

務見解、行政函釋，筆者皆盡可能附上原文供讀者參考，並以黑體字的方式畫出重點，提升閱讀效率並引導思考流程。

最後，本書能順利付梓，首先感謝歷年來自台灣各地的學生，每每與你們討論問題，方能理解自己在教學上與教材編排上有什麼能改進之處。再來要感謝當年與我一起征戰國考的學霸國考讀書會成員與商法讀書會學弟妹，是你們在我最青澀的時期，願意相信我的能力而將讀書會的重責大任放心交付給我。此外，公司法雖為筆者相對擅長之領域，但畢竟於商業實務及會計專業，較難樣樣精通，感謝多年來從事商業實務的阿姨與姨丈，對於公司治理方面，提供許多寶貴的實務經驗，並感謝會計系學弟日本的麵包在會計方面供我諮詢請教。在專業方面，最應感謝者，莫過於身兼我碩士論文指導教授的恩師，自大三以來，商事法相關課程都是在恩師的課堂上學習，每每與老師討論問題，皆能獲得醍醐灌頂般的啟發。本書草稿有諸多不足，感謝波斯納出版公司的編輯人員，願意耐心並細心地協助我完成排版與校對的工作，並感謝匿名審稿委員對本書的寶貴意見。感謝一路陪伴我學習法律、切磋琢磨的刑法組女友海海太太，總是提供我許多教學上與寫作上調整難度的建議，讓本書得以由淺入深，但不過度鑽牛角尖而適合各法律領域的讀者。感謝父親、母親除了求學階段的支持外，更鼓勵我嘗試踏上補教之路，才有今天本書的問世。最後的最後，感謝現在正翻閱本書的你／妳，各位的支持與鼓勵，都是本書得以持續進步最堅強的後盾。

林予

2021年3月22日  
於氣溫驟降的台中市

# Contents 目錄

## 自序

### 第一章 考試準備技巧

第一節 讀書的習慣與方法.....	1-1
第二節 考題的寫作方式.....	1-2
第三節 本書題目之練習方式.....	1-5

### 第二章 總則

第一節 企業組織型態.....	2-1
第二節 公司治理的意義.....	2-3
第三節 企業社會責任.....	2-4
第四節 公司捐贈之法律問題.....	2-9
●*爭點限時通：公司得否捐贈政治獻金或捐贈給 宗教團體？.....	2-10
第五節 公司之公權力監督.....	2-21
●*爭點限時通：登記對抗主義是善惡意第三人均不得 對抗或僅不得對抗善意第三人？.....	2-23
第六節 公司名稱之保護.....	2-26
●*爭點限時通：可資區別之文字應如何認定？.....	2-27

第七節 一人公司.....	2-30
● <sup>※</sup> 爭點限時通：單一自然人應如何「技巧性」成立 股份有限公司？.....	2-31
第八節 揭穿公司面紗.....	2-32
● <sup>※</sup> 爭點限時通：我國實務見解如何適用 揭穿公司面紗原則？.....	2-33
第九節 章程中有關所營事業之記載.....	2-36
第十節 公司轉投資.....	2-38
● <sup>※</sup> 爭點限時通：合夥人之範圍.....	2-40
第十一節 公司資金貸放與保證.....	2-41
第十二節 公司負責人之侵權責任.....	2-47
● <sup>※</sup> 爭點限時通：股東得否以公司法第23條第2項作為 賠償請求權之基礎？.....	2-48
第十三節 公司負責人之忠實義務 (Fiduciary duty).....	2-50
第十四節 事實上董事及影子董事.....	2-66
● <sup>※</sup> 爭點限時通：實質負責人是否負有忠實義務？.....	2-67
● <sup>※</sup> 爭點限時通：由事實上董事所作成之董事會決議 以及對外之交易行為，其效力何如？.....	2-68
第十五節 法人之代表人.....	2-73
● <sup>※</sup> 爭點限時通：政府或法人股東得否派代表人 (§ 27 II) 同時當選為公司之董事與監察人？....	2-74
● <sup>※</sup> 爭點限時通：政府或法人股東可否同時以法人及 代表人之身分當選？經濟部採否定說.....	2-75

● <sup>※</sup> 爭點限時通：不同法人股東依本法第27條第1項規定 分別當選董事、監察人，得否指定同一自然人 代表行使職權？經濟部採否定說.....	2-75
● <sup>※</sup> 爭點限時通：法人股東之代表人及由該法人百分之 百轉投資之法人股東之代表人得否同時當選或 擔任董事及監察人？.....	2-76
● <sup>※</sup> 爭點限時通：違反公司法第27條第2項但書同時當選 董事及監察人之效力為何？.....	2-77
● <sup>※</sup> 爭點限時通：監察人當選失其效力後，應重新選舉 或由次高票遞補？.....	2-79

### 第三章 企業併購

第一節 企業併購概論.....	3-1
第二節 公司合併.....	3-3
● <sup>※</sup> 爭點限時通：公司合併時，有利害關係之股東 與董事得否行使表決權？.....	3-14
● <sup>※</sup> 爭點限時通：不同種類之公司間是否有 合併之可能？.....	3-17
第三節 合併異議股東之股份收買請求權.....	3-20
● <sup>※</sup> 爭點限時通：企業合併決議中，行使股份收買請求 權之異議股東得否加入股東會行使表決權？.....	3-22
● <sup>※</sup> 爭點限時通：併購時，並非投「反對票」之「未贊 同合併之股東」（例如未出席之股東），得否 請求公司收買股份？.....	3-24
● <sup>※</sup> 爭點限時通：股份轉換基準日時，對異議股東之股 份如未完成價款之交付，股東是否仍可選擇轉	

換股份？亦即原先請求收買股份之股東，於股份轉換基準日反悔不行使股份收買請求權而欲留在合併後公司，是否可行？.....	3-25
第四節 公司分割與營業讓與.....	3-26
第五節 表決權拘束契約與表決權信託契約.....	3-30
◆爭點限時通：得否僅以「表決權」為信託財產，而不以「股票」為信託財產？.....	3-32
◆爭點限時通：閉鎖性股份有限公司併購時，表決權信託契約之受託人，若章程未另有訂定，是否仍以股東為限？.....	3-32

#### 第四章 經理人

◆爭點限時通：經理人應如何認定？.....	4-4
-----------------------	-----

#### 第五章 股份有限公司之設立與發行股票

第一節 資本三原則與減資.....	5-1
第二節 企業經營與所有之分合.....	5-15
第三節 公司的設立與分公司.....	5-25
第四節 發起人、發起人合夥及設立中公司.....	5-28
第五節 創立會.....	5-34
◆爭點限時通：創立會結束後，若創立會決議有瑕疵應如何救濟？.....	5-35
第六節 發起人責任.....	5-35
第七節 股東的地位與股東權.....	5-37

第八節 股東出資之標的.....	5-41
第九節 票面金額股與無票面金額股.....	5-45
◆爭點限時通：股份有限公司的股票到底有沒有面額的規定？.....	5-49
◆爭點限時通：股票得否折價發行？.....	5-51
第十節 發行股票之方式.....	5-55
◆爭點限時通：發行新股，應否經股東會決議？應否修改章程？.....	5-57
第十一節 股票之公開發行.....	5-58
第十二節 特別股.....	5-59
第一項 特別股的發行.....	5-59
◆爭點限時通：可否發行轉換為普通股之換股比例非1：1之特別股？.....	5-66
第二項 特別股股東的保護.....	5-79
◆爭點限時通：特別股股東會是否得與普通股股東會同時召集？.....	5-80
第十三節 股份之轉讓.....	5-80
◆爭點限時通：過戶是否為股份轉讓之要件？.....	5-81
第十四節 股份自由轉讓原則.....	5-85
◆爭點限時通：公司與股東得否以契約約定股份之轉讓？.....	5-85
第十五節 股份回籠禁止之例外.....	5-86
第十六節 股份之設質.....	5-91

## 第六章 股份有限公司之股東會

第一節 股東會召集權人.....	6-1
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：監察人如何行使此權利？ 是否需請求公司召集？.....	6-12
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：若監察人於非必要時召集股東會，其 決議之效力為何？.....	6-13
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：監察人身兼股東時，可否再依照公司 法第245條聲請法院選派檢查人？.....	6-14
第二節 股東會之召集.....	6-21
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：「終止合併」得否以臨時動議提出？..	6-26
第三節 股東提案權.....	6-27
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：無表決權股之股東得否計入 提案之門檻？.....	6-28
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：公司法第172條之1第4項第1款之「非 股東會所得決議」應如何解釋？股東得否透過 本條之提案權提出如「本公司應與台積電合併」 等涉及公司合併、分割、讓與全或主要部 分營業或財產之議案？.....	6-31
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：無公司法第172條之1第4項所列情事之 一者，董事會固然應列為議案，但有公司法第 172條之1第4項者，董事會是否仍「得」將之 列入議案？.....	6-32
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：股東提案追究3位董事之法律責任之議 案，屬於一項議案或多項議案？.....	6-33
第四節 股東自身利害關係之表決權迴避.....	6-45

● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：法人股東是否須迴避表決應否考量 「代表人」之自身利害關係？.....	6-47
第五節 表決權之代理行使.....	6-49
第六節 書面投票與電子投票.....	6-52
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：「電子方式」之範圍為何？.....	6-53
第七節 股東分割投票制度.....	6-57
第八節 股東會決議之方法.....	6-59
第九節 讓與主要之營業或財產.....	6-72
第十節 變更章程.....	6-75
第十一節 股東會決議之瑕疵.....	6-79
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：「違反之事實非屬重大」與 「於決議無影響」應如何判斷？.....	6-85
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：無效之董事會所召開之股東會， 其效力為何？.....	6-88

## 第七章 股份有限公司之董事與董事會

第一節 董事之資格.....	7-1
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：有獨立董事之公司，應如何選舉？.....	7-6
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：董事之選舉得否以舉手表決為之？.....	7-7
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：內部董事與外部董事之區分方式.....	7-11
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：我國民事判決是否有經營判斷法則之 適用？.....	7-12
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：經營判斷法則是否適用於刑事判決？..	7-13
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：我國公司得否採取董事分期改選制？..	7-24
第二節 董事與公司間之法律關係.....	7-26

● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：法人董事或代表人董事之報酬、酬勞與車馬費應由何人領取？.....	7-30
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：章程未定明，股東會也未決議時，董事得否向公司請求報酬？.....	7-30
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：股東會得否決議將報酬委由董事會訂定？.....	7-31
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：股東會得否就報酬額概括決定最高額，而各個董事之報酬委由董事會決定？.....	7-32
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：董事之報酬得否事後減額？.....	7-33
第三節 董事之解任.....	7-37
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：正當理由之定義為何？.....	7-38
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：董事之酬勞是否得請求賠償？.....	7-39
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：董事得否依照民法第213條請求回復原職位？.....	7-39
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：被解任之對象，是否須迴避表決權？..	7-40
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：常務董事、董事長可否由股東會加以解任？.....	7-40
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：依本條被解任之董事可否請求損害賠償？.....	7-45
第四節 公司經營權爭奪與定暫時狀態假處分.....	7-50
第五節 董事競業禁止義務與臨時動議.....	7-51
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：100%持股之母子公司董事兼充時，是否仍有董事競業禁止之問題？.....	7-54
第六節 董事之責任.....	7-57

● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：少數股東或投資人保護中心得否代位公司對於「已卸任之董事或監察人」提起訴訟？.....	7-63
第七節 董事與公司間為法律行為之規範.....	7-72
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：若董事有第223條之情形，並未由監察人代表公司，則其交易之效力為何？.....	7-74
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：各監察人得否單獨代表公司？.....	7-75
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：監察人代表公司為該法律行為前是否先經董事會決議？.....	7-77
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：設有審計委員會之公司，董事與公司交易時，應由獨立董事或審計委員會代表公司？.....	7-79
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：獨立董事與公司交易時，應由何人代表公司？.....	7-79
第八節 董事會之權限與義務.....	7-85
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：公司法第193與202條應如何解釋？.....	7-86
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：董事會可否將其權限授權與股東會？..	7-87
第九節 董事會違法行為之制止請求權.....	7-90
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：法條僅規定得請求「董事會」停止其行為，如果是董事長或董事「未經董事會」之違法行為得否依照本條請求停止？.....	7-90
第十節 董事會會議.....	7-91
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：未於三日前召集之法律效果為何？.....	7-93
● <sup>爭點</sup> 爭點限時通：董事會之集會地點是否應在國內？.....	7-95

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：董事會決議得否以「反表決」  
(不贊成的舉手，其他人超過1/2即通過)  
之方式為之？ ..... 7-97

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：107年新修正公司法第206條第3項之  
「與董事具有控制從屬關係之公司」，其中「董事」  
是否可以是自然人？ ..... 7-100

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：若董事會僅餘董事一人，該名董事  
得否通過董事會決議？ ..... 7-101

#### 第十一節 董事會決議之瑕疵 ..... 7-110

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：董事會決議無效時，依照該董事會  
決議所做成之外部交易是否必為無效？ ..... 7-111

#### 第十二節 董事長、常務董事與 常務董事會之權限 ..... 7-113

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：董事長於任期內缺位應如何選舉  
新董事長？ ..... 7-114

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：法人股東之代表人當選董事長或常務  
董事，而法人改派代表人時，該被改派之新人  
是否直接擔任董事長或常務董事？經濟部見解  
採否定說，乃為避免任一常務董事或董事長私  
相授受 ..... 7-114

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：董事長未經董事會決議所為之代表  
行為效力為何？ ..... 7-115

#### 第十三節 臨時管理人 ..... 7-117

## 第八章 股份有限公司之監察人

### 第一節 監察人的基本問題 ..... 8-1

### 第二節 監察人對董事提起訴訟 ..... 8-5

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：監察人得否逕行對董事提起訴訟？ ..... 8-5

## 第九章 會計與盈餘分派

### 第一節 公積 ..... 9-1

### 第二節 分派盈餘 ..... 9-5

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：若公司採取每季或每半年會計年度即分  
派之作法，上半年度或前三季公司獲利良好，  
故進行盈餘分派，但下半年度或第四季轉盈為  
虧，是否有違法超額分派之問題？ ..... 9-7

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：公司法第228條之1每季或每半年度發  
放之規定可否適用於第234條之建業股息與第  
241條法定盈餘公積與資本公積的發放？ ..... 9-8

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：盈餘分派之程序——公司應如何分派  
盈餘？ ..... 9-9

## 第十章 員工獎勵制度

### 第一節 獎勵員工之制度 ..... 10-1

●<sup>爭點</sup>爭點限時通：公司法第235條之1第3項以股票獎勵員  
工時，可否限制員工於一定期間內不得離職，  
若離職即喪失一定權利？ ..... 10-4

### 第二節 員工認股選擇權 ..... 10-13

## 第十一章 公司債

- 第一節 公司債 ..... 11-1
- 第二節 公司債債權人之保護 ..... 11-5
- 第三節 公司債之私募 ..... 11-8
  - <sup>※</sup>爭點限時通：依照公司法私募之公司債是否受有轉讓之限制？ ..... 11-11

## 第十二章 公司的重整與清算

- 第一節 公司重整 ..... 12-1
- 第二節 清算 ..... 12-9

## 第十三章 閉鎖性股份有限公司

- <sup>※</sup>爭點限時通：若因自然人股東死亡而繼承人繼承股份後，股東人數超過50人，應如何處理？ ..... 13-3
- <sup>※</sup>爭點限時通：實務上「轉讓限制」之具體內容為何？ ..... 13-4
- <sup>※</sup>爭點限時通：股份轉讓限制有無區分特別股與普通股？得否僅部分股東受有轉讓之限制？公司得否針對不同股東而定有不同之轉讓限制？ ..... 13-5
- <sup>※</sup>爭點限時通：違反章程所定之轉讓限制而為轉讓，法律效果如何？ ..... 13-6

- <sup>※</sup>爭點限時通：「以股東協議所訂定之轉讓限制」與「以章程所訂定之轉讓限制」違反之效力有何不同？ ..... 13-6
- <sup>※</sup>爭點限時通：實務上勞務出資之「一定比例」為何？ ..... 13-12

## 第十四章 關係企業

- 第一節 控制從屬公司 ..... 14-1
- 第二節 相互投資公司 ..... 14-13
- 第三節 關係報告書及合併財務報表之編製 ..... 14-14

## 第十五章 外國公司

- 第一節 認許之意義與廢除認許 ..... 15-1
- 第二節 107年公司法修正廢除認許制度後之規範內容 ..... 15-2

## 第十六章 有限公司與其他種類公司

- 第一節 有限公司 ..... 16-1
- 第二節 各種公司之業務執行機關與監督機關 ..... 16-4

# 第1章

## 考試準備技巧

### 第一節 讀書的習慣與方法

#### 壹、深度、廣度與熟悉度的取捨：

在準備考試的過程當中，總是聽著同學推薦某某參考書很棒，某某解題書必看，但如果我們總是因此就東買一本西買一本，永遠會有讀不完的書。知識的廣度是無限廣，深度也是無限深。同樣一個「少數股東保護」的概念可以淺到成為考卷上的一句論述，也可以深到變成一本碩博士論文。但就考試而言，廣度不必太廣，每個科目有自己看習慣的上課講義跟解題書，再補充一些時事題跟實務見解就差不多了，會考的點就是那些，學得再廣派不上用場也是徒勞無功。深度也不必太深，即便我們研究得再深，一張考卷的某個考點配10分就是10分，不會因為寫得超級深而變成20分，更何況如果要寫得深，整張考卷的其他題目可能都要空白了。

與其在意深度或廣度，考國家考試最重要的在於熟悉度，把基本概念讀到滾瓜爛熟，即便在考場上出現沒看過的爭點或考法也都能從基本概念去推敲出如何解答，畢竟進階題就是把基本概念轉彎過後的題目，同學在熟悉基本概念後，即便沒有看過題目所改編的實務見解，也可以用法理得出與實務見解差不多的答案，那才是真功夫！

## 貳、筆記製作的建議：

- 一、筆記的製作不求精美，因為不是要出書，自己能懂最重要。
- 二、將不會的爭點或想不通的問題用一本專用筆記本紀錄，並且記錄解答，平時有空可以多幾看幾次加深印象。
- 三、將永遠記不起來的實務見解或法理的「意旨」（不是一字不漏照抄）抄在便利貼上，貼在桌前常常看，考前一週把便利貼收集起來貼到筆記本上，帶去考場當葵花寶典看。

## 第二節 考題的寫作方式

### 壹、千萬不要逃避寫考卷：

讀書是將知識輸入腦袋，但寫考卷才是輸出自己內化過後的知識，一開始寫考卷都不會寫東漏西漏是很正常的，但如果因為怕寫不好而考前都逃避不寫，那恐怕在考場上的那份考卷才會是東漏西漏的那一份了。所以希望各位同學在準備考試的過程中都能按時練習，將錯誤留在練習而將最完美的一面呈現在考場上。

### 貳、大題小作與小題大作：

遇到題目複雜且爭點多的考題，每個爭點都幾句話帶過即可，這就稱之為「大題小作」遇到題幹只有一兩句話的題目，就請從盤古開天開始寫起，舉凡立法沿革、立法理由、法理、比較法規範通通給他丟上去噴滿整張考卷，這就是「小題大作」。

### 參、法律三段論法：

法律三段論法簡單來說就是1.大前提、2.小前提、3.涵攝。大前提就是

指法律規定，在寫一個法律實例題時，在論述每一個爭點的時候，要先闡述法律是怎麼規定的。小前提就是指本案事實，在闡述完法律規定，就要說明本案事實是怎麼發生的。最後進行「涵攝」，這是最困難的階段，也就是把法規結合於本案事實當中，告訴改考卷的老師「本案情形符合該條法律，所以本案應該要用這條法律」或者「本案情形不符合該條法律，所以本案不應該要用這條法律」。

### 肆、創造出「本文見解」：

近來有越來越多考試強調要看到考生的思考而非死背，所以呆呆地把實務見解怎麼說跟學說怎麼說複製貼上到考卷上通常分數不會太好看，所以要在「本文以為」的結論上寫出一番能說服人的道理，分數才會往上飆。以下提供幾個創造出本文見解的方式給大家參考。

- 一、通說少數說原則：希望每位同學在各個重要的爭點當中，都能記實務與通說，並且額外記一說少數說。可以將實務見解與通說見解陳述完畢後，將少數說當成本文見解甚至可以某程度批評通說的不足，看起來會很像你對這個爭點真的了解與研究。
- 二、留一手原則：假設某個爭點，肯定說有三個理由，否定說有三個理由，如果你支持肯定說，那麼在列舉學說見解時就請把肯定說的兩個理由寫出來即可，否定說的理由就通通寫出來。最後再把肯定說的最後一個理由當成你的本文見解寫在結論，並說本文見解同肯定說。
- 三、換句話說原則：「學說上有認為107年新修正公司法將實質上負責人之概念開放至非公開發行公司可達到強化公司治理之功能實值贊同。本文以為，將實質負責人概念引進非公開發行公司可避免實質負責人之概念於非公開發行公司產生漏洞，進而無法達成公司治理之目的，故此一修法當屬正確。」其實上面這段話的學說見解跟本文見解根本就是在講同一件事，但是換句話說後看起來還算通順

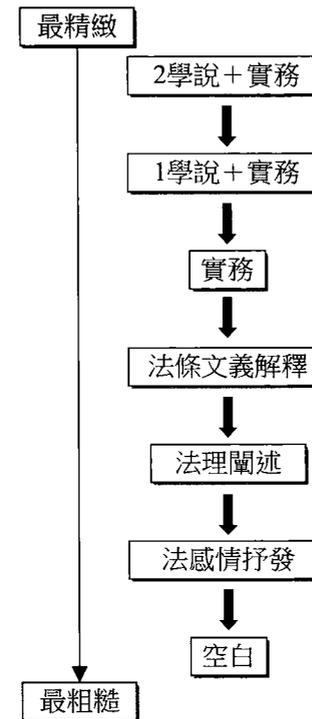
或許可以矇混過關，如果真的想不到本文見解要寫甚麼，就用這招救命吧！

### 伍、寫作的精緻度與取捨：

考試寫作的內容豐富度，對於分數有非常大的影響。對於一個爭點，最精緻的寫法是可以闡述兩個不同的學說以及實務見解，並將其中一說當成「本文見解」來寫。次之則是闡述一個學說與實務見解，再來則是僅闡述實務見解。至於為何不是僅闡述學說見解呢？因為實務見解是有權解釋機關，無論說得好不好、有沒有道理都是有權解釋，也最沒有爭議，所以實務見解一定要知道。更次之的寫作方式就是看著考場附給你的法條，說文解字，將題目中的線索套用於文義判斷是否與如何適用法條，這樣的寫法雖然可能是正確答案但少了學說與實務見解的支持與佐證總是會使人感到單薄與乏味。若連法條都翻不到，就用法理進行闡述，在公司法中就是不引用法條直接引用「促進公司治理」、「保護少數股東」等精神解完整個題目，但筆者認為這樣只能避免零分，不能撈到甚麼分數。更勉強的寫法，就是用法感情進行論述，基於保護弱勢等等精神作答。而這樣的寫法大概只能祈求同情分數。最劣等的寫法就是「空白」，因為這等於直接放棄，向老師索取零分，所以請同學實例題萬萬不可空白，務必瞎掰也要掰出東西來。

然而，每一個爭點在考試上的重要性並不相同，很重要的爭點，我們值得多投資一些時間與心力，次重要的爭點就減少一些，以此類推。如公司法的「董事長未經董事會決議所為交易行為之效力」、「董事會與股東會效力是否連動」等爭點，我們值得背起兩說學說與實務，但如像減資等久久才出一次的爭點，就要求自己寫出一個學說與實務就好，至於兩合公司、無限公司這種不說根本不知道其存在的爭點，就追求考試時翻到的法條可以說文解字就好。不同重要性的爭點，用不同的精緻度來要求自己，才是最有效率的準備方式。

【示意圖】



## 第三節 本書題目之練習方式

近年國家考試之題目較少出現僅用單一概念即可作答者，通常都需要概念整合並且融會貫通之後方能順利答題。故本書雖將國家考試與法研所之歷屆重要考題打散放置於最合適的章節，但解題上仍不免用到該章節尚未談到的概念。故建議同學遇到這種情形，先跳過題目直接往後讀，等到

讀完那些題目中有用到概念的章節之後再回來讀題目與詳解會比較能理解，畢竟一本書讀一次絕對是不夠的，在反覆閱讀兩三次之後，就已經讀過全部章節而不會再有此一問題了。

## 第2章

# 總則

### 第一節 企業組織型態

#### 壹、獨資：

個人單獨出資經營之商號，營業主人所用於營業上之財產與個人之財產無法律上分別，營業主人負無限責任。

#### 貳、合夥：

- 一、合夥：民法第667條第1項：「稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共同事業之契約。」合夥人於合夥債務不足清償時，各合夥人應以自己之財產負擔補充性債務之連帶責任。
- 二、隱名合夥：民法第700條：「稱隱名合夥者，謂當事人約定，一方對於他方所經營之事業出資，而分受其營業所生之利益，及分擔其所生損失之契約。」隱名合夥人只在出資限度內負分擔損失之責任。

#### 參、公司：

- 一、意義：依照公司法第1條第1項：「本法所稱公司，謂以營利為目

的，依照本法組織、登記、成立之社團法人。」然而，強調「以營利為目的」，亦為世界上少有之法例。但近年來隨著企業社會責任（corporate social responsibility）（簡稱CSR）的概念興起，公司不再是單純以營利為目的，107年新修正公司法將企業社會責任之概念納入本法而新增第1條第2項如下：「公司經營業務，應遵守法令及商業倫理規範，得採行增進公共利益之行為，以善盡其社會責任。」

## 二、公司之種類：

### ● 公司法 § 2

I 公司分為左列四種：

- 一、無限公司：指二人以上股東所組織，對公司債務負連帶無限清償責任之公司。
- 二、有限公司：由一人以上股東所組織，就其出資額為限，對公司負其責任之公司。
- 三、兩合公司：指一人以上無限責任股東，與一人以上有限責任股東所組織，其無限責任股東對公司債務負連帶無限清償責任；有限責任股東就其出資額為限，對公司負其責任之公司。
- 四、股份有限公司：指二人以上股東或政府、法人股東一人所組織，全部資本分為股份；股東就其所認股份，對公司負其責任之公司。

II 公司名稱，應標明公司之種類。

## 三、公司之變更組織

(一)意義：公司組織變更指公司在不影響其人格存續下，變更其法律上組織，使其成為他種公司。此制度能達成不經解散程序而變更為另一種公司，使即將解散之公司復活之目的。

## (二)態樣：

- 1.無限公司 ↔ 兩合公司（§ 76、§ 126 II、III）。
- 2.無限公司 → 有限公司 or 股份有限公司（§ 76-1）。
- 3.兩合公司 → 有限公司 or 股份有限公司（§ 126 IV、V）。
- 4.有限公司 → 股份有限公司（§ 106 III 後段）。

## 筆者的話

法律上合夥與公司為截然不同之企業組織型態，但一般民眾常常分不清楚XD筆者曾被諮詢一起公司法相關案件，當筆者問當事人其企業的組織為何，當事人僅回答：「我跟朋友合夥開了一間公司。」這樣到底是經營合夥還是公司？令筆者一頭霧水，當筆者繼續追問是有限公司還是股份有限公司時，當事人就面有難色不知如何回答，所幸後來看了其他資料才知道那是一間股份有限公司。由此可見，許多中小企業可能成立公司後只顧做生意，但對於自己的組織都不甚了解，到了紛爭發生時才會釐清。

## 第二節 公司治理的意義

### 壹、定義：

公司治理乃指一種指導及管理公司的機制，以落實公司經營者的責任，並保障股東的合法權益以及兼顧其他利害關係人（stakeholders）之利益<sup>1</sup>。

<sup>1</sup> 參「行政院改革公司治理專案小組會議實錄」，行政院經建會編印，2003年12月，頁338。

## 貳、公司治理的應注意事項<sup>2</sup>：

根據經濟合作與發展組織OECD所提出的「公司治理原則」，公司治應注意下列事項。

- 一、確保一個有效公司治理架構的基礎（相關規定要合法、透明、可執行）。
- 二、股東之權益及重要的所有權功能（如機構投資人的表決權行使政策應揭露）。
- 三、股東受到平等對待。
- 四、利害關係人之角色。
- 五、資訊揭露及透明化。
- 六、董事會或監察人等機關責任的強化。

## 第三節 企業社會責任<sup>3</sup>

### 壹、意義：

#### ●公司法 § 1

I 本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織、登記、成立之社團法人。

II 公司經營業務，應遵守法令及商業倫理規範，得採行增進公共利益之行為，以善盡其社會責任。

<sup>2</sup> 這裡所提及之注意事項只要看過有印象即可，無須背誦。

<sup>3</sup> 企業社會責任乃107年新修正公司法之指標性變動，本段關於企業社會責任之概要式介紹乃參考「劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁21-50，新學林。」之內容，本文僅為粗淺之摘要，欲詳細瞭解此議題，請務必參考原典。

## 貳、贊成與反對企業社會責任的理由：

### 一、贊成之理由：

- (一)現代社會對公司組織的期待已經改變，公司已經並非單純經濟性組織。
- (二)公司負起企業社會責任使整體環境改善，也有助於公司「長期利益」之發展<sup>4</sup>。
- (三)很多社會問題是公司所造成（如污染），故公司有協助處理的道德上義務。
- (四)公司有足夠之資源得協助解決設社會問題。
- (五)公司盡其企業社會責任有利公司形象之提升，公司得以自動善盡責任政府就不必要以外在法規箝制之，公司也能獲得較大的自由空間<sup>5</sup>。

### 二、反對之理由：

- (一)公司唯一負責任之對象應為股東，負責人應遵守為股東謀求利益最大化的原則<sup>6</sup>。
- (二)企業社會責任若是由公司的經營階層決定從事甚麼與如何從事，偏差即有可能發生<sup>7</sup>。
- (三)企業社會責任為道德上的概念，各人之道德觀皆不相同。
- (四)若責令公司負企業社會責任，將有違自由企業體制（free enterprise system）所立論的基本原則。

## 參、企業社會責任的角色定位：

### 一、實用主義（Pragmatism）：

<sup>4</sup> 一言以蔽之，此乃公司「為利己而利他」思想的展現。

<sup>5</sup> 此亦為公司「為利己而利他」思想的展現。

<sup>6</sup> 據此，可能得出公司不應進行慈善捐贈之結論。

<sup>7</sup> 此種偏差尤其容易發生於公司之經營階層與股東理念大相逕庭時。

(一)意義：政府各單位應充分利用營利性公司以執行公共政策，而營利性公司也應在營利的基礎下設計、創造及掌握機會以履踐公共服務之責。

(二)缺失：公司仍以營利為主要目的，由公司來從事公共政策可能節用、縮支或忽略非經濟性的價值，使公共服務目的變質。政府因而增加監督公司是否履行公共政策的監督成本。

## 二、修正式實用主義（劉連煜老師見解）：

(一)意義：同實用主義。

(二)修正方向：將容易監管品質的公共政策委由營利性企業（如武器之製造），將不容易監管品質的公共政策委由非營利性之法人。如此可以節省政府的監督成本（假設請營利性企業設立高中，可能辦學會成為營利導向，而需要很高的監督成本，故辦學這種事情交由非營利法人處理）。

## 肆、企業社會責任的最新爭辯：

一、股東優先理論：股東利益與其他人的利益相衝突時，公司所採行的企業社會責任充其量只是在追求「公司之長期利益」（簡言之就是如果對他人好的話，可以對我自己也有好處，那我就選擇對他人好以獲取我自己的好處）。一言以蔽之，即「為利己而利他」。

二、利害關係人理論：企業除創造股東之收益外，也要同時兼顧利害關係人（包含管理階層、員工、債權人），並為其做出最大貢獻。一言以蔽之，即「為利他而利他」。

## 伍、裁量型企業社會責任與義務型企業社會責任<sup>8</sup>：

<sup>8</sup> 楊岳平（2019），新公司法與企業社會責任的過去與未來——我國法下企業社會

一、問題意識：公司盡其企業社會責任，是公司經營者具有「裁量權」之選擇，抑或是公司之「義務」？此涉及企業社會責任「裁量型」與「義務型」之二個面向。

二、裁量型企業社會責任：裁量型企業社會責任強調公司負責人固然應為公司利益行事，但公司之利益除股東之利益外亦包含利害關係人之利益。公司負責人有如何兼顧股東與利害關係人之利益的「裁量權」，此一裁量空間甚至屬於商業判斷法則之保護範圍。然而，裁量性企業社會責任下，公司負責人並無追求利害關係人利益之義務，僅係得以兼顧利害關係人為由，避免遭股東究責而已。我國公司法第1條第2項後段之「得採行」具備裁量型企業社會責任之色彩。

三、義務型企業社會責任：義務型企業社會責任則象徵公司負責人不僅有權追求利害關係人之利益，更有保護利害關係人之「義務」，如中華人民共和國公司法第5條第1項「公司從事經營活動，必須遵守法律、行政法規，遵守社會公德、商業道德，誠實守信，接受政府和社會公眾的監督，承擔社會責任。」即採取義務型之立法模式。我國公司法第1條第2項前段之「應遵守」具備義務型企業社會責任之色彩。

### 學者評釋 【楊岳平老師】

裁量型企業社會責任與義務型企業社會責任不必然處於擇一之關係，得於不同之場域選擇採取不同之理論。於不同利害關係人（包含股東）之利益衝突之場合，應採取裁量型之思考，由公司負責人選擇應優先追求何人之利益；但於各利害關係人之利益的核心領域中，公司應採取義務型之思考，有義務保護利害關係人。

責任理論的立法架構與法院實務，中正財經法學，第18期，頁43-91。

## 陸、企業社會責任與社會企業之比較：

一、社會企業（兼益公司、共益公司）之意義<sup>9</sup>：美國法上的社會企業，乃對社會使命有長遠優先承諾的分配利潤組織，章程需制定公益目的、負責人有義務考量利害關係人利益、須出具年度公益報告以及公益執行訴訟。我國公司法民間修法委員會建議，倘若將社會企業引進於我國公司法設立專節，則其定義應為「兼益股份有限公司，指依本節規定及公司法之規定所設立，章程訂有社會目的，負責人應考量利害關係人利益，且定期製作公益報告之股份有限公司。」107年公司法修正草案即列入共益公司或兼益公司之概念<sup>10</sup>，期待能產生People（社會責任）、Planet（環境責任）、Profit（財務報酬）三重基線的新公司型態，找到利己與利他的平衡點<sup>11</sup>。但此草案最終並未通過。

### 二、設立社會企業專節之必要性<sup>12</sup>：

#### （一）贊成之理由：

1. 多一項組織型態的選擇，指引有社會理念之創業者、投資者投入社會公益領域。
2. 令社會大眾理解公司除營利以外，亦有服務社會之目的。
3. 符合國際潮流，與國際接軌。
4. 若不設立專節，可能使許多大型公司或個人資源欲投入社會公益領域卻苦無管道。

#### （二）反對之理由：

1. 現行法下公司已得由章程設計成為社會使命型之企業，無須多

<sup>9</sup> 公司法全盤修正修法委員會修法建議，頁4-33、4-36。

<sup>10</sup> 許毓仁委員與時代力量黨團之公司法草案。

<sup>11</sup> 許毓仁委員版草案之修法說明。

<sup>12</sup> 公司法全盤修正修法委員會修法建議，頁4-33、4-34。

設計一種公司型態，導致社會大眾混淆。且早已有有志之士以現行之公司型態踐行社會使命。

2. 社會企業之實質重於形式，應視其活動過程、內容與年度報告觀察是否屬於社會企業，並非符合一定形式即認為屬於社會企業。
3. 應令社會大眾就公司之實質加以判斷，使各公司公平競爭，而不預先貼上任何標籤，否則將使一般公司減少實踐社會使命之意願。
4. 可能導致不肖人士利用社會企業之名，未真正踐行社會公益但大肆宣傳其已踐行，以行「洗綠」（Green Wash）之實。甚至利用社會大眾的支持濫收較高之商品或服務對價。

### 三、比較表：

企業社會責任	社會企業（共益公司、兼益公司）
營利為主，公益為輔	公益為主，營利為輔
無須提出公益報告書	須提出公益報告書
已立法明文（§ 1 II）	未立法明文

## 第四節 公司捐贈之法律問題<sup>13</sup>

### 壹、概說：

若禁止公司為基於慈善目的的捐贈，將會影響整體社會利益，故一般而言公司的慈善捐贈不會被認為是踰越權限的行為，但捐贈的數額與對象則是值得討論的問題。

<sup>13</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁51-67，新學林。

## 貳、公司之慈善捐贈：

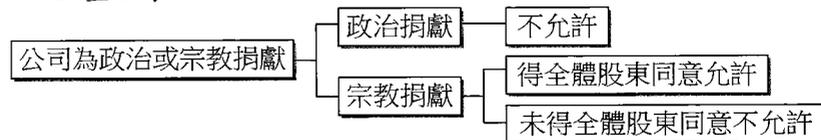
- 一、**捐贈數額**：捐贈之數額應以「合理性原則」(reasonableness)為底線，捐贈合理之數額其捐贈方為適法，要在公司克盡社會義務與顧及股東權益之間取得平衡點。
- 二、**何人決定捐贈對象**？大公司的捐贈有「代理成本」(agency costs)的問題，公司董事們所希望的捐贈對象並不一定是股東們所認同的對象。故有些公司開放由股東親自指定捐贈對象。

### 爭點限時通

#### 【公司得否捐贈政治獻金或捐贈給宗教團體？】

- (一) **肯定說**：公司為法人，而言論自由屬於公司之基本人權，公司自得以捐款之方式表達自己之政治、宗教觀點，若禁止公司進行政治獻金，為不當限制人民基本權。
- (二) **否定說**：政治獻金只是允許公司之經營階層利用股東之資產支持自己喜好之政治人物或宗教團體，如肯定公司得進行政治、宗教捐款，將會造成後續紛爭不斷。實有適度限制公司言論自由之必要。
- (三) **折衷說** (劉連煜老師)<sup>14</sup>：
  1. **意義**：公司的政治捐贈可能造成金權政治的產生，故有否定之必要，而宗教捐贈於「全體股東」有一致之共識前，不應為之，否則將因信仰不同而紛擾不斷。

2. 整理表：



<sup>14</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁65，新學林。

### 筆者的話

雖然公司為政治捐贈在法理上似應被否定，但是我國現行法下，公司為政治捐贈應參考「政治獻金法」之規定，政治獻金法並未完全禁止公司捐贈政治獻金，僅於第7條禁止如公股色彩濃厚的民營企業、與政府有重大契約關係之廠商、有累積虧損尚未彌補之營利事業等公司捐贈政治獻金，一般公司仍得捐贈，僅係依同法第17、18條，捐贈之數額依照收受對象與選舉種類之不同而法律定有不同之上限而已。

### 有題有真相

A非公開發行之股份有限公司為生物科技食品業大廠，因近年開發不少健康保健食品獲利不少，並無任何累積虧損，但今年亦未有任何獲利，該公司因為有鑑於坊間黑心食品太多，該公司董事會共有五員董事，為落實企業社會責任，經過董事會三員出席三員同意做出決議，大手筆將一億元捐贈給一個以建立以食品安全為目標之社運團體。A公司大部分股東也深深覺得應該取之於社會用之於社會，其後於股東會中經過激烈之討論後，通過修改章程，明訂該公司為非營利性股份有限公司之社會企業，但是在捐贈之後，A公司財務急劇惡化，面臨倒閉危機。試問：

- (一) A公司之捐贈是否合法，若A公司因財務惡化而造成巨額虧損，A公司之董事會之成員應負何種責任？A公司股東會變更章程是否合法，並請詳加說明何謂企業社會責任以及何謂社會企業。(20分)

【105北大財經法學組】

- (二) 承上題，A公司的努力被大家看見了，社會大眾因為痛恨黑心食品，對於極力反黑心的A公司全力支持，其商品大賣業績成長突破往年紀錄，於民國108年時，A公司之董事們功成身退，全數在社會大眾的愛戴之下卸任。然而，新選上的一批董事會成員認為公司就

長年致力於環保議題且持股1.2%的股東B洋洋灑灑寫了一份文情並茂350字的提案文，於受理提案期間提案於公司，希望在5月底的股東會可以討論「送愛到偏鄉——捐贈環保能源交通工具給南部偏鄉」的議案。董事會收到提案後深感煩躁，認為這刁民一定要趕快處理掉，於是以1.公司法第1條第2項之規定為「得採行」，代表企業社會責任僅具建議性質，無落實必要。2.該議案非股東會所得決議。3.B之提案文已超過300字。等三點理由不將之列為議案，假設你是B的律師，在不減少提案字數的前提下，應如何為B主張權利？

(15分)

(三) 承上題，A公司最後在股東壓力之下，終究將B之議案列為議案，後來陸續有更多股東提了環保與食安相關議題經股東會一一通過，導致董事會無可奈何只好接受。但是實際上A公司只花了一些經費拍形象廣告，讓社會大眾在廣告畫面中看到街友因為A公司的資助成家立業，小孩在A公司所排出的廢水所聚集而成的池塘中玩耍，甚至用水壺直接裝工業廢水來喝，小孩的家長配上旁白：「連工業廢水都有RO等級，只有A公司讓我這麼放心」甚至工業廢氣直接輸出到隔壁的醫院供應急診室的氧氣罩，配上白衣天使和慈祥的醫生的旁白：「學醫救人，學法救國，但學A公司可以拯救全世界」最後以慢慢浮現的A公司商標結束這支廣告。廣告一出，社會大眾為之動容，瘋狂搶購A公司的產品，但殊不知A公司事實上根本沒有為環保盡一點心力，所有的污水廢氣處理設備都老舊而不汰換，完全不符政府最低標準，試問「立法論」上有何方式可以避免此種諷刺的情形發生，107年公司法修正過程中是否曾出現一道曙光？(5分)

【筆者自擬】

### 爭點分析

(一) 本題主要爭點包含董事違反忠實義務的責任，但是相較於一般考法這

題是將企業社會責任與董事忠實義務一併命題，所以回答方向應該著重在如何在二者之間取得「平衡」才是。企業社會責任是現代公司法的趨勢，107年新修正公司法當中，明訂了企業社會責任的規定。筆者建議答題時先分析企業社會責任與社會企業的定義與異同，再回頭檢驗「董事應該負何種責任」以及「變更章程合法與否」的問題。因為此二者都要以企業社會責任及社會企業為前提作答，所以這樣的順序寫起來會比較順手。最後，於本題判斷董事的責任時，論述中記得檢驗公益捐贈的「合理性原則」。

(二) 本題考驗同學的論述能力，因為在這種題目當中要站在當事人的立場提出理由支持特定論點，所以光是死背法條學說仍不足夠，要能言之成理才是回答這種題目的關鍵。企業社會責任有很多種解釋方式，有認為只是避免害公司負責人因為從事公益活動而動輒得咎的「裁量型企業社會責任」；亦有認為企業社會責任是「強制性質」的「義務型企業社會責任」。但本題要求為B主張權利，當然要完全採取後者的見解。另外本題涉及公司法第172條之1少數股東提案權中「非股東會所得決議者」以及「提案超過三百字」得否列入議案之問題，則考驗同學解釋該條文第4與5項之關係的能力。

(三) 筆者認為本題難度較高，因為涉及「未通過修法」之條文，所以即便新法讀很熟的人，也不一定能夠順利作答。107年公司法修正時，社會企業原本要以「兼益企業」或「共益企業」之名引入我國，但並未通過<sup>15</sup>。本題主要考驗同學是否清楚提出公益報告書得預防「洗綠」行為之效果。

<sup>15</sup> 其實於107年6月28日在立法院通過政黨協商時形成了一附帶決議：「有關共益公司、兼益公司及社會企業等，請經濟部於本法修正後一年內，針對究係於公司法定專章或以制訂專法方式納入，進行評估」。所以107年新修正公司法當中雖然沒有制定共益公司或兼益公司專章，但可能於不久後的將來以專法或專章的形式立法完成，請讀者於準備考試之餘，不忘關心修法動向。

擬答

(一)A公司之捐贈並非合法，董事應對股東負損害賠償責任，A公司將章程變更為社會企業亦非合法，本文先行介紹企業社會責任與社會企業之異同，再以該等概念分述上述問題。

1. 企業社會責任與社會企業之異同：

(1) 企業社會責任 (Corporate social responsibility 簡稱 CSR) 係指以營利為目的而設立之公司，其對社會或環境所應負之責任，107年新修正公司法更將企業社會責任明文化於公司法第1條第2項，實值讚許。但其公司股東之利益仍優先於社會之公益，故於績效不佳時，公司仍將資金投入公益恐怕會面臨違反忠實義務之問題。

(2) 社會企業乃以公益為目的而設立之公司，此方式可以促進更多人才投身公益，避免人才因為現實上收入不足而被迫放棄公益，故可以使人才獲有合理的薪資以維持其熱情在此領域發展貢獻<sup>16</sup>。於社會企業當中，公益為主要目的，營利為其維持之手段而已，績效不佳時仍可以投入公益事業。107年公司法修正草案即列入共益公司或兼益公司之概念<sup>17</sup>，期待能產生 People (社會責任)、Planet (環境責任)、Profit (財務報酬) 三重基線的新公司型態，找到利己與利他的平衡點<sup>18</sup>。

2. A公司之捐贈有違合理性原則，公司董事應對股東負公司法第23條

<sup>16</sup> 曾宛如老師上課口述。

<sup>17</sup> 許毓仁委員與時代力量黨團之公司法草案。

<sup>18</sup> 許毓仁委員版草案之修法說明。

第1項之損害賠償責任。

(1) 企業社會責任的落實：

① 公司法第15條第1項禁止公司貸放資金，依舉輕以明重的法理，無償將公司資金贈與他人應當為立法者所不樂見，似應解為法所不許。

② 但捐贈金錢與公益團體乃國際之潮流，且企業社會責任之內涵為：「公司應遵守法令，應考量商業倫理因素，採取一般被認為適當負責任之商業行為；得為公共福祉、人道主義及慈善之目的，捐贈合理數目之資源。<sup>19</sup>」故為追求企業社會責任之落實，本文以為適當捐贈公司資源與公益團體應被允許且鼓勵，新修正公司法第1條第2項定有明文。

(2) 合理性原則為底線：惟本題A公司當年度並無獲利，卻高額捐贈1億元，以公司實務而言，1億元之數目已經超過許多中小企業之資本額，難謂於公司之財務狀況無影響，尤其在無盈餘之年度為此捐贈，有違合理性原則，雖立意良善但應非適法。

(3) 董事應負公司法第23條第1項之損害賠償責任：董事之忠實義務 (Fiduciary duty) 分為注意義務 (duty of care)、善意義務 (duty of good faith) 與忠誠義務 (duty of loyalty)。本題董事會雖然是基於善意為提升公司形象而為該筆捐贈，於善意義務與忠誠義務並無違反，但身為具備專業能力之董事竟未使用其專業評估該筆捐贈對公司將會造成之損害，疏於注意而為此不理性之捐贈，似有違注意義務 (duty of care) 底下之勤勉義務

<sup>19</sup> 新修正公司法第1條第2項立法理由。

(duty of diligence) 與專業義務 (duty of skill)，故董事會應依照公司法第23條第1項及第193條第1項對公司負損害賠償責任。

### 3. A公司變更章程為社會企業並非合法：

(1) 公司法修正草案第1章之1原定將社會企業明文化，但由於該部分草案未能通過，導致現行體制下仍然只能成立一般公司但透過第1條第2項之企業社會責任以致力公益。

(2) 公司法第191條規定股東會決議之內容違反法令或章程者無效，故A公司之股東會透過修章以變更公司型態為社會企業違反法令，實屬無效。

(3) 本文以為草案之未通過實屬遺珠之憾，立法者未能貫徹公司投身公益之方向，僅於第1條第2項立法承認企業社會責任且法條用語為「得採行」似僅有建議性質，力量稍嫌單薄，故期盼有朝一日能於公司法中看見共益公司或兼益公司的誕生。

### (二) 假設我是B股東之律師，我將自如下方向切入主張提案合法。

#### 1. 企業社會責任之明文化：

(1) 107年新修正公司法第1條第2項已將企業社會責任明文化，立法理由中更已明確提到企業社會責任為世界潮流，且為提倡人道主義與慈善目的及公共福祉所必須。條文中雖然用字為「得採行」增進公共利益之行為以善盡企業社會責任，似為裁量型企業社會責任之立法。

(2) 然而，本文以為比較法上亦有採取「義務型企業社會責任」者，此種立法象徵公司負責人不僅有權追求利害關係人之利

益，更有保護利害關係人之「義務」<sup>20</sup>。學者亦有認為於涉及利害關係人之核心利益時，應採取「義務型企業社會責任」，本題環保能源涉及居住環境之保護，且交通工具與居民日常生活有密切關聯，其所使用之能源是否環保，直接影響居民之身體健康，應屬於核心利益，故解釋上應參酌「義務型企業社會責任」之精神列入議案。

#### 2. 對於非股東會所得決議之事項仍得提出建議性質之議案。

(1) 依公司法第202條，通說認為我國公司法採董事會優位主義，是否要送愛到偏鄉為公司業務執行之事項，應由董事會決議，股東會無權決定。

(2) 惟本文以為股東提案權之性質為共益權<sup>21</sup>，本於為公司利益之性質均可提案，但僅有建議性質。公司法第172條之1第4項第1款規定「除有」非股東會得決議之事項外，「應」列為議案。但文義上卻無從得知非股東會決議事項是否「不應」列為議案？本文以為，即便非股東會得決議之事項，因涉及企業社會責任，故依據同條第5項公司仍得選擇列入議案<sup>22</sup>。但參酌前開

<sup>20</sup> 企業社會責任代表公司經營者在決策時「得」(may)考慮除股東以外利害關係人的利益，但於中華人民共和國公司法與康乃狄克州之舊法規定中是採取「應」(shall)考慮之立法方式。故企業社會責任是否為強制性質各國甚至各州立法有異，其實現在通說是「非強制」性質，但因為本題是要替股東主張權利故要朝向強制性質進行論述。

<sup>21</sup> 共益權簡言之乃股東為公司好之權利，如提案權、表決權。相對概念為自益權，乃股東為自己好之權利，如盈餘分派權即是。

<sup>22</sup> 公司法第172條之1第4項與第5項在修法之後有兩種不同的解釋方向。第一種認為有第172條之1第4項之情事者，董事會仍能選擇是否列入議案，此與舊法時代之解釋方向相符，而第5項只是注意規定，提醒公司有關敦促公司增進公共利益或善盡社會責任之議案要盡量列入。第二種解釋方式則是以第5項反推第4項，認為第5項

「義務型企業社會責任」之精神，此處公司應有列入議案之義務。

3. 提案超過300字者，公司仍有權決定是否列為議案：本題B所提之案已達350字，但承上，公司法第172條之1第4項第4款之文義應解為超過300字者，因涉及企業社會責任，公司仍有權決定是否列為議案為妥。但參酌前開「義務型企業社會責任」之精神，此處公司應有列入議案之義務。

(三) 應將社會企業明文化，透過製作公益報告之方式防止「洗綠」行為，公司法修正草案第39條之1原有規定，可惜未獲共識。

社會企業與企業社會責任最大的不同點在於「公益報告」之製作義務，透過製作公益報告以揭露該公司實際做公益之成果，以防止如本題諷刺的洗綠行為（沒有社會實質卻對外偽裝有社會性），洗綠行為的增加將使大眾難以判斷該公司是否真有投身公益或者只是自我標榜，無從區別「策略慈善」與真正忠於社會使命的公司，最終將稀釋社會價值及民眾信賴。公司法修正草案原欲將此義務訂入法條，最終未獲通過實屬可惜。

### 有題有真相

A旅行社為一間非公開發行之非閉鎖性股份有限公司，主要經營台灣之國內旅遊業務。A公司之董事長甲認為僅經營國內市場而不往海外發展難以繼續擴張其事業之規模，某日聽聞總統候選人乙於電視台受訪時提及「九二共識是兩岸關係的定海神針」，甲認為乙總統候選人能促進兩岸和平交流，使A公司之業務擴及大陸旅行團，有助於A公司事業之

既然需要特別明文關於企業社會責任者得以列入議案，故有第4項情事而無關企業社會責任者，即不得列為議案，否則將使第5項形同具文。

發展，故於董事會提案「捐贈100萬元之現款與乙總統候選人」。但董事會多數意見認為乙為「亡國佬」、「草包」對其政見嗤之以鼻而投下反對票，該政治獻金議案最終未於董事會通過。但董事長甲認為其他董事不識時務，故仍基於為公司好之心態捐贈100萬元與乙。監察人丙知悉此事甚感憤怒，遂召集股東臨時會將此事報告股東請求股東會決議對甲起訴請求損害賠償。然該公司大多數股東均認為甲之看法正確，兩岸之和平交流乃時代趨勢，最終導致起訴之決議未通過。監察人丙一氣之下自行本於其監察權對董事長甲起訴。請附理由回答下列問題：公司得否捐贈政治獻金？甲未經董事會決議對乙所為之捐贈效力如何？丙之起訴是否合法？（25分）

【筆者自擬】

### 爭點分析

本題第一個問號主要討論公司得否為政治捐獻，建議同學肯否兩說並陳，並且陳述自己見解，但最後仍須回歸我國政治獻金法，該法採取「不完全禁止但設有捐贈上限」之立法模式，故A公司若未超過限額則屬合法<sup>23</sup>。第二個問號考驗董事長未經董事會之對外行為效力，該爭點學說與實務眾說紛紜，筆者認為最折衷的乃最高法院104年台上字第2430號民事判決的見解，該判決認為若董事長之行為非屬公司營業上事務，採取無權代表類推無權代理說；屬於公司營業上事務，則採取相對無效說<sup>24</sup>。第三個問號乃監察人有無主動對董事起訴之權限的問題，通說與實務見解皆採取否定說，但亦有學者採取肯定說以落實監察人之監察權，此處同學各抒己見即可。

<sup>23</sup> 但是政治獻金法如果沒辦法想到，也沒有關係，只要公司法的法理有完整的論述就算蠻好的回答了。

<sup>24</sup> 詳參本書第七章股份有限公司之董事與董事會。

### 擬答

本題所涉各爭點分述如下：

- (一)公司得捐贈政治獻金：公司得否捐贈政治獻金於學說上有不同見解，肯定者認為表達政治立場乃公司之表意自由，應受憲法所保障，故無論係政治獻金或宗教捐獻均無限制之理由。然否定者認為政治獻金將使公司經營階層以股東之財產捐獻於自己喜好之政治人物，故有限制表意自由之必要。本文以為經營階層所選擇之捐贈對象不一定為股東所認同，可能有代理成本（agency costs）增加之問題，應為否定。仿造外國公司實務由股東決定捐贈對象則得解決此問題。現行法下，我國並未完全禁止公司為政治獻金之捐贈，僅係捐贈者與政府不得有過於密切之利害關係，且捐贈數額設有上限而已，依據政治獻金法第17條第1項第2款，營利事業對同一政黨、政治團體每年捐贈總額，不得超過300萬元，本題A公司擬捐贈100萬元予乙，就數額而言，倘無其他捐贈，應符合現行法之規定。
- (二)乙未經董事會決議所為之捐贈非經公司承認不生效力：董事長對外所為之法律行為，如未經董事會決議，實務見解認為若該行為非屬業務經營上之事項，則董事長為此法律行為已超出其權限，應類推適用無權代理之法理，非經公司承認不生效力。本文以為此政治獻金與公司業務經營無直接關係，故非經公司承認不生效力。
- (三)依照實務見解，丁之起訴應不合法：依照實務見解，公司法第213條監察人代表公司對董事起訴之情形僅指涉公司之最高權力機關股東會決議對董事起訴而言，故本題股東會並未通過起訴議案，則監察人自不得對董事起訴。惟有論者認為對董事起訴乃監察人監察權之內涵，監

察人對於提起訴訟與否，應具有裁量權，並非全然受制於股東會，且監察人有業務檢查權、表冊查核權、董事會列席權、違法行為制止請求權，相較於股東會而言，較能充分取得資訊，並對董事做出適當而有效的監督，故應由監察人為「對董事採取適當求償訴追」之決策與決斷。再者，於決定是否訴追董事責任之股東會上，當被訴追之董事為大股東時，倘若採取「避免該股東防禦功能降低」而認為該股東無須迴避表決之見解，則以訴訟訴追董事責任之效果將大打折扣，故監察人應有主動對董事起訴之權。本文以為，現行法制下的權衡方式，應係監察人自行持股達公司法第214條之要求時，應許其以少數股東身分自我請求提起訴訟以為解套。

## 第五節 公司之公權力監督

### 壹、公司之主管機關：

公司之監督以企業自治監督為原則，國家公權力監督為例外。公司法上的主管機關在中央為「經濟部」，在直轄市為「直轄市政府」（§5）。

### 貳、監督手段：

#### 一、事前監督：

##### ◎公司登記制度<sup>25</sup>：

<sup>25</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁308-319，元照。此處引用黃銘傑部分。

1. 公司登記制度之意義與功能：
  - (1) 登記制度明確且查證方便。
  - (2) 增加商業交易環境之透明度。
  - (3) 使交易當事人容易判斷交易之風險，降低交易成本、提高交易效率。
2. 登記種類：
  - (1) 公司設立登記（§6）。
  - (2) 設立登記以外之登記：
    - 變更登記、經理人登記、解散登記、合併及分割登記。
  - (3) 洗錢防制登記（§22-1）（本文合併於事後監督說明）。
3. 登記之申請人：公司負責人（通常為董事長）。
4. 主管機關之審查與核給證明：登記資料與登記文件之查閱未經設立登記不得以公司名義營業或為其他法律行為，登記之申請違法應令其改正否則不予登記（§19、§388），登記完成後由主管機關核給證明書。
5. 會計師公司資本額登記查核簽證制度（§7）：
  - <sup>※</sup>公司法§7
    - I 公司申請設立登記之資本額，應經會計師查核簽證；公司應於申請設立登記時或設立登記後三十日內，檢送經會計師查核簽證之文件。
    - II 公司申請變更登記之資本額，應先經會計師查核簽證。
    - III 前二項查核簽證之辦法，由中央主管機關定之。

此制度旨在由會計師確認申請設立登記之公司第一次發行的股款是否收足以確保資本充實原則。107年公司法修正時，會計師主張此制度有防制洗錢之作用故應予以保留。但學者認為公司法第9條已經對於未實際收足或退還股款課與刑事責任，無必要再疊床架屋此一程序而拖慢登記時程，且此制度旨

在確認資本之充實，與洗錢防制旨在確認資金之來源係屬二事。

6. 登記之法律效力：
  - (1) 設立登記：登記生效主義。
    - <sup>※</sup>公司法§6
      - 公司非在中央主管機關登記後，不得成立。
    - (2) 設立登記以外之登記：登記對抗主義。
      - <sup>※</sup>公司法§12
        - 公司設立登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。
        - 如某甲已非A公司之董事長，卻仍保留董事長之登記，而甲代表A公司與第三人乙締約，A公司不得對乙主張甲為無權代表，而應構成表見代理。

### 爭點限時通

【登記對抗主義是善惡意第三人均不得對抗或僅不得對抗善意第三人？】

(一) 善惡意均不得對抗說（經濟部見解）：

✍ 經濟部93年6月21日商字第09302090350號函

按公司法第12條規定：「公司設立登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人」。本條所指登記事項不為登記或不為變更登記，其登記與否僅為對抗要件，尚非生效要件，合先敘明；至於所謂不得對抗第三人，並無善意、惡意之別，均不得對抗之。該條所規定之第三人並未區分公權力機關或私人機關而有不同適用，惟公司法相較於稅捐法令或證券法規係

屬普通法，欠稅或證券交易法罰鍰對象為何，允屬財政部權責，請逕洽該部意見。

(二)不得對抗善意第三人說（劉連煜老師）<sup>26</sup>：公司登記之目的乃提高交易透明度，降低交易成本，並保護未知悉公司內部事務者，若交易相對人已經知悉，這筆交易已經是交易相對人之最佳配置，法律無介入干涉之必要。若惡意第三人主張不得對抗之，應考慮民法第148條權利濫用之問題。

#### 7. 登記資料與登記文件之查閱：

- (1)登記資料（§ 393 II、III）：章程應經公司同意方能查閱，其餘資料均公開於主管機關網站。
- (2)公司申請登記之文件（§ 393 I）：公司負責人或利害關係人，得聲敘理由請求查閱、抄錄或複製。但主管機關認為必要時，得拒絕或限制其範圍。

## 二、事後監督：

(一)設置內部人資訊平台以強化公司之透明度（§ 22-1）此即防制洗錢之登記<sup>27</sup>。

#### 1. 法規內容：

##### ●公司法 § 22-1（節錄）

I 公司應每年定期將董事、監察人、經理人及持有已發行股份總數或資本總額超過百分之十之股東之姓名或名稱、國籍、出生年月日或設立登記之年月日、身分證明文件號碼、持股數或出資額及其他中央主管機關指定之事項，以電子方式申報

至中央主管機關建置或指定之資訊平臺；其有變動者，並應於變動後十五日內為之。但符合一定條件之公司，不適用之（II、III省略）。

IV 未依第一項規定申報或申報之資料不實，經中央主管機關限期通知改正，屆期未改正者，處代表公司之董事新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰。經再限期通知改正仍未改正者，按次處新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰鍰，至改正為止。其情節重大者，得廢止公司登記。

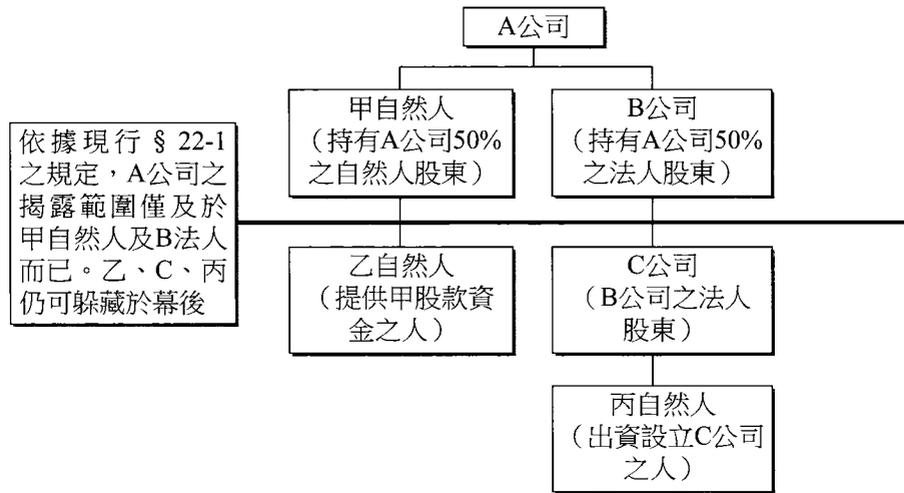
2. 制度意義：此一洗錢防制登記制度旨在防制洗錢、防止資助恐怖份子、販毒組織、暴力集團促使資金來源之透明化。107年我國接受亞太洗錢防制組織（APG）之評鑑，未通過評鑑之國家其國際金融交易將受到重大之不便，如資金匯出匯入、金融機構海外業務都將受影響。
3. 我國立法缺失：亞太洗錢防制組織（APG）之評鑑重點之一在於揭露實質受益人（Beneficial Owner），即「對公司具最終所有權或控制權之自然人，或由他人代理交易之自然人本人，包括對法人或法律協議具最終有效控制權之自然人。」總之屬於「躲在幕後的公司擁有者」但本次公司法第22條之1僅要求揭露第一層之股東，未揭露至實際上控制該等股東之對公司具最終所有權或控制權之人，未符合國際標準，效果有限<sup>28</sup>。未來應予以修法為妥。

<sup>26</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁748，新學林。

<sup>27</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁310-312，元照。此處引用黃銘傑部分。

<sup>28</sup> 曾宛如（2020），公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，第300期，頁136。

4. 實質受益人 (Beneficial Owner) 示意圖：



(二) 撤銷或廢止公司登記或部分登記：

1. 股款未實際繳納 ( § 9 )。
2. 特許業務之撤銷或廢止 ( § 17 )。
3. 受勒令歇業處分確定者 ( § 17-1 )。

## 第六節 公司名稱之保護

壹、中文公司名稱專用權與新增允許外文名稱登記：

- 公司法 § 2 (節錄)  
II 公司名稱，應標明公司之種類。
- 公司法 § 18 (節錄)

I 公司名稱，應使用我國文字，且不得與他公司或有限合夥名稱相同。二公司或公司與有限合夥名稱中標明不同業務種類或可資區別之文字者，視為不相同。

IV 公司不得使用易於使人誤認其與政府機關、公益團體有關或妨害公共秩序或善良風俗之名稱。

V 公司名稱及業務，於公司登記前應先申請核准，並保留一定期間；其審核準則，由中央主管機關定之。

● 公司法 § 392-1 (節錄)

I 公司得向主管機關申請公司外文名稱登記，主管機關應依公司章程記載之外文名稱登記之。

**爭點限時通**

**【可資區別之文字應如何認定？】**

● 公司名稱及業務預查審核準則 § 7

I 二公司或公司與有限合夥之特取名稱不相同者，其名稱為不相同。

II 名稱中標明不同業務種類或可資區別之文字者，縱其特取名稱相同，其名稱視為不相同。

III 前項所稱可資區別之文字，不含下列之文字：

- 一、公司組織種類、有限合夥、地區名、外國國名、堂、記、行、號或社之文字。
- 二、特取名稱前所標明之新、好、老、大、小、真、正、原、純、真正、純正、正港、正統之文字。
- 三、二公司或公司與有限合夥名稱中標明之特取名稱及業務種類相同者，於業務種類之後，所標明之企業、實業、展業、興業、產業、工業、商事、商業、商社、商行、事業等表明營業組織或事業性質之文字。

## 貳、實例：

### 一、「波斯納出版有限公司」之組成為何？

- (一)波斯納→特取名稱。
- (二)出版→業務種類。
- (三)有限公司→公司種類（§2II）。

二、「波斯納出版有限公司」與「波斯納食品有限公司」之公司名稱是否相同？二公司之特取名稱「波斯納」雖為相同，但依據公司法第18條第2項與公司名稱及業務預查審核準則第7條第2項，因二公司有標明不同之業務種類，故其名稱視為不相同。

三、「波斯納出版有限公司」與「正港波斯納出版有限公司」之公司名稱是否相同？二公司之特取名稱「波斯納」相同，且依據公司法第18條第2項與公司名稱及業務預查審核準則第7條第2項，二公司僅有「正港」二字之差別，依照公司名稱及業務預查審核準則第7條第3項第2款，「正港」並非可資區別之文字，故後申請之公司可能因名稱與他公司相同而不予核准。

### 筆者的話

筆者今年於高點台中班授課時，教到這段總覺得有點好笑，畢竟翻到講義中公司名稱及業務預查審核準則第7條第3項不得作為可資區別之文字，就會想起筆者的公車駛過台灣大道（中港路）時就可將這些文字看過一遍。太陽堂太陽餅、新太陽堂太陽餅、老太陽堂太陽餅、太陽堂老店太陽餅、正宗太陽堂太陽餅，多到眼花撩亂，上課跟同學提起，也總是引發台下一陣共鳴。但筆者還是不太知道哪一間的太陽餅比較好吃捏？讀者如果有推薦的太陽餅，可以告訴我嗎？XD

## 參、公司名稱之充分利用：

### ●\*公司法§26-2

經解散、撤銷或廢止登記之公司，自解散、撤銷或廢止登記之日起，逾十年未清算完結，或經宣告破產之公司，自破產登記之日起，逾十年未獲法院裁定破產終結者，其公司名稱得為他人申請核准使用，不受第十八條第一項規定之限制。但有正當理由，於期限屆滿前六個月內，報中央主管機關核准者，仍受第十八條第一項規定之限制。

### 學者評釋

#### 【劉連煜老師】

本條規定之修正乃因應國人喜歡使用吉祥字詞為公司之名稱，但該等字詞有限，可能需重複使用。然而，任經解散、撤銷或廢止登記之公司，商業上有不吉利之象徵，雖立法立意良善，但實際上是否有創業者願意使用，不無疑問<sup>29</sup>。

### 筆者的話

從前從前，有個人自認為非常有能力，於是創業時為了時時刻刻提醒自己，他具有這個與生俱來的優點，於是決定將公司的名稱取名為「能力」，結果這間公司開了一個禮拜之後就倒了，大家知道為甚麼嗎？因為這間公司就叫做「能力有限公司」，因為能力有限，所以就倒了（哈哈哈哈哈，自帶笑聲）。算了，不好笑，我們繼續看一人公司。

<sup>29</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁85，新學林。

## 第七節 一人公司

### 壹、法規內容：

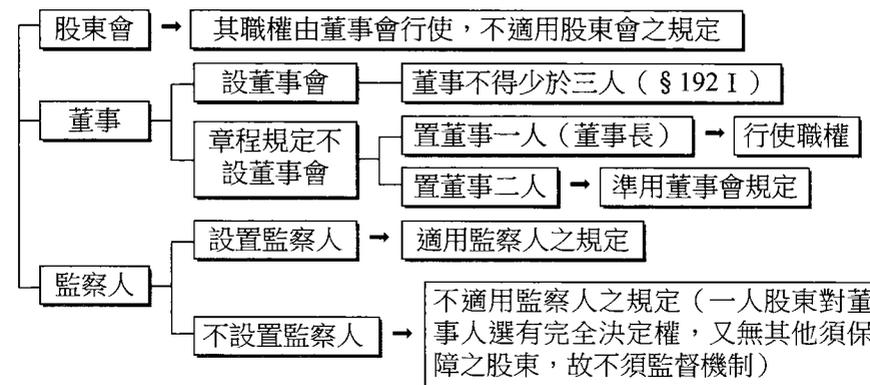
#### ● 公司法 § 128-1

- I 政府或法人股東一人所組織之股份有限公司，不受前條第一項之限制。該公司之股東會職權由董事會行使，不適用本法有關股東會之規定。
- II 前項公司，得依章程規定不設董事會，置董事一人或二人；置董事一人者，以其為董事長，董事會之職權由該董事行使，不適用本法有關董事會之規定；置董事二人者，準用本法有關董事會之規定。
- III 第一項公司，得依章程規定不置監察人；未置監察人者，不適用本法有關監察人之規定。
- IV 第一項公司之董事、監察人，由政府或法人股東指派。

### 貳、一人公司之種類：

- 一、**形式意義一人公司**：形式上具有股東名義者僅有一人之公司。如公司法第2條第4款、第128條之1第1項、或原本非一人公司，但出資轉讓使股東僅剩一人之公司。
- 二、**實質意義一人公司**：形式上股東符合法定人數，但透過信託等方式，使真正之股份所有人只有一人之公司。學者認為只要不危害社會應容許其存在。附帶言之，英國與德國均考量到「上有政策，下有對策」之問題，發現股份有限公司之最低股東人數限制常被以信託規避，故早已開放單一自然人成立股份有限公司。

### 參、一人股份有限公司之股東會、董事與監察人整理表：



#### 爭點限時通

#### 【單一自然人應如何「技巧性」成立股份有限公司？】

依據公司法第2條第1項第4款與第128條之1第1項，我國一人股份有限公司之成立，僅限政府或法人股東得以為之。若單一自然人欲成立股份有限公司，實務上常見之方式有二：

- (一) 單一自然人先依據公司法第98條第1項自己成立一人有限公司，再以該有限公司為「法人股東」成立一人股份有限公司，即可達成實質上單一自然人成立一人股份有限公司之目的。
- (二) 透過找「人頭股東」之方式，例如名義上為甲、乙二自然人為股份有限公司股東，但乙僅係甲股份信託的受託人而將股份登記於乙名下，實際上股份所有權與收益權均為甲所有。看似非一人公司，但仍屬於「實質一人公司」。

### 肆、一人公司之弊病：

自然人股東之一人公司（通常指單一自然人所成立之有限公司），可能有濫用法人格而不當限縮責任侵害公司債權人之情事發生，故應特別重視揭穿公司面紗原則（§ 99 II、§ 154 II）是否有適用之餘地。

## 第八節 揭穿公司面紗

### 壹、概說：

一、意義：揭穿公司面紗原則是為避免股東在有限責任原則（limited liability）之保護下濫用法人制度使公司負擔債務而自己僅負有限責任，例外透過揭穿公司面紗的方式，使該自然人股東負擔清償債務的責任以突破股東有限責任限制而達成保護債權人之目的<sup>30</sup>。

### 二、法規內容：

#### ●公司法 § 99（適用於有限公司）（107年新修正）

- I 各股東對於公司之責任，除第二項規定外，以其出資額為限。
- II 股東濫用公司之法人地位，致公司負擔特定債務且清償顯有困難，其情節重大而有必要者，該股東應負清償之責。

#### ●公司法 § 154（適用於股份有限公司）

- I 股東對於公司之責任，除第二項規定外，以繳清其股份之金額為限。
- II 股東濫用公司之法人地位，致公司負擔特定債務且清償顯有困難，其情節重大而有必要者，該股東應負清償之責。

### 三、要件：

- (一) 股東濫用公司之法人地位。
- (二) 致公司負擔特定債務且清償顯有困難。
- (三) 「情節重大」。
- (四) 「有必要」。

四、美國法下之概念：法院經常以公司型態僅為其股東的「變裝」

或「工具」而認定其股東應該對公司所負之債務負責或否認其公司之人格。是否為「變裝」則視「股東對公司之控制力」、「股東與公司資產混淆不清」、「公司型式之不遵守」而定。

### 爭點限時通

#### 【我國實務見解如何適用揭穿公司面紗原則？】

(一) 事實發生於第154條第2項修法後，裁判亦作成於修法後，直接判斷個案是否符合揭穿公司面紗之要件。

#### ✎ 臺灣臺北地方法院108年訴字第1722號民事判決

法人格獨立原則及股東有限責任原則，為現代公司法制發展之基石，但公司股東倘濫用公司獨立人格，利用公司型態迴避法律上或契約上之義務，造成社會經濟失序或其他侵害債權人等顯不公平情形時，公司法人格獨立及股東有限責任原則即有加以調整之必要，英美法系、德國法就此分別發展出揭穿公司面紗原則、法人格否認理論、直索理論等，俾能在特殊情形得以否認公司法人格，排除股東有限責任原則，使股東就公司債務負責或追究股東責任，以達衡平救濟之目的，而上開法理並非全盤否定公司法人格獨立，僅在個案上，如控制股東有詐欺、過度控制、不遵守公司形式、掏空公司、或藉公司型態逃避法令規範、契約義務、侵權責任等濫用公司法人格之不正行為，致損害公司債權人時，為維誠信及衡平救濟，例外地否認公司法人格予以救濟。本件為被告公司營業員黃○婉於106年11月間基於私人信賴交誼關係，與原告訂立原告證券帳戶之全權委託契約，黃○婉並非被告公司控制股東，自無例外否認公司法人格予以救濟之必要。

(二) 事實發生於第154條第2項修法前，裁判作成於修法後，最高法院以法理適用。

<sup>30</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁94，新學林。

**筆者的話**

最高法院107年台上字第267號民事判決為RCA案之判決，該案由社團法人桃園縣原台灣美國無線公司員工關懷協會請求台灣美國無線電股份有限公司（RCA）等公司侵權行為之損害賠償。本案為我國知名之工殤案件，在社會上引發廣大之迴響。在公司法方面，社會也期待我國法院對於揭穿公司面紗原則到底會如何理解與適用？判決中最高法院以「法理」之方式溯及適用揭穿公司面紗原則於立法前三十多年的案件中，雖引來RCA公司強烈的不滿，認定是恣意使法律溯及既往，但或許這是基於提供因此罹患嚴重疾病之RCA前員工較佳司法保障的考量。同學若不清楚RCA事件之始末，得參考下述簡介。

RCA是美國無線電公司（Radio Corporation of America）的簡稱，曾經是美國家電第一品牌，1970年至1992年期間在臺灣設立子公司「臺灣美國無線電股份有限公司」（RCA Taiwan Limited），並在桃園、竹北、宜蘭等地設廠。1970年，RCA於桃園縣設廠生產電子產品、電器產品、電視機之電腦選擇器，1994年，當時的立法委員召開記者會，舉發RCA桃園廠長期挖井傾倒有機溶劑等有毒廢料，導致廠區之土壤及地下水遭受嚴重污染。環保署隨即進行採樣分析，證實該廠土壤及地下水確實遭受污染。由於RCA公司許多勞工在工作時吸入或皮膚接觸有機溶劑，導致員工長期暴露在高度致癌風險之工作環境。另外，RCA員工的飲水機是接地下水而非自來水，宿舍使用的水也是地下水，因此員工洗澡或飲水皆容易大量暴露在高致癌性之有機溶劑<sup>31</sup>。

**最高法院107年台上字第267號民事判決**

按法人格獨立原則及股東有限責任原則，固為現代公司法制發展之基石。惟公司股東倘濫用公司獨立人格，利用公司型態迴避法律上或契約上之義務，造成社會經濟失序或其他侵害債權人等顯不公平情形時，公司法人格獨立及股東有限責任原則即有加以調整之必要。英美法系、德國法就此分別發展出揭穿公司面紗原則、法人格否認理論、直索理論等，俾能在特殊情形得以否認公司法人格，排除股東有限責任原則，使股東就公司債務負責或追究股東責任，以達衡平救濟之目的。我國公司法雖於102年1月30日始增訂公司法第154條第2項「股東濫用公司之法人地位，致公司負擔特定債務且清償顯有困難，其情節重大而有必要者，該股東應負清償之責。」規定，將揭穿公司面紗理論予明文化。惟學者早於6、70年代即將前開理論介紹引進，公司法在86年6月26日增訂第6章之1關係企業乙章，已蘊含揭穿公司面紗原則等相關理論之思維，司法實務亦有多件判決循此思維，運用權利濫用或誠信原則為論據，用以保護公司債權人。是在公司法第154條第2項增訂前，揭穿公司面紗原則等相關理論已屬法理，依民法第1條規定，自得適用之。

(三)事實發生於第154條第2項修法前，裁判亦作成於修法前，適用與不適用者皆有之，但多不予適用。

**臺灣高等法院100年重上字第9號民事判決**

我國現行法律制度下，欠缺上開揭穿公司面紗原則等理論之明文依據，實務見解亦不採法人格否認論，上訴人主張應引為法理予以適用，難謂與我國現行法制之基本法律理念或基本立法政策無違。

31 法律扶助基金會網站，[https://www.laf.org.tw/index.php?action=service\\_product\\_detail&Sn=291&sid=6](https://www.laf.org.tw/index.php?action=service_product_detail&Sn=291&sid=6)（最後瀏覽日：12/11/2020）。

## 貳、我國法之下是否適用揭穿公司面紗原則的判斷要點<sup>32</sup>：

- 一、應個案判斷<sup>33</sup>：「股東人數少」「股權集中」「股東對公司控制力強」「有詐欺行為」「股東與公司資產混合不清」「不遵守公司法之必要型式」（如不定期召開股東會及董事會）則較能考慮適用該原則。
- 二、謹守「最後手段性」與「輔助性」。

### 學者評釋 【廖大穎老師】

「致公司負擔特定債務且清償困難」、「情節重大」之要件，欠缺明確性，可能造成司法上認定之困難<sup>34</sup>。

## 第九節 章程中有關所營事業之記載

### 壹、法規內容：

- <sup>\*</sup>民國90年修正前之舊公司法 § 15 I  
I 公司不得經營登記範圍以外之業務。
- <sup>\*</sup>公司法 § 18 II  
II 公司所營事業除許可業務應載明於章程外，其餘不受限制。

32 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁103，新學林。  
 33 這些要件同學無須全部背誦，僅需熟記幾個較容易記得的，並且在考試時加以說理即可，無須全部涵攝過一遍。  
 34 廖大穎 (2015)，RCA工殤案與否認公司法人格法理之扼析——評釋臺北地方法院九十五年度重訴更一字第四號民事判決，月旦法學雜誌，第247期，頁45-64。

## 貳、章程記載所營事業之規範變遷：

90年修正前公司法規定「公司不得經營營業登記範圍以外之業務」，公司超出登記範圍即無權利能力，其法律行為應為無效，此乃承襲比較法上之「目的外行為理論」（Doctrine of Ultra Vires）。但亦有認為章程所訂定之「所營事業」及目的事業主管機關許可之「營業項目」非一般人所得知悉，為維護交易安全，應認為即便違反此規定，其法律行為仍為有效。

惟前開第15條第1項現已刪除並修正當時之公司法第18條，現行公司法第18條第2項規定「公司所營事業除許可業務應載明於章程外，其餘不受限制。」第18條第2項之修正理由乃為配合行政革新及簡化登記程序，公司營業項目之登記，除載明許可業務外，其餘毋庸登記。

## 參、公司章程所營事業之記載方式：

實務上承認之記載方式有二，即「具體列舉營業代碼」或「具體列舉營業代碼+概括性記載（加註除許可業務外，得經營法令非禁止或限制的業務）」但不允許「僅有概括性記載（僅記載除許可業務外，得經營法令非禁止或限制的業務）」。

### 肆、整理表：

具體列舉營業代碼 (○)
具體列舉營業代碼+概括性記載 (○)
概括性記載 (×)

### 筆者的話

說到公司的所營事業，令筆者印象最深刻的，大概就是撰寫論文時偶然發現以討債為主要營業項目的「竹○武實業有限公司」。沒錯，這間公司就是竹幫○武堂所成立的有限公司，如果你有收不回來的債權，可以委託該公司，該公司將與客戶簽訂「債權轉讓書」創造

合法之外觀，而與委託人拆帳，由竹○武公司之一幫成員，出面以強暴、脅迫等手段為客戶逼討債務。例如以三字經叫罵、出言恐嚇之方式逼迫債務人簽下以竹○武公司為受款人之支票。或以圍毆、丟砸電話機、椅子、電線等物之方式逼迫公司負責人以高於市價之價格將自己公司之股票買回。又有趁債務人上班出門之際，持槍抵住其腰部將其押進車內，套上頭套遮蔽雙眼，載至「竹○武公司」地下室拘禁，並將債務人綑綁在椅子上，輪流訊問，並輪番持木棍毆打以催討債務。聽起來真的有夠可怕，但應該會比法院裁定本票強制執行還有效XD然而，該案最後經法院以組織犯罪條例、強制罪與私行拘禁等罪判刑確定，好孩子還是要好好依循民事強制執程序喔！

## 第十節 公司轉投資

### 壹、公司轉投資之限制：

#### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 13 (節錄)

- I 公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人。
- II 公開發行股票之公司為他公司有限責任股東時，其所有投資總額，除以投資為專業或公司章程另有規定或經代表已發行股份總數三分之二以上股東出席，以出席股東表決權過半數同意之股東會決議者外，不得超過本公司實收股本百分之四十。

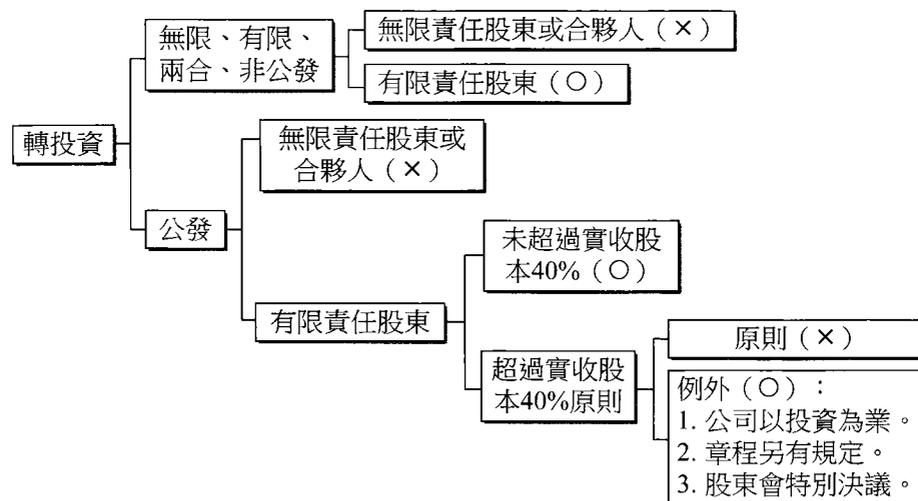
二、立法目的：公司為多角化而轉投資，屬公司重大財務業務行為，涉及投資人之權益，為健全公開發行股票公司之財務業務管理，避免因不當投資而使公司承擔過高之風險，致影響公司業務經營及損

及股東權益，故仍有加以規範之必要。但針對無限公司、兩合公司、有限公司與非公開發行公司之規定較鬆，對公開發行公司之規定較嚴謹。

### 學者評釋 【民間修法委員會】

實務上公司多以章程規定排除轉投資40%之限制，各國亦無類似規定，故應刪除限制有限責任轉投資之規定。但金管會認為公開發行公司仍有規範之必要，故修法委員會建議刪除公司法第13條第2項規定，並建議規定於證券交易法中<sup>35</sup>。

### 三、整理表：



35 公司法全盤修正修法委員會修法建議，頁1-171。

**爭點限時通**

**【合夥人之範圍】**

(一) 隱名合夥人是否禁止？

1. 經濟部見解：

 經濟部102年2月4日經商字第10202402760號函  
 (註：107年11月1日施行之公司法第13條第1項已無前後段之分) 按公司法第13條第1項前段規定公司不得為合夥事業之合夥人，包括民法第703條之隱名合夥人。

2. 學者見解 (張心悌老師)<sup>36</sup>：

- (1) 雖隱名合夥人原則上負有限責任，但仍可能於參與業務執行、或對他人表示參與執行而不否認時，例外負無限責任，與本條之立法意旨相悖。
- (2) 合夥事業之人合性高、透明度低，隱名合夥人是否有參與執行而需例外負無限責任對於公司之股東或債權人而言不易知悉並監督，故有禁止之必要。

(二) 有限合夥人是否禁止？

 有限合夥法 § 8 (節錄)

I 公司得為有限合夥之合夥人，不受公司法第十三條第一項有關公司不得為合夥事業之合夥人之限制。

**貳、經股東會特別決議之例外：**

公司法第13條第2項之股東會特別決議之例外，必須於公司「累積計算」所有轉投資總額後，就「個別投資案」取得股東會特別決議，且僅能「事前同意」不能事後補正。

<sup>36</sup> 張心悌 (2013)，公司轉投資合夥事業，月旦法學教室，第129期，頁27-29。

**參、違反轉投資規定之效力：**

- 一、違反無限責任禁止→民法第71條無效。
- 二、違反有限責任之上限→為保護交易安全有效，但依第13條第6項賠償。

## 第十一節 公司資金貸放與保證

**壹、公司資金之貸放：**

一、法規內容：

 公司法 § 15

- I 公司之資金，除有左列各款情形外，不得貸與股東或任何他人：
  - 一、公司間或與行號間有業務往來者。
  - 二、公司間或與行號間有短期融通資金之必要者。融資金額不得超過貸與企業淨值的百分之四十。

II 公司負責人違反前項規定時，應與借用人連帶負返還責任；如公司受有損害者，亦應由其負損害賠償責任。

二、立法目的：維持公司資本充實、保障債權人權益故限制公司資金之貸放。

三、適用疑義：

- (一) 第15條第1款所稱之業務往來，不以關係企業為限，且不受40%之限制。
- (二) 第15條第2款所稱之「短期」指一年以內，其資金貸與受40%之限制。

(三)行政函釋：

 經濟部95年5月16日經商字第09502071430號函

按公司法第15條第1項規定：「公司之資金，除有左列各款情形外，不得貸與股東或任何他人：一、公司間或與行號間有業務往來者。二、公司間或與行號間有短期融通資金之必要者。融資金額不得超過貸與企業淨值的40%」。準此，如符合上開規定其中一款之情形，即可為資金之貸與，而不問是否為關係企業間之貸款。惟公司法第15條第1項第1款所定與公司間或與行號間有業務往來者，其貸與資金不受第2款有關不得超過貸與企業淨值的40%之限制，合為敘明。至於公司之借貸行為是否違反上開規定，屬法院認事用法之範疇，如有爭議，宜循司法途徑解決。

 經濟部91年1月7日經商字第09002270580號函

所稱「短期」，參照商業會計處理準則第15條第1項與財務會計準則公報第1號「一般公認會計原則彙編」第19條及第30條規定，係指一年或一營業週期（以較長者為準）之期間。

四、員工預借薪資：員工向公司借支，並約定就其薪津及獎金於未來期間扣還，非屬借貸而屬於預借薪資，但不得逾越一般合理範圍。

 經濟部101年11月28日經商字第10102144470號函

二、查本部68年11月17日經商字第39514號函釋：員工向公司預支薪津，約定就僱用人薪津及獎金於存續期限內扣還，非屬一般貸款性質，先予敘明。

三、上開函釋係考量公司與員工間之依存關係及社會通念，認為非屬一般貸款性質，並不構成違反公司法第15條之規定。惟預支予員工之薪資如超過一般薪資之合理範圍，或所預支之薪資無法由員工自由意志支配，則無上開函釋之適用。

五、違法貸放之法律效果：

(一)有效說（實務見解）：

1. 說明：實務見解認為公司法第15條第1項為取締規定而非效力規定，且為保障交易安全應認為借貸契約有效，但由負責人依照第15條第2項負連帶返還責任與賠償責任。實務見解更將「返還」二字做「還錢」之解釋，認定借貸有效。

2. 實務見解：

 最高法院97年台上字第1030號民事判決

按公司法第15條第1項規定：公司之資金，除因公司間業務交易行為有融通資金之必要者外，不得貸與股東或任何他人。此規定係為保護公司及股東利益，非屬強制禁止規定，違反者尚非無效，僅公司負責人應依同條第2項規定，與借用人連帶負返還責任，及賠償公司損害而已。

 臺灣高等法院98年重上更(二)字第135號民事判決

公司違反公司法第15條第2項規定，借貸之法律行為仍屬有效。被上訴人抗辯90年11月12日修正公司法第15條第2項增訂「公司負責人違反前項規定，應與借用人負連帶返還責任」，若借貸之法律行為為無效，公司負責人如何與借用人連帶負返還責任？

(二)無效說（柯芳枝老師）<sup>37</sup>：

1. 依照民法第71條，本條為禁止規定且為效力規定，違反公司法第15條即無效。公司應依不當得利請求返還。
2. 為保障投資大眾資本，以免影響公司資金運用及債權人之保護，法人僅在法令限制範圍內有權利能力，資金借貸超過限制則無權利能力。

<sup>37</sup> 柯芳枝（2002），公司法論上，修訂五版，頁30，三民書局。

有題有真相

A公司淨值為新台幣（以下同）1億元，其已合法貸放公司資金於下游廠商B公司2,000萬元，C公司1,500萬元。A公司開發新產品成功，惟欲將該新產品商業化量產，需向以往未有業務往來之D公司買進生產該新產品所需零件。惟D公司無充裕資金買進生產該零件所需之原料，A公司為順利取得零件，乃以公司資金貸放1,000萬元予D公司，請附理由說明該資金貸放行為是否有效？

【102政大財法】

爭點分析

本題A公司貸放資金與B、C、D三間公司，並且開宗明義詢問資金貸放是否有效，顯然係測驗同學對於公司法第15條公司資金貸放之熟悉度。A公司貸與三間公司之款項合計4,500萬元，直觀上似乎已超過A公司淨值40%，而應討論違法資金貸放有效與否之問題。然細究本題將會發現，題目雖未言明B、C二公司與A公司有業務往來，但「下游廠商」，於商業實務上常為密切合作之夥伴，應係命題老師對於「業務往來」之暗示，故其資金貸放應係循公司法第15條第1項第1款，不受淨值40%之限制。但D公司並無業務往來，則應循同項第2款，受淨值40%之限制，但因目前貸與之資金計入40%之內者僅有貸與D公司之1,000萬元，佔10%，並無貸放資金超過法定上限之問題。

擬答

A公司之資金貸放行為有效，理由如下：

(一)限制公司貸放資金之法規目的與適用方式：為維持公司資本充實，保障債權人權益，公司法第15條對於公司資金之貸放，設有限制。然而，該條設有二種例外得貸與資金之情形，其一乃貸與有業務往來之公司行號，其二乃貸與有短期（一年以內）資金融通必要之公司行

號。惟依據經濟部函釋之見解，公司法第15條第1項第2款貸款不得超過企業淨值40%之規定，並不適用於貸與有業務往來之公司行號之情形，合先敘明。

(二)本題A公司與B、C公司間之資金貸放不受淨值40%之限制：商業實務上，公司為求迅速融資，常不透過銀行借貸而尋求有業務往來之公司融資週轉。依題所示，B、C二公司為A公司之下游廠商，三者應係長期相互配合，屬於公司法第15條第1項第1款之情形，故A公司對B、C二公司之資金貸放依經濟部函釋之見解，不受淨值40%之限制。

(三)A公司將資金貸放與D公司應屬合法有效：本次A公司貸與1,000萬元之D公司，並非業務往來之公司，應循公司法第15條第1項第2款短期融通資金之規定，故應受淨值40%之限制。然而，A公司先前貸與B、C二公司之款項因並不適用比例上限，故不計入40%之內，此次貸與D公司之1,000萬元則計入淨值之內，但僅占1億元淨值之10%，並無超出上限之問題。綜上所述，A公司之貸放行為合法有效。

貳、公司保證：

一、法規內容：

●公司法 § 16

I 公司除依其他法律或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人。

II 公司負責人違反前項規定時，應自負保證責任，如公司受有損害時，亦應負賠償責任。

二、立法目的：穩定公司之財務。

三、禁止之範圍（×表示禁止，○表示非禁止）：

(一)人保（×）。

(二)物保（×）：

 最高法院74年台上字第703號民事判決  
倘公司提供財產為他人設定擔保物權，就公司之財務情形影響而言，與為他人保證人之情形無殊，仍應在上開規定禁止之列。

(三)債務承擔（×）：

 最高法院92年台上字第914號民事判決  
倘公司以債務承擔方式代他人清償債務，就公司財務之影響而言，與為他人保證人之情形無殊。保證既為法之所禁，依舉輕以明重之法理，責任較重之債務承擔，仍應在上開規定禁止之列。

(四)票據之背書（隱存保證背書<sup>38</sup>）：

1. 實務見解（○）：

 最高法院77年台上字第2286號民事判決  
票據之背書為票據轉讓行為之一種，本票背書人應依照本票文義，負票據法規定之責任。與民法所稱保證契約之保證人，於主債務人不履行債務時，由其代負履行責任之情形有間，故公司在票據之背書並非公司法第16條所禁止之範圍。

2. 學者見解（劉連煜老師）（×）：學者認為背書人依照票據法第29、39條負擔保承兌及付款之責，效果與保證相同，因而公司仍須負責，與本制度穩定公司財務之立法目的有違，實務

<sup>38</sup> 亦即以背書之形式達成保證之目的。

見解有不合理之處<sup>39</sup>。

## 第十二節 公司負責人之侵權責任

### 壹、法規內容：

● 公司法 § 23（節錄）

II 公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。

### 貳、成立要件：

- 一、公司負責人。
- 二、執行業務之行為（與業務有密切關係之行為即屬之）。
- 三、具侵權行為之要件（故意、過失、責任成立因果關係）。

國內通說以故意過失為限才成立本條責任，性質上屬於特別侵權行為<sup>40</sup>。但最高法院則採取「無過失責任」之見解而認為性質上屬於「法定之特別責任」。

 最高法院73年度台上字第4345號民事判決  
公司法第23條所定董事對於第三人之責任，乃基於法律之特別規定，異於一般侵權行為，故就其侵害第三人之權利，原不以該董事有故意或過失為成立之條件。

<sup>39</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁120，新學林。

<sup>40</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁124，新學林。方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁308-319，元照。此處引用曾宛如、林國彬部分。此二教科書均採此見解。

四、損害以私權之受損為限（稅收短少等公權力損害不屬之）。

### 爭點限時通

#### 【股東得否以公司法第23條第2項作為賠償請求權之基礎？】

(一) 實務見解：肯定說，但未細究為何股東得主張第23條第2項。

##### 臺灣桃園地方法院94年金字第3號民事判決

原告2人分別於93年1月27日起至93年4月20日期間買進被告宏達公司股票，為被告宏達公司之股東。……各董事對編造財務報告之業務執行未盡注意義務，於編造完成之財務報告復未注意審核，致財務報告因記載不實遭證交所列為全額交割股，執行業務顯有過失，並因而致原告受有損害，自應依公司法第23條第2項、民法第28條等規定與被告宏達公司連帶負損害賠償責任。

(二) 學者見解：

1. 劉連煜老師<sup>41</sup>：若以文義解釋承認第23條第2項之他人包含股東，則將導致所有股東對於公司之權利用以清償部分股東，有違本條之立法意旨，有所不妥。
2. 曾宛如老師<sup>42</sup>：本條項之重點不在於股東得否請求，而在於主張之原因屬於公司之「內部事項」或「外部事項」。

(1) 內部事項：如股東無法分派股利，應屬於公司之內部事項，公司對於股東負債務不履行責任，公司負責人原則上不對個別股東負責，僅對公司負忠實義務，故股東僅能提

起代位訴訟，依據公司法第23條第1項請求負責人負違反忠實義務之賠償責任。而不得主張公司法第23條第2項之責任。但若內部事項之情節嚴重，仍可能對股東構成侵權行為，但應依照侵權行為之要件檢討，而非違反忠實義務必然構成侵權行為。

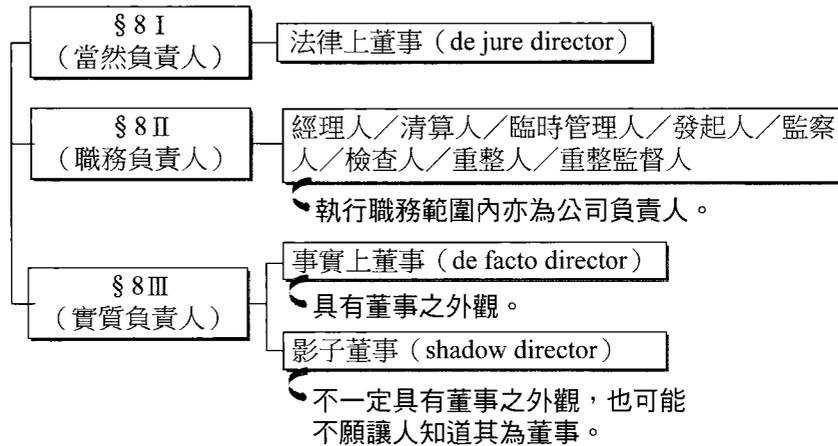
- (2) 外部事項：如董事因趕著開股東會而駕車撞傷股東，因此事並非公司內部之事項，若董事得採取「股東不得以公司法第23條第2項作為請求權基礎」之抗辯拒絕賠償該名被撞傷之股東，但被撞傷者並非公司股東則得以請求，其結論並不合理。
- (3) 適用方式：重點不在於股東得否主張公司法第23條第2項作為請求權基礎，而係董事於公司「外部事項」之侵權行為責任，無論係股東與否均得依本條項請求。但若係公司之內部事項，股東原則上不得依據本條項請求。

<sup>41</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁127，新學林。

<sup>42</sup> 曾宛如（2008），少數股東之保護與公司法第二三條第二項——兼評台南高分院八十七年度重上更一字第二二號判決及九十六年度台上字第一八六號判決，月旦法學雜誌，第159期，頁264-273。

# 第十三節 公司負責人之忠實義務 (Fiduciary duty)

## 壹、公司負責人之定義：



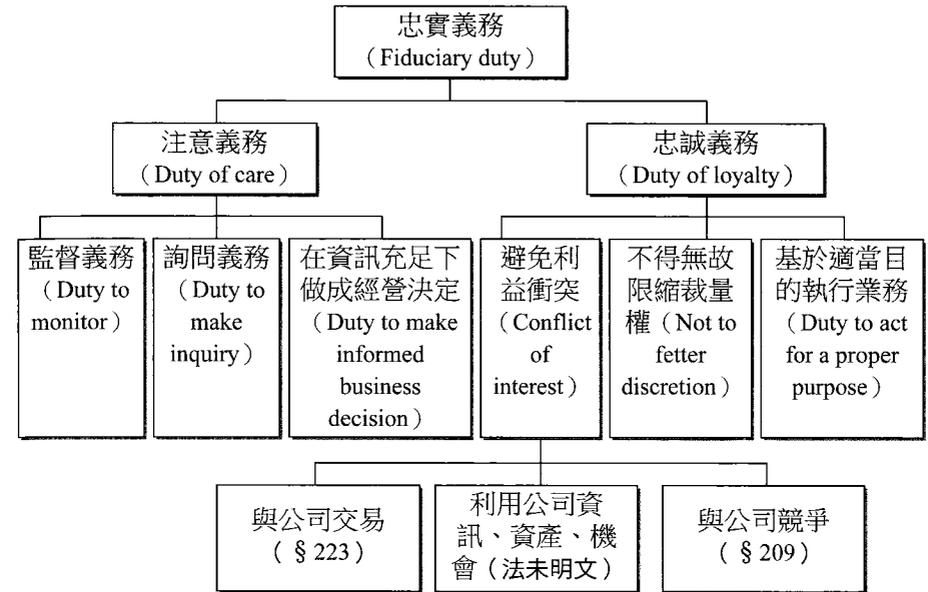
## 貳、公司負責人之忠實義務<sup>43</sup>：

一、意義：公司負責人以股東之股款經營公司，其經營行為應符合某種行為標準方不辜負股東之委託，其行為標準即「忠實義務」

<sup>43</sup> 此處之Fiduciary duty曾宛如老師翻譯為忠實義務，但國內亦有學者將之翻譯為信賴義務、受託人義務。故讀者應特別注意，於曾老師體系下duty of loyalty譯為忠誠義務，於其他老師體系下duty of loyalty則譯為忠實義務。本段舉例多引用方嘉麟等人(2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，元照。此處引用曾宛如、林國彬部分。

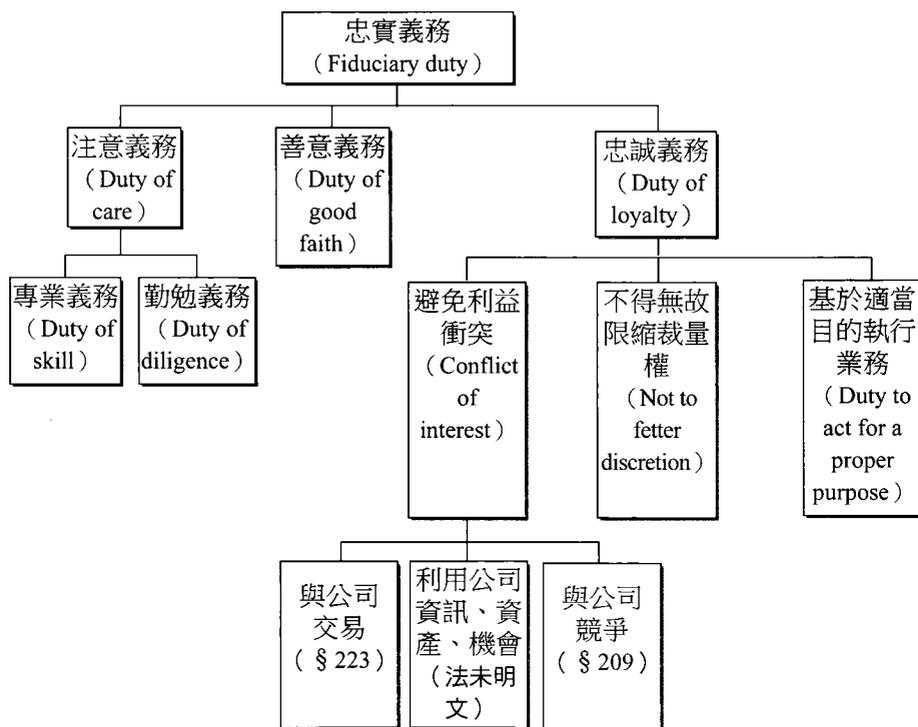
## 二、通說體系表與曾宛如老師體系表：

### (一)通說體系表：



(續接次頁)

(二)曾宛如老師體系表：



三、忠實義務之類型：

(一)忠誠義務 (Duty of loyalty)：當管理人為公司處理事務時必須以公司之最大利益為依歸，將自己個人的利益放在公司之後，其標準採絕對之標準，必須一心以公司為重，有利益衝突時一定要遵守特殊程序（如 § 206、§ 209、§ 223）防範之。忠誠義務之下位概念有三：

1. 避免利益衝突 (Conflict of interest)：

- (1)第209條與公司競爭。
- (2)利用公司資訊、資產與機會（法未明文）。

如製鞋公司之董事將公司之客戶引導與自己親戚所開設之另家製鞋公司訂約，或董事將公司配車挪為私人家族旅遊用途<sup>44</sup>。

(3)第223條與公司交易。

2. 不得無故限縮裁量權 (Not to fetter discretion)：董事應該獨立判斷行使其裁量權，不得總聽從他人指示。基此，董事會中成立表決權拘束契約，可能違反董事不得無故限縮裁量權之忠實義務。

3. 基於適當目的執行業務 (Duty to act for a proper purpose)：例如實質減資制度原是公司資金過剩將資金發還股東之方式，若董事為了稀釋敵對之人的股份而故意先減資再增資發行股票給同夥之特定人，即係濫用減資制度之目的而非基於適當目的執行業務<sup>45</sup>。

(二)善意義務 (Duty of good faith)：以公司最大利益為依歸，心心念念為公司。具體而言即董事行為應自己合理的相信是基於公司和股東之最佳利益，董事不得故意違反其責任。英國法中，善意義務係源自衡平法而來；美國法中，德拉瓦州最高法院在Stone v. Ritter一案中認為善意義務是忠誠義務的一環，但在Walt Disney Co v. Derivative Litig一案中則認為善意義務是獨立的義務型態，因此我國不同學者亦有認為應將之獨立與應將之與忠誠義務合併之不同派別<sup>46</sup>。

<sup>44</sup> 方嘉麟等人 (2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，元照。此處引用曾宛如、林國彬部分，頁200。

<sup>45</sup> 方嘉麟等人 (2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，元照。此處引用曾宛如、林國彬部分，頁197。

<sup>46</sup> 何曜琛、方元沂 (2016)，論公司治理與獨立董事之受任人義務，華岡法粹，第50期，頁83-109。

### (三) 注意義務 (Duty of care) :

#### 1. 注意義務之類型 :

(1) 監督義務 (duty to monitor) : 應監督其他董事或經理人有無違法情事，不得放任。具體而言董事應建立公司之內部控制制度並確保其有效運作以善盡此義務<sup>47</sup>。此種義務型態可以說明現代的董事會已經從單純之業務執行機關，開始兼具業務監督機關之色彩。

#### 筆者的話

許多同學對於內部控制制度與內部稽核制度（簡稱「內控內稽」制度並非十分熟悉，筆者在此簡單介紹內部控制制度之意義。

依照公開發行公司建立內部控制制度處理準則（下稱內控準則）第3條，內部控制制度係為促進公司之健全經營並確保「營運之效果及效率」、「報導具可靠性、及時性、透明性及符合相關規範」以及「相關法令規章之遵循」等三大目標之達成。內部控制之組成要素依照內控準則第6條包含控制環境、風險評估、控制活動、資訊與溝通與監督五大要素。

我國對於內部控制制度在公開發行公司建立內部控制制度處理準則當中有較詳盡之規範，其中第6條所規範之內部控制的五大要素。其立法最早係參考美國COSO委員會於1992年提出之「內部控制——整體架構」報告。美國COSO委員會2013年更新該報告，除強化原始架構外並要求企業應具有有效內部控制監督系統之運作，更廣泛運用內部控制以協助企業合理確信可有效率達到目標，並增加公司治理觀念，包括審計、薪酬等委員會之治理，且更加強反舞弊之重要性。103年金管會亦已參酌該報告之內容而修正該準則成為現行之條文。在了解內

<sup>47</sup> 郭大維（2017），企業法令遵循與董事監督義務，月旦發學教室，第179期，頁20-22。

部控制制度之後，內部稽核制度就十分容易理解了。內部稽核制度之目的，在查核及評估內部控制制度是否有效運作，並適時提供改進建議，以確保內部控制制度得以持續有效實施，協助董事會及管理階層確實履行其責任。

(2) 詢問義務 (Duty to make inquiry) : 董事會中要積極參與討論，對公司事項多問、多查、多看<sup>48</sup>。

(3) 在資訊充足下做成經營決定 (Duty to make informed business decision) : 做成決議或參與表決之前，必須使自己處於對該議案已經充分了解的狀態，才能夠進行表決。因此，董事若於開會前並未確實閱讀會議資料，則很可能違反此義務。

#### 2. 曾宛如老師體系下的注意義務類型<sup>49</sup> :

(1) 專業義務 (Duty of skill) : 以一位與該董事執行相同功能之人，基於可被合理期待之一般知識、技能與經驗下所能認知及所應採取之行動來判斷該名董事是否已經盡注意義務。亦即，原則上以客觀標準為準，但若董事個人有較高之能力，則以該名董事之標準為準。

(2) 勤勉義務 (Duty of diligence) : 是否以誠實且合理 (honestly and reasonably) 之方式執行業務。若公司有50名董事，僅1名董事未參與開會，可能不認為係違反勤勉義務，但若公司僅有數名董事，但該董事長期不參與開會，則違反勤勉義務<sup>50</sup>。

<sup>48</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，元照。此處引用曾宛如、林國彬部分，頁188。

<sup>49</sup> 曾宛如（2007），董事忠實義務之內涵及適用疑義——評析公司法第二十三條第一項，公司管理與資本市場法制專論(一)，頁1-38。

<sup>50</sup> 筆者認為這裡應該可以簡單理解為「董事應避免因怠惰而造成公司治理上不合理之結果」。

3. 注意義務之判斷標準：原則上以「一般具有相當知識及經驗之人所可以達到之注意義務」為標準，但董事個人有更高的能力依其能力課與更高的標準，以免有高度注意能力而故意不注意。一言以蔽之，即「客觀標準為主，主觀標準為輔」。

### 參、董事之資訊請求權：

一、問題意識：董事負有公司負責人之忠實義務已如上述，惟董事若對於公司之財務業務狀況不了解，如何能要求其忠實執行業務？然而，我國公司法對於董事之資訊請求權法無明文，故實務與學理上關於董事得否向公司或股務代理機構請求提供簿冊文件有不同之看法。

#### 二、目前明文有資訊請求權之人：

- (一) 股東與債權人（§ 210）。
- (二) 監察人（§ 218）。
- (三) 檢查人（§ 245）。
- (四) 股東會召集權人（§ 210-1，但其請求目的僅限於召開股東會，而請求客體亦僅限於股東名簿，與其他資訊請求權略有不同）。

#### 三、股東與債權人資訊請求權之介紹：

##### (一) 法規內容：

###### ◆公司法 § 210

- I 除證券主管機關另有規定外，董事會應將章程及歷屆股東會議事錄、財務報表備置於本公司，並將股東名簿及公司債存根簿備置於本公司或股務代理機構。
- II 前項章程及簿冊，股東及公司之債權人得檢具利害關係證明文件，指定範圍，隨時請求查閱、抄錄或複製；其備置於股務代理機構者，公司應令股務代理機構提供。

- III 代表公司之董事，違反第一項規定，不備置章程、簿冊者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。但公開發行股票之公司，由證券主管機關處代表公司之董事新臺幣二十四萬元以上二百四十萬元以下罰鍰。
- IV 代表公司之董事，違反第二項規定無正當理由而拒絕查閱、抄錄、複製或未令股務代理機構提供者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。但公開發行股票之公司，由證券主管機關處代表公司之董事新臺幣二十四萬元以上二百四十萬元以下罰鍰。
- V 前二項情形，主管機關或證券主管機關並應令其限期改正；屆期未改正者，繼續令其限期改正，並按次處罰至改正為止。

(二) 法規目的：為利於股東與債權人監督公司，該人等得檢具利害關係證明文件，指定範圍，隨時請求查閱、抄錄或複製公司之章程與簿冊文件，以利了解公司之營運狀況、發現經營階層之弊端。

(三) 「利害關係證明文件」與「指定範圍」之解釋：

 經濟部92年6月16日商字第09202119150號

「利害關係證明文件」與「指定範圍」之定義按公司法第210條第2項規定，公司章程及簿冊，股東及公司之債權人得檢具利害關係證明文件，指定範圍，隨時請求查閱或抄錄。所稱「利害關係證明文件」係指能表明自己身分並與公司間有利害關係之證明文件。所稱「指定範圍」，乃指股東及公司之債權人指定與其有利害關係之範圍而言。

(四) 查閱範圍：不含董事會議事錄：

 經濟部99年12月17日經商字第09900176780號函（節錄）  
股東得依公司法第210條第2項規定，檢具利害關係證明文件，指定範圍查閱或抄錄股東名簿。惟查閱或抄錄之範圍不包括董事會議事錄。

(五) 資訊請求權與個人資料保護法衝突時，應優先適用公司法資訊請求權之規定，因個資法有規定法律另有規定時得蒐集與利用個人資料，公司法第210條之資訊請求權即屬法律之特別規定。

 經濟部102年1月7日經商字第10100727370號函（節錄）  
依本法第19條及第20條第1項規定，非公務機關對於個人資料之蒐集或處理，如具有特定目的，本得依法律明文規定為之，並得於蒐集之特定目的必要範圍內為利用，或依法律明文規定為特定目的外之利用。是以，本件來函所述情事，公司法第210條第1項、第2項及第218條第1項既已明定公司董事會應將股東名冊及相關簿冊備置於本公司或股務代理機關，供利害關係人查閱或抄錄，則有關提供個人資料之部分，自應優先適用上開公司法之規定，尚無抵觸本法之問題。

四、董事應否有資訊請求權之爭辯：

(一) 肯定說（王文字老師）<sup>51</sup>：董事有忠實義務，要其善盡此義務必須要有資訊請求權，此乃必然附隨之內涵。

(二) 肯定說（經濟部見解）：董事有查閱或抄錄章程簿冊之資訊請求權，其範圍應「大於」公司法第210條，但應負有保密義務，且其權利之行使得個別為之，若相關文件保管於股務代理機構，

亦可向股務代理機構請求查閱或抄錄。

 經濟部108年1月29日經商字第10800002120號函（節錄）  
董事所得查閱、抄錄或複製之範圍，原則上不宜有過多的限制按董事為公司負責人，應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受損害者，負損害賠償責任（公司法第8條及第23條參照），董事依其權責自有查閱、抄錄公司法第210條第1項章程、簿冊之權。且其所得查閱、抄錄或複製簿冊文件的範圍，當大於股東及債權人所得查閱、抄錄或複製之範圍，原則上不宜有過多的限制。

 經濟部94年7月5日經商字第09409012260號函（節錄）  
董事為執行業務而依其權責自有查閱或抄錄公司法第210條第1項有關章程、簿冊之權，公司尚不得拒絕之。至於查閱或抄錄應負保密義務，自是董事忠實執行業務及盡善良管理人義務範疇。

 經濟部102年6月13日經商字第10200063220號函（節錄）  
董事為執行業務上需要，依其權責查閱、抄錄公司法第210條第1項章程、簿冊時，得個別為之，毋庸經董事會決議。如公司章程、簿冊係由公司之受任人（例如股務代理機構）管理者，董事自得於受任人之處所為之。

(三) 否定說（江如蓉律師）<sup>52</sup>：公司董事出席董事會做成決議，固需資訊充足，但解決方式可參考公開發行公司董事會議事辦法之規定，請求公司提供相關資訊，而非賦予普通董事查閱權。董事資訊請求權將造成董事和監察人之職權交錯、混淆。違反公司內部之監督制衡。

<sup>51</sup> 王文字（2009），董事之資訊請求權，月旦法學教室，第86期，頁18-19。

<sup>52</sup> 中國時報（2018），【公司法修正專論一】論普通董事查閱權之妥適性。

五、相關概念整理表：

主 體	法條依據	請求對象	請求客體	請求目的	行 為
股東、債權人	§ 210	公司或股務代理機構	章程、簿冊	監督公司	查閱、抄錄、複製
股東會召集權人	§ 210-1	公司或股務代理機構	股東名簿	召開股東會	請求提供，包含查閱、抄錄（依經濟部函釋 <sup>53</sup> ）
監察人	§ 218	公司或股務代理機構（依經濟部函釋 <sup>54</sup> ）	簿冊文件	監督公司	查核、抄錄、複製
檢查人	§ 245	公司	業務帳目、財產情形、特定事項、特定交易文件及記錄。	監督公司	檢查
一般董事	經濟部函釋	公司或股務代理機構	章程、簿冊	監督公司	查閱、抄錄、複製（依經濟部函釋 <sup>55</sup> ）
獨立董事	證券交易法 § 14-2 III、§ 14-4IV	公司（準用公司法 § 218）或股務代理機構（依經濟部函釋 <sup>56</sup> ）	簿冊文件	監督公司	查核、抄錄、複製。另可要求董事會指派相關人員或自行聘請專家協助執行業務。

53 經濟部98年經商字第09802148630號函。

54 經濟部102年經商字第10202057450號函。

55 經濟部108年經商字第10800002120號函。

56 經濟部102年經商字第10202057450號函。

有題有真相

A公開發行公司（下稱A公司）設有五名董事，兩名監察人，董事中有兩名獨立董事。獨立董事甲新上任，欲了解公司情況，其注意到公司在近二年的時間，為防禦市場派的經營權爭奪，密集對策略性投資人發行私募股份，並進行股份交換，甲想進一步了解策略性投資人與股份交換對象之身分，與公司當時所進行的實地查核（due diligence）之結果，於是要求公司提供相關資訊，但公司皆以私募與股份交換皆已經當時之股東會與董事會決議通過，也依法為相關資訊公開，其餘資訊事涉公司機密，無法提供為由，拒絕甲之請求。甲進一步想要了解這幾次私募與股份交換後，對於公司經營產生何種影響？私募與股份交換是否依照公司原本預估為公司帶來正面效益，若未達預期，理由為何？及應如何改進？A公司皆回覆，由於時間不足兩年且事涉機密，故無法提供。甲於是在董事會提案要求做成公司應提供相關資訊之決議，除另一名獨立董事支持外，其餘三名董事則不支持甲之提案。請就獨立董事於公開發行公司之角色討論甲請求查閱有無理由？若A公司嗣後設置審計委員會，是否有所不同？（40分）

【107司法官證券交易法】

爭點分析

相信大家在進入法律系之初，都聽過「小題要大作，大題要小作」這句話，但通常法律系的實例題都爭點一大堆，寫出結論都來不及，實在難以討論太多。但本題屬於典型的「小題」，只問同學獨立董事之資訊請求權依據為何，以及審計委員會之成員資訊請求權依據為何。這時候當然要從盤古開天闢地說起，答案才會漂亮而不顯得單薄。

第一小題請同學除說明獨立董事的由來以及性質外，點出A公司屬於過渡時期的單軌制雙軌制色彩並存，也就是又設監察人又設獨立董事的公司，並點出二者之權限高度重疊，可能有權責不明的問題。再來本題的重點是107年4月修法的證交法第14條之2第3項，獨立董事的資訊請求權。這

個條文當年4月修10月就考出來，很多人沒注意到，反而都寫了公司法草案未通過的董事資訊請求權第193條之1。第193條之1之草案仍可提到，但還是要以證交法之新修正規定為主。

第二小題應注意的是A公司設有審計委員會，也就是說「並無設置監察人」，請不要再提到監察人的部分。而審計委員會的成員又是由全體獨立董事所組成，故資訊請求權可以直接適用證交法第14條之4的第3或第4項。但應注意本題甲獨立董事是審計委員會之「成員」，故要適用的並非整體審計委員會準用監察人規定的第3項，而係適用針對審計委員會成員之規定，即第4項。

### 擬答

(一)甲獨立董事請求查閱應有理由，理由如下：

1.獨立董事與監察人並存時之職權分工問題：所謂獨立董事為具備商務、法務、財務或會計等專業知識，受有持股與兼職之限制且與公司之經營階層之關係間有相當獨立性之董事，概念上類似於「外部董事」，獨立董事設置辦法第2至4條參照。獨立董事設置之初衷，乃希望具有獨立性與專業性之董事加入董事會而有表決權，直接參與議案之表決並且於證券交易法第14條之3之議題有反對或保留意見時，載明於董事會議事錄，供相對而言不具專業知識之股東參考其意見而達成監督執行業務董事之效果。然而，A公司屬於同時設置獨立董事與監察人之公司，獨立董事之制度來源係英美之「單軌制」公司結構，而監察人制度來自德國之「雙軌制」公司結構，獨立董事之監督權與監察人之監察權十分類似，而獨立董事卻又因其身處董事會中而有業務執行者之色彩，二者有權責不明之問題，此問題於A公司這種二者皆設置之公司更為明顯。

2.證券交易法第14條之2第3項之新法修正內容：2018年4月，立法者體察到雖獨立董事須具備商務與法律之專業，仍難以十項全能，但卻應承擔董事之忠實義務，故獨立董事若要善盡公司治理之責，對公司事務做出獨立、客觀之判斷，宜另有其他專業評估意見供其審酌，以厚實其見解，有效監督公司的運作和保護股東權益<sup>57</sup>。故新修正證券交易法第14條之2第3項規定公司不得妨礙、拒絕或規避獨立董事執行業務。獨立董事執行業務認有必要時，得要求董事會指派相關人員或自行聘請專家協助辦理，且其必要費用，須由公司負擔。此修法可謂有效加強獨立董事之監督權以使之權責相符。

3.本題甲獨立董事應得援引前開條文查閱資料，公司不但應配合，甚至應為其支出相關必要費用：本題A公司在近二年的時間，為防禦

57 107年4月，證券交易法第14條之2之修法理由：「一、雖明定獨立董事應具備專業知識，然獨立董事之知識畢竟有其侷限，難期全面兼具會計、法律及公司治理專業。而過去法院判決對獨立董事之要求，援引公司法及獨立董事之職權法條，獨立董事往往必須個人同時超越簽證會計師及律師之專業，在事實狀況下並不權責相符。是故，獨立董事若要善盡公司治理之責，對公司事務做出獨立、客觀之判斷，宜另有其他專業評估意見供其審酌，俾厚實其見解，有效監督公司的運作和保護股東權益。然而，獨立董事蒐集相關治理專業意見，必須支付相當金額之費用，雖然獨立董事支領一定薪酬，惟其薪酬乃依據公司經營規模而有所不同，尤其小型上市櫃公司之獨立董事薪資所得，並非全部皆為年薪數百萬千萬，往往僅領取月薪五萬或是三萬，不可能自行另聘請律師、會計師。鑑此，為強化獨立董事之專業監督能力，並避免獨立董事執行職務受到不當干擾，爰參考現行『○○股份有限公司獨立董事之職責範疇規則參考範例』第七條規定，增訂本條第三項，明定『公司不得妨礙、拒絕或規避獨立董事執行業務。獨立董事執行業務認有必要時，得要求董事會指派相關人員或自行聘請專家協助辦理，相關必要費用，由公司負擔之。』以健全公司治理，落實獨立董事對公司事務為獨立判斷與提供客觀意見之職責與功能。二、原條文第三項遞移為第四項，並將第三款修正為『違反依第二項所定獨立董事之資格。』。三、原條文第四項及第五項僅項次變更遞移為第五項及第六項。」

經營權爭奪，密集對策略性投資人發行私募股份，並進行股份交換，對此已進行過實地查核。根據前所述及之證券交易法第14條之3第6款，私募股權性質之有價證券因涉及股份平等原則之違反，以較低之價格開放特定人認購，又變動公司原有股東持股比例，對公司股東利害關係甚鉅，故規定獨立董事有反對或保留意見應載明於董事會議事錄。於此等獨立董事行使監督權之重要事項，賦予其資訊請求權事關重要，故本文以為甲符合證券交易法第14條之2第3項之情形請求查閱資訊為有理由，公司以機密不能公開等理由杯葛之，自無理由。附帶言之，107年公司法修正草案中，原於公司法第193條之1欲將董事資訊請求權明文化，但未能達成共識，故目前為止董事仍以經濟部之函釋見解支持其資訊請求權，本文以為現代公司中之角色，董事會已經從單純業務執行機關走向兼具業務監督與執行之機關，董事若未能請求相關資訊，又要如何盡其忠實義務（fiduciary duty）？故應盡速將董事資訊請求權明文化以杜爭議。

(二)A公司若嗣後設置審計委員會，身為審計委員之獨立董事仍有前開查閱權限，但法源依據有所不同，分述如下：

1. 現行法下審計委員會之組成要件及其監察權之行使。

審計委員會之引進乃係希望仿效美國藉由專業分工及超然獨立之立場，協助董事會決策。依證券交易法第14條之4第1項，公開發行公司應擇一設置審計委員會或監察人，而金管會於107年之函釋<sup>58</sup>中更擴大強制設置審計委員會之範圍，可見我國公司結構由雙軌制走向單軌制之跡象。既然二者為擇一設置，審計委員會亦具備監督公司

之性質。惟本文以為，監察人僅具備「監督機關」之性質，其監察權為「不法監察權」，而審計委員會則「兼具業務執行機關與業務監督機關」兩種特性，其成員能參與業務決策，具有「裁量性監察權」但無論是證券交易法第14條之4第3或4項之規定，均直接準用監察人之規定，可能有所不妥<sup>59</sup>。

2. 甲獨立董事請求資訊之依據：本題甲為A公司之獨立董事，依照證券交易法第14條之4第2項，審計委員會為全體獨立董事所組成，故甲為審計委員會之成員，合先敘明。雖依同條第3項，審計委員會決議後之事項，得準用公司法關於監察人之規定，但本題甲乃個人對於私募一事想進一步了解，應如何請求資訊不無疑義。有論者認為同條之第4項仍應經過審計委員會決議之後，審計委員會之成員方能準用公司法之相關規定，但該說法將造成第4項與第3項完全重疊之窘境，立法毫無意義，故第4項應係個別審計委員會之成員得以直接準用方為妥當。職是之故，甲所依據之法條應為證券交易法第14條之4第4項，準用公司法第218條第1項，甲應得調查關於該私募案之相關資訊並得請求董事會與經理人提出報告以行使其資訊請求權。

<sup>58</sup> 金管會金管證發字第10703452331號函。

<sup>59</sup> 曾宛如（2013），證券交易法之現狀與未來——期許建構體例完善的證券法規，月旦法學雜誌，第217期，頁93-107。

## 第十四節 事實上董事及影子董事

### 壹、實質負責人的概念：

一、實質負責人的種類：實質負責人乃相對於法律上董事（de jure director）而言，實質負責人又可分為事實上董事（de facto director）與影子董事（shadow director）。事實上董事與影子董事皆屬於非董事而執行董事之業務者，但差別在於前者具有董事的外觀（如集團之總裁），而後者躲藏於幕後，不欲使人知其為董事。

### 二、事實上董事常見的形成原因：

- (一) 選任程序有瑕疵，例如選任該批董事之股東會決議屬於公司法第191條無效之情形。
- (二) 選任程序合法，但已被解任，例如公司多年未依法召開股東會改選董事，導致公司被主管機關命令限期改選，但仍不改選而依照公司法第195條第2項當然解任。若該批被解任之董事仍繼續佔據董事職位行使職權，則將成為事實上董事，此為俗稱之「萬年董事會」。
- (三) 自始未經選任而擔任董事。

### 三、影子董事的要件<sup>60</sup>：

- (一) 躲在暗處操縱董事。
- (二) 對業務有控制支配之影響力。
- (三) 董事會有聽從其指令之慣習。
- (四) 影響力需有持續性（即應經常性、慣常性影響董事會）。

<sup>60</sup> 曾宛如（2012），新修正公司法評析，董事「認定」之重大變革暨董事忠實義務之具體化，月旦法學雜誌，第204期，頁130。

## 貳、公司法引進實質董事規範之內容：

### 一、法規內容：

#### ● 公司法 § 8（節錄）

III 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。

### 筆者的話

影響或控制監察人依照法條文義並不會成立影子董事，但可本於相似之法理討論得否類推適用公司法第8條第3項。

二、制度說明：依法選任的負責人所須負的民刑事與行政責任，公司法已經明文規定，如公司法第9與20條之責任即是，而公司法第8條第3項規定實質負責人與法律上負責人同負上述責任。但考量政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益的需求，需要指揮其董事時，不適用實質負責人的規定。

107年以前公司法第8條第3項原只適用於公開發行公司，107年為強化公司治理並保障股東權益，將實質上負責人概念適用於非公開發行公司。

### 爭點限時通

#### 【實質負責人是否負有忠實義務？】

(一) 問題意識：英國公司法上董事採取實質認定，無論其名稱，只要事實上執行董事職務之人皆為董事，故「事實上董事」亦屬於「董事」，但「影子董事」是董事慣習聽其指令之人，本質

上則並非董事，不適用一切董事之規範<sup>61</sup>。然而，我國公司法第8條第3項卻規定實質負責人屬於「非董事」，則其是否仍負董事之忠實義務？

(二)肯定說（民間修法委員會、曾宛如老師）<sup>62</sup>：學說上有認為應參考英國公司法為區分解釋者：

1. 事實上董事必須與法律上董事負擔相同之忠實義務及責任，其雖與公司不存在法律上之契約關係，但事實上居於與法律上董事相同之地位，應與公司董事負相同之義務與責任。
2. 影子董事通常隱身於幕後，並未以董事身分執行職務，故不要求董事之責任與義務全面性適用於影子董事，僅於特別情形適用特定條文即可，如董事之報酬則應適用。

(三)否定說（文義解釋）：我國實質負責人屬於「非董事」，故不需負擔董事之忠實義務。只有在法律上董事負責任時，實質負責人與之同負責任，但若無法律上董事應負責任時，實質負責人不會單獨負任何法律責任。

### 爭點限時通

**【由事實上董事所作成之董事會決議以及對外之交易行為，其效力何如？】**

(一)問題意識：假設A公司之董事於民國104年之股東會中選任董事，該屆之董事自104年就任至107年卸任，但於108年法院判決104年時選出該屆董事之股東會決議應撤銷，則三年間A公司乃由一群「事實上董事」為無數之董事會決議與對外交易，則該等決議與對外交易之效力為何？

<sup>61</sup> 王文宇（2018），公司法論，第六版，頁229，元照。

<sup>62</sup> 公司法全盤修正修法委員會修法建議，頁3-4、3-6。曾宛如（2017），公司治理法制之改造，月旦法學雜誌，第268期，頁17-29。

(二)學者見解（曾宛如老師）：依據現行實務見解之解釋，事實上董事所為之對外交行行為可能為無權代理，所做成之董事會決議可能無效。但此種見解顯然危害交易安全甚鉅，故應仿英國公司法之解釋「凡佔有董事之位者，不論名稱為何即為董事」。我國現行條文將實質負責人解釋為「非董事」並不恰當，應修法將董事之定義包括法律上董事、事實上董事，於特別情況下亦包括影子董事。

### 三、立法缺失：

- (一)關於政府不適用之規定，對於已有民股之公營事業而言，可能會被認為有失公平<sup>63</sup>。
- (二)法條未明文區隔影子董事與公司法第369條之4的情形，導致控制公司可能動輒被認定為從屬公司之影子董事，與關係企業專章允許控制公司得使從屬公司為不合營業常規或不利益之經營的精神相矛盾，不可謂無缺失，但學者認為應優先適用關係企業專章之規定，現行法下司法機關應對影子董事之認定或影子董事忠實義務的存否作出兼容並蓄的解釋<sup>64</sup>。

### 參、揭穿公司面紗原則與公司法第8條第3項之關係<sup>65</sup>：

揭穿公司面紗原則是用以追究股東之責任而公司法第8條第3項是在追究經營者之責任，但若為「控制股東」之情形則可能兩條皆有適用。

<sup>63</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁145，新學林。

<sup>64</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁145，新學林；曾宛如（2017），公司法制基礎理論之再建構，頁24，元照。

<sup>65</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁96，新學林。

有題有真相

甲、乙、丙為公開發行之A股份有限公司（下稱A公司）之三大股東，早期係由甲、乙及其支持之人擔任A公司之董事；監察人則由丙及其支持之人擔任。隨著世代交替，甲之子丁接班成為A公司董事長，丙之子戊也子承父業擔任A公司監察人。丁在海外以他人名義開設B公司從事投資，因鉅額虧損，遂主導A公司董事會通過轉投資B公司之議案，意在彌補其個人之損失。戊起疑，乃要求丁在A公司匯出投資款前，提出投資B公司之計畫細節。丁眼見紙包不住火，遂透過其父親甲，請其向戊之父親丙關說。戊事父至孝，在父親之要求下，停止上述之檢查。又為免除後患，丁擬於今年股東常會修改章程，減少監察人席次，並藉由配票使戊無法當選。戊忍無可忍，即以行使監察權為由，要求A公司提供股東名簿以資對抗。A公司則以該股東名簿不在監察權行使之範圍內為由而拒絕，A公司並聲稱即便提供股東名簿係行使監察權所必要，該股東名簿已交存於股務代理機構，A公司早已不再插手此事。而嗣後戊商請該股務代理機構交出股東名簿，該股務代理機構乃以交存股東名簿之董事與該機構間有信賴關係，基於該信賴關係不便將股東名簿提供予戊為由拒絕戊之請求。請附理由說明下列問題：

(一) 丙影響監察人戊，致戊停止檢查行為，終致A公司匯出投資款項而蒙受損失。依公司法之規定，丙就該筆損失應否對A公司負責？

(15分)

(二) A公司及該股務代理機構拒絕交出股東名簿，是否合法？試比較107年新修正公司法與修正前公司法之規定有何異同。(45分)

【改編自102司法官】

擬答

(一)丙不須就該筆損失對A公司負責，理由如下：

1. 丙不符合影子董事之定義：按公司法第8條第3項，公司之實質負責人與第1、2項之形式負責人同負刑事及行政責任。卸任之監察人丙依照公司法第8條第3項之文義，似只在左右「監察人」戊如何行使監察權，並非實質控制公司之人事財務或業務經營而實質指揮「董事」者，此與本題丙指揮監察人戊之情形似乎有所不同。
2. 丙無法類推適用影子董事之規定：退一步言，縱類推公司法第8條第3項而認為控制監察人亦有前條適用，通說認為實質負責人之認定要有「經常性」「慣常性」控制董事會之行為，更有認為要控制董事會「過半」始足當之，本題丙僅係一次性影響戊之決定，自難認為合於上開要件。

(二)A公司拒絕交出股東名簿違法，新舊法之比較如下：

1. 修正前公司法之規定與困境：

- (1) A公司拒絕提出股東名簿違法：修正前公司法第218條第1項規定監察人之監察權及於查核公司之「簿冊文件」，而簿冊文件究何所指，經濟部曾以函釋解釋，根據解釋之意旨包括歷屆股東會議事錄、資產負債表、股東名簿及公司債存根簿等。若本題A公司拒絕提出股東名簿，將依同條文第3項處以罰鍰。

- (2) 股東名簿交存於股務代理機構者卻有事實上取得之困難：然經濟部函釋雖有解釋股務代理機構應提供監察人股東名簿以供其行使監察權，然事實上股務代理機構常受公司派董事之委託，基於其與客戶之信賴關係與利害關係多半不敢將股東名簿交予

和公司派對立之市場派股東或負責監督公司之監察人，導致有開股東會需求之少數股東或監察人，因為難以取得股東名簿導致其難以開會或動輒漏寄通知書而有股東會不成立之情形。

2. 新修正公司法之規定：

(1) 有鑑於上開問題於實務上之嚴重性不容小覷，107年新修正公司法新增第210條之1文明確規定股務代理機構對於有開股東會需求之召集權人有提供股東名簿之義務，並於同條第2及3項分別規定對於拒絕提出之公司董事及股務代理機構處以罰鍰並得連續處罰，以解決上開困境。

(2) 此外，針對第210條股東或債權人之檢查，修法加重公開發行公司之罰鍰且新增連續處罰的規定以達法規目的。針對第218條監察人之監察並明確化「抄錄或複製」簿冊文件以防止公司派透過文義解釋之文字遊戲妨害監察權之行使，並訂定連續處罰之規定。

3. 結論：綜上所述，依照107年新修正公司法，倘若監察人係為行使監察權而股東名簿在董事手上之情形，董事拒絕提出則依照第218條將面臨連續處罰，處罰至其提出為止。若監察人係為召開股東臨時會而請求提出股東名簿，但股東名簿備置於股務代理機構時，則監察人應依公司法第210條之1請求股務代理機構提出，若其未提出，則將遭受罰鍰之連續處罰至提出為止。

## 第十五節 法人之代表人

### 壹、法條規範說明：

#### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 27

- I 政府或法人為股東時，得當選為董事或監察人。但須指定自然人代表行使職務。
- II 政府或法人為股東時，亦得由其代表人當選為董事或監察人。代表人有數人時，得分別當選，但不得同時當選或擔任董事及監察人。
- III 第一項及第二項之代表人，得依其職務關係，隨時改派補足原任期。
- IV 對於第一項、第二項代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。

### 筆者的話

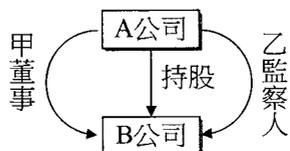
許多同學分不清楚公司法第27條第1項與第2項之差別，故筆者在此說明。若A公司持有B公司股份30%，而以A公司之名義當選B公司董事，並派自然人甲執行職務，我們會稱該董事為「A董事，代表人為甲」，此乃第1項法人董事之情形。但若A公司派出自然人甲參與競選，最後甲當選為B公司之董事，我們會稱該董事為「甲董事」，此乃第2項代表人董事之情形。至於實務上哪一種情形比較常出現呢？通常公司傾向於派出自然人當選為代表人董事，因為法人董事是以法人之名義當選，一個法人只能當選一席董事，但代表人董事則一個法人得派出多名代表人當選多席董事，故較受公司之青睞。然而，何以在同一間公司中，自然人股東只能親自參選董事，並且只能當選一席？法人股東則得以派出多名代表人當選多席？難謂無違反股東平等原則，故實務上自然人股東可能得透過成立一人有限公司，並以該公司

名義持有其他公司之股份，即可從自然人股東搖身一變成為「法人股東」而得以當選數席代表人董事。

**爭點限時通**

**【政府或法人股東得否派代表人（§ 27 II）同時當選為公司之董事與監察人？】**

(一)示意圖：



(二)否定說（劉連煜老師）：學者認為若數代表人同時當選為董事與監察人，將破壞公司治理之架構<sup>66</sup>。

(三)肯定說（經濟部舊見解，已不再援用）：

🔪 經濟部57年9月24日商34076號函（節錄）

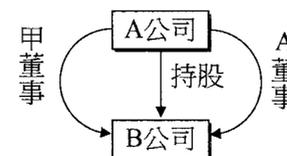
公司法第222條雖規定監察人不得兼任公司董事及經理人，但同法第27條第2項又例外規定政府或法人為股東時亦得由其代表被推為執行業務股東或當選為董事或監察人，代表人有數人時得分別被推或當選，故一法人股東指派代表二人以上分別當選為董事及監察人並無不可。

66 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁149，新學林。

**爭點限時通**

**【政府或法人股東可否同時以法人及代表人之身分當選？經濟部採否定說】**

(一)示意圖：



(二)否定說（經濟部見解）：

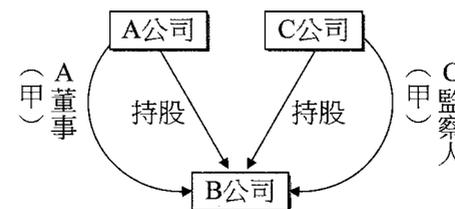
🔪 經濟部87年9月29日經商字第87223431號函

按公司法第27條規定：「政府或代表人為股東時，得被推為執行業務股東或當選為董事或監察人；但須指定自然人代表行使職務（第1項）。政府或法人為股東時，亦得由其代表人被推為執行業務股東或當選為董事或監察人，代表人有數人時得分別被推或當選（第2項）」。準此，觀諸上開條文之本旨，第1項與第2項規定之運作方式不同，自僅能擇一行使。

**爭點限時通**

**【不同法人股東依本法第27條第1項規定分別當選董事、監察人，得否指定同一自然人代表行使職權？經濟部採否定說】**

(一)示意圖：



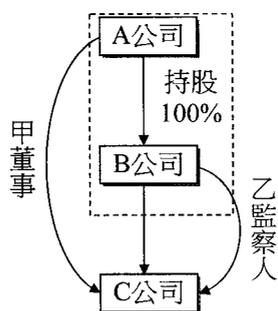
(二)否定說（經濟部見解）：

✎ 經濟部107年1月22日經商5字第10702196520號函（節錄一、）  
按本法第222條規定：「監察人不得兼任公司董事、經理人或其他職員。」旨在期望監察人能以超然立場行使職權，而不得兼任董事、經理人或其他職員等職務，以杜流弊（本部93年7月20日商09302111940號函參照）；本法第27條第2項但書規定，亦同此理。是以，倘不同法人股東依本法第27條第1項規定分別當選董事、監察人，復指定同一自然人代表行使職權，無異違反前開規定，有違上開條文之立法目的。

**爭點限時通**

【法人股東之代表人及由該法人百分之百轉投資之法人股東之代表人得否同時當選或擔任董事及監察人？】

(一)示意圖：



(二)否定說（實務見解）：

✎ 最高法院104年台上字第35號民事判決  
法人股東之代表人及由該法人百分之百轉投資之法人股東之代表人同時當選或擔任董事及監察人之情形，該二法人形式上雖獨

立存在，但後者完全由前者掌控，其代表人實質上係由投資之法人指派，該二法人股東之代表人同時當選或擔任董事及監察人者，與同一法人之數代表人同時當選或擔任之情形無異，應為公司法第27條第2項之文義所涵攝。

(三)修法解決說（郭大維老師）<sup>67</sup>：公司法第27條第2項與證券交易法第26條之3第2項之文義僅及於「同一法人」不得同時當選董事及監察人。最高法院之見解固然可避免有心人士利用控制從屬關係規避公司法第27條第2項之規範，實值贊同。但此擴張解釋稍有逸脫法條文義之嫌，應修法解決為妥。

**爭點限時通**

【違反公司法第27條第2項但書同時當選董事及監察人之效力為何？】

(一)實務見解：應類推適用證券交易法第26條之3第5項，監察人當選失其效力。

✎ 最高法院104年台上字第35號民事判決  
公司法所定不得同時當選或擔任董事及監察人之情形，其立法目的及所生當選席次如何決定之問題，與該證券交易法規定大致相同，自得類推適用該規定（指證券交易法第5、6項），認違反時，監察人之當選失其效力。

(二)主管機關見解：區分說，非公開發行公司由股東擇一擔任，公開發行公司類推適用證券交易法第26條之3第5項，監察人當選失其效力。

<sup>67</sup> 郭大維（2017），具控制從屬關係之法人分別指派代表人當選公司之董事及監察人，月旦法學教室，第173期，頁18-20。

**🔪 經濟部101年11月5日經商字第10102146330號函**

按公司法第27條第2項規定：「政府或法人為股東時，亦得由其代表人當選為董事或監察人。代表人有數人時，得分別當選，但不得同時當選或擔任董事及監察人。」是以，董事、監察人之選任，應有代表已發行股份總數過半數股東之出席，並依同法第198條規定選任之。倘政府或法人股東之代表人同時當選董事及監察人，有違反公司法第27條第2項但書規定之情事者，由政府或法人股東自行選擇其一方式處理，政府或法人股東選擇擔任董事或監察人後，其缺額應由公司另行補選之。至於公開發行公司，證券交易法另有規定者，從其規定，併為敘明。

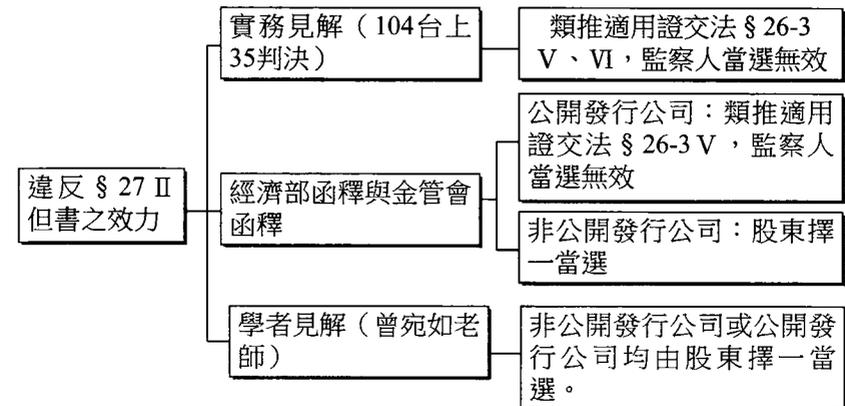
**🔪 金管會101年7月4日金管證發字第1010016444號函**

公開發行公司如有違反證券交易法第26條之3第2項，董事及監察人由政府或法人股東所派代表人同時當選之情事，主管機關基於維護資本市場穩定性及法律規範一致性，該政府或法人所派代表人當選之監察人無效<sup>68</sup>。

(三)學者見解（曾宛如老師）：違反證券交易法第26條之3第2項之法律效果並非同條第5項與第6項之射程範圍，故即便為公開發行公司之法人股東同時當選董事及監察人之情形，仍應回歸經濟部101年11月5日經商字第10102146330號函之見解由法人股東擇一當選。故無論係非公開發行公司或公開發行公司，均應由法人股東擇一當選。

<sup>68</sup> 此處金管會雖未言明為何當選監察人無效，但學者多認為違反證券交易法第26條之3第2項之法律效果並非同條第5項與第6項之射程範圍，故金管會此一結論乃類推適用證券交易法第26條之3第5項之結果。

(四)整理表：



**爭點限時通**

**【監察人當選失其效力後，應重新選舉或由次高票遞補？】**

(一)實務見解：股東投票行為並非無效，故不得由票數次多者遞補。

**🔪 最高法院104年台上字第35號民事判決**

上訴人主張因林○利等二人當選監察人無效，應由伊遞補云云，無非以：股東投票予林○利等二人之行為無效，扣除彼二人之無效票後，伊二人即屬所得選票代表選舉權較多者，依公司法第227條準用第198條第1項規定，應由伊二人當選監察人等詞為其論據。惟林○利等二人原即係獲得較多有效選票而當選監察人，僅因李○良等二人亦同時當選董事，致其當選失其效力，非股東投票之行為無效。林○利等二人所得之選票既非無效票，上訴人自無從以其得票數較多為由，主張當選監察人；遑論上訴人鍾○儀得票數尚在訴外人盧○吟之後，其主張遞補云云，尤屬無據。

(二)經濟部見解：缺額應由公司另行補選（參前揭經濟部101、11、5經商字第10102146330號函）。

(三)學說見解（劉連煜老師）：由次高票者遞補當選監察人乃成本最低之作法，應予肯定<sup>69</sup>。

## 二、最高法院104年台上字第35號民事判決的三個重要爭點整理：

- (一)持股100%之母子公司，不得同時當選相同公司之董事及監察人。
- (二)若已當選，應類推適用證交法第26條之3第5項，使監察人當選無效。
- (三)監察人當選無效後，不得由次高票遞補監察人。

## 三、修法建議（劉連煜老師）：學者<sup>70</sup>呼籲可以朝三個方向予以修正，分述如下：

- (一)刪除第27條，但可能因政府為掌握國營事業經營權而不可行。
- (二)僅刪除第27條第2項以解決代表人得推派數人，違反股東平等原則之問題。
- (三)僅針對第3項規定不可改派補足原任期。

### 筆者的話

公司法第27條的第1~3項雖各為學者所詬病，但問題最嚴重者乃第3項法人股東隨時改派之規定，股東之所以投票給候選人是因為認同候選人的專業與經營方針，但如果法人股東可以隨時改派，那股東投票不就投搞笑的嗎？假設一間電子公司的股東十分信任具電機研究所博士學歷的某甲，故選他擔任代表人董事，但依據公司法第27條第3

<sup>69</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁152，新學林。

<sup>70</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁153，新學林。

項，這位某甲當董事當到一半時，推派他的法人股東可以突然把某甲拔掉，換成農經博士某乙擔任代表人董事。這樣的立法設計，難怪遭受學界詬病。

### 有題有真相

A、B、C皆為非公開發行之非閉鎖性股份有限公司（下稱A公司、B公司、C公司）。A公司設有董事七席，監察人二席。B公司持有A公司40%之表決權股，並指定甲、乙、丙代表當選為A公司之董事；A公司另四名董事為丁、戊、己、庚<sup>71</sup>；甲並當選為A公司之董事長。B公司持有C公司75%之表決權股，C公司指派癸當選為A公司之監察人；A公司之另一名監察人為壬。B公司之董事有五名，分別是U、甲、X、Y、Z，其中U為董事長；監察人為M。現B擬將所持有價值3億元的土地出售給A公司。請附理由回答下列問題：

- (一) A公司董、監選舉時，董事得票第8高票之辛主張甲、乙、丙之當選無效，理應由他遞補為董事，請問有無理由？（20分）
- (二) A公司與B公司間就土地買賣，程序上應如何進行方始合法？現行公司法之規定有無不足之處？（20分）

【109台大法研】

### 爭點分析

- (一) 第一小題主要測驗同學對於公司法第27條第2項但書與最高法院104年台上字第35號判決之熟悉度。同學應先點出公司法第27條第2項但書之立法目的，再討論本案是否有援引該判決之餘地。本題與判決之事實略有不同，蓋B、C公司並非100%轉投資之法人，而僅係持有75%之股權。所以同學必須論述這樣的差異是否仍得援引該判決。在此建議同學援引該判決法理，往下比較好繼續作答。最後記得提到違反公

<sup>71</sup> 原題誤植為「戊、己、庚、辛」，但依題意應為「丁、戊、己、庚」方屬正確。

司法第27條第2項但書之法律效果，法院、主管機關有不同之解釋，應列出不同見解，並對於若監察人當選無效，得否遞補進行論述。

(二) 第二小題屬於傳統爭點，但應力求說理完整。首先應討論A公司之董事會中甲、乙、丙是否應迴避，此涉及「與董事具有控制從屬關係之公司」得否包含自然人之問題。再討論B公司之董事會中甲應否迴避，此涉及實務見解對於自身利害關係的限縮解釋是否妥當。最後則進入同學錯誤率較高的公司法第223條誰要派監察人的環節，這裡除了點出應由B公司派監察人外，亦應詳盡論述公司法第223條之法理與其不足之處。

### 擬答

(一) 辛之主張無理由，理由如下：

1. 公司法第27條第2項但書之立法意旨。

公司法第27條第2項但書規定法人股東不得推派數代表人同時當選董事與監察人，其立法旨趣乃因監察人係具備公益性質之公司監督機關，倘若與公司之董事受同一法人股東所控制，將難以達成有效監督之目的，有球員兼裁判之嫌，合先敘明。

2. B公司掌握C公司75%之股權，應至少得類推適用公司法第27條第2項但書。

最高法院104年台上字第35號判決謂，法人及其100%轉投資之法人雖獨立存在，但後者完全由前者掌控，故該二法人股東之代表人同時當選董事及監察人者，與同一法人之數代表人同時當選無異，應為公司法第27條第2項之文義所涵攝。前開判決見解雖將法條為擴張解釋，但仍係為避免球員兼裁判之情形。本文以為，公司法第27條第2項但書之射程範圍應透過修法使其包含法人及其轉投資之法人

推派代表人同時當選之情形。然而，修法以前，其擴張解釋仍符合立法目的且有利於公司治理，應值贊同。本題B公司持有C公司75%之股權，雖與判決中100%之轉投資有異，但仍具有極大之控制力，衡諸法規目的應援引前開判決意旨，至少類推適用公司法第27條第2項但書。

3. 應由B、C公司擇一當選A公司之董事或監察人。

承前所述，違反公司法第27條第2項但書之法律效果，實務與學說意見分歧。實務見解認為應類推適用證券交易法第26條之3第5項使監察人當選無效。經濟部之見解，則認為非公開發行公司之情形應由法人股東擇一當選董事或監察人即可。本文以為經濟部之見解較能尊重法人股東之意願，故令法人股東B、C擇一當選為妥。

4. A公司應進行補選而非遞補。

依題所示，辛主張應由其遞補為董事，但倘若採取法人股東B、C擇一當選之見解，則若法人股東選擇當選董事，則甲、乙、丙當選有效，辛自無遞補之餘地。退一步言，縱B、C選擇當選監察人，雖有學者謂甲、乙、丙當選失其效力應由次高票遞補以節省召開股東會補選之成本，惟本文以為股東之投票行為並非無效，故仍應進行補選為當，辛之主張並無理由。

(二) A公司之董事甲、乙、丙於A公司之董事會中以及B公司之董事甲於B公司之董事會中應進行資訊揭露並迴避表決。並應由M代表B公司與A公司議約並締約。現行法不足之處如下：

1. A公司之董事甲、乙、丙於A公司之董事會應進行資訊揭露並迴避表決。

(1) 公司法第206條之意旨：為健全公司治理並促使董事之行為透明

化，公司法第206條第2項課予董事就自身利害關係對董事會說明之義務，使董事會於資訊充足之狀態做成決定（informed decision）。董事不論於開會之前或事後，以書面或言語說明均無不可，且此項揭露不可以只是被動答詢更應主動揭露。董事會亦可能因董事具有自身利害關係而做成利己但不利公司之決議，故公司法第206條第4項準用第178條使有自身利害關係且有害公司利益之虞之董事迴避董事會中之表決，合先敘明。

(2) 本題甲、乙、丙應擬制具有自身利害關係。

然而，本題甲、乙、丙為A公司所指派當選之代表人董事，就A、B公司間之土地買賣是否有自身利害關係不無疑義。有論者認為公司法第206條第3項「與董事具有控制從屬關係之公司」僅能及於關係企業之法人與法人間，而不及於法人與其代表人間。本文以為，就法規之目的解釋，A公司依據公司法第27條第3項有隨時改派甲、乙、丙之權，使代表人董事對其唯命是從，仍應適用公司法第206條第3項擬制為有自身利害關係為妥。綜上所述，甲、乙、丙於A公司之董事會因被擬制有自身利害關係，故應進行資訊揭露與迴避表決。

2. B公司之董事甲於B公司之董事會中應進行資訊揭露並迴避表決。

本題甲身兼A公司之董事長與B公司之董事，雖實務見解對於自身利害關係採取限縮解釋，可能因為交易之對象為A公司而非甲本人而認為無自身利害關係。但本文以為於B公司之董事會中，殊難想像甲能一心一意為B公司之利益參與決議，故應採取經濟部較寬鬆之見解，認定甲具有自身利害關係而應進行資訊揭露與迴避表決。

3. 甲為A公司與B公司買賣，應由M代表B公司，且依照實務見解，應

由M負責與A公司議約及締約，不須經過B公司之董事會。

為確保董事為自己或他人與公司交易時不會和平日同僚狼狽為奸而侵害股東權益，公司法第223條規定此種情形應由客觀中立之監察人代表公司與董事或董事所代表之他人締約。本題甲代表A公司與自身擔任董事之B公司買賣土地，屬於董事為他人與公司交易，依公司法第223條應由B公司派監察人代表公司。然而，最高法院100年第3次民庭決議欲貫徹此一理念，更認為監察人除締約之外，更應負責前階段之議約，且過程無須經過董事會決議。

4. 現行法不足之處：公司法第223條之設計本身已有不足，實務見解之解釋更加深矛盾。蓋監察人並不一定客觀中立，既然資訊揭露與利益迴避之要件已臻明確，則由監察人代表公司締約之設計將不具意義。依最高法院之見解，監察人代表公司非僅締約而已，尚且包含議約，則使監察人僭越監督專業而進行商業判斷。且如最高法院所言第223條之程序無須經過董事會之決議，則董事應如何踐行第206條之資訊揭露與迴避表決？且要求有數監察人時應共同代表之見解與公司法第221條單獨行使監察權之意旨有違。縱認監察人僅有代表權而無議約權，這種代表顯然是畫蛇添足，畢竟重點在於議約而非最後「簽名」的動作。故監察人的角色無論採何種解釋均不能令人滿意。

5. 本文見解：現行法第223條之規定本質上並不恰當，因為董事為自己或他人而與公司交易之情形應將重點放在資訊充分揭露（full disclosure），應貫徹第206條第2項之說明義務及第4項之利益迴避義務，並使違反說明、迴避義務之董事對公司負損害賠償責任及歸入所獲利益，實不必保留公司法第223條，此條文破壞雙軌制的公

司結構並使業務執行機關與業務監督機關權責混亂，徒增困擾。既然如此，刪除公司法第223條可還原公司法之整體設計。

## 第3章

# 企業併購

## 第一節 企業併購概論

### 壹、法規內容：

#### ● 企業併購法 § 4

本法用詞定義如下：

- 一、公司：指依公司法設立之股份有限公司。
- 二、併購：指公司之合併、收購及分割。
- 三、合併：指依本法或其他法律規定參與之公司全部消滅，由新成立之公司概括承受消滅公司之全部權利義務；或參與之其中一公司存續，由存續公司概括承受消滅公司之全部權利義務，並以存續或新設公司之股份、或其他公司之股份、現金或其他財產作為對價之行為。
- 四、收購：指公司依本法、公司法、證券交易法、金融機構合併法或金融控股公司法規定取得他公司之股份、營業或財產，並以股份、現金其他財產作為對價之行為。
- 五、股份轉換：指公司讓與全部已發行股份予他公司，而由他公司以股份、現金或其他財產支付公司股東作為對價之行為。
- 六、分割：指公司依本法或其他法律規定將其得獨立營運之一部或全部之營業讓與既存或新設之他公司，而由既存公司或新設公司以股份、現

金或其他財產支付予該公司或其股東作為對價之行為。

七、母、子公司：直接或間接持有他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數之公司，為母公司；被持有者，為子公司。

八、外國公司：指以營利為目的，依照外國法律組織登記之公司。

## 貳、企業併購法之立法背景：

企業併購法於2002年立法之初乃為符合當時企業併購之需求，而當時企業併購之需求多為集團內各分子企業或個別公司之組織架構進行調整，並未涉及經營權易主。於是企業併購法制訂初期認為關係人迴避、權力濫用防範之規定並非必要，但近年併購方式漸趨多元，企業併購法之重心亦應與時俱進<sup>1</sup>。

## 參、企業併購法下併購之概念：

依據企業併購法第4條之定義，企業併購指公司之合併、收購及分割。而合併、收購及分割則為同條第3、4、6款所定義之行為。但併購之種類其實五花八門，並非僅限於企業併購法所規範之類型，如公司大幅現金增資，由第三人取得增資股份，亦得使第三人入主公司，如SOGO百貨之母公司大幅增資使遠流集團得入主SOGO百貨即是<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 方嘉麟等人（2021），M&A企業併購理論與實務，頁25，元照。此處引用方嘉麟部分。

<sup>2</sup> 方嘉麟等人（2021），M&A企業併購理論與實務，頁21，元照。此處引用方嘉麟部分。

## 第二節 公司合併

### 壹、法規內容：

#### ● 公司法 § 316

- I 股東會對於公司解散、合併或分割之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。
- II 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。
- III 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。
- IV 公司解散時，除破產外，董事會應即將解散之要旨，通知各股東。

#### ● 企業併購法 § 18

- I 股東會對於公司合併或解散之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。
- II 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。
- III 前二項股東會決議，屬上市（櫃）公司參與合併後消滅，且存續或新設公司為非上市（櫃）公司者，應經該上市（櫃）公司已發行股份總數三分之二以上股東之同意行之。
- IV 前三項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。
- V 公司已發行特別股者，就公司合併事項，除本法規定無須經股東會決議或公司章程明定無須經特別股股東會決議者外，應另經該

公司特別股股東會決議行之。有關特別股股東會之決議，準用前四項之規定。

VI公司持有其他參加合併公司之股份，或該公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事者，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，得行使表決權。

VII存續公司為合併發行之新股，未超過存續公司已發行有表決權股份總數之百分之二十，且交付消滅公司股東之現金或財產價值總額未超過存續公司淨值之百分之二者，得作成合併契約，經存續公司董事會以三分之二以上董事出席及出席董事過半數之決議行之。但與存續公司合併後消滅之公司，其資產有不足抵償負債之虞或存續公司有變更章程之必要者，仍應適用第一項至第四項有關股東會決議之規定。

## 貳、公司合併之意義：

二家以上之公司依其合併契約之約定而合併為一公司。因合併而消滅之公司不經清算程序（企併§24）。其權利義務由存續或新設公司概括承受（§75、319）。消滅公司之股東「原則上」取得存續或新設公司之股東身分<sup>3</sup>。合併乃數種併購類型當中，整合程度最大者，被併公司會消滅併入存續公司，其資產固然歸於存續公司，其員工也一併成為存續公司之員工而需要適應存續公司的制度與文化<sup>4</sup>。

<sup>3</sup> 但於現金逐出合併之情形，消滅公司之股東可能是取得現金為合併之對價，而並未成為存續公司之股東。又於正三角合併之情形，消滅公司之股東取得存續公司之母公司之股份而成為其股東，並非成為存續公司之股東。

<sup>4</sup> 方嘉麟等人（2021），M&A企業併購理論與實務，頁32，元照。此處引用方嘉麟部分。

## 參、公司合併之種類：

### 一、傳統分類：

#### (一)吸收合併：

1. 意義：兩家或以上之公司合併，其中一公司存續，其餘歸於消滅。

2. 示意圖：



#### (二)新設合併：

1. 意義：兩家或以上之公司合併，參與合併之公司全歸消滅，另成立一家新公司。

2. 示意圖：



### 二、新型態合併：

#### (一)簡易合併：

1. 法規內容：

##### ●<sup>5</sup>公司法 § 316-2（節錄）

I 控制公司持有從屬公司百分之九十以上已發行股份者，得經控制公司及從屬公司之董事會以董事三分之二以上出席，及出席董事過半數之決議，與其從屬公司合併。其合併之決議，不適用第三百十六條第一項至第三項有關股東會決議之規定。

##### ●<sup>6</sup>企業併購法 § 19

I 公司合併其持有百分之九十以上已發行股份之子公司或公司分別持有百分之九十以上已發行股份之子公司間合併時，得作成合併契約，經各該公司董事會以三分之二以上董事出席及出席董事過半數之決議行之。

2. 意義：簡易合併乃「持股數極高（超過90%）之控制公司與其從屬公司進行合併」或「由同一控制公司高度持股（超過90%）之數從屬公司間進行合併」之合併型態，不須經過股東會特別決議之繁瑣程序，可以僅以進行合併的兩公司之董事會特別決議通過，故稱之為簡易合併。

3. 示意圖：



(二)非對稱合併：

1. 法規內容：

●<sup>5</sup>企業併購法 § 18

VII 存續公司為合併發行之新股，未超過存續公司已發行有表決權股份總數之百分之二十，且交付消滅公司股東之現金或財產價值總額未超過存續公司淨值之百分之二者，得作成合併契約，經存續公司董事會以三分之二以上董事出席及出席董事過半數之決議行之。但與存續公司合併後消滅之公司，其資產有不足抵償負債之虞或存續公司有變更章程之必要者，仍應適用第一項至第四項有關股東會決議之規定。

●<sup>5</sup>企業併購法修正草案 § 18

VII 存續公司為合併發行之新股，未超過存續公司已發行有表決權股份總數之百分之二十，或交付消滅公司股東之股份、現金或其他財產價值總額未超過存續公司淨值之百分之二十者，得作成合併契約，經存續公司董事會以三分之二以上董事出席及出席董事過半數之決議行之。但與存續公司合併後消滅之公司，其資產有不足抵償負債之虞或存續公司有變更章程之必要者，仍應適用第一項至第四項有

關股東會決議之規定。

2. 意義：併購公司（存續公司）之規模遠遠大於被併購公司（消滅公司）時，對於存續公司之股東影響較小，故存續公司方僅經過董事會特別決議即可，但規模小的被併購公司仍要依照一般併購程序進行，亦即應經過股東會特別決議通過。簡言之，此乃小蝦米消滅而大鯨魚存續之併購。

然而，現行法之非對稱式合併，係以公司為併購發行之新股未超過該公司已發行有表決權股份總數20%「且」併購公司交付被併購公司股東之對價總額未超過併購公司淨值2%。立法者為增加併購之彈性與效率，放寬適用非對稱合併之條件，故參考日本會社法之相關規定，於草案中修改為存續公司為合併發行之新股，未超過存續公司已發行有表決權股份總數之20%，「或」交付消滅公司股東之對價總額未超過存續公司淨值之20%者皆得行非對稱式合併之簡易程序。且對價除原本的現金或財產外亦增加「股份」之種類<sup>5</sup>。

3. 示意圖：



(三)現金逐出合併：

1. 法規內容：

●<sup>5</sup>企業併購法 § 4③

合併：指依本法或其他法律規定參與之公司全部消滅，由新成立之公司概括承受消滅公司之全部權利義務；或參與之其中一公司存續，由存續公司概括承受消滅公司之全部權利義務，並以存續或新設公司之股份、或其他公司之股份、現金

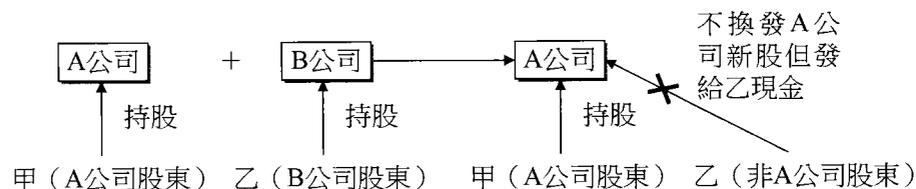
<sup>5</sup> 企業併購法修正草案第18條之說明。

或其他財產作為對價之行為。

2. 意義：此制度乃持有多數股權之控制股東，得以「現金」為合併之對價，利用股份多數決的強制性作法，令少數股東於合併後喪失成為存續公司股東或新設公司股東之資格。

然而，此種合併等同強制股東賣出股票，拿錢走人，消滅其對公司之所有權，有學者認為與政府強制徵收人民之土地無異。此種合併通常會受到法律的特別檢視，以防止大股東濫權壓迫少數股東。尤其於一般而言較容易濫權之大股東或管理階層發起之現金逐出合併更強調資訊揭露、利益迴避與專業人士介入以保護少數股東權益<sup>6</sup>。

3. 示意圖：



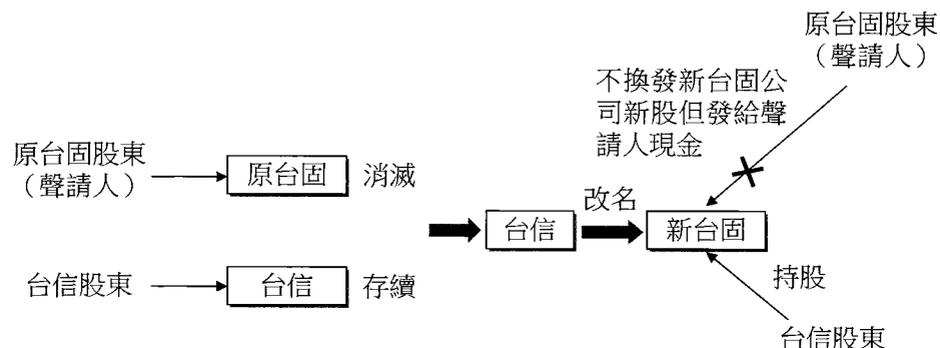
#### 肆、現金逐出合併之憲法問題——釋字第770號解釋專題研討：

一、事實背景：釋字第770號聲請人玉禮實業股份有限公司原持有「原台固公司」70萬股。原台固公司於96年召開股東常會決議，於同年12月28日與台信公司合併，由台信公司以每股現金新臺幣（下同）8.3元之價格吸收合併原台固公司。合併後，台信公司更名為新台固公司。聲請人名下之股份於公司合併時，遭轉換為現金581萬元，並託管於證券公司。聲請人乃訴請新台固公司返還股票，經

<sup>6</sup> 方嘉麟等人 (2021)，M&A企業併購理論與實務，頁32，元照。此處引用方嘉麟部分。

用盡審級救濟途徑後，聲請解釋憲法，主張確定終局判決所適用之企業併購法第4條第3款規定及91年2月6日制定公布之企業併購法（下稱舊法）第18條第5項規定有牴觸憲法第7、15、22及23條之疑義。

二、示意圖：



三、解釋文：

#### 釋字第770號解釋

【企業併購法現金逐出合併暨股東及董事利益迴避案】

企業併購法第4條第3款規定：「合併：指依本法或其他法律規定參與之公司全部消滅，由新成立之公司概括承受消滅公司之全部權利義務；或參與之其中一公司存續，由存續公司概括承受消滅公司之全部權利義務，並以……現金……作為對價之行為。」以及中華民國91年2月6日制定公布之公司法第18條第5項規定：「公司持有其他參加合併公司之股份，或該公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事者，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，得行使表決權。」然該法104年7月8日修正公布前，未使因以現金作為對價之合併而喪失股權之股東，及時獲取合併對公司利弊影響暨有前揭企業併購法第18條第5項所列股東及董事有關其利害關係之資訊，亦未就股份對價公平性之確保，設置有效之權利救濟

機制，上開二規定於此範圍內，與憲法第15條保障人民財產權之意旨有違。

聲請人得於本解釋送達之日起2個月內，以書面列明其主張之公平價格，向法院聲請為價格之裁定。法院應命原因案件中合併存續之公司提出會計師查核簽證之公司財務報表及公平價格評估說明書，相關程序並準用104年7月8日修正公布之企業併購法第12條第8項至第12項規定辦理。

四、釋憲結果與理由概述：本案所涉及之釋憲標的有二，其一乃企業併購法第4條第3款之「現金逐出合併」（系爭規定一），其二乃企業併購法第18條第5項<sup>7</sup>之「參加合併公司為其他參加合併公司之股東或董事時，於其他參加合併公司之股東會與董事會中就關於合併之事項不需要進行利益迴避」之規定<sup>8</sup>（系爭規定二）。大法官解釋之範圍除了指出93年之舊企業併購法的不當以外，亦指出104年修正之企業併購法，雖然解決93年舊法的許多問題，但仍有不夠好的地方。

（一）現金逐出合併之併購方式合憲：針對企業併購法第4條第3款之「現金逐出合併」，大法官認為合併為企業尋求發展及促進經營效率之正當方式之一，故立法者原則上有相當之立法裁量權限，使企業得以在維護未贊同合併股東之權益下，進行自主合併。故只要做到有維護未贊同合併股東的權益這點，現金逐出合併這種併購方式「合憲」。

（二）不需要進行利益迴避之規定合憲，但是未顧及少數股東之

<sup>7</sup> 104年以後已改為第6項。

<sup>8</sup> 此規定與公司法第178條股東於股東會中就有自身利害關係之事項應進行迴避之規定不同。也與公司法第206條第4項準用第178條，董事會中有自身利害關係之董事應進行迴避之規定不同。算是於企業併購時，為促成併購順利進行特別放寬允許股東與董事不用迴避之規定。

資訊獲取權與公平價格之確保部分違憲。

針對企業併購法第18條第5項無須迴避之規定，大法官認為公司股東及董事於參與表決時之利益迴避規範，本為公司治理之重要原則。然鑒於合併通常係為提升公司經營體質，強化公司競爭力，故不致發生有害於公司利益之情形，且公司持有其他參加合併公司之一定數量以上股份，以利通過該參與合併公司之決議，亦為國內外合併收購實務上常見之先購後併作法，故系爭規定二許該條所示之股東及董事參與其他參加合併公司之合併決議，尚非全無正當理由。是關鍵並非在於有利害關係之股東及董事應否迴避，而係在於相關規定對未贊同合併之股東之利益，有無提供充分保護。故只要充分保護未贊同合併股東之利益，企業併購法第18條第5項無須迴避之規定亦為「合憲」。但無論是93年之就企業併購法或104年修正後之現行法，對於未贊同合併之股東的保護皆有「未臻妥適」之處，分述如下：

1. 獲取充分資訊之確保機制：就充分資訊之部分，法律至少應使未贊同合併之股東及時獲取合併對公司利弊影響之重要內容、有關有利害關係股東及董事之自身利害關係之重要內容及贊成或反對併購決議理由之資訊。93年之舊法未使因以現金作為對價之合併而喪失股權之股東，於相關會議開會之一定合理期間前，及時獲取合併對公司利弊影響暨有系爭規定二所列股東及董事有關其利害關係之資訊。
2. 公平價格確保之有效權利救濟機制：就公平價格確保之有效權利救濟機制部分，法律應確保對價之公平性，避免此種股東及董事以多數決之方式，恣意片面訂定價格。93修正公布之企業併購法第12條對於價格公平性之確保，有基本之救濟規範。惟此法院裁定之機制，僅適用於股東主動請求收買股票之情形，並不適用於未贊同合併之股東不願被收買，然卻因現金逐出合併而遭剝奪股權之情形。

3. 未來仍有修正企業併購法之必要：

(1) 現行法未能達成於「開會前」及時提供資訊，資訊不足亦無救濟管道。

現行企業併購法第5條第3項雖要求董事進行利害關係說明，但並未要求於董事會及股東會開會之一定合理期間前，及時使其他股東獲取相關資訊。且於有利害關係之股東及董事所提供之資訊仍有不足時，在現行企業併購法之下，其他股東並無有效之機制，促使其提供完整之資訊。

(2) 現行法股份收買請求權不適用於股東想繼續待在公司當股東但被迫現金逐出的情形。

又現行企業併購法第12條之股份收買請求權仍然僅適用於股東主動請求收買股票之情形，並不適用於未贊同合併之股東不願被逐出，然卻因現金逐出合併而遭剝奪股權之情形。

五、解釋理由書整理表：

	資 訊	價 格
93年之企業併購法	並無規範	舊企併法 § 12 I、II 之基本救濟規範。
104年之企業併購法	企併法 § 5 III，董事應向董事會、股東會說明。	現行企併法 § 12 I ②、VI ~ XII 之較完整的保障規範。
未來應修法之方向	應加上1.「股東會前合理期間應知悉」及2.「資訊不足時之有效請求資訊機制」	應加上股東「被動」（未放棄表決權）被逐出之情形。

六、大法官不同意見書：

 黃虹霞大法官釋字第770號解釋部分不同意見書（節錄）

股份除了具有財產價值外，還表彰其持有人為公司股東之地位，所以本件現金逐出是否合憲爭議尚涉及股東身分之剝奪，大股東經由其表決權之行使，以其參與決定之價格將未同意合併之小股

東股份強制收回，使異議股東喪失其為公司股東身分，既涉及股東身分之剝奪，則自己非僅財產權之爭執而已，另涉及投資自由之限制；而且因只是逐出異議股東，其他贊成合併之股東仍保留其為公司股東之身分，故應已另涉及憲法第7條所保障之平等權問題。

有容乃大、萬物都有其功能；節省股東會開會成本等可以合理化現金逐出合併制度嗎？

併購方式多種，現金逐出合併僅為其一，捨之尚有多項選擇，故沒有必擇之理，捨之也不致過度防礙合併。又合併不必然能提升公司經營體質，強化公司競爭力，故企業併購法第1條之立法理由已不當然具正當性。更何況本件爭執之現金逐出合併之現金逐出手段究如何能提升競爭力等，匪疑所思。現金逐出合併，不過是使多數股東無須與少數股東進行磋商，而加速合併之進行而已，其理由能謂正當嗎？

七、釋字第770號解釋所帶動之企業併購法修正草案與評析（楊岳平老師）<sup>9</sup>：釋字第770號解釋做成後，各界對於企業併購

法之少數股東保護提出各種檢討之建議，主要議題如下：

- (一) 加強董事資訊揭露以利其他董事與股東知悉併購細節。
- (二) 加強特別委員會之作用以審議併購之公平性與合理性，並享有否決併購之權限。
- (三) 利害關係股東與董事進行迴避，亦即企業併購法第18條第6項無須迴避之規定是否應進行修改，改為至少一定程度之迴避表決權？
- (四) 提高股東會通過合併案之門檻，避免大股東濫行通過不利少數股東之合併。
- (五) 放寬異議股東請求收買股份之資格，不再要求放棄表決權始得請

<sup>9</sup> 楊岳平（2021），論商業法院的商事法制再造功能——釋字第770號解釋、企業併購法修正草案及商業法院的股份收買價格裁定，月旦法學雜誌，第310期，頁101-103。

求收買股份。

然而，企業併購法草案僅針對大法官宣告違憲之(一)及(五)部分進行處理，(二)至(四)未獲草案採納，可見該草案未能全盤檢討現行併購交易程序對少數股東保護不足之部分。

### 筆者的話

企業併購法修正草案，就大法官所宣告違憲的「開會前及時提供資訊」之部分，修改於第5條第4項與第5條之1。該二條規定有利害關係之董事應於召集事由中揭露利害關係之重要內容及贊成或反對併購決議之理由，該等資訊並得置於網站供股東於開會前閱覽。

#### ●企業併購法修正草案 § 5 (節錄)

IV 前項情形，公司應於股東會召集事由中敘明董事利害關係之重要內容及贊成或反對併購決議之理由，其內容得置於證券主管機關或公司指定之網站，並應將其網址載明於通知。

#### ●企業併購法修正草案 § 5-1

I 公開發行股票公司之持有已發行股份總數超過百分之十之股東且為其他參加併購公司之董事就與該公司併購事宜決議之股東會，應說明其利害關係之重要內容及贊成或反對併購決議之理由。

II 前項情形該公司應於股東會召集事由中敘明股東利害關係之重要內容及贊成或反對併購決議之理由，其內容得置於證券主管機關或公司指定之網站，並應將其網址載明於通知。

### 爭點限時通

**【公司合併時，有利害關係之股東與董事得否行使表決權？】**

(一)肯定說(釋字770)：企業併購法第18條第6項規定「公司持有其他參加合併公司之股份，或該公司或其指派代表人當選為

其他參加合併公司之董事者，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，得行使表決權。」釋字第770號解釋已經揭示關鍵並非在於有利害關係之股東及董事應否迴避，而係在於相關規定對未贊同合併之股東之利益，有無提供充分保護。故只要充分保護未贊同合併股東之利益，企業併購法第18條無須迴避之規定亦為「合憲」。

#### (二)區分說(周振鋒老師)<sup>10</sup>：

1. 董事應迴避：董事對於併購成功與否扮演舉足輕重之角色，故對董事利害衝突宜採較廣義解釋，除要求董事負說明義務外，更應迴避表決始能滿足其對公司的忠實義務。
2. 股東不須迴避：大股東參與表決雖然存在爭議，但考量鼓勵併購與財產權自益之性質，股東投票乃為了私益，應不須迴避。

#### 八、釋字770號解釋後的實務見解發展——雷亞案之最高法院判決：

##### 最高法院107年台上字第1834號民事判決

因而欲行現金逐出合併，須基於目的之正當性、遵循正當程序之要求及公平價格確保之有效權利救濟機制(司法院釋字第770號解釋意旨參照)……應依上開說明嚴格審查現金逐出合併之股東會決議，以保障少數股東之權益。而基於少數股東獲得合併之資訊不足、不易結合，且無餘力對合併案深入瞭解，執有公司多數股份股東或董事會欲召集股東會對於公司合併為決議者，自應於相當日前使未贊同合併之股東及時獲取合併對公司利弊影響之重要內容、有關有利害關係股東及董事之自身利害關係之重要內容、贊成或反對併購決議之理由、

<sup>10</sup> 方嘉麟等人(2021)，M&A企業併購理論與實務，頁69，元照。此處引用周振鋒部分。

收購價格計算所憑之依據等完整資訊，其召集始符合正當程序之要求，否則即應認有召集程序之違法。

**學者評釋** 【曾宛如老師】<sup>11</sup>

該判決之見解值得贊同，且判決中「應依上開說明嚴格審查現金逐出合併之股東會決議」與美國法上強化司法審查之概念相似。雷亞案中有董事與其他股東利益衝突之情形，故應確保股東得否知悉此利益衝突之資訊。我國併購之特別委員會權力有限，亦無美國之完全公平測試法則（entire fairness test），法院嚴格審查併購股東會決議之實益僅在於是否應撤銷該決議而已。但除非配合假處分的進行，否則撤銷決議時公司可能已合併完成，故仍然是公平價格之決定機制較為重要。

**筆者的話**

老師所提到的「完全公平測試法則」究竟是甚麼？筆者在此稍作介紹。在美國德拉瓦州最高法院於1983年所審理，亦為現金逐出合併的「溫伯格訴UOP公司案」（Weinberger v. UOP, Inc.）即使用了這個法則。

當董事有利益衝突（同時在併購雙方任職）時，必須表現出最大限度的忠誠和最高程度的公平，故於訴訟上他們需要證明交易對少數股東是完全公平的。尤其在現金逐出合併中，有利益衝突之董事必須證明該交易為完全公平（entire fairness），其中要證明到過程公平（fair dealing）以及結果公平（fair price）。利益衝突董事應證明1.有進行利益衝突事實的資訊揭露、2.該交易已取得多數無利害關係之知情董事或股東的同意、3.利益衝突交易對公司是公平的。但由於該項證明十分困難，故有利益衝突之董事最好選擇迴避<sup>12</sup>。

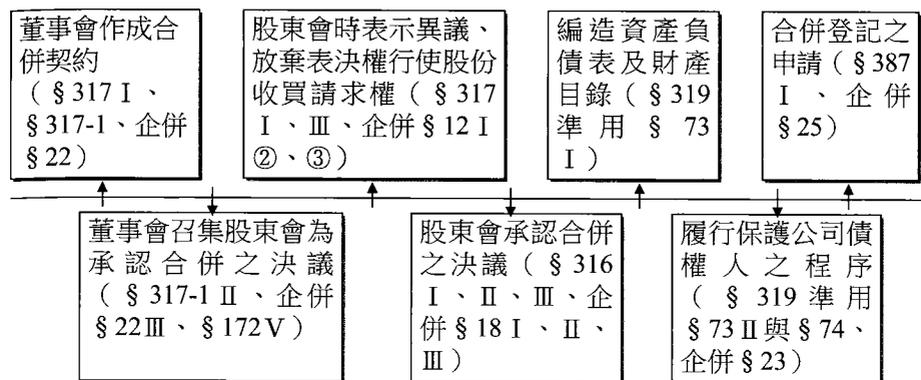
由此可見美國法並未強制利害關係人迴避，但使用了幾乎難以舉

<sup>11</sup> 曾宛如（2020），公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，第300期，頁138。

<sup>12</sup> 苗壯（2007），美國公司法——制度與判例，頁388-390，法律出版社。

證成功的完全公平測試法則促使有利益衝突之董事自動迴避，否則追究其違反忠誠義務（duty of loyalty）之責任。

伍、公司合併之程序：



**爭點限時通**

【不同種類之公司間是否有合併之可能？<sup>13</sup>】

- (一) 股份有限公司 + 股份有限公司 = 股份有限公司。  
( § 316-1 I、企併 § 20)
- (二) 股份有限公司 + 有限公司 = 股份有限公司。  
( § 316-1 I、企併 § 20)
- (三) 無限公司 + 無限公司 = 無限公司。
- (四) 兩合公司 + 兩合公司 = 兩合公司。
- (五) 兩合公司 + 無限公司 = 兩合公司或無限公司。

<sup>13</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁166，新學林。

## 陸、特別委員會的設置：

### 一、法規內容：

#### ●企業併購法 § 6

I 公開發行股票之公司於召開董事會決議併購事項前，應設置特別委員會，就本次併購計畫與交易之公平性、合理性進行審議，並將審議結果提報董事會及股東會。但本法規定無須召開股東會決議併購事項者，得不提報股東會。

II 前項規定，於公司依證券交易法設有審計委員會者，由審計委員會行之；其辦理本條之審議事項，依證券交易法有關審計委員會決議事項之規定辦理。

III 特別委員會或審計委員會進行審議時，應委請獨立專家協助就換股比例或配發股東之現金或其他財產之合理性提供意見。

IV 特別委員會之組成、資格、審議方法與獨立專家之資格條件、獨立性之認定、選任方式及其他相關事項之辦法，由證券主管機關定之。

#### ●公開發行公司併購特別委員會設置及相關事項辦法 § 4

I 特別委員會成員之人數不得少於三人，其中一人為召集人，公開發行公司設有獨立董事者，應由獨立董事組成；無獨立董事、獨立董事未符合第二項資格或獨立董事人數不足之部分，由董事會遴選之成員組成。

II 特別委員會成員之資格，應符合公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第二條及第三條規定，且不得與併購交易相對人為關係人，或有利害關係而足以影響獨立性。

III 前項及第六條第二項所稱關係人，依證券發行人財務報告編製準則規定認定之。

### 二、制度功能：職司將併購計畫與交易之「公平性」與「合理性」揭

露於董事會及股東會，供不具專業性之股東作為參考，以明智作出是否贊成併購之決定。此委員會之建立亦可減輕董事之忠實義務，並達成保護小股東之目的。

三、組成方式：公司有審計委員會者由審計委員會行使其職權，若無則由獨立董事三人以上組成，無獨立董事者由董事會遴選人員組成。

四、制度問題（方嘉麟老師）<sup>14</sup>：方嘉麟老師認為，我國之特別委員會之功能不如國外，應可歸咎於三個原因：

(一)我國股權相對英美集中，大股東力量強大，不但特別委員會或獨立董事之公正性受到質疑，即便委員會之審議結果反對併購，大股東仍可以其表決優勢通過併購決議。

(二)特別委員會通常都在併購大局底定後方進行審查，審查結果難以翻盤。

(三)因為我國敵意併購困難，即便委員會指出A公司併購B公司之價格過低而不公平，但實際上並無另一間C公司（併購競爭者）願意出更高的價格收購B公司，導致委員會之建議形同空話。

### 五、「特別委員會」與「審議委員會」之比較：

#### (一)法規內容：

#### ●公開收購公開發行公司有價證券管理辦法 § 14-1（節錄）

I 被收購有價證券之公開發行公司於接獲公開收購人依第九條第三項規定申報及公告之公開收購申報書副本、公開收購說明書及其他書件後，應即設置審議委員會，並於七日內公告審議結果。

<sup>14</sup> 方嘉麟等人（2021），M&A企業併購理論與實務，頁50，元照。此處引用方嘉麟部分。

II 前項之審議委員會應審議公開收購條件之公平性、合理性及就本次收購對其公司股東提供建議。

(二) 審議委員會簡介：企業併購法所設置之「特別委員會」其組成與制度目的與公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第14條之1所規定之「審議委員會」極為相似。審議委員會乃101年管理辦法修正時所新增之組織，亦即公開收購時由目標公司之獨立董事（無獨立董事者由董事會遴選人選）組成類似美國法上特別委員會之獨立的委員會，職司審議收購條件之公平性、合理性及本次收購對其公司股東的建議。應注意的是，審議委員會只有在公司被「公開收購」時方有適用，並非所有之併購皆適用。

### 第三節 合併異議股東之股份收買請求權

#### 壹、股份收買請求權概述：

一、意義：股份收買請求權（appraisal rights）是指當公司股東不同意公司進行某一重要而具基礎性變更（fundamental changes）行為時，依法給予該股東得請求公司以公平價格購買其持股之權利<sup>15</sup>。

#### 二、制度存在的目的：

- (一) 不同意之股東原投資期望已經破裂，應給予退場機制。
- (二) 重要之公司交易可能對小股東有不良影響，應給予退場機制。

<sup>15</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁174，新學林。

三、性質：自益權、固有權（不得以章程加以剝奪）、形成權（透過股東單方面之意思強制使公司收購其股份，毋庸待公司承諾）。

四、法規依據：公司法第186條、第316條之2、第317條、企業併購法第12、19、30、37條。

#### 五、公平價格之認定：

##### (一) 實務見解：

1. 有證券市場交易價格：股東會決議日之價格（當日最高價或最高加最低之均價）。
2. 無證券市場交易價格（未上市、上櫃）：參酌市場因素、經營績效及未來發展定之。

(二) 德拉瓦州最高法院：採取「現代財務法」（modern finance methods），允許當事人舉證以任何金融財務界所承認或可接受之方法所算出之股份價值為公平價格。

#### 貳、裁定公平價格之程序：

##### 一、法規內容：

##### ◆ 企業併購法 § 12（節錄）

VI 股東與公司間就收買價格達成協議者，公司應自股東會決議日起九十日內支付價款。未達成協議者，公司應自決議日起九十日內，依其所認為之公平價格支付價款予未達成協議之股東；公司未支付者，視為同意股東依第二項請求收買之價格。

VII 股東與公司間就收買價格自股東會決議日起六十日內未達成協議者，公司應於此期間經過後三十日內，以全體未達成協議之股東為相對人，聲請法院為價格之裁定。未達成協議之股東未列為相對人者，視為公司同意該股東第二項請求收買價格。公司撤回聲請，或受駁回之裁定，亦同。但經相對人陳述意見或裁定送達

相對人後，公司為聲請之撤回者，應得相對人之同意。

二、**修法歷程**：93年之舊法由各股東分別聲請法院裁定公平價格，104年新修正企業併購法第12條由公司在同一程序中就所有異議股東聲請法院裁定公平價格，可以避免以往由各異議股東個別聲請之亂象，達紛爭解決一次性（企併§12VII）。

### 爭點限時通

**【企業合併決議中，行使股份收買請求權之異議股東得否加入股東會行使表決權？】**

(一)否定說（林國全老師、經濟部函釋）為促使企業合併決議容易成立，股東放棄表決權為行使股份收買請求權之前提要件。

1. 放棄表決權之部分，應類推適用公司法第180條第2項，不計入已出席股東之表決權數。
2. 企業併購法第12條：條文中均有「放棄表決權文字」，應類推公司法第180條第2項，不計入已出席股東之表決權數，使合併決議較易成立，符合公司法鼓勵合併之精神。

 經濟部96年12月13日經商字第09602431140號函

公司進行併購時，異議股東除需就該議案作成決議之「股東會集會前或集會中，以書面表示異議，或以口頭表示異議經記錄」外，尚以「放棄表決權」為要件。是以，「放棄表決權」之股東即「不得參加表決」，並進而類推適用公司法第180條第2項規定，該放棄之表決權數，不算入已出席股東之表決權數。惟具體個案事實之認定，允屬司法機關認事用法之範疇。

### 筆者的話

林國全老師之見解可能同學較難以理解，筆者在此舉個例子向各位說明。假設今天A、B二公司進行合併，該合併之股東會已經達到已發行股份總數三分之二以上股東出席之定足數之要求，僅剩表決權是否過半數同意之問題。假設該公司所有股東共有10,000個表決權，贊成合併者占4,500表決權，反對合併者占3,500表決權，放棄表決權者占2,000表決權。依據現行法，贊成表決權數／已出席股東之表決權數=4,500／10,000，並未超過半數，該合併決議並未通過。惟若依照林國全老師「放棄表決權之部分類推適用公司法第180條第2項」之見解，則分母「已出席股東之表決權數」將扣除2,000個表決權。使贊成表決權數／已出席股東之表決權數=4,500／(10,000-2,000)=45,00／8,000超過半數，合併之決議通過。這也是為何林國全老師主張類推適用公司法第180條第2項有助於促使合併案易於成立。

(二)肯定說（劉連煜老師）：

1. 公司法第317第1項僅規定「得」放棄表決權，並未規定股東「應」放棄表決權。
2. 相較於放棄表決權，容許股東行使表決權，並投下反對票，其反對之意思更為明確，自無否定其行使股份收買請求權之理。
3. 目前企併法規定必須放棄表決權之規定，並不合理。

(三)肯定說（蔡英欣老師）<sup>16</sup>：

1. 反對股東需放棄表決權之立法模式缺乏合理性，應僅排除股東會中行使贊成票股東行使股份收買請求權。

<sup>16</sup> 蔡英欣（2014），股份收買請求權制度之檢討，全國律師，2014年2月，頁49-61。

2. 侵奪少數股東在公司重大議案上積極參與表決之機會。

3. 美、日立法例，無類似規範。

(四)肯定說（企業併購法修正草案）：企業併購法修正草案第12條規定「股東會集會前或集會中，以書面表示異議，或以口頭表示異議經紀錄，並投票反對或放棄表決權者」均得行使股份收買請求權。此乃基於釋字第770號解釋應賦予「未贊同合併之股東不願被逐出，然卻因現金逐出合併而遭剝奪股權」之股東獲得公平對價的救濟機制<sup>17</sup>。

### 爭點限時通

【併購時，並非投「反對票」之「未贊同合併之股東」（例如未出席之股東），得否請求公司收買股份？】

(一)問題意識：釋字第770號解釋謂「未贊同合併之股東」亦應適用公平價格裁定機制。目前企業併購法修正草案，將「未贊同合併之股東」解釋為「反對合併」之股東，而增列投票反對之股東亦得請求收買股份。但未贊同合併之股東並不僅只有投反對票者一種，「未出席股東會」之股東亦屬於「未贊同合併」，則其是否得行使股份收買請求權？

(二)否定說（通說）：

1. 現行制度已有股份收買請求權保障少數股東，未遵行出席及表示異議之股東屬於怠於行使權利，並無保護必要。
2. 若保障未出席股東得行使股份收買請求權，可能內心贊成合併之股東亦透過不出席股東會之方式進行投機，保留行使股份收買請求權之機會。

<sup>17</sup> 方嘉麟等人（2021），M&A企業併購理論與實務，頁58-59，元照。此處引用方嘉麟部分。

(三)肯定說（邵慶平老師）<sup>18</sup>：

1. 學說上早已有投「反對票」得否請求收買股份之爭議，大法官大可明確以投「反對票」之股東稱之，無須刻意稱「未贊同合併之股東」，可見大法官所指涉之「未贊同合併之股東」範圍應較投「反對票」者為廣。
2. 若股東不符合股份收買請求之要件，例如忘記表示異議，即責以「在權利上睡覺」的失權效果，難免過苛。
3. 現行法下在現金逐出合併中，行使股份收買請求權者可以因法院裁定而獲得更高之對價，未行使者只能接受公司決議之價格。論者或許會以「法律只保護懂法律的人」說明其差別，但此制度設計之正當性不無疑問。

### 爭點限時通

【股份轉換基準日時，對異議股東之股份如未完成價款之交付，股東是否仍可選擇轉換股份？亦即原先請求收買股份之股東，於股份轉換基準日反悔不行使股份收買請求權而欲留在合併後公司，是否可行？】

(一)肯定說（經濟部見解）：

 經濟部經商字第09202250560號函

按股東就股東會承認合併契約，在集會前或集會中以書面表示異議，係屬股份收買事宜，至表示異議股東之股份收買價格於「合併基準日」後議定或裁定，與股份之銷除，係屬二事。又依最高法院69年度臺上字第2613號判決略以：「法院裁定公司收買股份之價格非自裁定起即生股份移轉之效力」。是以，股份之移轉效力，自價款交付時生效。即對於

<sup>18</sup> 邵慶平（2021），司法院釋字第770號解釋與企業併購法的修法方向，月旦匯豐學院講座，元照。

合併異議股東之股份於股份轉換時，已支付價款並收買其股份之情形，自排除其參與股份轉換，惟如於「股份轉換基準日」時，對異議股東之股份如未完成價款之交付，自得轉換股份。本部90年4月23日經商字第09002068010號函，爰予補充。

(二)否定說(劉連煜老師)<sup>19</sup>：劉連煜老師認為該函釋看似有其道理，但股份收買請求權係屬形成權，一經行使即造成法律關係之變動，何以因價款何時支付而生變動。股份收買請求權係為保護少數股東，但亦不容許少數股東事後隨意翻覆。

## 第四節 公司分割與營業讓與

### 壹、公司分割之意義：

公司分割(split off)是指公司為進行組織改造，調整其業務經營與組織規模，將其營業之全部或一部使他公司概括承繼之一種程序。

### 貳、分割之態樣：

一、物之分割與人之分割：被分割公司之「分出去之部分」由被分割公司取得者，稱母子式分割又稱物之分割，「分出去之部分」由被分割公司之原股東按持股比例取得者稱兄弟式分割，又稱人之分割。

二、存續分割與消滅分割：被分割公司僅分割其一部分之營業部

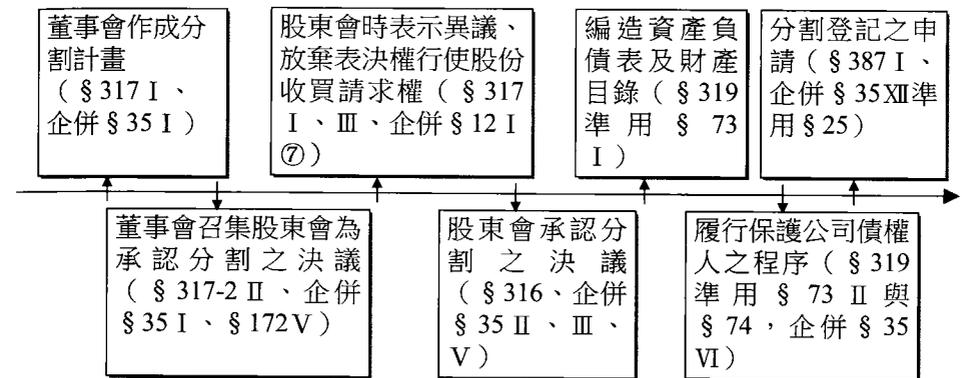
門，於分割後尚存續者稱存續分割；被分割公司分割其全部營業部門，於分割後法人格消滅者稱消滅分割。

三、新設分割與吸收分割：被分割公司「分出去之部分」由既存之公司承受者為吸收分割；「分出去的部分」由新設之公司承受者為新設分割。

### 參、公司分割與公司種類之限制：

僅股份有限公司可以進行公司分割，且承受營業之既存公司與新設公司均僅以股份有限公司為限(§316-1 II、企併§35 XI)。

### 肆、公司分割之程序：



### 伍、營業(財產)讓與之意義：

#### ◆公司法 §185

I 公司為下列行為，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之：

一、締結、變更或終止關於出租全部營業，委託經營或與他人經常共同經營之契約。

<sup>19</sup> 劉連煜(2018)，現代公司法，增訂十三版，頁177，新學林。

二、讓與全部或主要部分之營業或財產。

三、受讓他人全部營業或財產，對公司營運有重大影響。

II 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。

III 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。

IV 第一項之議案，應由有三分之二以上董事出席之董事會，以出席董事過半數之決議提出之。

## 陸、公司分割與營業（財產）讓與之差異：

一、依照企業併購法第4條第6款，公司分割得以股份、現金或其他財產為對價，營業讓與則無對價上之限制。

二、公司分割須踐行保護債權人程序（§ 319準用§ 73 II、§ 74；企併§ 35 VI），營業讓與毋須踐行保護債權人程序。

三、公司分割中，被分割公司之權利義務由新設或存續公司概括承受；營業讓與則除非有特別約定，否則不概括承受，各種資產與權利皆須個別移轉。所以，對於收購該營業或財產的公司而言，整合之程度可能高也可能低，若僅收購資產，與單純資產買賣之差別不大；但若購買營業部門，則可能整合程度極高，因為該部門將整合為受讓的公司之一個部門或變成其子公司<sup>20</sup>。

## 柒、營業讓與中「主要部分」之營業或財產，其主要部份如何判定？

一、舊實務見解：所營事業不能成就說。

<sup>20</sup> 方嘉麟等人（2021），M&A企業併購理論與實務，頁33，元照。此處引用方嘉麟部分。

視其營業或財產讓與後是否足以影響公司所營事業之不能成就。

### 最高法院81年台上字第2696號民事判決

查公司法第185條第1項第2款所謂讓與主要部分之營業或財產，係指該部分營業或財產之轉讓，足以影響公司所營事業之不能成就者而言。

### 學者評釋 【劉連煜老師】

學者認為該見解過於嚴格，可能導致公司法第185條第1項第2、3款無適用之可能<sup>21</sup>。

## 二、學者見解（劉連煜老師）：質與量分析法<sup>22</sup>。

不僅單以交易標的價值作為衡量依據，並兼顧系爭交易對公司「質」方面的影響（例如使公司營業無法繼續或至少令營業大幅縮減）故公司法第185條之「主要部分」營業或資產應個案加以判斷。

## 三、新實務見解：採取學者所提出之質與量分析法。

### 臺灣臺北地方法院91年重訴字第2465號民事判決

宜從質與量兩方面判斷，不僅單以交易標的價值作為衡量依據，且兼顧系爭交易對公司「質」方面之影響（如使公司營業無法繼續，或至少令營業大幅減縮）（劉連煜，公司法理論與判決研究第3冊，頁214參照）。

<sup>21</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁202，新學林。

<sup>22</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁202，新學林。

## 第五節 表決權拘束契約與表決權信託契約

### 壹、法規內容：

#### ● 企業併購法 § 10

- I 公司進行併購時，股東得以書面契約約定其共同行使股東表決權之方式及相關事宜。
- II 公司進行併購時，股東得將其所持有股票移轉予信託公司或兼營信託業務之金融機構，成立股東表決權信託，並由受託人依書面信託契約之約定行使其股東表決權。
- III 股東非將前項書面信託契約、股東姓名或名稱、事務所或住（居）所與移轉股東表決權信託之股份總數、種類及數量於股東會五日前送交公司辦理登記，不得以其成立股東表決權信託對抗公司。

#### ● 公司法 § 175-1

- I 股東得以書面契約約定共同行使股東表決權之方式，亦得成立股東表決權信託，由受託人依書面信託契約之約定行使其股東表決權。
- II 股東非將前項書面信託契約、股東姓名或名稱、事務所、住所或居所與移轉股東表決權信託之股份總數、種類及數量於股東常會開會三十日前，或股東臨時會開會十五日前送交公司辦理登記，不得以其成立股東表決權信託對抗公司。
- III 前二項規定，於公開發行股票之公司，不適用之。

#### ● 公司法 § 356-9

- I 股東得以書面契約約定共同行使股東表決權之方式，亦得成立股東表決權信託，由受託人依書面信託契約之約定行使其股東表決權。
- II 前項受託人，除章程另有規定者外，以股東為限。

III 股東非將第一項書面信託契約、股東姓名或名稱、事務所、住所或居所與移轉股東表決權信託之股份總數、種類及數量於股東常會開會三十日前，或股東臨時會開會十五日前送交公司辦理登記，不得以其成立股東表決權信託對抗公司。

### 貳、概述：

#### 一、表決權拘束契約（voting agreements）：

(一) 意義：股東間簽訂針對表決權行使之方向，相互約定之合約。亦即股東間以契約約定將來表決時，簽訂契約的股東都將對某議案投下贊成票或反對票，或於董監選舉中支持特定之候選人。

#### (二) 實務見解：

##### ✍ 最高法院96年台上字第134號民事判決

按所謂表決權拘束契約，係指股東與他股東約定，於一般的或特定的場合，就自己持有股份之表決權，為一定方向之行使所締結之契約而言。此項契約乃股東基於支配公司之目的，自忖僅以持有之表決權無濟於事，而以契約結合多數股東之表決權，冀能透過股東會或董事會之決議，以達成支配公司所運用之策略。

#### 二、表決權信託契約（voting trusts）：

(一) 意義：形式上將股份所有權移轉與受託人，並由受託人依照信託條款為信託人以自己之名義行使表決權。原股東則屬於受益所有人（beneficiary owners of the shares）仍可享受股利之分派與剩餘財產分配之權。

#### (二) 企業併購法與公司法關於表決權信託契約之不同：

	企併法 § 10	公司法 § 175-1	公司法 § 356-9
適用時機	公司進行併購時	無限制	無限制

	企併法 § 10	公司法 § 175-1	公司法 § 356-9
受託對象	信託公司或兼營信託業務之金融機構	無限制	除章程另有規定者外，以股東為限
送交公司辦理登記期限	股東會5日前 <sup>23</sup>	股東常會開會30日前，或股東臨時會開會15日前	股東常會開會30日前，或股東臨時會開會15日前

**爭點限時通**

**【得否僅以「表決權」為信託財產，而不以「股票」為信託財產？】**

- (一)問題意識：雖有論者認為若於閉鎖性股份有限公司之情形中，股東，即委託人，將股票移轉於複數非股東（章程另有訂定之情形）之受託人，將導致名義上股東人數超過50人而喪失閉鎖性股份有限公司之資格。故得否僅以「表決權」為信託財產，而不移轉股票之所有權？
- (二)學者見解（陳彥良老師）：學者認為基於1.表決權無法與股份分離轉讓、2.表決權本身並非財產權，僅係由股份所表彰之權利，無法成為信託法上之信託財產、3.企業併購法第10條第2項之用字為「所持有股票移轉予」，應認為表決權信託契約應移轉股票所有權，公司法第356條之9亦應為相同解釋<sup>24</sup>。

**爭點限時通**

**【閉鎖性股份有限公司併購時，表決權信託契約之受託**

23 109年10月7日所公布之企業併購法修正草案第10條第3項將登記之日期改為非公開發行公司於股東常會開會30日前，或股東臨時會開會15日前送交公司辦理登記，公開發行公司則應於股東常會開會60日前，或股東臨時會開會30日前為之。

24 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁144，元照。此處引用陳彥良部分。

**人，若章程未另有訂定，是否仍以股東為限？】**

- (一)問題意識：閉鎖性股份有限公司併購時，將涉及企業併購法第10條與公司法第356條之9競合，股東成立表決權信託契約之受託人是否應依公司法第356條之9仍以股東為限？
- (二)學者見解（陳彥良老師）：企業併購法為公司法之特別法，似應優先適用企業併購法，但該法立法時並未有閉鎖性股份有限公司，故此情形並非企業併購法之立法者所預見。且訂立在後且參考企業併購法之公司法第356條之9亦規定以股東為限，可見立法者強調閉鎖性之特性的優先性，應優先適用公司法。以避免因信託而致股東人數超過50人之上限而產生困擾<sup>25</sup>。

- (三)表決權信託契約之受託人並非代理委託股東行使表決權，而係以自己名義行使表決權。

 經濟部104年12月29日經商字第10402137390號函（節錄）  
股東成立表決權信託時，必須將其股份移轉與受託人，並由受託人依書面信託契約之約定行使其股東表決權。受託人係以自己名義行使表決權，非代理委託股東行使表決權，併予釐清。

- (四)表決權信託契約之對抗效力：表決權信託契約若未向公司登記，對於公司不生對抗之效力，故公司法第175條之1第2項與第356條之9第3項均規定表決權信託契約應於「股東常會開會三十日前，或股東臨時會開會十五日前送交公司辦理登記」，否則不得以其契約之成立對抗公司。企業併購法第10條第3項亦規定「股東非……於股東會五日前送交公司辦理登記，不得以其成立股東表決權信託對抗公司。」

25 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁145-146，元照。此處引用陳彥良部分。

### 筆者的話

公司法第175條之1第2項之「非經登記不得以表決權信託契約對抗公司」，許多同學常難以理解何時會出現需要以表決權信託契約對抗公司之情形？筆者在此舉個例子。假設甲乙二人皆持有A公司之股票，而約定於董事選舉中共同支持丙候選人，故二人將股票移轉於丁信託機構名下，並與丁成立由甲、乙擔任委託人，丁擔任受託人之表決權信託契約。假設該契約並未向A公司辦理登記，A公司並不知道股票所有權已經移轉給丁，故仍將選票發給甲、乙二人，此時甲、乙二人因並未向A公司登記表決權信託契約，故不能主張A公司發放選票之對象有問題，亦即不能對抗A公司，A以股東名簿上甲、乙仍為股東而發放選票，並無瑕疵。反之，假設該契約已向A公司辦理登記，A公司知道股票所有權已經移轉給丁並且成立表決權信託契約，但仍誤將選票發給甲、乙二人，此時甲、乙二人已向A公司登記表決權信託契約，得主張A公司發放選票之對象錯誤，亦即得對抗A公司請求救濟。至於許多同學好奇的是，若今天該契約已經辦理登記，但丁未將選票投給丙而投給戊，甲、乙得否以該表決權信託契約主張公司之投票結果有瑕疵？答案是不可以，因為表決權信託契約並不會登記表決權行使之方向，亦即要投給誰或是否支持議案，故甲、乙僅得對丁主張違反信託契約之責任而已。

### 參、表決權拘束契約與表決權信託契約之有效性：

#### 一、早期實務見解<sup>26</sup>：

##### 最高法院96年台上字第134號民事判決

若股東間得於事前訂立表決權拘束契約，則公司易為少數大股東所把持，對於小股東甚不公平，更易使有野心之股東，以不正當

<sup>26</sup> 表決權信託契約在我國尚無實務見解得以參照。

手段締結此種契約，達其操縱公司之目的，不特與公司法有關股東會或董事會決議規定之原意相左，且與公序良俗有違，自應解為無效。

#### 二、學者見解：

- (一)劉連煜老師<sup>27</sup>：最高法院以「公司法公平選舉」作為所欲維護之公共福祉而否認股東表決權拘束契約之有效性實有未洽。若訂立之目的最終是為了公司利益，且公司之債權人與股東並未被詐害，內容亦未違反法規與公共政策，應為有效。
- (二)陳彥良老師<sup>28</sup>：表決權拘束契約和委託書都形成表決權與股權分離之情狀，為了公司治理的健全，既然我國禁止價購委託書，價購表決權所成立之表決權拘束契約應以違反公序良俗解為無效為宜。此外，表決權與股權的長久分離並非常態，故長時間之表決權拘束契約亦應解為違反公序良俗而無效。
- (三)曾宛如老師<sup>29</sup>：早期司法實務並不支持表決權拘束契約與表決權信託契約，故採取此方式進行安排並不安全。但表決權拘束契約屬於「由股東依合意表決」，表決權信託契約屬於「由股東合意授予他人表決權」，與傳統委託書之概念類似，應無不許之理。差別在於委託書效果為一次性，此二種契約為長期性。但此二種契約對經營權規畫皆有重大影響，應就其存續期限及是否違反公序良俗，以致於對少數股東造成排他性或強制性，規範其司法審查原則<sup>30</sup>。

<sup>27</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁208，新學林。

<sup>28</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁140-141，元照。此處引用陳彥良部分。

<sup>29</sup> 曾宛如（2020），公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，第300期，頁135。

<sup>30</sup> 亦即規範出一套可供司法實務判斷個別表決權拘束契約與表決權信託契約是否合法之判斷標準。

三、企業併購法：明文規定表決權拘束契約與信託契約為合法，但僅限於公司進行併購時方有企業併購法第10條之適用。其餘情形應適用公司法第175條之1與第356條之9之規定。至於公開發行公司依公司法第175條之1第3項並不適用該二種契約，但企業併購法自民國91年制定時即未排除公開發行公司適用表決權拘束契約，但僅限於進行併購時方得使用。

### 筆者的話

109年10月7日所公布之企業併購法修正草案對於企業進行併購時之表決權拘束契約與表決權信託契約之規定修正如下，主要更改表決權信託契約送交公司辦理登記之日期，以及明確化公開發行公司於企業併購時亦有表決權信託契約之適用。

#### ●企業併購法修正草案 § 10

- I 公司進行併購時，股東得以書面契約約定其共同行使股東表決權之方式及相關事宜。
- II 公司進行併購時，股東得將其所持有股票移轉予信託公司或兼營信託業務之金融機構，成立股東表決權信託，並由受託人依書面信託契約之約定行使其股東表決權。
- III 股東非將前項書面信託契約、股東姓名或名稱、事務所或住（居）所與移轉股東表決權信託之股份總數、種類及數量於股東常會開會三十日前，或股東臨時會開會十五日前送交公司辦理登記，不得以其成立股東表決權信託對抗公司。
- IV 前項情形，公開發行股票公司之股東應於股東常會開會六十日前，或股東臨時會開會三十日前為之。

四、107年新修正公司法：明文規定「非公開發行公司」得成立表決權拘束契約與信託契約。至於公開發行公司，立法理由表示基於避

免有償轉讓表決權以及股務執行之困難等原因不適用之。學者亦有認為表決權拘束契約存在股東之間，一般投資人難以知悉，故若允許表決權拘束契約存在於公開發行公司，可能導致投資人無法判斷其對投資產生之潛在風險，有損投資人對證券市場之信心<sup>31</sup>。政策上，立法者並不支持公開發行公司之股東得藉由各種安排強化自己的經營地位或「權力分派」<sup>32</sup>。

### 肆、專題研討——從台新金彰銀案看實務見解對表決權拘束契約之最新發展

一、新聞案例<sup>33</sup>：彰銀經營權案台新金又告贏，財政部提上訴。財政部與台新金控間關於彰化銀行經營權之民事訴訟案，臺灣高等法院已於21日宣判，確認兩造間關於「財政部持有彰化銀行之股份未出售前、且台新金控仍為彰銀最大股東者，財政部應支持（包括但不限於不得妨礙）台新金控指派之代表人當選彰銀四席之普通董事席次」之契約關係存在。財政部對此深感遺憾，將依法提起上訴，並籲請各界繼續支持，以維護全民利益。

#### 二、重點提示：

(一)前言：台新金控與財政部的紛爭，已經自民國103年的股東會開始纏訟至今，所歷經的判決眾多。而更一審判決最近出爐，並且對於「表決權拘束契約之合法性」有非常深刻的論證。可謂我國法院對於表決權拘束契約於民國107年公司法修正後，最完整的

<sup>31</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁139-140，元照。此處引用陳彥良部分。

<sup>32</sup> 曾宛如（2020），公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，第300期，頁135。

<sup>33</sup> 中時新聞網（08/21/2020），彰銀經營權案台新金又告贏 財政部提上訴，<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20200821003362-260410?chdtv>（最後瀏覽日：09/19/2020）。

實務見解。雖然本案之爭點眾多，甚至曾有台新金控請求財政部損害賠償以及民法上要約與承諾的解釋，但本文將著重於公司法的部分，亦即法院認為一個「合法的表決權拘束契約」其要件究竟為何。本案為今年最新穎、最熱門的案件，同學務必於考前熟悉其案發經過與所涉爭點。但本案判決出爐後，據傳台新金控對於財政部的態度放軟，希望促成和解，行政院也指示財政部「一是政府不會把彰銀讓給台新金，二是不會讓台新金吃虧。」可能會走向和解收場<sup>34</sup>，這部分值得同學持續關注。

## (二) 臺灣高等法院108年上更一字第77號民事判決：

1. 案例事實：彰化銀行於94年以私募公開競標方式，辦理現金增資，發行14億股特別股。財政部當時為彰化銀行最大股東，為吸引潛在策略投資人參與投標，以達成政府2次金改之政策，乃於同年以新聞稿，同意支持所引進之金融機構取得彰化銀行經營權；並於台財庫字第09403513700號函表示同意完成增資後，經營管理權移由得標投資人主導，並同意於董事、監察人改選時，支持得標投資人取得董監事過半數席次。其後，台新金控標得系爭特別股。台新金控主張前開「新聞稿」與「台財庫字第09403513700號函」為財政部對台新金控之要約，而台新金控以標購特別股為承諾而與財政部成立「表決權拘束契約」。且財政部並於94年、97年、100年股東會改選董監事時，使台新金控取得董監事過半數席次。但財政部於103年12月8日第24屆股東會時，竟未支持台新金控之人選，造成台新金控未取得經營權。故請求法院確認「在財政部持有彰化銀行之股份未出售前，且伊仍為彰化銀行最大股東者，財政部

應支持（包括但不限於不得妨礙）伊指派之代表人當選彰化銀行全體董事席次過半數之普董席次」之契約關係存在。但財政部抗辯該「新聞稿」僅係行政機關之政策說明，而「台財庫字第09403513700號函」之效力僅限於彰化銀行94年董監事改選，且財政部「行文對象」為彰化銀行，故未對台新金控為要約，台新金控以最高價投標，係基於自身利益考量，對彰化銀行為意思表示，而非對財政部為承諾，兩造間無表決權拘束契約關係存在。縱認兩造有系爭契約關係存在，股東表決權拘束契約不僅對彰化銀行無益，亦侵害員工及其他股東權益，違反公序良俗而無效。

## 2. 法院見解：

### (1) 公開發行公司訂定表決權拘束契約之有效性審查標準。

公開發行股票公司於107年8月1日公司法第175條之1修正前締結之表決權拘束契約，並不當然違反公序良俗而無效，至為灼然。……公開發行股票公司締結之表決權拘束契約，雖並不當然違反公序良俗而無效，但可能造成股份及表決權長期分離，違反禁止萬年董事之公司治理原則、股東平等原則，或公司為少數大股東所操控，侵害其他股東權益等情事，亦非當然有效。本院參酌我國最高法院96年度台上字第134號判決、106年度台上字第2329號判決意旨，與相關學說見解，認公開發行股票公司所締結之表決權拘束契約，必須通過下列有效性標準之審查，始能認未違反公序良俗，而判定為有效：①締結契約之目的與宗旨，②股東間締結表決權拘束契約之情形，③非以不正當手段締結，④對小股東無甚不公平，⑤不違背公司治理原則，⑥契約簽署地之法律規範，⑦司法實務對於將表決權行使之權利自股份所有權分離於公共政策下所持之態度，⑧控制股東表決權行使期間長短，與有無足以免除表決權拘束契約拘束之機制，⑨質疑契

<sup>34</sup> 鏡周刊 (09/07/2020)，〈台新放手彰銀1〉彰銀案連勝財政部2局 吳東亮態度放軟有目的，<https://www.mirrormedia.mg/story/20200904fin005/>（最後瀏覽日：09/20/2020）。

約有效性之股東是否意圖逃避義務（下稱系爭9項審查標準）。

(2) 本案審查結果：

- ① 締結契約之目的與宗旨：為達成金融機構整併政策，及解決彰化銀行因經營不善導致之財務結構危機。
- ② 股東間締結表決權拘束契約之情形：財政部以同意支持所引進最大股東投資人取得彰化銀行之經營權，乃為拯救彰化銀行財務危機之商業手段運用，以補救其先前擁有完全表決權而經營不善之結果，且係在辦理海外存託憑證募資失敗後採用之手段，符合最後手段原則。且兩造締結系爭契約旨在維護彰化銀行之最大利益，並保護其債權人與投資人，基於尊重自由經濟企業之利益與契約自由原則，應承認其效力。
- ③ 非以不正當手段締結：台新金控顯非威脅、利誘，更無自恃股份不足，企圖透過結合表決權控制公司之情，並無以不正當手段締結系爭契約。
- ④ 對小股東無甚不公平：即便103年財政部已不再履行支持台新金控之系爭契約義務，亦無持股較少股東進入彰化銀行經營階層，可見縱令兩造未締結系爭契約，持股較少股東亦難以進入彰化銀行經營階層，小股東無法進入董事會並非兩造締結系爭契約使然。
- ⑤ 不違背公司治理原則：該契約無架空股東會選任董監事權限之虞，亦非財政部直接出售董事職位予台新金控，並無約定支持特定董監事以操縱董監事改選，此事已充分揭露所公開資訊，為眾所皆知之事實，並未有一般投資人不易得知或判斷，故無違反公司治理原則。
- ⑥ 契約簽署地之法律規範：107年公司法第175條之1修正前，法律並無明文禁止公開發行公司締結表決權拘束契

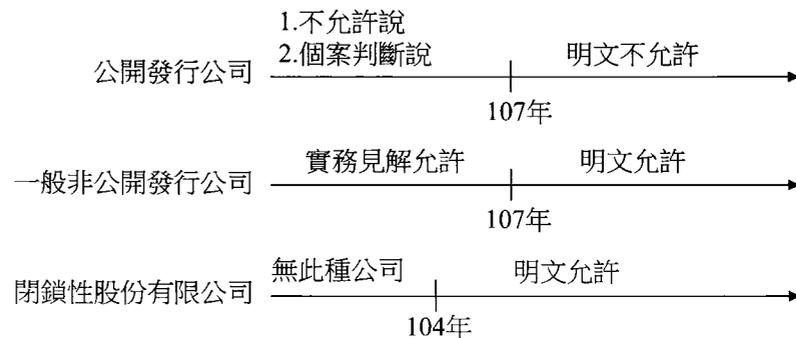
約，依法律不溯及既往原則，不能以該規定否定公司法修正前公開發行股票公司所締結表決權拘束契約之效力。

- ⑦ 司法實務對於將表決權行使之權利自股份所有權分離於公共政策下所持之態度：我國司法實務不採表決權僅因權利行使與股份所有權分離即違反公共政策，而屬無效之見解。
- ⑧ 控制股東表決權行使期間長短，與有無足以免除表決權拘束契約拘束之機制：表決權拘束契約若未定有期限，須整體觀察表決權拘束契約有無足以排除表決權長期受到拘束之機制，如受拘束股東得利用該機制排除表決權拘束契約之拘束，自不能僅因表決權拘束契約無期限之約定，即遽認表決權拘束契約於特定期間經過後即自動失其效力。系爭契約有2個解除條件：①財政部完全出售其持股，②台新金控非彰化銀行最大股東，如上開二解除條件之一成就，系爭契約即失其效力，堪認系爭契約設有足以免除表決權拘束契約拘束之機制。
- ⑨ 質疑契約有效性之股東是否意圖逃避義務：94年時財政部表明支持得標者之承諾屬於繼續性之承諾，且於97年、100年亦與台新金控簽訂相同內容的協議書，於103年又否定系爭契約效力，則其質疑系爭契約效力之立場並不一貫，顯係意圖逃避其應支持台新金控取得彰化銀行經營權所為抗辯。

### 三、考點剖析：

- (一) 107年公司法修正後訂立之表決權拘束契約效力：依照公司法第175條之1第1項「股東得以書面契約約定共同行使股東表決權之方式，亦得成立股東表決權信託，由受託人依書面信託契約之約定行使其股東表決權。」以及同條第3項「前二項規定，於

公開發行股票之公司，不適用之。」可以得出一個非常簡單的結論，就是修法後公開發行公司不得訂立共同行使股東表決權之表決權拘束契約，而非公開發行之股份有限公司則可以訂立（但若涉及價購表決權期間過長、無解除機制或非為公司之利益而存在，仍可能違反公序良俗而無效）。閉鎖性股份有限公司允許表決權拘束契約之規定則位於公司法第356條之9第1項，而其立法明文之時間則為104年6月15日，較一般非閉鎖性之非公開發行股份有限公司為早。



(二) 107年公司法修正前訂立之表決權拘束契約效力：

1. 公開發行公司：

- (1) 本案法院認為，107年公司法修正前，無論是在企業併購法第10條或公司法第356條之9中，皆未明文禁止公開發行公司訂立表決權拘束契約，故並不得解為公開發行公司訂立之表決權拘束契約一律無效，而應個案審查其有效性。
- (2) 法院列舉過往實務上曾對表決權拘束契約表示意見之見解，但強調「最高法院判決先例係就具體個案表達之見解，並不具有抽象法規範之效力，下級法院僅於與判決先例所涉事實同一時，始受最高法院判決先例之拘束，如訟爭事實與最高法院判決先例並不相同，則非最高法院判決先例拘束力之射

程範圍。是於解讀最高法院判決先例時，須先劃定最高法院判決先例所表示見解適用之具體事實，並區辨訟爭事實與該具體事實是否相同，以定有無最高法院判決先例所表示見解之適用，而不能溢出該具體事實，將最高法院判決先例所表示之見解視為抽象之法規範，適用於與該具體事實不相同之訟爭事實。」

- (3) 最高法院71年度台上字第4500號判決中雖認為常務董事互選董事長之表決權拘束契約無效，但解讀時不能因此認為非屬於此類情形之表決權拘束契約亦一律無效。
- (4) 最高法院96年度台上字第134號判決中之表決權拘束契約為法院所宣告無效乃因為該契約中約定經特定股東書面同意始得行使表決權，違反公司法強行規定而無效。至於未約定經特定股東同意始得行使表決權之表決權拘束契約，則非該判決見解適用之射程範圍，不得據該判決即認其他類型之表決權拘束契約均屬無效。
- (5) 最高法院106年度台上字第2280號裁定中准許下級法院個案審查表決權拘束契約是否有效，可見最高法院並未採取表決權拘束契約效力全面否定說之見解。
- (6) 最高法院106年度台上字第2329號判決認為公司法雖於107年修正第175條之1，然基於法律不溯及既往原則，對於修正前公開發行股票公司所締結之表決權拘束契約並無適用，其表決權拘束契約是否有效，仍應審酌是否①以意圖操控公司之不正當手段為之，②違背公司治理原則，及③違背公序良俗等因素而為綜合判斷，非全面無效。
- (7) 最後，本案法院綜合過往實務與學說見解提出如前所述的九項審查標準，以個案審查107年修法前公開發行公司表決權拘束契約之效力，九項審查標準分別為①締結契約之目的與宗旨，②股東間締結表決權拘束契約之情形，③非以不正當

手段締結，④對小股東無甚不公平，⑤不違背公司治理原則，⑥契約簽署地之法律規範，⑦司法實務對於將表決權行使之權利自股份所有權分離於公共政策下所持之態度，⑧控制股東表決權行使期間長短，與有無足以免除表決權拘束契約拘束之機制，⑨質疑契約有效性之股東是否意圖逃避義務。

## 2. 非公開發行公司：

- (1) 台新金控與彰銀案之法院主要針對107年公司法修正前公開發行公司股東所訂立之表決權拘束契約進行論述，而107年立法明文允許非公開發行公司股東得訂立表決權拘束契約之前，司法實務之見解即有表明允許者。以下節錄臺灣高等法院103年上字第415號民事判決之見解。附帶言之，該案之裁判日期為民國103年12月23日，早於民國104年閉鎖性股份有限公司立法完成時，故當時並無公司法第356條之9，且其行文間之「閉鎖性公司」應非僅指閉鎖性股份有限公司，而係泛指股票並未公開發行之公司而言。
- (2) 臺灣高等法院103年上字第415號民事判決：表決權本身具財產之性質，在尊重私人自由經濟企業之利益、契約自由原則考量下，倘其訂立目的，最終為了公司之利益，公司債權人及其他股東並無被詐害之情形且不違反法律規範及已承認之公共政策，則應認其約定有效，尤其是閉鎖性公司性質上更有需要。且以表決權拘束契約，預先安排公司經營者之人選，在台灣企業界甚為常見，故在閉鎖性公司，其參與者為了能積極投入公司之經營，而與其他股東針對表決權行使方向，相互約定遵行之情形，例如約定相互選為董事，即不宜否認其效力，締約之股東應受表決權拘束契約之拘束。

### (三) 違反表決權拘束契約之法律效果：表決權拘束契約乃相關股東

共同行使表決權之約定，性質上為債權契約，即令股東未依約定行使表決權，然不得以此違約結果對抗股東會，股東會決議之效力仍不受影響，僅違約之股東應負債務不履行責任。

四、台新金彰銀案之建議解決方式（王文宇老師）<sup>35</sup>：私人企業間之表決權拘束契約爭議，為避免訴訟程序延宕，常以和解方式解決。本案雖與前開情形有別，但英美等國之行政機關與民間企業亦常以和解解決紛爭，故本案應循「行政和解」之方式解決。但和解應避免產生行政不中立之形象，故建議將談判中之資訊公開揭露以便人民監督政府，並可延攬國際專業機構提供獨立意見以受公評。

## 五、台新金彰銀案後的實務見解發展——浩鑫案之最高法院判決：

### (一) 實務見解：

#### 最高法院109年台上字第1085號民事判決

104年7月1日增訂之公司法第356條之9第1項、企業併購法第10條第1項、107年8月1日修正尚未施行之公司法第175條之1等規定，針對閉鎖性股份有限公司、企業併購、非公開發行股票公司之股東，雖肯認股東得以書面約定表決權拘束契約，惟浩鑫公司係（公開發行股票之）上市公司，無適用上開規定之餘地。且公司法第175條之1之立法理由明揭「公開發行股票之公司表決權不得以有償方式移轉」，是系爭協議書第2條之約定，已非法之所許。又……以價購董事表決權及改派董事、監察人之股東表決權行使方式，私相授受董事長人選，企圖操控董事會及監察人，無視浩鑫公司除兩造及同信公司以外諸多股東之利益。該協議書第2條更要求被上訴人選擇辭任退出董事會時，一併移轉訴外人（被上訴人之子）鄭○勳所持之同信公司股權，俾董事會由上訴人及

<sup>35</sup> 王文宇（2021），台新彰銀案之解決，裁判時報，第104期，頁38-39。

其實質掌控之同信公司所提人選組成，監察人亦如此，致無法發揮內部監督功能。第4條違約金之約定，以強制任一方履行被上訴人選擇或視為選擇選項之義務為目的，悖於社會一般道德觀念。則兩造基於私利，交易董事長職位及董事、監察人人選及席次，影響公司營運，有損害其他股東之虞，違反公序良俗，系爭協議書應為無效，上訴人自不得依第4條約定，請求被上訴人給付違約金。至最高法院72年度台上字第2825號判決，就選舉董事長之董事表決權之契約所為闡釋，與系爭協議書之約定有別，無從比附援引。……按當事人間基於特定目的而訂立契約，依私法自治及契約自由原則，本應尊重，惟該契約若違反強制禁止規定或公序良俗，依民法第71條本文及第72條規定，應為無效。

(二)內容分析：臺灣高等法院107年度重上字第402號民事判決關於「浩鑫案」表決權拘束契約無效之見解提出三個理由：

1. 董事之選舉，應適用累積投票制，且委託書規則禁止價購股東表決權。但該協議書之內容為合意價購改派董事及監察人之股東表決權，顯已違反上開公司法等規定。
2. 現行法下浩鑫公司既為上市公司，股東間不得締結表決權拘束契約。
3. 董事、董事長及監察人對公司負有忠實義務，以價購董事表決權及股東表決權，無視其他股東之利益，違背其忠實義務。

據此，浩鑫案判決乃認定協議書不僅背於公序良俗，亦非現行法所許，構成公序良俗之違反而無效。最高法院亦贊成此見解，故於台新金彰銀案後才判決之最高法院109年台上字第1085號民事判決駁回上訴人之上訴。本案兩造間之表決權拘束契約不但存在於「股東會之間」，亦存在於「董事會之間」。董事會間之表決權拘束契約依據通說固然可能違反董事忠實義務中之「不得無故限縮裁量權」之義務而被認定係無效，但股

東會間之表決權拘束契約，「浩鑫案」之判決中最高法院並未如「台新金彰銀案」中對於107年公司法修正前「公開發行公司」股東間所成立之「表決權拘束契約」以法不溯及既往為理由做實質判斷，而係認定公開發行公司之表決權拘束契約一直以來皆為禁止之狀態，並無討論之餘地。且本案中之兩造所成立之表決權拘束契約涉及「價購董事表決權與股東表決權」，違反公司法第175條之1之立法理由，故為無效。

### 有題有真相

A公司為一非公開發行、非閉鎖性、未發行特別股之股份有限公司，股東為甲、乙、丙3人，持股比例分別為67%、20%、13%。A公司設有3席董事，基於彼此尊重，歷次董監事選舉結果均由甲、乙、丙擔任董事，且由於乙、丙的長久情誼，董事長均共推丙擔任。然而，甲一直希望能夠削弱丙的影響力，甚至希望掌握全部董事席次。請就下列問題討論分析：

(一) 若甲與乙簽訂契約約定：「在目前股東股權結構維持不變的前提下，則日後每次董監事選舉中，應支持甲取得2席董事，並支持另一董事席次由乙當選。」此一契約是否有效？會否被認定為有背於公共秩序或善良風俗而無效？（15分）

(二) A公司能否僅設一名董事？在可預料到乙、丙將會強力抵制的情形下，甲可以如何促成A公司僅設一名董事？請說明107年公司法修法後有何相關規定，並分析其得失。（25分）

【110台大法研】

### 爭點分析

- (一) 第一小題主要考驗同學表決權拘束契約之有效性，該題看似只要了解A公司為非公開發行公司即可推論出得訂立表決權拘束契約之結果。但題目其實暗藏玄機，因為表決權拘束契約若個案上違反公序良俗，

仍可能被認為無效，這裡建議同學引用臺灣高等法院108年上更一字第77號民事判決，亦即台新金彰銀案的判決所提出九大審查表決權拘束契約之標準來論述。本題最應注意的是「在目前股東股權結構維持不變」的前提下，代表該契約並非永久不得翻盤，只要股權結構改變即可翻盤，此亦為台新金彰銀案的一大爭點。

(二) 第二小題屬於策略性的考題，除了考驗同學得否僅設一席董事以外，亦考驗同學要如何協助甲達成該目的。本題應無標準答案，畢竟經營權爭奪削弱對手的手段比比皆是，在此筆者僅提供最簡單而直接的想法。首先僅設一席董事就必須修改章程，而甲之持股數與表決權數均占絕對優勢，故得不經董事會直接依據公司法第173條之1召集股東會並通過章程修改案改設為一席董事。除了解決前開問題，題目還要求評析107年的法制修正，故請不忘至少評析與本題最相關的公司法第192條與第173條之1二個條文。

### 擬答

(一)甲、乙間之表決權拘束契約有效，理由如下：

1. 以往我國表決權拘束契約之困境：早期實務見解認為若股東間得於事前訂立表決權拘束契約，則公司易為少數大股東所把持，對於小股東甚不公平，更易使有野心之股東以此操縱公司，與公序良俗有違而無效。然而，亦有實務見解認為於非公開發行公司中，為尊重私人自由經濟企業之利益、契約自由原則，倘其訂立目的係為公司之利益，公司債權人及其他股東並無被詐害之情形且不違反法律規範及已承認之公共政策，則應認其約定有效。因為實務見解之混亂不一，表決權拘束契約之效力，造就契約當事人間之高度不確定性。

2. 107年新修正公司法：早期立法明文表決權拘束契約之法規僅企業併購法第10條與公司法第356條之9之特殊情形。公司法之一般性規定於107年之修正方才出現。立法者採取區分之立法模式，公開發行公司為避免有償轉讓表決權以及股務執行之困難等原因不允許訂立表決權拘束契約，非公開發行公司則為尊重公司自治、增強彈性而允許之。

3. 本題表決權拘束契約應為有效：本題A公司為一非公開發行之非閉鎖性公司，依公司法第175條之1，應得訂立表決權拘束契約。然而，該表決權拘束契約之條件倘若涉及價購表決權、期間過長、無解除機制或非為公司之利益而存在，仍可能違反公序良俗而無效。臺灣高等法院108年上更一字第77號民事判決針對表決權拘束契約提出九項審查標準，包含非以不正當手段締結、契約簽署地之法律規範、控制股東表決權行使期間長短，與有無足以免除表決權拘束契約拘束之機制等。本文以為該表決權拘束契約之締結未經強暴、脅迫或價購表決權等方式，又公司法第175條之1承認非公開發行公司原則上得締結此種契約已如前述。此外，甲、乙間之契約設有解除條件，只要目前股東股權結構有所改變，該契約之存在前提即消滅，任何欲推翻其效力之人僅需增加或減少持股即可，並無導致他股東全無翻盤之機會，據上論結，該契約應為有效。

(二)A公司得僅設一席董事，甲得透過公司法第173條之1召集股東會修改章程為一席董事。

1. 公司法第192條第2項之規定：公司法第192條第2項規定公司得僅置董事一人，以其為董事長。但公開發行公司仍須適用證券交易法第26條之3第1項至少設有五席董事之規定。本題A公司為非公開發行

公司，自得僅設一席董事。

2. 甲得召集股東會修改章程為一席董事：依公司法第129條第5款，董事人數乃章程之絕對必要記載事項，倘欲修正為僅設一席董事，則必須召集股東會以依照公司法第277條第1項修改章程。然而，公司法第171條規定股東會原則上由董事會召集，而董事會依公司法第203條之1又由董事長召集。依題所示，乙、丙二人將強力反對甲之行動，故難以期待董事長丙將於董事會上同意以修改董事席次為由召集股東會。職是之故，本文以為甲之持股數已達67%，超過已發行股份總數過半數，其表決實力對公司已達關鍵性之影響，應得依公司法第173條之1不經董事會直接召集股東會。該股東會上，即便乙、丙二股東均未出席，甲自己之股份亦符合出席表決權過半數同意之門檻，得將董事席次修改為一席。

3. 107年修法之利弊得失：

(1) 董事席次之修正：公司法第192條第2項開放非公開發行公司得僅設一席或二席董事屬於法制上之重大突破。過往立法者強制股份有限公司設置三席以上之董事，未能顧及中小型公司之股東可能少於三人，並無設置三席以上董事之必要，舊法強化股份有限公司僅適用於大型公司之傳統印象，未能切合小公司之需求，造成小公司須於股東之外額外找人掛名董事之荒謬情境。故允許僅設一、二董事實值贊同。

(2) 股東會召集權之修正：本題甲召集股東會之依據乃俗稱「大同條款」之公司法第173條之1。該條文之特色在於持有已發行股份總數過半數之股東得不經請求董事會之程序即召集股東會，其立法理由認為該等股份數已得對公司形成關鍵性之影響，使

其召集股東會有利於強化公司治理、汰換經營階層、改善公司業務營運面向與方針。然而，本文以為該條文仍以「股份數」而非「表決權數」為判斷得否召集之基準，且經濟部之見解認為無表決權股亦得計入召集股東會之股數，此舉將使多數之無表決權股得召集，而股數較少但表決權較多之複數表決權股未能召集，有違立法理由所謂「關鍵性之影響」之論證，蓋表決權數較多之股東，應較能達成關鍵性之影響。另外，亦有學者認為，未經請求董事會即召集股東會之立法，將激化股東與現任董事會之對立，亦不符合國際慣例，應加入請求董事會召集之程序以留有化干戈為玉帛之可能性。然而，本文以為，若欲採取較溫和之手段，股東自得依公司法第173條第1項請求董事會召集，而第173條之1乃較為強硬之手段，於過半數股東召集時，應使股東得依其喜好，自行選用溫和或強硬之方式召集股東會，無須於第173條之1加入請求董事會召集之要件。

### 筆者的話

參加國家考試，不少補習班老師都會教大家背誦所謂的解題模板，這讓我想起高中準備指考時的一段故事。筆者因為學測作文考得一蹋糊塗，所以準備指考期間就到雄中附近一間很有名的作文補習班補作文。該班的習慣是每週的優秀範文，老師會讓全班同學傳閱。某次，我手邊傳來一份題目為「我最美好的經驗」的範文，裡面作者提到自己參加雄女儀隊，拋上天際的槍不是閃亮的芒星而是不長眼睛的隕石，每每練習總是被槍砸到手腳瘀青，但校慶表演當天，平時最嚴厲的學姊成為場邊最賣力的加油團，在操場上揮灑青春的汗水完成這場樂儀旗的表演，是她高中最美好的經驗。那篇作文真是寫得太好

了，我赫然發現作者是我一位讀雄女的國中學妹，我想說我竟然這麼久沒update人家的動態，她甚麼時候加入雄女儀隊了我怎麼都不知道？過了幾個禮拜，寫的題目是「我的夢想」，結果手邊又傳來了一張字跡完全不同的範文，我一看發現該名作者也參加了雄女儀隊，拋上天際的槍也不是閃亮的芒星也是不長眼睛的隕石、嚴厲的學姐也在場邊加油打氣、作者也忙著在操場上揮灑青春的汗水，用字遣詞一模一樣。結果，我看了作者的名字，竟然是我雄中的同班同學XDDD，這回他總不可能加入雄女儀隊了吧？後來才發現這篇文章是某年大考中心公布的範文，無論是前面的學妹，或後面的同學，全都是將該篇範文逐字逐句背起來當「解題模板」，真是令筆者大開眼界！這則故事有趣歸有趣，筆者還是建議同學準備考試時不要去背誦老師提供的模板，而是模仿老師的模板創造出一套屬於自己的常用模板，不然一個老師教那麼多學生，當閱卷委員改到第二份相同的模板時會做何感想？可能就跟我看到那兩篇作文一樣荒謬吧XD

## 第4章

# 經理人

### 壹、經理人之設置：

股份有限公司以董事會普通決議決定經理人之委任、解任與報酬。

#### ●公司法 § 29

I 公司得依章程規定置經理人，其委任、解任及報酬，依下列規定定之。但公司章程有較高規定者，從其規定：

- 一、無限期公司、兩合公司須有全體無限責任股東過半數同意。
- 二、有限公司須有全體股東表決權過半數同意。

三、股份有限公司應由董事會以董事過半數之出席，及出席董事過半數同意之決議行之。

II 公司有第一百五十六條之四之情形者，專案核定之主管機關應要求參與政府專案紓困方案之公司提具自救計畫，並得限制其發給經理人報酬或為其他必要之處置或限制；其辦法，由中央主管機關定之。

（本條第2項為肥貓條款）

### 貳、經理人之消極資格：

- 一、法規內容：

● 公司法 § 30

有下列情事之一者，不得充經理人，其已充任者，當然解任：

- 一、曾犯組織犯罪防制條例規定之罪，經有罪判決確定，尚未執行、尚未執行完畢，或執行完畢、緩刑期滿或赦免後未逾五年。  
(本條第1款乃反黑條款)
- 二、曾犯詐欺、背信、侵占罪經宣告有期徒刑一年以上之刑確定，尚未執行、尚未執行完畢，或執行完畢、緩刑期滿或赦免後未逾二年。
- 三、曾犯貪污治罪條例之罪，經判決有罪確定，尚未執行、尚未執行完畢，或執行完畢、緩刑期滿或赦免後未逾二年。
- 四、受破產之宣告或經法院裁定開始清算程序，尚未復權。
- 五、使用票據經拒絕往來尚未期滿。
- 六、無行為能力或限制行為能力。
- 七、受輔助宣告尚未撤銷。

**筆者的話**

公司法第30條的規範，每一款都有他的智慧，第1款很好理解，為了避免公司由黑道掌權，所以有黑道背景的人不能擔任經理人。第2款是因為這些犯罪都屬於財產犯罪，會侵吞別人錢的人品行不佳，不得擔任經理人，也很合理。第3款也跟第2款基於相類似之道理，只是屬於公部門的犯罪。那大家有想過為甚麼有第4款嗎？到底為甚麼破產的人不能當經理人？原因有點殘酷，因為立法者認為自己的錢都管不好還管到破產，憑甚麼管別人的錢？XD

二、當然解任後如仍在職位上應如何處理？

代表公司所為之法律行為應依照民法表見代理處理。

參、經理人之競業禁止：

一、法規內容：

● 公司法 § 32

經理人不得兼任其他營利事業之經理人，並不得自營或為他人經營同類之業務。但經依第二十九條第一項規定之方式同意者，不在此限。

二、股份有限公司中，競業禁止依照董事會普通決議解除（比較 § 209 董事之競業禁止應依照股東會特別決議解除）。

三、違反競業禁止之法律效果：本法無歸入權之明文，故應依照民法第563條由公司對其請求損害賠償。

 按最高法院81年台上字第1453號民事判決

公司經理人違反公司法第32條競業禁止之規定，其所為之競業行為並非無效，僅公司得依民法第563條之規定行使介入權，請求經理人將因其競業行為所得之利益，作為損害賠償。

肆、經理人遵守決議之義務：

● 公司法 § 33

經理人不得變更董事或執行業務股東之決定，或股東會或董事會之決議，或逾越其規定之權限。

伍、經理人之損害賠償：

● 公司法 § 34 (本條為請求權基礎)

經理人因違反法令、章程或前條之規定，致公司受損害時，對於公司負賠償之責。

陸、經理人之職權限制：

● 公司法 § 36

公司不得以其所加於經理人職權之限制，對抗善意第三人。

**爭點限時通**

**【經理人應如何認定？】**

(一)形式認定說（曾宛如老師）：

1. 經理人須經公司法第29條董事會普通決議任命，始為經理人。
2. 若採取形式認定說的結果，某經理人未經董事會決議選任，則該人與公司間得否主張民法委任關係？

(1) 實務見解：否定說，因公司法為民法之特別法。

**臺灣高等法院臺中分院99年重上字第164號民事判決**

兩造間就上訴人總經理乙職既未經被上訴人公司董事過半數同意而不生公司法經理人之委任效力，而兩造間就總經理職務之委任關係既僅有一個，公司法又為民法之特別法，本件兩造間之委任關係既應適用公司法而不生公司法經理之委任效力，則其與被上訴人間自無另生民法上委任效力之問題，上訴人主張被上訴人公司聘任上訴人擔任總經理乙職，雖非公司法上之經理人，所生之法律關係性質應為民法上委任關係云云，洵非有據。

(2) 學者見解（曾宛如老師）<sup>1</sup>：肯定說，若公司長期以來有明

<sup>1</sup> 曾宛如（2011），董事會與經理人是否真為公司之業務執行機關及業務執行之輔助機關？從臺灣高等法院臺中分院九十九年度重上字第一七四號判決及九十九年度重上字第一六四號判決所凸顯的亂象論起，月旦法學雜誌，第199期，頁166-183。

示或默示授權該人為經理人之工作（民§553Ⅱ），即便未經董事會選任之法定程序應也有民法第112條無效法律行為轉換之適用而適用民法上經理人之委任關係。

3. 經理人之內外部關係整理<sup>2</sup>：

	經登記	未經登記
經董事會選任	(1) 內部關係：因經董事會選任，有實體法上委任關係存在，為公司之經理人。經理人得向公司請求委任報酬。 (2) 外部關係：因為屬於合法選任之經理人，故對外為法律行為時，公司在其「法定權限內」應負責，交易行為拘束公司，公司對外不得不認帳。	(1) 內部關係：因經董事會選任，有實體法上委任關係存在，為公司之經理人。經理人得向公司請求委任報酬。 (2) 外部關係：因為屬於合法選任之經理人，且登記僅為對抗要件而非生效要件，故對外為法律行為時，公司在其「法定權限內」仍應負責，交易行為拘束公司，公司對外不得不認帳 <sup>3</sup> 。
未經董事會選任	(1) 內部關係：因未經董事會選任，並非公司法之經理人。但可能因公司之明示或默示授權得依照民法第112條轉換為民法上經理人之委任關係。	(1) 內部關係：因未經董事會選任，並非公司法之經理人。但可能因公司之明示或默示授權得依照民法第112條轉換為民法上經理人之委任關係。

<sup>2</sup> 曾宛如（2011），董事會與經理人是否真為公司之業務執行機關及業務執行之輔助機關？從臺灣高等法院臺中分院九十九年度重上字第一七四號判決及九十九年度重上字第一六四號判決所凸顯的亂象論起，月旦法學雜誌，第199期，頁166-183。

<sup>3</sup> 結論同經董事會選任且合法登記者。

	經登記	未經登記
未經董事會選任	(2) 外部關係：交易相對人得主張「表見代理」，因「登記」本身即為表見外觀。	(2) 外部關係：交易相對人可能得主張「表見代理」，但因並無「登記」，故相對人應舉證是否有其他表見外觀（如公司官方介紹該人為公司之經理人）方能成立。否則屬於無權代理。

(二) 實質認定說（王文宇老師）<sup>4</sup>：公司法並未規定經理人之稱呼、職稱，故應衡諸公司法第31條第2項認定，有為公司管理事務及簽名之權利者即為公司之經理人，並應參酌該名人員與公司之契約屬性判斷究竟屬於單純「員工」或有對外處理事務權限之「經理人」，但與公司之契約僅為重要之參考因素，並非絕對標準。長遠以來我國應廢除經理人之登記制度以避免名實不符之現象。

## 柒、經理人之職權：

### 一、法規內容：

#### ● 公司法 § 31

I 經理人之職權，除章程規定外，並得依契約之訂定。

II 經理人在公司章程或契約規定授權範圍內，有為公司管理事務及簽名之權。

### 二、通說、實務見解：

(一) 原則：除「法定限制」外經理人有對外簽名之權利。所謂「法定

<sup>4</sup> 王文宇（2018），公司法論，第六版，頁147-148，元照。

限制」指民 § 554之事項與公司法上須經股東會、董事會決議之事項。

(二) 例外：用契約、章程約定以限縮其權限，但該約定不可對抗善意第三人，第三人只要確定簽名者是公司經理人，且該事項可以合理相信屬於經理人可處理的範疇，就可信賴其有為公司簽名之權限，其信賴即受保護。

#### ⚖️ 最高法院75台上字第2126號民事判決

經理人於其主管業務範圍內，其權限有全面性。且，公司內部權限劃分不得對抗第三人。而至於其主管業務範圍為何，依客觀上所表現之外觀為認定。但有關公司基本重大事項，相對人應可合理相信非屬一般經理人可處理的範疇……經理人的權限除法定限制（如民法第554條第2項、公司法第185條）外，雖可另以章程、契約約定，但該約定不可對抗善意第三人。

## 有題有真相

A為公開發行公司（下稱A公司），其董事長甲與總經理乙為事業上的長期夥伴。A公司擬申請上市；為確保上市順利，甲、乙兩人在無合理基礎下，於公開說明書蓄意美化公司財務預測，造成A公司上市前之新股公開發行搶購風潮。上市後，甲、乙兩人齟齬漸生，甲於董事會中提案解任乙總經理一職，乙雖為董事，但董事會仍通過其解任之決議。乙心生不滿，一方面起訴請求A公司給付其總經理之業績獎金，另一方面則向媒體爆料A公司之財測純屬虛構。消息一出，A公司股價下跌約百分之十，隨後A公司之業績果然與預測大幅偏離，股價再進一步下挫百分之三十。A公司股東丙十分不滿，在A公司股東常會前，提案要求解任甲董事之職；丁股東則於股東會上提臨時動議請求公司決議對甲起訴。投資人庚當年未能成功應募取得A公司上市前之新股發行，轉而於興櫃市場以高於承銷價之價格購買A公司的股份。請附理由說明下列問題：

- (一) 庚可否請求A公司、甲及乙賠償其所受之損害？(20分)
- (二) 乙主張A公司應給付業績獎金時，遭A公司以乙從未經董事會選任，非A公司之經理人為抗辯，有無理由？(10分)
- (三) 若A公司違法未將丙之提案列入召集事由，目前公司法有何救濟管道？丁之提案若未經股東會決議通過，監察人可否逕行未公司對董事起訴？就丙、丁所提議案涉及之問題，現行法若有不足，應如何修法以強化少數股東之保護？(10分) 【107台大法研】

### 爭點分析

- (一) 略。
- (二) 本題爭點在於經理人應如何認定，本題命題老師應為曾宛如老師，答題建議採取形式認定說，並且記得提到民法第553條第2項與第112條無效法律行為轉換的問題。至於實質認定說為王文字老師之見解，不建議作為本文結論，但如果也能順帶論述，則能豐富答案的完整度。
- (三) 本題配分僅10分，考場上難以盡善盡美作答，同學得捨棄一些分點分項，直接進行論述。首先應點出處以董事罰鍰、提起假處分、請求撤銷股東會決議與另行召開股東會等股東之救濟手段，並一一討論其可行性。則監察人得否主動起訴則屬於傳統爭點，記得針對肯否兩說進行論述，若能提到學者所討論的「監察人自我請求起訴」或許能畫龍點睛。修法建議的部分，各個學者則有不同之見解，本題屬於舊題新解，考試時107年公司法尚未修正，故擬答中筆者僅以修法後仍未解決之問題論述。

### 擬答

- (一) 略。
- (二) A公司之抗辯並無理由，理由如下：
- 經理人之認定方式：經理人之認定向來學說上有「實質認定說」與「形式認定說」二種見解，前者認為公司法並未規定經理人之稱呼、職稱，故應衡諸公司法第31條第2項認定，有為公司管理事務及簽名之權利者即為公司之經理人，長遠以來我國應廢除經理人之登記制度以避免名實不符之現象。後者則認為經理人須經公司法第29條董事會普通決議任命，始為經理人，合先敘明。
  - 倘採取實質認定說，乙為A公司之經理人：依據前開實質認定說，本題乙為董事長甲事業上的長期夥伴，可見有為公司管理事務及簽名之權利而非僅具從屬性之一般員工，故乙為A公司之經理人，並得請求給付業績獎金，自不待言。
  - 倘採取形式認定說，乙亦透過民法第112條轉換為民法上之經理人：倘採取形式認定說，乙可能因未經董事會選任而並無公司法上經理人之委任關係。然而，民法上經理人依民法第553條第2項亦得以默示方式授予經理權，A公司之董事會可能已多次通過以乙為總經理名義之財報，難謂無默示授權之意思，故依照民法第112條，A公司與乙間應轉換為民法上經理人之委任關係，乙自得依該委任關係向A請求業績獎金。
  - 綜上所述，無論採取實質認定說或形式認定說，A公司主張乙未經董事會選任，而並非經理人之抗辯，並無理由。
- (三) 股東丙可能得透過請求主管機關處以董事罰鍰、提起假處分、請求撤

銷股東會決議與另行召開股東會等手段救濟。監察人應得本於監察權對董事起訴，若監察人具備股東之身分，可能得自我請求起訴。修法之方向如下。

1. 股東丙可能得透過請求主管機關處以董事罰鍰、提起假處分、請求撤銷股東會決議與另行召開股東會等手段救濟。

(1) 處以董事罰鍰：依照公司法第172條之1第7項，違法不列入議案之董事得處以行政罰鍰。

(2) 提起假處分：通說認為董事會違法不將提案列入股東會議案時，應依照民事訴訟法第538條聲請定暫時狀態假處分以令董事會將議案列入股東會議程。然而亦有學者認為，提起定暫時狀態假處分可能因程序曠日廢時而來不及於股東會開會前完成，即便完成，相對人於提起假處分後議案被列入股東會議程，可能無動機再提起本案訴訟，而成為無附隨於任何本案訴訟之保全程序，導致定暫時狀態假處分本案化之問題。故假處分一途是否可行不無疑義。

(3) 撤銷股東會決議：有認為股東得依照公司法第189條起訴撤銷股東會決議，但本題乃議案未被列入之情形，自無通過該議案之決議可言，撤銷訴訟應無撤銷標的，故此方法亦不可行。

(4) 另行召開股東會：本文以為，最有效之方式乃少數股東依照公司法第173條之程序先報請董事會召集股東臨時會以通過議案，但因議案係要求解任甲董事，董事會將會百般杯葛，故實際上乃係為等待15日後，由股東丙報請主管機關自行召集股東臨時會進行表決。

2. 監察人應得本於監察權對董事起訴，若監察人具備股東之身分，可

能得自我請求起訴。

實務見解認為，股東會為公司最高權力機關，有權決定公司是否對董事提起訴訟。至監察人如認董事有違法失職，僅得依公司法第220條召集股東會，由股東會決議是否對董事提起訴訟。惟學者認為公司法第214條規定少數股東得「請求」監察人提起訴訟，故監察人對於提起訴訟與否，應具有裁量權，並非全然受制於股東會。此外，監察人相較於股東會而言，較能充分取得資訊，並對董事做出適當而有效的監督，故應由監察人為訴追責任之決策。再者，自利益迴避之角度而言，於決定是否訴追董事責任之股東會上，且被訴追之董事為大股東時，倘若採取「避免該股東防禦功能降低」而認為該股東無須迴避表決之見解，則以訴訟訴追董事責任之效果將大打折扣，故公司法第213條之「公司與董事間訴訟」並不限於經股東會決議起訴之情形，監察人應得主動對董事提起訴訟。現行法下，若監察人自己即係股東，同時符合第214條之資格，可能得依照少數股東代表訴訟自己請求自己對董事會起訴，但此說法是否可行目前似無定論。

3. 現行法之修正方向：本題公司未將丙所提之案列入股東會議案，其救濟方式較為有效者僅處以董事罰鍰以及另行召開股東會而已，但罰鍰可能仍不足以嚇阻公司之違法行為，蓋公司違法不列入議案之利益較罰鍰大時，殊難想像僅因懼怕罰鍰而列入議案。另行召開股東會則面臨經濟部所採取核准開會之標準嚴格而難以開會。本文以為應修法新增股東聲請法院裁定公司列入股東議案之法律效果以落實股東提案權，強化少數股東之保護。另丁提案對甲起訴，若甲為大股東時，是否需於股東會迴避表決權尚無定論，可能使大股東於

股東會中動輒阻止對己究責。公司法第214條第2項少數股東代表訴訟，雖經107年公司法修正後已降低起訴門檻，但少數股東勝訴之利益歸屬公司，敗訴卻負擔損害賠償責任，使股東並無起訴之動機，故除公司法外，可能尚仰賴投資人保護中心依投資人保護法第10條之1所提之代表訴訟維護公益。現行法下，監察人怠於提起訴訟時，股東方可起訴，但於急迫情形時，應立法許其得逕為起訴。且法院得因被告之聲請命原告預供擔保，但其擔保金可能非少數股東所得負擔，故學者認為應由被告釋明原告之起訴不當時，法院方能為之。律師費及其他因訴訟費用亦應立法允許股東於勝訴時得向公司請求。

## 第5章

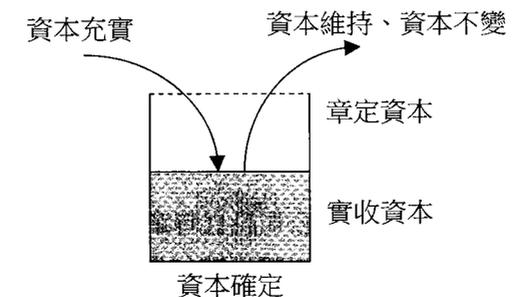
# 股份有限公司 之設立與發行股票

## 第一節 資本三原則與減資

### 筆者的話

資本三原則與減資有些抽象，筆者上課時因為講解方便，都會用杯子裝水的比喻貫串這個章節，所以請同學先看以下圖示，並且理解每個名詞比喻成甚麼，再往下閱讀。只要課文中出現杯子跟水的比喻的，就請對照下圖來看，會比較容易懂喔！

(一)示意圖：



(二)名詞解釋：

1. 章定資本：杯子的大小，也就是總共可以裝多少水。
2. 實收資本：杯子裡實際上裝了多少水。

壹、資本三原則之意義：

一、資本確定原則：

- (一) 資本確定係指公司於成立時須於公司章程中確定資本總額，目的在於確保公司於成立時有一定的財產，保障債權人之債權實現可能性（一開始要先確定杯子有多大）。
- (二) 本法採行單純授權資本制，一改以往所採之法定資本與折衷授權資本制，而係引入美國法單純授權資本制。亦即雖於章程中載明公司股份總數，但無須在公司設立時全數發行，使設立之初無須募足章定股數，提高彈性，見公司法第156條第4項之「公司章程所定股份總數，得分次發行」即知。
- (三) 法定資本制、折衷授權資本制與單純授權資本制之意義。
  1. 法定資本制：公司設立時章程所確定之章定資本必須於設立時即認足或募足，故章定資本恆等同於實收資本。我國85年以前之公司法採此制度（杯子一定要一次裝滿水）。
  2. 折衷授權資本制：公司設立時章程所確定之章定資本無須於設立時即認足或募足，但於設立時必須要認足或募足一定之比例以保護債權人，其餘之章定資本可授權董事會分次發行，故章定資本將大於或等於實收資本。我國85年修正後公司法即採此制度（杯子不一定要一次裝滿水，但第一次不能裝太少水）。
  3. 單純授權資本制：公司設立時章程所確定之章定資本無須於設立時即認足或募足，設立時無須認足或募足一定之比例，章

定資本均可授權董事會分次發行，故章定資本將大於或等於實收資本（杯子不一定要一次裝滿水，每一次要裝多少水都可以）。

二、資本維持（充實）原則：

- (一) 資本維持（充實）係指公司在存續時，需維持相當於資本額的財產，以具體財產充實抽象資本，保障公司債權人權益；又於此採行二階段立法設計，於發行股份取得資金時須能具體充實股份，並於取得資金後維持（水要真的裝進杯子裡，不可以做假動作）。
- (二) 上開原則於本法落實可見於第140條禁止折價發行，立法目的係為避免股票灌水，例如面額10元的股份以5元發行，實收資本額是10元，但實際上公司收到的財產只有5元。另外，為踐行此原則，新法刪除信用出資以確保出資充實。而於公司法第131、156條允許發起人與股東以技術出資，但技術可抵充之出資數額只需經過董事會決議，有侵害資本維持原則之虞，例如價值500萬元的技術卻抵充了1,000萬元之股款。

三、資本不變原則：

- (一) 資本不變原則係指資本總額一經章程確定，應保持固定不變，不得任意變動，若公司要增加或減少資本需踐行嚴格的法定程序，以確保公司債權人權益不因減資受損（裝進杯子裡的水不可以再任意倒出來）。
- (二) 減資依本法第168條須經股東會決議，並依照第281條準用第73、74條踐行保障債權人之程序，皆是對於資本不變原則的具體規範，以避免任意侵害債權人權益。但亦有論者認為既然資本不變原則係在保障債權人，則應納入資本維持原則討論即可，應刪除

資本不變原則才是<sup>1</sup>。

## 貳、減資：

### 一、法規內容：

#### ●公司法 § 168

I 公司非依股東會決議減少資本，不得銷除其股份；減少資本，應依股東所持股份比例減少之。但本法或其他法律另有規定者，不在此限。

II 公司減少資本，得以現金以外財產退還股款；其退還之財產及抵充之數額，應經股東會決議，並經該收受財產股東之同意。

III 前項財產之價值及抵充之數額，董事會應於股東會前，送交會計師查核簽證。

IV 公司負責人違反前三項規定者，各處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。

#### ●公司法 § 279

I 因減少資本換發新股票時，公司應於減資登記後，定六個月以上之期限，通知各股東換取，並聲明逾期不換取者，喪失其股東之權利。

II 股東於前項期限內不換取者，即喪失其股東之權利，公司得將其股份拍賣，以賣得之金額，給付該股東。

III 公司負責人違反第一項通知期限之規定時，各處新臺幣三千元以上一萬五千元以下罰鍰。

#### ●公司法 § 281

第七十三條及第七十四條之規定，於減少資本準用之。

<sup>1</sup> 施建州（2005），法定資本制概念的檢驗——以資本維持原則為中心，頁343-344，輔仁大學法律學研究所博士論文。

#### ●公司法 § 73

I 公司決議合併時，應即編造資產負債表及財產目錄。

II 公司為合併之決議後，應即向各債權人分別通知及公告，並指定三十日以上期限，聲明債權人得於期限內提出異議。

#### ●公司法 § 74

公司不為前條之通知及公告，或對於在指定期限內提出異議之債權人不為清償，或不提供相當擔保者，不得以其合併對抗債權人。

### 二、減資之種類與意義：

#### (一) 實質減資：

1. 實質減資之原因：公司事業並未如當初所預期，需要如此鉅額之資金，或因經濟情勢變遷，需收縮公司規模而形成資本過剩而造成公司之負擔，遂將公司多餘之財產發還股東<sup>2</sup>。

2. 實質減資之種類：

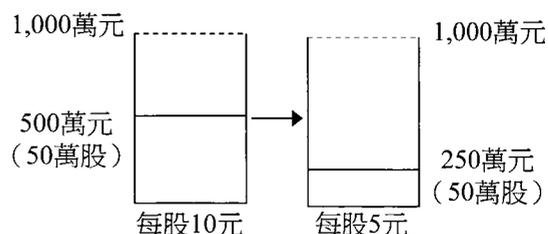
(1) 變更章程的實質減資：

① 意義：係指公司修改章程減少每股票面金額，將每股減少之金額發還股東。由於此種減資涉及章程之修改，故依公司法第277條應經股東會特別決議通過。且由於公司法第279至281條之規定係規定於「變更章程」以下，涉及變更章程之減資需要適用。故此種減資應換發減少過票面金額之新股並踐行債權人保護程序。然而，此種減資較為少見<sup>3</sup>。

② 示意圖：

<sup>2</sup> 柯芳枝（2015），公司法論（下），修訂九版，頁210，三民書局。

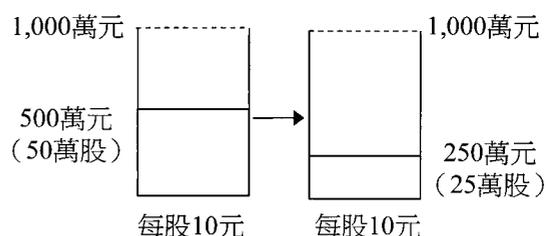
<sup>3</sup> 公司法全盤修正修法委員會修法建議，頁1-128



(2) 不變更章程的實質減資：

①意義：此種減資乃透過「有償」之方式消除已發行之股份，將消除之股份以現金發還股東。但由於此乃實收資本之減少，並不需要調整章程所記載之授權資本，故不涉及章程之變更。僅需依照公司法第168條第1項經過股東會普通決議通過即可，但由於公司法第279至281條之規定係規定於「變更章程」以下，涉及變更章程之減資需要適用，而不涉及變更章程之減資是否適用則法未明文。

②示意圖：



(3) 溢價資本公積發給現金（廣義的實質減資）<sup>4</sup>：由於溢價資本公積，廣義而言亦屬於「股本」（通常股本之定義乃每股面額乘以發行股數，但此處所採乃較廣義之定義，亦即將溢價資本公積一併計入），公司法第241條第1項所規定之「以現金發還溢價資本公積」廣義而言亦屬於減資之一種，依照

公司法第241條第1項準用第240條第1至3項應經股東會特別決議行之。但是否適用第281條之程序，法未明文（示意圖同(2)，僅發放現金之會計科目來源不同，前者為狹義的股本，此處為溢價資本公積）。

(二) 形式減資：

1. 形式減資之原因：形式上減資又稱計算上減資，此乃因公司發生鉅額虧損，致股東無法獲得盈餘分派<sup>5</sup>，乃減少公司資本，使資本與公司之純財產額一致，並未將任何資產發還股東<sup>6</sup>。此外，帳面上顯示虧損令人觀感不佳，投資人不敢將資金投入，故於公司欲吸引他人投資以前，常進行形式減資使財報較為美觀。

2. 形式減資之種類：

(1) 變更章程的形式減資：

①意義：此種減資係指減少章程定股份總數，亦即減少章程之授權資本額（不一定涉及實收資本之變動，例如授權資本額1,000萬股，已發行500萬股，但變更章程將授權資本額減為700萬股，則不會涉及實收資本之變動；但若減為300萬股，則同時涉及實收資本之變動），由於此種減資涉及章程之修改，故依公司法第277條應經股東會特別決議通過。且由於公司法第279至281條之規定係規定於「變更章程」以下，涉及變更章程之減資需要適用。故此種減資依照「法條文義」應踐行債權人保護程序。公司法全盤修正修法委員會認為，修改章程之形式減資，依現行法似應踐行債權人保護程序，但該種減資並無使公司財產減少，是

<sup>4</sup> 公司法全盤修正修法委員會修法建議，頁1-128

<sup>5</sup> 公司法第232條第1項：「公司非彌補虧損及依本法規定提出法定盈餘公積後，不得分派股息及紅利。」

<sup>6</sup> 柯芳枝（2015），公司法論下，修訂九版，頁210，三民書局。

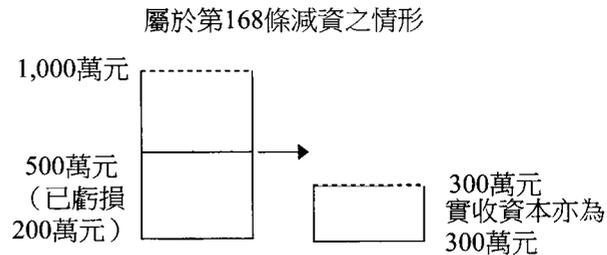
否需要踐行債權人保護程序，不無疑義。<sup>7</sup>

②行政函釋：單純減少授權資本而未減少實收資本（如授權資本額1,000萬股，已發行500萬股，但變更章程將授權資本額減為700萬股）雖然學者廣義上稱之為減資，但經濟部函釋認為此種情形非屬減資，無須依公司法第168條辦理。

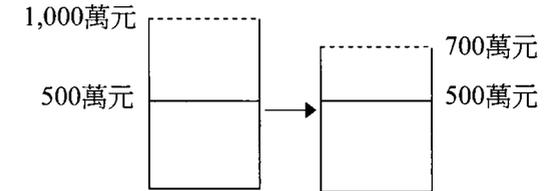
✍️ 濟部78年3月15日商015226號函

查公司法第168條第1項規定：「公司非依減少資本之規定，不得銷除其股份；減少資本……應依股東所持股份比例減少之」，依其立法理由，蓋以資本為公司之基礎，亦為債權人有力之保障，銷除股份等於減少資本，任意銷除股份，亦等於任意減少資本，對於公司之股東與債權人利害關係甚大，自應加以限制。本案 貴公司將公司章程所定未發行股份予以刪除，因公司實收資本並無減少，實際股份並未銷除，股東所持股份並未比例減少，是以非屬減資之情形，尚無須依上開條文之規定辦理減資。

③示意圖：



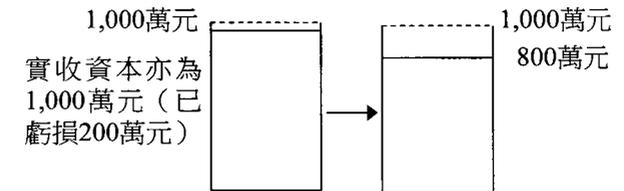
不屬於第168條減資之情形



(2)不變更章程的形式減資：

①意義：此係指公司法第168條減少資本以填補公司帳面上之虧損而言，公司之財產並不因此減少，僅為資產負債表上會計科目之變動。例如公司實收資本額1,000萬元，但虧損200萬元，於是公司將1,000萬元之資本與200萬元虧損相抵，於資產負債表上僅剩800萬元之資本而無虧損。但由於此種減資此乃實收資本之減少，並不需要調整章程所記載之授權資本，故不涉及章程之變更。僅需依照公司法第168條第1項經過股東會普通決議通過即可，但由於公司法第279條至第281條之規定係規定於「變更章程」以下，涉及變更章程之減資需要適用，而不涉及變更章程之減資是否適用則法未明文。通常此種減資進行完畢後，會配合增資之進行。

②示意圖：



<sup>7</sup> 公司法全盤修正修法委員會修法建議，頁1-129。

### 三、減資之方式<sup>8</sup>：

#### (一)減少股份金額：

1. 實質減資中，將每股面額減少後，將減少之金額發還股東。如10元減為8元，再將2元發還股東。
2. 形式減資中，若公司實收資本額1,000萬元，發行100萬股，虧損200萬元，則將每股面額由10元減為8元，但2元因為屬於抵銷虧損（註銷），故不發還股東，公司之實收資本額成為800萬元而無虧損。

#### (二)減少股份總數：

1. 實質減資中，若公司實收資本額1,000萬元，已發行100萬股，欲減資20%，則將20萬股銷除後，將相應之200萬元發還各股東。
2. 形式減資中，若公司實收資本額1,000萬元，發行100萬股，虧損500萬元，可能進行股份合併，使原本之2股變為1股，公司之實收資本額成為500萬元而無虧損，發行股數為50萬股。

四、法定減資之意義：法定減資乃法律明文要求應註銷股份之情形，公司法第167條第2項與第167條之1第2項以及證券交易法第28條之2第4項公司買回自己股份一定時間後未為轉讓，法律規定應將股份註銷，此乃「法定減資」。由於法定減資並未有股東意志之展現，故並無須經過股東會決議行之。

### 五、公司法第168條第2項現物減資之踐行方式：



經濟部98年2月26日經商字第09802017930號函

依本部97年1月29日經商字第09700511280號函：「公司減資退還股款，以現金以外財產為之，尚無不可。惟所退還之財產及抵充

之數額，須經股東會決議，並經該收受財產股東之同意。」準此，公司減資退還股款，如以現金以外財產為之時，作業上，宜先徵詢股東之意見，使得知退還財產之數額，如股東不同意者，應以現金退還股款，並提交股東會決議。至於以上市公司股票退還股款所生相關疑義者，因涉及公開發行公司之管理，允屬行政院金管會證券期貨局主管業務範疇。

六、實務上以減資之名逐出少數股東之法律漏洞（曾宛如老師）<sup>9</sup>：實務上減少股份總數之減資，若減資後股東持股未滿1股，公司得以現金發還股東而不發給股票，導致有些公司以減資之方式使原本3股或5股的股東變為未滿1股，等於以現金將該等股東逐出（Cash out），且現金之計算方式得以面額計算（亦即假設1股面額10元但有2,000元之市值，假設1股減為0.7股，應值1,400元，但若以現金發還則是以面額計算，即給付股東7元而已，對股東之權利影響甚鉅）。目前因減資所形成的現金逐出，並無股東救濟與保護之機制，因為現行法認為減資應保護債權人卻忘了保護少數股東，屬於減資目前之法律漏洞。

#### 有題有真相

A上市公司章程授權資本額新臺幣（下同）50億元，102年時實收資本額30億元，均以普通股發行。A公司從事智慧型手機零件及組裝代工，惟因轉投資策略錯誤造成近年來呈現虧損狀況。102年度股東會時曾授權董事會進行員工庫藏股買回計劃，董事會並於102年7月間完成買回3,000萬股，雖有訂定員工認股權相關辦法並與員工簽訂契約，惟因股價不振迄今仍無員工行使認股權。105年度6月底召開股東常會前，董事會為彌補虧損改善公司財務結構，提案進行減資，依據財務長自行擬

<sup>8</sup> 柯芳枝（2015），公司法論下，修訂九版，頁210-211，三民書局。

<sup>9</sup> 曾宛如老師上課口述。

具之計算方案，提報股東會以下二個方案：

1. 減資5億元整，股東依持股比例減少之，減資基準日後由公司通知臺灣集中保管結算所辦理變更登記，減資基準日為105年8月30日，減資後未滿一股之畸零股得自行併湊整股，未滿一股且未併湊整股者，於期限後授權董事長洽特定人以面額認購之。
2. 公司二年前代工組裝之無品牌智慧型手機，目前市價每組2000元，尚有庫存10萬組，第一次5億元減資後，再以105年9月1日為基準日，再減資2億元，每200股普通股無償退還一組手機，未滿200股且限於未滿200股者，依手機市價比例退還現金股款。由公司通知股東前往指定地點簽領手機，逾期未領或拒絕受領者均視為放棄權利，未發出之手機繳回庫存另行出售。試問：

- (一) 王一於105年8月30日時持有A公司普通股股票60,000股，試附理由說明於第一方案執行減資後，王一之持股數應為若干股？（15分）
- (二) 王一是3C新品愛好者，對於無牌過氣手機毫無興趣，請您提供對於第二方案適法性之法律意見，以作為其股東會是否支持第二方案之參考？（25分）

【105司法官】

### 爭點分析

本題涉及減資的問題，要回答本題以前要先清楚區分減資的種類，確定題目所指的減資為哪一種再開始作答以避免混淆，時間允許的話最好能帶到各種減資的目的為何，答案會比較完整。注意本題第一案乃形式減資，是為了去除帳面上的虧損，進而使公司能夠再度引入資金，化危機為轉機。作答時尤應注意，本題A公司收回特別股不是用公司法第167條之1的規定而是用證券交易法第28條之2的規定喔！因為A公司為公開發行公司，且本題買回了10%的股份，公司法第167條之1最多只能買回5%而已，不可不辨！此外要一併注意買回股份超過三年沒有轉讓應註銷的規定。第一小題說穿了就是考數學，只要能順著題目指引應該就可以算出答案。第二小題筆者認為難度比較高，因為涉及經濟部的函釋，而大家對於

減資又那麼不熟，誰還會注意到函釋呢？其實要考的就是現物減資的法規依據，記得引公司法第168條的第2與3項。至於未滿200股以現金退還以及不要手機的人視為棄權這兩個爭點要靠自己的法感情進行涵攝，可能沒有標準答案所以論述就顯得特別重要！

### 擬答

(一) 執行第一方案之減資後，王一之持股數應為48,888股，計算方式如下：

1. 第一方案乃形式上減資：形式上減資乃將減少之股份總數或金額為形式上的註銷，通常用於公司面臨虧損而股票帳面價值與實際價值相差甚大時，去除財報上之虧損，把原已虧損部分轉嫁原來股東，吸引新投資人注入資金，幫助公司起死回生。
2. A公司買回庫藏股之行為適法，但因為超過三年仍無員工認股，依法應為法定減資註銷3,000萬股之股份。

(1) A公司為公開發行公司，依證券交易法（下稱證交法）第28條之2第1項第1款得收回庫藏股且其上限為已發行股份總數之10%，同條第2項參照。如以每股面額為10元計算，A公司之實收資本額應換算為3億股，A公司買回3,000萬股恰為公司已發行股份總數之10%，故此買回庫藏股合法。

(2) 惟本題減資基準日為105年8月30日，距離A公司收回庫藏股之102年7月份已超過三年，因為公司持有自己股份本質上乃違反資本充實原則，非極度例外不宜使此狀態存續，故依照證交法第28條之2第4項該3,000萬股應予以註銷，此又稱為法定減資。

3. 依比例減資之結果，每位股東之持股比例將調整為原本的22/27：承

上，A公司之實收資本額30億元減去面額3億元之3,000萬股，減資基準日時，A公司之實收資本額應減為27億元。而A公司欲進行5億元之形式上減資，減資後的實收資本額應為22億元，故依比例對每位股東進行股份減少時，每位股東可以保留自己原有股份之22/27。

4. 王—於公司執行方案一減資後持股數應為48,888股，或依規定拼湊整股成為48,889股：王—原有持股數為60,000股，乘上22/27之後約為48,888.9股，倘若王—捨棄小數點後第一位之股份，該大約0.9股之股份由董事長洽特定人認購，若王—不願捨棄，則得依規定進位為48,889股。

(二) 第二方案涉及現物減資之適法性與程序問題，本文以為方案二實質上剝奪部分股東之權利，不領手機之股東視為放棄權利，此部分應非適法。

1. 本題方案二之性質上為實質減資、現物減資：本題方案二中，A公司將會針對200股以上之股東發給手機，對於未滿200股之股東發給現金，此一減資類型應為實質減資。而發放手機為以現金以外之資產發還股東，性質上為現物減資。
2. 現物減資應為合法：依照公司法第168條第2、3項，若A公司之現物減資部分於股東會前曾交由會計師查核簽證，其財產與數額並經由股東會決議，且經該收受財產之股東同意即為適法。
3. 未滿200股之股東退還現金部分，本文認為具適法性，但A公司「不同意接受手機即視為棄權」之規定有所不妥。

(1) 公司法第168條第2項並未規定以現金以外之物退還股款是否須對全體股東一體適用，本題對於未滿200股之股東規定以現金返還，法律雖無規定此一方式之適法性，但若價格相當則難謂違

法。

- (2) 公司法第168條第2項僅規定應經收受該財產之股東同意，惟並未規定該股東不同意之法律效果，此顯然為一立法疏漏。經濟部函釋曾對此表明見解，認為如股東不同意者，應以現金退還股款，並提交股東會決議。本題A公司竟規定如股東不同意者視為放棄權利，與經濟部函釋之見解有違，雖函示不具法令之地位但仍為參考之方向，況A公司此一作法將造成喜歡手機的股東得以獲取財產，不喜歡手機的股東卻一無所獲，實質上亦與股東平等原則相違，本文以為應對於像王—這些不同意以手機進行減資之股東發還現金，方屬妥當。

## 第二節 企業經營與所有之分合

### 壹、企業經營與所有分離之概要：

- 一、經營與所有分離之原因：股東不具專業能力，不適宜或不願意參與公司經營，而將公司之經營委由專業人士為之。
- 二、所有者與經營者之關係有如「本人與代理人」之關係。
- 三、代理成本：本人為確保在本人與代理人有利益衝突時，代理人仍會以達成本人之期望作為目標而做成決策，雙方均須付出一定之成本，主要類型有三。
  - (一) 本人所支出監控代理人之成本。
  - (二) 代理人為使本人相信其會忠實履約所支出的成本。

(三)代理人做出非最佳決策而本人受損失之成本。

#### 四、經營與所有分離之法規：

##### ●<sup>10</sup>公司法 § 192 (節錄)

I 公司董事會，設置董事不得少於三人，由股東會就有行為能力之人選任之。

本條未要求公司董事須具有股東之身分，乃經營與所有分離原則之體現。

### 貳、企業經營與所有合一之概要：

一、經營與所有合一之原因：公司經營者若同時為公司之所有者，則公司之利益與其自身之利益趨於一致，故經營者應同時為公司之所有者方能做出對公司有利之決策。

#### 二、經營與所有合一之法規：

##### ●<sup>10</sup>公司法 § 197

I 董事經選任後，應向主管機關申報，其選任當時<sup>10</sup>所持有之公司股份數額；公開發行股票之公司董事在任期中轉讓超過選任當時所持有之公司股份數額二分之一時，其董事當然解任。

II 董事在任期中其股份有增減時，應向主管機關申報並公告之。

III 公開發行股票之公司董事當選後，於就任前轉讓超過選任當時所持有之公司股份數額二分之一時，或於股東會召開前之停止股票過戶期間內，轉讓持股超過二分之一時，其當選失其效力。

##### ●<sup>10</sup>公司法 § 197-1 (節錄)

II 公開發行股票之公司董事以股份設定質權超過選任當時所持有之公司股份數額二分之一時，其超過之股份不得行使表決權，不算入已

<sup>10</sup> 亦即公司法第165條過戶閉鎖期間開始時之股東名簿上所記載之持股數。

出席股東之表決權數。

##### ●<sup>11</sup>證券交易法 § 26

I 凡依本法公開募集及發行有價證券之公司，其全體董事及監察人二者所持有記名股票之股份總額，各不得少於公司已發行股份總額一定之成數。

II 前項董事、監察人股權成數及查核實施規則，由主管機關以命令定之。

### 參、企業經營與所有分離與合一之規定不一致：

我國公司法制有些規定鼓勵經營與所有分離，有些則鼓勵經營與所有合一，適用上可能有所矛盾。學者建議毋須強制貫徹某一理念，應由各公司自行決定對其公司最佳之方案即可<sup>11</sup>。

### 肆、公司得否於章程上規定每一董監事之最低持股數？

經濟部函釋見解認為章程規定每一董事之最低持股數，將導致小股東無當選董事之機會，與公司法第198條累積投票制之意旨有違。

### 伍、公司法第197條之適用方式：

一、以「累積計算法」及「餘額認定法」判斷是否符合當然解任之要件：

(一)行政函釋：

 經濟部91年9月9日商字第09102195340號函

一、按公開發行股票之公司董事、監察人在任期中轉讓超過選任當時所持有之公司股份數額二分之一時，其董事、監察人當然解任（公司法第197條及第227條參照）。所稱「選

<sup>11</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁252，新學林。

任當時所持有之公司股份數額」之認定，係指停止過戶股東名簿所記載股份數額；又董事、監察人係於上屆任期屆滿前改選，並經決議自任期屆滿時解任者，其「選任當時所持有之公司股份數額」之認定，亦同。

二、至董事、監察人選任後持有股份有變動，是否達於當然解任，依本部79年6月13日商209806號函釋之規定，係以選任當時所持之股份數額為計算標準，即董事、監察人在任期中轉讓股份後其實際持有之股份若低於選任時持有股份之三分之一時，應當然解任。

(二)示意圖：



(三)時點代號：

1. 停止過戶日：a
2. 股東會當日（董事當選日）：b
3. 董事就任日：c
4. 董事任期屆滿日：d

(四)公司法第197條各項所代表之線段：

1.  $\overline{ab}$ ：第197條第3項後段「停止過戶期間」。
2.  $\overline{bc}$ ：第197條第3項前段「當選後，就任前」。
3.  $\overline{cd}$ ：第197條第1項「任期中」。

(五)「累積計算法」及「餘額認定法」：

1. 概念：公司法第197條轉讓股份之計算方式乃將「停止過戶期間」、「當選後，就任前」以及「任期中」三段期間所轉讓之

股份「累積計算」。而決定是否當然解任之關鍵在於轉讓後之「股份餘額」是否低於選任當時，亦即停止過戶期間，所持有股份數額之1/2。

2. 快速計算公式：

- (1) 設判斷是否解任時點之股份數 =  $\alpha$ ，選任當時之持股數 =  $\beta$
- (2)  $\alpha - (\overline{ab} + \overline{bc} + \overline{cd})$  所移轉之股份  $< 1/2\beta$ ，董事當然解任。

二、如公司辦理減資，應以轉讓之股份數是否超過減資後所持有之股份數額之1/2為準<sup>12</sup>。

### 有題有真相

設甲於選任公開發行公司董事之時持股100萬股，其後買進一部份股票，持故共300萬股，問甲共得轉讓多少股票而不會被依據公司法第197條當然解任？

### 解析

本題較為簡單，僅需計算董事當然解任之門檻即可，本題之  $\alpha = 300$  萬， $\beta = 100$  萬，故帶入前開公式， $300$  萬 -  $(\overline{ab} + \overline{bc} + \overline{cd})$  所移轉之股份  $< 50$  萬，董事當然解任。故若甲三階段所移轉之股份共計250萬股以內均不會被當然解任。

### 有題有真相

設乙於選任公開發行公司董事之時持股100萬股，經公司減資消除股份僅餘80萬股，其後買進一部份股票，持故共300萬股，問乙共得轉讓多少股票而不會被依據公司法第197條當然解任？

<sup>12</sup> 經濟部96年2月2日經商字第09602007620號函。



本題稍有變化，應考慮經濟部關於減資之行政函釋，本題之 $\alpha = 300$ 萬， $\beta$ 原本=100萬，但公司辦理減資，依據行政函釋應以減資後股份為準，故 $\beta$ 應調整為80萬，帶入前開公式， $300萬 - (\overline{ab} + \overline{bc} + \overline{cd}$ 所移轉之股份) $< 40$ 萬，董事當然解任。故若乙三階段所移轉之股份共計260萬股以內均不會被當然解任。

### 陸、公司法第197條之1之適用方式：

- 一、計算董事股份設質數時，係以股東會最後過戶日股東名簿記載之設質數為準。
- 二、設質數超過選任當時1/2之部分不得行使表決權，且不得行使表決權之部分，不得超過選任當時股份數之1/2<sup>13</sup>。
- 三、董事任期前與任期中設質者均屬之。



#### 最高法院103年台上字第1732號民事判決

為健全資本市場與強化公司治理，實有必要對設質比重過高之董事、監察人加強控管，以杜絕企業主炒作股票之動機與歪風，及防免董監事信用過度膨脹、多重授信。故無論董監事之持股設質係在任期前或任期中，對其超過一定比例之股份限制其表決權之行使，始符法意。則依此規定計算董監事股份設質數時，應不以其於任期中之設質為限。



#### 【學者評釋】 【劉連煜老師】<sup>14</sup>

任期前董事對公司尚無忠實義務可言，何以須加以限制？

<sup>13</sup> 經濟部100年12月29日經商字第10052403510號函。

<sup>14</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁258，新學林。



#### 【學者評釋】 【張心悌老師】<sup>15</sup>

自法明確性與商業活動之安全性而言，董事擔任董事前僅為單純之股東身分，其數十年前將股份設質時並無法預見將來當選董事將影響表決權之行使。且以股東身分將股份設質與公司治理無關，不應以其任期前之設質行為影響任期中之表決權。但任期前之設質比例，應於董事選舉時公開揭露以為股東參考之依據。



#### 【學者評釋】 【廖大穎老師】<sup>16</sup>

股東將股份設質與行使表決權，均為合法行為，設質超過一定比例即不得行使表決權之規範邏輯不明。且持股數相同之股東僅因擔任董事與否，所得行使之表決權即不同，有違股東平等原則。

- 四、若董事設質超過選任時1/2而故意於股東會前辭任董事，股東會中表決權有無第197條之1適用，有肯否二說。

(一)經濟部新見解：可能造成決議得撤銷。



#### 經濟部101年6月4日經商字第10102418160號函（節錄）

董監事於最後過戶日之股份設定質權超過選任當時所持有公司股份二分之一，而於股東會停止過戶期間或股東會當天辭職，復參與行使表決權，甚或當選董監事者，在司法實務上，可能被法院認定為規避法律之脫法行為而有公司法第197條之1第2項之適用，致該次股東會作成之決議，其決議方法違反法令而被撤銷。

<sup>15</sup> 張心悌（2016），法力無邊？董事任期前股份設質於表決權行使之限制——最高法院103年度台上字第1732號民事判決，月旦法學雜誌，第250期，頁190-198。

<sup>16</sup> 廖大穎（2016），董監辭任與公司法第197條之1質押股票規範——評最高法院103年度台上字第1732號民事判決，台灣法學雜誌，第310期，頁55-67。

(二) 經濟部舊見解：無本條之適用。

 經濟部101年2月20日經商字第10102412460號函（節錄）

公開發行股票之公司董監事以其股份設定質權超過選任當時所持有公司股份二分之一時，其超過之股份不得行使表決權，不算入已出席股東之表決權數。若公開發行股票公司之董監事於股東會開會前辭任董監事身分，則因股東會開會時，渠等已非董監事，自無公司法第197條之1第2項規定之適用。

(三) 學者見解（劉連煜老師）：無本條之適用。

解釋為無本條之適用較能符合現行法律文義及保障人民財產權，基於依法行政原則僅能如此解釋。<sup>17</sup>

五、法人當選董事時，以法人持股為準，與代表人持股無涉。自然人當選董事時，以本人持股為準，與配偶及未成年子女持股無涉。

六、董事持有普通股與特別股者，合併計算<sup>18</sup>。

七、公司有辦理減資時，以「選任時之持股辦理減資後所剩股數」為準。

八、因本條不得行使表決權之股數計入股東會「定足數」（已發行股份總數）但不計入表決權數。

九、公司法第197條之1之具體計算方式：

 經濟部100年12月29日經商字第10052403510號函（節錄）

上開規定「公開發行股票之公司之董事以股份設定質權超過選任當時所持有之公司股份數額二分之一」，計算董事股份設質數時，係以股東會最後過戶日股東名簿記載之設質數為準。倘設質

<sup>17</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁259，新學林。

<sup>18</sup> 經濟部100年12月29日經商字第10052403510號函。

數大於選任當時所持有之公司股份數額二分之一者，其超過之股份（設質數減去選任當時所持有之公司股份數額二分之一）不得行使表決權，且不得行使表決權之股份，以選任當時所持有之公司股份數額二分之一為上限。倘設質數低於或等於選任當時持有之公司股份數額二分之一，設質股份之表決權不受影響。倘選任時持股為0，其後買進股份並設質者，表決權不受影響。計算方式舉例如下：

(一) 例一：董事選任時持股10,000股，101年開會時持股10,000股，設質6,000股，不得行使表決權之股數為1,000股〔6,000 - (10,000 × 1/2) = 1000〕，得行使表決權之股數為9,000股（10,000 - 1,000 = 9,000）。

(二) 例二：董事選任時持股10,000股，101年開會時持股為30,000股，設質6,000股，不得行使表決權之股數為1,000股〔6,000 - (10,000 × 1/2) = 1,000〕，得行使表決權之股數為29,000股（30,000 - 1,000 = 29,000）。

(三) 例三：董事選任時持股10,000股，任期中買進50,000股，以其中30,000股設質，不得行使表決權之股數為5,000股（10,000 × 1/2 = 5,000）即以選任當時所持有之公司股份數額二分之一為上限，得行使表決權之股數為55,000股（10,000 + 50,000 - 5,000 = 55,000）。

(四) 例四：99年選任時持股0股，101年開會時持股30,000股，設質20,000股，因選任時持股0股，表決權不受影響，故不得行使表決權之股數為0股，得行使表決權之股數為30,000股（30,000 - 0 = 30,000）。

十、不得行使表決權股份數之快速計算公式：

(一) 設選任當時之持股數 = X，設質之股份數 = Y。

(二)  $Y - \frac{1}{2}X$  = 不得行使表決權股份數。

(三)但不得行使表決權之股份數以 $\frac{1}{2}X$ 為上限，所以

1.若 $Y - \frac{1}{2}X \leq \frac{1}{2}X$ ，以 $Y - \frac{1}{2}X$ 為不得行使表決權之股份數。

2.若 $Y - \frac{1}{2}X > \frac{1}{2}X$ ，以 $\frac{1}{2}X$ 為不得行使表決權之股份數。

### 有題有真相

丙於100年選任公開發行公司董事之時持股10,000股，其中8,000股為普通股，2,000股為特別股。於101年股東常會召開時，丙持股12,000股，其中9,000股為普通股，3,000股為特別股，且丙已將6,000股普通股設質。問101年股東常會中，依照公司法第197條之1，丙得行使表決權之股數為多少股？



依據行政函釋之見解，公司法第197條之1，董事持有普通股與特別股者應合併計算。故本題應可忽略丙所持有之不同種類股份而帶入前開公式。本題 $X = 10,000$ 股， $Y = 6,000$ 股， $Y - \frac{1}{2}X =$ 不得行使表決權股份數 $= 1,000$ 股。而得行使表決權之股份數即為 $12,000 - 1,000 = 11,000$ 股。

### 有題有真相

丁於100年選任公開發行公司董事之時持股10,000股，其中8,000股為普通股，2,000股為特別股。於101年股東常會召開時，丁持股40,000股，其中38,000股為普通股，2,000股為特別股，且丁已將20,000股普通股設質。問101年股東常會中，依照公司法第197條之1，丁得行使表決權之股數為多少股？



依據行政函釋之見解，公司法第197條之1，董事持有普通股與特別股者應合併計算。故本題應可忽略丙所持有之不同種類股份而帶入前開公式。本題 $X = 10,000$ 股， $Y = 20,000$ 股， $Y - \frac{1}{2}X = 15,000$ 股，似為不得行使表決權股份數，但本題屬於 $Y - \frac{1}{2}X > \frac{1}{2}X$ 之情形，應以 $\frac{1}{2}X$ ，亦即5,000股為不得行使表決權之股份數。故得行使表決權之股份數即為 $40,000 - 5,000 = 35,000$ 股。

## 第三節 公司的設立與分公司

### 壹、公司設立之立法主義：

- 一、自由設立主義：法律不設限。
- 二、特許主義：無法律規定下，國家元首或立法機關特許才可設立。
- 三、核准主義：符合法定條件下，經主管機關核准設立，我國公司法第17條於許可事業之設立時例外採取核准主義。
- 四、準則主義：符合法定條件者即可成立，不待主管機關核准，我國原則上採之。

### 貳、公司設立之方式：

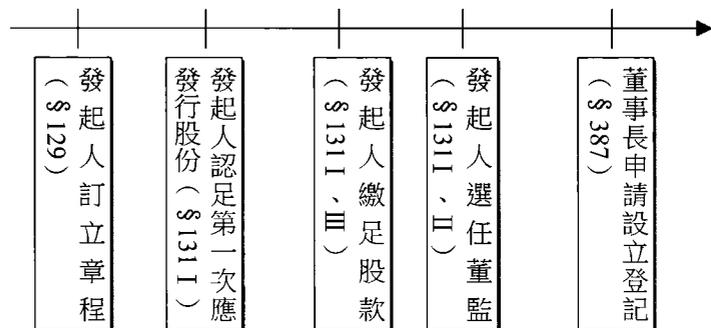
- 一、發起設立：
  - (一)法規內容：

◆ 公司法 § 131

- I 發起人認足第一次應發行之股份時，應即按股繳足股款並選任董事及監察人。
- II 前項選任方法，準用第一百九十八條之規定。
- III 發起人之出資，除現金外，得以公司事業所需之財產、技術抵充之。

(二) 定義：由發起人全體認足公司之資本，不向外招募資金。

(三) 發起設立之程序：



二、募集設立：

(一) 法規內容：

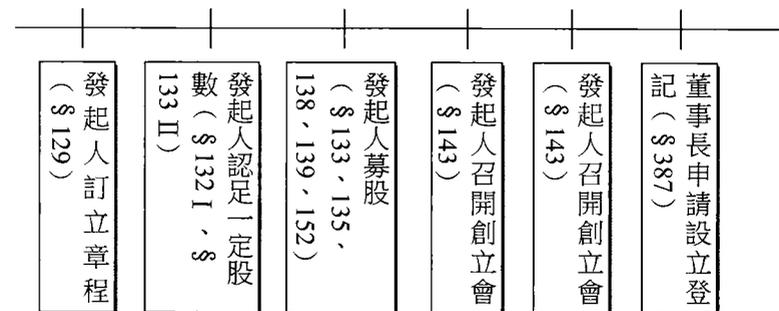
◆ 公司法 § 132

- I 發起人不認足第一次發行之股份時，應募足之。
- II 前項股份招募時，得依第一百五十七條之規定發行特別股。

(二) 定義：

發起人不認足第一次發行之股份時，對外公開募足而設立（只適用於股份有限公司）。募集設立者，即為公開發行公司。

(三) 募集設立之程序：



(四) 募集設立時，法律上有無限制發起人認股之數額？

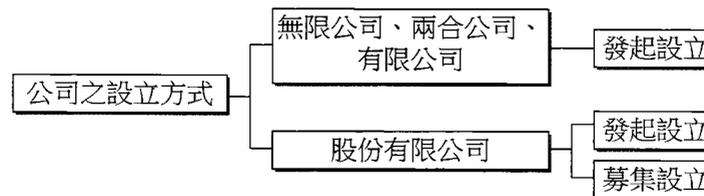
1. 法規內容：

◆ 公司法 § 133 (節錄)

II 前項發起人所認股份，不得少於第一次發行股份四分之一。

2. 法規沿革：94年公司法修正前，我國採取折衷式授權資本制，舊公司法第156條第2項仍規定「第一次發行之股份，不得少於股份總數四分之一。」，而與前開第133條綜合以觀，則發起人之認股不得少於股份總數之十六分之一。但現今我國改採單純授權資本制，第156條已無此規定，僅須遵守第133條第2項發起人認股不少於第一次發行股份之四分之一即可，第一次發行多少股份不在所問。

三、整理表：



### 參、分公司：

- 一、分公司不具獨立之法人格與獨立權利能力，但子公司有獨立法人格與權利能力。
- 二、分公司於業務範圍內之訴訟上有當事人能力，其判決效力及於總公司。

#### 筆者的話

總公司乃相對於分公司之概念，分公司並無獨立之法人格與權利能力。母公司之相對概念則係子公司，母子公司各有獨立之法人格。同學在此常誤以為母公司為分公司之相對概念，不可不慎。

## 第四節 發起人、發起人合夥及設立中公司

### 壹、發起人之意義：

訂立章程起到設立登記完成前，此階段之「設立中公司」之機關即為「發起人」。

### 貳、發起人之認定：

#### 一、法規內容：

##### ☛公司法 § 129

發起人應以全體之同意訂立章程，載明下列各款事項，並簽名或蓋章：

- 一、公司名稱。

二、所營事業。

三、採行票面金額股者，股份總數及每股金額；採行無票面金額股者，股份總數。

四、本公司所在地。

五、董事及監察人之人數及任期。

六、訂立章程之年、月、日。

二、形式認定說：視該人是否在章程上簽名蓋章而定，依照公司法第129條在章程上簽名蓋章者即發起人，至於其有無實際參與公司發起之工作不在所問。

三、實質認定說：於實際負責發起工作之人為逃避發起人之法律責任，而用人頭簽名蓋章時，倘依照形式認定說將無法追究實質發起人之責任，應採取實質認定說為妥<sup>19</sup>。

### 參、發起人之人數：

#### 一、法規內容：

##### ☛公司法 § 128 (節錄)

I 股份有限公司應有二人以上為發起人。

##### ☛公司法 § 128-1 (節錄)

I 政府或法人股東一人所組織之股份有限公司，不受前條第一項之限制。該公司之股東會職權由董事會行使，不適用本法有關股東會之規定。

#### 二、發起人之人數：

(一)第128條第1項：2人以上。

<sup>19</sup> 方嘉麟 (1997)，論發起人之形式定義，財經法論集——柯方枝教授六秩華誕祝賀文集，頁71以下。

(二)第128條之1第1項前段(一人股份有限公司之情形):政府或法人1人以上。

#### 肆、發起人之資格:

##### 一、法規內容:

###### ●公司法 § 128 (節錄)

II 無行為能力人、限制行為能力人或受輔助宣告尚未撤銷之人，不得為發起人。

III 政府或法人均得為發起人。但法人為發起人者，以下列情形為限：

- 一、公司或有限合夥。
- 二、以其自行研發之專門技術或智慧財產權作價投資之法人。
- 三、經目的事業主管機關認屬與其創設目的相關而予核准之法人。

##### 二、發起人之資格:

(一)自然人:完全行為能力。

(二)法人:公司或有限合夥、以其自行研發之專門技術或智慧財產權作價投資之法人(如工研院)、經目的事業主管機關認屬與其創設目的相關而予核准之法人(公視、長庚醫院、行天宮等)。

#### 伍、發起人之特別利益:

##### 一、法規內容:

###### ●公司法 § 130

I 下列各款事項，非經載明於章程者，不生效力：

- 一、分公司之設立。
- 二、解散之事由。
- 三、特別股之種類及其權利義務。

四、發起人所得受之特別利益及受益者之姓名。

II 前項第四款發起人所得受之特別利益，股東會得修改或撤銷之。但不得侵及發起人既得之利益。

二、適用說明:發起人所得受之特別利益，對於發起人乃非常重要的成果展現，公司法第130條第1項第4款，發起人除了有報酬以外還有特別利益。特別利益乃為酬謝發起人願意承擔風險從事公司之設立活動。發起人之特別利益不一定以自己為受益者，亦可以他人為受益者。然而，公司法第130條之事項屬於相對必要記載事項，章程上非必須記載，但若有此設計則必須記載，否則不生效力<sup>20</sup>。

#### 陸、發起人之權限:

##### 一、發起人行為之分類:

###### (一)設立必要行為:

1. 意義:只在法律上及經濟上屬於公司設立所必要之行為均屬之，如租用籌備處辦公室、購買辦公設備<sup>21</sup>。
2. 法律效果:於公司成立時當然歸屬於公司。

###### ⚖️ 最高法院86年台上字第2404號民事判決

按依同一體說之見解，設立中公司與成立後之公司屬於同一體，因此設立中公司之法律關係即係成立後公司之法律關係。申言之，發起人以設立中公司之執行及代表機關所為有關設立之必要行為，其法律效果，於公司成立時，當然歸屬於公司。又所謂設立中公司，係指自訂立章程至設立登記完成前尚未取得法人資格之公司而言。

<sup>20</sup> 曾宛如老師上課口述。

<sup>21</sup> 這兩個行為為典型的設立必要行為之類型，同學應熟背。

(二)開業準備行為：

1. 意義：公司成立後開始營業所為之準備行為，如興建廠房、訂購原料等。
2. 法律效果：發起人為開業準備行為屬無權代表，類推適用民法第170、171條無權代理之規定。

二、發起人若以「公司」名義對外為法律行為，其效果如何？

(一)法規內容：

☛公司法 § 19

- I 未經設立登記，不得以公司名義經營業務或為其他法律行為。
- II 違反前項規定者，行為人處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十五萬元以下罰金，並自負民事責任；行為人有二人以上者，連帶負民事責任，並由主管機關禁止其使用公司名稱。

(二)法律效果：

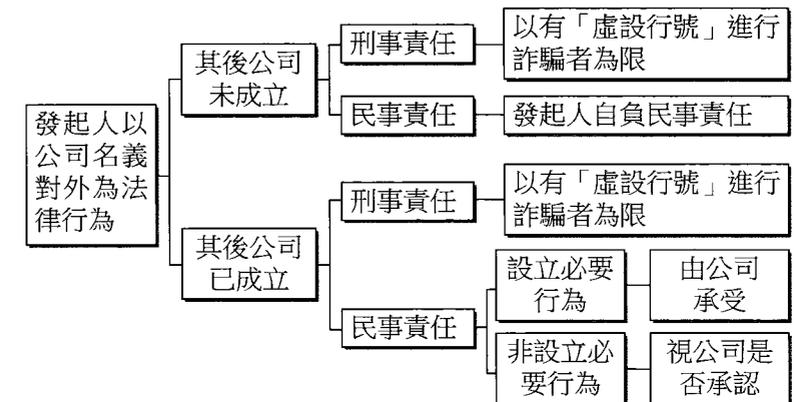
設立中公司應以「公司籌備處」之名義對外為法律行為，若以「公司」為之則應自負民事責任，且須科以刑責。

🗣️學者評釋 【曾宛如老師<sup>22</sup>】

1. 評釋內容：公司法第19條的立法理由是避免虛設行號，而「虛設行號」原本是用於成立公司販賣假發票的情形。但後來也被擴張解釋認為無公司名號，但是以公司名號招搖撞騙，故應負刑事責任。若今天有一家設立中公司，不小心漏用「籌備處」三個字，直接以公司名義為法律行為，其法律效果應為如下之解釋。若公司未成立，且能夠提出具體事證，證明並未虛設行號進行詐騙，則不負刑事責任。民事責任則依照第19條第2項，發起人自負民事責任。若公司成立，則不可以第19條第2項謂發起人自負

民事責任，否則無異於變相處罰交易相對人，使公司不用負責。仍應依照原本的法理檢視，該交易行為是否為設立必要行為，若為設立必要行為仍應由公司承受，非必要行為則視公司是否承認，不承認才由發起人負連帶責任。

2. 整理表：



筆者的話

前面所提及的「無公司名號，但以公司名號招搖撞騙」，或許同學難以想像，但不禁令筆者想起高雄的家樓上住了一個職業騙子的故事。該名職業騙子在社區實在小有名氣，他的口袋中放著各式各樣的名片，只要他跟新的人認識，就會殷切而誠懇地遞上一張名片，正面寫著「XX公司」，背後用簽字筆寫著「董事長XXX（他的名字）」，並且信心滿滿跟人家介紹自己的事業，甚至會提到除了一般公司經營以外，不但有律師資格，還多角化投資開設多間酒吧與咖啡店，邀請對方有空來店裡坐坐。等到你真的到他的店裡去坐了幾次之後，他就會開始告訴你，他的事業週轉不靈，需要你借他3、5萬元，之後某筆大生意進帳之後加倍奉還。然而，這一切從頭到尾沒有一件事是真的，那些口袋裡各式各樣的名片，都是他去各大公司行號拿來

22 曾宛如老師上課口述。

的，根本沒有一間公司與他老兄有任何關係，但他就會在名片背後寫上董事長是自己，來製造自己就是該公司董事長的假象取信他人，這就類似於「無公司名號，但以公司名號招搖撞騙」。至於投資的酒吧跟咖啡廳是怎麼回事？那些店只是他常常去的店而已，也因為是熟客，所以服務生都會跟他打招呼，而他就以服務生都會跟他打招呼這點，告訴別人那是因為他是這間店的老闆XD。最後，律師資格的部分呢？筆者當然也早就查過了，法務部律師查詢系統壓根兒沒他的名字呢！

### 柒、發起人合夥：

發起人之間以設立公司為目的所訂定之契約，於公司設立登記後，發起人合夥之目的事業已成就而解散。

## 第五節 創立會

### 壹、創立會之意義：

創立會係募集設立時<sup>23</sup>由發起人召集認股人所組成之設立中公司之意思決定機關，為公司成立後的「股東會」的前身，創立會之存在是為保護投資人並監督發起人有無濫權情形並選任董監以決定未來之走向，功能與性質類似股東會。

<sup>23</sup> 發起設立時並無創立會這個機關。

### 貳、創立會可否修改發起人所定之章程或因認為前景不佳而決議不成立公司？

#### ●公司法 § 151

- I 創立會得修改章程或為公司不設立之決議。
- II 第二百七十七條第二項至第四項之規定，於前項修改章程準用之；第三百十六條之規定，於前項公司不設立之決議準用之。

#### 爭點限時通

#### 【創立會結束後，若創立會決議有瑕疵應如何救濟？】

- (一) 107年新法修正前：通說認為於召集程序或決議方法違反法令或章程時應類推適用公司法第189條，於決議內容違反法令或章程時，應類推適用公司法第191條。
- (二) 107年新法修正後：因創立會性質上乃股東會之前身，其性質與功能皆相似，故明文規定由公司法第144條第1項準用第189至191條之規定。

## 第六節 發起人責任

### 壹、公司成立時之責任：

#### 一、對公司之責任：

##### (一) 充實資本責任：

##### 1. 法規內容：

#### ●公司法 § 148

未認足之第一次發行股份，及已認而未繳股款者，應由發

起人連帶認繳；其已認而經撤回者亦同。

2. 說明：此乃嚴格準則主義之下加重發起人責任之產物，股款之充足與否悠關債權人之權益與交易安全，故此一責任縱經全體股東同意亦不得免除。

## (二) 損害賠償責任：

### 1. 法規內容：

#### ● 公司法 § 149

因第一百四十七條及第一百四十八條情形，公司受有損害時，得向發起人請求賠償。

#### ● 公司法 § 155

I 發起人對於公司設立事項，如有怠忽其任務致公司受損害時，應對公司負連帶賠償責任。

II 發起人對於公司在設立登記前所負債務，在登記後亦負連帶責任。

### 2. 說明：

- (1) 公司法第149條之責任因涉及資本充實原則，故屬於無過失責任。
- (2) 公司法第155條之損害賠償責任乃指第1項而言，第2項乃契約責任，本條條文有「怠忽其任務」之要件，故性質上屬過失責任。

## 二、對第三人之責任：

(一) 契約責任：如前述第155條第2項。

(二) 侵權責任：公司法第8條第2項、第23條第2項。

## 貳、公司不成立時之責任：

### 一、法規內容：

#### ● 公司法 § 150

公司不能成立時，發起人關於公司設立所為之行為，及設立所需之費用，均應負連帶責任，其因冒濫經裁減者亦同。

## 二、適用方式：

(一) 設立行為、設立費用：指公司不成立時，應就此二項負連帶責任。

(二) 設立費用因冒濫而被裁減者：指公司雖成立，但設立費用冒濫而被創立會依照第147條裁減者，發起人應對之負連帶責任。

### 學者評釋 【劉連煜老師】

將公司成立與不成立兩種情況規定於同一條文有所不妥，應分開另訂一項較佳<sup>24</sup>。

## 第七節 股東的地位與股東權

### 壹、誰才是公司的權力核心？

- 一、股東優位主義 (shareholder's primacy)：本說認為股東為公司真正之所有人，公司必須以追求公司財富之最大化為其目標，並強調股東表決權為股東專屬權利。
- 二、董事優位主義 (director primacy)：本說認為董事屬專業之經營管理者，立於中間地位，最適合衡平考量各利害關係人之利益，故其應享有公司經營上之主導權。美國各州之公司法就是典型

<sup>24</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁275，新學林。

採取董事會優位主義之例子，該國公司法一般認為公司的管理職責屬於董事會，股東之權利僅限於選舉、罷免董事以及承認公司之重大變更<sup>25</sup>。

### 三、我國公司之權力核心為何？

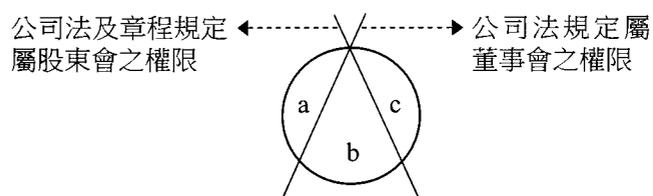
#### (一)法規內容：

##### ◆ 公司法 § 202

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。

#### (二)示意圖：

##### 1. 我國公司內部分權示意圖：



2. 說明：假設公司內部的一切事務是圖中的圓形，首先依據公司法第202條可以畫出第一條線，也就是左上到右下的線，亦即公司法及章程規定屬股東會之權限。這條線將圓形切成了c以及其他部分，圖中的c就是股東會之權限，剩下的a+b部分則屬於董事會之權限。這時要畫出第二條線，也就是右上到左下的線，亦即公司法規定屬於董事會之權限。這條線的依據是經濟部商字86224536號函，公司法明定屬於董事會之權限，不得由常務董事會決議，故a部分則屬於公司法明定屬董事會之權限，不得由常務董事會決議。b部分則屬於公司法並未規定由

董事會決議之事項，但依據公司法第202條亦歸屬於董事會，則這些事項就是由董事會或常務董事會決議都可以。

##### ✍ 經濟部86年12月26日商86224536號函

按公司法明定專屬「董事會」決議之事項，不論係普通決議（例如同法第171條召集股東會之決議）或特別決議（例如第266條發行新股之決議），均不得由常務董事會決議。

(三)董事會優位主義說（柯芳枝老師、劉連煜老師）：公司法第202條之意旨乃企業經營與所有分離之體現，亦即公司業務之執行除重大事項交給股東會以外，其餘均屬董事會之權限。此一規定乃擴大董事會之業務執行權，故由本條可知我國採取「董事會中心主義」（或董事會優位主義）<sup>26</sup>。

(四)章程自治說（曾宛如老師）：公司法第202條並未徹底解決我國公司法究竟採「股東會優位主義」或「董事會優位主義」之問題。因為該條文並未界定以「章程」擴充股東會權力之界線何在。似仍可能以章程將公司法未明文為董事會之權限，全數劃歸股東會。故我國法並未明確說明係採取何者<sup>27</sup>。

#### 筆者的話

一位新婚的男士在酒吧裡跟幾個朋友Men's talk的時候，朋友問起他的新婚生活怎麼樣，跟老婆誰權力比較大？男士說：「家裡的大事，都由我決定，小事才由我老婆決定。」朋友就說：「這樣很好啊！但你怎麼看起來還是愁眉苦臉的？」這位男士悲從中來，說出：「因為甚麼是小事，甚麼是小事，通通都由他來決定……」

<sup>25</sup> 苗壯（2007），美國公司法——制度與判例，頁244，法律出版社。

<sup>26</sup> 柯芳枝（2015），公司法論下，修訂九版，頁50，三民書局；劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁543，新學林。

<sup>27</sup> 曾宛如（2017），公司法制——基礎理論之再建構，頁12、30，元照。

這還真是一個N百年前的笑話，但跟股東會與董事會的權限劃分，還有幾分相似呢！公司法第202條雖說除了公司法與章程所規定屬於股東會之權限外，其餘均屬於董事會之權限，乍看之下好像董事會權限比較大。但股東會得透過決議修改章程將許多事項規定由股東會決定，也就是甚麼是大事，甚麼是小事，通通都由章程來決定XD。

## 貳、股東權之分類：

### 一、傳統上股東權之分類：

#### (一) 自益權與共益權<sup>28</sup>：

1. 自益權：股東「為自己利益」而行使之股東權利，如盈餘分派請求權、贖餘財產分派請求權。
2. 共益權：股東「為公司利益」，如參與公司之管理、營運、於經營不當時謀求救濟等行為而行使之股東權利，如表決權、股東提案權即屬之。

#### (二) 單獨股東權與少數股東權<sup>29</sup>：

1. 單獨股東權：每一個股東均可單獨行使之權利。自益權均屬單獨股東權，共益權中之表決權、董事會違法行為停止請求權均屬之。
2. 少數股東權：少數股東權主要是為了壓抑大股東之專橫，以維護公司利益而設，但為避免股東濫行行使而危害公司安定，有些權利規定持股數達到已發行股份總數一定比例以上之股東才可行使，該等權利即少數股東權。如股東代位訴訟、少數股東之股東會召集權均屬之。

<sup>28</sup> 柯芳枝（2002），公司法論上，修訂五版，頁186-187，三民書局。

<sup>29</sup> 柯芳枝（2002），公司法論上，修訂五版，頁187-188，三民書局。

### (三) 固有權與非固有權<sup>30</sup>：

1. 固有權：不得以公司章程或股東會決議予以剝奪之權利即為固有權。原則上共益權均為固有權，但公司法第157條第1項第3、5款為例外。另外，股東之股份收買請求權亦為固有權。
2. 非固有權：得以公司章程或股東會決議予以剝奪之權利即為非固有權，自益權多為非固有權。

二、股東權概念之重塑——學者評釋（曾宛如老師）<sup>31</sup>：傳統學說上將股東權區分為不得透過章程或股東會決議限制或剝奪之「固有權」（多為共益權）與得加以調整之「非固有權」（多為自益權），但公司法上已將該二類權利皆加以調整。例如公司法開放複數表決權特別股、當選一定董事、監察人席次之特別股均在限制普通股股東之共益權。另公司法也規定閉鎖性股份有限公司應於章程設有轉讓限制，亦為限制股東「股份自由轉讓」之自益權。傳統上之分類是否具有實益，不無可議。

## 第八節 股東出資之標的

### ◎股東出資之標的：

#### 一、法規內容：

##### ●<sup>32</sup>公司法 § 99-1

（有限公司）股東之出資除現金外，得以對公司所有之貨幣債權、

<sup>30</sup> 柯芳枝（2002），公司法論上，修訂五版，頁189，三民書局。

<sup>31</sup> 曾宛如（2020），公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，第300期，頁135-136。

公司事業所需之財產或技術抵充之。

● 公司法 § 131 (節錄)

III 發起人之出資，除現金外，得以公司事業所需之財產、技術抵充之。

● 公司法 § 156 (節錄)

V 股東之出資，除現金外，得以對公司所有之貨幣債權、公司事業所需之財產或技術抵充之；其抵充之數額需經董事會決議。

● 公司法 § 272

公司公開發行新股時，應以現金為股款。但由原有股東認購或由特定人協議認購，而不公開發行者，得以公司事業所需之財產為出資。

● 公司法 § 356-3 (節錄)

II (閉鎖性股份有限公司) 發起人之出資除現金外，得以公司事業所需之財產、技術或勞務抵充之。但以勞務抵充之股數，不得超過公司發行股份總數之一定比例。

● 公司法 § 356-12 (節錄)

II (閉鎖性股份有限公司) 新股認購人之出資方式，除準用第三百五十六條之三第二項至第四項規定外，並得以對公司所有之貨幣債權抵充之。

二、比較表：

	有限公司股東 ( § 99-1)	股份有限公司發起人 ( § 131 III)	股份有限公司股東 ( § 156 V + § 272 但書取聯集)	股份有限公司公開發行新股 ( § 272 本文)	閉鎖性股份有限公司發起人 ( § 356-3)	閉鎖性股份有限公司股東 ( § 356-12)
現金	○	○	○	○	○	○
對公司之貨幣	○	×	○	×	×	○

	有限公司股東 ( § 99-1)	股份有限公司發起人 ( § 131 III)	股份有限公司股東 ( § 156 V + § 272 但書取聯集)	股份有限公司公開發行新股 ( § 272 本文)	閉鎖性股份有限公司發起人 ( § 356-3)	閉鎖性股份有限公司股東 ( § 356-12)
債權						
財產	○	○	○	×	○	○
技術	○	○	○	×	○	○
勞務	×	×	×	×	○	○

三、出資之種類：

- (一) 以現金出資為原則：以現金以外之方式出資較容易發生公司資本與實際財產不符之情形，故發起人與股東原則上應以現金出資。
- (二) 現物出資為例外：公司法第131與156條均允許發起人與設立後之股東以現物出資。
- (三) 以對公司之貨幣債權出資（以債作股）為例外：以債作股之適用對象僅及於公司設立後之股東，理由如下：
  1. 公司法第156條所指之股東乃公司設立後之股東，發起人出資乃於公司設立前階段之行為，故發起人只適用第131條而不適用第156條。
  2. 有學者認為公司設立初期即以債作股有害公司財務穩健，故不允許發起人以「對公司之貨幣債權」出資。
  3. 亦有學者認為發起人不得以「對公司之貨幣債權」出資，乃因為公司設立階段，公司尚未存在，自無所謂以公司名義所負擔之貨幣債權存在<sup>32</sup>。

<sup>32</sup> 方嘉麟等人 (2020)，閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁184-185，元照。此處引用黃銘傑部分。劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁286，新學林。

(四)技術抵充為例外：107年新修正公司法開放於第131條發起人設立公司時得以公司所需之技術抵充股款。

(五)閉鎖性股份有限公司得以勞務出資：依公司法第356條之3及第356條之12，閉鎖性股份有限公司之發起人或股東均得以勞務出資。然而，勞務出資容易造成資本虛增，可能誤導市場，故學者建議資金不足之創業者得以無面額股或超低面額股之方式，以極低之價格發行股票給勞務提供者，使其以「現金出資」之方式成為股東，以免除鑑價與課稅之相關問題，亦可避免資本虛增、誤導市場<sup>33</sup>。

#### 四、不得出資之種類：

(一)商譽：90年公司法修正時，因商譽並非可以隨時充作現物之財產，故不宜作為出資標的於是自第156條中刪除。

(二)信用：107年公司法修正前，第356條之3允許閉鎖性股份有限公司以信用出資，但因信用之界定不易，故刪除信用出資，而已經以信用出資者不受影響<sup>34</sup>。

#### 五、現金以外出資之認可機關：

(一)第131條之情形，以現金以外之財產、技術抵繳股款者，依照第145條應報告於創立會，估價過高者創立會得依照第147條要求補足。

(二)第156條之情形，其抵充之數額應經董事會決議。董事會決議應諮詢專業鑑價機構，否則高估數額可能違反董事忠實義務中之注意義務，但若已經諮詢專業機構則不得以事後結果

<sup>33</sup> 方嘉麟等人(2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁52-53，元照。此處引用朱德芳、張心悌部分。

<sup>34</sup> 參閱107年公司法修正第356條之3之立法說明。

屬高估而逕追究董事之責任<sup>35</sup>。

(三)第356條之3之情形，以勞務抵充之股數，不得超過公司發行股份總數之一定比例且以技術或勞務出資者，應經全體股東同意，並於章程載明其種類、抵充之金額及公司核給之股數。

## 第九節 票面金額股與無票面金額股

### ◎票面金額股與無票面金額股<sup>36</sup>：

#### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 140

I 採行票面金額股之公司，其股票之發行價格，不得低於票面金額。

但公開發行股票之公司，證券主管機關另有規定者，不在此限。

II 採行無票面金額股之公司，其股票之發行價格不受限制。

##### ●公司法 § 156 (節錄)

I 股份有限公司之資本，應分為股份，擇一採行票面金額股或無票面金額股。

II 公司採行票面金額股者，每股金額應歸一律；採行無票面金額股者，其所得之股款應全數撥充資本。

#### 二、票面金額股：

(一)意義：「票面金額」係將公司的股本等分切割之單位，此一單位

<sup>35</sup> 王文宇(2004)，技術出資之鑑價問題，月旦法學教室，第16期，頁27。

<sup>36</sup> 資料參考自方嘉麟等人(2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁55-58，元照。此處引用朱德芳、張心悌部分。

之高低，應以章程定之。公司章程若有訂定票面金額者，該公司發行之股份即為「票面金額股」。

(二) 實收資本與溢價資本公積之計算方式：

1. 票面金額×已發行股份總數=實收資本；(發行價格-票面金額)×已發行股份總數=溢價資本公積。
2. 若股票溢價發行：面額部分列為實收資本，超過面額部分屬溢價資本公積。
3. 若股票折價發行：面額部分列為實收資本，不足面額的部分列為溢價資本公積之減項，尚有不足則列為虧損。

有題有真相

A公司採取票面金額股，每股面額新台幣0.01元，第一批股票由發起人甲乙丙丁以面額各認購25萬股。第二批股票由支持四人理念之創業投資人戊以每股10元認購100萬股。假設各股東均以現金出資並繳足股款，請問第二批新股發行完畢後，A公司各股東繳納之股款總數為何？實收資本額為何？溢價資本公積為何？



各股東所繳納之股款總數為  $(0.01 \text{元} \times 25 \text{萬} \times 4) + (10 \text{元} \times 100 \text{萬}) = 1,001 \text{萬元}$ 。而實收資本依照前開「票面金額×已發行股份總數=實收資本」公式計算，應為  $0.01 \text{元} \times (25 \text{萬} \times 4 + 100 \text{萬}) = 2 \text{萬元}$ 。溢價資本公積依照前開「(發行價格-票面金額)×已發行股份總數=溢價資本公積」之公式計算，應為  $(0.01 \text{元} - 0.01 \text{元}) \times 25 \text{萬} \times 4 + (10 \text{元} - 0.01 \text{元}) \times 100 \text{萬} = 999 \text{萬元}$ 。可見票面金額股之實收資本可能與公司實際收取之股款相差甚遠，大部分股款均以溢價資本公積之名義認列。同學應與無票面金額股之計算進行比較。

(三) 票面金額股之功能<sup>37</sup>：

1. 確保公平性之功能：早期票面金額股係為確保新設公司中所有股東間之平等對待，公司出售價格應嚴守票面金額。惟現今已不一定以票面金額發行，此一功能逐漸喪失。
2. 協助公司債權人之功能：協助公司債權人評估借貸給該公司之風險性高低，資本額較大者風險低，資本額較小者風險高。但現今公司之償債能力已經與實收資本額不一定有關係。

(四) 低面額股：我國公司法允許無票面金額股以前，曾以行政函釋之方式允許僅訂定象徵性之超低面額而達成無面額股之功能<sup>38</sup>。然而，前開函釋解釋上，其面額最低仍以「元」為單位，面額似無法為0.01元。但近年經濟部更加放寬，認定面額得不滿1元<sup>39</sup>。

(五) 票面金額股之缺點（曾宛如老師）：面額股當市價低於面額時，可能必須折價發行，而折價發行會因此在帳面上產生鉅額的虧損記載，有害公司商譽，但同時市價低於面額時代表公司之狀況不好，需要引入增資，卻因鉅額虧損的記載使籌資更加困難。若採取無面額股則皆以交易價格進行會計認列，不會有認列虧損之問題<sup>40</sup>。

(六) 低面額股之缺點（曾宛如老師）：面額之功能在於定義出不能隨意使用之「實收資本」以取信於債權人，但當面額極低時，如面額0.01元之股票以10元發行，則大部分之出資計入資本公積之下，如前例中9.99元計入溢價資本公積，而資本公積又得自由運用甚至發還股東（§ 241 I），則該面額股之功能微乎其微，甚

<sup>37</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁291，新學林。

<sup>38</sup> 經濟部經商字第09302147710號函。

<sup>39</sup> 經濟部經商字第10702402640號函。

<sup>40</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁90，元照。此處引用曾宛如部分。

至可能誤導債權人。相較之下，無面額股較低面額股更能反映實收資本<sup>41</sup>。

### 三、無票面金額股：

(一)意義：「無票面金額股」即公司章程未訂定股份的票面金額，只記載股份總數，公司發行之股份即稱之為「無票面金額股」

(二)實收資本之計算方式：

1. 發行價格（股東每股所繳納之股款）×已發行股份總數＝實收資本
2. 採行無票面金額股者則無溢價資本公積之概念（§ 156 II）。

#### 有題有真相

A公司採取無票面金額股，第一批股票由發起人甲乙丙丁以0.01元各認購25萬股。第二批股票由支持四人理念之創業投資人戊以每股10元認購100萬股。假設各股東均以現金出資並繳足股款，請問第二批新股發行完畢後，A公司各股東繳納之股款總數為何？實收資本額為何？溢價資本公積為何？

#### 爭點分析

各股東所繳納之股款總數為  $(0.01 \text{元} \times 25 \text{萬} \times 4) + (10 \text{元} \times 100 \text{萬}) = 1,001 \text{萬元}$ 。而實收資本依照前開【發行價格（股東每股所繳納之股款）×已發行股份總數＝實收資本】之公式計算，應為  $(0.01 \text{元} \times 25 \text{萬} \times 4) + (10 \text{元} \times 100 \text{萬}) = 1,001 \text{萬元}$ 。無票面金額股則並無溢價資本公積

<sup>41</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁92、94，元照。此處引用曾宛如部分。曾宛如（2020），公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，第300期，頁139。

之概念。無票面金額股將發行價格全數認列實收資本，將使實收資本與公司所收受之股款相同，能避免虛增或虛減公司之實收資本。同學應與票面金額股之計算進行比較。

(三)功能：

1. 便於籌資安排：公司得以極低價發行股份給創業家，並以極高價發行股份給其他投資人，使資金得以引入又不稀釋創業家之股份比例。例如新創公司的年輕工程師若只有200萬元可以出資，在面額10元且不折價發行的情形下最多只能取得20萬股，但如果可以使用無面額股就沒有所謂折價發行的問題，而每股以0.1元發行給該工程師，則其可以取得2000萬股，較能依照自己的創意與理念掌握公司經營，相反的較有錢的金主投資該公司時，該公司使用無面額股可以每股以2000元發行給金主，資金的挹注雖多，但股份不多，避免金主干預營運。
2. 避免投資人誤解或規避法規：票面金額不等於股份價值，股份價值隨公司營運與市場環境因素而變化，早已與面額脫節。避免公司透過發行超低面額股導致實收資本超低而規避較嚴格的監管法規。或避免小公司透過發行高面額股使自己之實收資本較大公司為大，而有灌水公司規模以博取商業信用之嫌。
3. 簡化會計程序、股份分割與合併：採行票面金額股下，將股款分為實收資本與溢價資本公積，會計科目繁多，無票面金額股全數列為實收資本，較為簡便。

#### 爭點限時通

【股份有限公司的股票到底有沒有面額的規定？】

(一)過去：

1. 閉鎖性公司：第356條之6第1項，可以發行無票面金額股。

2. 他種股份有限公司：第162條第1項第3款，一定要有面額。

(二) 107年新修正公司法：

1. 閉鎖性公司：第356條之6刪除，直接適用第129及156條。

2. 非公開發行公司：

- (1) 第156條第1項，可以發行無票面金額股。
- (2) 亦可透過第156條之1第1項以股東會特別決議轉換為無票面金額股。
- (3) 第156條之1第6項規定公司採行無票面金額股者不得轉換為票面金額股。

3. 公開發行公司：

- (1) 不得由票面金額股轉換為無票面金額股：第156條之1第5項規定第156條之1第1項至第4項之「轉換為無票面金額股」規定不適用公開發行公司。
- (2) 得於設立時即採行無票面金額股：非公開發行公司設立時即採行無票面金額股，其後辦理公開發行，則於該公司公開發行後，應繼續採行無票面金額股<sup>42</sup>。
- (3) 學者評釋（曾宛如老師）<sup>43</sup>：何以區分是否於設立時即採行無票面金額股而異其規定，似不具說服力。

(三) 現已無面額10元之規定：

- 1. 公開發行公司：原有強制每股面額應為10元之規定，但後來因為公開發行公司股務處理準則第14條之修正而取消了上開規定。
- 2. 非公開發行公司則本來就沒有強制面額10元之規定，行政函

<sup>42</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁86，元照。此處引用曾宛如部分。劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁298，新學林。

<sup>43</sup> 曾宛如（2020），公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，第300期，頁138。

釋亦同此見解。近來更允許票面金額股之面額未滿1元。

✎ 經濟部93年9月7日經商字第09302147710號函

非公開發行股票公司依公司法第167條之2第1項規定，發給員工之認股權憑證，其約定價格應符合公司法第140條之規定；又員工持有認股權憑證，於行使認購新股權利時，公司應發行新股以供其認購之。前經本部91年2月4日經商字第09102014280號函釋在案。惟非公開發行股票公司之股票面額，無每股金額為新臺幣壹拾元之限制，每股金額為壹元、貳元、？元……均無不可，所詢可依上開規定辦理。另公司法第140條本文規定之立法意旨，在維持資本充實原則及保障股東權益，併為敘明。

✎ 經濟部107年2月1日經商字第10702402640號

查本部92年12月1日經商字第09202242000號函規定，每股金額應以1元、2元、3元……等為單位，惟公司法第156條第1項僅規定股份有限公司之資本，應分為股份，每股金額應歸一律，並未禁止元以下之金額為單位。且每股金額採元以下之單位者，依商業會計處理準則第12條但書規定，得依交易之性質延長元以下之位數為會計處理。是以，本部92年12月1日商字第09202242000號函爰予廢止，不再援用。

**爭點限時通**

**【股票得否折價發行？】**

(一) 公司法第140條：

- 1. 非公開發行公司：不得折價發行，參第140條第1項本文。
- 2. 公開發行公司：經證券主管機關另有規定者例外得折價發行，參第140條第1項但書。

(二) 公司法第140條第2項：採行無票面金額股者，發行價格不受

限制。

### 筆者的話

許多同學關於「得否發行低面額股」以及「股份得否折價發行」二組概念經常搞混，筆者在此稍作說明。折價發行與否，是採取票面金額股的前提下，看股票的發行價格與票面金額孰高孰低，發行價格高於票面金額就稱作溢價發行，反之則稱作折價發行。例如A公司股票之面額10元，以6元發行，屬於折價發行。B公司股票之面額2元，以6元發行，屬於溢價發行。雖二者皆以6元發行，但因為前者之發行價格低於面額而後者之發行價格高於面額將有不同答案。至於「得否發行低面額股」，討論的是「面額本身」的高低問題，例如面額是否必須要是慣用的10元？面額得否低於1元？等等。此概念與發行價格並無關係。

### 有題有真相

A為非公開發行之股份有限公司（下稱A公司），其設立之初係由擁有技術的甲透過介紹，主動向擁有資金的B股份有限公司（下稱B公司）提出合資設立之方案。甲及B公司雙方決定發行無面額股，甲出資新台幣（下同）150萬元，認購A公司100萬股普通股及50萬股甲種特別股（下稱甲特）；B公司則出資2,000萬元認購150萬股乙種特別股（下稱乙特）。甲與B公司約定並載明於甲特發行條件如下：(a)甲特股東指定A公司之董事長及總經理人選後，形式上經董事會選任；(b)未來轉換為公開發行公司時，轉換前，甲特一股轉換為一普通股。另外，甲與B公司約定並載明於乙特發行條件如下：(a)乙特股東擁有否決未來A公司併購案的權利；(b)未來轉換為公開發行公司時，轉換前，一股轉換為三股普通股。經過七年的研發與市場開發，A公司成績顯著。經甲、B公司之同意，A公司轉變成公開發行公司，並於二年後上櫃。上櫃後，因雙方

理念日漸歧異，B公司逐步釋出持股，獲利出場。另一方面C股份有限公司（下稱C公司）在市場上逐步建立持股，甲感受到一股力量正在蠶食鯨吞A公司的股份。為打壓股價，甲遂醜化財報，使公司獲利不如預期，並於業績說明會上表示產業前景嚴峻，公司必須保守因應，A公司股價因此下跌25%。甲趁此機會增加持股。丁因聽聞甲之說明，報導之標題為「A公司財報不佳，前景嚴峻」，故忍痛賣出持股蒙受損失。C公司發現甲申報之持股情形後，認定甲之說明為偽，故啟動公開收購，收購後期持股達A公司已發行股份總數55%。請附理由回答下列問題：

- (一) 上述甲特與乙特之各項約定是否有效？A公司採無面額股制度，可否直接轉換為公開發行公司？A公司於設立時，依照甲與B公司約定之出資，其實收資本額為多少？C公司於收購完成後，擬召開股東臨時會，應如何為之？（25分）
- (二) 丁就其損害，應如何救濟？甲之行為違反證券交易法哪些規定？（25分）
- 【108台大法研】

### 爭點分析

- (一) 第一小題的第一個問號主要考驗同學對於公司法第157條特別股種類的熟悉度，在此應注意的是選任董事長與總經理屬於董事會之權限，不得以特別股保證當選。再者，設立時即採取無票面金額股之公司，於公開發行後，應得繼續採行無票面金額股，此乃經濟部與學說之共同見解。關於採行無票面金額股之公司，其實收資本如何計算，應參照公司法第156條第2項將股款全數撥充資本。最後公司法第173條之1與證券交易法第43條之5第4項之適用，建議採取自由競合說為妥。
- (二) 略。

### 擬答

(一)本題所涉之各爭點分述如下：

1. 甲特關於指定董事長與總經理之約定無效，其他有效：

關於特別股之規定於107年公司法修正中有諸多變革，惟董事長與總經理依照公司法第29與208條乃由董事會選任，公司法第157條第1項第5款亦僅規定以特別股保障當選一定之董事席次，故甲特約定得指定董事長與總經理之規定於法不合。然本文以為得以特別股指定支持特定董事長或總經理人選之董事，輾轉使其進入董事會選任特定董事長與總經理以達其目的。關於乙特對於併購事項有否決權則符合同法第157條第1項第4款之規定，甲、乙二種特別股於一定其間經過後得轉換為普通股亦為第157條第1項第6款所允許。然乙特一股轉換為三股之規定於107年修法前並非允許，蓋一股轉多股有害資本充實原則，但此問題現已立法允許。

2. A公司得直接轉換為公開發行公司，且得繼續適用無票面金額股：

依照公司法第156條第1項，股份有限公司得擇一採行票面金額股或無票面金額股，惟公司法第156條之1採行票面金額股之公司得轉換為無票面金額股之規定依照同條第5項不適用於公開發行公司。然若於設立時即採行無票面金額股，即非此轉換規定所指涉，應於日後公開發行時亦得繼續採行無票面金額股，經濟部於新法修正之說明亦採此見解。

3. A公司之實收資本額應為2,150萬元：

公司法第156條第2項規定採行無票面金額股之公司，其所得之股款應全數撥充資本。故甲所出資之150萬元與B公司所出資之2,000萬

元均應全數撥充資本，故A公司之實收資本額應為2,150萬元。

4. C公司收購後得依照公司法第173條之1及證券交易法第43條之5第4項召開股東會。

C公司於收購A公司持股達55%後，若持股三個月以上，則符合公司法第173條之1第1項之要件得自行召開股東臨時會。惟C公司乃依照公開收購之方式收購A公司之持股，故亦符合證券交易法第43條之5第4項之要件，得請求A公司召開股東臨時會。然二條文之要件有所不同，學說認為並無適用上之優先順序，C公司自得擇一行使，然金管會則有刪除證交法規定之草案以杜絕適用疑義。

(二)略。

## 第十節 發行股票之方式

壹、強制發行股票：

一、法規內容：

●公司法 § 161-1

- I 公開發行股票之公司，應於設立登記或發行新股變更登記後三個月內發行股票。
- II 公司負責人違反前項規定，不發行股票者，除由證券主管機關令其限期發行外，各處新臺幣二十四萬元以上二百四十萬元以下罰鍰；屆期仍未發行者，得繼續令其限期發行，並按次處罰至發行股票為止。

二、107年修正後新法以有無公開發行作為是否強制發行股票之基準。

- ┌ 公開發行公司→強制發行股票（§ 161-1）。
- └ 非公開發行公司→自由決定是否發行股票。

貳、股票發行之方式：

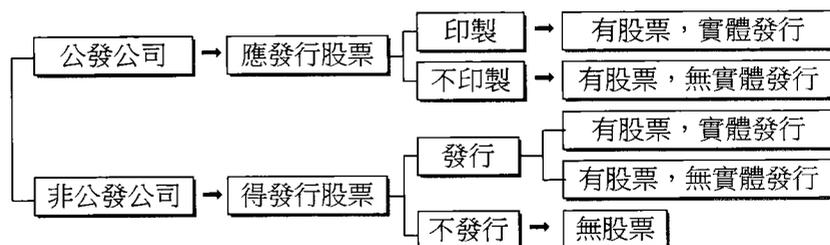
一、法規內容：

●公司法 § 161-2

- I 發行股票之公司，其發行之股份得免印製股票。
- II 依前項規定未印製股票之公司，應洽證券集中保管事業機構登錄其發行之股份，並依該機構之規定辦理。
- III 經證券集中保管事業機構登錄之股份，其轉讓及設質，應向公司辦理或以帳簿劃撥方式為之，不適用第一百六十四條及民法第九百零八條之規定。
- IV 前項情形，於公司已印製之股票未繳回者，不適用之。

二、實體發行與無實體發行：公司股票實體發行者，應將第162條第1項之事項載明於股票。公司亦得為簡化股票發行成本與交付作業，選擇無實體發行股票，而洽證券集中保管事業機構登錄其發行之股份。

三、整理表：



**爭點限時通**

**【發行新股，應否經股東會決議？應否修改章程？】**

(一)法規內容：

●公司法 § 266

- I 公司依第一百五十六條第四項分次發行新股，依本節之規定。
- II 公司發行新股時，應由董事會以董事三分之二以上之出席，及出席董事過半數同意之決議行之。
- III 第一百四十一條、第一百四十二條之規定，於發行新股準用之。

●公司法 § 129

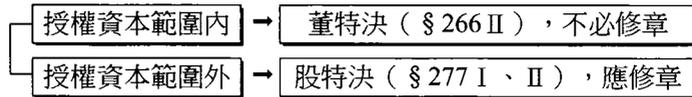
發起人應以全體之同意訂立章程，載明下列各款事項，並簽名或蓋章：

- 一、公司名稱。
- 二、所營事業。
- 三、採行票面金額股者，股份總數及每股金額；採行無票面金額股者，股份總數。
- 四、本公司所在地。
- 五、董事及監察人之人數及任期。
- 六、訂立章程之年、月、日。

●公司法 § 277

- I 公司非經股東會決議，不得變更章程。
- II 前項股東會之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上之股東出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。
- III 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。
- IV 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。

(二)整理表：



## 第十一節 股票之公開發行

### 壹、現行公司法採自願公開發行：

以往依照舊公司法第156條第4項，實收資本兩億元（五億元）以上之公司應強制公開發行，但107年新法修正後，依照公司法第156條之2第1項前段，現已無強制公開發行制度。

### 貳、公開發行與停止公開發行之決定機關：

#### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 156-2

- I 公司得依董事會之決議，向證券主管機關申請辦理公開發行程序；申請停止公開發行者，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之。
- II 出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。
- III 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。
- IV 公開發行股票之公司已解散、他遷不明或因不可歸責於公司之事由，致無法履行證券交易法規定有關公開發行股票公司之義務時，證券主

管機關得停止其公開發行。

V 公營事業之申請辦理公開發行及停止公開發行，應先經該公營事業之主管機關專案核定。

#### 二、說明：

(一)申請公開發行：因公開發行使公司接受較嚴格之法規管理，對於股東之保護較周到，故以「董事會普通決議」通過即可申請。

(二)申請停止公開發行：

1. 自願申請停止：停止公開發行使原本信賴該公司受嚴格法規管理而投資之股東期望落空，對投資人之影響甚鉅，故應經「股東會特別決議」始得為之。
2. 主管機關強迫停止：公司已解散、他遷不明或因不可歸責於公司之事由，致無法履行證券交易法規定有關公開發行公司之義務（如無會計師願意簽證財報、公司全體董監皆解任而無臨時管理人致公司無法運作），主管機關得基於公益強制停止公開發行。

## 第十二節 特別股

### 第一項 特別股的發行

#### 壹、概說：

公司股份可以分為普通股與特別股，而關於特別股股東權利義務之行使由章程規定之，而不同於普通股之股東。例如公司可以在章程中約定特別股的股息、表決權和剩餘財產分派之特殊約定。

然而，因公開發行公司之股東較多、股權分散，為保障眾多股東之權益，並避免濫用特別股致產生萬年董監；又特別股轉讓之限制與透過集中市場、店頭市場交易之公開發行公司有所扞格，故公開發行公司不適用107年修法新增之特別股種類，參第157條第3項<sup>44</sup>。

## 貳、股東（份）平等原則：

公司對於每一股東所持有之每一股份均予以平等對待，特別股之存在乃股東平等原則之例外。

## 參、特別股之種類：

### 一、法規內容：

#### ●公司法 § 157（一般股份有限公司之規定）

I 公司發行特別股時，應就下列各款於章程中定之：

- 一、特別股分派股息及紅利之順序、定額或定率。
- 二、特別股分派公司賸餘財產之順序、定額或定率。
- 三、特別股之股東行使表決權之順序、限制或無表決權。
- 四、複數表決權特別股或對於特定事項具否決權特別股。
- 五、特別股股東被選舉為董事、監察人之禁止或限制，或當選一定名額董事<sup>45</sup>之權利。
- 六、特別股轉換成普通股之轉換股數、方法或轉換公式。
- 七、特別股轉讓之限制。
- 八、特別股權利、義務之其他事項。

II 前項第四款複數表決權特別股股東，於監察人選舉，與普通股股東之表決權同。

III 下列特別股，於公開發行股票之公司，不適用之：

<sup>44</sup> 王文宇（2018），公司法論，第六版，頁356，元照。

<sup>45</sup> 不包含當選一定名額之監察人。

一、第一項第四款、第五款及第七款之特別股。

二、得轉換成複數普通股之特別股。

#### ●公司法 § 356-7（閉鎖性股份有限公司之規定）

I 公司發行特別股時，應就下列各款於章程中定之：

- 一、特別股分派股息及紅利之順序、定額或定率。
- 二、特別股分派公司賸餘財產之順序、定額或定率。
- 三、特別股之股東行使表決權之順序、限制、無表決權、複數表決權或對於特定事項之否決權。
- 四、特別股股東被選舉為董事、監察人之禁止或限制，或當選一定名額<sup>46</sup>之權利。
- 五、特別股轉換成普通股之轉換股數、方法或轉換公式。
- 六、特別股轉讓之限制。
- 七、特別股權利、義務之其他事項。

II 第一百五十七條第二項規定，於前項第三款複數表決權特別股股東不適用之<sup>47</sup>。

## 二、可否發行無分派股息紅利及賸餘財產分配權之特別股？

✍ 經濟部99年5月6日經商第09902042010號函（節錄二、）  
如章程中規定：「特別股分派股息及紅利、賸餘財產之定額或定率為0，且特別股股東無表決權」，尚無不可。

## 三、對特定事項具否決權之特別股（黃金股）：

（一）意義：持有黃金股的股東對於特定重大事項有否決權。

（二）第157條第1項第4款、第356條之7第1項第3款：一般非公開發行股份有限公司與閉鎖性股份有限公司均得發行否決權股。

<sup>46</sup> 包含當選一定名額之監察人。

<sup>47</sup> 複數表決權股於監察人選舉無須回歸一股一權。

(三)第157條第3項第1款：公開發行公司不得發行否決權股。

(四)常見的得否決事項：解任董事、出售公司重大資產、合併或分割。

(五)具否決權特別股行使否決權之範圍及時間：

1. 行使之範圍：否決權股所得否決之事項應以股東會所得決議者為限，不包含董事會之權限以及董事之選舉結果。

### 筆者的話

假設特別股之發行條件規定「甲種特別股之股東得於公司決議出售自身資產之一個月內，提出否決權以否決該決議之效力。」直觀上很可能膝反射認為這是在討論公司法第185條重大資產出售的問題，但仔細看題目會發現，「出售自身資產」包含「重大資產出售」與「一般資產出售」，前者固然屬於股東會之權限，但後者依照公司法第202條之分權規定，仍屬於董事會之權限，甲種特別股將使股東僭越到董事會之權限，該約定應屬無效。

2. 行使之時機：以股東會中行使為原則，若有特別約定，得以於股東會後盡早行使為例外。

3. 行政函釋：

 經濟部108年1月4日經商字第10702430970號函

- 一、按107年11月1日施行之公司法第157條第1項第4款及第3項規定，非公開發行股票之公司得發行「對於特定事項具否決權特別股」，並應於章程中載明，先為敘明。對於特定事項具否決權之特別股股東，於行使否決權時，應以股東會所得決議之事項為限；依法屬於董事會決議之事項，例如：經理人之委任、解任及報酬（公司法第29條第1項第3款），則不得行使否決

權。又特別股股東對於「董事選舉之結果」，亦不得行使否決權，以維持公司之正常運作。

- 二、特別股股東針對特定事項行使否決權時，應於討論該事項之股東會中行使，以避免法律關係懸而未決。縱使特別股發行條件另有約定「得於股東會後行使」，亦宜限於該次股東會後合理期間內行使，以使法律關係早日確定。具體個案如有爭執，允屬司法機關認事用法範疇。

### 四、複數表決權股：

- (一)意義：一股擁有多表決權，複數表決權股的發行會使公司形成雙重股權結構（Dual Classes），擁有複數表決權股的股東有不成比例的較大權力，容易使公司治理弱化但也較能防禦併購。例如耳熟能詳的阿里巴巴集團即採取同股不同權的雙重股權結構<sup>48</sup>。

- (二)第157條第1項第4款、第356條之7第1項第3款：一般非公開發行股份有限公司與閉鎖性股份有限公司均得發行複數表決權股。

- (三)第157條第3項第1款：公開發行公司不得發行複數表決權股。

### 學者評釋 【朱德芳老師】<sup>49</sup>

縱未開放，公開發行公司仍得以無表決權或限制表決權之特別股設計雙重股權結構，且所產生之凌駕效果較複數表決權股強，故不允許公開發行公司發行複數表決權股之正當性較

<sup>48</sup> 日本經濟新聞中文版（11/15/2019），阿里巴巴為何選在此時香港上市？，<https://zh.cn.nikkei.com/china/ccompany/38176-2019-11-15-01-49-46.html>（最後瀏覽日：12/07/2020）。

<sup>49</sup> 朱德芳（2018），雙層股權結構之分析——以上市櫃公司為核心，月旦法學雜誌，第274期，頁162。

弱。

(四)第157條第2項、第356條之7第2項：因監察人屬監督公司之角色，具有公益之意義，一般非公開發行公司選任監察人時回歸一股一表決權，但閉鎖性股份有限公司因為其閉鎖特質，並不強調內部制衡監控，故其複數表決權股選任監察人時不用回歸一股一表決權，特別股股東得享有壟斷權，法規賦予公司更大的彈性<sup>50</sup>。

## 五、當選一定名額之董事或監察人特別股：

### (一)一般非公開發行股份有限公司：

1. 107年新修正公司法第157條第1項第5款：僅得當選一定名額之董事，不包含監察人。此乃因監察人為監督公司之角色，有公益性，不應以分贓方式選出。

### 筆者的話

惟前開規定亦非無規避之餘地，同款之前段規定得規定「被選舉為監察人之限制」故倘若一公司想以特別股方式使其中一派股東得保證當選一定名額監察人，可採用以下作法：假設一公司有三董事一監察人，可於甲種特別股之限制當中載明「甲種特別股不得當選監察人」而於乙種特別股之限制當中載明「乙種特別股當選監察人不得超過一席」於法條文義解釋之下公司似可於特別股中加入前開「限制」使乙種特別股之股東得保證當選一名監察人<sup>51</sup>。

2. 107年新修正公司法第157條第3項第1款：公開發行公司不

<sup>50</sup> 方嘉麟等人(2020)，閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁103，元照。此處引用方嘉麟、蘇怡慈部分。

<sup>51</sup> 曾宛如老師上課口述。

得發行此種特別股。

3. 當選一定名額之董事之特別股，所當選之董事必須為該種特別股之股東。但此種特別股之法人股東依公司法第27條第1項當選「法人董事」後，所指派執行職務之自然人不需具備該種特別股股東之身分。

### 經濟部108年6月14日經商字第10800045890號函

- 一、按公司法第157條第1項第5款規定，公司得發行特別股股東當選一定名額董事權利之特別股，條文既明定「特別股股東當選一定名額董事」，即指當選之董事須具此等特別股股東資格（該條修正說明參照）。
- 二、次按公司法第27條第1項規定，政府或法人為股東時，得當選為董事或監察人。但須指定自然人代表行使職務。是以，依該項規定，公司之董事為該法人股東（特別股股東），而非其所指定之自然人，該自然人僅為代表行使職務，爰可指定非具特別股股東身份之人（自然人）代表行使董事職務。

### (二)閉鎖性股份有限公司：

1. 第356條之7第1項第4款：得當選一定名額之董事或監察人。
2. 應注意第27條第2項但書之精神，應避免發行得同時當選董事與監察人之特別股，以免球員兼裁判<sup>52</sup>。如發行甲種得當選3席董事與2席監察人不可；而甲種得當選3席董事，乙種得當選2席監察人則可。

### 學者評釋 【朱德芳老師、張心悌老師】

從企業自治觀點思考，若特別股股東选择不參與經營，僅

<sup>52</sup> 資料參考自方嘉麟等人(2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁76，元照。此處引用朱德芳、張心悌部分。

職司監督當選一定名額之監察人，似無禁止之必要<sup>53</sup>。

**爭點限時通**

**【可否發行轉換為普通股之換股比例非1：1之特別股？】**

(一) 舊法行政函釋：

✍ 經濟部90年5月22日經商字第09002095540號函

按公司發行特別股時，應就特別股權利、義務事項於章程中明定，公司法第157條定有明文。惟章程中尚非可明定特別股得按一股換數股比例轉換為普通股者。

(二) 舊法學說見解：可以多股轉一股，不可以一股轉多股，因為資本充實原則。

**筆者的話**

假設發行1股得轉換5股之特別股，則轉換後公司看似發行5股，實際上僅收受1股之股款，此乃為何1股轉多股之特別股有違反資本充實原則之疑慮。

(三) 107年新修正公司法：依據公司法第157條第1項第6款與第157條第3項第2款，除公開發行公司不得一轉多外，非公開發行公司之轉換股數、方法或轉換公式並無限制。

(四) 閉鎖性股份有限公司：閉鎖性股份有限公司的股份轉換依據條文乃公司法第356條之7第1項第5款，其自始並未排除一轉多之規定，本次修法並未有所變動。

<sup>53</sup> 方嘉麟等人(2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁76，元照。此處引用朱德芳、張心悌部分。

**肆、特別股之收回：**

一、法規內容：

● 公司法 § 158

公司發行之特別股，得收回之。但不得損害特別股股東按照章程應有之權利。

二、特別股之存在使特別股股東居於特殊地位，故公司法允許公司收回特別股以回復股東平等之狀態。

三、本條規定乃「得收回」而非「應收回」故除非發行時另有約定以外，公司無收回特別股之義務。

**有題有真相**

咖啡貓股份有限公司（下稱「A公司」）為非閉鎖性未公開發行股票之公司，公司章程規定：「本公司資本總額定為新台幣五億元整，共分為五千萬股，每股新台幣壹拾元整，得分次發行。」目前已全數發行。由於A公司自從設立時起，發起人間合作無間，平日總是心心念念為公司，三人因為大三時期曾經共同修習公司法，一同享受過閉上眼睛複習公司法整個人法喜充滿的感覺而抱持理想與抱負決定創業，過程中每每有所歧見總能思及在事業草創之際借用溫州街咖啡廳開發起人會議、到肯德基討論創業理想，並且凌晨十分還在計算機中心趕工製作設立登記文件之事，任何歧見都迎刃而解、相互禮讓，也因此經營良好，最近三年有高額盈餘，去年配發現金股利，每股新台幣（下同）10元。A公司董事會考慮：(1)吸引及留任公司所需要的優秀專業人才，以激勵員工、提升員工的向心力與生產力，共同創造公司整體利益。(2)鞏固公司經營權，避免被其他公司敵意併購。(3)增加公司未來所需資金，擴充生產線。因此，董事會決議發行下列特別股：

1. 甲種特別股500萬股，每股面額10元，以5元發行，惟僅限於由公司員

工承購，其權利、義務與普通股完全相同。但三年內不得轉讓。

2. 乙種特別股50萬股，每股面額10元，以每股100元發行，由全體股東按持股比例認購。最低認購單位為10,000股。不足認購最低認購單位者，得相互併足，共同申購。乙種特別股股東就公司股東會所有議案（包括選舉董事、監察人），每股有表決權100權。
3. 丙種特別股1,000萬股，每股面額10元，以每股20元發行。股東就公司所有議案，無表決權；不得參與公司股息、紅利的分派；於清算時，亦無剩餘財產分配請求權。但於發行屆滿三年後、屆滿四年六個月前，得請求轉換為普通股，轉換比例為1股丙種特別股轉換為1.5股普通股。五年期滿，公司無償收回該特別股，註銷之。

問題：

- (一) A公司發行上述三種特別股，是否合法？請依照107年新修正公司法分別附具理由說明之，並比較其與舊法有何不同。（40分）
- (二) 如A公司不發行甲種特別股，現行公司法有無其他替代制度，可以達到相同目的？（20分）

【改編自103律師】

### 爭點分析

本題為103年的律師考題，在當時特別股種類的限制還非常多，所以舊法時代會得出甲乙丙三種特別股均不適法的答案，惟107年公司法修正後放寬了許多特別股的規定，限制員工權利新股的規定也開放及於非公開發行公司，所以本題的答案會180度大轉變，筆者以下的答案是舊題新解並且會比較新舊規定的不同。首先要注意本題章定資本已經發放完畢，時間允許的話可以在整題的一開始寫出要先修章才可以發行新股一事。其餘的爭點記得要討論折價與溢價發行、僅限員工或股東承購、三年內不得轉讓、溢價發行、最低申購單位、複數表決權、無表決權、無股息紅利及剩餘財產分派、一定年限轉換為普通股以及其轉換比例，最後還有無償收回之適法性。初學者寫這題很容易漏爭點，筆者大三自己寫的時候每一種特別股只找到一個爭點，所以如果你每一種特別股都能找到兩個以上的爭

點就已經比筆者初學時厲害了，不要灰心繼續把其他的爭點一併找到吧！

### 擬答

(一) 甲乙二種特別股均有其不適法之處，而丙種特別股適法，理由如下：

1. 修改章程：依本題所示，A公司之授權資本已經全數發放完畢，故無論發行任何股份均應先依照公司法第277條第1項與第2項經股東會特別決議修改章程提高授權資本始能發行。

2. 甲種特別股：

(1) 以面額5元發行不適法：本題A公司為非公開發行公司，且採用票面金額股制度，依照公司法第140條，其發行價格低於其面額，乃折價發行，有關折價發行之規定，本條第1項但書僅規定公開發行公司不在此限，自不包含非公開發行之A公司，故A公司面額10元以5元發行難謂適法。

(2) 僅限員工承購不適法，除非甲種特別股以限制員工權利新股之形式發行：依公司法第267條，公司發行新股時僅能依照本條第1項保留10%~15%供員工優先認購，剩餘部分立法者為確保公司的股權結構不因新股之發行而變動，故於同條第3項規定依照前2項員工認購後，應由原有股東依其持股比例儘先分認。本題甲種特別股要求全部保留予員工難謂適法。依照107年新修正公司法第267條第9項，限制員工權利新股已經擴大適用範圍及於非公開發行公司，若A公司發行限制員工權利新股，則不再受原股東儘先分認之規定限制。

立法建議：公司法第267條第3項原有股東儘先分認的規定雖立意良善，然而股東有認購股票的權利，不代表有認購股票的義

務，總有股東於發行新股時仍不分認，股權結構仍會改變，此一規定似乎已難以達成目的，不無省思之必要。

(3) 3年內不得轉讓適法：公司法第163條宣示股份自由轉讓原則，股份之轉讓不得以章程禁止或限制，此乃立法者為保障投資人所為之措施，但於員工認股之情形則有所不同，公司讓員工認股不外乎希望員工成為股東，與公司利益相同而為公司效命。倘員工認股後隨即轉讓，將使公司激勵士氣之美意落空，公司法第267條第6項規定員工依照第267條第1、2項認購之股份得限制員工於2年內不得轉讓，惟本題甲種特別股要求3年內不得轉讓，亦違反上開規定，難謂適法。

107年新修正公司法第163條增加「除本法另有規定外」，不得以章程禁止或限制之，故公司得依修正後第157條第1項第7款及第130條第1項第3款於章程記載股份轉讓之限制，故A公司以特別股之型態發行時，亦得為超過3年之轉讓限制。

### 3. 乙種特別股：

(1) 以每股100元發行適法：股份溢價發行不但法律未為限制，實質上有利於資本充實原則，且為公司實務常用之作法，自無不許之理。

(2) 全體股東按比例認購不適法：公司法第267條第1項規定公司應保留10%~15%之股份供員工認購，已如前述，乙種特別股竟規定全體股東按比例認購，顯然違反上開強制規定，難謂適法。

(3) 最低認購單位10,000股不適法：公司法第267條第3項規定原有股東有新股認購權，並根據原持股比例儘先分認，最低認購單

位10,000股之規定實質上剝奪了依照比例換算後無法認超過10,000股之股東的認股權，即便換算後可以認超過10,000股之股東亦不一定有資力馬上申購10,000股以上，故此規定乃實質上剝奪股東之優先認股權，難謂適法。

(4) 加上得共同申購之規定仍非適法：依照公司法第267條第3項之文義，如果得認購之股份未達1股時才需要共同認購或歸一人認購，公司卻規定未達10,000股即應共同認購，實提高單獨認購之門檻，造成股東不便並實質侵害第267條第3項之優先認購權，亦難謂適法。

(5) 所有議案每股有100表決權不適法，因選任監察人時應回歸一股一表決權。

舊公司法第157條第3款僅規定公司於發行特別股實應於章程記載特別股表決權之順序、限制、或無表決權，表決權之「限制」依照通說並不包含複數表決權，故乙種特別股每股100表決權難謂適法。惟107年新修正公司法第157條第1項第4款則打破前開規定，明文規定得發行複數表決權之特別股。惟本題中之每股100權旨在希望包含選任董事監察人之議案，而新修正公司法第157條第2項則明文於選任監察人時回歸一股一表決權以免公司之監督機制遭到架空。然而，公司法第356條之7第1項第3款及第2項明文規定閉鎖性股份有限公司之複數表決權特別股，於選任監察人時亦得維持複數表決權，若A公司追求此一效果似可考慮變更為閉鎖性股份有限公司。

### 4. 丙種特別股：

(1) 以每股20元發行適法：股份溢價發行不但法規未為限制，實質

上有利於資本充實原則，且為公司實務常用之作法，自無不許之理。

(2) 所有議案無表決權適法：公司法第157條第1項第3款規定公司於發行特別股實應於章程記載特別股表決權之順序、限制、或無表決權，故丙種特別股無表決權則為公司法第157條第1項第3款所明文承認，自為適法。

(3) 不得參與公司股息紅利之分派且無剩餘財產分配請求權適法：公司法第157條第1項第1款明文規定公司得以章程定明特別股之股息紅利分派順序定額或定率，第2款明文規定公司得以章程定明特別股之公司剩餘財產分派順序定額或定率，根據經濟部函釋之見解，如章程中規定分派股息及紅利、剩餘財產之定額或定率為0，並無不可。

(4) 發行3年至4年6月間得轉換為普通股之規定適法：關於特別股轉換為普通股之方法，依公司法第157條第1項第6款定明於章程即可。

(5) 換股比例為1股轉為1.5股適法：舊法時代中，經濟部函釋認為股份轉換比例僅以1：1為限，而學說則認為換股比例以多換少未違反資本充實原則，但以少換多將造成股份數多而公司資金實際上較少，亦不應允許。

107年新修正公司法第157條第1項第6款則有明文得於章程中記載特別股轉換為普通股的股數、方法或轉換公式，且於同條第3項第2款僅規定公開發行公司不得以少轉多，可見前開只許多換一而禁止一換多之見解不應再援用。

(6) 5年屆滿公司無償收回適法：公司法第158條規定公司得收回特

別股，但不得損害特別股股東按照章程應有之權利，其立法意旨並非限制不得以無償方式收回特別股，且最高法院81年台上字第296號判決<sup>54</sup>之意旨亦認為無償收回特別股因公司未再花錢將股票買回，並不違反資本維持原則，故只要依照公司法第157條第8款將屆滿會收回特別股一事記載於章程即可。

(二) 公司得以發行員工認股權憑證及限制員工權利新股以達到相類似之效果。

1. 公司無法以庫藏股方式達到相同效果：A公司之甲種特別股規定3年不得轉讓無非希望得以留住員工3年，但公司法第167條之3以庫藏股發給員工之方式亦僅得限制其2年不得轉讓，與甲種特別股之效果相似但未能完全達成。

2. A公司得發員工認股權憑證：依照經濟部函釋<sup>55</sup>，非公開發行公司之股票面額低於10元自無不可，故本文以為應可依照公司法第167條之2經董事會特別決議後與員工訂定認股權契約，並於契約中約定認購價格為5元，且將認股條件限於訂約後3年始得行使，如此不但得完成以5元供員工認購的目的，亦得僅限員工承購並留住員工至少3年。

3. A公司得以發行限制員工權利新股之方式為之：A公司若依照公司法

<sup>54</sup> 81年台上字第296號判決：按公司無償取得自己之股份並不會導致公司資產減少，無違反資本維持原則之要求，故若經當事人協議，自得許公司無償取得自己之股份，與公司法第158條、第186條、第317條之規定無違。上訴人既於77年12月28日臨時股東會中與萬○玩具公司達成協議，願將其持有之股份11,400股無償歸還公司，萬○玩具公司並已履行完畢上訴人所提出之另二條件，則其將上開股份收歸，自無不合。

<sup>55</sup> 經濟部經商字第09302147710號函。

第267條第9項以下以限制員工權利新股之方式發行，則得以折價或無償將股票發給員工，並得僅限員工承購且限制轉讓超過3年。

### 筆者的話

想當年大三時公司法修林仁光老師的公司法，老師為了讓同學熟悉公司法，要求全班所有同學要備齊設立登記文件找上三五好友模擬設立一家公司，還要開創立會跟股東會，那真的是一個非常特別的體驗呢！還記得那時候半夜剛趕完那份模擬設立公司的報告時，組員們開始互稱董事、監察人，在椰林大道上模仿著鄉土劇中的灑狗血劇情即興演出，想起來真是非常有趣。但是這麼別出心裁的好老師也是可遇不可求！其實這間咖啡貓股份有限公司就是筆者當時所設立的虛擬公司，當時筆者與另外兩位組員，還要跑去各個咖啡廳跟肯德基模擬開股東會與董事會，現在想想覺得好懷念啊！

### 有題有真相

民國105年時，美商A公司與台商B公司洽商合作，雙方達成合資協議，在台灣設立公開發行之股份有限公司，為明確雙方權利義務，降低投資糾紛與風險，雙方約定A公司指派3名董事，B公司指派2名董事與1名監察人，董事長由A公司指派之董事擔任，副董事長由B公司指派之董事擔任，A公司指派財務長，B公司指派總經理。

合作數年後，雙方發生衝突，B公司於是提起訴訟主張，公司法規定股份有限公司之董事應由股東會選出，董事長則由董事互選，是以公司現任之董事與董事長均未依法選出，其當選無效。

A公司覺得非常吃驚，合資契約中約定董事席次與重要經理人為各國合資實務常態，為何在台灣行不通？覺得在台灣投資的風險實在難測，也不了解法律為何要強制規定董事的產生方式，決定退出台灣。

你是A公司新聘的法律顧問，在協助A公司撤資的同時，也深深理解到，如果公司法規無法與實務需求結合，將使我國投資與產業轉型更加惡化，假以時日，提供專業服務的律師也將面臨無業務可做之困境。

(一) 上開情形在107年公司法修正後，或許已經有所改變，若前開合作發生在修法後的今天，身為A公司法律顧問的你，在不考慮變更為閉鎖性公司之前提，依照107年新修正公司法你將建議如何發行股份給雙方以達成分配董監席次以及指定正副董事長、財務長及總經理之目的？此一股份發行方式是否會與累積投票制產生扞格，有無解套之可能？（20分）

(二) 若A、B不考慮用發行股份的方式，公司法上A、B可否透過契約的方式達成分配董監席次的目的？（10分）

【改編自106年政大法研】

### 爭點分析

(一) 本題算是非常活用的題目，考生必須要為兩家公司進行解套，所以似乎答案每個人不盡相同是沒關係的，畢竟每間公司的分配董監與經理人之方式本來就不會都相同。作答本題最容易粗心的地方就是忘記了107年新修正公司法第157條第1項雖然開放許多特別股種類，但同條第2項規定公開發行公司之下，前項第4、5、7款不適用且第6款的轉換型態不可以是一股轉多股。所以要進行這些創新的特別股發行前一定要寫到將A公司申請停止公開發行。然後要記得監察人的席次不可以用分配的，所以可能用看似限制的文字達成分配的目的來進行規避。然後本題問了好幾個人的席次如何分配，請注意務必一一回答，不要遺漏。至於和累積投票制的扞格主要源自於經濟部堅持使用分配席次的特別股仍要進行累積投票制的投票，於是引發學者討論，萬一分配結果與投票結果不同該怎麼辦，這個也請記得討論！

(二) 主要在考表決權拘束契約與表決權信託契約，效力較強的是後者，因為107年新修正公司法第175條之1第2項規定只要登記就可以對抗公司！二者的不同不可不辨！但應注意若該二種契約關係存續時間過

長，造成經營權永久無法翻盤，則仍可能因違反公序良俗而無效。

### 擬答

(一) A公司應先申請停止公開發行後，再依照107年新修正公司法第157條第1項第5款發行當選一定名額董事之特別股給A公司及B公司，至於監察人部份則以發行同款「被選舉為監察人之限制」之特別股給二公司之方式達成目的。並於指派董監事人選時，推派已表態支持一定正副董事長、財務長、總經理之人選充任之。惟前開方式將與強制累積投票制產生一定之扞格，以下分述之：

1. 停止公開發行：A、B公司所設立者乃公開發行公司，惟107年新修正公司法第157條第3項對於公開發行公司之特別股型態仍有許多限制，又本題A、B所欲達成之目的可能需要透過第157條第1項第5款之方式為之，故應先依照公司法第156條之2第1項經股東會特別決議後申請停止公開發行。

2. 發行得當選一定董事席次之特別股給A公司及B公司：本題A公司欲指派三名董事，而B公司欲指派兩名董事，可以依照公司法第157條第1項第5款發行甲種及乙種特別股分別給A公司及B公司並且指定甲種特別股得當選三席董事，而乙種特別股得當選兩席董事，再交由A、B二公司分別指派人選充任之。

3. 得發行「被選舉為監察人之限制」之特別股給A、B公司：

(1) 監察人席次不得以發行當選一定席次之特別股為之：監察人為公司之監督機關，立法者不希望監察人之選舉淪為股東之分贓，故於新修正公司法第157條第1項第5款中僅允許「得當選一定名額董事之權利」而未有「得當選一定名額監察人之權利」

的規定，可見立法者應不允許以前開分配董事席次之特別股分配監察人席次。

(2) 得發行「被選舉為監察人之限制」之特別股給A、B公司：惟前開規定亦非無規避之餘地，同款之前段規定得規定「被選舉為監察人之限制」故倘若於甲種特別股之限制當中載明「甲種特別股不得當選監察人」而於乙種特別股之限制當中載明「乙種特別股當選監察人不得超過一席」即可成功規避法律規定。於法條文義解釋之下公司似可於特別股中加入前開限制使B公司得當選一名監察人。

4. 藉由提名支持特定財務長與總經理之人選達成指派之目的：依現行法特別股之發行尚無法直接分配財務長與總經理，而財務長及總經理性質上皆為公司經理人，依公司法第29條第1項第3款由董事會普通決議委任之。故本文以為，A、B公司可透過指派已表態支持特定財務長與總經理之人選擔任董事，增加其按照預期指派財務長與總經理之可能性。

5. 董事長與副董事長亦得以前述方式為之：依照公司法第208條之規定，正副董事長由董事會成員相互推選擔任，尚不得藉由特別股分配之。惟本文以為，亦可用前開手段指派已表態支持特定董事長及副董事長之候選人擔任董事以增加其按照預期指派正副董事長之可能性。

6. 與累積投票制之扞格，應參考獨立董事之選任方法解套之：依據經濟部之見解，公司法第198條仍採行強制累積投票制，即便發行分配董事席次之特別股，仍應經過投票之程序。惟若投票之結果與分配之結果不同該如何處理？若公司尚有其他普通股股東參與投票，

則普通股應直接使其無表決權以免影響特別股之分配結果？抑或是使普通股之投票結果得以顛覆特別股之分配結果？學說認為應採用獨立董事之選舉方式，普通股仍可進行投票，惟各種特別股之名額分別計票，以維持董事之當選席次符合特別股之分配<sup>56</sup>。

(二) AB得透過表決權拘束契約與表決權信託契約確保董監席次之選任：

1. A、B所合資設立之公司應先申請停止公開發行：新修正公司法表決權拘束契約與表決權信託契約之規定僅限非公開發行公司使用，故A、B所設立之公司應先經股東會特別決議申請停止公開發行，合先敘明。
2. 表決權拘束契約及表決權信託契約之訂定方式：新修正公司法第175條之1第1項將以往僅規定於企業併購法第10條之契約引進公司法，股東得以書面契約約定表決權之共同行使方式，亦得成立股東表決權信託。本文以為表決權拘束契約之效力較弱，倘訂約後發生違約情形僅能請求損害賠償，故A、B公司得成立表決權信託契約，將表決權信託與第三人，並且依同條第2項送交公司辦理登記。
3. 表決權拘束與信託契約的界限：本文以為，若表決權拘束與信託契約將造成公司之經營權永遠不得翻盤可能有失公允，應參酌美國之

<sup>56</sup> 曾宛如老師上課口述。意思就是正規的董事選舉，若要選舉五人，是全部候選人選前五高票。但甲種特別股明明只分配三席乙種分配兩席，結果普通股股東加入投票，一投出來，前四高票都是甲種特別股派出來的人選而乙種特別股的人選位居第五與第六該怎麼辦？如果讓甲種當選四席乙種當選一席不就違反當初發行特別股的目的了嗎？故曾老師認為，持有甲種特別股的人所派出來的候選人取前三高票，持有乙種特別股的人所派出來的候選人取前二高票。這樣如獨立董事的選舉方式就可以保證無論普通股股東如何加入投票，所要選出來的人數都會與分配的相同。

立法例，如使公司經營權永遠不得翻盤之表決權拘束與信託契約應解為無效。

## 第二項 特別股股東的保護

壹、法規內容：

●公司法 § 159

- I 公司已發行特別股者，其章程之變更如有損害特別股股東之權利時，除應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之決議為之外，並應經特別股股東會之決議。
- II 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之，並應經特別股股東會之決議。
- III 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。
- IV 特別股股東會準用關於股東會之規定。

貳、「特別股股東之權利」之範圍：

- 一、優先權利說（實務見解）：最高法院72年台上字第808號民事判決認為只有在損害特別股股東之優先權利時，始有第159條程序之適用。
- 二、一切權利說（劉連煜老師）：特別股之股東權不僅包含優先權而已，其他與普通股股東共享者亦所在多有。如公司法第194條之董事會違法行為制止請求權、公司法第172條之1之股東提案權均為共益權而特別股股東仍應享有。故學者認為為發揮本條保障特別股

股東之功能不應僅限縮於優先權利<sup>57</sup>。

**爭點限時通**

**【特別股股東會是否得與普通股股東會同時召集？】**

(一)得「同時召集，分別表決」（實務見解）：最高法院72年台上字第808號民事判決認為只要同時召集，分別表決即為合法，理由為避免股東往返奔波召開兩次股東會。

(二)必須先召集普通股股東會再召集特別股股東會（劉連煜老師）<sup>58</sup>：

1. 本條之立法原意應係在普通股股東會決議某損害特別股股東權利之議案後，將該內容載明於股東會召集通知內召集特別股股東，若沒先開普通股股東會，怎知召集特別股股東會之事由為何？同時召集分別表決與立法原意不符。
2. 若以攬統之理由一起召集，則特別股股東於接獲召集通知時亦無法知道將如何影響自身權益，對其保護有所不足。

## 第十三節 股份之轉讓

### 壹、股份轉讓之意義：

指以法律行為移轉表彰股東權之股份於受讓人而言。

<sup>57</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁328，新學林。

<sup>58</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁329，新學林。

### 貳、股份轉讓之方法：

- 一、實體發行者：背書+交付（§164）。
- 二、無實體發行者：向公司辦理或帳簿劃撥（§161-2 II、III）。
- 三、未發行股票者：股份之轉讓屬於公司自治事項，只要買賣雙方合意（簽訂轉讓同意書）並向公司辦理過戶即可。

**爭點限時通**

**【過戶是否為股份轉讓之要件？】**

(一)法規內容：

●公司法§165（節錄）

- I 股份之轉讓，非將受讓人之姓名或名稱及住所或居所，記載於公司股東名簿，不得以其轉讓對抗公司。
- II 前項股東名簿記載之變更，於股東常會開會前三十日內，股東臨時會開會前十五日內，或公司決定分派股息及紅利或其他利益之基準日前五日內，不得為之。
- III 公開發行股票之公司辦理第一項股東名簿記載之變更，於股東常會開會前六十日內，股東臨時會開會前三十日內，不得為之<sup>59</sup>。
- IV 前二項期間，自開會日或基準日起算。

(二)變更登記之對抗效力：若未於股東名簿上變更登記，不得向公司主張自己已因背書受讓而享有開股東會與分派股息紅利之權利。但只要股票之合法持有人提出股東名簿變更登記之申請，公司即有辦理之義務。公司不得謂「前來申請之股東因為尚未登記而非股東不得申請變更登記」。

<sup>59</sup> 公司法第165條第2項與第3項所訂之期間，即為「過戶閉鎖期間」。

🔪 最高法院60年台上字第817號民事判例

同法第165條第1項所謂「不得已其轉讓對抗公司」，係指未過戶前，不得向公司主張因背書受讓而享受開會及分派股息或紅利而言，並不包括股東持有人請求為股東名簿記載變更之權利，此觀同條第2項而自明。

(三)整理表：應注意始日算入！<sup>60</sup>

	公開發行公司	非公開發行公司
常會	60日	30日
臨時會	30日	15日

→箭頭方向均乘以1/2。

參、過戶閉鎖期間之計算：

- 一、過戶閉鎖期間之意義：規定於股東會開會前一定期間內不得辦理變更登記，乃係為確定於該次股東會召開時有表決權或盈餘分派請求權之股東，以利公司事務之處理。
- 二、違反之效果：於過戶閉鎖期間內辦理變更登記者，其過戶違反強行規定無效，但股東間之轉讓行為仍有效；該等股東行使表決權而做成股東會決議者，屬決議方法違法而得撤銷。

🔪 經濟部62年7月9日商字第20069號函

查公司法（舊）第165條第2項：「前項股東名簿記載之變更，於股東常會開會前1個月內……不得為之。」之規定，既已明示股東名簿於股東常會開會前一個月內不得變更，自不得以未知悉此一規定為藉口，而排除上開條文之適用。從而公司如於法定禁止辦理過戶期間，照常辦理過戶手續者，依法此項股東名簿變更之記載

60 公司法第172條召集通知之寄發期間則為「始日不算入」，不可不辨！

應屬無效，此時記名股票之受讓人不得以其轉讓行為對抗公司，如公司已發給股東常會之出席證，並參加決議，自可依公司法第189條訴請法院撤銷其決議。

三、過戶閉鎖期間之計算方式：

- (一)自開會日或基準日起算，始日算入（因本條起算日已經特定）。

有題有真相

- (一) A公開發行公司預計於2021年（平年，非閏年）之3月12日召開股東常會，問若股東甲欲參加該次股東常會，最晚可於幾月幾日辦理股份過戶登記？
- (二) 承上題，若為股東臨時會，有何不同？

🔪

- (一) 筆者建議過戶閉鎖期間以每個月「分段計算」較不容易搞混。首先先看欲召開之公司與會議種類，本題乃公開發行公司之股東常會，應有60日之過戶閉鎖期間。而本條採取始日算入之方式，故應由開會日當日倒數60日，即為過戶閉鎖期間開始之日，該日之前一日方為得辦理股份過戶登記之日。首先計算3月之12日，以及整個2月的28日，相加共40日，剩餘之20日不滿一個月。由1月31日往回倒數20日，應為1月12日閉鎖期間開始，故最後辦理過戶日應為該日之前一日，1月11日方為本題答案。為避免計算錯誤，請不要羞於用手指計算，故簡而言之，計算過戶閉鎖期間之口訣可以用「分段算，手指算」進行記憶。
- (二) 首先先看欲召開之公司與會議種類，本題乃公開發行公司之股東臨時會，應有30日之過戶閉鎖期間。而本條採取始日算入之方式，故應由開會日當日倒數30日，即為過戶閉鎖期間開始之日，該日之前一日方為得辦理股份過戶登記之日。首先計算3月之12日，剩餘之18日不滿

一個月。由2月28日往回倒數18日，應為2月11日閉鎖期間開始，故最後辦理過戶日應為該日之前一日，2月10日方為本題答案。一樣，還是套用「分段算，手指算」的方式計算。

### 學者評釋 【劉連煜老師】

應「以特定時點為基準時點決定開會時之股東權利」即可，沒必要限制一定期間禁止辦理過戶登記<sup>61</sup>。

### 筆者的話

這項評釋的意思是，假設前開例題A公開發行公司預定於2021年3月21日召開股東常會，則可告知股東該次開會之股東成員以「2021年1月11日」記載於股東名簿上者為準。而1月12日開始至3月21日仍得辦理股東名簿之過戶登記，只是該期間內過戶登記者不得參與此次之股東會而已。關於此一立法建議，多數學者均贊成，但有學者認為，在台灣之所以不可行，乃因為台灣股東的劣根性XD。因為股東若於3月1日之類的日期辦理過戶登記，卻無法參與3月21日之股東會，會抗議「股東名簿上明明白紙黑字寫說我是股東了，憑甚麼不能開會？」，結論上有違一般股東之法感情，故僅能較保守地乾脆不開放辦理過戶登記以杜爭議。

<sup>61</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁336，新學林。

## 第十四節 股份自由轉讓原則

### 壹、法規內容：

#### ● 公司法 § 163

公司股份之轉讓，除本法另有規定外，不得以章程禁止或限制之。但非於公司設立登記後，不得轉讓。

除法律另有規定外，章程違反股份自由轉讓原則之條款應屬無效。

### 爭點限時通

#### 【公司與股東得否以契約約定股份之轉讓？】

(一) 實務見解：可以，但無拘束第三人之效力。

#### ✍ 最高法院70年台上字第1025號民事判決

公司股東「唐某」曾出具承諾書，約定讓售系爭股票，以轉讓公司同仁為限，而被上訴人並非公司同仁，不得受讓，並請求過戶等語為辯；然此約定，無拘束第三人之效力。

(二) 學者見解（劉連煜老師）：贊同實務見解。

限制股份之轉讓承諾書無非是不希望不相干、不歡迎之人參與公司，實務見解之解釋可以緩和「絕對式保障股份轉讓自由之設計」<sup>62</sup>。

### 貳、股份自由轉讓原則之例外：

一、企業併購法第11條（公司進行併購時，得以股東間書面契約或公司

<sup>62</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁341，新學林。

與股東間之書面契約合理限制股份之轉讓)。

- 二、公司法第167條第1項(股份回籠禁止)。
- 三、公司法第167條第3、4項(從屬公司不得取得控制公司之股份)。
- 四、公司法第163條但書(股份於公司設立登記後始得轉讓)。
- 五、公司法第197條(公開發行公司董事於任期中轉讓持股超過選任當時1/2,當然解任)。
- 六、公司法第267條(依照I、II優先認購之員工得限制兩年內不得轉讓)。
- 七、員工庫藏股轉讓限制(§167-1、證交§28-2)。
- 八、以章程規定股份轉讓限制(§356-1閉鎖性股份有限公司)。

## 第十五節 股份回籠禁止之例外

### 壹、股份回籠禁止原則：

為維持資本充實原則以保護公司債權人、避免操縱股價、避免圖利內部人(內部人大股東把自己的股份賣給公司),公司原則上不得取得自己的股份。但公司法上仍有若干例外允許公司取得自己之股份。

### 貳、股份回籠禁止原則之例外：

#### 一、允許例外之情形：

##### (一)公司法之規定：

##### ●<sup>63</sup>公司法§167(節錄)

I 公司除依第一百五十八條、第一百六十七條之一、第一百八十六條、第二百三十五條之一及第三百十七條規定外,不得

自將股份收回、收買或收為質物。但於股東清算或受破產之宣告時,得按市價收回其股份,抵償其於清算或破產宣告前結欠公司之債務。

1. 收回特別股(§158)。
2. 收回員工庫藏股、員工認股權契約<sup>63</sup>(§167-1)。
3. 重大決策股份收買請求權(§186)。
4. 發給員工股票酬勞(§235-1)。
5. 公司合併分割之股份收買請求權(§317)。
6. 簡易合併時從屬公司股東之股份收買請求權(§316-2)<sup>64</sup>。
7. 股東清算或受破產宣告時,收其股份抵債(§167 I但書)。

#### (二)證交法之規定：

1. 轉讓股份予員工(證交§28-2 I ①)。
2. 配合附認股權公司債、附認股權特別股、可轉換公司債、可轉換特別股或認股權憑證之發行(證交§28-2 I ②)。
3. 維護公司信用或股東權益而收回銷除股份(護盤)(證交§28-2 I ③)。

#### (三)企業併購法之規定：

1. 公司進行併購時約定由公司收回股份(企併§11)。
2. 公司併購時異議股東股份收買請求權(企併§12)。

二、適法取得之效果：通說採「休止說」,公司持有自己之股份其權利處於休止狀態。

#### (一)公司法第179條第2項第1款、第167條之1第3項：

<sup>63</sup> 員工認股權契約之認股來源除了庫藏股以外還能由公司發行新股供員工認購,詳參劉連煜(2018),現代公司法,增訂十三版,頁350,新學林。

<sup>64</sup> 第167條第1項漏未規定此情形。

●公司法 § 179

I 公司各股東，除本法另有規定外，每股有一表決權。

II 有下列情形之一者，其股份無表決權：

- 一、公司依法持有自己之股份。
- 二、被持有已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數之從屬公司，所持有控制公司之股份。
- 三、控制公司及其從屬公司直接或間接持有他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額合計超過半數之他公司，所持有控制公司及其從屬公司之股份

●公司法 § 167-1

I 公司除法律另有規定者外，得經董事會以董事三分之二以上之出席及出席董事過半數同意之決議，於不超過該公司已發行股份總數百分之五之範圍內，收買其股份；收買股份之總金額，不得逾保留盈餘加已實現之資本公積之金額。

II 前項公司收買之股份，應於三年內轉讓於員工，屆期未轉讓者，視為公司未發行股份，並為變更登記。

III 公司依第一項規定收買之股份，不得享有股東權利。

IV 章程得訂明第二項轉讓之對象包括符合一定條件之控制或從屬公司員工。

(二) 證交法第28條之2第5項。

(三) 企併法第13條第2項。

三、適法取得自己股份之處理：

(一) 公司法第167條第2項：應於6個月內，按市價將其出售，屆期未經出售者，視為公司未發行股份，並為變更登記。

(二) 公司法第167條之1第2項：應於3年內轉讓於員工，屆期未轉讓者，視為公司未發行股份，並為變更登記

(三) 證交法第28條之2第4項：公司依第1項規定買回之股份，除第3款部分應於買回之日起6個月內辦理變更登記外，應於買回之日起5年內將其轉讓；逾期未轉讓者，視為公司未發行股份，並應辦理變更登記。

(四) 企併法第13條第1項：依約定轉讓予消滅公司或其他公司股東或逕行辦理變更登記或於買回之日起3年內，按市價將其出售，屆期未經出售者，視為公司未發行股份，並辦理變更登記。

四、違法取得之效果：

(一) 公司負責人賠償責任：公司法第167條第5項。

(二) 違法取得行為之法律效力：

1. 依照民法第71條無效為原則。
2. 公司以他人名義收購，而第三人善意出售時有效，以保障交易安全。

參、從屬公司不得將控制公司之股份收買或收為質物：

一、禁止從屬公司將控制公司之股份收買之原因：除前所述及之公司取得自己股份以外，從屬公司買回控制公司之股份，亦違反資本充實原則。以前公司法並未禁止從屬公司買回控制公司之股份，但此屬法律漏洞，因為控制公司得透過成立一間從屬公司，再透過從屬公司買回控制公司股份，以達成類似公司買回自己股份之效果。例如A公司實收資本額1億元，以2,000萬元買回自己股份，資本額看似有1億元但只有8,000萬元，違反資本充實原則。但若公司不能以2,000萬元買回自己股份，就以2,000萬元設立從屬公司，再由從屬公司以該2,000萬元購買母公司股份，則可達成相同效果。

二、從屬公司持有控制公司之股份之表決權應受限制：現行公司法第167條第3項與第4項已規定從屬公司不得買回控制公司之股

份，但在舊法時代已經買回者，則使之無表決權，以避免控制公司以從屬公司買回自己之股份，再於控制公司之股東會中選任公司派支持之人選擔任董事，變相成為控制公司鞏固經營權的工具。

### 三、控制公司取得從屬公司之股份之各種狀況：

#### (一)狀況一：公司法第167條第3項。

被持有已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數之從屬公司，不得將控制公司之股份收買或收為質物。第179條第2項第2款從屬公司持有控制公司股份無表決權

#### (二)狀況二：公司法第167條第4項。

1. 控制公司及其從屬公司直接或間接持有他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額合計超過半數者，他公司亦不得將控制公司及其從屬公司之股份收買或收為質物。第179條第2項第3款他公司持有控制公司及從屬公司股份無表決權
2. 實務見解：第179條第2項第3款僅包含以出資關係形成之控制從屬公司類型為限，不包含實質控制從屬關係。

#### 最高法院102年台上字第2138號民事判決

公司法第179條第2項第3款應與同條項第2款及第167條第4項規定為相同之解釋，即限於形式上控制關係，始符立法規範目的。如認公司法第179條第2項第3款包含公司法第369條之2第2項之實質控制從屬公司，將造成直接實質控制從屬公司有表決權，而間接實質控制從屬公司卻無表決權之失衡現象，難認合理。

(三)舉例：A公司持有B公司51%，A公司持有C公司40%，B公司持有C公司20%。A公司直接持有C公司40%，間接持有20%，A已經可以控制C。C如果持有A或B的股份，在A公司與B公司之股東會上皆為無表決權。

## 第十六節 股份之設質

### 壹、意義：

將股份設定民法上之權利質權。

### 貳、設質之方法：

- 一、股票未經集保登錄：須將股票依照第165條申請設質登記才能以設定質權對抗公司。
- 二、股票已經集保登錄：以帳簿劃撥方式為之。

### 參、設質之效力：

- 一、盈餘分派請求權、剩餘財產分派之收取權由質權人行使。
- 二、表決權由出質股東行使，但應注意第197條之1之規定。

# 第6章

## 股份有限公司之股東會

### 第一節 股東會召集權人

#### 壹、股東會之分類：

- 一、股東常會與股東臨時會（§ 170 I、II）：前者每年至少召開一次，原則上於每會計年度終了後6個月內召開。後者於必要時召集之。
- 二、股東會與特別股東會（§ 159）。

#### 貳、股東會之召集權人：

##### 一、董事會：

- (一)公司法第171條。
- (二)公司法第201條補選董事。
- (三)公司法第217條之1補選監察人。
- (四)公司法第173條經少數股東請求召開。

##### 二、一定持股之股東：

- (一)公司法第173條：

1. 法規內容：

◆ 公司法 § 173

- I 繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，得以書面記明提議事項及理由，請求董事會召集股東臨時會。
- II 前項請求提出後十五日內，董事會不為召集之通知時，股東得報經主管機關許可，自行召集。
- III 依前二項規定召集之股東臨時會，為調查公司業務及財產狀況，得選任檢查人。
- IV 董事因股份轉讓或其他理由，致董事會不為召集或不能召集股東會時，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，報經主管機關許可，自行召集。

2. 實務見解：

⚖️ 最高法院94年台上字第1821號民事判決

公司法第173條乃股東提案權之特別規定，明定須繼續1年以上持有已發行股份總數3%以上股東，得以請求董事會以召集臨時股東會之方式行使提案權，其在本質上為股東權之共益權，其行使之目的，並非專為股東個人，而在防止公司不當經營之救濟。行使該條提案權之股東，需受持有一定持股期間及比率之限制，並須報請主管機關許可為要件，旨在防止股東任意召集股東會，漫無限制提出議案，干擾公司營運，甚或爭奪公司經營權，影響公司之正常營運。

3. 法規目的：股東會以由董事會召集為原則，但如董事會應召集股東會而不召集，或因董事有利害關係，故意拖延，不肯召集股東會；或一部分股東認為有召集股東會之必要時，應給予股東請求召集權或自行召集權，但亦不能漫無限制、任意請求。總而言之，本條之目的乃防止公司不當經營之救濟。

4. 少數股東得依本條召集股東會之情形：公司法第173條第1與4項提供少數股東二種不同之股東會召集程序，第1項乃由持股1年以上3%之股東請求董事會召集股東會，董事會於15日內不為召集，得報經主管機關許可，自行召集。而針對董事會之「不為召集」，股東應負舉證責任<sup>1</sup>。第4項乃董事會不為召集或不能召集股東會之情形，得由持股3%以上之股東報經主管機關許可，自行召集。然而，若董事會無「不為召集或不能召集」之情形，仍應以第1項之程序為原則<sup>2</sup>。
5. 主管機關之審查準據：公司有重大內控內稽缺失或嚴重違反公司治理之情事者應予准許。
6. 第173條第4項之理由究何所指？

不能召集之情形如董事全體辭職、全體董事經法院假處分裁定不得行使董事職權、僅剩餘1名董事無法召開董事會等與該項前段「董事因股份轉讓」情形相當之事由。不為召集則為法定賦予董事會應召集股東會之事項，如公司法第201條補選董事，而董事會消極不作為而言<sup>3</sup>。

⚖️ 經濟部105年5月5日經商字第10502030370號函（節錄一、）

按公司法第173條之立法意旨，從少數股東召集股東會之程序，原則上係依第1項向董事會請求，經拒絕後，才依第2項向主管機關申請許可。至於該條第4項之規定，允屬第1、2項規定以外之其他情形，係從董事發生特殊重大事由之考量，以「董事因股份轉讓或其他事由」為前提要件，其意指全體董事將其持有股份全數轉讓而解任之特殊重大事由，至所稱「其他事由」亦須與本句前段「董事因股

<sup>1</sup> 柯芳枝（2005），公司法論（上），頁242，三民書局。

<sup>2</sup> 柯芳枝（2005），公司法論（上），頁243，三民書局。

<sup>3</sup> 柯芳枝（2005），公司法論（上），頁243，三民書局。

份轉讓」情形相當之事由，如董事全體辭職、全體董事經法院假處分裁定不得行使董事職權、僅剩餘1名董事無法召開董事會等情形，始有適用（本部99年1月19日經商字第09802174140號函釋參照），先予敘明。

#### 7. 109年大同公司案下經濟部見解之最新發展：

(1) 案例事實：民國109年大同公司再次面臨董事改選，109年6月30日之股東會中，大同公司董事會援引企業併購法第27條第14、15項認定部分市場派股東共同基於併購目的，取得大同公司超過10%股份，未依法申報，該等股東就超過10%之股份，依企業併購法本無表決權、選舉權。而大同公司同時認定部分外資股東可能涉及違法中資，故主張依據大陸地區人民來臺投資許可辦法第8條禁止陸資投資之企業，陸資違法取得大同公司股份者，依民法第71條規定，當然無效，故亦無表決權、選舉權。

然而，有爭議的是，企業併購法第27條「為併購目的」之要件，是否得由公司董事會自行認定？大陸地區人民來臺投資許可辦法第8條之違法中資是否得由公司董事會自行認定？經濟部表示這些法規的適用及事實認定，都屬於主管機關及法院的職權，公司不能自行解釋與認定。經濟部表示會先尊重少數股東是否依據公司法第173條或第173條之1自行召集股東臨時會以重選董事。若各方股東並未召集，仍不排除由經濟部依據公司法第195條第2項但書依職權限期令公司改選。

大同公司則表示本次股東會限制違法股東行使表決權，已有台北地檢署起訴書記載多名中資股東之犯罪事實為證，若後續未能證明其他涉嫌股東確有違法情事，股東自可依法求償。反之，若違法股東侵入本公司董事會後，後續證明該等股東確有違法情事，對大同公司及其他合法股東權益造成之

損害又該由誰負責補救？如何補救？

109年7月6日投資人保護中心召開臨時董監事會，針對大同公司於109年度股東常會逕自認定部分股東無表決權等情事，認為該公司董事長林○○艷執行業務有重大違反法令之情事，決議通過對其提起裁判解任訴訟<sup>4</sup>。

109年7月8日與16日，大同公司之兩位市場派股東先後依據公司法第173條第4項，向經濟部送件申請召開股東臨時會，改選董事。109年8月12日經濟部以「大同公司董事會實質上已無應有之功能，如由其擔任董事會召集權人及股東會主席，自難以期待董事會能遵法召集股東會」為由核准大同公司市場派股東依公司法第173條第4項召集股東臨時會<sup>5</sup>。109年10月21日股東會召開後，大同公司經營權變天，由市場派拿下7席董事，公司派拿下2席董事<sup>6</sup>。

#### (2) 本案有無企業併購法第27條第14、15項之適用？

① 陳彥良老師<sup>7</sup>：經濟部曾指出企業併購是合併、分割、收購，而所謂「收購」只限於股權買賣，故依目前的實務見解，以現金為對價取得目標公司的既有股權，屬於一般股份的買賣，且其交易內容亦非進行概括承受與讓與或受讓主要或全部營業或財產，也沒有股份轉換、股份交換、合

<sup>4</sup> 關於投保中心之裁判解任董事參見本書第八章董事會之內容。

<sup>5</sup> 經濟部商業司全國商工行政服務入口網（08/12/2020，經濟部於今日（8月12日）核准欣同及新大同公司申請自行召集大同公司股東臨時會，<https://www.gcis.nat.gov.tw/mainNew/publicContentAction.do?method=showPublic&pkGcisPublicContent=5226>（最後瀏覽日：03/01/2021）。

<sup>6</sup> 蘋果即時（10/21/2020），百年大同變天 市場派拿7席董事大獲全勝 最強媳婦林郭文艷無力回天，<https://tw.appledaily.com/property/20201021/IKO2GXHBENBQHAGYKSGKFCAGA4/>（最後瀏覽日：03/01/2021）。

<sup>7</sup> 方嘉麟、曾宛如、陳彥良等（2020），經營權爭奪下崩毀的公司治理：臺灣特有現象，月旦法學雜誌，第304期，頁196。

併、分割等情事，故不符合企業併購法之收購定義亦非屬其所規定之併購態樣，故應無需適用企業併購法。即便屬於「為併購目的」，企業併購法第27條依目的性解釋可排除的應係董監選舉的部分，而非如本次大同公司將所有議案都排除表決權。

- ②郭大維老師<sup>8</sup>：本件大同案僅涉及到公司經營權爭奪，與併購無關，企業併購法第27條似乎並無適用；但假設有適用，由公司自行認定剔除表決權並不適當，宜由主管機關或法院來認定較為妥適，但法院程序則較為緩慢。
- (3)市場派應採取之救濟方式（莊永丞老師）<sup>9</sup>：現行法下，市場派之救濟步驟有三：
- ①針對公司派利用經營優勢阻礙市場派股東行使權利，進而不法當選董事之行為向法院聲請定暫時狀態假處分，即請求法院禁止公司派之董事當選人行使董事之職權。
- ②同時，依公司法第208條之1之規定向法院一併申請選任臨時管理人代行董事之職權，以追求公司治理健全。
- ③依公司法第173條或第173條之1召集股東會改選董事。採此方式於時間上應較事後以訴訟爭執公司派所召集之股東會效力為迅速，且能有效防止公司治理之亂象。
- (4)公司法第195條之解釋方向：
- ①經濟部見解：經濟部將公司法第195條第2項之「不及改選」解釋為「不及有效改選」，故即便公司經過改選，但該改選無效（如大同公司109年6月之股東會），董事之任期仍得依照第195條第2項自動延長。職此，大同公司仍屬

<sup>8</sup> 方嘉麟、曾宛如、陳彥良等（2020），經營權爭奪下崩毀的公司治理：臺灣特有現象，月旦法學雜誌，第304期，頁196。

<sup>9</sup> 方嘉麟、曾宛如、陳彥良等（2020），經營權爭奪下崩毀的公司治理：臺灣特有現象，月旦法學雜誌，第304期，頁201-202。

於「有董事會」之情形，不符合經濟部一向對公司法第173條第4項「其他理由」應達「全體董事不能行使職權」之程度的限縮見解。於是經濟部只好放寬第173條第4項之「其他理由」，一改以往之限縮解釋而認定「難以期待」大同公司董事會將合法召開股東會，亦屬於股東得申請開會之理由。

 經濟部94年12月8日經商字第09402188600號函（節錄一、）

公司法第195條第2項規定：「董事任期屆滿而不及改選時，延長其執行職務至改選董事就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆滿時，當然解任。」所謂「不及改選」，係以董事任期屆滿，公司是否選出新任董事為斷，至原因為何，尚非所問。

②學者見解（曾宛如老師）<sup>10</sup>：應將公司法第195條第2項之「不及改選」解釋為「未有改選」，無論改選有效或無效，只要有該改選之動作，董事即不得延長任期。大同公司將成為舊的董事會已經解任，新的董事會尚未選出，而符合公司法第173條第4項「不能召集」之情形，經濟部則無放寬解釋該條之必要。

(5)未來修法方向<sup>11</sup>：

- ①強化董事失格制度遏止公司派不法行為（曾宛如老師、方嘉麟老師、莊永丞老師）。
- ②完善股東會之期程制度，預先排定次年股東會召開之時

<sup>10</sup> 方嘉麟、曾宛如、陳彥良等（2020），經營權爭奪下崩毀的公司治理：臺灣特有現象，月旦法學雜誌，第304期，頁197-198。

<sup>11</sup> 方嘉麟、曾宛如、陳彥良等（2020），經營權爭奪下崩毀的公司治理：臺灣特有現象，月旦法學雜誌，第304期，頁199-210。

間，避免發生突襲（曾宛如老師、郭大維老師）。

仿效日本公司法的股東會調查人制度，當股東對該次股東會召集程序的公平性有所質疑時，得聲請法院指派股東會檢查人，於股東會當日到場觀察其召集與決議方式並將結果報告法院（黃銘傑老師）。

8. 如在依照第173條主管機關許可召開之股東會中討論主管機關許可以外之事項，實務見解認為該決議之效力為得撤銷。

#### 最高法院94年台上字第1821號民事判決

倘公司法一方面以公司法第173條規定限制少數股東召集股東會為股東提案權之行使，卻又允許股東得以臨時動議方法提出議案，則少數股東得以臨時動議方式之提案要求股東會討論並決議，以規避公司法第173條之限制，將無達成公司法第173條防止少數股東濫行召集股東會，藉以爭奪經營權之目的。故由少數股東依公司法第173條規定召集之股東會，其臨時動議倘係就主管機關許可以外之事項為決議，其決議自有瑕疵。

### (二) 公司法第173條之1：

#### 1. 法規內容：

##### ● 公司法 § 173-1

- I 繼續三個月以上持有已發行股份總數過半數股份之股東，得自行召集股東臨時會。
- II 前項股東持股期間及持股數之計算，以第一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時之持股為準。

2. 法規目的：持有過半數股份之股東對公司之股東會已能達成關鍵性之影響，令其能未經過董事會之同意自行召開股東會應屬合理。其目的在於強化公司治理、汰換經營階層以及改善公

司業務營運面向與方針。

3. 立法建議（劉連煜老師）：第173條之1僅規定自行召集，與證交法第43條之4第5項有「先請求董事會召集股東會」之要件有所不同。若能加入先請求董事會召集之程序較符合國際慣例與公司治理之穩定性，且於併購之情形應能使敵意併購透過請求董事會之協商過程化解為合意併購<sup>12</sup>。
4. 無表決權股東得否計入第173條與第173條之1之股份？  
行政函釋：肯定說。

#### 經濟部107年11月26日經商字第10702062910號函

- 一、關於公司法第173條及第173條之1規定之股東會召集權，並無排除持有無表決權股東之適用，故持有無表決權之股東仍得行使股東會召集權，無表決權之股份數亦應計入已發行股份總數。
- 二、又依公司法第180條第1項規定股東會之決議，對無表決權股東之股份數，不算入已發行股份之總數，故須扣除同法第179條第2項各款無表決權之股份數。準此，公司依企業併購法第18條第3項及第27條第3項為股東會決議時，當依前揭規定辦理。

#### 學者評釋 【陳彥良老師】

前開見解計入無表決權股亦得計入召集之股份總數，但複數表決權股卻仍然以股數而非表決權數計算第173條與第173條之1之召集門檻，與立法說明所謂「對公司之經營集股東會已有關鍵性之影響」始賦予召集權存在矛盾<sup>13</sup>。

<sup>12</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁371，新學林。

<sup>13</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁159，元照。此處引用陳彥良部分。

### 筆者的話

例如A公司發行10萬股，其中6萬股為1股1表決權之普通股，另外4萬股為1股10表決權之複數表決權特別股。於股東會中，二種股份表決之力量分別為普通股6萬表決權與特別股40萬表決權。而公司法第173條之1的立法理由謂股份總數過半數之股份「對公司之經營集股東會已有關鍵性之影響」，但實際上較有關鍵性影響者並非股份總數過半數之6萬股普通股。應該是雖然股份總數並未過半數，但影響力極大，具有40萬表決權之複數表決權特別股才是。但依照公司法第173條之1第1項之文義，該等特別股之股東並無法召集股東會，但普通股股東卻可以，此乃學者所認為之矛盾之處。

#### 5. 與證交法第43條之4第5項之適用疑義：

##### (1) 法規內容：

##### ● 證交法 § 43-5 (節錄)

IV 公開收購人與其關係人於公開收購後，所持有被收購公司已發行股份總數超過該公司已發行股份總數百分之五十者，得以書面記明提議事項及理由，請求董事會召集股東臨時會，不受公司法第一百七十三條第一項規定之限制。

(2) 特別法與普通法關係說 (陳彥良老師)<sup>14</sup>：公司法乃普通法，而證交法第43條之5第4項僅限於公開發行公司之公開收購一種情形，原則上應優先適用證交法之規定。但持股三個月以上，以目的性解釋，得自由適用證交法或公司法，無強制要求先向董事會請求，否則違反第173條之1「強化公司治理、汰換經營階層、改善公司業務營運面向與方針」之立法目

<sup>14</sup> 陳彥良 (2018)，持股過半股東召集股東會相關問題，月旦法學教室，第192期，頁22-25。

的。

- (3) 自由競合說 (劉連煜老師)<sup>15</sup>：學說有認為，於同時符合該兩條文要件之股東，應得自由適用公司法與證交法，無強制要求僅得依證交法第43條之5第4項先向董事會請求召集。
- (4) 刪除證券交易法第43條之5第4項 (證券交易法修正草案)<sup>16</sup>：鑑於公司法第173條之1第1項已明定無須請求董事會召集股東臨時會，公開收購人與其關係人於公開收購後亦具有股東身分，自得依公司法上開條文所定條件自行召集股東臨時會，而無須請求董事會召集。為避免發生證券交易法與公司法有適用疑義之情形，爰刪除本條第4項，回歸適用公司法規定。

### 三、監察人：

#### (一) 必要時召集：公司法第220條。

##### 1. 法規內容：

##### ● 公司法 § 220

監察人除董事會不為召集或不能召集股東會外，得為公司利益，於必要時，召集股東會。

##### 2. 適用時機：

- (1) 狀況一：董事會不為召集或不能召集股東會。
- (2) 狀況二：董事會無不為召集或不能召集，但監察人為公司利益於必要時召集股東會。

<sup>15</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁371，新學林。

<sup>16</sup> 金管會新聞稿 (11/27/2018)，配合立法院三讀通過公司法修正條文，金管會預告修正證券交易法相關規定，[https://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=96&parentpath=0,2&mcustomize=news\\_view.jsp&dataserno=201807310004&toolsflag=Y&dttable=News](https://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=96&parentpath=0,2&mcustomize=news_view.jsp&dataserno=201807310004&toolsflag=Y&dttable=News) (最後瀏覽日：12/07/2020)。

### 筆者的話

法條文義容易使人誤以為監察人不能以「董事會不為召集或不能召集股東會」為由召集股東會，但此觀經濟部函釋即可知法條原意並非如此。

#### ✍ 經濟部93、4、13商字第0930255200號函

依90年11月12日修正公布之公司法第220條規定：「監察人除董事會不為召集或不能召集股東會外，得為公司利益，於必要時，召集股東會。」準此，監察人得行使股東會召集權之情形有二：其一，董事會不為召集或不能召集股東會時；其二，監察人為公司利益認為必要時。換言之，修法後，為強化監察人權限，使其得即時合法召集股東會，監察人不再限於「董事會不為召集或不能召集股東會時」始得行使其股東會召集權。至於「必要時」如何認定，允屬具體個案，如有爭議，請循司法途徑解決。

### 爭點限時通

#### 【監察人如何行使此權利？是否需請求公司召集？】

監察人得單獨召集，毋庸經其他監察人或董事會同意。此乃公司法第221條「監察人各得單獨行使監察權。」之體現。

#### ✍ 經濟部94年2月22日經商字第09402019810號函

依公司法第220條規定：「監察人除董事會不為召集或不能召集股東會外，得為公司利益，於必要時，召集股東會。」準此，監察人得為公司利益，於必要時，召集股東會，不以董事會不為召集或不能召集之情形為限，此項股東會召集權，監察人可單獨行使，毋庸徵得其他監察人之同意，且係由監察人自行召集，尚無所詢請求公司召集股東會之問題，至於是否必要，本部93年4月13日商字第09302055200號函釋在案，併為敘明。

### 爭點限時通

#### 【若監察人於非必要時召集股東會，其決議之效力為何？】

(一)實務見解：得撤銷。

#### ✍ 最高法院86年台上字第1579號民事判決

監察人於無召集股東會之必要時，而仍召集股東會，與無召集權人召集股東會之情形有別，僅係該股東會之召集程序有無違反法令或章程，得否依公司法第189條規定，由少數股東自決議之日起1個月內，訴請法院撤銷其決議而已，該決議在未經撤銷前，仍為有效。

(二)學者見解（劉連煜老師）：監察人濫行召集股東會在現行法下，似宜解為監察人之召集權為固有權，其股東會決議基本上仍為有效，僅公司得追究監察人濫行召集之法律責任，以強化監察人之公司治理的角色<sup>17</sup>。

(二)檢查人報告請法院命令監察人召集：公司法第245條。

1.法規內容：

#### ✍ 公司法 § 245

I 繼續六個月以上，持有已發行股份總數百分之一以上之股東，得檢附理由、事證及說明其必要性，聲請法院選派檢查人，於必要範圍內，檢查公司業務帳目、財產情形、特定事項、特定交易文件及紀錄。

II 法院對於檢查人之報告認為必要時，得命監察人召集股東會。

III 對於檢查人之檢查有規避、妨礙或拒絕行為者，或監察人不遵法院命令召集股東會者，處新臺幣二萬元以上十萬元

<sup>17</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁601，新學林。

以下罰鍰。再次規避、妨礙、拒絕或不遵法院命令召集股東會者，並按次處罰。

2. 檢查人之意義<sup>18</sup>：檢查人係以調查公司之設立程序或公司之業務及財務狀況為主要目的而設置之法定、任意、臨時的監督機關。檢查人之設置目的乃恐監察人與董事相處已久，礙於情面難以善盡監督之責，故於特定情形得透過與董監事無關之局外人進行調查與監督。但檢查人之權限為監督權（Kontrolrecht），與監察人之監察權（Aufsichtsrecht）有所不同，檢查人之監督權僅及於監督董事執行業務是否適法，監察人之監察權則能監督其執行職務是否適當。

### 爭點限時通

【監察人身兼股東時，可否再依照公司法第245條聲請法院選派檢查人？】

（一）肯定說：法條別無其他資格限制。

最高法院86年台抗字第108號民事裁定  
公司法第245條第1項所定聲請選派檢查人之規定，除具備繼續1年以上持有已發行股份總數百分之3之股東之要件外，別無其他資格之限制。相對人具有股東身分，繼續1年以上持有再抗告人公司發行股份總數百分之十三點五之股份，已符合聲請法院選派公司檢查人之條件，自非不得為本件之聲請。

### 學者評釋 【王志誠老師】

董事除有業務執行權外，亦為內部監督之機關，故應有取得資訊之必要，以核對公司財產之實際狀況，故若股東身兼董事身分，亦應乘於前開「別無其他資格之限制」之精

神允許兼任董事之股東選任檢查人。至於獨立董事，基於獨立性之限制不可能持股達3%，故無聲請選派檢查人之問題。

（二）否定說：監察人依公司法第218條即有查核權，無須另行選派<sup>19</sup>。

### 最高法院75年台抗字第150號民事裁定

依相對人提出再抗告人公司之變更登記事項卡記載：相對人為再抗告人公司之監察人。依公司法第218條第1項規定，監察人得隨時調查公司業務及財物狀況，查核簿冊文件，並請求董事會提出報告。相對人既為再抗告人之監察人，自得隨時行使上開職權，殊無另依公司法第245條第1項規定，聲請法院選派檢查人，檢查公司業務帳目及財產情形之必要。

四、重整人：公司法第310條。

五、清算人：公司法第326、331、334條。

### 參、股東會召集權人之股東名簿提供請求權：

一、法規內容：

#### ●公司法§210-1

I 董事會或其他召集權人召集股東會者，得請求公司或股務代理機構提供股東名簿。

II 代表公司之董事拒絕提供股東名簿者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。但公開發行股票之公司，由證券主管機關處代表公司之董事新臺幣二十四萬元以上二百四十萬元以下罰鍰。

<sup>18</sup> 柯芳枝（2015），公司法論（下），頁105，三民書局。

<sup>19</sup> 王志誠（2008），股東之檢查人選派聲請權，台灣本土法學雜誌，第104期，頁237-238。

III 股務代理機構拒絕提供股東名簿者，由證券主管機關處新臺幣二十四萬元以上二百四十萬元以下罰鍰。

IV 前二項情形，主管機關或證券主管機關並應令其限期改正；屆期未改正者，繼續令其限期改正，並按次處罰至改正為止。

## 二、新舊法之比較：

(一) 舊法之困境：股東名簿交存於股務代理機構者，董事會以外之股東會召集權人有事實上取得之困難，股務代理機構常受公司派董事之委託，基於其與客戶之信賴關係與利害關係（交出股東名簿給市場派股東的話，可能往後該公司就尋求其他股務代理機構辦理股務）多半不敢將股東名簿交予和公司派對立之市場派股東或負責監督公司之監察人，導致有開股東會需求之少數股東（如 § 173）或監察人（如 § 220）因為難以取得股東名簿導致其難以開會或動輒漏寄通知書而有股東會產生效力瑕疵之情形。

(二) 新修正公司法之規定：有鑑於上開問題於實務上之嚴重性不容小覷，107年新修正公司法新增第210條之1條明確規定股務代理機構對於有開股東會需求之召集權人有提供股東名簿之義務，並於同條第2及3項分別規定對於拒絕提出之公司董事及股務代理機構處以罰鍰並得連續處罰，以解決上開困境。

## 三、股東會召集權人得抄錄股東名簿，亦得影印或以光碟或儲存媒體之方式為之，但應盡保密之責。

 經濟部98年10月27日經商字第09802148630號函（節錄一、）  
股東依公司法第173條規定取得股東臨時會召集權後，為辦理股東會召集相關事宜，可依公司法第210條第1、2項規定檢具利害關係證明文件，指定範圍，向公司或股務代理機構請求查閱或抄錄股東名簿，至於抄錄股東名簿，除影印外，亦得以光碟或儲存媒體方式為之，惟股東應盡保密之責。

## 筆者的話

同學看到這號函釋或許會感到很疑惑，為召集股東會而請求股東名簿不是應該依照公司法第210條之1嗎？為何函釋通篇都在講第210條？這是因為第210條之1是107年公司法修正後所增訂，以往股東無論是為了召集股東會或監督公司之目的，都是依據第210條。然而，新法修正後，第210條主要用於監督公司之作用，要召集股東會要走第210條之1。但是，函釋的重點在於為召集股東會所請求之股東名簿得否抄錄或複製，故應得適用在現今第210條之1的情形。

## 有題有真相

A公開發行股份有限公司（下稱A公司），已發行股份總數為1,000萬股（含無表決權股100萬股），B為非公開發行股份有限公司（下稱B公司）於今年一月以新臺幣（下同）60萬元購入A公司無表決權特別股100萬股，自然人甲持有A公司310萬股，自然人乙持有A公司100萬股，自然人丙持有A公司3,000股，甲乙丙皆已經持有A公司股份一年以上，今年五月B公司聯合甲股東和乙股東欲召開股東臨時會，並於合法通知期間，寄發召集臨時股東會之通知，但因疏失漏未通知股東丙。試問：若B公司實收股本為100萬元，其取得A公司股份是否合法？股東B公司、甲和乙是否有召集股東會之權限？若該會之召集權無瑕疵，股東甲、乙得否向公司請求查閱或抄錄股東名簿？又，漏未通知股東丙，股東臨時會之決議是否得因此一瑕疵而撤銷？（50分） 【108司律】

## 爭點分析

本題公司法難度不高，考點均非常明確而不複雜，但是涉及到許多107年公司法修正時有變動的法規，考生只要能熟悉修法前後的規範不同，以及為何如此修正之法理，應能順利拿到應有的分數。本題最吸引人

的一大考點乃是B公司與甲、乙二人得否召開股東會，但無表決權股有無排除公司法第173條之1的適用，此一考點於108年的各校研究所考試中一再出題，如果有關注研究所考點的考生應該能順利猜題成功。其餘考點如公司轉投資限制也是在107年放寬法規，有權開會之人的股東名簿請求權也是107年立法明文化的，這些都不脫新法修正內容。唯一的傳統考點是召集程序瑕疵能否撤銷股東會之問題。

第一個爭點：公司轉投資之限制已經不規範非公開發行公司。

第二個爭點：公司法第173條與第173條之1開股東會之要件不同，以及無表決權股是否計入第173條之1之已發行股份總數中？

第三個爭點：依照公司法第210條之1請求提供股東名簿，是否包含「查閱」與「抄錄」？

第四個爭點：漏未通知僅持股3000股的小股東，是否得撤銷股東會決議？法院有無駁回裁量權？

### 擬答

#### (一)B公司取得A公司股份合法：

1. 107年公司法修正之法理：107年新修正公司法採取大小分流之立法政策，對於規模較小的公司予以鬆綁法規以提升公司自治之彈性，對於規模較大之公司則維持其法規甚至調高規範密度以提升公司治理之效，保障投資人，合先敘明。本題涉及公司轉投資之限制，107年修法前之公司法第13條規定股份有限公司成為他公司之有限責任股東時，非經股東會特別決議，其轉投資總額不得超過公司實收資本額之40%。惟新法將無限、兩合、有限與非公開發行之股份有限公司予以鬆綁，不再受限於前開規定，僅針對公開發行公司保留投資總額之限制。

2. 本案B公司之投資行為合法：依題所示，B公司之實收資本額為100

萬元，其投資A公司之金額即已高達60萬元，依照舊法之規定非經其股東會特別決議應屬違法轉投資，然依照現行公司法第13條，B公司之投資總額已不再受限，故B公司自得以60萬元投資A公司之無表決權特別股以實現其公司自治之彈性。

#### (二)B公司及甲、乙有召集股東臨時會之權限：

1. 召集股東會之法源依據：公司法對於股東召集股東會之法源依據主要有二：一為公司法第173條，一為公司法第173條之1。

2. 僅甲、乙符合公司法第173條之合法召集要件：傳統上，股東召集股東會之權限規定於公司法第173條，由繼續1年以上持股3%之股東以書面記明提議事項及理由請求董事會及主管機關召集。然本題B公司於1月方買進A公司之股份，欲召集5月之股東會於要件上應有未合。然扣除B公司，甲及乙之股份總數仍達A公司之41%且皆持有繼續1年以上，故得以甲、乙之名義依照本條之程序召開股東臨時會。

3. B公司及甲、乙符合公司法第173條之1之合法召集要件：

(1) 立法理由：107年公司法修正時，立法者認為股東持股過半時，對公司之經營及股東會已有關鍵性之影響，倘其持股又達一定期間，賦予其自行召集股東臨時會之權利，應屬合理，故增訂公司法第173條之1使繼續3個月以上持股過半數之股東得自行召集股東臨時會。

(2) 適用疑義：然有疑問的是，B公司所持有之股份為無表決權股，無表決權股於計算股東會定足數時自被排除在外，則於第173條之1召集股東臨時會之場合是否應計入無表決權股？本文以為，表決權與召集權本質上有異，無表決權股似不能當然剝奪股東

召集股東會之權限，經濟部函釋亦同本文之見解。故B公司與甲、乙之股份總數已達510萬股，超過A公司之已發行股份總數之半數，應得召開股東會。

4. 立法評析：然而，公司法第173條與第173條之1最大的不同在於是否應先請求董事會開會及報請主管機關之許可。有學者認為第173條之1省去前開繁複程序，且於開會揭發董事違法行為之股東會，董事會進行杯葛之難題也一併獲得解決。惟本文以為，如第173條之1之立法能加上請求董事會開會的先行程序不但較能符合國際慣例，且經歷過請求董事會的溝通過程，能夠化干戈為玉帛。

(三) B公司與甲、乙依照公司法第210條之1第1項有權向公司請求提供股東名簿，且條文之「提供」應包含「查閱」及「抄錄」。

107年公司法修正後特別將為開股東會而請求提供股東名簿之類型獨立立法，但其「提供」之態樣如何，仍應參照舊法時代之函釋以觀。經濟部函釋認為，股東取得股東臨時會召集權後，為辦理股東會召集相關事宜，可向公司或股務代理機構請求查閱或抄錄股東名簿，至於抄錄股東名簿，除影印外，亦得以光碟或儲存媒體方式為之，惟股東應盡保密之責。故B公司與甲、乙有權向公司請求查閱或抄錄股東名簿。

(四) 股東會決議因漏未通知丙股東而得撤銷，法院不得依公司法第189條之1駁回之。

1. 依照公司法第172條，股東會之開會應通知各股東以保障其與會之權利，然A公司之系爭股東會卻漏未通知丙，違反公司法第172條之規定。又公司法第189條規定股東會之召集程序違反法令者得撤銷。

2. 然而，股東會決議做成不易，若小小瑕疵即動輒撤銷造成既成之法律關係變動，支出成本顯然甚鉅。故公司法第189條之1提供受理撤銷之訴之法院駁回裁量權，於違反法令之事實「非屬重大」且「於決議無影響」者，法院得駁回其請求。早期實務見解曾以股東之持股數少為應予駁回之唯一論證，本文以為漏寄通知書已積極侵害股東權利，違反之情節「應屬重大」，即便「於決議無影響」亦不得駁回。退萬步言，雖丙僅持有3,000股，使其投票亦難以使股東會決議翻盤，但若其與會則有說服其他股東而使其他股東改變意見之可能性，不得僅以持股數少論斷於決議無影響，即便欲審酌該要件，則應仿德國由公司舉證於決議無影響，方屬妥當。據上論結，丙得依公司法第189條訴請撤銷股東會決議。

## 第二節 股東會之召集

### 壹、股東會之召集程序：

#### 一、通知開股東會：

##### (一) 法規內容：

##### ●\*公司法 § 172

- I 股東常會之召集，應於二十日前通知各股東。
- II 股東臨時會之召集，應於十日前通知各股東。
- III 公開發行股票之公司股東常會之召集，應於三十日前通知各股東；股東臨時會之召集，應於十五日前通知各股東。
- IV 通知應載明召集事由；其通知經相對人同意者，得以電子方

式為之。

V 選任或解任董事、監察人、變更章程、減資、申請停止公開發行、董事競業許可、盈餘轉增資、公積轉增資、公司解散、合併、分割或第一百八十五條第一項各款之事項，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，不得以臨時動議提出；其主要內容得置於證券主管機關或公司指定之網站，並應將其網址載明於通知。

VI 代表公司之董事，違反第一項至第三項或前項規定者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。但公開發行股票之公司，由證券主管機關處代表公司之董事新臺幣二十四萬元以上二百四十萬元以下罰鍰。

