

公司法制的新开展

刘连煜 著

中国政法大学出版社

公司法制的新开展

刘连煜 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法制的新开展 / 刘连煜著. —北京: 中国政法大学出版社, 2008. 4

ISBN 978-7-5620-3201-4

I. 公... II. 刘... III. 公司法-研究-台湾省 IV. D927.582.291.910.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第049688号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 公司法制的新开展 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zsf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880×1230 32 开本 11 印张 265 千字 |
| 版 本 | 2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3201-4/D·3161 |
| 定 价 | 26.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

自序

台湾地区公司法制这些年变动甚大,从金融机构合并法、金融控股公司法、企业并购法的颁行,到公司法、证券交易法、公平交易法的新修订,在反映台湾企业版图扩充的活力与公司法制蓬勃的发展。本书之十二篇论文,大约也完成于此时,作者敝帚自珍,将它们重新审视整理后出版,除希望能见证此一法制剧烈变动外,更希望相关法制应衡平兼顾效率与公平之利益衡量,而不过分有所偏斜。

特别要说明者,本书收录之二篇文章曾经为方文长教授、赖英照教授祝寿论文集而撰;收录于本书的同时,作者也再次致上满心的祝福,谨祝二位尊敬的师长福寿康宁,身体永远健康。又,本书文章之整理排版,承蒙政治大学与台北大学法研所之谢昀璿、郑静筠、吴韶芹及陈怡静四位研究生协助,备极辛劳,特此一并致谢。

另外,2007年本书获选为政治大学八十周年校庆教师学术原创著作“百本专书”之一,特附志于此,盼与读者分享我的喜悦,并继续策励自己不能怠惰。

刘连煜 谨识

2007年11月

目 录

健全独立董监事与公司治理之法制研究	
—— 公司自治、外部监控与政府规制之交错	(1)
公开发行公司董事会、监察人之重大变革	
—— “证交法”新修规范引进独立董事与审计委员会之 介绍与评论	(57)
股东表决权之行使与公司治理	(89)
揭穿公司面纱原则及否认公司人格理论在我实务之 运用	(117)
关系人交易与控制股东之义务	(135)
公司合并态样与不同意股东股份收买请求权	(171)
财报不实之损害赔偿責任:法制史上蜥蜴的复活?	
—— “证交法”新增订第二十条之一的评论	(193)
“证交法”第四十三条之一第一项共同取得认定之研究	
—— 从大法官会议释字第 586 号解释论起	(215)

2 目 录

现行有价证券融资融券代理制度之研究

——以证券金融公司与证券商之法律关系

为中心 (247)

台湾之金融改革与竞争法上议题 (271)

高科技市场独占力滥用之管制

——以台湾公平交易委员会对高科技产业之执法

经验为例 (297)

我引进宽恕政策对付恶性卡特尔之立法趋势 (327)

