

公共政策與法律研究中心
101 年度研究計畫案期末報告

計畫編號：CPPL101-7

計畫名稱：公司法與證券交易法的立法政策暨修法
方向

主持人：王文宇

研究助理：陳佑碁、王能建、王鍾湄、楊惠茵

撰寫日期:2012/12/30

壹、計畫內容、研究方法、計畫目標.....	8
貳、修正草案及學理分析.....	8
第一章 公司種類之分析與檢討.....	8
一、修正方案.....	8
二、詳細說明.....	12
第二章 經理人之修正：公司法第二十九條、第三十一條及第三十六條.....	28
一、修正草案.....	28
二、詳細說明.....	30
第三章 董事之定義、選任、解任、報酬與權限：.....	34
公司法第八條、第二十七條、第一百九十六條、第二百條及第二百零二條.....	34
一、公司法第八條之修正.....	34
(一)、修正草案.....	34
(二)、詳細說明.....	36
二、公司法第二十七條之修正.....	43
(一)、修正草案.....	43
三、公司法第一百九十六條之修正.....	44
(一)、修正草案.....	44
(二)、詳細說明.....	48
四、公司法第二百條之修正.....	51
(一)、修正草案.....	51
五、公司法第二百零二條之修正.....	53

(一)、修正草案.....	53
(二)、詳細說明.....	54
第四章 監察人功能之強化與改革：公司法第二百一十六及第二百二十三條.....	57
一、公司法第二百一十六條之修正	57
(一)、修正草案.....	57
(二)、詳細說明.....	59
二、公司法第二百二十三條之修正	62
(一)、修正草案.....	62
(二)、詳細說明.....	65
第五章少數股東保護之加強 公司法第一百七十二條之一、第一百七十七條之二、第二百一十四條、第二百一十四條之一及第二百一十五條、及第二百二十七條	78
一、公司法第一百七十二條之一之修正.....	78
(一)、修正草案.....	78
(二)、詳細說明.....	81
二、公司法第一百七十七條之二之修正.....	84
(一)、修正草案.....	84
(二)、詳細說明.....	85
三、公司法股東代表訴訟：第二百一十四條、第二百一十四條之一及第二百一十五條之修正	86
(一)、修正草案.....	86
(二)、詳細內容.....	92
四、公司法第二百二十七條之修正	101
(一)、修正草案.....	101

(二)、詳細說明.....	102
第六章 公積規定之檢討：公司法第二百三十七條、第二百四十一條.....	104
一、修正草案.....	104
二、詳細說明.....	108
第七章 證交法民事責任設計之改善：證交法第二十條及二十條之一.....	113
一、證券交易法第二十條之修正.....	113
(一)、修正草案.....	113
(二)、詳細說明.....	115
二、證券交易法第二十條之一條之修正.....	119
(一)、修正草案.....	119
(二)、詳細說明.....	120
參、2012年11月7日研討會發言記錄摘要.....	121
一、第一部分：研究成果發表.....	121
二、第二部分：綜合討論.....	121
(一)、總體立法政策評論：.....	121
(二)、個別條文評論：.....	122
肆、2012年12月28日研討會發言記錄摘要.....	125
一、賴英照老師專題演講—公開說明書的兩個面向.....	125
(一) 證券交易法第三十條三項是否適用證券交易法第32條之疑問.....	125
(二) 公開說明書不實時，證券交易法第一百七十一條與第一百七十四條刑事責任之競合.....	126
(三) 未來修法的期許—觀察「法律規定的世界」與「司法判決的世界」分離的現象。.....	126
二、第一場報告.....	127

(一) 報告內容：請參閱本報告書第貳部分	127
(二) 評論人：廖大穎教授	127
(三) 評論人：王志誠教授	128
(四) 報告人：王文字教授回應	129
(五) 報告人：曾宛如教授回應	129
(六) 現場提問：劉紹樑律師	129
(七) 報告人：曾宛如教授回應	129
三、第二場報告	130
(一) 報告內容：請參閱本報告書第貳部分	130
(二) 評論人：莊永丞教授	130
(三) 評論人：游啟璋教授	131
(四) 主持人：劉連煜教授	132
(五) 來賓提問	132
(六) 評論人：莊永丞教授回應	132
(七) 報告人：林仁光教授回應	132
(八) 發言：曾宛如教授	133
(九) 主持人：劉連煜教授	133
四、第三場報告	133
(一) 評論人：張心悌教授	133
(二) 評論人：朱德芳教授	134
(三) 報告人：蔡英欣教授回應	136
(四) 報告人：邵慶平教授回應	136
(五) 來賓提問：	136

(六) 報告人：蔡英欣教授回應.....	137
五、綜合討論（曾宛如教授主持）	137
(一) 方嘉麟教授：	137
(二) 曾宛如教授：	137
(三) 來賓提問：	137
(四) 曾宛如教授.....	137
伍、學說與實務現況.....	138
第一章 公司種類之分析與檢討	138
第二章 經理人之修正：	138
公司法第二十九條、第三十一條及第三十六條.....	138
第三章 董事之定義、選任、解任、報酬與權限	142
一、公司法第八條之修正.....	142
二、公司法第二十七條之修正.....	142
三、公司法第一百九十六條之修正.....	144
四、公司法第二百條之修正.....	146
五、公司法第二百零二條之修正.....	147
第四章 監察人功能之強化與改革：公司法第二百一十六及第二百二十三條... 149	
一、公司法第二百一十六條之修正—監察人會.....	149
二、公司法第二百二十三條之修正.....	152
第五章 少數股東保護之加強	155
一、公司法第一百七十二條之一之修正.....	155
二、公司法第一百七十七條之二之修正.....	157

三、公司法股東代表訴訟：第二百一十四條、第二百一十四條之一及第二百一十五條之修正.....	158
四、公司法第二百二十七條之修正.....	163
<u>第六章</u> 公積規定之檢討.....	165
一、法定盈餘公積之用途—修法沿革.....	165
二、法定盈餘公積之用途—修法評價.....	166
三、法定盈餘公積之積存額度.....	166
第七章 證交法民事責任設計之改善.....	167
一、證券交易法第二十條之修正.....	167
二、證券交易法第二十條之一之修正.....	168
陸、分工說明.....	169
柒、計畫績效指標及人力投入.....	170
一、績效指標說明.....	170
二、參與人力簡歷.....	171
捌、 附件.....	錯誤! 尚未定義書籤。
一、會議記錄.....	錯誤! 尚未定義書籤。
二、活動照片集.....	錯誤! 尚未定義書籤。
三、政策白皮書.....	錯誤! 尚未定義書籤。
四、投稿論文.....	錯誤! 尚未定義書籤。

壹、計畫內容、研究方法、計畫目標

公司法與證券交易規範內容的良莠，關係到我國資本市場運作流暢與經商環境的友善，我國近年來陸續有數次重要之修正，對我國公司法制有深遠的影響。此數次修法以先進外國立法例為參考，使我國相關資本市場法制日趨完善，有助於促進我國於國際金融市場之接軌及促進國內產業活動之發展，並解決許多學說、實務上之重大爭議，然而，許多問題仍懸而未決，相關立法政策與修法總體方向，似乎有欠缺整體規劃與深度討論之缺憾。

有鑒於我國公司法及證交法歷年之頻繁修正卻仍遺留許多結構性問題，本計畫在有限之執行期間下，擬先就目前顯而易見之瑕疵提出修正草案。至於整體結構性之問題，亦即公司法之全盤修正，則需另待大型計畫方始為功。

準此，本計畫由六位台大法律學院之教授分別就目前公司法各主要部分及證交法部分條文提出完整的修法草案及學理分析，以冀能對整體法律與公共政策之決定與發展發揮一定之影響力。

貳、修正草案及學理分析

第一章 公司種類之分析與檢討

一、修正方案

(一) 方案一：美國式契約型股份有限公司¹

<p><股東書面協議之約定事項></p> <p>公司得經全體發起人或全體股東之同意，以書面協議約定左列事項：</p> <p>一、不設置董事會。</p> <p>二、不設置監察人。</p> <p>三、董事、監察人、經理人之選任、解任方式與任期，除關於行為能力之規定外，不受第二十三條、第二十四條、第一百零五條第四項、第一百十一條第一項、第一百十三條第一項第二項、第一百十四條第二項、第一百四十一條、第</p>	<p>一、股份有限公司制度係以公開性公司為規範基礎，而展出複雜嚴格之強行規定，然而中小企業基於需求較佳之信用形象賦稅優惠而採用股份有限公司型態，加以家族觀念之影響亦導致企業規模偏向中小型，因此實際上存在許多具閉鎖性質之小規模股份有限公司，造成公司利用實態與法規規模分離之現象。是故，爰參考美國模範公司法第 7.32 條，讓具閉鎖性質之股份有限公司得經全體股東訂立股東書面協議，彈性約定公司內部經營</p>
--	--

¹ 財團法人萬國法律基金會做成之公司法制全盤修正計畫研究案總報告中，關於「股東書面協議」之規定。

一百四十二條、第一百五十四條準用第一百零五條第四項、第一百十一條第一項、第一百四條第二項、第一百八十一條之限制。

四、得不召開股東會，不受第七十九條之限制。

五、依本法或章程規定應由股東會決議之事項以全體股東一致之書面同意行之。

六、股息、紅利之分派標準及得以現金以外財產為分派。

七、共同行使股東表決權之方式及相關事宜。

八、股份轉讓之限制，不受第六十五條之限制。

九、任一或特定或一定持股比例以上之股東有解散公司之權利。

有第一項第一款之約定時，公司至少置董事一人執行業務並代表公司，行使本法所定董事會之職權；董事有數人時，各董事之職權得以股東書面協議定之。

有第一項第二款之約定時，非董事之股東均得行使監察人，其監察權之行使，除書面協議另有約定外，得隨時向董事質詢公司營業情形，查閱財產文件、帳簿、表冊。

有第一項第四款之約定時，董事或董事會應將依第一百八十條所造具之各項表冊，分送各股東請求承認，不受第一百八十三條第一項之限制；表冊送達逾一個月未提出異議者，視為承認。如經股東向公司以書面請求者，公司應於該請求提出後三十日內召開股東會；股東會之召集，應於十日前通知各股東，對

控制方式、經濟利益之分配等股東間權利義務關係，以減少中小企業之法律成本，增加經營效率。

二、閉鎖性股份有限公司具有規模較小、股東參與較深之特性，因此得以股東書面協議約定不設置董事會、監察人之股份有限公司法定必備機關，原明訂第一項第一、二款。然仍應至少選任董事一人以行使董事會之職權；董事有數人時，其業務執行之決定、對外代表權等事宜，宜一併於股東書面協議中約定之。而非董事之股東皆得行使監察權，惟監察權之內容、範圍、行使方式亦得於股東書面協議中另行約定之。

三、閉鎖性股份有限公司既具有股東參與公司事務較深之特性，則關於公司內部經營、控制機關之資格、選任方式、任期，自得基於信賴之基礎上為任意之約定，爰明訂第一項第三款。

四、閉鎖性股份有限公司之股東與公司互動較為頻繁，原則尚無召開股東會之必要；惟規定任一股東得以書面請求公司召開股東會以資平衡。鑒於公司尚應行辦理股務作業，爰參照第一百十七條，公司應於該請求提出後「三十日」內召開，並於十日前通知各股東，對於持有無記名股票者，應於十五日前公告之。

五、股東會之所以為會議體機關，係因股東得以齊聚一堂，就各項事務進行說明、討論、說服之過程，惟全體股東若針對某項議案已有共識，則無庸再行意見交換之程序，爰於第一項第五款明訂得於股東書面協議中約定以全體股東一致之書面同意取代股東會之決議。另明訂書面同意方式所為之決議之

<p>於持有無記名股票者，應於十五日前公告之。</p> <p>有第一項第五款之約定時，以書面同意方式所為之決議，於全體股東簽署同意書完成時生效，但於同意書另行指定生效日期者，不在此限。</p>	<p>生效時點，以資明確。</p> <p>六、股息、紅利之分配請求權，屬自益權之性質，此等財產利益應得由股東自行處分之，非必遵守「股東(份)平等原則」；此外，於合乎公司法公司得為盈餘分派之要件時，除現金、公司股票外，尚得於股東書面協議中約定以公司財產之方式發給盈餘。</p> <p>七、股東間得藉由表決權契約取得一致行使股東表決權之方式，以強化參與公司經營權與穩定公司決策，爰於第一項第七款明訂得於股東書面協議中約定其共同行使股東表決權之方式及相關事宜閉鎖性股份有限公司為維持其閉鎖性，確有需求限制股份移轉，以防止公司所不歡迎之人成為公司股東，危及企業和平之維持，爰於第一項第八款明訂得於股東書面協議中約定股份轉讓之限制。</p> <p>八、公司固以永久存續為原則，惟閉鎖性股份有限公司具有規模較小、以股東間之信賴為基礎之特色，則關於公司解散事由，自可為較彈性之約定，爰於第一項第九款明訂，股東書面協議得約定任一或特定或一定持股比例以上之股東有解散公司之權利。</p>
<p><形式要件></p> <p>股東書面協議之內容應記載於公司章程，始生效力。</p> <p>除該股東書面協議另有規定外，須經修改時之公司全體股東同意。</p>	<p>一、為使股東書面協議亦生拘束公司之效力，並昭慎重及避免衍生爭議，爰於第一項規定，股東書面協議應訂入章程，始生效力。</p> <p>二、爰於第二項規定股東協議須經修改時之全體股東同意方能修改，但該協議另有規定者，可以較低之同意成數為之。</p>
<p><對股份受讓人之效力></p> <p>公司應將股東書面協議存在之事實以</p>	<p>一、股份受讓人成為股東後，亦同受股東書面協議之拘束，為保護股份受讓人之權利。應以一定之方式公</p>

<p>顯著方式註記於股票背面；其在協議生效前已發行之股票應回收，另以有註記之股票交付股東。</p> <p>未於股票上為前項之註記者，不影響股東書面協議之效力。</p> <p>股份之受讓人於受讓時，不知股東書面協議內容者，得撤銷買賣契約。股票若已依第一項為註記，推定受讓人知悉股東書面協議之內容。</p> <p>前項之撤銷，應於知悉股東書面協議內容後，九十日內為之；但自意思表示後經過兩年，不得為之。</p>	<p>式；惟協議內容繁多，無法全部記載於股票之上，爰於第一項規定公司僅需將股東書面協議存在之事實註記於公司之股票，則受讓人自可向出賣人索取股東書面協議相關資料，或於經濟部網站查詢公司章程，以資因應。另外，於股票背面註記，並非股東書面協議之生效要件，爰增訂第二項，以資明確。</p> <p>二、股東書面協議之存在及其內容，實屬股票交易上之重要事項，參照民法第八十八條第二項規定，特賦予不知股東書面協議內容之受讓人撤銷權；惟為維護交易安全與法之安定性，爰於第四項明訂除斥期間，以資周延。</p>
<p><失效></p> <p>股東書面協議之期限，不得逾十年。逾十年者，縮短為十年。</p> <p>前項期限，得經全體股東同意更新之。</p> <p>股東書面協議於公司依證券交易法辦理公開發行後，失其效力。</p> <p>股東書面協議失效後，視為全體股東同意刪除章程中關於股東書面協議之部分。</p>	<p>一、鑒於股東書面協議對公司、股東之權利義務影響重大，又有考量不盡周全或事後情勢變更致協議難以執行之可能，且協議之修改原則上亦須經全體股東之同意始得行之，爰於第一項明訂其存續期間以十年為限，惟仍得經全體股東之同意更新為之。</p> <p>二、公司若依證券交易法辦理公開發行，則失其閉鎖性，為顧及投資大眾之利益，股東書面協議應失其效力，而回歸公司法之強行規範。</p> <p>三、股東書面協議既然失效，章程中關於協議之章節自應隨之刪除，爰規定股東書面協議失效後，視為全體股東同意章程之變動，無庸再經股東會特別決議程序。</p>

(二) 方案二：德國式有限責任公司

我國有限公司規範與德國之有限責任公司體系相近，然而相較於德國的有限責任公司，我國有限公司運作上的彈性度及靈活度是遠不及之，究其主要的原

可能在於法律規定過廣，章程的自治範圍不足，而此因素的影響可以在以下幾個面向中較明顯的發現。

例如，在關於有限責任股東的出資轉讓方面，我國公司法第一一一條規定，股東非得其他全體股東過半數之同意，不得以其出資之全部或一部，轉讓於他人；在欲轉讓出資之股東為董事時，更需獲得其他全體股東同意使得為之，此規定過於嚴苛而制式化，增加了出資轉讓之難度。反觀德國，股東出資的轉讓是以契約方式進行，可以自由設定轉讓的的細節，而公司亦可以藉由章程來設定轉讓的前提條件，像是獲得公司同意、或公司的先買權等，較有彈性。簡言之，應可將我國的出資轉讓的條件交由公司自主決定，以章程的方式來實現。

再者，我國公司法第一零八條執行業務機關之規定，對於董事之身份、人數及選任方式、股東決策方式等，皆有規範。相較之下，德國在機關設置方面較為自由，除了業務執行人及股東會是必須的，其它如監察人等機關是任意的，更明文可以公司章程來創設這些以外的機關，並且分配其職權功能，亦即擁有設計構建機關的極大自由。在股東的決策的方式上亦是如此，德國法律僅強制規定有關追加出資、章程修改及公司解散是股東的基礎職權，其餘皆可以任由章程定之，同樣是給予公司較大的自主空間。

綜上，由於有限公司閉鎖性的本質，其外部的影響自然較低，因此在不影響債權人的情況下，似可參考德國法制，減少僵化的強制規定，增加我國章程自主的空間，像是以上所舉的機關設置、出資轉讓或股東決議形成等層面，應可使有限公司的運作更有彈性而符合股東之意思。惟在我國民情似乎還未有太多章程自治經驗的情況下，似可先適度開放章程自治之空間，再加上若章程無規定時之處理方式，以免對現況造成過大之衝擊。

二、詳細說明

(一) 前言：我國現今閉鎖公司所面臨之問題

在全球化的時代，市場競爭愈發激烈，為提升我國企業之競爭力，除提升各企業之水平外，尚需一套完整的法規範輔助之。我國之經濟實力實係以中小企業所建立，蓋中小企業佔我國企業型態之絕對多數，為我國創造許多工作機會及經濟價值，其重要性相較於大型公司應更為重要。依 2011 年「中小企業白皮書」及經濟部 100 年度中小企業家數統計表所示，我國企業家數總計 130 萬，其中中小企業數為 127 萬，佔 97.63%，足可見其重要性，而有充足理由及迫切需求為中小企業制定一適宜之法規範。

我國公司法起初之規範方式係預設有限公司為小型公司，股份有限公司為大型公司，並將企業經營與所有分離、股份自由轉讓、公開性等原則作為後者之上位概念。於實然面上，卻存在著許多大型有限公司以及中小型股份有限公司。依前述資料，至 2011 年為止之大型有限公司 7000 家，大型股份有限公司 1 萬 7 千家，而中小型股份有限公司 10 萬家，顯而易見，現今實際發展已超越當初立

法者之想像，為數眾多之中小型股份有限公司卻須遵行為大型公司設計之法規範，且幾乎無彈性餘地，嚴重阻礙中小股份有限公司之發展。

此等中小公司之股東多為親戚朋友，彼此間具有一定程度之認識及信賴，多不願外人進入公司甚至參與公司事務，具有閉鎖性質，從而有限制股東間轉讓持股之需求。此外，股東參與公司經營之意願甚高，不輕易轉換持股，呈現出企業經營與所有結合之現象，此時股東會或董事會應允許簡化。最後，對於閉鎖公司之少數股東而言，由於無法參與公司經營，易受控制股東之排擠壓迫，且閉鎖公司未有公開交易市場可供少數股東出售持股回收投資，制度上亦應對其有所保護。

由於閉鎖公司之股權結構穩定，經營權不易轉換，非控制股東可能受到永久性壓迫而難以退場。控制股東壓迫型態多樣化²。可能有：一、股東投資資金套牢而無法挪用他處；二、非控制股東無法參與公司經營，蓋非控制股東乃股權持有之弱勢方，自然難以參與公司經營；三、控制股東恃其優勢地位侵吞公司資產，蓋閉鎖公司之經營權握於控制股東之手，因而得藉由高買低賣、關聯性交易等方式將公司資產轉化為私人資產；四、惡意低估股份價值，因閉鎖公司未有公開交易市場反應其股分之客觀價值，故於非控制股東欲退出該公司時，於多數決情形下，控制股東亦可能從中介入、干涉股份價值之評估。

依前所述，現行公司法規範與閉鎖公司相衝突，格格不入，且尚有許多困境無法以現行法規突破，亟需一套新制度以資解決，為提升我國企業競爭力，提供更有助於多數企業成長之法規範，應對此有所修訂。本文於以下提出幾個可能的選項加以介紹，並於文末部分附上經建會與萬國法律基金會所研擬關於股東協議書之法條。該法條主要是因應我國中小企業即閉鎖性股份有限公司的需求，欲藉由股東協議書的開放允許，使股東得以彈性約定公司的經營運作並可約定股東間之法律關係，其做法係類似於以下美國模範商業公司法，在此一併提出供各界參考、修正。

1. 任意規定的增加：

於公司法之股份有限公司中大幅增加任意規定，使得股東得依其自身需求，自行選用合適的任意規定。具體而言，即係於涉及閉鎖性公司特質的規範之中，賦與符合特定條件公司之股東得以協議之方式排除關於公司內部權力分配結構的強制規定，如股份轉讓之限制、股東會之設置、經營人員選舉等等相關規範³，然為解決閉鎖性公司之問題而根本動搖公司法之本質，將對於實務運作產生劇烈影響，產生公開性公司得任意迴避公司法保障投資人、債權人所設之規定等類似問題，應不可採。

2. 擴大股東協議之認定：

² 林雯琦，論閉鎖性公司股東書面協議之設計與應用，國立台灣大學法律學院暨科際整合法律學研究所碩士論文，頁 11-12，2011 年 7 月。

³ 參王文字，閉鎖性公司的立法模式—從外資企業法制談起。

即允許股東間以約定之方式排除公司法上某些強行規定，如股份之移轉限制條款、控制權條款、公司組織調整條款與突破僵局條款等等⁴，而將這些內容透過適當的公示機制，如登記於章程之上，並經刊載於可供公眾查閱之網站之中，或是將相關協議印發於股票之上⁵，使他人得以知悉，以保護交易安全，並賦與股東協議對世效力。在此部分美國模範商業公司法有著可供參考的價值。

3. 閉鎖性公司專章：

針對閉鎖性公司與我國公司法股份有限公司以大型、公開性為原則而訂立之規範，有本質上之差異。或許採取閉鎖公司專章之方式，量身訂做一套適合其發展之法規範，方能根本上解決問題。在此方面，聲譽卓著的德拉瓦公司法即是採取此種專章設計的方式，似乎可以為我們提供一個很好的先例。

4. 日本合同公司：

日本於 1938 年效仿德國法制採行了有限公司制度，係為紓解股東人數少且關係密切，並實際參與經營卻不願股份自由轉讓此類之「閉鎖性股份有限公司」的需求。然而實際運作結果卻發現，雖然有限公司多為中小企業所用，但小規模閉鎖性股份有限公司卻仍佔了股份有限公司之大多數，導致法規範失其意義。

因此，在經過一連串修法而無法有效根本解決問題後，終於 2005 年會設法制定時，大刀闊斧的將原有之有限公司規定廢除，而將之併入股份有限公司制度中，並以原來之有限公司概念作為股份有限公司的最簡單類型，即現在所謂之「未設置董事會公司」。⁶另一方面，在此次修法亦將美國之(Limited Liability Company)作為雛形，設置了「合同公司」此種新類型公司形態。「合同公司」及「未設置董事會公司」皆是修訂後日本公司法為中小企業所設置的閉鎖公司形態⁷，使其得以彈性的選擇運用。由於我國與日本接採用和德國相同的有限公司立法模式，面臨的問題亦相似，因此日本的解決方式對我國而言具有極高的參考價值。

5. 日本股份有限公司關於「章程自治」的擴大

如上所述，日本將原有之有限公司併入股份有限公司之中，並在此次公司法之修訂更加擴大了章程自治的範圍，使得中小型公司能在股份有限公司的體制下，更加彈性的運作。於我國而言，做最低限度的章程自治範圍擴大，似乎也能夠滿足部分中小企業實務上的需求，因此在日本的股份有限公司擴大章程自治方面，亦有研究的實益。

6. 德國有限責任公司法

⁴ 關於股東書面協議中常見的條款設計，可參照王志誠，股東書面協議法制(下)－公開化或閉鎖化的判定標準？，月旦法學雜誌，第 175 期，頁 102~106，2009 年 11 月。

⁵ 現行法下已不強制要求各公司印製股票，故本文認為此種方式所得提供的公示機能應當不大。

⁶ 王儷倩，從日本會社法未設置董事會股份有限公司及合同公司檢視我國公司法相關法制，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 148，2009 年 7 月。

⁷ 唐福睿，閉鎖公司章程自治之法律經濟分析與公司法制之改革-以我國與日本新公司法為中心，輔仁大學財經法律研究所碩士論文，頁 41，2009 年 7 月。

由於我國有限公司乃是起源於德國之有限責任公司法，因此基本上概念大致相同，然而移用立法的結果，仍有些許的差異。因此若再回頭探究該法，或可在最小限度地修改下，解決我國有限公司所面臨的問題。

(二) 法制介紹

1. 擴大股東協議之認定

在股東協議方面，我們以美國模範商業公司法為借鏡對象。美國模範商業公司法係由美國法曹協會制訂，並無法律上拘束力，其目的僅在供各州參考公司之立法，該法並未對閉鎖公司設有專章，亦未對閉鎖公司加以定義，而係以公開及非公開發行公司為區分方式。申言之，閉鎖性公司之規範被包含於非公開發行公司，散見在整個模範商業公司法，其中又以第 7.32 條(股東協議)及第 14.30(a)(2) 條、第 14.34 條(少數股東之保護)最為重要，以下介紹之：

第 7.32(a)條規定七種最常為股東所協議之事項及一概規定：一、廢除或限制董事會之權力；二、分派股息紅利之方式；三、董事或經理人之入選、任期、選任方式或解任之決定權；四、股東與董事就決議事項表決權之行使或分配方式；五、公司與股東、董事、經理人或職員間，就財產之移轉、利用或服務之提供所為之協議；(6)將公司業務及事務全部或一部之經營權，包括董事股東間之僵局，移轉與股東或他人；(7)股東請求解散公司之請求及要件；(8)其他不違背公共政策，而就公司業務及事務之經營權，股東、董事與公司間關係所為之協議。然公共政策之要件仍不夠明確，因此在決定該款之合法性時，尚須考慮與前七款之差異及公司法整體和諧。

第 7.32(b)條規定，股東協議應經全體股東同意，並載明或附屬於章程，且該協議僅得由修改時之全體股東為之。又股東書面協議之有效期限為十年，但協議另有約定者不在此限。

第 7.32(c)條規定股東協議對股份受讓人之影響、效力及表明股東協議之方式。申言之，所授權之協議應以顯著之方式，註記於每張已發行股權憑證之正面或反面或其他相關報告書。雖未將協議註記於股權憑證或報告書類者，亦不影響該協議之效力。然若股份之受讓人於受讓時，不知股東書面協議內容者，得撤銷買賣契約。該撤銷權應於知悉股東協議後九十日內或自購買股份後二年內為之，但自意思表示後經過二年，不得為之。

第 7.32(d)條規定，股東協議於公開發行後失效。(e) (f) (g)則為更細部之規定，再此不贅。

2. LLC 立法模式：

(1). LLC 乃介於公司與合夥之間之組織，其成員少、資本低及出資不具公開轉讓之特性，且具有獨立之法人格。對外責任與公司相似，僅負有限責任，內部經營與稅務方面則與合夥類似。職此，LLC 之法規多為任意規定，得由成員之協議變更之，擁有高度之經營、管理彈性。

- (2). LLC 須由一人以上組成，無人數上限⁸，且不論自然人、合夥、公司、信託或者 LLC 本身均可成為 LLC 之成員⁹。
- (3). LLC 容許非常高度之章程自治，公司事務之管理、經營方式即成員、經營者與公司間之關係等內部事項，皆得由成員全體同意自由協議之¹⁰。甚至，LLC 成員得以章程明定並經書面同意，排除有限責任，使 LLC 負擔個人責任¹¹。
- (4). 公司經營方面，主要區分成員型經營與經理人型經營，前者由出資者自行參與公司事務，性質上與合夥相似，對外所有成員皆為代理人¹²，對內所有成員就公司經營與管理享有相同權利¹³。原則上公司經營事務由成員多數決之¹⁴，僅涉及例如修訂章程、經營協議、授權或允許違背忠實義務之行為或交易、免除及減少出資義務、新成員承認、解散、合併等重大事項¹⁵；後者則與公司相似，委託專業經理人經營公司，經理人於業務範圍內則為公司之代理人，選任及解任方式由半數股東同意為之¹⁶，各經理人就公司營運事項享有相等權利¹⁷。此外，若章程為載明採「經理人型經營」，則第三人得主張信賴所有成員均有執行業務之代表權，藉此保護善意第三人¹⁸。
- (5). 成員之權利可區分為成員權及分配利益請求權，前者基於 LLC 成員身分而來，不得自由轉讓；後者則可將全部或一部轉讓予他人¹⁹，而分配利益之受讓人，並不因此當然成為 LLC 成員，僅在公司經營協議允許或全體成員同意之情形，方能成為公司成員，享有參與公司經營之權利。
- (6). 就債權人之保護而言，LLC 雖開放出資標的，除金錢外，其他有形或無形資產、本票、勞務亦得為之²⁰。然出資義務並不輕易免除，申言之，若成員未能依約履行非金錢出資義務，則應提供相當於未交付部分之金錢²¹。且縱 LLC 原則上採有限責任模式，各成員之出資義務不因其死亡、無行為能力或其他個人履行不能而免除²²。須經全體成員同意方得免除之²³。
- (7). 就成員之退出方面，無論理由正當與否，得隨時向 LLC 通知之，若為不正當退出，對其他成員造成之損害，應負責任²⁴，而所謂不正當，包括²⁵：一、

⁸ ULLCA§202(a)

⁹ ULLCA§101(14)

¹⁰ ULLCA§103(a)

¹¹ ULLCA§303

¹² ULLCA§301(a)(1)

¹³ ULLCA§404(a)(1)

¹⁴ ULLCA§404(a)(2)

¹⁵ ULLCA§404(c)

¹⁶ ULLCA§404(b)(3)

¹⁷ ULLCA§404(b)(1)

¹⁸ ULLCA§203(a)(6) 301(b)(1)

¹⁹ ULLCA§501(b)

²⁰ ULLCA§401

²¹ ULLCA§401、404(c)(4)、(5)

²² ULLCA§402(a)

²³ ULLCA§404(c)(5)

²⁴ ULLCA§602(c)

²⁵ ULLCA§602(b)

成員違反經營協議而退出者；二、約定 LLC 之存續期間屆滿前退出者；三、遭法院除名；四、成為破產債務人；五、非自然人之成員，因解散或中止而被除名。

- (8). 就強制解散部分²⁶，經股東或欲退出股東之請求，法院於下列情形之一，得裁定解散公司：一、LLC 之經濟目的難以達成；二、申請人對於繼續與另一執行公司業務之股東共同經營 LLC 已不可行；三、依章程或協議繼續經營 LLC 已不可行；四、該 LLC 未能依法承購聲請人之利益分配；五、控制該公司之股東或經理人對聲請人已經或即將做成非法、壓迫、詐欺之行為，或造成不公平損害。
- (9). 稅制方面，欲採法人課稅或構成員課稅制度，LLC 得自行選擇，稱之為勾選原則，一般認為此原則促使 LLC 激增。據調查，美國每年新創公司數約 20 萬家，其中約 10 萬家為股份有限公司，8 萬家為 LLC，顯見 LLC 之創業家數已達到與股份有限公司匹敵之程度²⁷。

3. 閉鎖性公司專章

閉鎖性公司專章係為中小型公司量身訂做，為使經營與管理上之靈便，大量運用股東協議，以下即以對股東協議影響最為廣泛之美國模範商業公司法及閉鎖公司專章之代表--美國模範閉鎖公司法補編及德拉瓦州公司法介紹之：

(1). 美國模範閉鎖公司法補編：

模範閉鎖公司法補編並非模範商業公司法之一部分，而其制訂目的則在供欲訂立閉鎖公司專章之州政府參考，同樣不具法律拘束力，合先敘明。

首先，模範閉鎖公司法補編即開宗明義定義法定閉鎖公司為公司章程中聲明該公司為法定閉鎖公司，且模範商業公司法之規定於本補編不相抵觸之範圍內有其適用。²⁸

其次，就股份轉讓方面，明文規定公司得禁止自願及非自願性轉讓及例外轉讓與第三人之規定²⁹，而對於轉讓與第三人股份之部分，公司有優先承買權。此外，違反禁止轉讓之規定轉讓股份者，無效。但該禁止轉讓規定不拘束第三人，公司此時得行使選擇權，以同一條件、價格向受讓人承購股份。³⁰

就公司治理方面，允許股東協議以規範公司權力之行使及業務之經營，或規範公司股東間之關係。進一步者，得廢除董事會，此時則由股東會取代董事會之職權。³¹

(2). 德拉瓦州公司法：

²⁶ ULLCA§801(4)

²⁷ 王儷倩，參前揭註 6，頁 59。

²⁸ MODEL SCCS§2、§3

²⁹ MODEL SCCS§11

³⁰ MODEL SCCS§12

³¹ MODEL SCCS§20、§21

依據德拉瓦州一般公司法，關於閉鎖公司的規定有二處，首先是在所有類型公司皆可適用的一般規定下，有適用於閉鎖公司的規定。而在該法第十四章第 341 條至 356 條，則是特別專章制定了專門適用於閉鎖公司的規定，以下乃先就可適用於閉鎖公司的一般規定為介紹，再就該法閉鎖公司專章為說明。

I. 適用於閉鎖公司之一般規定：

所謂之閉鎖公司，依拉瓦州公司法（Delaware General Corporation Law）342 條規定，乃係包含了三個要素，一是除庫存股外，公司所發行所有種類的股份持有人須在三十人以下。二是公司所有種類的已發行股份須受到該法第 202 條所承認之轉讓限制。三是公司不得就其股份為符合 1933 年聯邦證券法上所定義公開發行之行為。假使符合以上三要件，並經股東特別決議變更公司登記，該公司即為閉鎖公司。若有上述三要件只是時發生時，公司須拒絕登記違反股份轉讓限制之交易，並通知所有股東及州務卿，否則公司閉鎖狀態將終止。且法院亦可為維持公司之閉鎖性，而經公司任何股東之要求撤銷違反公司股份轉讓限制的交易，或禁止其公開發行。³²

在閉鎖公司亦適用的一般公司法規定下，首先在設立人數方面，第 101 條 a 容許了以自然人或法人為設立人的一人公司，亦即設立人只要一人即可。在董事人數方面，排除了以往需要三人以上的要件，只要一人即為足已。而第 141 條 D 容許了在此情況下，董事一人所成立之一人董事會的存在。第 141 條 f、第 228 條則是承認在章程無特別規定的情形下，對於股東會或董事會或董事委員會所做成的決議，得以持有其決議所必要數目的有表決權的若干公司外股份之股東書面同意，來代替該決議，此為略式決議之規定。關於決議的定足數和要件上，第 102 條 b4、第 141 條 b、第 216 條容許了股東會或董事會以章程來規定法律規定標準以上之定足數及決議要件。其它如第 218 條規定股東得將契約期限限定於十年內有效，以賦予表決權之目的，而締結表決權信託契約或表決權拘束契約，第 202 條 c 規定了股份讓與的限制，亦即若有基本章程或附屬章程或股東間之合意，得對股東即將讓與之股份賦予公司或其他股東或其他之人，在合理期間內應行使之先買權、對公司或其他股東或其他之人賦課股份收買義務及讓與應以公司或其他股東之同意為要件、若非顯然不合理，得將禁止向特定之人或特定部類之人讓與股份之限制明確記載於股票上，而有其效力等。除此之外，閉鎖性公司關於對董事間或股東間對於董事的選任有意見不能調協之情形，亦可適用由衡平法院選任管理人之規定。³³

II. 德拉瓦州公司法第十四章關於閉鎖公司之特別規定：

依照德拉瓦州一般公司法第十四章關於閉鎖公司之特別規定尚有在股份轉讓、股東執行業務權之保留、股東公司解散請求權以及僵局之解決等，以下悉述之。

³² 唐福睿，參前揭註 7，頁 63-64。

³³ 簡婉倫，閉鎖性股份有限公司之法治研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 124，2004 年 7 月。

首先在股份轉讓上，第 342 條 B、第 347 條、第 341 條對閉鎖公司有較特別的規定。該類公司除了一般公司法上股份讓與限制外，更得於章程上規定股東之資格限制。公司並得拒絕因違反上開資格限制或讓與條件而取得股份之受讓人對股份名義之變更登錄的請求。且在讓與限制的規定受到法院判決無效時，公司在判決確定後三十日以內，得以當事人合意之價額，或不能合意時，衡平法院所判定之價額來收買其股份。

而依據第 350 條、第 351 條、第 354 條規定，若是依據持有相當於有表決權公司外股份的過半數股份的股東間之書面，或是此種股東與股東以外之人間的書面，而為限制董事會權限契約者，此約定在當事人之間並非無效，即承認以股東多數決剝奪董事權利之效力³⁴，此為股東執行業務權之保留。

再者，關於股東的公司解散請求權方面，也有特別的規定。按第 355 條，全部股東或者有任何一種類之特定人數，或持有特定比例股份之股東，依據章程的規定，可以因為任意或者特定事實的發生，請求解散公司。不過此種章程規定的存在，必須要表示於公司所發行之各股票票面上，如果有所欠缺時，即不生效力。並且依照第 352 條，衡平法法院得依公司之管理人或財產管理人之選任而強行此種權利。

最後，對於因股東間意見不一致所產生之僵局狀態，依據第 352 條 a1 規定，其解決辦法是衡平法院得以按任何一位股票不上市公司股東的申請，立於股東之中立地位，為公司選任一個或多個管理人或財產管理人³⁵。又依照第 353 條、第 226 條的規定，若是在董事間意見不一致之情形，亦准許臨時董事之任命³⁶，而此臨時董事當為一無偏見且非該公司之股東、債權人、或該公司相關和一家子公司或與其相關聯公司的債權人，其職務資格可由法院規定。³⁷

III. 結語：

在德拉瓦州公司法第十四章關於閉鎖公司的規定，其中多數條款皆是授權性質的條款，授權該法定義下的閉鎖公司股東可以藉由訂立協議的方式，來達成調整公司股東及董事的行為。因此，符合該法定義下的閉鎖公司之一切活動都得賴雙方協議來達成，而非依據公司法的規定。³⁸專章規定閉鎖公司之目的在於簡化公司結構及營運程序，使閉鎖公司得以較不正式的經營其事業。因此在保有股份有限公司諸如股東有限責任等優點下，減少不必要的作業程序以符合經濟效益。³⁹

4. 日本 LLC 合同公司立法設計

³⁴ 林雯琦，參前揭註 2，頁 72。

³⁵ 林雯琦，參前揭註 2，頁 112。

³⁶ 簡婉倫，參前揭註 33，頁 125-126。

³⁷ 林雯琦，參前揭註 2，頁 112。

³⁸ 林雯琦，參前揭註 2，頁 39。

³⁹ 唐福睿，參前揭註 7，頁 68。

日本於 2005 年制訂新公司法時，以美國之 LLC (Limited Liability Company) 作為藍本，設置了新的公司形態—「合同公司」。合同公司與無限公司、兩合公司在分類上係同為「持分公司」(公司法第 575 條—第 675 條)之類型。⁴⁰

在公司性質的區別上，向來有「資合公司」與「人合公司」之別，二者係以股東是否對公司債務負有直接無限清償責任作為區分。前者股東僅負有限責任，並以經營所有分離為原則，後者之股東負無限責任，並重視出資者之個人性。

惟合同公司乃打破上開此種二分法，承認於股東對外負有限責任之同時，內部決策亦重視股東個人性，俱有人合及資合之特性。⁴¹據此，合同公司可歸納出三點特徵，一是其出資者僅需於其出資範圍對公司之債務負間接、有限之責任，二是合同公司乃獨立法人，三是變更章程或其他公司事務原則上需要全體股東之同意，股東有公司業務執行權，內部關係類似合夥的規定，⁴²其旨在於著重股東個性之產業，活用人合之特質。

在設立上，合同公司容許一人股東公司，亦承認法人股東之存在，出資方面，限以金錢或現物出資，不得以勞務出資。⁴³

在章程變更上，其章程需要經全體公司股東同意，但章程規定以多數決方式為之者則從其規定，除絕對記載事項外，合同公司對於公司章程有完全的選擇自由，章程自治的範圍較股份有限公司為廣。

在公司機關上，合同公司採取不同於股份有限公司的機關設置，原則上各股東皆有業務執行的權利，但公司章程可選擇規定特定股東為業務執行股東。業務執行之決定原則上由業務執行股東過半數同意行之，但各執行股東對於日常業務有單獨執行的權利。

業務執行股東原則上俱有代表權，其代表權及於與公司業務有關之一切事項，且關於代表權的限制不得對抗第三人。若全體股東為代表股東，則不需要登記，反之則應登記公示。業務執行股東對於公司負有善良管理人只注意義務與忠實義務。業務執行股東有敬業禁止條款及利益衝突條款的適用，且窄股份有限公司只懂事更為嚴格。業務執行股東對於所負任務有所懈怠時，對公司負損害賠償責任；非業務執行股東則對於公司業務執行擁有調查權。⁴⁴

在股東的變更及少數股東保護上，由於股東為章程必要記載事項，因此股東的變更易為章程變更的情形之一。至於股東變更的情形，在入社時須經全體股東同意變更章程使得成為股東，退社可經全體股東同意、或經章程所定事由退社，甚至在不得已時可不需他股東同意退設，此外公司法亦有當然退設事由。而持份變動須得全體業務執行股東同意，但執行業務股東之變動則需全體股東同意。

⁴⁰ 江頭憲治郎，合同公司 (LLC) 制度之利用—作為防止逐出少數股東方法之面向，2010 年 11 月 5 日台灣大學專題演講，頁 1。

⁴¹ 王儷倩，參前揭註 6，頁 67。

⁴² 王儷倩，參前揭註 6，頁 58。

⁴³ 王儷倩，參前揭註 6，頁 70。

⁴⁴ 唐福睿，參前揭註 7，頁 57。

合同公司對於公司的治理未設有最低的要件，股東具有完全的選擇自由。因此也產生了少數派股東可能遭受多數派所欺壓的情形。然而合同公司的意思決定原則上皆要全體股東同意，因此相較於多數決的股份有限公司，合同公司對於少數派股東之保護可說較為高。⁴⁵

合同公司與股份有限公司間主要之相異處在於，①業務執行方法之不同（自己機關制〔公司法第 590 條第 1 項〕），允許法人業務執行社員〔公司法第 598 條第 1 項〕，②得徹底進行持分轉讓之限制（公司法第 585 條第 1 項），③無論公司規模大小，並無設置會計監察人之義務及公告決算之義務及針對現物出資選任檢查人之義務，④公司設立時無須由公證人認證章程等。⁴⁶

然而在日本，合同公司之家數並未如美國 L L C 一般，爆發性地增加。依據 2008 年度稅務統計（已確實報稅之公司家數），目前僅有 11,816 家合同公司。一般推測，絕大多數之合同公司，僅是為了節省設立時由公證人進行章程認證之費用而成立的小型公司。附帶一提的是，依照同一份統計數據，股份有限公司計有 2,500,676 家，無限公司計有 4.613 家，兩合公司計有 25,172 家。⁴⁷

該制度之利用程度遠不如預期，一般認為主要原因在於合同公司在稅制上未採用構成員課稅制度，而與股份有限公司並無差異，失去了當初引進 LLC 概念的利基，但股份有限公司卻有得採取彈性機關設計的優勢，二來合同公司執行業務股東依法對第三人須負善量管理人注意義務，因此在執行業務時，有被第三人追訴損害賠償的可能，且合同公司有關意思決定等事項在公司法之規定過少，再者一般大眾有著合同公司較為劣等之印象。⁴⁸基於上開原因，合同公司未能盛行於日本，就此而言，其設置似乎未能有效達成其目的。

(1). 日本股份有限公司—「未設置董事會公司」章程之改革

如前所述，日本於二零零五年制定新公司法時，將原來之有限公司之規定廢除，將之納入股份有限公司。而股份有限公司于日本公司法修正後，以是否限制股份之轉讓作為區分，無限制股份轉讓者為公開公司，有限制股份轉讓者則為非公開公司，在非公開股份有限公司下，無設置監察人或委員會，亦得不設置董事會者，實為原來「有限公司」之延續⁴⁹，同為閉鎖性公司。故以下乃先就此類非公開之未設置董事會公司較特別之處為介紹，而本次修訂揭褫了章程自治範圍的擴大，亦對於公司種類的區分有所明確，在此兩方面對於果國來說都是很好的借鏡，故以下分別簡單介紹之。

(2). 日本公司法下閉鎖性股份有限公司—「未設置董事會公司」之概況

首先，股份有限公司東對公司所負之責任，以其股份之受讓額為限，不負其他義務責任，此可說是股份有限公司與其他公司形態的最大特色。又在日本公司法下，未設置董事會公司必定為股份轉讓限制的非公開公司，股份轉讓限制的制

⁴⁵ 唐福睿，參前揭註 7，頁 58。

⁴⁶ 江頭憲治郎，參前揭註 40，頁 1。

⁴⁷ 江頭憲治郎，參前揭註 40，頁 1。

⁴⁸ 王儷倩，參前揭註 6，頁 150。

⁴⁹ 王儷倩，參前揭註 6，頁 24。

度是由於閉鎖性公司股東間信賴關係較強，多半經營與所有合一，為防止不受歡迎者加入公司，確保公司新股東選擇權而制定。其轉讓程序是股東將受股份轉讓限制之股份轉與他人時，得請求公司是否承認該他人取得股份，公司不承認則應指定受讓人或由公司自行買受。⁵⁰

在章程訂定方面，公司成立後應經發行全體同意訂立章程，且為防止紛爭，其章程須經公證人認證。出資方面，股份有限公司得以金錢或其他財產現物出資，但放寬先前嚴格的現物出資檢查人審查制度，使公司設立時事業得圓滑進行。

在機關設置上，日本公司法依據公司規模之大小及是否限制股份轉讓作為區分標準，而得以彈性選擇設置機關。在未設置董事會公司中，機關設置的選擇有「股東會+董事」、「股東會+董事+監察人」、「董事+監察人+會計監察人」⁵¹等三者。

(3). 章程自治範圍的擴大

在本次修訂中揭櫫了章程自治原則的擴大，針對此面向而修訂之項目如公司機關設計的選擇（第 326 條）、股份內容特別規定（第 107 條第 1 項）、特別股及內容（第 108 條）、股票的發行（第 214 條）、單元股份數（第 188 條）、未滿單元股份之收買請求權（第 194 條）、取得自己股份相關規定（第 164 條、第 165 條第 2 項）、受轉讓限制股份只買賣（第 139 第 1 項但書、第 140 條第 5 項但書）、受轉讓限制股份之出賣請求（第 165、第 174 條）、募集股份發行等手續（第 199 條第 4 項、第 200 條第 4 項、第 202 條第 3 項第 1 款第 2 款、第 204 條第 2 項但書）、非公開公司董事之任期延長（第 323 條第 2 項、第 336 條第 2 項但書）、董事會決議之省略（第 370 條）、董監責任一部免除（第 426 條、第 427 條第 1 項）、董事會由董事決定盈餘分配之相關規定（第 459 條、第 460 條）⁵²等等。

在擴大章程自治範圍上，重要的有：股份轉讓限制之方法、公司意思決定之方法以及股東權利內容更動上。

在股份轉讓限制上，此次修法特別立了一節來規定其相關程序，允許公司就此部分有相當大的章程自治空間。依照公司法第 19 條第 1 項但書、第 107 條第 2 項第 1 款規定，不僅得以自由選擇承認股份轉讓之機關，亦可預設在特定情形下，公司對於股東欲轉讓股份而請求承認時，視為承認。依照第 140 條第 4 項、第 5 項，轉讓股份受限制之股欲出讓其股份時，章程得事先指定優先購買權人。⁵³

而公司意思決定方法面，股份有限公司的意思決定方係以普通決議作為預設的原則，規定於第 309 條，但章程得令為提高或降低之規定，至於特別決議則僅得以章程提高其表決門檻，不得降低。另外，本次修法亦將向來必須以特別決議

⁵⁰ 王儷倩，參前揭註 6，頁 34。

⁵¹ 王儷倩，參前揭註 6，頁 39。

⁵² 唐福睿，參前揭註 7，頁 43。

⁵³ 唐福睿，參前揭註 7，頁 44。

解任董事的強行規定刪除，此後依公司法第 339 條第 1 項、309 條第 1 項，對於董事之解任以普通決議為原則，並允許章程作更嚴格的規定。⁵⁴

在股東權利內容上，第 109 條第 2 項規定，非公開公司得約定不以所持股份數計算股東分配利潤，分配剩餘財產及參與表決的權利，亦即開放類似於有限公司的屬性特徵規定。針對特別股，第 108 條規定了九種列舉的類型，大幅放寬了特別股選擇的範圍。此外第 322 條第 2 項、第 3 項容許以章程排除特別股股東對於公司組織變更的否決權，而公司得對股份內容之一定事項作變更，亦得以章程明定不需特別股股東決議，但在此種情形下依照第 116 條第 1 項第 3 款，即應賦予特別股股東股份收買請求權。⁵⁵

(4). 日本公司法公司種類之區別：

依據日本 2005 年修訂後的公司法第 2 條第 5 款之反面解釋，非公開發行公司係指章程中限制其發行的全部或部分股份于轉讓時須得公司同意之公司⁵⁶，又同條第 6 款規定了大公司之認定基準，由此可知日本公司法對於公司種類的區分主要是從兩個角度來觀察：是以公司規模之大小為斷，此乃著眼於公司對外的關係，區分為大公司與小公司；二是由公司股份轉讓的限制與否為準，此係著眼於公司對外之關係⁵⁷，區分為公開發行公司與非公開發行公司。

首先由股份轉讓限制與否觀點而言，由於股份轉讓有限制之閉鎖公司，因股份轉讓的不自由，導致規模及資本額通常不大，所涉及之股東或債權人亦不多，若是產生問題時，影響層面不廣。因此公司法容許股東會及董事一人此種最基本的公司機關設置形態。然而雖閉鎖公司常會導致公司規模較小的結果，但並非所有閉鎖公司皆是規模小的公司，事實上亦存在有規模龐大之閉鎖公司。此時該等公司所涉及之債權人及金額遠較上開為大，因此若容許該公司仍得依照上開股東會及董事一人的機關形態來設置，則可能會因股東會難以時時對業務執行作監督，又無其他監察機關，而因此產生弊端，對公司有所不利。此時因股東係負擔有限責任，而董事人數又少，受損債權人便難以從中獲得足夠之賠償。

因此日本公司法上公司種類的判定基準，除了是否限制股份轉讓自由外，亦採取以規模之大小作為區分公司種類之標準。⁵⁸依據日本公司法第 2 條第 6 款之規定，大公司係指最終事業年度支資產負債表所列資本額達五億日元以上，或最終事業年度資產負債表所列負債部分合計額達二百日元以上之公司，而符合大公司定義者，相較於其他公司有較為嚴格的要求。例如大公司有設置會計監察人之義務，亦有設置確保公司業務正當而於法務省令所定之必要體制等內部控制機制的義務以及其它如公告損益表、連結會計表冊的提出等。⁵⁹

5. 德國有限責任公司法

⁵⁴ 唐福睿，參前揭註 7，頁 45。

⁵⁵ 唐福睿，參前揭註 7，頁 45-46。

⁵⁶ 唐福睿，參前揭註 7，頁 42。

⁵⁷ 王儷倩，參前揭註 6，頁 152。

⁵⁸ 王儷倩，參前揭註 6，頁 152。

⁵⁹ 有關日本法之規定與發展，資料係由蔡英欣教授提供，在此表示感謝。

(1). 「對有限責任公司法進行現代化改革和反對濫用的法律」法案:

德國於 1892 年制定並通過了有限責任公司法，被謂為立法者之天才發明，並且不論在數量或經濟上，其貢獻都遠超過於股份有限公司，僅在 1980 年曾微幅修改過⁶⁰。然而身為歐盟成員之一，德國有限責任公司法不免受到其他歐盟會員國公司法的挑戰，尤其是英國的封閉性有限公司。相較之下，英國公司設立負擔較輕，手續更簡單，程序更快捷，在公司經營管理方面的規定也更加靈活方便；再者，由於歐盟條約中規定了「設立自由原則」，歐盟法院之判決亦一再地強調該原則，據此德國人得以先到他國去設立公司，再回到德國設立分公司，如此便可規避德國有限責任公司法的規定。而公司設立者通常只願在設立條件寬鬆、限制少的國家註冊公司，如此一來，德國的有限公司相較於英國顯得吸引力大減。⁶¹

在這種背景下，德國聯邦政府於二〇〇七年通過了「對有限責任公司法進行現代化改革和反對濫用的法律」草案（下稱「改革法案」）該法案對於有限責任公司法進行了全面性地改革。

(2). 改革法案之主要內容

改革法案之主要內容是在於縮短公司設立的期間，便利公司之設立、放寬關於資本維持的規定以及其它提高有限責任公司競爭力的措施和防止濫用這幾個方面，最終之目的是要使德國有限責任公司更具有競爭之優勢。

首先在便利公司設立方面，首先降低了本來相對於歐盟他國較高的最低註冊資本額，並且在有限責任公司下又增加了所謂企業主有限公司的形態，即股東僅出資一歐元就可設立公司。而若是股東人數在三人以下，並以貨幣出資者，更可適用簡易的標準設立程序，使用標準章程及標準化的登記表格，免去公證程序的不便，迅速完成公司之設立。此外刪除了原來申請註冊須得政府批准的規定、並簡化了繳納出資的程序。⁶²

再者，改革法案並放寬了有關資本維持的規定。增加公司可例外將註冊資本額交還給股東的規定，掃除康采恩共同現金池合法性的疑慮⁶³，並放棄本來有關「具替代資本性質貸款」的規定，不將股東對公司的貸款視為是資本，而視之為一般的貸款⁶⁴，增加股東貸款給公司的可能。

而在防止有限責任公司的濫用方面，為避免股東在公司財務危急時，出賣公司給所謂的公司送葬者，以逃避正規的清算程序獲取剩餘利益，改革法案加重了股東義務及經理的責任。並且為了提高交易安全及交易成本，亦強化了股東名冊的法律功能。股東名冊必須及時的更新並成為認定股東的依據，甚至第三人據此

⁶⁰ 高旭軍，德國《有限責任公司法》改革評述，收錄於劉俊海主編，中國資本市場法治評論第一卷，法律出版社，頁 129。

⁶¹ 高旭軍，參前揭註 60，頁 133-134。

⁶² 高旭軍，參前揭註 60，頁 144-152。

⁶³ 高旭軍，參前揭註 60，法律出版社，頁 156。

⁶⁴ 高旭軍，參前揭註 60，頁 157。

可善意取得之⁶⁵。其他亦有提高有限責任公司競爭力的相關措施⁶⁶，如公司地址不須與經營或管理所在地一致，德國公司便可將管理機構設置在德國以外之國家。

(3). 德國有限責任公司法主要內容

在以上德國改革法案後，接下來將就德國有限公司法與我國較不同之處作概略地介紹。在德國立法者意圖下，有限公司是針對中小型企業的公司形式而設計的。對於那些欲採用資合公司形式，但卻因有限的股東數量及較小的企業規模，而不適於採用股份有限公司者，有限責任公司就是其最好的選擇。⁶⁷

按法律規定，有限責任公司之本質是一按照團體化形式組織起來的商事資合公司，不同於人合公司，為一法人團體。原則上是使用多數決及機關責任制度。雖然有限責任公司與股份有限公司存在有相似性，並且有大量類推適用股份有限公司規定的情況，但有限責任公司仍有下幾個特點。首先，有限責任公司的法律規範密度較低，少有嚴格或強制性的規定，有很大部分的規定都是任意性的，因此可以藉由公司合同⁶⁸的設計，加入人合性的原則，建構出非常具有人合色彩的有限責任公司。第二，有限責任公司是被設計為幾乎沒有通往資本市場管道的，相較之下，股份有限公司才是通往資本市場的較佳選擇⁶⁹。有限責任公司的出資雖然是可以轉讓的，但是因為有製作公證文書等要求，使的該轉讓並不適於市場交易，並且由於沒有通往資本市場之管道，其法律上幾無保護投資者的相關規定，對於公司的治理方面也沒有法律上的方案可言。以下分別就幾個面向對德國有限責任公司作介紹：

在公司的機關設置上，有限責任公司擁有很大的彈性和自由，除了股東會和業務執行人是有限責任公司的兩個必要機關外，在非例外情況下，監察人是任意性的機關，可以依據公司的合同來自由規範。並且透過公司合同亦可以創設其他監察人以外的機關，在實務上，就出現了不少具有諮詢或監督功能的諮詢委員會、管理委員會或者股東委員會等，甚至有些還承擔了決策的責任⁷⁰。而在這眾多機關中，法律賦予了股東會作為最高機關而其整體具有明確的優先性，擁有許多職權，除涉及一般的業務執行，還可以其指示來拘束業務執行人。而其他機關權限的具體分配亦可以在公司合同中加以規定。

公司業務執行人是由公司合同或股東會決議所委任的自然人，不必具有股東之身份，也可以是股東（第三人機關原則），他們對內執行業務，對外代表公司，原則上只要章程沒有其他規定，適用共同代表及共同業務執行。此外在對外關係上，即對於第三人而言，代表權是無限制也不可被限制的。並且除非有獨立的請

⁶⁵ 高旭軍，參前揭註 60，頁 158-161。

⁶⁶ 高旭軍，參前揭註 60，頁 157。

⁶⁷ 格茨·懷克/克里斯蒂娜·溫得比西勒著，殷盛譯，德國公司法，2010年9月第1版，法律出版社，頁 285。

⁶⁸ “公司合同”（Gesellschaftsvertrag）一詞在德國資合公司（有限責任公司和股份公司）中就是指章程（Satzung）。德國沒有獨立於公司章程的股東協議（shareholder agreement），公司章程就是股東間的協議，用以調整股東之間權利義務關係以及規制公司的組織管理關係。

