

初探公司法第223條 監察人為公司代表制度

李衣婷*

壹、法律問題

甲董事為乙電子公司之董事，因COVID-19疫情，致其私下投資之KTV事業出現停業危機，擬出售其名下土地予乙電子公司，此筆關係人交易¹是否可行？應注意那些法令問題？

貳、問題解析

一、董事甲欲出售其名下土地予乙公司，原則上應屬可行，但須注意以下事項

(一) 按股份有限公司採企業所有與企業經營分離原則，故董事會執行業務之良窳涉及公司之獲利及後續經營，倘董事利用職務之便對公司造成交易之損失，則對公司之損害遠大於第三人對公司利益之侵害。復次，公司與董事為買賣、借貸或其他法律行為，若非屬公司法第185條關於公司營業政策之重大變更，須經股東會決議者外，多

經董事會決議通過即可，為避免董事間利害衝突，而有循私之舉，故公司法第223條乃規定應改由監察人代表公司與董事為法律行為。

(二) 董事甲欲出售名下土地予乙公司，一般而言，會涉及董事與公司間之利害衝突，若董事甲為圖私利，刻意哄抬土地價值出售予乙公司，將造成乙公司及股東之財產損害。此種交易之背後目的涉及利害對立結構之道德危險，制度上預先透過抽象立法禁止之方式，降低此種交易對公司所帶來之潛在危害，故公司法第223條乃規定須由「監察人」代表公司為之。故乙公司之董事長，原則上均不得代表公司與董事甲為買賣交易。且依公司法第206條第4項準用第178條規定，董事甲不得參與董事會決議之表決，應自行迴避。甚者，該董事不得算入已出席之董事人數內。

(三) 問題為，倘若董事會決議授權乙公司之「董事長丙」，代表公司為甲董事與

* 本文作者係睿益法律事務所主持律師

註1：公司法第206條第3項規定：董事之配偶、二親等內血親，或與董事具有控制從屬關係之公司，就前項會議之事項有利害關係者，視為董事就該事項有自身利害關係。

乙公司間之買賣交易行為，此際，該董事會決議是否違法？對此，實務見解認為：「按董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為，應由監察人為公司之代表，公司法第223條固有明文。該條規定旨在禁止雙方代表，以保護公司之利益，非為維護公益而設，自非強行規定，故董事與公司為法律行為違反該規定，並非當然無效，倘公司事前許諾或事後承認，對公司亦生效力。」（最高法院101年度台上字第1092號、100年度台上字第1672號民事判決參照）。是以，違反公司法第223條之法律效果並非無效，通說認為應係類推適用無權代理之規定故屬效力未定²，倘若公司事前許諾或事後承認，則除非甲董事有未盡善良管理人注意義務，須對公司負損害賠償責任外，該筆買賣交易行為仍屬有效。

（四）證券交易法之特別規定：獨立董事及審計委員會規定之適用

1.若乙公司為公開發行股票公司，依證券交易法第14條之2之規定，公開發行股票公司得依章程規定設置獨立董事。已設置獨立董事之公司，於一般董事與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，即屬涉及董事自身利害關係之事項，依證券交易法第14條之3第3款規定，公司董事會議事錄應載明：「涉及董事或監察人自身利害關係之事

項」，並經董事會決議通過³。若獨立董事有反對意見或保留意見，亦應於董事會議事錄載明。

2.若乙公司為有設置審計委員會之公司，依證券交易法第14條之5第1項及第2項規定，須經審計委員會全體成員1/2以上同意，並提董事會決議，不適用第14條之3規定。如未經審計委員會全體成員1/2以上同意者，得由全體董事2/3以上同意行之，不受前項規定之限制，並應於董事會議事錄載明審計委員會之決議。

3.未查，不論有無設置審計委員會，原則上並未排除公司法第223條之適用。此從證券交易法第14條之4第4項規定由公司審計委員會之獨立董事成員準用公司法第223條規定自明⁴。此際，由於設置審計委員會之目的在於取代監察人（參照證交法第14條之4第3項規定），若涉及董事與公司間之交易行為時，須由審計委員會中之獨立董事為公司之代表，乃屬當然。基於舉重以明輕解釋原則，縱未設有審計委員會之公開發行股票公司，仍應回歸公司法第223條規定，解為應由監察人為公司之代表以收公司內部監督治理之成效。

二、進階解析

子問題（一）：倘監察人對外代表公司與

註2：民法第170條第1項：「無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，非經本人承認，對於本人不生效力。」

註3：此處所指之董事會決議係指普通決議。

註4：黃清溪主編（2018），《公司法爭議問題研析——董事篇》，第142頁，五南出版。

甲董事為買賣土地之法律行為，惟監察人若打從心底即不予支持此項方案，能否拒絕擔任公司之代表？

對此，公司法並未規範之。文獻上亦有不同見解。實則，參酌公司法第218條之2規定：「監察人得列席董事會陳述意見。董事會或董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為者，監察人應即通知董事會或董事停止其行為。」，此為監察人之監察權之行使。查公司法第223條之規範目的僅在於藉由改定由監察人代表公司之制度設計提醒董事會對該筆關係人交易事項應實質審查是否有利於公司，監察人除可列席表示不同意見外，若認為是違法行為或有損害公司利益之虞，事後應通知董事會停止交易行為，但似無拒絕擔任公司代表之權利⁵。然而，若不讓監察人有拒絕擔任公司代表之權利，則公司法第223條之監察人代表權之立法目的在於利益衝突之防免機制，恐怕無法充分發揮。至於，監察人若判斷此項關係人交易無損於公司之利

益而代表公司與該名董事為交易，然經事後確認該筆交易對公司為不利時，除非監察人怠忽職務，否則，應認其已盡其監察權限⁶，故只剩下對董事責任之追究問題而已⁷。

子問題（二）：未依證券交易法規定發行股票之股份有限公司，其董事一人或數人為自己或他人與公司為法律行為時，倘該法律行為屬公司業務之執行，且非依公司法或章程規定應由股東會決議之事項者，於監察人代表公司為該法律行為前，是否應先經董事會之決議？

1.最高法院100年度第3次民事庭會議決議謂：「參酌公司法第223條立法規範意旨，在於董事為自己或他人與本公司為買賣、借貸或其他法律行為時，不得同時作為公司之代表，以避免利害衝突，並防範董事長礙於同事情誼，而損及公司利益，故監察人代表公司與董事為法律行為時，無須經公司董事會之決議核准。」，文獻上亦有持相同見解者⁸。此

註5：倘若肯定監察人有拒絕同意該關係人交易之決策權利，是否會混淆監察人之（監督公司）權限與董事會（執行業務）之權限分際？監察人是否較董事會更瞭解公司之經營狀況？均有疑問。倘認監察人對內有同意決策權，是否逸脫公司法第223條文義解釋之範圍。蓋該條文僅規範由監察人為公司之「代表」，並未記載有同意與否之權利。

註6：倘若監察人明知該關係人交易有害於公司，卻未提醒董事會注意之，則須注意依公司法第224條及226條，可能會與肇事之董事對公司負連帶損害賠償責任。

註7：文獻上雖有指出：「公司法第223條所規定之監察人代表權，係指將原屬於董事會之權限，由監察人代表行使之謂。析言之，監察人依據公司法第223條所擁有之『代表權』，並非僅係代表公司與相對人為交易之『代表權限』而已，而係由法律之特別規定，將依據公司法第202條規定，原屬於董事會之權限，移歸監察人所擁有，而令監察人具有對內替公司為決策，對外替公司為交涉之權」，參何曜琛，〈未經董事會決議監察人代表公司與董事間交易之效力/最高院98台上1565〉，《台灣法學雜誌》，第176期，第188頁。但亦有對此持不同意見者，認為「監察人僅具有建議權，而不具有同意權。依公司法第223條之文意解釋，係寫由監察人為公司之『代表』，而非寫『同意』」參黃清溪，前揭註4，第150-151頁。本文支持後者見解。

註8：方嘉麟主編（2019），《變動中的公司法制》，第223頁，元照出版。

際，若採取上開民庭決議之見解，監察人能自行代表公司直接進行該筆交易，則對於其他董事而言，若持反對意見者，或知悉有害於公司利益者，似乎僅能期待並仰賴藉由與交易有自身利害關係之董事對公司應負忠實義務之要求，主動提案至董事會討論該筆關係人交易，並說明利害關係。此種操作方式似乎無法具體展現公司法第223條之規範精神。再者，上開民庭決議之說理上是否完備且毫無疑義，非無商榷之餘地。

2.承上，若對照公司法第206條第2項規定之立法理由⁹，董事未揭露利害衝突者，該董事會決議無效。顯見自我交易之董事「應」於董事會上揭露與自身利害關係之重要內容，此為其說明義務，若未誠實揭露，則該次董事會決議無效。再對照證券交易法第14條之3第3款、第14條之5第1項第4款及第2項規定之規範意

旨，立法者對於公開發行股票公司仍要求須經「董事會決議」通過，則於未公開發行股票公司，應無排除「未經董事會決議」而由監察人逕行代表公司為交易行為之正當理由¹⁰。

子問題（三）：倘監察人有數人時，則各監察人是否得單獨代表公司？抑或應由數名監察人共同代表呢？

就此，學說與法院見解立場不一，主管機關經濟部101年9月3日經商字第10102112620號函認為由「個別監察人獨立代表公司」即可¹¹。然而，經濟部上開函釋之法律意見並未獲法院多數見解支持¹²。於深入探討此一問題前，筆者建議可先參考目前相關法令之規範脈絡以推知梗概。如民法第168條規定：「代理人有數人者，其代理行為應共同為之。但法律另有規定或本人另有意思表示者，不在此限。」，此一規定係適用在「代理制度」。另參民事訴訟法第71條規定：

註9：另董事會召集程序、決議內容違反法律者，應認為當然無效（最高法院97年台上字第925號判決參照）。是以，董事違反修正條文第2項所定之說明義務時，董事會決議因程序瑕疵而當然無效。又董事違反說明義務參與表決者，依修正條文第3項準用第178條規定，董事會決議因決議方法違法而無效。

註10：例如：若董事自我交易行為完全可由單一之監察人決定，而排除董事會之參與，則當該名董事與監察人串通合意為內部人交易時，將使公司法第223條之規範目的成為具文，恐非立法者之本意。文獻可參邵慶平，〈監察人的代表權〉，《月旦法學教室》，第110期，第35頁。

註11：經濟部91年7月4日商字第09102132160號函表示：「按公司法第223條規定：『董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表。』旨在防患董事礙於同事之情誼，致有犧牲公司利益之虞，故監察人為公司之代表時，應本諸該立法意旨實質審查該法律行為。至監察人有無怠忽職務之損害賠償問題，事涉具體個案事實之認定，屬司法機關認事用法範疇。又公司法第221條規定：『監察人各得單獨行使監察權。』準此，自無應由數監察人共同代表公司及組監察人會之可言。致監察人代表公司對外所為法律行為支出浮濫或超出預算等情事一節，允屬私權爭議，宜循司法途徑解決。」

註12：參臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會民事類提案第18號審查意見：「本題並非監察權之行使或訴訟之提起，而係代表為實體法上之法律行為，而代表與代理固不相同，惟關於公司機關之代表行為，解釋上應類推適用關於代理之規定（最高法院74年台上字第2014號判例參照）。股東會如無特別決議，自應由全體監察人共同代表。同意採乙說。」法院見解明確採共同代表說。

「訴訟代理人有二人以上者，均得單獨代理當事人。違反前項之規定而為委任者，對於他造不生效力。」，則係指「訴訟代理」而言。細究公司法第221條規定：「監察人各得單獨行使監察權。」是監察人得單獨行使「監察權」。惟公司法第223條規定規範目的在於避免董事與公司間涉及利害衝突交易行為之道德危險，基於監察人得列席董事會陳述（不同）意見，並有通知董事會或董事停止其違法行為之權利（參公司法第218條之2第2項），其可積極提醒董事會注意此項關係人交易之利弊，以達到監督公司內部治理之功效。故由監察人對外代表公司，以避免董事長因徇私之弊而致公司受有損害。因實務上肯認違反公司法第223條之法律效果為「效力未定」，須視公司有無事先許諾或事後承認而定之。由此可知，公司法第223條規定本身，不涉及監察權之行使，故應無同法第221條規定之適用。而代表與代理雖有不同，但本質上法律之所以特別規定改由監察人對外代表公司來與董事成立法律行為，自此一問題之水平面觀察，即將監察人視同公司之法定代理人，故應類推適用民法第168條規定，若監察人有數人，則由該「渠等共同代表」為宜¹³。此種解釋亦可避免董事長或董事刻意擇其與其等私交甚篤之監察人來代表公司之流弊，俾可徹底發揮公司法第223條之規範功能。

子問題（四）：實質董事是否應有公司法

第223條規定之適用？

基於公司法第223條之立法目的，從立法解釋推論，並無排除實質董事為自身利害交易之適用，最高法院103年度台再字第31號民事判決明確闡述：「查原確定判決以公司法第二百二十三條規定，由監察人行使公司代表權，旨在防止公司董事濫權，避免與公司利益衝突；實質董事雖非登記名義之董事，但就公司經營有實質控制力或重大影響力，依衡平原則，應使其受委任董事之規範，俾保障股東權益。再審原告縱非登記之董事，惟其於九十三年七月三十日購買系爭股份時，係受再審被告實質董事長傅浩然指派為常務董事，擔任常務董事會執行長，實際執行董事業務，屬實質董事，採擴張解釋，認有公司法第二百二十三條規定之適用，應由監察人為再審被告之代表等情，所持法律見解，經核並無適用法規顯有錯誤之情形」即採肯定之見解。

參、代結論——未決之殘留問題

實務見解雖謂公司法第223條非強行規定，違反之效果應類推適用無權代理之規定，倘公司事前許諾或事後承認，對公司亦生效力。惟此處所指之「公司」係指董事會？股東會或代表公司之監察人？似未敘明。有文獻主張：「公司法第223條既規定董事與公司間為法律行為時，由監察人代表公司，承認

註13：最高法院104年度台上字第555號民事判決採此一見解，若判決僅列數名監察人之一人為法定代理人，此判決為當然違背法令。

註14：黃清溪主編，前揭註4，第155頁。方嘉麟主編，前揭註8，第241-242頁。

亦應由其為之。」¹⁴，果爾，則類推適用民法無權代理本人可事後承認之規定，監察人當可事後承認董事長之代表。然本文以為，上開文獻解釋所持之觀點固非無見，但從公司法第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」以觀，公司與董事為買賣、借貸或其他法律行為，若非屬公司法第185條關於公司營業政策之重大變更，須經股東會決議者外，多經董事會決議通過，故最高法院所稱之「『公司』事前許諾或『公司』事後承認」之解釋，此處所指之公司應可包含「公司之業務執行機關」——董事會。承前述子問題（二）之思維脈絡，董事與公司間之交易行為，若採取須先經董事會決議後始得由監察人代表公司為法律行為之見解，公司法第206條第2項既課與董事有於董事會上揭露與自身利害交易行為之重要內容之說明義務，則倘該董事已盡說明義務後，董事會並決議授權監察人以外之人（如總經理、董事長）全權進行該項交易，則因屬「公司」事先許諾（授權），縱非由監察人擔任對外代表，該項交易亦對公司有效¹⁵。觀諸最高法院110年度台上字第330號判決：「按代表與代理固不相同，惟關於公司機關之代表行為，解釋上應類推適用關於代理之規定，故無代表權人代表公司所為之法律行為，應經公司承認，始對於公司發生效力。經查，系

爭契約之簽訂，係屬董事會業務執行事項，自得決議授權監察人為之，且上訴人已執行開發事項並向被上訴人請領1,250萬元，其後更於102年12月17日、103年1月8日董事會就執行情形為說明、討論及決議，可認上訴人董事會已為追認系爭契約效力之決議，此為原審認定之事實。惟原審既謂系爭契約之簽訂，董事會得授權監察人為之，然授權監察人簽約之決議何在，未見原審說明，其理由已有不備。原判決繼又認上訴人董事會已為追認，究竟系爭契約係因董事會之授權，或係因董事會事後之追認而生效，其判決理由前、後矛盾，亦有可議」，此一判決見解實可說明所謂「公司（承認）」包含「董事會」，董事會有「事後追認」或「事先授權」之權限。祇是最高法院於上開個案認定上，認為若係董事會事先授權監察人簽約，則不生事後追認之問題；反之，亦然。此例，或許也足以說明除了監察人外，「董事會」亦可自行決議授權予「監察人以外之人」為公司之代表。所謂監察人代表公司制度，究竟能發揮若干效用與實益，管見以為，制度上應配合董事之說明義務，並賦予監察人有拒絕擔任對外代表之權限¹⁶，再結合監察人固有之監察權，及落實數監察人應共同代表制之精神，權力運作間彼此相互制衡、監督，始能真正防堵利益輸送並發揮內部監控之功能。（投稿日期：2021年6月15日）

註15：相關案例可參臺灣高等法院臺南分院108年度重上字第48號判決。

註16：至於是否可從公司法第223條推論出監察人具有公司對內之決策權，恐見仁見智。