

# 東海大學

法律學研究所 私法組 碩士論文

指導教授 劉渝生 博士



## 論公司之管控

研究生 石青平 撰

中華民國九十一年七月



## 謝 辭

一本論文的誕生，從構思、蒐集資料、撰寫到完成，真是漫長且不簡單的過程。此篇論文的完成，首先要感謝我的指導教授 劉渝生老師，在大一時期就聽隔壁班的同學說老師的民總教得生動又有趣，一去旁聽，果然老師以淺顯易懂，加上其獨特的幽默方式，使得我們的民總奠下基礎。於大三下學期上公司法時，最記得老師喜歡於課堂上亂點鴛鴦譜，「這個問題王美麗妳回答，那個問題柯俊雄你回答」或「這個問題柯俊雄你答得不完整，請王美麗幫你補充，記得下課要請王美麗看電影」，沒想到老師的隨手一點，我就成了那個柯俊雄，我的她就成了王美麗，至此以後與老師結下深厚的師生之緣。

在撰寫此篇論文時，老師以其深厚的法學素養，啟發和指導我對論文的想法；在學生遭遇瓶頸時，老師總是適時的來了通電話，指點我、鼓勵我，給予我莫大的信心，在此我要向老師說聲謝謝您，這篇論文的完成，老師的指導與教誨居功厥偉。林克敬老師與羅國華老師於口試時，提供的寶貴意見，引領學生從不同的角度加以思考，甚至還為學生的論文逐字斧正，使這篇論文的內容更為正確，兩位老師研究學問認真及嚴謹的態度，是我學習的目標。老師謝謝您們。

研究所數年的時光，要感謝的老師很多，感謝郭振恭老師的啟蒙，您那幽默風趣的上課方式及治學嚴謹的態度，我永遠記在心裡，感謝呂太郎老師、陳運財老師的教導，為我奠下訴訟法的基礎。另外感謝李成老師對我的指導與幫助，以及感謝系上所有老師，沒有您們的指導，我無法完成學業。

耀州學長在論文的事宜上給予協助，使論文能順利完成；研究所的諸多好友與讀書小組的同伴們，嘉宏、聖傳、世崇、乃竹、瑞生、司偉、保安、祥榮、聖潔、瑞慧、瑞洲於生活上、課業上相互的切磋與勉勵。大學同學宗憲、庭禎、泰鈞於生活中給予鼓勵與協

助，在此一併誌謝。

再者要感謝的是可愛的美君妹妹，在電腦打字與排版上的幫忙及忍受我這段時間的壞脾氣，難為你了，還有必須要感謝伴隨我一路走來的澤璋，在生活上課業上都是我不可或缺的元素。因為有你們的參與，使得我的生活增添了許多快樂。

最後，感謝我的父母、哥哥、大嫂，你們的支持是我前進的最大動力。

石青平 2002年8月14日

誌於東海大度山

# 論 文 提 要

公司管控(Corporate Governance)的研究於美國一九九二年提出，歷經亞洲金融風暴，遂引起全世界熱烈的討論，紛紛建議引進美國外部董事，藉此來解決經營者所生代理之問題。但是於二〇〇一年十二月發生安隆案以來，接二連三發生世界通訊、默克藥廠的假帳風波，造成美國外部董事制度倍受打擊，使得公司管控制度的設計引起廣泛討論，是否有比美國更好之制度？而本論文即以此為出發點，研究架構如下：

本文論共分為七章，各章討論綱要如下：

## 第一章 緒論

敘述本論文的研究動機、研究目的、研究方法與內容架構。

## 第二章 公司之管控

介紹公司管控之定義及公司組織設計原理與企業所有與經營分離原則之關係，最後提到因上述之原則，所引發之代理問題。

## 第三章 公司之監督

介紹公司的監督機制依照不同制度有不同的監督方式，以及監督的種類，分為內部監督機制度與外部監督機制。

## 第四章 我國內部常設監督機關於九十年修法前所生之問題

本章以廣三案及國揚案的事實，來突顯我國實務上監察人根本不具獨立性，無法發揮監督效果，以及學者提供解決方式之探討。

## 第五章 各國公司內部常設監督機關之立法趨勢

本章著重各國立法例之介紹，其中包含德國、美國及日本關於公司內部常設監督機關的設計、功能及運作方式。

## 第六章 現行法有關公司管控之分析與檢討

本章在探討，我國是否於九十年修法後於公司法中明定引進美國外部董事及證期會對上市、上櫃公司，以行政之手段推動獨立董事制度，是否有達到具體效果，以及美國安隆案之發生，對外部董事制度之衝擊。

## 第七章 結論

在比較日本制度、美國制度以及德國制度，本文傾向建議有關公司管控制度，朝德國法制方向修法。



# 目 錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法與範圍.....	2
第三節 研究架構.....	3
第二章 公司之管控.....	5
第一節 序說.....	5
一、公司管控概述.....	6
(一) 公司管控之定義.....	6
(二) 公司管控之範圍.....	7
(三) 公司管控之重要性.....	7
二、公司組織設計原理.....	8
第二節 權力分立論.....	8
一、洛克之分權理論要義.....	9
(一) 洛克分權理論要義.....	9
(二) 洛克分權理論之評析.....	9
二、孟德斯鳩之分權理論.....	10
(一) 孟德斯鳩之分權理論.....	10
(二) 孟氏分權理論之內容要義.....	11
(三) 孟氏分權理論之評析.....	13
三、公司機關組織與權力分立原則.....	14
第三節 企業所有與企業經營分離原則.....	15
一、企業所有與企業經營分離之必要性.....	15
二、企業所有與企業經營之態樣.....	16

三、台灣上市公司之現況.....	18
四、代理的問題.....	19
(一)概說.....	19
(二)代理成本類型.....	20
(三)代理問題之解決方式.....	21
第四節 小結.....	23
第三章 公司之監督.....	25
第一節 序說.....	25
第二節 公司監督之組織模式—以一元化或多元化區分.....	26
一、一元化—以美國為例.....	26
二、二元化—以德國為例.....	27
三、三元化—以日本與我國為例.....	28
第三節 公司監督之方式—以外部與內部監督區分.....	31
一、公司外部監督.....	31
(一)行政監督.....	31
(二)司法監督.....	35
(三)市場監督.....	36
二、公司內部監督.....	39
(一)股東會之監督.....	39
1、聽取報告權.....	40
2、公司事項決議權.....	40
3、網路股東會之採行.....	41
4、撤銷股東會決議之原告適格之問題.....	45
(二)股東之監督.....	48
(三)檢查人.....	65

(四)監察人監督 .....	66
(五)董事的自我監督 .....	67
第四章 我國公司內部常設監督機關之問題(九十年修法前)	
.....	68
第一節 問題的提出(弊案的介紹).....	68
一、廣三案 .....	68
(一)概說.....	68
(二)台中商銀之組織.....	68
(三)台中商銀放款經過.....	69
(四)事實觀察重點.....	76
(五)廣三案所產生的問題 .....	76
二、國揚案 .....	77
第二節 我國公司法修法前關於董監事相關規定.....	82
第三節 我國公司法修法前關於董監事之運作狀況.....	89
一、董事間制衡不足.....	89
二、董事會的代理出席未設限制所產生的弊害.....	90
三、監察人欠缺獨立性.....	91
四、監察人職權不彰.....	93
五、專業性不足 .....	94
六、監察人之代表性與人數不足 .....	94
七、監察人的保障不周.....	95
八、法人股東同時當選董事與監察人.....	96
九、鮮見監察人訴追董事責任.....	96
十、其他相關問題.....	97
(一)內部稽核制度的隱憂 .....	97

(二)會計師無法發揮有效的監督功能.....	97
第四節 學者對修法建議.....	98
一、增加監察人權限.....	98
二、強化監察人地位之獨立性.....	99
三、小結.....	99
第五章 各國公司內部常設監督機關之立法趨勢.....	100
第一節 各國公司內部常設監督機關法制概況.....	100
一、德國法制.....	100
(一)德國大型企業法人組織結構.....	100
(二)監察人會之組成.....	100
(三)監察人之資格與任期.....	102
(四)監察人會之召集與決議方式.....	102
(五)監察人之權限.....	102
(六)監察人之責任與解任.....	104
(七)立法背景.....	105
1、德國企業之經營特色.....	105
2、中小企業之角色.....	109
3、企業經營之傳統.....	110
4、全能的銀行體系.....	110
5、健全的職業訓練—學徒式訓練.....	112
6、職工參與制.....	115
二、美國法制.....	116
(一)概說.....	116
(二)外部董事與獨立董事概念之確認.....	117
1、外部董事之意義.....	117

2、獨立董事之意義與標準.....	119
3、獨立董事與外部董事的區別標準.....	119
(三)美國設計外部董事之理由.....	122
1、學者之鼓吹 .....	122
2、法院判決的影響.....	123
3、紐約證券交易所上市審查準則規定 .....	124
(四)美國董事會運作之方式.....	125
1、執行委員會(Executive Committee).....	126
2、提名委員會(Nominating Committee).....	126
3、報酬委員會(Compensation Committee).....	126
4、審計委員會(Audit Committee).....	127
三、日本法制 .....	132
(一)概說.....	132
(二)日本商法上監察人之一般規定 .....	133
1、監察人之選任.....	133
2、任期.....	133
3、監察人之權利與義務 .....	133
4、現行商法所產生的問題.....	133
(三)商法特例法上監察人之規定 .....	136
1、按公司規模大小分設不同的監察人制度 .....	136
2、會計監察人之制度 .....	139
3、外部監察人之意義 .....	140
4、適用對象之公司.....	141
5、外部監察人之資格要件.....	141
6、大公司未設外部監察人之處罰 .....	143

7、外部監察人缺額之補救.....	143
8、欠缺外部監察人時，監察人會所為監察報告書之 效力 .....	143
(三)日本公司管控之運作方式與背景.....	144
1、財閥的解體 .....	144
2、銀行的主導 .....	144
3、終身雇用制與年功序列制 .....	145
4、董事會的角色.....	145
5、監察人的運作.....	146
6、主要銀行的角色.....	146
7、例外管控機制.....	147
8、銀行管控的式微.....	147
9、日本公司管控的新方向.....	147
第二節 三國公司內部監督之比較.....	148
一、組織設計之比較.....	148
二、監督效果之比較.....	152
三、社會背景之比較.....	152
第三節 我國未來修法應採何種制度.....	153
一、公開發行公司組織應否彈性化.....	153
二、強制改為美國式或德國式.....	154
第六章 現行法有關公司管控之分析與檢討 .....	156
第一節 現行法引進獨立董事之概念分析.....	156
第二節 從美國安隆案評估外部董事制度引進之必要性 .....	161
一、安隆公司的背景與引發倒閉危機之原因.....	161
二、會計方面產生之問題.....	167

三、外部董事制度所產生之問題 .....	169
四、小結.....	172
第三節 就現行法有關公司管控應改進之建議 .....	176
一、改革公司選舉制度---由監察人選舉董事.....	176
二、應立法明定，大小規模不同之公司，應有不同董、監事 之設計.....	176
(一)監察人應組成監察人會並指定一人為常駐監察人	176
(二)簽證會計師應由監察人會任免 .....	177
(三)應強化監察人之專業能力.....	177
(四)增設勞工監察人.....	177
二、加強股東監督之效能.....	177
(一)明定股東資訊權.....	177
(二)加強機構投資人之監督.....	178
三、改進會計制度.....	178
(一)允許公司保留隱藏公積.....	178
(二)會計報表的通俗化.....	179
(三)會計及資訊透明化.....	179
第四節 配套機制 .....	180
一、明定法人不得同時擔任董監事.....	180
二、加重違法董監事的責任.....	180
三、引進德國職業訓練制度.....	180
第七章 結論 .....	181
參考文獻 .....	184



## 第一章 緒論

### 第一節 研究動機與目的

民國八十七年，東南亞金融風暴引發國內多家企業發生財務危機，在短時間內，連續有國揚實業、台中企銀、東隆五金、中央票券、順大裕、國產汽車、達永興等知名企業傳出財務危機，而此等公司利用關係企業交叉持股、董事及監察人持股設質及過份運作財務槓桿，一旦景氣循環走跌，資金週轉失靈，引發了一連串的地雷效應，其中不乏以往經營體質良好之公司，最後淪落到下市之命運，不但影響公司員工及債權人，更造成投資者的重大損失。基於此，學界不斷討論其中所發生之原因，無非是公司的管控機制發生重大結構性的缺失，尤其是董事會中無法發揮制衡的作用，以及監察人的獨立性不足，無法有效監督董事會，再加上監察人缺乏專業的素養，使得監察人制度無法發揮應有的功能，故學者紛紛建議採行美國的獨立董事制度或日本的外部監察人制度，來加強我國公司管控機制，因此引起了熱烈的討論。

又自亞洲金融風暴發生後，各國都紛紛陷入經濟危機中，OECD 還在韓國舉辦公司管控的研究會，紛紛推崇美國的一元管控制度，於今年三月在「北京大學金融法研究中心研討會」中，大陸學者與日本學者極度肯定美國一元化的監管模式，因其認為多元化的管控已被實踐證明大多效率低甚至無效，故其要求司法要適時介入公司治理，以即時解決紛爭，最後是組織彈性化；以上論點均得到與會專家一致贊同和高度評價；但真是如此嗎？

於 2001 年 12 月，美國安隆公司申請破產以來，隨之而來的是全錄，世界通訊，默克藥廠皆發生作假帳的情況，連必治妥藥廠都遭到美國 SEC 證管會的調查，而使得美國投資人產生恐慌，資金紛紛流向國外，即所謂的熱錢，為何會如此？此因為美國自許為最自由的經濟市場，所憑藉的就是兩大信念：一為安全，另一為可靠，而安全讓九一一事件擊跨，另一個是可靠的金融體系因假帳風波遭受重創，使得美國證券市場一片恐慌。

基於以上所述，如果一元的公司管控效果如此之好，為何還會接二連三發生安隆、世界通訊及漢默克藥廠的假帳風波！不但影響美國金融市場，還讓布希的支持度下滑，而自去年經發會的結論中，公司管控就是重點之一，引進獨立董事及外部監察人，真能解決國內公司管控機制的問題嗎？而於九十年十二月通過公司法修正案是否能落實管控的機制，是值得加以研究的課題。

## 第二節 研究方法與範圍

### 一、研究方法

本文研究方法將以採歸納與比較法為本論文之論證方法，故本文擬將各國的立法背景，包括人文與經濟部分，作簡短的介紹，以輔助法律面的評析，作為我國未來的採擇制度的參考，本文擬就美國、日本及德國的制度加以比較分析，以找尋更適合我國公司的制度。

本文將從公司組織設計仿政治上之三權分立，將各國公司制度以歸納法與比較法，來呈現各種制度的特色，輔以人文、歷史、背景及經濟環境所產生的制度，加以分析與比較，以作為立法者之參考，以尋求適合我國國情之公司管控制度。

## 二、研究範圍

公司管控(Corporate Governance)的概念範圍甚廣，一般泛指管理及控制，其中管理的層面，包含企業管理、經濟及法律層面，控制的層面包含了所有者與經營者的監督制衡關係，常設機關的監督機制是很重要的一環。

由於公司管控的概念範圍涵蓋甚廣，本文擬將範圍限縮在：公司如何達到有效的控制，使所有者有效制衡經營者之濫權、促進經營者盡力為公司創造盈餘，故本文僅就美國及德國公司制度，二大發展趨勢與我國及日本作個比較，再從權力制衡的角度賦予各機關一定權限，使各機關能夠相互制衡，避免代理問題的發生，以期公司經營階層與股東能夠達到良好的互動，創造出符合股東期待之利益，達成有效公司管控之目標。

## 第三節 研究架構

### 一、公司之管控

談到公司之管控，乃強調公司的管理與控制並重，一方面使經營者盡最大的努力為公司營利，另一方面藉由監察人的監督避免濫權，要如何解決其中之問題，就需要從公司的組織的設計開始研究，故須談到政治上之權力分立論，次就因企業所有與經營分離所產生之代理問題，擬將以介紹，並試提出解決之方式。

### 二、公司之監督

公司的監督，依不同制度有不同的模式，本文將剖析三種公司制度，來了解各制度的監督效果。另外因公司監督之影響，公司能否順利發展，擬從公司外部監督，如行政、司法的監督，以

及來自市場上的監督，次而從公司內部，如股東、股東會之監督，以及監察人、檢查人之監督，最後是董事自我監督及其監督方式，予以介紹。

### 三、我國公司內部常設監督機關之問題(九十年修法前)

擬從我國九十年修正公司法前的實務狀況，以案例方式，介紹有關董監事運作之問題，以及相關規定的缺失，最後介紹學者提出改革的意見，以突顯公司管控不良所導致的問題。

### 四、各國公司內部常設監督機關之立法趨勢

擬就介紹各國之法制，詳細介紹其組織運作及法規依據，輔以歷史的成因，介紹其法制構成之背景，人文的氣息，對該制度的影響及經濟的發展，造成公司制度的轉變；最後再以比較之方式，分析其優缺點，以及我國適合的方向。

### 五、現行法有關公司管控之分析與檢討

本章將從熱門的獨立董事制度之定義以及我國是否有引進獨立董事之依據分析獨立董事的真正意涵；再以美國安隆案為例，檢視獨立董事制度所產生之問題；最後提出本文對現今公司管控之建議。

### 六、結論

在比較日本制度、美國制度以及德國制度，本文傾向建議有關公司管控制度，朝德國法制方向修法。

## 第二章 公司之管控

### 第一節 序說

(Corporate governance) 的概念為世界各國公司法研究之焦點，其究為何意？就 governance 之意思，依牛津字典之解釋為統治，統治之法，權勢，支配。而統治通常用來描述國家之統治行為，其包括行政、立法、司法、互相配合運作就公司而言，corporate governance 係指公司組織機關中，相互運作之模式。管理學者多譯為「公司管理<sup>1</sup>」、「公司治理<sup>2</sup>」或「公司統理<sup>3</sup>」；而法律學者則多將其譯為「公司監控<sup>4</sup>」或「公司管控<sup>5</sup>」，此種差異似因側重「興利」或「防弊」之不同專業角度所致。事實上，一般英美學者使用此名詞時多兼及「管理」或「監控」兩個面向，且“governance”一字本且具有「自治」以及「監督」雙重意涵，因此將之譯為「公司管控」似較貼切。

所謂公司管控一般泛指公司管理與監控的方法。早在 1970 年

---

<sup>1</sup> 參閱楊光華，機構投資人與公司管理，國科會八十一、八十二年度法律學門專題計畫研究成果發表會會議資料，1995 年 4 月 21 日，頁 1。

<sup>2</sup> 林柄滄，從公司法修正談我國公司治理機制之強化，內部稽核，2002 年 2 月，頁 23。

<sup>3</sup> 葉匡時講、陳思蓉 黃慧嫻整理，企業統理結構與企業競爭力，競爭政策通訊，2000 年，3 月，頁 11。

<sup>4</sup> 參閱劉連煜，公司監控與公司社會責任，五南圖書出版有限公司，1995 年 9 月初版，頁 21；廖大穎，證券市場與股份制度論，元照出版公司，1999 年 5 月初版一刷，頁 26；方嘉麟，我國公司法制衡監控模式—其種類及與民法模式之關聯，政大法學評論第四十一期，1990 年 6 月，頁 185；黃銘傑，公開發行公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯，元照出版有限公司，2001 年 11 月，頁 3。

<sup>5</sup> 王文宇，公司與企業法制，元照出版公司，2000 年 5 月初版一刷，頁 3；陳春山，企業管控與投資人保護—金融改革之路，元照出版公司，2000 年 5 月初版一刷，頁 75；劉渝生老師，東海大學法研所 90 學年度第 2 學期，公司法專題研究，上課內容，亦採此見解。王文宇於 2002 年 5 月之台灣本土法學雜誌，又改為公司治理一語，請見氏著，從公司治理論董監事法制之改革，頁 100。

代，公司管控的概念即已出現，直到 1997 年亞洲金融危機發生後，這個議題才又被廣泛討論。理由是金融危機發生之後，各界所提出未來防制金融危機的方法中，強化公司管控機制已被公認為企業對抗危機的良方之一。而 1998 年經濟合作暨開發組織（OECD）召開之部長級會議中，更明白揭示公司管控運作不上軌道，是亞洲企業無法提昇國際競爭力之關鍵因素之一，故強化企業公司管控即被視為改革企業危機之良策。有鑑於此，證券暨期貨管理委員會（證期會）於 1998 年起即開始向國內公開發行公司宣導公司管控之重要性，並在證券暨期貨市場發展基金會（證基會）及台灣證券交易所（證交所）、櫃檯買賣中心等單位共同努力之下，陸續推動獨立董事、獨立監察人的制度，引導國內企業強化公司管控，提昇國際競爭力。但是各國公司管控之制度並不全然相同，貿然拮取不同制度，不顧整體運作，互相搭在一起，必然造成運作之扞格，而辜負立法的美意，故如何建立適合我國運作之制度，協助國內企業落實公司管控機制，以確保企業之永續經營，進而提昇國內整體經營環境，是公司法研究者重點方向之一。

## 一、公司管控概述

### （一）公司管控之定義

公司管控的意義及範圍，在我國尚無統一之標準。側重法律觀點者，認為公司管控主要著眼於企業所有與企業經營分離之現代公司組織體系下，如何透過法律的制衡管控設計，有效監督企業的組織活動，以及如何健全企業組織運作，防止脫法行為之經營弊端；重視經濟觀點者，則認為公司管控係使公司經濟價值達極大化為目標之制度，例如追求股東、債權人、員工間報酬之極

大化；強調財務管理之觀點者，則認為公司管控係指資金的提供者如何確保公司經理人能以最佳方式運用其資金，並為其賺取應得之報酬。

## （二）公司管控之範圍

公司管控之範圍有狹義及廣義之區別。採狹義說者主張其範圍僅限於股東與經營管理階層間之代理關係，亦即將重點放在董監事之機制設計及功能上。採廣義者則認為應納入利害關係人（stakeholder）於公司管控中所扮演之重要角色。此處所指之利害關係人，不包括股東在內之其他與公司利益相關之人，如員工、客戶、供應商、債權人等<sup>6</sup>。

## （三）公司管控之重要性

公司管控在我國日趨重要，不僅因其係國際間的主要議題，更重要的是，優良的公司管控對企業本身助益甚大。公司管控之主要目標在健全公司營運，追求股東最大的利益。若公司妥善規劃經營策略、有效監督策略執行、維護股東權益、適時公開相關資訊，此對公司爭取投資者的信任、增強投資人之信心、吸引長期資金及國際投資人之青睞尤其重要。我國已加入世界貿易組織（WTO），企業採行優良的公司管控機制將有助強化自身能力面對國際市場之競爭與挑戰。再者，具有優良的公司管控機制的企業，能為股東製造更高的獲利機會，在面對金融危機時，亦較具競爭力及應變能力。缺乏妥適的公司管控將可能會為企業帶來營運失敗等負面影響。

---

<sup>6</sup> 我國公司治理，財團法中華民國證券暨期貨市場發展基金會，中華民國九十年十二月，[http://www.sfi.org.tw/download/resh\\_ftp/cgittw.pdf](http://www.sfi.org.tw/download/resh_ftp/cgittw.pdf)。

## 二、公司組織設計原理

公司為所有股東所共同擁有，公司之經營決策應以謀求股東利益最大為原則。又公司乃社團法人，且法人乃係由法律所創設，得為權利義務主體之團體<sup>7</sup>，而法人本身無行為意思能力，須藉組織體中之機關來運作。於公司法中公司係一社團法人，須靠自然人之代理，使公司運作，尤其在巨型股份有限公司中，其股東往往超過千人或萬人，如何使此團體集合運作，產生重大之困難，故公司組織有機關化之現象，如股份有限公司須設董事會、監察人及股東會，原本公司的運作只須一個議事機關，及一個執行機關，但由於往往股東人數過多，全體召集困難，無法時時監督到業務執行機關，故設立監察人之組織，於平時就近監督業務執行機關，故公司已產生機關化的現象。

然而就公司內之機關間如何運作，權力的分配如何，誰高誰低，何機關為最終決定者，都仰賴一套運作機制，學者於設計公司制度時，即仿政治學上權力分立之精神，使之相互制衡，如此便能順利運作，關於權力分立，於後再作討論。

### 第二節 權力分立論

關於權力分立論，主要受到英國洛克之政府論，以及法國孟德斯鳩的法意的影響，其中提到之政治思想及權力分立之原則，影響近代民主國家之發展，如美、英、法、德等國，而近代各國公司法制，有關公司組織之設計，亦仿三權分立而設計，如股東會類似國會機關，董事會類似行政機關，而監察人類似司法機關。以下簡單就洛克及孟德斯鳩之分權理論，概述之：

---

<sup>7</sup> 參閱施啟揚，民法總則，三民書局，1994年9月，頁111。

## 一、洛克之分權理論要義<sup>8</sup>

### (一)洛克分權理論要義

#### 1、政府的權力形式上有三，實質為兩權分立：

洛克認為政府的權力應分為立法權(Legislative power)、行政權(Executive power)、外交權(Federative power)三種。立法權乃指享有權力，來指導如何運用國家力量以保障社會及其成員的權力；行政權指執行法律的權力；外交權指宣戰、媾和、同盟及國外人士和社會交涉的權力。

然而洛克進一步指陳，行政權和外交權確有區別，但這兩種權力幾乎總是聯合在一起的，即可屬於同一機構。至於立法權與行政權則應分屬不同機關，故其實質上乃是「兩權分立」。

#### 2、立法權高於行政權。洛克在政府論次講中，多次提及立法權是最高之權力，此乃因立法權可以表現「社會的公共意志」(the public will of the society)之故。所以行政權從屬於立法權，但立法權不得違背社會公益。

#### 3、立法監督行政，行政權有召集和解散立法機關之權。洛克認為立法權不常行使，立法機關之召集與解釋應賦予常設之行政機關。儘管如此，行政權並不能凌駕立法權。

總之，洛克認為政府權力(行政權和立法權)係人民之委託，旨在謀社會公益與個人權利之保障。

### (二)洛克分權理論之評析

#### 1、光榮革命之辯護

---

<sup>8</sup> 參閱自陳文政，近代政治分權理論及其在憲法上之引用—以洛克、孟德斯鳩、孫中山之分權理論為例，重高學報，第二期，1999年6月，頁107-108。

洛氏分權理論大多於「政府論兩篇」中闡述，其相當程度是在為「光榮革命」辯護。

## 2、立法權高於一切

洛克主張「立法權高於一切」，意即「國會權力高於君權<sup>9</sup>」，惟有認為是否如此解釋，仍有待探討。

## 3、司法權並未闡述

(1)洛克之分權論對司法權<sup>10</sup>缺乏明確主張，因此，很難用以了解當今三權分立之制度設計，係依其理論而設計。

### (2)立法機構非常設機構

洛克雖然強調立法權高於行政權，但也強調立法權非經常行使，即不必有立法常設機構。此產生一問題，立法機構並非常設，且召集和解散立法機構，又掌握在行政權手中，如何落實監督與制衡？頗有疑問。故此際分權原則尚未成熟。

## 二、孟德斯鳩之分權理論

### (一)孟德斯鳩之分權理論

#### 1、孟德斯鳩之政治思想與法意

孟德斯鳩之法意及其政治思想包含四個部份，一為環境論，二為法律論，三為自由論，四為政府論，而其主要思想以自由論為主，法律論及政府論為輔，三者環環相扣，互為論述得出分權

---

<sup>9</sup> 光榮革命後國會通過了「權利法案」(The Bill of Rights)，其主要成就：

樹立國會最高權力，國會權力高於君權，且能立國王，即能規定王位繼承權。

「權利法案」否決國王廢止法律之權。

人民有請願之權，為擴大公民自由權奠立基礎。參閱陳文政，前揭文，頁 106。

<sup>10</sup> 洛克雖曾用「有資格之著名法官」、「專職的法官」，但未明示法官係屬於那一機構，有此學者則認為洛克將司法權附屬於立法機關。See Leo Strauss, Joseph Cropsey eds., *History of Political philosophy*, 2<sup>nd</sup> ed.(Chicago: The University of Chicago Press, Ltd., 1973), 頁 476。轉引自陳文政，前揭註 7。

理論其間可以發現政府之權力劃分與各單位間之相互關係，實為政治運作之中樞，而其目的在確保人民之自由與權利。換言之，「政府之分權制衡機制」與「保障人民的自由權利」等兩大議題，係孟氏政治思想架構中之關鍵。

## 2、孟氏分權理論之思想基礎

孟氏分權理論之思想基礎有二：第一，是如何有效保障人民之自由、平等及生命與財產安全；第二是如何才能突破掌權者必擴張濫用其權力至極限之經驗法則<sup>11</sup>。

### (二)孟氏分權理論之內容要義

孟氏之分權理論乃是承襲洛克之分權理論，並加以修正與補充，主要內容如下：

#### 1、三權分立

孟氏認為每一政府皆有三種權力「立法權，及關於國際法之行政權，以及關於民法之行政權。..用第一種權力來制定、修正、廢止法律。用第二種權力來宣戰媾和、派遣或接受大使、維持公共安全，抵禦外侮。用第三種權力來處罰罪犯或處理爭訟。我們稱最後一種權力為司法權，而把另一種權力稱為國家行政權<sup>12</sup>。」因此，孟氏所謂之政府三權即是：

- ①行政權(executive power)
- ②立法權(legislative power)
- ③司法權(judicial power)

孟氏在確立政府之三種權力後，進一步強調三種權力應分屬於三種不同之機關。同時，孟氏提出警告，倘若任何其中二權合

---

<sup>11</sup> 前揭註，頁 114-115。

<sup>12</sup> 前揭註，頁 115。

一，將喪失自由。他說：「當立法權與行政權同歸於一人或同一長官團，就沒有自由了。……再者，假如司法權與行政權、立法權不分，亦將無自由。……假如三種權力歸一人或同一團體，那一切都完了<sup>13</sup>。」至於上述三權應分屬何機構或何人，孟氏的主張是：

- ①行政權：由君主掌握。主要在求行政速效。
- ②立法權：屬於全體人民。但為求實際，孟氏主張代表制。即立法權分屬平民代表團與貴族代表團。
- ③司法權：由民眾中遴選之人來行使。

## 2、以權制權

孟德斯鳩與洛克之分權理論，其重要區別在於前者不但主張權力分立，而且強調以權制權的「制衡原則」(the principle of checks and balances)。

「制衡論」之提出，可追溯至希臘史學家波里比斯(Polybius, 204~122B.C)。他認為羅馬政治之安定，實基於羅馬憲法採取「政府機關之相互剋制」(reciprocal antagonism of organs)<sup>14</sup>，即各機關之相互制衡所致。

孟氏「制衡」主張之邏輯鋪陳是：

- ①凡掌權者必濫權至極限，此乃不斷之經驗法則；
- ②防止權力濫用，必須「以權制權」；
- ③以權制權，防止權力濫用，才能確保自由。

儘管如此，孟氏的「以權制權」設計，主要集中於行政與立法權之間。因孟氏認為「司法權有些近似不存在」(the judiciary is in some measure next to nothing)，因此，剩下的只有兩權而已，

<sup>13</sup> 引自陳文政，前揭文，頁 115。

<sup>14</sup> 參閱羅志淵，美國政府及政治，正中書局，1984年4月，六版，頁 209。

即行政權與立法權相互間之制衡<sup>15</sup>。

孟氏就行政與立法兩者間制衡的設計如下：

- ①立法權內之平民團與貴族團相互制衡(否決權)。
- ②行政與立法相互制衡：行政權對立法擁有否法權；立法權對行政措施擁有監督權。
- ③三權分立制衡而共治

在分權制衡原則及機制中，將出現整個政府是否陷入遲滯不運作之狀態的質疑。孟德斯鳩認為不致於此，因為「在(處理)人類事物之過程中，有行動之必然性(there is a necessity for movement in the course of human affairs)，它們(三種權力)將被迫行動，但仍維持協同一致。」換言之，孟氏認為，三權間雖分立而制衡，但就整個政府而言，三者仍屬共治狀態，好像樂團(concert)中各成員雖持不同樂器，但仍維持合奏關係一樣。

### (三)孟氏分權理論之評析

#### 1、權力間相互制衡

孟氏理論認為凡掌權者必濫權至極限，此乃不斷之經驗法則，故為防止濫權，必須權力間相互制衡，才能防止權力濫用，確保自由，影響後世國家成文憲法採行權力分立。

#### 2、司法權不常設之實際困境

在孟氏的分權理論中，主要制衡設計集中在行政與立法權中對於司法權並無強有力之制衡效果，乃因司法權非常設之機構，對於現代國家至為頻繁之民間爭訟或立法權與行政權之紛爭，若無獨立公平且常設機關來貫徹，其作用與精神必然遞減其效果。

#### 3、小結

---

<sup>15</sup> 引自陳文政，前揭文，頁 116。

在孟氏之分權理論中須加強司法權之運作，使其能達到三權分立之制衡效果。此三權不會僅因制衡致整個政府陷入遲滯不運作之狀態；其三者間必會互相妥協而使整個政府得以運作下去，即各權力除內部相互抑制，以達權力之均衡。

### 三、公司機關組織與權力分立原則

現代股份有限公司之機關主要分成三個機關，一為董事會相當於行政機關，二為股東會相當於立法機關，三為監察人相當於司法機關，而當洛克與孟氏之分權理論在民主國家運作成熟後，即三權互相抑制，地位相同；並無任何一權獨大，達到權力之均衡，使得政府能正常運作。然政府組織與公司組織設計權力分立原則相同，但運作起來效果卻不一定相同，其理由如下：

#### (一)政府之運作

- 1、行政、立法，三權獨立，平等，互相制衡，即當行政、立法相衝突時，由司法來仲裁。而此必須建立在司法不受行政權之干擾，始能達成。
- 2、行政、立法、司法，皆須經由人民投票選任，且一人一票，票票等值，故較不會受到干擾，而司法又為中立之第三者，故能達到上述之效果。

#### (二)公司之運作

- 1、公司之董事會、股東會，以及監察人三機關係仿三權分立之意旨組成(我國公司法一九三條一項)，形式上看似平等，但運作起來並不然，因為股東會為最高意思機關，故股東會權限越大，其他二機關權限亦會縮減。
- 2、公司組織中之機關，可能產生被另一機關控制之情形

在不同的機關選任方式，可能會有各機關不獨立之情況發

生，如：

①股份有限公司，雖然採取股東平等原則，各股所表彰之權利相同，但是公司之股權結構，可因資本之多寡，而產生股權集中，成為多數控制或少數控制的情況，依照孟氏之理論凡掌權者必濫權，亦及少數有可能同時控制董事及監察人，使二機關互相干擾，無法達到獨立、平等，互相制衡之運作。

②股份有限公司所採之公司組織構造不同，亦可能造成機關間，無法獨立運作，故公司組織構造之設計須慎重。

3、小結：卡茲和卡恩(D.katz and R.kahn)曾說：「組織結構，本質上就是人類設計出來的一種系統，它可能因為細故而解體，也可能超越時空的轉移和生物機體的凋謝，而持續數世紀之久。」即使某一組織能夠長存不衰，可是組織結構乃人為設計出來的，自然不是完美無缺的，可不能長存永久而不變，它必須因應環境的變遷而作適度的調整<sup>16</sup>，故有以上問題於公司組織設計時，須將上述幾點考慮在內。

### 第三節 企業所有與企業經營分離原則

#### 一、企業所有與企業經營分離之必要性

企業所有與企業經營分離與結合的問題，為現代公司法立法核心問題之一，而傳統的家族企業，股權集中，股東人數有限，股東經常聚集一堂，共同商議公司的業務經營，因此股東擁有權力，而且實際參與公司的經營，此時企業的所有權、經營權呈現結合狀態。現代化的巨型企業則因規模龐大，股東人數眾多，股權分散，股東會召集次數有限，更無法經常聚集一堂商議公司的

---

<sup>16</sup> 彭文賢，組織原理，三民書局，1994年8月，頁335-336。

業務。公司的業務經營決定權，乃漸漸由股東之手中，旁落到少數經營者手中。經營者(實際負責人如董事、經理人)雖然控制公司經營，但本身擁有的股份十分有限，而股東雖是公司的所有人，實際上卻是少有機會參與公司業務的決定，所有權與經營權呈現分離的狀態。這種企業所有與企業經營分離的現象，蔚為現代巨型企業之特色<sup>17</sup>。

## 二、企業所有與企業經營之態樣

企業所有與企業經營間的態樣，依照 Berle & Means 的分類可分為以下五種<sup>18</sup>：

### (一)全部控制：(control through almost complete ownership)

經營者擁有企業全部或幾乎全部的股權(此指至少百分之八十以上)並依股權行使控制權。此時企業所有與企業經營有相當完整的結合。企業所有與經營尚未分離。

### (二)多數控制(majority control)

經營者擁有企業過半數股權，並據此控制公司，此時是企業所有與經營分離的第一部，而且經營者為獲得全數股權，其所需負出之代價甚高。

### (三)法律方式的控制(control through a legal device without majority ownership)

經營者未擁有過半數的股權，而透過某些法律方式之設計，如委託書之使用，無表決權或多數表決權股的發行，或表決權之信託或組織金字塔型態的企業團或以母公司不斷轉投資，而控制

---

<sup>17</sup> 參閱賴英照，企業所有與企業經營，公司法論文集，財團法人，中華民國證券市場發展基金會，1988年5月增訂再版，頁85。

<sup>18</sup> 參閱賴英照，前揭文，頁86-87；A.A.Berle, Jr, The Modern Corporation and Private Property, (1932.ed.)，陸年青、許冀海合譯，現代股份公司與私有財產，台灣銀行經濟研究室1981年8月，1981年8月出版，頁75-92。

子公司之模式即是。此時，所有與經營已有相當程度分離。

#### (四)少數控制(minority control)

經營者所持之股權通常在 20%以下，而公司股權在相當分散之下，通常以收集委託書之方式，吸收小股東之表決權，取得公司之控制權<sup>19</sup>。

#### (五)經營者控制(management control)

已無任何股東持股超過 20%以上之股權，通常僅持有不到 5%之股權之經營者，以經營者之地位，取得公司之控制權，此種型態之控制，在五種態樣中，所有與經營已分離相當徹底<sup>20</sup>。

依據上述之分類，Berle & Means 的實證研究指出，一九三三年美國最大的二百家非金融性公司中，屬全部控制型態者僅百分之六；屬多數控制者，占百分之五；屬法律方式控制者，占百分之廿一；屬少數控制者，占百分之廿三；屬經營控制者，占百分之四十四，其他為百分之一。

控制型態	百分比
全部控制	6%
多數控制	5%
法律方式控制	21%
少數控制	23%
經營者控制	44%
在財產管理者手中	1%

表一 Berle & Means 1930 年研究控制型態比例表<sup>21</sup>

若以公司資產之比例而言，屬經營控制者，更高達百分之五十八，而屬完全控制及多數控制者，僅占百分之四及百分之二而已，企業所有與企業經營分離，已很明顯的呈現。

<sup>19</sup> 參閱賴英照，前揭文，頁 86。

<sup>20</sup> 參閱王泰升，〈從所有與經營分離，論公開發行公司法制〉，國立中興大學法律研究所碩士論文，1988 年 6 月，頁 42。

<sup>21</sup> 參閱 A.A.Berle, Jr. 著，陸年青、許冀湯合譯，前揭書，頁 95。

依據上述 Berle & Means 的這項結論，在其一九六八年修正版“Modern corporation and private property”中又更進一部統計，美國二百大非金融性公司中，以家數論，屬完全控制者，已消失不見，多數控制者，占百分之二點五，屬法律方式控制者，占百分之四；屬少數控制者，占百分之九；屬經營控制者，已高達百分之八十四點五<sup>22</sup>。

控制型態	百分比
全部控制	0%
多數控制	2.5%
法律方式控制	4%
少數控制	9%
經營者控制	84.5%

表二 1960 年研究控制型態比例表

由此可知企業所有與企業經營分離之現象，已普遍存在美國社會中，已是現代企業發展之主流。

### 三、台灣上市公司之現況

依據上市公司向證期會所申報之資料七十四年，以及八十八年所統計之資料上市公司的董監事持股情形如表：

控制型態	董事及監察人 持股比例(%)	74/4		88/08			
		家數	佔全體比例	家數	佔全體比例		
少數控制	0~9.9	3	2.68%	50%	83	18.28%	62%
	10~19.99	32	28.57%		160	35.24%	
法律控制	20~24.99	21	18.75%	31%	42	9.25%	31%
	25~29.99	18	16.07%		44	9.69%	
	30~39.99	9	8.04%		68	14.98%	
	40~49.99	10	8.93%		31	6.83%	
多數控制	50~59.99	12	10.71%	15%	14	3.08%	6%
	60~69.99	4	3.57%		7	1.54%	

<sup>22</sup> 參閱賴英照，前揭文，頁 87。

	70~79.99	1	0.89%		4	0.88%	
全部控制	80~89.99	0	0	2%	1	0.22%	1%
	90~100	2	1.79%		0	0	
	total	112	100.00%		454	100.00%	

資料來源 我國公司治理，財團法中華民國證券暨期貨市場發展基金會

中華民國九十年十二月

依據上表可知八十八年度屬於全部控制僅一家，不到百分之一之比率，而董監事持股在百分之五十以上，八十以下者屬多數控制型態有二十五家，占百分之六與七十四年百分之十五點二相比，已下降九個百分點；持股在百分之五十以下，而在百分之廿五以上者，可歸類為法律方式控制型態，由七十四年之卅三點三，降到八十八年之分百之三十一，少了兩個百分點。持股在百分之廿五以下者，屬少數控制型態，由七十四年之百分之五十，提昇到八十九年的百分之六十二。由以上資料可知，董事監察人仍持有相當比例的股權，經營者控制情況尚未出現<sup>23</sup>，而以少數控制最多，由此可知我國公司已有朝向企業所有與經營分離的趨勢。若是由少數股東控制公司，依據孟德斯鳩之理論，凡掌權者必濫權，而少數控制者，有可能為損及公司之決定，故必須設立另一機關來監督，此將引發代理成本的發生，此即監察人制度誕生之原因。

#### 四、代理的問題

##### (一)概說

在財務管理學的領域中，代理理論(agency theory)是一個持

<sup>23</sup> 公開發行公司董事、監察人股權成數及查核實施規則第二條(公開發行公司董事、監察人股權成數之最低持股比例)，劉連煜主編，證券管理法令選錄，元照出版公司，1999年10月初版，頁649。

