

## 第四章 從美、日獨立董事制度檢視我國之法制

在我國監察人制度成效不彰的情形下，獨立董事成為各界以及主管機關寄予厚望的一帖猛藥。然而，獨立董事是否真是公司治理的萬靈丹，引進獨立董事後，其成效是否會比我國傳統監察人制度佳，或許需要時間來檢驗。不過，引進獨立董事，相關法制之制定能不能使該制度發揮預期之成效，是可以先討論之部分。本章擬先由美國實施獨立董事制度之情形與成效談起。此外，我國公司法之公司內部監督體制原係承襲日本商法之架構，而日本於平成十四年（西元二〇〇二年）<sup>1</sup>「有關股份有限公司監察等之商法特例法」（以下簡稱商法特例法）改正後，亦引進美國獨立董事制度，於商法特例法新增訂大規模公司得選擇是否於董事會下設專門委員會，而轉型成為單軌制之治理模式，並由監察委員會取代原監察人之職位。因此，日本法制之變遷似與我國甫通過之證券交易法規定相近，故日本相關修法經驗與實施情形，頗值得我國參考。

### 第一節 美國之獨立董事制度

#### 第一項 董事會角色定位

美國傳統法制，公司之經營（business）與業務（affairs），係由董事會實行（一九七四年修正前模範事業公司法第三十五條參照）。然而，就大規模公司來說，公司之業務執行係由董事會選出高級職員（officer）來實行，而董事會則負責監督高級職員之業務執行。與早期的制度比較起來實際上董事會有往監督業務執行這方面來

<sup>1</sup> 日本商法特例法已於平成十七年（西元 2005 年）修正，將有關公司法之條文拉出來併入「会社法」，会社法預定於平成十八年（西元 2006 年）五月開始施行，因此本文以下有關日本法之介紹、參考以及引用條文，均以会社法為準。

移動的傾向<sup>2</sup>。現行的模範事業公司法（MBCA）第 8.01（b）項規定，公司之經營與業務，係由董事會或在董事會之指揮下實行（德拉瓦州公司法第一百四十一條第（a）項同旨）。但企業實務運作，卻與此一規定不同。美國學者艾森伯格教授（Melvin A. Eisenberg）指出，董事會開會的次數及時間均甚有限，董事所能掌握的資訊更少，加以多數董事均為公司職員或執行長（CEO）的親信，董事會並沒有實現主導公司經營的功能。事實上，執行長等經理人掌控公司的營運，決定董事的人選，而且不受股東會的節制，呈現「強勢經營者，弱勢所有人」的局面<sup>3</sup>。公司法所規定的控制層次，原是由股東會選任董事，董事會聘任經理人，但實際運作確有倒置的現象：執行長等專業經理人主導公司營運，董事會聊備一格，股東會則形同虛設<sup>4</sup>。也因如此，艾森伯格教授主張，董事會的功能，應由主導經營轉化為監督經營<sup>5</sup>。

而美國法律協會（American Law Institute）於一九九二年所提出之「公司治理原則」，更揭示公開發行公司的業務執行，原則上由董事會所任命之業務執行經理人或在監督之下為之，因此，公開發行公司之董事會漸定位為監督經營之機關<sup>6</sup>。

美國多數州公司法中規定：「公司之業務應遵從董事會之指示而為管理」，亦即公司經營乃由經營者執行，董事會則係立於監督經營

<sup>2</sup> 北村雅史，《經營機構改革とコーポレート・ガバナンス》收錄於，森本滋編著，《比較会社法研究—21世紀の会社法制を摸索して》，商事法務株式会社發行，2003年5月12日初版，第237頁。

<sup>3</sup> 依1970年的統計，董事會一年開會時間少有超過36小時者，半數公司均在18小時以下，見Melvin A. Eisenberg, *The Structure of the Corporation—A Legal Analysis*, (Little, Brown & Company, 1976), at 139-148, 轉引自賴英照，《股市遊戲規則—最新證券交易法解析》，作者自版，民國95年2月初版，第124頁。

<sup>4</sup> 許士軍、林建山，《企業統理與公司法制議題》，經社法制論叢，2002年7月，第30期，第29頁，轉引自賴英照，前揭註3書，第125頁。

<sup>5</sup> Melvin A. Eisenberg, 前揭註3書，第162-168書，轉引自，賴英照，前揭註3書，第125頁。

<sup>6</sup> 北村雅史，前揭註2文，第238頁。

者行為機關之位置。因此，董事會即為關於經營之最高意思決定機關。各州公司法就董事會於法律上之權責雖略有差異，惟大致可歸納有四項<sup>7</sup>：1. 任免及監督執行長及其他管理階層之經營績效；2. 授權公司重大事項予管理階層；3. 給予管理階層建議，並作為其諮詢對象；4. 提供管理階層以外之人可參與公司營運決策之程式。董事會除了擁有一般性的監督公司業務之權限，州公司法亦另外予以一定之特別意思決定之權限，例如，分紅之決定、經理人之選任、監督與解任等，並將章程條款之修正、與公司合併、重要財產之讓與、任意清算等議案之提出亦傾向屬於董事會權限<sup>8</sup>。因此，公司治理體系之核心應為董事會，其首要的責任在於確保公司之永續經營，以及監督經營階層<sup>9</sup>。之後美國公司法學界、投資人及政府機關，對於公司內部監督經營者之架構，遂朝向於如何構築一得以使董事會發揮其監督經營者之功能發展。

為了加強董事會的監督經營者之功能，不論是學者之建議、實務上之發展，越來越多的公司於董事會中加入獨立董事，並於董事會下設置功能型之委員會<sup>10</sup>，由此可知，單軌制之公司組織型態，獨立董事與各種委員會之設置，係為了加強董事會之監督機能，因此在討論獨立董事制度時，基本上，不能忽視單軌制公司董事會之角色定位主要是監督經營者。

<sup>7</sup> 詳參吳樂群、周行一、施敏雄、陳茵琦、簡淑芬合著，《公司管控－董事及監察人如何執行職務》，財團法人中華民國證券暨期貨市場發展基金會，2001年12月，第33頁。

<sup>8</sup> 李秀貞，《自公司治理趨勢論我國公司監察制度之改革方向》，輔仁大學法律學系研究所碩士論文，民國93年6月，第50頁。

<sup>9</sup> Worldbank, 1999, Corporate Governance: A Framework for Implementation-Overview, p.6, 轉引自李秀貞，前揭註5論文，第50頁。

<sup>10</sup> 關於獨立董事產生之背景以及各種委員會之機能，本文已於第二章部分詳述，於此不再贅述。

## 第二項 美國獨立董事制度之缺失

為改善公司內部監察機制，美國多數公司提倡於董事會加入獨立董事，但獨立董事制度是否真如此無懈可擊，則有待商榷。例如近幾年美國安隆(Enron)公司以及世界通訊(WorldCom)、迪士尼(Disney)等知名企業，其董事會雖皆有高比例之獨立董事為成員，但公司內部仍發生重大財務危機，可知獨立董事制度仍有問題存在<sup>11</sup>。

美國獨立董事制度表現不如預期之原因，本文整理如下<sup>12</sup>：

### 第一款 公司資訊未能有效掌握

獨立董事於美國現今公司董事會之比重近年有上升之趨勢<sup>13</sup>，通常有二名董事兼任公司之主要經理人，其餘大多數之董事則屬外部非常駐董事。即不少公司之外部董事係身兼數家公司董事甚至是其他公司之執行長，由於這些董事不參加或鮮少參與公司經營，對公司營運多有隔閡，關於公司業務監督之判斷，尚須仰賴於經營管理者提供相關之資訊情報<sup>14</sup>。且因本身持股不多，經濟利害關係不大，對監督公司之時間心力有限，加上強而有力之執行長兼任董事長之情況下，董事會經常傾向於被動之角色，自然談不上監控機制<sup>15</sup>。

獨立董事雖為董事會之成員，畢竟非親自執行公司業務，難以期待其對公司之營運狀況以及執行人員之掌握程度深入。因此，獨立董

<sup>11</sup> 陳姿雯，《股份有限公司內部監察機制之研究》，輔仁大學財經法律研究所碩士論文，民國93年7月，第52頁。

<sup>12</sup> 李秀貞，前揭註8論文，第83～86頁。

<sup>13</sup> 余雪明，《台灣新公司法與獨立董事（上）》，萬國法律第123期，2002年6月，第64頁。

<sup>14</sup> 佐藤敏昭，《社外監査役の役割と監査役制度の課題—アメリカにおける監査委員會、社外取締役の議論を踏えて—》，現代英米会社法諸相—長濱洋伊教授還曆紀念，成文堂株式會社，1996年12月20日初版，第290頁。

<sup>15</sup> 吳樂群、周行一、施敏雄、陳茵琦、簡淑芬合著，前揭註7書，第32頁。

事容易因缺乏時間、經驗、人力和資訊監督公司之經營階層<sup>16</sup>。因此，公司經理人往往亦控制提供獨立董事之資訊，因此許多案例顯示，獨立董事在未能有效掌握公司財務或業務之情形下，造成公司經營決策錯誤之情事，所在多有<sup>17</sup>。有實證研究發現，獨立董事通常僅能於公司經營已深陷困境後，才理解到經營者之不適任，而予以更替<sup>18</sup>。未能掌握公司業務執行之相關資訊，的確造成獨立董事之功能無法發揮之主因。

獨立董事應具有汰換不適任之經營者之功能，亦因其未能有效掌握公司資訊，加上其積極性不足之故，而無法發揮。學者便指出一九九二年九月至一九九三年十二月，通用汽車公司（GM）、西屋（Westinghouse）、國際商業機器（IBM）、柯達（Eastman Kodak）、斯葛特（Scott Paper）、美國運通（American Express）、波登（Boden）等大公司之董事長都是在長期表現甚差之情況下，才被解雇<sup>19</sup>。

## 第二款 人事權保障不足

即使公司設有提名委員會、報酬委員會，然而實際上董事候選人之提名以及董事之報酬，仍與執行長有相當密切之關係。現任之經營者希望維持現職並得到相當之報酬，但此等權利如掌握於執行長之手的話，實無法確保獨立董事之獨立性。因此，即使審計委員會之成員已要求均須獨立董事擔任，然而，如允許執行長或其他內部董事擔任

<sup>16</sup> 陳文河，《上市公司外部董事及監察人行使職權成效之研究》，證交資料，第456期，2002年4月15日，第2頁。

<sup>17</sup> 劉連煜，《公司監控與公司社會責任》，五南出版股份有限公司，1995年，第121頁。

<sup>18</sup> 參閱D. Gordon Smith, *Corporate Governance and Managerial Incompetence: Lessons Form Kmark*, 74N.C.L.Rev., at 1037(1996), 轉引自李秀貞，前揭註8論文，第84頁；黃銘傑，《公開發行公司法制與公司監控—法律與經濟之交錯》，第42頁。

<sup>19</sup> 余雪明，前揭註13文，第66頁。

提名委員會、報酬委員會成員之一者，抑或執行長得以掌握董事會過半數之董事者，執行長均有可能掌握董事候選人提名與董事之報酬等人事權之運作。此外，獨立董事之人選，雖由提名委員會所提名，但仍須經由董事會同意，而董事長兼任執行長之強勢領導下，董事會難以不受其影響，縱使不由董事會提名而係由股東會選舉產生，大股東之董事操縱選舉結果之顧慮仍然存在<sup>20</sup>。

