經合法程序，聘任新董事丁，而由乙丙丁三人選任乙為新代表董事並為變更登記後，由乙與他公司訂立不動產買賣契約，此時，X 公司主張乙非 X 公司之合法代表董事不負該契約之責任。法院認為本案 X 公司之不實代表董事登記乃無代表權之乙所為，X 公司並無可歸責事由，因此並無公司法第 908 條第 2 項之適用。惟亦有見解認為，未經過合法選任董事程序之人被登記為董事，縱該董事之不實登記並非被登記人所為，但若有權申請之人（公司）對於董事就任登記有給予承諾，或就此一不實登記之實現有一定之幫助者，此時給予協力之被登記人視同為不實登記之人，亦應類推適用舊商法第 14 條（現第 908 條第 2 項），被登記人該當於「因故意或過失為不實登記之人」，因此，被登記人不得以其非董事對抗善意第三人。

²²⁹ 吉田直，ケーススタディ会社法総則. 商法総則，頁 57，一版，2007 年，東京都：中央經濟社。

²³⁰ 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 155；同書頁 158 註 21，大判昭和六・六・二四大審裁判例五卷。

²³¹ 日本民法第百九條，「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。」其意旨大致為，「對於第三人表示授與他人代理權之意旨，在該代理權

選任登記的情況下，則類推適用日本民法第 112 條規定²³²。但是，此主張亦有見解提出批評，認為若係以選任登記作為代理權授與之表示外觀的話，將發生與不實登記相同的問題，即導致登記程序的有效、無效將左右董事行為的有效性與否此一不當的結果²³³。更進一步而論，表見代理規定的適用，即使能夠保護董事的交易行為的相對人，然而亦僅止於公司因董事行為而負責，並無法因此而阻礙（交易）相對人以無權代理為由，主張契約無效。因此，亦有指出董事行為並不會因準用上述表見代理的規定而逕為有效下，法律關係將因而變得不安定。學說所指摘之董事行為並無法直接成為有效下，其所準用表見代理規定而生的法律關係亦將形成不安定，此問題仍然亦可能發生於（舊）商法第 262 條的適用情況，就關於表見董事代表規定的問題將於後再述。

二、關於董事對內業務執行之既往法律關係的處理²³⁴

在採取溯及效肯定說下的通說與實務見解，於公司內部的法律關係之中，當然亦同樣承認選任董事股東會決議經撤銷或無效判決的溯及既往效力。因此，不同於我國學說限縮於「被選人與公司間之法律關係」作為董事對內之法律關係，在日本學說探討中，當股東會決議內容進入執行的階段，因而發生另一個法律關係時，會產生如何的影響將成為爭議。特別係實際上，選任董事股東會決議有瑕疵下而當選之董事，其同時又是代表董事之情況，在判決確定前，①該董事所為之股東會召集行為、②該董事向股東所為之收取股款行為（会社法第 199 條、第 200 條）、③該董事所召集之董事會決議之效力等等均會形成問題²³⁵。

（一）首先，關於①之問題，實務上判例認為，一旦選任董事股東會

之範圍內，關於他人與第三人間所為之行為，應負其責任。但第三人明知或因過失而不知他人未被授權者，不在此限。」

²³² 日本民法第一百二十二條「代理權の消滅は、善意の第三者に対抗することができない。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。」其意旨大致為，「代理權之消滅，不得以之對抗善意第三人。但因第三人之過失而不知其事實者，不在此限。」

²³³ 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 155

²³⁴ 以下分法係參考自石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 156。

²³⁵ 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 156。

決議經撤銷或無效判決確定後，那就形成該董事自一開始就不具董事身分。因此，該董事以代表董事身分所召集之股東大會將形成由無召集權者所召集之股東大會，而該股東大會上的決議亦將因而無效²³⁶。此部分在瑕疵連鎖理論下，並無太大疑義。關於②，在被法院判決認定為自無效股東會決議的選任中所當選之清算人，其撤回公司對股東所為之收取股款行為一案中，作出「法院判決之效力擴及於參與股東會決議無效之股東會股東或身為訴訟當事人之股東，根據（舊）商法第 163 條第三項²³⁷而被準用的同法第 99 條之 4²³⁸的規定，明顯地，股東將因股東會決議全部無效的判決效力而受到拘束，此自然將導致股東不得否認該決議的無效，亦不得否認基於此決議下的股份有限公司與股東間之法律行為的無效。」²³⁹之見解。然而，

²³⁶ 東京地判・大正一一・一二・一一新聞二〇八八・一九。引自石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，頁 158、159 註 27 部分。

²³⁷ （舊）日本商法第 163 條第一項、第二項、第三項：「1. 總會招集の手續又は其決議の方法が法令又は定款に反するときは株主、取締役又は監査役は²³⁷訴を以てのみ其決議の無効を主張することを得 2. 株主は總會に於て決議に對れ異議を述べたるとき又は正當の理由なくれて總會に出席することを拒まれたるときに限り又株主が總會に出席せざる場合に於ては自己に對する總會招集の手續が法令又は定款に反することを理由とするときに限り前項の訴を提起することを得 3. 第 99 條之 3 與第 99 條之 4 規定は前二項の場合に之を準用す」

相近意旨條文於会社法第 831 條第一項規定，「次の各号に掲げる場合には、株主等（当該各号の株主總會等が創立總會又は種類創立總會である場合にあっては、株主等、設立時株主、設立時取締役又は設立時監査役）は、株主總會等の決議の日から三箇月以内に、訴えをもって当該決議の取消しを請求することができる。当該決議の取消しにより取締役、監査役又は清算人（当該決議が株主總會又は種類株主總會の決議である場合にあっては第三百四十六条第一項（第四百七十九条第四項において準用する場合を含む。）の規定により取締役、監査役又は清算人としての権利義務を有する者を含む、当該決議が創立總會又は種類創立總會の決議である場合にあっては設立時取締役又は設立時監査役を含む。）となる者も、同様とする。一 株主總會等の招集の手續又は決議の方法が法令若しくは定款に違反し、又は著しく不公正なとき。二 株主總會等の決議の内容が定款に違反するとき。三 株主總會等の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって、著しく不当な決議がされたとき。」條文内容，請參照「会社法」法令集，2011 年 3 月 30 日第八版第三刷發行，頁 273。

其意旨為，「於下列各号規定中，股東等（當該各号的股東總會等是創立大會或種類創立大會等場合，為股東、設立時股東、設立時董事或設立時監察人），自股東大會決議後三個月內，得提起訴訟撤銷該決議。因該決議之撤銷而成為董事、監察人或清算人（對於該決議是股東總會或是種類股東會決議の場合，包括準用第 346 條第一項、第 479 條第四項）之規定而具有權利義務的董事或清算人的情況、當該決議是創立大會或種類創立大會決議の場合（包括設立時董事或設立時監察人）者亦同。一 股東總會的召集程序或決議方法違背法令或章程、或有明顯不公平時；二 股東會決議內容違反章程規定時；三（略）……」

²³⁸ （舊）日本商法第 99 條之四，「設立を無効とする判決は當事者に非ざる社員に對れても其效力を有す原告が敗訴れたる場合に於て惡意又は重大なる過失ありたるときは會社に對れ連帶して損害賠償の責に任す。」会社法第 846 條規定，「会社の組織に関する訴えを提起した原告が敗訴した場合において、原告に惡意又は重大な過失があったときは、原告は、被告に対し、連帶して損害を賠償する責任を負う。」

其意旨為，「在提起關於公司組織之訴訟而原告敗訴情況下，當原告有故意或重大過失時，原告對於被告負連帶損害賠償責任。」

²³⁹ 大審院（大判大正一〇・七・一八民錄二七・一三四九）。引自石山卓磨，事實上の取締役理

通說指出實務見解將嚴重了阻礙公司法律關係的安定性。學說認為關於(1)所作成的結論並不適當，有如下列三說的見解，嘗試為採取經撤銷之決議或無效判決並不影響該次股東會召集效力的結論之立場提出依據。亦即有提出，

(A)類推適用商法第 14 條、

(B)依民法表見代理的一般原則理論與設立無效制度的精神下，判決時點前的選任董事行為應為有效之說、

(C)雖然在選任董事股東會決議無效下，召集行為亦將無效；但在選任董事的股東會決議經撤銷前，召集行為不過是為了達成決議的一個程序而已。既然召集當時，該董事在法律上確實是董事，且該決議又已合法成立時，即使在後來董事選任決議被認定無效，也不應影響已成立之決議的效力之見解等等。

但是，對於(A)見解，在類推適用(舊)商法第 14 條(即會社法第 908 條第二項的不實登記規定)的見解中，有提出批評：公司僅係對於善意之股東無法否定該董事為代表董事一事，此並非係充分的依據來對抗否認董事代表之資格及主張股東會召集程序有瑕疵的股東。另有批評認為，採取類推適用有關不實登記效力的公司法第 908 條第二項之見解，但第 908 條第二項係規範登記義務人與第三人之間的法律關係，於公司(與登記義務人)內部關係的適用上未必合理²⁴⁰。而且股東會的召集行為性質上本即係屬於公司的內部關係，並非公司對外與第三人間之法律關係，所以不應適用本條的類推適用。另外，對於(B)說見解，則有人認為採此見解即與判決溯及效力否定說幾乎已無太大之差異。至於(C)見解則有批評，只要原則上，不承認召集程序上的瑕疵與所有股東會決議之效力並無關聯的話，則(C)見解理論上即難以被接受。因此，若嘗試採取承認判決效力的溯及效力下，又欲兼採股東會召集行為有效之說法，理論上將難以自圓其說。又，關於②③者之情況，學說上在採取效力有效說下，並沒有適當的解決論證說明。推論結果，仍可能形成不得不承認『判決效力的不溯及說』之

論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 159 註 28 部分。

²⁴⁰ 弥永真生，最新重要判例 200 [商法]，平成 22 年 3 月 20 日，第三版第 1 刷，頁 174。

見解²⁴¹。

(二)當然，亦有提出對於公司內部法律關係部分，若依據瑕疵連鎖說，將得到無權限者所為之行為僅能變為無效之結論，而有違法安定性²⁴²。因此，其認為並無全盤否定對內行為效力之必要。為維持法律上的安定性，可藉由後續進行追認決議等方式來進行擔保其合法性²⁴³。然而此見解適用上仍缺少法律上之依據。

(三)就董事報酬而言，若在法院判決後公司與董事間進行董事報酬之清算，假設無權限者進行著董事職務而執行了相對應的工作，學者有認為其應得取得相當之對價，應不得以單純的不當得利問題來作處理。(當然，亦有爭執認為：既然董事明知其自身係無權限者而進行了職務，其請求報酬當然即並非正當。此時縱使有決議存在，董事是否得以領取報酬一事亦會產生疑問)²⁴⁴。

另一方面，針對提出『判決效力不溯及說』的見解進行探討，相對於『判決效力溯及說』立場下的眾多學說去嘗試作出解決途徑，『判決效力不溯及說』似乎反而係日本學說上之少數見解。立於此立場下，曾有自決議內容是否涉及一次性或係持續性的二分法下(本文一開始所介紹之部分)，結合立法上已有針對合併無效等情況有溯及效力否定的特別規定，因此對於一旦在選任董事之股東會決議瑕疵肯定溯及效下，將造成法律關係的混亂，為求避免此混亂而認為價值判斷上，應對判決效力溯及說採取否定的見解²⁴⁵。惟其立論上亦受到論點薄弱之批評。最後值得一提者，乃

²⁴¹ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，頁157。

²⁴² 竹濱修，先後關係にある取締役選任決議の不存在確認の訴えの利益，收錄於現代ビジネス判例—企業行動の新たなる指針—，主編者：『現代ビジネス判例』編集委員會，發行者：岡村勉，頁58，2003年3月27日初版第1刷發行。

²⁴³ 竹濱修，先後關係にある取締役選任決議の不存在確認の訴えの利益，收錄於現代ビジネス判例—企業行動の新たなる指針—，主編者：『現代ビジネス判例』編集委員會，發行者：岡村勉，頁58，2003年3月27日初版第1刷發行。

²⁴⁴ 竹濱修，先後關係にある取締役選任決議の不存在確認の訴えの利益，收錄於現代ビジネス判例—企業行動の新たなる指針—，主編者：『現代ビジネス判例』編集委員會，發行者：岡村勉，頁57、58，2003年3月27日初版第1刷發行。石山卓磨教授於事實上の取締役理論とその展開一書中亦引用了前述之Craven-Ellis v. Canons一案，認為得以請求與工作服務相對應的報酬。

²⁴⁵ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和59年9月1日，第1刷發行，頁161所引

係「事實上董事」理論之提出。日本學說上，有以英美法制上的「事實上董事理論」作為論據，嘗試解決採取法院判決效力溯及說下，過去的法律關係因而發生變動後所形成的相關問題。學者提出，『在過去法律關係的處理上，進行事實上董事理論的發展』。首先，此「事實上董事」理論提出之學者，係將此理論歸於「法院判決效力不溯及說」之下進行論述，並嘗試為「法院判決效力溯及說」提出更為堅實的立論基礎²⁴⁶。

學者認為在英美法判例與法理中，對既有事實尊重的（公序）理念下的「事實上董事理論」已然制度化，尤其在英國公司法中，反應此理念的事實上董事規定已經有了明確的規範²⁴⁷。基於在英美法公司法制下的事實上董事法制與對於既有事實尊重的理念，或許得以考慮將「事實上董事理論」也導入日本法制中，並試著檢討在選任董事決議受到撤銷或認定無效的情況下，對於處理過去既往的法律關係的角度上來發展「事實上董事理論」的意義²⁴⁸。

因而，學者提出在「事實上的董事」的認定要件被總結為：(1)具有權力來源的外觀（colour of the title）或是有權限的外觀、(2)職務的繼續執行。若是這兩點被滿足，且利害關係人信賴該表見董事即為法律上的董事一事而受到承認者，則該董事所為之對內、對外的業務執行行為，原則上將被認定有效，其將被課予和法律上董事相同的責任與義務²⁴⁹。此說認為自英美法著眼於，此理論具備著保護善意第三人的目的底下，應擴大其原本立論的基礎及於既有的外觀理論下進行適用，此理論應得作為以維護公共秩序為指導原則的獨立理論。此處之公共秩序，實質上係存有對『既成秩序』乃至於『尊重既成事實』的理念；同時，亦把前述的認定要件(1)、(2)理解為，判斷該「表見董事」是否得以作為法律上值得保護的既成秩序認定上之客觀指標。英美公司法規範上，事實上董事的行為原則上對內、

之「法的確實的要求」說之石井照久教授之見解部分。

²⁴⁶ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和59年9月1日，第1刷發行，頁161、162。

²⁴⁷ 英國公司法(Companies Acts 2006)s. 250, “In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.” 此條文即係日本學者石山卓磨教授作為其在此爭議上採取事實上董事理論的依據。

²⁴⁸ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和59年9月1日，第1刷發行，頁163、164。

²⁴⁹ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和59年9月1日，第1刷發行，頁164。

對外皆有效的效力。在普通法（common law）上，法院課予事實上董事，和法律上董事相同的責任與義務²⁵⁰，自得藉此理論來解決瑕疵連鎖下所生的種種問題。學者認為，如同在英美公司法制中一般，令事實上董事理論或事實上董事成文法的依據中隱含有維護公共秩序的精神，基於尊重既成事實的理念下，綜合地解決包括對內的法律關係、對外的業務執行行為的效果，及義務或責任等等的各項問題²⁵¹。

採取事實上董事理論的學者認為，前述中日本法上的學說、判例所顯示出的對於過去法律關係的處理方法上不一定非常充分。因此，此時若探討適用「事實上的董事理論」來嘗試解決此爭議時，將有如何的優點呢？首先，適用事實上董事法制中，有一個重要問題的探討，即係：「關於公司對外執行業務的交易行為，『表見董事』無法律上之資格且並無權限對外為法律行為，則是否應該將得以表見代理為由而主張該交易行為無效的權利，保留給交易的善意第三人？」就這點而言，因為日本民法上的表見代理規定、商法上的不實登記或是表見代表董事規定等等，立論於禁反言原則乃至於法律上的外觀理論，至多亦僅係具有否定直接認定該表見董事行為為無效的效力，即使適用或類推適用這些規定，交易相對人仍保有上述權利²⁵²。

因此，學者認為不具備法律上資格之董事所為之法律行為，這些本應認定為無效或效力未定的法律行為，若欲超越表見代理法律架構上的界限，在效力上產生完全有效之效果的話，即有必要導入既存的『溯及效力否定說』或是立基於『維持既成秩序』的新理論。基於前述對於各學說諸項批評的介紹，學者以為，應引入並發展上述的「事實上董事理論」。亦即，學者提出了關於滿足居於董事地位而具有『權限的外觀』與『繼續執行職務』兩要件下的表見董事應成立事實上董事。從平衡法的觀點上，其發現除了對於既成秩序的理念予以維持的同時，若是要發展出將該表見董事的行為評價為與法律上董事具備相同效力的理論的話，制定治癒個別無效行

²⁵⁰ 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和59年9月1日，第1刷發行，頁164、165。

²⁵¹ 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和59年9月1日，第1刷發行，頁165。

²⁵² 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和59年9月1日，第1刷發行，頁167。

為的法律基礎就有其必要性²⁵³。

另外，有一則日本法院見解，大阪高等法院昭和 46 年 11 月 30 日判決，其意旨大致上認為「因最初的選任董事股東大會決議不存在、無效或應撤銷，其後續的股東大會召集前，除了並無確認（股東會）決議不存在或無效或撤銷股東會決議之判決外，亦無進行排除該表見代理董事職務的其他法律程序下，後續選任的董事亦將陸續因而得以撤消。此將產生公司的法律關係長期不安定的缺失，為求盡可能提早阻斷該不安定的狀態，以建立安定的法律關係。可能有必要在除了股東大會以外的召集程序或決議構成內容上等並無瑕疵之外，且具備以下的情況：決議已合法成立並且股東大會決議信任其所為之決議為有效下，則 I. 因公司職員資格的欠缺造成股東大會召集程序等相關召集程序上的瑕疵、II. 擔任召集股東會構成成員的表見董事於資格具有瑕疵下，所作成的召集股東會決議行為、III. 基於其董事會決議召開股東大會之表見董事資格瑕疵。這些瑕疵均因此股東大會的決議而受到治癒，因而足以成為上述股東大會決議撤消之瑕疵即不存在。」

基於這樣的理由，此判決內容所認為「儘管若在決議要召集臨時股東大會的董事會成員中有欠缺其董事資格者，或是扣除這些人則出席董事會的董事人數無法達到董事定足數，或是該決議並未達到過半數之通過，則若前述欠缺董事資格之人，於董事會開會當時，已進行了董事的就任登記，且在開會之前，未有依正當程序（例如，確認選任這些人為董事的股東大會之決議為不存在或無效、或是撤消該股東會決議的確定判決）以解除其身為董事職務的事實；並且，若是加上這些表見董事，出席董事會的董事人數達到定足數，且出席董事的過半數通過決議時，則前述基於此董事會決議而由董事代表召開的臨時股東大會則為有效的成立。同時，股東大會通過的決議若是無其他事由，則我們應可認為，任何足以撤銷該股東會決議之原因瑕疵皆不存在」的結論。但對於此項結論，在日本國內亦有人提出批評，「若我們國家有類似於認可並非係合法的董事會成員而登記於商

²⁵³ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 167

業登記簿之人，亦有召開股東大會權限的類似規定²⁵⁴的話即得以贊同此結論，惟於我國法中並無此類之規範。」因此，學者認為若應用事實上董事理論。則將會相對容易歸結出該判決結論的意旨²⁵⁵。

接著，日本通說在過去法律關係的處理上，為了善意第三者之保護而援用「表見代表董事」規定的相關規範²⁵⁶。眾所週知的，舊商法第 262 條²⁵⁷本來的立法旨趣就是立論於『禁反言原則』或是『法外觀理論』，公司法賦予具有一定名稱的負責人推定其具有法律上代表權存在，且不問該董事是否具有何種代理或代表權限、是否有逾越權限，法律規範上直接將其相關的行為外觀，於法律上認定此係公司可得歸責的原因。而且，一般而言，係無法以董事登記之有無對抗無過失的交易相對人，因此適用上被認為滿足該要件並不困難，且適用之範圍相當廣泛。判例亦逐漸擴張其適用範圍，通說亦支持此種傾向²⁵⁸。但是，對於本條受到廣泛而輕易的適用，一直以來都受到以下的批評。亦即，由於本條文係昭和 25 年商法修正前對於規範「各董事具有各自的代表權與各自執行權」所制定之條文，在法律制定新的董事會制度後，現行體制之下，公司代表權變成僅得歸屬於法定的代表董事身上²⁵⁹，本條文的適用要件基礎與本條的功能上產生了變化²⁶⁰。如按照規定適用本條，將會發生與現行法上的登記制度以及董事會制度相互

²⁵⁴ 文中舉例，如『西德股票法』即有類似此之規定。

²⁵⁵ 石山卓磨，事實上的取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 147。

²⁵⁶ 現会社法第 354 條規定，「株式会社は、代表取締役以外の取締役に社長、副社長その他株式会社を代表する権限を有するものと認められる名称を付した場合には、当該取締役がした行為について、善意の第三者に対してその責任を負う。」其大致意旨為「股份有限公司賦予代表董事以外的董事社長、副社長、或其他之名稱而被認為有代表公司之權限者，該董事所為之行為，對於善意的第三人應負其責任。」其係基於交易安全之確保、保護對於名稱的外觀信賴。江頭憲治郎，株式会社法，2010 年 3 月 25 日，第三版第 2 刷發行，頁 380。條文內容，請參照「会社法」法令集，2011 年 3 月 30 日第八版第三刷發行，頁 124。

²⁵⁷ (舊)商法第二百六十二條，「社長、副社長、専務取締役、常務取締役其他会社を代表する権限を有するものと認むべき名称を附したる取締役の為したる行為に付ては会社は其の者が代表権を有せざる場合と雖も善意の第三者に対して其の責に任ず」

²⁵⁸ 石山卓磨，事實上的取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 168。

²⁵⁹ (股份公司)代表董事的選定：章程規定、或以章程之規定基於董事間的互相推選或是在股東總會的決議上指定特定的董事為代表董事の場合，在董事中只有代表董事有對於進行業務上的一切訴訟上、訴訟外行為的權限(会社法第 349 條第一項但書、第三項至第五項)，其他的董事即失去代表公司的權限。江頭憲治郎，株式会社法，2010 年 3 月 25 日，第三版第 2 刷發行，頁 379。

²⁶⁰ 學者有稱為『自對於第三人消極的信賴保護機能轉變為積極的創造信賴外觀的機能。』

矛盾的情況，因此，其適用上必須是有條件上限制的²⁶¹。相對於此，通說則認為，實務上見解傾向容許『禁反言原則』、『法外觀理論』的擴大適用，並且以此來回應交易社會上的要求。但是，除了代表董事外，本條所定的社長、副社長、專務董事、常務董事等等各種負責人董事的名稱，本來僅是與公司代表權無法律關連性的內部職位上的名稱而已。採取承認「受到允許而使用此種名稱之人所為之代表行為」應為有效一事，將造成僅係受到允許而使用了缺乏法律上代表權限的名稱，就會被追究與使用了具有代表權的名稱同等的責任，此將產生禁反言原則下所無法說明之結果²⁶²。就此學者主張，在有關本條所適用的情況下，本條文將一改作為立論於禁反言原則的規定之性質，以具有另一種性質的規定之型態發揮其機能。即有認為以類推適用会社法第 354 條規定作為依據²⁶³，學者則認為，在此說上導入『事實上董事理論』將可為本條的適用上制定出新的方向²⁶⁴。

換言之，只不過是被賦予與公司代表權無法律上關聯性的各種負責人董事名稱者的行為，若欲透過本條（前述之（舊）商法第 262 條、現会社法第 354 條）適用，則必須假設此人有公司代表權的理由何在呢？若欲解決此問題，學者認為不論其對外名稱為何，事實上皆應從作為代表公司的法律行為，對於社會層面事實中的影響，來找尋相關的理由。若該事實滿足了一定的條件，甚至造成衡平法上所無法忽視的既有秩序出現時，則將此人的行為藉由某些法律操作納入法律世界（進行規範）即有其必要性。在此，發展「事實上的董事理論」即有其存在之意義²⁶⁵。不僅須考慮賦予負責人董事（役付取締役）名稱存在的事實，亦考慮到附隨於此等名稱上的之各種外觀事實，即若代表董事滿足了「權限的外觀」與「繼續執行職務」兩個要件的話，就應該認定「事實上代表董事」的存在。若在此情況下，所考量的不只是藉由「事實上的董事理論」把該表見董事的行為有效化，另外亦應找尋活用（舊）商法第 262 條²⁶⁶的途徑，嘗試以適用或類推適用本條規定，在本條的適用上透過「事實上的董事理論」的發展，來超

