

論關係企業中之員工獎酬制度 —以德國員工認股選擇權為比較對象

葉新民^{*}

【目次】

壹、前言

貳、德國法關係企業中發行員工認股選擇權之爭議

一、德國關係企業法之基本理念

二、德國法有關員工認股選擇權的規定

（一）員工認股選擇權的基本概念

（二）德國股份法中員工認股權的特殊規定：以附條件增資 發行新股因應

（三）以績效目標做為認股權行使之條件

三、控制公司員工參與從屬公司發行之員工認股選擇權計畫

四、從屬公司員工參與控制公司發行之員工認股選擇權計畫

參、由德國法的經驗省思我國公司法的修正

一、員工的範圍

二、以利益衝突之觀點分析關係企業中員工獎酬制度

（一）員工認股選擇權

1. 員工認股選擇權之意義與發行方式

2. 控制公司員工取得從屬公司股份選擇權

3. 從屬公司員工取得控制公司股份選擇權

^{*} 靜宜大學法律學系教授。本文承蒙審查委員提供寶貴意見，謹此致謝。另本文初稿曾發表於 2018 年 1 月 12 日由東海大學法律學院主辦之「第六屆東海大學財經法學術研討會（主題：公司法修正研析）」，在此感謝所有與會先進的指正。

(二) 員工限制型股票

1. 員工限制型股票之意義與利益衝突
2. 控制公司員工取得從屬公司股票
3. 從屬公司員工取得控制公司股票

(三) 員工庫藏股

(四) 員工酬勞

肆、結論

參考文獻

摘 要

員工獎酬制度在我國法有長久的歷史，隨著實務界的需求，我國員工獎酬制度亦與時俱進而一再引進國外的制度，例如員工認股選擇權以及員工限制型股票即屬是例。然而，由於員工獎酬制度過去僅限於同一公司內部發放，已逐漸無法滿足實務界企業集團化的需求，故公司法亦於其修正案中逐次放寬關係企業中員工獎酬制度，直至公司法 2018 年修正案中方允許各種員工獎酬工具皆得發給符合一定條件之控制或從屬公司員工。

立法者雖立意良善，但卻可能忽略了關係企業的危險性，例如控制公司即可能利用其控制力促使從屬公司以其資源獎勵控制公司員工，以致損及從屬公司利益。此問題在德國法亦可得見，尤其是員工認股選擇權更是德國股份法唯一允許在關係企業間發放者，其已行之有年而累積相當數量的實務與學說見解。職是之故，本文之目的即以德國員工認股選擇權法制為比較對象，深入分析關係企業中員工獎酬制度可能引起的利益衝突問題，並試圖提出適宜的解決之道以供我國學說與實務參考。

關鍵字：員工獎酬制度、關係企業、員工酬勞、員工庫藏股、員工認股選擇權、員工限制型股票

壹、前言

我國公司法所規定的員工獎酬制度，最初乃公司法第 267 條第 1 項之員工新股認購權以及 2015 年修正前的員工分紅（修正前公司法第 235 條第 2 項）與員工分紅入股（修正前公司法第 240 條第 2 項），其後立法者於 2001 年增訂第 167 條之 1 的員工庫藏股以及第 167 條之 2 的員工認股選擇權，又於 2011 年引進美國法上的限制型股票（公司法第 267 條第 9 項），最近則在 2015 年廢除員工分紅制度，而新增定公司法第 235 條之 1 的員工酬勞制度，以上即是我國學說上所謂的獎勵員工之制度或員工激勵之工具¹。

然而，前述員工獎酬之規定乃限於單一企業內部之制度，惟基於現代企業集團專業分工與風險分割的需求，經常有設立專門從事研發、行銷或生產等子企業，此類從屬公司之員工對整體集團亦有其貢獻，但卻無法與控制公司員工分享相同之獎酬。有鑑於此，立法者在 2001 年公司法修正案中增訂當時的公司法第 235 條第 4 項，規定公司分配股票紅利之對象亦包括從屬公司員工，此可謂我國關係企業中員工獎勵制度之濫觴。前述條文於 2015 年隨著員工分紅入股制度一起走入歷史，惟立法者仍於增訂新的員工酬勞制度時，於公司法第 235 條之 1 第 4 項承繼前述條文，使員工酬勞亦得發給從屬公司之員工。其實 2015 年經濟部所提出之公司法修正案中，本亦有增訂公司法第 267 條第 10 項使限制型股票亦得發給從屬公司員工之計畫²，惟此立法草案並未實現。

2016 年公司法全盤修正委員會即認為，「因應產業需求以及使員工獎酬機制規範一致化，建議各項員工獎酬機制，均可比照員工酬勞規定

¹ 劉連煜(2020)，《現代公司法》，頁 646-658，第 15 版；王文字（2018），《公司法論》，頁 525-528，第 6 版。

² 公司法部分條文修正草案條文對照表第 267 條立法理由 http://gcis.nat.gov.tw/mainNew/matterAction.do?method=browserFile&fileNo=1061222_pdf_2（最後瀏覽日 2020/12/01）。

放寬之，即章程得訂明發給對象，包括符合一定條件之從屬公司員工」³。而經濟部的修法草案亦主張「擴大員工獎酬工具之發放對象，可包括控制或從屬公司之員工，例如員工庫藏股、員工認股權憑證、員工酬勞、員工新股認購及員工權利新股。另放寬非公開發行股票之公司亦得發行限制員工權利新股」⁴，具體之修正方式，乃就原有的員工庫藏股、員工認股選擇權、員工酬勞、員工新股認購權與限制型股票之規定，分別增定第 167 條之 1 第 4 項、第 167 條之 2 第 3 項、第 235 條之 1 第 4 項、第 267 條第 7 項與第 267 條第 11 項，使前述員工獎酬工具的「轉讓之對象包括符合一定條件之控制或從屬公司員工」。以員工庫藏股為例，其立法理由即謂：「實務上，企業基於經營管理之需，常設立研發、生產或行銷等各種功能之從屬公司，且大型集團企業對集團內各該公司員工所採取之內部規範與獎勵，多一視同仁，因此，為利企業留才，賦予企業運用員工獎酬制度之彈性，故參酌外國實務作法，讓公司得於章程訂明員工庫藏股之實施對象，包含符合一定條件之控制公司或從屬公司員工，以保障流通性及符合實務需要。」⁵最後，此一修法計畫即於 2018 年公司法修正案中通過。

前述擴大員工酬勞發放對象至關係企業員工的理由雖屬合理且必要，然而，立法者可能忽略此一規定與關係企業法之間的衝突。按關係企業乃各自擁有獨立人格之公司的組合體，控制公司可以利用從屬公司做為經營工具而為不正當之商業行為，不但能分割風險，亦能規避責任，故我國公司法已於 1997 年新增關係企業專章，以處理此一問題⁶。又，

³ 請參見公司法全盤修正委員會修法建議頁 1-70，<http://www.scocar.org.tw/pdf/section3.pdf>（最後瀏覽日 2020/12/01）。

⁴ 請參照經濟部「公司法部分條文修正草案總說明」中修正要點三（八），<http://gcis.nat.gov.tw/mainNew/subclassNAction.do?method=getFile&pk=848>（最後瀏覽日 2020/12/01）。

⁵ 請參照經濟部「公司法部分條文修正草案條文對照表」，http://gcis.nat.gov.tw/mainNew/matterAction.do?method=browserFile&fileNo=1061222_pdf_2（最後瀏覽日 2020/12/01）。

⁶ 請參考廖大穎(2013)，〈關係企業之法規範與公司治理〉，《中正財經法學》，第 6 期，頁 10-17；其他有關關係企業法立法必要性之討論，我國學說甚夥，請參考廖大穎，

關係企業法最核心的問題，其實在處理從屬公司與控制公司間利益衝突的問題，按控制公司可能為追求整體集團的最大利益而犧牲從屬公司的利益，進而損及從屬公司的少數股東與債權人，因此，法秩序是否可容許此一情形發生，即是關係企業法需處理的最基本問題⁷。就關係企業的員工獎酬制度而言，公司法新修正條文中允許控制公司與從屬公司互相發放員工酬勞、庫藏股、認股權與限制型股票等，以控制公司對從屬公司發放員工酬勞為例，酬勞的額度即可以是以控制公司年度稅前盈餘乘以章程所定之分派比例而計算得出⁸，因此，從屬公司具員工身份的經營階層即有可能為獲取更高的報酬而刻意迎合控制公司政策而犧牲從屬公司利益。此一結果是否允當，即有疑問。

由於我國關係企業法係部分繼受德國法的結果⁹，故德國學說與實務見解對此問題的探討或可做為解釋與適用我國法的參考。惟德國員工獎酬工具雖亦相當多元¹⁰，但在集團中各關係企業間可以互為發放之獎酬工具且法律有明文規定者，僅有員工認股選擇權一種而已，而德國學說與實務對此問題亦有不少討論，故本文以下擬先簡介德國法關係企業中員工認股選擇權的學說爭議，並以之為基礎探討我國公司法 2018 年所新增之關係企業中員工獎酬制度。

貳、德國法關係企業中發行員工認股選擇權之爭議

一、德國關係企業法之基本理念

前揭文，頁 4，註 3。

⁷ 請參考洪秀芬(2013)，〈從德國事實上關係企業之控制企業責任法制反思我國控制公司責任規範〉，《東吳法律學報》，第 25 卷第 2 期，頁 4-5。

⁸ 有關員工酬勞之計算方法，請參照葉新民(2016)，〈論公司法新修正員工酬勞之相關法律問題〉，《台灣法學雜誌》，第 298 期，頁 61-62。

⁹ 劉連煜，同註 1，頁 756。

¹⁰ 請參考葉新民(2013)，〈由德國員工參與法制探討我國員工獎勵制度的相關法律問題—以公司法為中心〉，《臺北大學法學論叢》，第 88 期，頁 145-166。

德國學說認為，在典型的資合公司中，法律之所以允許公司事務以股份之多數決為準，係基於公司所有股東皆有相同利益導向（*Gleichgerichtete Interessen*）之假設，蓋股東無論持股多寡，其最終的期望仍是透過公司的營運而分配最多的盈餘。惟此一假設在公司受他公司控制時即遭到動搖，蓋控制公司可能為達成整體企業集團的經營目的而犧牲從屬公司的利益，此即德國學說上所謂的「關係企業危險性」（*Konzerngefahr*）¹¹。雖然如此，德國 1965 年股份法（*Aktiengesetz, AktG*）的立法者仍肯定企業結合在經濟與法律政策上有其價值，以法律禁止關係企業絕非公司法的任務¹²。然而，關係企業之創制首先面對的問題卻是股份公司機關分權的基本問題，亦即，依德國股份法第 76 條與第 119 條之規定，董事會乃唯一的業務執行機關，股東會僅能就法律規定的重大事項為決議，因此，任何對公司外來的控制都將損及董事會的獨立性，因此如何在不修改德國股份法第 76 條規定的前提下賦予控制公司一定的權力地位，即是關係企業立法的難題¹³。

對此，德國 1965 年股份法的立法者即創設出一雙軌的制度¹⁴，首先，公司得締結控制契約（*Beherrschungsvertrag*）使控制公司之控制行為獲得合法性的基礎，縱是對從屬公司不利益之經營，從屬公司董事會仍應聽命行事且不致違反股份法第 76 條之規定，此契約性質上並非債法之契約，而是企業間的章程，亦是控制公司得將從屬公司納入集團的依據¹⁵，

¹¹ Vgl. statt aller Spindler/Stilz/Schall, *Aktiengesetz*, 4. Auflage 2019, Vorb. §§ 15 ff. Rn. 27; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 9. Auflage 2019, *AktG* § 15 Rn. 6ff.

¹² Begründung des Regierungsentwurfs zum *AktG* von 1965, in: Kropff, *Aktiengesetz* 1965, S. 374.

¹³ Begründung des Regierungsentwurfs zum *AktG* von 1965, in: Kropff, aaO. (Fn. 12), S. 813.

¹⁴ 有關此議題的國內文獻請參考，洪秀芬/朱德芳(2014)，〈關係企業債權人保護之發展趨勢：以揭穿公司面紗為核心〉，《臺大法學論叢》，第 43 卷第 3 期，頁 648-653。

¹⁵ Kropff, *Grundzüge des Konzernrechts*, in: Lutter/Semler (Hrsg.), *Rechtsgrundlagen freiheitlicher Unternehmenswirtschaft*, 1991, S. 77.

因此，控制契約的締結需要雙方公司股東會出席股權之四分之三多數同意（德國股份法第 293 條）。同時，為保護從屬公司少數股東與債權人之利益，控制公司除對從屬公司負擔年度虧損之補償義務（德國股份法第 302 條）之外，另應保證對從屬公司外部股東給付定額之股利（德國股份法第 304 條）。再者，於控制契約終止時，控制公司應對從屬公司債權人提供擔保（德國股份法第 303 條），最後，從屬公司股東有權要求控制公司以合理價格買回其股份（德國股份法第 305 條）。

除了前述的所謂契約型關係企業（Vertragskonzern）外，一公司是否可以僅透過多數表決權控制他公司則是一更加困難的問題，德國 1965 年股份法的立法者原則上承認此類事實上的控制力，但仍禁止控制公司對從屬公司為不利益經營，惟從屬公司若於會計年度終了前獲得控制公司之補償，則例外容許不利益經營行為之實施（德國股份法第 311 條）。然而，為能有效控管個別補償行為之實施，德國股份法另設計出所謂的從屬報告書（Abhängigkeitsbericht），用以登錄企業間所有不利益經營與補償措施¹⁶。若控制公司為不利益經營卻未於營業年度終了前為補償，則應對從屬公司負損害賠償責任（德國股份法第 317 條）。而此所謂事實上關係企業（der faktische Konzern）的設計亦為我國公司法所繼受。

二、德國法有關員工認股選擇權的規定

（一）員工認股選擇權的基本概念

在各種員工獎酬方式中，若公司欲以自己股份獎勵員工，則無論是給予員工新股認購權或直接以股份做為員工酬勞，甚或是發放員工限制型股票，公司皆得以發行新股的方式取得自己股份，惟其程序繁複，並有稀釋股東持股比例的後果，此外，員工獎酬措施除獎勵過去外，亦應有激勵未來的效果才是，因此「員工認股選擇權」（Employee Stock Option）

¹⁶ Siehe Auschußbericht, in: Kropff, aaO. (Fn. 12), S. 375f.

即應運而生，依此制度，公司得與員工簽訂認股權契約，約定於一定期間內，員工得依約定價格認購特定數量之公司股份，訂約後由公司發給員工認股權憑證，而員工實行其認股權時，公司得以發行新股或以買回自己股份的方式取得股份以發給員工¹⁷。相較於其他歐美國家如英國、美國與法國，員工認股選擇權在德國的發展卻相對較遲，直至 1996 年前後方才在德國大企業間形成風潮，並成為公司獎酬公司經營階層的工具¹⁸。

此外，德國實務界長久以來亦有使用美國實務上經常用作獎酬董事的所謂人工或虛擬的認股選擇權計畫（virtuelle Aktienoptionsprogramme）者¹⁹，亦即「股票增值權」（stock appreciation right）或是「幽靈股」（phantom stock）²⁰。所謂股票增值權係一種虛擬的選擇權（virtuelle Optionen），據此獎酬計畫，公司並不需實際給付股份，而僅在員工行使股票增值權時，即計算市價與執行價格的差額乘以行使的數量，並直接以現金結算，故員工實際上所取得的僅是現金請求權而已；至於幽靈股則是一種虛擬的股份（virtuelle Aktien），據此獎酬計畫，員工得先以低於市價的價格向公司購入虛擬的股份，而於履約期屆至時，公司則給付相當於股份市價的現金予員工²¹，如此即可以避免員工執行認股權時，公司為取得自己股份在法律上的諸多障礙。

（二）德國股份法中員工認股權的特殊規定：以附條件增資發行新股因

¹⁷ 劉連煜(2007)，〈員工分紅、入股與員工認股選擇權之新挑戰〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 99 期，頁 193-194。；廖大穎(2002)，〈認股權憑證與員工紅利--論員工股份選擇權（Stock Option）新制度〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 37 期，頁 82-84。

¹⁸ Kohler, Stock Options für Führungskräfte aus der Sicht der Praxis, ZHR 161(1997), 246, 249f.

¹⁹ Vgl. Schanz, Mitarbeiterbeteiligungsprogramme, NZA 2000, 626, 627.

²⁰ Schanz, aaO., NZA 2000, 626, 628 Fn. 18.

²¹ Vgl. BeckOGK/Rieckers, 1.7.2020, AktG § 192 Rn. 70; Tobias Isensee, Mitarbeiteraktienoptionen - mehr als eine steuerliche Gewinnchance? DStR 1999, 143, 146; 我國文獻請參考，張心悌(2007)，〈從報酬與績效連結之觀點探討董事報酬之設計〉，《月旦法學雜誌》，第 147 期，頁 124。

應

公司發行員工認股選擇權後而員工認股時，公司應如何取得股份以因應之？我國法原則上得以老股（庫藏股）或發行新股為之，又發行新股則有不同的可能性²²，對此，德國法亦無不同²³，但就發行新股之情形，德國股份法特別創設一種特殊的制度—附條件增資（*Bedingte Kapitalerhöhung*）。依據德國股份法第 192 條第 1 項的規定，公司股東會得決議增資，並限制其新股之發行僅能在公司所賦予的轉換權或認股權的範圍內實行。由此可知，附條件增資中的增資決議本身並未附條件，而是新股使用的目的附有特定條件，亦即，於股東會決議增資時，公司事實上並無法事前確定未來將發行新股份的數量，蓋未來有多少投資人行使轉換權或認股權並不確定，但附條件增資允許公司在此不確定的範圍內仍得增資²⁴。此外，同條第 2 項乃有關附條件增資可以適用的情形，法律共允許三種附條件增資的目的，第 1 款規定係為公司發行的可轉換或附認股權債券持有人將來換股或認股所需，第 2 款規定則為準備公司合併換股之用，而第 3 款規定即是為關係企業之員工或經營階層行使認股權或轉換權時所設。

（三）以績效目標做為認股權行使之條件

依德國股份法第 193 條第 1 項的規定，附條件增資應以出席股東會的四分之三的資本多數通過的特別決議為要件，而該決議的內容依同條第 2 項規定，應包含增資的目的、認股權人的範圍以及認股價或計算認股價的基礎，另外與員工認股選擇權最有關係者，乃是認股權如何分配予員工與經營階層、績效目標（*Erfolgsziel*）、取得與執行認股權的期間，以及認股人得行使認股權的等待期（*Wartezeit*）等。就員工認股選擇權而言，其中最關鍵的項目乃績效目標的確定，按吾人若欲以員工認股選

²² 請參考葉新民，同註 10，頁 186-194。

²³ 請參考葉新民，同註 10，頁 160-166。

²⁴ 請參考葉新民，同註 10，頁 162-165。

擇權達成激勵員工的目的，本來僅規定認股價即可，蓋員工認股選擇權只有在其認股價（或稱履約價）低於公司未來在證券市場上的股價時，方有價值可言，而此差額即可激勵員工認真投入工作²⁵，因此，德國 1998 年股份法的修正草案中原來是用股價目標（Kursziel）的用語，但為使員工認股選擇權計畫能有更多元的運用方式，故立法者將之修正為績效目標²⁶。所謂績效目標乃員工得行使認股權的條件，亦即，唯有該條件成就時，員工方能依認股價認股²⁷，此一規範方式與我國法似不相同，蓋在我國實務上的認股選擇權多並未另附條件，而員工執行與否只與公司股份的市價高低有關，亦即，員工認股選擇權之內含價值²⁸（Intrinsic Value）有賴於履約價與市價的比較，以判斷價內（in the money）或價外（out of the money），然唯有在流通市場交易的股票方有透明的市價（即用以計算内含價值的公允價值）可言，故未上市（櫃）公司較無使用員工認股選擇權的機會^{29 30}。然而，德國股份法所規定的員工認股選擇權之執行與否卻不依賴認股權的内含價值，而是依前述的績效目標而定，此情形頗類似我國法所新訂的員工限制型股票之既得條件中的績效條件³¹，差別在於員工限制型股票僅以既得條件限制股權之行使，員工已

²⁵ Vgl. Großkomm AktG/Frey, § 193 Rn. 63; BeckOGK/Rieckers, 1.7.2020, AktG § 193 Rn. 32.

²⁶ Bundestag-Drucks. 13/10038, 26.

²⁷ Grigoleit/Rieder/Holzmann, Aktiengesetz, 2. Auflage 2020, AktG § 193 Rn. 21; Bürgers/Körber/Marsch-Barner, AktG, 2. Aufl. 2011, § 193 Rn. 10; MünchKomm AktG/Fuchs, 4. Aufl. 2016, § 193 Rn. 89; Hüffer/Koch, AktG 14. Aufl. 2020, § 193 Rn. 9a; 反對說 Großkomm AktG/Frey, § 193 Rn. 62, Frey 認為績效目標係員工取得認股權的停止條件，而非行使權利的條件。

²⁸ 有關内含價值的定義，請參見財團法人中華民國會計研究發展基金會企業會計準則第 23 號公報第 5 條第 11 點以及財團法人中華民國會計研究發展基金會企業會計準則第 23 號公報第 5 條第 11 點。

²⁹ 廖大穎，同註 17，頁 85。

³⁰ 未在流通市場交易之股份的公允價格其實仍可參考公司的淨值，請參考經濟部 107 年 12 月 14 日(107)基秘字第 445 號函以及財團法人中華民國會計研究發展基金會企業會計準則第 23 號公報第 18 條。

³¹ 請參見「發行人募集與發行有價證券處理準則」第 60 條之 1 第 1 項；有關員工限制型股票的相關內容，請參考葉新民，同註 10，頁 174-180。

經先取得股票，而認股選擇權則是以績效目標限制認股權的行使，員工尚未取得股票。例如德國的股份公司在其員工認股選擇權計畫中，得以個別員工的業務績效做為認股的條件，當員工達成此績效目標後，方得以特定的履約價向公司認購股票，因此，縱是未上市（櫃）公司仍可以此方式激勵員工。

員工認股權績效目標的制訂理論上涉及員工與股東間利益的平衡，蓋由「股東利益之價值」(shareholder value) 的觀點而言³²，員工取得之經濟利益係來自公司，其結果將減損股東可能分配的盈餘，故對員工之獎勵應以增加股權價值為前提³³，然而問題經常在於，股權價值之增加，例如股票市價的上漲，經常不單是因為員工的努力，而有其他政治或整體經濟的因素，此自應在績效目標的選擇上加以考量³⁴。具體而言，公司採用的績效目標可以是公司的股價或是其他可能的財務指標，例如股東權益報酬率 (Eigenkapitalrendite, Return of Equity)、總報酬率 (Gesamtrendite, Total Return)、經濟附加價值 (Economic Value Added, EVA)³⁵或是每股盈餘 (Gewinn pro Aktien, Earnings Per Share)，甚至可以同時採計數種標準³⁶。甚至若干法院實務與學說認為，在非上市（櫃）公司得以成功的股票上市或公開發行新股做為績效目標³⁷，惟對此學界

³² 有關 Shareholder value 之意義，請參考葉新民，同註 10，頁 167-170。

³³ Großkomm AktG/Frey § 193 Rn. 61; MünchKomm AktG/Fuchs, § 193 Rn. 23; BeckOGK/Rieckers, AktG § 192 Rn. 51, § 193 Rn. 28.

³⁴ Großkomm AktG/Frey § 193 Rn. 61; MünchKomm AktG/Fuchs, § 193 Rn. 23; BeckOGK/Rieckers, AktG § 193 Rn. 28.

³⁵ Zu EVA vgl. Thüsing, Auf der Suche nach dem iustum pretium der Vorstandstätigkeit - Überlegungen zur Angemessenheit im Sinne des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG, ZGR 2003, 457, 479.

³⁶ Großkomm AktG/Frey, § 193 Rn. 67; MünchKomm AktG/Fuchs, § 193 Rn. 24; BeckOGK/Rieckers, AktG § 193 Rn. 32; Hoffmann-Becking, Gestaltungsmöglichkeiten bei Anreizsystemen, NZG 1999, 797, 802.

³⁷ LG München I ZIP 2001, 287, 288; OLG München NZG 2002, 677, 678; Großkomm AktG/Frey, § 193 Rn. 67; Großkomm AktG/Kort, § 87 Rn. 164; Hölter/Apfelbacher/Niggemann, AktG 3. Aufl. 2017, § 193 Rn. 32; MünchKomm AktG/Fuchs, § 193 Rn. 24.

仍有反對意見³⁸。至於以股票在流通市場交易的市價做為績效目標雖廣受實務所使用³⁹，但卻仍有爭議，按理論上以股價做為績效目標可區分為絕對股價指標與相對股價指標，前者係以公司股價指數上漲超過特定數值為準，後者則需將公司股價變動與市場上其他相同類股之股價指數變動率做比較（即所謂的基準指標 Benchmarking）⁴⁰。絕對股價指標無法表達企業經營的真實成果，蓋影響股價的因素繁多，已如前述，惟德國實務與學說並不否認以其做為績效目標的正當性⁴¹，相較之下相對股價指標雖較適合做為員工認股選擇權的績效目標，惟其須以市場上確實有可信賴的類股指數為前提⁴²。

綜上所述，績效目標的設計既有相當的彈性，對關係企業中員工認股選擇權計畫的制訂即可發揮關鍵性的影響力，而此將於下文中加以探討。

三、控制公司員工參與從屬公司發行之員工認股選擇權計畫

依前述德國股份法第 192 條第 2 項第 3 款之規定，附條件增資的目的可以是為給予公司或其關係企業之員工或經營階層的成員認股權，而關係企業（verbundene Unternehmen）一語，依德國股份法第 15 條之規

³⁸ BeckOGK/Rieckers, AktG § 193 Rn. 29.

³⁹ MünchKomm AktG/Fuchs, § 193 Rn. 25; BeckOGK/Rieckers, AktG § 193 Rn. 31.

⁴⁰ BeckOGK/Rieckers, AktG § 193 Rn. 31.

⁴¹ Vgl. BAG ZIP 2008, 1390, 1395; AG 2008, 352, 354; OLG Schleswig AG 2003, 102, 103; OLG Stuttgart AG 1998, 529, 532; OLG Stuttgart ZIP 2001, 1367, 1370 f.; LG Stuttgart ZIP 2000, 2110, 2113; Grigoleit/Rieder/Holzmann, AktG § 193 Rn. 22; Großkomm AktG/Frey, § 193 Rn. 67; Großkomm AktG/Kort, § 87 Rn. 165 ff.; Hölters/Apfelbacher/Niggemann, § 193 Rn. 32; Hüffer/Koch/Koch, § 193 Rn. 9a; MünchKomm AktG/Fuchs, § 193 Rn. 25; K. Schmidt/Lutter/Veil, AktG § 193 Rn. 14; Daniel M. Weiß, Aktienoptionsprogramme nach dem KonTraG, WM 1999, 353, 358; a.A. Kallmeyer, Aktienoptionspläne für Führungskräfte im Konzern, AG 1999, 97, 100.

⁴² GroßkommAktG/Frey, § 193 Rn. 67; Hüffer/Koch/Koch, § 193 Rn. 9a; MünchKomm AktG/Fuchs, § 193 Rn. 25; Baums, in: FS Claussen, 1997, 3, 12 ff.; Kallmeyer, aaO. AG 1999, 97, 100; Weiß WM 1999, 353, 358.

定，包括公司的子公司、孫公司、母公司與姊妹公司⁴³。就其字面文義而論，該規定並未區分認股權發放對象為何種關係企業，惟立法者在立法理由中卻明確表示，從屬公司不得向控制公司員工發行認股權⁴⁴，對此立法解釋，德國學說有認為其不符法律之明確文義，且此一類型亦有其實際功能，蓋控制公司經營階層為能行使其所擁有對從屬公司的認股權，將努力提高從屬公司的獲利以促使其股價上升，而控制公司亦可透過對從屬公司的資本參與而獲利，故不需有此限制者⁴⁵。惟德國通說仍肯定立法理由之見解⁴⁶，蓋持有從屬公司認股權的控制公司經營階層，將難以避免為一己之私而濫用自己對從屬公司的影響力⁴⁷，故不僅控制公司的經營階層，甚至其員工皆應全面禁止取得從屬公司發行之認股權才是⁴⁸。此外，亦有折衷見解主張，法律原則上應禁止此一類型，但若有正當理由時則可有例外⁴⁹，惟此所謂正當理由可以有哪些類型，卻未加以說明。

此外，在肯定控制公司經營階層與員工得領取從屬公司認股權的情形，有學說另提出以德國關係企業法學說中所謂「關係企業經營控制」（Konzernleitungskontrolle）的學說做為實施此類認股權計畫的要件，此學說認為：當子公司股東會之決議事項將對母公司股東法律地位產生重大影

⁴³ S. statt aller Spindler/Stilz/Rieckers, AktG § 192 Rn. 60.

⁴⁴ Begründung des Regierungsentwurfs, in: Bundestag-Drucks. 13/9712, 24.

⁴⁵ Zitzewitz, Konzernrechtliche Probleme bei Stock Options, NZG 1999, 698, 704 Fn. 95; weitere Nachweise s. Spindler/Stilz/Rieckers, AktG § 192 Rn. 60 in Fn. 231.

⁴⁶ MünchKomm AktG/Fuchs, § 192 Rn. 89; Großkomm AktG/Frey, § 192 Rn. 99; Großkomm AktG/Kort, § 87 Rn. 150; Grigoleit/Rieder/Holzmann, AktG § 192 Rn. 31; Hüffer/Koch, AktG § 192 Rn. 20; K. Schmidt/Lutter /Veil, AktG 2008, § 192 Rn. 23; Bürgers/Körber/Marsch-Barner, AktG § 192 Rn. 17; Hölters /v. Dryander/Niggemann, AktG § 192 Rn. 49; Scholz, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 64 Rn. 105; Hoffmann-Becking, aaO (Fn. 36), NZG 1999, 798, 803; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG § 192 Rn. 60a; BeckOGK/Rieckers, AktG § 192 Rn. 74.

⁴⁷ Adams, Stellungnahme zur Aktienrechtsreform 1997, AG Sonderheft, August 1997, S. 9, 14.

⁴⁸ Großkomm AktG/Frey, § 192 Rn. 100.

⁴⁹ Spindler/Stilz/Rieckers, AktG 4. Aufl. 2019, § 192 Rn. 60a; BeckOGK/Rieckers, AktG § 192 Rn. 74.

響時，則母公司股東有權在母公司股東會對此做決議⁵⁰，而德國聯邦最高法院於著名的 *Holzmüller* 案⁵¹中亦首次應用此見解，按關係企業法的原始設計本欲在關係企業的建構下，防止控制公司濫用其控制力對從屬公司為不利益經營，故有保護從屬公司的少數股東與債權人之必要，但是在關係企業形成後，原來母公司股東本可透過股東會決議予以控制的財產，卻可能已經移轉至子公司而僅受母公司董事會之控制，其結果將剝奪母公司股東會的職權，此為關係企業法立法者所忽略的漏洞，因此，母公司股東會之職權，在特定影響母公司股東法律或經濟地位的事項，應延伸至子公司⁵²。德國現代學說亦多贊同此說，並稱之為法律未明文規定的股東會職權（*Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten*）⁵³。至於子公司哪些議案之重大性足以產生前述效果則有頗多爭議⁵⁴，其中學說與實務認為有此原則適用的案例類型之一，為子公司增資但排除母公司原股東新股認購權的情形⁵⁵，另有部份學者主張，母公司對子公司發行新股的優先認股權之排除，其結果須達到母公司對子公司持股比例發生重大變動時方可，例如原來持股百分之百的子公司欲引進新股東，或母公司原來的多數持股比例因其無法認購新股而致大幅降低等情形⁵⁶。

至此，有疑問者乃控制公司使從屬公司發放股票選擇權予控制公司

⁵⁰ 此學說係由德國學者 Marcus Lutter 所創設，s. Lutter, Zur binnenstruktur des Konzerns, in: FS Harry Westermann, 1974, S.347, 357f.

⁵¹ BGHZ 83, 122 f. = NJW 1982, 1703 (Holzmüller); 本案事實涉及某公司持股 100% 的子公司將其重要營業設施轉讓他人，德國聯邦法院認為此財產轉讓議案應由母公司股東會決議方可，蓋此為關係企業的重大營運措施，並非單純子公司的業務，故應受母公司股東會之管制，否則母公司的職權將被掏空。

⁵² BGHZ 83, 122, 138, 142 f. (Holzmüller).

⁵³ Habersack, in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbHKonzernrecht, vor § 311 Rn. 48; K. Schmidt/Lutter/Spindler, AktG § 119 Rn. 36; MünchKomm AktG/Kubis, § 119 Rn. 73 ff.; Krieger, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 70 Rn. 43; BeckOGK/Hoffmann, AktG § 119 Rn. 52, 53.

⁵⁴ Vgl. MünchKomm AktG/Kubis, § 119 Rn. 77 ff.

⁵⁵ Habersack in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht vor § 311 Rn. 49; MünchKomm AktG/Peifer, § 182 Rn. 87 f.; MünchKomm AktG/Kubis § 119 Rn. 82; Krieger, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 70 Rn. 46.

⁵⁶ Lutter, aaO. (Fn. 50), in: FS Westermann, S. 347, 365 f.

員工，是否亦應有「關係企業經營控制」學說的適用，而此問題的關鍵要件為，子公司的經營措施是否可能對母公司的股東權產生重大的影響，亦即，吾人應檢查控制公司經營階層與員工領取從屬公司發行的認股權，是否將對母公司的股東產生重大影響⁵⁷。由於控制公司經營階層與員工參與從屬公司的員工認股選擇權計畫，事實上就是控制公司經營階層以從屬公司的資源獎勵自己，其結果不但減少從屬公司之獲利，致使控制公司由從屬公司所能分配之盈餘亦減少，進而影響控制公司股東原能分配的股利，再者，此認股選擇權計畫又排除控制公司身為從屬公司股東的新股認購權，其結果亦將影響控制公司對從屬公司的控制力，職是之故，雖然從屬公司發放認股選擇權予控制公司經營階層與員工並不一定將對控制公司股東的法律地位產生重大影響，但決定性的關鍵仍在此認股權計畫的內容，尤其是發行的數量、認股價與績效目標的訂定，因此有德國學說主張，控制公司董事會應有將之提交控制公司股東會決議的義務，使其有審查其內容的機會⁵⁸。

四、從屬公司員工參與控制公司發行之員工認股選擇權計畫

若法律允許控制公司以其員工認股選擇權獎勵從屬公司的經營階層或員工，則後者將可能為自己利益全力促使控制公司獲得高額盈餘，以達成認股權計畫之績效目標，縱其行為將損害自己所屬公司以及其少數股東之利益亦在所不惜，此一危險性為德國學說普遍所認知⁵⁹，部份學說因此認為控制公司不得發放認股選擇權予從屬公司經營階層或員工⁶⁰。另亦有學說主張，在從屬公司為控制公司持股百分之百的子公司，

⁵⁷ Zitzewitz, aaO. (Fn. 45) NZG 1999, 698, 703.

⁵⁸ Zitzewitz, aaO. (Fn. 45) NZG 1999, 698, 704.

⁵⁹ Vgl. MünchKomm AktG/Fuchs, § 192 Rn. 90; Hüffer/Koch, AktG § 192 Rn. 20; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG § 192 Rn. 61; Hoffmann-Becking, aaO. (Fn. 36), NZG 1999, 797, 803.

⁶⁰ Heidel, „Wes Brot ich ess, des Lied ich sing“ - Vergütung von Vorständen nach dem Erfolg des Konzerns - Anknüpfungspunkt für strafrechtliche Handlung? in: FS Mehle,

因而無須顧及少數股東利益，或者兩公司之間訂有控制契約，使控制公司對從屬公司負擔虧損補償的義務時，方可例外允許之⁶¹。另有學者雖不全然否定其合法性，但以德國股份法第 193 條第 2 項第 4 款之規定⁶²為依據，而認為母公司對子公司員工發行之認股選擇權，僅能連結子公司之績效，使子公司員工不致追求自己公司以外的績效目標損及公司利益，否則亦屬不合法⁶³。此外，另有學者主張，此類認股權計畫應由從屬公司全部少數股東同意方得執行⁶⁴。儘管有前述危險性，但仍有德國學者認此類員工認股權計畫並無違法之疑慮⁶⁵。

2008 年德國慕尼黑黑邦高等法院 (Oberlandesgericht München) 著名的 RWE Energy 判決⁶⁶即涉及此一問題，RWE (Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk AG) 係德國重要的大型電力公司，該公司透過其持股百分之百的子公司持有本案被告近九成的股份，被告公司之監事會於 2006 年所核定的全部董事酬勞中，共有 70% 係依董事績效而定的變動酬勞 (variable Vergütung)，而變動酬勞中的 80% 則連結其母公司的績效⁶⁷。

2009, S. 247, 253ff.; Tröger, Anreizorientierte Vorstandsvergütung im faktischen Konzern, ZGR 2009, 447, 453ff.; Zitzewitz, aaO. (Fn. 45), NZG 1999, 698, 700f.

⁶¹ 德國立法者已持此見解，s. BegrRegE des KonTraG, BT-Drs. 13/9712, 23f.; 德國學界多數說認為此兩種例外情況可以令從屬公司員工與經營階層持有控制公司的認股權，s. Baums, Kontrolle und Transparenz in Großunternehmen. Stellungnahme für den Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages, AG-Sonderheft 1997, 26, 35; Hüffer/Koch, AktG § 192 Rn. 20; Scholz, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, AktG § 64 Rn. 106; Bürgers/Körber/Marsch-Barner, AktG § 192 Rn. 17; 但亦有學者認為此兩種情形仍不足以排除前述疑慮，僅有準合併 (Eingleiderung) 的情形方可，s. Heidel, aaO. (Fn. 60), in: FS Mehle, 2009, S. 247, 257f.

⁶² 有關德國股份法第 193 條第 2 項第 4 款之相關規定，請參考前文註 23 之至註 39 處之論述。

⁶³ Großkomm AktG/Frey, § 192 Rn. 101; Hüffer/Koch, AktG § 192 Rn. 20.

⁶⁴ Kallmeyer, aaO. (Fn. 41), AG 1999, 97, 102; MünchKomm AktG/Spindler, § 87 Rn. 105.

⁶⁵ S. u.a. Habersack, Anmerkung zu der Entscheidung OLG München, Urteil vom 7. 5. 2008 - 7 U 5618/07, NZG 2008, 634, 635.

⁶⁶ OLG München, NZG 2008, 631ff.

⁶⁷ 被告公司的董事酬勞計畫甚為複雜，基本上係以被告母公司的股東總報酬率 (Total Shareholder Return, TSR) 與其他在美國道瓊指數所列之同類上市公司的股東總報酬率互為比較而定，董事並將先取得既得期間為三年的業績股 (Performance share)，頗

此董事變動酬勞雖非以認股選擇權之形式制訂，惟德國學者認其事實上仍屬一種「在關係企業中的虛擬認股選擇權計畫」（konzernweites virtuelles Aktienoptionsprogramm）⁶⁸。

被告公司於 2008 年 9 月召開的股東會中，經表決權之多數通過對監事為免責（Entlastung）之決議（德國股份法第 120 條第 1 項參照），原告（被告公司之股東）隨後提出撤銷股東會免責決議之訴，其理由為監事會所提出之董事酬勞計畫不合法。慕尼黑邦高等法院於審理後駁回原告之訴，其理由是被告公司之董事酬勞雖不全然合法，但鑑於學說與實務對本爭議之認定仍未有共識，原告亦無法證明被告因該計畫而確實受有不利益，故其違法之狀況仍未達德國股份法第 243 條第 1 項所定因違反法律或章程而得撤銷股東會決議的程度。雖然如此，該法院仍在判決的附帶意見（obiter dictum）中提出其見解：「若決定董事酬勞的標準損及或有害於德國股份法第 87 條第 1 項第 1 句中所定的確定董事酬勞的法定方式，則此一標準不合法；又，若一公司受他公司事實上的控制，且依該公司的董事酬勞計畫，董事會違背公司利益的決定將會受到獎勵時，則該董事酬勞計畫係違反股份法第 87 條第 1 項之規定」⁶⁹。

前述判決見解涉及德國股份法第 87 條第 1 項之規定，據其規定，德國董事薪酬之決定機關為監事會，且監事會所決定之薪酬額度應符合所謂適當性的要求，依德國股份法第 87 條第 1 項第 1 句之規定，監事會於決定個別董事的整體薪酬（包括薪資、參與盈餘分配、支出費用返還、保險費、仲介費、認股選擇權以及其他各類附加給付）時，應使其額度與董事的職務、能力以及公司之狀況（Lage der Gesellschaft）之間符合一種適當的關係（in einem angemessenen Verhältnis）⁷⁰。有學者進一步闡

類似我國的限制型股票，並以前述報酬率之比較為既得條件，詳情請參見該判決 OLG München, NZG 2008, 631, 632

⁶⁸ Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 192 Rn. 61; Habersack, aaO. (Fn. 65), NZG 2008, 634.

⁶⁹ 此為該判決的主文。

⁷⁰ 有關德國法董事薪酬適當性的相關規定，請參考楊君仁(2014)，〈董監薪酬及適當性

述，董事薪酬既須以「公司之狀況」為依據，而依法律體系而言，股份法第 87 條位於股份法第一編中，而第一編的規範對象為獨立的公司，則子公司董事之薪酬決定標準，自不得以母公司之狀況（例如股價）為依據；再者，董事薪酬與其職務亦需處於適當關係，而董事之職務係在獨立處理公司事務，此公司當是子公司，亦與母公司無關，因此，本判決值得肯認⁷¹。此外，亦有學者認為，由於被告公司的董事酬勞係以母公司的股價而定，故法院認定被告董事會極有可能將母公司的利益置於本公司利益之上，此一危險性即是法院認定其董事酬勞計畫違反股份法第 87 條第 1 項之主要理由⁷²。

然而，德國多數學說並不贊同前述慕尼黑邦高等法院見解⁷³，而其所持理由不一，有學者認為德國股份法第 192 條第 2 項第 3 款既已規定員工認股選擇權得在關係企業之間發行，則立法者實已預見此一利益衝突的問題，並已將之納入立法規劃之中⁷⁴。亦有學者主張德國關係企業法既已容忍事實上關係企業中的控制公司得對從屬公司為不利益經營，並已規劃保護從屬公司少數股東與債權人利益之規定，則前述判決將與此一立法者的價值體系相衝突；又，股份法第 87 條雖規定董事薪酬需依公司之狀況而定，但從屬公司既為關係企業的成員之一，並可能透過集團的運作而獲利，若吾人將所謂公司之狀況擴及至控制公司，亦非全然無據；最後，將認股選擇權之發放擴大到關係企業中各公司，更可以吸引優秀人才加入經營團隊，綜上，以控制公司之績效做為從屬公司員工

的問題與對策》，《月旦法學雜誌》，第 233 期，頁 96-99；洪秀芬(2015)，〈德國董事薪酬決定及揭露機制對我國之啟示〉，《中正財經法學》，第 10 期，頁 26-28。

⁷¹ Tröger, aaO (Fn. 60), ZGR 2009, 447, 453f.

⁷² Vgl. Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 192 Rn. 61a.; BeckOGK/Rieckers, AktG § 192 Rn. 75.

⁷³ Habersack, aaO. (Fn. 65), NZG 2008, 631ff., NZG 2008, 634 f.; K. Schmidt/Lutter/Vetter, AktG § 311 Rn. 33; Hüffer/Koch, AktG §192 Rn. 20, § 87 Rn. 14 f.; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 192 Rn. 61a; MünchKomm AktG/Fuchs, § 192 Rn. 90.

⁷⁴ MünchKomm AktG/Fuchs, § 192 Rn. 90.

或經營階層之薪酬的決定標準，並不絕對違反股份法第 87 條之規定⁷⁵。尤其本案一名訴訟從參加人（Nebenintervenientin）對原審法院不得上訴之裁定向德國聯邦最高法院提起抗告（Nichtzulassungsbeschwerde），而聯邦最高法院在其裁定中認定，只有股東會決議之內容瑕疵須達到明確且嚴重違反法律或章程的程度，股東方得提起撤銷之訴，而本案中監事會所定的董事酬勞計畫並未明確且嚴重違反股份法第 87 條的規定，故無撤銷的理由⁷⁶。再者，德國通說咸認為控制公司與從屬公司間的董事兼充並不違反德國股份法之規定，此時同一董事即可能同時執行從屬公司之業務，並領取控制公司所支付以控制公司績效為標準之薪酬，此時利益衝突的情形更甚於給予從屬公司董事以控制公司績效為標準的認股權，舉重明輕，後者自應無違法之虞⁷⁷。

然而，支持慕尼黑邦高等法院的論者又援引關係企業法之觀點討論此問題，亦即，在沒有締結控制契約的事實上關係企業中，控制公司所為的經營措施之合法性，主要是建立在股份法第 311 條以下所建構的保護措施仍能正常運作的基礎上，控制公司對從屬公司之經營是否對從屬公司不利益，此並非重點。就本案所討論的員工認股選擇權而論，控制公司不需透過任何具體的經營行為或控制措施，即可經由該認股權促使從屬公司經營階層以及員工自動為控制公司的利益服務，由於發給認股權本身對從屬公司而言並非不利益的經營，故股份法第 311 條所規定的事後補償以及第 317 條規定的損害賠償皆無由發生，其結果，事實上關係企業的保護措施因此失靈，故此類員工認股選擇權計畫應不合法⁷⁸。然而，前述反對說見解的錯誤在於將一般企業結合通常會產生的「抽象」危險當作違法性的理由，其結果反而將淘空立法者對股份法第 311 條以下所建立的法規範基礎，亦即，「具體」的不利益經營方有違法的可能，

⁷⁵ Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 192 Rn. 61a; BeckOGK/Rieckers, AktG § 192 Rn. 76.

⁷⁶ BGH Beschluss vom 9. 11. 2009 - II ZR 154/08, DSStR 2009, 2692.

⁷⁷ BeckOGK/Rieckers, AktG § 192 Rn. 76; Habersack, aaO. (Fn. 65), NZG 2008, 634, 635.

⁷⁸ Tröger, aaO (Fn. 60), ZGR 2009, 447, 466ff.

職是，就關係企業法的觀點而言，此類員工認股選擇權並不當然違法⁷⁹。

有鑑於前述爭議，目前德國較有力的學說多認為，當然合法或當然違法皆不正確，依個案審查方是正確的途徑，而審查的抽象標準為：若在個案中，某控制公司的認股權計畫所提的條件極可能促使從屬公司員工危害自己公司利益，且此一危險無法由此薪酬計畫所帶來的利益所平衡時，此一認股權計畫即不為法律所允許⁸⁰，例如從屬公司員工變動報酬的主要部分並非由連結控制公司業績的報酬所組成時，即可否定此其危險性的存在⁸¹；或者，從屬公司員工的整體報酬的主要部份並非由連結控制公司業績的報酬所組成時，亦同⁸²。至於前述所謂主要部份的界限如何訂定，有學者具體建議，連結控制公司業績的酬勞不得超過全部變動報酬的半數，或者連結控制公司業績的變動薪酬不得超全部薪酬的半數⁸³，惟該學者其後又放棄此特定的界限⁸⁴，此外亦有論者提出百分之三十的界限者⁸⁵。

參、由德國法的經驗省思我國公司法的修正

一、員工的範圍

由前文有關德國法的論述可知，關係企業中員工獎酬制度的主要疑慮在於前述的利益衝突情形，然而，此利益衝突的發生，理論上是在持有認股權者為公司經營階層，尤其是董事的情形方有可能，蓋握有經營

⁷⁹ Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 192 Rn. 61a.

⁸⁰ Hüffer/Koch, AktG § 87 Rn 15; MünchKomm AktG/Fuchs, § 192 Rn. 90; MünchKomm AktG/Spindler, AktG § 87 Rn. 70f.; BeckOGK/Rieckers, AktG § 192 Rn. 77.

⁸¹ BeckOGK/Rieckers, AktG § 192 Rn. 77; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 192 Rn. 61b.

⁸² MünchKomm AktG/Fuchs, § 192Rn. 90; BeckOGK/Rieckers, AktG § 192 Rn. 77; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, § 192 Rn. 61b.

⁸³ Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, 3. Aufl. 2015, § 192 Rn. 61b.

⁸⁴ Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, 4. Aufl. 2019, § 192 Rn. 61b.

⁸⁵ Müller, Die aktienrechtliche Zulässigkeit variabler Vorstandsvergütungen mittels vertikaler Aktienoptionen im faktischen Aktienkonzern, 2014, 99 ff.; dagegen BeckOGK/Rieckers, AktG § 192 Rn. 77 Fn. 256.

實權的經營者方可能實行迎合關係企業中他公司利益的經營行為，而公司一般員工之職務似難有撼動他公司經營的可能⁸⁶。至於董事薪酬，在我國法則屬於另一套體制紊亂的制度⁸⁷，惟就我國現行法而言，經濟部迄今仍認為董事酬勞僅得以現金發放，並無以股權工具做為董事薪酬的可能⁸⁸，對此學界亦多無異見⁸⁹。另就公開發行公司而言，2016年修正的證券交易法第14條之6第2項規定：「前項薪資報酬應包括董事、監察人及經理人之薪資、股票選擇權與其他具有實質獎勵之措施。」就其文義而言，似乎立法者有將上市（櫃）公司董事酬勞擴及股票選擇權等工具的意思，惟有學者依舊否定股票選擇權依該條項規定得做為董監事酬勞的可能，其理由在於公司法第167條之2所規定認股權契約的締約對象與認股權憑證的發放對象僅限於員工，而證券交易法第28條之3第1項所規定的認股選擇權雖無對象限制，但鑑於「發行人募集與發行有價證券處理準則」中有關發行員工認股權憑證之相關規範並無董監報酬之規定，故以認股選擇權做為董事薪酬並無法源依據⁹⁰。

惟就法律政策而言，現代公司治理的重點之一即在於董事薪酬與績效連結的必要性，而據學者之研究，股份選擇權與績效的連結度較其他種類報酬為佳⁹¹，雖亦有研究得出相反結果，惟其原因主要在主管機關

⁸⁶ So Zitzewitz, aaO. (Fn. 45) NZG 1999, 698, 699.

⁸⁷ 我國學界對此有檢討改進的呼聲，請參見王文字(2015)，〈董監事酬勞之種類與分配〉，《月旦法學教室》，第33期，頁29。

⁸⁸ 依公司法2015年修正前第240條規定，得以分紅入股者僅股東與員工而已，經濟部78年商字第000282號函釋即以董事分紅入股將違反股東平等原則而否定之，而後91年經商字第09102060640號函釋仍持此見解；2015年公司法修正案中以員工酬勞取代原來的員工分紅制度，而經濟部104年經商字第10402427800號函釋依舊認為董監事酬勞之發放僅能以現金為之。

⁸⁹ 請參考劉連煜，同註1，頁647；曾宛如(2011)，〈股份有限公司經營者報酬結構之分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第30卷第2期，頁82；洪秀芬，同註70，頁16-18；胡韶雯(2012)，〈公司經營者之薪酬與股票選擇權—從證券交易法第十四條之六談起〉，《月旦法學教室》，第117期，頁67。

⁹⁰ 胡韶雯，同前註，頁67, 72。

⁹¹ 張心悌，同註21，頁128。

以行政命令不當限制其整體總量與個人總量而致⁹²。無論如何，開放股權工具做為董事薪酬已是學界的多數聲音⁹³。次就法理論而言，公司發行以認股權契約為基礎的認股權憑證是否一定需要特定的法律規定為依據，尚有可爭議之處，惟退一步言，吾人縱肯定之，至少在公開發行公司，董事的薪酬應包括股票選擇權，由證券交易法第 14 條之 6 第 2 項之文義來看，立法者的意思已經昭然若揭，為何僅因行政機關依法律授權所所定的法規命令（即募發準則）漏未規定，即一概否定之，以致該條項所規定的股票選擇權的發放對象竟須排除條文中所明文列舉的董事與監察人，而只能適用在經理人？此結果頗為荒謬。再者，認股權之所以需要一定的法律依據，重點在於公司因認股權之執行而須給付股份，而股份之取得則非有法律依據不可，尤其公司若以發放新股方式因應權利人認股所需，則更有原股東優先認股權排除的問題，故此須有法律明文規定以及股東會決議為要；又公司若以庫藏股因應之，則因公司收回自己股份有違資本維持原則而亦須有法律明文的例外方可⁹⁴。綜上所述，若公司欲以認股選擇權做為董事薪酬，則至少以發放新股方式因應並無法律上的疑慮，蓋公司法第 268 條之 1 第 1 項與證券交易法與第 28 條之 3 第 1 項皆規定，公司發行認股權憑證者，有依其認股辦法核給股份之義務，此時法律並未限制認股權憑證的發放對象為員工，據此，立法者實已表示公司得因此排除原股東優先認股權也，此在公開發行公司與非公開發行公司皆然。惟以庫藏股因應認股權之執行時，則因公司法第 167 條之 1 第 2 項與證券交易法第 28 條之 2 第 1 項並無以庫藏股轉讓予董事的可能，故的確有法律上的疑義。

事實上，前述以股票選擇權做為董事薪酬的爭議於本文所討論的問

⁹² 劉承愚(2017)，〈公開發行公司員工股權激勵與公司治理〉，《政大法學評論》，第 151 期，頁 257, 261, 274-280。

⁹³ 曾宛如，同註 89，頁 115-119；張心悌，同註 21，頁 141；洪秀芬，同註 70，頁 45；胡紹雯，同註 89，頁 72。

⁹⁴ 就公司如何為因應員工認股選擇權所需而取得股份的詳細討論，請參考葉新民，同註 10，頁 186-194。

題並無直接關連，蓋員工獎酬制度與董事薪酬實為二事，然而，依經濟部的解釋，「有關公司法中員工之定義，...乃係依是否基於股東地位為公司服務者而言，另如公司章程列有董監事酬勞者，則兼經理人（員工）之董監事即可並受董監事酬勞及員工紅利分派」⁹⁵，依此函釋可知，若董事身兼經理人，在我國法仍有享受員工獎酬之可能，亦即，董事可藉由其經理人的身分領取股權酬勞，其中自包括股份選擇權。再者，於公司法在 2018 年修正中將員工獎酬規定全面擴增至關係企業後，經濟部隨之更新其修正公司法問答集⁹⁶，其中對員工之定義問題，經濟部表示：「所謂是否為公司之員工，係由公司自行認定」，故有認為公司法 2018 年修正後員工定義不排除有擴大至董監事的可能者，尤其公司法上對員工的理解並不需要受勞動法所拘束⁹⁷，若經濟部確有此意，則以員工獎酬制度擴增董事酬勞的範圍，亦非不可行。尤其前述證券交易法第 14 條之 6 第 2 項所定之董事薪酬種類亦包括股票選擇權，而金管會依同條第 1 項後段授權所訂定「股票上市或於證券商營業處所買賣公司薪資報酬委員會設置及行使職權辦法」第 7 條第 3 項亦規定：「前二項所稱之薪資報酬，包括現金報酬、認股權、分紅入股、退休福利或離職給付、各項津貼及其他具有實質獎勵之措施；...」。由此可知，吾人縱將公司法上員工認股選擇權之發放擴展至董事，實亦不違反立法者與主管機關對董事薪酬的設計⁹⁸。

無論如何，至少在董事兼充經理人時，在我國法仍有享受員工獎酬的可能，也因此前述德國法對利益衝突問題的討論對我國仍有實質之意義也，尤其董事兼任經理人在我國公司實務並非罕見。退一步言，縱使

⁹⁵ 經濟部 79 年 04 月 14 日經商字第 206278 號函釋。

⁹⁶ https://gcis.nat.gov.tw/mainNew/matterAction.do?method=browserFile&fileNo=10803082_qa（最後瀏覽日：2020.11.12）。

⁹⁷ 蔡嘉政、盧偉銘(2019)，〈公司對董監事給與之法律性質〉，《月旦會計實務研究》第 14 期，頁 54。

⁹⁸ 我國學者王文字教授亦認為，董事雖非員工，但公司提供董事股權獎勵工具做為激勵政策似無禁止之理，請參見王文字，同註 1，頁 521。

公司並無董事與經理人兼充的情形，但經理人亦屬廣義的經營階層，其既可領取各項員工薪酬，則於業務經營時之利益衝突亦不可避免。因此，本文以下於討論關係企業中員工獎酬制度時所使用員工的概念，其實係包括屬於經營階層的經理人與兼充經理人的董事在內。

二、以利益衝突之觀點分析關係企業中員工獎酬制度

依 2018 年修正後的公司法，得於控制公司與從屬公司間互相發放的員工獎酬工具計有員工庫藏股（公司法第 167 條之 1）、員工認股權憑證（第 167 條之 2）、員工酬勞（第 235 條之 1）、員工新股認購權（第 267 條第 1 項）及限制員工權利新股（第 267 條第 9 項），惟其中公司法第 267 條第 1 項規定的員工新股認購權，其內容係使員工於公司發行新股時，得以優先承購公司股份，立法目的僅在實現促進勞資合一的政策，雖其亦可激勵員工，但由於並不區分員工表現優劣而有不同待遇，若以之用做激勵員工績效的誘因，其助益似乎有限⁹⁹，再者，縱控制公司經營階層透過其控制力促使從屬公司發行新股並給予控制公司員工新股認購權，惟基於法律一價發行的要求（公司法第 156 條第 4 項與證券交易法第 28 條之 1 第 4 項參照），控制公司員工仍須支付與其他認股人相同的股款，似難由此獲得實質的經濟上利益，實無明顯利益衝突的情形，故以下不予探討。

（一）員工認股選擇權

1. 員工認股選擇權之意義與發行方式

我國公司法修法後的員工認股選擇權已成為與前述德國法最類似的員工獎酬工具，與德國法相較，我國員工認股選擇權相關規定主要的差

⁹⁹ 劉連煜(2003)，〈員工分紅入股、員工認股權憑證與員工新股承購權〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 44 期，頁 140。

異在於酬勞的決定機關，德國法係由監事會定之（德國股份法第 87 條），惟公司欲以附條件增資方式因應員工認股所需，則另須股東會特別決議通過（德國股份法第 193 條）。而我國法對經理人薪酬的決定機關為董事會（公司法第 29 條），而上市（櫃）公司則另有薪資報酬委員會之設置問題（證券交易法第 14 條之 6 第 1 項），惟公司欲發放員工認股選擇權，則依公司法第 167 條之 2 以及證券交易法第 28 條之 3 第 1 項另須有董事會之特別決議，惟公司欲以增資發行之新股因應認股所需，則應取得法律排除原股東優先認股權之依據，此則為公司法第 267 條第 8 項：「本條規定，對因...或依第一百六十七條之二...而增發新股者，不適用之」，亦即，第 267 條有關原股東優先認股權之規定不適用在公司以新股因應員工認股權憑證之情形，惟公司增資時仍應有股東會特別決議方可（公司法第 277 條）。至於公司以庫藏股以供認股所需，則依公司法第 167 條之 1 以及證券交易法第 28 條之 3 第 1 項僅有董事會決議即可。綜上可知，員工認股選擇權之發放，在我國法有層層關卡管制。

2. 控制公司員工取得從屬公司股份選擇權

首先就從屬公司發行股票選擇權給予控制公司董事與員工的情形，德國通說雖咸認其不合法，但仍有論者肯定其實際功能，蓋控制公司董事將為取得較高報酬而極力維護從屬公司之利益，控制公司也將因從屬公司的績效而間接得利¹⁰⁰；又，母公司可能派遣其員工至子公司暫時擔任一定職務，此時以子公司的股票選擇權獎勵之，更有激勵效果也，再者，此一獎勵方式亦可使母公司得以避免因增資而生的股權稀釋效果¹⁰¹。然而，由於控制公司得以其控制力令從屬公司實施此類股票選擇權計畫，實質上係以從屬公司的資源獎勵自己的員工（甚至是董事），若無任何限制，將開啟一道淘空子公司的方便門。職是之故，德國多數說

¹⁰⁰ Zitzewitz, aaO. (Fn. 45), NZG 1999, 698, 704 Fn. 95.

¹⁰¹ Großkomm AktG/Frey, § 192 Rn. 99.

皆反對從屬公司發行股票選擇權給予控制公司經營階層與員工¹⁰²。然而，由於控制公司員工（包含經理人與兼充經理人之董事，以下同此定義）取得從屬公司的股份選擇權時，由於其內含價值係依從屬公司股價而定，若其股價低於認股選擇權上的認股價，此認股權則將失其價值，故控制公司員工應無對從屬公司為不利益經營的誘因，反而將促使從屬公司獲利上升，使其股價高於認股價，方能獲得更高的差額利益。雖然如此，惟就公司發行認股權之會計處理而言，應依國際財務報導準則第2號（IFRS 2）「股份基礎給付」之規定，於給與日依選擇權定價模式（例如：Black-Scholes-Merton 公式或二項式模式等）估計所給與權益工具之公允價值，並認列為薪資費用。若企業規定員工需服務滿一定年限方屬既得，則應於既得期間隨著員工勞務之提供認列該等薪資費用¹⁰³。因此，從屬公司發放員工認股選擇權，自將減損其盈餘，使股東得分配之股利減少。一般而言，公司決定以自身資源獎酬員工，本為其業務經營範疇，屬於企業自治事項，故而員工認股選擇權之發放由董事會決議即可，另若公司以庫藏股因應，因無涉股東持股比例，故亦以董事會決議即足，但若以發行新股因應，則因涉及股東新股認購權之排除，故應由股東會決議，以上規範體制係以獨立公司的角度出發，其運作係以各利害關係人皆有為謀求公司最大獲利的相同利益導向為假設，故尚屬合理。惟若公司受他公司的控制，則董事會與股東會之決議將可以為控制公司謀利，進而侵害從屬公司少數股東與債權人的利益，因而發生前述基於利益衝突而生的關係企業危險性¹⁰⁴。職是之故，縱持有從屬公司股份選擇權的控制公司員工不致於直接對從屬公司為不利益經營而影響其股價，惟控制公司對從屬公司的不利益經營卻更早在其透過其控制力要求從屬公司發放股份選擇權給其自己員工時，即已發生。另，雖依公司

¹⁰² 同註 47。

¹⁰³ 沈碧琴、邱琬茹、馮熾煒、林志翔(2018)，〈員工獎酬於公司法修正後之運用、會計處理與稅務議題〉，《月旦會計實務研究》，第 11 期，頁 69-70。

¹⁰⁴ 同註 12。

法第 167 條之 2 第 3 項之規定，從屬公司須有章程之規定，方得將控制公司員工訂為員工認股權憑證的發給對象，惟從屬公司股東會本即受控制公司掌控，故此一章程條款之通過自無問題。有鑑於此，德國立法者與多數學說方才限縮德國股份法第 192 條第 2 項第 3 款之適用範圍，使控制公司員工不得領取從屬公司發放之員工認股權，已如前述。然而，我國立法者於 2018 年公司法修正案中，卻明確表示員工認股權應擴充其適用範圍，使控制公司員工亦得全面領取從屬公司之各種獎勵工具，若吾人基於防止利益衝突的理由而全然否定我國立法者明確的意志，將使此部份的修法目的全然落空，因此，本文主張，對此問題應回歸關係企業法的原始設計，亦即，依公司法第 369 條之 4 第 1 項的規定，控制公司促使從屬公司實施之員工認股權計畫應包括控制公司員工時，應檢查此是否為不合營業常規或不利益之經營，若肯定之，則應將此記載於從屬報告書，並於會計年度終了時為補償。至於不合常規或不利益之經營是否成立，德國學說的判斷方法為假設一正直且負責的企業經營者（*ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer*），在未受控制的情形下獨立為業務經營行為時，本應做出的決定做為比較基礎，若從屬公司經營階層所為者偏離此一標準，則可論斷為不利益之經營¹⁰⁵，我國學說有稱之為「差異比較觀察法」者¹⁰⁶，據此，若從屬公司經營階層受控制公司指示做出發放認股權予控制公司員工之決定時，應檢查一獨立公司之經營者在相同情形下是否也會做出相同的經營決定，例如在前述母公司派遣其員工至子公司完成一定任務的例子中，一未受控制之公司的董事亦將同意以其認股權激勵之，故此時即無不利益經營的疑慮，反之，若控制公司僅為控制公司自己或關係企業整體利益而要求從屬公司發放其認股權予控制公司員工，則此屬對從屬公司之不利益經營應無疑問，此時，控制公司自應於會計年度終了予以補償，否則即應賠償從屬公司之

¹⁰⁵ Vgl. nur K. Schmidt/Lutter/Veil, AktG, § 311 Rn. 48f.

¹⁰⁶ 洪秀芬 (2012)，〈控制公司使從屬公司為不利益經營之補償及賠償責任範圍的判斷〉，《月旦法學教室》，第 119 期，頁 24-26；同此說，劉連煜，同註 1，頁 762-763。

損害。

此外，前文曾就德國關係企業學說中所謂「關係企業經營控制」理論稍加闡釋，本文認為，此理論對我國學說與實務雖屬陌生，或無立即繼受的可能，然而於公司法修法後就從屬公司發行認股權予控制公司員工問題之討論，或許正是於我國法開始探討此理論的契機，本文因此建議，為避免控制公司藉由其控制力促使從屬公司發放認股權予其經營階層以圖利自己並淘空從屬公司，進而嚴重損及控制公司股東的法律地位，故控制公司董事會欲於從屬公司提出此類認股權計畫時，應先將計畫內容提交控制公司股東會決議通過才是。

3. 從屬公司員工取得控制公司股份選擇權

次就從屬公司員工取得控制公司發行的股份選擇權的情形討論，由前文中有關德國學說的介紹可知，德國學界對此問題的正反意見似皆言之成理，惟無論如何，各家學說皆不否認從屬公司員工為實現認股權的最大利益而有傷害自身公司利益的可能，故本文認為其合法性亦有加以討論的餘地。

首先，就關係企業法的觀點而言，重點在於控制公司發放從屬公司員工得認購控制公司股份的認股權時，此行為是否有對從屬公司為不利益經營的情形，由於此情形與前述控制公司以其控制力促使從屬公司發放其認股權給控制公司員工不同，蓋此時從屬公司經營階層並未被迫使服從控制公司指示進行對自己公司不利益經營行為，而僅是被動接受控制公司所給予的認股權，故此行為本身對從屬公司而言似乎並無具體的不利益，而且從屬公司受領他公司認股權的行為可否定性為對自己公司的經營行為，因而須以前述的「差異比較觀察法」標準檢查其是否為不利益經營，亦頗有疑問，是故本文認為此時應無控制公司為不利益經營之情事，故亦無於從屬報告書中登錄之必要。然而，此情形仍具有抽象危險，亦即，從屬公司員工可能為能達到能夠實行認股權的目標，而於其經營行為中追尋控制公司之利益，於特定狀況下，從屬公司員工（尤其是兼

充經理人之董事與經理人)之行為將有違反公司法第 23 條第 1 項負責人忠實義務的可能，因而須對公司負損害賠償之責，然而，立法者既知從屬公司員工可能因領取控制公司認股權而將陷入利益衝突的困境，甚至承受違反忠實義務的後果，卻仍刻意以新增定的公司法第 167 條之 2 第 3 項承認之，難道此一法規範間的價值衝突竟是在公司法 2018 年修正時的立法計畫當中？對此，本文實不願承認此規定可以解釋為負責人得以違反忠實義務的法律依據，而令從屬公司經營階層為達成認股的目的而恣意損及從屬公司利益。此外，若控制公司積極參與從屬公司員工薪酬計畫，並促使從屬公司董事會將控制公司的股份選擇權納入整體薪酬的一部份，則此時確實有關係企業法上控制公司為不利益經營的可能，惟德國學說有認為此抽象危險並非具體的不利益，並無違反關係企業法之疑慮者，已如前述¹⁰⁷。

針對前述問題，本文基本上贊同前述德國多數說見解，首先在從屬公司為控制公司持股百分之百的子公司時，因無涉少數股東利益，故可例外允許從屬公司員工領取連結控制公司績效的酬勞¹⁰⁸，至於其他情形則應以個案判斷其適法性，惟其方式如何，本文認為有二方向：其一，若控制公司為關係企業整體薪酬制度的考量而積極介入從屬公司的員工薪酬政策時，本文認為前述德國慕尼黑高等法院在 RWE 案中所提出的原則頗值參考，亦即，若從屬公司依控制公司指示所訂定的員工酬勞計畫，其條件將使從屬公司經營階層於違背公司利益時反而受到獎勵時，則該酬勞計畫即屬不合法。至於，員工獎勵計畫的具體內容如何方能避免跨越此違法的界限，德國目前有力學說主張，應限制從屬公司員工整體酬勞或變動酬勞的一定比例不得連結控制公司的業績，方不致發生前述從屬公司經營階層可能犧牲從屬公司利益的危險，惟此比例多少卻仍有爭議，例如有百分之五十或百分之三十的不同建議¹⁰⁹，本文認為此問題仍

¹⁰⁷ 請參考註 80。

¹⁰⁸ 請參考註 62。

¹⁰⁹ 請參考註 82 至註 86。

應有更多實證研究以確定之，惟此思考方向應可贊同。至於在法律的適用上，凡有超過此特定比例者，即應認定為控制公司的不利益經營，故應登錄於從屬報告書，並於會計年度終了時視實際狀況為補償。

其二，有德國學者認為從屬公司員工所領取對控制公司股份之認股權，僅能連結從屬公司自己的績效¹¹⁰，本文認為此思考方向原則上應可肯定，蓋此能避免從屬公司員工之行為以達成控制公司績效為依歸。然而，我國實務上的認股選擇權多僅連結股價，亦即，控制公司發放予從屬公司員工的股份選擇權僅訂有認股價，從屬公司員工只有在認股權之價值在價內的情形，亦即控制公司股價高於認股價時，方才會行使其認股選擇權，故於此類認股選擇權在本質上並無連結從屬公司績效（或股價）的可能性。然而，依前文有關德國員工認股選擇權的論述可知，德國法所規定認股權有所謂績效目標的規定，亦即員工得以行使其認股權的條件，依其立法設計，在從屬公司員工認股權計畫中，即可將員工得行使認購控制公司股份的績效目標訂定為從屬公司的績效，無論是股價或其他獲利指標皆可，其結果，自可促使從屬公司員工為自己公司獲利而努力，以達成避免利益衝突的目的。依我國學者的研究，美國法上的股份選擇權亦有所謂的「績效條件選擇權」（performance-conditioned option）¹¹¹，其內容似與德國法並無重大差異，職是，本文認為我國亦不妨引進此類股份選擇權，而在現行法上並不缺法源依據，按公司法第 167 條之 2 第 1 項規定，公司得與員工簽訂認股權契約，法律既曰契約，自應允許雙方就認股權的條件自為約定，其內容當不限於「得依約定價格認購特定數量」而已¹¹²；另公司法第 167 條之 2 第 3 項更進一步規定：「章程得訂明第一項員工認股權憑證發給對象包括『符合一定條件』之控制或從屬公司員工」，而條文中所謂的條件自得解釋為從屬公司一定績效的

¹¹⁰ 請參考註 64。

¹¹¹ 張心悌，同註 21，頁 134-135。

¹¹² 實務界亦有認為員工認股權憑證可以附加服務條件或績效條件，以發揮長期之激勵效果者，請參見許志文、巫念衡（2019），〈從公司法與稅法觀點探討員工獎勵制度〉，《月旦會計實務研究》，第 14 期，頁 34。

達成，雖然此係認股權發放之條件，並非行使的條件，惟依此立法意旨，似可顯示立法者其實亦認同同條第 1 項的員工認股權契約得訂定認股價以外的條件。然而，為使員工認股選擇權的績效條件有更明確的法源基礎，故建議證券交易法的主管機關於「發行人募集與發行有價證券處理準則」第 56 條第 1 項第 4 款認股條件中，增定發行公司或其控制或從屬公司之績效的文字。綜上所述，本文認為控制公司所發放予從屬員工的股份選擇權，若僅連結從屬公司的績效，則無利益衝突問題，當屬合法，若為關係企業整體薪酬政策而須連結控制公司績效，則此種認股權不得超過員工整體酬勞或變動酬勞的一定比例，以避免員工為達績效條件而犧牲公司的利益，已如前述。

(二) 員工限制型股票

1. 員工限制型股票之意義與利益衝突

針對員工限制型股票的意義，發行人募集與發行有價證券處理準則第 60 條之 1 第 1 項規定：「本準則所稱限制員工權利新股，謂發行人依公司法第二百六十七條第八項發給員工之新股附有服務條件或績效條件等既得條件，於既得條件達成前，其股份權利受有限制。」至於發放的價格，一般而言公司得以優惠的價格，甚至無償發放該限制型股票予員工¹¹³，至於在既得條件成就前受限制的權利可以是處分權、盈餘分派權或新股認購權等¹¹⁴，若員工於服務條件所定期間屆滿前即離職，或之後無法達成約定之績效，則條件既無法成就，則前述限制永遠無法解除，員工繼續持有股票自無意義，於是公司可以收回（無償授與）或依員工原取得之成本（以低於給與日股票市價的授與價格）買回該股票¹¹⁵。由

¹¹³ 發行人募集與發行有價證券處理準則第 60 條之 5 即規定得無償發放；惟非公開發行公司之限制型股票發行價格則不得為 0，請參見劉連煜，同註 1，頁 655。

¹¹⁴ 請參見劉連煜，同註 1，頁 654，註 22。

¹¹⁵ 發行人募集與發行有價證券處理準則第 60 條之 1 第 2 項參照。

於限制型股票係以發行新股方式為之，發行對象僅限員工，自須排除原股東優先認股權，故與員工認股選擇權不同之處在於其發行須經股東會特別決議通過（公司法第 267 條第 9 項參照）。至於限制員工權利新股的會計處理，則是依給與日之股票公開收盤價與轉讓價格間之差異，若無公開市價則以評價模式計算其公允價值認列為費用，並依服務條件於既得期間攤銷¹¹⁶。

然而，對於績效條件之制訂，法律並無限制，理論上無論控制公司發給從屬公司員工限制型股票，或相反由從屬公司發給控制公司員工時，發放股票的公司皆得以自己公司股價或營業額達到一定金額為績效條件，此時又將發生前述利益衝突的問題，蓋受領限制型股票的員工將會致力達成他公司的績效而可能犧牲自己公司的利益，此在從屬公司員工取得控制公司限制型股票的情形尤為明顯。

2. 控制公司員工取得從屬公司股票

首先，就從屬公司發放限制型股票予控制公司員工的情形討論，由於控制公司得控制從屬公司股東會，不但公司法第 267 條第 11 項要求從屬公司章程應訂定相關條款僅具形式意義，而且公司法第 267 條第 9 項規定的員工限制型股票發放議案，在從屬公司股東會中亦將由控制公司所控制的表決權多數所決定並將依其計畫的內容通過，此時從屬公司須提列發行限制型股票的費用，已如前述，因此將犧牲其股東的盈餘分配利益，再者，新股發行對象僅限員工，故從屬公司股東之持股比例亦將減少，影響其對公司得主張的權利，最後，若限制型股票的績效條件係連結控制公司的股價、營業額或盈餘，從屬公司根本無法從中獲利，其結果，不啻是控制公司以從屬公司之財產資源獎勵自己員工，故其危險性與前述從屬公司發放股份選擇權予控制公司員工頗為類似，德國多數學說因此主張應予禁止，已如前述。依此想法，於我國本亦應禁止才是，

¹¹⁶ 沈碧琴、邱琬茹、馮熾煒、林志翔，同註 103，頁 72-73。

然而，本文認為此係關係企業法所欲規範的典型狀況，故應以關係企業法的規範解決，亦即，控制公司指示從屬公司發放限制型股票予其員工，當屬不利益之經營，蓋依前述「差異比較觀察法」而論，一獨立公司的經營者當不可能以自己公司的股份獎勵他公司的員工，故此不利益應登錄於從屬報告書，並於會計年度終了時由控制公司補償之。再者，控制公司雖可能因限制型股票的績效連結而提升其業績或股價，但實質上的財產利益，亦即從屬公司發行的限制型股票卻是由控制公司員工所取得，故控制公司對從屬公司基於資本參與本來可享有的法律地位與權益自有減損，尤其其對從屬公司的持股比例亦同時縮水，是故，此時或應考量前文所提出的「關係企業經營控制」理論之適用，並令此限制型股票的發行計畫先由控制公司股東會決議之。

此外，另一種可能的情形是從屬公司給與控制公司員工的限制型股票係連結從屬公司的績效，按控制公司欲以限制型股票激勵自己員工，但不願因此稀釋股權，故指示從屬公司代替自己發行限制型股票，又為關係企業整體利益考量，故將該限制型股票連結從屬公司績效，此類型的法律問題更為複雜，首先，控制公司對從屬公司之指示是否可定性為不利益經營即有疑問，本文認為此情形應可先認定從屬公司受有不利益，蓋其發行限制型股票即須認列費用並影響當期之損益，惟控制公司員工欲達成限制型股票的績效條件，可能將致力增加從屬公司之獲利，故於會計年度終了時，從屬公司可視績效條件達成後對公司產生的利益是否可填補發行限制型股票之費用，以決定是否依公司法第 369 條之 4 第 1 項向控制公司請求補償。惟其中較有問題者乃控制公司經營階層試圖達成限制型股票上所設計的從屬公司績效條件時，可能有違反負責人忠實義務的疑慮，惟依本文所見，此問題關鍵在於限制型股票績效條件的設計，若其能促使控制公司經營階層為整體關係企業獲利努力，而其附帶效果則同時能達成從屬公司的績效條件，則自無違反忠實義務的問題，例如從屬公司為關係企業中負責研發的部門，其獲利來源為授權其研發之技術供集團中其他公司使用之授權金，若其發給控制公司經營階

層限制型股票的績效條件訂定為授權金收入的一定數額或增加一定比例，則控制公司經營階層即可能致力於生產並銷售以該技術為基礎的產品，其結果將不只提升控制公司獲利，亦同時增加從屬公司授權金收入而能達成績效條件，此時即無違反忠實義務的疑慮。

3. 從屬公司員工取得控制公司股票

針對控制公司發放限制型股票予從屬公司員工的法律問題可分析如下：首先在控制公司的層面而論，由於新股發放對象為從屬公司員工，並因此排除控制公司原股東的新股認購權，此時依法除須有章程的一般性規定外（公司法第 267 條第 11 項），個別的認股權計畫亦應由股東會另決議通過（公司法第 267 條第 9 項），惟此時在股東會中將有利害權衡的問題，亦即，股東因持股比例遭稀釋而受損，自然欲透過限制型股票的發行換取公司整體利益，就一般獨立公司而言，此利益乃對員工過去的獎勵與未來的激勵，然在控制公司發行新股予從屬公司員工的情形，此利害協調的狀態即遭破壞，蓋其獎勵與激勵的對象並非自己公司員工，惟若該批限制型股票的績效條件係連結控制公司的績效，則似仍有利害平衡的可能。然而，就從屬公司的層面而言，績效條件連結控制公司之績效則有疑慮，蓋其結果又將發生相同的利益衝突問題，蓋從屬公司員工將為控制公司之利益服務。無論如何，依本文所見，前文在控制公司發放認股選擇權予從屬公司員工的類型所提出的審查標準，於此當亦可適用，亦即，若從屬公司員工領取的限制型股票純係連結從屬公司績效，此時並無利益衝突的問題，自屬合法，惟若其係連結控制公司績效，則此類限制型股票佔從屬公司員工整體薪酬或變動薪酬即不得超過一定比例，以避免發生從屬公司員工追求控制公司績效而損及自己公司利益之情事。至於控制公司股東會是否將同意此發行限制型股票的議案，則僅涉及股東的利益權衡，並不因其績效條件連結對象不同而有合法性的疑慮，然而，控制公司仍應在設計此類限制型股票計畫時考量整體關係企業之最佳利益，以爭取股東之肯定。

(三) 員工庫藏股

公司依公司法第 167 條之 1 第 1 項或證券交易法第 28 條之 2 第 1 項得經董事會特別決議買回自己股份再轉給員工以為獎勵，此員工庫藏股在會計上乃公司所支出的薪資費用，其會計處理與限制型股票相同，係以給與日之股票公開收盤價與轉讓價格間之差異（若無公開市價則以評價模式）計算其公允價格認列費用，若有依公司法第 167 條之 3 規定之服務條件（最長不得超過 2 年），則依服務條件於既得期間攤銷；若無服務條件則應一次認列¹¹⁷。此外，依上市、上櫃公司買回本公司股份辦法第 10 條第 2 項第 5 款規定，公司轉讓庫藏股予員工之價格，不得低於實際買回股份之平均價格，惟同辦法第 10 條之 1 規定，經股東會特別決議後，公司得例外以低於平均買回價之價格，將庫藏股轉讓予員工。

綜上所述，若公司以買回庫藏股之價格（平均市價）轉售員工，事實上並無認列費用的必要，故與公司法第 267 條第 1 項的員工新股承購權類似，其獎勵效果似相當有限，僅能達到促進勞資合一的立法目的而已，只有當公司以低價轉售員工時方有實際上的經濟利益，又，員工庫藏股雖與前述員工限制型股票不同，其權利之行使本身無服務條件或績效條件的限制，惟公司於決定發放對象時，仍得與個別員工的績效連結，以發揮獎勵與激勵的效果。

至於關係企業間發放員工庫藏股有何實益？按實務上以控制公司股份獎勵從屬公司員工經常因為從屬公司並非上市或上櫃公司，其股份並未在流通市場交易，員工難以出售股份獲得資本利得，故以股票上市（櫃）的控制公司股份獎勵之，自有實質意義；反之，在控制公司股票並未上市或上櫃，但從屬公司卻是上市或上櫃公司的情形，控制公司指示從屬公司買回庫藏股並低價轉售其員工，亦有其實際需求。惟此情形仍有其

¹¹⁷ 沈碧琴、邱琬茹、馮熾煒、林志翔，同註 103，頁 72-73。

法律上的問題，首先，若控制公司欲發放庫藏股予從屬公司員工，則須先於章程中訂定相關條款（公司法第 167 條之 1 第 4 項），其次，若控制公司於當年度欲以低價轉售庫藏股方式獎勵從屬公司員工，則另須由股東會決議通過（前述上市、上櫃公司買回本公司股份辦法第 10 條之 1 參照），蓋控制公司經營階層有必要向其股東說明此獎酬計畫對整體關係企業之實益何在，否則從屬公司員工並未對控制公司提供勞務，如何能提列薪資費用。再者，當控制公司向從屬公司員工低價出售庫藏股時，為達獎勵的效果，自可以員工達成一定的績效為前提，此績效目標若連結控制公司的績效，則又將發生利益衝突的問題。依本文所見，此時應將控制公司發放從屬公司員工庫藏股所連結的績效限制在從屬公司的績效，方能避免此利益衝突的問題。

其次，若從屬公司欲買回自己股票以獎勵控制公司員工，則更難以避免利益衝突的問題，蓋控制公司之經營階層將運用其控制力於從屬公司章程中訂定相關條款，並令從屬公司以其資源買回股票來獎勵自己，依本文所見，此時控制公司應有對從屬公司不利益經營的情形，故應登錄於從屬報告書並於會計年度終了時補償之。

(四) 員工酬勞

公司法第 235 條之 1 第 1 項規定：「公司應於章程訂明以當年度獲利狀況之定額或比率，分派員工酬勞」，此乃公司法 2015 年修正案中的新制度，此新法一如以往係在使員工亦得分享公司營運之獲利，惟主要立法目的乃為取代過去員工分紅，新法設計的酬勞計算基礎雖由過去的稅後盈餘的一定比例改為稅前盈餘，然其本質已非盈餘，而屬費用¹¹⁸。至於員工酬勞的決定，係由法律強制、章程規定與董事會決定的三層結構所構成，亦即，公司法第 235 條之 1 強制公司須以稅前盈餘一部份獎勵

¹¹⁸ 相關細節請參考葉新民，同註 8，頁 60-61。

員工，至於比例多寡，則由業主，即公司股東制訂章程的條款決定，最後，員工酬勞最終係以現金或股份發放，以及在章程僅訂有獲利的比例範圍時，則公司每次發放員工酬勞時，其佔稅前盈餘之確定比例皆由業務執行者，即董事會決定（公司法第 235 條之 1 第 3 項參照）¹¹⁹；此外，前述公司法所規範者乃年度員工酬勞總額的問題，惟當年度員工酬勞總額應如何分配予個別員工，則亦應屬董事會的職權，此時董事會得依個別員工之績效分配酬勞，其結果，員工酬勞亦因此而具有獎勵與激勵員工的作用。

其次，董事會若決定以發給股份做為員工酬勞，學說有稱之為員工酬勞入股者¹²⁰，對此，公司法 2018 年修正案中增定第 235 條之 1 第 4 項，並規定：「公司經前項董事會決議以股票之方式發給員工酬勞者，得同次決議以發行新股或收買自己之股份為之」，其立法目的在於「明定得於同一次董事會決議以股票之方式發給員工酬勞，同時決議以發行新股或收買自己之已發行股份以支應之，毋庸召開二次董事會」¹²¹。其中所謂決議發行新股者，應指公司法第 266 條第 2 項所規定公司發行新股應有董事會特別決議通過，惟若公司係以增資發行新股支應，則應另以同法第 277 條規定由股東會特別決議修改章程，自不待言¹²²。惟該新增條項中所謂「決議以...收買自己之股份為之」之意義，經濟部竟解釋為「如以股票方式發給者，得於同次董事會決議以發行新股為之，或於同次董事會決議以收買自己已發行股份方式為之。至於依本法其他條文或其他法律規定收買之股份，尚不得支應員工酬勞之發放。」¹²³其意似指公司法第 235 條之 1 第 4 項本身即是公司買回庫藏股以支應員工酬勞入股所需之

¹¹⁹ 請參考葉新民，同註 8，頁 62-63。

¹²⁰ 劉連煜，同註 1，頁 649。

¹²¹ 公司法第 235 條之 1 修正理由，請參照經濟部「公司法部分條文修正草案條文對照表」，同註 5。

¹²² 惟此時員工係以何種方式為出資即有問題，亦即，員工究竟是過去已提供之勞務或是其提供勞務後對公司之金錢債權為出資，甚有爭議，對此問題，請參考葉新民，同註 8，頁 64-66。

¹²³ 經濟部 108 年 1 月 21 日經商字第 10802400650 號函釋。

法律依據，而員工酬勞若以老股發放，即不得以其他法律規定的庫藏股支應。本文認為，本條項中買回自己股份之董事會決議，應是指公司法第 167 條之 1 第 1 項或證券交易法第 28 條之 2 第 1 項第 1 款而言，否則一般庫藏股相關之配套規定例如買回數量、金額與期間等限制將無法適用於此，職是之故，本條項應解釋為，公司得於同一次董事會中同時就公司法第 235 條之 1 第 4 項之員工酬勞發放方式與公司依公司法第 167 條之 1 第 1 項或證券交易法第 28 條之 2 第 1 項第 1 款買回庫藏股支應員工酬勞入股二項議案為決議¹²⁴。

又，員工酬勞在會計上屬於費用，已如前述，若以現金發放則其計算並無問題，若以酬勞入股方式發放，則費用之計算亦應由股份之公允價值出發，亦即上市（櫃）公司係以員工酬勞總數除以董事會決議日前一日收盤價，興櫃及公開發行公司則由評價模式計算，非公開發行公司則以前一年度財務報表之每股淨值計算，又員工酬勞並無服務條件，故應一次認列¹²⁵。雖然員工酬勞在會計上係以費用認列，惟其數額卻是以公司稅前盈餘的一定比例計算之，故公司年度獲利越多，員工可分配之酬勞就越多，因此，在關係企業間員工酬勞的發放自可能發生利益衝突的問題，以下分述之：

首先就控制公司將酬勞發放從屬公司員工的情形而言，依公司法第 235 條之 1 第 5 項規定，須於控制公司章程中加以規定，其立法意旨於經濟部的立法草案立法理由中並未明示，惟吾人仍可推知，由於從屬公司員工並未對控制公司提供勞務，嚴格而言，控制公司之獲利與從屬公司員工的勞務給付並無關係，因此本條項之規定乃法律提供控制公司仍得對之為獎勵的法律依據，惟此與同條第 1 項有關公司對自己公司員工發放員工酬勞不同，法律對此並未為強制，故另須經控制公司股東會同意並訂定於章程，蓋其獎勵的結果將導致控制公司可分配盈餘減少也。實務上控制公司股東會當可於制訂章程有關員工酬勞條款時，同時規定

¹²⁴ 劉連煜教授亦反對前述經濟部函釋，請參見劉連煜，同註 1，頁 649，註 13。

¹²⁵ 沈碧琴、邱琬茹、馮熾煒、林志翔，同註 103，頁 72-73。

自己員工與從屬公司員工酬勞分別佔稅前盈餘的比例。惟若控制公司章程記載發給從屬公司員工酬勞時，吾人或須考量從屬公司員工可能為分配高額控制公司酬勞而損及自己公司的利益，職是，為避免此利益衝突的可能性，依本文所見，應以與前述控制公司買回自己股份獎勵從屬公司員工相同方式處理，亦即，控制公司董事會於訂定其年度員工獎勵計畫時，對從屬公司員工的酬勞發放額度，應以其對從屬公司之績效為依據，而不得連結控制公司的績效。

其次，於從屬公司以其盈餘獎勵控制公司員工的情形，利益衝突的問題將更形嚴重，蓋控制公司得以其控制力促使從屬公司將其獲利分配控制公司員工，實際上就是控制公司對從屬公司的不利益經營，依公司法第 369 條之 4 第 1 項應於會計年度終了時給予補償，惟應補充者，乃控制公司以其在從屬公司股東會的多數促使其制訂發放控制公司員工酬勞的章程條款時，是否已屬不利益經營之行為而應登錄於從屬報告書，本文認為，由於此類章程條款對從屬公司僅有抽象的危險，蓋從屬公司當年度之營業並不一定有盈餘，故是否須發放員工酬勞並不確定，且其額度亦無法事前預期，故此仍非屬不利益經營，惟控制公司若以其控制力使從屬公司董事會做出以其盈餘發放控制公司員工酬勞之決議時，即屬不利益經營，而應登錄於從屬報告書，蓋此不利益之數額已經具體化也。

肆、結論

對於公司法近年所建構的關係企業中之員工獎酬制度，就法律政策而言，立法者認為「大型集團企業對集團企業各該公司員工所採取之內部規範與獎勵，多一視同仁」，「企業為留才之需，希望給予其彈性，以安排員工獎酬制度」¹²⁶，對此立法目的本文並無異議，惟經前文對德國法

¹²⁶ 公司法第 167 條之 1 修正理由 2，請參照經濟部「公司法部分條文修正草案條文對

與我國修正後新法的比較研究後，或可確認立法者似仍忽略若干重要法律問題，分述如下：

首先，員工獎酬制度的目的在於獎勵員工過去的勞務給付或為激勵其未來的績效，故員工須能獲得實質的經濟利益方有此效果，就立法者所允許於關係企業間發放的五種獎酬工具中，員工新股認購權較無實質的經濟利益，蓋員工並無以低價購得公司所發行之新股的可能，故非本文所討論的對象，已如前述。此外，員工庫藏股若以市價轉售員工，其獎勵效果亦有限。其次，由於員工酬勞或員工庫藏股本身並無要求員工必須達成服務條件或績效條件方能認股或行使完整權利的設計，理論上員工取得獎勵後即有跳槽的可能，故過去學界即有認為員工認股選擇權方有激勵未來的功能¹²⁷，此外員工限制型股票亦有類似的激勵效果¹²⁸。惟依本文所見，員工酬勞與員工庫藏股計畫亦可設計績效要件，使績效較佳的員工取得更高的酬勞或取得低價購買庫藏股的機會，故就長期而言，此二者仍有激勵未來的效果。

由於前述各種員工獎酬制度皆可與績效連結以達成激勵員工的效果，故實施在關係企業中各公司之間，即可能發生利益衝突的問題。按前述員工獎酬工具在會計上皆屬費用性質，且應於發行時認列，故關係企業中各公司向對方發放獎酬工具時，事實上即是一公司減少自己可分配的盈餘提供他公司做為員工的獎勵金，此情形在從屬公司發放獎酬工具予控制公司員工時特別顯著，蓋從屬公司係受控制公司指揮，故控制公司濫權掏空從屬公司的危險性特別高，故德國多數說在員工認股選擇權的類型即認定此為違法，然本文認為，此控制權濫用的類型正是關係企業法所欲規範的問題，是故，依本文之研究，此時控制公司指示從屬公司發放員工獎酬工具予其員工的情形，即屬公司法第 369 條之 4 所規

照表」，同註 5。

¹²⁷ 劉連煜，同註 99，頁 193-194；廖大穎，同註 17，頁 82-84。

¹²⁸ 請參考葉新民，同註 10，頁 174-175。

定的不利益經營，此在員工認股選擇權以及員工限制型股票之認定較為複雜，惟原則上應能肯定之，故前述四種員工獎酬工具於此皆有不利益經營的情況，故應登錄於從屬報告書，並於會計年度終了時補償之。至於控制公司發放員工獎酬工具予從屬公司員工的情形，此時最棘手者乃績效連結的問題，蓋若員工獎酬工具係連結控制公司的績效，將促使從屬公司員工為控制公司之獲利而犧牲自己公司的利益，因此本文贊同德國學說的主張，若從屬公司員工獎勵計畫的設計可能使其員工為獲得獎酬而犧牲公司利益，則應認定為不合法，因此，此類員工獎酬工具原則上應連結從屬公司自己的績效，惟若有連結控制公司績效的情形，此類獎酬工具佔員工總報酬的比例亦不得超過一定界限，以避免利益衝突的情形。

除此之外，此次公司法修正將員工獎酬制度擴充至關係企業中，其中亦有一重大法律意義，正如學者劉連煜教授所言：此立法模式可能意味著我國公司法制逐漸由「個別實體法」(entity law)準備朝向「集團企業法」(enterprise law)邁進，在此意義下，法律自得容許員工獎酬計畫之設計以關係企業整體利益為考量。亦即，縱然一公司員工並未實際對他公司提供勞務，他公司仍得對其給付財產上利益而無不當得利的問題，因此，只要符合公司法有關關係企業間員工獎酬發放的規定，員工所獲得的利益即取得可以保留的法律上原因，易言之，一公司對他公司員工給付獎酬工具，若是為達成整體關係企業利益之目的，此給付即受到法律秩序之承認¹²⁹。

¹²⁹ 依不當得利法的所謂非統一說，不當得利可概略分類為給付型與非給付型不當得利，就前者而言，若一方當事人有意識並基於一定給付目的而增加他方財產（此即給付的概念），而此給付目的卻無法達成時，他方當事人即須返還其利益（詳參王澤鑑(2015)，《不當得利》，頁 62-65, 80-81）。據此，公司法於增訂關係企業間員工獎酬制度後，不啻承認以整體關係企業之利益所設計之員工獎酬制度已成為法秩序所承認的法律上原因。

參考文獻

一、中文部份

王文字(2018)，《公司法論》，第 6 版。

王文字(2015)，〈董監事酬勞之種類與分配〉，《月旦法學教室》，第 33 期，頁 28-29。

沈碧琴、邱琬茹、馮熾煒、林志翔(2018)：〈員工獎勵於公司法修正後之運用、會計處理與稅務議題〉，《月旦會計實務研究》，第 11 期，頁 68-79。

洪秀芬(2013)，〈從德國事實上關係企業之控制企業責任法制反思我國控制公司責任規範〉，《東吳法律學報》，第 25 卷第 2 期，頁 1-50。

洪秀芬(2012)，〈控制公司使從屬公司為不利益經營之補償及賠償責任範圍的判斷〉，《月旦法學教室》，第 119 期，頁 24-26。

洪秀芬(2015)，〈德國董事薪酬決定及揭露機制對我國之啟示〉，《中正財經法學》，第 10 期，頁 1-52。

洪秀芬/朱德芳(2014)，〈關係企業債權人保護之發展趨勢：以揭穿公司面紗為核心〉，《臺大法學論叢》，第 43 卷第 3 期，頁 641-718。

胡韶雯(2012)，〈公司經營者之薪酬與股票選擇權—從證券交易法第十四條之六談起〉，《月旦法學教室》，第 117 期，頁 60-72。

張心悌(2007)，〈從報酬與績效連結之觀點探討董事報酬之設計〉，《月旦法學雜誌》，第 147 期，頁 121-141。

曾宛如(2011)，〈股份有限公司經營者報酬結構之分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 30 卷第 2 期，頁 77-122。

楊君仁(2014)，〈董監薪酬及適當性的問題與對策〉，《月旦法學雜誌》，第 233 期，頁 82-114。

葉新民(2013)，〈由德國員工參與法制探討我國員工獎勵制度的相關法律問題—以公司法為中心〉，《臺北大學法學論叢》，第 88 期，頁 135-208。

葉新民(2016)，〈論公司法新修正員工酬勞之相關法律問題〉，《台灣法學雜誌》，第 298 期，頁 59-70。

廖大穎(2002)，〈認股權憑證與員工紅利--論員工股份選擇權（Stock Option）新制度〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 37 期，頁 82-84。

廖大穎(2013)，〈關係企業之法規範與公司治理〉，《中正財經法學》，第 6 期，頁 1-63。

劉連煜(2007)，〈員工分紅、入股與員工認股選擇權之新挑戰〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 99 期，頁 191-198。

劉連煜(2020)，《現代公司法》，第 15 版。

蔡嘉政、盧偉銘(2019)，〈公司對董監事給與之法律性質〉，《月旦會計實務研究》，第 14 期，頁 53-59。

二、德文部份

Adams, Michael: Stellungnahme zur Aktienrechtsreform 1997, AG Sonderheft, August 1997, S. 9ff.

Baums, Theodor: Kontrolle und Transparenz in Großunternehmen. Stellungnahme für den Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages, AG-Sonderheft 1997, S. 26ff.

Baums, Theodor: Konzernrechtliche Probleme bei Stock Options, NZG 1999, 698ff.

Beck-online.Grosskommentar Aktiengesetz, Stand: 01.07.2020.

Bürgers, Tobias/Körber, Torsten (Hrsg.): Aktiengesetz, 2. Aufl. 2011.

Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Auflage 2019.

Grigoleit, Hans Christoph (Hrsg.): Aktiengesetz, 2. Auflage 2020.

Großkommtar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2006.

Habersack, Mathias: Anmerkung zu der Entscheidung OLG München, NZG

2008, 634ff.

Heidel, Thomas: „Wes Brot ich ess, des Lied ich sing" - Vergütung von Vorständen nach dem Erfolg des Konzerns - Anknüpfungspunkt für strafrechtliche Handlung? in: FS Mehle, 2009, S. 247ff.

Hoffmann-Becking, Michael: Gestaltungsmöglichkeiten bei Anreizsystemen, NZG 1999, 798ff.

Hölters, Wolfgang (Hrsg.): Aktiengesetz, 3. Aufl. 2017.

Hüffer, Uwe/Koch, Jens: Kommentar zum Aktiengesetz, 14. Aufl. 2020.

Isensee, Tobias: Mitarbeiteraktienoptionen - mehr als eine steuerliche Gewinnchance? DStR 1999, 143ff.

Kallmeyer, Harald: Aktienoptionspläne für Führungskräfte im Konzern, AG 1999, 97ff.

Kohler, Klaus: Stock Options für Führungskräfte aus der Sicht der Praxis, ZHR 161(1997), 246ff.

Kropff, Bruno: Aktiengesetz: Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 (Bundesgesetzbl. I S. 1089) und des Einführungstextes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 (Bundesgesetzbl. I S. 1185) mit Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Verweisungen und Sachverzeichnis, 1965.

Lutter, Marcus/Semler, Johannes (Hrsg.): Rechtsgrundlagen freiheitlicher Unternehmenswirtschaft, 1991.

Lutter, Marcus: Zur binnenstruktur des konzerns, in: FS Harry Westermann, 1974, S.347ff.

Müller, Patrick: Die aktienrechtliche Zulässigkeit variabler Vorstandsvergütungen mittels vertikaler Aktienoptionen im faktischen Aktienkonzern, 2014.

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4, 5. Aufl. 2020.

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2016.

- Schanz, Kay-Michael: Mitarbeiterbeteiligungsprogramme, NZA 2000, 626, 627ff.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus (Hrsg.): AktG 2008.
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard: Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage 2019.
- Thüsing, Gregor: ECLR Auf der Suche nach dem iustum pretium der Vorstandstätigkeit - Überlegungen zur Angemessenheit im Sinne des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG, ZGR 2003, 457ff.
- Tröger, Tobias: Anreizorientierte Vorstandsvergütung im faktischen Konzern, ZGR 2009, 447ff.
- Weiß, Daniel M.: Aktienoptionsprogramme nach dem KonTraG, WM 1999, 353ff.
- Zitzewitz, Jens: Konzernrechtliche Probleme bei Stock Options, NZG 1999, 698ff.

A Study on the Regulations of Employee Compensation System in Affiliated Enterprises - in Comparison with the Employee Stock Option in German Law

Yeh, Hsin-Min

Abstract

The employee compensation system is an important issue in Taiwanese corporate law traditionally. Due to the requirement of the praxis, the employee compensation system has revised and adopted some relating regulations from foreign laws, such as employee stock option and employee restricted stock. However, since those compensation instruments were only distributed to the employees internally in a company, it was not able to meet the requirements of corporate groups in the praxis. Therefore, the relating regulations of the Taiwanese Company Act are adapted for the needs of corporate groups through several amendments in past years. Until 2018 amendment of the Company Act, all employee compensation instruments are permitted to be issued to employees of controlling or subordinate companies in Taiwan.

The legislators might be well-intentioned, but they might overlook the risks caused by the nature of affiliated enterprises. For example, the controlling company might use its power to force the subordinate company to reward the employees of the controlling company. As a result, the interests of the subordinate company would be damaged. The same problem has been

discussed in German law, especially regarding to the employee stock options issued in affiliated companies. Therefore, this essay aims to analyze the problems of conflict of interest caused by the employee compensation system in the affiliated companies in comparison with the German law. The result of the research might provide reference for the legal doctrine and praxis in Taiwan.

Keywords : employee compensation system, affiliated enterprises, employee profit sharing, employee treasury stock, employee stock option, employee restricted stock

論比例原則於刑事規範之審查 — 以釋字第 791 號為例

許家源^{*}

【目次】

壹、前言

貳、我國釋憲實務之比例原則

一、比例原則之學理構造

二、適用之權利類型與審查標準

三、比例原則對刑事實體法之審查狀況

參、釋字第 791 號之分析

一、解釋文及理由

二、協同意見書、部分協同意見書及不同意見書

三、小結

肆、除罪之後又如何？一代結論

一、大法官逕行除罪化之隱憂

二、過度狹義的狹義比例原則

三、以超法律理由取代立法權之正當性

參考文獻

^{*} 台北大學法學博士，靜宜大學法律學系專任助理教授，台灣日本刑事法研究學會秘書長。

摘 要

2020 年 5 月 29 日，我國大法官會議以第 791 號解釋宣告了刑法通姦罪違憲，直接將爭議多年的通姦罪一舉「除罪化」，在我國由來已久的通姦罪，自此走入歷史。本號解釋之重要論據係憲法第 23 條之「比例原則」。雖然比例原則在行政法領域之審查運用甚廣，其模式也日益定型，但就刑事法方面而言，基於刑事法與行政法之作用不同，尤其是刑事實體法之獨特性、嚴厲性，大法官在違憲審查上，與審查國家其他行為時理應有所不同。本文先行回顧大法官解釋以往之操作方式，繼而針對本號解釋之理由書及協同、部分協同、不同理由書等加以分析，認為大法官以往對於刑事實體法之審查上存在諸多疑慮，本號依然欠缺明確且具體之理由，其直接宣告違憲，不無侵害立法權之虞，而且對於適合性、必要性、狹義比例原則等子原則之說明，並未本於刑事實體法之特殊性而調整，驟然以宣告違憲之理由直接除罪化，一旦在未來形成慣例，有除罪化爭議之其他刑事實體法，恐將面臨不當之違憲審查。

關鍵字：比例原則、除罪化、違憲審查，通姦罪

壹、前言

若將比例原則比喻為法律學上的「巨星」，恐怕一點都不為過。「比例原則」不僅在憲法及行政法上佔有重要一席，在我國釋憲實務及審判實務上，其頻繁運用之情況更不在話下。我國大法官以憲法第 23 條為根據，透過歷來之解釋，不斷充實比例原則之內涵，其對於形成並維護法治國理念之貢獻，不言可喻。

誠如週知，比例原則既然身為憲法位階之「鐵則」，各種公權力行為—包含立法行為在內，均受其拘束，殆屬無疑。在我國釋憲實務上，大法官對於刑法或特別刑法以比例原則作為違憲審查之量尺者，可說日益頻繁，若以近年內之解釋為例，包括：釋字第 617 號（刑法第 235 條散布猥褻物品罪）、釋字第 623 號（兒童及少年性交易防制條例第 29 條）、釋字第 630 號（刑法第 329 條準強盜罪）、釋字第 669 號（槍砲彈藥管制條例第 8 條第 1 項）等，然而，矚目度、討論度最高的，莫過於宣告刑法通姦罪違憲之釋字第 791 號。通姦除罪化之議題，在道德、倫理、法律之間辯論長達數十年，通姦罪立法至今也超過一甲子，似乎隨著宣告違憲而塵埃落定。其中，比例原則正是本號解釋宣告違憲的關鍵論據。

然而，塵埃落定是否意味著該曲終人散？大法官雖然不是第一次以比例原則審查刑事實體法之合憲性，惟其判準或內涵是否與其他公權力作為或法律之審查有所不同？按刑事實體法，本質上係以「保護法益」為立法目的，並以相對嚴厲的「刑罰」作為手段，其損益之均衡與否，立法者理應已做過罪刑均衡原則之損益衡量，此與大法官眼中的損益標準是否有所不同？大法官直接宣告違憲之作法，難道沒有侵害立法權之虞？本文將嘗試從刑事法研究者之角度，先行彙整大法官對於比例原則之操作，尤其是以釋字第 791 號為例，說明比例原則於審查刑事規範時與其他審查有何異同，藉此釐清上開種種質疑，並提出建議。

貳、我國釋憲實務之比例原則

一、比例原則之學理構造

依照學理之通常描述，比例原則是用以判斷公權力行使之「目的」與「手段」之間是否合乎比例的審查標準，進而確定該公權力之行使是否為憲法所容許¹。此一原則雖然源自行政法領域（警察法領域），但在二次大戰之後，緣於實質法治國思想之持續發達與形塑，逐漸成為憲法原則，其不僅適用在行政行為上，也拘束立法行為與司法行為，甚至包括地方自治條例之制訂行為²。

我國之比例原則可溯源自德國法，並以憲法第 23 條規定作為上位依據。其操作大致可分為兩種模式，即「三階段模式」與「四階段模式」。所謂三階段模式在國內教科書上較為常見，亦即以「適當性」、「必要性」、「衡量性」三原則依序進行審查，我國行政程序法第 7 條規定「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡」此三款規定，具體呈現了三階段模式的意義，將上述學理條文化³。不過，此種審查模式，筆者認為此種模式容易忽略「立法目的」的審查，尤其在刑事法領域之審查，往往涉及其是否符合「最後手段性」（謙抑性），若按上述之三階段模式，此一目的恐怕被忽略，因此本文認為宜以四階段模式審查較能全面性涵蓋。

所謂四階段模式，具體來說應該是「兩階段、四子原則」之審查，詳言之，即：第一階段為公益目的（正當性）之審查，第二階段為必要

¹ 塩野 宏(2015 年)，《行政法 I》，93 頁，有斐閣，（第 6 版）。許育典（2020 年 9 月），《憲法》，66～67 頁，元照出版，（修訂十版）；吳庚（2015 年 2 月），《行政法之理論與實用》，59 頁，三民書局，（增訂十三版）。

² 宇賀克也（2015 年），《地方自治法概說》，221 頁，有斐閣，（第 6 版）。。

³ 吳庚，前揭書，59 頁。

性審查。具體來說，按憲法第 23 條規定「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」其中「除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益」即為第一階段之審查，而所謂「所必要者」則為第二階段之審查。第一及第二階段，依序包含下列四項子原則之審查：1.公權力所追求之目的，須具有憲法上之正當性；2.公權力為追求前項目的而使用之手段必須有助於目的之達成；3.公權力為追求目的之達成，若有多個相同有效之手段可選擇，則必須使用侵害最小之手段；4.所保護與所侵害之權利，彼此間在損益衡量上，應處於法益相稱的關係⁴。不過，須附帶說明的是，我國行政程序法（第 7 條）、行政執行法（第 3 條）、警察職權行使法（第 3 條）等其他多項法律也有比例原則之明文，但在文獻討論取向及行政法院之實際操作上，似與大法官在違憲審查上之運用有別，值得另外為文深究，本文在此暫予擱置，以下仍以憲法第 23 條為中心，容先敘明⁵。

從釋憲實務上觀察，我國大法官會議解釋對比例原則之子原則作成較為具體明白之闡述者，首推釋字第 476 號⁶。其解釋文載稱「...倘與憲法第二十三條所要求之『目的正當性』、『手段必要性』、『限制妥當性』符合，即無乖於比例原則。...」日後大法官對於比例原則之運用，也多

⁴ 許育典，同註 1；另參黃舒梵，「比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務趨勢的反思」，中研院法學期刊，第 19 期，2016 年 9 月，6～7 頁。申言之，四項子原則之 1.為第一階段之審查，2.～4.則屬第二階段之審查。

⁵ 關於此一狀況之說明，請參林明鏞(2014 年 8 月)，〈「比例原則之功能與危機」〉，月旦法學雜誌，第 231 期，66～67 頁。

⁶ 我國大法官會議解釋套用憲法上「比例原則」者，始於 1996 年的第 414 號解釋理由書，但僅一筆帶過，並未具體闡述。翌年即 1997 年第 428 號解釋是套用比例原則宣告系爭法律合憲之解釋，但審查極為寬鬆。大法官適用比例原則宣告法律違憲的第一號解釋是 1997 年的釋字第 436 號，但只有結論，仍未有具體闡述。直至 1998 年釋字第 445 號解釋，才是第一個引用比例原則並附理由宣告系爭法律（集會遊行法第 11 條第 3 款）違憲的解釋，但理由仍未見完整闡述。參黃昭元，「大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化」，台大法學論叢，第 42 卷第 2 期，2013 年 6 月，215 頁以下。

以此為基礎，例如釋字第 542、544、551 號。但是在 2009 年釋字第 669 號解釋，比例原則之子原則，從三項擴張為四項，亦即：「目的正當性」、「手段適合性」、「手段必要性」、「限制妥當性」，其標準更形具體。

然而，值得觀察的是，釋字第 476 號係以比例原則審查刑事實體法（毒品危害防制條例）之部分規定（第 4 條第 1 項，針對製造、運輸、販賣一級毒品者，法定刑定為死刑、無期徒刑之刑罰效果）是否違憲，其理由書提及「...國家刑罰權之實現，立法機關本於一定目的，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑，以別普通刑法於犯罪及刑罰為一般性規定者，倘該目的就歷史淵源、文化背景、社會現況予以觀察，尚無違於國民之期待，且與國民法的感情亦相契合，自難謂其非屬正當；而其為此所採取之手段，即對於人民基本權利為必要之限制，乃補偏救弊所需，亦理所當為者，即應認係符合憲法第二十三條之比例原則。至於其依循上述目的與手段間之均衡，就此等特定犯罪之評價所為之法定刑規定，在法益保護之考量上，普通刑法之其他犯罪與之並不相侔者，尤不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系，而以其關乎人民生命、身體自由之乙端，即謂係有違於前開憲法規定之保護意旨。」強調在「目的」正當與否之判斷上，須衡量歷史淵源、文化背景、社會現況、國民感情等因素；而在「手段」方面，則認為只要在目的正當之下所採取者，即滿足必要性之要件；最後在目的、手段之「均衡」上，認為只要與普通刑法之其他犯罪「並不相侔」者，則認為合乎狹義比例原則。看似層次分明，但論理顯然不足，難免有為德不卒之憾！

二、適用之權利類型與審查標準

從我國大法官會議歷來之解釋觀察，比例原則適用之權利領域多以防禦權性質之自由權之限制為主，例如言論自由、宗教自由、集會結社自由、人身自由、居住自由、職業自由等。蓋比例原則本質上即是一道人民面對國家權力的控制閥，其審查標的以自由權之干預為主。我國大

法官會議針對刑事實體法所為之解釋，尤屬明顯，當然也是源自刑法或其特別法多屬禁止規範，對人民行為之各種自由產生限制作用。

引用比例原則作為違憲審查之解釋，近十幾年來日益頻繁，由於我國晚近先後受到德國、美國之影響，包括德國之審查密度理論與美國之審查標準理論，不同審查標準也在各個權利類型的解釋上交錯出現⁷。例如釋字第 414 號有關商業性言論的管制，大法官採用了美國法上所謂「雙階理論」⁸，在釋字第 415 號又引進美國實務審查言論自由時常用之「雙軌理論」等。至於德國法方面的審查密度理論，則以釋字第 584 號為代表，從職業自由案件引進「三階審查密度理論」。惟此兩種審查標準最初是源自大法官之留學國背景、學者或實務出身而有所區分，但近年來似乎越來越不嚴格區分，兩種標準也在不同解釋中交互、融合使用，似乎有本土化之趨勢⁹。本號解釋所採用的標準，亦即一般所稱的「一個原則、三種標準」，即為德、美融合後之標準。

三、比例原則對刑事實體法之審查狀況

我國大法官會議解釋歷來對刑法或其特別法進行審查者，約有六十七號，其中刑法分則之部分，計有二十四號¹⁰，比例不低。由於各該規定可再區分成兩部分觀察：一是「構成要件」，另一是「法律效果」（包

⁷ 事實上，鄰國日本也大致如此，同時受到美國（二重の基準論）、德國（三段階審查論）的影響。參 淡路智典，「違憲審查基準としての比例原則と統制密度－議会の事実認定・予測権限をめぐるドイツの議論を参考として」，社學研論集，第 16 期，2010 年 9 月，210 頁。

⁸ 「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」

⁹ 黃昭元，前揭文（註 6），237~239 頁。

¹⁰ 包括第 36、63、82、96、99、102、122、127、143、145、158、165、174、176、263、388、407、435、509、554、617、630、777、791 號解釋等。

括刑罰及保安處分)，前者之爭點多落入明確性原則之審查範疇，後者則多有比例原則審查之空間。以下，舉最近三則：釋字第 777 號、第 669 號及第 630 號為例，進一步加以分析。

(一) 釋字第 777 號¹¹

1. 爭點所在

本號解釋之爭點有二：一是針對民國 88 年 4 月 21 日公布之刑法第 185 條之 4 之「構成要件」是否違反法律明確性原則？其二是本條之「刑度」是否違反比例原則？僅就後者整理如下。

2. 比例原則之審查

系爭刑法第 185 條之 4 規定：「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。」，針對後段量刑有無違反比例原則之爭議，大法官在結論上認為與憲法罪刑相當原則「尚無不符」，亦即未違反比例原則。

依其審查之邏輯，係先就比例原則之法理作為大前提，認為「人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係不得已之最後手段。立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違。」，在此大前提下，繼而針對爭點進行涵攝，認為「系爭規定係為保障人民之生命身體及道路往來交通安全等重要法益。核其目的，尚屬正

¹¹ 民國 108 年 5 月 31 日公布。

當。且其採取刑罰手段，禁止駕駛人離開現場，對維護交通安全以避免二次事故、減少被害人死傷之目的之達成，非無助益。」換言之，系爭規定已符合目的正當性、適合性。至於必要性及狹義比例原則，則認為「...系爭規定於立法時，係參考刑法第 294 條第 1 項遺棄罪而規定法定刑為 6 月以上 5 年以下有期徒刑。...。核遺棄行為及逃逸行為，均未對被害人生命及身體構成直接侵害，但同有增加被害人死傷之危險，罪責內涵相類似，其訂定相同之法定刑，尚非過當。況法院就符合 88 年系爭規定構成要件之犯罪行為，得因個案情節之差異而宣告不同的刑度，俾使犯罪情節輕微之個案得依刑法第 41 條第 1 項本文易科罰金，以避免執行短期自由刑或易服社會勞動，致過度影響行為人重新回歸一般社會生活之流弊（本院釋字第 662 號及第 679 號解釋參照），藉由法官裁量權之行使，避免個案過苛之情形，88 年系爭規定有關刑度部分，與憲法罪刑相當原則尚無不符，未違反比例原則。」

從上開理由觀之，其所審查之項目，在形式上已囊括目的之正當性及適當性、狹義比例原則等子原則，惟對於必要性似乎未直接言明，對於「審查基準」同樣語焉不詳。不過，所謂「罪刑相當原則」乃狹義比例原則在審查刑事實體法之具體標準，對於此一標準，本號解釋之呈現方式係以系爭規定之立法理由為據而認定其並未過當，未違反比例原則。

(二) 釋字 669 號¹²

1. 爭點所在

本案爭點在於槍砲條例第 8 條第 1 項關於空氣槍之處罰規定是否違憲。按該條項規定：「未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺

¹² 民國 98 年 12 月 25 日公布。

幣一千萬元以下罰金。」，其中未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第五十九條規定酌減其刑，最低刑度仍達二年六月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰似不相對應。

2. 比例原則之審查

本號解釋之邏輯大致同上開釋字第 777 號，其先說明系爭規定合於比例原則之大前提（1）「立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第二十三條比例原則無違。」且（2）「...是製造、運輸、販賣具有殺傷力空氣槍之行為，雖對一般民眾之生命、身體、自由及財產等法益尚未構成直接之侵害，但立法機關認前述行為已足造成高度危險，為保護上開重要法益，乃採取刑罰之一般預防功能予以管制，可認係有助於重要公益目的之達成。此外，因別無其他與上開刑罰規定相同有效，但侵害較小之替代手段可資採用，是該刑罰手段亦具有必要性。」

但本案情況並不合於上述之大前提，本號解釋就其涵攝之結果認為「...立法機關雖得以特別刑法設置較高之法定刑，但其對構成要件該當者，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，未能具體考量行為人違法行為之惡害程度，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。...系爭規定對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，對人民受憲法第八條保障人身自由權所為之限制，有違

憲法第二十三條之比例原則。」因而認定系爭規定違憲。

(三) 釋字第 630 號¹³

1. 爭點所在

本案爭點在於刑法第 329 條即準強盜罪之規定是否違憲。詳言之，即立法者就竊盜或搶奪而當場施以強暴、脅迫者，列舉防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證等三種不同事由，一律論以強盜行為相同之評價，賦予相同程度之刑罰制裁，不能按具體發生情節，另就該部分犯行各依妨害自由、傷害或其他該當之規定處罰，有牴觸平等原則、比例原則，並有擴大適用竊盜或搶奪罪名之嫌，亦有違罪刑法定原則。

2. 比例原則之審查

本號解釋在結論上認為準強盜罪（下稱本罪）之規定並不違反比例原則，惟其理由書係綜合論述平等原則、比例原則、罪刑法定原則等之審查意見，並未專就比例原則之審查加以說明，理由書不免過於簡化。惟從前後脈絡觀之，或可約略看出其操作比例原則之思路。

按其理由書首先說明「人民之『身體自由、人身安全及財產權』，受憲法第八條、第二十二條及第十五條規定之保障」，且本罪所列舉之三種客觀具體事由，「屬於竊盜及搶奪行為事發之際，經常促使行為人對被害人或第三人施強暴、脅迫之原因，故立法者選擇論以強盜罪，俾能『有效』保護被害人或第三人之身體自由、人身及財產安全不受非法侵害。」由此可以看出，本號解釋係先以保障特定之基本權作為前提，本罪之立法目的因而「正當」，而且手段是「有效」。最後認為本罪「...並未有擴大適用於竊盜或搶奪之際，僅屬當場虛張聲勢或與被害人或第三人有短暫輕微肢體衝突之情形」，因此並未以強盜罪之重罰，適用於侵害人身法

¹³ 民國 96 年 7 月 13 日公布

益之程度甚為懸殊之竊盜或搶奪犯行，尚無犯行輕微而論以重罰之情形，與罪刑相當原則即無不符」，言下之意，本罪不會有擴張及於輕微犯行之虞，似以此認為目的與手段之間符合狹義比例原則，具有均衡關係。

(四) 小結

除上開三則解釋之外，釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號及第 775 號等情形大致相同。從這幾則解釋之內容來看，有幾點值得檢討或日後持續關注之處。

首先，每一則刑事實體法條文的背後，目的即在於禁止某種犯罪行為，當然有其所欲保護之特定「法益」，也是刑法不可或缺之機能，其立法目的必然具有比其他法律更具高度的公益性、正當性。因此，在比例原則的審查流程中，似乎理所當然、若有似無的被輕輕帶過，然而，過於輕忽的結果，將有導致誤觸謙抑原則之虞，須知刑罰相較於行政罰，其效果往往具有難以回復之性質，大法官宜透過其解釋提醒立法者，並清楚引導立法者必須重視刑法謙抑思想或最後手段性之意義。

其次，當大法官就（手段）「適合性」與「必要性」此等具有價值判斷之部分加以審查時，其適合性高、低之理由（例如對該特定法益產生何等保護效果？保護範圍又如何？等），以及其最小侵害之手段之論據（例如作為比較是否具最小侵害性之比較手段為何？比較之結果如何？），由上開解釋觀之，其著墨相當有限，反而把解釋重心置於「狹義比例原則」下之損益衡量，不無頭輕腳重之感¹⁴。

再者，針對特定之刑事規範，若認定其有違比例原則者，若屬部分違憲，尚不致導致除罪化之結果時，其課予立法機關依解釋意旨限期修改者，尚無問題，然一旦已經達到須加以除罪化之時，是否適合由大法官逕自宣告使之立即失效？此一作法有無損及立法權之虞？此一問題待

¹⁴ 類似觀點請見吳耀宗(2020 年 6 月)，〈評釋字第 777 號解釋關於肇事逃逸罪之違憲問題〉，月旦裁判時報第 96 期，77 頁以下。

分析釋字第 791 號之後，再一併探究。

參、釋字第 791 號之分析

本文既以比例原則為題，以下之分析也僅就本號涉及比例原則之部分加以整理，對「協同意見書」、「部分協同意見書」及「不同意見書」所為之彙整，亦同。此外，本號解釋以比例原則進行審查之標的，主要為刑法第 239 條之通姦罪（即「系爭規定一」）、釋字第 554 號解釋（即「系爭解釋」）兩者，其餘涉及平等原則之部分，也不在分析之列，容先敘明。

一、解釋文及理由

（一）開場白：有重新檢討之必要性

本號解釋理由書的開頭，已經「明顯暗示」通姦罪將無法通過比例原則審查，預告了其違憲之結論。

在理由書首段即以系爭解釋及第 748 號解釋之內容為引子，稱「查婚姻係配偶雙方自主形成之永久結合關係，除使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存外，並具有各種社會功能，乃家庭與社會形成、發展之基礎，婚姻自受憲法所保障。」，緊接著說明這十幾年來的社會文化變遷，續稱「惟隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。」因此，面對婚姻之社會功能轉變之前提下，最後直言：「系爭解釋所稱系爭規定一『為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要……立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間』乙節，已非無疑；尤其系爭規定一是否仍合乎憲法比例原則之要求，更有本於憲法相關基本權保障之新觀念再

行審查之必要。」

(二) 定性：性自主權

針對系爭規定一處罰通姦、相姦者一事，是否限制人民基本權利？若是，又是哪一項基本權利被限制了？理由書繼續說明：「禁止有配偶者與第三人間發生性行為，係對個人得自主決定是否及與何人發生性行為之性行為自由，亦即性自主權，所為之限制。按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之基本權。」在定性系爭規定一限制了「性自主權」，故應以比例原則進行審查。

(三) 審查基準：嚴格審查

承前述，既然須動用到「比例原則」，則應採取嚴格或寬鬆之標準？又該如何決定？雖然一般認為影響基本權利越嚴重，其審查標準越嚴格，反之，則越寬鬆¹⁵，惟本號解釋一如過往，僅以「性自主權與個人之人格有不可分離之關係，...自應受較為嚴格之審查。」表示其審查之標準。當然，從大法官歷來解釋對於人格權或人身自由之侵害，其比例原則之審查往往採取嚴格標準¹⁶。

(四) 立法目的：有公益性，目的正當

從系爭解釋以來，通姦罪之立法目的即被定位於婚姻制度之保障，本號解釋亦循此方向說明，稱「...。國家為維護婚姻，非不得制定相關

¹⁵ 許宗力（2012 年 12 月），〈「論法律明確性之審查：從司法院大法官相關解釋談起」〉，台大法學論叢，41 卷 4 期，，1688 頁。

¹⁶ 例如釋字第 664 號。

規範，以約束配偶雙方忠誠義務之履行。查系爭規定一以刑罰制裁通姦及相姦行為，究其目的，應在約束配偶雙方履行互負之婚姻忠誠義務，以維護婚姻制度及個別婚姻之存續，核其目的應屬正當。」，故通過比例原則第一階段有關目的正當性之審查。以下繼續說明第二階段三項子原則之審查。

(五) 適合性：低度適合性

就以「刑罰」做為手段，是否適合於或有助於達成「維護婚姻忠誠義務之目的」？本號解釋認為：「基於刑罰之一般犯罪預防功能，...，自有一定程度嚇阻該等行為之作用。...然婚姻忠誠義務尚不等同於婚姻關係本身。配偶一方違反婚姻忠誠義務，雖可能危害或破壞配偶間之親密關係，但尚不當然妨害婚姻關係之存續。...然就維護婚姻制度或個別婚姻關係之目的而言，「其手段之適合性較低...尚非完全無助於其立法目的之達成。」上開有關嚇阻作用之說明，如果打個比方，可以說是「雖然不是不及格，但卻是低分通過」。

(六) 必要性：尚非無疑

即便適合性較低，但仍是「適合」，所以接下來就「必要性」或「最小侵害性」說明其審查結果。

對此，本號解釋先本於刑罰之一般預防犯罪功能，認為「國家固得就特定行為為違法評價，並採取刑罰手段予以制裁，以收遏阻之效。」但其後又本於刑法謙抑性原則，認為「國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為亦一概納入刑罰制裁範圍。」既然如此，則婚姻中配偶一方違背其婚姻之承諾，而有通姦行為，「固已損及婚姻關係中原應信守之忠誠義務，並有害對方之感情與對婚姻之期待，

但尚不致明顯損及公益。故國家是否有必要以刑法處罰通姦行為，尚非無疑」，以一句語意不清的「尚非無疑」做為結語，頗令人玩味。

(七) 狹義比例性：有失均衡

最後一個子原則，來到「損益衡量」之判斷。其認定系爭規定「對行為人性自主權、隱私之干預程度及所致之不利益，整體而言，實屬重大」，其不利益來自三方面：1. 「...不僅直接限制人民之性自主權，且其追訴審判程序亦必然干預人民之隱私。按個人之性自主權，與其人格自由及人性尊嚴密切相關。系爭規定一處罰通姦及相姦行為，直接干預個人性自主權核心範圍之程度，堪認嚴重。」；2. 「通姦及相姦行為多發生於個人之私密空間內，不具公開性。其發現、追訴、審判過程必然侵擾個人生活私密領域及個人資料之自主控制，致國家公權力長驅直入人民極私密之領域，而嚴重干預個人之隱私」；3. 「...雖不無『懲罰』違反婚姻忠誠義務配偶之作用，然因國家權力介入婚姻關係，反而可能會對婚姻關係產生負面影響」等。故結論上認為系爭規定一之限制「所致之損害顯然大於其目的所欲維護之利益」，故有失均衡。

綜合上開審查之過程，最後本號解釋結論如下：「系爭規定一對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，系爭解釋應予變更。」

二、協同意見書、部分協同意見書及不同意見書

本號解釋共有部分協同意見書二份（黃虹霞、蔡明誠）、協同意見書六份（許宗力、蔡炯燉、許志雄、黃昭元、謝銘洋、黃瑞明與詹森林）、不同意見書一份（吳陳鐸），有關比例原則之意見，整理如下：

(一) 部分協同意見書

雖然解釋理由書認為系爭規定一以刑罰作為手段乙節，仍具低度適合性，也僅稱必要性「尚非無疑」。但黃虹霞大法官則認為「配偶間為美滿婚姻所必要之兩情相悅，無法經由法律強制建構，故而刑法第 239 條通姦罪規定對配偶間情感維繫、婚姻美滿是無效之手段；...對婚姻制度之維護沒有相當關聯，對個別婚姻關係之存續與圓滿未有助益，甚至有害；對配偶間感情沒有加值、只有貶值作用，與其立法目的之達成間，已難再謂其具手段適當性」，亦即不具備適合性；此外，「尤其婚姻本質為民事契約關係，就婚姻契約之違反，本質上為民事契約不履行及或侵權行為之爭議，其救濟原則上屬民事訴訟範疇；而就其制度性救濟，民法既已設有保障機制，自應回歸且宜回歸民事損害賠償救濟。...另刑法第 239 條規定之法定刑為 1 年以下、2 月以上有期徒刑，...短期自由刑之矯正教化功能極其有限，本當避免；尤其通姦者如為家庭之經濟來源，其若須入監服刑，還可能使家庭成員頓失依怙。是通姦不當行為尚難謂已達必須動用刑罰不得已手段之程度，即刑法第 239 條規定尚難認符合刑罰侵害最小手段原則。」亦即不符必要性，因此，在狹義比例原則之判斷上，強調「弊大於利，已然失衡」¹⁷。

蔡明誠大法官則認為本號解釋有關比例原則之論述，「仍有值得商榷之處」。其進一步說明如下：「...既認其立法目的正當，且與其適合性相符。至於刑事處罰與所欲達成目的之效益間相互衡量，卻不認具有其相當性，亦即欠缺狹義比例原則。惟從比例原則審查之整合觀察，本號解釋既認為在刑事立法目的既屬正當性，且立法者就此所作出系爭規定之政策決定，亦認原則上其具適合性，隨之如欲認其不具相當性（衡平性）或有過苛（Übermaß）之情形，宜有更多之說理，以全其說。」¹⁸，亦即認為本號解釋關於狹義比例原則之判斷過於跳躍，說理不足。

¹⁷ 黃虹霞大法官部分協同意見書，8～14 頁。

¹⁸ 蔡明誠大法官部分協同意見書，13～14 頁。

(二) 協同意見書

協同意見書雖達六份之多，但其中僅三份論及比例原則之審查，茲歸納如下：

許志雄大法官認為以刑罰處罰通姦者及其相姦者，顯然係對性自主權為「強力限制之立法」。因此，「採取較高密度之比例原則審查系爭規定一，堪稱妥適」¹⁹。此外，關於解釋理由書就必要性之審查部分，認為「嚴格而言，該論述並非就有無其他比刑罰侵害小亦能達成相同目的之手段可資運用，所為評斷，故非真正比例原則中之必要性審查。依其文義，無寧係認為通姦行為主要涉及感情及私人間權利義務，與公益關係不大，似不應以刑罰手段制裁之。是所質疑者，係手段本身是否合憲，而非有無較小侵害之手段可資運用。」²⁰

黃昭元大法官針對通姦罪之立法目的提出補充意見。他強調本號解釋與系爭解釋兩者在立法目的上「都只是很含蓄地指出配偶雙方互負忠誠義務，而沒有進一步明示忠誠義務之核心要素，也沒有說明配偶一方依據忠誠義務究竟可以對他方主張什麼權利？縱使承認有配偶權，其內容究竟為何？」因此進一步補充認為：「所謂婚姻忠誠義務，說穿了，就是配偶一方對於他方性器官的排他、獨占使用權，這是本號解釋和釋字第 554 號解釋所沒有說出口的配偶權之核心要素。所謂系爭規定一之目的在維繫婚姻，其實是在維護上述性獨占權。…。通姦罪所要保護的核心法益，其實是婚姻存續中，配偶一方對他方之性獨占權，且得排除任何第三人，而不只是要求他方配偶要盡其性忠誠義務而已。」²¹

謝銘洋大法官針對「必要性」之判斷，指出「刑罰」所帶來的副作用

¹⁹ 許志雄大法官協同意見書，11～12 頁。但許大法官也提及，採取高密度之審查標準，通常也是追求重大公益，然而本號解釋理由書卻提及通姦行為尚不致明顯損及公益，因此認為「肯定系爭立法目的之正當性於前，否定重大公益於後，不無矛盾之嫌」（見意見書 14 頁）。

²⁰ 同前註，13 頁。

²¹ 黃昭元大法官協同意見書，16～18 頁。

用未必有利於解決問題，他認為「若人民對刑罰的依賴性過高，須靠國家刑罰來解決民事紛爭，不僅無法真正解決問題，而且造成更大的社會問題並嚴重浪費國家司法資源。此由過去票據法以及專利侵害之刑罰規定所產生的嚴重問題即可知。...純粹是私的生活領域的問題，以國家刑罰介入，不僅不適當，而且以刑逼民的結果，往往寬恕了自己的配偶，卻迫使相姦的第三者必須支付高額的賠償費。而且國家於刑罰權發動時，所進行的犯罪偵查以及後續的刑事審判程序，必須介入極為隱密的私的領域而且必須一再的揭露，更是造成對個人隱私權嚴重且持續性的傷害。」申言之，通姦罪以刑罰為手段介入民事紛爭，不具適合性與必要性，更可能製造無謂的經濟及程序成本。

(三) 不同意見書

本號解釋唯一逆風的是吳陳鑽大法官，在這一份不同意見書裡，吳大法官可說全方位的回應解釋理由書之各個觀點。

在論述脈絡上，其首先否定性自主權屬於憲法第 22 條之基本權利。其說道：「性行為自由及隱私權，以不妨害社會秩序公共利益為前提，始受憲法之保障」，而「通相姦行為衍生所謂之性行為自由及隱私權，妨害社會秩序公共利益，不受憲法之保障」。也因此「對通相姦者以刑罰制裁，依憲法第 22 條規定，不生侵害性行為自由及隱私權之違憲問題。」即便如多數說意見認為其屬於基本權利，「仍不生違反憲法第 23 條比例原則之問題」，其理由如下²²：1、對通相姦者以刑罰制裁，係為維持社會秩序增進公共利益之目的，此目的具正當性；2.限制通相姦者之性行為自由及隱私權，有助於維持社會秩序增進公共利益目的之達成；3.無其他較以對通相姦者以刑罰制裁侵害為小之方法，可以同樣達成上開維持社會秩序增進公共利益之目的。4.對通相姦者以刑罰制裁，係為維護極

²² 吳陳鑽大法官不同意見書，6～9 頁。

重要之公共利益，所採取之手段，非屬失衡。申言之，吳大法官逐一審查後，認為立法目的具正當性，此一手段亦屬適合、必要，且損益並未失衡，故結論認為通姦罪之立法並不違憲。

三、小結

以法制史之角度來看，通姦罪早在 1934 年立法之前即已出現不小反對聲浪，而在立法之後，除罪化之呼聲也是時有所聞²³。歷經八十五年後的今日，大法官以立即失效之宣告違憲方式與之告別，但以本號解釋本身而言，在比例原則之論述上，本文認為確實同意以上幾位大法官在個別提出之意見書所指出之部分意見，但本號解釋有幾項立論不足之處，包括：

1. 在基本權利之範圍上，雖然一再以「性自主權」為軸線，也雖然在立法目的上難以準確考據，但其衍生之婚姻、倫理、家庭制度等，在我國社會裡，不得不承認與性自主權仍有相當深度之連結，畢竟從刑分的角度來說，刑法第 239 條所在之罪章（第十七章）為「妨害婚姻及家庭罪」，為社會法益之位置，或是具有重層性法益之性質。
2. 在適合性之審查上，所謂的「低度」一語究何所指？所謂一般預防對於具有內在感情為基礎之通相姦行為人而言，如何能嚇阻？以刑罰介入愛情而期待有犯罪預防之功能，甚至課予愛或不愛之法律上義務，誠難想像。
3. 在必要性的部分，正如可以觀察到本號解釋所謂「尚非無疑」之描述，顯然過於迴避，蓋撇開「刑罰」不談，民事上之財產上、非財產上之

²³ 有關法制史方面之補充，詳見蔡炯燉大法官之協同意見書，有較為完整之考據。

損害賠償，或身分法上的其他制度設計，都可作為達到相同目的且侵害更輕為之手段，多數意見似乎急於躍入狹義比例原則做結論，因而打住不論，難免令人有為德不卒之感。

4. 在結論上，雖然依循前面之鋪陳所暗示，作成違憲之結論。但欠缺更全面性的論述，尤其是「弊大於利」之衡量上，若能加入社會、司法資源等成本之損耗，將更具說服力。

此外，本號解釋雖僅有一份不同意見書，其立基於通姦、相姦行為衍生之「性行為自由及隱私權」有「妨害社會秩序公共利益」，並以家庭制度所具有之多重功能一繁衍、教育、經濟、文化等，妨害上開公共利益之（通相姦）行為，應不受憲法保障。以此觀點延伸，未來有配偶之人與他人為性交者，雖然刑事責任已無，但仍有民事責任，本文認為，不同意見書所預測之未來，值得持續觀察、印證，是否因為通姦除罪化而導致民事損賠上無法得到有效之救濟？抑或家庭制度再無他法足以維護？申言之，多數意見雖然本於「當今」學理上之有力論據，但不同意見也呈現出「未來」之現實上隱憂，恐怕更需要時間來印證。

肆、除罪之後又如何？一代結論

一、大法官逕行除罪化之隱憂

除通姦罪之外，誹謗罪、公然侮辱罪、賭博罪、施用軟性毒品等罪，是否也可能會面臨比例原則的審查而遭大法官「逕行」除罪化？以上各罪，多年來一向不乏除罪之呼聲，假設以釋字第 791 號之審查模式，未來除罪化之機率恐怕不低。以最常見、歷史更久遠的賭博罪為例，其端正社會風氣之立法目的符合公益性、正當性，而刑罰也僅具低度適合性，且顯然不是侵害最小之手段（民法上「賭債非債」，可直接否認債權之合

法性，其侵害性更低)。最後，其施以刑罰所致損害(短期自由刑之弊端、人身自由之侵害等)亦可能多過於利。又如誹謗罪、公然侮辱罪，其立法目的同樣具有公益性，以刑罰作為手段也未必適合，何況其人格權之侵害一向有民事上侵權行為作為請求權基礎，利弊也未必均衡。上開各罪，其遭到除罪化恐怕也指日可待。

但問題在於，由大法官宣告違憲而立即失效、除罪之作法，是否妥當？因為除罪化係代表某一原本具刑事不法性之行為已不需要施以刑罰，其往往是需要同一社會之群體彼此透過共同生活關係而形成共識，若委由大法官以「專業司法」逕行定調，未必有助於社會共同生活之利益，反之，稍有不慎，可能造成更大的裂痕，或需要更多時間彼此磨合。因此有論者指出，司法機關直接援引憲法位階之比例原則，對個別法律予以糾正，即予法律優位原則不一致，這種不一致性或矛盾性，是否係因為披著正義外套的比例原則，而具有絕對優先價值，仍有諸多再行商榷之餘地²⁴。

二、過度狹義的狹義比例原則

狹義比例原則運用於刑事實體法上，應留意的其損益評估之範圍。按任何一個犯罪「行為人」，就是一位刑事訴訟法上的嫌疑人或被告，其所招致之損益評估，往往超越實體法的想像。即使在偵查階段，可能馬上面臨的是名譽、信用、家庭、工作的負面影響，一旦最後為有罪判決確定，面對刑罰的侵害，其影響之時間將持續更久。除了嫌疑人或被告之外，國家司法資源的消耗、社會復原的成本等等，均應評估在內，恐怕比一般行政行為被宣告違法、違憲之情形，其損害將更廣、更久。

三、以超法律理由取代立法權之正當性

²⁴ 林明鏘，前揭文(註5)，71~72頁。

比例原則往往面臨高度價值判斷。以釋字 791 為例，其解釋理由留下許多難以具體化之價值判斷，例如「手段之適合性較低」、「尚非無疑」、「社會自由化與多元化的發展」等，許多判斷往往不是法律因素，司法機關固然依大法官審理案件法（第 13 條）有調查事實、行言詞辯論之權限，但有關立法事實之判斷未必能夠完全取代立法機關，尤其是「狹義比例原則」之衡量上，立法機關（國會）應享有優先評價權，司法機關宜予以尊重²⁵。以通姦罪為例，其早就存在除罪化之呼籲，立法機關卻始終不進行提案或討論，如今卻由司法機關取代原應屬於立法機關權限之事項，如此之取徑不免有遊走灰色地帶之嫌，何況，在除罪化之後，對於通姦、相姦之行為，其侵害之私權性質為何、相應之救濟制度是否能有效對應等問題，仍須待立法權之機制始能完備，大法官直接宣告違憲之作法，看似有效率，但恐怕未必能提供相應之保障，此一作法恐怕仍有待商榷。

²⁵ 高見勝利，「立法府の予測に対する裁判的統制について」芦部信喜還暦記念論文集「憲法訴訟と人權の理論」，有斐閣，1985 年，41 頁。

參考文獻

一、中文

吳庚 (2015 年 2 月),《行政法之理論與實用》,三民,(增訂十三版)。

吳耀宗 (2020 年 6 月),〈評釋字第 777 號解釋關於肇事逃逸罪之違憲問題〉,月旦裁判時報第 96 期。

林明鏘 (2014 年 8 月),〈「比例原則之功能與危機」〉,月旦法學雜誌,第 231 期。

許宗力 (2012 年 12 月),〈「論法律明確性之審查:從司法院大法官相關解釋談起」〉,台大法學論叢,41 卷 4 期。

許育典 (2020 年 9 月),《憲法》,元照,(修訂十版)。

黃舒芃(2016 年 9 月),〈「比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務趨勢的反思」〉,中研院法學期刊,第 19 期。

黃昭元(2013 年 6 月),〈「大法官解釋審查標準之發展(1996-2011):比例原則的繼受與在地化」〉,台大法學論叢,第 42 卷第 2 期。

二、日文

宇賀克也,《2015 年》地方自治法概說,有斐閣,(第 6 版)。

高見勝利,「立法院の予測に対する裁判的統制について」芦部信喜還暦記念論文集「憲法訴訟と人權の理論」,有斐閣,1985 年。

淡路智典,「違憲審査基準としての比例原則と統制密度—議会の事実認定・予測権限をめぐるドイツの議論を参考として」,社学研論集,第 16 期,2010 年 9 月。

塩野 宏(2015 年),《行政法 I》,有斐閣,(第 6 版)。

Reviewing the Constitutionality of the Norms of Criminal Punishment in Terms of the Principle of Proportionality—focusing on the the J.Y. Interpretation No. 791

Hsu Chia-Yuan

Abstract

On May 29, 2020, the TCC (Taiwan Constitutional Court) renders the J.Y. Interpretation No. 791, holding the Article 239 of the Criminal Code unconstitutional. The provision shall become null and void immediately after the announcement of this interpretation. In the interpretation, the TCC held the adultery crime is unconstitutional by the principle of proportionality. Although the principle of proportionality is usually be taken as the standards of judicial review, and it is becoming more and more finalized. But the basis of criminal law and administrative law is different, especially the uniqueness, strictness of criminal law. The standards of the principle of proportionality should be different from the others. The study confirm the significance of the principle of proportionality—the due purpose, necessary means, and proper restrictions required by the previous J.Y. Interpretations concerned with the Criminal Code. And the finding is some of them—especially the No. 791, violate the principle of separation of powers, and try to make some suggestions for reference.

Keywords : the principle of proportionality, separation of powers, decriminalize adultery

《靜宜法學》徵稿簡則

1. 本刊定期於每年十二月出版一期。
2. 本刊歡迎法學論文、判決評釋與外文譯稿等專業作品。如係譯稿，請一併附上原文及原作者同意書。
3. 來稿採隨到隨審之原則處理，並以雙向匿名審查之方式進行審查。
4. 來稿不應有內容全部或主要部分已在或將在其他刊物發表者之情事。
5. 來稿件進入審查程序而撤回者，投稿人應負擔三千元審稿費，且三年內拒刊投稿人之稿件。
6. 來稿請用 Office Word 格式傳送至 editor.pulaw@pu.edu.tw。
7. 來稿字數應介於一萬五千與三萬字之間，但經編輯委員會同意者，不在此限。
8. 來稿請以中、英文呈現標題、作者姓名、現職，三百字左右之摘要與十個以內之關鍵詞。
9. 來稿註釋採當頁附註，並於文末列明全部參考文獻，其格式經本刊編輯委員會通知符合後再由投稿人寄送電子檔。
10. 稿件一經刊登，相關法律責任均由投稿人承擔。
11. 本刊不致稿酬，但贈送每位作者當期學刊一本與抽印本十本。
12. 投稿人另應在本刊編輯委員會決定採用後填具著作權聲明、授權本刊出版之同意書與個人基本資料表。

靜宜法學引註及參考文獻記載格式範例

一、來稿應包括：

(一) 作者中、英文姓名、任職學校(機構)名稱、地址與聯絡電話。

(二) 內容依如下順序排列：

1. 中題目，
2. 中作者姓名，
3. 目次，
4. 中摘要，
5. 中關鍵詞，
6. 本文，
7. 附錄，
8. 參考文獻。
9. 英文題目
10. 英文作者姓名
11. 英文摘要
12. 英文關鍵字

二、各標題順序依壹、一、(一)、1、(1)等層次為之，正文每段第一行第一字前空兩字。

三、註解之處理按 Office Word 軟體之「插入」、「註腳」程序所得標準格式為之。

四、中、日文文獻之註解格式如下：

1. 卷、期、頁數均以阿拉伯數字呈現，如：37 卷 2 期，頁 55-57。
2. 引用同一著作時，如係緊接上一註解而來時，以「同前註」行之；頁數不同者，另標明之。
3. 大法官解釋、法院判決(決議)及行政函示等公文書原則上無須註明出處。
4. 其他格式範例如下：

- (1) 專書：作者(出版年)，《書名》，引用頁數，出版者，版次。
- (2) 譯著：原著作者，翻譯作者(出版年)，《譯著名稱》，引用頁數，出版者，版次。
- (3) 編著：作者(出版年)，〈論文名稱〉，載：編者，《書名》，引用頁數，出版者。
- (4) 期刊論文：作者(出版年)，〈論文名稱〉，載：《期刊名稱》，卷期數，引用頁數。
- (5) 學位論文：作者(畢業年)，《論文名稱》，引用頁數，○○大學○○學系(研究所)碩(博)士論文。
- (6) 研討會論文：作者，〈論文名稱〉，研討會名稱，主辦單位，會議日期，引用頁數。
- (7) 政府公報：立法院公報處(出版年)，〈立法院第○屆第○會期○○委員會第○次會議記錄〉，《立法院公報》，卷期數，頁數。
- (8) 報紙：○○報(刊登日期)，〈標題〉，○版。
- (9) 網頁：<http://www.○○○○.○○>(最後瀏覽日期：○年/○月/○日)。

五、引用其他外文文獻者，依各國通行作法為之。

六、參考文獻之格式如下：

- (一) 排序順序：各著作之前不加編號，中、日文資料在前，其他外文在後。中、日文著作依作者姓名筆定其先後，其他外文則依作者姓氏字母。
- (二) 參考文獻之格式與註解同，但關於期刊論文與收錄於編著中之論文部分應列出該篇論文之始、末頁數。

《靜宜法學》第九期

二〇二〇年十二月出版

發行人：李介民

主編：蔡穎芳

編輯委員：郭冠甫、李介民、戴志傑、許家源

執行編輯：姑慕.瓦歷斯

出版者：靜宜大學法律學系

地址：433 台中市沙鹿區台灣大道七段 200 號

電話：04-26328001 轉 17043

傳真：04-26327666

定價：250 元