續不斷的研究領域。此一理論探討公司經營者與所有者之間的關係。即因法人乃係法律創設可以享受權利負擔義務的組織體，本身不為有機體，故無意識及行為能力，其必須藉由自然人之代理行為，才能使公司進行運作。既然公司的運作須代理人為之，再加上企業所有與經營分離原則之驅使之下，經營者必須為股東創設最大之利潤，相對的，股東要享有最大之利潤，就必須對經營者充分之授權，使其為一切必要之行為，為所有者，即股東創造最大之價值。惟「凡掌權者必濫權」，此時即引發了代理之問題。

所謂的代理問題(agency problem)，係指委託人(principal)將工作委交給代理人(agent)，並賦予一定執行權力後、代理人因自利動機而未必處處謀求委託人福利所產生之問題。代理問題之應用層面甚廣，如僱主與僱員、律師與當事人、股東與經理人、股東與債權人等<sup>24</sup>。於公司法最常見討論之代理問題為股東與經理人之權益。

代理問題，而公司因為採用企業所有與經營分離之原則，必須付出代理成本，而代理的問題隨著股權結構之不同，而有輕重不同之問題，一般而言，股權結構愈集中，則產生之代理問題較不明顯，股權結構愈分散，則代理問題愈嚴重，關於代理成本之類型請見後述。

## (二)代理成本類型

所謂代理成本(agency costs)，乃指由前述代理問題所衍生的成本。一般而言，對本人及代理人而言，實難以零成本(zero cost)得以確保代理人所為之決策可以永遠達到本人所希望的最佳決

---

<sup>24</sup> 陳錦村、葉雅薰合著，公司改組、監督機制與盈餘管理研究，會計評論，2002年1月，頁5。

策，因此代理成本便產生了。然則代理成本之具體內涵為何？根據學者 Jensen & Meckling 的研究，其內容如下<sup>25</sup>：

- 1、針對公司的花費及管理者的表現而進行內部稽核，其所產生之成本稱為「監督成本」(monitoring costs)。
- 2、為了設計出若干制度，使員工有追求股東最大權益之動機，其所支出之成本稱為(組織成本)(organization cost)<sup>26</sup>。
- 3、代理問題可能導致公司不適當的組織架構，公司因而可能喪失某些獲利機會，此種現象被稱為機會成本(opportunity costs)<sup>27</sup>。
- 4、公司為防止管理者的違法舞弊行為可能導致的損失，往往會先行購買擔保債券，而此所涉及的費用稱之為「購買債券成本<sup>28</sup>」。
- 5、由於專業經理人擁有運用股東資本的權利，經理人可能誇大預算，或將私人的消費記到公司帳上形成所謂的「補貼性消費問題」(perquisite onsumption<sup>29</sup>)。

### (三)代理問題之解決方式

對於代理成本的問題，依 Berle & Means 之解釋，直接了當的說明「企業所有與企業分離的結果，產生了所有者與經營者利益不一致之情形。而諸多用來制衡經營者之權力設計，也毫無作

---

<sup>25</sup> 參閱劉連煜，超越企業所有與企業分離原則—強制機構投資人分散持股規定的檢討；公司治理論與判決研究(一)，三民書局，1995年1月，頁9。湯欣，降低公司法上的代理成本—監督機構法比較研究，梁慧星主編，民商法論文集第7卷，法律出版社，1997年1月，頁30-31。

<sup>26</sup> 張正鴻，資本結構與代理理論關係之探討—台灣股票上市公司之研究，中正大學財務金融研究所碩士論文，1994年6月，頁50。

<sup>27</sup> 林培杰，我國公司監控制度之研究，銘傳大學法學研究所碩士論文，2001年6月，頁21。

<sup>28</sup> 張正鴻，前揭文，頁52。

<sup>29</sup> 徐俊明，財務管理理論與實務，新陸書局，2000年9月，頁49。

用可言<sup>30</sup>」，此等學者研究此一問題，均強調經濟因素層面之分析 (economic analysis)，因此將代理成本視為企業所有與企業分離原則下必然的副作用(side effect)，而非法規範下的直接產物。換言之，即忽略了立法這項政治層面的因素所可能對「代理問題」的影響。相反的，在新近一派的美國學者，卻認為處理代理問題的最佳良策，除了必須注意經濟因素外，必同時須兼顧法規範本身之政治因素的探討<sup>31</sup>。其中尤以機構投資人(institutional investors；如退休基金、保險公司、相互基金銀行等)分散持股(fragmentation)規定對代理問題的影響，值得吾人比較研究，而學者之研究整理如下<sup>32</sup>：

- 1、我國有關機構投資人持股的規定，與美國法類似。
- 2、我國之證券投資信託基金，保險公司，儲蓄銀行，勞退基金，有關此機構之規範，皆不能對單一上市公司投資，超過一定之比例。
- 3、此立法用意，從好的方面來看，係為分散風險，以免該機構蒙上重大損失。但此種立法政策，似嫌消極，蓋在此種政策下，似認為如所投資的公司經營不善，則只有出脫其持股一途外，別無他法。
- 4、學者認為立法者，應從積極面來思考，如果未對機構投資人設限，而該投資法人可藉由持股比例之增加，進入經營階層監督經營者，使之為公司創造出更大之利潤或最起碼防止經營階層之舞弊。

---

<sup>30</sup> A.A.Berle, Jr, *The Modern Corporation and Private Property*, (1932.ed.), 陸年青、許冀海合譯，前揭書，頁 9。

<sup>31</sup> 劉連焜著，前揭書，頁 11。

<sup>32</sup> 劉連焜著，前揭書，頁 12-20。

- 5、投資機構亦可靠其增加持股或徵求委託書之方式控制該公司，換掉不適任之董事、經理人，另外改選有能力之董事及經理人。
- 6、由立法者於立法時之動機可以看出，其一味偏袒公司之經營者，故於立法時限制機構投資人之持股比例，間接限制了該公司內部監督之效果，故立法政策之偏袒會影響代理成本之增加
- 7、美國近來學者積極主張機構投資人參與公司管控，藉以達到監督之效果。
- 8、德國的銀行，早就可以藉投資而監督被投資公司的營運，且成效不錯，甚至與公司成為夥伴關係。

## 第四節 小結

### 一、公司管控的重要性

從公司的起源「康枚達組織」，一直發展到現代的股份有限公司，慢慢的形成，有資本者只願意負有限的責任不願冒險，卻想獲得最大之利益，而沒有資本而有能力之經營者，就須要去集資，來達成公司的經營，賺取最大之利益，而國家為了因應此種須求，推出股份有限公司制度，使得有經營能力者，能得到資金，而出資者僅就財產範圍，負有限責任。但是因此而衍生出企業所有與經營的問題，誰為所有者，誰來經營，如何處理二者間的關係是現代公司管控的重要研究對象。

### 二、公司組織機關化

又股份有限公司係社團法人，法人的運作有賴自然人之代理始能運作，故公司機關化之產生，如董事會、股東會及監察人三機關。

### 三、三權分立的原則

因為公司的機關化，如何正常之運作，依其設計係仿三權分立之原則，董事會乃行政機關，股東會乃立法機關，監察人乃司法機關，依此使公司能正常運作，然公司法上的立法趨勢乃強化董事之權限，而弱化了股東會的權利，此時監察人之獨立性，就顯得很重要，股東大多時候，須要靠監察人來制衡董事，故公司內部之運作係依三權分立原則而設。

#### 四、企業所有與經營分離是現代化公司的趨勢

本文認為我國經濟發展現在還處在創業家資本主義 (entrepreneurial capitalism) 時期，尚未進入管理者資本主義 (managerial capitalism) 時代，許多企業所有權與管理權都還在創業家或創業家族手中。雖然創業家族在企業中的持股比例可能不到 10%，但是一般投資大眾還是會把這些公司視為這些創業家族的公司<sup>33</sup>。換言之，如果從上述之統計來看我國公司多屬於少數控制公司，應不致於屬於任何家族之公司，但普遍投資大眾仍認為其係家族企業，甚至有經營者認為，該公司為其所有的觀念，進而於股東會遭人質疑時，大喊：「要不然你不要買我家股票」，這種老大心態令人扼腕，顯然我國公司企業所有與經營分離之觀念，執行的並不徹底。這是我國公司仍會發生經營的危機的問題之一，此觀念不改，代理問題只會愈來愈嚴重，所以公司監督之問題，為現代公司法學者研究重點之一。

---

<sup>33</sup> 葉匡時，公司治理—企業成敗最後關鍵，公司治理，天下遠見出版社，2001年12月31日，頁6。

## 第三章 公司之監督

### 第一節 序說

關於公司之運作應如何監督，由於各國公司的組織方式及監督模式的不同，其中分為監督機關之組織構造不同，以及產生方式不同，而依不同形式所產的監督效果亦不相同，不過，一般均將公司監督分為「自治監督」與「公權監督」，其由公司內部機關或構成員所為之監督為自治監督，又稱之為內部監督；其由國家之行政機關或司法機關所為之監視或糾正，稱為公權監督，其屬外部監督之範疇。近來在企業自治原則下，對於公司業務經營之督促、糾正和追究責任，委由公司股東自己進行(藉由集體股東權或個別股東權之行使，以及選任常設機關監督)，係為公司自治監督，惟公司之經營或存續，不僅攸關股東之利益，更與公司員工社會之交易安全及國家經濟發展等公益息息相關，故關於公司之組織與運作，若全由公司股東自治監督，則顯得有些不足，應另由公權力介入，輔以公權監督<sup>1</sup>，惟各國自採取準則主義以來，對公司之監督以自治監督為原則，公權監督為例外<sup>2</sup>，不過基於上述原因，自有加強國家監督之必要。

至於另一種監督機制，係藉由資本市場、企業併購等外部壓力，迫使經營者放棄私利，追求公司利益，又稱為市場監督<sup>3</sup>，其亦屬外部監督之一種，因此本章針對公司之監督，分為監督之組

---

1 賴源河等著，新修正公司法研析，元照出版公司，2002年3月二版，頁35。

2 柯芳枝，公司法論，三民書局，1997年增訂初版，頁38。

3 黃銘傑，公開發行公司法制與公司監控，元照出版公司，2001年初版，頁27。

織模式，以及監督的方式，分別說明之，來了解公司應如何監督。

## 第二節 公司監督之組織模式—以一元化或多元化

### 區分

各國關於公司組織，大體上可分為經營者與擁有着二個構成分子，而如何使公司組織運作順利，有不同的組織設計，而學界將各國公司組織的分類方式，係以監察機關與業務執行機關是否合一為區別標準，惟此種區別標準並無法使各國組織之不同處呈現出來，故本文不採此分類方式，而將以選舉方式的不同來區分各司的組織模式。

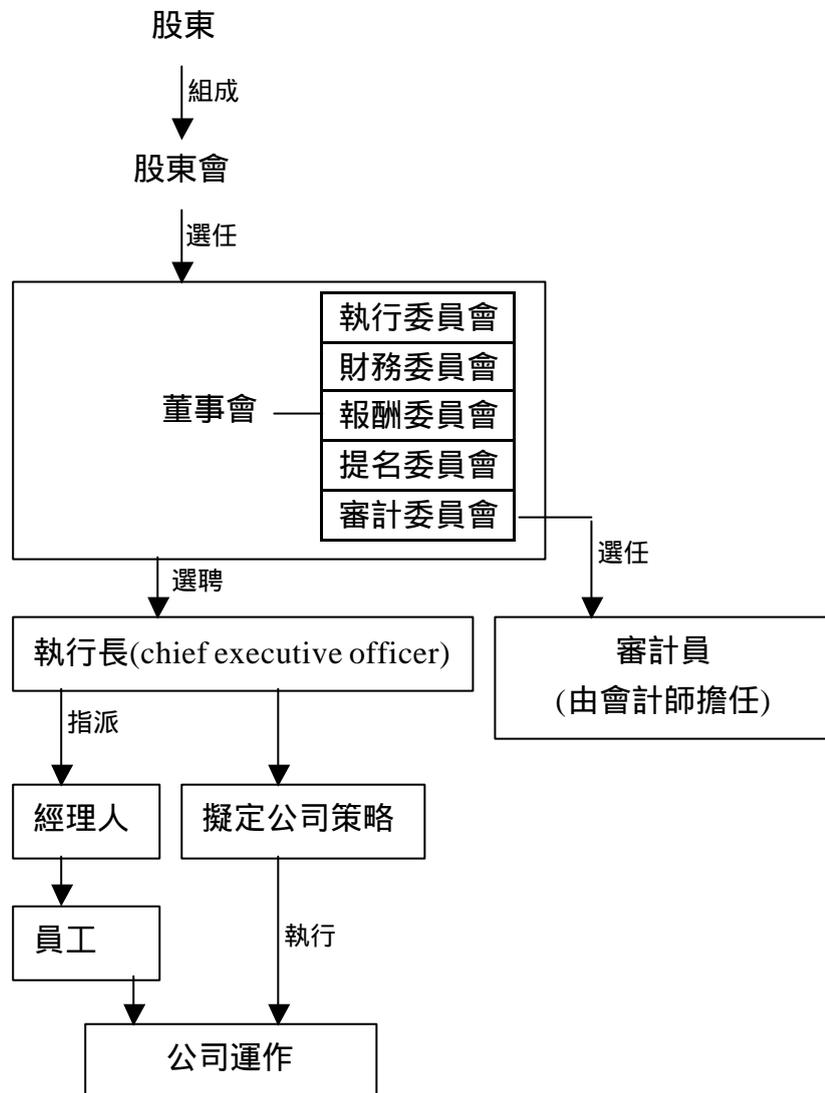
#### 一、一元化—以美國為例

依美國之公司組織的機關可分為二：一為股東會，另一為董事會，而董事會的產生係由股東選舉產生，從選舉方式來看，股東僅選舉一次，產生一機關，稱之為一元化。美國公司的經營係由董事會負責，而董事會由兼任經理人之內部董事(Inside Director)與不兼任經理人之外部董事(Outside Director)所組成。因公司得設置數個委員會，一般大公司皆設有執行委員會(Executive Committee)、報酬委員會(Compensation Committee)、提名委員會(Nominating Committee)及審計委員會<sup>4</sup>(Audit Committee)等。而由內部董事組成執行委員會，負責公司的營運，至於其他的委員會由外部董事組成，職司財務及業務之監督。參照下列美國公

---

<sup>4</sup> Audit Committee 有譯為監察委員會、稽核委員會、監督委員會或審計委員會，而 audit 乃審計之意思，係指單位與單位間有關財務及業務的審核及計算有無相符，故稱為審計，故應譯為審計。

司運作組織圖



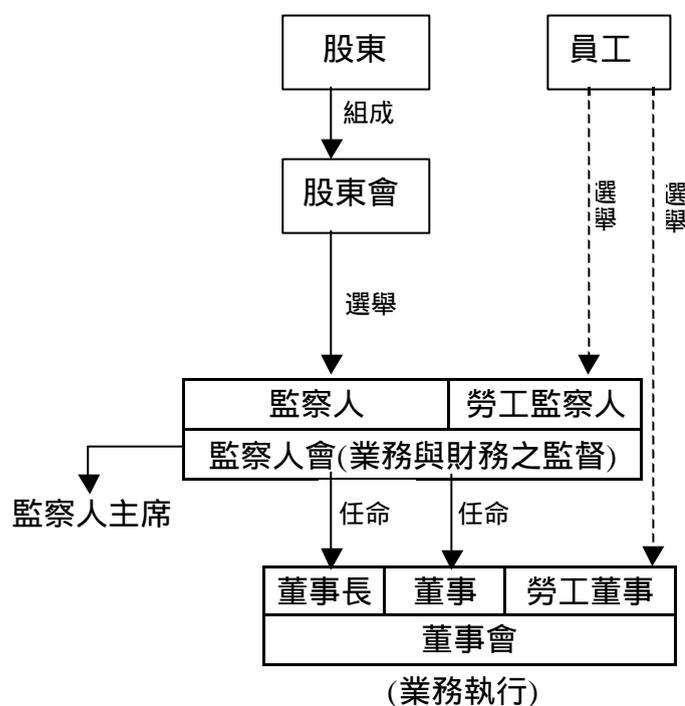
故美國公司組織雖無監察人之機關，但仍可靠外部董事負責公司的監督，至於其內部如何運作，留待第五章—美國法制的部分再詳細介紹。

## 二、二元化—以德國為例

德國的公司組織，大體分為三個機關，即股東會、監察人會及董事會。而其選舉方式特殊之處在於，由股東會選舉監察人，再由監察人會選任董事。此時董事會向監察人會負責，依分權理

論，所謂有選任權者，有監督權，故此時監察人可以有效監督董事會。而監察人為其監督董事會之結果向股東會負責，此種兩段式的選舉分由不同之機關行使，稱之為二元化。

由上開所述德國的公司組織的設計，類似政治上的內閣制制度，由選民選議員，再由議員選總理，由總理組成行政機關，而總理向國會負責，國會再向人民負責，此種分層負責的方式，是德國制的特色，故曰其組織似仿內閣制而設計<sup>5</sup>。茲以圖示德國公司組織架構，以方便觀察。



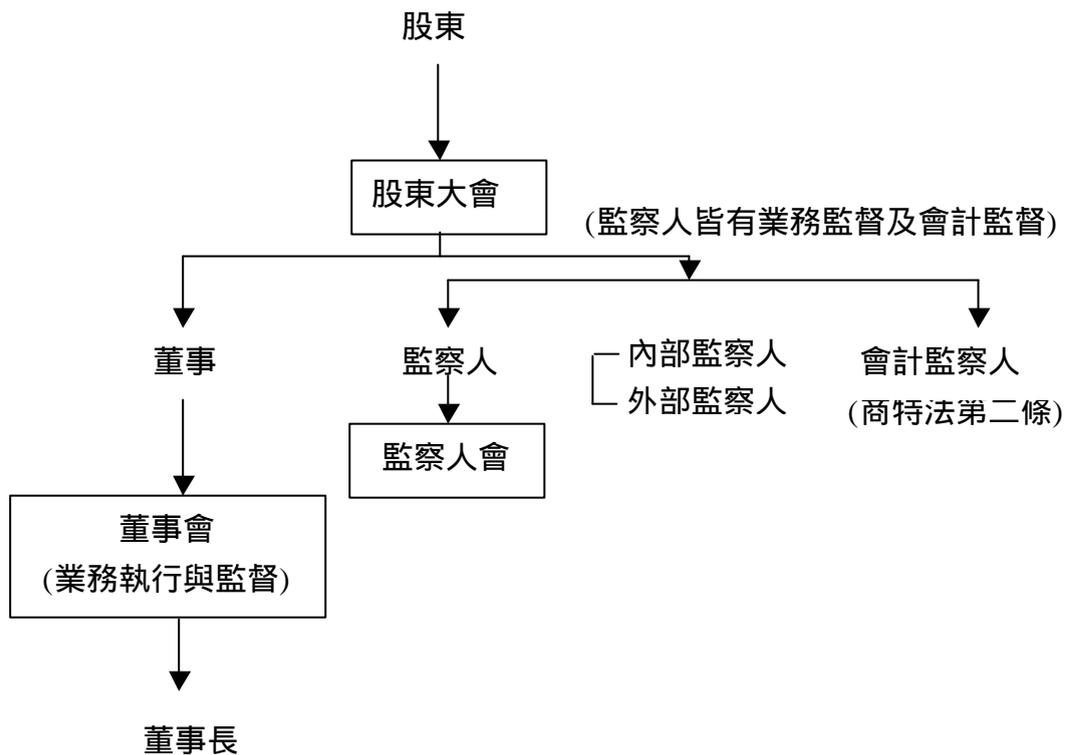
其由董事會執行業務，監察人負責監督，其運作之方式於第五章德國法制詳述之。

### 三、三元化—以日本與我國為例

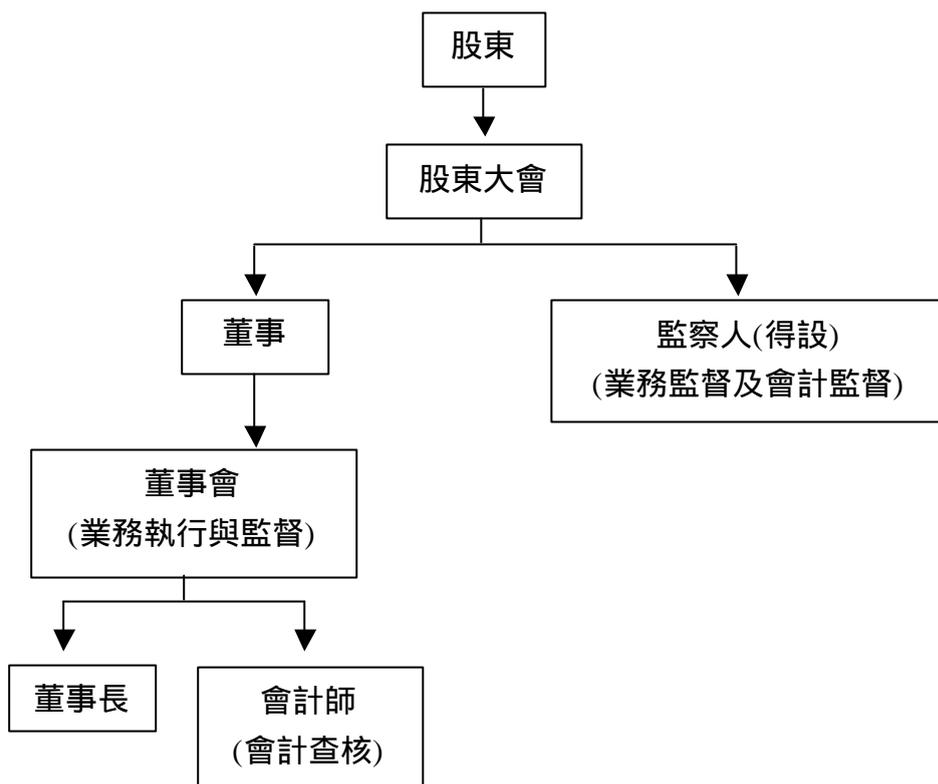
由於我國係繼受日本及德國一九三七年以前之公司制度，基

<sup>5</sup> 參考劉渝生老師，東海大學法研所九十學年度第二學期，「公司法專題研究」上課內容。

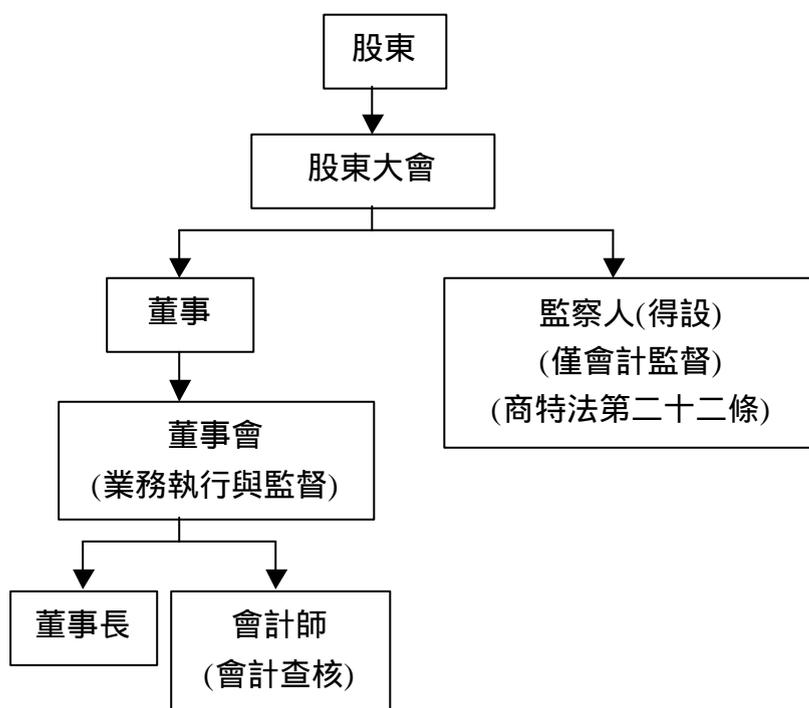
本公司分成三個機關：股東會、監察人及董事會，其產生之方式係由股東會分二次選舉，而產生二個機關，一為監察人，另一為董事會，從選舉方式不同之分類此可稱為三元化。董事會與監察人二機關並無上下隸屬關係，但仍由監察人監督董事會之業務執行。而日本的監察制度，經過時間演變，基本上架構相同，但在公司的大小規模不同，而有不同之設計，圖示如下：



日本(大公司)



日本(中型公司)



日本(小型公司)

關於如何運作，於第五章日本法制部分再予介紹。

### 第三節 公司監督之方式—以外部與內部監督區分

對於公司的監督可分為公司內部與外部監督，但以內部監督為主，外部監督為輔，但由於經濟之發達，公司組織日益擴大，僅依靠內部監督並無法有效的達成任務，故須加強公司外部之監督，其方式分述如下：

#### 一、公司外部監督

##### (一)行政監督

行政監督係指行政主管機關對於公司經營者所為之監督與控制，基於法律保留原則，公權力之監督應有法源依據，故關於行政監督之相關規定，除於公司法及證券交易法中可見外，另外並散佈於各行政法規中，本文原則上以公司法及證券交易法之規定為介紹。又所謂之行政主管機關為何，依公司法之規定，可分為中央主管機關(即經濟部)，以及目的事業主管機關；而證券交易法所規定之主管機關，則為證期會，以下就以行政主管關之分類來說明其相關之監督權限。

##### 1、中央主管機關之監督權限

公司法上對行政監督之規定，大多屬中央主管機關，即經濟部之監督權限，至於其監督模式有從登記方面、業務方面以及財務方面來探討<sup>6</sup>，但關於監督，其多屬針對公司之業務及財務而來，這其實無須多加說明，因此，有學者則將監督權限分成審查權，

---

<sup>6</sup> 此種行政監督分類，詳見朱日銓，論我國公司內部監控模式之改造—以外部董事及外部監察人制度之選擇為中心，台北大學法律學系碩士論文，2001年6月，頁16-18。

檢查權，準立法權，介入權及懲戒權<sup>7</sup>，一來反映出權限之內涵，二來也顯出行政監督有不同強度之手段，故較具實質意義，以下就其分類加以介紹<sup>8</sup>：

### (1) 審查權

所謂審查權，係指中央主管機關藉由公司，向其申請之各項登記以及申請各項行為之准駁中，所為之必要審查。前者，乃依照公司法所訂之程序，將應行公示的法定事項，申請主管機關登載於登記簿，以確言公司之內部以及對外之關係，並可供公眾閱覽抄錄，以鞏固公司之信譽，保護交易安全，舉凡公司法之設立登記，變更登記，解散登記，合併登記，減資登記，募集或償還公司債登記均屬之，縱使簡化工商登記為本次公司法修正主題之一，但似乎並非基於改變中央主管機關之監督為目的<sup>9</sup>，故經濟部仍得於公司申請登記程序，為相關之監督，但須知此種監督乃被動為之，而且其實質審查之效能亦有限。至於後者，如公司法一七 條二項中報請主管機關核准其逾期召開股東常會；二三四條所規定主管機關許可為建業股息的方法均屬之，審查其性質與公司登記間，均屬被動申請為之。

### (2) 檢查權

在公司之經營中，主管機關得隨時派員檢查公司業務及財務狀況(公司法二一條)，以及決算表冊之查核(公司法二 一、二二條)，此種公權力監督，乃是針對公司業務及財務方面，最主要之監督模式是藉由行政檢查<sup>10</sup>手段以監督公司是否遵守法令等之相關規

<sup>7</sup> 曾宛如，公司外部監督之分析，台大法學論叢第三十一卷第一期，頁 154-161。

<sup>8</sup> 同前註。

<sup>9</sup> 關於簡化工商登記新法相關規定，賴源河等著，新修正公司法研析，元照出版公司，2002年3月二版，頁 537 以下。

<sup>10</sup> 所謂行政檢查係指行政機關為達成行政上之目的，依法令規定對人，處所或物件所

定以發揮管理效能並防制經濟犯罪，但對公司負責人不配合相關檢查時，依新法之規定提高科處罰鍰之金額，並得處以連續罰，以提高監督成效<sup>11</sup>。

### (3)準立法權

公司法中有許多規定，係授權由行政機關依授權目的訂立法規命令，因此，行政機關得本於授權(非依職權)，針對公司為一定規範，此種監督，可稱之為行政機關準立法之監督，例如公司法二條第二項，凡公司資本額達中央主管機關所定一定數額以上者，其財務報表，應先經會計師查核簽證；其簽證規則，由中央主管機關訂之。

因此中央主管機關即可針對公司多少資本額以上須經會計師簽證財務報表，以及其他簽證規則訂立行政命令，以建立完善之簽證制度來作為監督之手段。

### (4)介入權

主管機關經由主動審查、檢查而發現公司有不當之行為，又或因受股東或債權人之申請，而行使介入權，主動介入公司之運作，以協助於公司繼續經營，希望藉由主管機關公權力之適當行使，協助公司，並解決股東，經營者、債權人、公司彼此間可能產生之糾紛，例如公司法一九五條、二一七條規定董事、監察人任期屆滿而未改選時，主管機關得限期令公司改選，屆期仍未改選者，自限期屆滿時，當然解任<sup>12</sup>。學者對於主管行使介入權之機制抱有相當之期許，認為其為行使外部監督最有利之工具，因此

---

為之訪視、查詢，或檢驗等行為總稱。吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，2000年增訂六版，頁422。

<sup>11</sup> 賴源河等著，新修正公司法研析，元照出版公司，2002年3月二版，頁74。

<sup>12</sup> 當然解任之效果為此次修法後所新增，其原本之法律效果，僅為科以罰鍰，並無太大成效，自以當然解任為根本解決之道。同前註，頁265。

在公司產生一定紛爭時，有必要考慮介入權之使用<sup>13</sup>，使公司能合法順利之運作。

### (5)懲罰權

中央主管機關對於公司過去違反公司法上之義務，所課之裁罰性行政處分，又稱為行政制裁<sup>14</sup>，懲罰權在公司法上多處可見，最主要之方法是罰鍰，另外依公司法一條之規定，主管機關命令解散亦是一種，藉由上述懲戒權之行使，使得公司之經營能符合公司法所要求，除公司法外，其他法律亦針對特定公司為更多的懲罰規定，加強對該公司之監督，如金融控股公司法等，均係主管機關以懲罰權，作為監督公司正常經營之手段。

## 2、目的事業主管機關

目的事業主管機關，對於公司之行政監督，主要係屬於輔助地位；關於業務之監督，依民法三十二條之規定，受設立許可之法人，其業務屬於主管機關監督，主管機關得檢查其財產狀況，及其有無違反許可條件及其他法律規定<sup>15</sup>。因此公司設立採許可主義者，取得目的事業主管機關之行政許可(屬行政處分之性質)是向經濟部辦理設立登記之前題要件。此目的事業主管機關自然訂有獲得許可所須之條件等，具實質審查權。

若許可設立登記後，不符合原許可條件者，目的事業主管機關自可撤銷許可，使公司有解散之可能，故民法三十二條，則是對此種公司的監督，作一總則性的規定。

至於非屬許可方得設立之公司，目的事業主管機關亦於特別情形下有監督權，例如目的事業中央主管機關得以專案核定方式

---

<sup>13</sup> 同前註 7，頁 158-161。

<sup>14</sup> 張正編著，行政法(下)，保成出版事業有限公司，1999 年修訂二版，頁 235。

<sup>15</sup> 陳春風編著，公司法，雙榜文化事業出版社有限公司，頁 140。

豁免民營事業在章程中必須訂明員工分配紅利成數之規定(公司法二三五條第二項)，得使公司在發行新股時，不必依規定保留原發行股份總額百分之十至十五給公司員工承購等(公司法二六七條第一項)<sup>16</sup>，此一專案核定之方式，目的事業主管機關自得針對公司營運之狀況進行了解，以作為是否核定之依據。

### 3、證券交易法主管機關監督

證期會對於公司監督之對象有 所有公開發行公司， 證期會所主管之證券事業。就所有公開發行之公司而言，其針對公司發行有價證券之審核，公司經營者股份轉讓之方式，公司經營者股權管理，以及公司之業務及財務檢查各方面為監督<sup>17</sup>。至於其監督方式，如上所述，亦可分為審查權、檢查權、準立法權及介入權等方式為各項監督。而證交法相較於公司法監督最大之特色乃要求資訊公開權之規定，公司法上對於公司監督方法，係以要求年度報表為主，經濟部得隨時檢查。但是證交法第三十六條，則要求公司必須準備年報，半年報、季報、月報及重大資訊即時揭露；準此，證期會會達到三種目的：一是資訊提供有利於主管機關發現問題，以進行必要之檢查及相關監督；二是配合證券商品之特性使得投資人作成(informed investment decision)；三是藉由資訊公開強化其他公司外部監督機能，主要來自於機構投資人及市場併購者<sup>18</sup>。此為公開原則之實踐。

#### (二)司法監督

除了公司清算、重整、破產的時候，法院得依公司法之規定，進行必要監督外，公司於經營過程中，法院對公司之監督之情形

---

<sup>16</sup> 同前註 7，頁 162。

<sup>17</sup> 同前註 6，頁 18-20。

<sup>18</sup> 同前註 7，P168。

為何？這可方為兩方面來討論；第一，針對董事及經理人之公司經營者與公司間之關係，公司之經營者基於「受任人義務」對公司負有注意義務與忠實義務，若公司經營者違反該項義務，應對公司負損害賠償責任，甚至依證交法一七一條二項規定，對違反忠實義務而從事利益輸送行為者，負一定刑事責任。另外若符合背信罪之構成要件者，自負背信罪責。以上民事損害賠償責任及刑事責任，均須依法院審判為之，但嚴格言之，此並非司法監督之核心意涵。

第二，就公司法有關法院對公司之監督而言，除了依十一條法院裁定公司解散之規定外，依公司法二四五條規定，少數股東得聲請法院派檢查人，以檢查公司業務賬目及財產之情形。法院選派檢查人後，如依檢查人報告發現有必要時，得命監察人召開股東會。此為內(少數股東及股東會)外(法院)合力監督公司之規定。

### (三)市場監督

在一般經營決策，持股極少的經營者所以努力地提高經營效率、追求公司利潤，且不敢忽視所有者權益，儘量迎合所有者需要，即因有各類競爭市場匯聚而成的監督力量，加諸於經營者身上，以下試申論之。

#### 1、產品競爭市場

經營者為公司營求利潤，首先即須面臨產品的市場競爭，為降低生產成本以低價出售，或提升品質增強競爭能力，皆須有效率的利用公司資源始可。同時，市場上有無數的同類公司，可歸結出這類公司經營決策的一般常規、行情，做為衡量其決策公正性的標準<sup>19</sup>。例如，於制定經營者自身及其他人員的報酬時，即不

---

<sup>19</sup> Eisenberg, supra note 5, at 30; Fama, supra note 4, at 288。轉引自王泰升，〈從所

能過分超越行情。

## 2、經理人市場

位居經營職位的經理人，仍不時受外部、內部競爭對手的壓力，其經營決策上若發生重大錯誤，即可能被外來或內在的其他經理人取代。在美國依實證資料顯示，一個無效率的人不久即會被解雇。且由於具市場流動性，經理人(經營者)多努力尋求公司良好的經營績效，以建立自己專業經營人才的聲譽，俾他日或有高薪他遷的機會<sup>20</sup>。

## 3、控制權市場

在公司控制權市場中，最具代表性者，厥為以「敵對收購」方式，取得公司之經營控制權；另外，經由「委託書爭奪戰」，取得公司控制權者，亦為此市場之重要運作方式。不論何者，經營者都面臨喪失公司控制權的危險，為避免此一危險具體化，經營者就必須盡力為公司創造利潤，摒棄有利自己而無益公司之行為，以贏取多數股東的信任與支持，企求在敵對收購或委託書爭奪戰發生時，股東能偏向支持自己，選任其繼續執掌公司。此種經常性地存在於公司控制權市場中之潛在威脅，使得經營者不得不放棄可能引起股東反感或不信任的道德危險行為，進而抑制此類行為之發生。一九八〇年代發生於美國之公司併購熱潮，驗證了美國企業界對此一市場機制的信念。

上述論理有效之前提乃是公司控制權限歸屬之決定係由全部不具控制地位的一般大眾股東為之，此不啻為分散型股權結構下

---

有與經營分離，論公開發行公司法制》，國立中興大學法律研究所碩士論文，1988年6月，頁60。

<sup>20</sup> Fama, supra note 4, at 288; Demsetz, supra note 54, at 387; Wolfson, supra note 7, at 50。轉引自王泰升，前揭文，頁61。

的論理方式。然而，在集中型股權結構型態中，絕大多數公司其經營控制權，持續地操控於少數控制股東手裡，控制權轉移他人一事於此屬異常例外之舉，更遑論有所謂控制權市場的存在；縱使於例外的控制權移轉情事發生時，其移轉亦多基於策略聯盟等考量所為之「友好」併購，而非美國式的「敵對」併購方式。況且，正如論者指出，美國一九八〇年代的公司併購熱潮，之所以得以順利進行，並將移轉成本減至最低，乃因配合有美國勞動市場高度的流動性，在如我國等勞動市場流動性不佳之國家，藉由此制權移轉市場，進行管控、調整產業結構者，勢將付出龐大的成本。

綜合上述，依學者之見解，在我國，公司控制權市場並無法成為有效的監控機制<sup>21</sup>。

#### 4、資本市場

與控制權市場扮演相同功能者，厥為「資本市場」，就公司籌措資金的成本而言，如果公司經營者刻意規避經營責任，或僅追求個人私利，則市場上投資人購買該公司股票之意願勢必降低，在此情形下，公司甚難從資本市場上獲得營運所需的資金，公司在資金籌措上喪失競爭力，其營運成本自然相對提高。此外，公司營運狀況一旦不佳，導致股價滑落，則投資人勢必在資本市場上大舉拋售股票，此時，有意介入該公司經營之人得以較低的成本購入股票，進而獲取公司經營權。值得注意者，資本市場得以作為公司外部監控機制的前提，乃公司的經營績效能正確地反映在該公司的股票價格上，然而，此一前提能否有效成立？最近受到學界相當的質疑。蓋公司經營者通常可以藉由交叉持股或關係

---

<sup>21</sup> 黃銘傑著，公開發行公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯，2001年11月，頁28-29。

企業買回公司股份的方式，拉抬公司股價，職是，資本市場的監控功能將受到影響。

總之，經營者為積極維護其自身利益，已連帶的增進股東的利益。就一般經營決策上為公司賺取最高利潤，不過依學者見解，除經理人市場外，其餘三者在我國並不多見，理由是我國公司仍屬於少數控制型，且公司間交叉持股嚴重，外界不易藉由市場競爭，爭取公司經營權。

## 二、公司內部監督

在企業自治原則之下，對於公司業務經營或財務內容，由公司內部機關或構成員所為之監督人(督促、糾正或追究責任)，稱為公司內部監督，其監督的來源，本文將其分成四端：股東會監督，股東監督，檢查人監督，監察人監督，董事之自我監督。

### (一)股東會之監督

股東身為公司所有者，公司經營之良窳與其關係最為密切，為保障股東權益，各國法制一般均賦予股東監督公司經營者之權利。

就股東而言，由全體股東所組成之股東會，立於公司最高意思機關地位，公司法賦予其聽取股東會召集人報告之權限，股東書面查閱權、公司事項決議權、口頭詢問權，然而公司採取多數決制度，為避免少數股東受到不利益，致使股東監督功能式微，復有股東代表訴訟、違法行為制止請求權、訴請裁判解任董事等少數股東權利之設計，本文即就以上股東會及股東監督權限中，就我國公司法之相關規定，作一概要說明。

## 1、聽取報告權

- ①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提出報告(公司法第二一一條第一項)。
- ②公開發行公司，其股息與紅利的分派章程明定額度或比率，並授權董事會決議辦理者，得以董事會的特別決議，將應分派股息與紅利的全部或一部，以發行新股的方式為之，並報告股東會(公司法第二四 條第六項)。
- ③公開發行公司，將公積的全部或一部撥充資本，章程授權董事會決議辦理者，得以董事會三分之二以上的董事出席，出席董事過半數的決議為之，並報告股東會(公司法第二四一條第二項)。
- ④公司經董事會決議後，得募集公司債，但須將公司債的原因及有關事項報告股東會(公司法第二四六條第一項)<sup>22</sup>。

## 2、公司事項決議權

### (1)普通決議事項

董事的選任、解任及其報酬決定(公司法第一九二、一九六、一九九條)；決議分派盈餘與股息、紅利(公司法第一八四條第一項)；檢查人的選任(公司法第一七三條第三項、一八四條第二項、三三一條第二項)；董事的補選(公司法第二 一條)；監察人的選任、解任及其報酬決定(公司法第一六一、二二七條)；對董事、監察人提起訴訟，另選任代表公司為訴訟之人(公司法第二一三、二二五條)；決議承認董事會所造具的各項表冊(公司法第二三條)；清算人的選任、解任及其報酬決定(公司法第三二二條第一項、三二二條、三二五條)<sup>23</sup>。

<sup>22</sup> 施智謀，(公司法)，作者自刊，1989年7月，校訂版，頁151。

<sup>23</sup> 參閱梁宇賢，公司法論，三民書局股份有限公司，1993年8月修訂再版，頁361-362。

## (2)輕度特別決議事項

轉投資超過實收資本百分之四十(公司法第十三條);章程的變更損害特別股股東的權益時(公司法第一六九條);締結、變更或終止關於出租全部營業,委託經營或與他人共同經營的契約(公司法第一八五條第一項第一款);讓與全部或主要部分的營業或財產(公司法第一八五條第一項第二款);受讓他人全部營業或財產,對公司營運有重大影響者(公司法第一八五條第一項第三款);董事競業禁止的許可及行使歸入權(公司法第二一九條);以應分派之股息與紅利的全部或一部發行新股(公司法第二四〇條);將公積的全部或一部撥充資本(公司法第二四一條);公司變更章程或增減資本(公司法第二七七條)<sup>24</sup>。

## (3)重度特別決議事項

公司的解散與合併(公司法第三一五條、三一六條第一項)。

## 3、網路股東會之採行

現代科技發達,以前靠寫信傳遞訊息,進步到以電報、電話、傳真等先進科技傳遞訊息,而最新興起的是網路科技,其具有成本低、傳遞迅速,又能對資訊加以保密之功用,已有人將此科技運用在網路會議上,而免去各方人事因時空之限制而無法與會,或舟車勞頓、搭飛機之苦,故利用網路視訊會議,對擴大會議之參與有著成本低、效率高之優點,藉以提高出席率。九十年十二月公司法修正,於公司法第二一五條增加董事得以視訊召開董事會。