²⁶¹ 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 168、169。

²⁶² 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 170。

²⁶³ 最判昭和 44.11.27 民集第 23 卷 11 號 2301 頁、最判昭和 56.4.24 判時 1001 號 110 頁。

²⁶⁴ 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 170。

²⁶⁵ 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 170。

²⁶⁶ 即關於表見代表董事之規定，現会社法第 354 條規定。

越『禁反言原則』、『法外觀理論』的機能界限，以達到在此等問題上具有適用之可能性²⁶⁷。

另外，若適用此「事實上董事理論」，該董事在撤銷判決、無效判決確定前所申請的自己就任以外的登記亦將使其合法性有所依據。日本法院曾經另有判決認為「基於其決議無效的確定判決下，董事的就任登記即應塗銷登記係屬當然之事。各董事在其選任後至該選任決議無效的判決確定前，因其職務進行就任登記外的登記，只要有正當的註冊事實，即應認為其不存在應塗銷的法律上理由……」²⁶⁸。而學說支持該看法，對該判決解釋道，既然所經確認的登記與事實一致，則縱登記申請者係自始無權限之人，此種程序上之違法即不應被當作職權撤銷之事由，但此見解並非係對於選任董事的股東會決議撤銷效果進行限制。另外，在學說上，同樣有以真實的公示為目的的商業登記制度意旨作為立論依據，認為此等只是單純的申請手續違法為由，不應把無權限者申請之登記當作不合法此一解釋為主流。然而，另一個角度而言，「事實上的董事理論」則是將這樣的登記行為予以有效化的同時所提出的新論點²⁶⁹。

更進一步的，關於各種對內業務行為的效力，若適用此理論的話，就要在依據通說見解下，亦同時尋求妥當的事件處理。英美法上，雖然與事實上的董事有關的(1)董事、高階職員（役員）、代理人等人員的選任、任命、解任行為與，(2)股東大會的召集通知、未繳納股款的股款催告、股票的失權、分配股息行為，亦原則上會被認定有效，但是透過這個理論的導入，即使董事會構成成員中存在著因瑕疵選任的董事，亦能提供將該董事會的意思表示認作有效的新的依據²⁷⁰。而且，英美法上此理論並非僅限定於董事有所適用，其具有在董事會與各種高階管理成員上亦均有適用此「事實上董事」的性質。若在此運用「事實上的董事會」的概念的話，即使董事會構成員全員皆因有瑕疵的選任而生時，視情況仍可將其意思表示

²⁶⁷ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 170。

²⁶⁸ 大判昭和一三・三・一六民集一七卷四一九頁。引自石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 170 與頁 174 註 11 部分。

²⁶⁹ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 171。

²⁷⁰ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 171。

認作有效的新說法將因而開啟²⁷¹。

最後，學者在提出針對實務與通說的各項批評之外，其對於前述所提出之二分法仍然存有些許的疑問。即使係以『股東會決議之作成會產生一定的、終了的法律效果』作為區分標準，但在不會發生因實行此股東會之決議而產生的另一個法律關係時，其認為視情況之不同，或許仍將發現有適用這個理念的需求？應該且亦有必要來嘗試進行討論：即使是各項公司內部的、對外進行交易的行為所進行的股東會內容決議事項，是否有必要完全在所有情況下遵守此區分。對於所有存在瑕疵的股東會決議事項，如果欲將此見解作為主要方針來廣泛處理的話，學者亦認為到最終仍有討論針對個別的、具體的個案是否需要嘗試新的理論來進行解決的必要，推論上將決議事項二分化，仍不應驟然採取哪一方之見解。然而無論如何，對於董事選任股東會決議的撤銷、或無效判決，在承認效力不溯及說下的最終理由中，若只提出「法律上確實的要求」之理由，其立論證據過於薄弱，未必得以作為代替「判決效力不溯及說」的橋樑手段，因此，就前述討論的「事實上的董事理論」可說是有導入的與發展之必要²⁷²。總之，學者採取以事實上董事的認定作為溯及效否定說的根據²⁷³。

第三項 其他解決之途徑—個案解釋排除瑕疵連鎖

第一款 排除非瑕疵重大者

首先，在論及瑕疵大小對於股東會決議之影響時，應先關注者即係瑕疵係屬對於公司影響非關重大時，應如何處理。就此依公司法第 189 條之 1 規定，「法院對於前條撤銷決議之訴，認為其違反之事實非屬重大且於決議無影響者，得駁回其請求。」其立法理由即謂，「按法院受理前條撤銷決議之訴，如發現股東會召集程序或決議方法違反法令或章程之事實，非

²⁷¹ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 171。

²⁷² 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 172。

²⁷³ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行，頁 172。

屬重大且於決議無影響，特增訂法院得駁回其請求，以兼顧大多數股東之權益。」

此係授予法院一定之裁量權限，判斷「召集程序或決議方法違反法令或章程之事實」所生之瑕疵是否重大而影響決議。就此而言，在進行訴訟前，若法院得以此為依據駁回當事人之請求，避免相關之程序落入瑕疵連鎖之中，將得以解決部分個案上，股東會決議過程因有心人士之操控（如南港輪胎一案）或召集程序上之小瑕疵而動輒受到請求撤銷之命運，連帶影響公司之股東會決議之效力，甚而使經營權發生變動。

第二款 學說、法理上對於瑕疵連鎖之切斷

就個案上之程序瑕疵連鎖而言，學說上有提出數個法理上之論述來解決於特定之股東會或董事會發生瑕疵下，如何始不影響後續之決議效力。首先本文嘗試自關於股東會與董事會決議間之連動關係下，自現有之學說與實務見解進行分析。近來曾有探討在一特定具體案件上，處理對於股東會決議瑕疵所造成後續之連鎖瑕疵上的問題。

第一次之股東會決議經法院認定為無效、不存在或撤銷該次股東會決議後，後續之程序即可能因而亦被認定為有瑕疵。如依前所述下，在當選任董監之股東會決議無效或不成立或經撤銷後，被選人董事身分已不存在，其所召開之董事會決議即為非合法之召集權人與無開會決議權限之董事所為之決議，此種有瑕疵之董事會決議之召開，效力為何？在此先跳脫出董監事選任股東會決議瑕疵之問題，將焦點著重於公司法定程序發生瑕疵下對於後續程序之影響，我國學說上有不同之看法討論瑕疵效果連動之問題。

司法實務上認為「……按股份有限公司之董事會，係有決定公司業務執行權限之執行機關，其權限之行使應以會議之形式為之，公司法第二百零三條至第二百零七條分別規定董事會召集之相關程序及決議方法，其目的即在使公司全體董事能經由參與會議，互換意見，集思廣益，以正確議

決公司業務執行之事項；關於董事會之召集程序有瑕疵時，該董事會之效力如何，公司法雖未明文規定，惟董事會為公司之權力中樞，為充分確認權力之合法、合理運作，及其決定之內容最符合所有董事及股東之權益，應嚴格要求董事會之召集程序、決議內容均須符合法律之規定，如有違反，應認為當然無效……」²⁷⁴；學說上亦有以相同之理由認為董事會本身之召集程序違反法令時，其決議應屬無效²⁷⁵；似亦有經濟部見解認為應認其決議不生效力²⁷⁶。

依此見解下，無效董事會所召集之股東會應屬何種股東會決議之瑕疵？亦即，係屬股東會之召集程序及決議方法有瑕疵，得依公司法第 189 條之規定，撤銷該次董事會決議後所召開之股東會決議？或係該股東會決議為無效或不存在？似難以直接論定。若認此情況係屬無召集權人召集之股東會，則此股東會所作成之決議效力上，仍有所分歧。有認得撤銷者²⁷⁷、亦有認無效²⁷⁸或不成立²⁷⁹者，難以真正論定；而經濟部主管機關採取無效說之態度²⁸⁰。又學說與實務上似無董事會決議不存在之說法，蓋若係根本未

²⁷⁴ 最高法院 97 年台上字第 925 號判決意旨。實務見解另可參考最高法院 98 年度台上字第 2371 號民事判決：「……關於董事會之召集程序有瑕疵時，該董事會之效力如何，公司法雖未明文規定，惟董事會為公司之權力中樞，為充分確認權力之合法運作，及其決定之內容能符合所有董事及股東之利益，應嚴格要求董事會之召集程序、決議內容均須符合法律之規定，如有違反，應為無效……」柯芳枝，公司法論（下），2010 年 2 月，修訂八版二刷，頁 322。

²⁷⁵ 王文宇，公司法論，2008 年 9 月，四版第一刷，頁 343。

²⁷⁶ 經濟部 80 年 6 月 12 日商字第 214490 號函：「查撤銷董事會決議之訴係形成之訴，以法律有明文規定者為限。公司法對董事會之召集程序或其決議方法違反法令或章程時，並無規定準用第一百八十九條規定得訴請法院撤銷，自難作同一解釋。依學者通說認董事會召集程序或決議方法違反法令或章程時，其決議應不生效力。」引自柯芳枝，公司法論（下），2010 年 2 月，修訂八版二刷，頁 322；劉連煜，現代公司法，新學林出版，頁 484、485，2011 年 9 月增訂七版。

²⁷⁷ 台灣高等法院 87 年上字第 437 號判決：「按無召集權人召集之股東會，為一種召集「程序」之違法，而非決議「內容」之違法，依前開法條規定及最高法院判例意旨，股東得於一個月內請求撤銷。」

²⁷⁸ 最高法院 98 年度台上字第 257 號判決：「惟按無召集權人召集之股東會所為之決議，當然無效，不適用公司法第一百八十九條之規定。」最高法院 92 年度台上字第 659 號裁定：「按股東會主席宣布散會後，一部分股東繼續留下開會，該股東會即屬無召集權人召集之股東會，所為決議自難謂有效。」

²⁷⁹ 最高法院 70 年台上字第 2235 號判決：「查無召集權人召集之股東會所為之決議所以為當然無效，係因股東會應由有召集權人召集，其由無召集權人召集之股東會，既非合法成立之股份有限公司之意思機關，自不能為有效之決議，此與公司法第一百九十一條規定股東會決議之內容違反法令或章程者無效，迥然有異。」臺灣高等法院 98 年度上易字第 186 號判決：「按，股東會必須由有召集權之人召集，由無召集權人召集之股東會，欠缺股東會決議之成立要件，其所為之決議，自不生法律上之效力。」

²⁸⁰ 76.7.9.(76)廳民一字第二四九一號函復台高院：「股東會之召開與決議，在法律上有其一定之程序，形式上已依法定程序召集並決議，而其程序有瑕疵者，因為股東會決議之撤銷問題，但

具董事與董事長身分之人所召開之董事會，似已非屬董事會召集程序瑕疵之問題²⁸¹，而應係董事會決議不存在之類型。然而本文於此並無意創造出第三種董事會決議之瑕疵。就結論上觀察，不論係歸類為「董事會決議不存在」或「召集程序有瑕疵」，依通說說法下，其仍認為該董事會係屬無效應屬當然。因此可得知，在當第一次選任董事股東會決議被認定為無效或不存在時，後續的股東會決議將連帶產生變動，在無其他學說或實務見解及理論切斷該瑕疵下，此似為法律邏輯推論上之必然。

論理上，對於董事會決議之瑕疵，所造成後續股東會決議之連鎖瑕疵部分，若得承認瑕疵切斷或瑕疵治癒下所採取之相關論點，某種程度上，或許應得以解決公司內部程序召開之部分問題。

對於切斷瑕疵而言，學說上已有學者陸續對於無效董事會所召集之股東會決議瑕疵之治癒（或切斷）發表意見。在某一特定案件上，其大致為：公司召開董事會程序上，未依公司法第 204 條規定於召開期日前七日將董事會開會通知書送達各董事。因而當事人主張，系爭董事會之召集係屬違法，而依此無效董事會決議所召開股東常會之召集程序自屬違法。有認為「現行公司法既然有第 189 條之 1 之規定，作為股東會決議是否撤銷之裁量調整機制，因此縱使判認系爭董事會決議無效，而該董事會決議又與其後股東會決議連動時，似無反過來再特別重新調整無效之董事會效力，或當然使該連動之股東會也連帶無效之必然。」²⁸²此見解係認為縱使認為董事會決議無效，我國公司法已有第 189 條之 1 之規定得以作為具體個案股東會決議是否撤銷之裁量調整機制。因此，若採此說下，似得以衡量股東會決議瑕疵大小與否作為論理以解決連鎖瑕疵問題的方法之一。學說上即有認為，「公司法第 204 條有關召集程序之規定，立法者並未寓意使召集

如形式上未依法定程序召集並決議，其決議在形式上應認為不存在，亦為當然無效問題，而非撤銷問題。股東會原則上以由董事會召集為常態（公司法第一百七十三條），其餘有權召集股東會者，均為補充董事會之不足。其由無召集權人召集之股東會，既非合法成立之股份有限公司之意思機關，自不能為有效之決議，其所為之決議當然無效。」

²⁸¹ 當然，若係以該次董事會係由無召集權人所為之召集，則回到董事會之召集程序有瑕疵之說法。

²⁸² 曾宛如，董事會決議瑕疵之效力及其與股東會決議效果之連動——兼評 97 台上 925 號判決，台灣法學雜誌，120 期，頁 191，2009 年 1 月 15 日。亦有贊同此見解者，劉連煜，公司董事會違反召集程序違反規定之決議效力，台灣法學雜誌，第 152 期，頁 183，2010 年 5 月 15 日。

成本較低的董事會決議瑕疵效果投射在執行成本相對高的股東會決議上，又衡諸我國目前公司生態仍多以中小企業居多，其董事會規模精簡，董事會會議之召集與開會多未認真講究程序，而此種瑕疵依通說見解將導致董事會決議無效，若在此之下拖累召開成本更高的股東會，或有再商榷之餘地。」²⁸³

亦有認為在某些特定情況董事會程序上之瑕疵（如違反公司法第 204 條所定之 7 日前通知之規定²⁸⁴），因其瑕疵縱已發生，惟法規範目的既已達成，該董事會決議瑕疵即無妨令其治癒，則不能認其未遵守通知程序為違法²⁸⁵，因而該次董事會決議所召開之股東會亦為有效。理由大致認為，第一點，「法務部 75 年法參字第 6320 號函釋另創設出了一個但書以外之『若全體董事均已應召集出席，對於召集期間不足一事並無異議而參與決議』例外合法情形」²⁸⁶；第二，「若董事認為通知期間過短致其無法就議案為充

²⁸³ 劉連煜，裁判簡評：公司董事會召集程序違反規定之決議效力/最高法院九七台上九二五，台灣法學雜誌，第 152 期，2010 年 5 月 15 日，頁 183。編按：劉教授於該文中之註 5 指出此段見解出自『林國全，董事會決議之成立要件，台灣本土法學雜誌，第 68 期，2005 年 3 月，頁 210 至 211』處，惟經筆者確認過『林國全，董事會決議之成立要件，台灣本土法學雜誌，第 68 期』中並無此段話，林國全教授亦稱其並未有任何提及此段見解之論著，因劉教授於文中針對此見解認為『此一觀察亦可資參考』，故仍列出作為學者贊同之依據。

²⁸⁴ 公司法第 204 規定，「董事會之召集，應載明事由，於七日前通知各董事及監察人。但有緊急情事時，得隨時召集之。」按關於此規定究係屬訓示規定或係屬強制規定，學說與實務有不同之看法。最高法院 98 年台上字 925 號判決，「按股份有限公司之董事會，係有決定公司業務執行權限之執行機關，其權限之行使應以會議之形式為之，公司法第二百零三條至第二百零七條分別規定董事會召集之相關程序及決議方法，其目的即在使公司全體董事能經由參與會議，互換意見，集思廣益，以正確議決公司業務執行之事項；關於董事會之召集程序有瑕疵時，該董事會之效力如何，公司法雖未明文規定，惟董事會為公司之權力中樞，為充分確認權力之合法、合理運作，及其決定之內容最符合所有董事及股東之權益，應嚴格要求董事會之召集程序、決議內容均須符合法律之規定，如有違反，應認為當然無效。」相反見解者，最高法院 98 年台上字 871 號判決，「既為其三名董事所召集，召集事由本即為其三人所知悉，自無再以書面於七日前通知董事之必要，故其三人召集董事會時，縱未踐行公司法第二百零四條規定之程序，亦難謂該董事會所為決議違反法令而為無效。」

²⁸⁵ 劉連煜，公司董事會違反召集程序違反規定之決議效力，台灣法學雜誌第 152 期，2010 年 5 月 15 日，頁 182。

²⁸⁶ 劉連煜，公司董事會違反召集程序違反規定之決議效力，台灣法學雜誌第 152 期，2010 年 5 月 15 日，頁 182 至 183。法務部 75 年法參字第 6320 號函：「查股東會除法律另有規定外，由董事會召集之，公司法第一百七十一條定有明文。董事會本身之召集程序違反法令時，其決議應屬無效（本部 68.8.10. 壹（66）函民字第 695 一號函釋參照）。從而本於該項無效之董事會決議而召集股東會，固難認係合法之召集，股東得依同法第一百八十九條之規定，於股東會決議日起一個月內，訴請法院撤銷其決議。惟董事會之召集未遵守公司法第二百零四條召集期間之規定，是否即為召集程序違反法令？不能一概而論，例如因有同條但書所稱之緊急情事致未遵守召集期間，或全體董事皆已應召集出席董事會，對於召集期間不足並無異議而參與決議，似尚難解為董事會之召集為違反法令。故董事會之召集未遵守公司法第二百零四條召集期間之規定，而依此董事會決議召開之股東會所作決議效力如何，宜視具體情形如何而為判斷。」

分之準備，則應於出席會議時表示異議，否則若允許董事事後再加以翻覆，無非假程序之名達翻覆之實」²⁸⁷：第三，「考量其立法目的下，只須不違背該目的，自不應硬性適用第 204 條規定，以為企業帶來彈性之經營空間」²⁸⁸。學者相同見解者，即認「董事會召集程序雖有瑕疵事由，但若全體董事及監察人或漏未通知之董事或監察人已出席或已列席董事會，並可解為其同意省略召集程序或同意放棄受通知之權利，其召集程序已然治癒。」²⁸⁹因此採此見解者，係當滿足特定情況下，得認董事會決議瑕疵即已經治癒，因此接下來因之所召開的股東會決議即非有瑕疵。

尚有認為，公司法就召集程序事項之規定，股東會較董事會更為詳細，其原因可能係因股東平時不易參與公司業務之執行，僅得藉由每年至少一次之股東會決議參與公司事務，故而強調程序之合法性以確保股東參與決議之權益。股東會決議瑕疵尚有區分無效、不成立與撤銷，且公司法訂有裁量機制、賦予法院有最後裁量權；反之，具有經常性、重視實質上機動決策功能的董事會，享有公司大部分之決策權，因而法規對於董事會決議召集程序相較於股東會並不如股東會般詳細，然而在瑕疵效果上，卻不如股東會決議瑕疵之認定有其彈性，而一律視為無效²⁹⁰？據此即應彈性化董事會召集程序之規定，因此不應逕認第 204 條之規定為強行規定，而應為訓示規定²⁹¹。再者，另有肯定董事會之召集程序違法係無效之基本見解，然而非「絕對、機械式」的無效，參考實務見解²⁹²之核心下，在探討董事

²⁸⁷ 劉連煜，公司董事會違反召集程序違反規定之決議效力，台灣法學雜誌第 152 期，2010 年 5 月 15 日，頁 182。

²⁸⁸ 劉連煜，公司董事會違反召集程序違反規定之決議效力，台灣法學雜誌第 152 期，2010 年 5 月 15 日，頁 182 至 183。學者認為，因此，公司法第 204 條規定目的既係在「係若董事認為通知期間過短致其無法就議案為充分之準備」下，若各董事得以進行準備而全體出席下，不妨始其瑕疵得以治癒為妥當。

²⁸⁹ 王志誠，董事會召集程序之瑕疵一評最高法院九十八年度台上字第八七一號判決，月旦裁判時報創刊號，2010 年 2 月，頁 109。

²⁹⁰ 杜怡靜，關於董事會召集程序之瑕疵一最高法院九十七年度台上字第九二五號判決，月旦裁判時報，第五期，2010 年 10 月，頁 90。

²⁹¹ 杜怡靜，關於董事會召集程序之瑕疵一最高法院九十七年度台上字第九二五號判決，月旦裁判時報，第五期，2010 年 10 月，頁 90、91。

²⁹² 民國 65 年 12 月 10 日臺灣高等法院暨所屬法院 65 年度法律座談會民事類第 28 號：

「法律問題：依公司法第二〇四條之規定，股份有限公司董事會之召集，應通知各董事，設召集董事會時，漏未通知部份董事，致未參加董事會之決議，其漏未通知，並有影響決議結果之虞時，該董事會之決議，係得撤銷抑當然無效？

討論意見：

甲說：股東會之召集程序違反法令時，依公司法第一百八十九條之規定，股東得訴請法院撤銷

會召集漏未通知部分的程序上瑕疵，並有影響董事會之虞時，董事會決議係無效；如無足以影響董事會決議結果者，實無必然認為是無效²⁹³。

綜合上述諸項見解，共有三種不同的意見或理由，結論上均係為避免董事會決議之瑕疵影響後續所召開之股東會決議效力。其大致上有採取以目的性解釋下使違反召集程序規定之董事會決議仍係屬有效，以及在成本考量與立法上尚有公司法第 189 條之 1 規定提供法院有依事實是否屬影響重大進行裁量之機制下，考慮不令非屬重大的董事會決議瑕疵影響後續股東會決議程序的效力或縱股東會決議有瑕疵，法院亦得裁量判斷該股東會決議得否予以撤銷。

若將上述見解擴大觀察，若運用於在第一次選任董監事之股東會決議已被認定無效、不存在或股東會決議經撤銷的連鎖瑕疵情況下，該次股東會決議所選任出來之董監事即非公司負責人，自無合法之董事會召集權，該次董事會依通說見解，董事會之瑕疵並無得撤銷之規定，自應認定為無效下²⁹⁴，該次董事會即屬無效。惟雖然此種推論係屬諸多解釋其中較為多人所採見解之一，然而未必一定合理，蓋非公司負責人所組成之董事會是否為法律上所稱之董事會？抑或作應為董事會決議不存在解釋上始為妥

其決議。董事會與股東會均係依多數議決之，性質上並無差異，董事會之召集程序違反法令時，自得準用公司法第一百八十九條之規定，認其只得訴請法院撤銷其決議，並非當然無效。

乙說：董事會之召集程序違反法令時，公司法並未設特別規定，亦無準用公司法第二〇四條之規定，查董事會係全體董事於會議時經互換意見，詳加討論後，決定公司業務執行之方針，依設定董事會制度之趣旨以觀，應認該決議係當然無效。

審查意見：因公司法無董事會決議得訴請撤銷之規定。董事會與股東會性質不同，不能準用公司法第一百八十九條之規定。採乙說。

研討結果：照審查意見通過。」

資料來源：法源法律網 (<http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY02.aspx>) 最後瀏覽日期：2011 年 11 月 22 日。

²⁹³ 廖大穎，召集程序瑕疵與董事會決議之效力—最高法院九十七年度台上字第九二五號判決，月旦裁判時報，第七期，2011 年 2 月，頁 53。

²⁹⁴ 最高法院 98 年度台上字第 2371 號判決：「關於董事會之召集程序有瑕疵時，該董事會之效力如何，公司法雖未明文規定，惟董事會為公司之權力中樞，為充分確認權力之合法運作，及其決定之內容能符合所有董事及股東之利益，應嚴格要求董事會之召集程序、決議內容均須符合法律之規定，如有違反，應為無效。」相同實務見解，最高法院 88 年度台上字第 2863 號判決：「若股份有限公司之股東會之決議，違背上開規定而為決議，其決議方法即屬同法第一百八十九條所稱之決議方法違反法令，而得依該條規定訴請法院撤銷其決議。至董事會違背上開規定而為決議，公司法並未如第一百八十九條規定得予撤銷，自應解為該部分之決議無效，且不必以訴訟方式主張之。則依董事會無效之決議所召開之股東會，其召集程序自屬違反法令，而得依公司法第一百八十九條之規定訴請撤銷。」

當，亦有其可能性。以下內容所欲著重者，乃在尋求是否有瑕疵切斷（或治癒）或甚而此次董事會瑕疵不影響下此股東會決議召開效力法理上之可能性。因此本文仍以召集程序上有瑕疵之董事會為無效，以此董事會所召開之股東會決議亦產生有瑕疵之脈絡進行討論。

本文所設之前提情況，並非完全如同上述個案中，學者所探討之程序上瑕疵之情況，此即為問題之一。其二，根本不具董事與董事長身分之董事會召開與上述理由之一所認為與法規範目的已達之情況似亦有不符。第三，未具董事身分所為之董事會決議召集之股東會得認為有效，舉重以明輕，如此重大瑕疵所召開之股東會決議得認定為有效治癒或認定股東會決議不須予以撤銷，那何種情況之瑕疵得不認為有效？法律規範所定之法律效果似乎失去其目的與意義。因此，該等見解固屬有理，但似無法完全比附援引適用於此種情況，而另有探究其他法理或尋找更為堅強理由之必要。

分析上述諸項理由與現實發展情況，未具董事身分所為之董事會決議召集之股東會應得認屬於重大之瑕疵，而非係等同於公司法第 204 條規定之召集董事會通知期限違反程度之瑕疵，如何始得在此種違反召集程序下，並仍得滿足其立法目的，似乎難以想像；又由法院依公司法第 189 條之 1 規定之意旨，個案中裁量認定該股東會是否得撤銷，在選任董事之股東會決議上若僅有召集程序之非重大瑕疵，固得以由法院進行衡量而不予撤銷。然而在第一次股東會決議中之選任董監事之無效或不存在認定上，乃係屬事實認定且無法由法院裁量認定其存在或有效與否，故而並非法院所得裁量之撤銷與否之問題。若係以後續之股東會決議再由法院依公司法第 189 條之 1 進行個案認定，則產生是否有人會再繼續針對或僅對第二次股東會提起訴訟即有疑問，更何況第一次股東會一旦被認定為無效或不存在後，已認定為不具身分之董監事，召開之董事會進而再次召開股東會下，縱使此時之股東會決議係採取「得撤銷說」而非「不存在」或「無效說」下，法院對第二次股東會決議依公司法第 189 條之 1 進行認定，此時是否符合「認為其違反之事實非屬重大且於決議無影響者」之要件，亦值得關注。

