



# 公司法修法後公司治理之強化與建議

■ 黃曉玲

## ◆◆目次◆◆

壹、前言

貳、修法關於董事會召集權與董事  
候選人提名制度之討論

一、董事會召集權

二、董事候選人提名制度

參、修法未涉及之公司治理制度

一、公司秘書制度

二、強制性累積投票制之存廢

三、公司法第27條之存廢

肆、結論

## 壹、前言

面對產業結構的轉變，政府希望透過公司法之修正，打造我國成為友善經商環境，進而提高我國競爭力。本次修法以大小分流為主軸，使中小型公司經營更有彈性，並加強公開發行公司之公司治理，另外也涉及創造友善創新創業環境、保障股東權益、數位化與無紙化、廢除外國公司認許制度、讓閉鎖性公司經營更具彈性，及新增洗錢防制條文。

本次修法係公司法自 2001 年修正以來，最大幅度之修正，共涉及約 150

條條文，與公司治理有關之修正共有 11 條，除了第 203 條之 1 董事會召集權與第 192 條之 1 董事候選人提名制度，另有第 8 條第 3 項擴大實質董事概念適用於非公開發行公司；第 99 條第 2 項之增訂，使有限公司亦有揭穿公司面紗原則之適用；降低少數股東依第 245 條及第 110 條聲請法院選派檢察人之限制，以強化少數股東之保護，並提高公開發行公司負責人違反規定之行政罰鍰。本文僅就修法中涉及新法第 203 條之 1 允許過半數之董事得請求董事長召集董事會之董事會召集權、第 192

條之 1 董事候選人提名制度提出修法意見，並就修法未涉及之公司秘書制度、強制性累積投票制與公司法第 27 條存廢進行探討。

## 貳、修法關於董事會召集權與董事候選人提名制度之討論

經濟部於公司法修法宣導說明會特別強調本次修法並非針對個案所為，因此以下僅係任意舉例以說明實務常發生之狀況，再進一步提出學者與本文之看法。

### 一、董事會召集權

2017 年台紙發生經營權風波，起因為總經理余美玲手握 26% 股權，為第一大股東，7 席董事占 4 席；第二大股東為掌握 14% 股權、卻位居董事長大位的簡鴻文。依照舊公司法第 203 條第 1 項，僅董事長有權召開董事會，簡鴻文唯恐召開董事會有被解任之虞，勢必不會召開董事會。為解決董事長不召開董事會而影響公司正常經營，並考量避免放寬董事召集權人後濫行召集或減少董事會議發生雙胞或多胞之情形，新法第 203 條之 1 允許過半數之董事得請求董事長召集董事會。

然而有學者<sup>1</sup>指出，新法下過半數董事仍需請求董事長召集並於提出後 15 日內未獲召開，始得自行召集，猶如賦予董事長 15 日猶豫期間，利用這 15 日因應與應變，反而致經營權動盪不安。

本文也認為，依公司法第 206 條第 1 項董事會之普通決議，應有過半數董事之出席，出席董事過半數之同意，應該不致於產生董事會多胞之情形，是以修法理由考量減少董事會議發生多胞，而對於過半數董事召集董事會賦予諸多要件之限制，實屬多慮。然而，比照股東會召集權人之規定，從法條文字觀之，公司法第 173 條少數股東召集股東會之權利、第 220 條監察人股東會主動召集權，皆以董事會不為召集或不能召集為前提，並參照第 171 條規定可知，股東會之召集機關以董事會為原則，少數股東及監察人等人為例外；關於董事會召集權，雖董事長與過半數董事均得召集董事會，然而為避免濫行召集，本文肯認仍以董事長不為召集為前提。對此，學者林國全教授認為，股東會與董事會不同，並無比較之基礎，再者，新法第 203 條之 1 得召開董事會者，係過半數董事，而非公司法第 173 條之少數董事，其掌握公司較大之權

<sup>1</sup> 方嘉麟、曾宛如，強化公司治理，月旦法學雜誌第 275 期，2018 年 4 月，第 23 頁。



限，自無從比附援引少數股東請求召開股東會權利之規範，是以似乎毋庸以先行請求董事長召集董事會未果為前提。本文認為此見解深值傾聽。

當過半數董事依公司法第 203 條之 1 第 3 項召集董事會，此時董事會主席由何人擔任？依照經濟部 108 年 1 月 19 日經商字第 10802400580 號函釋認為應比照公司法第 182 條之 1 規定，由過半數董事互推產生主席，不適用同法第 208 條規定。學者林國全教授認為，「比照」非法律用語，應係類推適用之意，並建議將此函釋意旨修法明文化。

## 二、董事候選人提名制度

大同公司將於 5 月 11 日召開股東常會改選 9 席董事，原本公司派提足 9 名人選，市場派的新大同與欣同各提出 7 名及 3 名人選，合計共 19 名董事之被提名人。惟大同公司董事會審查被提名人時，將市場派提名的 10 名董事人選，以「規定要件不齊備」不列入董事候選人名單，列入董事候選人名單之 9 名候選人，全為公司派提名人選，此項結果引來市場派反擊，分別向法院提出假處分聲請，要求將其提名人選列入董事候選人名單中。

舊法第 192 條之 1 僅限於公開發行公司得採行董事候選人提名制度，新

法則強制符合證券主管機關所設條件之公開發行公司應採董事候選人提名制度，然而公司一旦採取董事候選人提名制度，股東僅能從董事候選名單中選任董事，不得另外自填他人或自己為候選人，實已限制股東之選舉權及被選舉權。

