

【論著】

董事會之改造 ——兼論獨立董事制度



林忠熙（東華大學財法所
研究生）

壹、前言

公司治理係於一九九七年亞洲金融風暴以後，鑑於經營者不當行為致投資人、債權人或利害關係人權益遭受侵害，故學者及國際組織提出應強化經營者責任之公司治理紀律與效能訴求。尤其美國安隆事件（Enron）爆發，眾人眼中的先進國家績優企業竟一夕之間成為破產公司，更加深各國對公司治理體系之重視¹。而法制上，為確保公司所有者以及其他利害關係人的權益，同時並避免公司經營者之濫權現象，各國法制均在公司內部設置「常設監控機關」。然而，公司內部機關結構之設計多受到法律層面的規範，且由於法制規範的不同，在常設監控機關的設計上，各國即出現明顯的歧異，其型態大體約可分為「一元制」、「二元制」與「二元並列制」三種²。

基本上，各國之公司治理模式皆有其特色，然其中以英美制最受矚目。英美制即係以直接金融市場作為外部控制之代表，而以獨立董事和機構投資人作為內部控制之代表，二者相輔相成。質言之，英美制中公司治理的核心在於董事會，特別是獨立董事的建制尤為關鍵。另一方面，由於英美等國其股權結構較為鬆散，是以在代理理論中，董事會之運作與功能之發揮，即是確保股東或其他利害關係人權益之重要環節。

反觀我國，公司治理之議題是近期才引起關注，其發展歷史相較下並不久遠。

¹ 陳春山，公司治政法制及實務前瞻，學林文化出版，2004.05，頁17。

² 請參照陳彥良，董、監事選舉暨提名制度—德國資方監事選舉、提名法制之啟示，收錄於：公司治政法制—公司內部機關組織職權論，台灣財產法暨經濟法研究協會，頁181-183。

且我國企業體質更是公司治理不彰之主要原因。儘管我國證券市場已發展一段時日，是故有些公司已具有股權分散的特質，然目前企業界卻普遍存在經營與所有不分之情況。再者，監察人制度在我國實施之功效不彰，已非新聞，可見我國公司內部監督之設計頗有缺陷，更遑論公司治理之成效³。

貳、我國董事會制度之評議

一、概論

對照於我國目前現行公司法的規定，不難發現我們現在的制度比較類似於日本的「二元並列制」。惟在此種並行的制度中，卻因為我國國內的國情、法制與風俗習慣的不同，使我國的投資市場中股權結構呈現了一種集中式的股權結構，亦即公司的經營權實質上是主導在大股東的手中，進而影響了我國監察人監督制度之功效，且董事會亦因大股東的操弄也失去了董事會原本應為公司業務執行的機能，反而變成了大股東的私人營利白手套，正所謂：「董事不懂事，監事不監視」。

從而，大股東之外的少數股東權利即容易被忽視。從八〇年代開始的一連串地雷股風暴，乃至於近年的博達案等⁴，在在的顯示了我國公司治理問題的嚴重性。析言之，公司治理之核心在董事會，董事會之責任在確保公司永續經營，雖然各國對於董事會責任之規定有部分差別，但基本上都規定董事會負責公司之重大決策。再者，對於股東及其他利害關係人應負有一定程度之義務⁵。如何透過法制面的改造，健全我國公司治理的制度，尤其是董事會本身結構之改造，實為刻不容緩的課題。

二、董事會之職能

（一）董事會之地位

董事會乃由全體董事所組成之會議體，為具有決定公司業務執行權限之股份有限公司法定、必備、常設的集體業務執行機關⁶，而正因為董事會乃會議體之機關，所以其權限之行使應以會議之方式行之，立法原意是希望藉由此一形式，透過董事間彼此的意見交換與協議，聚集其知識與經驗，最後形成董事之多數意見，以達到要求董事慎重且妥適行使其權限之目的。對此我國公司法第二〇五條第一項即規定，董事會開會時董事原則上應親自出席；而民國九十年十一月新修正公司法則有鑑

³ 王文字，公司法論，元照出版，2005.08，頁 55-56。

⁴ 有關博達案影響公司治理之層面，詳見馮震宇，從博達案看我國公司治理的未來問題，月旦法學雜誌第 113 期，2004.10 月，頁 215-235。

⁵ 王文字，公司法論，元照出版，2005.08，頁 52-53。

⁶ 為推行公司治理制度，強化董事會職權，經參酌公司法、證券交易法、上市上櫃公司治理實務守則及董事會議事規則參考範例等相關法令之規定，金管會於 95 年 3 月 28 日發布「公開發行公司董事會議事辦法」，俾落實並發揮其董事會之職能以提高公司治理之績效。其中，該辦法第三條第一項規定，「董事會應至少每季召開一次，並於議事規範明定之。」