董事會與股東會間成本高低之考量下，固屬有理，然而若係在原選任董事之股東會決議中所引起之瑕疵，此理由似乎難以成立，蓋該理由係在由董事會所召集之股東會決議過程中，董事會存在瑕疵所引起之討論；反之，在第一次股東會決議有瑕疵所引發之後續一連串董事會成員不合法、其他的股東會決議瑕疵等過程，兩者所作之成本分析應有所不同。但若單純立於一次股東會決議之瑕疵與多次公司內部程序、董事會及股東會決議之效力作為衡量下，逕認一次股東會決議之瑕疵不影響其他程序之效力，在衡量上孰高孰低似乎已顯而易見，惟這樣的權衡似過於粗糙，且不具法理上之說服力。又考量所違反之召集程序為強行規定或訓示規定亦難以在此爭議上發揮功能，蓋在上述學者討論的具體個案中，係有公司法第 204 條規定作為討論標的，然而在選任董事之股東會決議有瑕疵時，被選人後續所可能違反之規定相當廣泛，甚而幾乎遍及公司法諸多規定，因此須一一探討所違反者究係強行規定或係訓示規定，推論到最後效力上的分歧意見必將難以根本上地解決問題。

就前述真實個案中所發生之瑕疵與股東會決議後續之效力觀察，對於個案二部分，學者已然指出瑕疵連鎖對於公司經營權之牽連甚大。暫且不論該案的爭點之一，即一人董事召集股東會之效力問題之外，其點出一項重要之法律爭議，無論係以決議不成立、抑或係無效類型處理類似此案件之問題，皆會引發前述連鎖不成立或無效效應²⁹⁵。

學者認為，股東會決議瑕疵之類型中，於決議得為撤銷之類型中，問題點不若決議不成立或無效般重大²⁹⁶。蓋同樣產生連鎖瑕疵效應下，依公司法第 189 條規定而提起撤銷股東會決議者，除受有 30 日期限之限制²⁹⁷外，且「為避免該當蘊含瑕疵決議之實施，原告通常亦應於提起撤銷之訴時，聲請定暫時狀態假處分等保權程序，要求系爭決議暫停實施或於該次股東

²⁹⁵ 黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第 196 期，2011 年 9 月，頁 191。

²⁹⁶ 黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第 196 期，2011 年 9 月，頁 191。

²⁹⁷ 公司法第 189 條規定，「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。」

會中所選出之董、監事暫時停止執行其職務。」²⁹⁸此時若因而導致公司業務執行機關或監督機關無法運作時，則可併依第 208 條之 1、第 227 條準用第 208 條之 1 規定，聲請選任臨時管理人，合法、有效執行公司法定機關之職務，如此進行下而得以「切斷連鎖效應往後延伸繼續發展之可能性。」

299

然而就其他瑕疵決議之類型（即無效或不成立）而言，因無確認期間之限制，且不須以訴訟方法為之，而得以其他訴訟中主張之，對於公司經營而言，宛如一顆未爆彈，此種連鎖效應可能引發之不當結果殺傷力相當深邃³⁰⁰。因此，學說上即因董事會內部意思決定過程及其可能蘊藏的瑕疵，股東一般難能從外部窺知及董事會決議瑕疵類型眾多，無法要求股東一一詳加檢視以確定其決議是否完全合法而無任何瑕疵存在，因此在基於外觀優越法理下，主張股東會決議之瑕疵應有所區分³⁰¹：

(1)若認該股東會於外觀上或形式上得令一般股東認知該次股東會召集係由有權之人所為，則縱令該當人士並未經合法董事會決議或未依法律規定遂行召集程序，此時之股東會決議瑕疵當僅得依公司法第 189 條規定，予以撤銷。

(2)股東會召集行為與外觀或形式上即屬無召集權人所為者，則因其瑕疵情形嚴重，隸屬股東會決議不存在或不成立之列。

本文以為，就公司法對於法定程序之要求、所可能引起的瑕疵及既有的實務與通說見解整體觀察下，此項見解或有將股東會決議之不成立或無效之瑕疵類型部分劃歸於股東會決議得撤銷之瑕疵類型之傾向。於此將有幾項優點，一者為撤銷股東會決議訴訟訂有提起訴訟期間之限制；二者一旦當事人提起撤銷股東會決議訴訟，即有可能由法院以瑕疵非屬重大且於

²⁹⁸ 黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第 196 期，2011 年 9 月，頁 192。

²⁹⁹ 黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第 196 期，2011 年 9 月，頁 192。

³⁰⁰ 黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第 196 期，2011 年 9 月，頁 192。

³⁰¹ 黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第 196 期，2011 年 9 月，頁 193、195。

決議無影響為由，駁回訴訟；第三，若確如前述學者所提者，一旦係提起撤銷股東會決議之訴訟，往往得藉由假處分制度與臨時管理人之聲請，使公司盡早導入正軌，減少瑕疵連鎖發生之可能性；四者避免將大多股東會決議瑕疵是為不成立或無效，使公司所花費之成本與辛勞瞬間化為烏有。最後，亦相當程度的迴避法院判決作成後，面對解釋被選人於此段期間內所為之行為應如何評價上的種種難題。就此而言，本文以為應值贊同。

而就個案三而言，涉及到以董事會增資決議違法而提起確認訴訟，法院最後以法律安定性、交易安全、避免使其他後續加入認股之股東受有非所能預期的損害等理由下，基於公平正義原則、禁反言原則與誠信原則而認定原告為權利濫用，其訴訟並無理由。換言之，當事人間之信賴、長期已形成的法律秩序而判定該次發行新股為有效，此為學者所認可能符合理論及實務之需求³⁰²。惟其亦認可以更進一層考慮者，係以董事會決議屬公司內部事項，外界無由得知，而主張董事會決議無效是否必然牽動外部效力為無效，不無深入探求之餘地³⁰³。甚而可能得以解釋為董事會係公司分次發行新股下之意思決定機關，董事長未經合法機關作成意思表示即對外代表公司為法律行為，應認效力未定³⁰⁴。但效力未定之解釋並非係學者最終所採，最終其仍認逕以該新股發行為有效較為妥適³⁰⁵。

就此案例，這種可能產生瑕疵連鎖之訴訟，以法安定性或長期已形成的法律秩序、當事人間之信賴為依據認定該次認股行為為有效，避免後續的現金增資及經營權發生變動，此見解某種程度上類似於日本法上提出之事實上董事理論之見解³⁰⁶。姑且不論實務向來所認無效之董事會決議與新股發行行為連結而為無效之基本態度，值得一提者，係前述個案三一案中法院以違反禁反言、誠信原則為立論，判定原告不得為此主張，本文以為

³⁰² 曾宛如，違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，月旦裁判時報，第9期，頁107，2011年6月。

³⁰³ 曾宛如，違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，月旦裁判時報，第9期，頁107，2011年6月。

³⁰⁴ 曾宛如，違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，月旦裁判時報，第9期，頁107，2011年6月。然而學者亦承認效力未定未必係較佳之法律效果安排，但確實係解釋公司意思行成及表示行為發生落差時的一種可能解釋。

³⁰⁵ 曾宛如，違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，月旦裁判時報，第9期，頁108，2011年6月。

³⁰⁶ 石山卓磨，事實上の取締役理論とその展開，昭和59年9月1日，第1刷發行，頁164、165。

此亦不失為面對此種瑕疵連鎖之訴訟提起進行限縮或限制，當提起訴訟當事人一方已明知作為爭執之股東會或董事會決議係可能具有瑕疵而未於合理期間內主張權利，嗣經一定期間後始提起訴訟、或提起訴訟之當事人對於該決議之瑕疵原因係有可歸責之原因，似得認定該訴訟當事人因禁反言原則而不得提起此訴訟。

最後就個案一的部分，因涉及公司登記與瑕疵連鎖及訴訟期間歷經長久的問題，關於公司登記問題將於本論文後半段討論之。而另一個尚應列入考量之重大因素，即「時間之經過」。民事審判程序歷時甚久，因此事件發生後由法院事後僅依當時特定時點之判斷而認定該次股東會決議無效、不成立或撤銷該次股東會決議，其影響者為該時點以後的諸多法律關係。牽一髮而動全身，瑕疵持續漫無止境的進行似亦不合理，因此「時效」應係一個堅強之理由。惟若欲以「時效」為考量，則不免應劃定標準，若過短則該瑕疵似不足以彰顯其規範目的，過長則劃定時效標準即喪失意義。然而不可否認的，對於判決效力所造成的後續瑕疵上的連鎖與當時的法律行為的效力上而言，時效所造成的法律安定性與交易上的信賴外觀，為一個堅強的理由，本文以為，若欲解決本文假設下所產生的問題，此應得作為一個考慮的因素。

第四章 本文見解與各解決方案之評析

第一節 各方案之評析

第一項 英國法上類似案例之啟發

第一款 關於 Turquand 一案之分析

Turquand 一案闡釋的規則，即「人們與公司交易時受到公司自身所制定而為人所知公司的章程 (statute) 與授權契約 (deed of settlement) 內容的拘束，但交易相對人不再受到更多的拘束；一個交易行為人，閱讀了授權契約，顯示出公司並不禁止借貸事項，而是在特定的條件下允許公司進行借貸，並且，在獲悉該權力係在一個決議中所完整的授與下，交易行為人有此權利去推定該決議授權之事實存在，且該文件表面上顯示出係合法地制作完成；進而，公司將不論此決議是否確實經通過而負責。」³⁰⁷ 正如 Turquand 案的首席法官所述「我們可以同意的是，與這些公司交易不同於與其他合夥人交易，且該當事人與公司交易時應閱讀章程與授權契約。但他們不須再作更多的行為。在閱讀授權契約後，當事人發現並公司不禁止借貸行為，而是允許其於符合特定條件下得以進行交易。當相對人發現該授權已完整的於決議中通過，且該文件表面上顯示係以合法方式而所完成的，其即有權利去推定該決議授權的事實存在。」³⁰⁸ 相較於過去英國法所採取的目的外行為理論 (the ultra vires doctrine)，本案法院援引

³⁰⁷ See Royal British Bank v Turquand, [1843-1860] All ER Rep 435; [1843-60] All ER Rep 435. 其原文為” persons dealing with the company were bound to make themselves acquainted with the statute and the deed of settlement of the company, but they were not bound to do more; a person, on reading the deed of settlement, would find, not a prohibition against borrowing, but a permission to borrow on certain conditions, and, learning that the authority might be made complete by a resolution, he would have a right to infer the fact of a resolution authorising that which on the face of the document appeared to be legitimately done; and, therefore, the company was liable whether or not a resolution had been passed.”

³⁰⁸ See Royal British Bank v Turquand, [1843-1860] All ER Rep 435; [1843-60] All ER Rep 435.

了「Turquand 原則」，某種程度上保護了善意相信公司文件的交易相對人。近來，2006 年英國公司法 section 40 更係相當的限縮了擬制通知原則（constructive notice rule）。依 section 40 規定，交易相對人無庸對章程中有無代表機關權限之限制加以查詢，契約之效力並不因此而受影響，且縱使相對人明知章程之規定，亦不因此被視為惡意；且此規範對抗效力的保護主體僅限於（董事以外的）交易相對人，而不包括公司³⁰⁹。

第二款 關於 Mahony 一案之分析

Mahony 一案呈現了一個不正常公司常見的情況，當公司內部未有選任董事的程序時，但事實上所有的公司成員均認為在董事職務上工作之人具有董事身分下，與公司交易之第三人信賴如是的表見事實與公司成員之信件而與公司交易，因此法院作出裁決，認定於公司董事職位上之人雖未經合法選任為公司董事，但應認為此公司存在著事實上董事，且藉由 Turquand 原則的適用，公司應對善意第三人清償債務之負責。

另一方面，該案法官曾認為本件事實得以適用公司章程所訂之 Table A, Article 105 規範³¹⁰，採取於公司董事職位上之人們不因事後所發現選任董事上之瑕疵而對於其所為之法律行為有影響。舉例而言，當一個董事會決議不合法地召開或選任董事之程序上有瑕疵時，亦在本條文所適用範圍之中。但在自始根本沒有選任董事程序的情況下，究得否適用於本條文？本案法官似多認為係符合此條文，本條文之文義涵蓋極廣，應有其適用之空間。然而此見解於 1946 年之 Morris 一案中受到了相當之限縮。

總結而言，英國法院認為原告不需查證公司負責人是否為合法經選任

³⁰⁹ 金鼎，公司章程之效力與界限—以英美法制為借鏡，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 63、64，99 年 10 月。

³¹⁰ Section of Companies Act 1948 與 Table A, Article 105：「All acts done by any meeting of the directors or of a committee of directors or by any person acting as a director shall, notwithstanding that it be afterwards discovered that there was some defect in the appointment of any such director or person acting as aforesaid, or that they or any of them were disqualified, be as valid as if every such person had been duly appointed and was qualified to be a director.」此條文之意旨於 1985 年英國公司法及 2006 年英國公司法均仍訂入規範之中，本文將於下文介紹之。

為公司董事或是否有經過合法之授權而取得作成相關法律行為（如本案中之簽發票據之行為）之權力，交易相對人僅須於交易時查看公司章程與相關之授權契約即可³¹¹。另一方面，本案判決的其中兩位法官採取了本案中於公司董事職位上之人實際上居於「事實上董事」地位作成相關法律行為之見解，本案法院雖無探討到以往伴隨著「事實上董事」下最常關注的問題，即該「董事」所為的行為對於公司（或股東）是否負有受任人義務，在此探討者卻係該「事實上董事」對外所為之法律關係對於公司是否有效之爭議；換言之，觀察此案，本文以為相對於一般之案件，本案更傾向係以「表見代理」、「信賴外觀」為核心，我國民法第 169 條之表見代理規定中樣態之一，即為「知他人表示為其代理人而不為反對之表示者」，本案之「事實上董事」雖未經公司章程所訂之程序被選任為董事或授權為相關之法律行為，然而法院認為其實際上即為「事實董事」，且公司內部之人並未對於這些人身居「董事」地位有異議，銀行亦信賴公司章程而認為這些人確係公司「董事」所作成的簽發票據行為並因而支付票款，自公司外部的交易第三人立場觀之，對於「表見外觀的信賴」遠比公司內部程序更為重要。應符合公司章程所制定的內容或法定程序進行選任，但實際上卻係未經過相關程序而產生的董事，並作著公司董事應作之事，且不為人所異議，正因為此情形，法院判決中雖均承認本案系爭公司仍須為這些「董事」之行為負責³¹²，而且其中有二位法官認為這些「董事」為事實上董事。其實，若不認定這些人為「事實上董事」的話，在我國法下，依「表見代理」之法理，欲令公司負責任並非不可行，自英國法院角度觀察或許亦有此種見解之趨勢，因此站在通常認定「實質董事」之地位係為責令該「董事」對公司（或股東）負有忠實義務或注意義務下，在本案則係對外要求公司對交易第三人負責的情況，是否為「事實上董事」即反而並非如此的

³¹¹ See *Mahony (Public Officer of National Bank of Ireland) v East Holyford Mining Co Ltd*, [1874-1880]All ER Rep 427; [1874-80]All ER Rep 427

³¹² 在英國公司法 *Company Act 2006*, s. 161 規定，” (1) The acts of a person acting as a director are valid notwithstanding that it is afterwards discovered— (a) that there was a defect in his appointment; (b) that he was disqualified from holding office; (c) that he had ceased to hold office; (d) that he was not entitled to vote on the matter in question. (2) This applies even if the resolution for his appointment is void under section 160 (appointment of directors of public company to be voted on individually). ” 此規定於 *Company Act 1985* s.285, *Company Act 1948* s.180, *Company Act 1908* s.74 均設有規範。某種程度上，對於交易第三人而言，「表見外觀」始為交易重要之點。

必要與強調。

然而，如前本文所述，若不認定為「事實上董事」，就我國法制度下，憑藉著登記制度與表見代理法理，得部分解決對外法律關係與交易安全之維護，卻無法對於該段期間被選人與公司之法律關係進行解決，尤其在解決董事應負之責任與得以請求之權利下，單純的表見權限的外觀係無法獲得滿足的解釋，至此，本文欲再自英國法下另一則類似之判決進行論述。

第三款 關於 Craven-Ellis 一案之分析

相對於第一個案件，本案則係發生在董事並未滿足公司章程規定之要求，致原本所擔任之董事一職於事後轉變為無效、不具董事資格下，原告請求公司給付其擔任公司董事一職之相關報酬，而為公司所拒絕。本案法院並未明確指出原告得基於「事實上董事」地位因而對於公司有身為擔任「董事」一職之報酬請求權，亦未依合法契約存在下認定原告具有契約上的報酬請求權，相反地法院係以當事人不具有契約關係下，改以認定被告應給付與原告所為的勞務給付相當之合理對價（quantum meruit）。因此，英國法院似係選擇以衡平當事人間利益關係下進行解決，並未以公司法角度下，對於當事人以「董事」與公司間之權利義務進行探討。在本案中，英國法院曾有提及原告確實係進行「事實上董事」職位上進行勞務之給付，且公司接受了該給付，故應支付與勞務給付相當之報酬為對價，即原告所提供的服務對於公司而言，其工作內容係必要的，因此原告得以取得『quantum meruit』的給付³¹³。

英國法上，關於事實上董事，雖然管理公司之人通常被稱作「董事」（directors），其他常被使用名稱，如「管理者」（managers）、「總裁」（governor）、「管理委員會」（committee of management）。與此有重要關聯者為 CA 2006 年的 sec 250 規定³¹⁴（之前是 CA 1985 年的 sec 741 規

³¹³ Laurence Koffman, Elizabeth Macdonald, *The Law of Contract*, 5th, LexisNexis UK, 631.

³¹⁴ Company Act 2006, s. 250 規定，” In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.”

定³¹⁵），本法（英國公司法）所稱『董事』一詞係指包括任何人擔任著「董事」之地位，而不論其使用名稱為何。從而董事應係只要任何人擔任著董事的角色即屬之，而不論其在公司中的職稱為何之謂。這可能也包括一個人未真正的被選任（appointed）為董事之情況，如事實上董事。因此，CA 2006 sec 161 規定³¹⁶（之前是 CA 1985 年的 sec 285 規定³¹⁷），不論在任何具有瑕疵的董事選任下，董事的行為仍亦為有效且此時應適用於「事實上董事」（de facto directors or directors in fact）。在 Secretary of State for Trade and Industry v Laing 2 BCLC 324 一案中，法院指出，特定人難以向法院說明究係擔任影子董事或是事實上董事，因此藉由提出特定的證據去主張該基於行為人所涉及的情況下，因而係屬『董事（directors）』是必要的，包括他們任職於公司而滿足「影子董事」及滿足「事實上董事」的證據，有充足的行為典範可以構成擔任「事實上董事」。在該一案中，董事們代表公司而確實於契約上簽名，但法院結論認為並不足以認定成立「事實上董事」，蓋此證據尚無法證明在該行為後，其有足夠長期間、繼續的擔任董事之職務³¹⁸。

英國公司法認為「事實上董事」之地位等同於具法律上地位之董事，公司法上關於董事之權利、義務，事實上董事同樣享有、負擔³¹⁹。因此董事享有之報酬或依據為公司提供服務而簽訂服務契約時，基於該契約所能獲得之薪資及利益³²⁰，「事實上董事」原則上即亦應有此權利。換言之，「事實上董事」本身即具有報酬請求權，即無庸依據民法上之不當得利或

³¹⁵ Company Act 1985, s. 741 規定，” In this Acts, “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.”

³¹⁶ Company Act 2006, s. 161 規定，” (1) The acts of a person acting as a director are valid notwithstanding that it is afterwards discovered— (a) that there was a defect in his appointment; (b) that he was disqualified from holding office; (c) that he had ceased to hold office; (d) that he was not entitled to vote on the matter in question. (2) This applies even if the resolution for his appointment is void under section 160(appointment of directors of public company to be voted on individually).”

³¹⁷ Company Act 1985, s. 285 規定，” The acts of a director or manager are valid notwithstanding of any defect that may afterwards be discovered in his appointment or qualification ; and this provision is not excluded by section 292(2) (void resolution to appoint). ”

³¹⁸ Charles Wild & Stuart Weinstein, Smith & Keenan’ s Company Law, fourteenth edition, p. 288

³¹⁹ 此以 Company Act 2006, s. 250 規定即可得知此結論。

³²⁰ Company Act 2006, s. 277 規定

『quantum meruit』。

第四款 關於 Morris 一案之分析

最後關於 CA 2006 sec 161 規定之適用範圍上，董事資格或選任董事程序上的法律瑕疵，將因基於保護第三人的利益為考量下，而涵蓋於該規範之中³²¹。CA 2006 sec 161(1)規定，以擔任董事身分所為之行為應為有效，縱使在之後有發現以下情事：(a)在選任上存在瑕疵；(b)失去擔任該職務之資格；(c)早已終止其職務；(d)在該重要事項討論上並無投票之權利。當董事係該決議的組成人員時，一個規則上之瑕疵並不會令決議變為無效。

但在 Morris v Kanssen 一案中，當時的英國最高法院(House of Lord)限縮了此規定之效力，法院劃出一個截然不同的兩種型態範圍，一部分是得以適用 s.161 的具有瑕疵的選任，而另一種情況則係『自始根本不存在著選任的決議』(no appointment at all)³²²。此規範將有助於交易第三人於規則上之瑕疵或程序上之瑕疵，例如不符法定期間的開會通知 (insufficient notice of the meeting)；而有別於在 Morris v Kanssen 案中的事實係，一個涉及詐欺的過程中，第三方交易相對人知悉有此錯誤的情況下，仍主張應適用 s.161 規定。

除此之外，Table A 與 Transitional Table A, reg 第 92 條包含了類似的規定，應指出者係，reg 92 與 s. 161 規定適用於瑕疵『在之後』發現。學者指出，本規範有以下相關之事項值得注意³²³：此意指雖然當事人可能得以知悉造成該瑕疵之事實為何，但該瑕疵本身應該係難以在選任過程中察知；而公司會議記錄所合法記錄之股東會或董事會決議選任過程，除非有反證之提出否則將認為係有效的 (CA 2006, ss 248-249)；完全不

³²¹ Peter Loose, Michael Griffiths and David Impey, *The Company Director : Powers, Duties and Liabilities*, 11th, Jordans publisher, page 213.

³²² Peter Loose, Michael Griffiths and David Impey, *The Company Director : Powers, Duties and Liabilities*, 11th, Jordans publisher, page 152.

³²³ Peter Loose, Michael Griffiths and David Impey, *The Company Director : Powers, Duties and Liabilities*, 11th, Jordans publisher, page 152、153.

同於 s. 161 者，基於善意第三人之立場，若第三人主張其係與公司所授予董事權限之人進行交易時，則第三人得依代理人原則合法主張公司應對於代理人之行為負責，且相對人並得主張 CA 2006, s. 40 規定³²⁴之適用；事實上董事與經合法受到選任之董事，均同樣適用依 CA 2006, s 250 下所應負的義務與責任（『……任何人在董事的職位上，而不論其名稱為何』）；得以聲請取得禁制令以避免事實上董事繼續其行為；董事之行為或該董事所參與的董事會決議，得由合法組成的董事會或董事會決議所認可（be ratified）。

在 Morris 案中，上訴人 M 主張兩個部分，各自係「Companies Act, 1929, s 143, 與 Table A, art 88 規範」及「Turquand 原則」，其訴訟策略顯示出此二部分之主張對於第三人而言係具有相當之保護。本文以為，根據英國法院數個案例之見解來看，第一部分主張相當於 CA 2006 s 161 規範之效果可以達到直接令 M 之董事身分與認股行為逕自當然有效之結論，蓋選任董事決議之瑕疵不影響後續法律行為之效力，然而法院任為此並非『瑕疵』，而係『完全沒有選任』，而否定了此主張³²⁵。第二部分主張則係利用「Turquand 原則」主張其並不知該『完全沒有選任』的事實，因此公司應為董事（其實當實並非董事）之行為受到拘束，「Turquand 原則」某程度上具有民法「表見代理」之概念，而運用至公司、董事與第三人間上，如 Turquand 一案所示，雖在查證義務上，公司與一般商業組織有所不同，然而 Morris 案法院明白闡述道，居於公司董事地位之人無法主張與公司以外之善意第三人有相同之地位，且董事對於公司內部人員行使權力本應有相當之認知、甚至查證相關之程序、檢視並監督，此係董事之義務，故而排除了 M 適用「Turquand 原則」之可能。依此，似即代表公司內部之人無法主張其係善意不知而適用「Turquand 原則」。最後，文獻有指出，CA 2006 s 161 規範與代理原則係有不同，

³²⁴ Company Act 2006, s. 40.

³²⁵ Alan Dignam, Hicks & Goo' s Cases & Materials on Company Law, 7th Edition, Oxford University Press, page 318.