再者，舊法下，董事會對於董事被提名人享有審查權，同時審查市場派與自行提名之人選，有「球員兼裁判」之譏，因此證券交易所函文各公開發行公司，應揭露其對董事候選人之審查標準，以提高審查作業流程的透明度。新法下，刪除董事會對董事被提名人之實質審查權，有學者<sup>2</sup>認為，此舉嚴重弱化董事會之功能，忽略董事對公司負有注意義務與忠實義務，學者並指出，當董事違法時，並不是讓董事不做事，而是應使違法董事受到制裁，學者林國全教授則認為，本條之規範重點在於第 5 項第 4 款之敘明範圍為何。

本文認為，新法忽略董事對公司之忠實與注意義務，僅賦予形式審查權，蓋修法理由認為，是否列入董事候選人名單，應依第 192 條之 1 第 5 項各款判斷，因此刪除對董事被提名人之審查權，觀察各款不應列入董事候選人名單之事項，係以是否違反提名規定為判斷標準，似乎無涉裁量判斷，學者認為

<sup>2</sup> 同註 1，強化公司治理，方嘉麟、曾宛如，月旦法學雜誌第 275 期，2018 年 4 月，第 25 頁。

應賦與董事會實質審查權之用意為何？然而本文對於新法將違反規範之法律效果皆修正為提高公開發行公司負責人罰鍰<sup>3</sup>，是否會產生嚇阻效用？雖然本文認為不應該由不熟悉公司治理的司法機關介入，然而對於僅提高罰鍰之修法所能達成的嚇阻作用抱持懷疑態度，似乎應加強對董事違反義務之制裁。此外，現行法既然規範公開發行公司依證券交易法應設獨立董事，新法實應加強獨立董事對其他董事的監督權，強化董事會審查權之執行。

## 參、修法未涉及之公司治理制度

2018 年公司法修正，主管機關之理念為「去管制化」，然而卻忽略了應該規範的制度並未落實<sup>4</sup>，以下針對修法雖未涉及然而學者有諸多討論的議題：

### 一、公司秘書制度

#### (一) 公司秘書制度之源起、定位與主要職責

公司秘書 (company secretary) 制度起源於英國<sup>5</sup>，然而公司秘書一詞常使人與一般秘書混淆，因此公司治理長或公司治理人員即成為替代詞<sup>6</sup>，20 世紀後期，公司秘書已被定位為公司高階行政人員，屬內部人之一環<sup>7</sup>，在英國與新加坡公司法下，公司秘書皆不被要求具有獨立性，因為身為公司高階主管，乃公司行政體系之一環，當無要求獨立性之必要。然而公司秘書對公司負有忠實義務，若違法將負民、刑及行政責任<sup>8</sup>。

目前英國、新加坡、中國與香港皆採行公司秘書制度，歸納各國制度，公司秘書主要職責為<sup>9</sup>：

#### 1. 協助強化公司治理機制

此為公司秘書之主要職責，倘若

<sup>3</sup> 例如修正草案第 172 條之 1 第 6 項原規定，董事會違反第四項規定未將股東提案列為議案者，提案股東得向法院聲請以裁定命公司列為議案；修正草案第 210 條之 1 原規定：董事會或其他召集權人召集股東會者，得請求公司或服務代理機構提供股東名簿，前項召集權人得聲請法院以裁定命公司或服務代理機構提供。

<sup>4</sup> 曾宛如，公司治理法制之改造，月旦法學雜誌第 268 期，2017 年 9 月，第 22 頁。

<sup>5</sup> 許坤皇，公司秘書制度快速上手，月旦會計實務研究創刊號，2017 年 11 月，第 111 頁。

<sup>6</sup> 方嘉麟、曾宛如，強化公司治理，月旦法學雜誌第 275 期，2018 年 4 月，第 27 頁。

<sup>7</sup> 許坤皇，公司秘書制度快速上手，月旦會計實務研究創刊號，2017 年 11 月，第 112 頁。

<sup>8</sup> 曾宛如、陳肇鴻，建立公司秘書制度之芻議，月旦法學雜誌第 226 期，2014 年 3 月，第 116 頁。

<sup>9</sup> 許坤皇，公司秘書制度快速上手，月旦會計實務研究創刊號，2017 年 11 月，第 112 頁。



公司設有印鑑，則由公司秘書保管印鑑並代表公司對外用印；協助召開董事會與股東會，包括依法擬定議程、發送開會通知、參與會議、協助會議依法進行並製作會議紀錄等。

## 2. 負責處理資訊揭露業務

負責處理公司登記事務，並確保登記文件之正確性、依法保存及依法接受查閱；發布公司訊息並注意媒體報導，適時求證並督促董事會即時澄清並揭露正確消息。公司秘書應幫助董事發展專業能力並促進資訊於董事會、各委員會、非執行業務董事及高階主管間流通<sup>10</sup>。公司秘書係公司與主管機關、媒體與投資人之溝通管道，有效落實內部人資訊揭露義務。

## 3. 負責處理股權管理事務

## 4. 督促內部人員遵循法令

藉由公司秘書平時向公司內部人宣達法令，督促公司內部人遵循公司章程與法令。

依照上述公司秘書之權責，可知

公司秘書職責具備確認、公證與監督之性質<sup>11</sup>，並對照我國公司法之規範，得發現公司秘書之職責與我國公司法所規定董事會、監察人之職責有些許重疊，例如公司秘書與董事會及獨立董事皆需建立公司內部控制制度，並依新法第 1 條第 2 項推動公司承擔社會責任；依第 210 條備置章程簿冊，當我國公司法引進公司秘書制度，是否會破壞原本公司治理與管理階層之職責<sup>12</sup>？

## (二)我國是否適合引進公司秘書制度

引進公司秘書制度之目的在於將公司秘書之定義與權限於公司法上清楚定義<sup>13</sup>，並藉以強化公司治理<sup>14</sup>。不少企業擔心設置公司秘書會增加法遵成本，以及質疑其功能與法務長疊床架屋，亦有反對聲浪提出：公司秘書既被定位為經理人，依照公司法第 29 條規定，經理人之選任、解任及報酬由董事會普通決議行之，公司秘書係由董事會選任，勢必受制於董事會而難以獨立行

<sup>10</sup> 曾宛如、陳肇鴻，建立公司秘書制度之芻議，月旦法學雜誌第 226 期，2014 年 3 月，第 110 頁。

<sup>11</sup> 艾群，淺談澳門公司法中的公司秘書制度，比較法研究，1999 年第 1 期，第 85 頁。

<sup>12</sup> 黃博信、吳晉宏，現行公司法是否該引進公司秘書制度之探討，會計師季刊，2017 年 9 月，第 56-57 頁。

<sup>13</sup> 蘇怡慈，公司法修正草案簡評 - 以企業籌資為中心，月旦法學雜誌第 275 期，2018 年 4 月，第 26 頁。

<sup>14</sup> 方嘉麟，上市櫃公司公司治理與公司治理長（公司秘書）研討會，月旦法學雜誌第 262 期，2017 年 3 月，第 267 頁。

<sup>15</sup> 許坤皇，公司秘書制度快速上手，月旦會計實務研究創刊號，2017 年 11 月，第 113 頁

使職務。亦有學者<sup>15</sup>質疑，公司秘書可能配合不肖董事而違背職務。

然而學者認為，舉凡公職人員與非公職人員均可能為牟不法私利而違背職務，卻不能因此否定該等制度存在之必要性。公司秘書既然應對公司負忠實義務，對於違反忠實義務即應課與民、刑及行政責任，以促其遵循規範。再者，由證券交易法第14條之5可知審計委員會取代監察人為我國法未來趨勢，如何使獨立董事獲得充分資訊尤為重要，既然公司秘書對所有董事均有提供與公司相關完整資訊之義務，公司秘書之引進對於推廣審計委員會制度實屬不可或缺之配套措施<sup>16</sup>。

我國雖未將公司秘書於公司法明文化，然而政府仍鼓勵公司秘書之設置，以渣打銀行為例，渣打銀行為英系銀行，因此其在各國設立之銀行子公司，皆設有公司秘書，於臺灣的渣打銀行雖非上市公司，仍設有公司秘書一職。其公司秘書李可昕介紹臺灣公司秘書之職務與定位時說明<sup>17</sup>，公司之業務事項除非依法律或章程需由董事會決議外，其餘事項得由董事會授予特殊目的

功能委員會或高階團隊等，負責執行，而公司秘書功能之一，即協助董事會建立相關授權之架構。此外，公司秘書於董事會進行時，除了記錄議事內容與準備議事資料，最重要之工作即是提供資訊給董事會，公司秘書籌備董事會時即會與各部門討論其業務需求，或是內部稽核、內部控制制度之管理，了解最新法律與主管機關規定，取捨提出董事會之資料，為出現在董事會之資料把關。於董事會結束後，除了將董事會決議執行業務交予業務單位，尚需追蹤待辦事項，因此公司秘書係親自參與董事會，知悉董事會之真意，當業務進行不符合董事會決議之真意時，應與業務主管溝通討論，使下次董事會召開時能提出符合董事會期待之成果。為了使董事會順利運作，公司秘書會提供董事之學經歷背景等資料與董事長，協助董事長了解董事會之組成。

本文認為，我國法制尚未清楚定位監察人、獨立董事與審計委員會<sup>18</sup>，例如依照公司法第222條規定，監察人不得兼任公司董事、經理人等職位，使監察人無業務執行權，而從證券交易法

<sup>16</sup> 曾宛如、陳肇鴻，建立公司秘書制度之芻議，月旦法學雜誌第226期，2014年3月，第118頁。

<sup>17</sup> 李可昕，上市櫃公司公司治理與公司治理長（公司秘書）研討會，月旦法學雜誌第262期，2017年3月，第264-265頁。

<sup>18</sup> 曾宛如，半套公司治理移植經驗－以審計委員會與特別委員會為例，月旦民商法雜誌第43期，2014年3月，第43-47頁。



第 14 條之 5 之規範可知，以獨立董事為成員之審計委員會有公司重大業務執行之先行審查權，二者權限內容不同，證券交易法第 14 之 4 卻讓審計委員會之權限準用監察人之規範；2006 年由於監察人無法發揮監督者的角色，因此證券交易法引進獨立董事制度，卻又讓獨立董事權限準用監察人之規定，然而主管機關又擔心身為監督者的監察人或獨立董事無人監督，意圖引進公司秘書監督上開監督者<sup>19</sup>，在監察人、獨立董事與審計委員會三種職位權限劃分不明的情況下，貿然引進公司秘書制度，是否治絲益棼？此外，公司秘書不具備獨立性，且為公司之代理人並受董事會指揮<sup>20</sup>，在這樣的定位下，得否發揮監督功能？再者，公司法並未完整賦予董事之資訊請求權，卻又期待藉由公司秘書之設置使董事獲得充分資訊，是否會形成增加企業法遵成本，並且由於諸多功

能相似的職務重複設置而疊床架屋？

### （三）結論

我國公司治理過於著重獨立董事制度之引進，然而外國公司治理其實更重視如何強化股東權，經濟合作暨發展組織（OECD）於 104 年 9 月所發布新版公司治理原則，股東權利保護之議題仍深受重視<sup>21</sup>，例如賦與所有股東於權利遭侵害時，有機會獲得有效救濟<sup>22</sup>。公司法雖於 2018 年修正第 214 條，放寬少數股東對董事代表訴訟之要件，然而同法第 215 條少數股東代表訴訟之損害賠償責任，加上未要求公司提供及時充分資訊揭露下<sup>23</sup>，少數股東代表訴訟權仍難以實行。我國過於著重獨立董事制度，然而成效卻有待加強，工商業界反應也不佳<sup>24</sup>。在獨立董事效能不彰、與監察人權限劃分不明之下，倘若一味參照外國法制引進公司秘書制度，是否適合我國現況？