於科技發達，人與人之溝通已不限於面對面之交談，而於同條增訂第二項，規定董事會開會時如以視訊會議為之，董事以視訊會議參與會議者，視為親自出席。

其次，董事會雖具有決定業務執行之權限，但是受限於會議體機關之形式，其決議並不能直接對外發生效力，是故，我國公司法第二〇八條第三項遂規定，由董事長對外代表公司，在此董事長可謂股份有限公司之代表機關。此外，在公司對外為訴訟行為時，由於董事會僅係公司之機關並無法人格，所以必須以董事長或監察人為其法定代表機關，而以公司之名義為之。

質言之，即我國在董事會中心主義兼採經理人制度之下，董事會之地位乃公司決策經營之形成機關，負責業務執行與業務執行之監督，除做出公司政策之決議外，亦負責監控公司經營階層之執行績效，達成公司內部控制之公司治理目的。

值得注意的是，董事長雖為公司對外之法定代表機關，且公司治理最重要之事項在於董事及董事會得否於運作時完全以股東之長期利益為決策考量，並排除與自己利害衝突之情事，但於實際商業運作中，或因控制股東利益之誘因，導致部分董事缺乏專業投入，或制度上對董事發揮功能及責任追訴之困難。因此，實務上董事會之運作並未符合投資人之期待。

（二）董事會之職權

1. 業務執行

董事會乃公司必要且常設之執行業務機關，採集體執行制，對內業務方面由董事於董事會中決議之，對外由董事會所選出之董事長代表，代表公司關於公司營業上一切事務有辦理之權。董事會負責公司之業務執行機關，藉由董事會之定期或臨時會議使該董事會得以經營該公司之運作。董事會之職權除公司業務執行權之概括規定⁷外，尚包括其他列舉規定，如會計師任免及報酬決定權等⁸。

一般而言，董事會的主要職責包括監督經營績效、防制利益衝突及確保公司遵循各種法令⁹。對有關促使董事會有效率執行職務，我國法令並無具體規範董事執行業務之方式。實務上各公司之作法不同，董事會之運作各異其趣。部分公司董事會之運作情形不佳，董事未妥善履行其職務，更易造成大股東或經營者濫用職權¹⁰。

最後，依據「公開發行公司董事會議事辦法」¹¹第七條第一項規定，「公司對於下列事項應提董事會討論：

一、公司之營運計畫。

⁷ 我國公司法第 202 條：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決定之事項外，均應由董事會決議行之。」詳請參閱，王文宇，從公司治理理論董監事法制之改革，台灣本土法學雜誌第 34 期，2002.05，頁 102。

⁸ 詳請參閱公司法之其他相關規定。

⁹ 吳當傑，公司治理理論與實務，財團法人孫運璿學術基金會出版，2004.05，頁 22。

¹⁰ 台灣公司治理，財團法人中華民國證券暨期貨市場發展基金會，2002.12，頁 11。

¹¹ 依該辦法第一條規定指出，所謂本法即係指「證券交易法」一詞。

- 二、年度財務報告及半年度財務報告。
- 三、依本法第十四條之一規定訂定或修正內部控制制度。
- 四、依本法第三十六條之一規定訂定或修正取得或處分資產、從事衍生性商品交易、資金貸與他人、為他人背書或提供保證之重大財務業務行為之處理程序。
- 五、募集、發行或私募具有股權性質之有價證券。
- 六、財務、會計或內部稽核主管之任免。
- 七、依本法第十四條之三、其他依法令或章程規定應由股東會決議或董事會決議事項或主管機關規定之重大事項。」

值得一提的是，同條文第二項更進一步規定，「公司設有獨立董事者，對於本法第十四條之三應經董事會決議事項¹²，獨立董事應親自出席或委由其他獨立董事代理出席。獨立董事如有反對或保留意見，應於董事會議事錄載明；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。」¹³

2. 自我監督

董事會由於採取會議體之形式，必須透過彼此間之討論與意見交換形成多數決之決議，所以董事彼此間實具有相互監督以避免專權之功能。此外，由於董事會乃將具體之業務執行交由董事長、副董事長、常務董事等，所以其對該等董事之具體業務執行，亦可進行監督。綜合上述兩點，我國雖無類似日本商法第二〇六條第一項後段之規定，但在解釋上董事會應有業務監督之權限，學者稱其為董事會之內部監察（internal audit）。而公司法中所規定董事會對於董事長、副董事長、常務董事之任免權即在於落實董事會之內部監察實效。

值得一提的是，董事會藉由內部稽核、自我檢查制度完成公司的內部控制，此於我國以往之證期會制訂之「公開發行公司建立內部控制制度實施要點」¹⁴，以及由現今金管會證期局制訂之「公開發行公司建立內部控制制度處理準則」中皆有詳盡之規定¹⁵。

3. 制衡機制

除董事會本身之內部監控機制外，為避免董事會濫用職權，公司法中又納入其他制衡機制，相關規定如下：

- (1) 股東、監察人對董事會違法行為之制止（公司法第一九四條、第二一八條之二第二項）。

¹² 請參照證券交易法第 14 條之 3 規定。

¹³ 關於「獨立董事」部分之論述，請參見本文：伍、獨立董事制度之解析。

¹⁴ 此要點於 2002 年 11 月 18 日已廢止，於此先予述明。

¹⁵ 林仁光，論經營者誠信、內部控制、內部稽核制度與公司治理，月旦法學雜誌第 106 期，2004.03，頁 43-45。

- (2) 股東會或股東解任不適任董事之權利（公司法第一九九條、第二〇〇條）。
- (3) 董事競業之限制、避免利益衝突（公司法第二〇九條）。
- (4) 董事責任之追究¹⁶（公司法第二一二條、第二一四條）。
- (5) 董事與公司間交易規範之限制¹⁷（公司法第二二三條、第二〇六條）。

參、董事會組成結構之缺憾

一、董事由法人代表派任之妥適性¹⁸

依公司法第二十七條第一項：「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。」因法人無實體，故須指定自然人代表行使職務，而關於董事職務之委任契約，乃存在於該法人或政府股東公司與其當選為董事之公司之間。然行使董事職務時，有故意或過失而有害公司營運，法人或政府股東與其代表人間法律責任之釐清與追究，一直是實務界處理上之難題；另一重大爭議在於以往當股東利益與公司利益有所衝突時，本條之董事必然將以股東利益為優先考量，此舉明顯違反董事對公司應盡之忠實義務。然而，在「公開發行公司董事會議事辦法」制訂且修正後，該辦法第十六條第一項即規定，「董事對於會議事項，與其自身或其代表之法人有利害關係，致有害於公司利益之虞者，得陳述意見及答詢，不得加入討論及表決，且討論及表決時應予迴避，並不得代理其他董事行使其表決權。」似亦表明實務對於此一問題之重視及解決之道。

此外，同條第二項：「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。」此時政府或法人股東所指派之代表人當選董監事，則同時與指派之法人及當選為董監事之公司皆有委任關係。本項之規定學界與實務界迭有爭議，其問題根源在於董事之利益矛盾，因該董事於兩方皆存有委任關係，該董事究應以何者為上，實務上紛擾不斷；又依第二十七條第三項之規定，該董事隨時會因法人或政府內部之職務關係而被撤換，因此在董事職務之行使上必然與較有任期保障（公司法第一九五條第一項參照）之自然人董事顯得受到拘束。再者，第二項亦違反法人單一性原則，蓋自然人股東持股再多，亦無法指定複數代表人當選董監事席次，故現行法顯然違反股東平等原則¹⁹。

¹⁶ 公司法第 212 條（股東會對董事起訴之期限）、第 214 條（少數股東對董事之訴訟及其期限），但後者有持股總數之資格限制以及需先提出擔保、負擔訴訟費用、負擔敗訴賠償之責，又其性質為代位訴訟，勝訴之利益非歸股東個人而屬於公司，故實際上此條文並不能使股東有任何誘因而引用之。

¹⁷ 公司法第 223 條規定有關監察人之公司代表權，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。

¹⁸ 關於此一議題，進一步之探討可參照邵慶平，再論公司法第二十七條—公司治理強化下的另一種思考，財產法暨經濟法第 2 期，2005.06，頁 97-135。

¹⁹ 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，

往昔我國承認法人股東係因於公營事業中政府官股為多數，政府為強力執行政策而介入公司人事之操控，然今日公營事業走向民營化，我國獨有之公司法第二十七條規定應予刪除。但於民國九十年修法未能刪去第二十七條規定，並在第一九二條規定董事須為自然人。行政院原提案限制代表人不能同時當選為董事、監察人，亦未通過²⁰，使法人股東可以選派數名代表人同時當選董事及監察人，此必然危害監察之獨立性（公司法第二二二條參照）²¹，同屬一法律人格者卻可同時分派數人從事具有監督者與被監督者之工作，其不當性顯而易見。

然而，上述爭議在證券交易法修正後已得到相當之舒緩，蓋依證券交易法第二十六條之三第二項規定：「政府或法人為公開發行公司之股東時，除經主管機關核准者外，不得由其代表人同時當選或擔任公司之董事及監察人，不適用公司法第二十七條第二項規定。」²²是故，在此一條文施行後，董事由法人代表派任之妥適性爭議雖不能說徹底解決，然牽涉社會層面較為寬廣、股東人數較為眾多之公開發行公司已多被排除在外，蓋立法機關止紛解爭之良意，確值稱許。

二、經營董事專業不足

以國內公開發行公司董事會之組成結構而言，多數經營董事或董事長皆亦為該公司之控制股東，而掌握公司的經營大權，觀諸多起公司危機弊案，皆因掌握公司經營大權之人未具專業知識或未有足夠商業判斷、金融操作專業的能力而致使公司最後步入危機，並損及股東之權益。

故有學者認為應仿外國制度於董事會中增設各種委員會，強調專業專責制度²³，以避免因經營董事之能力不足致使股東、利害關係人之權益受損。此外，我國上市上櫃公司治理實務守則第二十條第三項即有相關規定²⁴。

月旦法學雜誌第 94 期，2003.03，頁 174。

²⁰ 關於公司法第 27 條法制，由民國 35 年至 90 年之立法上之演變，請參照高靜遠，公司法上法人股東代表人人數之規範探討，月旦法學雜誌第 79 期，2001.12，頁 172；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 以下。

²¹ 王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學雜誌第 34 期，2002.05，頁 103。

²² 此外，搭配公司法第 128 條之 1 第 2 項規定，政府或法人股東一人所組織之股份有限公司，其董事、監察人由該政府或法人股東指派，故此一規定遂成為除經主管機關核准者外，公開發行公司之法人股東不得同時擔任董事、監察人之例外。

²³ 陳春山，獨立董事及董事會法制之改造，法學叢刊第 192 期，2003.10，頁 52。劉紹樑，公司治理的理念、現況與改革，證券暨期貨管理第 21 卷第 4 期，2003.04，頁 13。

²⁴ 上市上櫃公司治理實務守則第 20 條第 3 項：「董事會成員應普遍具備執行職務所必須之知識、技能及素養。為達到公司治理之理想目標，董事會整體應具備之能力如下：一、營運判斷能力。二、會計及財務分析能力。三、經營管理能力。四、危機處理能力。五、產業知識。六、國際市場觀。七、領導能力。八、決策能力。」

三、董事間制衡效果闕如

以國內公開發行公司若非家族企業即多半擁有控制股東之情況，此種模式下之董事會成員多半互相間擁有不同程度之利害關係，也因此所謂董事間的互相監督其實是難以存在的。是故，幾乎不可能發揮應有的監督效果。故有學者認應增加設置審計委員會以加強監控機制，強化內部控制之效果²⁵。

此外，關於是否引進國外獨立董事之相關規定，雖說學說上之爭論已久，但近年修法後，確於證券交易法中納入獨立董事之相關規範，然對於此一議題，仍有探討之必要，本文以下即針對此為一詳述之說明。而上述審計委員會設置之研議，亦於同次證券交易法修法後第十四條之四規定，「已依本法發行股票之公司，應擇一設置審計委員會或監察人。但主管機關得視公司規模、業務性質及其他必要情況，命令設置審計委員會替代監察人；其辦法，由主管機關定之。」然此部分非本文論述之重點，故僅於此簡要提及。

四、董事會淪為橡皮圖章

自國內的董事會組成人員結構來看，董事會實際上淪為控制股東或掌握經營權董事行使真正的經營決策權之背書工具，控制股東或者掌握公司經營權之經營董事多先行做出業務決定後，才由董事會追認。而在完全掌控董事會運作之情況下，董事會既無法經由會議程序汰換不適任或違法圖利之董事長或常務董事，又無確實的經營決策之意思決定權，非但無法達到監控之功能，甚至於最基礎的「業務執行機關」，實際上亦僅為徒具形式。此外，此結果又因董事往往無法於開會前獲取相關資料，故有學者認得須增加董事之知情權、協助及外部顧問聘任制度，以改善此一問題²⁶。

肆、內部機關之展望-董事會之改造

一、前言

實證研究顯示²⁷，我國上市（櫃）公司具有股權集中及一般小股東股權分散的特性，而且由於股權集中比例高，大多由創始家族之人員（或其推派之代表人）擔任董事會成員。復以，家族經營之傳統觀念，有些公司雖聘請專業經理人擔任總經理，但是授權不足或由家族成員參與經營管理之情形仍屬普遍。此種企業經營與所有不分的情況，實可稱為大股東、董事（長）與董事會、經營階層之「三位一體」

²⁵ 劉紹樑，公司治理的理念、現況與改革，證券暨期貨管理第 21 卷第 4 期，2003.04，頁 12。

²⁶ 陳春山，獨立董事及董事會法制之改造，法學叢刊第 192 期，2003.10，頁 51-52。

²⁷ 參見陳文彬，公司治理與上市上櫃公司控制之探討（下），實用月刊第 327 期，2002.03，頁 74。

，所謂之治理機制僅係陪襯而已²⁸。雖形式上具有中央集權而使企業的決策便於執行，但是當面臨公司利益與董事自身利益此種利益衝突的情形時，因為此種強烈的人治色彩，往往使公司之小股東必須承擔不利益的情形²⁹。

總括來說，我國公司結構具有以下五個特性：股權集中的特性、所有權與經營權重疊的特性、企業集團的特性、董事會結構的特性以及弱勢法人股東的特性³⁰。如何避免董事或少數控制股東藉此種法制缺失從事不法利益之行為，實為公司治理的首要課題。

二、獨立董事制度之引進

對照於與我國法制相近的日本，於最近一次的修法中，依資本額大小，正式的將公司區分為大公司與小公司以進行強度不同的管控³¹。而基於企業自治的理念，賦予大公司得自我選擇內部監控制度的調整，即可以選擇依原有的並列制的模式，抑或全盤的更改為單軌制體制下的一元董事會，且在其下設置各個功能委員會，並且引進獨立董事制度。如此，即正式的將經營與監督權限劃分，讓董事能專司於公司之監督機制，而監察人機制則由公司自行決定設置與否。

反觀我國，以往對於是否設置「獨立董事」存在著許多學說上之爭議，在此容不贅述，然而最後證券交易法修正草案已於二〇〇五年十二月二十日修正通過，且於隔年一月十一日公布施行，從此一方向可以確定我國目前實務上的走向正如同日本目前之方向，由並列制的內部監控機制，朝向單軌制之模式邁進。而關於此一「獨立董事」制度之起源、發展及其他相關規範等，本文將一併於下文中為一詳細之論述。

三、董事責任之加強

在加強董事責任方面，我國公司法於民國九十年十一月總統公布之修正版本裡面，針對第二十三條董事之義務增列了「忠實義務」之概念。在傳統見解中，董事

²⁸ 王文宇，公司法論，元照出版，2005.08，頁 53。

²⁹ 王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學雜誌第 34 期，2002.05，頁 101-102。

³⁰ 請參閱楊明佳，論我國股份有限公司內部監控設計之改造——以公司監控理論為中心，台北大學法律研究所碩士論文，2001，頁 136。

³¹ 關於區分大小公司進行不同的管制強度，可參見王文宇，論我國大小公司法制之設計及改革，全國律師，2003.06。惟國內學者林國全老師認為，目前我國關於公司治理的法規範包括了公司法與證券交易法，規範目的各有不同，驟然的引進此一制度，似有未恰，參見林國全，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 50-51；而學者劉連煜則以為強制設立獨立董監事制度應以公開發行公司作為實施對象，且相關規定宜規定於公司法為宜，參見劉連煜，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，2003.03，頁 140-141。

之義務源自於民法上的委任契約中的「善良管理人之注意義務」，至於所謂的忠實義務則係源自於美國判例法中之信賴關係法理³²，學者認為忠實義務與注意義務係信賴義務的下位概念，兩者係不同的內涵。前者乃在於特定行為中，具體判斷一個人如何盡心盡力；而忠實義務則係在公司管理者或監督者之利益與公司之利益對立時，此類人應有其決定之基準，是一種概括性的行為準則。

雖然我國業已在最近一次修法中增定了董事之忠實義務，且公司法及公開發行公司董事會議事辦法中亦有董事如有自身利益之事項應予迴避之相關規定，但該次修法之立法理由中並未明確說明何謂「忠實」義務³³，亦未闡明究仿何國立法例³⁴，甚至並無交代具體之類型標準，是故，對於董事忠實義務最重要的一環—董事利益衝突交易之具體規範標準仍付之闕如，實宜參考美國法之程序及實體規定修正納入。具體簡言，首先應擴大自我交易之限制範圍；其次，自我交易之情形應由獨立董事審查以決定是否同意³⁵；再者，增訂行為人對於自我交易之揭露義務；最後，增訂自我交易為經獨立董事同意並代表公司時，為交易行為之董事及交易時代表公司之董事對公司負連帶損害賠償責任³⁶。

伍、獨立董事制度之解析

在民國九十五年一月十一日總統令修正公布證交法修正後，學說上之爭論似乎已有稍微緩和之態勢，原因在於此次修正增訂了第十四條之二至第十四條之五規定，明文引進獨立董事制度，以及應擇一設置審計委員會或監察人之相關規定。惟新法並無採取獨立監察人制度，與上市（櫃）審查準則的規定不同。

按此次修法之內容及效益說明，可知針對董事會改造之重點在於：

引進獨立董事及審計委員會制度³⁷：明定公司除得依章程規定設置獨立董事外，並應擇一設置審計委員會或監察人，但主管機關得視實務狀況要求公司設置獨立

³² 參見廖大穎，論公司與董事間之非常規交易與利益衝突，收錄於：公司制度與企業金融之法理，元照出版，2003.03，頁 56-59。

³³ 立法院公報，第 90 卷第 51 期，民國 90 年 11 月 3 日，162-163 頁。其修正理由為：為明確規定公司負責人對於公司應踐行之忠實義務及注意義務，並對公司負責人違反致公司受有損害應負損害賠償責任，爰增訂第一項。

³⁴ 立法者確實是想借用英美法上忠實義務的概念，來強化我國目前董事的義務架構，然究為英國法或美國法亦不可得而之。參照曾宛如等，民法研究會第 30 次學術研討會記錄，法學叢刊第 190 期，頁 96。

³⁵ 此一程序已由證券交易法第 14 條之 3 規定實現，頗值讚賞。

³⁶ 王文宇，從公司管控之觀點論如何加強董事權責，收錄於：商事法暨財經法論文集—王仁宏教授六十歲生日祝壽論文集，1999.08，頁 135-148；廖大穎，論公司與董事間之非常規交易與利益衝突，收錄於：公司制度與企業金融之法理，元照出版，2003.03，頁 60-69；王文宇，從公司治理論董監事法制之改革，台灣本土法學雜誌第 34 期，2002.05，頁 114。

³⁷ 請參照：金管會發布之「公開發行公司審計委員會行使職權辦法」。民國 95 年 3 月 28 日金管證一字第 0950001615 號函。

董事或命令設置審計委員會替代監察人，並將循序推動，以有效提升董事會運作效能。

強化董事獨立性及明定董事會議事規範：明定董事、監察人間應超過一定比例或人數，彼此間不得具有一定親屬等關係，並規定公司應訂定董事會議事規範，以強化董事會之獨立性結構及議事運作。

此外，為使各界了解本次證券交易法之修正內容及可能影響，俾及早因應，金管會並擬具擴大宣導方案，將由金管會、證券週邊單位及其他相關機構針對獨立董事及審計委員會之功能、董事會結構與運作，透過法令宣導說明會、研討會及專題講座等各種動態及靜態方式，對上市（櫃）公司、公開發行公司、董事、監察人、經理人員、會計主管及其助理，暨證券商、會計師、律師及投資人，與一般社會人士等加強宣導，以利此項新措施之推動。

以下，本文將簡述此次修法關於「獨立董事」制度之重點³⁸。

一、獨立董事之設置-原則自願，例外強制

以往，我國對於獨立董事之設置並無法律之授權，多經由相關單位以上市（櫃）「契約」要求，然成效卻不甚理想。有鑑於此，此次證交法修正增訂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，要求其設置獨立董事，人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一。」由此可知，原則上，公開發行公司對於是否設置獨立董事及其人數比例，有自主決定權，然應以章程為依據。惟在例外時，主管機關得指定符合特定情況之公司強制設置獨立董事³⁹；如未依規定設置者，依證交法第一七八條規定處以罰鍰，並得連續處罰之。如此作法，當係立法者考量我國目前企業環境仍不適宜強制獨立董事之設立，是故，採取循序漸進原則分階段方式推行⁴⁰。

針對上述修正，學者指出，此但書規定恐將成為未來公開發行公司是否設置獨立董事之主要根據，然而，一個公司之常設監督機關是否宜以主管機關之行政命令

³⁸ 本文以下將僅就單純之「獨立董事」部分予以檢討，關於「審計委員會」部分，亦即獨立董事擔任審計委員會成員之相關規範，不作論述。

³⁹ 請參照：金管證一字第 0950001616 號函。金管會於民國 95 年 3 月 28 日發布此函釋，內容為：依據證券交易法第十四條之二規定，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，應於章程規定設置獨立董事，其人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一。

⁴⁰ 請參照：劉連煜，公開發行公司董事會、監察人之重大變革—證交法新修規範引進獨立董事與審計委員會之介紹與評論，證券櫃檯第 116 期，2006.02，頁 12；吳當傑，最新證券交易法有關公司治理規範之解析實務，證交資料，頁 2-3。此外，為避免衝擊過大，於該法第 183 條規定，將施行日期訂為 2007 年 1 月 1 日。

決定適用範圍，而非以法律之形式加以規定，實有疑義。此外，更進一步指出，若公司係自願設置獨立董事制度時，是否亦受「人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一」之限制，亦有疑義⁴¹。

因此，欲使規範達其目的，在公司自發性以章程設立獨立董事之情形下，亦須符合最低人數及最低比例之規定，否則投資人將難以判斷該自發性設置獨立董事之功能、效益。是故，欲採行獨立董事制度，立法時應以原則性要求設置，且明定其設置標準，例外方得由主管機關核准無須適用之方式，較為妥適⁴²。

然而，金管會證期局於民國九十五年四月二十六日發布之「證券交易法修正條文關於公司治理相關議題問答集」中，第二題及第三題即已說明，公司自願設置獨立董事者，除無需符合證券交易法第十四條之二第一項但書「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」之規定外，其餘仍應受證券交易法及相關授權子法關於獨立董事之規範約束。由此可知，關於公司自願設置獨立董事者，其應設置獨立董事之人數及比例之限制，實務上之態度與學說上之論述實有歧異之處，值得商榷。

二、獨立董事之意涵-獨立性與專業性

其次，該條第二項規範獨立董事之「獨立性」及「專業性」等相關概念。所謂獨立性係指，獨立董事之持股及兼職應予限制，並應於執行業務範圍內保持其獨立性，不得與公司有直接或間接之利害關係。另一方面對於專業性之規定，即獨立董事應具備專業知識。

此外，進一步規定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。

隨後，主管機關於民國九十五年三月二十八日發布「公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法」，並自民國九十六年一月一日開始施行⁴³。根據該辦法第二條第一項規定：

「公開發行公司之獨立董事，應取得下列專業資格條件之一，並具備五年以上工作經驗：

- 一、商務、法務、財務、會計或公司業務所需相關科系之公私立大專院校講師以上。
- 二、法官、檢察官、律師、會計師或其他與公司業務所需之國家考試及格領有證書之專門職業及技術人員。

⁴¹ 林仁光，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，台大法學論叢第35卷第1期，2006.01，頁255。

⁴² 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，2006.03，頁176-177。

⁴³ 請參照：民國95年3月28日金管證一字第0950001615號函。

三、具有商務、法務、財務、會計或公司業務所需之工作經驗。」

該法第三條第一項對於獨立性之認定標準則為：「公開發行公司之獨立董事應於選任前二年及任職期間無下列情事之一：

- 一、公司或其關係企業之受僱人。
- 二、公司或其關係企業之董事、監察人。但如為公司或其母公司、公司直接及間接持有表決權之股份超過百分之五十之子公司之獨立董事者，不在此限。
- 三、本人及其配偶、未成年子女或以他人名義持有公司已發行股份總額百分之一以上或持股前十名之自然人股東。
- 四、前三款所列人員之配偶、二親等以內親屬或五親等以內直系血親親屬。
- 五、直接持有公司已發行股份總額百分之五以上法人股東之董事、監察人或受僱人，或持股前五名法人股東之董事、監察人或受僱人。
- 六、與公司有財務或業務往來之特定公司或機構之董事（理事）、監察人（監事）、經理人或持股百分之五以上股東。
- 七、為公司或關係企業提供商務、法務、財務、會計等服務或諮詢之專業人士、獨資、合夥、公司或機構之企業主、合夥人、董事（理事）、監察人（監事）、經理人及其配偶。」

而對於獨立董事之「兼職限制」則規定在該法第四條，即公開發行公司之獨立董事兼任其他公開發行公司獨立董事不得逾三家⁴⁴。

值得注意的是，獨立董事於任期中如有違反第二條或第三條之情形致應予解任時，不得變更其身分為非獨立董事。相對地，非獨立董事者，於任期中亦不得逕行轉任為獨立董事⁴⁵。此外，依本法設置獨立董事之公司，董事會設有常務董事者，常務董事中獨立董事人數不得少於一人，且不得少於常務董事席次五分之一⁴⁶。

三、獨立董事之選任、解任及補選⁴⁷

關於獨立董事之選任，該法第五條亦有詳細之規範⁴⁸：

「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

⁴⁴ 須注意者，按「有價證券上市公司資訊申報作業辦法」第三條第一項第十九款規定，關於獨立董事、監察人之主要現職、主要經歷及其兼任其他公司董事、監察人之資訊暨全體董事、監察人出席董事會及進修情形，上市公司應於每月十五日前向證交所申報上月份之異動資訊。請參照：民國 94 年 12 月 16 日台證上字第 0940035731 號函。

⁴⁵ 請參照：「公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法」第六條。

⁴⁶ 請參照：「公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法」第八條。

⁴⁷ 根據「證交所對上市公司重大訊息之查證暨公開處理程序」第二條第一項第六款規定，若公司獨立董監事發生變動者，須依第三條規定，將此類訊息輸入於「公開資訊觀測站」。請參照：95 年 03 月 30 日台證上字第 0950006213 號函。

⁴⁸ 此外，關於「公開發行股票公司之獨立董事提名選舉章程規定情事」請參照：民國 95 年 2 月 8 日經商字第 09502011990 號函。

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。

公開發行公司應於股東會召開前之停止股票過戶日前，公告受理獨立董事候選人提名之期間、獨立董事應選名額、其受理處所及其他必要事項，受理期間不得少於十日。

公開發行公司得以下列方式提出獨立董事候選人名單，經董事會評估其符合獨立董事所應具備條件後，送請股東會選任之：

- 一、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獨立董事候選人名單，提名人數不得超過獨立董事應選名額。
- 二、由董事會提出獨立董事候選人名單，提名人數不得超過獨立董事應選名額。
- 三、其他經主管機關規定之方式。

股東及董事會依前項提供推薦名單時，應檢附被提名人姓名、學歷、經歷、當選後願任獨立董事之承諾書、無公司法第三十條規定情事之聲明書及其他相關證明文件。

董事會或其他召集權人召集股東會者，對獨立董事被提名人應予審查，除有下列情事之一者外，應將其列入獨立董事候選人名單：

- 一、提名股東於公告受理期間外提出。
- 二、提名股東於公司依公司法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。
- 三、提名人數超過獨立董事應選名額。
- 四、未檢附前項規定之相關證明文件。

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⁴⁹。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。」