### (1)我國目前得否以網路召開股東會

對於召集程序是否合法,應以股東開會的時間與地點及召集

---

<sup>24</sup> 同前註,頁 362。

程序是否合法為斷，而以網路召開股東會是否合法，屬於開會地點之問題。

依「公開發行公司股東會議事規範」第四點開會地點，應選擇本公司所在地或便利股東出席且適合召集股東會地點，而學者認為地點不適宜，應構成撤銷股東會決議之事由<sup>25</sup>，所以，以網路召開是否符合上開行政規則之要件，應以立法明定為是，但解釋上應符合上開規定。

## (2)德國運用之情形

德國於 2001 年 1 月 25 日，通過公司得以網路召開股東會。

德國以 E-mail 代替書面通知股東召開股東會，對於代理權之授與亦可以 E-mail 為之。

德國於目前為止並未開放網路投票，只得以現場特定人員，受股東指示代為投票。

德國股份有限公司參與股東會的比例，從前幾年之下降趨勢，自 2001 年 1 月以後有上昇之跡象，由專門生產網路股東會軟體之 Lai-Con 公司統計，當 Advantec AG 在三月份第一次採「網路股東會」時，只有大約 5%的股東利用網路參加，但八月份已有超過 30%股東利用，可見有許多小股東寧願透過 PC 出席股東會，而不願親自出席<sup>26</sup>。

以網路召開股東會之優點

### ①提昇股東會監督之效果

股東會高出席率對於公司之監控具有正面之意義，因為出席

---

<sup>25</sup> 柯芳枝著，公司法論，三民書局，1997 年 10 月，頁 255。

<sup>26</sup> 林克敬著，利用網際網路(Internet)召開股東大會之可行性，公司法修正議題論文集，神州出版公司出版，頁 201。

率低的股東會容易被少數人操縱<sup>27</sup>。

②降低股東會召開之成本

網路股東會之所以能提高出席率，其主因為可節省時間與金錢，無論股東會在那裡召開，對股東都會形成一種負擔。

③若能開放網路投票提昇公司競爭力

儘管在德國已經可以利用網路召開股東會，然而卻因還不能直接在線上投票，所以其吸引力還未完全發揮，因此已有愈來愈多的聲音呼籲，採直接電子投票，其理由為既然電子銀行已被視為當然之事，為何在不久的將來不能也採電子投票。惟其必須克服安全與保密的問題，如此一來可提升公司的競爭力。

(3)以網路召開股東大會所面臨之問題

股東會之召集

①得否以公司 HomePage 代替利用報紙為公告？

網路的發展其中一個原因，本來就為節省紙張、環保，以及快速的優點，故以此代替公告之方式甚至比舊有之公告方式效果更好更快，故應肯定之。

②得否經由 E-mail 召集股東會

現行股東會之召開以掛號信通知，而今因電子簽章法已立法，故只要透過認證機構，給予憑證，應為可行之辦法。

③答應出席可否利用 E-mail 來通知、登記？

對於此問題，應分為無記名股東，以及記名股東來加以區分，學者認為公司法第一七六條規定無記名股東參加股東會，應於五日前，將股票交付公司，故無法以此方式參加。

至於記名股東無此問題，學者為應可修法採 E-mail 通知，以

---

<sup>27</sup> 同前註，頁 211。

及登記參加<sup>28</sup>。

用 HomePage 或 E-mail 方式召集股東會將會是一種趨勢，只要達到公告及通知的效果，在安全無虞之情況下，公司法亦不應禁止，甚至可以放任由章程自由規定。

網路股東會應開放線上投票：

於德國並不能直接以 E-mail 投票，而僅能以 E-mail 委託現場之人代為投票，無法直接進行電子投票。而如此一來本人無法直接控制代理人之行為，因無法監視，此時代理人可能違反本人之意思，而作相反投票<sup>29</sup>。

故學者認為線上股東不能直接行使電子投票權應該是網路股東會的過渡性措施，因為股東會之最主要功能為對重大事情作成決議，線上股東如果不能行使投票權，正如同只具備列席身份，僅能觀賞股東會之進行而已，並沒有實際之決定參與權。如此則網路股東會的實質意義將大為減弱，因此德國學者認為沒有線上投票權之網路股東會僅是一半的股東會<sup>30</sup>。所以開放電子投票權是值得贊同的。

董事、監察人應不可以線上參與股東會

因為董事、監察人在股東會擔任著主持與答詢的角色，且一年僅一次或二次，出席股東會為其義務，而股東僅在此時得發揮監督之效果，故董事、監察人應出席股東會報告，並接受質詢，才算履行出席義務。

建議<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> 同前註，頁 222。

<sup>29</sup> 同前註，頁 225-226。

<sup>30</sup> 同前註，頁 225。

<sup>31</sup> 同前註，頁 230-231。

- ①應允許公司以章程訂立，以網路召開股東會。
- ②公司法一七二條有關通知、公告，可採電子式。
- ③公司法一七七條增加「委託書亦可採電子式」。
- ④公司法一七四條應允許以網路召開股東會，視為親自出席，允許電子投票，但詢問權之行使，應予以限制。

#### 4、撤銷股東會決議之原告適格之問題

##### (1)無表決權股東是否有原告適格

###### 否定說

依我國通說<sup>32</sup>，不享有撤銷股東會決議之權，其原因為此撤銷權乃係得參與股東會之股東，而對召集程序或決議方法有瑕疵而提出，而無表決權股因不得出席股東會，故無原告適格。

###### 肯定說

惟該項見解，忽視表決權(公司法第一七九條)與訴請撤銷股東會決議之權(公司法第一八九條)均係股東權獨立之一部，而訴請撤銷股東會決議之權係股東請求法院監督股東會之決議，須遵循法令公司章程之權，自與表決權之有無無關。尤其最近公司法已刪除第一七二條第五項有關股東會召集程序對於無表決權之股東並無適用之規定，故無表決權股東應享有出席股東會之權利，其對於股東會召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，仍得提起股東會決議撤銷訴訟<sup>33</sup>。

本文認為應以肯定說為是，因為股東會決議之撤銷與否與表決權並無關係，而係程序召集及決議合法與否，故不得排斥具有股東

<sup>32</sup> 王銘勇著，未出席股東會之股東得否起訴撤銷股東會決議(上)，司法週刊1期，第2版。

<sup>33</sup> 羅國華著，撤銷股東會決議原告適格問題之研究，公司法修正議題論文集，神州出版公司，2002年3月，頁242。

身份的無表決權之股東，學者意見值得贊同。

(2)出席股東會之股東應否對決議提出異議

有學者即指出公司法第一八九條雖曰「股東」，而未明定「原不同意之股東」，但基於民法第五十六條第一項同一法理，應認為原以投票贊成決議之股東，不得再依公司法第一八九條規定，提起該撤銷股東會決議之訴，祇有不同意該決議之股東，始得為之。針對上述問題，我最高法院民國七十二年九月六日民事庭會議決議亦認為，公司法第一八九條規定訴請法院撤銷股東會決議之股東，仍應受民法第五十六條第一項但書之限制。其所持理由以為公司法與民法關於撤銷決議之訴之規定，始終一致，惟依公司法第一八九條規定提起撤銷股東會決議之訴，應於決議後一個月內為之，而依民法第五十六條第一項規定，提起撤銷總會決議之訴，得於決議後三個月內為之，其餘要件，應無何不可。

最高法院決議認為，若謂出席而對股東會召集程序或決議方法原無異議之股東，事後得轉而主張召集程序或決議方法為違反法令或章程，訴請法院撤銷該決議，不啻許股東任意反覆，影響公司之安定甚鉅，法律程序，亦不容許任何干擾。

(3)受合法通知而未出席股東會者，有無原告適格

肯定說

我最高法院民國八十六年台上字第三六四號判決，就未出席股東會之股東得否提起股東會決議撤銷訴訟一案，認為股份有限公司之股東，如已出席股東會而對股東會之召集程序或決議方法未當場表示異議，固應受民法第五十六條第一項但書之限制，不得再依公司法第一八九條規定訴請撤銷股東會之決議。惟未出席股東會之股東，則因非可期待其事先預知股東會決議有違反法

令或章程之情事而予以容許，亦無法當場表示異議，自應許其於法定期間內提起撤銷股東會決議之訴。部分學者<sup>34</sup>進一步從股東權益保障之觀點，認為未出席股東會之股東，對股東會之決議之程序發生之違法事由，既無法預知，僅因未出席股東會，即剝奪其撤銷股東會決議之權，對未出席股東會之股東而言顯失公平，更難保障其權益，因此對於前揭文最高法院之見解亦表贊同。

#### 否定說

依公司法第一八九條乃民法第五十六條第一項之特別法，民法第五十六條第一項但書對於正反兩說，應無適用之餘地。由於公司法第一八九條並未限定出席股東會之股東始有原告之適格，故受合法通知，但未出席股東會之股東，依現行法之規定，亦有撤銷股東會決議之權限。惟如此，公司勢將面臨所有股東均有可能提出撤銷訴訟的風險，且無論其出席股東會與否，撤銷股東會決議之權應予限制。至於後說有關未出席股東會之股東，對股東會及決議之程序發生之違法事由，既無法預知，僅因未出席股東會，即剝奪其撤銷股東會決議之權，是否對於其顯失公平一事，蓋股東除親自出席股東會外，亦得委託代理人出席股東會。凡對股東會開會不感興趣者，亦難期望其對股東會決議發揮監督功能，故學者以為，公司法第一八九條對於缺席股東會之股東，應限制其惟有在不法被拒絕參加股東會或不受合法通知等情況下，始有撤銷股東會決議之權<sup>35</sup>。而本文認為，讓自己權利睡著的人，應不在受保護之列，故否定說之意見值得贊同。

<sup>34</sup> 王銘勇著，未出席股東會之股東得否起訴撤銷股東會決議(下)，司法週2期，第3版。

<sup>35</sup> 羅國華著，前揭文，頁247。

## (二)股東之監督

### (1)股東書面查閱權<sup>36</sup>

股東之資訊權(Informationsrecht)，其中包括口頭詢問權(Auskunftsrecht)與書面資料之查閱權(Einsichtsrecht)。因其能使股東了解公司現況，使股東充分保護自身權益，故德國學者 Henn 稱資訊權為「最重要之個別股東權」。詢問權與資料查閱兩者，係相輔相成。書面資料之查閱，因其多屬董事會所提供之資料始能完全了解其中意涵，是以多處於被動之地位，有其先天上之限制，而需要口頭詢問以補強其對公司資訊之了解，這也是德國學者一致強調股東詢問權不可或缺的道理所在。

股東(會)之簿冊書面查閱權規定於公司法第一百八十四條、二百十條及第二百二十九條等，賦與股東查閱公司特定簿冊，以為取得公司資訊之方式。而二百十條與第二百二十九條有一最大之區別，即得行使查閱權之時間不同。前者之目的在於了解公司之營運，故依該條第二項之規定，股東得隨時請求董事會提供公司章程、歷屆股東會議事錄、資產負債表、損益表、股東名簿及公司債存根簿以供查閱抄錄，其性質上為平時(一般)查閱權；後者乃為因應召開股東大會所需，使股東知悉每個營業年度公司營運之狀況，故規定股東得於股東常會開會十日前使之，內容包括公司法第二百二十八條所規定由董事會編造之各項表冊及監察人之報告書，其性質屬特別查閱權。也正因為兩者之目的不同，得查閱之範圍亦不相同。

然而，股東之查閱權規定仍有未臻完善之處，例如：公司之資產負債表、損益表等，為相當專業之文件，非具專業能力之股

---

<sup>36</sup> 劉乃竹，論股份有限公司之內部監控，東海大學法律學研究所，2001年6月，頁69-70。

東，恐不易明白其中意義。況且第二百十條未如第二百二十九條，規定得由股東偕同其所委託之律師或會計師查閱，行使上更有困難。

有認為，董事會為股份有限公司之業務執行機關，許多公司發展之重大決策均由董事會作成，是股東為充分了解公司現況與未來發展方向，以周全的保護自己的權益，必須知悉董事會之決議事項，但查閱權之相關規定中，股東得查閱之範圍並無董事會議事錄。此一僅使股東書面查閱權失其立法原意，更因股東資訊不足而妨礙股東行使少數股東權(公司法第二百十四條)或個別股東權(公司法第一百九十四條)等權利。

惟本文認為董事會之設計乃因為現代股份有限公司股東人數眾多，無法集合全體意見為業務之執行，而使股東藉由股東會選出董事成為股東之代理人，組成董事會為公司執行業務。關於業務之執行，有的具有專業性、有的具有機密性，通常在董事會中所討論者，有時亦涉及公司賴於生存的業務機密，若讓股東查閱則有害公司的生存發展，況且成為股東容易，因為，一股之股東亦為股東，若為了要加強個別股東權限，而允許其查閱董事會議記錄，有失衡平，對於董事會之決議，仍應利用股東詢問權之立法，賦予股東詢問權，在於法條之中明確訂立各詢問之範圍<sup>37</sup>，及爭議處理之方法，才是既能維護股東權益，又能保護公司機密之方式，而且德國的詢問權，僅能藉由股東會行使，並非隨時皆可詢問，其與查閱權不同。故董事會會議記錄不宜開放由個別股東查詢。

---

<sup>37</sup> 參閱劉渝生著，從股東會議事進行，論股東之詢問權—德國股份法之介述，法學叢刊，178期，頁100-110。姚志明著，論德國股份法第131條—股東之一般資訊權，華岡法粹，1996年10月，頁229。

## (2)口頭詢問權

股東大會的召開，其目的即在於聚集公司之投資人，決議追認董事會所造具之各種表冊，或議決公司之重大事項，如：改選董監、變更章程，甚至為公司解散或合併等。若股東對於公司之重要訊息不夠了解，也無法得到更進一步之說明，或所得之答覆並不真切、完整，實無法期望其能正確的行使表決權，除對股東本身不利，對公司而言，亦非有利。

又，或謂以法理或董事忠實義務為詢問權之基礎，但資訊權因涉及股東權利與公司之秘密，回答之範圍及拒答之理由，都應清楚規範，使董事與股東雙方均得以遵循，以免傷害了彼此的權益。

公司法中對於股份有限公司股東之口頭詢問權，並無任何明文規定，但依新法一八二之一第二項增訂公司應訂定議事規則，按股東會議事規則，原為公司股東以民主程序，決定重要議案之遊戲規則，其內容本應在公司自治之理念下，由公司股東會自行訂定。惟鑑於上市或上櫃公司股東會之召開，過去經常有所謂「職業股東」或「有心人士」以干擾股東會議事運作之方法，而生濫用少數股東權之結果，並以股東會議事規則之法律位階及法律效果並不明確，亦衍生多爭議。有鑑於此，證券暨期貨管理委員會則於民國八十六年八月四日頒訂「公開發行公司股東會議事規範」。惟上開股東會議事規範，一則僅適用於公開發行公司，二則僅具行政指導之性質，其法律效力仍具有頗多疑義，爰規定：「公司應訂定議事規則。」以資公司股東會議事進行之依據，並期明確規定股東會主席之權限及責任，以利股東會議事之順利進行

<sup>38</sup>。但可惜的是，新法並未對議事規則中，對股東之口頭詢問權未有任何進一步的規定，修正理由中也未提及增列議事規則之目的是為了落實股東正當行使口頭詢問權，因此有必要針對一八二條之一，再次修正，以建立股東口頭詢問權之法源。

又股東詢問權為少數股東權與個別股東權之基礎，因為股東若無詢問權，即無法藉由股東會向董事長詢問公司之資訊，亦無法對違法的事項，得到資訊，無法達到監督之效果，且少數股東若無法從股東會得到資訊而提起股東代表訴訟，若敗訴，則會容易構成公司法二百一十五條，對董事起訴之事實顯屬虛構，應對董事負損害賠償責任<sup>39</sup>。故股東詢問權為少數股東權之基礎。

### 3、少數股東權與個別股東權

#### (1)少數股東之代表訴訟

本文所探討的代表訴訟制度，規定在公司法第二一四條及第二一五條，亦即在公司法第二一四條所規定之「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴(同條第一項)，「監察人自前項之請求日起三十日內不提起訴訟時，前項股東得為公司提起訴訟。」(同條第二項)。由於此種訴訟係股東在提起代表訴訟時股東同時基於公司代表機關的地位也是基於其他全體股東的地位，具有「代表訴訟性質」，不過即使是持代表訴訟論者，亦認為這種訴訟是在公司怠於向董事起訴時，所賦予股東代位行使公司訴訟權的權利，因此也認為有濃厚的代位訴訟性質<sup>40</sup>，因此本訴訟具有代表訴訟，和「代

<sup>38</sup> 賴源河等著，前揭書，頁 245-246。

<sup>39</sup> 參考劉渝生老師，東海大學 90 學年度第二學期，上課內容。

<sup>40</sup> 北澤正啟，新版注釋會社法(6)，上柳克郎、鴻常夫、竹內昭夫合編，有斐閣，平成三年初版五刷，頁 358。轉引自王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，商法專論，賴英照五十歲祝架論文集，1993 年 7 月初版，頁 114-115。

位訴訟」之雙重特性，學說有謂「代表訴訟」<sup>41</sup>，或有謂「代位訴訟」<sup>42</sup>。有鑑於國內六法全書之標題多以「代表訴訟」稱之，而且稱「代位訴訟」容易使人誤認為是民法上行使代位權時所產生的訴訟，而「代表訴訟」則可單獨成為公司法所專有之名詞，不易和其他代位權的訴訟混淆，故本文以「代表訴訟」稱之。

我國現行「股東代表訴訟制度」是於民國五十五年公司法修正時，仿照日本商法中代表訴訟制度而設立，而日本商法又是在昭和二十五年(西元一九五一年，民國三十九年)仿美國法制而設代表訴訟制<sup>43</sup>，因此比較二國立法，定能對我國現行制度有借鏡補遺之效，惟值得注意的是，美國基本上是判例法的國家，和屬成文法國家如我國及日本，理念上有相當大的差異。雖謂我國公司法於國五十五年修正時也參考英美法制而兼有英美及大陸法制的色彩<sup>44</sup>。但判例法國家和成文法國家基本思維到底不同，尤其美國公司法代表訴訟要處理的問題和我國及日本法自然不盡相同。至於我國公司法之代表訴訟制度雖仿襲日本法制，但因詞句繁簡及用字相差甚多，也造成日後適用呈現不同的問題。凡此，均必須從「代表訴訟」在三個國家中的演變作一分析，以瞭解法制差異的起源與代表訴訟的功能並試就「起訴股東的資格」、「起訴的要件」、「股東起訴的擔保」、「代表訴訟的賠償」比較三國法制差異以尋求我國立法改進之道；並就我國法條文之漏洞或爭議處，

---

<sup>41</sup> 柯芳枝，公司法論，三民書局，1997年10月增訂初版，頁324；黃川口，公司法論，自刊，1989年修訂四版，頁338。

<sup>42</sup> 施智謀，公司法，自刊，1982年校訂版，頁152；陳顧遠，商事法(中)，自刊，1968年版，頁12。

<sup>43</sup> 大隅健一郎，今井宏，會社法論(中卷)，有斐閣，平成四年版，頁270，轉引自王惠光，前揭文，頁116。

<sup>44</sup> 賴英照著，公司法論文集，財團法人中華民國證券市場發展基金會，1986年，頁19-20。

參酌美、日法制規定，討論是否應於我國立法上增訂之。並試以表格說明之。

## (2)外國立法例

美國法中和我國代表訴訟制度相近的制度稱為 Derivative Suit，之所以有 Derivative suit(衍生、傳來之意)是因為在美國法中，股東也可以不以公司之名而直接由股東個人以個人名義對董事提起訴訟，此種訴訟稱為 Direct Suit，其分野大致上是看到底是公司或股東個人受到直接的損害。例如：董事違反其注意義務，董事將公司利益不法輸送至個人、董事違反競業義務等等情形，因為是公司受到損害，所以股東可以提起 Derivative Suit。而如果是股東個人利益被侵害但卻不影響公司整體利益的，例如：表決權、少數股東權、盈餘分配請求權被侵害等等情形，則可提起 Direct Suit<sup>45</sup>。

在美國，最早由衡平法院(Equity Court)創造出 Derivative Suit 的制度，而美國最高法院則是在 Dodge v.Woolsez 一案中<sup>46</sup>，首先處理到這個問題。依當時即立下的原則，公司股東在提起 Derivative Suit 時，並不一定限定在以公司董事為被告的情形，公司的其他職員甚至於公司外的其他第三者作為被告的情形亦可提起，這一點與我國法和日本立法例有很大不同。

Derivative Suit 固然可使公司董事們知所警惕而不致恣意非為，公司也可以得到應有的賠償，間接地所有股東也可受益，小股東的權益也可確保，不過有鑑於實務上公司董事為避免引起這類訴訟會採取比較保守的作法，如此反而會使股東無法獲得最大

---

<sup>45</sup> Cary&Eisenberg, Cases and Materials on Corporations, 943(6th ed., 1988), 轉引自王惠光, 前揭文, 頁 117。

<sup>46</sup> 18 How 331(1856), 轉引自王惠光, 前揭文, 頁 117。

利益，而最嚴重的問題是這類訴訟常常淪落成為小股東勒索的工具，因為大股東為避免訟累常會選擇和提起訴訟的小股東和解，致使獲利的並非是公司，而是進行勒索的小股東<sup>47</sup>。

日本在昭和二十五年商法修正時仿照美國法制，引進股東代表訴訟制度。擴大了董事會的權限，縮小了股東會的權限。為防止董事會濫權，代表訴訟制度之設計為其中重要的一環，藉以保護少數股東權，另一方面為防止濫訴而設有限制起訴條件及起訴股東資格且起訴股東須提供擔保的規定<sup>48</sup>。

### (3)美、日立法例與我國法之比較<sup>49</sup>

	美國法	日本法	我國法
一、起訴股東的資格	1、同時擁有股份原則 (Contemporaneous Ownership)的確立 <sup>50</sup> —起訴股東必需是被告造成公司損失的不法行為「當時」以及「起訴時」二個時點者具有公司股東身份者才可以提起。 2、規定於美國聯邦民事程序法(the Federal Rules of Civil Procedure)23.1 條，美國模範商業公司法 7.40 條。	1、持股期間之限制—代表起訴的股東必須是「持有股份六個月以上的股東」 <sup>51</sup> 。 2、規定於日本商法第二六七條第一項。	1、持股期間之限制—提起代表訴訟的股東必須是「持有股份繼續一年以上」。 2、持股比例之限制—持有已發行股份總數百分之三以上股東。 3、規定於我國公司法第二一四條 <sup>52</sup> 。

#### 【比較評析】

<sup>47</sup> Choper, Coffee & Morris, Cases and Materials on Corporations, 786(3<sup>rd</sup> ed. 1989), 轉引自王惠光, 前揭文, 頁 117。

<sup>48</sup> 王惠光著, 前揭文, 頁 118-119。

<sup>49</sup> 同前註, 頁 111-167。

<sup>50</sup> 同前註, 頁 121-122。

<sup>51</sup> 同前註, 頁 126-127。

<sup>52</sup> 同前註, 頁 128-129。

①和美國法不同，我國及日本對起訴股東的限制是以「持有股份的時間」來限制。

②和我國法不同，日本商法除了限制提起代表訴訟的股東「必須持有一定期間外並沒有「最少持股數」之限制—

①我國法比日本多了「持股百分之三」之限制，故必須聚集百分之三以上持有股份一年以上股東才能提起代表訴訟，限制十分嚴格，如此雖可防止股東濫訴，但對小股東利益保護顯然無法顧及。

②依日本法規定，只要持有期間超過六個月，即使持有一股，亦可提起代表訴訟。惟未滿一股或持股未滿一單位的零散股東則不能提起訴訟。

③無表決權股能否提起代表訴訟？

日本：因為代表訴訟所保護的少數股東權是股東全體及公司之利益，並不是保護個別股東的表決權有無受到侵害，因此通說認為無表決權股東可以提起代表訴訟<sup>53</sup>。

我國：因為設有持股比例的限制，故雖然代表訴訟是對股東全體利益之保護，並非只在保護表決權，似應允許無表決權股東提起代表訴訟，但於我國如何計算無表決權股東持股比例，頗有問題，再者無表決權股是特別股，而特別股發行量通常只佔普通股的一小比例，雖然新法已將持股比例由「百分之五」降為「百分之三」，但無表決權之特別股股東仍不易達到此法定持股標準，因而幾無提起代表訴訟之可能<sup>54</sup>。

---

<sup>53</sup> 北澤正啟，新版注釋會社法(6)，上柳克郎、鴻常夫，竹內昭夫合編，有斐閣，平成三年初版印刷，頁 336。轉引自王惠光，前揭文，頁 127。

<sup>54</sup> 參閱王惠光，前揭文，頁 129。

(3)關於起訴股東之資格，我國法上有二大問題需要解決<sup>55</sup>

①起訴股東的要件過份嚴格

既然代表訴訟之立法目的在於保護少數股東權，則門檻不應設太高，否則小股東權益不易受到保障，尤其是代表訴訟有要求原告提供擔保的規定，須害怕股東有起訴之虞，故應刪除「持股比例之限制」；至於持股期限之限制有令投機者在獲悉董事有不法行為後收購公司股權，等到法定持股期間經過後再提起代表訴訟藉以謀取私益之虞，此限制亦不合理。故本文以為應刪除「持股比例」及「持股期間」之限制，採用類似美國法的方式設定條件，限制實際上有因為系爭不法行為而受到不利影響的股東才可提起代表訴訟。

②訴訟承受

為避免起訴股東和被告私下秘密達成交易或勾結，致其他股東及公司本身的權益因代表訴訟被駁回而受損，我國公司法更應仿日本法，增列在代表訴訟提起後，起訴股東必須向公司為「訴訟告知」規定，並允許公司本身及其他股東得為訴訟參加，得獨立續行訴訟，以防止上述弊端。

	美國法	日本法	我國法
二、起訴的要件	1、須先請求「董事會」採取行動(規定於美國聯邦民事程序法 23.1 條) <sup>56</sup> 。 2、如果先請求董事起訴這個程序是「無益的」(Futile)，股東可以不必經由此程序而直接提起代表訴訟。至	1、除非有特殊事由(即等待公司決定起訴的三十日期間將會對公司造成無法回復之損害)，原則上： (1)股東須先以書面請	1、先以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟(我國公司法第二一四條第一項)。 2、監察人自有前

<sup>55</sup> 同前註，頁 130。

<sup>56</sup> 參閱王惠光，前揭文，頁 132-133。

	<p>於何謂「無益的」(Futile)有不同見解，有些判例認為多數或全部董事為系爭違法交易行為人，就可以認定兒請求董事會起訴是無益的<sup>57</sup>；有些法院認為只要是多數董事為利害關係人就是無益的<sup>58</sup>。</p> <p>3、須先請求股東會決議—原告在必要時，必須陳明他曾經努力去尋求股東或會員提起該訴訟以及被拒絕或無法請求提起訴訟的原因(規定於美國聯邦民事程序法 23.1 條)，至今仍有許多州要求先請求股東會起訴，請求無效後始得提代表訴訟<sup>59</sup>。惟值得注意的是，美國模範商業公司法以及幾個重要的商業州。(如：加州、紐約州)不要求代表訴訟的原告須先請求股東會起訴。</p> <p>4 訴訟委員會制度(Litigation Committee)的引進—如果股東先請求公司內部</p>	<p>求「公司」對董事起訴。</p> <p>(2)待經過三十日公司仍不起訴，股東才可以提起代表訴訟(規定於日本商法第二百六十七條<sup>62</sup>)。</p> <p>2、代表訴訟的被告是公司董事，而起訴的違法事由是否有限制？</p> <p>(1)通說認為任何董事和公司間發生債權債務關係均可提起代表訴訟。</p> <p>(2)有學者認為限基於董事職務所發生的責任才可以提起代表訴訟<sup>63</sup>。</p> <p>3、代表訴訟的原告及被告</p> <p>(1)原告：形式上為起訴的股東，惟基於實質上為第三者擔當訴訟為公司利益</p>	<p>項請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟(同法第二一四條第二項)。</p> <p>3、代表訴訟的原告及被告</p> <p>(1)原告：形式上為起訴的股東。</p> <p>(2)被告：限於「董事」。</p>
--	--	---	--

<sup>57</sup> 例如：Brooks v. Land Drilling Co., 564 F. Supp 1518 (D.C. 1983)。轉引自王惠光，前揭文，頁 133。

<sup>58</sup> 例如：Papisky v. Berndt, 59 F.R. D95 (S.D.N.Y. 1973), cert. denied 419 U.S. 1048，轉引自王惠光，前揭文，頁 133。

<sup>59</sup> DeMott, supra note 24, chap 5, at 7。轉引自王惠光，前揭文，頁 135。

<sup>60</sup> Brown, Shareholder Derivative Litigation and the Special Committee, 43 U. Pitt. L. Rev. 601, at (19-20)。轉引自王惠光，前揭文，頁 135。

<sup>61</sup> 參閱王惠光，前揭文，頁 136-138。

<sup>62</sup> 同前註，頁 138-139。

<sup>63</sup> 同前註，頁 141。

<sup>64</sup> 大隅健一郎，今井宏，會日社法論(中卷)，有斐閣，平成四年版，頁 274、頁 371；轉引自王惠光，前揭文，頁 139。

	<p>(董事會或股東會)起訴這一道程序被豁免，或請求被拒絕時是一個「錯誤的拒絕」，則股東就可以提起訴訟。但經此道程序，仍無法保證所有的起訴訟都是對公司有助益的，因此，七十年代中期，引進「訴訟委員會」，由董事委派無利害關係的委員在公司內部組成訴訟委員會審查「若請求董事起訴這一道程序因法律規定被豁免時，提起代表訴訟是否符合公司利益<sup>60</sup>」。</p> <p>5、代表訴訟的原告及被告</p> <p>(1)原告：除「股東」外，學者有認「公司債權人」、「公司職員」亦可提起代表訴訟。</p> <p>(2)被告：公司董事，董事以外任何人，甚至公司以外第三人，只要行為對公司造成損害，均可能成為代表訴訟的被告<sup>61</sup>。</p>	<p>起訴，判決效力及於形式上未成為原告的公司本身以及其他股東。</p> <p>(2)被告：限於董事</p> <p>(3)發起人、監察人、清算人的準用—雖然法條只規定代表訴訟的被告是「董事」的情形，但有學者認為對於被告是發起人、監察人、清算人時，亦應可準用代表訴訟的規定而對之提起代表訴訟<sup>64</sup>。</p>	
--	--	--	--

### 【比較評析】

(1)在日本法中，不論公司基於何種理由在三十天內不起訴，股東均可提起代表訴訟<sup>65</sup>。這一點和美國法有極大差別，在美國法中，必須是董事會拒絕起訴是一個「錯誤」(Wrongful)的決定，股東才可以提起代表訴訟。

(2)股東提起代表訴訟並非是直接提起，而是具有「代位訴訟」。性質—美國法規定股東必須先要求「董事會」採取必要的行動以

<sup>65</sup> 參閱王惠光，前揭文，頁 139。

彌補公司損失(有些州尚要求尋求股東會的決議)，如果董事會未採取的行動，股東才可提起代表訴訟；日本法及我國法則是規定股東需先請求「監察人」提起訴訟，監察人未起訴時，股東才可提代表訴訟<sup>66</sup>。(日本商法二六七條先行請求「公司」對董事請求，必然是以「監察人」為公司代表人)

(3)日本法和我國法相同，代表訴訟的被告限於「董事」，對於其他人則不能提起代表訴訟。此點和美國法不同<sup>67</sup>。

(4)我國公司法第二一四條第一項之文字是股東請求監察人「為公司」對董事提起訴訟，而第二項文字亦是股東得「為公司」提起訴訟，二者法條用語都是「為公司」提起訴訟，但通說認為第一項是以「公司名義」起訴，而以監察人為代表人；第二項通說則認為是由股東本身擔任原告，並非以公司名義起訴<sup>68</sup>。從法條文字實在無法明瞭同樣的法條用語為何。導致不同解釋，因此學者有認為我國公司法應仿照日本法，規定董事和公司間之訴訟全由監察人代表公司；監察人不能代表或由監察人代表會產生困擾時才會由股東會另行選任。而第二一四條則直接規定由股東向公司請求對董事提起訴訟，並規定此種訴訟亦由監察人代表公司，如此始可取得法律文字上的一致<sup>69</sup>。

(5)三十日的等待期間是嚴格的限制—日本商法第二六七條第三項規定，如果經過三十日之等待期間則公司將會遭致無法回復之損害之虞時，則股東可以不必請求公司起訴，也不必等待三十日之經過，即可逕行提起訴訟。我國法並無類似規定，因此原告股東

---

<sup>66</sup> 同前註，頁 132。

<sup>67</sup> 同前註，頁 142。

<sup>68</sup> 柯芳枝，公司法論，三民書局，1984年4月初版，頁 345。

<sup>69</sup> 參閱王惠光，前揭文，頁 140。

起訴前須嚴格踐行請求公司起訴並待三十日內公司不起訴後才可提起代表訴訟，惟有鑑於有些損害無法依民事訴訟法中保全程序的規定保全(例如：時效將屆滿的情形)，而且代表訴訟已設有提供擔保規定，足以減少濫行起訴的情形，因此我國法實應仿效日本法規定，放寬起訴條件限制，以免公司遭致難以回復之損害

	美國法	日本法	我國法
三、股東起訴的擔保	1、最早建立訴訟擔保制度的是一九四四年的紐約州，由伍德報告書(Wood Report)提出的觀點。亦即為避免股東濫訴，在代表訴訟制度中加入確保原告能賠償損害的設計，目前美國有十九州立法允許公司或代表訴訟的被告可以要求原告須提供擔保才能提起代表訴訟 <sup>71</sup> 。	1、代表訴訟的被告(並非公司)提出請求並釋明原告之惡意時，法院得依被告之請求命原告提供相當之擔保。 2、規定於日本商法第二六七條第五項、第六項規定 <sup>72</sup> 。	1、股東提起訴訟時，法院因被告之聲請，得命起訴之股東提供相當擔保。 2、規定於我國公司法第二一四條第二項後段規定。

### 【比較評析】

(1)擔保制度是極有爭議性的制度，理由如下：

- ①美國各州僅十九州採此制，又多數的州及美國模範商業公司法並未採納「擔保制度」。
- ②目前存在比擔保制度更好的方式可以防止濫訴，例如「訴訟委員會」來審查起訴方式，或是把責任轉嫁給代理的律師而要求起訴的律師賠償訴訟的損害，如此更可防止無端起訴的現象。

<sup>70</sup> 同前註，頁 144-145。

<sup>71</sup> Choper, Coffee & Morris, supra note 16, at 844. DeMott, supra note 24, chap 3-Page 1. 轉引自王惠光，前揭文，頁 147。

<sup>72</sup> 參閱王惠光，前揭文，頁 150。

- ③根據實際調查結果顯示，大部份的原告如果在面臨提供訴訟擔保時者會知難而退，不過大部份濫訴或者敲詐性訴訟卻未因為擔保制度而打退堂鼓，可見訴訟擔保制度所阻擾到的反而是有價值的訴訟而非敲詐型訴訟。
- ④在美國法中，原告有很多方式可以免除提供擔保的責任，最常使用的方法是「累積股份」或「訴訟參加」<sup>73</sup>。
- (2) 我國法中對擔保制度的規定非常簡略，學者及判決對此問題很少討論，本文以為我國應對擔保制度設下一些前提要件，例如：仿效日本法中「被告必須釋明原告之惡意，因原告之起訴將使被告受到損害時」或者其他要件，以免擔保制度及成為股東起訴的障礙。

	美國法	日本法	我國法
四、代表訴訟的賠償	1、原告股東和被告董事間： (1)原告勝訴時—某情形下，原告股東得自被告獲得比例賠償。 (2)原告敗訴時—原告亦須對被告負賠償責任。 2、原告股東和公司之間 (1)原告勝訴時—認為原告之行為有益於公司時即可獲得補償。 (2)原告敗訴時—明文規定要對公司賠償。 3、公司和被告董事之間 (1)原告勝訴時—由於原告為公司之利益起訴，因此被告敗訴時	1、原告股東和被告董事間 (1)原告勝訴時—原告無法直接被告獲得賠償。 (2)原告敗訴時—無明文規定，但通說認為原告須對被告賠償。 2、原告股東和公司之間 (1)原告勝訴時—明文規定原告可從公司獲得補償。 (2)原告敗訴時—以原告有惡意為限對公司須負賠償之責。 3、公司和被告董事之	1、可分為三種： (1)股東敗訴時—不問原因，只要公司因此而有損害股東應負賠償責任。 (2)原告敗訴時—如果訴訟所依據的事實顯屬虛構，對於被訴之董事要負賠償責任。 (3)股東勝訴時—訴訟依據的事實顯屬實在，則敗訴之董事對起訴之股東因此所受之損害負

<sup>73</sup> 同前註，頁 147-149。

	<p>其賠償自然是向公司賠償，此為三國法制共同。</p> <p>(2)被告敗訴時—此時被告得否向公司求償其在訴訟中的花費，各國法制均未明文。但如果認為此費用是董事執行委任事務中的必要花費，則可依其與公司間的其他委任關係或其他法律關係(例如：無因管理)向公司求取費用之補償。</p>	<p>間</p> <p>(1)原告勝訴時一同左述。</p> <p>(2)被告敗訴時一同左述。</p>	<p>賠償責任。</p> <p>2 規定於公司法第二一四條第二項後段、第二一五條第一項及第二項規定。</p> <p>3 公司和被告董事之間</p> <p>(1)原告勝訴時一同左述。</p> <p>(2)被告敗訴時一同左述。</p>
--	--	--	---

### 【比較評析】

(1)歸納我國公司法關於代表訴訟賠償之規定—原告股東和被告董事間就代表訴訟的勝敗互負賠償責任。而股東敗訴時對於公司須負賠償責任；但股東勝訴時，並無法自公司獲得任何費用的補償，這樣的規定和美、日法制均有不同。

(2)立法上亟應增訂公司應補償股東所支出之必要費用的規定。

(3)結語

①我國公司法除法定及章程事項外，其餘事項應在董事會中決定，故股東權已弱化至極小境界；又我國現行實務關於股東代表訴訟制度的運作，在統計數字上幾近為零的情況下<sup>74</sup>，為杜絕股東濫訴，而在現行公司法上設有嚴格限制的規定，本文認為實有可議之處！觀之股東權力與董事權力相比差距甚大，又實務顯少有股東運用此制保障公司及股東權益，乃因股東無法接

<sup>74</sup> 參閱林育竹，大專學生參與專題研究計畫成果報告—我國公司法上有關少數股東權可行性的評估，1998年3月21日，頁40-44。

收資訊，無從提起，故本文以為首要之舉應先確立個別股東之詢問權，使股東能了解公司之資訊，進而對董事提起制止請求權或代表訴訟。次而再思如何減低股東代表訴訟的起訴股東資格及起訴條件，避免使公司法第二一四條「股東代表訴訟制度」形同虛設！故如何在放寬股東代表訴訟之訴訟條件與股東資格(對小股東較有利)與限制股東代表訴訟之訴訟條件與股東資格(對小股東不利)，二方向中取得平衡的立法，乃保護少數股東權最重要之課題。我國現行實務董事權力過大，小股東權力相對受到很大的限制，故本文以為應放寬股東代表訴訟的訴訟條件與起訴股東資格。尤其是擔保金的比率，應委由專業法官認定之，而訴訟費用應改為定額，且擔保金不得過高，例如日本的代表訴訟費用，固定為 8,200 日圓<sup>75</sup>，此一立法值得我們效法。

我國公司法於民國九十年十一月十二日修正公布，將第二一四條「持股比例限制」由百分之五降為百分之三，雖係「起訴股東資格」放寬，但對於實務運作仍是實益不大，故本文以為宜刪除持股比例及持股期間之限制，仿照美國法之「同時擁有股份原則」，限制實際上因系爭不法行為而受不利影響的股東才可提起代表訴訟。

## ② 違法行為制止請求權

違法行為制止請求權與代位訴訟權性質相同，均在強化股東權利，藉以防範董事濫權。所不同者，違法行為制止請求權為事前防範措施，代位訴訟權則屬事後補救辦法，二者相輔相成，成為保護股東權利的重要機制<sup>76</sup>，而其能否發揮作用取決於

<sup>75</sup> 杜煜慧譯，日本的公司管控，證管雜誌，<http://www.tse.com.tw/plan/essay/463/Do.htm>。

<sup>76</sup> 柯菊，股份有限公司股東之違法行為制止權(二)，法令月刊第九卷，1974年9月，頁12。

有無口頭詢問權利。

公司法第一九四條規定：「董事會決議，為違反法令章程之行為時，繼續一年以上，持有股份之股東，得請求董事會停止其行為」。就該條規定與股東代位訴訟相較，行使違法行為制止請求權的股東，並無持股多寡的限制，縱然僅持有一股，只要持股期間超過一年，即得為之，此外，違法行為制止請求權，可直接向董事會為之，無須經由法院或其他機關<sup>77</sup>。

值得注意者，依現行公司實務，董事會僅為決策機關，真正擔任業務執行者，通常為董事長、副董事長、常務董事等執行董事。董事會未為決議以前，股東無法得知決議內容是否違反法令章程，自無法預先制止。董事會做成違法決議以後，尚未交由執行董事執行以前，始能請求董事會停止其決議的執行，一旦董事會將決議交由執行董事執行，則違法行為制止請求權的對象，應為執行董事，如此方能達成制止的目的<sup>78</sup>。

### ③ 訴請裁判解任董事權

按董事執行業務，若有重大損害公司的行為，或其違反法令章程的重大事項，已構成股東會決議解任的重大理由，股東會得隨時加以解任。然而，為恐股東會為大股東所把持，公司法於是特別規定，當股東會未為決議將違法董事解任時，持有已發行股份總數百分之三以上的股東，得於股東會後三十日內，訴請法院裁判解任之(公司法第二 條<sup>79</sup>)。值得注意者，股東訴請法院裁判解任董事，以解任董事的議案已提出於股東會，而股東會未決議解任董事為其前提，如果解任董事的議案