<sup>19</sup> 黃銘傑，上市櫃公司公司治理與公司治理長（公司秘書）研討會，月旦法學雜誌第 262 期，2017 年 3 月，第 265 頁

<sup>20</sup> 曾宛如、陳肇鴻，建立公司秘書制度之芻議，月旦法學雜誌第 226 期，2014 年 3 月，第 117 頁

<sup>21</sup> 林文政、呂盈錄，「新版公司治理藍圖（2018-2020）」簡介，證券暨期貨月刊第 36 卷第 9 期，第 6 頁。

<sup>22</sup> 馮震宇，從博達案看我國公司治理的未來與問題，月旦法學雜誌第 113 期，2004 年 10 月，第 225-226 頁。

<sup>23</sup> 馮震宇，從博達案看我國公司治理的未來與問題，月旦法學雜誌第 113 期，2004 年 10 月，第 230 頁

<sup>24</sup> 馮震宇，從博達案看我國公司治理的未來與問題，月旦法學雜誌第 113 期，2004 年 10 月，第 223 頁

我國公司之董事會或股東會決議因程序瑕疵而無效或被撤銷等有害股東權益及交易安全之現象普遍，甚至太平洋流通股份有限公司於增資發行新股的董事會決議及股東會決議係由董事長一人主導，再由董事長找人繕打會議紀錄送主管機關登記<sup>25</sup>，由於實施公司秘書制度下，即使是一個確認識事錄的流程皆須明確而清楚的規定<sup>26</sup>，在降低公司法遵成本的前提下，倘若能明確定位監察人、獨立董事與審計委員會之職權，以免職務權限劃分不明與重複設置，並避免公司秘書監督與專業功能淪喪，本文仍樂見引進公司秘書制度大舉解決上開董事會及股東會之亂象。

新公司法雖然並未完整引進公司秘書制度，惟 2016 年 9 月證交所及櫃買中心修正「上市上櫃公司治理實務守則」，鼓勵上市櫃公司設置公司治理高階督導主管，公司治理人員的條件必須具備律師或會計師資格，或是在公開發行公司從事法務、財務或股務等管理工作經驗達三年以上。據證期局統計，實收資本額 100 億元以上之上市公司有 117 家，上櫃公司計 3 家，合計 120 家，將於 2019 年設置公司治理人員。

## 二、強制性累積投票制之存廢

累積投票制係董監事選舉制度之一，我國董監事選舉制度歷經數次修法變革，是否有維持現行法強制性累積投票制之必要，本文探討如下：

### （一）董事選舉制度

所謂累積投票制，係股東會選任董事時，每一股份有與應選董事人數相同之選舉權，得集中選舉一人，或分配選舉數人，由所得選票代表選舉權較多者當選；另一選制為「全額連記法」，其與累積投票制同為每一股份有與應選董事人數相同之選舉權，不同的是全額連記法不得將選舉權集中選舉一人。

### （二）累積投票制之優點

累積投票制的實施使持有相當比例股權之股東有較高機會取得董事席次，防止股東會多數派藉其優勢把持董事選舉，而少數派藉此當選董事可監督多數派之業務經營而有內部監查之功能，當小股東之利益受到威脅時，得在第一時間於董事會採取防禦措施，於董事會有直接發言權；而全額連記法將造成贏者全拿，有害小股東權益，況且累積投票制並未違反資本多數決原則<sup>27</sup>，因此金管會反對將累積投票制修正為任

<sup>25</sup> 曾宛如、陳肇鴻，建立公司秘書制度之芻議，月旦法學雜誌第 226 期，2014 年 3 月，第 107 頁。

<sup>26</sup> 曾宛如、陳肇鴻，建立公司秘書制度之芻議，月旦法學雜誌第 226 期，2014 年 3 月，第 107 頁。

<sup>27</sup> 李祥，累積投票制度：困境與出路，金融法苑第 73 輯，2006 年 10 月，第 26 頁。



意規定。

### (三) 強制性累積投票制再思考

#### 1. 累積投票制於美國的發展歷程

累積投票制源於英國政治學家 John Stuart Mill 對於「比例代表」制度之鼓吹，而美國強制性累積投票制，係在 1870 年伊利諾州州憲法修訂時，要求依該州法律設立之公司，於董事選舉時必須採用累積投票制<sup>28</sup>。然而累積投票制於美國自 1950 年代起逐漸式微，有學者認為與公司委託書徵求大戰有關，蓋小股東只需掌握一定比例之股權或委託書，即有可能藉由精密配票取得董事選舉上之勝利，如此一來公司派對於累積投票制的排斥就不難想像，此外，美國企業實務大量聘用外部董事已相當程度取代累積投票制之功能<sup>29</sup>。

#### 2. 我國公司法關於累積投票制之規範

於民國 35 年我國公司法對於董事選舉方法並無明文<sup>30</sup>，民國 55 年首度於公司法引入強制性累積投票制，然而民國 90 年公司法第 198 條改採任意性

累積投票制。嗣後因部分公司經營者以及股權相對多數者，利用修改公司章程之方式，將公司董監選舉方式改為全額連記法，非但違反股東平等原則，更使公司成為一言堂而失去制衡之力量，因此修正為強制性累積投票制，並且 2018 年公司法大幅修正時，並未廢除強制性累積投票制，然而為因應科技新創事業之需求，賦予企業有較大自治空間與多元化籌資工具及更具彈性之股權安排，於 2015 年 7 月 1 日之修法允許閉鎖性股份有限公司於設立階段時發起人以章程排除累積投票制適用<sup>31</sup>。我國中小企業林立，相較於美國幾乎全數公司董事會均有過半數之外部董事，我國獨立董事制度在企業實務仍難以推行，因此我國是否適合廢除強制性累積投票制，仍非無疑。

#### 3. 維持強制性累積投票制之理由

有學者認為，獨立董事與審計委員會的引進，將使大股東在董事會董事席次的掌握與經營階層對公司事務之決

<sup>28</sup> 邵慶平，規範型態與公司治理模式之建構 - 累積投票制「變」與「不變」的省思與啟示(上)，政大法學評論第 89 期，2006 年 2 月，第 115-116 頁。

<sup>29</sup> 邵慶平，規範型態與公司治理模式之建構 - 累積投票制「變」與「不變」的省思與啟示(上)，政大法學評論第 89 期，2006 年 2 月，第 124 頁

<sup>30</sup> 立法院公報，72 卷 82 期。

<sup>31</sup> 學者林國全教授認為，考量公司法第 356 條之 3 第 5 項除書規定之法條用語為「除章程另有規定」，而非「除經發起人全體同意外」，足證立法者本意並未區分公司設立階段與公司設立後階段是否排除強制累積投票制適用，參照林國全，閉鎖性股份有限公司股東會選任選任董監事得否排除累積投票制之適用？月旦法學教室第 164 期，2016 年 6 月，第 20 頁

定受到限制，例如證券交易法第 14 條之 5 就特定事項須經審計委員會一定比例之同意。因此企業界反對引進獨立董事及專業委員會之決策。而此反對聲浪使得嗣後修法做出第 14 條之 5 第 2 項之妥協規定。然而強制性累積投票制於 2011 年再次修法納入公司法，企業界的反對似乎不如獨立董事制度，顯見強制累積投票制的採行，並未明顯影響公司大股東與經營階層之利益，甚至實為普遍採行之實務現狀<sup>32</sup>。

#### 4. 採取任意性累積投票制之理由

累積投票制之目的在提高小股東支持之董事候選人當選之機會，希望藉由公司股東依其持股比例，發揮在公司內之影響力，此時應思考其目的係讓小股東發揮「參與經營」抑或是「監督制衡」之影響力，倘若是後者，當公開發行公司被要求強制設置獨立董事後，對此類公司要求實行累積投票制有無必要<sup>33</sup>？此外，如此角力下所選出之董事，將成為少數股東之代言人，無法全盤考量公司之利益，這與公司法第 192 條修法，使非公司股東

者亦得當選為董事之企業所有與經營分離原則，強調董事專業的立法目的背道而馳，蓋累積投票制所選出之董事勢必代表股東之利益，而非基於專業考量下之公司利益。

此外，公開發行公司依照證券交易法第 22 條之 1 第 1 項規定，證券主管機關得要求公開發行公司股權分散，形成我國證券市場散戶比例不在少數，因此市場派股東透過委託書徵求取得董事席次之事例不在少數<sup>34</sup>，使得累積投票制讓少數派較容易取得董事席次之功能弱化。從非公開發行公司之觀點，我國以中小型企業為主，多半為非公開發行公司，經營權多半高度集中，外人難以透過累積投票制成為董事，因此累積投票制能否發揮其功能？是否宜強制採取累積投票制？不無疑義。

另外有學者<sup>35</sup>從模型假設等設計，質疑累積投票制是否真能發揮少數股東集中投票以確保當選席次的效果？認為當所有股東的投票權都等比例膨脹時，少數股東的投票權如何獲得真正的膨脹？又如何取得更有利的位置？其

<sup>32</sup> 邵慶平，美國公司董事選舉制度近年的改革與發展——一個比較法上的思考，國立中正大學法學集刊，985.25，第 53 頁

<sup>33</sup> 元照研究室，月旦法學知識庫，2017 年 9 月 12 日，第 2 頁。

<sup>34</sup> 邵慶平，規範型態與公司治理模式之建構 - 累積投票制「變」與「不變」的省思與啟示（上），政大法學評論第 89 期，2006 年 2 月，第 116 頁

<sup>35</sup> 林建中，一個關於累積投票制的疑惑，政大法學評論第 132 期，2013 年 4 月，第 86 頁。



認為，少數股東得否取得參與機會之關鍵，在於少數股東能否有效集中投票權與是否能有效規劃受票對象，亦即，能協調並統合利用既有的投票權，是極大化選舉結果的主要關鍵。例如某公司有股東甲乙丙，分別持股 60%、20% 及 20%，某公司發行有表決權股份總數 10 萬股，應選董事 3 人，共有 A、B、C、D、E 這 5 位候選人，假設甲偏好 A、B、C 候選人；乙丙偏好 D、E 候選人，在累積投票制下，甲有 18 萬個選舉權（計算式：甲持股 6 萬 \* 應選董事 3 人）、乙丙各有 6 萬個選舉權，倘若乙丙未有效集中投票，使得 D、E 各得 6 萬票，而 A、B、C 在甲的妥善分配下至少可得 2 席。倘若採全額連記法，D、E 最多能從乙丙獲得 6 萬票，而甲亦能在妥適分配下使 A、B、C 至少當選 2 席，此時累積投票制與全額連記法的選舉結果相同；反之，倘若乙丙能集中選舉 D 或 E，縱使在全額連記法下而毋庸透過累積投票制之放大選舉權效果，D 或 E 至少有 1 人會當選，因此每一股份是否與應選出董事人數等比例膨脹其選舉權數，並非重點，唯有是否有效規劃集中投票權始為關鍵。

#### 5. 表決權拘束契約與強制性累積投票制之關聯性

我國實務見解基於累積投票制使少數派有當選董事之可能，而達到監控多數派之業務經營而有內部監察功能之立法意旨，認為表決權拘束契約與公司法公平選舉之原意相左，且與公序良俗有違，而認為無效，蓋股東如於董事選舉前，得訂立表決權拘束契約，其結果將導致選舉董事前有威脅利誘不法情事發生，更易使有野心之股東透過締結表決權拘束契約達到操縱公司之目的。由此可之實務見解將強制性累積投票制之採擇與表決權拘束契約之效力掛勾，例如最高法院 73 年度台上字第 3062 號判決認為，公司法對於董事長或常務董事之選舉，並無類似董事選舉採累積投票制，原審對於董事長或常務董事之選舉，逕以表決權拘束契約與公序良俗有違而無效，尚欠妥適，而非有據，可見強制性累積投票制的存在是最高法院認為股東表決權拘束契約應屬無效的主要論據；此外，由最高法院 98 年度台上字第 1333 號判決可知，當表決權拘束契約與董事選舉及累積投票制脫鉤時，司法實務較能接受表決權拘束契約的存在<sup>36</sup>。

公司法於 2015 年 7 月 1 日新增第 356 條之 9，使閉鎖性股份有限公司之股東得訂立表決權拘束契約，以匯聚具有共同理念之股東共同行使表決權，使

<sup>36</sup> 蔡昌憲，企業自治之逆流？- 擺盪於強行規定與任意規定間之累積投票制，月旦財經法雜誌第 8 期，2007 年 3 月，第 34 頁。

經營者鞏固其在公司之主導權，而「使經營者鞏固在公司之主導權」之立法目的，明顯與強制性累積投票制使少數派有當選董事可能，而達到監控多數派業務經營之目的背道而馳。在此之前，公開發行公司進行企業併購時，依照企業併購法第 10 條規定，股東所為表決權拘束契約亦合法有效。2018 年 8 月 1 日更參照公司法第 256 條之 9，增訂第 175 條之 1，使非公開發行公司股東所為表決權拘束契約有效。當非公開發行公司、閉鎖性股份有限公司與公開發行公司進行企業併購時，所為表決權拘束契約有效，少數股東得藉由表決權拘束契約凝聚與其理念相同之股東，再加上 2018 年亦修正公司法第 192 條之 1 第 5 項刪除董事會召集權人對被提名人之實質審查權限，並擴大使非公開發行公司亦得採取董事候選人提名制度，少數股東透過表決權拘束契約與董事候選人提名制度，取得董事席次之管道，毋庸僅透過累積投票制，再加上累積投票制可能導致董事會內部對立，造成公司運作窒礙難行；累積投票制亦可能因公司派利用減少董事席次、分期改選董

事等手段削弱累積投票權效果，本文在 2018 年修法後更強烈質疑強制性累積投票制繼續存在之必要性。

#### (四) 結論

修法委員會認為，就非公開發行公司，董事選任方式宜使企業由章程自治；就公開發行公司而言，考量累積投票制容易造成董事會派系林立，宜由公司依其需求和股東之共識來決定適合自己公司的選舉制度。本文亦認為，在歷經 2018 年美國對於從中國大陸進口之貨物課徵高額關稅，引發台商思考回留或南向的此時，政府應該營造一個利於投資以留住企業、增加就業機會的環境，參酌上述理由，本文認為強制性累積投票制的續存，有再思考的必要。

#### 三、公司法第 27 條之存廢

所謂法人董監事制度，係指政府或法人為公司股東時，當選為董事或監察人，或由其代表人當選為董事或監察人之制度，我國公司法第 27 條定有明文，其立法目的係避免再召集股東會之繁複程序所形成之便宜行事政策<sup>37</sup>，政府官員擔心刪除此條將對公股或泛公股董事派任造成問題<sup>38</sup>，其存廢存有相

<sup>37</sup> 郭姿君，法人董事制度之研析，月旦法學教室第 185 期，2018 年 3 月，第 127 頁。

<sup>38</sup> 公司法全盤修正重要議題 - 探討資訊揭露與法人犯罪防制、經營權爭奪及董事會功能，月旦法學雜誌第 276 期，2018 年 5 月，第 244 頁。



當大之爭議，然而 2018 年之公司法修法，並未解決此條所產生之問題，以下從修法後法制，探討本條存在之必要性。

### (一) 公司法第 27 條第 1 項

當政府或法人轉投資而為他公司之股東，基於管理投資公司之需求，當選為董事參與被投資公司董事會之經營；或當選為監察人監督被投資公司，皆屬合理，然而倘若允許政府或法人股東擔任董監事，該政府或法人股東需指派自然人代表人執行董監事職務。舊公司法第 205 條第 5 項原規定董事居住國外者，得委託居住國內之其他股東，經常代理出席董事會。考量此規定與董事應親自出席董事會並對公司盡善良管理人注意義務與忠實義務有違，因此刪除董事經常代理制度。雖然法人董事依照公司法第 27 條第 1 項指定代表人行使職務時，基於代表一元論，仍係由董事親自參與董事會，並未違反公司法第 205 條第 1 項之規定，然而該自然人在外觀上仍係獨立個體，其董監事職權之行使仍需經政府或法人股東授權，第 27 條第 1 項之規定似乎與公司法第 205 條第 5 項修法理由相違背，更何況該自然人代表人經政府或法人股東董監

事授權之範圍為何？被投資公司查證授權範圍以及代表人無法及時確認政府或法人董事真意等作業程序，都使被投資公司之營運因此疊床架屋設計而更加複雜無效率。更別說此制度設計目的係避免再召集股東會之繁複程序所形成之政策，恐怕未達便宜之效果，卻徒增董事會進行繁複之嫌。

基於企業所有與企業經營分離原則，公司法第 192 條第 1 項修正公司董事不以具有股東身分為必要，強調董事會既為公司最高決策機關，應由專業有經驗人士擔任董事，惟公司法第 27 條第 1 項賦予政府或法人股東當選董事時，得依己意派代表人行使職務，其究竟是依專業本於己意決定，或是依照指派之政府或法人股東指示<sup>39</sup>？第 27 條第 1 項之立法豈不與第 192 條第 1 項之修法意旨背道而馳？

### (二) 公司法第 27 條第 2 項與第 3 項

在公司法第 192 條之 1 修法後，擴大使非公開發行公司亦得適用董事候選人提名制度，無論公開或非公開發行公司之股東，本得透過董事候選人提名制度提名其代表人當選為董事或監察人，因此第 27 條第 2 項就此而言並無問題，然而第 3 項政府或法人股東之隨

<sup>39</sup> 陳彥良，公司法第 27 條之相關責任問題，月旦法學教室第 188 期，2018 年 6 月，第 22 頁。

時改派權，將使問題叢生。

第 3 項之立法目的，由經濟部 82 年 3 月 12 日商 205706 號函釋可知，係在避免公司不致因政府或法人股東之代表人變動而須召集股東會之繁複程序，亦即當政府或法人股東持有公司相當比例股份或出資額，改選結果仍然是由政府或法人股東之代表人當選，若重新召集股東會改選，僅徒增召集股東會之繁複程序<sup>40</sup>，是以允許政府或法人董事享有改派權。

第 2 項與第 3 項業已遭學者批評違反股東平等原則，推究其理由，在於第 2 項規定政府或法人股東，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。政府或法人股東得由代表人數人分別當選董事或監察人，僅限制不得同時當選董事及監察人，然而自然人股東卻無此權利。再者，第 3 項僅允許政府或法人股東得隨時改派代表人，顯然與股東平等原則有

違，更實質地變動股東會所選出董監事，使單一股東得以變更全體股東之意思<sup>41</sup>。學者<sup>42</sup>更指出此項可被利用為逃避經營權移轉監督之手段，亦即當法人董事經營權變動，僅需透過改派代表人之方式，即可造成被投資公司經營權之變動，而有意取得被投資公司經營權之人，可透過取得該法人股東之控制權，即可達成其目的。

雖有學者<sup>43</sup>提出，改派權不一定改變「股東會之總意」，假設公司少數派透過累積投票制取得 5 分之 2 之董事席次，當其 1 席董事因故解職，若再透過累積投票制選任董事，將使多數派取得此董事席次，而改派權即可保障少數派此席董事席位。再者公司法第 8 條第 3 項引進實質董事概念<sup>44</sup>、以及第 154 條第 2 項之揭穿公司面紗原則，將使政府或法人股東對其代表人之行為負責，不因第 27 條而規避其責任。本文也認為，實質董事與揭穿公司面紗原則之修

<sup>40</sup> 林仁光，公司法第二十七條法人董監事制度存廢之研究，臺大法學論叢第 40 卷第 1 期，第 301 頁。

<sup>41</sup> 林國全，法人代表人董監事，月旦法學雜誌第 49 期，1999 年 6 月，第 17 頁。

<sup>42</sup> 林國全，法人代表人董監事，月旦法學雜誌第 49 期，1999 年 6 月，第 17 頁。

<sup>43</sup> 邵慶平，監察人代理董事長，月旦法學教室第 144 期，2014 年 10 月，第 61-64 頁。

<sup>44</sup> 劉連煜，現代公司法，新學林出版，第 12 版，2016 年 9 月 13 日，第 138 頁。然而有學者認為影子董事的引進，並無法解決公司法第 27 條之問題，蓋依據英國法相關規定，大多數判決認為法人股東必須足以支配過半數的董事席次，使夠成影子董事之要件。參照曾宛如，公司法全盤修正重要議題 - 探討資訊揭露與法人犯罪防制、經營權爭奪及董事會功能，月旦法學雜誌第 276 期，2018 年 5 月，第 249 頁。



法，可降低過去學者<sup>45</sup>認為政府或法人股東之代表人所產生潛在利益衝突之可能，蓋政府或法人股東與其代表人皆對被投資公司負有忠實義務與善良管理人注意義務，並對被投資公司所負擔特定債務負責，其所做決策應會考量被投資公司之利益，然而公司法第 8 條第 3 項所引進之實質董事概念，將因政府或法人股東依照第 27 條第 3 項對同條第 2 項之代表人享有改派權，而實質指揮被投資公司董事執行業務，成為被投資公司之影子董事<sup>46</sup>，這豈非與經濟部 87 年 9 月 29 日商字第 87223431 號函釋揭示政府或法人股東不得依照公司法第 27 條第 1 項當選為董事後，再指派代表人依照第 2 項再當選董事之意旨相違背？！

### （三）公司法第 27 條於關係企業之適用

公司法第 27 條第 2 項之規定，是否亦規範控制公司與從屬公司同時指派代表人擔任非公開發行公司之董事及監察人之情形？採否定見解者<sup>47</sup>認為，公司法第 27 條第 2 項但書修法意旨雖表明防止「董監狼狽為奸之謬誤」，但

亦表明「公開發行股票公司若有上述情狀者，對於市場經濟之秩序侵害頗甚」等語，可見其規範目的主要在於監督公開發行股票公司，以確保投資大眾之權益。非公開發行公司通常未涉及廣大投資人之權益，縱容許具控制與從屬關係公司同時指派代表人擔任董事及監察人職務，對於市場經濟秩序之侵害程度，應明顯較小，故公司法第 27 條第 2 項規定實無與證券交易法第 26 條之 3 第 2 項規定作同一解釋之必要，而認為控制與從屬公司同時指派代表人擔任非公開發行公司之董事與監察人，不受公司法第 27 條第 2 項但書限制。然而最高法院 104 年台上字第 35 號民事判決認為無論是否屬公開發行公司，均禁止法人股東代表人同時當選或擔任董事及監察人，以期發揮監察人之監督功能，而控制從屬公司之代表人同時當選或擔任董事及監察人，從屬公司完全由控制公司掌控，其代表人實質上係由控制公司指派，與同一法人之數代表人同時當選或擔任之情形無異，因此亦為公司法第 27 條第 2 項但書規範之射程範圍。從此實務見解可知，公司法第 27 條確實