### 第三款 激勵措施之誘因不足

如何提供獨立董事足夠之誘因使其願意盡責負起公司管理監督之責任，尤其獨立董事與公司無利害關係，公司經營之良窳不會直接對其權益造成影響，惟若提供高額報酬又可能會造成獨立董事為求當選或連任，而無法獨立於大股東之董事的壓力下<sup>21</sup>。

### 第四款 僵化之獨立性判斷

獨立董事獨立性之判斷標準多以規範條列式列出，惟此種規範方式不免有掛一漏萬之處，易使獨立董事之資格限制流於形式，無法避免與經營者具有「關係」之人被提名、進而被選任為獨立董事<sup>22</sup>。因而有獨立董事並非真正獨立，而僅為公司經理人之橡皮圖章之批評聲浪。實務上，由於美國大型產業公司、金融機關等之外部董事為兼任性質，且兼任一家以上，以致於其董事會同化為小型社交場合，而互

<sup>20</sup> 李秀貞，前揭註 8 論文，第 85 頁。

<sup>21</sup> 因此，應研究如何建構一合理之激勵機制，例如使獨立董事之報酬與公司之經營績效結合等，降低獨立董事與股東之代理成本。詳參李秀貞，前揭註 8 論文，第 85 頁。

<sup>22</sup> 例如，英國 1991 年當時最大之五百家公司中約九成五有設置「非執行董事」，但其任命八成是透過關係（old boy network），不論是獨立性、影響力及有效性均為不足。同年五月倫敦證交所成立公司財務監控委員會研究如何使獨立董事之運作法制化及加強其正面之影響力，最後提出一些相關建議，且規定如未遵守須說明其理由。此說明為強制義務，但是否遵守委員會之建議則委由市場及機構投資人監督。該報告出爐後，頗多公司正面回應，實施後之評估，雖然透過正常徵才方式聘用獨立董事者大增，但發生獨立董事人才不足之問題。之後，對 250 家最大公司中 190 家所統計之報告指出，約有一半之公司，仍未完全遵守該委員會之建議，且透過關係任用之情形仍嚴重，詳參陳文河，前揭註 17 文，第 4 頁。

相地往來業務。其彼此擔保、借貸等交易關係乃在兼任關係之下成立<sup>23</sup>。

### 第三項 安隆案與迪士尼案例之反省

美國安隆（Enron）公司以及迪士尼（Disney）董事會內部皆有高比例之獨立董事，但仍然發生重大財務危機，以下分析其問題之所在<sup>24</sup>：

#### 第一款 安隆公司經營危機與監察機制之問題

安隆公司在二〇〇一年十二月聲請破產，引起喧然大波，該公司董事會之成員，半數以上為獨立董事，但仍因公司內部利用不實財報，以及利用特殊目的事業機構（Special-Purpose Entity, SPE）進行財務調度隱藏債務<sup>25</sup>，而發生重大財務危機。深究其原因，除會計審查程式有重大瑕疵，公司所聘任之會計師與律師未盡警告之責任外，更加上董事及投資大眾對公司快速轉行所從事之複雜金融交易一知半解，以及公司財務資訊不透明因而使獨立董事可控制之資訊不足，以致於無法充分瞭解公司之營運<sup>26</sup>。

另外，獨立董事雖未擔任公司之職務，但十四名董事中，有七位

<sup>23</sup> 佐藤敏昭，前揭註 14，第 291 頁。因此，獨立董事之獨立性要件應採取實質判斷方式，且其獨立性之要求於任職期間亦應繼續，詳參李秀貞，前揭註 8 論文，第 86 頁。

<sup>24</sup> 陳姿雯，前揭註 11 論文，第 54~55 頁。

<sup>25</sup> 所謂SPE係發起公司基於特定目的而設立之組織，性質上可能為公司、合夥或信託，以進行與該特定目的有關之活動或一連串之交易。詳參林炳滄，《SPE是啥玩意兒？》，會計研究月刊，第 196 期，民國 91 年 3 月，第 28 頁；其運作架構為公司將所有資產以信託方式移轉銷售與SPE，SPE以受託人地位管理之，並利用此資產從事衍生性金融商品之交易，並將許多負債隱藏於SPE，形成表外負債，詳參張麗娟、翁頂升，《從公司治理談安隆事件》，台灣經濟金融月刊，第 38 卷 9 期，民國 91 年 9 月，第 49 頁。

<sup>26</sup> 參閱吳友梅，《各國公司治理制度之比較及其執行面可能面臨之問題研究（上）》，集保月刊，第 101 期，民國 91 年 4 月，第 31~32 頁；曾炳霖，《淺論公司治理—以安隆案為中心》，會計研究月刊，第 205 期，民國 91 年 9 月，第 65 頁；石青平，《論公司控管》，東海大學法律研究所碩士論文，民國 91 年，第 162 頁。

與公司有業務往來或贈與之關係，其獨立性嚴重欠缺<sup>27</sup>。且獨立董事亦疏於監督與管理，有些明知該情形之獨立董事，對於可疑之交易默許之，並縱容違法之行為；而不知該情形之獨立董事，則因怠忽職守，甚至事情爆發時，還是第一次知悉公司內部財務危機之狀況<sup>28</sup>。足見其監察機制出現重大缺失。

安隆公司在會計制度上出現明顯缺失之同時，又因獨立董事之專業能力與知識不足，以及欠缺使獨立董事瞭解公司狀況之健全管道，因而在資訊不充分之情形下，獨立董事無法防止各種弊端之產生。使安隆公司最後因投資大眾對其失去信心，終致破產之命運。

## 第二款 迪士尼獨立董事專業性與獨立性欠缺之問題

迪士尼公司之財務於二〇〇一年出現虧損，加上當時 911 恐怖攻擊事件之衝擊，該公司之營收不斷地減少，股價下跌，不論是主題遊樂園、玩具門市及電視電影事業皆受影響。迪士尼公司之獨立董事人數超過全體董事之半數，但其董事會之內部結構則存在嚴重之問題：多數獨立董事皆由董事長艾斯納（Michael Eisner）所指定，獨立董事之任免與否亦繫於艾斯納之態度，為確保其董事職位，獨立董事並無法真正客觀公平地執行職務，其獨立性明顯地欠缺。當時雖有董事對此情形不滿，但由於公司股權過於分散，異議董事之力量難以制約董事長<sup>29</sup>。

此外，獨立董事之能力亦受質疑，例如有董事於任職前為小學校長及演員，甚至連艾斯納自己主修科目為英文與戲劇，並無財務方面

<sup>27</sup> 林炳滄，《從公司法修正談我國公司治理機制之強化》，內部稽核，第 41 期，民國 91 年 2 月，第 26 頁。

<sup>28</sup> 詳參張麗娟、翁頂升，前揭註 25 文，第 49～50 頁。

<sup>29</sup> 伍忠賢，《公司治理的第一本書》，商周，民國 92 年 1 月，第 191～192 頁。



專長之董事<sup>30</sup>。總的來說，迪士尼由家喻戶曉且營收可觀之事業，至目前財務發生虧損，最主要之原因，在於獨立董事欠缺獨立性與專業性，而導致公司內部監察機制出現漏洞。

#### 第四項 美國公司內部監察機制改革之最新發展趨勢

由於許多企業如安隆公司、世界通訊等相繼爆發財務報表不實、破產倒閉等醜聞，美國為加重公司主管對於財報之責任，並改革會計專業與重振投資人之信心，於二〇〇二年由美國總統布希簽署「沙班尼斯/歐克斯利法案」(Sarbanes-Oxley Act of 2002；以下簡稱「沙氏法案」)，亦即所謂之「美國企業改革法案」。其內容共分為十一章，主要係著重於審計委員會權能之強化、對公司內部會計財政之改革、加強公司主管責任制度、建構律師及證券分析師之獨立性等<sup>31</sup>。法案之主要精神如下<sup>32</sup>：

##### 第一款 強化審計委員會權能

沙氏法案要求所有新上市公司皆須設置審計委員會，審計委員會之委員全體必須與公司無經濟上之關聯而獨立。在權能之強化上，審計委員會有下列之權限<sup>33</sup>：

1. 審計委員會應直接負責簽證會計師之委任，並對其負有監管之職責。
2. 審計委員會必須設立溝通管道，以利公司雇員能直接檢舉弊

<sup>30</sup> 伍忠賢，前揭註 29 書，第 192～193 頁。

<sup>31</sup> 詳參石山卓磨，アメリカおよびイギリスにおける近時の企業改革の動向—收錄於酒卷俊雄監修，藤原祥二、藤原俊雄編，「商法大改正コーポレート・ガバナンスの再構築，法律文化社，2003 年 3 月，第 33 頁；范曉玲，《公司治理及財務審計之新紀元—二〇〇二年美國證券交易 Sarbanes-Oxley 法案簡介》，月旦法學雜誌，第 89 期，民國 91 年 10 月，第 267 頁。

<sup>32</sup> 陳姿雯，前揭註 11 論文，第 57 頁。

<sup>33</sup> 詳參韋亭旭，《美國公司治理之最新發展與我國未來監理方向》，證券暨期貨管理，第 20 卷 10 期，民國 91 年 10 月，第 25 頁。

端。

3. 審計委員會應有權聘任律師以及其他之顧問人員。

另外，法案並要求律師於執行證券相關業務時，若發現當事人公司或員工有重大違反證券交易法或忠實義務之情事，應將該等情形及發覺之證據向公司執行長或法務經理報告；若其並未為適當之處置，則該律師應將證據向公司之審計委員會或董事會報告<sup>34</sup>。

## 第二款 增強主管機關監督權能

法案要求美國證管會須成立「公開公司會計監督委員會」(Public Company Accounting Oversight Board，以下簡稱PCAOB)，以提升會計師之執業品質。所有在美國執業之會計師事務所須向PCAOB註冊登記，始得從事公開公司之審計工作，且應定期申報該事務所之財務報告。PCAOB尚有訂定審計與會計準則之權，亦得修訂其他團體所制定之準則，並有權調查及懲戒違反法令或相關規範之會計師及事務所<sup>35</sup>。

此外，證管會應至少每三年審查所有公開公司所申報之資料，對於有不當行為之董事或經理人員，得解除其職權<sup>36</sup>。

## 第三款 加強財務報表真實性

### 第一目 加重公司主管之責任

為使公司之財務報告更具正確性，沙氏法案課予公司執行長及財務長或相關職務之經理人，對於依法申報之年度報告或季報上，須簽署證明並擔保下列事項<sup>37</sup>：

<sup>34</sup> 范曉玲，前揭註 31 文，第 273 頁。

<sup>35</sup> 詳參李香瑩，《沙氏法案—任重道遠，挽救投資人信心危機》，會計研究月刊，第 218 期，民國 93 年 1 月，第 61 頁。

<sup>36</sup> 韋亭旭，前揭註 33 文，第 25 頁。

<sup>37</sup> 劉連煜，《健全獨立董監事與公司治理之法制研究—公司自治、外部監控與政府規制之交錯》，月旦法學雜誌，第 94 期，民國 92 年 3 月，第 134~135 頁。