第二項 美國法個案之探討

本文所舉之兩個案子均係有關於公司內部程序具有瑕疵，導致被選人究竟是否具有公司董事身分上之爭議。有趣的是，兩個案子差距不到十年³²⁶，但法院所採取的見解截然不同。

在 *Drob* 一案中，法院採取了事實上理論（*de facto officer*），認定違反公司內規與法律規定所選任之董事，雖然並非合法之董事，但既係在多數董事的會議上，以選任其為董事為目的下所進行的董事會，且被選人亦因而擔任該職位，故而被認定為事實上高階管理員（*de facto officer*），因而有如同法律上董事之權利，就此適用下，本案系爭於 1942 年 12 月所召集之具有瑕疵的股東會決議應為有效。

相對於此，*Young* 一案中則採取了不同看法。判決中並以 *Drob v. National Memorial Park, Inc.* 一案中之闡示（此處即係指事實上董事理論）為例，主張具有瑕疵的董事其可能在選任的過程上將受到公司股東的質疑，且並不認為擴張事實上董事理論的適用於此案上即得以隔絕掉所可能受到的直接質疑。相對的，適用事實上理論的結果將嚴重的減損了公司法制定相關程序的重要性、公司的內規規定以及公司民主理論的精神。由兩案例可知，不採取事實上董事理論下，法院即各別審查自瑕疵發生以下的每一個程序上瑕疵的效力。然而法院似僅係針對公司的各項程序發動的資格上進行討論，並未討論公司若係由具瑕疵的董事會或股東會作成對於第三人之交易之行為、或係未被選任為公司董事之被選人與公司間的權利義務關係為何？當然，被選人為公司所為之業務執行行為仍負有受任人義務似乎並不會引發太大的爭議，此時以事實上董事理論並未不合理；同樣的以此理論來解釋程序上的問題亦得以獲得充分之解決，有問題者係在關於被選人是否得以向公司請求擔任董事下的任何權利？以事實上董事理論之法律上地位即如同法律上董事的角度而言，似亦無不合理，但 *Young*

³²⁶ *Drob et al. v. National Memorial Park, Inc., et al.* 一案判決係於 1945 年 3 月 13 日所作；而 *Cecil P. Young and Delmas K. Kitchen v. Sigmund Janas, T. Peter Ansberry, John Feder and Permachen Corporation* 一案判決係於 1954 年 3 月 10 日所作。

一案的法院卻道出了事實上董事理論於法律要求之程序規範適用時，將受法理上不當的質疑，此時即係立於法律關係之穩定與法規範精神之遵守間進行取捨。

在第一個案子中很顯然公司係兩大股東意見不和導致公司處於難以運作的情況，本案法院利用事實上董事理論迴避了當事人聲請臨時管理員（receiver）的請求。或許係雙方當事人對於公司都有部分「侵占」公司資產的行為，令法院決定不介入公司的營運而取決於事實上理論來解決公司內部間的紛爭。若立於我國觀察，兩條解決公司內部僵持無法運作的途徑，似乎係以由法院介入指定臨時管理人（receiver）係較為大眾所採之方法，本文以為在一般情況下所發生之程序瑕疵（如因疏忽導致程序發生瑕疵），若得以善用「事實上董事理論」來解決瑕疵連鎖的問題；而在惡性或情節較為重大（如偽造文書或經營權爭奪致公司陷於董監雙包）等情況，則或可考慮以臨時管理人來處理，此應得兼顧公司私法自治與公權力介入企業經營權之穩固兩方的平衡。

第三項 日本學說與實務的探討

綜觀上述日本學說與實務上之爭執，瑕疵連鎖所衍生出的各項爭議廣泛的受到討論。其中以股東會決議事項進行區分，並以對外、對內關係去各自找尋法律上解決之依據與規範，不可否認各種見解均有其不足之處，本文所介紹篇幅甚多的「事實上董事」理論本身雖以英國法為依據，說理上得為瑕疵連鎖下對外與對內之法律關係，及程序上的瑕疵找尋解決方法，然而其本身亦不可避免的受到以「既成事實的尊重」與「法安定性」下作為依據，並不代表有使其正當化的條文依據存在，不得不說其在理論的構成上相當地薄弱之批評³²⁷。

在瑕疵連鎖爭議中，日本諸說中似亦影響我國學說上之看法，我國法

³²⁷ 竹濱修，先後關係にある取締役選任決議の不存在確認の訴えの利益，收錄於現代ビジネス判例—企業行動の新たなる指針—，主編者：『現代ビジネス判例』編集委員會，發行者：岡村勉，頁 58，2003 年 3 月 27 日初版第 1 刷發行。

以表見代理與無因管理進行解決；相較於日本法尚有不實登記、代表董事登記與会社法第 354 條規定以茲解決，我國學說與實務上似多傾向立於法院判決前以各種法理來否定產生連鎖瑕疵之可能。本文以為日本法上以判決效力溯及既往與否作為立論基礎所展開之各項學說，均有其理論依據。然而採取選任董事股東會決議瑕疵後，後續所為的法律行為（對公司內部或對外法律關係上）仍然有效之論點，大多無法擺脫採取判決效力不溯及效力的立場，亦將導出與訴訟法學理及公司法通說見解有所矛盾的結論。本文以為，此時仍係回到原本所探討的「法律安定」、「交易安全保護」與「法律規範秩序維持」進行利益衡量的判斷上。亦即，欲採取令選任董事之股東會決議經法院認定為無效、不成立或經撤銷後，基於該股東會決議後所發生的過往法律關係仍不受影響的結論時，某種程度上即形成法院之認定只是單純的對於該次選任董事之股東會決議進行評價而已，採此立場下接著法院其餘所面臨的問題，僅在作出訴訟雙方當事人間的利益平衡點而已，然而依此立場下，勝訴之一方如何取回其應有的利益亦為一大難題，且往往原告（即主張股東會決議有瑕疵之一方）訴訟之目的即在使判決發生溯及效力以取回其原有的經營權，其係此訴訟上最具利害關係且有訴訟上權利發動之其中一人，發動此一訴訟並取得勝訴判決後卻換得判決效力不溯及說下的結論，是否允當即有思考的空間。何況實際上該程序根本不存在或是被當作不存在的情況下，就會變得在事實上是被容認的。恐怕會在尊重事實與法律安定性的名義下徹底的扭曲法規要求遵守程序（之法律上的原則）³²⁸。相對的，採取溯及效力肯定說下，除了仍會發生面臨雙方利益平衡點取捨的問題外（即直接認定公司經營權溯及回歸至原為公司負責人或原應取得公司經營權之人是否妥當？），如何否定於該次選任董事股東會決議至法院認定股東會決議有瑕疵期間所發的法律行為，或如何處理該段期間所生的種種交易行為（對外）、公司內部的相關程序等，法律上之法理依據何在，仍有待探討。

³²⁸ 西尾幸夫，再決議・決議無効と訴えの利益，現代裁判法大系，第 17 卷，会社法初版，家近正直編，新日本法規出版，平成 11 年 1 月 25 日。

第二節 採取個案綜合判斷解決模式

綜合各國學說、立法例與我國個案之探討，本文擬藉由我國法既有之規範與學說見解、搭配各國相關學說等，提出數項值得參考之法規或法理依據以解決「瑕疵連鎖」下所可能產生的諸項問題。瑕疵連鎖所衍生的種種爭議與法律關係變動間聯結的關鍵點即在於判決之效力，因此若得以在判決效力前解決所產生的各項瑕疵，理論上或得以減少「瑕疵連鎖」所造成之爭議。

第一項 外國立法例之參考與法理之運用

關於股東會決議瑕疵，我國法規範上已有條文得以排除「非屬重大且於決議無影響」之瑕疵。排除部分於公司程序上不重要的瑕疵，某種程度上減少因細小瑕疵下所對公司後續多項的法律關係的變動。本文於此所欲探求者即係根本自立法規範上，找尋其他可能之途徑得以更廣泛的排除面對「瑕疵連鎖」下種種的難題。公司法第 189 條之 1 規定受限於學說上「前條撤銷決議之訴」、「非屬重大且於決議無影響」要件之解釋限制下，適用上仍有其狹隘或不確定性。因此在尚無法律明文規範下，於某種特殊情況而非公司法第 189 條之 1 規定適用範圍內，例如於外國法規範上，德國股份法 (Stock Corporation Act) 第 121 條第六項規定，「若所有的股東出席或被代表而出席，該股東大會 (general meeting) 在沒有遵守本條規定 (即股東常會召集的規定) 而無股東對此決議提出異議下，得被認定為一股東會決議。」³²⁹ 而德國有限責任公司法 (Limited Liability Company Act) 第 51 條第三項亦有類似之規定，「若股東會決議未合法地召集³³⁰，於有全部股東出席的場合下，該決議得被通過。」³³¹ 特別是，所有股東全體出席的股東會決議上，當發現股東會決議的召集程序未受到遵守時，股東

³²⁹ Gerhard Wirth Michael Arnold Ralf Morshäuser, Corporate Law in Germany 2nd, 389, Verlag C. H. Beck München 2010

³³⁰ 如在召集決議上，存在形式上的瑕疵。Gerhard Wirth Michael Arnold Ralf Morshäuser, Corporate Law in Germany 2nd, 33, Verlag C. H. Beck München 2010

³³¹ Gerhard Wirth Michael Arnold Ralf Morshäuser, Corporate Law in Germany 2nd, 262, Verlag C. H. Beck München 2010

們無異議而一致地放棄該召集程序，以為了去治癒任何可能潛在的決議瑕疵之情況³³²。

我國學者有針對德國股份法（Stock Corporation Act）第 121 條第六項之規範提出說明，當全體股東親自或透過代理出席股東會者，雖未遵守該節股東會召集程序之規定（第 121 條至第 128 條），只要會議上沒有股東異議，亦得為股東會決議。亦即只要該會議性質上係屬於股東為行使股東權利而全體出席，且出席之股東無人對股東會召集程序有瑕疵提出異議者，即得為有效之股東會決議。但若是股東偶然的或居於其他目的，例如聚餐，而全體聚集一處碰面，或是雖居於開股東為之目的而全體出席，但會議中有人對召集程序提出異議者，則不適用該項規定³³³。有疑者係此二規定是否適用公開發行公司與閉鎖型公司？德國法藉此規定，使規模小之封閉型的股份有限公司在運作上更具彈性而趨近於有限公司的運作，惟該條並非專為小型公司而設，任何公司，包括股票在證券市場交易的大型公司亦得適用³³⁴。

在日本法上，有實務見解認為，「即使在未經法定的召集程序，包含（委任）代理人出席的情況，只要有所謂全員股東出席的股東總會決議之情況下，將得以作為股東總會決議被解釋為有效」³³⁵，此種情況被稱為「特別情況」³³⁶，因此日本上曾有見解認為只要有全體股東出席之股東會決議，原本「代表董事以外之人召集的股東會會議並非股東總會，因此其所作成

³³² Gerhard Wirth Michael Arnold Ralf Morshäuser, *Corporate Law in Germany* 2nd, 33, Verlag C. H. Beck München 2010

³³³ 洪秀芬，未經合法召集而全體出席之股東會決議效力，月旦法學教室，第 51 期，頁 28、29。該文中舉有一例，本文附於此茲供參考：「A 股份有限公司雖僅有股東十人，然因公司內部糾紛不斷，致使董事會遲不召開股東會，因此非董事亦非監察人之股東張三私自發函給其他九名股東，及未具有股東身分之董事，通知一星期後於公司會議室召開股東會，討論公司解散事宜。開會當日股東全部出席與會，會議中並無人質疑股東會之召集程序是否有問題，而在大家熱烈討論後，以公司已發行股份之表決權數的近 4/5 通過公司解散案。股東會後反對解散之股東李四始質疑股東會決議之效力。問：A 公司解散決議是否為股東會之決議？該決議效力如何？」

³³⁴ 洪秀芬，未經合法召集而全體出席之股東會決議效力，月旦法學教室，第 51 期，頁 28、29。

³³⁵ 弥永真生，最新重要判例 200 [商法]，平成 22 年 3 月 20 日，第三版第 1 刷，頁 174。最判昭和 60 年 12 月 20 日民集 39 卷 8 号 1869 頁。西尾幸夫，再決議・決議無効と訴えの利益，現代裁判法大系，第 17 卷，会社法初版，家近正直編，新日本法規出版，平成 11 年 1 月 25 日。

³³⁶ 江頭憲治郎，株式會社法，有斐閣，2010 年 3 月 25 日，第三版第 2 刷，頁 351 註 1、註 2 部分。

的決議無法被認定為股東總會決議」之情況將被例外的為有效³³⁷。此見解與德國法之立法規範，或可作為法理依據。

本文以為，我國若得以引進德國法上此條文之立法意旨及或類似之相關規範，除有學者所舉之例，在「無召集權人召集而全體出席之股東會」的場合³³⁸，此等決議究屬得撤銷、無效或不存在學說、實務見解有諸多討論，與其受困於諸說紛爭而造成股東會決議瑕疵陷於適用公司法第 189 條之 1 規定與否之間，因此等細小紛爭導致後續股東會決議與公司內部程序等之連鎖瑕疵，破壞交易安全，不如即考慮以德國法相關規範為解決之方案，或可解決部分困境。又本文亦贊同不必拘泥於公司規模之大小，於閉鎖型公司自有利其運作上之彈性，大型之公開公司若確有達到全體股東出席參與股東會之要件，又何妨另其為有效之決議？

最後，若得以參考英國立法例 CA 2006, s 161 規定³³⁹，或許得以避免董事會或董事之選任為無效下，影響公司其他事項之決議與相關程序，然而應注意者，英國法院與學說將『自始不存在選任董事之決議』情況排除在此規範適用範圍之外，避免惡意之人利用此規範而奪取公司經營權，本文以為我國立法上或得以考慮英國公司法 CA 2006, s 161 之內容，並排除惡意以偽造文書等方式選任董事而取得公司經營權之情況。

第二項 重新劃分股東會決議瑕疵訴訟

時點置在提起股東會決議瑕疵訴訟中，或可考慮交由法院進行審查，衡量個案情況認定該系爭選任決議或特定決議之瑕疵是否有必要令其無效、不存在或撤銷該股東會決議，若瑕疵不符排除進行訴訟法律規範而有

³³⁷ 弥永真生，最新重要判例 200 [商法]，平成 22 年 3 月 20 日，第三版第 1 刷，頁 174。

³³⁸ 洪秀芬，未經合法召集而全體出席之股東會決議效力，月旦法學教室，第 51 期，頁 28、29。

³³⁹ Company Act 2006, s. 161 provides, " (1) The acts of a person acting as a director are valid notwithstanding that it is afterwards discovered— (a) that there was a defect in his appointment; (b) that he was disqualified from holding office; (c) that he had ceased to hold office; (d) that he was not entitled to vote on the matter in question. (2) This applies even if the resolution for his appointment is void under section 160(appointment of directors of public company to be voted on individually)."

由法院審查、訴訟之必要，則法院應得以運用各種法律規範與法理進行認定。

在本文前述章節曾介紹我國數案件及學說之探討，據分析可知學說上多嘗試運用各項法理以避免股東會所有的瑕疵造成連鎖瑕疵之效果，本文於此階段提出者，係以個案類型化為主軸，由法院運用各項法理依據，如禁反言（若進行違法決議當時提起訴訟之人亦在場並未提出異議，並加入表決之情況）、誠信原則、未遵守法律秩序但規範目的已達等等，解決個案上之瑕疵是否足以達到撤銷股東會決議或認定股東會決議無效、不成立而為法院判決。

觀察學說上之論述，多以公司法第 189 條之 1 之規範目的進行衡量審查、該瑕疵形成的基礎事實是否仍已達法規之目的、召開董事會、股東會決議成本之權衡等作為法理依據，微小瑕疵之存在是否有認定其撤銷、無效或不成立之必要，得由法院在個案上衡量判斷。又本文同意我國學者所提出之見解，基於外觀優越法理下，區分股東會決議之瑕疵³⁴⁰：

(1)若認該股東會於外觀上或形式上得令一般股東認知該次股東會召集係由有權之人所為，則縱令該當人士並未經合法董事會決議或未依法律規定遂行召集程序，此時之股東會決議瑕疵當僅得依公司法第 189 條規定，予以撤銷。

(2)股東會召集行為與外觀或形式上即屬無召集權人所為者，則因其瑕疵情形嚴重，隸屬股東會決議不存在或不成立之列。

採此見解之優點已有前述，若善用此見解，亦可某程度減少瑕疵連鎖發生之可能性，且提訴訟縱已提起，仍得藉由假處分制度與臨時管理人之聲請，使公司盡早步入正軌，亦相當程度的迴避法院判決作成後，面對解釋被選人於此段期間內所為之行為應如何評價上的種種難題。

³⁴⁰ 黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第 196 期，2011 年 9 月，頁 193、195。

第三項 過去既往法律關係解決之依據與外國法之引進

最後一旦法院判決認定作出，論理上連鎖瑕疵將導致環繞於公司間的法律關係陷入難以統整的混亂、有害於交易安全與法安定性³⁴¹。因此本文除了分析在我國法下學說與實務對於過去既往法律關係，以表見代理與無因管理處理下，可能面臨的問題外，並藉由英國法與日本法上的各項見解，作為我國法解決此項爭議之依據。本文擬以 2012 年 1 月 4 日公布新修正公司法增訂第 8 條第三項規定之「事實上董事」作為實體法上之論據，「事實上董事」對公司亦負有善良管理人注意義務與忠實義務，相對而言，權責相符下，「事實上董事」亦應對公司享有同樣於法律上董事般之相關權利，因此該被選人於此段期間所領取之董事報酬、董事酬勞與車馬費三部分，係屬有法律上原因，「事實上董事」即得以保留該等利益。

依我國公司法新增訂之第 8 條第三項規定內容，「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，不適用之。」³⁴²其立法理由大致上認為「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，後二者統稱實質董事。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，則欠缺規範，爰於第一項明定實質董事之責任，俾落實公司

³⁴¹ 竹瀆修，先後關係にある取締役選任決議の不存在確認の訴えの利益，收錄於現代ビジネス判例—企業行動の新たなる指針—，主編者：『現代ビジネス判例』編集委員會，發行者：岡村勉，頁 56，2003 年 3 月 27 日初版第 1 刷發行。

³⁴² 按本條文未正式增訂公布前，有不同版本之草案條文文字內容，草案當時係增訂於第 23 條之 1 規定，「公開發行股票之公司，非董事而實際執行董事業務或指揮董事或經理人執行業務者，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。第一項準用前條第一項之規定，於政府考量發展經濟、穩定物價、促進社會安定或其他增進公共利益等情形者，不適用之。」

治理。」³⁴³，自該條項內容可知，「非董事而實際執行董事業務」者，為「事實上董事」，且立法理由更強調「非董事而事實上有執行董事業務之外觀者」，即「董事業務之執行」與「業務執行之外觀」，與日本學說上之兩要件有異曲同工之妙；又立法理由亦顯示出一點，此法之增訂係「……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，則欠缺規範，爰於第一項明定實質董事之責任，俾落實公司治理。」即強調課予法律上董事以外之「事實上董事」與「影子董事」責任，卻未對於「實質董事」相關之權利有所說明。本文以為，此應係在當初發展出事實上董事與影子董事之概念時，往往多係在處理「權責不符」與「避免大股東利用有限責任制度脫逃責任」，以責任角度之立場作出發，固有其發展之必要、及衡平當事人權利義務上之當然。另一方面，站在這個立場下，當認定「事實上董事」有其責任與義務時，似亦應賦予其公司法上具有相關之權利，因此董事領取通說下所認之董事報酬、董事酬勞與車馬費董事基於此角度下即有其依據。雖本文所探討之爭議並非係公司法第 8 條之 1 第三項增訂規範的立法目的中所欲規範之內容，然而在要件符合下，或可基於對「既成事實的尊重」與「法安定性」的考量下，引用「事實上董事」解決該問題。在我國，若欲以「具有權限的外觀」與「繼續執行職務」之要件作為認定「事實上董事」時，嘗試在我國既有的制度與規範下作找尋各項認定來源，「權限的外觀」應得以我國之公司登記事項³⁴⁴與公司負責人

³⁴³ 原草案第 23 條之 1 規定之立法理由為「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，後二者統稱實質董事。…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…明定實質董事之責任，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、經理人執行業務之人，不以自然人為限，法人亦包括在內。…控制公司指示從屬公司執行業務，…原屬關係企業之常態。又已明文規範於第 369 條之 4，…，實質董事之損害賠償責任與控制公司之損害賠償責任，宜予區隔，…。」

關於新增訂第 8 條第三項但書之立法理由因與本文主要爭點無涉，故僅以註解形式列出，以示完整「三、按公司雖係以營利及追求股東之最大利益為目的，但公司在追求利潤最大化的同時，應負擔公司之社會責任，且董事經營公司時所應考量之利益不再侷限於股東利益，乃現代公司治理之發展趨勢。尤其政府機關轉投資民間公司多負有政策性任務或目標，且其所提供之物品或服務，多為人民日常生活息息相關，例如自來水、電力及大眾運輸等。政府為維持及增進人民利益之需，或須指揮公司執行相關公共政策；立法部門亦經常作成國營事業之產品價格應予凍漲或緩漲之決議，俾以減輕民眾負擔。凡此雖可能影響公司之利益，惟基於公益大於私益之原則，爰明定政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益對政府指派之董事所為之指揮，不適用之，爰增訂第三項。」

³⁴⁴ 公司法第 393 條規定，「公司登記文件，公司負責人或利害關係人，得聲敘理由請求查閱或抄

經營公司事務、管理公司業務等行為作為表見事實之依據；而「繼續執行職務」則應得以擔任公司負責人、召集董事會、召集股東會決議及執行公司內部事務等法定責任並經過一定期間作為基礎，就個案事實進行判斷。

退步言，若不採取「事實上董事」下，若以通說採取之（類推適用）表見代理與無因管理，則將公司法上法律關係適用民法規範將有種種困難須待解決。實務上雖有認為公司董事長代表公司所為之法律行為³⁴⁵即無從適用民法表見代理之規定³⁴⁶。姑且不論此見解之合理性與否，一旦選任董事之股東會決議無效、不成立或經法院撤銷後，被選人即已非董事、亦無法成為董事長，自無法定代表之餘地，是否有此判例之適用可能有所疑義。又本文不採取此實務見解之立場，認為即使於公司董事長與公司間仍有表見代理等之適用。董事對於公司相關之責任與義務方面，無因管理人自應對本人（公司）負有善良管理人之注意義務，此時對於善意之被選人援引外國法下為求衡平當事人間之利益的『quantum meruit』概念，但將造成允許被選人得以主張不當得利請求權以保護其權益的同時破壞了無因管理的基本精神，二者之衝突仍有待解決。又公司法第 23 條第三項規定，訂有當公司負責人因違反同條第一項所定之義務時，公司對其有「股東歸入權」³⁴⁷，立法理由謂此係「避免公司負責人動輒中飽私囊並逕為脫產」。然而無因管理或無因管理經承認後，似無類似此歸入權之規定³⁴⁸，適用上可能仍具有一定之落差。若採取民法學者下，則僅得以不當得利與侵權行為作評價，採取此等方案對於處理公司與被選人間之法律關係似乎無法取

錄。但主管機關認為必要時，得拒絕抄閱或限制其抄閱範圍。公司左列登記事項，主管機關應予公開，任何人得向主管機關申請查閱或抄錄：一、公司名稱。二、所營事業。三、公司所在地。四、執行業務或代表公司之股東。五、董事、監察人姓名及持股。六、經理人姓名。七、資本總額或實收資本額。八、公司章程。前項第一款至第七款，任何人得至主管機關之資訊網站查閱。」公司法第 12 條規定，「公司設立登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。」

³⁴⁵ 公司法第 208 條第三項前段規定，「董事長對內為股東會、董事會及常務董事會主席，對外代表公司。」

³⁴⁶ 最高法院 79 年台上字第 2012 號判例認為，「民法第一百六十九條關於表見代理之規定，惟意定代理始有適用，若代表或法定代理則無適用該規定餘地。」

³⁴⁷ 公司法第 23 條第三項規定，「公司負責人對於違反第一項之規定，為自己或他人為該行為時，股東會得以決議，將該行為之所得視為公司之所得。但自所得產生後逾一年者，不在此限。」

³⁴⁸ 民法債編各論之委任關係中，民法第 542 條規定，「受任人為自己之利益，使用應交付於委任人之金錢或使用應為委任人利益而使用之金錢者，應自使用之日起，支付利息。如有損害，並應賠償。」此立法理由提到此規定在保護委任人之利益，無論受任人有無過失，委任人曾否受損害，均應支給利息，因而致委任人受損害時，更須賠償。可否認具有「歸入權」之概念，值得探討。

得充分之解釋；相對的於公司而言，公司與被選人間之法律關係，如公司法下之受任人義務等，於民法不當得利與侵權行為下應如何評價與解決，亦應一併列入思考之中。

最後應處理者，係是否所有經法院認定選任董事決議無效、不存在或得撤銷後之被選人均得主張「事實上董事」或表見代理與無因管理之法律關係，即善惡意之人是否均得主張該規定，其得適用之主體範圍為何，將於下文討論之。