<sup>45</sup> 王文宇，法人股東、法人代表與公司間三方法律關係之定位，臺灣本土法學雜誌第 14 卷，2000 年 9 月，第 105 頁。

<sup>46</sup> 林國全教授認為政府或法人股東並不因而成為公司之實質董事。

<sup>47</sup> 臺灣高等法院高雄分院 102 年度上字第 326 號民事判決。

為政府或法人股東掌控董監事席次提供便宜的法律依據，也正因為本條所衍生之上開問題，使監察人無法發揮應有監督功能，因而增設第 2 項但書之限制，然而道高一尺、魔高一丈，實務上藉由控制從屬公司指派代表人同時擔任另一公司之董事與監察人，挑戰公司法第 27 條第 2 項之規範，更彰顯惟有刪除第 27 條之規定，始為正本清源之道。

#### (四) 結論

法人董監事制度自 1966 年修正第 27 條至今，於我國已存在多年，然而除了違反股東平等原則，也產生法人代表應忠於政府或法人股東或被投資公司之利益衝突問題，學者建議廢除法人董監事制度的批評聲浪四起，本文基於上述理由，亦認為廢除法人董監事制度刻不容緩。

## 肆、結論

2018 年 4 月 24 日金融監督管理委員會啟動為期 3 年之新版公司治理藍圖，推動 6 項改革重大事項，作為推動公司治理政策之指引<sup>48</sup>，公司治理已成為全球資本市場所關注之重要議題，倘若作好公司治理，早期的美國安隆案到近期的臺紙案與大同案，皆能盡可能避免，進而穩定投資大眾之信心。本文肯定產官學界對本次公司法修法的努力與用心，然而仍有遺珠之憾，包括強制性累積投票制的鬆綁、法人董監事制度之廢除以及釐清獨立董事、監察人權責以便引進公司秘書制度，期待政府能使我國法跟上國際規範變遷的腳步，創造我國成為有利公司投資之環境。

## 參考文獻

### 一、期刊

1. 強化公司治理，方嘉麟、曾宛如，月旦法學雜誌第 275 期，2018 年 4 月。
2. 曾宛如，公司治理法制之改造，月旦法學雜誌第 268 期，2017 年 9 月。
3. 許坤皇，公司秘書制度快速上手，月旦會計實務研究創刊號，2017 年 11 月。
4. 曾宛如、陳肇鴻，建立公司秘書制度之芻議，月旦法學雜誌第 226 期，2014 年 3 月。
5. 艾群，淺談澳門公司法中的公司秘書制度，比較法研究，1999 年第 1 期。
6. 黃博信、吳晉宏，現行公司法是否該引進公司秘書制度之探討，會計師季刊，

<sup>48</sup> 詹德恩，強化市場監督制度 - 淺介公司治理評鑑，月旦會計實務研究第 5 期，2018 年 5 月，第 94 頁。



- 2017 年 9 月。
7. 蘇怡慈，公司法修正草案簡評 - 以企業籌資為中心，月旦法學雜誌第 275 期，2018 年 4 月。
  8. 方嘉麟，上市櫃公司公司治理與公司治理長 ( 公司秘書 ) 研討會，月旦法學雜誌第 262 期，2017 年 3 月。
  9. 李可昕，上市櫃公司公司治理與公司治理長 ( 公司秘書 ) 研討會，月旦法學雜誌第 262 期，2017 年 3 月。
  10. 曾宛如，半套公司治理移植經驗 - 以審計委員會與特別委員會為例，月旦民商法雜誌第 43 期，2014 年 3 月。
  11. 黃銘傑，上市櫃公司公司治理與公司治理長 ( 公司秘書 ) 研討會，月旦法學雜誌第 262 期，2017 年 3 月。
  12. 林文政、呂盈錄，「新版公司治理藍圖 (2018-2020)」簡介，證券暨期貨月刊第 36 卷第 9 期。
  13. 馮震宇，從博達案看我國公司治理的未來與問題，月旦法學雜誌第 113 期，2004 年 10 月。
  14. 李祥，累積投票制度：困境與出路，金融法苑第 73 輯，2006 年 10 月。
  15. 邵慶平，規範型態與公司治理模式之建構 - 累積投票制「變」與「不變」的省思與啟示 ( 上 )，政大法學評論第 89 期，2006 年 2 月。
  16. 邵慶平，美國公司董事選舉制度近年的改革與發展——一個比較法上的思考，國立中正大學法學集刊，985.25。
  17. 元照研究室，月旦法學知識庫，2017 年 9 月 12 日。
  18. 林建中，一個關於累積投票制的疑惑，政大法學評論第 132 期，2013 年 4 月。
  19. 蔡昌憲，企業自治之逆流？- 擺盪於強行規定與任意規定間之累積投票制，月旦財經法雜誌第 8 期，2007 年 3 月。
  20. 郭姿君，法人董事制度之研析，月旦法學教室第 185 期，2018 年 3 月。
  21. 公司法全盤修正重要議題 - 探討資訊揭露與法人犯罪防制、經營權爭奪及董事會功能，月旦法學雜誌第 276 期，2018 年 5 月。
  22. 陳彥良，公司法第 27 條之相關責任問題，月旦法學教室第 188 期，2018 年 6 月。
  23. 林仁光，公司法第二十七條法人董監事制度存廢之研究，臺大法學論叢第 40 卷第 1 期。
  24. 林國全，法人代表人董監事，月旦法學雜誌第 49 期，1999 年 6 月。
  25. 邵慶平，監察人代理董事長，月旦法學教室第 144 期，2014 年 10 月。
  26. 王文宇，法人股東、法人代表與公司間三方法律關係之定位，臺灣本土法學雜誌第 14 卷，2000 年 9 月。

## 二、書籍

劉連煜，現代公司法，新學林出版，第 12 版，2016 年 9 月 13 日。