<sup>77</sup> 施智謀，前揭書，頁 171。

<sup>78</sup> 柯芳枝，前揭書，頁 343。

<sup>79</sup> 賴源河，實用商事法精義，五南出版社，1998年8月3版，頁 143。

未提出於股東會，則股東不得逕行提起該訴訟<sup>80</sup>。

本條規定股東訴請解任董事之條件。由於第一九九條已將董事之解任，由股東的普通決議改為特別決議，新法相對在訴請解任之「少數股東權」由原來之「繼續一年以上」持有已發行股份總數百分之三以上之股東提出之條件，刪去「繼續一年以上」之文字，以略微紓解其困難度。日本商法第二百五十七條第三項則規定「繼續六個月以上」。美國模範公司法第 8.09 條規定百分之十股東或公司於董事詐欺、不誠信、濫權，或認為解任符合公司最佳利益時，得訴請法院予以解任。法院並得規定被解任之董事在一定期間內不得再當選(否則如有足夠之選票即可重新當選)。股票亦可以代公司提出代表訴訟要求將董事解任(在股東持股不足百分之十時)。美國之規定更見彈性及切實，可供將來修法時之參考<sup>81</sup>。

### (三)檢查人

檢查人係以調查公司的設立程序或公司業務、財務狀況為主要目的，而設置的法定、任意、臨時監督機關。股份有限公司既以監察人為法定、必備、常設監督機關，何以又有檢查人的設置？檢查人設置的主要目的，是恐董事與監察人相處日內，礙於情面，甚至與董事朋比為奸，不克善盡監督責任，所以在特定的情形下，由公司、主管機關、法院，選派具有專業知識且與董事監察人無關的局外人，進行調查明瞭事實真相，藉以彌補監察人監督的不足<sup>82</sup>。

檢查人的權限，原則上，以調查公司會計是否正確、發起人、

<sup>80</sup> 施智謀，前揭書，頁 163。

<sup>81</sup> 賴源河等著，前揭書，頁 272。

<sup>82</sup> 柯芳枝，前揭書，頁 380-381。

董事或清算人執行職務是否適法為限，亦即，檢查人僅止於適法性的監督，而不及於業務執行是否適當，因此與監察人的監督權有所不同。再者，檢查人的目的，僅在調查事實的真相，並將調查結果，報告其選任機關，藉以促使其選任機關採取必要措施，檢查人本身並無積極的糾正力量，所以其具體權限與監察人亦有所不同<sup>83</sup>。

#### (四)監察人監督

監察人係股份有限公司之法定、必備、常設之監督機關，職司公司業務執行之監督與公司會計之審核(公二一八、二一九)。按公司法第五章股份有限公司專設第五節監察人，由此足見監察人乃股份有限公司之法定必備之機關。又監察人得隨時調查公司業務及財務狀況，查核簿冊文件(本法第二一八條第一項)，對於董事會編造提出於股東會之各種會計表冊，應核對簿據，調查實況(本法第二一九條)，可知監察人為常設機關，而以監督公司之業務執行及審核公司會計為其主要權限<sup>84</sup>。

在企業自治之原則下，股份有限公司業務執行之監督，原則上委諸公司內部自行監督。按股東會係由全體股東所組成，職是，由其職司監督業務執行機關—董事會—之活動，實最符合民主主義之要求。是故，公司法遂將其置於最高機關之地位，賦予董事任免權、會計表冊查核權、會計表冊承認權、董事責任解除權及追究權，藉收監督之實效。然股東會究非經常活動之機關，無法時時監督董事會之行動，於是有另置一常設機關，就公司之業務及財務狀況隨時加以監督，用以補股東會監督不足之必要，此乃

<sup>83</sup> 王泰銓，公司法新論，三民書局，1998年10月，頁345-346。

<sup>84</sup> 柯芳枝著，前揭書，頁363。

監察人制之所由設也，從而監察人在公司自治監督上遂居重要之一環<sup>85</sup>。

#### (五)董事的自我監督

董事的產生乃由股東的選任，也因此董事不盡然為同一集團(或同一陣線)，故在公司政策決定上，定會有不同意見產生，惟依公司法一九三條第二項但書規定，對於違反法令章程及股東會決議之董事會決議，在決議中經表示異議的董事，有記錄或書面聲明可證者，免其對公司的賠償責任。

但此一規定僅為消極的規定，無法達到完全制衡的效果，而董事之間的制衡監督，乃是公司內部監督中極具效果的方法，蓋其對公司業務的決定與執行上，最為了解之故，因此在立法例上值得注意的，即是外部董事制度，簡而言之，外部董事乃就董事的構成員中，藉由任務的分工，來達成積極監督制衡的效果，而最典型的即是美國法制。

本論文除了就監察人制度為主要的探討課題外，外部董事制度的內容，以及我國有無必要引進該制度，皆是探討我國內部常設監督機制重要的範圍，就此一部份，擬於下一章中詳述之。

---

<sup>85</sup> 同前註，頁 364。

## 第四章 我國公司內部常設監督機關之問題(九十年修法前)

### 第一節 問題的提出(弊案的介紹)

關於公司之監督機制學者及實務向來指陳監察人之獨立性不足，其中監察人的當選與否須靠董事及大股東之支持，或董事與監察人之關係密切，故影響了監察人之獨立性，及監督效果。亦有論者指出監察人權限不足，如無法列席董事會及對監察人保障不周，而且法人股東同時當選董監事，以至監督制衡能力不足等，所以無法有效監督公司之營運，以下兩案即為典型之實例。

#### 一、廣三案

##### (一)概說

曾正仁為廣三集團之負責人，旗下掌控十餘家公司其中順大裕及台中商銀為股票上市公司，而順大裕公司係於八十三年間以收購委託書之方式，即法律控制式取得經營權，台中商銀亦係利用相同方式於八十七年間取得經營權。其中曾正仁以此銀行為其集團之金庫，利用旗下被控制公司向台中商銀借貸，取得資金供其集團炒作股票，以下僅就台中商銀之組織及借貸之情形，所引發之董事及監察人之問題，簡單說明說明如下：

##### (二)台中商銀之組織

#### 1、董事

- (1)依其章程規定設置董事十七人(章程二十五條)<sup>1</sup>
- (2)董事會置常務董事五人，常務董事於董事會休會時，依法令章程，股東會決議及董事會決議，以集會方式經常執行銀行業務，由董事長隨時召集，以半數以上常務董事之出席及出席過半數之決議行之(章程二十六條)<sup>2</sup>。

## 2、監察人

- (1)有關監察人之規定，應設置三人，並互選一人為常務監察人(章程三十三條)<sup>3</sup>
- (2)其公司章程並規定監察人得列席董事會，常務監察人得列席常務董事會(章程三十五條)<sup>4</sup>。

### (三)台中商銀放款經過<sup>5</sup>

八十四年時，曾正仁為取得台中區中小企業銀行之經營權，需要掌握多數之董、監事席位<sup>6</sup>，於三月間，利用人頭所開設給廣三建設公司使用之人頭股票帳戶，由曾正仁提供資金，以上開人頭之名義，每人至少購進台中區中小企業銀行之股票六十萬股以上，並繼續持有至八十四年十月台中區中小企業銀行召開股東會時，以符合「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」第四條第一項委託書之徵求人繼續持有股票六個月及持有該公司已發行股份六十萬股以上之規定。其後曾正仁即利用上開人頭名義四處

---

<sup>1</sup> 參台中區中小企業銀行八十五年公開說明書，頁 227。

<sup>2</sup> 同前註，頁 229。

<sup>3</sup> 同前註，頁 229。

<sup>4</sup> 同前註，頁 229。

<sup>5</sup> 參閱台灣台中地方法院刑事判決書，八十八年度訴字第三六七號。

<sup>6</sup> 惟因當時財政部證券管理委員會所訂定之「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」第十七條第一項規定：徵求委託書之受託代理人，其代理之股數，不得超過已發行股份總數之百分之三，曾正仁為逃避上開受託代理股數比率之上限規定利用人頭開設帳戶，以達分散持股之效果規避此一規定。

收購委託書，於八十四年十月十二日在台中區中小企業銀行總行所召開之股東會改選董、監事時，代表曾正仁之曾氏國際投資股份有限公司因而獲得全部董事十七席中之過半數九席，監事三席則全數囊括，而取得台中區中小企業銀行之經營權。曾正仁取得經營權後，自八十四年十月二十一日起擔任台中區中小企業銀行之副董事長，並由劉松藩繼續擔任董事長。曾正仁另於八十五年三月間，由廣三建設公司持有上市之大裕股份有限公司股票，利用借殼上市而取得經營權，並將該公司改名為順大裕股份有限公司（下稱順大裕公司）。迨至八十六年間，成立廣三企業集團（下稱廣三集團），由曾正仁為該集團之總裁，負責集團之運作，乃實際負責人。八十七年十月間，曾正仁更利用其廣三集團所掌握台中區中小企業銀行之股票<sup>7</sup>，於同年月十二日在台中商業銀行總行召開之臨時股東會，將非隸屬其派系者，幾皆全部排除於經營層外，在九席董事中，除楊天錫（中企原創元老第二代）外，餘為曾正仁、顏秀吉（廣三建設公司法人代表）、陳福水（裕全投資股份有限公司法人代表）、葉健人（曾氏國際投資股份有限公司法人代表）、蔡來儀（廣仁國際股份有限公司法人代表）、林耀南（千友營造有限公司法人代表）、張輝雄（裕華投資股份有限公司法人代表）、洪德生（裕欣投資股份有限公司法人代表）、監察人賴惠伶（曾氏國際投資股份有限公司法人代表）、顏志達（廣三建設公司法人代表）、王天送（廣鑫投資股份有限公司法人代表）等人，曾正仁並擔任董事長。參考如下法人代表及關係人一覽表：

---

<sup>7</sup> 該行於八十七年十二月間更名為台中商業銀行股份有限公司，下稱台中商業銀行



台中商銀於八十七年十月間改選董監事，曾正仁獲推擔任該行之董事長，在十七席董事中掌握九席董事之控制權及三席監察人，中企儼然成為曾正仁所屬資金調度金庫。由於股市狀況不佳外資大量釋出手中持股，順大裕股票於八十七年十一月間起外資賣超約在四千張左右，致曾正仁為護盤，(按曾某持有順大裕股票近九成，均於金融行庫質押借款)，除動用自有資金外，仍無法制止賣壓。乃思以下列公司向中企貸款。1、知慶投資有限公司，2、康禾國際投資股份有限公司，3、裕聯投資股份有限公司，4、元裕流通股份有限公司，5、中太建設股份有限公司，6、新正建設事業股份有限公司。曾正仁亦明知上開六家公司不可能向銀行貸得十五億元、十四點五億元、十五億元、十億元、十億元、十億元等款項，竟利用其為中企董事長之身分，要中企台北分行之經理吳平治承作該六家公司之貸款案，供曾正仁所屬廣三集團使用，對中企股東造成損害。

其中，於八十七年十一月初覓得由吳林玉雲擔任負責人之知慶投資有限公司(下稱知慶公司)，充當人頭。曾正仁、張小華、黃芳薇、劉松藩及吳林玉雲均明知知慶公司之資本額僅二千萬元，該公司八十六年之度營業額為至八十六年十二月三十一日止之淨值為一千八百二十萬二千元，在其他金融機構尚有四千九百四十萬元之貸款債務，並無可向任何金融機構貸得十億元無擔保信用放款之條件，但事經協議後，吳林玉雲與其等形成共同之犯意聯絡，願以知慶公司之名義向台中商銀申請：十億元之信用貸款，吳林玉雲再與吳林聰、黃桂真(吳林聰、黃桂真未經起訴)基於共同之犯意聯絡，擔任該十億元信用貸款之連帶保證人，另以廣三集團提供之順大裕股票質押借款五億元，共計十五億元，

供廣三集團使用。

惟知慶案部分，林勇等放審委員並未依台融案之方式處理，而曾正仁為使知慶公司之授信案迅速通過，則二度至放審會場要求停止討論，稱此授信金額屬於常董會之職權<sup>8</sup>，放審會之結論並不重要，令林勇、陳福水、曾品源、楊義盛即刻轉往列席常董會。林勇、楊義盛因此離席至曾正仁之辦公室商議，曾正仁稱：「這個案子是屬於常董會之權限，劉院長《指立法院長劉松藩》已經在辦公室等很久了」，並指示楊義盛依照台北分行之意見向常董會報告即可，且同意林勇之提議，待知慶公司補齊資料後，允許審查部及放審會修正意見及結論。詎林勇、楊義盛返回放審會告知其他委員協商之結果後，與曾品源、陳福水、魏勝雄、游輝照等人均明知曾正仁此舉意在圖得自己不法之利益，卻與之形成共同之概括犯意聯絡，違背其等身兼放審會委員之職務在於「為加強授信案件之審查與管理，確保台中商業銀行債權之安全」，未本於專業之判斷，如同台融案一般持反對意見，拒絕知慶公司之授信案，

---

<sup>8</sup> 若授信戶之申貸資料或財務不健全，償還貸款來源不明，分行經理即可拒貸，無須考慮是否在其授權額度範圍內。此外，經分行放款審查委員會覆審通過後，即予借戶核貸通知，通知辦理簽約對保，設定物權擔保確定後，方可撥付貸款。倘非分行經理之授權額度內，則須將該件授信申請案送交總行審查，先由總行審查部審查科辦理，由審查部中之徵信科再進行一次徵信，審查科綜合徵信意見後，再送放審會審查。案經放審會討議後，由審查部製作「簽辦單」詳列放審會之決議內容，呈報審查部之協理、經理、副總經理審核及總經理批示。至該行總經理權限為：有抵押品：法人為八千萬元，自然人為六千萬元，無抵押品：法人為三千萬元，自然人為二千萬元，若授信金額在總經理之權限範圍內，即由總經理作成准駁之決定，倘逾其權限，即須再呈常董會以多數決決議是否貸放，若常董會准予核貸，則總行審查部再根據常董會之決議製作貸放批覆書，由分行營業單位依據授信有關規定及總行批覆書批註之條件撥貸。撥貸前，放款業務經辦人員須取得借款人簽立之借款契約書或本票，與借款人、保證人完成對保，須提供擔保者，應就擔保品一併辦妥抵押權或質權之設定登記，借款人並須開設該行存款帳戶等手續完備後，始能貸放撥款。

反而曲意配合曾正仁之要求，使當日放審會議不了了之，既未作成任何結論，亦無任何委員簽名，林勇、陳福水、曾品源及楊義盛等人即轉往列席常董會，放審會形同虛設<sup>9</sup>，失去防止負責人濫權、專擅之機能，嚴重違反審查程序，造成台中商銀財物受損。知慶公司之授信案經放審會審議後，原應由審查部製作「簽辦單」，詳列放審會之決議內容，呈報審查部之協理、經理、副總經理審核及總經理批示。因曾正仁催促之結果，審查部並未於當天製作知慶案之簽辦單由總經理張輝雄批示，該案即從放審會尚在審議中之情形下，直接被提至常董會決議。

八十七年十一月十三日之常務董事會僅曾正仁及常務董事即副董事長葉健人參加，曾正仁戲稱另常務董事洪德生委託其出席，其得為代表洪德生本人。但另一名常務董事洪德生當天並無與會，亦無委託曾正仁或葉健人代理出席常務董事會。而知慶公司申請貸款案係排在第十六案審查，於當日下午近五時許，方開

---

<sup>9</sup> 依台中商業銀行編印之「授信業務處理手冊」、「徵信業務處理手冊」及「放款審議委員會辦法」之規定，該行之分行營業單位受理授信案件之程序，以公司法人名義提出申請者，須檢附下列資料：公司執照、公司章程、負責人資格證明、公司印鑑證明、股東名冊、董監事名冊、公司會議記錄、最近三年之資產負債表、損益表、財產目錄、簡易資料表或資料表等。分行收件後先經分行之放款審查委員會初審通過後，再交由徵信人員就借保人作實地勘查，進行：徵信調查、擔保物鑑估、最後由分行放款審查委員覆審是否同意授信。其中徵信調查部分，負責徵信之行員須與客戶聯繫，前往實地考察，並將考察所得，及上開借戶所提出之資料，按照「台中區中小企銀實地勘察表」內所登載之項目，逐一實地瞭解，書寫勘察意見呈主管核示，並製作申貸人之「資產調查表」，調查申貸人及保證人銀行借貸情形、不動產登記情形及償債能力等事項作徵信，另從聯合徵信中心查詢申貸人及保證人有無退票、借貸等資料，前述徵信工作完作後，製作乙份正式之公司法人或個人實勘表，就申貸人之「客戶、保證人個人投資情形」、「經營者能力」、「產銷能力」、「產銷管制」、「經營管理」、「財務分析、資金運用」等項目逐欄填寫完畢，呈主管核示。

始審議，出席者除曾正仁及葉健人<sup>10</sup>外，另有監察人顏志達（未經起訴）總經理張輝雄、副總經理林勇、陳福水、曾品源及審查部經理楊義盛列席，其等即基於意圖為自己不法利益之概括犯意聯絡，在會議過程中，列席之顏志達、張輝雄、林勇、陳福水、曾品源、楊義盛等人並未發言反對知慶公司之貸款案，均積極附和通過此案，協助曾正仁擬定常董會通過知慶公司授信案之決議內容；張輝雄明知此案有如前述諸多缺失，為配合曾正仁套取資金之計劃，還發言表示此案手續均依該行之規定辦理，應無疑義等語。知慶案尚未開始討論程序前，曾正仁即命張輝雄先行以電話通知吳平治稱知慶公司十五億元之授信案，常董會已經通過貸放，令吳平治趕緊匯出款項，批覆書後補；曾正仁並緊接在張輝雄之後接過電話，再向吳平治強調常董會已經通過，趕快匯出款項。

吳平治聞言隨即指示張德雄製作簽辦條，張德雄即簽擬此案尚未對保完畢、批覆書復無法於當日寄達台北分行等意見，呈吳平治批示可否先行辦理貸放，經吳平治批示准予辦理後，交給林森彬辦理匯撥<sup>11</sup>。其於公司貸款都以同樣手法完成。共取得七十四點五億元<sup>12</sup>。

---

<sup>10</sup> 葉健人於四十七年間即進入彰化商業銀行任職，歷任過經理、總行國外營業部經理、國外管理部經理、審查部經理，八十三年二月間升任副總經理，至八十四年十月退休後，轉往曾正仁時任副董事長之台中區中小企銀擔任總經理，有四十年之銀行資歷，對於授信、徵信業務極為熟稔。八十七年十月十二日，台中區中小企銀召開臨時股東會，因曾正仁由原任副董事長被推選為董事長，葉健人遂以廣三旗下之法人曾氏國際投資股份有限公司代表升任副董事長，深受曾正仁之提拔，二人關係密切。

<sup>11</sup> 而林森彬明知依一般貸放程序，須收到總行之批覆書後，才可由分行營業單位依據授信有關規定及總行批覆書批註之條件撥貸，撥貸前，須提供擔保者，並應就擔保品一併辦妥抵押權或質權之設定登記後，始能貸放撥款。

<sup>12</sup> 知慶投資有限公司 15 億元，康禾國際投資股份有限公司 14.5 億元，裕聯投資股份

#### (四)事實觀察重點

- 1、董事之構成員十七人中，曾正仁可掌握九人，已超過半數。
- 2、監察人三人，全數由廣三集團掌控。
- 3、監察人亦依公司章程列席常務董事會。

#### (五)廣三案所產生的問題

##### 1、董事會受廣三集團控制

台中企業中的十七席董事，有八席靠曾正仁旗下集團企業支持而當選，另一席與曾正仁私交甚好，故董事會有半數遭到曾正仁控制，且於常務董事會中的五席常董，曾取其中三席超過常務董事之半數，取得控制權。

##### 2、監察人獨立性完全喪失

台中企業中之三位監察人全數，由廣三集團法人之代表當選，此三位監察人皆仰賴廣三集團大股東，以及董事之支持，即喪失獨立性無法發揮監督功能。

##### 3、監察人制度之不合理設計

台中企銀中有十七位董事、三位監察人，分別選舉每一位監察人，其所需之當選票數，幾乎為董事當票數之六倍，董事會權力如此之大，而監察人職司監督董事會的業務執行，卻需靠董事及大股東之支持，如何能產生獨立性、有效監督董事，為此制度設計不合理，造成監察人喪失獨立性之原因。又，監察人數不足，亦為此制度設計之缺失。

##### 4、監察人得列席董事會及常務董事會流於形式，台中企銀章程規定

---

有限公司 15 億元，元裕流通股份有限公司 10 億元，中太建設股份有限公司 10 億元，  
新正建設事業股份有限公司 10 億元。

監察人得到列席董事會及常務董事會，此一規定，較九十年十二月公司法修正早了幾年，為何無法有效制止董事會之違法行為，其原因為：

- ①監察人受董事之控制，喪失獨立性。
- ②監察人專業不足。

基於以上兩點，有關監察人得列席董事會之陳述意見，此為擴大監察人之權限，但其必須建立在監察人具有獨立性，始有效果。

## 5、董事間制衡不足

於有限公司中，不執業股東得享有監督權；而於股份有限公司，不執業之董事，一樣得在董事會中制衡經營股東。為何在本案中無法發揮效果，其原因在於董事會於休會時，由常務董事會依法令、章程為經常性執行職務，而常務董事會僅五人，亦未對代理出席之表決權設限，故造成少數違法控制，產生弊案。

## 二、國揚案

### (一)概說

侯西峰為漢揚集團企業經營者，本應致力於公司本業之經營，而其原始取得三功投資公司、漢聯建設公司、漢華投資公司、承揚投資公司等四家公司之股票，每股成本均在新台幣十元以下，惟思藉由其所控制之十七家關係企業<sup>13</sup>與母公司(國揚建設公

<sup>13</sup> 被告侯西峰為實際負責人之十七家公司：

- |              |                 |
|--------------|-----------------|
| 1、三功投資股份有限公司 | 10、漢麒企業股份有限公司   |
| 2、漢華投資股份有限公司 | 11、創陽興業股份有限公司   |
| 3、承陽投資股份有限公司 | 12、佑承投資股份有限公司   |
| 4、漢聯建設股份有限公司 | 13、漢國實業股份有限公司   |
| 5、維達投資股份有限公司 | 14、漢興企管顧問股份有限公司 |
| 6、承鴻投資股份有限公司 | 15、漢宏開發股份有限公司   |
| 7、漢臺興業股份有限公司 | 16、漢陽建設股份有限公司   |
| 8、漢祥實業股份有限公司 | 17、新繼元建設股份有限公司  |
| 9、東麒企業股份有限公司 |                 |

司，以下簡稱「國揚<sup>14</sup>」)互為交叉持股，使各公司之資本額暴增，獲取暴利。而八十六年十月間，因亞洲金融風暴發生，台灣股市亦受波及，侯西峰為避免受風暴影響，導致其所控各公司因股價下滑而資產大幅萎縮，竟意圖套取「國揚」資金藉以維持其集團聲勢，並貪圖股市之暴利，竟自民國八十六年十月二十日起至八十七年十一月七日止，與陳秀珍基於共同犯意聯絡，並基於意圖為自己不法所有之概括犯意，由侯西峰指示陳秀珍，利用職務上之機會，藉套取「國揚」資金之方式取得資金高達新台幣二百八十七億九千二百二十四萬七千七百六十六元<sup>15</sup>。其套取資金的方式乃就其炒作所取得的股票進而為質押並取得資金，並陸續再為買進股票或其他交易，或因股市不振，遂侵占公司資產而轉入個人帳戶或再投入股市等，其主要行為包括侵占等罪責，而該侵占方法包括下列幾種：1、以公司財務及資金之調度為名，藉由偽造之資料調撥單，於缺乏實際憑證情形而為挪用公司資金。2、用公司資金購買可轉讓之無記名定存單，而將購得之定存單為質押交易。3、將轉投資之公司股票為侵占而向大信證券及民間金主質借。藉由上述方法，侯西峰等人先後侵占公司資金達新台幣二百八十七億九千二百二十四萬七千七百六十六元。就前述行為，檢察官主要乃以業務侵占罪、財務報表不實等罪為追訴，然其是否有違約交割、操縱市場之虛偽交易、連續交易、內線交易及有價證券不實之詐欺行為等，均未為論斷，似有爭議<sup>16</sup>。

在判決書內容中，「國揚」董事吳文燦等人明知侯西峰、陳秀

---

<sup>14</sup> 鄭萍銓、吳文燦、李勇君、涂燦泉於八十七年九月至十一月間，均為國揚公司之董事。侯西泉任監察人。

<sup>15</sup> 參閱台灣台北地方法院八十八年度訴字第一六四號判決書。

<sup>16</sup> 陳春山，企業管控與投資人保護 金融改革之路，元照出版公司，頁 5-6。

珍侵占公司資金，對於被告侯西峰身為利害關係人未依公司法規定迴避表決、又未見該次買賣股票評估之依據下，竟在陳秀珍交付擬好之董事會記錄上，用印表示同意；而侯西峰任「國揚」董事長，竟授權陳秀珍代表而與國揚公司間簽訂預定買賣契約書等行為，於此系爭重點在於董事<sup>17</sup>之責任義務。

而在此案發生後，國揚建設的監察人原為三功投資的法人代表侯西泉，也是老闆侯西峰之兄，在侯西峰因挪公司資金之嫌被收押後，國揚召開董事會，隨即通過由侯西泉代表三功投資出任國揚董事，並接任侯西峰掌理董事長大舵；出缺的監察人仍由三功投資改派詹世綸接任。雖然表面上整個推選的過程均符合相關法令，但侯西泉在國揚建設被掏空時，明顯即未負起應盡的監督之責，隨後卻輕鬆的坐上董事長的位子。而國揚經營團隊在積極改造之際，卻未藉此去除法人股東同時擔任董事與監事造成業務執行及監督上出現利害衝突之矛盾，如此又怎能寄望投資人相信公司有起死回生的可能！至於受到國揚事件牽連的廣宇，其監察人漢台興業因持股不足而當然解任。廣宇於一九九九年四月十二日召開股東臨時會改選董監事，並計劃引進鴻海，希望能就此擺脫國揚夢魘。然而在新團隊尚未成形前，原公司派卻已計劃將董事席次由九席縮減為五席，以掌控公司。此一作法，雖是地雷公司或受波及的上市(櫃)公司為重新尋求投資人的認同而進行改選董監事，惟實務上常見僅檯面上的舊人事被換掉，而幕後仍是同一隻手在操控，投資人往往是重複受害的一群人<sup>18</sup>。上述種種病症，癥結就在法令設計的不完善，以及法

<sup>17</sup> 林惠卿，借殼上市法律問題之研究，東吳大學法律研究所碩士論文，民國九十年七月，頁 40。

<sup>18</sup> 參閱楊淑慧，金融怪病大診斷—侯西泉居然高升董事長，財訊，一九九九年四月號，頁 170。

治精神的不夠落實。

(二)觀察重點

- 1、董事長侯西峰與各董事之關係
- 2、董事長侯西峰與監察人之關係

(三)國揚案所產生之問題

- 1、董事間制衡不足

依國揚公司之董事變遷表所列，董事會之控制權，屬於漢揚集團所掌握，故董事間制衡不足。

- 2、董事與監察人有親屬關係

侯西泉為監察人，其為董事長侯西峰之兄，因董事與監察人之關係，故喪失獨立性，無法有效監督董事會，故發生弊案。

- 3、集團間交叉持股有損小股東權益

國揚的監察人，原為三功投資的法人代表侯西泉，也是董事長侯西峰之兄。在侯西峰，因挪用公司資金之嫌被收押後，國揚召開董事會，隨即通過由侯西泉代表三功投資出任國揚董事，並接替侯西峰為董事長。由此現象看出國揚公司因為法人代表之董事長違法，而另派同一集團中監察人(為原董事長之兄)出任董事，並任董事長，利用集團企業及家族事業控制，此皆因監察人無法獨立行使職權，再加上集團交叉持股永遠控制公司，無法更換經營者，使得小股東權益受到損害。

問題公司監察人動態一覽表<sup>19</sup>

名稱	監察人				被起訴者	備註
	出事前	與董事關係	出事後	與董事關係		
東隆五金	鑫知科技：葉振釧、 范芳彰	關係人 (同一法人股東)	范芳彰	關係人	—	暫停交易
駿達建設	駿業建設開發：郭金 生 鑫智科技：周志忠 鑫智科技：林世恆	關係人(同一法人 股東)	(同)	(同)	—	下市
聯成食 中精機	陳玲秋	—	—	—	—	暫停交易
	黃明山	關係人	黃明山	關係人	關係人	暫停交易
台芳	同新投資：葉振釧、 賴鳳鸞	關係人(同一法人 股東)	同新投資： 林俊良	關係人 (同一法人股 東)	—	暫停交易預計 4/26 日召開臨時 股東會改選董監
普大	財經投資(何尚志)謝 平上	關係人(同一法人 股東)	(同)	(同)	—	暫停交易，證期會 對增資股款流向 核有異常
新泰伸 銅	千賀投資：朱玉珠 千賀投資：周文盛	關係人	(法院指派)	—	—	下市重整
名佳利	山仁工業：蘇嘉明 山仁工業：李金倉	關係人(同一法人 股東)	(同)	(同)	—	暫停交易，證期會 對增資股款流向 核有異常
國揚	三功投資：侯西泉	關係人(同一法人 股東)	三功投資： 詹世倫	關係人(同一 法人股東)	—	暫停交易
宏福建	台力勞造：謝家進	關係人	(同)	(同)	—	暫停交易
國產車	佳禾國際：李慧彬 佳禾國際：林淑惠	關係人(同一法人 股東)	佳禾國際： 李慧彬 佳禾國際： 沈慧雅	關係人(同一 法人股東)	—	暫停交易
仁翔	陳美月、柯珠美	—	(同)	(同)	—	暫停交易 4/23 日 改選董監
順大裕	裕全投資：黃德峰	關係人(同一法人 股東)	(同)	(同)	—	全額交割
中商銀	曾氏國際：黃正義 曾氏國際：顏秀吉、 王天送	關係人(同一法人 股東)	曾氏國際： 賴惠伶 廣三建設： 顏志達 廣鑫國際投 資：王天送	關係人(同一 法人股東)	賴惠冷、王 天送	—
金緯	胡宏敏	—	(同)	(同)	—	全額交割交易所 查有疑點
大鋼	士嘉投資：劉永祥	關係人(同一法人 股東)	(同)	(同)	—	全額交割交易所 查有疑點

<sup>19</sup> 引自楊淑慧，前揭文，頁 171。

國揚案董監事變遷表

	83.4-86.4	86.4-87.6	87.11-88.5	88.5-88.7
董事長	侯西峰	侯西峰	宋銘鏞	廖偉志
總經理	侯西峰	侯西峰	吳文燦	劉貞德
董事	鄭萍銓 謝林曼麗	鄭萍銓 吳文燦 李永君 徐燦泉	吳文燦 鄭萍銓 徐燦泉	陳河東 陳敏賢 廖三郎

## 第二節 我國公司法修法前關於董監事相關規定

公司法規定股份有限公司設置董事及監察人的目的，在於發揮最佳的經營效能。公司成立後，必須聘請經理人負責日常營運活動。經營目標及策略的擬訂授權經理人負責，由董事會核可，這就是一種監督。董事會要求經理人定期將經營績效提出報告，也是一種監督。

公司監察人的設置目的在於制衡，雖然也是一種監督功能，但主要作用在於代表股東監督董事會執行職務時是否有不忠、不法或不當之行為，以免公司遭受損害。

本節即就我國公司法修法前，關於董事與監事之相關規定做一概要介紹：

### 一、董事

#### (一) 董事之意義

董事者乃董事會之組成分子而為股份有限公司所必設之執行機關也。析述之可得下列三點：

1、董事會在舊公司法上為得設之機關，在現行公司法因採取授權資

本制，必須加強董事會之職權，乃規定董事會為必設之機關，而以董事為其組成分子，故董事為董事會之基礎。

## 2、董事者股份有限公司之必設機關

3、現行法既規定董事會為業務執行機關，則各董事本身，似不能單獨執行業務，因而已非執行機關。其實不然，本法上規定單以董事名義執行業務之時，仍不在少數，如公司設立之聲請、股票之發行均仍以董事名義為之即是(本法第四一八條、第一六二條第一項)，故董事仍不失為公司之執行機關。

(二)董事之選任，須依下列各項為之：

### 1、程序

(1)董事由股東會選任之(本法第一九二條)。但公司成立前，初選董事時，在發起設立者由發起人選任(本法第一三一條)；在募股設立者，則由創立會選任(本法第一四六條)。可知董事原則上係由股東會選任。

(2)本法第一九八條第一項規定：「股東會選任董事時，每股份有與應選出董事人數相同之選舉權，得集中選舉一人或分配選舉數人，由所得選票代表選舉多者當選為董事。」是為累積投票法乃現行法採用之方法，其作用在乎使少數派股東亦有當選之機會，以示公允。

(3)依第一九八條第二項規定：「第一七八條之規定，對於前項選舉權不適用。」即股東自身雖在競選董事，得參加投票，且不妨票選自己。

### 2、董事選任其他事項

(1)人數 至少三人(本法第一九二條)，至多則無限制，視公司之實際需要，以章程定之。

- (2)資格 董事須為股東，其資格在積極方面依本法第一九二條規定，須有行為能力之股東中選任之。在消極方面，依本法第一九二條第四項準用本法第三十條之規定，即公司經理人資格限制之規定，除該條第六款關於限制行為能力之問題，於此已另有規定如上述外，餘五款均準用於董事。此外本法第二二二條規定：「監察人不得兼任公司董事。」則董事自亦不得兼任監察人。
- (3)任期 任期不得逾三年，但連選得連任(本法第一九五條第一項)。
- (4)補選 董事缺額達三分之一時，應即召集股東臨時會補選之。
- (5)董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定。

### 3、董事個人與公司之關係

董事為公司之機關，但充任董事之個人，卻與公司為兩種個別獨立之人格，然則二者之關係如何？依本法第一九二條第三項規定：「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」但董事因報酬之關係，故屬於一有償的委任，因而其執行職務，應以善良管理人之注意為之(民法第五三五條後段)。

#### (三)董事執行業務應注意事項

董事執行業務時，應對公司及股東善盡信託責任(Fiduciary duty)，否則即構成民法上所稱的背信罪。所稱信託責任，主要包括：

- 1、依法令、章程及股東會之決議，執行職務。不得有重大損害公司之行為(例如利用關係人交易輸送利益或不法掏空資產)，或違反法令章程之重大事項(例如擅自為他人背書保證或發現不實財務報告)。
- 2、執行董事職務時，應忠於公司及股東，避免利害衝突。不得假公濟私，也不得圖利他人。例如董事不得為自己或他人為屬於公司

營業範圍內之行為，除非已對股東明表並取得許可(公司法第二九條)。此即所謂競業行為之禁止。又如，銀行董事長因個人生意往來關係或親友關係，變更銀行放款審議委員會之決議，擅自不當核定放款給某一特定對象，致放款發生呆帳，此即所謂不當圖利他人的一種背信行為。

- 3、執行董事職務時，應盡善良管理人的注意。例如，於核可公司重大財產之處分、企業購併或重大投資，董事均應基於充分之資訊，經過審慎複核後作成。又如公司管理階層未建立有效的內部控制制度，致發生重大舞弊時，董事會也難辭疏予注意之責。

## 二、監察人

### (一)監察人之意義

監察人係股份有限公司必設之監察機關。

- 1、監察人乃股份有限公司所必備而常設之機關，此點與董事同，與檢查人之為任意的臨時機關者，有所不同。
- 2、監察人者股份有限公司之監察機關，所謂監察，不僅對於會計上之審核，對於董事之執行業務是否得當，亦有監察之權。有時且得為公司之代表，不過此種情形，究屬例外，並非監察權之本質上應有之現象。

### (二)、監察人之選任

- 1、程序 公司之監察人由股東會選任之(本法第二一六條)。監察人之選任方法準用第一九八條關於董事選任方法之規定(本法第二二七條)，即採取累積投票制。關於監察人之選任，於公司成立時，初次選任，其在發起設立者，由發起人選任之(本法第一三一條)，其在募集設立者，由創立會選任之(本法第一四四條)，在公司成立後，則由股東會選任之(本法第一九二條第一項)，監

察人應就有行為能力人選任之，此不限於股東，即得選任非股東任監察人(本法第二一六條)。選任之方法，依本法二百十七條之規定，準用同法第一百九十八條之規定，採用累積選舉投票法，亦即股東會選任監察人時，每一股份有與應選出監察人人數相同之選舉權，得集中選舉一人，或分配選舉，或分配選舉數人，由所得選票代表選舉權較多者，當選為監察人或得依公司章程另定選舉方式。第一百七十八條規定，對於前項選舉權，不適用之。關於此問題有必要深入探究：

(1) 依學者對二二七條準用一百九十八條第二項之詮釋：

公司法第一百七十八條規定「股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權。」對監察人之選任不適用之，因為每一股東都有當選資格，每一股東都有自身利害關係，如果不得加入表決，全體股東沒有一個人能加入表決，永遠選不成了<sup>20</sup>。其餘學者皆以二二七條準用一百九十八，排除一百七十八條之適用<sup>21</sup>。

(2) 本文見解

依本文認為該準用之情形，應限於選任監察人之被提名人，應依二二七條準用一九八條第二項，可排除一七八條之適用，也就是說監察人之被提名人，在該選舉中，不應其自身有利害關係而不得加入表決。

至於在監察人的選舉中，以獲選任之董事可否參與表決，則應回歸至一百七十八條之規定，檢視其是否符合該條之要件，即「監察人之產生，對董事之職權有自身利害關係致有害於公司利益之虞」來探討：

---

<sup>20</sup> 黃川口，公司法論，1991年3月，頁354。

<sup>21</sup> 如柯芳枝，賴源河，王泰銓等。

①一百七十八條之構成要件

「有自身利害關係致有害於公司利益之虞時」，此構成要件係有自身利害關係且致有害於公司利益之虞時，二者皆具備，始得適用本條，且本構成要件係側重在致有害於公司利益之虞，而不單單僅限於有自身利害關係，依學者之意見，在適用本條只著重在自身利害關係，而忽視了致有害於公司利益之虞之要件，應屬不妥，故適用本條應兼顧二者。

②由一九八條觀之

股東會選任董事時，除公司章程另有規定外，每一股份有與應選出董事人數相同之選舉權，得集中選舉一人，或分配選舉數人，由所得選票代表選舉權較多者，當選為董事。第一百七十八條之規定，對於前項選舉權，不適用之。在董事選舉中才有適用上開一九八條二項，因為每一股東都有當選資格，每一股東都有自身利害關係，如果不得加入表決，全體股東沒有一個人能加入表決，永遠選不成了。但於監察人則否。

③董事及監察人依公司組織設計原理來看

董事會乃業務執行機關，股東會乃最高決議機關，但往往因股東眾多，無法時時監督業務之執行，依權力分立原則，設監察人制度來監督業務之執行，即以此達制衡效果，故董事與監察人係處於對立狀態，且當選董事不得兼任監察人<sup>22</sup>，若董事得參與監察人選舉之表決，則監察人將喪失其獨立性。因為現行股份有限公司，大股東要集中選票全部當選董事難；但監察人僅為二至三人，董事及大股東集中選票要全部當選監察人易，此時董事可控制監察人，於此權力分立設計就失去了制衡效果。依上開所述監察人係監督董事，而董事參與監察人選舉之表決，即違反了「有自身利害關係致

<sup>22</sup> 第二二二條 監察人不得兼任公司董事、經理人或其他職員。

有害於公司利益之虞時」，故董事於監察人選舉時表決權應受第一七八條之限制。

④為增加監察人之獨立性，第二二七條應修改之

本於董事與監察人係處於監督與制衡，且對立之狀態，第二二七條應修改為—「第一百九十六條至至第二百零八條之一、第二百十四條及第二百零十五條之規定，於監察人準用之。但董事於監察人選舉之表決權，適用第一百七十八條及第二百零十四條對監察人之請求應向董事會為之。」如此才能兼顧監察人之獨立性及制衡之效果。

2、監察人選任其他事項

- (1)人數 人數至少一人(本法第二一六條)，多則無限制，視公司之需要以章程定之。
- (2)資格 監察人須為股東，並其中至少一人在國內在住所(華僑回國投資條例第十八條解除此項住所之限制)。又監察人不得兼任董事及經理人(本法第二二二條)。此外關於經理人及董事資格之限制之規定，於監察人準用之(本法第二一六條第三項)。
- (3)任期 監察人任期不得逾三年。
- (4)補選 監察人缺額時，如何補選？法無規定，解釋上監察人全缺時，始得召集股東會補選。蓋僅餘監察人一人亦無礙其單獨行使監察權。
- (5)報酬 監察人之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定。

3、監察人個人與公司之關係

依本法第二一六條第二項規定：「公司與監察人間之關係，從民法關於委任之規定。」因而監察人對其職務之執行，應盡善良管理人之注意。

(三)監察人之職務

- 1、隨時調查公司業務及財務狀況，查核簿冊文件，並得請求董事會提出報告(公司法第二一八條)。
- 2、制止董事會執行職務違反法令、章程之行為或經營登記範圍以外之業務(公司法第二一八條之二)。
- 3、對董事會編造提出於年度股東會之各種表冊，予以核對調查並向股東會提出審核報告(公司法第二一九條)。

監察人因怠忽監察職務，致公司受有所損害者，對公司負賠償責任。(公司法第二二四條)

### 第三節 我國公司法修法前關於董監事之運作狀況

#### 一、董事間制衡不足

##### (一)原因

一家公司的董事會中，董事與董事之間無法相互制衡的原因，其一為所有權集中的完全控制公司，此時多數家族企業，於公開上市公司之中並不多見，另一為利用法律控制式，如徵求委託書或交叉持股來達到取得經營權，而台灣於上市公司中所有權與經營權分離已有相當程度，但是董事間為何還是無法互相制衡，原因乃為交叉持股嚴重，形成少數控制。

從上節的國揚案與廣三案中，候西峰與曾正仁皆以收購委託書之方式，取得上市公司之經營權，再以交叉持股之方式，過份利用財務槓桿，使其旗下事業之董事全為少數人掌控，無法達成相互制衡的效果，故董事間制衡不足易生弊端，故應加強公司內部的管控

