

第三部分 修法建議

第一章 公司股本、有價證券之發行與籌資

第一節 有價證券之種類與發行.....	1-3
第二節 員工獎酬制度.....	1-66
第三節 出資種類與資本額查核簽證.....	1-74
第四節 無面額與面額股制度.....	1-84
第五節 分配(包括盈餘分配、減資、股份買回).....	1-111
第六節 公積與其使用.....	1-160
第七節 公司為轉投資、資金貸與他人，與為保證人.....	1-167

第二章 公司之會計與審計

第一節 總則議題.....	2-2
第二節 財務報表之編製.....	2-14
第三節 營業報告書之編製.....	2-28
第四節 公司年度表冊之審議流程.....	2-31
第五節 公司資訊之申報與揭露.....	2-38

第三章 公司治理(包括董監事、經理人、臨時管理人、公司秘書)

第一節 董事.....	3-4
第二節 董事會.....	3-64
第三節 代表權瑕疵之外部效力.....	3-101
第四節 注意義務.....	3-106
第五節 忠實義務.....	3-132
第六節 違反責任.....	3-146
第七節 利益衝突之交易.....	3-153
第八節 防免.....	3-172
第九節 經理人.....	3-192
第十節 公司秘書.....	3-205
第十一節 監察人.....	3-209

第四章 公司設立(包括設立目的與兼益公司)、登記、解算清算

第一節 「登記、公告及送達」專章之新增.....	4-3
第二節 兼益公司(兼有公益目的之公司).....	4-27
第三節 設立登記.....	4-39
第四節 解散清算.....	4-88

第五章 揭穿公司面紗、關係企業

第一節 關係企業.....	5-2
第二節 揭穿公司面紗.....	5-16
第三節 實質董事.....	5-21

第六章 股東權與股東會

第一節 股份有限公司之股東會議.....	6-3
第二節 股東權.....	6-63

公司法全盤修正修法委員會

第一章 公司股本、有價證券之發行與籌資

第一節 有價證券之種類與發行.....	1-3
1.1.1 發行新股之權限.....	1-3
1.1.2 股東新股認購權.....	1-5
1.1.3 特別股.....	1-9
1.1.3.1 複數表決權特別股.....	1-9
1.1.3.2 取得一定董監席次之特別股.....	1-11
1.1.3.3 具否決權之特別股.....	1-13
1.1.3.4 忠實股份(loyalty share)	1-15
1.1.3.5 特別股之發行.....	1-17
1.1.3.6 特別股股東權利之保護.....	1-20
1.1.3.7 特別股之贖回.....	1-22
1.1.3.8 面額制度下特別股轉換數普通股.....	1-24
1.1.4 認股權憑證.....	1-26
1.1.5 公司發行股票.....	1-30
1.1.6 無記名股票.....	1-33
1.1.7 發起人股份轉讓之限制.....	1-35
1.1.8 章程規定股份轉讓之限制.....	1-37
1.1.9 股份轉讓發生效力之時點.....	1-41
1.1.10 股東名簿之備置.....	1-44
1.1.11 公司債.....	1-47
1.1.11.1 可轉換公司債或附認股權公司債之發行.....	1-47
1.1.11.2 公司債發行之限制.....	1-52
1.1.12 有價證券之發行、募集與私募.....	1-56
1.1.13 違法發行股份.....	1-60
第二節 員工獎酬制度.....	1-66
1.2.1 員工獎酬機制之相關問題.....	1-66
1.2.2 公司法第 235 條之 1 之存廢問題.....	1-72
第三節 出資種類與資本額查核簽證.....	1-74
1.3.1 非現金出資(含勞務出資、信用出資及其他非現金出資).....	1-74
1.3.2 資本額查核簽證.....	1-81
第四節 無面額與面額股制度.....	1-84
1.4.1 無面額股與面額股之採用與轉換.....	1-84
1.4.2 股份發行價格.....	1-90
1.4.3 同次發行，發行條件發行相同者，價格歸於一律.....	1-94
1.4.4 無面額股下資本公積之處理.....	1-98
1.4.5 股份合併及分割.....	1-102
1.4.6 無面額制下增減資而不變更已發行股份數.....	1-109

第五節 分配(包括盈餘分配、減資、股份買回).....	1-111
1.5.1 股息與紅利.....	1-111
1.5.2 建業股息制度.....	1-113
1.5.3 盈餘轉增資、盈餘分派.....	1-116
1.5.4 分配次數、程序.....	1-120
1.5.5 限時盈餘分派.....	1-123
1.5.6 償付能力測試.....	1-125
1.5.7 減資程序與債權人保護.....	1-128
1.5.8 股份買回之規範調整.....	1-135
1.5.9 股份買回之程序及決策機關.....	1-140
1.5.10 股份收買、收回或收為質物之申報與資訊揭露.....	1-145
1.5.11 從屬公司股份買回之認定.....	1-147
1.5.12 買回股份之股東權.....	1-150
1.5.13 股份違法收買、收回或收為質物之法律效果.....	1-153
1.5.14 違法分配之責任.....	1-156
第六節 公積與其使用.....	1-160
1.6.1 法定盈餘公積.....	1-160
1.6.2 資本公積.....	1-164
第七節 公司為轉投資、資金貸與他人，與為保證人.....	1-167
1.7.1 公司資金運用與公司為保證人.....	1-167

第一章 公司股本、有價證券之發行與籌資

第一節 有價證券之種類與發行

1.1.1 發行新股之權限

非公開發行公司發行新股，應經董事會特別決議，但章程得載明由股東會決議為之；特別股之發行，應經股東會決議。公開發行公司維持現行法規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 266 條就一般股份有限公司在授權資本制下，發行新股乃強制由董事會特別決議決定之。惟在閉鎖性股份有限公司(下稱「閉鎖性公司」)，公司法第 356 條之 12 規定發行新股時，原則上係由董事會特別決議決定之，但得以章程加以排除，而較有彈性。

另外，特別股的權利義務依據公司第 157 條之規定，必須訂定於章程中，因此，特別股之發行，一定要變更章程；且特別股發行之彈性日益增加，特別股之條件可能攸關普通股股東之權利，恐無法僅由董事會特別決議決定之。至於公開發行公司，因股東會召集耗時費事，無法因應瞬息萬變的市場狀況，發行新股是否應由股東會決定，應有不同的考量。

(二) 產生的問題

現行法將發行新股的權限分配給董事會，在目前實務上並未產生嚴重問題，訪談意見亦未顯示有修改之需求。主要的考量在於英、美兩國採取不同的規範方式，前者原則上由股東會決定，後者由董事會決定；同時考量賦予中小企業在發行新股上更多彈性，就此議題，或有再思考的空間。

(三) 學者及各界意見

學者有認為可參照閉鎖性公司之專節之規定，給予非公開發行公司發行新股之彈性。業界也多贊成給予彈性，但公開行公司應為不同考量。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

關於公司發行新股之權限分配模式，參考美國、英國與香港之立法例，可分為兩種模式：一為董事會決定，例如美國德拉瓦州公司法§152；美國模範公司法§6.21原則上亦由董事會決定，但其特別規定該次發行新股股份的投票權將超過

公司已發行股份投票權的20%時，該次發行新股將必須由股東會普通決議通過。另一種為公司章程或股東會授權給董事會決定，若未經授權，則由股東會決定之(英國公司法§549、§551；香港公司條例§141)。

(二) 我國立法分析

承前所述，我國在一般股份有限公司採美國法制，發行新股強制由董事會特別決議定之，目前實務運作上問題不大。但基於企業自治與規範彈性的需求，閉鎖性公司之法制既已賦予公司選擇排除的設計，即原則上發行新股由董事會決定，但得經由章程規定將發行新股的權限分配予股東會；與英國原則上係由股東會決定，但得選擇加入由董事會決定之規範方式，略有出入。但此種彈性因應企業個別股權結構與公司治理等需求的規定，應可為我國一般股份有限公司參考。至於公開發行公司，考量股東人數眾多，建議仍維持現行規定，除法律另有規定，應由董事會決議為宜。至於特別股的發行，涉及盈餘分派、表決權等設計，可能對普通股股東的權益影響較大，不宜由董事會決定，工作小組建議應經股東會決議(詳細分析請參見議題 1.1.3.5)。

三、方案之提出

A 案：非公開發行公司發行新股時，參照閉鎖性公司之規範，由董事會特別決議決定，但得以章程規定應經股東會決定。特別股的發行，應由股東會決議為宜(相關修法建議見議題 1.1.3.5)。公開發行公司維持現制。

B 案：除公開發行公司外，參照英國立法模式，可以章程或股東會決議授權董事會，若未經授權，則由股東會決定之。此方案與現制差異性較大，變動成本可能較高。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

1.1.2 股東新股認購權

非公開發行公司發行新股時，股東應享有新股認購權，但公司章程或股東會特別決議可排除適用；倘公司章程排除股東新股認購權，公司於發行新股之股份數超過已發行股份之表決權總數之 20% 時，該次發行新股應經股東會特別決議。公開發行公司維持現行法規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 267 條第 3 項規定在公司發行新股時，原股東按照原有股份比例享有新股認購權。依照主管機關經濟部之解釋，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，故屬強制規定；但閉鎖性公司排除股東新股認購權之適用(公司法第 356 條之 12)。另公司依第 156 條股份交換、證券交易法(下稱「證交法」)第 43 條之 6 私募、第 28 條之 1 股權分散，以及企業併購法第 8 條發行新股時，亦排除股東新股認購權之適用。

(二) 產生的問題

閉鎖性公司或中小型公司股東人數通常不多，各股東股權比例多寡對其權利具有相當重要性，因此是否會被稀釋乃股東所關心的事項；相較於大型公開發行公司，股東人數較多，股權較為分散，稀釋問題較非股東所關心者。因此，大小公司就股東新股認購權是否應該有不同的規範思考？該等公司透過章程企業自治的需求是否相同？

股東新股認購權在實務上，執行手續繁雜，實務上通知原股東之方式多以郵寄為之，且若新股未被完全認購，又須重新公開招募，曠日廢時，致使公司無法早日取得資金。又通知與公告之合理期間及程序為何？亦不明確。實務上為規避股東新股認購權，操作上多將繳款跟認購期限綁在一起，逾期不繳款即視為不認購，以阻礙股東行使新股認購權。

(三) 學者及各界意見

學者多認為現行股東新股認購權制度固然對現有股東避免股權被稀釋有其重要性，但對公司募集新資金而言，耗時費事，建議改為任意規定，以符合個別企業之需求；但亦有強調非公開發行公司股東對於股權比例較為敏感，因此應維持強制規定。

業界基本上支持賦予公司是否採行新股認購權更多自治空間，但特別強調應注意被稀釋股東之保護以及小股東的反彈；亦有認為可以區分公開與非公開發行公司做不同的規範。至於程序面的問題，則因為實務作業複雜，將增加風險及不

確定性，建議應縮短時程。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州公司法§102(b)(3)關於股東新股認購權之規定係採「選擇加入」之模式，即除非公司章程明文規定，否則股東並無新股認購權。美國模範公司法§6.30(a)亦同。英國法之規範則係原則上必須賦予股東新股認購權，並明確規定應通知的期間為 21 日(英國公司法§561(1))。但設有若干例外可以排除的規定，例如 private company¹得以章程規定排除股東新股認購權；章程或股東會亦得授權董事會排除適用(英國公司法§567(1))。香港公司條例則規定，倘發行新股非依照股東持股比例為之，則該次發行必須經股東會普通決議始得為之，或按持股比例發行新股，則董事會決議即可(香港公司條例§140、141)；公司亦可以章程「選擇加入」，賦予股東新股認購權(香港公司條例§160)。

另美國模範公司法第 6.31(f)條規定，公司發行新股(包括 series of integrated transactions, transactions are integrated within the meaning of section 6.21(f) where consummation of one transaction is made contingent on consummation of one or more of the other transactions.)，或與股權有關之有價證券，超過達發行前已發行股份之表決權總數 20%，且認股人係以非現金出資者，應經股東會決議。其中有關表決權之定義，依第 1.40(27)條之規定，係指選舉董事之表決權數。紐約證交所上市公司守則(New York Stock Exchange Listed Company Manual Rule)第 312.03 條亦有發行達一定比例之股份應經股東會決議之規定，不同的是 NYSE 守則不限發行對價為非現金出資，且為 20% 以上。

(二) 我國立法分析

我國目前在一般股份有限公司之股東新股認購權係強制規定，不得以章程加以排除，且實務運作在通知時間與程序上產生若干問題，包括通知時間過短、是否以掛號信處理等問題，且股東新股認購權作業曠日廢時，遲延公司資金之取得等，因此有重新檢討之必要。但因為股東新股認購權涉及現有股東權利是否會被稀釋的問題，此一問題在閉鎖或中小型公司特別敏感，取消股東新股認購權恐變化過於劇烈，因此建議參照目前閉鎖性公司之規定，採取英國法「選擇排除」之模式，即股東原則上享有新股認購權，但公司章程規定得排除之。至於公開發行公司，考量投資大眾權益之保護，應有不同考量。

¹ 英國公司法第 4 條規定，公司章程載明為公眾公司(public company)且登記為公眾公司以外之公司，皆為私人公司(private company)；第 755 條規定，私人公司不得為公開募集；除此之外，英國公司法下之私人公司無股東人數上限，或章程需記載股份轉讓限制等要件。英國的 private company 較類似於我國的非公開發行公司，故以下以非公開發行公司稱之。

另外，工作小組考量股份交換於實務運作中有一定之必要性，故建議保留現行法股份交換時，員工與股東無新股認購權之規定，惟若該次發行新股數超過已發行股份數 20% 時，應經股東會決議，避免過度稀釋股東權益。

三、方案之提出

(一) 股東新股認購權

A 案：除公開發行公司外，建議採取英國法「選擇排除」之模式，即股東原則上享有新股認購權，但公司章程可規定排除適用。至於細部的通知與公告程序，為確實落實股東之新股認購權，如有必要，可參照英國法之規定，明定應通知的最短日數，以便股東考慮並認購。應注意者，A 案修法建議係使股東原則上仍享有新股認購權，但可以章程排除，倘新制下，不再區分閉鎖性公司與一般非公開發行公司，則在新制生效前設立之閉鎖性公司，倘依公司法第 356 條之 12，不適用股東新股認購權時，則該公司即不適用新制，該公司並得逕向登記機關辦理章程變更登記，登記機關只要確認該公司係在新制生效前設立，且原本章程並無適用新股認購權之規定，即應給予變更登記，而無須經股東會特別決議。

B 案：除公開發行公司外，公司股東原則上無新股認購權，但公司得以章程賦予股東新股認購權。

(二) 新股認購權與關公司法第 156 條第 8 項股份交換之關聯

現行公司法第 156 條第 8 項規定，公司設立後得發行新股作為受讓他公司股份之對價(股份交換)，需經董事會特別決議，並排除股東新股認購權之規定，此係為因應現行法下新股認購權為強制規定，可能阻礙公司籌資效率所制定，但新制下，無論採取 A 案或 B 案，公司均可以章程決定新股認購權之有無，自無須公司法就股份交換為特別規定，故建議刪除公司法第 156 條第 8 項關於股份交換之規定，以使規範一致。

(三) 修改章程與股東權之保護

1. 如因公司章程排除股東新股認購權(A 案)，且公司發行新股原則上由董事會決定，則應該賦予股東「知的權利」，建議規定公司於發行新股決議日後(或其他適當的基準日)若干期間，應通知股東。B 案的情形亦同。

2. 法律變更或章程變更後，對原有股東權利之保護。例如，本來現行公司法強制股東享有新股認購權，但新法修正後，公司章程選擇不賦予股東新股認購權，則該章程之修正對原股東產生之不利影響，也需要考慮。

此一因為法規變動，而產生對原股東權利保護之議題，非僅股東新股認購權所獨有，因此，建議應有一「總則性」之規定，如香港公司條例§92 之規定，即除非原股東以書面同意受該項章程修改約束，否則章程對其不利之修改，將不

拘束章程變更前已加入公司之原股東。

四、修法委員分組審議決議

(一)非公開發行公司發行新股時，股東應享有新股認購權，但章程另有規定或經股東會特別決議者，不在此限；若公司章程排除股東新股認購權，該次發行新股達發行後之已發行股份總數 20% 時，該次發行應經股東會決議。前揭比例，章程另有規定者，從其規定。倘章程排除股東新股認購權，且公司發行新股由董事會決定，則應於發行新股決議日後一定期間(例如 20 日內)通知股東。

另，倘新制下，不再區分閉鎖性公司與一般非公開發行公司，則在新制生效前設立之閉鎖性公司，倘依公司法第 356 條之 12，不適用股東新股認購權時，則該公司即不適用新制，該公司得逕向登記機關辦理章程變更登記，登記機關只要確認該公司係在新制生效前設立，且原本章程並無適用新股認購權之規定，即應給予變更登記，而無須經股東會特別決議。新法應給予一定期間的緩衝期，主管機關亦應協助此類公司辦理變更登記。

(二)公開發行公司維持現行法規定，即除法律另有規定，股東有新股認購權，不得以章程排除排除。

(三)公司法第 156 條第 8 項股份交換規定考量實務仍有需求，建議予以保留，惟發行新股超過已發行股份數的 20% 時，應經股東會決議。

(四) 考量公司經營與籌資效率，建議允許公司可以章程修改排除股東新股認購權，至於少數股東可能因此喪失新股認購權，導致權益受侵害等問題，可以公司負責人受託義務與股東不公平救濟等方式處理之。

五、修法委員會決議

修法委員會考量我國長久以來股東新股認購權均為強行規定，為籌資效率，建議可以章程或股東會特別決議排除之。但為避免股東權益於無新股認購權時被稀釋，建議參考美國法規定，倘公司發行新股或與股權有關之有價證券，達「發行前」「已發行股份之表決權數」20% 時，應經股東會「特別決議」，同時不允許公司以章程調整該應 20% 標準。又非公開發行公司召開股東會並非難事，且可藉由股東表決權契約或信託，或特別股之安排，就新股發行的相關事宜進行預先規畫安排。又為避免公司藉由分次發行規避相關規定，可參照外國法有關係列交易之規定，將數次發行合併計算。

1.1.3 特別股

1.1.3.1 複數表決權特別股

非公開發行公司得發行複數表決權之特別股；公開發行公司維持現行法規規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國現行公司法第 157 條僅規定「特別股之股東行使表決權之順序、限制或無表決權。」對於是否可以發行複數表決權之特別股並未明文；惟主管機關經濟部函釋表示「現行法應不能容有每股享有數表決權之特別股發行」，乃嚴守一股一表決權之原則。另閉鎖性公司目前已明文開放可以發行複數表決權之特別股(公司法第 356-7 條第 1 項第 3 款)。

(二) 產生的問題

現行法下，僅閉鎖性公司得發行複數表決權特別股，一般股份有限公司之新創團隊如以現金出資或技術作價出資成為股東，但其他投資人可能資金較多而擁有較多股權，如無複數表決權特別股此一工具，原新創團隊很可能失去主導經營的地位。歐美國家多允許發行具複數表決權之特別股，以提供不同投資人就表決權與現金流量權的分配作不同彈性安排。我國是否應開放一般股份有限公司亦可發行複數表決權之特別股，應有重新思考之必要。

此外，閉鎖性公司雖允許發行複數表決權特別股，但股東會出席定足數仍以已發行股份數而非表決權數計算，可能使公司發行複數表決權特別股之目的不達。

(三) 學者及各界意見

學界對此看法有所分歧。有學者認為，複數表決權特別股之發行，不違反股東平等原則，蓋股東平等原則之意義僅在於合理處理股東與公司間之法律關係，一股是否為一表決權僅為法技術之要求；且公司章程如已記載特別股之內容，原有股東即可事先預測其權益將受有何等不利益。惟亦有學者認為應嚴守一股一表決權的原則，以維持股東平等，並避免產生防禦併購之效果而永保經營權，特別是上市上櫃公司涉及廣大投資人之保護，問題更為複雜。

我國實務目前對此種複數表決權特別股的需求並不普遍，但對於賦予特別股表決權設計之彈性，基本上是樂觀其成的態度。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州公司法與模範公司法並未禁止一般股份有限公司發行複數表決權股，且公司於 IPO 時亦得存在不同種類的股份，包括複數表決權股。英國股份有限公司原則上是一股一表決權，但可透過章程規定發行非一股一表決權之股份(part 17, chapter 9)，惟實務上採行複數表決權股的比例不高。香港公司條例則未明文禁止發行複數表決權股，但須指明每一類別的股份所附帶的表決權，惟申請上市上櫃之公司，倘發行有複數表決權股，則應經交易所之允許，而實際上尚未見有交易所同意此類公司上市之情況。

(二) 我國立法分析

我國目前閉鎖性公司已開放得發行複數表決權特別股，其在章程中亦必須明確記載該種複數表決權特別股，已達到資訊揭露與保護新進股東權益之目的。觀之美國、英國與香港，對非公開發行公司並未堅持一股一表決權之要求，多允許發行具複數表決權之特別股，以提供公司籌資時，可就表決權與現金流量權的分配作不同彈性安排之工具。委員會建議，應允許非公開發行公司可發行複數表決權股，並於立法理由中說明，章程亦可約定於某些決議，複數表決權之特別股應回復至一股一表決權。至於公開發行公司，因涉及投資大眾保護的公益性質，並避免產生防禦併購之效果而永保經營權之問題，是否允許發行複數表決權股，宜另為考量。

三、方案之提出

為提供中小企業經營權、表決權與現金流量權分配上更具彈性之安排，尊重企業自治，建議開放一般股份有限公司可發行複數表決權之特別股，並得為彈性約定，例如股東得約定在某些決議時，複數表決權之特別股應回復至一股一表決權；至於公開發行公司，則可由證券主管機關另為考量。

四、修法委員分組審議決議

(一) 允許非公開發行公司發行複數表決權之特別股，同時股東會出席定足數的計算方式必須為相應之調整。

(二) 公開發行公司維持現行法規規定。

1.1.3.2 取得一定董監席次之特別股

非公開發行公司得發行可選出一定董監事席次之特別股；公開發行公司維持現行法規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法中與此議題較直接相關的條文為第 356 條之 7 第 1 項第 4 款：「公司發行特別股時，應就下列各款於章程中定之：……四、特別股股東被選舉為董事、監察人權利之事項。」。但此法條文義是否包含特別股股東得約定取得一定董監事席次之情形，尚有疑義。主管機關經濟部內部會議曾做出決議，認為「本款係指特別股股東可被選舉為董事、監察人或剝奪、限制特別股股東被選舉為董事、監察人之情形，尚無保障特別股股東當選一定名額董事、監察人之意，自不許章程訂定特別股股東享有選舉出一定席次董事、監察人之權利。」

(二) 產生的問題

倘允許公司可發行約定保障一定席次董監之特別股，因為減少董監事應選席次，恐與現行法下採用強制之累積投票以保護小股東之立法目的，有所衝突。惟新創事業，例如國外私募基金常以投資人指定董事會席次等事項之方式，確保特別股股東對公司營運具有一定控制權，而得適度保障其投資權益，故在實務上亦有其需求。

允許提名或選舉一定席次董監的特別股，就中小企業而言，得因應企業特質的差異性，為個別公司量身訂做，設計出符合其特殊需求的特別股股東權利義務，歐美國家均允許一般股份有限公司發行此種特別股，我國經濟部函釋認為閉鎖性公司不得發行此種特別股，恐悖於企業需求與國際趨勢。

(三) 學者及各界意見

學者見解有認為，至少在閉鎖性公司，關於第 356 條之 7 第 1 項第 4 款：「特別股股東被選舉為董事、監察人權利之事項」，應採取較彈性的解釋，而得包括選出一定董監事席次的權利。業界則表示，若僅係放寬為賦予公司得於章程中賦予或剝奪特別股股東是否得被選為董事、監察人之權利，而非特別股擁有選舉特定席次之董事與監察人之權利，將與新創事業的投資實務有很大落差，本條將無實益。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州公司法§151(a)並未正面明文規定得發行得取得一定董監席次的特殊種類股份，但其法條文字很廣泛的表示得以章程中載明各種類(class)股份之特殊權利、資格、或限制(other special rights, and qualifications, limitations or restrictions thereof)。德拉瓦州最高法院在 Lehrman v. Cohen 案件中，認為公司某一種類之股份有權選出一名董事，另外兩種現存的股份種類個別可以選出兩名董事之設計為有效²。美國模範公司法§8.04 則明文表示公司章程得授權特定種類之股份享有選舉出一定席次董事之權利。

英國公司法條文本身就此部分未規定。目前未知悉有任何英國註冊上市公司有賦予股東此種得選任董事的特殊權利³。香港公司條例就此部分亦未規定，但就上市公司而言，從阿里巴巴集團欲保留「合夥人制度（即馬雲和其他管理階層組成合夥人，掌握大部分董事選任權，類似於雙重股權結構）」，而被港交所拒絕上市可知，香港上市公司不被允許發行取得一定董監席次之特別股。

（二）我國立法分析

為突破特別股股東權利義務規範之僵固性，並因應新創公司之需求，工作小組建議應允許非公開發行公司，得發行可選出一定董監席次權利之特別股；換言之，得由公司決定其股份表決權與董監事結構。

至於公開發行公司，因涉及公眾投資人之保護，為避免公司經營者永保經營權，則應另為考量。

三、方案之提出

為提供新創公司與中小企業因應企業特質的差異性，使得個別公司可設計出符合其特殊需求的特別股股東權利義務，建議明文允許一般股份有限公司得發行選出一定席次董監事之特別股股份，並載明於章程。於立法理由說明此種特別股在選舉時應如何操作，與是否採取累積投票制並無必然之關係。至於公開發行公司，則應由證券主管機關另為考量。

四、修法委員分組審議決議

（一）允許非公開發行公司發行可選出一定董監事席次之特別股。

（二）公開發行公司維持現行法規定。

² Lehrman v. Cohen, 222 A.2d 800 (Del. 1966).

³ 香港交易及結算所有限公司，不同投票權架構概念文件，頁 III-12(2014)。

1.1.3.3 具否決權之特別股

非公開發行公司發行對於特定事項具否決權之特別股；公開發行公司維持現行法規規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國現行公司法僅允許閉鎖性公司可發行「對於特定事項之否決權」之特別股(第 356 條之 7 第 1 項第 3 款)；至於一般股份有限公司，主管機關經濟部則採取否定見解。

(二) 產生的問題

允許發行此種具否決權的特別股(黃金股)，可能引發此種股份可能被濫用以維持私人利益之疑慮，如：公司董事藉此種股份維持董事席位而對公司股東結構及營運決策產生重大影響。然我國閉鎖性公司既已開放黃金股之發行，藉以保障投資人之權益，平衡創業家與投資人間之權利義務，降低雙方對立之情勢，而能加強投資誘因，促進創業環境蓬勃發展。實務上，以中小企業為規範雛形的一般股份有限公司，是否應考慮給予企業較高的自主彈性，增加投資人之投資誘因，或用於政府對特定事業控制權之維持？

(三) 學者及各界意見

在閉鎖性公司法修法前，學者對於黃金股的發行多持否定見解，但認為可考慮在具有公用或特殊性質的公營事業民營化時，發行此種特別股予政府，使政府對於特定重大事項保有絕對否決權，避免該公司民營化後遭併購而落入私人控制，以確保公共利益及政策之執行。兆豐金控曾於 2014 年向財政部提案建議，開放發行具否決權特別股。業界對賦予特別股更多彈性設計，則是樂觀其成。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州公司法§151(a)並未正面明文規定得發行具有否決權之黃金股，但其法條文字很廣泛的表示得以章程中載明各種類(class) 股份之特殊權利、資格、或限制(other special rights, and qualifications, limitations or restrictions thereof)。模範公司法的情形亦相同，給予公司高度彈性設計不同種類的特別股。

在英國，理論上而言，可透過在公司章程規定，賦予特定類別證券的持有人在特定情況下有特殊投票權或否決權。*Investment Trust Corp Ltd v. Singapore*

Traction Co Ltd 案中，該公司發行的 management share 可否決其他 399,999 股⁴。香港公司條例並未明確規範是否得發行具有否決權之特別股，但實務上已有發行的案例，目前只有一家聯交所上市發行人（Vale SA (6210)）有發行「黃金股」，由巴西政府持有⁵。

（二）我國立法分析

黃金股的設計起源於英國，主要係發行給政府機構作為政府控制的工具，以維持政府在民營化公司的控制力，黃金股通常給予政府否決企業進行併購交易或經營者決策等特定事項之權利。歐美主要國家多允許可發行此種黃金股。我國閉鎖性公司已開放得發行具有否決權之黃金股，為賦予中小企業在經營權力分配上更高的彈性，並因應實務新創公司的需求，故工作小組建議亦允許非公開發行公司亦得發行此種黃金股。至於公開發行公司，因涉及公眾投資人之保護，可能被濫用以維持私人利益，應另為不同考量。

三、方案之提出

為提供新創公司與中小企業企業運作的自治空間，設計出符合其特殊需求的特別股股東權利義務，建議一般股份有限公司得開放發行具有否決權之黃金股，並載明於章程。至於公開發行公司，則必須另為規範。

四、修法委員分組審議

（一）允許非公開發行公司發行對於特定事項具否決權之特別股。

（二）公開發行公司維持現行法規定。

⁴ Len Sealy and Sarah Worthington, *Sealy and Worthington's Cases and Materials in Company Law*, 10th Ed., 557 (2013).

⁵ 香港交易及結算所有限公司，不同投票權架構概念文件，頁 15(2014)。

1.1.3.4 忠實股份(loyalty share)

暫不明文規定忠實股之發行。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國現行公司法，僅允許閉鎖性公司發行複數表決權之特別股(公司法第 356 之 7 條)，忠實股份本質上乃屬一種較複雜形式的複數表決權股，即「表決權隨時間增加」(例如股東持股五年後，其股份享有兩倍的表決權)。惟此種特別股，在我國尚屬陌生。

(二) 產生的問題

忠實股份之設計，其本質上屬複數表決權股之變化種類。雖有可能造成公司引進新資金之障礙，惟目前公司法既開放閉鎖性公司得發行複數表決權之特別股，則應亦允許「忠實股份」之特別股，使股東在持有相同股份一定時間後，得享有較高的表決權數(例如股東持股五年後，其股份享有兩倍的表決權)，以鼓勵股東長期持有公司股份，減少股東短期的投機行為。為鼓勵股東長期持有公司之股份，一般股份有限公司似亦可考慮開放忠實股份特別股之發行。

(三) 學者及各界意見

學者有認為從鼓勵股東長期持有公司股份之思考，應可思考一般股份有限公司可以發行忠實股份特別股之設計。實務界對此種特別股並無表示任何意見。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

發行忠實股份的國家較少，最具代表性的為法國，以法國為例，當股東持有相同股份已達公司內部規章所訂之一定期間(該期間不得少於二年)，則股東所持有之股份將取得兩倍的表決權，該雙倍的表決權於股份出售時即自動消解。

(二) 我國立法分析

忠實股份的設計，即公司股東取得表決權的權利係依據其持有股份期間長短而定，例如持股三年或四年後可取得複數表決權股份，基本上屬於複數表決權之變化類型。在我國未來開放一般股份有限公司得發行複數表決權特別股之前提下，忠實股份在法律上亦取得其合法基礎。

此種表決權設計有提供並鼓勵股東長期持有公司股份的誘因，進而得減少股

東短視近利的情形。若擔心長期下來，此種特別股股東之所有權與表決權比例過於懸殊，則可規定限制其表決權僅得增加一次，即持股五年取得兩倍表決權後即停止該股份表決權之再增加；或者搭配表決權上限(voting ceiling)之設計，以限制其最高得行使之表決權數。

但由於實務界對此種變化類型的複數表決權股份並不熟悉，亦未表示有此種特別股之需求，因此我國是否要明文規定得發行此種忠實股份，尚有思考空間，故工作小組建議，暫不明文規定。至於公開發行公司，忠實股份所形成的問題原則上與複數表決權股相同，因涉及投資大眾之保護，應另行考量。

三、方案之提出

A 案：忠實股份屬於複數表決權股之變化類型，可於法律明文或主管機關經由函釋表示一般股份有限公司得發行忠實股份。立法理由中並說明該等複數表決權於股份轉讓後即回復一股一表決權；公司可以約定限制其表決權僅得增加一次；或搭配表決權上限之設計；或該等特別權利義務是否得繼承等條件。公開發行公司不適用之。

B 案：維持現行法，不明文規定一般股份有限公司得發行忠實股份。

四、修法委員分組審議決議

暫不明文規定忠實股之發行。

1.1.3.5 特別股之發行

非公開發行公司可自行決定特別股之內容是否載明於章程。公開發行公司維持現行法規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法第 130 條第 1 第 4 款規定「特別股之種類及其權利義務」非經載明於章程者，不生效力。另公司法第 157 條規定「公司發行特別股時，應就左列各款於章程中定之：……」。是以現行法律與實務上，有關特別股的發行內容、權利義務等條件，應詳細記載於章程中。

現行公司法第 157 條規定，公司發行特別股時，應於章程中定之，並於本條第一款至第三款明確規定特別股的態樣，例如分派股息及紅利之順序等，第四款則為蓋概括條款「四、特別股權利、義務之其他事項。」，應屬例示方式。閉鎖性公司第 356 條之 7，亦採相同的例示方式規範，僅係第一款至第六款明確規定較多態樣的特別股類型，例如複數表決權股等。

(二) 產生的問題

特別股的種類應採例示或列舉之規定，涉及是否允許企業有較多的自治空間與發行特別股種類的彈性，倘採列舉規定，恐有掛一漏萬，過度限制企業章程自治之虞。

此外，特別股之發行基本上為一契約關係，特別股股東與公司間權利義務之設計，可能涉及商業機密，且當特別股發行的態樣開放後(例如複數表決權股、黃金股等)，特別股之設計內容可能成為一種 know-how，而不宜讓公眾普遍得知，如任何人均可查閱公司章程而得之特別股的內容，可能因此降低新創事業選擇在台灣設立公司之誘因。然而，另一方面，特別股的發行將影響現有股東的權益，倘特別股的發行內容無須記載於章程，而股份發行又屬於董事會之權限，將對公司現有股東之保護不足，如何平衡兩者，乃為現行制度之挑戰。

(三) 學者及各界意見

學者有認為特別股類型包羅萬象，又依據實務個案有不同需求，非任何研究草擬之條文得完整涵蓋。實務界對於特別股的種類基本上認為應採開放的態度，以因應企業的彈性需求，搭配以章程公示揭露，以保障投資人。但亦有業界認為，特別股之條件常涉及商業機密，倘要求於章程中盡數記載，則將大幅下降其在台灣設立公司之誘因；然亦有認為，特別股發行的權利義務等條件倘記載於章程中，則生對抗效力，有利於特別股股東之保護。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州與模範公司法基本上採例示規定，除標明得發行不同種類股份之類型外，亦廣泛地表示得以章程中載明各種類(class) 股份之特殊權利、資格、或限制(other special rights, and qualifications, limitations or restrictions thereof)。模範公司法的情形亦相同，給予公司高度彈性設計不同種類的特別股。此外，美國德拉瓦州公司法第 151 條規定，特別股的權利義務應記載於章程中，或於該公司依據章程授權董事會得發行特別股時，應記載於董事會決議(議事錄)。

英國特別股規定於其公司法第九章 Classes of Share and Class Rights 中，但並未列出公司得發行特別股之種類。香港公司條例第 4 部第 7 分部為股份的類別及類別權利，但亦未列出公司得發行何種特別股。第 630 條規定，特別股的權利義務係記載於章程，但未規定記載之具體內容應細緻到何種程度。香港法下章程僅需有概括性之記載，詳細條件無須載明於章程⁶。

(二) 我國立法分析

由於特別股種類不易以法條列舉或以示範章程列出所有類型，故工作小組建議應以例示方式規範較為妥適，以因應實務上各種不同企業之需求。

此外，工作小組考量特別股之發行對於股東權益影響較大，故不宜比照普通股發行經董事會特別決議；此外，特別股之內容可能涉及商業機密，不宜強制對公眾公開，故工作小組建議，非公開發行公司可自行決定特別股之內容是否載明於章程。至於公開發行公司，由於涉及投資大眾之利益，建議維持現行法規定，即應載明於章程。

三、方案提出

特別股之放寬為各國趨勢及本次修法目標之一，現行條文採取例示規定的模式，尚屬妥適。建議將未來擬開放的新興類型特別股，例如複數表決權股，予以明文化；主管機關可以行政函釋的方式負面表列不允許之特別股類型。

四、修法委員分組審議決議

(一) 結合並修正公司法第 157 條、第 356 條之 7 如下：

⁶ 香港公司條例 H 章，公司章程細則範本公告，公眾股份有限公司章程細則範本第 61 條，私人股份有限公司章程細則範本第 57 條。

I 公開發行公司發行特別股時，應就左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、特別股分派公司贖餘財產之順序、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、特別股權利、義務之其他事項。

II 非公開發行公司得經股東會決議，發行特別股，其權利義務不以前項所列為限。

(二)配合修正公司法第 130 條第 1 項第 4 款如下：

I 左列各款事項，非經載明於章程者，不生效力：

- 一、分公司之設立。
- 二、分次發行股份者，定於公司設立時之發行數額。
- 三、解散之事由。
- 四、特別股之發行。
- 五、發起人所得受之特別利益及受益者之姓名。

II 前項第五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。

1.1.3.6 特別股股東權利之保護

建議修正公司法第 159 條如下：「公司已發行特別股者，其章程之變更如涉及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。」

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 159 條第 1 項：「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) 產生的問題

特別股股東投資公司，多有其不同的考量因素，其與公司的權利義務及利害關係，與一般普通股股東不同，因此，有特別股股東會之設置；且特別股股東之權利義務，除法令規定外，均依章程規範訂之，而公司董事會執行業務，應依照法令章程及股東會決議（公司法第 193 條），是以特別股股東之權利與一般普通股股東有衝突時，除應該依照章程規定處理外，董事之受託義務與特別股股東會之決議，將扮演如何之角色？特別是受託義務部分，董事應為如何之義務始達到為「公司」（包括普通股股東、特別股股東和其他利害關係人）利益設想之目的？未來放寬特別股類型後，其與公司與其他股東或利害關係人之關係，可能更形複雜，現行法規範，似有不足。

公司法第 159 條章程變更損害特別股股東權利之定義為何，並無明確之標準可茲參考，未來股權結構複雜化後，操作上將更容易引發糾紛。

(三) 學者及各界意見

法院實務見解認為，本條「特別股股東之權利」係指「優先權利」（最高法院 72 年台上字第 808 號判例）。但有學者認為，解釋上應不限於特別股股東之優先權，只要特別股股東權利因章程變更受損即得適用本條，始能發揮本條規定之意旨。實務界對此議題則未表示意見。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州公司法第 242 條(b)規定公司章程修正如改變特定種類股份的權利、特殊待遇或特別權利，而對該等股東產生不利之影響(affect them

adversely)，則章程之修改須經該種類之股東同意。模範公司法亦有類似規定(第 10.04 條)，但並不要求章程修正對該種類之股東產生「不利的影響」，只要是章程變更會改變該種類全部或一部分股東之權利、特殊待遇或限制。

英國公司法第 630 條規定僅得依章程或特別股股東同意變更其權利，該同意之方式有二：「持有至少 3/4 該特別股價值之股東書面同意」或「特別股股東會之特別決議」。此外，任何公司章程的修正(any amendment of a provision)，皆視為權利之變更，並不以「損害股東權利」之變更為要件。又少數股東（15%以上股份、未投票或反對權利變動之股東）可向法院聲請取否決該章程之變更。香港公司條例第 180 條與第 182 條之規定，與英國法大致類似。

（二）我國立法分析

我國公司法關於特別股股東權益的保障，依據公司法第 159 條，設有雙重機制：即除修改章程需要經普通股股東會之特別決議外，尚須經特別股股東會決議，與前述英美國家之規定相較，對特別股股東權利之保障，尚屬妥適。惟何謂「章程之變更如有損害特別股股東之權利時」，在學說與實務上乃有所爭議，參酌前述英美國家之立法例，多不以此為要件，為保障特別股股東之權益，並避免解釋上之歧見，建議刪除此段文字。

三、方案提出

建議刪除公司法第 159 條「章程之變更如有損害特別股股東之權利時」此一要件。

四、修法委員分組審議決議

建議修改公司法第 159 條如下：「公司已發行特別股者，其章程之變更如有損害涉及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。」。

1.1.3.7 特別股之贖回

建議刪除公司法第 158 條，回歸契約約定。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 158 條：「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。」又經濟部表示「公司發行及收回特別股，係公司與特別股股東間權利義務事項，應回歸當事人間之約定處理。如有爭議，允屬司法機關認事用法範疇。」台灣高等法院 103 年重上字第 869 號判決，該院認為：「公司『收回』特別股之行為，或為權利、或屬義務，胥視當事人間如何約定及公司章程之規定，非謂只有公司就收回與否有選擇權，特別股股東一概無請求收回之權利。」

(二) 產生的問題

第 158 條條文僅謂公司「得」收回其發行之特別股，惟收回特別股究係為公司之「權利」或「義務」，實務上有所爭議(如高鐵案)。

(三) 學者及各界意見

就此爭議，學者見解分歧，有認為收回特別股屬公司權利，非公司之義務；惟亦有認為應係於公司發行時決定是否為得收回之特別股。實務上各公開發行公司章程中特別股之規範型態大致上相同，皆約定一定期限後，公司得以某約定計價方式，收回特別股。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州公司法第 151 條(b)規定於不同種類股份之贖回基本上乃依據章程之規定，可由公司或股東發動，或者於特定事件發生時可以贖回。模範公司法第 6.01 條與德拉瓦州公司法之前述規定大致相同。英國與香港公司法就特別股贖回之部分，並未規定。

(二) 我國立法分析

工作小組參考法院判決、實務運作，以及比較法之規定，建議刪除公司法第 158 條，蓋特別股之贖回係權利或義務，應依發行特別股時或嗣後當事人間之約定定之。換言之，贖回特別股並非公司之權利，必須回歸契約自治，故建議刪除

本條。

三、方案提出

依法院實務判決、實務運作，以及比較法之規定，建議公司法第 158 條關於特別股之贖回係權利或義務，應依發行特別股時或嗣後當事人間之約定定之。換言之，贖回特別股並非公司之權利，必須回歸契約約定，或可考慮直接刪除本條。

四、修法委員分組審議決議

建議刪除公司法第 158 條。

公司法全盤修正修法委員會

1.1.3.8 面額制度下特別股轉換數普通股

明定面額制度下，特別股轉換數普通股時，可先以溢價資本公積撥充資本，倘有不足，則應變更章程降低面額，或由股東按比例減少股份。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法第 140 條規定：「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，證券管理機關另有規定者，不在此限。」；次按經濟部 90.5.22 商字第 09002095540 號函釋：「……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。」。

公司法第 356 條之 7 則開放閉鎖性公司發行特別股，得以章程規範特別股轉換成普通股之轉換股數、方法或轉換公式，不限制一特別股僅能轉為一普通股。

(二) 產生的問題

倘未來參照閉鎖性公司之規定，在面額制下，容許一特別股轉換為數普通股時，可能產生公司股數與實收資本額間之折價發行問題，造成可轉換為數股普通股之特別股發行上之困難度。舉例言之，倘 A 公司發行 100 股普通股（每股面額 10 元，以 10 元發行）及 100 股特別股（每股面額 10 元，以每股 20 元發行，且每股得轉換為 3 股普通股），則 A 公司實收資本額為 2,000 元，溢價資本公積 1,000 元。當前述 100 股特別股全數按 1 比 3 之換股比例轉換為普通股後，A 公司將計發行 300 股普通股，惟倘 A 公司實收資本額仍維持 2,000 元不變，則將產生類似折價發行之情況，現行法下不允許非公開發行公司折價發行新股，如何處理，即生疑義。

(三) 學者及各界意見

業界多認為，實務運作中，公司有發行可轉換為數普通股之有價證券的需要，此次修法目的在於提供公司彈性，因此也必須解決可能產生的疑慮，以使修法發揮效益。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式：無。

(二) 我國立法分析

解釋上應可認為特別股之轉換，並非原始發行新股，故不違反公司法第 140

條的規定。會計處理上，可以溢價資本公積先撥充資本，倘有不足，可列為虧損，或由股東按比例減少股份(即踐行形式減資程序)。

三、 方案提出

由於特別股之轉換，並非原始發行新股，並未違反公司法第 140 條。建議可廢止商字第 09002095540 號函釋，並以函釋說明會計處理上，可先以溢價資本公積撥充資本，倘有不足可列為虧損，或由股東按比例減少股份(即踐行形式減資程序)。

四、 修法委員分組審議決議

(一)面額制下，倘有一特別股轉換數普通股之情況，由於特別股之轉換，並非原始發行新股，故未違反公司法第 140 條。

(二)建議廢止商字第 09002095540 號函釋，並以法條明定，面額制度下特別股轉換數普通股時，可先以溢價資本公積撥充資本，倘有不足，則應變更章程降低面額，或由股東按比例減少股份。

1.1.4 認股權憑證

非公開發行公司得發行認股權憑證與附認股權之特別股。公司發行認股權憑證應不限於發給員工。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第268條明文規定公司得發行認股權憑證。第268條之1規定公司依其認股辦法核給股份之義務等相關規範。經濟部民國91年1月24日經商字第09102004470號函釋謂：「公司法第268條第1項第7款規定，發行認股權憑證或附認股權特別股者，其可認購股份數額及其認股辦法，應申請證券管理機關核准，是以，公開發行股票之公司始可發行認股權憑證或附認股權特別股。而本法第268條之1係認股權行使轉換股份之規定，其所稱公司，自指公開發行股票之公司。」換言之，依主管機關解釋，目前僅公開發行公司得發行認股權憑證。

(二) 產生的問題

認股權憑證之發行，能增加公司籌資效益，惟目前僅公開發行公司得發行認股權憑證。主管機關此一函釋，可能係出於對於第268條第1項本文文義之誤解，該段文字為「公司發行新股時，除由原有股東及員工全部認足或由特定人協議認購而不公開發行者外，應將左列事項，申請證券管理機關核准，公開發行」。本段文義指的應該是，「公司發行認股權憑證或認股權特別股予股東、員工，或特定人時，非屬公開發行，否則即為公開發行，應申請證券主管機關核准。」主管機關解釋本條時，似乎直接省略該條除書，而將條文解讀為「公司發行認股權憑證或認股權時，應申請證券主管機關核准。」從而導致前述函釋認為僅公開發行公司可發行認股權憑證。從第268條文義而言，非公開發行公司亦應可發行認股權憑證。

進一步來說，現行實務運作中，公開發行公司僅能向員工發行認股權憑證，而無法對其他人發行。公司法第268條並未限制認股權憑證之發行對象必須是員工，但在「發行人募集與發行有價證券處理準則」除有「員工認股權憑證」之相關規範外，並無任何其他有關發行認股權憑證之規範，致使發行人無規範可茲依循。據了解，此係因證券主管機關認為，現行公司法就認股權憑證之發放對象及相關決議程序，僅見於公司法第167條之2規定，即員工認股權憑證，從而認定，第268條之認股權憑證也必須以員工做為發放對象。委員會則認為，從法條結構與法律解釋而言，第268條無限縮認股權憑證僅能發放員工之意，認股權憑證如同其他特別公司債，均屬與股權有關的有價證券，公司法並未限制發放對象，至於可能產生的股東權益稀釋問題，則應由董監事責任與新股認購權制度規範之。

（三）學者及各界意見

理律法律事務所於 2000 年公司法制全盤研究建議，基於金融市場不斷創新，企業藉由衍生性金融商品增加其籌資管道已蔚為風潮，且因歐美並已行之有年，應新增「權益證券」之概念於公司法中；且基於認股權證及選擇權憑證涉及股份發行，為求體系上之井然，應將之規定於發行新股一節。我國學者亦認為於民國 90 年修法後公司法第 268 條第 1 項第 7 款之增訂以及第 268 條之 1，公司應可發行以其股份為標的之認股權憑證，且任何人可向公司申購而取得。

業界應樂見此籌資工具之開放，有認為認股權憑證可以保留用現在價格進行以後投資的權利，對創投來說會是很好的工具。

證券主管機關表示，倘擬開放認股權憑證發放對象，建議修正公司法第 167 條之 2 規定，或於第 266 或 267 條明定公司發行認股權憑證之發放對象不限於員工。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

美國法上公司發放員工認股權或非以員工為對象之認股權憑證應係開放之態度，德拉瓦州公司法與模範公司法均未限制發放對象僅限於員工，觀察德拉瓦州公司法，認股權憑證之發行須經由董事會之同意，而當公司發行此類認股權利時，應在公司章程或董事會為該次發行所作成之決議內容中，針對該權利行使期間限制（或不為限制）、購買股份之次數、對價（包括確定對價之公式）作出規定，且原則上董事就該上開事項所做出的判斷是具有決定性的⁷。而模範公司法中，對於公司是否為認股權之發放以及其發行條件（如：對價）為何，於條文中亦均明確規定由董事會決之⁸。至於鄰近的香港法與日本法，均肯定認股權憑證之發行，不限制以員工為對象；惟日本法針對新株予約權發行之重要事項，屬應向主管機關登記之事項。

綜合言之，其他法域並未限制僅公開發行公司始能發行認股權憑證，亦未限制僅能發行員工認股權憑證。

（二）我國立法分析

從實務需求與外國立法來看，似乎無限制僅公開發行公司得發行認股權憑證之必要。認股權憑證作為一項金融工具，應回歸市場，由公司依照自身需求進行規劃。如前所述，公司法第 268 條未禁止非公開發行公司發行認股權憑證。倘廢止經商字第 09102004470 號函釋，回歸本條文之適用，可無須修法；但若考量法

⁷ 美國德拉瓦州公司法§157。

⁸ 美國模範公司法 §6.24。

律適用之明確性，亦可修法明定非公開發行公司得發行認股權憑證或附認股權之特別股。或者，可以將與股權性質有關之有價證券，例如、認股權憑證、附認股權之特別股等，均明文規定其發行之決策機關、新股認購權利等，均與發行新股一致，則規範架構井然，亦不失為一可行方案。至於可轉換公司債、附認股權之公司債等特別公司債，考量我國投資人習慣，工作小組仍建議置於公司債一節(議題 1.3.10)。

至於認股權憑證之發行對象，現行公司法第 268 條並未限制，但為避免外界誤解，可於修法理由中說明，公司發行認股權憑證不限對象。認股權憑證如同其他與股權有關的有價證券，應由公司依企業自治決定發給對象，至於可能產生的股權稀釋問題，應由董監事責任與新股認購權規範之，而不適宜由法律明文規定發給對象。

至於公開發行公司，目前僅允許發行附認股權之特別股或附認股權之公司債，除員工認股權憑證外，尚不允許公司單獨發行認股權憑證，此一限制從公司法與證券交易法本身，無法找到具說服力之理由。此一問題應可藉由「發行人募集與發行有價證券處理準則」之修改而獲得改善。事實上，98 年 5 月 27 日修正「發行人募集與發行有價證券處理準則」第 14 條之規定第 1 項時，已經鬆綁原先附認股權之特別股與認股權不得分離之限制，可見，證券主管機關亦朝向適度鬆綁的方向調整。故工作小組建議，證券管理機關宜修正「發行人募集與發行有價證券處理準則」，增訂有關認股權憑證之相關規範，以符合公司法第 268 條與第 268 條之 1 之立法目的。

公開發行公司的治理涉及投資大眾利益，該等公司在股東新股認購權等方面的規範，可能不同於非公開發行公司，認股權憑證的發行，如同其他具股權性質的有價證券，證券主管機關宜綜合考量規範上之一致性後，做出調整。

長期以來，我國主管機關基於保護投資人之立場，對於公司籌資工具採取較為保守之監理態度。事實上，我國資本市場發展多年，投資人漸趨成熟，也有許多跨境投資。更多元的投資工具，也能促進投資，增加企業籌資效益。投資工具更多元，糾紛必然也會比較多，法規範應從防止詐欺，資訊揭露，作好募集與私募的合理區別、強化董監事究責效益等方面規範，透過專業人士的事前規劃與法院的事後裁判，也是邁向成熟市場的必經之路。

三、方案提出

(一)廢止經濟部函釋，允許非公開發行公司得發行認股權憑證與附認股權之特別股

A 案：修正公司法第 268 條，明確規定非公開發行公司得發行認股權憑證與附認股權之特別股。現行第 268 條有關公開發行之規定，亦可考量納入證券交易

法之規範。

B 案：修正公司法第 266 條，明確規定該條適用範圍包括股份以及與股權性質有關之有價證券，例如可轉換公司債、附認股權之公司債(議題 1.3.10)、認股權憑證、附認股權之特別股等，使得其發行之決策機關、新股認購權利等，均有一致性的規範。

(二)認股權憑證之發行對象

現行公司法並未限制第 268 條認股權憑證之發行對象，但為避免外界誤解，可於修法理由中說明，公司發行認股權憑證不限對象。倘於法條中針對認股權憑證規定發行對象不限於員工，恐有所不宜，蓋認股權憑證如同其他與股權有關的有價證券，應由公司依企業自治決定發給對象，至於可能產生的股權稀釋問題，應由董監事責任與新股認購權規範之，而不適宜由法律明文規定發給對象。

此外，建議證券管理機關修正「發行人募集與發行有價證券處理準則」，增訂有關認股權憑證之相關規範，以符合公司法第 268 條與第 268 條之 1 之立法目的。

四、修法委員分組審議決議

(一)廢止經濟部經商字第 09102004470 號函釋，允許非公開發行公司得發行認股權憑證與附認股權之特別股。

(二)認股權憑證之決策機關，同發行新股，亦即由董事會特別決議定之，但章程規定應經股東會決議者，從其規定。至於公司於發行認股權憑證時，股東有無優先認購權？考量賦予公司籌資便利性，建議維持現行規定，股東無優先認購權，但基於公司自治，章程規定應有優先認購權，自無不可。

(三)認股權憑證之發行對象

現行公司法未限制第 268 條認股權憑證之發行對象，但為避免外界誤解，可於修法理由中說明，公司發行認股權憑證不限對象。

建議證券管理機關修正「發行人募集與發行有價證券處理準則」，增訂有關認股權憑證之相關規範。

1.1.5 公司發行股票

刪除強制公司發行股票之規定，是否發行股票應由公司自治。允許非公開發行公司洽證券集中保管事業機構為無實體發行。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 161 條之 1 規定公司資本額達中央主管機關所定一定數額以上者，應於設立登記或發行新股變更登記後三個月內發行股票；未達一定數額，除章程另有規定外，得不發行股票。此一強制發行股票之數額，依經濟部 90 年 11 月 23 日經商字第 09002254560 號函為實收資本額新台幣五億元。倘有違反，主管機關得命限期發行，公司負責人應處以罰鍰，並得按次連續罰。

第 162 條規定，股票發行應由董事三人以上簽名或蓋章，並經主管機關或其核定之發行登記機構簽證後發行之；股票應記載：公司名稱、設立登記或發行新股變更登記之年月日、發行股份總數及每股金額、本次發行股數、發起人股票應標明發起人股票之字樣、特別股票應標明其特別種類之字樣，以及股票發行年月日。

第 356 條之 5 規定，閉鎖性公司發行股票時，應於股票以明顯文字註記股份轉讓之限制；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。

第 162 條之 2 規定，公開發行公司得洽證券集中保管事業機構為無實體發行。

(二) 產生的問題

現行法強制實收資本額五億以上之股份有限公司應發行股票，是否有此必要？此類公司可能為非公開發行公司，股東人數不多，可能亦無經常轉讓股份之需求，是否應由公司自行決定是否發行股票為妥。

此外，現行法僅允許公開發行公司採用無實體發行，是否應開放非公開發行公司亦能洽集保公司為無實體發行，以節約其股票印製、保管成本，以及解決實體股票可能遭到偽造等問題。

又，新制建議允許非公開發行公司均得以章程記載股份轉讓限制，以維護閉鎖性。為維護交易安全，使受讓人能夠知道股份轉讓限制，是否有必要強制有股份轉讓限制之公司，必須發行股票，並命其應於股票上以明顯方式註記轉讓限制？或有其他方式，可以降低交易糾紛？

(三) 學者及各界意見

學者有認為，考量股票發行之成本與風險，應無須強制公司發行股票。實務

運作中，非公開發行公司往往不發行股票，除非股份有轉讓時，基於稅務規劃，才會發行股票。亦曾有創櫃板公司希望能以無實體方式發行股票，卻因現行法不允許非公開發行公司無實體發行而作罷。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

就是否強制發行實體股票而言，各國規定有所不同。英國與香港規定近似，公司須在股份發行後的兩個月內，製作並交付股份證明書予股東，倘有違反，即應負刑事責任。公司若未交付股東證明書，股東可向法院請求救濟，法院可命令公司在一定期限內交付之，且所有費用由公司及違反相關義務的負責人負擔之⁹。

美國德拉瓦州公司法則規定公司應發行實體記名股票，但經董事會決議，可發行無實體股票¹⁰，惟閉鎖性公司應發行實體記名股票¹¹。德拉瓦州法並對違反股份轉讓限制之轉讓效力，有完整規定：公司股份轉讓設有限制者，除非受讓人明知該轉讓限制，倘公司於發行之實體股票上，以顯著方式記載，或倘公司未發行實體股票，而於發行該股份時，以書面方式載明相關轉讓限制並寄發股東，該轉讓限制始可對抗受讓人。換言之，除閉鎖性公司外，德拉瓦州公司法未強制公司應發行股票，而係透過發行實體股票或寄送書面說明，使該轉讓限制可對抗受讓人，以維護公司閉鎖性。

(二) 我國立法分析

從實務操作面來說，中小企業多半不發行股票，除非遇有股份轉讓之需求。參酌學者見解與實務需求，以及美國立法例，工作小組建議應由公司自行決定是否發行股票。

對於有發行股票需求的非公開發行公司而言，現行法卻規定其不得為無實體發行，無法享有無實體發行所帶來的種種好處。經工作小組研究，非公開發行公司向集保公司辦理無實體發行並無任何困難。我國無實體發行的運作已十分成熟，工作小組建議應開放非公開發行公司亦得為無實體發行，並且授權主管機關訂定子法，參考公開發行公司無實體發行之相關規範與流程。此外，倘公司已經發行實體股票，後採改無實體發行者，為降低同一家公司既有實體股票流通在外又無實體發行的情況，可能造成投資人之混淆，公司法亦可規定，公司已洽集保公司登錄股份者，其已發行之實體股票失其效力。惟此可能對股東及關係人之權利有重大影響，建議給予緩衝期，經充分宣導並給予充分時間進行股票之繳回與過戶登記(參見集保公司修法建議)。

⁹ 香港公司條例§§143、633。

¹⁰ 美國德拉瓦州公司法§158。

¹¹ 美國德拉瓦州公司法§342。

至於應否強制有股份轉讓限制之公司必須發行股票？工作小組認為，可參照美國德拉瓦州公司法之規定，可由公司自由決定是否發行股票，並透過發行實體股票之註記或寄送書面說明，使該轉讓限制可對抗受讓人，降低糾紛。現行無實體發行操作中，公開發行公司私募具轉讓限制之有價證券，集保公司與股務代理機構進行相關處理並無困難。

三、方案提出

關於股票發行之相關規定，建議修正公司法第 161 條之 1、第 162 條、第 162 條之 2 之規定如下：

- (一) 刪除強制公司發行股票之規定，公司得自行決定是否發行股票。
- (二) 修正股票應記載事項：增訂公司倘採用無面額時，股票不記載每股金額；刪除股票應記載發行股份總數之規定；增訂倘公司章程訂有股份轉讓限制，應載明於股票。
- (三) 允許非公開發行公司得無實體發行：建議修改第 162 條之 2，允許非公開發行公司，其發行之股份得免印製股票，並應洽證券集中保管事業機構登錄。授權主管機關訂定子法，參考公開發行公司無實體發行之相關規範與流程。

四、修法委員分組審議決議

同意(一)與(三)，(二)修正為：修正股票應記載事項，增訂公司倘採用無面額時，股票不記載每股金額；刪除股票應記載發行股份總數之規定；增訂倘公司章程訂有股份轉讓限制，應註記於股票（立法理由說明：違反股份轉讓之限制，其轉讓無效，立法理由說明註記僅為提醒之用，未註記亦不生任何影響）。

1.1.6 無記名股票

禁止公司發行無記名股票；現有之無記名股票於新制實施後，其持有人向公司行使股東權時，公司應強制換發為記名股票。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 166 條允許公司得以章程規定發行無記名股票；公司得因股東之請求，發給無記名股票。第 164 條規定，無記名股票，得以交付轉讓之。

(二) 產生的問題與各界意見

無記名股票雖有容易轉讓的優點，惟無記名股票亦有難以察知股東為何人，有礙公司閉鎖性達成之缺點。經徵詢業界，均表示實務運作中，極為少見。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

無記名股票在國際上也逐漸遭到廢除。美國德拉瓦州公司法第 202 條禁止公司發行無記名股票。香港於 2014 年發佈之公司條例第 139 條亦廢除公司發行無記名股票之權限，除實務上極少發行外，主要理由為無記名股票之股東紀錄與轉讓均欠缺透明度，為強化洗錢防制，故予以廢除。英國亦在 2015 年的法案中廢除無記名股票的發行，並逐步將現有的無記名股票轉換為記名股票。

(二) 我國立法分析

由於無記名股票有欠缺透明度之弊端，且實務上幾乎無人使用，工作小組建議予以廢止。至於現有之無記名股票則可規定於新制實施後，其持有人向公司行使股東權時，公司應強制換發為記名股票。

三、方案提出

建議刪除公司法中無記名股票相關規定，禁止公司發行無記名股票；現有之無記名股票於新制實施後，其持有人向公司行使股東權時，公司應強制換發為記名股票。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

1.1.7 發起人股份轉讓之限制

建議刪除公司法第 163 條第 2 項對發起人股份轉讓之限制。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 163 條第 2 項：「發起人之股份非於公司設立登記一年後，不得轉讓。但公司因合併或分割後，新設公司發起人之股份得轉讓。」依據最高法院民國 70 年台上 458 號判決：「……違反此項禁止規定之股份轉讓，應屬無效。」

(二) 產生的問題

發起人於公司設立後一年內不得轉讓其股份之規定，是否有其必要，學說上有正反討論，且實務上亦不乏發起人於公司設立後一年內轉讓之相關爭議與規避情形。又此一規範在實務上是否有實益，均有重新檢討之必要。

採肯定見解認為，發起人為公司最重要之原始股東，若設立公司後轉讓股份，可能有影響公司健全與信譽之虞。若發起人任意移轉股份，恐影響其對公司及第三人所負之責任。故此規定係用以阻止發起人利用發起組織公司為手段，獲取發起人之報酬及特別利益。

採否定見解則謂，公司成立後，發起人將轉為一般股東或董事、監察人，發起人身分不復存在。董監事身負公司營運及監督之實際責任，遠較單純發起人重要，此規定事實上與董監事所負責任輕重失衡。公司若欲追償發有人在設立過程中怠忽職守致公司所受損害，公司原得對該發人之一切財產取償，不限於其持有之公司股份；此外，募集設立之創立會亦可裁減發人取得之特別利益。

(三) 學者及各界意見

學者有主張應該刪除本條對發起人轉讓股份之限制。理律法律事務所 2000 年公司法制全盤研究與修訂建議報告中指出，本項除立法理由之立論薄弱外，外國立法例上亦少見此制，因此建議刪除。實務界對此議題並未表示意見。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

無外國立法例可供參考。

(二) 我國立法分析

限制發起人股份轉讓之規定其立論基礎薄弱，外國立法例上亦少見此制。此外，實務上亦有規避此條規定相關設計是否合法有效等爭議，故建議刪除。

三、方案提出

建議刪除公司法第 163 條第 2 項對發起人股份轉讓之限制。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

1.1.8 章程規定股份轉讓之限制

非公開發行公司得於章程為股份轉讓之限制，違反章程限制之轉讓行為無效，公司應拒絕為股東名簿之變更，並應發給書面，說明拒絕變更之理由。公開發行公司仍維持現行規定，不得以章程禁止或限制股份轉讓。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法禁止一般股份有限公司於章程為股份轉讓之禁止或限制，第 163 條第 1 項：「公司股份之轉讓，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。」惟於閉鎖性公司專節規定，閉鎖性公司必須於章程中記載公司股份轉讓之限制(公司法第 356 條之 5 第 1 項)。最高法院 70 年台上字第 1025 號判決認為，一般股份有限公司限制轉讓之約定無拘束第三人之效力。

至於公司股東轉讓股份時，其他股東可否享有優先購買權，公司法僅於有限公司第 111 條規定：「股東非得其他全體股東過半數之同意，不得以其出資之全部或一部，轉讓於他人。前項轉讓，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) 產生的問題

實務運作中，中小企業往往有維護股權結構單純之需求。然司法實務原則上禁止一般股份有限公司以章程限制股份轉讓。但公司法新增閉鎖性公司專章以前，亦有見法院判決（70 年台上 1025 號）允許契約限制股份轉讓，惟此限制股份轉讓之契約，不得拘束受讓股份之第三人，故無法滿足實務界維持閉鎖性之需求。

閉鎖性公司專節通過後，得以章程約定股份轉讓之限制。進一步思考，一般股份有限公司倘以中小企業為規範雛形，則是否應考慮得以章程規定限制股份轉讓，或是嚴格遵守股份轉讓自由原則？

(三) 學者及各界意見

學者多認為應允許非公開發行公司得以章程限制股份轉讓，包括同意條款與先買條款之約定，且參考員工認購股份的限制轉讓之規定，以及企業併購法第 12 條，可見股份自由轉讓原則似非絕對不可變更的規範原則，故應給予非公開發行公司彈性。學者並有認為於引進股份轉讓限制時，可考慮規定限制轉讓之股份應為記名股票，並將限制之情形登載於股票及認股書上，以確保交易安全，降低糾紛。但亦有學者強調股份轉讓自由原則，不得有限制股份轉讓之約定。

業界則普遍認為中小型公司有維護閉鎖性之需求，故多支持賦予非公開發行

公司股份轉讓限制之彈性規定，避免因股份轉讓，造成經營上之困擾。

理律法律事務所於 2000 年公司法制全盤研究與修訂報告中建議，非公開發行公司得以章程限制轉讓。萬國法律事務所於 2003 年公司法制全盤修正計畫研究報告則採否定見解。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州公司法第 202 條規定股份轉讓限制相關事宜，依據本條 b 項，公司可以章程、內部規章、股東協議為股份轉讓限制；該股份轉讓之限制不能拘束之前加入股東，除非該股東以書面同意。此外，法院於 Tracey v. Franklin 案中表示，公司與股東不得約定完全禁止轉讓¹²。一般而言，最常見的股份轉讓限制為：其他股東享有優先認股權、須經其他股東或董事會同意的同意條款¹³。模範公司法第 6.27 條亦允許公司以章程、內部規章、股東間契約、公司與股東間契約限制股份轉讓。

英國上市公司依據上市規則，股份必須能夠自由轉讓，私人公司則不受限，其限制股份轉讓多以幾種方式為之：董事有權拒絕股份轉讓（如模範章程條文）、須經全體股東同意、原股東優先認股條款、家屬優先受讓條款（股東可自由轉讓給其家屬，轉讓他人則受有其他限制）等¹⁴。此外，股份轉讓限制亦可以股東協議之方式為之¹⁵。董事若被賦予可拒絕股份轉讓的裁量權，其應依據合理原因善意行使此權力¹⁶。惟股份轉讓限制不可完全剝奪股東之股份轉讓自由，若產生爭議則交由司法實務評價¹⁷。

此外，關於章程中設有股份轉讓之限制規定，能否對抗第三人的問題，德拉瓦州公司法第 202 條規定，公司股份轉讓設有限制者，除非受讓人明知該轉讓限制，倘公司於發行之實體股票上，以顯著方式記載，或倘公司未發行實體股票，而於發行該股份時，以書面方式載明相關轉讓限制並寄發股東，則該轉讓限制始可對抗受讓人。倘股份轉讓違反限制，則公司可拒絕股東名簿之變更(第 301 條)。

¹² Tracey v. Franklin, 61 A.2d 780 (Ch. Del. 1948), aff'd, 67 A.2d 56 (Sup. Ct. Del. 1949).

¹³ Restrictions on the Alienation of Shares of Stock, Indiana Law Journal: Vol. 25: Iss. 1, Article 4.(1949), 56-57

¹⁴ Company Law Solutions, Share transfer provisions,

<http://www.companylawsolutions.co.uk/share-transfer-provisions> (Last visited: 04/19/2016).

A very simple rule which is effective for many situations, is that no share can be transferred without the consent in writing of every shareholder. It is entirely appropriate in many small private companies and is effectively the same as usually applies in a partnership. It may be less appropriate as the number of shareholders increases as it will give every shareholder a power of veto over what may be a perfectly reasonable transfer.

¹⁵ Company Law Solutions, Share transfer provisions,

<http://www.companylawsolutions.co.uk/share-transfer-provisions> (Last visited: 04/19/2016).

¹⁶ *Re Smith and Fawcett Ltd.* [1942] Ch 304 (Court of Appeal).

¹⁷ 2015 政治大學法學院財經法新趨勢座談會—閉鎖性公司座談會，英國法部分，頁 56。

也就是說，設有股份轉讓限制之公司，可透過發行實體股票或寄送書面說明，使該轉讓限制可對抗受讓人，以為維護公司閉鎖性。模範公司法亦同(MBCA 6.27)。

(二) 我國立法分析

中小企業為維持公司閉鎖性之需求，實務上多以契約約定同意條款或先買條款，我國雖然已經開放閉鎖性公司可以章程規定股份轉讓限制之規定，但一般股份有限公司基於公司自治與股權規劃之彈性，仍應給予適度的股權轉讓限制之工具。故工作小組建議，應允許非公開發行公司以章程限制股份之轉讓，惟應注意，股份轉讓自由原則，仍為一般股份有限公司的基本原理，因此，應於立法理由中說明，但限制之內容不能達到「完全剝奪」股東轉讓股份之權利，若有爭議則交由司法實務個案判斷。

至於轉讓限制與交易安全的問題，我國公司法第 356 條之 5 雖規定閉鎖性公司股份轉讓限制，於公司發行股票者，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，但卻未規定最為關鍵的效力問題。建議應立法明文規定，市場參與者與法院更有所遵循，進而降低糾紛。

至於公開發行公司，因涉及投資大眾之保護，建議仍維持股份轉讓自由原則為宜。

三、方案提出

建議允許一般股份有限公司可於章程中為股份轉讓之限制，但其約定內容不能達到「完全剝奪」股東轉讓股份之權利，若有爭議則交由司法實務個案判斷。同時公司股份轉讓設有限制者，除非受讓人明知該轉讓限制，倘公司於發行之實體股票上，以顯著方式記載，或倘公司未發行實體股票，而於發行該股份時，以書面方式載明相關轉讓限制並寄發股東，則該轉讓限制始可對抗受讓人。倘股份轉讓違反限制，則公司可拒絕為股東名簿之變更，公司並應發給書面，說明拒絕變更之理由。公開發行公司則仍維持股份轉讓自由原則。

四、修法委員分組審議決議

(一) 允許非公開發行公司得於章程為股份轉讓之限制，並於法條中明文規定，違反章程限制之轉讓行為無效，公司應拒絕為股東名簿之變更，並應發給書面，說明拒絕之理由。

立法理由說明：為降低交易糾紛，關於股份轉讓之限制，公司發行股票者，可於股票以明顯文字註記，不發行股票者，讓與人可於交付受讓人之相關書面文件中載明；但為明確法律關係，避免影響公司營運，倘有違反，股份轉讓仍為無效，股份讓與人與受讓人之糾紛可循司法途徑解決。

(二)仿照公司法第 111 條第 4 項修改第 163 條

第 163 條可修改為：

I. 公司得以章程載明股份轉讓之限制。違反章程限制之轉讓行為無效，公司應拒絕為股東名簿之變更，並應發給書面，說明拒絕之理由。

II. 法院依強制執行程序，將股東之股份轉讓於他人時，應通知公司及其他全體股東，公司應於二十日內，依前項章程所定方式，指定受讓人；逾期未指定或指定之受讓人不依同一條件受讓時，視為同意轉讓。

(三)公開發行公司仍維持現行法規定，不得以章程禁止或限制股份之轉讓。

公司法全盤修正修法委員會

1.1.9 股份轉讓發生效力之時點

維持現行法，股份轉讓應於股東名簿變更後始得對抗公司。

一、現狀分析

(一) 現行條文

公司法第 165 條規定，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(即俗稱過戶)，不得以其轉讓對抗公司。倘股東持有記名股票，於記名股票背書與交付時，即生股份轉讓之效力(倘公司未發行股票，則於買賣雙方達成合意時生股份轉讓之效力)，但在股東名簿變更前，公司仍可視讓與人為股東；換言之，公司可拒絕尚未為股東名簿變更登記之受讓人向公司主張出席股東會、盈餘分配、簿冊查閱等股東權之行使。至於辦理股東名簿變更所需之程序與文件，公司法並未規定，由各公司自訂。至於無記名股票之轉讓，於交付時即生股份轉讓效力，至於過戶究為對抗要件或僅為權利行使要件，則有不同見解。

(二) 產生的問題

現行法下，股份轉讓於股東名簿變更時，始得對抗公司，可能產生受讓人因不了解法律或未尋求專業人士協助，誤以為只要取得股票，即為公司股東並可對公司主張各項股東權，或因公司拒絕為股東名簿之變更，而導致公司、股東、受讓人間複雜的法律糾紛，或因股東與受讓人間之糾紛，致使公司被牽涉其中。這樣的問題，在新法修正後，倘無配套措施，可能會更為嚴重。蓋，此次公司法修正的基本原則，在以中小企業為規範原型以及擴大公司自治，基此，新法擬允許非公開發行公司可以章程限制股份轉讓(例如應經股東會或董事會之同意)，以滿足此類公司閉鎖性之需求。如此，則可能產生股東與受讓人間已完成股份之背書與交付，或已達成股份轉讓之合意，但因違反股份轉讓之限制(例如，未取得股東會或董事會之同意)，而被公司拒絕為股東名簿變更登記之情況。此時，將產生該股份轉讓之效力如何等問題。

(三) 學界與業界意見

對此各方意見分歧。有認為股份轉讓以股東名簿變更為對抗要件，於我國行之有年，不宜貿然改變；亦有認為倘改採股東名簿變更為股份轉讓之生效要件，使取得股東權與得對公司行使權利時點一致，能使法律關係清楚，減少爭議。

二、比較法分析

(一) 他國法律分析

就是否強制發行實體股票與股份轉讓效力而言，各國規定有所不同。

從比較法上來看，英國與香港規定近似。以香港法為例，香港法規定股東名簿變更時，始生股份轉讓之效力(股票在交易所交易者，另有規定)¹⁸；香港公司雖均應發行股份證明書，且無我國豁免一定規模以下公司免發行股票之規定，但此一股份證明書非有價證券，而係股東權之證明文件。此種規範模式的好處在於，使公司可以掌握股東股份的轉讓，有利於維持其閉鎖性，受讓人也能明確知道，只有登載於公司股東名簿者，始為公司股東。

美國德拉瓦州公司法第 158 條則規定公司應發行實體記名股票，但經董事會決議，可發行無實體股票，但第 342 條規定閉鎖性公司應發行實體記名股票；此外，公司不得發行無記名股票。實體股票於背書及交付時生轉讓效力，無實體股票於股東名簿變更生轉讓效力¹⁹。至於受讓人何時可以行使股東權，第 220 條規定股東名簿所載股東始可主張簿冊閱覽；第 213 條寄發股東會開會通知前一天為股東名簿所載之股東，應收到開會通知且可出席投票，除非董事會另有決議。由上述規定來看，美國德拉瓦州公司法與我國規定較為相近，實體記名股票轉讓雖均於背書及交付時發生效力，但受讓人能否行使股東權，仍視股東名簿之記載。與我國不同的是，美國德拉瓦州法對於違反股份轉讓限制之轉讓效力，有較為完整之規定。

該法規定，公司股份轉讓設有限制者，除非受讓人明知該轉讓限制，倘公司於發行之實體股票上，以顯著方式記載，或倘公司未發行實體股票，而於發行該股份時，以書面方式載明相關轉讓限制並寄發股東，則該轉讓限制始可對抗受讓人²⁰。倘股份轉讓違反限制，則公司可拒絕股東名簿之變更²¹。也就是說，設有股份轉讓限制之公司，可透過發行實體股票或寄送書面說明，使該轉讓限制可對抗受讓人，以維護公司閉鎖性。

(二)我國立法分析

依我國現行之規定，股份轉讓的生效要件為背書及交付，記載於股東名簿僅是對抗公司之要件。惟對受讓者而言，若轉讓無法對抗公司，則作為股東之重要權利，例如出席股東會行使表決權，參與盈餘分配等權利均無法行使，如要行使，還需股份讓與人或受讓人間進行約定，倘公司拒絕股東名簿之變更，也會引發讓與人、受讓人，與公司間複雜的法律關係。

倘股份的轉讓於股東名簿變更登記時始生效力，始取得股東權與對公司行使權利的時間同時發生效力，應可使法律關係較為簡單。

¹⁸ 香港公司條例第 112(3)條；Stefan HC Lo and Charles Z Qu, Law of Companies in Hong Kong, Sweet & Maxwell, 610, 2015.

¹⁹ Delaware Code title 6, Article 8-301.

²⁰ 美國德拉瓦州公司法第 202 條。

²¹ 美國德拉瓦州公司法第 301 條。

三、方案提出

(一) 股份轉讓之生效時點

A 案：維持現行股份轉讓之受讓人，應於股東名簿變更後始得對抗公司。

B 案：參酌英國法與香港法，以股東名簿之變更為股份取得之生效要件，使股份轉讓之生效與行使股東權利之時間趨於一致，降低糾紛。

(二) 配套措施

無論股份轉讓的生效時點為何，倘新制放寬公司得以章程記載股份轉讓限制，為降低糾紛，建議仿照美國法，明文規定股份轉讓限制得對抗受讓人之情況：一、受讓人明知股份轉讓限制或，二、公司發行實體股票時，股票以顯著文字記載；公司未發行實體股票時，公司以書面記載相關限制並寄送股東(參見議題 1.3.8)。

四、修法委員分組審議決議

(一) 股份轉讓之生效時點

考量我國法下，股份轉讓的生效要件為背書及交付，股東名簿之變更僅是對抗公司之要件，此一規定已行之有年，故建議採 A 案，維持現行股份轉讓之受讓人，應於股東名簿變更後始得對抗公司。

(二) 配套措施

為明確法律關係，應明文規定違反章程記載股份轉讓限制者，該股份之轉讓無效，但為降低糾紛，可於立法理由中說明，公司發行實體股票時，股票以顯著文字記載股份轉讓受有限制；公司未發行實體股票時，公司以書面記載相關限制並寄送股東(參見議題 1.1.8)。

1.1.10 股東名簿之備置

待主管機關之資訊平台設置完成後，非公開發行公司應於資訊平台上備置股東名簿。若公司違法不提供股東名簿，有查閱權者可循法院救濟，法院得命主管機關提出。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 169 條規定股東名簿應編號，並記載(1)各股東之姓名或名稱、住所或居所(2)各股東之股數；發行股票者，應記載股票號數；(3)發給股票之年、月、日。(4)發行無記名股票者，應記載其股數、號數及發行之年、月、日。(5)發行特別股者，並應註明特別種類字樣。本條並規定，代表公司之董事，應將股東名簿備置於本公司或其指定之代理機構，違反者，處以罰鍰，並可按次連續罰。

第 210 條規定，董事會應將股東名簿、公司債存根簿備置於本公司或股務代理機構；股東或利害關係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。代表公司之董事，若有違反，處以罰鍰。此外，依經濟部 105 年 5 月 27 日經商字第 10502415500 號函釋，董事亦得向公司或股務代理機關查閱、抄錄股東名簿；依經濟部 81 年 12 月 8 日經商字第 232851 號函釋，監察人亦同。

現行法下，股東名簿無須記載股款數額與出資種類，亦未規定保存期限，且無須向主管機關申報，亦無須供公眾查閱。

(二) 產生的問題

現行法下，股東名簿僅載明現在股東，然對於現已喪失股東身分之人，基於其權利行使之必要，仍可能需要知道何時取得與喪失股東身分，股東名簿無此一資訊，且這些人亦未必被視為利害關係人，能否請求公司提供持股相關資料，可能存有疑義。

又股東雖依法可向公司請求股東名簿，然實務運作中，公司可能以各種理由拒絕提供，甚至已獲得勝訴判決，卻仍無法取得股東名簿，此對於股東權利之行使，造成極大戕害。股東除查閱與抄錄外，能否影印、光碟或其他儲存方式為之？在現行法中，亦不明確。

此外，新制下，放寬出資種類，且基於籌資效率，公司發行新股往往交由董事會決議行之，然認股價格、非現金出資所抵充之數額等，均與股東權益息息相關，在新制放寬出資種類之同時，也必須有相關配套，以保護股東權益。

(三) 學者及各界意見

各界對於修法以解決實務運作中，股東以及董監事取得股東名簿之困難，均表示歡迎，但對於應否仿照英國、香港等國家的規定，開放股東名簿供公眾查閱，各界看法不一，多數採取保留態度，認為投資事涉個人隱私，股東非公司負責人，不參與公司經營，倘強制揭露，可能使投資人隱身於法人股東之後，或於境外設立公司，反而更不利於資訊透明；但亦有認為，在股東有限責任之制度下，公司經營之風險由股東以外之人分擔，自應使公眾了解股東為何人，倘投資人因此而以法人投資，亦應由市場做出評價。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

依照香港公司條例，股東名簿需記載股東姓名及地址、成為股東的時間及不再是股東的時間(並應保存 10 年)，以及股款及股號²²。英國法則規定，應記載姓名、住址、成為股東的日期、喪失股東資格的日期、持股數量或股票號數、持股類別、共同持有者之姓名²³。美國法則要求記載姓名、地址、持股數量及種類²⁴。香港並加重公司更新股東名簿的義務，如不在一定時間履行將會有刑事責任，並且要求股東名簿應登記於主管機關，並開放公眾查閱。若公司無故拒絕辦理股東名簿之變更時可向法院請求救濟，法院在判決後可直接通知主管機關變更股東名簿之登記²⁵。

(二) 我國立法分析

由比較法來看，英國與香港法均規定股東名簿應記載股東取得與喪失資格的時間，公司並應保留此一資訊數年。此一規定可強化對於投資人之保護，應值借鏡。

此外，新制下，放寬出資種類，且基於籌資效率，公司發行新股往往交由董事會決議行之，然認股價格、非現金出資所抵充之數額等，均與股東權益息息相關，工作小組建議除現行法所要求應記載股數外，亦應規定記載股東所繳股款以及出資種類，使得股東透過查詢股東名簿，了解公司股本構成情況，並可強化董事決策之品質。

至於股東名簿是否開放公眾查詢？由於各方意見分歧，且亦有如美國等法域不要求股東名簿開放公眾查詢，工作小組建議現階段維持現行法，即股東名簿限於股東與利害關係人查詢，但為解決實務運作中，股東取得股東名簿不易之困境，待資訊平台完成建置後，公司應於平台上備置股東名簿，雖不開放公眾查詢，

²² 香港公司條例§627。

²³ 英國公司法 s. 113。

²⁴ 美國模範公司法§16.01(c); 美國德拉瓦州公司法§220。

²⁵ 香港公司條例§§627、628、633。

但法院得命主管機關向股東或利害關係人提出股東名簿。考量股東名簿電子化需要時間推動，工作小組建議可依照公司規模，分階段進行。

此外，經濟部函釋雖肯認董監事向公司取得股東名簿之權利，然為避免爭議，建議仍宜於公司法明文規定，並使公司與董監事清楚了解自身之權利與義務。現行法對於取得股東名簿之方式，除查閱、抄錄外，是否包括影印、光碟或其他儲存資料方式，並不明確，函釋雖肯認股東得請求影印，董監事得以影印、光碟或其他儲存資料方式，但倘能於公司法中明文規定，也可使公司行止有所依據，強化股東與董監事權利之行使。

三、方案提出

關於股東名簿之相關規定，建議修正公司法第 169 條、第 210 條之規定如下：

- (一) 股東名簿除應記載成為股東的日期外，亦應包括喪失股東資格的日期，公司應保存此一資料至喪失股東資格後 15 年(於立法理由中說明係配合民法請求權基礎之時效)。
- (二) 股東名簿應記載股東所繳股款總額、出資之種類與股數。
- (三) 股東、債權人得請求查閱、抄錄、影印、光碟，或其他方式儲存股東名簿。
- (四) 資訊平台設置後，公司應於資訊平台上維護股東名簿。若公司違法不提供股東名簿，有查閱權者可循法院救濟，法院得命主管機關提出。
- (五) 增訂請求公司變更股東名簿遭無故拒絕、登載錯誤時得向法院請求救濟，法院得以形成判決直接改變法律上的狀態，避免日後執行遇到相關阻礙而導致救濟不彰。在資訊平台建置完成後，亦得由法院直接命主管機關於資訊平台上變更股東名簿。
- (六) 設置公司秘書，並明定違反相關規定時，公司秘書之責任。

四、修法委員分組審議決議

同意各點建議，除第(四)點修改為：待主管機關之資訊平台設置完成後，公司應於資訊平台上備置股東名簿，已辦理無實體發行之公司，可由股務代理機構代為備置。公司法應規範不依法備置股東名簿之法律效果。若公司違法不提供股東名簿，有查閱權者可循法院救濟，法院得命主管機關提出；公司法並應加重違法不提供股東名簿之罰則。

1.1.11 公司債

1.1.11.1 可轉換公司債或附認股權公司債之發行

放寬非公開發行公司得發行可轉換公司債與附認股權之公司債，其決策程序應比照新股發行。公司發行特別公司債時，股東無優先認購權，惟若可轉換、可認購之數額加計達發行前已發行股份之表決權數 20%時，應經股東會特別決議。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法第 262 條係針對公司發行可轉換公司債或附認股權公司債(下稱特別公司債)之規範，然其規範體例係於股份有限公司章中第 7 節公司債之下，公司法似將特別公司債視為與一般公司債相同性質而於同節規範之。

第 248 條中亦規範了公司發行特別公司債時，須載明可轉換公司債之轉換辦法或附認股權公司債之認購辦法，向證券主管機關辦理之。經濟部經商字第 09102004470 號函釋謂，非公開發行公司不得發行可轉換公司債或附認股權公司債。

至於發行公司債之決策機關，第 246 條規定公司募集公司債時，應經董事會特別決議；第 356 條之 11 明文規定，閉鎖性公司應經董事會特別決議發行普通公司債，並應經董事會特別決議與股東會之同意，發行轉換公司債與附認股權之公司債，但章程規定無須經股東會決議者，從其規定。

此外，依第 248 條第 2 項之規定，非公開發行公司與閉鎖性公司與於發行公司債時，均應向證券主管機關報備，所報備之資料，不開放公眾閱覽。

公司發行公司債之存根簿，依第 210 條應備置於公司，股東及債權人得指定指定範圍查閱抄錄，但不在第 393 條開放公眾查閱的登記事項內。

(二) 產生之問題

特別公司債性質實有別於一般公司債，如可轉換公司債、附認股權公司債均具有「債權股份化」之性質，即當可轉換公司債之債權人行使轉換權，或附認股權公司債之債權人行使其認股權後即成為公司之股東。由此可知，特別公司債與一般公司債非可相互比擬。現行公司法第 5 章第 7 節名為「公司債」且本節中大多規範係基於一般公司債所設計；再者，公司於發行特別公司債時需視其可轉換之股數或可認購之股數是否會超出授權資本，若超過則公司必須先進行變更章程後，始可為之，亦彰顯了特別公司債所具備的股權性質。尤有甚者，若觀察我國證券交易法第 43 條之 6 之規定，公開發行公司若進行特別公司債之私募，則需

股東會決議行之，其立法理由亦表明，係因有價證券之私募排除股東及員工新股認購權，涉及股東權益，因而明定應經股東會決議同意行之；反之，若係普通公司債之私募，僅需經由董事會決議通過，而免經股東會決議。由此可見，現行法將特別公司債之相關規範立於公司債一節，可能混淆特別公司債之性質。

此外，從實務運作面來說，中小企業籌資管道有限，特別公司債具有股權性質，債權人得視公司營運狀況，決定是否行使轉換權或認股權，若公司處於營運初期或預期未來有穩定發展時，此籌資方式對於非公開發行公司更具重要性。然主管機關卻以函釋禁止非閉鎖性之股份有限公司發行特別公司債，不僅不符合實務需求，亦加諸法律所無之限制。閉鎖性公司專節既已放寬閉鎖性公司可以發行特別公司債，更無限制非閉鎖性股份有限公司發行特別公司債之理。

又非公開發行公司之主管機關為經濟部，現行法卻要求公司發行公司債時，應向證券主管機關報備，在體例上有所不合。

（三）學者及各界意見

學者有認為特別公司債應具有股權性質，似應規範於股份發行一節為妥，但亦有認為，現行規範架構於我國行之有年，無變動之必要。學者多肯認非公開發行公司亦得發行特別公司債，但亦有認為特別公司債可能成為集團企業掏空工具，而有所疑慮。業界有贊成應允許中小企業發行特別公司債以增加籌資管道與降低成本，但亦有認為中小企業未必願意負擔發行此種金融工具之成本。

至於公司發行特別公司債時，應否向主管機關申報，各界意見分歧。有認為強化資訊揭露為趨勢，但亦有認為無此必要。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

參照美國模範公司法之規定，發行股份原則上係董事會權限²⁶，而公司章程得保留給股東決之，惟同條亦規定，當發行新股超過已發行股份總數20%以上且以現金以外之財產為對價時，須經股東會決議，且對於發行新股之定義，則涵蓋可轉換為股份之證券²⁷。再者，觀察股東新股認購權之規範，該法雖規定原則上公司股東並無如我國公司法規範股東具有新股優先認購權，然例外時可藉由公司章程規範股東之新股認購權，而本條所稱股份（shares）亦包含可轉換為股份之證券在內²⁸。美國德拉瓦州公司法之規範，針對可轉換為股份之證券，體例上規

²⁶ 美國模範公司法 §6.21(a)。

²⁷ 美國模範公司法 §6.21(f)(1)。

²⁸ 美國模範公司法 §6.30。

範於第5章關於股份之條文²⁹，而非置於公司債一節。綜言之，美國法係將特別公司債以股份之概念加以規範。

美國法允許公司得發行可轉換為股份之證券，未區分何種公司型態始得發行³⁰；香港法亦規範公司得以成員決議授權後賦予董事配發可轉為為公司股份之證券，其中即包含可轉換公司債³¹。德國亦肯定任何股份有限公司，均可發行可轉換公司債及附認股權公司債，惟其程序上需經過股東會決議³²。

至於資訊揭露，香港公司條例規定，公司應向主管機關申報債權證持有人登記冊，並開放公眾查閱抄錄³³。

（二）我國立法分析

首先，有關非公開發行公司得否發行特別公司債，工作小組認為，公司發行特別公司債本屬公司正常籌資管道之一，基於企業自治，應回歸市場機制。至於有擔心放寬後遭濫用，例如力霸案後各界對非公開發行公司以公司債籌資有所批評，惟力霸案並非單純公司債之爭議，而係涉及控制股東不當濫用權力與掏空公司之責任追究，倘以此單一個案即限制非公開發行公司發行公司債，無異因噎廢食。又為鼓勵新創事業發展，法令之解釋若過度抑制其在市場上取得資金之管道，勢必與我國鼓勵新創事業發展之施政方向有所扞格。因此，工作小組建議，應參考外國立法趨勢，允許非公開發行公司亦得發行特別公司債。

其次，有關特別公司債的規範架構。特別公司債與股份雖有所不同，惟當債權人行使轉換權或認股權後，即成為公司之股東，故學者有以「公司債股份化」稱之；再者，證券交易法施行細則第11條明確定義「股權性質之有價證券」，亦包含可轉換公司債與附認股權公司債。然我國公司法卻將特別公司債訂於股份有限公司專章第7節「公司債」，從規範體例而言，似與證券交易法有所衝突。工作小組認為，從理論架構與體例規範上來說，似應將普通公司債與特別公司債區別規範，特別公司債之相關規定移至第8節「股份發行」一節較為妥適。

至於特別公司債之決策機關，應比照股份發行辦理為宜。工作小組於議題1.1.1(股份發行)建議，非公開發行公司發行新股時，應經董事會特別決議，但章程得規定由股東會決議，工作小組建議，公司發行特別公司債時，應比照辦理之。

至於公司發行特別公司債時，股東有無優先認購權？工作小組一方面認為特別公司債具有股權性質，發行可能會稀釋原有股東之持股比例，另一方面考量賦予股東優先認購權可能妨礙公司籌資效率，且現行法下，股東於公司發行特別公司債時，並無優先認購權，又閉鎖性公司專節在放寬閉鎖性公司得發行特別公司

²⁹ 美國德拉瓦州公司法§151(e)。

³⁰ 美國德拉瓦州公司法§151(e)。

³¹ 香港公司條例§141。

³² 德國股份法 221 條。

³³ 香港新公司條例§310。

債之同時，亦未強制規定賦予股東優先認購權，而係由公司自治。在前述多方面的考量下，工作小組對此提出兩方案，供修法委員會決議。

至於資訊揭露，比較法上雖有如香港等法域要求公司應於發行公司債時，向主管機關申報債權人登記冊，並供公眾查閱，但亦有國家未採此一立法模式者，例如美國。考量業界建議與我國交易習慣，建議仍維持現行，即公司債存根簿僅供利害關係人查閱抄錄。交易安全則可透過強制一定規模以上之非公開發行公司應為財務與業務資訊之揭露，以及公司秘書之設置、董事等公司負責人究責效率之提升等措施，進一步完善。

三、方案提出

(一)特別公司債之規範架構

關於特別公司債規範，考量特別公司債之性質，應於規範體例上予以釐清，建議修正公司法第 248 條、第 257 條、第 258 條、第 262 條中關於特別公司債之規範，移至於第 8 節「發行新股」一節為規範。

(二)決策機關

非公開發行公司發行普通公司債，應經董事會普通決議；發行特別公司債之決策機關應比照發行新股，由董事會特別決議，但章程得規定應經股東會決議。

公開發行公司則維持現行公司法與證交法之規定。

(三)發行特別公司債時，股東有無優先認購權？

工作小組建議兩方案如下：

A 案：維持現行規定，即股東無優先認購權。

B 案：公司發行特別公司債時，股東有優先認購權。

(四)應允許非公開發行公司得發行特別公司債

建議廢除經商字第 09102004470 號函釋，允許非公開發行公司可發行特別公司債，並可明文規定非公開發行公司得發行特別公司債。

(五)是否應向證券主管機關報備？

刪除有關非公開發行公司應向證券主管機關報備公司債發行之規定。

(六)是否應為資訊揭露？

公司發行公司債無須向公眾公開公司債存根簿，僅公司股東或債權人得依現行公司法第 210 條為查閱與抄錄該存根簿。

四、修法委員分組審議決議

(一)特別公司債之規範架構

考量特別公司債置於公司債乙節由來已久，為尊重慣例，特別公司債仍置於公司債一節。

(二)決策機關

照案通過。

(三)發行特別公司債時，股東有無優先認購權？

採 A 案，但修正為：公司發行特別公司債時，股東無優先認購權，惟若可轉換、可認購之數額加計達發行前已發行股份之表決權數 20% 時，應經股東會特別決議。

立法理由可說明，考量特別公司債可能對於股東權益產生之影響，規定可轉換、可認購為股份之數額達一定規模以上者，應經股東會特別決議。此外，基於公司自治，公司以章程規定股東於公司發行特別公司債時有優先認購權，自無不可。

(四)應允許非公開發行公司得發行特別公司債

照案通過。

(五)是否應向證券主管機關報備？

照案通過。

(六)是否應為資訊揭露？

照案通過。

1.1.11.2 公司債發行之限制

非公開發行公司發行公司債，不受第 247 條、第 249 條與第 250 條總額與發行條件之限制。公開發行公司維持現行規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行法針對公司債發行主要有兩方面的限制，一為總額之限制，另一為發行條件之限制。就總額限制而言，公司法第 247 條係以公司現有資產扣除負債及無形資產為發行公司債之上限，且同條第 2 項就無擔保公司債之發行總額，再為限制；就發行條件之限制而言，公司法第 249 條以及 250 條規定對現存或曾有債信問題以及公司獲利能力欠佳時，不得發行無擔保之公司債，或完全不得發行公司債。

此外，公司法亦規定，公司私募公司債時，不受第 249 條第 2 款與第 250 條第 2 款之限制；閉鎖性公司發行公司債時，不受第 247 條，以及第 249 條第 2 款與第 250 條第 2 款之限制。

(二) 產生的問題

1、發行總額限制

現行法對於公司債之發行加諸許多限制，究其規範目的應係防免公司藉由發行有價證券，進而浮濫舉債損及債權人權益。然是否真能達成保護債權人之立法美意，或僅是無謂箝制公司籌資彈性，學者及業界多所質疑。詳言之，公司法僅限制公司債發行總額，卻未對公司其他舉債行為加以限制；又該總額限制僅侷限於發行時之公司淨資產為觀察，然公司淨資產非恆定不變，則此限制對於債權人能提供多大保障實益，實值存疑。

2、發行條件限制

第 249 條與第 250 條則以發行公司過去債信紀錄與獲利能力來判斷能否發行無擔保公司債或公司債。此限制所考量亦是避免不良公司債之過度發行，甚者，因無擔保公司債純以公司信用為擔保，條件更為嚴格。惟若公司營運狀況不佳時，往往更有籌資之需求，公司法反而禁止公司籌資管道，是否合理便受質疑。

(三) 學者及各界建議

1、發行總額限制

學者有認為第 247 條發行總額之限制並無實質保障債權人之功能，應予刪除。亦有認為本條限制應予放寬，可將現行資產扣除負債及無形資產的規定調整

為全部資產減去負債，意即除去全部資產應扣除無形資產之要求；亦有建議可參照證交法，調整發行上限為全部資產減去負債之 200%。

業界亦有認為，第 247 條之總額限制宜予放寬，因改採 IFRSs 後，公司無形資產大幅增加，則將使公司發行公司債之數額大幅縮減，應有修正放寬之必要性。

2、發行條件限制

學者有認第 249 條於民國 101 年修正後，雖已將原先針對曾有債信問題之公司一概不得發行無擔保公司債之規範，放寬為自了結後滿三年，得發行無擔保公司債之規定，然似無實證研究佐證，公司於違約了結後滿三年，公司能降低其違約風險，則此三年限制是否合理，亦值再思。

亦有學者認為，於私募公司債時，由於應募人多具風險評估能力，為求籌資效率應可全面排除第 249 條與第 250 條之限制；亦有認為，公開發行公司資本總額較高，應可全面排除第 249 條與第 250 條之限制。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

日本法已廢除發行公司債之相關限制，並藉由強化公司債之評等機制與公司債管理公司等制度，以為防弊。香港、英國、美國德拉瓦州及模範公司法亦無如同我國規範類似的公司債發行限制。中國大陸證券法第 16 條則僅對公開發行公司債設有發行限制。

(二) 我國立法分析

現行法對於公司債發行所設之限制，旨在保護債權人，然證交法於民國 89 年修訂時新增第 28 條之 4 時，公開發行公司募集特別公司債時，其發行總額不得於全部資產減去全部負債的 200%，換言之，放寬了公司法第 247 條之限制。其修法目的，係為便利企業籌措資金，可知當初修法已意識到公司法第 247 條規範之不合時宜。

工作小組建議，應放寬相關限制，可考慮兩個修法方向：(一) 全面廢除公司債發行總額限制，或 (二) 放寬總額限制，將計算方式放寬為全部資產減去全部負債，意即除去現行法尚應扣除無形資產之要求，或可調高發行限額（如證券交易法第 28 條之 4）。工作小組亦體認若欲一次全數刪除公司債發行總額限制，可能產生不良公司債過度發行之疑慮，或許法制上難以一步到位，因此，若首選不可行，建議仍應將公司債總額限制予以放寬，與證券交易法規方向一致。

其次，關於公司債信以及獲利能力之條件限制，從比較法上觀之，各國多藉由公司債公開發行時之資訊揭露予以防弊，而非如我國針對公司之過去債信紀錄

或獲利能力來限制公司債之發行；據此，工作小組認為針對發行條件限制之修正可考慮以下三個方向：（一）全面刪除公司法第 249 條與第 250 條之限制、（二）針對公開發行公司排除公司法第 249 條與第 250 條之限制，或（三）部分鬆綁限制，例如縮短第 249 條第 1 款，債信條件限制之違約事件了結後期間。

工作小組認為，鬆綁公司籌資之限制係本次修法目標之一，外國立法例少見對於公司債發行之限制規定，根本之道，應回歸公司自治與尊重市場機制，投資人應自行判斷投資風險，若涉及資訊揭露不實或詐欺，自可循司法救濟。至於公開發行公司，考量投資大眾之利益，可由證券主管機關另為考量。

三、方案提出

關於公司債發行總額以及發行條件之限制，建議修正公司法第 247 條、第 249 條、第 250 條如下：

（一）公司法第 247 條，本條總額是否應全面放寬有所爭議，工作小組提出以下三方案：

A 案：放寬總額限制，計算方式修正為全部資產減去全部負債，意即除去現行法尚應扣除無形資產之要求。

B 案：本條發行總額限制刪除之。

C 案：區分非公開發行公司與公開發行公司，非公開發行公司全面刪除總額限制，公開發行公司則放寬總額限制。

（二）公司法第 249 條、第 250 條

A 案：非公開發行公司刪除第 249 條與第 250 條之限制，放寬至 200%（比照證交法第 28 條之 4）。

B 案：非公開發行公司比照現行閉鎖性股份有限公司，放寬公司債之限制。

四、修法委員分組審議決議

（一）修改公司法第 247 條如下：

I 公開發行公司發行公司債之總額，不得逾公司現有全部資產減去全部負債之餘額。

II 無擔保公司債之總額，不得逾前項餘額二分之一。

III 非公開發行公司不適用前兩項規定。

(二)修改公司法第 249 條如下：

公開發行公司有下列情形之一者，不得發行無擔保公司債：(以下同現行條文)。

(三)修改公司法第 250 條如下：

公開發行公司有下列情形之一者，不得發行公司債：(以下同現行條文)。

公司法全盤修正修法委員會

1.1.12 有價證券之發行、募集與私募

公司發行新股是否構成募集，依證券交易法認定。刪除第 268 條與第 272 條有關發行新股僅由原股東及員工全體認足或特定人協議認購為不公開發行之規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 268 條第 1 項除書規定，如發行新股僅由原股東及員工全體認足或特定人協議認購，應屬不公開發行。再者，公司法第 272 條但書規範，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。換言之，此兩條均認為公司發行股份予原股東與員工，屬不公開發行。又第 248 條規定公司可私募公司債，但其對於私募並無定義，僅規定私募人數不得超過 35 人。

(二) 產生的問題

實際上，「募集」與「私募」之主要區別為有價證券之應募人是否「特定」，私募則是針對「特定人」，原則上須為適格之投資人（強調一定自我保護承擔風險之能力），而募集便是針對「非特定人」；而就招募程序，募集為公開招募，私募則非公開招募。公司法將對原股東或員工之發行，定義為不公開發行，然其能否妥適保護自己，不無疑問？此亦於證交法下之私募定義，有所扞格。

(三) 學者及各界意見

學者多認為上開公司法條文有所不當，有認為應刪除公司法第 268 條及第 272 條規定之「不公開發行」之規範形式，加以釐清對特定人所為之發行，並不等於「不公開發行」。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國法對於「募集」與「私募」之主要區別，在於有價證券之應募人是否「特定」，私募則是針對「特定人」，然原則上須為適格之投資人（強調一定自我保護承擔風險之能力），而募集便是針對「非特定人」；而就招募程序，募集為公開招募，私募則非公開招募。值得注意，美國聯邦最高法院於 *SEC v. Ralston Purina Co.*³⁴一案，表示僅以「特定人」來區別「公開發行」或「私募」有所不足，易言

³⁴ See *SEC v. Ralston Purina Co.*, 346 U.S. 119, 73 (1953).