健全独立董监事与公司治理之法制研究

——公司自治、外部监控与政府规制之交错

【目次】

壹、导论

貳、公司治理之意义

叁、部分 OECD 会员国新近有关公司治理之发展

一、澳洲之独立董事实施经验

二、美国 2002 年 7 月 30 日之“公司改革法案”(Corporate Corruption Bill)之主要内容

三、日本商法特例法 2002 年 5 月之修正

肆、我公司治理议题之结构特色与难题

一、散户投资人为主之资本市场

二、多数公司董、监未能发挥功能

三、家庭企业色彩仍浓

伍、我董、监制度之兴革与展望

一、主张引进独立董事制度

二、赞成引进外部监察人以强化监察人制度者

三、我主管机关之立场

2 公司法制的新开展

四、实证研究之建议

五、本文之见解

六、强制设置独立董监

七、独立董监应占多少席次之问题

八、独立董监之选举方式与独立董监之义务、责任

九、人才来源的问题

十、独立董事之资格

十一、董监责任保险制度之推展

十二、报酬之问题

陆、公开发行公司,其董事之配偶、直系血亲或与董事具有同一生计关系之人,公司法应明文不得充任监察人

柒、公司之法人股东,关于其代表人,公司法应明文禁止其不得同时当选为董事及监察人,或删除现行“公司法”第二十七条第二项之规定

捌、其他公司治理的机制——外部监控的方法

一、投信、QFII、证券商与表决权之行使

二、投资人保护与团体诉讼

玖、结论

壹、导 论

近来由于美国恩隆(Enron)等弊案如雪球般滚滚而来,公司治理(corporate governance)的议题响彻云霄,独立董、监事应否设立的问题也引起热烈的讨论。有认为独立董事制度已是世界各国的主流趋势,台湾地区当亦不例外。惟亦有认为公司法新近的修正(2001年11月修正)已不再要求股份有限公司董事必须具备股东身份(公一九二参照),故不必再费事引进所谓之独立董事制度。此外,新“公司法”第二一八条之二同时亦增订,监察人得列席董事会陈述意见(第一项)。董事会或董事执行业务有违反法令、章程或股东会决议之行为者,监察人应即通知董事会或董事停止其行为(第二项)。从而,认为监察人应可发挥一定之监督作用,似无须再画蛇添足引进外部监察人制度。当然,此等意见,反映台湾目前一部分人的看法。

然而,必须予以指出的是,“公司法”第一九二条原规定董事必须具有股东身份,系假设以股东充任董事,在休戚相关、荣辱与共之关系下,董事执行业务时,较能期望其善尽忠诚义务,以谋公司之最大利益。惟此一假设并没有得到实证研究之支持,^[1]亦与“企业所有与企业经营分离”之世界潮流不符。因之,2001年11月公司法修正,遂将此项规定删除。^[2]由此可见,第一九二条之

[1] 换言之,公司之获利率[含“股东股份的投资报酬率”(英文一般称“ROE”;Rate of Return on Equity)及“企业总投资报酬率”(英文一般称“ROI”;Rate of Return on Total Investment)]与公司董事由股东中选任并无特殊关联。参阅赖英照,证券交易法逐条释义,第二册,1985年10月初版,页190~194。

[2] 参阅“公司法及修正条文对照表”,商业司编印,2002年4月,页104。

修正与引进独立董事制度并无直接关联。

至于“公司法”第二一八条之二新增监察人得列席董事会陈述意见,乃系着眼于监察人既为公司业务之监督机关,其妥善行使职权之前提必须明了公司之业务经营,若使监察人得出席董事会,则监察人往往能较早发觉董事等之渎职不法行为,故增订第一项,使监察人亦得参加董事会。^{〔3〕} 准此可知,公司法此项新增,与外部监察人制度之引进亦无必然关系。

当然,公司治理议题繁杂而多,于此无法一一探讨。本文以下将就我引进独立董监制度及其他台湾地区当前重要而新颖之公司治理议题,作较深入之剖析,以供关心公司制度者参考。另外,必须先予说明的是,文内有时依他国制度之需要,或称“独立董、监”或称“外部董、监”,合先叙明。

贰、公司治理之意义

何谓“公司治理”?众说纷纭。世界知名企业台积电董事长张忠谋先生表示,公司治理包含三个要件,一是经理人要正直、诚实;二是要有监督制衡的机制,随时向执行长等提出监督、劝告、警告;第三则是董事会要扮演执行长的诤友,但同时也要有“随时准备挥动尚方宝剑,换掉执行长的勇气^{〔4〕}”。也有谓:公司治理系泛指管理与监控公司的方法,目的是在健全公司的营运及追求公

