最高法院民事大法庭113年度台上大字第2057號部分不同意見書

法官吳麗惠

法官周舒雁提出

關於本院113年度台上大字第2057號裁定(下稱本裁定)，肯定法人股東指定之代表人依公司法第27條第2項本文規定當選為董事或監察人，或法人股東依同條第3項規定改派代表人補足董事或監察人原任期，於該代表人須就擔任董事、監察人期間所涉不實財務報告，依民國95年1月11日增訂公布之證券交易法（下稱證交法）第20條之1第1項第1款、第5項規定，負賠償責任時，該法人股東應與各該代表人負連帶賠償責任部分，敬表贊同。惟關於該代表人均屬民法第28條所稱「其他有代表權之人」，均得以民法第28條規定，作為請求連帶賠償之依據部分，尚難支持。爰提出部分不同意見，理由如下：

一、民法第28條規定之性質、適用規範及功能、法律效果，與同法第188條並不相同：

㈠我國雖採法人實在說，惟法人不能自為法律行為，須由自然人以法人之代表對外從事活動，即以其為法人之機關，以法人名義所為之行為，係屬法人本人之行為。72年1月1日修正施行前民法第28條規定：「法人對於其董事或職員因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任」，因所稱「職員」一詞，含義有欠明確，為免與同法第188條僱用人侵權責任規定產生適用上之困擾。乃將「職員」修正為「其他有代表權之人」，其立法理由係因法人由法律所創設，於法令限制範圍內，有享受權利負擔義務之能力(民法第25條、第26條本文)，且修正條文排除「職員」，並敘明係為與同法第188條之受僱人予以區隔，同時例示係指與董事地位相當而有代表權之人，如清算人、公司之重整人等是。本裁定就此已論述甚詳，可知民法第28條規範者，係法人之代表機關。又公司法第8條第1、2項規定之公司負責人，包括無限公司、兩合公司執行業務或代表公司之股東，有限公司、股份有限公司之董事，及公司經理人等在其等執

行職務範圍內，應均屬民法第28條規定之法人董事或其他有代表權之人。另公司法第8條第3項前段規定：「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、刑事責任」，即一般俗稱之影子董事。本院101年度台抗字第861號裁定意旨謂：「按民法第28條規定法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。此係就法人侵權行為責任所作之特別規定。所稱法人董事或其他有代表權之人，包括雖未經登記為董事，但實際為該法人之負責人即有權代表法人之實質董事在內」，可知公司法第8條第3項規定之影子董事，亦屬民法第28條規定「其他有代表權之人」，該有代表權之人，與法人間應成立民法第528條之委任關係，其受任處理法人之事務雖亦須委任人（法人）之指示，但有時有獨立裁量權（林誠二著，民法債編各論[中]，2011年1月三刷，第11、223頁）。是否屬民法第28條之其他有代表權之人，應由實質判斷，而非僅由形式判斷（林仁光著，本裁定法律意見書第8頁）。

㈡法人除由其代表人執行職務，以擴展其社會活動範圍外，依民法第188條第1項規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任」，即受僱人亦得為法人執行職務。此所謂受僱人，依同法第482條規定，稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。受僱人提供勞務，須聽從僱用人之指揮監督，其僱傭關係具有從屬性，無獨立之裁量權（林誠二著，同上書，第11頁），與同法第528條規定之委任契約不同。僱用人就受僱人所為侵權行為所負責任，學說上有採自己責任說者（王澤鑑著，侵權行為法，2025年3月版，第559頁認係推定過失責任），亦有採代負責任說（林誠二著，前開書[上]，第388頁），無論採何種見解，法人之受僱人所為侵權行為，並非法人本身之侵權

行為，僱用人得依民法第188條第1項但書舉證以免除賠償責任；而法人代表人所為之侵權行為，即係法人本身所為侵權行為，故民法第28條並無法人舉證免責之規定。受僱人與法人之代表雖均執行僱用人及法人之職務，惟二者性質迥異，所為之行為對法人之效力亦顯然不同。是為法人執行職務之人，究係法人之代表人或受僱人，須視其與法人間有無指揮監督關係及該關係之性質予以定性而定，非以該行為人所執行「特定事務」之代表性而定。

㈢民法第188條規定之受僱人，非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，即不以事實上有僱傭契約者為限，凡客觀上被他人使用為之服勞務而受其監督者，均屬之（本院57年台上字第1663號判決先例、115年度台簡上字第7號判決）。又依民法第188條第1項但書規定：「但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任」，係採選任監督受僱人之過失及因果關係之雙重推定，即須由僱用人舉證其就受僱人之選任、監督已盡相當注意，及選任監督過失與被害人之損害間無相當因果關係（王澤鑑著，同上書，第582至583頁）。