第五章 瑕疵連鎖效應後續法律關係之處理

在法院作出判決後，關係公司內部與外部的法律關係將發生一連串的變動。一旦訴訟時間漫長，則後續所影響的法律關係範圍將更加巨大。且董監事的選任係公司的登記事項³⁴⁹，雖然通說認為此登記與公司法第 12 條規定係屬對抗要件而非成立要件，但登記一事在本文立場上係屬一表見外觀，且登記事項上配合我國法第 9 條第三項、第四項之撤銷（或廢止）登記之規定，判決效力、撤銷登記、經營權糾紛所引發的種種效應將有待解決。

第一節 主管機關之撤銷登記與經營權之變動？

近來實務上所發生與主管機關撤銷登記有關的重大案件，即太平洋 SOGO 經營權爭奪案。日前經濟部撤銷太流公司自 91 年 11 月 13 之後的所有公司變更登記，使得太流公司在經濟部登記的資本額瞬間由 40.1 億元變成 1 千萬元，外界乃有 40 億元股本一夕蒸發的印象³⁵⁰，事實上法院裁定亦作了類似之解釋³⁵¹。經濟部所為之撤銷登記行為，其依據為公司法第 9 條第四項以下之規定。撤銷登記處分之舉一出，連帶所影響的，即係每年得以創造約 400 億台幣營收的太平洋 SOGO 百貨之經營權歸屬³⁵²。因此，

³⁴⁹ 公司法第 393 條第二項第 5 款規定，「公司左列登記事項，主管機關應予公開，任何人得向主管機關申請查閱或抄錄：五、董事、監察人姓名及持股。」

³⁵⁰ 工商時報，專家論壇—經部撤銷太流登記處分之妥當性，2010 年 2 月 23 日。

³⁵¹ 臺灣臺北地方法院 100 年度司字第 333 號裁定：「…本件相對人公司依經濟部九十九年二月三日函撤銷增資等相關登記後，公司登記實收資本額為一千萬元，而非四十億一千萬元，就該一千萬元資本額…」

³⁵² 於此簡略敘述太流公司與 SOGO 公司（太百）間之關係。民國 91 年 3 月，太設集團章氏父子為解決太設公司財務困難，便聽從林華德、李恆隆等人之建議進行以下分割計畫「1. 太設公司原持有「60% 中控公司股權」與「市價 46 億太百大樓」售予太百；2. 將「48% 太百股權」售予太流公司（太流為太設公司為轉投資所設之資本額 100 萬之公司）。依事後之計算，太設共將 84% 之太百股份售予太流；3. 將太設公司所持有之太流公司 100% 股權售予太百。」此舉將造成太百持有太流公司 100% 股份、太流持有太百 84% 股份。後經法院認定事實如下，「時任太百董事長之章民強以太百名義公司將太百持有之 100% 太流股份信託予李恆隆，後並依該分割計畫詞去太百董事長一職」。至此李恆隆、林華德等人掌握太百與太流公司。李氏其後並找來遠東集團徐旭東等人先後以增資太流 40 億方式入主太流進而取得太百經營權。此舉引起章氏不滿，並提起相關訴訟及檢察官進行相關之訴追。其中涉及撤銷登記之爭議係源自 98 年高院判決認為當時之增資之董事會、股東會會議記錄與其他相關文書及解任書係屬偽造，故該陸續增資行為

基於公司法第 9 條第四項之撤銷登記行政處分，追根究底而論，係源自原選任董事之股東會決議有無效、不成立或經撤銷之事由後（最為典型之例即為偽造增資決議、偽造或變造股東會、董事會決議等相關之文書，所造成選任董事之股東會決議有瑕疵³⁵³。），經濟部依法院判決或其他法定申請人之申請而為撤銷登記。因此，我國有董事變更登記制度下，公司對於外界市場彰顯其負責人之方式，往往係以經濟部登記作為依歸，姑且不論登記一事與公司經營權歸屬間究否有必要之關連，惟可以得知的是，取得經濟部「(變更)登記」³⁵⁴與受到經濟部「撤銷登記」³⁵⁵常常係外界所關注的焦點之一，故本文在探討股東會決議之瑕疵對於公司經營權變動之影響上，亦將分析在我國登記制度下，法院判決與登記間所可能產生的相關問題。

關於公司法第 9 條規定，「公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請文件表明收足，或股東雖已繳納而於登記後將股款發還股東，或任由

為無效。2010 年 2 月 3 日經濟部據此判決認定太流公司臨時股東會與董事會會議不實，依公司法第 9 條第 4 項撤銷太流八年來 6 項公司登記，由於太流與太百交叉持股，取得太流經營權者相當程度亦得取得太百經營權，因此，法院判決與經濟部之撤銷登記為 SOGO 經營權再掀波瀾。相關資料請參閱企業併購個案研究(三)，太平洋 SOGO 併購案，方嘉麟、林進富、樓永堅審定，元照出版社；自由電子報，徐旭東 SOGO 經營權恐生變！經濟部商業司撤銷遠東增資案，2010 年 2 月 3 日；臺灣高等法院 93 年金上重訴第 6 號判決、臺北地院 91 年度重訴字第 2785 號判決及臺灣高院 93 年度重上字第 45 號判決。

³⁵³ 如本文前面所述，選任董事之股東會決議瑕疵往往係伴隨著偽造增資決議記錄或增資決議違法而發生，在公司需要大筆資金入主公司而增資發行大量股份下，新入主之股東取得一定比例之股份並藉此改選公司經營團隊、或藉由增資取得之股份作為日後在公司經營權鞏固上相當的實力基礎，因此此二者間之具有相當的牽連關係。

³⁵⁴ 報章新聞內容：「金鼎證券的經營權之爭，越演越烈！昨天股東會，雙方陣營各自選出董監事，鬧雙胞。今天又玩起了諜對諜，一大早開發金和金鼎證，各自到經濟部商業司送件，辦理公司股東變更登記，來宣示主權，而金鼎證甚至找來保全站在公司外面，嚴陣以待……金鼎證大聲嗆聲宣示主權，其實一大早，雙方玩起諜對諜，9 點半不到，開發金律師趕忙到經濟部商業司，繳了錢、給了文件，辦理變更金鼎證券的變更案，要更改公司大小章，面對媒體低調以對。」金鼎證雙胞案 金管會不排除接管，TVBS 新聞。(最近瀏覽日：100/5/18)

(新聞網址：http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=sunkiss20090701173133)

報章新聞內容：「經濟部退回開發金陣營與金鼎證張平沼家族雙方在金鼎證券的董事會變更登記申請案，金鼎證董事會確定難產，半年報能否在本月底順利出爐，埋下重大變數，被打入全額交股的機率升高。……6 月 30 日金鼎證改選董監事，結果鬧雙包，開發金辜團隊與金鼎證張平沼陣營各自選出一組董監事，也都向經濟部申請變更登記，希望取得官方「背書」入主金鼎證。不料，經濟部昨天將辜、張兩派的申請案同時退回，張派退回理由是「違反公司法封存選票」；而辜派退回理由是，「董監事當選票數無法確認」，張、辜各被打五十大板，金鼎證董事會已確定難產。」經濟部退回兩派申請案 金鼎證董事會 確定難產，聯合報，2009/8/7。

³⁵⁵ 自由電子報，徐旭東 SOGO 經營權恐生變！經濟部商業司撤銷遠東增資案，2010 年 2 月 3 日。該段期間之報導有：商業司不是法院的執行處，經濟日報，2010 年 2 月 3 日、SOGO 震撼彈 遠百急殺跌停 SOGO 經營權恐生變，聯合晚報，2010 年 2 月 3 日、徐旭東 能保得住 SOGO 嗎？在增資股可能無效情況下 恐衍生一連串董監改選紛爭，聯合晚報，2010 年 2 月 3 日、撤銷 SOGO 變更登記？經部本周討論，聯合報，2010 年 1 月 27 日等報導。

股東收回者，公司負責人各處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。有前項情事時，公司負責人應與各該股東連帶賠償公司或第三人因此所受之損害。第一項裁判確定後，由檢察機關通知中央主管機關撤銷或廢止其登記。但裁判確定前，已為補正或經主管機關限期補正已補正者，不在此限。公司之設立或其他登記事項有偽造、變造文書，經裁判確定後，由檢察機關通知中央主管機關撤銷或廢止其登記。」公司法第 9 條規定學說上稱此係關於公司資本不實之規範³⁵⁶。其目的在於保護公司債權人利益，維護交易安全³⁵⁷。此規定為公司法規範中刑事責任最重之規範。本文所欲探討者，係對於本條第四項於有資本不實情事時之撤銷或廢止公司登記之相關規範之合理性。

公司法第 9 條第三條、第四條規定之操作，實務上相當重要。學者有討論公司法第 9 條第三條規定於現行制度下的運作。首先，第三項規定於涉及「資本不實等相關裁判確定後」以及第四項規定於涉及「偽造文書等相關裁判確定後」，由檢察機關通知中央主管機關撤銷或廢止其登記。學說上認為第三項之撤銷登記，係以「檢察機官之通知」作為中央主管機關發動撤銷或廢止登記權限之程序要件³⁵⁸；且中央主管機關一經檢察機關為通知，則中央主管機關即應撤銷或廢止公司登記，換言之此時中央主管機關對於是否決定撤銷或廢止公司登記並無裁量權限³⁵⁹。而若主管機關已能確認公司資本不實之事實已然確定，如確認繳款事實不存在之民事裁判確定，則不問於刑事裁判是否於訴訟繫屬中，主管機關均得本於職權，依行政程序法規定，而非以公司法第 9 條第三項為據，撤銷或廢止該有瑕疵之登記之行政處分³⁶⁰。依詢此見解，由於第 9 條條文規定中，將第三項與第四項相互比較下，除了第四項並無與第三項訂有但書「但裁判確定前，已為補正或經主管機關限期補正已補正者，不在此限」相同之文字規範外，二項間文字上係採取同等的立法規範模式，因此在無特殊解釋情況下，第四項亦應與第三項作相同之規範及文義適用解釋應無疑義。依此脈絡進行

³⁵⁶ 林國全，資本不實，台灣本土法學雜誌，第 53 期，2003 年 12 月，頁 198。

³⁵⁷ 林國全，資本不實，台灣本土法學雜誌，第 53 期，2003 年 12 月，頁 198。

³⁵⁸ 林國全，資本不實，台灣本土法學雜誌，第 53 期，2003 年 12 月，頁 201。

³⁵⁹ 林國全，資本不實，台灣本土法學雜誌，第 53 期，2003 年 12 月，頁 201。

³⁶⁰ 林國全，資本不實，台灣本土法學雜誌，第 53 期，2003 年 12 月，頁 202。

探討，在當一家公司於選任董監事之股東會決議為背景下，偽造股東會開會記錄與選任董監事相關之文書，而事隔多年後，法院認定偽造文書事實，進而在民事或刑事審判中亦由法院認定該次選任董監事股東會決議並不存在或不成立下，一旦判決作出後，主管機關即應依上述之操作，在經檢察機關通知後，應撤銷該次董監事登記及該次登記以下歷來之股東會決議後所為之登記均可能受到撤銷，蓋原選任董監事股東會決議之不存在或不成立，將連帶使公司後續之法律行為受到影響，而與該法律行為相關之登記將依第9條第四項之規定受到撤銷。

我國公司之登記制度，將公司之組織及其權利義務狀態公諸於世，藉以保障公司本身及社會公眾之利益與維護交易安全³⁶¹。按依目前通說與實務見解，公司之設立登記採取「登記生效」要件，公司經登記始能成立；而其他登記多採「登記對抗」要件（如董監事選任登記、公司增資登記、經理人登記等），所謂登記對抗要件，係指公司之變更登記（或登記與否），作為對抗第三人效力之依據，公司縱未登記，（該法律關係）亦得成立³⁶²。

公司法之主管機關為行政院經濟部，首先經濟部在當初接受公司登記之申請似乎並非採取實質認定，且經濟部亦無法認定該項登記之申請背後之法律關係或權限是否為合法、正確，因此僅得採取形式認定。而公司法第9條第四項規定若依上述運作下，將可得到經濟部雖為公司之主管機關而掌管公司登記事項，卻僅得在受確定判決與檢察機關之通知後被動的依職權撤銷或廢止其登記之行政處分。然而經濟部是否有必要須依確定判決與檢察機關之通知而為撤銷或廢止登記？另有疑者，主管機關是否有必要一經檢舉機關之通知即無裁量權、必然應撤銷（或廢止）諸項登記？又撤銷該登記對於該公司現實生活上與對外之法律關係有何影響？

目前公司法上所規定之登記事項，僅有公司之設立登記採取「登記生效」要件而其餘採取「登記對抗」制度之設計下，則此撤銷登記是否有其

³⁶¹ 王文宇，公司法論，2008年9月，四版第1刷，頁679。

³⁶² 王文宇，公司法論，2008年9月，四版第1刷，頁687。台北地院95訴字第1743號判決：「…公司對於設立登記及第二百零五條第五項以外之其他登記，採登記對抗主義，即登記與否不影響該事項之生效，而係以登記作為取得對抗第三人效力之基礎。」

實益？在我國，登記本身除了公司設立為登記生效要件外，其餘多屬登記對抗要件下，公司一旦成立法律關係或作成法律行為，原則上只要意思表示健全、無瑕疵或與交易相對人讓與合意而不違反公序良俗下，法律行為即成立有效，登記僅係對抗要件，因此即使不經登記，該法律行為亦屬有效，不經登記所可能產生之問題者，可能僅在於對外涉及第三方之法律行為（如公司董監選任（變更）登記）或得否對於第三人是否有效問題（如公司負責人所為之無權處分行為）時的情況。

按登記制度之建立與實施本身有其成本³⁶³（如變更登記文件、受理、變更與查看登記平台之設立等），然而公司進行登記一事，相對而言亦可減少一定之交易成本、提高交易效率³⁶⁴，令交易相對人得知相關之資訊，此時在作利益衡量下，採取登記制度背後所作的利益衡量結果，應係登記制度所達到的效益比未採行登記制度之效益較高始為合理。而在撤銷登記上，自本文於章節貳所舉之例作觀察³⁶⁵，一旦主管機關依據法院判決撤銷諸項登記後，公司對外之法律關係所可能產生之問題有：

於法院判決認定後，若法院認定之公司負責人與現實之經營公司之人不一致下，此段期間與代表公司之公司負責人締結相關契約之交易當事人，此契約效力為何？此問題首先所涉者即撤銷登記之效力是否應為溯及無效？又一旦法院判決作出且經濟部進行撤銷登記後，登記簿上所回復者乃多年前未經股東會改選之經營階層³⁶⁶（當然亦可能係未更換董監事人選之

³⁶³ 劉連煜，現代公司法，2010年9月增訂六版，頁600中引述林國全教授，公司登記制度若干問題之探討，經濟部中部辦公室演講稿，2006年4月22日，頁1之內容。

³⁶⁴ 劉連煜，現代公司法，2010年9月增訂六版，頁600中引述林國全教授，公司登記制度若干問題之探討，經濟部中部辦公室演講稿，2006年4月22日，頁1之內容。

³⁶⁵ 假設有一公司為A公司，今A公司設有董事各為甲、乙、丙、丁、戊五名，其中甲為董事長。今甲、乙與丙、丁、戊於經營理念上不合，又苦於丙、丁、戊於董事會上之多數且持有之股份（約50%）多於甲、乙（約40%）二人，為避免於下次改選董事時，遭到改選而被逐出公司，因此甲、乙便自行召開董事會並偽造董事會開會記錄、公司進行增資而由第三人B、C二人認購之決議（B、C經此決議後可持有A公司近25%）等相關文書，並立刻召開股東會進行董監事之改選，改由甲、乙、B、C、D擔任公司董事，並由B擔任A公司董事長。丙、丁、戊隨即提起訴訟，主張甲、乙自行召開之董事會與增資決議為無效，而隨之提起之選任股東會決議亦屬無效或不成立。訴訟繫屬經9年判決確定後，法院認定丙、丁、戊之主張有理由。

³⁶⁶ 最高法院73年台上字第2463號判決之意旨：「查公司股東會決議撤銷之訴提起後，在撤銷判決未確定前，該決議固非無效，惟決議撤銷之判決確定時，該決議即溯及決議時成為無效。本件被上訴人之七十一年度股東會第六號議案決議，既被判決撤銷確定，自應溯及七十一年七月十八日決議時成為無效。」經濟部99/12/17經商字第09902170450號函：「按「股東會決議事項經法

情況，惟本文於此依所舉之例，董監事人選即有不同），此時撤銷登記後尚在公司經營的實際經營者與登記上之董監人選不一致下（按此情況下公司真正之經營者為何人亦有待探討），應如何處理？亦即，若登記與現實事實狀態不一致之情況或登記所彰顯之狀態與「法律上的關係」（基本上此處所指者，係法院所認定的法律關係）或「事實上的外觀」不一致下，公司之交易相對人應為何種主張？

首先，最高法院 79 年台上字第 2012 號判例認為，「民法第一百六十九條關於表見代理之規定，惟意定代理始有適用，若代表或法定代理則無適用該規定餘地。」若肯定此見解下，公司董事長代表公司所為之法律行為³⁶⁷即無從適用民法表見代理之規定。此見解之合理性仍有爭議，惟縱採取肯定此見解下，亦得解釋為一旦經法院為判決認定選任董事之股東會決議不成立、無效或經法院撤銷該股東會決議下，被選人自始即非屬公司董事長，自無法定代表之餘地，此時是否認為應得適用民法上之代理規定與表見代理來解釋其對外之法律關係較為合理，亦值考慮。本文採取不贊同該實務見解。又法院判決一旦作成，是否即表示公司之交易相對人應知悉、或至少應探知公司之負責人（即甲、乙、B、C、D）已可能非真正法律上所認定之有權代表公司對外進行交易之人？訴訟法上，法院判決作出後，在現實生活中是否足以使公司之交易相對人立即知悉而轉變為惡意之可能？亦即是否一旦判決認定作出後，交易相對人即無主張民法表見代理之

院判決撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時無效，公司董事、監察人即應回復於改選前之狀態。惟此時原任董事、監察人之任期如已屆滿，可依公司法第 195 及第 217 條之規定，延長其執行職務至改選就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆時，當然解任。……」經濟部 94 年 10 月 27 日經商字第 09402162200 號函釋亦同。據報導：「…經濟部商業司昨天決定撤銷太平洋流通公司於 91 年 11 月 13 日的公司變更登記，讓太流回到資本額僅有 1000 萬元、太平洋建設創辦人章民強仍任董事長的階段，遠東集團相關增資、新股發行及董監事變更通通撤銷，為遠東經營權投下變數。…」Upaper，2010 年 2 月 4 日經部撤銷太流公司變更登記 SOGO 經營權 出現變數，2 版焦點。

最高法院 94 年台抗字第 72 號民事裁定：「…況相對人前於八十九年改選董事之決議，經法院判決撤銷確定，由經濟部據此撤銷該董事登記、回復八十九年改選前之董事登記後，相對人公司業務已由經濟部於九十三年六月八日核准變更登記之法人股東愛之味股份有限公司改派之代表人白文仁為董事長之董事會經營中，並依經濟部限期改選董、監事之通知，於九十三年九月二十三日召開九十三年度股東常會，改選董事、監察人，於同年月二十四日選任白文仁為董事長，亦難認相對人有抗告人所稱董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞，而有選任臨時管理人，代行董事長及董事會職權以儘速召集股東會改選董、監事之必要。……」

³⁶⁷ 公司法第 208 條第三項前段規定，「董事長對內為股東會、董事會及常務董事會主席，對外代表公司。」

可能？本文在此嘗試自採取肯定及否定之見解下各自探討交易第三人面臨何種情境。

再者，公司法第 9 條第三項、第四項除有撤銷規定外，另有『廢止』之規定。因此在此先區分在行政法上關於『撤銷』與『廢止』間不同之效果。依行政程序法第 117 條規定，原則上違法行政處分經撤銷後，溯及既往失其效力³⁶⁸，若違法之行政處分係屬授益處分時，則可能有信賴保護之問題³⁶⁹；反之，合法之行政處分則有廢止之問題³⁷⁰，惟與撤銷不同的係廢止原則上並無溯及既往之效力，合法行政處分經廢止後，自廢止時或自廢止機關所指定較後之日時起，失其效力³⁷¹。因此行政程序法係以行政處分合法與否區分『撤銷』與『廢止』，而二者有不同之效力。因此有疑者即係被認定股東會決議有瑕疵而法院作出判決時是否即屬該登記係屬有違法？實務上經濟部主管機關對於變更登記文件係採取形式審查³⁷²，而一旦發現有為造文書或登記不實等情事，經濟部似係以『撤銷』登記為處分³⁷³，則依行政程序法規定自具溯及效力；然而是否只要係以偽造文書致登記不實之情形均屬違法行政處分而應以『撤銷』為之，此時不免產生經濟部僅得形式審查下，如何真實認定行政處分究否違法下，僅得被動由法院認定

³⁶⁸ 行政程序法第 117 條規定，「違法行政處分經撤銷後，溯及既往失其效力。但為維護公益或為避免受益人財產上之損失，為撤銷之機關得另定失其效力之日期。」

³⁶⁹ 行政程序法第 120 條規定，「授予利益之違法行政處分經撤銷後，如受益人無前條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償。」

³⁷⁰ 行政程序法第 122 條規定，「非授予利益之合法行政處分，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止。但廢止後仍應為同一內容之處分或依法不得廢止者，不在此限。」行政程序法第 123 條規定，「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：一、法規准許廢止者。二、原處分機關保留行政處分之廢止權者。三、附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者。四、行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者。五、其他為防止或除去對公益之重大危害者。」

³⁷¹ 行政程序法第 125 條規定，「合法行政處分經廢止後，自廢止時或自廢止機關所指定較後之日時起，失其效力。但受益人未履行負擔致行政處分受廢止者，得溯及既往失其效力。」

³⁷² 經濟部最高法院 96 年 6 月 14 台文字第 0960000442 號函結論為：「…然僅形式上審查其是否『違反本法』或『不合法定程式』而已，倘其申請形式上合法，即應准予登記，不再為實質之審查。且公司之設立或其他登記事項如涉及偽造、變造文書時，須經裁判確定後，始撤銷或廢止其登記。則行為人於公司法修正後辦理公司登記事項，如有明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，即有刑法第二百十四條之適用。」

³⁷³ 如臺北高等行政法院 99 年度訴字第 1563 號裁定：「…臺灣高等法院檢察署爰依公司法第 9 條第 4 項規定，以 98 年 12 月 31 日檢紀盈字第 0980000964 號函將上情通知被告。被告（經濟部）遂以 99 年 2 月 3 日經授商字第 09901000210 號函（下稱原處分）○○公司，撤銷被告 91 年 11 月 13 日經授商字第 09101461610 號函核准增資、修正章程變更登記，及後續以錯誤事實為基礎之相關登記，影響原告股東之權益。○○公司不服，經提起訴願遭駁回。原告依據行政訴訟法第 4 條第 3 項規定，以利害關係人提起本件撤銷訴訟，請求撤銷原處分及訴願決定。」

違法而再以撤銷方式，連帶撤銷數個以該錯誤事實為基礎之相關登記，此是否適當殊值深思。然而，若有得以使主管機關採取『廢止』登記之方式，是否即得以避免探討過去法律關係之問題？縱使如此，仍須解決在行政法上之『廢止』係針對合法行政處分之爭議。學說上即有認為，如 SOGO 一案撤銷登記之爭議，法院判決作出後經濟部未必即必須進行撤銷登記之行為，反而應有一定之裁量權限，即法理上是否得以運用行政程序法第 117 條但書規定，依個案情形與影響重大與否認定是否逕予撤銷為宜，此項見解值得贊同。

自案件發展過程觀察，如本文所舉之例或 SOGO 案、前述所舉之增資決議有瑕疵之案件，其時間上大致得以區分出決議發生瑕疵、訴訟之提起、法院判決確定、主管機關依據公司法第 9 條第三項或第四項規定撤銷或廢止公司登記等階段，在此時間軸上，一家正常營運發展之公司，不論於何時原則上公司對外之交易仍將不斷的發生，在此期間與公司交易之相對人應與何人進行交易、作成之法律行為是否會受到影響等等，或有討論之必要。

第一項 法律關係、登記外觀與表見外觀一致下之法律行為

於決議發生瑕疵至訴訟提起期間所締結之契約或所締結之契約且已完成之交易，或於此期間內所完成之交易，此得以「事實上董事」理論作為依據，該被選人在「具有權限之外觀」與「繼續執行職務」下，為公司之事實上董事，自有權對外代表公司與相對人進行交易，此不論交易相對人係消費大眾或係個別相對人（如銀行、上中下遊廠商等等）均應無異。更何況在當時當事人進行締約或履約時之認知，雙方係在彼此合法且意思自由下所進行之法律行為，換言之即係在與『法律上董事』進行交易之認知下，自無事後允許主張表見代理或契約無效之理。