之不得僅以應募人數為依據，仍應視私募之應募人能否保護自己，即應判斷有無「管道可取得資訊」。針對非公開發行公司之不公開發行之相關規範，若觀察美國針對小型、新創事業，於 Jumpstart Our Business Startups (JOBS) 法案通過後，美國聯邦證券管理委員會 (Securities and Exchange Commission, SEC) 增訂 Regulation Crowdfunding 以及於 2015 年對原先 Regulation A 為放寬。而 Regulation Crowdfunding 主要是針對群眾募資平台所設，其對發行人募資限額與個別投資人得投資限額均設有年度上限，且該規則原則上設有一年的轉讓限制並且廣告推介行為的禁止（僅可引導投資人到該募資平台）。至於 Regulation A 與前者不同之處，除了金額限制上較高以外，Regulation A 不禁止廣告推介行為，然該公司可能需要繼續提供財務資訊的揭露。

(二) 我國立法分析

工作小組認為，現行公司法第 268 條第 1 項除書（「如發行新股僅由原股東及員工全體認足或特定人協議認購，應屬非公開發行」）及第 272 條規定，發行新股僅由原股東及員工全體認足或特定人協議認購，則屬於非公開發行，已混淆募集與私募之制度，可能使部分投資人無法受到應有之保護，

特別是我國自民國 90 年廢除強制公開發行制度後，確實存在有股東、員工人數較多的大型非公開發行公司，這類公司發行股份予股東、員工，對於我國證券市場投資人之保護與秩序之維護，將造成重大疑慮，故委員會建議應刪除公司法第 268 條及第 272 條有關「非公開發行」之規定。工作小組亦同時考量，可參酌外國法，於證券交易法或公司法中，明訂不屬於募集的情況，以降低公司籌資成本。

從比較法上來看，可豁免募集規範之發行，大別為兩種類型：一是發行對象為能夠保護自己的投資人，一是發行金額較小的小額發行。前者如證券交易法第 43 條之 6 之私募；至於小額發行，證券交易法並未明文規定，似有不足，近期雖有創櫃版與證券商經營股權性質之群眾募資，並均以行政函釋豁免發行人依證券交易法第 22 條應辦理募集、發行之申報程序，可能係證券主管機關考量此兩類之群眾募資，原則上有發行金額上限，非專業投資人認購金額亦有上限，且亦有部份的資訊揭露，故豁免公開發行與募集之相關規定³⁵，然小額發行是否僅限於群眾募資平台之發行，且以行政函釋予以豁免公開發行與募集之妥適性，均可進一步檢視。

工作小組建議證券交易法應配合公司法第 268 條與第 272 條之修正，進一步完善有關豁免募集規定之相關規範，以增加法律適用的明確性，並降低公司籌資成本。例如規範公司每年度籌資限額，或每次籌資人數上限為 35 人，並且對非認可投資人之年度總投資限額加以限制。至於公司法第 356 條之 4 第 1 項規定，

³⁵ 參見財團法人中華民國櫃檯買賣中心創櫃版管理辦法，以及財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心證券商經營股權性質群眾募資管理辦法。

閉鎖性股份有限公司「經由證券主管機關許可之證券商經營股權群眾募資平台募資者」，不適用公開發行或募集之相關規定，由於證券主管機關已以函釋排除創櫃版與證券商經營之群眾募資，似無必要規定再訂明公司法下，建議可予刪除。

此外，工作小組建議修正公司法股份有限公司章下第七節「公司債」之相關規定，以明確公開發行公司與非公開發行公司發行公司債之法規適用。

三、方案提出

A 案：

- (一) 刪除公司法有關第 268 條與第 272 條有關發行予股東、員工或特定人即屬非公開發行之規定，回歸證券交易法有關募集與私募之規定。
- (二) 同步調整證券交易法第 22 條第 2 項之文字，凡有募集有價證券行為者，均有證券交易法之使用，避免使人誤以為只有公開發行公司之發行行為，始有本法之適用，以使規範體例一致。
- (三) 增訂證券交易法下豁免第 22 條第 1 項申報生效之發行類型，除現有第 43 條之 6 外，增訂小額發行豁免之規定，以增加法律適用之明確性，並降低籌資成本。
- (四) 刪除公司法第 356 條之 4 第 1 項之規定。

B 案：

- (一) 刪除公司法有關第 268 條與第 272 條有關發行予股東、員工或特定人即屬非公開發行之規定。
- (二) 同步調整證券交易法第 22 條第 2 項之文字，凡有募集有價證券行為者，均有證券交易法之使用，避免使人誤以為只有公開發行公司之發行行為，始有本法之適用，以使規範體例一致。
- (三) 於公司法下增訂豁免依照證券交易法第 22 條第 1 項申報生效之有價證券發行類型，以增加法律適用之明確性，並降低籌資成本(相關金額與條件，可授權主管機關訂之)：
 - 1. 每年度籌資限額(例如創櫃版每年金額籌資金額上限為新台幣 3000 萬元)，或
 - 2. 每次籌資人數上限為 35 人，並且對非認可投資人之年度總投資限額加以限制。並參照證券交易法第 43 條之 6，明確定義認可投資人之範圍。
- (四) 刪除公司法第 356 條之 4 第 1 項之規定。

C 案：維持現狀。

四、修法委員分組審議決議

(一)刪除第 268 條與第 272 條有關發行新股僅由原股東及員工全體認足或特定人協議認購為不公开发行之規定。

(立法理由說明：公司發行新股或有價證券，是否構成募集，應依證交法認定。)

(二)修正公司法第 356 條之 4 第 1 項本文為「非公开发行公司不得向不特定人發行或募集有價證券」，但書內容調整為「應經由證券主管許可之群眾募資平台不在此限」；第 2 項刪除。

(三)修改股份有限公司章下第七節「公司債」

1. 第 246 條

第 1 項，公开发行公司經董事會決議後，得發行公司債；但須將發行公司債之原因及有關事項報告股東會。

第 2 項，前項決議，應由三分之二以上董事出席，及出席董事過半數之同意行之。

(新增)第 3 項，非公开发行公司發行公司債準用前兩項之規定，但發行可轉換公司債或被認股權等具股權性質之特別公司債時，章程載明應經股東會決議者，從其規定。

(新增)第 4 項，公司發行特別公司債時，股東無優先認購權，惟倘可轉換、可認購之數額加計超過已發行股份總數 20% 時，應經過股東會決議。

2. 第 248 條

第 1 項，公司募集公司債，應載明下列事項，向證券管理機關辦理之：……。

第 2 項，公开发行公司私募公司債不受第 249 條第 2 項……之限制。

(立法說明：非公开发行公司發行公司債，是否構成募集，由證交法認定。)

3. 第 251 條

第 1 項，公司募集公司債經核准後，如發現其申請事項有違反法令或……。

4. 第 252 條

第 1 項，公司募集公司債之申請經核准後……。

1.1.13 違法發行股份

內部決議程序有瑕疵之新股發行，不影響該次發行之效力，但明知之董事應負刑事責任；如認股人明知該次發行違反法律規定，該次發行對該認股人不生效力。

一、 現狀分析

(一) 現行條文

公司增資發行新股，依第 266 條應董事會特別決議，倘超過授權資本額，則應依第 277 條、第 278 條變更章程，經股東會特別決議始可為之。第 267 條規定員工與股東有新股認購權。

倘發行新股未遵照上述程序，例如董事會或股東會決議有瑕疵，則新股發行之效力如何，現行法並未規定，則應回歸公司法有關董事會與股東會決議瑕疵的規定。就股東會決議而言，第 189、189 條之 1、190 條區分得撤銷與無效兩類之股東會決議瑕疵，倘完全未召開股東會，司法實務有認為決議不生效力。

至於董事會決議瑕疵之效力，公司法未明文規定，司法實務見解認為應為無效³⁶；然亦有法院依據個案情況，認為上訴人斯時為公司董事，對於當時是否有召開董事會既已知情，並且享有增資利益如董事報酬，公司因增資免破產而營運至今，七年後再主張當時增資無效，明顯違反公平正義原則，既不符禁反言原則，更有背於誠信，乃屬權利濫用，上訴人主張增資無效，應不允許³⁷。

此外，由於增資為登記事項，依公司之登記及認許辦法第 11 條規定，股份有限公司應於每次發行新股結束後或增資基準日後十五日內，向主管機關申請變

³⁶ 高等法院高雄分院 98 年上易字 339 號判決：「按股份有限公司增資發行新股，依公司法第 277 條、第 278 條、第 266 條第 2 項規定，須先經股東會特別決議變更章程，並經董事會特別決議後，始可為之。由此等規定之趣旨觀之，股份有限公司未完成增資發行新股之手續前，不得對外募股（最高法院 83 年度台上字第 1674 號判決參照）。是以，公司董事未經完成增資發行新股之手續前，對外發行新股，因違反法令強行規定，應屬無效。」

³⁷ 臺灣高等法院 98 年上更(三)字 62 號判決：「是以大華公司究有無召開系爭董事會，該增資決議是否有瑕疵，上訴人於斯時既已知情，進而參與其事，詎上訴人於享有增資利益如董事報酬、大華公司因增資得免破產命運，進而繼續經營迄今，且嗣經多年經營而有所獲利之情事下，7 年後即大華公司監察人擬召開股東會改選董事時（嗣於 92 年 8 月 26 日改選為被上訴人丙○○），始爭執系爭董事會決議不存在，上訴人及被上訴人所增資股東權均不存在，不僅影響增資後各股東權利變動情形，進而影響嗣後大華公司股東會召集程序是否有瑕疵問題？造成大華公司營運、股東法律關係處於不安之狀態，並背負抽還股本義務，撼動既有長期已形成之法律秩序，亦損及增資認股利安公司投資認股之安定性，有礙交易安全。反觀上訴人提起本件確認訴訟，否認增資效力，藉詞以多年前之董事會增資決議不存在或無效，否認該次因增資而取得多數股份之股東之增資股份存在，間接使上訴人持股比例增加，將使其他加入認股之股東無法享受利益，遭受非其所能預測之損害，明顯違反公平正義原則，既不符禁反言原則，更有背於誠信，揆諸前開說明，乃屬權利濫用，為維持大華公司既存法律秩序，上訴人訴請確認系爭董事會決議不存在、無效，並據以確認兩造因增資所為附表認股之股股東權不存在，均為無理由，不應准許。」

更登記。倘增資登記事項有偽造、變造文書等情事，依第 9 條第 4 項規定，由檢察機關通知中央主管機關撤銷或廢止其登記。又公司法第 190 條規定，股東會決議事項已為登記者，經法院為撤銷決定之判決確定者，主管機關經法院知通知或利害關係人之申請時，應撤銷其登記。

(二) 產生的問題

股份發行涉及董事會或股東會之決議程序，屬於公司內部事項，程序是否完備，認股人未必知悉，而新股發行效力如何，牽動何人為股東、董事，以及基此所為之決議與公司行為之效力，可謂牽連甚廣；倘系爭股份已經轉讓，亦涉及善意第三人保護與交易安全等問題。此類爭議，可能係在多年後，伴隨經營權變更而發生，使問題更加複雜。再加上我國現行公司法未如英美法系國家，規定應設置專責人員負責如董事會、股東會等會議紀錄與資料保存，使得單純如會議是否召開、相關程序是否完備等事實認定問題，也可能因為資料佚失，人事已非，取證不易而延宕法院審理。

公司行為可能因程序不備、或未經授權而影響其效力之情況，不僅發生在發行新股時，其他諸如公司進行採購等交易，均可能產生。現行公司法對於公司對外行為之效力並未規定，考量商業交易講求快速與明確性，是否應於公司法明確規範，值得思考。

(三) 學者與各界意見

學者有認為，現行實務上就違法發行股份之效力認為無效，相關之不實登記及後續相關登記應一併撤銷之，似乎未顧及法律安定性及交易安全之保障，應可考量「程序瑕疵之重大性」及「內部股東與外部第三人權益保護必要程度」，再決定對違反程序規定之行為給予如何的法律評價效果。亦有學者認為一觸及董事會決議不成立或無效時即作出外部行為無效的判斷，對股東、交易相對人及信賴公司資產狀態而為交易之債權人皆屬不妥，並贊同法院以權利濫用及禁反言等理論基礎，阻止原告破壞現行資本結構而侵害他人長期形成之信賴。

至於業界多認為法院判決必須迅速，以降低交易成本與不確定之風險。

二、 比較法分析

(一) 他國立法模式

香港公司條例第 140 條與第 141 條規定公司發行新股之程序：除有特別規定，董事僅能在股東會決議或股東會決議授權董事會的情況下，發行新股；第 140 條第 6 項規定，倘未遵守相關程序，不影響發行新股或其他交易的有效性（“Nothing in this section or s. 141 affects the validity of an allotment or other

transaction”)³⁸。同條第 4 項規定，任何董事明知而違反本條，或授權或允許違反本條，即屬犯罪，可處第五級罰鍰款及監禁六個月。

除未經授權外，尚有其他原因可能使新股發行的效力遭受質疑，例如發行新股之對價是否合理。該法第 146 條規定，倘發行新股因任何理由而無效或可能無效，或者發行新股違反公司法、其他法律或章程，則該公司、公司債權人、系爭股份之持有人，或質權人，均可請求法院命令，使該發行有效或確認發行之條款，法院應公正公平(just and equitable)做出該命令，並自系爭發行時發生效力。根據本條，法院將考慮各種因素判斷之，包括他人是否信賴系爭發行，善意當事人之利益，倘系爭發行有效，是否對任何人造成不利益，公司是否會有經營上之困難，公共利益等均考量之內³⁹。

英國公司法第 549 條亦有相同之規定。

美國德拉瓦州公司法第 204 條規定，有瑕疵之公司行為與股份發行之承認(Ratification of defective corporate acts and stock)；第 205 條規定，有瑕疵之公司行為與股份發行效力之訴訟程序(Proceedings regarding validity of defective corporate acts and stock)。此兩條均為新增，並自 2014 年 4 月 1 日生效。

第 204 條規定，欠缺授權(failure of authorization)所發行之股份倘依本條程序經承認，或依第 205 條經衡平法院判決為有效，將不會僅因欠缺授權而無效或得撤銷。依第 204 條之規定，倘瑕疵行為應經董事會決議承認，則董事會決議應包括以下內容：有瑕疵公司行為之時間、未獲授權之情況、經董事會承認該瑕疵行為之效力、系爭股份之數量與種類、股份發行時間；倘該次股份發行應經股東會決議，承認該瑕疵行為之董事會決議應提交股東會同意，且僅有效力無爭議之股東可行使表決權。公司並應向主管機關申報此一承認。此外，瑕疵行為承認所需決議之定足數與決議數，應依做成承認決議時之要求，除非瑕疵行為做成當時有較高的規定。另外，倘瑕疵行為之承認無須經股東同意，公司應通知公司現在的股東、系爭股份持有人，以及瑕疵行為當時之股東與系爭股份持有人。瑕疵行為將因承認而自始生效，除非法院依第 205 條另有判決。

此外，考量公司可能無法藉由第 204 條取得瑕疵行為之承認，例如倘現任董事係由系爭股份持有人所選出，故第 205 條規定，公司、董事、股東或系爭股份之持有人可請求衡平法院判定該股份是否有效，亦可請求法院就公司做成之瑕疵行為承認，予以確認。法院作成瑕疵行為有效之判決時，可考慮給予因此判決而受有重大影響者適當之救濟。另外，為使瑕疵行為之法律效果早日確定，本條亦規定，任何人不得於生效基準日或依規定應通知股東之日起 120 日，以日期在後者起算，提起訴訟主張公司依第 204 條所為之承認無效或得撤銷，或法院應宣告

³⁸ 依本條規定，新股發行不會僅因未經授權而無效，但倘認股人明知該次發行違反法律規定，依照普通法，法院可能命該次發行對該認股人不生效力。Stefan HC Lo and Charles Z Qu, Law of Companies in Hong Kong, 606, 2015.

³⁹ Stefan HC Lo and Charles Z Qu, Law of Companies in Hong Kong, 610, 2015.

該承認不生效力，或僅於特定條件下有效。

(二) 我國立法分析

從比較法上來看，各國均相當重視新股發行情程序瑕疵所引發之效力問題。英國與香港係於條文中直接規定，未經法定程序之發行新股，不影響其效力，同時也課予明知違法之董事以刑事制裁，督促其善盡遵法之責。

美國德拉瓦州過去均是由法院判決以決定新股發行之效力，但由於法院判決存有分歧，故於 2013 年修正公司法時，新增未經授權的新股發行，有機會透過公司承認與法院判決等兩種方式，以期儘早確認其效力。

英國、香港與美國，從規範模式來看，或有不同，但均強調授權瑕疵本身，尚應不致絕對影響股份發行效力。此與我國多數判決見解有所不同。誠如論者所言，董事會決議乃公司內部事項，外界無由得知，是否應一概否認其效力，不無探究之餘地。

美國德拉瓦州規範係使公司有機會就有瑕疵的公司行為予以承認，此與我國現有法律體系較為接近。從我國民法代理規範來說，無代理權之人以代理人名義所為之行為，非經本人承認，對本人不生效力；有瑕疵之公司行為，可先由公司決定是否承認，倘有爭議，再由法院判決，應屬妥適。

此外，無論英國香港，或美國，都設有法院介入的規範，並賦予法院可以衡平原則，判決有瑕疵之公司行為有效，其目的也是考量新股發行涉及多方面，且往往經過數年才會發現發行有瑕疵，法院應考量各種情況決定該發行之效力，包括交易相對人是否善意信賴系爭發行，倘系爭發行有效，是否對任何人造成不利益，公司是否會有經營上之困難，公共利益與交易安全等因素均應考量在內。

雖有論者可能認為，衡平原則為英美法系國家概念，我國法院未必熟悉，但從我國過去數則相關判決來看，我國法院亦能根據具體個案情況，操作公平正義、誠信等具衡平概念的法律原則，惟一的差異係在我國法院對於董事會效力之瑕疵採取零容忍態度，認為只要有瑕疵均為無效，此或乃考量相較於股東會決議，董事會之召開成本較低等因素，但此一見解無法解決新股發行這類瑕疵行為，很可能都是歷經數年之後才被發現所造成的困境。

實務界亦有建議：董事會一有瑕疵即無效可能過於嚴格，應比照股東會決議瑕疵辦理，於一定時間未撤銷即不得再撤銷，以兼顧安定性（現行法三十日內規定，就董事會決議如增訂得撤銷可能過嚴，因董事會決議常未公開，建議改為以較長的一定時間經過例如一年，加上知悉後較無時間例如二個月），另可賦予法院考量保護交易安全等因素不予撤銷之權限；此外，倘瑕疵非屬重大且於決議無影響者不得撤銷。如因時間經過致無法撤銷，對因違法決議而受損者，董事應仍負損害賠償責任；但倘係決議根本不成立（例如成數不足）或未召開，則屬於決議不成立或無效，不適用前述決議瑕疵的處理程序。

至於倘經法院裁判確認，發行新股無效，則應撤銷登記，自屬當然之理。外國法亦有相同規定，例如香港公司條例第 42 條，詳細說明登記機關更正或刪除不正確登記資訊之情況。

三、 方案提出

(一)關於未經法定程序之新股發行效力

A 案：增訂董事會瑕疵得撤銷類型，應比照股東會決議瑕疵辦理，於一定時間內未撤銷即不得再行撤銷，以兼顧安定性（現行法下股東會決議撤銷為決議後三十日，就董事會決議如增訂得撤銷可能過嚴，因董事會決議常未公開，建議改為以較長的一定時間經過例如一年），倘瑕疵非屬重大且於決議無影響者不得撤銷，另賦予法院考量保護交易安全等因素不予撤銷之權限（應於立法理由中說明法院考量應考量之因素，包括認股人是否善意；系爭股份是否已經轉讓予善意第三人；倘發行無效，公司是否會有經營上之困難；倘系爭發行有效，是否對任何人造成不利益；發行效力對於公共利益與交易安全的影響等因素）；如因時間經過致無法撤銷，對因違法決議而受損者，董事應仍負損害賠償責任。倘係決議根本不成立（例如成數不足）或未召開，則為決議不成立或無效，不適用前述決議瑕疵的處理程序，但賦予法院得考量交易安全等因素，使無效之股份發行為有效。

B 案：採美國法，明文規定未經法定程序之股份發行，於經董事會或股東會承認（採用民法概念，無代理權或踰越代理權之行為，經本人承認而有效），或經法院判決而有效。（應於立法理由中說明法院考量應考量之因素，內容同上）。另外，可仿照英國法與香港法，對於明知違法發行之董事，課予刑事責任或較重的行政責任。

前項情形，應包括可轉換公司債、附認股權之公司債、認股權憑證等與股權有關之有價證券的發行。

C 案：採英國法與香港法，明文規定未經法定程序之新股發行，不影響該發行之效力，但明知之董事應負刑事責任；法院得以判決使無效或效力未定之新股發行為有效（應於立法理由中說明應考量之因素，內容同上）。

前項情形，應包括可轉換公司債、附認股權之公司債、認股權憑證等與股權有關之有價證券的發行。

(二)配套措施

1. 公司秘書或專責人員之設置，可減少違反、紓解訟源。
2. 應明確規定選任有瑕疵之事實上董事，其行為對公司之拘束力。
3. 董事會決議之瑕疵，是否有必要一律認定為無效，可考慮增加董事會決議

得撤銷類型。

四、修法委員分組審議決議

採 C 案，明文規定未經法定程序之新股發行，不影響該發行之效力，但明知之董事應負刑事責任；法院得以判決使無效或效力未定之新股發行為有效。

(立法理由說明：新股發行不會僅因未經授權而無效，但倘認股人明知該次發行違反法律規定，參考香港法院判決，法院可命該次發行對該認股人不生效力。)

五、修法委員會決議

配合議題 3.3.1，內部決議程序有瑕疵之新股發行，不影響該次發行之效力，但明知之董事應負刑事責任；如認股人明知該次發行違反法律規定，該次發行對該認股人不生效力。但倘內部決議無效或者不存在，則該次發行無效。

第二節 員工獎酬制度

1.2.1 員工獎酬機制之相關問題

非公開發行公司得發行限制員工權利新股；允許公司得以章程訂明，員工獎酬對象可包括符合一定條件之從屬公司員工。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法所定員工獎酬機制，大致可簡要整理如下表：

員工獎酬機制	主要條文	摘要	其他說明
1. 員工庫藏股	公司法第 167 條之 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，並轉讓於員工。	公司依第 167 條之 1 或其他法律規定收買自己之股份轉讓於員工者，得限制員工在一定期間內不得轉讓。但其期間最長不得超過二年。
2. 員工認股權憑證	公司法第 167 條之 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。	員工取得認股權憑證，原則上不得轉讓。
3. 員工酬勞	公司法第 235 條之 1	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，但尚有累積虧損時，應予彌補。	1.員工酬勞得以股票或現金為之。 2.章程得訂明發給對象，包括符合一定條件之從屬公司員工。
4. 員工新股認購權	公司法第 267 條第 1 項、第 2 項	公司發行新股時，原則上應保留發行新股總數 10% 至 15%	1.得限制員工在一定期間內不得轉讓，但最長不得超過二年。

	員工獎酬 機制	主要條文	摘要	其他說明
			之股份由公司員工承購。	2. 於閉鎖性股份有限公司（第 356 條之 12）、為公司併購而發行新股的情況（企業併購法第 8 條）及外資出資達 45% 以上（外國人投資條例第 15 條）等情況，得排除第 267 條員工認股權之適用。
5.	限制員工 權利新股	公司法第 267 條第 8 項、發行人募 集與發行有 價證券處理 準則第 60 條 之 1	係指發給員工之新股附有服務條件或績效條件等既得條件，於既得條件達成前，其股份權利受有 限制者。	1. 僅公開發行公司可適用。 2. 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，不受 第 167 條第 1 項之限制。

（二）產生的問題

1. 員工獎酬機制是否應設定為任意規定（選擇加入或選擇退出）？

前述現行公司法下之員工獎酬機制中，員工酬勞及員工新股認購權兩項係強制規定，公司不得以訂明於章程等方式排除其適用，此或係考量提升員工待遇之立法背景。然而，員工自公司取得之報酬，原則上應回歸勞資雙方基於勞資協商機制與勞動契約之約定，並以勞動相關法令作為保護員工權益之基礎，公司法強制公司應提供員工獎酬，於制度定位上已有疑慮。實務運作中，沒有上市櫃規劃的中小企業，其員工對於公司股份並無需求，強制公司於發行新股時，必須給予員工新股認購權，只是延宕公司籌資效率；有上市櫃規劃或已為上市櫃公司公司，為吸引人才，多以員工庫藏股或員工認股權憑證制度，使員工有機會以更優惠的條件取得公司股份，相較之下新股認購權對員工之誘因不高。此外，中小企業多為家族企業，對於股權結構之閉鎖性有高度需求，實務運作中也常見，公司勸說員工放棄認股，或於發行新股時，僅發放給特定的員工，造成法律與實務運作偏離。此次修法，亦建議股東新股認購權可由公司以章程排除適用，員工認股權是否亦同？

2. 發給對象得否擴及國內、外母子公司或關係企業之員工？

現行法下，除員工酬勞部分係規定公司章程得訂明發給對象，包括符合一定條件之從屬公司員工外，其餘員工獎酬之發給對象似均不及於國內、外母子公司或關係企業之員工⁴⁰。員工酬勞為何與其他類型之員工獎酬機制就上述之點為不同規範，其理由不明；另外，就產業界之需求而言，如不擴張員工獎酬機制之發給對象，則以公開發行公司之從屬公司而言，若該從屬公司將來並無預計辦理公開發行，則縱使員工取得該從屬公司之股份，該股份流通性甚低，無法達成員工獎酬機制對於員工與公司的預期效益。實務運作既有此需求，且現行法亦有第235條之1允許可以章程訂名發給從屬公司員工，其餘員工獎酬機制是否亦可比照辦理？

3. 限制員工權利新股是否可開放於非公開發行公司

現行法下，僅允許公開發行公司始得發行限制員工權利新股，其理由未明。綜觀其他員工獎酬機制均未有限定公開發行公司方得採取之規定，是否應允許非公開發行公司亦得發行？

(三) 學者及各界意見

學者有認為，關於員工獎酬發放對象，現制下僅部分獎酬機制可擴及從屬公司員工，欠缺合理依據，並影響獎酬機制之效益，建議應予擴張。至於限制員工權利新股僅開放公開發行公司採用，從實務需求上來說，忽略新創公司需求，從規範架構上，亦欠缺合理性。

業界則多認為，應給予企業彈性安排員工獎酬制度。關於員工新股認購權，理律法律事務所西元2000年公司法制全盤研究建議，公司得授權董事會以特別決議排除員工新股認購權；萬國法律事務所西元2003年公司法制全盤修正研究則建議，允許公司得以章程明訂給予員工新股認購權，蓋公司法制已提供其他如員工紅利(現為員工酬勞)、員工庫藏股及員工認股權等獎酬機制，建議回歸公司自治。至於員工獎酬機制之發放對象，業界有認為大企業為涉足不同營運範疇或經營跨國事業所需，多設立複數從屬公司並協力產出商品或服務，而對於集團內各該公司之員工所採取之內部規範及所給予之獎勵，亦多一視同仁。基於價值及流通性考量，從屬公司員工往往希望能取得控制公司的股份，控制公司則希望能維持從屬公司100%股權結構。在現行規範下，從屬公司實際上能運用之員工獎酬機制相對不足(多僅能朝發放現金方式辦理)，參酌外國實務作法，應有必要放寬控制公司員工獎酬之發給對象以包括從公司員工，以提高獎酬制度之實益。

⁴⁰ 經濟部有數則函釋提及發給對象不及於符合一定條件之從屬公司員工之意旨。例如經濟部91年8月16日經商字第09102167580號函(員工庫藏股、員工認股權憑證)及經濟部90年12月24日經商字第09002272930號函(員工新股認購權)等。金管會金管證一字第0960073134號(民國96年12月26日)則謂，股票公開發行公司依證券交易法第28條之3發行員工認股權憑證，及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依證券交易法第28條之2第1項第1款規定買回股份轉讓予員工者，其發給或轉讓對象，以本公司及國內外子公司之全職員工為限。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

國外主要國家對於員工獎酬機制多係以任意規定方式立法，與我國採取強制規定有所不同。

關於員工獎酬機制之發放對象，主要國家相關法規之規範通常較具彈性。例如依美國內地稅法 (Internal Revenue Code, 26 U.S. Code)，獎勵性員工認股選擇權 (Incentive Stock Option) (26 U.S. Code § 422)、員工購股計畫 (Employee Stock Purchase Plan) (26 U.S. Code § 423) 之適用範圍得及於控制公司及從屬公司之員工；美國德拉瓦州公司法第 157 條 (DGCL§157) 規定公司股票相關之權利及選擇權得對公司員工或其從屬公司員工發放；英國公司法第 1166 條規定員工股份方案 (Employees' share scheme) 得適用於從屬公司、控股公司或控股公司之從屬公司員工；香港公司條例第 280 條規定僱員參股計劃得適用於出資公司或與其同屬一個公司集團成員之另一公司之人。

另外，關於限制員工權利新股，與此相類之員工獎酬機制係美國法上之員工限制型股票 (Restricted Stock)。美國模範公司法及德拉瓦州公司法，對於得發行限制型股票之公司，並未作任何限制。

(二) 我國立法分析

關於員工獎酬機制之制度設定是否應為任意規定，衡諸員工獎酬機制係提高員工向心力、加強員工對公司貢獻誘因之措施，其最終目的仍在使公司之營運得以成長。而基於公司法本身之規範目的，員工獎酬機制不可逸脫於前述目的而訂定。目前公司法上之員工新股認購權及員工酬勞之規定，係以強制規定方式立法，政府在政策宣傳過程中，亦可見該等立法之目的實乃「提升員工待遇」而非「強化公司營運」，此不免有過度涉入公司自治範疇之疑慮。又目前依相關法規，併購等情況下雖得排除員工新股認購權之適用，然前述例外情況過於限縮，且規範標準亦欠缺公平性 (例如閉鎖性股份有限公司得排除適用，股東人數極少之非閉鎖性股份有限公司卻不得排除適用；又僅為促使外資來台投資之理由而開放外資投資事業於一定條件下得不適用員工新股認購權，立法上似有失均衡)。而目前實務上，對於強制性質之員工獎酬機制，許多公司於法規容許範圍內，以執行面之運作 (例如於章程訂明僅發放 1 元或極低比率之員工酬勞、安排甚短之認購期間以使員工不行使新股認購權) 降低員工行使相關權利之可能性，以避免對公司經營造成影響，可見該等強制性員工獎酬機制並無法達到其制度所預設之目的，公司透過變通之方式亦得在達到法律強制規定之要求下，規避實質上之規定內容，實則增添不必要之困擾。雖然強制性員工獎酬機制之變革可能被勞工團體等認為係剝奪其既得權利，致使於修法之際可能遭遇障礙，長遠而言，委員會仍建議將所有員工獎酬機制均設定為任意規定，例如容許公司得以訂明於章程等方

式選擇退出、抑或得以增訂於章程之方式選擇加入該員工獎酬制度。

至於員工獎酬機制之發給對象，基於實務運作與規範一致的需要，工作小組建議現階段應擴及從屬公司之員工。未來，或可參酌外國法，更進一步擴及至控制公司或其他關係企業之員工，提供公司更大之營運空間。

又既然公開發行公司可發行限制員工權利新股，則從規範架構與比較法上，均找不到排除非公開發行公司適用之理由，是以工作小組建議，放寬非公開發行公司亦得使用限制員工權利新股，使公司有更多元的工具可用以吸引人才，並進新創公司的發展。

三、方案提出

關於員工獎酬機制之相關規定，建議公司法之修正方向如下：

(一) 員工獎酬制度是否應為任意規定

A 案：現行法下已提供多元的員工獎酬機制，員工新股認購權對於員工誘因不高，且亦有阻礙公司籌資效益之缺點，應改以任意規定方式規範為宜。但為避免衝擊過大，並配合委員會有關股東新股認購權之建議，應允許公司得以章程排除員工新股認購權之適用。公開發行公司考量或有不同，可考慮維持現狀。

應注意者，A 案修法建議係使員工原則上仍有新股認購權，但可以章程排除，倘新制下，不再區分閉鎖性公司與一般非公開發行公司，則在新制生效前設立之閉鎖性公司，倘依公司法第 356 條之 12，不適用員工新股認購權時，則該公司即不適用新制，該公司法人代表並得逕向登記機關辦理章程變更登記，登記機關只要確認該公司係在新制生效前設立，且原本章程並無適用新股認購權之規定，即應給予變更登記，而無須經股東會特別決議。

B 案：考量制度變革產生之社會成本，現階段仍可維持現狀，往後新增其他員工獎酬機制時，則建議以任意規定方式為之。

(二) 員工獎酬機制之發放對象是否得放寬？

A 案：因應產業需求以及使員工獎酬機制規範一致化，建議各項員工獎酬機制，均可比照員工酬勞規定放寬之，即章程得訂明發給對象，包括符合一定條件之從屬公司員工。

B 案：參照外國法，允許公司得章程訂明發給對象，包括控制公司、從屬公司，或其他關係企業之員工。

(三) 限制員工權利新股是否應限公開發行公司始得發行？

建議應開放非公開發行公司得發行限制員工權利新股。

在決策機制上，應搭配股東新股認購權設計(新制建議，股東有新股認購權，但可以章程排除)：倘該公司之股東無新股認購權，則限制員工權利新股之發行，由董事會決議行之，並應將董事會決議，於決議後 20 日內，寄送股東；倘該公司之股東有新股認購權，則應經股東會特別決議行之。

(補充說明：建議由主管機關制定非公開發行公司限制員工權利新股範本以供非公開發行公司遵循。)

四、修法委員分組審議決議

(一) 針對(一) 員工新股認購權是否應為任意規定：提交委員會決議。

(二) 針對(二) 員工獎酬機制之發放對象是否得放寬：採 A 案。

(三) 針對(三) 限制員工權利新股是否應限公開發行公司始得發行：建議應開放非公開發行公司得發行限制員工權利新股。在決策機制上亦應經股東會特別決議行之。

五、修法委員會決議

針對(一) 員工新股認購權，考量制度變革產生之社會成本，採 B 案，現階段仍可維持現狀，即員工有新股認購權，但往後新增其他員工獎酬機制時，則建議以任意規定方式為之。

1.2.2 公司法第 235 條之 1 之存廢問題

員工酬勞制度推行時間尚短，短期內不宜再做更動，仍維持現制為宜。

一、現況分析

(一) 現行條文

有關員工酬勞制度，我國公司法於民國（下同）104 年進行修正。首先，為因應 97 年商業會計法修正與國際接軌，將員工分紅費用化，故刪除第 235 條第 2 項至第 4 項關於員工分紅性質屬盈餘之規定；同時，為避免公司因無法採行員工分紅方式獎勵員工所造成的衝擊，增設公司法第 235 條之 1，要求「公司應於章程訂明以當年獲利狀況之定額或比率，分派員工酬勞」，以宣示員工權益不受修法之影響。

(二) 產生的問題

按本條立法理由，係「為降低公司無法採行員工分紅方式獎勵員工之衝擊，公司應於章程訂明以當年度獲利狀況之定額或比率.....合理分配公司利益，以激勵員工士氣，惟獲利狀況係指稅前利益扣除分配員工酬勞前之利益，是以一次分配方式，爰為第一條規定.....」，立法者雖期許以加薪法，然從制定以來，爭議不斷，不僅全國 60 多萬家有限公司與股份有限公司均必須變更章程並辦理登記，究其實際，也未必能夠達成修法目的。從章程登記員工酬勞觀察，雖有登記為 0.1(即 10%)，或 1 億元者，但登記為 0.00000001 或者 1000 元者也不在少數。

公司法下提供多元員工獎酬機制，企業產業類別與薪資結構各有不同，無法透過強制公司提撥員工酬勞，達到加薪或獎勵員工之目的。

(三) 學者及各界意見

學者有認為本條強制公司提撥員工酬勞僅為形式上之政策宣示，員工未必能夠獲得實際利益，建議不以法律強行規定，而係應由市場機制決定，例如公布與獎勵員工獎酬制度做的較佳的公司。亦有學者指出，本條規定董事會決議即可以股票方式發放員工酬勞，可能造成股東權益稀釋，亦與本法其他情況皆係由股東會決議發行新股(如修正前公司法第 240 條第 4 項或第 267 條第 8 項)有所不同。

業界多認為，如企業想留住人才，自會採取各項員工獎酬機制，並於章程中明訂員工酬勞，否則，即便採取強行規定，企業如要敷衍了事亦非難事。此從第 235-1 條章程所訂數額或比例偏低可知，本條並未發揮其功效，將其廢除，或改為任意規定似無不可。亦有業者認為，本條去年修法，各家公司已經大費周章辦理，現在廢除已無實益，但此次經驗應該作為未來立法的重要參考依據。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

他國立法雖然對於員工獎酬機制設有相關規定，但此種獎酬機制多為員工新股認購權、股份選擇權或員工認股計畫，並未見主要國家有立法例中有類似我國「員工酬勞」之強制規定。

(二) 我國立法分析

從比較法的研究中，縱使是 stakeholder 理論較為被廣納接受的西方國家，亦未見有國家以公司法強制公司如有獲利時應分派予員工，並將該分派之比例規定為章程必要記載事項之一。我國公司法第 235 條之 1 的修正，或可謂係肇因於我國近年來實質薪資無法提升，造成分配不均及剝削感相對嚴重之社會環境下，以重視分配正義為理念之政策性修法，但不可諱言的是以法律強制公司於章程中訂明「員工酬勞」，確係國際少見。

雖然各界對於本條運作成效多所質疑，但委員會考量本條實施期間尚短，不宜在短時間內再次更動，且現今公司治理趨勢中，強調經營者應於決策時，不僅考慮股東利益，亦應關注員工、環境與社會的新思維，越來越受到重視，員工酬勞制度的本意也是在此。工作小組建議，可以透過其他的方式強化企業對於員工、環境與社會的重視，例如 ESG(環境、社會與治理)報告的編制與揭露、兼益公司的設置、公司治理評鑑與相關指數產品的研發等，使關注員工、環境與社會的企業，能廣為人知，帶動正向示範作用。

三、方案提出

關於員工酬勞之相關規定，建議修正公司法第 235 條之 1 如下：

(一) 員工酬勞制度推行時間尚短，短期內不宜再做更動，建議仍維持現制。

(二) 考量員工酬勞倘發給股票，本條規定由董事會決議即可，與現行法下股東新股認購權制度有所衝突，建議配合新制之股東新股認購權進行規劃：倘該公司之股東有新股認購權，則員工酬勞發給股票時，應由股東會特別決議為之；倘該公司之股東沒有新股認購權，則員工酬勞發給股票時，應由董事會決議為之。

四、修法委員分組審議決議

由於員工酬勞制度推行時間尚短，短期內不宜再做更動，決議仍維持現制。

第三節 出資種類與資本額查核簽證

1.3.1 非現金出資(含勞務出資、信用出資及其他非現金出資)

非公開發行公司得以勞務出資，出資比例上限由主管機關定之。

如未依約定履行勞務或信用出資，應允許公司依與出資人之約定，進行股份銷除或損害賠償，或循司法途徑解決。

一、現況分析

(一) 現行條文

關於股份有限公司之出資種類，公司法第 131 條規定發起人得以公司事業所需之財產抵繳股款；第 156 條第 7 項規定股東得以對公司所有之貨幣債權，或公司所需之技術抵充之，其抵充之數額經董事會通過；第 272 條規定公司公開發行新股時，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。第 274 條規定，公司發行新股，如以現金以外之財產抵繳股款者，董事會應送請監察人查核加具意見，報請主管機關核定之。

至於非現金出資的決策程序以及是否需要第三人鑑價，前述條文雖並未規定，但依公司法第 7 條規定，公司設立登記與資本額變更，均應經會計師查核簽證；另依會計師查核簽證公司登記資本額辦法第 7 條規定，技術作價及其他財產抵繳股款者，除僑外投資公司外，會計師應取得有關機關團體或專家之鑑定價格意見書，並評估是否採用。

閉鎖性公司則有放寬，公司法第 356 條之 3 與之 12 規定，閉鎖性公司之發起人或新股認購人，除以現金出資外，若經全體股東同意，得以公司事業所需之勞務、信用出資；勞務、信用出資不得超過公司已發行股份總數之一定比例⁴¹。同條第 4 項規定，閉鎖性公司非以現金出資者，應於章程載明其種類、抵充之金額及公司核給之股數，並由主管機關公開於中央主管機關之資訊網站。會計師查核簽證公司登記資本額辦法第 7 條規定，會計師查核閉鎖性股份有限公司資本額時，如有非以現金出資者，並應查核全體股東同意書、公司章程記載出資種類、抵充之金額及公司核給之股數；於信用、勞務出資部分，應另查核股東姓名及是否符合主管機關公告之一定比例，無須檢附鑑價報告。

至於倘以信用或勞務出資，但其後信用狀況或勞務給付情況發生變化，應如何處理？公司法並未規定，依主管機關閉鎖性公司專區常見問答之說明，勞務及信用出資之股東，若聲譽下降或變為傷殘人士，無法「拋售股權」，另公司法雖

⁴¹ 經濟部 104 年 09 月 09 日經商字第 10402423740 號公告謂，公司法第三百五十六條之三第二項所稱一定比例，於實收資本額未達新臺幣三千萬元之公司，指勞務、信用合計抵充出資之股數不得超過公司發行股份總數二分之一；於實收資本額新臺幣三千萬元以上之公司，指勞務、信用合計抵充出資之股數不得超過公司發行股份總數四分之一。

有減資之相關規定，但不能減個人出資。

關於信用與勞務出資的課稅，財政部 104 年 11 月 5 日台財稅字第 10400659120 號令，「股東以信用勞務抵充出資取得之股權，核屬所得稅法第 14 條第 1 項第 10 類之其他所得；該股權依公司章程規定於一定期間內不得轉讓者，應以該一定期間屆滿翌日之可處分日每股時價(淨值)計算股東之所得，依法課徵所得稅。但公司章程未限制一定期間不得轉讓者，應以取得股權日為可處分日，以公司章程所載抵充之金額，計算股東之所得，依法課徵所得稅。」經洽詢財政部，股份轉讓倘依公司章程尚需經股東會、董事會等決策機制同意，則可處分日應為取得該同意之日。

(二) 產生的問題

現行公司法較注重有形資產，然知識經濟為產業趨勢，允許技術出資對於吸引優秀人才或使公司取得智慧財產權具相當重要性。

閉鎖性公司專節開放勞務或信用出資，雖旨在透過多元化出资方式，促進產業發展的效果。鼓勵創新，但也產生相關問題。例如，信用之定義不明確，經濟部問答所舉之信用類型，似乎均屬於勞務，有無必要再列信用出資；勞務、信用出資之鑑價較為不易，成本也較高(閉鎖性公司可以全體股東同意取代勞務、信用出資之鑑價報告，但日後財報簽證仍需要相關鑑價報告)；出資人倘未妥適安排相關稅務規劃，可能馬上面臨課稅問題；勞務出資由於列為公司預付費用，並應依其經濟效益隨時間經過或使用消耗情況，攤提費用，影響公司財報與盈餘表現；出資人倘日後生勞務或信用能力下降，或者無法依約定期限履行等情況，應如何處理，易生糾紛。

至於其他非現金出資，現行法允許公司以公司所需技術、財產出資或是以債作股的方式出資，可藉此得改善公司財務狀況、降低負債比例，技術輸入增強企業競爭力，有利於公司未來發展。且就高科技產業而言，技術出資搭配員工認股選擇權制度是吸引優秀人才或取得智慧財產權之不二法門。但由於鑑價程序過於複雜，實務上使用意願低，無法達到以技術取代現金出資之目的，即使肯使用技術出資，在經過複雜的鑑價程序後，仍要面臨高額的稅務負擔。

又非現金出資之種類中，是否包括其他公司所發行之公司債、應收債款等？換言之，公司法第 131 條第 3 項、第 272 條「公司事業所需之財產」的範圍為何，是否有經濟價值之金融資產皆得做為出資之標的，以提供更多樣的工具供使用者選擇？

此外，非現金出資之抵充數額之決定程序為何？倘有不當，股份發行效力與董事責任為何？此涉及股東與債權人之保護。對股東而言，倘非現金出資抵充數額過高，將稀釋其他股東權益；對債權人而言，資本額仍為交易相對人決定交易條件的參考依據之一，資本構成中，非現金出資的相關資訊，一方面為公司的機密資訊，另一方面亦影響交易安全。

(三) 學者及各界意見

對於是否開放勞務、信用出資，各方見解分歧。學者多認為信用定義不明，將引發諸多糾紛而建議刪除；亦有認為，英美等國對於出資種類雖多採開放態度，但以勞務出資者，也不多見，實務運作中，多發行無面額股或低面額股，創業家以較低價格認購股份，即可解決創業家資金不足的問題。學者亦有認為，只要透過適當的資訊揭露，使交易相對人知道公司資本的組成，可以考慮開放勞務出資。但亦有認為，現行規定僅規定非現金出資由董事會決議，卻未建立判斷標準，恐生諸多弊端，宜明文規定董事之權責，例如董事應如何決定股東出資之對價？是否應洽專家鑑定及估價？何種情況下，董事可以免責等事宜。

業界則有認為，允許勞務信用出資，可使創業家有更多元工具可以使用；但亦有業界認為，台灣鑑價制度不完善，擴大一般公司亦可以勞務信用出資並不妥適。會計師界認為，現行閉鎖性公司雖規定勞務信用出資時，可以全體股東同意取代鑑價報告，惟往後會計師在簽證財務報表時若有不同意見，則會產生責任難以釐清的問題；又企業會計準則要求每年需要評價，資產有無減損，在價值的衡量及評估上亦可能有困難。

至於非現金出資部分，學者有認為可參考美國模範公司法，將出資標的放寬一切有形無形的資產，並以健全董事權責與鑑價機制做為配套措施。亦有認為宜採負面表列之方式定義，擴大技術股之範圍，以符合技術作價之原旨，並不侷限於會計認列之標的，否則有礙公司外來發展之資金活力，與立法理由不符。另外亦有認為宜對技術入股之「股份數量」予以公開揭露，讓公司交易之相對人或第三人皆能得知必要訊息。

萬國法律事務所民國 2003 年公司法制全盤修正計畫研究報告中，建議放寬出資之方式，在出資方式中增列之其他財產(以具有經濟價值為限)；另就非現金出資，則增訂應先取得專家之查核報告，並授權主管機關訂定查核辦法。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

1. 出資種類

英美法系針對出資種類及型態多採取開放、彈性之立法。德拉瓦州公司法允許以任何對公司之利益出資⁴²；美國模範公司法包含一切可能之有形或無形資產⁴³；英國法則是以金錢或具有金錢價值者(包括商譽及技術)皆得為認購股份之對價，僅禁止公眾公司股東以勞務或提供服務作為出資方式⁴⁴；香港法雖然沒有具

⁴² 美國德拉瓦州公司法 §152。

⁴³ 美國模範公司法§6.21。

⁴⁴ 英國公司法 2006 s. 582.

體規定，但亦不禁止以非現金之形式出資。美國模範公司法更有勞務未履行時可銷除該特定股份之規定⁴⁵；香港法亦規範可銷除未繳納股本之股份⁴⁶，做為勞務出資未履行時之配套措施。

大陸法系則是較為保守，中國大陸禁止以勞務、信用出資⁴⁷；日本法似不允許以勞務、信用出資；德國法規定之實物出資僅得為特定經濟價值之財產，提供勞務之義務不包括之，甚至明文禁止隱藏性實物出資，即禁止以現金出資但以執行特定之契約內容為條件，避開冗長的出資鑑價⁴⁸。

2. 非現金出資之鑑價

美國德拉瓦州公司法允許董事會可決定股票發行之對價，可為現金、任何有形或無形之財產、可給予公司任何利益者。在此等交易中若無詐欺（actual fraud）時，董事會可對該對價之價值做出判斷，藉由賦予董事權限以及相關責任加以控管⁴⁹；美國模範公司法則規範幾乎一切有形無形的財產均得為出資之標的，並將檢視非現金出資對價是否適當之權責授權予該公司之董事會⁵⁰，並於股份對價為勞務、本票或利益時，可發行託管股票(escrow shares)或限制轉讓之股份，於認股人勞務、本票未給付，或利益未實現時，得銷除其股份⁵¹。

英國法中非公開發行公司(private company)享有相當大自主權得決定非現金出資之價值，公開發行公司(public company)則要求獨立之鑑價程序以確保價值之客觀性及可信賴性，並要求將鑑價報告連同發行新股變更表一併送交公司登記處，鑑價報告對於非現金出資之種類、鑑價方法、日期等均有詳細記載⁵²。香港公司條例雖未針對非現金出資有特別之規定，但所有公司之財報均應經會計師查核簽證⁵³。

關於日本法中現物出資制度，早期多參酌歐陸立法例，採較嚴格之態度，而新會社法之立法精神則傾向美國立法例，已有逐漸放寬之趨勢。又現物出資須經過法院所選任之檢查人的檢查，於檢查人向法院為報告後，法院並得做出減少現物出資或財產出資金額的決定，藉此確保現物出資、財產出資的妥當。此外，由於現物出資、財產出資等相關事項，必須記載於章程中，章程並必須經過公證、

⁴⁵ 美國模範公司法 §6.21(e)。

⁴⁶ 香港公司條例§210。

⁴⁷ 中華人民共和國公司法§271。

⁴⁸ 德國股份法§27II、III。

⁴⁹ 美國德拉瓦州公司法§152。

⁵⁰ 美國模範公司法 §6.21(c)

⁵¹ 美國模範公司法 §6.21(e), The corporation may place in escrow shares issued for a contract for future services or benefits or a promissory note, or make other arrangements to restrict the transfer of the shares, and may credit distributions in respect of the shares against their purchase price, until the services are performed, the note is paid, or the benefits received. If the services are not performed, the note is not paid, or the benefits are not received, the shares escrowed or restricted and the distributions credited may be cancelled in whole or part.

⁵² 英國公司法 2006 s. 593-597。

⁵³ 香港公司條例第 405 條。

上述檢查，或可為某種樣態的資訊揭露⁵⁴。

德國法中關於非現金出資之種類，須具有一定之經濟價值及可轉讓性，在會計上可列為資產之項目，僅有在其性質上為公司法或會計處理準則所不容許者，始不得作為非現金出資之類型；程序上除了董事會與監事會必須進行審查並提交書面報告（包括實物出資之說明等資訊）外，法院應指定檢查人，對設立程序進行額外審查⁵⁵。

（二）我國立法分析

有鑒於我國產業之轉型及商業環境之變遷，非現金出資等無形資產對我國公司的重要性日益增加，工作小組建議應開放股份有限公司出資之種類，以符合公司之需求並增強公司之競爭力，稅務方面可以經由行政函令或甚至特別法緩課之方式解決相關問題。

工作小組建議，可比照閉鎖性公司，允許一般非公開發行公司，採用勞務出資。但由於信用出資之定義不明，且就主管機關常用問答舉例以聲譽代言促銷等案例，皆可被勞務之定義所包括，同時，目前採用信用出資之家數甚少，故建議無論新制是否保留閉鎖性公司類型，均可刪除信用出資；換言之，新制下，不再允許以信用出資，但在新制生效前之信用出資，不受影響。

又勞務出資者(包括現制下以信用出資者)，倘勞務狀況改變，應如何處理？建議可仿照外國法，並參考限制員工權利新股之規定，允許公司依與出資人之約定，進行股份銷除，倘未約定，則應循司法途徑解決。由於股東出資義務未履行之股份銷除，與公司法下股東按比例減資有所不同，為免誤解，建議主管機關移除閉鎖性公司專區常見問答中的相關說明(Q5.2 勞務及信用出資之股東，若聲譽下降或變為傷殘人士，無法「拋售股權」，另公司法雖有減資之相關規定，但不能減個人出資。)

此外，工作小組建議，對於勞務出資之比例不再設限，一方面是從比較法上，找不到相類似之規範，另一方面，勞務出資由於有課稅問題，再加上尚需安排倘無法依約定給付勞務股份註銷等相關事宜，從閉鎖性公司的設立情況來看，使用家數也不算太多，再加上可以透過相關資訊之公開或會計師查核簽證等配套措施，應可給予公司彈性自治空間，而不需事前限制比例。

關於非現金出資的決策程序，現行法下，一般股份有限公司與閉鎖性公司之規定不同：一般股份有限公司依第 156 條第 7 項經董事會普通決議、第 274 條尚需經監察人查核加具意見；閉鎖性公司則應依第 356 條之 3 經全體股東同意並載明於章程。工作小組一方面考量應出資涉及股東權益，另一方面考量應給予公司彈性，增加籌資效率，建議原則上可由董事會特別決議為之，但章程可約定由股

⁵⁴ 日本會社法§33。

⁵⁵ 德國股份法§§27、33、34、38。

東會決議。

至於是否需要第三人鑑價或查核？從比較法來看，美國最為寬鬆，並無相關的要求，香港則是所有公司不分大小，財報均應經會計師查核簽證，英國則是區分公開與非公開發行公司分別對待，德國與日本則規定由法院派任之檢查人進行相關審查程序。

至於我國，雖然公司法第 156 條與第 274 條未規定非現金出資應經第三人鑑價或查核，但依公司法第 7 條規定，公司設立登記與資本額變更，均應經會計師查核簽證。另依會計師查核簽證公司登記資本額辦法第 7 條規定：「.....會計師受託查核簽證前項資本額登記，應行查核事項如下：.....技術作價及其他財產抵繳股款者：除僑外投資公司外，會計師應取得有關機關團體或專家之鑑定價格意見書，並評估是否採用.....會計師依前項規定查核閉鎖性股份有限公司資本額時，應查核股東人數，如有非以現金出資者，並應查核全體股東同意書、公司章程記載出資種類、抵充之金額及公司核給之股數；於信用、勞務出資部分，應另查核股東姓名及是否符合主管機關公告之一定比例，無須檢附鑑價報告。」換言之，倘以技術作價及其他財產抵繳股款者，其抵充金額與核給股數並非董事會與監察人即可決定，尚須檢附鑑價報告並經會計師查核簽證；閉鎖性公司信用、勞務出資部分，無須鑑價報告，但仍應經會計師查核簽證，同時閉鎖性公司之非現金出資所抵充金額、種類與核給股數，均應公開於中央主管機關之資訊網站。

從比較法來看，各國規定皆有不同，我國於一般股份有限公司與閉鎖性公司亦有所不同。不同做法，皆有其利與弊。工作小組一方面考量倘要求公司出具鑑價報告或經會計師查核簽證，勢必增加公司籌資成本，另一方面考量非現金出資核給的股數涉及股東權益，資本的構成亦涉及債權人之保護，雖然公司資本額與營運情況以及實際償債能力並無必然關聯性，但長久以來，我國民眾似也習於將資本額作為審酌公司的重要參考依據之一。

是否需要鑑價或查核簽證，以及是否應將相關資訊供公眾查閱等議題互相連動，主要涉及籌資效率，以及股東與債權人之保護。由於此一議題涉及下一個議題資本額查核簽證(議題 1.3.2)之處理，相關修法建議將於該議題一併提出。

三、方案提出

關於非現金出資(包含勞務、信用)之相關規定，建議如下：

- (一) 由於信用出資定義不清，易生紛爭，且採用公司甚少，建議刪除信用出資。在現制下已採用信用出資者，不受新制影響。
- (二) 修正公司法第 156 條，允許非公開發行公司可以勞務出資。

修正條文建議如下：「非公開發行公司股東之出資除現金外，得以對公司所

有之貨幣債權，或公司事業所需之技術、勞務或其他資產抵充之。」

(立法理由可說明：修法放寬出資種類，以增加籌資之彈性，使出資種類可包括如技術、勞務、其他公司所發行之公司債、其他公司所發行認股權憑證或對其他公司之應收債款等公司事業所需之資產。)

對於勞務出資之比例不再設限，刪除經商字第 10402423740 號公告。

(三) 決策機關與流程

關於非現金出資的決策程序，建議原則上可由董事會特別決議為之，但章程可約定由股東會決議。

至於非現金出資是否應經第三人鑑價或查核，以及是否需將相關資訊對公眾揭露，涉及下一個議題資本額查核簽證(議題 1.3.2)之處理，相關修法建議將於該議題一併提出。

(四) 參考外國法以及現行限制員工權利新股制度，增訂未履行勞務或其他非現金出資約定時，可銷除股份之規定。

(五) 財政部台財稅字第 10400659120 號有關閉鎖性公司勞務信用出資課稅的函釋文義，可能使人誤解問題，建議修正以文字，明確規定股份轉讓倘依公司章程尚需經股東會、董事會等決策機制同意時，則以取得該同意之日為可處分日。另有關其他產創條例所稱智慧財產權以外之技術出資能否緩課，亦建請財稅機關通盤考量。

四、修法委員分組審議決議

照方案通過，惟有關勞務出資比例，維持經濟部經商字第 10402423740 號公告⁵⁶。

⁵⁶ 經濟部 104 年 09 月 09 日經商字第 10402423740 號公告謂，公司法第三百五十六條之三第二項所稱一定比例，於實收資本額未達新臺幣三千萬元之公司，指勞務、信用合計抵充出資之股數不得超過公司發行股份總數二分之一；於實收資本額新臺幣三千萬元以上之公司，指勞務、信用合計抵充出資之股數不得超過公司發行股份總數四分之一。且依經濟部閉鎖性公司專區答用問答 Q8.5，對閉鎖性公司在信用、勞務出資之「一定比例」的認定採取從寬之累進認定，亦即資本額達三千萬以上之公司，其信用、勞務合計抵充出資之股數以資本額未達三千萬部分之二分之一，加計資本額三千萬以上部分之四分之一來計算。

1.3.2 資本額查核簽證

非現金出資或公司進行減資（不包括盈餘轉增資或減資彌補虧損等股東權益科目之調整），應經會計師查核簽證或經主管機關認可之人核認。

一、現況分析

（一）現行條文

公司法第 7 條規定公司申請設立登記之資本額及申請變更登記之資本額，均應經會計師查核簽證（或稱「驗資」）。據此，公司不論規模大小，依照會計師查核簽證公司登記資本額辦法，其設立、增減資、合併、分割、收購、股份轉換申請變更登記，公司資本額均須經會計師查核簽證。

（二）產生的問題

為便利公司迅速設立，公司法於民國 98 年修法時刪除有限公司及股份有限公司最低資本額之規定，惟為進行公司監理並避免虛設紙上公司，公司於申請設立時，仍應依公司法第 7 條及會計師查核簽證公司登記資本額辦法之規定，其資本額應經會計師查核簽證認定足敷設立成本，主管機關始准予登記。

就世界銀行調查，於我國設立公司時，會計師資本查核簽證費用約為新臺幣 5,000 至 20,000 元不等。對此，世界銀行曾質疑：台灣既已廢除最低資本要求，但卻不論資本金額大小，仍要求須經會計師查核簽證，增加民眾負擔，不利創業。

公司資本額與營運情況以及實際償債能力並無必然關聯性，且實務運作中亦不乏公司之資本經會計師查核簽證並向主管機關完成登記後，即將資本移出之情事，驗資僅能確定公司一時之資本狀態，意義不大。但另一方面，由於資本額為公司登記與公示事項，長久以來，民眾也多習於將資本額作為審酌公司情況的重要參考依據之一，故驗資制度之存廢，向備受爭議。

（三）學者及各界意見

對於公司法第 7 條有關驗資規定，學者多建議應予刪除，或至少應大小分流，使出資金額一定以下者，無須查核簽證。業界意見則較為分歧。有認為，資本額之多寡是股東的事，國家無須審查。亦有認為驗資程序在無最低資本額下已流於形式，故主張應刪除公司法第 7 條規定，並應加強配套措施及事後監理程序，例如引進秘書制度，或提升會計師查核簽證財務報表之比例，較能保障利害關係人權益。而主張應保留驗資者則認為，驗資並非複雜程序，透過驗資程序可以確認該筆資金到位，且會計師查核簽證費用不高，應尚在企業可負擔的範圍內。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國法未要求公司資本額需要經會計師查核簽證。英國公司法則規定公開發行公司若以非現金出資，需由具獨立性與一定資格之會計師進行鑑價，鑑價報告應依照法律規定製作⁵⁷，並應向登記機關申報鑑價報告副本⁵⁸。非公開發行公司(private company)則無此要求。香港公司條例雖未規定公司設立與資本額變動時，應經會計師查核簽證，但要求所有公司之財報均應經會計師查核簽證⁵⁹。

德國股份法第 33 條規定，倘以現物出資，應經具獨立性之專家鑑價，第 37 條規定鑑價報告並應於公司設立登記時一併送交。此外，第 38 條規定，法院應審查公司是否按規定設立與申報，倘審查人或法院認為現物出資估價過高，法院可拒絕該公司設立登記。

日本會社法未規定公司設立時必須要經過會計師查核簽證，但第 28 條規定，倘設立時以現物出資，該財產之價值以及所抵充之股份均應於章程中記載，第 30 條亦規定章程應經公證；第 33 條規定，現物出資應由法院所選任之檢查人進行檢查並提出報告，倘法院認為現物出資評價有所不當，可命章程進行修改。

依德國股份法第 27 條、第 31 條、第 32 條第 2 項、第 33 條第 2 項、第 34 條、第 36 條第 2 項、第 36a 條第 2 項、第 37 條、第 38 條第 2 項等規定，發起人必須提交一份有關公司設立之書面報告(Formation Report)，該報告必須列出設立之經過、資產之取得與非現金出資、對於董事會成員或監事會之特別利益或補償，以及已併購之企業獲利歷史紀錄。該報告也包括董事會成員或監察人於發起時所認購之股份以及獲得任何特別利益或補償之允諾。對於發起人提交設立報告後，首屆董事會與監事會成員必須對此進行審查，審查後，董事會與監事會成員亦必須提交書面報告。如果有非現金出資或是購買資產之情形時，則必須接受額外之審查，這時法院必須親自指定檢查人，對設立程式進行額外審查。此設立檢查人必須將審查報告交給法院和公司董事會。

(二) 我國立法分析

我國公司法因沿襲德日法制，向來對於資本三原則十分重視，但近年受到英美法系影響，資本相關法規也逐漸鬆綁，例如廢除最低實收資本額之要求，引進無面額股等。然時至今日，資本額仍為公司登記與公示事項，雖然公司資本額與營運情況以及實際償債能力並無必然關聯性，但長久以來，民眾似也習於將資本額作為審酌公司的重要參考依據之一。

現行制度下，會計師查核簽證的主要功能，係為加速主管機關的審查作業，

⁵⁷ 英國公司法 s. 596.

⁵⁸ 英國公司法 s. 597.

⁵⁹ 香港公司條例第 405 條。

因此，若要廢除會計師驗資的規定，則前提是主管機關在審查設立與變更登記時，無須就資本進行實質的查核，而將資本充實的責任，完全歸由董事或公司負責，否則，無疑是將會計師的工作交還給主管機關，以目前主管機關的人力，將無法負擔查核資本的工作，反而增加設立或變更登記所需的時間。

現行制度主要的弊端，在於會計師僅能就某個時點進行資本是否到位之查核，惟實務上有發生會計師查核後，股東將資本取回之情形，導致簽證的功能受到限制。工作小組建議，倘新制若擬朝向英美法系修正，而將公司法第 7 條有關資本額驗資簽證的制度全部或局部廢除，則應同時引進英美法的配套措施，例如公司秘書制度、加強會計師年度財務報表簽證的要求、股本相關資訊之公開，以避免公司的管理流於鬆散，欠缺對於股東、債權人或交易第三人的保護機制。

三、方案提出

關於公司設立與變更登記是否需經會計師查核簽證相關規定，建議修正公司法第 7 條如下：

A 案：非現金出資或公司進行減資（不包括盈餘轉增資或減資彌補虧損等股東權益科目之調整），應經會計師查核簽證或經主管機關認可之人核認，並應有配套措施（如建立秘書制度、提高財務報表簽證比例）。

B 案：出資（無論種類），均應經會計師查核簽證。

C 案：公司應申報並開放公眾查閱非現金出資之種類、股數，以及抵充之金額，以及出資者就非現金出資與公司簽訂的相關契約（搭配第 393 條進行修正），同時搭配公司秘書制度之引進，則無須為增資之查核簽證。

四、修法委員分組審議決議

（一）提出 D 案：按大小公司分級管理，公開發行公司及大型非公開發行公司採行 A 案、小型非公開發行公司採行 C 案。

（二）提交委員會決議。

五、修法委員會決議

非現金出資或公司進行減資（不包括盈餘轉增資或減資彌補虧損等股東權益科目之調整），應經會計師查核簽證或經主管機關認可之人核認；現金出資無須查核簽證。

第四節 無面額與面額股制度

1.4.1 無面額股與面額股之採用與轉換

公司可以章程規定，擇一採用無面額股或面額股；採用面額股之公司可轉換為無面額股，但採無面額股不可轉換為面額股。

一、現況分析

(一) 現行條文

西元 2015 年 9 月施行之閉鎖性股份有限公司專節，第 356 條之 6 允許閉鎖性公司得擇一採用面額股與無面額股；此外，我國為吸引外國公司於我國上市櫃，於 2012 年允許無面額與面額非新台幣十元之外國公司於我國上市櫃。至於非閉鎖性之其他股份有限公司，依現行法，均僅得採用面額股。

所謂面額，係指將公司的股本切割等分的單位，此一單位即為面額，應以章程定之，也可以視為公司所設定股份的表面價值。我國公司法規定，僅公開發行公司得以低於面額之價格發行股份，非公開發行公司不得折價發行。面額股制度下，公司之實收股本為面額與已發行股份總數之乘積，倘溢價發行，超過面額部分所得之股款，應列為溢價公積，倘折價發行，不足面額的部分應列為溢價公積之減項，如有不足，則列為虧損。

至於無面額股，其與面額股的最大差別在於未設定股份的面額，換言之，無所謂的折價或溢價發行，沒有最低發行價格之限制；公司發行新股所得之股款，均為實收股本，無溢價公積科目，除此之外，其與面額股並無差別。

(二) 產生的問題

我國閉鎖性公司專節引進無面額股，著眼於無面額股有以下好處：

1. 便於籌資安排

無面額股沒有最低發行價格之限制，增加公司決定發行價格之彈性。對於新創公司來說，採用無面額股，可以拉大創業家與創投事業的認股價格，以便安排出資與控制權比例，避免創投資金進入後，稀釋創業家之持股比例；對於一般公司而言，也可依照公司實際狀況決定發行價格，無須擔心折價發行可能產生虧損，或者因無法折價發行而導致無法順利籌資，或者必須先減資再增資發行新股。

2. 避免投資人誤解

面額僅是切割資本的單位，是章程設定的表面價值，面額僅能決定股東取得股份的最低成本，面額不等於股份價值。股份價值係隨著公司運營與市場環境等因素而變化，面額反而可能使投資人產生誤解。例如，投資人以五元購買面額十

元的股份，不成熟的投資人可能覺得很便宜，但實際上該股份之價值可能低於五元。

3. 簡化會計程序、股份分割與合併

面額股制度使會計制度過於複雜。面額股下，股款將分拆為股本、溢價公積等會計科目，每個科目均以不同的使用限制，使會計制度過於複雜，運作上造成混亂。

無面額股由於沒有面額，在股份分割與合併上之程序，簡便許多，以下以股份分割為例說明之。

[例一]A 公司採面額股，面額為 10 元，已發行股份總數為 100 萬股，實收資本額為 1000 萬元，考慮促進股份之流動性，擬將一股分為兩股，在已發行股份總數增加為 200 萬股下，面額必須減為每股 5 元，否則股東必須繳納股款，合計 1000 萬元，倘不繳納股款，即屬折價發行。倘 A 公司為非公開發行公司，目前法令不允許折價發行，倘 A 公司為公開發行公司，折價發行雖然可行，但應抵扣資本公積，倘有不足，則列入虧損。

[例二]B 公司採行無面額股，實收資本額為 1000 萬元，已發行股份總數為 100 萬股，考慮促進股份之流動性，擬將一股分為兩股，則已發行股份總數增加為 200 萬股即完成程序，無須變更章程(除非章程記載之股份數不足)，沒有折價發行問題。

無面額股有以上種種好處，但目前僅閉鎖性公司以及外國公司來台上市可以採用，一般公司無法採用，如此，將產生以下問題：

1. 採用無面額股之閉鎖性公司須先轉換成為採用面額股之非閉鎖性公司，始能申請上市櫃，增加運營成本

若無面額股限縮於閉鎖性公司，則該公司欲上市櫃，必須先轉換成採用面額股之非閉鎖性公司，將增加不必要之轉換成本。例如，無面額轉換為面額時，首先須召開股東會變更章程，在發行股票的情況下，尚須換發股票，並且須以面額切割實收資本，可能產生無法整除的情況，再進一步將所得股份數，依股東持股比例發給股東，亦可能無法整除，可能使股東持有不足一股的畸零數，增加處理成本(有關不足一股之畸零數可能產生的問題以及處理方式，請見議題 1.1.8)。

2. 不利於便利外人投資與我國企業海外籌資

由於各國立法有採無面額股之趨勢，國際投資人對於無面額股也十分熟悉，倘我國公司法允許一般公司亦能採用無面額股，一方面將有助於我國公司於海外上市，另一方面也能降低外國投資人來我國投資時之障礙。

(三) 學界與業界意見

我國學界多肯認引進無面額股之價值，且強調採用無面額股後，由於沒有面額股制度下應以面額為最低發行價格的要求，故應強化董事責任，確保發行價格合理，以保障股東權益。至於是否應擇一採用或強制全面採用無面額股，則有分歧。另經徵詢業界，多數建議給予公司選擇自由，由公司依照不同的成長階段，以及其所面對投資人的屬性決定採用無面額股或面額股。但亦有認為，無面額股優點較多，也是國際趨勢，日本、新加坡與香港全面採行亦無困難，倘給予緩衝期並且妥適安排過渡措施，我國全面採用無面額股亦屬可行。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

各國公司法有關無面額與面額的規定，未見一致，從立法例來看，有四種規範方式，有僅採面額股者，例如英國；有採面額與無面額股擇一適用者，例如德國；有採面額與無面額股可同時適用者，例如英屬維京群島、澤西島；有全面採取無面額股者，例如日本、新加坡與香港。近年來各國似亦有朝向全面採行無面額股的趨勢。

香港自西元 2014 年 3 月全面強制採用無面額股，其參考其他採用強制性無面額制的國家例如澳洲、紐西蘭與新加坡，發現並無運作上之困難。同時，為使無面額股制度順利推行，給予 2 年過渡期間，便於公司審視與調整相關章程、契約與文件，並且規定過渡性條文，例如，在過渡期間經過後，公司尚未為章程中有關面額條款變更者，相關條款自動失效，換言之，公司無須召開股東會進行變更章程程序，以降低轉換成本。

(二) 我國立法分析

我國於西元 2012 年允許無面額與面額非新台幣十元之外國公司於我國上市櫃，西元 2015 年 9 月施行之閉鎖性股份有限公司專節亦允許閉鎖性公司擇一採用面額股與無面額股，而非閉鎖性之其他股份有限公司，則僅能採用面額股。

無面額股有前述許多好處，放寬使非閉鎖性公司可以適用，應為各界共識。問題在於，究竟應採全面強制適用無面額股(例如日本、新加坡、香港)，或者由公司擇一適用(例如美國)?倘採全面強制適用無面額股，其好處是只需要制定一套規則，降低執法與遵法成本，也不易造成公眾之混淆。但亦可預期的是，倘全面強制採用無面額股，由於公眾對於新制尚不熟悉，倘未經適當宣導，亦可能錯用。

倘全面採用無面額股，也需要考量設計降低變動的配套措施。例如，可以規定緩衝期經過後(例如 24 個月)，各公司章程中有關面額的記載即失其效力，已發行之股票所載每股金額視為無記載，換言之，公司無須為因應新法而召開股東會、修改章程、換發股票並進行變更登記；公司會計表冊中因發行新股所得之

溢價公積將自動併入股本科目；緩衝期經過前所通過之決議、發行之股份，與簽訂之契約，有涉及面額者，不因此失效。新法頒行後設立登記的公司，即應採無面額股。

另一方面，考量我國多數中小企業均為家族企業，股份多半鮮少轉讓，也沒有對外引進資金的需求，股本變動的可能性很低，採用無面額股的效益不高，故是否有必要強制這些公司全面改採無面額股，也值得思考。因此，倘認為全面採用無面額股變動過大，也可以考慮允許現存公司可繼續使用面額股，亦可改採無面額股，同時考量國際立法趨勢與無面額股的好處，不允許公司改回面額股，至於新設公司則應採用無面額股。

此外，無論是擇一採用，或者全面採用無面額股，只要引進無面額股，尚必須配合調整公司法相關規定：

1. 應全面檢視公司法下與實收股本有關的規定

由於無面額股全數股款列為股本，無資本公積科目，其所呈現的實收股本將與面額股下的實收股本有呈現極大反差。舉例來說，A 公司採面額股，面額為 1 元，增資發行新股每股 10 元，發行股數為 100 萬股，則收到股款為 1000 萬元，其中 100 萬元列為實收資本，900 萬元列為溢價公積；B 公司採無面額股，發行價格為 10 元，發行股數為 100 萬股，則收到股款為 1000 萬元，全數列為實收資本，公司無溢價公積。

由此可知，實收股本之高低，與公司規模與實際營運情況關聯甚微，然而，在現行公司法下，實收資本卻是主管機關進行管理的依據(例如第 20 條規定，實收資本額 3000 萬以上公司之財報，應經會計師簽證；第 161 條之 1 規定實收資本額五億元以上之公司應發行股票)，也牽動公司分配的結果(例如第 234 條規定，建業股息每屆分配之金額超過實收資本額 6% 時，應以超過之金額扣抵沖銷股東權益項下之預付建業股息；第 237 條規定，法定盈餘公積應提撥至資本總額為止；第 241 條規定，溢價公司可發給新股或現金，以該項公積超過實收資本額 25% 為限)，以及董事責任之追究(例如第 211 條規定，公司虧損達實收資本額二分之一時，董事會應即召集股東會報告)。

2. 應檢視股本與資本公積使用之相關規定

此外，無面額股下僅有股本而無發行新股所生的溢價公積，面額股下則可能有龐大的溢價公積，我國公司法下對於股本與溢價公積的使用，規定不同。舉例來說，採用面額股之公司，擬以資本公積發給現金，依第 241 條之規定，公司應無虧損，且應經股東會特別決議；採用無面額股之公司因無資本公積，所有股款皆為實收資本，倘擬減資退還現金，依第 168 條之規定，僅需股東會普通決議，且於非公開發行公司似無應無虧損之要求。為使公司不因選用不同制度而產生決策與營運規劃之困擾，也應全面審視現行法下股本與資本公積的使用。

3. 無面額股與面額股相互轉換時之處理

(1) 無面額股轉換為面額股

現行法下，並未禁止閉鎖性公司於無面額股與面額股間轉換，倘新法允許所有股份有限公司均可採用無面額股，且未禁止轉換為面額股時，則須處理轉換時可能產生的問題。

公司原採無面額股，後改採面額股者，必須變更章程，載明面額，並以面額除實收股本得出已發行股份總數，再依照股東出資比例取得股份數。倘未設計配套措施，可能產生實收資本無法整除的問題，增加公司運作成本。

舉例說明如下：

[例一] A 閉鎖公司採無面額股，第一輪發行新股時，發行價格為 0.1 元/股，發行 100 萬股，第二輪增資之發行價格為 1.5 元/股，發行 100 萬股，A 公司之實收資本為 160 萬元，今 A 公司欲轉換為非閉鎖性公司，倘考量面額大小與發行股份數、流通性，以及未來公開發行時價格等因素後，認為面額 3 元為適當，倘以 160 萬元除以 3 元/股，將無法整除，此時，必須透過增資或減資，將實收股本調整為 3 的倍數方能進行

[例二] B 閉鎖公司之實收資本額為 160 萬元，採無面額股，公司有三名股東，持股比例均等，在考量面額大小與發行股份數、流通性，以及未來公開發行時價格等因素後，認為面額每股 10 元為適當，則 160 萬元將發行 16 萬股，16 萬股將無法整除均分給三位股東，此時，亦必須透過增減資或股東間之協商解決餘數除不盡的問題，否則股東將持有不足一股的畸零數，增加公司運作成本。

對此，經商字第 10402137390 號謂，倘原採無票面金額股，其後改採票面金額股者，應改依票面金額股制度下相關規定辦理相關事宜。函釋對於前述無法整除問題並未具體說明處理方式。工作小組建議，在[例一]情況下所產生之餘數，可列為資本公積，在[例二]情況下可能使股東持有不足一股之畸零數，則可比照議題 1.1.8 下相關處理股東持有不足一股畸零數的修法建議辦理。

(2) 面額股轉換為無面額股

至於面額股轉換為無面額股，依閉鎖性公司專節規定，其所得之股款應全數撥充資本；依經商字第 10402137390 號，閉鎖性股份有限公司原採票面金額股，其後改採無票面金額股者，在票面金額股制度下，所提列之資本公積，應全數轉為資本。相關處理並無疑義，於新制下應可繼續沿用。

三、方案提出

針對本議題，工作小組提出以下修法建議：

(一) 考量無面額股有許多優點且為國際立法趨勢，同時亦為我國閉鎖性公司所採用，建議修改公司法第 129 條與第 156 條，允許所有股份有限公司均可採用無面額股。

(二) 無面額股與面額股係擇一採用，或強制全面採用無面額股，由於各方意見分歧，故初擬三方案，目前徵詢公眾意見中：

A 案：允許公司可以章程規定，擇一採用無面額股或面額股，公司可於無面額股與面額股之間任意轉換；轉換前已發行股票無需收回，其上所載之面額於轉換日視為無記載；無面額股轉換為面額股時應換發股票，股本無除整除之餘數可列為資本公積，股東可能持有不足一股的畸零數時，可比照議題 1.1.8 有關之修法建議。

B 案：現存公司可繼續採用面額股，亦可改採無面額股，倘改採無面額股，則已發行股票上所載之面額於轉換日時視為無記載；同時考量無面額股為國際立法趨勢，且有許多好處，故不允許公司再改回面額股；新法生效後設立之公司則一律採用無面額股。

C 案：全面強制採用無面額股，但應給予緩衝期(例如 24 個月)，同時設置過渡性條款(例如緩衝期期滿後，倘章程尚未變更，章程有關面額之規定視為無記載；發行新股所生之溢價資本公積併入股本)，以降低轉換成本。

四、修法委員分組審議決議

A、B 案提交委員會決議。

五、修法委員會決議

採 B 案。

六、修法委員會後續調整

參酌主管機關建議，考量無面額股制度引進我國時間尚短，國人可能較不熟悉，故改採 A 案，但調整為「公司可以章程規定，擇一採用無面額股或面額股，採用面額股之公司得轉換為無面額股，但採無面額股之公司不得轉換為面額股。轉換前已發行股票無需收回，其上所載之面額於轉換日視為無記載。」。

1.4.2 股份發行價格

廢止有關面額最低一元的經濟部函釋，由公司自訂面額。

一、現狀分析

(一)現行條文

公司法第 140 條規定，股票之發行價格，不得低於票面金額；又第 156 條規定，股份有限公司之資本，應分為股份，每股金額應歸一律。條文中均未規定最低票面金額。然經濟部 92 年 12 月 1 日經商字第 092022442000 號謂：「按公司法第 156 條第一項規定略以：『股份有限公司之資本，應分為股份，每股金額應歸一律……』又依商業處理準則第十二條規定「記帳以元為單位」是以，每股金額應以壹元、貳元、參元……等為單位。」

又民國 2015 年 9 月閉鎖性公司專節施行後，關於無面額股之發行價格，依經濟部 104 年 8 月 21 日「公司法閉鎖性股份有限公司專節條文相關疑義案會議」會議記錄，閉鎖性公司若欲發行每股金額低於新台幣壹元以下之股票者，則可採無票面金額之方式。

基此，現制下，採面額股之公司，其面額不得低於新台幣一元；採無面額之公司，其發行價格則無限制。

(二)產生的問題

現制下，以函釋規定面額股的最低金額，可能會產生以下問題：

1. 除公開發行公司外，非公開發行公司由於無法折價發行，最低面額可能使公司籌資困難；公開發行公司雖可折價發行，但倘資本公積不足的情況下，需列虧損。
2. 不利於公司依照自身需求進行股份合併與分割。
3. 限縮公司安排不同投資人出資金額與持有股數間之彈性，不利於新創公司之發展。

舉例來說，倘創業團隊與創投事業合作成立新公司，公司初期運作資金約需 2000 萬元，雙方約定公司發行 2000 萬股，創業團隊與創投事業各取得 50% 之股權，創業團隊因資金不足，僅能出資 100 萬元，其餘由創投事業出資。考量降低創投事業取得股份的成本以創造投資報酬率，雙方安排創業團隊以每股 0.1 元取得 1000 萬股，創投事業則以每股 1.9 元取得 1000 萬股。

然倘新創公司採面額股，依經濟部函釋面額最低應為每股 1 元，在創業團隊與創投事業資金差距為 19 倍且雙方各取得 50% 股權的條件下，創業團隊以每股

1 元取得 100 萬股，創投事業則以每股 19 元取得 100 萬股。在前述創投事業要求 10 倍投資報酬率的情況下，公司上市櫃的掛牌價就必須達到每股 190 元，價格過高將不利於上市櫃的成功與次級市場的形成。

換言之，實務運作中，創業團隊與創投事業基於各種因素考量，決定股權比例與出資金額，函釋增加了安排的困難度，也將降低創投事業投資的意願。

無面額股與面額股最根本的差異在於，面額股制下，由於公司應以面額作為最低的發行價格，故相當程度限制公司依自身情況決定股份發行價格之空間。法定最低面額則更進一步的限縮公司運營空間。

在我國閉鎖性公司專節引進無面額股，且未限制其發行最低價格的情況下，卻仍維持面額股最低一元的函釋，此一差異化規範，無論從理論上與比較法上，均找不到有利的支持。

倘廢除面額最低一元的函釋，雖增加公司彈性，但也需要注意超低面額股將可能導致公司實收股本很小但資本公積龐大，相關法制如何配套的問題。

(三)學者及各界意見

我國學界多贊成廢除面額最低一元的函釋，並有認為我國閉鎖性公司專節既已允許採用無面額股且無最低發行價格，自不應再限制面額股的最低發行價格。業界多認為應給予公司依自身需求訂定發行價格的彈性。但亦有認為，考量我國法定貨幣最小單位為一元，且為維持公司資本，仍應考量以一元為最低發行價格。對此，意見似有分歧。有認為法定最小貨幣單位與股份發行價格無關，廢除最低面額於會計與行政作業上均無影響；另有認為倘廢除最低發行價格，雖擴大了公司決定發行價格的空間，且倘由董事會決定新股之發行，又股東無新股認購權之情況下，確有引發股東權益保護之疑慮，但應透過強化董事責任等方式解決，倘硬性規定股份發行最低價格，對於股東保護之效果有限。亦有建議，倘擬發行新股之價格低於現已發行股份之平均發行價格時，董事會即應出具報告書說明該定價之正當性，此份報告書或可結合獨立專家意見以強化其可信度；亦可賦予少數股東向法院聲請禁止公司以不合理之價格發行新股之權利，司法制度設計上也應建立速審速決的商業法庭。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

關於無面額股與面額股是否有最低發行價格，從比較法上來看，僅少數國家規定最低發行價格，多數國家則無。例如採用面額制的英國無最低面額規定，採用無面額股之香港與日本亦無最低發行價格之規定，採面額與無面額擇一的美國，亦未規定。至於規定最低發行價格者，例如德國股份法允許公司擇一採用面

額股與無面額股，面額股不得低於一歐元，無面額股則不能低一歐元且不得低於最低發行價格(the proportionate amount of the share capital relating to the non par value，即實收股本除以已發行之股份數，換言之即每股平均發行價格)⁶⁰。換言之，相較於日本、香港與新加坡，德國無面額股規定有最低發行價格，並非實質意義上的無面額股。另外歐盟 2012/30/EU 公司資本指令亦規定⁶¹，公開發行公司之發行價格，於面額股不得低於面額，無面額股不能低於可計價值(accountable par)。

另有國家為確保股份發行價格之合理性而採取其他措施，例如紐西蘭公司法第 47 條規定董事應出具證明書，載明股份發行之對價與條款對公司與股東均為公平合理，相關證明書並應向登記機關申報。此外，日本會社法第 199 條規定，倘公司以特別優惠(particularly favorable)的條件發行股份，應向股東會說明原因；第 201 條公開發行公司則應於董事會決定發行新股條件後兩周內，通知股東；第 210 條則規定倘公司以顯不合理的方式發行新股，受有不利益之股東得請求公司停止發行新股，第 212 條規定，認股人與董事共謀，以不相當之金額認購公司股份，該認股人應補足該認購價格與公平價格間之價差。

香港重寫公司條例時，亦曾討論於全面採用無面額股後，是否應以法律規範股份之發行價格，香港公司法改革常務常委會建議無須就此進行管制，理由為廢除面額股雖將使公司可自訂股份發行價格，但這並不表示董事能自由訂定發行價格，董事仍應本於其受託義務，真誠地決定發行價格；受託義務制度與少數股東救濟制度都能確保董事係為全體股東利益而訂出合理的發行價格，故無需以立法進行管制。香港政府就此一議題徵詢公眾意見，多數回應者亦認為無規範之必要。

(二)我國立法分析

我國公司法未規定面額股之最低面額，以及無面額股之最低發行價格，主管機關則以函釋規定面額股最低新台幣一元，無面額股之發行價格則無限制。此一區別立法從理論上與比較法上，均找不到依據。

真正需要關注的重點在於，股份發行價格是否合理。此一問題，無論公司採用無面額股或面額股，均可能發生，而以法律規定最低發行價格或面額實際上無法防免不合理的發行價格。蓋公司股份之價格受許多因素影響，公司即便以高於面額的價格發行新股，該發行價格亦可能實際上低於股份之真實價值，從而導致原有股東之利益被稀釋；就無面額股而言，即便以德國法所規定的每股平均價格作為發行價格，也可能低於公司股份之真實價值，反之，每股平均價格可能高於股份之真實價值，倘法律規定應以此為最低發行價格，則將阻礙公司籌資。

也因此，與其抽象規定最低面額或最低發行價格，不如從股份發行價格之法

⁶⁰ 德國股份法, §§8 and 9。

⁶¹ 2012/30/EU, Article 8 and 9.