二、依公司法第27條第2項本文、第3項產生之代表人，是否即屬民法第28條規定之「其他有代表權之人」，應區分情形而定：

㈠公司法第27條第1、2項規定：「政府或法人為股東時，得當選為董事或監察人。但須指定自然人代表行使職務」、「政府或法人為股東時，亦得由其代表人當選為董事或監察人。代表人有數人時，得分別當選。但不得同時當選或擔任董事及監察人」，依上開規定分別當選之董、監事，其當選之法律關係主體不同、公司對外公示之登記方式不同、改派（各依第3項規定）性質、改派程序、其身分異動之效果均不相同，且運作方式不同，僅能擇一行使，法人或代表人僅能擇一當選（劉連煜，現代公司法，2021年9月增訂16版，第156頁），二者顯然不同。

㈡法人股東依公司法第27條第2項規定指定之自然人，倘係民法第28條規定有權代表該法人股東之人，自有民法第28條之適用。反之，倘法人股東依該條第2項規定指定之自然人，非民法第28條規定有權代表該法人股東之人，其雖係執行該法人股東之職務（擔任被投資公司之董、監事），亦無民法第28條之適用。不因立法者於制定公司法第27條第2項時，使用「代表」之文字（至於該條文義是否應為目的性限縮，或應為如何之解釋適用，則為另一問題），或董、監事指派書上記載該自然人為其「代表」，變更該自然人與法人股東間法律關係之性質，使該自然人成為法人股東依民法第28條規定之機關。

㈢法人股東依公司法第27條第2項指定之自然人，倘非法人股東本身依民法第28條規定之代表人，其當選為被投資公司之董、監事（實務上常見法人股東以指派或改派書，委由外部顧問、專家、學者等自然人擔任其代表人，而由該自然人當選為董、監事），外觀上雖經法人股東使用為之服勞務，執法人股東之職務，而受其監督，於自然人因執行職務不法侵害他人之權利時，法人股東應依民法第188條第1項規定，與該自然人負損害賠償責任。法人股東得依該條項但書規定，舉證選任及監督其職務之執行，已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害，而得免責。雖實務上此項舉證甚為困難，惟依此解釋，亦足保障被投資公司善意投資人之權益。況公司法第27條第1、2項規定主體非僅有法人股東，尚包括政府股東。目前我國各級政府機關投資公、民營事業機構所制定之董監事管理要點，有財政部派任公民營事業機構負責人經理人董監事管理要點、內政部暨所屬機關學校派兼公民營事業及財團法人董事監察人人員考核要點、農業部派兼公民營事業與財團及社團法人董監事人員遴派及考核要點、行政院國家發展基金參與投資事業股權代表遴選管理及考核要點等，不一而足，上開各要點均規定政府派任之董、監事應盡義務及應予考核事項。據統計目前其中國家發

展基金管理委員會具有董監席次之投資事業即達54家，董監事合計高達85席（引自林仁光，本裁定法律意見書，第9頁）。倘政府股東依公司法第27條第2項規定指定自然人擔任公司董、監事，有民法第28條之適用，即該自然人為政府股東之代表，於被投資公司有財報不實等情事，該自然人應依證交法第20條之1負責時，政府亦須負賠償責任，縱令政府盡選任監督其執行職務之責，或縱加以相當之注意而不免發生損害，仍不得免責，將致劣幣驅逐良幣，政府訂定之上開要點亦屬虛設，政府所屬公務員依上開要點所為之選任、監督均將徒勞無功。且政府依本裁定所須負賠償善意投資人之連帶責任，將轉嫁由全體納稅義務人負擔，對政府及全體納稅義務人顯然過苛。

三、結論：

法人股東指定之自然人依公司法第27條第2項本文規定當選為董事或監察人，或法人股東依同條第3項規定改派代表人補足董事或監察人原任期，倘該自然人係該法人股東依民法第28條規定所設代表人，於該自然人須就擔任董事、監察人期間所涉不實財務報告，依證交法第20條之1第1項第1款、第5項規定，負賠償責任時，法人股東應依民法第28條與該代表人負連帶賠償責任。倘該自然人非該法人股東依民法第28條規定之代表人時，即無該條規定之適用，而應由法人股東與該自然人依民法第188條第1項負連帶賠償責任。