〔3〕 参阅“公司法及修正条文对照表”,商业司编印,2002年4月,页123~124。

〔4〕 参阅经济日报,2002年8月31日,第五版。

司的最大利益,保障投资者的权益。^{〔5〕}学者则谓:公司治理是指股东直接或间接对公司经营者监督并评估其表现之行为,透过各种奖励与监督的机制,使其利益与股东一致,以解决在所有与控制分离后的利益冲突问题。并策划公司与其他利害关系人(如雇员、顾客、上下游产业、社区等)与市场及公权力之互动。^{〔6〕}也有谓:世界银行指出,从公司角度而言,公司治理系指公司在符合法律与契约的规范中,如何建立机制促成公司价值的极大化。此一角度意指公司的决策机构——董事会——必须要平衡股东以及各种利害关系人(stakeholders)的利益,以创造公司的长期利益。从公共政策的角度而言,公司治理系指社会在支持企业发展的方向下,同时要求企业于运用其权力之际,善尽其应有的责任。此一公共政策角度意指如何建立市场规范机制,提供公司诱因与纪律,一方面给予公司负责经营人员合理的报酬,另一方面并保障利害关系人的权益。^{〔7〕}

拙见以为,公司治理,抽象而言,不仅是公司与股东之关系,而应将其他利害关系人之利益纳入考量,以达成增加股东长期利益之目标,如此始称完整。“中华治理协会”参照其他国家之规范

〔5〕 东霖投顾研究部,“企业透过‘公司治理’营运更健全”,经济日报。2002年8月25日,第十二版。

〔6〕 余雪明,台湾新公司法与独立董事(上),万国法律第123期,2002年6月,页63。

〔7〕 柯承恩,我公司监理体系之问题与改进建议(上),会计研究月刊,第173期,页76。

(例如,新加坡之规范^[8]),在2002年7月11日准则委员会亦决议:“公司治理是一种指导及管理的机制并落实公司经营者责任的过程,藉由加强公司绩效且兼顾其他利害关系人利益,以保障股东权益”。此外,中华治理协会并认为:公司建立公司治理应依下列原则为之:(1)遵守相关法令;(2)保障股东权益;(3)强化董事会结构;(4)发挥监察人功能;(5)尊重利害关系人之权益。^[9]对此,证期会建议另增列:“提升信息揭露之透明度”乙项。盖证期会认为提高公司经营之透明度,亦为OECD(经济合作暨发展组织)所强调之公司治理原则之一,故建议增列。吾人认为,增列尊重利害关系人(stakeholders)之权益乙项,特别值得赞同。盖公司股东以外之其他利害关系人(如员工、顾客、上下游产业、公司所在之社区)等之利益,公司董事会于为决策时,应兼顾之,而非只注重股东之短期利益,以创造公司之长期利益。^[10]

[8] 新加坡公司治理规范谓:公司治理系一种指导及管理公司之业务及事务之结构与过程,其藉由加强公司绩效与责任并平衡其他利害关系人之利益,以达成增加股东长期利益之目标。其原文为:Corporate governance refers to the structure and process by which the business and affairs of the company are directed and managed, in order to enhance long term shareholder value through enhancing corporate performance and accountability, whilst taking into account the interests of other stakeholders.

[9] 按2001年12月31日台湾证券交易所所草拟之“上市(上柜)公司治理最佳实务准则(草案)”第二条规定:“上市(上柜)公司建立其公司治理制度应依下列基本要素与原则为之:(一)遵守相关法令。(二)保障股东权益。(三)强化董事会结构。(四)发挥监察人功能。”其后正式公告实施之“上市上柜公司治理实务守则”[2002.10.4台证上字第025298号函公告实施;2002.10.15证柜上字第39026号函公告实施]第二条亦规定:“上市上柜公司建立公司治理制度,除应遵守相关法令外,应依下列原则为之:一、保障股东权益。二、强化董事会职能。三、发挥监察人功能。四、尊重利害关系人权益。五、提升信息透明度”。

[10] 参阅拙著,“公司监控与公司社会责任”乙书。本书早于1995年9月在台出版,惟至今关于公司治理之意义与范围,书中所讨论及主张者(即应兼顾公司其他利害关系人之权益),应仍为今日美国学界之通说。

叁、部分 OECD 会员国新近有关公司治理之发展

从 2000 年初开始,部分 OECD 会员国便从事有关公司治理方面的改革,其内容大要如下:^[11]

一、澳洲之独立董事实施经验

在 2000 年,澳洲公司董事会之实务及程序受到各界严密之审视与关切。由于受到 Bond Corp.、Quintex 及 Adelaide Streamship 等巨型公司倒闭之影响,澳洲在 1990 年代初期起,即倡议鼓励公司董事会设置超过半数人数之独立或非执行董事(independent or non-executive directors)。