在 SOGO 一案中，當事人關係複雜，太流公司與 SOGO 互為股東，且依據太流控制 SOGO 之股份比例，太流應可謂係 SOGO 之控制公司。遠東集團

³⁷⁴在法院認定增資決議不存在前，為太流之控制公司³⁷⁵，因此遠東集團應為 SOGO 之控制公司³⁷⁶。有趣的是，觀察學說上之見解，學者近來有主張『相對無效說』之立場，學說係在公司董事長未依公司法第 185 條規定之程序³⁷⁷，即擅自與第三人從事相關法律行為時，因係屬無權代理下，公司既得以追認方式事後承認其效力亦可否認之³⁷⁸。因此有主張僅於交易相對人可以舉證其行為係屬合理且善意，而無惡意損及公司利益下³⁷⁹，該讓與公司即不得以其財產讓與未經股東會特別決議一事對抗受讓人，系爭主要財產讓與行為即對該公司發生效力³⁸⁰；相對的，公司之交易相對人不得主張因未有股東會特別決議存在，故而無效，且學說認為是時不論此際之交易相對人是否為善意、抑屬惡意，蓋對該受讓人而言，『系爭營業或財產交易本就與其期待相符，且於交易過程中當以交易有效為前提，進行交易，萬非期待交易無效而尚徒費時間與精力從事交涉，…，自不能容許其得主張此交易為無效，否則將可能引發另一種投機舉動』³⁸¹。此說下對於公司一方堅強之理由在於「避免引發不當的投機舉動」、「不致使公司自己治理上、內控之缺失等風險及負擔轉嫁善意第三人」，不利交易安全之保護³⁸²；對於

³⁷⁴ 按真正持有太流公司之公司名稱為：遠東新世紀股份有限公司。

³⁷⁵ 據遠東集團於 99 年 2 月 5 日公布之「說明主管機關撤銷太平洋流通投資股份有限公司（以下簡稱太流）增資登記之可能影響」中提到「…本公司已公佈之 2009 年前三季稅後淨利為 58.95 億元，其中，按直接及間接綜合持股比例認列太流之投資收益為 3.2 億元，僅佔當期淨利之 5.4 %……」（資料來源：公開資訊觀測站 <http://newmopsov.twse.com.tw/>）

³⁷⁶ 公司法第 369 條之 11 規定，「計算本章公司所持有他公司之股份或出資額，應連同左列各款之股份或出資額一併計入：一、公司之從屬公司所持有他公司之股份或出資額。」公司法第 369 條之 2 第一項規定，「公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。」

³⁷⁷ 公司法第 185 條第一項、第四項規定，「公司為左列行為，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之：一、締結、變更或終止關於出租全部營業，委託經營或與他人經常共同經營之契約。二、讓與全部或主要部分之營業或財產。三、受讓他人全部營業或財產，對公司營運有重大影響者。第一項之議案，應由有三分之二以上董事出席之董事會，以出席董事過半數之決議提出之。」

³⁷⁸ 黃銘傑，股份有限公司董事長之權限及未經股東會決議所為代表行為之效力—最高法院九十七年度台上字第二二一六號判決評析，月旦法學雜誌，196 期，頁 272，2009 年 6 月。

³⁷⁹ 黃銘傑，未經監察人代表公司所為董事與公司間交易之效力—評最高法院 98 年台上字第 2050 號判決，月旦裁判時報，第 6 期，頁 77 以下，2010 年 12 月。

³⁸⁰ 黃銘傑，股份有限公司董事長之權限及未經股東會決議所為代表行為之效力—最高法院九十七年度台上字第二二一六號判決評析，月旦法學雜誌，196 期，頁 272、269，2009 年 6 月。即對此善意第三人，公司不能對其主張系爭主要營業或財產讓與行為無效。

³⁸¹ 黃銘傑，股份有限公司董事長之權限及未經股東會決議所為代表行為之效力—最高法院九十七年度台上字第二二一六號判決評析，月旦法學雜誌，196 期，頁 269，2009 年 6 月。

³⁸² 黃銘傑，股份有限公司董事長之權限及未經股東會決議所為代表行為之效力—最高法院九十七年度台上字第二二一六號判決評析，月旦法學雜誌，196 期，頁 273，2009 年 6 月。

交易相對人言，則在誠信原則、不允許交易相對人因情勢變化而選擇對其有利之主張，引發另一種投機舉動³⁸³。某程度上此說在符合一定要件時，剝奪了無權代理下有權主張法律行為無效之人的否認權。蓋當時交易相對人係處於相信公司關於業務執行上創造出一種代理的權利外觀，而善意之相對人信賴此外觀下，自應令本人負起授權之責任，此與表見代理無異，更進一步的，該表見代理所為之法律行為可能即逕為有效。

本文以為相對無效立場下的法理、推論與結論上，在否定公司與交易相對人雙方因無權代理（或係表見代理）所產生之承認權或主張法律行為無效之權利的結論上，係與採取事實上董事理論作為依據一致的。原因即在於當進行法律行為時，公司創造出一個外觀，使相對人信賴該外觀而與公司進行交易，而與公司進行法律行為之人係在認知代表公司之人具有合法權限下而與之協商、締約、交易，並在契約成立前提下履約，自不應因事後法院判決認定下，使雙方當初信賴之基礎與合意成果產生動搖。且在公司立場，公司代表人身分發生疑義之風險原則上應屬可歸責於公司，公司應無權利再主張自己的代表人資格有瑕疵，而不對交易相對人負責；相對於公司的契約一方當事人，如係具有惡意或明知被選人之資格瑕疵下，仍與公司進行交易，自無庸予以保護之必要。而善意之交易相對人，在與公司交易過程中的信賴基礎、協商內容、合意結果等，是否賦予其否定該過程之權利，或有認為若係適用表見代理之規定或法理，且公司一方對此情況係有可歸責性，自應給予相對人有否定之空間，惟本文贊同相對無效之立場，仍以尊重當初交易下雙方之意願與認知、及法安定性為考量，不論係交易大眾（如購買商品的消費者）或係個別締約當事人（如銀行、上中下游往來交易廠商等等），均不得事後以無權代理為由再主張契約無效。此論點在採取『事實上董事』下，以對於「既成事實之尊重」為基礎下，該被選人與法律上董事具有相同之權利義務及資格權限，並不生表見代理或無權代理之問題，推論邏輯上，亦會得到相同之結論。

³⁸³ 黃銘傑，股份有限公司董事長之權限及未經股東會決議所為代表行為之效力－最高法院九十七年度台上字第二二一六號判決評析，月旦法學雜誌，196期，頁272、269，2009年6月。

第二項 法律關係、登記外觀二者與表見外觀不一致之法律行為

若係貫徹絕對判決效力，理論上一旦判決作出後（經濟部尚未為撤銷登記），所有人均應已知悉被選人非公司負責人，因此此時交易第三人即為惡意，自無民法上之表見代理之適用³⁸⁴。然而並非所有交易對象於交易前均會探知法院判決，因此實際上可能面臨法律與現實交易操作上的不同步調以及應與何人交易之情況。「事實上董事」的兩項要件，「具有權限之外觀」與「繼續執行職務」，由於權限外觀係在事實上存在之對外表見，在「登記公示」與「實際經營業務」之外觀仍存在下，只要該交易第三人仍係善意信賴該表見外觀，「事實上董事」在此段期間上仍有適用。而公司得以舉反證推翻交易第三人不具有善意信賴該表見外觀之事實。

反之，若肯認法院判決並不一定有使所有交易相對人轉變為惡意之看法³⁸⁵。法院認定股東會決議不成立、無效或經法院撤銷該股東會決議而由經濟部撤銷登記後，當初被選人（B 等人）代表公司所為之法律行為為無權代理³⁸⁶，在未有撤銷登記行為前，此時之「登記外觀」與「事實上經營者」相同，而僅係與法律上「法院認定之關係」不一致，交易相對人自得以信賴「經濟部登記之外觀」與「被選人經營公司之外觀」（即仍為甲、乙、B、C、D）為由主張表見代理，公司即應負授權之責。此外，在具有法定登記與表見經營外觀卻受到法院判決認定並非公司法定代表人情況下，交易相對人與具有表見外觀之人進行交易，公司仍受表見代理之拘束。另一方面同樣發生前面所述之問題，善意之交易相對人得否主張契約無效？通說認為，「第三人是否基於表見之事實，主張本人應負授權人責任，應由其決定；若第三人不為此主張，法院不得逕將法律上之效果，歸屬於第

³⁸⁴ 民法第 169 條規定，「由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。」

³⁸⁵ 理論上，判決應經宣示或公示，惟此是否即代表一旦判決作成後，所有人即已成為法律上之惡意而不得主張表見代理？民事訴訟法第 223 條第一項規定，「經言詞辯論之判決，應宣示之；不經言詞辯論之判決，應公告之。」民事訴訟法第 225 條規定，「宣示判決，不問當事人是否在場，均有效力。」民事訴訟法第 231 條第一項規定，「判決經宣示後，為該判決之法院受其羈束；不宣示者，經公告後受其羈束。」

³⁸⁶ 當然亦可能為表見代理，惟廣義而言，表見代理仍係屬無權代理之一種。

三人」³⁸⁷，表見代理原為無權代理，第三人得於本人承認前撤回之³⁸⁸。在此突顯出若選擇於此時點上採取「事實上董事」，將有兩點優點，一為不須考量法院判決對於交易第三人所造成的善惡意之問題，二為交易相對人無法享有得撤回意思表示之權利。或有謂表見代理本即係懲罰本人創造「表見」外觀，故應賦予交易相對人有撤回意思表示之權利，惟交易相對人在不知法院判決，而以登記機關與公司經營者業務執行之行為為信賴基礎下，與公司所為之交易似不應嗣後任意由交易相對人一方撤回之，否則在此段期間公司對外所有的交易均可能因此而受到撤回之命運，對於交易安全似亦非妥適。此見解立於事實上董事理論下，結論亦趨於一致。若係已明知法院判決結果下之交易第三人，則應要求其與何人交易？此時基於事實上董事理論下，似仍應與具有登記外觀而現實上經營公司、執行公司職務之事實上董事進行交易行為為當。

上述之推論與公司法第 12 條規定下有無不一致之處？相對於民法表見代理規定，公司法第 12 條之兩種情況，「有應登記之事項而不登記」與「已登記之事項有變更而不為變更之登記」者，不得以其事項對抗第三人，在公司法規範之中，歸類於登記對抗要件下之登記事項，此種登記不影響公司內部已發生之法律關係，而應係重在對外告知公司正確的法律關係為何，因此，當對外之交易相對人相信該公司對外所為之法律關係時，似不應採取否定保護交易相對人之見解³⁸⁹。公司法第 12 條規定係表現在公司實際上之法律關係與對外登記上所顯現之外觀有不一致時，對於信賴公司對外所呈現之登記外觀之第三人，予以保護。應先論者，站在交易第三人角度下，當然「在法院判決認定作出前，因『法律上關係』、『事實上經營者』

³⁸⁷ 王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論債之發生，2003 年 10 月增訂版七刷，頁 363。最高法院 52 年台上字 1719 號判例意旨，「由自己之行為表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人之責任，固為民法第一百六十九條前段所明定，惟必須該第三人以有表見之事實，係有權代理為理由，主張表見代理行為，應對本人發生效力，非得由法院任意為當事人主張其效果。」60 台上 2130 號判例同此意旨。

³⁸⁸ 王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論債之發生，2003 年 10 月增訂版七刷，頁 363。此論著中亦言，無權代理的法律行為，使其效力確定的方式有四：1. 因本人之承認而生效力。2. 因本人拒絕承認，而不生效力。3. 因本人對相對人之催告逾期不為確答，視為拒絕承認而不生效力。4. 因相對人撤回而不生效力。王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論債之發生，2003 年 10 月增訂版七刷，頁 342。

³⁸⁹ 民法第 31 條規定，「法人登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。」其理由謂「保護第三人之利益」。公司法第 12 條規定與民法第 31 條規定極為相似，故似亦應得解為其在「保護第三人之利益」。

與『登記外觀』三者之間」均屬一致下（即為甲、乙、B、C、D），自無公司法第 12 條規定之適用，因此若有在此情況下所為之交易且業已完成者，縱事後法院判決作成，原則上已如前述似應無討論變動之意義。另一方面，在當法院作出認定前，將公司法第 12 條規定列入考量下，公司實際上的法律關係與對外所顯現之外觀與法律上關係一致，此時交易相對人更應值得且需要受到保護，不論係以『舉輕明重』之法理或係類推適用公司法第 12 條規定，似並無不可，因此在該情況下所為之交易而尚未完成者，縱事後法院判決作成，似亦不應認為公司與交易相對人間之法律行為有任何之變動。此二部分，與前述之相對無效說或以事實上董事理論作為依據，似亦無矛盾之處。

其次，依公司法第 12 條規定之文義為「有應登記之事項而不登記」與「已登記之事項有變更而不為變更之登記」者，不得以其事項對抗第三人之兩種情況，惟若係上述「選任董監事之股東會決議（後該被選人召開董事會選任出董事長）並為變更登記後，事隔數年該董監事選任股東會決議被法院認定無效、不成立或經判決撤銷後（當然後續選任董事長之行為亦連帶可能無效或不成立）時，該被選為董事長之人（例中之 B）在法院認定不具董事長身分後（而於經濟部撤銷登記前）」，而與因相信登記而與公司進行交易之交易相對人所為之交易，是否屬於公司法第 12 條文義所涵蓋的要件之內？在前述情況（即「登記外觀」與「事實上經營者」相同而與法院認定之「法律上關係」不一致）之中，此時似已形成「公司不應登記而為登記」，似乎不符公司法第 12 條規定之文義情況？事實上，在法院作出認定後（而經濟部尚未撤銷登記時）所形成的公司實際上的法律關係（即法院之認定）與對外所顯現之登記外觀不一致下，實際在執行公司業務、掌管公司經營權之人仍為被選人，於登記公示外觀所呈現者亦為被選人，但法律關係上，該被選人卻因法院之認定而非公司之經營者，此時並無因公司之行為致登記與實際法律關係不一致，站在保護交易相對人立場下，是否得以類推適用公司法第 12 條規定以保護該第三人亦有疑義，若採取以登記公示為一切依歸下，交易相對人與實際經營者（即具登記外觀之人）進行交易，似無不予保護之理由，至此產生與採取以民法表見代理為依歸下相同之結論，因此是否應參考民法表見代理之法理僅限於善意相

信該外觀之第三人³⁹⁰或採取該「第三人」包括善意第三人與惡意第三人經濟部向來之見解³⁹¹，若考量到同樣以「表見外觀」法理下之法律行為，所適用之主體範圍不應有所不一致，則似應限於善意第三人。不論如何，此時應得類推適用公司法第12條規定應屬無疑。

又交易相對人此時選擇與法院所認定之法律關係下的公司負責人進行交易，此時又應如何處理？若以登記僅係對抗要件觀察，法院所認定之法律關係似對於何人為公司負責人此部分最具法律上效力，因此若交易相對人與公司真正之負責人似無主張不具效力之理由。據此推論將可得到一個結論，不論善意交易相對人與何方當事人進行交易，效力均可能歸屬於公司。然而此是否合理，不無疑問。本文以為，交易相對人與法院所認定之法律關係下的公司負責人進行交易，應係已得知法院判決認定之法律關係，但在登記與事實上之經營者仍係原被選人時，交易相對人此時應已非善意之相對人，自無事後主張表見代理以變更法律關係之理。依據事實上董事理論，當符合「具有權限之外觀」與「繼續執行業務」之要件下，事實上經營管理之人同時擁有登記公示外觀之人為事實上董事，當然對外代表公司的法律行為、公司相關程序之進行及與公司間之權利義務關係均如同於法律上董事，交易相對人與具經營外觀、公示登記之董事間之法律行為為有效。想像上，若主管機關完全被動依職權並極具效率下，法院一旦作出判決後即刻依法撤銷登記，則難以發生此處假設之情況，此或許係主管機關不具裁量權限而逕為撤銷下始料未及的優點。相對者，現實上可能較常發生者，乃係在撤銷登記後之困境，將在下一項文中進行討論。

³⁹⁰ 民法第169條規定，「由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。」

³⁹¹ 經濟部93年6月21日商字第09302090350號函：「按公司法第十二條規定：「公司設立登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人」。本條所指登記事項不為登記或不為變更登記，其登記與否僅為對抗要件，尚非生效要件，合先敘明；至於所謂不得對抗第三人，並無善意、惡意之別，均不得對抗之。該條所規定之第三人並未區分公權力機關或私人機關而有不同適用，惟公司法相較於稅捐法令或證券法規係屬普通法，欠稅或證券交易法罰鍰對象為何，允屬財政部權責，請逕洽該部意見。」

第三項 法律關係與登記公示、表見外觀二者不一致之法律行為

惟若係在「選任董監事之股東會決議（後該被選人召開董事會選任出董事長）並為變更登記後，事隔數年該董監事選任股東會決議被法院認定無效、不成立或經撤銷後（當然後續選任董事長之行為亦連帶可能無效或不成立），經濟部據此法院之認定而撤銷登記後，在經濟部登記上之記載（此時可能回復到原選任董事之股東會決議前之原公司負責人³⁹²，前例中之甲、乙、丙、丁、戊）與實際在公司經營公司業務之人（仍為被選人，即甲、乙、B、C、D）不一致之期間中，此段期間因相信登記而與記載於登記簿上之公司負責人進行交易之交易相對人如何處理」之情況，亦即，當存在著「登記外觀」及「法律上關係」為相同³⁹³而與「事實上經營者」（甲、乙、B、C、D）不一致下，此種情況似亦並非屬公司法第 12 條規定所列舉之情形之中，因此，得否直接援引此規定即有疑義。

若觀察第 12 條規定之立法理由，通說多謂公司法第 12 條採取絕對不得對抗效力其「理由在於使法律關係劃一確定，使其對抗具有絕對之法律效力，而藉以促使公司辦理登記，貫徹公司登記效力」³⁹⁴。可知，其條文目的在使登記簿上之名義人與現實生活中經營公司之人歸於劃一之確定，使交易相對人與公司間所為之交易時更得以信賴公司所為之法律行為。然而，依此理由，既係在促使公司盡速辦理登記，公司卻遲遲未使法律關係劃一確定下，而有此條文之適用；但在因法院認定及經濟部之撤銷行為而使登記簿上與現實生活上經營公司之人為不同人，而非係由公司一方遲未辦理登記之行為時，是否仍有公司法第 12 條之適用，若認為有，則是否

³⁹² 最高法院 94 年台抗字第 72 號民事裁定：「…況相對人前於八十九年改選董事之決議，經法院判決撤銷確定，由經濟部據此撤銷該董事登記、回復八十九年改選前之董事登記後，相對人公司業務已由經濟部於九十三年六月八日核准變更登記之法人股東愛之味股份有限公司改派之代表人白文仁為董事長之董事會經營中，並依經濟部限期改選董、監事之通知，於九十三年九月二十三日召開九十三年度股東常會，改選董事、監察人，於同年月二十四日選任白文仁為董事長，亦難認相對人有抗告人所稱董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞，而有選任臨時管理人，代行董事長及董事會職權以儘速召集股東會改選董、監事之必要。……」

³⁹³ 如假設原選任董事之股東會決議無效或不成立或經法院判決撤銷後，經營權溯及回歸至原選任前之公司負責人甲、乙、丙、丁、戊。

³⁹⁴ 王文宇，公司法論，2008 年 9 月，四版第一刷，頁 688；廖大穎，公司法原論，2012 年 8 月，修訂六版一刷，頁 700。

即須有更強之說理依據進行適用抑或類推適用？若無適用，則應作何種處理？

在法院作出認定並由經濟部撤銷登記後，若回復至原選任股東會決議前之原公司負責人（甲、乙、丙、丁、戊），產生某段期間公司之實際經營者與登記簿上之公司負責人不一致下，公司法律上之經營者與經濟部登記簿之登記相同，此時卻與實際在執行公司業務、掌管公司經營權之人不同，此時交易相對人是否得依公司法第 12 條規定主張公司不得對抗之？據本文前述，經濟部撤銷登記之情況可能有二，一係裁判確定後經由檢舉機關之通知而為撤銷登記；二為經濟部發現該登記內容有瑕疵而自行撤銷該登記，此二者情況在當事人不知經濟部之撤銷登記而不知登記上之人並非係真正經營公司之人時，該交易相對人是否即已屬有過失？蓋現在資訊流通發達下，一旦發生公司登記為不實之情事而為經濟部主管機關所撤銷下，交易相對人是否應知此情事，又縱交易相對人明知此事，是否應強令與經撤銷後登記簿上所載之人作交易，種種問題均待探討。

若單純站在保護交易相對人之立場下，似乎即不適宜適用或類推適用公司法第 12 條規定，反而似應傾向採取民法上之表見代理。推導至此，出現相同之效力取捨的問題，即表見代理與登記外觀之效力上應作何取捨之爭議，而此時之取捨在某種程度上，亦將涉及欲保護現在公司實際經營公司之人（甲、乙、B、C、D）或係傾向由法院認定後因判決溯及效力下經營權所回到的原公司董監事一方（甲、乙、丙、丁、戊）³⁹⁵。

就此問題，若交易相對人選擇與登記簿上之人進行交易（亦即交易相對人選擇和法院認定之法律關係與登記一致下之人為交易，如甲、乙、丙、丁、戊），而此時於公司實際經營者並非登記簿上之人時（例中之甲、乙、B、C、D），某種程度上，登記簿上所載之經營者具有法定公示之外觀，而

³⁹⁵ 學說上本身即有反對經判決效力後，經營權溯及回復至於公司經營者之見解。惟現行實務見解似乎仍採取此見解。經濟部 99/12/17 經商字第 09902170450 號函：「按「股東會決議事項經法院判決撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時無效，公司董事、監察人即應回復於改選前之狀態。惟此時原任董事、監察人之任期如已屆滿，可依公司法第 195 及第 217 條之規定，延長其執行職務至改選就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆時，當然解任。……」經濟部 94 年 10 月 27 日經商字第 09402162200 號函釋亦同。

目前所實際經營執行公司業務之人則具有表見代理之事實，此時效力應以何者為優先？有認為此時既出現兩個「表見外觀」，且此情況係公司自己內部程序上出現瑕疵導致產生公示登記與事實上經營公司之人不同，此等情況自應可歸責於公司，則交易相對人不論與何方進行締約，均得認其對公司為有效。

首先，「事實上董事」在此有無適用之空間？檢視「事實上董事」的兩項要件，其中之一為「具有權限之外觀」，誠如前面一再提及，「登記公示」與「事實上經營業務」均屬表見外觀，當二者間有不一致下，應以何者為依歸？或是應認為不再有「事實上董事」之適用？本文以為，此時之登記在我國制度下往往被外界或社會大眾認定為經營權歸屬之依據，本文並不採取僅具對抗要件下之登記效力必然勝於「事實上經營業務」之表見外觀，然而不可否認者，一旦公示登記一經變動，「權限外觀」之基礎即已產生動搖（蓋此時出現登記公示與經營公司之人不同的兩個表見外觀），應不適宜再主張「事實上董事」處理此時點上之問題，而或應以其他途徑尋求解決之道。

理論上而言，公司法律上之負責人既與登記公示外觀一致，且又係因法院判決及經濟部之撤銷行為而來，與登記簿上之人進行交易似更具有說服力，若採此見解，對於與登記簿上之人進行交易應無表見代理之適用，因此交易原則上為有效，就此部分言，相對人即無以表見代理主張契約無效之權利。其次，若係選擇與公司實際之經營者交易之相對人，得否以信賴「業務執行或公司經營之外觀」而主張表見代理？換言之，若係由目前在公司處理公司事務之人代表公司與交易相對人進行交易，此時交易相對人基於公司登記已與真正之法律關係一致，相對人自無法主張公司法第12條規定，惟其是否亦無法主張民法表見代理？在公司處理公司事務之人於法律上並非真正有代表權之人，惟若其身在公司辦公室中與交易相對人接洽事務、公司代表人相關文件與印鑑等上之名義仍係以該非真正有代表權之人為代表人，依據這些事實，交易相對人是否有義務去查詢經濟部之登記簿，抑或單憑這些事實即得以表見代理而主張契約成立？若係採肯定，則登記至此是否已無意義？若採否定，此時在登記僅係一對抗之要件下，

若認當法院之認定與登記公示外觀一致時，效力應大於表見之外觀，相對的即變相的課予交易相對人一定的查看登記之義務。登記對抗效力在此時之效力相當大，表見代理之事實無法動搖登記之公示外觀。

在現實生活上，自個辦案件在法院判決作出及經濟部撤銷登記後觀察，在公司實際之經營者尚未更換為登記簿上之人時，一般大眾之交易相對人似乎仍多傾向會與現在實際在公司經營公司業務之人進行交易，因此，是否可以導出在面臨現實真正交易下，表見代理之效力較獲得青睞？當然亦有可能大眾僅係以公司為對象而不管經營者為何人或根本未意識到公司內部經營權之變動，而僅係依賴、偏好該公司之產品而與公司進行交易，並不在乎背後代表公司者為何人。然而此種現象是否即表示出其實公司登記制度在我國一般大眾交易時，大多不會受到查證、甚而發揮其功能，登記制度最終僅在交易標的金額達一定相當之數額始被查看或某種程度上係公司經營權爭奪時，成為各派經營權爭奪人士的兵家必爭之地，縱使其僅具對抗效力？