策程序進行規範。董事決定發行價格應本於受託義務，倘董事認購該次發行股份，除非所有股東均有新股認購權，否則此一股份發行應視為利益衝突交易，應依循利益衝突決策機制，例如表決權迴避與資訊揭露，並可透過股東代位訴訟對於董事進行究責。

此外，倘廢除最低面額一元之函釋，也需考量超低面額股可能造成實收資本額小但資本公積龐大的公司，新制需一併檢討有關溢價公積的使用，使公司不因採用無面額股或不同面額股，而影響其營運決策。

三、方案提出

關於本議題，建議修法方向如下：

- (一) 廢止有關面額最低一元的經濟部函釋，由公司自訂面額。
- (二) 維持現行無面額股無最低發行價格之規定。
- (三) 關於確保股份發行之合理價格：建議參照香港法之規定，無須對此特別制定規範，以董事受託義務、利益衝突交易程序、股東制止請求權，以及股東代位訴訟等既有規範，以及新制建議的股東不公平救濟應已充足。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

1.4.3 同次發行，發行條件發行相同者，價格歸於一律

保留同次發行，發行條件相同者，價格應歸於一律之現行規定。

一、現狀分析

(一) 現行條文

公司法第 156 條第 11 項規定：「同次發行之股份，其發行條件相同者，價格應歸一律。但公開發行股票之公司，其股票發行價格之決定方法，得由證券主管機關另定之。」本條但書為 2001 年公司法修正增訂，立法旨趣係為便利競價拍賣、詢價圈購等承銷制度的推動而設。

(二) 所產生之問題

現行公司法規定，同次發行之股份，其發行條件相同者，價格應歸一律。主管機關為確保價格一律，於公司為設立或增資登記時，要求應檢附董事會議事錄以供查證；倘同次董事會通過兩次發行且價格不同，發行基準日又相近時，登記機關會將要求公司補正說明。

然股份發行價格受許多因素影響，例如認購數量、對象、發行原因與條件等，如實務常見新創公司之創業團隊與天使投資人或創投事業之認股價格不同，但為符合現行法之要求，除非係發行不同條件之股份，否則必須「做成」不同次的董事會增資決議，依規定，每次增資均應於 15 日內辦理增資登記，但有公司為避免麻煩，數次增資後再辦理一次的增資登記。

同次發行同一價格之規範目的，似在保護股東，然從實際運作上來看，現行規定卻造成公司僅是形式上遵守法律，不僅無法保護股東，反而增加公司營運之成本，且使資訊更不透明。從過去政府機關兩次委託民間機構進行公司法全盤修正之研究，研究團隊均建議應放寬對於同次發行同一價格之規定，可見實務運作實與立法預設相差甚遠。

(三) 學者與業界意見

學界對此討論較少。業界則有認為應放寬由公司決定，亦有認為不同發行價格可能引發課稅問題。理律法律事務所於西元 2000 年公司法制全盤研究與修訂建議報告中，就此議題提出甲案及乙案。甲案：股票之發行，應依數量、對象、發行原因等因素，容許自由化，以發揮彈性定價之效率及增加公司之收益或提供員工等特殊利害關係人之誘因，並參考國外先進國家立法例、放寬同次發行條件相同股份價格應歸一律之規定，且為防弊起見，應以董事會特別決議並敘明理由始可為之，以求謹慎，並反映私法自治之原則；乙案則維持「同次發行之股份，其發行條件相同者，價格應歸一律」之規定。然該所於西元 2014 年健全企業經

營法制環境委託研究計畫則建議，不論是發行面額股或無面額股，同次發行且條件相同之股票，價格皆應歸一律。

萬國法律事務所則於西元 2003 年公司法制全盤修正計畫研究報告建議，為使公司籌資彈性運用並兼顧股東權益，原則上同次發行條件相同價格應歸一律以維股東平等，但可以股東會特別決議調整，並搭配召集事由之記載，使股東有所準備。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

從比較法上來看，美國法基於董事優位原則，發行新股原則上為董事會權限，除章程另有規定⁶²，英國與香港則應經股東會決議或股東會授權，此三法域對於發行價格則無規定。中國大陸⁶³與日本⁶⁴則明文規定同次發行價格應歸一律。日本法規定非公開發行公司發行新股，應經股東會特別決議決定之⁶⁵(同法第 199 條第 2 項與第 309 條第 2 項第 5 款)，或授權董事會決定，但必須決定發行之股份數上限與發行價格下限，此外發行價格對於應募人特別有利時，董事會亦必須於股東會說明理由⁶⁶；倘為公開發行公司，發行新股則由董事會決議之，並於兩周內將發行條件通知股東或公告；倘公司以顯不公平的方式發行新股，受有不利益之股東得請求公司停止發行新股⁶⁷；認股人與董事共謀，以不相當之金額認購公司股份，該認股人應補足該認購價格與公平價格間之價差⁶⁸。

(二)我國立法分析

是否應放寬同次發行條件相同者可用不同價格認購，一方面涉及籌資效率，另一方面涉及股東利益之保護，以及同次認股人之權益。倘重籌資效率，則發行新股之條件、價格與對象應由董事會決定，倘有不當或違法，可對董事，甚或認股人進行訴追，關鍵問題在於股東會是否取得足夠資訊；倘強調股東權益之保護，則股份發行應由股東會決議，既然已經股東會同意，則似無強制同一價格之必要。前述光譜兩端，各有利弊。此次修法旨在提供彈性，允許各公司可依照自

⁶² 美國德拉瓦州公司法第 141 條。

⁶³ 中國大陸公司法第 126 條第 2 項。

⁶⁴ 日本會社法第 199 條第 5 項。

⁶⁵ 日本會社法第 199 條第 2 項與第 309 條第 2 項第 5 款。

⁶⁶ 這類判決多涉及公開公司。最有名的最高裁昭和 50.4.8 民集 29 卷 4 號 350 頁，依要求在調和公司調度資金之便利性和既有股東之保護之前提下，應由股價漲跌之習性、交易實績、公司資產及收益狀態、股利發放情況等諸種情事綜合判斷。另關於非公開公司之股價評價問題，日本裁判實務上亦不乏案例（但未必是新股發行之案例，有可能是股份收買之案例），法院會視具體個案採用單獨採用或合併採用收益還元法、配息還元法、DCF 法、Golden Model 法等方式，以計算非公開公司股份之價格。

⁶⁷ 日本會社法第 210 條。

⁶⁸ 日本會社法第 212 條。

身需求，規劃適合的規則，並且透過資訊揭露，降低交易成本，則無論係董事會或股東會決定，均應使股東就發行內容有所知悉。

至於不同的發行價格對於同次發行的認股人而言，可能涉及該次發行是否有錯誤、受詐欺或被脅迫之情事。同次不同價格，雖然可能較易引發爭端，但認股人本可根據民法有所主張，公司法以強制相同發行價格為保護，似無必要。但應思考者，民法有關撤銷錯誤之意思表示的除斥期間係自意思表示後之一年，有關撤銷受詐欺或脅迫之意思表示則最長可為十年，股份發行十年後再行撤銷，恐影響過廣，或可參考日本公司法規定，撤銷認股意思表示的除斥期間均為一年⁶⁹，以早日確定法律關係。

至於倘新制放寬同次發行價格不一致，或不同次發行但時間相近，稅務機關基於實質課稅原則，可能認為以較低發行價格取得股份之認股人有所得而應課稅，此一稅務成本應由公司與認股人考量。

至於公開發行公司，由於其股東人數與屬性不同，且近年上市櫃公司私募所引發之爭議不少，是否維持現制，或亦可同步放寬，應由證券主管機關另為考量。

三、方案提出

(一) 於公開發行公司，考量股東人數與屬性與非公開發行公司不同，建議仍維持現行規定。

(二) 於非公開發行公司，雖各界多認為應予放寬，但如何配套以杜絕可能弊害，則有不同意見，修法委員會提出以下方案供參酌：

A 案：廢除同次發行條件相同，股份價格應歸一律之限制，現行法下董事受託義務、股東之禁止請求權、股東代位訴訟，以及新制股東不公平救濟，可為防弊(可考慮在立法理由中說明同次發行不同價格，應注意課稅影響)。

B 案：考量本條規定行之有年，且為避免產生課稅爭議，建議維持現行條文。

(三) 公司發行新股時，認股人之意思表示倘有民法第 92 條(被詐欺或脅迫而為意思表示)之情事，該意思表示撤銷權，自意思表示後，經過一年而消滅。

四、修法委員分組審議決議

(一)照提案通過。

(二)決議採 B 案，維持現行條文。

⁶⁹ 日本會社法第 211 條第 2 項。

(三)照提案通過。

公司法全盤修正修法委員會

1.4.4 無面額股下資本公積之處理

公司採用無面額股時，發行股份所得股款應全數列為股本；如公司原採用面額股，後改採無面額股，則原面額股下所提列之溢價資本公積，應全數轉為股本。

一、現狀分析

(一) 現行條文

現行閉鎖性公司專節第 356 條之 6 第 2 項規定，公司發行無票面金額股者，應於章程載明之，其所得之股款應全數撥充資本。換言之，新設閉鎖性公司者，倘採無面額股，則所得股款全為資本，無溢價資本公積；倘原為非閉鎖性公司轉換為閉鎖性公司後改採無票面金額股者，依經濟部經商字第 10402137390 號函釋，原票面金額股制度下所提列之溢價資本公積，應全數轉為資本。

(二) 產生的問題

現行公司法閉鎖性公司專節規定，公司倘採行無面額股者，所得股款應全數撥充為資本；反之，倘公司採行低面額股(例如新台幣一元)，則可能產生龐大溢價資本公積。由於現行公司法對於資本與資本公積之使用規定不同，對於採用無面額股或面額股，即生影響。

現行法對於股本與資本公積在用途、程序與債權人保護上規定不同且不明確，詳下表整理：

	會計科目	用途	程序	債權人保護
面額	股本	1. 填補虧損	股東會	✓ 公開發行公司：無虧損+債權人通知、公告與異議 ✓ 非公開發行公司？
		2. 發給現金或財產	股東會	✓ 公開發行公司：無虧損+債權人公告與異議 ✓ 非公開發行公司？
	溢價資本公積	1. 填補虧損	股東會	未規定
		2. 發給現金或財產	股東會	無虧損
		3. 發給股票	股東會	無虧損
	無	股本	1. 填補虧損	股東會

面額			權人公告與異議程序 ✓ 非公開發行公司？
	2. 發給現金財產	股東會	✓ 公開發行公司：無虧損+債權人公告與異議程序 ✓ 非公開發行公司？
	3. 發給股票	未規定	未規定

具體言之，就股本與資本公積返還現金或財產而言，兩者規定在程序面與債權人保護程度上有所不同。公司以資本公積發給現金必須遵循兩個要件：一是無虧損，一是應經股東會特別決議⁷⁰；而公司依第 168 條進行減資，卻沒有應無虧損之要求⁷¹，且僅需股東會普通決議即可，甚或可以臨時動議提出⁷²。此外，是否需踐行公司法第 73 條與第 74 條債權人公告與異議程序，亦不明確，縱使踐行，公司多半在小報刊登廣告，故實際上主張異議之債權人少之又少。換言之，現行法下，公司進行減資似乎比資本公積發給現金更為容易。無面額股與面額股之選用，卻產生股東分派的分歧結果與可能的套利行為，恐非立法原意。

(三) 學者與各界意見

學者有認為現今會計已不再強調股本與溢價資本公積之區分，而將資本的概念涵蓋所有股東所投入者，即包括狹義的資本(即股本)與溢價資本公積，因此公司法對會計及股利政策之規範似可朝此一方向檢討。亦有認為，既然閉鎖性公司專節已規定無面額股下所有股款均應列為股本，而無溢價資本公積，則倘新制允許所有公司均可採用無面額股，基於法律安定性，亦應遵循相同規定為宜。理律法律事務所在西元 2014 年健全企業經營法制環境委託研究計畫中，參照日本法之規定，建議原則上公司發行無面額股應將發行所得股款總額撥充資本，例外於發起設立時得經發起人全體同意、或於設立後經董事會決議而在不逾公司應取得股款半數範圍內不撥充資本、列入資本公積，以便公司財務運作上之彈性⁷³。

⁷⁰ 公司法第 341 條。

⁷¹ 但公開發行公司減資時，依發行人募集與發行有價證券處理準則之規定，應經會計師複核，由會計師填具股份有限公司申報案件檢查表，其中即包括應由會計師確認公司應無累積虧損。

⁷² 經濟部 980421 經商第 09802047330 號，按公司法第 168 條第 1 項前段規定：「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」；同法第 172 條第 5 項規定：「選任或解任董事、監察人、變更章程、公司解散、合併、分割或第 185 條第 1 項各款之事項，應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出」(本部 92 年 2 月 6 日經商字第 0920205640 號函釋影本併請參照，)。是以，除其他法令有特別規定外，非屬上開規定事項，股東得於股東會議以臨時動議提出減資議案，而由股東會以普通決議行之。

⁷³ 2014 年理律法律事務所健全企業經營法制環境委託研究計畫，頁 195。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

採用無面額的國家中，德拉瓦州公司法允許董事會得保留部份股款作為資本公積⁷⁴，公司僅能就淨資產(net assets)超過股本(stated capital)的數額進行分配⁷⁵；換言之，由於股本不能分配，倘股本越小，資本公積越大，則可分配的數額就會越大。該州採此分配原則的原因在於，假設債權人會以股本大小判斷股東設立公司時對於公司投入之多寡。美國模範公司法則有不同，其認為面額、股本等概念對於保障債權人並無實益，因此所得股款全數撥充股本，不區分股本(stated capital)、資本公積，盈餘公積(earned surplus)，公司可就淨資產超過清算時應優先分配予特別股之數額進行分配⁷⁶；換言之，不限制公司就股本進行分配。

日本會社法與德拉瓦州同，允許董事會保留一部分股款作為資本公積，但不得超過股款的二分之一⁷⁷。香港法則規定應全數撥充股本，事實上香港全面採用無面額股的原因之一，正是因為面額股下股款分拆為股本、溢價公積等多個會計科目，而每個科目均有不同的使用限制，導致會計制度複雜，運作上造成混亂，故採用無面額股後，即規定全部股款列為股本，不再區分溢價資本公積。

(二) 我國立法分析

既然我國閉鎖性公司專節規定，無面額股所得股款皆為股本，不再細分溢價資本公積，基於法律安定性，倘新制允許一般公司亦採用無面額股，則自應延續相同規定。現行法不再細分資本公積的做法，如同香港、新加坡與美國模範公司法，也能簡化會計程序，降低公司營運成本。

然倘新制允許公司擇一採用無面額股與面額股，而非強制全面採用無面額股，則必須處理現行規定下股本與溢價資本公積應如何運用，以及債權人保護的問題，也要避免公眾混淆。

股本與溢價資本公積之運用，從比較法上來看，有不同立法模式。有基於債權人之保護，認為股本不可分配，溢價資本公積始可分配，例如德拉瓦州；亦有認為抽象資本數額實無法保護債權人，無須區分股本與溢價資本公積，例如香港、新加坡與模範公司法。我國現行的立法模式似乎與後者較為接近，股本或溢價資本公積在符合相關條件下，均可分派，此有助於公司營運上之彈性，但所謂保護債權人之相關設計，則有不足。如前所述，對於不變動章程之形式減資與實質減資，是否有債權人公告與異議之適用，規範上容有疑義，且債權人異議制度的效益向受質疑。一則是如何落實通知或公告，倘未踐行相關程序，依法該減資不得對抗債權人，然在具體操作中，債權人要如何保障自己權利，實在困難重重；

⁷⁴ 美國德拉瓦州公司法第 154 條。

⁷⁵ 美國德拉瓦州公司法第 160 條(repurchase)與第 170 條(dividends)。

⁷⁶ 美國模範公司法第 6.40(c)(2)條，以及同條官方註釋第一段。

⁷⁷ 日本會社法第 445(2)條。

其次，現行法並未區分減資不影響債權人清償之情況，均需一體適用債權人異議制度，使公司提前清償或供擔保，也將不當地增加公司營運成本。新制建議以償付能力測試(詳見議題 1.4.6)取代債權人異議措施，應是較佳的債權人保護措施。

基於上述分析，建議新制應一致化股本與溢價資本公積之使用目的、流程與債權人保護措施，以免公司進行法規套利，也避免公眾混淆。

此外，採用無面額股與低面額股之公司，所呈現的股本數額將呈現反差，股本數額不能反映真實情況，而目前針對非公開發行公司所揭露的公司財務資訊，即為一公司之實收資本，可能使公眾誤解實收資本所代表的意涵。也因此，必須考量是否仍有必要維持實收股本之揭露？或應進行相關說明。

三、 方案提出

(一) 建議維持現制，即公司採用無面額股時，公司所得股款應全數列為股本；倘公司原採用面額股，後改採無面額股，則原面額股下所提列之溢價資本公積，應全數轉為股本。

(二) 倘新制允許無面額股與面額股擇一發行，建議配套措施：

1. 應考慮股本與資本公積在運用目的、程序與債權人保護方面的一致性，以避免法規套利。

2. 由於無面額股與面額股下的實收股本意義不同，倘仍維持現制，即公司應申報並登記實收股本，為避免公眾混淆，建議主管機關於公示資訊平台，加入以下文字說明：

(1) 採面額公司之實收股本，為每股面額與已發行股份總數之乘積，未計入公司溢價或折價發行之情況。

(2) 採無面額公司之實收股本，係指股東所繳股款之總額。

四、 修法委員分組審議決議

(一)照提案通過。

(二)決議調整第 1 點之文字：「應考慮股本與溢價資本公積在運用目的、程序與債權人保護方面的一致性，以避免法規套利。」

(三)向大會報告(二)中「建議主管機關於公示資訊平台加入文字說明」之部分，提請委員會決議是否妥適？此次修法有無其他部分須作相同之處理？

1.4.5 股份合併及分割

明訂公司得為股份合併與股份分割。因股份合併致股東持股不滿一股者，股東可請求公司以公平價格買回。

一、現狀分析

(一) 現行條文

所謂股份合併，係指將股份合併成為較少的股份，例如十股合為一股，股東所持股份，將按此比例縮減。所謂股份分割，係將一股份分成較多的股份，例如一股分為十股，股東所持股份，將按此比例增加。

嚴格意義下的股份合併與分割，不涉及實收股本的變動，因此在面額股下，股份合併需同比增加股份面額，股份分割則需同比減少股份面額；在無面額股下，自然無需增加或減少股份面額。以下說明現行法所涉及之條文：

1. 面額股

(1) 股份合併

若為股份合併，則在實收資本額不變動的情況下，應同比增加面額，此時應依公司法第 277 條經股東會特別決議以變更章程⁷⁸，但由於公司法第 278 條規定，公司非將已規定之股份總數全數發行後，不得增加資本，使得此種股份合併在現行法下並不可行⁷⁹。

(2) 股份分割

若為股份分割，則在實收資本額不變動的情況下，應同比減少面額，此時需依公司法第 277 條經股東會特別決議以變更章程⁸⁰。

實務運作中，常以第 241 條資本公積(溢價資本公積或受領贈與所得)或法定盈餘公積轉增資作為股份分割之方式，但該條規定公司需無虧損使得為之，此外，法定盈餘公積轉增資並設有以公積超過實收資本額百分之二十五之部分為限。

⁷⁸ A 公司章程記載面額 10 元，股份總數為 1000 股，章程所定資本額為 10000 元。A 公司發行新股 100 股，實收資本為 10 元 X100 股=1000 元。今擬 100 股合併為 10 股，在實收資本額不變動的情況下，面額應由 10 元增加為 100 元，即 100 元 X10 股=1000 元。

⁷⁹ 同上題，倘 A 公司變更章程為 100 元，章程所定股份總數 1000 股，則章程所定資本額為 100000 元，似屬於第 278 條所稱之增資。

⁸⁰ A 公司章程記載面額 10 元，股份總數為 1000 股，章程所定資本額為 10000 元。A 公司發行新股 100 股，實收資本為 10 元 X100 股=1000 元。今擬將 100 股分割為 1000 股，在實收資本額不變動的情況下，面額應由 10 元減少為 1 元，即 1 元 X1000 股=1000 元。

2. 無面額股

從理論上而言，由於無面額股沒有面額，故為股份之合併與分割時，僅需直接為已發行股份數之減少或增加，並依照比例發給股東即可，無須如同面額股，因需要同比例減少或增加面額，故尚應踐行變更章程程序。然由於現行法未明文規定無面額股下之股份合併與分割，故是否依第 202 條由董事會普通決議即可進行，仍屬有疑。

(二) 產生的問題

1. 實務運作上，有股份合併與分割之需求

實務運作中，企業有依照經營情況進行股份合併或分割之需求，例如：公司股價過高將導致流動性不足時，可進行股份分割，或者已發行股份數過於龐大，導致每股盈餘過低，股價難以推升時，可為股份合併。

2. 面額股下，股份合併與分割進行不易

在面額股下，欲進行股份分割與合併，程序上十分複雜，甚至不可行。如前所述，由於有面額，倘股份數增加或減少，必須同步調整面額，否則股東即應補足差額股款或者公司應退還股款。倘調整面額，則須變更章程，應經股東會特別決議，解釋上也可能因第 278 條規定之適用而使增加面額的股份合併不可行。

3. 無面額股下之股份合併與分割，現行法未規定

無面額股則因沒有面額，在股份分割與合併上之程序簡化許多，舉例來說：A 公司採行無面額股，章程所定股份總數為 1000 股。A 公司發行新股 100 股，每股發行價格為 10 元，則實收資本為 1000 元。今擬 100 股合併為 10 股，則只需要將已發行股份總數由 100 股變更登記為 10 股即可。同樣地，倘 A 公司擬將 100 股分割為 1000 股，也僅需要將已發行股份總數由 100 股變更登記為 1000 股即可，不須變更章程(除非章程記載之股份數不足)，也沒有須補足差額或退還資金等問題。後續只需要辦理股票換發與股東名變更登記即可。然由於現行法未明文規定無面額股下之股份合併與分割，是否依第 202 條由董事會普通決議即可進行，仍屬有疑。

4. 股份合併時，可能產生持股不滿一股

股份合併時，倘股份合併幅度很大，可能使股東持有不足一股之畸零數，如何處理，涉及公司經營成本與股東權益。茲舉下例說明：

(1) 面額股

A 公司面額 10 元，發行 100 股(甲持有 50 股，乙為 35 股，丙為 15 股)，實收資本為 1000 元，今為股份合併，20 股合為 1 股，已發行股份數減少為 5 股，面額提高為 200 元，實收資本仍為 1000 元。依照現行法，由於面額提高，應經

變更章程之股東會特別決議，三人之持股數分別為甲 2 股+0.5 股，乙為 1 股+0.75 股，丙為 0.75 股。

我國公司法對於不足一股之畸零數的處理並無特別規定，實務運作上有以下幾種可能性：

1. 甲乙丙不足一股之畸零數可合併，共同持有 2 股。

2. 甲乙丙不足一股之畸零數可以進行買賣，或買給第三人，買賣價格經雙方協商。

3. 甲乙丙繼續持有不足一股之畸零數，並行使股東權利。

前述第一種情況，形成股份共有關係，會有一定的運作成本；第二種情況也需要有人願意購買，同時尚須考量買賣價格是否合理；第三種情況，將使不滿一股之畸零數繼續存在，可能增加公司經營成本。

(2)無面額股

A 公司發行 100 股(甲持有 50 股，乙為 35 股，丙為 15 股)，實收資本為 1000 元，今為股份合併，20 股合為 1 股，已發行股份數減少為 5 股，實收資本仍為 1000 元。此時，三人持股數分別為甲 2 股+0.5 股，乙為 1 股+0.75 股，丙為 0.75 股。前述不足一股之畸零數的問題，在無面額同樣會發生。

(三)學界與各界意見

學界與業界均贊同應更便利公司股份分割與合併的進行，增加公司營運彈性，並有認為現行法雖可透過資本公積轉增資達到相同效果，但需無虧損始得為之，似無必要。亦有關注股份合併下，可能產生的股東權益保護問題。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

從比較法上觀察，多數國家均明文規定，公司可經董事會或股東會決議進行股份合併與分割，例如美國德拉瓦州⁸¹、模範公司法⁸²、香港⁸³與日本⁸⁴。此外，對於因股份合併與跟分割產生不足一股之畸零數，多數國家規定公司「應」或者「得」合併處分後，將所得股款按比例分配之，或者公司可以公平價格收買，以降低公司營運成本。也因此，這些國家之控制股東或經營團隊可能以減資或股份合併方式達到逐出小股東的目的，從而引發訴訟。由於關鍵問題在於股東是否取

⁸¹ 德拉瓦州公司法第 242(a)(3)條。

⁸² 美國模範公司法第 6.23、13.02 條。

⁸³ 香港公司條例第 170(2)(e)、170(3)條。

⁸⁴ 日本會社法第 180(2)、183(2)條。

得公平價格，美國模範公司法與日本會社法均規定不同意股份合併的股東，有異議股東股份收買請求權⁸⁵。

以美國為例，美國德拉瓦州公司法第 242(a)(3)條與第 242(b)(1)條規定，股份合併或分割倘涉及授權資本之增減，應經股東會特別決議；倘未涉及授權資本之增減，法未明文規定其程序，依董事會優位原則，應經董事會決議；第 155 條規定，倘股東持有不足一股之畸零數，公司可發行股份以使股東擁有完整的一股，或應安排股份之處分，或公司以現金支付公平價值(pay in cash the fair value of fractions of a share)買回該股份。該州衡平法院判決指出，控制股東利用股份合併逐出少數股東應依完全公平原則(entire fairness)，除非有設立獨立委員會或股份合併係經少數股東之多數(MOM)同意⁸⁶。

美國模範公司法第 6.04(a)條規定，公司「得(may)」發行不足一股之畸零數、買回或安排處分；同條(c)項規定持有不足一股之畸零數股東仍有股東權，包括投票權、盈餘分配請求權、剩餘財產請求權，按比例行使。第 13.02(a)(4)條規定，倘公司進行股份合併，且公司「應」或「有權」買回因此所生不足一股之畸零數，股東有股份收買請求權。該條註釋謂，如同現金逐出合併，此時股東可能被迫接受現金而離開所投資之公司，自應賦予股份收買請求權。

另外，美國馬里蘭州公司法第 309(e)條規定，除章程另有規定，有價證券為依美國 1934 年證券交易法發行之公司，或為依 1940 年投資公司法設立之開放型投資公司，可以董事會多數決而不經股東會決議，變更章程進行股份合併，但股份合併比例於一年之內，不能超過 10 股換 1 股；公司應於股份合併生效後 20 日內，寄發書面通知予股東。

至於日本會社法，關於股份合併，應經股東會特別決議(第 180 條 2 項及第 309 條 2 項 4 款)，董事會應於股東會中說明理由，並於股東會決議後兩週內寄送通知或公告予股東。值得注意的是，日本於西元 2014 年修正會社法時，新增不同意股份合併之股東的股份買回請求權(第 180 條之 4)、得提出類似假處分請求停止合併(第 180 條之 3)、事前及事後的資料備置提供(第 180 條之 2 及第 180 條之 6)，以及買回價格無法協議時之法院介入(第 180 條之 5)。

如此嚴格的程序措施，主因在日本法基於公司營運成本的考量，對於不足一股之畸零數之權利行使有較多的限制，第 189 條規定，不足一股之畸零數不能行使表決權，其他股東權利除本條明文應保留者外，均可以章程加以限制。此外，第 235 條規定，因股份分割與合併造成不足一股之畸零數之情況(倘合計少於一股，則四捨五入為一股)，公司應變賣後，按比例給付予股東。

至於股份分割，由於考量對於股東的權益影響不如股份合併劇烈，故第 183(2)條之規定，可經股東會或董事會決議，此外，亦無股份收買請求權的機制。

⁸⁵ 美國模範公司法第 13.02 條，日本會社法第 180 條。

⁸⁶ *Ginette Reis v. Hazelett Strip-Casting Corp.*, C.A. No. 3552-VCL (Del. Ch. Jan. 21, 2011).

(二) 我國立法分析

有關股份合併與分割之需求，過去較多見高價股以股份分割以增加流動性之需求；就股份合併來說，新制下倘允許無面額股以及超低面額股，則公司成長到某一階段，即可能有股份合併之必要。

法規設計之考量，則主要涉及兩個方面：其一，決策機關應為股東會或董事會；其二，股份合併與分割所造成不足一股之畸零數如何處理。

1. 決策機關

考量在面額股下，股份合併與分割涉及變更章程，從我國現行法來說，應經股東會特別決議，然比較法上也有法域考量股份分割對於股東權益影響較小，為提升公司經營效率，股份分割由董事會決議，但應踐行通知股東程序。此外，也需考慮，在無面額股下，股份合併與分割不涉及變更章程，是否董事會決議即可？

決策機關也與不足一股之畸零數制度之設計有關，倘允許公司得處分或買回，由於股東可能被現金逐出，則透過提高表決門檻或者其他股東保護機制，仍有必要。

2. 不足一股之畸零數制度

考量不足一股之畸零數可能造成公司作業上之困難度，增加營運成本，較多法域對此均設有規定，例如變現或買回。

我國有部分規定涉及避免發行不足一股之畸零數之情況：例如公司法第 267 條第 3 項，公司發行新股時，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。第 240 條第 1 項，公司分派股票股利時，不滿一股之金額，以現金分派之；依經濟部函釋，數股東可合併其各不滿一股之金額為一股或數股，由其中某股東承受，仍由公司發給股票⁸⁷。第 241 條資本公積與法定盈餘公積轉增資，雖無明文規定，但依經濟部函釋⁸⁸，亦可類推適用第 240 條之規定，換言之，不足一股以現金分派之。此上規定，目的均在避免公司發行不足一股之畸零數，以免股份過於細分。

現行法對於股東應股份合併或分割所取得不足一股之畸零數應如何處理，並未規定，是應強制或允許公司處分或買回，還是允許其繼續存在，各有利弊。從比較法上來，採用前者似為多數，並均輔以公平價格作為保護股東之機制。

三、 方案提出

⁸⁷ 77.12.05 經(77)商 37261 號函解釋參照。

⁸⁸ (86) 經商字第 86206033 號。

考量股份合併與分割，對於股東影響不同，工作小組分別就此兩者提出修法建議如下：

(一) 股份合併

1. 面額股

A 案：公司應經股東會特別決議，在不變動實收股本下，增加每股金額並按股東持股比例減少已發行股份總數。倘因此造成股東持有不滿一股者，除合併共同持有或歸併一人持有者外，股東得請求公司以公平價格買回其不滿一股之部分，倘就公平價格無法達成協議者，得請求法院為公平價格之裁定(有關股份收買請求權，建議可準用企業併購法之相關規定)。

B 案：公司應經股東會特別決議，在不變動實收股本下，增加每股並按股東持股比例減少已發行股份總數。倘因此造成股東持有不滿一股者，除合併共同持有或歸併一人持有者外，公司應以公平價格買回其不滿一股之部分，倘就公平價格無法達成協議者，得請求法院為價格之裁定(有關股份收買請求權之程序，建議可準用企業併購法之相關規定)。

2. 無面額股

A 案：(第一項)公司應經董事會特別決議，在不變動實收股本下，按股東持股比例減少已發行股份總數。倘因此造成股東持有不滿一股者，除合併共同持有或歸併一人持有者外，股東得請求公司以公平價格買回其不滿一股之部分，倘就公平價格無法達成協議者，得請求法院為公平價格之裁定(有關股份收買請求權之程序，建議可準用企業併購法之相關規定)。

(第二項)董事為前項決議日後 20 天內，應向股東寄發通知或公告。

B 案：(第一項)公司應經董事會特別決議，在不變動實收股本下，按股東持股比例減少已發行股份總數。倘因此造成股東持有不滿一股者，除合併共同持有或歸併一人持有者外，公司應以公平價格買回其不滿一股之部分，倘就公平價格無法達成協議者，得請求法院為價格之裁定(有關股份收買請求權之程序，建議可準用企業併購法之相關規定)。

(第二項)董事為前項決議日後 20 天內，應向股東寄發通知或公告。

(二) 股份分割

1. 面額股

公司應經股東會特別決議，在不變動實收股本下，減少每股金額並按股東持股比例增加已發行股份總數。

2. 無面額股

公司應經董事會特別決議，在不變動實收股本下，按股東持股比例增加已發行股份總數。公司並應於董事會決議後 20 日內，寄送通知予股東。

(三) 考量公司法第 278 條將阻礙公司籌資效率以及安排股份合併與分割之彈性，建議刪除之。

(四) 股份合併與分割在面額股下，因必須調整面額，倘公司發行股票，尚須辦理股票換發，現行第 279 條規定，6 個月內未換取新股票者喪失股東權，並就拍賣價金給付股東，此對股東影響甚鉅，建議予以刪除，另改以公司因股份合併換發股票，應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，不得行使股東權，直至換取新股票為止；公司應將不得行使權利期間股東應受領之分配予以提存。

(五) 第 280 條準用 279 條 2 項，但股份之合併與股東換取減資換發之新股似無關聯，應是因先前修法時條號變動，本條卻未能配合修正。建議應將公司法第 280 條刪除。

四、修法委員分組審議決議

股份合併：面額股部分決議採 A 案、無面額股部分決議亦採 A 案。

其餘各點，照案通過。

五、修法委員會決議

考量股份合併或分割對於非公開發行公司的實益較小，且股份合併可能造成股東持股不足一股之情況，故建議不區分面額股或無面額股均調整為應經股東會特別決議始得進行股份合併與分割。公開發行公司證券主管機關另有規定者，從其規定。

1.4.6 無面額制下增減資而不變更已發行股份數

增訂採行無面額股之公司，於減資以彌補虧損或發給現金或財產時，得不減少已發行股份總數；以及以盈餘轉為股本時，得不發行新股。

一、現況分析

(一)現行條文

現行公司法閉鎖性公司專節雖可採用無面額股，但對於無面額股下為第 168、168 條之 1 減少股本並退還現金(即減資)，或減少股本以填補虧損，能否僅為實收股本數額之變動，而不減少已發行股份總數，或者能否進行第 240 條盈餘轉為股本而不發行新股，現行法則無相關規定。

(二)所產生之問題

同比例增加或減少已發行股份總數，都可能因此產生不足一股之畸零股，而在公司有發行股票的情況下，還須增發或換發股票，增加公司營運成本。引進無面額之好處，即在於無須受制於面額，已發行股份總數之增減都可看作是實收資本額的比例變化，如此可以使減資與增資的流程簡化、成本降低。

(三)學界與各界意見

各界對此意見不多，基本上均支持修法以提供彈性，使公司可依據自身情況選擇處理方式。

二、比較法分析

(一)他國法分析

就採行無面額股制度的國家，例如香港與日本，均允許公司得在不增加或減少已發行股份數的情況下，進行盈餘的分配或減資。香港公司條例第 170 條規定，公司可以在沒有配發與發行新股下，增加其股本或將利潤資本化(即盈餘轉為股本)；第 210 條規定，公司只要符合減少股本的相關程序，則可以任何方式減少其股本；此處所謂的相關程序係指，減資應經股東會特別決議，並經董事償付能力測試或經法院確認；換言之，法律對於減資是否需要減少已發行股份總數，並無任何限制，對照第 170 條允許可不發行新股而增加股本，則不減少已發行股份數而減少股本，亦應為可行。英國公司法第 853 條第 3 項亦有相關規定，換言之，公司得將盈餘轉為資本而不發行新股，且限制公司僅能從可分配利潤(盈餘)中做出上述分配。

至於日本法，減少股份總數與減少資本為兩個獨立的程序，應分別經股東會決議始得為之；前者應依第 180 條股份合併程序進行，後者應依第 447 條進行，但兩者依照第 309 條之規定，均為應經股東會特別決議事項。換言之，倘減少資本以填補虧損或分給現金而不同步減少已發行股份總數，僅須踐行第 447 條減少資本程序；倘減少資本同時要減少已發行股份總數，則必須同時踐行第 447 條與第 180 條之程序。也就是說，公司可以自行決定減資時是否需要同比例減少已發行股份總數。

(二)我國立法分析

面額股制度下，實收資本額應為每股面額與已發行股份總數之乘積，致使實收資本額、每股面額與已發行股份數為連動關係，換言之，只要其中一項因素改變，必有另一項或兩項隨之調整。

無面額股制度下，由於沒有面額，僅有已發行股份總數與實收資本額，實收資本額之增減，代表每一單位股份數的實質價值的增減，無須連動已發行股份數之增減，公司可省去發行或消除股份的成本，減少不足一股之畸零數產生的情況與處理的成本，也無須換發股票。此乃無面額股制度相較面額股的好處之一。

我國閉鎖性公司專節引進無面額股制度，自應善加利用此一無面額股之特點。考量制度引進初期，我國公司與投資人對無面額股制度尚不熟悉，建議可明文允許採用無面額股之公司，於減少資本以填補虧損或發給現金，或盈餘轉增資時，可不變動已發行股份總數。

三、方案提出

(一)建議修正公司法第 168 條與第 168 之 1 條，增訂採用無面額股之公司，於減少資本以填補虧損或發給現金(或財產)時，可不減少已發行股份總數。

(二)建議修正公司法第 241 條，應訂採用無面額股之公司，於盈餘轉為股本時，得不發行新股。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

第五節 分配(包括盈餘分配、減資、股份買回)

1.5.1 股息與紅利

公司法條文中，「股息與紅利」統一改為「股利」。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法第 232 條係規定公司分派股息及紅利之前提與限制。第 1 項規定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。第 2 項規定公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。據此，現行公司法係將股息與紅利分別規範。

(二) 產生的問題

股息與紅利對股東而言均係「公司所分配之盈餘」，皆屬股東「投資報酬」，是否仍須以「股息」或「紅利」加以區分，不無疑問？且是否真有區別實益亦值探討。

(三) 學者及各界意見

經濟部曾於民國 94 年 12 月 26 日經商字第 09402199670 號函釋，認為公司盈餘之分派，分為股息及紅利，而登記實務上，紅利又分為股東紅利、員工紅利、董監事酬勞。財政部證券期貨管理委員會於民國 78 年 5 月 4 日臺財證(二)字第 7345 號函釋，認為股息及紅利係屬股票之從屬權利，除上市股票另有規定外，應隨同主權利移轉於受讓人。是以主管機關係將股息與紅利作為不同之概念而加以區分。

我國公司法學者有認為股息與紅利係二不同概念。從定義上而言，股息係指依定額或定率所分派之盈餘，亦即資本上計算之利息；紅利則是於股息外增加分派之盈餘。然而，亦有學者認為將股東之投資收益區分為「股息」及「紅利」似有不妥，蓋因股東將資本投入公司後，基於股東權之特性，公司並無向股東支付「利息」之義務；既然股東將資金以購買股份之方式投資，即已放棄作為債權人所享有「利息」之投資報酬保障，而選擇以負擔虧損風險之代價，獲取享受盈餘分配及出售所獲資本利得等利益，作為投資報酬。是故，公司所分配之盈餘，皆屬股東之「投資報酬」，不宜區分為「股息」或「紅利」。

此外，亦有認為，現行公司法已將員工分紅予以費用化，既然得分享公司盈餘者僅剩股東，則是否維持股息與紅利分列之做法不無疑問。不論是股息或紅利在現行法下皆出自公司盈餘，則以一固定數字表彰股息，再以剩餘之盈餘以紅利名義分派予股東似無實益。此外，實務上就股東所得之分派多逕以股利稱之。

業界對此多無意見，大抵遵從現行法制規定而為記帳或分派股息紅利，運作上似無特別問題。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國法並無區分股息與紅利，而以「dividend」之用語通稱。香港法亦無區分股息與紅利，係以「distribution」(分派)之用語而定義所有將公司的資產分派(不論是否採用現金形式)予其成員之行動。英國法亦是以「distribution」與「dividend」之概念涵括，而無區別股息與紅利。

(二) 我國立法分析

傳統上認為股息與紅利唯一之區別在於，前者為定額或定率之盈餘分派，後者則是股息外增加之盈餘分派；且以往紅利之分派又可區分為股東紅利、員工紅利及董監事酬勞。然而，對股東而言，股息與紅利均為公司所分配之盈餘，皆屬股東「投資報酬」，不宜以「股息」或「紅利」加以區分，蓋公司並無向股東支付利息之義務，股東所期待之投資收益，應係盈餘分派或是出售所獲資本利得等利益。

雖過去習慣上將股息與紅利分別視之，前者類似於借款利息之概念，後者則是超過股息部分之分紅，惟必須釐清公司並無針對股東支付「利息」之義務，既已投資於股票便已放棄如債權人一般有「利息」之保障，而須負擔虧損之風險，股東享受盈餘之利益，應均屬於「投資報酬」，立法上不應再有一部為股息一部為紅利之分。且在員工紅利與董監酬勞費用化後，股息與紅利已無區分之實益，因此，委員會建議法條文字統一改為股利，而不再區分股息與紅利。

三、方案提出

關於股息與紅利是否仍應予區隔之相關規定，建議修正公司法第 232 條或其他有相關用詞之條文，一併改為「股利」。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

1.5.2 建業股息制度

增加分派前應經「償付能力測試」之決議，又條文中「實收資本額」改為「實收資本額加上發行新股產生之溢價資本公積」。

一、現況分析

(一) 現行條文

為給予營運準備期較長之新設立公司得於特殊情況下分配股利，鼓勵投資，公司法第 234 條規定，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。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) 產生的問題

公司法第 234 條規定准予公司無盈餘而得分派股息，實為變相之減資，立法理由中所舉事業如：高速鐵路、航空科技、鋼鐵等產業，既為資金密集需求產業，卻又容許公司以建業股息方式，將資金發還給股東，實有自相矛盾之處，故應探討建業股息制度是否保留？再者，近年相關公司法第 234 條之訴訟，爭點多集中於第 1 項後段「開始營業」之認定時點，若保留建業股息制度，是否應明確定義「開始營業」之時點？此外，公司法第 234 條第 2 項以「實收資本」為抵充標準，是否應予調整？此等疑義在現行法下均不明確。

(三) 學者及各界意見

就應否保留建業股息制度而言，持肯定說之學者多認為公司在開始營業前，原則上不得分派股息，惟例外為鼓勵大企業之設立與經營，對於非長期籌備無法完成之礦業、大工廠、鐵路、運河及水電等與國計民生有關之經營，若於長期間內，無分派股息之機會，則人人將裹足不肯投資，致影響股東之招募，故有建業股息制度。雖經時空變換，當初鼓勵資本集中產業設立的立法目的或許不復存在，但基於鼓勵企業投入新創產業，提高股東投資意願，增加新創產業籌資機會，建業股息制度仍有其存在之必要性。再者，公司欲發放建業股息，除須依章程之規定，尚須由主管機關許可，主管機關可做審查以為債權人把關，尚無違資本維持原則之疑。

就「開始營業」時點而言，主管機關認為應視公司目的事業主管機關之認定。學者則有認為建業股息「開始營業」之認定，因發行公司與投資人間於進行有價證券私募行為時，已有一認股契約存在。於兩造認購特別股契約中，風險預估書若業已記明推估開始營業之時點時，當以此時點為認股契約之開始營業時間點。

另就分派建業股息之金額是否應以實收資本為抵充標準而論，採肯定說之學者認為，公司法第 234 條第 2 項所稱之「預付股息」應稱為「遞延股息」，且應列入股東權益之減項，以與會計概念及原則相符。另，股息及紅利並稱為「股利」，抵充標準應為「實收資本額」。惟亦有學者認為，依公司法第 232 條第 1 項後段之規定，公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。分派股息、紅利既以盈餘為基準，則若保留建業股息制度，其分派之金額，除應以預付股息列入資產負債表之股東權益項下外，於公司開始營業後，應以「彌補虧損及依法提出法定盈餘公積後之已實現累積盈餘」之一定比例為其扣抵沖銷之標準。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

查建業股息為我國公司法獨有之制度，其他國家，不論英美法系（英國、美國、香港、新加坡）或大陸法系國家（德國、日本、中國大陸）均無此規定。

(二) 我國立法分析

建業股息實務上並不常見，且是盈餘分派之例外，如因考量大型公共建設之籌資需要而繼續保留建業股息制度，除需要目的事業主管機關許可外，建議分配時，應同時考慮增加「償付能力測試」（詳見議題 1.4.6），以保障債權人之權益。

至於「開始營業」時點之判斷，具體契約可能有不同之規定，基於尊重契約自由及增加實務運作之彈性之考量，建議不宜在公司法強行規範「開始營業」之時點，個別案件若有爭議，則由司法程序判斷。

有關建業股息抵沖之基準，目前以實收資本額為規範，主要是開始營業後新增之股東，可以至少在實收資本額之 6% 範圍內，可以優先獲配當期之盈餘，超過的部分再抵沖建業股息，但若公司獲利未超過實收資本額之 6% 之情況下，建業股息可能無法沖抵；至於其他學者所建議「彌補虧損及依法提出法定盈餘公積後之已實現累積盈餘」之一定比例，可以確保在有盈餘的狀況下，漸進沖抵建業股息，不致讓該股東權益減項一直掛在帳上。前者對於開始營業後新增之股東較有保障，後者可避免建業股息長期無法沖抵，各有不同優點，惟若依現制採前者，則考慮無面額股及低面額股之採用，建議改以「實收資本額加上發行新股產生之溢價資本公積」為計算基礎。

三、方案提出

關於建業股息制度之規定，建議方案：

(一) 維持建業股息之規定，因其實質上與減資無異，配合新制下減資制度，增加

「償付能力測試」。

(二) 關於公司開始營業後，每屆分派股息及紅利扣抵沖銷之計算基準，建議以下方案：

A 案：維持現有規定，但為因應無面額股與低面額之採用，「實收資本額」應改為「實收資本額加上發行新股產生之溢價資本公積」。

B 案：應以「彌補虧損及依法提出法定盈餘公積後之已實現累積盈餘」之一定比例為其扣抵沖銷之標準。

四、修法委員分組審議決議

(一) 照提案通過。

(二) 決議採 A 案。

公司法全盤修正修法委員會

1.5.3 盈餘轉增資、盈餘分派

盈餘分配原則由董事會決議，但章程可約定由股東會決議。並應增加少數股東救濟機制，避免董事會長期不分派盈餘。

一、現況分析

(一) 現行條文

有關盈餘之分派，現行公司法第 228 條規定公司應於每會計年度終了，由董事會提出盈餘分派案，經股東會決議。但閉鎖性公司依第 356 之 10 條規定，得以章程規定每半會計年度為盈餘分派，並提董事會決議即可。

有關盈餘轉增資，公司法第 240 條規定，公司得以股東會特別決議，將分派之盈餘，一部或全部以發行新股方式為之（即盈餘轉增資）。另依公司法第 266 條規定，發行新股為董事會之權限，是以上述股東會決議後，尚須董事會特別決議發行新股。

(二) 產生的問題

首先，盈餘分派之決議應為董事會之權限或股東會之權限，容有爭議。由於董事會負責公司經營，對於公司之營運狀況及資金需求較為瞭解，雖對於盈餘分派案有提案權，但最終仍須由股東會決議為之，導致實務上董事會對於股利政策，除考慮公司營運需求外，尚須考量股東接受度，而無法完全以公司最大利益來衡量，甚或需要刻意保留一些股利分派的空間，讓股東在股東會時有調整董事會提案，以彰顯股東在盈餘分派案有主導權之奇特現象。

另一方面，倘是否分派盈餘由董事會決議，亦可能會產生董事會因受大股東把持，藉由不發放盈餘壓迫小股東之情況，因此，也需要考慮小股東保護的問題。

(三) 學者及各界意見

理律法律事務所於西元 2000 年公司法制全盤研究與修訂建議中，建議盈餘分派事項改由董事會決行。預期效益為配合財務學與資本市場現況，擴大經營階層決策範圍、提升企業營運效率。是否應為盈餘分派、如何分派，實際從事公司經營運作之董事會應最明瞭，並由其本於公司利益決定盈餘分派之相關事項較為適當。考察外國立法例如美國，多有將盈餘分派事項交由董事會決行之制度，此一制度亦有助於建立長期可行之股利政策，並可協助推動每季預發股利之實務，有助於投資人權益之落實。爰將盈餘分派修正為由董事會決議，並向股東會報告。

學者有認為，西元 2014 年行政院所提之草案中，已將半年分派盈餘之決策權限劃歸於董事會，並輔以會計師查核簽證（採 IFRS 後，半年報不必經會計師簽證）以及盈餘分派之內容上網公開；應無由股東會常會承認之適用，則未來修

法上不論為半年或每年會計年度終了之分派，均不宜再有董事會必須依公司法第230條提出而由股東常會承認之必要，以求規範一致性。

業界則普遍建議盈餘分派決策機關應為董事會，其一是因為董事會瞭解公司長期發展之資金需求；其二因董事有受託人義務，若將權限交由股東，股東並無相關義務可言，反倒沒有踩煞車的餘地；其三是因為目前股東會決議變動分派比例的案例不多，似列報告案即可；其四，國際立法趨勢亦是由董事會決議。因此建議盈餘分派由董事會決議，於股東會列為報告案。

若將盈餘分派決策權歸屬於董事會，且於股東會報告即可，如此則衍生對小股東保護之議題。業者提及，公司大股東多為董事，傾向希望保留公司資金；小股東則希望多分配盈餘。改為報告案後應如何保護小股東，有業者認為保護少數股東之相關配套措施由子法規定即可；亦有認為因為非公開公司很少有小股東存在，因此較無需以股東平等原則的邏輯思考，否則許多制度都難以放寬。另要說明者係，如股東會改為報告案，則業者建議在股東會報告之前即可進行盈餘分派，以使股東可以盡早收到股利。不過，也有少數業者認為非公開發行公司的盈餘分派決策權為董事會或股東會，應由公司自由決定。

簡言之，大多數學者與業界贊同盈餘分派之決策權歸屬董事會，蓋董事會實際從事公司經營運作，較了解公司經營狀況，也有能力及責任依其商業判斷考量公司長遠之利益。然而，少數業者認為，我國公司已長時間熟習股東會作為盈餘分派之決策機關，本於不同國家之民情，似無必要予以改變。

另按現行公司法規定發放股票股利之程序，依上述規定須以股東會特別決議為之，另發行新股尚須董事會特別決議。相較於發放現金股利僅須經股東會普通決議（承認），發放股票股利竟要求以特別決議為之，似有未洽，蓋發行現金股利將影響公司資產，發放股票股利則僅為股東權益科目間之調整，兩者影響公司財務狀況之程度自有不同，是發放現金股利及股票股利之股東會決議程序，似有輕重失衡。惟亦有論者以股票股利之發放等同強制股東認股，影響股東權益甚鉅，故若以股票股利代替現金股利，則須經股東會之特別決議。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

美國模範公司法§6.40、德拉瓦州公司法§170、英國公司法§829-831皆規範盈餘分派決策權屬於「董事會」。然日本會社法第454條規定分派決策權原則上屬於股東會，例外於期中分派時方屬於董事會。

日本股份有限公司亦可經股東會決議以「剩餘金（相當於我國之保留盈餘）」轉資本金，且於符合一定條件下，可由取締役會（董事會）決議後為之。

香港公司條例則未規範盈餘分配的程序，而係由章程決定；依示範章程(private company)第 73 條之規定，「本公司可於成員大會上，宣布分配股息，但股息不得超過董事建議的款額」。換言之，股息之分配原則上仍由董事會決定；第 170 條規定，公司可以股東會決議將利潤資本化，股東會亦可授權由董事會為之。然而，公司章程可禁止或限制行使本條賦予的權力。

(二) 我國立法分析

多數國家將盈餘分派決策權歸屬董事會，且學者、業界對於盈餘分派決策權歸屬董事會的立法皆表示贊同，因為董事會實際從事公司經營運作，較了解公司經營狀況，也有能力及責任依其商業判斷考量公司長遠之利益。因此朝董事會具有盈餘分派決策權，而以報告案的方式讓股東知悉的方向修法，似值採用。惟對於可能產生董事掌握公司資金不願分派之疑慮，建議增加股東不公平救濟機制，以保障少數股東之權益。

雖有學者認為發放股票股利仍應以股東會特別決議程序通過，惟如此見解似未自公司財務層面考量現金股利及股票股利之不同，而有必要考慮公司管理階層對股利政策運用之彈性，故在發放股票股利之程序上，似不宜規定為較發放現金股利之決議程序更加嚴格之程序為妥。參酌盈餘轉增資之經濟實質及對於公司財務結構之影響層面可知，公司分派股票股利並未減少公司資產，而對投資人無所差異，則程序上股東會特別決議，實屬過苛。

工作小組認為，盈餘分派之事項屬董事會本於其經營專業判斷之範疇，應由董事會本於受託義務做成決策最為適當，現行公司法第 240 條第 5 項亦已認知應由董事會決策較具效率，而使公開發行公司得於章程授權以董事會決議行之；因此，立法政策上應將公司法此盈餘轉增資權限明確劃歸由董事會決策，以使董事得視公司實際營運情況或市場情況，而即時擴張公司之規模。

三、方案提出

關於盈餘分派決策權歸屬之相關規定，建議明定盈餘分派決策權歸屬於董事會，且於股東會列為報告事項，修正公司法第 184、228、230、240 條如下：

A 案：盈餘分配由董事會普通決議，並應報告於股東，但章程可約定由股東會普通決議。增加少數股東之救濟機制，避免董事會長期不分派盈餘。

B 案：維持現狀，分派現金股利由股東會普通決議；分派股票股利由股東會特別決議。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案，並調整文字：「盈餘分配(不分現金或股票)由董事會決議，並於決議後一定期間內(例如 20 日)通知股東，但章程可約定由股東決議。並應增加少數股東救濟機制，避免董事會長期不分派盈餘。」

公開發行公司亦同。

公司法全盤修正修法委員會

1.5.4 分配次數、程序

公司章程得訂明盈餘分派或虧損撥補得於每半會計年度終了後為之，每次分配均視為獨立分配。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法第 228 條第 1 項與第 230 條第 1 項係有關盈餘分派之規定。第 228 條第 1 項規定，每會計年度終了，董事會應編造下列表冊(營業報告書、財務報表、盈餘分派或虧損撥補之議案)，於股東常會開會 30 日前交監察人查核。第 230 條第 1 項規定，董事會應將其所造具之各項表冊，提出於股東常會請求承認，經股東常會承認後，董事會應將財務報表及盈餘分派或虧損撥補之決議，分發各股東。是以，盈餘分派應於每年會計年度終了為之，而盈餘分派之議案須經股東常會議決後，始得為之。

此外，第 356 條之 10 規定閉鎖性公司得以章程得訂明盈餘分派或虧損撥補於每半會計年度終了後為之。公司每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。公司在上半年度分派盈餘時，應先預估並保留應納稅捐、彌補虧損及依法提列法定盈餘公積。

(二) 產生的問題

現行規定下，除閉鎖性公司外，其他公司每年僅得於會計年度結算後方可決議分派盈餘，導致公司若有盈餘時，無法及時分派予股東，影響公司資金之運用規劃，且間接影響公司重大交易的規劃安排，因此，應否參照閉鎖性公司之規定，放寬公司可每半年甚或每季分派盈餘？

(三) 學者及各界意見

學者有認為，公司一年僅能分派盈餘一次，蓋盈餘分派應於每年會計年度終了為之，該議案須經股東常會議決始得為之。然亦有學者認為，為符合股東需求，應可鬆綁每年只能分派一次的限制性規定，否則，法人股東(甚至一般自然人股東)遇有資金需求，可能必須向金融機構借貸，必須付出額外之融資成本，甚至必須出賣持股以換取現金，造成股市不必要之賣壓。或有認為開放董事會可於會計年度中另行決議分派股東股利之作法，對於外資法人股東較具吸引力。

至於業界建議，上市櫃公司多持支持放寬見解，認為可參照外國作法，藉由多次發放吸引投資人而調整股東結構，或讓投資人早一季開始考慮，可使其注意公司長期投資案，且不應以公開與否作為區分標準，理應一體適用。業界亦有認為分配之次數係公司之自治事項，無須由法律強行規定；法律理應盡量保留彈

性，由企業自行決定究採年度或季度發放，如此可因應不同產業需求，適應市場環境變化與營運成果之差異，作為公司之調整手段。

主管機關雖認為此限制之放寬，係源自於新創公司急於在公司成立初期爭取金主，希望可以藉由多次分派打響名號，然而，創投或新創業者認為新創公司於草創階段難有盈餘，故實無一年分派多次盈餘之需求，即便是一般公司亦同。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

外國立法例並未於公司法限制盈餘分派之次數，例如美國德拉瓦州公司法第 170 條與日本會社法第 454 條之規定即有明文。以美國德拉瓦州為例，董事會得作成決議於期中分配盈餘，並未如同我國明文一年一次之限制分配。

(二) 我國立法分析

民國 103 年行政院所提之草案中，原已放寬公開發行公司得於每半會計年度終了後，得期中分派盈餘，且將權限劃歸於董事會，並輔以會計師查核簽證（採 IFRS 後，半年報經會計師核閱）以及盈餘分派之內容上網公開；應無由股東會常會承認之適用，則未來修法上不論為半年或每年會計年度終了之分派，均不宜再有董事會必須依公司法第 230 條由股東常會承認之必要，以求規範一致性。然系爭草案最後未予修正通過。

民國 104 年 7 月 1 日公司法修正通過第 356 之 10 條規定，閉鎖性公司章程得訂明盈餘分派或虧損撥補於每半會計年度終了後為之。立法理由為放寬閉鎖性股份有限公司盈餘分派或虧損撥補，得以每半會計年度為期辦理之。

一年分派盈餘之限制，乃係局限於現行公司法規範，盈餘分派案應於每年會計年度終了後，且經股東常會議決後為之。惟，倘若釐清盈餘分派權限屬董事會後，自可允許較為彈性之盈餘分派方式，以免公司囤積過多閒置資金，並可吸引投資者。至於分派次數不應由公司法強行規範，本應由公司經營者判斷其經營狀況自行決之。且對於原股東遇有資金需求時，不因公司法只有每年一次的盈餘分派，而必須出賣其持股以換取現金，造成市場上不必要之賣壓。

三、方案提出

關於應否限制每年分配的次數？任意（選出/選入），或強制規定？決定公司分配次數的程序為何（章程記載、董事會，或股東會決議）（356 之 10）？公開發行公司不同考量之相關規定，建議如下：

A 案：公司章程得訂明盈餘分派或虧損撥補於每半會計年度終了後，以董事

會決議為之。

B 案：公司章程得訂明盈餘分派或虧損撥補於每季會計年度終了後，以董事會決議為之。

C 案：維持現狀，每會計年度終了後分派盈餘，以董事會決議為之。

附帶說明：期中分派應考量分派時，相對之可扣抵稅額可能無法一致帶出之租稅上之問題。

四、修法委員分組審議決議

決議採 A 案，並調整文字：「公司章程得訂明盈餘分派或虧損撥補於每半會計年度終了後，以董事會決議為之。」，立法理由敘明每次分配均視為獨立分配。

公開發行公司亦同。

公司法全盤修正修法委員會

1.5.5 限時盈餘分派

維持現行規定，不訂定分派期限。

一、現況分析

(一) 現行條文及實務見解

我國公司法目前並無盈餘應於一定時間內分配之規定。

(二) 產生的問題

由於現行公司法未規範公司須於一定時間內分配盈餘，因此盈餘分配案經董事會決議、股東會承認後，若董事會遲不訂定除權除息基準日及股利發放日，股東仍無法真正獲配股利，造成股東的權益無法獲得保障。

(三) 學者及各界意見

無。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

他國立法例上僅查韓國商法第 464 條之 2 有規定，除非股東會或董事會對於股利發放之日期另有決議外，明確規範股利分派須於決議日起 1 個月內為之。

(二) 我國立法分析

我國公司法目前並無盈餘應於一定時間內分配的規範，實務運作中，大部分公司在該年度 10 月底以前完成發放，惟實務上確實曾發生董事會遲不就股東會承認之盈餘分派案訂定分派細節，導致股東遲無法取得股利。各國立法例就此一問題，僅於韓國有規範，並且在 2016 世界銀行經商環境報告中之「保護少數股東」一項評比，作為加分之項目。為避免股東會或董事會決議發放股利後，公司遲不發放盈餘，似可參考韓國之規定，訂定一定期間必須分派完畢。

三、方案提出

關於盈餘分配是否應於一定時間內相關規定，建議如下：

A 案：搭配盈餘分配決策權歸屬於董事會之修法，建議公司法增訂董事會應於決議盈餘分配後一定期間（原則 4 個月內，例外可逾 6 個月內分派；或一律規範於 6 個月內分派）內分派盈餘。

B 案：維持現行規定，不訂定分派期限。

四、修法委員分組審議決議

提交大會決議。

五、修法委員會決議

採 B 案。

公司法全盤修正修法委員會

1.5.6 償付能力測試

盈餘分派應無損害債權人利益之疑慮，故無需進行債權人保護措施。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國有關盈餘分配之規範為公司法第 184 條第 1 項、第 228 條第 1 項、第 232 條第 1 項、第 237 條第 1 項、第 240 條與第 241 條等。簡言之，公司依上開規定，於每會計年度終了，董事會應編造表冊(營業報告書、財務報表、盈餘分派或虧損撥補之議案)，且於股東常會開會 30 日前交監察人查核，並提出於股東常會請求承認，經股東常會承認後，董事會應將財務報表及盈餘分派或虧損撥補之決議，分發各股東。至於盈餘分配要件為，公司須有盈餘，且應先完納稅捐、彌補虧損、並計提法定盈餘公積與特別盈餘公積後，方得為盈餘分配；若為發放股票股利，尚須經股東會特別決議。

(二) 產生的問題

公司分派盈餘，係將公司之資產分派給股東之行為，從股東之角度而言，此乃股東投資公司之主要目的，亦為其主要之權利內容，即盈餘分配請求權。然而，若從公司債權人之角度而言，當公司分派盈餘之行為影響到公司之償債能力時，債權人之債權將受到威脅，尤其是公司資金流動性不佳時，再進行現金股利之分派，不僅對公司本身營運會有不良影響，更可能使次於公司債權之股東剩餘財產分配請求權反而獲得優先清償。

現行公司法僅要求盈餘於完納一切稅捐並彌補公司虧損、計提法定盈餘公積後，若有餘額時，即得分派。然而，並未考量公司於分派後，是否面臨無法如期清償債務的風險。因此，是否藉由引進「償付能力測試」作為公司分派之前提，實為本議題之核心。

(三) 學者及各界意見

我國公司法學者有認為，對於股利分派之政策，似僅以公司之資產負債表為基準，而未如同美國法規定般，同時考量到資金流動性問題。因此，可能造成公司雖然帳上有盈餘，但事實上並無足夠的現金分派股利，或分派股利後可能使債務到期無法清償。若現金股利分派後，因債務到期而導致周轉不靈之情形，可能造成公司經營之危機，對公司債權人之保護顯有不足，故有引進償付能力測試 (Insolvency Test) 做為分派要件之需求。

業界意見多有贊成於盈餘分派、收買股份、與減資時引進償付能力之測試，不僅對公司債權人有所保障，亦促進公司治理之運作，實值鼓勵。然而，亦不乏

質疑之聲音，有認為償付能力測試之公信力如何彰顯？又其效果為何？董事會做決策時是否全面考量所有因素，償付能力測試既僅係考量因素之一，是否有非做不可之理由？亦有認為要求公司做償付能力測試，似與本次公司法修正之鬆綁之目的有所衝突。

會計師公會則認為，民國 90 年既已將有關會計與財務之規定移至商業會計法，公司法若新增償付能力測試是否使之更為複雜與失去彈性，是否應考量授權主管機關以子法之方式規範，較為妥適。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國模範公司法於分派時，兼採「Equity Insolvency Test」與「Balance Sheet Test」兩種標準（泛稱「償付能力測試」）。首先「Equity Insolvency Test」標準便是要求公司於分派後，仍應具備清償債務之能力，否則不得分派。即董事會必須注意在股利分派後是否有充足的現金流量來清償即將到期之債務 (MBCA § 6.40 (c)(1))。再者，「Balance Sheet Test」是要求公司於分派後，公司總資產需大於總負債與應收特別股之價款總額，此判斷著眼於分派後公司之總資產是否會小於總負債，若少於，則該分派便不被允許 (MBCA § 6.40 (c)(2))。

香港新公司條例於西元 2014 年修法時，引進償付能力測試，並特別就盈餘分配是否應規範需通過償付能力測試之問題，徵詢公眾意見，最後決定，償付能力測試僅適用於三類事項：減少股本（不論形式減資或實質減資）、回購股份及提供資助（第 204 條），而無須適用於盈餘分配。主要原因包括：(1) 董事的潛在法律責任會因而增加，這可能會引起他們（特別是中小型企業的董事）很大的憂慮；(2) 董事可能須更經常尋求專業意見，以免因不當的分發而負上法律責任，而這會增加營運成本；(3) 相信商界尤其會對把償付能力測試應用於分發股利的做法表示反對。現時公司應從可分發利潤中分派股利的規則行之有年，且提供了明確依據等。

英國公司法與香港條例相同，均未要求盈餘分配應進行償付能力測試。

(二) 我國立法分析

現行公司法第 232 條認為資本維持之原則下，當公司無盈餘時不得分派股息以及紅利，便可對債權人有所保護。僅有在公司有違法分派之情事，債權人方可主張退還，並請求賠償所受之損害。但對於分派造成資金流動性不足，雖實質已影響債權人受償可能性，卻無保護之機制。因此，或可參照美國模範公司法之規範，採取「Equity Insolvency Test」與「Balance Sheet Test」之償付能力測試。

雖然香港在本次修法時，雖引進償付能力測試之概念，但並沒有適用在盈餘

之分派，仍維持資本是債權人之保障，僅有在減少股本(不論形式減資或實質減資)、回購股份等對於股本有影響時，方需為償付能力測試，因此，與美國法之立意並不相同。

考量債權人對於公司財產之受償順序應優先於股東，股東自公司所得之財產分派(不論是減資或盈餘分派)，理應在不影響債權人權益之情況下，方可進行，因此，建議參考美國法之立法方式，在公司分派財產予股東時，應由董事進行償付能力測試，在通過償付能力測試之前提下，方可為盈餘分派。

惟應注意者，對於新增償付能力測試為盈餘分配之條件可能引發稅法上之疑義。公司帳上有盈餘時，除有法定原因外(如計提法定盈餘公積)，若不及時進行分派，應加徵 10% 營利事業所得稅。倘因為公司法訂有償付能力測試，而公司可能因無法通過償付能力測試而無法分配盈餘，是否得視為因法定原因無法分派，而得免加徵 10% 營利事業所得稅，有待與稅捐機關進一步探討。

三、方案提出

關於盈餘分配現金，是否新增「償付能力測試」，建議方案如下：

A 案：於盈餘現金，應為「償付能力測試」(配套：建議所得稅法將此解釋為依法不能分派，免加徵 10% 營利事業所得稅)。

B 案：於盈餘分配，無需增加「償付能力測試」要件，但應比照香港法，於減資或資本公積彌補虧損時，需做償付能力測試。

四、修法委員分組審議決議

提交大會審議。

五、修法委員會決議

考量盈餘非股東投入，盈餘分派應無損害債權人利益之疑慮，故無需進行債權人保護措施，但如係股東股本之退還，則應進行債權人保護措施，以維護股東有限責任之前提。

1.5.7 減資程序與債權人保護

減資應經股東會普通決議，並應於開會通知之召集事由中載明，不得以臨時動議提出。非公開發行公司得以章程規定由董事會決議之。公司減資分派現金或財產，應經償付能力測試或債權人異議程序。股東如因減資持有不滿一股者，除得合併共同持有或歸併一人持有者外，股東得請求公司以公平價格買回其不滿一股之部分，倘就公平價格無法達成協議者，得請求法院為公平價格之裁定。

一、現況分析

(一) 現行條文與主關機關函釋

我國法下，減資依照是否將股本退還股東，可區分為實質減資與形式減資兩類：

1. 實質減資：係指公司將資本返還予股東，而造成公司實際資產減少之情形。依我國公司法，有三種情況：

(1)變更章程的實質減資：係指修改公司章程減少每股票面金額，將每股減少金額發還股東；應依公司法第 277 條經股東會特別決議變更章程，倘公司發行股份，則尚須依第 279 條換發股票，並依第 281 條之規定，準用第 73、74 條，應踐行債權人通知公告與異議程序。這類減資於實務上極少發生。

(2)不變更章程的實質減資，如公司法第 168 條第 1 項以有償之方式消除已發行的股份；依第 168 條股東會普通決議為之，又經濟部曾於 92 年 2 月 6 日經商字第 0920205640 號函釋中謂，由於不涉及章程變更，無須依第 172 條載明於召集事由，得以臨時動議提出於股東會。是否需踐行第 73、74 條債權人通知與異議程序，法無明文。此類減資於實務上較常見。

(3)溢價資本公積發給現金：也可視為不變更章程的實質減資，蓋溢價資本公積為溢價發行所得之股款，亦屬廣義的股本，減少股本退還現金，自屬減資。依本條規定，應無虧損，且經股東會特別決議。是否需踐行第 73、74 條債權人通知與異議程序，法無明文。此外，證交法第 26 條之 1 規定，應在召集事由中列舉，並說明主要內容，不得以臨時動議提出。此類減資於實務上較為常見。

2. 形式減資亦可因是否變更章程分為兩類：

(1)變更章程的形式減資：係指減少章定股份總數，換言之，即減少章程所定授權資本額，依公司法第 277 條應經股東會特別決議。倘公司發行有股票，尚須依第 279 條換發股票。從法條文義來說，似應依第 281 條準用第 73、74 條踐行債權人通知與異議程序。實務上極少發生此類減資。

(2)不變更章程的形式減資：係指公司法第 168、168 之 1 條減少資本以填補

虧損之情況，公司財產不會因此減少，僅為資產負債表上會計科目之變動；應經股東會普通決議為之。實務上常見此類減資，並配合增資進行。

（二）產生的問題

由前述現況分析可知，以上三種實質減資，在決策機關門檻、是否應無虧損始可減資、是否應踐行債權人保障程序等規範上，均有不同，但對股東或債權人而言，這三類減資並無不同，則規範上是否應為一致，較為允當？

其次，實質減資究應由董事會或股東會決議為妥？減資一方面涉及專業的經營判斷，董事會既具業務執行之權，由其判斷公司執行或擴展業務所需資金之規模，應可為最適當之配置；然而，面額制下，倘係減少面額的實質減資，由於涉及變動章程，則由董事會決議減資，是否妥適？另一方面，實質減資雖係股東按持股比例為之，然倘減資後增資，股東若無新股認購權，或股東因其他因素未認購，則股權比例即受到稀釋。

又三種實質減資中，僅資本公積發給現金規定有應無虧損的條件限制，其餘兩種減資均無。另就是否適用第 73、74 條債權人通知公告與異議程序，也有不同。即便變更章程的實質減資係第 281 條明文規定應準用，實務上公司往往選擇公告於民間小報，形式上雖符合規定，但實質上無法達成保護債權人的效果，主管機關亦無法查證是否踐行通知程序；且倘減資不影響公司償付能力，法律卻強制均應通知與公告，並且於債權人異議時，應提前清償或提供擔保，亦將不當增加公司營運成本。

至於形式減資，由於並無財產減少，在變更章程的形式減資，是否有必要踐行債權人通知與異議程序，不無疑義。

（三）學者及各界意見

學者有認為，現行法下減資得以臨時動議提出，可能導致未出席股東遭受突襲，也因此，行政院於民國 103 年曾通過提案，建議減資應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出。惟亦有學者指出，在董事會優位原則下，除涉及變更章程之減資，其餘減資應為董事會權限為宜。另有建議，公司法第 168 條可明文列出減資以填補虧損，以及減資退還資本兩種類型，以避免適用上之爭議。

業界則多贊同減資宜為董事會權限，並認為現行法下的債權人通知與異議程序，實務上運作結果徒具形式，無法達到保護債權人之目的，對於引進償付能力測試雖有贊同，但亦有業界擔心董事會所出具的償付能力聲明的可信度以及倘責任不明確，將不利於董事執行職務。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

美國德拉瓦州公司法第 242 條規定，除變更章程之減資應經股東會特別決議，依同法第 244 條規定減資僅需董事會普通決議，但倘減資後之公司資產不足以支付公司負債，則不得為之。

美國模範公司法規定公司為分派 (Distribution)，亦屬董事會之權限，而公司任何發還現金或其他非現金資產的行為均屬分派，公司於分派前應確保其債務可獲清償 (償付能力測試)，董事會亦可決議公司基於會計師簽證的財務報表為分派。美國模範公司法第 6.40 條兼採「清償能力測試」與「淨值測試」兩種標準，當公司有以下兩種情況之一者，即不得分派⁸⁹：「清償能力測試」標準便是要求公司於分派後，仍應具備清償債務之能力，否則不得分派，意即董事會必須判斷分派後，公司是否有充足的現金流量以清償即將到期之債務；「淨值測試」則要求公司於分派後，公司總資產應大於總負債加計清算時應優先分配予特別股東之金額。換言之，此判準著眼於分派後公司之總資產必須大於總負債，否則，不能進行分派。

香港公司條例第 211 至 232 條規定，公司減資程序可分為兩種，第一種經由法院批准者，第二種是無須法院批准，但須符合償付能力測試，兩者都必須經過股東會特別決議通過，股東與債權人均可向法院請求撤銷該減資之股東會決議；倘董事無合理理由卻做出公司具有償付能力之陳述，則屬於犯罪，最高可處罰款 15 萬港幣及監禁 2 年。英國法下減資程序依公司型態有所區別。公眾公司之減資須經股東會特別決議通過，並經法院許可；並且搭配債權人異議的制度。私人公司則採行較簡化的程序，通過償債能力測試以及股東會特別決議即可進行減資。

綜言之，美國法在董事優位主義下，有關盈餘分配、股份買回與減資，原則上均由董事會決議行之；英國與香港法關於股本變動事項，則均應經股東會決議。至於償付能力測試之適用範圍，亦有不同。美國法下，只要涉及現金或財產的分配，包括盈餘分配、股份買回與實質減資，均應經償付能力測試，但形式減資則否；英國與香港法則規定，盈餘分配無須償付能力測試，但任何股本的減少，包括股份買回、實質減資與形式減資，均應經償付能力測試。

(二) 我國立法分析

減資究應經股東會或董事會決議為妥，從比較法上來看，美國與英國、香港各有不同，我國學者與業界意見亦有分歧。工作小組一方面考量減資涉及專業的經營判斷，除涉及章程變更之減資應經股東會決議外，其餘減資，包括減資彌補虧損、減資分派現金或財產，以及會計年度終了前之期中減資，由董事會本於其

⁸⁹ 美國模範公司法 §6.40, (a) No distribution may be made if, after giving it effect: (1) the corporation would not be able to pay its debts as they become due in the usual course of business; or (2) the corporation's total assets would be less than the sum of its total liabilities plus (unless the articles of incorporation permit otherwise) the amount that would be needed, if the corporation were to be dissolved at the time of the distribution, to satisfy the preferential rights upon dissolution of shareholders whose preferential rights are superior to those receiving the distribution.

受託義務做成決策，應屬妥適；另一方面，考量減資雖係股東按持股比例為之，然若減資後增資，股東若無新股認購權，或股東因其他因素未認購，則股權比例即受到稀釋，故經股東會決議亦有其必要性，故工作小組提出兩方案，供委員會決議。

至於減資之債權人保障機制，考量我國現行法對此規範甚為混亂且成效不彰，實有體系化之必要。從比較法上來看，美國與英國、香港有所不同。美國法下，只要涉及現金或財產的分配，包括盈餘分配、股份買回與實質減資，均應經償付能力測試，但形式減資則否；英國與香港法則規定，盈餘分配無須償付能力測試，但任何股本的減少，包括股份買回、實質減資與形式減資，均應經償付能力測試。

工作小組建議引進償付能力測試，並可擇一採用美國式或英國香港式：亦即，如參照美國法，分配現金股利時進行「償付能力測試」，則以股本或資本公積填補虧損時，無須進行償付能力測試；如照英國與香港法，於分配現金股利時，無須進行「償付能力測試」，則以股本或資本公積彌補虧損時，需進行償付能力測試。

至於償付能力之定義，美國模範公司法的規定是以「公司減資後，仍足以清償正常營運下之債務」為標準，香港公司條例則是以「公司減資後，仍足以清償減資後 12 個月內到期之債務」為標準。工作小組考量我國初次引進償付能力測試，法條上應盡可能明確，故建議採用香港法。

至於如何強化董事出具之償付能力陳述之公信力並明確其責任，從比較法上來看，有兩種規範方式：（一）美國法以民事責任來追究董事之責任，或（二）香港或英國法上，當董事出具之償債能力意見不具合理理由時，董事可能將面臨刑事責任。委員會認為倘董事係因過失而違法分配，則應就此連帶賠償責任（詳見議題 1.4.12 違法分配之法律效果），刑事責任應僅限於故意，倘仿照英國、香港因董事職務上之過失即加諸刑責，責任過重，可能導致業界優秀經營者畏於擔任董事一職。

工作小組建議，可保留現行通知與公告債權人程序，明訂適用的事由，並結合資訊平台之功能，刪除成效不彰且不區分公司營運狀況的債權人異議措施；倘證券主管機關對於公開發行公司之債權人保障另有考量，亦建議可仿照日本法，於減資不影響公司償債能力時，不適用債權人異議措施。

此外，工作小組建議應明定公司法第 168 條減資分為兩種類型，一種為減資填補虧損之形式減資，一種為減資退還現金或財產之實質減資，以明確法律適用。

三、方案提出

（一） 減資之決策機關

A 案：除涉及變更章程的減資應經股東會特別決議外，不涉及章程之減資，包括減資彌補虧損、減資分派現金或財產，以及會計年度終了前之期中減資，建議參考美國法下之董事會優位主義，由董事會決議為之，並應於董事會決議後 20 日以書面方式通知股東，且於最近一次股東會中報告。但章程可規定由股東會決議行之。

B 案：除涉及變更章程的減資應經股東會特別決議外，不涉及章程之減資，包括減資彌補虧損、減資分派現金或財產，以及會計年度終了前之期中減資，參考英國法與香港法，均應經股東會決議，並應於開會通知之召集事由中載明。

(二) 償付能力測試之適用

工作小組提出兩方案如下：

A 案：倘參照美國法，則分配現金股利時應進行「償付能力測試」，除減資退還現金或財產(無論是否變動章程)與資本公積退還現金外，以股本或資本公積填補虧損時，無須進行償付能力測試。

B 案：倘參照英國與香港法，則分配現金股利時無須為「償付能力測試」，除減資退還現金或財產(無論是否變動章程)與資本公積退還現金外，以股本或資本公積彌補虧損時，亦需進行償付能力測試。

(三) 償付能力之定義

公司減少實收資本以退還股款時，應經董事會償付能力決議，決議內容如下：

1. 公司於減少資本後 12 個月內，有能力全數清償其到期之債務。
2. 公司於減少資本後，總資產超過總負債加計公司如於減資時清算，應優先分配予特別股股東之金額。

違反前項規定之董事，應負連帶賠償責任(配合議題 1.5.14 違法分派之修法建議)；故意違反前項規定之董事，應負刑事責任，但經表示異議之董事，有紀錄或書面聲明可證者，免其責任。

(補充說明：償付能力的標準，亦可考慮授權主管機關以子法訂定，以增加適用上之彈性。)

(四) 實質減資應先為虧損之填補

工作小組並建議，倘公司有虧損時，公司應先填補虧損後，始可進行減資退還現金或財產(無論是否變更章程)，或者以資本公積退還現金或財產。

(五) 債權人之通知、公告與異議程序

A 案：新制增加償付能力測試後，可刪除債權人異議制度，惟保留通知及公告債權人之規定，並應明文適用情況為應踐行償付能力測試之事由，同時配合資訊平台之建置，以達資訊揭露。

B 案：增加償付能力測試後，僅針對非公開發行公司刪除債權人異議制度，至於倘公開發行公司仍保留債權人異議制度，則建議應增訂不影響公司償付能力之減資，不適用之。

(六)應明確規定公司法第 168 條減資包括兩種類型，一種為減資填補虧損之形式減資，一種為減資退還現金或財產之實質減資。

(七)降低面額以增發股份(即股份分割)，或降低章定股份總數時，由於並無實際上分配公司的現金或財產，故無需進行償債能力測試，亦無需為踐行債權人通知與公告程序。

四、修法委員分組審議決議

(一)考量減資對於股東權益有所影響，故決議採 B 案，並調整文字：「除涉及變更章程的減資應經股東會特別決議外，不涉及章程變更之減資，包括減資彌補虧損、減資分派現金或財產，以及會計年度終了前之期中減資，應經股東會決議行之，並應於開會通知之召集事由中載明，不得以臨時動議提出。非公開發行公司得以章程規定由董事會決議之。」

(二)提大會討論決議。

(三)照提案通過。

(四)照提案通過。

(五)決議採 A 案。

(六)照提案通過。

(七)照提案通過。

五、修法委員會決議

就議案(二)償付能力測試之適用，委員會考量減資退還現金或財產與股東，可能引發債權人保護之疑慮，宜採用債權人保障措施，但以股本或資本公積填補虧損時，由於無現實財產流向股東，且有助於公司改善財報、引進新資金，決議無須進行償付能力測試。

此外，考量公司減資幅度較大時，可能導致部分股東持有不足一股之畸零

數，為保護股東權益，決議參照議題 1.4.5 股份合併，「股東如因減資持有不滿一股者，除得合併共同持有或歸併一人持有者外，股東得請求公司以公平價格買回其不滿一股之部分，倘就公平價格無法達成協議者，得請求法院為公平價格之裁定。」

六、修法委員會後續調整（回應主管機關意見）

就議案(五)債權人保護措施之適用，委員會參酌主管機關意見，考量償付能力測試為新制度，國人可能較不熟悉，故決議調整為公司於減資時，可擇一進行償付能力測試或債權人通知、公告與異議程序。

公司法全盤修正修法委員會

1.5.8 股份買回之規範調整

允許公司除法律或章程另有規定者外，得將股份收回、收買或收為質物，不限制目的。買回涉及特別股依發行條件之贖回、股東行使股份收買請求權等，應經董事會普通決議。其餘情況之買回，應經董事會特別決議，章程可規定由股東會決議。買回股份上限為已發行股份總數之 10%。買回之股份可用於註銷、轉讓員工或其他人，或供與股權有關有價證券轉換之用。公司得保有庫藏股 3 年，屆期視為未發行股票，庫藏股亦得提前註銷。公司買回股份時，應擇一進行償付能力測試或債權人異議程序。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司對於公司買回自己股份，採取原則禁止之立法方式。故規定只有在公司法所規定的特殊情形下，始得買回，例如：(1) 收回特別股、(2) 實施員工庫藏股制度、(3) 股東行使股份收買請求權、(4) 於股東受清算或破產宣告時為抵償宣告前結欠公司之債務，公司始得例外將自己的股份買回，此可謂係股份買回之「目的」限制（公司法第 167 條第 1 項）。除目的限制外，現行公司法並對公司主動買回自己股份設有 5% 之「數量」限制（惟證券交易法則是設有 10% 之限制），並在員工庫藏股制度下，就公司用以買回自己股份之資金，另設有「不得逾保留盈餘加已實現之資本公積之金額」之買回「金額」限制（公司法第 167 條之 1 第 1 項後段）。對於公司買回之股份之處置方式，亦受到限制（如應市價出售或轉讓予員工，公司法第 167 條第 2 項及第 167 條之 1 第 2 項），另一方面證券交易法第 28 條之 2 之處置方式則較具彈性，惟此規定目前依主管機關見解，僅針對上市及上櫃公司⁹⁰。

(二) 產生的問題

由於股份回籠禁止之相關規定係源於對「資本三原則」之堅持。因此，股份回籠相關法規是否產生問題，將回歸論者對於「資本三原則」之態度而定。在民國 89 年證券交易法增訂第 28 條之 2 庫藏股制度及民國 90 年公司法增訂第 167 條之 1 規定之前，關於股份回籠禁止之相關問題，多半集中在是否應予放寬於員工庫藏股制度或護盤式買回，對於「原則禁止」之立法方向並未動搖。

惟近來，由於公司法歷來修正漸次對於「資本三原則」予以放寬，而有逐步朝美國法制靠攏之趨勢，如以此趨勢作為一標準而檢視我國目前有關公司買回自己股份之相關規定，現行規定對於公司買回自己股份之規定似過於僵化。曾有論者從「興利」面，主張公司買回自己股份可產生調節股份供需、調整資本結構、

⁹⁰ 另外，企業併購法第 11 條、第 13 條等規定亦設有公司進行併購時買回股份相關規定。

返還過剩資金予股東、防禦敵意性併購、傳遞股價低估的信號效應，以及利於推展員工持股制度等經濟效益出發，主張在利大於弊的情況下，股份回籠禁止之規定應予放寬。

實務運作上，由於現行法對於買回的原因多有限制，以至於出現濫用公司法第 167 條之 1 的亂象；亦即，公司買回股份實際上並非為轉讓於員工，但卻仍以本條買回，目的限制遂形同虛設。此次修法，應考慮在不影響債權人權益的情況下，鬆綁公司對於股份買回的相關限制，以滿足公司經營需求，同時增加透明度。

（三）學者及各界意見

對此，學者見解分歧。有學者基於對資本三原則制度之效益存疑而認為對於股份買回無需過多的規範；亦有肯認股份買回可能創造之效益，而認為應予放寬者。亦有認為，日本於 2001 年修法亦採取美國制度（原則容許）而修正，故倡議我國亦有參考之必要。有學者在贊同放寬的同時，認為應注意買回可能產生的侵害債權人利益，以及造成股東間不平等之情況。

業界多認為應予放寬。有建議可適當放寬並輔以資訊揭露。另有認為，應放寬對於買回之公司股份之處置方式。理律法律事務所於 2000 年公司法制全盤研究與修訂建議報告中曾建議，將取得數量之上限，放寬為不逾已發行股份總數的十分之一。萬國法律事務所 2003 年公司法制全盤修正計畫研究報告中，除建議將取得數量之上限，提高到十分之一外，並增加公司買回庫藏股以供轉換（可轉換公司債）或認股（附認股權公司債）之規定。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

關於公司買回自己股份之規定，各國立法例不盡相同。美國各州州法一般而言對於取得股份數、取得目的等並未限制，德拉瓦州公司法第 160 條規定淨資產超過股本部分可買回，允許公司保有庫藏股並予以處分。美國模範公司法第 6.31(a)條對於買回之金額並無限制，但規定取得自己股份後應予銷除。

歐盟部分，曾於 1977 年發行第二指令，由保護債權人的角度出發而對公司買回自己股份制訂了最低限度的保護，而歐盟的各成員國，原則上於：(1)取得股份數之限制、(2)財源限制、(3)否定取得之自己股份之資產性等部分有其共通性；惟於取得之目的部分，雖然各國大多是採取限定列舉的形式，但對於所列舉之目的及相關之程序等，則各國規定不盡相同。以英國法為例，2006 年公司法預設的規定即是公司得買回自己股份，但應以可分配之盈餘或發行新股所得之股款充之，以保障債權人，買回之股份應予銷除或是保有庫藏股並轉賣。而在 2013 年的修正規則中，則針對非公開發行公司(private company)以現金買回自己股份之金額設了 15,000 英鎊或資本的 5%孰低者之限制，並應提出董事聲明和審計報

告(Director's statement and auditor's report)。

香港公司條例的立法方式和英國相似，除章程有限制者外，公司買回自己股份之目的不受限制；第 257 條規定，公司可以可分配之盈餘、發行新股所得之股款，以及資本買回股份，但如以資本買回，則程序較嚴，必須經償付能力測試與股東會特別決議（第 258、259 條），公司股東與債權人並可請求法院撤銷買回之股東會決議，買回之股份則應予以銷除，不得轉作他用。而針對上市公司及非上市公司，香港新公司條例對於各種不同情況下所要求之決議要求及程序亦設有不同之規定（如公開公司於市場外向特定人買回股份即須特別決議等）。

至於日本，早年商法（明治 32 年）係完全禁止公司買回自己股份，惟爾後在 1938 年修正後改採「原則禁止，例外肯定」之歐陸制立法方式，又逐步依實務界之需求，在考量與資本維持原則、股東平等原則、公司經營控制之公正性、及資本市場之健全性等因素下，而予以逐漸放寬規制；1990 年代以來，日本在經濟環境及國際競爭下面臨嚴峻考驗，雖然法律界及產業界對於自己股份取得及保有制度之基本立場時有相左，最終在 2001 年修法時，將此制度作為國家的緊急經濟對策而改採美國之立法方式，即採取原則上肯定之立法方式。西元 2005 年（平成 17 年）會社法制定時，並未更動此一既定之立法方向，而將其規定於會社法第 155 條至第 178 條。由於日本在 2001 年商法修正時，大幅放寬公司取得自己股份之限制，此也成為我國論者用以倡議我國放寬此制度之重要比較法依據。目前日本會社法對於公司取得自己股份，雖仍採列舉方式，但已實質上大幅放寬，公司亦得與特定股東協議後自該股東買回自己股份。但對於取得之金額部分，則限於可能分配予股東之金額此一範圍內，除依類型要求以不同的決議程序以保障股東之利益外，其他如取得數量、取得之資金來源或取得後之處置等相關限制，可謂已相當放寬。

（二）我國立法分析

工作小組比較分析各主要國家立法例，整理出在公司買回自己股份制度下之相關考量要素：(1)買回目的（原因）：目前我國限制嚴格，僅有少數情況允許買回。就此，美國、英國、香港皆無此限制；日本雖然仍以列舉方式呈現，但已相當程度放寬。(2)買回數量：我國在公司法仍有 5% 之上限（證券交易法為 10%），德國亦設有 10% 之限制，英國則規定以 15,000 英鎊或資本的 5% 孰低者為上限，其餘日本、美國、香港法皆未有此限制。(3)買回金額：我國設有「不得逾保留盈餘加已實現之資本公積之金額」之限制，此部分應為在規範放寬後各國的規範重點，各國對於買回之金額都設有限制，美國德拉瓦州公司淨資產超過股份的部分可用於買回；英國則是 15,000 英鎊或資本的 5% 孰低者為上限。(4)買回之資金來源：我國法雖未限制，但英國法和香港法則是限於以可分配之盈餘及發行新股所得之股款予以買回，惟如自資本中撥款買回，則必須經償付能力測試。(5)買回股份後之處置：此部分或可謂需搭配買回之目的（原因）而設計，我國公司法下原則上買回之自己股份應賣出或轉讓與員工，限制可謂較為嚴格；惟證券交易

法第 28 條之 2 之處置限制則相對較寬鬆。就此，比較法對象之各國皆限制較我國少。(6)弊害防止之觀點：如前所述，傳統下認為公司買回自己股份將有產生影響股東、債權人，甚至是市場之弊害，如予以放寬公司買回自己股份，要如何設計一套制度以降低弊害的發生至為重要。此亦同時涉及應否考量大小公司分流規範，如大小公司在監察或公司會計制度上，對於債權人或股東的保障是否有周延程度上之不同？此可能相應衍生的問題即是，有否需要另行設立制度來保障債權人或股東，或是在公司內部決議過程中應以何種決議方式來決定是否予以買回。

三、方案提出

針對非公開發行公司之股份買回，建議如下：

(一) 買回目的

原則上不再設限，建議刪除第 167 之 1 條員工庫藏股之規定，允許公司除法律或章程另有規定者外，得將股份收回、收買或收為質物。

(二) 買回的決策機關與程序：

1.法定買回：包括特別股贖回、第 186 條(股東股份收買請求權)、第 317 條(股東股份收買請求權)及股東清算或受破產之宣告時，為抵償其於清算或破產宣告前結欠公司之債務，得經董事會決議將股份收回、收買或收為質物。

2.其他情況的買回：

A 案：倘參考美國法，由董事會特別決議，但公司章程可規定由股東會決議。倘由董事會決議為之，則應於決議後一段期間內(例如 20 日)，將決議內容寄送股東。

B 案：倘參考英國與香港法，則由股東會決議，但公司章程可規定由董事會特別決議為之。倘由董事會決議為之，則應於決議後一段期間內(例如 20 日)，將決議內容寄送股東。

(補充說明：關於買回決策機關與資訊揭露等相關建議，請見議題 1.5.9 詳細說明。)

(三) 買回股數：比照外國立法例與我國證交法，放寬至已發行股份總數的 10%。

(四) 買回金額與債權人保護措施：買回金額不限制，但應經償付能力測試。

(五) 買回股份之處置：不設限制，公司可註銷、轉讓與員工或其他人，或供與股權有關有價證券轉換之用；公司得保有庫藏股 3 年，屆期視為未發行股票，應辦理變更登記，庫藏股亦得提前註銷。

四、修法委員分組審議

關於公司股份買回，建議如下：

- (一) 照提案通過。
- (二) 法定買回，照提案通過；其他情況的買回採 A 案。
- (三) 照提案通過。
- (四) 照提案通過。

(五) 買回股份之處置，同意所提方案。另考量證券主管機關之意見，對於公開發行但未上市櫃公司，建議應限於註銷、轉讓與員工，或供與股權有關有價證券轉換之用，不包括轉讓予他人。

五、修法委員會審議

有關買回之債權人保護措施，依照議題 1.5.7，公司進行其他情況的買回時，應擇一採用償付能力測試或債權人異議程序，法定買回則否。

1.5.9 股份買回之程序及決策機關

董事會或股東會為股份買回之決議時，應於議程載明預定取得股份數、取得每股所預定給付之金額、總額及該金額之設定依據等重要內容。股東會為決議時，應於開會通知載明，不得以臨時動議提出。受買回之股東不得行使表決權。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司何時可買回之問題，已於上述議題 1.5.8 說明。有關買回程序之相關規定，現行公司法係以董事會決議為之，在公司法第 167 條之買回（除第 167 條之 1 之情況外）係依董事會普通決議買回（公司法第 202 條參照），而在第 167 條之 1 為實施員工庫藏股之買回，則係由董事會特別決議為之（同條第 1 項參照）。再者，證券交易法第 28 條之 2 之股份買回，也係由董事會特別決議為之。至於若買回對象為董事，該董事能否行使表決權？由於現行公司法第 206 條第 2 項準用第 178 條，設有「自身利害關係」「致有害於公司利益之虞」時不得加入表決之規定，該買回是否「致有害於公司利益之虞」尚有疑義。又現行公司法，除了董事會之議事錄依公司法第 207 條應作成議事錄外，關於股份買回並無任何事前或事後之資訊揭露機制，證交法第 28 條之 2 則規定公司應為事後資訊揭露。

(二) 產生的問題

現行法下，股份買回應經董事會決議，可謂有決策之機動性。然而，委員會建議可不再限制買回之目的，則考量股東權益之保護，似有必要配套更為嚴謹的程序以為防弊，例如要求董事會以特別決議方式為之，並且明確排除有利害關係董事之議決權，或是要求應以股東會決議之方式為之，或是更進一步要求股份買回之相關資訊應有事先或事後透過一定機制予以揭露。

(三) 學者及各界意見

學者與業界多認為，現行法僅限於公司法第 167 條及第 167 條之 1 之情況始得買回，恐過於嚴格，故多肯認提供公司運作彈性之必要性。另一方面，各界也關注，買回畢竟不同於盈餘分配或減資等係按股東持股比例之分配，為保護股東權益，宜有配套措施。

二、比較法分析

關於股份買回之決策機關，英國法規定如屬市場外之股份買回（off-market），則該股份買回契約應經股東會特別決議（英國公司法 2006 第 694 條）；而如屬公眾公司自市場上買回，則應經由股東會的普通決議為之（英國公司法 2006

第.701 條)，值得注意的是英國法關於股份買回之決定權，無論是在私人公司或是在公眾公司，無論是市場上對不特定股東進行買回或係對於特定股東於市場外買回，均屬股東會的權限。香港法規定則與英國法雷同，公司條例第 244 條要求非上市公司之股份買回均應以經股東會授權之買回契約為之，上市公司的規定也同於英國法，區分為自市場上買回或非自市場上買回，惟其決議機關亦皆屬股東會（新公司條例 238 條至 240 條）。

日本法認為，股份買回與盈餘分派之性質相似，故規定原則上應由股東會特別決議為之（會社法第 156 條、第 309 條），然而在特定類型的公司型態（會社法第 459 條第 1 項）或在特定類型的股份買回（如公開市場上買回，會社法第 165 條）中，則允許此決策權由章程規定劃分予董事會，然而日本法中特別規定如股份買回係公司向特定股東買回，則無論章程中是否有前述特別規定，僅得以股東會之特別決議為之（會社法第 160 條、第 459 條第 1 項第 1 款），此係在確保股東間之平等。

美國法的規範則與上述各國大相逕庭，模範公司法中多認買回自己股份和盈餘分派適用同等規範（MBCA s.1.40(6)），惟該法中之盈餘分派係屬董事會之權限（MBCA s.6.31, 6.40）；此外，德拉瓦州公司法亦採取同樣的規範模式，即由董事會做為股份買回之決定機關（DBCL s.160）。

關於資訊揭露的部分，英國法及香港法均有詳細的規定，如香港公司條例第 245 條即規定股份買回之相關文件（如契約或備忘錄）應事前提供予公司股東，而此條相關資訊揭露義務若未踐行，依公司條例第 245 條(5)及第 248 條(6)之規定，該次股份買回將為無效。英國法下亦有相當程度的揭露義務，第 696 條規定，公司應於契約或備忘錄內容提供予全體股東。具體而言，如屬書面決議，則在該股份買回之書面決議議案前或同時，將契約或備忘錄提供予股東，惟如屬召開股東會決議之情形，則至少應於股東會前將前揭書面備置於公司登記處所至少 15 日或於股東會中提供（同條(2)項），又前揭文書應包括與本次股份買回有關之股東姓名（同條(3)項、(4)項），又如果股份買回未踐行前揭揭露程序，則該次股份買回不生效力（同條(5)項）。日本法下對於資訊揭露，雖未要求公司提供契約或備忘錄，然而會社法第 158 條要求公司應將同法第 157 條之事項通知股東，即(1)預定取得股份數、(2)取得每股所預定給付之金錢等之內容或數額及其計算方式、(3)取得股份所預定給付之金錢等之總額及(4)申請轉讓股份之日期。另外，如屬公司向特定人所為之股份買回，則另要求公司應向其他股東揭露此資訊，而其他股東則可依會社法第 160 條第 3 項要求成為該次股份買回時之特定股東，而將其股份亦轉讓予公司（惟會社法第 161 條至第 164 條所定情形者，不在此限）。

至於，有關表決權行使迴避，香港公司條例規定於第 240 條(4)項至(6)項及第 246 條(3)項，如未為迴避，則該決議應為無效。英國法亦同樣有表決權迴避之相關規定(s.695 及 s.698)，和股份買回有相關股份之股東不得行使其表決權（同條(2)項、(3)項）。日本法則是未於股份買回之總則中制定相關迴避規定，而係於「向

特定股東買回」之章節中，規定該特定股東並不得於會社法第 156 條所定之股東會中行使表決權，惟例外並規定如全體股東均無法行使表決權時，則不在此限(會社法第 160 條第 4 項)。在美國法中，無論是德拉瓦州公司法或模範公司法，似未見於股份買回之相關條文中對利益衝突之表決權迴避有為特別之規定。

關於公開發行公司是否應另有考量，觀諸英國法、香港法和日本法，對於已有公開市場之公司，若該股份買回係於公開市場中對全體股東所為者，則其對於股東平等原則所產生之違害應屬較小，故關於此種類型之股份買回，多半其相關規定都較為寬鬆(英國公司法第 701 條應為股東會普通決議；香港公司條例第 239 條(1)項：股東會普通決議；日本會社法第 165 條：得以章程授權董事會決議之)。另有關股東會決議買回後，該決議之有效期間，英國法係規定在公開發行公司(public company)該決議授權之有效期間不得長於 18 個月(Company Act 2006 s.694, 697, 700)，而香港法則是原則有效至次年股東常會為止，惟次年股東常會得再延長至次一年股東常會為止(公司條例第 239 條(3)項)。

(二) 我國立法分析

關於股份買回之決策機關，由比較法觀之，僅有美國法係採取董事會決議，而英國法、香港法和日本法皆採股東會決議。我國現行法下雖然係由董事會加以決議，惟此係因現行法下的股份買回係限於少數公司法所特定的狀況，實質上等同於已由法律先就股份買回之正當性進行審查，故在此種情況下同意由董事會即可為之；惟倘新制係就股份買回做原則性之鬆綁，則是否於全數狀況下仍得逕由董事會為之，則不無疑問。

就此，工作小組認為，美國立法例(董事會決議)或英國、香港立法例(股東會決議)均各有其優缺點，前者強調經營效率，後者強調股東權益之保護；我國在擇一採用時，亦應考量給予公司彈性，使公司能在法律預設的情況外，可根據自身情況選擇適當的決策機關。倘採取前者，則應配套資訊揭露等機制。

至於上市櫃公司之買回，原則上係於公開市場對於不特定的多數股東為買回之要約，此種情況下對於股東之侵害尚小，證券主管機關可為不同之考量。

三、方案提出

針對非公開發行公司買回自己股份之決策機關、資訊揭露等事項，建議如下：

(一) 決策機關

A 案：法定買回，例如特別股與異議股東股份收買請求權等，經董事會決議即可；其餘買回，參酌美國法，由董事會特別決議，但公司章程可規定由股東會決議。倘由董事會決議為之，則應於決議後 20 日，將決議內容寄送股東。

B 案：法定買回，例如特別股與異議股東股份收買請求權等，經董事會決議

即可；其餘買回，參酌英國與香港法，則由股東會決議，但公司章程可規定由董事會特別決議為之。倘由董事會決議為之，則應於決議後 20 日，將決議內容寄送股東。

(二) 資訊揭露

A 案(董事會特別決議)：董事會決議時，應於議程列明(1)預定取得股份數、(2)取得每股所預定給付之金額、總額及該金額之設定依據、(3)預計取得股份之時程、(4)如係向特定人取得，其姓名/名稱及與公司之關係等事項(5)其他重要事項。並應於決議日起 20 日內，將決議以書面寄送股東。

B 案(股東會決議)：股份買回議案，應先由董事會特別決議後，送交股東會決議。董事會決議時，應於議程列明(1)預定取得股份數、(2)取得每股所預定給付之金額、總額及該金額之設定依據、(3)預計取得股份之時程、(4)如係向特定人取得，其姓名/名稱及與公司之關係等事項(5)其他重要事項。董事會並應將股份買回之討論事項及董事會決議要領記載於股東會召集事由，不得以臨時動議提出（現行法第 172 條參照、第 185 條參照）。

C 案：除前述方案外，可仿效英國法、香港法，規定公司應備置買回契約或備忘錄供股東查閱。

(三) 利益衝突之表決權行使迴避

該股東不能行使表決權。

四、修法委員分組審議決議

(一) 決策機關

採取 A 案：法定買回，例如特別股與異議股東股份收買請求權等，經董事會決議即可；其餘買回，由董事會特別決議，但公司章程可規定由股東會決議。倘由董事會決議為之，則應於決議後一段期間後(例如 20 日)，將決議內容寄送股東。

(二) 資訊揭露

董事會或股東會為股份買回之決議，應於議程載明(1)預定取得股份數、(2)取得每股所預定給付之金額、總額及該金額之設定依據、(3)預計取得股份之時程、(4)如係向特定人取得，其姓名/名稱及與公司之關係等事項(5)其他重要事項。並應於決議後一定期間內(例如 20 日)，將決議內容通知股東。

股東會決議時，董事會應將股份買回之討論事項及董事會決議要領記載於股東會召集事由，不得以臨時動議提出（現行法第 172 條參照、第 185 條參照）。

(三) 利益衝突之表決權行使迴避

該股東不能行使表決權。

公司法全盤修正修法委員會

1.5.10 股份收買、收回或收為質物之申報與資訊揭露

公司將股份收買、收回或收為質物時，應向主管機關申報已發行股份數與買回或收為質物之股份數，並公開於主管機關之資訊網站。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法第 167 條及第 167 條之 1 有關公司買回自己股份，並未設有任何應向主管機關申報之規定。惟在上市上櫃公司，依證券交易法第 28 條之 2 第 3 項及金管會授權制訂之上市上櫃公司買回本公司股份辦法第 2 條規定，公司於有價證券集中交易市場或證券商營業處所買回其股份者，應於董事會決議之即日起二日內，公告並向金管會申報特定事項。

(二) 產生的問題

由於在現行制度下，股份買回受到一定的限制，因此關於股份之買回是否應向主管機關申報乙事，較未受重視。然而，如修法之方向係朝向放寬股份買回之限制，則是否應在放寬規範的同時，基於保護股東之觀點，增設保護股東之相關機制亦有討論的必要。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

關此，英國法和香港法皆規定股份買回應辦理登記。英國公司法第 707、708 條規定，公司應於買回後 28 日內辦理登記，另依第 702 條規定，公司應將相關文件備置於公司 10 年以備檢查。香港公司條例第 270 條規定應於實際買回之 15 天內辦理登記，另依第 237 條規定，相關證明文件（如買回契約）應備置於公司以備檢查。

惟除英國法和香港法外，美國模範公司法、德拉瓦州公司法、日本會社法及德國股份法中，均未見相關之規範。

(二) 我國立法分析

目前我國對此尚無相關討論，如將來擬朝向放寬公司買回自己股份，則要求為一定的資訊揭露，甚至要求辦理登記，均可謂為保障債權人或股東之一修法方向。惟究竟採申報制或登記制，而主管機關有無審查權限或申報或登記之內容是否公開，須就整體制度檢討配套。

三、方案提出

公司將股份收買、收回或收為質物時，應向主管機關申報已發行股份數與買回或收為質物之股份數，並公開於主管機關之資訊網站。

四、修法委員審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

1.5.11 從屬公司股份買回之認定

從屬公司不得將直接或間接控制其人事、財務或業務經營之公司之股份收買或收為質物。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 167 條第 3 項規定「被持有已發行有表決權之股份總數超過半數之從屬公司」及「被持有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。又第 167 條第 4 項規定：「前項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。」

惟依現行關係企業專章之規定，所謂控制從屬關係並不限於持有已發行有表決權之股份總數及資本總額超過半數之公司間（公司法第 369 條之 2 第 1 項），依第 369 條之 2 第 2 項規定：「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。」

(二) 產生的問題

從現行公司法規定以觀，公司法第 167 條第 3 項及第 4 項有關從屬公司不得取得控制公司股份之規定，由於和現行關係企業專章中之規定略有不同，也造成適用上之扞格。質言之，直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營之「實質上控制」公司（公司法第 369 條之 2 第 2 項），受其實質控制之公司似仍得收買該控制公司股份，不受公司法第 167 條第 3 項限制，對於資本參與型及實質控制型之控制從屬公司為不同規範之理由何在，原因不明。

(三) 學者及各界意見

對於此問題，有認為公司法第 167 條第 3 項及第 4 項係於民國 90 年修法時增訂，當時公司法中已有關係企業專章（民國 86 年修法時增訂），是以公司法第 167 條第 3 項及第 4 項採取形式標準，而未如同關係企業專章兼採實質標準，解釋上可認立法者係採明示排除之立法方式。準此，自不得以解釋方式將其擴及存在實質控制從屬關係之從屬公司。再者，實質標準於操作上較不明確，也可能產生影響股東會決議之安定性。

理律法律事務所於西元 2000 年公司法制全盤研究中，建議條文中，文字僅用控制公司及從屬公司，並未限制何種從屬公司應受買回規範之限制。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州公司法與模範公司法均未禁止從屬公司收買控制公司之股份，但限制從屬公司行使所持有控制公司股份的表決權。美國德拉瓦州公司法第 160(c) 條規定，一公司（從屬公司）於董事選任中表決權股份數過半數直接或間接由他公司（控制公司）所持有，則從屬公司持有控制公司之股份無表決權；美國模範公司法第 7.21(b) 條亦同。

英國法第 136(1)、1159(1) 條與香港公司條例第 13、113 條規定，從屬公司不得受讓控制公司之股份，且其對於控制從屬關係之定義，則除了包括表決權過半之標準外，亦包括實質控制之標準。

日本會社法對於控制從屬公司之認定，係規定於會社法第 2 條第 3 款，並不僅限於持有表決權過半數之情況，而包括所謂可控制他公司之財務及業務方針之情形（會社法施行規則第 3 條）。又關於股份買回之會社法第 135 條規定，則並未對從屬公司另作規定，因此解釋上同時包括了表決權過半之標準及實質控制之標準。

(二) 我國立法分析

在我國法下，由於公司法第 167 條第 3 項及第 4 項規定和第 369 條之 2 之規定有所歧異，因此產生解釋之矛盾，有必要予以釐清。

工作小組認為，新制建議放寬公司買回自己股份之限制，其目的在給予公司營運上之彈性，使公司可藉由買回調整其股本結構、提供股東退場機制，以及作為給予員工或發行有價證券轉換之用，同時輔以資訊揭露等機制以為防弊。工作小組認為，從屬公司購買控制公司股份非但沒有前述效益，卻存有不少弊害，例如藉由買回進行炒作或操縱股價，或者經營者藉此鞏固經營權。因此，建議新制在放寬公司買回自己股份之限制的同時，應可參酌外國法，進一步擴大實質控制定義下之從屬公司亦不得買進控制公司之股份。

三、方案提出

A 案：建議修改現行公司法第 167 條第 3 項及第 4 項規定，使其適用範圍與第 369 條之 2 與第 369 條之 3「有控制與從屬關係之公司」之定義一致：

（第 3 項）從屬公司不得將控制公司之股份收買或收為質物。

（第 4 項）前項控制公司及其從屬公司對他公司具有控制關係者，他公司亦不得將控制公司及從屬公司之股份收買或收為質物。

（第 5 項）前兩項控制公司與從屬公司依本法關係企業專章第 369 條之 2 與

第 369 條之 3 之定義。

B 案：維持現狀。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

公司法全盤修正修法委員會

1.5.12 買回股份之股東權

明文規定公司依法持有自己之股份，不得享有股東權。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 167 條之 1 第 3 項規定，公司依第 1 項規定收買之股份，不得享有股東權利，證券交易法第 28 條之 2 第 5 項亦規定：「公司依第一項規定買回之股份，不得質押；於未轉讓前，不得享有股東權利。」公司法第 179 條規定，公司依法持有自己之股份無表決權，此外從屬公司持有控制公司之股份亦無表決權。又公司法第 180 條第 1 項，股東會之決議，對無表決權之股份數，不算入已發行股份之總數。此外，企業併購法第 13 條第 2 項規定，公司依法買回之股份，於未出售或註銷前，不得享有股東權利。

(二) 產生的問題

公司持有自己股份能否行使股東權，現行法規定並不一致。有明文規定不得享有股東權者，例如公司法第 167 條之 1、證券交易法第 28 條之 2，以及企併法第 13 條；至於其他情況下公司所取得之股份，例如因異議股東行使股份收買請求權或第 167 條第 1 項但書所取得之自己股份，第 179 條規定無表決權，而不得享有股東權。由於規範的不一致性，致生適用法律之疑義。

又第 167 條之 1 所謂「不得享有股東權」之範圍為何，除表決權外，是否包括盈餘分配權、剩餘財產分配權、新股認購權、提案權、股東會召集權、查閱簿冊權利、制止請求權等權利？倘從屬公司持有控制公司之股份，除表決權不得行使外，能否行使其他股東權？特別是，委員會建議放寬從屬公司不得買回控制公司股份之適用範圍應包括實質控制類型，此一問題更形重要。

(三) 學者與各界意見

學者有認為我國係採休止說，即於公司持有自己股份期間，股東權係全面存續，惟處於休止或停止之狀態，以避免公司派之股東利用庫藏股永保董監職位之不合理情形發生。學者亦有指出，立法上股東權是否應全面休止，亦僅表決權不得享有而已，值得進一步探究。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州公司法第 160(c)條規定，公司持有自己股份不得行使表決權，

此外一公司（從屬公司）於董事選任中表決權股份數過半數直接或間接由他公司（控制公司）所持有，則從屬公司持有控制公司之股份無表決權；德拉瓦州法院進一步認為，實質控制關係下的從屬公司所持有控制公司股份，亦無表決權⁹¹。

關於公司持有自己股份之股東權利，主要國家大致仍傾向全面限制之立場，例外認為自己股份得享股東權利之情況較為少見。例如英國公司法第 726 條規定，自己股份不得行使表決權、不得受盈餘分配或配得公司資產，但可配得完全支付分紅之股東權利(fully paid bonus shares)；第 136 條規定，從屬公司持有控制公司之股份，不得享有表決權。而日本會社法大致上仍採取限制股東權利之立法（第 308 條：自己股份無表決權、第 453 條：自己股份不得參與盈餘分配、第 202 條：公司持有之自己股份無新股認購權。）至於股份合併、分割時之處理，會社法並無明文，學者之有力見解認為為避免自己股份之換價價值產生變動，股份合併及分割之效力應及於自己股份，但亦有指出縱因股份分割導致自己股份換價價值下降，既不會對股東造成損害，應予公司裁量空間⁹²。

（二）我國立法分析

我國學界向來認為公司依法持有之自己股份，其股東權利應為全面休止之狀態。蓋關於自己股份之表決權如不予限制，實質上掌握自己股份投票意向之公司董事可能將藉此左右議案表決狀況，為維持公司決策之公平公正，工作小組認為不宜開放。

至於自己股份是否有取得現金股利享有盈餘分配請求權，則公司受到盈餘分派之目的及實益為何，不無疑問，另外，屆時公司所受之盈餘分派應以何種方式列帳，亦可能產生問題而增加實務運作困擾，工作小組認為不宜開放；至於盈餘分派以發行新股為之時，前述實務運作上之疑慮似較低，但如盈餘分派以現金為之時自己股份不得受分派，以新股為之時則得受分派，規範上有失均衡。雖然，如不允許自己股份受分派新股，股東持股比例可能稍有變動，但此種變動僅會稀釋公司持有自己股份（潛在、休止的）表決權，而不會稀釋股東的表決權，且影響比例應亦不高，工作小組認為兩相權衡下，盈餘分派以新股為之時，其對象亦應排除自己股份為宜。

至於股東之新股認購權，如規定公司縱持有自己股份亦無認購新股之權利，確實可能使公司於發行新股後之股權結構及自己股份之整體價值產生變動。然而另一方面，由於公司以外之原股東並非必然行使其新股認購權，如使公司得就自己股份行使原股東之新股認購權，公司有可能透過新股認購程序之操作（例如設定甚短的認購權行使期間），稀釋原股東股權，工作小組認為仍以對自己股份排除原股東新股認購權之適用，較為妥適。

至於從屬公司持有控制公司的股份，現行法下規定為無表決權，從避免控制

⁹¹ Speise v. Baker, 525 A. 2d 1001 (Del. Ch. 1987).

⁹² 江頭憲治郎『株式會社法〔第六版〕』（有斐閣，2015年）頁265。

公司經營團隊利用從屬公司持有自己股票達到鞏固經營權之情況，自有其必要性，但是否應擴及其他股東權，則需斟酌。工作小組認為，考量從屬公司為獨立之法人，應僅於必要的範圍內限制其股東權，不應過於擴大，僅不允許其行使表決權即可。

三、方案提出

(一)基於規範一致性與避免公司經營團隊買回公司股份之弊端，建議明確規定公司依法持有之自己股份不得享有股東權。

(二)考量從屬公司為具獨立人格之法人，應僅於必要的範圍內限制其持有控制公司之股東權即可，不應過於擴大，建議維持現行規定，不允許其行使表決權，但其他股東權利不受影響。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

1.5.13 股份違法收買、收回或收為質物之法律效果

明定股份違法收買、收回或收為質物應屬無效，但法院可參酌善意第三人與維護交易安全之必要而認定為有效。

一、現況分析

(一) 現行條文

依現行公司法第 167 條之文義以觀，股份買回之規定應屬強制規定，如有違反其效力應屬無效，此有最高法院 72 年度台上字第 289 號判決：「此項禁止取得自己股份之規定，為強制規定，違反此項規定之行為，應屬無效。」可稽，另民國 74 年法務部 (74) 法律字第 8954 號函亦可供參照。此外，第 167 條第 5 項規定，違法本條規定買回、收回股份之公司負責人，應負民事上賠償責任。

(二) 產生的問題

公司如違法買回自己股份，依實務見解該股份買回之行為（包括董事會決議、處分行為或債權行為）因違反強制規定，而屬無效。違反買回除可能影響債權人權益外，亦可能使股東權益受到影響，令其無效使公司經營團隊謹慎小心，應屬適當。惟倘涉及交易安全，例如公司已將違反買回之股份轉讓於第三人，或上市櫃公司於公開市場買回，賣出之股東無從得知買受人為公司或其他人等情況，則是否應一律無效？抑或為維護交易安全，使買回有效，但追究公司負責人之責任？

(三) 學者與各界意見

學者有認為，違法取得自己股份，係違反法律禁止之規定，其取得行為原則上應屬無效。但有認為，該買回契約無效，當事人不得請求契約之履行，惟若物上行為已完成後，僅係公司負責人處罰的問題，其行為之本身仍屬有效。亦有認為，為維護交易安全，公司以第三人名義，為自己之計算而取得自己股份，或其出賣人係屬善意時，應例外解為有效。尚有認為，在證券市場購進自己公司之股份者，基於維護證券市場交易秩序之目的，應為有效，僅存公司負責人民事賠償責任追究的問題。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

關於違法買回行為之效力，日本法雖未以法律規定，但通說認為違法買回為無效，惟針對究竟何者得主張無效，實務見解多數說認為僅限於公司，惟學界有

力說則認為不限於公司；至於違法買回而致公司發生損害，該決議之董事是否應負違反善良管理人注意義務之責任？司法實務上亦有判決肯定公司違法買回時，董事違反善良管理人注意義務，另外日本法亦於法律中明訂超過可分配金額之違法買回之法律效力，公司除了可對參與決議之董事主張外，亦可對惡意之股東請求（會社法第 462 條至第 464 條）。美國德拉瓦州公司法則是於第 174 條(a) 規定，決議之董事應連帶負相關民事上責任。至於是否應以行政責任或刑事責任處罰之，香港法於新公司條例第 267 條規定，公司及負責人皆有刑事責任。

（二）我國立法分析

有關違法買回股份應負何種責任？參酌比較法例，雖然原則上對於股份買回予以放寬，但就其所為之基本上限制則皆被定位為強制規定中之效力規定，而不得違反。依我國現行法解釋，股份買回之相關規定亦屬強制規定，違反此規定之股東會或董事會決議，依現行公司法第 191 條應為無效；又基於此無效決議而執行之股份買回行為，由於此法律行為違反了強制規定，亦應為無效。縱使對股份買回規定為相當之鬆綁，基於債權人或股東之保護所設之最小限度之限制，仍應認為屬強制規定，而不許董事以任何方式規避，此與上揭各國之立法例亦無相悖。

然考量買回可能涉及交易安全的保護，我國學者多認為，倘公司以第三人名義，為自己之計算而取得自己股份，或其出賣人係屬善意時，應可例外解為有效；或者公司係於證券市場購進自己公司之股份者，基於維護證券市場交易秩序之目的，應為有效。這類涉及交易安全的爭議，目前尚不多見，但工作小組考量，新制下，倘擴大從屬公司不得買回控制公司股份的適用範圍，包括受實質控制從屬公司，則是否該當實質控制之認定具有一定的爭議性，糾紛可能增加，基於規範的一致性與可預測性，工作小組建議亦可考慮立法明文規定例外有效之情況。

至於公司負責人之責任為何？依現行公司法第 23 條規定，董事應就此違法之行為負其善良管理人注意義務，而應對公司負損害賠償責任，公司法第 167 條第 5 項規定，違法買回之公司負責人應負民事上賠償責任，此皆與各國立法例相符。惟除民事責任外，是否亦課予行政責任或刑事責任？各國立法例則有不同，目前僅有英國法和香港法規定董事應就違法的股份買回負刑事責任。工作小組建議，倘考量刑事責任過重，然民事責任往往不易舉證損害，且公司追究負責人之責任有現實上之困難，可考慮增訂行政責任，以強化公司負責人的遵法意識。

三、方案提出

A 案：明文規定違法買回應屬無效，但可經法院判決而有效（應於立法理由中說明法院應考量之因素，包括是否涉及善意第三人與有無維護交易安全之必要）。此外，除現行公司法第 167 條第 5 項規定，違法本條規定買回、收回股份之公司負責人應負民事上賠償責任外，建議增訂公司負責人之刑事或行政責任。

B 案：維持現狀。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

公司法全盤修正修法委員會

1.5.14 違法分配之責任

公司違法分派盈餘、減資、資本公積發給現金、股份收買、收回或收為質物時，公司負責人之民事、刑事、行政責任應為一致。公司負責人應對公司填補違法分配之數額，並得於填補後，向明知或有合理基礎相信分配違法而仍受領分配之股東，就其受領分配的範圍內，請求返還。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 23 條：「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。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。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。」。

所謂分配，從廣義來說，包括盈餘分派、減資、股份買回等公司分配財產予股東之行為。現行法對於各種違法分派有不同之規定：

1. 盈餘分派

公司法第 232 條第 3 項：「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。」

第 233 條：「公司違反前條規定分派股息及紅利時，公司債權人，得請求退還，並得請求賠償因此所受之損害。」

第 237 條：「公司負責人違反第一項規定，不提法定盈餘公積時，各科新臺幣六萬元以下罰金。」

第 231 條：「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。」

第 356 條之 10：「公司依第一項規定分派盈餘時，應先預估並保留應納稅捐、彌補虧損及依法提列法定盈餘公積。但法定盈餘公積，已達實收資本額時，不在此限。(第 3 項) 公司違反前項規定者，股東於受盈餘分派之範圍內，對公司負返還責任。(第 4 項)」

2. 減資

公司法第 168 條第 4 項：「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。」

惟應注意者，現行法對於性質上同屬減資的第 241 條資本公積發給現金，並無違反時之相關規定。

3. 股份買回、贖回

公司法第 167 條第 5 項：「公司負責人違反前四項規定，將股份收回、收買或收為質物，或抬高價格抵償債務或抑低價格出售時，應負賠償責任。」

(二) 產生的問題

現行法下，對於違法分配之規定不一致，有的規範有刑事責任，例如減資與盈餘分派，有的則無，例如股份買回；有行政責任者，例如減資，其餘均無；有股東應負返還義務者，例如盈餘分派，其餘則未規定，僅規定公司負責人之責任。亦有如違法分派資本公積，則未見規定。差異規範下，難見其規範邏輯，也可能產生套利空間。

此外，倘有違法分配，股東雖因此而受有不當利益，但公司法下分配之類型眾多，要件各不相同，分配縱應經股東會同意，但股東對於分配違法之情事可能毫不知情，要求不知情之股東返還是否合理，不無疑義，且如股東人數眾多，更增糾紛。

(三) 學界與各界意見

學者認為現行法下對受違法分配之股東，不區分是否知情皆課予返還責任，似過於嚴格且與各國規範不同，建議應予修正。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

關於違法分配下之董事責任，美國、英國、香港、德國、日本等主要國家法規上均有損害賠償、回復原狀等民事責任相關規範之適用。日本會社法並有刑事罰相關規定 (Article 963(5)(ii))。

至於違法分配時股東之返還義務，各國多規定符合一定要件之股東應負返還義務。例如，美國德拉瓦州公司法第 174 條明知違法分配之股東負返還義務(with the knowledge of facts)、模範公司法第 8.33 條，德國股份法第 62、93(3)條及英國公司法第 847 條明知或有合理基礎相信(knows or has reasonable grounds for believing)之股東應予返還。

(二) 我國立法分析

工作小組建議新制下，應相當程度簡化公司分配之流程，以提供公司經營上之彈性與效率；與此同時，公司負責人遵守法律以維護股東與債權人自然更形重

要。

現行法下，對於違法分配下公司負責人責任之規範並不一致，由於分配對於公司、股東與債權人而言，均是公司資產流向股東，建議責任規範應予一致，以免產生法規套利行為。此外，對公司負責人課以民事、刑事與行政責任雖均有其利與弊，然工作小組考量公司違法分配時，受有利益者為股東與董事，不容易使公司啟動民事究責機制，刑事責任雖有強大嚇阻效果，但往往耗時費日，建議可考慮強化行政責任之規範，提升公司負責人之遵法意識。

又現行法下，規定受領違法盈餘分配之股東應有返還責任。惟工作小組認為，股東雖因違法分配而受有不當利益，但公司法下分配之類型眾多，要件各不相同，股東可能對於違法分配之情事，毫不知情，要求不知情的股東返還是否合理，不無疑義，倘股東人數眾多，更徒增糾紛。且基於公司運作彈性效率，工作小組建議新制可參照美國法，原則上由董事會決議相關分配事宜，因此違法分配下股東之責任，也需考量而為相應之調整。

工作小組建議，可參酌英國法，對於明知或有合理基礎相信分配違法而仍受領分配之股東，就其受領分配的範圍內，對公司負返還責任；或者參酌美國模範公司法，倘發生違法分配之情事，應由公司負責人對公司填補違法分配之數額，倘公司受有損害，另應負損害賠償責任；公司負責人為填補後，可向明知或有合理基礎相信分配違法而仍受領分配之股東，就其受領分配的範圍內，請求返還。如此，亦可強化公司負責人更加小心謹慎執行職務。

三、方案提出

(一) 關於違法分配時，董事責任：

建議違法盈餘分配、減資、資本公積發給現金、股份買回收回，公司負責人之民事、刑事、行政責任應為一致。考量民事責任與刑事責任之訴追有其困難度，建議應強化行政責任。

(二) 關於違法分配時，股東之返還義務：

A 案：建議可參酌英國公司法，倘發生違法分配之情事，明知或有合理基礎相信分配違法而仍受領分配之股東，就其受領分配的範圍內，對公司負返還責任。公司之債權人得代位請求股東退還予公司，並得請求公司及公司負責人連帶賠償其因此所受之損害。

B 案：建議可參酌美國模範公司法，倘發生違法分配之情事，應由公司負責人對公司填補違法分配之數額，倘公司受有損害，另應負損害賠償責任；公司負責人為填補後，可向明知或有合理基礎相信分配違法而仍受領分配之股東，就其受領分配的範圍內，請求返還。公司之債權人得代位請求公司負責人應填補公司

損害，並得請求公司及公司負責人連帶賠償其因此所受之損害。

C 案：倘發生違法分配之情事，股東於受領分配的範圍內，對公司負返還責任。公司之債權人得代位請求股東退還予公司，並得請求公司及公司負責人連帶賠償因此所受之損害。

四、修法委員分組審議決議

(一)照提案通過。

(二)決議採 B 案。

公司法全盤修正修法委員會

第六節 公積與其使用

1.6.1 法定盈餘公積

修改計提上限為實收資本額加上發行新股產生之溢價資本公積，計提比例並授權子法訂定。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法第 237 條第 1 項規定，公司於完納一切稅捐後，分派盈餘時，應先提出 10% 為法定盈餘公積。但法定盈餘公積，已達資本總額時，不在此限。

第 356-10 條第 3 項規定，閉鎖性公司半年分派盈餘時，仍應先預估並保留應納稅捐、彌補虧損及依法提列法定盈餘公積；但法定盈餘公積，已達實收資本額時，不在此限。

第 241 條規定，公司無虧損者，得經股東會特別決議，將法定盈餘公積，按股東原有股份之比例發給新股或現金，並以法定盈餘公積超過實收資本額 25% 之部分為限。

(二) 產生的問題

公司法要求強制計提法定盈餘公積之目的，在限制公司盈餘之分派，將盈餘保留於公司內部，以穩健公司之財務，並積蓄企業本身發展所必要之資本。惟保留法定盈餘公積與公司之資金及流動性並無必然關係，且抱持不必要的資產可能產生經濟上之不效率。是以，盈餘分派前，是否仍有必要應強制計提 10% 之法定盈餘公積，實值檢討。

此外，現行法以實收資本額作為強制計提法定盈餘公積之上限，以實收資本額作為上限，亦有檢討之必要。蓋，倘新制允許公司擇一採用無面額股或面額股，則相同的出資額下，公司資本額將會有極大之差異；採面額制之公司可以設定極小的面額，從而有極大之溢價資本公積，則法定盈餘公積之計提上限可能非常小。因此，若維持強制計提，對於法定盈餘公積之計提上限，是否需要調整，亦應進一步檢討。同樣的，法定盈餘撥充資本或發給現金，現行以超過實收資本額 25% 之部分為限之規定，亦有上述無面額股與面額股制度下之問題，亦應一併考量。

(三) 學者及各界意見

學界有認為可維持現制，即盈餘分配前，公司須先行計提法定與特別盈餘公

積，藉此限制盈餘分派數額，充實公司資本，以保障債權人之權益。另有學者有認為，應參照日本立法例（日本會社法 288），放寬法定盈餘公積的提列限度，只要資本公積已達資本的四分之一，即毋庸提列法定盈餘公積，藉此提高公司運用資產的自由度。此外，亦有學者認為，強制計提法定盈餘公積，無法確保公司財務穩健，無法達其立法目的，建議予以刪除。

業界則多認為強制計提 10% 法定盈餘公積之規定應可刪除，其認為此係政策選擇問題，亦即，若強制計提法定盈餘公積，則著重在保護債權人及交易安全；反之，若係不強制計提，則股東可分配盈餘將可提高，可藉此刺激經濟。另有認為，過往之所以須強制計提，實基於強化資本充實原則之要求，惟時至今日是否仍有需要存有疑問，是否計提應留由公司自治。另有業界建議，無須以法規強制計提法定盈餘公積，但可考慮若公司自願計提，得享受稅賦優惠以資鼓勵。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

在英美法體系國家，包括英國、美國及香港等，均無要求計提法定盈餘公積。大陸法體系仍規定有法定盈餘公積之概念，並且要求須強制計提，至於計提之上限不一而足。例如，日本會社法第 445 條規定，於盈餘分配前須先計提 10% 之盈餘公積，有關法定盈餘公積的提列限度，為法定盈餘公積合併資本公積達資本的四分之一。法國法規定，法定盈餘公積的提列限度，為資本的十分之一；提列基礎及比率為當期盈餘扣減累積虧損後餘額的二十分之一（法國公司法 232 之 10）。德國公司法第 150 條規定，法定盈餘公積的提列限度，為法定盈餘公積與資本公積合計總額達到資本的十分之一；提列基礎及比率為每決算期當期盈餘扣減累積虧損後餘額的二十分之一。

	日本§445	法國§232-10	德國§150
計提比例	計提分派盈餘的 10%。	當期盈餘扣減累積虧損後餘額的二十分之一。	每決算期當期盈餘扣減累積虧損後餘額的二十分之一。
計提上限	法定盈餘公積合併資本公積達資本的四分之一。	資本的十分之一。	法定盈餘公積與資本公積合計總額達到資本的十分之一。

（二）我國立法分析

我國法定盈餘公積之提列規定，自民國 55 年修正以來，迄今未有任何修正。資本維持原則時至今日不乏檢討聲浪，是否藉由計提法定盈餘公積達到保障債權人之目的亦容有質疑，當年之立法背景是否與時俱進不無疑問。現行修法方向既往英美法體制靠攏，則若仍保留法定盈餘公積制度恐顯格格不入之感。

即便選擇保留強制計提法定盈餘公積，未來若兼採無面額股或面額股之制度，以公司實收資本額做為計提上限及撥充資本或分派現金的計算基礎，可能對不同面額制度之公司有不公平之規範，且可能造成公司選擇極低面額之套利行為，從而失去立法當初所欲保護債權人之目的。是以，須配套思考法定盈餘公積計提上限及撥充資本或分派現金的計算基礎，應如何與無面額股或低面額股制度作調整搭配。

職是，在資本已不具保護債權人實效，公司資產運用日趨講求效率及彈性經營的現代國際潮流下，我國有關法定盈餘公積等資本制度，實宜審時度勢有所修正，創造有利我國企業經營的法制環境。因此，工作小組建議廢除計提法定盈餘公積之制度。惟若仍認為有保留之必要，則計提比例或上限等，亦應參照其他大陸法系國家之立法例，適度調降；並且過去以實收資本額為計算基礎者，為使面額與無面額股一致，在面額制下，應以「實收資本額加上發行新股產生之溢價資本公積」為計算基礎。

惟在考慮計提法定盈餘公積制度存廢時，應配合思考廢除此制度對於租稅之影響；由於目前公司之盈餘計提法定盈餘公積係依法計提之公積，在計算未分配盈餘加徵營利事業所得稅（10%）時，係可列為減項而毋須加徵，未來若廢除此制度時，則計算未分配盈餘加徵營利事業所得稅時，則無此扣除項目，公司若在盈餘發生之次年度不分配時，會有加徵 10% 營利事業所得稅之問題。

另外若廢除計提法定盈餘公積制度時，過去累積在帳上之法定盈餘公積，應可選擇保留於未來彌補虧損、直接發放現金或轉增資。

三、方案提出

關於盈餘分配前，是否應強制計提法定盈餘公積？倘仍維持強制計提，則採無面額或低面額時，對於法定盈餘公積之計提上限是否需要調整，建議方案如下：

A 案：廢除法定盈餘公積強制計提規定，可由公司依其需要，自行決定是否計提特別盈餘公積。另對於既有之法定盈餘公積，公司可選擇於未來彌補虧損、直接發放現金或轉增資。（建議於立法理由或主管機關問答集，說明公司應考慮對於未分配盈餘加徵 10% 營利事業所得稅之影響，強制保留法定盈餘公積時，該保留之數額雖不能分配，但也無須加徵營業事業所得稅 10%）

B 案：維持現行計提規定，但參考德法等國之立法例，降低計提比例（德法為 5%）、計提上限（德法為資本額之 25%），計提基準修改為實收資本額加上發行新股產生之溢價資本公積。

附帶說明：實務上即便法定盈餘公積達實收資本額，但依章程規定仍要計提時，公司仍必須依章程規定計提；另除盈餘當年度計提外，亦可選擇分配時一次計提，若仍維持現狀，保留強制計提法定盈餘公積時，建議可以函釋統一目前實務上的作法，即均應於年度盈餘結算應計提，而不得再併有分派時計提（過去的盈餘若未分派，則不溯及既往）。

四、修法委員分組審議決議

考量稅制因素，決議採 B 案並調整文字：「維持現行計提規定，修改計提上限為實收資本額加上發行新股產生之溢價資本公積，計提比例授權子法訂定。立法理由中說明稅務因素，授權子法訂定，待稅務問題解決後再以子法廢除法定盈餘公積強制計提規定。」並刪除附帶說明之文字。

1.6.2 資本公積

已實現之溢價資本公積，可經由董事會決議轉為股本，不受無虧損之限制；惟若用以彌補虧損或發放現金，應與減資之程序相一致（包括應否經償付能力測試）。

一、現況分析

（一） 現行條文

依公司法第 239 條，資本公積得用於彌補虧損，次按公司法第 241 條規定，公司無虧損者，得依股東會特別決議，將溢價資本公積或受領贈與之資本公積發給新股或現金。據此，現行法下公司得以溢價資本公積或受領贈與之資本公積，依股東會特別決議方式配發現金或轉增資；其他資本公積，則僅能用以彌補虧損。

（二） 產生的問題

公司法於民國 91 年修正時，刪除有關資本公積內容的規定，回歸適用商業會計法及相關規定。目前資本公積之相關規定，係依經濟部制定之商業會計處理準則。該處理準則第 28 條規定：「（第 1 項）資本公積，指公司因股本交易所產生之權益。（第 2 項）前項所列資本公積，應按其性質分別列示。」隨著股本交易的種類越來越多樣化，資本公積的種類也一直在增加，而交易型態日趨複雜，實務上在判斷是否屬於溢價資本公積時，經常發生困難，必須仰賴主管機關逐一以行政函釋釋疑，方能確定該特定交易產生之資本公積是否為公司法第 241 條所稱之溢價資本公積。

此外，部分股本交易，如因發行限制員工權利新股而產生之資本公積，由於發行條件可能於未來一定期間後始成就，因此，在此情況下，有可能產生未實現之資本公積，該資本公積在運用時，若不加以限制，則可能發生資本公積運用後，該限制型股票卻經收回註銷或買回等情形，而造成無法回復之可能。從而，對於未實現資本公積之運用，似應規範一定之限制。

（三） 學者及各界意見

學者有認為，第 241 條之溢價資本公積，其性質上仍屬股東投入資本，尤其在低面額股之情況下，股款超過面額之部分，將全數歸為資本公積，如將資本公積發現金給公司股東，似有變相退回投資股本之嫌，不僅違反公司資本三原則，且亦迴避公司法第 9 條禁止發還股款之規定。但亦有認為，就世界潮流趨勢而言，現今對於債權人保護的看法，已不在於資本累積多少，而在於公司的支付能力。即使是法定公積制度的發源地歐洲國家，亦開始檢討放寬資本制度，我國似亦無必要悖於時勢嚴格要求資本公積之提列範圍，而應考慮其運用對公司之影響加以規範。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英國公司法第 610 條對於溢價資本公積之運用有以下規範，針對發行股份超過面額之溢價，必須計提至「股份溢價」之項目，且僅能用於消除發行股份所產生之費用與佣金，或作為配發新股予股東之紅股（bonus shares）股款。

香港 2014 年之新公司條例強制採用無面值制度，並廢除相關的概念例如面值、股份溢價，以及法定資本規定的要求。然而，於附表 11 第 37 條則訂有過渡性及保留條文，其中有規定股份溢價可作為配發新股予股東之紅股的繳付股款，或用於沖銷公司開辦費用、公司發行股份而招致的開支、公司發行股份而支付的佣金、或公司發行股份而容許的折扣。

(二) 我國立法分析

依商業會計處理準則第 28 條規定，資本公積，係指因股本交易產生之權益，其性質較股本為接近，若要運用以彌補虧損、發放股票獲現金，在程序或條件上，應類同股本之相關規定，較為適宜。從而，在彌補虧損、發放現金時，應比照減資彌補虧損或減資退還股款，較為合理；至於以資本公積轉增資，則因性質上與股本相近，程序上應可簡化。

資本公積之種類繁多，實務上對於新種資本公積，若均需逐一申請主管機關解釋其是否為溢價資本公積，常造成公司之困擾，建議運用上不再以是否為溢價資本公積或受贈之資本公積來劃分用途，而應以是否屬於「已實現」之資本公積來限制較為可行。對於「已實現」之資本公積，如同股本一樣，可直接轉為股本、或用以彌補虧損及發放現金；未實現之資本公積則不得做其他用途，以免未來發生無法實現而有過度增資、彌補虧損或發放現金而無法回復之問題。

工作小組考量資本公積本即屬於資本的性質，若用以轉為股本，僅為股本科目之調整，實際上對於股東權益或債權人而言，並無影響，因此，程序上應可以簡化由董事會決議即可。惟若用以彌補虧損或發放現金，實質上與減資彌補虧損或發放現金並無二致，建議參考減資之程序（包括應否經償付能力之測試），以避免債權人之權益受到損害。

三、方案提出

關於資本公積用途之妥適性，建議修正相關規定如下：

A 案：「已實現」之溢價資本公積，可經由董事會決議轉為股本；惟若用以彌補虧損或發放現金，應與減資之程序相一致（包括應否經償付能力之測試）。

B 案：維持現狀。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案，並調整文字為：「已實現之溢價資本公積，可經由董事會決議轉為股本，不受無虧損之限制；惟若用以彌補虧損或發放現金，應與減資之程序相一致（包括應否經償付能力之測試）」。

公司法全盤修正修法委員會

第七節 公司為轉投資、資金貸與他人，與為保證人

1.7.1 公司資金運用與公司為保證人

刪除公司法第 13、15、16 條關於公司資金運用與為保證人之限制。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法第 13 條限制公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人；公司若為他公司有限責任股東時，除以投資為專業，或公司章程另有規定，或經股東同意、股東會決議者外，其投資總額不得超過公司實收股本百分之四十。第 15 條則限制公司資金不得貸與任何人，除非係與公司有業務往來或短期融通資金之必要者，且短期融資上限不得超過公司淨值百分之四十。又第 16 條限制公司除依法或公司章程規定得為保證人外，不得為任何保證人。

公司負責人若違反前述轉投資、貸與他人、為保證人之限制，應賠償公司因此所受之損害；且於違法放貸時，應與借用人連帶負返還責任；於違法保證時，公司負責人應自負保證責任。

(二) 產生的問題

1. 此等限制規範是否達到防弊興利之效果？抑或徒然對於企業經營之靈活性造成不必要之困擾？

2. 是否採取原則允許，例外禁止（例如章程禁止）之法律設計，進而從強化董事責任、利害關係人交易與資訊揭露方面著手？

3. 公司轉投資於其他公司成為其有限責任股東，可能造成一套資本重複使用之資本空洞化問題，及公司登記為以投資為專業，卻實質經營其他業務，藉以規避現行公司法第 13 條第 1 項之規定。

4. 實務上，中小企業常不發放現金股利，而以公司資金貸與股東之方式，變相發放股利予股東，藉此減少股東個人稅賦（股利所得）；且即便公司違反不得貸與他人之規定，因公司法未規定相關罰則，僅於公司受有損害時，由公司負責人負損害賠償責任。

(三) 學者及各界意見

1. 公司轉投資之限制

法律實務界多認為現行第 13 條對公司轉投資之限制，僅具形式意義而無實質效

力，為落實企業自治精神，創設多角化經營之法制環境，並提升企業整體之競爭力，建議刪除第 1 項後段及第 2 項等公司為他公司有限責任股東之相關規定（含公司轉投資上限），保留公司不得因轉投資而負無限責任之規定，與公司負責人若違反限制規範，應負損害賠償責任之規定。業界則多建議刪除轉投資的比率限制。惟學界有認為現行法無力解決公司轉投資所產生之虛增資本及董監利用轉投資以控制股東等問題，應另訂定適當條文，予以規範。

2. 公司資金貸放之限制

法律實務界多認為應刪除現行第 15 條對公司資金貸放之限制，允許企業獨立判斷資金運用之方式，以降低商業活動成本，提高企業效率與靈活營運之功能。業界則認為公司間與行號間業務往來確有資金借貸之需求，且縱違反不得貸與股東或他人之規定，因無相關罰則，致使行為人往往無視此一限制。學界亦有認為本條因開放太多例外情形，形同架空資本維持之立法目的。

3. 公司為保證人之限制

法律實務界對於是否限制公司為保證人之見解並不一致。有認為本條規定允許公司以章程規定任意排除適用，非絕對禁止，導致交易相對人需負擔查證公司有無依法或依章程得為保證之不便，故建議刪除禁止公司保證之規定；亦有認為本條規定可避免公司經營者濫為保證行為，損害股東權益，故建議維持現行規定，並增訂「依章程規定得為保證之公司，於考慮全體股東權益，應強化業主自行決定承受保證風險之能力」之相關規定。學界則有認為最高法院判決見解排除本條在公司背書之適用，與本條穩定公司財務之立法意旨相違，顯不合理；惟業界考量公司營運之靈活性，多於章程明訂公司得為背書保證。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

1. 公司轉投資之限制

德國、英國、美國與香港的公司法規並無限制公司轉投資之相關規範。

2. 公司資金貸放之限制

德國公司法制依循資本維持原則，禁止股東違法取回出資，訂有股份法第 57 條「不得向股東返還出資」及有限公司法第 30 條「維持公司實收資本所必要的公司財產，不得返還於股東」等規定，而將公司資金貸放予股東即隱含返還出資之意義，故德國法禁止公司貸款給股東，若違反此項限制其法律效果為無效，必須立即返還。歐盟公司法制與英國公司法制亦有類似資本維持原則之規定，惟係側重於「禁止公司違法取回自己股份」，因此訂有歐盟公司法第二指令第 23 條與英國公司法 ss.151 至 158 等規定，禁止公司對他人取得公司股票給予財務上之幫

助，包括以借貸方式提供資金予第三者，意即禁止公司貸放資金與他人，使其取得自己之股份。

美國模範公司法於 1988 年修法前，對於公司貸款給董事設有限制，必須經過多數股東投票同意，且須由董事會認定對公司有益並批准貸款；惟 1988 年修法後，模範公司法第 8.32 條與德拉瓦州公司法第 143 條之規定趨於一致，只要董事會認為對公司有利，公司可以對員工、管理階層、或兼任董事的員工和管理階層提供貸款，此類貸款可以是無息、無擔保的貸款。相對於美國公司法制之解除限制，香港公司法制對公司貸款給董事仍設有限制，於公司條例第 500 條至 502 條分別規範，除經股東同意之情形外，公司不得向董事、或受董事控制的法人團體、或與董事有關聯的實體借出貸款。

3. 公司為保證人之限制

德國公司法制並無限制公司為保證人之相關規範。而歐盟公司法制與英國公司法制禁止公司對他人取得公司股票給予財務上之幫助，其中財務上之幫助除以資金貸與他人外，尚包括以擔保方式使他人取得資金，意即歐盟公司法第二指令第 23 條與英國公司法 ss.151 至 158 等規定禁止公司為他人之貸款提供保證，以使其取得自己之股份。

美國模範公司法於 1988 年修法刪除第 8.32 條後，經董事會同意，公司可以對員工、管理階層、或兼任董事的員工和管理階層提供擔保，德拉瓦州公司法第 143 條亦有類似規定。相對於美國公司法制未限制公司任保證人之情形，香港公司法制對公司為董事或其關係人任保證人之情形設有限制，於公司條例第 500 條至 502 條分別規範，除經股東同意之情形外，公司對於任何人借予董事、或受董事控制的法人團體、或與董事有關聯的實體之貸款，不得給予擔保或提供保證。

(二) 我國立法分析

現行公司法對於公司資金運用與公司為保證人之限制，係立法者對於公司此一法人組織之經營風險控管措施，故原則上採禁止規定，以期公司營運風險最小，但若公司為專業投資公司或章程另有規定時，則例外允許；本次修法，工作小組延續此一法律設計，但考量實務上公司確有資金運用之彈性需求，並參考國外立法例，關於公司轉投資之限制，建議開放公司得為他公司有限責任股東，且刪除公司轉投資上限，惟相應之風險控管措施則由董事會於轉投資前，提出具有償付能力之聲明，且限制公司不得因轉投資而承擔無限責任之風險，藉以保障公司之債權人。

又關於公司資金貸放之限制，工作小組建議開放公司資金貸放之對象與上限，改以董事會應於貸放前提出具有償付能力之聲明，作為公司貸放資金之門檻，兼顧公司資金運用之彈性與公司營運風險之管控。至於現行法中公司為保證人之限制，工作小組考量公司為保證人對全體股東與債權人權益影響甚鉅，建議維持現狀，並應增訂公司承受保證風險之門檻規定。

三、方案提出

(一) 關於是否開放公司轉投資之限制，工作小組提出建議方案如下：

A 案：建議修正第 13 條第 1 項後段公司為他公司有限責任股東之相關規定(含公司轉投資上限)，引進「償付能力測試」，並刪除第 2、3 項股東會決議之相關規定。第 1 項後段修正為：「如為他公司有限責任股東時，除以投資為專業或公司章程另有規定者外，應由董事會於轉投資前提出具有償付能力之聲明。」並保留公司不得因轉投資而負無限責任之規定，與公司負責人若違反限制規範，應負損害賠償責任之規定。

B 案：建議刪除第 1 項後段及第 2、3、4 項等公司為他公司有限責任股東之相關規定(含公司轉投資上限)，保留公司不得因轉投資而負無限責任之規定，與公司負責人若違反限制規範，應負損害賠償責任之規定。

(二) 關於是否開放公司資金貸放之限制，工作小組提出建議方案如下：

A 案：建議修正第 15 條第 1 項，引進「償付能力測試」，第 1 項修正為：「公司之資金，除於貸放前由董事會提出具有償付能力之聲明者外，不得貸與任何他人。」並保留公司負責人若違反限制規範，應與借用人連帶負返還責任，並應負損害賠償責任之規定。

B 案：建議刪除本條。

(三) 關於是否開放公司為他人保證人之限制，工作小組建議維持現狀。並增訂第 16 條第 1 項後段：「其依章程規定得為保證之公司，應考慮全體股東與債權人權益，設有承受保證風險之門檻。」

四、修法委員分組審議決議

(一) 決議：公開發行公司保留現行規定，非公開發行公司不適用之。

(二) 決議：公開發行公司保留現行規定，非公開發行公司不適用之。

(三) 決議：公開發行公司保留現行規定，非公開發行公司不適用之。

五、修法委員會決議

(一) 依現行法第 13 條第 1 項之規定，公司得以獨自進行特定經濟活動，獨自承擔所有營運風險、全部損失，卻不得為他公司無限責任股東或合夥事業合夥人，與他公司共同進行特定經濟活動，共同承擔營運風險、分攤損失，第 13 條

第 1 項之限制顯不合理。又現行法第 128 條允許公司為發起人，依學說及實務見解，發起人間為合夥關係，又與限制公司不得為合夥事業合夥人之規定互有扞格，徒增公司究竟得否為發起人之疑慮。另本次修法方向既已不得新設無限或兩合公司，限制公司不得為他公司無限責任股東之規定已無必要、亦無實益。且參考英國、美國、德國與日本之立法例，各國均無限制公司為他公司無限責任股東或合夥事業合夥人之規範，爰刪除之。

(二) 現行法第 13 條第 2 項對公司轉投資之限制，實務上公司多以章程排除本項規定，此一限制僅具形式意義而無實質效力，且參考英國、美國、德國與香港之立法例，各國均無限制公司轉投資之規範，惟金管會認為公開發行公司仍有限制公司轉投資行為之必要，因此修法委員會建議應於公司法中刪除本項規定，並建議應於證券交易法中詳細規範。

(三) 現行法第 15 條對公司資金貸放之限制與第 16 條對公司為保證人之限制，參考英國、歐盟、美國、德國與香港之立法例，各國多限於禁止公司貸與董事資金，或禁止公司為董事之保證人，屬於董事忠實義務之類型化規範，而非一般性的全面禁止。為落實本次修法重視之企業自治精神，應允許企業獨立判斷資金運用之方式，以降低商業活動成本，提高企業營運效率與整體競爭力，故建議刪除現行法第 15 條、第 16 條之規定。

綜上所述，修法委員會決議建議刪除公司法第 13、15、16 條關於公司資金運用與為保證人之限制。

第二章 公司之會計與審計

第一節 總則議題.....	2-2
2.1.1 會計相關之法規架構調整.....	2-2
2.1.2 大小公司分級管理.....	2-4
第二節 財務報表之編製.....	2-14
2.2.1 功能性貨幣.....	2-14
2.2.2 控制公司財務報表之編製.....	2-16
2.2.3 簽證會計師之權利義務.....	2-19
2.2.4 資產評價人員之法律責任.....	2-23
2.2.5 財務報表簽證.....	2-25
第三節 營業報告書之編製.....	2-28
2.3.1 營業報告書之內容.....	2-28
第四節 公司年度表冊之審議流程.....	2-31
2.4.1 年度表冊之審議流程.....	2-31
第五節 公司資訊之申報與揭露.....	2-38
2.5.1 資訊申報與揭露之項目、內容.....	2-38
2.5.2 公司虧損之資訊揭露.....	2-42
2.5.3 周年申報.....	2-44

第二章 公司之會計與審計

第一節 總則議題

2.1.1 會計相關之法規架構調整

暫不調整公司法中會計相關之法規架構位置。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法於第五章「股份有限公司」下訂有第六節「會計」一節，包含第 228 條至第 245 條，內容規範公司編造會計表冊之義務、表冊備置之時地、提供表冊查閱之義務、會計表冊之承認、股利之分派、股息之預付、員工酬勞之分派、法定盈餘公積之提出、公積使用之原則與例外，與檢查人之選派及其權限等。

(二) 產生的問題

現行公司法第 228 條至第 245 條，名為「會計」，實為「資訊揭露」與「盈餘分派、虧損撥補」，其規範內容與會計實務差距甚大，有名實不符之虞。

(三) 學者及各界意見

學者有建議將原有會計一節區分為二，分別為「資訊揭露」一節與「盈餘分派、虧損撥補」一節。亦有學者認為盈餘分派應屬股份相關事宜，因此主張「盈餘分派」一節應與「股份」專章相連結，緊接於「股份」一節之後。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國模範公司法與德拉瓦州公司法中均無「會計」一章，有關「資訊揭露」事項，美國模範公司法訂於第 16 章「記錄與報告」(Records and Reports)，德拉瓦州公司法則散見於各節中；至於「盈餘分派」事項，美國模範公司法訂於第 6 章「股份與分派」(Share and Distributions)，其中包含了公司股份以及公司取得自己股份之相關規範，最後一小節則為「分配」，而德拉瓦州公司法訂於第 5 節「股票與股利」(Stock and Dividends) 中，其中主要包含股份之發行及股款繳納等相關權利與程序規範，且在該節第 170 條規範股利之分派。

英國與香港在公司法中訂有「帳目及審計」章節，規範公司「會計處理、資訊揭露與會計師查核」等事項；至於「盈餘分派」事項，英國公司法訂有「分派」(Distributions) 一節，香港公司條例則是將減資等分配與償付能力測試等事項規範於第五部「關於股本的事宜」(Transactions in relation to Share Capital)，第六部則是「利潤及資產的分派」(Distribution of Profits and Assets)。

(二) 我國立法分析

工作小組參考國外立法例，建議將「會計處理、資訊揭露與會計師查核」等事項列於「會計與審計」一節，而「盈餘分派」一節之法規架構順序，工作小組提出二項方案供參。

三、方案提出

關於公司法中會計相關之法規架構調整，工作小組提出建議方案如下：A 案：建議將「會計處理、資訊揭露與會計師查核」等事項列於「會計與審計」一節，包含財務報表與營業報告書（含董事聲明）之提出；「盈餘之分派」則另單獨列出一節，緊接於「會計與審計」一節之後。B 案：建議將「會計處理、資訊揭露與會計師查核」等事項列於「會計與審計」一節，包含財務報表與營業報告書（含董事聲明）之提出；「盈餘之分派」則另單獨列出一節，緊接於「股份」一節之後。

四、修法委員分組審議決議

暫不調整公司法中會計相關之法規架構位置。

2.1.2 大小公司分級管理

公司分為公開發行公司、大型非公開發行公司與小型非公開發行公司共三級，各級公司之管理規範有所不同。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司之規模不同，其內部運作、外部監理之方式均不同。現行公司法慣以實收資本額做為區分公司規模之指標。例如：實收資本額三千萬元以上之公司，財務報表應經會計師查核簽證，三千萬元以下則毋須會計師查核簽證；又如法定盈餘公積之提撥，在法定盈餘公積達實收資本額前，採強制提撥，在達實收資本額後，採自願提撥；又如公司虧損已達實收資本的一半，應特別召開股東會，如未達此標準，則不須特別召開股東會等。

(二) 產生的問題

1. 實收資本額之大小，與公司之規模、經營狀況與其市場影響力，並無必然關連，且與企業經營所須考量之項目背離。本次修法應改變此一區分公司規模之指標，惟應如何改變？且區分規模之指標一經改變，本次修法亦應考量該指標對監理規範之影響，監理規範應如何配合改變？

2. 現制下，公司法係以大型公司作為規範原型，未特別考量小型公司的法規遵循成本。本次修法，既以中小股份有限公司為規範原型，其法規遵循成本即應納入考量。法規遵循成本包括進行帳務處理、申報與揭露相關資訊、要求公正第三者驗證等作業之成本；相關資訊則包含財務報表、營業報告書、股東名簿等；須考量之項目，包括財務報表之編製基礎，財務報表、營業報告書與股東名簿對外揭露之程度等。

(三) 學者及各界意見

我國公司法學界對於廢除以「實收資本額」作為區分公司規模及後續監理之指標，多有共識，但應以何項指標取代，則尚未獲一致結論。業界意見較傾向於以「淨資產總額」或「營業額」作為區分標準，至於「員工人數」，部分企業則持保留態度，認為該指標因不同產業而異；學界與業界亦有主張以「股東人數」作為區分標準者。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英國、香港、新加坡之分級標準暨監理方式，於進行分級管理時，皆係先區分公眾公司與私人公司二大類，然後再將私人公司作進一步區分。在區分私人公司之規模時，係兼採「總資產」、「營業額」、「員工人數」等指標，一公司只要其中任兩項指標符合小公司之級別，即歸為小公司。惟英國、香港、新加坡區分公

眾公司與私人公司之作法不全相同，英國以公司之主動登記（登記為「公眾公司」或「私人公司」）為準，而香港與新加坡則以有無「股權轉讓限制」與「股東人數」多寡為斷。

以下簡要表列英國、香港與新加坡區分公司大小之指標：

	英國	香港	新加坡
Public Company	登記（為公眾公司）	股權轉讓無限制 股東人數	股權轉讓無限制 股東人數
Private Company	營業額 資產總額 員工人數	總收入 總資產 員工人數	總收入 總資產 員工人數

又根據英國公司法學者對中小企業的實證研究發現，強制會計資訊揭露與查核，對於小型公司之成本甚高，而效益有限。因此，對於小型公司採取低度監管措施，減少資訊揭露及豁免財務簽證，以降低小型公司的經營成本，間接刺激經濟的發展。因此，英國公司法將公司分為小型私人公司、中型私人公司及公眾公司；其中，小型公司係指營業額小於 560 萬英鎊及資產總額小於 280 萬英鎊之公司，應申報且揭露資訊，但可免除查核與其他查核機制之相關規定。

香港公司條例與新加坡公司法亦有類似規定。香港公司條例規範，除符合(1) 年度總收入不超過 1 億元港幣，(2) 總資產不超過 1 億元港幣，(3) 員工人數不超過 100 人，三項指標中兩項之小公司，在該會計年度可以豁免財務報表之申報與查核簽證外，所有公司之財務報表均需申報且經查核：

新加坡公司法亦豁免小公司財務報表應經會計師查核簽證之規定。在新加坡，所謂小公司，係指非公開發行公司，且最近兩年度均至少符合下列三項指標中的兩項者：(1) 年度總收入不超過 1 千萬新幣；(2) 總資產不超過 1 千萬新幣；(3) 員工人數不超過 50 人。下表彙列英國、香港、新加坡對小公司之判斷標準，均為三項標準中，符合任兩項，即為小型公司：

指標	英國	香港	新加坡
營業額	< £ 5.6 百萬	< HK \$ 100 百萬	< S \$ 10 百萬
資產總額	< £ 2.8 百萬	< HK \$ 100 百萬	< S \$ 10 百萬
員工人數	< 50 人	< 100 人	< 50 人

(二) 我國立法分析

1. 分級標準：

依據國際立法趨勢與公司經營實務之觀察，工作小組建議不再採用實收資本額作為區分標準。公司之分級分二階段：第一階段，按公司是否公開發行區分，

第二階段，則兼採「總資產」、「營業額」與「員工人數」三項指標，進一步區分非公開發行公司。非公開發行公司之上述三項指標中，任二項指標符合小公司之門檻，即屬小公司，適用較寬鬆之監理規範。

以下為選擇大小公司分類標準之說明，該說明係以員工人數一個分類標準為例。以下說明所使用之數據，係主計總處於民國 100 年進行工商及服務業普查，所蒐集工商及服務業企業單位經營概況之數據。該普查之員工人數數據，將商業分為大小 6 組，最小者，員工僅 4 人以下，次小者，員工未達 30 人，第 3 組，員工未達 50 人。英國、新加坡所採用之員工人數區分標準，為 50 人，而香港則採 100 人，惟我國該工商普查報告之數據，未報告區分標準為 100 人之情況。

表 1、表 2 係以員工人數為區分標準之統計資料，圖解說明如圖 1 至圖 6。圖 1 至圖 3 係商號（含獨資、合夥）之統計，圖 4 至圖 6 係公司（不含獨資、合夥）之假設統計；圖 1、圖 4 係以員工 5 人為劃分之門檻，圖 2、圖 5 則增至 30 人，圖 3、圖 6 再進一步增至 50 人。由於該普查之報告，未列示營業額、資產總額之分級統計數據，故以下僅能從員工人數一項劃分標準進行說明。

由下列圖表可知，我國雇用員工不足 5 人之商業（含獨資、合夥），家數甚多，達整體之 78.6%，惟其營收總額（7.7%）、生產總額（8.6%）、資產淨額（5.5%）均未逾整體之 10%；雇用員工不足 30 人之商業，家數更多，達整體之 97.6%，惟其營收總額（23.1%）、生產總額（25.2%）、資產淨額（12.1%）均未逾整體之 25%；雇用員工不足 50 人之商業，其家數高達整體之 98.7%，惟其營收總額（27.4%）、生產總額（29.8%）、資產淨額（14.7%），仍未逾整體之 30%。換言之，11.4%之商業（雇用員工逾 4 人者）掌有資產淨額之 94.5%，創造 92.3%之營收總額，貢獻 91.4%之生產總額。

排除獨資、合夥（假設獨資或合夥均雇用員工不足 5 人）後，上述公司數據，在家數占比方面，改為 42.5%（雇用員工不足 5 人）、93.6%（雇用員工不足 30 人）、96.5%（雇用員工不足 50 人）；在營收總額、生產總額、資產淨額方面，則改為不足 5%（雇用員工不足 5 人，分為 3.2%、2.3%、2.9%）、20%（雇用員工不足 30 人，分為 19.4%、20.0%、9.6%）、40%（雇用員工不足 50 人，分為 28.6%、15.6%、37.3%）。上列數據，彙總如表 3。

換言之，依 100 年之資訊，6.4%之公司（雇用員工逾 29 人者）掌有資產淨額之 90.4%，創造 80.6%之營收總額，貢獻 80.0%之生產總額。員工不足 30 人（5 至 29 人）之公司，平均掌有資產新台幣 40 百萬，生產與營收分別計新台幣 22 百萬與新台幣 38 百萬。就「員工人數」此一指標而言，劃分大小公司之標準究應為 5 人、30 人、50 人，或其他人數，以及其它指標之劃分標準應如何決定，應由主管機關依最新數據，考量遵法成本與社會秩序效益等影響，再予定奪。

表 1、按從業員工人數分：平均數

	企業數（千家）	員工（千人）	營收總額	資產淨額*
--	---------	--------	------	-------

	家數	%	人數	平均	金額 (億 元)	平均 (10 萬 元)	金額 (億元)	平均 (10 萬元)
<5 人	931.2	78.6	1,741.7	1.9	42,629	45.8	75,928	81.5
5-29 人	225.6	19.0	2,171.8	9.6	25,594	113.4	37,902	168.0
30-49 人	12.5	1.1	460.3	36.7	17,035	1362.8	38,026	3042.1
50-199 人	12.3	1.0	1,084.2	88.0	85,001	6910.7	90,679	7372.3
200-499 人	1.9	0.2	588.2	302.1	23,524	12381.1	35,545	18707.9
≥500 人	1.1	0.1	1,970.8	1733.3	78,753	71593.6	156,070	141881.8
總計	1,184.8	100.0	8,017.1	6.8	44,018	37.2	66,192	55.9

* 實際運用之金額

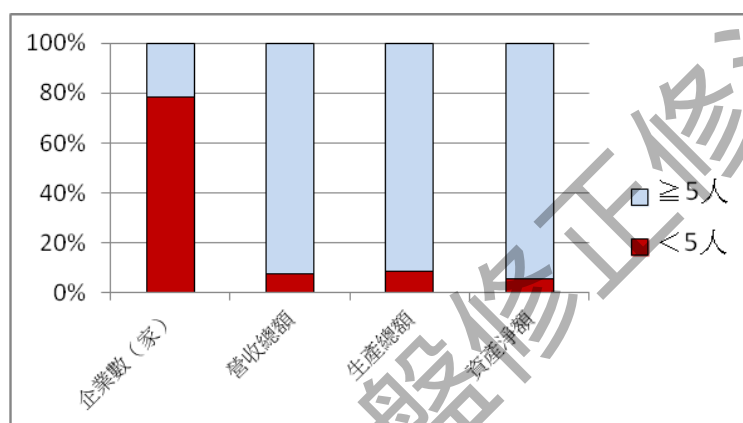


圖 1、各項目占比，含獨資、合夥，其區分標準為員工 5 人

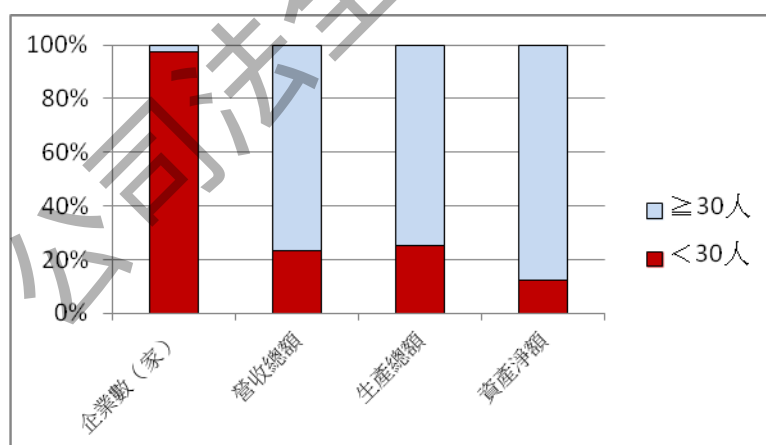


圖 2、各項目占比，含獨資、合夥，其區分標準為員工 30 人

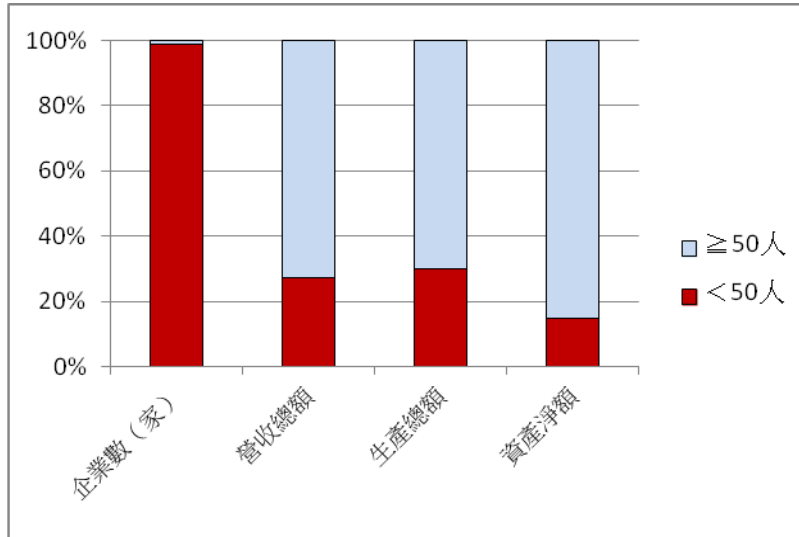


圖 3、各項目占比，含獨資、合夥，其區分標準為員工 50 人

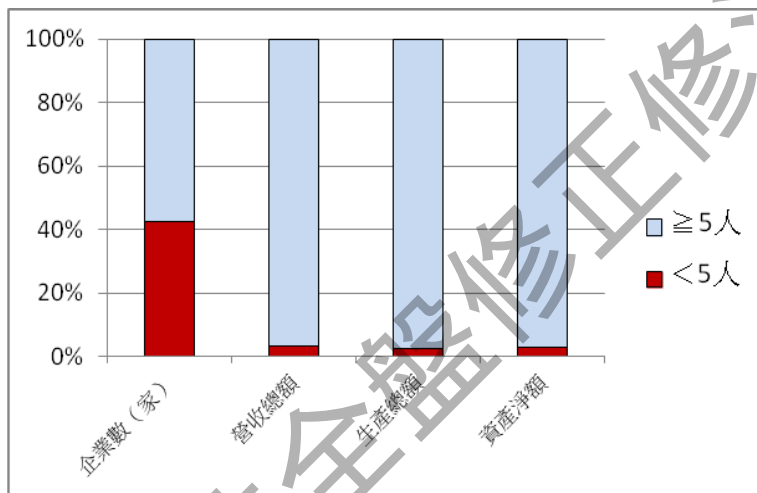


圖 4、各項目占比，不含獨資、合夥，其區分標準為員工 5 人

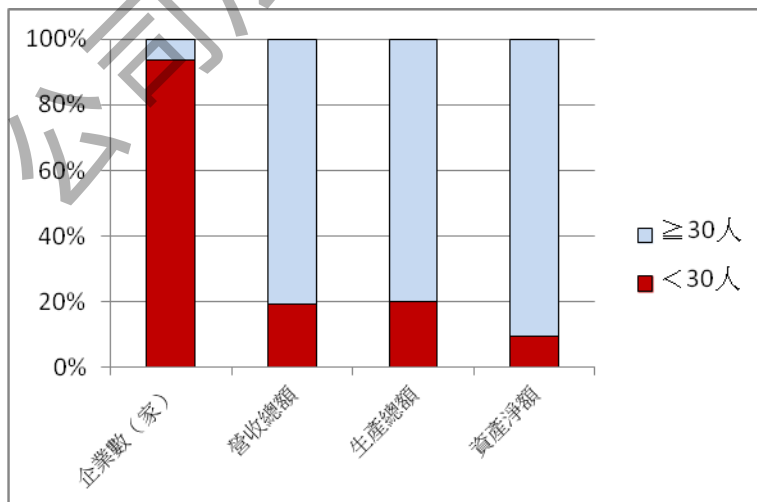


圖 5、各項目占比，不含獨資、合夥，其區分標準為員工 30 人

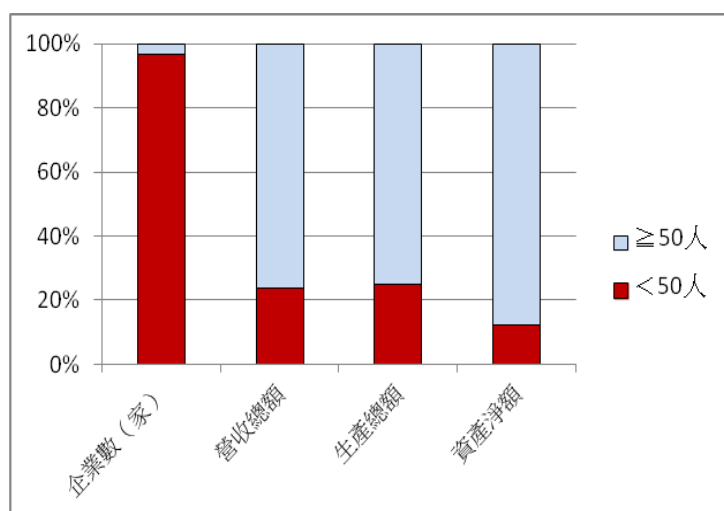


圖 6、各項目占比，不含獨資、合夥，其區分標準為員工 30 人

表 2、按從業員工人數分

單位：億元

		企業數		營收總額		生產總額 ^a		資產淨額 ^b	
		家數	% ^c	金額	平均 ^d	金額	平均 ^d	金額	平均 ^d
<5 人 ^甲	獨資或合夥	744,946	62.9	25,594	0.03	18,884	0.03	37,902	0.05
	公司	186,271	15.7	17,035	0.09	6,391	0.03	38,026	0.20
	總數	931,217	78.6	42,629	0.05	25,275	0.03	75,928	0.08
5-29 人		225,646	19.0	85,001	0.38	48,768	0.22	90,679	0.40
30-49 人		12,537	1.1	23,524	1.88	13,564	1.08	35,545	2.84
50-199 人		12,327	1.0	78,753	6.39	43,371	3.52	156,070	12.66
200-499 人		1,947	0.2	44,018	22.61	27,244	13.99	66,192	34.00
≥ 500 人		1,137	0.1	277,694	244.23	136,005	119.62	947,947	833.73
總計		1,184,811	100.0	551,618	0.47	294,227	0.25	1,372,362	1.16

甲：公司家數之推估係以全部商業（含商號及公司）之家數減除商號（獨資及合夥事業）之家數，得到公司之家數。本推估之進行，尚須知悉公司雇用之員工人數、營收總額、資產總額等，惟受資料不足限制，為簡化計，只能假設商號之員工均不足 5 人，自全部雇用員工不足 5 人之商業，扣除商號之相關數據，即為公司之相關數據。惟事實上，商號所雇用之員工人數，在 5 人以上者，在所多有，雇用員工少於 5 人之商業，其從業員工之總人數（計 1,741,731 人）較商號雇用之總員工（計 1,777,951 人）為少，與本推估之假設相悖，故本推估至多僅能提供粗略概況而已。

a. 生產總額 (total values of production)

=由企業生產之產品或企業提供之勞務、服務，以市場銷售價格計算

=營業收入-銷貨成本(期初存貨+本期進貨-期末存貨)+其他非營業收入

b. 實際運用之金額

c.=該組從業員工人數內之商業家數÷總企業數

d.=該組從業員工人數內之商業資產金額÷該組之商業家數

表 3、不同員工人數下各項目之占比：商業 vs 公司

	商業			公司 (不含商號)		
	小於 5 人	小於 30 人	小於 50 人	小於 5 人	小於 30 人	小於 50 人
員工人數						
家數	78.6%	97.6%	98.7%	42.5%	93.6%	96.5%
營收總額	7.7%	23.1%	27.4%	3.2%	19.4%	28.6%
生產總額	8.6%	25.2%	29.8%	2.3%	20.0%	15.6%
資產淨額	5.5%	12.1%	14.7%	2.9%	9.6%	37.3%

2. 對不同分級非公開發行公司之管理：

非公開發行公司分為二級後，其中較小一級公司，不論其「總資產」或「營業額」或「員工人數」，占市場之份額及對市場之影響均不大，工作小組建議採較低度之監管措施，惟學界與業界對低度監管之方式，尚有不同看法，爰此，工作小組乃提出二方案。

三、方案提出

關於大小公司分級管理之區分標準，工作小組提出建議如下：

(一)刪除現行以實收資本額作為區分公司大小之標準。

(二)大小公司之分級方式，採二階段，第一階段以是否公開發行區分，分為公開發行公司與非公開發行公司，公開發行公司之監管密度高於非公開發行公司。第二階段非公開發行公司之區分標準，則採複合式，兼採「總資產」、「營業額」與「員工人數」三項指標，將非公開發行公司區分為兩個級別，三項指標中任二項符合小公司之標準者，即適用小公司之監理規範。劃分大小公司之標準，以員工人數為例，究應為 5 人、30 人，或 50 人，提請修法委員會討論。

(三)非公開發行公司之監理方式，採大小分級管理。對於大型非公開發行公司之監理，其應編製、申報、公開其財務報表、營業報告書，以及股東名簿。其中，財務報表之編製基礎，係應計基礎；財務報表須經會計師查核簽證；股東名簿之揭露，係揭露主要股東即可；且應於資訊平台備置股東名簿之資訊，惟無實體發行股票者不適用之。對於小型非公開發行公司之監理，則提出二項方案供參，方案一：小型非公開發行公司應編製、申報財務報表，其編製基礎係現金基礎或應計基礎免附註資訊，財務報表毋須會計師查核簽證；亦免編製、申報及公開營業報告書；股東名簿則應備置於資訊平台，惟無實體發行股票者不適用之。方案二：小型非公開發行公司應編製、申報財務報表，其編製基礎係應計基礎，財務報表毋須會計師查核簽證；亦免編製、申報及公開營業報告書；股東名簿則應備置於資訊平台，惟無實體發行股票者不適用之。

二方案之主要差異，係小型非公開發行公司財務報表之編製基礎，茲將建議方案彙整如下表：

建議方案				
非公開發行公司		大型非公開發行公司	小型非公開發行公司	
分類級別			方案一	方案二
財務報表	編製	須	須	須
	編製基礎	應計基礎	現金基礎 (現金收支記錄) 或應計基礎免附註	應計基礎
	申報	須	須	須
	公開	須	不須	不須
	會計師查核簽證	須	不須	不須
營業報告書	編製	須	不須	不須
	申報	須	不須	不須
	公開	須	不須	不須
股東名簿	編製	須	須	須
	申報	須	須	須
	公開 (資訊平台) *	須(揭露 主要股東)	不須	不須

*無實體發行者，不適用之。

(四)關係企業中，若控制公司或從屬公司為公開發行公司，則該關係企業之資訊揭露，應依公開發行公司之規定；若控制公司及從屬公司皆非公開發行公司，則公司分級之判斷標準，則應以合併後之集團數據為準，亦即，「員工人數」、「總資產」與「營業額」均須合併計算。

四、修法委員分組審議決議

(一)提出修正後建議方案如下，提交委員會決議。

建議方案		
非公開發行公司 分類級別	大型非公開發行公司	小型非公開發行公司
財務報表 編製基礎	應計基礎	現金基礎或 應計基礎免附註
財務報告應否經 會計師簽證	須會計師查核簽證 、申報與揭露	免會計師查核簽證
營業報告書	應申報及揭露營業報告書 (包括應載明 10% 股東)。	免編製營業報告書
股東名簿	應於資訊平台備置股東名 簿，無實體發行者不適用之	應於資訊平台備置股東名 簿，無實體發行者不適用之

五、修法委員會決議

決議：通過修法委員分組審議決議之修正後建議方案。

六、修法委員會後續調整

(一)建議方案同修法委員會決議：

建議方案		
非公開發行公司 分類級別	大型非公開發行公司	小型非公開發行公司
財務報表 編製基礎	應計基礎	現金基礎或 應計基礎免附註
財務報告應否經 會計師簽證	須會計師查核簽證 、申報與揭露	免會計師查核簽證
營業報告書	應申報及揭露營業報告書	免編製營業報告書

	(包括應載明 10% 股東)。	
股東名簿	應於資訊平台備置股東名簿，無實體發行者不適用之	應於資訊平台備置股東名簿，無實體發行者不適用之

另補充說明如下：

- (二)大小公司分級指標之數據，若有財務報表簽證資料，應以財簽資料為準；若無財簽資料，則以所得稅申報之帳載金額為準。大小公司分級除考慮個別公司外，尚須以集團公司之角度作為判斷，搭配主管機關之抽查與處罰。
- (三)控制公司是否符合大小分級，可以「集團內公司三指標加總」或「合併報表」之數據兩種擇一方式認定，由公司自行選擇。並應針對「集團內公司三指標加總」或「合併報表」設計不同的門檻。
- (四)個別公司，由主管機關經由財政部提供之財稅資料逕行分級，並通知公司之分級大小，公司配合級別應進行後續編製表冊、審計簽證、資訊揭露等作業。若為控制從屬公司，須透過修改稅務申報之內容，要求公司增加申報從屬公司之相關資訊，主管機關方有機制主動管控，否則僅能由公司自行判斷其分級大小，並搭配主關機關抽查方式管理。
- (五)不強制非公開發行公司編製合併報表。但若從屬公司為公開發行公司，其控制公司縱非公開發行公司，仍應編製合併報表，並將歸類為大型非公開發行公司。

第二節 財務報表之編製

2.2.1 功能性貨幣

暫不開放公司以功能性貨幣登記股本、編製財務報表。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法中並未規範股本登記之幣別與財務報表之表達幣別，而應依商業會計法與稅捐稽徵機關管理營利事業會計帳簿憑證辦法辦理，其規定：「商業應以國幣為記帳本位」或「記帳本位，應以新臺幣為主。」縱因業務需要而以外國貨幣記帳，仍須在決算表中將外國貨幣折合為國幣（新臺幣）。而經濟部經商字第 09002201820 號之函釋僅說明公司決算書表中之財務報表得以新台幣與外幣併列方式編製，並非允許公司得單獨以外幣編製財務報表。

(二) 產生的問題

1. 我國國際化企業之規模及家數日益增加，許多跨國公司主要銷貨或製造營運活動均係以外幣交易，非由本國貨幣主導，如強制要求以本國貨幣認列及衡量相關交易，恐無法允當表達公司之財務狀況及經營成果。

2. 依現行我國會計準則規定，公司平時如以本國貨幣記帳，而其功能性貨幣依公報規定判斷應為其他外幣，且該公司股票如於第三國上市，其財務報表又應以另一種貨幣表達；於此情形下，公司於編製財務報表時應依會計準則規定，先將「記帳貨幣」轉換為「功能性貨幣」，再將「功能性貨幣」轉換為「表達貨幣」¹，二次轉換之作業將大幅增加公司帳務處理成本。

(三) 學者及各界意見

實務上，業界對於以功能性貨幣登記股本、編製財務報表、發放外幣現金股利，確有其需求，亦可節省其帳務處理成本；而學界多認為此舉可扶植我國具國際發展潛力之公司，多表支持。惟主管機關基於國家主權之考量，且為增加各公司財務報表之比較性及一致性，多主張國內公司宜以國幣（新台幣）作為財務報表表達之幣別；即便採用 IFRSs 後，公司得以「功能性貨幣」記帳，仍須編製以新台幣為「表達貨幣」之財務報表。又現行法並未禁止商業決算書表中之財務報表以新台幣與外幣併列方式編製，證交所亦規劃在 XBRL 申報財務報表之模式下，以雙幣別併列方式表達財務報表²，因此主管機關多傾向不開放單獨以功能性貨幣登記股本、編製財務報表。

二、比較法分析

¹ 廖健寧，國際會計準則 IAS 21 「匯率變動之影響」功能性貨幣相關議題之探討，100 年 1 月，頁 24。

² 證券交易所，我國採用 IFRSs 問答集（第十三題），100 年 8 月 23 日。

（一）他國立法模式

香港於公司條例第 172 條訂有「公司股本幣值重訂」之規定，股份有限公司得以股東會決議授權公司轉換股本計值之幣別，且得以該特定貨幣計值發放股利；但股東會亦得以章程禁止或限制公司股本之幣值重訂。

（二）我國立法分析

工作小組考量到實務上國際化企業確有需求，且強制要求公司以「非功能性貨幣」登記股本、記帳、編製財務報表，無異於徒增跨國公司之帳務處理成本，且多次轉換幣別將使公司承受不必要之匯率風險，亦無法允當表達公司之財務狀況及經營成果，故建議開放功能性貨幣之登記效力，並參考香港立法例，規範公司股本幣值與財務報表表達貨幣之重訂，均須經股東會決議授權，且股東會得以公司章程禁止或限制之。惟考量到此一項變動，尚需相關主管機關、稅務機關配合調整監理規範，因此工作小組提出二項方案供參。

三、方案提出

關於公司得否以功能性貨幣登記股本、編製財務報表，工作小組提出建議方案如下：

A 案：建議公司法開放非公開發行公司得以股東會決議授權公司單獨以外幣（功能性貨幣）登記股本，編製年度財務報表。商業會計法與稅捐稽徵機關管理營利事業會計帳簿憑證辦法等規定應配合修正。

B 案：維持現狀。公司應以新台幣為記帳單位，其股本登記亦應以新台幣登記。若因業務需要，而以外國貨幣記帳者，仍應在其年度決算報表中，將外國貨幣折合新台幣，但得以新台幣與外幣併列方式編製。

四、修法委員分組審議決議

決議採行 B 案，維持現狀。

2.2.2 控制公司財務報表之編製³

公開發行公司為控制公司者，或非公開發行公司為控制公司，而其從屬公司為公開發行公司者，應編製完整之合併財務報表與個體財務報表，且於償付能力測試時，應以合併財務報表為主體。

一、現況分析

(一) 現行條文

依現行公司法第 228 條與第 369 之 12 條之規定，關係企業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，且合併財務報表之編製方式，依證券發行人財務報告編製準則第 7 條：「發行人應依第二章及國際財務報導準則第十號規定編製合併財務報告，並應依第四章規定編製年度個體財務報告。」法院實務見解（台灣高等法院 103 年金上易字第 8 號民事判決）亦認為：「關於母子公司之財務事項，應各自清楚獨立處理，如有合併申報公告之要求，始於單獨報表之外另立合併報表，再將母子公司間之交易剔除計算以資比對，方為允當表達公司狀況之合宜方式。」

又現行公司法對於控制公司（母公司）得否依據合併財務報表分派盈餘，並無明確規範，而依據經濟部經商 09500514780 號之函釋：「公司法對於盈餘分派或虧損撥補、發行新股、公司債之限制及公司虧損不足抵償負債等規定，係以公司個別財務報表為主體。」

(二) 產生的問題

1. 公開發行公司若已編製合併財務報表，是否仍須依公司法編製個體財務報表？

2. 本次修法，擬於公司盈餘分派時，引進償付能力測試（insolvency test）之規定，則母公司分派盈餘，其董事會執行償付能力測試時，究應依據個體財務報表或合併財務報表？

(三) 學者及各界意見

從稅務主管機關角度觀之，由於公司稅務報表之申報數額，係按會計師查核後之個體財務報表帳列數額執行稅務調整而得，且加徵 10% 之未分配盈餘亦係依據個體財務報表之金額計算稅額，故公開發行公司仍須編製個體財務報表。且業界多認為，若關係企業採合併報表概念，則應一致以合併後之財務報表內容作為得否分派盈餘之基準，意即控制公司之董事會執行償付能力測試時，應以合併報表之資產負債內容判斷是否通過測試，較符合集團企業之需要。

二、比較法分析

³有關現行公司法第 369 之 12 條之討論，可參見「5.5.1.3 關係企業書表揭露義務維持之必要」，其修法建議為：「維持公司法中關係企業書表揭露義務規範。」與 2.2.2 修法建議方向一致。

(一) 他國立法模式

無。

(二) 我國立法分析

工作小組考量稅務機關於課徵稅額之計算上仍須依據公司個體財務報表，並參考我國金控公司編製合併報表之經驗，認為公司雖已編製合併財務報表，仍應依公司法編製個體財務報表，惟避免徒增帳務成本，建議可採完整之合併財務報表(含附註揭露)，搭配簡化版之個體財務報表(不含附註)，且相關財務報表編製之規定，應由主管機關修正財務報告編製準則與商業會計處理準則即可。

另有關於控制公司盈餘分派之依據，本次修法擬引進償付能力測試，由董事會出具公司償付能力健全之聲明後，始得分派股利。因此，倘公司有意分派盈餘，董事會即應綜合評估公司整體營運狀況，包含資產與負債比例、現金流動性等各種條件，判斷分派股利是否將影響公司後續之償付能力，其測試基準即隱含合併考量母子公司之營運狀況，故控制公司之董事會應以合併財務報表為準，進行償付能力測試，據以分派股利。

三、方案提出

關於控制公司財務報表之編製與盈餘分派之依據，工作小組提出建議方案如下：

A 案：控制公司應於會計年度終了時，同時提出個體財務報表及合併財務報表，惟因兩份財務報表之附註內容相同，得省略其中一份。控制公司分派盈餘時，應以合併財務報表進行償付能力測試。

B 案：維持現狀。控制公司應分別編製完整之合併財務報表(含附註揭露)與個體財務報表(含附註揭露)。且控制公司於分派盈餘，執行償付能力測試時，應以公司個別財務報表為主體。

四、修法委員分組審議決議

決議如下，惟部分議題仍待委員會決議：

(一)控制公司應分別編製完整之合併財務報表(含附註揭露)與個體財務報表(含附註揭露)。

(二)控制公司於分派盈餘，倘依法應執行償付能力測試時，應以公司合併財務報表為主體。

五、修法委員會決議

決議：通過修法委員分組審議之決議(一)。惟配合議題 1.5.6 有關償付能力測試之決議，盈餘分派無需進行償付能力測試，爰刪除分組審議決議(二)。

六、修法委員會後續調整

(一)公開發行公司為控制公司者，應編製完整之合併財務報表與個體財務報表，且於償付能力測試時，應以合併財務報表為主體。

(二)不強制非公開發行公司編製合併報表。但若從屬公司為公開發行公司，其控制公司縱非公開發行公司，仍應編製合併報表。

公司法全盤修正修法委員會

2.2.3 簽證會計師之權利義務

不增訂簽證會計師之權利義務相關規範，建議應於會計師法中修正。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法中涉及會計師之條文，規範內容包含資本額查核簽證、財務報表查核簽證、發行公司債之查核簽證、發行新股之查核簽證、代理公司申請登記或認許、協助主管機關檢查公司業務與財務、協助監察人查核董事會編造之各種表冊、協助股東查閱董事會編造之各種表冊與監察人之報告書……等，並於第 20 條規定查核會計師之委任、解任及報酬，準用經理人之委任、解任及報酬相關規定；其他與會計師相關之法律如：證券交易法與商業會計法均著重會計師執行查核業務之損害賠償責任與刑事責任，會計師法則多規範會計師之執業資格與組織型態。惟現行公司法與相關法律對於會計師執行查核業務之權利保障則付之闕如。

(二) 產生的問題

會計師於各國公司治理機制中均扮演重要角色，相關規範可強化會計師之公益監督功能，惟現行公司法與會計師法對於會計師執行查核業務時之權利保障，規範似未周延。

(三) 學者及各界意見

學者有認為會計師法僅規範會計師之執業資格、執業登記、事務所組織、公會組織等執業行政事項，關於會計師執行不同業務時之權利義務關係、法律責任，仍應於不同法律中個別規範，是以公司法增訂會計師執行查核業務時之權利保障規範，有助於健全公司治理；業界亦樂見其成，期盼會計師提供外部監督治理功能。但亦有學者認為我國既有獨立之會計師法，相關規範宜一併處理，若散見於不同法律之中，將橫生法律適用上之爭議。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

香港公司條例在第九部「帳目及審計」下訂有會計師之委任、權利與查核報告等相關條文，其中第 412 條賦予會計師可要求更廣泛類別的人士提供資料以履行其查核職責，包括：受查公司的管理階層、受查公司的從屬公司、從屬公司的管理階層與會計師、持有受查公司或受查公司之從屬公司的任何會計紀錄，或須就該等紀錄負責之人，或在有關資料建置與需要解釋的期間，曾任以上任何類別之人或從屬公司，皆應提供會計師在查核範圍內合理而必要的資料與解釋。任何人若違反應向會計師提供資料或解釋之規定，將受刑事制裁。

又為提高有關會計師離任情形之透明度，香港公司條例第 421 條至 427 條規

定，會計師應於離任時作出離任聲明，述明與其辭職或委任終止（因遭免任或在卸任後不再獲委任）有關之情況。公司於收到該聲明起 14 日內，應向股東送交該聲明之紙本，或向法院申請無需向股東送交該聲明紙本之命令。如法院認定離任會計師係濫用離任聲明，或運用離任聲明，以達誹謗之宣傳效果，則法院可命令公司不得送交離任會計師之聲明。如離任會計師在公司收到離任聲明後 21 日內沒有收到公司向法院提出申請無須送交股東的通知，該會計師應於 7 日內將該聲明的紙本送交主管機關登記。離任會計師如收到法院駁回公司申請無須送交股東的通知，亦須將該聲明之紙本送交主管機關登記。

此外，就會計師在履行查核職責時作出的陳述、意見，香港公司條例賦予會計師一僅受法院約制的陳述免責權。前述會計師作出與離任有關之聲明，只要該聲明之內容非出於惡意，該會計師即無須就該聲明負誹謗之法律責任⁴。

香港公司條例與我國相關法律對於會計師之權利保障事項比較如下：

香港公司條例— 「會計師及查核報告」 專節相關條號	我國 公司法 相關條號	我國 證券交易法 相關條號	我國 會計師法 相關條號	我國 商業會計法 相關條號
954 會計師的權利				
410 陳述免責權	無	無	無	無
411 於股東會上之權利	無	無	無	無
412 取得資料之權利	無	無	43	無
413 違反保障會計師取得 資料權利之罰則	無	無	無	無
414 會計師可向繼任會計 師提供資料	無	無	43	無
955 會計師的法律責任		20-1, 32, 37, 174	40-42	80
415 免除會計師法律責任 之約定效力	無	無	無	無
957 離任會計師要求公司 召開會議及作出說明 之權利				
421 辭任會計師可要求 召開會議	無	無	無	無

⁴ 香港公司條例第 410 條。

422 在股東會上的離任聲明權及出席股東會之權利	無	無	無	無
423 公司以書面決議終止委任時之離任聲明權	無	無	無	無
958 離任會計師之離任聲明				
424 辭任會計師之離任聲明義務	無	無	無	無
425 卸任或遭免任之會計師之離任聲明義務	無	無	無	無
426 公司及相關人得對離任聲明作出回應	無	無	無	無
427 法院可命令公司不得送交離任聲明	無	無	無	無
428 違反會計師離任聲明相關規定之罰則	無	無	無	無

(二) 我國立法分析

為確保會計師於公司治理機制中有效履行外部監督功能，工作小組參考香港立法例，建議應明文保障會計師取得公司營運相關資料之權利，提高會計師執行查核之專業性；且增訂離任會計師應作出離任聲明之規定，包含遭免任或卸任後不再獲委任的會計師，以提高公司營運透明度；另增訂會計師於履行查核職責時作出之陳述、意見，應有陳述免責權，以期會計師勇於任事。

又，倘公司或其他相關人違反保障會計師取得資料或作出離任聲明之規定，應由主管機關課予行政責任，或由法院課予刑事責任。惟考量學者仍有不同見解，主張有關會計師之規範宜整合於會計師法中一併修訂，工作小組爰提出二項方案供參。

三、方案提出

關於公司法中應否規範簽證會計師之權利義務相關事項，建議方案如下：

A 案：參考香港公司條例之規定，於「會計與審計」一章，增訂提高會計師專業性、要求會計師須獨立，以及保障會計師獨立性之相關規範，如：現任會計師得請求前任會計師、管理階層與相關人士提供工作底稿、有關資料之資料調閱權，及會計師離任時得向股東說明原因之離任說明權，以及會計師於履行查核職

責時作出之陳述、意見，享有法律保障的陳述免責權...等。B 案：維持現狀。
考量我國法律已訂有之會計師法，建議應於會計師法中修正。

四、修法委員分組審議決議

採 B 案，因主管機關不同，建議應於會計師法中修正。

公司法全盤修正修法委員會

2.2.4 資產評價人員之法律責任

暫不增訂資產評價人員之法律責任，建議另立資產評價人員專法。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法無資產評價人員法律責任之規範。

(二) 產生的問題

公司提供財務資訊時，面臨金融工具、不動產、無形資產等資產評價問題，評價人員若評價不實，將損及資訊品質；尤其公開發行公司全面採用 IFRSs 後，各項資產之公平價值如何估計至為重要。此次修法是否納入資產評價不實之法律責任？例如：不動產估價不實、無形資產評價不實等情形。

(三) 學者及各界意見

為確保公司提供資訊之品質，降低實務上評價市場之亂象，學界有主張應新增評價不實之法律責任，包含：不動產估價不實、無形資產估價不實，及財務報表上個別項目評價不實之法律責任，惟學者間之討論尚不多見。業界則普遍認為國內鑑價報告之品質良莠不齊、缺乏公信力，形成惡性競爭的市場環境，且評價機制之主管機關定位不明，民間自律組織如不動產估價師公會或無形資產協會等，欠缺懲戒之公權力，難以有效管理資產評價人員。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

參考各國公司法立法例，尚未有明確課與資產評價人員法律責任之規定，多回歸民法之契約責任處理，若資產評價人員評價不實，即違反契約義務，而應負損害賠償責任；中國大陸則另行訂定資產評估法，其中第 4 條、第 20 條、第 45 條、第 48 條為規範資產評價人員之法律責任；而國際評價準則委員會為因應適用 IFRSs 後之資產評價亂象，已初擬評價人員管理草案 IPS 101-201，徵詢各界意見中。

(二) 我國立法分析

考量評價機制日益重要，影響公司資訊品質甚鉅，為規範資產評價人員善盡其評價職責，工作小組建議應於公司法中明訂資產評價人員之法律責任，確保公司揭露資訊之可信度。

三、方案提出

關於資產評價人員之法律責任，建議應於公司法中明訂資產評價人員之法律責任，以提高資產評價資訊之可信度，確保公司資訊揭露之品質。

四、修法委員分組審議決議

送交委員會決議。

五、修法委員會決議

決議：暫不增訂資產評價人員之法律責任，建議另立資產評價人員專法。

公司法全盤修正修法委員會

2.2.5 財務報表簽證

應配合公司大小規模（採營業額、資產總額及員工人數三指標），才需會計師查核簽證。

一、現況分析

（一）現行條文

公司法第 20 條規定，公司資本額達中央主管機關所定一定數額以上者，其財務報表，應經會計師查核簽證；又依經濟部相關解釋令規定，實收資本額達新臺幣 3,000 萬元以上之公司，其財務報表，應先經會計師查核簽證後，提請股東同意或股東常會承認。

（二）產生的問題

現行會計師查核簽證財務報表標準，係以實收資本額為唯一標準，惟實收資本額與公司規模並無絕對關聯，公司可能故意將資本額控制在 3,000 萬元以下，以規避財務報表查核簽證之要求；另一方面，在採低面額股發行股份之情形（主要股款均列於溢價資本公積），以實收資本額判斷財務報表應否經會計師查核簽證將更顯不適當。因此，需重新檢討會計師查核簽證財務報表之標準。

（三）學者及各界意見

對於公司法第 20 條有關會計師查核簽證財務報表標準，不論學者及業者均同意不應以實收資本額為財務報表應經會計師查核簽證與否之標準或唯一標準，尤其若未來開放公司可採低面額股，則以實收資本額區分會計師查核簽證財報之規定，顯不適當。至於應以哪種標準作為財務報表查核簽證標準較為允當，則可再討論，惟相關標準應考量不同行業特性。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

香港公司條例第 359 條要求所有公司之財報均應審計，惟符合一定條件之小公司，可以豁免申報。小公司係指在某財政年度符合下列三項指標中的兩項者：(1)年度總收入不超過 1 億元港幣；(2)總資產不超過 1 億元港幣；(3)員工人數不超過 100 人。

新加坡公司法第 205C 條豁免小公司（small company）財務報表應經會計師查核簽證，所謂豁免小公司，係指非公開發行公司（private company）且最近兩

年度均不符合下列三項指標的兩項者：(1)年度總收入不超過 1 千萬新幣；(2)總資產不超過 1 千萬新幣；(3)員工人數不超過 50 人。

英國公司法第 475 條於 1994 年從全面強制審計改為部分強制審計，現行公司法第 381 與 382 條規定，總營業額 (turnover) 不超過 650 萬英鎊、資產負債表總額 (balance sheet total) 不超過 326 萬英鎊、員工人數不超過 50 人三項指標符合兩項之小型公司，可免除審計與其他具有審計機制之規定。英國公司法學者對中小企業的實證研究發現，強制性會計資訊披露與審計對於小企業成本過高，收益有限。不僅如此，為小企業服務的往往是小型會計師事務所。由於歐盟對法定會計師的資格要求，增加了小型會計師事務所的成本，後者進一步轉嫁到小企業身上。因此，英國於 1994 年放棄全面強制審計的要求以減低小企業的經營成本，刺激經濟的發展。

英國公司法的修改也帶動了其他英聯邦國家公司法定審計模式的轉型，根據本國的情形，對小企業給予審計豁免。

(二) 我國立法分析

我國公司法強制財務報表須經會計師查核簽證之立法目的，係為確保公司財務報表品質以維護股東及交易相對人權益，且基於維護交易安全仍須借重會計師查核簽證專業，惟考量強制簽證將增加企業之經營成本，故現行法下規定實收資本額 3 千萬以上之公司方須強制簽證。

然實務運作中，卻多有實收資本額為 2,500 萬、2,900 萬，反造成現有 60 幾萬家公司，但真正查核簽證的僅有 6、7 萬家（依據會計師公會座談記錄），查核簽證比例遠較其他國家為低，同時也存在即使資本額達 3000 萬以上也不作簽證之問題，一來商業司人力不足無法全面性稽核，二來即便被查到，但相關罰則金額低，或待被抽查時再補做簽證的投機心態。

實收資本額大小與公司營業規模大小並非成正比，且未來若開放全面可採低面額股制度，以實收資本額大小作為財務報表是否應經會計師查核簽證的標準並不適當，是以外國立法例多以員工人數、營業額、總資產等多個指標，作為判斷公司規模大小之標準，也避免在單一指標下，公司容易操弄而迴避法規要求。

因此工作小組建議，修改財務報表應經會計師查核簽證標準，避免以實收資本額為唯一標準，至於應以何種標準界定公司規模大小及其財務報表是否應經會計師查核簽證，應考量國內實務及行業特性訂定。

三、方案提出

關於財務報表應經會計師查核簽證標準之相關規定，建議修正公司法，改以

公司規模大小(依大小分流指標另訂標準)取代現行法下以資本額作為判斷標準。

四、修法委員分組審議決議

送委員會決議。

五、修法委員會決議

第 20 條，3000 萬之標準，應配合公司大小(營業額、員工人數)規模，才需會計師查核簽證。

公司法全盤修正修法委員會

第三節 營業報告書之編製

2.3.1 營業報告書之內容

公開發行公司與大型非公開發行公司應編製營業報告書，內容新增董事報告與公司有關環境、社會及治理之資訊。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法規定，董事會應於每會計年度終了後編造營業報告書，其內容應依中央主管機關之法規編造；惟營業報告書之內容按商業會計法規定，僅例示包括經營方針、實施概況、營業計畫實施成果、營業收支預算執行情形、獲利能力分析、研究發展狀況等，並無固定格式，公司得依實際情況增減調整報告書內容。

又，金融監督管理委員會於民國 104 年督促證券交易所及證券櫃檯買賣中心訂立「上市上櫃公司企業社會責任實務守則」、「上市上櫃公司誠信經營守則」、「上市(櫃)公司編製與申報企業社會責任報告書作業辦法」暨相關參考範例等，以鼓勵公司積極實踐企業社會責任，建立誠信經營之企業文化及健全發展，符合平衡環境、社會及公司治理發展之國際趨勢。

(二) 產生的問題

現制下，公司法並未規範董事會所編製之營業報告書內容；實務上，經濟部訂有營業報告書範例，內容多偏向財務相關資訊之揭露。然由國際趨勢觀之，各國均越來越看重公司在環境、社會、治理方面的表現，以使公司與利害關係人透過非財務資訊之分析與揭露，辨識影響公司永續經營之風險。本次修法應否強化營業報告書之內容？納入公司在環境、社會、治理方面之相關資訊？應採任意揭露或強制揭露？是否給予適用法規之緩衝期？

(三) 學者及各界意見

學界多認為，現行公司法制下，主管機關僅掌握及提供公司於設立登記當時之靜態資訊，至於公司後續經營狀況之動態資訊，除主管機關抽核且以財務資訊為限外，其餘資訊則不得而知；公司股東、債權人或其他利害關係人也常面臨公司不願提供資訊之困難，遑論潛在投資人、交易對手，以及一般大眾，渠面對資訊欠缺的困境更為嚴峻。是故若能強化營業報告書此一公司資訊載具，當可發揮資訊揭露保障公司股東、債權人，其他利害關係人之功能。業界則多擔憂資訊之揭露會損及其營業秘密與增加資訊提供之成本。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英國因應無形資產如員工專門技術知識，對公司重要性越漸提高，同時公司

往來的關係和信譽亦為判斷公司經營狀態之要素，以及關於未來長期短期之計畫、公司機會、風險、策略皆成為現今公司報表中不可或缺的項目之一。要求公司出具營運與財務報告（OFR, operating and financial review）⁵，一份可以提供公司整體狀況資訊之報表，就公司經營、表現、計畫與願景提出檢討，傳遞股東關於公司方向、表現、動態性及其他層面了解公司經營所必須之資訊。除了三個必要項目：公司經營、策略與主要績效、檢討公司過去一年的發展、影響公司未來表現之動態性商業資訊外，其他 OFR 應具備之項目，交由各公司董事自行決定，避免將該報告定為範本，喪失彈性。

德國公司治理準則制定「公司治理報告」（Corporate Governance Bericht）新制，目的在於提供公司治理的透明度。依準則第 3.10 條明文「董事會與監事會應該每年在營業報告書中，報告有關企業的公司治理」，其中包括任何偏離準則建議的說明。功能上，公司治理報告提供外部評估（Externe Evaluationen）的可能，因為過去外界評估企業經營情況如何，最困難的就是相關資訊的取得，例如向來隱而未顯的董監報酬（Vergütung），即無從去評估其給付合理性的問題，今企業既已固定提供公司治理報告，內容所及一切資訊，自可給予外界評估時更積極的作為，甚至發展出董監的浮動指標，以作為兩者合作品質的溫度計。又德國於 2005 年 8 月 3 日通過「董事薪酬揭露法案」（Gesetz zur Offenlegung der Vorstandsvergütung），該法案修訂商法、商法施行法之相關規定。其中如修訂商法第 285 條第 1 句第 9 點 a，規定應於年度財務報告之附註或營運報告書中說明，公司對董事會成員在會計年度就其執行業務所為之給付總額（薪金、利潤分享、認股權及其他以股份為基礎之酬勞、費用補償、保險費用、傭金及各種方式之附帶福利）。對於並未支付，但轉換成其他方式之權利或使其他權利提高之利益，亦應計入給付總額中。

香港公司條例則於第 388 條、第 389 條及第 390 條訂有董事報告之相關規定。董事報告基本上即係揭露公眾想知悉但未列入財務報告的公司資訊，該報告必須經董事會批准，且應連同財務報告、會計師查核意見送交公司股東及債權人。除符合豁免報告義務或簡易報告之公司外，所有公司的董事報告內容均應包含具分析性及前瞻性之業務審視，包含以下項目：（1）對公司業務的客觀審視；（2）對公司面對的主要風險及不明朗因素的描述；（3）在該財政年度終結後發生的、對公司有影響的重大事件的詳情；（4）公司業務相當可能有的未來發展的揭示；（5）公司的環境政策及表現；（6）公司是否遵守對其有重大影響的有關法例及規例；（7）公司與其僱員、顧客及供應商，與其他人士的重要關係之說明。此外，為鼓勵董事作出有意義的資訊揭露，以及限制董事就董事報告內的陳述或遺漏而須負民事法律責任，第 448 條明訂董事免責條款（安全港條款），董事只須就公司因董事報告內不真實或具誤導性的陳述，或遺漏法定應記載事項而蒙受的損失，對公司負法律責任。

⁵ 英國公司法第 172 條。

三、方案提出

關於董事會編製之營業報告書，建議依大小公司分級管理，小型非公開發行公司得豁免編製營業報告書；而公開發行公司與符合一定條件之大型非公開發行公司則應編製、申報營業報告書，並應揭露，其營業報告書之內容應增列下列項目：

1. 董事聲明（董事報告）：如董事會成員及高層管理人員之薪酬。
2. 有關環境、社會及治理之資訊（ESG）：採遵循或解釋（comply or explain）之模式，大型非公開發行公司應遵循相關環境、社會及治理原則，若無法遵循者，需於其營業報告書中提供合理解釋；惟相關揭露務須秉持誠信透明原則。
3. 持股 10% 以上股東名單：如主要股東及其投票權。

四、修法委員分組審議決議

關於董事會編製之營業報告書，建議依大小公司分級管理，

(一) 小型非公開發行公司得豁免編製、申報與揭露營業報告書之義務。

(二) 而公開發行公司與符合一定條件之大型非公開發行公司則應編製、申報營業報告書，採強制揭露，其營業報告書之內容應增列下列項目（以授權子法之方式訂定）：

1. 董事聲明（董事報告）：如董事會成員及高層管理人員之薪酬。
2. 有關環境、社會及治理之資訊（ESG）：採遵循或解釋（comply or explain）之模式，大型非公開發行公司應遵循相關環境、社會及治理原則，若無法遵循者，需於其營業報告書中提供合理解釋；惟相關揭露務須秉持誠信透明原則。

第四節 公司年度表冊之審議流程

2.4.1 年度表冊之審議流程

「董事會提出年度表冊」應列為股東會報告案，公司年度表冊之審議流程依各公司治理之分工設計而有所不同。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法第 228 條與證券交易法第 14 條之 5，對於公司財務報表審議流程之規範並不一致，且證券交易法中並未規定營業報告書及盈餘分派或虧損撥補之議案決議流程。又按公司法第 20 條、第 230 條與第 231 條之規定，董事會應將年度表冊提出於股東會，請求股東承認，並據此解除董事及監察人之責任。

(二) 產生的問題

1. 由於公司法與證券交易法之規範不一致，造成設有審計委員會之公開發行公司與無審計委員會之公開發行公司、非公開發行公司，其財務報表審議流程有所不同，實務運作莫衷一是。

2. 證券交易法未規範營業報告書及盈餘分派或虧損撥補之議案決議流程，造成設有審計委員會之公開發行公司於實務運作時，究應比照財務報表之審議流程，抑或回歸公司法之審議流程，屢生疑義。

3. 董事會所造具之年度表冊，須提出於股東會請求股東承認，以免除董事編造表冊與監察人查核表冊之責任，惟事實上股東多不具有審議營業報告書及財務報表之專業能力。股東會之「承認」多流於形式，或成董監事主張免責的藉口。是否宜將董事會編製之營業報告書與財務報表列為股東會報告案，而非承認案？

4. 董事會原應召開二次，第一次通過公司自編之財務報表，第二次通過經會計師查核之財務報表，實務上卻便宜行事，造成會計師於同一日取得公司自編之財務報表，即完成查核之不合理現象。

(三) 學者及各界意見

關於公司年度表冊之審議流程，學者多認為應檢討現行法制下同時有監察人與審計委員會兩種監督設計，且無論學界或業界，均認為公司之年度表冊送請股東會「承認」，並無實質意義，徒增股東不必要之負擔，也無法解除董事造具不實表冊或監察人怠忽職守之法律責任。

而關於會計師執行查核之時點，業界考量召開董事會之成本，實務上多不願或不能召開數次董事會，認為「於同一日之同一董事會中，先通過查核前（自行編製）之財務報表，後通過會計師查核後之財務報表」之作法無可厚非，而依據會計研究發展基金會 100 年 12 月 28 日出具之函釋說明，似亦認為公司法無明文規定要求公司必須通過會計師查核後之財務報表，故公司變通之作法並未違反審

計準則公報第 33 號之規定：「財務報表應經董事會通過者，財務報告之報告日不得早於董事會通過自行編製財務報表之日。」惟學者仍認為董事會同一日通過兩份財務報表甚不合理，名實不符，且傷害會計師之職業公信力。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

美國係採獨立董事及董事會中功能性委員會之單軌審議流程制度，無審議流程之爭議；實務上亦未出現董事會於同一日通過二次財務報表議案之爭議。

（二）我國立法分析

董事會於會計年度終了向股東提出之營業報告書、財務報表等會計表冊，實為公司前一會計年度營運之歷史資訊，無論股東承認與否，均無法改變，應由董事會自行負擔編製責任；而公司盈餘分派或虧損撥補，實為董事會經營判斷之權限，亦應由董事會自行負擔決策責任，故營業報告書、財務報表、公司盈餘分派或虧損撥補之說明皆應屬董事會於股東會提出之報告案，非屬應交由股東審議之討論案。又審酌我國引進審計委員會制度之時點與動機，並參考外國立法例，工作小組建議本次修法宜採美系單軌之公司治理監理機制，由審計委員會或獨立董事行使監督權限，遂行單一審議流程，避免爭端。惟考量公司監察人制度於我國實務運作已久，為免制度變動之遵法成本過高，關於公司年度表冊之審議流程，工作小組提出二項方案供參。

另就實務上董事會於同一日通過自編財務報表與會計師查核後財務報表之變通作法。由於財務報表係管理階層所做之聲明，會計師身為公正客觀之外部監督角色，其查核必須基於董事會編製並決議之財務報表，否則即無從查核，現行實務之變通作法，顯悖離公司治理之精神，混淆財務報表編製者與檢驗者之不同角色，因此工作小組建議仍應由董事會先通過自行編製之財務報表，再給予會計師相當時間執行查核，最後由董事會通過會計師查核後財務報表，進而向股東會報告，以釐清董事會編製財務報表之責任與會計師查核財務報表之責任。

三、方案提出

關於公司年度表冊之審議流程與會計師執行查核之時點，建議方案如下：

（一）「董事會於股東會提出年度表冊」應列為股東會報告案

工作小組建議修正第 20 條第 1 項如下：「公司每屆會計年度終了，董事會應造具營業報告書、財務報表及盈餘分派或虧損撥補之說明，向股東報告。」其中營業報告書、財務報表等會計表冊為公司前一會計年度營運之歷史資訊，應由董事會承擔編製責任；而公司盈餘分派或虧損撥補，若未於章程中約定由股東會決議，則屬於董事會經營判斷之權限，亦應由董事會承擔決策責任，是故均列為股東會報告案。

並應配合修正第 230 條如下：「董事會應將其所造具之各項表冊，提出於股東常會報告。(第一項)前項財務報表之報告，公開發行公司得以公告方式為之。(第二項)第一項之各項表冊，公司債權人得要求給予或抄錄。(第三項)代表公司之董事，違反第一項規定不為報告者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。(第四項)」且建議刪除第 231 條有關股東會承認會計表冊之效力規定。

(二) 公司年度表冊之審議流程

按公司治理機制設計之不同，公司年度表冊之審議流程可分為三種情形(如附表所示)，說明如下：

1. 公司設董事會，並設有審計委員會者，其財務報表、營業報告書及盈餘分派或虧損撥補之說明應由經理人編製，經審計委員會同意，再經董事會通過後，於股東常會向股東報告；公司之財務報表須經會計師查核簽證者，其財務報表應由審計委員會同意，並提董事會決議後，送會計師查核簽證，再經董事會通過，於股東常會向股東報告。

2. 公司設董事或董事會，並設有監察人者，其財務報表、營業報告書及盈餘分派或虧損撥補之說明應由董事或董事會編製並決議通過，再經監察人查核後，於股東常會向股東報告；公司之財務報表須經會計師查核簽證者，其財務報表應由董事通過或董事會決議通過，且經監察人查核後，送會計師查核簽證，再經董事或董事會通過，且經監察人通過後，於股東常會向股東報告。

3. 公司設董事或董事會，但未設有審計委員會，亦未設監察人者，其財務報表、營業報告書及盈餘分派或虧損撥補之說明，應由董事或董事會編製並決議通過後，於股東常會向股東報告；公司之財務報表須經會計師查核簽證者，其財務報表應由董事通過或董事會決議通過，送會計師查核簽證，再經董事或董事會通過後，於股東常會向股東報告。

表：不同類型公司年度表冊之審議流程表

	公司類型	表冊編製者	步驟一	步驟二	步驟三	步驟四	報告案
1	公司設董事會，並設有審計委員會	經理人編製年度表冊*	審計委員會同意	董事會決議	(會計師查核簽證)**	董事會通過	向股東會報告
2	公司設董事或董事會，並設有監察人	董事或董事會編製年度表冊	董事通過或董事會決議通過	監察人查核	(會計師查核簽證)	董事或董事會通過，監察人通過	

3	公司設董事或董事會， 但未設有審計委員會， 亦未設監察人					董事或 董事會 通過	
---	------------------------------------	--	--	--	--	------------------	--

*年度表冊：營業報告書、財務報表，及盈餘分派或虧損撥補之說明。

** 倘公司之財務報表依法須經會計師查核簽證。

(三) 釐清會計師之查核責任

A 案：建議增訂第 228 條第 4 項：「財務報表應受會計師查核之公司，董事會通過公司編製之財務報表後，應送會計師於相當時間內執行查核，會計師查核後之財務報表再經董事會決議後，提出於股東常會向股東報告」，以期區分報表編製者與報表驗證者之責任，彰顯會計師確實查核之責任及確實之查核期間，且杜絕公司董事會進行權宜作為之文化。

B 案：維持現狀。實務上公司於同一次董事會先通過自行編製之財務報表，再通過經會計師查核之財務報表，此權宜作法雖與會計師實際查核作業時間不符，亦未區分報表編製者與報表驗證者之責任，但可能不致傷及審計品質，故容許董事會進行權宜作為，而不問該等文化是否適當。

四、修法委員分組審議決議：

(一) 決議：按照方案通過。

(二) 決議：配合第二組先內部後外部之設計原則：區分執行業務型董事會及監控型董事會，前者由董事會編製、監察人查核、於一定期間內再送會計師查核簽證；後者由專業經理人編製、董事會下之功能委員會查核、於一定期間內再送會計師查核簽證，並更新上述表格。

(三) 決議：不採 A 與 B 案，依前項結論而定。

五、修法委員會後續調整

年度表冊包括財務報表、營業報告書及盈餘分派或虧損撥補之說明，其中財務報表可能須經會計師查核簽證，營業報告書則可能須經會計師閱讀及考量。依循本次修法先內部審議後外部查核之法制設計原則，按公司治理機制設計之不同，公司年度表冊之編製、審議與報告流程可分為三種情形（如附表所示），說明如下：

(一) 公司設董事會、審計委員會者，其財務報表、營業報告書及盈餘分派或虧損撥補之說明應由經理人編製、審計委員會同意、董事會通過後，於股東常會向股東報告；財務報表須經會計師查核簽證之公司，應由審計委員會為公司聘任查核會計師，公司之財務報表應經審計委員會同意、董事會決

議後，再送會計師查核，而後由董事會於股東常會向股東報告。

(二) 公司設董事會、監察人者，其財務報表、營業報告書及盈餘分派或虧損撥補之說明應由董事會編製並決議通過、監察人查核後，於股東常會向股東報告；財務報表須經會計師查核簽證之公司，應由監察人為公司聘任查核會計師，公司之財務報表應經董事會決議通過、監察人查核後，送會計師查核，而後由董事會於股東常會向股東報告。

(三) 公司僅設董事會，未設審計委員會、監察人者，其財務報表、營業報告書及盈餘分派或虧損撥補之說明，應由董事會編製並決議通過後，於股東常會向股東報告；財務報表須經會計師查核簽證之公司，應由董事會為公司聘任查核會計師，公司之財務報表應經董事會決議通過，再送會計師查核，而後由董事會於股東常會向股東報告。

表：年度表冊之編製、審議與報告流程－財務報表毋須會計師查核簽證之公司

公司類型		編製	內部 審議		報告
		編製年度表冊*、提出自結報表	步驟一	步驟二	提出報告案
1	公司設董事會、審計委員會	經理人	審計委員會同意	董事會決議通過	董事會向股東會報告
2	公司設董事會、監察人	董事會	董事會決議通過	監察人查核通過	
3	公司僅設董事會	董事會	董事會決議通過	N/A	

*年度表冊：營業報告書、財務報表，及盈餘分派或虧損撥補之說明。

表：年度表冊之編製、審議與報告流程－財務報表須經會計師查核簽證之公司

公司類型	編製 a	內部 審議		聘任 b	送件 c	外部 查核			報告	
	編製年度表冊	步驟一	步驟二	步驟三	步驟四	步驟五	是否一致? d	步驟六	步驟七	提出報告案
1	公司設董事會	經理人	審計委員會	董事會	審計委員會	董事會	一致，財務報表毋須調	N/A		

	審計委員會		同意	決議通過。	會			整。			
								不一致，財務報表須調整。	董事會議通過 ^f		
2	公司董事會、監察人	董事會	董事會決議通過	監察人查核通過	監察人	監察人	會計師搜集證據，執行查核程序。	一致，財務報表毋須調整。	N/A	會計師簽署核意見，並註明核報告日期。 ^g	董事會向股東報告。
								不一致，財務報表須調整。	監察人通過、董事會通過		
3	公司僅設董事會	董事會	董事會決議通過	N/A	董事會	董事會		一致，財務報表毋須調整。	N/A		
								不一致，財務報表須調整。	董事會議通過		

- 編製：編製年度表冊（營業報告書、財務報表，及盈餘分派或虧損撥補之說明）、提出自結報表。
- 聘任：聘任會計師之機關。
- 送件：將財務報表送會計師查核之機關。
- 是否一致：公司自結報表與會計師查核發現是否一致。
- 董事會決議通過：依證交法，審計委員會有關財務報表之決議，雖應送董事會決議，但董事會不能推翻審計委員為之決議。
- 同意調整：董事會與監察人是否同意調整財務報表數字。

g. 查核日期：倘公司自結報表與會計師查核發現一致時，會計師簽署查核意見之日期為「步驟四」會計師收受公司財務報表當天或之後某日；倘公司自結報表與會計師查核發現不一致時，監察人與董事會須同意修正財務報表數字後，再送會計師，會計師簽署查核意見之日期為「步驟六」監察人與董事會同意調整財務報表當天或之後某日。

公司法全盤修正修法委員會

第五節 公司資訊之申報與揭露

2.5.1 資訊申報與揭露之項目、內容

公司應申報營業資訊與財務資訊，並依大小分級而有不同程度公眾揭露；小型非公開發行公司得豁免相關義務。

一、現況分析

(一) 現行條文

依現行公司法關於資訊揭露之規定，公司於申請設立登記或變更登記時，應檢附相關登記資訊，包括公司名稱、所營事業、公司所在地、執行業務或代表公司之股東、董事、監察人姓名及持股、經理人姓名、資本總額或實收資本額、公司章程，其中登記之資本額，應另檢附經會計師查核簽證之文件。且公司登記文件，公司負責人或利害關係人，得聲敘理由請求查閱或抄錄。但主管機關認為必要時，得拒絕抄閱或限制其抄閱範圍。而公司登記之事項，主管機關應予公開，任何人得向主管機關申請查閱或抄錄。又公司應將股東名簿備置於公司或股務代理機構，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章程及簿冊。且公司應造具營業報告書、財務報表、盈餘分派或虧損撥補之議案等年度會計表冊，公司債權人得要求給予或抄錄。

(二) 產生的問題

1. 現行公司法制下，公司於設立登記後，主管機關除抽核財務報表外，幾無其他管理機制。本次修法為降低交易風險、有效分級管理，應否提升公司透明度，擴大揭露資訊之內容及範圍？使得一般投資大眾皆能查閱、抄錄公司登記以外的其他資訊？

2. 現行公司實務，股東名簿係由董事掌控，股東或債權人請求查閱或抄錄時，往往遭遇董事刁難或抗拒，導致股東無法行使如召集股東會等相關權利。除股東名簿外，公司其他資訊的保存、申報與揭露之內容、頻率與方式，是否應於本次修法是否一併檢討？

(三) 學者及各界意見

對於強化公司資訊揭露之規範，以達有效管理，我國公司法學者頗有共識；惟「資訊揭露之內容」與「揭露對象之範圍」則意見不一，有主張所有公司均應公開其營業內容、財務資訊，且營業報告書應增列其他非財務資訊，以便一般投資大眾可以得知公司之營運概況，提昇公司透明度；但亦有學者認為強制財務資訊揭露，應僅限於公開發行公司，而營業報告書之揭露項目宜為任意規定；揭露對象之範圍雖不限於股東與董事，但無擴及潛在投資人之必要。

業界則多考量公司營業機密資訊外流與公司運營成本增加之風險，尤以中小企業為然，主張：中小型非公開發行公司，股東人數普遍較少、且經營型態屬於閉鎖狀態，要求其公開營業內容實屬多餘，因而反對非公開發行公司揭露營業、

財務資訊之規範。又關於股東名簿之資訊揭露，業界意見分歧甚大，有認為不應將公司股東資訊等機密對外公開，此涉及公司內部重要資訊，且無公益性質色彩，故反對開放公眾查詢。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

按英國立法例，所有公司均應向主管機關申報其營業內容、財務資訊，且一經申報即公開於可供一般大眾查閱、抄錄和複印之資訊平台，任何人皆可付費取得公司資訊並請求交付影本，使得一般投資大眾可以充分得知公司之營運概況，提昇公司透明度，僅有少數非公開發行之小型公司得以豁免資訊揭露之義務。香港公司條例及美國公司法則將公司資訊揭露範圍限於公司股東與董事。

又以股東名簿為例，英國、香港與新加坡之立法例多規定須申報至主管機關，且股東名簿之內容極為詳細，包含姓名與住址、成為股東之註冊日、不再是股東之日期；公司若有股本，須詳列每一股東所持有之股份編號、種類、與數量；公司若無股本，但有不同類別之股東，須詳列每一股東之姓名、地址等。若公司擁有 50 名以上股東，尚須備置股東姓名索引。若有變動則須於 14 日內更改。且公司須揭明存放之地點為何，拒絕或錯誤登載時之刑事後果等。

(二) 我國立法分析

參考各國立法例，並考量股東必須能適時取得資訊，才能與其權利相互配合，工作小組建議應擴大公司資訊揭露之內容與範圍，作為因應解除多項公司法管制後之替代監管措施。惟小型公司之市場影響力甚低，而強制資訊揭露之成本甚高，故可採取豁免資訊申報與揭露之規定。

又關於股東名簿之資訊揭露，工作小組建議我國公司法制應予國際接軌，適度開放公眾查詢，以促進交易安全，並提升我國徵信透明度。股東名簿之資訊揭露標準，以公開發行與否分界，公開發行公司之股東名簿應全面申報並揭露，提供公眾查詢；一般非公開發行公司則應於資訊平台申報股東名簿，並於營業報告書中載明主要股東，且提供公眾查詢；小型非公開發行公司應於資訊平台申報股東名簿，但毋須揭露股東名簿。惟考量業界尚有不同見解，工作小組提出二項方案供參。

三、方案提出

關於資訊申報與揭露之項目、內容，工作小組提出建議方案如下：

- (一) 擴大資訊揭露之內容與範圍，以提升透明度、有效管理。公司應向主管機關申報營業資訊與財務資訊，包含原登記事項、財務報表、營業報告書與股東名簿等，並依公司大小分級而有不同程度之公眾揭露；惟符合法定條件之小型非公開發行公司得例外豁免申報且毋須公開資訊。各級公司得豁免事項如附表所示。

各級公司資訊申報、揭露之項目與範圍		
公開發行公司	非公開發行公司	
	一般非公開發行公司	小型非公開發行公司
應申報且向公眾揭露： 1. 公司章程 2. 財務報表 3. 董監事名簿 4. 公司經理人名簿 5. 營業報告書 應申報但僅向股東與利害關係人揭露股東名簿。	應申報且揭露： 1. 公司章程 2. 財務報表 3. 董監事名簿 4. 公司經理人名簿 應申報但自願揭露營業報告書。 應申報但僅向股東與利害關係人揭露： 股東名簿（僅揭露主要股東）	應申報且揭露： 1. 公司章程 2. 董監事名簿 3. 公司經理人名簿 毋須申報與揭露營業報告書。 應申報但毋須揭露： 1. 財務報表 2. 股東名簿

(二) 公司申報之各項資訊中，其中股東名簿是否開放公眾查詢，工作小組提出建議方案如下：

A 案：區分大小公司分級申報與揭露。公開發行公司之股東名簿應全面申報，但僅提供股東與利害關係人查詢；一般非公開發行公司則應申報股東名簿，但僅提供股東與利害關係人查詢主要股東之名簿；小型非公開發行公司則應申報股東名簿，但毋須揭露股東名簿。

B 案：維持現狀。公司毋須申報股東名簿，僅董事、股東與債權人可查閱抄錄。C 案：公司應向主管機關申報股東名簿，且任何人均可查閱抄錄。

四、修法委員分組審議決議：

相關議題提交委員會決議後確認之。

五、修法委員會決議：

(一) 擴大資訊揭露之內容與範圍，以提升透明度、有效管理。公司應向主管機關申報營業資訊與財務資訊，包含原登記事項、財務報表、營業報告書與股東名簿等，並依公司大小分級而有不同程度之公眾揭露；惟符合法定條件之小型非公開發行公司得例外豁免申報且毋須公開資訊。各級公司得豁

免事項如附表所示。

各級公司資訊申報、揭露之項目與範圍		
公開發行公司	非公開發行公司	
	一般非公開發行公司	小型非公開發行公司
應申報且向公眾揭露： 1. 公司章程 2. 財務報表 3. 董監事名簿 4. 公司經理人名簿 5. 營業報告書 應申報但僅向股東與利害關係人揭露股東名簿	應申報且揭露： 1. 公司章程 2. 財務報表 3. 董監事名簿 4. 公司經理人名簿 應申報但自願揭露： 營業報告書 應申報但僅向股東與利害關係人揭露： 股東名簿（僅揭露持股前 10% 股東）	應申報且揭露： 1. 公司章程 2. 董監事名簿 3. 公司經理人名簿 毋須申報與揭露： 營業報告書 應申報但毋須揭露： 1. 財務報表 2. 股東名簿

(二) 公司股東名簿須備置於公司，但不開放公眾查詢，僅提供股東與利害關係人聲請查閱。

2.5.2 公司虧損之資訊揭露

刪除現行公司法第 211 條第 1 項。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法規定，公司虧損達實收資本額二分之一時，董事會應即召集股東會報告。其中「虧損」為完成決算程序經股東會承認後之累積虧損，與公司年度進行中所發生之本期淨損之合計。

(二) 產生的問題

公司法既已廢除公司設立最低資本額相關規定，以虧損達實收資本額二分之一作為董事會應即召集股東會報告之事由，是否妥適？

(三) 學者及各界意見

業界多認為第 211 條第 1 項之規定已無法律實益，學界亦認為該規定似無存在之必要。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

德國有限公司法第 49 條第 3 項規定，當公司虧損達到來源資本 (Stamm Kapital) 之二分之一時，必須立即召開股東會。且依據同法第 43 條第 2 項，若公司負責人違反此義務，將負有損害賠償責任。其立法理由在於提前預警，防止公司無限制的追求高風險利潤，而陷於資不抵債、支付不能的情形，而資本額之二分之一便是法定最低警示基準。另外針對公司資本極低之迷你有限公司，德國有限公司法第 5a 條第 4 項訂有較嚴格之虧損公告義務 (Pflicht der Verlustanzeige)，即以一不確定之法律概念「支付不能之虞」(drohende Zahlungsunfähigkeit) 作為法定最低警示基準，當迷你公司存在支付不能的危險時，公司負責人應立即召開股東大會。⁶

(二) 我國立法分析

我國於 2009 年修正公司法時，已廢除公司設立最低資本額之相關規定，修法說明：「資本僅為一計算上不變之數額，與公司之現實財產並無必然等同之關係」，顯然資本額已非衡量公司營運狀況良窳之適切指標，而虧損達資本額之二分之一亦不表示公司處於資不抵債或支付不能之狀態，況且公司法第 170 條第 1 項已規定董事會之報告義務：「股東常會，每年至少召集一次。」又「股東臨時會，於必要時召集之。」，是故公司之營運狀況是否有召集股東會、向股東報告之必要，原本即為董事會經營判斷之權限，工作小組認為公司虧損之判斷標準及

⁶ 陳彥良，資本原則之再思考—兼論德國最低資本額之調整，中正財經法學，第 11 期，2015 年 7 月，頁 32-33。

是否應召集股東會，宜交由董事會自行評估並負相關之忠實義務。

三、方案提出

關於董事會是否應於公司虧損時召集股東會及虧損之標準應如何認定，工作小組建議將公司虧損之判斷標準及報告時點，交由董事會自行評估並負相關之義務；故建議刪除公司法第 211 條第 1 項。

四、修法委員分組審議決議

照提案通過，刪除公司法第 211 條第 1 項。

公司法全盤修正修法委員會

2.5.3 周年申報

不採周年申報制度，以命令解散公司之設計，用以處理殭屍公司。

一、現況分析

(一) 現行條文及實務見解

我國目前無此制度。

(二) 產生的問題

依現行公司法，公司設立後，僅有在登記資料有變更時，方需向登記主管機關申請變更登記，造成實務上有些公司數年均不曾向登記主管機關做任何申報，登記主管機關亦不清楚公司目前的狀態，實務上難以掌握公司是否有意願繼續營運，或若已無營運而應否依照公司法第 10 條應予命令解散。

(三) 學者及各界意見

對於是否引進外國立法周年申報制度，業界的看法分歧。有同意在申報程序簡便的情況下，可增訂定周年申報制度；有認為周年申報制度與本次修法去管制化的目的不符，不建議制訂；亦有認為，確認公司是否仍在營業與確保交易安全應分別考量，確認是否仍在營業不一定要以周年申報制度方式為之，例如現在因每三年改選董監事，公司須申請變更登記，因此如果公司三年屆至未申請變更登記，再從其他資料判斷是否仍在營業即可；亦有認為，修法如已要求公司即時變更登記，若又要求周年申報，可能有重複規範之虞；亦有者認為消滅殭屍公司之規定不須訂於公司法，維持條文之簡潔；另外，也有業者認為可以改採收取公司登記營業的年費，以消除殭屍公司，而不須採周年申報制度。

贊同可採行周年申報制度者建議，申報內容方面，可與經濟部商業司變更登記表的內容大致相符即可，以簡便為主，且不宜涉及公司機密資訊。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

依據香港公司條例，公司每年應交付周年申報表，周年申報表區分為非公開發行公司 (private company)、公開發行公司 (public company)，或擔保有限公司而有不同的內容。內容須包含公司的名稱、類別、辦事處地址、股本的詳情或公司成員的詳情、擔任董事之人的詳情等資訊。(詳附表)

英國 2006 年公司法 Part24 §854~859 亦規範周年申報制度，內容涵蓋公司註

冊地址、種類與主要營業項目、董事（包含影子董事）與公司秘書、存放股東公司債持有人名冊之地址等。若有股本，則須包含股份總數、總面額、與不同類別股份之權利內容。至於公司股東則涵蓋每一現有股東與過去股東資訊、持股數、不同種類股份之轉讓數量情形（包含股東資訊變動與日期）等。

英國於 2016 年 6 月 29 日以「Confirmation Statement」之規範取代原有周年申報之內容，大致上與原內容並無太大差異，而作細部微調。諸如：董事與公司秘書之委任、中止委任與相關細節（例如服務地址、或董事別稱）。較為不同者為，新制下須申報「對公司有重大控制權之自然人或法人資訊（PSC）」、區分非公開發行公司而有不同規範、與縮短申報截止日等。

美國模範公司法亦規定有周年申報制度，第 16.21 條規定，申報內容應包括公司名稱與公司註冊之州或聯邦詳情、公司註冊高級職員之住址，與其代理人之姓名、公司主要營業之地址、董事與主要高級職員之姓名與商業地址、企業本質之簡明敘述、法定股本總數，與不同種類股份之詳情、發行股份總數與流通在外股份總數，與不同種類股份之詳情等。

（二）我國立法分析

參照外國法例有關周年申報之內容，英國、美國、香港、新加坡大多規範有：

1. 公司名稱與地址（英國、新加坡尚有公司種類與營業項目）；
2. 董事與公司秘書之基本資料，包含姓名與地址（英國尚有委任與終止委任情形）；
3. 股本詳細資訊，包含股份總數與總額、與不同種類股份之詳細情形（新加坡尚有庫藏股資訊）；
4. 股東詳細資訊，包含現有與過去股東之姓名、地址、持股狀況、與股東名簿存放之地點。
5. 新加坡尚有公司簽證會計師之資訊。

在本次修法朝向英美法制，去管制化的情況下，亦應參採外國法制度下的周年申報制度，以免公司之管理過於鬆散，另一個用意也可減少殭屍公司的存在，對於未依法辦理週年申報的公司，進一步追蹤是否有應命令解散之情事。

三、方案提出

關於周年申報表制度，在英美法系國家多設有此一制度，主管機關藉此得以瞭解公司現況，並連結除名或撤銷註冊之制度，解決公司長時間不營運時，主管機關得以啟動相關機制，減少殭屍公司之存在。惟檢視國外立法例周年申報之資

訊，除股東資訊外，我國現行公司登記表已包含大部分相關資訊，或可將現行公司登記表內容檢討修正，做為我國之周年申報表。同時，搭配登記資訊系統之建立，以線上申請之方式，減輕公司與主管機關之作業負擔。

因此，建議方案如下：

A 案：在登記系統完善、資訊傳遞迅速的前提下，可增加周年申報表之要求。在現行辦理變更登記時，已同時檢附包含周年申報資訊之變更登記表，參考英國作法，下次申報期限以距離上次申報不超過一年為限，以減輕公司申報負擔。

B 案：維持現狀，不採納。

四、修法委員分組審議決議

不採周年申報制度，以命令解散公司之設計，用以處理殭屍公司。

第三章 公司治理(包括董監事、經理人、臨時管理人、公司秘書)

第一節 董事.....	3-4
3.1.1 定義.....	3-4
3.1.2 人數.....	3-7
3.1.3 資格.....	3-9
3.1.3.1 法人.....	3-9
3.1.3.2 董事失格.....	3-9
3.1.3.3 消極資格.....	3-15
3.1.4 選任.....	3-18
3.1.4.1 累積投票制.....	3-18
3.1.4.2 董事候選人提名制.....	3-21
3.1.4.3 個別表決.....	3-24
3.1.4.4 分期改選.....	3-26
3.1.4.5 董事補選.....	3-28
3.1.5 任期.....	3-31
3.1.5.1 年限及任期之開始.....	3-31
3.1.5.2 屆滿未改選.....	3-33
3.1.6 解任.....	3-36
3.1.6.1 決議解任.....	3-36
3.1.6.1.1 決議機關.....	3-36
3.1.6.1.2 無理由解任.....	3-38
3.1.6.1.3 正當程序.....	3-40
3.1.6.1.4 與選任之配套.....	3-42
3.1.6.1.5 損害賠償.....	3-44
3.1.6.1.6 與全面改選之區別.....	3-46
3.1.6.2 裁判解任.....	3-48
3.1.7 權限.....	3-51
3.1.7.1 對內權限.....	3-51
3.1.7.1.1 資料索取權限.....	3-51
3.1.7.1.2 董事設質表決權.....	3-54
3.1.7.2 對外.....	3-56
3.1.7.2.1 董事長單獨代表制或複數代表制.....	3-56
3.1.7.2.2 章程或契約限制.....	3-61
第二節 董事會.....	3-64
3.2.1 權限.....	3-64
3.2.1.1 權責中心.....	3-64
3.2.2 組成.....	3-67

3.2.2.1 常務董事會之設置.....	3-67
3.2.2.2 公開發行公司委員會設計.....	3-71
3.2.2.3 非公開發行公司獨立董事之設置.....	3-75
3.2.3 開會.....	3-78
3.2.3.1 董事會之召集權人.....	3-78
3.2.3.2 董事會之召集期間、臨時動議.....	3-82
3.2.3.3 開會方式.....	3-85
3.2.3.4 董事長之選任及董事會決議定足數.....	3-88
3.2.3.5 以書面決議取代實體開會.....	3-91
3.2.3.6 決議瑕疵之外部效力.....	3-93
3.2.4 董事會僵局之處理.....	3-96
第三節 代表權瑕疵之外部效力.....	3-1001
3.3.1 董事會內部瑕疵與外部效力之影響.....	3-101
第四節 注意義務.....	3-106
3.4.1 利害關係人利益條款.....	3-106
3.4.2 經營判斷原則條款(The Business Judgment Rule).....	3-109
3.4.3 注意義務之標準.....	3-113
3.4.4 董事未參與決議之作成或表決時不在場之責任.....	3-117
3.4.5 合理信賴下屬意見.....	3-120
3.4.6 聽從法人指示之責任.....	3-123
3.4.7 股東會決議事後減輕或免除公司負責人之責任.....	3-126
3.4.8 責任保險.....	3-129
3.4.9 董事之涉訟補償.....	3-131
第五節 忠實義務.....	3-132
3.5.1 董事忠實義務之類型化.....	3-132
3.5.2 掠奪公司資產、資訊、商機.....	3-134
3.5.3 收取回扣或佣金、收受職位.....	3-139
3.5.4 公司董事考量集團利益，使公司和關係企業為非常規交易.....	3-142
第六節 違反責任.....	3-146
3.6.1 董事之侵權行為責任.....	3-146
3.6.2 利益歸入.....	3-149
第七節 利益衝突之交易.....	3-153
3.7.1 定義.....	3-153
3.7.2 特定類型.....	3-156
3.7.2.1 報酬(委任契約的報酬或離職金等任何公司提供給董事的對價).....	3-156
3.7.2.2 提供任何或各種形式的融資或保證.....	3-162
3.7.2.3 主要或重大資產交易.....	3-166
3.7.2.4 董事之競業禁止.....	3-168
第八節 防免.....	3-172

3.8.1 利益衝突之揭露.....	3-172
3.8.2 利害關係人迴避表決.....	3-177
3.8.3 股東會許可或追認.....	3-184
3.8.4 判斷交易有效之實質要件.....	3-186
3.8.5 判斷交易有效之形式要件.....	3-188
第九節 經理人.....	3-192
3.9.1 定義.....	3-192
3.9.2 聘任機關.....	3-196
3.9.3 權限.....	3-199
3.9.4 注意及忠實義務.....	3-202
第十節 公司秘書.....	3-205
3.10.1 資格.....	3-205
3.10.2 聘任機關.....	3-205
3.10.3 權限.....	3-205
3.10.4 強制聘任.....	3-205
第十一節 監察人.....	3-209
3.11.1 人數.....	3-209
3.11.2 資格.....	3-212
3.11.3 選舉.....	3-214
3.11.4 任期-參考對董事所提建議.....	3-216
3.11.5 解任-參考對董事所提建議.....	3-216
3.11.6 權限.....	3-217
3.11.6.1 監察人於非必要時獨立召開股東會之效力.....	3-217
3.11.6.2 董事自我交易時之代表權.....	3-220
3.11.6.3 聘任會計師及對董事訴追之權限.....	3-223
3.11.6.4 競業禁止義務.....	3-225
3.11.7 監察人會.....	3-227

第三章 公司治理(包括董監事、經理人、臨時管理人、公司秘書)

第一節 董事

3.1.1 定義

董事包括事實上董事及影子董事(即實質董事)。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 8 條第 3 項規定，「公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。但政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益等情形，對政府指派之董事所為之指揮，不適用之。」

(二)產生問題

公司法第 8 條第 3 項引入實質上董事(包含事實上董事及影子董事)之概念。其規定公開發行股票公司之非董事，而事實上執行董事業務，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、刑事及行政罰責任，但「事實上執行董事業務」之具體認定標準不明確及同項對「影子董事」之定義，學說上亦認為有可議之處。

學者認為，關於「事實上執行董事業務」之具體認定，應參考英國公司法，應依所有相關因素綜合判斷行為人是否與法律上董事立於同地位，並負擔董事之職能，而為公司重大決策之一份子。若行為人僅處理低於董事層級之公司經營事務，即非事實上董事。

就同條項對「影子董事」之定義，學說認為其具體認定標準究應為何，並不明確，故應參照外國立法例。英國公司法對影子董事的定義為，公司董事習慣遵照其指揮或行事之人。另就該幕後操控者對公司之影響力究應至何程度方構成影子董事，英國實務普遍認為，影子董事與公司董事會間未必具卑屈服從之關係，而是在於影子董事持續性的給予指導、建議、指示，客觀成為公司董事會之高度依賴與行為之依據。是以，若行為人僅就單一事件之作為影響公司董事會之決議，而未達使公司董事習慣性遵照其指揮或指示之程度，將不會被認定為影子董事。

另外，從同條項文義觀之，公司法「董事」之定義指的仍是法律上董事，僅是將法律上董事之責任擴及於事實上董事及影子董事。惟此將董事定義及董事責任歸屬分離之規定，與直接定義公司董事包含實質上董事之規定，其實質差異究竟為何？實質上董事之責任是否應完全同於法律上董事？亦存有討論空間。學說上有參考英國公司法者，認為事實上董事必須負擔與法律上董事相同之受託義務及相應之責任，蓋其與公司間雖不存在法律上之契約關係，然其事實上與居於與法律上董事相同之地位，應負與公司董事相同之義務與責任。相反地，英國公司法

不要求董事之責任及義務全面性的適用於影子董事，蓋影子董事通常隱身於幕後，對董事施以影響力，其並未以董事身分執行職務。

此外，如何調和公司法對影子董事及關係企業兩者間之規範衝突，以避免影子董事之規定架空關係企業章之精神，現行法上存有疑慮。依公司法第 369 條之 4 允許控制公司基於關係企業之整體利益，暫時犧牲從屬公司之利益，而控制公司應於會計年度終了時為適當補償，在補償未果情形下，始負賠償責任。惟依第 8 條第 3 項規定，控制公司一旦被認定為從屬公司之影子董事，無論有無補償從屬公司，如控制公司使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，即屬違反對從屬公司之忠實義務，而應負損害賠償之責。此時，關係企業所欲追求之集團綜效之目標將受破壞。對此，學者有認為，我國若採取關係企業專章立法模式，應於條文中明定排除關係企業適用實質董事之規定。

最後，現行公司法第 8 條第 3 項僅限於公開發行股票之公司，其立法理由係在於實質上董事之概念為我國法制前所未見，為避免對於實務衝擊過鉅，故限縮其適用範圍。惟實務上(最高法院 103 年台上 736 號判決)有認為，為保障公司股東之權益，公司法第 8 條第 3 項之規定，不以公開發行股票之公司為限，而及於非公開發行公司。對此見解，有學者以公司治理之強化為由而肯認之，惟其仍建議未來修法時應將該規範明文規定適用於非公開發行公司及有限公司。

(三)學者及各界意見

業界見解原則贊成將事實上董事、影子董事納入規範，明定其責任，但憂心舉證困難(尤其對影子董事)問題。實務界則對影子董事亦為董事時，是否要發送開會通知產生困惑混淆。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法(CA 2006 ss.250, 251)將董事之分類為(1)法律上董事(de jure director)，係指經合法選任之董事；(2)事實上董事(de facto director)，指行為對外表現如同董事，並扮演公司重大決策之角色，或因選任瑕疵，或未經選任而無董事資格者。(3)影子董事(shadow director)，指隱身於董事背後對董事下達指示，但對外卻表示其非公司董事者。英國判決亦有認為，縱使董事會並未服從其指示或放棄董事會自身之裁量權限，該指示者仍成立影子董事。另香港公司條例之董事定義包含任何執行董事之職務者，無論形式上之稱謂或是否經由正當程序之選任。

德國法規上僅規範法律上董事，無事實上或影子董事之明文規定，但法律實務界廣泛將未有效選任或任期屆滿尚執行董事業務之事實上董事，認為其應負如法律上董事之義務與責任，包括刑事及民事責任。

香港(Companies Ordinance s. 2(1))與英國法模式相同，美國法因課控制股東與董事類似責任，故無實質董事制度。

日本會社法第 346 條第 1 項規定，當無董事或不足法定或章定人數時，任期屆滿或因辭任而退任之董事，在新選任之董事或聲請法院選派之臨時董事就任前，仍繼續有董事的權利與義務。

中國大陸公司法第 108 條準用第 45 條規定，第 45 條規定董事任期屆滿未及時改選，或者董事在任期內辭職導致董事會成員低於法定人數，在改選出的董事就任前，原董事仍應當依照法律、行政法規和公司章程的規定，履行董事職務。

(二)我國立法分析

現行公司法第 8 條第 3 項雖引進事實及影子董事概念，但僅適用於公開發行公司。而且，在究責設計上，雖使實質董事與法律上董事同負責任，惟其非公司法定義之董事，如何「同負」責任並不明確，且相關權利義務規定亦付之闕如。同時，事實上董事並非董事，則其代表公司所為行為之對外效力，也可能發生爭議。為解決以上問題，由於我國現行法已部分納入實質董事設計，建議修法採取英國法系董事定義，實質董事亦為董事之一種。美國法系課控制股東責任，和我國既有規範差距較大，牽動範圍過廣，不建議採行。若我國貫徹執行實質董事概念，則建議關係企業專章應做相應修正，避免衝突。總言之，由於我國家族企業非常普遍，檯面上之管理階層未必握有真正權利；又由於程序規定嚴格，程序瑕疵往往使執行業務之董事喪失其身份，實質董事設計應能促進權責相符，及維護交易安全。

另應說明者，事實上董事非法律上董事，與公司雖不具公司法上之委任關係，惟與公司應具民法委任關係，故關於事實上董事之報酬及費用返還等問題，皆可依民法委任規定辦理。

三、方案提出

- 1、不論是否公開發行公司，均適用實質董事概念；
 - 2、釐清事實上董事及影子董事界定標準；
 - 3、董事定義包括實質董事；
 - 4、影子董事雖亦為董事，應列舉其適用法律上董事之相關規定，例如董事報酬。
- 配套：關係企業專章做相應修正。

四、修法委員分組審議

照案通過。

3.1.2 人數

非公開發行公司至少一人，公開發行公司五人

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 192 條第 1 項規定，「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。」

(二)產生問題

董事人數的要求，一般家族企業權力高度集中，董事三人形式意義遠逾實質，徒增遵法成本，特別是一人公司仍要求設三名董事，更突顯要求不合理。而且，實務上，為滿足人數要求，往往使用人頭，法院對人頭董事亦常網開一面，倘不再強求人數，應不再對人頭董事給予任何特別考量，以強化名實相符。

依經濟部函釋見解(經濟部民國 61 年 7 月 22 日商字第 20114 號函)，董事會之董事名額總數，其計算應以依法選任並以實際在任而能應召出席者以為認定董事會應出席之人數，如有法定當然解任而發生缺額之情形，應予以扣除。雖然如此，經濟部函釋見解(經商字第 09302202470 號函)進一步認為，二人以上為董事會之基本形式要件，仍對召開董事會之最低人數有所保留。

董事人數雖符合二人，該二人應親自出席董事會，不許以他董事代理出席。經濟部(70.7.24 經商字第 29930 號函)認為，公司董事會議所為決議，係屬法律行為中之共同行為，即指多數意思表示平行而一致成立之法律行為，如股份有限公司設董事三人，開董事會時僅二人出席，係其中一人代理另一人出席，僅有一董事在場，無從成立多數意思表示平行的一致，似難有效成立決議。

另經濟部函釋(經商字第 09902408450 號函)認為，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而須迴避，致僅餘董事 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)。由此，當董事會開會因迴避表決人數僅餘 1 人，依法尚能作成有效之決議。

較特別者，法院有見解(台灣高等法院高雄分院 97 年度上字第 71 號判決)肯定一人董事召開董事會之合法性，認為股份有限公司於董事缺額達三分之一時，董事會應召開股東臨時會補選之，此為公司法第 201 條所明定，此時既不需經董事會決議，即得以董事會名義依法召集股東臨時會，且係為補選董事之目的而召集，故自不得以董事人數未達可為決議人數而認無從組成董事會及股東臨時會之召集不合法。由本判決可知，司法實務上或肯認一人董事得作出合法之董事會決議，但似應僅限於召集股東會補選董事之事項。

然最高法院 101 年度台上字第 1745 號判決，認為董事人數未達 2 人之最低限度時，自無從召集董事會及由董事會決議召集股東臨時會。職是之故，董事之

一人，未經董事會之決議，擅以董事會名義召集股東會，即屬無權召集，所為之決議，當然無效。由此觀之，目前司法實務，似較傾向否認一人董事得作出合法之董事會決議，此點與經濟部前揭函釋意旨不謀而合。

有學者認為，在立法政策上應尊重公司自治，不僅應鬆綁設置董事之最低人數，且應放寬董事會作成決議之方式。另外，當公司董事僅餘 1 人之情形，若其召集董事會之目的係為召集股東臨時會以補選董事，以求公司董事會之正常運作，可思考例外承認其效力。

(三)學者及各界意見

學者及各界均認一般公司董事毋需強制三人以上，董事一人可行，惟應釐清董事僅一人時其一人意思是否即可取代董事會決議。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法(CA 2006 ss.154 ,155¹已刪除 155)與香港法公司條例(Companies Ordinance s. 453)皆要求私人公司最少僅需有一名董事，公眾公司(public company)則需有兩名董事。美國法則規定董事至少需一人以上。德國股份法第 76 條規定，董事會由一名或數名董事組成，故最少亦須有一名董事。日本原則上亦僅需一名董事。中國大陸公司法第 108 條規定，董事會成員為 5 人至 19 人。

(二)我國立法分析

股份有限公司原型為非公開發行公司，所有與經營合一，本應享有高度自治空間，強制要求董事為三人以上，無任何意義。各國立法例就私人公司也均許可董事僅一人，建議應循國際模式予以開放。公開發行公司則參考我國現行公司法規定，應至少設置董事三名。必須指出的是，降低企業不必要之遵法成本，董事得僅設一人與董事缺額時如何處理，係屬二事。例如，公司設董事五人，四人因故去職，僅餘一人得否召開董事會並作成決議，將於董事補選一節處理，非屬本節規範。換言之，允許董事僅一人並不代表董事大量缺額僅餘一人，就仍可召開董事會作成決議。

三、方案提出

非公開發行公司應至少設置一名董事。公開發行公司則應至少設置董事五名。配套：應配合修正董事會決議方式、證交法第 26 條之 3 第 1 項(至少 5 人)

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.1.3 資格

3.1.3.1 法人

董事原則為自然人，但公司得以章程採用現行法第 27 條第 1 項及第 2 項法人代表人的設計，惟為指派之政府或法人，與被指派之自然人同負董事責任。

3.1.3.2 董事失格

董事違反公司法特定規定情節嚴重者，主管機關得為失格處分，禁止其於一定期間內擔任該公司董事。違反失格處分，於一定條件下尚有刑責。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 27 條規定「：(第 1 項)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。(第 2 項)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。(第 3 項)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。(第 4 項)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。」

(二)產生的問題

本條係針對政府或法人為股東時，本身或代表人出任董監所設之規範。第 1 項允許政府或法人本身當選董監，惟需指定自然人代其行使職務。換言之，董監不限於自然人。第 2 項則規定，政府或法人亦得由其代表人當選為董監，代表人有數人時，得分別當選。據此，依本項規定當選的董監係為自然人。第 3 項則是本條爭議之核心，無論依第 1 或第 2 項產生之自然人代表，政府或法人得隨時改派。

本條因衝擊公司治理備受爭議。具體言之，究責與透明向為治理兩大基石，而權責不明是本條第一個問題，自然人代表既可隨時被法人撤換，自優先考慮該法人股東，而非公司利益，以本身之專業追求公司利益極大化即屬緣木求魚。這也是為何我國證券交易法禁止獨立董事採本條方式出任。從另一方面看，倘董監有違職守，究竟是針對行為之自然人，或指派之法人，亦滋生困擾。第二個問題是倘法人得隨時撤換自然人代表，則登記自然人何人為董監意義不大，因或僅短暫過客；而登記法人意義亦甚微，因不知法人如何決策，極難評估法人之操守能力。換句話講，董監登記徒具形式，並未提升公司營運透明度。

本條在實務上亦造成極大困擾，例如金融機構董事，因弊案纏身致未能符合金融機構負責人之資格要求，當事人或自動辭職或遭主管機關免職，但因本條仍

實質掌控董事會多數成員而「垂簾聽政」，實際上亦有接受媒體採訪，大肆闡述該金融機構發展策略者，這使得負責人資格要求幾名存實亡。又例如公司面臨經營權爭奪戰，致董事會鬧雙胞，或董事改選合法性有爭議時，凡董事會全部或部分成員為該公司依本條指派之其他公司，都會收到爭奪戰一方或雙方之改派通知，而陷入無所適從窘境，經營階層之不穩定勢將如漣漪般往外擴散。

(三)學者及各界意見

因為目前實定法明確授權法人得當選董監事，故法律適用較無爭議。因此本條討論重心多在立法論部分。對此，我國公司法學者多數意見是刪除本條，使董監事未來僅得由自然人出任。但亦有學者持較緩和立場，主張僅需刪除第2項，或僅需刪除第3項，降低本條於實務上之流弊。事實上，2012年修法於第2項增列但書，禁止同一法人指派代表人分別當選董監事，亦係反應部分學者意見。但縱使是立場溫和之學者，似亦傾向長期目標為刪除本條。

業界意見則較學者更為分歧，雖不乏贊成整條刪除者，但亦有相當比例認現行條文有其優點。首先，就政府而言，特別是當公司董事會部分係民間成員，倘本條第2及3項遭刪除，恐乏有效管控手段致民間輕易掌握整個董事會，引發侵蝕國有財產風險。其次，隨時改派有利於集團運作；第三，讓同一法人指派數人分別當選董事，對提升公司透明度亦非全然負面。因該指派之法人將被清楚辨識對公司具有實質影響力，此亦有助於關係企業之界定。相對而言，若僅允許自然人擔任董事，則外界祇能透過層層比對，確認董事會成員重疊程度，進而「推斷」是否為母子公司或關係企業。第四，隨時改派亦降低治理風險，當控制股東發現董事瀆職或有此可能時，可迅速撤換；而於股東會解任董事不但曠日廢時且提高不確定風險。

至於允許法人股東指派一名或多名代表人擔任董事，但讓法人股東和被指派之自然人同負董事責任，業界亦有相當顧慮。主要是倘被指派之自然人自己恣意妄為，而非依據法人股東之指示，則課法人股東責任似又過於苛刻。但相反意見則為，法人股東既取得隨時改派之權利，則負董事責任仍合乎權責相符原則。法人股東若不願意負責，只要使其支持之對象以自然人身份出任董事，法人本身即無責任可言，且此亦符合國際間趨向自然人董事之潮流。亦有提出，法人代表人為實際負董事責任的人，但董監酬勞卻由法人所領取，兩者並不對等，建議法人代表制應予廢除，至少董監酬勞之歸屬應修法改歸代表人(自然人)。同時，法人代表制已討論多年且有修法之必要，同意全面改為自然人董事、或要求法人與所派自然人同負董事責任，並應制定落日條款。在規範限以自然人當選制度前，建議可限制內部董事人數，以期將所有權及經營權分離。

倘修改法人董事制度，業界建議法人代表制於實務上行之有年，且董事酬勞雖由法人領取，惟其代表人亦有領取委任報酬。如需修改法人代表制，建議應同時考量以下因素：一為考量補選程序的彈性與快速，缺額時是否可無須召開股東會改選，二為如恢復自然人當選制度，亦應一併考量刪除董監持股成數的規定。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

德美日及大陸僅允許自然人擔任董事(德國股份法§76, 日本會社法§331, 大陸公司法§146)。英國早期(Companies Act 1948 s. 200(2))認法人應與自然人享受同樣權利, 故不限由自然人出任董事, 但 2006 年修正時, 則認法人董事某程度內不利於公司治理, 而要求董事會至少有一名自然人董事(CA 2006 s.156A(1))。香港本遵循英國模式, 允許法人出任董事, 但於 2012 年修正時, 較英國更向「純粹自然人」架構傾斜。原則上, 僅私人公司可採取 2006 年後英國模式; 但下列三種公司, 即公開公司, 本身隸屬之企業集團有成員為上市公司, 以及擔保公司均採純粹自然人模式, 亦即所有董事必須為自然人。

綜言之, 近年立法趨勢無疑是朝董事必須為自然人之方向發展。惟值得注意的是縱使英港一定條件下允許法人出任董事, 也只是相當於本條第 1 項(若由法人出任董事, 自可任意指定或撤換代其行使職務之自然人)。換言之, 本條第 2 及第 3 項為我國「固有」, 亦即同一法人可指派數個代表人分別當選, 且得任意改派之制度, 其他六個法域均無類似設計。惟進一步研究可知, 英美港原則上賦予章程設計極大彈性, 故章程可載明特定法人得指派(nominate)一定數目或比例董事, 並由其改派。因此, 第 2 及第 3 項在這三個法域可藉由章程實踐, 不同處僅在英美港需章程載明, 而我國係以法律規定普遍適用於所有公司。

(二)我國立法分析

考量公司治理強調透明與究責, 本條精神實與之相違。從透明化的角度, 登記的自然人可能是人頭, 而法人又無法評估其操守能力。由於透明度差, 究責自然困難重重, 真正控制者往往隱身幕後逸脫責任。進一步分析三種模式, 即 1. 純粹自然人擔任董事, 2. 容許法人擔任董事(本條第 1 項), 以及 3. 自然人擔任董事但法人得隨時改派(本條第 2 項), 純粹自然人最符合治理原則, 亦為大多數國家採行。於此必須說明的是該模式並不代表該自然人就是真正掌權者。事實上, 借名登記於我國所在多有, 人頭文化之消弭尚有賴文化及其他法律設計方能克竟全功。因此, 本條雖然重要, 但不能過度強調刪除或調整本條即可解決大部分治理問題。例如垂簾聽政或影武者不會因改採純粹自然人制就消失, 有效落實實質董事責任事實上或更為重要。

第二種模式對透明與究責均屬負面, 透明度差已如前述, 究責最大問題是第一線的行為人通常並無責任, 負責的是指派之法人。雖然, 行為人僅係對公司不負責任, 但若指派之法人賠償後, 仍可能向其求償, 惟終究屬間接迂迴, 更不用說自然人大可利用此途徑, 以受自己控制之法人出任董事, 屆時自然人無責(指派之法人受其控制也不會求償), 法人也可能因本身資產有限使究責淪為空談。這也是為何英港均有實質董事規範, 以防堵規避責任。惟英港究竟法人董事已實

施多年，無法一步到位取消該設計。

第三種模式透明度亦差，自然人似非真正掌權者登記意義不大；而指派之法人雖亦同時登記，但如前所述，法人登記對評估適任與否助益極其有限。在究責方面，與第二種模式效果剛好相反，第一線的行為人需對公司負責，惟指派之法人原則上不用負責。

以治理角度觀察，第一種模式自屬首選，我國最大的問題在現實面之衝擊，因相當比例之公司多年來已習慣本條設計，建議給予緩衝期以適應新制。同時，也在此回應業界意見。首先，針對國營企業(廣義)之控制，工作小組承認這是個棘手問題。由於國情不同，也無法以英德日不乏國營企業，然無相當於我國第27條第2項及3項設計為簡單回應。惟本次修法重點之一，為與國際接軌，2015年版 OECD guidelines on corporate governance of state-owned enterprise(以下稱“guidelines”)，即強調國有事業之董事會應有權作獨立客觀之判斷，改派自然妨礙獨立性之維持。

而總的來講，政府指派之代表人，在倫理拘束及可能之民刑責任追究下，仍選擇叛變(讓民間取得控制權)應屬極端例外；同時亦存在其他防範叛變之手段，例如上任時即預簽辭呈，又或訴諸公司法假處分設計。事實上，即使有改派規定，存心叛變亦防不勝防，因通常叛變事實已發生(即決議已作成)，改派無非亡羊補牢。但政府改朝換代時，新的執政黨想要迅速更換自然人代表，以貫徹新政策為事理當然，降低繁瑣程序及會議成本亦屬修法重點。

其次，有謂改派有利於集團運作，工作小組也承認此論點具合理性。但是，本次修法架構已確定採英美法體系——即組織高度彈性輔以強化治理設計，則集團企業一方面享有組織彈性，另一方面也必須在透明及究責之指導原則下運作。第三，有謂改派或亦有助於提升透明度，在我國現行法下此亦大致為正確觀察。很明顯的，倘自然人無獨立性，不登記後面操控的法人(現行法下即指派之法人)反而透明度更差。當然，被登記之指派法人也可能不是真正的控制人，惟至少提供循線追查的線索。不過，英港須登記股東名簿，這無疑是更直接確認企業間「關係」的手段。第四，或謂改派亦可降低治理風險，工作小組承認在現行法下這或許部分為真實，但改派也同時提高了治理風險，也就是不透明及難究責。較佳的做法或許是改善解任機制，讓不適任者能迅速被解任，而不是採行本條設計。

但法制變革，往往基於現實面考量無法一步到位，若我國無法全面改採純粹自然人制，工作小組也考量限縮範圍之設計，例如(一)區分公開及私人公司，又(二)區分國營及民營企業，以及(三)僅廢止第三種模式。惟(一)並不可行，因我國最常採用本條設計為國營企業、集團企業以及家族企業，此三者均橫跨公開及私人公司，則如此區分不能有效限縮打擊面降低動蕩。而且，私人公司在本次修法後，本應可藉由章程設計達到趨近第3種模式之效果。(二)亦非良好抉擇，不但引發祇准州官放火不許百姓點燈質疑，且 guidelines 對政府股東享有特殊待遇亦不鼓勵。(三)亦不建議採用，因政府或財團法人無法像營利事業廣設公司，出任

法人董事以達控制目的。更根本的問題是，廣設公司亦為資源浪費且使公司營運透明度更差。

因此，首選倘不可行，建議維持原條文。但作下列修正：1、本條因違反公司治理原則，不應作預設規範，更不應強制執行。建議開放公司章程選擇此種模式，則不但給股東表達意見之機會，亦可就是否採行本條模式區分不同公司，觀察是否影響治理品質及市場有無給予不同評價；2、不論是第2或3種模式，建議指派之法人與被指派之自然人同負董事責任。這是較實質董事設計更加嚴格之規範，因指派之法人未必符合實質董事之定義。惟指派之法人責任既大幅提高，建議採本條設計之法人股東，無論是自己出任董事還是指派自然人分別當選，應經由董事會決議；以及3、改派通知應附改派理由並副知被改派人，被改派人得提出書面抗辯，然不影響改派效力。惟下次董事會公司需報告改派理由，以及被改派人之抗辯(若有)，並留存記錄。這是避免改派淪為全然黑箱作業，使得被改派之自然人藉由程序保有些微獨立性，以及保留完整記錄俾利究責。

三、方案提出

A 案：僅自然人得出任董事，並給予緩衝期。

B 案：維持原條文，但作以下修正：

一、第27條第4項刪除(依法理原本董事職權即不應受到限制，故本項規定無實益，反似有肯定限制職權之正當性。)

二、公司得以章程明定第1項至第3項

1、新法實施前已設立之公司給予緩衝期修改章程；或法律擬制章程已涵蓋本條規定，僅新設立公司需由章程明定。

2、政府或法人股東依第1項或第2項當選為董事，與指派之自然人代表同負董事責任

3、法人股東依第1或第2項由自己或代表人出任董事者，應經該法人董事會決議。

4、第3項之改派通知於到達公司時生效，但通知需附改派理由並副知被改派人，被改派人得以書面通知公司其抗辯。公司應於下次董事會報告改派理由與被改派人之書面抗辯，並留存記錄。

配套：證交法第26條之3第2項配合修正

四、修法委員分組審議決議

採 B 案。

公司法全盤修正修法委員會

3.1.3.3 消極資格

3.1.3.3.1 項目

增列違反失格處分經有罪判決者，亦屬消極資格之一種。不但有刑事責任，且需就違法經營公司期間之公司債務負個人清償責任。

3.1.3.3.2 違反之效果

不但有刑事責任，且需就違法經營公司期間之公司債務負個人清償責任。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 30 條規定：「有左列情事之一者，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，服刑期滿尚未逾五年者。
- 二、曾犯詐欺、背信、侵占罪經受有期徒刑一年以上宣告，服刑期滿尚未逾二年者。
- 三、曾服公務虧空公款，經判決確定，服刑期滿尚未逾二年者。
- 四、受破產之宣告，尚未復權者。
- 五、使用票據經拒絕往來尚未期滿者。
- 六、無行為能力或限制行為能力者。」

(二) 產生問題

公司法第 30 條在民國 90 年修法時，曾作重大修正，原條文為符合消極資格者，由「公司解任」，因主管機關認實務上公司往往不作為，任由違法者繼續在任，致極難撤銷登記，遂改為「當然解任」。因當然解任效力即時發生，解任事由需高度明確，遂刪除「違反工商管理法令」概括規定，限於明文列舉之「詐欺、背信、侵占罪」。這產生本條第一個問題，即掛一漏萬，實務上對違反證券交易法 171 條第 1 項，事實上是加重版的詐欺、侵占、背信罪，是否亦為本條涵蓋即有爭議。而倘係於國外犯罪，因無概括條款理論上爭議亦大。

綜言之，本條基本的問題是不適任管理公司的認定，是否限於本條列舉之情況。例如公司法第 200 條因嚴重瀆職遭裁判解任，又或主管機關再三要求召開會議，提出資料，乃至變更登記均拒不配合，應亦屬不適任事由。另一個現行法問題是，不符合消極資格者不能擔任董事，但這是否表示該類人士只要不出任法律上董事即可，若隱身幕後控制公司營運就並未違反本條。最後，具消極資格違法出任者，只是與公司不再存在委任關係，本身似無任何不利後果，是否足以達到立法目的亦值商榷。

針對本條，經濟部 93 年 12 月 22 日經商字第 09302213080 號函表示：「負責人緩刑宣告尚無第 30 條適用經理(負責)人消極資格限制，依公司法第 30 條第 2 款規定，以受有期徒刑一年以上宣告，服刑期滿尚未逾二年為構成要件。而受緩刑宣告者，因未服刑，與公司法第 30 條第 2 款之規定要件有異，不受該款規

範；受緩刑宣告之經理(負責)人如於任期中經撤銷緩刑時，則自撤銷緩刑開始，職務當然解任。本部八十七年九月三十日經商字第八七二二三六〇一號函釋，不再援用。」因此，經濟部見解認為負責人緩刑宣告尚未該當公司法第 30 條經理人消極資格條文之適用，自無當然解任之理。

又經濟部 100 年 4 月 14 日經商字第 10000558410 號函表示：「被判刑並宣告刑期，雖通緝期已過(並未服刑)，仍應受經理人消極資格之限制本案經洽准法務部 100 年 4 月 11 日法律字第 0999056647 號函釋略以：「...查未執行之刑可否以已執行論，須法有明文規定，如刑法第 79 條第 1 項對於假釋之效力即明文規定『在無期徒刑假釋後滿 20 年或在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論。』準此，行刑權時效縱使於刑法第 84 條所定期間內未執行而消滅，尚無明文以已執行論，自不能視為服刑期滿」。據此，案述某人曾犯「詐欺未遂」案件被判刑並宣告，雖通緝期已過(並未服刑)，自不能視為服刑期滿，而仍應受公司法第 30 條第 2 款有關經理人消極資格規定限制。」因此，經濟部見解認為負責人被判刑並宣告刑期，雖通緝期已過(並未服刑)，仍應受經理人消極資格之限制而當然解任之。

(三)學者及各界意見

學說上有認為可引進英國公司法之董事失格制度，若董事一再違反法令，得聲請宣告剝奪該董事擔任董事之資格，以維護公益。另學說亦認為，現行法當然解任制度涉及人民工作權與生存權，於「當然失格」外，似可考慮引進英國法「依聲請宣告失格」制度，使法院得針對個案衡量之。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法之《董事失格法》將失格事由分為與公司有關的一般不當行為(CDDA ss.2-5)、因不適任而失格(CDDA ss.6-9)及其他情況(CDDA ss.10-12)。香港法(C(WUMP)O s.168E)有類似規定，法院得對確定違反公司法或公司條例、清算程序中之詐欺、不誠實交易行為或因為其他被認為不適合經營管理公司之行為而被起訴判決確定者，做出資格取消令。簡言之，英港對董事在何種情況下失格，原則均由法院決定，被法院宣告失格者嗣後違反宣告將有刑事責任。尤其值得注意的是英港不但禁止失格者出任董事，更廣泛的禁止其涉入有關設立或管理公司一切事務。

德國股份法第 76 條規定，經法院判決或行政機關處分禁止從事特定工作或行業者(職業禁止)，在禁止期間內，不得擔任營業項目完全或部分與被禁止者相同之公司的董事；因以下被判刑，自判刑確定後 5 年期間內，不得擔任董事：a. 未依規定申請破產程序、b. 違反刑法第 283 條至第 283d 條(破產相關犯罪行為)、c. 違反股份法第 399 條或有限責任公司法第 82 條為不實陳述、d. 違反股份法第 400 條、商法第 331 條、變更組織法第 313 條或公開揭露法第 17 條為不正確陳述、e. 依刑法第 263 條至第 264a 條或第 265b 條至第 266a 條被判刑 1 年以上有期徒刑者。若自行或經由第三人違反職業禁止者，依德國刑法第 145C 條可處一

年以下有期徒刑或罰金。

日本會社法第 331 條規定，違反日本刑法、證券交易法、破產法暨相關破產程序而受有期徒刑判決者；或違反上述以外之法律，受有期徒刑判決或嚴重懲罰且未服刑期滿者，不得擔任董事。中國法公司法第 146 條規定，因貪污、賄賂、侵佔財產、挪用財產等經濟犯罪執行期滿未逾五年、因擔任破產清算公司之相關職務，而對該公司破產負有個人責任或因個人所負數額較大的債務到期未清償者，不得擔任董事。

(二)我國立法分析

我國公司法並無董事失格制度，消極資格規定又採逐一列舉掛一漏萬，亦未將董事長期不為必要登記，甚或為虛偽登記等列入不適任事由；而違法出任董事或管理公司事務者，亦似毋庸面對任何懲罰。建議參考英國《董事失格法》對董事失格事由分為「不當行為」、「不適任」及「其他情況」，納入董事對公司經營有嚴重破壞及違背公司治理原則之情形為失格事由，並加入違法出任董事之後果，以防杜弊端，並有助我國登記制度之落實。特別是我國若認實質董事亦屬董事，則消極資格規定應可防止不適任者管理公司，因縱使未出任法律上董事，然實質董事亦被涵蓋。但若認英國法失格制度與現行制度差距過大，則建議改善現制，增列違反工商法令之概括條款，以免掛一漏萬；並對違法出任者，課以刑責，達到防範不適任者管理公司，危及投資及債權人利益之立法目的。

三、方案提出

A 案：

- 1、引入英國董事失格制度，董事失格原因包含裁判解任、不實登記等情況；
- 2、消極資格為強行規定，增列概括條款「違反工商管理法令」，由主管機關公告之；
- 3、倘違反消極資格規定出任董事或經理人者，即有刑事責任。

B 案：(不引入英國董事失格制度)

- 1、消極資格為強行規定，增列概括條款「違反工商管理法令」，由主管機關公告之；
- 2、倘違反消極資格規定，出任董事或經理人，即有刑事責任。

配套：董事定義涵蓋實質董事。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

3.1.4 選任

3.1.4.1 累積投票制

公開發行公司得以章程排除累積投票制；非公開發行公司：得以章程自行決定董事產生方式，章程未規定者，即由股東會以全額連記法選任董事。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 198 條：「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。」

(二)產生問題

本條是實務上爆發經營權爭奪戰時爭議性最大的條文，民國 90 年前強制採取累積投票制，民國 90 年修法時改為任意規定，嗣後產生一連串的經營權爭奪事件，造成贏者全拿的局面，其中最著名的是民國 96 年國巨大毅案。國巨已買進大毅相當股份，卻因大毅修改章程，將累積投票制改為全額連記法，致國巨全軍覆沒未當選一席董事，並因此鬧上法院，最後法院認全額連記法未違反股東平等原則及公共利益，係屬合法(97 年台上字 463 號民事判決)。惟民國 100 年公司法又再次修正，改回民國 90 年修法前強制公司採行累積投票制。

本條問題在累積投票制是否應強制採行，甚至是否適合以之為預設規範。從實務紛爭觀之，只有上市櫃公司在爭奪經營權時，本條方為關鍵。換句話說，以中小企業為原型的一般股份有限公司，經營權本高度集中，無論是否採累積投票制，均難想像外人得以介入。但累積投票制使選制趨於複雜，且尚需解任制度配合，而現行法即無法充分保障藉累積投票制當選者不被決議解任。進一步分析，累積投票制較最高票或多數當選不但執行成本高，且董事會容易派系林立，反而轉成儀式機關，未真正討論問題，因經營團隊不希望防敵對派系與聞機密。觀察台灣進十年發展，董事會規模有日益縮減趨勢，背後原因也是為提高少數股東藉由累積投票制進入董事會門檻(例如董事 5 人需持股 5 分之 1 才保障一席，董事 10 人則僅需 10 分之 1 即有一席)，如此反使董事會因人數縮減同質性增加，不利多元化發展。

關於是否應繼續採取累積投票制一節，國內多數學說仍認為，全額連記法將使公司多數派股東囊括全數董事席次，不符合「公司民主」與「比例代表」之精神。而累積投票制可強化少數股東積極參與公司治理，應予維持。惟在累積投票制為任意規定時期，亦有學者認為無必要急迫地將任意規定改為強制規定，似不認為強制累積投票制為必要且唯一保護少數股東之手段。另有認為，累積投票制與全額連記法的效果，對大股東及小股東當然有不同影響，這與股權結構有很大的關連。累積投票制亦不一定會產生保障少數股東一定能有機會進入董事會之效果。對於一般散戶股東而言，是否能發揮實質效果，有待實證研究提供進一步的研究成果，以觀察實際效果。

於累積投票制下，採取違背該制精神之手段即有違法疑慮。如經濟部(102.09.30 經商字第 10202111760 號)指出，「公司製作選票時，應符合累積投票制之精神，讓股東得自由分配選舉權，違反者，股東可要求公司另行發給得自由分配選舉權之選票，公司應配合辦理。監察人之選舉，亦同(第 227 條參照)。」又，台灣高雄地方法院 90 年度訴字第 1969 號判決略謂：「因此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」均顯示，累積投票制為法律強制規定之強行性。不僅如此，閉鎖公司能夠以章程訂定某系列特別股股東得選任一定數目之董事(雖 356-7 條第 4 款明文允許特別股東被選為董監之事項)，經濟部以違反累積投票制而認定違法。這在實務上也抵觸創投與技術團隊之一般股東協議模式。

(三)學者及各界意見

有業者以為依我國實務狀況，貿然得以排除累積投票制似會產生流弊，恐將侵害小股東權益。強調如果贏者全拿的話，董事會多元化將無法達成。而且，由於立法幾次反覆，允許章程排除累積投票制，或以全額連記法為原則，均應審慎考慮。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

各國立法例均未強制要求公司以累積投票制選舉董事，僅規定公司得以章程規定以累積投票制選舉董事。英國公司法對董事選任程序除有公眾公司不得包裹表決之規範(CA 2006 s.160)外，並無其他細節性之規範，而將此保留由公司章程自行決定。若章程賦予由股東會決議者，則其選任董事之方式係以簡單多數決的普通決議為之。美國德拉瓦州法院認為「雖然累積投票制可以使少數股東有機會能夠當選一或一以上席次之董事以代表其權利，但此種制度並不確保少數股東在任何公司都能有其代表」，亦即公司章程得規定累積投票制，但非強制適用。而在不採累積投票制之公司，其董事選舉即回歸「全額連記法或聯選投票制」。

德國股份法第 84 條，董事由監察會以普通決議選任之，且章程不得另訂更高表決門檻。若設置董事數人者，須一一個別表決通過任命，亦未見有採取強制累積投票制之立法模式。

日本會社法第 341 條規定，董事由股東會以有表決權股份過半數(章程可規定 3 分之 1 以上)出席，出席表決權過半數(章程可定更高之比例)選、解任，但第 342 條規定，於選舉兩位以上董事時，除公司章程另有規定外，股東可向公司請求依累積投票制方式選任董事。依累積投票制選任之董事，不得以第 341 條方式解任之。

中國大陸公司法第 105 條規定，股東大會選舉董事，可以依照公司章程的規

定或者股東大會的決議，實行累積投票制。

(二)我國立法分析

就非公開發行公司而言，董事選任方式宜由章程自治，本不以選舉為唯一方式。縱以選舉方式產生，強制累積投票制亦意義甚微。就公開公司而言，實務上，市場派常藉由累積投票制，於取得公司一定股份後，進入公司董事會，向公司索取各種資料，以決定其經營權爭奪策略。而累積投票制實際上也保障經營爭奪失敗的一方，仍可取得公司相當董事席位，發揮影響力，進可攻退可守。因此，我國近年公開發行公司經常縮減董事人數，以削弱累積投票制的效力，更進一步使董事會開會儀式化，以防止所謂的公司機密外洩。此現象無疑使得公司作業黑箱化，更無法達到多元參與目的。建議參考各國立法例，不再強制採用累積投票制。

三、方案提出

非公開發行公司：得以章程自行決定董事產生方式，章程未規定者，即由股東會以全額連記法選任董事。

公開發行公司：

A 案：公司得以章程排除累積投票制。

B 案：考慮我國因強制累積投票制有所反覆，為避免更迭，公開發行公司仍維持現況強制採行累積投票制。

AB 案配套：補選及解任機制應為配合。

四、修法委員分組審議決議

本議題提交大會討論。

五、修法委員會決議

公開發行公司得以章程排除累積投票制；非公開發行公司得以章程自行決定董事產生方式，章程未規定者，即由股東會以全額連記法選任董事。

3.1.4.2 董事候選人提名制

開放非公開發行公司得以章程採之。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 192 條之 1：

「公開發行股票之公司董事選舉，採候選人提名制度者，應載明於章程，股東應就董事候選人名單中選任之。

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。

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。

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。

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。

前項審查董事被提名人之作業過程應作成紀錄，其保存期限至少為一年。

但經股東對董事選舉提起訴訟者，應保存至訴訟終結為止。

公司應於股東常會開會四十日前或股東臨時會開會二十五日前，將董事候選人名單及其學歷、經歷、持有股份數額與所代表之政府、法人名稱及其他相關資料公告，並將審查結果通知提名股東，對於提名人選未列入董事候選人名單者，並應敘明未列入之理由。

公司負責人違反第二項或前二項規定者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。」

(二)產生問題

現行法僅允許公開發行公司採董事候選人制度，換言之，一般公司並不被許選擇該制。倘不採候選人制度，股東自可於選票上填入自己或任何其他人姓名，以之為被選舉人，即俗稱盲選制度。惟董事候選人制一方面固然可能讓董事會壟斷提名權，但在另一層面可審查被提名者資格及專業，因此較少發生當選者拒絕出任，或有消極資格情事出任無效的情事，且可通盤規劃董事會需要之各式人才；同時，而且股東就董事可能人選也會獲得較多資訊，供投票參考，與盲選各有利弊。盲選實務上發生問題的，多屬上市櫃公司爭奪經營權時，目標公司不願對外提供選票樣張，於市場派在選票上填入屬於自己一派的被選舉人名稱後，公司派

得藉由操縱規則主張該選票無效，力麗爭奪中石化經營權即屬一例(101 年度抗字第 919 號民事裁定認目標公司有提供樣張義務，但未說明倘未提供如何認定有效票無效票)。公開發行公司是否應強制採董事候選人提名制乃證交法問題，惟非公開發行公司是否採董事候選人提名制度應由其自行選擇，沒有理由強制其採行盲選制度。

由於現行非公開發行股票公司不得採取候選人提名制度，因此，其章程不得訂定董事會可提供下屆董監事推薦名單。可參照經濟部於 90 年 12 月 26 日經商字第 09002272940 號函：「按公司法第一百九十八條規定：『股東會選任董事時，除公司章程另有規定外，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』。關於現任董事會可提供下屆董監事推薦名單乙節，尚非前揭規定之章程另定之選舉方法。惟當時條文許現在條文有所不同。當時條文容許公司經由章程排除累積票制度之適用，併此說明。」

(三) 學者及各界意見

無

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英國(Model Article(private) reg.17、Model Article(public) reg.20)及香港就董事選任之方式依公司章程規定之。美國法德拉瓦州公司法第 141 條(c)項規定董事會得設立提名委員會，股東亦得提名董事。德國股份法由監察會選任董事，監察會內部可以組成各種功能性委員會，將任命董事會成員的準備工作授權給委員會負責。

中國大陸公司法對此無明文規定，但大陸上市公司準則§29 規定，上市公司應在股東大會召開前披露董事候選人的詳細資料，保證股東在投票時對候選人有足夠的瞭解。

(二) 我國立法分析

董事候選人提名制度與盲選制度各有利弊，惟非公開發行公司應享有極大自治空間，且各國立法例均未強制此類公司採盲選制度，建議開放非公開發行公司以章程採行董事候選人提名制。

三、方案提出

公開發行公司維持現狀。非公開發行公司得以章程採取董事候選人提名制。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

3.1.4.3 個別表決

原則採個別表決，但非公開發行公司得以章程採行包裹表決。

一、現況分析

(一)現行條文：禁止採包裹表決方式

公司法第 198 條：「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。

第 178 條之規定，對於前項選舉權，不適用之。」

(二)產生問題

現行法就選任董事採行累積投票制，故禁止董事選任之決議以包裹表決為之，至於解任則法無明文。但家族企業實際上採包裹表決者並不罕見。實務上曾發生之案例為，股東會以包裹表決方式解任董事(最高法院 93 年台上字第 417 號判決)。該案事實為，某股份有限公司解任其二位董事時，所採取之決議方法並非就各該董事是否應予以解任分別進行表決，而係將二位董事之解任案綁在一起，以一次包裹表決之方式，將二者同時解任。對此解任決議，被解任之董事以該項決議方法違反法令為由，依公司法第 189 條請求撤銷該決議。

本案最高法院認為，基於股份平等原則，每一股分於行使表決權時，應得自由表達其意思，不受不當之干擾或限制。而一次整批表決解任多數董事之決議方法，將使參與表決之股東無法表達對各被解任董事之個別意思，剝奪股東公平表達其意見之機會，故該決議方法違反股東平等原則，應予以撤銷。

(三)學者及各界意見

學說上有認為，前揭最高法院判決中的「股份」平等原則實質上應為「股東」平等原則。蓋就形式而言，該公司並未剝奪各該股份表決權利，且亦堅守一股一表決權之規定，故形式上實難謂其違反「股份」平等原則。學者認為應著重於包裹表決方式所產生之「不公平」結果，以「股東」平等原則所追求之實質平等、衡平對待理念，以矯正具體法律規定過度僵化適用時所產生之不當或不公平結果。但同時亦指出，以此原則將實體權利應受同等對待擴及在表決中程序正義的實踐，立論雖可敬，但擴張股東平等原則之規範功能，是否妥適，可再研究。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國法規定(CA 2006 s.160)，公眾公司於股東會選任董事時，不得以單一決議(包裹表決)選任兩名或兩名以上之董事，但若此項包裹表決的議案已事先在股東會上獲得一致同意，則不在此限。而無論其付諸表決時是否出現過反對意見，凡違反本條表決方式者決議無效。香港公司條例(Companies Ordinance ss. 460(1), (2))規定，公眾公司在公司的股東大會上，如擬提議藉單一決議事項選任 2 人或多於 2 人為董事，須首先在該成員大會上通過一項批准提出該動議的決議，且無

人對該決議投反對票，否則不得以此方式選任董事。德國法規定，若由監察會選任董事，其選任方式，依通說，採簡單多數決，且須一一個別表決通過任命。由於德國實務上質疑採取包裹表決選任董事方式之合法性。因此，似可推論德國傾向不允許以包裹表決方式解任董事。

(二)我國立法分析

中小企業運作實務多採包裹表決，建議循各國立法，開放非公開發行公司得以章程採行之。至於公開公司，由於包裹表決，有挾帶人選，剝奪股東就個別候選人表示意見之權利，建議參考各國立法例，不得採取此種表決方式。但前述建議的前提是不再強制採行累積投票制，蓋包裹表決直接抵觸累積投票制精神。

三、方案提出

- 1、非公開發行公司得以章程採行之。
- 2、公開發行公司不得以章程採行之。

配套：選任不強制採累積投票制，方得包裹表決。解任及補選制度應與選制配合。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.1.4.4 分期改選

原則董事任期起訖日應一致，但開放非公開發行公司另為規定。

一、現況分析

(一)現行條文：實務見解為禁止此制。

公司法第 198 條：

「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。

第 178 條之規定，對於前項選舉權，不適用之。」

公司法第 203 條第 1 項：

「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。」

(二)產生問題

就分期改選，我國公司法並無明文，但實務見解禁止董事分期改選，該制不僅違反累積投票制之精神(例如董事九人本來持股 1/9 即可當選一人，但若每期改選三人，需持股 1/3 始可當選)，亦與現行法規定，董事改選後「每屆」第一次董事會，由最高票當選之董事召集之的規定扞格(例如倘分期改選，很可能董事長未經改選本可召集)。而且，此牽涉公司易主之難度，為現任經營者在被併購時之重要防禦措施，我國目前經濟政策鼓勵中小企業併購，以發揮規模經濟，董事分期改選，獨厚現任經營者且有礙企業併購，故不建議採董事分別任期制。

實務認為股東會決議訂定公司章程採董事分期改選制度與公司法規定不符。依經濟部 100 年 3 月 24 日經商字第 10002406370 號函表示：「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。」

再依經濟部之解釋(經濟部(63)經商字 26503 號函)：「查股份有限公司董事之人數及任期，依公司法第一九二條規定，係公司章程應記載事項，並依同法第一九五之規定，董事任期除連選連任外不得逾三年。本案公司章程既已訂明董事十五人，任期三年，則其當選屆數之計算，自應以每滿三年股東會改選為一屆。至公司如有公司法第一九七條董事當然解任，第二〇一條董事有缺額而補選之情形時，新當選董事之任期，應以補足原董事之任期為準。本任董事改選時僅十一

人當選，於次年股東常會時方補選四人，第二次選出之董事任期，自應與第一次選出之董事相同。」準此，學者認為於我國法下董事沒有分別任期之可能，蓋主管機關皆認定後選出者為補選，其任期僅至該屆任期屆滿時為止。故董事選舉均應以「整批」為之，此一解釋也說明落實累積投票制之意思。

(三)學者及各界意見

有學者主張應容許公司得以章程訂定公司董事得採取分期改選，其理由如下：公司將全體董事分類為數組，於不同年度改選，每年僅改選部分董事，此一制度在美國已行之有年，考其優點乃在於每年僅改選部分董事，使其他有經驗之董事得以留任，並將公司治理之傳承予新任之董事，有助於公司治理之穩定性。我國目前雖尚無董事分期改選之個案，惟依我國公司法第 195 條第 1 項規定：「董事任期不得逾三年，但得連選連任。」法律僅就董事任期設有三年之上限，並未限制各董事需同時改選，故基於公司治理，於章程中明訂採行董事分期改選，錯開董事任期並分期改選者，應屬可行。此外，亦有學者認為現行法下若允許公司章程採行董事分期改選制度之空間。當然如須訴諸立法，亦值得明文引進，以利公司遇敵意併購時，可供作為經營權爭奪之防禦措施之一。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

外國法不分，英國、美國、香港法均有分期改選制度。

(二)我國立法分析

若要落實目前經濟政策，並簡化選制，建議禁止分期改選制度。換言之，公司不得以章程規定分期改選。但若擬賦予非公開發行公司彈性，則可開放該類公司採行此制。

三、方案提出

A 案：公開發行與非公開發行公司皆禁止分期改選。

B 案：公開發行公司禁止分期改選。非公開發行公司得以章程規定分期改選。

B 案配套：選任並不採強制累積投票制。

四、修法委員分組審議決議

若強制採累積投票制則採 A 案，不強制採取累積投票制則採 B 案。

3.1.4.5 董事補選

董事缺額達 1/3，即應於最近一次股東會補選。1/3 之計算以該屆應選舉之董事人數為準。(參照 3.1.4.1)。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 201 條：「董事缺額達三分之一時，董事會應於三十日內召開股東臨時會補選之。但公開發行股票之公司，董事會應於六十日內召開股東臨時會補選之。」

(二)產生問題

公司法第 201 條在實務上幾乎名存實亡。現行法規定公司董事缺額達到三分之一即應召集股東會補選，惟召開股東會費時耗錢，甚至涉及內部派系角力，故董事會對補選往往消極以對，留待任期屆滿全面改選再行處理。主管機關亦默認此種方式，而將董事會應有過半數董事出席的基數，限於「實際在任而能...者」(61 商字 40114 號函)，亦即缺額不會計入母數。換言之，假設董事有九人，其中五人辭職或解任，只要三人出席即能有效召開董事會，無疑大幅減輕公司補選董事壓力，卻使補選規定形同虛設，上開解釋亦遭學者抨擊。假設股份有限公司原型是中小企業，因經營權集中，隨時可召開股東會，董事缺額補選困難極低，但公開發行公司所有與經營分離，董事會本具相互制衡集思廣益之功能，雖召開股東會困難度高，董事缺額何時必須補選，而何種補選方式較為適宜，即須進一步研析。更極端的例子是董事多人去職，僅餘一人，此時該一人董事得否自行召集董事會作成決議爭議更大。

經濟部 61 年 7 月 22 日(商)20114 號：「查公司董事名額總數之計算，應以依法選任並以實際在任而能應召出席者以為認定。董事會應出席之人數，如有法定當然解任而發生缺額情形，應予扣除。」；經濟部 93 年 12 月 2 日經商字第 09302202470 號函：「按公司法第二百零一條規定：『董事缺額達三分之一時，董事會應於三十日內召開股東臨時會補選之。但公開發行股票之公司，董事會應於六十日內召開股東臨時會補選之』；又同法第 171 條規定：『股東會除本法另有規定外，由董事會召集之』。為此，公司如因其他因素，僅剩二人以上之董事可參與董事會時(二人以上方達會議之基本形式要件)，可依實際在任而能應召出席董事，以為認定董事會應出席之人數，由該出席董事以董事會名義召開臨時股東會改(補)選董(監)事，以維持公司運作。至於公司對某董事提出告訴而由檢察機關受理偵辦中，尚無影響召開股東會議之情事。」準此，經濟部向來主張以「依法選任並實際在任而能應召出席者」為認定標準。

至於對於董事會實際僅董事一人親自出席，並代理其它董事出席之情形，是否符合出席門檻一節，經濟部 93 年 5 月 7 日商字第 09302073130 號函謂：「按

股份有限公司董事會係採合議制，且依最高法院六十五年台上字第一三七四號判決之意旨，會議決議應有二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一人親自出席，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。」亦即經濟部認為必須有兩人以上董事方達會議之基本形式要件。值得注意的是，在著名的國巨案中，董事會就被收購事項進行決議，八位董事全部出席董事會(符合法定開會門檻)，然其中七位因利害關係而行迴避，僅餘一位董事可就決議事項進行表決。經濟部就該案發布函釋(經商字第 09902408450 號函)，認為該位董事以 1 比 0 所通過之決議為合法有效。

在法院實務見解部分，有見解(高等法院高雄分院 97 年度上字第 71 號判決)肯定一人董事召開董事會之合法性。其認為，股份有限公司於董事缺額達三分之一時，董事會應召開股東臨時會補選之，此為公司法第 201 條所明定，此時既不需經董事會決議，即得以董事會名義依法召集股東臨時會，且係為補選董事之目的而召集，故自不得以董事人數未達可為決議人數而認無從組成董事會及股東臨時會之召集不合法。可見目前實務上，肯認一人董事得作出決議。

然亦有法院採取同於經濟部之早期見解(最高法院 101 年度台上字第 1745 號判決)，認為董事人數未達 2 人之最低限度時，自無從召集董事會及由董事會決議召集股東臨時會，否則股東臨時會之決議無效。

(三) 學者及各界意見

有學者認為前述主管機關見解將使得公司法第 201 條規範失去意義，因為董事之選任係股東會之專屬權限，而股東會之召開，隨著股東人數之多寡，公司可能付出相當之召開成本；況且，當董事因故發生缺額時，若董事會仍能正常運作，公司法不應強制其立即補選，但若董事缺額達到 3 分之 1 時，該公司所需經董事會特別決議之事項，將無法達到 3 分之 2 以上董事出席之第一道門檻，無從作成董事會特別決議，有礙於公司之正常運作。因此，若採取「以實際在任而能應召出席者」為基礎之實務見解，則第 201 條所欲防制之情形(即避免董事缺額無法出席而造成公司無從作成董事會特別決議)即無由發生。準此，董事會決議成立之第一道門檻「一定比例董事出席」之基礎，應為章程所定之董事人數。

業界亦有提出，董事缺額不用召開董事會，參照外國立法例由董事會補選即可。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英國公司法對就董事選任之方式係依公司章程而定，故原則上董事補選係交由公司章程定之，而如董事選任一般，可能由股東會或董事決定，或兩者均有權補選。過去之公司法模範章程曾有明文規範公司出現董事空缺時可交由股東會或

董事補選的規定，但新法施行後，現行之模範章程已無就此有特別規定。此外，英國法上具有「替補董事」(alternate directors)(Model Article(public) reg.25)制度，此制度授權董事可事先指定他人，於其產生董事缺額事由時取代其地位。香港法(Model Articles (public companies) art 23; Model Articles (private companies) art 22)規定幾與英國法規定完全相同。美國法得由股東會或董事會選任董事以補缺位。

德國股份法對董事無補選規定，但可由監察會指定監察人擔任董事之職務代理人，任期最長1年，且於任期中不得行使監察人職權(股份法§105 II)。而單軌制之歐洲公司，依歐洲公司法施行法第28條第3項規定，可在選任每位董事的同時，為其選任替補成員，一旦有董事任期屆滿前退任者，由其替補成員接續成為董事。董事替補成員之選任、解任準用董事相關規定。替補董事的職務，最晚至原董事任期屆滿後失效。

日本會社法無董事補選明文規定，但第329條第3項規定，可在選任董事的同時選任替補董事；此外，第346條第1項有規定退任董事之暫時繼續行使董事職務。

中國大陸公司法無董事補選明文規定，但第100條規定，有董事人數不足本法規定人數或者公司章程所定人數的 $\frac{2}{3}$ 情形時，應當在兩個月內召開臨時股東大會，從而藉此規定，股東大會應可補選董事或採取其他必要措施以為因應。

(二)我國立法分析

我國實務上，為解決董事缺額召開股東會補選成本太高的問題，主管機關透過解釋方式，讓公司不補選仍得正常運作，或許不得以為之，但此終非理想解決方式。因董事會本具有集思廣益相互制衡功能，倘缺額太大只剩一或二人，仍不用補選，恐董事會功能不彰，補選規定亦形同具文。為降低補選程序繁瑣，或可採用德國監察人及英國董事之替補制度。不過，由於我國法人代表人相當普遍，倘該制度並未取消，缺額情況應較少發生。另一種可能是採用英美港以章程規定，得由董事會補選董事，但必須配合不採累積投票制，因由董事會補選，應會選出與多數董事同一派別之人，違背累積投票制保障少數股東當選之精神。

三、方案提出

A案：公開發行公司得採取替補董事制度(須配合董事候選人提名制)。

B案：公開發行公司得以章程規定以董事會補選董事。

C案：維持現制。

配套：針對董事缺額達 $\frac{1}{3}$ 時，須在最近一次股東會進行補選。經濟部就董事會定足數之認定標準應予廢止。

四、修法委員分組審議決議

採C案。

3.1.5 任期

3.1.5.1 年限及任期之開始

原則一任三年，但非公開發行公司得另為規定；將 199 條之 1 第 I 項「視為」提前解任，改為「即為」。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 199 條之 1 第一項規定：「股東會於董事任期未屆滿前，經決議改選全體董事者，如未決議董事於任期屆滿始為解任，視為提前解任。」

(二)產生問題

此條文於實務運作上可能致生的問題為，若公司每屆股東會無法順利無縫接軌，則公司欲於選任董事後第三年之股東會改選全體董事時，除非該議案有特別註明選任效力自下一屆董事任期開始，否則依董事任期原則上係自當選之日起算之見解而言，仍可能發生提前解任之情形。更甚者，若該次股東會將改選董事議案安排至第一表決事項時，其後主持會議之董事若已因改選而失去董事資格，則其之後所主持會議議案之效力是否會有所影響，亦成問題。

經濟部(68.8.14.商 25472 號函)揭示「查公司與董事間之關係，依民法關於委任之規定，為公司法第一九二條所明訂。董事當選後，參照民法五三〇條規定，不即為拒絕之通知時，視為允受委任。是董事之任期除股東會決議訂有起訖日期或自上屆董事屆滿計算者外，應自當選之日起算。」本條文係屬上開見解之明文規定，提前解任則可使新舊任董事任期順利銜接。

經濟部 97 年 7 月 16 日經商字第 09702083190 號函對此表示：「復按公司法第 199 條之 1 規定：『股東會於董事任期未屆滿前，經決議改選全體董事者，如未決議董事於任期屆滿始為解任，視為提前解任』，係公司法於民國 90 年 11 月 12 日修正時所增訂者。其立法意旨係鑒於董事雖採任期制，惟實務上，公司於董事任期中提前改選者頗多，依公司所附會議紀錄及召集通知，均僅載明改選董監事議案；又依第 172 條規定改選案，係經董事會議決通過，始行通知各股東開會，雖未同時於議程中就現任董事為決議解任，而實務上均於新任董事就任日，視為提前解任，爰增訂本條，俾釐清董事與公司之權益關係。準此，股東會依本條規定所為決議者，係提前改選全體董事之議案，並非解任全體董事之議案，自無適用同法第 199 條第 2 項有關解任董事出席門檻之可言。換言之，股東會依本條規定提前改選全體董事時，其股東出席數，與一般董事選舉同，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。」前述解釋顯示經濟部認提前改選，原則均馬上生效，例外始於上屆任期屆滿時生效。

惟現行法規範與前揭經濟部函釋，無異迴避了公司法就決議解任董事之高門檻設計，損害董事對任期制之期待權利。

另外，本條於 2012 修正時增訂第二項：「前項改選，應有代表已發行股份

總數過半數股東之出席。」，如此雖解決本條應否以特別決議或普通決議方式之爭議，但仍未解決基於本條而遭提前解任董事是否可向公司請求補償之問題，有欠妥當。

（三）學者及各界意見

學說有認為若董事任期即將屆滿，全面改選董事使得現任董事任期提前屆滿，而新任董事任期得以順利銜接，似無不妥。反之，若董事任期非即將屆滿而進行全面改選，應適用公司法第 199 條決議解任董事之規定，較為公允。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

英國法、香港法與美國法對於董事任期之開始，皆無明文規定。英國法原則上並未有細節性之規範而留由公司章程決定之，公眾公司依公眾公司模範章程第 21 條規定，「任期屆滿」之董事當然自該次股東會時卸任。香港法，僅規定首任董事的任命在簽署法團成立表格時成立，其後的董事任命則依據公司之章程。

（二）我國立法分析

實務上，假設董事任期 6 月 30 日屆滿，均會於 6 月 30 日前進行改選，新董事任期自 7 月 1 日開始，才能無縫接軌。我國法在屆滿前之改選反以提前解任為原則，無非是順應實務為避免提前解任需要特別決議，而改以全面改選。假設累積投票制取消，無必要如此迂迴，則應修正為除非股東會決議提前解任，原董事應視為於任期屆滿時卸任，新董事自次日就任。

三、方案提出

建議此種事務性規定，原則應由各公司自行規定，但若未特別規定，則屆滿前之董事改選，原董事應視為於任期屆滿時解任，故建議刪除第 199 條之 1 規定。

四、修法委員分組審議決議

維持現狀。並建議將第 199 條之 1 第 1 項「視為」修正為「即為」。

3.1.5.2 屆滿未改選

維持現制(參照 3.1.4)。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 195 條第 2 項：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。

(二)產生問題

現行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。惟經濟部現無監控公司董事任期屆期機制，多為收受舉報方依職權通知限期改選，屆期仍不改選者，自限期屆滿時，當然解任。若主管機關未獲舉報，則有公司派董事無限延任之道德風險。而縱主管機關接獲舉報限期改選，亦多時日延宕，使公司經營處於不穩定之狀況。

最高法院 102 台抗字第 919 號民事裁定略謂：「股份有限公司董事任期屆滿而不及改選時，其董事固得依公司法第一百九十五條第二項規定延長其執行職務至改選董事就任時為止，如於董事任期屆滿後，已經依法改選新任董事並就任者，自不生原董事仍得繼續延任並執行職務之問題。」

(三)學者及各界意見

業界有建議維持現制，以免衝擊公司營運。同時亦有反應，公司不及改選原因各異，非完全可歸因於既有經營者戀棧權位。倘任期屆滿即自動卸任，可能導致公司沒有董事會，影響公司正常營運。惟學者認為，本條修法係因修法前實務上屢出現經營權爭奪時公司寧遭罰而拒不改選之情事。董事任期屆滿，若逕認定為解任，則公司處於無董事會之狀態，亦屬董事會僵局之一種，臨管人制度就是為改善此僵局所設。若果未於期限內改選導致公司董事全體解任時，現行法仍有臨時管理人制度，以為配合，如此應不致導致公司產生經營權真空之狀況。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

依英國公司法，公司章程一般會將董事改選期間定為 3 年(Model Article(public) reg.21)，英國上市公司之董事應至少每 3 年改選 1 次，若為非執行業務董事，則任期最長不應超過 9 年。原則上，若董事任期屆至而未再次獲得選

任時必須退任，沒有因改選不及而當然延任之權利。不同於英國，美國德拉瓦州公司法則規定，董事繼續在任直到下一屆董事被合法選出為止。香港公司條例無明文規定，但原則上與英國法非常接近，章程亦得訂定任期屆滿自動卸任 (Alexander Ward & Co Ltd v Samyang Navigation Co Ltd)。英港雖原則上自動卸任，與美國自動延任看來南轅北轍，但因英港有事實上董事制度，此時已卸任之董事即轉為事實上董事(僅報酬因與公司已不存在委任關係，而需適用無因管理或不當得利理念)，並不會影響公司正常營運。

德國股份法第 84 條第 1 項規定，董事任期不得超過 5 年。可重複選任或延長任期，但每次不得超過 5 年，且須重新經過監察會決議，而此決議最早可於現任者任期結束前一年為之。若任期少於 5 年之延長任期，於加上延任後之全部任期不會超過 5 年者，則此延任不須重新經過監察會決議，亦即可自動延任，只要不超過原任期加上延任總共 5 年。

日本會社法第 346 條第 1 項規定，任期屆滿之董事，在新選任之董事或聲請法院選派之臨時董事就任前，仍繼續有董事的權利與義務。

中國大陸公司法第 108 條準用第 45 條規定，第 45 條規定董事任期屆滿未及時改選，在改選出的董事就任前，原董事仍應當依照法律、行政法規和公司章程的規定，履行董事職務。

(二)我國立法分析

本條自動延任規定，一方面看固然使董事會無縫連接，因不及改選則自動延任至新董事就職為止，但問題癥結在「不及改選」。因董事任期何時屆滿何時應改選並不複雜，為何「不及」改選？事實上，我國公司在發生經營權爭奪戰時，既有經營者(董事會)縱然任期早已屆滿，卻也藉著拖延股東會的召開，規避自己因股權居於弱勢，於股東會遭到解任。而本條規定既有董事自動延任至改選董事就任時為止，似乎給予既有經營者負隅頑抗的機會，也使公司經營權不穩定，人才大量流失乃至掏空公司風險大為增加。但無論是英港事實上董事制度，或美國自動延任制度，均無法解決最根本問題，亦即在既有經營者杯葛下，例如拒絕讓新的大股東查閱股東名冊，如何迅速有效產生，受到新的大股東支持的董事會。因此建議本條自動延任制不用更動，然既有經營者任期既已屆滿，延任期間無非為過渡看守性質，為管控道德風險，建議此段期間延任者僅確保日常業務之進行，就重大事項之變更無權為之。

三、方案提出

維持現制，但延任期間董事會權力限於日常業務之執行。

配套措施：簡化選任臨時管理人及少數股東召集股東會選任董事程序、一併考量修正證交法第 36 條第 8 項

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

五、修法委員會後續調整(回應主管機關意見)

修法委員會參酌主管機關意見，考量日常業務無明確界定，決議維持現制。

公司法全盤修正修法委員會

3.1.6 解任

3.1.6.1 決議解任

3.1.6.1.1 決議機關

解任方式與選任制度配合。(參照 3.1.4)

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 199 條第 1 項：

「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。」

(二)產生問題

現行公司法第 199 條第 1 項規定，董事得由股東會之決議，隨時解任。此一規定反應委任乃出於雙方之信賴關係，因此公司或董事一方本可依民法隨時終止契約。且因董事與公司委任契約之締結係以股東會選任決議為基礎，故該委任之終止自然亦是以股東會為解任之決定。惟以股東會決議解任董事曠日費時，我國法制是否另有授權董事會解任董事之必要，實務上對此未加著墨，但仍值得思量。

依我國現行法制，股東會為解任董事之唯一機關並無疑問，其他機關並無此權限。董事會僅得解除董事長、常務董事等職務，但無法解除其董事之身分。此可參照經濟部(74.11.27 經商字第 51787 號)函：「依公司法第二百零八條規定，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合理。況依公司法第二百零二條：「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 208 條第 1 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。」

(三)學者及各界意見

關於應否修法賦予董事會有權解任董事一節。採肯定說者認為，若以解任董事之目的係在即時且有效地淘汰不誠實的董事，董事會顯然是較為迅速且低成本的決策機關。再者，董事會被賦予追求公司利益之義務，因此解任行為不當的董事自然符合追求公司利益之目的。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

依據英國公司法(CA 2006 ss. 168-169, 303)規定，公司得於股東會以普通決議之方式解任董事。因此決議解任董事之機關為股東會，且無須理由即可為之。此外，決議解任制度與選任制度之配套在於，選、解任董事原則上皆係以股東會普通決議為之，但章程亦得規定董事會得決議解任董事。香港公司條例(Companies Ordinance s. 462(1))規定董事解任原則由股東大會普通決議通過，公司亦得由章程規定由董事會解任董事。德國股份法則由監察會解任董事。日本會社法及中國法皆規定由股東會決議解任董事。此外，美國部分州法授權董事會解任心智不全或符合特殊條件的董事，更甚者，進一步授權董事會於董事具有等同法院裁判解任董事之事由時，得決議解任之。

(二)我國立法分析

非公開發行公司本有股權集中特定，掌握多數董事席次與股權之股東通常仍可輕易解任少數派股東支持之董事，解任董事若堅持以股東會決議為之，實益恐相當有限。因此，建議應可授權公司自由決定。但公開發行公司方面，鑑由累積投票制度之精神，仍不宜將此解任權交由董事會行使。惟若將來不強制採累積投票制時，不採累積投票制之公司應可自行決定應否將此權力授權董事會行使。

三、方案提出

1. 非公開發行公司得依章程決定是否授權董事會解任董事
2. 公開發行公司若不採累積投票制，得以章程規定，有正當理由時得授權董事會解任董事。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

五、修法委員會決議

針對非公開發行公司，解任方式應與選任方式配合。

3.1.6.1.2 無理由解任

在股東會得解任董事者，維持現制得無理由隨時解任(第 199 條第 1 項)。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 199 條第 1 項：「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。」

(二)產生問題

我國公司法規定公司得隨時不具理由解任董事，但又規定此時董事得向公司請求損害賠償，在實務上遂爭議叢生。問題癥結在倘貫徹所有與經營分離，董事一經選任即應受任期保障，則股東會原則上應不得無理由隨時將之解任。若認董事與公司(事實上是大股東)間以信賴為基礎(102 年金字第 97 號判決)，則遵循民法委任法理，董事，即受任人，本無任期保障之期待權可言。

(三)學者及各界意見

學者多認為董事與公司係基於信賴關係，當此信賴關係動搖時，可隨時終止雙方契約。實務亦採此立場，可參考經濟部(72.05.28 經商字第 20827 號)函釋：「查公司法第 199 條規定，董事得由股東會之決議，隨時解任，但定有任期者，如無正當理由而於任滿前將其解任時，董事得向公司請求賠償因此所受之損害。」

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法(CA 2006 s. 168)、美國法(DGCL §141(k))、香港公司條例、日本會社法及中國法規定皆得無理由解任董事，僅董事得向公司請求被解任所生損害之賠償。德國法原則上不允許無理由解任，但德國法董事係由監察會選任，監察會不得無理由解任董事，惟股東會仍得無理由解任監察人，僅提高解任門檻而已。

德國股份法董事係由監察會選任，監察會不得無重大理由解任董事；但單軌制之歐洲公司，董事係由股東會選任，而股東會則得隨時經行使表決權四分之三以上之表決權數同意解任董事，但章程得規定其他多數決及要件；被依章程派遣之董事，若章程規定之派遣權要件消滅，股東會得經簡單多數決解任派遣董事。

(二)我國立法分析

我國非公開發行公司多為家族企業，所有與經營合一，倘因家族成員間權利更迭，導致經營者更換，應尊重家族成員之意見，尚不產生所有與經營分離，保障專業經營者一定任期的問題。而在公開發行公司，我國政策目標是強化控制權市場，且公司權力結構亦不同於德國之雙軌制，故不宜仿效德國僅允許有理由解任董事。不但如此，為落實究責設計，並使控制權市場充分發揮功能，股東會得決議解任董事應為強行規定。

三、方案提出

在股東會得解任董事者，維持現制得無理由隨時解任(第 199 條第 1 項)

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

3.1.6.1.3 正當程序

倘係有理由解任，解任者得於股東會答辯，否則解任決議得予撤銷。

一、現況分析

(一)現行條文：無

(二)產生問題

我國於股東會決議解任董事，並不給予董事就解任理由予以答辯之機會，考慮此攸關該董事之聲譽，是否給予其答辯之機會。

(三)學者及各界意見

學者指出，依美國德拉瓦州判例法，董事因「故」被解任時，該名董事有權主張其享有「最低限度之正常程序」權利(minimum due process)，諸如特定控訴理由、足夠的通知、及給予該董事適當機會說明等。其並指出，該國判例相當保護被解任董事，於我國法制容有學習觀摩之處。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法(CA 2006 s.169、303)、美國法與香港公司條例(Companies Ordinance s. 462)雖賦予股東會可無理由解任董事，但決議仍應遵循一定程序，如一、欲提案解任董事需給予公司特別通知(special notice)，且公司收到後應轉知擬被解任董事。二、擬被解任董事有權提出答辯(於合理長度內)並於股東會中表達意見；且除非答辯書過晚寄達公司，否則公司依法應將答辯書寄發股東。若答辯書過晚寄達公司或因公司之過失以致於未寄發予股東，董事有權要求公司應於股東會上朗讀其答辯。前述董事之權利若遭行為人濫用，則公司或其他受有侵害之人得向法院聲請免除公司之配合義務。另外，被解任之董事仍保有其契約終止後之損害賠償請求權。

德國股份法第 84 條第 3 項規定，監察會不得無重大理由解任董事，條文中就有何謂重大理由規定，如：董事嚴重違反義務、無能力按規定執行業務、股東會之不信任表決且此不信任投票非出於明顯不公平合理之原因等，但並無正當程序之相關規定。

日本及中國法均允許無理由解任董事，惟皆無正當程序之要求。董事得請求其因被解任所生之損害之規定。

(二)我國立法分析

我國實務上有理由解任董事並不常見，一個原因是法人代表人制，毋庸解任得隨時改派，另外一個原因是東方文化，亦往往讓其自動請辭，並未就其解任理由大肆聲張。但考量程序正當性，在公司主張董事違法亂紀因而解任時，似應予

董事答辯機會。但考量股東會開會成本及效率，被解任之董事於現代科技亦不乏管道，公開替自己聲辯，倘避免衝擊過大，維持現制亦無不可。

三、方案提出

A 案：建議參考英國公司法之規定，於解任董事時應踐行一定之正當程序，如於召集事由中載明被解任董事之姓名與解任事由。該提案被解任之董事得以書面答辯請求提交公司於股東會前寄送股東，並得於股東會當場說明等規定。並明訂公司違反一定正當程序者，其解任無效之規定。

B 案：維持現制。

四、修法委員分組審議決議

公司違反正當程序者，得撤銷公司解任之決議，建議 A 案文字修正為「得撤銷」，避免法律效果過於強大。

3.1.6.1.4 與選任之配套

倘董事以選舉方式產生者，選任採何種決議方式，解任即採同一方式。

一、現況分析

(一)現行條文：

公司法第 198 條第 1 項：「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。」

公司法第 199 條第 2 項：「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。」

(二)產生問題

由於我國公司董事選任原則上採累積投票制，故要求股東會決議解任董事需以特別決議方得為之。以立法說明而言，公司法第 199 條的修正理由表示：「第一百九十九條之一既曰『視為提前解任』，當不以改選全體董事前先行決議解任全體董事為必要，即改選全體董事前無須經決議解任全體董事之程序，是其解任性質應屬法律所定當然解任之一種，而非決議解任明灼...」，並未提及係與選任制度配套。然而，特別決議解任制度是否就能保障以累積投票制選出之董事，頗有疑問。例如，董事有 9 名，有 1/9 股份者即可當選一名董事，但依 199 條，該名董事仍可能被決議解任。因此，當解任制度無法與選制配合，則選制無疑功虧一簣。

(三)學者及各界意見

學者認為，為避免多數派股東透過解任少數派股東之董事而侵害小股東之權益，因此第 199 條之決議解任為特別決議有其必要。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

由於各國均未強制採行累積投票制，故一般選、解任董事原則上皆係以股東會普通決議為之。例如德國法規定董事由監察會決議解任，解任方式，依通說，採簡單多數決。

依美國修正後模範商業公司法第 8.08 條第 c 項規定，若董事選任採累積投票制下，有足以使董事當選之選舉權數反對該董事之解任者，該董事不得予以解任。換言之，以累積投票制選出之董事被解任，一樣適用累積投票制計算表決權數決定該董事之去留。我國有學者對此認為此種法律規定考慮了在累積投票制下當選董事者之利益保障，並充分貫徹公司累積投票制之原意。然而，依英國 2006 年公司法第 168 條規定，無論章程設計之選制為何，解任董事原則上僅需股東會

普通決議即可予以解任。

日本會社法第 341 條規定，董事由股東會以有表決權股份過半數(章程可規定三分之一以上)出席，出席表決權過半數(章程可定更高之比例)選、解任，但第 342 條規定，於選舉兩位以上董事時，除公司章程另有規定外，股東可向公司請求依累積投票制方式選任董事，而依累積投票制選任之董事，不得以第 341 條方式解任之，則依此制選任之董事將無股東會決議解任規定的適用。

(二)我國立法分析

我國於民國 100 年恢復強制之累積投票制，原有之配套措施即公司法第 199 條第 2 項之規定，解任須採特別決議之方式，但如前述如此並無法充分保障依累積投票制所產生之董事。另一方面，又讓解任董事變得非常困難，任何董事只要能獲得 1/3 以上股東之支持，就無法將之解任，縱然該名董事與累積投票制之當選毫無關聯。因此建議廢止累積投票制，解任制度即可與選任配套，均回歸最簡單的普通決議。但若不廢止累積投票制，建議仿美國解任制度以與選任配套。但由於這樣解任決議數會極高(例如 10 個董事，則祇要有 1/10 反對既無法解任)，增設倘有理由解任，即得以普通決議為之。

三、方案提出

A 案：廢止累積投票制，解任制度亦回歸普通決議；

B 案：倘維持累積投票制，仿美國法定決議解任制度。但倘係有理由解任，則得以普通決議為之。

四、修法委員分組審議決議

若廢止累積投票制即仿美國法。

3.1.6.1.5 損害賠償

董事無理由被提前解任，即得請求所餘任期之一切報酬。

一、現況分析

(一) 現行條文：

公司法第 199 條第 1 項：「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。」

(二) 產生問題

我國公司法規定公司得隨時不具理由解任董事，如公司無正常理由時，此時董事得向公司請求損害賠償，損害賠償之範圍在實務上爭議叢生。公司法第 199 條之 1 全面改選董監，被解任董事是否適用 199 條之損害賠償規定，爭議亦大。

首先就損害賠償部分，通說認為包括被解任董事所餘任期的薪資，但是否包括董監酬勞(即一定比例之盈餘)則有疑義。有認為被解任之董事已不屬於公司之經營團隊而不得請求，亦有學者認為是否得請求，應視當年度有無盈餘而定，有盈餘應允許其請求之。而就是否包含車馬費部分，有實務見解認為車馬費係屬交通費用，不具報酬性質而不得請求之；然有學者認為應視車馬費之性質而定，若屬交通費則不得請求，惟若系爭車馬費係按月致送，則有相當於固定薪資之性質，而應將之解為得被請求之範圍內。

再就公司法第 199 條之 1 部分是否得適用第 199 條損害賠償之部分，最高法院 98 年度台上字 2261 號民事判決認為，依第 199 條之 1 董事提前當然解任應屬法定當然解任類型，故不屬決議解任，自無第 199 條適用，董事無由依該條向公司請求損害賠償。但法院認為，該被解任董事得依民法委任規定向公司求償。

(三) 學者及各界意見

針對上開判決，學說批評認為若依 199 條之 1 董事提前解任應屬法定當然解任，即無公司法第 199 條適用，但此亦非民法第 549 條所規定之任意終止情事。學者主張，提前解任性質應為決議解任，應具體個案判斷是否具有第 199 條之正當事由，無法一概而論。但有學者認為本條之改選董監事，則屬正當理由之解任而不得請求。亦有學者認為實務上多僅列明改選，並無從了解個別董事有何正當理由而被解任，故「視為提前解任」非屬正當理由，自得請求賠償。

學者亦認為若依 199 條之 1 董事提前解任應屬法定當然解任，即無公司法第 199 條適用，但此亦非民法第 549 條所規定之任意終止情事。學者主張，提前解任性質應為決議解任，應具體個案判斷是否具有第 199 條之正當事由，無法一概而論。但有學者認為本條之改選董監事，則屬正當理由之解任而不得請求。亦有學者認為實務上多僅列明改選，並無從了解個別董事有何正當理由而被解任，故「視為提前解任」非屬正當理由，自得請求賠償。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

美國法、英國公司法(CA 2006 s.168)、香港公司條例(Companies Ordinance s. 462(9))規定董事被解任有提請損害賠償的權利，得請求損害賠償之範圍取決於服務契約和公司章程的規定。如解任違反服務契約，縱解任有正當理由，則董事得依契約獲得賠償。一般來說，損害賠償的計算是根據董事固定期限合同中未到期的部分應該支付的薪水和費用。若董事和公司之間無服務契約，則依章程之規定。日本會社法第 339 條規定，遭無理由解任之被解任之董事得向公司請求其因被解任所生之損害。中華人民共和國上市公司治理準則第 32 條規定，上市公司應和董事簽訂聘任合同，明確公司和董事之間的權利義務、董事的任期、董事違反法律法規和公司章程的責任以及公司因故提前解除合同的補償等內容。

依德國股份法第 84 條第 3 項規定，於存有重大理由時，監察會得解任董事。至於被解任董事是否得依董事任命契約行使權利，回歸適用一般民法契約相關規定。

日本會社法第 339 條規定，董事被決議解任者，除就其解任存有正當理由外，可以向公司請求因解任產生之損害賠償。

(二)我國立法分析

綜言之，公司法為民法之特別法，本在所有與經營孰輕孰重間維持平衡。考量大股東得自由決定公司經營者，故允許無理由解任制度；但考量專業經營者倘無任期保障很難為公司效力，故在無理由遭解任時予其請求賠償權利。我國實務上，董事鮮少與公司議定服務契約，至於學者與實務見解將報酬區分為薪資、成功報酬(即一定比例之盈餘)以及車馬費，就損害賠償範圍而言似乏區分依據。倘公司章程及董事與公司間服務契約有所規定，自然依其規定，但若未訂定，則建議不應區分報酬種類。至於是否提前解任，理論上當然應包括第 199 條之 1 全面改選董監。蓋損害賠償目的在保障係任期之期待利益。

三、方案提出

公司應賠償被解任之董事因此所受之損害，賠償範圍應優先考慮章程與服務契約之規定，倘未規定，則涵蓋所餘任期之全部報酬種類。

四、修法委員分組審議決議

於立法理由中說明依第 199 條之 1 第 1 項，提前改選未獲連任者推定為被無理由解任，在公司無法舉證理由下得請求損害賠償；被解任之董事又獲連任時，則無損害賠償請求權。

3.1.6.1.6 與全面改選之區別

若為全面改選則無庸慮及是否採用累積投票制。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 199 條第 2 項：「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。」

公司法第 199 之 1 條第 2 項：

「前項改選，應有代表已發行股份總數過半數股東之出席。」

(二)產生的問題

按公司法第 199 條第 2 項之規定，解任董事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，並以出席股東表決權過半數之同意行之。另按民國 101 年新修正之公司法第 199 條之 1 第 2 項之規定，股東會於董事任期未屆滿前，經決議改選全體董事者，應有代表已發行股份總數過半數股東之出席。惟將前後兩者規範結合觀察即生爭議，蓋如係改選全體董事，則僅需適用一般決議之定足數即可，然欲以股東會決議解任一至多位董事則需適用特別決議之定足數，似不合理。

實務上，經濟部相關函釋係將股東會依公司法第 199 條之 1 所為之決議，定位為「提前改選」全體董事之決議，而非「解任」全體董事，故無同法第 199 條第 2 項有關解任董事出席門檻規定之適用，故採普通決議即可。而在法院裁判上，最高法院亦認為如股東會於董事任期未屆滿前，經決議改選全體董事者，且未決議董事於任期屆滿後始為解任，而視為提前解任者，則其解任性質應屬法律所定當然解任之一種，而非決議解任，故無需以特別決議行之，適用普通決議之定足數即可。

(三)學者及各界意見

有論者認為透過修法過程的觀察可知，全面改選處理之狀況應是各屆股東會中難免存有之數日乃至數月差距而生之困擾。準此，公司是否係以改選全體董事為由規避後續之賠償責任，應從全體改選之時間觀之，若任期尚有一定時間以上，即有可能係規避賠償責任。持同樣觀點的，有論者認為，公司法第 199 條之 1 將實務操作明文化時，忽略「提前改選全體董事」，在邏輯上與本質上均應先有一個解任全體董事之決議，並應以特別決議為之。而如是解釋亦可避免故意規避公司法第 199 條特別決議之適用，以及輕重倒置之問題。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法(CA 2006 s.303)規定，欲提案解任董事者，若公司近期無召開股東會之必要計畫，便可透過此一請求召開之權限或董事(會)未依法召開時接踵而

至之自行召開權，召開股東會而於該次股東會中解任董事。故綜合上述可知，英國法就董事解任並無類似我國公司法區分個別解任(第 199 條)與全體改選(第 199 條之 1)之差別。其他法域亦均如英國法，並未如我國區分個人解任與全體改選，而予不同之處理。

(二)我國立法分析

事實上，我國之所以有全面改選與個別解任之區分，癥結在累積投票制。為貫徹累積投票制，故個別解任有特別決議之設計；但全面改選因本適用累積投票制，故無特別決議之必要。建議廢止累積投票制，則無區別個別解任與全面改選之必要，提前全面改選，本屆提前解任；倘維持累積投票制，則全面改選本適用累積投票制，而個別解任前文已建議仿美國法採配合選制之決議解任方式，則兩者仍應區分。

應說明者，董事全面提前改選並非視為解任加上選任，因而程序上並無庸以股東會特別決議為之，僅以累積投票制方式即可，另外，因改選而提前解任之董事，應認為該解任公司不具正當理由，故可向公司請求損害賠償。

三、方案提出

A 案：廢止累積投票制，則不再區別個別解任與全面改選。

B 案：維持累積投票制，全面改選適用之，而個別解任則仿美國法採配合選制之決議解任方式。

四、修法委員分組審議決議

提大會討論。

五、修法委員會審議

若為全面改選，則無庸慮及是否採用累積投票制。

3.1.6.2 裁判解任

併入代位訴訟，亦即少數股東得請求公司對董事提起訴訟，請求法院裁判解任，倘公司拒絕，則少數股東得為公司提起訴訟。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 200 條規定：

「如董事於執行業務時，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，而股東會未為決議將其解任時，得由持有已發行股份總數 3% 以上股份之股東，於股東會後 30 日內，訴請法院裁判之。」

(二)產生的問題

而公司法於民國 90 年修正時，已嘗試放寬訴請法院裁判解任董事之限制，使股東毋庸繼續持有其股份一年以上，僅其所持有之股份占已發行股份總數 3% 以上即可訴請法院裁判解任董事。惟該次修法似未獲其預期成效，截至 2016 年 4 月為止，僅有十件關於裁判解任董事之訴訟，且皆係由投資人保護中心（下稱投保中心）按投資人保護法第 10 條之 1 所提起，而非由股東按公司法第 200 條之規定所為。

實務上，運用公司法 200 條，最著名為台灣大哥大之案例，運用者為公司最大股東，目的在取得假處分，禁止敵對之少數股東（但佔有董事長一職）派系行使董事職權，以奪取公司控制權，並非如該條立法意旨，係大股東肆意亂權時，少數股東得藉由裁判解任使不適任之董事去職。該案亦在取得假處分裁定，公司變天後不了了之，並未進入裁判解任之實體法訴訟程序。

我國司法實務認為，得行使聲請裁判解任之主體為公司股東而非公司，因此若依其他身分聲請者即不應允許，且得提起裁判解任訴訟之股東，以在「股東會曾贊成解任董事者」為限。而針對「解任董事」之提案，則不得以提臨時動議方式為之，若無法做成解任決議的原因，係因股東會出席股東持股數未達出席門檻以致未能決議時，是否得做為取得訴權之事由，則有正反兩面不同之看法。有認為出席數不足即為本條規範所欲針對之情形（公司派大股東可能抵制出席）；反對者則認為，未達出席門檻股東會根本無法表決，更遑論對「解任董事」之議案為表示。此外亦有認為，如少數股東雖有「合法提出解任董事案」，但該議案因股東會受提議解任之董事把持無法獲得討論、議決，始得於股東會未通過解任案時，亦屬本條無法議決之情形。

針對何謂「損害公司或違法重大行為」，實務出現之解任訴訟案例不多，因此可參考之具體事例相當有限，且多採較為保守立場，例如：董事單一之行政違法行為（縱然經法院處罰確定）並不足構成「損害公司或違法重大行為」；亦有見解將屬於訴訟有無理由之「損害公司或違法重大行為」等實體要件與「股東會未為決議將其解任」之程序要件相連結，認為「訴請裁判解任董事之事由，應以股

東會曾解任董事提案之事由為限」。此外，實務亦認為被告董事之「損害公司或違法重大行為」應以該董事本次任期發生者為限，前次任期內所生事由不得作為本次任期解任之事由。

學者多有認為，本條少數股東之門檻過高，導致少數股東解任董事之障礙，因此應放寬起訴之主體要件：首先，因裁判解任意在使股東有機會透過司法審查矯正不當之股東會決議，因此既然無表決權股東無參與表決之權，與股東會決議成立與否無涉，其持股自不應列為本條之計算基礎，然而亦有持反對見解，認為持無表決權股份之股東亦能成為本條訴訟之原告。

有認為關於「未為決議將其解任」宜擴大解釋，蓋因滿足第 199 條之出席定足數要件並不容易，實質等同扼殺小股東行使本條權利，更無從達成本條創設之核心價值，即彌補常態公司治理的不足與防止大股東濫權。

另針對起訴股東須曾於「股東會贊成解任董事」，係因類推適用民法第 56 條而來，然本條提起之解任董事訴訟為消滅公司與董事委任關係為目的之形成訴訟，而與民法第 56 條係針對不合法總會決議為對象所提起之撤銷訴訟，兩者規範目的似有不同，似不宜類推適用。若欲透過誠信原則或禁反言原則之方式限制股東起訴，則應以該股東「於股東會反對解任案之股東，事後贊成起訴」者較為適宜。

最後，針對「損害公司或違法重大行為」則有認為，裁判解任作為補充股東會失靈之「例外」，事涉公司經營者之更動，法院審酌時仍應自我節制，不過度介入公司自治，因此標準不宜過低。惟有學說見解認為亦不宜過度限制裁判解任之功能，否則將使本條規定無法填補股東會無法解任董事之缺憾，例如不應將「股東會未為決議」與「裁判解任事由」掛勾。

(三) 學者及各界意見

有認為若不得以就前次任期所生不法情事作為起訴依據，為不法行為董事僅要技術上辭職且再被選任(重新改選或由法人股東依公司法第 27 條第 3 項指派)，即能輕易迴避本條規定，如此將使本條立法目的落空。且公司或股東得知董事有裁判解任事由時起至訴訟終結，法律要求之程序繁複且易於延宕，而訴訟通常耗時甚久，若依實務見解，訴訟只能以敗訴收場，惟如此結果不合理，而本條乃具矯正股東會不當決議之功能將無法發揮。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英國與香港均無如我國之裁判解任制度，只有法院得宣告董事失格。美國德拉瓦州亦無類似制度，但某些州容許股東於符合一定條件下向法院提起裁判解任之訴。

德國雙軌制之董事係由監察會選任，無裁判解任董事規定。但資方監察人係由股東會選任，則有裁判解任規定，監察人若就其個人存有重大理由者，得由監

察會以簡單多數決通過，向法院聲請對該監察人裁判解任。持股達 10% 或 100 萬歐元之股東，亦得向法院聲請對監察人裁判解任。

日本會社法第 854 條規定，若董事在執行業務上存有不正當行為、或違反法令、公司章程之重大事實，但董事解任案於股東大會被否決，或決議依第 323 條規定不生效時，符合一定資格之股東可於法定期限內，訴請法院裁判解任董事。

(二)我國立法分析

依現行法之規定，解任董事不得以臨時動議提出，因此，若董事會未提該議案又拒絕將相關股東提案列入議程，股東會即無「未為解任董事之決議」，從而無法滿足公司法 200 條之規定，而少數股東自行召集股東會，討論解任董事之議案又極度困難，則該條幾乎名存實亡。事實上，本條最大的問題是僅處理解任，不處理其後之選任，導致實務上董事被裁判解任之後，立時又再被選任擔任董事職位，亦因其於新的任期內並無公司法 200 條之情形(即重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項)，再難訴諸法院將其裁判解任。產生上述問題之主要原因，乃目前公司法中沒有董事失格制度之規定，使得對公司造成重大損害之人，縱經裁判解任，仍有資格重新被選出擔任公司董事一職。若確立董事失格制度，則於裁判解任之條件可適當放寬，使得該制得以落實。

三、方案提出

A 案：廢除裁判解任制度。

B 案：裁判解任併入股東代位訴訟一併處理。

B 案配套：建立董事失格制度

四、修法委員分組審議決議

採 B 案。

3.1.7 權限

3.1.7.1 對內權限

3.1.7.1.1 資料索取權限

董事得具明理由索取資料，公司認目的不當應向法院聲請准其不予提供。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法 210 條規定：

「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。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，隨時請求查閱或抄錄。代表公司之董事，違反第一項規定，不備置章程、簿冊，或違反前項規定無正當理由而拒絕查閱或抄錄者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。」

(二) 產生的問題

依公司法第 210 條之規定，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。而「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之。惟觀察此項規範之文義，似未直接規範董事就公司資料之索取權限，故生爭議。

實務上，經濟部相關函釋係肯認董事為執行業務上之需要，得依其內部監察權查閱、抄錄公司法第 210 條第 1 項章程、簿冊，而不須經董事會決議，且董事就其執行業務上之需要所查閱、抄錄之資料，並負有保密義務。法院裁判上雖無法院單獨就董事之資料索取權限進行說明及判斷之例，惟曾有因董事索取資料未果而產生糾紛涉訟，但由於並非該案之重要問題，從而法院並未就此爭議特別表示意見。

行政實務肯認，董事對於公司有內部監查權，此項權利之行使攸關董事忠實執行業務及盡善良管理人義務，因此不須經董事會決議，即可查閱公司法第 210 條第 1 項章程、簿冊。

(三) 學者及各界意見

學者有建議，除應明文擴大公司法第 210 條之適用對象，使董事亦得作為查閱權之主體外，既然承認董事對公司有內部監察權，則應參考公司法第 218 條關於監察人之檢查業務權限，適度規範可請求資訊之權限，使董事能取得更多公司之內部資訊，俾利其對董事職務之忠實與完整執行。

但業界對此有認為，董事索取之資料建議限於董事會提案的內容，不應該包含所有公司業務資訊，且不得隨意要求經理部門提交報告。董事索取資料建議事

後應列案向董事會報告，以使所有董事立於知的平等地位。同時，業界也有提出，公司可事先確定董事具體查閱的內容為何，例如可口可樂公司之生產配方作為商業秘密，董事之查閱權應受到限制。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法(CA 2006 s.388(1))規定董事有權個別或共同向公司索取會計帳冊和相關記錄，並有權查閱其執行職務所必須之文件，並索取該文件影本(Conway v Petronius Clothing Co. Ltd [1978] 1 All ER 185)。由於英國公司秘書制度歷史悠遠，公司秘書負有保存公司文件之責任，在公開發行公司中更是獨立董事與公司間關於資訊提供之橋樑。故董事請公司秘書提供其執行職務所需之資料為事理之當然。

美國法判決(A.State ex rel. Farber v. Seiberling Rubber Co., 168 A.2d310(Del.1961) , B.Holdgreiwe v.Nostalgia Network, Inc., C.A.No. 12914 9Del. Ch. Apr. 29 1993))認為，基於董事對公司負有注意及忠實義務，應授予全體董事對公司有平等之資訊請求權，但有利益衝突時，有利益衝突之董事不得利用該資訊為自己獲取利益。此外，董事取得公司資訊非基於正當目的者，公司得拒絕之。

香港公司條例(Companies Ordinance s. 374(1)(b))規定公司的會計紀錄須隨時開放予董事查閱。於普通法下，資料檢索權限更加廣泛，並不限於會計紀錄，檢索範圍包含公司資料、公司登記及帳目等等，一切屬於公司、被合理認為有助於董事執行職務之文件資訊。

(二)我國立法分析

綜上所述，董事為善盡其注意與忠實義務，比較法上，如英國、美國與香港皆給予董事資訊查閱權。然我國因為規定不明，甚至有論者主張監察人有索取資料之明文，而董事則無，從而董事若欲查閱，應先經董事會決議許可方可為之。經濟部就此已有解釋表明，董事無須先經董事會之決議便可自行請求查閱。然此仍不足以斷絕所有爭議，觀諸企業實務，掌握公司資訊之公司派，多以營業秘密為由，拒絕提供市場派董事相關資料，不僅徒增紛擾，且與董事所負之沉重義務無法相容。

參考上述外國法規定，建議公司法中明文規定於董事為公司業務執行(或監督)之必要時，得向公司索取其所需之資料，公司不得拒絕，但公司得訂定提供資訊之程序，例如應於期前通知、須說明索取資料之理由及對於所獲資料負保密義務等規定。若有公司權利濫用之情形，究竟係由公司或董事向法院尋求救濟，可分為A、B兩案如下。另應說明者，A案部分應配合廢除強制累積投票制，應此時更有保護少數股東之需求。並且，允許非公開發行公司允許包裹表決之董事選制，以達到持股數有絕對優勢之一方能完全掌控董事會之局面，於此情形下，基於董事為同一合作之經營團隊，即無不給予董事索取所需文件之理由。

三、方案提出

A 案：若公司認為董事索取資料係基於不當之目的時，得向法院聲請准許其不予提供。

B 案：若董事認為公司無故攔阻其因執行業務或監督之必要而為之資訊索取，得向法院聲請命公司給付之。

配套措施：若代表公司執行業務董事未依法院裁定提供資料者，應啟動董事失格制度。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

公司法全盤修正修法委員會

3.1.7.1.2 董事設質表決權

刪除公開發行公司董事以股份設質逾半，超過之股份不得行使表決權規定第197-1條第2項

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第197條之1第二項規定：

「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，不算入已出席股東之表決權數。」

(二) 產生之問題

民國100年公司法第197條之1引進第2項規定公開發行股票之公司之董事以股份設定質權，於一定情形下，其表決權受限之規定。惟條文並未明訂「何時」設質有本條之適用、設質數計算之時點及如何計算因設質而喪失表決權股數之問題。最高法院認為，公司法第197條之1第2項規定之立法意旨，在對設質比重過高之董事、監察人加強控管，避免董監因將股票質押護盤，而後股價下跌時，為免遭銀行催補擔保品，又再大肆借貸力守股價，惡性循環之結果導致公司財務急遽惡化，損害投資大眾權益。因此，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均限制其表決權之行使。

經濟部之見解認為，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，不區分係以董事身分或股東身分之設質數。關於因設質而喪失之表決權見解認為：(1) 以設質數減去選任當時所持有之公司股份數額1/2計算，且該不得行使之股份，以選任當時所持有之公司股份數額1/2為上限。(2) 設質數低於或等於選任當時持有之公司股份數額1/2，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，表決權亦不受影響。(3) 董事設質股份數大於選任當時所持有之公司股份數額1/2時，其超過部分不算入已出席股東之表決權數，惟仍算入已發行股份總數。(4) 公開發行股票公司，除發行普通股外亦發行具有表決權之特別股，計算董事選任時之持股及設質股數時，普通股與特別股應合併計算。

(三) 學者及各界意見

有學說認為，就最高法院就公司法第197條之1第2項「選任當時」之認定，無論董監事之持股設質係在任期前或任期中，一律限制其超過一定比例之股份表決權行使之見解，且行政機關之見解不拘束法院，因此將可能使原本「不應扣除之股份被扣除」，法律之適用欠缺明確性與可預測性，徒增確認表決權額外之成本，與法明確性與商業活動安定性有違，應限於任期後設質之情形。

且將限制董事設質股份行使表決權與公司治理之掛勾，缺乏立論基礎，而本條根本爭議為董事所持有股份設質越多，越不利於其表決權之行使，若限制表決

權之行使缺乏法理基礎，恐有違反股東平等原則之疑慮。關於董事任期中與任期前股份設質的規範，仍應以公開揭露之方式為之，較為妥適。針對護盤或炒股之問題，應透過證交法規範較為妥適，本條文之存廢，容有可議。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

就研究結果顯示，外國立法例上並無因董事股份設質而限制其表決權行使之規定。

(二)我國立法分析

就董事設質之規範，不僅計算上複雜，對於董事而言，若欲規避相關立法也非無計可施。舉例言之，當遇有董事改選之股東會時，董事於股東會前一刻或股東會中辭去董事職務，其表決權之行使依條文文義解釋將不受限，對設質高的董事並無影響。若股東會無董事改選議題，在有忠實義務規範下，不准其行使部分表決權，似無意義。

三、方案提出

董事設質雖為我國之特殊現象，然董事已有注意與忠實義務相繩，足以維護公司與利害關係人之利益。故建議參考英國、香港、美國、德國、日本等國之立法，並考量相關規定涉及人民財產權之保障與股東權益行使之限制，建議應予刪除。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。惟金管會反對刪除。

3.1.7.2 對外

3.1.7.2.1 董事長單獨代表制或複數代表制

章程得指定一或數名董事對外代表公司，若未指定，由董事長單獨代表。惟公司設有獨立董事者，不得指定獨立董事。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 208 條第 3 項規定：「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。」

(二) 所產生之問題

公司法第 208 條第 3 項規定之結果，通說以董事長單獨對外代表制稱之，法院判決與主管機關函釋中對此多有闡述。按董事會為合議制機關並以合議方式行使董事會之職權。董事會成員之法定權限基本上一致相同，除非特定董事在特定個案有受到董事會之特別授權，否則原則上個別董事在權限相同之情形下，於我國現行法並無個別之對外業務執行權。然因公司法第 208 條第 3 項之董事長單獨代表制之規定，延伸出董事長之權限與其他董事是否因此有所不同之爭議。

首先有關董事會決議之形成，參照最高法院 84 年台上字第 213 號民事判決，股份有限公司之董事會，係屬業務決策之意思決定機關，而非代表機關，故其決議不能直接對外發生效力，而須經由其代表機關基於該決議以意思表示為之。又參照最高法院 103 年台上字第 1566 號民事判決，依第 208 條第 3 項之規定可知股份有限公司就對外關係而言，係由其董事長為公司代表人，副董事長、常務董事或董事，必須於一定條件下，始得代表公司。復參照最高法院 95 年台上字第 2370 號判決意旨謂「代表公司之董事，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，本不在代表權範圍之內，此項無權限之行為，非經公司承認，不能對於公司發生效力」，亦即若非屬公司營業上之行為例如合併分割或讓與全部或重大資產或營業之行為，則不在董事長之代表權範圍之內，亦非董事長代表權限制之問題，若董事長為此種無權限行為，不問第三人是否善意，非經公司承認，對公司不生效力。

對比之下，我國無限公司、兩合公司或有限公司之代表機關，原則上准許多數人擔任。公司法第 56 條第 1 項規定，無限公司若未以章程特定代表公司股東，則各股東皆得代表公司；依同法第 115 及 122 條之規定可知，兩合公司對外代表機關與無限公司相同。有限公司依公司法第 108 條第 1 項規定，亦是除以章程訂有董事長外，各董事均享有代表權。職是之故，我國立法針對股份有限公司採取

董事長單獨代表制之理由究竟為何實值探究。

經查，直至民國 55 年修法前，股份有限公司亦非限定僅得由董事長一人單獨代表公司，此觀民國 55 年修正前之公司法第 193 條第 1 項規定：「公司得依章程由董事互推一人為董事長，一人或數人為常務董事，代表公司」自明。惟至民國 55 年修正時，究竟為何修正為現行之單獨代表制卻未見立法理由有何說明。依當時立法紀錄，有委員發言提到：「我們認為董事會不是一個議事機構，是執行機構...所以我們採取的是首長制，等於行政機關事權要集中不能分散，所以代表公司祇能由董事長一個人代表...對外代表公司不能有幾個人，假使有幾個人意見不一樣怎麼辦？所以對外祇能有一人代表...既然是執行機構，就應當事權集中，採取首長制。」，乃將董事會定位為單純的「執行機構」，性質上類同三權分立中之行政機關。惟何以公司規模相對較小，經濟商業活動亦未較股份有限公司頻繁、複雜之無限、兩合及有限公司，尚容許有複數代表存在？為何得採用複數代表之無限、有限及兩合公司無需考量內部意見衝突不一之情形？此二點尚未見立法理由中有所區辨。因此，股份有限公司採董事長對外單獨代表制之理論基礎仍有疑義。

在立法基礎不明確下，董事長單獨代表制潛存不少問題。例如若董事長消極不為做為，等同賦予其公司對外執行業務之否決權，對公司而言，似乎有董事長一人獨尊之態勢且隱與董事會集體執行公司業務之設計理念扞格。

我國股份有限公司所採之董事長單獨代表制，忽略了類似有限公司人合性質與規模之中小企業，而一律以單獨代表制強制其採用，不僅缺乏彈性且未盡合理，無形間增加中小企業之經營成本。且立於董事彼此監督的角度，亦缺乏配套措施，使其相互箝制，而導致董事長專斷時有所聞。因此有建議宜參考外國法制，做通盤之調整。

(三) 學者及各界意見

業界多認為僅董事長得召集董事會，董事長權限過大並不合理。並特別指出，實務上經常發生由於股權的變動，使公司派喪失控制權，董事長故意選擇不召開董事會以避免喪失經營權的問題。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英國法上(Model Article (Public) reg. 12、Model Article (Private) reg.12)，董事會主席的作用多被認為僅係在主持會議，以及確保議事順利進行，其權能與一般董事並無不同；香港法則規定董事可以選舉一名董事為主席來主持會議，並可以隨時終止主席的委任，故其在性質上應較接近前述英國法上的董事會主席。美國德拉瓦州公司法對於董事長之職權亦無特別規定，除非董事長兼 CEO，否則性質上董事長亦僅為董事會會議之主席，而無單獨對外代表權。

德國股份法第 78 條規定，董事會由數名董事組成者，在章程未另有規定下，全體董事須共同代表公司，而係採取共同代表制度，惟章程或監察會在章程授權範圍內，得規定個別董事可獨自或與 1 名經理人共同代表公司；日本會社法第 349 條規定，董事代表公司，但公司得另外規定代表董事及其他公司代表；若董事 2 人以上時，董事各自代表公司；除設董事會之公司外，公司得依公司章程之規定指派，或依章程之規定由各董事相互推選，抑或由股東會決議，指派特定董事擔任公司之代表人。設董事會之公司，依第 362 條規定，由董事會選定代表董事。中國大陸公司法第 13 條規定，公司法定代表人依照公司章程的規定，由董事長、執行董事或者經理擔任，並依法登記。公司法定代表人變更，應當辦理變更登記。

英國法採多數代表制，任兩名經授權者有權代表公司與他人簽訂契約。故可知原則上經授權之人得為公司簽章；或一位董事在見證人見證下之簽章均可發生對外之代表效力。所謂經授權之簽章係包括公司之任一董事及公司秘書。英國判例亦肯認公司秘書就公司日常業務得對外代表公司，且其就公司行政事項之簽名行為對公司，於越權時，亦將構成表見代理而拘束公司。公司員工職稱若具有「董事」(director)之稱呼時，即使其非公司董事，亦有權對外代表公司，此與英國法一向認為若公司透過表示 (representation) 之行為 (無論是藉由文字、行動或默示同意，甚至代理人於公司之職位或名銜均可能相關)，向交易相對人表現出代理人擁有代理權外觀，代理人進而根據該外觀與交易相對人締約時，公司必須受代理人或代表人基於表見權限所為之行為拘束之見解相符。

公司代表人或代理人對外代表公司所為之越權行為是否拘束公司，長期以來對公司外部之交易安全造成困擾。此一問題係以「內部管理原則」(indoor management rule) 解決之，該原則為：當公司之代表機關以外觀看來完全符合公司章程之方式執行公司業務時，交易行為之效力不應被公司內部管理結構的違規行為 (irregularity) (例如董事會或股東會有瑕疵) 所影響，交易相對人有權充分信賴其得以知悉的外部事項，已在公司內部經由正當程序作成。因此，締約人只要對於公司章程有權且可能授權該代表人對外締約一事有所信賴，進而與公司締約，即足以建立表見權限，而無須探究公司根據其內部程序是否「確實」授予代表人權限，而公司不得以內部程序存在瑕疵 (例如股東會未滿足定足數之要件) 為由抗辯。惟此一原則之適用於特定情形下可能受到限制，例如，於牽涉不正常之交易過程或不合常規之交易行為相對人應付出合理之查詢成本以確認代表人是否確有拘束公司之權限。如果交易相對人明知或可得而知系爭契約之內容與代表人所代表之本人的商業利益相悖時，即會被認為其對於代表人欠缺權限之事實有所知悉，從而即無法主張內部管理原則。

然而，隨著實務發展之演進，英國法院與立法機關對於是否應允許章程條款對於代理人的表見權限施予限制，開始抱持懷疑的態度。最終採取更為保護交易相對人的立法政策。其背後之理由應為免除相對人在與公司代表人進行交易前查詢章程之義務，而因此有助於促進商業之蓬勃發展。

香港法(Qualihold Investments Ltd v Bylax Investments Ltd)規定，董事權力之行使應透過董事會決議，具有董事之身份，並不代表公司已明示或默示授權其有代表公司簽訂契約之權限，亦即並非為董事長即有對外代表權。

(二)我國立法分析

我國現行法可能產生之問題為於董事會實際執行業務之類型(執行型)，僅董事長代表公司，董事長若不作為即形同享有事實上否決權；於董事會只負責日常業務監督，由總經理對外代表公司之類型(監督型)，董事長亦不對外代表公司，只對內監督，此際由董事會代表公司用印亦顯不尋常。於公司登記，實務上由董事長一人代表公司用印，如發生董事長不作為或事實上無法聯繫之情形，即發生登記及銀行往來停頓之困擾，致公司營運困難。

於執行型之公司，為避免董事長一人專斷，本次修法建議參考英國、美國及香港法例，不採取單獨代表制。至於代表公司董事應如何產生，建議由董事會決議，選任董事一人或數董事代表公司。為方便交易相對人查詢，此一選任應予登記，然登記仍僅為對抗要件。倘若董事會未選任代表公司之董事或選任未登記者，應由全體董事過半數代表公司，否則對外交易效力未定。

於監督型之公司，依權限劃分，本應由公司之執行長對外代理公司為交易；然國內實務上普遍的認定董事長有權代表公司，此一理論與現實認知的落差，也導至國內有所謂董事長制與總經理制的爭議，但此一區分係植基於董事長單獨代表制下的分類。簡言之，執行型公司理論上應為「董事」制(非董事長制)，而監督型公司理論上就是由總經理對外代理公司為法律行為，此即俗稱之總經理制。

三、方案提出

於執行型之公司(非公開發行公司)，不採取單獨代表制，建議由董事會決議，選任董事一人或數董事代表公司。

於監督型之公司(公開發行公司)，何人有權對外代表(代理)公司，提出 A、B 兩案：

A 案：僅總經理及其授權之人有權代理公司對外為法律行為，以完全呼應董事會在現代大型公司中早已轉換角色，變更為公司業務執行之監督者及重大業務方針決策者之角色。

B 案：貼近我國企業現實對「董事長」的認知，使董事長與總經理皆有權代表或代理公司對外為法律行為。

A、B 案配套：公司法應對經理人與總經理定義釐清。

四、修法委員分組審議

公司得由章程規定或以章程授權董事會指定獨立董事以外之一位或數位董事對外代表公司，章程倘無規定者即由董事長單獨代表公司。公司對外登記應註

明代表權人。

公司法全盤修正修法委員會

3.1.7.2.2 章程或契約限制

公司得以章程或契約限制董事長代表權限，惟第三人無查閱章程或契約義務。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 208 條第五項規定「第五十七條及第五十八條對於代表公司之董事準用之。」而公司法第 57 條規定「代表公司之股東，關於公司營業上一切事務，有辦理之權。」，此外，第 58 條規定「公司對於股東代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。」

(二) 產生的問題

依民法第 27 條第 3 項之規定，公司得對董事之代表權予以限制，惟不得對抗善意第三人。就公司法而言，依第 208 條 5 項規定，就法人之代表人及代表權準用第 57 與 58 條之規定，準此，原則上董事對外得代表公司為一切營業上之行為，就此所為之權限制不可對抗善意第三人，既然公司法採取董事長單獨代表制，前項準用所強調者為董事長之對外代表權。

公司對董事長以章程限制其權限時，外界實難窺知。簡言之，利害關係人雖得依公司法第 393 條之規定，敘明理由向主管機關請求查閱或抄錄，然此一查閱費時耗力，非實務所常見。此外，商業現實上，交易相對人亦鮮有於交易前索閱相對人公司章程之行為。此時涉及如何解釋公司法第 12 條登記對抗效力之問題。

從對抗效力之觀點，學說中雖有不同見解，但從登記對抗效力之學說及外國法制發展過程，所謂非經登記不得對抗應係指公司不得以登記內容對抗善意相對人，但交易相對人得執公司登記向公司主張才是。

首先行政實務認為，公司法第 12 條關於應登記事項對抗第三人之效力，該第三人並無善意、惡意之別；其次，司法實務認為所謂不得對抗善意第三人之情形僅涵括以章程限制代表權限之情形，至於法令上限制則似不屬於該條項所涵攝之範疇。關於董事長違反公司法第 185 條第 1 項第 2 款行為，實務認為代表應類推適用代理之規定，但不得適用表見代理及公司法第 208 條第 5 項規定，而認得類推民法第 170 條一般無權代理之規定，即非經公司承認，對於公司不生效力。

(三) 學者及各界意見

學說有認擴大公司法第 58 條之適用，董事長代表權為一概括性不可限制之權利，故法律上限制或股東會章程對其代表權所為之限制，均屬公司法第 58 條規定情形，以謀交易安全。亦有認若法令限制之立法意旨在於維護股東利益原則上為強制規定，違反者當然無效。基於交易安全考量，認為董事長未經股東會或董事會決議之行為，應視情況在無損股東利益之情況下，由股東會追認方式而承認其有效。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法(CA 2006 s.40(1))規定，對於秉持善意與公司進行交易之相對人而言，董事或董事授權之人為公司所為之行為拘束公司，即使公司章程對於相關權限另有規定。(CA 2006 s.40(2)(b))且強調：(1)與公司交易之相對人並無義務查詢董事或董事授權之人，其權限是否為章程所限制；(2)相對人被推定秉持善意與公司交易，除非公司得舉證推翻；(3)不因僅知悉董事之特定行為係在公司章程所授予的權限之外，即被視為惡意 (bad faith)。

根據具體個案之情況，判決曾要求交易相對人於必要情形善盡查證義務，然章程記載不足以構成「擬制知情」。然而，隨著英國之修法發展，最終之規定免除了交易相對人之查詢義務。因此，英國法係採取較為保護交易相對人的立法政策。其背後之理由應為：免除相對人在與公司代表人進行交易前查詢章程之義務，應有助於促進商業之蓬勃發展。

香港法(Model Articles (private companies) art. 3)規定，章程原則上會訂定代表公司對外交易、簽訂契約之機關。章程原則上規定董事會有權代表公司簽訂重大契約(major contracts)。公司日常交易行為、契約簽訂，按各機關之權限範圍決定代理範圍。舊法下，交易相對人被認為已知悉一切公司已登記、可供公眾調閱之文件。然而，發展至今，香港法與英國法皆採保護交易相對人之立場，亦即，任何人不得僅因公司章程記載並已登記，而被視為知悉該事項。

依德國股份法第 82 條規定，董事會代表權限不得加以限制，但在與公司之內部關係上，董事對公司負有義務應遵守章程、監察會決議、股東會決議及董事會業務規則對其權限之限制。由於代表權限不得加以限制，從而若董事會進行之交易有內部瑕疵，未符合內部之權限規範，則原則上不影響對外代表之效力，不因此影響該項交易的效果，但在有濫用代表權限的情況下，德國法界認為應回歸適用德國民法第 242 條(債務人負有義務，在顧及交易道德下以誠實及信用方式履行其給付)、第 177 條以下無權代理之事後承認規定的法律效果。

日本會社法第 349 條第 5 項規定，對公司代表董事權限之限制，不得對抗善意第三人。

(二)我國立法分析

依我國現行法之規定，倘若董事長所執行者為公司營業上之行為，則不論董事長是否已違反章程或契約對其所為之權限限制，一概不得以之對抗善意相對人。然依公司法第 12 條之規定，交易相對人事後應可以章程之限制主張契約效力未定，於公司同意前，撤回其意思表示，簡言之，交易相對人保有是否承認契約效力之彈性。

上述規定僅於公司營業行為方有適用，若為公司組織之重大變動，則交易相對人不受此解釋之保護。

三、方案提出

目前規定對交易安全之保障並無疑慮，唯一問題在於，公司法第 12 條就對抗效力應如何解釋，學者間見解未必一致。準此，此次修法建議可以清楚規定所謂對抗效力之真正意涵。亦即，交易相對人並無查詢章程之義務，登記甚至公告之章程不生「擬制知情」之效力。然而，交易相對人得執公司章程之規定要求公司依章程負責，惟公司不得以章程既已登記為由對抗交易相對人，除非其得證明相對人為惡意。亦即，章程縱已登記仍不得以之對抗善意第三人。

四、修法委員分組審議決議

建議清楚規定第三人並無查詢章程之義務，亦即章程縱已登記仍不得以之對抗善意第三人。

公司法全盤修正修法委員會

第二節 董事會

3.2.1 權限

3.2.1.1 權責中心

非公開發行公司，除公司章程另有規定者外，採股東會優位主義；公開發行公司採取董事會優位原則，並搭配董事會單軌制

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 202 條規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」

(二) 產生的問題

我國公司法於民國 90 年修正時，藉由修訂公司法第 202 條之規定，亦即非法律或章程明文保留予股東會之事項，概由董事會決議，留下我國公司法是否改採董事會優位主義之爭議。然該次修法之立法意旨僅輕描淡寫謂有鑑於現代公司經營與所有分離，故為此修正。但事實上，董事會優位原則是雖是大型股份有限公司所有與經營分離的具體展現，但中小型公司卻往往經營與所有合一，準此，倘若股份有限公司不再以大型公司為原型，此一說理即未必全然站得住腳。此外，美國法下所謂之董事會優位主義，係董事會以其專業經營或監督經理人經營業務，原則上連股東會之權限極端受限，股東會甚至缺乏發動修改章程議案的權限，準此，若謂我國法在民國 90 年採董事會優位主義，綜觀我國整體公司法之設計，恐怕亦無法自圓其說。

實務上本條最著名的案件是復華金經營權爭奪戰，該案癥結點在股東會能否決議命董事會召開股東臨時會全面改選董監，最高法院以此決議「非屬公司業務之執行」肯認之（最高法院 96 年度台上字第 2000 號民事判決）。董事會與股東會權限劃分實務上攸關至鉅，晚近矽品經營階層擬抗拒日月光併購，失敗主因即股東會否決董事會所提增發新股提議。換言之，倘毋庸經股東會決議，矽品經營階層即可遂行其反併購措施。

事實上，復華金一案彰顯了董事會優位與股東會優位在權力分配上的關鍵不同，就是大股東只有在控制董事會過半席位時方能掌控經營。換言之，若大股東無法控制多數董事，除非其能全面改選董監，從而掌控董事會（即復華金一案大股東採取的手段，也是日月光要成功併購矽品，現行法下最後必須訴諸的途徑），否則無法迫使公司貫徹其意旨。

當然，最終需解決的是我國就中小企業預設規範，是否要採取董事會優位原則；若採行之，則須進一步釐清優位範圍及章程可如何變更。若我國轉採股東會

優位原則，但此將使民國九十年本條修正之一大原因，即大股東可操控股東會決議，卻未如董事對公司負有義務之難題再現，故若採取股東會優位主義，此一疑慮應有必要一併研析。

(三)學者及各界意見

公司法第 202 條之規定：「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」並無法解決長久以來對於我國公司法制在法律政策上究竟採取股東會優位主義或董事會優位主義之問題。有認為，凡公司法上未規定應由董事會決議之事項皆可劃歸股東會；亦有論者認為，基於經營與所有分離原則，股東會之權力應受限制。

若依我國法制之現況，倘欲若以董事會優位主義為方向，則對於股東提案權之限制應非只是「股東所得決議之事項」，而是凡涉及經營判斷者，均不宜由股東提案。在此前提下，配合成本考量，得另行設計不具拘束力之提案機制，使經營者得廣聽股東意見。此外應配合相關之配套措施，例如英國法上之董事失格制度，並且將影子董事與事實上董事納入規範，以免經營者透過操縱人頭罔顧法令。

業界有意見認為，基於股東會每年開會次數有限，且董事具有經營上之專業而股東未必具備，故贊成董事會優位原則。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

依英國公司模範章程中對董事會和股東會權限分配之規定可知(Model Article (Public) and Model Article (Private) regs. 3-4)，英國公司法並未堅持董事會優位原則，股東會與董事會間權限應如何劃分率皆交由章程自治，公司法上僅保留專屬股東(會)之權限而不允許以章程予以改變。美國法上，董事會有廣泛裁量權形塑該公司的經營架構，以達公司之目的，但該裁量仍必須盡董事會之忠實、善意與注意義務，而非毫無限制。至於香港法於 2003 年修法前，分配予股東會之權力由公司章程明訂。修法後，董事會則有權行使大部分與公司營運有關之事務。惟章程中亦有明訂保留予股東之權力，股東會得以透過特別決議決定該權利是否由董事會行使。

此外，德國股份法第 76 條第 1 項雖規定董事會應在自己負責下獨立經營公司，惟另於第 83 條第 2 項，另規定董事會有義務執行股東大會於其權限範圍內所為之決議，似乎亦未堅持董事會優位原則；最後，日本會社法第 362 條規定，董事會對於公司業務執行等事項擁有廣泛之權利，惟按同法第 295 條之規定，股東會得決議本法及章程規定應由股東會決議事項，而在一定程度上保留專屬股東(會)之權限，並未全面採董事會優位原則；依中國大陸公司法第 99、108 條股份有限公司準用有限責任公司規定，中國大陸公司法於第 46 條明文揭示董事會應

執行股東會之決議，並於同法第 37 條詳細規範股東會針對公司業務之經營所享有之種種職權，似亦未採納董事會優位原則。

(二)我國立法分析

由於我國法究採股東會或董事會優位原則於學者間仍未有定論，有學者認為此係因我國現行法並未提供明確答案。蓋我國公司法第 202 條雖規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」但其仍與美國德拉瓦州之規定有所出入，亦非美國主流學說所設想中的董事會優位原則狀態。而揆諸上開比較法結果可知，各國對於是否採取董事會優位原則，以及如何透過成文法典明確傳達應以股東會之決議內容優先，抑或是董事會決議為優先，並未有定見。

三、方案提出

有鑑於我國現行公司法條文就我國究竟採股東會優位主義或董事會優位主義之規定隱晦，而權限劃分攸關公司經營至鉅，前揭之實務案例已充分突顯其重要性。故本次修法勢必應予釐清我國擬採用之權限劃分方式。

有鑑於公開發行公司與非公開發行公司就經營與所有之狀態，理論上前者分離而後者結合，故建議針對非公開發行公司，明文規定除公司章程另有規定者外，原則採股東會優位主義；而關於公開發行公司則建議採取董事會優位原則，並搭配董事會單軌制，但公司法保留予股東會決議之事項，仍不得更改之。

配套：公開發行公司採董事會單軌制。

四、修法委員分組審議決議

建議針對非公開發行公司，明文規定除公司章程另有規定者外，原則採股東會優位主義；而關於公開發行公司則建議採取董事會優位原則，並搭配董事會單軌制，但公司法保留予股東會決議之事項，仍不得更改之。

3.2.2 組成

3.2.2.1 常務董事會之設置

非公開發行公司董事會得設置常務董事會；公開發行公司，建議以功能委員會取代常務董事會（功能委員會應規定於證交法）。

一、現況分析

（一）現行規定

公司法第 208 條第 1 項、第 2 項對於公司設置常務董事會有所規定

（二）產生的問題

常務董事(會)是否應繼續存在之爭議涉及二個基本問題：(一)董事會之功能應為執行業務機關或純粹監控機關之爭，若為純粹監控機關，則常務董事會之存在即無必要，但若採執行業務機關見解者，則即有保留常務董事(會)之理由，但仍應檢討常務董事(會)之職權範圍及其與董事會之關係，此一問題又與下述之委員會問題有所關連；(二)在公司治理與公司經營採取大小分流的思考方向下，我們必須瞭解資本額營業額很小的公司與資本額數千億年度營收亦以千億以上計算的公司，其公司治理與公司經營主體之設計就應有不一樣的彈性設計，若僅限於採取一種架構，則又將陷入法規僵化的窠臼。因此在討論董事會等相關議題時也必須同時就上述問題一併思考。

目前股份有限公司得依照公司法第 208 條第 2 項規定設有常務董事，惟究竟有多少數量之股份有限公司及其於公開發行、上市櫃之分類中有多少數量之公司設有常務董事會，則未查證統計資料亦不確定是否有此種統計資料。由於董事會鮮少開會，開會時間又短暫，故現行公司法規定董事會休會時相關職權行使由常務董事會行之，然而另人費解的是董事會係得隨時召開不論是 7 天前通知的董事會或有緊急事由而免除 7 天前通知的董事會均屬得隨時召開之機關，且並無任何會期之問題於一定期間內不得召開董事會之規定，因此所謂董事會「休會期間」事實上與董事會之性質即有不合，想像上似乎亦無存在之必要或可能性，惟現行法規定董事會休會時其執權之行使即仰賴常務董事會依照同條第 4 項規定為之，其立法原意不明。此外常務董事之選任，採用單記法或連記法，公司法並無規定，實務判決與主管機關採開放態度。至於解任方式，主管機關與學者認為董事會可準照公司法第 208 條第 1 項之出席人數及決議方法予以解任，或因股東會決議解除其董事職務而當然去職。

關於常務董事之權限範圍，是否所有董事會可制定之決策，在其休會期間均得由常務董事會決議行之，抑或有所限制？學說上向有「法定職權說」與「授權說」論辯。主管機關原採「法定職權說」，嗣後又修正為：公司法明定專屬「董事會」決議之事項，不論係普通決議或特別決議，均不得由常務董事會決議。惟

民國 90 年公司法第 202 條修正公布後，所有非屬股東會決議之事項，已皆為法定之董事會決議事項，殊難想像尚存何事得由常務董事會決議？雖然主管機關曾主張：如遇董事會休會時，可依據公司法第 208 條第 4 項規定，由常務董事會議決辦理，再提報下一次董事會追認。但學者多質疑公司法上並無「追認」制度，若董事會不予追認，則原常務董事會之決議效力為何？尤其若該常務董事會之決議已經執行者，其效力如何將生爭議。

對此，有學者考量常務董事可能架空董事會職權，主張應逐步廢除常務董事設置，在此之前宜採「授權說」，即董事會應可否決常務董事之決議。亦有學者主張修法引進美國法制，於董事會中設立執行委員會(executive committee)或其他名稱之委員會，並列舉分派盈餘、發行新股、修改章程與買回庫藏股等重大事項，仍須由董事會決議外，其餘則可交由執行委員會處理，亦不失為解決之道。

(三)學者及各界意見

既然部分公開發行公司已於董事會設置審計委員會，此時常務董事會似有必要檢討此機制應否繼續保留。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

我國公司法下之「常務董事」在英國法下並無相對應之概念。蓋英國實務傳統上僅將董事分為執行與非執行董事；美國德拉瓦州公司法並無常董事之規定，而係以委員會之形式組成各種委員會行使不同之職權，其行使之職權無待董事會事前同意或事後追認始生效力。而在香港法(Model Articles (public companies) art. 33)上，常務董事係經由董事會任命的首席執行董事。其既為董事亦是公司經理人，其作用是負責公司的日常運作，其角色定位並不是通過法律而是取決於與公司的約定。

德國股份法無常務董事(會)之規定。在單軌制之歐洲公司，被要求董事會應任命一或數名業務執行管理人(Geschäftsführende Direktoren)，由其負責公司業務之執行，但法定之董事會職權與任務不得轉由業務執行管理人為之，而董事亦得被任命為業務執行管理人，惟董事會之多數成員仍必須由非業務執行管理人之董事任之。當非董事之第三人被任命為業務執行管理人，則其準用股份法董事之資格規定，且董事薪酬、競業禁止、向公司借款等規定，亦準用董事之相關規定。從業務執行管理人之性質及功能觀之，其角色類似執行董事或經理人。

日本會社法第 363 條規定，董事會可依據決議，於「代表董事」(代表取締役)外，選定其他董事作為「執行董事」(執行取締役)，負責公司業務之執行，其與代表董事須每 3 個月一次以上，向董事會報告其業務執行狀況。至於日本公司實務上常用之「專務取締役」(專務)、「常務取締役」(常務)等之“社內職名”，

在會社法並沒有規定，各公司可自行決定。

中國大陸公司法對股份有限公司未有執行董事的規定，但對有限責任公司，於第 50 條規定，股東人數較少或者規模較小的有限責任公司，可以設一名執行董事，不設董事會，而執行董事的職權由公司章程規定。

(二)我國立法分析

承上所述，建議先就大小分流予以區分，再就董事會之定位係定為「純粹監控型」或「執行業務型」予以區分。

因此，首先，非公開公司之股權可能相對集中(在此尚無法討論是否達一定資本規模以上公司應強制公開發行之議題)，經營與所有分離之必要性較低，公司事實上即由控制股東兼董事兼高階經理人之程度較高，此時董事會即無強令其採取純粹監控型董事會之理由與必要性，故應可使其具有執行業務型董事會之架構選擇性，但若該公司事實上規模已經足夠龐大，公司自願採取純粹監控型董事會者，自亦無不可。則在執行業務型董事會架構下即可考慮保留常務董事制度，使事實上較深度參與公司經營之董事得有不同之權限，惟現行法規規定必須董事人數達九人以上時始可設常務董事會之規定是否降低門檻則為另一問題。

其次，就公開發行公司而言，因為證交法已經引進不同功能委員會制度，且將逐步擴大其適用範圍，則應考慮廢除刪除常務董事(會)之規定，將董事會定位為純粹監控型機關，並輔以各種委員會分別執行不同權限，並解決現行法下常務董事是否有獨立於董事會以外之業務執行權，亦即對於公開發行公司之董事會全體擬建議定位為純粹監控型董事會以因應其事實上之狀況。

三、方案提出

綜上所述，對於常務董事會制度之修法建議擬提出下述二種建議案：

A 案：對非公開發行公司：有鑑於常務董事會之實際功能及我國現行公司法關於常務董事職權之規定事實上與外國立法例之執行委員會極為類似，而基於上述理由非公開發行公司之股權與經營權又有相當高比例的重疊，因此建議非公開發行公司採取執行業務型董事會，若公司認為有必須設置常務董事會以進行工作分工者，則應可維持現行公司法規定之常務董事會制度，惟現行條文所定董事會休會、常務董事之職權範圍與行使方式等應予以修正，以明確常務董事(會)之相關權限及行使方式。外國立法例中之日本法亦有於公司設置常務取締役之制度，即與我國現行法之常務董事相類似。至於非公開發行公司擬不設置常務董事會自無不可，而非公開發行公司擬自我提升其公司治理而引進委員會制度及獨立董事者，亦當無禁止之理由，惟其若擬採取委員會制者，則建議其所設之委員會亦應至少設置與公開發行公司所設之委員會相同，除此之外若非公開發行公司因業務或事實上所需要另外再增設其他委員會者，似亦無不可。

惟若非公開發行公司選擇採取委員會制度者，則因已事實上必須引進獨立董事制度以充實其委員會之組成，故此時即不應再設有監察人制度，就此應一併注意調整。又我國經濟部設置獨立董事要點等相關規定要求公開發行公司設置常務董事會者，其中必須有一席獨立董事，此一概念似有法制認知之誤解而有可調整之處。按不論常務董事或執行委員會其本質上均係為執行公司業務所設，故執行委員會(即此處常務董事會)之成員在外國法制及外國公司實務上通常為身兼公司高階經理人 senior officer 之董事會成員，而其身份亦因此而成為 insider directors，不具有外國法所稱獨立董事 independent directors 的性質，亦即獨立董事不宜與常務董事或執行委員會共處一室共同行使職權，否則將會混亂獨立董事之性質與功能，因此我國在非公開發行公司部份若保留常務董事會制度，但若非公開發行公司擬設委員會及引進獨立董事者，則應注意獨立董事不應擔任常務董事或執行委員會董事。

B 案：對公開發行公司：所設之常務董事會亦與上述相同事實上具有外國法例之執行委員會性質，因我國長期以來已經接受大型公司設有常務董事之職稱，且常務董事亦通常具有較為密切之執行權以及更高的社會地位，因此亦不宜輕言廢棄此一制度，惟為與國際接軌並降低本次修法之衝擊，承接上述及下一議題建議將公開發行公司之董事會定位為純粹監控型董事會，但將常務董事會更名為執行委員會，一來與證券交易法引進委員會制度之意旨相符，二來亦使大型公司之公司治理架構能與外國法例接軌，降低外國投資人理解之難度並提高其接受度。本項建議所根據之補充理由如下：董事會以其整體機關而言並不負責業務之執行，而係為業務監控性質，雖然董事會中有可能同時兼任高階經理人之董事，但其係以高階經理人之身份執行公司業務，而非以董事身份執行公司業務，因此董事會為純粹監控型時，即無另設常務董事會之必要，建議刪除常務董事(會)之相關規定。但此時必須輔以各種不同功能之委員會，包括執行委員會(或其他名稱之委員會，由身兼公司高階經理人之董事成員組成之，具體承擔負責公司業務之經營行為)、審計委員會(完全由外部獨立董事組成之)及其他包括薪酬委員會或提名委員會等，以使其對公司高階經理人之業務執行狀況與財務狀況能有分工並具有監督之權限，其他有關委員會之說明詳下一議題。

四、修法委員分組審議決議

建議非公開發行公司認為有必須設置常務董事以進行工作分工者，則應可維持現行公司法規定之常務董事會制度。建議公開發行公司建議刪除現行公司法常務董事會之相關規定，改以功能性委員會制度取代之。

配套措施：明定公開發行公司與非公開發行之公司董事會權限。

3.2.2.2 公開發行公司委員會設計

- 1.明文強制公開發行公司設置審計委員會，公司亦得設置其他委員會，例如：執行委員會、薪酬委員會等。
- 2.明定董事會不得再以特別決議推翻審計、薪酬、與提名委員會之決定，其他委員會得由公司自治(參證交法§14-4 規定)。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法無條文規定，證券交易法第 14 條之 4 對於審計委員會有規定，惟並非立即適用於全體公開發行公司，而係漸次採用。

(二) 產生的問題

我國公司法之公司治理架構係採董事會執行業務，監察人監督董事會之二軌制，惟因選舉制度之設計，使得監察人與董事會之多數派可能均為同一方股東，造成監察人之監督功能不彰，其次，對於董事會在非公開發行公司與公開發行公司是否有予以區分角色定位亦引起討論。

我國自民國 95 年 1 月 11 日修正證券交易法，引進獨立董事和審計委員會等新制，其原則是公開發行公司得自願設置獨立董事及審計委員會、例外主管機關可依必要情形要求上市櫃公司設置，並擬漸行推廣至上市櫃公司均應設置獨立董事及審計委員會，成為董事會單軌制之公司治理架構，並由審計委員會取代原監察人之權限與功能。然我國本是監察人與董事會雙軌之架構，貿然引入單軌制度甚或強制設置採用單軌制並將產生相關之衝突，如審計委員會之職權跨越董事經營權和監察人之監察權，以及獨立董事是否能夠介入或參與經營行為等，學者亦多有論著。我國應該先確認本身制度的定位為何，方能正確引進外國制度，並達成公司治理所欲達成之目標。證交法上之審計委員將其定位等同於監察人之替代制度，然而監察人為相對於「執行業務」董事會之「外部獨立監察機關」，而英美法系上審計委員會和三個委員會之公司則係基於，董事會全體本身為監督機關，監督執行業務董事(即同時兼任公司高階經理人及董事身份者)之「內部監督機制」。其主要差別在於委員會公司下，審計委員會為董事會下之功能委員會，使董事會部分權限移轉於此功能委員會，達到避免董事會專橫、隱瞞業務經營失利或財務虧損之情形，與監察人有本質上定位之不同。且傳統監察人無法參與董事會決策，僅作適法性審查，而委員會型態公司，以美國德拉瓦州公司法為例，其委員會本身就具有一定之權限，其所作之決議不必再送交董事會核准，故委員會就具有監督董事會中執行業務董事(或執行委員會)的功能，除適法性更有機會達到妥當性之審查。但我國證交法下所規定之委員會雖有一定之功能，但委員會所作成之決定仍可經由董事會以特別決議予以推翻，從而使得委員會之實際功能

有所折扣。

(三) 學者及各界意見

無。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

日本會社法制上之「監查等委員會公司」和「指名委員會等公司」制度，日本於 2014 年，基於設置三個委員公司之人事大權由提名委員會所掌控，採用之公司甚少，成效不彰，於是導入新制，其董事會內部只存在一監察委員會，並透過任期、成員組成、薪酬等多種管道確保其與其他董事之獨立性，而其監查等委員會定位為除審查「適法性」外，更能透過董事會內部監督而達到「妥當性」之審查，是以其定位不在取代監察人職權，而係透過簡化方式使公司適應單軌制，除適法性審查外更能夠達到監督公司內部決策。

依據英國模範章程第 5 條規定(Model Article (Public) and Model Article (Private) reg.5)，若公司章程允許董事將其權限授予他人時，董事會可決定是否成立委員會並賦予其執行特定功能和負特定責任。實務運作上，英國之上市公司(listed companies)多會選擇遵循「公司治理守則」(the UK Corporate Governance Code)而設置各委員會。「公司治理守則」要求公司應設立審計、薪酬和提名委員會以建立良好的公司內控機制。而以上各種委員會主要皆係由非執行業務董事(Non-executive directors, NEDS)所組成，且各委員會之運作規範係全權留由董事會決定之；在美國德拉瓦州公司法規定，董事會得以決議設置各種委員會，委員會並有執行權限，而非僅限於監督或監控權限，但委員會無權直接向股東會提案，亦無權修正章程或辦法，且各種委員會只要一位董事即可組成，並未要求一定要超過一人始可組成委員會，其委員會門檻甚低但權限甚大。而按香港法之規定，上市公司需要設立審計委員會、報酬委員會、提名委員會。

德國股份法對董事(會)無委員會規定，但對監察會，依股份法第 107 條第 3 項規定，其得組成一或數個委員會，來為監察會準備決議或各項行動，或監督決議之執行，尤其是成立審計委員會。德國實務上常使用的委員會如監察會主席委員會、人事委員會，或是審計委員會等，其均屬於自願性設置之委員會，惟基於德國公司治理規約之建議，上市公司最好設置審計委員會、提名委員會，否則就有義務在依法提出之公司治理聲明書中說明為何不設置。在一些特定行業中會去設某些特別的委員會，例如在銀行領域設信貸委員會、投資委員會或社會委員會等。而適用 1976 年「勞工參與決定法」、1951 年「礦業及鋼鐵工業勞工參與決定法」之公司，則依其相關法律規定，公司應於監察會設調查委員會，此種委員會屬於這類公司監察會的法定委員會。依 SE 施行法規定，德國單軌制之歐洲公司，董事會得組成一或數個委員會，來為董事會準備決議或各項行動，或監督決

議之執行，尤其是成立審計委員會。審計委員會必須多數由非執行業務董事組成。

(二)我國立法分析

承上一議題，就常務董事會之制度建議先基於大小分流及董事會性質，就非公開發行公司定位為執行業務型並保留常務董事會，但公開發行公司則建議走向純粹監控型，董事會就其整體而言不擔任業務執行權限，但身兼公司高階經理人之董事成員則建議組成具有美國實務上執行委員會(executive committee)有權負責業務之委員會，其名稱可以統一由證券交易法予以立法定義或由各公司自行以章程或內部辦法決定其名稱，此一委員會並向全體董事會提出報告並接受監督，而董事會之其他外部獨立董事則組成包括審計委員會等行使不同之權限。由證券交易法統一名稱之優點在於具有法律定性地位且較無爭議性之用語，對其權限與對外對內之關係均可有效定位，缺點則在於現行法例如銀行或金控公司分別依照個別法律有設置常務董事會之必要，則若證券交易法強制設立執行委員會者，則執行委員會將有可能與常務董事會產生地位不明之情形。

關於各類委員會之設置，目前我國針對非公開發行公司設置各類委員會，不僅未有相關規範，且依照經濟部之函釋，非公開發行公司不得以設置獨立董事之方式取代監察人，故非公開發行公司尚不得設置各委員會強化其公司治理，本建議亦未要求非公開發行公司之董事會改為純粹監控型，而要求其設置各種委員會，至於若非公開發行公司擬自我提升公司治理品質為未來之成長先予規劃，似亦無不可，故是否可以在非公開發行公司設置例外自願採取委員會取代常務董事會及監察人之；至於公開發行公司設置委員會，亦僅有證交法對公開發行公司設置審計委員會與薪酬委員會設有相關規定(第14條之4與第14條之6)。

而我國「上市上櫃公司治理實務守則」第27條雖已有類似英國法之規定，而有公司董事會為健全監督功能及強化管理機能，得考量董事會規模及獨立董事人數，設置審計、提名、風險管理或其他各類功能性委員會之規範。惟前述準則並非以法律明文規範，且其適用範圍僅止於上市上櫃公司。故本次修法建議放寬非公開發行公司不得設置獨立董事代替監察人之限制，使非公開發行公司得自行規劃其監理模式，不論是設置監察人而採雙軌制，抑或是設置獨立董事及各項委員會的單軌制，甚至是僅有董事會而無其他監理機關之設置亦無不可，以增加其經營上的彈性。

至於公開發行公司，則建議配合證交法相關規定，於公司法新增公開發行公司應設置委員會之規範，並使公開發行公司一律採行單軌制，以強化公司治理並便於與國際接軌。至於法定應設置之委員會應包含如何之類型，除審計委員會與薪酬委員會應屬必要設置者外，其他諸如提名、風險管理等功能性委員會，則宜由主管機關衡酌規範適用之情況決定是否列為法定應設置之委員會。

又我國經濟部設置獨立董事要點等相關規定要求公開發行公司設置常務董事會者，其中必須有一席獨立董事，此一概念似有法制認知有所誤解從而有可調整之處。按不論常務董事或執行委員會其本質上均係為執行公司業務所設，故執

行委員會之成員在外國法制及外國公司實務上通常為身兼公司高階經理人 senior officer 之董事會成員，而其身份亦因此而成為內部董事，不具有外國法所稱獨立董事 independent directors 的性質，亦即獨立董事不宜與常務董事或執行委員會共處一室共同行使職權，否則將會混亂獨立董事之性質與功能，因此我國在引進委員會制度時首應區分委員會之種類、功能與性質。就外國法例與公司實務上較常見者為執行委員會(executive committee)，通常由內部董事擔任；審計委員會、薪酬委員會及提名委員會則由獨立董事組成，因此我國現行制度下要求獨立董事必須擔任一席常務董事之規定，有必要予以調整。

此外，應配套證交法 14-5, 14-6 下之委員會權限之調整，包括董事會是否可以否決委員會之決議或反面言之委員會之決議是否應再「往上提報」到董事會再為最終決議等問題均應再為思考調整，本次建議引進委員會制度並於公司法中對委員會進行實質授權，且委員會之決議不需再提報到董事會進行決議，否則委員會之引進將無功能。

三、方案提出

A 案：公開發行公司以證券交易法強制設立執行委員會、審計委員會等法定委員會，並具有一定之權限，為使審計委員會或薪酬委員會等具有一定之權力，董事會不得推翻委員會之決定。

B 案：強制設立委員會，但委員會之名稱、種類不予硬性規定，委員會之權限及委員會之決定是否得由董事會以特別決議予以變更維持現行規定。

四、修法委員分組審議決議

1. 明文強制公開發行公司設置審計委員會，公司亦得設置其他委員會，例如：執行委員會、薪酬委員會等。

2. 明定董事會不得推翻審計、薪酬、與提名委員會之決定，其他委員會得由公司自治。

(金管會：現行證交法針對審計與薪酬委員會已有相關規定，建議適用現行法。)

3.2.2.3 非公開發行公司獨立董事之設置

建議非公開發行公司亦得設置獨立董事。

一、現況分析

(一)現行條文

僅證券交易法第 14 條之 2 訂有獨立董事設置之規定，公司法則無類似規定。

(二)產生的問題

由於公司法上並無獨立董事之規定，從而經濟部表示「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，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(經濟部九七、九、一九經商字第 0 九七 0 二三四七六七 0 號函)，其結果，即使非公開發行公司擬自我提升公司治理，依據經濟部之解釋，亦無法設置獨立董事，對以促進公司治理之政府政策與世界潮流似有所背離。

如前所舉經濟部函釋，現行法令不許非公開發行公司設置獨立董事。但就立法論言，應給予自我提升公司治理之機會，且此為尊重公司自治之展現。學者指出，若非公開發行公司在公司法中增訂獨立董事之相關規範時，應該賦予非公開發行公司有選擇單軌或雙軌制之權利。但是若公司選擇獨立董事制度，則應不能再設立監察人制度，否則在雙軌制下之獨立董事並不具備監督責任，此獨立董事對公司監督機能並無改善。似肯定非公開發行公司應有選擇設置獨立董事之權。

此外，無論雙軌制或單軌制，公司自律機制之效能建立在充分的事前資訊取得，而有資訊才方有監督，否則恣意課予違反義務時責任的後果，即可能造成無人願意擔任獨立董事的寒蟬效應。我國現今之公司監督者(監察人、獨立董事、審委會)無論是何者，依據現有之法規僅得對公司為資訊請求，而面臨未實質擁有獨立獲取資訊管道之問題。因此於公司法將來就非公開發行公司引進獨立董事時，除考量現有證交法之規範外，亦須一併考量獨立董事資訊取得管道缺乏之問題。

(三)學者及各界意見

有業界表示獨立董事似只有大型且股權分散的公司才有強制設置的意義與正當性，否則不利於中小型企業營運，且與承認一人公司的理念亦有扞格。業界多表示公司法未來之修正，應強調其便捷化，盡量利用市場機制，以免讓業界承擔過多額外成本，希望勿以強制性規定為之，而應讓業者自行體認其益處。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法與模範章程並無針對獨立董事特別規範。實務上，英國係將董事區分為執行董事，與非執行董事 (Non-executive directors，簡稱 NEDS)，並以後者負責公司治理之事項，簡言之，英國法並未規定僅有公開發行公司可設置非執行董事或獨立董事，而將此交由公司章程自行決定。美國法上對此亦無相關規範。香港公司條例之規定，獨立董事人數須占上市公司董事三分之一，並且不低於三人。而獨立董事與董事一樣，對公司負有忠實義務和勤勉義務。

德國股份法無獨立董事規定。但對監察會則於股份法第 100 條第 5 項、第 107 條第 4 項規定，已在或申請於有組織之證券市場交易的公司(下稱資本市場公司)必須其監察會至少有一位具會計或審計專長的獨立監察人；若資本市場公司於監察會下設有審計委員會者，則委員會至少應有一名委員符合獨立監察人的要求。單軌制之歐洲公司，若其為資本市場公司，必須其董事會至少有一位具會計或審計專長的獨立董事；已在或申請於有組織之證券市場交易的歐洲公司，若於董事會下設有審計委員會者，則委員會至少應有一名委員符合獨立董事的要求，且審計委員會主席不得由業務執行管理人(單軌制之歐洲公司，被要求董事會應任命一或數名業務執行管理人，由其負責公司業務之執行，董事亦得被任命為業務執行管理人，惟董事會之多數成員仍必須由非業務執行管理人之董事任之)擔任之(SE 施行法第 27 條第 1 項、第 34 條第 4 項)。亦即若是非公開發行公司未強制要求設亦未禁止設獨立董事(獨立監察人)。

日本會社法無獨立董事規定，但有外部董事規定。中國大陸公司法對非公開發行公司無要求或禁止設獨立董事規定，但第 122 條規定，上市公司設立獨立董事，具體辦法由國務院規定。

(二)我國立法分析

依現行法我國非公開發行公司並不得以章程規定設立獨立董事，該限制應否放寬，以及放寬相關規定後，獨立董事之資格與選任是否須與證券交易法相同，應予解決。

關於獨立董事之定義與其資格，雖有認為英國法上之非執行董事等同於獨立董事，但依學者見解，所謂「非執行董事」是指以其專業能力而進入董事會，其雖未負責公司業務之執行，但仍會參與董事會決策程序之董事。而非執行董事之重要性即在，其於負責公司治理之事項執行上扮演了相當重要的角色。故英國法之非執行董事並非當然等於我國之獨立董事，應甚明確。因此，揆諸上開比較法上設置獨立董事之情況與其相關規範，我國獨立董事之定義以及其資格條件應有予以釐清之必要。

為期能與證交法相互呼應，並便於與國際接軌，本此修法建議針對公開發行公司，應一律設置以獨立董事與功能性委員會之方式，以期強化公司治理。至於功能性委員會，建議僅審計委員會為必要委員會，其餘仍視公司規模或其他要件

由公司決定是否採行，僅於必要情形方由公開發行公司之主管機關強制設置。而關於獨立董事之定義，則仍配合證交法相關規定，強調其獨立性與專業性，而非公開發行公司亦得設置獨立董事之方式取代監察人。惟如獨立董事不符合獨立性、專業性之要求，則屬於一般董事。

三、方案提出

建議非公開發行公司亦得設置獨立董事，相關規定應與證交法相同。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

3.2.3 開會

3.2.3.1 董事會之召集權人

由董事長或過半數之董事召集董事會。惟非公開發行公司章程得規定一定比例以上之董事有召集權。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 203 條規定：「(第 1 項)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。...(第 5 項)得選票代表選舉權最多之董事，未在第二項或前項限期內召集董事會時，得由五分之一以上當選之董事報經主管機關許可，自行召集之。」亦即每屆第一次董事會原則上由董事選舉得票最高者召集董事會，而例行董事會僅能由董事長召集之。

(二)產生的問題

現行法對例行董事會之召集權規定為董事長之專屬權限，又不容許公司章程或董事會議事規則自行規定其他替代方案，則一旦董事長刻意不召集董事會，將有礙於董事會之順利召開，而嚴重損及公司治理。

由於法律僅明文規定，每屆第 1 次董事會，獲得選舉權最多之董事如未在法定期限內召集董事會者，其不論是不能或不為召集，此時得由五分之一以上當選之董事報經主管機關許可，自行召集董事會；但如果是例行董事會僅能由董事長召集，若董事長不能召集，除符合第 208 條第 3 項由其職務代理人為之之外，或董事長不為召集，則除非向法院聲請臨時管理人代行董事長職權，否則將造成無其他人可召集董事會，影響董事會之召開，本條法律規定未盡周延。若是發生非由召集權人董事長召集董事會之情況，依國內實務觀點，應認為董事會決議無效。(參照最高法院 104 年台上字第 823 號民事判決：董事會為股份有限公司之權力中樞，故董事會之召集程序、決議方法應符合公司法第 203 條至第 207 條之規定，如有違反，應認為當然無效，藉此確保決定之內容最符合所有董事及股東之權益)。

對於董事會之召集，依經濟部經商字第 09302182030 號函釋，董事長如不召開董事會，尚不得由其他董監事召集。曾有公司章程規定：「過半數以上之董事以書面請求董事長召開董事會時，董事長應召集之。前項請求提出後十五日內董事長不為召集之通知時，得由過半數以上之董事自行召集之。」惟經濟部於民國 82 年商字第 202200 號函釋表示，此章程記載內容乃於法未合。

(三)學者及各界意見

有學者認為，現行法規定，將例行董事會之召集權解為董事長之專屬權限，

而不容許公司章程或董事會議事規則自行規定其他替代方案，一旦董事長刻意不召集董事會，以規避董事會之內部監督，將嚴重損及公司治理。此外，若公司董事長出缺，例如死亡、辭職等，是否得類推適用第 208 條第 3 項董事長「代理人」規定，而由代理董事長職務者召開董事會，或是須先補選董事長，再由新任董事長召開，亦存有爭議(經商字第 09602146040 號函釋、臺灣高等法院暨所屬法院 86 年法律座談會民事類提案第 14 號之見解即有不同)?此外，董事長選任或改、補選須由 2/3 以上董事或常務董事出席之門檻設計，於實務運作上有時亦可能阻礙董事長的順利產生，從而影響董事會之召開。

業界認為，在實務中，此議題造成大困擾，為了兼顧時效，建議明定得由過半數以上之董事自行召集之。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法對董事會的會議程序除了議事錄記載的要求外(CA 2006 s.248)，並無其他細節性規範。此外，模範章程雖有會議程序之相關規定，但基本上亦賦予董事會有可自行調整相關規範之權利，故在實務運作上，仍可能因公司大小、型態之不同而有所差異。以董事會之召集而言，其原則上賦予各個董事皆有召集董事會之權利。另外，對於有設置公司秘書之公司而言，公司秘書亦得受董事請求召集該次董事會。在香港公司條例(Model Articles (private companies) art. 9; Model Articles (public companies) art. 7.)部分，可於公司章程細則中規定，任何董事均可召集董事會，公司秘書須提前通知。

德國股份法之雙軌制，無董事會運作相關細節規定，故董事或董事會之運作，係依公司訂定之董事會業務規則為之。董事會業務規則，若章程未規定應由監察會公佈者，或未經監察會為董事會公佈其業務規則者，董事會可自行經過全體一致決議訂定業務規則。章程可就業務規則之特定問題加以規範，其規範具有拘束力(股份法第 77 條第 2 項)，故董事會之召集係依董事會業務規則為之。在德國採單軌制之歐洲公司(SE)，依 SE 施行法規定，任何董事均得說明目的及理由請求董事長立即召集董事會，且會議應在召集後兩週內召開。若主席未依請求為之者，則董事可提出議程自行召集董事會。

日本會社法第 366 條規定，董事會應由董事召集，但章程或董事會另有規定由特定董事召集者，由該董事召集之，惟未被指派為召集權人之董事，得提出應召集理由，要求召集權人召集董事會，而自請求之日起 5 日內，若未發出將於請求之日起兩週內召開董事會之召集通知者，則提出請求之董事可自行召集董事會。又第 367 條規定，設董事會之公司(設監察人及委員會之公司除外)的股東，在董事實施公司目的範圍外之行為及其他違反法令或公司章程之行為，或存在實施這些行為之虞者，得請求召集董事會，而自請求之日起 5 日內，若未發出將於

請求之日起兩周內召開董事會之召集通知者，則提出請求之股東同樣亦可自行召集董事會。

中國大陸公司法第 109 條規定，董事長有召集和主持董事會會議之權限，副董事長於董事長不能履行職務或者不履行職務時，由副董事長履行職務，惟副董事長不能履行職務或者不履行職務時，由半數以上董事共同推舉一名董事執行職務。又第 110 條規定，代表十分之一以上表決權的股東、三分之一以上董事或者監事會，可以提議召開董事會臨時會議，董事長應當自接到提議後十日內，召集和主持董事會會議。

(二)我國立法分析

依我國公司法第 203 條第 1 項規定，董事會由董事長召集之，但每屆第一次董事會，由所得選票代表最多之董事召集之，若是得票最多之董事未在規定期限內召集董事會時，得由五分之一以上當選之董事報經主管機關許可自行召集之，可知除每屆第一次董事會之召集權人有較周延規範外，例行董事會之召集權則僅賦予董事長，若董事長刻意不召集董事會，以規避董事會之內部監督者，將嚴重損及公司治理。又若公司董事長出缺，例如死亡、辭職等，是否得類推適用第 208 條第 3 項董事長「職務代理人」規定，而由代理董事長職務者召開董事會，或是須先補選董事長，再由新任董事長召開，亦存有爭議，故為使董事會更易於召開，擬修法建議放寬董事會之召集權人規範。

三、方案提出

非公開發行公司，原則上任何董事均有召集權。但章程得規定，董事一人或數人有召集權。

以下係對公開發行公司所提建議，且建議設為強行規定：

方案 A：參考外國法制並兼顧我國公司實務運作背景，避免放寬董事會召集權人後有濫行召集之情況發生，故建議除董事長外，過半之董事亦應有董事會召集權。

方案 B：參考德國法之規定，建議除董事長外，任何(一定比例)董事(或監察人、一定比例股東)均得說明目的及理由請求董事長立即召集董事會，且會議應在請求後一定時間內(例如兩週內)召開，若董事長未依請求為之者，則請求人可自行召集之。

配套方案 B：為避免產生雙或多胞胎董事會情況，建議召集通知應於合理期間(如會議前七日)前發出。已有召集會議時，至下次會議之開會日期，於該段期間不得再行開會與召集開會。

四、修法委員分組審議決議

將由董事長或過半數之董事召集董事會。惟非公開發行公司章程得規定一定比例以上之董事有召集權。

公司法全盤修正修法委員會

3.2.3.2 董事會之召集期間、臨時動議

- 1、召集時間：公開發行公司維持現狀。惟非公開發行公司得另行規定之。不論是否為公開發行公司，若由章程授權董事會決定於固定日期開會者（例如：每月第一個星期五），得不適用七天前通知之限制。
- 2、召集程序有瑕疵時之治癒：若召集程序有瑕疵，董事一旦出席，且未對此程序瑕疵表示異議，即視為同意董事會之召集，程序瑕疵即治癒。
- 3、臨時動議：公司之董事會原則上不得提臨時動議，但公開發行公司有正當理由且經出席董事全體同意下，不在此限；非公開發行公司得以章程另為規定。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 204 條規定：「(第 1 項)董事會之召集，應載明事由，於七日前通知各董事及監察人。但有緊急情事時，得隨時召集之。(第 2 項) 前項召集之通知，經相對人同意者，得以電子方式為之。」此召集通知規定之立法目的在於，使公司董事可以預先得知議案之內容，而得事先就議案內容為充分準備，促使董事會更有效率地運作。僅在遇有緊急情事時，依同條文但書規定，得隨時召集之。

(二)產生的問題

現行實務上常出現之爭議為，若例行董事會未於七日前召集通知，則董事會決議效力為何？又董事會召集應載明事由為之，則董事會可否提臨時動議進行決議？

學者及實務見解(最高法院 97 台上字第 925 號判決)均有認為，公司董事藉由參與會議、互換意見並集思廣益，方能使公司業務之執行做出妥適之決定。且從董事對公司負有忠實義務之角度而言，董事原本即應親自出席董事會，並參與討論，方能不違其董事之受任人義務。在這樣的前提下，應確保每位董事均能在事先獲知議案的狀態下出席董事會，方得使董事會能順利運行，亦是董事能夠善盡受任人義務之必要條件。出於這樣的考量，若未遵守事先通知之期限規定，或於會議中有臨時動議之決議，將可能造成部分董事在開會日期及開會議題方面有受到突襲之可能。對於違反事先通知之效果或臨時動議之決議效力，目前實務見解多數認為，有程序瑕疵之董事會決議應為無效。然亦有實務見解(例如最高法院 104 年台上字第 823 號民事判決)認為，若在雖未事先通知但全體董監事倘皆已應召集而出席或列席董事會，對召集程序之瑕疵並無異議而參與決議，如若仍認為程序有瑕疵而認定決議無效，似矯枉過正，因此尚難謂董事會之召集違反法令而認其決議應為無效。

(三)學者及各界意見

如上所述。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國法公司模範章程雖未規定召集通知應提前多久寄發，但自條文(Model Article (Public) reg. 8(4)-(6)、Model Article (Private) reg. 9(2)-(4))中要求通知應載明開會之預計日期與時間(its proposed date and time)而言，通知必須提前為之應無疑義。通常公司章程並不會特別要求該通知必須以書面為之，但實際情形仍端看各公司董事會決定。此外，英國模範章程規定董事可放棄獲得召集通知之權利(Model Article (Public) reg. 8(4)；Model Article (Private) reg. 9(4))。而若公司章程亦未明確規定提前寄發通知之天數，則依實務見解應依該通知是否合理(reasonable notice)判斷之(Browne v. La Trinidad (1887) 37 Ch.D 1, 57LJ Ch 292, CA)，例如大型公眾公司之董事若係散居各地，則開會之通知自應提早較長時間以書面寄發，而若是小型私人公司，且董事皆已在場的情形時，通知則可提前自會議召開前數分鐘為之(Re Homer District Consolidated Gold Mines (1888) 39 Ch D 546.)。香港法之規定，會議通知須到達每名董事，且無需以書面的形式，惟亦應當送達董事之替補董事。

德國股份法並無董事會運作之相關明文規定。董事或董事會之運作，若章程未規定應由監察會公佈董事會業務規則，或未經監察會為董事會公佈其業務規則者，董事會可自行經過全體一致決議訂定業務規則。章程可就業務規則之特定問題加以規範，其規範具有拘束力(股份法第 77 條第 2 項)，從而如何為董事會召集通知，係依董事會業務規則為之。單軌制歐洲公司之董事會亦得自訂業務規則，公司章程亦可就董事會業務規則之特定問題加以規範(SE 施行法第 34 條第 2 項)，從而董事會召集通知亦係依董事會業務規則為之。

日本會社法第 368 條規定，董事會之召集，須在董事會召開的一週前(公司章程得為較短期間規定)，向各董事(設有監察人者，向各董事及各監察人)發出通知，但在全體董事(設有監察人者，董事及監察人)同意時，董事會可不經召集程序召開。亦即在全體董監事同意下，董事會可不須事先通知且隨時提出議案召開。中國大陸公司法第 110 條規定，董事會應當於會議召開十日前通知全體董事和監事，召開臨時會議，可以另定召集董事會的通知方式和通知時限。至於董事會會議中可否提臨時動議，未見明文規定。

(二)我國立法分析

我國董事會召集之通知具有明確時間限制，依公司法第 204 條第 1 項規定，董事會之召集，應載明事由，於七日前通知各董事及監察人，但有緊急情事時，得隨時召集之。此外，通知方式依同條第 2 項規定，若經董事同意時，得以電子方式為之。較諸上述比較法規定，我國公司法對於董事會開會通知的規定較為僵

化。

三、方案提出

方案 A：1、召集時間：對公開發行公司建議仍維持強制應七天前通知與緊急事由之設計。惟關於非公開發行公司董事會之召集，其七天前通知與書面要求之限制，得以章程另行規定。2、召集程序有瑕疵時之治癒：若召集程序有瑕疵，董事一旦出席，且未對此程序瑕疵表示異議，即視為同意董事會之召集，程序瑕疵即治癒。3、臨時動議：公開發行公司之董事會，原則上不得提臨時動議，但有正當理由且經出席董事全體同意下，不在此限；非公開發行公司，原則上不得提臨時動議，但章程得另為規定。

方案 B：維持現行召集通知規定。

配套措施：為避免爭議，建議明文規範董事會未遵守法定(或章定)召集程序規定者，原則上為無效，但比照公司法第 189 條之 1，規定若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。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

3.2.3.3 開會方式

建議董事會之進行雖仍以實體集會、視訊或語音方式為之，但非公開發行公司得以董事全體同意之書面決議取代實體會議，或由章程授權董事會另為開會方式之決定。取消董事得代理出席之規定。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 205 條規定：「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者，不在此限。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。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。前項代理人，以受一人之委託為限。董事居住國外者，得以書面委託居住國內之其他股東，經常代理出席董事會。前項代理，應向主管機關申請登記，變更時，亦同。」

(二)產生的問題

現行公司法僅允許董事會須實體集會或以視訊方式開會，惟實務上，尤其是家族式公司可能以電話會議或書面決議來替代實體集會，造成董事會會議未依法有實際舉行之情事。

經濟部民國 92 年 9 月 15 日商字第 09202189710 號函釋：「按公司法第二百零五條第二項規定：『董事會開會時，如以視訊會議為之，其董事以視訊會議參與者，視為親自出席』。係鑑於電傳科技發達，人與人溝通不侷限同一地點，從事面對面交談，如以視訊會議方式從事會談，亦可達到相互討論之會議效果，與親自出席無異。亦即以電傳視訊從事面對面會談情形始得為之。其餘方式，尚不得視為親自出席。」故董事會開會方式僅能以實體集會或視訊方式為之。

惟實務上董事會之召開並非經常舉行，而公司許多業務事項須經董事會決議為之，因此，常常實際上董事間可能已對公司業務達成共識，然須等待一段時間後再一併開會決議，造成公司業務延宕，從而容易發生便宜行事情況。況且對許多家族型的中小企業而言，公司的實質控制權常全在一人手中，其他董事可能皆為親戚充當人頭，故董事會常常在吃飯時順便完成、甚至未有實際上集會。因此，董事會之進行是否須一定要以實際集會或視訊方式為之，各界認為似有放寬之討論空間。

(三)學者及各界意見

業界對開會方式認為應容許多元方式，譬如我國公司法雖經修正，仍不允許董事會以電話會議進行，限制過多。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法對董事會開會方式並無細節性之要求，依公眾公司模範章程第 9 條和私人公司模範章程第 10 條之規定，董事會開會雖需董事出席參與，但開會方式與董事應於何處或以何方式溝通並無關係。因此可知原則上英國法就董事會開會方式並無一定方式之要求。而於實務運作上，許多公司皆會在章程中寫入董事會得以電話(telephone)或相類似電子媒體，例如視訊會議(video conferencing)的方式進行之。

在美國德拉瓦州公司法上，董事得以親自出席、視訊或其他通訊方式參與會議，而以得聽到其他董事發言之方式參與，均視為參與開會。香港法原則上對董事會開會方式允許用任何方式為之。董事會可以以非正式的方式進行，尤其在家族企業或者閉鎖性私人公司中這種情況尤為普遍，法院予以認可。此外，董事會得以書面決議取代實際集會開會，但公司董事會在採取書面決議的方式前，需要取得全體董事同意；至於該項書面決議仍須達到法定決議門檻，方發生效力。

德國股份法之雙軌制，無董事會運作相關細節規定，故董事或董事會之運作，係依公司訂定之董事會業務規則為之；董事會業務規則，若章程未規定應由監察會公佈者，或未經監察會為董事會公佈其業務規則者，董事會可自行經過全體一致決議訂定業務規則；章程可就業務規則之特定問題加以規範，其規範具有拘束力(股份法第 77 條第 2 項)，故董事會之開會方式係依董事會業務規則為之；而單軌制歐洲公司之董事會，以書面、遠距對話或其他類似方式為董事會或委員會決議，僅在章程或董事會業務規則有規定的前提下，且無董事反對，方可為之(參考 SE 施行法第 35 條規定)。日本會社法第 370 條規定，設董事會公司，可以在公司章程規定，董事就董事會議案，由全體董事(限就該議案可投票的董事)以書面形式或電子方式為同意表示時(設有監察人之公司，監察人就該議案表示異議者除外)，視為已作出通過該議案的董事會決議，準此，則董事會可不實際集會，而得以書面或電子方式進行議決。

(二)我國立法分析

公司法第 205 條要求原則上董事應親自出席會議，但章程訂定得由其他董事代理者，不在此限。此外，若董事會係以視訊會議為之，則董事以視訊參與會議者，視為親自出席，但電話討論方式依主管機關解釋尚不屬於親自出席。然我國實務上，尤其家族型的中小企業，常發生董事間已就特定事項達成共識而未實際集會決議，或以電話、書面或社群通訊軟體(如 Line 或 Facebook 等)達成共識，因此，現行法規定董事會須實體集會或以視訊方式開會一節，似嫌過於僵化，未能符合實務現況，從而有必要修法放寬，增加董事會開會方式之彈性，以強化企業經營之自主。

三、方案提出

A 案：參考前述英、美、德、日規範，建議董事會之進行雖仍以實體集會、視訊或語音方式為之，但非公開發行公司得以董事全體同意之書面決議取代實體會議，或由章程授權董事會另為開會方式之決定。取消董事得代理出席之規定。B 案：於公開發行公司，規定得以實體集會、視訊或電話會議方式為之；於非公開發行公司，得以任何方式為之(實體集會、視訊、書面、電話會議或社群通訊軟體等)。

配套措施：現行規定董事會已得以視訊會議為之，且網路通訊越來越發達，則不論董事本人親臨會議現場，或用視訊方式參與會議，均已非常便利，且擬建議進一步開放電話會議，從而董事親自參與會議將非常簡便，故為督促董事本人親自履行義務，以利責任之判斷與追究，建議刪除董事會代理出席之相關規定(包括單次代理與經常代理)。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

3.2.3.4 董事長之選任及董事會決議定足數

董事長選舉不論是每屆新任董事會之第一次董事長選舉，或任期中之改或補選，均以董事會普通決議為之。新任董事會第一次會議召集應由過半數之董事當選人召集之。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 203 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。」、第 208 條規定：「(第 1 項)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。(第 2 項)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。」

(二)產生的問題

依現行法規定，董事長之選任，係經由董事會或常務董事會以特別決議方式為之，而每屆新任董事之董事長選舉會在第 1 次董事會舉行，考量萬一董事出席人數未達門檻，無從產生董事長，影響新任董事會運作，故第 203 條第 4 項規定，可以用普通決議方式選任董事長。但若是董事長係在任期內因故出缺，則是否重新選任之董事長亦能以普通決議選出，顯有疑問。若是不能者，將可能影響董事長之改選，尤其當董事有缺額時，如果將來董事會決議定足數的計算，從現行主管機關認定以「實際在任而能應召出席者」改為以「章程所定或該屆最初選任人數」作為基準，則在董事尚未補選前，將可能出現因董事缺額超過三分之一，董事會出席人數無從達到三分之二導致無法作成特別決議來改選新任董事長的困局，從而似有必要放寬選任董事長的決議方式。

經濟部民國 103 年 11 月 18 日經商字第 10302136340 號函表示：「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。查案內 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」，從而依主管

機關見解，認為只有每屆第 1 次董事會產生之董事長有可能以普通決議產生，若是董事任期中，董事長因故出缺時，則僅得以董事會(或常務董事會)之特別決議改選董事長。

由於任期中之董事長改選僅得以特別決議選任，將可能導致董事出缺達強制補選時，因將來董事會決議定足數之之計算可能從現行主管機關認定之「實際在任而能應召出席者」改為以「章程所定或該屆最初選任人數」作為基準，致使董事未補選或未補滿前無從或難以產生新任董事長。

(三)學者及各界意見

無

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法上(Model Article (Public) reg. 12、Model Article (Private) reg.12)，董事會主席的作用多被認為僅係在主持會議，以及確保議事順利進行，其權能與一般董事並無不同；香港公司條例(Model Articles (private companies) art. 9; Model Articles (public companies) art. 7)則規定董事可以選舉一名董事為主席來主持會議，並可以隨時終止主席的委任。美國德拉瓦州公司法對於董事長之職權亦無特別規定，除非董事長兼 CEO，否則性質上董事長亦僅為董事會會議之主席而已。既然董事長除董事會主席外無特別權限，其產生方式即無特別規定之必要。

德國股份法規定，監察會若選任多名董事者，監察會得指定 1 人擔任董事長，其決議採簡單多數決。德國單軌制之歐洲公司，其董事會應選出 1 名主席(董事長)，及依章程規定至少 1 名副主席，若董事會僅由 1 名組成，則該唯一董事行使董事長之職權，董事會決議方式依其業務規則定之，但不得違反多數決原則。日本會社法中並無董事長規定，但有代表董事(代表取締役)之規定，其產生係由董事會決議選任，而決議方式依第 369 條第 1 項規定，由有權行使表決之董事的過半數(公司章程得為更高比例之規定)出席，出席表決之過半數(公司章程得為更高比例之規定)同意行之。中國大陸公司法第 109 條規定，董事會設董事長一人，可以設副董事長。董事長和副董事長由董事會以全體董事的過半數選舉產生。

(二)我國立法分析

依現行法規定，董事長之選任，係經由董事會或常務董事會以特別決議方式為之，除每屆新任董事會之第 1 次董事長選舉得以普通決議產生外，其它任期中改或補選董事長均須以特別決議為之，導致於董事缺額強制補選而未補選前，若董事會決議定足數改採「章程所定或該屆最初選任人數」為計算基準時，將無從作成特別決議選出董事長，因此，參考外國法制，擬建議放寬董事長選任之決議

方式，以降低董事長產生的難度。

又若是董事會成員僅餘 1 人在任，依經濟部民國 93 年 5 月 7 日商字第 09302073130 號函表示：「按股份有限公司董事會係採合議制，且依最高法院六十五年台上字第一三七四號判決之意旨，會議決議應有二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一人親自出席，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。」從而董事會應至少 2 人以上出席，但此見解將有礙董事會召開股東會，故擬建議儘 1 位董事在任時，可由該董事召開股東會補選董事。

三、方案提出

董事長選舉不論是每屆新任董事會之第 1 次董事長選舉，或任期中之改或補選，均以董事會普通決議為之。(對公開發行、非公開發行公司均適用之強行規定)

配套措施：1. 放寬董事會召集權人規定，使董事會容易召開。2. 董事補選規定之修法配套建議。3. 明確規範董事會決議定足數之認定，以杜絕爭議(例如，得以每屆最初選任人數，取代現行經濟部見解)。4. 儘 1 位董事在任時，可由該董事召開股東會補選董事。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.2.3.5 以書面決議取代實體開會

參 3.2.3.3 開會方式。

一、現況分析

(一)現行條文

現行公司法無相關規定。

(二)產生的問題

現行公司法第 205 條第 1、2 項規定，董事會開會時，董事應親自或透過代理實際出席集會，或僅得以視訊方式參與會議，然國內存有眾多小型或家族型之中小企業，其董事有經常溝通的管道，是否一定要求於固定時間大家現場或視訊齊聚一堂開會討論議案，顯無必要，從而董事會決議之形成方式似有放寬之餘地。

現行公司法第 205 條第 1、2 項規定，董事會開會時，董事應親自出席，以視訊參與會議者，視為親自出席。其中關於可以視訊參與會議之規定，係於民國 90 年修法時新增之規定，其立法理由謂：「鑒於電傳科技發達，以視訊會議方式從事會談，亦可達到相互討論之會議效果，與親自出席無異，爰參考外國立法例，增訂第二項。」從而依法條文義及立法理由觀之，即使董事會會議有採用視訊會議方式，仍是須有實際集會，方得提供董事親自出席之可能，及可使視訊參與之董事視為親自出席。而依經濟部函釋，電傳視訊以外方式不得視為親自出席。

我國公司法目前僅在閉鎖性公司有放寬股東會可以用書面決議，而不實際集會，依公司法第 356 條之 8 規定：「(第 3 項)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。(第 4 項)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。」

(三)學者及各界意見

有學者表示，我國董事會會議尚未引進書面決議制度，但主張就非公開發行公司或閉鎖性公司，在立法政策上應尊重公司自治，放寬董事會作成決議之方式。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國董事會書面決議之規範因公司型態為私人或公眾公司而有不同，前者規定於 CA 2006，限制私人公司董事會之書面決議不得針對解任董事(CA 2006 s.168)與解任審計委員(CA 2006s.510)兩種事項為之。此外，書面決議應製作影本寄發與所有具公司董事成員資格之人。而於公眾公司方面，模範章程允許董事提

議董事會以書面決議為之，且若於該次書面決議簽名表態的董事已達開會人數的法定門檻時，相關表決事項將被視為在章程所定董事會會議中所決議。故依上述規定可知，若公司董事會採行書面決議符合相關法定要件時，其書面決議可具有等同董事會開會之效力。於美國法，如章程未禁止且全體董事或委員會董事書面同意之前提下，可以不召開會議而以書面或電子傳輸等方式作成決議，但必須依其同意之方式分別作成書面或電子記錄並提交董事會或委員會。按香港公司條例之規定，公司章程得規定以書面進行決議，以書面方式通過之決議與實際會議有相同效力。

德國股份法無董事會運作之相關細節規定，董事或董事會之運作，若章程未規定應由監察會公佈董事會業務規則，或未經監察會為董事會公佈其業務規則者，董事會可自行經過全體一致決議訂定業務規則，且章程可就業務規則之特定問題加以規範，其規範具有拘束力(股份法第 77 條第 2 項)，從而董事會之開會方式或決議之形成係依董事會業務規則為之；而單軌制歐洲公司之董事會，依 SE 施行法第 35 條規定，書面、遠距對話或其他類似方式作成之董事會或委員會決議，僅得在章程或董事會業務規則有規定前提下，且無董事反對，方可為之。日本會社法第 370 條規定，設董事會公司，可以在公司章程規定，董事就董事會議案，由全體董事(限就該議案可投票的董事)以書面形式或電子方式為同意表示時(設有監察人之公司，監察人就該議案表示異議者除外)，視為已作出通過該議案的董事會決議，準此，則董事會可不實際集會，而得以書面方式進行決議。中國大陸公司法對董事會的開會方式，除實體集會外，無其他方式規定，從而不得以書面決議取代開會。

(二)我國立法分析

國內存有眾多小型或家族型之中小企業，其董事有經常溝通的管道，是否一定要求於固定時間大家現場或視訊齊聚一堂開會討論議案，顯無必要，且可能董事間已就特定事項早已達成共識而無實際集會決議的需求，因此，應可放寬董事會決議的形成方式。

三、方案提出

參考前述外國法制，針對非公開發行公司，建議在全體董事一致決議下，得以書面方式進行董事會決議，而無須實際集會。至於公開發行公司，則不得以書面方式進行董事會決議。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.2.3.6 決議瑕疵之外部效力

對外代表公司為法律行為之董事，其代表權限縱有瑕疵，公司不得據此主張其不受拘束，但有以下情事之一者，不在此限：1.該項決議或會議自始不存在。2.交易相對人為惡意。3.交易相對人為公司內部人，包括董事及管理階層。

一、現況分析

(一)現行條文

現行公司法無相關規定。

(二)產生的問題

我國現行公司法對董事會決議之瑕疵，並未如同股東會規定，有區分決議得撤銷或無效，因此，產生眾說紛紜的情況，造成實務運作的困擾頗深。

公司法第 206 條第 2 項增訂時，其立法理由中提及「另董事會召集程序、決議內容違反法律者，應認為當然無效」，似乎立法論上偏向董事會決議有瑕疵時一律無效之態度。

法院實務上則見解分歧，例如：最高法院 97 年台上字第 925 號民事判決指出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，為充分確認權利之合法、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；臺灣高等法院暨所屬法院 65 年度法律座談會民事類第 28 號亦主張，因公司法無董事會決議得訴請撤銷之規定，且董事會與股東會性質不同，故不能準用公司法第 189 條規定；反觀最高法院 99 年台上字第 1401 號判決卻認為，公司法第 204 條關於董事會之召集應載明事由於 7 日前通知各董事及監察人之規定，其目的無非係以董事會由董事所組成，董事會之召集通知，自應對各董事為之，俾確保各董事均得出席董事會，參與議決公司業務執行之事項，故董事會之召集雖違反上開規定，惟若全體董監事倘皆已應召集而出席或列席董事會，且對召集程序之瑕疵並無異議而參與決議者，應尚難謂董事會之召集違反法令而認其決議為無效。

法務部(75)法參字第 6320 號函釋表示：「惟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。」。經濟部雖有函釋(參照經濟部經商字第 09302073130 號函)，董事會如僅由董事一人親自出席，即使有其他董事委託其代理出席，因實質上僅 1 人無從進行討論，未具會議

基本形式要件，故會議決議應屬無效，但是否此即表示經濟部認為董事會決議一旦有瑕疵即一概無效，並非明確。

(三)學者及各界意見

對此問題，有學者認為，董事會開會之實際狀況不一而足，若僅是召集程序之瑕疵，實不應一概解為當然無效，而應依具體情況判斷，以免虛耗公司資源，徒增無謂爭議。然亦有學者認為，由於台灣公司法對於董事會決議瑕疵之效力也是和日本法一樣，並不區分程序或內容瑕疵，故應一律解為無效。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法對於董事會瑕疵效力為何並未有明確規範，惟依相關判決觀之，若該次董事會的召集通知並未於合理期間寄發(Re Homer Gold Mines (1888), 39 Ch. D. 546)，或該次董事會的出席人數未達法定門檻者(Re North Eastern Insurance Co., [1919] 1 Ch. 198.)，皆會構成董事會無效事由。按香港實務(Grand Field Group Holdings Ltd v Tsang Wai Lun Wayland (No 2))之判決，如召集或者舉行董事會的程序不符合法定或者章程規定的要求，則會使得該次會議無效，從而使得該次會議所作成之決議無合法依據。

德國股份法無董事會會議相關細節規定，若以監察會會議比較之，僅於股份法第 107 條第 2 項第 3 句規定，未依第 1、2 句製作之會議記錄，並不會造成決議無效，對單軌制之歐洲公司，於 SE 施行法第 34 條第 3 項亦有同樣規定，除此之外，並無其他決議瑕疵規定，因此，法界有主張類推適用股東會決議瑕疵規定，但多數說主張，不論是決議內容或程序違反法令或章程，原則上都應為無效。中國大陸公司法第 22 條規定，董事會的決議內容違反法律、行政法規者無效；而董事會之召集程式、表決方式違反法律、行政法規或者公司章程，或者決議內容違反公司章程的，股東可以自決議作出之日起六十日內，請求人民法院撤銷之。

(二)我國立法分析

我國現行公司法對董事會決議之瑕疵，並未如同股東會規定，有區分決議得撤銷或無效，因此，不論是法院實務、主管機關態度或學者見解，對此均眾說紛紜，造成實務運作困擾頗深。

三、方案提出

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。

配套措施 A：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。

配套措施 B：董事會決議效力規定之設計應同時考量另一相關重點，即董事會決議無效是否牽動公司該法律行為之外部效力。此一問題係屬公司法主要問題，例如董事會程序瑕疵所發行之新股，其效力是否應受影響？即為著例。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.2.4 董事會僵局之處理

臨管人的功能在於解決僵局及維持公司日常營運，不得作出影響公司的重大決策。臨管人所提報之解決僵局方案應於法院裁定後三個月內提出之，必要時得延長一次，以三個月為限。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 208 條之 1 第 1 項規定「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」

(二)產生的問題

公司法在民國 90 年修正時，增訂公司法 208 條之 1 之臨時管理人制度，立法理由指出，本條乃是防止公司因董事死亡、辭職或當然解任，致董事會無法召開以行使職權；或董事全體或大部份均遭法院假處分致不能行使職權，導致公司業務停頓、影響股東權益及國內經濟秩序。本條立意良善，當董事會因故而不能行使職權，若公司因此停止運轉，對公司及股東必當造成莫大傷害，臨時管理人制度的產生即是解決類似案件下防止公司空轉而代行董事會及董事長職權的。實務上，著名之開發金控試圖併購金鼎證券事件以及遠東集團透過多家子公司參與增資太平洋流通從而取得對太平洋百貨之實質控制權事件，皆有法院指派臨時管理人之情形。

然本條在適用上有其困惑之點，蓋本條第一項所稱「董事會不為或不能行使職權」，「致公司受有損害之虞」，這兩個要件在適用上有其爭議，金鼎證券案因經營權爭奪出現兩組董事以及監察人名單並起皆向經濟部申請登記但都遭退件，是否符合本條之法定要件而得申請臨時管理人？台北地院 99 年司字第 9 號裁定(金鼎案)認為，立法理由中針對「董事會不為或不能行使職權」，「致公司受有損害之虞」，舉出董事死亡、辭職或當然解任乃是例示規定，並非限制性列舉規定，而本案裁定認為，本案因為經營權爭奪導致董事會停擺，而金鼎本身為大型券商，恐有危及到多數股東的利益以及資本市場交易安全的問題，故裁定指派臨時管理人。

這個問題歸根究底應該去探討，臨時管理人的本質和其欲解決的問題是什麼，學者提出，臨時管理人對於公司而言並非一種常態現象，法院在受申請時，必須去檢驗其司法補充性，不可以貿然將司法控制伸進企業經營自治的領域，亦即我們必須了解，臨時管理人是要保障公司業務以及股東權益，甚至是國家經濟發展，並非去解決公司經營權爭奪下的問題，且臨時管理人本身與公司並無直接利益，能否為公司股東謀權最大利益則有疑問，因此若貿然發動臨時管理人之外

部監督介入公司經營，也與公司自治原則有衝突。

此外，對於法院選任臨時管理人之前提條件亦有不同見解，士林地方法院 98 年抗字第 177 號裁定，針對系爭東來公司董事會在雙方代表之股權各半，且各佔有兩席董事之情況下，董事會中就公司重大決策產生僵局時，得否選任臨時管理人以解決此問題。該裁定表示其是否應選任臨時管理人，自應以該公司董事會是否有無法行使職權，致公司有受損害之虞為考量，尚與所選任管理人得否解決東來公司股權結構及董事席次之情無涉。而審酌東來公司因股東中黃張○○家族及丙家族各佔有半數股權，且依章程規定所設四席董事中，亦由上開家族各占兩席，以致兩派意見不同，而有董事會及股東會難以達成決議之情，既如前述。足認東來公司之四席董事個人雖非無法行使職權，然因實際上董事席次之設計及現存股權結構既導致無法作成董事會決議，亦無從透過董事間互選而產生董事長代表公司以具體執行業務，則依前揭規定，東來公司之董事會事實上確已喪失董事會之功能，故應有必要選任臨時管理人。

雖然實務上對於由二名以上股東合資設立公司(joint venture)時因為持股各占半數而可能產生董事會僵局時，可以經由事先契約約定解決之機制，包括雙方各有 put&call option 由較高價之一方取得對方股權，從而根本上解決該合資公司之僵局原因，此外尚有其他方式可以解決此種董事會僵局。但對於我國現況下有很多並非合資公司而是家族公司到第二代第三代所開始產生的利益衝突則並無經由事先約定契約條款設定解決方式之可能，僅能由事後各方協議解決，但無法解決時亦必須有法律規定之途徑予以解決，否則將會對股東權利、債權人權利及整體經濟發展等有所損害。

另外，若已經選任臨時管理人，但若公司董事會回復其機制時，是否仍交由法院為「解任」之裁定？抑或是「當然終止」？司法實務上未有定論，後者說立論基礎在於避免法院以非訟裁定而實質影響股東選任出來的新董事及董事會，有違公司治理(士林地院 98 年司字第 279 號裁定)，惟有學者認為前說有理，蓋若未能由法院裁定，反而會混淆其與董事會之間之職權分際(台北地院 99 年司字第 9 號裁定)。

另外臨時管理人之權限應如何界定？例如控股公司或母公司因為僵局而被指定臨時管理人，此時臨時管理人可否變更或另外指定從屬公司之董事會成員？

又為避免法院指定之臨時管理人作成公司之重大改變或進行企業併購等行為，因此亦建議聲請法院指定臨時管理人時，亦應向法院提出臨時管理人權限之內容與範圍，或禁止其為某特定行為之列舉等，以避免臨時管理人作成非屬臨時性質之行為。又臨時管理人之主要目的既然在於解決僵局，則應由法院命其於期限內向法院提出解決僵局之方案，此一方案應明定於公司法中。因此有關臨時管理人之權限應包括如下：(一)於一定期限內提出解決僵局之方案；(二)經聲請人向法院提出並經法院以裁定准許之行為，無需另報請法院核准始可為之；(三)未經法院於裁定中核准者，臨時管理人認為有必要為之且無緊急之情事者，應事先

報請法院核准始可為之。

(三)學者及各界意見

學者對於臨時管理人之權限究竟應採取限縮解釋或擴張解釋並無一致見解，採取限縮解釋者認為臨時管理人並非由股東會所選出，雖然公司法定位其為公司負責人，但因為臨時管理人與公司間欠缺權益或受益關係，故其權限應限於以解決董事會不為或不能行使職權之範圍，對於公司之重大經營決策或重大變更應不得為之；採擴張解釋者則以臨時管理人係公司法所定之負責人，且係行使董事會之權限，故董事會所有之權限，臨時管理人均得行之。

業界則多贊成對臨時管理人權限加以限制，甚至表示如果臨時管理人對公司經營有規劃，將會使公司經營陷入困境，這是因為臨時管理人並不代表任何的股權。臨時管理人制度的設計前提，必須建立在對臨時管理人的作用清楚規範，即其作用僅僅為選出下一屆董事會，對公司其他經營項目應全部維持現狀。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

按英國法規定(CA 2006 s.306)，董事會若有無法召集會議或無法開會之事由(例如因缺乏法定出席門檻而無法進行會議)時，法院可依請求或職權對此作出其認為合宜之指示以此僵局，而其方式可能為指定一名新董事，使董事會能有足夠法定出席人數；或指示雖該次會議無法構成法定出席數，但仍得召開有效之董事會等。

美國德拉瓦州公司法第 226 條規定三種情況發生時，法院得因股東之申請指定監管人(custodian)：1.董事任期屆滿時而股東無法選出繼任董事時；2.董事會僵局對於業務經營決策產生分歧且將對公司造成無法回復之損害時；3.公司停止其營業且在合理期間內未能採取清算解散或分配贖餘資產給股東時，而法院指定之監管人之職權則分別依該法第 291 條之相關規定，基本上應繼續公司之營業除非第三種情形始得進行解算清算等程序，而第三種事由則能有效解決僵屍企業之問題。

德國股份法第 85 條，則有關於法院指派臨時董事會成員之規定，亦即於缺乏必要董事會成員時，法院得於緊急情況下，經利害關係人之聲請為必要之指派，該項指派得上訴；該臨時董事會成員之任期，應於董事會補足所定人數後即行終止。德國單軌制之歐洲公司，依歐盟歐洲公司規則第 50 條第 2 項，若章程未另有規定，賦予董事會主席在遇到董事會平手之表決僵局時，擁有第二票決定權，而依同規則第 45 條規定，若董事會係由股東會及勞工各選出一半董事組成，則主席應由股東會選出之董事擔任。

日本會社法第 346 條則規定，若董事會因董事缺額致董事人數低於章程所訂

之名額，致不為或不能行使職權，則任期已屆至之董事應持續行使其職權，直到新的董事會組成、或法院已指定特定人暫時管理之。而前述情形，法院於受利害關係人之請求且認為有必要時，得指定特定人暫時性執行董事職務。

中國大陸公司法第 108 條準用第 45 條規定，第 45 條規定董事任期屆滿未及時改選，或者董事在任期內辭職導致董事會成員低於法定人數，在改選出的董事就任前，原董事仍應當依照法律、行政法規和公司章程的規定，繼續履行董事職務。第 101 條規定，董事會不能履行或者不履行召集股東大會會議職責的，監事會應當及時召集和主持；監事會不召集和主持的，連續九十日以上單獨或者合計持有公司 10% 以上股份的股東可以自行召集和主持。此外，第 182 條規定，公司經營管理發生嚴重困難，繼續存續會使股東利益受到重大損失，通過其他途徑不能解決的，持有公司全部股東表決權 10% 以上的股東，可以請求人民法院解散公司。所謂經營管理發生嚴重困難，依中國「最高人民法院關於適用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定(二)」第 1 條提到，符合公司法第 182 條，人民法院應受理的情形即包括，公司董事長期衝突，且無法通過股東會或股東大會解決，公司經營管理發生嚴重困難者。

(二)我國立法分析

較諸上述比較法之內容，我國依公司法第 208 條之 1 第 1 項規定，僅於董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞時，法院始得因利害關係人或檢察官之聲請，選任一人以上之臨時管理人，代行董事長及董事會之職權，但不得為不利公司之行為，聲請人並應提出解決僵局之建議方案。然而，上述得聲請法院指定臨管人之情況，僅限於董事會不為或不能行使職權，惟於前述「現狀分析」所提及之僵局，諸如公司之各主要股東就重大議題無法達成協議，或是漸入第二、三代經營之家族企業所生糾紛，即因不符合我國現行法制下得聲請法院指定臨管人之要件，而常陷入治理僵局。

為期股東間之紛爭或家族糾紛，不致外溢而影響公司營運，本次修法建議新增相關規範，使法院得依股東、債權人、利害關係人或檢察官之聲請，指定臨時管理人協調上述糾紛，如於一定期間仍無法解決，則擴大法院依臨管人之聲請而為適法裁定之空間，例如法院得決定如何或由何人買回公司股權等，以使公司得正常營運，避免董事會僵局影響外部交易。如最終仍無法解決其間僵局，則賦予法院得裁定解散公司之裁量權限。

三、方案提出

建議增加法院得指定臨時管理人之事由，兼採英國法之規定及美國德拉瓦州規定之事由包括以下：1. 董事任期屆滿時而股東無法選出繼任董事時，2. 董事會僵局對於業務經營決策產生分歧且將對公司造成無法回復之損害時，或董事會持續無法形成合法定足數進行會議作成決議，3. 公司停止其營業且在合理期間內未

能採取清算解散或分配賸餘資產給股東時。4.概括條款。

又我國近年實務上發生之董事會雙胞胎算不算僵局之一種？為避免未來適用法律之爭議，建議在得指定臨時管理人之法定事由中增列一個授權法院之概括條款，由法院於個案事實認定是否已有僵局或董事會無法行使職權之情形，包括選任過程有重大瑕疵之情形，均為得指定臨時管理人之事由。

臨時管理所提報之解決僵局方案建議應於法院裁定後三個月內提出之，若因僵局過於複雜或3個月內無法達成解決方案之內容而有再為延長之必要者，以一次3個月為限。

臨時管理人職權為維持正常營運不得做重大改變，及為法院許可之執行方案。

四、修法委員分組審議

照案通過。

第三節 代表權瑕疵之外部效力

3.3.1 董事會內部瑕疵與外部效力之影響

對外代表公司為法律行為之董事，其代表權限縱有瑕疵，公司不得據此主張其不受拘束，但有以下情事之一者，不在此限：1.該項決議或會議不存在。2.交易相對人為惡意。3.交易相對人為公司內部人，包括董事及管理階層。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 208 條規定第 57 條及第 58 條對於代表公司之董事準用之。同法第 57 條規定代表公司之股東，關於公司營業上一切事務，有辦理之權。但公司對於股東代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。準此，公司得透過章程或其他公司機關決議如董事會或股東會，限制董事代表公司之權限。但此項代表公司權限之限制，不得對抗善意第三人。

(二)產生的問題

前述我國法相近之規範體現在公司法第 208 條第 5 項準用第 57、58 條，規定代表公司之董事，關於公司營業上一切事務，有辦理之權，且公司對於代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。然而，我國公司法令及部分實務判決又區分不同情形，而得適用公司法或民法之無權代理或表見代理之規定，導致代表公司對外為法律行為之人之代表權限瑕疵(包括無權、越權或權限取得程序有瑕疵等情形)，對所為之外部法律行為之效力為何，產生混亂且不甚一致之情形，不僅不利於相關交易方進行風險評估，更有害於交易安全的保障。英國公司法對此種情形則發展出所謂之「內部管理原則」(Indoor Management Rule)。其內涵為當公司之代表機關以外觀看來完全符合章程之方式執行公司業務時，交易行為之效力不應受到發生於公司內部管理結構的違規行為(Irregularity)所影響，交易相對人有權充分信賴其得以知悉的外部事項，已在公司內部經由正當程序做成。對於代表董事之代表權限制，最高法院 21 年上字第 1486 號判例謂：「公司對於董事代表權所加之限制，固不得對抗善意第三人，然依公司法第一百四十五條第二項及第三十一條之規定，代表公司之董事，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，本不在代表權範圍之內，自無所謂代表權之限制，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。」又最高法院 104 年台上字第 2430 號民事判決認為，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 5 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。惟最高法院 103 年台上字第 1568 號民事判決則認為，股份有限公司董事對外執行業務時，依公司法第 202 條、第 206 條規定，固應

依章程或董事會決議等行之，然股份有限公司之董事會係定期舉行，其內部如何授權董事長執行公司之業務、董事長對外所為之特定交易行為有無經董事會決議及其決議有無瑕疵等，均非交易相對人從外觀即可得知；而公司內部就董事會與董事長職權範圍之劃分，就交易對象言，與公司對於董事長代表權之限制無異，為保障交易安全，自應參酌公司法第 57 條、第 58 條之規定，認董事長代表公司所為交易行為，於交易相對人為善意時，公司不得僅因未經董事會決議或其決議有瑕疵，即逕否認其效力。」

承前述，司法實務認為，應先區分董事代表公司所為之行為，是否屬於公司法第 208 條第 3 項準用第 57 條所稱之公司營業上事務範疇內，若非公司營業上之事務，本不在代表權範圍之內，應屬無權代表而依民法之相關規定辦理，無所謂代表權限制之問題，且基本上否決了表見代理於無權代表之適用；反之，只要係有關公司營業事務，不問其是否為公司營業之目的，抑或是為營業所為之行為，董事會悉有代表權。又若依公司法之規定，董事會所為代表公司之行為，若為專屬於董事會之職權且須以董事會決議作成者，若該決議因有瑕疵而無效者，則系爭行為將失所附麗而隨同無效；尚有認為，無權代理說可能會導致公司選擇有利自己之效果而追認或否認之，導致相對人之重大不利益並危害交易安全。因此，如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時，若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。

(三)學者及各界意見

學者有主張，不應不問董事會決議瑕之程度，而僅因董事會決議無效或不成立，即一概認為公司代表人依瑕疵決議所為之法律行為，皆屬無效；亦即，基於保障交易安全，應從利益衡量之觀點、依具體個案解釋公司代表人所為法律行為之效力。亦有認為，公司業務多樣且繁雜，是否董事長對公司各業務均有辦理決定的權限，不可一概而論。故須視是否為公司營業上事務而定，若為公司營業上事務，則原則上其有辦理及代表的權限。若非為公司營業上事務或應依法令章程規定而為之行為，則須視權限範圍是否應經董事會或股東會決議為之，董事長應依決議行之；若董事長對應依決議而為之事務未依決議行之者，則其代表公司所為行為係屬無權代表，該行為非經公司承認，對公司不生效力，無公司法第 58 條規定之適用。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法上(CA 2006 s.43)，公司在下列兩種情況應受到與他人(稱為「締約人」，Contractor)間所訂契約之拘束：第一，公司與締約人訂立書面契約，並經公司蓋公司章於其上(CA 2006 s.43(1))；第二，受到公司明示或默示授權之人，

代表公司與締約人訂立契約(CA 2006s.43(2))。對締約人而言，必須考量的問題主要有二：其一是該契約之標的是否為公司權利能力或目的內之行為，其二則是代表公司訂約之人是否確有得到公司的授權。而美國法則無相關規定。而在比較法上，對於此種董事會內部授權瑕疵，進而影響公司對外與相對人為交易之效力此問題，在英國法上則發展出「Indoor Management Rule」以資解決(Royal British Bank v. Turquand (1856) 6 E.I. & B.I. 327)。「Indoor Management Rule」於此類問題之應用即表示，當公司之代表機關在外觀看來完全符合公司章程之方式執行公司業務時，交易行為之效力不應受到發生於公司內部管理結構的違規行為(Irregularity)所影響。交易相對人有權充分信賴其得以知悉的外部事項，已在公司內部經由正當程序作成。

因此，凡交易相對人只要對於該董事係依公司章程有權，或可能獲授權而對外締約一節有所信賴並進而與公司締約，則構成表件代理。亦即，無須探究公司根據其內部程序是否「確實」授予該董事代表權限，而公司不得以內部程序存在瑕疵，例如股東會未符合定足數之要求，或根本未舉行股東會等理由對抗交易相對人，主張交易無效或撤銷交易。惟原則之適用於特定情形下仍可能受到限制，例如，於涉及不正常之交易過程或不合常規之交易行為時，相對人理應付出合理之查詢成本以確認該董事是否確有獲得公司之授權。此外，如果交易相對人明知或可得而知系爭契約之內容與該董事所代表之公司本人的商業利益明顯相悖時，即可能被認為相對人對於該董事欠缺權限此一事實有所知悉，從而即無法主張內部管理原則。然而，隨著實務發展之演進，英國法院與立法機關對於是否應允許章程對於董事之代表權限予以限制，開始抱持懷疑的態度。最終，CA 2006 決定訂定 s.40 將此項加諸於交易相對人的查證義務完全解除，實際上前述修法已然突破了內部管理原則，而採取更為保護交易相對人的立法政策。其背後之理由應為免除相對人於交易前查詢章程之義務，進而有助於促進商業之蓬勃發展。

香港判例(Royal British Bank v Turquand.)上之「內部管理規則」(Indoor Management Rule)，係指與公司作交易的善意第三人有權信賴公司的代理人(高級職員)之權利是符合公司的內部規定而被授予的，故交易相對人沒有義務查詢公司內部的管理規則是否已被適當的遵守。

依德國股份法第 82 條規定，董事會代表權限不得加以限制，但在與公司之內部關係上，董事對公司負有義務應遵守章程、監察會決議、股東會決議及董事會業務規則對其權限之限制。由於對外代表權限不得加以限制，從而若董事會進行之交易有內部瑕疵，未符合內部權限規範，則原則上不影響對外代表效力，不因此影響該項交易的效果。但在濫用代表權限的情況下，德國法界認為應回歸適用德國民法第 242 條(債務人負有義務，在顧及交易道德下以誠實及信用方式履行其給付)、第 177 條以下無權代理之事後承認規定的法律效果。雖董事會對外代表權限不得加以限制，但仍須遵守法律上關於對外代表權之分配界線，例如法定監察會代表權限之事務即不得由董事會代表為之，如有違反，屬違反法律強行規定而無效。而日本會社法第 349 條第 5 項規定，對公司代表董事權限之限制，

不得對抗善意第三人。

(二)我國立法分析

有鑑於現行司法實務對於董事代表公司對外與相對人進行交易時，未獲授權或授權程序有瑕疵，該董事與相對人之交易是否有效，並無一致之見解。目前司法實務有認為該交易有效、無效或效力未定三種見解，而如此法規適用的不確定性，將有害於商業交易活動之進行。

為解決上述董事會內部授權瑕疵影響其對外代表權限，並進而影響其與相對人進行之交易活動之效力此問題，總計有三個解決之方向可供思考。其一，側重董事會內部程序正義，使未獲董事會授權或授權有瑕疵之交易均一律歸於無效，公司毋庸受該交易內容之拘束；其二，側重相對人之交易安全，使此種交易一概生效，公司應受該交易內容之拘束；其三，仍維持我國現行實務運行之方式，採取個案判斷。

上述第一與第二個選項，雖得分別保障公司或交易相對人之權益，然對於另一方交易當事人未免失之過苛，而第三個選項雖能維持司法實務運作的彈性，但對於公司或交易相對人而言，交易是否有效以及交易如被認定為無效後，其間之權利義務關係應如何釐清實屬不易，況訴訟過程曠日廢時，亦對往來交易之效率有所影響。故為保障交易安全，建議本次修法仍維持該交易原則上有效。但是若涉及重大交易，則相對人仍應有一定的查證義務，特別是涉及重大資產交易的情形時。例如規定於涉及公司法第 185 條之重大交易，或是該交易依公司法應經董事會或股東會決議者，課予交易相對人先行查證之義務，例如請公司提供公司秘書之聲明文件，或提供董事會或股東會之會議節本等，以證明該董事確有獲授權。如交易相對人於此類交易中，怠於進行查證，則推定其知悉董事未獲授權或授權有瑕疵一事而屬惡意，無法主張表見代理，則公司毋庸受交易內容之拘束。

準此，本項建議方案擬引進英國公司法中的「內部管理原則」。凡對外代表公司為法律行為之董事，其代表權限有瑕疵，包括無權代理或越權代理，則均有本法則之適用。此外，亦不去區分該行為是否在公司登記所營業務範圍之內，均有此項法則之適用。惟若是此項交易涉及重大事項之交易，如公司法第 185 條所規定的公司營業或資產之重大交易，或是涉及公司基本結構變更及涉及企業併購法所規範之併購行為，則無本項之適用。

此外，另參酌英國及香港公司法所規定「內部管理原則」三項例外，予以引入(但不包括企業併購事項)。此三項例外包括：

1. 該項決議或會議自始不存在或係偽造而成。若依法或公司章程規定，某項交易應由董事會決議授權，而該項會議自始不存在者，而係由董事偽造具有代表權限的相關證明文件者，則為使公司不受損害，不應堅持該項交易必需發生效力。此時，交易相對人應向該無權代表公司之人求償。

2. 交易相對人為知悉公司董事之權限有瑕疵或不具有該項交易的權限。由

於「內部管理原則」所生內部程序瑕疵不影響外部交易之法律效力主要係為保障交易安全。因此，若交易相對人為惡意，即交易相對人知悉公司董事之代表權限具有瑕疵或不具備代表權限者，則不應保障交易相對人。此外，若公司能證明交易相對人可以以極低交易成本或因重大過失而不知，則仍可認為交易相對人知悉。

3. 交易相對人為公司內部人，亦即董事及管理階層。由於公司之內部人對於公司之運作及相關權限分配與賦予具有資訊上之優勢，相較於公司以外之人，其於取得或查證公司董事之代表權限之有無或有無瑕疵之成本較低。準此，在此交易相對人為公司內部人者，不應保障交易相對人。又此項原則與例外係在處理公司對外代表權限瑕疵與交易安全之保護等法益之平衡，與公司董事違反忠實義務所進行之交易，係屬二事。蓋公司董事代表公司為符合忠實義務之交易行為亦可能有代表權限瑕疵之問題，併此說明。

三、方案提出

對外代表公司為法律行為之董事，其代表權限縱有瑕疵，公司不得據此主張其不受拘束，但有以下情事之一者，不在此限：1.該項決議或會議不存在。2.交易相對人為惡意。3.交易相對人為公司內部人，包括董事及管理階層。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

第四節 注意義務

3.4.1 利害關係人利益條款

增訂公司負責人執行業務得適當兼顧其他利害關係人利益之條款。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 23 條第 1 項規定，負責人應對「公司」負有忠實及注意義務，而「公司」是否即是指「全體股東」，法未有明確規範，對照企業併購法之修法，其原第 5 條第 1 項規定，公司為併購決議時，董事會應為「全體股東」之最大利益行之，在民國 104 年修法時改為，董事會應為「公司」之最大利益行之，則除與公司法忠實及注意義務對象可一致外，亦應可判斷公司利益並非即等於全體股東利益。

(二)產生的問題

近數十年來，英美等國對於企業社會責任(CSR)討論熱烈，我國近十餘年來學界與社會亦對此問題多有討論，惟企業履行其社會責任之範圍究竟若何？其根據何在？是否應於公司法中增訂其他利害關係人條款等問題迄今尚未解決。

台灣高等法院 96 年重上字第 145 號民事判決謂：「公司之經營運作，涉及各種不同利害關係人之利益衝突，例如：大股東與小股東、股東與債權人、股東與員工、股東與經營者等，而負責經營決策者，其任務即在合理調和此等利害衝突，使符合公司整體利益最大化，此即公司第 23 條第 1 項規定忠實義務之規範意旨所在。實難認董事會於企業併購之決策時，得無視於其他利害關係人之利益而僅顧及股東之利益。」其觀點即是認為董事應注意兼顧利害關係人利益。

(三)學者及各界意見

對於是否應僅以股東利益極大化為經營決策，學界亦多持保留或反對態度，例如有主張，公司之最大利益即全體股東之最大利益，此一結論僅係基本原則，有時，全體股東之最大利益未必即是公司之最大利益，此外股東間亦因其持股之目的或為經營目的或財務投資目的而有不同的利益考慮取向，而即使基於相同的目的亦或因此其他原因而對於相同的問題有不同的立場與表決態度，是故全體股東之最大利益事實上可能是無法判定的問題，此一論點在企業併購交易或控制權爭奪時更能體現股東間利益衝突之性質與情形；準此，董事之決策應以追求公司之最大利益為依歸，其中股東之最大利益不過為其考量之重要依據，惟其仍需注意其他族群之利益，以創造公司最大之價值。有認為，公司最佳利益之概念，似已隨著社會、政治及經濟環境之變遷，逐漸轉變為應從是否符合公司全體利害關

係人之利益來判定，始能真正反映現代公司組織之實相，而能創造雙贏之局面。德國法學界認為，企業係一結合人力與物力而成為一個社會以及經濟的個體，其乃為一個多元利益的組織體，雖企業經營以獲利為導向，而使股東利益相較於其他利益受到特別重視，但董事會在經營企業時，仍應使勞工、債權人、股東以及其他對企業有利害關係團體的各種利益處於協調狀態。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

在英國公司法上，Sec172 (Duty to promote the success of the company)規定董事促使公司成功之義務，亦即董事應善意執行職務，並以股東全體最大利益為依歸(the benefit of its member as a whole)。同時，本條亦明文規定，其他非股東之利害關係人之利益，包含其員工、供應商、顧客、公司所處之區域及環境，皆應為董事執行職務所考量之範圍；而美國法並無相關規定。美國法對此問題則有不同的立法方式，德拉瓦州公司法雖然迄今未增訂利害關係人條款(constituency clause)，但如喬治亞州與田納西州等，則均已於公司法中增訂利害關係人條款，作為公司企業社會責任之根據，而德拉瓦州公司法雖未明文規定其他利害關係人條款，惟亦不反對企業社會責任。在香港法上，相關規定亦未涉及利害關係人之利益，董事執行業務應出於善意(bona fide)，並考量公司利益。公司利益係指公司成員之一般利益(interests of the members as a general body)。

於德國股份法雖無明文規定，但法學界上一般認為，公司在經營時會受到代表各種不同利益者的影響，如股東、公司員工、客戶、供貨商、公司債權人、政府機關、公司所處區域等，而董事會執行公司業務時，是否及應如何兼顧這些不同利益，此涉及對「公司利益」的判斷。在代表各種不同利益者之間，德國學者依其性質區分為企業中利益承受者(Interessenträger im Unternehmen)及對企業有利益之承受者(Interessenträger am Unternehmen)。企業中利益承受者包括股東、公司員工，其皆對公司之構成及運作有貢獻，股東係投入資金組成公司資本，員工則係貢獻其服務成為公司之人力資本；對企業有利益之承受者則包括許多人及政府機關在內，其與公司間具有利害關係，因此對公司發展存有利益，如公司客戶、供應商、金融機構、公司所處社區、財政部門、對公司監督管理之行政部門等。德國學者認為促進企業中利益承受者的利益為公司企業活動的目標，不過就其利益間常須視不同狀況加以調整以達平衡，亦即公司利益除股東利益外亦涵蓋員工利益。德國學者甚至認為，在考量公司利益時，既非股東，亦非員工之利益有普遍性的優先權，因此，經營者在執行業務時，不能完全忽略股東或員工其中一方之利益。至於對企業有利益之承受者而言，基本上其利益不會對公司之一般經營決定造成影響，而是公司經營者在從事個別與其有關之企業活動時，其利益方成為考量因素之一，而可包含在公司利益的範圍內。因此，並非公司業務執行機關所為有利於股東以外他人之行為，例如有利於員工或社會之行為，即會被認

定為違反忠實義務。

中國大陸公司法第 5 條要求，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。第 17 條規定，公司必須保護職工的合法權益，依法與職工簽訂勞動合同，參加社會保險，加強勞動保護，實現安全生產。

（二）我國立法分析

誠如前所述，蓋因現行公司法第 23 條第 1 項規定，公司負責人負受任人之對象為「公司」，而產生所謂「公司」所指涉者究僅及於全體股東抑或是及於其他利害關係人之疑慮。是以，就此問題，新法有近一步釐清之必要，以杜爭議。

三、方案提出

建議於公司法第 23 條增訂公司負責人執行業務得適當兼顧其他利害關係人利益之條款，惟此一條款以不損害股東利益為前提，作為股東利益與企業社會責任履行間之調合，惟利害關係人不得據此條文作為向董事會提出請求之根據與主張，亦即本建議不得成為利害關係人之請求權根據。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.4.2 經營判斷原則條款(The Business Judgment Rule)

暫不引進經營判斷原則，惟建議加強學術、司法實務及企業經營者對於經營判斷原則之意義、運作方式之程序面與實體面問題之探討，作為未來引進經營判斷原則之準備。

一、現況分析

(一)現行條文：我國公司法對此並無規定。

(二)產生的問題

我國公司法於 2001 年 11 月修正時，於第 23 條第 1 項引進英美法之董事忠實及注意義務概念，國內學界對此以「受任人義務」、「信賴義務」稱之，即英美法之 fiduciary duties，此一條款係在同次修法擴張董事會職權時，以此作為加強董事會責任之根據。惟針對董事遭訴違反注意義務時之舉證責任分配，我國法並無特別規定，即依我國民事訴訟法第 277 條，除法律有特別規定或顯失公平情形外，原則上由原告負舉證責任。

商業活動具有難以準確預測之風險，縱使企業經營決策無法達成預期目標，仍應賦予董事就商業判斷上有較為廣泛的裁量權限，否則有違現代企業管理鼓勵積極創新。關此美國判例法上發展出經營判斷法則(business judgment rule)，提供董事會「推定」的保護，即推定董事會對於經營行為之決策若在資訊充分的基礎上(informed basis)，基於善意及誠實，確信該行為符合公司最佳利益的立場下所做出的決策，法院應尊重該經營決定或決議，不應以事後之不利益結果認定董事會或其中成員有違反受任人義務之責任。此種原則具有「程序性功能」，將初次舉證責任分配予原告，倘原告無法針對董事會違反其注意義務之事實舉反證予以推翻，則法院將不得對於董事會所作成之經營決策行為進行實質審查，從而董事將免於責任，但若原告能夠證明被告董事在作成決策行為時係欠缺資訊(uninformed)或基於惡意所為者，則被告董事必須對於該經營決策行為之內容在作成之當時係符合程序公平且交易或內容亦屬公平者，即使公司後來仍然受有損害，則被告董事仍無需對公司所受之損害負責。惟我國立法引進董事注意義務時，並未同時引進此項原則，是以我國理論與司法實務對於是否引入或法院可否援引一事，仍存有疑義。

注意義務之內涵係指董事在作成決定前有義務瞭解所有可合理取得之重要資訊，據此作成經營決定。惟除典型之積極作為態樣外，尚包括董事之故意消極不作為及重大過失行為均可構成注意義務的違反，例如未於必要時取得專家意見等。因此針對董事個別的行為態樣有違反注意義務時的司法審查標準或是舉證責任內容，於客觀環境有引進經營判斷法則之必要時，鑑於我國屬於歐陸法制及典型成文法國家，為期法律適用之安定及明確，宜就經營判斷法則舉證責任之內

涵，作更細緻的區分，例如是否所有董事行為均有適用、抑或區分不同事務類型而適用不同之舉證責任規範，均有待思考，惟基本共識經營判斷原則不應作為董事刑事責任之抗辯事由。

為使董事勇於任事，並避免不具商業經營能力之法院對公司繁雜之經營事項作事後審查，美國法發展出「經營判斷法則」。我國在民國 90 年年修正公司法第 23 條第 1 項時，雖明確規定公司負責人應負忠實義務與善良管理人之注意義務，卻未交代是否有經營判斷法則之補充適用，對此，有學者認為此一法則鼓勵冒險、全面向管理者傾斜，暫時不適宜引進；亦有學者認為如此方足以鼓勵董事承擔風險、積極進取、創新商業活動。實務見解方面，早期曾有判決指出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，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。晚近越來越多判決肯定現行法得適用經營判斷原則，不以事後之損失反推公司負責人未盡公司法第 23 條第 1 項之善良管理人之注意義務或忠實執行業務義務。

針對經營判斷法則之適用，相關判決認為若公司負責人經營行為當時若具備下列五項要件，可推定其具善良管理人之注意義務，無庸對公司及股東負損害賠償責任，亦即：1. 限於經營決定(a business decision)；2. 不具個人利害關係且獨立判斷(disinterested and independence)；3. 盡注意義務(due care)；4. 善意(good faith)；5. 未濫用裁量權(no abuse of discretion)。在現行法下，董事信賴下屬及專業者意見，或服從上級指示，能否受經營判斷法則之保護？自應於個案審查此五項要件。

惟美國法之經營判斷法則運作，被告董事無需自己舉證、即先推定具備上述五項要件，而將初次舉證責任分配予原告，若原告無法舉證證明被告董事在「作成決定之當時」，係「資訊不足的」或係基於「惡意」而作成決定，被告董事及其決策即受保護，免受法院之事後評斷。未來如欲修法將「經營判斷法則」加以明文化，恐須釐清程序上之舉證責任如何分配。

實務判決有肯定我國公司法亦應適用經營判斷原則，如台北地方法院 93 年度重訴字第 144 號判決，但同院 92 年度 4844 號民事判決則認為我國公司法並不適用經營判斷原則，惟判決中對於我國公司法引進英美法受任人義務中之注意義務與忠實義務之行為內涵與行為標準(即司法審查標準)似有所誤解，從而似乎亦無法對經營判斷原則之程序運作與其實體效果有更符合英美法受任人義務之理解。

(三)學者及各界意見

學者見解對於我國現行公司法是否有經營判斷原則基本上採取較為否定之見解，但也有學者則主張我國應引進經營判斷原則，否則對於商業創新及企業經營之積極進取均有所不利之處。

有認為經營判斷原則與現行公司法第 193 條應是不衝突的，因為董事如果認

為決議違法而提出異議，依法其則可免除責任；但若未提出異議但若符合經營判斷原則時，那當然也可免除責任，故二者間並無衝突。如此，似意謂現行法制下未有明文化經營判斷原則之必要。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國法實務上發展出的經營判斷法則(the business judgment rule)則與程序上舉證責任無關，而是法院判斷董事責任的標準。亦即，法院為尊重董事會所為之商業決策，故判斷其是否違反相關義務而負責任時，採取客觀的判斷標準(objective examination of the merits of board decisions)；而美國德拉瓦州條文中並無明文規定「Business Judgment Rule 經營判斷原則」之文字，而係源於德拉瓦州最高法院作成之司法判例解釋，法院基於德拉瓦州公司法§141(a)第一句「The business and affairs of every corporation organized under this chapter shall be managed by or under the direction of a board of directors」之規定而作成之司法判例解釋，經營判斷原則之基本理論為「is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company」。在此種推定或假設之保護下，舉證責任在原告股東必須證明被告董事於作成 business decision or action 的時候是 uninformed, not in good faith, fraud, entrench itself in office 等，若原告股東無法以優勢證據(by a preponderance of the evidence)證明被告董事有以上情形者，法院將不會以其判斷取代董事之 business decision。若原告董事可以優勢證據推翻上述推定假設保護者，則舉證責任移轉到被告董事證明其所作的 business decision 對公司而言係 entire fairness。

香港判決(Regentscrest v Cohen.)則分別自主觀及客觀標準異其適用，關於董事是否以公司最大利益為決策應主觀判斷。在經營判斷法則之適用下，法院並不會以監督者(supervisory role)的角色去評斷董事基於誠信所作出的經營管理決策的對錯。若董事所為明確有害於公司之行為，或其他任何一位董事皆不認為該行為係出於誠信，此時法院得拒絕相信董事之行為係基於誠信為公司之利益，而改以客觀標準審視董事是否違反其責任。按客觀標準，應視與系爭董事在相當職位上而有相同知識水準者，在考量一切公司之情況下，是否仍會合理信賴該交易行為為公司利益；而德國股份法第 93 條第 2 項，關於董事是否違反注意義務，如有爭議，董事必須自己舉證來證明其執行業務已盡到應盡之注意。

德國股份法第 93 條規定，董事會成員執行業務應盡到正派及謹慎負責任之業務執行人所應盡之注意，當進行企業決策時，董事可合理地認為，其係基於適當資訊為公司利益而為者，則未存有義務違反的情形，至於董事是否有盡到應盡之注意義務存有爭議時，應由被質疑之董事負舉證責任。

(二)我國立法分析

承上所述，我國實務對於現行公司法究竟是否可以適用英美法之經營判斷原則仍存在判決見解之歧異，學說見解亦尚無共識，雖然有學者採肯定見解認為我國應引進經營判斷原則，以利企業經營之創新，惟現實實務之運作，我國企業實務欠缺對於經營判斷原則運作之程序原則之認知，此一概念要使企業界人士瞭解其意義與運作程序應該先有一段教育期，使企業人士瞭解經營判斷原則之適用範圍、程序、注意義務與個案處理之作法、忠實義務涉及利益衝突問題並無經營判斷原則之適用等基本問題，之後始有引進經營判斷原則之可行性。再者，我國司法實務對於立即引進並適用經營判斷原則亦有再加強研討之必要，迄至目前為止，經營判斷原則仍然停留在學術討論階段。

三、方案提出

A 案：暫不引進經營判斷原則，惟建議加強學術、司法實務及企業經營者對於經營判斷原則之意義、運作方式之程序面與實體面問題之探討，作為未來引進經營判斷原則之準備。

B 案：於公司法第 23 條增訂經營判斷原則之條文，惟因企業實務及司法實務對於經營判斷原則之運作程序尚未清楚掌握，建議條文應詳為規定，以杜爭議。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

3.4.3 注意義務之標準

1. 維持現行法，不得以章程或契約降低負責人注意義務。
2. 採客觀門檻兼主觀標準。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 23 條第 1 項規定「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。」

(二)產生的問題

1. 「注意義務」與「忠實義務」之區別

按公司董事之「注意義務」與「忠實義務」兩者同屬「受任人義務」之下位概念。「注意義務」係指公司董事作決策時要審慎評估，且董事必須以一般謹慎之人、處於同一職位、處於相同情況下所能合理期待之注意程度，為公司事務之處理。又「忠實義務」主要係處理董事之職位與公司間利益衝突問題，自消極面而言，董事不得利用職務圖謀自己或第三人利益；積極面而言，董事應追求公司利益之極大化。

2. 注意義務內涵之擴張

按公司法第 202 條與公司法第 23 條合併觀察之，我國對股份有限公司董事會地位係定位為業務之執行機關，公司董事有權執行公司業務但需對公司負善良管理人注意義務與忠實執行業務義務，若有違反而造成公司受到損害者，董事對公司負有損害賠償責任，依此規定其受害人為公司，故請求權人亦限於公司，惟股東得依第 214 條代位訴訟之規定以公司名義對董事提起訴訟，若受有勝訴判決者，被告董事之給付義務係對公司為損害賠償之給付而非對提起訴訟之股東為給付。

惟我國公司法之基本預設，並未考量在大型公司中，董事及其所組成之董事會基本上多以從事重大業務之「決策」，實際業務之「執行」可能多由董事長、常務董事或高階經理人為之，未執行業務之董事不在少數，因而產生公司法第 23 條之預設與實務模式扞格之情況。就董事會整體之定位已在先前之議題中有所討論，茲不贅述。

我國就董事注意義務之內涵或內容，解釋論上，應考量大公司董事具有「業務政策擬定者」、「公司內部執行機制建立者」與具有「監督經理人等業務執行者」之性質，。如公司董事未依公司內控機制或應建立內控機制而未予建立並而未能善盡監督經理人、職員之業務執行，致公司受有損害者，董事整體即可能應

對公司負賠償之責，此外，既然受任人義務係移植自英美法之概念，則董事注意義務之內涵範圍自亦應考慮英美法實務上所持之見解，就此國內已有相當數量之論述，茲不贅述。有問題者為董事注意義務之行為標準究竟為何？亦即其注意義務之程度標準究竟為何？美國法為鼓勵董事會在作成經營決策時對於具有風險性之事業或投資以更積極的態度面對而非消極的迴避，故其所採之行為標準(注意義務標準)係採重大過失責任(gross negligence)，僅在董事會整體之行為能夠構成重大過失時，董事會始負違反注意義務之賠償責任，此一責任之注意義務較低，因此構成責任之要件較嚴格且機會較低；惟我國公司法第 23 條則以善良管理人注意義務為董事之行為標準，按善良管理人之注意義務程度較高，從而董事會違反注意之義務之機會較高，是否會因此而使董事會對具有風險之決策或投資行為採取保守之迴避責任模式，並從而不利於商業創新與經營，有待討論。

(三) 學者及各界意見

就董事注意義務之標準，學者有參酌英國法者，認為應採取以客觀注意義務為主而主觀注意義務為輔之標準。亦即，該標準係指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，以判斷其是否已盡注意義務。惟若該董事之個人能力優於一般知識經驗之人所應盡之注意程度時，則應以該董事之注意程度為判斷標準。易言之，董事注意義務之認定應採取較為彈性之標準，而非僅以單一注意程度為斷。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英國公司法上董事注意義務標準係以客觀標準為原則，主觀標準為例外。亦即，其判斷標準為，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、技能及經驗下所能認知及所應採取之行動，來判斷該董事是否已盡其注意義務。然而，若董事個人有較佳之知識、技能及經驗，則需盡其個人特別能力之注意義務，方符合注意義務之要求；美國德拉瓦州公司法條文並未規定注意義務標準，法院判決亦未形成一制式標準，依照法院之判決見解，注意義務係要求董事會或委員會必須使其自己係處於“充分瞭解狀況”的條件下始應作成決定，此外並無一定的程序標準或方法而係個案認定，當董事會或委員會所討論之議提相對重要時，就必須考慮更多的替代方案或可考慮方案。此外，注意義務係一種作成決定過程的程序性的要求(process but not substantive)而非對決定本身實體的內容。

在香港公司條例(Companies Ordinance s. 465(2))上，董事之注意義務係指董事有責任以合理水平的謹慎、技巧及努力執行業務。日本會社法第 330 規定，公司與董事關係，遵從有關委任規定，因此，董事被置於民法第 644 條所規定的義務之下，一般將此歸為注意義務。而中國大陸公司法第 147 條規定，董事、監事、

高級管理人員應當遵守法律、行政法規和公司章程，對公司負有忠實義務和勤勉義務。

德國股份法則於第 93 第 1 項規定，董事會成員執行業務應盡到正派及謹慎負責任之業務執行人所應盡之注意，此係為董事注意義務之規定。股份法對董事注意義務所定之「正派及謹慎負責任之業務執行人的注意」標準，原則上係要求較一般商人更為廣泛的注意力，因而提高了董事的注意義務程度，而類似掌管他人財產利益之信託人(Treuh 執行業務應盡到正派及謹慎負責任之業務執行人所應盡之注意，此係為董事)所應盡的注意力，此對董事注意義務要求的規定，並非有一固定一致的衡量標準，而是應依企業的種類、規模、員工數、市場情況、時間服務長短或是個別董事被賦與的特別任務而定；又若是董事擁有特別的專業知識或能力，則其必須於執行業務時亦盡此特別專才所應有之注意能力，尤其是其常常即是因為擁有此專才背景才會被選任為董事，因此要求其必須盡此專才及注意能力，方能符合盡到一位正派謹慎負責任之業務執行人所應盡之注意義務，於此情況下，則董事注意義務之要求還涉及該個別董事之主觀條件。

(二)我國立法分析

我國雖已引進受任人義務概念，自有參考瞭解英美法董事受任人義務之解釋與個案之運作方式，此外，我國公司法對於董事與公司間之契約關係定性為委任關係，而通常董事係受有報酬之身份，故解釋為應盡善良管理人注意義務並無不當，縱使董事係屬未支薪或未受報酬者，在委任關係下可能可以負更低的注意義務，惟公司法第 23 條第 1 項已明定董事(不論受有報酬或未受報酬)均應負善良管理人注意義務，因此要降低其注意義務與美國法相同，恐有疑問。惟非公開發行公司具有較為封閉之性質，有時特定產業所面臨的風險更高，董事會所必須決定之事項更屬變數非常多而不穩定之事項，從而董事之決定具有一定的冒險性質，是否可以考慮就非公開發行公司可以章程降低董事之注意義務，對於特定產業實具有一定之意義。

三、方案提出

A 案：不論公開發行或非公開發行公司，均維持現行條文規定之善良管理人注意義務，且不得以章程、股東會決議或契約約定降低其注意義務之程度，採客觀門檻兼主管標準

B 案：非公開發行公司得以章程規定，董事僅就重大過失負責，且不得以其他方式事先約定排除善良管理人注意義務之行為標準。此外，就董事個人之行為標準而言，原則上預設規範仍以善良管理人之注意義務為客觀標準，但個人之注意能力如果高於其他董事，對於個案所涉之業務若有能力負擔更高之注意義務且客觀上並無阻礙其提供較高注意義務之事由者，則個案上應按該個人之主觀標準提高其應負擔之注意義務。至於董事與獨立董事是否應區分其不同之注意義務標

準，研究認為應無此必要，採客觀門檻兼主管標準

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

公司法全盤修正修法委員會

3.4.4 董事未參與決議之作成或表決時不在場之責任

增訂未出席董事會或未參與表決之董事應於收到會議紀錄後一定期間內表示其是否反對及其反對意見，否則將視為(或推定，二者擇一)其同意該次董事會之決議內容。

一、現況分析

(一)現行條文

按董事既對公司負有善良管理人之注意義務及忠實執行業務義務，依公司法第 193 條第 2 項規定「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。」

(二)產生的問題

現行公司法第 193 條第 2 項僅規定董事得於異議後免其責任，並未明確規定董事若未出席會議或未參與決議之做成時，是否亦有免責的空間。因此若董事評估議案具有較高之風險或爭議時，即可藉由不出席該次會議，或於特定議案之表決時藉故不在決議現場，以脫免自己之責任，此種行為仍有未善盡注意義務之本質。

此外，對於具有利益衝突之議案，為了避免董事圖利自己而損害公司之利益，民國 101 年修法時，為健全公司治理，促使董事之行為更透明化，以保護投資人權益，乃增訂第 206 條第 2 項，規定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，並依同條第 3 項，若董事對會議事項之表決，因自身利害關係致有害公司利益之虞時，須迴避不得行使表決權，在此規定下，董事係有迴避表決之義務。上述二種情形本屬不同情境下之規定，其一為不具利害衝突情形而不應故意製造不在場證明以圖脫免自己之受任人責任，其二為具有利害衝突關係應為迴避表決之情形。

我國實務上對於董事可否主張未出席董事會而免責，有判決認為，未出席董事會並參與決議，無責任(參照最高法院 104 年度台上字第 1700 號民事判決)；但亦有認為，董事於任職期間對公司有無召開董事會未加聞問，消極任令董事會通過不實財務報告，致善意投資人相信系爭財報已經董事會成員忠實執行業務審查通過，因此亦有過失，應負損害賠償責任(參照臺灣高等法院 101 年度金上字第 13 號民事判決)。

(三)學者及各界意見

對於董事未出席董事會有無無責任，學界看法有認為，如有正當理由未出席參與董事會決議之董事，解釋上應可免責。但亦有認為，董事因受託經營公司負

有第 205 條出席董事會義務，故縱有正當理由未出席，對於會議之結果若明知其違法，依第 23 條第 1 項仍應負忠實義務及注意義務，應於會後適當期間以書面提出異議之聲明，否則仍可能應負責任。對於迴避行使表決權，是否可因此主張對董事會決議無責任，解釋上應採肯定見解為當，但必須董事主動且完整的向董事會揭露其利害關係之實質內涵，以使其他董事能夠作成對公司有利之決定而非對該董事有利之決議，至於揭露利害關係之董事於揭露後自應迴避討論及該議案之表決，否則其揭露即無任何意義。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

在英國法上(CA2006 s.174 (1))，董事應盡其勤勉義務，其係指董事應積極地去確保公司事務被適當地執行。然此義務並非要求董事持續不斷地(continuous)關注著公司事務，法院認為此義務之本質係間歇性的(intermittent)，僅要求其定期參與董事會並於會議上關注公司的經營。雖然，這並不意味著董事必定要參與所有董事會，然在其合理地被認為能夠參與董事會的情形下，其有參與董事會之義務(Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd [1925] Ch 407)。

美國德拉瓦州公司法對於董事未參與董事會之責任為何並無條文規定，但該州判決對此已有表示見解，未參與會議之董事仍有可能構成違反其受任人義務。按依董事受任人義務，注意義務(duty of care)中本來就包括董事必須對公司之相關事項與資訊進行監督瞭解，包括建立紅旗訊號(red flag 意指公司法令遵循之警示系統)陳報系統等均屬於注意義務(duty of care)的義務內涵，因此若董事會整體長期的怠於執行或履行其義務，則仍有可能構成董事受任人義務之違反，因此必須以個案判斷董事未參與決議之行為之原因事實或背景，始可判斷董事之責任。

而在香港公司條例(Companies Ordinance s. 465)上，董事雖不涉及所有日常業務，但董事有注意義務監管公司營運及一切公司事務。故董事應經常出席董事會，董事會亦應依照公司需求時常舉行，且不得因未出席而全面解除董事責任。

德國股份法未對董事會會議為一般性規定，雖對監察會會議有所規定，但無未出席責任之明文規定，惟法界認為監察人有義務參與會議、對會議事項進行決議，因此，若未有非可歸責事由未出席會議或參與決議者，可導致義務之違反而產生責任。

(二)我國立法分析

建議未參與董事會決議之董事，仍不得免責，董事積極參與決議之行為與消極迴避參與決議之行為，均回歸注意義務之本質審查其是否有所違反，不因其缺席而免責，並建議刪除或修正現行法第 193 條第 2 項之規定使董事必須善盡注意義務不得以消極的不出席或故意不在場而主張免責。此外，董事即使不在場或未

出席該次會議，基於注意義務之內涵亦應主動向公司秘書(或其他負責董事會議及紀錄之人員)查證該次董事會之會議內容及討論過程與爭議之處，以便其作成自己的判斷。

三、方案提出

為避免董事仍以各種理由主張有無法出席之情形，故建議第 193 條第 2 項修正為「未參與決議之董事，應於會後收受董事會議事錄二十日(或其他合理期間)內表示贊成或反對之意見，並採取適當之因應措施或說明其贊成與反對之理由。未表示意見者即視為(或推定詳下二種方案)其為贊成(事後反對之董事可免其責任，但其異議不影響該決議若係在符合定足數及表決數之情形下作成決議之效力)。

針對董事未於二十日期間表示反對意見而擬制之效果，提出以下二方案：

A 案：為督促未參與會議之董事積極行使其董事之職權並盡其注意義務，若董事未出席會議或未參與表決者，應於收到會議紀錄後 20 日內表示反對意見，若未表示反對意見者，除非客觀事實有無法如期表示反對意見者外，視為同意該決議，並與作成該決議同意之董事負同一責任。其目的在於督促董事不可怠忽職務，或故意不參與。