1. 已閱讀過所簽署之報告；
2. 根據簽署者之知識判斷，該報告無虛偽不實之內容，或省略重要之事實陳述，以致在當時情形下對人產生誤導；
3. 根據簽署者之知識判斷，報告中關於財務報告中之事實及資訊，已適當呈現在該段時間內之重要財務及營運狀況；
4. 該簽署者：
  - (A) 係負責建立及維持公司內部控制之人；
  - (B) 已建立公司內部控制之制度，以確保有人得向此等簽署者報告有關報告作成者及其合併財務報表內之子公司的重  
要訊息，特別是在定期性報表之時間內；
  - (C) 已評估該報告作成者內部控制之有效性，且該評估係於此  
報告作成前九十日內完成；
  - (D) 已在該財務報告中，根據其在評估日之評估，提出有關公  
司內部控制有效性之評論；
5. 簽署者對作成報告之審計人員及審計委員會(或履行相似功能  
之職務之人員)，已揭露下列事項：
  - (A) 已向作成該報告之審計人員指出有不良影響之內部控制制  
度設計及運作之重大缺陷；
  - (B) 任何涉及公司經營階層或在內部控制上扮演重要角色之其  
他職員之詐欺行為，不論該詐欺行為是否重大；
6. 簽署者在該財務報告中已指出內部控制是否有重大變化，或有  
無其他足以重大影響評估日以後之內部控制制度，包括任何有  
關內部控制重大缺陷及重大缺失之更正措施；

該制度之設計，係要求執行長或財務長對其所簽署之財務報告負責，一旦爆發財務報表不實之情況，簽署者不得以不知情為由推卸責任；且若係知情之情況下簽署，或故意違反該規定，或對於財務報表有偽造、隱匿、修改之情況，皆得對其處以重罰<sup>38</sup>。

## 第二目 會計師獨立性之要求

董事會所造具之財務報表，須經適格之會計師查核簽證。證管會要求簽證之會計師，不得同時為公司提供審計及諮詢之服務，以防止該簽證喪失客觀及公正性。若欲提供如稅務方面之服務，則須經審計委員會之同意，且須該事項在公司之定期報告中揭露<sup>39</sup>。

另外，該法案禁止簽證會計師連續五年為同一客戶提供簽證查核之服務，以確保會計師之獨立性。且為避免利益衝突，同時制定旋轉門條款，禁止查核人員於離職一年內，於先前所提供查核服務之公司擔任高階之主管<sup>40</sup>。

## 第四款 保護舉發不法情事者

訂立吹哨者保護條款 (whistle-blower Protection)，公司之人員因違反證管會細則或相關法律關於詐欺之禁止規定，而受到調查或追訴時，對於該案件提供資料或協助調查之檢舉員工，公司不得施以任何之報復行為，例如無正當理由而解雇之。若公司意圖以此原因而為不合理之報復手段，該行為皆屬於刑事上之犯罪行為<sup>41</sup>。

<sup>38</sup> 任何執行長或財務長知情地簽署保證該公司向證管會所申報之不實財報者，最高得處一百萬美元之罰金及最長十年之徒刑；如係故意違反前述情形，則最高可處五百萬美元之罰金及最長二十年之徒刑，詳參劉連煜，前揭註 37 文，第 135 頁。

<sup>39</sup> 韋亭旭，前揭註 33 文，第 26 頁。

<sup>40</sup> 李香瑩，前揭註 35 文，第 62 頁。

<sup>41</sup> 李香瑩，前揭註 35 文，第 63 頁；韋亭旭，前揭註 33 文，第 26 頁。

## 第五項 小結

美國公司體制係採經營權與監督權集董事會於一身之單軌制體制，因此如何調和董事會業務執行權與監察權之分配，實為其公司內部治理之重點。為因應此重點，並避免董事濫用權限，經過美國學界及實務之發展，董事會之角色逐漸由業務執行機關演變為監督業務執行機關。隨後，為加強董事會之內部監督機能，藉由不直接參與公司經營之獨立董事參與董事會之運作，並組成各種機能性的委員會，以有效監督公司之營運發展。

雖然多數人皆認為獨立董事得發揮良好的監察機能，並提昇公司之營運效能，然近年來仍發生已聘用獨立董事之知名企業如安隆公司及迪士尼公司之重大財務醜聞。由此可知，獨立董事並非毫無缺失，因此美國各界對於獨立董事制度也開始重新加以檢討，並研擬改善之方法。美國於二〇〇二年由總統布希簽署「美國企業改革法案」，內容除增加審計委員會之權能、加重公司主管對於財報之責任外，並加強會計上之專業性，期望使投資大眾對於各項財務報表更具信賴感，並使公司整體上經營及監督之機制更為完善。

我國證券交易法於民國九十五年修正後，正式引進美國之獨立董事制度，公開發行公司得選擇採行一元體制之經營模式，主管機關希望藉由具有獨立性、專業性之獨立董事以及由其所組成之審計委員會來加強公司治理，強化公司內部監控，然而引進一個制度，不能僅著眼於其優點，實行該制度已久之美國所遇到之問題以及改善之方法頗值得我們重視及參考。

## 第二節 日本之獨立董事制度

日本股份有限公司內部權限之分配，係採三權分立之設計，由股東會、董事會及監察人所組成，分別以股東會為最高意思決定機關、以董事會為業務執行機關、以監察人為監察機關，其公司治理模式係公司業務執行與監察機關分立且兩者立於平行之地位，彼此間為相互制衡之關係。

日本商法施行至今，關於股份有限公司內部權限之分配經歷多次改革，其中有兩次較大幅度且重要之變革，一為平成五年（西元一九九三年），當時商法特例法規定大公司<sup>42</sup>之監察人須在三人以上，其中須有一位外部監察人，並要求大公司須設監察人會。另一個較為重大的變革，為平成十四年時參照美國獨立董事制度，當時之商法特例法新增訂大規模公司得選擇是否於董事會下設專門委員會，進而轉形成為單軌制之體制，並由監察委員會<sup>43</sup>取代原監察人之職位。本文擬於本節先介紹日本之設委員會公司，至於日本有關監察人修正之部分，包括外部監察人以及監察人會制度，將於下一章探討我國公司內部監察時一併介紹之。

### 第一項 日本之設委員會公司制度

為因應企業活動之多元化，平成十四年商法特例法修正規定大公司或視為大公司<sup>44</sup>者，於董事人數在十位以上或董事中有一位以上之獨立董事（社外取締役）時，得依董事會之決議，設置重要財產委員

<sup>42</sup> 根據日本会社法第2條第6款之規定，大公司係指實收資本額五億日圓以上或資產負債表上記載負債總額金額合計二百億日圓以上之股份有限公司。

<sup>43</sup> 「監察委員會」即我國證券交易法規定中之「審計委員會」，由於日本條文之用語為「監察委員會」，故本文於論述日本法時，使用「監察委員會」而不用「審計委員會」。

<sup>44</sup> 即大公司以外之資本額超過一億日圓之股份有限公司，而以章程規定適用大公司監查特例規定者，商法特例法第一條之二第三項參照。

會<sup>45</sup>。由於日本之公司法體系係由商法典、有限公司法及有關股份有限公司監察等之商法特例法所構成，並無統一之公司法典，為制定一部完整統一之公司法典，二〇〇二年九月起由日本立法諮詢機構法制審議委員會會社法分会開始著手具體之立法工作，於二〇〇四年十二月公布「会社法制の現代化に関する要綱」，同時草擬「会社法草案」以及相關法律調整法，二〇〇五年三月提交國會，經參、眾兩院審議通過後，同年七月「会社法」正式公布，訂於二〇〇六年五月施行<sup>46</sup>。日本本次之修法，除了將原本散佈在商法典、有限公司法、商法特例法之公司法規範統一成一個会社法法典外，並修正部分條文之內容，而關於設委員會公司之部分，原先商法特例法係規定大公司或視為大公司可以選擇設置委員會而轉型成為一元體制之公司結構，而依新修正通過之会社法第三百二十六條第二項規定，股份有限公司得依章程規定設置委員會；同法第三百二十七條第四項規定，設置委員會之公司，不得設置監察人，因此，依照目前之会社法規定，並不限於大公司才可選擇設置委員會而轉型成為一元體制之公司結構。

## 第二項 設委員會公司之內部組織

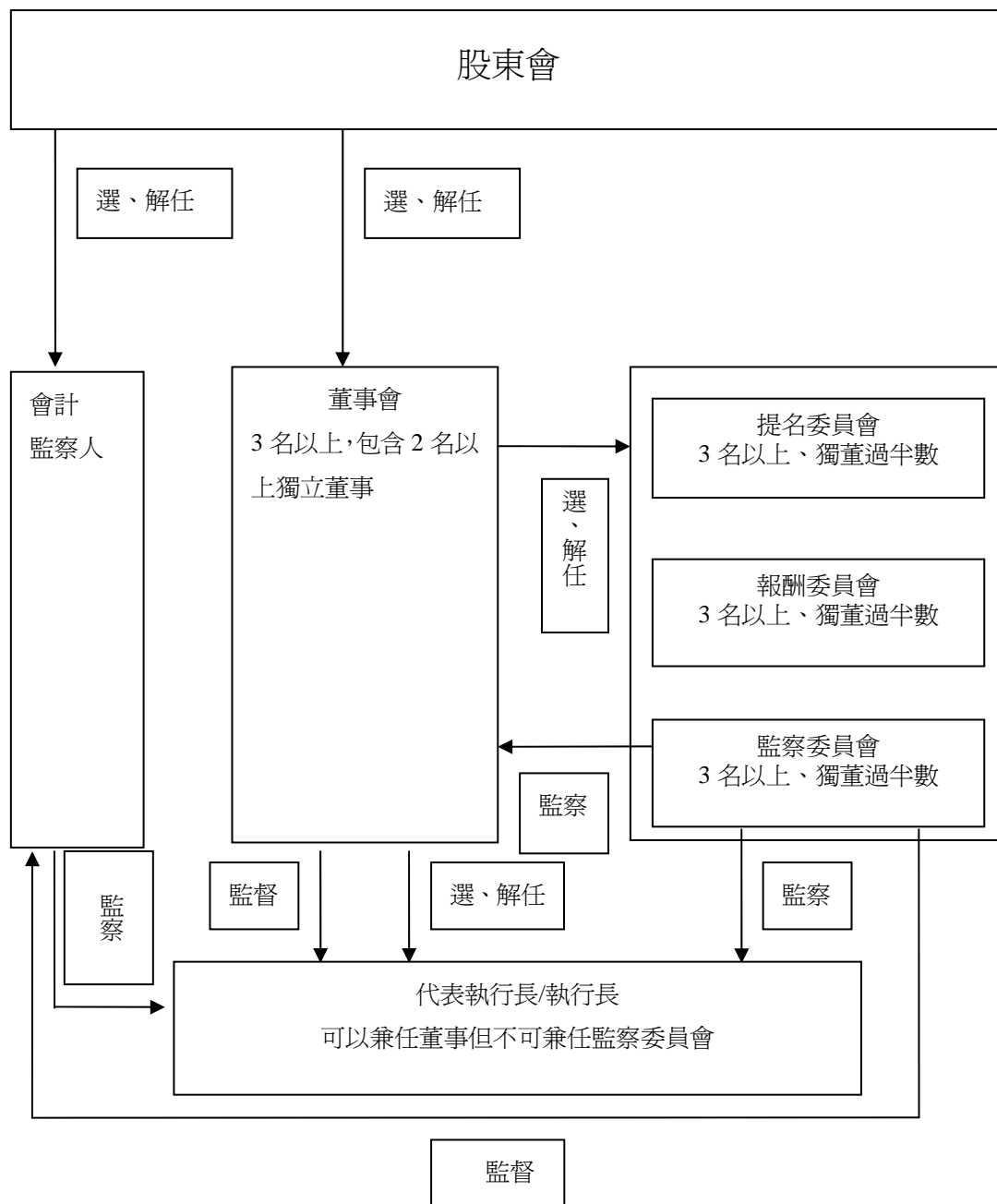
設委員會公司內部係以董事會為主要之業務執行決策與監察機關，惟其並不設置監察人，而改以設置提名委員會、報酬委員會以及監察委員會。此外，設置由董事會選任之執行人及代表執行人，其職務為實行董事會所委任事項以及公司之業務執行<sup>47</sup>。整個設委員會公