其后,一项由“澳洲国际公司治理顾问公司”(Australian Consultancy Company Corporate Governance International)及“墨尔本大学公司法及证券法中心”(University of Melbourne's Centre for Corporate Law and Securities Regulation)所共同进行之研究报告指出,澳洲股票上市公司设有过半数以上独立董事者,其在股票市场之股价表现并不佳。此项研究直指其原因为,董事若与公司之营运事务脱离太远,则此等董事(指独立董事)可能会被误导或至少对公司日常业务缺乏讯息。相反的,这个报告认为,公司经营阶层之人同时担任公司董事之情形,其公司营运绩效对公司股东而言,有显著之正面效益。换言之,上面这个研究报告强调,董事之“独立

[11] 以下有关澳洲之介绍,主要系参考 OECD, Corporate Governance in OECD Member Countries: Recent Developments and Trends, OECD Steering Group on Corporate Governance, April 26 ~ 27, 2001.

性”本身并不即是董事会品质的保证,以及独立董事与执行董事(非独立董事)之席次,确有必要加以平衡。

另外,澳洲公司治理经验,也显现出公司独立董事之选择,并不能单凭其独立性与否加以评判,而系应一并考量人选之背景与其究竟能对公司业务带来多大之实质贡献而定。换言之,“能力”与“独立性”系独立董事资格不可或缺之两个要素。吾人实不能因前述研究报告而对独立董事制度完全失掉信心,反而应针对其缺失提出修正之道以强化其功能。

二、美国 2002 年 7 月 30 日之“公司改革法案”(Corporate Corruption Bill)之主要内容

依据美国总统所新签署(2002 年 7 月 30 日)之“公司改革法”(通称 Corporate Corruption Bill,正式称为 the “Sarbanes - Oxley Act of 2002”)^[12]规定,为使公司之财务报告更臻正确,新法特课公司之执行长(CEO)及财务长(CFO)等人,必须在依法申报之年度报告或季报上,签署证明下列事项:

(一)签名者已阅读该报告;

(二)就其所知,该财务报告并未对重要事实作不实陈述,或省略某些重要事实之陈述,以致在当时实际情形下产生引人误导之效果;

(三)就其所知,该财务报表及在报告中之其他财务信息,已适当地呈现该发行人在该段时间内之重要财务状况及营运结果;

[12] 这项法案系美国参议院、众议院两院版本之协商综合版,最后这项法案名称是以两院提案人——马里兰州民主党参议员保罗·沙班尼斯(Senator Paul Sarbanes)及俄亥俄州共和党众议员麦克·欧克斯利(Congressman Mike Oxley)为名,亦即正式名称为“2002 年沙班尼斯 - 欧克斯利法案”(The Sarbanes - Oxley Act of 2002)。

(四)该签署之人 -：

(1)系负责建立及维持公司之内部控制者；

(2)已设计公司内部控制制度,以确保各个主体(entities)有人得向其报告有关该发行人及其合并财务报表内之子公司的信息,特别是在这段定期性报表之时间内；

(3)已评估该发行人内部控制之有效性；且此项评估系在该财务报告作成前之九十日内所作成；以及

(4)已在该财务报告中,根据其在评估日之评估,提出有关公司内部控制有效性之结论；

(五)签署之职员,已对该发行人之稽核人员及董事会之稽核委员会(或履行相似功能之职务之人员)揭露下列事项：

(1)所有足以不利影响发行人之记录、处理、总结及报告公司财务资料之内部控制设计及运作的重要缺陷,以及已向该发行人之稽核人员,指出内部控制之重大缺失；以及

(2)任何涉及公司经营阶层或在该发行人内部控制上扮演重要角色之其他职员之欺诈行为,不论该欺诈行为是否为重大；以及

(六)该签署之职员在该财务报表中已指出,内部控制是否有重大改变,或其他因素足以重大影响“评估日”以后之内部控制制度,包括任何有关内部控制重大缺陷及重大缺失之更正措施。