##### (二)建議

- 1、相互持股之比例應嚴格限制
- 2、資訊應透明化

## 二、董事會的代理出席未設限制所產生的弊害

### (一)原因

現代公司採取董事會中心主義，對於業務採取集體領導制，此由公司法一九三條設置董事會人數不得少於三人之意旨可觀之。又參加董事會原則上應親自出席，不得代理，例外於章程規定得代理者，得委託其他董事代理出席(公司法第二 五條第一項)，而上開廣三案中，台中商銀董事會設有十七人，故於董事會召開時，若少數董事委託其他董事代理出席，影響並不大。惟該銀行常董間委託代理出席，其中僅曾正仁及葉健人出席常董會，又曾正仁稱受有洪德生之代理權，即合法(形式合法)決議通過七十四點五億之貸款案，後因廣三案違約交割，而致該銀行產生重大損失。

### (二)董事會的代理出席應否限制

論者或稱，股東會亦有代理出席制度，何以董事會不然？實則二者之性質有別，就股東會而言，其人數往往眾多，且分散各地，股東會係公司之意思機關，惟股東出席股東會是權利而非義務。董事會成員既受股東之付託，董事與公司間又係民法上之委任關係，其肩負控管企業經營之實權，自負有善良管理人之注意與忠實之義務。再者，我公司法第一九二條既規定董事會設董事不得少於三人，則董事會為合議制，其不得少於三人者，則係由股東會委由多數董事表達意見，以議定公司業務之執行。董事藉代理方式委由少數董事決定公司之大計，而成敗則由全體股東擔負，有失公允。受委任代理出席董事會之董事，又無公司法第一七七條第二項(一人同時受二人以上委託時，其代理之表決權不得超過表決權之百分之三，超過時其超過之表決權不予計算)之規定(公司法第二 六條第二項參照)，則少數董事藉代理出席制度獨攬決策，其嚴重性可想

而知。

(三)國內大企業之董事公私兼職甚多，常無法對企業之控管投入較多心力，致對營業之弊端矇然無知或缺反應，一旦違法則如何擺脫其公司負責人之責任<sup>23</sup>。藉著避免出席較敏感或爭議性的董事會，授與其他董事代理出席之權，不僅做出人情，又可藉此擺脫責任，而坐領董事高額的報酬及其他被酬庸之不當利益。

綜上所述，一方面仍應維持無法出席董事之委任代理限制，防止董事會流會；固有其必要性，另一方面為避免上述金融機構類似弊端再現，亦須確實加強董事之責任。為此本文採折衷建議，董事會開會固得由他董事代理出席，惟代理之名額不得超過實際出席董事之半數，以杜少數董事操縱董事會之弊<sup>24</sup>。

#### (四)建議

對董事會代理出席決議之比例應設限制。

### 三、監察人欠缺獨立性

#### (一)監察人當選與否掌握在董事及大股東手中

我國公司董事與監察人選舉，採取「累積投票制」與「董監分別選舉制」，由股東會以累積投票之方式，分別選任董事及監察人。實務上，監察人的人數，通常是董事人數的三分之一，職是，每一監察人所需當選權數，約每一董事之三倍，故董事與監察人分別選舉的結果，欲當選監察人者，必須獲得董事及大股東之支持，監察人與董事間有高度依存關係，此時監察人就喪失了獨立性，而廣三案即為如此，台中商銀之董事及監察人皆靠廣三集團而當選，故為廣三集團所控制，故監察人喪失獨立性時，形同虛設。

<sup>23</sup> 參閱汪泱若，董事之控管功能，企業舞弊，華泰書局，1972年，頁155以下。

<sup>24</sup> 劉渝生著，公司法、證交法部份條文修正之我見—對當前企業財務危機之建言—，東海法學研究第13期，頁378。

## (二)監察人與董事關係密切

我國現行公司實務，監察人可分為 1.「人頭型監察人」；2.「關係型監察人」；3.「法人監察人」；4.「專業型監察人」等四種。

- 1.所謂「人頭型監察人」係指該監察人並未持有足以當選監察人之股數，故與董事合意藉其支持。乃而配合董事之運作，完全無獨立性。
- 2.「關係型監察人」係指監察人與董事之間有一定密切之關係，如「親屬關係」(如父子、兄弟、夫妻等)，前開國揚案即屬此一類型，監察人侯西泉即為侯西峰之弟，因二者關係密切，使監察人獨立性受到動搖。
- 3.「法人監察人」係指法人股東持有一定數量股份足以左右董事及監察人的選舉結果，而該法人有意擔任監察人，因此直接選任該法人為監察人。此制度有一好處乃為該法人與其代表人有選任與監督之關係，故可適時選任合適之人擔任，而該代表人因違法或過失，造成公司之損害，該法人應負連帶賠償責任。
- 4.「專業型監察人」係指具有產業相關經驗及知識或擁有稽核能力之人，因專業能力的考量被規劃為監察人。擁有此類監察人者，皆為頗具規模之公司如原德基<sup>25</sup>或台積電等公司。

以上四種類型僅專業型監察人較能達到獨立性要求，而此種情形只有在信譽良好 規模大以及經營權與所有權徹底分離的公司才可以看得到，其餘三類獨立性皆不足。

---

<sup>25</sup> 一張股票的德基監察人，於 1999 年八月間，台積電入主德基半導體，於改選董監事中，張恭源憑一張德基股票，即 1000 股就當選監察人，即是因為台積電認其於電子產業中經驗豐富，故選其為監察人，此即為專業型監察人。毛麗琴，張忠謀帶路、宋恭源跨入半導體業—— 張 股 票 監 察 人 1999 年 8 月 23 日，頁 90。

#### 四、監察人職權不彰

民國六十九年，修正公司法時，為擴充監察人的職權，增設了第二一八條之一與二一八條之二兩個條文，公司法第二一八條之一規定：「董事發現公司有重大損害之虞時，應立即向監察人報告」。公司法第二一八條之二則規定：「董事會執行業務有違反法令章程之行為，或經營登記範圍以外之業務時，監察人即通知董事會停止其行為」。不過，整體而言，我國公司監察人權限，仍遠不如德、日兩國法制下監察人的權限<sup>26</sup>，茲就相關內容分析如下：

##### (一)監察人的監察對象不明確

我國公司法僅就監察人的各項權限予以列舉，並明文規定監察人各得單獨使監察權。然而，監察人的監察對象為何，則付之闕如<sup>27</sup>。理論上而言，監察權的行為對象應為董事無疑，不過，在欠缺明文的情形下仍不免發生疑義。再者，依現行公司法的規定，經理人與職員並非監察人監察的對象，惟有鑑於經理人與職員實際負責公司業務的執行發生違法的可能性頗高，雖可藉由董事加以監督，但若經理人與董事沆瀣一氣，此時則無監督機制，公司將因而受損，故監察人應對經理人與職員享有業務調查權，以發揮實際監督之功能。

##### (二)監察人無法出席董事會陳述意見或向董事會報告董事的違法行為

有認董事會決議為公司登記業務範圍以外的行為，或為其他違反法令或章程的行為時，就股東而言，繼續一年以上持有股份的股東，固然得請求會停止其行為(公司法第一九四條)，然而股東平時

<sup>26</sup> 參閱劉連煜，公司法理論與判決研究(二)，頁 275。

<sup>27</sup> 參閱柯芳枝，日本法上外部監察人制度之探討，台大法學論業第二十五卷第一期 1995.10，頁 254。

均不參與公司事務，欲發現董事會決議違法之情事，實屬困難。就監察人而言，依現行公司法的規定，監察人無法列席董事會，自然無法得知董事會決議是否違法，監察人只能等待董事會執行業務有違法情事時，方能通知董事會停止其行為(公司法第二一八條之二)，換言之，監察人對於董事會違法的行為，無法防弊在先，只能事後補救，此似有本末倒置之嫌。但果真如此嗎？從廣三案觀之，監察人顏志達雖列席常務董事會，但對違法放貸案卻無發表任何意見。事後也無對董事提起任何訴訟，可見列不列席不是重點，監察人之獨立性才是關鍵。

## 五、專業性不足

由於公司法二一六條僅規定就「有能力行為人」中選任監察人，而未對監察人之資格設有限制，意即有行為能力之人即可擔任。但由於監察人之職責在於監督董事執行業務，必須具有管理實務以及擁有會計資格或財務規劃能力，始能有效監督。在實務上對於監察人並不重視，由廣三案與國揚可知，二者不是人頭就是具有親屬關係，不具任何獨立性。因此，特別是銀行之經營，監察人更須具備專業能力。故專業性不足，是監察人改革的重點之一。

## 六、監察人之代表性與人數不足

就監察人的人數而言，我國公司法除了第二一六條之外，別無其他限制。公司法第二一六條規定：「公司監察人，由股東會就股東中選任之。監察人中至少須有一人在國內有住所」，準此而言，公司監察人的人數，只要一人即為已足。然而現行公司規模龐大業務繁雜，以一人之力職司公司監督的任務，確實力有未逮。

更有進者，於現行公司實務上，有公司為防止市場派人士或少

數股東當選監察人，紛紛變更章程以縮減監察人的人數<sup>28</sup>或將監察人的任期錯開使每年僅改選三分之一，同樣達成縮減監察人席次的目的。在監察人席次縮減或監察人任期錯開的情形下，原本可依累積投票制當選監察人的少數股東，由於公司此項章程設計遂無法順利當選。職是之故，公司內部管控的功能，勢必無法有效發揮<sup>29</sup>。

又現今監察人之選任僅為股東代表，而無勞工代表。勞工與公司的關係密切，其藉工作維持生計；相較於股東身份變動快速、頻繁，或而有些股東僅在追逐股價的漲跌，並不關心公司之生存問題。故應賦予勞工有參與公司經營之機會，增加勞工監察人之設置，不但可以減少勞資糾紛、增加員工權益，且可減少公司因罷工所支出之成本，故應設立勞工監察人制度。

## 七、監察人的保障不周

按監察人得由股東會決議解任之(公司法第二二七條準用同法第一九九條)。關於決議的方式，公司法並未特別規定，故以普通決議即為已足。換言之，有代表已發行股份總數二分之一以上的股東出席，出席股東表決權過半數同意，即可解任監察人<sup>30</sup>。股東會以「依據普通決議即得解任監察人」相脅，迫使監察人就範，致監察人無法有效監督董事，其結果將使公司內部管控的功能大打折扣

<sup>31</sup>。

---

<sup>28</sup> 參閱朱日銓，論我國公司內部監控模式之改造—以外部董事與外部監察人制度之選擇為中心，2001年6月，頁119。

<sup>29</sup> 關於縮減董監人數，藉以迴避累積投票制的相關問題，參閱劉連煜，公司法理論與判決研究(一)，頁29-34。

<sup>30</sup> 參閱柯芳枝，日本法上外部監察人制度之探討，台大法學論叢第二十五卷第一期1995年10月，頁256。

<sup>31</sup> 參閱劉連煜，公司法理論與判決研究(二)，頁282。

## 八、法人股東同時當選董事與監察人

公司法第二十七條第二項規定：「政府或法人為股東時，亦得由其代表人被推為執行業務股東或當選為董事或監察人，代表人有數人時，得分別被推獲當選」。依據主管機關經濟部的解釋：「公司法第二二二條雖規定監察人不得兼任公司董事及經理人，但同法第二十七條第二項又例外規定政府或法人為股東時，亦得由其代表人被推為執行業務股東或當選為董事監察人，代表人有數人時，得別被推選或當選，故同一法人指派代表二人以上，分別當選董事及監察人，並無不可」(經濟部五十七年九月二十四日商字第三四 七六號函)。實務上，頗多法人股東代表，有些當選董事，有些則當選為監察人，其結果將與設置監察人的目的背道而馳。蓋在同一法人格之下，其代表人分別從事公司業務經營與公司業務監督的工作，同一人兼具監督者與被監督者的角色，如何期待其能發揮公司監督的功能？公司法第二十七條不當之處，顯而易見<sup>32</sup>。

## 九、鮮見監察人訴追董事責任

依據司法統計，公司對董監事之訴訟統計，八十年全國 2 件、八十一年 1 件、八十二年 4 件、八十三年 7 件、八十四年 7 件、八十五年 0 件<sup>33</sup>。從統計數字來看實務上由監察人代表公司對董事訴追責任，在台灣每年僅有個位數，而依公司法二一三條，監察人負責代表公司對董事起訴，如此看來，實務上看來監察人訴追董事會之功能並未發揮功能。八十七年發生國揚、廣三等案件，都是透過銀行的金檢小組，對台中企銀等實施金融檢查才發現弊端。而監

<sup>32</sup> 關於法人股東與法人代表的相關問題，參閱王文宇，法人股東、法人代表與公司間三方法律關係之定位 台灣本土法學雜誌第十四卷，2000年9月 頁 102-107。

<sup>33</sup> 林育竹著，我國公司法上有關少數股東權可行性之評估，1997年3月，頁 66-79。

察人制度形同虛設之主因如前述，乃係屬監察人完全無獨立性可言，故我國的監察機制，在制度上就出現了問題，從權力分立之觀點，我國監察人制度無制衡董事之效果及從制度的設計就發生錯誤要如何改善，須從改變公司設計做起。

## 十、其他相關問題

關於公司內部稽核與會計的財務報表查核，屬於會計監督之範疇，而其選任與董事有關，故加以探討。

### (一)內部稽核制度的隱憂

依公開發行公司建立內部控制制度實施要點(以下稱內控實施要點)第十八點：公開發行公司應設置由總經理以上直接指揮之內部稽核單位，此內部稽核單位係由經營機關或董事會選任，故其監督權在董事及經營者手中。就稽核公正性令人質疑，故選任機關應改為監察人選任，此時監察人才能適時發揮監督功能。

### (二)會計師無法發揮有效的監督功能

不僅高科技集團如此，眼前正熱烈進行合併、收購的銀行業，公司管控的品質也有嚴重問題。

依天下雜誌所述，台灣企業會計操作上傳統的瑕疵，早就讓曾經擔任勤業會計師事務所合夥人的鍾聰明大嘆「痛苦死了」。

「以前我每年的工作就是避免出現大問題，但是幾乎每家我們簽帳的企業都有小問題」，鍾聰明指出擔任會計師的頭痛所在：「因為我們查得很嚴，變成我們在為難客戶了，客戶會說別人(會計師)的標準都比你低，可見我們整個(會計師)產業是在比爛的」。

雖然證期會已經連續懲處過知名會計師事務所的會計師：資誠會計師事務所一名會計師因未查出亞瑟科技現金增資款遭挪用，而

被罰停止半年簽證業務；眾信聯合會計師事務所兩名會計師因查核簽證匯豐證券財報有「重大疏漏」，被罰停止簽證一年，但是仍然未能改善台灣企業財務的透明化；主要原因之一，就是經營者的心態。

當企業開始在資本市場收進一步發展所需的資金時，這家企業就不再是創業者獨佔的組織，任何決策都需要考慮到「股東利益」(shareholders' value)。經營者只是股東的「代理人」，表現不好就應該被董事會換掉，這樣的觀念在台灣還相當陌生<sup>34</sup>。

由此可以觀之，台灣的會計師並非專業能力不足，而是公司經營者為對股東負責，每年要提財務報表，為避免業績難看，故通常會向會計師施壓，使其放水，讓帳面數字好看，此弊端之原因出在商業會計法第五條，公司主辦會計人員之任免，在股份有限公司應由董事會以過半數出席，出席過半數同意之，而會計事務得委由會計師或依法取得資格之記帳員辦理。故會計師的選任權在董事會，會計師在董事會的壓力下，無法公正行使其職務。

## 第四節 學者對修法建議

關於修法前學者所對公司法，所提修正意見，於九十年新法中部分已落實，故本節僅以條列式的方式，呈現出修法前的建議，以利與新法之對照。

### 一、增加監察人權限

- 1、公司法宜明文規定監察人對董事之執行業務有監察權。
- 2、監察人要求經理人及職員提出業務報告。
- 3、公司法宜規定監察人有列席董事會陳述意見等相關權利。

---

<sup>34</sup> 吳迎春，公司治理，天下雜誌 3月號，2002年3月，頁50。

## 二、強化監察人地位之獨立性

監察人之獨立性為監察之本，無獨立性，則監察人之設置即喪失功能，故加強監察人之獨立性係未來之重點學者建議如下：

- 1、引進獨立董事制度。
- 2、引進獨立監察人制度。
- 3、公開發行公司之監察人應組織監察人會，並將常駐監察人明文化。
- 4、公開發行公司簽證會計師及內部稽核人員應規定由監察人任免。
- 5、公司其董事之配偶，直系血親與董事且有同一生計關係之人，公司法應明文不得充任監察人。
- 6、法人股東不得同時擔任董事及監察人。
- 7、解任監察人之決議，應採輕度特別決議。

## 三、小結

解決監察人之獨立性之問題，現今實務界及學界積極的推動引進獨立董事及監察人，希望藉此能改善公司內部管控之問題。然此二者乃不同之設計組織，如果引進是否適合台灣，仍有待加以檢驗，該二制度之監督機制是否如此有效？有無其他更好的制度適合台灣？台灣的修法方向應走向何處？於下一章再加以討論。

## 第五章 各國公司內部常設監督機關之立法趨勢

### 第一節 各國公司內部常設監督機關法制概況

#### 一、德國法制

##### (一)德國大型企業法人組織結構

##### 1、德國公司制度之現況

大多數德國的企業為法人組織，即享有有限的責任與組成單獨的法律個體。目前，大部分德國的公司(超過六十萬家)屬有限責任公司(GmbH)，只有三千六百家為股份有限公司(AG)，其中七百家在證券交易所掛牌。

##### 2、大型企業之定義：

所謂大型企業，係指在正常情形下，其直接或間接(指其子公司)長期僱傭的員工超過二千人者，在一九九六年，合於該條件之公司，有四六家為股份公司(AG)，屬 GmbH 者有三百二十九家家共計七百四十家<sup>1</sup>。所有上述的企業均設有監事會與董事會，即在公司組織上採行二元制。

##### (二)監察人會之組成

##### 1、依德國股份法之規定

根據股份法第九十五條規定，監察人會由三名成員組成，章程若規定較多之成員數，則該數目必須為三的倍數。如公司資本不足

---

<sup>1</sup> 吳成俊譯，德國的公司管控原則，證管雜誌，  
<http://www.tse.com.tw/plan/essay/462/Wu.htm>。

一百五十萬歐元者，其監察人成員最多為九人；如超過一百五十萬歐元而在一千萬歐元以下者，其成員數最多為十五人；而公司資本超過一千萬歐元者，該公司監察人會成員至多為二十一人。應適用職工共同決策法及其補充法、煤鋼業共同決策法及其補充法者，仍適用原來之規定。

## 2、依一九五二年之企業組織法

依據股份法第九十六條第一項第五款之規定，監察人會由股東代表及職工代表組成。再依照企業組織法規定，凡股份公司和擁有超過五百名受僱人之有限責任公司，其監察人會應由三分之一受僱人代表及三分之二之股東代表組成之。

## 3、依一九七六年之職工共同決策法

適用職工共同決策法之公司，由股東及職工代表組成監察人會，超過兩千名受僱人之公司或關係企業，應依受僱人之人數決定監察人會成員數之組成。若公司受僱人數介於兩千名到一萬名之間，監察人會將有十二名之成員；若公司受僱人數介於一萬零一名至兩萬名之間，監察人會將有十六名之成員；若公司受僱人數超過兩萬名時，監察人會有二十名成員。而無論監察人會之成員數多少，股東與勞工代表均各占半數，所不同的僅是勞方代表中，受僱人代表與工會代表之員額不同<sup>2</sup>。

## 4、依一九五一年之煤鋼業共同決策法及一九五六年之補充法

適用煤鋼業共同決策法之公司，則由股東和職工代表及其他成員組成監察人會。若係適用共同決策法補充法第五條至第十三條之規定者，則由股東和職工代表以及一名其他成員成員組成，其監察人會共有十一名成員，其中五名為股東代表，五名為勞工代表，另

---

<sup>2</sup> 謝天仁著，論公開發行公司監察人之現況問題及改進芻議，中興大學法律研究所碩士論文，1993年6月，頁88。

外一名成員則須經由另一複雜程序選出，且為股東及勞工所信任，但並不必然一定為監察人會之主席。

### **(三)監察人之資格與任期**

根據股份法第一百條之規定，監察人必須為完全行為能力人，且有下列情事之一者，不得為監察人：第一、已經擔任十個以上商業公司之監察人者；第二、係屬從屬公司之代表人者；第三、本公司之董事為他公司之資合公司之監察人者。監察人係由股東大會選出；至於職工代表，則非股東大會所得選任(參照股份法第一百零一條)。

監察人之任期為四年，作出選任決議的勞業年度不計算在內(股份法第一百零二條)。

### **(四)監察人會之召集與決議方式**

監察人會原則上每半年必須召開一次；在交易所掛牌的公司，每半年則必須召開兩次。只須一名監察人在說明理由及目的後，即可要求監察人會主席召集監察人會，而會議必須在兩周內舉行。如果是兩名監察人，即可自行召開監察人會(股份法第一百一十條)。

監察人會採多數決制。如無法律或章程規定議決方式，監察人會者必須有半數或至少有三位以上之成員出席，始得作成決議。缺席的監察人可以以提交書面的方式，參加決議；甚至在沒有其他成員反對之情形，缺席之監察人還可以電報或口頭之方式，做出決議

### **(五)監察人之權限**

監察人之監察權範圍可以分為業務監察與會計監察兩個部分，原則上監察人不得由他人來完成自己應盡的義務(股份法第一百一十一條第五項)，但是在某些特定範圍中，例如查閱帳冊等範圍，

可以委託專家為之(股份法第一百一十一條第二項)。而監察人行使監察權時，與董事相同，亦應本著忠實義務為之，為公司股東謀求最大之利益(股份法第一百一十六條準用第九十三條)。

#### 1、董事之任免權及報酬決定權

依據股份法第八十四條規定，董事會成員由監察人選任，並由其中一人擔任董事長。如董事或董事長有下列情事發生，如：違反義務、不能有效執行業務或不能得到股東大會之信任等，監察人會有權撤銷董事或董事長之任命。

股份法第八十七條則賦與監察人會得決定董事之報酬的權利。

#### 2、董事競業行為之同意權

根據股份法第八十八條規定，非得監察人會之同意，董事不得經營商業，亦不得為自己或他人之計算與公司為營業範圍內之競業行為。同樣的，未經監察人會同意，不得擔任其他商業公司的董事或業務領導人或無限責任股東。如董事違反該項規定，監察人會得要求賠償損害，並得行使歸入權。

#### 3、代表公司提起訴訟與股東大會召集權

根據股份法第一百一十二條之規定，若董事行為對公司造成損害，監察人會得以公司名義，也就是擁有代表公司之權限，向法院對董事提起損害賠償之訴，請求董事違反經營管理責任之損害賠償。

另外，根據股份法第一百一十一條第三項規定，只要是為了公司利益之需要，監察人會應召集股東大會，對股東說明事項，如須股東大會作成決議時，應依照股東大會之程序請求作成之。

#### 4、監察權

監察人設置的目的即在監察公司業務，故監察權可說是監察人

最重要的權限。監察人會監察公司業務之執行，故監察人會依據股份法第一百十一條之規定，得檢查及閱覽公司之帳簿、表冊、文件及財產物品等項目，特別是公司的現金及有價證券和商品之現在庫存情況。亦可另行委託專家在上述的範圍內查閱簿冊或帳目文件。

董事會根據股份法第九十條之規定，應就下列事項對監察人會為認真、可信的現金及有價證券和商品之現在庫存情況。亦可另行委託專家任的報告。故監察人會聽取董事會之報告係屬監察權行使之範圍。

- (1)公司計畫中，特別是金融、投資和人事計劃的預定營業政策及其他原則問題。
- (2)公司的營利可能性，特別是自有資本的營利可能性。
- (3)公司的狀況及業務的進展程度，特別是銷售額的部分。
- (4)可能對公司營利可能性或償付能力有影響或具有重要意義的業務或交易。

除此之外，監察人會亦可隨時向董事會要求報告有關公司業務之情形，或關係企業與本公司業務上及法律上關係之說明，以及有可能對公司狀況具有重大影響的業務進展程度。

#### **(六)監察人之責任與解任**

故意利用自己對公司之影響力，使監察人、董事或經理人等對業務有代表或代理權人，為損害公司或股東利益之情事者，對於公司因此所造成之損害，應負賠償責任；同樣的，若股東同受損害時，亦應負責賠償(股份法第一百十七條第一項)。

監察人等如違反其義務時，該監察人等應與前項之人員同屬連帶債務人，而監察人等應就其已盡注意義務或忠實義務負舉證責任。惟董事與監察人行為若係執行股東大會之決議，則對於公司及

股東所受之損害，不負賠償責任。但不得僅因得到監察人會之許可，而認免除賠償責任(股份法第一百十七條第二項)。

由股東大會所選任之監察人，股東會於任期屆滿前，得以四分之三以上股東之同意決議解任之。若係依據公司章程所委派之監察人，其解任得隨時由該委派人為之。此外，如有重大事由時，法院可以根據監察人會之聲請，解任該名監察人(股份法第一百零三條)。

## (七)立法背景

### 1、德國企業之經營特色<sup>3</sup>

#### (1)一板一眼之管理風格

德國自戰後的社會混亂、物資缺乏到家園的重建，乃培養出窮則變變則通的習性，從當時的赤手空拳打天下的情境，到今天的德國企業已然不是在亂中求生，而是在既有秩序下奮鬥；任何有關德國企業的事務，從公司內部的管理風格到公司營運的大環境，都訂有重重的規範<sup>4</sup>。

德國人這種天性偏好循規蹈矩的習慣，也許就是動亂頻仍的歷史背景，所日漸塑造出懼怕風險的習性。

#### (2)所有人交出營運控制權：

德國企業可以分為大型企業、中型企業，它們不全然為股份公

---

<sup>3</sup> Philip Glouchevitch, Juggernaut, 朱家一譯，巨人再起－德國企業興盛之道，遠流出版公司，1995年6月，頁31。

<sup>4</sup> 德國企業注重之精神為：

(1)一切依照計劃行事

(2)尊重專業

(3)重誠信

(4)嚴格管理時間、開會不遲到、說話簡單扼要、切勿讓訪客等待，也不要打斷群體所作的計劃。

司(AG)，它們有的是有限公司(GmbH)。中型企業在德國的角色比大型企業還重要，這些較小企業的管理風格大多因其老闆不同有很大的差異。而且，有許多大型企業維持一種獨特的股權結構，容許更具彈性的管理模式。例如：班吉塞(Joh.A.Benckiser GmbH)的老式化學有限公司，它為一家族企業的有限公司，其股權係由雷曼(Reimann)家族隨十一位成員平均持有，但該家族並不參與公司之營運，將公司交由專業經理人管理，即貫徹企業所有與經營分離的原則，其僅站在監督者之立場，在此種經營模式下，沒有小股東、沒有銀行董事、家族董事亦全力支持經理人之經營。

此種獨特的大型企業由家族全數擁有股權的有限公司，家族一般對公司的營運管理很少介入。

### 3、完善的法律制度

德國企業事務的法律，一切都已法制化，德國企業日常作業深受影響，民法、商法、公司法、勞工法，及其他無數的法規，在在都是告訴企業經營者，什麼可以做什麼不可以做，如果是法律未規定者，或是情況不明朗的，德國人皆不會輕舉妄動。與美國不同，美國只要法未明文禁止就是被允許的，自由度甚大，而德國人樂於放棄此種自由以換取穩定。

### 4、公司穩定的經營

德國不流行敵對性的購併，其原因在於其資本市場的井然有序及厭惡動亂的基本信念有關。

在美國人認為，任市場自由波動就不會產生動亂，雖然公司會興起也會倒閉，但市場依舊健在，他們不認為那是動亂。在德國不容動亂的意思就是要去除造成市場不安的因素，並且在某種程度上盡力維護現狀。有二種力量支持此態度：

### ①銀行支持

這種態度在大型德國公司的股份持有情況上最為明顯，尤其是銀行業。德國銀行在工業界擁有的公司股權數量極大，對德國經濟影響甚大，當一家銀行在某一生產事業擁有 25% 的股份，並派人出任監事會主席時，不論何種情況之發生，都會有穩定的財務支援

### ②企業交互持股

德國企業會將一部分的資金投資在其他公司，這些股權的擁有並不全然透明化，因為低於 25% 者是不需要申報的。整體來說，公開上市公司的股份很少是廣泛分布的。大多情況，德國企業持有他公司之股份都只占少數，但代表兩種意義，一為對其他公司的影響力，但對該公司不致構成威脅，再加上公司收回自家股票是有限制的，故無法防止他公司的收購。

另一是為了防止惡意購併，它們尋求結盟企業互相合作，策略性地買下關鍵股份。也因為如此相互盤結在一起，可以使公司更穩定的經營，雖然如此關係企業間會造成資本虛增，公司之成長會遭受限制，但德國人對此並不在意，他們追求的是公司穩定的經營。

### (5)追求最高品質

德國產品聞名於世界的就是高品質的信譽，德國消費者要求最高品質的產品、生產者則以滿足消費者的需求為己任，從德國車子，如：福斯、奧迪、賓士與保時捷等，都是經過 TÜV 品質保證<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> TÜV 品質保證：

如今，德國企業仍然很有制度地褒揚生產高品質的產品。例如，德國會計準則允許加速折舊，可使德國企業不停地採用最新的機器設備。德國的技術標準遠比其他國家要嚴格得多，而且還有一個技術監察協會(Technischer Überwachungsverein)德國人簡稱之為 TÜV。

大多數德國人每年至少要跟 TÜV 打一次交道，就是當他們將車子送檢的時候。TÜV 是獨立、非營利的協會，德國每一省都有一個，但嚴格來說，它們不屬於政府。該協會創立於十八世紀末期，當時普遍用作能源的蒸汽鍋爐有一項非常危險的毛病，會意外地發生爆炸，並炸死所有周遭的人。當時的德國政府決定要對這些潛藏

著名，而品質保證為企業成長的保證。

## (6) 追求成功的會計準則

德國企業雖然以組織分明著稱，但由於它慎思熟慮的特性，德國企業在許多方面仍然令人莫測高深。德國企業結構鼓勵累積大量的隱藏盈餘，至少在營運好的時候是如此；當業積差的時候，就可以從容地靠其隱藏的盈餘度過難關。德國一般企業皆如此。德國的會計制度有其特色，介紹如下：

### ① 利用會計名目、降低稅賦

由於德國公司稅率很高，甚至超過 50%，故依據德國會計準則，企業可以提撥更多的資本公積及盈餘公積，而且可以運用加速折舊及其他任何方法降低利潤，簡單的說就是讓「可課稅所得」與「可分配股利」減少到最小程度<sup>6</sup>，以降低稅賦，使公司能永續經

---

的危險進行檢查，從此，TÜV 就不斷地擴張，似乎德國任何角落都危機四伏，每個德國人皆需要保護。

TÜV 的任務是檢查所有潛藏危險的產品，起先是摩托車、電梯、電力設備，後來整個 TÜV 都投入核子科技或醫療設備方面。但依據典型德國人凡事貫徹的態度，他們體認到單是檢查機器還不夠，也必須檢查人。因此，除了高級工程師，TÜV 也有一群心理學家。比如說，一個有酗酒記錄的德國人申請駕照，發照單位如對申請人有疑慮，可將他送去 TÜV 接受檢查，只有當他獲得 TÜV 蓋章許可時，才能獲發駕照。

強制必須取得 TÜV 蓋章許可的只限於少數情形。車輛每年必須檢查一次，還有其他幾種工業產品，如蒸汽鍋爐，仍然需要 TÜV 的檢驗許可。儘管如此，德國廠商志願配合，而且自費——為產品申請 TÜV 的許可章必須自己籌措經費——TÜV 為它檢驗的產品負責，所以當一部 TÜV 檢驗過的剪草機，若使用者愚蠢地削掉自己的一個腳趾，並上法院控告生產商設計失當是很難勝訴的。法院判原告去看 TÜV 心理醫生的可能性，恐怕還比較高一些。除了負有保護的責任外，TÜV 也提供廠商一個好的點，「這項產品已經通過 TÜV 的檢驗」這等於說，此項產品不僅安全而且品質好。就這一點來說，其精神與美國產品的 UL(Underwriters Laboratories)標誌相似。不過，德國 TÜV 的應用範圍要更廣，接受度也更高。從業主要確保他的工符合環保標準，到消費者要使用 TÜV 檢驗過的沐浴器材，每個人只要有了 TÜV 標誌，都會覺得安全些。

<sup>6</sup> 代理 KPMG 德意志業務的會計公司，曾經於一九八八年分別採用美國與德國的會計準則，針對在美國的一五八家德國分公司的業績做了一項比較性研究。用美國的方法計算時，盈餘總和是美金八億三千四百萬；但用德國方法計算時，這數字卻減少到一半以下，只有美金三億五千四百萬。

營。

## ②企業累積隱藏性資產

德國企業常常比表面的財務報表上的資產大的多，而且德國人喜歡如此，因為他們認為，隱藏性資產是德國五十年來讓德國維持穩定繁榮的基石。隱藏性資產越多，企業受市場波動的影響也越小。

而外資要求德國的財務要更透明化，但是對公司沒有誘因，讓其財務報表更透明，因為此時企業的利潤不是繳稅給政府，就是要分股利給投資人。且德國企業不擔心被惡意購併，因此要他們提高利潤，以抬高股價的誘因就很有有限。如政府降低稅賦，德國企業也不見得願意使財務報表更透明。所以德國投資人整體環境還是很清淡。

## 2、中小企業之角色<sup>7</sup>

### 德國人的投資觀(什瓦比傳奇)

德國有句話「什瓦比人自己蓋房子。」意思是說，他不假外人，自力更生，如果有餘錢他很可能會去蓋第二棟房子，而不會將錢押注在政府債券上。股票對什瓦比人來說，「股票」這個字眼就是「投機」，絕非「投資」。而什瓦比人出了名的保守行徑顯然有了回饋：以平均個人所得計算，巴登堡是德國最富有的省之一，而且享有最低的失業率，而什瓦比<sup>8</sup>(Swabia)，就位於巴登堡省，其也是德國中小企業的發揚聖地，而中小企業才是支撐德國經濟的真正骨幹。從什瓦比的投資觀，隱約的可以看出德國人投資保守的態度。

---

<sup>7</sup> 同前註 3，頁 31-54。

<sup>8</sup> 什瓦比從沒有德國北部所擁有的煤鐵資源，也無非萊茵河的強大通商優勢，故什瓦比迫於形勢，必須以另一種方式發展它的企業。

### 3、企業經營之傳統

什瓦比企業是德國中小企業(mittelstand)的典型，它的發明精神、保守的經營策略、員工的照顧等等，是一項傳統、一套倫理，也是德國從最小的公司到最大的跨國際企業所一貫奉行的經營規範。Mittelstand 在字義上通常的意思是「中型企業」，譯成「中等階層」或許是更精確一點。

### 4、全能的銀行體系

#### (1)銀行的業務

在所謂全能的德國銀行體系下，德國容許銀行參與任何可能的金融事務，除①一般儲蓄，存、放款業務外，②德國銀行得兼做證券業，受理買賣股票等業務，③亦可做基金的買賣，④銀行更可以其資本直接介入市場，持有上市公司之股票，故與美國或歐陸以外地區的銀行比起來，可經營的業務多得多<sup>9</sup>。

#### (2)銀行代股東行使投票權

在德國的證券市場上，買賣股票係向銀行辦理買賣之事宜，且銀行代客戶保管股票，而銀行為爭取業績，通常會向客戶透露資訊，吸引客戶投資上市公司，所以在股東會前夕會為股東利益提出的表決的建議，依德股份法一二八條，銀行不但要為傳達股東會召開之通知，也要請求股東為投票權之代行之指示，更可積極建議股東為其利益代為行使投票權<sup>10</sup>（德股份法第一二八條第一、二項）。

#### (3)銀行對企業的主導性

德國銀行依上所述得以自有資本直接投資上市公司，也可以通

---

<sup>9</sup> 參閱馬克.J.洛著 Strong Managers,Weak Owners，鄭文通、邱東輝、王雪佳譯，強管理者，弱所有者，上海遠東出版社，1999年9月，頁245-250。

<sup>10</sup> 卞耀武主編，賈紅梅、鄭冲譯，德國股份公司法，法律出版社，1998年9月，頁82-83。

過共同基金擁有股票，更可以代股東行使股票權。

通常輕易可達到該公司 5%以上的股權，而在台灣甚至只有取得一家 10%-15%，即可控制一家公司，而德國銀行，介入了大部份上市公司，可藉由擔任監事，來監督影響公司。

另外德國公司喜好與銀行打交道，因為該公司可以直接貸款到大額款項，對於資金靈活調度有很大之幫助，比起增資、發行公司債的手續、簡便的多了<sup>11</sup>。

由此觀之，德國銀行與工業型的公司的關係是非常緊密的，而此種關係可追溯到戰後德國工業重建初期。由於當時德國資本市場尚不發達，而經濟的重建需要大量的資本，這使銀行在為公司提供借貸、認購風險資本、協助發行債券等方面起了核心的作用，從而加重了公司對銀行的依賴。德國全能的銀行可以經營所有的金融業務、非金融公司只須與一家綜合性銀行保持關係，即可獲得全方面的金融服務，所以銀行同時扮演著貸款者與投資者的雙重角色。由於銀行特別是全能銀行往往是客戶公司各種金融服務的唯一提供者，一方面有利銀行，隨時了解公司的財務狀況，從而克服了資訊不對稱條件下對公司經營者的行為難以監督的問題；另一方面，當客戶公司面臨破產或陷入財務危機時，銀行還可以根據客戶公司的具體情況，來實施疏困，或以債權轉股權的工作，以維護銀行與客戶間，這種穩定又長期的投資關係。正因為上述獨特關係的存在，公司尋找外部融資的興趣不大，外部投資者通過法人控制權市場對經營者進行控制的力量較小<sup>12</sup>。

綜合上述銀行在公司法人的管控上，有著主導性的作用，且通

---

<sup>11</sup> 同前註 3，頁 87-88。

<sup>12</sup> 聶德宗著，公司法人治理結構的立法模式及發展趨勢，武漢大學，法學評論，第 18 卷第六期，2000 年第六期，頁 38。

常透過監事會來實施。無論是由銀行的股權關係，或者銀行作為股東投票的代理人，亦或是銀行與客戶的公司長期的業務關係，不僅使銀行業通常擁有股東大會半數以上的投票權，從而左右了股東大會的決定，而且銀行代表也通常由股東大會選舉進入監事會，擔任監事或監事會主席。依據舊的調查，在德國最大的一百家公司中，銀行在七十五家公司的監事會中擁有席位，二十家監事會的主席由銀行的代表擔任<sup>13</sup>。

而依一九九五年的數據顯示，在前一百家大公司的監事會一百五十六個席次中，銀行界僅占九十九席，如此低的數字令人驚訝，或許是在幾件銀行控制公司使公司產生重大損害使然，有學者認為可能是銀行界對持有董監事席位感到厭煩<sup>14</sup>，但事實真是如此嗎？銀行在公司中可享有的權力這麼大，有可能輕易的對公司管控放手嗎？且德國買賣股票，及金融秩序並無太大改變，故銀行絕非對持有董監事席位感到厭煩。推原其故，可能是爆發多起銀行不當管控公司使公司造成虧損引起輿論抨擊，及外資市場要求市場更透明才退居幕後，支持形式上非銀行的代表。實質上，這些董監事仍受銀行控制。只是銀行用此方式避免輿論抨擊<sup>15</sup>。

## 5、健全的職業訓練—學徒式訓練

### (1)德國的教育制度

德國教育制度可分為兩個路線，一為普通的教育體系，一為職業的訓體系。此種雙軌的制度的優點之一在於考量並非所有的人都適合通才教育，而且職業不分貴賤，順著學童性向發展採取不同的

---

<sup>13</sup> 聶德宗著，前揭文，頁 38。

<sup>14</sup> 吳成俊譯，德國公司管控原則，證管雜誌。

<sup>15</sup> 參考劉渝生老師，東海大學法研所九十學年度第二學期，民國 91 年 6 月，公司法專題研究。

教育方式；另一個優點是，它提供德國企業一項最大資產；見習學徒(apprentice)。很多德國青年找到一份職業就覺得心滿意足，如：機械技師、化學實驗師等等。德國企業對這些十五歲左右的學生提供繁多的學徒式訓練，他們每週花三、四天於公司，另外一天半在公家職業學校。透過這種模式，德國企業也確保了自己所需的技術熟練勞工來源無缺。

#### (2)全面推廣學徒式訓練

在德國十幾歲小孩就有機會接受職業訓練，各行各業、藍領、白領都有，要通過無數考試才能結業，這是種實戰訓練。由於藍領勞工學徒式的訓練的成功，導致德國人也對白領階級實行學徒式訓練，而此種訓練並非成功或升遷的最佳保證，而是使受訓的員工結合起來，形成一股力量，使得企業能獲得最佳的勞動力。

#### (3)龐大的教育訓練費用

德國企業對學徒式的訓練的執著，可以從其訓練員工所支出之費用可以看出，有時候相當於就讀哈佛的費用，而德國的雇主，不論大小，都擔負著訓練新進員工的任務，這種訓練，不論景氣與否，德國企業都會繼續實施下去。而訓練是德國的傳統，幾個世紀以來，新進員工接受二或三年的學徒式訓練，已成為德國學校教育及企業經營的一部分<sup>16</sup>。

在德國學徒式訓練是一整套制度，而非政府的臨時應變的職業訓練計劃。實際上，每個德國人一定有機會參加職業訓練，也保證大多數人受完訓練後，就有工作。

#### (4)職業教育法的保障

於 1969 年，聯邦政府為了保障見習學徒不被私人企業當作廉

---

<sup>16</sup> 同前註 3，頁 149-150。

價勞工「剝削」，在這一年通過了職業教育法 (Berufsbildungsgesetz)。這項法律授權給地方工商會來核可企業訓練見習學徒的資格，它也賦予聯邦政府對雇主與學徒之間合約條件的最後裁量權、報酬、考試制度及其他相關事務等等。儘管政府介入，不過支持推動學徒式訓練的，仍是那些實際從事訓練的企業。歷經幾世紀的學徒式訓練制度，德國人無法想像，沒有此套制度，會變成何種情況。如今每年仍有數百萬的德國青年參加各種企業的訓練計劃，從西門子、到鎮上的汽車修理廠，或麵包店都是如此<sup>17</sup>。