若自公司法第 12 條規定除係為了法律關係劃一確定而促使公司盡速辦理登記，貫徹公司登記效力下出發，貫徹登記效力本身既為一大目標，探討登記本身即為重點之一，而登記制度係「藉由公司申請主管機關登載應行公示之事項於登記簿上，以維護交易安全之制度」³⁹⁶，其目的在於「增加商業交易環境之透明度，協助交易當事人明確判斷交易之風險值，降低交易成本，進而提高交易效率」³⁹⁷。因此，登記本身應具有相當的正確性，得以「釐清登記事項本身之事實或法律狀態」、或「表明該事實或狀態係真正」，始得達到上述之目標。否則，若登記本身即為錯誤，當事人或法院事後以其他證據或事實提出來「反駁」該事實，一旦「反駁」成功，將導致依據登記所形成的既定事實與法律關係，以及「反駁」後的正確事實間產生取捨之問題。當然，一個制度在採取與否之間本來就有利弊得失之問題，依通說見解繼續探討，登記某種程度上降低了交易成本，相對的即某種程度上即係犧牲了部分的事實。然而，此部分之犧牲應建立在盡可能

³⁹⁶ 劉連煜，公司登記制度與登記之效力，台灣本土法學雜誌，58 期，頁 141，2006 年 8 月。

³⁹⁷ 劉連煜，公司登記制度與登記之效力，台灣本土法學雜誌，58 期，頁 141，2006 年 8 月。

的將事實的犧牲達到極小化的狀態，若登記機關本身無法盡到登記事實具高度正確性下，此等登記是否有其必要即應值得大家所思考。

又對於相對人對登記有無查證義務以及對於表見代理與登記效力間之優先取捨之問題，學說單純論此議題之論著似乎不多，但若自學說間之見解作間接觀察。我國學說有認為公司經理人原則上依民法第 553 條第一項、公司法第 31 條第二項在管理事務之全部或一部及簽名上有綜理事務之領導地位，而針對認定經理人對象上，與公司經理人為交易之相對人，亦應受信賴之保護，若向主管機關查閱，可認為已盡查證之義務³⁹⁸。學說上另有論者在針對經理人之職務範圍認定時，對於公司法第 31 條規定，「經理人之職權，除章程規定外，並得依契約之訂定。經理人在公司章程或契約規定授權範圍內，有為公司管理事務及簽名之權。」之解釋上，採取了交易相對人有義務查知公司經理人與公司間所約定之契約或公司章程對公司經理人權限之限制或賦予，若交易相對人未主動進行查證、未盡此查證義務，即不得僅執行為人之公司經理人身分，而主張對公司生效³⁹⁹。在此見解下，公司法第 36 條規定，「公司不得以其所加於經理人職權之限制，對抗善意第三人。」則僅有在公司交易相對人已盡查證義務後，公司又於事後內部撤回或限制公司經理人之權限時，始有其實益⁴⁰⁰。

依此見解下，雖未正式對本文探討之情境作出見解表示，然而若將該見解擴大至此探討時，公司之交易相對人與公司代表人（目前在公司處理公司事務之人）進行交易、締約時，即有查證登記簿上之義務，若未進行查證，事後一旦發現公司法定代表人與登記簿為不同人之時，即不得主張該契約為有效，就此角度而言，結論上，登記之效力凌駕於表見代理之外觀事實。在前述所舉之「Turquand 原則」，「人們與公司交易時受到公司自身所制定而為人所知公司的章程（statute）與授權契約（deed of settlement）內容的拘束，但他們不再受到更多的拘束…」，此見解減輕

³⁹⁸ 陳自強，商事代理權之範圍確定與限制（下）—以經理權為中心，月旦法學雜誌，第 130 期，頁 142，2006 年 3 月。該文以公司法第 393 條第二項作為依據，認經理人依此規定應予公開。然而，該條項第五款定有「董事、監察人姓名及持股」，換言之董事長亦應係應予公開事項，據此是交易相對人是否亦應向主管機關查閱而有查證義務，似無不可。

³⁹⁹ 林國全，公司經理人之概念，台灣本土法學雜誌，第 48 期，2003 年 7 月，頁 133、134。

⁴⁰⁰ 林國全，公司經理人之概念，台灣本土法學雜誌，第 48 期，2003 年 7 月，頁 134 註 11 部分。

了交易相對人一定的查證義務；後續制度上大多朝向弱化了（weakens）適用於公司公開文件下的擬制通知原則（constructive notice rule）⁴⁰¹之方向；近來，2006年英國公司法 section 40 更係相當的限縮了擬制通知原則（constructive notice rule）。依 section 40 規定，交易相對人無庸對章程中有無代表機關權限之限制加以查詢，契約之效力並不因此而受影響，且縱使相對人明知章程之規定，亦不因此被視為惡意；且此規範對抗效力的保護主體僅限於（董事以外的）交易相對人，而不包括公司⁴⁰²。由此可以發現，外國立法例似乎較為傾向不賦予交易相對人過重的查證義務，且有站在保護善意第三人而逐步排除擬制通知原則之適用之趨勢。而在我國法下應如何解釋，仍有待學說與實務之發展。

因此在法院認定數年前之選任股東會決議為無效、不成立或撤銷決議下，當時之被選人並非公司合法之董事下（假設數年來之董事會成員均為同樣之一批被選人），該被選人法理上而言並非公司之董事（長），而主管機關之登記簿上亦因判決確定而撤銷該登記下，登記簿上之董事人選與目前之被選人不一致，在此短暫之不一致期間內，若基於交易相對人無過失且有查證義務下，而認為登記公示之效力凌駕於表見代理之事實，被選人無法代表公司與相對人締結契約，蓋其非登記簿上之人，此時應由登記簿上之人『代表』公司與交易相對人進行交易，惟此時該登記簿上之人對於公司是否負有相關之注意義務與忠實義務？由其代表公司進行交易是否最為適當？均有探討空間。

上述推論係擴大學說上之見解而言，採取極端之登記效力絕對大於表見代理之見解下得到之結論，並不足以認定其係必然之情況，當然更非學者必定所可能採取之見解。以光譜視之，修正極端的以登記效力絕對大於表見代理之見解，若將表見代理之效力與登記之效力何者優先以個案判斷認定時，此時何種表見事實始足以對抗公示登記？上述之推論均係在現有

⁴⁰¹ See Philip L R Mitchell (Solicitor of the Supreme Court), *Directors' Duties and Insider Dealing*, London Butterworths, 16, 1982. 又依文中註 20 所介紹，此 section 僅適用於是否該交易是超出公司或僅係超出董事的權力。

⁴⁰² 金鼎，公司章程之效力與界限—以英美法制為借鏡，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 63、64，99 年 10 月。

之法制與論理上進行推論及發展相關之情況。

表見代理之表見事實有其不確定性，如「坐在公司董事長辦公室辦公」、「出門自稱為公司董事長、使用董事長印鑑」、「參與董事會決議」等等，若完全以表見代理之事實為依據而完全忽視登記，是否即必然造成交易秩序大亂？在美國法下，並無所謂的登記制度，自然無董監事就任登記、增資登記，並無如同登記以供交易相對人查證之制度，因此，交易相對人應以花費自身之資源進行查證，美國似乎並未發生重大交易混亂之個案，因此登記制度採取與否對於交易秩序是否有必然影響，就此點觀察，仍應係未定之結論。在我國，曾有判例指出「……我國人民將自己印章交付他人，委託該他人辦理特定事項者，比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負表見代理之授權人責任，未免過苛。原審徒憑上訴人曾將印章交付與呂某之事實，即認被上訴人就保證契約之訂立應負表見代理之授權人責任，自屬率斷。」⁴⁰³若認將印鑑交付他人仍未必構成表見代理下，則訴訟上當事人要主張構成表見代理，勢必須有更高的或更強的事實舉證始得成立。而在經營權的業務執行上，應有如何之事實始達到表見代理之程度，則有待實務進行發展。

實務上有另一個有趣之見解，「股份有限公司董事長之改選無效，惟業經主管機關變更登記，其代表公司所簽發之本票，對公司是否發生效力？」其最後採取「甲說：主管機關之公司登記有公信力，公司董事長之改選雖無效，但既經主管機關變更登記，其代表公司所簽發之本票，除執票人為惡意外，對公司應發生效力。」⁴⁰⁴依此見解，似乎認為公司董事長為改選之登記，事後發現該次改選無效後，但董事長在改選後（並變更董事長登記後）代表公司所為之票據行為對於善意之交易相對人仍有效。就此見解之結論而言，有幾點疑問，第一，對公司有效者，是否僅限於票據行為，此見解置於其他法律行為下是否仍為有效？第二，此見解與公司法第 12 條規定之關係，亦即此見解所述之事實有無該條文之適用？第三，若有適

⁴⁰³ 最高法院 70 台上 657 號判例。

⁴⁰⁴ 最高法院 77 年度第 9 次民事庭會議決議（二）

用，則此見解與經濟部在公司法第 12 條不區分善惡意第三人之見解如何調和；若無適用，則該票據行為有效之依據係依登記外觀或係表見代理？

第一點，票據行為應屬法律行為之一種應無疑義，故既然票據行為於實務見解所述之事實情況中已然有效下，於其他法律行為似無排除之可能，縱欲排除，亦應有更為堅強之理由，方屬妥適。

就第二點而言，學者曾有於討論「撤銷增資登記及董監變更登記後之法律關係：……二、外部關係之安定」之論述中，討論公司法第 12 條所規定之登記效力時，舉出上述最高法院 77 年度第 9 次民事庭會議決議(二)之見解，並採取對於公司法第 12 條規定採取目的性限縮解釋，不保護惡意第三人之見解⁴⁰⁵。然而誠如前文所分析，於法院判決認定選任為公司負責人為無效後，而未被經濟部撤銷登記前，公司負責人代表公司對外所為之法律行為效力為何之情況，似應非公司法第 12 條規定之兩種情況。

反觀登記制度，較之於表見代理事實具有一定確定性之優點，然而在登記具有一定公示性，其正確性與否以及效力之強度則形成另一個值得關注之焦點。學者有認為，「公司登記具有公信力，故公司登記具有影響當事人權益之實質效果。例如，關於董事長選任、解任之爭議，准其一方登記後，其以董事長所為對外法律行為原則上即生效力，因而公司應負其責任；其所召集之董事會、股東會決議事項如符合法定程序，也應承認其法律效力；反之，若不准予登記，縱其為有效選任者，在確認其實質法律關係訴訟終局結束前，並無法行使職權。待訴訟確定後，原訂任期可能已行將屆滿，甚至早已屆滿，徒呼負負而已。」⁴⁰⁶就正確性而言，我國主管機關對於公司登記事項之審查，經濟部採取何種審查模式？究係應採取實質審查或形式審查，有不同之見解，學者間之討論有數說：

1. 實質審查說：此說之依據係依公司法第 388 條規定，「主管機關對於公司登記之申請，認為有違反本法或不合法定程式者，應令其改正，非俟

⁴⁰⁵ 王志誠，時光一去永不回？股東會決議不成與公司登記之撤銷，台灣法學雜誌，第 148 期，2010 年 3 月 15 日，頁 81。

⁴⁰⁶ 劉連煜，公司登記制度與登記之效力，台灣本土法學雜誌，58 期，頁 144，2006 年 8 月。

改正合法後，不予登記。」據此，論者有以最高法院 91 年台非字第 312 號判決之意旨為據，認為，依公司法第 388 條規定表面文義加以解釋，「足認主管機關對於申請公司設立登記，而為股東已繳足股款等公司資本額申報事項，應有實質審查之權責，而非僅形式審查而已。」⁴⁰⁷

2. 形式審查說：首先經濟部之見解認為，「查公司法有關之登記，係採準則主義，登記之申請如符合法令之規定者，自應予以核准。」⁴⁰⁸；學說上亦有基於經濟部「人手與編制不足」及「未必具有資訊上優勢」而採取經記部應為形式審查之見解⁴⁰⁹。

3. 書面審查說：有認為與其認經濟部係採取「形式審查說」，不如說係採取「書面審查說」為當⁴¹⁰。經濟部多不願當事人進行到場陳述，唯恐一旦「到部陳述意見」例子一開，排山而來的言詞陳述要求會不會令經濟部窮於應付而仍堅持書面審查。對於個案至多邀請公司法甚至行政法學者參與提供專業意見，同時藉此化解來自各方民意代表的壓力⁴¹¹。

在經濟部僅採書面審查下，根本無法對於公司之登記事項進行實質上審查，以使事實的犧牲達到極小化的狀態。亦有提出質疑「商業司毫無例外的堅持書面審查，則此種登記制度既不能發現真實，又不能防範偽造，祇為登記而登記產生了什麼正面效益？質言之，商業司所提供的服務其附加價值究竟何在？」⁴¹²，其並認為，「商業司應本諸職權進行實質審查，即時為維持或撤銷登記之決定，方能保障市場安全，提振投資人信心」⁴¹³，然而誠如學者所言，期待經濟部進行實質認定殊難達成下，登記制度本身所能達到的意義為何即受到動搖。尤其，經濟部依公司法第 9 條規定下，固有其權限得以撤銷或廢止不實之登記，依前述之兩種情況中，經濟部立於主動積極撤銷之情況者，係在自己發現後依職權撤銷或廢止之，經濟部在採取書面審查下，得以自己發現之情況似僅在事後他人之檢舉或通報或藉由市場傳言而得知；其餘情況，經濟部似乎大多係被動地依據法院之認

⁴⁰⁷ 劉連煜，公司登記制度與登記之效力，台灣本土法學雜誌，58 期，頁 143，2006 年 8 月。

⁴⁰⁸ 經濟部七六、四、七商一五四五一號函。

⁴⁰⁹ 王文宇，公司法論，(待查)

⁴¹⁰ 劉連煜，公司登記制度與登記之效力，台灣本土法學雜誌，58 期，頁 143，2006 年 8 月。

⁴¹¹ 劉連煜，公司登記制度與登記之效力，台灣本土法學雜誌，58 期，頁 144，2006 年 8 月。

⁴¹² 商業司不是法院的執行處，經濟日報社論，2010 年 2 月 3 日。

⁴¹³ 商業司不是法院的執行處，經濟日報社論，2010 年 2 月 3 日。

定及檢察機關之通知而為撤銷或廢止，如此運作，登記與撤銷登記本身意義何在？登記本身在採取書面審查下，其真實性已打折扣。

原則上，行政程序之運作應比司法判決更為迅速、即時，然而，公司法第9條第三項、第四項卻規範主管機關經濟部須於司法「裁判確定」後，並以檢察機關之通知為要件始得撤銷登記，在三權分立下原具有機動性、時效性優勢之行政機關因此而喪失其自身之權限，而經濟部原本即得在接收到他人之申報或檢舉時自身為審查並撤銷登記，卻往往「被動」、「消極」的等待司法裁判之出現始為撤銷登記等相關事宜，換言之，行政機關之撤銷處分若僅係等待法院作出認定並以法院之裁判作為背書，則此時之登記制度效益似乎未若預期。而公司法第9條第三項、第四項之規範在此時似乎亦僅剩下主管機關須遵從司法裁判而力求撤銷登記之行政處分具有高度正確性而已，然而在撤銷登記本身，在公司對外之法律關係上，對於原始已成立之法律關係不受到影響，影響原已成立之法律關係者，係法院判決之效力，換言之，「撤銷登記」行為本身，究有何意義，一旦「登記」與「撤銷登記」本身不為社會大眾所專注或成為交易前查證之必要時，「登記」與「撤銷登記」似僅係徒增經營權認定之困擾而已。

以登記制度為主的交易環境，當事人查證亦會耗費成本，且現實生活上，當交易標的並未高達一定價額時，交易相對人往往不會去實踐查證程序，此時登記制度的功用價值並未太高，除了交易標的價額相當高以外，關注於登記制度的時點上，往往係每次變更登記時或是訴訟終結後受到撤銷、廢止登記之情況。主管機關經濟部對於上述兩種登記變動之態度，似乎都係以消極態度為主。（如開發金併金鼎案中董事鬧雙胞之案例及SOGO案撤銷登記案等）如通說對於公司法第9條第三項、第四項之解釋上，往往都係在經濟部於法院終局認定作成並經檢察機關通知後始為登記之變動。當然，除公司設立登記外，大多登記均僅係對抗要件而已，此種登記在經濟部所為之變動之法律實益可能僅在於：「對外交易社會上宣示該公司之經營者並非登記簿上之人」（此時公司經營權是否即構成真空，亦或係回歸至不實登記前登記簿所載之人，法律上亦無明文）以及「使被不實登記於登記簿上之經營者喪失公司法上所賦予的登記外觀之保護」，如此

撤銷登記之結果，製造出了種種之問題，即前述所探討者，此時交易相對人應與何人磋商締約？相信在撤銷登記後，目前尚在公司的經營者仍代表公司與交易相對人進行交易而不會與不實登記前登記簿上所載之人進行交易，既然如此，經濟部依法院判決所作的撤銷登記似乎僅具宣示效果，而此種宣示效果在實務上公司每日對外營運、進行交易行為等不得不為之必然下，似乎亦未發揮多大之功用，蓋過去以往的法律關係已結束者，縱因法院判決之認定而可能產生變動，然而最終仍會因法安定性之考量，被種種的學說或法理（如事實上董事理論、表見代理或相對無效說等）解釋為有效，已締約（或正履行）而未完成交易者，亦不因撤銷登記而受影響。

回歸至前述之爭議者，在經濟部（撤銷或變更登記後至事實上經營者與法律上經營者同一時，此段事實上經營者與法律上經營者不相同之期間，公司應由何人代表公司進行交易之問題，表見代理與登記效力之取捨，爭議來源僅係來自經濟部之撤銷登記，而此撤銷行為繫於被動法院之認定，且縱被動進行登記變動後，基於實務上運作之必然，亦無法改變交易相對人交涉對象之改變，此時公司法第 9 條第四項實益何在？若要取其宣示效果，則相信法院判決已得以發揮其宣示效果，且似乎比經濟部行政機關撤銷登記之效力更為強大。本文認為就本爭議下之問題最後仍應以事實上經營公司之人為優先，採此結論某種程度上，將促使取得法院判決之真正經營者採取一定之法律行為，使公司實際上經營業務之人及公示登記外觀上與法院判決盡早回復至一致的狀態。而在英國法認為登記目的並非懲罰第三人而係在保護第三人下，若第三人選擇與法院認定及登記名義一致之人進行交易時，亦應認為有效。

第二節 當事人間法律關係之處理

法院判決後，由法院所認定之法律關係決定公司經營權之歸屬，自可能回歸原經營者⁴¹⁴，有學者主張，當選任董監事股東會決議瑕疵訴訟提起

⁴¹⁴ 經濟部 99/12/17 經商字第 09902170450 號函：「按「股東會決議事項經法院判決撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時無效，公司董事、監察人即應回復於改選前之狀態。惟此時原任董事、監察人之任期如已屆滿，可依公司法第 195 及第 217 條之規定，延長其執行職務至

時，得藉由假處分制度與臨時管理人之聲請，使公司盡早導入正軌⁴¹⁵，本文贊同之，某程度上亦避免公司經營權與管理事務上出現真空狀態。

在探討被選人與原應取得公司經營權一方間之法律關係時，本文擬先假設部分前提要件，即「原應取得公司經營權者」可能係在選任董事之股東會決議前之經營者，抑可能為第三方欲取得公司經營者之人，因此本文並不預設其他立場（如併購等），而僅就被選人及原應擔任公司經營者之人下進行論述。此時在法院認定時點上，共計有被選人、原應擔任公司經營者之人與公司三方當事人，此時三方之法律關係應如何？首先，在過去既往之法律關係上，法院認定原始董監選任股東會決議為無效、不成立或撤銷該股東會決議後，若採取法院判決具有溯及效力及未探詢其他學說與法理補充解釋下，則被選人自始即非公司董監事應屬無疑，換言之，該被選人喪失該段期間經營公司之合法基礎。為探尋過去既往法律關係之合法基礎，本文援用日本學說之『事實上董事理論』，當被選人符合『權限之外觀』與『繼續執行職務』二要件下，以公司法新增訂之第8條第三項規定作為事實上董事之依據，解決過去既往法律關係之經營權歸屬變動之問題。該段期間由被選人擔任公司負責人地位亦採取如同「事實上董事」理論一致的理論之看法，亦即該段期間由被選人取得公司經營權，享有報酬請求權等法律上權利、同時亦負有公司法上對於公司負責人所規範的義務與責任。然而這並不代表本文全然接受判決效力不溯及效之立場亦不欲挑戰訴訟法下對於判決效力的各種效力問題，且事實上亦不必然應區分溯及效或不溯及效之說法，採取「事實上董事」理論某種程度亦係承認判決效力具有溯及效力，否則何來被選人係「事實上」而非「法律上」董事之推

改選就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆時，當然解任。……」經濟部94年10月27日經商字第09402162200號函釋亦同。臺灣臺北地方法院100年度司字第333號民事裁定，「……相對人太流公司依經濟部九十九年二月三日經授商字第○九九○一○○○二一○號函撤銷增資等相關登記後，公司登記實收資本額回復至一千萬元，並非四十億一千萬元等情無訛，……則上開一百年八月一日股東會既非以一千萬元資本額為計算基礎而召開卻係以四十億一千萬元資本額為基礎而召開，該次股東會持股百分之六十之股東聲請人亦未出席，並有該次股東會議事錄及簽到簿，……所為改選徐旭東、黃茂德及羅仕清為董事，並無股東會決議之外觀，自非合法有效成立之決議，而非僅得撤銷之決議，所為決議既非合法存在，亦無所謂登記後僅生對抗效力之問題，況主管機關就其登記之申請亦為退件處理……則上開三人顯非相對人公司之董事，自不足認相對人公司已有董事會可行使職權甚明。」

⁴¹⁵ 黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力一評最高法院九十九年台上字第一○九一號判決，月旦法學雜誌，第196期，2011年9月，頁193、195。

論呢？正如前面所說，判決效力溯及說與不溯及說，最終所欲處理的僅係對於法律關係是否產生變動；其次，決定產生變動與否後，即應對於法院判決後經營權之歸屬進行認定與當事人間權利義務之分配。

第一項 被選人與公司間之法律關係

第一款 過去既往之法律關係

而就三方之法律關係上，被選人若係屬善意之人，自得以「事實上董事」理論作為過去既往法律關係之依據，並基於此理論取得報酬等相關公司負責人之權利；然而原於該段期間內應任公司經營者之人，是否即喪失任何權利，如此法院判決意義何在？若允許原於該段期間內應任公司經營者之人亦得請求其原應得之權利，則公司即為受有損害之一方，此似不甚合理，然而若令「事實上董事」返還其經營公司下所得之一切權利，而由未任職務之原應任公司經營者之人取得報酬似亦不合常理。因此，本文於此仍傾向「事實上董事」於該段期間內權利義務等同於法律上董事，且不應由公司負擔此損害，在利益衡量下，交由原應任公司經營者之人承受此風險。

惟為避免惡意被選人濫用「事實上董事」理論，以不法之手段取得經營權後均於事後藉此作為保有經營權之理由，應就此理論之適用進行限縮。本文以為基於「惡意之人不值得保護」與「既成事實之尊重」、「法律安定性」二者之利益權衡下，以偽造文書、明知而故意以不合法之股東會決議程序或內容等召開股東會進行董事之選任（即係如前述之不適法之無因管理之情況），以惡意違反公司法所設定之規則而取得公司經營權者，原則上不得主張「事實上董事」理論作為取得公司一切權利的合法基礎，但被選人於經營公司之期間仍可能構成公司法第8條第三項立法理由中所規定之事實上董事或影子董事，以使該段期間公司營運受到不當的管理而令公司得以之為究責的對象。惡意被選人自不得享有報酬請求權。

第二款 判決後經營權歸屬之認定

又法院判決後之經營權歸屬問題，前述曾強調選任董監事股東會決議之瑕疵往往可能係伴隨著增資決議而發生，因此一旦二者發生瑕疵下，法院事隔數年後之法院判決將影響公司之股權變動，更有甚者，影響被選人其與被選人相關之利害關係人甚鉅⁴¹⁶，如已於歷年所為之盈餘分派是否須歸還即係一大爭議⁴¹⁷。然而法院判決之意義若係僅係認該決議具有瑕疵，後續以此決議為基礎之各項事實均不受影響，則該判決後股東結構是否回復或維持原狀？經營行為往往與股東結構有密切關係，承認過去既往的法