按前述有关增进公司对财务报告之责任,其设计目的无非为增进投资大众对公司财务报表之信赖度,因为新制度要求公司执行长及财务长针对公司财务报表,必须签署保证一定之事项。吾人可推知,在新制之下,公司执行长及财务长,必定战战兢兢、如履薄冰地阅读财务报告,以确保其财报之真实性。从而,其结果必能一定程度保护投资大众之权益。一旦爆发财报不实之情形,公司执行长及财务长应无法像以往一样将公司财报不实的责任,一股脑儿地推给签证之会计师等他人,并推说其对财报不实并不知情。

当然,如有公司执行长及财务长胆敢拒绝签署保证,则该公司股票,投资人必定弃之如敝屣,公司股价一落千丈,乃必然之事。换言之,市场制裁力量必能发挥。^[13]

再者,任何执行长或财务长知情地签署保证该公司向证监会所申报之不实财报者,最高得处一百万美元之罚金及最长十年之徒刑。如系故意违反前述情形,则最高得处五百万美元之罚金及最长二十年之徒刑。简言之,其处罚不可谓不重。

此外,“公司改革法”对故意修改、破坏、作废、隐匿、掩饰、伪造财务文件,以妨碍司法调查或破产程序者,将处以最重二十年之徒刑,此点亦是新制重罚不法行为之特色。

从上面之介绍可知,为重建投资人对财报之信心,并杜绝公司负责人勾结不法会计师粉饰决算或财报作假之情事继续发生,美国法已使出最严厉之手段,以制裁不法之行为人。吾人建议我证券交易法、商业会计法等相关规定宜参考美国立法加以增修。例如,证券交易法即可于第三十六条增列乙项规定,董事长(或总经理)及公司财务长,应签名表示就其所知该申报之财务报表已公允表达公司之情形,以鞭策公司负责人确实对财报负起最终责任。

三、日本商法特例法 2002 年 5 月之修正

依据 2002 年 5 月日本商法特例法之重要修正,^[14]日本所谓之“大公司”(指资本额五亿日元以上,或最近之资产负债表之负

[13] 由于新法严格之规范(如公司执行长、财务长必须担保财报之真实性),亦可能适用于股票在美挂牌交易之外国公司,因此是否造成外国公司犹豫不愿前往美国挂牌,也引起普遍关切。See The Asian Wall Street Journal, Aug. 12, 2002, A4, Column 4.

[14] 参阅林国全教授译,设委员会公司——日本商法特例法(2002 年修正)(本文作者感谢林教授惠赐最新之日本商法特例法译文,供作者撰文参考)。

债项下金额之合计额在二百亿日元以上之股份有限公司；商特一之二Ⅰ)及所谓之“视同大公司”(指大公司以外之资本额超过一亿日元之股份有限公司,而以章程规定适用大公司监查特例规定者；商特一之二Ⅲ),得选择在董事会下设置三个委员会(即稽核委员会、提名委员会、报酬委员会)及执行长(CEO),而成为“设置委员会之公司”(商特二一之五Ⅰ)。另依商法特例法第二十一条之五第二项规定,设置委员会之公司,不得设监察人。其立法目的,概系为避免设有稽核委员会后,如仍设有监察人,恐事权不分,导致无人负起公司监察之责任。此外,上述各委员会之过半数成员,须为非该公司执行人之外部董事组成(商特二十一之八)。当然,大公司及视同大公司,仍可依循旧制设置监察人,而不设置外部董事(独立董事)。对于此一改革,一般认为,日本之国际性大公司如 Sony 等,可能会选择采取所谓“设置委员会之公司”的方式,以重组其内部构造。至于其他大多数的日本公司,恐怕仍会不动如山,维持原来设置监察人的运作方式。

肆、我公司治理议题之结构特色与难题

一、散户投资人为主之资本市场

兹以 1992 年至 2002 年约十年间“集中交易成交金额市场投资人类别比例表”为例,说明我主要资本市场投资人之组成概况: