

# 股東會、董事會、監事會於德國公司 治理法典中法規範地位之探討\*

陳 彥 良\*\*

## 要 目

壹、前 言	肆、董事會與監事會之合作
貳、法性質及目的範圍	伍、董事會
一、德國公司治理法典之法性質	一、董事會職權與角色
二、目的及適用範圍	二、董事會結構與主席
三、法典規範之體系	陸、監事會
參、股東與股東會	一、監事會之職權與結構
一、概 說	二、監事會主席與專業委員會
二、股份與表決權	柒、小 結
三、股東會與公司治理	
四、股東會召集、表決權之代理	

\* 本文係93年度行政院國科會研究計畫「德國公司治理法則之研究」(NSC 93-2413-H-259-011)研究報告成果之一部分。並感謝二位匿名審稿教授細心指正，給予寶貴之修改意見。

\*\* 國立東華大學財經法律研究所專任助理教授；德國Mainz大學法學博士。

投稿日期：九十四年三月七日；接受刊登日期：九十四年六月二十日

責任校對：梁凱富

## 摘 要

德國為了強化公司治理，於近十年來開始對所謂Corporate Governance有所討論，也開始將“Corporate Governance”一詞當作法務用語來使用，此處並無確切對應之德文專有名詞，一般稱為實質的企業憲章（Materielle Unternehmensverfassung），而為領導之基本原則，以德國而言，在公司治理的定義之下，所要達成的是系統性的權利義務規範，特別是董事會、監事會和股東大會各自之權利義務以及相互間的交互關係。德國所特有之勞動者共同決定權制度，其所影響的是監事會成員的組成，在一定的條件下，必須有一定比例之勞工監事成員，間接對企業有所制約和參與。於二〇〇二年德國公司治政法典（Deutscher Corporate Governance Kodex簡稱DCGK）在政府所組之特別委員會主席Dr. Gerhard Cromme的主導下，於二月二十六日公布，而該委員會並未就此解散，仍是保持運作，以觀察該法典對立法和實務上之影響，並且每年至少應檢驗該法典一次，以了解該法典是否有修改之需求。德國之公司治理模式，是由經營機關組織著手，其背景是因為德國證券市場相較於英、美為不發達，也就是說某部分之外部機制得以制衡董事會以及經營階層的有效性便打了折扣，所以加強內部監控的機制、股東權益之保障以及董事會、監事會間合作之加強。成為立法者思考之目標。

本文之主要目的是提供我國發展公司治政法制其法政策上之參考，尤其當我國積極發展公司治政法制，必須面臨的事實就是公司治政法制之加強、改善投資結構及市場紀律保護問題不僅是產業政策或公司法制的新政策，更是一種經濟政策。我們應該將公司治理機制及其企業存續和國際整體企業經營環境與體質轉型之脈絡下思考。

關鍵詞：公司治理、德國公司治政法典、股東會、董事會、監事

## 壹、前言

自一八一八年德國威瑪共和時代的來臨，其經濟和勞動憲章之規定，使企業機關法制產生大幅之變動，先有企業自體的理論提出，其認為股份有限公司已超脫以往家族企業之規模，企業組織結構上已發生結構上之變化。對外部而言其已成為國民經濟全體之一份子，故具有社會性、公共性，內部而言對少數股東之私利益也應有一定之限制。經營者對企業本身應有必要之行動自主與決定權。而企業為負有經濟性、社會性之獨立有機組織，股份之去人格化以及勞動者共同決定權更是公司機關之新型態<sup>1</sup>，在威瑪憲法第一六五條更規定了企業的民主化，也確立了德國企業組織之大方向。而公司治理制度是德國在這近十年來開始受到重視的課題，以往早期不僅是我國，在其他國家之實務界皆缺乏對健全公司治理之意識，而法學界雖認識到此議題之存在及其重要意義，但並未積極的去發展。

我國公司經營機關雖是採與德國形同實異之二元並列制，但絕非如美國之一元制，而目前國內公司法治理法制大多引自美、日，而德國方面之公司治理卻少有著墨，德國已於二〇〇二年提出德國公司治理法典（*Deutscher Corporate Governance Kodex*），其中對公司治理作了大幅度之加強，故本人認為在德國公司治理制度議題上仍有許多我國可借鏡之處。

我國公司經營機關組織係採二元並列制，直接引進一元制之公司治理法制，設置獨立董監事，仍是有值得探討之處，雖我國之二元制並不同於德國之二元制，但經營與監察皆都是分立，故此處似

---

<sup>1</sup> 有關德國共同決定制度之現況可參：Streeck/Kluge (Hrsg.), *Mitbestimmung in Deutschland*, 1999, 17 ff.

仍可以參考也是二元制之德國公司治理法制發展情況。目前德國為了再次強化公司監控，於近十年來開始對所謂Corporate Governance有所討論，也開始將“Corporate Governance”一詞當作法律用語來使用，此處並無確切對應之德文專有名詞，一般稱為「實質的企業憲章」（Materielle Unternehmensverfassung），而為領導之基本原則<sup>2</sup>。以德國而言，在公司治理的定義之下，所要達成的是系統性的權利義務規範，特別是董事會、監事會和股東大會各自之權利義務以及相互間的交互關係。德國所特有之勞動者共同決定權制度，其所影響的是監事會成員的組成，在一定的條件下，必須有一定比例之勞工監事成員，間接對企業有所制約和參與。於二〇〇二年德國公司治政法典（Deutscher Corporate Governance Kodex簡稱DCGK）在由政府所組成之特別委員會主席Dr. Gerhard Cromme的主導下，於二月二十六日公布，而該委員會並未就此解散，仍是保持運作，以觀察該法典對立法和實務上之影響，並且每年至少應檢驗該法典一次，以了解該法典是否有修改之需求。於二〇〇二年七月一日德國為加強企業組織透明度而制定之透明度及公開法（TransPubG）生效後，而於德國股份法第一六一條加入了公司治政法典之法源<sup>3</sup>，根據德國股份法第一六一條，德國上市之股份有限公司有義務報告是否有遵守德國公司治政法典之建議（Empfehlungen）<sup>4</sup>，其後德國公司治政法典亦有修正過。第一次修正草案係於二〇〇二年十一月七日提出，最後於二〇〇三年五月二十一日完成修正並公布。

<sup>2</sup> Hüffer, Aktiengesetz, 6 Aufl., 2004, § 161 Rn. 2.

<sup>3</sup> Vgl. Peltzer, Deutsche Corporate Governance, 2004, Rn. 5; 22 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Peltzer, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 22.

德國之公司治理模式，是由經營機關組織著手，其背景是因為德國證券市場相較於英、美為不發達，也就是說某部分之外部機制得以制衡董事會以及經營階層的有效性便打了折扣，所以加強內部監控的機制成為立法者思考之目標。而這種內部監控模式與美國強調外部監控模式何者較優，則是見仁見智。因為德國之模式是建立於以銀行為主之金融體制以及內部機關相互制衡之上，指揮與監督權明確分離，再加上員工參與經營制度，使得德國公司治理法制之發展與美國有所不同。以德國現行股份法，於經營機關採取監事會與董事會上下隸屬之二元制，監事會不僅是董事會之上位機關，可監督董事執行業務，更有選任董事與解任董事之權。建立此種二元式制度是為了加強股東對經營執行業務者之控制與監督。公司控制主體是在監事會，其主要任務為負責任命管理董事會成員，監督經營業務執行，並對董事會提供諮詢，但是並非實質上執行公司業務，也就是說監事會此一上位機關有極大權力，除上述所言之董事任免權、監督權外，還有可決定董事報酬數額和重大業務同意權。也因其具有極大權力，為避免濫權腐敗可能性，故並不得參與公司業務執行，也就是說董事會不得將具體業務經營行為委任監事會。此處便已嚴格區分經營機關和監察機關。監事會則是由股東代表以及員工代表所組成，員工代表之法源依據在於煤炭鋼鐵共同決定法、企業組織法，和共同決定法，至於雙方之比例，依該公司所適用之法律有所不同。因為內部利益衝突團體包括員工部分得以參與決策，加強內部制約管控效力。監事會對業務執行有極大之審核、監督、和資訊權<sup>5</sup>，且有權審核或委託專業機構審核公司財報、帳簿，核實公司資產。

---

<sup>5</sup> Vgl. Elsing/Schmidt, Individuelle Informationsrecht von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, BB 2002, 1705 ff.

銀行亦是德國以往公司治理核心之一<sup>6</sup>，由歷史的角度來看，德國工業化之發展，政府一直是將銀行視為發展德國工業，促進經濟發展之一大動力，依德國大型企業公司股權結構來看，銀行亦為持股主體，銀行最主要之切入點係債權人身分，當該公司上市或是債務已屆清償期而無法償還時，銀行得將債權轉為股權，此時銀行便具有股東身分並得以透過投票權運作，而於董事會派駐代表或是成為監事派出代表進駐監事會。且德國允許銀行代理小股東行使股票權，使散户股票得以集中，再加上該銀行作為該公司金融服務提供者，所以對於公司方面的資訊也較易獲得，故對企業產生了極大監控效力，也能有效的對企業有所監督。於以往銀行為主之金融機構，因為有大量持股以及得以代理小股東行使投票權，所以對監事會已發生了主宰效力，也就是說銀行不只是公司需要資金時之融資提供者也是企業主要股東，銀行介入之優點是可以穩定市場，和加強企業經營之能力，且較不會只以短期之觀點來考量公司利益，而顧及中長期發展，但是也正因如此，使得公司權力集中於單一利益團體，所以內部的利益衝突可能加劇，近年來經濟衰退及企業風暴，使得對於德國歷史所形成的銀行於公司治理所占之角色慢慢產生懷疑，也因為銀行亦是企業內部利益團體之一，在利益上有所衝突之情況下，銀行是否能扮演一個於公司治理中適當之角色，值得深思。故在德國而言，強化一個健全而有效之公司治理法制是必要的。這也是德國公司治理法典產生的原因之一。

本文之主要目的是提供我國發展公司治理法制其立法政策上之參考，尤其當我國積極發展公司治理法制，必須面臨的事實就是公司治理法制之加強、改善投資結構及市場紀律保護問題，不僅是產業政策或公司法制的新政策，更是一種經濟政策。我們應該將公司

---

<sup>6</sup> Vgl. Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2003, 35.

治理機制及其企業存續和國際整體企業經營環境與體質轉型之脈絡下思考。

目前德國學界有關公司治理法制之研究於法學界可概分為兩方面：一是純粹以介紹公司治理實務發展趨勢及公司治理法典發展的學術意見為主，亦有提供發展公司治理相關法制指引<sup>7</sup>；另一方面則是以法釋義學為觀點對德國公司治理法典之各問題點作深入之剖析<sup>8</sup>。而本文將以德國聯邦司法部所頒布之德國公司治理法典為重點，說明其規範內容和實質意義，以作為我國之參考。

## 貳、法性質及目的範圍

### 一、德國公司治理法典之法性質

如前所述，德國公司治理法典為實質之企業憲法，內容包括三大項：其中最主要者為法律之規定，特別是股份法、商法之規定，而董事會、監事會必須遵從此規定。但是德國公司治理法典並非逐字重述法律之規定，其仍在條文中述明了司法部德國公司治理委員會對相關法令之見解<sup>9</sup>。另一部分則為建議事項（Empfehlungen），若未依照其規定為之則必須公開告知、揭露此訊息，於德國公司治理法典一共約有六十四項對董事會及監事會之建議<sup>10</sup>。最

<sup>7</sup> 此處以德國公司治理法典政府委員會主席Dr. Gerhard Cromme所分別編著之兩本著作，Corporate Governance Report 2002以及Corporate Governance Report 2003為代表。另外可參見：Nagy, Corporate Governance in der Unternehmensprax, Wiesbaden 2002.

<sup>8</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 2003.

<sup>9</sup> Vgl. MünchKommAktG/Semler, 2. Aufl., § 161 Rn. 26.

<sup>10</sup> Vgl. Peltzer, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 40.

後一部分則為軟性建議（Anregungen），於德國公司治政法典一共有十七項軟性建議，依照德國司法部公司治政法典委員會之見解，該等事項並非一般務必達成事項，而是將此部分視為在實務上最好的實際狀況，企業有完全之自由去決定是否遵從德國公司治政法典所規定之軟性建議事項。也就是因為德國公司治政法典有此種特性，故在法性質（Rechtsnatur）上，德國公司治政法典委員會便發展出一種最佳行為建議模式（Wohlverhaltensempfehlungen）而將之稱為軟法（soft law）<sup>11</sup>，其係為一種德國法制上之創新（ein Novum des deutschen Rechts）<sup>12</sup>。由德國公司治政法典委員會所為之行為建議，其並不真正具有法律上之強制適用效力，而是透過股份法第一六一條強制揭露其執行公司治政法典之規範成效<sup>13</sup>，而形成一種經濟上的強制，而達成建議事項於某程度上對企業有相當之拘束力<sup>14</sup>。

在法律效力（Gesetzeskraft）方面，依照通說見解<sup>15</sup>，德國公司治政法典之條文並無直接或是間接之法律效力，因為法典所規定之行為建議並非由議會立法（parlamentarische Legitimation）形成，而是透過專家委員會所制定。雖然在德國公司治政法典公布前，聯邦司法部已對法典內容作出審查，並認為對於已參與於此經濟圈中之參與者，公司治政法典提供了一個公平之程序，且公司治

<sup>11</sup> Vgl. Lutter, Das Europäische Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert, ZGR 2000, 17; Ulmer, Der Deutscher Corporate Governance Kodex, ZHR 166 (2002), 161; ders., Aktienrecht im Wandel, AcP 202 (2002), 169; Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 29.

<sup>12</sup> Vgl. Ulmer, a.a.O. (Fn. 11), ZHR 166 (2002), 152.

<sup>13</sup> Vgl. Lücke, Vorstand der AG, 2004, § 1 Rn. 52.

<sup>14</sup> Vgl. MünchKommAktG/Semler, a.a.O. (Fn. 9), § 161 Rn. 10.

<sup>15</sup> Vgl. Hommelhoff/Hopt/v. Werder, a.a.O. (Fn. 6), 56 f.; MünchKommAktG/Semler, a.a.O. (Fn. 9), § 161 Rn. 29 ff.



理法典所為之規定，並未違反現行法，特別是不違反憲法上之規定<sup>16</sup>，所以得由聯邦司法部公布德國公司治理法典。但是此種法律上透過聯邦司法部對建議事項審查並公布於聯邦電子公報（*der elektronische Bundesanzeiger*）之規則，並非國家的法定法（*staatlich gesetztes Recht*）<sup>17</sup>。

有具體法律效力者在於報表之繳交、公布以及其中對公司治理法典執行成效之揭露義務。值得注意者在於此義務是在真實資訊給予之義務，而非法典建議事項內容上之義務，對於建議事項，企業仍有權決定是否採取最佳行為建議。也就是說其必須（*muss*）公開揭露企業到底有無依照公司治理法典而為經營管理行為。

較有爭議之一點是所有公司治理法典最佳行為建議（*Wohlempfehlungen*）規定，是否會形成舉證責任倒置之效力。例如股東其應受之照護、保障被侵害時而提出損害賠償之請求，而公司並未全然達到公司治理法典之建議事項，此時可否便直接推定公司有過失。依學者之見解，並不能作此推定<sup>18</sup>。企業並未完全遵照德國公司治理建議事項，組織內成員受到侵害，舉證責任仍在於提出訴訟之一方<sup>19</sup>。而德國公司治理法典中最佳行為建議，其應是屬於一個自我調整（*Selbstregulierung*）之範疇。建議事項對於企業也是一個給資本市場參與者之特別信賴構成要件（*der besondere Vertrauensstatbestand*），而非具有直接或間接之法律效力。雖說德國公司治

<sup>16</sup> Vgl. MünchKommAktG/Semler, a.a.O. (Fn. 9), § 161 Rn. 29.

<sup>17</sup> Vgl. Ulmer, a.a.O. (Fn. 11), ZHR 166 (2002), 159; Seibert, Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da, BB 2002, 582.

<sup>18</sup> Vgl. MünchKommAktG/Semler, a.a.O. (Fn. 9), § 161 Rn. 37.

<sup>19</sup> 反對意見可參見：Lutter, Der deutsche Corporate-Governance-Kodex, GesRZ 2002 Sonderheft, 24; Seibt, Deutscher Corporate Governance Kodex und Entsprechenserklärung (§ 161AktG-E), AG 2002, 251.

理法典仍具有一定的經濟上之壓力，但並不會造成立法之掏空，企業對個別之建議事項施行與否有決定餘地。故也不會在憲法體制下造成法治國的一個缺口，該法典在憲法上之合法性亦因此存在<sup>20</sup>。

## 二、目的及適用範圍

德國公司治理法典前言明文指出<sup>21</sup>，德國公司治理法典本質上係對於德國已登記上市之股份有限公司管理及監控的法規性規範<sup>22</sup>，並且其規範之內容包括國際間及國內所認可之良好且可靠的企業管理方式。透過該法典之明文規範，應當使德國公司治理制度具透明度且能被理解，其目的在促進國內外投資人、顧客、員工及一般大眾對於德國已登記上市股份有限公司之管理及監控制度的信賴。該法亦釐清股東之權利義務，即提供公司所必須之資本並且承擔企業風險。

而所謂上市之股份有限公司係指其股票在市場上進行交易，且此定期舉行之交易市場係受國家所認可之機構管理及監督，此市場亦為公眾直接或間接可及者<sup>23</sup>。

德國公司治理法典指明<sup>24</sup>，德國股份有限公司依法律之規定係為二元制經營機關體系（ein duales Führungssystem）<sup>25</sup>。而此時公司治理法典便具有資訊交換之功能（Kommunikationsfunktion）<sup>26</sup>，使其他非採二元制之國家或是不瞭解德國企業組織體制之人透過德

20 Vgl. MünchKommAktG/Semler, a.a.O. (Fn. 9), § 161 Rn. 44 ff.

21 Vgl. DCGK, Präambel.

22 Vgl. Pfitzer/Oser, Deutscher Corporate Governance, 2003, 30.

23 Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 5.

24 Vgl. DCGK, Präambel.

25 Vgl. DCGK, Präambel.

26 Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 60.

國公司治理法典了解德國股份有限公司經營機關之合作夥伴原則，以及如何的運作，而使得德國對國內及國外之投資者更具吸引力。而因為德國公司治理法典對德國現行法亦有運用建議事項加以補充，而使其健全企業組織法制秩序，故亦具有秩序性功能<sup>27</sup>（Ordnungsfunktion）及具有調整現行法制運行之調整能力<sup>28</sup>（Anpassungsfähigkeit）。

董事會負責管理公司之經營，依德國股份法第七十六條規定了股份有限公司之領導<sup>29</sup>。該條第一項明定，董事會經營領導公司並自負其責任。並於第二項規定，董事會得由一人或數人組成，唯公司資本額超過300萬歐元者至少須由二人以上組成，但章程對此有規定董事會由一人組成者，不在此限<sup>30</sup>。

而董事會內成員對公司經營負共同之責任，此可由德國股份法第七十六條第一項及第七十七條第一項第一句得出此一結論。德國股份法第七十七條第一項規定，董事會若是由數人組成，董事會之全體成員僅有權共同執行業務。故董事會成員亦共同負經營之責任。唯章程以及董事會之議事規則對業務之執行得為其他之規定<sup>31</sup>。董事會之主席<sup>32</sup>則負責協調各成員的工作<sup>33</sup>。

<sup>27</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 61.

<sup>28</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 63.

<sup>29</sup> Vgl. Fleischer, Zur Leistungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, 1 ff.; Dose, Die Rechtstellung der Vorstandsmitglieder einer Atienesellschaft, 3. Aufl. 1975, 1 ff.

<sup>30</sup> 此處須注意§ 76 Abs. 3 AktG之規定，董事會之成員僅得為具有完全行為能力之自然人。

<sup>31</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 77 Rn. 9 ff.

<sup>32</sup> 有關監事會主席之職權，於德國現行法上僅見，§§ 107 Abs. 1, 90 Abs. 1 Satz 2, 184 Abs. 1 AktG und §§ 27, 29, und 31 Abs. 4 MitbestG.

<sup>33</sup> DCGK, Präambel und 4.2.1; vgl. auch Peltzer, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 73 ff.

德國公司治理法典規定，監事會監督董事會並對董事會提出建議，且直接拘束公司基本重大事項之決策。因為董事會之成員係由監事會選任，董事之任期不得超過五年，連續選任亦或是延長任期，只要仍是在五年之限制範圍內是被允許的。唯此項監事會之決議不得早於董事會成員原任期屆滿前一年為之<sup>34</sup>。而德國股份法第一一一條第一項亦明訂，監事會必須對業務執行加以監督<sup>35</sup>。監事會主席協調監事會之工作<sup>36</sup>。

監事會的成員由股東在股東會選出，乃於德國股份法第一〇一條第一項規定，在德國境內擁有五百到二千員工的公司在監事會內亦設有員工代表，監事會內有三分之一或二分之一由員工所選出的代表共同組成。此係德國一九五二年企業組織法第七十六條第六項、第七十七條以及共同決定法第一條規定，而於德國公司治理法典前言中再度重述。

實際上於公司擁有超過二千名的員工，監事會的主席通常是由股東所選出之監事擔任，依德國共同決定法第二十九條第二項及第三十一條第四項之規定，監事會主席於議案表決同數時擁有二個表決權。故其可代表股東投下決定性的一票。而依德國公司治理法典之規定，無論是由股東或是員工各選出之代表都有致力於公司最佳利益的義務<sup>37</sup>。

也因為董事會與監事會緊密之合作，所以德國此一相同於其他歐洲大陸國家所創設之二元制經營體系，其實在某種層面上與國際上廣泛所使用之透過單一經營機關（董事會）運行的單元制經營體

<sup>34</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 84 Rn. 3 ff.

<sup>35</sup> Henzen, Prüfungs-und Kontrollaufgabe des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft, NJW 1998, S. 3309 ff.

<sup>36</sup> Vgl. DCGK 5.2; Peltzer, a.a.O. (Fn.3), Rn. 260 ff.

<sup>37</sup> Vgl. DCGK, Präambel.

系於實務上日趨相近，只要運作得當其實對公司之完善經營都具有相當成效<sup>38</sup>。而在財務報表方面，德國企業的會計處理準則係以真實、公平性原則（True-and-Fair-View-Prinzip）為導向，並真實的呈現企業實際之資產狀況，資金運用情形與收益之情況。於德國公司治理法典7.1.1明文規定，股東與第三人特別是透過關係企業合併財務報表被告知資訊。故股東與第三人在會計年度中應當可藉由期中報告獲取資訊。關係企業合併財務報表和期中報告之編製應當遵循國際承認之會計準則<sup>39</sup>。

### 三、法典規範之體系

如前所述德國公司治理法典包括三大類型之規定，其著眼於不同之拘束力（Verbindlichkeit）。依用字來區分可分：「必須」條款（Muss-Vorschrift）；「應當」建議（Soll-Empfehlungen）；以及「應」或「得」之軟性建議（sollte-bzw. Kann-Anregungen）<sup>40</sup>。換言之該法典上之建議（Empfehlungen）係於法條文字中使用了「應當……（soll）」之用辭，公司對此類條文能依實際情形加以調整，但仍有義務每年加以公布其是否有遵循公司治理法典上之建議為之。公司治理法典委員會則亦將此稱為「遵循或解釋」（comply or Explain）原則。如此便能賦予公司足夠的能力依照公司各部門與企業本體的特殊需求作調整。藉由如此的方式，德國公司治理法典為了於德國企業憲章中促成更多的彈性與自我規律空間，除了前述之建議條文外，也規定了所謂軟性建議（Anregung），即無庸對外揭示其是否有遵循該軟性建議，便可依企業本身需求作調整之建

<sup>38</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 88 ff.

<sup>39</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 891 ff.

<sup>40</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 95 ff.

議，在法條文字中則使用了「應（*sollte*）」或「能（*kann*）」之措辭。其餘部分若未包含前述字辭之規定，則等同於有效之一般法律，係企業必須遵守之法律誠命規範<sup>41</sup>。

關於必須條款之例子有如：德國公司治理法典5.1.2第一句規定：「監事會得任命及解任董事會的成員」，其實就與德國股份法第八十四條有關董事會選任與解任之規定相同。也就是說德國公司治理法典在某部分是根據現行法訂定，也必須要遵行，沒有調整之空間。德國公司治理法典5.1.2第二句便是一個建議規定：「監事會應當（*soll*）與董事會共同確保有一個長期延續的計畫。」此時若該公司並無此類計畫便必須於報表中載明該公司並無此類計畫。

有關於軟性建議之例子則可見德國公司治理法典2.3.4：「公司應（*sollte*）盡可能使股東得透過現代化的通訊設施（諸如：網路Internet），瞭解股東大會開會情況。」此時無論其有無此現代化之設備都無須公布。

上市公司<sup>42</sup>依據德國股份法第一六一條之規定，必須每年公布公司治理法典報表，而必須作為之行為義務主體係董事會與監事會，且應共同為之<sup>43</sup>，其公布資訊之對象為資本市場，特別是指股東及資本市場參與者，其公布之內容是公司對於德國公司治理法典之規定有否遵循，而且此資訊之公布必須為大眾所能持續的獲得，最簡單之方式便是網路上公布<sup>44</sup>（例如：公司網站）。透過這種方

<sup>41</sup> Vgl. DCGK, Präambel.

<sup>42</sup> 此處係專指於德國登記上市之公司，而於外國登記公司並不在此限，vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 161 Rn. 6.

<sup>43</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 161 Rn. 6.

<sup>44</sup> 如果只公布於年度報表是否已達到德國股份法第161條對「股東持續可及之公布方式」（Dauerhaft Zugang für die Aktionäre），通說認為對股東取得而言無法隨時可得，故不合法令之要求。Vgl. MünchKommAktG/Semler, a.a.O. (Fn. 9),

式對於上市公司則會形成經濟上之拘束力，而非純法律上之拘束力。立法者係有意識的將德國公司治理法典不視為法源依據<sup>45</sup>，但就實務上而言，德國公司治理法典之建議事項仍有內在之強烈規範價值。例如，德國股份法第九十三條第一項第一句規定，董事會成員於執行業務時必須盡到一般且相當程度之業務執行人之注意責任。其規範了董事會成員責任及注意義務，而德國股份法第一一六條規定了監事會成員之注意義務與責任。該二條文皆並非具體條款。法院在認定董、監事是否有盡到注意義務，也必然會借助德國公司治理法典之規定來檢驗，其是否有依照公司治理法典來執行業務<sup>46</sup>，但該法典並不因此對法院之認定有拘束性<sup>47</sup>。唯只要法院採此認定，或是在實務上各企業皆採納法典建議規定，此規定便會強化成一個由德國股份法第九十三條導出之給付義務<sup>48</sup>。

德國公司治理法典條文主要是針對上市公司而規定，但其亦建議未上市公司亦可適切遵循之。所謂未上市公司特別是指閉鎖式股份有限公司、有限公司等<sup>49</sup>。

德國公司治理法典並非一成不變，而使得公司無法追上國際經濟情勢及市場之變遷，原則上該法典將會審酌國家客觀之社會經濟情況與國際間之變動發展，年度性的由司法部公司治理法典委員會予以通盤檢討，並依其需求適當的加以修正調整<sup>50</sup>。

---

§ 161 Rn. 161.

<sup>45</sup> Vgl. Ulmer, a.a.O. (Fn. 11), ZHR 166 (2002), 160.

<sup>46</sup> Vgl. Hommelhoff/Hopt/v. Werder, a.a.O. (Fn. 6), 57.

<sup>47</sup> Vgl. Hommelhoff/Hopt/v. Werder, a.a.O. (Fn. 6), 57.

<sup>48</sup> Vgl. Borges, Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht, ZGR 2003, 521.

<sup>49</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 105.

<sup>50</sup> Vgl. DCGK, Präambel.

## 參、股東與股東會

德國公司治理法典共計有七部分，分別是：一、前言；二、股東及股東會；三、董事會與監事會之合作；四、董事會；五、監事會；六、透明度；七、一般報表與年度財務報表。

以編排體系而言，緊接著公司治理法典之前言，第一章便是有關於股東及股東會，因為股東係公司經濟上之所有人（*die wirtschaftlichen Eigentümer der Gesellschaft*）。股東於公司基礎地位不可忽略。於股東與股東會一章中共計有五項建議及二項軟性建議。而與德國股份法最不相同之點在於法條編排之部分，德國股份法立法者係將董事會<sup>51</sup>與監事會<sup>52</sup>規範在先。最後才規範股東與股東會之規定<sup>53</sup>。而德國公司治理法典制定委員會則是認為以現今之企業組織模式，於實務上應對股東以及股東權給予更大之重視<sup>54</sup>，故德國公司治理法典為因應世界潮流（例如瑞士公司治理法典），亦對股東權益更加重視<sup>55</sup>。故於法條釋義上，若有疑義，雖未必能解釋為股東有利原則，但至少可看出立法者對加強股東權益保障之決心。

### 一、概 說

於德國公司治理法典2.1.1規定，股東得於股東會中行使其股東權利及表決權。而股東之社員權（*Mitgliedschaftsrechte*）<sup>56</sup>係已

---

<sup>51</sup> Vgl. §§ 76 bis 94 AktG.

<sup>52</sup> Vgl. §§ 95 bis 116 AktG.

<sup>53</sup> Vgl. §§ 118 bis 147 AktG.

<sup>54</sup> Vgl. Cromme, Die Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex für die Praxis Kreditwesen, 2002, 503.

<sup>55</sup> Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 124.

<sup>56</sup> 有關德國股份法股東社員權之詳述參見：Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), §§ 118-147.



由德國股份法所規定，而其僅得於有限之範圍內透過章程來擴張其權限，此係規定於德國股份法第二十三條第五項第一句。

諸多股東權中之中心權利皆係於股東會上行使，德國股份法第一一八條第一項規定：「若法律無其他之規定，股東於股東會上行使對公司事務之權利。」另外股東於股東會時亦有資訊請求權，也就是說，董事會應於股東會上依任何一位股東之要求告知公司之事務，只要於議事規則中可評價此資訊之給予係必要的。此權利之法性質為由個人得利用之個別社員權（*eigennütziges mitgliedschaftliches Individualrecht*）<sup>57</sup>。關於最重要之股東表決權係規定於德國股份法第一三四條。

## 二、股份與表決權

依公司治理法典2.1.2之規定，原則上，一股份一表決權，股份本身並不存在有複數表決權、優先表決權或最高額度表決權。於德國股份法則有較詳細之規定，即一般表決權係根據股票之票面金額行使，無面額股票則根據其數量行使之<sup>58</sup>。至於其他表決權，如高額度表決權則是規定於股份法第一三四條第一項第二句，未上市公司得依章程規定限制最高金額或等級，而對表決權作出限制<sup>59</sup>。也就是說原則上一股份一表決權（*one share- one vote*），但在法律允許之範圍內仍得用章程加以限制。有關之法令例如德國股份法第十二條規定：「(一)任何股份皆有表決權。唯依本法之規定優先股得以無表決權股發行。(二)複數表決權是不被允許的。」故第一項第一句係說明原則，於第一項第二句則例示例外之情況。於第二項則明

<sup>57</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 131 Rn. 2.

<sup>58</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 134 Rn. 2.

<sup>59</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 134 Rn. 4.

文禁止複數表決權股。對於無表決權之優先股則規定於德國股份法第一三九條以下，即對於在盈餘分配時應優先補足其利益之股份得排除其表決權，此即所謂無表決權之優先股<sup>60</sup>（Vorzugsaktien ohne Stimmrecht）。另外發行無表決權之優先股最多僅得達資本之一半<sup>61</sup>。

### 三、股東會與公司治理

股東會並非對所有公司事項皆可議決，而受法律或章程規定對決議之權限有所制約。股東會之中心決策權限係明文於德國公司治理法典2.2.1：「董事會向股東會提出年度財務報表與關係企業合併財務報表。股東會決議公司該年度之盈餘運用並解除董事及監事之責任，以及選舉股東代表進入監事會，通常亦是由股東會選任決算審計人員。此外，股東會亦就公司章程、公司設立目的、章程之修訂及重大決議事項，特別是關係企業契約或企業改組、發行新股、可轉換公司債、附認股權公司債及授權收買自己股份等事項進行決議。」

其實於德國股份法第一一九條便規定了股東會之權利，其明文股東大會僅得對法律和章程明文規定之事項議決。有關報表部分，德國股份法第一七六條第一項第一句規定了董事會必須向股東會提出法令所要求之報表<sup>62</sup>。股東會亦應確認年度決算<sup>63</sup>。有關於股利政策之決議，股東會亦有其權限。股東擁有決算後盈餘請求權（Anspruch auf den Bilanzgewinn）<sup>64</sup>。於德國此請求權係由德國股

<sup>60</sup> 有關此部分可詳見專書：Bezenberger, Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, 1991.

<sup>61</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 139 Rn. 17.

<sup>62</sup> 此特別是指股份法第175條第2項所明文之年度決算報表等。

<sup>63</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 175 Rn. 7.

<sup>64</sup> Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Aufl., 2003, § 26 Rn. 20.

份法第五十八條第四項而來。此亦可稱之對盈餘之參與權<sup>65</sup>（Recht auf Gewinnbeteiligung），亦是股東最重要之社員的財產權<sup>66</sup>（Das wichtigste mitgliederschaftliche Vermögenschaftsrecht des Aktionärs）。此處並不得對德國股份法第五十八條第四項請求權之法性質強度過於高估，此處仍為一抽象之社員權利<sup>67</sup>。必須要區分所謂一般（das allgemeine Recht）之盈餘參與權以及結合德國股份法第一七四條具體給付股利請求權<sup>68</sup>（der konkrete Anspruch auf Leistung der Dividende）。德國此種具體之盈餘分派支付請求權（Zahlungsanspruch）則是要求股東會依德國股份法第一七四條所做出之有效的盈餘使用決議，股東才會享有支付請求權。

依據德國股份法第一一九條第一項之規定，股東會之權利在於選任監事會成員，決算盈餘之使用，董事會、監事會成員之解除責任，選任決算審計人，章程之變更，增資減資之措施，選任設立時或業務執行時事件之審查人以及公司之解散。對於公司之業務執行問題，僅在董事會提請股東會決定時，方得就該問題議決<sup>69</sup>。唯公司治理法典亦指明了例外之例子，有如章程之變更<sup>70</sup>、關係企業契約之訂定（如支配契約、盈餘轉讓契約），都必須有股東會之同意<sup>71</sup>。又如德國企業改組法第十三條規定合併契約僅得由股東會決議之。以出資為條件之增資，依德國股份法第一八二條規定也是要有股東會之決議。可轉換公司債、附認股權公司債則規定於股份法

<sup>65</sup> MünchKommAktG/Bayer, a.a.O. (Fn. 9), § 58 Rn. 90.

<sup>66</sup> Lutter, in Kölner Komm, § 58 Rn. 79.

<sup>67</sup> BGHZ 124, 27, 31.

<sup>68</sup> MünchKommAktG/Bayer, a.a.O. (Fn. 2), § 58 Rn. 102 ff.

<sup>69</sup> 參見德國股份法第119條第2項。

<sup>70</sup> 參見德國股份法第179條。

<sup>71</sup> 參見德國股份法第293條。

第二二一條。最後有關授權買回自己股份，此為股份法第五十六條規定之例外，因原則上公司不得認購自有股份。股份法第七十一條第一項第六款、第七款則規定有例外允許之情形，但仍需股東會之決議方得為之。

若公司發行新股時，原則上股東得依其持股比例有優先認股權<sup>72</sup>。於公司治理法典2.2.2係將德國股份法第一八六條新股認購權之規定重申一次。也就是說，若經任何一名股東要求，則必須依與其在原資本所占之股份比例分配新股。對此優先認權之行使期限至少要有二星期以上。此為股東得請求之主觀權利（*Subjektives Recht*）<sup>73</sup>。

德國股份法第一一八條及第一二一條，則體現於德國公司治理法則2.2.3當中，即每一股東均有出席股東會之權利，並得於議程中提案，以及提出相關的質詢與建議<sup>74</sup>。股東會本身便是一個股東意志建構（*Willenbildung*）之組織，也唯有透過上述之權利的存在，方有建構股東意志之可能性。也因為其有這種功能，其亦被稱為股份有限公司之最上位機關（*oberstes Organ der Aktiengesellschaft*）<sup>75</sup>，為使其功能可以順利執行，股東會主席便負有重要之責任，因德國股份法並無對此有所規定，故於德國公司治理法典2.2.4規定<sup>76</sup>，股東會議主席負有使股東會順利進行之義務。

---

<sup>72</sup> Vgl. DCGK 2.2.2.

<sup>73</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 186 Rn. 1.

<sup>74</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 48.

<sup>75</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 147.

<sup>76</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 184.

#### 四、股東會召集、表決權之代理

根據德國公司治理法典2.3.1第一句：「董事會每年至少必須召開一次全體股東大會，並提供議程相關細節。」本質上此乃對股東常會之召集規定，並重述德國股份法第一七五條第一項、第一二四條第一項第一句對股東會之規定，並滿足外國股東對公司資訊之需求。股東會必須於營業年度之前八個月內舉行<sup>77</sup>。股東會之議程於召集時必須於公司公報中公布，其目的在於使股東能及時瞭解擬議決之事項之資訊<sup>78</sup>。

德國公司治理法典2.3.1第二句則明確指出二個重要的少數股東權<sup>79</sup>，即「當連署人數達到法定人數時，少數股東有權要求召開股東臨時大會及要求提出臨時動議的議程」。而德國股份法第一二二條則規定，若股份合計達資本5%之股東以書面方式並述明原因、理由向董事會要求召集股東大會，則必須召集股東會。股份合計達資本5%的股東或是達到50萬歐元的股份數額股東，亦可以同樣之方法要求公告擬議決之事項。由此可得知德國公司治理法典仍必須與德國股份法之規範配合，股東方得執行其本身之權利。

「董事會不僅應提供股東會相關法定要求之報告及文件，包括年度報告，並依股東要求送達相關資料。且應在公司網頁上揭露這些資訊及議程資料。」公司治理法典2.3.1第三句亦要求於網路上公開資訊<sup>80</sup>，因國外之投資人通常對資訊之獲得一向較為遲緩而不足，特別是為吸引國外投資機構之投資，則必須加強公司資訊之質、量與速度和取得之方便性。但是此處僅為公司治理法典之建議

<sup>77</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 175 Rn. 4.

<sup>78</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 124 Rn. 1.

<sup>79</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 204.

<sup>80</sup> Vgl. DCGK 2.3.1 Satz 3.

事項，也就是說德國公司治理法典2.3.1第一句、第二句是包括了法律規範之內容，第三句則是建議應於網路上公開資訊，其法條中所使用之字辭為「應當」（soll），故如果公司未依此建議為之，則必須於公司治理報表中表明，使大眾得知其並未依此建議為之。除了德國公司治理法典2.3.1以外，於公司治理法典2.3.2便進一步建議：「公司應當（soll）通知並送達所有曾於最近十二月內要求送達股東會開會通知之國內外股東、股東團體與財務服務顧問，開會通知與相關文件，若有要求以電子傳訊方式為之，亦應以電子方式送達。」也就是說除了股東以外，為達到資訊公開對股東之最大效益，此相關報表文件亦必須給予其顧問（Berater）與代理人。另外依學者之見解，其進入公司網頁之入口網站應是免費，其可將連結（Link）放於聯邦電子公報網站，此方符合該條之原意，而對任何人不只是單單股東，都不應要求付費<sup>81</sup>。

德國公司治理法典2.3.3亦規定了有關股東代理之問題：「公司應當使股東更為容易親自行使股東權；於表決權代理之情形，公司亦應協助股東行使。董事會應照顧被指派的代理人行使受股東指示權拘束之股東表決權，即使股東會已召開之當時亦應能連絡到代理人。」首先其包括了對股東友善行為環境之建議，而應當協助股東得以親自於股東會行使其權利。若股東無法親自行使其權利，於該條第二句建議，亦應協助代理投票之行為，使股東仍得參與公司之決策<sup>82</sup>。而有關於表決權代理之法定前提要件（由第三人行使表

<sup>81</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 207.

<sup>82</sup> 其實於德國證券取得及收購法（Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz）第16條有關股東會召集之規定，於4項第4句便有類似相同之規定，惟其只針對證券取得及收購之特定事項。Vgl. MünchKommAktG/Wackerbarth, a.a.O. (Fn. 9), § 16 WpüG Rn. 48; Ehricke/Ekkenga/Oechsler, Wertpapiererwerbs und Übernahmegesetz Kommentar, 2003, § 16 Rn. 21 ff.

決權之規定)<sup>83</sup>，係於股份法第一三四條第三項有所規定，其明文表決權得由代理人行使之，對於代理權之授予應採書面為之。授權書應向公司提示，並由公司保管之。

為了使股東或其代理人便利行使其表決權，首先要解決者為技術及組織上之問題<sup>84</sup>，於德國公司治理法典2.3.4提出軟性建議，公司應（sollte）盡可能使股東得透過現代化的通訊設施（諸如：網路Internet），瞭解股東大會開會情況。例如以電子轉播之方式為之。

#### 肆、董事會與監事會之合作

德國公司治理法典規範推動董事會與監事會之合作，係因為德國股份公司經營組織並不同於採行一元制經營組織之國家，係採二元制之經營組織結構，將經營與監督分離，分別交由董事會與監事會，故其係對業務執行以及經營監督制度性分離之基本概念的補強，使之能更加緊密的合作。此並非向一元制靠攏，而是在二元制的基礎上求公司經營更高之效率。也就是因為如此公司治理法典第三章第一個條文3.1便明定：「董事會與監事會緊密合作致力於追求公司之利益。」其基礎架構如前所述，仍是制度性經營機關與監督機關分離之二元體系<sup>85</sup>，並未有變。而是明確的給予此二機關行為以及目標之指引。也規定其必須於各層面合作。另一層隱藏之涵義在制定者亦承認了企業內部各利益團體和組織間之衝突，對股東

---

<sup>83</sup> Vgl. Bunke, Fragen der Vollmachtserteilung zur Stimmrechtsausübung nach §§ 134, 135 AktG, AG 2002, 57 ff.

<sup>84</sup> Vgl. Peltzer, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 344.

<sup>85</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 66.

價值與利害關係人保護的思考都有了另一個開端<sup>86</sup>。

首先其規定了最基本的合作方式，董事會應與監事會一同協議決定公司之重大經營策略，並且定期地向監事會報告該經營策略的實行現況<sup>87</sup>，此處要注意並非經營決策權由董事會移向監事會，監事會以往所扮演者係「顧問」（Beratung）及「陪同監控」（begleitenden Kontrolle）<sup>88</sup>，現今是向夥伴之角色地位移動，其法律上之地位並未有變更。例如德國股份法第一一〇條規定。監事會應於每半年召開二次。但除了法律規定之常會，為了加強其功能其亦得依需求加開會議以協助董事會，也非法律所禁止。其可自行召集之，或依董事會之請求召集之。

有關具體事項之規定，依德國公司治理法典3.3規定：「章程或監事會確認關於公司重大之交易，需經由監事會之同意。而其中包括了涉及重大的公司資產變動，以及公司財務、盈餘現況變更的措施及決定。」此於德國股份法第一一一條第四項有更明確之規定。其明定：「業務執行措施不得交由監事會為之。但章程或監事會必須規定，特定種類業務行為只有在經其同意時方得為之，監事會若拒絕同意，董事會得請求股東會決議是否同意……。」另一個重要合作之範疇在於監事會之資訊的獲得，於德國公司治理法典3.4規定，提供監事會足夠的資訊準備係為董事會與監事會的共同任務。而董事會至少必須為監事會準備最低標準之資料量，例如營業政策等。此亦明文於德國股份法第九十條。而公司治理法典也再次述明，其規定董事會應定時且及時、完整地告知監事會，所有攸關公司計畫、經營現況、風險現況、風險管理的重要議題。董事會

<sup>86</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 238.

<sup>87</sup> Vgl. DCGK 3.2.

<sup>88</sup> BGHZ 114, 127, 130.



尚須指出實際營業現況上所出現，與先前計畫、預期目標有所偏差之處，並需提具理由說明。監事會應當有更進一步具體指明董事會提供資訊及報告義務。董事會對監事會的報告通常是以書面形式提出<sup>89</sup>。用於作成決策所需之必要文件，特別是年度財務報表、關係企業合併財務報表、審計報告，竭盡一切可能地準時於會議召開前送達給每一位監事會成員。

除了資料之準備與交付監事會以外，良好的公司治理前提要件在於一個存在於董、監事會間及其成員間的公開討論，然而對於這樣公開的討論而言，一個廣泛之信賴保護是非常重要的。故所有董、監事會的成員亦必須確保他們所召來參加之工作人員也皆確實地遵守保密義務<sup>90</sup>。除公司治理法典有規定保密義務外，於德國股份法第九十三條第一項第二句及第一一六條也同時規定了董、監事之保密義務。但於此二條文並不及於規定工作人員，故公司治理法典便加以規範，若公司因此而受損失，依通說涉及此工作人員之董、監事<sup>91</sup>應負擔此風險<sup>92</sup>。

在極度重視產業民主之德國，監事會成員除了股東代表外，亦有勞工代表<sup>93</sup>，所以在勞資共同參與決定之監事會中<sup>94</sup>，德國公司治理法典建議：「股東代表及員工的代表應分別為監事會會議的召開做準備，並且亦有可能和董事會成員共同準備。」這是因為監事

<sup>89</sup> 參見德國股份法第90條第4項。而此處之書面形式亦包括電子格式。

<sup>90</sup> Vgl. DCGK 3.5.

<sup>91</sup> 例如開會時董、監事因健康不佳而同行之護士得知機密，其後該護士有洩密之行爲致公司發生損失。

<sup>92</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 287.

<sup>93</sup> Löwisch, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2000, Rn. 830 ff.

<sup>94</sup> 於員工超過二千人以上之公司其監事會組成規定參見：德國股份法第96條及共同決定法第1、7條，監事會成員係勞資各半。

會成員組成來源之不同，於準備過程中，其所注重之事項亦不相同，而若有需要，董事會也必須協助此不同來源之代表，共同準備監事會會議<sup>95</sup>。

於公司治政法典3.6第二項中亦有規定：「必要時監事會應不與董事會一同而自行召開監事會會議。」此亦是因為監事會有時亦有可能討論有關個別董事會成員，如德國股份法第八十四條中董事成員的解任問題。於此必要之狀況則應自行開會。而依公司治政法典3.6第二項之規定，其反面解釋則為，監事會會議無董事會之參與應為例外之狀況<sup>96</sup>。

公司治政法典亦對特殊類型議案之合作有規定，於企業合併的提議案（Übernahmeangebot）中，被收購公司的董、監事會必須提出對此要約表達其立場且具備理由之意見，藉此股東方能在獲得充分的資訊之情形下對合併提議案做出決定<sup>97</sup>。而在公司治政法典公布前，於二〇〇二年一月一日德國頒布施行了證券取得及購致法（WpÜG）<sup>98</sup>，德國首次對收購作出明確之法律規範，該法規定收購公司之經營階層及監事會所扮演之角色。公司治政法典3.7第一項係重申證券取得及收購法第二十七條之規定。而法典3.7第二項則與證券取得及收購法第三十三條之規定相同。即在發布合併議案聲明後，除非獲得股東大會的授權或是監事會的同意，董事會在正常交易行為（Geschäftsverkehr）外，採取任何可能妨礙成功合併的行動是不被允許的。董、監事會的決議係受股東及企業之最佳利益所拘束。

<sup>95</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 78.

<sup>96</sup> Vgl. Peltzer, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 211.

<sup>97</sup> Vgl. DCGK 3.7 Abs. 1.

<sup>98</sup> 該法之立法歷史請參見：Ehricke/Ekkenga/Oechsler, Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz Kommentar, 2003, Einf. Rn. 15 ff.

而公司法典3.7第三項規定：「在適當情形下，董事會應召開股東特別大會，使股東能於會議中討論合併議案，並議決公司之措施。」此乃只是個建議規定，以強化收購案決策之周全性，並非強制之規定。

德國公司法典除了強調董事會、監事會的合作關係，亦規定此二個經營機關為一般經營常規（Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensführung）所拘束。也就是說董、監事會應遵守合乎一般之公司經營常規。若其因過失違反一般謹慎、勤勉的公司負責人（如監事會成員）所應盡的合理注意義務時，則對公司負有損害賠償責任<sup>99</sup>。而所謂一般經營常規並非法律概念（Rechtsbegriff），也不是由現存之法規範所導出<sup>100</sup>，於企業管理相關領域對此概念亦多有討論。在具體法規方面係規定於德國股份法第九十三條（董事會成員的注意義務及責任），以及德國股份法第一一六條規定監事會成員亦準用董事會成員的注意義務及責任之規定<sup>101</sup>。為避免擔任董、監事風險過大，若公司有為其董、監事投保D&O保險<sup>102</sup>（董事暨經理人責任保險）時，則應有適度減免本身賠償責任之約定<sup>103</sup>。德國自一九九五年開始便有保險公司提供董監事責任保險。而公司法典並未建議投保董、監事保險，而是建議有適當的自負額，以保留對失職董監事之制裁力<sup>104</sup>。另外公司法典亦重申了德國股份法第八十九條第一項、第一一五條第一項對董、

<sup>99</sup> Vgl. DCGK 3.8 Abs. 1.

<sup>100</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 83.

<sup>101</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 116 Rn. 1.

<sup>102</sup> 此由英文之“directors and officers”而來，德文則是稱之為：“Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Manager oder Unernehmensleiter”。

<sup>103</sup> DCGK 3.8 Abs. 2.

<sup>104</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 85.

監事會成員貸款之限制，明文規定，企業對董、監事會成員及其親戚貸款之授予必須獲得監事會的同意<sup>105</sup>。

最後為加強建議事項經濟上實質之拘束力，並追求更完善之公司治理規範，故於德國公司治理法典3.10闡明，董、監事會應當（sollen）在其公司年度報表上揭露該企業公司治理的現況，而其中應包括其偏離、不合於本法規所建議之事項的說明。然而這些相關的意見亦將採用成為修正公司治理法典之建議。

## 伍、董事會

### 一、董事會職權與角色

德國公司治理法典第四部分，則是針對公司業務執行機關董事會有所規範，首先是有關董事會的任務與職權。於法典4.1.1規定：「董事會要為企業經營負獨立責任。並受有謀求企業之最佳利益之拘束，且有擔保提升企業的延續性價值之義務。」此乃重申德國股份法第七十六條及九十三條之規定，並對其任務加以補充說明。其實於公司治理法典3.8第一句也有補充之規定，董事會應遵守合乎一般之公司經營規則。

法典亦一再重申董事會與監事會合作之重要，除法典3.2有所規定：「董事會應與監事會一同協議決定公司之重大經營策略，並且定期地向監事會報告該經營策略的實行現況。」亦於此部分在法典4.1.2要求：「董事會制定發展企業策略，且與監事會就此表決，並確保其履行。」由此可見立法者對合作原則之重視和要求<sup>106</sup>。而在德國股份法第九十條第一項第一款也是本著同樣之精神，其規

<sup>105</sup> Vgl. DCGK 3.8 Abs. 2.

<sup>106</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 99.

定：「下列事項，董事會應向監事會進行報告：計畫執行之營業政策及其他企業計畫原則性之問題（特別是財務、投資及人事計畫）……。」而公司治理法典則將其意義闡明，並轉化成董事會之義務。

以董事會本質而言，由德國股份法第七十七條第一項觀之，董事會若是由數人組成，董事會之全體成員僅有權共同執行業務。故董事會成員亦共同負經營之責任。唯章程以及董事會之議事規則對業務之執行得為其他之規定。再結合德國股份法第七十六條第一項規定，董事會經營領導公司並自負其責任。由此可得出董事會之經營權限和領導任務（*Leitungsaufgabe*）<sup>107</sup>。此處並非是削減其權限或任務，而是在領導功能外，對於決策形成特別的有所要求。並明文董事會係必要之機關（*notwendiges Organ*）<sup>108</sup>，而個別董事會成員之法律地位，依德國之通說其亦有組織之本質（*Organqualität*）之地位<sup>109</sup>，也就是常會被視為組織之本體<sup>110</sup>。其內部意思之組成（*Willbildung*）依法條規定係共同執行業務，唯得依章程得另行規定之，通常會改為多數決原則（*Mehrheitprinzip*）以利業務之執行，此為經營組織內部之制約，禁止有單獨決策權（*Verbot des Alleinentscheidungsrechts*）<sup>111</sup>，除了董事會內部之制約，在董事會外部，對於重要決策則有監事會的制約。而二機關之合作協調也是

<sup>107</sup> 有關領導功能可詳見專書：Semler, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, 2, Aufl. 1996.; auch Frühauf, *Geschäftsleitung in Unternehmenpraxis*, ZGR 1998, 407 ff.

<sup>108</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 76 Rn. 5.

<sup>109</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 76 Rn. 6.

<sup>110</sup> 此處指其並非被視為董事會之代理人，而是董事會本身，即組織本體（*Organperson*），vgl. MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler, a.a.O. (Fn. 9), § 76 Rn. 11.

<sup>111</sup> 有關於董事會決策自治、民主之問題可參見：Marten, *Die Entscheidungsautonomie des Vorstands und die Basisdemokratie in der Aktiengesellschaft*, ZHR 1983, 377 ff.

不可或缺，也就是說二者除了上下監督關係外，亦存在著合作關係<sup>112</sup>，此係二元制體制之特色。

除此經營機關內部的制約外，企業對法令上之監督亦不得輕忽，此處主體為所有之企業組織，故亦應包括關係企業之行為。此係外部之制約，即所有企業組織必須對整體法體系所導出之規則加以遵守，特別是明文規定的法規範有遵守之義務，特別是對其行為之合法性（*Rechtmäßigkeit*）有所注意。而董事會為公司之業務執行機關本就應負最大之責任，故於德國公司治理法典4.1.3規定，董事會必須確保法令上之規定均被遵守，並使關係企業致力於規範之遵從。

以另一個角度觀之，所有之機關本就應對其行為負責，但為避免濫權，各機關之間都有相互的監督義務。監事會被定位為監督機關，故監事會的職責是依德國股份法第一一一條第一項，監督董事會之作為是否具合法性。另外董事會對於股東會如果作出不具合法性之決議，亦應監督之，此可由德國股份法第二四五條有關股東會決議撤銷權之規定得知，該條第一項第四款規定，董事會亦享有撤銷權<sup>113</sup>。除此之外董事會對於確保監事會之行為具合法性負共同之責任。例如監事會違反德國股份法第一一一條第四項及第七十八條第一項作出業務執行之措施，則董事會應制止之<sup>114</sup>。而在德國公司治理法典4.1.3最後亦規定，董事會亦應確保於股份有限公司及關係企業內法令規範的被遵守。董事會在此條文中首要之責任在於使所有工作人員為合法之行為，同樣的對於其他企業組織體亦應確

<sup>112</sup> 有關合作之內容可參見，Hoffmann-Backing, Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand AG, ZGR 1998, 497 ff.

<sup>113</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 245 Rn. 28 ff.

<sup>114</sup> Vgl. Peltzer, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 60.

保其行為具合法性<sup>115</sup>。

董事會在公司治理中所扮演之角色，亦包括了風險之管理及風險之控制，故公司治理法典4.1.4規定：「董事會確保企業中之適當的風險管理及風險控制。」本原則是由德國股份法第七十六條第一項「董事會經營領導公司並自負其責任」所導出<sup>116</sup>。並對股份法第九十一條第二項對董事會之任務規定：「董事會應採適當之措施，特別是監督體系之設置，以使早日發現危害公司存續發展之情事。」加以重申。此處對組織之要求，存在一個雙階理論義務，首先之義務在於，提前發現風險之合宜措施，第二階段方為監督體系。德國股份法第九十一條所言之風險管理並非如企業管理理論之風險管理，而是著重公司內部之管控。例如至是定期與監事會對重要事項共同討論並聽取建議諮詢。於法典中其所使用之名詞「企業」（Unternehmen）而非「公司」（Gesellschaft），故可得知此處亦包括了董事會對關係企業之風險的控制與管理<sup>117</sup>。

## 二、董事會結構與主席

對於董事會之組成，德國公司治理法典亦有建議，法典4.2.1規定：「董事會應當由數位成員組成以及有一位主席或發言人。董事會中之業務章程應當規範其業務分派及合作。」於德國股份法對董事會人員組成之規定在股份法第七十六條第二項第一句「董事會得由一人或數人組成，但公司資本額超過三百萬歐元者至少需由二人以上組成，但章程對此有規定董事會由一人組成者，不在此限。關於勞工董事選任之規定不因此而受侵害。」且章程中必須載明董

<sup>115</sup> Vgl. Peltzer, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 62.

<sup>116</sup> Hommelhoff/Mattheus, Corporate Governance nach dem KonTraG, AG 1998, 251.

<sup>117</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 102.

事會成員之人數或得以確定該人數之規則<sup>118</sup>。也就是說在股份上並未有強制之規定，但德國公司治理法典建議，仍是以二人以上為宜，此建議可由自我控制（Selbstkontrolle）之觀點解釋。亦或是由具有特別知識能力董事，對其有特殊專長領域的工作必能更有效之執行<sup>119</sup>。法典對此之規定並非強制規定，但是若上市公司未依規定行事則必須於報表中顯示。根據「遵循或解釋」原則，其必須使大眾得知該公司董事會成員僅有一人。

關於董事會之結構，於法典4.2.1中建議董事會應有主席或是發言人。其與股份法上之規定並未完全相符，根據股份法第八十四條第二項規定：「當有數人被選任為董事會成員，監事會得任命其中一人為董事會主席。」對是否任命董事會主席或是任命何人為董事會主席係監事會之權責，董事會本身並無可置喙。故對董事會本身而言僅得就發言人設置之事項有決定之餘地<sup>120</sup>。故此處也有賴董事會與監事會之合作，決定何種方式對公司最為有利。

至於董事會主席，其本身亦為董事會成員之一<sup>121</sup>，故原則上其權利亦與其他董事會成員相同，但仍可透過章程或是董事會之行為規章（Geschäftsordnung）給予董事會主席對決議之否決權或是決定性一票之權利<sup>122</sup>，以加強其功能性。但是要注意一點，公司治理法典所建議者僅限於要求複數成員之董事會，及設置董事會主席或發言人，對於否決權及決定性一票都未有所規定。故此處並之建議並非要德國上市公司仿效美國設置CEO，而是確認對有些德國

<sup>118</sup> 參見德國股份法23條第2項第6款。Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 23 Rn. 31.

<sup>119</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 104.

<sup>120</sup> Vgl. Kreiger, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates, 1981, 255 ff.

<sup>121</sup> Vgl. Bezenberger, Der Vorstandsvorsitzende in der Aktiengesellschaft, ZGR 1996, 661 ff.

<sup>122</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 104.



上市公司採行CEO結構之理解。而學者則認為此種弱化合議原則之制度，雖不違反德國之法律，但亦沒有具說服性之法政策理由<sup>123</sup>。此處仍是強調監事會主席與董事會主席功能性之合作，以促使二會之運行順暢，故其後於德國公司治理法典5.2第三項規定：「監事會主席應當定期與董事會保持聯繫，特別是與董事會主席亦或是發言人聯繫，並且與其商定策略、業務發展，以及對企業風險管理提出建言。董事會主席或發言人遇有本質上具重要性之有關於評估以及發展的情況、企業的經營的事件應當立即知會監事會主席。監事會議主席屆時應當通知監事會，並且如果有必要時，則召開臨時監事會會議。」

## 陸、監事會

### 一、監事會之職權與結構

於德國，監事會不同於董事會為股份有限公司之業務執行、代表機關，其在企業經營之層面仍有極大之意義。透過公司治理法典之規定，應強化了監事會的權利與義務<sup>124</sup>，使監事會重新有更大之生機與成為具彈性且有效率之控制機構<sup>125</sup>。監事會法定上之職責為德國股份法第一一一條所明訂，其應對業務之執行進行監督，而德國公司治理法典第五部分則是對監事會有所規範，首先是對任務及職權之規定，公司治理法典5.1.1明文：「監事會的任務係對董

<sup>123</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 84 Rn. 23; Hein, Vom Vorstandsvorsitzenden zum CEO, ZHR 2002, 464 ff.

<sup>124</sup> Vgl. Ehrhardt/Nowak, Die Durchsetzung von Corporate-Governance-Regelung. AG 2002, S. 341; auch Peltzer, Corporate Governance Codices als zusätzliche Pflichtenbestimmung für den Aufsichtsrat, ZGR 2002, 10 ff.

<sup>125</sup> Vgl. Seibert, Aktienrechtsreform in Permanenz ?, AG 2002, 419.

事會有關企業的經營定期給予建議及監督。是項任務必須是有關於對企業具本質上有重要意義的決策。」而監事會以查閱和審查公司之帳本、文件、財產，特別是公司現有之資金帳戶及現有之有價證券和物品。而監事會之監督義務可以時間點來區分，包括了二個層面：第一個層面，與過往有關之控制，也就是檢視董事會以往之作為有無瑕疵<sup>126</sup>；第二個層面便是對董事會領導任務之參與（Teilhabe）以確保董事會之作為符合公司之利益，此處有如德國股份法第一一一條第四項第二句規定，業務執行措施不得交由監事會為之。但章程或監事會必須規定，特定種類業務行為只有在經其同意時方得為之，也就是說監事會同時扮演著消極與積極之角色與董事會合作。

而人事的決定係為監事會工作中最重要之部分，德國股份法第八十四條第一項第一句及第三項第一句明訂：「董事會之成員由監事會選任之，任期至多為五年。若有重大之事由監事會得撤回對董事會成員之選任與董事會主席之任命<sup>127</sup>。」德國公司治理法典5.1.2規定：「監事會任命及解任董事會的成員。監事會應當與董事會共同確保有一個長期性選任繼任者的計畫。監事會得將準備提名董事會成員的工作委派給一個委員會，該委員會也決定包含報酬在內的任用契約條件。」而人事之決定的準備工作得設委員會來準備，故德國之提名委員會係設置於監事會之下，而明定於德國公司治理法典5.1.2第三句，其職權亦包括報酬之決定。也就是說其建議提名委員會亦應具有規劃報酬之功能，並處理董事會契約（Vorstandvertrag）之相關細節，及長期性繼任計畫，以符合實際需求。成立專門委員會之法源則是在德國股份法第一〇七條第三

<sup>126</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 111 Rn. 4.

<sup>127</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 84 Rn. 23 ff.

項<sup>128</sup>。其規定監事會得由其中一人或多人組成委員會，對其行為或決議作準備，或監督其決議之執行。此於後文中再述。

法典同時也建議，一般而言對於董事的第一次任命，不應給予「五年的最高可能任期」。於任期結束一年之前同時終止了現在任期之再次任命應僅限於發生特殊情況下。董事會成員的年齡限制也應該明確規定<sup>129</sup>。

監事會係一自體組織（Selbstorganisation），立法者於德國股份法第一〇七條至第一一〇條所規範者僅僅規範組織之範疇，對於組織內部之工作執行並沒有規定，為使其任務能順利運行，其議事規則有必要訂定。故德國公司治理法典5.1.3建議，監事會應當發布本身之業務規程，雖德國股份法並未對制定業務規程有所規定，但由股份法第八十二條第二項規定，可得知業務規程之制定是被允許且有拘束力。身為一個自體組織，監事會本來就有權限對業務規程經由普通多數來議決公佈，其效力直至下一次有另一個決議對此舊規程廢止或修改為止<sup>130</sup>。

## 二、監事會主席與專業委員會

監事會主席於監事會亦扮演著重要之角色。監事會主席之選任規定係在於德國股份法第一〇七條第一項：「監事會應依章程進一步之規定由監事會成員中選出監事會主席及至少一員代理人。」也就是由監事會決議來產生主席。以實務上來說，一般的公司大多是將前董事會主席選為監事會成員，再經由監事會之選舉，決議其為

---

<sup>128</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 107 Rn. 12 ff.

<sup>129</sup> Vgl. DCGK 5.1.2 Satz 4 ff.

<sup>130</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 150.

監事會主席<sup>131</sup>。於德國股份法中並未有明定監事會主席之任務和職權，而是由相關的條文中探求。故德國公司治理法典5.2便對監事會主席之任務與權限明確之規範，使監事會主席有所依循。首先監事會主席協調統合監事會內事務並主持會議。

德國公司治理法典亦建議，若監事會內有設置人事委員會，監事會主席也應當為人事委員會之主席，該委員會負責處理與董事會契約以及為監事會會議作準備<sup>132</sup>。原因在於其後董事會主席與監事會主席必須有密切之合作，若監事會主席於提名董事會成員候選人時，已是人事提名委員會之主席，對於將來之合作必定有所助益。

該法典亦建議「監事會主席不『應』為審計委員會的主席」<sup>133</sup>。因為如前所述，一般的公司大多是將前任董事會主席選為監事會主席，或其大都有可能曾為董事會成員，故不宜兼任審計委員會主席，但這只是個軟性之建議，如果並沒有這一重顧慮，亦不必遵從此規定，亦無須公布之。

如前所述董事會與監事會之合作極為重要，故監事會主席應當定期與董事會保持聯繫，特別是與董事會主席亦或是發言人聯繫，並且與其商定策略、業務發展，以及對企業風險管理提出建言<sup>134</sup>。董事會主席或發言人遇有本質上具重要性之有關於評估以及發展的情況、「企業」的經營的事件應當立即知會監事會主席。監事會議主席屆時應當通知監事會，並且如果有必要時，則召開臨時監事會議。由上可知監事會主席擁有一般資訊權。而其法源基礎

---

<sup>131</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 666.

<sup>132</sup> Vgl. DCGK 5.1.2 Abs. 2.

<sup>133</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 671 ff.

<sup>134</sup> Vgl. Lutter/Kremer, Die Beratung der Gesellschaft durch Aufsichtsratsmitglieder, ZGR 1992, 87 ff.

在於德國股份法第九十條第一項第二句。若有重大事項董事會應主動向監事會主席報告<sup>135</sup>。而公司治理法典中於此項義務所用之字詞為「企業」，故亦包括關係企業之經營事項。

德國公司治理法典亦有建議於監事會中成立各專門委員會。德國公司治理法典5.3.1規定：「基於企業的特性及其成員的數目，監事會應當建置數個具備專業能力的委員會，藉此提昇監事會工作的效率及複雜議題之處理效率。各委員會的主席則需定期向監事會報告委員會的工作內容。」

一個有關監事會功能的問題在於監事會成員之人數，根據德國股份法第九十五條之規定，監事會由三位監事組成，亦可透過章程來增設，但是仍有最高員額之限制，其最高員額由資本額決定。若資本達到150萬歐元則最多可設九員監事會成員，超過150萬歐元則最多可設十五員監事會成員，過1千萬歐元則最多可設二十一員監事會成員。另外共同決定法第七條規定若企業有超過一萬名勞工，則設十六員監事（勞工監事、股東監事各八人），若超過二萬人則應有二十員監事。依實證來看一個諮議組織若超過十六個人，已無法實現其諮議功能，而目前於大型企業，監事會成員人數都過多，以致功能有所減損<sup>136</sup>。目前並未有解決之方式，因此亦涉及勞工共同決定之問題，要將具有產業民主共同決定功能之監事會縮小，對強調勞工保護之德國目前而言，並不可能。而具有專業能力之專門委員會是否為解決之道，目前在德國學界對於設置各專門委員會是否採提倡之態度並不一致，其所擔心之問題是在於各專門委員會之設立有可能減弱、掏空監事會全體大會之權能，因為極有可能造成資訊集中於各委員會，在委員會與大會間之資訊交流卻是極

---

<sup>135</sup> Vgl. Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 155.

<sup>136</sup> Vgl. Peltzer, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 225.

為不足。而造成之後果是全體監事會要為委員會為錯誤之決策負責<sup>137</sup>。由公司治政法典觀之，司法部德國公司治政法典制定委員會則是採提倡之見解。

於德國公司治政法典5.3.2規定：「監事會議應當特別設立一個審計委員會，特別是致力於會計、風險管理問題，決算審查人必要的獨立性問題，委任決算審查人問題、會計的重點以及報酬協議之決定問題。」其委任決算審查人之法律基礎在於德國股份法第一一一條第二項第二句。且為了避免有利益之衝突或監督之不便故亦規定：「審計委員會的主席應不得曾任公司董事會之成員。」

至於有關其他之專門委員會在德國公司治政法典5.3.3規定：「監事會議得（kann）授權一或數個委員會處理其他事項。這些事項包含公司策略、董事報酬、投資及財務。」除此之外亦建議設有會議準備委員會及決議委員會，5.3.4規定：監事會得安排委員會準備監事會會議，此外亦能替代監事會做出決定。但是在德國股份法第一〇七條第三項第二句亦明訂某些特定種類之事項不得交由委員會代為決議（例如董事會成員之選任、給予董事會成員貸款等）<sup>138</sup>。

特別要注意的地方在於，有關於特別委員會設立在公司治政法典中皆是採軟性之建議，此亦表示制定者亦有意識到此種模式未必全然有利於監事會之運作，而交由企業本身自行決定，而不採硬性強制或「遵循或解釋」原則。

另外為能使監事會有執行職權之能力，故德國公司治政法典對監事會成員之資格有所要求<sup>139</sup>，在提名監事候選人時，應當整體

<sup>137</sup> Vgl. Peltzer, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 226.

<sup>138</sup> Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 2), § 107 Rn. 18.

<sup>139</sup> Vgl. Dreher, Die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder, in: FS für Karlheuz Boujong, 1996, 71 ff.

考量其智識、能力及專業經驗是否足夠達成任務及是否有一定的獨立性。除此之外，亦應當考慮該公司的國際活動、以及是否有潛在的利益衝突，並應有一定的年齡限制<sup>140</sup>。為能實現監事會議的獨立性建言以及監督董事會的功能，監事會議成員應當不得有兩位以上曾任董事職務，且監事會成員亦應當不得於該企業重要競爭對象中執行組織管理職能或是顧問任務<sup>141</sup>。有關獨立性之審查首重財務上與其監督公司間是否獨立<sup>142</sup>。

除了對監事會成員個人資格之要求以外，德國公司治理法典在時間上之拘束亦有要求，即每位監事會議成員要注意是否有足夠時間執行委任授權。任何屬於一家上市公司的董事會之成員於關係企業以外之上市公司「應當」不能接受超過五個監事會的委任<sup>143</sup>。此規定相較於德國股份法第一〇〇條第二項第一款更為嚴格，因為法定限制是不得擔任超過十個商業股份有限公司之監事會成員。故此處採「遵循或解釋」原則的建議方式。而德國目前係在透過上述之方式，促使得以加強監事會之效率及改進其制度上之缺失，以完善其企業內之公司治理。

## 柒、小 結

德國之公司治理模式，是由經營機關組織著手，以德國現行股份法而言，於經營機關採取監事會與董事會上下隸屬之二元制，監事會不僅是董事會之上位機關，可監督董事執行業務，更有選任董事與解任董事之權。建立此種二元式制度是為了加強股東對經營執

<sup>140</sup> Vgl. DCGK 5.4.1; auch Pfitzer/Oser, a.a.O. (Fn. 22), 164 ff.

<sup>141</sup> Vgl. DCGK 5.4.2. auch § 125 Abs. 1 Satz 3 AktG.

<sup>142</sup> Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 710.

<sup>143</sup> Vgl. DCGK 5.4.3.

行業務者之控制與監督。而為了使企業得以在國際的競爭下存續，其嘗試著使上市公司經營更為完善，故德國公司治理法典委員會便嘗試發展出一種最佳經營行為建議模式，其以軟法（soft law）之模式呈現，其係為一種德國法制上之創新。於德國公司治理法典一共大約有六十四項對董事會及監事會之建議。最後一部分則為軟性建議（Anregungen），於德國公司治理法典一共有十七項軟性建議，依照德國司法部公司治理法典委員會認為該等事項並非一般務必達成事項，而是將此部分視為在實務上最好的實際狀況，企業有完全之自由去決定是否遵從德國公司治理法典所規定之軟性建議事項。在世界的潮流下，德國並未放棄二元制之經營機關體系，而是利用公司治理法典使股東會、監事會、董事會三者之運作更為順暢，強調監督與合作之關係。相較於我國似乎一味全然接受國外之體制，引進獨立董事等制度，而未確實考量我國的需求。雖我國採行不同於德國二元制之並列制，但德國公司治理法典之思考模式，在其現有之基礎上加以改變，而非全然棄守其有之制度，似有我國可參考之處，也就是說我國目前公司治理功能不彰，亦可能透過最小之變動而得促進公司治理之有效改革。我國主要之問題並非在公司業務執行效率不足，而是在未能達成有效之監督，而首要之問題是在監察人功能不彰，除了監察人多為兼任未能善盡其責外，最主要是監察人多是依賴董事、大股東之支持方得當選，使得董事、監察人之間關係過於密切，故首應強化監察人之獨立地位及功能，並得考量勞工監察人制度由勞工選派部分監察人。且不應允許同一法人、政府股東之代表人分別同時當選董事及監察人，並得設立監察人會，並設置監察人會主席，以合議制行使職權。至於是否如同德國一樣採取由股東選舉監察人，再由監察人會選任董事，因制度轉變過大，轉換成本高，未必能適合台灣之情形，同理觀之，如果直接改採一元制亦有可能發生失序及換成本過高之情形，若採一



元、二元同時併存之制度，是否會造成公司治理體制之混亂，公司無所適從，對健全公司治理可能未受其利，先蒙其害。所以就原來之我國二元並列制之基礎，針對缺失，強化董事、監察人之獨立性，而此處所謂獨立性也未必一定等同於設立獨立董監事制度，這只是選項之一，而非變成健全我國公司治理制度神聖不可侵犯之圖騰。目前仍以改革我國監察人制度，設立監察人會，並賦予監察人會及其主席更多之任務及職權，並調和我國股東會、董事會、監察人會之交互作用及清楚釐清其法規範地位為優先考量，方得以健全我國公司治理制度。筆者擬將德國公司治理改革有關董事會、監事會、股東會之間，可供我國參考改進之重點列表於文末，以供參酌。

德國公司治理法典部分有關股東會、董事會、監事會  
得為我國參考之改革一覽表

相關機關及人員	德國公司治理法典 及股份法之規定	改進措施
股東會應於章程內容中規範之事項。	DCGK 2.3.3, § 134 Abs. 3 Satz 2 AktG.	使股東個人易於實行其權利，特別是應使其行使表決權時更為便利。
	DCGK 3.8.	當公司已辦理監事責任保險時，對於監事之自己責任應有適當規範。
	DCGK 5.4.2, §§ 100 Abs. 2 Nr. 1, 101 Abs. 1 AktG.	曾任為董事之監事會成員，不應在監事會中占二員以上之名額。
	DCGK 5.4.3, § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG.	公司之董、事不應兼任過多其他公司之董、監事職務，以有足夠時間執行職務。

相關機關及人員	德國公司治理法典及股份法之規定	改進措施
	DCGK 5.4.5, § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG.	董監事之報酬應有合理之標準，即應將報酬基礎之分為固定組成部分及彈性組成部分。
監事會（註：部分建議適用前提在於我國改採監察人會制度）	<b>與董事會有關之建議事項</b>	
	DCGK 3.4, § 90 AktG.	監事會應要求董事會落實其對監事會之資訊告知義務，並詳定規範細節。
	DCGK 3.8.	當公司已辦理董事責任保險時，對於董事之自己責任應有適當規範。
	DCGK 4.2.2.	設立報酬委員會，並定期加以監督。
	DCGK 4.2.3.	決定董事會成員的總體報酬時，應當包含固定部分及可變動部分，可變動部分報酬應包括與業務績效相結合之成分、長期激勵效果成分及風險要素成分有所連結的每年一次性給付。在個別及整體報酬組成方面，均必須具妥適性。相關資訊應於網站及年報中公布。
	DCGK 4.2.3.	監事會主席應告知股東會有關報酬體系之重要原則。
	DCGK 4.3.4.	任何一位董事會成員有利益衝突情事時，應當即刻向監事會報告。有與關係人交易應當有監事會的同意。
DCGK 5.1.2.	選任董事時應有年紀之限制。並應有一定之計畫。（於我國則是由股東會選任董事，但建議仍應對董事之年紀有所限制。）	

相關機關及人員	德國公司治理法典及股份法之規定	改進措施
	<b>與監事會業務執行有關之建議事項</b>	
	DCGK 3.10.	監事會應當在其公司年度報表上揭露該其未依法典建議事項執行之項目並加以說明。
	DCGK 5.1.3.	監事會應當訂定本身之業務規章。
	DCGK 5.2, 5.3.1, § 107 Abs. 3 AktG.	監事會內成立各專業委員會。監事會主席也應當為各委員會之主席。監事會主席不應為「審計委員會」的主席。監事會主席應當定期與董事會保持聯繫。
	DCGK 5.4.6.	一年度中若有監事出席監事會之會議次數少於半數者，應當於監事會報告中說明。
	DCGK 5.5.3.	有利益衝突情事時，應立即告知股東會
	DCGK 5.6.	監事會應定期自行審查其運作效力。
董事會	<b>與股東間溝通之建議事項</b>	
	DCGK 2.3.1.	董事會每年至少必須召開一次全體股東大會，並提供議程相關細節，並應當在公司網頁上揭露這些資訊及議程資料。
	DCGK 2.3.2.	開會通知應當送達所有國內外之股東、股東團體與財務服務顧問若有要求以電子傳訊方式為之，亦應當以電子方式送達。

相關機關及人員	德國公司治理法典及股份法之規定	改進措施
	DCGK 3.10.	董事會應當在其公司年度報表上揭露該其未依公司治理法典建議事項執行之項目並加以說明。
	DCGK 4.2.4.	董事會成員之報酬應當根據固定、與業績相關聯及長期獎勵分別詳細記載於關係企業合併財務報表之附件內。這些資訊內容應當個別列舉。
	DCGK 4.3.4, 5.5.2.	個別董事或監事與公司有利益衝突之情形應向監事會報告。
	DCGK 4.3.4.	個別董事與公司有利益衝突時亦應向董事會報告。
機關之個別成員	DCGK 5.5.3.	監事會應當告知股東會任何個別成員已發生之利益衝突及其處理情形。若重大利益衝突且非一時性者，應中止對該成員之委任。
	DCGK 4.3.5.	董事會成員於企業外之兼職，應得監事會之同意。
	DCGK 5.4.2.	對監事應有競業禁止之規定，並加強其獨立性。
	DCGK 5.4.3.	兼任本身關係企業以外之董監事，至多以五家為限。
	DCGK 5.4.6.	監事於年度中應至少參加有一半以上次數之會議。

本表係參酌Pfitzer/Oser, Deutscher Coporate Covernance, 502 ff.

## 參考文獻

1. Bezenberger, Der Vorstandsvorsitzende in der Aktiengesellschaft, ZGR 1996, 661 ff.
2. Ders., Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, 1991.
3. Borges, Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht, ZGR 2003, 508 ff.
4. Bunke, Fragen der Vollmachtserteilung zur Stimmrechtsausübung nach §§ 134, 135 AktG, AG 2002, 57 ff.
5. Cromme, Die Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex für die Praxis Kreditwesen, 2002, 502 ff.
6. Ders., (Hrsg.), Corporate Governance Report 2002, 2002.
7. Ders., (Hrsg.), Corporate Governance Report 2003, 2003.
8. Dose, Die Rechtstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 3. Aufl. 1975.
9. Dreher, Die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder, in: FS für Karlheinz Boujong, 1996, 71 ff.
10. Ehrhardt/Nowak, Die Durchsetzung von Corporate-Governance-Regelung. AG 2002, 336 ff.
11. Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz Kommentar, 2003.
12. Elsing/Schmidt, Individuelle Informationsrecht von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, BB 2002, 1705 ff.
13. Fleischer, Zur Leistungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, 1 ff.
14. Frühauf, Geschäftsleitung in Unternehmenpraxis, ZGR 1998, 407 ff.
15. Hein, Vom Vorstandsvorsitzenden zum CEO, ZHR 2002, 464 ff.
16. Henzen, Prüfungs- und Kontrollaufgabe des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft, NJW 1998, 3309 ff.
17. Hoffmann-Backing, Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand AG, ZGR 1998, 497 ff.

- 18.Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2003.
- 19.Hommelhoff/Mattheus, Corporate Governance nach dem KonTraG, AG 1998, 249 ff.
- 20.Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Aufl., 2003.
- 21.Hüffer, Aktiengesetz, 6. Aufl., 2004.
- 22.Kreiger, Personalentscheidungen des Aufsichtsrates, 1981.
- 23.Kropff/Semeler (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2000 ff. (zitiert: MünchkommAktG/Bearbeiter).
- 24.Löwisch, Arbeitsrecht, 5. Aufl., 2000.
- 25.Lücke, Vorstand der AG, 2004.
- 26.Lutter, Das Europäische Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert, ZGR 2000, 1 ff.
- 27.Ders., Der deutsche Corporate-Governance-Kodex, GesRZ 2002 Sonderheft, 19 ff.
- 28.Lutter/Kremer, Die Beratung der Gesellschaft durch Aufsichtsratsmitglieder, ZGR 1992, 87 ff.
- 29.Marten, Die Entscheidungsautonomie des Vorstands und die Basisdemokratie in der Aktiengesellschaft, ZHR 1983, 377 ff.
- 30.Nagy, Corporate Governance in der Unternehmensprax, Wiesbaden, 2002.
- 31.Peltzer, Corporate Governance Codices als zusätzliche Pflichtenbestimmung für den Aufsichtsrat, ZGR 2002, 10 ff.
- 32.Peltzer, Deutsche Corporate Governance, 2. Aufl., 2004.
- 33.Pfitzer/Oser, Deutscher Corporate Governance, 2003.
- 34.Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 2003.
- 35.Seibert, Aktienrechtsreform in Permanenz ?, AG 2002, 417 ff.
- 36.Ders., Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da, BB 2002, 581 ff.
- 37.Seibt, Deutscher Corporate Governance Kodex und Entsprechenserklärung (§ 161AktG-E), AG 2002, 249 ff.

38.Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., 1996.

39.Streck/Kluge (Hrsg.), Mitbestimmung in Deutschland, 1999.

40.Ulmer, Aktienrecht im Wandel, AcP 202 (2002), 143 ff.

41.Ders., Der Deutsche Corporate Governance Kodex, ZHR 2002, 150 ff.

# **A Study on the German Corporate Governance Code**

## **—The Legal Frameworks of the General Meeting, the Management Board and Supervisory Board**

Yen-Liang Chen<sup>\*</sup>

### **Abstract**

The German Government Commission appointed by the Justice Minister in September 2001 adopted the German Corporate Governance Code on February 26, 2002. The purpose of the German Corporate Governance Code is to make Germany's corporate governance rules clear for both national and international investors, thus strengthening confidence in the management of German corporations. The Code addresses all major criticisms—especially those from the international community—leveled against German corporate governance, namely

- inadequate focus on shareholder interests;
- the two-tier system of executive board and supervisory board;
- inadequate transparency of German corporate governance;
- inadequate independence of German supervisory boards;

---

<sup>\*</sup> Doctor of Law, Mainz University (Germany); Assistant Professor at the Institute of Financial and Economic Law, National Dong Hwa University (Taiwan).

Received March 7, 2005; accepted June 20, 2005.



- limited independence of financial statement auditors.

This study, first of all, is going to introduce and analyze the German Corporate Governance Code for its original thought, principal goal and major content. Then this research will introduce the legal framework of the General Meeting, the Management Board and the Supervisory Board. This study concludes by pointing out that Taiwan should find its own version of the Corporate Governance System for its next generation.

**Keywords:** Corporate Governance, German Corporate Governance Code, General Meeting, the Management Board, the Supervisory Board

