

## 期待的獨立董事行為準則—證券交易法觀點

吳志光\*

### 一、前言：永豐金、樂陞等案件中，獨立董事角色遭受質疑

近年來接連發生永豐金超貸案及樂陞案等涉及公司治理失靈的重大案件，獨立董事在其中所扮演的角色，屢屢遭到外界質疑<sup>1</sup>。相關公司的獨立董事甚至遭提告違反證券交易法<sup>2</sup>，並身陷投資人求償的民事訴訟中<sup>3</sup>。此等案件的發生，一方面固然彰顯了我國公司治理的內部機制仍有進步空間外；另一方面，對於獨立董事的定位及可歸責性，也引發相當多討論，認為有必要予以全面檢視，否則，獨立董事個個人心惶惶，將不知如何措其手足也<sup>4</sup>。

本文將從證券交易法規範內容，提出獨立董事制度於我國法下矛盾設計，導致獨立董事身分在業務執行及監督角色上產生無可避免的衝突。再進一步嘗試於盱衡此衝突下，提出期待的獨立董事行為準則。

### 二、獨立董事制度於我國法下的矛盾：「興利」與「防弊」之爭

#### (一) 興利—獨立董事於董事會參與業務執行決策

獨立董事作為董事會之成員，依據公司法第 202 條規定，公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。故獨立董事必須參與董事會關於業務執行之決議，既然無法自外於業務執行之決策，自然也必須承擔業務執行決策之效果<sup>5</sup>。

關於獨立董事參與業務執行決策之角色，從證券交易法第 14 條之 3 可以清楚理解。依據該條規定，已依證券交易法規定選任獨立董事的公司，除經主管機關核准者外，下列事項應提董事會決議通過：獨立董事如有反對意見或保留意見，應於董事會議事錄載明：(一) 依第 14 條之 1 規定訂定或修正內部控制制度；(二) 依第 36 條之 1 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；(三) 涉及董事或監察人自身利害關係之事項；(四) 重大之資產或衍生性商品交易；(五) 重大之資金貸與、背書或提供保證；(六) 募集、發行或私募具有股權性質之有價證券；(七) 簽證會計師之委任、解任或報酬；(八) 財務、會計或內部稽核主管之任免；(九) 其他經主管機關規定之重大事項。

此外，「上市上櫃公司治理實務守則」除於第 25 條重申證券交易法第 14 條之 2 的規定外，更於第 35 條明訂下列事項也應提董事會討論：(一) 公司之營運計畫；(二) 年度財務報告及半年度財務報告。但半年度財務報告依法令規定無須經會計師查核簽證者，不在此限；(三) 依證券交易法第 14 條之 1 規定訂定或修正內部控制制度；(四) 依證券交易法第 36 條之 1 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) 經理人之績效考核及酬金標準；(七) 董事之酬金結構與制度；(八) 財務、會計或內部稽核主管之任免；(九) 對關係人之捐贈或對非關係人之重大捐贈。但因重大天然災害所為急難救助之公益性質捐贈，得提下次董事會追認；(十) 依證券

\* 理律法律事務所合夥人、中華公司治理協會監事。。本文為作者個人意見，不代表事務所及治理協會立場

<sup>1</sup> 「開一次董事會領 27 萬！永豐金獨董都在做什麼事？」(2017-05-30/ ETtoday 新聞雲網站 <https://www.ettoday.net/news/20170530/934643.htm>)

<sup>2</sup> 「樂陞案 3 獨董挨告詐欺 今獲不起訴」(2017-10-11/ 蘋果即時網站 <https://tw.appledaily.com/new/realtime/20171011/1220196/>)

<sup>3</sup> 「獨董賠錢有前例 樂陞案陳文茜 3 人恐難脫身」(2017-09-06/ 壹週刊網站 <https://www.nextmag.com.tw/realtimenews/news/345750>)

<sup>4</sup> 「錢少責任大 獨董們爆辭職潮九成年薪低於 200 萬元 面臨求償風險升高 預估今年逾百人辭任」(2017-12-26/ 經濟日報/A1 版/要聞)；「短短 3 年半 272 人掛冠求去責任大 常被告 獨董出現請辭潮」(2017-12-26/ 聯合報/A10 版/財經要聞)。

<sup>5</sup> 「本質上，獨立董事本即為『董事』，其與一般『董事』之權能，並無任何差異，仍能積極參與公司經營，並為公司做決策，且亦應如此；因為獨立董事與一般董事皆負有積極作為義務，如若不然，將因此而負損害賠償責任。」陳俊仁(2009)，〈超越興利防弊功能之迷思：獨立董事與審計委員會地位之再建構〉，《月旦法學雜誌》，172 期，頁 91。

交易法第 14 條之 3、其他依法令或章程規定應由股東會決議或提董事會之事項或主管機關規定之重大事項。

因此，獨立董事作為董事會之成員，不僅參與關於公司業務執行事項之討論，甚至於證券交易法還賦予其必須明確表示意見的職責。故獨立董事在制度設計上，對於董事會著重「興利」的業務執行決策方面，被期待扮演積極的角色。這樣的期待，也落實在證券交易法第 14 條之 2「獨立董事應具備專業知識，其持股及兼職應予限制」，以及「公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法」中，對於獨立董事關於「專業性」之要求<sup>6</sup>。

## (二) 防弊—獨立董事於審計委員會具有監督功能

依據證券交易法第 14 條之 4 的規定，審計委員會的設置在取代公司法中監察人的角色<sup>7</sup>，擔負監督經營團隊的權能。審計委員會由全體獨立董事組成，故獨立董事作為審計委員會之成員，對於證券交易法第 14 條之 5 所規定的下列事項，必須承擔審議之責：(一) 依第 14 條之 1 規定訂定或修正內部控制制度；(二) 內部控制制度有效性之考核；(三) 依第 36 條之 1 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；(四) 涉及董事自身利害關係之事項；(五) 重大之資產或衍生性商品交易；(六) 重大之資金貸與、背書或提供保證；(七) 募集、發行或私募具有股權性質之有價證券；(八) 簽證會計師之委任、解任或報酬；(九) 財務、會計或內部稽核主管之任免；(十) 年度財務報告及半年度財務報告；(十一) 其他公司或主管機關規定之重大事項。

由於審計委員會必須於前述重大議案提交董事會決議「前」，先進行審查及決議，故制度面上期待審計委員會扮演「把關」的角色，而發揮防弊的功能。證券交易法著眼於此，於第 14 條之 2 明文要求獨立董事應保持獨立性，不得與公司有直接或間接之利害關係，以及「公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法」中，對於獨立董事關於「獨立性」之要求<sup>8</sup>。

然而，獨立董事一方面為審計委員會的成員，必須先行審議此等重大議案，並從「防弊」角度提出意見給董事會；另一方面，獨立董事作為董事會成員，必須依照證券交易法對於此等重大議案明確表達意見，且應從「興利」角度善盡忠實義務，追求公司最大利益。準此，某程度上形成獨立董事一方面為經營者，另一方面有同為監督者，引發「自為經營」及「自為監督」的利益衝突問題<sup>9</sup>。也因此，論者有謂，獨立董事或審計委員會於我國，是將一個執行業務為主的董事會，塞進監督業務執行者的機關，格格不入可想而知<sup>10</sup>。

## 三、期待的獨立董事之行為準則—如何兼顧「興利」與「防弊」？

有鑑於證券交易法對於獨立董事必須於「興利」與「防弊」二者兼顧的期待，於建構獨立董事之行為準則，首應從董事所應善盡之忠實義務(Fiduciary Duty)及經營判斷法則(Business Judgment Rule)為基本規範，針對董事如何作成符合公司治理要求的審慎決議(informed decision)予以探討，繼而就獨立董事行為職權時應謹記之原則提出倡議，合而成為獨立董事之行為準則。

### (一) 獨立董事應忠實執行業務及進善良管理人之注意義務

依據「上市上櫃公司治理實務守則」第 37 條規定，董事會成員應忠實執行業務及盡善良管理人之注意義務，並以高度自律及審慎之態度行使職權，對於公司業務之執行，除依法律或公司章程規定應由股東會決議之事項外，應確實依董事會決議為之。此係本於公司法第 23 條及第 202 條規定所為的規定，亦為董事應善盡忠實義務的法律基礎<sup>11</sup>。實務上，援引美國法觀念，認為董事於執行業務必須盡忠實義務，其內含則包括注意義務(Duty of Care)、忠誠義務(Duty of Loyalty)及善意義務(Duty of Goodfaith)。

於司法實踐上，則必須結合「經營判斷法則」一併適用，法院見解認為：「按商業經營管理上，難免有所失誤，是否所有之誤失，不問情形，均應令董事負其責任？如此對於董事是否過嚴？是否會

<sup>6</sup> 詳參「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 4 條。

<sup>7</sup> 「公開發行公司審計委員會行使職權辦法」第 5 條。

<sup>8</sup> 詳參「公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法」第 5 條。

<sup>9</sup> 「正因為我國證券法誤將獨立董事定位為監督制衡者，而非經營者，遂有賦予獨立董事可單獨行使與共同行使監察權的美麗誤會。將監察權賦予經營者本身，本即難免『球員兼裁判』之批評。」陳俊仁(2009)，〈超越興利防弊功能之迷思：獨立董事與審計委員會地位之再建構〉，《月旦法學雜誌》，172 期，頁 92。

<sup>10</sup> 方嘉麟(2018)，〈從永豐金案看獨立董事制度〉，《月旦法學雜誌》，272 期，頁 10。

<sup>11</sup> Stephen C. Wu *et al*, Taiwan Chapter – The Corporate Governance Review (7<sup>th</sup> Edition) (2017), p. 439.

造成董事責任過大，令人對於擔任董事卻步，反而不利於公司經營及管理。因此，為促進企業積極進取之商業行為，應容許公司在經營上或多或少之冒險，司法應尊重公司經營專業判斷，以緩和企業決策上之錯誤或嚴格之法律責任追究，並降低法律對企業經營之負面牽制，此即為美國法上所稱『商業判斷法則』（business judgment rule），故當公司董事已被加諸受任人義務，則董事在資訊充足且堅信所為決定係為股東最佳利益時，則全體股東即必須共同承擔該風險，而不得以事後判斷來推翻董事會之決定」。<sup>12</sup>

法院判決認為，「而我國公司法第 202 條之規定，亦強調企業所有與企業經營分離原則，經營判斷法則乃確保由董事，而非股東經營公司，若允許股東經常輕易請求法院審查董事會之經營管理決策，決策權最終可能由董事會移轉至好訟成性之股東，其結果顯然與公司法第 202 條之立法旨相悖。而承認所謂經營判斷法則，將可鼓勵董事等經營者從事可能伴隨風險但重大潛在獲利之投資計畫。此外，司法對於商業經營行為之知識經驗亦顯然不如董事及專業經理人豐富，故司法對於商業決定應給予『尊重』，因此減少司法介入，自有必要」。<sup>13</sup>

法院最後總結認定，「換言之，法院不應立即事後猜測（second guess）而予以違法之認定，即使該經營決定是一個錯誤，而且其結果也確實讓公司因此遭受虧損，董事會亦不因此而負賠償責任，除非公司股東可以證明董事會於作成行為之當時，係處於『資訊不足』之狀況，或係基於『惡意』所作成，或參與作成決定之董事係具有重大利益衝突之關係等。易言之，當董事之行為符合：一、董事對於經營判斷之事項不具利害關係。二、就經營判斷事項之知悉程度，為其在當時情況下合理相信為適當者。三、合理相信其經營判斷符合公司最佳利益，而基於善意作出經營判斷時，即認其已滿足應負之注意義務，即便董事經營決策嗣後造成公司虧損，亦應免負損害賠償責任」。<sup>14</sup>

準此以解，於建構獨立董事之行為準則，必須奠基於董事忠實義務及經營判斷法則的實踐，而揭示三大原則：

1. 獨立董事必須確保對於經營判斷的事項不具有任何利害關係。
2. 獨立董事就經營判斷事項的知悉程度，為其在當時情況下合理相信為適當者。
3. 獨立董事必須合理相信其經營判斷符合公司最佳利益，而基於善意作出經營判斷。

#### (二) 獨立董事決議涉及公司之經營發展與重大決策方向須審慎考量

「上市上櫃公司治理實務守則」第 37 條規定，董事會決議涉及公司之經營發展與重大決策方向者，須審慎考量，並不得影響公司治理之推動與運作。此即揭示獨立董事於參與決策是必須具有相當知悉程度(informed decision)，且經善盡注意義務後，合理相信其決策符合公司最佳利益的忠實義務內涵。於具體作為上，獨立董事應適當地採行下列措施與行為。

1. 獨立董事應具備專業知識，並遵守持股限制及兼職限制規定，且於執行業務範圍內應保持獨立性，不得與公司有直接或間接利害關係。
2. 獨立董事對於證券交易所定重大事項，應親自出席，不得委由非獨立董事代理。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。
3. 董事會進行中得視議案內容通知相關部門非擔任董事之經理人員列席會議，報告目前公司業務概況及答覆董事提問事項。必要時，亦得邀請會計師、律師或其他專業人士列席會議，以協助董事瞭解公司現況，作出適當決議。
4. 董事會為健全監督功能及強化管理機能，得考量公司規模、業務性質、董事會人數，設置審計、薪資報酬、提名、風險管理或其他各類功能性委員會，並得基於企業社會責任與永續經營之理念，設置環保、企業社會責任或其他委員會，以襄助獨立董事善盡其職責。
5. 為提升財務報告品質，獨立董事應協助公司選擇專業、負責且具獨立性之簽證會計師，定期對公司之財務狀況及內部控制實施查核，並應建立獨立董事與簽證會計師之溝通管道或機制。
6. 獨立董事應協助公司委任專業適任之律師，提供公司適當之法律諮詢服務，或協助獨立董事及管理階層提昇其法律素養，避免公司及相關人員觸犯法令，促使公司治理作業在相關法律架構及法定程序下進行。

<sup>12</sup> 臺灣高等法院臺南分院 104 年重上字第 1 號民事判決。

<sup>13</sup> 臺灣高等法院臺南分院 104 年重上字第 1 號民事判決。

<sup>14</sup> 臺灣高等法院臺南分院 104 年重上字第 1 號民事判決。

7. 獨立董事應定期進行自我評量、同儕評鑑、委任外部專業機構或其他適當方式進行績效評估，評估內容應包括對公司營運之參與程度、提升董事會決策品質、董事會組成與結構、董事之選任及持續進修及內部控制等。
8. 獨立董事應持續參加涵蓋公司治理主題相關之財務、風險管理、業務、商務、會計、法律或企業社會責任等進修課程，以加強本職學能。
9. 獨立董事應協助公司進行企業社會之實踐，秉持落實公司治理、發展永續環境、維護社會公益及加強企業社會責任資訊揭露等原則辦理。<sup>15</sup>

### (三) 獨立董事行使職權時應謹遵誠信經營義務及道德準則

我國證券法制既然課予獨立董事兼顧「興利」與「除弊」的重責大任，除了恪遵善良管理人之義務妥適作成資訊充足的「專業性」決策外，更應謹守行為分際，於「獨立性」基準下，善盡忠實義務下之忠誠義務及善意義務。就此，獨立董事應協助公司建立誠信經營的企業文化及健全發展，並訂定誠信經營守則，要求公司董事、監察人、經理人、受雇人、受任人或具有實質控制能力者，於從事商業行為之過程中，不得直接或間接提供、承諾、要求或收受任何不正當利益，或做出其他違反誠信、不法或違背受託義務等不誠信行為，以求獲得或維持利益<sup>16</sup>。

具體而言，獨立董事於行使職權時，應遵守下列原則<sup>17</sup>：

1. 防止利益衝突：獨立董事應秉持高度之自律，對董事會所列議案，與其自身、親屬或其代表之法人有利害關係者，應於當次董事會說明其利害關係之重要內容，如有害於公司利益之虞時，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。
2. 避免圖私利之機會：獨立董事應避免(1) 透過使用公司財產、資訊或藉由職務之便而有圖私利之機會；(2) 透過使用公司財產、資訊或藉由職務之便以獲取私利；(3) 與公司競爭。當公司有獲利機會時，獨立董事有責任增加公司所能獲取之正當合法利益。
3. 保密責任：獨立董事對於公司本身或其進（銷）貨客戶之資訊，除經授權或法律規定公開外，應負有保密義務。應保密的資訊包括所有可能被競爭對手利用或洩漏之後對公司或客戶有損害之未公開資訊。
4. 公平交易：獨立董事應公平對待公司進（銷）貨客戶、競爭對手及員工，不得透過操縱、隱匿、濫用其基於職務所獲悉之資訊、對重要事項做不實陳述或其他不公平之交易方式而獲取不當利益。
5. 保護並適當使用公司資產：獨立董事有責任保護公司資產，並確保其能有效合法地使用於公務上，若被偷竊、疏忽或浪費均會直接影響到公司之獲利能力。
6. 遵循法令規章：獨立董事應督促公司加強證券交易法及其他法令規章之遵循。
7. 鼓勵員工呈報非法行為：獨立董事應督促公司設置並公告內部及外部人員檢舉管道，並建立檢舉人（吹哨者）保護制度。其受理單位應具有獨立性，對檢舉人提供之檔案予以加密保護，妥適限制存取權限，並訂定內部作業程序及納入內部控制制度控管。
8. 懲戒措施：對於有違反法令之情形時，獨立董事應督促公司應依據其訂定之懲戒措施處理，且即時於公開資訊觀測站揭露違反法令人員之違反日期、違反事由及處理情形等資訊。公司並應制定相關申訴制度，提供違反者救濟之途徑。

## 四、結語

獨立董事制度於我國法制上定位不明已多受批評<sup>18</sup>，混淆執行與監控，使得獨立董事必須兼顧「興利」與「防弊」，產生潛在的角色衝突，而難以完全發揮其功能。修法重新將獨立董事定位為「監督型」董事<sup>19</sup>，與執行業務董事予以區隔，以避免其承擔過重之責，或許是一個解決方法。

此外，增訂其他配套措施，例如在公司內部設置專業人員（如公司秘書或治理長），協助獨立董事

<sup>15</sup> 詳請參照「上市上櫃公司企業社會責任實務守則」。

<sup>16</sup> 詳請參照「上市上櫃公司誠信經營守則」。

<sup>17</sup> 詳請參照「上市上櫃公司訂定道德行為準則參考範例」。

<sup>18</sup> 網頁：經理人網站，<https://www.managertoday.com.tw/articles/view/55420>（最後瀏覽日：10/09/2018）、網頁：ETtoday 新聞雲網站，<https://www.ettoday.net/news/20170817/991382.htm>（最後瀏覽日：10/09/2018）

<sup>19</sup> 網頁：台灣證券交易所網站，<http://cgc.twse.com.tw/latestNews/promoteNewsArticleCh/1667>（最後瀏覽日：10/09/2018）。方嘉麟（2018），〈從永豐金案看獨立董事制度〉，《月旦法學雜誌》，272期，頁9-10。

取得關鍵資訊，並執行內控改善措施；限制經營者運用交叉持股等設計鞏固本身的經營權，以免於承受市場對提升治理水準的壓力；強化公司透明度（例如實質受益人的揭露），提升治理資訊的揭露及評鑑等，均屬創造有利獨立董事運作的生態環境<sup>20</sup>。

然而，於法制尚未改善之前，擔任獨立董事者即必須兼顧「興利」與「防弊」，注意其執行職務應符合的各項行為準則，以避免違反忠實義務而必須承擔法律責任。

---

<sup>20</sup> 方嘉麟（2018），〈從永豐金案看獨立董事制度〉，《月旦法學雜誌》，272期，頁11。