⁶⁹ 格茨·懷克/克里斯蒂娜·溫得比西勒著，殷盛譯，參前揭註 67，頁 282。

⁷⁰ 格茨·懷克/克里斯蒂娜·溫得比西勒著，殷盛譯，參前揭註 67，頁 329。

求權基礎，否則業務執行人不必對債權人負責⁷¹；對內關係上，執行業務人受到公司合同和股東決議的拘束，亦聽命於股東決議對執行事務下達之指示⁷²。

股東會決議的作成多是在股東會中達成的，但對於股東會沒有嚴格的形式要求，在例外的情況可以沒有集會。其表決票數是依照個人出資額來計算的。公司合同可以對股東表決的規定做出其他嚴格或簡化的規定。在股東職權上，公司合同可對此作詳細的規定，法律僅在要求追加出資、修改章程、解散公司等方面強制規定需由股東決議。

而就股東出資的轉讓而言，股東出資並不能證券化成為一有價證券來轉讓，而需以契約的方式來進行，並製作公證文書。對此，公司合同可以規定要求該轉讓滿足一些前提條件，例如得到公司之同意或者由公司合同規定之先買權，且符合這些條件乃是使轉讓生效的要件。⁷³此外，股東名冊為證明股東身份的唯一依據而需維持其現實性，只有被載入股東名冊之股東，才視為是公司的股東。並且股東名冊亦成為善意取得股份的依據，即相信股東名冊而購買其出資額者，便可取得有效的股東資格，即使股東名冊記載有誤，只要在三年內未遭到質疑，或者縱使三年內遭到質疑，惟其錯誤是真正權利人所造成的，在此情況下，都不會影響善意取得的權利⁷⁴，如此一來不僅提高交易安全，也減少了交易成本。

而在章程修改方面，法律要求須有表決權票數四分之三以上的同意並製作公證文書，此外還需於商事登記簿上做生效性的登記，公司合同不能降低通過門檻，但可以提高或增加其他通過的條件。⁷⁵

6. 小結

我國公司法制定之初，受德國法影響，區分有限及股份有限公司，並預設前者為小規模公司，即所謂法定閉鎖公司，後者則為大型、公開性公司，於實然面上，卻有許多大型有限公司及小型股份有限公司。此時，簡略之有限公司制度已不敷使用，大型、公開性之股份有限公司制度亦不適合小型公司使用，實有必要加以檢討。

參考美國模範商業公司法係以公開性及非公開性(閉鎖性)公司加以分類，並廣泛運用股東協議，使閉鎖公司經營管理更為靈活，或可為我國借鏡，而擴大股東協議之認定應有以下重點⁷⁶：一、允許具閉鎖性之股份有限公司得以股東書面協議，彈性約定公司經營運作方式及股東間之法律關係；二、為維持公司之閉鎖性，允許其得以股東書面協議限制股份之移轉；三、閉鎖性公司基於其閉鎖性、股東人數較少及彼此關係密切等原因，其業務經營方式、經濟利益之回收等內部關係，容許較大之彈性空間，包括不設置董事會或監察人、不召開股東會、股息紅利之分配不以所持有股份比例為分配標準等；四、基於閉鎖性公司之股份欠缺

⁷¹ 格茨·懷克/克里斯蒂娜·溫得比西勒著，殷盛譯，參前揭註 67，頁 333。

⁷² 格茨·懷克/克里斯蒂娜·溫得比西勒著，殷盛譯，參前揭註 67，頁 334。

⁷³ 格茨·懷克/克里斯蒂娜·溫得比西勒著，殷盛譯，參前揭註 67，頁 341。

⁷⁴ 高旭軍，參前揭註 60，頁 161。

⁷⁵ 格茨·懷克/克里斯蒂娜·溫得比西勒著，殷盛譯，參前揭註 67，頁 355。

⁷⁶ 財團法人萬國法律基金會，公司法制全盤修正計畫研究案總報告第一冊，行政院經濟建設委員會，經法制協調服務中心，頁 412，2003 年。

交易市場，並以股東間之信賴關係為基礎，為保護少數股東之權益，解決僵局，得以股東書面協議賦予股東任意解散公司之權；五、股東書面協議對公司及各股東權益影響鉅大，需獲全體股東同意並訂入章程，以昭慎重；六、股份受讓人於成為公司股東後，同受股東書面協議之拘束，為保護其權利，公司應於股票上記載股東書面協議存在之事實；股份受讓人於買受時，不知股東書面契約存在者，享有買賣契約之撤銷權。

然而我國在實務運作上似乎較難以此種過於靈活的方式來運作，蓋我國向來皆係以法律框架作為運作的依據，若欲採用此種股東協議模式，亦應擬定一完善之股東協議範本以供企業參考，否則在如此大的彈性選擇空間下，可能反而難以運行。

LLC 則使章程自治極大化，更進一步擴大成員協議範圍，由成員自行就公司經營、管理及成員與經理人間之關係等內部事項協議之，且得就公司稅制上之需求任意選擇，實為創業家考量之重大因素。

至於日本之合同公司，係為中小企業此等閉鎖性公司所創制之介於人合與資合之間的公司形態，然而如前所述，目前使用此類型公司者，數目仍不多，亦即其實際運作上可能仍有問題，有待時日視日本將來的運作發展而定。且我國目前已存有眾多的有限公司，若是將或現有之公司形態改制或刪除可能會對現狀產生過鉅之影響，而必須制定完善的過渡條款，否則可能產生更多問題。因此我國在選擇立法模式時，宜詳加考慮。至於日本股份有限公司法上關於「章程自治」範圍擴大的規定，雖然亦是提供了一個可滿足閉鎖公司部分需求的選項，然而可能終究非一個治本的方式。

而相較於德國的有限責任公司，我國有限公司運作上的彈性度及靈活性是遠不及之，究其主要的因素，可能在於法律規定過廣，章程的自治範圍不足，而此因素的影響在如出資轉讓、機關設置等幾個面向中可以發現。由於有限公司閉鎖性的本質，其外部的影響自然較低，因此在不影響債權人的情況下，似可參考德國法制，減少僵化的強制規定，增加我國章程自主的空間，像是以上所舉的機關設置、出資轉讓或股東決議形成等層面，應可使有限公司的運作更有彈性而符合股東之意思。惟在我國民情似乎還未有太多章程自治經驗的情況下，似可先適度開放章程自治之空間，再加上若章程無規定時之處理方式，以免對現況造成過大之衝擊。

最後，德拉瓦公司法將閉鎖公司定義出來，再以特別專章規範之，可能是一個較有效率、也較為清楚、有體系的方式。本文提供了以上幾種可能之選項，希冀各界先進提出意見與選擇。

（三）結論

綜上，本文認為主要有兩種方案可選擇，一是參以美國法創設契約型的公司，惟此法可能對現有體制造成較大的衝擊，需輔以完善的銜接規範及措施。二是採取德國有限責任公司法的模式，由於我國有限公司法治與德國相近，因此修改幅度不大，是較溫和的一種改革方案，兩者各有利弊，有待審慎評估而決之。

第二章 經理人之修正：公司法第二十九條、第三十一條及

第三十六條

一、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第二十九條</u> 公司得依章程規定置經理人，其委任、解任及報酬，依下列規定定之。但公司章程有較高規定者，從其規定： 一、無限公司、兩合公司須有全體無限責任股東過半數同意。 二、有限公司須有全體股東過半數同意。 三、股份有限公司應由董事會以董事過半數之出席，及出席董事過半數同意之決議行之。 公司有第一百五十六條第七項之情形者，專案核定之主管機關應要求參與政府專案紓困方案之公司提具自救計畫，並得限制其發給經理人報酬或為其他必要之處置或限制；其辦法，由中央主管機關定之。 經理人應在國內有住所或居所。 <u>未依第一項方式委任或解任者，其委任或解任不生效力，惟不得對抗善意第三人；未依第一項方式決定報酬者，其報酬之請求依其他法律之規定。</u></p>	<p><u>第二十九條</u> 公司得依章程規定置經理人，其委任、解任及報酬，依下列規定定之。但公司章程有較高規定者，從其規定： 一、無限公司、兩合公司須有全體無限責任股東過半數同意。 二、有限公司須有全體股東過半數同意。 三、股份有限公司應由董事會以董事過半數之出席，及出席董事過半數同意之決議行之。 公司有第一百五十六條第七項之情形者，專案核定之主管機關應要求參與政府專案紓困方案之公司提具自救計畫，並得限制其發給經理人報酬或為其他必要之處置或限制；其辦法，由中央主管機關定之。 經理人應在國內有住所或居所。</p>	<p>一、經理人之認定究應採實質認定或形式認定，在實務上迭生爭議。有鑒於經理人具有一定之法定職權，而公司亦不得對特定職權予以限制，即使公司依章程或契約限制該法定權限，依公司法第三十六條仍不得對抗善意相對人。準此，以公司須受經理人行使職權限制及公司法特就經理人之委任、解任及報酬設有特別程序之規定觀之，所謂經理人在公司法上應指具有一定階之高階經營者。從而，遵守法定選任程序，自有其必要。惟此乃對內關係，對外，若公司創造出足以使相對人誤信為經理人之表徵，相對人仍可以民法之表見代理主張。</p> <p>二、對內關係上，有無適法履踐法定程序，操之在董事會，非經理人。若因董事會未合法選任、或訂定報酬</p>

		致使不可歸責之經理人方承受不利之苦果，有違公平，故經理人仍得依其他法律主張其權益。
<p><u>第三十一條</u> 經理人在職權範圍內有為公司管理事務及簽名之權。 公司得以章程或契約規定限制經理人之職權；但公司不得以其所加於經理人職權之限制，對抗善意第三人。</p>	<p><u>第三十一條</u> 經理人之職權，除章程規定外，並得依契約之訂定。 經理人在公司章程或契約規定授權範圍內，有為公司管理事務及簽名之權</p>	<p>一、最高法院歷來之見解，皆認為公司法經理人之規定與民法經理人之規定並存。準此，民法第五百五十七條之規定對公司經理人之職權限制亦有適用。</p> <p>二、然公司法之規定散見於第三十一條及第三十六條，致使經理人究竟有無法定權限一事產生學說紛擾。為求明確，茲將第三十一條與三十六條整合成一個條文。公司章程或契約雖得對經理人之職權予以限縮，惟此乃對內關係，經理人逾越授權範圍時，自當對公司所受之損害負責，惟對外關係上，在民法所賦予之法定職權範圍內，公司仍應承受經理人逾越內部權限之結果。尤其是公司藉由經理人之設置，得以拓展業務，無遠弗界，其不利之後果應由企業承擔。</p>
<p><u>第三十六條</u> (刪除)</p>	<p><u>第三十六條</u> 公司不得以其所加於經理人職權之限制，對抗善意第三人。</p>	<p>原條文移至第三十一條第二項但書。</p>

二、詳細說明

公司乃以營利為目的之社團法人，本質上，非有「機關」(organ) 或代理人，無法從事法律行為或進行法律交易生活。一般而言，公司法規在架構上會提供二個最基本的機關：股東會與董事會，不論為英美之單軌制或德國之雙軌制，皆復如此。踵隨而至之問題則為機關間的權力分配。比較法上，股東會優位主義 (shareholder primacy) 或董事會優位主義 (the primacy of the board of directors) 各有其支持者。若以我國發展之軌跡而言，似乎正逐漸朝向董事會優位主義之趨勢，然此論斷並不完全。蓋依公司法第 202 條之規定，公司業務之執行，除公司法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之；再探究公司法條文修正之歷史，實在無法得出有任何權限是屬於董事會之「固有權限」而不得以章程加以剝奪者⁷⁷。換言之，理論上股東會皆有權以修改章程之方式擴張其權限⁷⁸。

英國公司法則將股東會與董事會間權限劃分之難題留給公司章程解決，其 1985 年公司法 (the Companies Act 1985) 只就必須交由股東會或董事會處理之事項予以規定，舉其大者，公司章程之變更、公司種類之轉變、改變某一種類之股東權益、解散公司及採用債務解決機制 (the adoption of schemes of arrangement) 等均強制交由股東會決議；反之，董事會該做之事主要為年度財務報表之準備及日常管理公司業務⁷⁹。依英國之模範章程，除非法律、章程或股東會之特別決議有限制外，原則上賦予董事會一切事務之處理權；但公司自可偏離此一範本，因此，董事會固有權限之概念亦不明顯。

在此結構下，經理人之地位有探討之必要。首先，經理人在我國公司法之規定係列於總則，故四種公司皆有適用。在無限及兩合公司，經理人之上上有執行業務股東與代表公司股東(亦可能為全部無限責任股東)；在有限公司及股份有限公司，經理人之上上有董事及董事會。其次，依公司法第 29 條之規定，經理人之設置需有章程之授權，是以學者通稱其為章定任意常設之輔助業務執行機關⁸⁰。從公司經營之角色分派而言，執行業務或代表公司股東及董事(會)為必要之業務執行機關，若其足以勝任業務執行之功能，自無庸再設置經理人；反之，若有企業經營之需求，此際，經理人可一併擔負業務執行之任務。

⁷⁷ 請參閱曾宛如，讓與全部或主要部分營業或財產之探討—兼論董事會或股東會權限劃分之議題，台大法學論叢，第 35 卷第 1 期，頁 294-296，2006 年 1 月。

⁷⁸ 「雖然公司法某些條文之規定方式為「公司得依董事會之決議，...(如第一五六條第四項)」、「...需經董事會以三分之二董事出席，出席董事過半數決議行之...(如第一五六條第六項、一六七條之一、二)」、「公司經董事會決議後，得募集公司債...(如第二四六條)」，但此種規定方式是否即表示這些權限專屬於董事會，股東會不得以變更章程之方式轉變為股東會之權限；抑或只是說明，在未經章程轉變為股東會權限之前，此種事務必須經董事會之普通或特別決議為之，不得由其他機關代勞，特別是常務董事會；事實上並不清楚。」請參閱曾宛如，同上註，頁 295-296。

⁷⁹ See Paul L. Davies, *GOWER AND DAVIES' PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW*, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, pp. 294-296, 2003.

⁸⁰ 請參閱柯芳枝，公司法論(上)，三民，頁 58，2002 年 11 月增訂五版；梁宇賢，公司法論，三民，頁 116，2006 年 3 月修訂六版。

準此，經理人所取得之業務執行權限可以下列方式理解。在無限公司及兩合公司中，經理人權限係來自於全體無限責任股東之多數決；在有限公司中則為全體股東之多數決；至於股份有限公司，則由董事會之「轉授權」(sub-delegation) 而生。因此若與英國法之概念相比，我國公司法有異取同工之妙；蓋經理人係由上述這些法定機關代表公司所委任⁸¹。

準此，民法有關經理人與公司法之經理人的差異就隱約可見。亦即，民法之架構為：獨資或合夥之商號所有人授權經理人，為**二層次架構**；公司為：(1) 全體股東多數決授權經理人，亦為**二層次架構**；(2) 股東會選任董事會，董事會再授權經理人，為**三層次架構**。由此亦可看出在閉鎖型公司下，與商號之差別性較小，但於中大型企業中，發展出三層次似乎是因應現實之所需⁸²。此其一。

民法中之經理人為商號所有人之代理人，無論在法律關係或權限上，皆以代理之法理為論述之基礎。學者有謂「經理人為商號管理事務，係基於與商號間之委任契約，因經理人與商號仍為不同之法律人格，其所為之行為，並非代表行為，不當然視為商號之行為，效果並不當然直接歸屬本人。經理人相關規定，並非獨立之歸責規範，經理人所為之法律行為效果欲直接歸屬於商號，仍須透過代理之歸責規範。故而，民法經理人規定所謂之經理權性質上即代理權...」⁸³，又「然而，在經理人與商號間之委任契約關係，必然以直接代理型態之法律行為事務處理為其內容，切割事務處理之部分與代理之部分，並無實際意義。」⁸⁴本計畫全然同意在經理人中，代理權之授與為經理權授與之當然內容，因此，將經理權之授與採契約說有其正當性。本計畫亦同意在民法中經理人之行為不等同於商號所有人之行為，因此，經理人自非商號之機關（在商號無獨立法人格下，本質上亦無機關之需求）。然而，公司法在上述架構下，經理人有無轉換為公司機關之可能則不無討論空間。此其二。

上文中已然點出，我國公司法學者多半曰經理人為「章定任意常設之輔助業務執行機關」⁸⁵，此說法之立論基礎應係衍生自公司法第 8 條對負責人所為之定義。公司法第 8 條將公司負責人分為當然負責人與職務上之負責人，經理人恰屬後者，又公司法第 23 條第 2 項針對負責人執行公司業務致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責；通說以之為民法第 28 條有關代表人侵權行為責任之對應條文。如此環環相扣之結果，似可導引出公司負責人為公司機關之結論，蓋若非如此，何以公司需負自己侵權行為責任。若此推論成為通說，則以經理人為公司之「機關」自不足為奇，但顯然已提升經理人之地位，由單純之代理人成

⁸¹ 參看公司法第 29 條。

⁸² 有論者認為在公司及經理人間加入董事會一級是為了緩和代理成本 (agency cost)，然本計畫認為此種說法乃植基於董事會趨近監督者角色之說法。See Hans C. Hirt, *THE ENFORCEMENT OF DIRECTORS' DUTIES IN BRITAIN AND GERMANY, A COMPARATIVE STUDY WITH PARTICULAR REFERENCE TO LARGE COMPANIES*, Bern, Peter Lang, p. 28, 2004.

⁸³ 請參閱陳自強，代理權與經理權之間 — 民商合一與民商分立，元照，頁 153-154，2006 年 5 月初版。

⁸⁴ 請參閱陳自強，同上註，頁 159。

⁸⁵ 請參閱柯芳枝，公司法論(上)，三民，頁 58，2002 年 11 月增訂五版。王文字，公司法論，元照，頁 126，2005 年 8 月 2 版；及劉連煜，現代公司法，新學林，頁 138，2006 年 8 月初版皆採取同一見解（但後者也肯定經理人為代理人而非代表人，建議留待未來法律明定或判決予以解決，頁 150）。反對者，王麗玉，公司經理人制度之研究，輔仁法學第 10 期，頁 253，1991 年 6 月。

為「代表人」之強度，與民法上經理人之法律地位似乎有所不同。也因此，有學者從經理人之發展歷史與其本質，不同意將公司經理人歸類為公司機關，而寧可認定其係因法律之規定，而成為負責人之一種⁸⁶，但仍非公司機關，此其三⁸⁷。

公司法對於經理人之選任十分審慎，理論上應與經理人之定位有關。從民法上有關經理人之規定切入，不難發現為了便利企業主之營運及發展，也為了保護交易相對人，經理人有一定之「法定權限」⁸⁸。此權限在公司法上雖得以章程及契約加以限制，但終究不得對抗善意第三人（公司法第 36 條）；亦即，其規範方式並未逸脫民法之模式。準此，學說上對於經理人之權限範圍雖有爭議，惟本計畫仍主張民法對於公司法在經理人所擁有之代理權範圍的認定上具有補充地位⁸⁹。

公司法第 29 條雖規定經理人之選任應經董事會之普通決議，但理論與實務最大之落差即在於此：應經董事會慎選之經理人在現實上往往未經董事會之選任程序，以致於對經理人身分之認定產生「形式說」與「實質說」之爭議。倘若經理人為公司業務執行之重要輔助機關，公司法所設計之程序顯然係為確保經理人之選任得到董事會之支持，則所謂之經理人在公司業務執行之分層上應有一定之「層級」，而非「廣泛」之經理人。簡言之，回歸民法及公司法之規定，經理人有為公司管理公司或分公司一部或全部事務之權限，且得為公司簽名（綜合民法第 553 條及公司法第 31 條）。準此，公司法於 2001 年修正時廢除經理人之分類自有其意義，蓋有經理人之名而無經理人之實者，其僱傭或委任自無非經董事會決議不可之必要；反之，實務上若以其他職銜稱呼實質上有經理權之人也不得規避公司法之規定。於公司法修正後，形式認定反而更具有正當性，吾人對「經理人」之認知應側重其「實質上」是否堪當民法及公司法對其之定位。順此思維，所謂聘任一位經理人非經董事會決議不可，此經理人在業務執行上必有「相當」之裁量權，其代表公司所為之行為，公司即使已以章程或契約在內部限縮其權限，仍不可對抗善意第三人，則此種人之選任應經董事會之決議方始生效便有其一定之理論基礎⁹⁰。

然而，法律的改變並未帶動實務上的調整，公司法第 29 條在業界仍被忽略。本案中乙為公司之總經理，完全符合民法及公司法對經理人之「認知與期許」，故而遵守公司法第 29 條之規定乃事理之當然，更何況 A 公司為上市公司。但事實卻證明，企業界視該條規定為無物。董事長及執行董事托詞不知經理人之報酬

⁸⁶ 請參閱陳自強，代理權與經理權之間 — 民商合一與民商分立，元照，頁 210-211，2006 年 5 月初版。

⁸⁷ 此外，民國 88 年 4 月 21 日民法修正時，將第五百五十五條：「經理人，就所任之事務，視為有代表商號為原告或被告」之規定修正為「視為有代理商號為原告或被告」之規定，顯示民法有意釐清經理人為代理而非代表之關係。則經理人似乎更不可能成為公司之機關。

⁸⁸ 如 19 年上字第 39 號判決、42 年台上字第 554 號判例及 87 年度台上字第 709 號判決。

⁸⁹ 請參閱林國全，公司經理人之概念，台灣本土法學，第 48 期，頁 134，2003；曾宛如，公司經理人之功能與權限，台大法學論叢，第 36 卷第 4 期，頁 138-142，2007。

⁹⁰ 比較法上可以從經理人對公司負有受任人義務一事為印證基礎之一。由於公司法第 23 條第 1 項規定公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，衍生出經理人負有忠實義務之結論。然比較法上，經理人負有忠實義務者係指高階經理人。

應經董事會決議，而乙自身亦為 A 公司之董事，卻也不顧其選任應經董事會決議之規定而長時間擔任公司之總經理。

由此可見，問題恐不在公司法第 29 條有何窒礙難行之處，問題在於我國之企業經營者長期忽略(或漠視?)法律規範。此際對照形式說與實質說之不同，愈發具有意義。實質說某程度上遷就實務狀況而最大化的建立起公司與受任人間之經理人關係；但形式說在我國現況下將使經理人之關係普遍的不存在。最高法院多數見解認為凡未經公司法第 29 條選任程序者與公司間不生經理人之委任關係，也就是以形式認定為準⁹¹。是否建構起經理人之關係有何影響，這恐怕是形式說與實質說必須回答的問題。問題與答案都很簡單，所涉者無非對外與對內二者而已。在此不妨結合登記制度，做出不同排列組合。組合一，經理人經董事會選任，並為登記，此時，不論此經理人是否符合民法及公司法對其之認知（也許該經理人只是人頭），其對外所為之行為，公司在其「法定權限」內必須負責⁹²。對內，該經理人也可據經理人之委任關係為一定之請求。

組合二，經理人經董事會選任但未為登記，由於登記僅為對抗要件而非生效要件，故該經理人對外所為之行為，公司仍應承擔。對內則與組合一相同。組合三，經理人未經董事會選任，但已經登記；此時，因登記之結果，公司不得對抗第三人。所以，不論是形式說或實質說，對外效力基本上並無不同。唯一不同是相對人若知其未經董事會選任，可否仍主張公司應負本人責任。這裏將會是表見代理及對經理人關係成立要件之解釋問題，問題依然可以解決。簡言之，若採實質說，即使相對人知其未經董事會選任，但由於董事會選任程序並非委任經理人之生效要件，故知情與否並無影響；反之，若採形式說，相對人也可能以公司事實上已表示授權該人行使經理人權限，或長久以來之交易慣習等為由而主張表見代理，故曰影響不大。然而，對內部分就會發生本案所生之爭議。組合四，經理人未經董事會選任，也未登記。這應該是日前實務最普遍之現象。形式說與實質說理論上在此可能出現最大的不同結果，但實際上可能未必如此。採實質說者，固然較無疑問，但採形式說者，在對外關係上，相對人雖無法以登記為最簡易之舉證方式，但仍有表見代理之空間，故不論採取何說，相對人之地位應無重大差異，內部關係則與組合三相同。

綜合四種組合，形式說與實質說所影響者，主要是「經理人」與公司之內部關係。換言之，政策選擇上是否要給予公司此種便利？還是要貫徹「董事會」為業務執行機關的分權設計，才是選擇的核心參考。

準此，本研究建議，經理人既定位為少數高階之經營者，且公司在其法定職權範圍內，不論章程或契約如何限縮，皆無法對抗善意第三人，則其選任等應經慎重之程序有其基礎，故第 29 條之規定應定性為生效要件，此其一。

⁹¹ 如 69 年度台上字第 3747 號判決、88 年度台上字第 1263 號判決、91 年度台上字第 1432 號判決、91 年度台上字第 1560 號判決等。

⁹² 此時形式說提供最簡單之說理。反倒是若公司一方面選任該人為總經理，另一方面卻只是利用其知名度而在內部限縮其對外為公司處理事務之權限時，實質說較難提出合理解釋，只能訴諸登記效力。

再者，經理人之對內與對外關係應予釐清。未經合法選任之經理人，公司對外仍極可能為其代理之行為負責，但對內，經理人仍應有其他請求給付報酬之基礎。

第三章 董事之定義、選任、解任、報酬與權限：

公司法第八條、第二十七條、第一百九十六條、第二百條及

第二百零二條

一、公司法第八條之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第八條</u> 本法所稱公司負責人：在無限公司、兩合公司為執行業務或代表公司之股東；在有限公司、股份有限公司為董事。 公司之經理人或清算人，股份有限公司之發起人、監察人、檢查人、重整人或重整監督人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人。 <u>第一項所稱董事應包括下列各款之人：</u> <u>一、依法選任之董事。</u> <u>二、董事選任程序違法、已解任或辭職之董事仍繼續執行董事業務之人。</u> <u>未經董事選任而實質上執行董事業務之人。</u> <u>三、影子董事係指公司董事慣習聽其指示或命令而為行為之人；但基於專業能力而提供建議者不屬之。</u> <u>前項影子董事就本法第</u></p>	<p><u>第八條</u> 本法所稱公司負責人：在無限公司、兩合公司為執行業務或代表公司之股東；在有限公司、股份有限公司為董事。 公司之經理人或清算人，股份有限公司之發起人、監察人、檢查人、重整人或重整監督人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人。 <u>公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。但政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益等情形，對政府指派之董事所為之指揮，不適用之。</u></p>	<p>一、現行條文將事實上董事與影子董事定義為非董事，而命其與法律上董事同負民、刑及行政責任，解釋上易生紛爭。例如，非董事是否與董事同負忠實義務，又事實上董事與影子董事之責任與義務是否盡皆一致及影子董事與關係企業章之規定可能產生衝突。</p> <p>二、參照英國 2006 年公司法 (the Companies Act 2006) section 251(1)、澳洲 2001 年公司法 (the Corporations Act 2001 (Cth)) section 9 及紐西蘭公司法 (the Companies Act 1993) section 126(1)(b)(ii) 等之規定，所謂影子董事多</p>

九條、十三條第五項、十五條第二項、十六條第二項、二十三條、二百零六條第二項、二百零九條、二百一十一條第二項及第三項、二百一十四條及二百一十五條之規定視為第一項之董事。

控制公司與從屬公司間，就本法第二十三條、二百零六條第二項、二百零九條及三百六十九條之四，不因從屬公司之董事慣習聽從控制公司之指示而使控制公司成為影子董事。

以 “a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act” 表達。故影子董事是否以對公司有絕對控制力為必要條件，立法上可以做出政策選擇。

三、此外，依英國、澳洲及紐西蘭之立法例，事實上董事與法律上董事負有相同之義務與責任，為其通說。故增列第三項，將法律上董事與事實上董事同列，以明定其權義。

四、然而，影子董事對公司是否負有忠實義務，在英國、澳洲及紐西蘭存有歧異。英國之立法例係就每一適用於影子董事之條文於該條文中明定，準此，凡未特別訂明影子董事者，則不適用之。紐西蘭則是於立法例上將所有適用於影子董事之情形規定在同一條文中，而後統一將之視為董事。澳洲則將影子董事列為董事之一種，再就不適用於影子董事之情形例外排除。

五、紐澳多肯認影子董事對公司負有忠實義務，但英國之實務

		<p>見解則否定之，惟學說多有支持者。</p> <p>六、我國在引進影子董事時，亦應就此為完善考量，故增列第四項及第五項之規定以明定影子董事之定義及適用公司法條文之範圍。關係企業中，若政策上鼓勵綜效，而有如同現行法第三百六十九條之四之規定，則在影子董事之認定上應予適當排除，同理，母公司是否對子公司負有忠實義務也應一併處理，故增列第六項。又事實上董事與影子董事原不以公開發行公司為限，故新增之三項條文不以公開發行公司為限。以免產生法律漏洞。</p> <p>七、原條文第三項予以刪除。</p>
--	--	---

(二)、詳細說明

2012年1月4日新修訂之公司法第8條第3項規定：「公開發行股票之公司之**非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者**，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。但政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益等情形，對政府指派之董事所為之指揮，不適用之。」探究其立法理由，在立法院公報上所查得者惟有提案委員所指之「鑒於公司法就負責人認定採形式主義，公司實際經營者往往退居幕後，名實不符情況越來越嚴重。為使**實際上行使董事職權，或對名義上董事下達指令者**，均應負公司負責人責任，使其權責相符藉以保障公司及投資人權益，特增訂公司法第八條第一項但書條文。」(最後版本是第8條第3項)⁹³。

⁹³ 立法院公報所載者為丁守中委員之提案說明。請參閱立法院公報處(2011)，立法院第七屆第七會期第十七次會議記錄，立法院公報，第100卷第49期，頁400。

主管機關經濟部原擬議於公司法第 23 條之 1 增訂「非董事而**實際執行董事業務或經常指揮董事執行業務者**，準用前條之規定。前項規定，於第三百六十九條之四不適用之。」其理由為「按公司之董事依其顯現於外之身分不同，區分為董事、事實上董事及影子董事 (shadow director) 三種，所謂董事，指公司依法選出之董事；所謂事實上董事，指非董事而事實上有執行董事業務之外觀者，例如公司之總裁；所謂影子董事，係指非董事而經常指揮公司之董事，但未對外顯現其董事身分，並藉由指揮董事以遂行其執行公司業務之目的者；世界銀行亦將此列為公司治理評比的重要項目。鑒於現行公司法僅規範董事之責任，而對於事實上董事及影子董事之法律責任欠缺規範，爰增訂之，俾落實公司治理。又隱身於幕後不具董事身分而實際上執行董事業務或經常指揮董事執行業務之人，不以自然人為限，法人亦包括在內。按控制公司指示從屬公司執行業務；從屬公司依照控制公司指示執行業務，原屬關係企業之常態。倘控制公司指示從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營者，其應負之損害賠償責任，已明文規範於第 369 條之 4，自依該條規定辦理。引進實質董事之規定後，實質董事之損害賠償責任與控制公司之損害賠償責任，宜予區隔，爰明文排除第 369 條之 4 之適用」⁹⁴。此版本值得與最終定案之立法相比。

雖然最後之修法理由中未見影子董事之用語，但從整個立法發展之過程及法條文字用語應可推論出我國在此次修法中確實是參酌外國法（主要是英國法）就事實上董事及影子董事所為之規範。英國法及判決中將董事分成三類，法律上董事 (de jure director)、事實上董事 (de facto director) 及影子董事 (shadow director)。立法理由中所指之「實際上行使董事職權者」即事實上董事，而「對名義上董事下達指令者」乃影子董事之意涵。

公司法未修正前，負有董事責任者僅以法律上董事為限。如此一來，自會產生立法理由中所稱「名實不符」之情形，而使實際上行使董事職權，或對名義上董事下達指令者逍遙於公司、證交等法令之外之情事。

從上述之內容可知，行政機關曾經構思之版本與最終立法之結果中最大的差異有三。第一，**對於影子董事之定義，最終立法由「經常指揮」改為「控制力」**；其次，新法並未處理關係企業章中第 369 條之 4 與影子董事規範間可能產生之衝突；最後，修改之條文從公司法第 23 條之 1 轉移至第 8 條。這三點不同，使事實上董事及影子董事在我國有截然不同之面貌，其中第一及第二點之不同也將導致問題叢生。

先就條文落腳之處的改變論之。將影子董事及事實上董事放置於公司法第 8 條或第 23 條之 1，其最大差異在於，此種「董事」是否為公司法之「負責人」，而須擔負起公司法上負責人所有可能面臨之民、刑及行政責任。若放置於第 23 條之 1，則為初步的、較為保守之做法，簡言之，影子董事及事實上董事在此設計下尚非公司之負責人，其所負者乃對公司之忠實義務，違反時將對公司負有損害賠償之責；若因執行業務或指揮他人執行業務致公司對第三人負有侵權行為責任時，亦應與公司對第三人連帶負責。從而，影子董事及事實上董事不涉及其他

⁹⁴ 筆者曾參與修正草案之討論，上述資料乃某次討論後之版本。該次版本中也有政府指揮例外之規定，由於與最終立法相似，在此不贅。

因董事之職位而可能導致之行政，甚至刑事責任。相反的，若增訂之處在於公司法第 8 條，則影子董事及事實上董事將實質上成為公司負責人，其責任範圍顯然具有全面性。所以新法之打擊面似乎十分廣闊。此處可能產生之爭議為，公司法第 8 條第 1 項將董事定義為負責人；但同條第三項開宗明義即曰「非董事」，則事實上董事及影子董事是否仍得以公司負責人稱之便不無疑問。然而，在「非董事」與法律上董事所負之責任完全相同下，將其排除在「負責人」的定義之外，實益何在？準此，真正更深層的問題其實在於事實上董事及影子董事是否與法律上董事負有相同之「義務」；此時，事實上董事及影子董事是否為「董事」便有相當深遠的涵意了。無論如何，僅就立法理由而言，確實有將事實上董事及影子董事列為負責人之意。

既然新法強調影子董事及事實上董事為「非董事」，則所謂董事，在我國法上仍以法律上董事為限，只是影子董事及事實上董事必須擔負起與法律上董事相同之責任而已。但這種用語，將導致影子董事及事實上董事因被定位為非董事，而可能引發影子董事及事實上董事之權力、權利、義務、及責任在解釋上的爭議（不知立法過程中是否意識到此一議題）。

次就影子董事之定義及其與關係企業之安排簡述之。從下文之分析，吾人可以得知影子董事在英國及其他採用影子董事的大英國協國家，如紐西蘭及澳洲等都是不易確定的概念；關係企業中，母公司何時可能成為子公司之影子董事也是判決中具有高度爭議的問題。當我國的立法，棄外國成文法之規定於不顧，僅簡單的借用公司法第 369 條之 2 第 2 項的文字做為影子董事之定義時，此一過份簡化的定義模式就注定埋下往後嚴重紛擾的源頭。令人更不解的是，不論是事實上董事或影子董事皆為我國法上之新概念，但立法理由未就立法之理論及來源詳加論述，似有過於草率之嫌。

影子董事在英國法之發展約莫已一世紀。窺其定義及概念，成文法上最早可以追溯至 the Companies (Particulars as to Directors) Act of 1917；但該名詞在法典上的首次出現則遲至 1980 年公司法 (the Companies Act 1980)⁹⁵。

英國 2006 年公司法 (the Companies Act 2006，下稱 the CA 2006)，section 251(1)承襲以往之規定，將影子董事定義為「公司董事慣習聽其指示或命令而為行為之人」(In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.)。至於一般董事，the CA 2006 則規定於 section 250：「所謂董事包含任何佔據董事職位之人而不論其稱謂為何」(In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.)。準此，英國公司法係將董事⁹⁶及影子董事分別予以定義。

澳洲公司法 (the Corporations Act 2001(Cth))，section 9 之規範方式與英國略有不同。該條規定乃針對董事為一般性的定義，其所稱之董事除了依法選任之董

⁹⁵ See Chris Noonan and Susan Watson, *The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle?* J.B.L. 763, 765 (2006, Dec.).

⁹⁶ 此一董事定義，將使事實上董事亦包含在內。See Stephen Griffin, *Confusion surrounding the characteristics, identification and liability of a shadow director*, *Insolv. Int.* 2011, 24(3), 44, 45.

事外，也包括事實上執行董事職務之人及董事慣習聽其**命令或希望**而為行為之人 (the directors of the company or body are accustomed to act in accordance with the person's instructions or **wishes**)⁹⁷。此處有二點值得注意。首先，澳洲公司法並非單就「影子董事」加以定義，而是將影子董事與其他董事同視為董事而後闡述董事之定義，同時准許法律得以例外規定排除之，此與英國有所不同，更與我國將影子董事及事實上董事定義為「非董事」相反。其次，澳洲公司法用 **wishes** 取代 **directions**，與英國法稍有出入。但此是否即意含著影子董事與公司董事會間所要求之服從性較低則未盡如此⁹⁸。澳洲公司法惟一一次出現影子董事之名詞係於 section 729 就公開說明書有不實陳述時，相關責任主體之表列中的附註，該處說明，所謂董事包括影子董事，並指向 section 9 有關董事之定義規定。

紐西蘭公司法 (the Companies Act 1993) 提供另一種董事定義的規範方式。與澳洲公司法相同的是，紐西蘭公司法也是就董事為一般性之規範，而非特別定義影子董事；但是與澳洲公司法不同、而與英國法相同的是，紐西蘭公司法將適用於影子董事之條文明確表列出來，換言之，並非所有適用於一般董事之規定均適用於影子董事。準此，其規定方式為：“(1) In this Act, **director**, in relation to a company, includes—...**(b) for the purposes of sections 131 to 141, 145 to 149, 298, 299, 301, 383, 385, 386A to 386F, and clause 3(4)(b) of Schedule 7,—... (ii) a person in accordance with whose directions or instructions the board of the company may be required or is accustomed to act...**”(section 126(1)(b)(ii))(就 sections 131 至 141、145 至 149、298、299、301、383、385、386A 至 386F, 及 Schedule 7 中之 **clause 3(4)(b)** 的適用而言，董事包括「董事會被要求或慣習聽其指示或命令而為行為之人」)(簡言之，只有在上述條文中，董事之定義包括影子董事)。然而，紐西蘭公司法較英國公司法有效率之處在於，其將所有影子董事適用之條文集中表列，一覽無遺；但英國則散見在各條文中分別明訂該特定條文適用於影子董事。從紐西蘭之規定可以得知，董事會慣習聽其指示或命令而為行為之人為公司董事，而這也是其學說及實務上所稱之影子董事。

綜合上述三個國家之立法例，影子董事對公司董事 (或曰董事會) 具有一定之影響力，且董事 (或曰董事會) 慣習聽其指示或命令。此一定義仍屬抽象不確定之法律概念。所謂「慣習」意所何指，一次性的指示應當不在其內，是以在一

⁹⁷ Section 9 乃就公司法上所使用之名詞為一通盤定義之條文。該條文中有關董事之完整定義如下：

“director of a company or other body means:

(a) a person who:

- (i) is appointed to the position of a director; or
 - (ii) is appointed to the position of an alternate director and is acting in that capacity;
- Regardless of the name that is given to their position; and

(b) unless the contrary intention appears, a person who is not validly appointed as a director if:

- (i) they act in the position of a director; or
- (ii) the directors of the company or body are accustomed to act in accordance with the person's instruction or wishes.

Subparagraph (b)(ii) does not apply merely because the directors act on advice given by the person in the proper performance of functions attaching to the person's professional capacity, or the person's business with the directors or the company or body.”

⁹⁸ See Lynne Taylor, *Expanding the Pool of Defendant Directors in a Corporate Insolvency: De Facto Director, Shadow Directors and Other Categories of Deemed Directors*, 16 N.Z.B.L.Q. 203, 210 (2010).

定期間內形成此種現象有其必要性。又所謂指示與命令的具體意義為何？專業建議，如律師、會計師之建議是否構成指示或命令。就此，三個國家之立法例皆明文規定一般的專業建議 (advice given by him in a professional capacity) 不在定義範圍之內 (section 251(2) of the CA 2006, section 9 of the Corporations Act 2001 (Cth), section 126(4) of the Companies Act 1993)，但其間界線仍然模糊。準此，高度仰賴判決界定影子董事便成為三個立法例之共識。就此，英國之判決對澳洲及紐西蘭有深遠之影響，甚至於成為其判決之依據。

英國有關影子董事之判決，以 *Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell*⁹⁹ 為分水嶺而有所調整。在 *Deverell* 之前，經典案例 *Re Hydrodam (Corby) Ltd*¹⁰⁰ 中，*Millett J* 就影子董事提出清楚之定義如下：

“A de facto director, I repeat, is one who claims and purports to act as a director, although not validly appointed as such. A shadow director, by contrast, does not claim or purport to act as a director. On the contrary, he claims not to be a director. He lurks in the shadow, sheltering behind others who, he claims, are the only directors of the company to the exclusion of himself. He is not held out as a director by the company. To establish that a defendant is a shadow director of a company it is necessary to allege and prove: (1) who are the directors of the company, whether de facto or de jure; (2) that the defendant directed those directors how to act in relation to the company or that he was one of the persons who did so; (3) that those directors acted in accordance with such directions; and (4) that they were accustomed to act. What is needed is, first, a board of directors claiming and purporting to act as such; and secondly, a pattern of behaviour in which the board did not exercise any discretion or judgment of its own, but acted in accordance with the directions of others.”

從上述之判決要旨佐以其他判決不難發現，要構成影子董事，基本上有幾個要件 (或特色)。首先，影子董事顧名思義就是**躲在暗處操縱董事** (包括法律上董事及事實上董事) 之人；準此，對外，不論是影子董事自己或公司，皆不會宣稱其為公司之董事，否則就喪失「影子」之意義。因此，有學者指出，事實上董事唯恐別人認其為董事，但影子董事就怕別人指其為董事¹⁰¹。

其次，影子董事對公司業務之執行應具有**支配及控制之影響力** (dominant and controlling influence)，其程度已可使影子董事產生其指示或命令將被公司董事會遵守之重要期待¹⁰²。準此，影子董事不須支配或控制所有董事，但至少應得以支配或控制「多數董事」¹⁰³。

再者，影子董事不需要對公司董事會「所有」行為均行使影響力。所要求者，僅係當影子董事決定給予指示或命令時，董事會有遵守其指令之慣習為已足 (The reference in the section to a person in accordance with whose directions or instructions the directors are “accustomed to act” does not in my opinion require that there be directions or instructions embracing all matters of the board. Rather it only

⁹⁹ [2000] B.C.C. 1057.

¹⁰⁰ [1994] B.C.C. 161, at 163.

¹⁰¹ See L.C.B. Gower, *GOWER'S PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW*, 5th ed., p.144, 1992.

¹⁰² See Stephen Griffin, *supra* note 4, at 45.

¹⁰³ *Ultraframe (UK) Ltd. v. Fielding* [2005] EWCH 1638 (Ch.) at [1272]; *Re Unisoft Group Ltd* (No 3) [1994] 1 B.C.L.C. 609, at 620 (Ch.).

requires that, as and when the directors are directed or instructed, they are accustomed to act as the section requires.)¹⁰⁴。

最後，此種影響力必須具有持續性（因為必須達到「慣習」(accustomed to act)的程度)。換言之，一次或偶而為之的指示尚不足以使發揮影響力之人成為影子董事。然而，從**影響之「模式」成型時**起，該人就成為公司之影子董事。因此，在何一時間上轉變成影子董事一事，實質上不見得容易辨識；尤須注意者，轉換成影子董事之前所為之行為亦無溯及之效力¹⁰⁵。

Deverell 一案後，影子董事之定義產生變化，新的定義某程度上使影子董事及事實上董事間之區別變得模糊。如上文所言，英國對於影子董事所加諸之義務或責任散見於公司法及其他法律規定中，包括公司董事失格法 (the Company Directors Disqualification Act 1986，下稱 the CDDA)¹⁰⁶ 及破產法 (the Insolvency Act 1986)。Deverell 案所涉者為董事之失格問題，亦即當英國貿工部部長向法院聲請宣告兩位影子董事失格時，法院就其是否構成影子董事一事所為之判斷。

Morritt J 提出不同以往對影子董事之認定標準。主要不同包括「支配及控制之影響程度」、「影子董事是否必然躲在暗處」、「影子董事是否必然不參與業務之執行」及「advice 也可能構成 directions 及 instructions」等。

因此，有學者指出在 Deverell 案後，影子董事之成立再也無須以證明某人與董事會間存有絕對服從關係為必要，即使董事會在其他情形下仍保有一定獨立之裁量權亦無妨¹⁰⁷。持平而論，D 之角色其實更適於被歸類為事實上董事；至於 H，很顯然的，H 雖就業務規劃有相當之影響力，惟其並無控制董事會的能力。若依 Deverell 之標準，即使對董事會無控制力之人仍可能因其所提供之指令經常的、慣習的被董事會所遵守而成立影子董事之身分。這個慣習聽從指令之董事會究竟是否需要達到過半數之董事方可，還是僅須部分董事聽從即可，在 *Ultraframe (UK) Ltd v. Fielding* 案中，法官表示，純就文字解釋來看，部份董事或多數董事皆有可能，但以課予影子董事責任之立法政策切入，仍應解為過半董事¹⁰⁸。

從上述英國及澳洲的實務見解¹⁰⁹對影子董事定義的演變反思我國新法之規定，不僅令吾人起疑，我國法對影子董事之定義究竟如何產生。立法理由中並未引經據典的指出比較法上的成文法、判決或理論，但以文字用語判斷，似有受到 Deverell 案之前，如 *Hydrodam* 等案件之影響，亦即，影子董事應對公司董事會具有支配及控制之影響力且行使該影響力。問題在於，我國之新法文字對支配及

¹⁰⁴ See *Australian Securities Commission v. AS Nominees* (1995) 133 ALR 1 (FCA) at 52 (per Finn J). 此澳洲判決雖承繼英國法對影子董事之認定，但也放寬了影子董事所須具備之影響力，而後被 *Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell* 所引用。

¹⁰⁵ See D.D. Prentice and Jenny Payne, *Directors' fiduciary duties*, L.Q.R. 2006, 122 (Oct.), 558, 561. Also see *Ultraframe (UK) Ltd v. Fielding* [2005] EWHC 1638 (Ch); [2006] F.S.R. 17 (Ch D) (per Lewinson J. at [1276])

¹⁰⁶ 有關公司董事失格制度之討論，請參閱曾宛如，公司之經營者、股東與債權人，元照，頁 118-131，2008 年。

¹⁰⁷ See Stephen Griffin, *COMPANY LAW: FUNDAMENTAL PRINCIPLES*, 4th ed., pp. 291-292, 2006.

¹⁰⁸ [2005] EWHC 1638, at [1270] *et seq.* 澳洲亦同，see Robyn Carroll, *Third Party Liability for Corporate Activity: Recent Developments*, 26 U.W. Austl. L. Rev. 328, 349 (1996).

¹⁰⁹ 紐西蘭的實務並未逸脫英國及澳洲之思維。See Lynne Taylor, *supra* note 6, at 210.

控制之影響力的描述似乎直接借用了關係企業章中對控制與從屬公司之定義——「直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營」，稍做修改成「**實質**控制公司之人事、財務或業務經營而**實質指揮董事執行業務**」，致使影子董事之認定不僅失去彈性，也可能導致母公司必然成為子公司之影子董事的解釋，立法技巧實有未恰之處，理由如下。

此立法忽略了建立影子董事制度之先驅國家，如英國、澳洲及紐西蘭等之判決及學說演變，而仍停留在十餘年前之概念，此其一¹¹⁰。對董事會具有實質影響力者未必符合實質控制公司之人事、財務或業務經營（如 *Deverell* 中的 H）。蓋影子董事制度之重點在於，對那些既非依法選任之董事，也未實際執行董事業務之人，卻能以下達指令之方式使董事會聽其指令而為行為，遂其目的後卻以自身並非公司之董事為由而免脫責任。故而，下達指令者與董事會間之關係是，董事會慣習聽其指令，並形成一種互動模式，但這並不意味影子董事就是公司的控制者，影子董事也未必會在現實上去控制公司之人事、財務或業務經營。

新法的立法模式似乎是將影子董事之打擊範圍限縮到最小，卻又忽略了母公司與影子董事間不必然劃上等號之相關理論及實務而不當的擴張的影子董事之範圍。另一方面，新法的文字用語也可能導致影子董事概念之擴充而與外國法相悖。舉例說明，倘若未來司法審判實務將「**實質**」一詞擴張解釋，一律及於法人董事之董事或指派他人擔任董事之法人股東而未加諸其他要件，將忽略影子董事之構成要件而誤用此一概念。

再者，新法僅規定了「控制力」，對於控制力之行使範圍（例如是否須及於董事會職權範圍內之所有事項）、控制力的行使方式（正式或非正式，以行動、書面或言詞給予等）、控制力行使之例外（提供專業之建議是否亦有適用）等皆付之闕如，此其二。控制力（或較新的概念，實質影響力）的行使必須具有持續性。其得影響之行為乃董事會權限範圍內的所有行為，但影子董事不需全面性的行使；換言之，董事會在影子董事未下達指令時，仍有獨立判斷之權能一事，並不影響到當某人確實下達指令而被董事會慣習遵守時，就該行為認定該人為影子董事之結論。

新法的「指揮」與上述英國法所稱之指示或命令有何不同？是否構成影子董事究竟是主觀判斷或客觀決定？給予指揮之形式為何？這些在外國判決上屢有爭議之具體要件，我國法均未交待。倘若立法時直接以外國成文法為本，今日紛爭反易解決，蓋得以立法理由，援引外國法制，包括學說及判決補充成文法抽象概念之不足。現在條文直接從控制力切入，反而造成解釋之困擾，似乎影子董事所側重者惟控制力而已。更甚者，借用關係企業之定義反而使母公司是否成為子公司之影子董事之認定產生困擾，此其三。

準此，第 8 條第 3 項有重新規畫之必要。事實上董事應與法律上董事同視，而影子董事必須針對其特質將公司法上得適用之條文逐一羅列，方能清楚定位影子董事。

¹¹⁰ 倘若我國堅持絕對控制力是必須的要件，而有意排除外國之新趨勢，立法理由中也應予以闡述，畢竟此制度非我國法所先創，立法說明應完備且深具法理基礎。

二、公司法第二十七條之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第二十七條</u> 甲案：刪除 乙案： 政府或法人為股東時，得當選為董事或監察人。但須指定自然人代表行使職務。 政府或法人為股東時，亦得由其代表人當選為董事或監察人。代表人有數人時，得分別當選，但不得同時當選或擔任董事及監察人。 <u>前兩項代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。</u> 丙案： 政府或法人為股東時，得當選為董事或監察人。但須指定自然人代表行使職務。 政府或法人為股東時，亦得由其代表人當選為董事或監察人。代表人有數人時，得分別當選，但不得同時當選或擔任董事及監察人。 第一項及第二項之代表人，得依其職務關係，隨時改派補足原任期。 對於第一項、第二項代表權所加之限制，不得對抗</p>	<p><u>第二十七條</u> 政府或法人為股東時，得當選為董事或監察人。但須指定自然人代表行使職務。 政府或法人為股東時，亦得由其代表人當選為董事或監察人。代表人有數人時，得分別當選，但不得同時當選或擔任董事及監察人。 <u>第一項及第二項之代表人，得依其職務關係，隨時改派補足原任期。</u> <u>對於第一項、第二項代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。</u></p>	<p>一、外國立法例有允許法人當選為董事者，亦有加以禁止者。多數國家原則上均認為應由自然人擔任董事。以法國商法為例，董事原則上須為自然人。</p> <p>二、然而，法國商法也允許法人可以成為公司的董事。法國商法第L225-20條即明文允許法人得當選為公司之董事。¹¹¹法人當選為董事時，必須指派自然人為其經常性代表人 (permanent representative) 履行董事之職務。¹¹²特別值得一提者，乃法國商法明定法人當選為公司董事而指派代表人代為行使董事職務時，該代表人及法人同時都被視為是公司之董事，其規範主要目的在於釐清相關之法律責任。雖然名義上董事為法人，但是該代表人也將被視為董事，要求該代表人必須與自然人董事一樣，履行同樣的義務</p>

¹¹¹ “A legal personality may be appointed as a director.” French Code of Commerce, art. L225-20, para. 1。

¹¹² French Code of Commerce, art. L225-20, para. 2。

<p>善意第三人。 <u>第一項所指派之代表人，與所代表之政府或法人均負相同之董事或監察人責任。對於執行董事或監察人職務所造成他人之損害，代表人與其所代表之政府或法人負連帶賠償責任。</u></p>		<p>並負擔董事應負之法律責任，同時也將與其所代表之法人負連帶賠償責任。¹¹³法國商法也允許法人得撤換代表人，條文文字雖未使用得隨時改派之字眼，然而解釋上法人應該可以隨時改派，在條文中唯一的要求是，當法人取消代表人時，必須同時指派新的代表人取代舊的代表人。¹¹⁴</p>
--	--	---

三、公司法第一百九十六條之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第一百九十六條</u> 甲案： 董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定，不得事後追認。 第二十九條第二項之規定，對董事準用之。 <u>第一項所稱報酬應包括薪資、股票選擇權與其他具有實質獎勵之措施。</u> <u>股票已在證券交易所上市或於證券商營業處所買賣之公司，董事之報酬應由薪酬委員會決定之，不適用第一項之規</u></p>	<p><u>第一百九十六條</u> 董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定，不得事後追認。 第二十九條第二項之規定，對董事準用之。</p>	<p>一、甲案： 董事報酬依經濟部之函示(94.12.26 經商字第 09402199670 號函)及司法實務判決(93 年台上字第 532 號判決)之見解與酬勞有別；前者指勞務給付之對價，後者則為盈餘分派之範疇。 然此一區分與現實有違。實務上董事酬勞可能遠超過董事報酬，後者需經股東</p>

¹¹³ “On their appointment, they must designate a permanent representative, who shall be subject to the same conditions and obligations and who shall incur the same civil and penal liabilities as if they were a director in their own name, without prejudice to the joint liability of the legal personality they represent.” French Code of Commerce, art. L225-20, para. 2。

¹¹⁴ “Should the legal personality dismiss its representative, it must appoint their replacement at the same time.” French Code of Commerce, art. L225-20, para. 3。

定。

乙案：

董事之報酬，除章程規定應由股東會決議外，應經董事會之決議；公司設有薪酬委員會者，應由薪酬委員會決定。

前項報酬應包括薪資、股票選擇權與其他具有實質獎勵之措施。

第一項董事會之決議應就報酬決定之標準、報酬之具體數額及給付情形向股東會報告。

第一項薪酬委員會之成員專業資格、所定職權之行使及相關事項辦法，由主管機關訂之。

第二十九條第二項之規定，對董事準用之。

丙案：

董事之報酬，應經董事會之決議；公司設有薪酬委員會者，應由薪酬委員會決定。

前項報酬應包括薪資、股票選擇權與其他具有實質獎勵之措施。

第一項董事會之決議應就報酬決定之標準、報酬之具體數額及給付情形向股東會報告。

第一項薪酬委員會之成員專業資格、所定職權之行使及相關事項辦法，由主管機關訂之。

第二十九條第二項之規定，對董事準用之。

會之決議或章程規定，前者卻僅需董事會決議，現行法之設計顯有輕重失衡之感。況且，董事所受給付為一整體包裹設計，故實務對於報酬與酬勞之區分不符商業實務。此外，證交法第十四條之六已針對上市及在證券商營業處所買賣之公司已有薪酬委員會設置之規定，且所決定之標的涵蓋現在所稱之報酬與酬勞。如此，將發生報酬與酬勞分別由章程（或股東會決議）與董事會決議割裂行使之現象，有悖於薪酬委員會之規畫。故於第三項增訂報酬之定義。證交法既已強制上市及在證券商營業處所買賣之公司設置薪酬委員會，則董事薪酬應由薪酬委員會決定，故增列第四項以排除第一項之適用。

二、乙案：

董事報酬究應由股東會決定或董事會決定，非無可議之處。從避免利益衝突之觀點，股東會之決定似乎較為合理，然從股東之專業能力及決定時點觀之，由董事會決定可解決問題。故若交由董事

		<p>會決定，再繩之以忠實義務亦為解決之道。準此，原第一項之規定，改為由董事會決定為原則。但透過章程自治，股東仍得將權力收回。公司設有薪酬委員會者，自應由其決定董事報酬。</p> <p>在忠實義務之精神下，董事會應將薪酬決定之相關事宜充分揭露資訊並向股東會報告。故訂定第三項。</p> <p>第二項之說明同甲案。即董事報酬依經濟部之函示(94.12.26 經商字第09402199670 號函)及司法實務判決(93 年台上字第 532 號判決)之見解與酬勞有別；前者指勞務給付之對價，後者則為盈餘分派之範疇。</p> <p>然此一區分與現實有違。實務上董事酬勞可能遠超過董事報酬，後者需經股東會之決議或章程規定，前者卻僅需董事會決議，現行法之設計顯有輕重失衡之感。況且，董事所受給付為一整體包裹設計，故實務對於報酬與酬勞之區分不符商業實務。此外，證交法第十四條之六已針對上市及在</p>
--	--	---

		<p>證券商營業處所買賣之公司已有薪酬委員會設置之規定，且所決定之標的涵蓋現在所稱之報酬與酬勞。如此，將發生報酬與酬勞分別由章程（或股東會決議）與董事會決議割裂行使之現象，有悖於薪酬委員會之規畫。</p> <p>既然非上市櫃公司也可設置薪酬委員會，則其設置辦法應交由主管機關訂之以臻明確。</p> <p>原第二項移至第五項。</p> <p>三、丙案：</p> <p>說明與乙案同。惟一不同者為，股東無收回權力之機制，完全交由董事會或專業之薪酬委員會決定董事報酬。</p> <p>在忠實義務之精神下，董事會應將薪酬決定之相關事宜充分揭露資訊並向股東會報告。故訂定第三項。</p> <p>第二項之說明同甲案。即董事報酬依經濟部之函示(94.12.26 經商字第09402199670 號函)及司法實務判決(93 年台上字第 532 號判決)之見解與酬勞有別；前者指勞務給付之對價，後者則為盈餘分派之範</p>
--	--	--

		<p>疇。</p> <p>然此一區分與現實有違。實務上董事酬勞可能遠超過董事報酬，後者需經股東會之決議或章程規定，前者卻僅需董事會決議，現行法之設計顯有輕重失衡之感。況且，董事所受給付為一整體包裹設計，故實務對於報酬與酬勞之區分不符商業實務。此外，證交法第十四條之六已針對上市及在證券商營業處所買賣之公司已有薪酬委員會設置之規定，且所決定之標的涵蓋現在所稱之報酬與酬勞。如此，將發生報酬與酬勞分別由章程（或股東會決議）與董事會決議割裂行使之現象，有悖於薪酬委員會之規畫。</p> <p>既然非上市櫃公司也可設置薪酬委員會，則其設置辦法應交由主管機關訂之以臻明確。</p> <p>原第二項移至第五項。</p>
--	--	---

（二）、詳細說明

我國實務上將董事所得之給付分為報酬與酬勞。公司法於 2009 年修訂增列肥貓條款，用意即在防免董、監、經理人任意自肥。此一趨勢可呼應下述證券交易法（下稱證交法）引進薪酬委員會之修法。究竟董、監、經理人之報酬應由何一機關決定，學說上並非毫無爭議。我國公司法秉持利益衝突防免之概念，將董

事報酬交由股東會決定，經理人報酬交由董事會決定，有其一定之理論基礎。惟實務上之運作仍狀況百出。包括股東會決議概括授權予董事會決定董事報酬，又董事長自行決定經理人報酬等，是以，實有釐清之必要。

解決此一問題之前，先碰觸的疑義是何謂董事報酬？實務上對於董事報酬採取狹義的解釋。依據經濟部之函釋，董監事「酬勞」屬盈餘分派之範疇，至於董監事報酬，則指董事、監察人為公司服務應得之酬金，屬公司法第 196 及 227 條之範疇¹¹⁵。準此，公司法第 196 及 227 條要求董事及監察人之報酬應經股東會決議或章程規定一事乃限縮於董事、監察人為公司服務應得之酬金，其餘給付似由董事會決定即可。然而，董事、監察人為公司服務應得之酬金究竟如何認定實非易事，此由法院判決便可知。舉例而言，「車馬費」及「研究費」之給付，最高法院一方面表示「車馬費」性質上係指董事前往公司或為公司與人商談業務所應支領之交通費，自與董事「報酬」有別；另一方面卻表示系爭董監事每月報酬支給標準雖使用「車馬費」、「研究費」等名稱，但不應拘泥於其字句，應認其均屬董事月支報酬之範疇，屬於公司法第 196 條規定之董事報酬而應經章程規定或股東會決議¹¹⁶。

換言之，支給的「名目」並非判斷之惟一標準，法院也可能採取實質認定，如此一來將產生許多困擾。蓋若認定之結果為「報酬」，則非經股東會事前同意或章程已預作規定，否則不生事後追認之效力。

近來判決之趨勢不僅禁止股東會概括授權董事會自行決定，更認為違法授權之董事會決議無法因股東會之事後追認而使之有效¹¹⁷。立法方面，2009 年修法時，也增訂股東會「不得事後追認」的文字，準此，企業經營者必須更加謹慎分辨所支給者究竟是否為報酬。然而，此種將報酬與酬勞分別定義，並就此決定是否有公司法第 196 條適用之作法不無可議之處。如上所言，報酬之認定不以形式名義為斷，又實務上曾發生有公司章程規定：「董事長、副董事長、常務董事及董事，不論盈虧酌給報酬、車馬費及會議出席費，其數額由股東會議決定之。」；然該公司在民國 82 年之股東常會中卻通過「董事長、副董事長、駐會常務董事及常駐監察人之每月報酬，得參照總經理、副總經理、協理之月薪金額範圍內支付」之決議。於是引發董事報酬之數額究竟為何之爭議。判決指出：「即被上訴人公司...82 年股東常會，就副董事長之報酬，固決議得參照總經理、副總經理、協理之月薪金額範圍內支付，惟並未修定於被上訴人公司章程。...上開 82 年股東常會就副董事長報酬之決議，既未定於公司章程，自僅發生當年度董事報酬之拘束力。其後數額之調整，仍應回歸被上訴人公司章程第 23 條規定，由各當年度股東會決定。否則若謂被上訴人公司董事，可依上開 82 年股東常會，在總經理、副總經理月薪範圍內逕行調整，董事會將可依公司法第 29 條第 1 項第 3 款規定，決定經理人之報酬後，並於此範圍內恣意調高自己之薪資，而不需再提報

¹¹⁵ 參照 94.12.26 經商字第 09402199670 號函。

¹¹⁶ 參照 93 年台上字第 532 號判決。

¹¹⁷ 原因是，無效之決議乃自始、當然、絕對之無效，參 98 年度台上字第 935 號判決。77 年度台上字第 2158 號判決中，法院尚允許股東會事後追認使之生效。由此可見，在公司治理之思潮下，我國實務對董監報酬之決定已日趨嚴格。

股東會決議，不啻造成股東會變相授權董事會決定董事自己薪資。」¹¹⁸依此判決，報酬、車馬費及會議出席費一律均應由股東會決定，蓋章程如此規定爾。當實務為此判斷時，其已然超越現行實務對報酬之定義。則現行實務對報酬做限縮解釋之意義何在？倘若報酬定義依舊，但股東會可透過章程將公司對董事所為報酬以外之給付決定列為股東會之權限，則區分報酬與酬勞之真正實益何在？如果後者之數額大於前者，股東真正關心的又是什麼？是以，較為合理之見解是，不論是報酬或酬勞，其實皆是公司對董事之給付，也就是給予董事之全部對價（包含勞務給付及經營風險）（total package）的概念，準此，不論名義為何，重點應該在於任一機關適合為此決定，而權限劃分之政策決定包括衡量報酬（包括酬勞）之專業能力、利害迴避及充分資訊揭露間方法的設計，絕非將給付內容分類後即可解決。

另一衍生之問題為，若公司章程或股東會未曾規定或決議董監報酬，是否即為無償委任？抑或董監可依民法之規定請求公司就其給付之勞務為合理報酬之決議？股份有限公司之董事，本質上是否為有給職，學說見解未必一致。無限公司明文規定，執行業務之股東非有特約，不得向公司請求報酬（公司法第 49 條）。此一規定於兩合公司及有限公司準用之。然而，股份有限公司並無相同之規定，甚且公司法第 196 條規定董事報酬在章程未規定時，應由股東會決議之。因此，股份有限公司之董事以有給職為原則之推論應可接受。至於公司法第 196 條是否為民法第 547 條之特別規定，則有不同見解。簡言之，若章程未為規定，股東會亦未決議，是否就可斷定董事為無給職而不得依民法向公司主張報酬之給付，實務多採否定之見解¹¹⁹，本計畫肯定此一看法。公司法第 196 條規範之主要目的在於劃分股東會與董事會之權限，故不能由此推論出，章程及股東會沉默即表示董事願無償為公司服務，仍應依習慣或委任事務之性質決定是否為有償，若屬之，公司即應透過股東會之決議履行其債務；更積極的作法或許是允許法院此時代公司做出合理給付之金額決定。

綜上所言，現行實務之做法係將董事報酬與酬勞予以區別，然後決定公司所為之給付是否為報酬，若是，則應經章程規定或股東會決議。然而，實務上對於報酬之定義並不完整明確，是以無由從給付之名目為有效之判斷。此外，對於顯非報酬之給付，實務也未見禁止經由章程規定應經股東會決議之作法，林林總總亦發令人質疑此一區別之必要性。

準此，本研究建議將報酬之內容予以明確定義，使其包括酬勞在內。此外，就報酬之決定機關也應確定。

¹¹⁸ 台灣高等法院 98 年度上字第 1068 號判決，最高法院 99 年度台上字第 986 號判決。

¹¹⁹ 參照 94 年度台上字第 2350 號判決。

四、公司法第二百條之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第二百條</u> 甲案： 董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，訴請法院裁判之。</p> <p>乙案： 董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，訴請法院裁判之。</p> <p><u>公開發行公司之董事有前項有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，證券主管機關得依證券交易法之規定，將其解任或限制其職權之行使。</u></p>	<p><u>第二百條</u> 董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，<u>股東會未為決議將其解任時</u>，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，<u>於股東會後三十日內</u>，訴請法院裁判之。</p>	<p>一、公司法於 2005 年 6 月 22 日修正時，增訂解任董事、監察人不得以臨時動議題出。在此之前，由於召集股東臨時會不容易，股東常會通常也不會有解任董事議程，因此，通常係以臨時動議提出。2005 年修法後，因無法以臨時動議提出，以股東會解任董事將更為困難。現行法規定裁判解任須以股東會未為決議解任為前提，如解釋上必須有股東會解任董事議案而解任案並未通過為前提，且解任董事之訴訟又須與股東會提案解任董事之事由相同，如此一來，我國裁判解任訴訟制度之功能將大打折扣。實務上亦有公司拖延股東會召開，如一定要有股東會召開及決議使符合要件，恐將使公司損害擴大。</p> <p>二、另外，法院認為解任董事之事由必須為現任任期中所發生之事由，前任期所發生之重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，均不得作</p>

		<p>為向法院提起裁判解任之事由。董事於任期中如未經股東會決議解任或經股東訴請裁判解任，「縱事後發現董事於前次任期內有違反法令或章程或重大損害公司行為，…實無從再藉由法院裁判解任。」據此，董事於前任期之違法事由不能作為下任期之解任事由。乍看之下，判決理由有其說服力，蓋董事已經股東會重新選任，似乎即對於過去所發生之事已經綜合考量過，如經當選，似不宜以前任期所發生之不法行為或重大損害公司之行為作為解任董事之事由。然而前任期所發生之重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事由，於改選時是否為股東所知悉？如這些行為係改選後始被發現或被人揭發，是否也不能作為解任之事由？</p> <p>三、為使法院裁判解任制度能作為釜底抽薪的方法，則是修法，使法院在股東會功能失靈時，能適度提供解決問題以實現正義之功能。另可，參考外國法制，使證券主管機關能對公開發行公司違法董事限制或禁止其行使職權。</p>
--	--	--

五、公司法第二百零二條之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第二百零二條</u> 甲案： 公司業務之執行，除本法規定應由股東會決議之事項外，依章程之規定；章程未規定者，由董事會行使之。</p> <p>乙案： 公司業務之執行，除本法規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。</p>	<p><u>第二百零二條</u> 公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。</p>	<p>甲案： 股東會優位主義與董事會優位主義為現代公司法之政策選擇。美國素以董事會優位主義為主流(如德拉瓦州普通公司法§141(a))。英國公司法(the Companies Act 2006)則除法律保留予股東決定之事項外，係交由章程決定，故公司有極大自治之空間。</p> <p>我國現行條文在學說上引發許多不同見解。透過修法確定我國章程調整兩個機關間之權限範圍究竟有多廣有助於釐清此一爭議。</p> <p>倘若政策上選擇股東會仍應為最高之決意機關，則採甲案，公司章程有權調整股東會與董事會之權限。惟若章程為明定時，則推定股東會在法律賦予之權限外，有授權董事會執行其他業務權限之意。</p> <p>倘若政策上選擇美國的思維，以董事會優位主義為本，則採乙案。日後股東會亦不得藉由修章擴充權力。</p>

(二)、詳細說明

現代公司法對於應採行股東會優位主義 (shareholder primacy)¹²⁰ 或董事會優位主義 (director primacy) 並無統一之定見。美國學界之主流見解¹²¹，乃至德拉瓦州公司法 (Delaware General Corporation Law, DGCL) 及該州法院歷來之實務判決¹²²，皆力主董事會優位主義。德拉瓦州公司法以§141(a)作為建構董事會優位主義之基礎，該條規定凡依(本)章規定而設立之公司，其營業與事務應由董事會執行或依董事會之指示而執行。

相對的，英國公司法並不堅持董事會優位主義；公司機關間權限之分派聽任公司以章程決定之。以英國最新之公司模範章程規則 (The Companies (Model Articles) Regulations 2008)¹²³為例以為說明。此法規命令係依據 2006 年公司法 (the Companies Act 2006，下稱 the CA 2006) section 19 之授權而頒布。規則中分別對私人股份有限公司 (private company limited by shares)、私人擔保有限公司 (private company limited by guarantee) 及大眾公司 (public company) 設定一套模範章程。模範章程之效用在於當公司未於登記處註冊章程時，此模範章程視為公司之章程；或雖公司已註冊章程，但章程有不完備之處，此際模範章程有法定補充效力，除非該公司已於自訂之章程中明文排除模範章程之補充效力¹²⁴。模範章程中就董事會與股東會之權力劃分有所規定：於章程限制下，董事¹²⁵負責公司業務之經營；準此，於該目的內，董事有為一切行為之權。與此同時，股東亦得以特別決議之方式要求董事為一定之行為，包括作為與不作為。股東若依上述方式對董事有所指示，則就董事於股東決議前已為之行為而論，其效力不受影響¹²⁶。The CA 2006 並未就董事權限予以規定¹²⁷，遑論述及董事專屬權限 (exclusive

¹²⁰ 股東會優位主義一詞可能有二種意涵，一者係本計畫所討論，於公司機關間權限劃分之議題下，公司權力之配置究竟應以股東會為主，抑或應集中於董事會。另一則是涉及公司經營者應以何人之利益為最大考量，此部分與公司之社會責任有關。See Stephen M. Bainbridge, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, 97 NW U. L. REV. 547, 573 (2003). 有關第二種意涵，請參閱賴英照 (2007)，從尤努斯到巴菲特——公司社會責任的基本問題，台灣本土法學雜誌，93 期，頁 158-160；劉連煜，公司法理論與判決研究 (五)，元照，頁 80-83，2009 年。

¹²¹ See Stephen M. Bainbridge, *Director Primacy and Shareholder Disempowerment*, 119 HARV. L. REV. 1735 (2006); Iman Anabtawi, *Some Skepticism About Increasing Shareholder Power*, 53 UCLA L. REV. 561 (2006), etc.

¹²² See *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985); *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985).

¹²³ S.I. 2008/3229. 此法規命令自 2009 年 10 月 1 日起生效。

¹²⁴ Section 20 (1) (the CA 2006) provides: “On the formation of a limited company—(a) if articles are not registered, or (b) if articles are registered, in so far as they do not exclude or modify the relevant model article, the relevant model articles (so far as applicable) form part of the company’s article in the same manner and to the same extent as if articles in the form of those articles had been duly registered.”

¹²⁵ 英國模範章程中規定董事之決策依合議制之多數決為之，方式上可能是開會或書面決議，視公司種類而略有出入。See paragraph 7 of Schedules 1-3 to the Companies (Model Articles) Regulations 2008.

¹²⁶ See paragraphs 3 and 4 of Schedules 1-3 to the Companies (Model Articles) Regulations 2008.

¹²⁷ See Peter Loose, Michael Griffiths and David Impey, *The Company Director: Powers, Duties and Liabilities*, 9th ed., Bristol, Jordans, 4.3-4.10, 2007.

power) 之議題。相反的，the CA 2006 保留了專屬股東(會)之權限而不允許章程予以改變¹²⁸。順此思維，the CA 2006 賦予股東高度空間之提案權¹²⁹即不足為奇；與美國法相較之下，英國法顯有不同。

我國公司法究竟採行何者，現行法律規定並未提供明確解答¹³⁰，但可確認者，我國與美國德拉瓦州之規定有所出入，也非美國主流學說所設想中之狀態。究其實，不論是股東會優位主義或董事會優位主義各有其優缺點；即使美國偏好後者，不代表我國也適合採行後者，蓋每一個國家皆有其特殊之企業及股東文化，反應在制度上，遂各自有不同之需求。

以董事交錯任期制 (staggered board) 為例，美國學者可以之作為說明董事會優位主義之缺點¹³¹，但在我國則毫無著力之處。蓋我國公司法之運用，在主管機關之見解下，根本不可能出現此一制度¹³²。再以毒藥丸 (poison pill)¹³³ 之使用為

¹²⁸ See *id.*, 4.14-4.15. 包括增加授權資本、減資、變更章程及解散等事項。

¹²⁹ See ss. 314-317, the CA 2006.

¹³⁰ 我國學者之看法亦未見一致。主張為貫徹經營與所有分離之政策，既將公司營運交由董事會負責，則剝奪其基本項目之決策權將產生權責不符之情形。請參閱方嘉麟 (2005)，會計表冊承認制度之研究兼論違法盈餘分派之責任歸屬，收錄於現代公司法制之新課題—賴英照大法官六秩華誕祝賀論文集，頁 418-419，台北：元照。有學者自公司法第 202 條修正之角度表示：「股東雖為公司的最高意思機關，惟為避免股東會職權之擴大與複雜，以致於過度干預董事會關於經營管理之專業決策，故新修正公司法乃規定其專屬事項。況近年來各國立法例對股東會之職權亦逐漸縮小，以達到企業自治原則，俾企業經營與企業所有分離。」，似乎偏向董事會優位主義。請參閱王文宇 (2002)，企業併購法總評，月旦法學雜誌，83 期，頁 77；然該學者亦指出公司法第 202 條之文字並未明確臚列出專屬於董事會之權限，故董事會經營權之內涵及外延仍相當模糊。請參閱王文宇 (2005)，公司法論，2 版，頁 266-267，台北：元照。採取中立態度者，則以法律或章程之規定為判斷標準，凡未劃歸為股東會者，則為董事會之權限。至於經營是否應與所有分離也應聽任公司自治。請參閱劉連煜 (2008)，現代公司法，增訂 4 版，頁 191-192，375，台北：學林；曾宛如 (2006)，「讓與全部或主要部分營業或財產」之探討—兼論董事會與股東會權限劃分之議題，台大法學論叢，35 卷 1 期，頁 293-299。亦有學者雖贊同股東會權限限縮乃公司法第 202 條之所以修正之原因，但也指出股東有權決定法定及章定之基礎事項，又可解任董事，故仍為公司最高機關。請參閱王志誠 (2005)，股東會之權限及議事原理，月旦法學教室，27 期，頁 74-75。此外，偏向董事會優位主義，但因公司法第 202 條規定不清致仍有疑慮之學者，如林仁光 (2006)，董事會功能性分工之法制課題—經營權功能之強化與內部監控機制之設計，台大法學論叢，35 卷 1 期，頁 171-176。最後，有學者以是否於公司法上規定由董事會決定做為判斷原則，亦即，若公司法規定應由董事會決議之事項，則股東會不得擴權以修章之方式歸己所管，除此之外，尚無禁止股東會藉由章程將該事項訂為股東會決議事項之理。請參閱林國全 (2007)，章訂股東會決議事項，月旦法學教室，56 期，頁 24-25。

¹³¹ See Lucian Arye Bebchuk, *The Case for Increasing Shareholder Power*, 118 HARV. L. REV. 833, 852-856 (2005).

¹³² 依經濟部之解釋 (63.10.14 經商字第 26503 號函)：「查股份有限公司董事之人數及任期，依公司法第 192 條規定，係公司章程應記載事項，並依同法第 195 之規定，董事任期除連選連任外不得逾三年。本案公司章程既已訂明董事十五人，任期三年，則其當選屆數之計算，自應以每滿三年股東會改選為一屆。至公司如有公司法第 197 條董事當然解任，第 201 條董事有缺額而補選之情形時，新當選董事之任期，應以補足原董事之任期為準。本任董事改選時僅十一人當選，於次年股東常會時方補選四人，第二次選出之董事任期，自應與第一次選出之董事相同。」準此，董事沒有分別任期之可能，蓋主管機關皆認定後選出者為補選，其任期僅至該屆任期屆滿時為止。故董事選舉均以「整批」為之，此一解釋應寓有落實累積投票制之意。另 90.12.21 經商字第 09002261030 號函同此意旨。

例，美國公司於其「章程施行細則」(bylaw) 究竟可以為如何之記載甚或禁止使用，亦為爭議問題之一¹³⁴。反觀我國，基於法律之限制，所謂毒藥丸幾無用武之地，則章程可否規範，又應如何規範在我國自無重要性可言。

不論是股東會優位主義或董事會優位主義，於爭辯時，均會涉及到股東會現實上可能發揮之功能及其極限之問題。股東會之功能得否發揮與其運作之方式密切相關；股東會除身具意思形成機關之一的角色外，在現代公司治理下亦有監督之權責。

股東會權限之大小端視公司法制係採行董事會優位主義或股東會優位主義而有不同。然而，不論在何一政策下，股東會均應發揮在該政策下應有之功能。實證經驗上顯示股東會之召開、議程設定及程序進行容易受到董事會之操縱而減損其功能。然而面對此種情境，現行法下所能提供之救濟幾希。

董事會「依法」調整股東會之預定日期、就合併決議停止投票後再開程序並利用此一期間收買反對股東之股票以減少轉換權之行使達到合併順利完成之目的、及收購公司與目標公司之大股東兼董事簽訂股東權表決約定等在美國德拉瓦州均曾發生。這些爭議問題，最終藉由法院之判決而釐清董事會操縱之空間。其中涉及衡平與法律之界線與運用，以形成體系性之法理。

然而，美國法上對於應經股東會決議方始生效之特定公司行為卻拒絕賦予股東提案權，以致造成決議權與提案權之分離；就董事選舉亦復如是。雖曰股東對董事最大之監督制衡力量在於撤換董事，然提案權之種種限制及遲遲不肯引進董事候選人提名制度卻使這種撤換權變得虛幻。美國終究仍篤信董事會優位主義，而有意識且有系統的弱化股東會之權限，使股東只能被動等待董事會提案而為可否之表決。

我國法下，董事會操縱股東會之情形並不稍遜。章程修改不僅是操縱的明證之一，且得到多數法院之支持。股東會上股東能著力之處不多，股東會後之撤銷或確認無效之訴又緩不濟急，股東徒呼負負。假處分雖漸成使用之工具，但以假處分達到經營權改變之目的實有違市場機制，法院拿捏之良窳將決定此一制度運用於公司法制之成敗，然截至目前，成果似乎不佳。

另一方面，我國不吝引進股東提案權及董事候選人提名制度，感覺上我國股東所得之保障似遠較美國股東為佳。然而，對於違反之董事，公司法所提供之制裁機制並無實益，故董事或許寧可違法也不願遵守。

欲解決上述問題，我國仍應就公司法之基本政策予以釐清。究竟我國欲採行股東會優位主義或董事會優位主義，並藉此解決所謂機關專屬權限之問題，進而為公司法第 202 條提供完整解釋。之後，順此決定，就股東會之功能應予強化或弱化予以判讀以利後續股東提案權之範圍與限制及董事候選人提名制度等為一完整配套之規畫，方有助於最終救濟制度之設計。否則，制度間所存之矛盾將使股東會之功能永遠處於一個模糊不清之狀態，不僅不利於公司治理，也無助於股

¹³³ 毒藥丸乃公司用以抗拒敵意併購的手法之一；透過賦予股東以優惠價格取得股權或債權之有價證券的權利而增加收購者之成本。

¹³⁴ See Bebchuk, *supra* note 51, 845.

東價值之提升。準此，本研究計畫建議透過規定明訂我國公司法就權力劃分之政策選擇。

第四章 監察人功能之強化與改革：公司法第二百一十六及

第二百二十三條

一、公司法第二百一十六條之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第二百一十六條</u> 公司監察人，由股東會選任之，監察人中至少須有一人在國內有住所。 <u>公開發行股票之公司依前項選任之監察人須有三人以上，並組成監察人會，其職權行使辦法由證券管理機關訂定之，不受第二百二十一條規定之適用。</u> 公司與監察人間之關係，從民法關於委任之規定。 第三十條之規定及第一百九十二條第一項、第三項關於行為能力之規定，對監察人準用之。</p>	<p><u>第二百一十六條</u> 公司監察人，由股東會選任之，監察人中至少須有一人在國內有住所。 <u>公開發行股票之公司依前項選任之監察人須有二人以上，其全體監察人合計持股比例，證券管理機關另有規定者，從其規定。</u> 公司與監察人間之關係，從民法關於委任之規定。 第三十條之規定及第一百九十二條第一項、第三項關於行為能力之規定，對監察人準用之。</p>	<p>一、為促使公開發行公司之監察權得以有效發揮其功能，爰要求其應設置監察人會由三人以上之監察人組成，修正第二項規定。</p> <p>二、現行公司法雖賦予監察人監督董事會業務執行之權限，惟實務運作上監察人未能有效發揮其監察功能。主要緣由之一在於監察人之職權行使並未如董事會般設有會議體機制，定期召開會議，針對公司監察事項之內容及作法，進行討論。結果導致，監察人名義上雖各自享有獨立行使監察權的權限，但實際上則是各掃門前雪，不是針對同一事項進行不必要的重複監督浪費監察資源，就是因各自為政力量薄弱無法有效發揮</p>

		<p>監察之功效。</p> <p>三、職是，為促進監察權之有效實施，當有必要仿效外國公司法制針對公開發行公司引進監察人會制度，令監察人組成監察人會，於分工又合作的情況下定期召開監察人會，研商、討論監察業務之推展。</p> <p>四、監察人會之職權行使應如何為之，不應以法律硬性規定致其規範產生僵化而無法配合實際商業經營之發展與需求，故授權證券主管機關依實際公司治理需求訂定監察人會職權行使辦法，並適時配合變化調整、修正之。</p> <p>五、現行公司法第二百二十一條規定賦予監察人獨立行使監察權之權限，惟於引進監察人會制度後，所有職權之行使是否仍必須完全維持職權行使之獨立性，容或有討論空間。基本上，為避免監察人會多數決濫用情形之發生，對於核心權限似仍應維持監察權獨立行使的原則，惟於一般監察業務執行事項上，則應採行分工方式節約監察資源，而由監察人會依多數</p>
--	--	--

		<p>決方式決議監察權之行使。惟其具體內容為何，則應交由證券管理機關藉由職權行使辦法規範之，爰排除本法第二百二十一條規定之適用，令證券管理機關得審酌實際需要，規範監察權之實際行使辦法。</p> <p>六、原條文中之「全體監察人合計持股比例，證券管理機關另有規定者，從其規定。」，現行證券交易法第二十六條既就此已有規定，公司法實無必要重複規範。且該條文易引起誤解，令人誤認證券管理機關得要求全體監察人持股比例者，係依據本項規定之授權。基此，爰刪除上開文字。</p>
--	--	---

(二)、詳細說明

公司法規定，股東會在選出董事、賦予業務執行權限時，亦應選出監察人，以替代股東，經常性地監督董事等之業務執行；且為避免監察與被監察者混然一體，違背制度原本美意，並禁止其同時兼任公司董事、經理人或其他職員（公司法第 222 條）。從而，在制度創立的構想上，董事長等經營者不能干涉監察工作之進行，監察人於此具有其獨立性。此等規範其意旨無非希望監察人居於客觀、公正之立場，就經營行為進行監督，監察人制度本身所內含之第三人性質，於此歷歷可見。此種第三人性格，正是監控經營者道德危險行為時，不可或缺之前提要件。

實則，從公司法規範結構來看，監察人制度此種特性，亦屬理論之必然。現代大型股份有限公司乃資本的結合體，個個出資股東間缺乏相互信賴的基礎，從

而於行使所有權時，為避免「反共有地之悲劇」現象¹³⁵，就不得不以資本（股份）多數決方式，統一所有權行使方向。然而，此一資本多數決制度之採行，卻也必然導致股東間的分裂，發生大（多數派）股東與小（少數派）股東間對立的景況。為使多數派股東其經營權限行使能與公司利益一致，且為使被排除於經營意思決定權限外之少數派股東，其意見亦能間接反映至經營權行使過程中，乃有監察機關的出現，以公司整體利益觀點，監督經營權限的正當行使¹³⁶。

雖然，做為一個第三人機關，監察人制度充分適格；惟對照於我國現行公司治理課題—調整控制股東與一般股東間的利害對立，現行監察人制度實蘊含著嚴重缺失。毋庸贅言，問題出在於監察人之獨立性上，而此一獨立性問題之根本源頭，又在於將為求所有權行使意思的一致，而設計之資本多數決制度，原封不動沿用於監察人制度中，導致論者所謂「監察人之產生全賴董事，因利益依存關係，根本不可能實施監察權，監察人形同虛設」的現象¹³⁷。此實亦為美國公司體制創設獨立董事、進而設置委員會分工之主因。故而，較諸董事會，監察人制度先天上雖更適合扮演監控之角色¹³⁸，但現行制度設計卻使其喪失獨立性，以致無法實踐制度原有之理念。

由上可知，就監察人制度之規範理念與結構而言，其制度原本設計之目的，即在於促使居於第三人地位的監察人，能以客觀、中立、公正的立場，行使監察權，監督經營者之業務執行。然而，很遺憾地，此一理念與目的並未完全反映於其具體制度架構中，導致監察功能不彰，進而引發引進外國獨立董事制度之倡議。既然獨立董事制度在我國現行法制結構下，已不可行，且對照於我國目前公司治理之課題，監察人制度理念完全符合此一課題需要，則如何改革監察人制度，以貫徹該項制度理念，強化其做為監控機關的適格性，厥為我國現行公司治理體系問題之核心。

做為一個可以有效抑制經營者或少數控制股東道德危險行為的公司內部監控機構，監察人制度至少必須具有下列五項要素：（1）獨立性；（2）自由取得監控所需資料或資訊；（3）適當的監控誘因；（4）監控成本的經濟或有效率的

¹³⁵ 「反共有地之悲劇」乃相對於「公有地之悲劇」（The Tragedy of Commons）之語，在「共有地之悲劇」時，由於沒有人對之擁有所有權，從而產生眾人事沒人管的情形，結果導致資源被過度利用，進而失去其使用價值，參照 Garret Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243 (1968)。相對於此，「反共有地之悲劇」乃因多數人同時擁有所有、管理權，而沒有任何一個人可以擁有有效的使用特權，結果導致資源被過少利用，參照 Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition From Marx to Markets*, 111 *Harv. L. Rev.* 621, 624 (1998)。

¹³⁶ 參照新山雄三，株式會社法における『近代』の超克への道—資本多數決制度に潛むアポリアとその解消の行方，收錄於高橋岩和、本間重紀編，現代經濟と法構造の變革，三省堂，一九九七。

¹³⁷ 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，頁 254，一九九五。

¹³⁸ 尤其是，在我國股權結構集中之情況下，欲如美國法制要求公司董事會須有半數以上為外部獨立董事，不僅剝奪少數股東之經營控制權，亦有可能使經營行為變得沒有效率，事屬不可行。相對於此，監察人由於不能參與公司經營，對少數控制股東之經營權不生威脅，要求其半數以上由外部獨立人事擔任，不僅抗爭較少，且於理論上亦無抗爭之理由。

監控；（5）足夠的制衡權限。以下將以「監察人會之創設」、「監察人會之職權」二項，說明理想的監察人制度，應如何滿足上述五項要求。

1. 監察人會之創設

我國現行公司法關於監察人之監察方式，係基於獨立監察之理念，各監察人得單獨行使監察權（公司法第 221 條）。然而，此種單獨監察權行使的結果，不僅可能導致權限重複行使，造成監察資源浪費，違背監察經濟之理念，亦可能產生不同的監察結果，令公司經營者和股東不知適從。而且，在現代大型股份有限公司中，欲以一人之力而對公司事務全部進行監察，事屬至難。再徵諸外國法制¹³⁹及我國審計委員會之創設，監察人制度合議制化，似為未來內部監控機構之潮流¹⁴⁰。而在將合議制的監察人會與單獨監察二者之優劣點相互比較過後，吾人更能肯定監察人會創設的必要性。

一般而言，與單獨監察方式相較，監察人會組織性的監察方式，有如下優點¹⁴¹：（1）就監察效率而言，組織性的監察方式比起個別監察更有效率，在監察人會中，可以產生分工且合作的關係，更加強化監察功能；（2）就監察資訊之取得而言，經由監察人會會議，可以促進各監察人間資訊的交流，提昇監察資訊的量與質；（3）就確保公正的監察結果以觀，透過監察人會，可以達成相互監督的效果，防止各自權限濫用的可能性；（4）在現行法下，若監察人有二人以上，因為各得單獨行使監察權，可能產生相互衝突、矛盾的監察結果，例如在依公司法 213 條或 223 條，代表公司與董事訴訟或與董事交涉時，就有可能產生監察人各自為政、各自都主張有此權限的不當結果，監察人會的設立可以祛除此類衝突與矛盾；（5）在與董事會的制衡關係上，以一人之力而欲對抗董事會全體或高階經營者，顯然力有未逮，但若以監察人會集體的力量進行監察，則可以立於更為平等之地位，強化制衡功能。

由上可知，在與監察資訊、效率監察及制衡等關連上，監察人會都較現行單獨監察制度，更為有利，其創設值得肯定。問題在於，縱使制度上有此優點，但若使用制度之人仍與經營者或少數控制股東沆瀣一氣，則制度仍僅是停留於紙上之理念。

¹³⁹ 有關其他國家監察制度之法制，參照王志誠，論股份有限公司之監察機關一兼評我國監察人制度之立法動向，證券管理第十三卷第一期，一九九五。

¹⁴⁰ 柯芳枝教授在論及我國監察人制度未來應有之改革方向時，亦倡議創設合議制的監察人會，參照氏著，前揭註 137，頁 255。

¹⁴¹ 以下，參照奧島孝康，監査役會の法定と機關權限の再配分，商事法務第一二九六號，頁 24，一九九二。

二、公司法第二百二十三條之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p>第二百二十三條(刪除)</p>	<p>第二百二十三條 董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表。</p>	<p>一、鑑於本條監察人代表權之規定，不僅於實務運作上產生諸多爭議，而引發不少解釋論上的疑義，減損法律適用之安定及可預測性；且其規範利益衝突之立法目的，亦因其後歷次公司法及證券交易法的相關修正，而得以更為有效達成，本條規定實已完成其階段性任務，爰刪除之。</p> <p>二、本條規定於實務運作上引發之解釋爭議，主要有三：(一)本條規定之代表權是否尚往前延伸包括對董事自我交易的同意權(若此則監察人是否已介入董事會之業務執行權限)，抑或董事自我交易之同意權仍在於董事會，監察人僅享有單純的代表權而已；(二)監察人代表權之行使，是否須由全體監察人共同為之，若未經共同代表，其法律效力為何；(三)未經監察人代表之董事自我交易行為，其效力為何？倘若監察人之</p>

		<p>代表權包含對董事自我交易的同意權，則公司自不能就此有事先或事後同意或追認權，其結果對動態交易安全造成重大影響。</p> <p>三、現今大多數國家公司法制，在對於董事自我交易行為已有相應配套規範措施，而得以更為有效控制董事自我交易行為可能衍生的弊端後，都已廢除類似本條之監察人代表權規定。我國近年之公司法、證券交易法相關條文的修正，亦多仿效外國公司法制對董事自我行為配套以各種規範措施；於此情形下，藉由監察人代表權以規範董事自我交易行為之作法，已完成其階段性任務，而有必要予以刪除。繼續保留本條規定，不僅會與其他規定產生疊床架屋之不必要的重複規範，且可能因上述本條規定解釋上之各種疑義，危害企業社會之動態交易的安全。</p> <p>四、現行公司法其他規定對於董事自我交易行為之規範措施，計有下列五項：</p> <p>（一）第二百零六條第二項準用第一百七十八條規定，要求</p>
--	--	--

		<p>董事於董事會議題涉有自身利害關係時，應自行迴避不得行使表決權，且不得代理他人出席行使表決權；（二）第二百零八條之二第一項賦予監察人列席董事會、陳述意見之權利，並於第二百零四條規定，董事會開會應通知監察人，未為通知者，該次董事會決議無效；（三）第二百零六條第二項，要求「董事對於會議之事項，有自身利害關係時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容」，令其他董事、監察人得以藉此充分、正確理解系爭自我交易之內容；（四）監察人經由上開（二）、（三）規定及其他監察權行使所得之資訊，得視情況對董事（會）行使第二百零八條之二的違法行為制止請求權，必要時並得依第二百零二條召集股東會，令股東會得對於系爭自我交易行為進行判斷；（五）董事會決議若有不法，則各該董事必須依第二十三條第一項、第一百九十三條第二項對公司負起損害賠償責任，監察人若未善盡</p>
--	--	--

		<p>監察之責，則須依第二十三條第一項、第二百二十四條及第二百二十六條規定，與相關董事負連帶賠償責任。</p> <p>五、在現行公司法對於董事自我交易已有上述更為徹底、合理的層層規範，且證券交易法第十四條之三第三款亦已賦予獨立董事對於董事自我交易行為表示反對或保留意見的規範下，本條規定不僅只是具有形式上的意義，且其解釋、適用不當反而可能造成企業經營上的困擾。有鑑於此，爰刪除本條規定。</p>
--	--	---

（二）、詳細說明

我國公司法為促進股份有限公司治理機制之健全，除於第 202 條賦予董事會幾乎是獨占的業務執行權限外，並要求股東會選任一定人數以上的監察人，監督董事會是否依照法令、章程或股東會決議執行業務。同時為避免該當監察權可能因多數決的制肘，無法發揮其實效性，進而於同法第 221 條規定：「**監察人各得單獨行使監察權。**」惟從公司法監察人章節規定內容以觀，僅就形式或類型而言，監察人之權限除監察權外，尚有股東會召集權（公司法第 220 條）、代表公司與董事為買賣等法律行為之代表權（公司法第 223 條）等權限。此等權限與監察權間究竟處於何種關係？其所欲發揮之功能為何？於監察人有數人存在時，該等權限究竟是應依照公司法第 221 條規定，定位為單獨權限，抑或依照民法代理規定須由全體監察人共同行使？該等權限、特別是法律行為代表權之行使，是否應以董事會曾決議同意與相關董事為買賣等法律行為為前提？

上開各該問題，實攸關我國公司治理機制分工、合作體系是否健全之深層，惟歷來學說及實務針對此等問題，卻仍難見有統一見解。本文以監察人代表權之意涵、目的、功能及行使方式為中心，闡明監察人監察權與代表權間之關係，提供未來有關監察人代表權相關規定解釋之思考方向。

1. 監察人之權限及其功能

(1). 監察人權限之類型

相對於公司法在「董事及董事會」章節中，針對董事或董事會的職權，皆以「執行業務」一以貫之¹⁴²；就法條規定文言及形式以觀，同法「監察人」章節及其他相關規定中，有關監察人職權內容的規範顯得相當多樣化。其中，最重要且開宗明義者，當然是對於董事會業務執行之監督及制衡功能的第 218 條第 1 項規定，要求監察人「應監督公司業務之執行」，本項規定不僅是其義務，同時亦是一般監察權限的賦予，實可謂監察人之所以為監察人緣由之所在。此外，就字面而言，監察人尚有（1）「隨時調查公司業務及財務狀況，查核簿冊文件，並得請求董事會或經理人提出報告」之業務、財務檢查權（第 218 條第 1 項）、（2）「對於董事會編造提出股東會之各種表冊，應予查核」之表冊查核權（第 219 條，此外參照第 274 條第 2 項、第 326 條第 1 項、第 331 條第 1 項）、（3）「得列席董事會陳述意見」之董事會列席權（第 218 條之 2 第 1 項）、（4）「董事會或董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為者，監察人應即通知董事會或董事停止其行為」之違法行為制止請求權（第 218 條之 2 第 2 項）、（5）「除董事會不為召集或不能召集股東會外，得為公司利益，於必要時，召集股東會」之股東會召集權（第 220 條，此外參照第 245 條第 2 項）、（6）「公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司」之訴訟代表權（第 213 條）、（7）於行使上開（1）之業務、財務檢查權時，「得代表公司委託律師、會計師」之律師等聘任代表權（第 218 條第 2 項）、（8）「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表」之法律行為代表權等。

學說上，對於上開各種權限，大致將其分類為監察權、代表權及股東會召集權等三大類；而將（1）、（2）、（3）、（4）等四種權限，納入「監察權」類型中，（6）、（7）（8）等三種權限則統籌於「代表權」類型下¹⁴³。如此分類後，學說進而主張監察權之行使應依公司法第 221 條規定，屬各該監察人各自擁有之單獨權限；相對於此，公司法第 223 條規定之法律行為代表權，則應類推適用民法第 168 條，於監察人有數人時，原則上應共同代表公司為之¹⁴⁴。然則，較為弔詭者，學說於此並未針對（6）之訴訟代表權、（7）之律師等聘任代表權以及另一大類型之（5）股東會召集權等，其權限行使方式究竟應依公司法第 221 條規定為單獨行使權限，抑或因其並屬於非該條規定之「監察權」類型，故應一律類推適用民法第 168 條，由全體監察人共同代表為之，有所說明。不論如何，於此吾人意欲質疑者在於，所謂代表權、股東會召集權者，果真是獨立於監察權外的另二種權限類型嗎？

¹⁴² 參照同法第 193 條第 1 項「董事會執行業務……」、第 200 條「董事執行業務……」、第 202 條「業務之執行……」等規定。

¹⁴³ 參照柯芳枝，公司法論（下），362-367 頁，增訂五版，三民書局，2002 年 11 月；王文宇，公司法論，頁 372-374，元照，2006 年 8 月。

¹⁴⁴ 柯芳枝，參前揭註 143，頁 319 註 67，增訂新版，三民書局，1997 年 10 月；王文宇，新公司與企業法，頁 77 註 10，元照，2003 年 1 月。另請參照王志誠，商事法實務導讀，頁 226，台灣法學第 183 期，2011 年 9 月。

(2). 監察人代表權之功能

本文基本上認為，雖然公司法監察人章節及其他相關規定，於外觀或形式上，賦予監察人前述各種不同名稱的權限，惟其實質皆係為促進監察權的有效行使，故而應皆屬於廣義的監察權範疇內。亦因此故，當公司法 2001 年底修正，增訂第 218 條之 2 第 1 項，引進監察人的董事會列席權時，雖然監察人並無參與表決權利，而僅能陳述意見並藉此獲取董事會業務執行相關資訊，但上開學說毫不遲疑地將此一系列權歸類於監察權中。蓋監察權之有效行使，得力於對公司經營資訊的充分掌握甚鉅，藉由董事會的列席，監察人可以獲得第一手業務執行資訊，進而基此而將其內化於監察權行使過程中。

同樣地，公司法第 220 條所規定之股東會召集權，亦應作相同的理解。當監察人因其監察權限之行使，發覺董事（會）業務執行有違反法令、章程或股東會決議時，除應積極行使同法第 218 條之 2 第 2 項之違法行為制止請求權外，並應視情況於必要時，召集股東會，向股東會報告相關情事，令股東會得以針對該等董事及其行為，決定是否提起訴訟、抑或決議解任之。畢竟，監察人僅具有監察權而無主動提起訴訟或解任董事等權限，倘若監察人僅有上開狹義的監察權，而無此股東會召集權，則於董事會因自身利益拒絕召集股東會時，監察權的行使勢必無法落實，而公司法期待監察人發揮其監督公司業務執行之功能，亦將因此落空。因此，雖名為股東會召集權，惟其實質仍在於促進監察權的有效行使，故而就其實質及功能而言，實亦隸屬於監察權範疇內。

上述關於董事會列席權、股東會召集權等之理解，亦同樣適用於監察人代表權上。首先，在有關公司法第 218 條第 2 項之前述（7）律師等聘任代表權一事上。毋庸贅言，在該項規定緊緊相扣於「**辦理前項事務**」之規範方式下，該當代表權限存在之意義、功能及目的，實係為輔佐監察權、業務、財務檢查權的有效行使。其法律性質或定位，當是衍生自監察權的附屬權限，將其視為監察權的一環，毫無疑義。

其次，在前述（6）之訴訟代表權一事上，不論其係源自於公司法第 212 條的股東會決議、抑或是因同法第 214 條少數股東請求而提起之訴訟，由監察人代表公司與董事進行訴訟，可避免因董事利益共同體等因素，導致訴訟攻防未能確實進行或濫行和解等情事，致使公司利益受損。由監察人一貫以其監督公司業務執行，於發覺業務執行有不法情事時，劍及履及制止其違法行為或召集股東會，最後並於董事不法或不當業務執行導致公司利益受損時，代表公司與該等董事進行訴訟，全力維護公司利益，實乃公司法關於監察權從頭至尾一貫之設計，其間脈絡相連、環環相扣，在在皆係為促進監察權的有效行使及落實，各該環節缺一不可，理論及實際上亦無必要將其區隔或切割為不同類型之權限，而應視為一整體的監察權內之不同分支權限。

最後，則為法律行為代表權。乍看之下，公司法第 223 條監察人的買賣等法律行為代表權，似與監察權無有關連。不僅如此，100 年度台上字第 964 號判決理由甚至主張，「**監察人代表公司與董事為法律行為時，無須先經公司董事會之決議**」，令監察人針對此類董事自我交易行為享有是否可為之決定權，將監察人權限範圍擴張及於公司業務執行決定事宜上。關於此一混淆公司內部業務執行

(權)與對外代表(權)之問題,留待後述。於此,僅針對法律行為代表權是否係一迥異於監察權之權限類型,加以分析。

過去,筆者曾於另一篇有關監察人法律行為代表權之文章中,有如下敘述:
「有別於現今大多數外國公司法制,在有關董事與公司間之利益衝突規範中,多藉由就系爭行為不具利害關係之董事、特別是所謂的獨立董事之同意,予以管控。我國現行公司法在有關此類利益衝突規範上……則藉由監察人代表公司之規範方式,避免董事長或董事會與董事間私相授受,違反公司利益、造成公司損害……原本,只要有意從事自我交易之董事,事先於審計委員會或董事會中,詳盡且翔實報告其交易內容及價金等事項,並取得董事會同意,則其後具體交易由誰代表公司為之,實際上並不重要;縱令該當自我交易其後證明確有不當之處而造成公司損害,僅是依據公司法第 193 條第 2 項規定,參與決議且同意之董事,應對公司負損害賠償責任。」¹⁴⁵

筆者迄今,仍一貫維持上開理解。蓋不僅美、日、歐等國公司法制,縱令非由監察人代表公司與董事進行交易,亦可有效管控上開判決理由所謂「礙於同事情誼,而損及公司利益」之憂心,就公司法發展沿革以觀,監察人法律行為代表權,實是過去公司治理機制尚未健全時代的產物。申言之,在公司法 2001 年底修正引進監察人董事會列席權之前,監察人因無法定權限可以列席董事會、獲取包括自我交易在內等業務執行資訊,致其監察功能不彰。因此,在特別容易因董事彼此間「礙於同事情誼」而滋生弊端的自我交易一事上,要求必須由監察人代表公司為之,令監察人得藉此獲知董事自我交易相關資訊,從而於必要時就此行使其監察權。

然而,當 2001 年底公司法修正增訂第 218 條之 2 第 1 項,引進監察人董事會列席權後,監察人已可藉此早期得知董事自我交易相關資訊,並立即基此行使其監察權,毋庸等待至公司法第 223 條的代表權行使之際,方就該當交易有無不法情事,進行監察。倘若監察人於列席之際,即發覺系爭董事自我交易有不法情事,卻未立即發動其不法行為制止請求權、股東會召集權等監察權限,而係遲遲等待至代表權發生之際,方始啟動其監察權,則不無怠忽職守而有違反公司法第 23 條第 1 項注意義務之虞。監察人藉由列席董事會強化其監察董事自我交易等利益衝突之行為,最近更因 2012 年 1 月 4 日公司法修正,增訂第 206 條第 2 項,要求「董事對於會議之事項,有自身利害關係時,應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容」,而更行強化。

從上述各國公司法制並不存在或已廢除監察人法律行為代表權之比較法觀點,以及我國歷次公司法修正逐漸強化監察人監察權限,而使得監察人法律行為代表權之功能及作用逐漸弱化一事,已可知悉,監察人之法律行為代表權並非獨立於監察權外而自成一個權限類型,所謂法律行為代表權亦係監察權之一環,其於整體監察權中所扮演之角色,隨著其他監察權限的擴張與強化而逐漸喪失、弱化其功能,甚至如外國法制般,將終遭廢止。

¹⁴⁵ 參照拙著,未經監察人代表公司所為董事與公司間交易之效力—評最高法院 98 年度台上字第 2050 號判決,收錄於公司治理與資本市場法制之落實與革新—邁向理論與實務融合之法制發展,頁 173-174,元照,2011 年 12 月。

由以上敘述可知，不論是原本就被學說歸類於監察權中之前述(1)、(2)、(3)、(4)等四種權限，抑或是被歸類為股東會召集權之(5)，還是統籌納在代表權下之(6)、(7)(8)等三種權限，就其實質作用及法律功能而言，皆是為促進監察權的有效行使及落實所衍生之權限，而非獨立於監察權外的不同權限類型。蓋在公司治理希冀藉由不同機制相互間的分工、合作及制衡，以發揮公司經營最大效益的認知下，我國公司法所期待監察人者，乃是針對董事會的業務執行，發揮其監督之功，所有不同名稱的權限之賦予，皆係為輔助、促進該當監察功能的有效發揮。從公司法第 218 條第 1 項在課予「**監察人應監督公司業務之執行**」之義務後，未對「監察權」內容有所定義，而僅於第 221 條規定監察人權限的行使方式之規範作法來看，亦可窺知，公司法並無意對監察權之意義及內容加以設限，而係從監察人應擁有何種具體內容的權限方得有效發揮其監督、監察之功出發，進而於各該條文中具體規定出監察權的不同展現形式。

於此認知下，公司法監察人章節及其他相關規定，雖賦予監察人各種不同的具體權限內容，但其皆屬於監察權之一環，僅係從不同觀點、角度及功能，各自協助、促進監察功能的有效發揮，從而應認其均屬於監察權。若此，則有關各該權限之內涵、行使方式的解釋，亦應基於監察權本身固有之意涵、功能及法律規定，盡量統一為之，不應自行設計出不同分類，進而依其分類強加諸不同意涵，作出違反監察權規範意旨之解釋。

2. 代表權 v. 業務執行權

當吾人對於監察權的法律性質、定位及功能有前述正確認知後，即可理解，監察權乃是監督業務執行之權限，並非業務執行權限本身。監察人本身原則上不當、也不得擔當公司業務之執行，否則即有可能發生球員兼裁判的不當情事，違背我國公司法針對業務執行與監督二者分離之規範理念。或有質疑認為，公司法第 223 條既賦予監察人法律行為代表權，不就意味著，監察人於該條所規定之董事自我交易一事上，享有業務執行權限嗎？如此質疑，實是對於股份有限公司內部業務執行權限與對外代表權限二者的混淆。

筆者過去曾針對公司法關於業務執行權與代表權間之關係，有如下敘述：「一般而言，業務執行權與代表權二者，實是針對同一營業事務，而僅是自內部，抑或自對外關係角度觀察之不同，二者處於一體兩面之關係。申言之，所謂的業務執行權乃是從公司內部觀之，該當事務處理行為是否屬於合法之行為；與此同時，同一事務處理行為若牽涉到與公司外部第三人之關係時，以公司之名所為行為是否可視為有效的公司行為，即是有關代表權行使之問題。．．當是基於如此認識，公司法於無限公司之業務執行及代表規範上，除規定原則上『各股東均有執行業務之權利』（第 45 條第 1 項）外，並皆原則上享有代表權（第 56 條第 1 項）；於有限公司之規範上，則謂有限公司董事『執行業務並代表公司』（第 108 條第 1 項）；針對兩合公司則規定「有限責任股東，不得執行公司業務及對外代表公司」（公司法第 122 條），反面解釋則為無限責任股東執行公司業務及對外代表公司。．．然而，此一業務執行與代表原應密切結合之情勢，至強調所有與經營分離且基此概念設計公司組織架構及其權限分配之股份有限公司時，丕然一變。業務執行權並非賦予特定之股東或董事，而是由一個會議體組織之董事

會享有之；另一方面，由於對外代表公司與第三人為法律行為時，必須由具體可為意思表示者為之，從而就必須由董事中選任一名董事長，對外代表公司。」¹⁴⁶

於此認知下，我國實務判決對於享有代表權限之董事長，在未經合法的業務執行機關決議同意下，即逕行代表公司對外為法律行為，或認該當行為屬無權代表，類推適用無權代理之規定，非經公司事後承認，對公司不生效力¹⁴⁷；或認為該當法律行為原則上係屬無效，僅於交易相對人為善意時，例外不得對抗之¹⁴⁸。凡此在在皆彰顯出，於股份有限公司組織中，業務執行權限與代表權限乃是分離的，賦予特定成員（例如董事長，參照公司法第 208 條第 3 項）對外代表公司之權限，並不當然導引出其因此亦享有業務執行權，此事不可不察¹⁴⁹。

若此，則當 100 年度台上字第 964 號判決謂：「**公司法第二百二十三條之規範意旨，在於董事為自己或他人與本公司為買賣、借貸或其他法律行為時，不得同時作為公司之代表，以避免利害衝突，並防範董事長礙於同事情誼，而損及公司利益，故股份有限公司監察人代表公司與董事為法律行為時，無須先經公司董事會之決議。**」其推論即不無跳躍之虞，不僅不當賦予監察人其依公司法不應享有之權限，也對於僅具監察專業與職責的監察人要求其必須擔負起經營判斷之責，不無過苛之嫌。

本件判決理由為避免董事間因「礙於同事情誼」，無法對於系爭自我交易做出客觀、超然的判斷，故而認為該當自我交易是否應為、於何種價格、條件下為之，應由無此「同事情誼」的第三者機構之監察人代為判斷、決定，其立論出發

¹⁴⁶ 參照拙著，股份有限公司董事長之權限及未經股東會決議所為代表行為之效力—最高法院 97 年度台上字第 2216 號判決評析，收錄於前揭註 145 書，頁 129-130。

¹⁴⁷ 參照最高法院 21 年上字第 1486 號判例；最高法院 82 年度台上字第 2860 號判決。

¹⁴⁸ 參照最高法院 97 年度台上字第 2216 號判決。

¹⁴⁹ 於此，亦當然衍生出，應由監察人代表為法律行為卻未由其代表為之時，其法律效力若何的問題。歷來實務見解皆傾向其屬於無權代理、效力未定之行為，例如最高法院 98 年度台上字第 2050 號判決。該當判決中，最高法院認為公司法第 223 條規定「旨在禁止雙方代表，以保護公司（本人）之利益，非為維護公益而設，自非強行規定，故董事與公司為借貸等法律行為違反該規定，並非當然無效，倘公司（本人）事前許諾或事後承認，對於公司（本人）亦發生效力」。學說上，有認為所謂「公司（本人）事前許諾或事後承認」者，係指監察人，而非股東會或董事會等業務執行機關（參照王文字，前揭註 144，77-78 頁），此一認知實契合 100 年度台上字第 964 號判決理由，認為監察人就董事自我交易行為，享有業務決定權。惟若依此「公司（本人）」係指監察人之主張，則監察人既於「事前許諾」，為何又會有所謂未代表公司與董事進行交易之問題發生，難道會有監察人於「事前許諾」後，就放棄代表權，故而發生此種「未經」代表之光怪陸離的景況。況且，此種所謂監察人「事前許諾」之情形，實非 100 年度台上字第 964 號判決所預見者，蓋當該件判決稱「**監察人代表公司與董事為法律行為時，無須先經公司董事會之決議**」時，其事實關係乃是監察人於行使代表權之際，同時行使業務執行決定權，而非先有其「事前許諾」，才發生事後代表的情事。對於 98 年度台上字第 2050 號判決的合理解釋，當是所謂「公司（本人）」非指監察人，而係董事會等業務執行機關。然而，如此解釋，又會發生只要有董事會事前許諾或事後承認，有無監察人代表公司進行交易，皆將不影響其法律效力之不當結果，導致監察人法律行為代表權的空洞化。較符邏輯的解釋，當是將公司法第 223 條視為強行規定，令未經監察人代表公司之行為，無效。惟此一作法，似又過度膨脹監察人代表權的功能，不無危害交易安全之虞。或許，最妥當的作法，乃是參照其他國家公司法制，重新檢討公司法第 223 條規定存在的合理性及必要性，於本文以下所主張，在我國公司法對於董事自我交易已有層層規範管控的情形下，繼續令監察人享有此一董事自我交易的代表權，實是歷史遺物，於現行法制下其存在必要性已大為降低，而可以廢止。

點洵屬正確，應予肯定。惟姑且不論在我國經常被詬病的董監一家親的實態下，監察人與董事間是否真的毫無「同事情誼」，不無疑問。僅就公司法本身之制度設計而言，其為避免因此類「礙於同事情誼」可能損及公司利益之疑慮，實已設計出各種不同機制加以防範，包括：（1）第 206 條第 2 項準用第 178 條，要求董事於董事會議題涉有自身利害關係時，應自行迴避不得行使表決權，且不得代理他人出席行使表決權；（2）第 218 條之 2 第 1 項賦予監察人列席董事會、陳述意見之權利，並於第 204 條規定，董事會開會應通知監察人，未為通知者，該次董事會決議無效；（3）2012 年 1 月 4 日公司法修正，新增第 206 條第 2 項，要求「**董事對於會議之事項，有自身利害關係時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容**」，令其他董事、監察人得以藉此充分、正確理解系爭自我交易之內容；（4）監察人經由前述（2）、（3）規定及其他監察權行使所得之資訊，得視情況對董事（會）行使第 218 條之 2 的違法行為制止請求權，必要時並得依第 220 條召集股東會，令股東會得對於系爭自我交易行為進行判斷；（5）董事會決議若有不法，則各該董事必須依第 23 條第 1 項、第 193 條第 2 項對公司負起損害賠償責任，監察人若未善盡監察之責，則須依第 23 條第 1 項、第 224 條及 226 條規定，與相關董事負連帶賠償責任。

在公司法已有如此重重機制，防範董事基於「同事情誼」之鄉愿致使公司不當受損的情況下，實務判決實不應當、亦無必要定要賦予監察人公司法所未授予之業務執行權。更何況，關於監察人之監察係僅止於合法性監督、抑或包含妥當性監督，學說、實務上向來迭有爭議，僅就公司法第 202 條賦予董事會幾近獨占的業務執行權，並於第 218 條之 2 第 2 項將其關於董事（會）行為制止權限定於「**違反法令、章程或股東會決議**」一事觀之，監察人之監察似應限定於合法性監督，而不及於妥當性監督，此實亦符合我國公司法學界及實務界最近銳意引進的美國法「經營判斷法則」（Business Judgment Rule）之思潮¹⁵⁰。於該當法則下，法院不宜於事後針對董事會的經營決定妥當與否進行事後諸葛的審查，而應僅針對其決策過程是否符合一定程序要件，加以審理。若此，則以監察人於我國公司法上僅預定其監察專業與分工而言，渠等實不應介入系爭自我交易妥當與否的經營決策判斷。當然，如此主張並非意味著，監察人對於系爭自我交易當否完全不能表達其意見，蓋當監察人藉由董事會的列席並聽取利害關係董事報告後，自可依第 218 條之 2 第 1 項規定就系爭自我交易陳述意見，供董事會參考，實質上遂行某種妥當性監督之意涵。

最後，就整理法律規範之邏輯性及論理解釋方法論而言，亦可顯示出立法者認為監察人之代表權並不及於業務執行權。首先，2006 年 1 月證券交易法部分條文修正，於第 14 條之 3 第 3 款規定要求，未設立審計委員會而僅有獨立董事之公開發行公司，其「涉及董事或監察人自身利害關係之事項」，除應經「董事會」決議通過外，倘若獨立董事就此事項有反對或保留意見，強制應於董事會議事錄中加以載明。其次，如同前述，2012 年 1 月 4 日公布施行之公司法部分條文修正，增訂第 206 條第 2 項，規定：「**董事對於會議之事項，有自身利害關係時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容。**」明白指出包含自我交易

¹⁵⁰ 有關「經營判斷法則」作法與理念的簡介，參照拙著，公司治理與企業金融法制之挑戰與興革，頁 79-82，元照，2006 年 9 月。

在內之董事自身利害關係情事屬於董事會「會議」事項，應由董事會依照同條第 1 項規定決議。上開二次法律修正不啻顯示出，即令是在涉及董事自身利害關係因而有「同事情誼」的問題上，立法者亦堅持公司法一貫業務執行權與代表權分離之立場，依法裁判的法院豈可無視立法者二次的立場表明，自行造法曲解監察人代表權之意涵，漠視民治、法治之真諦。

或許，司法實務認為，若不如此解釋將無法徹底消弭董事間因「礙於同事情誼」所帶來的弊端。然而，董事自我交易對於公司而言，並非僅有百害而無一利，否則公司法制設計應該是完全禁止此類有關董事自身利害關係之事項。各國公司法制之所以容許董事自我交易等利益衝突情事存在，實係鑑於此等自我交易在不少情形下，係有利而非有害於公司。例如，當公司因草創初期或債信問題而無處願意借貸資金時，董事本身自有資金的借貸就變成公司經營相當重要的資源；此外，由於熟稔公司經營情事，對於公司風險掌握較外界更為深入且確實，從而以董事等為交易相對人，一方面不僅可以減少諸多交易成本，同時亦可促使交易條件達到最適地步¹⁵¹。若此，則我國司法實務過度強調自我交易的負面性，未能正確評價其正面效果下所為之解釋，或將導致有利於公司之自我交易行為亦一併受到不當阻礙。特別是，在一貫防弊觀點下所為下述 100 年度台上字第 1026 號判決，在要求董事自我交易必須由監察人全體共同代表公司為之的情況下，只要任一監察人故意消極抵制，縱令是有利於公司的自我交易亦將無法施行，有關於此之公司經營，勢將陷入僵局而不能自拔。著眼於防弊的善意，結果所導致者，將是興利不振的惡果，如此未能兼顧得失、平衡二者之解釋觀點及方法，豈是智者所應為。

3. 代表權之行使方式

迄至 100 年度台上字第 1026 號判決為止，司法實務關於二名以上監察人其代表權行使方式，應如何為之，並未有明確的判斷。經濟部於 2002 年間就此問題曾有函釋¹⁵²，其基本立場認為代表權應屬監察權之一環，故各該監察人可各自行使監察權，該函釋如此說明：「**公司法第二百二十一條規定：『監察人各得單獨行使監察權。』準此，自無應由數監察人共同代表公司及組監察人會之可言。**」相對於此，如同前述，我國學說中有將監察人權限區別為監察權、代表權及股東會召集權等三大類，並僅針對公司法第 223 條之法律行為代表權，認為應類推適用民法第 168 條規定，由全體監察人共同代表為之¹⁵³；100 年度台上字第 1026 號判決似亦採取如此見解，而謂：兩造於原審已就「**監察人依公司法第二百二十三條規定代表公司與董事間為法律行為時，應適用民法上關於代理之規定，即除公司另有意思表示外，應由監察人全體共同代表為之**」進行攻防，原審據此判決，依法並無違誤，似傾向於支持上開學說看法。惟不論是學說、抑或是司法實務，針對其他訴訟代表權、律師等聘任代表權以及股東會召集權，於監察人有數人時，應如何為之，則未有所闡明。

¹⁵¹ See Reinier Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach* 154-55 (2nd ed. 2009).

¹⁵² 參照經商字第 09102132160 號函。

¹⁵³ 參照前揭註 146 及其所引註之本文內容。

倘若依照學說關於監察人權限之分類，則同屬於代表權類型之訴訟代表權、律師等聘任代表權，其權限行使方式，自當依循同樣解釋，而皆應由全體監察人共同代表為之。然而，如前所述（參照參之二之（二）），緊接著監察權核心之業務、財務檢查權而為充實、完備其監察功能之公司法第 218 條第 2 項規定的律師等聘任代表權，就其法律定位及功能而言，實是附屬於監察權（或業務、財務檢查權）之權限。此一代表權的行使，理當依照同法第 221 條一般監察權行使方式之規定，為單獨行使的權限，否則一旦有任何一位公司派或市場派之監察人杯葛，藉由律師、會計師等之聘任以有效強化監察權之行使及其功能一事，勢將成為畫餅。

同樣地，公司法第 213 條規定之訴訟代表權，亦應作相同解釋。蓋該等訴訟之啟動並非監察人自行積極主動為之，其發動或係基於股東會決議（公司法第 212 條）、或係因少數股東請求（公司法第 214 條第 1 項），特別是在股東會決議對董事提起訴訟時，監察人本身並無決定權，而應遵照股東會決議辦理。此際，若僅因監察人之一與股東會決議對象之董事屬於同一陣營或有「同事情誼」，進而拒絕參與此訴訟代表時，則公司法第 212 條之規範目的將因此落空，於監察人中存在奧援之董事，或將因此而無所懼，進一步遂行其不法或不當意圖¹⁵⁴。若此，則從該條規定理念與目的而言，不僅理論上不行、實務運作上亦不可認其訴訟代表權之行使，必須由監察人全體共同為之。

或係基於上述認知，學說上雖主張監察人於行使法律行為代表權時，應共同為之，但對於訴訟代表權、律師等聘任代表權等是否亦應以共同代表方式為之，則保持緘默。當然，學說或實務關於法律行為代表權應共同行使之見解，亦非無其理由。蓋鑑於董事與公司間之買賣、借貸等法律行為，對於公司利益影響至鉅，倘若僅須由一位監察人出面代表公司與董事進行交易，則於該位監察人與董事系出同門、利害相戚或有深厚同事情誼時，二者間將可能相互勾結，做出對公司不利之交易。從而，為避免任一監察人都可能與任一董事發生如此勾結情事，乃有必要令於此董事自我交易過程中，要求全體監察人共同代表公司，以有效監督系爭交易之進行。

然而，此種務實的需求，不論就法理論而言、抑或從實際交易情事以觀，於現行公司法制規範下，皆難能謂有其立足之地。首先，就論理解釋方法論而言，若肯定監察人法律行為代表權應屬共同代表制，則同樣是於法律規定文言及分類上，被認為屬代表權之訴訟代表權及律師等聘任代表權，於邏輯上亦應解釋為必須由全體監察人共同代表為之。惟如同上述，如此解釋勢將導致訴訟代表權及律師等聘任代表權無法發揮其規範功能，令一人監察人得以抵制所有代表權之行使，實屬不當。

其次，如此解釋其背後思考實係根基於監察人代表權同時包含業務執行權在內之見解。蓋倘若不令監察人全體共同代表公司與董事為買賣等法律行為，則將

¹⁵⁴ 當然，或可謂，縱令於此情形，仍可藉由公司法第 214 條第 2 項的股東代表訴訟制止其有害於公司之行為，惟我國股東代表訴訟制度實際上並未能發揮其規範目的與制衡功能一事，應毋待本文贅言。或謂，證券投資人及期貨交易人保護法第 10 條之 1 已彌補此一規範漏洞，但不僅該條規定適用對象僅限定於上市櫃公司，且其規範實效性若何，尚待觀察。

無法迴避僅由監察人一人即可逕行代表公司可能發生之弊端。然而，如同前述（參照參之三），監察人之法律行為代表權，於過去我國公司法關於董事自我交易治理機制不彰之際，或有其必要性，惟在我國現行公司法已設計出各種不同機制、層層把關的情況下，藉由全體監察人共同代表公司以實踐此目的或功能之必要性，已大為銳減，絕大多數國家的公司法制，亦不再藉由此一方式，防範董事自我交易可能產生之弊端。監察人若發覺系爭董事自我交易有所弊端，不當等待至其代表公司之際，始啟動監察權，而應於列席董事會、聽取董事報告時，即就其問題點陳述意見，並於必要時召集股東會、行使違法行為制止請求權。遲至代表權行使之際，方使發動此類監察權，除一語怠惰外，無以名之。

最後，2006年1月公布施行之證券交易法部分條文修正仿照美國公司法制，引進審計委員會，於第14條之4第1項容許公開發行公司得就監察人與審計委員會擇一設置。當公司選擇設立審計委員會時，即不得另行設置監察人，此際依據該法第14條之4第4項規定，公司法上監察人權限，將移轉至審計委員會之獨立董事，亦即：**「公司法第二百零條．．．第二百零二十三條．．．規定，對審計委員會之獨立董事成員準用之。」**由此可知，倘若立法者認為公司法第223條之法律行為代表權須由全體監察人共同代表公司為之，則其準用方式當不是**「對審計委員會之獨立董事成員準用之」**，而應是**「對審計委員會準用之」**，甚者連準用條文都不須規定，直接由審計委員會依法本身處理此一自我交易情事即可¹⁵⁵。證券交易法特別規定，公司法第223條準用於審計委員會之獨立董事成員，當是基於該條規定之法律行為代表權，原本就是監察人各得單獨行使之權限，並非須由全體監察人共同行使者。職是，無論是基於法律條文間之論理解釋觀點，抑或是從新法、舊法之關係，至少於2006年1月後，皆應當沒有空間再將公司法第223條之法律行為代表權解釋為共同代表制，而非單獨行使之權限¹⁵⁶。

由以上敘述可知，本文100年度台上字第1026號判決認為，公司法第223條監察人之法律行為代表權，必須由全體監察人共同代表公司之見解，不僅於其基礎思考出發點上，即混淆公司內部業務執行權與對外代表權二者間之區別，同時亦無視其解釋結果對於其他類型代表權（甚或股東會召集權）可能帶來之不當影響，其抵觸論理解釋方法、無視公司法制近年修正及整體發展之作為，亦在在導致其解釋結果蘊藏諸多缺失，而難能令人苟同、肯認其解釋結果與方向係符合現今我國公司治理基本理念與思潮。

¹⁵⁵ 證券交易法第14條之5第1項第4款如此規定：已依本法發行股票之公司設置審計委員會者，「涉及董事自身利害關係之事項」，應經審計委員會全體成員二分之一以上同意，並提董事會決議．．．。

¹⁵⁶ 筆者過去亦曾引用學說見解，支持公司法第223條監察人法律行為代表權之行使方式，應由全體監察人共同為之。賴源河等著，新修正公司法解析，元照，302-303頁，2002年1月。）。惟其後因對於監察權功能與定位的重新省思及2006年1月證券交易法之修正，遂改為如同本闡述文之主張。

4. 未經監察人代表公司所為董事與公司間交易之效力

有關未經監察人代表公司所為董事與公司間交易之效力最重具代表性之判決，厥為最高法院 98 年度台上字第 2050 號判決。本案判決就公司法第 223 條要求董事自我交易時須由監察人代表公司之規範意義與目的，如此闡明：「公司法第二百二十三條規定，董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表，旨在禁止雙方代表，以保護公司（本人）之利益，非為維護公益而設，自非強行規定，故董事與公司為借貸等法律行為違反該規定，並非當然無效，倘公司（本人）事前許諾或事後承認，對於公司（本人）亦發生效力，此觀民法第一百零六條及第一百七十條第一項之規定自明。」

此一見解，一言以蔽之，就是監察人代表公司一事，有沒有，沒關係。反正只要能得到公司事前同意或事後追認，系爭自我交易即屬有效，至於過程中是否有監察人代表公司，對其交易效力並不發生任何影響。此種以無權代理法理，處理公司法上無代表權人所為交易行為效力之作法，似是我國現行司法實務之思維常態。雖然，不可否認，民法關於各種法律行為要件及其效力之規定，對於屬私法體系一環的公司法，當然有其適用餘地；然而，於其適用之際，必須注意，法體系在其進化過程中，除以民法規範一般社會生活關係外，尚另行發展出公司法、票據法等商事法律，以處理企業組織、交易等經濟生活關係，並基於對此經濟生活關係特殊性之認識，而作出不少與民法規範歧異或特別的規定，冀能求得企業經濟生活關係之健全發展。

職是，司法實務於將民法相關規定套用至複雜的企業交易關係時，不僅應留心於相關商事法律就企業對外交易關係所為之特別規範，亦須注意有關企業組織內部的特別規範，避免泯滅該當特別規範所欲實現之規範目的。原本，如同前述，對於董事的自我交易行為，藉由董事會中不具利害關係之董事或獨立董事的介入、同意等管控方式，即可達成規範其利益衝突之目的，並非定須要求於其具體交易過程中，仍須由監察人或審計委員會中的獨立董事代表公司為之。然而，我國現行公司法第 223 條，顯然認為僅是董事會決議之管控，尚屬不足，而於具體交易過程中，仍須由監察人等代表公司為之，實施更進一步之管控。立法政策如此判斷，司法實務運作當無視而不見之理，更不當透過解釋，將其規範內容與目的，予以空洞化。很遺憾地，本案判決結果，正是為公司法第 223 條歌頌驪歌一曲。

倘若吾人仔細、審慎思考公司法第 223 條之規範意義與目的，或可知悉，該條規範所關注者，並非在於民法第 106 條、第 170 條第 1 項所關注的對外交易問題，而在於公司本身對於董事自我交易之內部治理議題。於董事自我交易行為中，該當董事可能正是董事長本人，縱非董事長本人，但亦因同為董事會成員，彼此間或意氣相投、或利益一致，官官相護結果使得由董事長本人代表公司進行此一自我交易，將無法以客觀、中立、公正且超然之立場為之，進而可能對公司造成損害。基此考量，公司法第 223 條乃特別要求，於此自我交易過程中，應由監察人此一非董事會成員、理念上屬客觀、獨立之公司機關，代表公司進行系爭自我交易。

尤有甚者，在理念上屬大規模公司組織型態的股份有限公司，由於其股東人數眾多造成所有與經營分離，股東於選出董事組成董事會，負責公司經營後，並同時選任監察人經常性地監督其業務執行。在我國公司法制尚未引進獨立董事制度前，獨立於董事會之外的監察人，就其職權與功能而言，實際上正是扮演著獨立董事的角色，由其代表公司與董事進行交易，就此自我交易直接以當事人角度涉入、實施監控，不僅符合法理，實務運作上亦屬具體可行。

由上可知，現行公司法第 223 條要求於董事自我交易時，應由監察人代表公司為之，實是基於公司內部治理之需求，而非著重於對外的交易關係，動輒以無權代理等對外交易法理，破壞、空洞化公司法就此之規範理念與目的的本案判決理由，不無商榷之處。或謂，鑑於我國業已引進獨立董事及審計委員會制度，由其對此類自我交易行為進行控管，即為已足，無須再於具體交易過程中，要求應由監察人代表公司。對此，吾人並不反對，惟其屬立法政策判斷問題，司法實務於其判決中，除非可舉出該當規定已屬過時且違反現時社會關於正義、衡平之認知，否則不能如同本案判決般，無視其規範意義與目的，且未正確釐清公司內部治理與對外交易之分際，即遽然令其規範喪失效力、形同虛設。

一旦認定公司法第 223 條規定，係為保護公司利益而設，則於顯然對公司有利之自我交易情事，當然更不必定須要求應由監察人代表公司。毫無疑問地，於此又再度混淆公司治理與公司對外交易行為之不同。

一般而言，公司治理所強調者，乃是過程及制度設計，其認為在公平及合理的機制設計下，公司營運可以得到良好的成果。此一推理，難謂其反之亦為真。申言之，不能以公司現時的經營成效，即反推其擁有良善的公司治理機制，其可能是無視公司治理理念、違反法令而取得競爭優勢下之產物，此種不公平的競爭方式，對於整體企業、經濟體制長期健全發展而言，實不足恃。是故，吾人於審視公司法第 223 條規定時，實難贊同司法實務以成敗論英雄、以結果為價值判斷之根本的論理態度與作法。此種態度與作法，或將引發公司從事投機舉動。

蓋經由司法實務見解的提醒，企業經營者將會瞭解到，於董事自我交易之情形，最有利的作法，將是無視公司法第 223 條規定，不由監察人代表公司，而仍由董事長或其他董事等代表公司，進行系爭自我交易。由於如此所為交易之法律效力因其無權代理而屬未定，公司得於事後基於事後諸葛之明，判斷該當交易是否有利於公司。若有利，則予事後追認；若屬不利，則不進行追認，令該當自我交易成為無效。如此作為，不僅踐踏公司法第 223 條之規範理念與目的，並可能將其本身公司治理、內控缺失等風險及負擔不當轉嫁第三人，進而可能造就出一群只會投機的企業經營者，危及我國整體經濟之健全發展。

有鑑於此，為避免不肖企業濫用現行司法實務之無權代理見解，遂行其投機舉動，未來或有必要針對此類自我交易，採行相對無效說之看法。申言之，對於董事之自我交易行為，若未經監察人代表公司為之時，一般應認其屬無效，惟基於交易安全觀點，於有保護善意第三人之必要，亦即於交易相對人為善意第三人時，公司不得對其主張系爭自我交易行為無效。此一見解之特色在於，既然系爭自我交易係董事所欲者，其自不能推翻其前此之意思表示，而於事後對此交易主張無效，且公司法第 223 條要求自我交易須由監察人代表，係為保護公司利益而設，該當董事自不能援引其規定以為抗辯；另一方面，為避免公司於無權代理

說下得以自由施展其投機舉動之不當景況，相對無效說雖認為公司於此情形得不進行追認，而得主張無效，但於交易相對人係屬善意第三人時，公司不得主張其無效，用以直接保護交易相對人，間接維護動態交易安全。

當然，鑑於董事本身為自我交易之當事人，其本應知悉公司法第 223 條規定，從而於為此交易時，應積極要求公司由監察人代表為之。若此，則滿足所謂「善意」要件者，或將絕無僅有。然而，當吾人將思考視野擴及於董事可能係「為他人」而與公司交易或是系爭自我交易後之動態交易安全等考量因素時，對於上開「善意」要件之解釋，或不應單純解釋為明知或不明知之知悉與否問題，而應係未經監察人代表公司之自我交易係有正當或合理理由存在，且董事並無意藉此自我交易，謀求一己之利、損害公司利益。易言之，只有在系爭自我交易係在董事具有「惡意」的情況下，公司方能就系爭自我交易行為，主張無效。

98 年度台上字第 2050 號判決中，最高法院認為，未經監察人代表公司所為自我交易行為，不論是於事前經公司同意、抑或於事後經公司追認，皆對公司發生效力。對於事前同意與事後追認二者，於其程序或表決定足數等要求上，是否應有所差異，完全未加深思熟慮。毫無疑問地，對於董事會各該董事成員而言，事前承認所擔負的心理壓力及公司支出，遠比事後追認要來得輕，也更能夠在無壓力的情況下，充分討論以作出決定。蓋董事會若於事前即不同意該當自我交易，其所面對者，僅是該當交易不得進行；相對於此，當自我交易已經開始進行或已然完成，董事會拒絕追認之結果，不僅是公司為此要擔負回復原狀之義務，亦可能必須藉由訴訟，以否定其效力、回復原狀，公司將因此而支出一定經費。於此情況下，董事會於事後決議是否追認時，將遠比其事前同意，面臨更為艱難的抉擇，甚至可能於成本考量下，對於原本不當予以追認之自我交易，亦不得不忍痛追認之。

有鑑於此，美國法律協會所公布之公司治理原則，即針對自我交易之事前同意與事後追認，有不同的要求。依據該原則 **Sec. 5.02(a)(2)(B)** 規定，若欲於事前取得自我交易之同意，利害關係人應充分揭露其交易資訊給意思決定者，後者基於該等資訊認定系爭交易對公司而言係屬公平時，得同意之。相對於此，依據公司治理原則 **Sec. 5.02(a)(2)(C)** 規定，利害關係人若於交易後，方欲取得公司追認，則除應將相關交易資訊充分揭露給意思決定者外，並須於滿足下列四項要件後，方得予以追認：（1）不具利害關係者曾代表公司進行交易，並有合理理由相信系爭交易於交易當時對公司而言係屬公平；（2）利害關係人於交易時對（1）之人所揭露的資訊必須令其得以瞭解系爭交易的重要事實；（3）利害關係人未能於事前取得同意系爭自我交易一事，無不合理情事存在；（4）利害關係人未能於事前取得同意系爭自我交易一事，並未重大影響公司利益。

由此當可窺知，事前同意與事後追認，絕非等價。對於著重個人間交易型態之民法相關規定而言，事前同意與事後追認，或許並無重大差異，尊重個人意思自主、契約自由的結果，使得二者可能等價。相對於此，在屬於團體法之公司法規範下，特別是在所有與經營分離之大規模股份有限公司中，基於保護公司利益或少數股東之理念，就必須對於此類自我交易行為，予以嚴格規範，甚至於對有可能投機取巧、欲於事後以既成事實迫使董事會不得不承認其交易之人，更有必要將其與事前同意加予區隔，而要求更為嚴格的追認要件。此一精緻的思考方式，

對於慣常「吾道一以貫之」的我國司法實務運作而言，當有深切的啟示作用。我國司法實務未來若欲繼續堅持其無權代理之法理，解決此類問題，當有必要參考上開公司治理原則相關規範，作出更為細膩之規範要求。

若欲徹底解決上次實務判決關於未經監察人代表之效力問題，最為徹底之解決方法，當是直接刪除本條關於監察人對於董事自我交易行為代表權之規定。

第五章少數股東保護之加強 公司法第一百七十二條之一、 第一百七十七條之二、第二百一十四條、第二百一十四條之 一及第二百一十五條、及第二百二十七條

一、公司法第一百七十二條之一之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第一百七十二條之一</u> 甲案： 持有已發行股份總數百分之 一以上股份之股東，得以書面向公司提出股東常會議案。但以一項為限，提案超過一項者，均不列入議案。 公司應於股東常會召開前之停止股票過戶日前，公告受理股東之提案、受理處所及受理期間；其受理期間不得少於十日。 股東所提議案以三百字為限，超過三百字者，該提案不予列入議案；提案股東應親自或委託他人出席股東常會，並參與該項議案討論。 有左列情事之一，股東所提議案，董事會得不列為議案：</p>	<p><u>第一百七十二條之一</u> 持有已發行股份總數百分之 一以上股份之股東，得以書面向公司提出股東常會議案。但以一項為限，提案超過一項者，均不列入議案。 公司應於股東常會召開前之停止股票過戶日前，公告受理股東之提案、受理處所及受理期間；其受理期間不得少於十日。 股東所提議案以三百字為限，超過三百字者，該提案不予列入議案；提案 股東應親自或委託他人出席股東常會，並參與該項議案討論。 有左列情事之一，股東所</p>	<p>一、依現行條文第四項第一款之規定，股東所得提案之事項不及於「非股東會所得決議者」。然本款究應如何解？究應採取擴大提案範圍或限制提案範圍之看法？學說爭執頗為激烈。而從昔時修法理由所言：「鑑於現代公司法架構下，公司之經營權及決策權多賦予董事會，本法已明文規定，公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議者外，均應由董事會決議行之。若股東無提案權，則許多不得以臨時動議提出之議案，除非由董事會於</p>

<p>一、該議案之內容違反法令或章程。</p> <p>二、提案股東於公司依第一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時，持股未達百分之一者。</p> <p>三、該議案於公告受理期間外提出者。</p> <p>公司應於股東會召集通知日前，將處理結果通知提案股東，並將合於本條規定之議案列於開會通知。對於未列入議案之股東提案，董事會應於股東會說明未列入之理由。</p> <p>公司負責人違反第二項或前項規定者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。</p> <p>甲案之一： <u>公司無正當理由，故意不將股東提案列入議案者，主管機關得依提案股東之申請，限期令公司將之列入議案。屆期仍未列入者，主管機關得依本法第二百零八條之一規定，向法院聲請選任臨時管理人，代行該公司董事長及董事會職權。</u></p> <p>甲案之二： <u>公司無正當理由，故意不將股東提案列入議案，且其違反情節重大者，提案股東得訴請法院裁判解任拒絕將提案列入之董事，不受公司法第二百零條之限制。</u></p> <p>乙案： 持有已發行股份總數百分之二以上股份之股</p>	<p>提議案，董事會得不列為議案：</p> <p>一、該議案非股東會所得決議者。</p> <p>二、提案股東於公司依第一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時，持股未達百分之一者。</p> <p>三、該議案於公告受理期間外提出者。</p> <p>公司應於股東會召集通知日前，將處理結果通知提案股東，並將合於本條規定之議案列於開會通知。對於未列入議案之股東提案，董事會應於股東會說明未列入之理由。</p> <p>公司負責人違反第二項或前項規定者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。</p>	<p>開會通知列入，否則股東難有置喙之餘地。」似乎有限制提案範圍之傾向。</p> <p>二、惟限制提案範圍之解釋似乎有違於股東積極主義的立法目的，與英美法制也不相同。再者，本條施行以來，股東提案數量尚屬有限，與立法之初所擔憂之提案氾濫，影響公司運作的情形，差距頗大。綜合來看，此時修法以明確擴大提案範圍，在理論上有其依據，在實務上亦屬可行。在此基本思考上，左列甲、乙兩案，提出不同文字與範圍界定。</p> <p>三、甲案： 將董事會得不列入議案者限於「該議案之內容違反法令或章程」之情形。在內容合法的前提下，股東所提之議案若屬「應由董事會決議行之」的事項，則為「無拘束力之建議性提案」。</p> <p>四、乙案： 除上述甲案規定外，另增訂第二款規定：「該議案之內容係法律明定專屬於董事會決議之事項。」此一「法律明定專屬於董事會決議之事項」解釋上包括諸如本法第二十九條第一項之經理人委</p>
--	---	---

<p>東，得以書面向公司提出股東常會議案。但以一項為限，提案超過一項者，均不列入議案。</p> <p>公司應於股東常會召開前之停止股票過戶日前，公告受理股東之提案、受理處所及受理期間；其受理期間不得少於十日。</p> <p>股東所提議案以三百字為限，超過三百字者，該提案不予列入議案；提案股東應親自或委託他人出席股東常會，並參與該項議案討論。</p> <p>有左列情事之一，股東所提議案，董事會得不列為議案：</p> <p>一、<u>該議案之內容違反法令或章程。</u></p> <p>二、<u>該議案之內容係法律明定專屬於董事會決議之事項。</u></p> <p>三、提案股東於公司依第一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時，持股未達百分之一者。</p> <p>四、該議案於公告受理期間外提出者。</p> <p>公司應於股東會召集通知日前，將處理結果通知提案股東，並將合於本條規定之議案列於開會通知。對於未列入議案之股東提案，董事會應於股東會說明未列入之理由。</p> <p>公司負責人違反第二項或前項規定者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。</p> <p>乙案之一： 公司無正當理由，未將股</p>		<p>任、報酬等「董事會專屬決議事項」以及諸如本法第一百八十五條第五項之提出權專屬於董事會之「共享權利事項」，而不涵蓋本法第二百零二條之權限分配概括規定所針對之法律明文規定以外的其他事項。</p> <p>五、在甲、乙兩案下，關於第七項的增訂，又分別列有兩案。按，股東行使其提案權，若不受公司董事會之尊重，現行法下欠缺有效之救濟方式，此點早已備受學者批評。有鑑於此，本項期待藉由外部監督的強化，由主管機關及/或法院介入，藉由本法第二百零八條之一的規定聲請選任臨時管理人的法律效果，以有效維護股東提案權的行使。</p>
---	--	---

<p><u>東提案列入議案者，主管機關得依提案股東之申請，限期令公司將之列入議案。屆期仍未列入者，主管機關得依本法第二百零八條之一規定，向法院聲請選任臨時管理人，代行該公司董事長及董事會職權。</u></p>		
<p>乙案之二： <u>公司無正當理由，故意不將股東提案列入議案，且其違反情節重大者，提案股東得訴請法院裁判解任拒絕將提案列入之董事，不受公司法第二百零條之限制。</u></p>		

(二)、詳細說明

2005 年增訂之公司法第 172 條之 1 的股東提案權制度，常被認為是股東行動主義的法寶之一，立意良善，自不待言。然而，立法論上，本條有一個學者間相持不下的爭議焦點，以及一個明顯存在的缺陷。爭議焦點在於：股東提案之範圍究有多廣？本條第 4 項第 1 款是否妥適？如何解釋？明顯存在的缺陷則是本條欠缺救濟手段，若不能對違反本條規定的公司董事(會)給予相對應的法律後果，則公司董事可能動輒拒絕將股東提案列入議案，有礙於此一制度的良性發展¹⁵⁷。

按，本條第 4 項規定：「有左列情事之一，股東所提議案，董事會得不列為議案：一、**該議案非股東會所得決議者**。二、提案股東於公司依第一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時，持股未達百分之一者。三、該議案於公告受理期間外提出者。」關於此一「非股東會所得決議者」，學說上有「限縮股東提案範圍」與「擴大股東提案範圍」的不同解釋。前者認為立法之初，應採相對保守的作法，以免未見其利，先見其弊。因此股東提案之範圍應限於「法令或章程規定專屬於股東會決議之事項」¹⁵⁸；後者則認為若從嚴解釋，則「美國實務上所經常發生之『無拘束力之建議性提案』，將可能會被排除。……更無法提供在追求

¹⁵⁷ 請參閱劉連煜，現代公司法，新學林，頁 331，2011 年 9 月增訂 7 版；林國全，二 0 0 五年公司法修正條文解析（上），月旦法學雜誌，第 124 期，頁 280，2005 年 9 月。

¹⁵⁸ 請參閱林國全，二 0 0 五年公司法修正條文解析(上)，月旦法學雜誌，第 124 期，頁 277-278，2005 年 9 月。

營利性之餘，也能善盡公司社會責任之行動依據，導致減損股東提案制度之功能」¹⁵⁹。

綜合觀之，我國學者採取放寬股東提案範圍之看法者似屬多數。有從權限劃分之角度著眼，而指出我國法將股東會所得決議事項與股東提案權同視，若採美國之董事會優位主義認為董事會為公司決策最適合之機關，既弱化股東會之權限，何以股東需積極參與公司經營？應係參酌美國少數說認為賦予股東提案權可以對公司經營產生影響，進而促進公司治理。總之須回歸第 202 條探究股東會與董事會之權限劃分，始能認定股東提案權之定位¹⁶⁰。另有參酌德國立法例，指出德國股份法規定股東提案權與提議權，前者類似我國股東提案權；後者針對企業責任、具有公共利益的重大議題給予股東提案空間，可藉此引起其他股東之關注與討論，亦有利於公司長期發展，該決議對董事會並無拘束力¹⁶¹。相對而言，亦有認為股東提案權並非立基於董事會與股東會權限劃分，而係在平衡經營者與股東之利害關係，避免董事會違反忠實義務而做出有害公司之決策。故股東所提議案縱非股東會所得決議之事項，董事會基於尊重股東意見、良性互動，使股東能積極參與公司經營，並督促公司履行社會責任¹⁶²。再者，有從公司法之解釋論著眼，認為對照 2001 年修法前後之條文及立法目的，公司法第 202 條之規定僅在剝奪股東會對於非專屬決議事項之「決定權」，而非在限制股東會的「決議權」，故股東會對該等事項仍可作成合法、有效之決議，惟其決議對於董事會僅有建議之效力，董事會對之並無遵守、執行之義務。本於此一見解，該等事項自非屬第 172 條之 1 第 4 項第 1 款所稱之「非股東會所得決議者」，故公司股東當得依法提出此類事項之議案¹⁶³。

而從 2005 年增訂後之企業運作觀之，股東提案之數量可說極少，功能不彰。換言之，提案數量過多的憂慮並不存在，放寬股東提案範圍，此其時也。據此本文提出甲案，以議案內容違反法令或章程作為議案排除之事由，不但避免原先股東會所得決議之標準不清，避免涉及我國公司股東會、董事會權限劃分之爭議，且擴大股東提案範圍，若屬應由董事會決議之事項，即涉及公司業務之執行，屬於美國法上之「無拘束力之建議性提案」，雖然股東原則上不應干涉公司業務之執行，但具有社會性議題之議案經由討論可使公司獲悉股東之意象、藉由雙方的理性溝通可發揮股東監督公司之功能、亦可藉由履行企業社會責任達到提昇其能見度。

乙案部分增設該議案內容係法律明定專屬於董事會決議之事項為股東提案之排除事由，蓋針對公司合併、收購等公司重大交易需要公司董事會事先和目標公司作成併購契約，就交易條件談妥後各自送股東會通過，並非股東一己之力所能提出，也無法在 300 字內表達清楚，何況針對此等股東會與董事會共同決策事項，公司法既明定董事會以特別決議提出，股東應無提案權，僅有決定權。且其

¹⁵⁹ 請參閱劉連煜，現代公司法，新學林，頁 330，2011 年 9 月增訂 7 版。

¹⁶⁰ 請參閱曾宛如，公司法制基礎理論之再建構，承法，頁 132-140，2011 年 9 月。

¹⁶¹ 請參閱洪秀芬，論股東提案得排除事由「非股東會所得決議」之判斷，月旦法學雜誌，第 203 期，頁 74-75，2012 年 3 月。

¹⁶² 請參閱王志誠，股東之一般提案權、特別提案權及臨時動議——最高法院九十六年度台上字第二〇〇〇號判決之評釋，月旦法學雜誌，第 185 期，頁 216-218，2010 年 10 月。

¹⁶³ 請參閱邵慶平，公司法——組織與契約之間，翰蘆圖書，頁 125-131，2008 年 12 月。

他專屬董事會之權限，例如經理人之選任、解任、報酬等並非股東提案權之範圍，以遵行經濟部就公司權限所作專屬職權之劃分。

董事會若不依法將股東提案列入議案，極可能構成公司法第 23 條第 1 項之董事信賴義務（fiduciary duty）之違反，然民事責任之訴追，費時耗力，緩不濟急；公司法第 194 條的違法行為制止請求權，也可能陷於類似的困境。立法論上，也可以考慮採取本條第 6 項之行政罰鍰，但除非金額極高，否則恐有不痛不癢之譏。股東或許可能聲請定暫時狀態之假處分，但相對而言，公司也可能採取此一作法，且假處分的聲請可能淪於有資力繳交擔保金者的利器¹⁶⁴，對於提案股東並非有利。綜合考量後，基於法律後果的強化以收嚇阻之效，本文提出兩案，以拋磚引玉，作為思考的起點：

第一案、公司無正當理由，故意不將股東提案列入議案者，主管機關得依提案股東之申請，限期令公司將之列入議案。屆期仍未列入者，主管機關得依本法第 208 條之 1 規定，向法院聲請選任臨時管理人，代行該公司董事長及董事會職權。

按，臨時管理人的選任，在效果上即是剝奪現任經營者的經營權。以股東提案制度的違反，作為剝奪經營權的基礎，其要件當然應該有更嚴格的限制。首先，公司必須是「**無正當理由，故意**不將股東提案列入議案」。此一要件排除所有係屬過失或疏失的情形。詳言之，若公司董事會刻意地排除合法的股東提案，常意謂著此一股東提案在股東會中的討論或決議，將對現任經營者帶來相當的威脅，因此其決定濫用其控制董事會之優勢，恣意違法，此類經營者是否仍適於經營公司，不無可疑。再者，本案建議規定「**主管機關得**依提案股東之申請，限期……，**主管機關得**……，向法院聲請選任臨時管理人」。據此，主管機關有充分權限，衡量個案情形，若認此一「強制列入議案」及/或「剝奪經營權」之效果適當者，即可依法行政。此外，本案建議規定「**依本法第 208 條之 1 規定**，向法院聲請選任臨時管理人」，換言之，法院對於選任臨時管理人的聲請，也需考慮「董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞」的要件是否滿足。在諸此要件的限制下，「違反提案權規定而致經營權喪失」的情形，顯然並不容易發生，但對於實務上常見之經營權爭奪中，涉入之雙方或數方視法於無物，恣意妄為，而致侵害股東權益的情形，應能收嚇阻之效。

第二案、公司無正當理由，故意不將股東提案列入議案，且其違反情節重大者，提案股東得訴請法院裁判解任拒絕將提案列入之董事，不受公司法第 200 條之限制。

依本法第 200 條之規定：「董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，股東會未為決議將其解任時，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，於股東會後三十日內，訴請法院裁判之。」本案建議係基於「公司無正當理由，故意不將股東提案列入議案，且其違反情節重大」之情形，核其情節應屬「董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項」，因此援用本條之法律效果，並參考證券投資人及期貨交易人保護法

¹⁶⁴ 請參閱方嘉麟，從臺灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理中之定位，政大法學評論第 83 期，頁 114-116、131-135、142-144，2005 年 2 月。

第 10 條之 1 的規定，允許提案股東可以訴請裁判解任，不受本法第 200 條之「少數股東權」及「股東會未為決議將其解任」的限制。

二、公司法第一百七十七條之二之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第一百七十七條之二</u> 股東以書面或電子方式行使表決權者，其意思表示應於股東會開會二日前送達公司，意思表示有重複時，以最先送達者為準。但聲明撤銷前意思表示者，不在此限。</p> <p>股東以書面或電子方式行使表決權後，<u>仍得親自出席股東會，但非於股東會開會二日前，以與行使表決權相同之方式撤銷前項行使表決權之意思表示者，對於原議案之表決，仍應以書面或電子方式行使之表決權為準。</u></p> <p><u>前項出席股東，無論已否遵期撤銷，就該次股東會之臨時動議之提出或表決，不受前條第二項之限制。</u></p> <p>股東以書面或電子方式行使表決權，並以委託書委託代理人出席股東會者，以委託代理人出席行使之表決權為準。</p>	<p><u>第一百七十七條之二</u> 股東以書面或電子方式行使表決權者，其意思表示應於股東會開會二日前送達公司，意思表示有重複時，以最先送達者為準。但聲明撤銷前意思表示者，不在此限。</p> <p><u>股東以書面或電子方式行使表決權後，欲親自出席股東會者，應於股東會開會二日前，以與行使表決權相同之方式撤銷前項行使表決權之意思表示；逾期撤銷者，以書面或電子方式行使之表決權為準。</u></p> <p>股東以書面或電子方式行使表決權，並以委託書委託代理人出席股東會者，以委託代理人出席行使之表決權為準。</p>	<p>一、按，本法第一七七條之一第二項規定「以書面或電子方式行使表決權之股東，視為親自出席股東會。但就該次股東會之臨時動議及原議案之修正，視為棄權」。第一七七條之二第二項復規定在以書面或電子方式行使表決權後，「欲親自出席股東會者」，得於法定期限內撤銷其已依書面或電子方式行使之表決權。</p> <p>二、綜合上開規定，欲出席股東會者，若逾期撤銷其以書面或電子方式行使之表決權，究竟能否出席？對於股東會中原議案之修正及臨時動議能否參與表決？解釋上非無疑義。</p> <p>三、對於上述問題，主管機關雖採肯定見解（經濟部 101 年 2 月 24 日經商字第 10102404740 號函、101 年 5 月 3 日經商字第 10102414350 號函），惟考量文義解釋、體系解釋上之</p>

		爭議，應以修法明文規定較妥。
--	--	----------------

(二)、詳細說明

2005年6月22日修訂之公司法中增訂第177條之1及第177條之2，明文規範股東會以書面及電子方式行使表決權的情形，目的在鼓勵股東參與股東會之議決，強化股東行動主義。以書面及電子方式行使表決權的制度，本質上有兩個問題：一則，此類股東並未實際出席股東會，對於股東會現場產生之臨時性提案，即無法參與表決，此時其表決權之意向如何處理，即成問題；另則，股東行使表決權之方式趨於多元、複雜，其股務處理及出席數額、表決權數之計算，都需要更明確的處理方式及一定的作業時程，此時，「會議進行的程序需求」及「股東意思的真實表達」兩者之間，孰輕孰重，也會成為問題。

對於前一問題，公司法第177條之1第2項規定：「前項以書面或電子方式行使表決權之股東，視為親自出席股東會。但就該次股東會之臨時動議及原議案之修正，視為棄權。」

對於後一問題，公司法第177條之2在2011年6月29日修訂後，規定：「股東以書面或電子方式行使表決權者，其意思表示應於股東會開會二日前送達公司，意思表示有重複時，以最先送達者為準。但聲明撤銷前意思表示者，不在此限。（第一項）股東以書面或電子方式行使表決權後，欲親自出席股東會者，應於股東會開會二日前，以與行使表決權相同之方式撤銷前項行使表決權之意思表示；逾期撤銷者，以書面或電子方式行使之表決權為準。（第二項）股東以書面或電子方式行使表決權，並以委託書委託代理人出席股東會者，以委託代理人出席行使之表決權為準。（第三項）」依2005年、2011年兩次修法之過程可知，第一項由「五日前」改為「二日前」，主要係考慮外資透過保管銀行行使其權利時，其意思表示常無法在五日前送達，因此配合修改，以利制度運作。第二項則由「開會前一日」改為「開會二日前」，則是考慮股東在開會前夕撤銷，將造成股務作業處理時間緊迫，因此修法限縮股東變卦的時限。另依第三項規定，股東親自行使意思表示卻不如代理人行使之間接意思表示，理論上備受疵議¹⁶⁵，但之所以如此立法，考慮的也是「委託書徵求人徵得股數之計算」的實際運作需求。

在上述規定下，近年在實務運作上成為問題的是：已以書面或電子方式行使表決權之股東是否仍能出席股東會？條文既規定該等股東「視為親自出席」、「臨時動議及原議案之修正，視為棄權」，若「欲親自出席股東會者，應於股東會開會二日前，以與行使表決權相同之方式撤銷前項行使表決權之意思表示」，據此，似可能解為「已以書面或電子方式行使表決權不能出席股東會」！換言之，股東若未遵期撤銷其意思表示，或根本無意撤銷其意思表示，但無論基於何種理由，卻想親臨股東會現場時，即可能被阻於門外。

從文義解釋或條文間的體系解釋出發，上述否定答案似非全然無理，但從股東權的本質及股東行動主義強化的立法目的來看，此一否定答案顯然無法令人認

¹⁶⁵ 請參閱劉連煜，現代公司法，新學林，頁348-349，2011年9月增訂7版。

同。蓋書面或電子方式僅是股東行使其表決權的一種方式，但出席股東會則是股東的權利，表決權的行使並非股東會的全部，尤有甚者，以書面或電子方式行使表決權並無法針對臨時動議加以表達意見，此時股東若親自出席，允許其就臨時動議可以參與及表決，對於股東會的進行應不會產生技術面的重大困擾，應該沒有「因（股東會）程序需求而害（股東）真實表達」的必要。

實則，對於上述問題，經濟部在 101 年 2 月 24 日經商字第 10102404740 號函中已謂：「若股東已於股東會開會 2 日前，以電子方式行使表決權，且未撤銷意思表示者，股東會當日該股東仍可出席股東會，且可於股東會現場提出臨時動議（臨時動議仍應受公司法第 172 條第 5 項規範）。該股東就現場提出之臨時動議，得行使表決權。」另於 101 年 5 月 3 日經商字第 10102414350 號函中則進一步澄清：「上開所稱得提出臨時動議及得對臨時動議行使表決權，乃因臨時動議係開會時臨時提出，係該股東原已行使過表決權以外之議案，該股東事先並未行使過表決權，自可在現場行使表決權。又該股東既已於股東會開會前，以電子方式行使表決權，且未撤銷意思表示，則就原議案自不得提修正案亦不可再行使表決權」。上述見解也獲得學者肯定¹⁶⁶。惟考慮到股東會運作實務上，許多問題都與臨時動議之進行密切相關，上述函釋若未明文於公司法中，恐無法消弭未來爭議，司法實務上的認定也會產生困擾，本文因此建議修改第 177 條之 2 規定。

三、公司法股東代表訴訟：第二百一十四條、第二百一十四條之一及第二百一十五條之修正

（一）、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第二百一十四條</u> <u>繼續一年以上之股東，對於董事違反本法義務致公司受損之情形，得以書面載明理由，請求監察人為公司對董事提起訴訟。監察人自有前項之請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟。</u> <u>監察人自有第一項之請求日起三十日內不提起訴訟者，在受有第一項之股東或同項董事之請求</u></p>	<p><u>第二百一十四條</u> <u>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訟。</u> <u>監察人自有前項之請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟；股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保；如因敗訴，致公司受有損害，起</u></p>	<p>一、現行公司法對於提訴股東資格，要求須持股百分之三以及持股達一年以上者，始具有原告適格。其目的係在防止股東濫訴，影響公司正常經營。惟我國引進股東代表訴訟制度後，歷來因成效不彰，兩度修法降低持股比例，至今仍無顯著改善跡象。參考美日等國均未對於提</p>

¹⁶⁶ 請參閱林國全，以電子方式行使表決權後親自出席股東會股東之表決權，台灣本土法學雜誌，200 期，頁 155-158，2012 年 5 月。

<p>時，應以書面敘明不提起訴訟之理由，立即通知提出請求之股東或董事。</p> <p><u>甲案</u> 第二項之訴訟，其訴訟標的價額之算定，視為非財產權之請求。</p> <p><u>乙案</u> 第二項之訴訟，其訴訟標的價額之算定，如有超過民事訴訟法第七十七條之十二價額者，超過部分不予徵收裁判費。</p> <p>第一項之股東提起訴訟時，法院得因被告申請，命起訴股東提供相當之擔保。但以被告向法院釋明股東提訴係屬惡意者為限。</p>	<p>訴之股東，對於公司負賠償之責。</p>	<p>訴股東之持股比例課予任何限制，並考量投保法排除投保中心適用持股要件之規定（投保法第十條之一），不宜針對特定股東作特殊處理，故建議刪除股東持股比例要件。</p> <p>二、現行公司法之股東代表訴訟適用範圍，是否涵蓋公司對董事得主張之各種民事請求權？單從條文文義言，似可涵蓋公司對董事得主張之所有民事請求權，例如董事非基於董事地位而與公司進行交易所生之債務。但從股份有限公司係以企業所有與企業經營分離為前提所做之設計，股東對董事之監督，應限於董事基於董事地位在執行業務時是否有違法行為之情形較為合理。因此，倘若將董事與公司交易所生債務之責任或其他非基於董事地位與公司所生之民事紛爭等全數納入股東代表訴訟範圍內，似有過度限制或妨害董事進行經營判斷之虞，故建議明文規定提訴範圍限縮在董事違反本法而對公司負損害賠償責任之情形。</p> <p>三、現行法下，股東以書</p>
---	------------------------	--

		<p>面請求監察人為公司對董事提起訴訟時，並未要求書面應記載事項。為降低股東濫訴之可能性以及使監察人確實瞭解股東請求內容，故建議股東所提書面應記明理由。</p> <p>四、第三項新增條文。按同條第二項規定，監察人受有股東書面請求日起三十日內未提起訴訟時，系爭股東得為公司提起訴訟。惟股東無法得知監察人不提訴之理由，究竟係因股東請求顯屬無據，抑或雖有理由但在利益權衡下認為不提訴對公司較為有利，可能導致股東貿然為公司提起訴訟。參照日本公司法中「不提訴理由之通知」制度（日本公司法第四百四十七條第四項），規定公司依系爭股東或擬被訴董事之請求，應以書面通知不提訴理由，將有助於潛在之原被告瞭解監察人不提訴理由，進而讓潛在原告股東決定提訴與否，並可作為未來訴訟程序中之相關證據，故建議明文規定監察人負有此等義務。</p> <p>五、第四項新增條文。檢討股東代表訴訟制</p>
--	--	---

		<p>度成效不彰之原因，股東須負擔沉重裁判費係其中之一，尤其在董事對公司所負之損賠金額愈高，裁判費亦隨之增加。學說向來均主張應進行修法，減輕原告股東之負擔。而其可能之方案如下：</p> <p>《甲案》</p> <p>有學者建議可參考日本公司法第四百七條第六項之規定，對於股東代表訴訟之訴訟標的價額算定，視為非財產權上之請求。惟此等將裁判費定額化之修法，必然將提高潛在原告股東提訴之動機，但從程序法觀點言，將股東代表訴訟與一般財產權訴訟之裁判費作不同處置，其立論基礎似乎尚有待檢討。</p> <p>《乙案》</p> <p>考量股東代表訴訟與一般財產權訴訟之裁判費徵收不宜作過度區分，另一個可能之選項，係以民事訴訟法第七十七條之十二所定之價額作為徵收裁判費之上限。</p> <p>六、第五項修正原條文預供擔保制度。現行法下，被告董事向法院申請命原告股東提供擔保時，並未要求被告董事須向法院釋明原因。將有可能發生讓提訴顯為有理之原告股東，因無法提供擔保，而被法院駁回其訴。對此</p>
--	--	---

		<p>問題，建議可參照日本公司法第四百十七條第七項、第八項規定，法院因被告申請並釋明原告股東起訴係屬惡意者，始得命原告股東提供相當之擔保。</p>
<p><u>第二百一十四條之一</u> <u>提起前條第二項訴訟之股東，應於起訴後立即對公司為訴訟告知。</u> <u>公司在受有前項訴訟告知時，應立即公告該意旨，並通知其他股東。但公開發行公司得以公告代之。</u> <u>公司在前條第二項訴訟程序中，得為輔助被告董事之訴訟參加。但須取得全體監察人之同意。</u></p>	<p>(新增)</p>	<p>一、本條為新增條文。 二、現行法對於原告股東提起訴訟後，公司及其他利害關係人在訴訟程序上應如何受到保障之問題，並未有所規範。訴訟法學者認為民事訴訟法設有法院職權告知制度，足以適度解決此等問題。惟法院是否行使該職權、行使職權之時點等，均仰賴法院之裁量，對於股東代表訴訟此種涉及眾多利害關係人之法人團體紛爭類型言，此等制度是否足以保障原告股東以外之利害關係人之程序權，實值得檢討。 三、為確實保障原告股東以外之利害關係人的程序權，參考日本公司法中直接課予原告股東應於起訴後立即對公司進行訴訟告知之義務，而公司受原告股東訴訟告知者，公司負有義務立即對股東進行公告及個別通知(日本公司法第</p>

		<p>八百四十九條第三項、第四項)。透過此等方式，不僅可以保障公司或其他股東之程序權，且可避免重複起訴之問題。故建議新增股東於起訴後應立即通知公司，以及公司受有通知後應立即公告該意旨，並通知股東之規定。惟為避免公開發行公司為個別通知時負擔過高成本，故於但書規範公開發行公司得以公告代之。</p> <p>四、有鑑於股東代表訴訟之訴訟標的為公司對董事之損害賠償請求權，公司為訴訟標的處分權人，公司理應對原告股東一造為訴訟參加。但當公司確信原告股東之提訴顯屬不當，將使董事經營態度轉為消極等，公司確有聲請為被告董事一造之訴訟參加之需求。而參考日本公司法第八百四十九條第一項、第二項規定，公司得在取得監察人之同意下，為被告董事之輔助參加。故建議本條第三項允許公司聲請為被告董事之輔助參加，但須經過全體監察人同意始得為之。</p>
<p><u>第二百一十五條</u> 提起第二百一十四條第</p>	<p><u>第二百一十五條</u> 提起前條第二項訴訟所</p>	<p>一、有鑑於現行法對於原告股東與被告董</p>

<p><u>二項訴訟之股東獲得勝訴確定判決時，因此訴訟所生之必要費用，得請求公司給付之。</u></p> <p><u>提起第二百一十四條第二項訴訟之股東獲得敗訴確定判決時，除股東起訴係屬惡意者外，股東對公司因此訴訟所受損害不負賠償責任。</u></p>	<p><u>依據之事實，顯屬虛構，經終局判決確定時，提起此項訴訟之股東，對於被訴之董事，因此訴訟所受之損害，負賠償責任。</u></p> <p><u>提起前條第二項訴訟所依據之事實，顯屬實在，經終局判決確定時，被訴之董事，對於起訴之股東，因此訴訟所受之損害，負賠償責任。</u></p>	<p>事因訴訟結果所生費用之負擔或損賠償責任之規範不合理，過度偏重原告股東敗訴時，彼等對公司及被告應負之損賠償責任，嚴重影響潛在原告股東提訴之意願，故有必要重新檢討訴訟費用之合理配置。</p> <p>二、首先對於原告股東獲得勝訴判決之情形，參照民法無因管理之相關規定，其訴訟上所支出之必要費用，包含合理範圍內之律師費，股東得請求公司在相當範圍內負擔之。</p> <p>三、其次，在原告股東獲得敗訴確定判決時，現行法要求原告股東必須對公司因此訴訟所生損害負賠償責任。現行法之規定，將完全抹煞原告股東提訴之意願。故建議在此情形下，除原告股東有濫訴之情形外，原告股東無須對公司因此訴訟所生損害負賠償責任始為妥適。</p>
--	---	---

(二)、詳細內容

我國公司法引進股東代表訴訟制度已久，期間因成效不彰，曾數度修法鬆綁提訴股東持股要件，惟時至今日仍未見成效。究其原因，無非在於現行制度設計中缺乏股東提訴之誘因。按我國現行股東代表訴訟制度之規定，「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訟。監察人自有前項之請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟；股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供

相當之擔保；如因敗訴，致公司受有損害，起訴之股東，對於公司負賠償之責」（公司法第 214 條），「提起前條第二項訴訟所依據之事實，顯屬虛構，經終局判決確定時，提起此項訴訟之股東，對於被訴之董事，因此訴訟所受之損害，負賠償責任。提起前條第二項訴訟所依據之事實，顯屬實在，經終局判決確定時，被訴之董事，對於起訴之股東，因此訴訟所受之損害，負賠償責任」（公司法第 215 條）。由此等規定可知，符合資格之少數股東如要為公司對董事提起訴訟，程序上需先以書面請求監察人為公司對董事提訴，在監察人受有此等書面請求日起三十日內未提起訴訟者，少數股東始得為公司對董事提起訴訟，而一旦進入到訴訟程序後，少數股東首將面臨沉重之經濟負擔，例如：訴訟費用、法院因被告董事申請命起訴股東提供相當擔保、如因敗訴致公司受損時之賠償責任、如提訴所據事實為虛構者對被訴董事所生損害負賠償責任等，除了沈重的經濟負擔外，在資訊不對稱之情況下，少數股東之蒐證能力顯然處於劣勢，無法積極有效地證明被告董事之不法行為。舉此，在現行法之架構下，很難期待股東為公司提起如此吃力不討好之訴訟。

為了改善股東代表訴訟制度所處之窘境，促使該制度在公司治理中發揮一定效益，建議現行法作如下之修正。

1. 提訴股東之資格

對於股東代表訴訟制度成效不彰之原因，我國學者常指摘者莫過於現行法對股東持股要件及繼續期間課予過多限制，當然課予此等限制之目的無非是要避免股東濫訴影響公司之正常經營。惟以持股多寡作為防止股東濫訴之方式，是否有其合理性係值得探究。

回顧我國公司法中股東代表訴訟制度之沿革可知，1966 年公司法修正時確立了現行法之雛形，當時對於股東持股要件及繼續期間之規定，係以繼續一年以上持有已發行股份總數百分之十之股東作為原告股東適格要件；嗣後，因該制度所能發揮之功能成效不彰，乃歷經 1983 年及 2001 年公司法修法，分別將持股要件改為百分之五及百分之三，惟時至今日仍未見改善。事實上，回溯 1966 年公司法修法前之規定到 1966 年公司法修法時行政院所提修法草案，可以窺探出立法者曾試圖將股東代表訴訟制度從少數股東權轉型為單獨股東權，即從股東得直接代表公司訴追董事責任之少數股東權，透過鬆綁股東持股要件及增設起訴前之程序要件後，將該制度轉型為任何股東需事先向監察人提出書面請求而監察人未提起訴訟者，系爭股東始得代表公司起訴之單獨股東權¹⁶⁷。

申言之，1966 年公司法修法前第 198 條規定，「有股份總數十分之一以上之股東，得為公司對董事提起訴訟。前項情形，法院因監察人之聲請，得命起訴之股東提供相當之擔保。如因敗訴致公司受損害時，起訴之股東對於公司負賠償之責」，亦即符合要件之股東無須徵詢公司內部任何機關之意見，即可逕自代表公司對董事起訴，探求該規定前身即 1929 年公司法之立法背景，是在注重小股東利益之保護及限制大股東之權力的旗幟下賦予少數股東此等權力。另一方面，在 1966 年公司法修正時行政院所提草案中，對於原告股東適格部分，只要持股

¹⁶⁷ 立法院公報，第 54 卷第 35 期 18 冊，頁 48，1965 年。

繼續期間一年以上之股東即可，並未對於持股多寡作任何限制，而在程序上股東則需先向監察人提出書面請求而待監察人未提訴時，股東始得代表公司起訴，不僅如此，草案中甚至規定在對公司致生不能回復之損害賠償時，股東可以免向監察人提出書面請求而直接代表公司起訴，即所謂緊急處分之規定，惟在送交立法院審查會後，審查會基於公司安定性，乃改課予股東持股要件，並刪除緊急處分增訂條文之部分。從上述立法過程可知，立法者純粹是考量到公司安定性，始未採取單獨股東權之立法選項，惟此點考量似乎可以透過其他方式，例如設計一套降低股東濫訴發生之機制，而非單純限制提訴股東之資格。

再者，2009 年證券投資人及期貨交易人保護法（以下簡稱投保法）修法，賦予投資人保護機構提起代表訴訟之權限，免除該機構適用公司法對股東持股要件及繼續期間之規定（投保法第 10 條之 1），而其適用對象僅限於上市上櫃公司。在該次修法之立法理由中，立法者即提及現行公司法對於股東代表訴訟權之規定，對公司董事或監察人具有一定監督之功能，惟其規定門檻過高，而在參考日本商法第 267 條及美國法精神就股東代位訴訟權並無持股比例，為發揮保護機構之股東代表訴訟功能，以保障投資人權益，乃增訂該規定¹⁶⁸。暫且不論投保中心提起股東代表訴訟之法律性質為何，但在法制度設計上，既然可以免除投保中心之持股要件，為何其他股東就無法享有同等權力？吾人認為與其限制股東持股要件來抑制濫訴，還不如刪除此等限制，而透過其他機制來防範股東濫訴之問題。

2. 股東代表訴訟所得訴追之董事責任範圍

我國公司法對於股東代表訴訟所得訴追之董事責任範圍，單從條文「．．．股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。」文義言，凡是公司對董事之訴訟，無論是否為損害賠償訴訟或損害賠償以外之訴訟，甚至於刑事訴訟，股東均得適用該制度，惟如此之文義解釋是否符合制度原意，值得吾人深思。

回顧 1966 年公司法修正當時，立法院審查會階段曾將公司法第 214 條第 1 項得訴追董事責任範圍，限縮在「得對董事對公司賠償損害之訴訟」，其目的是在避免無謂之訴訟造成公司不勝其擾，但對於這樣之修正內容，卻有立法委員表示行政院原案及當時公司法條文只規定對董事提起訴訟，未限制只能提起民事訴訟，例如董事有詐欺嫌疑時則屬於刑事問題，而民事也不完全是損害賠償，以致於讓條文維持現狀¹⁶⁹。惟從立法過程可知，立法者對該制度之期待甚高，只要是公司對董事得主張之任何民事請求權，或公司因董事犯罪行為受害而提起自訴之情形，少數股東均得透過該制度來確保公司權益。的確，從公司怠於向董事提起訴訟之觀點言，無論是民事訴訟或刑事訴訟之提起，股東代表訴訟制度似乎可以彌補公司怠於提訴所可能造成之公司損害，但是，就刑事訴追部分，少數股東原本即可透過告發方式揭發被告董事之犯罪行為；相較於此，民事訴追才有設置該制度之意義，問題是：公司對董事得主張之所有民事請求，是否均為該制度之適用範圍？

學說上對此議題，或因司法實務對該制度之使用寥寥可數而未受到關注，有學者認為該制度是在董事違反其對公司應負善良管理人注意義務或忠實義務而

¹⁶⁸ 立法院公報，第 98 卷第 24 期，頁 188，2008 年 5 月。

¹⁶⁹ 立法院公報，第 54 卷第 35 期 18 冊，頁 50-66，1965 年。

對公司負有損害賠償責任時，公司怠於訴追董事責任，而有必要仰賴少數股東之參與，確保董事責任獲得訴追¹⁷⁰；相反地，有學者認為凡是公司對董事基於任何原因所生之請求權（如借貸），均包含在內¹⁷¹。對此，吾人認為該制度之適用範圍攸關該制度在公司治理中所能扮演之角色，以及公司內部機關間之權限劃分，故有必要透過立法方式加以明確化。而日本法對此議題之發展已有數十年，或可供我國立法之參考。

日本法上，學說對此議題主要有兩種不同見解。通說認為股東代表訴訟制度設計係以公司可能怠於提訴為出發點，此可能性自應涵蓋董事對公司所負一切債務在內，在此，包含了董事與公司從事交易所生債務，甚至於董事基於第三人地位對公司負有侵權行為責任等，即所謂全部債務說¹⁷²；相對於此，部分學者則認為該制度之適用應限縮在公司法所規定之董事責任範圍內，其理由在於，第一，日本引進股東代表訴訟制度時，將該制度設計成單獨股東權，而對於免除董事責任之情形，則要求全體股東同意，第二，公司對於股東代表訴訟之提起並無任何裁量權，從公司合理經營之觀點，將董事對公司所負一切債務作為股東代表訴訟之對象並不恰當，而應有所限縮，此等主張一般稱為債務限定說¹⁷³。

在學說見解分歧下，日本法院則採取較為折衷之立場。在一則 2009 年最高法院判決中，法院首先重申股東代表訴訟制度之旨趣，亦即，當董事對公司應負責任時，鑑於董事相互間之特殊關係，公司可能不會對董事進行責任之訴追，因此為了保護公司及股東利益，當公司不提訴追究董事責任時，股東即得提起此等訴訟，除此之外，判決中以日本商法 266 條 1 項 3 款規定（日本現行公司法已刪除此規定）為例，說明股東代表訴訟制度之適用對象，應包含董事與公司交易所生債務，即依此規定，董事代表公司借貸金錢予其他董事，而公司未獲清償時，代表公司之董事應對公司負連帶賠償責任，倘若股東代表訴訟之對象僅限於董事基於其地位所生之責任，僅有代表公司董事之責任成為股東代表訴訟之適用對象，而原本應負較重責任之受有金錢借貸的董事，卻因為其與公司交易所生債務之責任，不屬於股東代表訴訟之適用對象，造成制度利用上之失衡現象。基於此等理由，公司怠於追究董事責任之情形，不應限縮在公司追究董事基於其董事地位所生責任之情形，亦應包含董事對公司交易所生債務之責任在內¹⁷⁴。換言之，日本最高法院認為公司基於公司本身所有權而對董事之請求，或者是公司對董事基於侵權行為之請求，均非股東代表訴訟之適用範圍。問題是，何謂董事與公司交易所生債務，其所指射之範圍亦不明確，吾人推測，法院之所有採取此等見解，因係考量到當時日本商法對於公司貸與董事資金之情形，要求其他董事與系爭董事負連帶賠償責任之規定，而現行日本公司法既已刪除此等規定，以此作為立論基礎之法院見解，似乎較難令人信服。

¹⁷⁰ 劉連煜，現代公司法，增訂 7 版，頁 445，新學林，2011 年 9 月。

¹⁷¹ 柯菊，股份有限公司股東之代表訴訟，收錄於商事法論文選輯（上），頁 102，1984 年 7 月。

¹⁷² 鈴木竹雄＝竹內昭夫，会社法第 3 版，頁 300，有斐閣，1994 年；前田庸，会社法入門第 12 版，頁 439 以下，有斐閣，2009 年。

¹⁷³ 北沢正啓，会社法第 6 版，頁 447 以下，青林書院，2001 年；江頭憲治郎，株式會社法第 4 版，頁 458 註 2，有斐閣，2011 年。

¹⁷⁴ 最高裁判所平成 21 年 3 月 10 日第三小法庭判決，最高裁判所民事判例集，第 63 卷第 3 號，頁 361 以下，2009 年。

從日本法之經驗可知，其學說間產生分歧之原因，完全是對該制度之出發點不同，全部債務說是從公司怠於對董事提訴之角度界定適用範圍，而限定債務說則是從確保公司經營健全性之角度加以界定。鑑於我國公司法與日本法相似，公司對於股東提訴本身並不具有任何裁量權，法院無法據此判斷是否准許股東對董事提起訴訟，在此前提下，倘若將董事與公司交易所生債務之責任全數納入股東代表訴訟之範圍內，似有可能嚴重影響或限縮公司之經營判斷，故建議在未來修法時，應將提訴範圍限縮在董事基於其董事地位所生債務之責任。

3. 裁判費之徵收方式

我國現行股東代表訴訟制度使用頻率低落之主要原因之一，係潛在原告股東就董事對公司所負損賠金額愈高，該股東需繳納之訴訟費用亦愈高。按民事訴訟法第 77 條之 13 規定可知，裁判費係以訴訟標之金額進行計算，金額愈高者所需繳納之裁判費愈高，當公司因董事違法行為所受損害愈大時，原告股東所需繳納之裁判費亦愈高，其結果自然抹煞潛在原告股東提訴意願，特別是當董事對公司造成重大損害之情形。我國學者對此問題向來多有主張應進行修法，有學者建議可參考日本公司法之規定，針對股東代表訴訟之訴訟標的金額算定，視為非財產權上之請求，而以一定價額作為裁判費（日本公司法第 847 條第 6 項、日本民事訴訟費用等規定第 4 條第 2 項；目前是日幣一萬三千圓）¹⁷⁵。而日本從 1993 年以立法方式將股東代表訴訟之訴訟費用定額化後，大幅提升了該制度之使用率，反而促使日本公司法針對如何減輕董事責任問題進行細緻化之規範。除了日本法可做為參考外，現行投保法中對於投保中心提起股東代表訴訟之情形，設有暫免繳及免徵收裁判費之特別規定（投保法第 10 條之 1 第 3 項、第 35 條），即投保中心提起訴訟時，其訴訟標的金額超過新臺幣三千萬元者，超過部分暫免繳裁判費，而他造當事人提起上訴勝訴確定者，預繳之裁判費扣除由其負擔之費用後發還之；而第一審法院在事件確定後，對於暫免繳裁判費之部分，依職權裁定向負擔訴訟費用之一造徵收之，但就投保中心應負擔訴訟標的金額超過新臺幣三千萬元部分之裁判費，免予徵收。

無論是日本公司法之立法模式或現行投保法之規定，從實體法觀點言，採取裁判費定額化或暫免徵、免徵收裁判費等方式，確實可以即刻提高股東利用該制度之誘因，但是從程序法觀點言，究竟應基於何等立論基礎來說明該制度之裁判費必須進行特別處置的必要性。事實上，從投保法中暫免繳或免徵收裁判費之相關規定可知，其原本之適用對象僅限於投保中心提起團體訴訟之情形（投保法第 28 條），而此等團體訴訟均帶有濃厚之公益性質，同樣地，民事訴訟法中針對特定訴訟類型設有類似規定（民事訴訟法第 77 條之 22），其不外乎因公害、交通事故、商品瑕疵等而有共同利益之多數人選定一人或數人起訴（同法第 44 條之 2），或者是公益法人起訴之情形（同法 44 條之 3），亦均具有高度公益性質。由此可知，此等暫免徵裁判費之立法例，主要是著重在事件本身帶有濃厚公益性質。而在股東代表訴訟中，原告股東一旦獲得勝訴判決，真正獲取利益者是以營利為目的之公司本身，此等訴訟類型實難與上述團體訴訟或公益訴訟劃歸同一類

¹⁷⁵ 劉連煜，參前揭註 170，頁 445。

型，進而在裁判費之徵收上作同等處理。惟有學者認為，如此之立法結果是在凸顯我國公司法股東代表訴訟制度著重在股東濫權之設計¹⁷⁶。

除了日本公司法中裁判費定額化或我國投保法暫免徵裁判費之規定外，另一個可能之選項，係以民事訴訟法第 77 條之 12 所定之價額作為徵收裁判費之上限即新臺幣一百六十五萬元¹⁷⁷。按現行民事訴訟法對於因財產權而起訴者，其訴訟標的之價額核定，以起訴時之交易價額為準，如不能核定者，以民事訴訟法第 466 條所定不得上訴第三審之最高利益額數加十分之一定之（民事訴訟法第 77 條之 1 第 2 項、第 77 條之 12），而所謂訴訟標的之價額不能核定，係指因財產權起訴，其標的價額不能按金錢估計，或不能依其他受益情形而為核定者¹⁷⁸。而股東代表訴訟下，即便被告董事對公司所負損害賠償金額係可估算者，但事實上對於原告股東而言，其最終所受利益實難以核定，或可借用上述民事訴訟法之規定作為徵收股東代表訴訟裁判費之上限。

從日本法之發展經驗可知，降低潛在原告股東提訴時須負擔之裁判費用，係活化股東代表訴訟制度之有效方式，故建議我國未來得採取同樣之立法方向，而在具體修法內容上，則有甲案及乙案提供參考。甲案係採取日本之立法模式，將股東代表訴訟視為非財產權之請求，亦即將裁判費用定額化，此等立法模式最能活化該制度之利用，但對於此等訴訟類型進行裁判費用之特別處置一事，卻無法給予合理之立論基礎，是其缺點；乙案則是參考現行民事訴訟法中對於因財產權起訴，但無法核定其訴訟標的價額之情形，有關其裁判費徵收方式之規定，作為股東代表訴訟裁判費之徵收上限，有限度地減輕股東經濟負擔。

4. 預供擔保制度之嚴格化

在現行公司法下，法院得因被告董事之申請，命起訴股東提供相當之擔保（公司法第 214 條第 2 項後段），該規定無非是提供被告董事防禦原告股東濫訴之一種手段，惟在現行法下並未要求被告董事向法院釋明原因，只要被告董事向法院申請，法院即得命原告股東提供擔保，倘若原告股東係屬有正當理由提訴之情形，將有可能在無法提供擔保之情形下，被法院以裁定駁回其訴（民事訴訟法第 101 條）。對此問題，學者建議可以仿造日本公司法規定（日本公司法第 847 條第 7 項、第 8 項），法院因被告申請並釋明原告起訴係惡意者，始得命原告股東提供相當之擔保¹⁷⁹。吾人亦贊同並建議以立法方式明確課予被告董事釋明義務，而被告董事之釋明內容應以原告股東提訴係屬惡意之情形為主，法院亦應在被告董事釋明清楚後始得命原告股東提供擔保。

5. 強化蒐集證據之途徑

¹⁷⁶ 廖大穎，企業經營與董事責任之追究—檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，經社法制論叢，第 37 期，頁 122-124，2006 年 1 月。

¹⁷⁷ 除了透過立法方式減輕原告股東裁判費之負擔外，現行民事訴訟法設有訴訟救助制度（民事訴訟法第 107 條以下），如法院能善用此等制度來減輕原告股東裁判費之負擔，惟其繫於法院裁量權之行使，缺乏法之可預測性，無法完全拭去潛在原告股東之疑慮。

¹⁷⁸ 最高法院 94 年度台抗字第 614 號裁定。

¹⁷⁹ 劉連煜，參前揭註 170，頁 454。

股東利用股東代表訴訟制度意願低落之原因，除了上述經濟因素之考量外，更重要的關鍵應該是在股東較難取得證明董事責任之訴訟資料。蓋被告董事從事不法行為之事證大多掌握在公司內部，股東僅能透過章程簿冊之查閱權（公司法第 210 條第 2 項）、董事會造具會計表冊與監察人報告書之查閱權（同法第 229 條）或聲明法院選派檢查人檢查公司業務狀況（同法第 245 條）等極為有限之方式，取得相關訴訟資料；現行民事訴訟法雖設有法院命令相關當事人提出文書及證據保全之規定（民事訴訟法第 342 條、第 346 條、第 368 條以下），惟此等規定完全繫於法院裁量權之行使，當事人始有義務在訴訟程序上提出相關事證。為使股東代表訴訟確實發揮監督董事有無從事違法業務執行行為，另一方面避免股東進行無謂之提訴，在制度設計上應盡可能讓相關當事人於整個程序中，各自具體表明其請求內容或釐清董事責任之有無。

首先在潛在原告股東以書面方式請求監察人為公司對董事提起訴訟之階段，系爭股東必須於書面上具體載明被告董事從事何等違法行為，而之所以課予股東此等義務之目的，除了可以減少股東濫訴之情形發生，即便股東濫訴，法院在被告董事申請原告股東預供擔保時，將有助於法院做出不利於原告股東之命令，另一方面透過此等具體事實之記載，讓監察人初步判斷是否有為公司對董事提訴之必要性。至於股東究竟應在書面記載哪些事項始符合要件？日本法之規範可供參考，即原告應載明成為被告之董事，以及請求旨趣及特定請求所必要之事實（日本公司法施行規則第 217 條第 1 款、第 2 款），而在解釋上，此等書面記載並非要求股東須將請求原因事實詳實記載，只要讓公司能判斷究竟是根據何等事實、針對何等事項追究董事責任的程度即可¹⁸⁰。雖然在現行法下，透過解釋論亦可達成相同之目的，但為避免股東因未具體載明請求內容，造成股東及公司無謂之困擾，故建議透過修法方式要求股東向監察人所提之書面中應載明具體之請求內容。

在現行法下，監察人受有股東書面請求後三十日內不提起訴訟者，股東自得為公司提起訴訟，惟在此階段似可要求監察人說明為何決定不為公司對董事提起訴訟之理由，讓股東藉以判斷是否為公司提起訴訟，甚至在原告股東提起訴訟後，此等資訊亦可作為法院在審理案件時之重要依據。事實上在 1966 年公司法修法時，即有立法委員提出此等構想，惟最終未被採納¹⁸¹。而日本公司法在 2005 年制訂公司法時，亦引進了「不提訴理由之通知」制度（日本公司法第 847 條第 4 項），可供我國修法時之參考。按股東在向公司以書面請求對董事提起訴訟，而公司自有該書面請求日起六十日以內不提起訴訟者，公司在受有系爭股東或擬被訴追董事之請求時，須對該請求者以書面方式通知不提訴理由，而該書面中應記載（1）公司進行調查之內容，（2）擬被訴追董事責任有無之判斷及理由，（3）如公司判斷擬被訴追董事確實有責任，而公司卻決定不提起訴訟時，其理由何在等事項（日本公司法施行細則第 218 條）。

¹⁸⁰ 江頭憲治郎，參前揭註 173，頁 461 註 4。

¹⁸¹ 吳立法委員延環在修法當時即提議監察人在收到股東書面請求時，如不起訴，應可要求監察人說明不提起訴訟之理由，因一般股東不瞭解公司業務，而監察人瞭解之，如監察人認為董事會辦得對，不妨由監察人加以說明為何不應提起訴訟之原因。立法院公報，第 54 卷第 35 期 18 冊，頁 48，1965 年。

吾人建議在我國法中亦可課予監察人在受有系爭股東或擬被訴追董事之請求時，應以書面通知其不起訴之理由，除可提供系爭股東作為是否為公司對董事進行訴追之判斷依憑，亦可作為法院審理時之主要事證。

6. 原告股東以外利害關係人之程序權保障

在現行公司法下，原告股東為公司向被告董事提起訴訟後，並未處理原告股東以外利害關係人在訴訟程序上該如何受保障之問題，而訴訟法學者認為現行民事訴訟法中法院職權告知制度（民事訴訟法第 67 條之 1），即足以解決此等問題¹⁸²。惟法院是否行使該職權？以及行使該職權時，其方法係以個別通知或以透過公告為之，甚至於行使該職權之時點，應在第一審乃至於第二審言詞辯論終結前的哪一個時點，完全仰賴法院之裁量，對於股東代表訴訟此種涉及到眾多利害關係人之法人團體紛爭類型而言，此等制度設計是否足以保障原告股東以外利害關係人之程序權，實值檢討。

日本法之制度設計值得參考，即日本公司法中直接課予原告股東起訴後應立即對公司進行訴訟告知之義務（日本公司法第 849 條第 3 項），且無論是公司自行提起訴訟之情形或公司受原告股東訴訟告知之情形，公司負有義務立即對股東進行公告及個別通知（同條第 4 項），如此一來，公司及原告股東以外之股東成為共同訴訟人，得為參加訴訟輔助當事人之一方（同條第 1 項本文）。此種制度設計除了可以免除法院未適時進行職權告知後所衍生之利害關係人程序權保障不周的可能性外，更重要的是可避免重複起訴之問題，達到紛爭一次解決之目的。反觀我國公司法並未規定原告股東起訴後禁止公司或其他符合法定要件之股東的訴權行使，在解釋上彼等仍享有訴訟實施權，進而有重複起訴之潛在可能性。對此問題，訴訟法學者認為倘若公司或股東已受訴訟告知或法院職權通知，則彼等所提起之訴訟則有重複起訴禁止之適用，相反地，如彼等不知前訴訟之訴訟繫屬而提起後訴訟，自可以合併辯論、合併裁判解決之，甚至在不同法院起訴時，可類推適用民事訴訟法第 572 條第 2 項規定加以解決¹⁸³。不可否認的是，法院適當運用民事訴訟法之相關規定，似乎某程度上可以解決上述各種可能發生之問題，但從法明確性言，倘若能參考日本公司法規定，在訴訟前階段即確保包含公司在內之所有公司利害關係人均有參加訴訟程序之機會，即能落實彼等之程序保障權，亦能符合股東代表訴訟此種法定訴訟擔當，讓確定判決效力及於公司及其他股東（民事訴訟法第 401 條第 2 項），達到紛爭解決統一性之目的。故建議明文課予原告股東及公司各自對公司及原告股東以外之股東進行訴訟告知之義務。

除此之外，股東代表訴訟中另一個涉及到公司程序權保障的問題是，公司得否成為被告董事之輔助參加人。按股東代表訴訟中原告股東係以法定訴訟擔當人之地位行使其訴權，公司或其他股東於該訴訟繫屬中可透過訴訟參加之方式，受到程序保障；而公司或其他股東之所以得為訴訟參加，係因彼等對訴訟結果有利害關係（參照民事訴訟法第 58 條第 1 項），亦即訴訟標的既然是公司對被告董

¹⁸² 股東代表訴訟程序上股東的地位—民事訴訟法研究會第一百零九次研討紀錄一，法學叢刊，第 222 期，頁 242-243，2011 年 4 月（陳鵬光教授發言；邱聯恭教授書面意見）。

¹⁸³ 股東代表訴訟程序上股東的地位—民事訴訟法研究會第一百零九次研討紀錄一，法學叢刊，第 222 期，頁 244，2011 年 4 月（許士宦教授發言）。

事之損害賠償請求權，公司為訴訟標的處分權人，公司或其他股東理應對原告股東一造為訴訟參加，且其輔助行為不得與原告股東相牴觸（參照民事訴訟法第 61 條但書）。不過，當公司確信原告股東之提訴顯屬不當，將使董事對公司經營一事之態度轉趨消極，也將可能導致以系爭行為為前提之業務執行行為受阻；或者是被告董事對公司確實負有損賠責任，而公司在衡量追究董事責任之費用大於成功時可獲利益時，認為被告董事勝訴反對公司有利；或者是公司基於政策考量，認為提起訴訟將無形中損害到公司，放棄追究董事責任反有助於公司追求長期利益等情形下，公司確實有聲請為被告董事一造之訴訟參加的需求¹⁸⁴。對此，在現行法下，無論從實體法或程序法之角度言，似乎都不應該承認公司為被告董事之輔助參加。

惟從現行股東代表訴訟制度之設計來看，股東在向監察人提出書面請求後三十日內，監察人未提起訴訟時，股東即得自行為公司提起訴訟，公司在此過程中對於股東之請求乃至於起訴是否合理均無裁量權。在此前提下，縱使原告股東之起訴顯屬濫訴之情形，公司除了選擇保持緘默外，僅能為原告股東一造之訴訟參加，並不得為與原告股東相牴觸之訴訟行為，此等結果實不符合制度原意。日本法對此議題之發展，值得參考。日本最高法院在 2001 年一則裁定中，正面肯認公司為被告董事輔助參加之聲請¹⁸⁵，而在 2005 年公司法制定時，即將之明文化，並在程序上要求必須經過公司內部機關之同意始得為之（日本公司法第 849 條第 1 項、第 2 項）。吾人認為，在現行制度設計下，或應立法明確容許公司得為被告董事一造之訴訟參加，而在程序上應要求事先經過公司內部機關之同意後始得為之，以求慎重。

7. 訴訟費用之合理配置

現行公司法對於股東代表訴訟中，原告股東與被告董事因訴訟結果所生之費用負擔或損賠責任之規範並不合理，其偏重於原告股東敗訴時，彼等對公司及被告董事所應負之損賠責任（公司法第 214 條第 2 項、第 215 條第 1 項），此等規範方式等同間接影響潛在原告股東之提訴意願。按照訴訟費用，由敗訴之當事人負擔之原則（民事訴訟法第 78 條），當原告股東勝訴時，被告董事應負擔包含裁判費在內之訴訟費用，但對於訴訟費用以外之費用以及原告股東委任律師之酬金部分，究竟應由原告股東或公司負擔？抑或由原告股東對被告董事主張因此訴訟所受損害，而請求被告董事負損賠責任（公司法第 215 條第 2 項）？而當原告股東敗訴時，原告股東負擔訴訟費用外，尚須負擔被告董事為此訴訟所支出之必要費用及委任律師之酬金（同法同條第 1 項）。由此可知，在現行法下，原告勝訴時，就其已支出之費用與律師酬金部分，最終應由誰負擔之問題並無明確規範，而原告敗訴時，更須面對公司及被告董事之雙重損賠請求。

對於原告勝訴之情形，論者曾提出將公司法第 215 條第 2 項所稱損害，擴張解釋為包含原告股東於訴訟程序中所支出之費用，而最終應透過立法方式規定由

¹⁸⁴ 岩原紳作，株主代表訴訟の構造と会社の被告側への訴訟參加，收錄於特別講義商法 I，頁 230 以下，有斐閣，1995 年。

¹⁸⁵ 最高裁判所平成 13 年 1 月 30 日第 1 小法庭裁定，商事法務第 1586 號，頁 46，2001 年。

公司補償原告股東此等費用¹⁸⁶。吾人贊同此等見解，按原告股東勝訴結果，被告董事應賠償公司損害，原告股東可謂是為公司從事無因管理行為，而應由公司負擔基於無因管理所生之有益費用償還責任。而在原告股東敗訴之情形，亦應立法規範，原告股東除濫訴之情形外，無須對於公司因此訴訟所生損害負賠償責任。故在建議修法之內容部分，首先明文化原告股東獲得勝訴判決時，其因訴訟所生之必要費用及律師酬金，得請求公司給付之；而在原告股東獲得敗訴判決時，只要原告股東之起訴非屬惡意者，無須對公司因該訴訟所生損害負賠償責任，藉以拭去潛在原告股東對提訴所可能負擔之經濟負擔的恐懼。

四、公司法第二百二十七條之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第二百七十七條</u> 公司非經股東會決議，不得變更章程。 <u>前項股東會決議變更章程之事項，應限於公司開會通知及依法編製之股東會議事手冊中載明者或與其直接相關者。</u> 前項股東會之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上之股東出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。</p>	<p><u>第二百七十七條</u> 公司非經股東會決議，不得變更章程。 前項股東會之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上之股東出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。</p>	<p>一、按本法第一七二條第五項規定：「選任或解任董事、監察人、變更章程、公司解散、合併、分割或第一百八十五條第一項各款之事項，應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出。」第一七七條之三第一項規定：「公開發行股票之公司召開股東會，應編製股東會議事手冊，並應於股東會開會前，將議事手冊及其他會議相關資料公告。」</p> <p>二、惟股東會對於變更章程條項、內容的討論與議決，是否以召集事由或議事手冊所載者為限，司法實務上曾有相異之見</p>

¹⁸⁶ 王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，收錄於商法專論—賴英照教授五十歲生日祝賀論文集，頁 161，1995 年 7 月。

		<p>解（最高法院 72 年台上字第 113 號判決、86 年台上字第 1188 號判決）。採肯定說（限於記載事項）者，主要著眼於強化程序要求，避免股東遭受突襲；採否定說（不限於記載事項）者，則考慮到限制過於嚴格，會壓縮股東發聲的機會，並可能產生思慮不周之弊。</p> <p>三、考量現行法中已有股東提案權的規定，股東可依法提出變更章程的提案，股東發聲之機會應已非前揭問題考量的重點。為求能同時避免突襲股東與原始提案思慮不周的缺陷，將股東會得決議變更章程之內容，「限於與公司開會通知中召集事由所載或依法編製之股東會議事手冊中所載變更章程事項直接相關者為限」。</p>
--	--	---

（二）、詳細說明

按公司法第 172 條 5 項規定：「選任或解任董事、監察人、變更章程、公司解散、合併、分割或第一百八十五條第一項各款之事項，應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出。」本條規定當係考慮到相關討論事項的重要性，期使股東事先知悉會議進行內容，以便決定是否出席股東會並預作準備。惟召集事由中究應「列舉」至如何詳細之程度，非無疑義。這樣的問題特別容易發生在變更章程的情形中。蓋公司若僅於召集事由中載明「變更章程」，則股東會會議過程中是否即能就公司章程中各式各樣之記載或規範加以變更？若召集事由中載明將討論章程中某一條項之變更，則股東會會議過程中是否能就其他條項加以討論，並決議變更？

發生於 2007 年前後的大毅案突顯出上述問題之不同意見，在公司運作上，乃至於經營權爭奪中，所可能產生的重大影響。按，在 2011 年修訂前，公司法第 198 條第 1 項原規定：「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。」據此，昔時公司法係採取任意性的累積投票制，公司得以章程明訂其他選舉制度，而排除累積投票制的適用。在大毅案中，公司原先揭露之股東會召集事由及議事手冊中，僅載明「變更章程」，但未列舉變更章程之條項，而於股東會當天進行討論事項修訂公司章程案時，有股東提議增訂章程規定，內容為將董監之選舉方式改採全額連記法，而排除對少數派股東有利之累積投票制得適用，此一提案並經表決通過。該決議通過後，續有股東提案將本次股東會改選董事之選舉方式變更為甫增訂通過之全額連記法，並經表決通過。嗣後，即依前述兩項決議通過之全額連記法進行董監選舉，結果，大毅公司之公司派在持股及掌握表決權約 56% 之優勢下，取得所有董監席次。

對於類似上述召集事由載明之問題，最高法院雖有判決認為若召集事由已載明變更章程之條項，但在股東會討論過程中，股東另提案修改其他條項，則關於該其他條項，「似未預先載明於通知及公告，而僅於開議時建議併案修正，經主席徵詢在場股東同意後，修正通過而已，是則該條項之修正，既係以『臨時動議』提出，依上開說明，是否合法，不無再事研求之餘地」（最高法院 86 年度台上字第 1188 號判決）。但司法實務上多認公司法第 172 條「所稱之『列舉』，係指召集通知應載明會議議案有『變更章程』事項，未載明者，不得以臨時動議提出之意，非謂應將擬修正之章程條項一一詳列」（最高法院 72 年度台上字第 113 號判決、96 年度台上字第 642 號判決）。

上述大毅案發生後，財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心雖以股東身分，就股東會決議之效力提出訴訟，惟在歷審法院均遭敗訴之判決¹⁸⁷。法院除援引歷來實務見解外，主要論理依據似在於：由於公司章程所記載事項甚為廣泛，有時對於部分章程之修改常有牽一髮而動全身之情形，即某部分章程之修正需配合其他章程規定一併修改，若欲要求公司於股東會時所有股東可能之提議一一羅列，始得對該部分進行決議，則公司所採取作法不是於召開股東會前窮極其力、耗費資源搜尋所有可能就章程修改之流言耳語、街談巷議，以記載於開會通知、議事手冊，不然就是乾脆將公司章程全數詳列於開會通知、議事手冊，以備任何不時之需。則於此一情況，過多而雜亂的會議資訊同樣會造成股東無法接收解讀。

相對於實務見解，學說上多從避免突襲股東角度著眼，而認為應對召集事由之列舉要求，予以更嚴格的規範。有認為第 172 條 5 項規定列舉於召集通知之事項皆係與公司關係重大者，須事先使股東知悉並作準備，以保障股東權益；且僅載明變更章程致生突襲效果，破壞公司經營權競爭之公平規則¹⁸⁸。另有學者參酌美國德拉瓦州實務判決認為，公司對股東所發之股東會召集通知或公告中所載事

¹⁸⁷ 請參閱桃園地方法院 96 年度訴字第 1543 號民事判決、臺灣高等法院 97 年度上字第 463 號判決、最高法院 98 年度台上字第 923 號判決。

¹⁸⁸ 請參閱劉連煜，未准延召開之股東會及章程變更效力——公司經營權爭奪的脫序，月旦法學教室，第 61 期，頁 22-23，2007 年 11 月。

由需符合合理易懂且不生混淆，蓋此關乎股東投資判斷，股東應具有知情權利（the right to know）以決定是否出席該次股東會、表達意見維持其權益等，且以載明之方式為資訊揭露可降低公司經營階層與投資人資訊不對等¹⁸⁹。此外，亦有強調股東資訊權之保護，並援引聯合國資訊揭露守則，其將財務資訊、非財務資訊與股東會資訊並列為公司揭露範圍，認為關於股東會資訊揭露並不限於開會議程，亦包括股東會中待決議之事項，且美國模範公司法亦規訂章程變更議案須載明於股東會召集事由中；德拉瓦州公司法則透過實務判決累積公司董事會須向股東揭露之重大性資訊，以符合董事之忠實義務¹⁹⁰。

綜上所述，現行法已就股東提案權增設第 172 條之 1，股東之發聲機會已受有保障。惟變更章程議案是否限於公司開會通知及依法編製之股東會議事手冊中載明或與其直接相關者，涉及公司對股東資訊揭露之程度，將影響股東行使股東權，尤其變更章程常涉及公司經營權之爭奪，復考量變更章程議案涵蓋範圍甚廣，為求股東確實知悉股東會之議案及表決事項，並避免就有關公司重大事項議決致生突襲，應明定僅就事前已記載於股東會開會通知或股東會議事手冊中，或與其直接相關者始得列入該次章程修改案決議範圍¹⁹¹，以定紛止爭。

第六章 公積規定之檢討：公司法第二百三十七條、第二百四十一條

一、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p>第二百三十七條 公司於完納一切稅捐後，分派盈餘時，應先提出百分之十為法定盈餘公積。<u>但法定盈餘公積，已達實收資本額百分之二十五時，不在此限。</u> 除前項法定盈餘公積外，公司得以章程訂定或股東會議決，另提特別盈餘公積。 公司負責人違反第一項規定，不提法定盈餘公積</p>	<p>第二百三十七條 公司於完納一切稅捐後，分派盈餘時，應先提出百分之十為法定盈餘公積。<u>但法定盈餘公積，已達資本總額時，不在此限。</u> 除前項法定盈餘公積外，公司得以章程訂定或股東會議決，另提特別盈餘公積。 公司負責人違反第一項規定，不提法定盈餘公積</p>	<p>一、鑑於藉由法定盈餘保護債權人之功能於現今已逐漸喪失其作用，且強制要求公司積存過高的法定盈餘公積將妨礙公司資金的彈性、機動之運用，減損其競爭力，爰修正本條第一項但書規定，令公司依法須積存之法定盈餘公積只要達到實收資本額百分</p>

¹⁸⁹ 請參閱謝易宏，股東「知情權」與投資人保護——簡評最高法院九十八年度台上字第九二三號民事判決，月旦裁判時報，第 14 期，頁 62-64，2012 年 4 月。

¹⁹⁰ 請參閱朱德芳，論股東會資訊揭露之重大性原則，月旦法學雜誌，第 172 期，頁 45-63，2009 年 9 月。

¹⁹¹ 請參閱曾宛如，公司法制基礎理論之再建構，承法，頁 116-124、150，2011 年 9 月。

<p>時，各科新臺幣六萬元以下罰金。</p>	<p>時，各科新臺幣六萬元以下罰金。</p>	<p>之二十五即可。</p> <p>二、傳統上，強制公司積存法定盈餘公積之主要目的在於公司債權人的保護，惟此一規範目的已隨著我國會計制度、財務內容評價方法及公開制度的發展，逐漸喪失其重要性，債權人應該藉由對公司財務內容的理解、契約條款規定等積極保障其債權，而非消極仰賴公司司法規定，確保其債權。</p> <p>三、雖然，對於無法事前藉由契約規定等方式保護其自身權益之非自願性債權人，法定盈餘公積制度的存在對其仍具有一定程度的意義，但法律對於法定盈餘公積積存額度之要求，應止於合理的程度而不應過度要求。外國公司法制基於促進公司資金運用彈性之觀點，早已大幅調降法定盈餘公積之積存額度，不僅美國公司法制並無硬性的法定盈餘公積積存要求，而德、法等國公司法制對法定盈餘公積僅要求其與資本公積二者合計達實收資本額之百分之十即可；即使是鄰近的日本，其公司計算規則第二十二條</p>
------------------------	------------------------	---

		<p>僅要求法定盈餘公積與資本公積二者合計達實收資本額之百分之二十五即可，韓國商法第四百五十八條則規定法定盈餘公積僅需達實收資本額二分之一即可。我國現行法要求法定盈餘公積應積存達資本總額，其規定實屬過嚴，不利公司資金之彈性運用，間接降低其國際競爭力。</p> <p>四、公司法一百零一年一月四日之修正，亦已認識到過度高額的法定盈餘公積積存之要求，對企業經營可能造成的不當影響，故而修正本法第二百四十一條第一項及第三項規定，容許公司得於無虧損之前提下，經股東會特別決議將超過實收資本額百分之二十五之法定盈餘公積部分及一定類型的資本公積，以現金或新股之方式，發給股東。惟此規範方式蘊含下列二項問題：（一）先要求公司積存過高額度的法定盈餘公積，之後再容許其發回給股東之規範合理性？為何不直接規範出合理的法定盈餘公積額度，令公司於達到此一額度</p>
--	--	---

		<p>後，即可於每會計年度無須提撥，而可將其獲利於該年度直接發放給股東。(二) 現行依據本法第二百四十一條第一項發給現金或新股之對象，僅限於股東，惟法定盈餘公積之財源，係由每營業年度公司所獲利益而來，公司員工對於法定盈餘公積之增加，有其貢獻，但依據本法第二百四十一條第一項規定，公司員工完全無法參與此一法定盈餘公積之分派，其規範合理性不無疑問。將法定盈餘公積之積存額度修正至相當於現行第二百四十一條第三項之額度，將可使公司員工實質上於每一營業年度參與此類法定盈餘公積之分派。如此規範方式，方符合公司法整體關於盈餘分派之規範理念與邏輯。</p>
<p>第二百四十一條 <u>公司無虧損者，得依前條規定股東會決議之方法，將下列資本公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給新股或現金：</u> 一、超過票面金額發行股票所得之溢額。 二、受領贈與之所得。 前條第五項、第六項規</p>	<p>第二百四十一條 <u>公司無虧損者，得依前條規定股東會決議之方法，將法定盈餘公積及下列資本公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給新股或現金：</u> 一、超過票面金額發行股票所得之溢額。 二、受領贈與之所得。 前條第五項、第六項規</p>	<p>配合第二百三十七條之修正，刪除第一項規定中關於法定盈餘公積之文字，同時刪除第三項規定。</p>

定，於前項準用之。	定，於前項準用之。 <u>以法定盈餘公積發給新股或現金者，以該項公積超過實收資本額百分之二十五之部分為限。</u>	
-----------	--	--

二、詳細說明

於提昇我國公司法之國際競爭力時，不僅應有多元化、富有機動性的對外籌資管道之設計，對於公司現有資金的運用，亦應在不危害股東、債權人等之權益的前提下，儘量賦予公司充分的自主選擇權。於此認識下，吾人可以嘗試著檢討現行公司法有關資本與法定公積之規制¹⁹²，是否符合此一規範理念¹⁹³。

1. 資本與法定公積制度之概要

現行公司法於採行票面金額股的原則下，要求公司必須於章程中記載其股份總數及每股金額（公司法第 129 條第 3 款），藉此以計算出公司應收資本總額；惟因授權資本制的採行（公司法第 156 條第 2 項但書），若公司未將章程所記載之股份總數全數發行，則應收資本總額與實收資本額間產生落差，吾人一般言及公司之資本（額）時，多指後者之實收資本額。股份有限公司之設立，必須滿足最低資本總額的要件（公司法第 156 條第 3 項），而為謀求此一資本之充實，公司法原則上禁止低於票面金額發行股份（公司法第 140 條），並要求認股人必須繳納全額股款（公司法第 139 條）、禁止有關股款繳納之詐騙行為（公司法第 9 條），對於未繳足的股款，乃令發起人負起充實資本之義務（公司法第 148 條）。此外，為防止公司資產不當流失，落實公司資本之維持，公司法要求公司於存續過程中，應維持相當於資本額之淨資產，從而禁止公司於虧損情況下，分派盈餘（公司法第 232 條第 1 項）。

其次，為補充、強化前述資本制度，公司法並設計有法定公積制度，強制公司必須將特定資金積存於公司中，未經法定程序辦理，不得流作他用。法定公積之類型有二：一為資本公積，一為法定盈餘公積。資本公積中，最重要者，厥為超過票面金額溢價發行股份時之溢價額，其他尚有資產重估溢價、資產處分溢價、合併溢價及受領贈與所得等。法定盈餘公積則依公司法第 237 條第 1 項規定，於每一會計年度完稅後之盈餘，提出其百分之十積存為法定盈餘公積，至其金額達公司資本總額時止。法定公積除填補虧損或經股東會特別決議撥充資本外，不得使用之（公司法第 239 條第 1 項）。

¹⁹² 現行公司法規範，僅於資合公司之有限公司與股份有限公司，設有資本及法定公積制度，其中有關股份有限公司之規制，尤屬重要。有鑑於此，本文以下有關資本及法定公積制度之檢討，乃以股份有限公司為對象。

¹⁹³ 以下有關資本與法定公積制度之敘述，多參照前田庸，*會社法入門*，第八版，有斐閣，東京，2002 年；比較會社法研究Ⅲ，主要國における資本制度の現状と改正の動向，*商事法務* 1601 號，頁 4 以下，東京，2001 年；小林量，*コーポレート・ファイナンス法制の柔構造化*，*商事法務* 1603 號，東京，2001 年；岸田雅雄，*資本と準備金の機能*，特別講義商法 I，有斐閣，東京，1995 年。

2. 資本與法定公積之功能

具有前述特質之資本與法定公積制度，就現行公司法之規範目的以觀，具有下列五項功能：

(一) 保護債權人：毫無疑問地，現行資本與法定公積制度最主要的功能，在於藉由公司資產之維持，保護債權人，從而乃對於盈餘分派予以嚴格限制，限定公司僅得於扣除資本及法定公積後，尚剩餘有淨資產時，始得分派盈餘。從而，就另一個層面而言，保護債權人之功能，同時也是限制盈餘分派之功能。與此同時，公司法亦規定，公司非履踐過嚴格的債權人保護程序後，不得減少其資本（公司法第 281 條準用第 73、74 條）。

(二) 有限責任之對價：股東藉由有限責任制度，將公司經營風險部分轉嫁給債權人，為平衡股東與債權人間之權利義務，公司法乃設計出資本與法定公積制度，並以最低資本額之設計，令公司僅能於滿足一定的資產額基準後，其股東始能享受有限責任的庇護。

(三) 營業資金：公司為營利法人，必須有一定的財產支撐，始能從事其業務活動，並將營業所得分派給股東，資本及其充實，即為維持公司營業之財產基礎。

(四) 緩衝功能：當公司依法必須維持一定的資本與法定公積金額，且其額度愈高，公司因一時經營不善，面臨破產倒閉的危險，就愈小。於此，資本與法定公積制度實扮演著一定的緩衝地帶之功能，防止公司突然進入破產清算之階段，以保護股東與債權人之權利。

(五) 預警功能：公司法第 211 條第 1 項規定，公司虧損達實收資本額二分之一時，董事會應即召集股東會報告。以資本作為公司是否陷入經營窘境之判斷基準，提醒股東採取解任董事等因應對策，使得資本制度得以發揮其預先警示之功能。

由上可知，現行資本與法定公積制度，主要在於調和債權人、股東和公司本身三者間之利害衝突；箇中，尤以債權人保護功能特別重要。蓋，如前所述，股東藉由有限責任制度，將公司經營風險部分轉嫁給債權人，但現行公司法上之債權人，由於僅擁有現金流量的分配權，並未被分配予公司經營參與或控制權，從而無法利用表決權、股東代表訴訟等方式，維護自己的權利，公司法於此乃設計出資本與法定公積制度，利用公司資產之充實與維持，保護債權人利益。申言之，傳統上資本確定、資本充實（維持）及資本不變等三原則，即是著眼於債權人保護而發展出之規範理念。

3. 現行資本與法定公積制度之問題點

傳統上，資本與法定公積制度所發揮之前述各項功能，曾受到相當高度的肯定；然而，當公司法制因為受到各種內外因素的衝擊，進而導致其規範典範發生變化後，對於資本與法定公積制度於現今之經濟、金融環境下，是否仍可發揮其原有規範功能，或者是相關功能已可藉由其他管制程度較為寬鬆的措施替代之，而不必拘泥於現有之規範方式，以符合前述公司融資、資金運用的多元化、機動性之規制理念，就有深入檢討之必要了。以下，分別就（1）債權人保護功能、

(2) 票面金額股與無票面金額股、(3) 法定公積之積存額度及(4) 法定公積之使用等四項課題，分析之。

(1). 債權人保護功能

在過去會計制度或公司財務公開制度尚不是很發達或健全的時代裡，利用資本及法定公積制度以保護公司債權人，或有其一定意義，而應予以肯定。然則，現今各種會計制度、財務內容評價方法及公開制度已呈現長足的進步，未來甚至可能透過網路即可輕易瞭解公司各種財務狀況，債權人於此當可適時利用此等制度與資訊，保護自己權利。若此，則資本與法定公積制度所具有之債權人保護功能，是否仍有其時代意義或實質意義，就受到質疑了。尤其是，縱令有資本制度等的設計，惟其存在並無法防止公司經營惡化、發生財務危機；此時，資本不僅不具有任何意義，堅守資本制度，反而可能導致公司債權人誤認其已受到高度保護，從而疏於自己權益之維護。美國公司法制正是鑑於資本維持原則日漸空洞化，並有迅速蔓延之趨勢，使得資本制度保護債權人之功能，形同具文，故而乃毅然決然地廢除資本制度，在衡量資金運用的機動性與債權人保護二者之均衡下，採取其他保護債權人的措施¹⁹⁴。

當然，以上敘述並不表示本文贊同，應立即廢除資本制度，不僅因為我國會計制度和資本市場之成熟度及透明度，是否已臻於足以使債權人可以藉此保護其本身權利一事，尚待存疑；亦鑑於外國法制，除美國法外，其他多數先進國家的公司法仍繼續保留資本制度。若此，則於現階段，實難遽然贊同，應即放棄資本制度。特別是，在非自願與公司進入債務關係之人（例如，侵權行為之受害人），因無法事先與公司協商，保護自己權利，從而仍有以資本制度加以保護的必要；縱使是自願與公司進入債務關係之人，若因其企業規模過小、交涉力量不足，而無法與優勢的大企業作對等協商、以保全自己債權時，似亦有以資本制度予以保護之必要。

雖然如此，隨著時間的進展，我國會計制度及資本市場將會愈來愈成熟且透明；此時，對於以債權人保護作為資本制度存在的必要理由之主張，其說服力將會愈來愈弱。當政策決定資本制度不再是保護債權人之有效手段時，我們或許可以把債權人的保護措施，從現行的事先要求公司於設立時必須具有一定金額以上資本之作法，改為事後救濟方式，令未盡力減輕債權人損害的董事等公司負責人，直接對債權人負起賠償責任；同樣地，吾人亦可嘗試設計，賦予非自願性債權人，就公司財產享有優先清償的權利；我們甚至可以要求，公司應針對非自願性債權人等之債務，進行投保，當公司及其股東依法享受著有限責任之恩澤時，令其付出投保保費的對價，當不為過。

無論如何，我們似乎已愈來愈接近，必須重新檢討、省視現行資本制度之合理性的階段了。

(2). 票面金額股與無票面金額股

¹⁹⁴ 美國法於此，主要採取之措施為所謂的「給付不能基準」，當盈餘分派導致公司無法對於屆期之債務加以清償時，公司不得進行盈餘分派。

如同前述，在現行公司法的資本制度下，資本額之計算，乃是每股金額乘以已發行股份數；當公司以超過票面金額之市價公開發行新股時，溢價轉入資本公積。與資本相較之下，資本公積雖亦與資本一樣，具有限制公司盈餘分派額度之功能，但因其毋庸納入資本項目中，又可藉由彌補虧損增加可分派盈餘金額，在公司資金的運用上，較具有彈性。雖然如此，包含資本公積在內的法定公積，因除填補虧損及撥充資本外，不得移作他用，鑑於其使用限制之嚴格，向有被稱為「附加資本」者。若此，則堅守票面金額股並將發行溢價轉入資本公積之規制方式，除稍稍緩和資本制度之僵硬性外，並無其他重大功能。對公司債權人而言，重要者乃是公司淨資產有多少或者是資本加上法定公積有多少的問題，而不是其間如何配置之問題，現行票面金額股制度所衍生的資本與資本公積之差異，對公司資金運用之自由或有些微助益，但卻與債權人保護無重大關連。

甚者，過去公司法基於資本充實原則，禁止低於票面金額之折價發行，惟因邇來景氣不佳，致使不少上市（櫃）公司股價低於證券主管機關統一規定的十元票面金額，而無法利用權益融資方式，籌集資金。此舉導致前次公司法修正必須於第 140 條規定，追加但書，容許公司於證券主管機關規定之範圍內，折價發行股份。此外，當公司股價過高或過低時，吾人本可藉由股份之分割或合併，將股份調整至適當合理的投資價位，增加公司融資之彈性，但現行統一的票面金額之作法，大大地阻礙了此一藉由股份分割與合併制度，機動調整公司股份價位之可能性。或因此故，我國公司法現今尚缺乏針對此種情形所設計的股份分割與合併制度，學界中亦乏此類制度之探討，凡此種種，或皆導因於票面金額股制度的堅持。若票面金額股制度對於公司債權人的保障，並無實質助益，且其衍生之資本公積所促進的公司資金運用之彈性化，可藉由其他方式達成時，則其存在意義，就值得懷疑了，並有檢討將之廢除，改採無票面金額股制的必要。當然，若著重發行溢價之資本公積的用處，於全面採行無票面金額股之制度時，亦毋庸硬性要求，公司必須將全部發行金額列為資本，而可容許將發行總額的一部分（例如二分之一以下），轉列作資本公積。

(3). 法定公積之積存額度

現行公司法除要求股份發行溢價，應全數列為資本公積外，並要求公司於每會計年度完稅後尚有盈餘時，應先將其中十分之一提存為法定盈餘公積，至其達到資本總額止。由此可以窺知，資本公積加計法定盈餘公積二者之總金額，將可能遠遠高於實收資本額。此一結果，直接影響到公司資金運用之彈性與自由，間接導致股東權益受損，因為過高的法定公積之積存，大幅減低可分派盈餘之數額。若自由現金流量的多寡，並不當然代表公司價值之高低，則過度要求公司積存法定公積數額，實非明智之舉¹⁹⁵。尤其是，當其他國家法制或不要求公積之積存（如

¹⁹⁵ 自由現金流量係指企業從營業活動所創造出的現金流量，扣除為維繫其企業競爭力所為之必要投資後，仍有剩餘之資金。雖亦有認為，自由現金流量的多寡，表彰企業價值之高低；然而，當企業做完所有其認為有益其本身價值提升之投資後，仍有剩餘資金時，有關此等自由現金流量應該如何使用一事，可能引發經營者與股東間的利益衝突。其因在於，在合理的經濟人之模型下，不論是經營者、抑或是股東，皆為追求自己利益最大化的存在。就股東而言，當公司已無其他更為適當的投資對象，而仍坐擁上述自由現金流量時，公司理當將之發還給股東，令其自行從事更有效率的消費或尋覓其他更有效率之投資。然而，對於同樣是追求自己利益最大化之經營者而言，公司規模的擴大，表示其可以自由裁量運用之資產，亦相對增加，從而企業經營者乃有誘因擴大

美國)，或僅要求法定公積只積存至資本額十分之一（如德、法）或四分之一（如日本）之程度時，我國法上述規定顯然過份嚴苛。縱然有如此高額的法定公積積存之要求，但並無實證顯示，我國債權人受到比上述國家更為優渥之保護，實際上可能是相反的。現行公司法對於法定公積積存額度之規範，在阻礙公司資金運用彈性的同時，亦降低了我國公司法在國際資本市場上的競爭力，實有即刻檢討其規範合理性之必要，並將法定公積之積存額度，調降至適當水平。

個人曾於有關公司法修正的座談會中，提出上述修正法定公積積存額度之主張，但有與會律師先進，認為筆者昧於實務界實際情況，指出公司法雖規定公司應積存公積，並不得隨意移作他用，惟實際上大多數的經營者並未理會此一規定，早已淘空該當公積用作他途，法定公積實際上乃是名存實亡。依此律師先進之想法，似意指毋庸修改現行公司法相關規定，蓋經營者事實上早已在彈性且自由地利用此等法定公積了。然而，並非筆者不諳實務事實，正是因為清楚地瞭解到，在我國絕大多數的公司中，法定公積制度實已名存實亡，才更有必要劍及履及地依照上述主張，修正公司法相關規定。蓋，若該律師先進所指的經營者，乃是不肖經營者，則其隨意挪用法定公積，或可增加其資金運用彈性，並因此而強化其競爭力，但正派守法的經營者卻因嚴格遵守法律規定，導致喪失競爭優勢，如此規範，對後者情何以堪。更何況，當吾人將眼光放遠至國外投資人時，亦難對其說明，我國公司法有關法定公積之規定，只是參考用，我國大多數公司並未遵守該當規定，渠等亦毋庸死守相關條文規定。另一方面，若該律師先進所指之經營者，係為正派守法之人，則若連正派經營者都不得不違反公司法規定，以求資金運用之彈性與自由，公司法相關規定為苛法、苛政一事，毋庸贅言。

如同前述，美國法鑑於資本制度的空洞化，已喪失其保護債權人之功能，從而乃毅然決然地放棄資本制度；同樣地，當我國法定公積制度亦漸形空洞化，而無法充分發揮其保護債權人之功能，反倒變成正派經營者有效運用其公司資金之阻礙時，就必須檢討、改進該當公積制度了。縱令吾人不完全廢除法定公積制度，至少應大幅調降其應積存總額。

(4). 法定公積之使用

如同前述，當公司擁有超過其必要投資以上之自由現金流量時，應適時將其釋放給股東，由後者另為其他更有利的消費或投資，以促進社會整體資金運用之效率性。就與法定公積之關連而言，現行公司法雖容許公司得將法定公積撥充資本，發行新股給股東，間接地亦可認為係容許公司得將法定公積發放給股東；惟利用發行新股將多餘資金發放予股東之作法，將導致已發行股份總數過多，造成股份價值稀釋的結果，對公司本身及整體證券市場而言，並非妥善之策。既然結果都是將多餘的自由現金流量，發放給股東，則是否可以檢討，容許公司得以類似盈餘分派之方式，將多餘資金釋放給股東；或者於並非所有股東都擁有更為有利的消費或投資機會時，可以將此多餘資金用於買回自己公司股份，令僅限於確信自己擁有更有利的消費或投資機會之股東，得以取得該當資金。當然，與公司

企業規模，甚至遠遠超出該當企業本身之最適當規模水準。自由現金流量的存在，使得企業經營者有可能利用此進行不具效率性的投資或對自己本身發放過多的報酬，此一自由現金流量所引結的經營者與股東間之利益衝突，稱為「自由現金流量的代理成本」(agency cost of free cash flow)。

法現行撥充資本之規定，並未減少資本與法定公積總額不同，利用法定公積發放盈餘或買回自己股份，都將造成法定公積總額的減少，而有可能損及公司債權人權益。此際，除要求上述公積之運用，不得導致其剩餘法定公積總額低於法律要求之積存金額外，對於減少法定公積之決定，亦應要求其須履踐與資本減少時，同樣的債權人保護程序。

不論如何，在公司融資理論強調公司資金運用的自由與彈性之理念下，吾人不僅應對法定公積的積存額度，再做檢討，亦應重新評估其使用限制的合理性。

第七章 證交法民事責任設計之改善：證交法第二十條及二十條之一

一、證券交易法第二十條之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第二十條</u> 甲案： 有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他因故意所為而使他人誤信之行為。發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。違反第一項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償責任。<u>幫助他人違反第一項之規定者，應依其責任比例，負賠償責任。</u> 委託證券經紀商以行紀名義買入或賣出之人，視為前項之取得人或出賣人。</p> <p>乙案：</p>	<p><u>第二十條</u> 有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。 發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。違反第一項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償責任。 委託證券經紀商以行紀名義買入或賣出之人，視為前項之取得人或出賣人。</p>	<p>一、甲案： 本條第一項之證券詐欺不法行為，其主觀要件是限於故意，或及於重大過失，甚或是輕過失，我國學說實務上頗有爭論。鑑於本項源自美國 Rule10b-5，美國法上對於主觀意圖（scienter）的要求，應有參考價值。其次，民法上對於純粹經濟上損失之侵權行為，其主觀要件之要求即以故意為原則。再者，本項作為一般的反詐欺條款，功能主要在補其他證券詐欺具體規定的不足，對於法未明文禁止之嚴重證券詐欺行為加以規範，就此而言，在主觀要件以故意為限，亦能避免行為人將為其過失之行為，動輒承擔天文數字之損害賠償</p>

<p>有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他因故意或過失所為而使他人誤信之行為。</p> <p>發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。違反第一項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償責任。因過失違反第一項之規定或對於違反第一項規定之行為人給予幫助者，應依其責任比例，負賠償責任。</p> <p>委託證券經紀商以行紀名義買入或賣出之人，視為前項之取得人或出賣人。</p>		<p>責任的不合理情況發生，也較能貫徹投資人自我負責原則。綜上所述，在本項後段載明「故意」文字，據此，本項禁止之行為態樣，解釋上當以「故意」為限。</p> <p>實務上，對於第一項之「責任主體」，解釋上常參考第二十條之一、第三十二條之規定而加以限縮，對於幫助證券詐欺之人，則多以民法侵權行為之相關規定探究其責任。這樣的做法一方面可能混淆民法與本法之不同請求權基礎規定構成要件之認定，另一方面從本法之文義、目的、體系解釋上，也沒有清楚的依據。</p> <p>據此，在本條第三項明定「幫助」的不法類型，同時鑑於其在證券詐欺行為中並非居於主要地位，參考本法第二十條之一第五項，增訂比例責任之規定。</p> <p>二、乙案：</p> <p>如上所述，本文固認為本條之主觀構成要件應以「故意」為限，然學說、實務上仍不乏採取不同看法，而認本項責任之成立，僅以行為人有「抽象輕過失」為已足，以免弱化本法對於投資人之保護。</p> <p>若立法者綜合考量後，認為採取此一不同看法，符合現今之社會經濟需求，亦建議應於法條上明</p>
---	--	---

		<p>文加以規定，以免解釋論上之紛亂。</p> <p>此外，在比例責任制的援用上，對於因過失違反第一項規定者，亦應一併適用，體系上較為一致。</p>
--	--	--

(二)、詳細說明

本法第 20 條第 1 項可以說是規範證券詐欺的一般性條款。本法草案審議時，有立法委員指出「這條等於是把外國法律搬過來的」¹⁹⁶，亦有認為本條內容係參考日本證券交易法之規定¹⁹⁷。然不論立法之初，係直接參考美國法抑或日本法之內容，鑑於日本於 1948 年訂立之證券交易法，其中之反詐欺規定係直接仿自美國法¹⁹⁸，吾人應可以推知我國法第 20 條之草案規定原亦係移植於美國聯邦證券交易法 (Securities Exchange Act of 1934) 中的 Section 10(b) 以及據此訂立的 Rule 10b-5¹⁹⁹。

Section 10(b) 及 Rule 10b-5 即是美國證券法制上的一般反詐欺條款 (general antifraud provision)，前者之條文為：禁止任何人直接或間接利用州際商務工具或郵件，或證券交易所之設備，在與證券買賣有關的情形下，使用操縱或欺騙之手段²⁰⁰；後者之條文則為：禁止任何人就有關證券之買賣，直接或間接利用州際商務工具或郵件，或證券交易所之設備，為下列三種行為：(1) 使用任何方法、計畫或計謀從事詐欺；(2) 對一重要事實作不實陳述，或在陳述中略去一重要事實，而就陳述作成之當時情形來看，該事實係使陳述不致產生誤導所必需；(3) 從事任何行為、業務，或商務活動，而對任何人構成詐欺或欺騙者²⁰¹。

¹⁹⁶ 請參閱立法院秘書處編 (1968)，立法院公報，第 57 卷第 20 期，頁 1074。

¹⁹⁷ 請參閱立法院秘書處編，前揭註 196，頁 1078。

¹⁹⁸ See Tomoko Akashi, *Regulation of Insider Trading In Japan*, 89 Colum. L. Rev. 1296, 1297-1298 (1989) (“The SEL, adopted during the Allied Occupation, was modeled after American securities statutes. . . . Article 58 of the SEL, a general antifraud provision that carries a maximum penalty of a three-year imprisonment or a fine of not more than three million yen, resembles Rule 10b-5 promulgated under the 1934 Act.”)

¹⁹⁹ 請參閱余雪明，證券交易法，財團法人中華民國證券暨期貨市場發展基金會，頁 526，2003 年 4 月增訂 4 版 (「我國證券交易法第二十條主要參考美國 Rule 10b-5 之發展」)。

²⁰⁰ See 15 U.S.C. §78i: “It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce or of the mails, or of any facility of any national securities exchange b. To use or employ, in connection with the purchase or sale of any security registered on a national securities exchange or any security not so registered,, any manipulative or deceptive device or contrivance in contravention of such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors.”

²⁰¹ See 17 C.F.R. §40.10b-5: “It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange, (a) To employ any device, scheme, or artifice to defraud, (b) To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or (c) To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security.”

在上述條文中，雖然對於行為人的主觀要件沒有明確規定，不過美國最高法院在 *Ernst & Ernst v. Hochfelder*²⁰²一案中，認為從上述反詐欺條款的條文文字來看，該規定係在禁止行為人「明知或故意之不法行為」（knowing or intentional misconduct）²⁰³，而未及於過失行為（we are quite unwilling to extend the scope of the statute to negligent conduct）²⁰⁴。然而，此一案例出爐後，並未完全平息反詐欺條款中主觀要件的爭議。過去仍有問題的是，究竟行為人之主觀認知需到何種地步，才符合此一主觀意圖的要求？在美國最高法院於 2007 年所作的 *Tellabs v. Makor Issues & Rights, Ltd.* 判決²⁰⁵中，其註腳中則提及「所有曾論及此一問題的聯邦上訴法院均認為，原告若能證明被告係故意或草率恣意，即能滿足主觀要件，惟各上訴法院間對於草率恣意之程度要求仍有不同看法。」²⁰⁶此一「草率恣意」（recklessness）的程度認定，顯然是美國法上的重大爭議，此處無須深論，惟需指出的是美國實務上常認為此一概念較接近於故意行為，而非僅是嚴重之過失行為²⁰⁷。基於我國法制上對於重大過失認為係屬「過失」的類型之一，從比較法觀之，我國證券交易法第 20 條第 1 項之規定，應不及於過失與重大過失類型之行為²⁰⁸。

除了比較法的觀點外，從文義解釋出發，或應傾向認為本條所例示之「虛偽」、「詐欺」行為，均指故意之行為，本於概括規定之解釋應基於例示規定之特徵的法律解釋原則，本條規定之「其他足致他人誤信之行為」亦應以故意為限。而從立法政策觀之，若將過失行為包括在本條之內，將對發行人及其他市場參與者造成過重的責任，不利資本市場之活絡²⁰⁹。此外，以體系解釋來看，民法上對於純粹經濟上損失之侵權行為，其主觀要件之要求即以故意為原則，證券詐欺所涉及所謂的純粹經濟上損失，立法解釋上宜採取同一作法。再者，本項作為一般的反詐欺條款，功能主要在補其他證券詐欺具體規定的不足，對於法未明文禁止之嚴重證券詐欺行為加以規範，就此而言，在主觀要件以故意為限，亦能避免行為人將為其過失之行為，動輒承擔天文數字之損害賠償責任的不合理情況發生，也較能貫徹投資人自我負責原則。綜上所述，在本項後段載明「故意」文字，據此，本項禁止之行為態樣，解釋上當以「故意」為限。

相對而言，亦有主張本項規定之主觀要件兼及於過失者，其論理則在於：鑑於民法侵權行為責任兼及於故意、過失之行為，但刑事責任原則上僅及於故意，本於此一差異，而認為兩者或應脫勾處理。據此，從證券交易法第 20 條第 3 項的民事責任觀之，證券交易法第 20 條第 1 項「有價證券之募集、發行、私募或

²⁰² 425 U.S. 185 (1976).

²⁰³ *Id.*, at 195-198.

²⁰⁴ *Id.*, at 214.

²⁰⁵ 551 U.S. 308 (2007).

²⁰⁶ *Id.*, at 318 n. 3 (“Every Court of Appeals that has considered the issue has held that a plaintiff may meet the scienter requirement by showing that the defendant acted intentionally or recklessly, though the Circuits differ on the degree of recklessness required.”).

²⁰⁷ See Ann Morales Olazabal, *Defining Recklessness: A Doctrinal Approach to Deterrence of Secondary Market Securities Fraud*, 2010 Wis. L. Rev. 1415, 1424 (2010) (“Recklessness ‘has sometimes been described as ‘a lesser form of intent’ rather than a ‘greater degree of ordinary negligence,’ or ‘as a mental state apart from negligence and akin to conscious disregard.’”).

²⁰⁸ 請參閱曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（二），元照，頁 94，2008 年 1 月。

²⁰⁹ 請參閱劉連煜，新證券交易法實例研習，自版，頁 295，2010 年 9 月增訂 8 版。

買賣，不得有……其他足致他人誤信之行為」，因而侵害他人權利，致生損害者，在解釋上宜包括過失行為。若非如是，不僅有違民法第 184 條過失責任主義的精神，且亦大幅加重證券詐欺受害人請求損害賠償的舉證責任負擔²¹⁰。實務上，多數法院採取此一看法²¹¹。

綜合比較上述兩種觀點，本文認為以前說（限於故意）較為可採，爰建議如甲案。惟本文亦體認到，立法者或因社會經濟之整體考量，以及保護投資人之強烈呼聲，若目前採取修法行動，或許會認為現階段宜配合司法實務上之多數看法，而不宜將主觀要件做過於嚴格的限制。若係如此，亦宜將主觀要件明文規定於本條項中，以免解釋論上紛爭不斷。

除了主觀要件外，證券交易法第 20 條第 1 項的另一問題在於行為主體的認定。按，本條項條文中並無任何主體之限制，惟司法實務上常將責任主體加以限縮，而認為「參酌證交法第 32 條及第 20 條之 1，限於編制審核財務報告權限者」（立大農畜案、紐新案），或是「公司管理當局暨曾在有關書件上簽章加以證明相關人員」（正義食品案），或認為「凡在財報或文件上簽名，或雖未簽名而實際參與製作者之人」（國產汽車案）²¹²。

上述主體之限制，從立法史來看，似乏依據。蓋，1968 年 4 月 30 日正式公布之證券交易法第 20 條第 1 項規定「募集、發行或買賣有價證券者，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為」。而在 1988 年修法時，第 20 條第 1 項則修改為：「有價證券之募集、發行或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。」行政院提出之修法理由謂：「有價證券之募集、發行或買賣行為，係屬相對，當事人雙方均有可能受對方或第三人之虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為而遭受損失。本條第 1 項現行規定文義僅限於『募集、發行或買賣有價證券者』不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為，尚未包括『第三人』，顯欠周密，爰將『募集、發行或買賣有價證券者』等文字，修正為『有價證券之募集、發行或買賣』，俾資涵蓋第三人。」²¹³就此觀之，任何第三人均可能為本條項規範之對象。

依照目前實務的限縮解釋，對於非屬「法定主體」但涉入證券詐欺之人，其責任的訴追則依賴民法侵權行為的基本規定。此一「主要行為人依證券法、次要行為人依民法」的責任模式，至少有幾個明顯的問題：第一、以民法第 184 條的適用，作為限縮證交法第 20 條第 1 項責任主體的後援，並非萬無一失。通說認為民法第 184 條第 1 項前段保護之客體僅限於權利，對於證券詐欺訴訟中所受經濟利益的損失，難以適用。違反證交法第 20 條第 1 項之損害賠償責任已明定於第 3 項，因此得否認為第 1 項之規定係屬「保護他人之法律」，仍有民法第 184

²¹⁰ 請參閱廖大穎，不實推介非上市上櫃股票之民事責任，月旦法學雜誌，第 121 期，頁 235，2005 年 6 月。

²¹¹ 實務見解的分析，請參閱賴英照，最新證券交易法解析，元照，頁 788-789，2009 年 10 月 2 版。

²¹² 關於責任主體判斷標準的整理，另請參閱戴銘昇，證券詐欺行為主體之判斷標準：美國法 VS. 我國法，證交資料，557 期，頁 29-32，2008 年 9 月。

²¹³ 請參閱立法院秘書處編（1987），立法院公報，第 76 卷第 96 期，頁 38-39。

條第 2 項之適用，顯有疑義²¹⁴。所餘者僅剩民法第 184 條第 1 項後段，但若意圖以「背於善良風俗之方法」的概念，嘗試對證券詐欺中所有參與人之行為一網打盡，會否過度擴張此一概念的適用，而與民法侵權行為規範之意旨相衝突，抑或在概念解釋上不容易取得一致的看法，值得深思²¹⁵。

第二、更應反省的是，目前實務上對於民法侵權行為規範在證券詐欺案例的解釋適用，實際上是否已使得證交法第 20 條第 1 項成為食之無味、棄之可惜的雞肋？本條項作為獨立的請求權基礎，其意義何在？這樣的法條競合適用處理，是否符合立法意旨？按，學說及實務上針對證券詐欺案件的特性，對於受害投資人之損害賠償的請求，紛紛移植或發展出有利的論據或看法，諸如因果關係上詐欺市場理論與交易因果關係的推定，或是損害賠償額計算的酌定。對於證券詐欺案件，司法實務上援用民事訴訟法第 277 條²¹⁶或第 222 條²¹⁷所採取對投資人有利的認定或作法，在投資人以民法規定主張其權利，而非以證交法規定主張時，是否仍得適用？從第 20 條第 1 項的立法用意與價值來看，上述作法應僅得適用於依本條項主張之情形，法院在斟酌原告投資人依民法侵權行為規定所提出之主張時，應避免援用相同作法²¹⁸，以免一方面侵蝕了第 20 條第 1 項的獨立性，另一方面也掏空了傳統侵權行為規定下嚴格的構成要件，損及侵權行為規範的基礎。

²¹⁴ 請參閱蘇永欽，再論一般侵權行為的類型：從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定，走入新世紀的私法自治，元照，頁 347，2002 年 3 月（「只要民事責任已經明定，再經由民法第 184 條第 2 項的違法類型來轉介即無必要。」）；曾宛如，有關不實財報會計師民事責任之探討，收錄於賴英照大法官六秩華誕祝賀論文集編輯委員會，現代公司法制之新課題：賴英照大法官六秩華誕祝賀論文，元照，頁 497，2005 年 8 月（於論及會計師責任時，提到「實務上進一步產生分歧，即證交法第 20 條與民法第 184 條究竟是並存或排他之關係有所爭議。」）。

²¹⁵ 請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省，臺大法學論叢，第 36 卷第 3 期，頁 180，2007 年 9 月。（「所謂『以背於善良風俗之方法加損害於他人』，是一種加重的不法行為，與一般的不法行為相較，其不法程度更為嚴重，認定上更加嚴格，更難成立。蓋侵害利益是否背於善良風俗，必須取決於法院對於社會習俗、價值意識或倫理道德觀念的認知，充滿不確定性。其實際判斷，往往又必須參酌行為人的個人處境、行為動機、介入目的等主觀因素。」）；蘇永欽，參前揭註 214，頁 343-344（「背俗行為要構成侵權行為而負損害賠償責任，不能只有一個違反善良風俗的行為，而需要有一個『針對性』的具體背俗行為。……民法在此要求的是一個針對特定人的背俗行為，一如侵害特定權利的行為，而不同於『抽象』違反某一法令『致生損害於他人』的行為。」）。

²¹⁶ 請參閱張心悌，證券詐欺之因果關係與損害賠償：板橋地方法院九六年金字二號民事判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 101 期，頁 255，2007 年 12 月。（「就我國實務判決部分，若干判決乃參酌對市場詐欺理論之精神，引用民事訴訟法第 277 條但書之規定，認為原告僅須舉證證明財務報告內容不實，則其就交易因果關係部分已盡舉證責任，進而應轉由被告證明原告並非因信賴不實資訊而購入該有價證券，以達到推定因果關係及舉證轉換之目的。」）

²¹⁷ 請參閱莊永丞，證券交易法第二十條證券詐欺損害估算方法之省思，臺大法學論叢，第 34 卷第 2 期，頁 160，2005 年 3 月；廖大穎，再論企業揭露不實資訊與損害賠償之因果關係—兼評最高法院九十九年台上字第五二一號民事判決，月旦法學雜誌，第 187 期，頁 203-218，2010 年 11 月。

²¹⁸ 請參閱曾宛如，資本市場中的民事責任（一）論證券交易法第二十條及第二十條之一之民事責任—以主觀要件與信賴為核心，公司管理與資本市場法制專論（二），元照，頁 122，2008 年 1 月（「我們期待有關因果關係之認定及損害賠償之計算時，第 20 條（尤其是第 1 項）皆應採取較有利於投資人之證明方法及認定標準，……證交法基於其要件之特殊發展，其目的在於處理故意之案件，當原告無法證明被告有詐欺意圖時，自無法援引證交法。此時，必須借助其他法

第三、主要行為人負比例責任、次要行為人負連帶責任的不合理。按，證券交易法第 20 條之 1 第 5 項規定，數人「過失致第一項損害之發生者，應依其責任比例，負賠償責任」。據此，本項規定在「數行為人的對外責任型態」亦不採連帶責任制，學說上即有明白肯認此一規定係屬民法第 185 條之特別規定者²¹⁹。就此觀之，第 20 條第 1 項、第 3 項既無連帶責任之明文，自非屬連帶責任類型，當亦為民法第 185 條之特別規定。若吾人認為第 20 條之 1 係民法第 185 條之特別規定，但第 20 條第 1 項、第 3 項非屬民法第 185 條之特別規定，適用上亦可能產生不當的結果。舉例而言，若有第 20 條之 1 規範之責任主體以外之數人，直接參與或協助不實財務報告的製作，此等人並非第 20 條之 1 的責任主體，且依通說看法，吾人尚須檢討此等人之行為是否符合民法第 184 條、第 185 條之構成要件，若構成侵權行為，該數人即須負連帶賠償責任。兩相比較之下，第 20 條之 1 的責任主體僅負比例責任，其他的「次要行為人」則可能依民法規定負連帶責任，其輕重失衡，更屬顯而易見。

綜上所述，爰建議將本條規定增列「幫助人」之責任。同時鑑於幫助人在證券詐欺中的次要地位，立法政策上或可考慮援用第 20 條之 1 的比例責任於幫助人的情形。

二、證券交易法第二十條之一條之修正

(一)、修正草案

修正條文	原條文	修正理由
<p><u>第二十條之一</u> 前條第二項之財務報告及財務業務文件或依第三十六條第一項公告申報之財務報告，其主要內容有虛偽或隱匿之情事，下列各款之人，對於發行人所發行有價證券之善意取得人、出賣人或持有人因而所受之損害，應負賠償責任： 一、發行人及其負責人。 二、發行人之職員，曾在</p>	<p><u>第二十條之一</u> 前條第二項之財務報告及財務業務文件或依第三十六條第一項公告申報之財務報告，其主要內容有虛偽或隱匿之情事，下列各款之人，對於發行人所發行有價證券之善意取得人、出賣人或持有人因而所受之損害，應負賠償責任： 一、發行人及其負責人。 二、發行人之職員，曾在</p>	<p>一、本條課予「發行人、發行人之董事長及總經理」無過失責任，立法理由上雖載明係因「在財務報告不實之民事求償案件中，若責令投資人就第一項所規定之發行人等其故意、過失負舉證之責，無異阻斷投資人求償之途徑，爰參考本法第三十二條、美國證券</p>

律規定，其中自以民法最為重要，一旦適用民法，要件不得再取巧適用證交法之解釋，否則無疑再度擴張責任。」)

²¹⁹ 請參閱劉連煜，新證券交易法實例研習，元照，頁 295，2007 年 2 月增訂 5 版；曾宛如，參前揭註 218，頁 120（倘若第 20-1 條的責任主體「構成共同侵權行為，則其彼此間，對外並無連帶責任之適用。……這是將民法上可能產生之連帶責任予以明文排除。」）。

<p>財務報告或財務業務文件上簽名或蓋章者。</p> <p>前項各款之人，如能證明已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽或隱匿之情事，免負賠償責任。</p> <p>會計師辦理第一項財務報告或財務業務文件之簽證，有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務，致第一項之損害發生者，負賠償責任。</p> <p>前項會計師之賠償責任，有價證券之善意取得人、出賣人或持有人得聲請法院調閱會計師工作底稿並請求閱覽或抄錄，會計師及會計師事務所不得拒絕。</p> <p>第一項各款及第三項之人，因其過失致第一項損害之發生者，應依其責任比例，負賠償責任。</p> <p>前條第四項規定，於第一項準用之。</p>	<p>財務報告或財務業務文件上簽名或蓋章者。</p> <p>前項各款之人，<u>除發行人、發行人之董事長、總經理外</u>，如能證明已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽或隱匿之情事者，免負賠償責任。</p> <p>會計師辦理第一項財務報告或財務業務文件之簽證，有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務，致第一項之損害發生者，負賠償責任。</p> <p>前項會計師之賠償責任，有價證券之善意取得人、出賣人或持有人得聲請法院調閱會計師工作底稿並請求閱覽或抄錄，會計師及會計師事務所不得拒絕。</p> <p>第一項各款及第三項之人，<u>除發行人、發行人之董事長、總經理外</u>，因其過失致第一項損害之發生者，應依其責任比例，負賠償責任。</p> <p>前條第四項規定，於第一項準用之。</p>	<p>法第十一條、日本證券交易法第二十一條之規定」所為。惟此一比附援引是否合理，誠有疑義；相關法條中負無過失責任之責任主體與本條規定亦不相同。再者，要求公司之董事長、總經理對於財報不實負無過失責任，顯然欠缺合理之基礎。本條規定備受學者批判，其來有自。</p> <p>二、建議刪除第二項與第五項之「除發行人、發行人之董事長、總經理外」，一方面使其同負推定過失責任，責任類型上不致過於沈重，另一方面使其亦可有比例責任制之適用。</p>
---	--	---

(二)、詳細說明

本條課予「發行人、發行人之董事長及總經理」無過失責任，立法理由上雖載明係因「在財務報告不實之民事求償案件中，若責令投資人就第一項所規定之發行人等其故意、過失負舉證之責，無異阻斷投資人求償之途徑，爰參考本法第32條、美國證券法第11條、日本證券交易法第21條之規定」所為。據此可知，立法者係嘗試將發行市場的規範套用至交易市場²²⁰，尤有甚者，董事長與總經理負無過失責任，相對於證券交易法第32條規定，其責任變得更重。此一比附援引，忽視發行市場與交易市場的差異，乃至於輕重倒置，是否妥適，顯有疑義。

²²⁰ 請參閱賴英照，最新證券交易法解析，元照，頁795，2009年10月2版。

另外，無過失責任之設計，在立法體例上甚為少見；在我國對於公司負責人的義務與責任體制中，特別要求董事長與總經理負無過失責任之規定，亦極不尋常。或有認為實務上對於公司法第 23 條第 2 項有採所謂之法定特別責任說，亦屬無過失責任，可為例證²²¹。惟對於公司法第 23 條第 2 項採取無過失責任之法定特別責任說的看法，備受學界批判²²²，以此為例，顯非妥適。是故，在有價證券流通市場中投資人之損失，是否應由無過失之發行人、發行人之董事長、總經理來負責填補，應有重新修正的必要。

綜上所述，爰建議刪除第 2 項與第 5 項之「除發行人、發行人之董事長、總經理外」，一方面使其同負推定過失責任，責任類型上不致過於沈重，另一方面使其亦可有比例責任制之適用。

參、2012 年 11 月 7 日研討會發言記錄摘要

一、第一部分：研究成果發表

先由各別教授報告其研究成果，詳細內容參本報告第貳部分。

二、第二部分：綜合討論

(一)、總體立法政策評論：

1. 經濟部商業司李鎡副司長評論：

第一點，整個公司法的整體大計有很多，希望能夠容許每一年度一開始即決定本年度修法範圍，分階段、分章節循序漸進地修法，使修法有體系性，一步一步把公司法不足的地方修正。

第二點，剛剛雖然曾老師提到這次的修正條文可以請立法委員提案，如果是由立法委員提案，會經過經濟委員會審查，一路審查下去，法案不會不見。但是今天討論後如果覺得值得修法，我會建議由行政機關這裡提出，因為這樣程序上會有學者、機關舉行的機關協商會議，請主管機關一起協商，最後開公聽會，這樣在立法院受到的阻力會比較少，也就是廣泛聽取更多元意見，通過的可能性會比較高。若是直接請立法委員提案，減少了這些協商程序，可能有很多人覺得修

²²¹ 請參閱臺灣最高法院 73 年度台上字第 4345 號判決：「公司法第二十三條所定董事對於第三人之責任，乃基於法律之特別規定，異於一般侵權行為，就其侵害第三人之權利，原不以該董事有故意或過失為成立之條件。」

²²² 請參閱王文字，公司法論，元照，頁 114，2008 年 9 月 4 版；劉連煜，現代公司法，新學林，頁 92-93，2010 年 9 月增訂 6 版。

法對他們有不利之處，而透過不同管道到立法院杯葛，這也是過去推修法很困難的地方。

另一個感想是，一直以來認為股東權的保護是天經地義，但是現今卻常見少數股東提案權被濫用，因此股東權的保護仍須考慮目前我國國情。監察人制度亦同，這兩三年來常見監察人與市場派結盟，換下經營派。在這樣的狀態下，我認為並非不去保護這些權利，而是在保護的同時做好配套措施，防止公司經營不正當被干擾的情形，這也是值得思考之處。

2.方嘉麟教授評論：

關於閉鎖性公司，我認為公司法總則有很多條文不應該適用於全部四種公司，須修法全面解決公司種類的問題。例如第 29 條，經理人之設置，公司法認為他是公司的任意機關，但很難想像經理人在一個經營與所有分離的公司不是必要機關。如果沒有一個主軸去貫穿，例如英國，從小公司起，層層規範；又例如德拉瓦州公司法，也有閉鎖型公司的專章，如果基本問題不解決，僅就個別條文修正，整體而言仍然無法解決基本體系混亂的問題。

3.黃銘傑教授回應：

我滿贊成公司法要全盤修正，也要一步一步來，但是一步一步可能曠日廢時，緩不濟急。可參考日本經驗，在 2005 年全盤修正之前，每年修一次。所以針對幾個條文的個別修正，和全盤修正的目標，其實沒有衝突。或者該修的部分盡快修，但同時研議全盤修正，讓企業可以習慣公司法的操作，未來再把新修的條文，放入全盤修正的條文體系裡，衝擊就不會那麼大。如果一步一步來，再全部一次到位，可能企業發現是全新的一部公司法，會更難接受，立法過程會更困難。所以我們都同意剛才副司長說的步驟，但就是因為步驟非常長，整體修法茲事體大，所以過去的全盤修正案，放了很多年都沒有成功。我們慢慢修正，讓大家覺得公司法越來越好用，對公司法期待會更高，未來的全盤修正可能就更容易。

4.曾宛如教授回應：

公司法的全盤修正，除了學界努力投入研究外，政府及相關主管機關應該積極主導，不能只透過計畫委託民間做研究案，再由主管機關任意決定是否採納，耗費許多資源。

（二）、個別條文評論：

1. 公司法第八條

(1). 經濟部智慧財產局高靜遠副局長評論：

曾老師提到的第 8 條，邏輯很清楚，董事的上位概念再區分法律上董事、事實上董事、影子董事，訂得很清楚，問題是這個條文是公司法的第二十次修正，從民國 18 年開始到現在公司法規定的董事，所有條文都是對應於法律上董事，即公司登記的董事，所以董事會發開會通知、參與決議都是對登記的董事。照這種邏輯，現在插入第 2、3 項，其實是一種原則和例外規定，公司法傳統條文所說的董事都是對應到登記的董事，但是在例外情況，例如掏空公司，這些民事、刑事、行政責任，雖然想以一個概括條文一網打盡，但還是有舉證、因果關係等問題，不是這麼簡單一條就可以解決全部問題的。

(2). 曾宛如教授回應：

回應副局長的評論，行政登記上董事也可能是事實上董事，所以事實上董事和法律上董事在法律上是完全相同的地位。董事是否適格，不是和有無登記連結，所以我認為將董事定義擴張到事實上董事，對公司法的全盤對應，問題相對小。但是影子董事就會有問題，因為影子董事事實上不是執行公司的業務，所以不可能登記，不可能作為適格的申請者，但又希望影子董事負責，所以必須把每一個可能的條文挑出來，規定所謂的董事擴張及於影子董事，才能把影子董事的精神落實在公司法的具體規範中。所以有這樣需求的是影子董事，倒不是事實上董事，因為登記並不能代表是法律或事實上董事，很多登記董事都是不實的。

2. 公司法第一百五十六條第二項

(1). 劉連煜教授評論：

條文修得都特別好，尤其是第 8 條、證交法的修正。但唯一令我感到有疑慮的，是有關林老師強制公開發行的部分，是否成為台大內部的共識？如果成為台大的共識，影響很深遠的。當然，林老師的說法也沒有錯，但如果採強制公開發行的話，是否有其他配套措施？

另外，若公司股東人數比較多的，是不是應該讓公司的財務公開，而不是稱之為公開發行？我相信林老師的用意是認為小股東應該受到保護，應該要怎麼處理。但因為強制公開發行回到以前，是因為公司欲上市上櫃，才補辦公開發行。強制公開發行是公司沒有上市上櫃，而變成法律強制。尤其是我們現在又有先公開發行、再 IPO、再上市，跟其他國家，例如美國或中國大陸，都不一樣，這是有歷史淵源的。但無論如何，應該要調整這部分。是要恢復那個名詞？或是讓公司股東達到一定人數以上，應該適用證交法第 36 條就夠了？還是要用強制公開發行？

(2). 經濟部智慧財產局高靜遠副局長評論：

90 年公司法全盤修正時，會討論一個大前提，就是公開發行是法律的強制還是企業的選擇？原本是法律的強制，之後國際立法趨勢都改為企業選擇，所以才改成現行的企業選擇。後來也做了調整，讓股東會也可以介入，避免董事會獨大，現在已經取得一個平衡點。

(3). 林仁光教授回應：

原來公開發行的條件只有金額，我覺得可以加上人數的條件，以充分顯示公開發行公司的本質。要求這些符合條件者成為公開發行公司，補辦公開發行的登記。現行《發行人募集與發行有價證券處理準則》即有專章是特別針對「補辦公開發行」，在這樣的情況下，我只是配合原本制度設計的目的，再加上刪除這個制度之後所產生的問題修改現行條文。

劉老師另一個問題，我認為應該是名稱要調整，不稱為「強制公開發行」。應該是要強制成為公開發行公司，但是公司是不用公開發行的。強制公開發行，並不是要公司實際公開發行有價證券，而是使之成為公開發行公司。

另外補充一個概念，是否公開發行，當然是企業的自由，但認定公司是不是公開發行公司，就不是企業的自由。所以成為公開發行公司有兩種管道，一種是發行，一種是不發行。但是公司不發行，而要主動成為發行公司，是允許的。另外，若公司不主動成為公開發行公司，但是不斷以現金增資的方式累積資本額，到達一定程度，同時股東也擴散到非常多的情況下，實質上已經是一個公開發行公司，現在談的是這個部分。

3. 公司法第一百七十二條之一、第二百二十三條：

(1). 方嘉麟教授評論：

第 172-1 條股東提案權，似乎還是存有許多問題，例如股東提案以三百字為限，若股東提案改選董監，或合併，其實無法在三百字內表達，是否要解決這樣的問題？或是認為股東針對這些議案沒有提案權？這個問題是沒有解決的。再就違反股東提案的法律效果，股東提案可能不是股東會得決議事項，提案有大有小，公司無正當理由未放入股東會議案，可能有各種情況，卻只有單一法律效果，要選任臨時管理人。在公司法中，是很嚴重的效果，全部歸到選任臨時管理人，會不會有時候是拿大砲打小鳥，而有時候是大砲打船艦，但是不知道自己打的是鳥還是船艦？這些是我粗淺的想法。

(2). 經濟部智慧財產局高靜遠副局長評論：

方才邵老師提到股東提案權的部分，以違反法令或章程排除，我十分贊成，可以避免諸多爭議。我記得美國並不是採用這種方式，但我覺得該修法建議比他們還好。此外，監察人制度我覺得也很好，但若要刪除第 223 條應有配套機制，否則光是現行第 206 條、忠實義務的違反或是資訊揭露仍不足以處理交易的問題。

(3). 劉連煜教授評論：

除刪掉第 223 條外，仍應該引進其他機制處理，否則縱使現行第 223 條的確存有問題，經濟部亦不敢冒然同意。

4. 閉鎖性公司

(1). 王文宇教授發言：

公司種類討論到現在，包括閉鎖型公司的定位，是一個問題。想請教各位先進的意見，覺得閉鎖性這個問題，在我國的急迫性如何？假如急迫性不高，可以以後再說。

(2). 高靜遠副局長回應：

閉鎖性公司已經提了很多年，很早期就有人提這個問題，像賴源河老師。但目前在實務運作上，沒有問題。

(3). 方嘉麟教授回應：

我覺得是看公司法是否要執行，如果不執行，沒有這個問題。因為我國經濟已經起飛了，經濟起飛時期的公司法，跟現行公司法也很不一樣，但照樣經濟起飛。如果公司法想要達到的目的是起飛經濟的話，其實公司法是無關的，因為我們需要的是企業家，不是公司法。

肆、2012年12月28日研討會發言記錄摘要

一、賴英照老師專題演講—公開說明書的兩個面向

(一) 證券交易法第三十條三項是否適用證券交易法第 32 條之疑問

證交法的主軸就是要公開揭露，美國聯邦最高法院大法官 Louis Brandeis 說過：「陽光是最好的防腐劑，燈光是最有效率的警察」。因此我國證券交易法第 30 條規定，發行有價證券必須出具公開說明書，公開公司的財務業務資訊，讓投資人有充分的資訊決定要不要買賣股票。而公開原則在證券交易法中的適用範圍逐漸擴大，於 2002 年 6 月增訂第 30 條 3 項，公司申請上市上櫃均需要具備公開說明書，並依證券交易法第 32 條規定，公開說明書應真實，不得有虛偽隱匿之情事。

但是第 32 第 1 項規定是依「前條之公開說明書」，那第 30 條 3 項上市上櫃公開說明書是否適用第 32 條之責任？公司單純的上市上櫃而沒有印新的股票出來賣時，沒有發行有價證券，因此不叫募集發行，若上市上櫃的公開說明書有虛偽隱匿之情事，是否適用第 32 條？

法律規範到司法機關後如何解釋，基本上就分成兩種思維，一種是法律解釋應「始於文義終於文義」，另外一種就是法律文義不應該妨害公平正義之達成。因此，地方法院有認為第 32 條原則只適用在募集發行的狀況，但公開說明書對投資人之投資決定有重大影響，從資訊真實性的保護上觀之，沒有差別待遇之必要，本處屬法律漏未規定，應類推適用，使上市上櫃之公開說明書同受第 32 條

之規範。但高等法院認為文義解釋限於募集發行之公開說明書，法條有意闕漏，應不得擴張適用。另外，第 32 條規範的是民事責任，刑事責任當然是另一個複雜的問題，上市上櫃的公開說明書不實時是否應負刑事責任？

（二）公開說明書不實時，證券交易法第一百七十一條與第一百七十

四條刑事責任之競合

今天另一個問題是，募集有價證券公開說明書的虛偽隱匿，應如何決定其刑事責任？第一個可能構成的是證券交易法第 174 條第 1 項第 3 款；另外，公開說明書裡當然包含財務報告及財務、業務的文件，且公開說明書的隱匿不實，也可能構成第 20 條 1 項有價證券之募集發行的詐欺行為，若構成 20 條第 1 項第 2 項的違反後，會產生第 171 條的刑事責任，那如果公開說明書中引用了造假的資料，此時行為人是構成第 174 條還是第 171 條？

實務上大概也是兩種思維，第一種是優先適用第 174 條，認為該條是特別針對公開說明書虛偽隱匿不實之特別規定。在特定個案中，最高法院曾有特殊的見解認為，如果在發行內容虛偽公開說明書就具備詐欺之不法意圖，因違反第 20 條，因此以 171 條處罰，若由虛偽不實的公開說明書增資完成後才萌生不法意圖，或因客觀因素改變而變更原記載在公開說明書內之計畫的話，則僅違反第 32 條，適用第 174 條處罰。但更審後高等法院並沒有按照這樣的意旨來裁判。

第二種思維的實務判決比較多，認為優先適用第 171 條處罰，在同時違反第 20 條和第 32 條之情況下，第 20 條和第 32 條之間有方法與目的的牽連關係，成立牽連犯從一重處斷，或是一行為觸犯數罪名從一重處斷。

（三）未來修法的期許—觀察「法律規定的世界」與「司法判決的世

界」分離的現象。

今天我們的研討會，是公司法與證券交易法立法政策與修法方向的學術研討會。我以公開說明書為例，可以發現在法律運作中都有兩個面向、兩個世界，事實上不只是在公開說明書，整部證券交易法都有這樣的現象，法律的規定與司法裁判間有差距，裁判與裁判之間也有差距。

今天各位老師針對這兩部法律提出很多的修法方向，我非常的敬佩，也希望各位老師可以從實證的方向，觀察法律的規定進入實務執行後有怎樣的結果，也許像 32 條規範不足的地方，或像 171 條、174 條規範重疊的部分，我們都可以用修法把它補足或修正歧異。法律如果可以修得更明確，在保持適當、必要的彈性內，以修法補足缺漏、消除歧異，讓規範能夠更周延，從而使司法判決能夠更一致，讓法律的適用更透明、更安定，如果法律的適用、解釋不是那麼透明，那除了對法治的基礎有害，對當事人的權益也會有不良的影響，希望這點可以大家一起努力。

二、第一場報告

(一) 報告內容：請參閱本報告書第貳部分

(二) 評論人：廖大穎教授

方才王老師提到閉鎖性股份有限公司的制度，是相對於不上市、不上櫃的特性，或許是因現行公司法的設計不夠細緻而產生公司運作上的問題。從閉鎖性公司體制來看，王老師提到是否容許由股東之間書面協議達成合意，例如在公司機關設計上，公司法第 170 條相當於股東會的制度，或者公司法第 192 條董事會的制度，乃至於公司法第 216 條相當於監察人的制度，它的設置與否是否可由股東之間的同意來共同約定，除了法定股份有限公司這個機關之外，另外像公司法第 235 條盈餘分派，目前公司法規定，除非是屬於特別股，不然原則上是沒有辦法由章程另作約定，至於公司法第 163 條股份轉讓，學者之間的意見，甚至實務的見解也出現相當大的歧異，這些在在都反映中小企業的法律成本是否容許由股東之間書面協定來決定。

公司法第 108 條規定有限公司執行業務及代表公司的董事、第 109 條不執行業務股東的監察權，在有限公司裡沒有股東會的概念，原則是回到股東同意的形態，甚至於在公司法第 101 條，章程也容許有限公司作損益分派的約定。若從這樣的角色來看，閉鎖性公司不管是股份有限公司還是我國法上的公司是有某程度的類似或者雷同，從這樣的差異來看，公司法上的商業設計在立法設計上第一個是否應導入閉鎖性的公司制度，在公司法上就留下很大的討論空間，十年前，經建會就公司法修正的議題中也提到，公司法上的有限公司不要把它模糊定位在人合、資合公司的架構之下，而是歸類在資合公司的概念，是否可改善閉鎖性股份有限公司目前的議題？況且這個議題很恰巧的，日本 2005 年商法大修正，另立了公司法這部法典，在立法政策上是把日本境內一百四十萬家有限公司一次改列為股份有限公司，股份有限公司再容納有限公司之後，同時在整個公司的商業組織的架構之下，出現了閉鎖性相當高的股份有限公司，也在公司的機關設置上劃分，可以不需要有董事會組織的架構，如果你採董事會組織的架構，還包括上市公司的特別需求，上市公司裡面還可以再採監察人制度，或者改採委員會的制度，也就是日本的股份有限公司裡面呈現一個多元的規劃與不同的制度，在有限公司納入股份有限公司之後，某種程度上是實現了閉鎖性股份有限公司可以藉由股東之間的書面協議來達到閉鎖性公司的這些特性，這一點當然在我國法上是否有參考之處，的確值得我們再關注。

股東間之書面合意的約定在我國公司法的架構之下，是不是等同於章程？如果是的話，這樣的有限公司閉鎖性股份化所導致的差異就相當的小，就如同日本法在 2005 年公司法的大修正已經把它納進來，尤其是我國公司法在 161 條股份有限公司也可以不需要發行股票，中小企業的股份有限公司跟有限公司之間的界限的劃分就越來越模糊如；如果不是章程的話，股東之間的合意又是代表什麼？當然從整個立法論來講，在這次立法政策與修法方向如果是以我國目前公司形態的商業組織，股份有限公司大概十五萬家，有限公司是四十二萬多家，加起來五

十八、五十九萬家，幾乎是佔我國公司家數的百分之九十九點多。目前公司法的架構下可以看到有公開發行股票的概念，甚至於在證券交易法有針對公開發行股票尤其是上市上櫃有作特別的規定，從這個架構下或許有人戲稱目前我國公司法由於公開發行股票的特別設計跟證券交易法的特別規定導致公司法似乎經變成中小企業的公司法，這樣的情形下如果再把閉鎖性股份有限公司踢出來，它們的區別意義是不是有可能不太彰顯？從這樣的角度來看歐陸法系下股份有限公司不見得是公開發行的情形，例如德國與日本制度，從另個角度來看立法論上我國需要繼續深入地瞭解。

（三）評論人：王志誠教授

我贊成引進閉鎖性公司，方法是比較傾向用股東書面協議的方式，所謂股東書面協議顧名思義就是要全體股東協議，必須要把同意的內容透過公示的方式讓所有的外部人都能夠知道，並放在章程裡，包括股份轉讓的限制跟禁止、公司內部機關權限的調整或廢止的適用、所有股東間權利義務的關係。假設我們引進了股東書面協議型的法定閉鎖性公司，當然所謂的股東會優位主義、董事會優位主義也可以一併解決，假定我們是站在董事會優位主義的話，閉鎖性公司是可以透過股東書面協議把董事會廢除，這個在德拉瓦州公司法有具體規定。但是在企業組織形態的部分剛剛所談到的是股份有限公司閉鎖性的問題，如果是其他企業形態要引進與否是另外的問題。

公司法第 8 條影子董事跟事實上董事的部分，繼續調整公司法的條文，我對於這個方向表示贊同，因為影子董事跟事實上董事的區分是必要的，現行的公司法在實質董事的部分參酌美國控制股東的精神跟英國影子董事的規定，坦白講是四不像。立法論上可以想想美國的控制股東責任是不是比較容易解決公司法第 8 條第 3 項跟目前台灣公司法第 369 條之 4 之間的衝突？我個人比較傾向控制股東責任。我認為公司法第 369 條之 4 的規定本身就存在很多問題，在還沒解決之前，我們企業集團的問題排除於影子董事會有很多風險存在，倒不如讓最高法院去看看，也許會有兩種不同的故事出來。

第二部分是公司法第 29 條，經理人是實質認定還是形式認定已經得到一定的解決，那實務上發生的問題是經理人的報酬，內部關係基本上是不涉及交易安全的問題，未經過法定程序選任的經理人雖然不能依照公司法第 29 條請求報酬，即使經理人不是依照法定程序被認定的，我覺得本來就可以依照其他法律，在此明確規定是值得肯定。接下來是公司法第 196 條，現在經濟部針對董事的勞務報酬、績效報酬、車馬費，勞務報酬就是 196 條的問題，績效報酬其實也不是董事會就可以決定，公司法第 228 條 1 項 3 款規定股東會前由董事會提出盈餘分派案，根據第 219 條監察人查核後，再依公司法第 184 條由股東會來決定。只不過實務上似乎不承認現金以外的績效報酬，勞務報酬看起來董監事都只能拿現金，除非他有兼任經理人的職務。關於報酬、酬勞種類多樣化我是深表贊同，但是針對目前實務上的勞務報酬，假定章程有明確規定金額比例，當然沒問題，如果只有規定標準，也可以，但目前的情況下太過鬆散，實務運作沒有明確標準。績效報酬目前是要經過股東會同意，當然也不會說章程針對績效報酬完全沒有規定，然後董事會自己提案後股東會通過，這是比較少見的，通常都是有些規定，例如針

對分紅、公司的盈餘 1% 等規定，至於薪酬委員會的功能也值得大家重視。公司法第 202 條，如果是股東優位主義的話要更明確讓章程有更大的空間，也可配合公司閉鎖化的內容。

(四) 報告人：王文宇教授回應

股東協議或股東間的契約、合同跟章程的關係，德國法下面對有限責任公司的規定中，其實公司合同就是公司章程，因為他們要求要公證。而美國是股東協議要放到章程才有對世效力。追根到底要考慮對世效，只要市場上第三人可以得知，這個問題不大。閉鎖性公司在德國的設計上是有限責任公司法的股份讓與自由、股東之間可以自治，但特別防止不讓你變成公開公司。美國契約自由基本上合約到期你要轉成公開發行也可以，這個分類框架是可以互換的，美國這點是非常多元化。我認為我們應回歸德國有限責任的精神，章程可以就治理機關、轉讓等作限制，我國有限公司可以比較大幅度但不需像美國這樣的改革。

(五) 報告人：曾宛如教授回應

第一點，控制股東責任是個政策選擇，你講控制股東責任的時候，到底股東對公司和其它小股東是不是有忠實義務的問題。那英國之所以會選擇影子董事這條路就是想要規避這個問題；如果要選擇控制股東那就要正式建立起一套完整理論，論述股東到底在什麼情況下對公司或其他股東有忠實義務，這個比現在要建構的董事忠實義務可能還要來得困難一些，但這也是一條可以選擇的道路。

第二點，具有實質經濟價值的報酬不以績效報酬為限，例如發行限制員工權利新股也可以發給兼具公司經理人身份的董事。至於公司法第 202 條到底是股東會優位主義、董事會優位主義，其實在台灣大股東就是董事，但這影響往後台灣的企業文化，公司法要給個答案而不是放個章程在那邊，對企業經營者而言，高度的不確定性對整體經濟發展是不好的。

(六) 現場提問：劉紹樑律師

從公共政策的角度來談公司、證交法，研討會的方向是要大修還是小修？我個人認為牽涉到公司形態，大修的話要有配套措施。現有條文第 8 條第 3 項針對政府為了發展經濟、促進社會公共利益等排除民事、刑事行政責任的條文，在草案中已經把這個但書廢掉，我認為這是最重要的地方。

(七) 報告人：曾宛如教授回應

大修在現實上，考量人力物力不太可能，目前想拋磚引玉逐步累積，以作為將來大修的基礎，這是比較務實的做法。

三、第二場報告

(一) 報告內容：請參閱本報告書第貳部分

(二) 評論人：莊永丞教授

我個人對兩位老師修法的大方向，都予以贊同。而一些細節性的部分，則想提出來與各位先進討論。首先，個人認為第 27 條法人董監，是我國公司治理之毒瘤，如果能予以廢除，改為證交法上之獨立董事制度，我會舉雙手贊成。若現實實務上會產生困擾，那起碼站在股份平等原則，我會比林仁光老師還要激進，不只是隨時改派應該刪除，還要把可以同時當選「數」董事、「數」監察人刪除。

第二，就第 200 條部分，我個人比較擔心的是，即使期貨交易保護法第 10 條之 1 已通過，然而本條前段「有重大損害公司之行為」，法官會不會誤以為只要董事做了 *business judgment* 就可以免責。個人以為應該以第 23 條第 1 項，作為是否可以裁判解任之判斷基準。至於乙案之第 2 項，個人認為如果是特許行業，我會舉雙手贊成。但對於一般的公開發行公司，若讓政權主管機關有這麼大的權限，我認為會有所疑慮，很有可能變成市場派在爭奪經營權不利時，濫用此制度要求主管機關發動此權限，進而影響股價，造成禿鷹集團盛行。

再來簡單對黃銘傑老師部分做簡短的回應，關於「監察人會」之提出，就讓我想到目前審計委員會與監察人，孰優孰劣的問題。監察人是單獨行使職權，可以隨時執行監察任務，而證券交易法改為擇一制之後，審計委員會是否真的變得比較有效率？以前可以單獨行使，現在卻必須要開會做決議，開會並不能隨時開，也不能單獨行使。若從法律經濟分析的角度，例如個人有限的理性、代理成本，*who monitors the monitor*，誰來監督監察人之代理成本出發，我們採取監察人會的合議制，可以降低單獨監察人行使的代理成本，或許有其正當性。但即使如此，公司已有董事會，如果又必須設立監察人跟監察人會，會造成公司過高遵法成本之交易成本，這也應該是我們這些政策制定者要好好思考的觀點。

那至於第 223 條，我個人是贊同黃銘傑老師的見解，現在已有獨立董事、迴避等制度，董事為自己或他人與公司為買賣時，依第 202 條仍須經由董事會做決議；若真正需要迴避的應該是董事長，公司法第 208 條已明白說明。公司法第 223 條實無存在必要。

接下來是第 237 條，美國模範公司商法典或德拉瓦州公司法，已確立一點，要保護債權人，不可能只靠德國的資本三原則。如果是金融機構，一定會在借貸契約好好保護自己的債權；而如果是一般不是自願性侵權行為的債務，這些公司的因應對策，第一就是要靠保險制度，不會靠法定盈餘公積來保護債權。這一點在我國不太可能採納，在不太可能採納的前提下，要拚經濟股價要好，法定盈餘公積有沒有必要累積到這麼高，誠如黃銘傑老師在報告中所載，歐陸法僅要求百分之十，日本法要求百分之二十五，而不需累積到資本總額，這一點我也是予以贊同。

最後是關於法定盈餘公積與資本公積之撥充，黃老師似乎沒有對之加以批判，但我個人有比較不一樣的想法，資本公積撥充資本，我沒有意見，但可否用以現金發回予股東，我比較持保留的態度。

（三）評論人：游啟璋教授

林老師提出兩個的修正建議，剛才莊老師也提到第 27 條是公法法的毒瘤。法人董事任期中可以改派，有其歷史背景，雖然規範上很不好，但在實務中可能被認為是最有功能的，蓋實務中普遍存在母子公司交叉持股的現象，若無法改派可能就得免面臨必須要改選董事，非常不方便。若一開始都是自然人董事，那當然是很好。但實施幾十年來，如果廢除第 3 項隨時改派權，那麼法人董事也沒有存在的必要。這種現象在企業家間也形成互相依存，想要馬上加以修改，立法上很難通過，即使通過，引起其他的效益也很難估計。那林老師所提出的丙案，也就是保留隨時改派權，但是加重法人董事的責任，是我認為比較可行的方向。

有關第 200 條的部分，實際上是可以解決的。在我們的理解上，百分之三事實上是不少的股份，可能已經是次大股東。而我們賦予次大股東比較容易提起裁判解任不法行為的董事，對公司的大股東比較有制衡的力量，我想是個不錯的想法。

再來對於黃老師所提出的第 216 條的部分，這或許是黃老師一貫的想法，就是我們為什麼一定要學習美國法獨立董事的制度，為什麼不要就現有的監察人制度來加以改善。那黃老師並沒有很明確的說明監察人會要如何運作，監察人在某一程度下，可以單獨行使職權，在某一程度下，要由監察人會來行使職權，在這些細節的部分可能要再去做規劃。依我看，單獨行使職權有它的好處也有壞處。從目前的實務來看，例如開股東會前公司編制的報表要交由監察人審查，那公司可以只找其中一個比較大膽的監察人來簽名；而如果是改由監察人會的會議通過，似乎較能發揮監督的功能。那剛才莊老師所提的，甚麼事情都要開會決定，成本當然也是一個考量。

其次，黃老師主張刪除第 223 條，其涉及於董事自我交易，監察人代表的意義。有認為於董事自我交易時，此交易仍須經由董事會決議之後，再由監察人代表公司簽約，監察人不得與董事會為相反的決定。但另有認為於董事自我交易時，董事間可能礙於同事間情誼，故監察人應可代表公司自己做決定，方能發揮監督的功能。最近的最高法院也做出決議，認為監察人代表公司，就是指監察人可以代表公司做決定，黃老師對此不贊同，因此認為第 223 條徒增爭議而已，應該刪除。關於這點，或許與第 216 條監察人職權的行使，有連動關係。

最後關於法定盈餘公積的修正，個人贊成黃老師的見解，法定盈餘公積應不必累積到百分之百。而莊老師提到的資本公積是否適合拿來發現金股利，莊老師持否定的看法。當初是為讓手頭上有許多現金的公司得以彈性利用，由於剛修法，還看不太出來修正後的效果，而照目前的條文，黃老師的建議是說只限制法定盈餘公積發給股利，限於資本額之百分之二十五，或許是一種暫時的控制方法，我們可以等到運作一段時間之後，看看有沒有甚麼不利的後果再來修正。

(四) 主持人：劉連煜教授

接下來我們還有十分鐘的提問時間，我們剛才可以聽到兩位評論人的不同看法，作為主持人，我的功能是幫大家稍微整理一下。其中二十七條，大家提出的建議都非常好，但國營企業如財政部、經濟部會有不同意見，昨天在證交所開的會議當中，建議獨立董事由一人一票選出，他們也大力反對，而二十七條對於他們來管控國營企業是非常好用，這個在機關那裏，大概是提不出去的。其他如要刪除第 223 條，刪掉固然容易，但有沒有其他機制來補充，雖然有第 206 條，但也只是必須要對內揭露，對外仍然沒有其他機制來管控。剩下的時間就交由同學來提問。

如果沒有其他同學提問，那我就繼續講下去。關於監察人的代表權，也是屬於監察的範圍之內，依第 221 條法律明文自然也是單獨行使，要解釋為非單獨行使，有其困難處。第 213 條、第 218 條第 1 項、第 223 條，都是屬於監察權的一環。有最高法院判決認為第 223 條監察人代表時，可以類推民法第 168 條規定，由全體監察人共同代表為之，或許也可以發揮游老師所提的監察人會的好處。不曉得同學有沒有其他問題？

(五) 來賓提問

我想請問莊永丞老師，老師認為法人派代表多數當選董事的制度可以廢除。那如果我們把這個制度拿掉，法人不能藉由派多數代表當選，會不會變成不需要太多的股權就可以掌握公司經營權，對於整體公司包含母公司與子公司，在經濟效益上會不會有甚麼影響？

(六) 評論人：莊永丞教授回應

這的確是一個好問題，我也跟各位先進討論過，包含曾老師。曾老師覺得我這個論點沒有甚麼建設性，因為就算把這個制度拿掉，這些企業主還是會想出其他方法來控制經營權，比如自然人可以找人頭，法人可以成立數個法人。但我還是基於股份平等原則，一股一權的想法，不能因為遇到法人就轉彎，認為自然人當董監不能數代表，法人股東卻可以有數代表人，我實在無法接受。

(七) 報告人：林仁光教授回應

有沒有拿掉第 27 條，其實還是有差別的。拿掉第 27 條的話，還是不能阻止法人股東提名多數人當選董監，而且從經濟部登記將無法看見該當選董監是由何人指派。拿掉的好處在於，這些指派的董監與自然人董監一樣，都不能隨時改派，回復到與其他股東平等的狀態。而如果仍然有第 27 條第 2 項，依第 3 項法人可以隨時改派，自然人如果離職，法人即可改派。而如果是自然人當選，則須重新改選。相較之下，對法人比較有利。

（八）發言：曾宛如教授

我也贊成刪除第 27 條第 2 項，只是莊老師那種理想的狀態很難達成，因為很容易被規避，重點應該連動到第 8 條，也就是說影子董事的定義，如果不須要達到控制權的程度，幕後指派自然人代表的法人股東，就可能被納入責任設計的架構裡。必須搭配上上述做法，始能讓那個法人股東負最後的責任。否則，法人股東只是股東，要股東為他的投資負責，在學理上是很難建構的。

（九）主持人：劉連煜教授

回到本場監察人的重心，現今的公開發行公司法制，事實上就獨立董事以外，還是有監察人。而如日本與韓國，依然也有這樣的制度存在。然而我國的監察人制度，都沒有在改革，應該是經濟部的職責。昨天在證交所開會，留日的學者就講，二、三十年來日本的公司法學界都想對監察人來進行改革。既然我們現在還是有監察人存在，畢竟不是全部的公開發行公司都是實施獨立董事、審計委員會的制度，就應該要好好去檢討，比如說選任方式等。否則，就像打籃球一樣，只攻右邊不攻左邊，所以也請主管機關能夠慎重去檢討。

四、第三場報告

（一）評論人：張心悌教授

我非常贊成邵老師所提出的擴大股東提案權範圍的想法，從股東民主的角色，或從公司負責任的角色來看皆然。我有幾個想法，第一，邵老師希望透過修法來解決公司法第 202 條董事會與股東會權限劃分的問題，如果參照下列圖一，把所有公司決議事項分成董事會專屬及股東會專屬，中間部分是沒有規定的。

A 股東會專屬	C 其他 202+193	B 董事會專屬
-------------------	------------------------	-------------------

在甲案的情況，是擴大股東提案權的情形，只要不違反法令或章程都可以提案。提案的範圍雖然擴大，但後續的拘束力部分可能就會不清楚，在 A 的部分因為是股東會專屬，所以當然有拘束力。在 B 的部份，邵老師在文章中有提到，變成是建議性的提案，因為是董事會專屬的權限。C 的部份，股東會作出來的決議到底有無拘束力？我覺得可以再細部討論。在乙案的情況，稍微限縮了一點，屬於董事會專屬權限的部分，股東會是不能提案的。所以只有 A 和 C 的部份可以提案，A 有拘束力，B 根本不可以提，同樣中間這一塊會面臨股東在股東會作出的決議有無拘束力的問題，這部份可能需要再作細部的討論。

第二，甲乙兩案的差異性，可能會有一個問題，甲案的部份是違反法令或章程，乙案則多了一個規定是議案專屬於董事會決議事項，一個可能性是，如果採

甲案，例如決議違反第 29 條董事會專屬權限，就直接解釋成是違反法令的事項。所以這兩個法條是否有很大的差異性是可以細想的。

下一個部份是，法律效果的問題，我非常佩服邵老師的想法。第一個是如果你不讓我提案的話，我就把董事會和董事長全部換人，第二個是把你解任掉，所以事實上，如同邵老師提到，在比例性上可以再做討論。現行法上是否有其他的方式可以來思考，除了用第 23 條外，是不是可以用第 189 條撤銷整個決議。另一個好處是可以適用第 189 條之 1，法院有一個介入的權限。另外第 177 條之 2 電子或書面投票，基本上邵老師的建議或經濟部的見解我都贊成，我覺得修正案中，股東已行使反對權的情形下，可以再提修正案。如果另一個情形是已用電子方式行使表決權的股東，在別的股東提起修正案的情形可否在行使表決權，如果股東原本反對的話，我認為還是可以讓他進行表決。這沒有禁反言的問題，因為他對修正案是沒有表達過意見的。

證券交易法第 20 條和 20 條之 1 也是兩個重點，第一個是主觀要件，贊成故意，次要行為人的部份，我覺得不只是第一項，第二項也有同樣的考慮，需要注意的是美國法 1994 年、2008 年和 2011 年三個美國最高法院判決都認為次要行為人是不能涵蓋在內的，當然有些不同意見，雖然不一定要照美國法來思考，但我覺得一個核心的重點是，第三個部份所說因果關係的問題。幫助人，例如幫助廠商虛報款項的問題，從 Froud on the Market Theory 觀之，到底有沒有反應在市場價格上，導致投資人可以主張因為信賴市場價格所以信賴不實資訊，我覺得關係有點遙遠。所以我覺得真正的問題是因果關係是否可以用推定來處理。

（二）評論人：朱德芳教授

第 214 條、第 215 條及第 277 條的部分，我基本贊同邵老師的想法，但也如同邵老師所提及的，文義的部分確實要更清楚去定義，這是一個關鍵點。我接下來的評論主要著重在第 214 條股東代位訴訟。公司法多年來的修正均未就股東代位訴訟效益不彰作修正，只在 2009 年時修正投保法，適用主體只限於上市櫃公司，而不包括公開發行公司。

首先我同意蔡英欣老師精心設計的修正建議。我同意的理由，包括股東應為訴訟告知，使其他未參加代位訴訟的股東有參加的可能，第二個是關於裁判費的徵收方式，還有限縮命股東提擔保，還有惡意提訴股東的損害賠償，還有刪除持股比例限制，都是我同意的。蔡老師主要是參考日本法，我這邊以美國法和英國法進行補充，第一，是提訴股東的資格限制，在第 214 條第 1 項，本法目前沒有限制什麼狀況下股東可提代位訴訟，而將它限縮在董事違反本法義務的狀況，這部份文義我覺得可能有點疑問，包括違反其他法律的話將如何？或董事違反本法義務，但公司未受損害，那歸入權的部份該如何處理？這部份或許可以參考投保法 2009 年增訂的第 10 條之 1 的文義，上市或上櫃的公司之董事或監察人執行職務有重大損害公司之行為或違反法令或章程的狀況下，投保中心可提出代位訴訟，我覺得這部份比較能符合蔡英欣老師的制度設計。但是重大損害這個要件我覺得在公司法中不必，有問題的部份是有沒有必要限制在董事執行職務的時候。蔡老師修法的解釋中提到如果董事不是立於董事地位，而是立於單純第三人地位與公司交易，就不應該主張代位訴訟，我個人的看法是應該也可以包含在代位訴

訟內。因為我認為代位訴訟的架構是想像中什麼時候難以期待公司對於董事提起訴訟，當董事基於第三人地位跟公司交易時，例如違反契約，可能也很難期待公司對董事進行訴追，所以我認為這部分也應該包含。

第二是關於股東代位訴訟應不應該進入公司內部審查，或法院的審查，我國現在沒有規定。只要股東提起請求要求三十日內，要求監察人提出，而監察人沒有提起訴訟，股東即可取得代位訴訟權利。但是美國法跟英國法都賦予公司內部機關或是法院有一定審查的權限，我覺得值得我們思考。我跟張心悌老師交換意見，她也同意這一點。從美國法上來看，它是要求可以成立 **special rotation committee**，這樣的特別訴訟委員會，由具有獨立性、無利害關係的董事來審查是否有必要提訴。因為即使董事做了對公司不利的事，解決方法也不只訴訟，可能還有很多其他解決方法。而因為有這樣的原則，所以美國法院在審查時，原被告的攻防重點就在於 **special rotation committee** 裡面的董事是否具有獨立性或利害關係。至於英國法，股東要提起代位訴訟也要經過法院的裁定許可，法院會從公司利益還有公司是否同意有系爭行為，當然以上要考量利益衝突來進行判斷，所以我想如果經過公司內部機關或法院的審查，來防止無益訴訟或是詐害訴訟，基本上我也滿同意。因為，進行訴追確實未必是追究董事不法行為的唯一手段，且有時候不一定是最佳手段。

第三是關於公司免除董事跟監察人的責任對於訴訟的影響，實務上出現過這樣的問題，就是有股東欲提起代位訴訟，或已經提起，股東會此時就作成一個免除董監責任的決議，或作成一個不對董事提起訴追的決議，此時代位訴訟是否失其附麗，這個問題要如何解決，現在看起來是現行法並沒有規定。但這部份是不是如同之前所說，應尊重公司的意見，或是跟法院的審查有一定關聯，張心悌老師跟我都認為在一定條件之下，可以尊重公司內部機關的決議。但是該條件是要實質看機關的決議是不是有利公司。

最後，公司在代位訴訟的地位，與代位訴訟的舉證問題，公司在代位訴訟的地位，現行法沒有規定，在修法建議第 214 條之 1 第 1 項，有設計一個公司理應以原告股東為一造來參加訴訟，另外全體監察人同意的情形下，公司也可以以被告一造來做訴訟參加。但我認為，實務上公司比較不可能以原告一方為訴訟參加。因為公司一定覺得不需要對董監進行訴追，所以才拒絕股東請求，所以才會有股東代位訴訟，因此我覺得公司以原告股東一方為訴訟參加是比較不可能的。再來股東代位訴訟中，最困難的部份是舉證。股東舉證非常困難，所以我想實際解決一個問題，在股東代位訴訟中，如何讓股東取得所需要的資料，讓法院有足夠資料可以判斷。實務現況是法院不把公司當作當事人，而當成第三人，雖然法院可以命第三人提出訴訟資料，但是如果不提供資料也只是罰鍰而已。這部分投保法有特別規定，相關的第三人必須提出相關資料，若不提出，投保中心可報請主關機關取締。但是這對實際繫屬的訴訟上的具體幫助，我覺得很有限。所以我在思考能不能將公司列為代位訴訟中的當事人，那麼依照民事訴訟法第 342 條公司就有提出文書的義務。若不提出，依照民訴第 345 條，法院可以審酌情形，審酌他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實是否為真，這樣可以迫使公司有必須提出文書的壓力。那麼在這樣的思考下，把公司當成被告會不會有點怪呢？其實也不會太怪，因為美國法就是把公司作為名義上的被告，而且可以思考代位訴訟有一些特性，就是公司有雙重身份。首先一方面，股東是為公司提起訴訟，且公

司要為訴訟的結果擔當，但另一方面股東是違反公司機關的意思而提訴，所以說有雙重身分。

（三）報告人：蔡英欣教授回應

第一點，是有關為什麼要把 214 條的範圍限縮在董事違反本法義務致公司受損之情形。從公司代於對董事提起訴訟的觀點來看，全部都應該讓股東提起訴訟，我把它限縮是因為董事如果不是基於董事地位而是基於第三人，和公司所從事交易行為，我覺得還是要保留董事會在經營權上的裁量，避免股東可以隨時隨地透過 214 條干擾屬於董事會的公司經營權限。再來是違反其他法律的問題，我剛剛報告有稍微提到，如果透過公司法第 193 條來解釋，其實是不限於公司法，也可能是違反別的法律，導致公司受損，當然也可以提起股東代位訴訟。

至於第二部分，英美法上其實都有機關內部審查，或是法院的審查，這部分我也贊同，只是我們在制度設計上，一開始就是類似於日本法，定位成單獨的股東權利，而美國法上的特別訴訟委員會，是基於單軌制所創設的功能性委員會，在我國雙軌制的設計之下，可不可以有這樣的設計，可以再討論。

（四）報告人：邵慶平教授回應

關於剛剛張老師的評論，第一是有關拘束力的問題，一方面跟 202 條有關，我自己在另一篇文章有提到這個觀點，不過這是可以再討論的，可能要討論對 202 條地位的立場。另一個是有關違反法令的問題，在文字上，是我覺得這次特別困難，或有趣的，如何明確表達在條文或立法理由中，讓執法者清楚了解執行的方式，這是我覺得現行 189 條沒有做到的，常常造成很多後續處理的困擾，或是主管機關或法院在什麼地步要介入這樣的困擾。我覺得張老師提出的問題很正確，這部份可以有更進一步的思考。例如要保護到什麼地步，以及技術性的處理，要花多大的心力或時間去計算，這是值得思考的。這個問題太大，很難在這裡處理，不過我的另一篇文章有提到這個問題，包括剛剛說的三個美國判決，我自己的觀點是覺得過去實務上最大的問題，在於責任主體的認定，時間關係，詳細就不多說。

（五）來賓提問：

關於股東代位訴訟，過去執業經驗，遇過一個案子，有一個企業主，是持有 20% 的小股東，認為公司派掏空公司，所以想提訴訟。他問代位訴訟有什麼好處？我說應該沒有什麼好處，即使勝訴錢也是歸公司。所以我想請問蔡老師，是否考慮過在股東代表訴訟中，賦予起訴股東在勝訴時享有一定的報酬請求權？我的理由是監察人若是透過股東會決議，替公司提起代表訴訟，至少他可以拿到報酬，但少數股東提代位訴訟，即使已經勝訴，卻一點好處都沒有，提訴的誘因很薄弱。連帶一個問題是，股東可否直接就他股東權的損失，向公司負責人求償。理由是民法 184 條 1 項後段，套用剛剛掏空公司的例子，顯而易見是知悉行為將致公司受損害的。我有這樣的問題，謝謝。

（六）報告人：蔡英欣教授回應

直接把勝訴利益歸給股東，這樣的想法滿先進的，但的確對原告股東是最有利利益的結果。我先針對第一個問題，對於原告股東為什麼要提起代表訴訟，當然某種程度上是正義感。就現行法來看，完全沒有任何誘因讓他提起訴訟，提出這樣建議的條文某種程度是為了提高提訴誘因，我覺得這是修法後可以觀察的問題。而剛才您提的報酬請求權，是可以再思考。如果要提高原告股東的提訴誘因，也是可以有這樣的新制設計。

五、綜合討論（曾宛如教授主持）

（一）方嘉麟教授：

剛剛提到明年、後年繼續推動法，那最後會不會成為學術的彩虹？有沒有什麼具體的行動來改變這個社會、國家，提升經濟能力呢？

（二）曾宛如教授：

這當然很沉重，但是剛剛跟商業司副司長談過，我們未來會做更完善的整體修法條文，提出請經濟部商業司為我們推動。主管全國六十多萬家公司的商業司，真的是最有影響力的單位。

（三）來賓提問：

今天曾老師有討論到第 8 條影子董事跟實質上董事，莊老師也提到控制股東公司的責任，其實最主要都是在講這些人對公司的影響力，想知道事實上董事，到什麼樣的程度才是對公司有影響力？有沒有一定的標準？或是控制股東，要達到什麼樣的持股比例，才可以算控制股東？這些要怎麼去判斷？

（四）曾宛如教授

剛剛提到的是事實上董事的問題，影子董事到底是否要對公司產生控制力，這是我們對董事要求的標準，比如說英國以前覺得要是 *dominate*，也就是支配董事會，後來才慢慢限縮，也許你有影響力，但是沒有達到完全支配控制的地位。同樣的今天林仁光老師提到的第 27 條規定，也有相似問題。換句話說，如果法人股東指派三席代表人當選某家公司的董事，但事實上沒有獲得過半數的席次，那就完全不會落入我們對影子董事的規範範圍內。現有民法架構下也不能解決這樣的問題，在這樣的情形下我們是否可以考慮把所謂影子董事的影響力做比較放寬的解釋，而不需達到過半數足以控制董事會的標準。至於控制股東的認定，這是非常好的問題。例如持股比例如果超過 50%，那一定不會有問題，就是控制股東。接下來是股權分散和股權集中的公司，就有不同判定標準。所以我覺得還是有個案化的現象，沒有辦法訂出絕對的百分比標準。但我覺得這裡有英國法和美國法根本的差異，雖然最後結論相同。股東基於股東的利益行使權利，能限制到

什麼樣的界線？這是公司法很基本的問題，例如 178 條，我想很多人覺得它不合理，為什麼投資這麼多的股東不能行使表決權而要迴避？什麼情況下才會產生大股東詐欺小股東，而使我對他們負有義務？這種非常例外的情形必須明確的歸類出來，否則會剝奪某些股東固有的權利。變成某些小股東反而可以主宰公司，這界線的劃分是很重要的。這就是我們是要採控制股東的 *fiduciary duty*，或是採影子董事去解決不當影響力的問題，這是兩條道路，都可以選，只是看起來我們是選了影子董事這條路而已。

像剛剛慶平說的表決權撤回，還有委託書等，我覺得現行公司法有很多荒謬的現象，來年我們會一併修得更完整，請行政機關協助我們，我們也協助他們，共同為社會盡一份力量。

伍、學說與實務現況

第一章 公司種類之分析與檢討

第二章 經理人之修正：

公司法第二十九條、第三十一條及第三十六條

公司法於民國 90 修正時，刪除經理人之法定職稱，立法理由雖僅表明其乃因經理人之職稱屬公司自治事項，無強制規定之必要；然實際上乃係考量當時實務上公司常有以「總裁」、「執行長」等職銜稱呼掌有公司管理實權之人員，藉以迴避公司法、證券交易法等對公司經理人之規範，而為改善此種情形，遂刪除總經理、副總經理、協理等法定職稱，而改由公司自行決定其經理人職稱，而一旦實質上掌有公司管理實權之人員，縱使其名稱並非經理人，即應受到公司法等對經理人之規範。惟現行法下，公司與經理人於內部關係與外部關係上，仍存有諸多疑義。

依公司法第 29 條，經理人之委任、解任及報酬，應經過一定之法定程序，然而我國實務上，許多經理人皆未經選任程序，亦未向經濟部商業司辦理經理人登記，僅因董事長或高階經理人之選任，即對外以經理人之身分行使權限，則於其為交易行為時，效力應如何？於對內關係上，可否向公司請求報酬？又經理人與公司內部間，是否僅屬委任關係，而無民法有關商號經理人相關條文之適用？於現行法下，對於經理人之職權範圍，並未提供明確之答案，造成形式經理人與實質經理人並行的現象，且法制規範與現行實務運作亦存有相當之落差，亟待立法解決。

以下，就經理人之認定及經理人之職權，分述之：

第一，關於經理人之認定，乃涉及**對內關係**上，公司法第 29 條之法定程序是否係屬經理人委任、解任及報酬之生效要件；另亦涉及**對外關係**上，交易相對人與他公司經理人為交易時，應如何確認該經理人有無代表權限之問題。而學說向來素有實質認定說與形式認定說之爭議。

採實質認定說之學者，認為民國 90 年公司法修正時，刪除對經理人之法定職稱，及刪除舊法第 35 條經理人應在表冊簽名負責之規定，而增訂之公司法第 31 條第 2 項，含有破除舊法下經理人形式認定弊病之重大意義，提供公司經理人實質認定之基準，故認為**在公司章程或契約規定授權範圍內，有為公司管理及簽名之權者，即為經理人**²²³。另有學者基於同一論調，認為實務上交易相對人與他公司之經理人交易時，多循其他方式以確認其代表權限，例如以董事會出具證明或授權名單，而非依賴主管機關未必與事實相符的登記資料。於市場運作之結果，經理人登記制度已名存實亡，未來於立法上應刪除經理人登記制度²²⁴。

惟經濟部則係採形式認定經理人之見解，即在公司章程或契約規定授權範圍內，有為公司管理及簽名之權者，仍須依公司法第 29 條之法定程序任命，且依照「公司登記及認許辦法」第 9 條向經濟部商業司辦理登記者，始屬經理人²²⁵。而學者亦有基於法安定性，認為實質認定說運作上較為困難，蓋經理人之認定往往牽涉到經理人之職權，也會對公司產生一定效力，而若要實質認定經理人，勢必得先解決經理人職權範圍為何之問題。故認為原則上應採形式認定，僅當在證券交易法上有其他特殊目的時，例如應對經理人採擴大解釋始能防杜短線交易，始例外採取實質認定²²⁶。

在實務上，最高法院之多數見解採取形式認定說，認為若未經過公司法第 29 條選任程序，依法不生**公司法上經理人委任之效力**，而僅屬民法上之委任關係。而若已經過選任程序，則生公司法上經理人委任之效力²²⁷。然仍有零星判決採取應實質認定經理人之見解者，其認為是否具有公司之經理人資格，仍應依公司章程或契約規定授權範圍為實質之審認，與是否有經過公司法第 29 條之選任程序無關²²⁸。

以上乃係實質認定說與形式認定說，對於公司法第 29 條之法定程序，是否係屬生效要件之影響，然僅存於公司與經理人內部關係上。前者，遷就於實務上經理人多未經選任程序之情況，而為解釋；後者，雖於現行實務運作下，將造成經理人所甚無幾，然基於經理人在公司法上應指具有一定位階之高階經營者，遵守法定選任程序，應有其必要性。而經理人之認定，於對外關係上，則涉及公司未依公司法第 29 條之法定選任程序選任經理人，惟卻創造出足以使相對人誤信為經理人之表徵，相對人是否可以主張民法之表見代理？

實務上最高法院曾有判決援引 55 年台上字第 1054 號判例謂：不法行為(包括法律行為)不得成立表現代理，而採否定之見解²²⁹。然近期最高法院則認為：「公司法第二十九條第一項規定公司得依章程規定置經理人，其委任、解任及報酬，依該條項各款規定定之，但公司章程有較高規定者，從其規定。公司未依上

²²³ 請參閱林國全，公司經理人之概念，台灣本土法學，第 48 期，頁 134-135，2003 年 7 月。

²²⁴ 請參閱王文字，「公司法論」，元照，頁 121，2008 年 9 月 4 版。

²²⁵ 94. 4. 1. 經商字第 09402040120 號函。

²²⁶ 請參閱劉連煜，「現代公司法」，台北：新學林，頁 194-195，2012 年 9 月增訂 8 版。

²²⁷ 91 年度台上字第 1432 號判決、91 年度台上字第 1560 號判決、100 年度台上字第 1299 號判決、100 年度台上字第 1624 號判決。

²²⁸ 97 年度台上字第 2351 號判決。

²²⁹ 89 年度台上字第 1116 號判決、90 年度台上字第 1448 號判決。

開規定委任經理人時，其委任雖非合法，但此公司內部之事項，非交易對象所得知悉，為保障交易之安全，縱該受委任之人非屬公司法所稱之經理人，惟公司如確由自己之行為表示以經理權授與他人，或知他人表示為其經理人而不為反對之意思表示時，即應依表見代理之法理，對於善意之第三人負授與經理權之責任。²³⁰」而採肯定見解。

又經理人登記制度於經理人認定之外部關係上，應扮演何種角色，亦值得關注。目前依公司之登記及認許辦法第 9 條：「公司經理人之委任或解任，應於到職或離職後十五日內，將下列事項，向主管機關申請登記：一、經理人之姓名、住所或居所、身分證統一編號或其他經政府核發之身分證明文件字號。二、經理人到職或離職年、月、日。」可知經理人之登記，係屬公司應登記事項，然其僅屬登記對抗要件²³¹，而非登記生效要件，故往往不被公司所重視。立法上或可考量將經理人登記改為生效要件，搭配公司同步揭露資訊之措施，藉由網際網路之普及，命交易相對人上網查證，如此設計，交易相對人僅需以該揭露之資訊為唯一判斷法則，對於查證成本之負擔較為合理公平，亦較能提供公司董事會將經理人資訊揭露之誘因²³²。

而若認經理人之登記僅為對抗要件，則搭配形式認定說或實質認定說來看，有何種差異，已於上述詳細說明處說明，茲不贅述。

又於對內關係上，董事會踐行法定程序選任經理人或訂定報酬，則經理人得否及應如何主張其法律上權益？實務上肯認其得主張權利，認為經理人於報酬(獎金辦法)未經董事會決議通過而無效，因兩造間為委任關係，則公司董事會於從事該項報酬約定時，應知其有未經董事會決議將使該約定無效或可得而知有此情形，應得依民法第 113 條之規定，請求公司賠償²³³。蓋有無適法履踐法定程序，操之在董事會，非經理人。若因董事會未合法選任、或訂定報酬，致使不可歸責之經理人承受不利之苦果，有違公平，故應認經理人仍得依其他法律主張其權益，如不當得利、民法上委任等。

第二，有關經理人之職權，規定在我國公司法第 31 條：「經理人之職權，除章程規定外，並得依契約之訂定。」民國 90 年修正時新增第 2 項規定：「經理人在**公司章程或契約**規定授權範圍內，有為公司**管理事務及簽名**之權。」然而一般實務上，於公司章程或公司與經理人訂立之契約，就其職權、授權範圍為詳細規定，甚為罕見。交易相對人僅憑章程或契約約定，實難以判斷經理人之權限所在。更有甚者，關於經理人之職權及限制，散見於現行公司法第 31 條及第 36 條，造成公司法上之經理人是否仍有民法商號經理人之固有職權之爭議，影響交易安全之確定性，有待立法解決。

而造成上述爭議之源頭，即在於民國 90 年修正時增訂第 31 條第 2 項，是否意指公司法上之經理人僅於公司章程或契約之授權範圍內，始有為公司管理事務及簽名之權限？而如認為含有此種意義，將與民法商號經理人有所出入，蓋於民

²³⁰ 97 年度台上字第 1360 號判決、98 年度台上字第 2246 號判決。

²³¹ 89 年度台上字第 2577 號判決、95.5.16 經商字第 09502071130 號函。

²³² 請參閱曾宛如，經理人之功能與權限，台大法學論叢，第 36 卷第 4 期，頁 148，2007。

²³³ 100 年度台上字第 1299 號判決。

法之商號經理人，係除不動產買賣或設定負擔之法定限制外，原則上有為商號管理全部事務及為其簽名之權限。二者本質上即有不同。

學說上或許是基於經理人權限日益擴大，為避免經理人與董事難以區分，而認為上述條文之增訂，已使民法上之商號經理人與公司法上之公司經理人，有明確之區隔，故公司法第 31 條第 2 項具有排除民法有關商號經理人規定適用之重大意義。故原則上，公司經理人並不因其身分，而當然有為公司管理事務及簽名之權限。是故，交易相對人與公司經理人為交易時，負有查證該交易行為是否為該經理人職權範圍內行為之義務。若交易相對人未盡查證義務，即不得僅憑行為人之公司經理人身分，而主張其善意應受公司法第 36 條之保護²³⁴。

然而，學者之多數見解²³⁵及最高法院²³⁶歷來之見解，則基於交易成本之考量，及一般社會之通念，而認為經理人仍應有一定之**法定權限**²³⁷。蓋公司法第 31 條第 1 項，係指公司得以章程或契約明定其職權之範圍，然並非可以章程或契約排斥民法第 554 條第 1 項及第 555 條經理人固有職權規定之適用²³⁸，否則經理人將失其所以為經理人之意義。公司所設置之經理人，法律上既未另設限制，自不能因其為法人而與民法上商號經理人有所差異²³⁹。且公司法於民國 90 年增訂第 31 條第 2 項之理由，乃在於確定經理人有為公司管理事務及簽名之權限，並非排除民法上所規定經理人之固有職權。是故，公司經理人仍應具有一定之法定權限，公司於內部關係上，雖得以章程或契約限制其授權範圍，然為保護交易安全，於對外關係上，公司對於經理人所加之限制，依公司法第 36 條，不得對抗善意第三人。

而採取公司經理人仍具有一定之法定權限之見解下，是否謂於經理人職權受有限制時，交易相對人不須盡查證義務，即得主張受公司法第 36 條之保護？實務及學說上有採肯定見解者，其認為交易相對人只要確定簽名者為公司經理人就可信賴其有為公司管理事務及簽名之權限，即可受到保護²⁴⁰。另有學者認為交易相對人對公司經理人代理權範圍之信賴基礎，並非本人對個別代理行為的授權表示，而係商事代理人被本人置放商事營業的一定位置，擔任商事交易工作之事實。故於內部關係上，經理人違反授權契約的授權範圍，屬越權代理。然於對外關係上，則應依信賴保護原則的權利外觀理論解決相對人與本人利益衝突之問題，於交易相對人非明知或非因重大過失而不知經理人違背內部限制時，其善意信賴即

²³⁴ 林國全，參前揭註 223，頁 133-134；王泰銓，公司法新論，三民，頁 162，2009 年 7 月修訂五版。

²³⁵ 柯芳枝，「公司法論(上)」，三民，頁 52，2012 年修訂 8 版；梁宇賢，公司法上公司經理人之職權，月旦法學教室，第 18 期，頁 26-27，2004 年 4 月；王文宇，同註 2，頁 126。

²³⁶ 例如：95 年度台上字 2712 號判決、96 年度台上字第 2898 號判決。

²³⁷ 諸如：經理人得為公司票據背書(70 年台上字第 3816 號判例、75 年台上字第 2156 號判例)、提起訴訟(72 年台抗字第 459 號判決)、和解(67 年台上字第 2732 號判例)、因放款就他人提供之不動產取得抵押權之設定及塗銷登記行為(76.2.11(76)法參字第 1763 號、76.2.27 經商字第 08919 號函)等。

²³⁸ 司法行政部 49 年 7 月 28 日臺函參字第 3592 號函。

²³⁹ 42 年台上字第 554 號判例。

²⁴⁰ 柯芳枝，參前揭註 235，頁 51-52；梁宇賢，參前揭註 235，頁 26-27；100 年度台上字第 2039 號判決。

得受保護²⁴¹。而另有從「就經類型化之經理權範圍，不需向企業經營者查證代理權之範圍」之世界通例，而認為原則上交易相對人不須先就經理人職權範圍盡查證義務，僅於例外之特殊情形或具體個案交易金額特別龐大時，始例外課交易相對人查證之義務，而其未盡查證義務，仍非全然否認其交易行為之效力，而僅屬民法第 217 條之與有過失²⁴²。

以上，關於經理人之認定與職權範圍，前者涉及公司法是否欲導正現行實務上經理人多未經合法程序選任之情況，後者則對於交易安全、當事人間交易成本有重大之影響，實有賴立法妥善解決。

第三章 董事之定義、選任、解任、報酬與權限

一、公司法第八條之修正

二、公司法第二十七條之修正²⁴³

(一) 公司法第二十七條之立法意旨及沿革²⁴⁴

我國於 1946 年公司法第 21 條即已規定：「公司得為他公司之董事、監察人，但須指定自然人充其代表。」，同法第 185 條並規定：「政府或法人為公司股東時，其所得指定為董事之人數，應按所認股額比例分配，以公司章程訂定之。前項董事，得依其本身職務關係，隨時改派」。而於 1966 年公司法修法時，將上開兩條之意旨移到公司法第 27 條²⁴⁵，並增設法人股東得指派代表人分別當選董事或監察人之制度，其立法理由僅說明因應實務上之需要²⁴⁶。

2001 年公司法修正時，行政院版本的第 27 條修正草案，曾規定法人股東之代表人不得同時當選為董事及監察人²⁴⁷，但後來立法院審查時，以「不致影響公

²⁴¹ 王文字，參前揭註 224，頁 125-126。

²⁴² 劉連煜，參前揭註 226，頁 180-181。

²⁴³ 詳細的我國法制沿革、比較法制研究、學說實務見解、未來修法意見；請參照林仁光，公司法第二十七條法人董監事制度存廢之研究，國立臺灣大學法學論叢，第 40 卷 1 期，2011.03，頁 253-350。

²⁴⁴ 立法制度演變的簡表。廖大穎，評公司法第二十七條法人董事制度—從台灣高等法院九十一年度上字第八七〇號與板橋地方法院九十一年度訴字第二一八號判決的啟發，月旦法學雜誌，第 112 期，2004.09，頁 199、200。

²⁴⁵ 1966 年公司法第 27 條：「政府或法人為股東時，得被推為執行業務股東或當選為董事或監察人。但須指定自然人代表行使職務。政府或法人為股東時，亦得由其代表人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，得分別被推或當選。前兩項之代表，得依其職務關係，隨時改派補足原任期。對於第一、第二兩項代表權所加之限制，不得對抗善意第三人」。

²⁴⁶ 黃虹霞，政府或法人股東代表當選為公司董監事相關法律問題—公司法第二十七條第二項規定之商榷，萬國法律，第 110 期，2000.04，頁 62。

²⁴⁷ 廖大穎，參前揭註 244，頁 200。但當時草案排除公司法第 128 條之 1 及公營事業所指派之代表人。

司監控制度為由」而刪除。最後，在 2012 年公司法修正中，明文規定法人股東不得指派代表人分別當選公司董事、監察人。

至於同條第 3 項容許法人股東得依其職務關係，隨時改派代表人之規定，1966 年之立法理由則謂係避免再次召開股東會重新選任公司董監事之程序繁瑣。

（二）制度的主要批評²⁴⁸

公司法第 27 條在我國公司實務上深植已久，不僅便利政府官股掌控公營事業及相關投資事業，且成為關係企業母公司有效控制子公司之利器，故企業界多給予正面評價；但學說上多有批評公司法第 27 條合法提供企業濫用法人代表制度的平台，而經過 2012 年公司法的修正後，雖然法人股東代表人同時當選公司董事、監察人而破壞公司治理之情形不復存在，但第 27 條遭到濫用的問題仍存在於第 3 項「得隨時改派」之規定，無論法人股東依第 27 條 1 項當選董監事後指派之代表人，或其依同條 2 項指派代表人當選董監事，均得依同條 3 項隨時改派其代表人。

第 27 條 1 項之情形，學說上多有認為，**董事職務本質上不宜由法人擔任**²⁴⁹，而應以自然人為限；且法人董事本無實體，自須指派自然人代其行使職務，而基於其與代表人間之委任關係，自得隨時更換其代表人，若承認法人得當選公司董監事，第一項規定實屬疊床架屋²⁵⁰；再者，該代表人與法人股東間為委任關係，依民法第 535 條、第 540 條，自須聽從法人股東之指示並負注意及報告義務，假設**法人股東與公司間利益相互對立時，代表人將面臨利益衝突**，如何能忠實處理公司之事務²⁵¹？且代表人為法人董事執行職務，面臨公司重大交易決策時，仍需請示法人董事後才能做出決定，此將造成法人董事代表人無效率之問題²⁵²。結論上，學說多有刪除本條規定之意見²⁵³。

而在第 27 條 2 項的情形。首先，此違反**董事對任期之期待**，公司法第 195 條有保障公司董事任期之規定，但法人代表人當選董監事後，卻有不經由同法第 199 條之特別決議，而隨時遭法人股東撤換之可能；再者，此制度亦**破壞股東平等原則**²⁵⁴，何以自然人大股東選出之董監事不得隨時改派，而法人股東之代表人

²⁴⁸ 廖大穎，參前揭註 244，頁 197-213；邵慶平，再論公司法第二十七條—公司治理強化下的另一種思考，財產法暨經濟法，2005.06，頁 97-135，臺灣財產法暨經濟法研究協會。

²⁴⁹ 廖大穎，參前揭註 244，頁 210。論者謂董事之本質在於接受全體股東託付管理公司經營之任務，股東會選任之董事，應具備管理、經營公司之專業能力，但法人本身並無實體，不具備上述要件。

²⁵⁰ 林國全，法人代表人董監事，月旦法學雜誌，第 49 期，1999.06，頁 16。

²⁵¹ 廖大穎，參前揭註 244，頁 208。另外，在 2012 年新法修正後，該代表人可能將構成「事實上董事」，此將使法人股東、代表人、公司間的三方關係日趨複雜。

²⁵² 另一個問題是，倘代表人之意思與法人董事不符時，法人董事可否事後變更、撤銷其代表人之決定？

²⁵³ 邵慶平，參前揭註 248，頁 102。但該文提及實務上針對第 27 條 1 項，多已採取「二位一體」的實質審查標準，將持股期間、競業禁止義務、表決權迴避、消極資格等限制擴張即於代表人，因此，刪除第 27 條 1 項是否符合成本效益，仍需再省思。

²⁵⁴ 關於第 27 條 3 項與股東平等原則間之關係

當選董監事後卻得隨時改派之？第三點，「隨時改派」之規定將使單一股東之意思得以變更全體股東之意思，董事本經由股東會議事程序而選出，法人股東隨意改派代表人，將破壞當初股東會所共同形成之意思決定及市場投資人之信賴²⁵⁵。最後，有心的經營者為規避上法律上董事、監察人之責任，將可利用第 27 條 2 項指派代表人作為其分身，達成參與公司經營甚至實質控制公司之目的²⁵⁶；或者，有心取得目標公司經營權者，僅需取得該公司法人股東之經營權，再依法改派代表人，即可規避目標公司股東會而實質取得該公司經營權²⁵⁷。

三、公司法第一百九十六條之修正

依公司法第 196 條之規定，董事之報酬若未經章程訂明者，將定報酬之權限劃歸於股東會。而「報酬」之名目於現行實務上過於紛雜，即實質上給予董事之金錢非必均以報酬之名為之，再且依經濟部及法院判決和部分學說見解認為，應將給予董事之酬勞與報酬加以區別，以致於現行實務上兩者決定權限劃歸為不同機關決定，與證交法第 14 條之 6 目的有違，且如何加以區別亦有不同判斷標準，甚且有可能促使董事巧立名目，造成報酬與酬勞顯不相當之情形。而關於「報酬」之爭議，有三點值得注意：

第一、關於報酬與酬勞之區分標準，學說上有見解認為在判斷上不能以名害實，而應視其是否屬於勞務的對價決定是否屬於報酬，雖然公司支付名義是以車馬費為之，但實質上屬給付董事勞務的對價，因其屬固定薪津，故屬為報酬之性質²⁵⁸。亦有學說見解採取不同標準，並將支付董事之金錢加以區分，若屬董事可自由支配處分自公司所受領之經濟上利益於個人私益，且無論公司是否有盈餘皆須給付者為「報酬」；而以年度盈餘一定比例作為酬勞金者，屬於盈餘分派之「酬勞」，若公司年度無盈餘則無須支付，具有成功報酬之性質，與報酬有別，為股東自主性的權益分讓；另業務執行費用則屬董事不得支配之經濟利益，性質屬於公司業務執行之費用，權限劃歸於董事會決定²⁵⁹。

惟實務上亦有不同之判斷標準，依經濟部之函釋仍就報酬與酬勞加以區別，認為董監事之酬勞，屬於盈餘分派之範疇。而董監事之報酬，則指董事、監察人為公司服務應得之酬金²⁶⁰。而認定標準則以名目分別認定，如「又所謂『董事之報酬』，係指董事為公司服務應得之酬金而言；所謂『車馬費』，顧名思義，則指董事前往公司或為公司與他人洽商業務所應支領之交通費用而言，自與董事之報酬有別，所詢薪資、車馬費、交際費、伙食津貼、各項獎金、退職金等，公司

²⁵⁵ 林國全，參前揭註 250，頁 17；廖大穎，參前揭註 244，頁 202。不同思考，邵慶平，參前揭註 248，頁 110-112。

²⁵⁶ 廖大穎，參前揭註 244，頁 206。在 2012 年公司法增訂第 8 條 3 項後，該法人股東當然有可能構成「影子董事」之規定，但我國影子董事照條文文義仍需以「實質控制公司人事、財務、業務」為要件，倘若該法人股東雖指派數代表人當選公司董監，卻仍未實質控制公司，仍難以影子董事之規定以繩之。

²⁵⁷ 林國全，參前揭註 250，頁 17；廖大穎，參前揭註 244，頁 206、207。

²⁵⁸ 劉連煜，參前揭註 226，頁 411。

²⁵⁹ 林國全，董事報酬請求權一評最高法院 94 年度台上字第 2350 號判決，月旦法學雜誌，135 期，頁 244-253。

²⁶⁰ 94.12.26 經商字第 09402199670 號函。

應據上揭說明依其性質分別認定之。至『董監事酬勞』為盈餘分配項目，尚非公司法第 196 條規定之範圍。」²⁶¹而我國最高法院近來見解仍多參照最高法院 94 年度台上字第 2350 號判決意旨，以「報酬性質上屬處理委任事務之對價，為經常性之給付，無論公司是否有盈餘均應給付」為判斷標準²⁶²。

由上可知，董事、監察人為公司服務應得之酬金究竟如何認定實非易事，於實務操作下，支給的「名目」並非判斷之惟一標準，法院也可能採取實質認定，如此一來將產生許多困擾。

第二、關於公司股東會得否以決議將董、監事報酬額之決定委諸董事會定之，早期實務見解²⁶³認為，法院仍允許股東會得事後追認使之生效。爾後，實務改變見解認為依公司法第 196 條之立法意旨，係在壓抑董事利用其經營者之地位對公司恣意索取高額報酬，故認為股東會不得決議將報酬額之決定委由董事會定之²⁶⁴。而近期則有實務見解²⁶⁵進一步表示，股東會不僅不得概括授權董事會自行決定報酬，更認為違法授權之董事會決議無法因股東會之事後追認而使之有效。

第三、就衍生問題，股份有限公司之董事，本質上是否為有給職？亦即，若公司章程或股東會未曾規定或決議董監報酬，是否即為無償委任？抑或董監可依民法之規定請求公司就其給付之勞務為合理報酬之決議？對此實務與學說有不同見解。

學說多數見解認為，相較於無限公司依公司法第 49 條之規定，執行業務之股東不得向公司請求報酬(有限公司及兩合公司分別依公司法第 108 條第 4 項及第 115 條準用)，為原則無償，例外有償。公司法第 196 條對於股份有限公司之規定顯然與上述規範模式不同，股份有限公司之董事應為有給職，且民國 90 年修法廢除第 192 條有限公司董事須具股東身分之要件，採取經營與所有分離原則，與另外三種型態公司之經營機關皆要求具有股東身分不同(因經營者本身具有股東身分，為維護本身投資利益而為無給職並非不可想像)，既董事可能無股東身分，要求其無償為公司服務，且須負擔法律上責任，殊難想像。且依公司法第 196 條文字可解為，董事之報酬，若未經章程明定，股東會即應議定之²⁶⁶。然學說亦有見解認為公司法第 196 條為特別規定，故民法第 547 條並無適用之餘地，且公司法第 196 條只是在規定公司如要支付報酬時必須經過的法定程序，並非謂公司因而負有支付董事報酬之義務²⁶⁷。

惟依我國實務見解²⁶⁸則認為：「股份有限公司與董事間之關係，除公司法另有規定外，**依民法關於委任之規定**。而董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定。又委任契約報酬縱未約定，如依習慣，或依委任事務之性質，應給與報酬者，受任人得請求報酬。分別為公司法第一百九十二條第四項、第一百九十六

²⁶¹ 93.1.20 經商字第 09302005550 號函。

²⁶² 高等法院 100 年度上更(五)字第 5 號判決。

²⁶³ 77 年度台上字第 2158 號判決。

²⁶⁴ 93 年度台上字第 1224 號判決。

²⁶⁵ 98 年度台上字第 935 號判決。

²⁶⁶ 林國全，參前揭註 244。

²⁶⁷ 劉連煜，參前揭註 226，頁 409。

²⁶⁸ 94 年度台上字第 2350 號判決、高等法院 100 年度上更(五)字第 5 號判決。

條及民法第五百四十七條定有明文。即董事與股份有限公司間之法律性質為委任關係，董事可否請求股份有限公司給付報酬，應先以公司章程中有無載明決之，若未載明，則以其股東會有無決議定之，若公司之股東會怠於議定董事之報酬，而依習慣或依委任事務之性質，該董事並非因無償而受委任者，董事即得請求相當之報酬。」

四、公司法第二百條之修正

(一) 第二百條裁判解任之要件—學說、實務見解

本報告書建議刪除公司法第 200 條中，股東提起裁判解任董事訴訟，須具備「股東會未為決議將其解任」之要件，期能擴大第 200 條之適用範圍，於股東會未能決議通過解任董事之議案時，保障少數股東尚能透過司法裁判解任不適任董事，以保障公司及全體股東之權益。

而「股東會未為決議將其解任」係指股東會未已特別決議通過解任董事之議案，解釋上應包括「股東會未達定足數」無法召開之情況²⁶⁹。除此要件外，通說認為依據民法第 56 條之法理、禁反言與誠信原則，該股東必須親自出席股東會並贊成解任董事之議案，方取得裁判解任之訴之原告適格²⁷⁰。且實務上認為該「請求裁判解任之解任事由」，應以股東會曾提出解任董事提案之事由，而未經股東會決議將其解任為限²⁷¹，且該事由應限於該董事現任期中存在之事由，換言之，股東不得以該董事前屆任期違反法令或章程之事由，提起裁判解任之訴。

然學說上批評前屆董事之違法事由，未必在改選時即已被股東知悉或做出正確評價，且依公司法第 172 條，解任董事之議案不得以臨時動議為之，除非董事會自行將解任董事之議案置於股東會議程中，否則少數股東僅能藉由公司法第 172 條之 1 股東提案權提案，此時若董事會違法不將該提案列入，現行法下少數股東很可能無救濟管道，因此學者另有建議，所謂「股東會未為決議解任董事」，應包括股東行使股東提案權，卻因董事會違法未被納入股東會議程之情形²⁷²。

(二) 投資人保護法第 10 條之 1

證券投資人及期貨交易人保護法於民國 98 年增訂第 10 條之 1，賦與財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心(投保中心)，得不受公司法第 200 條持股百分之三門檻及「股東會未為決議將其解任」之限制，請求法院裁判解任該董事或監察人之權；但法院認為由於法無明定得溯及適用，且因上市或上櫃公司之董事

²⁶⁹ 王志誠，股東之裁判解任董監事訴請權，台灣本土法學雜誌，第 92 期，2007.03，頁 153。

²⁷⁰ 王志誠，參前揭註 268，頁 152。但王志誠老師認為該條除有表決權之股東外，無表決權特別股之股東亦得提起裁判解任之訴，且民法第 56 條係為禁止為參加股東會之股東任意於會後撤銷決議影響公司之安定，而第 200 條係為維護公司即全體股東之利益，亦不會影響公司經營之安定性。

²⁷¹ 臺灣高等法院 100 年上字第 221 號民事判決。

²⁷² 林仁光，裁判解任董事及董事長，月旦法學教室，第 114 期，2012.04，頁 49。

或監察人執行業務，有無重大損害公司之行為或有無違反法令或章程之重大事項，涉及實體問題，是應適用法律不溯及既往之原則；因此，必須發生於 98 年 8 月 1 日(施行日)後，投保中心始得依該法第 10 條之 1 訴請法院裁判解任該董監事之職務²⁷³。

五、公司法第二百零二條之修正

為落實「企業經營與企業所有分離原則」，公司法第 202 條於民國 90 年修正時，將原條文規定「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均『得』由董事會決議行之。」中之「得」改為「應」，立法理由中亦指出本條用以明確劃分股東會與董事會之職權。惟 202 條究係採取董事會優位主義，抑或採取股東會優位主義，立法者並未明確規定，而實務與學說見解各有所採，造成股東會究竟是否可透過修改章程之方式，剝奪董事會權限，而藉此擴大股東會權限之疑慮。換言之，董事會是否有其機關之專屬權限，屬於非股東會得以章程修改方式而加以剝奪，目前尚無定論。

就經濟部之歷來函釋認為，公司法中實有存在專屬職權，即「非屬本法或章程規定之股東會專屬職權，應由董事會決議之」²⁷⁴、「除本法或章程另有規定由股東會決議者外，餘均屬董事會專屬職權」²⁷⁵、「分派股息及紅利之基準日，尚非股東會專屬職權，故由董事會決議訂定，尚無不可。」²⁷⁶、「股份有限公司經理人之報酬，係專屬董事會決議事項，尚不得由董事會授權董事長核定。」²⁷⁷

惟股東會是否得以透過修改章程方式，將專屬董事職權改由董事會決議，經濟部函釋尚有不同見解，採肯定見解者如，「按公司業務之執行，有屬股東會或董事會決議事項。依公司法第 202 條規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之」。旨在劃分股東會及董事會職權，不使兩者權責混淆，並充分賦予董事執行業務之權。例如，公司法第 29 條第 1 項第 3 款之委任、解任經理人規定，係專屬董事會職權，股東會之決議對此不具拘束力。惟依同法第 193 條第 1 項規定，「董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議」。據此，公司法或章程起定股東會決議之事項，董事會應依決議執行之，自不得由董事會決議變更。」²⁷⁸

而近來經濟部似改其立場而採取否定說，即「按公司業務之執行，有屬股東會或董事會決議事項。依公司法第 202 條規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之」。旨在劃分股東會及董事會職權，不使兩者權責混淆，並充分賦予董事執行業務之權。有關來文說明二各項涉及公司法第 29 條第 1 項、第 156 條第 3 項、第 156 條第 5 項、第 167 條之 2 第 1 項、第 246 條及 266 條第 2 項等已明定由董事會決議，倘公司章程規

²⁷³ 臺灣士林地方法院 100 年金字第 1 號民事判決。

²⁷⁴ 91.4.10 經商字第 09102055120 號函。

²⁷⁵ 91.9.18 經商字第 09102206950 號函。

²⁷⁶ 92.11.10 經商字第 09202234310 號函。

²⁷⁷ 96.1.4 經商字第 09500202210 號函。

²⁷⁸ 94.5.27 經商字第 09402071210 號函。

定上開各條項應經股東會決議，自與公司法規定不符。但公開發行股票之公司，證券管理機另有規定者，從其規定。」²⁷⁹

就法院見解而言，有認為「依公司法第 193 第 1 項之規定，董事會對公司業務執行固有決定權，然仍應依照法令、章程及股東會之決議。解任經理人雖依公司法第 29 條規定，應由董事會行之，惟股東會係公司最高意思機關，而公司與經理人間係委任關係，隨時得終止，**是股東會自得決議解任經理人之職務，董事會亦必須依股東會之決議執行。**」²⁸⁰似認為依 193 規定，就公司法規定之專屬董事會權限，透過股東會決議即可擴大股東會權限，無須透過修改章程。而最高法院見解認為，「本院按公司法第 202 條規定，公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。是以董事會決議之範圍僅限於業務之執行，**涉及股東權益之事項**，非可由董事會決議行之。」²⁸¹似就機關專屬權限以「涉及股東權益之事項」提出一劃分標準。

而公司法第 202 條究竟採取董事會優位主義，抑或股東會優位主義，學者間亦存有不同見解，採取董事會優位主義者，認為董事會與股東會權限的劃分，應從議決事項的本質決定，凡有關營運事項應交由董事會決定²⁸²。亦有認為雖股東會為最高意思機關，但基於保障全體股東之利益，承認經營權交由董事會；股東會權限僅剩重要決議事項，如合併、分割、資產收購營業讓與及章程修改等以法律保留由股東會做最後決議之事項²⁸³。

採取中立態度者認為股東會權限劃分應以公司法第 202 條為基準，僅限以法律或章程有明文規定者為限。公司法第 193 條董事會執行業務應依「股東會決議」，指的是符合公司法第 202 條之股東會決議，如股東會決議不符合公司法第 202 條，則董事會並無遵守之義務²⁸⁴。亦有認為擴大股東會權限主張固有見地，但由於我國大型公司的特性，此舉對於改善我國企業之公司治理，實際效果可能有限²⁸⁵。

而採取股東會優位主義者認為凡不違反法律強制或禁止規定、公序良俗或股份有限公司之本質者，均可規定於章程²⁸⁶。有認為股東會之權限得在章程上，將法定股東會專屬決議事項以外之事項，列為應經股東會決議事項，以擴大股東會權限。但仍以公司法具體明定專屬董事會權限事項為其界限²⁸⁷。亦有學者認為由於公司法第 202 條對於董事會之授權範圍係「除本法或章程規定應由股東會決議之事項外」，故若公司章程中別有規定或有保留予股東會決議之事項，則董事會對該事項即無概括決定之權限，即股東會對於原非屬股東會之「法定專屬決議事

²⁷⁹ 100.2.23 經商字第 10002403260 號函。

²⁸⁰ 台南地方法院 92 年訴字第 2138 號判決。

²⁸¹ 96 年度台上字第 2000 號判決。

²⁸² 請參閱方嘉麟(2005)，〈會計表冊承認制度之研究兼論違法盈餘分派之責任歸屬〉，收錄於《現代公司法制之新課題—賴英照大法官六秩華誕祝賀論文集》，頁 418，台北：元照。

²⁸³ 林仁光，股東會為公司最高意思機關之迷思，台灣本土法學雜誌，第 64 期，頁 1-3。

²⁸⁴ 劉連煜，參前揭註 226，頁 479-480。

²⁸⁵ 王文宇，參前揭註 224，頁 353。

²⁸⁶ 柯芳枝，參前揭註 235，頁 221-222。

²⁸⁷ 林國全，章定股東會決議事項，月旦法學教室，第 56 期，頁 24-25。

項」者，得透過章程之變更使該事項成為「意定專屬決議事項」進而縮減董事會之概括權限²⁸⁸。

另外有學者認為由公司法第 185 及 317 條可知，關於權限之劃分並分為截然二分模式。依公司法之規定，亦將有些權利規定為股東會和董事會共享，缺一不可，即所謂的共享權限²⁸⁹。

綜上所述，現行公司法第 202 條，究採董事會優位主義抑或股東會優位主義，仍存有爭議，立法政策上可考量對公司法上之權力劃分做出評價。

第四章 監察人功能之強化與改革：公司法第二百一十六及 第二百二十三條

一、公司法第二百一十六條之修正—監察人會

(一) 我國法律規定、實務現況、學說意見

監察人為股份有限公司之法定、必備、常設之監督機關，監察人對公司之財務、業務享有之監督權限稱為監察權。目前國內通說均認為監察人監察權之行使，依公司法第 221 條，係以個別單獨行使為原則²⁹⁰，保障監察人制度之靈活運用，以發揮監督之機能，故監察人縱有數人者，各監察人仍得單獨行使其監察權，不受他監察人之干涉；此與採會議體之方式，由各董事參與討論、集思廣益後做成決議決定公司業務執行方針之董事會不同。

本報告書就公司法第 216 條係修正公開發行公司監察人之人數及職權的行使方式，認為公開發行公司監察人須有三人以上，並組成監察人會，其職權行使辦法由證券管理機關訂定之，不受第 221 條規定之適用。期待監察人定期召開會議進行討論，共同決定監察權之行使，**避免現行法下監察人各自獨立行使職權，反可能造成重複監督、監察資源浪費等不效率，或因各自為政力量薄弱無法有效行使監察權監督公司**²⁹¹。而學說上亦有贊同應引入監察人會制度之見解，以發揮組織性監察機能，提升監察權行使之功效及效率²⁹²。

²⁸⁸ 邵慶平，論股東會與董事會之權限分配—近年來公司法修正之反思，東吳法律學報第 17 卷第 3 期，頁 139-182，2006 年 4 月。

²⁸⁹ 王文宇，參前揭註 224，頁 275-276。

²⁹⁰ 王文宇，參前揭註 224，頁 357。

²⁹¹ 詳細請參照本報告書第貳部分、十二，公司法第二百二十三條之修正。另外，事實上我國法規定「監察人各得行使職權」本即隱含若監察人彼此意見不一將導致公司無所適從之風險，例如在查核公司年度財務報表(公司法第 219 條)及監察人請求董停止執行違反法令、章程之行為(公司法第 218 條之 2)。請參見曾宛如，監察人 v. 審計委員會—兼論監察人可否擔任公司律師或法律顧問，月旦民商法雜誌，第 12 期，2006.06，頁 79、80。

²⁹² 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，2001.06，頁 55。

經濟部針對監察人會之見解，認為因現行公司法並無「監察人會」設置之規定，且依公司法第 221 條，監察人各得單獨行使監察權，因此，自無應由數監察人共同組監察人會可言²⁹³；是以，即使公司如事實上或以章程訂定設置「監察人會議」，對外仍不生法律上之效力²⁹⁴。從而，現行法下由於公司法中未有監察人會制度之設計，主管機關對於監察人會並不承認其對外法律上之效力²⁹⁵，監察人依公司法第 221 條，自得單獨行使其監察權限。

（二）外國立法例

比較法方面，美國法上並無監察人之規定，而係於董事會中設置監察委員會，公司之監督仰賴外部董事(outside director)及獨立董事(independent director)。

德國資合公司法設有監察人會，監察人會的成員由股東會選出，包括股東代表及員工代表組成²⁹⁶，監察人會再任命董事會之成員，並監督企業的經營與管理，監察人會可以查閱公司之財務、業務文件，對公司定期進行檢查，董事會有義務定期向監事會提出報告，使監察人會得監督公司之經營決策，監察人會有審查年度財務報表、為公司利益召開股東會之權限，對特定事項具有否決權²⁹⁷。

法國法上就公司機關，可採取一元式及二元式的治理方式²⁹⁸，採二元式之公司，設有執行團(Directoire)及監察人會(Council de surveillance)，執行團之成員由監察人會選出，負責公司之經營；而監察人會之成員，除勞工監察人外，監察人會之成員應由股東會**從股東中選出**，監察人之地位及監察人會之運作與法國法上董事及董事會相當²⁹⁹。

我國法上監察人制度與地位，與日本法較為相近³⁰⁰。日本法於 1993 年修正時，明文將監察人會制度法制化，監察人會得決定監察方針、財務業務之調查方法及監察人業務執行事項，並製作監察報告；監察人會得以決議方式整合意見，決定監察人監之職務分擔，兼顧其職權行使之效率，但不得有礙監察人之權限行

²⁹³ 經濟部 91 年 7 月 4 日經商字第 09102132160 號

²⁹⁴ 經商字第 88217798 號、經商字第 214137 號。又 (90) 經商字第 09002050600 號、經商字第 09102132160 號中，均認監察人依法各得單獨行使職權，自無由數監察人組成監察人會議可言。

²⁹⁵ 惟若公司章程設有「監察人會」之規定，對公司內部仍有拘束力，公司監察人倘若違反章程之規定，依公司法第 224 條負損害賠償責任。

²⁹⁶ 學說上稱之為「共同參與決定制度」。陳麗娟，從德國「公司治理規約」論我國的監察人制度，台灣本土法學雜誌，第 78 期，2006.01，頁 8。

²⁹⁷ Thomas Raiser、Rudiger veil 著 高旭軍、單曉光、劉曉海、方曉敏譯，德國資合公司法第三版，2005 年 1 月第 1 版，法律出版社，頁 175-183。但德國法上監察人會並非董事會之上級機關，監察人會針對董事會之報告，可以做出回應或決議，但對董事會並無拘束力。

²⁹⁸ 採「一元式」之公司，僅設有董事長及董事會。王泰銓、吳宗謀、徐心蘭，比較公司法之研究—以法國法為中心，行政院國家科學委員會專題研究計畫，計畫編號：90-2414-H-002-031，91 年 12 月 31 日，頁 106。

²⁹⁹ 王泰銓、吳宗謀、徐心蘭，參前揭註 298，頁 116、117。

³⁰⁰ 林國全，參前揭註 292，頁 47。該文中提到大陸法系模式係以監察人會作為公司經營機關之上位機關，但日法及我國法下，股東會、董事會、監察人則類似平行的三權分立系統。

使³⁰¹。又所謂不得妨礙，應係指日本法上各別監察人本即享有的資訊請求權、行為停止請求權；因此，日本法上雖設監察人會，用以決定監察方針、協調各監察人之意見，但各別監察人仍享有完整的積極性、主動性之獨立監察權限，監察人會之功能僅為一監察行政機關，匯集資訊、綜合各監察人之監察結果，以決議方式提出整體監察意見，其本身並無任何實質監察權限³⁰²。

另外，中國大陸 2005 年公司法第 52 條及第 118 條則設有「監事會」之規定³⁰³，監事會由股東代表及職工代表組成，其權限、地位近似於我國公司法之監察人³⁰⁴，監事會之決議除章程另有規定外，應經半數以上監事通過。

（三）監察權之範圍與行使方式

本報告書關於第 216 條之修正，以創設監察人會之方式，改變監察人職權之行使方式，以求有效率達到監督公司之目的。又此處即涉及另一爭議，即為監察人監察權之範圍與內涵，舉例而言，公司法第 213、214、218 條 2 項、223 條監察人代表公司之代表權，此代表權是否屬監察權之一環³⁰⁵？或謂監察人之監察權與代表權係屬二事？學說、實務上對此均分為二派不同看法。

有認為，除公司法第 214 條所定情形外，尚須經股東會決議，監察人始得代表公司對董事提起訴訟，股東會並依公司法第 213 條得另選代表公司為訴訟之人，監察人非得任意代表公司為訴訟行為。準此，於董事或清算人對公司提起之訴訟時，如監察人有二人以上，而未經股東會選任者，自應列全體監察人為公司之法定代理人，始為適法。又公司監察人依公司法第 221 條規定，固得單獨行使監察權，惟行使監察權與對外代表公司係屬二事，尚不得以監察人得單獨行使監察權，而謂董事或清算人對公司訴訟時，得任選一監察人為公司之法定代理人進行訴訟³⁰⁶。縱上，此判決似認監察人監察權及代表權之行使係屬二事³⁰⁷。又學說上支持此立場者，則認為如公司法第 223 條係規範監察人之代表權，而非監察權，若監察人有數人時，應由全體監察人共同代表公司³⁰⁸。

³⁰¹ 林國全，參前揭註 292，頁 50、54-56；崔延花譯，日本公司法典，2006 年 1 月第 1 版，頁 179-184，中國政法大學出版社。林國全老師指出監察人會有三大功能：協調監察人間之權責分擔、保障外部監察人制度、強化監察人抗衡董事會之力量。

³⁰² 林國全，參前揭註 292，頁 55。林國全老師指出日本監察人會制度之改革，可調和「藉監察人會之法制化提升監察之實效性」及「藉監察人之獨任制之維持確保監察人之公正性」。

³⁰³ 大陸公司法第 52 條：「有限責任公司設監事會，其成員不得少於三人」；第 118 條：「股份有限公司設監事會，其成員不得少於三人」；第 56 條 2 項：「監事會的議事方式和表決程序，除本法有規定的外，由公司章程規定」。方立維、席志國、韓宇，中國大陸公司法與企業法解析，2009 年 3 月，初版 1 刷，頁 176、177，元照。

³⁰⁴ 規定於中國大陸公司法第 54 條，包括檢查公司財務，對董事、高級管理人員進行監督、糾正、罷免，臨時股東會之召集權，股東會之提案權，代表公司對董事、高級管理人員訴訟。方立維、席志國、韓宇，參前揭註 303，頁 474、475，元照。

³⁰⁵ 國內公司法教科書大多將監察人之職權大別為監察權、公司代表權、股東會召集權。

³⁰⁶ 最高法院 99 年台抗字第 142 號。

³⁰⁷ 最高法院 100 年台上字第 1026 號。

³⁰⁸ 王泰銓著、王志誠修訂，公司法新論，修訂五版，2009 年 7 月，頁 533，三民。

惟經濟部則有不同看法，經商字第 09102132160 號即指出，因公司法第 221 條規定監察人各得單獨行使監察權；準此，自無應由數監察人共同代表公司可言³⁰⁹；嗣後，經濟部沿用先前函示的見解，進一步指出監察人因董事之自我交易行為而取得之代表權，性質上，仍屬監察權之一環，得由監察人一人單獨為公司之代表³¹⁰。學說上亦有採相同見解³¹¹。

至於監察人之股東會召集權，則依公司法第 220 條規定：「監察人除董事會不為召集或不能召集股東會外，得為公司利益，於必要時，召集股東會」。通說實務認為，監察人得為公司利益，於必要時，召集股東會，不以董事會不為召集或不能召集之情形為限，此項股東會召集權，監察人可單獨行使，毋庸徵得其他監察人之同意³¹²。

二、公司法第二百二十三條之修正

現行公司法第 223 條規定，董事為自己或他人與本公司有交涉時，由監察人為公司之代表。其旨在於避免董事與公司間之利害衝突，確保交易公正，並防範董事長礙於同事情誼，損及公司利益；又董事與公司的自我交易行為 (Self-Dealing)，本屬董事忠實義務 (Duty of Loyalty) 的一環，董事面臨與公司交易之情況，本應對公司揭露其自身之利害關係，並迴避表決，公司法於民國 101 年增訂第 206 條第 2 項，即明揭此旨。惟本條雖為防免董事與公司利害衝突，於解釋上卻引起實務及學說的諸多爭議，以下分述之。

(一) 關係人交易未經監察人代表公司之效力

首先，倘若董事與公司間之交易行為未經監察人代表公司，其交易效力如何？最高法院一直認為，公司法第 223 條之意旨係為禁止雙方代表，保護公司之利益，非為維護公益而設，自非強行規定，故董事與公司為法律行為，違反該條規定，並非當然無效，倘公司事前許諾或事後承認，對公司亦生效力³¹³。申言之，在董事與公司為交易行為時，縱該董事並非代表公司與自己交易，惟董事長依公司法第 208 條對外代表公司，為避免同事間私相授受，防範利害衝突，因此以 223 條剝奪董事長之代表權，改由監察人代表公司，倘若未經監察人代表，此交易行為應屬無權代表，該行為類推無權代理之規定應為效力未定，非經公司嗣後承認，對公司不生效力³¹⁴，且此處公司之承認，應由監察人為之³¹⁵。

³⁰⁹ 經濟部 91 年 7 月 4 日經商字第 09102132160 號

³¹⁰ 經濟部 101 年 10 月 3 日經商字第 10102130450 號

³¹¹ 王文宇，參前揭註 224，頁 357；劉連煜，現代公司法，增訂七版，2011 年 9 月，頁 459，元照。黃銘傑，監察人代表權之意涵、目的、功能及行使方式——最高法院一〇〇年度台上字第九六四號、第一〇二六號判決評析，月旦法學雜誌，第 208 期，2012 年 9 月。

³¹² 經濟部經商字第 09402019810 號

³¹³ 最高法院 100 年台上字第 1672 號 民事判決、最高法院 98 年台上字第 2050 號 民事判決、最高法院 98 年台上字第 1649 號 民事判決

³¹⁴ 王文宇，參前揭註 224，頁 329；廖大穎，公司法原論，增訂五版，2009 年 9 月，頁 208，三民；劉連煜，參前揭註 226，頁 458、459；王泰銓、王志誠，公司法新論，頁 533。

(二) 監察人代表公司之方式

第二點，如前所述，依公司法第 221 條，監察人各得單獨行使其監察權，則監察人依公司法第 223 條代表公司與董事交易時，究應全體監察人共同代表公司，抑或各別監察人均得單獨代表？最高法院認為，本條係規定監察人之代表權，而非監察權之行使，公司之監察人若有數人時，應由全體監察人共同代表公司與董事為買賣、借貸或其他法律行為³¹⁶，但經濟部及學說則有不同見解。

(三) 關係人交易之決定權限

第三點，於監察人代表公司與董事交易時，該交易之實質決定權，究竟歸屬於監察人還是董事會？倘採前者，則該交易完全不需經過董事會開會討論、作成決議，雖可避免法條所謂「董事基於同事情誼私相授受，寶置利害衝突損害公司利益」之情形，惟監察人本為公司之監督機關，若由監察人決定掌握該交易之生殺大權，將導致監察人由監督機關搖身一變而為公司之業務執行機關，是否妥當，不無疑問³¹⁷；倘採後者，則該交易仍應由經董事會決議通過，監察人可能並無審查該決議之權限，僅於公司與董事締約時，尤其為公司之代表人，如此設計，是否反而忽略公司法第 223 條之立法意旨，無法達成避免董事間私相授受，損害公司利益³¹⁸？

對此，實務上採前說，公司法第 223 由監察人代表公司與董事為法律行為時，其目的係為避免相互間之利害衝突，並防範董事長礙於同事情誼，損及公司利益，自無須再經由董事會之決定認可³¹⁹；此看法後經最高法院 100 年度第 3 次民庭總會決議追認，認為監察人代表公司與董事為法律行為時，無須經公司董事會之決議核准³²⁰。從而，監察人在此說下，代表公司與董事為法律行為，其權限不僅限於對外代表公司締約，更有實質決定該法律行為之議約權限。³²¹

³¹⁵ 劉連煜，參前揭註 226，頁 458、459；王泰銓、王志誠，參前揭註 308，頁 533。有疑問者，此處之承認，應由監察人全體共同為之，抑或得由各別監察人單獨為之？

³¹⁶ 最高法院 100 年台上字第 1026 號民事判決。惟經濟部有不同見解，參前揭註 309、310。

³¹⁷ 倘若此時轉為監察人與董事相互勾結，仍無法保障公司利益。

³¹⁸ 學說上有認為倘若監察人僅形式上擔任該項交易之進行，而對其交易內容並未實質審查，將致本條之功能不彰，反而更容易隱藏「非常規交易」。請參照廖大穎，參前揭註 314，頁 207。

³¹⁹ 最高法院 100 年台上字第 964 號民事判決。

³²⁰ 最高法院 100 年度第 3 次民事庭會議決議。

其內容大致如下；民七庭提案：未依證券交易法規定發行股票之股份有限公司，其董事一人或數人為自己或他人與公司為法律行為時，倘該法律行為屬公司業務之執行，且非依公司法或章程規定應由股東會決議之事項者，於監察人代表公司為該法律行為前，是否應先經董事會之決議？決議採甲說（否定說）：不須先經董事會決議。

理由：參酌公司法第二百二十三條立法規範意旨，在於董事為自己或他人與本公司為買賣、借貸或其他法律行為時，不得同時作為公司之代表，以避免利害衝突，並防範董事長礙於同事情誼，而損及公司利益，故監察人代表公司與董事為法律行為時，無須經公司董事會之決議核准。

³²¹ 經濟部經商字第 09102287950 號、經濟部經商字第 09102132160 號。其中，第 09102132160 號函釋雖依據經濟部 99 年 5 月 5 日經商字第 09902408910 號函不再援用，惟該函係認為，委任關係與判斷是否有公司法第 178 條「有自身利害關係致有害於公司利益之虞」係屬二事。並未針對該函釋中監察人及公司法第 223 條之部分作近一步之說明。

學說上則見解分歧，有學者贊同實務見解，認為不論就外部(對外交涉)或內部(內部決議)均由監察人代表公司，若內部決議仍由董事會為之而僅外部交易由監察人代表公司者，似無從達成本條避免董事犧牲公司利益而成全自己或他人之道德危險³²²。

惟另有見解認為，參考外國公司法制，在有關避免董事與公司間自我交易、利害衝突之規範，重點係使有意從事自我交易之董事，事先於董事會，詳盡說明、揭露相關交易資訊及利益衝突之情事，並於決議時迴避表決；如此，非但有利害衝突之董事可善盡對公司之忠實義務，另一方面，將可使董事會有充分之資訊可做成有利於公司之決定，至於事後具體交易由何人代表公司為之並不重要。

再者，民國 101 年公司法增訂第 206 條 2 項，規定董事對於會議之事項，有自身利害關係時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容；且依公司法第 218 條之 2，監察人得列席董事會陳述意見，證券交易法針對公開發行公司又設有獨立董事及審計委員會制度，倘涉及自我交易之董事，依法於董事會上揭露利害關係，以現行法制而言，已可藉由相關規定避免董事私相授受，損害公司利益。且公司之業務執行權與代表權本截然二分，依公司法第 202 條，公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之，次依同法第 208 條 3 項，董事長對外代表公司，故股份有限公司業務之執行，應由股東會、董事會做成決議，再由董事長代表公司對外為之，非可認為董事長有對外代表權，就等同享有公司業務事項之執行、決定權限，現行法第 223 條既擔憂董事間私相授受，而以監察人代替董事長對外代表公司為法律行為，監察人享有代表權，並非即享有對該事項之決定權限；另外，董事會為公司之業務執行機關，監察人為公司之監督機關，倘如實務見解所謂，監察人同時享有締約、議約之權限，將導致無人可針對該交易事先制衡監察人，僅能藉由事後損害賠償之方式追究監察人之責任³²³。

學說上也有折衷見解出現，認為由監察人代表公司與董事為法律行為之情況，此時於公司內部決定權限的分配上，應採取「提出權」、「決定權」分離的決策模式，董事之自我交易行為，仍應經董事會開會作成決議通過³²⁴，董事會通過後，在經過監察人之同意始得為之，且外部並由監察人代表公司做成交易。準此，對於該董事之自我交易行為的決定權，學說係認為由董事會及監察人分享³²⁵。

³²² 王文字，參前揭註 224，頁 328。似採同一見解者，廖大穎，參前揭註 314，頁 207。

³²³ 詳細論述，黃銘傑，參前揭註 311。曾宛如，新修正公司法評析——董事「認定」之重大變革（事實上董事及影子董事）暨董事忠實義務之具體化，月旦法學雜誌，第 204 期，2012.05，頁 137-139。又此見解亦可類似最高法院 100 年度第 3 次民事庭會議決議中之乙說。

³²⁴ 此時依 101 年新修正公司法第 206 條第 2 項、第 3 項，有利害關係之董事仍應盡說明義務並迴避表決。

³²⁵ 邵慶平，監察人的代表權，月旦法學教室，第 110 期，2011.12，頁 33-35；王志誠，監察人之法律行為代表權，月旦法學教室，第 81 期，2009.07，頁 30、31 頁

第五章 少數股東保護之加強

一、公司法第一百七十二條之一之修正

2005年6月22日新修訂之公司法第172條之1第4項規定：「有左列情事之一，股東所提議案，董事會得不列為議案：一、該議案非股東會所得決議者。二、提案股東於公司依第一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時，持股未達百分之一者。三、該議案於公告受理期間外提出者。」立法理由指出現代公司經營與所有分離，由董事會執行公司日常之業務，而股東提案權之增訂係針對不能以臨時動議提出之事項，透過此機會讓董事會列於股東常會召集事由中，進而得在股東常會中有討論的機會，並發揮股東參與公司經營、監督公司治理之功能。

現行第172條之1第4項針對股東提案權是否被放入股東常會議案，除法定排除事由，亦即第172條之1第4項第2、3款可為形式判斷外，係由董事會以該議案是否為股東會所得議決事項做判斷，造成股東提案權範圍廣泛，只要是股東會所得決議之事項皆可放進股東常會討論，又涉及到公司權限劃分上分為股東會優位主義、董事會優位主義。傳統的公司法學者都說股東會是公司最高意思決定機關，係採取股東會優位主義，但在第202條修正後埋下一個伏筆，即章程，但立法者沒有明確表明章程修改的界線何在，以至於只能確定現在是朝經營與所有分離的方向在發展大型公司，但股東會能否修改章程把董事會的權利便成自己的並不清楚；目前經濟部的立場³²⁶認為只要公司法或章程規定由股東會決議者外，其餘均屬董事會專屬的權限。惟第202條參酌經濟部專屬權限之立場，亦可解為對於公司合併、分割或重大營業行為等依據第202條，係屬股東會與董事會共享之權限（共同決策事項），亦即董事會有法定之提出權，股東會享有最終之決定權；也就是第202條僅在剝奪東會對於非專屬權限之決定權，仍存有提出議案並作成決議之權利，僅該決議不具有法律上之拘束力³²⁷。

有學者³²⁸指出我國法將股東會所得決議事項與股東提案權同視，若採美國之董事會優位主義認為董事會為公司決策最適合之機關，既弱化股東會之權限，何以股東需積極參與公司經營？應係參酌美國少數說認為賦予股東提案權可以對公司經營產生影響，進而促進公司治理。總之須回歸第202條探究股東會與董事會之權限劃分，始能認定股東提案權之定位。亦有學者³²⁹參酌外國立法例，德國股份法規定股東提案權與提議權，前者類似我國股東提案權；後者針對企業責任、具有公共利益的重大議題給予股東提案空間，可藉此引起其他股東之關注與討論，亦有利於公司長期發展，該決議對董事會並無拘束力。此外亦透過實務發展出股東會提案或提議之排除事由，包括所提議案之決議違反法令或章程而導致無效或得撤銷者、所提議案內容無須做成決議、所提議案非股東會權限、權利濫用。此

³²⁶ 請參閱經濟部民國91年9月18日經商字第09102206950號。

³²⁷ 請參閱邵慶平，公司法——組織與契約之間，中正法學叢書，頁125-131，2008年12月。

³²⁸ 請參閱曾宛如，公司法制基礎理論之再建構，承法，頁132-140，2011年10月。

³²⁹ 請參閱洪秀芬，論股東提案得排除事由「非股東會所得決議」之判斷，月旦法學雜誌，第203期，頁74-75，2012年3月。

外，有學者³³⁰認為股東提案權並非立基於董事會與股東會權限劃分，而係在平衡經營者與股東之利害關係，避免董事會違反忠實義務而做出有害公司之決策。故股東所提議案縱非股東會所得決議之事項，董事會基於尊重股東意見、良性互動，使股東能積極參與公司經營，並督促公司履行社會責任，應將該議案列入股東會並作成決議，且發生類如美國實務上之「無拘束力之建議性提案」。

實務見解³³¹認為針對公司重大交易行為，股東會得事先決議並概括授權董事會執行，因此亦屬股東所得提案之範圍，以避免董事基於自身利害關係而拒卻該交易。該見解誠值參酌，惟針對董事拒卻交易之行為，公司法已有忠實義務相繩，應回歸共同決議事項在股東提案權之適用，亦即董事會有法定提出權，相對於股東享有較高之資訊優勢，藉由提案可使資訊充分揭露，股東得基於公司意思決定機關做出最終之決定。亦有實務見解³³²認為董事會有依法律審核股東提案之義務，不得將內容違法之股東提案採納列入股東常會議程之中，係因公司法第 172 條之 1 雖賦予少數股東提出股東常會議案之權利，然該條第 4 項亦規定董事會有權審查股東提案，其目的亦係避免該股東提案之內容違反法令規定。因此，無論董事會係自行決議提出股東會議案，抑或於審查後決議通過將股東提案列入股東常會議案，該議案內容均不得違反法令之規定，且董事會有應依法令作成決議之法律義務。且除非法律明定專屬「股東會」職權之事項，否則公司業務之執行，均不得由股東會取代董事會決議之，故公司內機關權限之劃分並非毫無限制，仍應於法律所允許之範圍內進行。

針對股東提案權，經濟部解釋認為：為使股東有參與公司經營之機會，公司法第 172 條之 1 賦予股東提案權。除有董事會得不列為議案之情事外，其餘合於規定之議案，董事會均應列於股東會議程³³³，且股東提案之審查權專屬於董事會³³⁴，故非由董事會召集之股東常會，尚無公司法第 172 條之 1 適用問題³³⁵。況股東提案權係股東固有權，具有一定比例以上股份之股東，不分普通股或特別股均享有股東提案權，公司未依公司法第 172 條之 1 第 2 項公告受理提案、處所及期間，股東仍得於公司寄發股東會開會通知前，本於固有權利行使股東提案權³³⁶，且董事審查議案時，如表決事項關係自身利害致有害於公司利益之虞，不得加入表決³³⁷。再者，法人股東一人所組織之股份有限公司，因不適用公司法有關股東會之規定，自無公告受理股東常會議案之問題³³⁸。

綜上所述，針對股東提案權應該要明確的以正面或負面表列出真正適合股東提案的類型；社會福利責任的議案可當作建議性的議案，並不具有拘束性，也就

³³⁰ 請參閱王志誠，股東之一般提案權、特別提案權及臨時動議——最高法院九十六年度台上字第二〇〇〇號判決之評釋，月旦法學雜誌，第 185 期，頁 216-218，2010 年 10 月。

³³¹ 請參閱最高法院 87 年台上字第 2223 號判決；王志誠，參前揭註 330，頁 217。

³³² 請參閱新竹地院 96 年度訴字第 403 號。

³³³ 請參閱經濟部民國 100 年 5 月 13 日經商字第 10002058520 號。

³³⁴ 請參閱經濟部民國 95 年 6 月 5 日經商字第 09502078550 號。

³³⁵ 請參閱經濟部民國 94 年 12 月 2 日經商字第 09402187390 號。

³³⁶ 請參閱經濟部民國 100 年 5 月 9 日經商字第 10000570530 號。

³³⁷ 請參閱經濟部民國 97 年 5 月 20 日經商字第 09702055180 號。

³³⁸ 請參閱經濟部民國 95 年 4 月 28 日經商字第 09502057920 號。

是擴大股東會討論的空間，使更多意見可在股東會上被突顯、反應，進而對董事會形成指導的方向，且決議無拘束性亦可避免董事卸責。

二、公司法第一百七十七條之二之修正

2011年6月29日新修訂之公司法第177條之2規定：「股東以書面或電子方式行使表決權者，其意思表示應於股東會開會二日前送達公司，意思表示有重複時，以最先送達者為準。但聲明撤銷前意思表示者，不在此限。股東以書面或電子方式行使表決權後，欲親自出席股東會者，應於股東會開會二日前，以與行使表決權相同之方式撤銷前項行使表決權之意思表示；逾期撤銷者，以書面或電子方式行使之表決權為準。股東以書面或電子方式行使表決權，並以委託書委託代理人出席股東會者，以委託代理人出席行使之表決權為準。」將股東以書面或電子方式行使或撤銷表決權意思表示之送達期日從五日縮短為二日，且採到達主義，有別於股東會開會通知採發信主義，目的在明確解決股東重複為意思表示、逾期撤銷之法律效果，便利外資股東行使表決權，並減輕公司股務作業之不便。

339

按第177條之1修正理由指出，電子投票之採行本繫諸各公司自由議定，惟證券主管機關行政院金融監督管理委員會得視公司規模、股東人數等條件，強制公開發行公司採取電子方式為表決權行使管道之一。是為因應實務上上市、上櫃公司股東會開會日期過於密集，導致股東出席將花費過多的勞力、時間、費用，造成程序不利益；且現行公司法股東出席股東會以親自出席、使用委託書為主，不似第205條第2項董事以視訊會議參與董事會者，視為親自出席；再者，以電子方式交付委託書之通訊委託制度業於2005年12月廢除，為有效確立股東會為公司最高意思決定機關，並強化股東行動主義，使股權分散之公開發行公司不受少數專業經理人把持，得確實傾聽小股東對公司未來發展之意見，進而使股東能參與公司之事務，對公司有向心力，不至於因短線操作而成為或喪失公司股東之身分。

惟第177條之1第2項規定，以書面或電子方式行使表決權之股東，視為親自出席股東會但就該次股東會之臨時動議及原議案之修正，視為棄權。是針對事前已依書面或電子方式就預定於股東會當日表決之事項行使表決權，而未於當日出席之股東擬制為親自出席。多數實務見解³⁴⁰僅謂公司法第177條之1係為鼓勵股東參與股東會議決之規定，依文義觀之，該條應非強制規定，是否採行，由公司任意決之。故於公司未允許股東以書面或電子方式行使表決權，並將書面或電子方式行使股東表決權之方法，載明於股東會召集通知時，股東自不得自行以書面或電子方式行使表決權。並未處理以書面或電子方式行使表決權之股東其後得否出席股東會，遑論出席股東會後得否就臨時動議或原議案之修正再行表決。另有判決³⁴¹指出公司法僅對董事會允許「視訊參與」，而不允許股東會得以視訊參與，乃立法者在制度上有意差別規定，自不得比附援引該董事會相關規定。況主

³³⁹ 請參閱公司法第177條之2修法理由。

³⁴⁰ 請參閱98年台上字第1047號、96台字第2581號、高等法院98年再字第69號、板橋地院99年度訴字第498號。

³⁴¹ 請參閱高等法院臺中分院98年度上字第226號。

管公司業務之經濟部，於 93 年 3 月 11 日以經商字第 09302036200 號函稱：股東會之開會方式，不得類推適用公司法第 205 條第 2 項有關董事會之開會方式，以視訊會議方式為之。此外，亦有判決³⁴²指出以書面或電子方式是行使表決權之股東，仍有撤銷股東會決議之權，蓋未出席股東會之股東，因非可期待其事先預知股東會決議有違反章程或法令之情事而予以容許，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。

復按經濟部民國 101 年 2 月 24 日經商字第 10102404740 號亦表示若股東已依第 177 條之 2 以電子方式行使表決權，且未撤銷其意思表示，該股東仍得於股東會當日出席，並就臨時動議行使表決權。學說³⁴³有認為就臨時動議及原議案之修正視為棄權是指該股東當日並未出席股東會之情形，逾期未撤銷以電子方式行使表決權意思表示之股東按照經濟部函示仍可出席股東會，亦符合股東行動主義之精神。就股東會之臨時動議，該股東已出席，當然算入已發行股份總數之股東會定足數，且該股東亦未事先以電子方式就此議案行使表決權，即可現場行使表決權以表達其意見；復就原議案之修正，因與原議案仍為同一議案，已事先經由電子方式行使表決權，且未合法撤銷前，該意思表示仍有效，基於禁反言原則，該股東受先前所為意思表示拘束，不得再為更改其意思表示，故就原議案之修正不得行使其表決權，以影響決議結果。亦有學者³⁴⁴提及外國立法例，如德國股份法規定公司章程得賦予股東線上出席股東會，並即時行使各項股東權，包含表決權、異議權等，似與我國法董事得以視訊會議出席董事會之規定同，線上參與會議不僅可節省程序利益，亦可達到參與公司議決事項之目的。

三、公司法股東代表訴訟：第二百一十四條、第二百一十四條之一及第二百一十五條之修正

1. 我國現行股東代表訴訟制度之檢討

依公司法第八條規定，董事為股份有限公司之當然負責人。而因公司與董事間為委任關係，故董事執行職務時，若違反對公司所負之忠實義務或注意義務，致生公司損害，則須負損害賠償責任。但因難以期待公司會自行訴追董事對公司之責任，故現行公司法第 214 條第 2 項，在法制上仿照日本及美國之立法例，允許少數股東得以自己名義，為公司對董事提起訴訟³⁴⁵。惟現行公司法第 214 條、第 215 條雖賦予少數股東提起代表公司之訴訟，亦設計不少限制，以防止股東濫訴，甚至敲詐訴訟之發生。其限制包含：持股期間與持股比例之限制(公司法 214 條第 1、2 項)；以監察人怠於提起訴訟為前提(公司法第 214 條、第 215 條第 1、

³⁴² 請參閱 86 台上字第 3604 號判決。

³⁴³ 參閱林國全，以電子方式行使表決權後親自出席股東會股東之表決權，台灣本土法學雜誌，200 期，頁 155-158，2012 年 5 月。

³⁴⁴ 請參閱洪秀芬，公司表決權制度之變革——公司法修正草案關於電子投票及董監事選舉制度之評析，月旦法學雜誌，181 期，頁 72-73，2010 年 6 月。

³⁴⁵ 請參閱廖大穎，證券市場與企業法制論，元照，頁 11，2007 年。

2 項前段)；預供擔保(公司法第 214 條第二項中段)；原告敗訴確定時須賠償損害(公司法第 214 條第二項後段、第 215 條第 1 項)。上述限制，導致股東代表訴訟制度自實施以來，成效不彰，股東慮及上述嚴苛限制，往往不願以此途徑提起訴訟。因此學說向來對現行股東代表訴訟制度之設計有諸多批評，亦提出許多檢討之方向³⁴⁶。

而在現行股東代表訴訟制度的實務運作上，自實施以來，股東應用之實例並不多見，認為其一方面固與我國民情有關係，另一方面則因現行制度要求股東起訴時，法院因被告之申請，得命股東提供擔保，且股東敗訴時，並須對公司負賠償責任，股東如勝訴，其賠償全歸公司所得，股東仍要負擔律師費，可謂吃力不討好，勞民又傷財之舉，故股東代表訴訟制度立法以來，其成效不彰³⁴⁷。

2. 學界建議參考修正方向

民國 55 年修法引進股東代表訴訟制度，係參酌美國及日本之立法例，學者多有以美、日二國之立法精神出發，提供建議之修正方向，分述如下：

(1) 持股期間與持股比例限制

美國法上，股東代表訴訟並無持股比例及持股期間之限制，美國多數法院僅要求起訴股東在被告造成公司損失之不法行為時，及代表訴訟起訴時均具有股東身分即可，即所謂「同時擁有股份原則」³⁴⁸(Contemporaneous Ownership Rule)。美國模範商業公司法第 7.40 條 a 項亦建議股東代表訴訟應限於行為時股東，且為德拉瓦州公司法第 327 條所採³⁴⁹。另外，在股東非自願喪失股東資格(如董事會決議與他公司合併、公司為消滅公司)，為求公平起見，縱使公司人格已不復存，仍允許消滅公司股東提起訴訟³⁵⁰。

因此，有學者認為可參酌美國法規定放寬持股比例與持股期間之限制，但可僅保留持股期間限制，以免股東濫訴³⁵¹。亦有學者認為可刪除持股比例限制，僅保留繼續一年以上持股限制，並以但書規定排除「所持有之股份係在董事違法事由公開或知悉該違法事由後，且非因法律之規定取得者」之情形，以避免不當

³⁴⁶ 請參閱劉連煜，股東代表訴訟，台灣本土法學雜誌，64 期，頁 157-158，2004 年 11 月。廖大穎，企業經營與董事責任之追究－檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，經社法制論叢，37 期，頁 117-128，2006 年 1 月。

³⁴⁷ 請參閱財團法人萬國法律基金會，公司法制全盤修正計劃研究案總報告(I) (行政院經濟建設委員會財經法制協調服務中心)，頁 3-12，2003 年。

³⁴⁸ 該原則由美國聯邦最高法院於 1882 年在 *Hawes v. Oakland* 一案中首次提出，是美國法所創設關於起訴股東資格限制之原則。美國聯邦民事程序法第 23.1 條僅規定在聯邦法院起訴的代表訴訟，原告必須在其提起的代表訴訟所訴求之違法行為發生之時，已具備股東身分。

³⁴⁹ Delaware General Corporative Law §327, In any derivative suit instituted by a stockholder of a corporation, it shall averred in the complaint that the plaintiff was stockholder of the corporation at the time of the transaction of which he complains or that his stock thereafter develop upon him operation of law.

³⁵⁰ 請參閱周振鋒，論股東代表訴訟的變革方向，政大法學評論，第 115 期，頁 15-18，2010 年 6 月。

³⁵¹ 請參閱劉連煜，前揭註 346，頁 158。

抑制股東提起股東代表訴訟³⁵²。另有論者建議參考日本舊商法第 267 條(現行日本公司法第 847 條)規定，放棄持股比例限制並放寬持股期間之要求，明定「繼續六個月以上持有股份之股東」³⁵³即有提訴資格，以利少數股東不至於因為持股比例限制而無法提訴。而仍保留持股期間限制，是為防止與公司無關緊要之股東濫行代表訴訟，刻意干擾公司運作³⁵⁴。

(2) 以監察人怠於提起訴訟為前提

美國大部分州的公司法，都要求原告股東在起訴前負有向董事會提起正式請求的義務。因在美國法下，並無如我國之監察人制度，作為監督董事會之專責機關。因此就公司對董事訴訟事宜，仍屬董事會決定範疇。

美國法上有上述具體規定者，如聯邦民事法院審理規則第 23.1 條規定，股東須具體陳述期已向公司董事會為請求³⁵⁵；德拉瓦州初審法院民事審理規則第 23.1 條亦有相似規定³⁵⁶；另外，美國模範公司法第 7.42 條規定，股東必須再請求董事會起訴被拒絕或請求起訴 90 日後，始得提起³⁵⁷。

另外，日本舊商法規定原則上股東須先以書面請求公司對董事起訴，待經過 30 日，公司仍不起訴，股東才可提起代表訴訟³⁵⁸，惟如等待 30 日將使公司有遭受不可回復之損害之虞時，股東得逕行提起代表訴訟，無須請求公司、等待 30 日。

而我國法則規定須以書面向監察人請求，原因為追究董事責任之權，畢竟屬於公司，故規定股東起訴前須先尋求公司內部補救，以避免股東濫訴³⁵⁹。惟有學者認為，我國法過於嚴苛，不利股東提訴，可參照美國及日本公司法，增訂例外規定³⁶⁰，於致公司受不能回復損害之虞時，可不須等待 30 日，而逕行起訴³⁶¹。

³⁵² 請參閱許美麗，公司法上股東代位訴訟之修法建議(上)(下)，司法周刊，第 947、948 期，1999 年 9 月。

³⁵³ 參照日本舊商法第 267 條、日本現行公司法第 847 條。

³⁵⁴ 請參閱劉連煜，前揭註 346，頁 158。

³⁵⁵ Rule 23.1. Derivative Actions, 3, state with particularity: (A) any effort by the plaintiff to obtain the desired action from the directors or comparable authority and, if necessary, from the shareholders or members; and (B) the reasons for not obtaining the action or not making the effort....

³⁵⁶ Fed.R.Civ.P. 23.1 reads, ...The complaint shall also allege with particularity the efforts, if any, made by the plaintiff to obtain the action that the plaintiff desires from the directors or comparable authority and the reasons for the plaintiff's failure to obtain the action or for not making the effort.

³⁵⁷ Model Business Corporation Act 7.42, No shareholder may commence a derivative proceeding until:(1) A written demand had been made upon the corporation to take suitable action; and(2) Ninety (90) days have expired from the date the demand was made unless the shareholder has earlier been notified that the demand has been rejected by the corporation or unless irreparable injury to the corporation would result by waiting for the expiration of the ninety (90) day period.

³⁵⁸ 參照日本舊商法第 267 條、日本現行公司法第 847 條。

³⁵⁹ 請參閱柯芳枝，公司法論(下)，頁 314-315，2009 年 2 月。

³⁶⁰ 相同修法建議見解，財團法人萬國法律基金會，公司法制全盤修正計劃研究案總報告 I，頁 5-74，亦認為「監察人自有前項請求之日起，三十日不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟」之規定，宜增訂「如該期間之遵守有致公司遭受不能回復之造害之虞者，前項之股東得逕行為公司提訴訟」之建議。

³⁶¹ 請參閱許美麗，前揭註 352。

惟法院須嚴格審查起訴要件(即公司受不能回復損害之虞之要件)，以免股東浮濫起訴³⁶²。

(3) 預供擔保

在美國法方面，大部分商業州並無擔保制度，或者至少對擔保設下嚴格要件，並非一經請求即得命原告提供擔保³⁶³。而日本法則規定，如果被告董事可釋明原告股東之訴訟行為係屬惡意，則法院可根據該董事請求，向原告發出提供相應擔保的命令³⁶⁴。此規定係源自 1950 年日本商法修改所制訂一系列強化股東權之措施，各界憂心將致股東濫訴情形越來越嚴重，故以此擔保制度為適當制衡。

然依我國現行法規定，只要被告董事提出聲請，法院即得為之，無須任何釋明(公司法第 214 條)。此擔保規定顯然比上述美國法、日本法更加寬鬆，對原告董事更加不利。有學者認我國規定稍嫌草率並阻撓股東提起代表訴訟之誘因，建議參考日本商法規定，修改現行法不設任何限制之擔保理由，增訂被告須釋明原告之起訴係基於不當目的或基於惡意³⁶⁵，法院始得要求原告供擔保³⁶⁶。亦有學者雖贊同由被告主張股東訴訟為惡意時，起訴股東始須提擔保金，但同時認為法院對於起訴股東之「惡意」應從嚴審查，因此理想上的實際操作結果，應為若原告起訴之事實與理由，能合理支持該訴訟，即應認為非惡意，此時法院不得命原告供擔保³⁶⁷。

(4) 起訴股東之損害賠償責任

依我國現行法規定，起訴股東敗訴時須對公司及被告董事因訴訟致生之損害負賠償責任(公司法第 214 條、第 215 條)。且區分訴訟所依據事實為「顯屬虛構」及「顯屬實在」，以此決定原告是否須對被告董事負損害賠償責任。由此可知，股東對於董事是否須負損害賠償責任，是以訴訟所依據事實顯屬虛構為前提，某程度限縮了原告的責任範圍。然而原告股東對公司所負損害賠償責任，僅須原告敗訴即須負擔，對公司股東而言，此規定更削減股東提起代表訴訟之誘因。

因此，有學者認為，上述賠償責任的規定，於股東勝訴時將勝訴利益歸屬公司，敗訴卻須對公司及董事負賠償責任，對於起訴股東並不公平；而在敗訴股東對被訴董事之賠償部分，使用「顯屬虛構」此不確定法律概念不夠明確，解釋上也容易產生疑義³⁶⁸。

多數學者認為，敗訴股東是否對公司負賠償責任，僅以訴訟勝敗決定，此適用之結論並不合理，易使股東負擔過多責任。因此有建議修法將原告股東對董事

³⁶² 請參閱劉連煜，前揭註 346，頁 159。

³⁶³ 請參閱王惠光，公司法中代表訴訟制度的缺失與改進之道，商法專論—賴英照教授五十歲生日祝賀論文集，頁 134-141，1995 年 7 月。

³⁶⁴ 參照日本舊商法第 267 條第 5 款第 6 款、第 106 條，日本現行公司法第 847 條第 7 款。

³⁶⁵ 另有學者建議將日本法規定之「惡意」，引入我國法，而因日本商法規定之「惡意」，其意義有相當多爭議，因此將「惡意」之用語修正為「明知或可得而知被告董事毋須負責而仍提起訴訟」。請參閱許美麗，前揭註 352。

³⁶⁶ 請參閱劉連煜，前揭註 346，頁 159。

³⁶⁷ 請參閱周振鋒，前揭註 350，頁 288-290。

³⁶⁸ 請參閱王文字，前揭註 224，頁 334-335，2006 年 8 月

及公司之賠償要件為同一之限縮，並將其要件以「起訴係不當目的」取代之³⁶⁹，或以「明知或可得而知股東毋須負責任」取代之³⁷⁰，以解決前述問題。另有學者建議直接刪除敗訴股東對於公司及被告董事負損害賠償之規定，回歸民法侵權行為規範之³⁷¹。

(5) 股東代表訴訟裁判費用之核算與其他訴訟上支出之必要費用

當原告股東敗訴時，股東代表訴訟之裁判費用，依民事訴訟法之規定當然由敗訴股東負擔。但是股東代表訴訟之裁判費核算不易，裁判費很可能相當高昂，造成股東提起訴訟之成本負擔，而實質影響股東提訴意願。因此立法政策上，可調整、檢討，以活化股東代表訴訟應有之實效³⁷²。有學者建議參考日本商法第 267 條規定，明定股東代表訴訟之訴訟標的為非財產權訴訟標的，而依民事訴訟法第 77 條之 14 規定核算裁判費，以避免少數股東起訴之障礙³⁷³。

另，現行法並未明定股東勝訴時可否請求支出之必要訴訟費用與律師費，有學者建議可明定原告股東可請求之損害賠償包含訴訟上支出必要費用與合理律師費³⁷⁴，增加股東提訴誘因。

3. 我國實務現況

股東代表訴訟在我國實務上，案例非常稀少，幾乎沒有實務相關裁判。較常被股東運用的訴訟手段，多為假處分。顯見股東並不傾向提起股東代表訴訟向董事求償。

與股東代表訴訟相關聯之實務裁判，有爭執公司法第 214 條規定股東向監察人請求對董事訴訟，該訴訟是否包含刑事訴訟？或僅限於民事訴訟？實務見解不一，有認為包含民、刑事訴訟³⁷⁵，亦有認僅限民事訴訟，不適用於刑事自訴程序者³⁷⁶。

另有實務判決中，股東欲提起代表訴訟，卻未先經過向監察人請求之程序(抑或無法證明曾向監察人請求)，或逕以自己名義提起訴訟，而遭駁回³⁷⁷。由此可見，對股東而言，欲對董事訴訟，而無法以個人名義為之，且起訴門檻高、敗訴時又須承擔對公司及董事之損害賠償責任，此規定實難謂有誘因鼓勵股東提起代表訴訟以達監督公司之效。

³⁶⁹ 請參閱劉連煜，前揭註 346，頁 159。

³⁷⁰ 請參閱許美麗，前揭註 352。

³⁷¹ 請參閱周振鋒，前揭註 350，頁 291-292。

³⁷² 請參閱廖大穎，企業經營與董事責任之追究－檢討我國公司法上股東代表訴訟制度，經社法制論叢，37 期，頁 127，2006 年 1 月。

³⁷³ 請參閱劉連煜，參前揭註 346，頁 160。

³⁷⁴ 請參閱許美麗，參前揭註 352。

³⁷⁵ 臺灣高等法院 86 上易字第 204 號刑事判決、臺灣高等法院 8 年上易字第 2041 號刑事判決。

³⁷⁶ 臺灣高等法院 87 年上易字第 7208 號刑事判決、最高法院 82 年台上字第 1827 號刑事判決。

³⁷⁷ 最高法院 97 年台上字第 1836 號民事判決、臺灣高等法院 100 年上字第 1035 號民事判決。

在 2002 年，投資人保護法中增訂之證券投資人團體訴訟規定，雖然與公司法上股東代表訴訟制度本質不同，保護客體亦不同，但實務上確實有許多團體訴訟案例，且亦有求償成功之例。在實現確保股東權益與投資人權益這樣的理念下，投資人團體訴訟與股東代表訴訟確實有重疊之處³⁷⁸。但二者畢竟不同，保護範圍亦不同，若欲真正落實監督公司、保護股東及投資人、深化公司治理之目的，股東代表訴訟仍有其存在且被運用之必要。

綜合上述，現行實務運作幾乎查無股東代表訴訟案例，究其原因，應為現行規定對於股東過於不利，如前述，學說上一對此多有批評，或做出修法建議。我國股東代表訴訟制度雖係仿自美、日立法例，惟提訴門檻、賠償責任均較該二國立法嚴苛，現行實務上亦無股東以此途徑提訴，顯然成效不彰。因此，若欲令股東代表制度落實並達其立法目的，應有必要重新檢討、修正立法政策。

四、公司法第二百二十七條之修正

按公司法第 172 條 5 項規定：「選任或解任董事、監察人、變更章程、公司解散、合併、分割或第一百八十五條第一項各款之事項，應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出。」在實務上變更章程是公司派與市場派於股東會中爭奪經營權之主角，蓋實務上最高法院 72 年台上字第 113 號判決認為只要在股東會的召集事由、公開發行公司之股東會議事手冊中寫上變更章程四字，不需詳列議案所涉及之章程內容，即符合第 172 條 5 項於召集事由中載明之要求。惟此一見解引發學說批評與實務運作上的困擾，例如 2011 年 12 月 28 日新修訂之公司法第 198 條強制採累積投票制，修正前公司章程得規定採取累積投票制或連記投票制，則經營權之爭奪會浮現在變更章程這塊，但公司派若要變更章程勢必會面臨其他股東的抵抗，所以就在召集事由當中寫上變更章程，但不詳細說明內容；亦或在召集事由中表明修正章程某幾條，並把修正條文、原條文、修正理由羅列在議事手冊中，使其他股東不疑有他，卻在股東會開會時把不相干之條文作了修正。再配合經濟部向來看法，章程亦經修改，當次即生效力，所以當次股東會變更章程採連記投票法，公司派可挾其表決權優勢贏者全拿，造成少數股東無法集中力量選出一席董事之可能。

實務上針對變更章程議案是否僅以載明於股東會召集事由或公開發行公司依法編制之股東會議事手冊為限，曾有相異之判決。最高法院 72 年台上字第 113 號判決、最高法院 98 年台上字第 923 號判決、高等法院 97 年上字第 463 號判決、桃園地方法院 96 年訴字第 1543 號判決之穩定見解認為股東不能高舉資訊之大旗無限上綱；且人總有思慮不周之處，避免掛一漏萬，僅記載變更章程即可，無須詳列擬變更之條文。惟最高法院 86 年台上字第 1188 號判決變更最高法院 72 年台上字第 113 號判決見解，認為未在股東會議事手冊與以揭露的修正條文，若在股東會開會中進行表決，形同臨時動議；並且不能以變更章程四字就涵蓋所有章程修改案，章程修改案只包括當時記載於股東會議事手冊中，或者是未記載但有正當、合理關聯之條文；此外的章程變更皆屬臨時動議。

³⁷⁸ 請參閱廖大穎，論證券投資人保護機構之股東代表訴訟新制，月旦民商法雜誌，第 32 期，頁 12-13，2011 年 6 月。

針對上述實務見解之歧異，應考量第 172 條 5 項之立法目的在於貫徹股東行使表決權之先決要件，亦即公司需提供充分之資訊讓股東可以就該議案做判斷；甚而決定親自出席亦或委託代理人出席，若委託代理人其授權範圍何在？是贊成、反對或棄權，否則無異於概括授權代理人於股東會當場決定。並且變更章程的範圍本應以載明於股東會開會通知或股東會議事手冊者為限，若該修正的結果會牽動到其他條文卻未事先載明，則該條文是屬於當次變更章程議案之內容當然可併同修正；另台灣高等法院 97 年上字第 463 號判決亦提及：「按資訊揭露，乃係公司治理原則之一，為市場促使公司重視股東與債權人權益之必要基礎。於公司內部經營管理方面，股東權之行使主要即表現於股東會對於公司議案之決議權，而為使股東能於會前獲得充分資訊制訂理性決策以有效參與公司決策，召開股東會之董事會即有義務於會前就該次股東會所欲討論或提請股東會承認之事項予以列明。且第 172 條 5 項目的旨在防止公司隱匿重要事項，並使股東事先知悉會議進行內容，俾能預作準備，免致股東在毫無準備情況下，影響會議之進行，或損及公司及股東之權益。」，故應認最高法院 86 年台上字第 1188 號判決見解為當。

學說就此問題大多認為股東會決議事項僅限於載明於股東會召集事由、公開發行公司編製之股東會議事手冊者。有學者³⁷⁹認為可修改的條文不以載明於股東會召集事由、股東會議事手冊者為限，但應與該修正條文有直接關聯，可避免思慮不周所生弊端，亦免股東受到突襲而無法有效參與公司之決策。惟其認為修改章程雖為股東會之權限，但除了第 172 條之 1 股東提案權外，僅董事會得提出章程修改議案，實務所指股東權之保障似有誤解。亦有學者³⁸⁰認為第 172 條 5 項規定列舉於召集通知之事項皆係與公司關係重大者，須事先使股東知悉並作準備，以保障股東權益；且僅載明變更章程致生突襲效果，破壞公司經營權競爭之公平規則。另有學者³⁸¹參酌美國德拉瓦州實務判決認為，公司對股東所發之股東會召集通知或公告中所載事由需符合合理易懂且不生混淆，蓋此關乎股東投資判斷，股東應具有知情權利（the right to know）以決定是否出席該次股東會、表達意見維持其權益等，且以載明之方式為資訊揭露可降低公司經營階層與投資人資訊不對等。此外有學者³⁸²強調股東資訊權之保護，並援引聯合國資訊揭露守則，其將財務資訊、非財務資訊與股東會資訊並列為公司揭露範圍；關於股東會資訊揭露並不限於開會議程，亦包括股東會中待決議之事項；且美國模範公司法亦規訂章程變更議案須載明於股東會召集事由中；德拉瓦州公司法則透過實務判決累積公司董事會須向股東揭露之重大性資訊，以符合董事之忠實義務。

綜上所述，現行法已就股東提案權增設第 172 條之 1，股東之發聲機會已受有保障；惟變更章程議案是否限於公司開會通知及依法編製之股東會議事手冊中載明或與其直接相關者，涉及公司對股東資訊揭露之程度，將影響股東行使股東

³⁷⁹ 請參閱曾宛如，公司法制基礎理論之再建構，承法，頁 116-124、150，2011 年 9 月。

³⁸⁰ 請參閱劉連煜，未准延召開之股東會及章程變更效力——公司經營權爭奪的脫序，月旦法學教室，第 61 期，頁 22-23，2007 年 11 月。

³⁸¹ 請參閱謝易宏，股東「知情權」與投資人保護——簡評最高法院九十八年度台上字第九二三號民事判決，月旦裁判時報，第 14 期，頁 62-64，2012 年 4 月。

³⁸² 請參閱朱德芳，論股東會資訊揭露之重大性原則，月旦法學雜誌，第 172 期，頁 45-63，2009 年 9 月。

權，尤其變更章程常涉及公司經營權之爭奪，復考量變更章程議案涵蓋範圍甚廣，為求股東確實知悉股東會之議案及表決事項，並避免就有關公司重大事項議決致生突襲，應明定僅就事前已記載於股東會開會通知或股東會議事手冊中，或與其直接相關者始得列入該次章程修改案決議範圍，以定紛止爭，並糾正實務例來錯誤之見解。

第六章 公積規定之檢討

一、法定盈餘公積之用途—修法沿革

按法定盈餘公積之功能，除填補虧損外，係透過一定比例保留盈餘之提撥，限制股利之分配，保障公司之債權人，而當公司提撥之法定盈餘公積已達實收資本額總額時，法律即無必要再強制提撥固定比例之法定盈餘公積，以免過度剝削股東之股利分派請求權及侵害公司財務政策³⁸³。針對法定盈餘公積之用途及使用方式，我國立法史上有兩次重大修正。

第一次是在民國九十年公司法修正，修正前，公司法第 232 條第 2 項規定：「公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。但法定盈餘公積已超過資本總額百分之五十時，**或於有盈餘之年度所提存之盈餘公積，有超過該盈餘百分之二十數額者，公司為維持股票之價格，得以其超過部分派充股息及紅利**」。修正後，立法者以法條所稱之百分之二十計算易生爭議、盈餘公積用語不明³⁸⁴、保護公司債權人等理由，刪除但書後段規定³⁸⁵。

第二次係於民國一百零一年修正公司法第 232 條及第 241 條。首先，立法者認為依舊法第 232 條第 2 項但書，無盈餘之公司，於法定盈餘公積超過實收資本額百分之五十時，仍得分派股息及紅利，將導致有些公司該年度無盈餘，甚至嚴重虧損時，卻仍得以積存之法定盈餘公積分派股息及紅利，而未先將法定盈餘公積先用於彌補虧損，而不利公司之正常經營。爰刪除第 2 項但書，規定公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。

再者，針對公司法第 241 條，立法者認為依舊法之規定，以法定盈餘公積及資本公積分派予股東時，僅能以發行新股方式為之，尚不能以現金發放，將使我國企業的股利發放政策缺乏彈性。**鑒於我國部分公司於過去年度已累積大量法定盈餘公積及資本公積³⁸⁶，如能讓公司彈性運用以現金發放與股東，應有助於吸引投資**，爰修正該條，准許公司得以資本公積及法定盈餘公積派發股票。

立法者並於立法理由中指出，該條規定以法定盈餘公積及資本公積分派之新股或現金者，性質上非屬股息或紅利，從而，該股票或現金之發放係**限定以股東**

³⁸³ 王文字，參前揭註 224，頁 375。

³⁸⁴ 王文字，參前揭註 224，頁 379；所稱「盈餘公積」兼含法定及特別盈餘公積，倘係「特別盈餘公積」，則公司於波存特別盈餘公積實應已指定一定用途，故不宜以之發放股息、紅利。王文字，參前揭註 224，頁 379。

³⁸⁵ 立法院法律系統，<http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@@1804289383>，最後連覽日：2012/12/5。

³⁸⁶ 本條之修正深受企業界之影響，本條文修正通過後被稱為「台積電條款」，http://reader.chinatimes.com/forum_40780.html，最後連覽日：2012/12/5。

為發放對象。此則遭致本報告書之批評，因公司之員工對法定盈餘公積之積存亦應有其貢獻，新法刪除第 232 條以法定盈餘公積發放股息及紅利之規定，而第 241 條之分派又以股東為限，將致公司員工無從成為法定盈餘公積之發放對象³⁸⁷，此將對公司員工有所不公，因此本報告書建議將法定盈餘公積刪除，僅以資本公積作為股票及現金股利之發放來源³⁸⁸。

第三點，公司以法定盈餘公積發給新股或現金者，以該項公積超過實收資本額百分之二十五之部分為限；換言之，公司應最少保留達實收資本額之百分之二十五的法定盈餘公積，該部分修正為實務見解的明文化³⁸⁹。

二、法定盈餘公積之用途—修法評價

針對修法刪除第 232 條以法定盈餘公積發放股息紅利之規定，學說有認為，公司於無盈餘或有虧損時，若不以法定盈餘公積彌補虧損，反而用公積發放股利，將導致公司股本膨脹、每股盈餘下降，增加股票下跌機會，反不利面臨虧損的公司吸引新資金改善財務結構；若以公積發放現金紅利，將導致公司現金流出，更不利於虧損公司未來營運，因此認為修法有助於公司財務的健全發展³⁹⁰。

但針對新法放寬公積撥充資本之限制，學說雖認同此將使公司更能彈性運用公積，有助於吸引投資，但認為法定盈餘公積本屬公司保留盈餘之一部，若法令上之限制解除，本可將法定盈餘公積轉回保留盈餘以現金或股票之方式發放，故法定盈餘公積用以發放現金，並無問題；但資本公積在會計學理上屬股東投入之資本，非屬公司盈餘，若以現金方式發放給股東，則有變相退回投資股本而違反公司資本三原則之嫌³⁹¹。

另外，有學說認為修法允許資本公積發放現金股利予股東，與返還股東出資無異，應有保護債權人之程序較為適當³⁹²。

三、法定盈餘公積之積存額度

提列法定盈餘公積之目的，係限制公司盈餘之分派以保障公司之債權人；但公積制度將阻礙公司資產靈活運用之效率，且公積制度是否為保護公司債權人之適當方法，為採取資本三原則的日本及歐陸國家近年來的反思。日本商法於 2001 年放寬法定盈餘公積之提列限度，只要法定盈餘公積合併資本公積達到實收資本

³⁸⁷ 舊法依第 232 條以法定盈餘公積分派股息及紅利時，依公司法第 235 條 2 項，公司之員工亦可成為發放之對象，並得依公司法第 240 條第 4 項，該紅利益得以發行新股之方式發放予公司員工。

³⁸⁸ 詳細論述，請參照本報告書第貳部分第六章。

³⁸⁹ 請參閱經濟部民國 92 年 2 月 19 日經商字第 09202032300 號，「…；其二為法定盈餘公積已達實收資本百分之五十者，得保留法定盈餘公積達實收資本百分之五十之半數，其餘部分得以撥充資本，而股東依原有股份比例發給新股（公司法第二百四十一條第三項參照）。」

³⁹⁰ 廖大穎、莊添睿，論使用公積與發行公司債設限之調整——解析行政院版二〇〇九年公司法第二三二、二四一及二四九條之修正草案，月旦法學雜誌，第 181 期，頁 26-28。

³⁹¹ 廖大穎，參前揭註 390，頁 29、30。

³⁹² 劉連煜，現代公司法—2012 及 2011 年公司法修正評論，增訂七版，2011 年 9 月，頁 459，元照。

的四分之一，及毋庸提列法定盈餘公積；法國法上法定盈餘公積之提列限度，為資本之十分之一；德國法則為法定盈餘公積合併資本公積達到實收資本之十分之一；而美國法及英國法上，並無法定盈餘公積制度³⁹³。故學者認為現行法規規定公司需積存大量法定盈餘公積於公司，將使公司資本運用欠缺效率及經營彈性，有檢討修正之必要³⁹⁴。

第七章 證交法民事責任設計之改善

一、證券交易法第二十條之修正

我國證券交易法第 20 條規定反詐欺條款，係繼受美國聯邦證券交易法 (Securities Exchange Act of 1934) 中的 Section 10(b) 以及據此訂立的 Rule 10b-5，目的是為維護證券市場的公平與公正。

證交第 20 條第 1 項虛偽、隱匿、詐欺或其他足致他人誤信之行為，是否僅限於故意素有爭論，實務上最高法院 83 年台上字第 4931 號刑事判決認為限於故意行為，始成立刑事責任：「證交法第 20 條成立之罪，無論虛偽、詐欺或其他使人誤信等行為，均須出於行為人之故意，否則尚不為罪」；多數實務見解³⁹⁵亦認民事責任限於故意行為，始能成立：「按證券交易法第 171 條因違反同法第 20 條第 1 項成立之罪，須有價證券之募集、發行、私募或買賣，行為人有虛偽、詐欺、或其他足致他人誤信之行為。所謂虛偽係指陳述之內容與客觀之事實不符；所謂詐欺，係指以欺罔之方法騙取他人財物；所謂其他足致他人誤信之行為，係指陳述內容有缺漏，或其他原因，產生誤導相對人對事實之瞭解發生偏差之效果。無論虛偽、詐或其他使人誤信等行為，均須出於行為人之故意，否則尚不為罪。」

亦有判決³⁹⁶參酌外國立法例認為：「修正前證交法第 20 條之民事責任，是否以『故意』為要件，學者及實務上，見解均有不同，基於發行人等與投資人間，對於財務資訊之內涵取得之不平等，並參酌我國證交法第 32 條、美國證券法第 11 條、日本證券交易法第 21 條之規定，本院認發行人、發行人之董事長、總經理部分，應負無過失責任，至其他人員則採過失推定原則，由其就已盡相當之注意義務，負舉證之責，並非僅限於『故意責任』，始為公允。」然有判決³⁹⁷認為虛偽、隱匿為客觀構成要件，與主觀之故意、過失無涉：「按證券交易法第 20 條第 1 項所謂『其他足致他人誤信之行為』，係指陳述內容有缺漏，或其他原因產生誤導相對人對事實之瞭解發生偏差之效果（最高法院 83 年台上字第 4931 號判決參照），故該項雖未列舉行為人有隱匿行為時之法律效果，但此一情形本屬於其他足致他人誤信之行為。至於上開法條關於『虛偽』、『隱匿』及『其他足致他人誤信之行為』之判斷，性質上應屬客觀之構成要件，尚無涉及主觀之內涵。」

³⁹³ 邱秋芳，我國公司法法定公積制度之檢討，月旦法學雜誌，第 96 期，頁 196、197。

³⁹⁴ 邱秋芳，參前揭註 393，頁 197。

³⁹⁵ 請參閱 99 年台上字第 983 號、97 年台上字第 1919 號、97 年台上字第 432 號、95 年台上字第 2385 號、高等法院 96 年金上字第 5 號。

³⁹⁶ 請參閱桃園地院 94 年度金字第 1 號、臺北地院 87 年度重訴字第 1347 號。

³⁹⁷ 請參閱新竹地院 90 年重訴字 162 號。

針對此爭議，有學者³⁹⁸認為證交法第 20 條應排除一般過失行為，僅限於故意，否則將對發行人及其他市場參與者造成過重的責任，而不利資本市場的活絡。亦有學者³⁹⁹從比較法觀之，認為重大過失在我國法制下係屬「過失」的類型之一，從而我國證交法第 20 條第 1 項之規定，應不及於過失與重大過失類型之行為。另有學者採不同見解⁴⁰⁰，認為證交法第 20 條第 1 項虛偽或詐欺等行為甚難想像過失的態樣，惟民事責任重在損害之發生，立法例上亦有無過失責任，排除主觀之故意或過失，何況若將證交法第 20 條第 1 項限於故意，不僅排除民法第 184 條過失責任主義的效果，受害人求償時更不易舉證。

此外，實務上損害賠償請求權人除了依證交法第 20 條起訴外，仍會一併主張民法第 184 條，此時會受限於民法第 184 條第 1 項前段保護主體為權利，僅第 184 條第 1 項後段與同條 2 項保護主體兼含利益，舉證責任亦不相同，故證交法第 20 條 1 項是否限於故意影響重大。復損害賠償義務人不以證交法第 20 條所列的法定主體為限⁴⁰¹，第三人仍有可能基於行為分擔、犯意聯絡成為共同侵權行為人，甚或成立幫助犯、教唆犯等，證交法亦應就此類共犯之責任加以明定。

二、證券交易法第二十條之一之修正

證交法第 20 條之 1 規定財報不實之民事求償案件中，發行人、發行人之董事長與總經理負無過失責任；曾在財報或財務業務文件上簽章之職員負推定過失責任；簽證會計師負過失責任，係考量賠償義務人與投資人間，基於資訊不對等之狀態，若責令投資人就第一項所規定之發行人等其故意、過失負舉證之責，無異阻斷投資人求償之途徑，爰參考本法第 32 條、美國證券法第 11 條、日本證券交易法第 21 條所作之規定⁴⁰²。

惟有學者⁴⁰³認為證交法第 20 條之 1 與第 32 條相較，發行市場中因公司（發行人）為買賣當事人，其掌握相關資訊、決定承銷價格，並因發行證券得到資金；反之，在交易市場中，公司並非證券買賣之當事人，公司並未因交易取得資金，且負責對象遠較發行市場之認購人為廣，法理上發行市場之責任規範應較交易市場為嚴格，證交法第 20 條之 1 加重董事長與總經理之責任為無過失責任，是否太過嚴苛仍有研究之處。亦有學者⁴⁰⁴認為證交法要求公開或申報的文件範圍越廣，負責對象越多，課予責任之標準應更加小心，證交法第 20 條之 1 課予發行人、發行人董事長及總經理無過失責任，立法政策上是否妥當，恐應經無數次公聽會及辯論方可議定。

³⁹⁸ 請參閱劉連煜，新證券交易法實例研習，自版，頁 295，2010 年 9 月增訂 8 版 1 刷。

³⁹⁹ 請參閱曾宛如，公司管理與資本市場法制專論（二），元照，頁 94，2008 年 1 月。

⁴⁰⁰ 請參閱廖大穎，不實推介非上市上櫃股票之民事責任，月旦法學雜誌第 121 期，頁 234-235，2005 年 6 月。

⁴⁰¹ 請參閱 100 年台上字第 640 號：「依 91 年、95 年修正證券交易法第 20 條規定之內容及意旨，本條本屬侵權行為類型，非不可有共同侵權行為人存在。」

⁴⁰² 請參閱證券交易法第 20 條之 1 立法理由。

⁴⁰³ 請參閱劉連煜，財報不實之損害賠償責任：法制史上蜥蜴的復活？，月旦民商法，第 11 期，頁 56，2006 年 3 月；賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，自版，頁 516-517，2006 年 8 月出版 3 刷。

⁴⁰⁴ 請參閱曾宛如，證券交易法原理，自版，頁 228，2006 年 8 月 4 版 1 刷。

而實務上著重方向不同，多數判決⁴⁰⁵著重會計師責任認定、損害賠償請求權時效計算：「依證交法第 20 條之 1 第 3 項規定主張受有損害之有價證券持有人應先舉證證明會計師辦理財務報告或財務業務文件之簽證有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務之行為；另應舉證證明其所受損害與會計師違反義務之行為間有相當因果關係，始足當之，非如同條第 2 項採推定過失責任，且會計師本身並無自證無過失之義務。」、「另證券交易法規定之損害賠償請求權，自有請求權人知有得受賠償之原因時起二年間不行使而消滅，證券交易法第 21 條亦有明文。又關於侵權行為損害賠償請求權之消滅時效，應以請求權人實際知悉損害及賠償義務人時起算，非以知悉賠償義務人因侵權行為所構成之犯罪行為經檢察官起訴，或法院判決有罪為準(最高法院 72 年台上字第 738 號判例參照)」。

針對公司法第 23 條 2 項董事的侵權責任，實務見解並不統一，有認為⁴⁰⁶屬法定特別責任說，既是違反法令，不以董事有故意或過失為必要；亦有認為屬侵權行為之一種，仍須證明董事之故意或過失始得請求損害賠償，與學說多數看法相同。實則，參閱外國立法例，甚難找到法律規定董事需負無過失責任，因為沒有任何法理依據指出公司這個組織形態會為社會帶來巨大的風險，非經由課與公司負責人無過失責任始能約束。故證交法第 20 條之 1 應修正發行人與其負責人為推定過失責任，使其有舉證推翻的空間。

陸、分工說明

公司法		
條號	作者	職稱
第 8 條	曾宛如	台灣大學法律學院教授
第 27 條	林仁光	台灣大學法律學院教授
第 29 條	曾宛如	台灣大學法律學院教授
第 31 條	曾宛如	台灣大學法律學院教授
第 36 條	曾宛如	台灣大學法律學院教授
第 156 條	林仁光	台灣大學法律學院教授
第 172 條之 1	邵慶平	台灣大學法律學院副教授
第 177 條之 2	邵慶平	台灣大學法律學院副教授
第 196 條	曾宛如	台灣大學法律學院教授
第 200 條	林仁光	台灣大學法律學院教授
第 202 條	曾宛如	台灣大學法律學院教授
第 214 條	蔡英欣	台灣大學法律學院副教授
第 214 之 1 條	蔡英欣	台灣大學法律學院副教授

⁴⁰⁵ 請參閱臺灣高等法院 100 年金上字第 23 號、高等法院臺中分院 99 年金上字第 7 號、臺北地院 100 年金字第 34 號、桃園地院 94 年金字第 1 號。

⁴⁰⁶ 請參閱 73 年台上字第 4345 號判決。

第 215 條	蔡英欣	台灣大學法律學院副教授
第 216 條	黃銘傑	台灣大學法律學院教授
第 223 條	黃銘傑	台灣大學法律學院教授
第 237 條	黃銘傑	台灣大學法律學院教授
第 241 條	黃銘傑	台灣大學法律學院教授
第 277 條	邵慶平	台灣大學法律學院教授

證券交易法		
條號	作者	職稱
第 20 條	邵慶平	台灣大學法律學院副教授
第 20 條之 1 條	邵慶平	台灣大學法律學院副教授

閉鎖性公司修法方向與建議	
王文宇	台灣大學法律學院教授

染、計畫績效指標及人力投入

一、績效指標說明

■量化成效			
指標構面與項目		篇數	說明或附件別
著作成果	論文總計		
	國內（研討會或期刊）		
	國外		
	研究報告（指書籍裝訂成冊者）	1	
	出版品（指經政府出版品管理辦法而發行者；ex.年鑑/白皮書等）		
會議	座談會（含論壇）	20	1
	研討會	270	1
	說明會（含發表會、展覽活動）		
	其他		
■其他效益說明（上表無法呈現之預期成果，請填列於下表。）			

其他績效指標	成果

二、參與人力簡歷

編號	姓名	職稱	最高學歷	聘任期間	總支用經費
1	王文宇	計畫主持人	美國史丹福大學 法學博士	民國 101 年 4 月 1 日至 101 年 12 月 31 日	90000
2	陳佑基	研究助理	國立台灣大學法 律學院碩士班	民國 101 年 9 月 1 日至 101 年 12 月 31 日	40000
3	王鍾湄	研究助理	國立台灣大學法 律學院碩士班	民國 101 年 11 月 1 日至 101 年 12 月 31 日	20000
4	楊惠茵	研究助理	國立台灣大學法 律學院碩士班	民國 101 年 4 月 1 日至 101 年 12 月 31 日	20000
5	王能建	研究助理	國立台灣大學法 律學院碩士班	民國 101 年 11 月 1 日至 101 年 12 月 31 日	20000