(二)通知期間：

1. 行政函釋：

 經濟部84年2月25日商202275號

一、關於公司法第172條第1、2項所定期間之計算，依最高法院84年1月17日84年度第1次民事庭會議決議「股份有限公司股東召集之通知採發信主義，公司法對於如何計算期間之方法既未特別規定，自仍應適用民法第119條、第120條第2項不算入始日之規定，自通知之翌日起算至開會前1日，算足公司法所定期間。」股東會召集之通知，應依上開決議辦理。例如2月20日召開臨時股東會，依公司法第172條第2項規定應於10日前通知各股東，則至遲2月9日即應通知各股東。

二、本部60年2月26日商06804號函暨以往有關函釋與上開釋示不符部分，不再援用。

 經濟部69年11月10日商38934號函

公司法第172條規定，股東常會之召集，應於20日前通知各股東，所規定之通知日期，實務上均採「發信主義」，而非「到達主義」，即指將召集之通知書交郵局寄出之日為準，

受通知人何時收到，並不影響股東會召集之效力。惟股東會之召集程序是否違法依公司法第189條由法院裁決。如有糾紛，仍應依法訴請法院辦理。

2. 整理表：應注意始日不算入！

	非公發公司	公發公司
股東常會	20日	30日
股東臨時會	10日	15日

箭頭方向日數乘以1/2。

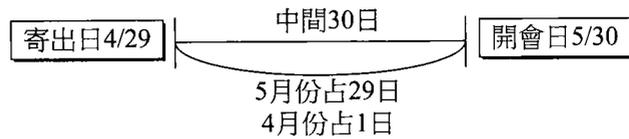
有題有真相

(一)A公開發行公司預定於2021年5月30日召開股東常會，何日應寄發股東會開會通知？

(二)承上題，A公司何日開始不得辦理股份過戶登記？何日為最後得辦理股份過戶登記之日？

解析

(一)筆者建議過戶閉鎖期間以每個月「分段計算」較不容易搞混。且應記誦口訣「寄出日、開會日，中間XX日」，亦即在寄出日與開會日之間，必須要有XX日。首先先看欲召開之公司與會議種類，本題乃公開發行公司之股東常會，應有30日之通知期間，口訣為「寄出日、開會日，中間30日」。而本條採取始日不算入之方式，故應由開會日前一日倒數30日，即為通知期間開始之日，該日之前一日方為開會通知最後應寄出之日。首先計算5月之29日，剩餘之1日不滿一月。由4月30日往回倒數1日，應為4月30日開始通知期間，故最後寄出日應為該日之前一日，4月29日方為本題答案。最後驗算時應套入「寄出日、開會日，中間30日」之口訣檢查，扣除5月30日以及4月29日本身，這之間是否仍有30日，這部分建議掐指一算即可XD。



(二)本題乃複習公司法第165條過戶閉鎖期間之計算方式。筆者建議過戶閉鎖期間以每個月「分段計算」較不容易搞混，還記得嗎？可以用「分段算，手指算」的口訣進行記憶。首先看欲召開之公司與會議種類，本題乃公開發行公司之股東常會，應有60日之過戶閉鎖期間。而本條採取始日算入之方式，故應由開會日當日倒數60日，即為過戶閉鎖期間開始之日，該日之前一日方為得辦理股份過戶登記之日。首先計算5月之30日，剩餘之30日剛好為4月份之全部日數。由4月30日往回倒數30日，應為4月1日閉鎖期間開始，故最後辦理過戶日應為該日之前一日，3月31日方為本題答案。

(三)通知方式：以寄發通知書為原則，但經相對人同意者得採用電子方式。證交法第26條之2規定對於持有記名股票未滿1000股股東，其股東會之召集通知得以公告方式為之。

## 二、召集事由之記載：

(一)應記載與說明之事項：選任或解任董監、變更章程、減資、停止公發、董事競業許可、盈餘轉增資、公積轉增資、公司解散、合併、分割、第185條第1項，均應於召集事由中「列舉」並「說明其主要內容」，不得以臨時動議提出。

### 筆者的話

第172條第5項之事項看似繁多，但卻十分重要，筆者建議應全部背起來，但是這樣要求大家好像有點強人所難XD所以筆者送大家一

副對聯，大家可以寫成紅紙貼在門上當春聯，應該就會記得了。仔細看喔！「解大變合競業停，盈轉公轉並減資」，橫批則為「召集事由」XD。解就是選任或解任董監，大就是第185條重大資產處分，變是變更章程，競業是第209條的競業許可，停則是停止公開發行。盈轉是第240條盈餘轉增資，公轉是第241條公積轉增資，最後是第168條的減資。我們可以想成是一個董事正忙著解大便的時候，聽到公司要合併的消息，就很敬業地趕快停止，然後先盈餘轉增資再公積轉增資並辦理減資來防禦合併。應注意的是，「減資」為上列事項內唯一不一定經股東會特別決議者，其餘均為股東會特別決議事項。「私募股權性質有價證券」須經股東會特別決議，但卻不是上列事項。但公開發行公司辦理私募則依證交法第43條之6第6項規定應於召集事由列舉並說明重要事項。

## (二)說明主要內容之方式：

 經濟部109年8月19日經商字第10900068030號函  
按公司法第172條第5項前段規定，第185條第1項各款之事項，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，不得以臨時動議提出。爰不得僅在召集事由記載「處分重大資產」，應至少載明處分資產內容，惟具體個案如有爭議允屬司法機關認事用法範疇。

 經濟部108年1月22日經商字第10802400570號函  
一、按公司法第172條第5項規定所謂說明其主要內容，例如變更章程，係指不得僅在召集事由記載「變更章程」或「修正章程」等字，而應說明章程變更或修正之處（第幾條及其內容），例如由票面金額股轉換為無票面金額股等。  
二、至如何列舉並說明其主要內容及以網站揭示主要內容，原則上，召集通知應說明召集事由之主要內容。如另提供網址將主要內容置於證券主管機關或公司指定網站，並於網

站上可查閱得知召集事由之主要內容者，即屬符合上開條項之規定。

(三)未說明之法律效果：若並未說明主要內容者，股東會決議可能因召集程序違法而日後遭到撤銷<sup>20</sup>。

### 爭點限時通

#### 【「終止合併」得否以臨時動議提出？】

(一)問題意識：公司法第172條第5項之「合併」，除包含「進行合併」外，是否包含「終止合併」？若吸收合併之併購案中即將成為消滅公司之股東於股東會上以臨時動議提出「終止合併」議案是否適法？

(二)學者見解（張心悌老師）<sup>21</sup>：學者認為本項之立法目的為考量該等事項「重大」且「事涉股東、債權人權益甚鉅」故必須列入召集事由。終止合併將會使贊成合併之股東期待落空，若能以臨時動議提出將使贊成合併之股東受到突襲，來不及事前徵求委託書以合縱連橫。對於贊成合併之股東應屬「重大」且「事涉贊成合併之股東權益甚鉅」，故不得以臨時動議提出較為妥適。

#### 貳、股東會之主席：

##### ●公司法 § 182-1

I 股東會由董事會召集者，其主席依第二百零八條第三項規定辦理；由董事會以外之其他召集權人召集者，主席由該召集權人擔任之，

<sup>20</sup> 曾宛如（2020），公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，第300期，頁136。

<sup>21</sup> 張心悌（2014），以臨時動議提出終止合併案之適法性，月旦法學教室，第145期，頁21-23。

召集權人有二人以上時，應互推一人擔任之。

II 公司應訂定議事規則。股東會開會時，主席違反議事規則，宣布散會者，得以出席股東表決權過半數之同意推選一人擔任主席，繼續開會。

##### ●公司法 § 208（節錄）

III 董事長對內為股東會、董事會及常務董事會主席，對外代表公司。董事長請假或因故不能行使職權時，由副董事長代理之；無副董事長或副董事長亦請假或因故不能行使職權時，由董事長指定常務董事一人代理之；其未設常務董事者，指定董事一人代理之；董事長未指定代理人者，由常務董事或董事互推一人代理之。

#### 參、股東會之權限：

- 一、報告聽取權：第211、246條。
- 二、表冊查核權：第184、228、230、231條。
- 三、表決權：第202條。

## 第三節 股東提案權

#### 壹、股東提案之事項：

##### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 172-1

I 持有已發行股份總數百分之一以上股份之股東，得向公司提出股東常會議案。但以一項為限，提案超過一項者，均不列入議案。

II 公司應於股東常會召開前之停止股票過戶日前，公告受理股東

之提案、書面或電子受理方式、受理處所及受理期間；其受理期間不得少於十日。

III 股東所提議案以三百字為限；提案股東應親自或委託他人出席股東常會，並參與該項議案討論。

IV 除有下列情事之一者外，股東所提議案，董事會應列為議案：

- 一、該議案非股東會所得決議。
- 二、提案股東於公司依第一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時，持股未達百分之一。
- 三、該議案於公告受理期間外提出。
- 四、該議案超過三百字或有第一項但書提案超過一項之情事。

V 第一項股東提案係為敦促公司增進公共利益或善盡社會責任之建議，董事會仍得列入議案。

VI 公司應於股東會召集通知日前，將處理結果通知提案股東，並將合於本條規定之議案列於開會通知。對於未列入議案之股東提案，董事會應於股東會說明未列入之理由。

VII 公司負責人違反第二項、第四項或前項規定者，各處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。但公開發行股票之公司，由證券主管機關各處公司負責人新臺幣二十四萬元以上二百四十萬元以下罰鍰。

二、持股1%以上的提案門檻：1%以上的提案門檻可以數股東合計。

### 爭點限時通

#### 【無表決權股之股東得否計入提案之門檻？】

(一) 肯定說（劉連煜老師、經濟部見解）：

1. 提案權並不涉及股東會之議決。
2. 廣開言路、促進股東行動主義。

 經濟部95年2月8日經商字第09502402920號函

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1%以上股份之股東，得以書面向公司……」，於計算「已發行股份總數1%」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。

(二) 否定說（林國全老師、曾宛如老師）<sup>22</sup>：

1. 若允許無表決權股之股東提案，而複數表決權股之股東卻因係以「股份數」而非「表決權數」計算以致難以達到1%而無法提案並非合理。
2. 股東提案之主要目的應在於透過提案及通過議案，對公司經營者產生一定影響，若股東本身無表決權，則實現其提案之力量薄弱。且本條第3項旨在要求股東說服他人，若要說服他人，自己亦應投票方有意義。

### 筆者的話

不知道大家使用社群軟體，像是FB跟IG的時候，自己發文之後會不會自己按讚？筆者以前都認為按自己貼文讚是一個非常長輩的行為，就像是某些長輩貼文後，可能就兩個讚，一個是別人，另一個是自己按的XD，所以筆者從來不會按自己的文讚。直到有一次，我同學才告訴我，他爸爸發完文一定先按讚，他問他爸為何要這樣時，他爸回答他：「自己都不覺得讚了，憑甚麼要別人覺得你讚？」此話有如醍醐灌頂，我方才意識到按自己貼文讚是多麼有意義的一個行為啊！這就有點類似於林國全老師與曾宛如老師的論點，若要說服他人，自

<sup>22</sup> 林國全（2005），董事會違法拒絕股東提案，台灣本土法學雜誌，第73期，頁128。曾宛如（2017），公司法制基礎理論之再建構，頁128-129，元照。

已亦應投票方有意義，似乎有幾分道理呢XDDDD。

三、股東常會方得提案：此乃為避免股東臨時會議程過於冗長，故僅限於股東常會方得提案。

 經濟部95年4月13日經商字第09500537340號函（節錄）

一、公司法第172條之1第1項規定：「持有已發行股份總數1%以上股份之股東，得以書面向公司提出股東『常』會議案。」條文既明定「股東『常』會議案」，自僅限於公司召開股東常會時，股東始有依上開條文於公司規定之受理期間提出議案之權利。

二、公司法第172條之1第3項規定：「股東所提議案以300字為限，超過300字者，該提案不予列入議案。」所稱300字，依立法原意，包括案由、相關說明及標點符號。

四、300字限制：為避免提案過於冗長而有此限制，300字包含提案理由與標點符號在內。英國公司法則無股東提案之字數限制，但提案之相關費用（如寄送議案內容給股東之費用）由提案股東自行負擔，故提案越長則其負擔越重<sup>23</sup>。

 經濟部95年2月9日經商字第09502402930號函

一、公司法第172條之1第3項規定：「股東所提議案以300字為限，超過300字者，該提案不予列入議案。」其立法意旨係鑒於我國文字300字已足表達一項議案之內容，300字包括理由及標點符號。超過300字者，該提案不予列入議案。符合上開規定之提案，其內容如有涉及人身攻擊或不雅之字句時（如解任董事之提案），公司可否在不違反其原意情形下，酌予修正提案內容之字句後列入議案一節，公司法尚無明文規

<sup>23</sup> 英國2006年公司法第338至340條。

定，具體個案應由公司自行斟酌處理。

二、同類型議案如何進行討論一節，允屬公司內部自治事項，由公司自行斟酌處理。

### 筆者的話

少數股東的提案，常常是令董事會頭痛的環節，因為所提的議案很有可能是要追究董事責任、解任董事等等對其不利的行為。據說，曾經有一位股東算好提案字數，剛剛好包含標點符號299字，準備在股東會表決一番時，卻被告知提案字數超過300字，原因在於公司幫他加上了一個標題「第二案」他的提案就搖身一變變成302字被不列入議案了，真是可憐哪！但公司想出這招，實在也滿聰明的！

五、可提出公益性無拘束力之建議性議案：2018年公司法修正後，股東可藉由提案制度說服其他股東對公共議題凝聚共識，使公司除追求營利外善盡企業社會責任。公司法第172條之1第5項與同法第1條第2項之修法遙相呼應。

貳、股東提案之相關疑義：

### 爭點限時通

【公司法第172條之1第4項第1款之「非股東會所得決議」應如何解釋？股東得否透過本條之提案權提出如「本公司應與台積電合併」等涉及公司合併、分割、讓與全部或主要部分營業或財產之議案？】

(一)肯定說（文義解釋）：合併案依據公司法第316條第1項與企業併購法第18條第1項，應經股東會特別決議方得通過，分割案與讓與全部或主要部分營業或財產之議案亦然，為股東會所得決議之事項，董事會不得以此理由剔除股東所提議案。

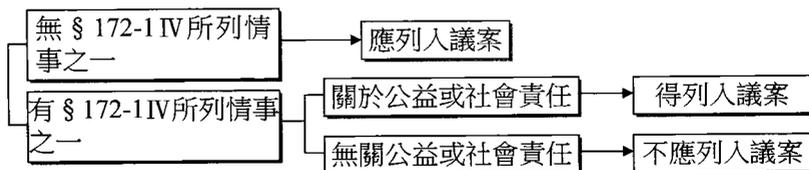
(二)否定說（曾宛如老師）<sup>24</sup>：若自法條文義解釋，前開議案均須經股東會決議（如§316）似為股東會所得決議。但曾宛如老師基於下述四點理由採取否定說。

1. 以合併及分割為例，尚須仰賴董事會提出合併契約及分割計畫等專業工作方能完成，涉及經營判斷，不應由無專業之股東會決定。股東會所得決議者，應指得由股東會「自行發動」並「自行做成決議」者。
2. 300字之限制並無法完整說明如此複雜之提案內容。
3. 若該等提案通過，股東可能主張董事會並未依據其提案而尋求合併機會，而對董事會主張公司法第193條之責任。
4. 我國目前並未明文區分「拘束性提案」與「建議性提案」，故難以達成之提案內容，可能使董事會無所適從。立法論上得另行明文規定不具拘束力之「建議性提案」分類使經營者得廣納股東意見。

**爭點限時通**

【無公司法第172條之1第4項所列情事之一者，董事會固然應列為議案，但有公司法第172條之1第4項者，董事會是否仍「得」將之列入議案？】

(一)否定說（文義解釋）：第172條第5項僅規定第1項之議案關於公共利益或社會責任者，董事會仍得列入議案。故依據「明示其一，排除其他」之法理，有第4項所列情事而無關公共利益或社會責任者，董事會「不應」列入議案。



<sup>24</sup> 曾宛如（2017），公司法制基礎理論之再建構，頁12-14，元照。

(二)肯定說（邵慶平老師）<sup>25</sup>：若將本條解釋為有第172條之1第4項之情事（例如該議案非股東會所得決議）之議案，關於社會責任者，依據第5項仍「得」列入議案，但無關社會責任者，則解釋為「不應」列入議案。此將使掌握董事會席次的多數股東動輒主張其「不應」將少數股東之提案列入議案，與立法理由之「保障股東提案權益」之意旨有違，應非立法者所樂見。對於所提議案範圍應更為寬容方符合立法原意。

**爭點限時通**

【股東提案追究3位董事之法律責任之議案，屬於一項議案或多項議案？】

✍ 經濟部95年6月1日經商字第0950202414310號函

按持有已發行股份總數1%以上股份之股東，得以書面向公司提出一項股東常會議案，提案超過一項者，均不列入議案，公司法第172條之1第1項定有明文。所詢持有已發行股份總數1%以上股份之股東以書面向公司提出追究3位董事之法律責任之議案，究為一項議案或多項議案一節，如基於其議案之構成要件事實相同者，為一項議案。至對象多少，表決次數為何，尚不過問。如係對於參與董事會某一議案之討論及決議之多數董事提出時，亦同。

**有題有真相**

A公司、B公司均為公開發行股票之股份有限公司。A公司持有B公司百分之5的股份。甲為A公司、B公司之股東，各持有百分之3的股份。B公司設有9席董事，並未設獨立董事。甲以A公司法人代表人之身

<sup>25</sup> 邵慶平（2019），2018年公司法與證券交易法發展回顧，台大法學論叢，第48卷

分，被選為B公司之董事。A公司、B公司業務互補，過去幾年來持續合作。A公司董事會認為，若A公司與B公司合併，將創造更大的綜效。因此，在B公司今年度股東常會召開前之公告受理股東提案期間，A公司以股東身分，向B公司提出「A公司擬吸收合併B公司」的股東常會議案，同時附上A公司研擬的合併契約草案及合併案說明書。對於上述股東提案，B公司董事會經全體董事表決後，以5票同意、4票反對，通過將其列入股東常會議案。股東會開會通知中，對於此一議案的說明，除載明A公司提案內容外，另僅附上A公司研擬的合併契約草案及合併案說明書。B公司股東會審議本案過程中，股東們對於A公司、甲得否加入表決，爭論不休，後經主席裁示，A公司、甲均得加入表決。最後，本案表決時，有代表已發行股份總數百分之90之股東出席，並經出席股東表決權數過半數之同意，決議通過。就上述事實，請依公司法、下附企業併購法之規定及法理，分析討論A公司所提出的股東提案是否合法？請分別就B公司董事會及股東會對此一股東提案的處理，是否適法？加以討論。（50分）

【109司律】

參考法條

企業併購法 § 18

VI公司持有其他參加合併公司之股份，或該公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事者，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，得行使表決權。

### 爭點分析

本題仿造釋字第770號解釋之原因案件所設計，若同學有事先閱讀釋字第770號解釋應可輕易上手，但其實本題並未觸及太多非傳統爭點，即便未熟讀第770號解釋之同學，亦能透過公司法之基本法理得出正確之答案，題目爭點不少，有一定之鑑別度，但並未達刁鑽之程度。唯一較困難的考點在於B公司董事會僅附上A公司研擬的合併契約草案及合併案說明書，涉及違反企業併購法第6條與第22條第3項，同學可能較難以引出該條文，但是涉及股東對於合併資訊之獲悉權，不知法條之考生仍能自釋字第770號解釋之精神得出相同結論。第一小題：本題A公司以少數股東提案

權之方式提出合併議案，乃釋字第770號解釋的原因案件。台信公司欲與台固公司進行合併時，台信公司透過少數股東提案權提出與台固的合併案。本題涉及合併案是否得以少數股東提案權之方式提出，申言之乃公司法第172條之1第4項第1款應如何解釋以及合併案是否超過300字之問題。第二小題：本題所涉及者乃如果有公司法第172條之1第4項第1款之事由，董事會是否仍得列入議案？董事會中A公司之代表人董事甲是否須踐行公司法第206條之說明程序與迴避？是否迴避與企業併購法第18條第6項有無矛盾？其董事會決議效力如何？而依據無效的董事會所召開的股東會，其效力是否因連動而受影響？董事會於股東會召集通知書中僅附上A公司研擬的合併契約草案及合併案說明書是否為已足？另A與甲就公司合併案得否加入表決？最後應討論若股東會效力有瑕疵有無公司法第189條之1之適用。

### 擬答

(一)A公司所提之議案不適法，理由如下：

1. 「該議案非股東會所得決議者」之解釋疑義：依據公司法第171條，股東會原則上由董事會召集之，故股東會之議案多由董事會所提案，此亦為商業實務上之慣例。惟為落實股東行動主義，使股東之多元意見進入股東會討論，我國公司法第172條之1乃賦予股東提案權。本題A股東所提之議案乃與B公司之合併案，依據企業併購法（下稱企併法）第18條第1項須經股東會特別決議通過，但在經股東會決議之前，仍仰賴董事會從事前置作業，如董事會應做成合併計畫與契約並發送於股東、提出於股東會等。職此，合併之程序仰賴董事會與股東會共同完成，則合併案是否屬於公司法第172條之1第4項第1款之「該議案非股東會所得決議」者，不無疑義？有認為合併案既仰賴二者所共同完成，則屬於董事會與股東會之「共享權

限」事項，並當然屬股東會所得決議者，並無違反該款之問題，且此有助於使董事會傾聽股東之意見的立法目的。亦有認為合併應考量雙方意願且程序專業而繁瑣，應僅董事會有其專業性得以發動程序，股東會僅能於董事會發動之程序中進行表決通過。第172條之1第4項第1款之解釋應為「非股東會所得自行發動並決議」者。本文以為，公司之經營仍有其專業性，且股東提案權若不加以限縮，則引發不專業之股東提出天馬行空之議案而專業之董事會卻須遵照執行，否則須承擔遭依公司法第193條究責風險之亂象。應以後說見解為當，故A所提出之合併案既然非股東會所得自行發動並決議者，則屬於有第172條之1第4項第1款之事由，應非適法。

2. 合併案難以於300字內表述完畢：公司法第172條之1第3項規定股東之提案以300字為限，倘若僅檢視「A公司擬吸收合併B公司」，當然符合規定。本文以為，依據經濟部之見解，案由、標點符號均應計入提案字數，則公司之附件字數，似應一併計入。倘若計入合併契約草案與合併案說明書之字數，則難以符合300字之規定。其提案應非適法。

(二) B公司董事會及股東會對此一股東提案的處理不適法，理由如下：

1. B公司之董事會決議應為無效：

(1) 違反公司法第172條之1第4項之提案得否列入議案之疑義：公司法第172條之1第4項規定，議案無所列事由者，董事會應列入議案，但卻未清楚解釋，「有」所列事由者，董事會是否仍得列入議案？有見解認為有所列事由者得否列入議案應將該條第4項與第5項交互參照解釋，亦即原則上不得列入議案，但關於企業社會責任者，依照第5項仍得列入議案。亦有見解認為「有」第

4項所列事由者，董事會仍有其裁量權決定是否列入議案，第5項僅係宣示立法意旨之注意規定。本文以為依據「明示其一，排除其他」之法理，前說解釋較為可採，但本題B公司董事會將其列入議案應非適法。

(2) B公司全體董事表決而甲未迴避可能不適法：依企併法第18條第6項之文義，A公司之代表人董事甲於決定是否受理合併提案之董事會當中無須迴避表決權，故甲參與全體董事作成決議似未違法。惟學者認為董事有其忠實義務（Fiduciary duty），董事對於公司負有避免利益衝突之責任，前開規定一律無須迴避之條文，應屬失當。是否迴避仍應回歸公司法第206條之判斷。依據公司法第206條第2項董事對於會議之事項有自身利害關係者，應於董事會說明其利害關係之內容，並應踐行同條第4項準用第178條與第180條迴避表決之程序。惟關於自身利害關係之認定，民國107年公司法修正前並非明確，新法修正後增訂該條第3項明確化其自身利害關係之範圍，將與董事有控制從屬關係之公司有利害關係者視為董事有自身利害關係，此一修法雖保護範圍尚非足夠，但仍值肯定。惟該「控制從屬關係之公司」，其用字乃仿造關係企業專章，依照體系解釋應僅限於公司與公司之間，自然人甲與A公司並非該條之射程範圍。但亦有見解認為為自目的解釋而言，代表人董事與法人股東間仍有控制關係，因代表人可隨時改派，故甲於B公司之董事會當中，因為議案與A公司有利害關係，視為甲有自身利害關係，甲未迴避表決並非適法，本文採之。

(3) B公司決議合併案列入議案之董事會決議無效：綜上所述，董事

會將違法之提案列入股東會議案應屬董事會決議內容之違法，甲於決議過程又未為迴避，應屬決議方法之違法。縱使採取合併法第18條第6項之文義解釋而認為未迴避並無違法，該董事會決議仍因受理違法之提案內容而有瑕疵。依據實務見解，董事會乃公司之權力中樞，且召集成本較低，應力求召集程序與決議方法無瑕疵，若有瑕疵則該決議無效。

2. B公司之股東會決議可能為得撤銷：

(1) B公司之股東會為基於無效之董事會所召開，可能違法：實務見解認為，依據無效之董事會所召開之股東會屬於照其程序違反法令，應為得撤銷。本文以為，應考量公司法第189條之1之立法意旨，不必然使無效之董事會所召集之股東會得撤銷，否則將使召集成本高之股東會動輒因召集成本低之董事會而遭撤銷。

(2) B公司董事會於股東會開會通知中，除載明A公司提案內容外，僅附上A公司研擬的合併契約草案及合併案說明書可能違法。司法院釋字第770號解釋認為，法律至少應使未贊同合併之股東及時獲取合併對公司利弊影響之重要內容、有關有利害關係股東及董事之自身利害關係之重要內容及贊成或反對併購決議理由之資訊。本題A、B公司皆為公開發行公司，其合併應有合併法第6條與第22條之適用。該二條之立法意旨乃為使股東了解此次合併之換股比例、價格等各項條件是否合理，以決定是否贊成合併案或請求收買股份，合先敘明。依合併法第6條，B公司應組成特別委員會就合併案之公平性與合理性進行審議，並將審議報告提交董事會與股東會，並應委請專家協助為之。依企

併法第22條第3項，B公司董事會有將特別委員會之審議結果與專家之意見合併於開會通知中發送於股東之義務，卻捨此不為，難謂符合將併購資訊「及時揭露」於股東，應屬股東會召集程序之違法，依公司法第189條為得撤銷。

(3) 甲與A加入表決，依照企業併購法應為合法：雖依據公司法第178條之法理，股東於自身利害關係之事項不得加入表決，但合併法第18條第6項訂有排除利益迴避之規定。蓋股權為財產權，若大股東需要對於併購事項因利益迴避而不得表決，等同於大股東受制於人，反而全由小股東決定公司之重要事項，對大股東之財產權保護不周，故本條將其回歸一股一表決權之本質，使大股東無須迴避。職是之故，A於B公司股東會中加入表決並未違法。至於甲為B公司之代表人董事，有認為依公司法第178條，甲對合併案有自身利害關係應迴避表決，惟本文以為，依舉重以明輕之法理，參與合併之公司已可加入表決，於董事同時持有擬合併公司之股份時，該情形雖與企業併購法第18條第6項規定不同，仍可認該董事就該合併事項無迴避之必要，而得參與股東會之表決。

(4) B公司之股東會得撤銷：綜上所述，B公司之股東會縱由無效之董事會召開並非得撤銷之事由，但未提供股東特別委員會之審議結果與專家意見，將使股東投票無從參考且有違釋字第770號大法官強調合併應保障股東充分之資訊權的意旨，屬於積極侵害股東權，應無公司法第189條之1駁回裁量權之適用，故B公司之股東會為得撤銷。

有題有真相

非公開發行之A股份有限公司（下稱A公司）章定資本總額新臺幣（下同）5,000萬元，實收資本額2,000萬元，目前已發行普通股200萬股，董事為甲、乙、丙三人，甲為董事長，監察人為丁，各董事及監察人同時都具有股東身分，其中丁持股約百分之二。A公司於今年4月初之董事會決議，將於今年8月間增資發行新股300萬股，但丁認為增資有過於浮濫之嫌，從而在5月下旬A公司所召開之股東常會中，丁以股東身分提案請求降低增資股數為100萬股案（下稱一號提案）。除丁之提案外，尚有符合提案資格之股東戊主張董事長甲藉轉投資之名行掏空公司資產之實，造成公司虧損達500萬元，因此，提案請求訴追甲對公司之賠償責任（下稱二號提案）；股東己主張董事甲及乙均有同意造成公司虧損之轉投資案，故兩人不適任，提案請求解任董事甲及乙（下稱三號提案）。前述提案均在受理期間內提出，且提案內容都在三百字以內。A公司董事會收到提案後，僅受理一號提案，將其列為議案記載於開會通知中，且股東會中亦議決通過降低增資金額僅發行新股100萬股。請附理由及個人看法，回答下列問題，且若涉及民國107年新修正之公司法規定，亦請一併說明。

- (一) 在一號提案通過後，A公司董事會是否僅能發行新股100萬股，抑或是可發行新股300萬股？（30分）
  - (二) A公司董事會未將二號、三號提案列為議案，是否合法？若有違法未列入議案，則對股東會有何影響及提案股東可如何救濟或因應？（50分）
- 【107司法官】

爭點分析

想當年筆者司法官二試為107年10月13、14日，而公司法為同年8月1日修正通過，當時考生一片譁然，因為要在兩個月內迅速熟悉148條的公司法修正內容實為一項艱鉅的任務。由於107年新法修正至今已經兩年，

舊法時代之法規應無記誦之必要，故本題僅以修正後之公司法解題，但同學可以看到，109年8月修正的法律，才修正公布而尚未生效，10月上旬的司法官二試就馬上入題，其效率之快自不待言。故同學應隨時注意最新法規的修正喔！

第一小題應先討論授權資本額度內之增資，是否為股東會所得決議事項？再來應討論，若非股東會所得決議之事項，董事會是否仍有權將之列入議案的問題。這個問題主要有如詳解中提到的兩種解釋方式，同學應注意。最後，無論如何，本題降低增資為100萬股之議案已經通過，但仍未改其「建議性質議案」之本質，故仍不會拘束董事會所做成的決定。

第二小題要講兩個議案分開討論，二號提案最簡單，因為公司法第212條已經明文對董事提告屬於股東會之權限，故董事會無故不列入議案自屬違法。而三號提案就會有許多同學不知道問題點在哪，所以將二號與三號提案寫成一團寫在一起，但其實三號提案藏了一個問題點，那就是一案解任兩位董事到底屬於一案還是兩案。同學務必注意，在這種訴追董事責任或解任董事的情形，通常是與董事會相對立的市場派股東會進行提案，而董事會的董事也不是塑膠做的，當然會想盡辦法杯葛這種會把自己拉下台的提案，就有公司為此問題吵到去問經濟部，所以才會有相關的函釋見解。最後關於股東的救濟手段，閱卷委員特別提到了爭點應該是落在如何設法讓議案有機會再度回到議事殿堂，若無法達成，有何民、刑、行政救濟手段（責任），不應是如何用其他手段去實現原提案內容（追究責任及解任董事）。「其他手段」已不屬股東提案權之核心概念，偏離太遠，且不著邊際。故筆者僅就考選部點名應討論的幾種手段，即公司負責人罰鍰、假處分、撤銷股東會決議與行使少數股東召集股東臨時會等手段進行討論。

擬答

(一) A公司董事會仍得發行300萬股，理由如下：

1. 丁之提案依據：依題所示，監察人丁亦為A公司之股東，故一號提

案應係丁以其自身持有已發行股份總數1%以上而依照公司法第172條之1之規定所提出，合先敘明。

2.系爭增資案非屬股東會所得決議之事項：我國公司法股東會與董事會權限之劃分應參照公司法第202條之規定，除公司法或章程規定應由股東會決議之事項外，應由董事會決議行之。本題A公司之授權資本為5,000萬元，現在之實收資本為2,000萬元，發行200萬股，一股之面額應為10元，即便增資300萬股後仍僅增資3,000萬元而未超過授權資本，故不涉及公司法第277條以股東會特別決議修改章程增加授權資本之問題。職是之故，本題增資案應參照公司法第156條第4項、第266條第1、2項由董事會特別決議行之即可，參照第202條之意旨，非股東會之權限，故屬於同法第172條之1第4項第1款非股東會所得決議之事項。

3.系爭增資案仍得以「建議性質之議案」之方式列入股東會：承前所述，非股東會所得決議之事項，是否得以「建議性質之議案」由董事會將之納入股東會之議程，不無疑義？依照公司法第172條之1第4項之規定，「除有下列情事之一者外，應列入議案」則有下列情形之一者，解釋上有認為係「不應」列入議案，蓋同條第5項已經明文，關於企業社會責任之建議性質議案仍得列入議案，故如果係無關企業社會責任之議案，依照「明示其一，排除其他」之法理解為「不應」列入議案，故董事會並不得將一號提案列入議案。但學理上亦有認為，該條第5項僅為注意規定，提醒公司有關企業社會責任之議案即便不符合第4項之規定仍得列入議案，但其他無關企業社會責任之議案，因法規並無明文「不應」列入議案，故應為「得」列入議案。本文以為前說固較有其可採之理，蓋若僅係注意規定，則

公司法第1條第2項之宣示作用已經足夠，既然立法者在第172條之1新增第5項之規定應解為係「明示其一，排除其他」之意思，但題旨已言明該議案已被列入股東會且經表決通過，故以下採後說見解敘述。

4.董事會得不採納股東會之決議：學者之所以肯認建議性質之議案乃係為鼓勵股東勇於表達想法，供負責公司業務執行之董事會決策方針上之參考，並初步了解公司內部之民意，但非謂經股東會決議後之建議性質議案可凌駕於董事會之決議而拘束董事會，畢竟股東僅係持有股票之人對公司之經營不一定具有專業知識，反之董事則為經股東認可而選舉產生之對公司經營有相當知識與經驗之人，故公司法上分權結果屬於董事會得決議之事項，經股東會決議後，董事會仍得依據其專業做出相反之決定。綜上所述，雖股東會通過發行100萬股之增資，但董事會若依其專業認為有300萬股增資之必要仍得依其專業而為之。

(二)A公司未將二、三號提案列入議案應非合法，股東可能得透過請求主管機關處以董事罰鍰、提起假處分、請求撤銷股東會決議與另行召開股東會等手段救濟。

1.A公司未將二號提案列入不合法：二號提案之內容乃訴追甲董事之責任，依照公司法第212條之規定，對董事提起訴訟之最優先權限乃明文屬於股東會，故股東戊之提案依題所示無其他違法情事，依公司法第172條之1第4項董事會應列入議案。然本題董事會未將之列入應屬違法。

2.A公司未將三號提案列入不合法：三號提案乃已股東提案解任甲、乙二董事，以一案解任複數董事是否屬於一案？若股東之提案超過

一項，依公司法第172條之1第1項但書董事會不應列入議案。有認為因所欲解任之董事為複數人，故應將解任甲董事提為一案，解任乙董事提為另一案，戊股東將解任甲、乙董事提為一案自屬將兩案以一案提出。惟本文以為，經濟部對此問題已曾有解釋認為書面向公司提出追究多位董事之法律責任之議案，究為一項議案或多項議案，如基於其議案之構成要件事實相同者，為一項議案。至對象多少，表決次數為何，尚不過問。本題董事甲及乙被提起解任之理由乃均有同意造成公司虧損之轉投資案，屬於同一件事實導致二董事不適任，故應屬於一案較為合理，董事會不將之列入議案應屬違法。

### 3. 股東之救濟手段如下：

- (1) 處以董事罰鍰：依照公司法第172條之1第7項，違法不列入議案之董事得處以行政罰鍰。
- (2) 提起假處分<sup>26</sup>：通說認為，於董事會違法不將提案列入股東會議案時，應依照民事訴訟法第538條於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，聲請定暫時狀態假處分以令董事會將議案列入股東會議程。然而亦有學者認為，提起定暫時狀態假處分可能因程序曠日廢時而來不及於股東會開會前完成，即便完成，相對人於提起假處分後議案被列入股東會議程，可能無動機再提起本案訴訟，而成為無附隨於任何本案訴訟之保全程序，導致定暫時狀

<sup>26</sup> 劉連煜老師在其現代公司法一書中琢磨許多如何提起假處分之規定，惟曾宛如老師卻認為現行假處分之制度容易產生「無本案訴訟」的問題而不甚可行。

態假處分本案化之問題。故假處分一途是否可行不無疑義。

- (3) 撤銷股東會決議：有認為股東得依照公司法第189條起訴撤銷股東會決議，但本題乃議案未被列入之情形，自無通過該議案之決議可言，撤銷訴訟應無撤銷標的，故此方法亦不可行。
- (4) 另行召開股東會：本文以為，最有效之方式乃少數股東依照公司法第173條之程序先報請董事會召集股東臨時會以通過第二與第三號議案，但因該二議案均係對董事會成員訴追責任或要求解任，董事會將百般杯葛，故實際上乃係為等待15日後，由股東報請主管機關自行召集股東臨時會對二、三號提案進行表決。

## 第四節 股東自身利害關係之表決權迴避

### 壹、法規內容：

#### ● 公司法 § 178

股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權。

### 貳、「自身利害關係」之界定：

- 一、經濟部新見解：有具體、直接利害關係致有害於公司利益之虞（標準較為限縮）。

 經濟部99年10月22日經商字第09902145220號函

(註記：107年修法後，原公司法第206條第2項，移列至同條第4項)

按公司法第206條第2項準用第178條規定：「董事對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決……。」所詢應否依上開規定迴避一節，因涉及個案情形是否有公司法第178條「有自身利害關係致有害於公司利益之虞」之認定，應依據事實個案認定之。認定上，應有具體、直接利害關係致有害於公司利益之虞，始構成本條之規定。因涉及具體個案事實之認定，倘有爭議，允屬司法機關認事用法範疇。

二、經濟部舊見解：依照具體個案判斷（標準較為抽象）。

 經濟部94、4、14經商字第09402044770號函

一、按公司法第178條規定，股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決。據此，股東得否行使表決權，應就具體個案視其對於該表決事項，有無利害關係及有害於公司利益之虞為斷。如有之，即不得加入表決，其不得行使表決權之股份數，不算入已出席股東之表決權數，同法第180條訂定有明文。是以，所詢疑義涉及具體個案事實之認定，允屬司法機關認事用法範疇。

二、另前開說明有關表決權行使之迴避，不適用董事之選舉，公司法第198條第2項定有明文，併為敘明。

三、實務見解：須「立即」「直接」導致權利關係之變動。

 臺灣高等法院93年上字第928號民事判決

解釋公司法第178條所規定「股東對於會議之事項有自身利害關係」，自應採限縮解釋，應認所謂有自身利害關係，限於因該決議之表決結果會使特定股東「取得權利或負義務」，或「喪失權

利」或「新負義務」（大理院11統字第1766號解釋及大理院11統字第1779號解釋參照），即股東會之決議作成時，必須立即導致該特定股東發生權利義務之變動。

四、學者見解（劉連煜老師）：「立即」「直接」導致權利關係之變動，且該股東具有「公司外部之純粹個人利害關係」。如公司與大股東買賣土地即為有自身利害關係而須迴避表決權；但解任董事因為無「公司外部之純粹個人利害關係」而無須迴避表決權<sup>27</sup>。

**筆者的話**

關於自身利害關係，經濟部、實務、學說各有不同的判斷方法。然而，如果像是大股東賣土地給公司，這種案例就非常好判斷。但議案有這麼多種，萬一題目所出現的議案你不會操作這些標準該怎麼辦？筆者認為越抽象的標準就是越好操作，因為就是盍各言爾志，所以遇到不會判斷的，就可以先列出經濟部、實務與學說的不同標準，最後採取「經濟部舊見解」具體個案判斷說進行涵攝即可，並且說明選用該說是為了維護公司治理，避免漏網之魚等等，創造出「不是我不會其他說，只是我不採其他說」的假象XDDDD。

**爭點限時通**

→ **【法人股東是否須迴避表決應否考量「代表人」之自身利害關係？】**

(一) 否定說（實務見解）：應以該法人股東為認定之標準，因代表人不具備股東身分。

 最高法院103年台上字第2719號民事判決

27 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁397，新學林。

法人股東對於股東會決議事項是否有「自身」利害關係，應以該法人股東而非其代表人為認定之標準，概因該代表人本身並不具有股東身分使然。原審認定友隆等五公司之代表人，就二議案並無自身利害關係，無須迴避表決，而無決議方法違法可言，仍無違誤。

(二)肯定說（曾宛如老師）<sup>28</sup>：法人股東之利害關係未必限於自身，依經濟部93年4月29日經商字第09302058780號函釋之見解應不限於股東本人，得個案判斷應否迴避。前開最高法院見解不當限制利害關係之範疇，可能侵蝕公司法第178條之迴避表決權之立法政策。

 經濟部93年4月29日經商字第09302058780號函

按公司法第178條規定：「股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決……。」法人股東對於其所指派代表人董事個人之競業禁止議案，得否行使表決權一節，依前揭規定意旨，應就具體個案視其對於該表決事項有無自身利害關係致有害於公司利益之虞而定。如有之，即不得加入表決，無者，似可行使表決權。因涉及具體個案事實之認定，允屬司法機關認事用法之範疇。

<sup>28</sup> 曾宛如（2015），公司參加代位訴訟與表決權迴避行使之適用：兼論股東會與董事會權限劃分——最高法院一〇三年度台上字第二七一九號民事判決與臺灣高等法院高雄分院一〇二年度抗字第二三七號民事裁定之評析，月旦裁判時報，第39期，頁21-30。

## 第五節 表決權之代理行使

### 壹、法規內容：

● 公司法 § 177

- I 股東得於每次股東會，出具委託書，載明授權範圍，委託代理人，出席股東會。但公開發行股票之公司，證券主管機關另有規定者，從其規定。
- II 除信託事業或經證券主管機關核准之股務代理機構外，一人同時受二人以上股東委託時，其代理之表決權不得超過已發行股份總數表決權之百分之三，超過時其超過之表決權，不予計算。
- III 一股東以出具一委託書，並以委託一人為限，應於股東會開會五日前送達公司，委託書有重複時，以最先送達者為準。但聲明撤銷前委託者，不在此限。
- IV 委託書送達公司後，股東欲親自出席股東會或欲以書面或電子方式行使表決權者，應於股東會開會二日前，以書面向公司為撤銷委託之通知；逾期撤銷者，以委託代理人出席行使之表決權為準。

### 貳、委託書之功能：

股東藉由行使表決權表達對董監人選或公司重大事項的看法，惟一般股東持股較少，對公司業務經營漠不關心，亦較無意願親自出席股東會，為使股東會得以順利召開，委託書制度應運而生<sup>29</sup>。

<sup>29</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁169元照。此處引用陳彥良部分。

### 參、委託書可否自行書寫：

一、公開發行公司：必須使用公司印發之委託書用紙，否則表決權不予計算（委託書規則 § 2 II、§ 22 I ①）。

●公開發行公司出席股東會使用委託書規則 § 2（節錄）

II 公開發行公司出席股東會使用委託書之用紙，以公司印發者為限；公司寄發或以電子文件傳送委託書用紙予所有股東，應於同日為之。

●公開發行公司出席股東會使用委託書規則 § 22（節錄）

I 使用委託書有下列情事之一者，其代理之表決權不予計算：

一、其委託書用紙非為公司印發。

二、非公開發行公司：得自行書寫。

🔪 最高法院65年台上字第1410號民事判例

公司法第177條第1項所定「股東得於每次股東會出具公司印發之委託書載明授權範圍，委託代理人出席股東會」，惟查該條項之規定乃為便利股東委託他人出席而設，並非強制規定，公司雖未印發，股東仍可自行書寫此項委託書，委託他人代理出席，公司未印發委託書並非股東會之召集程序有何違反法令，不得據為訴請撤銷決議之理由。

### 肆、法人股東代表人得否複委託他人出席股東會：

一、實務見解：肯定說。

🔪 最高法院91年台上字第2496號民事判決

如政府或法人股東未另行指派他人出席時，其代表人可否另行出具委託書複委任他人出席股東會，公司法並無禁止之規定，自有民法第537條規定之適用，得由其代表人複委託他人代理出席股東會。

### 二、學說見解（劉連煜老師）：區分說。

在公開發行公司情形，因委託書規則第10條規定徵求之委託書不得轉讓他人使用，故公開發行公司自不可行。但非公發公司自有民法第537條之補充適用<sup>30</sup>。

### 伍、一人同時代理二人時，其表決權所受之限制：

一、限制之方式：

(一)公司法第177條第2項須一人同時代理二人，僅代理一人不受限制。

(二)3%僅代理之表決權不得超過，自己持有之股份多少%都予以計算。

#### 有題有真相

甲持股之表決權為2%，受乙丙二股東之委託，乙、丙持股之表決權分別為1%與4%，問股東會中甲得行使幾%之表決權？

#### 🔪

甲一人同時代理二人，所「代理之表決權」不得超過3%，因此甲得行使之表決權為自己持股之2%+代理之表決權3%（因乙與丙合計達5%，依照第177條第2項，此部分僅3%得行使，剩餘之2%不得行使）=5%。故股東會中甲得行使5%之表決權。

#### 有題有真相

若甲持股之表決權為2%，但僅受丙一人委託，則股東會中甲得行

<sup>30</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁403，新學林。

使幾%之表決權？



甲並未一人同時代理二人，故不受第177條第2項之限制。因此甲得行使之表決權為自己持股之2%+代理之表決權4%=6%。股東會中甲得行使6%之表決權。

### 陸、出具委託書後本人到場之疑義：

第177條第4項之規定造成委託書效力強於本人到場之結果，學者劉連煜老師認為，立法論上應修改為本人到場視為撤回授與代理權之意思表示。<sup>31</sup>

## 第六節 書面投票與電子投票

### 壹、第177條之1內容及分析：

#### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 177-1

I 公司召開股東會時，採行書面或電子方式行使表決權者，其行使方法應載明於股東會召集通知。但公開發行股票之公司，符合證券主管機關依公司規模、股東人數與結構及其他必要情況所定之條件者，應將電子方式列為表決權行使方式之一。

II 前項以書面或電子方式行使表決權之股東，視為親自出席股東會。但就該次股東會之臨時動議及原議案之修正，視為棄權。

<sup>31</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁402，新學林。

二、是否等同美國法之 Written Resolution？美國法之 Written Resolution 乃股東不實際集會，僅以書面傳遞之方式進行議案表決。但第177條之1第2項但書仍提及臨時動議與修正議案，可見第177條之1下仍需實際召集股東會。但閉鎖性股份有限公司第356條之8第3項則係 Written Resolution，蓋其得經章程定名經全體股東同意不實際集會。

### 筆者的話

實體股東會之召開，對於與會之股東與公司而言，無非是龐大之成本。中小企業因人口簡單，其股東行使表決權較無如大型公司涉及高度公益性，須以嚴謹之會議程序為之。依據實務見解、經濟部函釋及相關學說，民國69年公司法修正後，立法者已將公司法第102條第2項廢除，即有限公司已無召開股東會之規定，亦即股東表決權之行使，無須以會議方式為之，於股東行使同意權時，得以書面為之，故有限公司正式開始得享受書面決議（Written Resolution）之便利。書面決議得有效節省公司與股東之勞力、時間、費用，此為創業者選用有限公司之一大誘因，也間接導致我國實務上有限公司之家數遠遠多於股份有限公司。

### 爭點限時通

#### 【「電子方式」之範圍為何？】

- (一) 網際網路、語音電話、touch tone 電話。
- (二) 是否包含視訊會議？

1. 修法理由：是否包含視訊會議以往有解釋上的爭議，107年新修正公司法明定因公開發行公司股東人數眾多，且身分認證、視訊斷訊等問題難以處理，故仍不適用視訊會議，一般

非閉鎖性非公開發行公司則開放適用之。

2. 法規內容：

● 公司法 § 172-2

I 公司章程得訂明股東會開會時，以視訊會議或其他經中央主管機關公告之方式為之。

II 股東會開會時，如以視訊會議為之，其股東以視訊參與會議者，視為親自出席。

III 前二項規定，於公開發行股票之公司，不適用之。

三、公開發行公司違反第177條之1第1項但書之法律效果為何？根據本條修正理由，若違反之屬於公司法第189條撤銷股東會決議事由。

貳、第177條之2內容及分析：

一、法規內容：

● 公司法 § 177-2

I 股東以書面或電子方式行使表決權者，其意思表示應於股東會開會二日前送達公司，意思表示有重複時，以最先送達者為準。但聲明撤銷前意思表示者，不在此限。

II 股東以書面或電子方式行使表決權後，欲親自出席股東會者，應於股東會開會二日前，以與行使表決權相同之方式撤銷前項行使表決權之意思表示；逾期撤銷者，以書面或電子方式行使之表決權為準。

III 股東以書面或電子方式行使表決權，並以委託書委託代理人出席股東會者，以委託代理人出席行使之表決權為準。

二、開會前二日送達公司：民國100年以前舊法原本規定應於開會前五日送達公司，100年修法改為二日。學者認為此次修法雖值贊同，但更應效法國外只要在股東會結束前之最後時刻，如結束前一

小時送達公司即可<sup>32</sup>。

有題有真相

甲為A股份有限公司（下稱A公司）之股東。A公司以修改章程為召集事由定於10月31日召開股東臨時會，並於法定期限前寄發股東會召集通知書予各股東。甲因另有預定行程無法於10月31日親自出席，乃出具委託書委託乙為代理人。其後，甲因行程變更，可於當日親自出席股東會，請問甲最遲應於何日向A公司以書面撤銷其已於10月22日送達公司之委託書，始生撤銷之效力？ (A)10月27日 (B)10月28日 (C)10月29日 (D)10月30日。

【103會計師（答案：C）】

三、書面或電子方式與其他方式出席之衝突：

(一) 書面或電子方式彼此間之衝突：根據第177條之2第1項。

(二) 書面或電子方式與本人到場之衝突：

1. 本人欲出席者應於2日前撤銷意思表示。
2. 未撤銷者以書面或電子方式為主。

學者評釋 【劉連煜老師】

此一制度使擬制親自出席優於真正親自出席，立法者應再加以斟酌<sup>33</sup>。

3. 本人未到場，依據公司法第177條之1第2項但書，臨時動議視為棄權；經濟部認為本人到場後，可參與臨時動議之表決。

<sup>32</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁414，新學林。

<sup>33</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁415，新學林。

 經濟部101年5月3日經商字第10102414350號函  
按本部101年2月24日經商字第10102404740號函釋略以：  
「若股東已於股東會開會2日前，以電子方式行使表決權，且未撤銷意思表示者，股東會當日該股東仍可出席股東會，且可於股東會現場提出臨時動議（臨時動議仍應受公司法第172條第5項規範），該股東就現場提出之臨時動議，得行使表決權」。上開所稱得提出臨時動議及得對臨時動議行使表決權，乃因臨時動議係開會時臨時提出，係該股東原已行使過表決權以外之議案，該股東事先並未行使過表決權，自可在現場行使表決權。又該股東既已於股東會開會前，以電子方式行使表決權，且未撤銷意思表示，則就原議案自不得提修正案亦不可再行使表決權，本部101年2月24日經商字第10102404740號函應予補充。

4. 本人未到場，依據公司法第177條之1第2項但書，原議案之修正案視為棄權；林國全老師認為本人到場後，亦不得參與原議案修正案之表決。
5. 學者見解（林國全老師）<sup>34</sup>：若股東「未撤銷」書面或電子表決之結果，而股東會當天本人到場，經濟部函釋僅言明得參與臨時動議之表決，但並未說明「原議案之修正案」得否表決。林國全老師認為原議案之修正案等同原議案之延續，股東已經以書面或電子方式表決在先，基於禁反言原則，不允許「未撤銷」書面或電子表決結果之股東到場時就原議案之修正案進行表決。

<sup>34</sup> 林國全（2012），以電子方式行使表決權後親自出席股東會股東之表決權，台灣法學雜誌，第200期，頁154-158。

### (三) 書面或電子方式與委託書之衝突：

1. 適用順序：委託書 > 書面或電子方式 > 本人到場。
2. 臨時動議之問題：由於委託書通常包含臨時動議亦一併委託，故若未撤銷委託，本人到場後，亦無法參與臨時動議之表決。
3. 理由：委託書最優先之理由乃「股東既已委託代理人出席，且亦可能涉及委託書徵求人徵得股數之計算」，簡單來說就是你股東會紀念品都給人家領了，讓徵求人放心收了你的委託書且把票數算好準備選董監，結果你又親自出席說要自己投票，使發給你紀念品的徵求人手足無措。但學者認為這樣的理由在法理上似嫌薄弱<sup>35</sup>。

## 第七節 股東分割投票制度

### 壹、問題意識：

#### 一、經濟部舊見解：

 經濟部69年3月31日商字第1049號函  
同一議案之表決，除依公司法第198條、第227條關於選舉董事監察人得按董監事人數集中選舉一人或分配選舉數人外，同一股東應為同一意見之表示，不得部分投票贊成，而部分投票否決……。

#### 二、衍生問題：

- (一) 為他人保管股票之機構於股東會前須徵詢實質股東之意見，但若

<sup>35</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁416，新學林。

實質股東意見不一致，保管機關則難以決定表決權之行使。

(二)外資股東對國內股東會之重大議案大多不參與表決或棄權。

## 貳、表決權之性質：

- 一、人格權說：股東表決權屬於意思表示之人格權，若部分表決權投贊成，部分表決權投反對則屬於意思表示的自我衝突，故不應允許。
- 二、非人格權說：股份有限公司資合色彩重，股份上之權利已經物化，股東權與人格權無涉，故應允許分別投票。況且每股有一個表決權，50,000股即有50,000個表決權，25,000個贊成為25,000個意思表示，反之亦然，故並非意思表示之自我衝突。

## 參、107年新法修正內容：

為使保管機構、信託機構、存託機構或綜合帳戶等專戶之表決權行使，得依實質投資人之個別指示，分別為贊成或反對之意思表示，乃明文引進世界上主要國家之股東分割投票制度<sup>36</sup>。

### ●\*公司法 § 181

- I 政府或法人為股東時，其代表人不限於一人。但其表決權之行使，仍以其所持有之股份綜合計算。
- II 前項之代表人有二人以上時，其代表人行使表決權應共同為之。
- III 公開發行公司之股東係為他人持有股份時，股東得主張分別行使表決權。
- IV 前項分別行使表決權之資格條件、適用範圍、行使方式、作業程序及其他應遵行事項之辦法，由證券主管機關定之。

<sup>36</sup> 參107年公司法第181條第3、4項之增訂理由。

## 第八節 股東會決議之方法

### 壹、股東會決議種類：

#### 一、普通決議：

##### (一)法規內容：

##### ●\*公司法 § 174

股東會之決議，除本法另有規定外，應有代表已發行股份總數過半數股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。

##### (二)得否以章程提高股東會決議門檻：

##### 1. 實務見解：肯定說。

##### ✍ 最高法院101年台上字第1797號民事裁定

上訴人於民國93年8月30日股東會議中，已將公司章程第12條之條文修改為：「股東會之決議除公司法另有規定外應有代表已發行股份總數3/4之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。」依私法自治原則，並未違反公司法第174條規定，自屬有效。

##### 2. 經濟部見解：

- (1)新見解：僅限於公司法有明定得以章程提高決議門檻之事項，公司得提高決議門檻，其他事項則不得提高決議門檻。但於舊函釋做成後，新函釋做成前，已經將決議門檻提高者，得繼續維持該較高之門檻。

##### ✍ 經濟部108年5月8日經商字第10802410490號函

- 一、本部100年2月23日經商字第10002403260函未區分公司法是否有規定股東會及董事會之決議得以章程

另訂較高出席及同意門檻，均得以章程提高決議門檻。惟公司法既僅於特定條文中規定股東會或董事會決議之出席及同意門檻「章程有較高之規定者，從其規定」（如公司法第13條第4項、第29條第1項、第185條第3項、第277條第4項……等），且為保障交易安全，尚難期待新加入股東或債權人均已查閱公司章程，而知悉章程已有異於公司法明定之出席及同意門檻，及為避免干擾企業正常運作造成僵局，應僅於公司法有明定章程得規定較高之規定時，始得依該規定為之。是以，上開函爰予廢止，不再援用。

二、另已依本部上揭函訂定章程者，得於下次修正章程時一併修正。

 經濟部108年8月23日經商字第10802421750號函

一、查本部100年2月23日經商字第10002403260函（下稱100年舊函釋）業經沿用達8年，實務存在已久且運作尚無重大疑慮，依大法官釋字第287號解釋意旨，為維持法律秩序之安定，應不受後釋示之影響，故於100年舊函釋作成後至108年新函釋作成前，已依100年舊函釋於章程訂有較高之股東會或董事會決議門檻者，得繼續維持適用較高之決議門檻，不強制公司配合新函釋修章；至於108年新函釋發布日（即108年5月8日）後新設立之公司或公司修正章程涉及調高股東會或董事會決議門檻者，則應適用108年新函釋。

二、本部108年5月21日經商字第10800597810號函針對有限公司所為之釋示，亦參照上開說明，併予補充。

(2) 舊見解：得針對特定事項提高普通決議門檻，但概括性提高則不允許。

 經濟部100年2月23日經商字第10002403260號函（節錄）

二、另依公司法第174條規定：「股東會之決議，除本法另有規定外，應有代表已發行股份總數過半數股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之」。若股份有限公司章程規定某些公司重要事項，應經代表已發行股份總數全數股東之出席，以出席股東表決權全數之同意行之，要無不可。又公司法規定，應經股東會決議事項（如公司法第277條變更章程、第315條解散之決議），仍應以股東會之形式決議之，尚不得以股東之同意為之。

三、公司法第266條第2項規定：「公司發行新股時，應由董事會以董事三分之二以上之出席，及出席董事過半數同意之決議行之」。若公司章程有較高規定者，並無不可。又公司法第206條第1項規定：「董事會之決議，除本法另有規定外，應有過半數董事之出席，出席董事過半數之同意行之」。公司章程若規定某些公司重要事項，應經董事會全體董事出席及同意之決議行之，亦無不可。

 經濟部104年7月29日經商字第10402418440號函

按公司法第174條規定：「股東會之決議，除本法另有規定外，應有代表已發行股份總數過半數股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。」但若股份有限公司為因應某些重要事項而將股東會普通決議之出席權數或表決權數門檻提高，於法尚無不許，本部100年2月23日經商字第10002403260號函參照。

### 筆者的話

經濟部之新舊函釋見解，均同時針對「股東會決議門檻」與「董事會決議門檻」得否提高進行解釋。故雖筆者將此二函釋置於股東會之章節，但請記得處理董事會決議門檻之問題，亦得援引該等經濟部函釋喔！

#### 3. 學者見解：

- (1) 肯定說（曾宛如老師）：以章程將定足數或多數決門檻提高，對於少數股東一定是有利，因為多數股東必須要更多少數股東之支持才能成功通過議案。多數股東自己放棄權利提高門檻，以保護少數股東，何須加以反對？
- (2) 否定說（劉連煜老師）：為確保少數股東之權益保障，以及公司運作不出現僵局，公司法第174條應解為絕對強制規定，公司不得以章程提高或降低普通決議之門檻。修改章程提高或降低普通決議門檻的股東會決議應依照第191條而無效<sup>37</sup>。

#### 二、特別決議：

- (一) 特別決議之法規通常有以下文字：應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。
- (二) 常見之股東會特別決議事項：解任董事、監察人、第185條、變更章程、公司解散、合併、分割、停止公發、董事競業許可、盈餘轉增資、公積轉增資、發行限制員工權利新股、閉鎖性公司

<sup>37</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁418，新學林。

變更為非閉鎖性公司、公開發行公司私募股權性質有價證券（非公開發行公司私募股權性質公司債只需要股東會普通決議）

### 筆者的話

筆者被諮詢過的一起公司法案件中，該公司的所有股東均不知道公司解散須經股東會特別決議，於是就在四位股東於不同時、不同地分別向董事長說明想要把公司「收一收」之後，董事長就在完全沒有開會的情況下，要求不知情之會計師制作股東會議事錄，並且記載全體股東均出席且無異議決議解散公司，然後持該等文件前往經濟部辦理變更登記。後來本案因為有某位股東認為，他們對於「收一收」這件事情還沒完全有共識，為何董事長急於解散公司？是不是想要捲款而逃？於是向檢察官提起告訴，遭檢察官起訴刑法第215、216條之行使業務登載不實文書罪及同法第214條之使公務員登載不實罪。但最後法院認為董事長聽到大家說「收一收」之後認定大家都有解散公司之真意，且主觀上以為只要有合意，不需要開會也可以解散公司，難謂有犯罪之主觀故意於是判決無罪。然而，這屬於實務見解中的少數說，通常這類案件，很多都直接認定成立犯罪呢！

#### 三、假決議：

##### (一) 法規內容：

##### ●\*公司法 § 175

- I 出席股東不足前條定額，而有代表已發行股份總數三分之一以上股東出席時，得以出席股東表決權過半數之同意，為假決議，並將假決議通知各股東，於一個月內再行召集股東會。
- II 前項股東會，對於假決議，如仍有已發行股份總數三分之一以上股東出席，並經出席股東表決權過半數之同意，視同前條之決議。

(二)適用方式：有代表已發行股份總數1/3以上，1/2以下之股東出席時，得以出席股東表決權過半數之同意，為假決議，一個月內再行召集股東會，如仍有已發行股份總數1/3以上股東出席，並經出席股東表決權過半數之同意，則視為一個股東會普通決議。

### 筆者的話

因為兩次假決議視為一個普通決議，故筆者建議同學得以「兩假成一真」之口訣記憶之。

(三)適用範圍：

1. 僅及於普通決議事項：因第175條第1項用字為「前條」，故應僅指第174條之普通決議方能假決議，特別決議事項無假決議之餘地。
2. 不適用於董監事選舉：

 經濟部94年8月17日經商字第09402120100號函（節錄）

二、按公司選舉董事、監察人，並無公司法第175條假決議之適用。前經本部69年5月7日經商字第14655號函及75年3月3日經商字第08896號函釋在案。至股東會決議有效或無效，允屬司法機關認事用法之範疇，應由法官本於確信之法律見解妥為裁判。

三、至於公司法第175條第1項後段所稱「於一個月內再行召集股東會」，係指於1個月內寄發召集股東會之通知。

(四)根據前揭函釋，一個月內再行召集股東會乃指一個月內寄發股東會召集通知。

(五)再行召集之股東會僅得就假決議之內容再行表決，不得修

改假決議之內容，否則即失去再行召集股東會以確認第一次決議之本意。

 經濟部99年1月12日經商字第09902400130號函

- 一、……假決議後，於1個月內再行召集第2次股東會時，性質上應係延續第1次股東會，且既為普通決議之權宜措施，是以毋庸重新依同法第165條辦理股票停止過戶，而以第1次股東會之股東為開會通知對象。
- 二、再行召集之股東會，僅得就假決議再為表決，不得修改假決議之內容而為決議，否則即失再行召集股東會加以確認第1次決議之本意，故再行召集之股東會，其議案自應沿用上次股東會之議案，亦無重新依同法第172條之1公告受理股東提案及依第192條之1公告受理董事候選人提名之問題，況董事選舉並無假決議之適用。
- 三、第1次股東會之股東，原所為委託行為於第2次股東會是否仍有效力一節，應視委託書記載之股東委託行使事項範圍而定，除委託書載明委託行使範圍不及於假決議後再行召開之股東會關於股東權行使事項之意旨外，其原委託行為仍有其效力。惟本人（股東）如欲撤銷前委託，應依相關法令規定辦理。

(六)假決議屬於第一次股東會決議之延續，毋庸重行辦理第165條之股份停止過戶，且僅以第一次股東會之股東為通知開會之對象。

(七)委託他人出席者，除特別註明委託不及於再行召集之第二次股東會外，原則上效力延續。

(八)得否以章程提高假決議之門檻？

 經濟部104年7月29日經商字第10402418440號函

假決議係因應股東會出席股權及表決權數不足之權宜措施，又

假決議之立法原意，係鑒於股東會開會不易，而又屬普通決議，自得依此法解決，為免實務執行運作困難，仍宜維持現行假決議規定，不宜以章程提高假決議之出席股數及表決權數。

## 貳、股東會股份數及表決權數之計算：

### 一、法規內容：

#### ●公司法 § 180

- I 股東會之決議，對無表決權股東之股份數，不算入已發行股份之總數。
- II 股東會之決議，對依第一百七十八條規定不得行使表決權之股份數，不算入已出席股東之表決權數。

### 二、計算方式：

#### (一)定足數（已發行股份總數）：

1. 原則上每股均算入已發行股份總數。
  2. 例外：扣除以下種類之無表決權股。
    - (1)無表決權特別股（§ 157 I ③）。
    - (2)回籠股（§ 179 II ①）。
    - (3)從屬公司持有控制公司之股份（§ 179 II ②）。
    - (4)控制公司及其從屬公司所共同控制之他公司，該他公司所持有控制公司及其從屬公司之股份（§ 179 II ③）。
    - (5)為併購目的，依企業併購法規定取得之公開發行公司已發行股份總額超過百分之十之股份，而未於取得後十日內，向證券主管機關申報其併購目的及證券主管機關所規定應行申報之事項者，超過百分之十之部分（企併法 § 27XIV、XV）。
- 企業併購法 § 27（節錄）
- XIV為併購目的，依本法規定取得任一公開發行公司已發行

股份總額超過百分之十之股份者，應於取得後十日內，向證券主管機關申報其併購目的及證券主管機關所規定應行申報之事項；申報事項如有變動時，應隨時補正之。

XV違反前項規定取得公開發行公司已發行有表決權之股份者，其超過部分無表決權。

### 筆者的話

109年大同公司股東常會中，公司方以企業併購法第27條宣告市場派許多股票無表決權，而此次之爭議問題在於市場派之股東持有該等同公司之股票，是否是基於「併購目的」？此為事實認定之問題。但到底誰認定的事實才是事實？大同公司於股東會時自行認定某些市場派股東係基於「併購目的」取得其股票，但經濟部認為「併購目的」之認定是主管機關及法院的職權，大同公司無權自行認定，此乃該案的主要爭點之一。

(6)大陸地區投資人之投資違反其所得投資之業別項目、限額及投資比率並且有，一、經濟上具有獨占、寡占或壟斷性地位。二、政治、社會、文化上具有敏感性或影響國家安全。或三、對國內經濟發展或金融穩定有不利影響。（大陸地區人民來臺投資許可辦法 § 8、民 § 71）但此部分仍有疑問！

#### ●大陸地區人民來臺投資許可辦法 § 8（節錄）

- II 投資人所為投資之申請，有下列情事之一者，得限制或禁止之。其投資之經營有下列情事之一者，得撤銷或廢止其投資：
- 一、經濟上具有獨占、寡占或壟斷性地位。
  - 二、政治、社會、文化上具有敏感性或影響國家安

全。

三、對國內經濟發展或金融穩定有不利影響。

●民法 § 71

法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。

**筆者的話**

2020年大同公司股東常會中，公司方以大陸地區人民來臺投資許可辦法第8條與民法第71條宣告外資許多股票因為屬於「違法中資」而無表決權，而此次之爭議問題在於「違法中資」由誰認定？大同公司於股東會時自行認定某些股東屬於「違法中資」，但經濟部認為「違法中資」之認定是主管機關及法院的職權，大同公司無權自行認定，此乃該案的主要爭點之一。

(二)表決權數：

- 1.原則上有表決權股均算入表決權數。
- 2.例外：扣除以下不得行使表決權之股份。
  - (1)限制表決權特別股（§ 157③）。
  - (2)表決權行使之迴避（§ 178）。
  - (3)一人同時代理兩人時，代理之表決權超過3%部分（§ 177 II）。
  - (4)違反委託書規則之股份（委託書規則 § 22 I）。
  - (5)相互投資公司超過1/3之股份（§ 369-10）。
  - (6)董事股份設質超過選任時1/2之股份（§ 197-1 II）。
  - (7)經法院假處分禁止行使股東權之股份（經濟部93.9.29經商字第09302149450號函）。

(三)股東會定足數與表決權數之快速計算公式：

1.計算步驟：

- (1)Step1：判斷決議類型，確定定足數與表決權數所需達成之門檻。
- (2)Step2：計算定足數。
- (3)Step3：計算表決權數。

2.定足數與表決權數之代號：

- (1)定足數： $\frac{②}{①}$ 。
- (2)表決權數： $\frac{④}{③}$ 。

3.公式之說明：

(1)各代號之意義：

- ①為已發行有表決權股份總數（扣除無表決權）。
- ②為①中有出席股東會之股份數。
- ③為②中扣除不得行使表決權之股份後，剩餘股份之表決權數（應特別注意複數表決權股之換算）。
- ④為③中投「贊成票」之表決權數。

(2)整理表（✓代表該種股份計入該代號之項目，×代表該種股份不計入該代號之項目）：

	①	②	③	④
一般股份	✓	✓	✓	✓
無表決權之股份	×	×	×	×
不得行使表決權之股份	✓	✓	×	×
棄權之股份	✓	✓	✓	×

**有題有真相**

X股份有限公司已發行有表決權股份總數為8萬股，而股東持股情形為：A持有1萬8千股、B與C各持有1萬5千股、D持有1萬2千股、E與F各持有1萬股；X公司另發行無表決權特別股1萬股，由G全數持有。其中，B之持股受到法院「禁止行使股東權」之假處分。X公司所召開之某次股東會，除C未出席外，其餘股東均出席該次股東會，而在決議X公司擬向股東A購買土地建廠一案時，僅有A與D股東贊成該案。試問：以下何者錯誤？(A)在計算股東會決議中已發行股份總數時，不應算入G所持有之無表決權特別股1萬股 (B)在計算股東會決議中已發行股份總數時，不應算入B所持有之股份1萬5千股 (C)在計算股東會決議中已出席股東之表決權數時，不應算入A所持有之1萬8千股 (D)在計算股東會決議中已出席股東之表決權數時，不應算入B所持有之1萬5千股。

【101司法官一試(答案：B)】



本題X公司股東會之定足數為

$$\frac{18,000(A)+15,000(B)+12,000(D)+10,000(E)+10,000(F)}{18,000(A)+15,000(B)+15,000(C)+12,000(D)+10,000(E)+10,000(F)}$$

定足數之分母只需要扣除無表決權之股數，故除了G所持有的10,000股無表決權特別股外，全數計入定足數之分母，而該等股數中僅C沒有出席<sup>38</sup>，所以除了C以外，均計入分子。

X公司股東會之表決權數為  $\frac{12,000(D)}{12,000(D)+10,000(E)+10,000(F)}$ 。定足數

分子的股份數，扣除不得行使表決權之股份後，計算剩餘股份之表決權數即為表決權數之分母。首先應扣除B經法院假處分禁止行使股東權之持股，再來是本題的一大陷阱，也就是本議案是X公司擬向股東A購買土地，

<sup>38</sup> 聽起來好像在罵C，算了，不好笑。

故A因公司法第178條利益迴避之關係亦不得行使表決權，不計入表決權數之分子，亦不得進行投票，即便其表決贊成，仍不計入表決權數之分子。扣除B與A後，其餘股份之表決權數中，投贊成票者僅D，計入表決權數之分子。綜上所述，答案選B。

**有題有真相**

A公開發行公司(下稱A公司)持有B公司股份60%，B公司持有C公司40%，又A公司持有C公司20%。今A公司已發行股份總數為500萬股，其中有50萬股為無表決權特別股，30萬股為B公司所持有，30萬股為C公司所持有，20萬股為A公司依公司法第167條之1買回之員工庫藏股，董事甲持有50萬股，請問A公司召開股東會選舉董事及監察人，需要多少股數出席才可？(A)公司選舉董事及監察人，係由得票數較高的人當選，故沒有最低應出席股數的問題 (B)1,850,001股 (C)2,000,001股 (D)2,466,667股。

【105司律一試(答案：B)】



本題僅需進行定足數之計算而已，並不涉及表決權數。但同學較不理解的是，選任董事及監察人之定足數為何？通說認為，選任董事及監察人應有代表已發行總數過半數之股東出席，並以累積投票制選任。定足數之分母應扣除無表決權股，本題涉及四種無表決權股，亦即50萬的無表決權特別股、B公司之持股30萬(§179 II ②)、C公司之持股30萬(§179 II ③)與庫藏股20萬，故應為500萬-50萬-30萬-30萬-20萬=370萬。其過半數出席應有1850,000+1股出席方達成定足數。至於董事甲的持股呢？依據公司法第198條第2項，選任董事監察人時股東之持股不需進行利益迴避，可以投票給自己，故計入定足數亦計入表決權數，無須扣除。答案選B。

**有題有真相**

承上題，A公司股東會表決將與C公司合併，設出席股數為代表已發行有表決權股份總數：2,000,000股。問至少必須有多少股數同意，議案始成立？ (A) 1,333,334股 (B) 1,850,001股 (C) 2,000,001股 (D) 2,466,667股。  
【105司律一試（答案：A）】



本題已給出表決權數之分母為2,000,000股，而公司之合併案應經股東會特別決議，又A公司依據上一題之設定屬於公開發行公司，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意通過股東會特別決議。故選擇剛好超過2,000,000股的三分之二之答案，即1,333,334股，答案選A。

## 第九節 讓與主要之營業或財產

### 壹、法規內容：

● 公司法 § 185 (節錄)

I 公司為下列行為，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之：

- 一、締結、變更或終止關於出租全部營業，委託經營或與他人經常共同經營之契約。
- 二、讓與全部或主要部分之營業或財產。
- 三、受讓他人全部營業或財產，對公司營運有重大影響。

### 貳、主要部分之營業或財產之認定方式（參本書第三章企

業併購）。

### 參、違反公司法第185條行為之效力問題：

- 一、無效說：公司法第185條所規定之股東會特別決議為交易之生效要件，若未踐行，則該行為依民法第71條無效。

最高法院101年台上字第280號民事判決

公司為讓與全部或主要部分營業或財產之行為，因涉及公司重要營業政策之變更，基於保護公司股東之立場，須先經董事會以特別決議（三分之二以上董事出席，出席董事過半數之決議）向股東會提出議案（公司法 § 185 V）；並於股東會召集通知及公告中載明其事由（公司法 § 185 IV），不得以臨時動議提出（公司法 § 172 V），再經股東會以特別決議（應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席，出席股東表決權過半數之同意）通過後始得實行。是以公司未經股東會上開特別決議通過即為主要財產之處分，係屬無效之行為。

- 二、類推適用無權代理說：非經公司股東會承認不生效力：

- (一) 說明：董事長未經股東會特別決議即從事公司法第185條之重大交易行為，屬於無權代表。故應類推適用無權代理之規定，非經公司承認不生效力。

臺灣臺中地方法院94年重訴字第303號民事判決

同法第185條第1項第2款之規定，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之。如董事長未經股東會上揭特別決議，而代表公司締結關於讓與全部或主要部分之營業或財產之契約，其效力如何，公司法雖無明文，應類推適用關於無權代理之規定。

**學者評釋** 【黃銘傑老師】<sup>39</sup>

無權代理說容易引發公司之投機行為，倘若事後發現該交易對公司不利，即主張係屬董事長無權代理，若對公司有利，則予以追認以肯認交易之效力，並非正直企業應有之心態。

三、原則無效，例外有效說（相對無效說）：

（一）說明：為顧及交易安全，該交易行為於第三人為善意時有效，第三人為惡意時無效。



最高法院97年台上字第2216號民事判決

公司未經股東會上開特別決議通過即為主要財產之處分，係屬無效之行為，惟受讓之相對人難以從外觀得知其所受讓者是否為公司營業之主要部分或全部，如相對人於受讓時係屬善意，公司尚不得以其無效對抗該善意之相對人，用策交易安全。

**學者評釋** 【黃銘傑老師】<sup>40</sup>

董事長未經股東會決議擅自為重大交易行為是公司治理、內部監控之失靈，從風險分配角度而言，不應將此風險轉嫁第三人，故贊成相對無效說。

四、有效說：交易行為有效<sup>41</sup>：法人實在說下，代表人代表公司所為之行為，即等同公司之行為，不論該行為合法與否，效力均歸屬

<sup>39</sup> 黃銘傑（2009），股份有限公司董事長之權限及未經股東會決議所為代表行為之效力——最高法院97年度台上字第2216號判決評析，月旦法學雜誌，第169期，頁254-273。

<sup>40</sup> 黃銘傑（2009），股份有限公司董事長之權限及未經股東會決議所為代表行為之效力——最高法院97年度台上字第2216號判決評析，月旦法學雜誌，第169期，頁254-273。

<sup>41</sup> 莊永丞（2018），未經股東會決議之公司重大行為效力——兼評97年度台上字第2216號判決，財金法學研究，第1卷第2期，頁147-175。

於公司。法律不應把董事違反忠實義務之不利益轉嫁給交易相對人。但股東得以公司負責人違反忠實義務為由對其提起訴訟。

**筆者的話**

應經股東會決議之重大交易而未經股東會決議之效力，實務與學說上主要共有上述四種看法，同學應該會發現，第一說無效說最保護公司本身之利益，但不利於交易安全，而第二說與第三說各再多保障交易安全一點點，第四說則是最保障交易安全而不保障公司本身之利益。筆者建議考試時可以四說都稍微介紹一下，但最後以相對無效說做結論比較好，因為相對無效說普遍比較為學者所接受。

## 第十節 變更章程

### 壹、章程變更之方式：

#### 一、法規內容：

● 公司法 § 277

- I 公司非經股東會決議，不得變更章程。
- II 前項股東會之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上之股東出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。
- III 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。
- IV 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。

### ●公司法 § 159 (節錄)

I 公司已發行特別股者，其章程之變更如有損害特別股股東之權利時，除應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之決議為之外，並應經特別股股東會之決議。

二、**制度功能**：變更章程 (amendment of articles) 不得授權董事會為之，係專屬於股東會之事項，且必須經過股東會特別決議通過方可為之。章程之修改除了形式問題 (如公司名稱之修改) 以外，更涉及股東之權益 (如增加授權資本) 或影響公司之發展 (變更公司所營業務)，故須以此嚴格之程序方能進行<sup>42</sup>。

三、**特別股股東會之程序**：為避免股東會修改章程以壓迫特別股股東，故修改章程有損害特別股股東之權利時，除股東會特別決議外，更應經過特別股股東會之決議。

四、**特別股股東會之出席及表決資格**：僅權利受侵害之特別股股東得出席，非謂所有特別股股東均得出席。無表決權特別股得出席者，於特別股股東會中恢復表決權。

五、**特別股股東之權利**，應係指優先權利而言<sup>43</sup>：

#### ✍️ 最高法院72年度台上字第808號民事判決

公司法第159條第1項規定：「公司已發行特別股者，其章程之變更如有損害特別股股東之權利時，除應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之決議為之外，並應經特別股股東會之決議」此之所謂「特別股股東之權利」應係指優先權利而言。

<sup>42</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁699，新學林。

<sup>43</sup> 然而，學者劉連煜老師採取「一切權利說」，參本書第六章。

## 貳、「變更章程」之議案應於召集通知說明其主要內容：

一、**問題緣起**：以國巨大毅案為例<sup>44</sup>：大毅公司於2007年的股東會上，由資本額15億8千萬的大毅公司與資本額242億的國巨公司進行一場經營權爭奪戰。大毅公司於股東會之召集通知當中，明列此次的召集事由為修改章程，但未明列修改章程的哪些部份以及如何修改。會議進行中，一位持股約1%之股東起身發言，建議將董監事選舉辦法由累積投票制修改為全額連記法<sup>45</sup> (只要持股過半就可以拿下全部董監席次)，並以臨時動議的方式修改章程中關於董監事選舉辦法，造成大毅公司在持股約56%的情況下，順利排除其他股東當選董監，同時也使持股約44%的國巨公司一席董事也沒當選。

### 二、107年新修正公司法：

#### (一)法規內容：

##### ●公司法 § 172

V 選任或解任董事、監察人、變更章程、減資、申請停止公開發行、董事競業許可、盈餘轉增資、公積轉增資、公司解散、合併、分割或第一百八十五條第一項各款之事項，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，不得以臨時動議提出；其主要內容得置於證券主管機關或公司指定之網站，並應將其網址載明於通知。

(二)修正原因：舊法第172條第5項僅要求列舉事由但並未要求其說明主要內容，故會發生如國巨大毅案之情形，新法修正後要求召集通知中應說明變更章程等事項之主要內容以避免侵害股東獲得

<sup>44</sup> 方嘉麟等人 (2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁160，元照。此處引用陳彥良部分。

<sup>45</sup> 事件發生當時，我國並未採取強制累積投票制，所以全額連記法在當時是被允許的。

資訊之權利。

(三)違反之效果：違反主要內容說明之規定，屬於股東會召集程序違法，得依照公司法第189條撤銷之。

### 參、章程修正通過後生效之時間：

一、原則：章程一經股東會決議通過即生效力。

 經濟部60年7月14日商27951號函

查股東會係公司之最高意思機關，關於公司章程之修訂或改選董事監察人，在不違背法令之範圍內，一經股東會決議即生效力，其向主管機關登記，僅生對抗要件，並非生效要件。

二、例外：

(一)變更董監事人數：下一次股東會進行改選或補選方有適用。

 經濟部103年12月9日經商字第10302146130號函

本部94年11月30日經商字第09402426290號令：「公司召開股東會，如同時列有董監事選舉議案及修正章程變更董監事人數議案時，董監事應選名額，應依下列情形判斷：(一)公司依公司法第192條之1或第216條之1規定，採董監事候選人提名制度，不問是否依同法第177條之1規定，採行書面或電子方式行使表決權，均以公告時已生效章程之董監事人數為準。……」所謂「修正章程變更董監事人數議案」之「變更」，包含增加及減少董監事人數之情形。至於股東會新修正通過之章程（變更董監事人數），應於下一次股東會進行改選或補選時，始有適用。

(三)章程關於盈餘分派：盈餘分派依照變更前的章程為準，不可以股東會中先修改章程再進行盈餘分派。

 經濟部79年8月28日商214784號

按股份有限公司章程定有盈餘分派之方法者，董事會於每營業年度終了，應依據已生效之公司章程（不以登記為生效要件）編造上年度盈餘分派議案，於股東常會開會前三十日交監察人查核，備置公司供股東查閱，並提出於股東常會請求承認後，據以分派上年度盈餘（公§228、§229、§230參照）。準此股東會依法變更章程中關於盈餘分派方法後，雖未經登記，而董事會依據變更後章程編造上年度盈餘分派議案，並已踐行公司法第228條、第229條、第230條規定者，依上述說明自無不可。唯若公司於召開股東常會時，未先為盈餘分派議案之承認，即先行變更章程，並於同次股東會決議依變更後章程分派上年度盈餘時，即與前揭規定不合。本部58年6月4日商19172號函與前述意旨不符部份不再援用。

 經濟部89年4月20日經(89)商字第89207491號函（節錄二、）

另按股份有限公司股東常會決議之盈餘分派議案，如經其後之股東臨時會加以變更，基於誠信原則及保護員工、股東及債權人權益，變更之盈餘分派議案應以股東常會編造盈餘分派議案時之有效章程為準。

## 第十一節 股東會決議之瑕疵

### 壹、股東會之各種效力：

一、有效。

二、無效：決議內容的瑕疵（§191）。

實務見解認為無召集權人所召集之股東會做成之決議亦屬於無效之

決議。惟學說上有認為此情形應屬於不成立者。

### 最高法院101年台上字第1745號民事判決

無召集權人召集之股東會所為之決議，當然無效。股份有限公司之股東會，除公司法另有規定外，由董事會召集之，公司法第171條定有明文。董事會由董事長召集之；公司業務之執行，除公司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，並為同法第203條第1項、第202條所明定。則無召集權人召集之股東會所為之決議，為當然無效。

### 學者評釋 【王文宇老師】

無召集權人召集股東會所作成之決議效力為何，學說與實務上有爭議。實務多認為係無效，但由無召集權人所召集之股東會應認為根本不存在，應採不成立說。此外，由董事長未經董事會決議所召集之股東會，亦應採取不成立說，因為股東會應由董事會召集，而非由董事長或個別董事，故董事長私自召集與無召集權人召集相同<sup>46</sup>。

三、不成立：實務上承認的法未明文特殊型。常見情形如下：

### 最高法院92年度台上字第1174號民事判決

股東會決議之瑕疵，與法律行為之瑕疵相近，有不成立、無效、得撤銷等態樣。所謂決議不成立，係指自決議之成立過程觀之，顯然違反法令，在法律上不能認為有股東會召開或有決議成立之情形而言。因必須先有符合成立要件之股東會決議存在，始有探究股東會決議是否有無效或得撤銷事由之必要，故股東會決議不成立應為股東會決議瑕疵之獨立類型。我國公司法雖僅就決議之無效及撤銷有所規定，惟當事人如就股東會決議是否成立有爭執，以決議不成立為理由，提起確認股東會決議不成立之訴。

<sup>46</sup> 王文宇（2018），公司法論，第六版，頁415，元照。

- (一)已宣佈散會，部分股東仍繼續開會且做成決議。
- (二)未召開股東會卻虛構開會及做成決議之紀錄。
- (三)完全未為召集通知而為決議。
- (四)對部分股東漏未通知而情節重大者。
- (五)股東會未達法定最低出席門檻（103年第11次民庭決議確立未達法定最低出席門檻之效力為不成立，以往實務見解認為係得撤銷或無效）。

### 最高法院103年第11次民事庭會議決議

股份有限公司股東會出席之股東，不足公司法第174條規定應有代表已發行股份總數之過半數時，所為決議之瑕疵，究係不成立、得撤銷抑或無效？

甲說：不成立。

股東會之決議，乃多數股東基於平行與協同之意思表示相互合致而成立之法律行為，如法律規定其決議必須有一定數額以上股份之股東出席，此一定數額以上股份之股東出席，為該法律行為成立之要件。欠缺此項要件，股東會決議即屬不成立，尚非單純之決議方法違法問題。

乙說：得撤銷。

股東會出席股東之股份總數不足公司法或公司章程所定數額，而仍為決議者，係屬同法第189條規定之決議方法違反法令或章程，股東僅得依該條規定，訴請法院撤銷其決議；在未撤銷前，仍非無效。

丙說：無效。

按股東會為股份有限公司之最高意思機關，股東會決議係透過定足額股東（股份）之多數決所為之表決程序，以形成股份有限公司意思之機制。股東會出席人數所代表之股權未達定足額數，本不應為決議，倘作成股東會決議，即與股東會決議係屬股東多數決以形成公司意思之本質不符，故股東會出席股東所代表已發行股份總數之股權須達法定之額數，為股東會合法決議之能力，欠

缺此一合法決議能力所為之股東會決議，自屬無效。

決議：採甲說：不成立。

股東會之決議，乃多數股東基於平行與協同之意思表示相互合致而成立之法律行為，如法律規定其決議必須有一定數額以上股份之股東出席，此一定數額以上股份之股東出席，為該法律行為成立之要件。欠缺此項要件，股東會決議即屬不成立，尚非單純之決議方法違法問題。

#### 四、得撤銷：召集程序或決議方法違反法令或章程（§ 189）。

##### (一)類型：

1. 召集股東會之時間或地點不當（窮鄉僻壤、凌晨開會）。

#### 筆者的話

何謂股東會召集之時間或地點不當？經營權爭奪戰中，公司派常常無所不用其極，以致創造出一堆令人瞠目結舌的故事。至少筆者目前聽過的有，故意將股東會會場設在工業區裡的廢棄工廠，讓反對派股東在偌大的工業區裡四處尋問，甚至連警衛都不知道公司所公布的地點在哪裡以至於找了一個下午還是無法參加股東會。或者公司派股東為登山愛好者，明知少數股東有高山症，故意以「強健體魄」為原因，將股東會開在高山主峰，讓少數股東爬不上去XD，另外也有設計九曲橋讓股東通道九彎十八拐難以進入股東會會場者，或派黑衣人站滿會場內外，亦有公司派用四核心電腦進行報到，市場派用Windows 98進行報到，每十分鐘才能完成一名市場派股東報到，使他們進入會場時已經表決完畢的荒謬故事。或許這些故事為人津津樂道，但如果我們就是那些被擋在門外的股東，大概就會7pupu完全笑不出來吧！

2. 阻礙股東出席之意圖。

#### 3. 股東會以鼓掌方式通過決議？

- (1) 早期實務見解：肯定說。

##### 最高法院72年台上字第808號民事判決

查被上訴人於本次股東常會之同時，召開特別股股東會，將股東常會之決議，提經特別股股東會決議，並依兩造不爭之「股東會議規則」第9條第1項規定，經主席徵詢無異議而一致鼓掌通過，亦有議事錄在卷可稽，是本次會議之召集程序及決議方法，並無違背法令之處。

- (2) 經濟部見解：否定說。

##### 經濟部98年12月16日經商字第09802170230號函（節錄二、）

至於所詢案內公司召開之股東臨時會，主席僅報告：「章程修改內容業經董事會通過」，惟並未說明章程修改之實際內容，即請在場股東鼓掌通過，並無計算贊成與反對之表決權數，亦無從得知在場鼓掌與不鼓掌股東所持有或代表之股份數多寡一節，允屬公司法第189條之規範範疇，個案上，該股東會決議方法是否有違反上開規定情事，允屬司法機關認事用法範疇，股東得自決議之日起30日內，訴請法院撤銷其決議，由法官本其確信之法律見解為裁判。

##### (二) 撤銷之訴之原告適格：

1. 決議時須有股東身分，起訴時亦須有股東身分。
2. 受民法第56條第1項但書之限制，但已受通知而未出席之股東仍得撤銷。

- (1) 實務見解：

##### (78)廳民一字第778號

法律問題：

撤銷股東會決議，是否以已出席股東，並當場表示異議者為限，其未出席股東會之股東，得否於法定期間內提起撤銷股東會決議之訴？

討論意見：

甲說：

依公司法第189條規定提起撤銷股東會決議之訴之股東，仍應受民法第56條第1項但書之限制，已經最高法院72年9月6日72年度第9次民事庭會議著為決議，則出席而未表異議之股東，應無提起撤銷股東會決議之訴之形成權，毫無疑義。至於已受通知而拒不出席之股東，基於公司安定之原則，當然更無保護之必要，自不得提起撤銷股東會決議之訴。

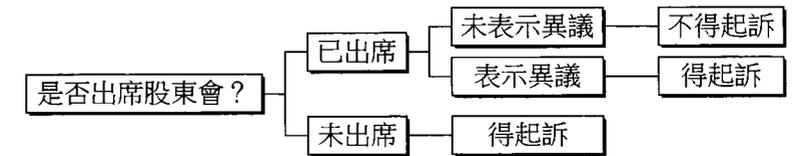
乙說：

按公司法第189條規定：「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起1個月內訴請法院撤銷其決議。」並無股東出席與否之限制，雖然最高法院72年9月6日72年度第9次民事庭決議：「……若謂出席而對股東會召集程序或決議方法原無異議之股東，事後得轉向主張召集程序或決議方法為違反法令或章程，訴請撤銷該項決議，不啻許股東任意翻覆，影響公司之安全甚鉅，法律秩序亦不容任意干擾，故應解為依公司法第189條規定，訴請法院撤銷股東會決議之股東，仍應受民法第56條第1項但書之限制，即民法此項規定於此應有其適用，但該決議亦僅就已出席股東未當場表示異議者所持之見解，對於未出席之股東應否喪失撤銷訴權不在該決議之列，且未出席之股東，非可期待其事先預知股東會決議有違反章程或法令之事項而予以容許，亦無法當場表示異議，且因未參與決議，亦無任意翻覆決議，影響公司安定情形之可言，自不容許任意擴張解釋，況公

司法第189條及民法第56條第1項但書並未限制未出席股東提起撤銷股東會決議之訴，故只要公司召集程序或決議方法有違反法令或章程之情形，未出席之股東在法定期間內自得提起撤銷股東會決議之訴。」

審查意見：以乙說為當。

(2)整理表：



## 貳、法院之駁回裁量權：

### ☞公司法 § 189-1

法院對於前條撤銷決議之訴，認為其違反之事實非屬重大且於決議無影響者，得駁回其請求。

### 爭點限時通

【「違反之事實非屬重大」與「於決議無影響」應如何判斷？】

(一)早期實務見解：早期實務見解多以起訴股東之持股數少作為認定「違反之事實非屬重大」與「於決議無影響」兩要件的唯一論據，概念上係以於決議無影響反推違反之事實非屬重大<sup>47</sup>。但此認定方式晚近實務見解已較少採取，學說見解亦不甚認同。

### ✍️最高法院98年台上字第311號民事裁定

法院受理撤銷股東會決議之訴，如發現股東會召集程序或決

<sup>47</sup> 王文宇(2018)，公司法論，第六版，頁418，元照。

議方法違反法令或章程之事實，非屬重大且於決議無影響，特增訂公司法第189條之1規定法院得駁回其請求，以兼顧大多數股東之權益。查原審依其採證、認事之職權行使，以被上訴人召開系爭股東臨時會，股東出席率為百分之八六·七五，經出席股東百分之八三·六三之同意通過討論事項第一案「與金鼎證券股份有限公司進行合併案」；出席股東百分之八四·八一之同意通過討論事項第二案「營業及財產讓與復華證金股份有限公司案」，上訴人之表決權顯不足以影響系爭股東臨時會之決議，認定該股東臨時會縱有違反召集程序或決議方法，其違反之事實非屬重大且於決議無影響，爰依公司法第189條之1規定，為上訴人敗訴判決，核無違背法令之情形。

## (二)晚近實務見解<sup>48</sup>：

1. 「違反之事實非屬重大」：如有積極侵害股東參與股東會權益之情形，諸如不當禁止股東參與股東會、漏未通知股東參與股東會等，應認為違反之事實屬於重大，則不論其對於決議結果是否有影響，法院均不得駁回撤銷股東會決議之請求。

### 最高法院109年台上字第1645號民事判決

按法院對於撤銷股東會決議之訴，須其違反之事實非屬重大且於決議無影響者，方得駁回其請求，公司法第189條之1規定甚明。如有積極侵害股東參與股東會權益之情形，諸如不當禁止股東參與股東會、漏未通知股東參與股東會等，應認為違反之事實屬於重大，則不論其對於決議結果是否有影響，法院均不得駁回撤銷股東會決議之請求。

<sup>48</sup> 與早期實務見解不同的是，晚近實務見解已將二要件分別判斷，不再以於決議無影響反推違反之事實非屬重大，就違反之事實非屬重大之要件與學說採取較相近之判斷方式，但於決議無影響之要件則維持以持股比例判斷之標準。

2. 「於決議無影響」：實務見解對於「於決議無影響」之要件，常以主張撤銷之股東持股數微不足道，即便其參加表決亦無法撼動決議結果加以論證。

### 最高法院109年台上字第1645號民事判決

上訴人為被上訴人之法人股東，持有股份佔被上訴人已發行股份總數2.98%，而依系爭股東會議事錄所載，系爭股東會已有被上訴人已發行總股數合計達97.02%之股東出席，並經出席股東一致決議通過決議，顯已超過公司法第174條所定出席及表決權數，堪認上訴人是否出席，對系爭股東會決議結果並無影響。

## (三)學者見解（洪秀芬老師）<sup>49</sup>：

1. 「違反之事實非屬重大」：程序瑕疵是否重大應視是否積極侵害股東權而定，若係積極侵害股東權，則違反之事實屬於重大，反之則非屬重大。例如股東不法被拒絕與會，則屬於股東權之積極侵害，但若係「不應被計算之表決權被計算在內而使決議通過」之情形，而該被算入之股東並未出席股東會，對於原本就未行使表決權之股東，並無股東權之積極侵害。
2. 「於決議無影響」：學者認為不應以「股東持股少」為是否於決議無影響之唯一判斷標準，應參考德國實務，由公司證明不法拒絕股東與會之瑕疵，對決議無影響。

### 筆者的話

同學或許可以看出，洪秀芬老師與晚近實務見解對於「違反之事實非屬重大」之要件判斷方式，並無太大的不同，都是以是否積極侵

<sup>49</sup> 洪秀芬（2007），法院對撤銷股東會決議請求之駁回裁量權，月旦法學教室，第57期，頁26-27。

害股東權而定。然而，最大的不同在於「於決議無影響」之要件，洪秀芬老師反對實務見解以股東持股微乎其微進行說理，而主張應以類似舉證責任轉換之方式，由公司證明於決議無影響之要件。至於以股東持股多寡進行論述之問題何在？筆者在此舉個例子，假設A公司欲表決是否投資核電產業一案，該公司大部分之股東認為核電有安全疑慮，進行投資有損公司形象而大多反對。而甲股東被公司不法拒絕參與股東會，雖該股東僅持股0.1%，但卻是核能發電的博士與業界資深人士，倘若其出席股東會，或許能乘其專業說服所有股東轉向支持核能發電。故實務見解之問題在於忽略未能出席之股東改變其他股東選擇之可能性。

**爭點限時通**

**【無效之董事會所召開之股東會，其效力為何？】**

(一)傳統實務見解：得撤銷。

 最高法院88年台上字第2863號民事判決

則依董事會無效之決議所召開之股東會，其召集程序自屬違反法令，而得依公司法第189條之規定訴請撤銷。

(二)學者見解：應斟酌第189條之1視瑕疵之嚴重程度而定。

◎學者見解（曾宛如老師）<sup>50</sup>：應考量第189條之1之立法意旨做為調整機制，不必然使無效之董事會所召開之股東會成為得撤銷，且外人無法知悉股東會是否為無效之董事會所召集，故不應使連帶之股東會亦連動失其效力，否則使召集成本高之股東會受召集成本低之董事會所拖累。

<sup>50</sup> 曾宛如（2009），董事會決議瑕疵之效力及其與股東會決議效果之連動——兼評97年台上字第925號判決，台灣法學雜誌，第120期，頁189-192。

**有題有真相**

X股份有限公司係一家興櫃公司，訂於2019年6月27日上午九點三十分召開股東常會，開會通知上列有八個議案，其中，第五案係改選全體董監事。由於市場派已持有相當之股份，極有可能在該次改選中取得席次，公司派股東為了確保能夠順利奪下公司經營權，遂拜託真理法律事務所的主持律師王真理為其提供策略，沒想到王律師學藝不精，不知道公司法上有何策略可以主張，但只告訴公司派的當事人：「兄弟不問對錯，只問挺不挺！但是金用火試，人用錢試」X公司乃應其要求付了高額的律師費請其處理。於是，在開會當天，王律師率所裡的律師與公司派股東在會場入口採各種拖延戰術，阻撓市場派股東進入會場，而股東會主席也是經過高人指點，在九點三十分宣布：「出席股東之股份數已達X公司已發行股份總數50.3%，開始開會。」；接著，主席經在場全體股東同意，將第五案改為第一案（該公司之股東會議事規則規定要更改議案順序要先經股東會決議），逕行完成董監事改選，而市場派股東在十點才進入會場，無法就董監事改選案行使表決權，而公司派拿下了全部的董監席次。市場派股東十分不甘心，其中一位股東遂建議：「聽說有間凌江法律事務所非常厲害，拜託他們處理，我們的案子一定沒問題的！」於是市場派股東們特別指定了實力最強幾位律師組成律師團為他們爭取權利。

- (一) 假設您是代表公司派的真理法律事務所之律師，如何主張系爭股東會決議之適法性？（10分）
- (二) 假設您是代表市場派的凌江法律事務所律師團，如何主張系爭股東會決議之違法性？（10分）

【改編自105台大法研經濟法組】

**爭點分析**

這一大題筆者稱為「公法型商法」考題，這種考題就像是考公法的時候要把法規講成違憲或合憲都可以的感覺，沒有固定的答案，主要考驗同

學的論述能力，無法靠死背法條加以回答。通常考試有個小技巧，就是解釋法條的時候用文義解釋可以得出一說，用目的解釋也可以得出一說，而通常兩說一定不一樣，只要遇到確定有爭議的法條就試著先從文義去說文解字再從法規目的去探究就很容易釐清爭議。本題就是上述原理非常好的印證題型，如果將公司法第174條的出席股份數門檻說文解字，本題已經達到50.3%應為合法，但是從目的解釋觀之，這個50.3%的合法狀態是因為有股東被擋在外面才造成的，與法規要求定足數是希望「在真實的出席股份數之下判斷有無足夠的代表性」的目的相違背，所以依照目的解釋應為違法。再來就是違反股東會議事規則的法律效果為何？依照文義解釋，法令跟章程不包含股東會議事規則，故不適用公司法第191條，但是自目的解釋觀之公司法第191條是希望股東會決議違反法令或者股東與公司間的約定就無效，議事規則雖然名稱並非章程，但仍可能因為性質相似於章程而將之解釋為章程的一部。在思考決議內容是否為無效以後，不忘思考若無法構成無效，有沒有可能算是得撤銷呢？實務上律師於股東會決議瑕疵案件上的主張，通常會以預備合併進行主張，先位之訴主張決議無效，備位之訴主張撤銷決議，故寫作考題時也可以朝此方向回答。

### 擬答

#### (一)公司派之律師應為如下主張：

1. 本次股東會決議更動議案順序完全合法：依照公司法第182條之1第2項，公司應訂定股東會議事規則，依照X公司之議事規則，股東會議程之變動應經過股東會決議，本件X公司已經有50.3%之股東出席本次股東會，符合公司法第174條已發行股份總數過半數之股東出席之條件，並由出席股東表決權過半數同意通過議案之調整，依照X公司股東會議事規則自屬完全合法。
2. 退萬步言，本件亦非公司法第191條之情形，調動議程之股東會決

議完全合法且有效。

公司法第191條規定股東會決議之內容違反法令或章程者無效，姑且不論本件完全符合股東會議事規則，即便認為公司派股東違反之，公司法第191條僅規定「法令」及「章程」，股東會議事規則自非法令亦非章程，不生第191條之問題，調動議案之股東會決議完全合法且有效。

#### (二)市場派之律師應為如下主張：

1. 調動議程的股東會決議僅為形式合法，但實質上違法：股東會議程對於股東決定是否及如何出席股東會有重要之意義，蓋同一股東可能持有不同公司之股票，且當各公司股東會撞期時，決定出席哪家公司之股東會或選擇如何趕場，對股東實屬重要。股東會議事手冊應記載會議議程之目的即是在保護股東權之行使不受議程操弄的影響，能在充分預見之下行使股東權而不致受到突襲。
2. 本次股東會決議因違反公司法第191條而應為無效：股東會議事規則對公司甚為重要，且為關乎各股東利害關係之規範，解釋上應認為其係公司章程之一部，且英國法上認為股東會議事規則為股東間及股東與公司間之契約，且須經過股東會決議而生效，違反議事規則和違反法令章程實無二致。本文以為應適用或至少類推適用公司法第191條之規定認定系爭股東會決議無效。
3. 退一步言，系爭股東會決議至少為得撤銷：即便不認為該股東會決議之實質內容違反章程，將股東擋在門外而逕自做成股東會決議調動議案，影響市場派股東行使其選舉董監事之權限，難謂其決議之程序無瑕疵，且衡諸上開將股東會議事規則等同法令與章程之見解，自得依照公司法第189條由市場派股東提起撤銷股東會決議之

訴撤銷系爭決議。

#### 4. 立法上之修正：

(1) 雖然透過上開解釋方式可以將股東會議事規則解釋為法令或章程使違反的股東會決議無效或得撤銷，但為求清楚明確，公司法修正草案一度將撤銷股東會決議之訴的要件改為「違反法令、章程或股東會議事規則」，其立法理由即在防止如本題突襲他方股東之情形，惟於107年之修正中並未通過。

(2) 除此之外，公司派董事未能為公司著想而僅顧及一己之私不擇手段只為鞏固經營權，實難以勝任董事一職，故可考慮引進英國法上之董事失格制度（director disqualification）以法院判決或行政和解之方式使該董事暫時不得擔任董事而保障公司投資人與社會公益<sup>51</sup>。

#### 筆者的話

本題所出現的「凌江法律事務所」其實是107年準備國考時，學霸國考讀書會的汪任宥老師所創設的，為了紀念讀書會成員備考幾乎天天綁在一起的讀書生涯，他就在模擬考題目中創設了象徵我們成員上榜後一起合夥開設的法律事務所。看到那個題目，對於當時是考生的我而言，簡直像是汪洋中看到燈塔，對未來充滿希望，於是筆者本題就繼續幫凌江法律事務所寫了續集，也就是去為市場派主張權利的故事，以紀念學霸國考讀書會一同打拚的時光XD若要參看汪任宥老師所命的原題，詳見學霸國考讀書會（I），第3-117頁。

<sup>51</sup> 曾宛如，備受挑戰的公司治理：論股東會議程之變動——評臺北地方法院一〇一年度訴字第一九一四號判決：兼評最高法院，月旦法學雜誌，第219期，2013年8月，頁183-192。

## 第7章

# 股份有限公司 之董事與董事會

## 第一節 董事之資格

### 壹、董事之資格及董事之人數：

#### 一、積極資格：

##### (一) 法規內容：

###### ●\*公司法 § 192（節錄）

I 公司董事會，設置董事不得少於三人，由股東會就有行為能力之人選任之。

IV 民法第十五條之二及第八十五條之規定，對於第一項行為能力，不適用之。

VI 第三十條之規定，對董事準用之。

##### (二) 經濟部見解：

###### ✍ 經濟部91年2月5日經商字第09102022290號函

按公司法第192條第1項規定：「公司董事會，設置董事不得少

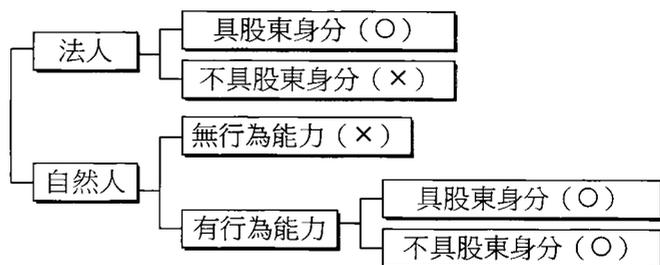
於3人，由股東會就有行為能力之人選任之」。第216條第1項規定：「公司監察人，由股東會選任之……」，準此，公司選任之董事或監察人，不以具有股東身分為必要。又未具有股東身分者，以有行為能力之自然人為限，始得被選任為董事或監察人。

**筆者的話**

公司法第192條與經濟部函釋見解所揭示者，乃股份有限公司「經營與所有分離原則」之體現。相較同法第108條第1項關於有限公司董事之規定「公司應至少置董事一人執行業務並代表公司，最多置董事三人，應經股東表決權三分之二以上之同意，就有行為能力之股東中選任之。」得看出有限公司之董事必須由股東擔任。這也是為何通說認為股份有限公司資合性質較高，而有限公司人合性質較高的主因之一。然而，近年隨著公司法之修正，有限公司之資合性質亦逐漸提高，閉鎖性股份有限公司則增加了不少人合色彩，其法制變動之方向值得關注。

此外，函釋見解也揭示了「未具有股東身分者，以有行為能力之自然人為限，始得被選任為董事或監察人。」所以法人當選董事需要具備股東身分，應特別注意。

(三)整理表：



二、消極資格：依公司法第30條

三、董事之人數：

(一)法規內容：

●<sup>192</sup>公司法 § 192 (節錄)

I 公司董事會，設置董事不得少於三人，由股東會就有行為能力之人選任之。

II 公司得依章程規定不設董事會，置董事一人或二人。置董事一人者，以其為董事長，董事會之職權並由該董事行使，不適用本法有關董事會之規定；置董事二人者，準用本法有關董事會之規定。

●<sup>128-1</sup>公司法 § 128-1

I 政府或法人股東一人所組織之股份有限公司，不受前條第一項之限制。該公司之股東會職權由董事會行使，不適用本法有關股東會之規定。

II 前項公司，得依章程規定不設董事會，置董事一人或二人；置董事一人者，以其為董事長，董事會之職權由該董事行使，不適用本法有關董事會之規定；置董事二人者，準用本法有關董事會之規定。

III 第一項公司，得依章程規定不置監察人；未置監察人者，不適用本法有關監察人之規定。

IV 第一項公司之董事、監察人，由政府或法人股東指派。

●<sup>26-3</sup>證券交易法 § 26-3 (節錄)

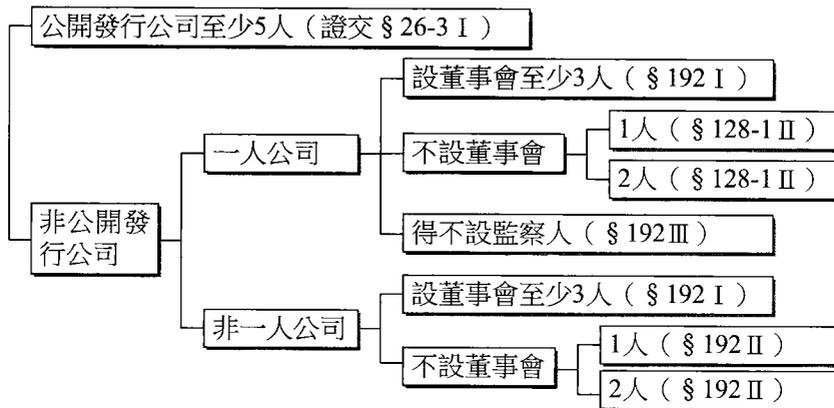
I 已依本法發行股票（此指公開發行公司）之公司董事會，設置董事不得少於五人。

**筆者的話**

一人公司得依第128條之1第3項規定不置監察人，但非一人公司仍必須置監察人。蓋股東僅有一人之公司，該股東對董事有完全之決定權，

且無保障其他股東之必要，但非一人公司即便只置董事一或二人，仍須由股東選舉，且有保障其他股東之必要，故仍必須置監察人。

(二)整理表：



學者評釋 【曾宛如老師】<sup>1</sup>

107年修正前公司法仍強制規定「三董一監」之董監結構，可見「股份有限公司並非專屬大型公司」之概念，並未貫串整部公司法。當股份有限公司並非大型公司時，何以股東人數未達三人卻需要設置「三董一監」？107年新法修正後，方放寬此規定。

貳、董事選任之方式：

一、累積投票制 (cumulative voting)：每一股份有與應選出之董事人數相同的選舉權，股東可以任意將此選舉權分配給任何候選

人，可以集中支持，亦得分散支持。特色乃因得集中票數於支持之候選人，故有利小股東。

二、全額連記法 (straight voting)：每一股份有與應選出之董事人數相同的選舉權，股東可以任意將此選舉權分配給任何候選人，但對於每一候選人只能支持一票。因每一股份只能支持每一候選人一票，不能集中票數於同一候選人，故不利小股東。

筆者的話

假設A公司欲選出7席董事，而有甲、乙、丙三位股東，甲持股10萬股，乙持股7萬股，丙持股3萬股。假設每股皆為普通股，則無論A公司採取累積投票制或全額連記法，甲均取得70萬票、乙均取得49萬票，丙均取得21萬票。但差別在於若採取累積投票制，則丙股東得將21萬票全數灌給同一位董事候選人。而若欲使之落選，甲、乙二股東必須使得票21萬票之候選人成為得票數第8名以後之候選人。然而欲使之成為第8名以後，則前7名至少要得票 $21 \times 7 = 147$ 萬票，但很顯然地，甲、乙二股東之總票數合計僅有119萬票，無論如何分配均不可能將丙所支持之候選人擠出前7名之外，故只要丙將21萬票集中選舉一人必定能當選一席董事。這也是為何採取累積投票制對於少數股東較為有利。反之，若A公司採取全額連記法，股東每股所取得之7票，必須投給不同之人，本案中丙最集中之投票方式，亦僅能將21萬票分別投給7位候選人，使每人取得3萬票。而甲則能投給7位候選人，其所支持之候選人每人取得10萬票。故少數股東非常難以取得董事會之席次。

三、除閉鎖性公司外，我國採取強制累積投票制：

(一)歷史演進：民國90年曾經將累積投票制改為任意規定，公司得以章程排除累積投票制的適用，但於100年再次改回強制累積投

<sup>1</sup> 曾宛如 (2020)，公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，第300期，頁133-134。

票制之規定。104年公司法第356條之3第5項規定閉鎖性股份有限公司由發起人選任第一屆董監事時得不使用累積投票制，107年新修正公司法第356條之3第7項則進一步放寬，使閉鎖性股份有限公司之每一次選任董監事均可自由決定是否使用累積投票制。

## (二)法規內容：

### ● 公司法 § 198

I 股東會選任董事時，每一股份有與應選出董事人數相同之選舉權，得集中選舉一人，或分配選舉數人，由所得選票代表選舉權較多者，當選為董事。

II 第一百七十八條之規定，對於前項選舉權，不適用之。

### ● 公司法 § 356-3 (節錄)

V 發起人選任董事及監察人之方式，除章程另有規定者外，準用第一百九十八條規定。

VII 股東會選任董事及監察人之方式，除章程另有規定者外，依第一百九十八條規定。

## 爭點限時通

### 【有獨立董事之公司，應如何選舉？】

✍ 經濟部95年2月8日經商字第09502011990號函(節錄)

董事選舉時，應依公司法第198條規定辦理，獨立董事與非獨立董事一併進行選舉，分別計算當選名額，由所得選票代表選舉權較多者，當選為獨立董事及非獨立董事。

## 筆者的話

經濟部函釋中之「一併進行選舉，分別計算當選名額」，令許多同學疑惑究竟應如何進行。簡言之即假設公司欲選出三名一般董事，二名獨立董事，而有A至H共8人參選，而E、G、H為獨

立董事參選人，其他為一般董事參選人。故8名參選人應一併進行投票，但應自一般董事參選人中選出前三高票，而自獨立董事參選人中選出前二高票。故假設A得票100,000票、B得票95,000票、C得票90,000票、D得票80,000票、E(獨董候選人)得票75,000票、F得票60,000票、G(獨董候選人)得票50,000票、H(獨董候選人)得票35,000票，雖然前五高票為A至E，但因為應分別計算當選名額，故應為A、B、C當選一般董事，E、G當選獨立董事。

## 爭點限時通

### 【董事之選舉得否以舉手表決為之？】

✍ 臺灣高雄地方法院90年訴字第1969號民事判決

股東會以舉手表決方式選出董事或監察人，既使參與選舉之股東無法將其取得之選舉權集中選舉一人，且僅以股東個人舉手表決，無從顯示參與表決之股東所行使之選舉權數及各當選董事或監察人獲得之選舉數，自與公司法前開有關累積投票制之精神相違，於法尚有未合，其決議方法自屬違背法律。

## 參、選任決議之性質：

一、普通決議說：採此說者認為公司法第174條之「除本法另有規定外」係指不適用「應有代表已發行股份總數過半數股東之出席」者而言，既然選任董監應有代表已發行股份總數過半數股東之出席，則其性質即應為普通決議，而有假決議的適用<sup>2</sup>。

二、特別決議說：採此說者認為選任董監之決議屬於第174條之「除

<sup>2</sup> 李欽賢(1999)，董監之選任與假決議，月旦法學教室，第48期，頁16-17。

本法另有規定外」故性質上屬於特別決議，不適用公司法第175條假決議<sup>3</sup>。

三、**特殊性質決議說**：選任董監事決議應為特殊性質之決議，既非普通決議亦非特別決議，有代表已發行股份總數過半數之股東出席即可選任，且選任董監事不可以假決議為之<sup>4</sup>。

## 肆、特殊董事之分類：

### 一、獨立董事：

#### (一)法規內容：

##### ●證券交易法 § 14-2 (節錄)

I 已依本法發行股票之公司，得依章程規定設置獨立董事。但主管機關應視公司規模、股東結構、業務性質及其他必要情況，要求其設置獨立董事，人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一。

(二)意義：獨立董事乃獨立於公司經營階層以外，具備一定專業之董事。獨立董事不參與公司業務經營，存在之目的在於監控公司管理團隊，並且依照監控的面向不同而設置功能性委員會，如審計委員會即是<sup>5</sup>。獨立董事原則自願設置，例外強制設置。

#### (三)非公開發行公司不得設置獨立董事：

##### 🔨 經濟部97年9月19日經商字第09702347670號函 (節錄)

按公司法尚無獨立董事之規定；獨立董事係規範在證券交易法中，

<sup>3</sup> 柯芳枝 (2002)，公司法論上，頁263，三民。

<sup>4</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁455-457，新學林。

<sup>5</sup> 方嘉麟等人 (2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁134，元照。此處引用方嘉麟部分。

公開發行公司始有適用。是以，非公開發行公司設立獨立董事，自不可行。

### 二、常務董事：

#### (一)法規內容：

##### ●公司法 § 208 (節錄)

II 董事會設有常務董事者，其常務董事依前項選舉方式互選之，名額至少三人，最多不得超過董事人數三分之一。董事長或副董事長由常務董事依前項選舉方式互選之。

IV 常務董事於董事會休會時，依法令、章程、股東會決議及董事會決議，以集會方式經常執行董事會職權，由董事長隨時召集，以半數以上常務董事之出席，及出席過半數之決議行之。

#### 🗣️ 學者評釋 【劉連煜老師】<sup>6</sup>

常務董事之設置恐架空董事會職權，故除非如金融業需隨時審查授信外，非金融業不建議設置常務董事，以提升公司治理之效<sup>7</sup>。

#### (二)董事會席次至少9席者，方得設置常務董事：

#### 🗣️ 筆者的話

公司法第208條第2項規定「名額至少三人，最多不得超過董事人數三分之一」，設公司之董事人數為X，我們可以列出方程式「 $3 \leq 1/3X$ 」，移項之後變成「 $9 \leq X$ 」，故公司之董事會席次至少9席者，方得設置常務董事。有沒有覺得好像回到國中數學課啊？話說，常務

<sup>6</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁458-459，新學林。

<sup>7</sup> 說到金融業的常務董事，不知道大家是否都跟筆者一樣，第一個想到「半澤直樹」裡的大反派，東京中央銀行的大和田常務呢？

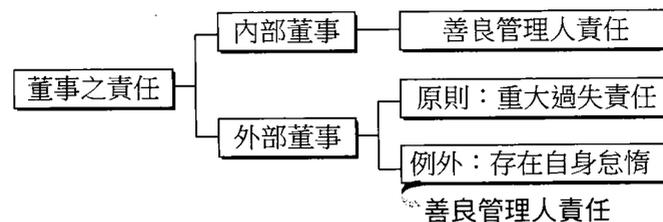
董事制度在公司實務上，被認為是「有在做事的董事」。我國社會現況下，「董事」常被拿來當酬庸的位置，為了感謝某人對我有恩，就幫他安排一個董事的位置，十分常見。然而，這樣的董事並不具有經營公司之專業，故這些董事雖然會進入董事會，但事實上只是負責聽命表決。真正有在做事的董事們，是董事會當中具有專業的「常務董事」，公司業務執行的重擔幾乎都落在這些人的身上。但這樣的現象導致我國常務董事會可能架空董事會之職權，有害於公司治理。更嚴重的是，在許多公司發生弊案的司法審判中，法院傳喚董事出庭時，竟發生董事甚至董事長一問三不知，對公司全無基本了解的窘境，甚至有過僅國中畢業之人擔任上市公司董事長之情形，可見我國公司治理仍有許多待改善之處。

三、法人董事：即依公司法第27條第1項當選董事者。

### 伍、內部董事與外部董事責任標準：

一、學者見解（劉連煜老師）：內部董事屬於執行業務之董事；外部董事即不負責執行公司業務，而僅負監督責任之董事。司法實務上應區分二種董事之職責而異其責任標準，內部董事負責執行業務，故忠實義務標準為「善良管理人注意義務」故無疑問，但外部董事對公司業務較不了解應得降至「重大過失責任」以鼓勵勇於任事，但若獨立董事有自身怠惰以致未能了解資訊之情形，仍應回歸善良管理人注意義務為是<sup>8</sup>。

二、整理表：



### 爭點限時通

#### 【內部董事與外部董事之區分方式】

(一)外部董事是否即我國之獨立董事？

● 公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法 § 8

依本法設置獨立董事之公司，董事會設有常務董事者，常務董事中獨立董事人數不得少於一人，且不得少於常務董事席次五分之一。

● 學者評釋 【曾宛如老師】<sup>9</sup>

英美法下，獨立董事之定位為「非執行業務董事」，但我國公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第8條卻規定獨立董事應加入業務執行核心之常務董事參與決策，造成獨立董事究竟為業務執行者或業務監督者之角色定位不明。

(二)學者見解（劉連煜老師）：內外部董事應實質認定<sup>10</sup>。

法院於遭遇實際案件時，應可依實際事實認定何人「具體執行業務」為執行董事，何人為非執行業務董事。常務董事亦可能為非

<sup>8</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁525，新學林。

<sup>9</sup> 曾宛如（2010），新修正證券交易法——資訊揭露、公司治理與內線交易之改革，台灣法學雜誌，第155期，頁22-29。

<sup>10</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁525，新學林。

執行業務董事，仍應以實質認定為主。

## 陸、經營判斷法則（Business judgement rule）：

- 一、**意義**：公司之經營階層在做經營決策時，已善盡調查之能事，並且基於誠信的判斷，認為所採取的決策是最有利公司者，除非原告能證明上述之推定不正確，否則系爭交易之合法性即被維持，法院將尊重公司經營者的決定，不做事後審查<sup>11</sup>。
- 二、**功能**：鼓勵董事勇於任事、避免不具商業經營能力之法院對公司做事後審查。
- 三、**要件**：商業判斷法則適用時，以下五要件均需具備，若此項推定未被推翻，董事及其決定即受保護，則免受法院之事後審查，反之只要任一要件被推翻，法院就應介入並為實質審查。
  - (一)限於經營決定（business decision）。
  - (二)不具個人利害關係且獨立判斷（disinterested and independence）。
  - (三)盡注意義務（due care）。
  - (四)善意（good faith）。
  - (五)未濫用裁量權（no abuse of discretion）。

### 爭點限時通

#### 【我國民事判決是否有經營判斷法則之適用？】

##### （一）肯定之判決：

-  臺灣臺北地方法院93年重訴字第144號民事判決  
查公司負責人所為若事後證明發生損失時，不論是我國法系或英美法系，均適用所謂「經營判斷原則」（Business judgment rule），不以事後之損失反推公司負責人未盡公司法第23條第1項

<sup>11</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁460，新學林。

之善良管理人之注意義務或忠實執行業務義務，亦應敘明。

##### （二）否定之判決：

#### 臺灣臺北地方法院92年訴字第4844號民事判決

我國公司法未將經營判斷法則予以明文化，且該原則適用對象為公司董事，與公司法第23條、第8條所稱公司負責人包含董事、監察人、經理人等之規範主體並不相同。又「經營判斷法則」包含兩項法律原則，一為程序上之推定，一為實體法上之規則，前者指在訴訟程序上推定具有善意與適當注意，後者指公司董事在授權範圍內，以善意與適當之注意而為的行為，即便造成公司損害或損失，亦無庸承擔法律上責任。然我國程序法推定免責，應以法律明文規定者為限，但並無此推定免責之規定，又公司法上之董事係適用民法委任關係為規範，且受任人處理委託事件具有過失或逾越權限，委任人依委任關係得請求賠償，而公司法無具體排除此項規定適用之明文，是不能採用上開法則，認本件有該法則適用，而使被告等人即可推定為善意，且對公司經營已有適當注意，仍應按原告之舉證情形分別審酌之。

### 爭點限時通

#### 【經營判斷法則是否適用於刑事判決？】

##### （一）經營判斷法則適用於刑事案件之優點<sup>12</sup>：

1. 與刑法謙抑性之特色相符。
2. 更能正確引導當事人之舉證活動（先由檢察官舉證被告不符合經營判斷法則，避免檢察官事後對被告之商業抉擇做過高之要求）。

<sup>12</sup> 鄭安宇（2013），公司利益輸送之法律責任——以背信罪與商業判斷法則之交錯適用為核心，頁135，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

3. 提供一致的審查標準，統一法院自由心證歷程。
4. 提高商業實務之法律安定性。

## (二) 實務上刑事判決是否適用經營判斷法則？

### 1. 肯定之判決：

#### 臺灣高等法院高雄分院96年金上重訴字第1號刑事判決

按所謂「商業判斷法則」(The Business Judgement Rule)，係英美法上為緩和董事之忠實義務與注意義務而發展出來之理論，以避免董事動輒因商業交易失利而應對公司負賠償責任，經多年理論與實務之發展，在實務運作上適用範圍已逐漸擴及經理人及從業人員。且金融機構從事授信放款業務之相關人員，於執行業務之過程中，就借款人提供擔保品之價值多寡、授信金額是否應為擔保品之一定成數、以及決定是否授信貸款等問題，均屬專業判斷事項，相同借款人、相同擔保品，對不同金融機構而言，或因對景氣之判斷不同，或因對借款人之信用優劣之認定有異，或因市場競爭強弱，當因金融市場上各種財務性或非財務性因素，而產生不同之估價、授信標準及結論。金融業相關授信人員在商場上隨時須作商事判斷，其判斷之優劣，反映出市場競爭之一面，有競爭必有成敗風險，法院祇問是否在規則內競爭，其所為商事判斷是否符合公司內部控制制度之規定，法院不應也不宜以市場結果之後見之明，論斷相關授信人員原先所為商事判斷是否錯誤，甚而認失敗之商業判斷係故意或過失侵害公司，即論經營者或經理人以背信罪責。在此情形下，即有上開「商業判斷法則」之適用，倘無積極證據證明授信人員於授信過程中故意違背其任務及公司內部控制之規定，且有為自己或第三人不法利益之意圖，尚不得僅以該授信案件成為呆帳無法收回，即謂金融人員有何違背信託義務之行為，亦不能以背信罪責論處。

### 2. 否定之判決：

#### 臺灣高等法院105年金上訴字第32號刑事判決

按美國法上之經營判斷法則係適用於民事訴訟程序，並未見有以經營判斷法則作為刑事抗辯之例。且依美國法規定，董事的行為是否違反刑法，法院仍需證明董事的客觀不法及主觀不法至無合理懷疑程度。董事的行為構成犯罪並不受經營判斷法則之保護，仍得訴追其刑事責任。經營判斷法則之舉證責任規範，於刑事訴訟亦不適用。

## 柒、董監事提名制度：

### 一、法規內容（監察人選舉為§216-1準用本條）：

#### 公司法§192-1

- I 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。但公開發行股票之公司，符合證券主管機關依公司規模、股東人數與結構及其他必要情況所定之條件者，應於章程載明採董事候選人提名制度。
- II 公司應於股東會召開前之停止股票過戶日前，公告受理董事候選人提名之期間、董事應選名額、其受理處所及其他必要事項，受理期間不得少於十日。
- III 持有已發行股份總數百分之一以上股份之股東，得以書面向公司提出董事候選人名單，提名人數不得超過董事應選名額；董事會提名董事候選人之人數，亦同。
- IV 前項提名股東應敘明被提名人姓名、學歷及經歷。
- V 董事會或其他召集權人召集股東會者，除有下列情事之一者外，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一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時，持股未達百分之一。

三、提名人數超過董事應選名額。

四、提名股東未敘明被提名人姓名、學歷及經歷。

VI 公司應於股東常會開會二十五日前或股東臨時會開會十五日前，將董事候選人名單及其學歷、經歷公告。但公開發行股票之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為之。

VII 公司負責人或其他召集權人違反第二項或前二項規定者，各處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。但公開發行股票之公司，由證券主管機關各處公司負責人或其他召集權人新臺幣二十四萬元以上二百四十萬元以下罰鍰。

## 二、是否採取董事候選人提名制之差別：

(一) 傳統之董事提名方式：公司未採取董事候選人提名制者，通常於股東會當天才進行候選人的提名與表決，股東難以事前知悉完整候選人名單，投票時更可以由各股東於選票上記載「名單以外」之其他候選人。但此傳統制度異於國際，使外國機構投資人難以做決策，通常只敢保守投給公司派之人選而不敢於選票上記載「名單以外」之市場派候選人。導致市場派難以取得機構投資人之支持。



(二) 董事候選人提名制：採取董事候選人提名制之公司，由持股1%以上之股東於提名受理期間內向公司提名董事之候選人，並由公司在股東會召開前彙整為完整之候選人名單，股東會當天由股東進行投票。股東知悉完整候選人名單，得全盤考量，並提高少數

股東支持董事之當選機會且有完整候選人名冊，使市場派較易得到機構投資人之支持。



## 三、董事候選人提名制之新法修正：

(一) 107年修正前董事會有審查候選人之權：

1. 舊法規內容：

● 107年修正前公司法 § 192-1 (節錄)

IV 前項提名股東應檢附被提名人姓名、學歷、經歷、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。

V 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一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時，持股未達百分之一。
- 三、提名人數超過董事應選名額。
- 四、未檢附第四項規定之相關證明文件。

2. 制度概要：107年修正前之公司法第192條之1第4項規定董事候選人應提供「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」，且若被提名人為法人股東或其代表人，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」。

### 3. 制度問題：

(1) 「其他相關證明文件」之解釋空間模糊，導致公司派常要求提出如博士畢業證書、退伍令等文件以刁難被提名人，使市場派所提之人選動輒被剔除於候選人名單之外。

(2) 董事就提名案之審查權限，依文義解釋似僅為形式審查，但似亦未排除就資格為實質審查之可能。

(二) 修法背景——106年的大同公司股東會案<sup>13</sup>：106年大同股份有限公司於5月中旬股東常會將改選9席董事（含3席獨立董事）。在此之前，大同創辦人林氏家族就曾發生內鬥，而公司長期虧損卻擁有龐大資產，經營者持股偏低也使大同容易成為併購目標。針對董事改選，公司派提出9名候選人；市場派兩路人馬新大同與欣同兩家公司則合計提出10名候選人。

因當年公司法第192條之1第4項規定：「前項提名股東應檢附被提名人姓名、學歷、經歷、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。」，大同公司派為保住地位，利用審查文件之機會，以市場派候選人未檢附必要文件為由剔除他們的候選人資格，拒絕列入名單。

欣同公司向台北地方法院聲請列入名單之假處分，法院裁定欣同提出的3名人選公司應列入名單，惟公司在股東會議事手冊中宣稱該3人專業不見得符合公司需求，且條件也未必較公司派所提名之候選人為優。最終公司派提名之人全數當選。

欣同公司認為前開選任董事之決議因違法而無效，故依照公

<sup>13</sup> 事實資料參考方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁128，元照。此處引用方嘉麟部分。以及法律白話文運動網站，<https://plainlaw.me/2020/06/29/2017-2/>（最後瀏覽日：07/14/2020）。

司法第173條請求董事會召集股東臨時會改選全體董事及獨立董事，董事會以無召集股東臨時會之正當事由，亦無召集之急迫性與必要性，拒絕召集股東臨時會。

欣同公司對選舉結果表示不服，向台北地院提出確認股東會決議無效之訴，該案一審經台北地院判決大同公司行為違反而股東會決議無效，大同公司立即提出上訴，該案目前由最高法院109年度台上字第1845號民事判決發回高等法院審理。但該次股東會之事件導致107年公司法修正時，增訂第173條之1「大同條款」，使少數派股東得不經請求董事會之程序自行召集股東會以避免大同公司董事會為避免損害自身利益而拒絕召集股東臨時會之窘境。另外公司法第192條之1之規定也一併修正，刪除董事會及其他股東會召集權人對董事被提名人應予審查的規定，降低公司派藉審查候選人名單以阻撓市場派的機會。

### (三) 107年修正後董事會無實質審查權：

1. 制度概要：107年新修正之董事候選人提名制取消董事會之實質審查權限，董事會不得再對被提名人進行實質審查，僅能進行形式審查，且除要求敘明被提名人姓名、學歷及經歷以外，公司不得再要求提出其他相關證明文件。
2. 修正方向：
  - (1) 將適用範圍擴及於非公開發行公司（以往僅公開發行公司得採行）。
  - (2) 主管機關可強制公開發行公司採行。
  - (3) 檢附文件改為敘明姓名學經歷。
  - (4) 刪除董事會實質審查權限。
  - (5) 提高罰鍰上限。
3. 公司法第192條之1修法後所需檢附文件之變動以及同條第2項董事會公告「其他必要事項」之限制：

📌 經濟部109年4月9日經商字第10902408540號函

一、按107年11月1日施行之公司法第192條之1第4項修正為：「前項提名股東應敘明被提名人姓名、學歷及經歷。」其立法說明略以，為簡化提名股東之提名作業程序，修正第4項之「檢附」為「敘明」，且僅需敘明被提名人姓名、學歷、經歷即可。至於「當選後願任董事之承諾書、無第30條規定情事之聲明書」及「法人股東登記基本資料及持有之股份數額證明文件」（被提名人為法人股東或其代表人者）均予刪除。

二、是以，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項明定之敘明事項（被提名人姓名、學歷及經歷）、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條至第5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。爰本部104年3月10日經商字第10402404650號函，不再援用。

4. 殘存問題：

- (1) 剝奪董事實質審查權：董事會之審查完全淪為形式，董事如何遵守忠實義務？
- (2) 救濟手段不足？面對公司仍違法不列入名單之情形，原修法草案增訂股東得聲請法院命董事會將被提名人列入候選人名單之規定，惟後刪除，立法理由表明交由保全程序（假處分）處理，但是否能有效達成不無疑義。
- (3) 提高罰鍰無用：107年修正新法雖提高罰鍰，但公司為保有

經營權常不惜負擔罰鍰而違法，制裁效果有所不足。

👤 學者評釋 【曾宛如老師】<sup>14</sup>

1. 採用董事候選人提名制雖可使股東對候選人做全盤考量，但亦使股東不得自行書寫支持之候選人於董事選票上，若候選人提名遭公司不法拒絕時，反而無法保障小股東之利益。
2. 第192條之1僅要求敘明候選人之「學歷、經歷」，而不問是否有經營公司之專業能力，可見董事會提名之董事仍為股權結構之展現。
3. 應設置「提名委員會」方能提升公司治理，提名委員會之作用在於廣納各方推薦之人，並考量公司現況、接班計劃進行董事候選人提名<sup>15</sup>。
4. 現行公司法第192條之1刪除董事會之實質審查權，是消極命董事會不作為，而忽略董事應負起忠實義務並落實責任追究。

四、比較法之借鏡——提名委員會（Nomination Committee）：

(一) 概說：目前我國法規並未訂有提名委員會之相關條文，僅係於章程範例中，有供公司參考設置之範例。本書節錄我國章程範例進行制度介紹並探討現行制度下之問題何在。

(二) 我國章程範例：

●○○股份有限公司提名委員會組織規程參考範例 § 4（節錄）

I 本委員會由董事會推舉至少三名董事組成之，其中應有過半數獨立董事參與。

<sup>14</sup> 曾宛如（2017），論董事候選人提名制，月旦法學教室，第180期，頁39-50。

<sup>15</sup> 但仍應考量我國之現實情形，詳見後述之學者評釋部分。

●○○股份有限公司提名委員會組織規程參考範例 § 5 (節錄)

I 本委員會秉承於董事會之授權，應以善良管理人之注意，忠實履行下列職權，並將所提建議提交董事會討論：

- 一、制定董事會成員、監察人及高階經理人所需之專業知識、技術、經驗及性別等多元化背景暨獨立性之標準，並據以覓尋、審核及提名董事、監察人及高階經理人候選人。
- 二、建構及發展董事會及各委員會之組織架構，進行董事會、各委員會、各董事及高階經理人之績效評估，並評估獨立董事之獨立性。
- 三、訂定並定期檢討董事進修計畫及董事與高階經理人之繼任計畫。
- 四、訂定本公司之公司治理實務守則。

III 董事會不採納本委員會之建議，應由全體董事三分之二以上出席，及出席董事過半數之同意行之，公司除應就差異情形及原因於董事會議事錄載明外，並應於董事會通過之日起算二日內於公開資訊觀測站辦理公告申報。

●○○股份有限公司提名委員會組織規程參考範例 § 12

I 本公司年報應揭露本委員會之相關資訊，包括建議候選人名單之程序、候選人應符合之標準、董事會多元化政策，及前開程序、標準、政策之達成情形，暨本委員會之運作情形，包括委員會之組成、開會次數、委員出席會議情形。

II 前項本委員會之運作情形應揭露於公開資訊觀測站。

(三)我國制度：

1. 董事會推舉3名董事以上，且其中1/2以上為獨立董事。
2. 由提名委員會成員制定擔任該公司董事、監察人及高階經理人所需之標準，並據以覓尋、審核及提名符合標準之候選人。

3. 董事會不採納提名委員會之建議，應以董事會特別決議行之。
4. 公司年報應揭露委員會資訊。

學者評釋 【曾宛如老師、黃銘傑老師<sup>16</sup>】

1. 提名委員會是經營與所有分離下的選才模式，我國股權結構集中，公司為家族把持之情形普遍存在。由提名委員會引進專業董事不易為企業接受。
2. 提名委員會不僅負責提名董事，且有責任評鑑董事表現，並為公司規畫接班計劃，但仍應顧慮我國採行累積投票制之背景及股權結構之現實情形。實務上所提名之人若與大股東仍具有一定關連，則提名委員會之制度實無引進之必要。
3. 提名委員會高度仰賴委員之獨立性，但提名委員會係由董事會所指派，可能會高度傾向現任經營者，以致於所提名者皆為大股東指派之人，使經營權之更迭更加困難，若果真如此，台灣是否適合引進提名委員會不無疑義。

捌、董事分期改選制 (Staggered Boards)：

- 一、意義：董事分期改選制度乃交錯董事之任期，使每次改選董事均只改選部分董事，部分任期尚未屆至之董事仍然留任。採取此一制度得使同一董事會當中同時有部分新人與部分舊人，對於經驗傳承與公司政策之一貫性均大有助益。且若公司遭併購，可以使併購方一次僅能取得一部分之席次，拖延完全取得經營權之時間，亦為有效防止敵意併購之措施。但應注意的是，董事分期改選制度「並非保護少數股東之制度」，因為在累積投票制之下，每次改選之席次

<sup>16</sup> 曾宛如、黃銘傑 (2015)，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，頁231-232。

越多，少數股東越容易集中選票而當選，但董事分期改選制使每次改選之席次變少，對小股東實屬不利。

### 筆者的話

其實有陰謀論者認為，董事分期改選制度這些經驗傳承、政策一貫、防禦併購等理由，都是表面上冠冕堂皇的漂亮話。實際上這個制度是早期大股東想要獨佔經營權，讓小股東永遠無法選上董事席次所設計，但只是以前開理由來正當化這樣的設計而已。

### 爭點限時通

#### 【我國公司得否採取董事分期改選制？】

✍ 經濟部100年3月24日經商字第10002406370號函

- 一、依公司法第203條規定：「董事會由董事長召集之。但每屆第一次董事會，由所得選票代表選舉權最多之董事召集之。每屆第一次董事會……」，法條既稱「每屆」董事會，如採董事分期改選制度，每年僅改選部分董事，則所謂每屆董事會，係何所指，不無疑義；又依公司法第201條規定：「董事缺額達三分之一時，董事會應召開股東臨時會補選之。」如採董事分期改選制度，與上開規定，將生扞格之處。董事分期改選制度，國外雖有此立法例，惟因涉及董事如何分期，分幾期，分幾席……等，情形甚多，狀況不一而足，亦需有相關配套措施始可。是以，在現行公司法架構下，尚不允許公司章程採董事分期改選制度。
- 二、倘股東會決議訂定公司章程採董事分期改選制度，與上開規定，即有未合，依公司法第191條規定，該決議無效，公司登記主管機關將否准該章程之登記。又依據該章程董事分期改選制度選出之董事，亦不生效力。

### 有題有真相

A證券股份有限公司（下稱A公司）為上市公司，現有董事9席，因面臨B金融控股股份有限公司（下稱B公司）之敵意併購，A公司擬採取分3次改選董事，即每次改選3名董事之方法，以抵抗B公司之敵意併購。如A公司係採取累積投票制選舉董事，則A公司可否以修改公司章程方式採取前述董事分期改選制度？請附具理由詳細說明之。（50分）

【100律師】

### 擬答

A公司不得以修改章程之方式將董事改為分期改選制度，但學說上有不同見解，以下分述之：

(一)肯定說：分期改選制可以使公司董事形成交錯任期，在同一董事會當中同時有部分新人與部分舊人，對於經驗傳承與公司政策之一貫性均大有助益<sup>17</sup>，且亦為有效防止敵意併購之措施。

(二)否定說：

1. 分期改選制度在強制累積投票制之下侵害小股東利益甚鉅：自累積投票制之旨趣觀之，所欲選任之董事席次越多，小股東越能集中選舉一人，至少在董事會中拿下一個席次以參與公司經營，反之所欲選舉之席次越少則越容易被大股東贏者全拿。分期改選制度導致每次選舉的董事由9席變成3席，對少數股東之影響不容小覷。
2. 與我國公司法第201條有所扞格：假設某些董事因為分期改選制度之實行，此時公司法第201條規定續行董事缺額「補選」將毫無實

<sup>17</sup> 參考曾宛如老師上課筆記對於分期改選制優點的介紹。

益，徒使第201條形同具文<sup>18</sup>。

3. 與我國公司法第203條文義有所扞格：公司法第203條既稱「每屆」董事會，如採董事分期改選制度，每年僅改選部分董事，則所謂每屆董事會，係何所指，不無疑義<sup>19</sup>。
4. 可能成為被併購公司違反誠信原則之武器：如本題情形A公司修改章程為分期改選制度乃為抵抗B公司的併購，主觀上有意使B公司原本於本屆任期屆滿即可改選成自己人馬入主公司，變成等待三屆的任期才能全部改選，此三屆任期之時間甚長，A公司可以趁此空檔掏空資產，等多年後B公司入主已經形同空殼公司，實非誠信原則所允許。
5. 綜上所述，分期改選制在我國體制下尚不應貿然實行：經濟部對此問題做出函釋，基於上述理由，雖比較法上有此法例，但與我國現行制度扞格過多、衝擊過大，不應貿然實施，若A公司修改章程為分期改選制，則修改章程之股東會決議依照公司法第191條違反法令而無效。

## 第二節 董事與公司間之法律關係

### 壹、董事與公司間之基本法律關係：

- 一、原則：依照公司法第192條第5項，公司與董事間之關係，除公司

<sup>18</sup> 阮秋盛，董事分期改選制度淺析，證券服務，第664期，頁116-117。

<sup>19</sup> 經濟部100年3月24日經商字第10002406370號函。

法另有規定外，依民法關於委任之規定。

- 二、例外：董事報酬、解任、出席董事會、競業禁止不適用民法委任規定。

### 貳、董事之選任行為的性質：

選出董事之決議不對外直接發生效力，公司與當選人締結委任契約後始生效力。

### 參、董事委任關係之終止：

#### 經濟部93年3月22日經商字第09302039820號

按公司與董事間之關係，依「公司法」第192條第4項規定，除「公司法」另有規定外，依「民法」關於委任之規定（依「公司法」第216條第3項有關公司與監察人間之關係，亦同）；次查「民法」第549條第1項規定，「當事人之一方得隨時終止委任契約」。故董事、監察人不論其事由如何，得為一方之辭任，不以經股東會或董事會同意為生效要件。準此，董事之辭職，以向公司為辭任之意思表示，即生效力。

#### **筆者的話**

相較於股份有限公司之董事得隨時終止委任契約，遇到屎缺可以塊陶，有限公司之董事就沒這麼幸運了。依公司法第108條第4項準用公司法第51條將產生「董事不得無故辭職，他股東亦不得無故使其退職。」之結果。但看到這裡，或許會想說，沒差啦！反正當董事有錢拿也不錯，去去米其林三星餐廳吃香喝辣還是很爽快，但當我們再看一下公司法第108條第4項準用第49條「董事，非有特約，不得向公司請求報酬。」可能就笑不出來了。因為這個董事缺不但辭不掉，還沒有錢拿，如果公司經營不善，可能連飯都吃不起，更別說甚麼米其林

三星了。臺灣臺北地方法院100年訴更一字第18號民事判決中，原告原為被告公司之董事，但實在太想辭職，就連錢都不要了，透過拋棄出資額使自己失去股東身分之方式企圖離開屎缺。學者認為有限公司之董事辭職限制過嚴，又為無給職，有輕重失衡之不當，不無道理<sup>20</sup>。

## 肆、董事之報酬：

### 一、法規內容：

#### ◆公司法 § 196

董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定，不得事後追認。第二十九條第二項之規定，對董事準用之。

### 二、報酬之範圍：

(一)報酬：董事勞務給付之對價。

(二)車馬費或交際費：依照經濟部函釋與實務見解乃指董事前往公司或為公司與他人洽商業務所應支領之交通費用，並非報酬之一部分。

劉連煜老師認為但若與董事實際支出之費用顯不相當，可能係公司給董事的額外勞務給付對價，此時即便以車馬費稱之，亦應視為報酬<sup>21</sup>。

#### 🔪 經濟部93年1月20日商字第09302005550號函（節錄）

所謂「董事之報酬」，係指董事為公司服務應得之酬金而言；所謂「車馬費」，顧名思義，則指董事前往公司或為公司與他人洽商業務所應支領之交通費用而言，自與董事之報酬有別，所詢薪

<sup>20</sup> 張心悌（2012），有限公司董事辭職與股東出資額拋棄：台北地院100訴更一13判決，台灣法學雜誌，第199期，頁308-316。

<sup>21</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁471-472，新學林。

資、車馬費、交際費、伙食津貼、各項獎金、退職金等，公司應據上揭說明依其性質分別認定之。

#### 🔪 最高法院69年度台上字第4049號民事判決

所謂「車馬費」，顧名思義，則指董事前往公司或為公司與他人洽商業務所應支領之交通費用而言，自與董事之報酬有別。

## 筆者的話

筆者想起小時候每次去爺爺奶奶家的時候，爸媽都會塞好幾張藍色的大鈔給爺爺奶奶，然後說：「拿去買個涼的喝。」然後爺爺奶奶就會把錢塞回去說：「免啦！免啦！」，雙方形成一陣推擠，猶如抗爭時警方與抗議民眾的推擠那樣XD。小時候我就覺得，為甚麼我想喝個飲料都是拿到20塊，爺爺奶奶喝個飲料都拿到2,000塊，他們喝的手搖杯是用金箔泡的？？但後來才發現所謂的「飲料錢」實際上是扶養費XD。只是用一個讓人收了不會有壓力的形式出現而已。所以這裡的董事車馬費，除了有可能是實際支付交通費，也有可能是以車馬費名義所支付的報酬。至於那些被爺爺奶奶推來推去的2,000塊，常常最後塞進我的口袋，那又是另一個故事了。

(三)酬勞：酬勞乃給予董事之獎金，為公司經營成果之分享，以前屬於盈餘分派的一部分，現在性質則屬於費用項目，與員工分紅之性質相同，其性質並非第196條所指之報酬。

#### 🔪 經濟部104年10月15日經商字第10402427800號函（節錄十一、）

章程董監事酬勞比率訂定方式，限以上限之方式為之。當年度董監事酬勞發放比率之決定，應由董事會以董事三分之二以上之出席及出席董事過半數同意之決議行之。至於設有薪酬委員會之上市櫃及興櫃公司，則由薪酬委員會提出建議後送董事會決議。

**爭點限時通**

【法人董事或代表人董事之報酬、酬勞與車馬費應由何人領取？】

經濟部認為報酬或酬勞應由政府或法人領取，但車馬費因係供實際需要之費用，由其代表人支領。

✎ 經濟部63年8月5日經商字第20211號函（節錄）

有關代表政府或法人為執行業務股東或董事、監察人部份，依民法第541條規定，應視為委任之關係，故因處理委任事務所得之酬勞等，應歸於政府或法人所有，但車馬費部份，則係由代表人支領。

**爭點限時通**

【章程未定明，股東會也未決議時，董事得否向公司請求報酬？】

（一）肯定說：

1. 林國全老師<sup>22</sup>：無限、兩合與有限公司之董事原則上為無給職，但可分派盈餘。股份有限公司董事不一定為股東，可能無盈餘分派權，除非約定為無償，否則應有報酬請求權。
2. 郭大維老師<sup>23</sup>：章程未明訂、股東會議未決議時，董事對公司請求之依據乃公司法第196條，股東有義務和董事議定報酬。
3. 實務見解：董事報酬請求之依據應為民法第547條「報酬縱

22 林國全（2006），董事報酬請求權——評最高法院九十四年度台上字第二三五號判決，月旦法學教室，第135期，頁244-253。

23 郭大維（2011），論董事報酬決定機制之建構——從最高法院九十八年度台上字第九三五號民事判決談起，月旦法學雜誌，第198期，頁191-212。

未約定，如依習慣或依委任事務之性質，應給與報酬者，受任人得請求報酬。」股東會怠於議定董事之報酬，而依習慣或依委任事務之性質，該董事並非因無償而受委任者，董事即得請求相當之報酬。

✎ 最高法院94年台上字第2350號民事判決

股份有限公司與董事間之關係，除公司法另有規定外，依民法關於委任之規定。而董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定。又委任契約報酬縱未約定，如依習慣，或依委任事務之性質，應給與報酬者，受任人得請求報酬。分別為公司法第192條第4項、第196條及民法第547條定有明文。即董事與股份有限公司間之法律性質為委任關係，董事可否請求股份有限公司給付報酬，應先以公司章程中有無載明決之，若未載明，則以其股東會有無決議定之，若公司之股東會怠於議定董事之報酬，而依習慣或依委任事務之性質，該董事並非因無償而受委任者，董事即得請求相當之報酬。再者，董事乃經股東會就有行為能力之股東中選任，以經營公司業務之人，其應得之報酬，性質上應屬處理委任事務之對價，為經常性之給付，無論公司是否有盈餘均應給付。

（二）否定說（劉連煜老師）<sup>24</sup>：公司法第196條規定董事之報酬應以章程明訂或股東會決議，此為公司法上之特別規定，董事報酬無再依民法委任章節處理之理。

**爭點限時通**

【股東會得否決議將報酬委由董事會訂定？】

（一）學者見解（劉連煜老師）：否定說。

24 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁471，新學林。

學者認為該種決議違背公司法之法理，且違背公司法第196條而依照第191條無效<sup>25</sup>。

(二)實務見解：否定說。

 最高法院98年台上字第935號民事判決

公司法第196條定有明文，立法本旨在於避免董事利用其經營者之地位與權利，恣意索取高額報酬，為貫徹此一立法意旨，公司股東會不得以決議將董、監事報酬額之決定委諸董事會定之，否則該決議無效。

**爭點限時通**

【股東會得否就報酬額概括決定最高額，而各個董事之報酬委由董事會決定？】

(一)學者見解（王文字老師）<sup>26</sup>：肯定說。

章程或股東會決定董監事報酬總額後，公司法就如何分配並無規定。依公司法第196條與第202條，董監報酬之「決定」是股東會專屬決議事項，但其「分配」則否，因此以董事會多數決議如何分配即可。

(二)經濟部見解：肯定說。

 經濟部93年3月8日商字第09302030870號函

公司章程經股東會決議，訂明全體董事及監察人之報酬，授權董事會議依同業通常水準支給議定，於法尚無不可，至其支給是否超乎同業標準，係屬具體個案認定，如有爭議，宜循司法途徑解決。

<sup>25</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁471，新學林。

<sup>26</sup> 王文字（2018），公司法論，第六版，頁437，元照。

三、薪酬委員會概述：職司決定董事監察人之薪資報酬，泛指「一切薪酬」（包含報酬與酬勞），若董事會不同意薪酬委員會之薪酬建議，應以「全體董事2/3以上出席，出席1/2以上同意」之「董事會特別決議」推翻該建議。

● 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 § 7（節錄）

∨ 董事會不採納或修正薪資報酬委員會之建議，應由全體董事三分之二以上出席，及出席董事過半數之同意行之，並於決議中依前項綜合考量及具體說明通過之薪資報酬有無優於薪資報酬委員會之建議。

**爭點限時通**

【董事之報酬得否事後減額？】

(一)問題意識：若A公司章程上並未訂明董事之報酬，某次A公司股東會上決議給付甲董事報酬每月15萬元，但下一次股東會時，再以股東會決議將甲董事之報酬減為每月10萬元，問該減少董事報酬之股東會決議是否合法？

(二)肯定說（文義解釋）：公司法第196條規定「董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定，不得事後追認。」章程未訂明董事報酬之公司，董事報酬之決定似為股東會之權限，事後減額之決議應為合法。

(三)原則否定，例外肯定說（蔡英欣老師）<sup>27</sup>：

1. 原則否定：若董事之職務內容並未改變，具體報酬額已經成為公司與董事間委任契約之內容，未取得董事同意下，不得

<sup>27</sup> 蔡英欣（2014），董事報酬事後減額之適法性，月旦法學教室，第146期，頁21-23。

片面減少。若董事之職務內容有所變動，減額雖符合「公司人事調整之機動性」，但將產生違反委任契約之拘束力、影響公司法第199條之機能等問題。故無論職務內容有無變動，事後減少董事報酬原則上應屬不合法。

### 筆者的話

「影響公司法第199條之機能」的意思是，當董事遭無正當理由解任時，得請求賠償其委任契約所得獲得之報酬，但若承認事後減額，將使被解任之董事陷入不安定之狀態。例如甲董事原本之報酬為15萬元，此時若甲董事被公司無故解任，其所得請求賠償之數額為15萬元。但若股東會將其報酬片面減為1萬元，則使公司無正當理由解任甲董事時，甲董事僅能請求賠償1萬元，有損董事經濟利益之保護。

#### 2. 例外肯定：

- (1) 若公司事前針對董事報酬與職務內容變更相互連動，建構一套職務內容如何變動則應如何減額之機制時，得事後減額。
- (2) 有情事變更原則適用之情形亦得事後減額，例如發生經濟大恐慌、金融海嘯等。

### 有題有真相

A公司為一上市公司，甲為董事長，乙為總經理，丙為監察人，丁、戊為獨立董事（尚有其他董事、監察人、經理人，不一一列舉）。此外，己為依法選任之薪酬委員，丁、戊、己三人組成A公司之薪資報酬委員會。

(一) 依據公司法、證券交易法等相關規定及法理，請說明甲、乙、丙、

丁、戊、己等六人之薪酬決定程序為何？由A公司之何機關決定之？（30分）

(二) 對於上述薪酬決定程序，你認為公司法、證券交易法應做如何之修改？理由為何？（20分）

【改編自106台大法研】

### 擬答

甲乙丙丁戊之薪酬初步由薪酬委員會決定，甲丙丁戊之報酬由股東會最終決定，乙己之報酬由董事會最終決定，甲丙丁戊若有酬勞亦係由薪酬委員會初步決定並由董事會最終決定，理由如下：

#### 1. 甲乙丙丁戊之薪酬皆係由薪酬委員會進行初步建議：

(1) 薪酬委員會之目的：為使董事、監察人及經理人之薪酬決定專業化，避免於公司連年虧損時仍然大幅調高上開人等之報酬使公司財務陷入困難。故立法者於證券交易法第14條之6新增薪酬委員會之規定強制公開發行公司設置之。

(2) 董事監察人及經理人之薪酬決定：本題甲丁戊係公司之董事，乙係總經理、丙為監察人，根據薪酬委員會行使職權辦法第7條第1項第2款，薪酬委員會有權訂定董事及監察人和經理人之薪酬，同條第2項第1款亦規定應參考其績效評估、同業之水準等因素支給，故本題甲～戊之薪資報酬由薪酬委員會所初步建議。而己因非上開人等，故並非薪酬委員會決定薪酬之對象，公司法亦無規定應由股東會決定薪酬委員會委員之報酬，故己之報酬依照公司法第202條由董事會決定。

#### 2. 薪酬委員會之決定僅具建議性質，最終仍由股東會及董事會決定：

(1) 我國董事之薪酬仍分為兩個部分，一為報酬一為酬勞，報酬依

照公司法第196條第1項由股東會最終決定，監察人之報酬依照第227條準用第196條第1項亦由股東會最終決定，董事之酬勞依照經濟部函釋則認為欲分派董監事酬勞須於章程上訂定其分派之上限後，各年度之分派比率依照公司法第202條之分配由董事會最終決定。經理人之報酬，依公司法第29條第1項第3款，應由董事會最終決定。

(2) 故前開薪酬委員會所建議之薪酬應先送至董事會通過，則董監之酬勞及經理人之報酬在董事會即定案，若董事會不採納或修正薪酬委員會之建議，依據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5項，應經董事會特別決議通過始得為之，其決定優於薪酬委員會之建議者應載明於董事會議事錄，並於指定網站公告申報，第6項可資參照。

(3) 其餘關於董事監察人之報酬，除非股東會已訂明一定之總額而授權各個董監事之分配方式由董事會通過即可，否則於董事會通過後應再送交股東會通過。

3. 結論：綜上所述，甲乙丙丁戊之薪酬初步由薪酬委員會建議，甲丙丁戊之報酬由股東會最終決定，乙之報酬由薪酬委員會初步建議再由董事會最終決定，己之報酬不經薪酬委員會即由董事會決定，甲丙丁戊若有酬勞亦係由薪酬委員會初步建議並由董事會最終決定。

(二) 立法論上應就薪酬委員會之決定效力、董事薪酬整合、委員會委員之報酬決定機關等三面向進行改進：

1. 薪酬委員會之建議應具備拘束董事會之效力：自前開決定程序可知，我國薪酬委員會之決定僅具建議效力，不能拘束董事會，最終

之決定機關仍為董事會或股東會，如此將難以發揮其立法作用，董事會仍可強行過關增加自己之酬勞。

2. 董事會薪酬整合：我國習慣上將董事之薪酬分為報酬與酬勞，但薪酬委員會之專業成員乃係基於其衡量公司績效、個人表現與同業水準所訂定，強拆為報酬與酬勞將使原先專業決定之數額一分为二並分別由不同機關決定甚至增減，薪酬委員會設置之目的難以達成。
3. 修正薪酬委員會委員之報酬決定機關：本題薪酬委員會委員已因為公司法第202條之事務分配導致其報酬決定機關為董事會，如此一來出現董事會與薪酬委員會相互決定報酬之怪異現象，可能出現冤冤相報或者狼狽為奸之情事，實有未妥。

## 第三節 董事之解任

### 壹、股東會決議解任董事：

#### 一、股東會決議解任董事：

##### (一) 法規內容：

##### ● 公司法 § 199

- I 董事得由股東會之決議，隨時解任；如於任期中無正當理由將其解任時，董事得向公司請求賠償因此所受之損害。
- II 股東會為前項解任之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。
- III 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表

決權三分之二以上之同意行之。

IV 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。

### 爭點限時通

#### 【正當理由之定義為何？】

- (一)違反委任關係上之義務（含給付義務及附隨義務）或顯有不適任之情形。
- (二)如經常不出席董事會亦不委託他人出席、從事競業行為、挪用公款均屬之。與人通姦僅為私德上之問題，應不屬之<sup>28</sup>。

### 筆者的話

說到與人通姦，筆者總會想起某年法律服務社出現通姦男的故事。通姦男顧名思義，就是一位很愛通姦的中年男性，年輕時曾經通姦被老婆抓到，老婆就以刑逼民要求通姦男和解，於是通姦男就送給老婆一棟房子作為和解條件。但通姦男是學不乖的，於是和解後繼續通姦，過了好幾年又被老婆抓到。當時刑法通姦罪還沒有除罪化，於是老婆又跟他要求一棟房子和解。通姦男遂前來法律服務社諮詢，看能否大事化小，小事化無。諮詢期間通姦男不斷大呼小叫「這是天下男人都會犯的錯！」、「通姦有甚麼不對？」、「我之前給他一棟房子不就代表老婆允許我這輩子都可以通姦嗎？」甚至開起地圖砲「那些同性戀都亂七八糟的！」（同性戀表示：乾我P事啊？我才不像你？）就連遠在大教室另一頭的我都聽得一清二楚。當時負責給他諮詢的組別幾乎都是女生，每個女生看起來都眼神死，心中滿是無奈看著眼前的渣男說

28 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁476，新學林。

著強詞奪理的言論，該組的學長便客氣反問通姦男：「啊你通姦就沒有亂七八糟？」。當通姦男要繼續發表他的歪理時，教室門口出現了一個威風的身影，正氣凜然地站在那，看著通姦男，中氣十足地對他說：「法律服務社不是讓你鑽法律漏洞的地方！快回去跟你老婆道歉，請求他的原諒！」三兩下就把通姦男嚇得落荒而逃。這是我第一次，覺得這個超過80歲的男人這麼帥！真不愧是靠著鋼的意志發明訴訟標的相對論又溫暖而富有人性的男人。

二、損害賠償之範圍：實務見解認為損害賠償之範圍乃「如未遭解任原可獲得之報酬，因無正當理由遭解任而未獲得者」。

### 爭點限時通

#### 【董事之酬勞是否得請求賠償？】

- (一)肯定說（劉連煜老師）：應將之視為民法第216條之所失利益，蓋董事對公司應有期待權<sup>29</sup>。
- (二)否定說（林國全老師）：董事對公司已無貢獻，既無參與公司經營，則酬勞並非其「所失利益」，故不得請求紅利性質之酬勞<sup>30</sup>。

### 爭點限時通

#### 【董事得否依照民法第213條請求回復原職位？】

學說採否定說，蓋公司法第199條第1項後段應為民法第213條第

29 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁478，新學林。

30 林國全（1999），股東會決議解任董監事之研究，月旦法學雜誌，第47期，頁115。

1項之除法律另有規定之法律，故董事不得請求回復原職位<sup>31</sup>。

### 爭點限時通

#### 【被解任之對象，是否須迴避表決權？】

- (一)肯定說（柯芳枝老師）：被解任之董事有自身利害關係，依照第178條應迴避表決權。第198條第2項僅說明於選任時無第178條適用，故解任時應仍有第178條適用<sup>32</sup>。
- (二)否定說（林國全老師）：若迴避表決將導致持股越多之董事反而無法防禦自己職位之不合理現象。且第178條尚有「致有害於公司利益之虞」之要件，加入解任董事之表決不會「致有害於公司利益之虞」<sup>33</sup>。

### 爭點限時通

#### 【常務董事、董事長可否由股東會加以解任？】

- (一)股東會不得僅解任常務董事職務：解任應由選任者為之，依照公司法第208條，常務董事、董事長乃董事會所選任，應由董事會解任其常務董事或董事長職務而非股東會。
- (二)股東會得解任其董事職務以達成解任常務董事職務之目的：依照經濟部函釋，得由股東會解任其董事職務以達成相同目的。

 經濟部74年11月27日商51787號函

- 一、依公司法第208條規定，董事長、副董事長、常務董事之選任，係屬董事會或常務董事會之權限，雖其解任方式，公司

法並無明文，若非章程另有規定自仍以由原選任之常務董事會或董事會決議為之較為合理。況依公司法第202條：「公司業務之執行，由董事會決定之。除本法或章程規定，應由股東會決議之事項外，均得由董事會決議行之。」則除公司法或公司章程中已明文列舉股東會決議之事項外，其未列舉之事項，亦宜解為劃歸董事會權限。至於常務董事會或董事會決議解任之出席人數及決議方法，可準照公司法第二百零八條第一項規定之董事會選任董事長、副董事長、常務董事或董事會選任董事長、副董事長之出席人數及決議方法行之。此外，則董事長、副董事長、副董事長或常務董事仍得因股東會決議解除其董事職務而當然去職。

二、本部72年1月25日經（72）商03490號函釋不再援用。

## 貳、裁判解任董事：

### 一、法規內容：

#### ●\*公司法 § 200

董事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，股東會未為決議將其解任時，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，於股東會後三十日內，訴請法院裁判之。

### 二、「未為決議將其解任」之前提：

(一)解任案曾提出於股東會但未通過。

(二)訴請裁判解任之股東必須「於決議時贊同解任」，否則無異使股東任意翻覆，違反誠信原則。

三、解任董事之訴之被告：應列「公司與董事為共同被告」，因委任關係對於公司或董事而言是否消滅有合一確定之必要性。

<sup>31</sup> 劉連煌（2018），現代公司法，增訂十三版，頁479，新學林。

<sup>32</sup> 柯芳枝（2005），公司法論（下），頁271，三民書局。

<sup>33</sup> 林國全（1999），股東會決議解任董監事之研究，月旦法學雜誌，第47期，頁110-111。

#### 四、投資人保護法之規定：

##### (一)法規內容：

###### ● 投資人保護法 § 10-1 (節錄)

I 保護機構辦理前條第一項業務，發現上市、上櫃或興櫃公司之董事或監察人，有證券交易法第一百五十五條、第一百五十七條之一或期貨交易法第一百零六條至第一百零八條規定之情事，或執行業務有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得依下列規定辦理：

一、以書面請求公司之監察人為公司對董事提起訴訟，或請求公司之董事會為公司對監察人提起訴訟，或請求公司對已卸任之董事或監察人提起訴訟。監察人、董事會或公司自保護機構請求之日起三十日內不提起訴訟時，保護機構得為公司提起訴訟，不受公司法第二百十四條及第二百二十七條準用第二百十四條之限制。

二、訴請法院裁判解任公司之董事或監察人，不受公司法第二百條及第二百二十七條準用第二百條之限制，且解任事由不以起訴時任期內發生者為限。

VII 第一項第二款之董事或監察人，經法院裁判解任確定後，自裁判確定日起，三年內不得充任上市、上櫃或興櫃公司之董事、監察人及依公司法第二十七條第一項規定受指定代表行使職務之自然人，其已充任者，當然解任。

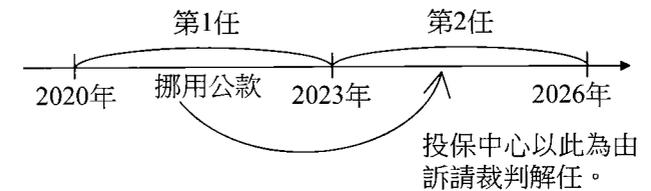
IX 公司已依法設置審計委員會者，第一項及第六項所稱監察人，指審計委員會或其獨立董事成員。

##### (二)投資人保護中心起訴解任董事之特別規定：

1. 僅限於上市上櫃及興櫃公司。
2. 不受持股3%之限制。
3. 不受提出於股東會而未為決議之限制。

#### 4. 第1項第2款明文得跨任期解任：

(1) 跨任期解任之意義：所謂跨任期解任，就是以董事第一任期的不法行為為由，解任董事第二任的任期。例如A公司之董事甲於第一任之任期挪用公款，於選上第二任後方為投保中心發現。則若解為不得跨任期解任，將使投保中心只要未能於第一任期屆滿前解任之，就無法使甲自董事之職位離開，無從排除不適任之董事而保障公司股東。故投資人保護法第10條之1第1項第2款明定解任之事由不以起訴之任期內發生者為限。



(2) 立法目的：投保中心具公益性，董事不因時空轉變而異其不適任之本質。行為人之不法行為發現不易，如投保中心於其任期行將屆滿之際，或於任期屆滿後始發現，即不得請求法院裁判解任，將無從實現保障公司、股東及證券交易市場之目的

(3) 實務見解：

###### 🔪 最高法院106年度台上字第2658號民事判決

證券投資人及期貨交易人保護法（下稱「投保法」）第10條之1第1項第2款規定，就具公益性質之上訴人辦理同法第10條第1項業務，「發現」董事或監察人有上開情事，得不受公司法相關規定之限制，而有訴請法院裁判解任權，俾得充分督促公司管理階層善盡忠實義務，以達保護公司、股東之目的，建立公平及安全之交易環

境。又衡諸上訴人「發現」之時點，與董事、監察人所為行為或事項之時點，常有時間上差距，且行為人對其行為當多所匿飾，發現不易，如上訴人於其任期將屆滿之際，或於任期屆滿後始發現，均不得依該規定請求法院裁判解任，將無從實現保障公司、股東及證券交易市場之目的，豈是立法本旨，應解為上訴人發現董事或監察人所為上開行為或事項，在客觀上足認其繼續擔任職務，將使公司、股東或證券交易市場受有重大損害，而不適任其職務，即足當之，不以該行為或事項發生於起訴時之當次任期為限。

5. 引進類似於英國董事失格制度（Director Disqualification）之機制。

第7項之立法理由略為「為保障投資人權益及促進證券市場健全發展，其一旦經裁判解任確定後，即不應在一定期間內繼續擔任公司董事、監察人，以避免影響公司治理及危害公司之經營。」故引進類似於英國之董事失格制度，規定經本條裁判解任之人，三年內不得擔任董事、監察人或法人董監事之代表人。

### 參、董事之當然解任：

一、意義：董事之當然解任係指董事一旦違反某些特定法規，不待公司為意思表示或者股東會決議即發生解任之效果。

#### 二、當然解任之情形：

- (一) 董事任期屆滿而遲不改選（§ 195 II）。
- (二) 公開發行公司董事轉讓持股超過選任時之1/2（§ 197）。
- (三) 有消極資格之情事（§ 192準用§ 30）。

#### 三、第199條之1法定提前解任董事：

(一) 法規內容：

#### ● 公司法 § 199-1

- I 股東會於董事任期末屆滿前，改選全體董事者，如未決議董事於任期屆滿始為解任，視為提前解任。
- II 前項改選，應有代表已發行股份總數過半數股東之出席。

(二) 立法目的：依照公司法第195條第1項，董事採任期制且一任不得超過三年，公司每年之股東會日期不一定相同，假設某公司之董事任期為三年，若三年前之股東會為6月15日召開，三年後的今日於5月30日召開改選董事，則上一任之日期其實並未屆滿，但實務上為便宜行事，會於選任出新董事時使新董事就任，而舊董事即便任期尚未屆至亦提前解任。本條文有助於使上任解任之日期有明確規範、經營階層改組順遂、順利引進新資金與團隊。

#### (三) 構成要件<sup>34</sup>：

- 1. 提前改選董事。
- 2. 改選「全體」董事。
- 3. 並未同時決議現任董事於任期屆滿時始為解任。

### 爭點限時通

#### 【依本條被解任之董事可否請求損害賠償？】

(一) 問題意識：本條之解任門檻為普通決議，而同法第199條之解任門檻為特別決議，公司可能濫用第199條之1之低門檻達成第199條決議解任與其對立之董事之目的，且依照第199條之1解任應屬「有正當理由解任」而不用負第199條第1項之損害賠償責任。

(二) 解決方式：學者認為並非依照第199條之1解任即屬有正當理

<sup>34</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁503，新學林。

由，應個案判斷<sup>35</sup>。實務見解認為於依照第199條之1解任之情形，應回歸董事與公司間之民法委任契約規定請求賠償。

 最高法院98年台上字第2261號民事判決

至股東會於董事任期未屆滿前，任意決議改選全體董事、監察人，經視為提前解任之董事、監察人尚非不得依民法委任規定，請求損害賠償。

(四)決議之方法：依照實務見解，做成改選決議之前，不需要先做成「同意改選全體董監事之決議」，直接有已發行股份總數過半數股東出席，再依照第198條方式選任即可。

 最高法院105年台上字第797號民事判決

上訴人以系爭股東會未先就要否同意全體董事、監察人改選之決議，即逕為進行董事、監察人改選程序，違反公司法第199條之1規定為由，主張其決議方法有瑕疵，應予撤銷，亦非有據。

### 肆、比較法之借鏡——英國董事失格制度 (Director Disqualification)：

- 一、制度目的：維護公司治理，確保排除不適任之人擔任董事，但非以處罰董事為主要目的。
- 二、失格事由：嚴重破壞公司治理、破壞經營。英國《1986年董事失格法》即有規定如董事犯了可追訴之犯罪（§2）、持續違反公司法（§3、§5）、依英國《2006年公司法》之詐欺交易罪被判刑（§4）、不勝任董事（§6、§7、§9）均得宣告董事失格<sup>36</sup>。

<sup>35</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁504，新學林。

<sup>36</sup> Charles Wild and Stuart Weinstein, Smith and Keenan's company law, fifteenth edition, Harlow: Pearson, (2011), at 419-420.

三、失格方式：以行政和解或法院判決之方式宣告董事失格，行政和解可能僅宣告較短期間不得擔任董事，但若董事不從，將交由法院宣告，則其宣告失格之期間較長，可能達15年之久。

四、修法動向：107年原有欲引進，但因草案涉及刑責，而其構成要件來自英美法系，並不明確，且和我國法有所扞格。但109年新修正之投資人保護法第10條之1第7項有限度地於上市、上櫃及興櫃公司董事、監察人經裁判解任之情形規定其三年內不得擔任上市、上櫃或興櫃公司之董事、監察人及法人董監事之代表人，此為英國董事失格制度色彩之體現。

### 有題有真相

A股份有限公司（下稱A公司）設立於民國100年1月23日，以經營不動產開發為業，實收資本額為新台幣2億元，共發行普通股2,000萬股。甲、乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、癸等十人為原始股東，各持有A公司200萬股。經查，A公司設置董事三席，由甲、乙、丙擔任，並推選甲擔任董事長；設置監察人一席，由丁擔任。甲因職務之便，竟於民國104年間發包營建工程時，收取B營造公司之回扣新台幣1,000萬元，經B公司之員工檢舉，遭台北地檢署檢察官以背信罪起訴在案。試問：

- (一) 若監察人丁懷疑甲長期利用職權，以不當高價發包營建工程藉機收取回扣，雖屢次請求調閱及查核A公司之簿冊文件，但均遭A公司提供無直接關聯之資料加以搪塞，爰決定聲請法院選派檢查人，檢查公司業務帳目及財產情形，法院應否准許？（20分）
- (二) 若監察人丁認為甲已不適合擔任董事，爰依法於民國105年3月23日召開臨時股東會，提案解任甲之董事職位，甲則於臨時股東會上喊冤，博取同情，股東戊聽信其說辭，對於解任董事甲之議案投下棄權票，致股東會未能通過決議將甲解任。詎料於股東會決議之隔

日，甲遭台灣台北地方法院判決有罪，戊乃決定訴請法院裁判將甲解任，請問戊是否具備起訴股東之資格？（20分） 【105律師】

### 爭點分析

- (一) 第一小題是在考聲請法院選派檢查人之規定，實務上關於監察人可否再聲請法院選派檢查人也有不同見解，所以這題也是盍各言爾志，可以得出不同的答案，兩方都加以論述可以讓答案看起來更完整。論述時要著重在「法條別無其他資格限制」以及「監察人權限已足以監督公司而無庸選派檢查人」之不同論點。
- (二) 第二小題則是在討論裁判解任董事的要件，公司法第200條規定「股東會未為決議將董事解任」時方可以由少數股東提起裁判解任，有論者認為這裡有民法第56條法理的適用，就是不能違反禁反言原則，但本題有反言嗎？是否有禁反言的必要？這是個可以論述的大重點，也是盍各言爾志囉！

### 擬答

(一)由於丁本身亦具有持股3%以上股東之身分，丁選任檢查人為其檢查公司帳冊法院應准許之：

1. 檢查人係為調查公司之設立程序或業務及財務狀況而設置之監督機關。設置之目的乃恐監察人與董事相處已久，礙於情面難以善盡監督之責，故於特定情形得透過與董監事無關之局外人進行調查與監督。然而，公司法第218條第1項規定監察人有業務監督權與簿冊查核權，其職權與檢查人高度重疊，且本案中並無監察人怠於監督之情形，縱認為監察人之專業性不足難以行使權利，其自得依公司法第218條第2項委託律師、會計師以補足其專業，法院自無准許其另外聲請檢查人之必要。

2. 然而，實務見解認為，公司法第245條第1項所定聲請選派檢查人之規定，除具備繼續一年以上持有已發行股份總數3%之股東之要件外，別無其他資格之限制。本題丁除了身為監察人以外，亦持股10%，自符合持股3%以上股東之要件，依照公司法第245條第1項似無不許其以股東身分選任檢查人之理。本文以為，既然法律並未設有排除之規定，應得由監察人自己選擇聲請法院選派檢查人或依公司法第218條第2項委託律師或會計師，本文認為後說較為可採。

(二)戊應具備解任董事之起訴資格，理由如下：

1. 根據公司法第200條之規定，持股3%以上之股東有資格起訴解任董事，本題甲董事收受回扣，可能因此在選擇包商時不選擇對公司有有利者而選擇有私利可圖者，實違反董事之忠實義務（fiduciary duty），解釋上可認為有公司法第200條重大損害公司之行為。
2. 實務見解認為裁判解任董事之前提為依公司法第199條決議解任不成者始有適用，本題亦符合此一要件。
3. 起訴股東是否以決議時贊成解任者為限？有論者認為裁判解任之訴應有民法第56條法理之適用以落實禁反言原則，故應限於決議時贊成解任之股東始得提起解任董事之訴。該法理之適用固然立意良善，但本題情形股東戊被蒙在鼓裡做成決定，而非一開始不同意解任而事後反悔，自難謂有所謂「反言」，故依照禁反言原則之目的解釋，自仍應許股東戊具備起訴資格。
4. 董事失格制度（director disqualification）：本題甲董事未以公司利益為依歸，現行制度下若董事違法亂紀，僅能向法院提告，惟因司法審判曠日費時，判決確定時董事任期早已結束，造成顯不適任之人仍可繼續擔任董事。是以學者建議引入英國之董事失格制度，讓

不適任的董事脫離公司經營，確保股東及債權人利益，以維護社會公益。

## 第四節 公司經營權爭奪與定暫時狀態假處分

壹、定暫時狀態假處分的要件：

一、法規內容：

●民事訴訟法 § 538 (節錄)

I 於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。

二、要件：

(一)有爭執之法律關係存在。

(二)有定暫時狀態之必要。

1. 為防止發生重大之損害。
2. 為避免急迫之危險。
3. 其他相類情形。

貳、常見場合：

- 一、爭執選任董事之股東會決議無效、得撤銷或不成立。
- 二、公司與董事間之委任關係存否。

三、解任董事之訴。

參、常見法律效果：

限制或禁止董事行使一定職權。

肆、假處分之缺點：

- 一、本案訴訟為何不明確。
- 二、司法審理速度緩不濟急。
- 三、供擔保之擔保金過高，少數股東難以負擔。

**學者評釋** 【曾宛如老師、黃銘傑老師】

過往許多循假處分救濟之經營權爭奪案件，其假處分之聲請會因法院之法律見解不同而時而獲得肯認，相對人抗告後又被廢棄，導致緩不濟急、風險極高。亦有公司認知到假處分之不利益，而改以提起「將來不行為給付之訴」避免公司派做出違反其利益之行為，但即便該等訴訟一審勝訴而法院准予假執行，被告仍常可供擔保以免假執行，原告取得假執行之利益盡失<sup>37</sup>。

## 第五節 董事競業禁止義務與臨時動議

壹、董事競業禁止之立法意旨：

<sup>37</sup> 曾宛如、黃銘傑 (2015)，股東會之戰國時代——合縱連橫下股東會法制應有自處之道，頁96，元照。

## 一、法規內容：

### ● 公司法 § 209

- I 董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可。
- II 股東會為前項許可之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。
- III 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。
- IV 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。
- V 董事違反第一項之規定，為自己或他人為該行為時，股東會得以決議，將該行為之所得視為公司之所得。但自所得產生後逾一年者，不在此限。

二、立法目的：若董事在公司以外得與公司自由競業，可能會利用其自公司取得之機密謀取自己利益而有害公司，故非經股東會之決議許可不得為之。

## 貳、競業之許可：

- 一、不得以臨時動議為之（公司法 § 172 V、證交法 § 26-1），若以臨時動議為之則該股東會決議屬於召集程序違法而得撤銷（§ 189），學者並認為以臨時動議為之侵害程序甚鉅，並非「事實非屬重大且於決議無影響」不得依第189條之1裁量不撤銷<sup>38</sup>。
- 二、應以股東會特別決議許可。
- 三、具體行為個別許可（每一次的競業行為都要經過一次許可，不可

<sup>38</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁512，新學林。

概括許可某董事以後均可競業），概括許可無法達成第209條所要求的「對股東會說明其行為之重要內容」。

四、公司已著手開辦或暫停之業務亦須經許可。

## 參、違反競業禁止之效果：

- 一、效果：公司法第209條第5項股東會得於董事競業之所得產生後一年內以決議，將該行為之所得視為公司之所得（對董事行使歸入權）。
- 二、立法建議（劉連煜老師）<sup>39</sup>：學者認為，股東會常被大股東所把持，而這些大股東同時也是與公司競業而要被決議行使歸入權的董事，故要在股東會通過對董事行使歸入權之議案十分困難。應參考證券交易法第157條第1項之立法模式「強制公司行使歸入權」而無待決議。

## 筆者的話

雖然立法上強制公司對董事行使歸入權似乎得避免公司袒護董事，但上有政策，下有對策，實務上即便是證券交易法第157條強制歸入的案件，也會出現公司委任律師去提起訴訟，但故意放水打輸，導致無法歸入的情形。就像韓劇《漢摩拉比小姐》（以下有雷XD）中，有一名廣告公司的部長性騷擾女實習生，在實習生的控訴之下，以及該廣告公司所接的化妝品廣告的化妝品公司眾多女性消費者的壓力之下，廣告公司不得已將該位部長解雇。但解雇之後，部長提起非法解雇的訴訟控告之前所任職的廣告公司，法庭上卻發現被告方的律師怠於詰問，就是想故意放水讓部長勝訴回到公司任職。由此可見，法律規定要起訴可能是一回事，實際上訴訟怎麼進行，有沒有辦法達到效

<sup>39</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁510，新學林。

果，又是另外一回事了。

**爭點限時通**

**【100%持股之母子公司董事兼充時，是否仍有董事競業禁止之問題？】**

(一)經濟部採否定說：若母公司「100%」持有子公司時，雖為兩個法人格但經濟上實為一體，二者並無利益衝突可言，應可解除董事競業禁止之規定。

(二)經濟部函釋：

 101.10.11經商字第10102435880號

按公司法第32條、第209條第1項之立法理由係為避免董事或經理人之利益與公司之利益產生衝突，導致董事或經理人未忠實履行自己的職責，另行經營同類業務，進而損及公司的利益。惟若董事兼任經營同類業務之他公司董事或經理人，而該二公司為百分之百母子關係時，在法律上雖為二獨立法人格公司，但在經濟意義上實為一體，二者之間並無利益衝突可言。故應認為於此情形下之董事或經理人兼充，並不構成公司法第32條、第209條競業行為。本部95年10月12日經商字第09500626690號函應予補充。

**有題有真相**

甲為公開發行股票公司（下稱甲公司），A為其董事長。甲公司以五金零件製造及外銷為業，獲利良好，惟甲公司之股票未上市也未在證券商營業處所買賣。上市公司乙向A提出與甲公司股份轉換之提案，A乃透過管道先向部分股東收購其持股。當股份轉換之消息曝光後，許多投資人出高價向甲公司之員工購買股份，A也順勢賣出部分持股。甲公司

之股東B反對此一股份轉換之提案，適值甲公司之董監任期已屆滿，B擬爭取經營權。A得悉B逐漸取得多數股東支持，遂決定不召開股東會改選董監。B不滿股東會遲未召開，向主管機關檢舉，主管機關發函甲公司限期命其改選董監，惟A皆置之不理。改選期限屆滿後A仍繼續主導公司之一切事務，其間適逢甲公司最大客戶丙公司派代表來臺商議未來三年之訂單，A將丙公司之代表帶往A私下設立之五金零件公司丁，成功的使丙公司轉向丁公司下單。嗣後B發現公司最大客戶流失，於履踐法定程序後，就甲公司喪失訂單一事向A主張歸入權，A則以其於主管機關所訂期限屆滿後已非公司之董事，故非歸入權行使之對象為抗辯。請附理由說明甲公司對A購買股份之行為得為何種主張？又上述A對歸入權之抗辯有無理由？（40分）

【101律師】

**爭點分析**

- (一) 第一個問題應分析A董事利用公司資訊買賣股票套利違反何種忠實義務，並且應討論甲公司對A得請求損害賠償與歸入權。
- (二) 第二個問題涉及實質上負責人的認定，答題時應明確指出A究竟為何一類型？若符合實質上負責人之要件，記得討論其是否負忠實義務、是否違反忠實義務，與其違反的種類，並應一併注意與公司競業之特殊形態在公司法第209條另有規定，該條第5項亦有獨立的歸入權規定。最後再以歸入權的適用與立法理由為本題下結論。

**擬答**

(一) 甲公司對A購買股份之行為可以主張公司法第23條第1項之損害賠償與同條第3項之歸入權：

1. A為公司法第8條第1項所稱之負責人：依照公司法第8條第1項後段，A為甲公司之董事長，自有董事身分而該當本條項所稱之負責人，合先敘明。

2. A違反公司法第23條第1項之忠實義務 (fiduciary duty)：公司法第23條第1項規定董事應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，此乃被認為係比較法上所稱之忠實義務 (fiduciary duty) 的內涵，本題A低價購買甲公司股份以高價賣給乙公司來套利滿足一己之私益，這行為使這些高低價之價差本應歸屬於甲公司股東卻由A一人獨得，完全違反忠實義務中的善意義務 (duty of good faith) 與忠誠義務 (duty of loyalty) 中的利用公司資訊的利益衝突 (conflict of interest)。

3. A應依公司法第23條第1項對公司損害賠償並依同條第3項將所得利益歸入公司：甲公司因A上開行為而受有損害，可以依照公司法第23條第1項請求損害賠償，但單純損害賠償似不足以阻止該等行徑，故同條第3項有歸入權之規定，甲公司得請求A董事長將套利所得之價差全數歸入公司。

(二)A之抗辯全無理由，甲公司仍可行使歸入權：

1. A仍為事實上董事：本題A抗辯其於使丙公司轉向丁公司下單時已經任期屆滿依照公司法第195條第2項當然解任，雖然其已經非屬法律上董事，但本題情形A仍然主導公司一切事務，依照公司法第8條第3項，自不妨礙事實上董事 (de facto director) 之成立。依照我國法事實上董事雖非董事，但仍與董事同負責任。

2. A違反公司法第23條第1項之忠實義務 (fiduciary duty)：本題A將丙公司引導向自己之丁公司下單，A之所以知道丙公司的需求並能接觸到丙公司都是因為A在甲公司任職的關係，故本題A違反董事忠實義務 (fiduciary duty) 中的忠誠義務 (duty of loyalty) 的利用公司資訊與機會之類型，自不待言。而此一將客戶丙帶往丁公司並使

其下單之行為乃屬於與公司競業，A並未將此事向股東會說明並經許可，有違公司法第209條第1項之規定。

3. 甲公司依公司法第23條第3項、第209條第5項得對A主張行使歸入權，A之抗辯無理由：歸入權之行使旨在使董事吐還利益，A因性質上乃事實上董事而與董事同負責任。有認為我國實質負責人屬於「非董事」，故不需負擔董事之忠實義務。只有在法律上董事負責任時，實質負責人與之同負責任，但若無法律上董事應負責任時，實質負責人不會單獨負任何法律責任。本文以為，事實上董事雖與公司不存在法律上之契約關係，但事實上居於與法律上董事相同之地位，應與公司董事負相同之義務與責任，A自應負公司法第23條第3項與第209條第5項之歸入權責任。附帶言之，A董事之行為乃將公司利益拋在腦後，以自己私益為依歸，應引進英國董事失格制度 (director disqualification) 以使其透過判決或行政和解暫時失格以維護投資人利益與社會公益，併此敘明。

## 第六節 董事之責任

壹、董事責任之態樣：

一、請求權基礎：

●公司法 § 193

I 董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議。

II 董事會之決議，違反前項規定，致公司受損害時，參與決議之董

事，對於公司負賠償之責；但經表示異議之董事，有紀錄或書面聲明可證者，免其責任。

● 公司法 § 23

- I 公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。
- II 公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。
- III 公司負責人對於違反第一項之規定，為自己或他人為該行為時，股東會得以決議，將該行為之所得視為公司之所得。但自所得產生後逾一年者，不在此限。

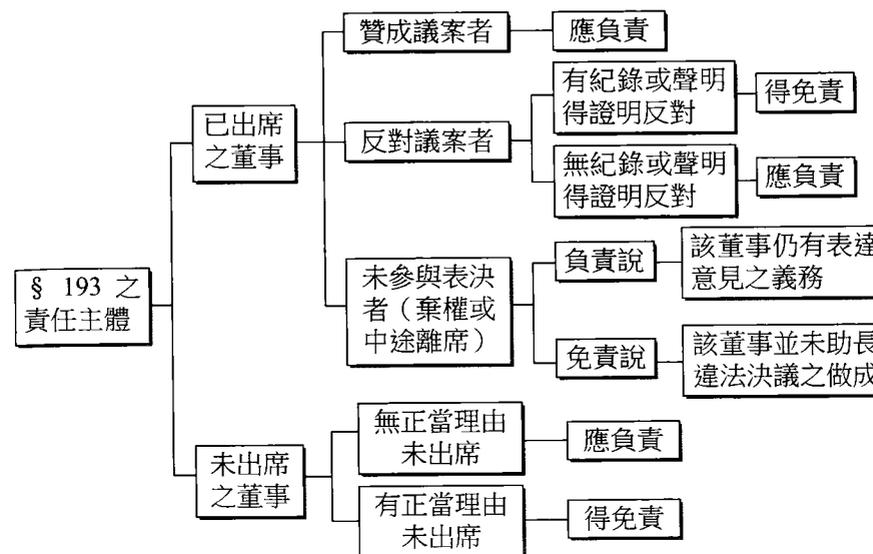
二、不同請求權基礎之適用時機：

(一) 公司法第23與193條之適用主體區別：違反法令或章程之行為係基於違法之董事會決議時，則請求權基礎為第193條，但若董事會決議合法，但董事之個人行為違反忠實義務或該事項未經董事會決議，乃董事自作主張而為之者，則應討論第23條為請求權基礎<sup>40</sup>。

(續接次頁)

<sup>40</sup> 考試時，建議董事會決議違法之情形，得先假設董事會決議違法討論第193條，再以退萬步言之方式假設董事會決議合法而討論第23條之請求權基礎，可使答案較為完整豐富。

(二) 公司法第193條之適用主體：



三、董事之責任綜覽：

- (一) 重要：違法轉投資責任 (§ 13)、違法貸放公司資金責任 (§ 15)、違法保證責任 (§ 16)、忠實義務(fiduciary duty)違反 (§ 23)。
- (二) 次重要：資本不實責任 (§ 9)、違反股份回籠禁止 (§ 167)、撤銷發行公司債之核准 (§ 251)、違法變更公司債用途 (§ 259)、逾期未完成發行新股程序 (§ 276)。

貳、董事責任與監察人責任之關聯：

為避免董監掛勾，故公司法第226條加重監察人責任，監察人對公司或第三人負損害賠償責任，而董事亦負其責任時，該監察人及董事為連帶債務人。

### 參、董監責任之解除：

公司法第231條規定「各項表冊經股東會決議承認後，視為公司已解除董事及監察人之責任。但董事或監察人有不法行為者，不在此限。」

### 肆、董監責任之追究：

#### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 212

股東會決議對於董事提起訴訟時，公司應自決議之日起三十日內提起之。

##### ●公司法 § 213

公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人。

##### ●公司法 § 214

I 繼續六個月以上，持有已發行股份總數百分之一以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。

II 監察人自有前項之請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟；股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保；如因敗訴，致公司受有損害，起訴之股東，對於公司負賠償之責。

III 股東提起前項訴訟，其裁判費超過新臺幣六十萬元部分暫免徵收。

IV 第二項訴訟，法院得依聲請為原告選任律師為訴訟代理人。

##### ●公司法 § 215

I 提起前條第二項訴訟所依據之事實，顯屬虛構，經終局判決確定時，提起此項訴訟之股東，對於被訴之董事，因此訴訟所受之損害，負賠償責任。

II 提起前條第二項訴訟所依據之事實，顯屬實在，經終局判決確定

時，被訴之董事，對於起訴之股東，因此訴訟所受之損害，負賠償責任。

#### 二、對董事起訴之途徑：

(一)以股東會決議，監察人代表為原則（§ 212、§ 213）。

(二)少數股東請求監察人起訴為例外（§ 214 I）。

(三)少數股東提起代表訴訟為例外的例外（§ 214 II）。

(四)監察人基於職權對董事起訴（是否合法有爭議）。

#### 三、少數股東代位訴訟介紹：

(一)立法目的：股東會為大股東所把持而通常大股東身兼董事，常難以決議對董事起訴，故為加強公司治理，應給予少數股東提起股東代位訴訟（代表訴訟）之機會。

(二)要件：繼續6個月以上，持股1%以上，書面請監察人起訴訟而監察人30日內未起訴。

#### 筆者的話

通說認為監察人不得主動對董事提起訴訟，僅能於發現董事之不法行為時召集股東臨時會對董事起訴。但該方法可能曠日廢時，且又有股東會未能通過決議的風險。若監察人自己即係股東，同時符合第214條之資格，是否得自己請求自己對董事會起訴，目前似無定論，考試建議肯否兩說並陳<sup>41</sup>。

#### (三)現行代表訴訟之缺失與立法建議：

1. 現行公司法第215條規定若股東起訴後敗訴致公司受有損害，股東應負賠償責任，但若獲得勝訴則利益歸屬公司，此將使股

<sup>41</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁242，元照。此處引用周振鋒、洪秀芬部分。

- 東承受重大風險而不願意提起訴訟，致法規效果不彰。
2. 公司法第214條第1項規定持股期間與持股比例限制為持股6個月以上1%之股東，於上市上櫃之大型公司此標準難以達成，門檻應再放寬。
  3. 監察人或審計委員會成員怠於提起訴訟時，股東方可起訴，但學者認為於急迫情形時，若等待30日可能使公司有難以回復之損害者，應立法許其得逕為起訴<sup>42</sup>。
  4. 現行公司法第214條第2項規定法院得因被告之聲請命原告預供擔保，但學者認為應立法規定須由被告釋明原告之起訴為不當時法院方能命原告供擔保<sup>43</sup>。
  5. 律師費及其他因訴訟所支出之必要費用的請求亦應立法允許股東於勝訴時得向公司請求。

#### (四) 投資人保護法之特別規定：

##### 1. 法規內容：

##### ● 證券投資人及期貨交易人保護法 § 10-1 (節錄)

I 保護機構辦理前條第一項業務，發現上市、上櫃或興櫃公司之董事或監察人，有證券交易法第一百五十五條、第一百五十七條之一或期貨交易法第一百零六條至第一百零八條規定之情事，或執行業務有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得依下列規定辦理：

- 一、以書面請求公司之監察人為公司對董事提起訴訟，或請求公司之董事會為公司對監察人提起訴訟，或請求公司對已卸任之董事或監察人提起訴訟。監察人、董事會或公司自保護機構請求之日起三十日內不提起訴訟時，保護機構得為公司提起訴訟，不受公司法第二百十四條及第二百二十

七條準用第二百十四條之限制。

- 二、訴請法院裁判解任公司之董事或監察人，不受公司法第二百條及第二百二十七條準用第二百條之限制，且解任事由不以起訴時任期內發生者為限。

IX 公司已依法設置審計委員會者，第一項及第六項所稱監察人，指審計委員會或其獨立董事成員。

2. 適用說明：投資人保護法第10條之1第1項第1款規定請求公司之監察人為公司對董事提起訴訟，或請求公司之董事會為公司對監察人提起訴訟。監察人或董事會自保護機構請求之日起30日內不提起訴訟時，保護機構得為公司提起訴訟，不受公司法第214及227條準用第214條之限制。保護機構之請求，應以書面為之。

#### 爭點限時通

#### 【少數股東或投資人保護中心得否代位公司對於「已卸任之董事或監察人」提起訴訟？】

(一) 問題意識：公司法第214條與109年修正前投資人保護法第10條之1關於代位訴訟之規定，皆僅提及「對董事」之訴訟。但倘若起訴時，該名被究責之董事已經卸任，則少數股東或投保中心得否代位公司對於該名「已卸任之董事」提起訴訟？

#### (二) 實務見解：

1. 對於已卸任董事之訴訟，最高法院認為無須適用第213條之規定由監察人或股東會選任之人代表公司，董事會得自行決議對已卸任之董事提起訴訟，並由董事長代表公司起訴。

#### ⚖️ 最高法院103年台抗字第603號民事裁定

按股份有限公司之董事係以合議方式決定公司業務之執行，於公司與董事間訴訟，為避免董事代表公司恐循同事

<sup>42</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁531，新學林。

<sup>43</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁532，新學林。

之情，損及公司利益，故公司法第213條規定，應由監察人或股東會另選之人代表公司為訴訟。而該為訴訟當事人之董事倘已不具董事資格，既不復有此顧慮，且非屬公司與董事間訴訟，自無適用上開規定之餘地，亦不生對其起訴是否應經股東會決議之問題。

2. 針對109年修正前投資人保護法第10條之1之規定，最高法院認為依據前開最高法院103年台抗字第603號民事裁定之法理，對已卸任董事起訴究責之權限乃歸屬於現任董事會，投保中心不宜越俎代庖剝奪現任董事會對已卸任董事起訴之權利。故最高法院認為109年修正前投資人保護法第10條之1之代位訴訟，不及於對已卸任之董事起訴。倘現任董事怠於追究已卸任董事之責任，應追究現任董事違反忠實義務之責任。

#### 最高法院106年台上字第2420號民事判決

該款既係為使保護機構得充分監督公司現任管理階層善盡忠實義務而設，其代表訴訟權自不及於已卸任董事、監察人，此觀諸同條項第2款規定保護機構訴請裁判解任者，亦以現為公司董事、監察人為對象，始有裁判解任可言即明。且卸任董事、監察人倘於任職公司期間有上開情事致公司受有損害，原應由現任董事、監察人依股東會決議或依法代表公司對之追償，如渠等怠於為之，即生是否善盡忠實義務，保護機構得否依投保法第10條之1第1項第1款規定督促渠等之問題。

- (三)學者見解（張心悌老師）<sup>44</sup>：最高法院103年台抗字第603號民事裁定認為「卸任董事由董事長代表公司起訴」合法，目的在於降低公司對卸任董事起訴之障礙（無須另派監察人或經股東會選任代表人）。但最高法院卻用以限縮投保中心與監察人提

<sup>44</sup> 張心悌（2017），對卸任董事提起代表訴訟之限制——評臺灣高等法院106年度金上字第5號民事判決，裁判時報，第66期，頁46-52。

起訴訟之權限。故應擴張解釋公司法第214條與109年修正前投資人保護法第10條之1，使少數股東或投保中心得對「已卸任之董事」究責，以強化公司治理，嚇阻董事之不法行為。

- (四)修法動向：109年修正後投資人保護法第10條之1第1項第1款已經明確規定投保中心得代位公司對於已卸任之董事或監察人提起訴訟，故以後將因立法明文而解決投保法之問題。但公司法之部分，按照最高法院103年台抗字第603號民事裁定之法理，固然得由董事會決議對已卸任之董事起訴，但當董事會怠於為之時，應得參照學者見解與修正後投資人保護法之規定，將公司法第214條之代位訴訟擴張解釋為得對已卸任之董事、監察人提起。

#### 四、比較法之借鏡——英國不公平侵害救濟制度（Protection of Members Against Unfair Prejudice）<sup>45</sup>：

- (一)制度設計：公司執行事務之方法不利於全體股東或某些特定股東之利益、已經或準備從事之行為將產生不利益之際，少數股東得向法院聲請一定之救濟。

#### (二)救濟方式：

1. 就公司未來事務之處理加以規範。
2. 命公司為或不為特定行為。
3. 授權聲請人依法院指示提起民事訴訟。
4. 命公司若無法院之許可不得修改章程。
5. 命公司或某些股東向聲請人收買股份。

<sup>45</sup> Stuart Sime, Margot Taylor, Company Law in Practice, tenth Edition, London and New York: Oxford University Press, (2013).

### 筆者的話

我國公司之少數股東受到多數股東壓迫之情形亦非少見，如有盈餘時不分派，或者趁少數股東無多餘資力時辦理增資以稀釋其出資額之比例。此時若公司股票之流通性不夠，無法於意見不合時「用腳投票」，轉讓股份而離開公司，將形成公司經營之僵局。然而，若股東不惜與公司玉石俱焚，我國公司法第11條確實賦予股東另一個較為極端的選擇，亦即由股東主張公司之經營有顯著困難或重大損害，而聲請法院裁定解散公司。然而，公司之解散事關重大，可能使員工流離失所，並使經營已久而可能已有豐厚獲利之公司因股東間之爭執而頓時解散。法院對於此種聲請，似乎也在眾多考量之下難以輕言准許。當然，第11條可能為「以戰逼和」之手段，使多數股東因畏懼公司解散而願意與少數股東協調僵局之解決方法。但自另一個角度而言，或許多數股東因相信法院不會輕易解散公司而有恃無恐，聲請裁定解散亦可能淪為少數股東蒼白而無力的吶喊。

這樣的僵局在早期的英國也僅能依照破產法的規定請求法院命令公司進行「公平而合理的清算」(just and equitable winding up)使少數股東於清算完畢後能將投資之股款取回。但這樣的清算程序也將使原本獲利能力高的公司不再經營，且員工頓時失業，與我國公司法第11條裁定解散制度可謂同病相憐。西元1948年以後，英國公司法方引進除了清算公司以外的其他少數股東救濟手段，而逐漸演變成規定於the CA 2006第994條至第996條的「不公平侵害救濟制度」(Protection of members against unfair prejudice)。

### 筆者的話

說到少數股東面臨不公平侵害，筆者也曾經身歷其境，所以非常能夠體會(掩面啜泣)。筆者小時候很喜歡打《CS-絕對武力》，但我就是很爛又愛打。有一次跟一群網友一起玩，玩到一半發現右上方怎

麼跳出一個框框，寫「決議：將XXX踢出遊戲」我一看大驚！那XXX不就是我的ID嗎？過沒幾秒我的遊戲就閃退了，回到主畫面。雖然莫名有種被多數玩家不公平侵害的感覺，但可能我真的玩得太爛了XDDD，後來隨著年紀增長，我的CS槍法還是沒有進步，國考前跟學霸國考讀書會的作者紘宇連線對戰，他竟然叫我拿狙擊槍，然後自己拿小刀跟我打(他還打贏QQ)，根本是對筆者人性尊嚴的SIU辱，學公法的人都這樣嗎？(地圖砲)

## 伍、董事責任補償制度、保險制度與責任限制制度：

### 一、法規內容：

#### ●公司法§193-1

- I 公司得於董事任期內就其執行業務範圍依法應負之賠償責任投保責任保險。
- II 公司為董事投保責任保險或續保後，應將其責任保險之投保金額、承保範圍及保險費率等重要內容，提最近一次董事會報告。

二、立法說明：為降低並分散董事因錯誤或疏失行為而造成公司及股東重大損害之風險，參考外國立法例，增訂第1項，明定公司得為董事投保責任保險。

### 有題有真相

甲為公開發行公司(但其股票既未上市也未於證券商營業處所買賣)，A、B、C三家股份有限公司為三大主要法人股東。甲公司設有董事九席，其中六席係A、B、C依公司法第27條第2項各自指派二名代表當選；剩餘三席中，二席為獨立董事，最後一席則為乙。當初甲公司為

求網羅業界知名經營人才乙擔任公司之董事長，特於章程中規定董事長之報酬為公司每年稅後盈餘的百分之十。乙任職不久後發生金融風暴，公司盈餘大幅縮減。於是A、B、C等透過董事會提出章程修改案，並經股東會決議通過，將乙的報酬由百分之十減為百分之五。另一方面，B公司因投資虧損而發生資金缺口。B公司指派當選甲公司之董事丙身兼甲公司之財務長，於是B公司指示丙挪用甲公司之資金新台幣二億元供其周轉。不料，B公司之資金缺口持續擴大，無力償還。甲公司之小股東D持有公司股份僅有1.2%且才剛購入股份7個月，但於知情後，依法提起代位訴訟請求丙及B公司對甲公司負損害賠償之責。請附理由說明。

(一) 就上述甲公司修改董事長報酬一事，乙是否應受拘束？(25分)

(二) 小股東D能否提起該訴訟，若可以則其主張有無理由？(25分)

【改編自102台大法研】

### 爭點分析

(一) 本題涉及董事之報酬得否事後減額之問題，董事之報酬並不一定會訂明於公司章程，但本題顯然董事乙之報酬已訂明於A公司之章程，故可能乙於就任時即可預見將來有被修改之可能性。亦有認為董事報酬涉及委任契約，不得因股東會之決議當然變更契約之內容。更有認為董事報酬遭事後減額得請求損害賠償者。然而，本題減酬乃出自於金融風暴之不得已，故應以得減酬為結論較合理。

(二) 本題關於股東代位訴訟，這個制度的門檻於107年新修正公司法當中有適度的調降。實體上該少數股東的主張有無理由，要記得檢討忠實義務的內涵與影子董事的成立要件。本題代表人董事丙為法律上董事，法人股東B則要探討是否屬於影子董事，二者有無同負責任之問題。

### 擬答

(一) 本題涉及章程的性質，章程修改的界限對於少數股東的保護等議題，乙是否受該決議之拘束以下分述之：

1. 就本件乙是否受到股東會決議修改章程拘束一事乃契約法（民法）與組織法（公司法）之衝突，學說上有不同意見，分述如下：

(1) 肯定說：本題甲公司特提出章程修改案以修改乙董事之報酬，可見該公司之董監報酬已經明文訂定於章程內，乙董事於就任時便知道章程得隨時透過公司法第277條修改，對乙不造成任何突襲。

(2) 否定說：依公司法第192條第4項，公司與董事之關係以民法之委任關係定之，故報酬依照契約法理，應由雙方合意決定，不能單憑一方之決定而要求他方受拘束。

(3) 折衷說：本說認為董事之報酬依照公司法第196條第1項已經明文係由章程或股東會決議定之，在任期中減少董事之報酬固屬合法。但其對該董事有造成實質之不利益亦屬當然，故應類推適用公司法第199條解任董事之損害賠償責任提供乙向公司求償之管道。

(4) 本文以為本次修改董事報酬係因為金融海嘯來襲之情事變更，顯見公司之利益已然遠遠超越董事之私益，況該董事報酬乃盈餘之10%對公司支出之負擔之大顯而易見，倘若一概保護董事之信賴，可能使公司為了支付報酬而難以營運，故應使公司得依法行使權利修改章程所訂之報酬方屬妥當。

2. 比較法上之不公平侵害救濟（Protection of members Against unfair

prejudice)：倘若乙董事本身也具備股東之身分，則A、B、C三大股東合力提案修改章程以減少乙之報酬，可能構成多數股東侵害少數股東之情形，依照英國公司法，乙得提起不公平侵害救濟。但本文以為此次修改章程乃迫不得已，係因為公司營運已經面臨危機，且將乙董事報酬由10%盈餘降為5%仍屬優厚，再者，此一修改亦非只針對乙一人，而是以後歷任董事皆修改為5%，難謂係不公平侵害。

(二)本題涉及影子董事與法律上董事之忠實義務問題，而小股東D之主張認為係有理由，分述如下：

1. 丙董事之責任：丙董事乃B依公司法第27條第2項派出當選之代表人董事，性質上屬於法律上董事 (de jure director) 合先敘明。而公司法第23條第1項規定董事應對於公司負忠實義務 (fiduciary duty)。本題之丙為了B公司的利益不惜挪用公款，嚴重侵害甲公司之利益，顯然違反善意義務 (duty of good faith) 與忠誠義務 (duty of loyalty)。應負賠償責任乃屬當然。

2. B股東之責任：

(1) 影子董事：所謂影子董事 (shadow director) 在我國公司法第8條第3項乃指非董事之人躲在暗處操縱董事且對業務有控制支配之影響力而董事會有聽從其指令之慣習。且其影響之行為具有經常性、慣常性而非一次性。符合上開要件者應與董事同負民事、刑事及行政責任。本題甲公司為公開發行公司，而B又派丙當選董事，故B可躲在暗處經常性、慣常性地影響丙董事執行業務以達實質影響甲公司業務決策之目的，B應認為係甲公司之影子董事。

(2) 影子董事之責任：影子董事B要求丙為自己挪用公款之行為已實質上侵害甲公司之利益甚鉅，故應與法律上董事丙同負公司法第23條第1項之損害賠償責任。

3. D提起代位訴訟是否合法：

(1) 股東代位訴訟：本題顯然對於丙與B之行為，監察人並無起訴，若D股東滿足持有甲公司股份1%以上且持續6個月之條件，則可以依照公司法第214條第1項請求監察人對公司起訴，若監察人30日內仍不為之，則D股東可依第214條第2項對董事提起代位訴訟。

(2) 法規之修正過程：過去股東代位訴訟要求門檻過高，且若股東所指事實純屬虛構則要對公司賠償。小股東通常無法完全掌握消息之真實性，僅因事後被證明非事實即被要求高額賠償，導致小股東不敢冒險起訴，且即便代位訴訟獲得勝訴判決，其利益乃歸屬於公司而非股東個人，更是降低了股東起訴的誘因，此一制度是否真能達到監督董事之目的，不無疑義<sup>46</sup>。惟107年新修正公司法第214條將股東起訴之門檻降至繼續6個月以上持股1%，有助於少數股東監督公司之效果，而第3項超過60萬元以上之裁判費免徵亦可解決前開門檻過高之問題，第4項更新增聲請法院選任律師為訴訟代理人的規定，經過律師之專業訴訟意見，可以有效避免股東訴訟策略不當而招致敗訴。

46 107年台大研究所有考出立法批判，看到代位訴訟一定要寫出這段。

## 第七節 董事與公司間為法律行為之規範

### ● 公司法 § 223

董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表。

#### 壹、立法目的：

關係人交易（如董事與公司交易）固然有其優點，因公司無須再花費時間與金錢尋覓交易機會，且如交易雙方已有相當之信任基礎，可安心又快速進行交易。然而，關係人交易有利益衝突而被濫用之可能，故應特別管控規範<sup>47</sup>。於常見的關係人交易，亦即公司法第223條之情形，規定由監察人代表公司乃為避免利害衝突而損及公司利益<sup>48</sup>。

#### 貳、應受規範之法律行為：

公司法第223條所稱之「董事為自己與公司為法律行為」，指董事自己與自己任職之公司為法律行為之情形，例如A公司之董事甲將自己所有之土地出售給A公司，A公司不得由董事長代表與甲簽訂契約，而應派出監察人代表A公司。

本條所稱之「董事為他人與公司為法律行為」，指董事擔任他人之代表人或代理人而與自己任職之公司為法律行為之情形，例如A公司之董事甲同時擔任B公司之董事長，而甲代表B公司將B公司所有之土地出售給A

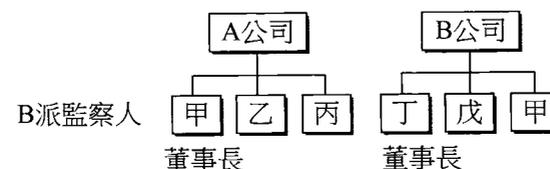
<sup>47</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁219，元照。此處引用周振峰、洪秀芬部分。

<sup>48</sup> 柯芳枝（2015），公司法論（下），頁43，三民書局。

公司，A公司不得由董事長代表與甲簽訂契約，而應派出監察人代表A公司。但董事為他人與公司為法律行為又可分為以下三種情形進行說明：

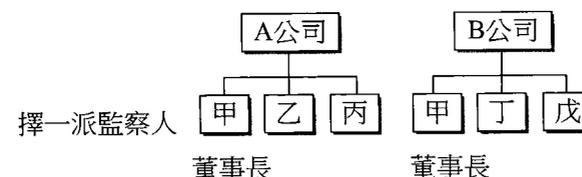
#### 一、共通董事在其中一公司擔任董事長，應由未擔任董事長之公司派監察人代表公司。

公司法第223條之「為他人」指甲代表A公司與原任職之B公司交易，該「他人」指A公司。故甲原任職之B公司應派監察人代表公司<sup>49</sup>。



#### 二、共通董事在二公司均擔任董事長，擇一派監察人代表公司。

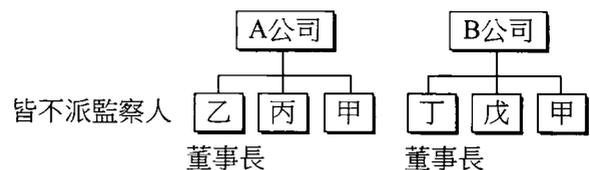
甲在二公司均擔任董事長，看似雙方均須派監察人，但其中一公司派監察人代表公司即足以滿足立法目的，故二公司擇一派監察人即可。



#### 三、共通董事在二公司均不擔任董事長，二公司均無須派監察人代表公司。

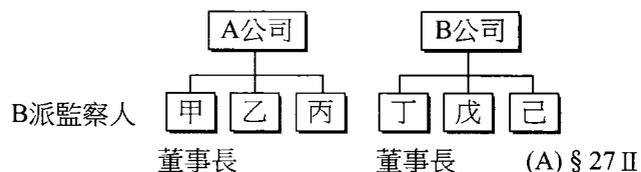
甲在二公司均未擔任董事長，所以不會「代表」任何人與公司交易，故雙方均不須派監察人。

<sup>49</sup> 這裡同學非常容易出錯，應特別注意！



**筆者的話**

如果甲董事是A公司之董事長，並未於B公司擔任董事，但A公司指派代表人已於B公司當選代表人董事。則有論者認為該情形之下「已在B公司之地位相當於A公司，又間接相當於甲存在於B公司」故與前開「一」之情形無異，A、B公司交易時，B公司應派監察人代表公司。



**爭點限時通**

**【若董事有第223條之情形，並未由監察人代表公司，則其交易之效力為何？】**

(一)無權代理效力未定說（實務見解、柯芳枝老師）：公司法第223條並非強行規定，違反者並非當然無效，倘公司（本人）事前許諾或事後承認，對於公司（本人）亦發生效力。此一法律行為本應由監察人決定，故亦應由監察人代表公司承認<sup>50</sup>。



最高法院98年台上字第2050號民事判決

公司法第223條規定，董事為自己或他人與公司為買賣、借貸

<sup>50</sup> 柯芳枝（2005），公司法論（下），頁292，三民書局。

或其他法律行為時，由監察人為公司之代表，旨在禁止雙方代表，以保護公司（本人）之利益，非為維護公益而設，自非強行規定，故董事與公司為借貸等法律行為違反該規定，並非當然無效，倘公司（本人）事前許諾或事後承認，對於公司（本人）亦發生效力，此觀民法第106條及第170條第1項之規定自明。

(二)相對無效說（黃銘傑老師）<sup>51</sup>：

1. 倘採取無權代理效力未定說，將使公司事後判斷該交易對公司有利即承認之，對公司不利則不承認，不僅與公司法第223條之規範理念與目的相違，並將公司內控失靈之風險及負擔轉嫁第三人，且無法防止公司投機之心態。
2. 未經監察人代表之自我交易，原則上無效，僅於交易相對人得舉證其合理且善意時，例外有效。
3. 此處之「善意」不應解為民法上之明知或可得而知，而應視該自我交易有無正當理由存在、董事是否謀諸私利、損害公司之利益而定。

**爭點限時通**

**【各監察人得否單獨代表公司？】**

(一)肯定說（學者見解、經濟部函釋）：

1. 洪秀芬老師<sup>52</sup>：公司法第223條監察人之代表權，本係其基於監督職務而行使之權限，係源自監察權而來，故仍有公司法第221條各監察人單獨行使職權之適用。

<sup>51</sup> 黃銘傑（2010），未經監察人代表公司所為董事與公司間交易之效力，裁判時報，第6期，頁77-85。

<sup>52</sup> 洪秀芬（2014），監察人對董事自我交易之代表權。——最高法院一〇〇年度台上字第一六七二號民事判決評析，裁判時報，第30期，頁28-39。

2. 黃銘傑老師<sup>53</sup>：監察人已有如第218條之2董事會列席權與董事違法行為制止請求權以及第220條股東會召集權等利益衝突防免機制，不必等到代表公司時才啟動監察權，故無由全體監察人代表公司之必要。

3. 經濟部函釋：

 經濟部101年9月3日經商字第10102112620號函

按公司法第223條規定：「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表」旨在防患董事礙於同事之情誼，致有犧牲公司利益之虞，故監察人為公司之代表時，應本諸該立法意旨實質審查該法律行為。又公司法第221條規定：「監察人各得單獨行使監察權。」準此，自無應由數監察人共同代表公司及組監察人會之可言。前經本部91年7月4日商字第09102132160號函釋在案。是以，董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人一人單獨為公司之代表即可。

(二) 否定說（實務見解）：監察人依照公司法第223條代表公司時非監察權之行使而係代表權之行使，無同法第221條之適用。

 最高法院100年台上字第1672號民事判決

董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表，公司法第221條、第223條定有明文。本條係規定監察人之代表權，而非監察權之行使，公司之監察人若有數人時，應由全體監察人共同代表公司與董事為買賣、借貸或其他法律行為。

<sup>53</sup> 黃銘傑（2012），監察人代表權之意涵、目的、功能及行使方式——最高法院一〇〇年度台上第九六四號、第一〇二六號判決評析，月旦法學雜誌，第208期，頁213-229。

**爭點限時通**

**【監察人代表公司為該法律行為前是否先經董事會決議？】**

(一) 實務見解：否定說。

最高法院認為監察人代表公司為該法律行為前不需先經董事會決議，方能避免利益衝突，並防範董事長礙於同事情誼而損及公司利益。此決議導出公司法第223條之適用下，監察人不但有「締約權」（代表公司簽名之權）亦有「議約權」（代表公司與董事談判之權）。

 最高法院100年度第3次民事庭會議決議

未依證券交易法規定發行股票之股份有限公司，其董事一人或數人為自己或他人與公司為法律行為時，倘該法律行為屬公司業務之執行，且非依公司法或章程規定應由股東會決議之事項者，於監察人代表公司為該法律行為前，是否應先經董事會之決議？

甲說（否定說）：不須先經董事會決議。

理由：參酌公司法第223條立法規範意旨，在於董事為自己或他人與本公司為買賣、借貸或其他法律行為時，不得同時作為公司之代表，以避免利害衝突，並防範董事長礙於同事情誼，而損及公司利益，故監察人代表公司與董事為法律行為時，無須經公司董事會之決議核准。

決議：採甲說。

(二) 學說見解：肯定說。

1. 劉連煜老師<sup>54</sup>：肯定說。應先經董事會決議表達公司有初步之交易意願，再交由監察人為交易條件實質審查或由監察人

<sup>54</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁540，新學林。

出面談判條件後，才代表公司進行與董事的交易行為，如此將可使公司利益受侵害的可能性降至最低。立法論上可規定涉及關係人交易時，均推定條件為不公平，並由交易人舉證交易條件為公平後，經主管機關之同意方可進行，此作法雖損及交易效率，但能有效防止利益輸送。

2. 黃銘傑老師<sup>55</sup>：最高法院關於「監察人代表公司無須先經董事會決議」之見解，已經賦予監察人其不應享有之權限，使僅具監察專業與職責之監察人，負擔經營判斷之責，並非妥適。公司法本身已有如第206條之資訊揭露與利益迴避之程序、監察人之董事會列席權與第218條之董事違法行為制止請求權以及第220條股東會召集權等利益衝突防免機制，並無「礙於同事情誼」而監察人無法監督之疑慮。何人代表公司並非重要。
3. 曾宛如老師<sup>56</sup>：既然資訊揭露與利益迴避之要件已臻明確，則由監察人代表公司締約之設計將不具意義。蓋依最高法院之見解，監察人代表公司非僅締約而已，尚且包含議約，故未經監察人代表公司締約時，其效果為效力未定，之後仍需由監察人之「同意」始得自始有效。現行法之立法理由對於未予重大資訊揭露之董事會決議定為無效。自我交易是典型的利益衝突，也就是第206條第2項的核心，如果是否交易之決定再於監察人，則設計董事會決議無效顯屬多餘（因為根本不須經董事會決議）。由此可見，自我交易之決策在忠實義務的思路脈絡下賦予董事會（由不具利害關係之董事組

55 黃銘傑（2012），監察人代表權之意涵、目的、功能及行使方式——最高法院一〇〇年度台上字第九六四號、第一〇二六號判決評析，月旦法學雜誌，第208期，頁213-229。

56 曾宛如（2012），新修正公司法評析，董事「認定」之重大變革暨董事忠實義務之具體化，月旦法學雜誌，第204期，頁129-141。

成）並無疑問，在此情形下，若採監察人僅有代表權而無議約權之說法，這種代表顯然也是畫蛇添足，畢竟重點在於議約而非最後「簽名」的動作。故監察人的角色無論採何種解釋均不能令人滿意，既然如此，刪除公司法第223條可還原公司法之整體設計。

### 爭點限時通

【設有審計委員會之公司，董事與公司交易時，應由獨立董事或審計委員會代表公司？】

學者見解（洪秀芬老師）<sup>57</sup>：設有審計委員會之公司，處理董事自我交易之問題時，因屬於「涉及董事自身利害關係之事項」故依據證交法第14條之5應先由審計委員會決議後，提董事會決議。而公司與董事交易時，究應由「審計委員會」或「個別獨立董事」代表公司，不無疑義。依據證券交易法第14條之4第4項與公開發行公司審計委員會行使職權辦法第5條第1項，公司法第223條之代表權似應得由個別獨立董事行使之。但自改善監督功能之角度而言，審計委員會屬於合議制，其監督功能應較獨立董事為佳，故當審計委員會與個別獨立董事皆有意願代表公司時，應優先由審計委員會為之。

### 爭點限時通

【獨立董事與公司交易時，應由何人代表公司？】

學者見解（洪秀芬老師）<sup>58</sup>：依據公司法第223條之意旨，獨立董事自我交易若由其他獨立董事或審計委員會代表公司，將可能發

57 洪秀芬（2014），獨立董事或審計委員會對董事自我交易之公司代表權，月旦法學教室，第142期，頁27-29。

58 洪秀芬（2014），獨立董事或審計委員會對董事自我交易之公司代表權，月旦法學教室，第142期，頁27-29。

生因同事情誼而有利益衝突之情事，故此解決方式與第223條之意旨相悖。而若因獨立董事與監察人性質相似，將獨立董事自我交易解釋為「監察人自我交易」，則公司法無特殊之規定，仍應由董事長代表，此將違反證券交易法第14條之4第3、4項。故現行法現此一問題僅能由其他獨立董事或審計委員會代表公司，但仍無較好之解決方式，現行法有修正之必要。

### 有題有真相

寶可夢股份有限公司（下稱甲公司）現有A、B、C、D、E等五名董事及X、Y、Z等三名監察人，A任該公司董事長。該公司因為精靈寶可夢遊戲風靡全球，看到妙娃種子就會喪心病狂的人越來越多，為迎合日益成長之需求，急需覓地建築新廠房以生產各種款式的妙娃種子，董事D因擁有一塊空置土地，遂極力向董事長A遊說甲公司購買該筆土地作為建廠用。嗣後，董事長A合法召集董事會並提出購買D所擁有該筆土地之議案，D因就該議案有利害關係故未出席該次董事會，亦未委託其他董事代理出席，該項議案經其他四位董事全體同意而通過。惟於該筆土地交易時，三名監察人中Y、Z等二名監察人並不看好該項交易，認為妙娃種子的銷路沒有董事會所講的那麼好，而且市場調查認為卡比獸比較可愛，購買土地蓋廠房來生產妙娃種子對公司並非有利而拒絕代表甲公司為之，但監察人X深信妙娃種子是最可愛的，而且科學家對其是植物還是動物尚有爭論，話題性甚高，將來肯定可以創造極佳業績而支持購買該筆土地，遂代表甲公司與D進行交易。問：

- (一) 甲公司上開董事會決議之效力如何？
- (二) 假設甲公司上開董事會決議係屬合法、有效之決議，則X代表甲公司與D進行交易之效力為何？
- (三) 假設甲公司上開董事會決議係屬合法、有效之決議，董事長逕行依此決議與D進行交易，該交易之效力為何？請詳述理由，回答上述

三項問題。（50分）

【改編自101台大法研】

### 爭點分析

- (一) 主要爭點是公司法第206條第2項利害關係的揭露義務應如何進行、與第206條第4項準用第178條之迴避義務是否會產生扞格？本題D董事為了避嫌而完全不出席董事會雖符合利益迴避的規定，但是否同時違反了他的說明義務呢？如果違反的話，董事會的效力如何呢？
- (二) 本小題則是假設了董事會的決議有效，而本題屬於第223條董事自我交易的情形，如果是監察人代表公司，那要不要全體共同為之呢？如果單獨為之效力如何？實務與學說的不同見解記得在本題並陳。
- (三) 董事長自己代表公司與董事交易，這樣的代表之下所為的交易效力為何？學說上有相對無效說與無權代表說，這是本題要琢磨的部分。

### 擬答

- (一) 上開董事會決議因程序瑕疵而無效，但此一無效之法律效果過於強烈，尚非全無可議之處，以下分述之：
  1. 本題甲公司購買系爭土地一事，應由董事會決議行之。  
依公司法第202條規定，公司業務之執行除法律或章程規定由股東會行之者外，均由董事會行之，而購買土地之系爭交易係為興建廠房以生產妙娃種子，自屬公司業務執行之事項，法律或章程並無明文規定應由股東會決定，故依公司法第202條應由董事會做成第206條第1項之普通決議決定是否購買系爭土地，合先敘明。
  2. D董事並未出席該次董事會亦未委託他人代理出席，滿足公司法第206條第4項準用第178條之規定。
    - (1) 公司法第178條規定股東於有自身利害關係且有害公司利益之虞時應迴避表決，而董事會之決議當中，亦可能因董事具有自身

利害關係而做成利己但不利公司之決議，故公司法第206條第4項準用第178條使有自身利害關係且有害公司利益之虞之董事迴避董事會中之表決。

(2) 本題D董事自始未出席董事會，亦未委託他人代理出席，可謂徹底迴避表決，並無違反前開義務。

3. D董事未對董事會說明自身利害關係已違反公司法第206條第2項之義務而使董事會因決議程序瑕疵而無效：

(1) 為健全公司治理並促使董事之行為透明化，公司法第206條第2項課予董事就自身之利害關係對董事會說明之義務，使董事會於資訊充足之狀態做成決定（informed decision）故董事不論於開會之前或事後，以書面或言語說明均無不可<sup>59</sup>，且此項揭露不可以只是被動答詢更應主動揭露<sup>60</sup>。本題D並未參與董事會亦未請人代理出席，更沒有遞書面而為說明，屬於說明義務的違反，董事會決議程序因D董事違反該義務而產生瑕疵，決議無效。

(2) 傳統公司法認為董事會召集成本不高，凡有瑕疵即令其無效，並且重為決議，以確保身為公司權力中樞之董事會決議毫無爭議<sup>61</sup>。晚近學者認為董事會效果只有有效與無效過於僵化，且效果太過強烈，恐非妥當。故學者建議於違反第206條第2項說明

<sup>59</sup> 曾宛如（2012），新修正公司法評析，董事「認定」之重大變革暨董事忠實義務之具體化，月旦法學雜誌，第204期，頁129-141。

<sup>60</sup> 邵慶平（2012），董事會決議與表決迴避，月旦法學教室，第115期，頁24-26。

<sup>61</sup> 曾宛如（2011），違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，裁判時報，第9期，頁100-108。

義務之情形應認為決議效力為「得撤銷」<sup>62</sup>或者將該董事以違反忠實義務之規定究責即可，以維護交易安全<sup>63</sup>。

(二) 假設系爭董事會決議合法有效，該土地交易因係監察人X無權代表公司而為，非經全體監察人承認不生效力：

1. 本件土地交易構成「董事自我交易行為」，應有公司法第223條之適用。

公司法第223條為確保董事為自己或他人而與公司交易時不會和平日同僚狼狽為奸而侵害股東權益，於是限定應由客觀中立之監察人代表公司和董事締約，實務見解欲貫徹此一理念，更認為監察人除締約之外，更應負責前階段之議約。本題D董事係為自己和甲公司交易，自屬上開情形而有公司法第223條之適用。

2. 單一監察人代表公司所為的交易效力如何？

本題Y、Z二監察人並不看好該土地交易，只有X監察人深信妙娃種子可以創造極佳業績而支持該筆交易，但此一交易是否可由單一監察人代表公司為之容有疑義，分述如下：

(1) 肯定說：依照公司法第221條，監察人得獨立行使監察權，X監察人獨立代表公司和D董事交易乃監察權行使之一環，自為法所容許，交易有效。

(2) 否定說：公司法第221條規定監察人得獨立行使監察權，本題監察人依照第223條代表公司和董事交易本質上係代表權而非監察權之行使，應無第221條之適用。若使監察人單獨代表公司和董

<sup>62</sup> 曾宛如（2012），新修正公司法評析，董事「認定」之重大變革暨董事忠實義務之具體化，月旦法學雜誌，第204期，頁129-141。

<sup>63</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁569，新學林。

事交易，則該董事只要找和自己私交甚篤的監察人代表交易，即可主張交易有效而規避立法目的，實不利全體股東之利益。

(3) 本文見解：監察人已有如董事會列席權與董事違法行為制止請求權以及股東會召集權等利益衝突防免機制，故無由全體監察人代表公司之必要。X單獨代表甲公司與D交易有效。

3. 立法論上之建議：現行法第223條之規定本質上並不恰當，因為董事為自己或他人而與公司交易之情形應將重點放在資訊充分揭露（full disclosure），應貫徹第206條第2項之說明義務及第4項之迴避義務，並使違反說明、迴避義務之董事依公司法第23條1項對公司損害賠償及第3項之歸入權將所獲利益吐還公司即可，實不必保留公司法第223條，此條文只是在破壞雙軌制的公司結構並使業務執行機關與業務監督機關權責混亂而已，徒增困擾<sup>64</sup>。

(三) 董事長A逕行與D董事交易原則上無效，於有善意第三人存在時例外有效。

1. 董事長依照公司法第208條第3項對外有代表公司之權，但於公司法第223條之情形董事長之代表權已被剝奪。

公司法第208條第3項規定董事對外代表公司，但立法者於董事代表自己或他人而與公司交易之情形為顧及避免利益衝突之立法目的，其代表權實已被剝奪<sup>65</sup>。

2. 董事長A於本件逕自代表公司與D交易原則上無效，於有善意第三人

<sup>64</sup> 曾宛如（2012），新修正公司法評析，董事「認定」之重大變革暨董事忠實義務之具體化，月旦法學雜誌，第204期，頁129-141。

<sup>65</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，新學林。公司法第185、213、223條均屬剝奪董事長代表權的條文。

存在時例外有效。

(1) 通說認為董事長A在無代表權之情形下代表公司為無權代表，應類推適用民法無權代理之法理而依照民法第170條之規定，該筆交易非經公司承認不生效力。

(2) 但上開見解對於善意第三人之保護實有不足，使第三人亦因為交易是否被股東會承認而繫於不確定狀態，甚至使公司得於事後視該交易是否有利而決定承認與否，並非正直企業應有之態度，故應該要讓違反第223條之交易原則上無效，於有善意第三人存在時例外有效方屬妥當，本文採之<sup>66</sup>。

## 第八節 董事會之權限與義務

### 壹、董事會之權限：

#### 董事會與股東會之權限劃分：

##### 一、法規內容：

##### ●<sup>64</sup>公司法 § 193（節錄）

I 董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議。

##### ●<sup>65</sup>公司法 § 202

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。

<sup>66</sup> 黃銘傑（2010），未經監察人代表公司所為董事與公司間交易之效力，裁判時報，第6期，頁77-85。

## 二、權限劃分：

### (一)股東會權限事項：

1. 法定股東會權限：法律直接規定由股東會行使之權利，如公司法第13條第2項之同意轉投資、第156條之1轉換為無票面金額股。
2. 章定股東會權限：法定權限以外，另外由章程特別約定由股東會決議之事項。

(二)董事會權限事項：法定或章定股東會權限以外之事項：依照公司法第202條，除法定或章定某些事項為股東會決議事項，其餘均應為董事會決議事項。

### (三)股東會與董事會「共享權限」事項<sup>67</sup>：

1. 公司法第185條公司重大資產之變動應由董事會特別決議通過始能提出，由股東會特別決議通過始能著手進行，二者缺一不可。
2. 公司法第316、317條公司進行合併分割與解散時，均須由董事會完成前置作業（如於解散時將解散之要旨，通知各股東以及於分割合併時，就分割、合併有關事項，作成分割計畫、合併契約，提出於股東會）再交由股東會以特別決議議決之，二者缺一不可。

### 爭點限時通

#### 【公司法第193與202條應如何解釋？】

公司法第193條第1項雖言董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議，但此處之「依照股東會決議」並非代表任何事情都要股東會決議後董事會才能做，而是法令或章程有規定股東會決議的事項，

董事會必須按照股東會決議之結果來做，如此解釋方能避免第193與202條之矛盾。否則於並未清楚區分「拘束性議案」與「建議性議案」之我國現行法下，倘若股東會通過某種天馬行空之「建議性議案」，例如「本公司應於三個月內與台積電合併」，而董事會事實上無法達成時遭股東訴追責任。合併案雖須經股東會決議，但因為仍屬於董事會之職權，故董事不因為未能於三個月內與台積電合併而負損害賠償責任。

### 爭點限時通

#### 【董事會可否將其權限授權與股東會？】

(一)肯定說：實務見解：

#### 最高法院103年台上字第2719號民事判決

股東會係由公司所有者組成，董事會就其權限事項，決議交由股東會決定時，乃將其權限事項委由股東會以決議行之，尚非法之所禁。查被上訴人董事會於決議追認系爭交易案後，再決議於股東常會提出追認案，由股東常會追認系爭交易，為原審確定之事實。則股東常會就該追認案作成決議，依上說明，自無不合。

(二)否定說：

1. 實務見解（最高法院103年台上字第2719號民事判決之一審判決）：

#### 臺灣高雄地方法院102年訴字第1627號民事判決

按董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議；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，現行公司法第193條第1項及90年11月12日修正後第202條定有明文，此次修法，將原第202條「公司業務之執行，由董事會決定之。

<sup>67</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁545，新學林。

除本法或章程規定，應由股東會決議之事項外，均『得』由董事會決議行之。」之規定，修正為「『應』由董事會決議行之」，確立董事會對於公司業務所為決議，在位階上優先於股東會之決議，是以股東會所得為決議之權限，僅得就法定、章程授權得決議事項為決議，其餘事項之決議對於董事會並無拘束力。該等事項對董事會雖無拘束力，亦即董事會享有「決定權」，然非否定股東會得以決議方式表示股東之總體意志，其決議並非無效，仍具有「建議」效力。從而，尚難單純以股東會就非法定、章程授權專屬股東會決議事項為決議即認有何違反強制、禁止規定或背於公共秩序或善良風俗，自難逕認有何公司法第191條違反法令之情形。

2. 曾宛如老師<sup>68</sup>：當董事會將其權限範圍之事項交由股東會決議或追認時，表面上看似董事會對股東會充分之尊重，然實質上卻可能構成董事會「合法化」其原本有問題之交易，此一洗白行為非僅無助於公司及股東權益之保障，反而是董事巧妙設計「規避」其責任之手法。
3. 邵慶平老師<sup>69</sup>：董事會應僅於「董事會成員意見紛歧，難以做成決定」時，方得授權與股東會。倘若董事會僅係欲透過股東會決議尋求「背書」以取得有利地位，不應認為得授權。應認為股東會就其權限外（原屬董事會之權限）事項所作成之決議雖並非無效，但僅具建議性質，不拘束董事會。

<sup>68</sup> 曾宛如（2015），公司參加代位訴訟與表決權迴避行使之適用：兼論股東會與董事會權限劃分——最高法院103年度台上字第2179號民事判決與台灣高等法院高雄分院102年度抗字第237號民事裁定之評析，裁判時報，第39期，頁21-30。

<sup>69</sup> 邵慶平（2015），股東會決議權限之解釋——最高法院103年度台上字第219號民事判決，裁判時報，第36期，頁19-24。

4. 劉連煜老師<sup>70</sup>：董事會授權股東會決議或追認之事項，應該屬於「建議性質議案」，最終責任仍應由董事會所負。

## 貳、董事會之義務：

- 一、章程及簿冊供股東、債權人查閱抄錄或複製之義務（§ 210）。
- 二、提供股東名簿於有權召開股東會之人（§ 210-1）（股務代理機構依照同一條文亦有此義務）。
- 三、向股東會報告之義務（§ 211 I 虧損達實收資本額二分之一時、§ 240 V 公發公司以現金發放股息紅利時、§ 241 II 準用 § 240 V 公司以法定盈餘公積或資本公積發放現金時、§ 246 I 募集公司債時）。
- 四、聲請公司破產之義務（§ 211 II）。
- 五、通知公告公司解散之義務（§ 316 IV）。
- 六、召集股東會之義務（§ 171 股東會原則上由董事會召集、§ 201 董事補選時、§ 211 I 為報告虧損而召集時、證交法 § 14-2 VI 獨立董事補選時）。
- 七、會計上之義務（§ 228 會計年度終了後股東常會開會30日前將表冊交監察人查核、§ 229 股東常會開會10日前將表冊及監察人之報告書供股東及股東之律師查閱、§ 230 股東常會時提出表冊交由股東會承認）。

<sup>70</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁544，新學林。

## 第九節 董事會違法行為之制止請求權

### 壹、二種主要之制止請求權：

#### 一、股東制止請求權：

##### (一)法規內容：

###### ●公司法 § 194

董事會決議，為違反法令或章程之行為時，繼續一年以上持有股份之股東，得請求董事會停止其行為。

##### 爭點限時通

【法條僅規定得請求「董事會」停止其行為，如果是董事長或董事「未經董事會」之違法行為得否依照本條請求停止？】

(一)肯定說（曾宛如老師）<sup>71</sup>：不應拘泥於公司法第194條之文義解釋，依照法規目的解釋，得類推適用第194條制止未經董事會之違法行為。

(二)否定說（柯芳枝老師）<sup>72</sup>：於公司法第194條修正前，股東欲制止者，應類推適用第218條之2第2項方能及於制止「董事執行業務」之行為。

#### 二、監察人制止請求權：

<sup>71</sup> 曾宛如（2002），董事不法行為之制止及濫權行為之處理，台灣本土法學雜誌，39期，頁153-156。

<sup>72</sup> 柯芳枝（2003），公司法論（下），頁330-331，三民書局。

##### (一)法規內容：

###### ●公司法 § 218-2

I 監察人得列席董事會陳述意見。

II 董事會或董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為者，監察人應即通知董事會或董事停止其行為。

(二)適用要點：監察人此一權利屬於監察權之範疇，應搭配第221條一起思考，依照該條各個監察人得獨立行使職權，所以各個監察人可以獨立制止董事的違法行為。

### 貳、行使之方法：

- 一、單純通知董事以敦促其停止（如寄發存證信函）：此方法乃最簡單之請求董事會停止行為之方法，但若董事會仍認為自己之行為並未違反法令或章程則可能對股東或監察人置之不理。
- 二、聲請法院假處分：股東或監察人得聲請法院假處分以制止董事會之行為，此一假處分以「公司」為相對人。
- 三、以訴訟請求其停止：股東或監察人得提起「消極不作為給付之訴」請求法院判決停止該董事會之行為，但於判決確定前董事會不受拘束。

## 第十節 董事會會議

### 壹、召集權人：

#### 一、法規內容：

● 公司法 § 203 (節錄)

- I 每屆第一次董事會，由所得選票代表選舉權最多之董事於改選後十五日內召開之。但董事係於上屆董事任滿前改選，並決議自任期屆滿時解任者，應於上屆董事任滿後十五日內召開之。
- IV 得選票代表選舉權最多之董事，未在第一項或前項期限內召開董事會時，得由過半數當選之董事，自行召集之。

● 公司法 § 203-1

- I 董事會由董事長召集之。
- II 過半數之董事得以書面記明提議事項及理由，請求董事長召集董事會。
- III 前項請求提出後十五日內，董事長不為召開時，過半數之董事得自行召集。

二、適用方式：

- (一) 每屆第一次：最高票者於改選後15日內召集→最高票未召集→由當選半數以上董事召集。
- (二) 每屆第二次以上：董事長召集→過半數董事得請求董事長召集→董事長未召集→過半數董事自行召集。

**學者評釋** 【曾宛如老師】<sup>73</sup>

董事長並未優於其他董事，董事會為公司之業務執行機關，任一董事均應有權召集董事會較為合理，英國亦採取此方式。雖107年公司法之修正並未如此修正，但至少立法者願意新增公司法第203條之1第2項與第3項，過半數董事之董事會召集權以解決董事會的長年紛亂，值得肯定。

73 曾宛如 (2020)，公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，第300期，頁134。

貳、召集程序：

一、法規內容：

● 公司法 § 204

- I 董事會之召集，應於三日前通知各董事及監察人。但章程有較高之規定者，從其規定。
- II 公開發行股票之公司董事會之召集，其通知各董事及監察人之期間，由證券主管機關定之，不適用前項規定。
- III 有緊急情事時，董事會之召集，得隨時為之。
- IV 前三項召集之通知，經相對人同意者，得以電子方式為之。董事會之召集，應載明事由。

二、適用疑義：

◎ 三日前之計算方式：依照民法第120條第2項之規定，始日不算入。

**爭點限時通**

**【未於三日前召集之法律效果為何？】**

(一) 高等法院實務見解：第204條第1項僅為訓示規定，無法律效果。

 臺灣高等法院臺中分院96年上字第201號民事判決  
稽諸公司法第204條但書亦定明：「但有緊急情事時，得隨時召集之」，足徵公司法第204條本文規定，要非硬性規範，應屬訓示規定，自不能遽行推解為強制或禁止之規定。

(二) 最高法院實務見解：若不符合第204條第3項之緊急情事，董事會決議無效。

 最高法院97年台上字第925號民事判決

查系爭董事會既未依公司法第204條規定於開會前7日（107年已修正為3日）通知上訴人，如無緊急情事，依上開說明，系爭董事會之召集程序違反法律，所為決議無效。乃原審認公司法第204條本文僅屬訓示規定，而為相反之論斷，據為上訴人敗訴之判決，洵有未洽。

(三)法務部見解：不能一概而論，應視情況而定。若全體董事皆出席且對於召集期間不足並無異議，則為合法。

 法務部（75）法參字第6320號函（節錄）

董事會之召集未遵守公司法第204條召集期間之規定，是否即為召集程序違反法令？不能一概而論，例如因有同條但書所稱之緊急情事致未遵守召集期間，或全體董事皆已應召集出席董事會，對於召集期間不足並無異議而參與決議，似尚難解為董事會之召集為違反法令。故董事會之召集未遵守公司法第204條召集期間之規定，而依此董事會決議召開之股東會所作決議效力如何，宜視具體情形如何而為判斷。

參、開會：

一、法規內容：

●\*公司法 § 205

- I 董事會開會時，董事應親自出席。但公司章程訂定得由其他董事代理人，不在此限。
- II 董事會開會時，如以視訊會議為之，其董事以視訊參與會議者，視為親自出席。
- III 董事委託其他董事代理出席董事會時，應於每次出具委託書，並列舉召集事由之授權範圍。
- IV 前項代理人，以受一人之委託為限。

V 公司章程得訂明經全體董事同意，董事就當次董事會議案以書面方式行使其表決權，而不實際集會。

VI 前項情形，視為已召開董事會；以書面方式行使表決權之董事，視為親自出席董事會。

VII 前二項規定，於公開發行股票之公司，不適用之。

**爭點限時通**

**【董事會之集會地點是否應在國內？】**

(一)肯定說（經濟部舊見解）：

 經濟部74年7月2日商字第27522號函

公司不得在國外召開股東會。查公司董事會舉行地點，公司法固無明文規定。惟查公司法第205條第4項（2018年已刪除）規定，董事居住國外者，無法經常回國出席董事會，該董事得以書面委託居住國內之其他股東經常代理出席董事會，由上可知，公司董事會自應在國內舉行，否則前項規定，豈非形同具文。

(二)否定說（經濟部新見解、實務見解）：

 經濟部97年10月21日經商字第09702424710號函（節錄一、）

公司法及證券交易法對於董事會開會地點，均無明文規定。又董事會係公司之執行機關，董事會召開之地點，自應使全體董事皆有參與討論機會，應於公司所在地或便於全體董事出席且適合董事會召開之地點為之，並不以國內為限。至於具體個案董事會之召集程序，如有爭議，宜循司法途徑解決。

 最高法院94年台上字第1030號民事判決

苟董事會已依上開公司法所定之程序，由董事長召集，並經全體董事出席作成一致之決議，縱其集會之地點非在國內，然其由董事集會以獲致公司決策方針之目的既達，該決議即難指為不法。

## 肆、決議方法：

### 一、法規內容：

#### ●公司法 § 206 (節錄)

I 董事會之決議，除本法另有規定外，應有過半數董事之出席，出席董事過半數之同意行之。

### 筆者的話

董事會決議之計算方式與股東會不同，股東會之計算方式比較複雜，要先算出已發行有表決權股份總數之一定股份數(1/2或2/3)出席為定足數，再將出席之股份的得行使表決權之表決權數加總，同意議案之表決權超過該數字之1/2議案方為通過。股東會決議之計算方式非常複雜且常考，同學一定要掌握。但董事會就非常簡單了，是採用「數人頭」之方式決議，不用複雜地分好幾個步驟計算。另外，公司法第206條所言之董事會決議乃「董事會普通決議」，比較重要的事項法條會規定須經過「董事會特別決議」通過，通常董事會特別決議會用以下文字呈現「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」，故同學看到該等字眼應馬上反應該事項屬於董事會特別決議事項。

### 二、決議種類：

(一)董事會普通決議之事項：除非法規或章程另有規定，否則董事會決議之事項均以普通決議為之。

(二)董事會特別決議之事項：

1. 股份交換 (§ 156-3)。
2. 買回員工庫藏股 (§ 167-1 I)。
3. 與員工簽訂員工認股權契約 (§ 167-2)。

4. 重大資產變動 (§ 185 I、IV)。
5. 正副董事長與常務董事之互選 (§ 208 I、II)。
6. 公發公司董事會經章程授權分派現金股利 (§ 240 V)。
7. 公發公司公積轉增資 (§ 241 II 準用 § 240 V)。
8. 公司募集普通公司債 (§ 246 II) (募集可轉換公司債或附認股權公司債者除應經董事會特別決議外，並應經股東會普通決議)。
9. 董事會在授權資本內發行新股 (§ 266 II) (發行新股超出授權資本者應經股東會特別決議修改章程後始能發行)。
10. 聲請公司重整 (§ 282 II)。
11. 決議進行簡易合併 (§ 316-2 I)。

### 爭點限時通

【董事會決議得否以「反表決」(不贊成的舉手，其他人超過1/2即通過)之方式為之？】

(一)肯定說(新北地方法院)：

#### 🔪 臺灣新北地方法院93年訴字第1347號民事判決

按董事會之決議，除本法另有規定外，應有過半數董事之出席，出席董事過半數之同意行之，公司法第206條固有明文。惟對於如何表決則無特別規定。……公司法並未對於董事會如何表決加以規範，已如前述，倘與會董事均能自由表達意見，提出疑義而計入反對票數，則難謂此表決方式未能正確反映董事意志，而遽認其決議方式違法。

(二)推測為否定說(最高法院)：但此判決乃在討論股東會得否反表決，故僅能推測最高法院於董事會之場合也不承認反表決。

✍️ 最高法院92年台上字第595號民事判決

查公司法對於股東會之表決方式固未加以限制，惟仍須符合公司法第174條：「股東會之決議，除本法另有規定外，應有代表已發行股份總數過半數股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。」之規定。「反表決方式」，因未表示反對意見之股東，未必即為贊成議案之股東，且依修正前公司法第179條第1項但書「一股東而有已發行股份總數百分之三以上者，應以章程限制其表決權。」，或中途有人離席或棄權，均影響「贊成」表決權數之計算，此種「反表決方式」似不無違背股東每股有一表決權之原則，而有規避法律規定門檻之嫌，是否為法之所許，尚非無研求之餘地。

三、董事會決議時應遵守利益迴避之規定：

(一)法規內容：

● 公司法 § 206 (節錄)

- II 董事對於會議之事項，有自身利害關係時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容。
- III 董事之配偶、二親等內血親，或與董事具有控制從屬關係之公司，就前項會議之事項有利害關係者，視為董事就該事項有自身利害關係。
- IV 第一百七十八條、第一百八十條第二項之規定，於第一項之決議準用之。

(二)利益迴避之操作方式：

1. 先判斷該事項是否與董事有自身利害關係：

- ① 若董事之配偶、二等親內血親、與董事具有控制從屬關係之公司，就會議之事項有利害關係，則董事有自身利害關係，

應踐行第2項及第4項之程序，毋庸再討論。

- ② 若董事之配偶、二等親內血親、與董事具有控制從屬關係之公司，就會議之事項沒有利害關係，則個案判斷董事與該議案有無自身利害關係，若有則應踐行第2項及第4項之程序，若無則毋須踐行。
- 2. 若已經確定董事對於會議之事項有自身利害關係，則應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容。  
曾宛如老師特別強調為健全公司治理並促使董事之行為透明化，公司法第206條第2項課予董事就自身之利害關係對董事會說明之義務，使董事會於資訊充足之狀態做成決定 (informed decision) 故董事不論於開會之前或事後，以書面或言語說明均無不可<sup>74</sup>，且此項揭露不可以只是被動答詢更應主動揭露<sup>75</sup>。
- 3. 董事說明完之後，於表決議案時不得加入表決亦不得代理他人為表決，其人頭不算入董事會之表決權數。

(三)違法之效果：

- 1. 立法理由：未說明屬決議方法違法，董事會決議無效。
- 2. 學說見解 (劉連煜老師)：扣除應迴避之表決權而重新計算，並向董事究責<sup>76</sup>。董事違反本條之說明義務應屬於忠實義務之違反，使違反者負損害賠償責任即可。該決議之票數應扣除應迴避而未迴避之人而重新計算票數即可。一律無效之效果過重，而本條實務上運用甚廣，若一概無效將造成交易安全之疑慮。

<sup>74</sup> 曾宛如 (2012)，新修正公司法評析，董事「認定」之重大變革暨董事忠實義務之具體化，月旦法學雜誌，第204期，頁129-141。

<sup>75</sup> 邵慶平 (2012)，董事會決議與表決迴避，月旦法學教室，第115期，頁24-26。

<sup>76</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁569，新學林。

3. 比較法：英國法認為違反資訊揭露規定之董事會決議所做成之外部交易為得撤銷，因無效之效果過於強烈。

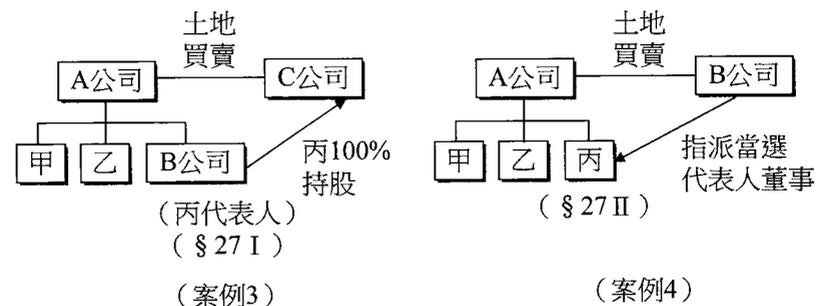
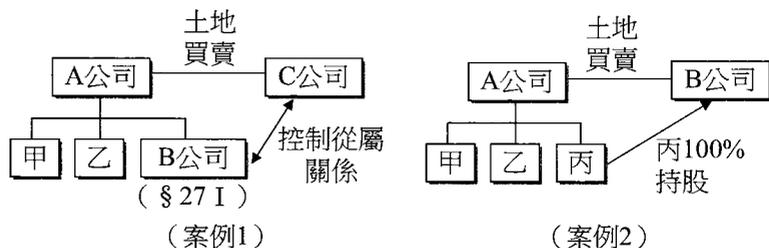
**爭點限時通**

【107年新修正公司法第206條第3項之「與董事具有控制從屬關係之公司」，其中「董事」是否可以是非自然人？】

(一)肯定說（劉連煜老師）<sup>77</sup>：第206條3項的控制從屬關係，除法人董事與其控制從屬公司（案例1）外，亦包含自然人董事所控制之公司及其從屬公司（案例2），及公司法第27條第1項（案例3）及第2項「法人股東」與「代表人董事」間（案例4）之關係。

(二)否定說（曾宛如老師）<sup>78</sup>：自體系解釋而言，「控制從屬關係」乃關係企業專章之用字，所以解釋上應該要忠於關係企業專章的解釋，認為只是在處理公司與公司間的問題，即第369條之2與第369條之3的情形，所以不應包含公司法27條第1項及第2項「法人股東」與「代表人董事」間之關係。故僅包含（案例1）之情形。

(三)示意圖：



**爭點限時通**

【若董事會僅餘董事一人，該名董事得否通過董事會決議？】

(一)否定說（經濟部引用實務見解）：決議乃「由同一內容之多數意思表示之合致所成立之法律行為」，係共同行為之一種，故決議之成立應至少二人以上始得為之。

🔪 經濟部93年5月7日商字第09302073130號函

按股份有限公司董事會係採合議制，且依最高法院65年台上字第1374號判決之意旨，會議決議應有2人以上當事人基於平行與協商之意思表示相互合致成立之法律行為之基本形式要件。是以董事會如僅由董事1人親自出席，即使有其他董事委託代理出席，因實質上無從進行討論，未具會議之基本形式要件，與上開判例之要旨有違，係屬無效。具體個案請參考上開說明辦理，如有爭議，請逕循司法途徑解決。

🔪 最高法院65年台上字第1374號民事判決

股東會之決議，乃二人以上當事人基於平行與協同之意思表示相互合致而成立之法律行為，如法律規定其決議必須有一定數額以上股份之股東出席時，此一定數額以上股份之股東出席，即為該法律行為成立之要件。股東會決議欠缺此項要件，尚

<sup>77</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁569-570，新學林。

<sup>78</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁202-203，元照。此處引用曾宛如、林國彬部分。

非單純之決議方法違法問題，如認為決議不成立，自始即不發生效力，無須再行訴請法院撤銷，尤以公司法上之特別決議為然。

(二)肯定說：

1.經濟部見解：

 經濟部99年4月26日經商字第09902408450號函

一、倘公司有8位董事，召開董事會時，8位董事全部出席（符合法定開會門檻），如其中7席於決議事項有利害關係致有害於公司利益之虞，依本部91年5月16日經商字第09102088350號函釋，僅餘1人可就決議事項進行表決，該1人就決議事項如同意者，則以1比0之同意數通過（符合決議門檻）。

二、至所詢董事會決議之效力問題，因涉及具體個案事實之認定，允屬司法機關認事用法之範疇。

2. 邵慶平老師<sup>79</sup>：共同行為與單獨行為之概念區別並非明確，以共同行為作為論述基礎並不夠堅固，故贊成經濟部之見解。

有題有真相

甲為A人壽保險股份有限公司（下稱A公司，保險法問題不予討論）董事長，A公司為公開發行未上市櫃公司，乙為B投資公司（下稱B公司）董事長。B公司為炒作C上市公司（下稱C公司）之股價，要求甲以A公司之資金配合購入C公司股份，甲在未告知原因下指示A公司之投資長丙投入新臺幣（下同）10億元，於特定期間購入C公司股份，丙向甲表示該10億元已規劃投資D公司或E公司之股份，並已完成投資分析報

<sup>79</sup> 邵慶平（2012），董事會決議與表決迴避，月旦法學教室，第115期，頁24-26。

告，於該時期投資具有較高之獲利可能性，且投資C公司有違反保險業投資限額之規定，但在甲堅持之下，丙仍予以配合購入C公司股份。惟丙為免A公司遭受損害，乃於購入後不久即提前售出C公司股份，獲利1億元；但同期若係投資D公司股份者，可獲利2億元，投資E公司者則可獲利5,000萬元。二個月後，此事遭到揭發，檢察官起訴甲、乙二人，金融監督管理委員會並對A公司投資C公司股份之行為，有違反保險業投資限額規定而予以裁罰500萬元。依該公司之分層負責決行表及投資作業管理辦法，投資長負有作成投資分析報告及建議之權，對個股投資未超過5億元者有決行權，但超過5億元之個股投資，必須提報投資委員會作成決議。同時期，甲為拉抬其自有土地價格，在甲向A公司董事會揭露其為土地所有權人之情形下，董事會討論時針對本件僅聽取五分鐘報告，即表決通過以高於鑑價10%之價格向甲購入土地，總價50億元，報告中表示「若土地可以與鄰接的其他四筆土地共同開發者，則開發價值將增加10%，但該四筆土地涉及繼承糾紛已二十年尚未解決，繼承人約有五十人」，該次董事會獨立董事戊因病未出席。土地購入二年後，適逢臺灣不動產市場價格上漲，A公司又以相當於市價之60億元價格將該土地出售予甲之配偶丁擔任董事長之X公司，董事會於討論出售土地時，有獨立董事戊表示反對，認為土地價格正在上漲應暫停出售，且有第三方Y公司提出願意以70億總價向A公司購買該筆土地，故即使要出售亦應以70億元為出售價格，但董事會仍接受與X公司以60億元進行土地買賣交易。在買入與賣出土地之董事會討論時，甲均未迴避。X公司取得土地數日後即接到Z公司願以80億元價格購買該筆土地之要約，但X公司仍在等候更高價格之出價。

F公司為A公司之前十大股東，但在董事會並無席次，於媒體得知上開股票投資事件及不動產交易事件，以書面向獨立董事戊請求A公司應對甲及丙提起訴訟，請求賠償未投資D公司之損失及遭裁罰之500萬元罰鍰；另向甲及其他參與土地交易案之董事請求賠償以高於市價購入土地之損失，並解除後來A公司與X公司間之不動產出售交易。戊為此尋求法

律意見協助。

問以上所述事實，除保險法及相關金融法不予論述外，請就我國公司法相關規定予以討論，若涉有證券交易法問題者，亦請一併討論，惟請以公司法爭點為主。(50分)

【107律師】

### 爭點分析

本題爭點非常繁雜，其本題主要分成三大塊「C公司股票投資案」、「土地高買低賣案」，而請注意在寫作這兩部分之前，應先弄清楚前提性的另一大塊就是「F請求戊對甲丙起訴是否合法」。切記戊對甲起訴與對丙起訴是兩部分，對甲起訴應依證交法第14條之4第4項準用公司法第214條第1項，但丙是經理人，公司法第214條並未賦予對經理人起訴的權限，故自不在準用之列。寫完前提問題後，應依照時間順序開始討論「C公司股票投資案」，切記將甲與丙之忠實義務分開討論，且務必說明丙是公司法第8條第2項之「職務負責人」，這點與甲不同亦應注意。同學最多會忘記討論的點是，投資D獲利兩億，投資C只獲利一億這樣算不算造成公司之「損害」？「土地高買低賣案」中應將「高買」與「低賣」兩筆交易分開討論，「高買」中應討論這筆應經審計委員會決議之交易未經審計委員會決議之效果為何、戊獨立董事未出席是否仍負公司法第193條責任之問題。「低賣」部分同學應注意賣土地給X公司之行為並非公司法第223條之情形，故只要討論董事違反公司法第206條即可、並且討論董事長未經決議的交易效力為何。最後戊對於將土地賣給X一事表示反對，同學亦應一併討論其可以免除公司法第193條責任一事。

### 擬答

(一)本題涉及審計委員會之設置、董事與經理人忠實義務之違反、公司法第223條程序之踐行以及董事自身利害關係迴避交易之問題，以下分述之。

1.本題A公司應係設置審計委員會之公司，戊得單獨代表A公司對甲起訴，但欲對丙起訴，則應另經董事會之決議。

(1)對甲起訴部分：依照證券交易法（下稱證交法）第14條之4及金管會之函釋，保險公司應設置審計委員會以代替監察人。本題A公司屬於人壽保險公司，假設其合法遵循金管會之函釋，應已經設置審計委員會代替監察人，合先敘明。證交法第14條之4第3項規定審計委員會準用監察人之規定，故審計委員會以共同行使職權為原則，但於第4項規定個別之審計委員會成員亦得準用監察人之規定，故該項所規定之事項得單獨行使職權。本題少數股東F於符合公司法第214條第1項條件下，請求起訴一事，依照證交法第14條之4第4項準用公司法第214條第1項，戊代表公司對甲起訴合法。

(2)對丙起訴部分：丙為A公司之投資長，性質上屬於經理人，並非公司法第214條代表訴訟之請求對象，故若欲對丙起訴，依照公司法第202條似應另經董事會之決議方為可行。

2.甲要求丙購買C公司股份違反董事忠實義務，丙購買C公司股份亦違反經理人之忠實義務。

(1)甲違反董事忠實義務：甲為A公司董事長，屬於公司法第8條第1項之當然負責人，其對A公司應負有忠實義務（fiduciary

duty)，甲明知投資C公司並非對A公司而言最好的選擇，仍堅持己見要丙照辦。甲並未發揮其身為董事之專業審慎評估該投資判斷，違反注意義務（duty of care）之下的專業義務（duty of skill）與勤勉義務（duty of diligence），最終致A公司受有減少獲利與遭受裁罰之損害，應負公司法第23條第1項之損害賠償責任。

(2) 丙違反經理人忠實義務：丙為財務長，公司實務上財務長屬於公司之經理人，又依公司法第8條第2項，經理人於職務範圍內亦屬於公司之負責人而負有忠實義務，合先敘明。丙明知投資C公司並非對A公司最有利之決定，本應本於其裁量權為公司計算，但竟在甲之不斷堅持下做成該決定，雖有事先賣出股票減少損害，但仍有違反忠誠義務（duty of loyalty）之下不得無故限縮裁量權（not to fetter discretion）之義務。最終致A公司受有減少獲利與遭受裁罰之損害，應負公司法第23條第1項之損害賠償責任。

(3) 損害範圍界定之疑義：然本題關於違反投資法規而遭到裁罰之500萬元固屬損害，並無疑義。惟本文以為投資C公司最終獲利1億元，但投資D公司可獲利2億元，投資E公司卻又只可獲利5,000萬元，但究竟得否以法院之後見之明而認定本投資案較投資獲利最高之D公司少1億元之獲利而屬於損害？本文以為當時之投資分析報告僅謂投資D、E公司有較高獲利之可能，而非保證獲利，故應以否定說為宜。

3. 甲將自己之土地出售予A公司之程序不合法，該交易應屬董事會無權代表公司，非經審計委員會承認不生效力。董事會之董事違反忠

實義務，戊未出席董事會，故是否負責應視其缺席有無正當理由而定。

(1) A公司向甲購買土地之交易應由甲先對董事會進行說明後再由審計委員會代表A公司議約與締約。

審計委員會準用公司法監察人之職權已如上述，本題A公司向甲購買土地，依照公司法第206條第2項，因土地出售使甲董事直接得利，應屬於有公司外部之利害關係而有本條所謂之自身利害關係，故甲於董事會中應向董事會說明其重要內容。然本題甲僅說明5分鐘是否已盡此項義務，不無疑義。除此之外，甲於董事會決議過程中未迴避表決，違反公司法第206條第4項準用第178條之規定，其票數應於董事會決議中扣除並追究其責任。退一步言，本題乃由董事會代表A公司與甲締約，但為避免董事私相授受，公司法第223條規定董事為自己與公司交易時應由監察人代表公司，且依照最高法院100年度第3次民事庭會議決議，監察人代表公司甚至可不經董事會之決議，直接代表公司議約與締約。本題應由審計委員會準用監察人之規範代表公司與甲議約與締約，但卻捨此不為，程序違背法令。此一董事會之決議難謂無決議方法或內容違反法令之情節，應屬無效。

(2) 該筆交易非經審計委員會承認不生效力。

承前所述，向甲購買土地之交易應由審計委員會代表A公司，A公司之董事會竟越過此一步驟直接與甲議約並締約，實屬無權代表A公司，應類推適用民法第170條無權代理之規定，非經審計委員會決議通過承認該筆交易不生效力。

(3) 董事會之董事違反忠實義務，戊未出席決議購買之董事會，是

否負責應視其缺席有無正當理由而定。

本題董事會之董事應熟稔公司法上關係人交易之利益迴避程序，卻直接聽取簡短報告並於報告中明知有繼承糾紛之情形仍高價違反程序直接議約並締約後買入土地，甲甚至未依照公司法第206條第4項準用第178條迴避表決，違法之事實顯屬當然。故各董事屬於公司法第8條第1項之當然負責人，造成公司受有高價買入土地之損害應有公司法第23條第1項忠實義務（fiduciary duty）下的忠誠義務（duty of loyalty）中避免利益衝突之義務的違反，應對A公司負損害賠償責任。除此以外，此一董事會決議應屬違反法令者，依照公司法第193條第1、2項參與決議之董事應負損害賠償責任。戊獨董未出席而未參與決議之作成，應視其未出席有無正當理由而定其責任，倘若其為無正當理由而未出席該董事會，應與參與決議之董事同負責任，但若其為有正當理由而未出席董事會，學者認為應可免除其責任。

4. 解除A公司對X公司出售土地之請求應有理由，蓋該筆交易之程序難謂合法。

(1) A公司出賣土地給X之交易應由甲先對董事會進行說明並迴避表決權。

本題X公司乃甲之妻丁所經營，根據公司法第206條第3項，A公司董事甲之配偶丁就該筆買賣土地交易有利害關係，故視為甲對該筆交易有自身利害關係，而甲應於A公司之董事會中踐行第206條第2項之說明義務並依照同條第4項準用第178條迴避表決權。本題未提及甲有踐行說明義務，且甲未迴避表決權，該董

事會之決議因決議方法違反法令應歸為無效。

(2) A公司出售土地之交易行為非經公司承認不生效力：承前所述，基於無效之董事會決議或未為決議所為之對外交易是否均為無效，學說與實務上有不同看法。但應於交易安全與公司治理二者間取得平衡，故依照實務見解最高法院104年台上字第2430號民事判決於非公司營業上之事務，董事長未經董事會決議而代表公司所為之行為應採取無權代表說，買賣土地並非公司之日常業務，並非營業上之事務，出售土地交易之效力非經公司承認不生效力。

(3) 董事會之董事違反忠實義務，戊於董事會上表示反對，應無忠實義務之違反。

本題董事會之董事應熟稔公司法上關係人交易之利益迴避程序，卻不顧土地價格正在上漲仍以較低價格賣出土地給X公司，甲甚至未依照公司法第206條第4項準用第178條迴避表決，違法之事實顯屬當然。故各董事屬於公司法第8條第1項之當然負責人，造成公司受有低價賣出土地之損害應有公司法第23條第1項忠實義務（fiduciary duty）下的忠誠義務（duty of loyalty）中避免利益衝突之義務的違反，應對A公司負損害賠償責任。除此以外，此一董事會決議應屬違反法令者，依照公司法第193條第1、2項參與決議之董事應負損害賠償責任。戊獨董雖出席董事會但有表示反對而依照第193條第2項但書能免其責任。

## 第十一節 董事會決議之瑕疵

### 壹、董事會之各種效力：

#### 一、通說：

- (一)有效：召集程序、決議方法以及決議內容皆完全合法無瑕疵。
- (二)無效：召集程序、決議方法以及決議內容的瑕疵皆為無效。對此，公司法並未明文規定下，乃依據民法 § 71 規定。

#### 最高法院97年台上字第925號民事判決

董事會之召集程序有瑕疵時，該董事會之效力如何，公司法雖未明文規定，惟董事會為公司之權力中樞，為充分確認權力之合法、合理運作，及其決定之內容最符合所有董事及股東之權益，應嚴格要求董事會之召集程序、決議內容均須符合法律之規定，如有違反，應認為當然無效。

#### 二、學者建議（公司法全盤修正修法委員會）：

- (一)應修正董事會動輒無效的法律效果：為避免爭議，建議明文規範董事會決議瑕疵，原則上為無效，但比照公司法第189條之1，規定若未遵守法定（或章定）召集程序，而違反之事實非屬重大且於決議無影響者，其決議仍得為有效<sup>80</sup>。例如曾宛如老師即認為「全體董事皆以應召集出席董事會，對於召集期間不足並無異議而參與決議」之董事會，並無認為無效之必要<sup>81</sup>。

<sup>80</sup> 公司法全盤修正修法委員會修法建議，頁3-95。

<sup>81</sup> 曾宛如（2009），董事會決議瑕疵之效力及其與股東會決議效果之連動——兼評97年台上字第925號判決，台灣法學雜誌，第120期，頁189-192。

(二)應自公司治理方面著手，避免董事會決議出現瑕疵。

董事會程序瑕疵之所以發生，主要原因在於我國公司經營者對公司法制之規定並不熟稔，也無遵守規定之意識。英美，甚至香港、新加坡等深受英國體系影響之法域，透過公司秘書之設置，對公司各種行政事宜及遵法提供制度上之協助。我國未來應思考是否引進「公司秘書」（company secretary）此一制度，以協助公司遵守法律，減少董事會決議瑕疵的產生，改善公司治理。

#### **爭點限時通**

**【董事會決議無效時，依照該董事會決議所做成之外部交易是否必為無效？】**

曾宛如老師認為，董事會決議無效，不必然牽動據此所對外行為之效力。蓋董事會決議乃公司內部事項，外界無由得知，更何況董事會究竟有無召開、有無程序瑕疵，連內部人都有爭執，又如何期待外部投資人及債權人能有所因應。當公司未經合法之意思決定機關作成意思決定，董事長即對外代表公司為法律行為，應解為效力未定。但可更進一步認為，在股東及交易相對人之保護間，公司法制應有妥善因應，並就不同情形設計不同之法律效果。而非一旦董事會決議有瑕疵時，法院就其連結之外部行為立即做出無效判斷，否則對股東、交易相對人，甚至對信賴公司資產狀態而為交易之債權人，均屬不妥<sup>82</sup>。

#### 三、比較法之借鏡——公司秘書制度（Company Secretary）：

- (一)制度來源：英國、新加坡。

<sup>82</sup> 曾宛如（2011），違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，裁判時報，第9期，頁100-108。

- (二)制度功能：強化公司治理、法律遵循，成為公司與主管機關間的窗口。公司秘書主要負責董事會與股東會召開相關事宜，例如議程的擬定、會議記錄的製作等，以確保公司內部程序符合法律規範。公司秘書亦須確保公司登記事項之真實性<sup>83</sup>。
- (三)人選要件：具專業能力、知識經驗，如執業律師、會計師公會成員，或者曾經擔任公司秘書一職等<sup>84</sup>。
- (四)職位性質：非公司內部人，無商業決策權，但對公司負有忠實義務（Fiduciary Duty），其可能身兼法務長，或為獨立之職位。
- (五)以選擇性設置之方式引進我國<sup>85</sup>：學者建議公司秘書制度得以選擇性設置之方式引進我國，公司得自行選擇是否設置，訂入公司法中僅係使欲選擇設置之公司對於該職位之基本權責得以了解，不至於無所適從。
- (六)未引進我國之原因：原欲於107年公司法修正中以「公司治理長」之名稱引進，但目前公司相關事務由法務人員、法遵人員處理，故有論者謂無須另外立法。

### 筆者的話

公司秘書當年原欲引進我國時，曾遇到的另一個問題就是「秘書」兩個字聽起來不夠霸氣。據說商業界代表聽到公司法要引進公司秘書時，還曾表示疑問說「秘書？我們公司不是早就有了嗎？」，大家聽到秘書，腦中第一個冒出來的畫面就是主管身邊那個負責處理雜

<sup>83</sup> 曾宛如（2017），公司法制基礎理論之再建構，頁294-295，元照。曾宛如、黃銘傑（2015），股東會之戰國時代：合縱連橫下股東會法制應有自處之道，頁58，元照。

<sup>84</sup> 曾宛如、黃銘傑（2015），股東會之戰國時代：合縱連橫下股東會法制應有自處之道，頁57，元照。

<sup>85</sup> 曾宛如（2017），公司法制基礎理論之再建構，頁295，元照。

務的人。想像一下自己寒窗苦讀考上律師後，到公司擔任「公司秘書」，逢年過節時親戚問候你：「現在在哪裡高就啊？」你回答：「我在當公司秘書啦。」我想親戚們一定會面面相覷，然後趕快尷尬笑說：「哀呀！身體健康、生活快樂最重要啦～哈哈哈哈哈。」然後私底下就會傳述說：「那個誰誰誰他兒子啊，考上律師不去做，跑去公司當秘書捏！唉呦喂呀！了然喔！」想到都難免瑟瑟發抖。難怪我國要以「公司治理長」之名爭取引進，因為這名字聽起來實在威風多了XDDD。

## 第十二節 董事長、常務董事與常務董事會之權限

### 壹、董事長、常務董事之選任：

#### ◎法規內容：

#### ●\*公司法 § 208（節錄）

- I 董事會未設常務董事者，應由三分之二以上董事之出席，及出席董事過半數之同意，互選一人為董事長，並得依章程規定，以同一方式互選一人為副董事長。
- II 董事會設有常務董事者，其常務董事依前項選舉方式互選之，名額至少三人，最多不得超過董事人數三分之一。董事長或副董事長由常務董事依前項選舉方式互選之。

**爭點限時通**

**【董事長於任期內缺位應如何選舉新董事長？】**

✍ 經濟部103年11月18日經商字第10302136340號函

- 一、按公司法第203條第1項規定：「董事會由董事長召集之。但每屆第1次董事會，由所得選票代表選舉權最多之董事召集之」；同條第4項規定：「第1次董事會之召集，出席之董事未達選舉常務董事或董事長之最低出席人數時，原召集人應於15日內繼續召集，並得適用第206條之決議方法選舉之」。上開第4項本旨係鑒於每屆第1次董事會大都涉及選任公司董事長事宜，事關緊要，如出席之董事未能達到選舉董事長之最低出席人數時，原召集人應於15日內繼續召集，並得適用公司法第206條以普通決議方法選舉之，以使公司能儘早選出董事長，將公司營運步入正軌。查業內A公司董事長於董事任期內屆齡退休，造成董事長缺位之情形，並非公司法第203條第4項所定每屆第1次董事會選任董事之情形，尚不得依上開條項規定，適用同法第206條以普通決議方式選出董事長，先為敘明。
- 二、至於董事長缺位之處理，可類推適用公司法第208條第3項規定，由副董事長代行董事長職務；若無設副董事長，則由常務董事或董事互推1人代行董事長職務，召開董事會選舉董事長（本部96年11月2日經商字第09602146040號函參照）。

**爭點限時通**

**【法人股東之代表人當選董事長或常務董事，而法人改派代表人時，該被改派之新人是否直接擔任董事長或常務董事？經濟部見解採否定說，乃為避免任一常務董事**

**或董事長私相授受。】**

✍ 經濟部94年5月20日經商字第09402061340號函

按公司法第27條第3項規定：「第1項及第2項之代表人，得依其職務關係，隨時改派補足原任期。」是以，依同法條第1項或第2項分別產生之董事、監察人，得依其職務關係隨時改派代表補足原任期。惟原代表為董事長時，改派之代表尚非當然繼任董事長職務，仍須由副董事長或常務董事或董事互推1人代行董事長職權召集董事會，並依同法第208條第1項或第2項規定選舉董事長，併為敘明。

**貳、董事長之權限：**

- 一、對外有代表公司之權（§ 208 V 準用 § 57、§ 58）：代表權之範圍：董事長於關於公司營業上之事務（參考§ 202之分權）有辦理之權，但若其代表者非公司營業上之事務則沒有代表之權。（另於§ 213公司與董事間之訴訟時，以及董事為自己或他人與公司交易時，均由監察人代表公司，董事於該場合亦無代表之權）。

**爭點限時通**

**【董事長未經董事會決議所為之代表行為效力為何？】**

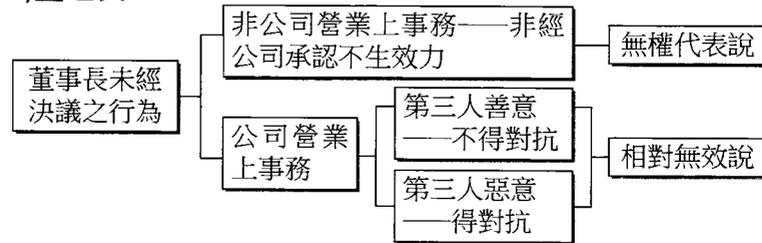
(一) 實務見解：

✍ 最高法院104年台上字第2430號民事判決

公司法第208條第3項雖規定董事長對外代表公司，但依同條第五項準用同法第57條之規定，僅關於公司營業上之事務有辦理之權，若其所代表者非公司營業上之事務，則不在代表權範圍之內，此項無權限之行為，不問第三人是否善意，非經公司承認，不能對於公司發生效力。……縱該借款行為係關於公司營業上之事務，然股份有限公司董事長對外代表公司所為交

易行為，其有無經董事會決議對於交易對象而言，與公司對於董事長代表權之限制無異，為保障交易之安全，參酌公司法第58條規定，亦於被上訴人為善意時，上訴人始不得以未經董事會決議為由，否認其效力。

(二)整理表：



(三)公司營業上事務應如何判斷？

依照實務見解，是否屬於「公司營業上事務」會涉及到底應採取無權代表說或相對無效說之見解。而「公司營業上事務」一詞，應理解為Daily Operation，亦即公司每天業務經營會反覆發生的就算是營業上事務，例如採買原料、出售貨物皆屬之，但若並非公司因其業務需要而經常性、反覆性執行之事項，例如出售不動產，則並非公司營業上之事務。

二、對內有業務執行權。

參、常務董事會之權限：

一、法規內容：

●<sup>86</sup>公司法 § 208 (節錄)

IV 常務董事於董事會休會時，依法令、章程、股東會決議及董事會決議，以集會方式經常執行董事會職權，由董事長隨時召集，以半數以上常務董事之出席，及出席過半數之決議行之。

二、董事會與常務董事會之權限劃分：

(一)法定職權說：常務董事之職權是基於法律規定而來（經濟部舊見解）。

(二)授權說：常務董事之權限來自於董事會之授權（經濟部新見解）。

✍ 經濟部86年12月26日商86224536號函

按公司法明定專屬「董事會」決議之事項，不論係普通決議（例如同法第171條召集股東會之決議）或特別決議（例如第266條發行新股之決議），均不得由常務董事會決議。

👤 學者評釋

【劉連煜老師】

為避免架空董事會功能，應考慮逐步廢除常務董事之規定<sup>86</sup>。

## 第十三節 臨時管理人

壹、臨時管理人：

一、法規內容：

●<sup>86</sup>公司法 § 208-1

I 董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞時，法院因利害關係人或檢察官之聲請，得選任一人以上之臨時管理人，代行董事長及董事會之職權。但不得為不利於公司之行為。

<sup>86</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁579，新學林。

II 前項臨時管理人，法院應囑託主管機關為之登記。

III 臨時管理人解任時，法院應囑託主管機關註銷登記。

## 二、臨時管理人相關介紹：

(一) 臨時管理人不以股東為必要。

(二) 臨時管理人屬於公司法第8條第2項之負責人。

(三) 選任之時機。

1. 立法理由謂臨時管理人之選任時機為董事死亡、辭職、當然解任、遭法院假處分、消極不行使職權等情形。但實務見解認為不限於此，只要符合「董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞」即可選任。

2. 實務見解：

### 臺灣臺北地方法院99年司字第9號民事裁定

凡股份有限公司執行機關因事實上或法律上之原因，無法運作，股東會亦未行使其解任或改選董事之職權，而致公司有遭受損害之虞時，即得依公司法第208條之1規定，請求法院為該公司選任臨時管理人。至於上開法條之立法理由雖謂「公司因董事死亡、辭職或當然解任，致董事會無法召開行使職權；或董事全體或大部分均遭法院假處分不能行使職權，甚或未遭假處分執行之剩餘董事消極地不行使職權，致公司業務停頓，影響股東權益及國內經濟秩序，增訂本條，俾符實際。」惟其所舉董事死亡、辭職、當然解任、遭法院假處分、消極不行使職權等情，僅為例示，並非限制性列舉規定，否則如遇董事會成員行蹤成迷或行動自由受控制而無法行使職權，股東會又不為改選等情形，豈非坐令公司持續遭受損害而束手無策？足見將上開立法理由解為限制性列舉規定，並不合理。

三、學者見解（曾宛如老師）<sup>87</sup>：原則上公司之管理階層應由公司自行決定，當公司內部自治失靈時，尚須仰賴公司外部之司法監督機制，選任臨時管理人以維繫公司之正常運作。但選任臨時管理人將剝奪股東會、董事會選任公司代表人之機會，且選任之人往往與公司無直接利益，不一定能為公司謀求最大利益。故法院決定選任與否時，應避免司法公權力過度干預公司自治，同時避免股東透過聲請選任臨時管理人以爭奪經營權之情形。

<sup>87</sup> 曾宛如（2013），我們需要臨時管理人！？——評臺灣高等法院一〇一年度非抗字第七十二號裁定，裁判時報，第20期，頁44-55。

# 第8章

## 股份有限公司之監察人

### 第一節 監察人的基本問題

#### 壹、監察人之權限：行使監察權：

##### 一、行使方式：

###### ●\*公司法 § 221

監察人各得單獨行使監察權。

##### 二、概括規定：

###### ●\*公司法 § 218 (節錄)

監察人應監督公司業務之執行。

###### ●\*公司法 § 222

監察人不得兼任公司董事、經理人或其他職員。

##### 三、列舉規定：

(一)調查公司設立經過 ( § 146 I ) 。

(二)調查公司業務及財務狀況 ( § 218 I )<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 經濟部經商字第10002068170號函：「監察人依公司法第218條第1項規定行使監察權查核簿冊文件時，得要求股務代理機構提供股東名簿按公司法第218條第1項規

- (三) 聽取董事報告發現公司有受重大損害之虞的情形 ( § 218-1 ) 。
- (四) 查核公司會計表冊 ( § 219 I ) 。
- (五) 得列席董事會陳述意見 ( § 218-2 I ) 。
- (六) 對董事或董事會之違法行為制止請求權 ( § 218-2 II ) 。
- (七) 董事為自己交易時，應由監察人代表公司 ( § 223 ) 。
- (八) 公司發行新股時查核現物出資 ( § 274 ) 。
- (九) 審查清算人就任時所造具之會計表冊 ( § 326 I 、 II ) 。
- (十) 清算完成時審查清算人所造具之會計表冊 ( § 331 I ) 。

## 貳、監察人無法發揮功能之原因：

- 一、監察人須仰賴大股東的支持方能當選，無法有效監督董事。
- 二、家族企業間董事與監察人均為家族成員擔任，監察人難以行使監察權。

### 筆者的話

想像一下今天你的媽媽擔任董事，你擔任監察人，然後寫封存證信函給你媽請他交出股東名簿！你要行使簿冊查核權來發現不法！可能就很能理解了XD。

定：『監察人應監督公司業務之執行，並得隨時調查公司業務及財務狀況，查核簿冊文件，並得請求董事會或經理人提出報告』。上開規定之『簿冊』與本部81年12月8日經商字第232851號函所稱簿冊，二者定義相同，包括歷屆股東會議事錄、資產負債表、股東名簿及公司債存根簿等。是以，監察人依公司法第218條第1項規定得調查公司業務及財務狀況，並查核簿冊文件，該簿冊文件之範圍包括股東名簿在內。又監察人須影印公司簿冊文件時，公司應配合辦理。準此，監察人基於監察權之行使，自得要求公司及股務代理機構提供股東名簿，前經本部99年10月8日經商字第09902140320號函釋在案。至於監察人查核簿冊文件地點一節，倘公司簿冊文件係由公司之受任人管理，則監察人自得於該受任人之處所為之。本部65年11月20日商字第31741號函及71年3月16日第08736號函，應予補充（經濟部100年5月30日經商字第10002068170號函）。」

## 參、審計委員會與監察人之關係：

### 一、法規內容：

#### ● 證券交易法 § 14-2

已依本法發行股票之公司，得依章程規定設置獨立董事。但主管機關應視公司規模、股東結構、業務性質及其他必要情況，要求其設置獨立董事，人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一。

#### ● 證券交易法 § 14-4

I 已依本法發行股票之公司，應擇一設置審計委員會或監察人。但主管機關得視公司規模、業務性質及其他必要情況，命令設置審計委員會替代監察人；其辦法，由主管機關定之。

II 審計委員會應由全體獨立董事組成，其人數不得少於三人，其中一人為召集人，且至少一人應具備會計或財務專長。

III 公司設置審計委員會者，本法、公司法及其他法律對於監察人之規定，於審計委員會準用之。

IV 公司法第二百零條、第二百零三條至第二百零五條、第二百零六條第一項、第三項、第四項、第二百零八條第一項、第二項、第二百零八條之一、第二百零八條之二第二項、第二百零二十條、第二百零二十三條至第二百零二十六條、第二百零二十七條但書及第二百四十五條第二項規定，對審計委員會之獨立董事成員準用之。

V 審計委員會及其獨立董事成員對前二項所定職權之行使及相關事項之辦法，由主管機關定之。

VI 審計委員會之決議，應有審計委員會全體成員二分之一以上之同意。

## 二、主管機關強制設置審計委員會之現狀<sup>2</sup>：

 107年12月19日金管證發字第10703452331號令

一、依據證券交易法第14條之4規定，已依本法發行股票之金融控股公司、銀行、票券金融公司、保險公司、證券投資信託事業、綜合證券商、上市（櫃）期貨商及實收資本額達新臺幣20億元以上非屬金融業之上市（櫃）公司，應設置審計委員會替代監察人；實收資本額未滿新臺幣20億元非屬金融業之上市（櫃）公司，應自中華民國109年1月1日起設置審計委員會替代監察人。但前開金融業如為金融控股公司持有發行全部股份者，得擇一設置審計委員會或監察人

二、依據證券交易法第181條之5規定，現任董事、監察人任期未屆滿之公司，前點適用時程規定如下：

(一) 實收資本額達新臺幣20億元以上未滿新臺幣100億元非屬金融業之上市（櫃）公司，應於108年底前設置完成。

(二) 實收資本額未滿新臺幣20億元非屬金融業之上市（櫃）公司，應自109年1月1日起設置審計委員會替代監察人，其董事、監察人任期於109年末屆滿者，得自其任期屆滿時，始適用之。

三、本令自即日生效；本會102年12月31日金管證發字第10200531121號令，自即日廢止。

## 三、現行法下可能之組織模式<sup>3</sup>：

(一)傳統的雙軌制：董事會+監察人。

(二)新型的雙軌制：董事會（含獨立董事）+監察人。

<sup>2</sup> 107年律師公司法考題之背景設定為保險公司，其乃暗示考生寫出審計委員會的相關爭點，故考生除了對於監察人與審計委員會的相關規定需要熟稔之外，還需要清楚哪些公司已經被強制設置審計委員會，作答時才不會假設錯誤喔！

<sup>3</sup> 賴英照（2020），最新證券交易法解析，第四版，頁175，自版。

(三)單軌制：董事會（含獨立董事）+審計委員會（由全體獨立董事所組成）。

## 第二節 監察人對董事提起訴訟

### ●公司法 § 212

股東會決議對於董事提起訴訟時，公司應自決議之日起三十日內提起之。

### ●公司法 § 213

公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人。

### ●公司法 § 214（節錄）

I 繼續六個月以上，持有已發行股份總數百分之一以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。

II 監察人自有前項之請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟；股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保；如因敗訴，致公司受有損害，起訴之股東，對於公司負賠償之責。

### 爭點限時通

#### 【監察人得否逕行對董事提起訴訟？】

(一)否定說（實務見解）：公司法第213條僅係第212條之後續規定，若未經股東會決議之情形，監察人不得逕自對董事起訴。

✍️ 最高法院69年台上字第1995號民事判決

公司法第213條規定「公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代表公司為訴訟之人」。所謂公司與董事間訴訟，當指同法第212條所定股東會決議對於董事提起訴訟而言，蓋股東會為公司最高權力機關，惟其有權決定公司是否對董事（或監察人）提起訴訟。至監察人行使監察權，如認董事有違法失職，僅得依同法第220條召集股東會，由股東會決議是否對董事提起訴訟。

(二)肯定說（部分實務見解、朱德芳老師）：

1. 實務見解：司法實務見解肯認監察人對於董事提起訴訟並不限於須經股東會決議始得為之，本案所發生之原因案件乃監察人對董事提起刑事自訴，故為刑事判決。

✍️ 最高法院74年台上字第1096號刑事判決

公司法第213條規定，股份有限公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司為之。此所謂公司與董事間訴訟，並不限於其訴之原因事實係基於董事資格而發生，即其事由基於個人資格所生之情形，亦包括在內。又該法條既未明定監察人代表公司對於董事提起訴訟，須經股東會議之決議，始得為之。

2. 朱德芳老師<sup>4</sup>：

- (1)自體系觀察而言：公司法第214條規定少數股東得「請求」監察人提起訴訟，故監察人對於提起訴訟與否，應具有裁量權，並非全然受制於股東會。故未必由股東會專斷對董事之訴訟權利。

<sup>4</sup> 朱德芳（2011），監察人對董事提起訴訟權限與監察人行使職權行使方式之探討——簡評69台上1995決，台灣法學雜誌，第188期，頁20-33。

- (2)自監察人之功能觀察而言：監察人有業務檢查權、表冊查核權、董事會列席權、違法行為制止請求權，故相較於股東會而言，較能充分取得資訊，並對董事做出適當而有效的監督，故應由監察人為「對董事採取適當求償訴追」之決策與決斷。
- (3)自利益迴避之角度而言：於決定是否訴追董事責任之股東會上，且被訴追之董事為大股東時，倘若採取「避免該股東防禦功能降低」而認為該股東無須迴避表決之見解，則以訴訟訴追董事責任之效果將大打折扣。
- (4)基於以上三點理由，公司法第213條之「公司與董事間訴訟」並不限於經股東會起訴之情形，監察人應得主動對董事提起訴訟。

(三)解套方式：若監察人自己即係股東，同時符合第214條之資格，可能得依照少數股東代表訴訟自己請求自己對董事會起訴，但此說法是否可行目前似無定論<sup>5</sup>。

<sup>5</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁242，依照。此處引用周振鋒、洪秀芬部分。

# 第9章

## 會計與盈餘分派

### 第一節 公積

#### 壹、公積之意義：

公積乃公司之純財產額超過其實收資本之數額，而積存於公司之金額，其提列之目的在於充實公司資本，保障債權人權益。

#### 貳、公積之分類：

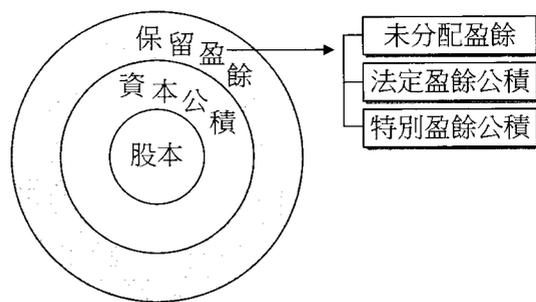
- 一、法定公積與任意公積：前者指因法律強制規定而提列者，後者指依章程之訂定或股東會之決議而提列者。
- 二、盈餘公積與資本公積：前者乃從每一期決算之盈餘當中所提列之公積，又可分為法定盈餘公積（§ 237 I）與因公司有特別之用途<sup>1</sup>所提列之特別盈餘公積（§ 237 II）；後者指公司因股本交易所產生的權益，如股票溢價發行所得之溢價以及受領贈與之所得。

---

<sup>1</sup> 如籌措蓋廠房之資金。

**筆者的話**

以律師司法官考試而言，因為不是考會計師，所以對於會計的瞭解只須有基本概念即可。下方的示意圖是大學時代上林仁光老師的公司法課程時，老師一再強調的圖示。所謂股本就是實收資本，也就是票面金額股的票面金額或無票面金額股的發行價格乘上已發行股份總數，屬於公司最核心的資金，可以想像為一座城堡。外圍的資本公積，算是第一道護城河，屬於次核心的資金。然而，資本公積有哪些種類也不用很清楚，只要記得公司法第241條所提到的「超過票面金額發行股票所得之溢額」（無票面金額股之公司無此項目）與「受領贈與之所得」兩種即可，其中又以「超過票面金額發行股票所得之溢額」最為重要。更外圍的保留盈餘則是第二道護城河，屬於最不核心的資金，其中包含三個耳熟能詳的項目，也就是「未分配盈餘」、「法定盈餘公積」以及「特別盈餘公積」。也因為這個原理，公司有虧損時，應由最不重要的資金先進行填補，所以應依照以下順序填補虧損。1.先由未分配盈餘填補2.將特別盈餘公積迴轉為盈餘填補（但此情況較為少見，因為特別盈餘公積係為特定目的提列，通常不因填補虧損而捨棄該目的）3.由法定盈餘公積填補4.由資本公積填補（公司法 § 239 I 規定應於盈餘公積填補後仍有不足方得以資本公積填補）



**參、公積之提列：**

●**公司法 § 237**

- I 公司於完納一切稅捐後，分派盈餘時，應先提出百分之十為法定盈餘公積。但法定盈餘公積，已達實收資本額時，不在此限。
- II 除前項法定盈餘公積外，公司得以章程訂定或股東會議決，另提特別盈餘公積。
- III 公司負責人違反第一項規定，不提法定盈餘公積時，各處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。

**肆、法定盈餘公積及資本公積之用途：**

**一、法規內容：**

●**公司法 § 239**

- I 法定盈餘公積及資本公積，除填補公司虧損外，不得使用之。但第二百四十一條規定之情形，或法律另有規定者，不在此限。
- II 公司非於盈餘公積填補資本虧損，仍有不足時，不得以資本公積補充之。

●**公司法 § 241**

- I 公司無虧損者，得依前條第一項至第三項所定股東會決議之方法，將法定盈餘公積及下列資本公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給新股或現金：
  - 一、超過票面金額發行股票所得之溢額。
  - 二、受領贈與之所得。
- II 前條第四項及第五項規定，於前項準用之。
- III 以法定盈餘公積發給新股或現金者，以該項公積超過實收資本額百分之二十五之部分為限。

## 二、用途：

- (一)填補公司虧損，但其順序上依公司法第239條第2項，應先由法定盈餘公積填補，仍無法完全填補時，再以資本公積填補。
- (二)進行公司法上特別分派。

## 三、公司法第232條與第241條的關係：

### (一)第232條：性質上為股息紅利之分派（須無虧損且有盈餘）：

1. 第1項：填補虧損後提出法定盈餘公積。
2. 第2項：無盈餘不得分派（但如果當年度沒有盈餘但是仍有歷年累積的盈餘，仍然屬於有盈餘而可以分派）。

### (二)第241條：性質上為公司法上特別分派（僅須無虧損即可）：

1. 第1項：法定盈餘公積以及資本公積的「超過票面金額的溢價發行部分」以及「受領贈與所得」部分可以發給新股或現金。
2. 第3項：以法定盈餘公積發放，以超過實收資本額25%之部分為限，換句話說，法定盈餘公積－（實收資本額之25%）＝X，X即為法定盈餘公積可以發放的部分。本項反面解釋可知，只有法定盈餘公積受前開限制，資本公積的「超過票面金額的溢價發行部分」以及「受領贈與所得」部分是可以全部發光光的喔！

### 學者評釋 【劉連煜老師】

由上述可知，公司資本公積依照公司法第241條第3項可以發放現金股利與股東，與返還出資無異，學理上應有保護債權人之程序較為適當，新修正對此付之闕如，難稱完美<sup>2</sup>。

<sup>2</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁606，新學林。

## 有題有真相

某公司以面額10元發行10,000股，每股以15元發行，請問資本公積為何？若法定盈餘公積有40,000元，依照公司法第241條第3項可以將多少的法定盈餘公積用以分派？



資本公積考試上的計算就是將發行價格減去票面金額，再乘以已發行股份總數，故資本公積為（15元－10元）×10,000＝50,000元，而公司法第241條第3項以法定盈餘公積進行分派時，受有以超過實收資本25%之部分才可以分派的限制，所以要先計算實收資本是多少，而實收資本就是股本，也就是面額乘以已發行股份總數，10元×10,000＝100,000元，其25%為25,000元，而法定盈餘公積超過25,000元的部分即40,000元－25,000元＝15,000元，這15,000元才是第241條第3項可以發放的部分喔！

## 第二節 分派盈餘

### 壹、公司盈餘分派：

#### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 184

- I 股東會得查核董事會造具之表冊、監察人之報告，並決議盈餘分派或虧損撥補。
- II 執行前項查核時，股東會得選任檢查人。
- III 對於前二項查核有妨礙、拒絕或規避之行為者，各處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。

●公司法 § 228-1

- I 公司章程得訂明盈餘分派或虧損撥補於每季或每半會計年度終了後為之。
- II 公司前三季或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務報表交監察人查核後，提董事會決議之。
- III 公司依前項規定分派盈餘時，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。但法定盈餘公積，已達實收資本額時，不在此限。
- IV 公司依第二項規定分派盈餘而以發行新股方式為之時，應依第二百四十條規定辦理；發放現金者，應經董事會決議。
- V 公開發行股票之公司，依前四項規定分派盈餘或撥補虧損時，應依經會計師查核或核閱之財務報表為之。

●公司法 § 232

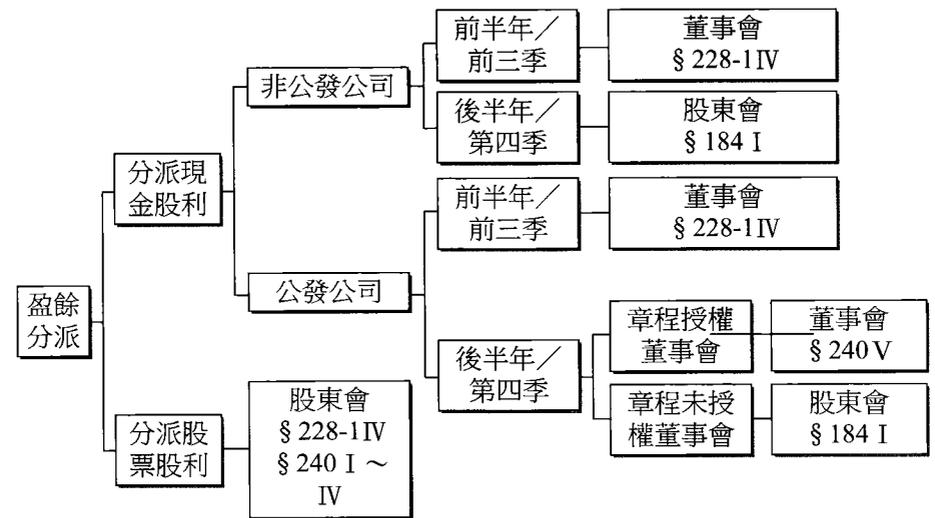
- I 公司非彌補虧損及依本法規定提出法定盈餘公積後，不得分派股息及紅利。
- II 公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。
- III 公司負責人違反第一項或前項規定分派股息及紅利時，各處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以下罰金。

●公司法 § 240

- I 公司得由有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之決議，將應分派股息及紅利之全部或一部，以發行新股方式為之；不滿一股之金額，以現金分派之。
- II 公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。
- III 前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高規定者，從其規定。

- IV 依本條發行新股，除公開發行股票之公司，應依證券主管機關之規定辦理者外，於決議之股東會終結時，即生效力，董事會應即分別通知各股東，或記載於股東名簿之質權人。
- V 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。

二、各種形式之分派決定機關整理表：



**爭點限時通**

【若公司採取每季或每半會計年度即分派之作法，上半年度或前三季公司獲利良好，故進行盈餘分派，但下半年度或第四季轉盈為虧，是否有違法超額分派之問題？】

經濟部見解認為只要每季或每半會計年度有盈餘可供分派，並

且於該盈餘之數額內分派，則即便年終時盈餘數額為負，亦無超額分派之問題。

**經濟部108年1月25日經商字第10800006700號函**

- 一、按公司法第228條之1第5項僅規定公開發行股票之公司，依前4項規定分派盈餘或撥補虧損時，應依經會計師查核或核閱之財務報表為之。惟非公開發行股票公司之每季或每半會計年度之財務報表是否經會計師查核或核閱，公司法並無限制規定，可由公司自行決定。
- 二、公司為每季或每半會計年度盈餘分派，係以上次分配後之期末未分配餘額，加計本季或前半會計年度之淨利，預估並保留應納稅捐依法彌補虧損及提列法定盈餘公積後，於可分派盈餘數額內分派之。至於年度終了之盈餘分派，亦以上次分配後之期末未分配餘額，加計第4季或後半會計年度之淨利或虧損為可分派盈餘數額，累積數額如為負數，因無盈餘即不得分派（§ 232 II 參照），應累積為下年度之期初數額。是以，公司於每季或每半會計年度於可分派盈餘為正數之數額內分派，縱然年度終了之可分派盈餘數額為負數，亦無所謂超額分派或透支盈餘之情事。

**爭點限時通**

**【公司法第228條之1每季或每半年度發放之規定可否適用於第234條之建業股息與第241條法定盈餘公積與資本公積的發放？】**

(一)肯定說（方嘉麟老師、陳明進老師）<sup>3</sup>：公司法第228條之1旨

<sup>3</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁162，元照。此處引用方嘉麟、陳明進部分。

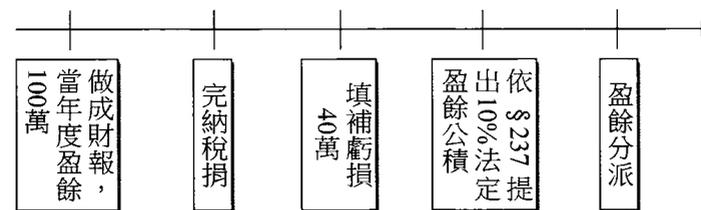
在放寬股份有限公司之規定，使其得於期中分派盈餘。對於如第234、241條例外之分派，亦無不准適用之理。

(二)否定說（劉連煜老師）<sup>4</sup>：公司法第228條之1並未提及適用於第241條，故除非有權解釋機關擴張解釋，否則第241條之公司法上特別分派自不得適用「一般盈餘分派」之第228條之1規定。

**爭點限時通**

**【盈餘分派之程序——公司應如何分派盈餘？】**

假設某公司做成財報後當年度盈餘100萬，若該公司表現較好（即所得稅法§ 39、§ 77所謂的「藍色申報書」），可以先進行填補虧損再完納稅捐，這樣課所得稅的稅基就是100萬-40萬=60萬，所課的稅也會比較少，若公司表現並沒有前開符合藍色申報書的情形，則應先以100萬元的盈餘為稅基完納稅捐後，再進行填補虧損，這樣會被課較多的稅，但無論如何做完上述兩個動作後，還有盈餘再依照第237條提出法定盈餘公積（但如果法定盈餘公積已經提列到跟股本一樣多時，則不用再提列），最後才是盈餘分派。要注意的是，第237條所指的提列法定盈餘公積是指要依照前開條文分派盈餘時才需要，如果是要依照第241條進行特別分派時就不用囉！因為第241條屬於公司法上特別分派，而非分派股息、紅利。



<sup>4</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁609，新學林。

### 三、建業股息之預付：

#### (一)法規內容：

##### ●公司法 § 234

- I 公司依其業務之性質，自設立登記後，如需二年以上之準備，始能開始營業者，經主管機關之許可，得依章程之規定，於開始營業前分派股息。
- II 前項分派股息之金額，應以預付股息列入資產負債表之股東權益項下，公司開始營業後，每屆分派股息及紅利超過實收資本額百分之六時，應以其超過之金額扣抵沖銷之。

#### (二)要件：

1. 需二年以上之準備。
2. 依章程規定（且通說認為應限於原始章程）。
3. 經主管機關許可。
4. 開始營業前始得分派。

### 貳、盈餘分派之標準：

##### ●公司法 § 235

股息及紅利之分派，除本法另有規定外，以各股東持有股份之比例為準。

### 參、違法盈餘分派之效果：

公司負責人依公司法第232條第2項負刑事責任，因違法分派而受有損害的公司債權人得依照第233條向違法分得股息紅利之股東、員工及董事監察人請求返還與「公司」（並非返還與債權人）。

### 有題有真相

A實業股份有限公司係一家績優的非公開發行公司，其股利政策一向十分穩定且豐厚，惟因受到國際原料價格大漲影響，A公司於民國108年度，稅後淨損達新台幣（下同）1,800萬元。民國108年12月31日A公司之實收股本為5,000萬元，未分配盈餘（不包括民國108年度淨損）為800萬元，法定盈餘公積3,000萬元，特別盈餘公積1,000萬元，資本公積為4,000萬元。（其中，歷年超過票面金額發行股票所得溢額的累積金額為2,000萬元，但無受贈與所得）A公司於民國109年6月30日召開股東常會，並通過董事會所擬具之1,800萬元虧損彌補案及1,500萬元發放現金股利案。

請依公司法規定並附理由，說明以下各題：

- (一) 民國109年6月股東會決議填補虧損之同時，可否再決議分派股利？（15分）
- (二) 股東會通過董事會所擬具的配發現金股利1,500萬元額度，是否符合公司法的規定？（20分）
- (三) 如此的配發現金股利，學理上有無爭議之處？（15分）

【改編自102律師<sup>5</sup>】

### 爭點分析

本題涉及盈餘分派的問題，是一道非常數學的題目，尤其在時間緊迫的國家考試，遇到又要計算又要論述的題目真的容易一個頭兩個大，然後越緊張就一直算錯QQ。本題主要應注意的有三個法條，即公司法第232、239與241條，公司法第232條規定的股息紅利分派與第241條的分派是不一樣的分派！前者是一般的股息紅利分派，後者是以公積發放現金的規定，性質上屬於公司法上特別分派，但兩者的效果都是可以發放現金或新股，

<sup>5</sup> 因應盈餘分派法規變動，故筆者將題目中日期皆改為107年修法後之日期以避免應適用舊法之問題。

所以在本題當中第241條也要一併討論。但無論是哪一條，共同點就是要先依照第239條的順序填補虧損，因為第232條與第241條都是要求要先填補虧損的，只是第232條還要求無盈餘時不能分派，而第241條無此規定。

- (一) 第一小題只問填補虧損後可不可以分派股息紅利，所以不用明確寫出到底怎麼分派，因為那是第二題的問題。
- (二) 第二小題只要討論第241條得分派之數額即可。
- (三) 第三小題就應進行立法評析的問題，一定要有第241條是拿公司的核心資金發放給股東的問題意識，而這樣的立法是否妥適？

### 擬答

(一) A公司於決議彌補虧損的同時，可以再決議分配股利：

1. 以歷年之盈餘彌補虧損1,800萬元：本題A公司之歷年盈餘為800萬元，依照經濟部函釋之見解，以往年度累積之未分配盈餘彌補虧損後，如仍有剩餘應得以此剩餘部分撥充股利。但A公司之累積虧損高達1,800萬元，用了歷年盈餘填補完後，仍有1,000萬元之虧損，公司法第232條第1項規定公司非經彌補虧損並提出法定盈餘公積後不得分派股息紅利，故A公司若欲分派股息紅利，勢必要將剩下1,000萬元之虧損填補完成。
2. A公司得將特別盈餘公積迴轉為盈餘並以之填補虧損1,000萬元：所謂特別盈餘公積乃公司於法定盈餘公積以外另外提撥之盈餘公積，主要係為特定用途（如籌措蓋某一廠房所需之金錢）而提撥，可以將此1,000萬元特別盈餘公積迴轉為盈餘並以之填補虧損。
3. 若特別盈餘公積有其他目的而不能填補虧損，以法定盈餘公積填補之。  
然而，將特別盈餘公積迴轉為盈餘以填補虧損並非常態，蓋因特別

盈餘公積之提列係因特定需求，公司非必要時無須放棄該規劃以填補虧損，故假設特別盈餘公積並未迴轉以填補虧損，則應適用公司法第239條第1項及第2項以法定盈餘公積填補剩下的1,000萬元虧損。

4. 虧損填補完成後，依照公司法第232條第1項，A公司已無虧損，似可以發放股息紅利，但因為盈餘已全部用以填補虧損，依照第232條第2項因為無盈餘而不能分派股息紅利，但公司法第241條特別規定只要公司無虧損時，即可以用該條發放股票或現金，故本題A公司仍有適用第241條之空間，可以決議分派新股或現金只是性質上為公司法上之特別分派而非股息、紅利的分派<sup>6</sup>。

(二) 股東會決議分派1,500萬之現金合法，理由如下：假設公司不以特別盈餘公積填補虧損，則尚有法定盈餘公積2,000萬元<sup>7</sup>，其中可以發出750萬元之現金，資本公積之4,000萬元中之2,000萬元亦可用以發放現金。

1. 公司法第241條第3項規定法定盈餘公積發放現金以超過公司實收資本之25%部分為限，查A公司之股本為5,000萬元其25%為1,250萬元，2,000萬元之法定盈餘公積減去1,250萬元後剩餘750萬元，此750萬元為得以發放之部分。
2. 公司法第241條第1項規定資本公積資超過票面金額部分得以用來發

<sup>6</sup> 請注意，接下來本題要進行的是公司法第241條的特別分派，而不是股息、紅利的分派，所以不用踐行第237條提出法定盈餘公積的程序喔。第237條所指的提列法定盈餘公積是指要依照第232條及第240條分派盈餘時才需要，如果是要依照第241條進行公司法上特別分派就不用喔！

<sup>7</sup> 1,000萬被拿去填補虧損了。

放新股或現金股利，於本題為4,000萬元中之2,000萬元，亦可以拿來發放現金股利。

3. 於此情形下，A公司可以發放之金額為2,750萬元，決議發放1,500萬元亦為適法。

(三) 公司法第241條配發現金之規定有不妥適之處，以下分述之<sup>8</sup>：現行公司法第241條規定只要無虧損時（即使屬於公司法§232 II 無盈餘的情況），仍然可以發放股票或現金給股東，而第241條第3項規定法定盈餘公積要發放必須以超過股本25%之部分為限，反面解釋就代表資本公積可以毫無限制進行發放。依照公司法之法理，資本公積乃公司資金中僅次於股本最核心的資金，但第241條第3項卻本末倒置讓資本公積可以無限制發放而法定盈餘公積有所限制，實係容任不當減少公司資產減低公司償債能力而對債權人十分不利<sup>9</sup>。

<sup>8</sup> 其實本題還有另外一個可以評析的點，但是因為這個爭點年代太久遠了，也是好幾次修法以前的事情了，所以筆者就不放在擬答中，而放在引註中給大家自己斟酌要不要寫。「民國101年修法前，原本根據舊公司法第232條第2項但書規定，在公司無盈餘時，只要法定盈餘公積已超過實收資本額50%，得以其超過部分派充股息及紅利；不過，為了避免公司在嚴重虧損時，未先將法定盈餘公積用以彌補虧損，而仍予分派股息及紅利，恐不利於公司之正常經營，因此該項但書規定後來遭到刪除。然而，學者們認為舊公司法第232條第2項但書之適用，仍以公司法第232條第1項已經彌補虧損為前提，怎麼會有未彌補虧損而只因法定盈餘公積很多就不彌補虧損而發放之情形呢？刪除但書之理由容有誤會。」以上這段修法歷史，也是本題的爭點，因為本題的原題是在102年的律師考試，在當時可能還是個很新的爭點喔！

<sup>9</sup> 曾宛如老師上課口述。

# 第10章

## 員工獎勵制度

### 第一節 獎勵員工之制度

#### 壹、員工酬勞制度：

##### 一、法規內容：

##### ● 公司法 § 235-1

- I 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。但公司尚有累積虧損時，應予彌補。
- II 公營事業除經該公營事業之主管機關專案核定於章程訂明分派員工酬勞之定額或比率外，不適用前項之規定。
- III 前二項員工酬勞以股票或現金為之，應由董事會以董事三分之二以上之出席及出席董事過半數同意之決議行之，並報告股東會。
- IV 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。
- V 章程得訂明依第一項至第三項發給股票或現金之對象包括符合一定條件之控制或從屬公司員工。

## 二、提撥之方式：

### (一)一般員工酬勞：

1. 固定比率、一定之比率區間、下限，三種方式擇一採用。
2. 若章程僅定明一定區間或下限，當年度員工酬勞之分派比率由董事會特別決議決議<sup>1</sup>。

### (二)董監事酬勞：

1. 僅能以現金為之。
2. 章程有規定董監事酬勞才能發放，否則視為無董監酬勞。並且不得以股東會決議取代章程。
3. 比照員工酬勞方式，但只能以上限定之。但公司法第235條之1公布施行後至本解釋<sup>2</sup>發布前，就董監事酬勞比率，已以固定數、區間或下限之方式完成修正章程變更登記者，可以不用以上限定之。
4. 當年度董監事酬勞發放比率之決定，應由董事會特別決議行之。設有薪酬委員會之上市櫃及興櫃公司，則由薪酬委員會提出建議後送董事會決議<sup>3</sup>。

 經濟部104年10月15日經商字第10402427800號函（節錄）

- 一、依公司法第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。……」比率訂定方式，選擇以固定數（例如：2%）、一定區間（例如：2%至10%）或下限（例如：2%以上、不低於2%）三種方式之一，均屬可行（本部104年6月11日經商字第10402413890號函釋）。員工酬

<sup>1</sup> 經濟部104年10月15日經商字第10402427800號函。

<sup>2</sup> 經濟部104年10月15日經商字第10402427800號函。

<sup>3</sup> 106年台大法研所考題。

勞分派比率，選擇以一定區間或下限之方式記載於公司章程者，當年度員工酬勞分派比率之決定，應由董事會以董事三分之二以上之出席及出席董事過半數同意之決議行之。

六、依第235條之1第3項規定：「前二項員工酬勞以股票或現金為之，應由董事會以董事三分之二以上之出席及出席董事過半數同意之決議行之，並報告股東會。」員工酬勞發放方式以股票或現金為之，係專屬董事會特別決議之事項，倘擬於章程規定限以現金發放，自不可行。

九、依本部104年06月11日經商字第10402413890號函：「……公司仍得於章程訂定依獲利狀況之定額或比率分派董監事酬勞。」董監事酬勞之發放僅能以現金為之，公司是否發放董監事酬勞係屬章程規範範疇，公司如擬發放董監事酬勞，自應於章程中明文規定董監事酬勞發放金額之定額或比率。倘章程未明定董監事酬勞發放金額之定額或比率，即認定為公司不發放董監事酬勞，尚不得以股東會決議之方式代替章程。

十、章程董監事酬勞比率訂定方式，限以上限之方式為之。但公司自公司法第235條之1公布施行後至本解釋發布前，就董監事酬勞比率，已以固定數、區間或下限之方式完成修正章程變更登記者，不在此限。

十一、章程董監事酬勞比率訂定方式，限以上限之方式為之。當年度董監事酬勞發放比率之決定，應由董事會以董事三分之二以上之出席及出席董事過半數同意之決議行之。至於設有薪酬委員會之上市櫃及興櫃公司，則由薪酬委員會提出建議後送董事會決議。

### 學者評釋 【曾宛如老師】<sup>4</sup>

將員工酬勞之分派額或比例訂於章程並無必要，願意照顧員工之公司縱無法律強制規定，仍會修改章程給予員工保障。不願意照顧員工之公司，即便法律有規定，亦僅訂定極低比率敷衍了事，未必使員工受到更好之待遇。故員工酬勞應由市場機制解決即可，無須法律強行介入。

### 爭點限時通

**【公司法第235條之1第3項以股票獎勵員工時，可否限制員工於一定期間內不得離職，若離職即喪失一定權利？】**

劉連煜老師認為員工酬勞制度是獎勵員工過去表現的表現，不宜另加員工未來應如何之條件<sup>5</sup>。

### 筆者的話

這裡所討論的「不宜另加員工未來應如何之條件」指的是依照第235條之1所發放給員工的酬勞。公司法第167條之1之員工庫藏股與第267條第1、2項所稱之員工新股認購權有希望未來留住員工的色彩，所以可以限制二年內不得轉讓。第267條第9項以下的限制員工權利新股更是如此。請同學務必辨明！

## 貳、員工新股認購權：

### 一、法規內容：

<sup>4</sup> 曾宛如（2016），員工酬勞之新制——公司法第235條之1之解析，月旦法學教室，第159期，頁50-55。

<sup>5</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁619，新學林。

### ●公司法§267（節錄）

- I 公司發行新股時，除經目的事業中央主管機關專案核定者外，應保留發行新股總數百分之十至十五之股份由公司員工承購。
- II 公營事業經該公營事業之主管機關專案核定者，得保留發行新股由員工承購；其保留股份，不得超過發行新股總數百分之十。
- III 公司發行新股時，除依前二項保留者外，應公告及通知原有股東，按照原有股份比例儘先分認，並聲明逾期不認購者，喪失其權利；原有股東持有股份按比例不足分認一新股者，得合併共同認購或歸併一人認購；原有股東未認購者，得公開發行或洽由特定人認購。
- IV 前三項新股認購權利，除保留由員工承購者外，得與原有股份分離而獨立轉讓。
- V 第一項、第二項所定保留員工承購股份之規定，於以公積抵充，核發新股予原有股東者，不適用之。
- VI 公司對員工依第一項、第二項承購之股份，得限制在一定期間內不得轉讓。但其期間最長不得超過二年。
- VII 章程得訂明依第一項規定承購股份之員工，包括符合一定條件之控制或從屬公司員工。
- VIII 本條規定，對因合併他公司、分割、公司重整或依第一百六十七條之二、第二百三十五條之一、第二百六十二條、第二百六十八條之一第一項而增發新股者，不適用之。

二、制度功能：公司法給予員工認購新股總數10%~15%乃希望員工成為公司股東，使員工與公司利益相同，增加公司之向心力，其立意良善。

### 三、運作問題<sup>6</sup>：

- (一)未上市櫃的中小企業有高度股權閉鎖的需求，故多勸員工放棄認股權。
- (二)未上市櫃的中小企業員工也多無意願認購不流通之股票。
- (三)上市櫃大型企業為吸引人才多用第167條之2之員工認股權憑證，以更優惠的條件供員工認股，很少採用本條之新股認購權。

#### 學者評釋 【公司法全盤修正委員會】<sup>7</sup>

因為實務運作成效不彰，故公司法全盤修正委員會建議將此制度改為任意規定即可，無須強制採行。

#### 學者評釋 【廖大穎老師】<sup>8</sup>

本條第3項之原股東優先認購權之目的在於避免股東之持股比例因增資而被稀釋，具有保障股東權益之意義。但並非所有股東皆有能力認購新股，但增資之過程卻因強制通知原股東而有所延宕，未必有利於公司及股東利益。

### 四、員工新股認購權與原股東新股認購權之適用與比較：

- (一)二種新股認購權之分配順序（兼論證券交易法強制股權分散之規定）：

#### 1. 法規內容：

##### 證券交易法 § 28-1

I 股票未在證券交易所上市或未於證券商營業處所買賣之公開發

行股票公司，其股權分散未達主管機關依第二十二條之一第一項所定標準者，於現金發行新股時，除主管機關認為無須或不適宜對外公開發行者外，應提撥發行新股總額之一定比率，對外公開發行，不受公司法第二百六十七條第三項關於原股東儘先分認規定之限制。

II 股票已在證券交易所上市或於證券商營業處所買賣之公開發行股票公司，於現金發行新股時，主管機關得規定提撥發行新股總額之一定比率，以時價向外公開發行，不受公司法第二百六十七條第三項關於原股東儘先分認規定之限制。

III 前二項提撥比率定為發行新股總額之百分之十。但股東會另有較高比率之決議者，從其決議。

IV 依第一項或第二項規定提撥向外公開發行時，同次發行由公司員工承購或原有股東認購之價格，應與向外公開發行之價格相同。

2. 分配順序：現金發行新股時，應先依照公司法第267條第1項提撥10%~15%供員工認購，若為公開發行公司而有證交法第28條之1強制股權分散者，應再提撥10%公開發行，最後才是依照第267條第3項供原股東儘先分認。

3. 股東之新股認購權得否以章程剝奪之？

(1)經濟部見解：屬於股東固有權，不得以章程剝奪。

#### 經濟部80年4月1日經商字第206033號

按公司法第267條第3項規定「公司發行新股時，除依前二項保留者外，應公告及通知原有股東，按照原有股份比例儘先分認，並聲明逾期不認購者，喪失其權利。」此乃股東依法享有之新股優先認購權，自不得以章程或股東會之決議剝奪或限制之。是以公司非依前開規定於發行新股時公告通知並聲明原股東逾期不認購者，喪失其權利，且股東未在新股認購期間內認購者，對股東不生失

<sup>6</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁62，元照。此處引用朱德芳、張心悌部分。  
<sup>7</sup> 公司法全盤修正修法委員會修法建議，頁1-70。  
<sup>8</sup> 廖大穎（2015），股東新股認購權之行使，月旦法學教室，第153期，頁21-23。

權效果（即不喪失新股優先認購權）。

- (2)若新股已發行，原股東如何救濟？實務見解認為股東於發行完畢前得行使董事違法行為制止請求權，發行完畢後則得請求損害賠償責任，但不影響已發行之新股效力，以顧及交易安全。

#### 最高法院103年台上字第1681號民事判決

第267條，迄今之規定以觀，股東新股認購權之保護已由絕對轉變為相對。綜核上開公司法第267條第3項立法意旨、法益種類、交易安全及所禁止者係針對1方當事人等為考量，應認該條項雖為強制規定，惟非使原股東以外第3人認購新股法律行為無效，方能保護交易安全。股東可在發行新股完畢前，對董事會行使公司法第194條之股東制止請求權；若已發行完畢，股東亦得就其股份遭稀釋之損害請求違法董事會連帶負損害賠償責任。是該條項應係對違反者課以制裁之取締規定，而非效力規定，無民法第71條前段之適用。

### 參、庫藏股轉讓員工：

#### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 167-1

I 公司除法律另有規定者外，得經董事會以董事三分之二以上之出席及出席董事過半數同意之決議，於不超過該公司已發行股份總數百分之五之範圍內，收買其股份；收買股份之總金額，不得逾保留盈餘加已實現之資本公積之金額。

II 前項公司收買之股份，應於三年內轉讓於員工<sup>9</sup>，屆期未轉讓者，

<sup>9</sup> 這裡規定的是公司收回股份之後，可以自己保有這些股份三年，在這三年內要把股份轉讓給員工，第167條之3的二年，指的是轉讓給員工後，員工必須要保有這

視為公司未發行股份，並為變更登記。

III 公司依第一項規定收買之股份，不得享有股東權利。

IV 章程得訂明第二項轉讓之對象包括符合一定條件之控制或從屬公司員工。

##### ◆證券交易法 § 28-2（節錄）

I 股票已在證券交易所上市或於證券商營業處所買賣之公司，有下列情事之一者，得經董事會三分之二以上董事之出席及出席董事超過二分之一同意，於有價證券集中交易市場或證券商營業處所或依第四十三條之一第二項規定買回其股份，不受公司法第一百六十七條第一項規定之限制：

一、轉讓股份予員工。

二、配合附認股權公司債、附認股權特別股、可轉換公司債、可轉換特別股或認股權憑證之發行，作為股權轉換之用。

三、為維護公司信用及股東權益所必要而買回，並辦理銷除股份。

II 前項公司買回股份之數量比例，不得超過該公司已發行股份總數百分之十；收買股份之總金額，不得逾保留盈餘加發行股份溢價及已實現之資本公積之金額。

#### 二、公司法第167條之1與證交法第28條之2的主要區別：

(一)對象之不同：前者適用於非公開發行公司；後者適用於公開發行公司。

(二)目的之不同：前者僅限轉讓給員工此一單一目的；後者允許因為三種目的收回特別股，包含為了轉讓給員工、為了履行股權性質公司債或特別股、為了護盤股價等三種目的。

(三)收回股份總數之不同：前者能收回已發行股份總數的5%，後者

些股份二年不能賣，這是完完全全不同的兩回事喔！千萬不要搞混！

能收回已發行股份總數的10%<sup>10</sup>。

#### 肆、員工認股權憑證：

##### ●公司法 § 167-2

I 公司除法律或章程另有規定者外，得經董事會以董事三分之二以上之出席及出席董事過半數同意之決議，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。

II 員工取得認股權憑證，不得轉讓。但因繼承者，不在此限。

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。

#### 伍、限制員工權利新股：

##### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 267（節錄）

IX 公司發行限制員工權利新股者，不適用第一項至第六項之規定，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之。

X 公開發行股票之公司出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。

XI 章程得訂明依第九項規定發行限制員工權利新股之對象，包括符合一定條件之控制或從屬公司員工。

<sup>10</sup> 看到考題出現的百分比如果超出5%，要馬上反應要引的條文是證交法第28條之2而不是公司法第167條之1喔，這個點105年司法官考試中出現過，但並非主要考點。

XII 公開發行股票之公司依前三項規定發行新股者，其發行數量、發行價格、發行條件及其他應遵行事項，由證券主管機關定之。

二、制度功能<sup>11</sup>：限制員工權利新股的特點，在於可結合員工的服務或績效，作為員工是否取得新股之條件，在既得條件未成就前，股份雖已發行，但員工所取得之股份權利受有限制。

##### 三、股份權利受有限制之形態：

(一) 常見之限制權利：處分權、盈餘分派權、新股認購權、股東會之出席權、表決權、提案權。

(二) 限制類型<sup>12</sup>：例如，股份應信託與保管機構，不能出售、質押、贈與、設定負擔等，表決權也由信託保管機關執行之。若既得期間屆滿但條件尚未成就時，可由公司收買或收回已發行之股份，並予以註銷。

#### 陸、各種員工獎勵制度之比較表<sup>13</sup>：

	員工獎勵制度	摘要	說明
1	員工庫藏股 (§ 167-1)	公司經董事會特別決議，於一定股數、金額範圍內收買其股份，並轉讓予員工。	1. 可限制員工在一定期間內不得轉讓，但最長不得超過二年。 2. 可以章程訂明轉讓對象包括一定條件之控制或從屬公司員工。

<sup>11</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁65，元照。此處引用朱德芳、張心悌部分。

<sup>12</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁65，元照。此處引用朱德芳、張心悌部分。

<sup>13</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁64，元照。此處引用朱德芳、張心悌部分。

	員工獎勵制度	摘要	說明
2	員工認股權憑證 ( § 167-2 )	公司經董事會特別決議，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。	1.員工取得認股權憑證，原則上不得轉讓。 2.可以章程訂明轉讓對象包括一定條件之控制或從屬公司員工。
3	員工酬勞 ( § 235-1 )	公司應於章程訂明已當年度獲利狀況之定額或比率，分派員工酬勞，但尚有累積虧損時，應予彌補。	1.員工酬勞可以股票或現金為之。發給股票者，得以新股或庫藏股為之。 2.員工無償取得。 3.可以章程訂明轉讓對象包括一定條件之控制或從屬公司員工。
4	員工新股認購權 ( § 267 I、II )	公司發行新股時，原則上應保留發行新股總數10%至15%之股份由公司員工承購。	1.可限制員工在一定期間內不得轉讓，但最長不得超過二年。 2.不適用之情況：閉鎖性股份有限公司 ( § 356-12 )、公司併購而發行的新股。
5	限制員工權利新股 ( § 267 IX ~ XII )	經股東會特別決議，公司發給員工之新股附有服務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者。	1.員工無償或有償取得。 2.107年修法為可以章程訂明轉讓對象包括一定條件之控制或從屬公司員工。 3.於員工未達成既得條件時，公司得依發行辦法之約定，收回或收買已發行之限制員工權利新股。

**筆者的話**

107年公司法修正後，在表格中的各種員工獎勵措施，都可以看到其獎勵之範圍及於一定條件之控制或從屬公司員工。為甚麼會這樣呢？這是因為有些企業集團在國內、外皆設有公司，但可能最賺錢的是設在國內的公司，而國外的公司因為還剛剛開始拓展業務版圖，並不賺錢。但國內的公司之所以能賺到這麼多錢，常常是因為外派海外的員工的努力，所以要獎勵這些海外員工，必須要發放最值錢的國內公司的股票給他們，這也就是為何這些員工獎勵措施都及於控制或從屬公司之員工，這樣的制度也會使企業集團的員工更加願意外派國外。

## 第二節 員工認股選擇權

### 壹、制度簡介：

公司與員工約定，員工服務滿一定時間後，得依照約定價格（特定日之收盤價）及數量，在將來預定的期間內，從公司買入其股票之權利。預訂期間到來時，若股票價格已經往上漲，員工可選擇以該特定日之較低價格認股獲利；若股票價格往下跌，員工則可以選擇不認股<sup>14</sup>。

### 貳、員工認股選擇權與員工認股權憑證之差別：

員工認股選擇權	員工認股權憑證
多存續5~10年	通常於1年內到期
報酬誘因制度	公司主要融資工具

<sup>14</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁631，新學林。

參、我國員工認股權憑證或員工認股選擇權制度之法源：

- 一、非公開發行公司：公司法第167條之1、第167條之2。
- 二、公開發行公司：證券交易法第28條之1、第28條之3。

# 第11章

## 公司債

### 第一節 公司債

壹、制度簡介：

- 一、意義：公司債乃股份有限公司為籌措長期資金，所發行的長期借貸契約，即將公司所需借貸的總金額以發行債券之方式向公司債權人進行借貸。

二、公司債與股份之區別：

公司債	股份
公司無盈餘時，公司仍應給付利息	公司無盈餘時，無法分派盈餘（§ 232、237）
公司債償還期屆至時，可受本金之償還	股東之股本無法返還，僅公司解散、清算後始能接受贖餘財產分派
不能參與公司經營	得藉由表決權之行使參與公司經營
發行公司債不會資本膨脹，不會稀釋股東之權益	發行新股會造成原本股東之股份遭受稀釋

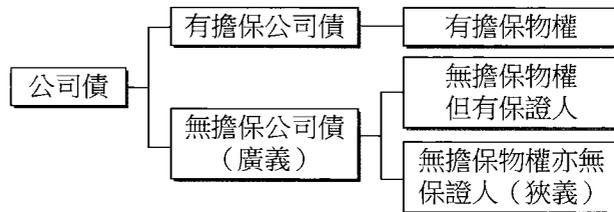
## 貳、公司債之種類：

### 一、有擔保公司債與無擔保公司債：

#### (一)區別標準：

1. 標準概述：有擔保公司債之發行有設定擔保物權，無擔保公司債之發行無設定擔保物權。其中無擔保公司債又分為狹義無擔保公司債與廣義無擔保公司債，狹義者指不但無擔保物權，亦無保證人保證，廣義無擔保公司債則包含狹義無擔保公司債以及雖無擔保物權之設定但有保證人之保證公司債。

#### 2. 整理表：



#### (二)區別實益：

##### 1. 發行總額之限制不同：

##### ●\*公司法 § 247

I 公開發行股票公司之公司債總額，不得逾公司現有全部資產減去全部負債後之餘額。

II 無擔保公司債之總額，不得逾前項餘額二分之一。

##### ●\*證券交易法 § 28-4

已依本法發行股票之公司，募集與發行公司債，其發行總額，除經主管機關徵詢目的事業中央主管機關同意者外，依下列規定辦理，不受公司法第二百四十七條規定之限制：

- 一、有擔保公司債、轉換公司債或附認股權公司債，其發行總

額，不得逾全部資產減去全部負債餘額之百分之二百。

- 二、前款以外之無擔保公司債，其發行總額，不得逾全部資產減去全部負債餘額之二分之一。

##### ●\*證券交易法 § 43-6 (節錄)

III 普通公司債之私募，其發行總額，除經主管機關徵詢目的事業中央主管機關同意者外，不得逾全部資產減去全部負債餘額之百分之四百，不受公司法第二百四十七條規定之限制。並得於董事會決議之日起一年內分次辦理。

2. 債信不良或獲利能力不佳者，不得發行無擔保公司債，債信更不良或獲利能力更差者，不得發行公司債：

##### ●\*公司法 § 249

公司有下列情形之一者，不得發行無擔保公司債：

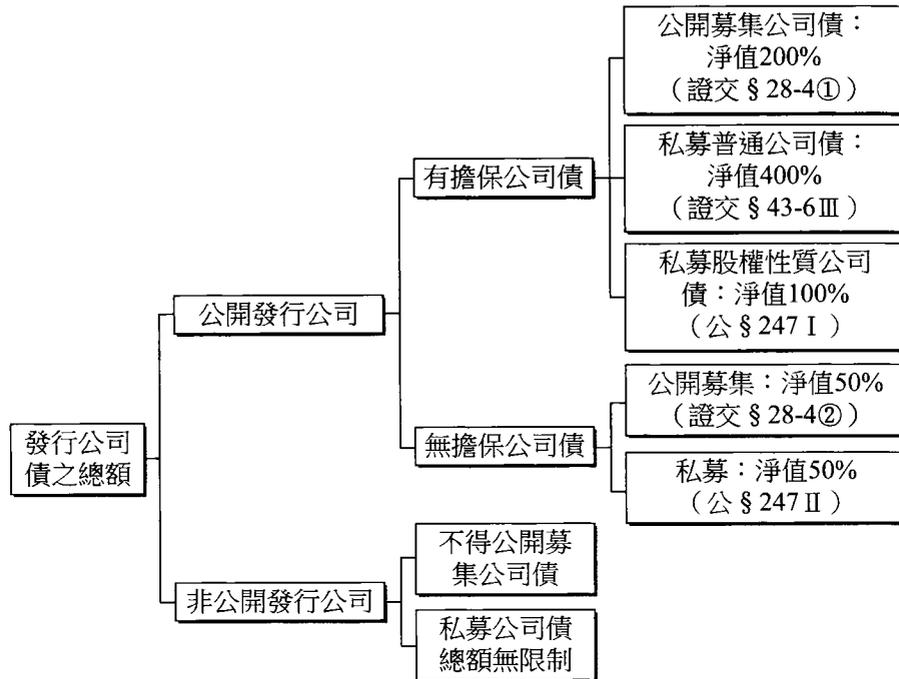
- 一、對於前已發行之公司債或其他債務，曾有違約或遲延支付本息之事實已了結，自了結之日起三年內。
- 二、最近三年或開業不及三年之開業年度課稅後之平均淨利，未達原定發行之公司債，應負擔年息總額之百分之一百五十。

##### ●\*公司法 § 250

公司有左列情形之一者，不得發行公司債：

- 一、對於前已發行之公司債或其他債務有違約或遲延支付本息之事實，尚在繼續中者。
- 二、最近三年或開業不及三年之開業年度課稅後之平均淨利，未達原定發行之公司債應負擔年息總額之百分之一百者。但經銀行保證發行之公司債不受限制。

3. 整理表：



二、可轉換公司債與附認股權公司債：

(一) 法規內容：

●<sup>註</sup>公司法 § 262

- I 公司債約定得轉換股份者，公司有依其轉換辦法核給股份之義務。但公司債債權人有選擇權。
- II 公司債附認股權者，公司有依其認購辦法核給股份之義務。但認股權憑證持有人有選擇權。

(二) 可轉換公司債：可轉換公司債 (Convertible Bonds; CB)，即公司與債權人約定將來一定期間，在一定的條件下，債權人可行

使轉換權，使自己喪失債權人身分而成為公司之股東。

(三) 附認股權公司債：附認股權公司債指公司與公司債權人約定，債權人可依照一定之認購辦法向公司認購股份，使自己同時具備公司債權人與公司股東之身分。

三、次順位公司債：

(一) 法規內容：

●<sup>註</sup>公司法 § 246-1

公司於發行公司債時，得約定其受償順序次於公司其他債權。

(二) 意義：公司與公司債權人約定，債權人之債權於其他先順位債權人獲得清償後，始得受清償。

## 第二節 公司債債權人之保護

壹、公司債債權人會議：

一、法規內容：

●<sup>註</sup>公司法 § 263

- I 發行公司債之公司，公司債債權人之受託人，或有同次公司債總數百分之五以上之公司債債權人，得為公司債債權人之共同利害關係事項，召集同次公司債債權人會議。
- II 前項會議之決議，應有代表公司債債權總額四分之三以上債權人之出席，以出席債權人表決權三分之二以上之同意行之，並按每一公司債券最低票面金額有一表決權。
- III 無記名公司債債權人，出席第一項會議者，非於開會五日前，

將其債券交存公司，不得出席。

●公司法 § 264

前條債權人會議之決議，應製成議事錄，由主席簽名，經申報公司所在地之法院認可並公告後，對全體公司債權人發生效力，由公司債權人之受託人執行之。但債權人會議另有指定者，從其指定。

●公司法 § 265

- 公司債權人會議之決議，有左列情事之一者，法院不予認可：
- 一、召集公司債權人會議之手續或其決議方法，違反法令或應募書之記載者。
  - 二、決議不依正當方法達成者。
  - 三、決議顯失公正者。
  - 四、決議違反債權人一般利益者。

二、**意義**：公司債權人會議，由「同次公司債權人」所組成，就有關公司債權人之「共同利害關係事項」而為決議，其決議對全體同次公司債權人均能發生效力。

三、**召集**（§ 263 I）：可由「公司」、「受託人」以及「公司債總數5%以上之債權人」召集，召集之程序因法未明文，學說認為應「類推適用股東會之規定」

四、**開會**：

(一)決議方法與決議事項（§ 263 II）：

1. 決議方法：重度決議（代表公司債權總額四分之三以上債權人之出席，以出席債權人表決權三分之二以上之同意）。
2. 決議事項：共同利害關係事項（如公司怠於履行支付利息及本利償還義務）。

(二)決議之認可：

1. 認可程序：依照第264條將決議內容製成議事錄交由公司所在

地之法院認可，且須無第265條不予認可之理由。

2. 法院可否以第265條以外之理由不予認可？

劉連煜老師採否定說，理由乃尊重公司債權人會議之自主性<sup>1</sup>。

(三)決議之生效：決議經法院認可並公告後對全體同次之債權人生拘束力（§ 264）

(四)決議之執行：原則上由公司債權人之受託人執行，但會議另有指定者從其指定（§ 264本文後段及但書）。

貳、受託人制度：

一、**意義**：受託人制度乃金融或信託事業與發行公司債之公司簽訂契約，負責查核與監督公司履行公司債發行事項，並且取得、實行及保管公司為發行公司債所設定的擔保物權。

二、受託人權限

- (一)查核及監督公司履行公司債發行事項（§ 255 II）。
- (二)取得及實行擔保物權以及保管擔保品（§ 256）。
- (三)召集公司債權人會議及執行其決議（§ 263 I、§ 264本文後段及但書）。

**筆者的話**

會需要開債權人會議的時候，通常公司狀況都已經頗為差勁、奄奄一息。筆者有一個親戚，親戚的朋友早年開了一間木材工廠，專門供應某家具公司的木材原料。一日，該家具公司突然宣布經營不善，可能需要召開債權人會議協調拋棄部分債權。木材工廠的老闆因為教

<sup>1</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁641，新學林。

育程度不高，沒有處理過這類的事情，就找上我的親戚希望協助處理。親戚就跟這名朋友來到家具公司債權人會議的現場，發現債權人各個有說有笑，後來才發現原來他們的債權數額都很小，只有木材工廠老闆債權數額最大。這時親戚就跟朋友說：「我們走，這個會開不得！」因為可以預期開始開會後，可能連其他債權人都會幫腔要求木材工廠老闆放棄債權。木材工廠的老闆希望至少能夠把已經出貨但尚未收到貨款的木材原料取回。於是親戚請教了一位律師，該名律師告訴他，只要能夠讓家具公司老闆寫一張「保管字據」，證明他只是「保管」這些木材而非取得所有權，就可以會同警方將木材取回。於是，這名親戚與木材工廠老闆，就起了個大清早到家具公司突襲老闆，趁他睡眼惺忪把他約到附近早餐店吃早餐談談債權。這名老闆就百般展現誠意願意清償債務，於是親戚就拿出一張紙告訴他口說無憑，不如我們寫下來吧，於是家具公司老闆就提筆簽字（但家具公司老闆教育程度也不高，也搞不太清楚自己簽了甚麼文件），親戚就在最後時刻，在該張紙上寫上「保管字據」四個字。過幾天就會同警方，到他的家具工廠準備把木材取回，家具公司老闆發現事情大條，於是馬上籌錢歸還給木材工廠的老闆，最後木材工廠的老闆一毛錢都沒有損失。這個故事告訴我們，雖然法律規範了落落長的程序，但很多小公司的問題，其實都是法律以外的途徑解決的，真正的高手在民間啊！

### 第三節 公司債之私募

#### ◎未公開發行公司得私募普通公司債、轉換公司債或附認

#### 股權公司債：

##### 一、法規內容：

###### ●公司法 § 246

- I 公司經董事會決議後，得募集公司債。但須將募集公司債之原因及有關事項報告股東會。
- II 前項決議，應由三分之二以上董事之出席，及出席董事過半數之同意行之。

###### ●公司法 § 248（節錄）

- II 普通公司債、轉換公司債或附認股權公司債之私募不受第二百四十九條第二款及第二百五十條第二款之限制，並於發行後十五日內檢附發行相關資料，向證券主管機關報備；私募之發行公司不以上市、上櫃、公開發行股票之公司為限。
- III 前項私募人數不得超過三十五人。但金融機構應募者，不在此限。

###### ●公司法 § 248-1

公司依前條第二項私募轉換公司債或附認股權公司債時，應經第二百四十六條董事會之決議，並經股東會決議<sup>2</sup>。但公開發行股票之公司，證券主管機關另有規定者，從其規定。

###### ●證券交易法 § 43-6（節錄）

- I 公開發行股票之公司，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意，對左列之人進行有價證券之私募，不受第二十八條之一、第一百三十九條第二項及公司法第二百六十七條第一項至第三項規定之限制：
  - 一、銀行業、票券業、信託業、保險業、證券業或其他經主管機關核准之法人或機構。
  - 二、符合主管機關所定條件之自然人、法人或基金。

<sup>2</sup> 因可能涉及股權變動而影響股東權益較鉅，故應經股東會決議。

三、該公司或其關係企業之董事、監察人及經理人。

II 前項第二款及第三款之應募人總數，不得超過三十五人。

III 普通公司債之私募，其發行總額，除經主管機關徵詢目的事業中央主管機關同意者外，不得逾全部資產減去全部負債餘額之百分之四百，不受公司法第二百四十七條規定之限制。並得於董事會決議之日起一年內分次辦理。

二、**私募制度 (private placements) 之意義**：私募是相對於「公開招募」(public offering) 之企業籌措資本方式。企業以私募之方式募集資金可以節省發行成本並能快速籌到所需資金，故企業多樂於使用此一制度。

三、107年新修正公司法使未公開發行公司除得私募普通公司債以外，亦得私募轉換公司債或附認股權公司債：107年新法修正前，非公開發行公司僅能私募普通公司債，公開發行公司才能私募股權性質公司債，修正後無論非公開發行公司或公開發行公司均能私募股權性質公司債。

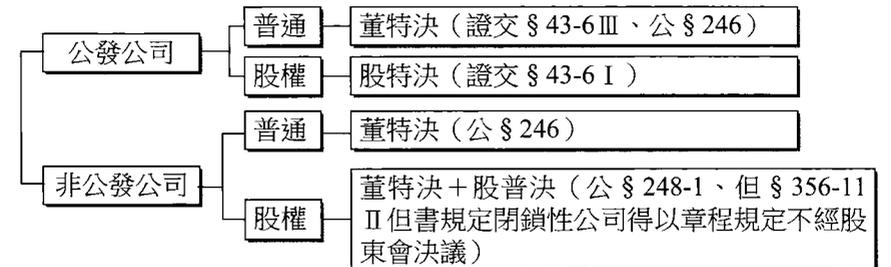
四、**私募不須具備獲利能力**：公司法第248條第2項規定公司私募公司債時，不受第249條第2款及第250條第2款關於公司一定獲利能力之規定的限制。換言之，公司過去幾年沒獲利能力也能私募公司債，是否值得投資由應募人自行決定。

五、**私募採事後報備制**：公司法第248條第2項規定發行後15日內再事後報備即可，證券交易法第43條之6第5項有價證券之私募亦同此規定。

六、依證券交易法第43條之6所為之私募對象除應募人為金融機構外，應受35人之數限制。

此規定乃為避免私募制度浮濫，最終人數多到有如公開招募。但金融機構因具有一定之專業判斷能力，故不受人數之限制。

七、**私募公司債之決定機關**：



**爭點限時通**

**【依照公司法私募之公司債是否受有轉讓之限制？】**

(一) 肯定說 (劉連煜老師、王文宇老師)<sup>3</sup>：證券交易法第43條之8規定私募之有價證券三年內不得轉讓以避免私募後立刻轉讓而實質規避須事前申報生效之公開招募程序。然而公司法對於私募所得之公司債是否限制轉讓並未規定，故應類推適用證券交易法第43條之8規範之。

(二) 否定說：證券交易法乃公司法之特別法，既然特別法有規定而普通法未規定則自不應反倒引用特別法之規定。

**學者評釋**

**【劉連煜老師】**

此問題應修法明文規定解決，以杜爭議<sup>4</sup>。

<sup>3</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁650，新學林。王文宇 (2018)，公司法論，第六版，頁549，元照。

<sup>4</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁649，新學林。

# 第12章

## 公司的重整與清算

### 第一節 公司重整

#### 壹、公司重整概要：

- 一、制度簡介：公司重整（corporate reorganization）是「公開發行」股票或公司債之股份有限公司，因財務困難而瀕臨暫停營業或停業之際，但預料有重生之可能，在法院的監督下調整其債權人、股東與其他利害關係人之利害以便該企業維持與更生的制度<sup>1</sup>。
- 二、制度功能：重整之功能有二，即「清理債務」與「維持企業」。
- 三、公司重整之對象，以有重建更生可能之公司為限：
  - (一)以「有重建更生可能」之公司為限之原因：學者認為重整制度係使公司「起死回生」之例外制度，且必須限制原為私人法律關係之權利行使，為避免例外浮濫，故應限於有重建更生可能之公司方得採用以避免危及公益<sup>2</sup>。

---

<sup>1</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁660，新學林。

<sup>2</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁661，新學林。

(二)如何判斷公司為「有重建更生可能」？法院對於重整之聲請，應依照公司法第284條將聲請書狀副本，檢送主管機關、目的事業中央主管機關、中央金融主管機關及證券管理機關，徵詢其意見。並得依第285條就對公司業務具有專門學識、經營經驗而非利害關係人者，選任為檢查人，請其調查並報告法院。

(三)實務見解對「重建更生可能」之認定：

#### 最高法院93年台抗字第178號民事裁定

按公司重整，乃公開發行股票或公司債之公司因財務困難，暫停營業或有停業之虞，而有重建更生之可能者，在法院監督下，以調整其債權人、股東及其他利害關係人利益之方式，達成企業維持與更生，用以確保債權人及投資大眾之利益，維護社會經濟秩序為目的。法院依檢查人之報告，並參考目的事業中央主管機關、證券管理機關、中央金融主管機關及其他有關機關、團體之意見，應為准許或駁回重整之裁定。而依公司業務及財務狀況無重建更生之可能者，法院應裁定駁回重整之聲請，公司法第285條之1第1項、第3項第2款定有明文。公司有無重建更生之可能，應依公司業務及財務狀況判斷，須其在重整後能達到收支平衡，且有盈餘可攤還債務，始得謂其有經營之價值，而許其重整。

#### **筆者的話**

說到重整，令筆者印象最深刻的，就是2020年火紅的日劇半澤直樹第二季中帝國航空的重整案了。（以下有雷）劇中帝國航空已經瀕臨破產邊緣，新上任的國土交通大臣白井亞希子為了展現政治魄力要求所有銀行拋棄債權，才能讓帝國航空起死回生。而半澤直樹代表東京中央銀行，試圖力挽狂瀾，讓帝國航空在銀行不拋棄債權的條件下重整成功。於是半澤親臨機場，觀察帝國航空的教育訓練、機長與空

服員的行為以及制服製作的過程。在半澤的同事認為希望渺茫時，半澤從員工的朝氣跟教育訓練中，看出這是一間很有重建更生可能的公司，員工對公司都還很有信心，於是找上了頗有威望的木瀧機長希望能夠與公司員工一起度過難關，配合重整方案，讓帝國航空東山再起。這部日劇真的好看，非常推薦同學觀賞！

#### 貳、重整之程序：

一、須徵詢中央主管機關之意見並得徵詢稅捐稽徵機關及其他機關之意見（30日內提出）：

##### ●<sup>註</sup>公司法 § 284

- I 法院對於重整之聲請，除依前條之規定裁定駁回者外，應即將聲請書狀副本，檢送主管機關、目的事業中央主管機關、中央金融主管機關及證券管理機關，並徵詢其關於應否重整之具體意見。
- II 法院對於重整之聲請，並得徵詢本公司所在地之稅捐稽徵機關及其他有關機關、團體之意見。
- III 前二項被徵詢意見之機關，應於三十日內提出意見。
- IV 聲請人為股東或債權人時，法院應檢同聲請書狀副本，通知該公司。

二、法院應於收受重整聲請後120日內為准駁之裁定，法院得因案件繁瑣之性質以裁定延長之，每次不得超過30日並以延長2次為限。故最多於180日內應為裁定。

##### ●<sup>註</sup>公司法 § 285-1（節錄）

- I 法院依檢查人之報告，並參考目的事業中央主管機關、證券管理機關、中央金融主管機關及其他有關機關、團體之意見，應於收受重整聲請後一百二十日內，為准許或駁回重整之裁定，並通知各有關機關。

II 前項一百二十日之期間，法院得以裁定延長之，每次延長不得超過三十日。但以二次為限。

### 三、以裁定駁回重整之聲請：

#### (一)形式要件不合：

##### ●公司法 § 283-1

重整之聲請，有左列情形之一者，法院應裁定駁回：

- 一、聲請程序不合者。但可以補正者，應限期命其補正。
- 二、公司未依本法公開發行股票或公司債者。
- 三、公司經宣告破產已確定者。
- 四、公司依破產法所為之和解決議已確定者。
- 五、公司已解散者。
- 六、公司被勒令停業限期清理者。

#### (二)實質審查：

##### ●公司法 § 285-1 (節錄)

III 有左列情形之一者，法院應裁定駁回重整之聲請：

- 一、聲請書狀所記載事項有虛偽不實者。
- 二、依公司業務及財務狀況無重建更生之可能者。  
法院依前項第二款於裁定駁回時，其合於破產規定者，法院得依職權宣告破產。

### 四、法院裁定駁回重整確定後，各種緊急處分之裁定失其效力：

#### (一)法規內容：

##### ●公司法 § 287

I 法院為公司重整之裁定前，得因公司或利害關係人之聲請或依職權，以裁定為左列各款處分：

一、公司財產之保全處分。

二、公司業務之限制。

三、公司履行債務及對公司行使債權之限制。

四、公司破產、和解或強制執行等程序之停止。

五、公司記名式股票轉讓之禁止。

六、公司負責人，對於公司損害賠償責任之查定及其財產之保全處分。

II 前項處分，除法院准予重整外，其期間不得超過九十日；必要時，法院得由公司或利害關係人之聲請或依職權以裁定延長之；其延長期間不得超過九十日。

III 前項期間屆滿前，重整之聲請駁回確定者，第一項之裁定失其效力。

IV 法院為第一項之裁定時，應將裁定通知證券管理機關及相關之目的事業中央主管機關。

(二)運作方式：法院為公司重整之裁定前，得因公司或利害關係人之聲請或依職權，以裁定為緊急保全處分。該等處分，除法院准予重整外，其期間不得超過90日；必要時，法院得由公司或利害關係人之聲請或依職權以裁定延長之；其延長期間不得超過90日。若期間屆滿前，重整之聲請駁回確定者，該等緊急保全處分失其效力。

(三)制度功能：避免重整裁定確定前，各利害關係人繼續自力謀求救濟導致原本有重整希望的公司於裁定准予重整時已因情事變更而喪失重整價值。

### 五、選任重整人及重整監督人：

##### ●公司法 § 290 (節錄)

I 公司重整人由法院就債權人、股東、董事、目的事業中央主管機關或證券管理機關推薦之專家中選派之。

II 第三十條之規定，於前項公司重整人準用之。

●**公司法 § 289**

I 法院為重整裁定時，應就對公司業務，具有專門學識及經營經驗者或金融機構，選任為重整監督人，並決定下列事項：

- 一、債權及股東權之申報期日及場所，其期間應在裁定之日起十日以上，三十日以下。
- 二、所申報之債權及股東權之審查期日及場所，其期間應在前款申報期間屆滿後十日以內。
- 三、第一次關係人會議期日及場所，其期日應在第一款申報期間屆滿後三十日以內。

II 前項重整監督人，應受法院監督，並得由法院隨時改選。

III 重整監督人有數人時，關於重整事務之監督執行，以其過半數之同意行之。

六、關係人會議：

(一)法規內容：

●**公司法 § 302**

I 關係人會議，應分別按第二百九十八條第一項規定之權利人，分組行使其表決權，其決議以經各組表決權總額二分之一以上之同意行之。

II 公司無資本淨值時，股東組不得行使表決權。

(二)分組方式：優先重整債權人組、有擔保重整債權人組、無擔保重整債權人組及股東組。

七、重整計畫之執行應有確實之一定期限：

●**公司法 § 304 (節錄)**

II 前項重整計畫之執行，除債務清償期限外，自法院裁定認可確

定之日起算不得超過一年；其有正當理由，不能於一年內完成時，得經重整監督人許可，聲請法院裁定延展期限；期限屆滿仍未完成者，法院得依職權或依關係人之聲請裁定終止重整。

八、重整之效力：

- (一)公司業務、財產之移交以及董事會職權之停止（§ 293）。
- (二)股東會及監察人之職權停止（§ 293）。
- (三)破產等各項程序之停止（§ 294）。
- (四)法院得為各項緊急保全處分（§ 287、§ 295）。
- (五)債權行使之限制（§ 296）。
- (六)股東權行使之限制（§ 297）。

九、重整債權與重整債務：

●**公司法 § 296**

I 對公司之債權，在重整裁定前成立者，為重整債權；其依法享有優先受償權者，為優先重整債權；其有抵押權、質權或留置權為擔保者，為有擔保重整債權；無此項擔保者，為無擔保重整債權；各該債權，非依重整程序，均不得行使權利。

II 破產法破產債權節之規定，於前項債權準用之。但其中有關別除權及優先權之規定，不在此限。

III 取回權、解除權或抵銷權之行使，應向重整人為之。

●**公司法 § 312**

I 左列各款，為公司之重整債務，優先於重整債權而為清償：

- 一、維持公司業務繼續營運所發生之債務。
- 二、進行重整程序所發生之費用。

II 前項優先受償權之效力，不因裁定終止重整而受影響。

**筆者的話**

「重整債權」與「重整債務」這兩組名詞，許多同學容易混淆，判斷上也並非十分直觀，故筆者在此解釋。其實重整債權與重整債務都是「公司應向他人清償之義務」，只是重整債權是「債權人在重整裁定前成立對公司之債權」，自債權人的角度而言，是自己對公司所有的「債權」，故稱重整「債權」；而重整債務其實也是其他人對於公司的債權，只是自公司的角度而言，要把錢付給這些人，是公司所負擔的「債務」，故稱重整「債務」。而重整債務就是重整期間維持公司業務繼續營運所發生之債務，例如重整期間向廠商購買材料的債務，或者進行重整程序所發生之費用，例如給付給重整人之報酬。此二者以時間點來進行區分為方便，重整裁定前就已經產生之公司債權人對公司之債權就是重整債權，公司於重整裁定後才產生之債務，就要檢驗公司法第312條第1項之要件確認是否屬於重整債務。

◎重整債務之認定方式：

 臺灣高等法院臺南分院93年上字第208號民事判決

公司法第312條關於公司重整債務之規定，其立法目的主要在於確保公司重整程序中，與公司從事交易之相對人，其債權之實現不致因公司重整程序而受限制，進而影響其從事交易之意願，故賦予優先於重整債權而為清償之權利。基此，凡於公司重整裁定後，為維持公司業務繼續營運所發生之債務，即屬重整債務，得優先於重整債權而為清償，是公司法第312條第1項第1款有關重整債務之要件，僅須屬重整裁定後為維持公司業務繼續營運所發生之債務，即為已足，此與公司法第185條第1項第2款規定須以『其全部或主要部分營業或財產營業或財產之轉讓，影響其原訂所營事業之不能成就』為必要，自屬不同。

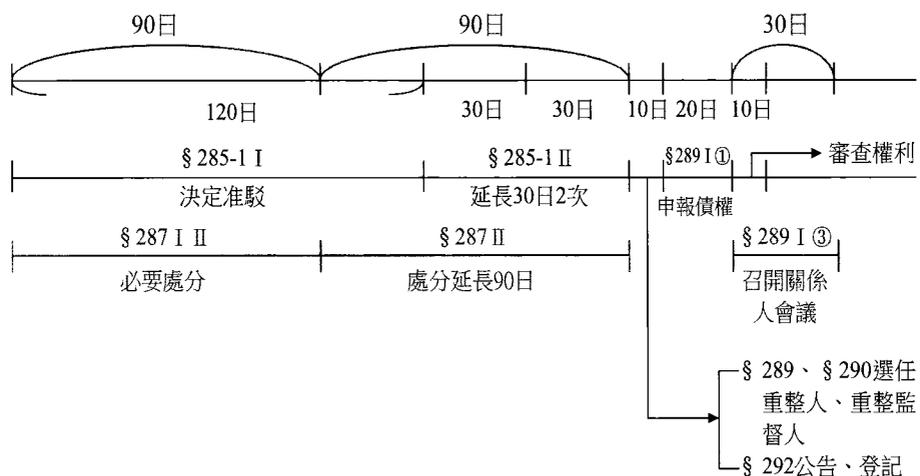
十、重整完成時，應聲請法院為重整完成之裁定：

●公司法 § 310

I 公司重整人，應於重整計畫所定期限內完成重整工作；重整完成時，應聲請法院為重整完成之裁定，並於裁定確定後，召集重整後之股東會選任董事、監察人。

II 前項董事、監察人於就任後，應會同重整人向主管機關申請登記或變更登記。

參、公司重整流程圖：



**第二節 清算**

壹、清算之種類：

清算得分為普通清算與特別清算，前者由公司自行清算，僅由法院消

極監督；而後者由法院與公司債權人積極監督清算事務之進行。股份有限公司解散後通常為普通清算，例外始為特別清算。

## 貳、清算中之負責人：

公司法第322條規定，公司之清算以董事為法定清算人，進入清算程序中董事職務與董事會不復存在，由清算人為公司之負責人。清算人為清算期間之法定必備機關，對內執行清算事務對外則代表公司。

### 筆者的話

當公司進行解散清算時，常會面臨非常麻煩的程序，依據公司法第84條，清算人的工作有了結現務、收取債權、清償債務、分派盈餘或虧損以及分派賸餘財產，基本上公司已經走到最後，股東間也分崩離析，更可怕的是，如果公司有欠稅，清算人還會被國家限制出境。清算人這種吃力不討好的工作，當然也沒人想當。在有限公司中，倘若公司法或章程或股東無另外決定，清算人為全體股東。在股份有限公司中，則為全體董事。許多股東怕都怕死了，深怕自己一不小心變成清算人就糟糕了，於是會在公司準備進行清算時，選任癌症末期住在加護病房的股東當清算人，反正他被限制出境也沒關係，因為他本來就不會出境XD，那債權人或國稅局找上門怎麼辦？沒關係，出示醫師證明身體微恙就好了，那些想來討債的債權人跟國稅局氣得牙癢癢好像也只能摸著鼻子回家去呢。

# 第13章

## 閉鎖性股份有限公司

### 壹、閉鎖性股份有限公司之意義：

#### 一、法規內容：

##### ● 公司法 § 356-1

- I 閉鎖性股份有限公司，指股東人數不超過五十人，並於章程定有股份轉讓限制之非公開發行股票公司。
- II 前項股東人數，中央主管機關得視社會經濟情況及實際需要增加之；其計算方式及認定範圍，由中央主管機關定之。

二、意義：閉鎖性股份有限公司在美國稱之為閉鎖公司（Close Corporation），在英國接近私人公司（Private Company），在台灣乃股東人數不超過50人且章程設有股份轉讓限制之非公開發行公司。此種公司之增訂有利於新創事業之需求，給予公司較大之自治空間與彈性的股權安排以及多元化的籌資工具，進而打造台灣成為適合全球的投資環境<sup>1</sup>。

<sup>1</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁367，元照。此處引用方元沂部分。

## 貳、閉鎖性股份有限公司與一般非公開發行公司之主要不同之處：

- 一、設有股東人數50人之限制：適用方式：公司法第356條之1規定股東不得超過50人以維持其閉鎖性與股東單純性，有利於中小型家族企業之經營。至於股東人數之下限，應回歸公司法第2條自然人股東2人以上或或法人股東1人以上之限制。

### 學者評釋 【邵慶平老師】

閉鎖性股份有限公司以50人為人數上限之理由，僅係參考新加坡、香港之法制，未考慮我國與外國歷史淵源、法制背景、行政配套等問題，即認為我國應適用相同之人數限制規定，顯非妥適<sup>2</sup>。

### 學者評釋 【方嘉麟老師】

我國法定有50人之人數絕對上限，似乎是對閉鎖性界定的誤解。國外立法的人數上限似安全港條款，倘若公司在該人數以內，原則上肯認為閉鎖性公司；公司在該人數以外，亦不代表喪失閉鎖資格。我國隨著因死亡而來的繼承以及因破產而來的清算拍賣，皆使公司何時喪失閉鎖性資格處於高度不確定狀態<sup>3</sup>。

<sup>2</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁35，元照。此處引用邵慶平部分。  
<sup>3</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁18，元照。此處引用方嘉麟部分。

### 爭點限時通

【若因自然人股東死亡而繼承人繼承股份後，股東人數超過50人，應如何處理？】

- (一) 學者見解（劉連煜老師）：應有緩衝時間以免人數一超過即強制轉換為非閉鎖性股份有限公司。實務上並應增加法人股東之數量而減少自然人股東之數量以避免此情形發生<sup>4</sup>。  
 (二) 經濟部問答集見解：繼承致股東人數增加超過50人之情形，繼承之限制可在章程上訂定<sup>5</sup>。

## 二、允許以章程限制股份轉讓：

### (一) 法規內容：

#### ● 公司法 § 356-5

- I 公司股份轉讓之限制，應於章程載明。  
 II 前項股份轉讓之限制，公司印製股票者，應於股票以明顯文字註記；不發行股票者，讓與人應於交付受讓人之相關書面文件中載明。  
 III 前項股份轉讓之受讓人得請求公司給與章程影本。

(二) 適用方式：公司法第163條第1項定有股份自由轉讓原則，股份之轉讓不得以章程限制或禁止。107年修法後，第157條第1項第7款容許以章程限制特別股之轉讓，但普通股之轉讓仍不允許，僅能以股東協議限制之但無對抗第三人之效力。閉鎖性股份有限公司則於公司法第356條之5允許於章程上載明股份轉讓之限制，有

<sup>4</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁679，新學林。  
<sup>5</sup> 經濟部閉鎖性公司專區常用問答，<https://gcis.nat.gov.tw/mainNew/subclassNAction.do?method=getFile&pk=607>（最後瀏覽日：11/21/2020）。

利於中小型家族企業之經營<sup>6</sup>。

### 學者評釋 【邵慶平老師】

現行法關於「股份轉讓限制」係從「義務面」理解，規定每間閉鎖性股份有限公司必須設有股份轉讓之限制，此雖能增加閉鎖性股份有限公司之「識別性」，但完全忽視閉鎖性公司專節在強化企業自治、解除管制之立法目的。應自「權利面」給予公司自行決定是否與如何在章程訂定轉讓限制之自由<sup>7</sup>。

### 爭點限時通

#### 【實務上「轉讓限制」之具體內容為何？】

(一)「一定期間內僅得將股份轉讓予股東或其二親等內親屬；一定期間過後，經全體股東同意，方得轉讓股份予特定身分以外之人」符合轉讓限制之要求。

✍ 經濟部108年06月03日經商字第10800588640號函（節錄）  
閉鎖性公司於章程訂定一定期間內股東僅得將股份轉讓予股東或其二親等內親屬；且股東於一定期間過後，經全體股東同意，方得轉讓股份予特定身分以外之人一節，應無不可。

(二)「持股達所定限制轉讓期間後即可轉讓」不符合轉讓限制之要求。

✍ 經濟部104年12月29日經商字第10402137390號函（節錄）  
依公司法第356條之1第1項規定：「閉鎖性股份有限公司，指股東人數不超過50人，並於章程定有股份轉讓限制之非公開

發行股票公司。」閉鎖性股份有限公司之最大特點係股份之轉讓受到限制。倘閉鎖性股份有限公司章程規定股東持有股份達所定限制轉讓期間後即可自由轉讓者，與上開規定，尚有未合。

### 爭點限時通

#### 【股份轉讓限制有無區分特別股與普通股？得否僅部分股東受有轉讓之限制？公司得否針對不同股東而定有不同之轉讓限制？】

經濟部見解：不分特別股或普通股均受轉讓限制，不得僅有部分股東受限制，但得針對不同股東而定有不同之轉讓限制。

✍ 經濟部商業司107年5月29日經商一字第10702023420號函

- 一、依公司法第356條之1規定，閉鎖性股份有限公司應於章程中定有股份轉讓之限制。閉鎖性股份有限公司之股東人格特性以及股東間具有高度緊密關係，基於該項特性，藉由章程限制股東轉讓股份，以維持成員之穩定性，乃為閉鎖性股份有限公司之核心特性。是以，股份轉讓之限制應適用於全體股東，並不區分普通股或特別股，且均應於章程中約定。倘閉鎖性股份有限公司章程載明部分股東股份轉讓不受限制或僅部分股東受有限制者，自與前揭規定意旨尚屬有違，先予敘明。
- 二、又前揭法條所言股份轉讓之限制，並未規定何種型態之限制，爰未可一概而論。是以，於股份轉讓限制適用於全體股東之前提下，針對不同股東而定有不同之轉讓限制，尚無不可。

<sup>6</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁370，元照。此處引用方元沂部分。

<sup>7</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁78-79，元照。此處引用邵慶平部分。

**爭點限時通**

【違反章程所定之轉讓限制而為轉讓，法律效果如何？】

(一)經濟部見解：轉讓無效。

✎ 經濟部104年8月28日經商字第10402423340號函

閉鎖性公司之最大特色係股份之轉讓受到限制，本法並明定公司應於章程載明股份轉讓之限制。是以，倘違反章程限制轉讓規定，自屬無效，否則將使該條文形同虛設，違背閉鎖性之特質。具體個案如有爭議，允屬司法機關認事用法範疇，應由當事人循司法途徑解決。

(二)學者見解（邵慶平老師）：轉讓無效。

交易相對人得透過向經濟部申請章程影本以確定股份轉讓之限制，且若公司已印製股票，該股票依據公司法第356條之5第1項亦有記載股份轉讓之限制。因交易雙方均有對該交易進行相當查證之義務，故違反轉讓限制而為轉讓之效果定為無效，並無對第三人保護不足之問題<sup>8</sup>。

**爭點限時通**

【「以股東協議所訂定之轉讓限制」與「以章程所訂定之轉讓限制」違反之效力有何不同？】

依據英國公司法之理論與我國學者之見解，股東協議僅為私法契約，具有債之相對性且非第三人所得知悉，故無法對抗第三人，若股東違反股東協議所訂定之轉讓限制，僅負債務不履行責任而不影響其轉讓效力以確保交易相對人之權益。若為章程所訂定之轉讓

<sup>8</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁79-80，元照。此處引用邵慶平部分。

限制，因章程具備公示性，股份受讓人易於查證，故相較於受讓人之權益更應保障公司之閉鎖性需求，其違反之法律效果應為無效<sup>9</sup>。

三、監察人選舉不受一股一權限制並且得保障當選一定名額之監察人：

(一)法規內容：

◆ 公司法 § 356-7

I 公司發行特別股時，應就下列各款於章程中定之：

- 一、特別股分派股息及紅利之順序、定額或定率。
- 二、特別股分派公司賸餘財產之順序、定額或定率。
- 三、特別股之股東行使表決權之順序、限制、無表決權、複數表決權或對於特定事項之否決權。
- 四、特別股股東被選舉為董事、監察人之禁止或限制，或當選一定名額之權利。
- 五、特別股轉換成普通股之轉換股數、方法或轉換公式。
- 六、特別股轉讓之限制。
- 七、特別股權利、義務之其他事項。

II 第一百五十七條第二項規定，於前項第三款複數表決權特別股股東不適用之。

(二)適用方式：閉鎖性股份有限公司因為其「閉鎖特質」，法律並不強調其內部制衡監控，故得於監察人之選舉賦予特別股股東壟斷權<sup>10</sup>。一般非公開發行公司之複數表決權股於選舉監察人時回

<sup>9</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁80-81，元照。此處引用邵慶平部分。

<sup>10</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁103，元照。此處引用方嘉麟、蘇怡慈部分。

歸一股一權，但閉鎖性股份有限公司之複數表決權股允許於選舉監察人時仍然維持複數表決權以提供公司較大之自治空間<sup>11</sup>。且亦得發行保障股東當選一定名額之「監察人」之特別股，此與公司法第157條第1項第5款僅能保障股東當選一定名額之「董事」有所不同<sup>12</sup>。

### 學者評釋 【方元沂老師】

公司法第157條第1項第5款雖允許當選一定董事席次之特別股，但基於監察人屬於公司之監督機關，為落實監察權之行使與公司治理之需求並未允許發行當選一定監察人席次之特別股。但閉鎖性股份有限公司之規定公司法第356條之7第1項第4款則允許有投資人投資公司而不想擔任董事，但想監督公司經營之情形下，發行當選一定監察人席次之特別股<sup>13</sup>。

#### 四、董監選舉得不採用累積投票制：

##### (一)法規內容：

##### ●公司法§ 356-3 (節錄)

V 股東會選任董事及監察人之方式，除章程另有規定者外，依第一百九十八條規定。

##### (二)適用方式：一般非公開發行公司選舉董監之方式為強制累積投

<sup>11</sup> 方嘉麟等人(2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁368，元照。此處引用方元沂部分。

<sup>12</sup> 方嘉麟等人(2020)，閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁102，元照。此處引用方嘉麟、蘇怡慈部分。

<sup>13</sup> 方嘉麟等人(2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁369，元照。此處引用方元沂部分。

票制，但閉鎖性股份有限公司得以章程改採其他選舉方式，此為擴大章程自治之空間<sup>14</sup>。章程另訂之選舉方式，例如對於累積投票制可採不累積之方式，如每股僅有一個選舉權；或採較有利於大股東之全額連記法；或參照內政部頒訂之會議規範訂定選舉方式，均無不可。如閉鎖公司章程訂定，發起人或股東會選任董事及監察人需經全體發起人或股東之同意，與前開說明及公司法第356條之3規定之修正理由核有未符。<sup>15</sup>

### 學者評釋 【陳明進老師】

閉鎖性股份有限公司得以章程訂定不同於累積投票制之選舉方式，有利於家族控股公司或新創事業維繫經營權。

#### 五、董事會發行新股權限之排除、優先認購權之排除以及新股認購人之出資方式。

##### (一)法規內容：

##### ●公司法§ 356-12

I 公司發行新股，除章程另有規定者外，應由董事會以董事三分之二以上之出席，及出席董事過半數同意之決議行之。

II 新股認購人之出資方式，除準用第三百五十六條之三第二項至第四項規定外，並得以對公司所有之貨幣債權抵充之。

III 第一項新股之發行，不適用第二百六十七條規定。

##### (二)適用方式：

1. 董事會發行新股權限之排除：在授權資本制下，股份有限公

<sup>14</sup> 方嘉麟等人(2018)，變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁368，元照。此處引用方元沂部分。

<sup>15</sup> 經濟部108年06月03日經商字第10800588640號函。

司發行新股屬於董事會之職權，依照公司法第266條第2項應經董事會特別決議。但閉鎖性股份有限公司依據公司法第356條之12第1項，得以章程剝奪董事會發行新股之權限。於公司章程另外訂有發行新股應經股東會決議之條款時，其發行新股應經股東會決議<sup>16</sup>。

2. 優先認購權之排除：創業家在事業草創階段，往往需有多次注資，新股優先認購權會增加執行成本及時間，妨礙企業集資的時效及股權分配彈性<sup>17</sup>。
3. 新股認購人之出资方式：公司成立之後，股東除「現金、財產、技術」以外，亦得以「勞務」及「對公司之貨幣債權」出資。蓋閉鎖性股份有限公司對於勞務之需求並不因公司成立前後而有所不同，可能公司成立後對於勞務人才之需求不減反增，故除公司法第356條之3第2項發起人得以勞務出資外，第356條之12第2項亦準用該條使股東得以勞務出資。

## 六、表決權信託之受託人原則上為股東：

### (一)法規內容：

#### ●公司法 § 356-9

- I 股東得以書面契約約定共同行使股東表決權之方式，亦得成立股東表決權信託，由受託人依書面信託契約之約定行使其股東表決權。
- II 前項受託人，除章程另有規定者外，以股東為限。
- III 股東非將第一項書面信託契約、股東姓名或名稱、事務所、住所或居所與移轉股東表決權信託之股份總數、種類及數量於股東常會開會三十日前，或股東臨時會開會十五日前送交公

<sup>16</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁182-183，元照。此處引用黃銘傑部分。

<sup>17</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁369，元照。此處引用方元沂部分。

司辦理登記，不得以其成立股東表決權信託對抗公司。

- (二) 適用方式：為維持公司之閉鎖性，原則上受託人以股東為限，例外於章程有規定時得以他人為受託人，如信託業者。

## 七、發起人得以勞務出資：

### (一)法規內容：

#### ●公司法 § 356-3（節錄）

- II 發起人之出資除現金外，得以公司事業所需之財產、技術或勞務抵充之。但以勞務抵充之股數，不得超過公司發行股份總數之一定比例。
- III 前項之一定比例，由中央主管機關定之。
- IV 以技術或勞務出資者，應經全體股東同意，並於章程載明其種類、抵充之金額及公司核給之股數；主管機關應依該章程所載明之事項辦理登記，並公開於中央主管機關之資訊網站。

- (二) 適用方式：閉鎖性股份有限公司人合色彩較重，故允許發起人以勞務出資，但勞務出資不得超過一定之比例，且應經全體股東同意<sup>18</sup>。此與公司法第131條第3項非閉鎖性股份有限公司之發起人僅得以現金、財產、技術出資之規定不同。

### 筆者的話

本條所規定者為閉鎖性股份有限公司之「發起人」的出资方式，應與本條比較者乃公司法第131條第3項。至於公司成立以後原股東之增資或新股東加入之出資，非閉鎖性股份有限公司，應遵守公司法第156條第5項之規定，閉鎖性股份有限公司則應遵守公司法第356條之12第2項

<sup>18</sup> 方嘉麟等人（2018），變動中的公司法制——17堂案例課學會公司法，頁371，元照。此處引用方元沂部分。

之規定。二種類公司於公司成立後均可以「現金、財產、技術、對公司之貨幣債權（以債作股）」出資，但不同的是閉鎖性股份有限公司成立後，其股東亦得以「勞務」出資。總而言之，閉鎖性股份有限公司無論係公司成立前之發起人，或公司成立後之股東，均得以勞務出資。一般股份有限公司則無論係發起人或公司成立後之股東，均不得以勞務出資。另外，以對公司之貨幣債權出資，無論是一般股份有限公司，或閉鎖性股份有限公司，均必須於「公司成立後」之股東方得為之，理由主要有二，其一為公司成立前邏輯上不存在「對公司之貨幣債權」，其二為即便解釋為存在，公司甫成立時即以債權出資，有害公司財務穩健。

**學者評釋** 【方元沂老師】

由於一般股份有限公司得利用超低面額股發行給提供勞務之股東，實與勞務出資之效果無異，故本條並未發揮太大的作用。

**爭點限時通**

**【實務上勞務出資之「一定比例」為何？】**

(一)經濟部見解：

 經濟部108年6月4日經商字第10802409490號公告

公司法第356條之3第2項所稱公司發行股份總數以勞務抵充出資股數之一定比例，於實收資本額未達新臺幣3千萬元部分，指勞務抵充出資之股數不得超過公司發行該部分股份總數二分之一；於實收資本額新臺幣3千萬元以上部分，指勞務抵充出資之股數不得超過公司發行該部分股份總數四分之一。

(二)實例：假設一閉鎖性股份有限公司實收資本額5,000萬元，每股面額10元。其勞務得抵充出資之總股數為  $(3,000萬 \times 1/2 + 2,000$

$萬 \times 1/4) \div 10 = 200$ 萬股。

(三)倘若以技術或勞務出資，其條件事後變更，應如何處理？

例如勞務出資之發起人事後變為傷殘人士。

依據經濟部問答集之見解，仍應適用公司法非閉鎖性之非公開發行公司之規定辦理減資（§ 168、§ 168-1參照）<sup>19</sup>。

**八、股東會得採用書面決議：**

(一)法規內容：

 公司法 § 356-8

I 公司章程得訂明股東會開會時，以視訊會議或其他經中央主管機關公告之方式為之。

II 股東會開會時，如以視訊會議為之，其股東以視訊參與會議者，視為親自出席。

III 公司章程得訂明經全體股東同意，股東就當次股東會議案以書面方式行使其表決權，而不實際集會。

IV 前項情形，視為已召開股東會；以書面方式行使表決權之股東，視為親自出席股東會。

(二)適用方式：書面決議制度（written consent或written resolution）

允許股東以書面方式表達對議案的贊成、反對或棄權以通過決議而不實際集會。

(三)文義解釋之適用疑義，產生二種不同之解釋方式。

1. 書面決議之事項，需經全體股東一致同意。

2. 需經全體股東一致同意才能使用書面決議制度。

<sup>19</sup> 經濟部閉鎖性公司專區常用問答，<https://gcis.nat.gov.tw/mainNew/subclassNAction.do?method=getFile&pk=607>（最後瀏覽日：11/22/2020）。

3. 經濟部見解：採取第二種解釋方式，應經全體股東同意，於章程訂明採用書面決議制度，往後每次股東會均可使用之。

(四)比較法之借鏡——英國與德國之書面決議制度：

1. 英國法之書面決議制度 (Written Resolution)：我國僅於公司法第356條之8第3項允許閉鎖性股份有限公司以書面方式行使表決權而不實際集會。一般之非公開發行股份有限公司，依公司法第174條仍不得以書面決議行使表決權。此外，無論係我國公司法第102條或第356條之8關於書面決議之規定，皆稍嫌簡陋，書面決議畢竟並未實際集會，缺乏當場言詞交鋒辯論之過程，是否全部之議案均適合以書面決議為之？公司是否需於書面決議上記載此種決議之特殊性？股東可否請求公司寄發書面決議？書面決議之寄發與回覆可否透過網路為之？我國並無特別規定，但英國法之規定則相對明確<sup>20</sup>。

英國2006年公司法 (The Company Act 2006) 直接將書面決議認定為股東會決議作成的方法之一，並且區分普通決議與特別決議而有不同之門檻。<sup>21</sup>這樣的設計有利於小公司以書面決議之方式替代實際召集股東會進行決議。但實際召集股東會係以出席股東之表決權為同意之計算基礎，書面決議則以全部表決權為計算基礎，故書面決議仍有較實際集會高之門檻<sup>22</sup>。此外，英國法亦規定解任董事與審計員 (auditor) 之議案不得透過書面決議通過<sup>23</sup>。同法第291條(4)亦規定，公司必須通知進行書面決議的成員如何對於決議表示同意之方法以及決議必須通過

<sup>20</sup> 曾宛如 (2017)，公司法制——基礎理論之再建構，頁83，元照。

<sup>21</sup> 曾宛如 (2017)，公司法制——基礎理論之再建構，頁75-76，元照。

<sup>22</sup> Nicholas Bourne, Bourne on Company Law, Seventh Edition, London and New York: Routledge, (2016), at 273.

<sup>23</sup> Nicholas Bourne, Bourne on Company Law, Seventh Edition, London and New York: Routledge, (2016), at 271.

之日期。使成員能清楚了解自己之權益與決議之特殊性。

雖然書面決議之提出以私人公司 (Private Company) 之董事為原則 (§ 291)，但亦得由公司之少數股東請求公司提出書面決議 (§ 292)，並且得附上1,000字之決議事項說明，公司無正當理由不得拒絕。至於決議之方式，同法第298至300條，規定書面決議之程序得於網路上進行，可能係以電子郵件之來回傳遞，且相關事項得於一定期間內以公告於公司網站上之方式為之<sup>24</sup>。

2. 德國法之書面決議制度：德國股份公司法於2009年之修正中，第118條允許公司得於章程規定或授權董事會決定，允許股東得線上出席股東會，或於股東未出席股東會時以書面或電子方式表決。有限責任公司則依照有限責任公司法第48條允許有限責任公司之全體股東以文本形式對於特定規定聲明同意，或以書面方式行使表決權<sup>25</sup>。

九、章程得規定可轉換公司債及附認股權公司債得經董事會決議發行，且無論普通公司債或股權性質公司債，均可免去較繁瑣之限制。

(一)法規內容：

●公司法 § 356-11

I 公司私募普通公司債，應由董事會以董事三分之二以上之出席，及出席董事過半數同意之決議行之。

II 公司私募轉換公司債或附認股權公司債，應經前項董事會之決議，並經股東會決議。但章程規定無須經股東會決議者，從其規

<sup>24</sup> Nicholas Bourne, Bourne on Company Law, Seventh Edition, London and New York: Routledge, (2016), at 271-273.

<sup>25</sup> 方嘉麟等人 (2020)，閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁121，元照。此處引用陳彥良部分。

定。

III 公司債債權人行使轉換權或認購權後，仍受第三百五十六條之一之股東人數及公司章程所定股份轉讓之限制。

IV 第一項及第二項公司債之發行，不適用第二百四十六條、第二百四十七條、第二百四十八條第一項、第四項至第七項、第二百四十八條之一、第二百五十一條至第二百五十五條、第二百五十七條之二、第二百五十九條及第二百五十七條第一項有關簽證之規定。

## (二) 適用方式：

1. 私募普通公司債無須報告股東會：公司法第246條第1項但書規定董事會決議私募普通公司債時，須將募集公司債之原因及有關事項報告股東會。閉鎖性股份有限公司具有高度人合性質且股東與公司之關係本即密切，要求報告股東會並無法實質增加股東會參與公司治理之能力，故免除董事會之報告義務<sup>26</sup>。
2. 私募股權性質公司債得以章程規定免除股東會決議：依公司法第356條之11第2項，公司私募轉換公司債或附認股權公司債，應經前項董事會之決議，並經股東會決議。但基於尊重閉鎖性公司高度企業自治，該條項之但書規定公司章程規定無須經股東會決議者，得不經股東會決議私募股權性質公司債。
3. 私募公司債免除繁瑣之限制：同條第4項規定，無論是私募普通公司債或股權性質公司債均可免去公司法第247條以下規定各種財務狀況、獲利能力之限制。<sup>27</sup>

<sup>26</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁170-171，元照。此處引用黃銘傑部分。

<sup>27</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁166，元照。此處引用黃銘傑部分。

## 學者評釋 【劉連煜老師】<sup>28</sup>

私募股權性質公司債可能稀釋原股東股權，故應由股東會決議。此一但書之規定並非妥當，且閉鎖性股份有限公司之股東人數少，股東會集會成本不高，似不須為但書之規定。

## 參、閉鎖性公司與非閉鎖性公司之轉換機制：

### 一、法規內容：

#### ●\*公司法 § 356-13

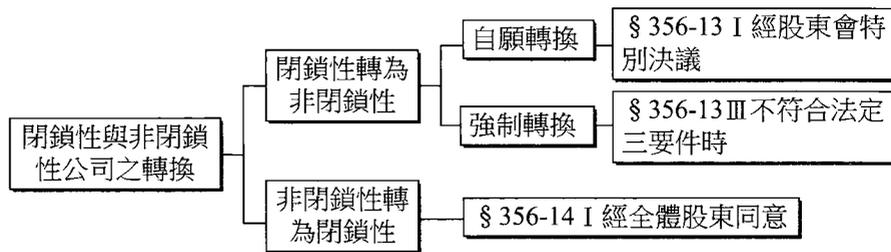
- I 公司得經有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意，變更為非閉鎖性股份有限公司。
- II 前項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。
- III 公司不符合第三百五十六條之一規定時，應變更為非閉鎖性股份有限公司，並辦理變更登記。
- IV 公司未依前項規定辦理變更登記者，主管機關得依第三百八十七條第五項規定責令限期改正並按次處罰；其情節重大者，主管機關得依職權命令解散之。

#### ●\*公司法 § 356-14

- I 非公開發行股票之股份有限公司得經全體股東同意，變更為閉鎖性股份有限公司。
- II 全體股東為前項同意後，公司應即向各債權人分別通知及公告。

<sup>28</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁692，新學林。

二、整理表：



三、適用方式：閉鎖性股份有限公司轉換為非閉鎖性股份有限公司之規定採自願性轉換（§ 356-13 I）與強制轉換（§ 356-13 III）之雙軌制度，前者乃尊重公司自治，後者乃於公司不符合要件時強制轉換以保護股東之權益。而非閉鎖性公司轉換為閉鎖性公司，則因該公司股票日後將受到轉讓之限制，屬於公司重大事項，為保護股東權益應經全體股東同意<sup>29</sup>。

**學者評釋** 【朱德芳老師】

公司法第356條之13第3項，於公司不符合閉鎖性公司之三要件時，公司法並未明確規定喪失資格之時間點。若股份轉讓至股東人數超過50人，究竟應以股份轉讓時或股東名簿辦理變更登記時，或向主管機關辦理變更登記時喪失閉鎖資格。學者認為應參酌外國法，以「向主管機關辦理變更登記時」為喪失閉鎖資格之時點<sup>30</sup>。

<sup>29</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁694-696，新學林。

<sup>30</sup> 方嘉麟等人（2020），閉鎖性公司——釋義與實務應用，增訂二版，頁191，元照。此處引用朱德芳部分。

# 第14章

## 關係企業

### 第一節 控制從屬公司

壹、法規內容：

●<sup>\*</sup>公司法 § 369-1

本法所稱關係企業，指獨立存在而相互間具有下列關係之企業：

- 一、有控制與從屬關係之公司。
- 二、相互投資之公司。

●<sup>\*</sup>公司法 § 369-2

I 公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。

II 除前項外，公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者亦為控制公司，該他公司為從屬公司。

●<sup>\*</sup>公司法 § 369-3

有左列情形之一者，推定為有控制與從屬關係：

- 一、公司與他公司之執行業務股東或董事有半數以上相同者。
- 二、公司與他公司之已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以

上為相同之股東持有或出資者。

● 公司法 § 369-11

計算本章公司所持有他公司之股份或出資額，應連同左列各款之股份或出資額一併計入：

- 一、公司之從屬公司所持有他公司之股份或出資額。
- 二、第三人為該公司而持有之股份或出資額。
- 三、第三人為該公司之從屬公司而持有之股份或出資額。

貳、控制從屬公司之解釋方式：

- 一、公司法關係企業專章所提及之「股份」及「股份總數」乃用在股份有限公司之場合，而「出資額」及「出資總額」乃用於判斷有限公司與兩合公司之關係企業情形。

**筆者的話**

筆者每每閱讀公司法第369條之2第1項，總會憶起中文之博大精深。本條條文使用錯綜句法，就如同韓愈《師說》文中的「句讀之不知，惑之不解，或師焉，或否焉」，其原句應為「句讀之不知，或師焉；惑之不解，或否焉」一樣，法條的原句應為「公司持有他公司有表決權之股份，超過他公司已發行有表決權之股份總數半數或持有他公司出資額，超過他公司資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。」立法者草擬此一法條，其國文造詣非同小可。

- 二、公司法第369條之2第2項控制他公司之人事、財務或業務經營主要指任免董事及經理人等人事權或支配公司財務或業務經營。
- 三、間接控制乃指A公司控制B公司而B公司又控制C公司時，A公司屬於間接控制C公司。
- 四、公司法第369條之3推定有控制從屬關係之公司，其法律效果為「互

為」控制從屬公司。假設A、B二公司被推定，則對A而言B是其控制公司，對B而言A是其控制公司。

- 五、公司法第369條之3第1款執行業務股東或董事有半數以上相同者，經濟部認為以席次較多之公司之席次的半數為準，此見解較為保守。倘董事係以法人代表人身分當選者，所謂「相同董事」，係以代表人之個人身分為認定標準。

(一)行政函釋：

✍ 經濟部88年9月8日商字第88219627號

公司法第369條之3第1款規定，公司與他公司執行業務股東或董事有半數以上相同者，推定為有控制與從屬關係。所謂「有半數以上相同者」，應以較高席次之半數為計算基準。又倘董事係以法人代表身分當選者，所謂「相同董事」，係以代表人之個人身分為認定標準。至同條第2款所謂「有半數以上為相同之股東持有或出資者」，亦以較高股份總數或資本總額之半數為計算標準。

- (二)說明：假設今有A、B二公司，A公司之董事為甲、乙、丙、丁、戊、己、庚。B公司之董事為甲、乙、丙、辛、壬。二公司相同之董事有甲、乙、丙3人，但對7席董事之A公司而言並未過半數相同，對5席董事之B公司而言已過半數相同，而依照經濟部函釋之見解，仍不推定為控制從屬公司。但若B公司之董事為甲、乙、丙、丁、辛。則4席董事相同對A、B公司均數席次過半，則A、B公司推定互為控制從屬公司。

**學者評釋** 【曾宛如老師、劉連煜老師<sup>1</sup>】

前例中的第一個情形，即便相同董事僅甲、乙、丙三人，雖

○  
1 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁724，新學林。

對A公司而言並為過半，但對B公司而言已屬過半，應得單方面推定A公司為B公司之控制公司。否則於一家公司董事之席次未及於他家之半數時（例如3席與9席），則不可能達成經濟部之門檻，無論如何不可能推定控制從屬關係。

六、公司法第369條之3第2款之股份總數或資本總額「半數以上」應包含半數，且以較高股份總數或資本總額之半數為準。

 經濟部99年5月11日經商字第09900060500號函（節錄）

二、上開公司法第369條之3第2款規定：「公司與他公司之已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資者」。以較高股份總數或資本總額之半數為準，前經本部88年9月8日經商字第88219627號函釋在案（如附件影本），例如甲公司股份總數為10,000股，乙公司股份總數為6,000股，計算甲、乙公司是否有半數以上股份為相同之股東持有時，係以較高之10,000股之半數5,000為計算標準。準此，如股東持有甲公司股份總數5,000股以上，持有乙公司股份總數為5,000股以上，則推定甲公司與乙公司有控制從屬關係。

三、具體個案是否為關係企業，請依前項說明認定。

七、公司法第369條之11之計算方式：

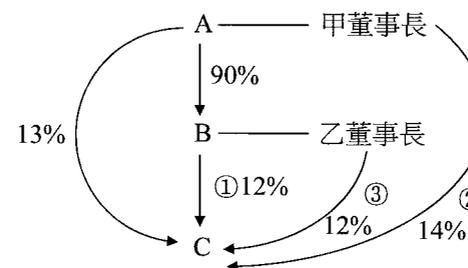
### 有題有真相

A、B、C三公司均為股份有限公司，A公司持有B公司90%之股份，B公司持有C公司12%之股份，A公司持有C公司13%之股份。而A之董事長甲為A公司持有C公司14%之股份，B公司董事長乙為B公司持有C公司12%之股份。問A公司是否為C公司之控制公司？



依據公司法第369條之2第2項，公司持有他公司有表決權股份總數過

半數者為控制公司，且依據同法第369條之11，該條所列之三種情形亦應一併計入持有之股份數。A公司固然僅持有C公司13%之股份，但A公司因為持有B公司90%之股份，B公司為A公司之從屬公司，故B公司所持有C公司之12%股份亦應計入A公司持有C公司之股份數，此乃第369條之11第1款之情形。此外，A公司之董事長甲屬於第三人，其為A公司持有C公司之14%股份亦應計入A公司持有C公司之股份數，此乃第369條之11第2款之情形。最後，B公司之董事長乙屬於第三人，其為A公司之從屬公司，即B公司，持有C公司之12%股份亦應計入A公司持有C公司之股份數，此乃第369條之11第3款之情形。綜上所述，A公司持有C公司之股份應為13%+12%+14%+12%=51%，故A公司為C公司之控制公司。



參、不合常規交易或不利益經營下，控制公司及其負責人與受利益從屬公司對於受損害從屬公司之責任：

一、法規內容：

● 公司法 § 369-4

- I 控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害者，應負賠償責任。
- II 控制公司負責人使從屬公司為前項之經營者，應與控制公司就前項損害負連帶賠償責任。

III 控制公司未為第一項之賠償，從屬公司之債權人或繼續一年以上持有從屬公司已發行有表決權股份總數或資本總額百分之一以上之股東，得以自己名義行使前二項從屬公司之權利，請求對從屬公司為給付。

IV 前項權利之行使，不因從屬公司就該請求賠償權利所為之和解或拋棄而受影響。

● 公司法 § 369-5

控制公司使從屬公司為前條第一項之經營，致他從屬公司受有利益，受有利益之該他從屬公司於其所受利益限度內，就控制公司依前條規定應負之賠償，負連帶責任。

二、不合營業常規與不利益之經營應如何認定？

學者認為高買賤賣應為一例，但仍需依靠法院依常規交易之原則，以判決加以補充<sup>2</sup>。

三、補償責任與賠償責任之範圍與計算方式：

(一) 補償責任範圍<sup>3</sup>：「事前」角度，採取「差異比較觀察法」，即比較「受控制之行為」與「不具從屬性而進行營業之行為」之差額，但不得將「行為時非可預見之虧損」或「經營成本之增加」均納入補償責任範圍。

(二) 賠償責任範圍：「事後」角度，以「損害因果關係」成立時之事實認知作為賠償責任範圍基礎，排除偏離一般因果鏈之損害。

有題有真相

A公司為集團之控制公司，旗下有從屬公司B公司及C公司。A促使B公司將B公司之機械修繕工程發包給C公司，但是C公司索價較一般市價高50萬元；一日，因C公司內部人員流感致工程延誤，連帶影響B公司經營運作延誤，B公司因此額外損失30萬元；其後，又因為國際原物料價格上漲，依照C公司當時所用之原物料，將導致後續換料價格翻倍，當時若發包給市面上另一間D公司，依其所用原物料並無價格上升之問題。試問若於會計年度終了後，A公司欲補償B公司所受之損失，其數額應如何認定？另，若A公司不為補償，B公司得向A公司主張多少數額之損害賠償？



(一) 補償之數額：工程發包給C公司之價差50萬元，乃工程發包時「事前可預見」之損害，應為補償。而C公司因流感延誤所損失之30萬元以及國際原物料價格上漲所致之價格翻倍乃「事前不可預見」之損害，無須補償。故A公司應補償者僅工程發包之50萬元價差而已。

(二) 賠償之數額：應自「事後」角度，以「損害因果關係」成立時之事實認知作為賠償責任範圍基礎，排除偏離一般因果鏈之損害。三者中僅國際原物料價格上漲偏離一般因果鏈，非一般生活經驗所能預期之損害，故價格翻倍無須賠償，50萬元之價差與C公司內部流感所影響之30萬元損害均應賠償。

四、代位訴訟：若從屬公司欲對控制公司及其負責人與受利益之從屬公司請求公司法第369條之4第2、3項與第369條之5之賠償責任，原則上應由從屬公司之董事會決議起訴。但從屬公司之負責人極可能為控制公司所支持之人選，故基於集團利益而怠於起訴。此時從屬公司債權人或從屬公司1年以上1%以上股東得代位從屬公司向控制

<sup>2</sup> 劉連煜 (2018)，現代公司法，增訂十三版，頁726，新學林。

<sup>3</sup> 洪秀芬 (2012)，控制公司使從屬公司為不利益之經營之補償及賠償責任之判斷，月旦法學教室，第119期，頁25-26。

公司請求，即便從屬公司與控制公司和解或拋棄請求權，股東或債權人仍得提起代位訴訟。但由於公司法第369條之5漏未規定代位訴訟得為主張，故若欲向受益從屬公司請求，應類推適用第369條之4條2項<sup>4</sup>。

### 五、責任主體：

- (一)控制公司責任：第369條之4第1項補償或賠償。
- (二)控制公司負責人責任：第369條之4第2項連帶賠償責任。
- (三)受益從屬公司責任：第369條之5與控制公司之連帶賠償責任，本條之性質類似民法不當得利之規定。
- (四)從屬公司負責人責任：第23條第1項，在關係企業當中，為產生企業綜效（Synergy）所需，法律上允許控制公司對於從屬公司為一定之不合營業常規或不利益之經營，但須於會計年度終了後進行補償，故至少需至該會計年度終了時，控制公司仍未依法進行補償或賠償，或從屬公司未積極向控制公司行使補償請求權時，從屬公司負責人始負違反忠實義務之責任以及相關刑事責任<sup>5</sup>。

六、揭穿公司面紗原則與公司法第369條之4之關係<sup>6</sup>：公司法第369條之4之立法理由即有表示係參考美國法之揭穿公司面紗原則，但僅有針對「控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害」之特定情形，而非包含一切股東。應認為第369條之4為特別規定，第99與154條為一般規定。但後二者債權人可對股東直接求償，第369條之4僅能由從屬公司之債權人代位從屬公司求償。

<sup>4</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁729-730，新學林。

<sup>5</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁730-731，新學林。

<sup>6</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁96，新學林。

### 七、外國公司是否有公司法第369條之4之適用：

#### (一)類推適用說（經濟部見解）：

✍ 經濟部86年9月4日商86214513號函

按公司法關係企業專章立法初創，本部原擬條文係針對本國公司為規定，例如第369條之8投資狀況公開化之規定與第369條之12關係報告書、合併財務報表之規定等均屬之；至於第369條之4係屬民事賠償責任範疇，如遇有具體案件時，外國公司是否類推適用，仍應由法官本其確信之見解，妥為處理。

#### (二)直接適用說（劉連煜老師）：公司法第369條之4文義並未排除外國公司之適用，理論上自有本條適用，無類推適用之必要<sup>7</sup>。

### 八、比較法之借鏡——雙重代位訴訟：

(一)問題意識：甲為A公司之股東，A公司則持有B公司90%之股份，B公司之董事長乙違反忠實義務草率投資，造成B公司鉅額之損失，並因此造成控制公司A之獲利減少，問「未持有B公司股份之A公司股東甲」得否代表B公司對B公司之董事長乙提起訴訟請求賠償？

(二)英美法制介紹：關係企業架構下，當子公司因其董事之違法行為而遭受損害時，母公司通常不願意以股東之身分對子公司董事提起代位訴訟。而母公司之股東若未持有子公司之股份，則無法代位子公司對子公司負責人提起訴訟。基此，許多公司即透過股份移轉之方式，使所有事業均為子公司所經營，並且由母公司高度持股，母公司則成為不經營事業之「純粹控股公司」<sup>8</sup>，則母公

<sup>7</sup> 劉連煜（2018），現代公司法，增訂十三版，頁727，新學林。

<sup>8</sup> 純粹控股公司乃本身不經營事業之控股公司，例如金融業之「金控公司」為底下保險公司、銀行、資產管理公司等之母公司，但金控公司本身並不經營事業。相對之概念為「事業控股公司」亦即本身也經營事業之控股公司，如成衣業者為母

司之股東無論子公司負責人有何違法情事，均無法提起代位訴訟。於是英美法上擴張原本代位訴訟之適用範圍，承認「未持有子公司股份之母公司股東」得代位子公司對子公司之負責人起訴，此為「雙重代位訴訟」。

(三)我國法之檢討（郭大維老師）<sup>9</sup>：我國公司法第214條得解決公司本身之股東對公司負責人起訴之問題，公司法第369條之4亦承認從屬公司之股東或債權人得為從屬公司對控制公司及其負責人提起訴訟。但卻未規定「未持有子公司股份之母公司股東」得代位子公司對子公司之負責人起訴。然而，因為第369條之4係股東為「自己所在之公司」之利益提起訴訟，與雙重代位訴訟非單純為「自己所在之公司」之利益不相同，而被告前者限於控制公司與其負責人，後者則為從屬公司之負責人，故解釋上本案甲無法類推適用第369條之4。應引進英美法制之雙重代表訴訟，使「未持有子公司股份之母公司股東」得代位子公司對子公司之負責人起訴，以解決母公司股東監督權不足之問題。

#### 肆、控制公司對從屬公司債權之限制：

##### 一、法規內容：

###### ●公司法 § 369-7

I 控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營者，如控制公司對從屬公司有債權，在控制公司對從屬公司應負擔之損害賠償限度內，不得主張抵銷。

II 前項債權無論有無別除權或優先權，於從屬公司依破產法之規定為破產或和解，或依本法之規定為重整或特別清算時，應次於從屬公司

公司，提供其毛料之公司為其子公司。

<sup>9</sup> 郭大維（2015），股東代表訴訟之變形——雙重代表訴訟，月旦法學教室，第156期，頁21-23。

之其他債權受清償。

二、第369條之7第1項抵銷範圍：除從屬公司對控制公司之不合營業常規之債權，控制公司不得主張抵銷以外，其他債權控制公司與從屬公司均得互相抵銷。

#### 有題有真相

控制公司A對於從屬公司B因不合常規交易造成B有500萬元的損失，而A對B另有一筆300萬元之債權，而B對於A另有一筆因合於常規交易所產生的400萬元債權。請問A公司對B公司之300萬元債權可否主張抵銷？

#### 解析

A公司不得以其對B公司之300萬元一般債權與B公司對A公司因不合常規交易所生之500萬元債權互相抵銷。但是，A公司得以其對B公司之300萬元一般債權與B公司對A公司因合於常規交易所生之400萬元債權互相抵銷。

##### 三、第369條之7第2項深石原則（Deep-Rock Doctrine）：

- (一)學理上為「衡平居次」理論（equitable subordination），即賦予從屬公司之其他債權人有優先順位的受償順序，可以解決部分「股東有限責任原則」所衍生的「未受補償及無效率風險分配」（uncompensated and inefficient risk allocation）之問題
- (二)需要居次的債權範圍只及於「因控制公司行使控制力而對從屬公司產生的債權」
- (三)與公司法第369條之4之扞格：公司法第369條之4條明文可以對於從屬公司為不合常規之經營，只需要於會計年度終了後補償即可，此乃為產生企業綜效（Synergy）之合法行為，但第369條之7

卻又說母公司於子公司破產、和解、重整、清算時債權應該要居次，會使母公司深怕動輒得咎而無所適從<sup>10</sup>。

## 伍、投資情形之公開化原則：

### ●公司法 § 369-8

- I 公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過該公司已發行有表決權之股份總數或資本總額三分之一者，應於事實發生之日起一個月內以書面通知該他公司。
- II 公司為前項通知後，有左列變動之一者，應於事實發生之日起五日內以書面再為通知：
  - 一、有表決權之股份或出資額低於他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額三分之一時。
  - 二、有表決權之股份或出資額超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額二分之一時。
  - 三、前款之有表決權之股份或出資額再低於他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額二分之一時。
- III 受通知之公司，應於收到前二項通知五日內公告之，公告中應載明通知公司名稱及其持有股份或出資額之額度。
- IV 公司負責人違反前三項通知或公告之規定者，各處新臺幣六千元以上三萬元以下罰鍰。主管機關並應責令限期辦理；期滿仍未辦理者，得責令限期辦理，並按次連續各處新臺幣九千元以上六萬元以下罰鍰至辦理為止。

<sup>10</sup> 曾宛如老師上課筆記。

## 第二節 相互投資公司

### 壹、相互投資公司之意義與行使表決權之限制：

#### 一、法規內容：

##### ●公司法 § 369-9

- I 公司與他公司相互投資各達對方有表決權之股份總數或資本總額三分之一以上者，為相互投資公司。
- II 相互投資公司各持有對方已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數者，或互可直接或間接控制對方之人事、財務或業務經營者，互為控制公司與從屬公司。

##### ●公司法 § 369-10

- I 相互投資公司知有相互投資之事實者，其得行使之表決權，不得超過被投資公司已發行有表決權股份總數或資本總額之三分之一。但以盈餘或公積增資配股所得之股份，仍得行使表決權。
- II 公司依第三百六十九條之八規定通知他公司後，於未獲他公司相同之通知，亦未知有相互投資之事實者，其股權之行使不受前項限制。

二、相互投資公司行使表決權之限制：我國公司法對相互投資公司之態度乃「既不鼓勵，亦不絕對禁止」因相互投資公司可能有虛增資本、永保董監權位等問題，故應適度限制其表決權之行使。第369條之10規定表決權行使的限制以知悉（配合 § 369-8 之通知制度）有相互投資之事實者為限，否則行使表決權後才知悉有相互投資之事實將徒增困擾。

### 貳、控制從屬公司與相互投資公司表決權行使之疑義：

一、互為相互投資公司：若A公司持有B公司40%之股份，而B公司

亦持有A公司40%之股份，應如何行使表決權？

應依公司法第369條之10第1項，A公司於B公司之股東會及B公司於A公司之股東會，持股數超過 $\frac{1}{3}$ 者均不得行使表決權。

二、同時符合控制從屬公司與相互投資公司：若A公司持有B公司51%之股份，而B公司持有A公司40%之股份，應如何行使表決權？應優先適用公司法第179條第2項第2款之規定，A公司於B公司之股東會得自由行使表決權；B公司於A公司之股東會，無表決權。

三、單方控制：若A公司持有B公司51%之股份，而B公司持有A公司30%之股份，應如何行使表決權？僅適用公司法第179條第2項第2款之規定，A公司於B公司之股東會得自由行使表決權；B公司於A公司之股東會，無表決權。

四、互為控制：若A公司持有B公司51%之股份，而B公司亦持有A公司51%之股份，應如何行使表決權？依公司法第369條之9第2項認定二公司互為控制從屬公司，應適用公司法第179條第2項第2款之規定，A公司於B公司之股東會及B公司於A公司之股東會均無表決權。

### 第三節 關係報告書及合併財務報表之編製

#### 壹、法規內容：

##### ● 公司法 § 369-12

I 從屬公司為公開發行股票之公司者，應於每會計年度終了，造具其

與控制公司間之關係報告書，載明相互間之法律行為、資金往來及損益情形。

II 控制公司為公開發行股票之公司者，應於每會計年度終了，編製關係企業合併營業報告書及合併財務報表。

III 前二項書表之編製準則，由證券主管機關定之。

#### 貳、整理：

一、從屬公司：編製關係報告書。

二、控制公司：編製關係企業合併報告書及合併財務報書。

#### 有題有真相

A上市公司為我國著名之電器品牌，並持有B上市公司已發行股份總數51%。108年A、B公司籌措設立C股份有限公司，並由B公司持有C公司已發行股份總數31%，A公司本身則並未持有C公司之股份。而A公司每年均得對C公司之經理人人選、提撥盈餘公積之多寡以及是否拓展營業處所提供意見，且C公司無不服從之能力。由於C公司剛成立不久，故B公司與C公司簽訂「獲利保證契約」，約定若C公司年度獲利未達10%，由B公司負責賠償補足。且該契約約定A公司為連帶保證人。A公司之董事長甲與B公司之董事長乙於財報上均未揭露此事，故A、B公司之股東均不知悉該「獲利保證契約」之存在。109年，因為C公司連年虧損，導致B公司每年按照該「獲利保證契約」賠償C公司之獲利至10%，最後B公司自身難保幾乎破產，A公司對B公司之處境不聞不問。B公司幾乎破產後，C公司轉而向A公司請求賠償其獲利，亦造成A公司之重大虧損。且甲於主導該事時，明知A公司之財務狀況無法負荷該契約仍有意為之，並故意於財報上隱匿，導致A公司之股東遭受極大損害。請分析並回答下列問題：

(一) 持有B公司已發行股份總數1.5%大約二年之股東丙自新聞知悉前開

「獲利保證契約」之內容後，自己蒐集證據，發現B公司之所以簽訂該契約係被A公司所強迫。試問丙得否以任何方式對A公司、C公司、甲、乙請求損害賠償？（證券交易法財報不實責任無須討論）（25%）

(二) 財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心（下稱投保中心）認為甲之行為已經嚴重損害A公司，且違反證券交易法關於資訊揭露之規定，故提起裁判解任訴訟，請求法院解任董事長甲。甲知悉後抗辯1.投保中心持股未達3%，不得提起解任訴訟。2.退一步言，所謂裁判解任董事，須以股東會曾提出決議解任董事之議案但未通過方能提起，A公司未曾開股東會討論解任甲一事，自不得提起訴訟。試問甲之抗辯有無理由？（15%）

【筆者自擬】

### 爭點分析

- (一) 第一小題主要測驗同學對於公司法第369條之4與第369條之5關於關係企業的代位訴訟是否熟悉。只需要對法條熟稔並且加以涵攝，本題並非十分困難。然而，較多同學並未討論的是，A公司、甲除了可能與B公司建立關係企業之關係外，亦可能成立影子董事之關係，則應討論我國引進英美法概念之影子董事與德國法概念之關係企業專章，其矛盾之處何在，而為何應優先適用關係企業專章。另外應注意股東對受有利益之從屬公司請求負連帶責任應「類推適用」而非「適用」公司法第369條之4第3項。
- (二) 第二小題測驗同學對於投資人保護法中裁判解任董事之特殊規定的熟悉度。答題時不忘先說明投資人保護法中投保中心代位訴訟的立法目的為何。並且熟記投保法與公司法之裁判解任規定主要有以下之不同，1.僅限於上市上櫃及興櫃公司、2.不受持股3%之限制、3.不受提出於股東會而未為決議之限制、4.得跨任期解任以及5.有類似於英國董事失格制度之機制。本題被告甲僅抗辯第2、3點，故同學針對此二點進行反駁即可。

### 擬答

(一) 丙得代位B公司對A公司、C公司、甲、乙請求損害賠償，理由如下：

1. A公司與甲可能構成B公司之影子董事：依題所示，本題A公司似乎並未親自或派代表人於B公司之董事會佔據任何席次，但持有B公司51%之股份屬於控制股東，在選任董事之方面有絕對之優勢，董事若不聽從A公司之指示可能面臨無法連任或遭決議解任之窘境，故很可能有經常性、慣常性影響董事會之情形而成為公司法第8條第3項之影子董事。A公司之董事長甲，若於A公司中得主導控制B公司之策略，亦可能成為B公司之影子董事。惟動輒將控制股東認定為影子董事可能會破壞集團企業所追求之綜效（Synergy），且與公司法第369條之4所揭示控制公司得為集團利益犧牲子公司之利益而事後補償之概念相違背。故學者認為於公司法第8條第3項與第369條之4相衝突時，應考量關係企業之精神，對影子董事做出兼容並蓄之解釋並優先適用關係企業法制，合先敘明。

2. 丙得適用公司法第369條之4第3項之代位訴訟對A、甲請求損害賠償。

依照公司法第369條之2第1項，A公司持有B公司有表決權之股份過半數，屬於B公司之形式控制公司。而A公司主導B公司與C公司簽訂「獲利保證契約」並使B公司大幅虧損。惟關係企業為追求集團綜效，立法者允許控制公司使從屬公司為不合營業常規或不利益之經營，但須於會計年度終了後補償從屬公司。依題所示，B公司幾乎破產時，A公司對其不聞不問，絕無補償之情事。故B公司之股東丙，持股達1%以上，得依公司法第369條之4第3項代位B公司對控

制公司A以及其負責人甲依據同條第1、2項請求損害賠償。

3. 丙得類推適用公司法第369條之4第3項之代位訴訟對C公司請求損害賠償。

此一「獲利保證契約」旨在保障C公司，而依題所示C公司之經理人人選、盈餘公積提撥與營業處所之設置均須聽從A公司之指示，故縱A公司並未持有C公司股份而不符合公司法第369條之2第1項之形式控制從屬關係，仍因為A公司控制C公司之人事、財務與業務經營而成立同條第2項之實質控制從屬關係。職是之故，C公司為A公司行為下受有利益之從屬公司，依照公司法第369條之5應於所受利益限度內與A公司連帶對B公司負賠償責任，惟公司法第369條之4第3項之代位求償對象未包含C公司，依現行公司法之內在目的及規範計畫觀察，此種情形應認為係法律漏洞，故丙應主張類推適用該項以提起代位訴訟，併此敘明。

4. 丙得請求B公司審計委員會對乙提起訴訟：承前所述，關係企業為追求集團綜效，從屬公司董事之忠實義務於會計年度終了而控制公司未為補償時產生，A公司未為補償已十分明顯。本題乙並未積極為B公司向A公司求償，且於簽訂該契約時並未於財報上揭露，已經違反公司法第23條忠實義務（Fiduciary duty）中之注意義務（Duty of care），持股1.5%且持續2年以上之股東丙已經滿足證券交易法第14條之4第3項準用公司法第214條第1項持股1%持續6個月以上之標準，故得以書面請求審計委員會對其起訴或於審計委員會30日不起訴後代位B公司對乙提起訴訟。

(二) 甲之抗辯皆無理由，理由如下：

1. 投保中心持股未達3%，仍得提起解任訴訟：為保障證券投資人之權

益，並促進證券市場健全發展，立法者制定投資人保護法以補充公司法與證券交易法之不足。因我國公司法第200條股東訴請法院裁判解任之規定，雖對公司董事或監察人具有一定監督之功能，惟其規定之門檻仍高，為發揮投保中心適時解任不適任之董事或監察人之功能，以保障投資人權益，具公益色彩之投保中心發現有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得不受公司法相關規定限制，而有訴請法院裁判解任權。投保中心應係依照投資人保護法第10條之1第1項第2款提起裁判解任訴訟，該條既已明文不受公司法第200條之限制，故自不須以持股達3%為要件，故甲此一抗辯並無理由。

2. 股東會未曾提出決議解任董事之議案，投保中心仍得提起裁判解任訴訟。

承前所述，投資人保護法第10條之1之立法理由即揭示，依據實務見解，公司法第200條「未為決議將其解任」應限縮為股東會曾提出解任董事提案之事由而未經股東會決議將其解任為限。若解任議案未提出於股東會則股東無從訴請解任不適任之董事或監察人，故立法者方訂定條文以充分督促公司管理階層善盡忠實義務，以達保護證券投資人權益之目的、發揮投保中心之職能。據上論結，不受公司法第200條之限制既已於該條明文，自不應適用前開實務見解之解釋，則甲之抗辯並無理由。

# 第15章

## 外國公司

### 第一節 認許之意義與廢除認許

#### 壹、認許制度之意義：

外國公司之認許（recognition），係指承認依外國法已成立之外國公司，在內國法上亦為權利義務主體之行為。

#### 貳、認許制度之廢除：

新修正公司法第4條第2項規定外國公司，於法令限制內，與中華民國公司有同一之權利能力。亦即外國公司原則上只要於外國合法設立登記，即認為與我國公司有相同的權利能力。

## 第二節 107年公司法修正廢除認許 制度後之規範內容

- 壹、外國公司若欲以其名義於我國營業，應先辦理分公司登記（§ 371 I）。
- 貳、前開分公司登記，其名稱，應譯成中文，並標明其種類及國籍（§ 370）。
- 參、外國公司在我國設立分公司者，應專撥其營業所用之資金，並指定代表為在我國之負責人（§ 372 I）。
- 肆、外國公司在我國設立分公司者，應將章程備置於其分公司，如有無限責任股東者，並備置其名冊（§ 374 I）。
- 伍、若外國公司有下列情形，不予分公司登記：「目的或業務，違反我國法律、公序良俗」、「申請登記事項或文件為虛偽」（§ 373）。
- 陸、外國公司在我國設立分公司後，無意在我國繼續營業者，應向主管機關申請廢止分公司登記。但不得免除廢止登記以前之責任或債務（§ 378）。
- 柒、有下列情事主管機關得依職權或利害關係人之申請，廢止外國公司在我國之分公司登記：外國公司已解散、外國公司已受破產之宣告、外國公司在中華民國境內之分公司，有第十條各款情事之一。該廢止登記，不影響債權人之權利及外國公司之義務（§ 379）。
- 捌、外國公司在我國之所有分公司，均經撤銷或廢止登記者，應就其在我國營業所生之債權債務清算了結，未了之債務，由該外國公司清償（§ 380 I）。
- 玖、外國公司在中華民國境內之財產，在清算時期中，不得移出我國國

境，除清算人為執行清算外，並不得處分（§ 381）。

- 拾、外國公司在我國境內之負責人、分公司經理人或指定清算人，違反第380、381條規定時，對於外國公司在中華民國境內營業，或分公司所生之債務，應與該外國公司負連帶責任（§ 382）。
- 拾壹、外國公司因無意在我國設立分公司營業，未經申請分公司登記而派其代表人在中華民國境內設置辦事處者，應申請主管機關登記。外國公司設置辦事處後，無意繼續設置者，應向主管機關申請廢止登記。辦事處代表人缺位或辦事處他遷不明時，主管機關得依職權限期令外國公司指派或辦理所在地變更；屆期仍不指派或辦理變更者，主管機關得廢止其辦事處之登記（§ 386 I、III）。

# 第16章

## 有限公司與其他種類公司

### 第一節 有限公司

壹、107年新修正公司法將揭穿公司面紗原則納入有限公司，規定於公司法第99條第2項：

●公司法 § 99

- I 各股東對於公司之責任，除第二項規定外，以其出資額為限。
- II 股東濫用公司之法人地位，致公司負擔特定債務且清償顯有困難，其情節重大而有必要者，該股東應負清償之責。

貳、有限公司將出資種類開放及於對公司之貨幣債權或公司所需之財產或技術，此規定於公司法第99條之1：

●公司法 § 99-1

股東之出資除現金外，得以對公司所有之貨幣債權、公司事業所需之財產或技術抵充之。

參、107年修法時刪除原規定於公司法第104條與第105條之股單相關規範。

肆、出資轉讓之生效要件：

一、法規內容：

●公司法 § 111 (節錄)

- I 股東非得其他股東表決權過半數之同意，不得以其出資之全部或一部，轉讓於他人。
- II 董事非得其他股東表決權三分之二以上之同意，不得以其出資之全部或一部，轉讓於他人。
- III 前二項轉讓，不同意之股東有優先受讓權；如不承受，視為同意轉讓，並同意修改章程有關股東及其出資額事項。

二、非董事之股東：得其他股東表決權過半數之同意。

三、董事：得其他股東表決權三分之二以上之同意。

四、不同意之股東有優先受讓權，如不承受，視為同意轉讓。

伍、股東表決權之計算：

一、法規內容：

●公司法 § 102

- I 每一股東不問出資多寡，均有一表決權。但得以章程訂定按出資多寡比例分配表決權。
- II 政府或法人為股東時，準用第一百八十一條之規定。

二、適用方式：股東採數人頭方式表決，但亦得以章程訂定按出資額分配表決權。

陸、專題研討——有限公司之廢除論：

有限公司雖為我國數量最多之公司種類，若欲廢除並非易事。然而，歷史上倡議廢除論者，並非少數，各個年代的學者前仆後繼提出嶄新的觀點與論述，主張有限公司為我國公司法制的累贅，應盡速廢除。目前所見最早的廢除論者，即立法委員陸宗驥提出以下四點理由主張有限公司應予廢除。其一：我國當年引進有限公司係為供大企業使用，與各國將有限公司使用於中小企業之本質有所矛盾，並且與當時主張資本大眾化的股份有限公司相反。其二：有限公司股東僅以繳納股款為其責任限度，對於債權人並不另負責任，且常有股東出資完畢收回股款之情事，對債權人之保障不周。其三：有限公司已經成為股東經營的化身，產生「賺錢則股東分光，賠錢則一倒了之」之現象，於公司破產倒閉之際，股東仍可發財。並有有心人士利用有限公司套取外匯損害國家財富，或套取公司資本損害債權人權益。其四：有限公司並無合理之監察制度與信用保證，實務上有限公司之經理人得任意利用公司名義向銀行濫貸或套取外匯、濫發支票，甚至有組織地下錢莊、逃漏稅等惡劣行徑。委員表示有限公司弊大於利、有害司法執行，且透過提升最低股東人數限制乃緣木求魚，無法解決問題，應予刪除，而分別改組為無限公司或股份有限公司，若礙於現實無法為之，方同意保留有限公司而進行大幅修正。

近年對於有限公司廢除論持續倡議者，以曾宛如教授之立場較為鮮明。曾教授認為民國90年之公司法修正固然放寬諸多對於有限公司的規範，如取消股東人數上下限，允許一人有限公司的成立，但卻未有如歐美之公示登記、規範具有控制力之自然人（事實上董事與影子董事）、揭穿公司面紗制度等配套措施。可謂該次修法雖然賦予中小企業彈性，但卻忽略了少數股東與債權人的保護制度。民國106年公司法全盤修正籌備期間，曾教授撰文建議，英國2006年公司法（the CA 2006）中，除保證有限公司外，所有負有限責任之公司均為股份有限公司，美國有限責任公司亦以股份有限公司為主。但我國之有限公司與股份有限公司法制皆仍有不足

之處，前者能透過章程安排之範圍不明且強行法規色彩仍重，未必有利於中小企業；而後者因為高度「形式化」而提高企業經營者的法規遵循成本，無異於「促使、誘導」企業選擇有限公司之經營型態。氏認為倘若股份有限公司法制若能加強其彈性，例如僅置一名董事、採行書面決議、得自由決定是否限制股份轉讓、提供多元籌資管道，使股份有限公司的組織架構完善時，應提供便利的轉換機制，即一方面不再准許設立有限公司，另一方面訂定落日條款給予有限公司足夠之時間轉換為股份有限公司，即可使我國公司種類簡潔明確，且對人民不會造成過大之衝擊，甚至於法治完善後能一併刪除閉鎖性股份有限公司專章，統一使用一般股份有限公司之規定<sup>1</sup>。在股份有限公司法制已經漸趨完善之今日，廢除有限公司似乎並非全然不可行<sup>2</sup>。

	務須股東過半數同意 (§ 46)			
代表	各股東均得代表，例外得以章程特定之 (§ 56 I)	各董事均得代表，例外得以章程設置董事長而由其代表 (§ 108 I、II)	無限股東之規定 § 115 準用 § 56 有限責任股東則無代表權 (§ 122)	董事長 (§ 208 III)
監督	由不執行業務股東隨時監督 (§ 48)	由不執行業務股東隨時為之 (§ 109 與 § 109 準用 § 48)	無限股東之規定 § 115 準用 § 48 有限責任股東會計年度終了時才可行使 (§ 118)	各監察人得單獨隨時監督 (§ 218 與 § 221)

## 第二節 各種公司之業務執行機關與監督機關

	無限公司	有限公司	兩合公司	股份有限公司
決策執行	1. 機關：全體股東，例外得以章程特定之 (§ 45) 2. 方式：通常事務得單獨執行，但有一人提出異議，即應停止執行，其餘業	1. 機關：由股東選任之董事1~3人 (§ 108 I) 2. 方式： (§ 108 IV 準用 § 46)	無限股東之規定 § 115 準用 § 45 有限責任股東則無決策執行權 (§ 122)	1. 機關：董事會 (§ 202) 2. 方式：決議 (§ 206)

<sup>1</sup> 曾宛如 (2017)，公司法制——基礎理論之再建構，頁285-286，元照。

<sup>2</sup> 曾宛如 (2020)，公司法制之重塑與挑戰，月旦法學雜誌，300期，頁132-141。