

# 評析公司法修正之若干新議題

## ——董事提名制度、股王條款、實質受益人<sup>1</sup>

陳峰富\*

### 壹、董監事提名制度實務研究與立法草案評析

公司法於民國94年引進董監事提名制度而增訂第192條之1，依據該條之規定，公開發行公司於章程中載明採用候選人提名制度者，公司之董事與監察人即應由股東自候選人名單中選任。董監事提名制度於我國法施行至今已有十餘年，然而就候選人資格、提名文件要求及本條要件解釋，在實務運作上仍多有爭議。民國106年12月經濟部所提出之公司法修正草案乃針對本條加以修正，開放非公開發行公司適用候選人提名制度、修法簡化提名作業程序。本文試擬彙整董監事提名制度之現行規定、部分學說及實務運作方式，並對於修正草案之規定加以評析。

#### 一、現行制度運作及制度目的

我國公司法於民國90年修正第192條後，股份有限公司負責人之選任即改採「經營與所有分離原則」，意即不再要求公司之董事以

具備股東身份為前提，股東得選任不具股東身份之人擔任董事。然而，在選任董事之選舉程序仍由董事長主持之情況下，候選人名單多由公司之所有者、現任之主要經營者推派之人選所組成，股東僅能自此等人選中被動表決選取董事，少數股東仍無法選任自己信賴之人並參與公司經營，致股東行動主義（shareholder activism）無法徹底落實。

長期以來，我國公司的股權結構普遍存在經營與所有合一之現象，大多數公司之經營率由控制股東（包含家族事業）所掌控，公司董監事亦因此而多由家族成員或親信等內部人擔任。每當有董監選舉時，控制股東透過由內部人把持之董事會推舉出候選人，並憑藉自己持股、交叉持股、安排人頭等方式使己方所推舉之候選人當選，有論者遂謂，控制股東於選舉前所為之黑箱作業與配票已屬常態。若有股東意圖反對董事會所提出之董、監事候選人名單，除於事前發動委託書徵求外，僅能在股東會所發之選票上，投選其他候選人或自己所屬意之人。但因後者缺乏事前及事中（股東會開會時）之資訊公

\* 本文作者係大通商務法律事務所主持律師、法學博士、全國律師公會聯合會財經法委員會主任委員，曾任法官、檢察官、輔大、世新法研所、台經院教授、美國律師公會國際會員、仲裁協會仲裁人

註1：本文由大商務法律事務所王俐棋律師、莊怡萱律師、陳韋辰律師撰寫，由陳峰富律師整合審查。

告，使得該當人選無法即時獲取其他股東的支持，而難以當選<sup>2</sup>。

有鑑於此，民國94年5月27日因而修正制定公司法第192條之1。依據當時之立法理由<sup>3</sup>，係考量上市、上櫃等公開發行股票之公司，股東人數眾多，為健全公司發展及保障股東權益，推動公司治理，遂建立董事候選人提名制度，俾供股東就董事候選人名單進行選任。因此，股東有機會透過提名心儀之董事人選進入董事會中參與公司營運並間接影響公司決策，從而實現自己的訴求，故股東提名權可謂係股東行動主義的積極展現。

學者認為，就落實公司自治、鼓勵股東積

極參與公司治理之面向而言，得於事前充分提供股東有關董監候選人資訊，令其參與有資訊基礎之公司法第192條之1規定，自保障股東權益之角度而言，實有其不可否定的正面意義。除本條明文承認董事候選人提名制度之必要外，該次修法同時引進書面及電子投票制度，亦有利董事選任議案適用候選人提名制度之操作。就此而言，本次立法值得肯定<sup>4</sup>。

在適用上，非屬公開發行公司<sup>5</sup>，則不得採用候選人提名制度。公司章程中未載明採取提名制度<sup>6</sup>，亦不得採用之<sup>7</sup>，且此處所稱之「載明」應具體明確，不得以「選擇採用」

註2：曾宛如、黃銘傑，〈董事會提名委員會制度之建置暨股東提案權機制之現狀與改善之研析〉，《臺灣集中保管結算所委託研究》，2015年10月，頁98。

註3：公司法第192條之1修正增訂之立法理由：「一、本條新增。二、按上市、上櫃等公開發行股票之公司，股東人數眾多，為健全公司發展及保障股東權益，推動公司治理，宜建立董事候選人提名制度，並載明於章程，俾供股東就董事候選人名單進行選任，爰為第一項規定。三、公司受理董事候選人之提名需有一定之作業程序及時間，並應踐行事前公告程序，爰為第二項規定。四、為防止提名過於浮濫，且考量董事選任須有一定持股數之支持始得當選，爰就股東提名董事候選人之資格、提名人數及應檢附之被提名人資料等，於第三項及第四項為相關規定。五、公司董事會或其他召集權人召集股東會者，應對董事候選人為形式審查，審查作業應作成紀錄，且保存一段期間，俾供日後董事選舉產生爭訟時之參考，爰為第五項及第六項規定。六、為強化董事提名審查作業資訊透明度，對於審查結果，公司應於股東常會開會四十日前或股東臨時會開會二十五日前將董事候選人名單公告；而審查後，不論被提名人列或不列入董事候選人名單，均應將審查結果通知提名股東，被提名人未被列入董事候選人名單者，並應敘明未列入之原因，其通知時間與公告時間一致，爰為第七項規定。七、公司負責人違反第二項、第六項或第七項規定者，將課以新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，爰為第八項規定。」

註4：曾宛如、黃銘傑，前揭註2，頁98及99。

註5：經濟部96、1、19經商字第09602006030號函：「按公司法第192條之1規定：「公開發行股票之公司董事選舉，採候選人提名制度者，應載明於章程，股東應就董事候選人名單中選任之」（同法第216條之1規定，於監察人選舉準用之）。是以，董事、監察人之候選人提名制度，於公開發行公司，始有適用，非公開發行公司，自無適用候選人提名制度。至於非公開發行公司董事及監察人選舉一節，請參考公司法第27條、第192條、第198條及第216條等規定辦理。」

註6：經商字第09802090250號函：「章程載明始有候選人提名制度按公司法第192條之1第1項規定：「公開發行股票之公司董事選舉，採候選人提名制度者，應載明於章程，股東應就董事候選人名單中選任之。」準此，公開發行公司董事選舉，如擬採候選人提名制度者，應在章程中載明。如未於章程中載明者，即無候選人提名制度之適用。」

註7：至若擬於同次股東會中，先修正章程刪除候選人提名制度，再依新修正章程選任董監事，處理方式

之方式為之<sup>8</sup>。

在股東提出候選人名單方面，依據本條第3項之規定，為避免浮濫提名，而將提名權設計為少數股東權，且係專屬股東之權利<sup>9</sup>。亦即，限於持有已發行股份總數百分之一以上股份之股東始取得提名權，此一股份總數得合併數股東之持股加以計算<sup>10</sup>，且依據經濟

部之見解，計算上不以具有表決權之股份數為限<sup>11</sup>。在程序上，股東應以書面將名單提出，且名單中之入選數不得逾董監事應選取人數。

關於名單之審查流程，本條第5項要求除有第1至第4款之例外情形，均應將候選人列入名單<sup>12</sup>，立法理由中更明文強調僅得為形式

請詳經濟部96、4、13經商字第09602037820號函：「公開發行公司不擬採董事候選制度之處理方式公開發行公司原採董事候選人提名制，並載明於章程，如擬於同次股東會，先修正章程（刪除規範董事候選人提名之條文），再依新修章程選任董事時，鑒於修章議案是否通過，尚不確定，故仍應依原章程及公司法第192條之1踐行公告受理董事提名程序。惟如修章之議案，經決議通過者，依本部68年5月18日商字第14766號函釋：「新章程一經股東會通過後，應即時發生效力」，是以，應依新章程選任董事，不受原公告受理提名而產生之董事候選人名單之拘束；如修章之議案，未獲決議通過者，則依原章程辦理，即由股東就原公告受理提名而產生之董事候選人名單中選任之。此外，亦可召開兩次股東會，分別進行修章及選任事宜，即第一次股東會先進行修章（刪除規範董事候選人提名之條文），經決議通過後，再召開第二次股東會選任董事，則可免除公告受理董事提名程序，併為敘明。所詢請依上開規定辦理。」

註8：經商字第09402115470號函：「按公司法第192條之1規定：「公開發行股票之公司董事選舉，採候選人提名度者，應載明於章程…」。準此，公司如採董事選舉提名制度，即應於章程中明確載明，尚不可選擇採用，即不得如來函載明為：「本公司董事選舉，『得』採候選人提名制度…」。同法第216條之1有關監察人選舉提名制度，亦同此意旨辦理。」

註9：此係專屬於股東之權利，公開徵求人並無董監事提名權。詳請參經商字第10200616510號函：「公開徵求人無董事提名權一、按金融監督管理委員會102年6月21日金管證交字第1020023845號函略以：「委託書制度係為便利不能親自出席股東會之股東，委託他人代理出席而設；所謂徵求委託書，依公開發行公司出席股東會使用委託書規則（以下稱委託書規則）第3條規定，係指以公告、廣告、牌示、廣播、電傳視訊、信函、電話、發表會、說明會、拜訪、詢問等方式取得委託書藉以出席股東會之行為。另依委託書規則第5條、第6條規定，持有公司一定股數之股東，及信託事業或服務代理機構皆可為徵求人。徵求委託書目的係代理股東出席股東會，與董事候選人提名制度係屬二事。」。二、又依公司法第192條之1規定，具有董事候選人提名權者，為董事會及持有已發行股份總數百分之一以上股份之股東。係鑒於董事會為公司業務執行機關，股東為出資者，故賦予提名權。公開徵求人僅為召開股東會時代理股東行使表決權之人，與出資之股東，尚屬有間，自無法賦予董事候選人提名權。」

註10：經濟部97、5、15經商字第09702060280號函：「提案或提名董事之股東如何計算持股數公司法第172條之1及第192條之1規定所稱「持有已發行股份總數百分之一以上股份之股東」，不以單一股東為限，如數股東持有股份總數之和達百分之一以上者，亦包括在內。」

註11：經商字第09502402920號函：「提案權或提名權，不扣除無表決權股份數公司法第172條之1第1項及第192條之1第3項規定：「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…」，於計算「已發行股份總數百分之一」時，因屬提案權或提名權，不涉及股東會之議決，故無需扣除公司法第179條第2項各款無表決權之股份數。」

註12：經濟部函令亦同此見解，詳請參經商字第10302406060號函：「股東提名董事候選人之審查權專屬於董事會（或其他股東會召集權人），除有公司法第192條之1第5項得不列為董事候選人名單情

審查。名單查權人則包含董事會或其他有召集權之人（例如召開臨時股東會之少數股東）<sup>13</sup>，審查權為專屬董事會或有召集權人之權利，不得授權個別董事為之<sup>14</sup>。在審查之正當法律程序方面，依據本條第7項，未列入實際候選名單者，公司應敘明未列入之理由；此外依同條第6項，審查被提名人之作業過程應作成紀錄，且應至少保存一年，若進入訴訟程序則應保存至訴訟終結。此等規定係為釐清董監事選舉爭議，供當事人及法院判斷列入或不列入名單是否合法。

## 二、董監事提名制度於實務之運作與現行法之缺失

承前所述，立法者出於保障股東權益及促進股東行動主義等理念而將董監事提名制度明文化，立意雖為良善。惟其要件規範或有不明確之處、或有相應效果不足之處，在設計上有欠完備，造成實務解釋上及運作上發生障礙，試分析如下所述。

### （一）「其他相關證明文件」之解釋

按公司法第192條之1第4項之規定，「提名股東應檢附被提名人姓名、學歷、經歷、當

事外，其餘符合該項規定之提名議案，董事會均應列入董事候選名單。一、按公司法第192條之1立法旨趣係鑒於上市、上櫃等公開發行公司之股東人數眾多，為健全公司發展並保障股東權益，推動公司治理，宜建立董事候選人提名制度，俾供股東就董事候選人名單進行選任，以強化股東參與公司營運事宜，先為敘明。二、復按公司法第192條之1第5項規定：「董事會或其他召集權人召集股東會者，對董事被提名人應予審查，除有左列情事之一者外，應將其列入董事候選人名單：一、提名股東於公告受理期間外提出。二、提名股東於公司依第165條第2項或第3項停止股票過戶時，持股未達百分之一。三、提名人數超過董事應選名額。四、未檢附第4項規定之相關證明文件」；同條第7項規定：「公司應於股東常會開會40日前或股東臨時會開會25日前，將董事候選人名單及其學歷、經歷、持有股份數額與所代表之政府、法人名稱及其他相關資料公告，並將審查結果通知提名股東，對於提名人選未列入董事候選人名單者，並應敘明未列入之理由」。是以，股東提名董事候選人之審查權專屬於董事會（或其他股東會召集權人），除有公司法第192條之1第5項得不列為董事候選人名單情事外，其餘符合該項規定之提名議案，董事會均應列入董事候選名單。至於董事會對提名人選未列入董事候選人名單者，應依公司法第192條之1第7項規定所定期限告知提名股東。三、又依公司法第192條之1第6項規定：「審查董事被提名人之作業過程應作成紀錄，其保存期限至少為1年。但經股東對董事選舉提起訴訟者，應保存至訴訟終結為止」。準此，具體個案，公開發行公司採行董事候選人提名制度時如不當排除小股東合法提出董事候選人名單，事涉私權爭執，宜由司法機關認定處理。」

註13：經商字第10002419710號函：「少數股東依法召集股東會，並將進行董事改選，公司董事選舉採候選人提名制度者則該候選人名單自當由有權召集之少數股東審查。按公司法第192條之1第5項規定：「董事會或其他召集權人召集股東會者，對董事被提名人應予審…」，是以，少數股東經主管機關許可依公司法第173條規定自行召集股東臨時會改選董事，則對董事候選人資格自有權責予以審查，不涉及董事會審查之問題。基此，少數股東經主管機關許可自行召集股東臨時會改選董事時，持有已發行股份總數百分之以上股份之股東，如依公司法第192條之1第3項規定以書面向公司提出董事候選人名單，則該候選人名單自當由有權召集之少數股東審查董事被提名人資格；且有權召集之少數股東可自行提名董事候選人名單並進行審查，並無須向公司提出說明。」

註14：經商字第09402204660號函節錄「…三、公司法第192條之1第5項規定：「董事會或其他召集權人召集股東會者，對董事被提名人應予審查…」如係董事會召集股東會者，對董事被提名人之審查權，因法條明定董事會，自專屬於董事會，尚不得授權常務董事會為之。」

選後願任董事之承諾書、無第三十條規定情事之聲明書及其他相關證明文件；被提名人為法人股東或其代表人者，並應檢附該法人股東登記基本資料及持有之股份數額證明文件」。若股東行使提名權卻未依本條規範提出齊備文件，依據同條第5項，股東提出之名單將不列入表決候選名單之中。因此，文件之齊備係行使提名權之前提要件，此一要件如何解釋，對股東權益而言至關重要，自不待言。

本公司法第192條之1第4項所稱「其他相關證明文件」屬於不確定法律概念，法條文字中亦未明示具體明確之文件內容，因而造成實務解釋上諸多疑義<sup>15</sup>。就文義而言，所謂「其他相關證明文件」之範圍可大可小，若解釋範圍過大，公司派之董事會得即以該條規範要求有意透過董監事選任案角逐經營權之市場派股東提出包山包海之審查文件，並於文件不齊備之時，透過形式審查即剔除市場派股東提出之人選。這樣結果，無異容忍

公司派之董事會將本條規定作為對付市場派股東，及保護現有經營權合法且有利之武器，顯非立法者原意。

以民國101年中石化董事選舉案為例，誠如學者所述，此案例充分展現「實務運作一直在挑戰公司治理的底限」。在該案件中，公司派之董事會即係於提名截止日前變更提名辦法，要求提名股東檢附更多法未明文之文件，藉此阻礙市場派提名<sup>16</sup>。

鑑於此情況，行政實務方面，遂一再作成函釋試圖限縮提名資格之形式要件。總結函令解釋可知，其一，本條第2項規定受理董監選舉公告事項中，其中之「其他必要事項」，「內容應具體、明確並以正面表列方式為之」，且此處之「必要事項」不可作浮濫或概括解釋，必須以法令明文之資格條件及證明文件為解釋依歸（例如公司法第192條之1第4項、第5項第1至4款所定不予列入董事候選人名單之事項、公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第2條及第3條規

註15：同樣地，即便是相關行政命令亦有同樣問題。按《公開發行公司獨立董事設置辦法》第5條第1項，「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。」惟獨立董事設置辦法第5條第1項並未明確規定資料之範圍，例如「經歷」應提供幾年以內之經歷證明；「財產資料」之詳細程度為何等。請參見曾宛如、黃銘傑，前揭註2，頁112。

註16：石化公告自民國101年5月4日至5月14日受理股東提名之獨立董事候選人，力鵬集團（在該案件中為力麗公司）則提名二兩獨立董事候選人。然於獨立董事提名期限屆滿前一日（5月13）日晚間9點許，中石化於公開資訊觀測站公告，另訂獨立董事候選人應備文件表，其中包括被提名人近五年完整之經歷證明文件、最近一個月內警察局刑事記錄證明、最近一個月內之個人信用報告、過去兩年之個人所得證明及財產資料及最近一個月內之關係人公司基本資料等複雜文件。力鵬集團在不及準備下，同年5月17日中石化致函力麗公司，表明該公司所提名之獨立董事候選人即因未檢附被提名人學經歷及相關證明文件，審核結果不列入候選人名單。該案例之詳盡評析及說明，請詳曾宛如、黃銘傑，前揭註2，頁111及112。

註17：詳請參照經商字第10402404650號函：「公司法第192條之1第2項所稱「其他必要事項」，其內容應具體、明確並以正面表列方式為之。換言之，公司於股東會召開前之停止股票過戶日前，公告

定)，函令中更明文指出「不得要求提名股東檢附公告事項以外之文件」<sup>17</sup>。其二，本條第4項之「相關證明文件」應採限縮解釋，亦即所謂證明文件，應以證明本項前段所例示「姓名、學歷、經歷、當選後願任董事之承諾書、無第30條規定情事之聲明書、被提名人為法人股東或其代表人者應檢附該法人股東登記基本資料及持有之股份數額」之文件為限，且公司不得任意增加其他資格條件之證明文件<sup>18</sup>。

至於在法人股東參選董事或法人股東指派代表人參選董事之情形，針對法人股東及代表人應提出之文件，經濟部亦作成函令加以闡釋<sup>19</sup>。總結經濟部之見解可知，其認為在法人股東依公司法第27條第1項當選董監事之情形，僅需檢附該「法人」當選後願任董事或監察人之承諾書及無第30條規定情事之聲明書即可；至於在法人股東依公司法第27條第2項提名代表人參選董監事之情形，除「代表人」應出具當選後願任董事或監察人之承諾書及

受理董事候選人提名作業，其公告內容，除公司受理董事候選人提名之期間、董事應選名額及受理處所外，「其他必要事項」應以公司法第192條之1第4項所明定之證明文件、法令所明定要求之資格條件（如公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第2條及第3條規定等）有關之證明文件，以及同條第5項第1至4款所定不予列入董事候選人名單之事項為限，且不得要求提名股東檢附公告事項以外之文件。」

註18：詳請參照金融監督管理委員會證券期貨局103年3月20日證期（發）字第1030006078號函：「為使具提名權之股東均有公平提名機會，並落實董事候選人提名制度，針對公司法第192條之1第4項『其他相關證明文件』之規定，宜採限縮解釋：應指與公司法第192條之1第4項所明定之被提名人姓名、學歷、經歷、當選後願任董事之承諾書、無第30條規定情事之聲明書、被提名人為法人股東或其代表人者應檢附該法人股東登記基本資料及持有之股份數額證明文件，以及法令所明定要求之資格條件（如公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第2條及第3條規定等）等有關之證明文件，而非由公司任意增加其他資格條件之證明文件。」經濟部經商字第10302023700號亦同此見解。

註19：詳請參照經商字第10602034790號函：「公開發行公司股東依第27條規定提名法人或法人代表人為董事或監察人候選人之應檢附文件疑義說明。公開發行股票公司股東依公司法第192條之1所提名之董事或監察人候選人並不限於自然人，被提名為董事或監察人候選人者，亦得為法人股東，合先敘明。又同條文第4項之「當選後願任董事或監察人之承諾書」及「無第30條規定情事之聲明書」書件涉及同法第27條者，所詢疑義說明如下：（一）被提名為董事或監察人候選人屬第27條第1項之情形：由於法人為候選人，因而法人在當選前，並無指定代表行使職務之自然人之必要。是以，於提名董事候選人屬第27條第1項之情形時，提名股東僅檢附該「法人」當選後願任董事或監察人之承諾書及無第30條規定情事之聲明書即可。又法人當選為董事或監察人者，其所指定代表行使職務之自然人非屬登記事項。惟法人董事或法人監察人及所指定代表行使職務之自然人均不得有同法第30條規定之情事，併此說明（94年6月6日經商字第09400090780號函參照）。（二）被提名為董事或監察人候選人屬第27條第2項之情形：提名股東自應檢附被提名之「法人代表人」當選後願任董事或監察人之承諾書及無第30條規定情事之聲明書。復以在辦理公司變更登記實務上，若係依據第27條第2項當選為董事或監察人者，則檢附代表人之願任同意書及法人指派代表人之證明文件即可。是以，於提名董事或監察人候選人屬第27條第2項之情形時，提名股東應檢附該「法人」無第30條規定情事之聲明書及該「法人」指派被提名之「法人代表人」之證明文件。」

無第30條規定情事之聲明書以外，尚須由「法人股東」出具無第30條規定情事之聲明書，以及法人同意指派代表人之證明文件。

前述經濟部函釋之結論，似無法直觀地從公司法第192條之1及同法第27條之文義理解得出。在公司法第27條第1項之情形，係由法人本身選任董監事，故僅須由該法人出具願任承諾書及無第30條規定情事之聲明書，在文義和法理上並無重大問題。然而，在同條第2項之情形，代表人雖係由法人股東指派，惟實際參選者應係「該代表人」而非提名之法人股東，故要求由非董監事參選者之法人股東出具無第30條規定情事之聲明書，在體例及文義解釋上似有所不一貫。

其實，經濟部函令之見解亦非無跡可循，其解讀也未必前後有所矛盾。以經濟部一貫之立場來說，無論是依公司法第27條第1項<sup>20</sup>或第2項當選董監事，不分實際當選者為代表人或法人本身，均必須無同法第30條之事由，選任始屬適法。至於法人股東自行參選之情形，考量法人股東通常不會、也不必要於參選時即指派代表人，當選後始有指派自然人代表人行使職務之必要，因而不要求法人股東於參選時即提出由「代表人」出具之無第30條規定情事聲明書。反之，在法人股東指派代表人參選之情形，參選時法人股東

當然存在，並無所謂無法提出聲明書之客觀情形，故在此一見解下，法人股東於提名時即應提出自身之無第30條規定情事聲明書。

前述經濟部之見解固非無見解，然而就正當法律程序之角度而言，既然此一見解未形塑於公司法第192條之1之文義中，即難以於事前預見，而難免對有意提名之市場派股東造成突襲，在程序公平性上不無疑慮。此外，從直至本文完成之前一年度，經濟部針對於提名制度發布之最新函令，仍係在界定本條第4項「相關證明文件」範圍，可見本項規定於修法明確釐清要件前，爭議似難以平息。

#### （二）董事會提名候選人應檢附文件之探討

依據公司法第192條之1第3項之規定，有權提名候選人者，包含持有一定股份之股東，已如前所述；而董事會亦屬有權提名人。就法條文義而言，現行法僅言無論是董事會之提名人數抑或股東提名人數均不得超過董事應選名額，惟提名之其他程序規定是否於董事會提名時亦應適用，容有疑義。

或有學者見解認為，於董事會提名時，無須受同條第4項須檢附相關文件之限制，此乃因董事會自為審查權限機關與公告義務機關，自無必要於提名董事候選人時，向自己檢附本項所定資料<sup>21</sup>。惟董事會提名候選人

註20：詳請參見經商字第09400090780號函意旨節錄：「按公司法第8條規定，本法所稱公司負責人，在股份有限公司為董事。另依同法第27條第1項之規定，政府或法人為股東時，得當選為董事，但須指定自然人代表行使職務；復經同法第208條第1、2項之規定程序，法人董事得被選任為董事長，擔任公司之對外代表人。是以，公司法對於公司之負責人並不僅限於自然人，法人亦得為公司之負責人，惟於執行職務時，應指定自然人代表行使職務。至於公司之董事係屬登記事項，自以法人董事為登記之，而其代表人尚非屬登記事項，但均不得有同法第30條之規定情事。」

註21：林國全，〈二〇〇五年公司法修正條文解析（下）〉，《月旦法學雜誌》，第125期，2005年，頁269。

是否當然不適用該項之規定，亦有不同見解對此有所質疑。

傾向採取肯定說之見解認為，董事會雖為審查權限與公告義務機關，但此權限與義務並不當然可導出其所提名人選即無須檢附相關資料，否則依同條第7項，公司應於股東會召開一定日期前公告的候選人資料與審查結果難道亦無董事會提名人選的適用？董事會作為經營公司的專業階層，固然較一般股東擁有更好的能力尋找適格的候選人，但此種主觀期待仍不能過度依賴。為使審查記錄具實質意義及提名作業資訊公開，應建立客觀的制度，要求董事會提名時亦應一併檢附相關文件，並且此要求也能使股東在依同條第6項對董事選舉提出訴訟時，能有相關作業紀錄提供法院進行判斷<sup>22</sup>。此外，從認為即便無股東提名候選人，仍應就審查作業過程作成紀錄之觀點來看，經濟部似乎也傾向認為董事會提名時應檢附該項之文件<sup>23</sup>。

本文以為，從程序正當性及資訊公開透明之觀點，在此一問題上應採肯定說為宜。亦即，縱使仍係由董事會內部對資格要件加以審查，董事會提名時亦應與股東提名時檢附

相同之文件，且此等文件、審查紀錄均應依同條第6項保存一年。因同條第4項之應提出之必要文件範圍尚難釐清，且實務上經常發生董事會公告或審查時，不合理地要求股東提出諸多文件之爭議<sup>24</sup>。若相關爭議已進入訴訟程序，至少得由法院審酌，相同之文件資格要求，是否亦落實於董事會提名之人選，藉以判斷審查提名程序是否公平公正。現行第6項之規定僅要求作成紀錄並保存，為求程序透明公正及資訊公開，或應要求董事會於審查完畢時，將作業過程中至少必備文件之部分予以公開，至於文件內容中非涉公益或公司利益之個人資訊則予以隱藏。

### （三）通知提名股東修改或補正文件義務之探討

若提名股東未檢附公司法第192條之1第4項之必備文件，公司方面有無義務通知股東補正？此一問題公司法並未明文，學說實務上或容有不同見解。

金管會曾針對於提名獨立董事之情形作出函釋，行政實務方面似傾向採取肯定見解。該函令即係針對中石化案件中，要求就獨立董事候選人提名及審查程序予以適法處理，

註22：曾宛如、黃銘傑，前揭註2，頁104。

註23：詳經商字第09602029250號函：「又公司公告受理董事候選人提名相關事項，於提名期間屆滿後，如無股東提名董事候選人，而董事會業於受理期間內決議通過自行提名人選者，於受理期間屆滿後，仍應再召開董事會就審查作業過程作成紀錄（應於董事會紀錄載明無股東提名之事實；至前經董事會審查通過之董事被提名人名單，可毋庸再次審查，惟應於董事會紀錄載明經何時何次之董事會審查通過），並原則上至少保存1年。」

註24：前述之中石化董監事選舉案即為其一。民國106年間，因提名文件引發爭議之大同公司董監事選舉案亦屬其一；本文撰寫時該案件亦尚在訴訟進行中，市場派提名者檢附之文件是否完備、公司派有無要求股東提出法未明文之文件，均係該案件之重要爭點。詳請參見蘋果日報電子報，民國106年5月6日之報導，〈大同改選市場派提前出局〉，<https://tw.appledaily.com/finance/daily/20170506/37641212>。

包括給予提名人合理期間補正資料，並依補正資料審查獨立董事候選人資格後，若有增列其他候選人之情形，應再行公告獨立董事候選人名單<sup>25</sup>。

至於司法實務見解方面，亦曾有判決見解認為本項必要文件有所欠缺或未臻明瞭時，董事會應要求或通知原告提供資料補正、說明，以供查核；惟若董事會均未給予股東補正證明文件之機會，即逕行將其提名之人選剔除於股東會候選人名單，其程序及決議內容即有瑕疵<sup>26</sup>。惟此尚非穩定之實務見解，僅就文義解釋而言可以預見的是，既然公司法

並未明文，似即無法課予董事會給予股東補正之義務。該地院判決之上級審判決，即改採董事會依法並無通知補正義務之見解<sup>27</sup>。

就法理上而言，公司法第172條之1關於少數股東股東會提案權之規定，與公司法第192條之1候選人提名制度在立法目的上相似，均有促進股東行動主義之功能。或有見解認為，若股東依公司法第172條之1行使提案權，若是不符合提案權之形式要件，制度設計上是否應適度放寬或給予股東補正機會，以符合股東提案權制度鼓勵股東積極參與公司運作之立法意旨，似容有考量空間<sup>28</sup>。亦有見

註25：洪瑞燦，《實用商法》，2015年，台北：五南，頁183及184。

註26：臺灣臺北地方法院105年度訴字第3214號民事判決節錄：「況被告上開公告之其他事項欄已載明「必要時，被告得要求提供相關證明文件以供查驗」等事項，則系爭董事會若認為原告所提人選之相關資料有未臻明瞭之處，自可要求或通知原告提供資料補正、說明，以供查核，惟其均未給予原告補正證明文件之機會，即遽在系爭董事會以自行設定應提出資料之格式標準，為剔除前開提名之獨立董事候選人參選之原因，其程序及決議內容即有瑕疵。」

註27：臺灣高等法院106年度上字第254號民事判決節錄：「是採取董事候選人提名制度之公開發行公司，持有已發行股份總數1%以上股份之股東，得於公司受理期間，以書面檢附被提名人姓名、學歷、經歷、當選後願任董事之承諾書、無公司法第30條規定情事之聲明書及其他相關證明文件，向公司提出董事候選人名單，公司董事會就提名股東及董事候選人之資格、要件加以審查，如提名股東未檢附第4項規定之證明文件，公司無待踐行通知補正之程序，經董事會審查無誤後，即得不將該被提名人列入董事候選人名單。…如被上訴人未檢附被提名人之學歷、經歷證明文件，或所檢附之證明文件不足以證明被提名人符合獨立董事設置辦法第2條第1項規定應具備之專業資格及工作經驗者，董事會自得不得將該被提名人列入董事候選人名單，無庸先通知提名股東補正。被上訴人另主張上訴人未通知伊補正證明文件，即逕予排除伊所提名之獨立董事被提名人為候選人，為違背法令等語，然公司法、證券交易法及相關法令就股東提名獨立董事候選人應檢附之文書或證明文件有欠缺者，並未規定應先通知提名股東補正，系爭公告「新增檢附資料受理時間」欄記載：「本公司若於受理期間內有重新公告新增檢附證明資料之情事，請於通知提名股東後7日內將資料送達」（見原審卷第37頁），係指如上訴人有重新公告增加提名獨立董事應檢附之證明資料，將通知提名股東於7日內提出，並非謂對於既定證明文件之欠缺應先定期通知補正；系爭公告「其他」欄記載：「必要時，上訴人得要求提供相關證明文件正本，俾供查驗被提名人之相關證明文件真偽」，僅在表明上訴人就提名股東提出之被提名人證明文件副本或影本，得要求提供正本供其查驗，非謂上訴人對於證明文件之欠缺負有通知補正之義務。至上訴人之職員縱曾通知被上訴人補提證明文件，上訴人亦不因此負有通知被上訴人補正被提名人經歷證明文件之義務。是被上訴人以此主張甲、乙決議違背法令，亦屬無據。」

註28：杜怡靜，〈從日本之提案權制度反思我國股東提案權以及臨時動議提出權〉，《中原財經法學》，第33期，2014年，頁49。

解認為，比較我國與美國法或日本法提案股東資格限制的規定，我國提案制度之門檻相較之下高出許多，惟美國法與日本法尚設有提案股東補正的機制，可見補正機制對董事會的負擔應該是可以克服的問題，故認為我國應修法使股東就提案字數有補正機會<sup>29</sup>。

承前所述，不論是股東提案權制度，抑或是董監事候選人提名制度，均肩負促進股東行動主義之任務。我國法雖係將股東提案權與候選人提名分別規範，兩者看似不直接相關；惟在外國立法例上，股東若欲提名董事，係以股東提案之方式為之，而非另立一條文特別賦予股東董事候選人提名權<sup>30</sup>。由此可見，股東提案權制度與董監事候選人提名制度息息相關。

在公司法第172條之1股東提案權制度存否之良窳，以及我國法究應採取股東優位主義或是董事會優位主義尚有爭論之情況下，尚有見解主張於提案形式要件欠缺時，應在制度上要求董事會負有通知補正之義務。相較提案權內容乃針對單一議題，股東提名董監事使股東得以直接或間接影響公司經營方

向，更係股東行動主義積極的展現。此外，公司法第172條之1第4項僅言在程序要件不符時「得不列入議案」，而公司法第192條之1第5項則是直言除有各款事由，「應將其列入董事候選人名單」，相較之下後者之效力更明確、規範強度更高。不論從制度面或法理而言，股東之提名權應受更高度之保障。

是故，為健全公司發展、鼓勵股東參與公司事務，似乎有必要更積極地保障股東的董監事提名權，基於舉重以明輕之法理，在提名制度方面，本文以為更應課予董事會通知補正之義務，使股東不至因為些微之程序瑕疵而喪失權益。此外從比例原則觀點而言，通知補正義務對董事會產生之成本相對較低且並未重大侵害公司權益，惟若股東握有眾多持股，卻因繁瑣之文件要求而喪失提名權，相較之下侵害則極大！承前述說明可知，在公司法第192條之1第4項「其他相關證明文件」之範圍及解釋不明確而多有爭議，且實務運作時常發生董事會不當追加不必要之繁複文件、對股東造成程序上突襲之情況，本文以為似更應課予董事會通知補正義務。

註29：以美國為例，1934年證券交易法（the Securities Exchange Act of 1934）授權證管會所頒行之規則14a-8（Rule 14a-8）規定（17 CFR §240.14a-8（f）.）：議案及相關說明（supporting statement）合計不得超過五百字，且以提出一案為限。關於字數問題，規則14a-8更進一步規定，公司在收到股東提案的14日內，對於提案的數量或字數不符合規定之股東，必須給予補正的機會。提案股東必須在收到公司補正通知的14日內完成補正，否則公司得將該提案排除於股東會委託書中。以日本為例，2005年以前，日本舊商法施行規則規定，提案之說明必須限於400字以內。2005年後日本公司法油商法中獨立出來，重新制定「会社法」。其中一同增訂的会社法施行規則108將提案字數的限制刪除，並改以「適切」作為標準。對於提案理由不適切的情形，公司並不具有排除議案之權利，而必須從整個股東提案中擷取認為適當的「概要」，代替原股東的提案資料。若公司章程有提案字數的限制，違反該限制的提案，公司仍不得逕予以排除，而必須自行作成概要代替原提案說明。詳請參見魯忠軒，《論公開發行公司股東提案制度》，國立高雄大學財經法律學系研究所碩士論文，2016年，頁66及67。

註30：曾宛如、黃銘傑，前揭註2，頁224。

### 三、民國106年12月版本之修法草案評析

自董監事提名制度施行以來，實務上爭議未曾停止。經濟部於民國106年12月發布公司法之修正草案對照表及總說明，其中即針對公司法第192條之1之規定加以修正<sup>31</sup>。茲就本條修正歸納為以下幾點：

#### (一) 擴大候選人提名制度適用範圍

依據現行法及經濟部函令之見解，非公開發行公司無從適用候選人提名制度，故縱非公開發行公司，於章程中載明適用候選人提名制度亦不生效力。本次草案將「公開發行公司」之文字移置但書之中，使得所有股份有限公司均得依本條適用候選人提名制度。此外，本次新增之但書使得主管機關得命一定規模之公司強制採行候選人提名制度。從提名制度促進股東積極行動主義之立場，本次修正擴大得採取或強制適用之規範有助於達成制度目的，應有益健全公司治理。

#### (二) 簡化提名作業程序並新增處罰規範

現行條文第4項中，有諸多要求股東於提名時應檢附之文件，且承前所述，因相關證明文件範圍並不明確而在實務上衍生諸多爭議。是故，簡化提名程序及相關文件之要求，係本次草案修正之一大重點。現行條文中，要求提出之「當選後願任董事之承諾書、無第三十條規定情事之聲明書及其他相關證明文件；被提名人為法人股東或其代表人者，並應檢附該法人股東登記基本資料及

持有之股份數額證明文件」，俱於草案中遭刪除。

因實務上董事會濫用審查權所生紛爭屢見不鮮，草案將應提出之文件明確限於被提名人姓名及學經歷資料，自始消除董事會操作審查權之空間，修法方向值得肯定。惟未來實務上，董事會是否將在學經歷證明文件上大做文章，再藉此刁難股東提名，則無從得知，故重點應在於如何透過公權力貫徹本條意旨。惟在現行法中並未針對董事會違法應列而未列入提名人選之情形加以處罰。

從而，草案中新增違反第五項應列入名單而未列入時之罰鍰規定，並為強化監管，於公開發行公司違反本條規定時，由證券主管機關加重處罰。惟本次修正草案，尚未如學者所建議的加入民事損害賠償責任之規定<sup>32</sup>，本次修正能否確實達到事前制約董事會之效果，尚有待觀察。

#### (三) 刪除保存審查紀錄及公告未列入名單理由之規定

草案將原條文第6項中，關於董事會審查被提名人時作業過程紀錄應至少保存一年之規定。其理由為：已刪除董事會或其他召集權人對被提名人予以審查之規定，爰刪除現行第六項。同時，亦刪除原條文第7項句尾關於應敘明未列入之理由。修正理由說明則係：另配合第四項及第五項之修正，刪除現行公告持有股份數額等資料及有關審查董事被提名人之相關規定。顯見第6項之刪除及第7項

註31：詳請參見經濟部商業司全國商工行政服務入口網：

<http://gcis.nat.gov.tw/mainNew/subclassNAction.do?method=getFile&pk=848>（最後點閱日：2018年1月25日）

註32：曾宛如、黃銘傑，前揭註2，頁113。

刪除敘明理由，係基於相同之原因。

首應強調者，即便是尚未修正之現行法，亦未容許董事會對股東提名名單實質審查。不論是立法理由，亦或是經濟部函令解釋之走向，均可知公司法第192條之1僅授權董事會進行形式審查；此與前述經濟部函令一再強調所謂證明文件僅以法定文件為限，且董事會不得任意增加其他資格條件證明文件之旨相符。

然而允許形式審查，是否即代表董事會「不必再為審查」？似有疑問。按公司法第171條，股東會原則上由董事會召集（或如公司法第173條由少數股東召集，或第220條由監察人召集）；即便是依草案第192條之1之新規定，既然現行條文第2項未予修正，則公告受理、應選名額及其他必要之處理事項，原則上亦係由相應受理機關處理。同理，同條第3項持股數、書面形式與提名人數限制，以及第4項敘明義務等提名時形式上之程序要件，受理機關應判斷要件是否該當，故受理機關仍負有形式審查義務。既是如此，則刪除理由中說明「已刪除董事會或其他召集權人對被提名人予以審查之規定」而修正刪除現行條文第6項及第7項之規定是否妥適？說理是否充分？已有重大疑義。

就草案將公司法第192條之1第6項全數刪除而言，不必實質審查能否與不必保存審查過程紀錄有所掛勾？應有疑問。承前所述，紀錄保存係基於正當法律程序及資訊公開透明之要求，可發揮釐清董監事選舉爭議之爭議，使得董事會提名抑或是股東提名之人選，不論是列入或不列入名單之合法性均可受公評。從前述諸多案例可知，形式審查並

不表示受理機關無法操弄議事程序，故本文以為，草案中刪除現行條文第6項之規定形同開放公司恣意湮滅事證之門，並不妥當。就實務運作以及股東與受理機關間資訊重大落差之觀點而言，若事證已遭湮滅，再依民事訴訟法請求保全證據，亦無濟於事。

就草案刪除同條文第7項後段敘明理由之規定而言，修正理由似乎將「不必實質審查」與「不必說明不列入提名名單之理由」有所混淆。以前述中石化案或大同案為例，即便在適用形式審查之現行法下，公司對於名單審查尚非無上下其手之爭議空間。刪除不列入理由之說明義務，恐與放任審查權人恣意操弄審查程序無異，審查權人可不附理由而將非屬意之人選剔除，將增加提名股東追究違法未列入名單責任之難度；既然究責不易，亦可能因此增加審查權人甘冒風險違法不列入議案之情事。是故，本文以為，草案中刪除現行條文後段敘明理由之義務，理由並不充分，且將妨礙股東合法行使正當權益。

本次草案所刪除之現行公司法第192條之1第6項保存審查記錄及第7項後段敘明理由義務之規定，均屬董監事提名制度中正當法律程序之一環，已如前述。現行第7項後段敘明理由義務之規定，係從事前驗證審查權人是否進行公正公平之形式審查，特別是不列入之情形已屬重大剝奪股東之提名權，自應搭配一定程度之說明義務，並使審查程序可受公眾、司法公評。至於現行第6項之規定，則涉及事後證據資料之保存。從訴訟上舉證責任分配、武器平等原則以及證據資料取得之容易性及適格性而言，審查機關很可能在個

案中與股東間存在強烈之對立性，且有嚴重之資訊不對等。以公司董事會召集股東會改選董監事為例，董事會掌握總共有多少股東提名多少人選、提出多少文件、文件是否確實符合形式要件，以及究竟哪些被提名者符合要件等資訊，但凡與提名相關之事務，董事會最為清楚，也最容易取得及保存該等資料，從民事訴訟法上舉證責任危險負擔及證明妨礙之法理，有必要於公司法中特別規定審查權人之證據資料保存及提出義務，以彰顯本法對於公司董監事選舉之公平性及程序正當性之重視。

在現行法下，針對違反提名制度之事，可於事前利用假處分制度，或事後向法院訴請撤銷該次股東會決議之方式為救濟，惟前揭途徑曾遭學說見解批評，對於提名股東而言仍屬緩不濟急<sup>33</sup>。若是刪除保存審查紀錄及公告未列入名單理由之規定，或可預見將使得提名股東在救濟上更為困難。總結而言，本次草案刪除保存審查紀錄及公告未列入名單理由之規定，或有說理不充分，或有適用上將妨礙股東權益行使、有礙促進股東行動主義，亦有礙公司治理之發展。故本文以為冒然刪除，多有未盡妥當之處。

#### 四、小結

股東之董監事提名權制度，肩負鼓勵股東行動主義、達成促進公司治理之目標。惟施行十餘年來，實務上屢屢發生要件適用上之爭議，且在實務上，提名審查機關經常飽受濫用審查權操弄議事程序之批判。要件適用

不明確，保留諸多解釋空間，係此一制度之問題。此外，其餘關於董事會提名候選人應否檢附文件、董事會有無通知提名股東修改或補正文件之義務，此等涉及確保董監事選舉公平性、正當法律程序之建制，現行法均付之闕如。故本文以為，似有必要於修正草案中一併釐清上述問題；就保障股東權益、程序透明公正及資訊公開之觀點而言，本文贊成簡化提名程序應之證明文件，並將董事會檢附文件及通知提名股東修改或補正文件之義務明文化。

至於本次修法草案，雖亦係基於簡化提名程序之目標而對公司法第192條之1加以修正，加重審查權人違法時之處罰規定，並擴大候選人提名制度適用範圍。從促進股東積極行動主義之立場，本次草案有助於健全公司治理，方向上相當值得肯定。惟本次修正草案，尚未如學者所建議的加入民事損害賠償責任之規定，能否確實達到事前制約董事會之效果則尚待觀察。

此外，本次草案刪除保存審查紀錄及公告未列入名單理由之規定，僅單純以「未再賦予董事會或其他召集權人審查權」而概略帶過，說理未盡充分。此兩者規定係維繫董監事提名制度之公平性、公正性及資訊公開性之正當法律程序重要一環，貿然刪除將造成合法提名名單遭違法剔除時，在訴訟救濟上以及審查權人違法之究責更為困難，實有礙股東合法行使正當權益。不論係從民事訴訟法觀點，抑或是從公司治理觀點思考程序公平性之問題，將審查權人保存紀錄及公告未

註33：曾宛如、黃銘傑，前揭註2，頁113。

列入理由之義務刪除，均有欠妥適。故本文以為，就董監事選舉制度公平性、促進股東行動主義，以及健全公司治理之法理而言，現行公司法第192條之1第6項，以及第7項關於「應敘明未列入之理由」之規定俱應予以保留為妥。

## 貳、股王條款——公司法第228條之1

依現行公司法第228條規定，關於盈餘分派或彌補虧損之議案，應於營業年度終了後由董事會提案經股東會決議。是以，除了閉鎖性股份有限公司外<sup>34</sup>，一般股份有限公司一年僅得作一次的盈餘分派<sup>35</sup>。論者有認為，台股不少高股息公司，例如大立光、台積電，成長動能強勁，每每派發股息，便能拉抬一波股價，而這些公司營運績效奇佳，若一年只能分派一次盈餘，欠缺彈性。為解決上述公司分派盈餘欠缺彈性問題，經濟部本次草案增訂公司法第228條之1，使一般股份有限公司得作二次盈餘分派，本條也因此被稱為「股王條款」<sup>36</sup>。

### 一、草案基本內涵

#### (一) 公司得以章程訂明一年分派兩次盈餘

本條第1項規定：「公司章程得訂明盈餘分派或虧損撥補於每半會計年度終了後為之。」依本項規定，公司得一年為二次盈餘分派或虧損撥補，惟應於章程訂明之。本條立法理由說明指出：「依現行第三百五十六條之十規定，閉鎖性股份有限公司可一年為二次盈餘分派或虧損撥補。為應需要，擴大適用範圍至所有股份有限公司，讓所有股份有限公司均得一年為二次盈餘分派或虧損撥補。」<sup>37</sup>本條係參考現行公司法第356條之10規定，使所有股份有限公司都得藉由本項規定訂定較彈性之股利政策，將盈餘迅速分派予股東，促進資本市場活絡。而針對閉鎖性股份有限公司，草案亦以強化股東投資效益為由修訂第356條之10規定，再放寬每年得分派盈餘次數，使閉鎖性股份有限公司得依章程按季分派盈餘<sup>38</sup>。

#### (二) 公司期中分派盈餘，僅須經董事會決議

本條第2項：「公司前半會計年度盈餘分派或虧損撥補之議案，應連同營業報告書及財

註34：公司法第356條之10第1項：「公司章程得訂明盈餘分派或虧損撥補於每半會計年度終了後為之。」則現行閉鎖性股份有限公司一年得作二次之盈餘分派。

註35：經濟部80、10、14商225912號：「按公司法第二二八條規定股份有限公司關於盈餘分派或彌補虧損之議案，應於營業年度終了後由董事會提案經股東會決議，乃寓有僅准予就上年度盈餘為一次分派之意，即現行公司法尚不允許就上年度未分派盈餘為二次以上決議分派股息或紅利，目前實務上亦如此處理。」

註36：公司法「股王條款」掀論戰，經濟日報，2017年8月26日，取自 <https://udn.com/news/story/7238/26>

註37：公司法部分條文修正草案第228條之1說明，2017年12月21日

註38：草案公司法第356條之10第1項規定：「公司章程得訂明盈餘分派或虧損撥補於每半或每季會計年度終了後為之。」

務報表交監察人查核後，提董事會決議之。」依本項規定，公司於期中分派盈餘時，監察人查核相關財務報表及營業報告書後，僅需提董事會決議即可，無須依公司法第228條規定向股東會提出。立法理由說明更提及「本項既已明定提董事會決議，自不適用股東會相關規定，例如第一百八十四條、第二百零三條、第二百零四條等，併予敘明。」<sup>39</sup>是以，於公司期中分派盈餘時，係以董事會作為決策機關，毋須再經股東會決議，股東會對此亦無查核權。又本條第4項規定：「公司依第二項規定分派盈餘而以發行新股方式為之時，應依第二百零四條規定辦理；發放現金者，應經董事會決議。」則公司以發行新股方式於期中分派盈餘仍須經股東會特別決議行之，立法理由說明指出：「如以發行新股方式為之時，因涉及股權變動而影響股東權益較大，因此，該議案除應依第二項提董事會決議外，並應依第二百零四條規定辦理，即須經股東會特別決議」<sup>40</sup>是以，在發行新股之方式下，分派股息股利因涉及公司股權變動回歸公司法第240條之適用。

除此之外，依本條第3項規定，公司於期中分派盈餘時應先預估並保留應納稅捐、依法彌補虧損及提列法定盈餘公積，此部分與公司法第232條及第237條規定大致相同；依本

條第5項規定，公開發行於公司期中分派盈餘時，亦應依經會計師查核或核閱之財務報表為之。

## 二、修正條文評析

### （一）盈餘分派決策機關轉變與修法後可能面臨之問題

為充分授予公司彈性，本次草案條文規定將公司期中盈餘分派完全交由董事會決定，以發行新股方式分派盈餘始需再經過股東會決議；而公開發行公司期末分派現金盈餘時，依草案第240條第5項規定<sup>41</sup>，得以章程授權董事會決議即可，無須經過股東會決議，如此簡化程序使期末盈餘分配要無須等到隔年開完股東常會後才能發放，使期中與期末二次股息分配的時間不會相隔太近，使股價激勵效果不致打折扣。就草案條文觀之，修法方向係將盈餘分派決策機關由股東會轉為董事會，惟非公開發行公司於期中分派現金盈餘時，僅需董事會決議通過，然而於期末分派現金盈餘時，依現行公司法規定仍必須回歸股東會決議，似與修法方向不符。此部分應係考量非公開發行公司無上述股價激勵需求且其股東會召集不若公開發行公司繁瑣，故未就此加以規範。

依草案條文規定，公司於期中分派盈餘與

註39：同註37。

註40：同註37。

註41：草案公司法第240條第5項：「公開發行股票之公司，得以章程授權董事會以三分之二以上董事之出席，及出席董事過半數之決議，將應分派股息及紅利之全部或一部，以發放現金之方式為之，並報告股東會。」立法理由指出鑒於發行新股影響股東權益較大，程序上僅須報告股東會，似有不妥，爰刪除「發行新股或」之文字。是以，公司以發行新股分派盈餘必須依股東會決議且不能以章定比例或一定成數授權董事會決議；另亦簡化公開發行股票公司以現金發放股息及紅利之程序，毋庸於章程訂明定額或比率，以應企業需求。

公開發行公司於期末分派時，並未有如現行公司法第240條第5項規定以發行新股分派盈餘時，章程應訂明董事會得盈餘分派之定額或比例，則董事會得就盈餘一次發放。如此一來，假設公司保留大量盈餘作為日後公司投資需要、股票選擇權或因應未來可能之金融危機，然而公司卻遭有心人士入主董事會後，於上半年度即把所有盈餘及保留盈餘分配完畢，於如此情形下，應如何處理；又因董事會對於現金盈餘分派享有決策權，則大股東可能透過控制董事會進行舞弊行為，例如透過股利分派資訊引誘投資人買賣藉以操縱股價，這些都是將來草案通過後可能面臨之問題，應有相因應之配套措施。

除此之外，草案對於得期中分派盈餘之公開發行公司未設有任何限制，建議證券主管機關得考量對公開發行公司設置一定門檻，如該公司於過去長期穩定分派盈餘或過往未有公司治理不良之紀錄等，僅「績優公司」

得享有本條所賦予之盈餘分派彈性，以降低修法後可能對於證券市場之衝擊。

## （二）二次盈餘分派與融券強制回補問題

本次草案修法增加公司得盈餘分派次數係為強化股東投資效益，使公司得透過較為彈性之股利政策，盡快將盈餘分配與股東，對於投資股東而言，增加股利分發次數，確實可能提升散戶進場意願，促進資本市場活絡。然而在融資融券市場，依證券商辦理有價證券買賣融資融券業務操作辦法第76條規定<sup>42</sup>，於公司召開股東會、辦理除權息時，融券人應補回融券，而受融券強制回補影響，市場上屢屢上演「軋空」行情。而隨著本次修法盈餘分派次數增加，同時也將增加融券投資人強制回補壓力及「軋空」風險，影響融券市場並降低投資人的融券意願<sup>43</sup>。更有甚者，公司董事會亦可能透過盈餘分派與強制回補軋空行情進行操縱股價，不可不慎。是以，若本次草案修正通過後，主管機

註42：證券商辦理有價證券買賣融資融券業務操作辦法第76條：「得為融資融券之有價證券，自發行公司停止過戶前六個營業日起，停止融券賣出四日；已融券者，應於停止過戶第六個營業日（含）前，還券了結；已出借者，證券商應請求提前還券，並於最後過戶日（含）前取回。

委託人申請以現券償還融券，且券源為向同一證券商申請之有價證券借貸業務借券者，至遲應於停止過戶第七個營業日（含）前提出申請，證券商若無券源，得拒絕之。但發行公司因下列原因停止過戶者不在此限：一、召開臨時股東會。二、其原因不影響行使股東權者。

前項營業日為交易日，但發行公司停止過戶開始日訂於農曆春節前最後交易日後之第二個交割日（含）至農曆春節後第二個交易日（含）時，依下列規定辦理：

一、當停止過戶開始日訂於農曆春節前最後交易日後之第二個交割日時，則最後交易日後之第一個交割日列入營業日計算。

二、當停止過戶開始日訂於農曆春節假期或農曆春節後第一個交易日時，則最後交易日後之二個交割日皆列入營業日計算。

三、當停止過戶開始日訂於農曆春節後第一個交易日後之例假日與第二個交易日時，則最後交易日後之第一個交割日列入營業日計算。」

註43：即使在借券部分，現行「證券商辦理有價證券借貸管理辦法」雖無如同融券強制回補之規定，惟有價證券出借人可以選擇是否要參與除權，則公司得一年分派兩次盈餘，事實上對出借人仍增加不確定因素。

關對於證券商辦理有價證券買賣融資融券業務操作辦法等融券相關管理辦法，勢必作通盤檢討。

### 參、實質受益人及實質負責人之申報義務及相關立法評析

金融犯罪時常具有高度隱蔽性、手法複雜及多元性，造成不法行為於事前不易由金融監管機構制止，事後亦難以被國家偵查發覺之問題。若能立法課予與公司具一定程度關連性之人，負有向行政機關申報公司之實質受益人及實質負責人之義務（下稱「申報義務」），使行政機關在事前鎖定特定公司之特定人有犯罪或不法之情形，除了得以透過監管手段遏止，事發後也較易追究特定人之法律責任。是故，本文擬針對公司之實質受益人（beneficial owner<sup>44</sup>）及實質負責人（即現行公司法第8條第3項所指實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者）相關資訊申報義務之問題，探討將此一申報義務法制化之可行性。

#### 一、實質受益人及實質負責人之意義

關於公司股份之所有人與公司負責人，在經營與所有合一之公司，或許並無差異。然而，特別是在股權大、持股份散之股份有限公司，按公司法第8條第1項之規定，股份有限公司之負責人為董事；復按第192第1項之規定，公司之董事並不以具股東身份為限，此即學說實務所稱「經營與所有分離原則」。故在股份有限公司之情形，董事未必為股東，惟董事依法仍負有眾多公司法上之責任；而股東則未必得以直接掌控公司營運，惟在某些情況下仍可能負有特定之責任。是故，本文以為在本議題上，實質負責人與實質受益人有必要區分項目加以論述，合先敘明。

##### （一）實質受益人

關於實質受益人之內涵，學者認為，係指即使股份非以自己名義持有，舉凡該股份係以自己提供之資金購買、股權掌握在自己控制之下，享受或分攤股份之盈虧，並有權處分該股份及其價金<sup>45</sup>。

我國諸多金融證券法令對實質受益人多有規定。如證券交法第22條之2<sup>46</sup>及第25條<sup>47</sup>之

註44：此一英譯概念或可譯為「實質所有人」，惟為與經濟部106年12月之公司法修正草案用語一致，在此統稱為「實質受益人」。

註45：王志誠，〈金融控股公司負責人及大股東之監控〉，《法學新論》，第14期，2009年，頁3。

註46：證券交易法第22條之2：「已依本法發行股票公司之董事、監察人、經理人或持有公司股份超過股份總額百分之十之股東，其股票之轉讓，應依左列方式之一為之：一、經主管機關核准或自申報主管機關生效日後，向非特定人為之。二、依主管機關所定持有期間及每一交易日得轉讓數量比例，於向主管機關申報之日起三日後，在集中交易市場或證券商營業處所為之。但每一交易日轉讓股數未超過一萬股者，免予申報。三、於向主管機關申報之日起三日內，向符合主管機關所定條件之特定人為之。經由前項第三款受讓之股票，受讓人在一年內欲轉讓其股票，仍須依前項各款所列方式之一為之。第一項之人持有之股票，包括其配偶、未成年子女及利用他人名義持有者。」

註47：證券交易法第25條：「公開發行股票之公司於登記後，應即將其董事、監察人、經理人及持有股份超過股份總額百分之十之股東，所持有之本公司股票種類及股數，向主管機關申報並公告之。前項

規定，以配偶、未成年子女及利用他人名義持有股票之人，其股份應將前述被利用者之名下股份一併計入其持股（證券交易法第22條之2第3項）。達公司股份超過百分之十者，立法者預設此等大股東對公司之財務業務具有一定程度之影響力，其等取得公司內部資訊較持股較少之股東為易，故在轉讓持股方式上受有限制且負有申報持股之義務，透過資訊公開之方式有助於防止不法行為。所謂「利用他人名義持有股票」，證券交易法施行細則第2條指出應具備此等要件：「一、直接或間接提供股票與他人或提供資金與他人購買股票。二、對該他人所持有之股票，具有管理、使用或處分之權益。三、該他人所持有股票之利益或損失全部或一部歸屬於本人。」

又如金融控股公司法第4條第1項第10款之規定：「大股東：指持有金融控股公司或其子公司已發行有表決權股份總數或資本總額百分之五以上者；股東為自然人時，其配偶及未成年子女之持股數應一併計入本人之持股計算。」同法第16條第2項規定：「金融控股公司設立後，同一人或同一關係人單獨、共同或合計持有該金融控股公司已發行有表決權股份總數超過百分之五者，應自持有之日起十日內，向主管機關申報；持股超過百分之五後累積增減逾一個百分點者，亦同。」

雖法律明文將前述之控制支配關係擬制為

以他人名義持有，惟就立法論而言，應容有舉反證推翻之空間，若能舉證證明夫妻或未成年子女之財務獨立，則不應合併計算。學者認為，夫妻固然在財務上具有相當程度之支配控制關係，因此將配偶持有之股份或出資納入一併計算持股數或出資額，應屬正確，但若舉證證明夫妻之財務獨立運作、無支配控制關係存在，而有所區隔及完全分離，例如夫妻間所適用者為約定財產制之分別財產制，因雙方各自保有其財產之所有權，且各自管理、使用、收益及處分（民法第1044條）；又或夫妻已離婚，且自然人股東對其未成年子女並無監護權，在此等情形下，若完全未考量是否存在財產之支配控制關係而合併計算其持股數或出資額，並不合理<sup>48</sup>。

## （二）實質負責人——影子董事（shadow director）

按於民國101年修正增訂公司法第8條第3項之規定：「公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。但政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益等情形，對政府指派之董事所為之指揮，不適用之。」當時之立法理由為：「…（四）公司法就負責人認定係採形式主義，只要名義上不擔任公司董事或

股票持有人，應於每月五日以前將上月份持有股數變動之情形，向公司申報，公司應於每月十五日以前，彙總向主管機關申報。必要時，主管機關得命令其公告之。第二十二條之二第三項之規定，於計算前二項持有股數準用之。第一項之股票經設定質權者，出質人應即通知公司；公司應於其質權設定後五日內，將其出質情形，向主管機關申報並公告之。」

註48：王志誠，前揭註45，頁3。

經理人，就算所有董事經理人皆須聽命行事而大權在握，也不會被認定為公司負責人，須對違法行為負責。（五）經營者對公司的控制，並不是依靠其在公司的職稱，而是經由控制董事會。因為，控制股東即使不在董事會佔有任何席位，仍可經由其他方式對公司進行控制。董事人選係由經營者所控制之投資公司所指派，並得隨時撤換改派。而這些由母公司轉投資之空殼公司往往名不見經傳，很難讓外界清楚地瞭解真正的經營者。（六）董事的認定不宜再依據形式上名稱，須使實際上行使董事職權，或對名義上董事下達指令者，均負公司負責人責任，使其權責相符藉以保障公司及投資人權益。因此，特引進實質董事觀念，藉以提高控制股東在法律上應負的責任。」

因此依據現行法，公開發行公司中，應負公司法上負責人責任者，範圍不僅局限於形式上經合法選任之董事，但凡得以「實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務」者，須與法律上之董事負相同之法律責任<sup>49</sup>。通說稱之為「影子董事」之立法，目的係在使雖無董事形式外觀，仍透過操控他人達遂行公司經營目的並實質控制公司之行為人，其法律責任得以被追究，以期遏止不法行為。

關於「影子董事」之認定，我國法就文義上而言，似乎著重於強調影子董事對於公司

之支配及控制力，實有別於英國法中影子董事制度強調「隱身於公司董事背後對董事下達指令，而董事習慣於聽從其指示」，惟此並不意味影子董事即控制公司之人事、財務或業務經營。在英國法下，縱使行為人未控制公司之人事、財務或業務經營，但其經常性對公司事務為相當程度的指導，且使董事習慣於聽從其指示進而對公司有實質影響力，亦有可能成為影子董事。同時，英國實務上對影子董事之認定，亦認為行為人與董事會無服從關係並不意味該行為人即非影子董事；如其經常性對公司事務為相當程度的指導，且該指導對董事會執行公司事務具有真正的影響力，則該行為人即可視為影子董事，無須達到影響公司每一項事務之程度；相較之下，學者認為我國法之要件認定欠缺彈性。參考英國實務之作法，習慣於遵照影子董事指揮或指示之公司董事仍應解釋為須達董事會具控制性之多數，惟認定上不要求董事於公司全部存續期間或大部分存續期間皆聽從其指示，或在一定期間內公司全部事務均遵照其指示，亦屬之。影子董事係透過操縱傀儡董事來達到影響公司營運之效果，為達操控董事會決策之程度，通常需要指揮決定性多數之董事，因此學者認為在我國法下，受影子董事指揮之董事原則上以半數為宜，而受影子董事指揮之董事無須於公司全部存續期間或大部分存續期間皆聽從其指

註49：本次立法尚新增「事實上董事」（de facto director）之概念，亦即「實際上執行董事職務但卻未經法定程序選任」；參考自郭大維，〈我國公司法制對事實上董事及影子董事之規範與省思〉，《臺北大學法學論叢》，第96期，2015年，頁48。事實上董事尚有執行職務之外觀（例如實質列席、參與董事會，實際發言或出席將在議事錄中留下紀錄），發覺不法行為與身於幕後之「影子董事」相較為易，故本文擬將焦點限縮於「影子董事」之探討。

示，或在一定期間內公司全部事務均遵照其指示，在某期間具有某種程度之獨立裁量權，仍不能排除該行為人為影子董事之可能<sup>50</sup>。

由於本條規定甫經立法，雖在制度上承認「影子董事」<sup>51</sup>，惟在要件上如何認定，尚待我國司法實務見解累積。或有見解認為，明知不實事項而實際指示會計人員填載不實會計憑證者，應屬「實質（際）負責人」<sup>52</sup>。

## 二、申報義務主體

### （一）公司或公司之法律上董事

關於應否要求公司或公司之法律上董事向行政機關申報公司之「影子董事」之義務，就結論上而言，若能事前申報主管機關知悉，除了得使行政機關在事前鎖定特定公司之特定人有犯罪或不法之情形，以透過監管

手段遏止，事發後也較易追究特定人之法律責任，就管理和究責而言非常有利。就現行公司法而言，違反此一申報義務尚無妥適之規範效果。亦即，以公司本身來說，尚無通案式之違法應受行政裁罰之依據。至於個別董事，因公司法第194條在文義上僅得制止為不法行為，似無法請求董事為特定行為；另單就違反申報義務之行為本身而言，似難即認「受到損害」，而難以該當公司法第23條忠實義務之損害賠償責任。是故，若確實認為申報義務有明確立法化之必要，應就該未申報之行為另行制定行為罰，作為後續法律效果。

然而，「影子董事」之要件是否明確？要求盡申報之義務有無期待可能性？責任是否過於苛求？均可進一步探討。承前所述，公司法

註50：郭大維，前揭註49，頁72及73。

註51：最高法院103年度台再字第31號民事判決意旨參照：「實質董事雖非登記名義之董事，但就公司經營有實質控制力或重大影響力，依衡平原則，應使其受委任董事之規範，俾保障股東權益」。

註52：臺灣臺中地方法院103年度重訴字第224號、103年度訴字第1192號刑事判決意旨參照：「查鉅網公司實際負責人張德慶明知鉅網公司與駿達公司間並無銷貨或工程報酬980萬元之事實，仍填製上開不實之統一發票2張交由駿達公司作為進項發票，向駿達公司請款，即便被告陳詠翔非鉅網公司之負責人，但與張德慶共同實施上開犯行，業據張德慶證述如前，依刑法第31條第1項規定，就違反商業會計法第71條第1款部分，被告陳詠翔仍以共犯論之。（被告陳詠翔之辯護人亦辯護稱張德慶非鉅網公司之登記負責人【由其父掛名】，縱為實際負責人亦非商業會計法第71條第1款之適格行為人【意即辯稱被告陳詠翔與不適格之行為人不能成為共犯關係】云云，經查實務上若干見解固有認為商業會計法第71條規定之商業負責人，不包括實際負責人【見最高法院101年台上字第78號判決意旨】，惟本院認為我國商業組織或公司登記不但人頭充斥，又習見以配偶或親族登記為負責人，自己卻隱身於幕後而實際經營、操控者，若囿於商業會計法第4條之「本法所定商業負責人範圍，依公司法…有關之規定」文義解釋，則實際指示會計人員填載不實會計憑證者，因非登記負責人不成立犯罪；會計人員或登記負責人則因欠缺犯罪故意，也不成立犯罪，如此適用法律豈不奇怪？顯然背離一般民眾之法律感情。又參諸公司法第8條第3項於101年間修正增列，對於實質上執行董事業務或實質控制公司人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與（登記）董事同負民事、刑事及行政罰之責任，意即立法趨勢已將公司法規定董事之相關責任及於實質董事或掌控公司人事、業務、財務之人或指揮董事之人，以求權責相符之立法趨勢，並基於前述大法官會議釋字第687號解釋所揭櫫之「無責任即無刑罰」意旨，本院認為公司之實際負責人明知不實事項而填製會計憑證，自應為適格行為人，附此說明。」

第8條第3項甫經立法，關於認定「影子董事」之構成要件尚未形成穩定見解，學說與實務見解對此亦未形成共識。所謂「實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務」本身即為不確定法律概念，究竟特定行為人是否屬於「影子董事」？究竟何人有最終判斷決定權？縱然僅是有義務向行政機關進行申報而尚未進入司法審判階段，基於法明確性原則，接受申報之行政機關能否提出具體之標準，以供公司或其法律上董事遵循？

更遑論即便真實存在實質控制部分董事之影子董事，在部分之其他董事被矇蔽之情況下，究竟何人負有申報義務？是否對全體董事均有期待申報之可能性？即便是僅要求公司負有申報義務，亦有相同之疑問。在股份有限公司，董事會為公司之權力中樞機構，此一受實質控制之事實未必即反應於董事會成員間，因公司未為申報而予以裁罰，是否即形同處罰善意且同樣遭矇蔽之全體股東？

即便是僅要求受實質控制之董事負有申報義務，在要件適用不明確之情況下，若該董事始終不認為其受特定行為人所控制，惟國家機關仍認為特定行為人應屬「影子董事」，而公司或其法律上董事卻未為申報，據此加以處罰，此一結果是否合理？究竟有無期待公司或其法律上董事申報之可能性？按法諺有言：「法律不能強人所難之思想」<sup>53</sup>，此一申報義務是否將對自認始終未受控制之

董事造成良知上困境（conscience objection）？本文以為仍維持現行法規範，由主張特定行為人為影子董事之人舉證證實要件該當，再使其受法律追訴，或許較為合理。

至於要求公司或公司之法律上董事向行政機關申報實質受益人，則更無期待可能性。在經營與所有分離、股權眾多且分散之股份有限公司，殊難想像公司本身或公司之負責人得以知悉股東以其配偶、未成年子女及利用他人名義持有公司股份。關於實質受益人之申報義務，證券交易法第22條之2及金融控股公司法第16條第2項對此已有規定，請參照下述關於股東申報義務之說明。

## （二）股東

按證券交法第22條之2及金融控股公司法第16條第2項，賦予以其配偶、未成年子女及利用他人名義持有公司股份，或同一關係人單獨、共同或合計持有達一定比例之股東負有申報義務，已如前述。對照實質負責人之認定，實質受益人之認定可依據證券交易法第22條之2第3項及證券交易法施行細則第2條，要件上相對明確，且是否確實透過他人持有股份，實質受益人本身最為清楚、資訊之揭露最具容易性及適格性，課予其申報義務之立法應屬妥適。

至於要求股東負有申報實質負責人，若股東俱不知悉實質董事存在，則與前述課予不知情之公司或其董事申報義務之情形相同，要求其申報毫無期待可能性而言。又若係要

註53：臺灣臺南地方法院94年度交訴字第242號刑事判決意旨參照：「按行為人可期待其實施合法行為，不擇合法行為而實施違法行為時為自應以法相繩。惟不能期待該人不為犯罪行為時，行為人縱為之，基於法律不能強人所難之思想，行為人即不須就該行為負刑事責任，學說上稱之為「期待可能性」。」

求實質控制公司之「股東」負有申報自為影子董事之義務，亦與前述討論相同，在要件適用不明確之情況下，若該股東始終不認為其得以控制公司之財務業務，要求其負申報義務同樣將陷其於良知困境，同樣欠缺期待可能性。惟若是從硬性課予義務之觀點轉換角度，或許會有不同之啟發。

若股東了解公司內情，知悉有特定行為人得實質控制公司業務人事、財務或業務經營，或是有學者所述之情形，即有半數以上董事席次為影子董事所指揮控制，則賦予特定情況下之股東有權向主管機關申報此一影子董事，以敦促主管機關監控公司及實質董事之不法行為，或許較為可行。此外，此一「申報權」或可仿公司法第194條之規定，將之設計為「單獨股東權」，不以持股達一定乘數為限，更能發揮股東協助國家監管之功能。

### 三、民國106年12月21日經濟部公司法部分條文修正草案評析

為監督公司負責人行為之合法性，健全公司治理之發展，強化主管機關對於公司之監管。經濟部於民國106年12月21日發布之公司法修正草案即新增訂第22條之1之規範。其內容可概略分類如下：

1. 引進實質受益人之概念，在本法所指為「董事、監察人、經理人及持有已發行股份總數或資本總額超過10%之股東」。
2. 經濟部應會同法務部建制置公司申報資訊平臺，並得委託具公信力之機構辦理相關業務。
3. 公司應於每月15日將實質受益人之姓名、持股數等規範資料申報至前述資訊

平臺。

4. 公司違反據實申報義務，經限期通知未改善，將使公司之「對外代表公司之董事」受罰，並得按次連續處罰，最終更得廢止公司登記。

本次草案增訂本條，係為強化並建制我國之跨國洗錢防制制度，而參考「防制洗錢金融行動工作組織」(Financial Action TaskForce, 即FATF)之建議，引進實質受益人之概念及相關規定，並強調監管機關應及時且正確地掌握實質受益人之資料。界定實質受益人之範圍，即參考證券交易法第25條第1項之規定。至於裁罰之規定，則是參考洗錢防制法之罰責。

就草案第22條之1第3項而言，在文義上僅包含形式上、登記名義上之負責人及形式上股份持有人。在前段中負責人之部分，並未涵蓋公司法第8條第3項之實質董事或影子董事。不過，影子董事的概念具不確定性，且在個案認定上有諸多困難。若無期待公司申報影子董事之可能性，仍將之入法處罰畢竟過於苛求，故草案未將影子董事之申報義務納入規範，或許為不得不然之結果。

至於草案第22條之1第3項後段所規範之股東，文義上看似與證券交易法第25條第1項相同，卻未如同證券交易法第25條第3項，在股份之計算上準用同法第22條之2第3項之規定。故草案第22條之1第3項之股東，未涵蓋證券交易法第25條第3項及第22條之2第3項「以配偶、未成年子女及利用他人名義持有股份者」；亦與學者界定所謂實質受益人，所謂「即使股份非以自己名義持有，舉凡該股份係以自己提供之資金購買、股權掌握在自己控制之下，享受或分攤股份之盈虧，並

有權處分該股份及其價金」之概念有落差。故草案之規範，與比較法制度及學說見解從根本上就有重大差異，能否確實發揮監管和控制公司之功能，或追究特定人法律責任之效果，多有疑問。

承前所述，證券交易法第25條第1項早已對於公司應申報董事、監察人、經理人及持有股份超過股份總額10%之股東之持股種類及股數加以規範，則是否在規範上是重疊，有無重複規定之必要？相同之資訊有無重複申報之必要性？亦有疑問。該條文之申報範圍準用證券交易法第22條之2第3項，遠較草案之規定更廣，更顯見不同制度間或有疊床架屋之現象，如何整合，亦是問題所在。

就立法體例而言，草案第22條之1之規定置於公司法之總則篇章，理論上應可適用於所有類型之公司，包含無限、兩合、有限及股份有限公司。然而從草案第22條之1第6項於公司未盡據實申報義務之處罰，僅針對「代表公司之董事」來看，因在我國之四種公司類型中，具有「董事」之職位者僅有限和股份有限公司，故本將條申報義務於公司法加以規定之實際意義，應在於將適用範圍擴及有限公司及股份有限公司。

至於處罰效果方面，草案第22條之1第6項僅處罰「代表公司之董事」。在有限公司之情形，依據公司法第108條第1項，若董事僅有一人則由該董事對外代表公司。若董事有數人，則再就該公司有無以章程設置董事長作區分；若無董事長，則各董事對外均有單獨代表權；若有董事長則由董事長對外代表公司。至於在股份有限公司之情形，依據公司法第208條第3項則由董事長對外代表公司。是故，在有董事長職務之有限公司及股

份有限公司之情形，本條無法將處罰效力擴及所有董事，則這樣的效果是否充足？似有疑問。

從督促履行申報義務，強化政府監管效果等觀點，或宜將所有公司負責人一併納入處罰範圍，而不僅限於「代表公司之董事」。因草案第22條之1第3項中之申報義務範圍，並未如同證券交易法第22條之2第3項，股份之計算上包含「配偶、未成年子女及利用他人名義持有公司股份」。因此，將處罰效果擴及所有董事，責任上或不至於過於苛求，亦更能貫徹公司申報實質受益人之義務。

由於金融犯罪時常具有高度隱蔽性、手法複雜及多元性，造成不法行為於事前不易由金融監管機構制止，事後亦難以被國家偵查發覺之問題。若僅將遏止、查緝不法之重點置於公司之形式上所有人或負責人，容有治標不治本、緩不濟急之問題。

實質受益人及實質負責人，在我國現行制度下雖已立法，惟目前仍係散落在個別金融法規中，尚無針對各種公司一體適用之規範。實質負責人之申報義務，在我國行之有年，現行制度在運作上並無太大之爭議。惟實質負責人之規範甫經立法，其內涵尚待學說實務發展，在要件認定與適用尚不明確之情況下，貿然課予公司或其法律上負責人申報實質負責人之義務，似乎過於苛求、難有期待可能性，甚或有違反法律明確性之疑慮。然而，若從硬性之申報義務轉換觀點，賦予知悉內情之股東有權向主管機關申報實質負責人之權利，特別是透過單獨股東權之方法，本文以為似將有助於主管機關監控公司及實質董事之不法行為。

經濟部於民國106年12月21日公布之公司

法草案，係首次將實質受益人之概念納入公司法中加以規範。草案第22條之1第3項中之實質受益人範圍，看似與證券交易法第25條第1項一致，然而卻未如同證券交易法第25條第3項，在股份之計算上準用同法第22條之2第3項之規定，亦與學者向來所界定之實質受益人在意義上有別，則能否確實發揮監管和追究責任之效果？即有疑問。至於在草案第22條之1通過後，如何與現行證券交易法第25條已存在之規定銜接？應如何解決制度間疊床架屋之情形？在此等實質受益人之界定範圍下，草案第22條之1第6項僅處罰「代表公司之董事」，能否確實督促公司履行申報義務？此等問題均有待解決。

本次修正草案第22條之1之規定，為監督公司負責人行為之合法性，健全公司治理之發展，強化主管機關對於公司之監管，而擴大實質受益人申報義務之適用範圍，立法用意值得肯定。惟在解決前述問題前，本次草案是否確實能發揮功能？是否能達成最初之修法目的？其中多有值得商榷之處。

#### 肆、綜合結論

股東之董監事提名權制度，施行十餘年來，實務上屢屢發生要件適用上之爭議。本次修法草案於簡化提名程序之目標而對公司法第192條之1加以修正，加重審查權人違法時之處罰規定，並擴大候選人提名制度適用範圍，從促進股東積極行動主義之立場，本次草案有助於健全公司治理，方向上相當值

得肯定。惟本次草案刪除保存審查紀錄及公告未列入名單理由之規定，此兩者規定係維繫董監事提名制度之公平性、公正性及資訊公開性之正當法律程序重要一環，貿然刪除將造成合法提名名單遭違法剔除時，在訴訟救濟上以及審查權人違法之究責更為困難，實有礙股東合法行使正當權益。不論係從民事訴訟法觀點，抑或是從公司治理觀點思考程序公平性之問題，將審查權人保存紀錄及公告未列入理由之義務刪除，均有欠妥適。

本次草案新增之第228條之1，鬆綁公司盈餘分派次數，以增加企業盈餘分派政策彈性與股東投資效益，立法用意值得肯定。然而，本次修法欠缺盈餘分派次數增加後相因應之配套措施，則本文前述所提及之董事會遭易主一次分派公司所有保留盈餘、大股東透過控制董事會以股利分派資訊操縱股價及融券投資人強制回補問題等，都可能造成證券市場之不良影響，不可不慎。

本次修正草案第22條之1規定，係首次將實質受益人之概念納入公司法中加以規範，為監督公司負責人行為之合法性，健全公司治理之發展，強化主管機關對於公司之監管，而擴大實質受益人申報義務之適用範圍，立法用意值得肯定。惟草案第22條之1規定與證券交易法第25條間存有銜接適用上之問題、本次草案實質受益人範圍亦與學者向來所界定之實質受益人意義上有別，則在解決本文前揭所提及之問題前，草案規範是否確實能達到立法目的，其中仍有值得商榷之處。以上淺見，供各界酌參。