<sup>45</sup> 詳參河本一郎，《現代會社法》，新訂第九版，商事法務株式會社發行，第454頁。

<sup>46</sup> 吳建斌、劉惠明、李濤，《日本公司法之本國化、現代化與法典化演進》，收錄於「日本公司法典」，中國法制出版社，2006年3月。

<sup>47</sup> 末永敏和，《機關を中心とする大会社関連の改正》，ジュリスト，No.1229，2002.9.1，第28頁。

司的內部組織，可以從下面的圖表來理解<sup>48</sup>：



## 第一款 董事會之權限

### 第一目 業務執行決策權

設委員會公司之董事會業務權限方面，主要為公司業務執行之決

<sup>48</sup> 資料來源：井上輝一，《日本における監査役活動の実態と監査役協會》，收錄於「会社統治および資本市場の監督管理—中國·台灣·日本企業法制的比較」，名古屋大學法政國際教育協力研究中心發行，第 59 頁。



定，包括經營基本方針、執行人<sup>49</sup>有兩人以上時各執行人之職務分配關係之確定等（会社法第四百一十六條第一項參照），且董事會不得將上述公司業務之決定權委由個別董事行之，但得將法律所規定之非專屬於董事會決定事項委由執行人為之（会社法第四百一十六條第三、四項參照）。

此外，依照会社法第四百一十五條之規定，設委員會公司之董事與一般股份有限公司之董事不同，除法律或命令有規定者外，不得執行設委員會公司之業務。亦即實際之業務執行係由執行人為之，由此可知，設委員會公司之董事會角色定位，與之前所述美國之董事會定位相同，董事會並不負責公司業務之執行，其僅負責公司經營方向之決策，監督執行人執行職務。

## 第二目 監督權

根據会社法第四百一十六條第一項第二款之規定，設委員會公司董事會有監督執行人執行職務之權限，亦即董事會決定公司經營之方針後，其有權去監督執行人是否有照董事會之決議確實執行。於此必須特別提出來說明的是，董事會有公司經營之決策權，決定經營之方向後係委由執行人執行，解釋上董事會本來就有監督執行人是否有遵照指示確實執行，何以條文中會特別規定？此乃由於日本於昭和二十五年修正商法時採用美國之董事會制度，期待董事會為業務監督，因而賦予董事會具有監督代表董事之權責，為避免監督功能重疊，故將監察人之權限縮減至僅有會計監督權，變成董事會執掌業務監督，而

<sup>49</sup> 日本會社法中原文係「執行役」，有譯為「執行董事」，陳春山、鄭少珏，《日本公司治理相關法制之改造》，證券暨期貨管理，第21卷6期，民國92年6月。然依會社法第402條規定，執行役得由董事兼任，可知執行役不一定為董事，執行役概念上是美國公司之執行長（CEO），惟日本法可以選任複數執行役，與美國執行長僅一人充任不盡相同，所以本文譯為「執行人」。

監察人負責公司財務方面之會計監督。雖然日本於後來幾次修正中又恢復監察人之權限，使其不僅限於會計監督，但並不因而取消董事會之監督權，也因此有日本學者認為董事會既是業務經營的意思決定機關，同時也是監督機關，其監督之對象（董事）又是監督機關（董事會）之成員，這樣的結構會造成經營查核之漏洞<sup>50</sup>。此外，也因為如此，本文上頁之圖中「監督」與「監察」之意義是有些許不同的，「監督」主要指的是業務之監督，而「監察」係強調會計方面即公司財務之監察。

## 第二款 專門委員會之設置與運作

設委員會公司依法須設置提名委員會、報酬委員會以及監察委員會（会社法第二條第十二款參照），且設委員會公司不得設置監察人（会社法第三百二十七條第四項參照），監察人為監察委員會所取代。

設委員會公司之董事任期為一年，與一般股份有限公司之董事任期原則為兩年有所不同（会社法第三百三十二條第一、三項參照），此係因於設委員會公司中原屬股東會之利益處分權限大多移轉予董事會，則股東對董事會政策之當否較無陳述意見之機會，因此僅給予董事一年之任期以平衡之<sup>51</sup>。有學者認為董事任期縮短為一年，經營上會有短視近利之危險，而且也有對獨立董事之獨立性產生疑問之虞<sup>52</sup>。然而董事任期縮短為一年，只不過是使得董事職務執行的狀況每

<sup>50</sup> 北村雅史，前揭註 2 書，第 244 頁。

<sup>51</sup> 始關正光編著，《Q&A平成十四年改正商法》，商事法務，2003 年 5 月初版，第 85 頁轉引自陳姿雯，前揭註 11 論文，第 93 頁。

<sup>52</sup> 浜田道代，《取締役会制度の改革②（委員会等設置会社）》，金融・商事判例 1160 號，轉引自森本滋，《委員会等設置会社制度の理念と機能—監査委員会と監査役制度の比較を中心に》，收錄於「委員会等設置会社・株式制度の理論と実務」，商事法務編輯部編，商事法務株式会社，2003 年 8 月發行，第 171 頁。

年可以由股東會來審查<sup>53</sup>，事實上日本實務上，也有越來越多設置監察人的股份有限公司將其董事任期縮短為一年<sup>54</sup>。

委員會內部組織方面，各委員會須由三人以上董事組成，且各委員會過半數委員須為獨立董事，而委員係由董事會決議選任之（會社法第四百條參照）。所謂獨立董事，係指非該股份有限公司或其子公司之業務執行董事、執行人、經理及其他職員，且未曾擔任過該股份有限公司或其子公司之業務執行董事、執行人、經理及其他職員的董事（會社法第二條第十五款參照），之所以要求各委員會須有獨立董事之加入，係期望各委員會得以更客觀公正之角度行使職權，以強化公司整體之經營<sup>55</sup>。

### 第一目 監察委員會

監察委員會除法律另有規定外，有監察董事與執行人執行職務及作成監察報告之權限，此外須向股東會提出會計監察人之選任、解任或不再任之議案（會社法第四百零四條第二項參照）。監察委員會必須由三人以上委員組成，委員由董事會決議從董事中選任，其中過半數須為獨立董事，此外，監察委員會委員不得兼任公司或其子公司之執行人、業務執行董事或子公司之外聘會計<sup>56</sup>（外聘會計為法人者，為應執行其職務之成員）、經理及其他職員（會社法第四百條參照）。

值得注意的是，監察委員會之委員係由提名委員會所提名，並由

<sup>53</sup> 森本滋，前揭註 52 文，第 155 頁。

<sup>54</sup> 神作裕之，《委員會等設置会社における業務執行に対するコントロール》，學習院大學法學會雜誌三八卷一號，轉引自森本滋，前揭註 52 文，第 171 頁；河本一郎，前揭註 45 書，第 44 頁。

<sup>55</sup> 川口幸美，《社外取締役とコーポレート・ガバナンス》，弘文堂株式會社，2004 年初版，第 177 頁。

<sup>56</sup> 依照會社法第 333 條規定，外聘會計須為註冊會計師、監查法人、稅務師或稅務師法人。

董事會所選任，因此其受董事會一定程度之控制，若監察委員會委員與執行人意見相左時，甚至有可能被解任，此等原因皆可能導致監察委員會委員為保住其職位而附和董事會之意見，使得該委員之獨立性被淡化。因此在監察委員會委員身份保障上似應有所加強，以確保其行使職權時不受制於董事會<sup>57</sup>。此外，關於監察委員會委員之調查權、向董事會之報告義務、違法行為制止權以及代表公司訴訟等，經本文比對，與会社法中監察人部分之條文並無不同，故於此不再贅述。

### 第二目 提名委員會

相對於一般股份有限公司之董事任免議案係由董事會提出，設委員會公司之董事任免相關議案內容，係由提名委員會決定後向股東會提出（会社法第四百零四條第一項參照），且董事會不得推翻該決定。提名委員會之職權除係參考監察委員會之監察結果及報酬委員會之評價等資訊，立於客觀之立場向股東會提出適當之人選外，於董事會有缺額時，亦應提名候選人以補選之<sup>58</sup>。

提名委員會委員亦可能面臨與監察委員會委員相同之問題，即提名委員會中有半數之獨立董事，可能會產生與內部董事意見不合而發生衝突，為避免因此被董事會解任而有順從董事會意見之情形發生而無法確實提名適當之人選或解任不適任之董事，應加強其身份保障<sup>59</sup>。

### 第三目 報酬委員會

報酬委員會之權限，在於決定董事及執行人個人報酬之內容（会社法第四百零四條第三項參照），且董事會及股東會不得推翻其決

<sup>57</sup> 松井秀樹，《監査委員の留意點》，商事法務，第1646期，2002年11月，第13頁，轉引自陳姿雯，前揭註11論文，第91頁。

<sup>58</sup> 參閱守屋俊晴，《取締役の企業統治責任》，中央經濟社發行，2003年6月初版，第216頁。

<sup>59</sup> 陳春山、鄭少珩，前揭註49文，第72頁。

定。報酬之內容包括：確定金額、給予不確定金額時之演算法，以及以金錢以外方式給予報酬之具體內容（会社法第三百六十一條第一項參照）。又退職慰勞金亦屬於報酬之一種，因此報酬委員會亦有權決定卸任董事之退職金<sup>60</sup>。

報酬委員會於決定報酬額度時，必須先行擬定決定報酬等內容之方針，使所為之決定得以客觀公正（会社法第四百零九條參照）。

### 第三款 執行人

設委員會公司應選任一位或二位以上之執行人（会社法第四百零二條第一項參照），專門職司公司業務之實際執行。傳統設置監察人之股份有限公司業務執行權限完全屬於董事會，分派各項業務並決定由誰執行。而設委員會公司之內部治理模式係採單軌制，為調和公司內部權限之分配，並提升經營之效率，使董事會成員得以單純之立場行使監督之職權，因此除法律或命令另有規定外，公司實際之業務執行權限皆移轉由執行人為之<sup>61</sup>。

#### 第一目 執行人之地位

執行人與一般公司所設置之執行職員（役員）不同，執行職員係指依照董事之指揮命令執行職務之重要職員。執行職員之設置係為避免因公司董事人數眾多，使董事會決議形成困難而形骸化，因此為活化董事會之運作，而由董事會指揮該等重要職員為業務上之執行；而執行人則在業務執行上具有與董事相同之法律上地位，對於公司及第三人皆負有特別之責任，且其得成為股東代表訴訟之被告（会社法第

<sup>60</sup> 角田大憲，《取締役の人事・報酬》，商事法務，第1644期，2002年11月，第36頁，轉引自陳姿雯，前揭註11論文，第92頁。

<sup>61</sup> 參閱始關正光編著，前揭註51書，第85頁。

四百零八條參照)<sup>62</sup>。

執行人由董事會決議選任，股份有限公司原則上不得以章程規定執行人須為股東，執行人得由董事兼任（会社法第四百零二條第四、五項參照），但不得由公司或子公司之監察委員兼任（会社法第四百條第四項參照），以防止監察之獨立性受破壞。執行人有數人時，應由董事會決議選定代表公司之執行人（代表執行役），由其代表與公司之營業有關一切訴訟上及訴訟外之行為；執行人僅有一人時，則以其為代表執行人（会社法第四百二十條參照）。

### 第二目 執行人之業務執行權

執行人之權限為公司業務之執行，此外，除法定專門由董事會決議之事項外，董事會皆應委任執行人決定之，亦即執行人有就董事會委任業務事項為決定並執行之權限（会社法第四百一十八條參照）。此外，有學者認為，執行人亦有阻止其他經理人不適正之業務執行行為，並糾正錯誤，此亦為執行人重要之任務<sup>63</sup>。

### 第三目 執行人之義務

執行人與公司之間為委任之關係（会社法第四百零二條第三項參照），因此與董事相同，於執行職務時須盡善良管理人之注意義務以及忠實義務，且未得董事會同意時，不得為自己或第三人與公司為與營業有關或一般之交易行為（会社法第四百一十九條準用第三百五十六條）。

又為瞭解執行人業務執行之狀況，執行人有至少每三個月一次向

<sup>62</sup> 參閱久保利英明、中西敏和，《委員会設置会社への移行戦略》，商事法務，2003年5月初版，第210頁；始関正光，前掲註51書，第111頁。

<sup>63</sup> 久保利英明、中西敏和，前掲註62書，第214頁。

董事會報告其執行職務之狀況之義務(會社法第四百一十七條第四項參照)，在股東或監察委員會有要求執行人說明特定事項時，執行人有出席股東會或委員會說明該事項之義務(會社法第三百一十四條、第四百一十一條第三項參照；執行人於執行業務時發現有顯著損害公司之事實者，須立即將該事實報告予監察委員(會社法第四百一十九條第一項參照)。

### 第三項 日本設委員會公司制度之特色與缺失

#### 第一款 設委員會公司之特色

承上所述，日本之設委員會公司制度，可以歸納出以下幾點特色<sup>64</sup>：

- 一、設委員會公司制度，並非強制，而係由公司任意決定採用與否之選擇制，平成十四年時，商法特例法原規定僅有大公司或視為大公司之股份有限公司才能選擇轉型為設委員會公司，然平成十七年會社法公佈後，已取消此等限制。此乃由於立法者認為，欲轉型成為設委員會公司，其公司內部組織變動頗大且較諸原監察人制度嚴格，因此雖非大公司之股份有限公司卻有意選擇設委員會公司制度，自無不許之道理。
- 二、設委員會公司制度創設異於既往之公司內部機關，除具有業務執行權限之執行人外，於董事會下設置成員過半數須為獨立董事之提名、監察及報酬三委員會，分掌決定董事候選人之人事權；對業務執行予以適法性監察及效率性監察之監察權；以及個別董事

<sup>64</sup> 林國全，《自日本 2002 年 6 月引進設委員會公司制度探討我國公司治理法制之興革方向》，收錄於「前瞻公司法制學術研討會」，臺灣大學法律學院財經法研究中心，2002 年 12 月，第 24 頁。

報酬決定權，以強化董事會之業務執行監督機能。

三、業務執行與監督徹底分離之公司機關設計，其基本理念在於透過業務執行與監督之徹底分離，達成在確保公司業務執行健全性之前提下，提昇公司業務執行機動性之效果。設置由董事會選任之執行人為公司業務執行專責機構，除相較於既有制度已大幅削減法定董事會專屬決議事項外，並允許董事會將公司業務決定權限委任予執行人，藉此權限集中方式，簡化公司經營意思形成程式，以提升公司經營之機動性。執行人之角色其實就是美國法上之執行長，只不過日本法允許設委員會公司選任複數之執行人，而且允許執行人兼任董事。

## 第二款 設委員會公司之缺失

### 第一目 獨立董事之獨立性規範過於簡單

根據会社法第二條第十五款規定，獨立董事，係指非該股份有限公司或其子公司之業務執行董事、執行人、經理及其他職員，且未曾擔任過該股份有限公司或其子公司之業務執行董事、執行人、經理及其他職員的董事。設委員會公司之設計，就是要藉助公司以外之專家、學者的角度進入董事會，並期待能夠聽到專門、遠大之意見，以別於傳統同質性很強之董事會，因此必須強調關於獨立董事之獨立性要件<sup>65</sup>。然而，以現行会社法來說，關於獨立董事獨立性之規範，存在有頗大之問題。根據日本現行法，母公司之執行人、代表執行人、社長之配偶以及與其同居之親子均可以擔任子公司之獨立董事，這樣

<sup>65</sup> 參閱始關正光，前揭註 51 書，第 100 頁。



是不當的，因為親子關係或經濟上的關係，令人強烈質疑其是否具備實質之獨立性，這樣的關係，應該是不能擔任獨立董事<sup>66</sup>。因此，學者認為，法律僅是要求最低限度的獨立性，交易所等相關機構應制定課予較嚴格獨立性要件之規範<sup>67</sup>。

### 第二目 董事兼任之問題

董事兼任之問題點有二，首先，由於日本法對三個委員會之委員之兼任並未特別規定，因此，若設委員會公司只選任兩位獨立董事，並由此兩位獨立董事同時擔任三個委員會之委員，也不能算違背法律，如此一來會造成獨立董事權限過於強大，而違背設委員會制度之趣旨，因此應該要避免實務上如此地運作<sup>68</sup>。其次，日本法除承認同一董事得兼任複數委員會之成員外，除監察委員會成員外之董事亦得兼任執行人。所謂除監察委員會成員外之董事，可分兩種情形，即非其他兩委員會成員之董事以及其他兩委員成員之董事，非其他兩委員會成員之董事兼任執行人較無疑問，但若是其他兩委員會成員之董事兼任執行人，則可能影響提名委員會、報酬委員會發揮其功能。此種設計，與設委員會公司制度強調業務執行與監督徹底分離之基本理念，是否吻合，實值懷疑<sup>69</sup>。因此，法律應規定委員會成員不得兼任執行人較為妥當。

### 第三目 董事會成員之問題

日本会社法僅要求各委員會之成員董事過半數須為獨立董事，但

<sup>66</sup> 家近正直，《監査委員會と監査役》，河合伸一判事退官・古稀記念・会社法・金融取引法の理論と実務，商事法務，2002年，轉引自森本滋，前揭註52文，第168頁。

<sup>67</sup> 森本滋，前揭註52文，第158頁。

<sup>68</sup> 森本滋，前揭註52文，第157頁。

<sup>69</sup> 林國全，前揭註64文，第25頁。

未要求董事會全體董事之過半數須為獨立董事。推測其理由之一為，日本當前適格之獨立董事人數不足。但因各委員會之成員，係由董事會以多數決決定。解釋上，董事會亦有在任期中調整各委員會成員之權限。故在非獨立董事占多數，且由兼任執行人之董事掌控董事會多數派時，各委員會之成員過半數縱為獨立董事，但在董事會之調動權限下，能否有效獨立執行職務，非無疑問<sup>70</sup>。此外，日本學者認為，以美國實務來說，就董事會成員上，可能有超過三分之二以上是獨立董事，而且有一半是具有實質獨立性的，如此一來比較能期待董事會可以適當地行使其監督權限；反觀日本實務上，非獨立董事之內部董事兼任執行人之情形相當普遍，因此若不限制董事會成員有過半數須為獨立董事，則董事會中過半之董事兼任執行人都有可能，這樣的董事會，恐怕不能適當地對執行人行使其監督權限<sup>71</sup>。

#### 第四目 自己監察之問題

設委員會公司制度係強調業務執行與監督徹底分離，因此公司業務之執行與負責監督之監察委員並無關聯，然而，監察委員本身也具有董事之身分，故就董事會關於公司經營方針之決定、執行人之選任、任務分擔，監察委員亦有參與，因此即產生監察委員有「自己監察」之疑慮。讓監察委員參與董事會關於經營方針之決定，是期望監察委員除了對執行人為適法性監察以外，在監察委員可以完全明白公司之經營方針下，可對執行人為效率性監察。雖然監察委員之監察有「自己監察」之疑慮，但由於監察委員之任期只有一年，提名委員會

<sup>70</sup> 林國全，前揭註 64 文，第 25～26 頁。

<sup>71</sup> 森本滋，前揭註 52 文，第 156 頁。

會就其是否繼續提名監察委員擔任董事為查核，同時監察委員也受到每年股東會股東之檢驗，因此「自己監察」所產生實質弊害之危險性應不至於太大<sup>72</sup>。

### 第五目 委員會運作上之問題

美國實務上，由於其董事會中通常獨立董事是有過半數的，因此委員會的種類以及權限內容，是可以由公司內部自行於章程訂定，故委員會種類並不限於只有提名、報酬、審計委員會。然而，也因為日本並未要求設委員會董事會須有過半數之獨立董事，因此委員會的種類以及權限均由法律詳細規定<sup>73</sup>。美國公司實務運作上，提名委員會是公司治理的核心，能否提名適當的獨立董事與委員會之委員人選，是公司治理良窳之關鍵，近年來，提名委員會的機能越來越多樣化，甚至被稱為統治委員會（GOVERNANCE COMMITTEE），而負責決定委員會之營運和董事之評價與報酬<sup>74</sup>。而在日本公司傳統上，人事權是由公司董事長一手掌握，即便在現在之設委員會公司制度下，董事長亦可參與提名委員會而決定提名之人選，此外，由於日本公司實務上董事兼執行人之情形相當普遍，若提名委員會對兼董事之執行人有意見或認為其不適任，可以透過不提名該兼任執行人之董事之方式，使得其不能繼續擔任執行人<sup>75</sup>。故除了監察委員會外，提名委員會亦須具有較高之獨立性。

## 第四項 小結

<sup>72</sup> 森本滋，前揭註 52 文，第 165～166 頁。

<sup>73</sup> 詳閱北村雅史，前揭註 2 文，第 237 頁以下。

<sup>74</sup> 武井一浩，《委員會等設置会社の實務的觀點からの検討（下）》，月刊監査役第 460 號，第 11 頁，轉引自森本滋，前揭註 52 文，第 171 頁。

<sup>75</sup> 森本滋，前揭註 52 文，第 159 頁。

日本於平成十四年（二〇〇二年）引進設委員會公司制度，迄今僅有四年時間，根據日本監察人協會的統計，截至二〇〇五年六月為止，約有一百八十間公司（包含未上市公司）實行設委員會制度<sup>76</sup>。值得注意的是，日本法對於採行監察人制度或是設委員會公司制度係完全交由公司自行選擇，亦即，日本法僅是將美國之獨立董事制度引進，提供公司多一種公司型態之選擇，至於何種制度較佳，則交由市場競爭決定。學術上的討論亦是如此，自引進設委員會公司以來，學說上便一直存在監察人與監察委員會孰優孰劣之討論，有認為監察人之監察權行使是獨任制，而監察委員會之監察權之行使係合議制，因此在監察權機能之方面，監察委員會反而不如監察人，且監察人任期四年較之監察委員任期一年為長，因此監察人較有人事權方面之保障，較能發揮其監督權<sup>77</sup>；有認為監察人是常務性質的，故有比較多發現公司內部問題之機會，然由於其不具有人事權，若董事長本身與該不正當問題有關連，監察人也莫可奈何，然若監察委員會發現執行人有違法情事，可透過報酬委員會減少其報酬，也可報告董事會使董事會將該違法之執行人解任，因此監察委員這種具有人事權之監察較能發揮監察機能<sup>78</sup>；亦有認為監察人僅能為適法性監察，而監察委員會不但可以為適法性監察，尚可為效率性之監察<sup>79</sup>等。總之，就哪一種制度來說，都有其優缺點，法律上係採取放任的態度，交由公司自行選擇。根據日本公司治理研究所於二〇〇四年所做的企業統治指數調查，企業統治指數較高的前十名中，雖然第一名的東芝企業是屬於

<sup>76</sup> 日本經濟新聞朝刊，2005年8月16日，第9頁。

<sup>77</sup> 北村雅史，前揭註2文，第247頁。

<sup>78</sup> 河本一郎，前揭註45書，第585頁。

<sup>79</sup> 森本滋，前揭註52文，第166頁。

設委員會公司類型，但整體來說，十名中設委員會公司與設監察人公司是各佔五席，可見兩種制度在實務上也處於互相競爭的狀態。值得一提的是，該調查報告指出，企業統治指數第二名的帝人企業是維持監察人制度，但該公司亦有設置人事與報酬委員會<sup>80</sup>。如此折衷之作法，是否能達到截長補短之效果，或許仍須時間觀察，不過也提供我們另一種思考方向。

日本實務上尚有較特別之例子可以參考，在二〇〇四年八月，有一家NIWS(ニイウス)公司於轉型設委員會公司制度一年後，又改回傳統設置監察人公司，其最主要之原因為該公司認為，設委員會公司制度仍不完備，例如有關分紅之利益處分以及員工報酬之決定都不經由股東會之決議，如此會損害股東之利益；且公司有意併購之企業與獨立董事出身之企業有利害關係時，有關該併購議案之機密內容，有可能變成無法在董事會討論，該公司在股東之要求下，恢復為設置監察人公司<sup>81</sup>。此外，根據二〇〇五年日本經濟新聞社對二〇〇三年六月第一批由原本傳統設置監察人公司轉型為設委員會公司制度之三十一間公司所做的研究報告，這三十一家公司實行設委員會制度三年以來，其企業價值總額減少了2.8%，而這三年全部上市公司之企業價值是上升了27.6%，此外這三十一家公司這三年的收益成長率也比全上市公司之收益成長率差<sup>82</sup>，雖然不能由此推論出設委員會公司制度不好，但不可否認地，這些由傳統設監察人公司轉型為設委員會

<sup>80</sup> 日本經濟新聞朝刊，2004年10月16日，第12頁。

<sup>81</sup> 日本經濟新聞朝刊，2004年8月7日，第10頁。此外，田村達也全國社外取締役ネットワーク也指出，公司之出資企業出身之獨立董事，是否可以中立的立場監督經營，是一個疑問，參閱，日本經濟新聞朝刊，2004年8月6日，第15頁

<sup>82</sup> 日本經濟新聞朝刊，2005年8月16日，第9頁。

公司之經營績效，不如預期。

因為無法明確比較出，設置監察人公司與設委員會公司制度設計何者為佳，因此日本係採放任企業自行選擇之制度，交由市場競爭決定。然其實務上也出現轉型設委員會公司後經營績效不如預期，以及轉型設委員會公司後一年又恢復為設監察人公司之反面例子，同屬大陸法系且與我國類似之公司內部監控模式之日本經驗，頗值我國參考。

### 第三節 我國之獨立董事制度

我國於二〇〇六年證交法修正後，正式引進獨立董事，對於我國獨立董事之條文與基本架構，本文已於前一章粗略介紹，本節以下將以美日法制為基礎，先從制度面之大方向來檢視我國目前之獨立董事制度，再探討我國現行條文，並嘗試提出現行制度之不足及修正方向。

#### 第一項 制度面之問題點

##### 第一款 引進獨立董事之目的

在探討獨立董事制度面之問題點之前，本文認為須從引進該制度之動機談起，唯有先瞭解引進新制之初衷，才能檢驗該制度是否完善，是否能發揮預期之效果。根據證交法第十四條之二之立法理由以及贊成引進獨立董事之專家學者之意見，本文歸納如下：

1. 由國際發展趨勢發現，強化董事獨立性與功能，已為世界潮流，加速推動獨立董事之立法，應有其必要性<sup>83</sup>。
2. 由實證研究得知，美國之獨立董事，於發揮防止公司經營階層之徇私舞弊等不法行為有其效果，甚至有研究顯示上市公司獨立董事之

<sup>83</sup> 證交法第十四條之二第一項之立法理由。

比例越高，其經營績效越好，因此在我國之監察制度上有參考價值<sup>84</sup>。

3. 獨立董事之加入，得強化董事會之獨立性及專業性，以提升決策之品質，並防止弊端產生<sup>85</sup>。尤其我國股份有限公司內部持股型態多屬集中型之股權結構，於此背景下，須有獨立董事來代表眾小股東之利益<sup>86</sup>。
4. 根據外國之研究調查結果，獨立董事在公司經營評估上扮演重要之角色，能協助企業於擬定決策時更具前瞻性。當公司董事會中獨立董事佔半數以上，其較勇於撤換績效不良之執行長，且當公司績效顯著變差時，獨立董事會選擇較專業之人士取代執行長，而非由內部晉升<sup>87</sup>。
5. 我國目前之監察制度以事後之查核居多，而獨立董事參與董事會之運作，能及時發現董事會之決策或董事執行職務是否有違法或不當之情形，不失為一事前防弊之機制<sup>88</sup>。

綜合上述贊成引進獨立董事之理由，可以簡化如下：獨立董事不僅可強化公司經營，亦可落實監督，同時兼具有公司顧問的角色，可借重其專業協助公司經營。

由於我國股份有限公司之監察人機制效能不彰，因此專家學者希

---

<sup>84</sup> 投資人保護法研討會「公益（或獨立）董事制度之探討」，王文字教授發言，月旦法學雜誌，第42期，民國87年11月，第91頁。

<sup>85</sup> 鄭惠之，《建立企業事前監控機制-談外部公益董事制度的設立》座談會，陳文河發言，會計研究月刊，第163期，民國88年6月，第152頁。

<sup>86</sup> 葉銀華、李存修，《臺灣之獨立董監制度的改革--政策性建議》，會計研究月刊，第213期，民國92年8月，第68~71頁。

<sup>87</sup> 王文字，《從公司治理論董監事法制之改革》，收錄於「新公司法與企業法」，元照出版公司，民國92年1月，第49頁；葉銀華、李存修，前揭註86文，第67頁。

<sup>88</sup> 鄭惠之，前揭註85文，第141頁。

望引進獨立董事制度以取代監察人，此外，由於獨立董事本身亦為董事，故當然可參與董事會並藉由其專業之知識與能力，協助公司經營。若以取代監察人加強公司內部監控之目的來看，本文認為現行法與目前政策似乎有點本末倒置，從美國或日本法制可知，獨立董事之監督功能，係透過各種功能性委員會來實踐，獨立董事固然是制度成敗之關鍵，然獨立董事之存在應係為了組成具有獨立性之功能性委員會，藉由各委員會之運作來發揮公司內部監控之功能。觀諸我國現行證交法條文以及相關單位、專家學者之說明，大多都將焦點放在鼓勵公司設置獨立董事，實務上甚至透過上市上櫃契約要求欲上市上櫃公司至少須設置二位獨立董事，而未要求設置各種委員會。或許是考量引進新制對我國現有公司結構產生衝擊，因此採取較折衷之方式，希望階段性地先設置獨立董事，俟時機成熟再要求公司設置各種委員會。然而這樣折衷的引進方式，會不會令人產生獨立董事較功能性委員會重要，進而忽略整個制度之精髓，值得注意。

若不以取代監察人，而係以期望借重獨立董事專業知識協助公司經營之角度觀之，即獨立董事仍執行原公司法的董事決策權，而不具監察人之職權。其實，這樣的看法係行政院在研擬證交法修正草案之過程中，曾邀請專家學者討論所獲得之折衷共識。因為在二〇〇六年獨立董事法制化之前，約有四百多家上市上櫃公司係採行上述之方式，因此證交法如採此設計，僅是把當時實務所採行之制度進一步法制化而已，變動尚不稱巨大。然而，在博達案爆發後，有關單位則仍繼續推動現行證交法之條文草案，而推翻之前專家學者之共識<sup>89</sup>。

<sup>89</sup> 劉連煜，《公開發行公司董事會、監察人之重大變革－證券交易法新修規範引進獨立董事與審



綜上所述，立法者主要係著眼於我國監察人監察效果不彰而欲以獨立董事組成審計委員會取代之，至於借重獨立董事之專業以協助公司經營，似乎僅是附加價值。若是基於如此立場，則基於本文前述，現行折衷之作法可能無法發揮預期之效果。本文認為日本法之呈現方式較為完整，亦即不須特別規定公司得依章程規定設置獨立董事，僅須規定獨立董事之定義，以及獨立性之判斷標準，而將重點放在公司得依章程規定設置審計委員會（由全體獨立董事組成）以取代監察人，如此一來，不僅不會模糊焦點，也可避免現行條文之下，獨立董事與監察人併存所可能造成監察權限上之衝突。

## 第二款 董事會之定位

觀察美、日整套獨立董事制度可知，董事會所扮演的角色，是制度成敗關鍵之一，在一元體制之公司結構下，董事會雖形式上集大權於一身，然實際上，董事會並不實際執行公司業務，董事會僅負責公司經營之決策而為業務決定機關，實際之業務執行交由專門之業務執行機關（在美國是執行長，日本設委員會公司是執行人），而監督權則交由獨立董事組成之各專門委員會負責。反觀我國公司法第二百零二條規定：「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。」，因此，董事會為股份有限公司之法定、必備之集體執行業務機關，並賦予公司執行業務之決定權，以期董事能集思廣益，慎重且妥適行使其執行業務權<sup>90</sup>。而關於監督權之方面，則另設監察人負責。因此，在我國傳統二元體制公司結構

---

計委員會枝介紹與評論》，臺灣本土法學雜誌，第79期，2006年2月，第328頁。

<sup>90</sup> 柯芳枝，《公司法論（下）》，增訂五版，三民書局出版，2005年3月，第260～261頁。

下，董事會可說是業務執行機關，同時也是業務決定機關。於此種情形下，即便是引進獨立董事，其所能發揮之監督機能，令人存疑。因為獨立董事本身亦參與董事會運作，而董事會是業務執行機關亦是業務決定機關，如此一來，「自己監督」之情形更加嚴重。這也是為什麼一元體制公司結構需要於董事會之外，另設專職業務執行機關之原因。正如本文之前所論述，即便是一元體制下，獨立董事已有「自己監督」之疑慮，更何況在我國對業務決定機關與業務執行機關之概念向來混淆。故若要貫徹一元體制公司治理之精神，實有必要積極探討創設類如美國執行長或日本執行人之公司業務執行專責機關之可行性，以明確界定公司業務執行權與業務決定權之歸屬主體。

### 第三款 委員會之種類

觀察我國證交法之修正條文，除獨立董事外，特別重視審計委員會，至於其他董事會下之功能委員會，例如提名委員會、報酬委員會則隻字未提。乍看之下，會令人產生審計委員會是一元體制之公司治理模式中最主要之委員會，本文並非要否定審計委員會之重要性，然而觀察美國之公司治理模式，除了審計委員會，提名與報酬委員會在公司治理成敗上亦扮演舉足輕重之角色。提名委員會掌握「人」的因素，而「人」是一切制度之根本，制度要發揮作用，人才是關鍵<sup>91</sup>。如何選擇好的人才，則仰賴提名委員會之健全運作。而報酬委員會則掌握「錢」的因素，獨立董事並非做善事，因此給予多少報酬使其能盡心盡力為公司付出，則有賴報酬委員會決定。此外，對於有失職或表現不佳之執行長（執行人），報酬委員會亦可以透過減少報酬之方

<sup>91</sup> 劉連煜，前揭註 89 文，第 328 頁。

式間接監督。總之，在一元體制之公司治理模式下，各種機能性委員會的緊密合作，方能發揮最大之監督機能，我國證交法僅引進審計委員會而完全未提其他功能性委員會，令人遺憾。其實本次證交法修正前，主管機關應該是傾向於鼓勵公司設置各種不同的委員會，以落實公司治理的，故於上市上櫃公司治理實務守則（民國九十四年十月十九日修正）第二十七條規定：「上市上櫃公司董事會為健全監督功能及強化管理機能，得考量董事會規模及獨立董事人數，設置審計、提名、報酬或其他各類功能性委員會，並明定於章程。」。而證交法第十四條之四第二項規定，審計委員會應由「全體」獨立董事組成，故若引進其他委員會之情形下，必然會產生審計委員會之部分或全部獨立董事成員「兼任」其他委員會成員之情形。或許因為立法者不願意見到審計委員兼任之情形，加上引進其他委員會需要較多位獨立董事，避免對企業衝擊過大，因此折衷地僅引進審計委員會。本文可以理解立法者之「用心良苦」，不過也對單軌制監督機能之發揮，大打折扣。

#### 第四款 強制設置獨立董事或審計委員會之妥當性

依照證交法第十四條之二與第十四條之四之規定，原則上，公開發行公司得自由選擇是否設置獨立董事與審計委員會，但在獨立董事方面，主管機關「應」視公司規模、股東結構、業務性質及其他必要情況要求設置獨立董事；而在審計委員會方面，證交法僅規定「主管機關『得』視……必要情況，命令設置審計委員會替代監察人」，亦即，在符合特定之情況下，主管機關對要求公開發行公司設置獨立董事是沒有裁量權的，而對要求設置審計委員會則具有裁量權。證交法

這樣之設計，其間之扞格，已如前述。另外，更顯示其認為單軌制之公司治理模式優於我國傳統二元制之公司治理模式。如果是因為公開發行公司內部監控發生問題，例如監察人舞弊等情事，在原有內部監控制度無法發揮功能時，換另一套制度，期望能發揮公司內部監督機能。於此種情形，本文尚屬贊同。雖然目前證期局對於強制設置審計委員會之公司類型尚無規範，不過若以強制設置獨立董事之公司類型來觀察，可知主管機關有可能以相同之標準，強制「已依本法發行股票之金融控股公司、銀行、票券、保險及上市（櫃）或金融控股公司子公司之綜合證券商，暨實收資本額達新臺幣五百億元以上非屬金融業之上市（櫃）公司」<sup>92</sup>設置審計委員會，轉型成為單軌制之公司治理模式。由此可知，主管機關目前係以公司規模、公司種類來強制推銷獨立董事制度。本文認為，若符合強制獨立董事之公司，其公司內部監控（監察人）並無問題，甚至具有相當良好之績效時，強制其設置審計委員會以取代監察人有無必要？況且，審計委員會之審計委員係由獨立董事擔任，而在目前我國董事會同時是業務執行機關與業務決定機關之現況下，若又賦予審計委員監督權，恐有角色混淆之危險。而且，從證交法本次修正設計中，也無法得出審計委員會一定會比現行監察人制度更具獨立性、更具監督效果。因此，在相關權責釐清前，主管機關在行使證交法第十四條之四之授權時應特別謹慎，並對企業選擇以監察人做為監督之機制給予尊重<sup>93</sup>。

本文對於目前實務上相關單位、主管機關，積極、強制設置獨立

<sup>92</sup> 詳參金管會證期局，金管證一字第 0950001616 號令。

<sup>93</sup> 劉連煜，前揭註 89 文，第 328 頁。

董事之政策取向，亦不以為然。如前所述，單軌制公司治理模式，主要是以獨立董事組成之功能性委員會來發揮監督機能，在沒有委員會之情形下，理論上雖可以借重獨立董事之專長協助董事會以提升企業經營績效，然而事實上，並沒有證據顯示有獨立董事之企業，其經營效率必定會優於沒有獨立董事之企業，根據前述日本對於轉型為設委員會公司之調查顯示，甚至有可能更差。況且民國九十年公司法修正後，股份有限公司之董事已不須具有股東身份，公司如欲引進專業人士擔任董事，亦非法所不許。因此本文認為強制企業設置獨立董事之政策，值得商榷。

## 第二項 現行條文之問題點

### 第一款 證交法第十四條之二

證交法第十四條之二第一項規定：「已依本法發行股票之公司得依章程規定設置獨立董事。但主管機關應視公司規模、股東結構、業務性質及其他必要情況要求設置獨立董事，人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一。」，因此，若公司依章程規定設置獨立董事時，依條文文義解釋，並無獨立董事人數下限，亦即，於公司自行設置獨立董事之情形時，即便是僅設置一席獨立董事，於法並無不合。有學者認為，如欲使規範達其目的，獨立董事應有一定之功能與特性，尤其是公司自發性以章程設置獨立董事時，是否也須符合最低人數和最低比例之規定，不無疑問。如無須符合，可能造成投資人判斷自發性設置獨立董事，是否能發揮獨立董事制度設計之預設功能之困難度。其進一步認為，如欲採行獨立董事制度，立法時以原則性要求設置，且明定設置標準，例外得由主管機關核准無須適用之範圍之

方式，較為妥適<sup>94</sup>。本文認為，撇開立法是否應採原則設置獨立董事，例外經核准無須適用之方式不論，證交法第二十六條之三規定，公開發行公司董事人數不得少於五人，若公司董事人數為五人，就算自願設置獨立董事人數比照證交法第十四條之二第一項但書規定為二人，在獨立董事人數未超過董事會人數半數以上之情形下，獨立董事能發揮多大功能，令人存疑。依照本文前述之看法，僅有獨立董事而未設置功能性委員會之情形下，除非董事會中過半數為獨立董事，否則設置一席或兩席之獨立董事，差異不大。而且，投資人是否會因公司自願設置一或二席獨立董事而影響其投資意願，有待商榷。

本條第二項規定：「獨立董事應具備專業知識，其持股及兼職應予限制，且於執行業務範圍內應保持獨立性，不得與公司有直接或間接之利害關係。獨立董事之專業資格、持股與兼職限制、獨立性之認定、提名方式及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」，本項本文中將「獨立性」與「利害關係」區隔為兩個要件，而臺灣證券交易所股份有限公司有價證券上市審查準則補充規定第十七條亦認二者為不同之規範<sup>95</sup>，但在證交法第十四條之二第二項後段中，卻未將利害關係放入授權主管機關訂定之辦法中，似乎是立法上之疏漏。解釋上，雖可藉由「其他應遵行事項之辦法」中解決，但仍增加不必要之疑慮<sup>96</sup>。

本條第五項規定：「獨立董事因故解任，致人數不足第一項或章

<sup>94</sup> 林仁光，《公開發行公司內部監控機制之變革—兼論二〇〇五年證券交易法修正重點》，月旦法學雜誌，第130期，2006年3月，第176~177頁。

<sup>95</sup> 臺灣證券交易所股份有限公司有價證券上市審查準則補充規定第17條將獨立性規定於第一項第一款，利害關係則規定於第一項第四款。

<sup>96</sup> 蔡景聖，《新修正證券交易法—獨立董事之移植》，政治大學94年度第2學期法研所劉連煜教授講授之「證券交易法專題研究」課程之書面報告，第6頁。

程規定者，應於最近一次股東會補選之。獨立董事均解任時，公司應自事實發生之日起六十日內，召開股東臨時會補選之。」。若依學者對於董事退任事由之見解<sup>97</sup>，可能會產生僅有在獨立董事係因「解任」而退任時，公司才有補選義務，若因其他事由例如死亡或辭職而退任時，公司反無補選義務之解釋<sup>98</sup>。故本條「解任」所規範之範圍，解釋上應包含獨立董事因死亡或辭職等退任情形<sup>99</sup>。

### 第二款 證交法第十四條之三

證交法第十四條之三規定：「已依前條第一項規定選任獨立董事之公司，除經主管機關核准者外，下列事項應提董事會決議通過；獨立董事如有反對意見或保留意見，應於董事會議事錄載明：…（下略）」。首先，獨立董事亦為董事，故獨立董事除有出席董事會之義務外，依公司法第二百零五條規定，如章程訂定得由其他董事代理者，則董事於不能出席董事會時，得委託其他董事代理。此時，於公司有兩名獨立董事以上之情形時，若獨立董事無法出席董事會，可否依章程規定委託非獨立董事之董事代理？抑或僅能委託其他獨立董事代理；於公司僅有一名獨立董事而無法出席董事會時，又該如何處理？按照目前條文之規定，有可能造成董事會開會時，無獨立董事在場之情形。所幸，金管會於民國九十五年三月間訂定「公開發行公司董事會議事辦法」，該辦法第七條第二項規定：「公司設有獨立董事者，對於本法第十四條之三應提董事會之事項，獨立董事應親自出席，不得委由非獨立董事代理。獨立董事如有反對或保留意見，應於董事會議

<sup>97</sup> 關於董事退任事由，詳參柯芳枝，前揭註 90 書，第 272~277 頁。

<sup>98</sup> 蔡景聖，前揭註 96 文，第 7 頁。

<sup>99</sup> 劉連煜，新證券交易法實例研習，2006 年 2 月，增訂四版，第 217 頁；劉連煜，前揭註 89 文，第 322 頁。

事錄載明；如獨立董事不能親自出席董事會表達反對或保留意見者，除有正當理由外，應事先出具書面意見，並載明於董事會議事錄。」。透過該辦法之規定，應可彌補現行證交法條文之漏洞，使得獨立董事有參與證交法第十四條之三規定事項之義務。不過，若要貫徹獨立董事參與該條規定事項之精神，應將「除有正當理由外」刪除，亦即，不論有無正當理由，如獨立董事不能親自出席董事會表達意見時，均應事先出具書面意見，並載明於董事會議事錄。

其次，董事對董事會之決議有異議（反對意見）時，有權要求記明議事錄（公司法第一百九十三條第二項參照）。因此，本條似乎是針對獨立董事有「保留意見」時所為之規定。但何謂「保留意見」？大致同意、部分反對是否為「保留意見」？大致反對、部分同意又如何？原則反對，但附「有條件同意」之附款是否為「保留意見」？原則同意，但附「有條件反對」之附款又如何？而且，就責任之釐清方面，獨立董事若係出具「反對意見」，倘有追究董事會責任之必要時，獨立董事既已表示「反對意見」，其可依公司法第一百九十三條第二項規定，免除其責任；惟若獨立董事原係出具「保留意見」時，該如何追究其責任<sup>100</sup>？上述可能在未來運作時產生之疑問，均有待主管機關釐清。此外，獨立董事如有反對或保留意見，根據本條規定，應於董事會議事錄載明，立法理由明白指出未來將要求公司於指定之資訊網站公開之，其目的在於強化資訊透明度及外界監督之機制。不過，若是該議案涉及公司之重大業務機密，而獨立董事有反對或保留意見

<sup>100</sup> 蔡景聖，前揭註 96 文，第 8 頁。



時，是否適宜對外揭露，令人質疑<sup>101</sup>。

證交法第十四條之三所規定各款應經董事會決議通過事項，其本質上即屬應經董事會決議通過事項，何以將其特別挑出，強調此些事項應經董事會決議，觀諸立法理由，僅能得知立法者認為該條各款事項，係對於公司財務業務有重大影響之事項。綜觀該條各款規定，確實均屬對於公司財務業務有重大影響之事項，其中較值得探討者係第三款規定涉及董事或監察人自身利害關係之事項。因除第三款規定之事項外，其他各款規定之事項，於公司法或證券交易法相關規定中均有明確規定應經董事會決議通過<sup>102</sup>。然而，涉及董事或監察人自身利害關係之事項，有可能造成董監事自肥、掏空公司資產之危險，而導致損害股東利益，因此，明文規定該等事項應經由董事會決議通過，有其必要性。

最後，本條之規範意旨，應在於使獨立董事能參與對公司財務業務有重大影響之事項，然而，現行條文之規定可能無法達到其立法目的。依據現行條文之規定，獨立董事對各款事項如有反對意見或保留意見，才須載明於董事會議事錄中，反觀證期局依證交法第十四條之一、第三十六條之一所授權訂定之相關準則中，均有明訂公司已設置獨立董事者，將各該事項提報董事會討論時，應充分考量各獨立董事之意見，並將其同意或反對之明確意見及反對之理由列入董事會紀錄

<sup>101</sup> 柯芳枝教授認為，公司法第 210 條規定董事會所應備置之公司簿冊方面，列有股東會議事錄，而未包括董事會之議事錄在內。其原因是由於股東會之議案都屬表面化，而董事會之議案類多具有機密性，為保障公司營業之機密，故賦予公司保密之權利，而不要求將董事會議事錄備置於公司。詳參柯芳枝，前揭註 90 書，第 339~340 頁。

<sup>102</sup> 關於涉及董事或監察人自身利害關係之事項，雖然法無明文須經董事會之決議，然透過公司法第 202 條之規定，解釋上該事項仍應由董事會決議行之。

<sup>103</sup>。兩相比較之下，相關授權子法之規定更能發揮獨立董事之功能，因此未來證交法第十四條之三應比照修正之。

### 第三款 證交法第十四條之四

證交法第十四條之四第二項規定，審計委員會應由全體獨立董事組成，其人數不得少於三人。若依照我國目前制度之設計，審計委員會由全體獨立董事組成，因為證交法上並無提名、報酬等其他委員會之設計，加上實務上企業普遍對獨立董事仍存有疑慮，故在短時間內，本條規定或許尚無疑問。惟若有企業自願採用更高之公司治理標準，設置三名以上獨立董事或自行設置提名、報酬委員會，則依照本條之規定，審計委員會須由全體獨立董事組成時，除了會造成本文前述「必然兼任」之問題外，亦有可能因審計委員會委員人數過多而引發更多問題。因此，本條第二項規定宜修正為，審計委員會應由獨立董事組成，其人數不得少於三人。

在設有審計委員會時，證交法第十四條之二第五項之董事補選機制可能將有缺漏。依該條規定，只有獨立董事均解任時，公司始應於六十日內召開股東會補選；然審計委員會則要求人數不得少於三人，其中一人為召集人，至少一人具有會計或財務專長，如其中有一人不符時，依第十四條之二第五項，公司應於最近一次股東會補選即可。但如正好遇到需要審計委員會通過「半年財務報告」（證交法第十四條之五參照），而審計委員會之委員又缺額之情況下，立即補選已緩不濟急，更何況依法尚可於最近一次股東會中補選。此等情況應如何

---

<sup>103</sup> 詳參公開發行公司建立內部控制制度處理準則第4條第2項、公開發行公司取得或處分資產處理準則第6條第2項、公開發行公司資金貸與及背書保證處理準則第8條第2項以及第19條第2項之規定。

處理，恐待有權機關作補充解釋<sup>104</sup>。

#### 第四款 證交法第十四條之五

證交法第十四條之五第一項規定：「已依本法發行股票之公司設置審計委員會者，下列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，不適用第十四條之三規定：…（下略）」，首先，審計委員會之決議只是一種「預決性質」之決議，該決議仍必須提董事會決議同意後，始為確定有效之決議。此處可能會產生審計委員會與董事會可否「併同開會」之疑問，若審計委員會與董事會得以同一次會議，同時執行審計委員會與董事會之職權，雖可降低公司召開會議之成本，但若允許二會併開，可能會導致審計委員會之成員礙於情面，不敢暢所欲言，因此審計委員會與董事會應分次召開，而審計委員會開會在前，董事會開會在後，始為妥當<sup>105</sup>。

承上，已開完審計委員會後，獨立董事可否在後召開之董事會參與表決？本文以為，不論獨立董事於先前之審計委員會決議中，表達贊成或反對之意見，皆可參與董事會就該議案所為之表決，此時並沒有利害迴避之問題，而且若不准其加入表決，對審計委員會之監督功能會大打折扣<sup>106</sup>，故應允許其加入表決。

其次，若將證交法第十四條之五第一項各款事項與第十四條之三各款事項兩相比較下，第十四條之五雖僅多了內部控制制度有效性之考核，以及年度財務報告及半年度財務報告。然而，就現行條文來看，

<sup>104</sup> 劉連煜，前揭註 89 文，第 323~324 頁。

<sup>105</sup> 蔡景聖，前揭註 96 文，第 14 頁。

<sup>106</sup> 例如審計委員會對該議案其實是全體否決的情形時，依證交法第 15 條之 5 第 2 項規定，董事會仍可以全體董事三分之二以上同意通過該議案，此時若不准許審計委員會之成員加入表決，則無異令董事會更容易通過該不被審計委員會同意之議案。

第十四條之五比起第十四條之三來得有意義。依照證交法第十四條之四，公開發行公司設置審計委員會後，即不設監察人，而將原本屬監察人職權移轉至審計委員會執行。因此，透過第十四條之五，使得原本不屬監察人職權之事項（例如簽證會計師之委任、解任），得交由審計委員會決議之。此外，也使得該條各款規定事項，從原本監察人之事後監督模式，變成審計委員會得以事前監督。

最後，證交法第十四條之五第二項規定，前項各款事項除年度財務報告及半年度財務報告外，如未經審計委員會全體成員二分之一以上同意者，得由全體董事三分之二以上同意行之。本項規定除了有本文前述有減損審計委員會監察功能之疑慮以外，仍有兩點問題。第一，依該條第二項規定，年度財務報告及半年度財務報告係除外規定，因此，若年度財務報告及半年度財務報告未得審計委員會過半數同意，即不得以全體董事三分之二以上同意行之。若財務報告一直未得審計委員會過半數同意，則應如何處理？第二，依條文文義解釋，第一項各款規定事項如未經審計委員會過半數同意，才能以全體董事三分之二以上同意續行，則若各該事項根本未經審計委員會決議，例如審計委員會僅討論該事項而未對其作出不同意之決議，則又應如何處理？上述問題影響公司實務運行頗大，有權機關宜儘速為補充解釋。

#### **第五款 公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法**

公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第五條第一項規定：「公開發行公司獨立董事選舉，應依公司法第一百九十二條之一規定採候選人提名制度，並載明於章程，股東應就獨立董事候選人名

單中選任之。」。同條第五項規定：「公開發行公司之董事選舉，應依公司法第一百九十八條規定辦理，獨立董事與非獨立董事應一併進行選舉，分別計算當選名額。依本法設置審計委員會之公開發行公司，其獨立董事至少一人應具備會計或財務專長。」，此為目前獨立董事之提名、選舉方法。在未設有提名委員會之情形下，不論是一般董事候選人，抑或是獨立董事候選人，名單之提出，均掌控於董事會手上，因此董事會可從符合證交法相關規定之獨立董事人選中，挑選較為友好人士為候選人名單，如此一來，能否期待獨立董事發揮監督機能，令人存疑。其次，該條第五項規定，獨立董事與一般董事應合併選舉，並分別計算當選名額。因此，公司如欲選出六名一般董事與三名獨立董事，而提名十五位候選人，其中包含九位一般董事候選人與六位獨立董事候選人，即便選舉結果出爐後，六位獨立董事候選人得票數均在應選九名董事保障範圍中，也只有其中得票數較高之三位當選獨立董事，其他三位候選人雖得票數高於一般董事候選人，亦因「分別計算當選名額」之規定而落選。如欲藉助獨立董事發揮監督力量，以落實公司治理，本條所規定之提名、選舉方式，實有重新檢討之必要。

### 第三項 小結

在眾人矚目下，我國於二〇〇六年修正證券交易法，引進獨立董事制度。然而，本文以美國、日本等先進國家之獨立董事制度檢視我國現行之法制，本次之修法，可謂不盡理想。本文認為，最主要之原因在於主管機關、相關單位之態度。近年來由於我國傳統公司內部監控制度發生問題，企業掏空弊案頻傳，主管機關急欲尋求解決方法，希望引進美國之獨立董事制度，取代我國傳統公司內部監控制度。因

此在未取得各界共識，又擔心轉型單軌制公司治理模式對企業影響過大，故採取折衷之方式，引進「半套」獨立董事制度。

本文並非否定獨立董事制度，單軌制之公司治理模式當然也有優點，否則也不會有越來越多的國家採用獨立董事制度。不過，在引進獨立董事制度的同時，是否也應加速對我國傳統監察人制度之缺點進行修正，畢竟，在未取得是否以單軌制取代雙軌制之共識前，絕大多數公司還是採行監察人制度。因此，針對我國監察人制度之缺點進行修正，亦有其必要。本文認為，制度沒有絕對的好壞，日本之修法經驗，頗值我們學習。獨立董事制度不可否認的，確實是目前國際發展趨勢，然而，獨立董事制度亦非毫無缺點，即便是實行該制已久之美國，亦在不斷地針對其缺點進行改良。因此，主管機關宜修正單軌制必定優於雙軌制之政策，除引進更完整之獨立董事制度外，亦應針對我國監察人制度之缺失加以檢討、修正，提供企業自由選擇其欲採行之公司治理模式。