⁴¹⁶ 最近之案例中，太平洋百貨公司經營權爭奪中事涉經營權歸屬的重大關鍵，太平洋流通公司即因數年前的增資決議經法院認定不存在，導致事後進行之選任董事之股東會決議產生瑕疵，受到法院認定選任不合法，而改派臨時管理人。臺灣臺北地方法院100年度司字第333號民事裁定，「……相對人太流公司依經濟部九十九年二月三日經授商字第○九九○一○○○二一○號函撤銷增資等相關登記後，公司登記實收資本額回復至一千萬元，並非四十億一千萬元等情無訛，……則上開一百年八月一日股東會既非以一千萬元資本額為計算基礎而召開卻係以四十億一千萬元資本額為基礎而召開，該次股東會持股百分之六十之股東聲請人亦未出席，並有該次股東會議事錄及簽到簿，……所為改選徐旭東、黃茂德及羅仕清為董事，並無股東會決議之外觀，自非合法有效成立之決議，而非僅得撤銷之決議，所為決議既非合法存在，亦無所謂登記後僅生對抗效力之問題，況主管機關就其登記之申請亦為退件處理…則上開三人顯非相對人公司之董事，自不足認相對人公司已有董事會可行使職權甚明。」「…相對人公司並無召開九十一年九月二十一日股東臨時會及董事會，嗣因製作該日股東臨時會及董事會議事錄之郭明宗涉犯業務登載不實之偽造文書罪，經法院判決有罪確定後，經濟部依台灣高等法院檢察署之通知，而撤銷相對人公司九十一年九月二十一日增資為四十億一千萬元等相關登記，核與公司法第九條第四項之規定相符，且相對人公司九十一年九月二十一日增資案之股東臨時會及董事會既未召開，即無所謂增資案之決議存在，是於增資案之登記遭主管機關撤銷後，縱然公司除設立登記以外其他登記僅有對抗效力，該增資案亦不可能成為有效存在，相對人公司之資本額自無可能增資為四十億一千萬元，縱然利害關係人與經濟部撤銷登記尚在行政訴訟中，惟行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在…亦不能否定相對人公司九十一年十一月十三日以後增資等相關登記已經撤銷，該公司登記資本額回復至一千萬元，而非四十億一千萬元甚明。」「…足見太百公司經營權存在爭議，而該爭議導因於相對人公司董事會能否行使職權所致，且該爭議已致太百公司於法院繫屬多起關於股東會效力或董事關係存否之訴訟，…本件足認相對人公司因董事會不能行使職權而有受損害之虞。」「…於相對人公司董事會已不能行使職權，又無法於召開股東會時決議選任董事之情形下，若不准其公司股東聲請選任臨時管理人，該公司之營運勢必陷入無經營階層，或實際經營者但非合法經營者之窘境；…本件為相對人公司選任臨時管理人，不僅可解決相對人公司無合法之經營階層以營運之窘境，且由本院選任之臨時管理人，指派適當人選至其從屬公司太百公司擔任法人董事，不僅於太百公司之經營無妨礙，更對該公司員工或股東之權益無影響，卻可同時解決太百公司經營階層之適法性，就太百公司經營權之爭議，及因該爭議而導致繫屬於法院之多起訴訟，亦將因此有效解決。……」

⁴¹⁷ 報導即指出「……若太流公司的增資遭撤銷後，增資的新股恐淪為自始無效(投資人損失部分，可向股票發行人求償)，如此一來，太百未來勢必以董、監改選的最新股東結構，來決定新的經營權……太流公司登記資本額回復到增資前的「1000萬元」→影響遠百轉投資SOGO收益的認列，甚至對大陸SOGO收益的認列→牽連遠東集團過去幾年的「財報」→直接衝擊遠百等股價→SOGO董監事面臨適法性問題→衝擊遠東集團對SOGO的控股關係及經營權，SOGO經營權可能重新洗牌，並涉及複雜的法律訴訟。」

律關係是否即代表不須回復原有之股權結構，此係決定後續經營權歸屬的一大爭議，若欲追究惡意偽造文書人，則剝奪其偽造之增資行為似較妥當，蓋不承認其過去既往之營業行為，卻仍承認增資後形成之股權結構，是否變相的允許惡意偽造人仍得藉由該增資基礎取得公司未來之經營權？據本文推測，大多公開發行之大規模公司因受限於諸多特別法規之拘束⁴¹⁸、股權結構相對分散、主管機關之監督等情況下，應得合理想像發生股東或經營者一手遮天以偽造文書等奪取經營權之情況較為稀少（當然實務上反而較常發生刻意於召集股東會程序上製造瑕疵，如保留少許股東會開會通知書等，使股東得於事後提起撤銷股東會決議之訴⁴¹⁹，然而此部分應得以本文與學者個案中所提出之各項法理進行運用，避免瑕疵連鎖之發生）；另外，閉鎖型公司因法規密度較低、股權集中、公司利害關係人較少下，相對於公開發行公司更易發生違法股東會決議瑕疵之情事，基於此背景下，或可傾向對於因可歸責於被選人所形成之股權結構採取予以否定之態度，以懲罰未以正當合法程序取得公司股權與經營權之人。反之，若係善意或不可歸責於被選人所形成之股權結構，以「事實上董事」理論作為其依據，或可作為增資決議後所形成之股權結構及以此為基礎之經營事實不生變動的理由。綜言之，本文傾向在大規模之公開發行公司，一旦發生連鎖瑕疵致公司董事最後因股東會決議受到法院撤銷、無效或不成立之認定，被選人得以事實上董事理論作為過去既往法律關係之依據，惟應排除於企業併購或經營權爭奪中以故意違法、刻意製造瑕疵之行為致公司股東會決議發生疑義之特定情況，而不論如何被選人應賠償原應取得公司經營權之人之損失；在閉鎖型公司則應區分被選人之主觀狀態並考量我國中小企業係家族企業、內部由數位好友共同經營之公司居多下，許多中小企業基於成本考量或經營上之便宜性，多不遵守公司法召開股東會議之規定，原則上應放寬「事實上董事理論」適用之空間，賦予私人企業相當之彈性。例外由法院在個案上以誠信原則、禁反言或當事人具有不法之意圖竊取公司職

⁴¹⁸ 如證交法、公開發行公司年報應行記載事項準則、公司募集發行有價證券公開說明書應行記載事項準則等法規規範，均要求公開發行公司揭露股東會、董事會決議事項及其他事項；並公開發行公司依證交法規定應定期編送財報、制定內控制度或甚而設立獨立董事、審計委員會等機關，基於此種種規範，若欲發生偽造文書、製造實際未發生之股東會會議記錄等情事，具有相當之難度、其成本不可謂不高。

⁴¹⁹ 公司法第 189 條規定，「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。」

位等情況下，排除該理論適用上之可能。最後，單一公司下之（選任董事上之）股東會決議瑕疵所造成的連鎖效應在運用各項學說與「事實上董事」理論等法理處理，固然得以降低其後續之效應；然而，考量我國集團企業架構普遍呈現金字塔型結構下，大股東藉由控制金字塔結構頂端之公司，並由頂端公司往下持有大量集團企業之股份，並以交叉持股方式加強其對於各企業之控制力，形成掌握金字塔頂端某家公司之控制權或大股東，往往即得以取得整個集團企業之經營權，基於此立場下，上述針對單一公司下之處理模式原則仍不應一概而論，為避免有心人士利用此制度配合交叉持股取得公司經營權，法院應個案綜合一切情事進行審酌，非公開發行公司可能因持有多家上市、上櫃公司之股權而成為當事人爭奪經營權目標之一，自不應任由當事人利用股東會或董事會程序上之瑕疵達到不法之手段，「法規範目的之遵守」不應完全犧牲於「對於既成事實尊重」之中。

第二項 被選人與原應取得經營權人間之法律關係

至於原應取得經營權之人與被選人間之利益平衡。首先，關於惡意之被選人部分，若惡意被選人因法院判決喪失公司經營權，除非承認「經營權」概念係屬民法第 184 條第一項規定之「權利」，否則原應取得經營權之人似僅得依民法第 184 條第一項後段規定，對惡意被選人主張故意以背於善良風俗加損害於他人。然就此而言，最終仍要面臨的問題即係，被侵權之人之損害應如何計算？被侵權人受到侵害者係「公司經營權」，然而「公司經營權」一詞係屬抽象之名詞，往往難以量化經營權之數額，若單純就惡意被選人每年所領取之「董事酬勞」、「董事報酬」與「車馬費」作計算，似乎忽略了『控制權溢價』等關於掌握公司經營權下所得享有的其他利益，然而正因為此等利益往往難以諸項列舉、數據化，因此本文以為在難以評估損害情況下，被侵權人至少得向惡意被選人請求至本文所認定之惡意被選人得以合法取得公司經營權時點期間，惡意被選人自公司所領取的「董事酬勞」、「董事報酬」與「車馬費」總額（惟若惡意被選人已返還公司，則原應取得公司經營權之人得向公司請求此筆金錢），至於其他損害賠償，則或可交由法院就當事人之事證與舉證程度進行認定，若被侵

權人得以舉證其他損害之數額，法院亦應得衡量個案情況允予被侵權人之請求。

至於非惡意之被選人部分，非惡意之被選人最終取得公司經營權，本文難以想像於非惡意之被選人於不具不法爭奪經營權之意圖下而取得公司經營權時，有所謂侵害原應取得經營權之人權利或利益之其事？若縱有此情況之發生，在無任何契約關係下，原應取得經營權之人得否主張民法第 184 條第一項前段或後段之侵權行為規定向非惡意之被選人請求損害賠償？本文保持保留之態度。然而，不可否認者，非惡意之被選人取得了公司經營權，原應取得經營權之人究應如何向被選人為任何之請求，此處是否符合不當得利或其他民事上之請求權基礎？本文傾向若有在非因故意、惡意、不具不法爭奪經營權之意圖下而取得公司經營權者，若原應取得經營權之人係公司原經營者，則因相關選任程序、公司營運等情況係由原應取得經營權之人所得以掌握，故由其負擔此風險似無不合理之處。然而原應取得經營權之人若並非係原公司經營者時，應如何平衡其權利義務關係，此時原應取得經營權之人於民法上有無請求權基礎向被選人或公司請求相關權利，民法上之規定似乎無法完全解決公司、被選人與原應取得公司經營者間之法律關係，此時民法上似僅有不當得利之規範得於適當之時候填補原應取得經營權之人之損害。

第六章 結論

綜合本文以上所述，在關於過去既往法律關係問題之解決上，本文採取「事實上董事」理論，在被選人符合『具有權限之外觀』及『繼續執行職務』之要件下，得作為其代表公司對外所為之法律行為與享有負擔與公司間之權利義務關係之合法性依據。

另外，在進行前述所提出綜合判斷審查下，本文以為非重大之決議瑕疵原則上應得以法規或法理進行解決，若係屬偽造文書等重大違法之瑕疵，則於應由法院判決認定進行處理。單一公司情況中，在公開發行公司因受有特別法規之拘束，法律規範密度較高，相對較難以發生以偽造文書以進行增資或選任董事股東會決議等情事，考量到公開發行公司之增資行為之存否與董事人選更迭等經營權變動影響極大，故本文傾向在公開發行公司之過去既往的法律關係上得以適用事實上董事理論，被選人得以事實上董事理論作為過去既往法律關係之依據，惟應排除排除於企業併購、或經營權爭奪、或基於不法意圖中以故意違法、刻意製造瑕疵之行為致公司股東會決議發生疑義之特定情況，而不論如何被選人應賠償原應取得公司經營權之人之損失。而實務上較常發生之刻意於召集股東會程序上製造瑕疵，如保留少許股東會開會通知書等，使股東得於事後提起撤銷股東會決議之訴，此部分應得以本文與學者個案中所提出之各項法理進行運用，避免瑕疵連鎖之發生；而在閉鎖型公司則應區分被選人之主觀狀態並考量我國中小企業現實上之運作較為彈性適用，例外由法院在個案上以誠信原則、禁反言或當事人具有不法之意圖等情況下，排除該理論適用上之可能，而被選人應賠償原應取得公司經營權之人之損失。若被選人具故意違法、不法意圖奪取經營權等情事，則在經營權之歸屬與過去既往所取得之權利上不得主張事實上董事理論，而應依判決之認定回歸經營予合法之公司經營者並返還所取得之權利。又考量我國集團企業架構普遍呈現金字塔型結構下，大股東藉由控制金字塔結構頂端之公司，並由頂端公司往下持有大量集團企業之股份，並以交叉持股方式加強其對於各企業之控制力，形成掌握金字塔頂端某家公司之控制權或大股東，往往即得以取得整個集團企業之經

營權，基於此立場下，上述針對單一公司下之處理模式原則仍不應一概而論，為避免有心人士利用此制度配合交叉持股取得公司經營權，法院在集團企業案例中應個案綜合一切情事進行審酌，非公開發行公司可能因持有多家上市、上櫃公司之股權而成為當事人爭奪經營權目標之一，自不應任由當事人利用股東會或董事會程序上之瑕疵達到不法之手段

在公司、被選人與原應取得公司經營權人之間，若係善意之被選人，因得主張事實上董事理論，故得享有報酬等金錢債權，而原應取得公司經營權之人自不得主張之；若係惡意之被選人，自應退還所領取之報酬，且被選人於經營公司之期間仍可能構成公司法第8條第三項立法理由中所規定之事實上董事或影子董事，以使該段期間公司營運受到不當的管理而令公司得以之為究責的對象。

最後，在選人與原應取得公司經營權人之間，違法惡意之被選人對於原應取得公司經營權人應負侵權行為責任，且原應取得公司經營權人得舉證其他損害由惡意違法之被選人賠償以填補損害；另一方面，於非惡意違法之被選人情況中，若原應取得經營權之人係公司原經營者，則因相關選任程序、公司營運等情況係由原應取得經營權之人所得以掌握，故由其負擔此風險似無不合理之處。然而原應取得經營權之人若並非係原公司經營者時，應如何平衡其權利義務關係，此時原應取得經營權之人於民法上有無請求權基礎向被選人或公司請求相關權利，民法上之規定是似乎無法完全解決公司、被選人與原應取得公司經營者間之法律關係，此時民法上似僅有不當得利之規範得於適當之時候填補原應取得經營權之人之損害。

而在法院作出判決且有應撤銷登登記而致經營權有變動之虞時，在『法律關係、登記外觀與表見外觀一致下之法律行為』之情況，則不應允許第三人於判決後主張表見代理而主張契約無效，此時被選人對外代表公司所為之法律行為應係符合事實上董事，而為有效；在『法律關係與登記外觀、表見外觀不一致下之法律行為』之情況，本文以為在具有登記外觀與事實上經營公司之被選人，對外代表公司所為之法律行為亦應為事實上董事，故第三人之交易上仍應以被選人為依歸；最後在『法律關係、登記公示與

表見外觀不一致下之法律行為』之情況，則交易第三人得選擇與法院認定同時具有登記外觀之人進行交易或係與事實上經營公司之人進行交易。

最後，本文欲強調者係瑕疵連鎖所帶來之爭議經常發生且似乎係實務上所無法避免的，然而為求減少或降低最終判決效果所帶來之衝擊，如同本文前面所一再提及的「時間的經過」係其中一個關鍵因素，固然人民守法的道德精神應有提升之空間，然而司法裁判在面對重大爭議之相關金融、企業案件時，如何於時效內完成裁判將涉及龐大交易安全之公司法律安定性的穩定，尤其如近來不斷於報導中出現的太流與 SOGO 經營權爭奪一案，時隔已近 10 年，整個案件的部分判決雖已作出，但未一致且完整性司法認定造成更多的問題，因此即有學者主張法院設制金融專庭，以求取此等複雜且影響重大之案件，得以在最短時間、迅速而有效的作出裁判，以使企業經營權歸於安定，此亦將係社會大眾所願意看到的。



附件一：

(選任董監事) 股東會決議瑕疵下，過去既往法律關係之處理總整理

各國法	出現瑕疵連鎖之可能	解決之道	備註
我國法	有可能	<p>在採取判決效力溯及說下：</p> <ol style="list-style-type: none"> 公司法學者：應區分： <ol style="list-style-type: none"> 對外：(類推)表見代理或登記制度 對內：無因管理 民法學者： <ol style="list-style-type: none"> 對內的法律關係上認應採取不當得利 事實上契約理論？ 本文見解：先運用各項法理與法院個案判斷，排除掉瑕疵連鎖發生之可能。若無法排除時，則運用事實上董事理論(以§8III 作為依據類推適用)。 	<ol style="list-style-type: none"> 我國法下採取無因管理董監事並無報酬；且可能有所疑問： <ol style="list-style-type: none"> 受任人義務解釋問題 何人作「有利於本人」之認定？ 若准許「承認」，應由何人為之？ 不當得利與侵權行為下似無法完全解決？ 採取事實上董事理論，但應排除惡意或故意致選任決議不存在之場合
英國法	不可能	<ol style="list-style-type: none"> CA 2006, §161 曾發生選任董監事決議瑕疵或董事身分失格之案例： <ol style="list-style-type: none"> 對外之法律關係：(Mahony 一案：根本未進行選任董事之程序)法律行為有效。 理由：事實上董事+CA 2006, §161+Turquand 原則 公司與董事間：(Craven 一案：董事未達持股比例而失格)仍得請求董事對價給付之報酬。 理由：『quantum meruit』 限縮 CA 2006, §161 範圍 (Morris 一案：根本未進行選任董事之程序)：不得主張有效。理由：CA 2006, §161 應排除『選任決議自始不存在』的情況；Turquand 原則不適用於公司內部或惡意之人。 	按英國 CA 自 Mahony 一案以來即有類似 CA 2006 之規範，且公司多會將此條款訂入公司章程中。
美國法	可能。	<p>由法院個案判斷是否適用「事實上理論」。</p> <ol style="list-style-type: none"> 適用之案例：Drob et al. v. National Memorial Park, Inc., et al. 理由：適用此將得以使公司回復正常之運作，而無指定臨時管理人之必要 不適用之案例：Young v. Janas 理由：若適用事實上理論，將可能違反公司法相關規範及民主選任程序之精神 	
日本法	可能	<ol style="list-style-type: none"> 先區分股東為決議之類型是否生「一定、終了」效果之決議。 採取判決效力溯及與不溯及之說。 採溯及說下： <ol style="list-style-type: none"> 對外： 	<p>日本學說上之事實上董事理論，其要件為：</p> <ol style="list-style-type: none"> 有權力來源之外觀或權力之外觀 繼續執行職務

		<ul style="list-style-type: none"> ① (類適) 不實登記 ② (類適) 合名公司之登記 ③ (類適) 民法表見代理 ④ (類適) 代表取締役登記 <p>(2)對內：</p> <ul style="list-style-type: none"> ①程序上，依個案情況尋找法理依據或司法見解（如特別情況）作解釋。 ②董監報酬部分：有認得取得相當之對價，而非單純以不當得利作解決。 <p>4. 採不溯及說下：</p> <ul style="list-style-type: none"> (1)個案判斷並利益衡量 (2)事實上董事理論 	
--	--	--	--



附件二：

依公司法第 9 條第三項、第四項規定下後續之連鎖效應

可能發生之階段	產生問題與應如何解決	備註
法院判決、登記狀態、表見外觀三者一致	1. 交易相對人得否主張表見代理而交易無效？ (1) 已完成：否。理由： ① 事實上董事理論 ② 相對無效說 ③ 誠信原則 (2) 已締約、未完成：否。理由： ① 事實上董事理論 ② 相對無效說 ③ 誠信原則	
法院判決與登記狀態、表見外觀二者一致	1. 交易相對人與具登記、表見外觀而經營公司之人進行交易，效力為何？ (1) 有效。理由： ① 類推適用第 12 條規定 ② 事實上董事理論 2. 得否與法院判決認定之經營者交易？ 本文傾向不行	
法院判決、登記狀態二者與表見外觀不一致	1. 交易相對人與具表見外觀而經營公司之人進行交易，效力為何？ 有效。理由： ① 交易現實與保護交易相對人 ② 促使真正經營者盡早回復其地位 2. 得否與法院判決認定且具登記外觀之經營者交易？ 亦有效。理由： ① 英國法認為登記目的並非懲罰第三人而係在保護第三人	

參考資料

一、中文資料

(一) 書籍

1. 方嘉麟、林進富、樓永堅審定，企業併購個案研究（三），元照
2. 王文字，公司法論，2008年9月，四版第一刷，元照
3. 王泰詮著、王志誠修訂，公司法新論，2009年7月修訂五版一刷。
4. 王澤鑑，債法原理（一）基本理論債之發生，2003年10月增訂七版
5. 王澤鑑，債法原理第二冊—不當得利，2005年9月出版
6. 史尚寬，債法總論，作者自版
7. 柯芳枝，公司法論（上），2010年7月修訂七版二刷，三民。
8. 柯芳枝，公司法論（下），2010年2月修訂八版二刷，三民。
9. 曾淑瑜，公司法實例研習，2006年3月，修訂二版一刷，三民書局。
10. 許朕翔，論股東會決議之效力—以決議瑕疵類型之探討為核心，國立政治大學研究所財經法組碩士論文，99年5月
11. 陳計男，民事訴訟法論（上），修訂四版二刷
12. 梁宇賢，公司法論，修訂六版，2006年，三民。
13. 黃立，民法債編總論 2006年11月，元照出版社
14. 黃茂榮，債法各論（第一冊），2003年8月初版，植根法學叢書編輯室編輯
15. 廖大穎，公司法原論，2006年6月，修訂三版一刷
16. 劉連煜，現代公司法，2009年9月增定五版，新學林。
17. 劉興善，商事法，初版，2002年，神州圖書。
18. 蘇永欽，無因管理中本人之承認，民法經濟法論文集。

(二) 期刊文獻或研究報告

1. 王志誠，時光一去永不回？股東會決議不成立與公司登記之撤銷，台灣法學

雜誌第 148 期，2010 年 3 月 15 日。

2. 王志誠，董事會決議不成立所為新股發行之效力，月旦法學裁判時報，第 9 期。
3. 王志誠，公司負責人之概念與責任，月旦法學教室，第 24 期，2004 年 10 月。
4. 王志誠，董事會召集程序之瑕疵—評最高法院九十八年度台上字第八七一號判決，月旦裁判時報創刊號，2010 年 2 月
5. 王志誠，董事會之召集、出席及決議，台灣法學雜誌，第 204 期。
6. 杜怡靜，關於董事會召集程序之瑕疵—最高法院九十七年度台上字第九二五號判決，月旦裁判時報，第五期
7. 林國全，公司經理人之概念，台灣本土法學雜誌第 48 期，2003 年 7 月。
8. 林國全，資本不實，台灣本土法學第 53 期，2003 年 12 月。
9. 林國全，訴請撤銷程序瑕疵之股東會決議，月旦法學雜誌第 79 期，2001 年。
10. 林國全，董事會決議之成立要件，台灣本土法學雜誌，第 68 期，2005 年 3 月
11. 林信和，無因管理人之注意義務，月旦法學教室第 43 期
12. 邱聰智，新訂民法債編通則（上），2000 年 9 月新訂一版。
13. 洪秀芬，未經合法召集而全體出席之股東會決議效力，月旦法學教室，第 51 期
14. 曾宛如，董事會決議瑕疵之效力及其與股東會決議效果之連動——兼評 97 台上 925 號判決，台灣法學雜誌，120 期
15. 曾宛如，我國公司法待決之問題—以公司法制基礎理論為核心，月旦法學雜誌第 181 期，2010 年 6 月。
16. 曾宛如，違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，月旦裁判時報，第 9 期。
17. 曾宛如，論公司法制賦予公司之自主與彈性，收錄於余雪明大法官榮退論文集—企業與金融法制，頁 566，2009 年 1 月，初版第一刷，元照出版社。
18. 張龍文，論股東會決議之瑕疵，法學叢刊第 23 期。
19. 陳自強，商事代理權之範圍確定與限制（下）—以經理權為中心，月旦法學雜誌，第 130 期，2006 年 3 月
20. 報告人：雷萬來，公司股東會決議決議訴訟之訴訟標的—民事訴訟法研究會

第九十六次研討記錄，收錄於法學叢刊，第 206 期

21. 黃銘傑，一人董事召集股東會之效力及監察人須具備股東資格之章程規定效力－評最高法院九十九年台上字第一〇九一號判決，月旦法學雜誌，第 196 期
22. 廖大穎，召集程序瑕疵與董事會決議之效力－最高法院九十七年度台上字第九二五號判決，月旦裁判時報，第七期
23. 劉連煜，公司董事會違反召集程序違反規定之決議效力，台灣法學雜誌，第 152 期
24. 劉連煜，公司登記制度與登記之效力，台灣本土法學雜誌，58 期，頁 143，2006 年 8 月
25. 劉春堂，輔仁法學，論無因管理，第 26 期

(三) 網路資訊

1. 全國商工行政服務入口網：<http://gcis.nat.gov.tw/index.jsp>
2. 法源法律網 (<http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY02.aspx>) 最後瀏覽日期：2011 年 11 月 22 日。

二、英文資料

(一) 書籍

1. Charles Wild & Stuart Weinstein, Smith & Keenan's Company Law, fourteenth edition, 2009
2. Gerhard Wirth Michael Arnold Ralf Morshäuser, Corporate Law in Germany 2nd, 389, Verlag C.H. Beck München 2010.
3. Laurence Koffman, Elizabeth Macdonald, The Law of Contract, 5th, LexisNexis UK, 2004
4. Peter Loose, Michael Griffiths and David Impey, The Company Director: Powers,

Duties and Liabilities, 11th , Jordans publisher

5. Philip L R Mitchell (Solicitor of the Srpreme Court) ,Directors' Duties and Insider Dealing, London Butterworths, 1982.

(二) 網路資訊

1. Lexis : <http://www.lexisnexis.com/ap/auth/>

三、日文部分

(一) 書籍

1. 石山卓磨，事実上の取締役理論とその展開，昭和 59 年 9 月 1 日，第 1 刷發行
2. 江頭憲治郎，株式会社法，2010 年 3 月 25 日，第三版第 2 刷發行
3. 西尾幸夫，再決議・決議無効と訴えの利益，現代裁判法大系，第 17 卷，会社法初版，家近正直編，新日本法規出版，平成 11 年 1 月 25 日
4. 「会社法」法令集，2011 年 3 月 30 日第八版第三刷發行
5. 竹濱修，先後関係にある取締役選任決議の不存在確認の訴えの利益，収録於現代ビジネス判例—企業行動の新たなる指針—，主編者：『現代ビジネス判例』編集委員會，發行者：岡村勉，2003 年 3 月 27 日初版第 1 刷發行
6. 弥永真生，最新重要判例 200 [商法]，平成 22 年 3 月 20 日，第三版第 1 刷
7. 酒卷俊雄、尾崎安央，会社法重要判例解説，成文堂，2008 年