再者，為了避免獨立董事之誠信有問題或違反專業資格等情事，乃於證交法第十四條之二第三項規定，有下列情事之一者，不得充任獨立董事，其已充任者，當然解任：

- 一、有公司法第三十條各款情事之一。
- 二、依公司法第二十七條規定以政府、法人或其代表人當選。
- 三、違反依前項所定獨立董事之資格。

從上述第二款之反面解釋，在現行法下只能由自然人充任獨立董事⁵⁰。

⁴⁹ 以往，經濟部亦採此見解。請參照：91年3月11日經商字第09102039620號函。然學者認為，上述經濟部之解釋，或許有助於獨立董事之「獨立性」的強化，然而亦是現行法下不得不為之必然解釋。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，2003.03，頁142。

⁵⁰ 劉連煜，公開發行公司董事會、監察人之重大變革—證交法新修規範引進獨立董事與審計委員會之介紹與評論，證券櫃檯第116期，2006.02，頁14。

值得注意的是，由於獨立董事依規定持股偏低，且持股亦非其必要之資格條件，為避免獨立董事因小額持股轉讓，而有公司法第一九七條規定當然解任之情形，故於證券交易法第十四條之二第四項明文，排除獨立董事轉讓其持股超過二分之一當然解任之適用⁵¹。

第十四條之二第五項則規定，若獨立董事因故解任，致人數不足第一項或章程規定，但尚有其他獨立董事可執行職務，由於無立即補選之必要，故僅應於最近一次股東會補選之即可。相反地，若獨立董事均解任，致公司無法正常營運時，為免公司權益受損害，要求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。惟本文認為，若獨立董事有缺額情形，雖未達全部解任之狀況，然已經使得該公司獨立董事之功能大打折扣，卻又無法及時召開股東臨時會補選，設置獨立董事之美意勢必大為削減，不無遺憾。

四、獨立董事之職責

最後，關於獨立董事之職權問題，由於此部分涉及獨立董事與一般董事之區別價值，其重要性不可謂不大。因此，為強化獨立董事之職權行使及功能，證交法於第十四條之三規定，除經主管機關核准外，關於重要事項應提董事會決議通過，然若獨立董事有反對意見或保留意見，應於董事會議事錄載明⁵²。所謂重要事項係指：訂定內部控制制度；取得或處分資產之處理程序；涉及董監事自身利害關係之事項；重大資產之交易；重大資金之貸與、背書或提供保證；募集、發行或私募具有股權性質之有價證券；簽證會計師之委任、解任或報酬；財務會計、會計或內部稽核主管之任免以及其他經主管機關規定之重大事項。

簡單來說，上述關於職權之規定，係利用經由董事會決議之方式及獨立董事意見之表達，強化獨立董事對重要性議案之監督，以保障股東權益⁵³。

最後，為進一步強化董事職權之行使，並增加公司資訊透明度以及外部監控功能，主管機關也將根據證交法第二十六條之三第八項之授權頒布「董事會議事辦法」⁵⁴，要求此類重要資訊需於資訊公開網站充分揭露，同時也透過上市（櫃）公司

⁵¹ 另外值得一提者，依「公開發行公司董事、監察人股權成數及查核實施規則」規定，公開發行公司全體董事及監察人所持有記名股票之股份總額須達一定成數，然而，公開發行公司選任之獨立董事，其持股不計入前述總額；選任獨立董事二人以上者，獨立董事外之全體董事、監察人依前項比率計算之持股成數降為百分之八十。請參照：民國 95 年 4 月 14 日金管證三字第 0950001844 號函。

⁵² 按未選任獨立董事的公司，董事有不同意見時，亦有權要求記明議事錄（公司法第一九三條參照）。是故，本條規定實不能視為獨立董事特有之職權。賴英照，股市遊戲規則——最新證券交易法解析，作者自版，2006.02，頁 120。

⁵³ 劉連煜，公開發行公司董事會、監察人之重大變革——證交法新修規範引進獨立董事與審計委員會之介紹與評論，證券櫃檯第 116 期，2006.02，頁 15。

⁵⁴ 如前文所述，主管機關已制定「公開發行公司董事會議事辦法」，請參照：民國 95 年 3 月 28

之重大資訊揭露機制使資訊公開，讓公司之外部監控機制亦能發揮監督之功能⁵⁵。

陸、小結

本文認為，一個制度之好壞並非絕對，現行之監察人制度確有不完善之處，而獨立董事制度於安隆案爆發後亦飽受批評，但不可否認地，無論是獨立董事抑或者監察人，倘若都能維持其「獨立性」以及「專業性」，對於健全公司治理機制必能收完全之效。然而，值得注意的是，就我國公司現行經營架構而言，獨立董事與監察人，以及獨立董事與審計委員會之間的角色定位、職權責任和功能取向，皆屬必須先予調和之議題，惟有如此，完善的法制架構始得以建立。

日金管證一字第 0950001615 號。該辦法對於董事會主要議事內容、作業程序、議事錄應載明事項、公告及其他應遵行事項皆有明確之規範。

⁵⁵ 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，2006.03，頁 177；劉連煜，公開發行公司董事會、監察人之重大變革—證交法新修規範引進獨立董事與審計委員會之介紹與評論，證券櫃檯第 116 期，2006.02，頁 15。