#### (5)高品質的勞動力

如今在大約四百五十項「正式認定」的職業裡，有五十萬家以上的企業提供學徒制訓練。沒有法令強制企業提供訓練，但這套制度仍是如此訓練著，一般企業提供教室、廠所訓練，小企業因規模較小，故其以集合其他企業，共同籌資訓練<sup>18</sup>。

學徒式的訓練理念的關鍵在於，每個工作不分貴賤，一視同仁，全都是整體的一部分。而他們強調是訓練高品質的勞工為目標。也有人批德國學徒式訓練制度太僵硬。一個天分優異的汽車機械師，引擎聲一聽即知毛病所在，他仍舊必須通過各種筆試，才能獲得一份工作，但是每年仍有數百萬青年加入各種企業訓練計劃的徵選，其競爭之激烈可見一斑，甚至比大學聯考還激烈，也因此企業可以選出好的人才，培育出一流的勞動力，提昇企業的競爭力。

#### (6)創造就業機會，平衡供需失調

德國企業提供就業的訓練，使得通過考驗的人，就能得到一份工作，而各企業會希望只訓練出自己所需的員工，但在另一方面，

---

<sup>17</sup> 同前註 3，頁 152-153。

<sup>18</sup> 同前註 3，頁 153-154。

它們又身負社會責任的體認。故在 1970 年至 1980 年戰後嬰兒潮逐漸長大，德國企業為了維持高素質的勞動力，私人企業付出高額の代價，但德國政府在全國只有五十萬學徒式訓練的缺額，卻有七十八萬人要搶。德國在其經濟體中設法創造出七十二萬個職缺。故德國政府與企業的合作，不但創造了就業機會，亦解決了社會問題，如此使年輕人避免失業，以免他們面對一個不確定的未來，所以企業擔負了很大的社會責任<sup>19</sup>。

## 6、職工參與制

在德國之公司管控改革運動，基本上是屬於意識形態(ideological)之爭議。學者即明確指出，此種意識形態之爭議，是存在於所有者(owners)與職工(workers)之間；以及存在於私人所有權(private ownership)與大眾所有權(public ownership)之間。此外，在歐洲，特別是德國，職工參與董事會，已蔚為風潮。德國以立法方式提供職工參與公司經營之機會，而經由此種「共同決定」(Codetermination)之設計，正是德國積極落實「企業民主」(industrial democracy)精神之表徵。

所謂「職工參與」(workers participation)，係指使職工得依法參與企業民主管理，並使職工有權決定公司之營運方針。其立法意旨，乃在促進勞資關係之和諧，並希望有助於公司之營運。在德國法之公司管控模式下，勞力與公司資本其地位相等，均被認為係公司得以營運之兩大要素。故一般認為，此種模式得提升公司職工對公司之向心力，降低公司職工因無法參與公司經營所產生之無力感<sup>20</sup>。

---

<sup>19</sup> 同前註 3，頁 159-160。

<sup>20</sup> 參閱徐培元，股份有限公司內部之制衡監控模式，司法院研究年報第 18 輯第 9 篇，1998 年 6 月，頁 30。

德國公司管控結構中之職工參與制度，淵源於一九一八年十二月二十三日之行政命令。之後，一九一九年七月十三日通過之威瑪憲法將此一制度概括規定為：勞動者及受雇者均得平等地與雇主共同制定工資、勞動條件及生產力總體經濟發展之規章。戰後，於一九五一年頒布之「職工參與決定法」，係目前德國職工參與制度之主要法源依據。上開三法對於職工董事之產生、職工監事之成員分配、監事會主席之選任等重要事項，均有不同之規定<sup>21</sup>。由於上開法律之通過，使得德國職工之法律及經濟上地位大幅度地提升。德國認為採取職工參與制的優點：

- (1) 給予勞工參與公司營運之機會，所付出的成本低於罷工所付出之成本，且對公司財務穩定性有一定幫助。
- (2) 讓勞工參與公司經營有助產能的提昇。
- (3) 一般勞工代表對公司經營並不熟悉，故其對公司的營運反而不大會有意見，反而是公司與勞工代表商議，更好的勞動條件，才是勞工代表之主要任務。

故德國資本家能接受職工參與制，且勞資間關係合諧對公司的穩定經營有很大的貢獻，也因此德國經濟也才能穩定成長。

## 二、美國法制

### (一)概說

由於美國為經濟強權國家之一，而公司管控(Corporate governance)於一九九二年提出後，引起世界各國加以研究，再加上其公司內部監督，頗受好評，各國紛紛仿效，故有加以研究之必要。

---

<sup>21</sup> 參閱王志誠，論公司員工參與經營之制度—以股份有限公司經營機關之改造為中心，政治大學法律研究所博士論文，1998年10月，頁121。

惟就美國公司立法之立法體系而言，由於依據美國聯邦憲法規定美國公司法之立法權隸屬於各州，從而各州皆自有其公司之判例法(common law)及制定法(statute law)。其結果，各州公司法難免因為彼此間之競爭逐漸走向解除管制之道路，而在立法政策上亦採取減少嚴格性或強制性之規定，其中最典型乃屬德拉瓦州之公司法，當今美國大規模公司大多依德拉瓦州公司法所設立。

另外，美國各州雖自有其公司法，但在美國法曹協會(American Bar Association)於一九五一年訂頒模範商業公司法(Model Business corporation Act)後，普受各界肯定，雖其本身不具法律效力，僅是提供美國各州立法之參考，惟現已為美國五十州之半數以上採行。於此擬先介紹外部董事。

## (二)外部董事與獨立董事概念之確認

### 1、外部董事之意義

#### (1)劉連煜氏認為：

外部董事(Outside Directors)之意義，即指經理人兼任董事以外之董事，稱為外部董事<sup>22</sup>。

#### (2)王文宇氏認為：

就美國大股份有限公司(特別是公開公司)而言，公司經營機關之特點乃是董事(Directors)與執行業務之高級職員(Officers)明確區分；同時在實務上，其大多數董事屬外部(獨立)董事<sup>23</sup>。

#### (3)王文宇氏認為：

所謂外部董事，係指不兼任公司經理人，不實際執行公司業

<sup>22</sup> 劉連煜著，公司監控與公司社會責任，三民書局，1995年9月，頁120。

<sup>23</sup> 王文宇著，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學雜誌，2002年5月，頁108。

務，且與公司經營者無利害關係，但具有相當的操守、經驗與能力，足以控制公司經營者<sup>24</sup>。

(4)王志誠氏認為：

所謂外部董事，如從確保其實質獨立性之觀點出發，主要限於公司或其關係企業無經濟上之關聯性者，始有資格擔任。換言之，應不為公司業務執行公開職員所控制之人，始能獨立行使監督權能，以確保業務執行公開職員得以忠實履行義務<sup>25</sup>。

(5)余雪明氏認為：

①所謂外部董事在美國與獨立董事同義<sup>26</sup>。②董事中兼任公司職務者為內部董事或兼任實質董事(Inside, Management or Executive or Non-Management Director)，其他為外部或不兼職董事(Outside, Non-Executive Director)，後者符合嚴格之獨立性定義者，則為獨立董事(Independent Director)但亦有將外部董事等同獨立董事之用法(如此內部董事則包括形式上不兼任公司職務，但與公司、經營者或控制股東有某種利益關係者<sup>27</sup>)。

(6)本文認為外部董事係與經營者兼董事相對的，即不兼任經營業務的董事，其與獨立董事不全然相同。獨立董事除不得兼任經營部門，亦必須具有一定資格且與公司無利害關係，簡言之，獨立董事是外部董事，外部董事不必然是獨立董事，以下就獨立董事為介紹：

---

<sup>24</sup> 王文宇著，(美國金融機構之管理與監控—以董事之職權與責任為中心)柯芳枝教授六秩華誕祝賀論文，1997年4月初版，頁335。

<sup>25</sup> 王志誠，美國公司經營機關之改造與啟發兼論，我國引進外部董事制度之基本課題，證券暨期貨管理，161卷1期，1998年，頁14。

<sup>26</sup> 余雪明著，獨立董事與投資人保護，法律與當代社會(馬漢寶教授七秩榮慶論文集)，思上書屋出版，1996年6月。

<sup>27</sup> 余雪明著，台灣新公司法與獨立董事(上)，萬國法律，123期，2002年6月，頁65。

## 2、獨立董事之意義與標準

所謂獨立董事，其不必然為非股東，具有一定資格，及獨立性之人，經股東選任，即可成為獨立董事。

## 3、獨立董事與外部董事的區別標準<sup>28</sup>

(1)非經營之關係董事(non-management affiliated directors)所謂非經營關係之董事，是指雖非公司之業務執行公開職員，但與公司具有一定經濟關聯者而言，如公司的顧問律師、代理商、客戶、上游廠商或離職職員擔任董事。而由於非經營之關係，董事與公司間存有緊密之經濟關聯性，其獨立性似較薄弱。

(2)非經營之獨立董事(independent, non-management directors)係指實質上與公司無任何關聯的董事而言。其最典型者，如由其公司現任或離職之董事長、執行長(CEO)或主要公開職員等擔任董事者。此外，亦有許多獨立董事是從學界延攬人才擔任者。

(3)惟問題在於，所謂之「非經營之獨立董事」或「關聯性」應如何界定，事實上並無統一標準。根據學者王志誠整理 Coffee 與 Schwart 之意見，以具有下列情事以外之人選任之，始可擔任獨立董事：

- ① 任何人在前五年內，曾任公司或其關係企業之業務經營公開職員或員工者。
- ② 任何人與公司或其關係企業之高級業務經營公開職員有血親、姻親或收養關係者。但超過第一代之堂表兄弟姊妹關係(五親等以上)者，不在此限。
- ③ 任何人在前三年內，曾提供服務於公司或其關係企業之顧問律

---

<sup>28</sup> 王志誠著，前揭文，頁 13。

師、投資銀行或供應商等，且受有報酬者。

4、密西根州公司法一七條第三項規定獨立董事之資格，此法為一九八九年修正，其指具有五年以上之業務、法律、財務經驗具有能力(Competence)與獨立(Independence)，而不具有下列情事者而言<sup>29</sup>：

- ① 在前三年內曾受僱於公司或其關係企業者；
- ② 與公司其關係企業有一萬美元以上業務往來者；
- ③ 為前二款者之重要關係人、一般合夥人、配偶或二親等以內親屬者。

5、一九九八年密西根公司法第四五條所規定之獨立董事之資格美國密西根州公司法第四百五十條對外部董事之規定兼及外部董事除獨立性外之其他條件，對其資格之要求主要是能力(Competence)與獨立(Independence)二者。並在指定程序及外部董事之權力作規定，共有五個要點：

- ① 外部董事必須由股東會選舉產生，不得由董事會任命；
- ② 股東會和董事會均須指定某一董事為獨立董事，同時，該董事不具備獨立的條件時，可以取消此指定；
- ③ 為保證獨立董事的能力，董事必須具有五年以上商事、法律或財務工作經驗；
- ④ 獨立董事在過去三年內不得有以下情形：為本公司或子公司的高級職員、與公司間從事過十萬美元以上的交易、為前兩項情事之人的直系親屬或其合夥人或與其有業務關係。且獨立董事在公司任職不得超過三年，滿三年後，獨立董事可以繼續作為董事留任，但喪失其作為獨立董事的資格。

---

<sup>29</sup> 余雪明著，獨立董事與投資人保護，思上書屋，1996年7月，頁96-97。

- ⑤獨立董事的特殊權力包括由獨立董事批准的「自我交易」，法院可以放寬審查、獨立董事有權批准對董事因遭到指控所付出的費用給予補償、獨立董事有權撤銷一項由股東提起的派生訴訟、獨立董事如不同意董事會大多數人的決定，有權直接與股東聯繫，其費用由公司支付。
- 6、現行 NYSE 及 NASDAQ 之規範，凡達一定規模之上市、櫃公司均應設置獨立董事，其獨立性之標準：
- ①與公司有無僱傭關係包括目前及過去。
  - ②被提名董事及現職董事與公司執行階層之主管(officer)有無親屬關係。
  - ③與公司或其子公司有交易關係，其額度達美金六萬元以上，而被提名董事及現職董事於該交易涉有重大利害關係者。
  - ④對公司或其子公司負有債務，其金額達美金六萬元以上者。
  - ⑤握有某事業或專業機構之權益達一定門檻以上，或為其執行業務之主管，而該事業體或機構恰為公司之重要客戶，或重要供給者，或對公司負有一定數額以上之債務者。
  - ⑥被提名董事或現職董事為某律師事務所之成員或顧問，而該事務所洽於前一會計年度為公司所延聘，或公司擬於此一會計年度予以延聘，而超過一定關係程度者。
  - ⑦被提名董事或現職董事為投資銀行之合夥人或執行業務主管，而該投資銀行洽於前一會計年度對公司提供某種類型之勞務，或擬於此一會計年度商請其提供，而超過一定關係程度者。
  - ⑧與上述所舉情事類似之其他關係。

### (三)美國設計外部董事之理由

#### 1、學者之鼓吹

公司之董事會係由股東互選而產生之董事所組成，具有法律上之權力，以股東代表之身份監督公司之經營管理。雖然公司經營的實際作業及工作多由董事會委派之各階層管理人員負責，然因董事會對公司主要管理人員具有任命及撤換權，故為實際權力中心所在。授權管理之型態在美國公司界甚為普遍，但是據瞭解，許多公司董事並未善盡職責，亦未運用其權力以達成控制管理之目的。一九七一年梅西(Myles L. Mace)曾發表一篇研究報告，說明在股權分散之公司，董事實際參與公司切身相關之重要問題，而且除非公司經營發生危機，亦絕少實際負責遴選公司主要管理人員。同時亦發現，許多董事會未能實際負責設定公司之經營目標、政策或方針，有時甚至連董事會本身之政策，亦聽任管理當局作決定。更令人驚訝的是，許多公司之管理人員非但不是由董事會所決定，相反的，董事會之成員往往係由公司主要管理人員負責推薦而產生。

按照規定，在公司管理績效不彰時，董事會有權要求公司管理人員辭職，然據梅西之調查結果顯示，一般公司多未能有效的評估或衡量管理績效。至多亦僅以公司獲利能力為測試公司績效之指標，即便是如此，董事們對公司多年利潤持續下降之反應實在太慢

自從梅西提出的研究報告後，董事會之職責及監督管理者之角色，已引起廣泛的注意。近年來董事會之職責及功能已有顯著之改善，雖然目前董事會應如何達到管理控制之目的，尚乏有效之辦法，然而一般學者認為，至少應使董事會對會計責任之控制功能得與其他職責同時的執行。

董事會如欲達成有效控制公司管理之功能，首先應使會中之外

部董事佔有較大之比例。美國管理協會(American Institute of Management, 簡稱 AIM)認為,公司董事會之最佳人數應為十二名,同時其中至少有三分之二至四分之三為非任職於公司之董事。兼任公司管理職位之董事,或與管理者之決策有利益相關之董事,在執行董事之控制管理職權時常有偏差,雖然在董事會中包含公司高階層主管人員在內,可能也是一項極佳之選擇,因為身兼管理要職之董事,對公司經營實況最為瞭解,對公司應興應革事項,在董事會中亦得以發揮精闢之見解,而作成真正有利於公司之決策。同時這些董事在執行公司經營管理任務時,亦得以確實把握董事會之決議,而將之貫徹於日常管理工作中。惟為充分發揮董事會之功能,外部董事之睿智卓見與客觀判斷亦常能引進新的觀念,使公司脫離以往經營之巢臼,促進創新發展,帶來一番新氣象。同時為了發揮董事會牽制及平衡之基本功能,亦非藉助外部董事之力量不可<sup>30</sup>。

## 2、法院判決的影響

最近幾年美國獨立董事數目的大幅提昇的原因,與美國法院最近的判決趨勢有關。申言之,愈來愈多的美國法院在有關經營者之報酬、競業或與公司交易等利益衝突行為中,若該當行為係經過獨立董事同意者,則不屬無過失責任之忠實義務(duty of loyalty),而代之以過失責任的注意義務(duty of care)或經營判斷原則(business judgement rule),決定其責任有無及內容。於此,誘使經營者引進獨立董事以減輕其本身之經營責任<sup>31</sup>。

<sup>30</sup> 汪泱若著,前揭書,頁 157。

<sup>31</sup> Lin, supra note 91, at 904-12; Choper et al., supra note 19, at 6. 轉引自,黃銘傑,公開發行公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯,元照出版有限公司,2001年11月初版第1刷,頁 40-41。

### 3、紐約證券交易所上市審查準則規定

由於美國證券交易委員會(SEC)及美國會計師協會(AICPA)，長久以來即大力推動公司應設立審計委員會<sup>32</sup>，其成員半數以上應

---

<sup>32</sup> 美國證券交易委員會(SEC)早於一九四一年發生 Mckesson & Robbins 案後，即首先提出公司董事會中應設置審計委員會之觀念。其後，美國八大會計師事務所(Big Eight)，亦不斷倡議公司應積極設置審計委員會，以加強審計工作之品質，甚而還印發了許多小冊子或發表一些專論，詳細論述成立委員會之優點，並說明應如何組成委員會、如何發揮委員會之功能等。然而此項工作在後續之二十餘年間，並未獲得顯著之成效。

一九六七年美國會計師協會(AICPA)一篇「審計委員會之責任與功能」之報告，奇蹟般的使得此項問題再度獲得重視，協會並透過所屬執行委員會(Executive Committee)，建議公司應組織常設之審計委員會，以協助董事會選任獨立的會計師，同時並應與會計師研討審計工作之進行及其結果，在此建議中並闡釋委員會之設立，將可提昇公司財務報表之客觀性。

雖經上述之努力，一九七一年毛茲(Mautz)及紐曼(Neumann)之研究報告中仍指出，在所調查之三八五家公司中，僅有一二一家設有審計委員會。同時該項研究中並指出，在獨立會計師與董事會間要作這種重大的改變有其實質上的困難，主要的是會計師不願向董事會求助，他們認為這種作法就像在走投無路時走入法庭，祈求上訴一般。

其後，美國證券交易委員會(SEC)及紐約證券交易所(New York Stock Exchange 簡稱 NYSE)都很關心這件事，而採取了一系列的行動，鼓吹審計委員會之成立。

美國證交會一九七二年三月發布之第一二三號會計論叢(Accounting Series Releases, No. 123, 簡稱 ASR, No.123)，再度強調，所有上市公司應成立由外界董事組成之審計委員會。並於當年三月二十三日發表聲明：「...委員會贊成所有公開上市公司，應設置由外界董事所組成之審計委員會，並呼籲與公司有關之商業團體及股東，全力支持上項措施，以協助保護信賴公司財務報表之投資者。」

一九七三年四月，紐約證券交易所在一份「對發送給股東與有關人士之財務報告的建議與評論」(Recommendations and Comments on Financial Reporting to Shareholders and Related Matters)的白皮書中聲明：「交易所強烈的建議上市公司皆應設立由三至五位外界董事組成之審計委員會」。

一九七四年，函覆紐約證券交易所調查之一、一三家公司中，88%已設有審計委員會，而且84%皆係遵照規定由外界董事所組成。

一九七七年三月，紐約證券交易所再度修改前述規定，聲明：「...所有國內之上市公司，最遲在一九七八年六月三十日以前，應設置獨立的審計委員會」。其後，證

由獨立董事擔任，此項具有意義之工作。在一九七八年六月，審計委員會已成為美國紐約證券交易所(New York Stock Exchange)公開上市公司之必設組織<sup>33</sup>，而於一九九一年美國證券交易所方正式規定上市公司至少應有二名獨立董事，並須成立監督委員會，其成員之過半數應由獨立董事組成<sup>34</sup>。

#### (四)美國董事會運作之方式

美國模範商業公司法規定：「除公司章程或附屬章程另有規定者外，董事會得設立一個或數個委員會，並指派董事會的成員充任之。每一委員會應有二位以上的委員，並在董事會的指揮下執行委員會會」。準此而言，美國各州公司法原則上並未限制委員會的數量與種類，從而，各公司可自視其實際需要，設置各種委員會。就當今美國各大規模公司而言，其所設置的委員會通常有：審計委員會(Audit Committee)、提名委員會(Nominating Committee)、報酬委員會(Compensation Committee)、執行委員會(Executive Committee)<sup>35</sup>。各委員會運作如下：

執行委員會由內部董事兼經理人負責公司業務之執行，而其受審計委員會的監督，其職責包括審查業務之執行、績效之評比及會計上之審核；而審查報告，交由全體董事會討論、共同決策，交由報酬委員會核定薪資報酬，以及由提名委員會依前項開之報告作為提名下屆內部董事及 CEO 之提名。

---

交會亦發表聲明，支持該項規定，表示「獨立審計委員會雖不能消除所有之弊端，然而，其設置將使公司會計責任與揭露問題向前邁進一大步」。

<sup>33</sup> 汪泱若著，企業管理舞弊偵則與預防，華泰書局，1982年6月，頁161。

<sup>34</sup> 同前揭註29，頁95。

<sup>35</sup> 陳文河，上市公司外部董事及監察人行使職權成效之研究，證交資料第456期，2000年4月，頁2。

不過董事會中其他委員會之董事亦須經由提名委員會的監督，以作為下次提名之依據，故提名委員會之重要性日形重要，但是真的在負責公司業務之監督當屬審計委員會，以下將詳細介紹之。

### 1、執行委員會(Executive Committee)

由 CEO 帶領內部董事，負責公司業務之決策與執行，一切行政事務權力皆在此委員會，故其權力最大。

### 2、提名委員會(Nominating Committee)

提名委員會負責公司人事政策的擬定與執行，並就公司人事的任免提供建言，在某些公司裡，提名委員會具有舉足輕重的地位，其就董事與執行長(Chief Executive Officer)的選任，往往具有決定性的影響。具體而言，提名委員會具有下列職權：一、就董事會的規模與組成提供建議。二、建立董事的資格標準。三、建立一定的程序用以確定被提名人之中，何者具備董事資格。四、審查董事的經營表現，並就董事是否解任或不再續任提出建議<sup>36</sup>。

### 3、報酬委員會(Compensation Committee)

基本上，報酬委員會通常由外部董事所組成，報酬委員會負責報酬政策的擬定與經理人報酬的決定。具體而言，報酬委員會具有下列職權：一、審查並決定經理人的年薪、紅利與其他利益。二、就甫執行的報酬政策或股票計畫進行審查，並向董事會提出建議。三、擬定關於經理人津貼的政策，並定期檢視該政策。四、審查與董事會成員有關的報酬政策。五、審查員工退休計畫的運作情形。

---

<sup>36</sup> See Robert W.Hamilton, supra note 1, at 313; 轉引自聶齊桓，美國公司管理與經營責任立法之研究，私立東吳大學法律研究所碩士論文，1983年6月，頁145-153。

六、審查公司與董事間具有利害衝突的交易<sup>37</sup>。

#### 4、審計委員會(Audit Committee)

審計委員會(Audit Committee)為公司董事會常設委員會之一。其藉由密集之會議，加強對公司之瞭解。並更進一步深入研究公司財務報表及其他資訊之內涵，而使得董事會得以充分發揮其控制管理之功能。一般公司審計委員會之主要功能，包括選任會計師，並作為會計師與董事會之間的一座橋樑；監督公司內部及外部審計工作之執行；覆核公司重要之財務資訊，確保公司設置並維護一項強有力之內部控制制度等。將這些工作委由董事會內之專責委員會負責，通常皆較由董事會全體參與更為有效。而且往往許多董事們執行董事功能之工作時間皆受到限制，無法對公司經營實況有較深入之瞭解。因此如能設置常設審計委員會，將可以節省董事會許多時間，對發揮董事會之審計功能而言，確具貢獻。

一般認為董事會審計委員會應由非任職於公司之董事組成，雖然選任外部董事充當委員會成員之動機不同，但主要目的乃在利用其獨立客觀之優點。如果公司股東重視他們在公司之利益，則無不希望公司管理人員能隨時為維護股東之權益而努力。由於公司管理者與所有者之立場並不完全相同，如由非任職於公司之董事組成審計委員會，負責督導審計工作之進行，較易獲得一般股東之信任。因為股東認為至少他們不會與管理者沆瀣一氣，或輕易放過任何與股東利益切身相關之問題。由於委員會之主要職責為評核公司審計之功能，故如其成員皆具有會計及審計之學養，自能發揮較佳之功效。

---

<sup>37</sup> 同前註，頁 168-174。

(1)審計委員會之職責

- 1、覆核審計範圍。其在執行覆核工作時，必須決定審計範圍是否已有效的的涵蓋公司重要問題所在，必要時應請審計人員擴大其審計程序之工作範圍。
- 2、評核審計結果，並與獨立審計人員討論財務報表之內涵。此項深入之評核工作，應包括對審計人員意見之探討，以及對重大之非常事項、經建議但未入帳之重要事項、及年底非預期之重大調整事項等特予注意，同時亦應瞭解財務表之揭露是否適當，及管理當局與審計人員間是否尚存有未解決之重大歧見等
- 3、對董事會應否同意改變對公司財務報表有重大影響之會計政策提供建議。
- 4、對於獨立會計師有任命及終止權，同時審計委員會並應主動評估審計人員的服務品質。在選任會計師之前，必須查證其確與公司管理無利害關係，而能公正的執行工作。
- 5、檢討公司內部財務與作業控制及組織結構，並核閱審計人員致管理人員函(Management Letter)。委員會並應查核審計人員向管理當局提出建議事項是否確經審慎的研討，決議執行事項是否切實履行等。同時審計委員會應將包含內部與外部審計在內之審計作業視為一個整體，以確定對財務報導及控制作業執行之審計是否公正客觀。
- 6、由於公司內部稽核之自主權較外部審計人員為小，故審計委員會應設立某種系統，使稽核人員得以直接或經由外部審計人員，來表示他們對公司所關切之事項。
- 7、審計委員會應對公司財務報表之品質、採用之會計方法、適用

之一般公認會計原則、送呈證交會之資料、上市公開說明書、委託書等負責<sup>38</sup>。

就實質上而言，審計委員會成員之地位，並未能使其免於擔任企業董事之職責。同時因為委員會人員較其他董事有更多的時間接觸企業之財務及管理資訊，使其對企業資產之安全、經營風險之大小、未來可能發展等，皆較一般董事更有概念。因此隨著董事會職權之擴張，不可避免的審計委員會之工作自亦將隨之增加。

一般認為在未來之審計委員會，除了傳統的財務報表之審計工作外，尚應在企業之經營活動及組織政策與程序之控制活動上，扮演更重要之角色。

當審計委員會參與企業之日常經營活動時，對企業而言方能真正發揮其功效。然委員會所應參與之工作，例如核准付款、覆核憑證、決定產製新產品等一般決策，而應將其工作重心置於對企業政策、作業程序等相關控制之適當性及有效性之評估工作上。這些工作通常多藉由委員會與內部稽核之密切聯繫以完成。在查核這些事項時，審計人員應以股東或董事代表之身份，特別注意產生財務報表誤導之舞弊行為。

為了防止這些弊端之發生，審計委員會首先必須確保內部稽核部門之獨立性。為達此目的，可規定稽核部門主管應直接與委員會溝通，不應再有他管理人員介入其間，如此除可確保審計工作之正確性外，亦便於指揮稽核人員執行公正客觀的審計工作，同時其亦可直接評估稽核人員之能力及效率，以加強其工作之品質。

審計委員會藉由對企業政策及作業程序控制之查核，即可防止涉及高階層管理人員在內之舞弊行為之發生，而保障投資大眾之權

---

<sup>38</sup> 汪泱若著，企業管理舞弊偵則與預防，華泰書局，1982年6月，頁169。

益。

## (2) 審計委員會與會計師

審計委員會設立問題之研究，亦引起公司外界獨立會計師的廣泛注意，公司財務報表簽證會計師之主要職責，是防止財務報表提供之資訊產生任何偏差。由於公司財務報表係由管理當局所編製，其利益與使用報表之投資者及債權人並不一致，故可能會有利用報表以遂其舞弊企圖之可能。為避免這種弊端之發生，會計師之獨立性實為重要。雖然在會計師職業道德規範中對此問題已有詳細的說明，然而會計師是否具有形式上之獨立要件較易判定，而其是否確具實質上之獨立，僅為當事人自身之主觀認定，缺乏可供外界人士評斷之明確客觀標準。

故審計委員會可藉著改變會計師與管理階層之關係，以及要求審計人員直接提供董事會審計之資料，而增加審計人員之獨立性。同時審計委員會對審計計畫之事先評核，及審計結果之事後研討，對審計工作之品質，亦能獲得較佳之保證。另外審計委員會如能與會計師經常協商，隨時協助會計師排除審計工作之困難，並深入瞭解公司經營之實況，將使管理當局更能公正的執行工作，而不致專擅。

一九七七年四月，美國會計師協會審計人員責任委員會之報告中指出：「審計委員會具有絕佳之地位，以評估由會計師實施之審計及其他服務之績效。委員會人員之積極參與，可減低某些報表使用者對潛在衝突的關心<sup>39</sup>」。

---

<sup>39</sup> The Commission on Auditor's Responsibilities: Report of Tentative Conclusion (New York: AICPA, 1977), P100. 轉引自汪泱若著，企業管理舞弊偵則與預防，華泰書局，1982年6月，頁165。

### (3)審計委員會與內部稽核

內部稽核為公司內部獨立的組織，負責查核與評估公司之活動，其工作範圍包括公司內部財務、會計、經營、管理之所有活動，藉由查核各項作業是否確實遵照公司既定之政策與方法實施，以加強這些活動所產生之報告及公司財務資訊之正確性與可靠性。查核時如發現缺失，可立即通知管理當局注意，及時採取補救之行動。

許多人認為，內部稽核與獨立審計委員會間的關係，為稽核作業是否得以獲得實際成效之主要關鍵。內部稽核如能將其執行審計工作時所發現之事項直接提報委員會，即可增加流入委員會之資訊並提高其品質，使其得以充分發揮控制管理之作用。透過這些報告，委員會甚至可與稽核人員並肩工作，以發現公司經營問題之所在，及時督促管理人員改正。同時如能利用稽核人員追蹤考核管理人員之改正行動，更能確保制度之完善。

然而內部稽核之活動範圍及工作是否有效，繫於其在公司內部之獨立性。內部稽核為公司之組織，自然無法如同外部審計人員一般，具有絕對之獨立性，故內部稽核之主管應向一位具有充分權力，得以確保審計工作順利進行，能認真研究審計報告，並對報告所建議事項採取必要行動者負責。而且內部稽核之主管應直持與董事會聯繫，且公司年報中的重要資料及審計工作之重要發現事項與建議，應同時遞交「管理當局與董事會」。至於有關公司舞弊或不法行為之資訊，應通知「公司內部適當之管理階層」<sup>40</sup>。

故公司之內部稽核如能與審計委員會直接發生關係，甚或緊密

---

<sup>40</sup> 美國內部稽核協會於一九七八年六月發布之準則。AICPA SAS No6, "Related Party Transactions", (New York, 1975), par 11 轉引自汪泱若著，企業管理舞弊偵則與預防，華泰書局，1982年6月，頁166。

的一起執行審計工作，將能使彼此受益，而達成有效的控制管理之工作。

### 三、日本法制

#### (一)概說

日本股份公司的組織機關可分為股東會、董事會及監察人三種機關，而有關董事及監察人之選任於召開創立會時，由創立全會選任(日本商法以下稱商法一八三條)，而於召開股東會時由股東會選任之。

而股東會之召集可分為定期全會及臨時全會，定期全會每年一次定期召集，如公司有一年分配盈餘達 2 次以上者，應於每次決算期召集定期全會(商法二三四條)，臨時會於必要時召集之(商法二三五)。

有關股東會的主席由誰主持，除章程有規定外，由股東全會選任之，而主席負責維持秩序、整理議題，主席得命不服從命令擾亂會場者退場(商法二三七之四)。而在股東會上，董事與監察人應就股東的詢問有說明義務(商法二七三)。關於表決權的行使，一股有一表決權(商法二四九條一項)，此為股東平等原則的表現。然而對於董監事的選任，有不同之規定，董事之選任有二人以上者，除章程另有規定外，股東可以提出累積投票權之請求，以保障小股東之權利。又董事為業務執行機關，須藉由監察人的設置，來替小股東監督董事會，不過監察人的當選須靠董事及大股東之支持，故此時，監察人的職權是否會受獨立性之不足而受影響，本文將就商法及商法特例來介紹日本的解決方式。

而日本的法制是否適用於台灣，必須就其經濟背景之分析，才

可以與台灣制度來比較，故本文將簡單介紹日本的立法背景，而立法沿革將用表格方式來說明，以下分別敘述之。

## (二)日本商法上監察人之一般規定

### 1、監察人之選任

監察人由股東選任，且其選任不須具備股東身份，監察人與公司之關係依委任之規定(商法第二八 條準用第二五四條)。監察人不得兼任公司或子公司的董事、經理人及監察人或其他使用人(商法二七六條)。

### 2、任期

監察人之任期為三年，其任期屆滿日於第三年股東會閉會為止，而第一任任期不受前項規定之拘束。監察人任期屆滿前退職時，得以章程規定繼任之監察人任期至被繼續之任期屆滿時(商法第二七三條)。

### 3、監察人之權利與義務

- (1)業務及會計之監察權與調查權。
- (2)對子公司之調查權。
- (3)監察人之制止請求權。
- (4)於董事選任與解任之意見陳述權。
- (5)公司與董事之訴訟代表權。
- (6)審查董事之訴訟代表權。
- (7)董事報酬意見陳述權。

### 4、現行商法所產生的問題

現行日本商法因採董事會中心主義，以至於董事權力過大，須

有監督制衡力量。歷經多年公司所發生之醜聞，對社會產生重大影響，故增加了監察人之權限，如業務及會計監察權及列席董事會陳述意見權及監察人之調查權等等，賦予監察人權限，適當增加了監督之效果(請參閱以下修法沿革表)。但是對於監察人獨立性的問題一直無法解決，直至受到美國壓力，將外部董事之精神導入監察人中，設置外部監察人後，獨立性<sup>41</sup>才得到緩解，但仍不能完全解決問題，有關外部監察人制度於後詳述。

關於日本內部常設監督機關之沿革史，列表如下：

	立(修)法背景	監察人體制	本次立法(修正)內容
明治 32 年 (1899)	日本頒訂商 法	並列制	1、 股東會(最高意思機關)，董事會(業務執行機關)，監察人(內部監督機關) 2、 監察人之監察內容包括業務監察與會計監察，前者係經常性之監察；而後者則主要查核公司作成之財務表用是否允當。 3、 此一階段並未賦予監察人實質監督 <sup>42</sup> 與糾正權，而僅止於監視權，故功能有限。
昭和 25 年 (1950)	1、 日本商法第一次大修。 2、 此係第二次世界大戰後，美軍佔領時，期故帶有強烈美國法治色彩。	並列制(監察人權限不完全)	1、 由於受到美國商法之強烈影響，故係以董事會為公司內部監督機關，而將業務監察權限移至董事會，監察機關僅有會計監察為限。 2、 此外由於美國公司業務執行係由執行長(CEO)及高階職員(officer)為之，而日本則仍由董事執行職務，其體制不同卻採同一作法，其功能不彰 <sup>43</sup> 自可想像。

<sup>41</sup> 此之獨立立法性係指於執行監察職務時，「觀點」之獨立，而非地位之獨立。參閱林國全著，監察人修正方向之檢討—以日本修法經驗為借鏡，月旦雜誌 73 期，2001 年 6 月，頁 53。

<sup>42</sup> 此係指監察人之制止請求權、業務及會計之調查權。

<sup>43</sup> 於此並未將董事會之執行與審計單位嚴格區分。

<p>昭和49年 (1974年)</p>	<p>1.日本商法第二次大修。 2.新訂商法商法特例法。</p>	<p>並列制(監察人監察權限與董事會監察權限並列重疊)</p>	<p>1、商法二次大修內容： A、恢復監察人之業務監察權限。但須注意者，修正後雖恢復其業務監察權限，但並未廢除董事會之該項權限，而形成法定業務監督機關二者並存之舉世無雙制度。 B、此時商法下，監察人之業務監察權限明定如下：對董事執行業務之監察權、對董事之營業報告請求權、公司業務財務狀況調查權、就董事會提出於股東會之議案與文件調查權及出席董事會陳述意見權限。 2、新訂商法特例內容： A、乃就大公司之監察制度予以特別規範。 B、其「大公司」之標準為實收資本額五億日圓以上之公司，且其財務書表及附件，除監察人之監察外，並應受會計監察人(及會計師)之監察。 C、此規定係完全以公司規模大小來加以界定，故可能與日本於1984年公布之證交法規定產生重疊，若依證交法規定，其公開發行公司應由會計師就財務報表查核簽證。在實質上，若有公司同時受該二法之規範者，則其查核簽證會計師以同一人為前提，其相關程序亦多共通。</p>
<p>昭和56年 (1981)</p>	<p>1、日本商法第三次修正，商法特例第一次修正。 2、由於上述修法後，仍相繼發生大型舞</p>	<p>並列制(監察人之權限再強化)</p>	<p>1、商法修正部分： 除賦予監察人召集董事會之權限外，並明定監察人酬勞及得報支監察費用之規定，以強化其獨立地位。 2、商法特例修正部份： 除引進複數監察人制度(強制應置二人以上)以合理分擔監察事務外，再將「大公司」標準增加一要件「或負債總額二百億日圓以上」而擴大規範範圍。</p>

	弊案(如導致田中角榮下台之洛克希德案)，故有此次修正。		
平成 5 年 (1993 年)	1、日本商法第四次修正。 2、由於 1991 年仍相繼發生大型證券及建設公司財務危機事件，方促此修正。	並列制(監察人獨立性之強化，外部監察人制度誕生)	1、此次修正並未再賦監察人新權限，而係著眼建構發揮監察人實效之環境。 2、此次修正重點在於兩個關鍵性條文：其一為規定公司應設三人以上之監察人，其中一人以上為外部監察人；其二為將日本實務上大公司原即自主性，普遍採行之「監察人會」制度法制化，並為大公司之必設機關。
平成十三年(2001 年)		獨立性之強化	商法特例十八條第三項，大公司董事向股東大會，提出監察人人事議案時，須得到監察人會之同意。

### (三)商法特例法上監察人之規定

#### 1、按公司規模大小分設不同的監察人制度

由於監察人之設置乃在督促董事會為公司追求利益的極大化而努力，而公司之大小規模不同，對於社會及經濟的影響不同，亦為公司設立監督機制之代理成本之承受度不同，有不同規範，使公司設置監察人與其規模能達到經濟效益。

因此除商法典公司篇監察人部分的規定外，商法特例區分公司規模大小而有不同之監察體制，其中以大公司之監察體制最複雜，但也最具有代表日本型公司監察人制度的特色。下面就小、中、大

公司簡單介紹之：

(1)小型公司

資本額在一億日圓以下，或負債總額未滿二百億日圓的公司，係屬小型公司，除通用商法典亦適用商法特例之規範，得不設監察人(採任意制)<sup>44</sup>，若設置監察人，應依商法特例應限以會計監察，不包含業務監察，以減輕小型公司之負擔。

(2)中型公司

資本額超過一億日圓未滿五億日圓或負債未滿二百億圓之公司，屬中型公司，僅適用商法的規定，不受商法特例之規範，而此時監察人設置與否有不同說明：

- ① 朱日銓氏認為：小型公司關於監察人之人數一人以上即為已足，中型公司監察人，人數僅須一人以上，若如此觀之，日本商法及商法特例關於監察人數之規定應為明文規定一人以上<sup>45</sup>。
- ② 柯芳枝氏認為：有限公司之分類標準與股份有限公司同。關於監察人制度改善，計有：①監察人數之改進，即小股份有限公司得不設監察人(採任意制)<sup>46</sup>，對於中型公司並未提及。
- ③ 本文認為依日本商法及商法特例之規定，對於中、小型公司有監察人設置與否及人數為幾人，並無應設一人或一人以上之規定，故屬授權公司以章程訂定。推原其故乃為有關公司業務監察權的部分係董事會與監察人並列，故董事會得行內部業務之監察，此觀商法及特例法有關中小型公司之監察人之設置無人數之規定及商法第二六 條：

<sup>44</sup> 參閱柯芳枝著，日本法人外部監察人制度之探討，台大法學論叢第二十五卷第一期，1995年，頁242。

<sup>45</sup> 朱日銓，前揭文，2001年6月，頁75-76。

<sup>46</sup> 參閱柯芳枝，前揭文，頁242。

- ①董事會決定公司業務之執行，並監督董事職務之執行。
- ②董事會不得將下列事項及其關業務執行事項委託於董事決定：

- 、重要財產的處分及受讓。
- 、巨額的財產借貸。
- 、經理人及其他重要使用人的選任及解任。
- 、分公司及其他重要組織之設置、變更或廢止。

- ③董事每三個月至少應向董事會報告一次業務執行情況。

由以上說明觀之，因為有關業務監察的部分屬董事會與監察人並列，故設置監察人與否應屬任意規定，故似應以上開(2)之說明為是。

### (3)大型公司

資本額在五億日圓以上或負債總額在二百億圓以上之公司，除適用日本商法之規定外，亦受商法特例法之規範。關於監察人之設置應為：

- ①監察人之設置為三人以上，其中一人以上，於其就任前五年內，須不曾任公司或其子公司的董事、經理人或其他職員，此種身份之監察人稱為外部監察人。

#### ②監察人會為法定組織

監察人全體應組成監察人會(商法特例以下稱商特法第十八條之二)

#### ③會計監察人之強制設置

依商特法第二條明文，大公司的會計監察部，除監察人外，尚須接受由股東大會所選任具有會計師(公認會計士)資格，或是監察法人機構的強制會計監察。同時依同法第五條之二規定會計監察人

的任期制度，當屬公司的「法定常設機關<sup>47</sup>」。

## 2、會計監察人之制度

### (1)會計監察人之立法目的

日本商特法規定大股份有限公司應設置會計監察人之原因，乃因公司的年度財務報表，須經合格會計師查核，而一般會計師的選任係由董事會選任，為避免董事會與會計師的關係過密切，或董事會對會計師施壓，影響會計師的獨立性與客觀性，故立法明定會計監察人由股東會選任，雖然會計監察人之選任仍由董事會提名，但是須經監察人同意(商特法三條二項)，且會計監察人的選任，不連任及解任，皆可在股東會上，向股東會陳述意見，如此一來增加會計監察人之獨立性及客觀公正性(商特法六條之三)，可使公司會計帳目之查核，較值得股東信賴。

### (2)會計監察人之權限

- ①會計帳簿的閱覽權(商特法七條一項)。
- ②公司業務與財務狀況的調查權(商特法七條二項)。
- ③對於子公司的調查權(商特法七條三項)。
- ④董事違法行為的報告權(商特法八條一項)。
- ⑤出席股東常會並陳述意見權(商特法十七條三項)。

### (3)複數監察人

鑑於大規模公司的業務內容繁雜，且監察對象廣泛，監察人的業務負擔沈重，由監察人一人職司監察任務，恐力有未逮。昭和五十六年修正商法特例法時，採取複數監察人制度，強制大規模公司應設置二人以上的監察人，俾使複數監察人合理分擔監察職務，藉

---

<sup>47</sup> 廖大穎著，企業財務危機與公司內部監控的制度，證券市場與股份制度論，元照出版社，1999年5月，頁133。

此提升監察效能。平成五年為了配合外部監察人制度與監察人會制度的引進，乃將大規模公司監察人的人數下限提高，強制大規模公司應設置三人以上的監察人<sup>48</sup>。

#### (4)監察人會

平成五年的監察人制度修正中，商特法第十八條增加大公司監察人的法定人數，並建立常駐監察人制度之同時，在同法第十八條之二明文規定「所有監察人構成監察人會」的組織。設置監察人會，其目的在於提高企業監察的效能，協調複數監察人的調查事項、交換公司監察的共通資訊，而不影響監察人獨立行使的前提下，作成監察報告書，故參酌德國法相關監察人會的運作，以強化監察機制<sup>49</sup>。

監察人會之優點，監察人須組織監察人會，以會議多數決之方式作成決議，行使公司業務之監察權，除了人力充足，可分工合作對於公司各項業務或財務狀況進行瞭解外；於發現弊端時對於人數眾多的執行機關而言，能有分庭抗禮的效果，不至於因為人數稀少，使得執行機關輕忽監察權之力量；又，監察人會採會議制，對於公司重大利益事項，更能集思廣益，為一妥適的決定或適當的監督。

#### (5)外部監察人

此乃引進美國外部董事之精神，而設計此為平成五年商法特例修法之特點之一，其資格如何於後詳述。

### 3、外部監察人之意義

所謂之外部監察人從字面上來看，係指其來源(或稱資格)而

<sup>48</sup> 參閱林國全，監察人修正方向之檢討—以日本修法經驗為借鏡，月旦法學雜誌，第73期，2001年6月，頁52-53。

<sup>49</sup> 參閱廖大穎著，證券市場與股份制度論，元照出版公司，1999年5月，頁138。

言，此種具備「在就任前五年內，與公司無一定關係」之資格者，一旦被選任為監察人後，即與未具備此資格之其他監察人，同為內部監察機關之一員，在法律地位上完全相同，不因其為所謂「外部監察人」而有特別權限或義務。此係回應「日美構造協議」會談，仿美外部董事之精神而設計。

因日本大規模公司之監察人向來，由公司高階主管或退任董事擔任，雖然這些人擁有豐富經驗，但與經營者情誼太重，執行監察業務難免不客觀，有所偏頗，對監察職務將會有影響，所以獨立性較差。故引進外部監察人，乃在治癒此種缺點，以確保監察之獨立性，但此所謂「獨立性」實係著重於執行監察職務時，「觀點」之獨立性，而非「地位之獨立性<sup>50</sup>」。

#### 4、適用對象之公司

應採外部監察人之公司，須為適用商特法之大股份有限公司，亦即該公司之資本額在五億圓以上，或負債總額在二百億圓以上(商特法二條)。未符合前揭要件之股份有限公司則無設置之必要。

#### 5、外部監察人之資格要件

##### (1)「其就任之前五年間」之意義

此處所規定之「五年間」，係法定之期間要件。因此，基於民法之規定，依始日不算入計算，已屆滿五年始可。如只屆滿五個營業年度，即未具備此要件。例如，董事於五年前之六月二十九日所召開之股東常會終結日退任，於今年六月二十九日所召開之股東常會被選任為監察人時，由於五年期間係自五年前之六月三十日起

---

<sup>50</sup> 林國全著，監察人修正方向之檢討—以日本修法經驗為借鏡，月旦法學雜誌，73期，2001年6月，頁53。

算，至其五年後與起算日相當日之前一日(即今年之六月二十九日)為期間之末日，因此，尚未具備外部監察人之資格，但若監察人之就任日期係在今年六月三十日或以後之日期，即具備「五年間」之要件。

## (2) 「子公司」之意義

此處所謂子公司，係指商法第二百一十一條之二規定之子公司。依該條第一項之規定，持有相當於他股份有限公司已發行股份過半數股份之公司為母公司，該他公司為子公司。按子公司之董事、經理人或其他職員亦受擔任母公司外部監察人資格之限制，實因前開人員若充任母公司之監察人，則母公司之董事有對其行使影響力之虞，致違反設置外部監察人之立法原意所致。反之，母公司之董事、經理人或其他職員，則無前揭顧慮，故可充任子公司之外部監察人，而不受前開規定之限制。

## (3) 「董事、經理人或其他職員」之意義

董事與經理人之意義，不待解釋自明。至於職員，基本上來說，謂與公司締結僱傭契約，為實現公司之目的事業而從事必要業務之人。至於公司之法律顧問(由律師擔任)，指與公司締結處理公司一定之法律事務之委任契約而執行職務之人，自非公司之職員，故得擔任該公司之外部監察人。況自監察人制度之重要性及監察人職責之重觀之，外部監察人並非只要係外部人，任何人均得充任，當然宜要求其具有適於擔任監察人之見識與能力，而在各公司之周遭，具備此種條件，且不屬於公司業務執行機關者，公司之法律顧問即屬其一，故由其擔任外部監察人頗為合適。惟若該律師幾乎未從事其他業務，只是專門從事公司之法律事務，在這種特殊情況下，則欠缺擔任外部監察人之要件。

## 6、大公司未設外部監察人之處罰

依改正後商特法第三十條第十一款之規定，大公司未設外部監察人者，處一百萬圓以下之罰金。受處罰者為怠於提出外部監察人選任議案之董事。

## 7、外部監察人缺額之補救

外部監察人缺額時，若其係因任期屆滿或向公司辭職而退任所導致者，在新選任之監察人就任前，仍有監察人之權利義務(商法第二八 條第一項、第二五八條第一項)。反之，若因死亡或解任而退任者，由於外部監察人須具備客觀之資格要件，因此，如公司依法律或章程之規定仍具備監察人最低人數之要求，惟剩餘之監察人均未具備外部監察人之資格要件時，此際，如有必要，法院得因利害關係人之請求選任暫時執行外部監察人職務之人。然後，再召開股東會補選具有外部監察人資格要件之監察人<sup>51</sup>。

## 8、欠缺外部監察人時，監察人會所為監察報告書之效力

所謂欠缺外部監察人，指大公司未選任外部監察人或外部監察人發生缺額之情形。依改正後商特法之規定，各會計監察人就資產負債表、損益計算書、營業報告書及有關盈餘處分或虧損處理之議案(商法第二八一條第一項)所為監察報告書，如依法律規定記載，經各監察人調查並為法定事項之記載(此際，各監察人得附記其意見)，再由監察人會作成監查報告書。如該報告書未記載認為會計監察人之監察結果係不相當之旨(包含各監察人附記之意見)時，董事會不須將前揭會計表冊提出股東常會請求承認(參照商特法第一

---

<sup>51</sup> 參閱柯芳枝，日本法上外部監察人制度之探討，台大法學論叢第 25 卷第 1 期，1995 年 10 月，頁 251。

六條)。自商特法導入外部監察人制度及要求監察報告書由監察人會作成之立法旨趣觀之，欠缺外部監察人而由監察人會所作成之監察報告書應認為帶有瑕疵。此際，該報告書縱未記載認為會計監察人之監查結果不相當之旨，該會計表冊仍不能發生可省略提出股東常會請求承認之效果<sup>52</sup>。

### (三)日本公司管控之運作方式與背景

#### 1、財閥的解體

在戰後財閥的存在被盟軍最高司令官總司令部(General Head Quarters，簡稱 GHQ)，視為促使日本邁向軍國主義之原因。因此 GHQ 進駐日本後不久，即宣佈財閥解體方針，並通知四大財閥——三井、三菱、住友與安田，要求提出解體計劃而各財閥也陸續將持股賣出<sup>53</sup>。

#### 2、銀行的主導

在企業集團的形成當中，所有的財閥都被要求解體，僅有銀行體系未列在內，其原因乃為 GHQ，為了怕影響日本的金融秩序，故沒有要求其解體，亦未被認為控股公司而要求其分割，加上戰後各企業普遍缺乏資金，銀行馬上成為主導企業的重要角色。

而各大財閥在股權分散的要求下，財閥家族及控股公司持股被迫釋出，而這些家族為了怕股權被分散遂找尋信任之人，互相交易持股，使得各企業間的結合更為緊密<sup>54</sup>。

---

<sup>52</sup> 同前註，頁 252。

<sup>53</sup> 參閱呂理州著，日本戰後經濟史，時報文化出版社，1990 年 11 月，頁 13-15。

<sup>54</sup> 同前註，頁 22-26。

### 3、終身雇用制與年功序列制

終身雇用制與年功序列制係日本企業經營成功的原因之一。

#### (1)、終身雇用制

係指企業每年募新員工時，原則上以應屆畢業生為主要對象，一旦雇用後，除非該員工犯下重大錯誤或公司本身面臨經營危機，否則不輕言解雇<sup>55</sup>。

#### (2)年功序列制

係指在決定職位與薪資是否調升，其主要依據，不是能力強弱，而是年資的長短，因此其職位的高低隨年資而調升<sup>56</sup>。

### 4、董事會的角色

日本公司中的董事多是由公司內部經理人員升任，在多數情況仍為公司的員工，由於能夠清楚地瞭解公司的運作，董事被冀望制定決策，引領公司，冒著過於單純化的風險，日本公司的董事可以說是典型的公司領導人員。

此種制度的優點在於其因終身雇用制，對公司而言，員工能被拔擢為董事，可促使員工產生忠誠與努力工作。董事會係由十分瞭解公司之董事組成，公司能穩健成長。

缺點：日本制度係階級制的董事會，其董事的升遷係依年資而非能力，而決定升遷者為董事長、總經理及少數具有影響力之人，而公司政策決定權亦在這些少數人手中，其他董事階級較其低，故董事會內部不易發生有效之監督<sup>57</sup>。

---

<sup>55</sup> 今井賢一，小宮隆太朗主編，陳晉等譯，現代日本企業制度，北京經濟科學出版社，1995年1月，頁2-4。

<sup>56</sup> 同前註，頁4-5。

<sup>57</sup> 杜煜慧譯，日本的公司管控，證管雜誌，<http://www.tse.com.tw/plan/essay/463/Do.htm>。

## 5、監察人的運作

監察人之資格與權限已如前述其有股東選任，獨立性經歷史證明，功能有限，而外部監察人亦僅佔全部監察人之三分之一，且董事會中無美國外部董事之功能，故監督之責即落在外部監察人上。而事實上外部監察人，通常來自集團公司及主要銀行重要夥伴的離職員工或個人，其在行使監督權時，可能無法完全無偏見，所以監督效果有限<sup>58</sup>。

## 6、主要銀行的角色

如前開所述銀行對日本大企業的重要性，而日本公司在外部最重要的管控通常由債權人為之，其中銀行與公司有相當密切的業務關係，較能有效的監督公司運作，並提供外部管控，以介入公司的經營管理代替併購市場，尤其當公司發生危機時，這種所謂主要銀行制度是日本公司管控制度重要的特色之一。

所謂主要銀行並無嚴格定義，通常指公司之最大債權銀行，而主要銀行通常在提供資金上會給予方便，但由於法律限制，銀行持

<sup>58</sup> 同前註。

表一 外部監察人來源

來源	人數	股數
集團公司	1,509	30.3%
專家	784	15.7
銀行，保險公司	622	12.5
離職員工	584	11.7
其他大的股東	557	11.2
其他事業夥伴	246	4.9
政府機構	175	3.5
其他	506	10.2
總數	4,983	100.0%

資料來源：Tokyo Keizai, Kigyo Keiretsu Souran (1995)，Fukao(1997)引用。

股不得超過 5%，而且在多數情況下，銀行不但提供資金，而且會推薦職員成為公司董事，或監察人<sup>59</sup>。

## 7、例外管控機制

其係指控制公司的兩個力量，平常公司營運正常，此時由公司經營階層管控，而當公司財務惡化，主銀行即會派人進駐公司，控制公司營運，而原經營階層成為從屬地位，若公司係經營正常銀行股東即屬於從屬地位，不干涉公司之營運，這種隨機式的管理方式，稱為例外管控<sup>60</sup>，而當銀行接手後，其所在乎的是在於債權的保全，股東的利益，也因此會受到影響，而此種制度在一九八一年前一直運作的很好。

## 8、銀行管控的式微

一九六一年至七四年期間，日本經濟高度成長，造成日本公司資金氾濫，他們對外部資金需求減少，而內部資金成為公司的主力，使得公司對銀行依賴性降低，再加上一九八一年金融市場開放，故銀行管控式微<sup>61</sup>。

## 9、日本公司管控的新方向

- ①將採行美國董事會制度成立任命委員會及報酬委員會；
- ②加強外部監察人之獨立性；
- ③加強機構投資人影響力；
- ④一九九七年開放控股公司設立，藉此加強管控；
- ⑤建立國際會計標準委員會，建立符合國際標準之會計，以吸引外資。

<sup>59</sup> 聶德宗著，前揭文，頁 37。

<sup>60</sup> 同前註，頁 37。

<sup>61</sup> 杜煜慧譯，前揭文，<http://www.tse.com.tw/plan/essay/463/Do.htm>。

## 第二節 三國公司內部監督之比較

經過上節對三國法制及歷史背景的介紹，作出以下幾點比較：

### 一、組織設計之比較

- 1、德國公司的機關分為三：一為股東會、二為監察人會，三為董事會，監察人會由股東會選任，而董事會由監察人選任，基於有選任權即有監督權之原則，董事會的營運須受監察人之監督，並向監察人會負責，而監察人會藉召開股東大會向股東報告向股東負責，此係層層互相節制，較有監督之效果。
- 2、(1)美國制的公司由股東選任董事會，而董事會下設各委員會，包括執行委員會、審計委員會、報酬委員會及提名委員會，依那斯達克所發佈的新公司治理規則，公司董事會中須有半數以上之獨立董事，而報酬委員會及審計委員會須全部有獨立董事。  
(2)公司組織之運作，因為執行長與執行委員會所為之公司之經營，須經審計委員會之監督，又由於審計委員會全由獨立董事擔任且必須具有財務及法律背景，立場客觀公正，故審計委員會得有效監督公司業務之執行，關於財務方面，審計委員會得選任會計師為公司會計之審核，並且公司內部稽核人員須向審計委員會報告，如此一來審計委員會得就內外審計之資料為整合，來有效監督執行委員會，再向報酬及提名委員會報告，使其能就薪資之決定，以及下次提名與否作一依據，交由董事會討論，故對執行長與執行委員會能有效監督。  
(3)美國實務上之運作  
美國實務上常由董事長兼任執行長，有可能執行長本身就是大

股東，而獨立董事制度能否發揮作用就須靠執行長之心態，一種是執行長虛心接受獨立董事之監督與建議，此時執行長透過提名委員會所建議之獨立董事，就能客觀公正的在各委員會發生作用，相反的若是執行長一味的抗拒獨立董事制度，則執行長可以影響提名委員會，找他需要的獨立董事，此時獨立董事僅為橡皮圖章。僅法院的經營判斷法則上經過獨立董事之同意，內部董事只須負過失責任的注意義務，而不負無過失責任的忠實義務<sup>62</sup>，如此一來就喪失獨立董事之功能，況且董事會一年通常只開六次，若是執行長有意隱瞞資訊於獨立董事，則獨立董事則會遭到架空，或是以人情攻勢，使制度無法發揮<sup>63</sup>作用。故如何重劃董事長與執行長的角色，即董事長由獨立董事擔任，以避免執行長過度干涉董事會之運作。

#### (4)美國制度與德國制度之比較

美國獨立董事之制度，若能不受執行長的干擾，所能達到之效果與德國制度相似比較如下：

##### ①美國執行委員會與德國董事會相當

美國執行委員會董事及執行長，須經提名委員會提名，經股東選任，而德國董事會由監察人任命，而美國的執行委員會受其他委員會監督，而德國董事會受監察人監督(德股份法八十四條)。

②美國報酬委員會對董事報酬的決定與德國監察人相當(德股份法八十六、八十七條)

③美國審計委員會所職司的業務監察、會計監督與德國監察人會相當(德股份一一一條)。

④美國董事會有監督機關化的現象，因為美國學者建議執行長不得

---

<sup>62</sup> 黃銘傑，前揭書，頁 40。

<sup>63</sup> Harvard Business Review on Corporate Governance，中譯本，公司治理，林宜賢、蔡慧菁譯，2001 年 12 月 31 日，頁 219。

兼任董事長，董事長由獨立董事選任，才能客觀公正，故董事會有監督機關化的現象。

(5)綜合上述，本文認為美國獨立董事制度於董事會所發生的影響力，排除執行長的干預，似可達到監督之效果。

### 3、日本公司之組織

#### (1)舊法

日本公司組織係仿一九三七年德國法設計，而在機關上分為股東會、監察人及董事會，而股東會分別可選任董事及監察人，而監察人所需的持股往往比董事多，故監察人之當選與否須得到董事之支持，故監察人容易受制董事會，而缺乏獨立性，而無法發揮監督之效果。

#### (2)新法

日本針對上述之缺點為改革，不但賦予董事會的業務監督權，而且也恢復了監察人的業務監察權，使董事與監察人的業務監察權並列，不過美國董事會制度設計與日本不同日本並未將董事會區分為執行單位與監督單位，加上日本特有的文化，故董事的自我業務監察功能，無法達到效果。

#### (3)外部監察人設計

其係仿美國外部董事的精神而設，雖然外部監察人設有資格限制，但是外部監察人之提名權仍掌握在董事會手中。雖然二一年之修法賦予監察人會對提名得表示意見，但其實外部監察人仍是形式上獨立，實質上仍不獨立。然而監察人之效果的發揮建立在其獨立性上，若缺獨立性，即喪失了監察人設立的效果。

#### (4)日本學者對外部監察人之批評

從日本新商法建立以來(一八九九年至今)，恰好一百年的歷

史，其間經過三十次的修正，而其中相關公司監察制度的重大變革有四次的經驗。事實上，每一次監察人制度的修正，其背後的原動力似乎與企業醜聞案脫離不了關係。從法政策學的觀點視之，企業不正行為的發生是提供問題思考的機會，反省法規範與企業經營的落差，是危機亦是轉機；然而，企業醜聞案所造成社會的損失，往往是無法預期的。尤其是九〇年代開始，日本所面臨泡沫經濟的瓦解，公司醜聞案件陸續現身，從證券公司之損失填補，到企業不正利益輸送的問題，一再突顯企業管理，特別是內部管控問題的嚴重性。

正如鴻常夫教授所示：日本公司監察人制度是歷史的產物，是建立日本獨特的企業監察體系；今後的監察人制度將走向何處，是日本公司法學不斷檢討與反的課題<sup>64</sup>。其中，為人所詬病的是監察人的人事權問題。雖然監察人與會計監察人的選任與解任權，係股東大會的專屬權限(日商法第二八〇條，準用第二五四條、第二五七條，商特法第三條第一項、第六條第一項)，惟除非依商法第二百三十二條之二的規定，符合要件由股東請求提名特定人選，而行使股東之提案權外，監察機關的人事權際是受董事會所掌控的情形(日商法第二三一條，商特法第三條第一項)，企業監察的實效性令人質疑<sup>65</sup>。

再者，依商法第二百七十五條之三及商法特例法第六條之三明文，監察人與會計監察人得於股東大會中，陳述意見，以強化監察機關之安定性，但對董事會左右監察的人事權，僅具消極的效果。

<sup>64</sup> 廖大穎著，證券市場與股份制度論，元照出版公司，1995年5月，頁140。

<sup>65</sup> 酒卷俊雄「株式會社監査制度 現状 課題」商事法務一二九六號頁3；高日正淳「國監査役 監査實態 分析」商事法務1296號，頁7；轉引自廖大穎著，證券市場與股份制度論，元照出版公司，1999年5月初版1刷，頁140。

這種情形，台灣與日本是相同的，因制度上的設計所使然，在資本多數決的原理下，造成監察人的當選與否，維繫於董事所控制的股份之支持，顯現出企業經營者支配公司的一種面貌；若是從董監利害依存的關係下考量，則依法設計的監察權，其執行成效將是大打折扣。其次是相關外部監察人的資格問題。依現行法規定，外部監察人資格存在五年「待機期間」的彈性考量，因而喪失「外部」監察人設計的本義；甚且實務上出現外部監察人由母公司的董事或其職員充任的情況，顯示出現行法上對外部監察人的資格設限，其認定的基礎恐須重新檢視一番<sup>66</sup>。

(5)故綜合上述日本的制度仍有其缺陷，仍無法克服獨立性之問題，使之無法達到有效監督與制衡的功能。

## 二、監督效果之比較

- 1、德國制度董事會之運作受監察人的監督與制衡，較能達到效果。
- 2、美國制度排除不利之因素亦能發揮獨立董事之效果。
- 3、日本監察人制度，由於一直無法排除獨立性之質疑，故效果不彰。

## 三、社會背景之比較

- 1、德國係社會主義市場，其為修正式之資本主義，德國銀行主導了全國經濟，使得公司寧願向銀行貸款，而較不願意向證券市場籌資，且德國人保守，對於股票投資並不熱衷。再加上德國政府允許公司隱藏盈餘於公司中，使得公司遇到不景

---

<sup>66</sup> 江頭憲治郎「自民黨 商法等改正試案骨子 監查役 監查役 1470 號，頁 21；野田博「取締役會 監查 20 號，頁 11；轉引自廖大穎著，證券市場與股份制度論，元照出版公司，1999 年 5 月初版 1 刷，頁 140。

氣，能順利渡過難關，但是由於經營者不熱衷股份之炒作，財務報表之透明度不夠，影響外資法人投資意願，故德國市場上較不會發生醜聞，影響股東權益。再加上德國銀行對公司之監督分為外部之債權人監督，以及內部監察人之監督，使得董事會能被有效之監督，避免發生董事自利致公司受損之情形。

- 2、美國基本上自由經濟主義，強調自由的經濟市場，必有其運作之方式。透過市場的壓力及獨立董事的運作，再加上機構投資人的監督，以及市場上敵對性的併購，迫使經營者放棄自利行為，為股東追求最大利潤，對於公司監督仍有一定效果。
- 3、日本基本上也是實行自由經濟主義，不過由於其財閥的結構，股權相對集中，公司仍控制在少數人手中，再加上監察人制度不彰以及銀行之影響力式微，故無法達到有效之監督。
- 4、綜合上述，美國及德國制度較易達到監督制衡之效果。

### 第三節 我國未來修法應採何種制度

#### 一、公開發行公司組織應否彈性化

從二〇〇二年三月份在北京大學召開公司治理研討會中，強調美國獨立董事制度能有效發揮對公司的管控，由大陸學者，以及日本學者皆發言贊賞美國獨立董事制度<sup>67</sup>，而日本學者提供日本修法新方向，日本有意將公司組織彈性化，讓公司以章程定之，即採原監察人制度或在董事會設各委員會仿美國獨立董事制度，為修法方

---

<sup>67</sup> 中日專家最新研究表明公司治理有效才是最好，證券日報。  
<http://202.84.17.28/csnews/20020327/207040.asp>

向。我國學者亦贊成此看法<sup>68</sup>。

而本文認為我國公司組織基本上與美國制度並不相同，而日本於昭和二十五年即引進美國式的董事制度，而將權力集中在董事會中，而弱化了監察人制度，在一連串的弊案發生後，才又恢復了監察人制度，甚而不斷增加監察人之權限，其原因在董事會，董事之產生方式與美國制度並不相同，日本在此並未完全學習而遭致挫敗，有日本之前車之鑑，我國於修法之際，怎能隨聲附合，採取組織彈性化之調整。故本文認為，倘若認為美國制度好，為何不完全仿照，而只做一半，如此一來會造成制度適用上的混亂，而重蹈覆轍。如果是為了避免改革幅度過大影響國家經濟，應該朝向與我國公司法原繼受國家德國學習監察人之改革。到底應如何改革，應朝向美國制或德國制是可以討論的。

## 二、強制改為美國式或德國式

- 1、對於制度之改革與學習外國制度，最令人垢病的就是學一半，也就是無法學習到制度完整之精神，故在適用上必然扞格不入。
- 2、對於德國制度與美國制度之功能於第一、二節已有討論，基本上皆能發揮一定之監督制衡效果，故兩方案皆可採納，但前題是制度必須完整，否則將喪失制度之精神。
- 3、本文認為我國公司法原繼受德國法，基本上之架構仍屬相同，僅是在制衡監督之精神上產生了落差，故應朝向德國制修改，所需變動的制度及衝擊較小，即改為股東選任監察人，而由監察人選任董事會，如此一來可使我國公司的管控達到一定程度之改善。

另外對於關係企業章之總管理處及個人得控制公司運作之

---

<sup>68</sup> 同上註，另參閱王文字著，從公司制理論董監事法制之改革，月旦法學雜誌，2002期5月，頁107-115。

人，即民國八十六年所提第三六九條三十四及三六九條之十六<sup>69</sup>之修正案，有關總管理處及個人，對公司有控制關係者，適用關係企業之規定，以避免個人或總管理處，藉控制監察人之選舉，而影響董事會之運作，使監察人喪失獨立性。此應特別注意，在德國因董事有任期制度(德股份法八十四條)，故當公司或個人取得公司控制權，而改選監察人，並不能立刻改選董事，故德國關於監察人與董事會有一定監督制衡效果存在，值得我國修法時參考。

---

<sup>69</sup> 立法院公報法律案專輯第二百一十二輯(上)，經濟(四十四)，公司法部分條文修正案，頁 220-221。

## 第六章 現行法有關公司管控之分析與檢討

### 第一節 現行法引進獨立董事之概念分析

#### 一、公司法之規定

公司法第一百九十二條規定：「公司董事會，設置董事不得少於三人，由股東會就有行為能力之人選任之。」依修法理由觀之，董事之選任，不以具有股東身份為必要，乃為配合企業所有與經營分離原則而修改，並非引進獨立董事制度之依據，充其量僅為有利於推動獨立董事之條件之一<sup>1</sup>。

#### 二、台灣證券交易所股份有限公司有價證券上市審查準則

此一規則係依據證交法第一三八條授權制定，其屬於授權命令即法規命令之一種型態。台灣證券交易所係屬特許事業，其管理上市上櫃公司股票交易之管理，屬於受委託行使公權力。

##### (一)未設獨立董監事之公司，應不同意其股票上市

依據本規則第九條，未具備第十二款之規定，應不同意其股票上市，即申請公司之董事會成員少於五人，或獨立董事人數少於二人，監察人少於三人，或獨立監察人少於一人，或最近一年其董事會、監察人有無法獨立執行，應不同意其股票上市。

##### (二)獨立性之標準

依據上開條文之有價證券上市審查準則補充規定第十七條本準則第九條第一項第十二款所規定，「董事會、監察人有無法獨立

---

<sup>1</sup> 林國全著，股份有限公司董事之資格、選任與解任，台灣本土法學雜誌，36期，2002年7月，頁93。

執行其職務」，係指有下列情事之一者：

- 1、擔任申請公司獨立董事或獨立監察人者，有下列各目違反獨立性之情形之一：
  - (1)申請公司之受僱人或其關係企業之董事、監察人或受僱人。
  - (2)直接或間接持有申請公司已發行股份總額百分之一以上或持股前十名之自然人股東。
  - (3)前二目所列人員之配偶及二親等以內直系親屬。
  - (4)直接或間接持有申請公司已發行股份總額百分之五以上法人股東之董事、監察人、受僱人或持股前五名法人股東之董事、監察人、受僱人。
  - (5)與申請公司有財務業務往來之特定公司或機構之董事、監察人、經理人或持股百分之五以上股東。
  - (6)為申請公司或關係企業提供財務、商務、法律等服務、諮詢之業人士、獨資、合夥、公司或機構團體之企業主、合夥人、董事(理事)、監察人(監事)、經理人及其配偶。
  - (7)兼任其他公司之董事或監察人超過五家以上。
- 2、擔任申請公司獨立董事或獨立監察人者，未具有五年以上之商務、財務、法律或公司業務所需之工作經驗。
- 3、擔任申請公司獨立董事或獨立監察人者，未於該公司輔導期間進修法律、財務或會計專業知識每年達三小時以上且取得相關證明文件。
- 4、申請公司有超過董事總數三分之二之董事，其彼此間具有下列各目關係之一；或其全數監察人彼此間或與董事會任一成員間，具有下列各種關係之一者：
  - (1) 配偶，(2) 二親等以內之直系親屬，(3) 三親等以內之旁

系親屬，(4) 同一法人之代表人，(5) 關係人。

第一項第四款之規定，對於政府或法人為股東，以政府或法人身分當選為董事、監察人，而指派代表行使職務之自然人；暨由其代表人當選為董事、監察人之代表人，亦適用之。

### 三、財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心證券商營業處所買賣有價證券審查準則

依據第十條之規定，公開發行公司合於本準則之規定條件，有第十二款申請公司之董事會或監察人，有無法獨立執行其職務者。本中心應不同意其股票為櫃檯買賣。而其獨立性標準如下：

(一)申請公司之董事會成員應至少五席，且其中獨立董事席次不得低於二席。

(二)申請公司之監察人應至少三席，且其中獨立監察人席次不得低於一席。

(三)申請公司之董事彼此間應至少有三分之一以上席次；或全體監察人彼此間或與董事間，未具有下列關係之一：

1 配偶。2 二親等以內之直系親屬。3 三親等以內之旁系親屬。4 同一法人之代表人。5 關係人<sup>2</sup>。

(四)獨立董事或監察人之任職條件：

1、最近一年內未具有(五)列欠缺獨立性之身分。2、具有五年以上商務、法律、財務或公司業務所需之工作經驗，且董事會及監察人各需有一人以上為會計或財務專業人士。3、自其推薦證券商向本中心申報輔導契約日起，每年應就法律、財務或會計專業知識進修三小時以上，並取具證明。4、兼任其他公司獨立董事或監察

---

<sup>2</sup> 關係人指 1、屬於法人或其他機構者，具有財務會計準則公報第六號規定之關係人

關係 2、屬於自然人者，具有配偶或未成年子女關係。

人者，不得超過五家。

(五) 下列人員因有欠缺獨立性之虞，不得擔任獨立董事或監察人：

1、申請公司之受僱人，或其關係企業之董事、監察人或受僱人。2、直接或間接持有申請公司已發行股份總數百分之一以上之自然人股東，或持股前十名之自然人股東。3、前二點所列人員之配偶或其二親等以內之直系親屬。4、直接或間接持有申請公司已發行股份總數百分之五以上法人股東之董事、監察人或受僱人，或持股前五名法人股東之董事、監察人或受僱人。5、與申請公司有財務或業務往來之特定公司或機構之董事、監察人、經理人或持股百分之五以上股東。6、為申請公司或關係企業提供財務、商務、法律等服務、諮詢之專業人士、獨資、合夥、公司或機構團體之企業主、合夥人、董事(理事)、監察人(監事)、經理人及其配偶。

#### 四、外部董事之概念之釐清

我國公司制度究竟是要引進具有獨立客觀且具有專業之董事進入董事會就已足夠？亦或是要引進整個美國董事會之運作？是要加以釐清的。

1、學者認為引進外部董事<sup>3</sup>為：

(1)陳春山氏認為：

站在學者專家的立場，我們支持公益董、監事制度的建立，以美國資本市場的作法為例，美國上市公司往往透過公益董、監事的引進，讓公司發展更趨多元化，而在借重公益董、監事專業能力的過程中，也可以提高公司業績，同時健全公司內部管控制度。

(2)黃嘉明氏認為：

---

<sup>3</sup> 「台北證券廣場」第二十三集「如何推動公益董監事制度」  
http://www.tff.org.tw/c\_kc/kc\_032/23.htm

就字面上解釋，公益董監事的任務就是在保障公共投資人的利益，因此，公益董監事的功能與會計師或律師並沒有重覆，而且，當公益董監事在發揮實務經驗時，也可以輔導上市公司業務發展，對廣大投資者也有幫助。

(3)吳啟銘氏認為：

「公益」董監事的設計，基本上，就是在保護小額投資人，尤其是上市公司大股東經常持股不足，或者拿股票去銀行質借，造成上市公司嚴重的財務危機，也使得大股東演變成傷害小股東的角色，這個時候，更凸顯「推動公益董監事制度」的重要性。

綜觀上述二審查規則，對獨立性要求嚴格，但僅在引進獨立董事非美國整個董事會制度且學者之看法皆認為外部董事制度，僅在引進具有獨立且專業之董事進入董事會，而不在引進美國董事會制度整個運作之模式，令人擔心現行獨立董事之規定人數僅占全體董事之 1/3，如有重大之決策，亦無法靠多數決之方式發揮影響力，難對董事會發生正面的功能，以及以上規則要求獨立董事各至少一人，須具備會計及財務專業人士之資格，並無將其任務定位為審計工作，是故權責並不清楚，也因為如此，獨立董事制度推行十年以來<sup>4</sup>，並未對公司管控之弊端加以改進，從八十七年發生本土型金融風暴可以看出，這也就是仿照外國制度，只學一半之結果，而本文認為若真是要引進美國外部董事制度，應是引進整個美國董事會運作模式才是。

---

<sup>4</sup> 余雪明著，前揭文，頁 63。

## 第二節 從美國安隆案評估外部董事制度引進之必要性

美國第七大企業安隆公司(Enron)於二〇〇二年十二月十二日聲請破產，成為美國有始以來最大的破產案，嚴重衝擊美國資本及金融市場，其中內部產生嚴重的內部稽核失效、會計稽核產生嚴重之弊端，及外部董事制度所產生之問題予以簡單之介紹：

### 一、安隆公司的背景與引發倒閉危機之原因

#### (一)公隆公司背景

安隆(Enron)是美國德州休士頓的能源公司，公司創始人雷伊(Denneth Lay)為密蘇里大學經濟學博士，在該公司十八年之經營中，受惠美國能源法令的鬆綁，其經營的版圖，從默默無名的天然氣管線(nature gas pipelines)供應商到全球最大的能源公司，公司員工二萬一千人，全球四十餘個國家三千五百個分支機構，以二千年計算公司營業額高達千億美元，加上該公司多角化的企業經營，旗下事業包括：天然氣、電力、基本金屬、塑膠、光纖寬頻等信用保證及氣候衍生性(weather derivatives)等商品，因此它被美國財星雜誌(Fortune)評選美國五百大的公司中排名第七位。

#### (二)安隆案破產之原因

二〇〇一年九月二十六日，安隆公司董事長雷伊，宣稱公司第三季營運良好，獲利豐厚，但未及二十天，十月十六日，公司卻正式宣佈第三季營運虧損達 6.18 億美元！隔日，安隆公司宣佈其利用合夥事業隱藏公司損失共達 10 億美元，次日，再調降公司資產達 12 億美元。接著，同年十一月八日，公司再宣佈歷年來與合夥

事業往來之資產負債表外交易、帳務記載錯誤，而應調降從一九九七年到二〇〇一年四年來的累計盈餘數字 5.91 億美元，降幅約達 20%；同時負債面因低估而應調升 6.28 億美元，公司長達四年財務報表數字，竟然皆不可採信！市場譁然、股價重挫，為安隆公司簽證長達十八年的會計事務所安德信(Arthur Andersen)一時成為眾矢之的，其發生經過如下：

## 1、事件經過發展

### (1)指導員工演戲、矇騙華爾街分析師

根據安隆零售部主管菲蘭(Joseph Phelan)於公司破產後透露，安隆公司曾在一九九八年法人說明會召開前，在華爾街分析師面前演出一場假戲，以增強他們對該公司即將設立「安隆能源服務公司」(EES)的信心，菲蘭表示，當時安隆招待分析師參觀一座實尚未營運的高科技控管中心，命令員工假裝忙碌狀，忙進忙出，接聽電話，還安排一些人員於固定時間播電話到公司，使一切狀況像是已經上軌道的公司。在此的前一天，董事長雷伊還親自到場演練，指揮一番，顯示該公司故意欺騙分析師們。

### (2)主管一路賣股，涉嫌巨額內線交易

根據法院取得的資料，二十九名安隆的高層主管與董事在一九九七年至二〇〇一年七月之間，總共賣出安隆公司 1,730 萬股，總值 11 億美元。其中手筆最大的是，安隆一家子公司 - 「安隆能源服務公司」(Enron Energy Services)前任華裔董事長兼執行長白魯(Lou L. Pai)，他一個人就賣掉了 5 百萬股，總值 3 億 5 千 3 百 70 萬美元。安隆創辦人與當時公司總裁雷伊，則一共出售 350 次，幾乎每天一次，總共賣掉 180 萬股，合計獲得 1 億 1 百 30 萬美元股

款。雷伊出售的價位在每股 31 到 68 美元之間，每次售出五百到十萬股不等<sup>5</sup>。

雖然資料尚無法顯示這些人士原先持股的成本，但雷伊和其他主管持股都係以選擇權方式購入，通常享有折扣；此外，其平均成交值至少每股還接近 60 美元，與破產後每股不足 1 美元的股價相比，他們無論如何都算是逃過一劫<sup>6</sup>。

### 3、散播不實資訊，誤導公司員工上當

二 一年八月十四日雷伊在給公司員工的電子郵件中表示：「本公司表現空前良好，我們的業務空前旺盛，我們是今天美國工商企業界中最好的一家公司。」當時，距安隆長期被掩飾的財務問題爆發，只有二個月。嗣後，八月二十七日，雷伊在另一封給員工的電子郵件中宣佈員工認購公司股票選擇權的方案，信中預測安隆股價將「大漲」。當時安隆股價已經由一年前的每股 83 美元跌至每股 37 美元<sup>7</sup>。另據民主黨眾議員威克斯曼表示，在安隆股價崩跌前幾週，資料顯示，雷伊曾發電子郵件給公司員工，聲稱他將會以「重振投資人對安隆的信心為要務，此舉將有助於讓公司股價上漲<sup>8</sup>」。

### 4、財報出現賠損，投資大眾喪失信心

二 一年十月十六日安隆公司公佈第三季財務報表，由於虛報盈餘，公司財務出現一個神秘大黑洞，財務上發生重大賠損，該公司資產至少減少十億美元，結果觸發投資人信心危機，使該公司

<sup>5</sup> 聯合報，「恩龍破產前有巨額內線交易」，2002 年 1 月 14 日，第 12 版。

<sup>6</sup> 中國時報，「安隆主管董事疑涉內線交易，金額逾 11 億美元」，2002 年 1 月 14 日。

<sup>7</sup> 聯合報，「財務問題爆發前兩個月雷伊對員工說：股價會大漲」，2002 年 1 月 14 日，第 12 版。

<sup>8</sup> 工商時報，「安隆事發前，主管一路賣股」，2002 年 1 月 4 日。

股價進一步下跌。但此時美國惠譽及標準普爾(S&P)等信用評等公司，對於安隆公司的債信仍給予 BBB+的等級，即便是對安隆債信最感質疑的美國穆迪公司(Moody's)，也僅暗示最多只會調降安隆債信評等一級<sup>9</sup>。

#### 5、尋求資金紓困，未能獲得及時援助

安隆公司於十月間發生重大財務危機後，便先想到向其最大金主，JP 摩根大通銀行及花旗銀行請求救援，希望能夠籌措十至二十億美元的資金，以解決其現金不足之危機。但是該兩大銀行並未及時伸出援手，未對安隆公司有任何救援行動。十月二十六日，雷伊打電話給美國聯邦準備理事會(Fed)主席葛林斯班尋求協助，但葛林斯班認為這不是妥當的做法，沒做任何回應。十月二十八日，雷伊打電話給財政部長歐尼爾，十月二十九日打電話給商務部長伊凡斯，為安隆股票可能遭到債信評等降等，而尋求商務部長給予任何妥當的援助。十月三十日，伊凡斯與歐尼爾在一場先前即安排好的財政部午餐會上，就雷伊所提出的要求進行討論，兩人同意決定不予插手。十一月九日，雷伊再度打電話給歐尼爾尋求援助，但並無結果<sup>10</sup>。

#### 6、掙扎尋求購併，欠缺擔保，功敗垂成

當安隆面臨財務危機時，其競爭之一對手動能(Dynegy)公司，於十一月九日同意以約 203 億美元的代價購併安隆公司，但是購併協議公佈後股價持續下跌，動能公司遂以降低收購價碼為由，要求與安隆重新就購併案進行談判。當初，動能公司同意收購安隆時，曾於合約中聲明，除非它可以得到安隆的「金雞母」北方天然氣油

---

<sup>9</sup> 工商時，「安隆繁華轉眼空的背後省思」，民國 90 年 12 月 3 日。

<sup>10</sup> 經濟日報，「白宮：恩龍曾向政府求援」，民國 91 年 1 月 12 日，第 4 版。

管的控制權，公司才願意支付 15 億美元的資金，以紓解安隆公司困境，若條談不攏，動能公司也撤回資金。十一月二十七日，動能公司要求收購之條件為，安隆公司必須先找出 2.5 至 5 億美元的資產作擔保，以換取動能公司支付現金。然而禍不單行，就在此時，標準普爾公司宣佈將安隆公司之債信評等降至「垃圾」等級，對現金緊絀的安隆公司無疑地提前宣判其死刑。安隆公司短期債務將因垃圾債信評等而剩下 39 億美元，而公司此時手頭現金大約只有 20 億，另外預估二 二二年即將到期的 160 億美元的債務償還日期，也將因而提早到期。值此關鍵時刻，安隆公司賴以維生的網路交易平台—安隆線上(Enron Online)又宣告停止交易，迫使動能公司宣佈終止收購安隆之計畫<sup>11</sup>。

## 7、驚傳破產危機，引發美股全面下跌

根據華爾街日報引述參與安隆公司債務討論之銀行家指出，安隆總負債金額高達 4 百億美元。其中，只有 130 億美元在其資產負債表中揭露出來(表內交易)。這當中包括欠銀行的 40 億美元貸款，以及 90 億美元的公司債。其他 270 億美元的負債，則是資產負債表以外的交易(表外交易)。這當中包括 30 億美元的銀行借款，70 億美元的公司債，以及高達 170 億美元的能源衍生性商品、信用狀以及其他種類複雜的舉債工具。而安隆的實體資產，如天然氣輸送管線，則早已被公司作為抵押品。由於安隆的債務結構太過複雜，儘管其公司債在短短數星期內已大跌超過 80%，但是連專門收購不良債權的「兀鷹投資家」都興趣缺缺<sup>12</sup>。由於欠缺足夠資金補足債務缺口，安隆公司只有走上宣告破產倒閉一途。消息傳出後，十

<sup>11</sup> 中國時報，「美能源交易龍頭安隆驚傳破產危機」，民國 90 年 11 月 30 日；工商時報，「安隆繁華轉眼空的背後省思」，民國 90 年 12 月 3 日。

<sup>12</sup> 中國時報，「申請破產重整，安隆前途坎坷」，民國 90 年 12 月 1 日。

一月二十八日，美國道瓊工業、標準普爾以及那斯達克三大指數齊告大跌，安隆公司股票單日暴跌 85%，收在 0.61 美元，成交量並刷新美股單日成交新紀錄，換手量爆出近 3.45 億股的天量。而宣佈取消收購安隆的動能公司股價也是無法止跌，最終以 36.81 美元大跌 10% 作收。標準普爾公司並於當日宣佈，安隆公司自該日起，自構成「標準普爾指數」之 5 百支成份股中除名，第二天收盤後，改由繪圖晶片製造商維迪亞(Nvidia)取代<sup>13</sup>。

#### 8、聲請破產保護，尋求浴火重生機會

在資金確實無法補足其債務缺口之情形下，安隆公司終於 2001 年 12 月 2 日透過該公司律師，援引美國破產法第十一章之規定，向法院聲請破產保護，以尋求浴火重生的機會。然而，由於安隆的負債不但過於龐大，債務結構也異常錯綜複雜，使得這條破產重整之路顯得格外坎坷。

#### 9、負責簽證會計師事務所坦承已銷毀部份文件

在美國司法部對於安隆公司展開刑事調查之後，曾替安隆公司處理帳務之安達信(Arthur Andersen)會計師事務所於一月十五日坦承，美國聯邦證券管理委員會(SEC)於去年曾因安隆公司所發佈之二〇〇〇年第三季財報，列有數億美元虧損，於去年十月十七日來函要求調閱安隆公司財務報表，該事務所的合夥會計師鄧肯(David B.Duncan)在收到證管會傳票後，曾主導一項「火速處置」安隆文件的行動。他在去年十月二十三日的會議中，下令開始銷毀數千份與安隆相關之電子文件與書面資料，直至十一月九日才停手。雖然會計師事務所可以自行決定文件紀錄保存之期限，但專家表示，業

---

<sup>13</sup> 中國時報，「美能源交易龍頭安隆驚傳破產危機」，民國 90 年 11 月 30 日。

界之標準為三年以上。由於安達信會計事務所的稽查業務係受到美國證管會監督，該事務所並因此而受到美國證管會的斥責<sup>14</sup>。該會計師事務所，係由前美國西北大學會計教授安達信(Arthur Andersen)先生，於一九一三年創立於芝加哥，他曾為公司訂下「直思、直言」的座右銘，並立下誠正透明的作業風格，使得事務所不但擁有「會計業的良心」美譽，一度成為世界第五大會計師事務所，擁有 10 萬家公司客戶，年營收 90 億美元，在全世界有 8 萬 5 千名員工。安隆安爆發後，「安達信」已經由曾是建立會計專業倫理標準之舵手，淪為會計執業不當的代名詞<sup>15</sup>。

## 二、會計方面產生之問題

依據美國證管會會計處長(Chief accountant)Robert K. Herdman 於二〇〇一年十二月十二日，於美國國會，就安隆破產案之證詞<sup>16</sup>，來分析此事件之影響。以下就 Mr.Robert 論及，就安隆公司於二〇〇一年十一月八日，呈報 SEC 申請修正過去財務報表資訊內容所代表之意涵，及對資本市場及投資人之影響分析如下：

### 1、已發布財務報告之修正重編對資本市場衝擊不可小覷：

該次申請修正之範圍涵蓋之期間遠溯至一九九七年。雖然現行之會計審計規定並不禁止此種行為，但鑑於此種修正必然有其重大性且對投資人權益有顯著影響，其結果亦將削弱資本市場的公正性並損及其效率。因此在未來如何降低此種狀況發生之機率，以期正確資訊能在第一次揭露時即能充份表達，為 SEC 應積極與業者研

<sup>14</sup> 經濟日報，「安達信銷毀恩龍文件招疑」，民國 91 年 1 月 13 日，第 3 版；經濟日報，「安達信坦承銷毀恩龍文件」，民國 91 年 1 月 13 日，第 13 版。

<sup>15</sup> 中國時報，「安達信興衰史。美國會計界良心典範，美譽毀了」，民國 91 年 2 月 3 日。

<sup>16</sup> 劉科著，美國安隆公司破產事件涉及之財務報表及獨立董事資訊揭露問題之探討，證券櫃檯，第 69 期，頁 29-32。

究之課題。

## 2. 公司利用特殊目的事業機構進行財務調度隱藏債務之行為應予導正

美國許多企業皆使用所謂特殊目的事業機構(Special-Purpose Entity--SPE)的設置，作為一種財務調度的方式，以取得所需之資金或資產。其運作架構為母公司將有關資產，以信託方式移轉銷售於一SPE，而SPE以受託人地位管理此資產，並利用此資產舉債或發行股票予機構投資人或一般之投資大眾，於募到資金後將之轉予母公司。由於在募資之同時，為加強其還款之能力，通常都會由母公司出面給予保證，或予類似承諾之安排(similar derivate arrangement)，以強化其信用。另因此類SPE發行之有價證券在市場上往往具有高度之流動性及交易之方便性，因此資金成本遠比母公司直接自市場及銀行取得者來得低；再加上又有稅賦上之優惠，故美國企業往往在有特定交易目的時，利用此種架構取得必要之資金或資產。按理講，此類關聯之SPE如能於母公司合併財務報表中揭露其活動內容之全貌，當可對母公司資產及對外擔保之狀況能有整體性之了解。惟基於會計準則規範，如果信託予SPE之資產能充份與信託人之資產獨立隔離(即某一資產所有權既因信託移轉出去，當應於資產面予以扣減一定之數額)，且SPE的權益中，如有3%以上係權益所有人真正自己拿出錢來投資，且真正自負盈虧，而不受信託人任何擔保或承諾之保障的話(代表SPE之經營不受制於人)則可將此種交易視為表外事項，不列入合併報表中揭露。而安隆公司在申請重編財務報表之同時，承認以往隱瞞不實，將三個應納入合併報表申請之SPE未列入，以致整個企業集團的實際狀況未能真正揭露予投資大眾知悉。對此，SEC已敦促FASB

儘速就 SPE 納入合併報表中編製之相關問題及規範進行研究，以期增加財務報告之透明度。

### 3、以應收票據作為投資對價，有違會計原則並因此造成股東權益之重大調降

此次安隆公司申請修正調降股東權益數達美元十二億，其原因為該公司於二〇〇一年設置了四個 SPE，其期初資本(包括購買其中一個 SPE 之有限合夥股權)均以安隆公司新發行之普通股支應，即以發行之股票作為投資工具，但卻以各該 SPE 開具之應收票據(notes of receivable)作為對價，列為安隆公司資產。亦即安隆公司以同時增加股本及應收票據方式設置了四個 SPE。惟根據 GAAP 原則，不得以應收票據作為股本之交換對價，為矯正此一錯誤，應收票據自應作為股本之減項處理，以至瞬間股本減少十二億美元。

## 三、外部董事制度所產生之問題

1、根據現行 NYSE 及 NASDAQ 之規範，凡達一定規模之上市、櫃公司均應設置獨立董事，並應於委託書所載相關事項中揭露被提名董事及現職董事與公司間有無下列情事，以利客觀了解其獨立性之程度：

- (1)與公司有無僱傭關係包括目前及過去。
- (2)被提名董事及現職董事與公司執行階層之主管(officer)有無親屬關係。
- (3)與公司或其子公司有交易關係，其額度達美金六萬元以上，而被提名董事及現職董事於該交易涉有重大利害關係者。
- (4)對公司或其子公司負有債務，其金額達美金六萬元以上者。
- (5)握有某事業或專業機構之權益達一定門檻以上，或為其執行業

務之主管，而該事業體或機構恰為公司之重要客戶，或重要供給者，或對公司負有一定數額以上之債務者。

(6)被提名董事或現職董事為某律師事務所之成員或顧問，而該事務所洽於前一會計年度為公司所延聘，或公司擬於此一會計年度予以延聘，而超過一定關係程度者。

(7)被提名董事或現職董事為投資銀行之合夥人或執行業務主管，而該投資銀行洽於前一會計年度對公司提供某種類型之勞務，或擬於此一會計年度商請其提供，而超過一定關係程度者。

(8)與上述所舉情事類似之其他關係。

2. 檢視安隆公司二一年年度股東會委託書所載董事資料中，十四位被提名者，有八位未具上述所舉各種關係，而與內控及會計原則選擇有關之稽核與遵循委員會中，僅一位即 John Wakeham 揭露與安隆公司有顧問契約之關係，每年被支付七萬二千元美金之報酬，除此之外則無。另於與該公司風險控管有關之財務委員會，則是全員均無相關資訊可資揭露，但經事後調查，卻非如此，分別為：

(1)審計委員會中 Mr. John Mendelsohn，其為德州大學 M.D.

Anderson 防癌中心總裁，該中心除得到安隆公司及該公司董事長之捐助外，該公司之 CEO Kenneth Lay 又為德州遊說團體 Houston Chronicle 之成員，其遊說目標係要求州議會同意撥款二千萬美元，建立東南德州生物科技園區，並將之設在德州大學校產土地上，同時並增建防癌中心的生命科學中心。至於安隆公司的「報酬委員會」的主席 Charles LeMaistre 則係防癌中心榮退之前任總裁，並於該中心 Board of Visitors 服務。

(2)除此之外，董事 Norman Blake 及 John Duncan 擁有 EOTT 能源

合夥事業之有限合夥股權(只對事業投資而不具管理能力)，而其一般合夥股權(對事業有管理能力)之持有者，恰為安隆公司全權擁有之子公司，則安隆公司自然對 EOTT 有完全操控權，進而影響到該兩位董事之權益。而渠等分別係「財務」及「審計」委員會之成員。

- (3)又審計委員會之董事 Wendy Gramm，則係 George Mason 大學 Mercatas 中心之董事，根據二〇〇一年十二月十日的時代雜誌報導，該中心曾接受安隆公司五萬美元之捐助。
- (4)審計委員會之主席(Robert Jaedicke)曾經擔任過史丹佛大學的會計學教授，話雖如此，董事會與監察委員會依然空有其架構，人謀不臧，並未完全發揮其監督的功能，公司管控的機制顯然並未落實。當然，究其原因，有可能是董事會對安隆快速轉型所從事的一些複雜的金融交易，只是一知半解，也有可能是對於財務資訊報導及揭露的不夠透明化，並未加以注意也並不關心。此外，董事會對安隆經營團隊追求營收快速成長與高股價，以滿足證券分析師的預期所採取的行動(包括透過資產負債表外的關係人交易、虛增盈餘、漏列負債、對於會計師所要的重要資訊，刻意隱瞞等)，完全忘記他們應該要善盡監督經營團隊的職責，以達保護投資人權益的目的。安隆經營團隊的玩弄聰明，使得企業的內部控制與內部稽核系統在一夕之間崩解<sup>17</sup>。
- (5)安隆有一些高階主管來自 Andersen。會計師事務所的職員，包括合夥人，離開後加入事務所的客戶再擔任經理以上職務，是很自然的事。站在事務所的立場，都樂觀其成。但是因為這種

---

<sup>17</sup> 陳依蘋著，美國史上最大破產案—安隆(Enron)深度報導，會計研究月刊，第 195 期，2000 年 2 月，頁 18-19。

旋轉門的關係，在審計失敗案例中，往往成為受攻擊的主題<sup>18</sup>，會計師的獨立性，亦在此案受到質疑。

#### (6)機構投資人亦無法發揮功用

「加州公務員退休金管理系統」(Calpers California Public Employees' Retirement System)，是以往最受投資人信任的投資機構，此事件發生之前，其為安隆的一大投資法人，此次為了確保組織獲利，儘管前年底就知道安隆主管正在公司外進行一連串不當私人投資，卻未在董事會中代表投資人提出糾正。

Calpers 退休金系統發言人麥區特回答「紐約時報」記者的內容，可以發現一些端倪，其對話如下「你問我們為什麼沒在董事會中拉警報？好問題！但是當時這些(瑕疵)看來都不像會拉垮整個公司啊！」由此得知，機構投資人所關心的，僅是其組織投資報酬率是否得到回收，而非所投資公司經營的良窳與否，故機構投資人並未發揮監督的效果<sup>19</sup>。

## 四、小結

從以上的介紹可得知：

- (一)美國是個自由經濟的市場，其市場的衍生性金融商品之複雜，一般人無法理解。
- (二)公司經營階層利用熟練的金融知識，騙過了審計單位。
- (三)審計委員會以及報酬委員會，經事後調查，其資格並未獨立，皆為有關聯之外部董事，而非獨立董事，因此即使是會計系之教授的審計委員會主席，亦無法察覺會計上之問題。

#### (四)小結

---

<sup>18</sup> 林柄滄著，美國安隆破產事件引發的會計危機，  
<http://www.deloitte.com.tw/TheNew/BillLin4.html>。

<sup>19</sup> 吳迎春，公司治理，天下雜誌 3月號，2002年3月，頁50。

由於美國是信奉自由經濟市場的國家，公司所追求的目標是股東利益的極大化，所以董事的報酬與股票的價格有很大的關係，而股票價格的高低，反應在公司的盈餘上，此時公司即有業績的壓力，其中的一個壓力是來自資本市場，尤其是證券分析師的預期，不當的影響管理階層的行為。分析師及股東重視短期獲利及營收成長，使得管理階層必須投其所好，此時財務長就必須關心並負責股價的表現，根據美國對 CFO 財務長的秘密調查，有 2/3 以上的 CFO 曾遭公司壓力要做假帳，其中只有 55% 的人成功抗拒<sup>20</sup>，這也就是安隆案為什麼發生之原因。

(五)對於獨立董事的認定資格複雜，以及由誰認定？若由證券主管機關認定，會付出多少成本？是否會流於形式？皆是我們要加以研究的課題，我們不應隨風起舞，任意的跟流行，引進獨立董事制度，而應是就制度面研究比較後，再決定引進何種制度。

(六)德國制度的優點

- 1、公司組織設計符合有選任權者有監督權之效果，所有者監督經營者，以及分層負責之內閣制精神。
- 2、全能的銀行體系，不但可從借貸款項給公司之方式監督公司，更可藉由直接投資該公司，或受理投資人的委託，代理其行使股東權，更可藉銀行中基金部門的投資所擁有股權，三管齊下從公司內部當選任監察人來監督公司之營運，甚至可藉選任董事達到影響公司政策的制度。雖有學者批評銀行過度操控公司可能導致公司虧損及實務上亦發生多起由於銀行過於積極介入公司營運所導致之虧損；但是由於銀行的經營所依賴最重要的因素為信用及名譽，故由輿論的監督，使得銀

---

<sup>20</sup> 林柄滄著，從安隆效應談如何確保 196 期，2000 年 3 月，頁 22。

行的監督較能上軌道，且德國政府對於銀行的管理亦相當嚴格，毋須擔心此一批評。

### 3、德國會計制度允許公司累積隱藏性公積

德國由於採取社會主義市場，故採取高稅率，增加國庫收入，以滿足龐大的社會福利支出，故對公司採取高稅率稅率政策，但另一方面於會計法中允許公司累積隱藏性公積，使得公司一旦遇到經濟不景氣，得以有效渡過難關，因此德國公司經營階層能作長遠的計劃，增加公司競爭力。

### 4、職工參與制

在德國職員及勞工皆有機會參與公司營運，使得勞資關係和諧，減少罷工成本，使得員工有向心力，提昇公司營運績效。

### 5、健全職業訓練體系

在德國由於採取社會主義市場理論，各企業紛紛提供職業訓練機會，一方面使參加者於通過考驗後即得到一份工作，另一方面藉由長期的職業訓練，得到高素質的勞動力，不但能有效提昇公司經營績效，更能解決失業的問題，一舉兩得。

綜上觀之，德國的整套制度不但使公司由內部監察人的監督董事會的執行，更由銀行的介入而加強對經營者之監督，使公司能達到較佳之管控效果，而且能解決國內失業的問題，所以德國的制度值得採行。

(七)本文認為我國不宜引進獨立董事制度，而應該修改我國公司法朝德國的模式改進，理由如下：

- 1、我國法係繼受德國法，故公司組織架構上相似，如果進行改革變動並不大。
- 2、改為德國制僅為選舉制度改變故，故所支出成本較小。

- 3、依照德國公司組織模式的監督制衡模式，監察人得有效監督董事會之運作，故監督效果較佳。
- 4、德國全能體系銀行所產生的功能，於我國甫通過的金融控股公司法，開放金融控股公司直接投資一般公司(金融控股公司法三十六條)，使得金融控股公司與德國全能體系銀行的功能雷同，加強金融控股公司對其子公司之監督。
- 5、在德國允許公司有隱藏公積存在，依其商法典第二五三條規定企業財產得以購買成本或製造成本的「最高」額來評價及第五四條規定固定資產與流動資產的評價得以稅法上所定「較低」於商法所估價值，予以評價後折舊之。此外商法典在財產的估價上亦多處予以企業在方式上自由選擇。上述三種情形，使企業有製造隱藏公積之機會<sup>21</sup>，使公司於危難時，能渡過難關。此為我國所無，要引進配套措施，須學者與立法者有一定之共識才易達成，故此引進此制度有一定難度。

不過我國經貿政策上，過度依賴美國市場，而我國已加入 WTO 組織中，在政策上應調整向歐洲市場發展，而在歐洲市場上又以德國市場為其核心，故適度與德國會計制度接軌有其必要性。

但此制度能否順利運作，本文認為必須在政府對公司實施高稅率的情況下，才能順利運作，理由為當政府稅率高時，公司為了避免被政府課稅會儘量將盈餘轉成隱藏性公積留在公司中，相反的與稅率過低時，公司反而願意將盈餘分配給股東，此時會鼓勵投資人購買該公司之股票，而在証券市場上公司的股票就會上漲，因此隱藏公積能否順利運作，取決於稅率的高低。

- 6、德國實行健全的職業訓練，能有效降低該國之失業率及提昇

---

<sup>21</sup> 劉渝生著，歐體第四號會計指令整合成果評析—以德國為例，行政院國科會專題研究計劃，1991年6月，頁24-25。

其國內勞工的品質。相對於我國的失業率節節升高，在九十年的經發展中，此一問題亦是各方討論之重點，故如何提昇勞工品質及減低失業率，德國健全的職業訓練是值得我國學習的地方。

基於以上理由，本文傾向不應引進獨立董事制度，而應修改為德國制，才能達成有效之公司管控。

### 第三節 就現行法有關公司管控應改進之建議

#### 一、改革公司選舉制度---由監察人選舉董事

依據第五章所述證明德國公司組織設計之監督機制較佳，且對我國制度影響較小，故應將公司組織選舉制度改為由股東選舉監察人、監察人選任董事，此時董事會應向監察人及股東會負責，較能產生監督之效果。

#### 二、應立法明定，大小規模不同之公司，應有不同董、監事之設計

因為公司有分大小，故各公司所需要監督的程度亦不同，而公司越小，股權就愈集中，故經營者發生代理問題發生之機會較小。

而在中型、甚至大型公司，其所面對的是就是社會大眾，投資者眾多，又因資本較多，影響社會層面甚廣，與大眾接觸頻仍，且吸收資本容易，故應設置周嚴的監督機制，如人數之增加、專業化的要求，以維護股東與公司之權益。

##### (一)監察人應組成監察人會並指定一人為常駐監察人

監察人如為數人，應以分工的方式監督公司，以避免因能力不足，故應組成監察人會。而平常應設置一人為常駐監察人，使得監

督權能更有效發揮。

## (二)簽證會計師應由監察人會任免

因為內部稽核單位由總經理以上直接指揮，且商業會計法第五條規定，會計師的選任應由董事會以普通決議通過，因此會計師易受制於董事，而無法發揮獨立之監督功能，故簽證會計師應由監察人來選任，以達到客觀公正的標準，由監察人會選任會計師，才能使財報正確的呈現。

## (三)應強化監察人之專業能力

監察人之職責在於監督董事的業務執行與公司財務的管控，故必須具有經營管理的實務，以及會計或財務規劃的能力，始能有效的對董事業務之執行，加以管控，故監察人應增加其專業能力。

## (四)增設勞工監察人

德國監察人制度之特色，在於監察人會中增加了勞工代表，其係由員工選舉產生，稱為勞工監察人，其不但可以為勞工的權益與資方溝通，更可以使員工了解公司狀況，以達到勞資和諧，減少罷工的產生，如此一來，公司不但減少不必要的成本支出，更可以使資方永續經營，最後是股東的權益受到保障，故我國應增設勞工監察人。

## 二、加強股東監督之效能

### (一)明定股東資訊權

#### 1、口頭詢問權為個別股東權之本

因為股東會一年最多只開一次，故股東僅能藉此一次機會來了解公司之狀況，但董事為了保護其商業秘密，甚至掩飾錯誤，不願

意回答股東的詢問，故立法者應明定股東詢問權，在德國研究了一世紀才訂立此條文，保護個別股東的權利，也為了避免董事之跋扈，不願回答股東之詢問，故應立法明定股東詢問權，賦予股東之基本權利。

## 2、股東代表訴訟的先決要件

股東詢問權對股東的代表訴訟是非常重要的，因為公司法第二一五條對於董事之指控顯屬虛構，須對董事負損害賠償責任，而賦予股東享有詢問權，小股東才能藉此得到資訊，發現違法的情事，進而提起司法的救濟，藉著詢問所得之資訊即不會違反本法第公司二一五條之顯屬之構成要件，對股東較有保障。

### (二)加強機構投資人之監督

現今基金的投資人數眾多，將散戶的錢集中起來投資，不但風險低，仍可以藉由基金管理者監督，可以以法人之姿態進入董事會或監察人，故如此客觀監督經營者，使經營者儘量為公司及股東謀福利，故機構投資人能發揮監督之效果。

## 三、改進會計制度

### (一)允許公司保留隱藏公積

在資本之原則中，資本充實原則對公司的存續發展是很重要的，雖然資本之原則早已被打破，但是資本充實原則仍有其作用。而在資本充實之外，又例外允許公司將隱藏公積，累積保存於公司中，當公司遇到重大虧損時，即可以此為填補，保持公司競爭力，故應立法允許公司隱藏公積，其配套措施已於上節(七)中介紹，於此不贅敘。

## (二)會計報表的通俗化

一般在股東會前，總會收到公司的會計報表及營業報告書，但會計乃一門專門的科目，必須具備一定知識始能了解公司之財務狀況，故如此艱澀的報表對小股東權益是不利的，因為看不懂財務報表，故無法使用股東詢問權，也因此無法保障自己的權益，故會計報表須要通俗化。一般實務之營業報告書往往內容過於空泛、天馬行空，故營業報告書應增加「狀況報告書」在內。

而「狀況報告書」應包含公司的營業過程和狀態的相關資訊及有益於讀者之資訊。又，何謂「有益之資訊」？包括：①營業年度中曾發生過的重大事項②公司預期的發展等。

至於公司的營業過程和狀態應包括收益和費用的發展、資產負債的流動性與收益性、委任情形、工作進展、生產進度與投資情形、公司結構的轉變(包括營業規模大小、分公司、組織)，重要的契約與行政措施、存貨政策與庫藏狀況，意外事件及營業損失等。

## (三)會計及資訊透明化

因為安隆案的倒閉，World Com 的虛列報表，當大眾的焦點放在要重拾投資大眾的信心，要提昇透明度時，很自然地想到企業經營應該要更透明，揭露資訊應該要透明、董事之資格、背景與公司的關係要透明，甚至連會計師與公司間的關係也要透明，以及公司的財務狀況也必須揭露，如此一來股東們才能放心投資，所以會計及資訊的透明化是很重要的。

## 第四節 配套機制

### 一、明定法人不得同時擔任董監事

因為董事與監事，在權力設計上就是對立制衡的，故若法人同時指派二人，一為董事、一為監事，則球員兼裁判無法達到制衡的效果，並且有害公司之經營，故法人不得同時擔任董監事。

### 二、加重違法董監事的責任

經濟犯罪的手法越來越高明，此屬智慧型之犯罪，危害社會經濟重大，但此罪的刑責太輕，故無法伸張正義。繼安隆案後，美國再度發生默克案，震驚全世界，嗣後美國總統布希決定要加重公司負責人之刑事責任，刑期達 20 年，由此經驗觀之，民國九十年，我國修正公司法時，立法機關及國內部分學者，高喊公司法除罪化，回歸普通刑法之適用，此一論點，不僅有待斟酌，亦與上開美國的相關發展相悖。

### 三、引進德國職業訓練制度

我國應學習德國制度，鼓勵公司開設各種職業訓練，積極推動職業証照制度，由國家授權各公司開設職業訓練，使人民依其興趣，參與各種職業訓練，而於結業後參與考試，合格後即發給証照並錄用之，此不但使得各公司能找到其所須之勞工，而且可以提昇勞動力的品質，更可以減低國家失業率，故引進德國健全的職業訓練體系，是件刻不容緩的事，由此才能提昇我國之競爭力。

## 第七章 結論

一、在公司的管控理論何種方式最有效，可以從以下二人的說法中窺之一二：

1、卡茲和卡恩(D.katz and R.kahn)曾說：「組織結構，本質上就是人類設計出來的一種系統，它可能因為細故而解體，也可能超越時空的轉移和生物機體的凋謝，而持續數世紀之久。」即使某一組織能夠長存不衰，可是組織結構乃人為設計出來的，自然不是完美無缺的，可不能長存永久而不變，它必須因應環境的變遷而作適度的調整<sup>1</sup>。

2、依龐茲<sup>2</sup>於時代基金會所舉辦「公司治理座談會」中的說法：「三十多年外部董事的經驗告訴自己，公司治理沒有標準答案...」<sup>3</sup>。

依上述的說法，沒有一種制度是完美的，只能找尋適合自己國情之制度，並加以不斷的調整，期能達到有效之管控。

二、在日本的特有的管控機制下，不但董事有業務監督權，而監察人亦有業務監督權，此並列制是日本制度之特色，但其中的缺點在於董事與監察人所扮演的角色，皆喪失其獨立性，於董事監督方面，因董事之提名主要掌握在少數人手中，其提名之依據，受到日本終身僱用制及年功序列制的影響，董事之產生由公司內部依據年資而提名，其受制於經營階層，無法發揮監督效果。

---

<sup>1</sup> 彭文賢，組織原理，三民書局，1994年8月，頁335-336。

<sup>2</sup> 梭羅的老師、前任史隆管理學院院長龐茲(William Pounds)，從三十歲就開始擔任美國大企業的外部董事。不僅擔任過洛克斐勒家族幾個公司的董事長，今天仍是波士頓美術館董事長。

<sup>3</sup> 吳迎春，公司治理的迷思，天下雜誌第77期，2002年3月1日。

於監察人方面，其當選與否，亦仰賴董事及大股東之支持，無法維持其獨立性。而在外部監察人亦受制於董事會之提名，依據林國全氏認為外部監察人僅為執行業務之「觀點」獨立而非「地位」之獨立及如鴻常夫氏認為監察人(包含外部監察人)與會計監察人的選任與解任權，雖掌握在股東手中，實際人係受董事會所掌控，故監察人之獨立性受人質疑。再加上外部監察人，大多由主銀行派任，對於監察權之行使，其獨立性亦受影響，故日本制度並不適合我國。

三、美國的外部董事制度在執行長願意接受外部董事之意見時，確能達到有效的公司管控，但在執行長刻意的架空外部董事之職權時，將資訊隱藏時，外部董事即失去其功用，如安隆案，審計委員會並未獲得充分資訊而是。

又美國對於外部董事中之獨立董事的資格要求甚嚴，但係由何人審查，須耗費多少成本來調查獨立董事是否具有獨立性令人質疑。

再加上美國係自由經濟市場，投資人追求的是股價高低與否，過分追逐短期股價之價差所產生之利益，而非注重公司的營運，而將經營者之去留與股價綁在一起，促使經營者，不斷追求短期之利多，而非長遠性之規劃，當營運績效差時，利用高明之會計手段做假帳，甚至內線交易，為自己套取巨額之利益。

如今美國正徹底推動企業改革法，不但改革會計規範，亦加重審計委員會之職責，雖說如此一來能達到內部管控之效果，但真正能發揮管控機制，來自於外部嚴格的會計查核制度，及資訊公開透明化，故若採擇美國制度時，對於外部管控機制須一併考量。

四、在德國的管控機制下，在公司組織設計上不但符合所有者監督

經營者，而且在銀行所扮演內部與外部管控的角色，使得公司能正常的營運，在會計制度上亦允許隱藏性公積存在，使得公司有備無患，而在健全的職業訓練皆為其帶來高品質的勞動力。

綜上所述，我國公司制度設計基本上係繼受德國 1937 年以前之公司法，在架構上有些雷同，在改革上變動並不算大，加上甫通過的金融控股公司法與德國全能銀行的功用相同，最後應加強職業訓練之推動，減低失業率及會計制度上之改革，故本文主張朝德國制方向改革，比較適合我國，如此一來定能提昇我國之競爭力。

## 參考文獻

### 書目

- 1、施啟揚，民法總則，三民書局，1994年9月。
- 2、彭文賢，組織原理，三民書局，1994年8月。
- 3、賴英照，公司法論文集，財團法人，中華民國證券市場發展基金會，1988年5月增訂再版。
- 4、A.A.Berle,Jr.著，陸年青、許冀湯合譯，現代股份公司與私有財產，臺灣銀行經濟研究室編印，1981年8月出版。
- 5、劉連煜主編，證券管理法令選錄，元照出版公司，1999年10月初版。
- 6、劉連煜，公司治理論與判決研究(一)，三民書局，1995年1月。
- 7、梁慧星主編，民商法論文集第7卷，法律出版社，1997年1月。
- 8、徐俊明，財務管理理論與實務，新陸書局，2000年9月。
- 9、哈佛商業評論，公司治理，天下遠見出版社，2001年12月31日。
- 10、賴源河等著，新修正公司法研析，元照出版公司，2002年3月二版。
- 11、柯芳枝，公司法論，三民書局，1997年增訂初版。
- 12、黃銘傑，公開發行公司法制與公司監控，元照出版公司，2001年初版。
- 13、吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，2000年增訂六版。
- 14、張正編著，行政法(下)，保成出版事業有限公司，1999年修訂二版。
- 15、陳春風編著，公司法，雙榜文化事業出版社有限公司。

- 16、施智謀，(公司法)，作者自刊，1989年7月，校訂版。
- 17、商法專論，賴英照五十歲祝架論文集，1993年7月初版。
- 18、黃川口，公司法論，自刊，1989年修訂四版。
- 19、陳顧遠，商事法(中)，自刊，1968年版。
- 20、台中區中小企業銀行八十五年公開說明書。
- 21、陳春山，企業管控與投資人保護 金融改革之路，元照出版公司。
- 22、陳春山，公司董事的義務一與責任，學林文化，2000年9月。
- 23、劉連煜，公司法理論與判決研究(二)，三民書局，1998年4月。
- 24、汪泐若，企業舞弊，華泰書局，1972年。
- 25、劉連煜著，公司監控與公司社會責任，三民書局，1995年9月。
- 26、柯芳枝教授六秩華誕祝賀論文，1997年4月初版。
- 27、法律與當代社會(馬漢寶教授七秩榮慶論文集)，思上書屋出版，1996年6月。
- 28、余雪明，證券交易法，中華民國證券暨期貨市場發展基金會編印，民國八十九年十一月出版。
- 29、劉連煜，公司監控與公司社會責任，五南圖書出版有限公司，1995年9月初版。
- 30、黃銘傑，公開發行公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯，元照出版有限公司，2001年11月。
- 31、王文宇，公司與企業法制，元照出版公司，2000年5月初版一刷。
- 32、羅國華著，撤銷股東會決議原告適格問題之研究，公司法修正議題論文集，神州出版公司，2002年3月。
- 33、羅志淵，美國政府及政治，正中書局，1984年4月，六版。

- 34、賴源河等著，新修正公司法研析，元照出版公司，2002年3月二版。
- 35、梁宇賢，公司法論，三民書局股份有限公司，1993年8月修訂再版。
- 36、林克敬著，利用網際網路(Internet)召開股東大會之可行性，公司法修正議題論文集，神州出版公司出版。
- 37、馬克.J.洛著 Strong Managers, Weak Owners，鄭文通、邱東輝、王雪佳譯，強管理者，弱所有者，上海遠東出版社，1999年9月。
- 38、卞耀武主編，賈紅梅、鄭沖譯，德國股份公司法，法律出版社，1998年9月。

## 期刊

- 1、陳文政，近代政治分權理論及其在憲法上之引用—以洛克、孟德斯鳩、孫中山之分權理論為例，重高學報，第二期，1999年6月。
- 2、陳錦村、葉雅薰，公司改組、監督機制與盈餘管理研究，會計評論，2002年1月。
- 3、曾宛如，公司外部監督之分析，台大法學論叢第三十一卷第一期。
- 4、柯菊，股份有限公司股東之違法行為制止權(二)，法令月刊第九卷，1974年9月。
- 5、王志誠，公司事前監控制度與公司立法之國際化，會計研究月刊，第一六五期，民國八十八年八月。
- 6、楊淑慧，金融怪病大診斷—侯西泉居然高升董事長，財訊，1999年四月號。
- 7、王志誠，論關係企業之立法與課題，證交資料，四四五期。民國

八十八年五月。

- 8、林國全，監察人修正方向之檢討—以日本修法經驗為借鏡，月旦法學雜誌，第七十三期，民國九十年六月。
- 9、毛麗琴，一張股票的德藝99年8月23日
- 10、柯芳枝，日本法上外部監察人制度之探討，台大法學論叢第二十五卷第一期，1995年10月。
- 11、王文宇，法人股東、法人代表與公司間三方法律關係之定位 台灣本土法學雜誌第十四卷，2000年9月。
- 12、吳迎春，公司治理，天下雜誌3月號，2002年3月。
- 13、吳成俊譯，德國公司管控原則，証管雜誌。
- 14、王志誠，美國公司經營機關之改造與啟發兼論，我國引進外部董事制度之基本客題，証券暨期貨管理，161卷1期，1998年。
- 15、余雪明著，台灣新公司法與獨立董事(上)，萬國法律，123期，2002年6月。
- 16、廖大穎著，企業財務危機與公司內部監控的制度，證券市場與股份制度論，元照出版社，1999年5月。
- 17、余雪明主持、廖雅鳳紀錄整理，投資人保護法研討會(1)—公益(或獨立)董事制度之探討，月旦法學，1998年11月，42卷，頁88-96。
- 18、曾宛如，股份有限公司經營者報酬結構之分析，國立臺灣大學法學論叢，2001年3月，頁77-122。
- 19、高禎祥、陳永明，董事、監察人持股與經營權影響之研究(下)，證券公會，2000年11月，頁1-49。
- 20、高禎祥、陳永明，董事、監察人持股與經營權影響之研究(上)，證券公會，2000年9月，頁1-70。

- 21、劉連煜，論監察人之股東會召集權限—最高法院八十八年度臺上字第二八八六號判決與同院七十七年度臺上字第二一六號判例評釋，臺灣本土法學雜誌，2000年7月，頁90-97。
- 22、黃銘傑，公司監控與監察人制度改革論—超越「獨立董事」之迷思，國立臺灣大學法學論叢，2000年7月，頁159-208。
- 23、古小月，丈夫董事長，太太監察人—陳由豪東展興業問題知多少？財訊，2000年7月，頁192-194。
- 24、陳文河，上市公司外部董事及監察人行使職權盛效之研究，證交資料，2000年4月，頁1-14。
- 25、林益田，證券交易法第五十一條規定淺析—試論證券商董事、監察人及經理人投資與兼任之限制，證交資料，2000年4月，頁15-22。
- 26、李盈穎，年輕富豪之四：華邦電子監察人焦佑麒—留小鬍子的最年輕科技富豪1999年8月，頁104-105。
- 27、林柄滄，公司監理與內部稽核人員的角色扮演—從董監不能獨立行權不宜上櫃談起，內部稽核，2001年11月，頁42-47。
- 28、林國全，監察人修正方向之檢討—以日本修法經驗為借鏡，月旦法學，2001年6月，頁47-49。
- 29、吳樂群，從金融風暴省思監察人1999年2月，頁27-34。
- 30、何飛鵬，監察人到哪98年11月2日，頁9。
- 31、王志誠，日本公司員工參與經營制度與外部監察人制度之選擇，證交資料，1998年9月，頁1-12。
- 32、郭庭昱，董監—家親，監察人聊備一格，財訊，1996年11月，頁275-277。

- 33、伍忠賢，讓監察人發揮應有的功效—監察人(會)之規劃，會計研究 月1996年6月，頁123-125。
- 34、柯芳枝，日本法上外部監察人制度之探討，國立臺灣大學法學論叢，1995年10月，頁235-256。
- 35、王志誠，論股份有限公司之監察機關—兼評我國監察人制度之立法動向，證券管理，1995年1月，頁1-20。
- 36、郭土木，論證券與公開董事、監察人或經理人兼任之禁止，證券管理，1989年5月，頁9-17。
- 37、莊柏毅，論公司監察人支領「薪資」之合法性(下)，稅務，1998年6月，頁21-23。
- 38、莊柏毅，論公司監察人支領「薪資」之合法性(中)，稅務，1998年5月，頁30-35。
- 39、莊柏毅，論公司監察人支領「薪資」之合法性(上)，稅務，1998年5月，頁20-25。
- 40、蔡玉真，總統長女「榮任」上市公司監察人—李安娜教授跨入商場，蘇天財居功厥偉，財訊，1998年5月，頁125-127。
- 41、蔡朝安、楊敬先，公司法修正對於公司監控之影響，稅務，2001年12月，頁21-25。
- 42、陳淑慧、陳月珍、林澤森，地雷股事件與公司監控之健全，華醫學報，1999年5月，頁119-126。
- 43、林○永榮，日本公司上新舊監察人制度的比較—兼論我國公司法上監察人制度的修1977年8月，頁4-7。
- 44、林○永榮，評介日本公司法上新監察人制度，新時代，1977年5月，頁10-13。
- 45、廖大穎，商法—企業經營危機與公司法制之省思：Corporate

- Governance 理論與檢討，月旦法學，1998年7月，頁33-39。
- 46、柯芳枝，日本法上外部監察人制度之探討，國立臺灣大學法學論叢，1995年10月，頁235-256。
- 47、林柄滄，從公司法修正談我國公司治理機制之強化，內部稽核，2002年2月。
- 48、葉匡時講、陳思蓉 黃慧嫻整理，企業統理結構與企業競爭力，競爭政策通訊，2000年，3月。
- 49、王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學雜誌，2002年5月。
- 50、王銘勇著，未出席股東會之股東得否起訴撤銷股東會決議(上)，司法週891期，第2版。
- 51、王銘勇著，未出席股東會之股東得否起訴撤銷股東會決議(下)，司法週892期，第3版。
- 52 劉渝生著，從股東會議事進行，論股東之詢問權—德國股份法之介述，法彙8期。
- 53、姚志明著，論德國股份法第131條—股東之一般資訊權，華岡法粹，1996年10月。
- 54、聶德宗著，公司法人治理結構的立法模式及發展趨勢，武漢大學，法學評論，第18卷第六期，2000年第六期。
- 55、吳迎春，公司治理的迷思，天下雜誌第77期，2002年3月1日。

## 論文

- 1、王泰升，〈從所有與經營分離，論公開發行公司法制〉，國立中興大學法律研究所碩士論文，1988年6月。
- 2、張正鴻，資本結構與代理理論關係之探討—台灣股票上市公司之

研究，中正大學財務金融研究所碩士論文。

- 3、劉乃竹，論股份有限公司之內部監控，東海大學法律學研究所，2001年6月。
- 4、林培杰，我國公司監控制度之研究，銘傳大學法學研究所碩士論文，2001年6月。
- 5、朱日銓，論我國公司內部監控模式之改造—以外部董事及外部監察人制度之選擇為中心，台北大學法律學系碩士論文，2001年6月。
- 6、參閱林育竹，大專學生參與專題研究計畫成果報告—我國公司法上有關少數股東權可行性的評估，1998年3月21日。
- 7、林惠卿，借殼上市法律問題之研究，東吳大學法律研究所碩士論文，民國九十年七月。
- 8、聶齊桓，美國公司管理與經營責任立法之研究，私立東吳大學法律研究所碩士論文，1983年6月。
- 9、劉渝生著，歐體第四號會計指令整合成果評析—以德國為例，行政院國科會專題研究計畫，1991年6月。
- 10、楊光華，機構投資人與公司管理，國科會八十一、八十二年度法律學門專題計畫研究成果發表會會議資料，1995年4月21日。

## 網路

- 1、我國公司治理，財團法中華民國證券暨期貨市場發展基金會，中華民國九十年十二月，  
[http://www.sfi.org.tw/download/resh\\_ftp/cgittw.pdf](http://www.sfi.org.tw/download/resh_ftp/cgittw.pdf)
- 2、杜煜慧譯，日本的公司管控，證管雜誌，  
<http://www.tse.com.tw/plan/essay/463/Do.htm>。
- 3、吳成俊譯，德國的公司管控原則，證管雜誌，

<http://www.tse.com.tw/plan/essay/462/Wu.htm>。

4、「台北證券廣場」第二十三集「如何推動公益董監事制度

’ [http://www.tff.org.tw/c\\_kc/kc\\_032/23.htm](http://www.tff.org.tw/c_kc/kc_032/23.htm)

5、林柄滄著，美國安隆破產事件引發的會計危機，

<http://www.deloitte.com.tw/TheNew/BillLin4.html>。

## 其他

1、台灣台北地方法院八十八年度訴字第一六四號判決書。

2、台灣台中地方法院刑事判決書，八十八年度訴字第三六七號。