B 案：董事未出席會議或未參與表決者，應於收到會議紀錄後 20 日內表示反對意見，若未表示反對意見者，推定同意該決議，並與作成該決議同意之董事負同一責任。其目的在降低董事之責任，並使董事有以反證推翻證明其確實有反對或不同意之表示而免責。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

3.4.5 合理信賴下屬意見

增訂負責人合理信賴下屬報告時所作成之決定，推定為已盡其注意義務。

一、現況分析

(一)現行條文：我國公司法對此並無規定。

(二)產生的問題

是否可因合理信賴下屬及專業者意見而被免責，於證交法第 32 條第 2 項有類似之規範，其規定公司負責人、在公開說明書簽章之職員、證券承銷商等人，對於公開說明書主要內容有虛偽或隱匿情事者，若能就經簽證之意見(專業者意見)，證明有「正當理由」確信其為真實者，免負賠償責任，亦即可因合理信賴而被免責。

對此，於法院實務上似非全盤接受此論點，例如桃園地方法院 94 年度金字第 3 號民事判決即認為：董事為公司之負責人，對公司營運業務狀況甚為瞭解，於執行該業務時自須忠實執行善良管理人之注意義務，盡實質審核之責任，且公司董事每年領取高額之報酬，豈能以財務報告已經會計師查核而免除脫卸其審核應盡之善良管理人注意義務。似要求即使有專家意見，仍應盡實質審核責任，否則仍有可能違反注意義務而應負責任。

(三)學者及各界意見

於學界有提出我國證交法與美國法對此之觀點，例如有學者主張，美國各州公司法有的明文規定企業管理者可以依賴專家所提之意見，惟須基於善意並合理；我國公司法無明文，然證券交易法(如第 20 條之 1 第 2 項)似認倘管理者之信賴係屬合理、正當，自非法所不許，但專家意見並非萬靈丹，亦即專家意見非當然能證明管理者已盡注意義務。亦有學者表示，美國法院對於董事經營判斷是否具合理注意，應探求決策過程中是否有對於決策事項之相關資訊，亦即從經營判斷過程中是否有詢問其他專家、律師、外部顧問之意見，並採取通盤步驟予以瞭解分析，否則可能構成注意義務之違反而不受經營判斷法則之保護。

業界則有認為董事為經營之決策，雖然有時需要仰賴員工提供對決策有需要之資訊，但最後下判斷採不採用者為董事，且董事本身應該也具備相關專業，董事應負最後責任，故不贊成董事信賴下屬意見得做為免責之事由。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法僅規定董事注意義務之標準，並未明文規定當董事信賴下屬或專業人員意見時，應如何適用。而英國法院實務上就上述問題，有以下案例作為代表。在 *Norman v. Theodore Goddard* 乙案中，法院認為董事得信任員工於其職務中所為之行為，直到出現有合理理由不為信任之的情況。另外，法院見解普遍認為，當董事有權將職務授權委由經理階層或更低階員工執行時(例如章程明定此權利)，並不代表董事得免除其監督之責任，亦即，職務的向下授權並不表示董事得以毫不懷疑地仰賴下屬的意見。若董事未盡其監督之責，仍應負責(*Equitable Life Assurance Society v Bowley* [2003] EWHC 2263、*Barlows Manufacturing Co Ltd v RN Barrie (Pty) Ltd* 1990 (4) SA 608)；在美國法上，董事可基於善意而合理信賴經理人所提供之意見，另外亦承認董事可以合理的信賴公司經理人所作的報告與調查並基於此而作成決議。美國德拉瓦州公司法第 141(e) 規定係明文肯定董事會在作成經營決議時可以基於善意而合理信賴經理人所提供之意見，亦即若董事可以知悉經理人所作之意見或報告並不正確或並不完整者，則依董事之注意義務即應再為詳細討論或退回經理人之報告再為討論，若知悉經理人報告不完整不正確而仍據以作為決議之根據者即屬「惡意」，此時若使公司受有損害者，董事會參與決議之成員即有損害賠償之責任。實務判決 *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 182 A. 2d 328 (Del. Ch. 1962) 亦承認董事可以合理的信賴公司經理人所作的報告與調查並基於此而作成決議。

而在香港實務(*Law Wai Duen v Boldwin Construction Co Ltd*)上，原則上董事之判斷應秉持獨立，董事之善良管理人注意義務加諸於董事積極、獨立判斷之義務，董事不應盲從於其他董事，惟非謂不得聽從其他專業之建議，倘章程另有規定，董事亦得授權特定權力予他人。德國股份法對此未有明文規定，但依第 93 條注意義務之規定導出董事會對下屬有監控義務，從而是否可合理信賴下屬，應視下屬之具體狀況而定，若是該下屬所進行之職務尚淺，則應加強監控，不能一味信賴，若下屬已長期進行其職務，且一向受信任，則應可認為董事(會)信賴其下屬，係出於善意，而有盡其監控義務。

(二)我國立法分析

事實上，董事既非全能亦未時時刻刻參與公司業務之經營，而且有許多產業具有高科技或高度技術之性質，並非全體董事都具有該種專業知識，甚且當公司要進行本業以外之投資或併購交易時，對於財務、法律、環保等等問題，都可能超出董事本身之專業能力，因此對於具有專業性質之業務，事實上有依賴經理人所提出之報告作為其作成決定之參考依據，惟仍然必須對於經理人之報告或董事之信賴事實設下某些要件，以免董事動輒以信賴經理人報告為理由，主張已盡其注意義務而卸責。又合理信賴經理人之報告，在英美法下係與經營判斷原則有密切關係，本次修正是否引進經營判斷原則尚未定論，故建議先將合理信賴經理人報告與經營判斷原則脫勾處理，單獨就信賴經理人報告之要件單獨規定。

三、方案提出

董事若基於合理之信賴，且經理人之報告客觀上具有適當合理之專業性，董事對於經理人之報告亦信賴其完整且正確，在善意之情況信賴該報告而作成決定者，應視為未違反其善良管理人之注意義務。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

3.4.6 聽從法人指示之責任

董事或董事之代表人應善盡公司受任人義務，不得以聽從法人指示(第 27 條第 1 項、第 2 項)而豁免責任。

一、現況分析

(一)現行條文：現行公司法並無明文規定。

(二)產生的問題

第 27 條第 1 項規定，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。又同條第 2 項規定，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。第 2 項於民國 101 年修訂增加但書規定，法人股東之代表人有數人時，雖得分別當選，但不得同時當選或擔任董事及監察人。查其修法理由乃認為：「公司法第二十七條針對『法人及政府股東當選公司董事或監察人』之職務行使者，因未規定『不得由其代表人同時當選或擔任公司之董事及監察人。』，導致諸多公司經營陷入『董監狼狽為奸』之謬誤，公開發行股票公司若有上述情狀者，對於市場經濟之秩序侵害頗甚。遂據此修訂公司法第二十七條，亦將據此修訂證券交易法第二十六條之三。」第 27 條第 3 項復規定，法人董監事之自然人代表或法人代表人當選之董監事，得依其職務關係，隨時改派補足原任期。此舉雖似減少前述立法理由所述之疑慮，但法人董事與自然人代表代表之責任是否明確，看法容有歧異。此另衍生董事對其所指派之法人及公司間雙重委任之義務衝突情形。

依照法院實務觀點，於法人股東之代表人及由該法人 100% 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(參照最高法院 104 年台上字第 35 號民事判決)。又法人股東應擇一適用第 27 條第 1 項或第 2 項之規定(參照最高法院 101 年台上字第 700 號民事判決)。

依經濟部相關函釋：法人股東當選公司董事或監察人，並指派代表人行使職務，如其改派他人行使職務，非屬董監事變更；法人董事指派之代表人因故不能出席董事會，得依公司法第 27 條規定，依其職務關係隨時改派其他人為之，補足原任期；原代表為董事長時，改派之代表尚非當然繼任董事長職務；惟未解任前改派，股東會得就其改派人選為解任之決議，故董事會應查明有無改派之情事並報告於股東會；改派人員之到期生效日以政府或法人意思到達公司即生效。

對於現行第 27 條規定之缺失，有學者指出，第 1 項規定，法人董事之自然人代表對法人擔任董事之公司之義務未予明定，究責不易；第 2 項規定，有侵害股東選任權、造成股東不平等之虞，且雙重委任關係會危害公司治理，蓋法人指派當選之自然人與所指派之法人間存在委任關係，該自然人又與擔任董事之公司間存有委任關係，則其受任人義務在擔任董事之公司與指派之法人股東間發生利害衝突時，將使自身陷於違反受任人義務之困境，也會危及其所擔任董事之公司的利益。有鑒於第 27 條之缺失，法界多有建議公司董事應限自然人任之。此外，第 3 項之改派，於實務上亦常出現紛爭，例如公司之法人股東的經營階層鬧雙胞，或董事會改選結果有爭議，導致法人股東的新、舊或鬧雙包之董事會於改派自然人代表時，公司無從決定應接受何者之改派指示；公司拒收改派函或不為董事(董事代表人)變更登記時，應如何處理等。

(三)學者及各界意見

就現行法第 27 條第 2 項由法人股東指派代表人當選公司董事之情形，或有認為，若該代表人違反其董事忠實義務時，或可依影子董事之相關規定將該法人股東繩之以法。然有學者強調，法人股東未必成為公司之影子董事。僅在於特定情形下，法人股東必須對於其所指派之董事基於其董事之身分而給予指示，且實際上涉及公司日常業務之經營及決策時，方有構成影子董事之可能。

而業界則有提出，董事有時可能會為五斗米折腰而難以抗拒上級指示，如果該董事能舉證證明確實是上級指示，建議方向上可讓其免除部分責任(非完全免責)。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法規定董事負有獨立判斷行使職務之義務，不得無故限縮其裁量權限。例外在公司限縮董事未來之裁量權，或公司章程授權董事將裁量權委外的情況下，董事方不會違反此義務。而英國司法實務上亦認為，董事獨立判斷行使職務之義務亦適用於法人所推派當選為董事之代表人(nominee directors)。是以，雖然代表人可以參酌指派其之法人之意見，但其不得盲目地遵從該法人之指示，而應獨立判斷其職務之執行。進一步言之，若公司之利益與該法人之利益發生歧異時，代表人不得將公司之利益置於該法人之後(Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nominees Ltd [1991] 1 AC 187)；而美國德拉瓦州公司法在此議題上，原則上認為董事受任人義務要求董事必須對公司及全體股東之利益而盡義務，而非對特定股東或股東團體盡義務。然而客觀現實係股東間存有利益衝突性質，對某一些股東有利之行為可能對其他股東有不利之效果，因此董事若係基於其所有的經驗而適當的作成決定，即使對某些股東造成不利益，但若該董事有可以正當化之說明理由時，亦不會構成不當行為(wrongdoing)。是以，董事對於

選任他擔任董事的特定股東並無特別的義務，反而係對於公司而言有受任人義務。

在香港公司條例(Companies Ordinance s. 456)上，法人代表人董事之行為應考量該公司利益，而非聽從其法人指示。舉例而言，股東(假設其中一名為法人股東)之間若協議，各股東得提名一位董事。商業上，被提名者，應該要保護提名者之利益。然而，在公司法下，董事的受任人義務(fiduciary duty)應係以公司最佳利益為依歸。依德國股份法對關係企業規定，若有簽訂控制從屬契約，則從屬公司有義務服從控制企業指示。

(二)我國立法分析

實務上透過法人持股指派自然人擔任董事(第 27 條第 1 項或第 2 項兩種情形均是)而指揮該自然人代表作出對公司不利之決定，但該自然人代表對於公司所受之損害並無賠償能力時，對公司及股東顯然不合理，而對於為指揮之法人能夠脫免於責任之外，亦不合理，因此有必要將二者間之責任予以有效聯結。

三、方案提出

較諸比較法上之觀點，我國公司法第 27 條第 1、2 項之法人董事與法人代表董事，應該先以優先對其所擔任董事之公司及全體股東整體為受任人義務之考慮目標，而非以選任其擔任董事之法人股東利益為考慮。亦即，在所指派法人與擔任董事之公司間有利益衝突時，則依忠實義務之方式處理其行為是否符合受任人義務之要求，並以擔任董事之公司之利益為優先。職是，不論是第 27 條第 1 項之董事自然人代表，或第 27 條第 2 項之法人股東代表人當選董事者，一旦擔任董事之自然人代表對於公司有違反其受任人義務而對公司造成損害者，對該董事代表人為指派之法人必須同負責任。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.4.7 股東會決議事後減輕或免除公司負責人之責任

若經無利害關係股東之決議，得事後減輕或免除公司負責人之責任。

一、現況分析

(一)現行條文：現行公司法無明文。

(二)產生的問題

我國公司法第 23 條規定，公司負責人有忠實義務與善良管理人義務，此忠實義務係建立於董事之選任行為而非契約，除了對公司有忠實義務，亦不得將自己利益置於公司之上的義務外，也有與公司他機關忠誠的充分合作義務。為免責任過重使優秀人才不敢擔任董事，公司法制上似應有董事責任救濟制度。惟我國法令上並未有責任減輕規定，公司得否以股東會決議或以修改章程方式來減輕責任即產生疑慮。

(三)學者及各界意見

學說上有認為，在現行公司法未規定公司得否限制或免除董事責任之前提下，公司若以章程規定或以股東會決議等方式限制或免除董事責任，恐有違反民法第 222 條「故意或重大過失，不得事先免除」之適法性疑慮。同時，如放任公司得任意以章程規定或股東會決議等方式限制或免除董事之責任而不予以規範，亦難保此一制度不會遭到濫用。因此，為使公司對於董事責任之安排具有彈性，學者建議我國應考慮立法引進董事責任限制與免除制度，並就董事責任限制或免除之責任類型、實體與程序要件等相關內容予以明文規定。惟亦有學者持不同見解，認為基於契約自由原則，公司與董事間以減輕董事責任為目的之責任免除契約，應非法律所禁止。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法(CA2006 s. 239)規定公司得以股東會決議事後免除董事因過失、不法、違反義務或違反信託之行為對公司所負之責任，且前任董事及影子董事亦有適用。但對於公司以章程或契約免除董事責任，則規定該免除責任之章程或契約條款無效，惟該規定不妨礙公司章程做出為處理利益衝突而原先合法之規定(CA2006 s. 232 (1))。而實務上，法院發展出有下列情形者，股東會不得免除董事之責任：董事之行為並非善意為之、董事之行為使公司違反法律禁止之規定、董事竊取公司資產、董事於公司瀕臨破產時詐欺債權人、存有多數股東侵害

少數股東財產或利益的情形。

美國德拉瓦州公司法第 102 條(b)(7)則規定禁止排除董事違反「忠實義務」(duty of loyalty)或「善意義務」(good faith)之責任，反面言之，公司可以用章程排除董事違反「注意義務」(duty of care)的責任，而此一條文之增訂事實上就是德拉瓦州議會對於該州最高法院 Smith v. Van Gorkom 判決之相應修正，而在第 102 條(b)(7)規定增訂後，德拉瓦州司法實務就未曾再有判決認定董事違反注意義務而應對公司負損害賠償責任之判決，承上所述，德拉瓦州對於董事之注意義務係採取重大過失標準，本來就不容易構成違反，在第 102 條(b)(7)增訂後，更允許公司以章程排除或免除董事之注意義務，也造成德拉瓦州董事注意義務事實上已無作用。

德國股份法第 93 第 1 項之注意義務規定係強制規定，不得事先豁免之。然而依第 4 項規定，若係基於合法股東會決議而為者，則對公司不負賠償責任，但依第 5 項規定，若公司債權人在其債權未獲清償時，即使董事係基於合法股東會決議執行業務者，債權人仍得行使代位權，要求董事負賠償責任。日本會社法第 55 條對於創立會或董事承擔義務之豁免，需經全體股東之同意；第 425 條規定，董事執行業務善意且無重大過失者，於該條規定之金額範圍內，得經股東大會決議免除部分責任；第 426 條亦規定，就前條規定之金額範圍內，公司得於章程規定，在董事執行業務善意且無重大過失時，可由董事過半數同意免除責任，但持有 3%有表決權股東異議時，董事不得依章程為責任免除之決定。

(二)我國立法分析

董事責任限縮制度於我國有適法性問題，董事之主要法律責任風險—忠實義務與注意義務具有強行法性質，故不得以章程、董事會決議或利用委任契約加以免除或做成有利於董事會成員之責任減輕，除非以立法方式允許以章程減輕之。就算是修法納入責任減輕制度，亦應限於特定之型態與範圍，僅應適用於注意義務之違反，特別是故意或重大行為亦不得納入其中，而獨立董事與一般董事之責任亦應有所區分。在現行體制下，若以股東會議決免除或減輕董事責任，該決議無效；若於章程中納入責任限制條款，此條款亦無效。

蓋因現行公司法並未明文規定公司是否得以章程或股東會限制或減輕董事之責任，因而產生其適法性之爭議，故建議新法一併檢討之，以杜爭議。

三、方案提出

我國引進受任人義務及建議引進經營判斷原則之同時，亦應就我國之商業經營環境與行為進行考察，建議如下：

1. 不得事先以章程或股東會決議或任何契約，降低或免除受任人義務；

2. 不得以章程或股東會決議或契約限制或約定，董事因違反受任人義務之損害賠償責任上限亦不可採；
3. 個案責任確定後，經提報股東會無利害關係股東，且利害關係人及董事已迴避表決者，得以無利害關係股東之特別多數決降低或免除個別董事之賠償責任。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

3.4.8 責任保險

建議公司得為董事投保責任保險。

一、現況分析

(一)現行條文：現行公司法無明文。

(二)產生的問題

文獻多為 D&O 的目的功能有所討論，不外乎促使董事勇於任事，分散公司賠償分散風險，保護受害人求償以及藉由保險公司保費調整為公司治理中為監督之角色等。或有謂此有董事與公司利益衝突之可能以及影響損害賠償法之抑制功能等，亦有認應就獨立董事引進之，對於非專職於公司之獨立董事投保之，惟就文獻上多對於此一議題採肯定之態度。

實務上我國於 1996 年核准第一張 D&O 保單至 2015 年上市公司已有 601 間投保(69%)，上櫃公司則有 463 間投保(66%)，上市櫃公司近乎 7 成投保此一保險，惟若僅對照投保中心對董事提起訴訟案數量，就團體訴訟部分截至民國 103 年底，仍於法院進行相關程序者，有 84 件，另已和解或勝敗訴確定且已執行結案者計有 103 件，就代表訴訟部分截至 103 年底，提起 27 件代表訴訟及 20 件解任訴訟案件，訴訟案件量似乎並未若國外訴訟案件頻繁。且因 D&O 因非強制，保額及保單均未統一，又因再保市場有限，承保內容大同小異，無法完全客製化，似乎與相關文獻中希冀可藉由保險人以調整保險契約內容擔任外部監督角色有所落差。

就 D&O 相關討論時，或可就兩個面向為討論，一為文獻中所期待之功能與實務現況情形兩相比較之，一為我國對董監事訴訟因訴訟環境因素案件量也未若美國般頻繁是否因此需引進因頻繁董監事訴訟所生之相關機制應可再為討論之。

(三)學者及各界意見

學者多認為董事責任保險為可行。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法第 232 條不允許公司以契約或章程免除董事責任，惟本條規定允許公司為董事購買保險，使董事執行業務之風險得以分散及轉嫁。而美國德拉瓦

州公司法第 145 條(g)，不論公司是否有權給予董事涉訟補償，公司均得對現任或前任董事或經理人或其他受僱人等購買責任保險。所謂公司並包括經由新設合併之消滅公司其董事經理人等。

香港法(Companies Ordinance s. 468(4)(a))上，公司可以為董事購買排除欺詐行為外的責任保險，也可以購買包裹所有法律訴訟費用的責任保險。德國股份法第 93 第 2 項，若公司有投保董事責任險，則應規定董事應至少有損害之 10% 至至少固定年薪之 1.5 倍的自負額。而中國大陸上市公司治理準則第 39 條規定，經股東大會批准，上市公司可以為董事購買責任保險。但董事因違反法律法規和公司章程規定而導致的責任除外。

(二)我國立法分析

現行實務上已有許多上市櫃公司為其董事投保責任保險。但公司法尚未明文規定。

三、方案提出

建議參考外國立法例及順應企業之實務需求，修法明定公司得為董事加保責任保險。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.4.9 董事之涉訟補償

董事因執行公司業務而涉訟時，於該董事獲無罪判決或民事勝訴判決時，由公司支付董事所支出之必要費用。

一、現況分析

(一)現行條文：現行公司法無此制度。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法(CA2006 S.234)允許公司在特定條件下得補償董事，使董事執行業務之風險得以分散及轉嫁。本條係針對第三人對公司董事相關訴訟之補償，加以規定。依該規定，公司得以章程或契約，對於董事因被第三人提起訴訟所遭受之損害予以補償；美國德拉瓦州公司法 §145(a)-(f)，公司對於董事精理人等基於善意且合理的信賴係為公司之利益之行為而涉訟者，得給予補償，然必須基於以下程序：(1). 經未涉訟董事之過半數決議者，即使未涉訟之董事無法構成會議定足數；(2). 經未涉訟董事決議而設置之委員會決議者；(3). 若無未涉訟董事，或有未涉訟董事，而由其指定之外部獨立法律顧問書面意見者；(4). 經股東會決議者。

香港公司條例(Companies Ordinance s. 469)亦增訂董事補償條文，但有如下例外：(1). 刑事程序中的罰款、不遵守管制規定而產生的罰款、刑事中抗辯而造成的；(2). 公司提起訴訟，董事敗訴的，不承擔責任。

(二)我國立法分析

現行法無明文規定。

三、方案提出

建議新增相關條文。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

第五節 忠實義務

3.5.1 董事忠實義務之類型化

建議將董事忠實義務予以類型化，關於董事忠實義務之具體類型，參見下述議題。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 23 條第 1 項規定，「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。」

(二)產生的問題

現行公司法第 23 條雖已引進英美法上董事忠實義務之概念，然就董事忠實義務之內涵並未同時引進，導致法院實務上對於究竟董事何種行為構成忠實義務之違反莫衷一是，造成裁判結果分歧。

就現行規定言，學者認為何種行為構成忠實義務之違反，由於現行文字屬不確定法律概念，適用上有待法院進一步將之類型化。以美國法之經驗而言，類型上約略可分成四大種：(一)董事與其公司間之交易；(二)有共通董事之兩家公司間的交易；(三)董事侵吞、利用屬於公司之機會；(四)董事私下與公司從事業務競爭之行為。學者認為，美國法上案例類型，或足供我國法運用上之參考。

事實上，前揭主張已部分為司法實務所接受。例如臺灣高等法院 104 年度上易字第 1255 號民事判決略謂：「所謂忠實義務，主要是在處理利益衝突之問題，概括而言，應指公司負責人處理公司事務時，必須出自為公司之最佳利益之目的而為，不得圖謀自己或第三人之利益。其大致可歸納為二種類型，一為禁止利益衝突之規範理念，一為禁止奪取公司利益之理念。」由此，實務已漸對忠實義務有基本認知，但仍與英美判例法所建立之體系，相去甚遠。

(三)學者及各界意見

學說有主張，董事義務之內涵影響公司治理之發展甚鉅，現行法第 23 條第 1 項雖已引進英美法上的董事忠實義務以強化董事之義務內涵，惟我國係大陸法系的法制，並無英美法之實務背景，如何適用該條文實有相當之困難。學者認為公司法再次修正時，應有必要將此觀念類型化，明確的規定在法典中，使適用者理解義務之主要內容，亦使法院在發展相關實務見解時有更明確之法條依據。更重要者，於確立公司負責人義務之後，應有後續配套之措施，如責任訴追機制，以落實規範之美意。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

參酌外國立法例，現行英國法已明文將董事忠實義務類型化，而美國德拉瓦州公司法雖未明文規定董事忠實義務之內涵，然其司法裁判上亦形成董事忠實義務之類型。

於德國股份法雖未明文規定董事之忠實義務，然而法界卻一致肯認此義務之存在，且股份法第 88 條第 1 項的董事競業禁止、第 93 條第 1 項的董事沉默義務規定等，皆是符合董事忠實義務內涵的具體行為規範。日本會社法第 355 條規定，董事須為公司忠誠的履行其職務，並於第 356 條規定董事競業禁止及利益衝突交易的限制。中國大陸公司法則於第 147 條規定，董事應當遵守法律、行政法規和公司章程，對公司負有忠實義務和勤勉義務，其不得利用職權收受賄賂或者其他非法收入，不得侵佔公司的財產，並於第 148 條予以類型化。

(二)我國立法分析

誠如前所述，現行公司法未將董事忠實義務類型化，造成司法實務上長久的困擾。例如非公開發行公司之董事知悉公司併購之消息時，可否主動或被動買受其他股東之股份？此舉有無違反忠實義務？又或者利用公司配給之司機與座車帶著女友暢遊寶島炫富是否違反忠實義務？職是之故，建議新法將董事忠實義務進行類型化，以期杜絕我國公司實務上長期董事非法行為猖獗，危害公司運作之亂象。

三、方案提出

建議將董事忠實義務予以類型化，關於董事忠實義務之具體類型，參見下述議題。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.5.2 掠奪公司資產、資訊、商機

除取得股東會或董事會之同意並於股東會或董事會中詳細說明外，董事原則不得利用公司資產、資訊或機會。另外，公司之商機應考慮公司有無利用能力。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 23 條第 1 項規定，「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。」

又公司法第 209 條規定，「第一項 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。第二項 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。第三項 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。第四項 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。第五項 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)產生的問題

董事掠奪公司之資產、資訊或商機為實務上常見違反忠實義務之類型，惟因我國法院實務上，對於此類案件是否構成董事忠實義務之違反，尚未形成任何見解。

首先，就董事以私人之目的使用公司資產的情況，於裁判實務上，多集中在關於公司董事涉犯刑法第 336 條業務侵占罪之討論。換言之，對於公司董事以私人之目的使用公司資產，較少法院裁判係針對其違反公司法董事忠實義務進行討論，反而多針對董事基於私人目的之使用行為，是否已構成易持有為所有之侵占犯意。以臺灣臺北地方法院 97 年度易字第 689 號刑事判決為例，法院認為本案中寰宇倉儲公司之股東縱未約定被告支用公司款項應得其他股東之同意，惟不代表被告可以隨意動用公司資金供其私人使用，被告明知上情，卻仍假借款名義，行挪用公司資金之實，故構成刑法上侵占罪。

至於董事掠奪公司資訊係指，董事利用屬於公司之資訊而為有利於己之安排，其具體行為諸如董事搶奪公司原有之客戶、董事將公司員工挖角至董事新成立之公司等；董事掠奪公司機會則係指，董事因執行業務而獲悉交易機會時，未忠實回報予公司，反而自行或為他人利用該交易機會與相對人締約，致公司蒙受損害，

亦屬違反忠實義務之一類樣態。於我國裁判實務上，董事掠奪公司資訊或商機之案件不在少數，前者諸如台灣高等法院 90 年度重訴字第 41 號、台灣高等法院 94 年度訴更三字第 1 號、台灣高等法院 99 年度上易字第 4 號、台灣高等法院 93 年重上字第 19 號等，後者諸如台北地院 92 年勞訴字 190 號、臺灣高等法院 93 年度勞上字第 75 號、96 年勞上更(一)字第 13 號等，是以亦有將之獨立類型化之必要。

最後，董事利用公司機會之行為與公司法第 209 條所謂「為屬於公司營業範圍內之行為(又稱競業行為)」，二者間究係重疊關係，抑或是兩種不同類型的行為，容有爭議，造成公司法第 23 項與第 209 條間適用上的困擾，故有近一步釐清之必要。

(三)學者及各界意見

有學者建議，處理董事利用公司資訊或機會之案件類型，或可規定為：「董事不得利用公司機會或為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為。」

董事亦不得利用基於職位所得之公司資訊。

違反前二項規定者，股東會得決議將所得是為公司所得，並請求董事交付之。若致公司受有損害，並應賠償。

董事得經股東會以代表已發行股份三分之二以上股東出席，出席股東表決權過半數之同意，事前取得利用第一項及第二項所稱之機會、資訊、或與公司競業。

於前項股東會前，董事應於開會通知書中說明請求同意之主要內容。未說明或足以影響股東會決議之事項因故意或過失而為不完整或錯誤之揭露者，公司得撤銷同意(或逕規定為無效)。

第一項及第二項之規定於利用公司機會或資訊而離職之董事，準用之。」

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法及美國德拉瓦州法院實務上，均將董事掠奪公司資產、資訊及商機之行為納入董事違反忠實義務之類型中。

英國公司法明文規定(CA2006 S.175)，董事負有避免與公司發生利益衝突之義務，此項義務特別適用於董事掠奪公司資產、資訊或商機之情形，且公司是否能夠利用該資產、資訊或商機在所不問。然而，在能合理地被認定為不會導致利害衝突之情形，或利害關係事項已經董事會授權(公司章程規定董事會得授權該事項，且董事會決議時該利害關係董事不得加入表決)時，董事將不會違反此項義務。

英國法院實務上有許多個案，認為董事違反避免利害衝突義務時，不得以下述理由作為抗辯而免其利益歸入之責任：(1)董事的行為在整個過程中，主觀上都是誠信且善意的(Parker v McKenna)；(2)董事所獲之利益，除了係利用其董事職位而獲悉之公司資訊外，更係利用董事自己之資產及才能(Costa Rica Ry Co v. Forwood)；(3)股東會請求利益歸入時的公司股東，全部均非董事違反義務行為時之公司股東。

此外，若公司之前任董事利用公司之資訊或商機(且該商機仍是公司所持續積極追求者)獲取利益，則此項義務仍適用於該前任董事(CMS Dolphin Ltd v. Simonet; Island Export Finance Ltd v. Umunna)¹。

美國法部分，德拉瓦州法院實務上經常出現董事掠奪公司資產的案件類型為「浪費(waste)公司資產之行為」。其判斷標準在於，若董事所為之系爭交易行為，由一公正客觀之人的角度觀之，不會被認為係對公司有利，且由通常的商業判斷角度觀之亦如是時，系爭交易將被認定為浪費公司資產之行為。

就董事掠奪公司資訊之案件類型，德拉瓦州法院曾認為，董事之忠實義務包括保護公司之資訊，當董事的動機不當或將減損公司之利益時，公司得拒絕董事要求取得資訊(State ex rel. Farber v. Seiberling Rubber Co.²)。另外，法院亦認為，蓋董事忠實義務賦予董事對公司有資訊請求權，則亦必須賦予公司當董事有違反此種義務而不當使用資訊或對外洩露資訊時的救濟途徑(Beard Research, Inc. v. Kates³, ASDI, Inc., v. Beard Research, Inc.⁴, Henshaw v. Am. Cement Corp.⁵)。

就董事掠奪公司商機之案例類型，德拉瓦州法院認為，若董事於執行業務過程中獲悉一交易機會，而該交易機會係落入公司之業務範疇，且公司於財務上有能力利用該交易機會者，董事不得為自身利益而陷入與公司間之利益衝突，進而自己利用該交易機會(Guth v. Loft Inc⁶)。而後，德拉瓦州法院經過長時間發展出更為明確的四階段法則(4-prong test)，用以判斷系爭商業機會是否屬於公司之機會：(1)公司在財務上有能力利用系爭機會；(2)系爭商機落入公司之業務範疇中；(3)系爭商機對公司有利，或公司對其有獲利之期待；(4)董事因利用系爭機會，因而將負起對公司之忠實義務(Science Accessories Corp. v. Summagraphics Copr.⁷, Broz v. Cellular Info. Sys.⁸)。

對此，德國股份法未有明文規定，但於德國公司治理規約 2015 年版的第 4.3.1 點則規定，董事不得為自己利用屬於公司的商業機會，而所謂公司的商業機會並非單指公司之營業獲利機會而已，亦包括公司之商業資訊在內；又德國實務上認

¹ Island Export Finance Ltd v Umunna [1986] BCLC 460.

² 168 A.2d 310 (Del. 1961).

³ 8 A.3d 573 (Del. Ch. 2010).

⁴ 11 A.3d 749 (Del. 2010).

⁵ 252 A.2d 125 (Del. Ch. 1969).

⁶ 5 A.2d 503 (Del Ch. 1939).

⁷ 425 A.2d 957 (Del. 1980).

⁸ 673 A.2d 148 (Del. 1995).

為，董事未經許可侵占公司資源，例如拿走公司現金、將公司票款存入董事個人帳戶、未付費使用公司員工於私人工程上、以公司費用支付私人別墅的裝修、用公司資金償還渡假費用等侵占公司資源，亦屬違反忠實義務之類型。中國大陸公司法第 147 條規定，董事不得侵佔公司的財產，否則依第 149 條規定，應當承擔賠償責任；第 148 條規定，董事不得挪用公司資金、不得未經股東大會同意利用職務便利為自己或者他人謀取屬於公司的商業機會，若有違反者，所得的收入應當歸公司所有。

(二)我國立法分析

如上所述，由於現行公司法第 23 條第 1 項並未將董事利用或掠奪公司資產、資訊或機會獨立類型化為董事違反忠實義務之行為態樣，造成司法實務上見解紛呈，難以措其手足之窘境。

另外，其中董事利用公司商機之行為與公司法第 209 條之競業行為，二者間關係模糊，造成法條間適用上之困擾。

衡諸我國法制係屬大陸法系，欠缺英美法上的判例法背景，故建議新法明文將此類案件類型化為董事違反忠實義務之行為態樣之一，以期收規制董事不法行為之效。與此同時，建議將現行法第 209 條合併於此，以避免立法上疊床架屋之現象。

三、方案提出

建議新法明文規定，董事不得利用公司資產、資訊或機會，亦不得為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為。然董事若就利用公司資產、資訊、機會或競業取得股東會或董事會之同意，則例外允許之。此外，建議新法應詳細規定，董事應於股東會或董事會中詳細說明系爭資產、資訊、機會或競業行為之主要內容，否則股東會決議無效，以免該股東會流於形式而無法達成規範之目的。

另外，關於董事利用公司商機，是否考量公司利用該機會之能力，美國法及英國法立法模式不盡相同，故分為 A、B 案討論。

A 案：參考英國法，採取較為嚴格限制之立法模式。明文規定，無論公司是否有能力利用系爭商機，董事均不得利用之，除非事先經股東會或董事會之准許。

B 案：參考美國法，採取較為寬鬆之立法模式。考量公司是否有有能力利用系爭商機而認定其是否屬於「公司之商機」。亦即，若公司有有能力利用系爭商機，則該商機屬「公司之商機」，反之則否，若為公司商機，則應事先經股東會或董事會之准許方可利用之。競業禁止相關規定已被刪除，請參考方案提出。

四、**修法委員分組審議決議**

建議本議題提大會討論。

五、**修法委員會審議**

採 B 案。

公司法全盤修正修法委員會

3.5.3 收取回扣或佣金、收受職位

董事不得因其董事職務或因其執行董事職務而收受第三人給予其之利益。若收受利益之情形於一般狀況下為不會導致利益衝突者，則董事不違法。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 23 條第 1 項規定，「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。」

(二)產生的問題

董事利用其職務上之機會，而收受其他廠商之回扣與佣金，或以職位換取利益，實屬違反董事忠實義務之一類樣態，惟我國法院實務上，對此類案件多未審酌董事忠實義務之違反。

於我國裁判實務上，就公司董事收受回扣或佣金相關之案件，多集中於證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款，亦即針對已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害者，科處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金；以及刑法第 342 條背信罪責。近來，社會版面亦不乏諸多企業高層因此遭起訴，甚或入監服刑之新聞，諸如鴻海前高層收受回扣案、台塑前高層收受回扣案，以及華碩電腦前資深經理收受回扣案等。

至於董事出售職務之案件類型，則以台灣日月光案為代表。於該案中，該公司之實際負責人鄭楠興於 96 年 3 月 29 日與鄧陸光簽訂買賣契約書，約定鄭楠興將渠所持有之乾武公司股份 500 萬股、乾武公司持有之台灣日光燈股份有限公司（下稱台光公司）股份 550 萬 7500 股及台光公司經營權，一併作價新臺幣 1 億 5000 萬元出售予鄧陸光；而鄧陸光則於台光公司董事長改選完成後，將提供 3 億元資金供台光公司週轉使用。嗣後，台光公司隨即於 96 年 4 月 23 日改選董監事，由鄧陸光經營團隊接手並指派陳國雄擔任台光公司董事長，吳添福、黃俊欽、陳光隆則分任台光公司董事。

上述事實雖有被認為係公司負責人，違反其對公司之忠實義務，而將公司職位出售。惟最終於裁判實務上進行論處者，係關於此案之後續事實，亦即鄧陸光嗣後發現台光公司財務狀況與鄭楠興於簽立 96 年 3 月 29 日股權及經營權買賣契約時所述之財務狀況有相當差距，且台光公司有一紙票期為 96 年 4 月 26 日之 1500 萬元支票待兌現，致使鄧陸光不願依約提供 3 億元供台光公司調度使用。嗣 96 年 4 月 26 日該紙支票票期屆至當日上午，台光公司財務人員通知陳光隆支

票帳戶內於存款餘額不足，有跳票之虞，鄧陸光遂指示陳光隆聯繫鄭楠興、黃俊欽等人於當日下午 2 時許前往陳國雄位於臺北市○○○路之辦公室會商解決之道。值此，鄭楠興等人既已知悉開情事屬於證券交易法第 157 條之 1 第 1 項所規範之「重大影響其股票價格之消息」，且鄭楠興於當時具有證券交易法第 157 條之 1 第 1 項第 4 款所規範之身分關係，惟仍於該重大消息揭露前，委由不知情者賣出其信託登記於子女帳戶內之台光公司股票，並以此方式獲取達 124 萬 1852 元之利益，而構成內線交易罪責。

由前述各案件可知，我國法院實務並未全然掌握，董事收取回扣或佣金之行為，實應屬董事忠實義務之違反。

(三)學者及各界意見

學說論著中，對此案件類型亦多集中於刑法罪責上的討論。其中有針對上述規制經濟活動的經濟刑法，認為或應更實質地從經濟刑法論理來探討特別背信罪的構成要件，且與保護財產法益的一般刑法，應該具有法益之質的差異。業界則強烈呼籲政府應對此種行為予以有效之處罰以生遏止之效。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

參酌英國公司法(CA2006,S.176)，其明文規定，董事不得收受第三人因其董事職務或因其執行董事職務而給予之利益。於此，所謂第三人不包含該公司、其關係企業、代表該公司或其關係企業之人。然而，若董事因他人任命其為公司董事或其他公司職務，因而所獲利益者，例外不在此限。此外，若收受利益之情形被合理地認定為不會導致利益衝突者，亦例外不在此限。

英國法院實務上，董事收受回扣之案件經常發生於，董事代表公司進行商業交易協商時，收受賄賂或秘密收受回扣(Boston Deep Sea Fishing and Ice Co Ltd v. Ansell)、董事收受在公司合併分割或重整的過程中所接觸到的利益(General Exchange Bank v. Horner)等。在 Boston Deep Sea Fishing and Ice Co Ltd v. Ansell 乙案中，法院表示，雖然公司原先無法取得該回扣利益，然而既然董事違反其忠實義務，其應將所收受之回扣及其他利益返還給公司；此外，公司因而解雇該董事係屬合法有效。在 General Exchange Bank v. Horner 乙案中，董事於洽談併購的過程中，收受欲合併公司所給予之利益，於是法院判決董事應將其所收受之利益返還給公司。

英國法院曾特別強調，若董事因公司與他公司約定移轉部分業務，而離職調至該他公司，且董事並未參與該約定之協商，則董事因新職務所收受之利益並不

受本條所規範(Framlington Group plc v. Anderson)⁹。相反地，若該董事密切地參與移轉業務之協商，則其因新職務所收受之利益應得由原公司所歸入(Furs Ltd v. Tomkies)¹⁰。

對此，德國股份法未有明文規定，但德國公司治理規約 2015 年版的第 4.3.2 點規定，董事及工作人員在與其職務相關的事務上，不得為自己或他人向第三人要求或接受不正利益，或給予第三人不正利益。對於董事從第三人處取得好處之行為，不論公司是否因此有受到損害與否，均被認為董事違反忠實義務。中國大陸公司法第 148 條規定，董事不得接受他人與公司交易的佣金歸為己有，違反者，所得的收入應當歸公司所有。

(二)我國立法分析

如上所述，現行公司法第 23 條第 1 項並未將董事收受回扣或佣金以及出售職務獨立類型化為董事違反忠實義務之行為態樣，造成司法實務上就此類案件經常僅探討違法董事是否成立刑法上罪責，鮮少著墨公司法上董事忠實義務之面向。衡諸此部分為現在世界各國公司法潮流所特別著重者，故建議新法將此類案件予以類型化。

又董事收受回扣或佣金以及出售職務固為我國公司實務上常發生之案件類型，然「收受回扣或佣金」及「出售職務」之用語模糊，易生文義解釋上的困擾，且概念範圍過於狹隘。

三、方案提出

建議新法可參照英國法，明文規定，董事不得因其董事職務或因其執行董事職務而收受第三人給予其之利益。若收受利益之情形被合理化地認定為不會導致利益衝突者，則董事不違反此規定所規範之義務。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

⁹ Framlington Group plc v Anderson [1995] BCC 611(.....a director who will be leaving his company pursuant to an agreement between the company and his new employer to transfer part of the business of the company, and who is not involved in the negotiations, is not obliged to account n respect of undisclosed benefits he will receive from his new employer.)

¹⁰ Furs Ltd. v Tomkies et al [1936] HCA 3(.....the departing director was closely involved in the negotiations and held accountable for the secret profit he made.)

3.5.4 公司董事考量集團利益，使公司和關係企業為非常規交易

由於調整公司法關係企業專章內容，其中第 369 條之 4 將刪除。未來將以利益衝突交易作為公司法原則性規範。

一、現況分析

(一)現行條文

按，公司法第 8 條第 3 項規定：「公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。但政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益等情形，對政府指派之董事所為之指揮，不適用之。」

又按，公司法第 23 條第 1 項：「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。」

再按，公司法第 369-4 條第 1 項：「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。」

(二)產生的問題

我國自民國 86 年引進關係企業專章，顯然係採德國法系。個別公司倘為集團企業下之一份子，被允許隸屬同一集團之其他企業為非常規交易，只要年終該集團之控制公司對之為適度補償，該個別公司之董事即無責任可言。

然，民國 90 年修法時，明文引進英美法系之忠實義務，英美法系原則上並不認為控制公司可使從屬公司為非常規交易，則 23 條第 1 項忠實義務之規範即與關係企業專章 369-4 條有所抵觸。

民國 101 年公司法更進一步向英美法傾斜，引進實質董事制度，換言之，控制公司極可能被認為係從屬公司之實質董事，從而對從屬公司負有忠實義務。則若控制公司使從屬公司為非常規交易，即違反董事忠實義務，從而須負損害賠償責任。

我國體系之不一致，產生根本的問題，關係企業間交易究竟應採無利害關係人交易條件(常規交易)為標準，或者非常規交易亦無不可，只要等待控制公司年終補償即可？

(三)學者及各界意見

學者認為第 8 條第 3 項增訂後，實質董事法律責任之增訂應與關係企業專章有所區隔，例如應明文優先適用公司法第 369-4 條之法律責任。否則關係企業架

構上之功能無法發揮。該次修正，學者認為並未明文關係企業專章優先適用，為立法疏漏。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英美法原則上並不承認個別公司之董事會可考量整個集團的利益，也就是沒有犧牲小我完成大我的理念。雖然美國法就控制公司與從屬公司間交易，有時審查標準稍微放鬆，並沒有採取程序及實體完全公平標準，例如控制公司使從屬公司發放大量股息，法院就以從屬公司係公平對待所有股東，控制公司並沒有特殊利益為由，肯認之。又例如，同一人擔任數關係企業之董事，在商機分配上，法院通常也給予較大彈性，並沒有像對待一般自己交易般，嚴格加以審查。但無論如何，非常規交易並不被准許。

英國法對關係人交易之管控，雖規範模式與美國法稍有出入，但也不容許僅因隸屬於同一集團，就可為日常性之非常規交易。僅有在控制公司對待 100% 之從屬公司，或數從屬公司均由同一控制公司 100% 持有時，放寬相互間交易得由控制公司全權決定，因此時無少數股東保障問題。

相對於此，我國關係企業專章所師法之德國法就完全不同，原則上有兩種規範模式，第一種是事實上之關係企業(即為我國師法對象)，關係企業間日常可為非常規交易，但公司就非常規交易應詳細列表，公司年報中董事會並須聲明就上一年度與關係企業之所有交易已獲適度補償。第二種是契約上之關係企業，該種關係企業需公開登記並揭露，從屬公司即有義務接受控制公司之指揮，換言之，從屬公司董事會沒有義務考量本身公司利益，此時從屬公司地位更像控制公司之部門。但從屬公司之所有債務，控制公司必須負責清償。同時，在控制公司與從屬公司簽訂之契約中，通常也必須明訂控制公司保證從屬公司之一定獲利，以保障從屬公司之少數股東。

英美法系與德國法系之所以在是否考量集團利益此點上，有如此大的分歧，和兩國歷史發展與市場情況有關。德國在二戰為戰敗國，急迫需要企業彼此團結發展經濟，故容許考量集團利益，以犧牲小我來成就大我。同時，德國企業資金多由主要銀行提供，資本市場並不如英美國家發達，因此關係企業間進行日常性之非常規交易後，僅需確保對於債權人之償債能力。因此，不論是董事會得到適度補償之聲明，或控制公司願意負擔從屬公司一切債務之清償，就可能足以滿足償債能力之要求。反之，英美法系之資本市場活絡，公司資金多從資本市場取得。而資本市場側重於業績之真實展現。故，倘允許一年之中經常進行非常規交易，則企業之獲利狀況難免扭曲，資本市場投資人權益將大受影響。中國大陸公司法之規定較接近英美法制，其第 21 條規定，公司的控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員不得利用其關聯關係損害公司利益，從而董事應不能考慮集

團利益，使公司與具關聯關係之企業進行非常規交易，而損及公司利益。

(二)我國立法分析

我國在民國 86 年引進德國法系關係企業專章時，公司法架構原則上遵循德日法系，故無法系衝突問題。但，自民國 90 年開始，我國日益向英美法系傾斜，衝突越來越大。本次修法，以鼓勵創新創業，發達資本市場為政策目標，因此，以英美法系為修法藍本，包括整個基本架構亦採英美法系，德國法系之關係企業專章在這種情況下就難免有突兀之感。

但，我國集團企業盛行，集團下分子企業倘並未上市上櫃，也就是資本市場未提供其資金來源，若該集團想要維持目前公司法團結力量大、分子企業得彼此「扶持」的情形，似乎維持現行關係企業專章亦無不可，如此可減少修法對現狀之衝擊。

因此，建議非公開發行公司倘由章程明定現行法下關係企業專章之相關條文，則修法後公司法中仿英美法系，所訂關係人交易相關規範，僅在不牴觸章程特別規定時始有適用。但，由於民國 86 年引進關係企業專章時，並未全盤採用德國法系之模式，例如關係人不僅限於公司(譬如公司之控制事業也可能為個人、財團法人或總管理處)，關係交易報告書(不限於控制公司與從屬公司，而是包括集團內分子企業之所有交易，)以及從屬公司已獲適度補償之董事會聲明。

三、方案提出

非公開發行公司得以章程規定繼續沿用現行公司法第 369-4 條關係企業相關規定，且優先於公司法關係人交易之規範。公開發行公司則不再援用現行關係企業專章規定。

配套措施：關係企業不再限於公司組織、公司須針對所有與關係企業之交易，製作關係交易報告書，從屬公司董事會須出具已獲適度補償之董事會聲明。

四、修法委員分組審議決議

本議題提交大會討論。

五、修法委員會決議

配合第三組關係企業專章之修正建議。

公司法全盤修正修法委員會

第六節 違反責任

3.6.1 董事之侵權行為責任

董事對於第三人責任定位為一般侵權責任，於本項條文中明確納入「故意或過失」之要件。並且，建議於立法理由中，將本項「他人」明確界定及於公司股東，以杜爭議。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 23 條第 2 項規定，「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。」

(二)產生的問題

公司法第 23 條第 2 項之規定大致有以下二問題：

1、本項規定之性質究竟為一般侵權行為、特殊侵權行為或法定特別責任之規定，向來容有爭議而有近一步釐清之必要，蓋此涉及董事應否具故意或過失之主觀歸責要件。實務見解有認為公司法第 23 條第 2 項所定董事對於第三人責任，係屬特殊侵權責任¹¹，或法定特別責任¹²，故不以董事具故意或過失為要件；亦有見解認為該條並無異於一般侵權行為責任，故董事主觀上仍應具故意或過失。

2、本條所稱之「他人」是否包含股東，亦即本條之責任對象是否及於股東，實務上看法不一，有採否定見解者¹³，亦有採肯定見解者¹⁴。

(三)學者及各界意見

1、就公司法第 23 條第 2 項之性質，學說上多認為，該條應為一般侵權行為之規定，自以具備主觀上故意或過失之要件為必要。按法令政策上若欲令行為人負無過失責任，必應基於特殊之考量，諸如創造高度危險卻又舉證困難等。然而，為公司經營業務之董事就其執行業務之行為，何以應令公司與董事負無過失責任，上述實務判決之立論基礎何在，未見其明。蓋公司為現代商業活動之主要經營組織體乃是借故國普遍之現象，在此情形下，似無從說明，公司創造了何種風險，而該風險已達非課予董事無過失責任否則無法竟其規範之功的理由。

司法實務意見已如前述相當分歧，與學界通說相同採一般侵權行為者有臺灣高等法院 100 年重上字第 640 號民事判決，該判決略謂：「依公司法規定，公

¹¹ 最高法院 73 年台上第 4345 號判決、台南高分院 87 年度重上更(一)字第 22 號判決。

¹² 最高法院 76 年台上字第 2474 號判決。

¹³ 台南高分院 87 年度重上更(一)字第 22 號判決。

¹⁴ 最高法院 96 年台上字第 186 號判決。

司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責，雖屬特別侵權行為責任之一種，然仍須具有一般侵權行為之要件，尚非如上訴人所稱為無過失責任。」是仍以行為人具備主觀上故意或過失之要件為必要。

而最高法院 76 年台上字第 2474 號判決則採法定特別責任之見解，認不以具故意或過失為必要，該判決略謂：「公司法第二十三條所謂公司負責人，在股份有限公司不僅指代表董事而言，並包括執行業務董事在內。又公司法第二十三條所定連帶賠償責任，係基於法律之特別規定而來，並非侵權行為上之責任，故消滅時效，應適用民法第一百二十五條規定。」

另外，最高法院 73 年台上第 4345 號判決則採特殊侵權責任之立場，同樣認不以行為人有故意或過失為要件，判決要旨：「公司法第二十三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，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。」

學說另認為，公司法第 23 條第 2 項與民法第 28 條之差異，主要在於公司應負自己侵權行為責任之範圍不同。民法第 28 條僅及於董事，但公司法第 23 條第 2 項及於一切負責人，故其並非民法第 28 條之重申，而有獨自存在之價值。

2、就公司法第 23 條第 2 項所稱之「他人」是否包含股東之問題，學說上多採肯定見解。實務上亦有採肯定見解者以最高法院 96 年度台上字第 186 號判決為代表，該判決略謂：「按公司負責人執行公司之業務，如有違反法令之行為，致他人直接受有損害，公司負責人應與公司負連帶損害賠償責任，該他人究係股東或係股東以外之第三人，均非所問，此觀之公司法第二十三條第二項規定自明。」顯係以文義解釋之觀點出發。

惟亦有學者持否定之見解，認為若公司法第 23 條第 2 項所稱之他人包括股東，將造成實質上由全體股東共同分擔公司責任，以賠償部分股東之結果，亦使股東有先下手為強之情形，實非公允，是除非係所有股東一同起訴，否則將有違本項之立法原意。

另學者強調，實務上採否定見解之原因在於其案件事實之特殊性。在否定說代表案件 — 台南高分院 87 年度重上更(一)字第 22 號判決乙案中，原告股東以被告董事未依法分派盈餘為由，以公司法第 23 條第 2 項為請求權依據，主張被告應與公司負侵權行為連帶損害賠償責任。法院之所以以股東並非公司法第 23 條第 2 項為由而駁回原告之訴，應係在於迴避利益侵害類型之侵權行為如何處理此一民法上之難題。

按董事(會)在處理盈餘分派事務時，其法律性質應係基於委任關係為本人(公司)處理事務。而依股東決議發放盈餘乃公司之義務，非董事對股東之義務。因此，未依法發放之結果乃公司對股東債務不履行之行為。至於董事個人使否因此對股東負有侵權行為責任，仍應以是否構成侵權行為要件為判斷基礎，非謂董事

與股東間一概不成立侵權行為責任。是以，實務採否定說之見解似有違誤。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

日本會社法第 429 條有類似我國公司法第 23 條第 2 項之規定，其規定董事就執行其職務存在惡意或重大過失時，應賠償由此對第三人造成之損害。但大多之外國立法例上，似未見相似於我國公司法第 23 條第 2 項之規定。探究其實，應係在於董事侵權行為之案例，以民法侵權行為規範之即可，無須於公司法上再為規定。

(二)我國立法分析

如前所述，我國實務見解認為公司法第 23 條第 2 項係特殊侵權行為或法定特別責任，故不以董事主觀上之故意或過失為必要，且有認為該條所稱之「他人」並包含股東，似有誤導之嫌。試想一例，今若一董事於開車前去執行其職務之路途中，不慎撞傷一位公司股東，該董事是否構成對該股東之侵權責任呢？答案很顯然係肯定，且該股東對該董事之請求權依據毫無疑問地亦包含公司法第 23 條第 2 項。

三、方案提出

基本上，建議新法將本項董事對於第三人責任定位為一般侵權責任，於本項條文中明確納入「故意或過失」之要件。並且，建議於立法理由中，將本項「他人」明確界定及於公司股東，以杜爭議。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.6.2 利益歸入

- 1、歸入權之時效自事實發生之日起，逾五年而消滅。
- 2、歸入權之行使應由董事會行之。
- 3、歸入之範圍原則僅就董事本身所獲取之利益為限。但若他人為惡意協助者或明知反忠實義務卻收受利益者，則該他人所取得之利益亦屬歸入範圍。
- 4、不區分違反忠實義務之類型，而有不同歸入權之行使規定。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 23 條第 3 項規定，「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)產生的問題

現行公司法第 23 條第 3 項係引入董事違反忠實義務利益歸入之概念，其條文文字應係參考自公司法第 209 條第 5 項規定。惟本項規定約有如下問題：

1、就公司內部得對董事請求利益歸入的決定機關，現行法係規定為股東會。然就其性質而言，實屬公司事務之執行，從而，若無股東會之決議，董事會可否為公司之利益，決議向違反忠實義務之董事行使歸入權反而發生疑義；2、此外，就利益歸入權之時效，現行法係規定為利益發生後之一年內。惟此時效期間稍嫌短促，實務上經常發生公司於董事違犯行為一年後方知悉其因而獲利，卻因時效已罹於消滅而陷入無從救濟的窘境；3、再者，就利益歸入權之性質究屬形成權或請求權，亦有一併釐清之必要，蓋其性質為何將影響其時效或期間之長短與可否中斷；4、最後，若新法將董事忠實義務類型化而分別規定在不同條文中，則利益歸入權的規定是否仍規定在同一條文中，抑或針對不同類型而規定，亦有考量之必要。

(三)學者及各界意見

就利益歸入權之性質，有學說認為，蓋此權利係基於公司一方之意思表示，使違反忠實義務之董事，將其由違反忠實義務行為所得之經濟效果歸屬為公司之特殊權利，故應屬形成權之一種。惟亦有學說認為其應為請求權，而非形成權，蓋其並不具有直接變動法律關係之效力。

有學者論及於公司董事收受回扣之情形，得否主張公司法第 23 條第 3 項，涉及董事收受該筆回扣金係「執行業務」與否，若屬執行業務之行為，公司自得

主張利益歸入權；反之，則不得主張。

有論者認為本條妥適性實待商榷，蓋法理上「該行為」係屬公司執行業務行為，該行為之所得自應屬公司之所得。易言之，若董事非法收受回扣係屬公司業務執行，公司自得主張該筆回扣金屬於公司，實無須將本條項解釋為歸入權之行使，而將該行為之所得視為公司所得之必要。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國公司法實務上，違反忠實義務之董事將其行為所得利益吐還給公司，亦屬董事違反忠實義務之責任類型之一。

在英國法上，公司得對違反忠實義務之董事行使利益歸入之法理基礎，在於其法院實務上經長期發展出一個「擬制信託(constructive trust)」原則，亦即，雖然董事並非嚴格意義上的信託之受託人，然而，董事就其所支配的公司資產，應被視為信託之受託人。是以，董事應以善良管理人之注意管理、處分公司之資產，若違反其義務而造成公司損害，則應賠償公司；若董事因而獲利，則應將利益歸還予公司。另外，就此準信託義務的範圍，英國實務上認為，縱使系爭資產在法律上並非公司所有，然其實質上應歸屬(beneficially owned)於公司時，則亦屬之。並且，所謂「資產」亦包含公司之機密資訊、專利技術、營業秘密、公司業務範圍的交易機會等。

英國實務上第一件，且最具代表性的為 Cook v. Deeks¹⁵ 案，在該案中，三名董事因董事職務之執行而接觸到一個價值極高的交易機會，進而佔有之，且證據顯示若公司得以進入此交易將使公司賺取豐沛的利潤。然而，該三名董事卻利用其於股東會的多數優勢，通過董事會決議免除其義務違反之責任。本案中，法院認為系爭交易機會應歸屬於公司，故該董事應返還其因系爭交易所獲取之利益。

就利益歸入之範圍而言，英國法院曾特別強調，董事僅就其個人所賺取之利益負歸入義務，不為他人所賺取之利益負責，除非該他人為董事違反忠實義務之惡意協助者(dishonest assistance)、或該他人明知董事違反忠實義務卻收受董事賺取之利益(knowingly receipt)(Regal Hastings Ltd v. Gulliver¹⁶, Ultraframe UK Ltd v.

¹⁵ Cook v. Deeks [1916] 1 AC 554 (three directors of a private company, holding a majority of the shares, appropriated to themselves an opportunity to enter into a highly favorable business contract, it being evident that the opportunity was only presented to them because they were directors of the company and that the company's business would have greatly benefited from the contract. They purported to ratify this breach of duty by using the votes attached to their shares to pass an ordinary resolution, but were none the less be held liable to account to the company for the profits derived from the contract, on the basis that the contract 'belonged in equity to the company'.).

¹⁶ Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC 134(director only liable for profits made personally, not for the profits made by others, unless the claim can be brought under some other head of liability,

Fielding)¹⁷。

就公司內部得請求歸入之機關，英國公司法並未明文規定，然法院實務上普遍認為該權限係歸屬於股東會。(Aberdeen Ply Co v. Blaikie¹⁸, Imperial Mercantile Credit Association v. Coleman¹⁹)。

於德國法上，若董事違反之忠實義務係股份法有明文規定者，則董事即依該規定之法律效果負責，例如，董事違反競業禁止義務者，依股份法第 88 條第 2 項規定，公司得向董事請求損害賠償，或行使歸入權，將董事為自己計算所為之交易，視為係為公司計算，或請其交出為他人計算所獲取之報酬或讓與該報酬請求權，以代替損害賠償；至於若是董事違反忠實義務之行為非於股份法有明文規定者，仍是得追究其違反忠實義務之損害賠償責任或利益返還責任²⁰。日本會社法第 423 條規定，董事違反第 356 條之競業禁止或利益衝突交易規定時，董事或第三人通過該交易所得利益之金額，推定為董事應負之損害賠償責任的金額。中國大陸公司法第 148 條則規定，違反忠實義務所得之收入應當歸公司所有。

(二)我國立法分析

如前所述，現行公司法第 23 條第 3 項對於利益歸入權之性質不明、時效過於短促、公司內部決定歸入之機關為何、是否於新法將董事忠實義務類型化後分別規定，皆有所疑慮，建議新法一併研修之。

參酌英國公司法可知，董事忠實義務之利益歸入權實係源自於董事與公司間「擬制信託」之關係。簡言之，法律擬制董事與公司間存有類似信託之關係，而董事基於此類似信託受託人之地位，負有以善良管理人之注意管理處分公司之資產之義務。若董事違反其義務，因而獲取利益時，公司得基於該擬制信託之關係，請求董事歸入該利益。核其性質，應屬債權請求權，而非屬由一方直接變動法律關係之形成權。

三、方案提出

- 1、歸入權之時效自事實發生之日起，逾五年而消滅。
- 2、歸入權之行使應由董事會行之。
- 3、歸入之範圍原則僅就董事本身所獲取之利益為限。但若該他人為惡意協助者或明知反忠實義務卻收受利益者，則他人所取得之利益亦屬歸入範圍。

e.g. knowing receipt, dishonest assistance, partnerships, etc.)

¹⁷ Ultraframe (UK) Ltd v Fielding & others [2005] EWHC 1638.

¹⁸ Aberdeen Railway Co v Blaikie Brothers [1854] UKHL 1.

¹⁹ Mercantile Credit Association v Coleman (1871) LR 6 Ch App 558.

²⁰ 如德國法界普遍認為競業禁止之法律後果，即是損害賠償請求權或歸入權，亦可在違反忠實義務涉及公司商業機會時，被謹慎類推加以適用。Vgl. Hopt, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 1992, § 93 Rn. 167.

4、不區分違反忠實義務之類型，而有不同歸入權之行使規定。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

第七節 利益衝突之交易

3.7.1 定義

建議調整現行公司法條文，擴大利益衝突交易之適用範圍，並就特定利益衝突予以類型化之規範。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 206 條第 2 項規定，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。亦即，關於董事有自身利益衝突之適用範圍，僅限於「董事會會議事項」。

(二)產生的問題

公司法第 202 條規定，公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。此條文明定董事會是公司業務執行機關，許多經由股東會討論或決議之事項，也必須先經由董事會討論及決議，但公司在諸多重大交易或事項，可能並非公司法或公司章程明定應有董事會討論或決議事項。針對這些事項，實務上可能就由董事長或執行業務董事，甚至由董事長或執行業務董事逕行指示經理人予以處理。若此等事項涉及公司董事長或執行業務董事自身或其關係人與公司有利益衝突時，則因為目前公司法第 206 條第 2 項之條文架構，僅限於董事會會議決議事項，則將無法適用公司法關於利益衝突交易之規定，恐有損公司治理。亦即，其所產生之問題為所謂利益衝突交易，是否僅限於董事會會議討論之事項，還是應該泛指任何董事或其關係人與公司間有利益衝突之情形均屬之。

(三)學者及各界意見

少見相關分析或探討。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

美國模範公司法無明文規定，但解釋上應不限於契約或交易關係。另法院判決有將利益衝突交易類型化。英國公司法解釋上不限於董事代表公司對外簽署契約之情形，並且於公司法中將某些利益衝突交易予以類型化：如關於董事與公司間委任契約及其報酬之約定(CA2006,S.188)；公司對董事或其代表之人或其關係人提供融資或保證(含脫法行為)(CA2006 s. 197、s. 198、s. 200、s. 201、s. 203)；

董事之離職金及其補償等等(CA2006 s215、217、220-222)。而香港公司條例之體例基本上與英國公司法類似，並將特定利益衝突之交易或情形予以類型化規範。

德國股份法對何謂利益衝突交易無一般定義之明文規範，但針對董事競業禁止、公司貸款予董事、公司與董事交易之公司代表權轉移則有明文規定。此外，於德國公司治理規約 2015 年版的第 4.3.3 點規定，每位董事應向監察會毫不遲延地揭露利益衝突，並告知其他董事；公司與董事間所有交易、與董事親近人員間交易，或與董事個人有密切關係之企業間交易，必須符合該行業之交易慣例；公司與董事間之交易由監察會代表公司，與董事親近人員或其密切關係之企業間的重大交易，應經監察會同意。日本會社法第 356 條禁止董事之競業行為及利益衝突交易，除非在股東會公開相關重要事實，並獲得股東會之認可，若設有董事會之公司，依第 365 條規定，則是在董事會公開相關重要事實，並獲得董事會之認可。中國大陸公司法則於第 148 條規定，董事不得違反公司章程的規定、未經股東大會或者董事會同意，將公司資金借貸給他人或者以公司財產為他人提供擔保；不得違反公司章程的規定或者未經股東大會同意，與公司訂立合同或者進行交易，否則公司有損害賠償權利或歸入權。

(二)我國立法分析

由於前述關於我國公司法第 202 條規定及第 206 條第 2 項規定之條文架構，僅限於董事會會議決議事項，則將無法適用公司法關於利益衝突交易之規定，恐有損公司治理。亦即，其所產生之問題為所謂利益衝突交易，是否僅限於董事會會議討論之事項，還是應該泛指任何董事或其關係人與公司間有利益衝突之情形均屬之。

三、方案提出

承前述分析，臚列 A、B 兩方案供參考。

A：建議調整現行公司法條文，擴大利益衝突交易之適用範圍。此外，建議並參採英國法模式，就特定利益衝突予以類型化之規範。其中包括：公司給予董事之一切報酬或給付，包括公司基於委任關係所給予董事之報酬，或解任董事之離職金；公司給予董事、董事所代表之人或企業、或其關係人之任何授信或保證之交易或相關之安排；公司與董事或董事所代表之人或董事之關係人間之重大資產交易；及公司對於董事競業行為之相關事務或決議。

B：維持現行條文規定，可透過主管機關函釋擴張利益衝突交易之適用範圍，且無須增訂相關利益衝突交易類型化之規定。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

公司法全盤修正修法委員會

3.7.2 特定類型

3.7.2.1 報酬(委任契約的報酬或離職金等任何公司提供給董事的對價)

1. 明定「報酬」之意義。
2. 明定報酬之決定機關。
3. 報酬得另以書面約定之，凡定有一定年限者，一經股東會同意，則生拘束之效果，公司不得嗣後變更。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 196 條第 1 項規定，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。

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。但公司尚有累積虧損時，應予彌補。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。

(二)產生的問題(是否只限於契約)

業界有認為董事報酬之決定應採較客觀方式，即仿美國法下之報酬委員會先行提案，再交由股東會決議。

經濟部於經商字第 09302030870 號函釋認為，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。另經濟部經商字第 09402199670 號函釋表示，公司盈餘之分派，分為股息及紅利，而登記實務上，紅利又分為股東紅利、員工紅利、董監事酬勞。是以，董監事酬勞，屬盈餘分派之範疇。至董監事報酬，則指董事、監察人為公司服務應得之酬金，屬公司法第 196 條、第 227 條之範疇。是以，報酬與酬勞，係屬二事，先為敘明。所詢已解任監察人請求核發監察人酬勞一節，按個別監察人得否分派酬勞，允屬公司內部自治事項，如有爭議，宜循司法途徑解決。亦即，主管機關認為，董事及監察人基於與公司委任關係，提供公司所約定之服務而所得請求者，此種經常性之給付，應為「報酬」；而依據公司法盈餘分派給董事或監察人者，係屬非經常性之給付，應為「酬勞」。

最高法院 94 年度台上字 2350 號判決則肯認前述經濟部之見解，認為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。分別為公司法第一百九十二條第四項、第一百九十六條及民法第五百四十七條定有明文。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。

(三)學者及各界意見

有學者認為董事之報酬係董事為公司服務所得之酬金，係屬於提供勞務服務之對價性質，只要董事有勞務付出，則可以向公司請求；至於盈餘分派之董監酬勞，則係於公司是否有盈餘得以分派，具有成功報酬之性質，不屬於勞務對價性質。準此，股份有限公司之董事，本質上應為有償，至於其報酬之決定，則應經章程訂明或由股東會議定。但公司章程訂明或由股東會議定董事不受領報酬，而董事亦無異議者，則例外得為無償。蓋此應屬契約自由原則之範疇。需注意者為，此一例外須以委任契約一方當事人之董事願意接受此無償之契約內容為必要。至於實務上之車馬費、公關費等，係屬於業務執行費用，公司無論盈虧，均有支付之義務。而其性質上，董事亦不得任意處分，必須檢具單據，公司核實支付之。而由於董事會係公司之業務執行機關，則此等費用由董事會加以決議即可。

然而，實務上許多公司章程中明定或股東會決議董事酬勞之計算公式或總數，再授權由董事會決議一節，學者及實務見解多認為屬於企業自治之一環，採取肯定見解。

另有學者認為就不同於股東會中直接針對董事報酬事項加以決定的情形，在股東會將該事項授權予董事會決定的決議中，身兼董事之股東對於股東會「授權」之決議，原則上將被認為並無「自身利害關係」，而無第 178 條表決迴避之適用。換言之，該身兼董事之股東雖然不能在股東會中直接地參與自身報酬的表決，惟其可在股東會中支持將此一事項授權給全體董事決定，再進而於董事會中參與董事報酬的決議。即便依公司法第 206 條之規定，董事會之決議必須準用第 178 條，因此有利益衝突之董事仍然須迴避表決，然而這樣的運行模式早已脫離股東會中心的精神，而幾與董事會中心無異矣！……公司法第 196 條應考慮修改為『董事之報酬，未經章程訂明者，應由董事會議定。公開發行股票之公司，其章程固定或董事會議定董事報酬之方式、程序及其他重要事項，應依證券管理機關之規定行之。』在法制上明文肯定董事會的董事報酬決定權，其更重要的意義在於讓吾人可以正式董事會的地位並作更縝密的規範。

關於前述董事(及監察人)獲得盈餘分派之「酬勞」，其法令依據為公司法第 196 條及(舊公司法)第 235 條規定，惟為配合員工分紅費用化及響應政府規動員工加薪政策，公司法於 104 年 5 月 20 日修正(舊)公司法第 235 條並增訂公司法

第 235 條之 1 規定，以至於在實務行之有年之將分別給付給股東、員工及董監之公司盈餘政策，產生變動。然而，公司法所增訂之第 235 條之 1 之規定，其所適用之對象僅限於公司之員工及一定條件之從屬公司員工，不及於董事及監察人。為避免對於實務運作造成過大之衝擊，經濟部於 104 年 6 月 11 日經商字第 10402413890 號函釋「五、公司法第 235 條修正刪除第 2、3、4 項員工分紅之規定後，盈餘分派表不得再有員工分紅之項目；董監事酬勞亦應比照員工紅利之作法，盈餘分派表不得再有董監事酬勞之項目。惟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。」(經濟部 104 年 10 月 15 日經商字第 10402427800 號函)

此外，經濟部 104 年 10 月 15 日經商字第 10402427800 號函釋針對公司章程如何訂定董事及監察人之「酬勞」一節，進一步說明「九、……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。」至於所謂「定額」，係指固定數額(一定數額)。區間或上下限之訂定方式，均與定額不符。²¹

另關於董事是否得參與決議部分，我國公司法第 206 條準用第 178 條禁止有利害關係之董事參與董事會決議。按最高法院 100 年度台上第 2235 號民事裁定見解，股份有限公司之董事對於會議事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，此觀公司法第 206 條第 2 項準用同法第 178 條規定即明。如董事會違背上開規定而為決議，應屬無效。本件上訴人身為被上訴人公司之董事，就其個人退休案，關涉退休金之領取，此除影響公司淨值高達 10% 外，並影響被上訴人與瑞利公司股權之換股比例，故其退休金准否事項，當有害於公司利益之虞，為原審所確定之事實。上訴人就其自身利害關係致有害於公司利益之虞之議案，未加迴避，仍參與核議，並表示可配合公司基於股東換股利益以彈性方式支付表決，致被上訴人其餘董事對該案未予異議，進而決議照案通過，依上開說明，該決議自屬無效。

現行法僅允許公開發行公我國現行法雖禁止具利害關係之董事行使表決權，但未剝奪其出席會議及陳述意見之機會，學者認為，從利益衝突精神觀之，有自身利害關係之董事不僅不得加入議案，亦應不得參與表決之討論過程，以免藉由

²¹ 經濟部 105 年 1 月 4 日經商字第 10402436390 號函。

其參與討論而不當影響其他董事之想法。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

美國德拉瓦州公司法第 141 條(h)項規定除非章程或辦法另有規定，否則董事會有權決定董事報酬²²。

英國公司法(CA 2006)針對公司與董事間之服務契約與離職金均分別規定，茲說明如下：

1. 服務契約與報酬：英國公司法第 188 條規定，董事與公司間之服務契約，其存續期達二年以上，且公司不得任意終止(或公司僅能在特定情形下終止)者，該服務契約應經股東會決議。相較於我國法 196 條僅規範董事職位之報酬，本條所規範之服務契約除單純擔任董事外，也包括董事擔任公司其他職位之契約。同法第 189 條則規定，若違反 s. 188，則違反部分之條文無效，且公司得隨時經合理地通知終止該契約。英國法院實務上曾有判決指出，公司法第 188 條及第 189 條之立法目的在於保護股東之利益，在該案中，公司股東已被完全地告知系爭服務契約之內容，且經股東非正式但全體一致的同意，故系爭服務契約係屬有效 (Atlas Europe Ltd v. Wright)²³。

2. 離職金或喪失職位之補償：依英國公司法第 215 條及第 217 條規定，當董事失去董事一職或喪失擔任董事期間其他在公司擔任之管理職(如經理人)，公司擬對其有所補償(包含金錢及金錢以外之利益)時；或董事退休、因退休而失去原於公司擔任之管理職，公司擬對其提供對價(包含金錢及金錢以外之利益)時，需經股東會決議。依同法第 222 條規定，若未經股東會決議，受領者須負返還之責，且決定發予離職金之董事應連帶賠償公司所受損失。此外，需補充的是，前述失去職位之情形可能係因公司讓予全部或一部之營業或財產而生(第 218 條)，也可能因股權移轉而生(第 219 條)。但若是離職給付金額不大，則不用經由股東會決議。依公司法第 220 條及第 221 條規定，若係為履行法定義務、因違反義務而生之損害賠償、因終止委任或僱傭所生之請求(該請求經和解而定之數額)及退休金等之給付、低於 200 英鎊之小額給付，則無須經股東會決議。

香港法，原則上，無利益衝突原則係指，董事不應因其自身利益使公司負擔責任或指派董事在公司中擔任受薪的職位，除非其在公司章程中已被允許。在董事薪酬制度下，示範章程允許董事取得因其他職務而生之利益。此外，關於報酬

²² DGCL 141(h) “Unless otherwise restricted by the certificate of incorporation or bylaws, the board of directors shall have the authority to fix the compensation of directors.”

²³ Atlas Wright (Europe) Ltd v Wright [1999] 2 BCLC(.....as the only purpose of these provisions is the benefit and protection of the members, the specific requirements can be waived if there is fully informed and unanimous informal agreement of the members to a director’s employment contract.....)

決定機關，香港法原則由股東會決議。例外得以章程訂明或經股東會決議，授權董事會決議。因此，在公開公司示範章程中，係以授權董事會來決定，因而公開公司實務上多由董事會決定任何執行董事之報酬；私人公司部分，雖未規範於示範章程，但根據董事會之權力，應與前者同。

德國法針對董事報酬部分，依德國股份法第 87 條第 1、2 項規定：「(第一項)監察會在決定個別董事之薪酬總額(薪金、利潤分享、費用補償、保險費用、傭金、激勵導向之獎酬如認股權及各種方式之附帶給付)時須注意，其薪酬應與董事之任務、能力，以及公司之境況處於適當之關係，且無特殊原因下不能超過慣常之薪酬。上市公司之薪酬結構必須以企業長期發展結合。因此變動式薪酬須建立在多年的衡量基礎上；對非比尋常之發展狀況，監察會應作限制可能性之約定。本項第一句規定亦準用在退休金、遺族撫卹金及相關給付。(第二項)在薪酬決定後公司情況惡化，以致於依第一項所為之繼續給付將對公司不合理者，則監察會或在第 85 條第 3 項情況時法院依監察會之聲請應降低薪酬至合理數額。退休金、遺族撫卹金及相關給付僅能在退出公司後的前三年依據本項第一句規定降低。任用契約的其他內容不受薪酬降低的影響。但董事可經由六星期終止預告期限於下季結束時終止任用契約。」亦即由監察會決定董事薪酬。至於監察人之報酬，依股份法第 113 條規定，公司可於章程規定或經股東會決議對監察人給付報酬，報酬應視其負責之職掌及公司狀況而定，若監察人報酬已在章程中規定，可經由股東會簡單多數決，來修改章程降低其報酬。

日本會社法第 361 條針對董事執行業務之代價報酬，得區分為 1.固定金額之報酬，其金額；2.不定金額之報酬，其具體計算方法；3.非貨幣之報酬，其具體內容。董事報酬若未規定於公司章程，則必須由股東會決議之。而會社法第 387 條及第 388 條則就監察人之報酬，若未於公司章程明定者，應由股東會決議之，但監察人得到股東會陳述意見。此外，監察人因業務執行所預付或已支付之費用(含利息)，得向公司請求。

中國大陸公司法第 99 條準用第 37 條規定，由股東大會行使決定有關董事、監事的報酬事項之職權。

(二)我國立法分析

如前述分析，經由民國 104 年刪除公司法第 235 條第 2 項至第 4 項規定後，現行我國公司法中就董事之報酬僅於公司法第 196 條規定。至於董事酬勞部分，則係由主管機關函釋所創造而生。另外，由於證券交易法訂有薪酬委員會之相關規定，實務上公開發行股票公司多依據證交法相關規定辦理，非由章程訂明或由股東會決議。又參考英國法規定，多係以探討董事與公司間之「服務契約」，雖其未明定須以書面為之，但實務上多以書面訂明服務契約。因此，本項議題有關部分有三：1.是否參考現行實務作法，就董事報酬或酬勞(包括離職金或補償)予以分類，或僅作概括規定；2.董事與公司間之委任關係是否須以書面訂定一定年限之契約；3.決定的機關就為股東會或董事會，同時考量大小公司分流思維設計

決定機關。

三、方案提出

A 案：此建議方案包括下列三部分：

(1) 不區分公司給予董事之報酬或酬勞，抑或離職金，僅明定非公開發行股票公司給予董事任何之給付(包括離職金等)，須以書面為之。

(2) 公司應與董事為一定期限之書面契約。考量我國董事之任期為 3 年，兼參採英國法之規定，建議公司與董事應以書面約定其報酬(包括離職金等)，其約定之期限最多為 5 年。考量我國董事任期為 3 年一任，因此，原則該書面契約應經股東會決議通過，為若該契約所約定之期限為 3 年以內，則公司得以章程訂明或股東會決議授權董事會決定，且該名董事無庸迴避決議。

(3) 決定機關維持現行條文規定之設計，得由章程訂明或股東會決議。惟此僅限於非公開發行股票公司。至於公開發行股票公司，則由證券管理機關依證券交易法所定薪酬委員會之規定辦理。此外，若前述書面契約無排除約定，則公司得以章程(如嗣後修章)或股東會決議修改前述報酬內容。

B 案：明定非公開發行公司給予董事任何之給付(包括離職金等)，且將現行實務將董事報酬或酬勞分類之見解，例示於本條文規定。又公司得與董事就前述報酬為書面契約約定。其決定機關維持現行規定設計，未經公司章程訂明者，須經由股東會同意。章程或股東會不得授權董事會代為決定。若前述公司與董事就報酬約定有一定年限者，一旦經股東會同意，則生拘束公司及董事間之效果，公司不得藉嗣後修正章程或股東會決議變更之。至於公開發行公司給予董事之任何報酬或給付，則由證券管理機關另訂之。

四、修法委員分組審議決議

採 B 案。

3.7.2.2 提供任何或各種形式的融資或保證

公司不論公開發行與否，公司與董事或關係人間之借貸行為及準借貸行為，除章程另有規定外，應經董事會同意。另具利害關係之董事應於董事會或股東會揭露其利害關係並迴避表決權之行使。

一、現況分析

(一)現行條文

針對公司的借貸行為，公司法第 15 條規定，「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%。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」。針對公司的保證行為，同法第 16 條規定，「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。公司負責人違反前項規定時，應自負保證責任，公司受有損害時，亦應負賠償責任」。

另外，針對公司與董事間的法律行為，同法第 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」。又同法第 206 條第 2 項及第 3 項規定，「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。第 178 條、第 180 條第 2 項之規定，於第一項之決議準用之」，亦即董事除應揭露自身利益，並應迴避表決權之行使。

(二)產生的問題

公司法第 15 條及第 16 條針對公司所有的借貸及保證行為採原則禁止之立法模式，所衍生之問題在於造成公司間相互融資之困難，蓋公司間相互融資為企業普遍的融資管道之一，採取原則禁止之立法模式無法因應公司實務運作之所需。實則，公司法所應規範之公司融資行為，實應為公司與其董事或關係人間的融資。蓋實務上此類交易極易造成掏空公司資產造成公司損害之情形。實務上公司董事得以成立另一公司之方式向公司借貸，利用公司法第 15 條之除外規定，輕易規避本條之限制。換言之，現行法第 15 條及 16 條並不足以將此類董事之不法行為加以相繩。

此外，我國公司法第 223 條及第 206 條第 2 項及第 3 項係規範所有公司與董事間之交易行為，並未區別類型。公司與董事之關係人間的融資行為則付之闕如。且該規定經主管機關及法院解釋之結果，係由監察人代表公司與董事議約及簽約，相較於外國立法例，不僅規範密度不足，且體例解釋上充滿矛盾。最後，若董事另外成立一公司而向公司借貸，是否即落入第 223 條「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為」及第 206 條第 2 項及第 3 項「有自身利害關係」

之文義範圍，亦有疑慮。

(三)學者及各界意見

不少業界意見認為公司間或與行號間有業務往來或有短期融通資金之必要時，公司得將資金貸與他人符合實務需求。但如此易使資金有餘之公司變相成為資金貸放業，且集團企業中各公司容易形成資金不當移轉之缺點。

有學者主張現行法第 15 條及 16 條之規範主體及於所有人，並不妥適，蓋立法政策上之所以限制公司之資金貸與及保證行為，並非為了管制正常營運下的行為，而係在於避免內部人違反忠實義務之違法行為，進而掏空公司資產，故僅需限制公司與董事間之借貸及保證行為即可。

另值得注意者，行政實務(經濟部 81 年 1 月 9 日台商(五)發字第 234042 號函)認為，按公司為本身業務需要，且經股東會決議，於公司章程中訂定「本公司得對外保證但須經董事會決議始得行之。」經查與公司法第 16 條規定並無不符，可從事對外保證。亦即，公司得以章程授權董事會同意對外保證，如此解讀雖然有部分彈性，但仍需規定於章程，仍對公司有相當限制。且行政實務(經濟部 81 年 10 月 30 日經商字第 229491 號函)認為，公司不得以經全體股東同意為對外保證，作法上仍嚴格遵循法條文義，似過僵化。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國法規定(CA2006 s. 197、s. 198、s. 200、s. 201、s. 203)，公司若借貸(包含提供保證)予董事或其關係人，應經股東會決議。此外，系爭交易之本質、數額、目的及公司因該交易將負之義務，應揭露於該股東會中。除了借貸及提供保證，英國法針對公眾公司，規定公眾公司提供「準借貸」行為或提供信用予董事或其關係人，亦應經股東會決議。所謂準借貸係指，一方(貸與人)同意付一筆錢給他方(借用人)，或替他方償還其債務而借用人(或代理其之人)日後將返還之，或在某些情形，借用人將負有償還貸與人之義務。而所謂提供信用係指，一方(債權人)因融資性租賃契約或附條件買賣契約，而提供物品或出售土地，為收取分期付款，而出租或融資性出租土地或物品，或知悉他方將遲延給付價金(無論係以一次全部清償或以分期付款方式給付)，而處分土地或提供物品或服務。另外，英國法亦規定準借貸交易之本質、數額、目的及公司因該交易將負之義務，亦應揭露於該股東會中。

英國法(CA2006 S.204-209)亦規定借貸或準借貸行為不須經股東會決議之例外情形，包含：(1)公司為因應董事或其相關聯之人為適當地執行職務而負擔債務時，所為之提供資金行為，且該金額為五萬英鎊以內者；(2)公司因董事執行職務所面臨之民刑事訴訟所生防禦費用，而提供其資金，但董事於有罪判決確定、

民事判決敗訴、或依相關法律向法院訴請救濟而遭拒絕者，應償還該資金；(3) 公司為因應董事為防禦行政檢查所負之費用，所為之提供資金行為；(4) 一定數額以下之交易(一萬英鎊)；(5) 放貸公司於其通常營運中所為之交易；(6) 借貸(包含提供保證)、提供準借貸予關係企業(其關係企業之定義為，一公司 100% 持有他公司，或兩公司同時為另一公司所 100% 持有)。

最後英國法規定(CA2006,S213)，若董事未遵守上開借貸、準借貸或信用保證之法定程序時，公司得撤銷該交易行為，除非涉及該交易的金錢或資產已不可回復、或公司已因該交易受有其他賠償、或善意第三人對違反上開法定程序並不知情且善意取得權利，撤銷該交易行為將影響其權利者。並且，不論該交易行為是否被撤銷，安排該交易之董事、董事之關係人、同一公司之董事及與之從事交易行為公司之董事，均負有歸還從該交易中取得之間接或直接利益並且補償公司損失或損害之責任。然而同法亦規定，若董事及其相關人公司的董事於簽訂契約時已採取所有合理措施以確保公司遵守規定，則不負上開責任。導致公司違反規定之董事關係人和授權簽訂契約公司之其他董事，如已表明其於簽訂契約時不知相關違法情況，亦無須負責。

德國股份法第 89 條對公司提供董事貸款加以規定，其重點如下：公司對董事提供貸款應經監察會之決議，而該決議僅得針對特定授信交易，或某一種類之授信交易，且不得預先於超過三個月前為決議；董事支領超額酬金，特別是預先支領酬金應構成對董事提供貸款，惟上述規範不適用於貸款金額低於董事一個月薪資之情況；前述規定亦適用於提供貸款予董事之配偶、生活伴侶或未成年子女，以及適用於為前述人員或董事之利益而交易之第三人；若董事亦為其他法人之代表人或監察會成員，或合夥事業之合夥人，則公司提供該法人或合夥事業貸款時，應經監察會同意，且該決議僅得針對特定授信交易，或某一種類之授信交易，並不得預先於超過三個月前為決議，惟若該法人或合夥事業為公司之結合企業或因該法人或合夥事業供貨予公司而授予貸款者，則前述規範不適用之；違反上述規定之貸款應立即償還，無論契約條款是否別有規定，除非監察會嗣後同意；適用銀行法第 15 條規定之貸款機構或金融機構，不適用上述規定。

日本會社法第 356 條規定，公司為董事之債務提供擔保，應在股東會公開相關重要事實，並獲得股東會之認可，若設有董事會之公司，依第 365 條規定，則是在董事會公開相關重要事實，並獲得董事會之認可。中國大陸公司法則於第 148 條規定，董事不得違反公司章程的規定、未經股東大會或者董事會同意，將公司資金借貸給他人或者以公司財產為他人提供擔保；不得違反公司章程的規定或者未經股東大會同意，與公司訂立合同或者進行交易，否則公司依第 148 條、第 149 條有損害賠償權利或歸入權。

(二)我國立法分析

誠如前文所述，現行公司法第 15 條、第 16 條、第 223 條、第 206 條第 2 項及第 3 項，不僅對於公司所有借貸及保證行為進行無意義之限制，造成公司之

融資不便，且亦無法達成其管制公司與董事融資行為，避免董事侵奪公司資產進而造成公司損害之立法原意。

綜上所論，建議參考英國立法例，僅就公司與董事(包括董事之關係人)間之借貸及準借貸行為做規範。基本上，建議設計為公司與董事(包括董事之關係人)間之借貸或準借貸行為應經董事會或股東會之同意，具利害關係之董事應於董事會或股東會上說明該交易之本質、數額、目的等，使股東會或董事會得以評估系爭融資交易是否有利於公司。

三、方案提出

A 案：參考英國法規定。公開發行公司，規定公司與董事或關係人間之借貸行為及準借貸行為，應經股東會同意；非公開發行公司，則僅規範其借貸行為，應經股東會同意。

B 案：不論公開發行公司及非公開發行公司，均規定公司與董事或關係人間之借貸行為及準借貸行為，應經董事會同意，且具利害關係之董事應於董事會揭露其利害關係，並迴避表決權之行使。

C 案：公開發行公司，規定公司與董事或關係人間之借貸行為及準借貸行為，應經董事會同意；非公開發行公司，則僅規範其借貸行為，則經股東會同意，蓋非公開發行公司召開股東會的成本較為低廉。

應注意的事，以上方案中，須經董事會決議者，系爭董事皆應行利益迴避，並迴避表決權之行使。

此外，採取經股東會決議之配套：蓋具利害關係之董事可能無須於股東會迴避表決權之行使，為避免具利害關係之多數股東挾其表決權優勢於股東會上通過其與公司之融資行為，侵害少數股東之利益，應賦予少數股東不公平損害救濟之權利，使其得以向法院請求宣告股東會決議無效或其他救濟。

四、修法委員分組審議

採 B 案。

準借貸行為建議參考 93.07.09 會計研究發展基金會(93)基秘字第 167 號函之內容。

3.7.2.3 主要或重大資產交易

針對非公開發行公司，若公司與董事或其關係人進行利益衝突之資產交易達總資產金額 10% 或新台幣兩百萬元者，應屬重大資產交易。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 185 條(出租全部營業等重要事項之特別決議)第 1 項規定，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：1. 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。2. 讓與全部或主要部分之營業或財產。3. 受讓他人全部營業或財產，對公司營運有重大影響者。

(二) 產生的問題(是否只限於契約)

現行公司法雖於第 185 條規定公司出資全部營業或讓與主要部分之營業或財產，必須經由股東會特別決議。若此項交易涉及公司董事或其所代表之人或董事之關係人者，則在依公司法第 206 條且準用第 178 條規定，該名董事必須於董事會中說明利害關係，且若該項交易有侵害公司利益之虞者，該董事不得參與表決。同法第 178 條規定，兼為公司股東之董事，亦無法參加股東會對此議案之表決。然而，我國是否要參考其他法治先進國家，針對公司與董事或其關係人為一定規模或金額或價值之資產交易，必須揭露，並經由一定程序，以減少公司以私害公之可能。準此，在涉及公司與董事或其所代表之人或企業或董事關係人間之重大資產交易，亦應考量是否需要一併調整。

(三) 學者及各界意見

業界有建議公司法第 185 條讓與持有股份資產之認定標準，可參考外國質和量之標準，質的標準就是所營事業的關聯性；量的標準就是所受讓的資產達到公司一定的營利；另外，業界意見認為公司法第 185 條第 1 項第 2 款或第 3 款讓與或受讓營業或財產者，債權讓與之通知得以公告方式代之，而承擔債務時免經債權人之承認將無法保障債權人之權利(企併法第 27 條第 1 項參照)。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國德拉瓦州公司法第 271 條規定公司得以章程或股東會決議授權由董事會決議，又其資產交易案件並無門檻限制；英國法則規定此項交易一旦超過 5000

英鎊或達公司資產 10%者，應經由股東會同意。

依德國股份法第 119 條規定，股東會就法律與章程有明定之事項進行決議，而於股份法第 179a 條規定，在不適用組織變更法(Umwandlungsgesetz)情形下，若依契約公司須移轉全部財產者，須經股東會決議，除此之外，股份法未另有規定公司主要或重大資產交易應經股東會決議，所以除非章程明定或他法，如組織變更法，另有規定應經股東會決議外，由董事會為之。惟監察會可規定，公司資產之交易應經監察會同意，董事會方得為之。

日本會社法第 295 條規定，股東會得決議本法規定的事項，如組織、運營和管理公司，以及任何與公司有關之其他事項，惟於設立有董事會之公司，股東會僅得決議本法及章程規定應由股東會決議事項。準此，日本股份有限公司若設有董事會者，則公司事務權限分配傾向以董事會為中心之立法模式。中國大陸公司法第 104 條規定，本法和公司章程規定公司轉讓、受讓重大資產或者對外提供擔保等事項必須經股東大會作出決議，董事會應當及時召集股東大會會議，由股東大會就上述事項進行表決。

(二)我國立法分析

現行公司法第 185 條以規定公司重大資產交易必須經由股東會特別決議通過。但由於前述建議我國公司法未來參考英國公司法明定涉及公司於董事兼利益衝突交易之相關規定。因此，在涉及公司與董事或其所代表之人或企業或董事關係人間之重大資產交易，是否需要一併調整。包括在此等利益衝突交易中，是否要更加細緻化重大資產交易的類型及門檻等。另關於公開發行公司之資產交易部分，金管會另依證券交易法訂有「公開發行股票公司取得或處分資產處理準則」。

三、方案提出

針對非公開發行公司，若公司與董事或其關係人進行利益衝突之資產交易達總資產金額 10% 或新台幣兩百萬元者，應屬重大資產交易。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.7.2.4 董事之競業禁止

已納入掠奪公司資產、資訊、商機類型規範之中，故刪除之。並鼓勵公司與董事自行約定競業之規定。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 209 條第 1 項規定，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。第 2 項規定，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。

(二)產生的問題

按公司法第 209 條第 1 項之規定，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。此為公司法中關於董事競業禁止義務之一般性規範，如公司與董事間另有按照契約約款，對於競業禁止為其他規定，則該約款內容是否合理則應視其具體內容而定。

於我國裁判實務上，如系爭競業禁止規定未對於其起算日為明確之描述時，則可能因此而被認定為不當限制相對人之工作權，例如臺灣高等法院 103 年度重勞上字第 28 號民事判決，即對於切結書內容僅表明其競業禁止期間為「為系爭多晶矽建廠專案終止後 3 年」，採取如是之認定；而關於相對人就競業禁止期間是否已為同意接受之允諾，如僅答稱「我知道了」，則於我國裁判實務上，曾被認定為尚未就競業禁止期間為同意接受之允諾。

針對此問題，經濟部曾作出相關解釋，其中經商字第 10102446320 號認為，A 公司同時持有 B 公司及 C 公司 100% 之股份，又 C 公司轉投資 D 公司持有 100% 股份。於此，B、C、D 公司為 A 公司 100% 直接、間接持股之公司，在法律上各公司雖為獨立法人格公司，但在經濟意義上則為一體，彼此之間並無利益衝突可言。爰此，BC 公司間(平行關係)與 AD 公司間、BD 公司間(垂直關係)，倘有董事或經理人之兼充行為，不構成公司法第 32 條、第 209 條競業行為。

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 100% 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。

經商字第 09500626690 號：……至於所稱公司營業範圍內之行為或經營同類之業務，係指其所為之行為(業務)屬於章程所載之公司所營事業中為公司實際上進行之事業，並包括公司業已著手準備或只是暫時停止之事業在內。至於具體個案是否有競業情形，允由法院本於權責認定。

(三)學者及各界意見

有學者提出，就本項所定董事競業行為之認定，以經商字第 09502156510 號：『……，該條項所稱「公司營業範圍內之行為」，係指其所為之行為屬於章程所載之公司所營事業中為公司實際上進行之事業，並包括公司業已著手準備或只是暫時停止之事業在內。』為例，宜刪除「章程所載之公司所營事業中」等文字，始較妥當。另一方面，若公司尚未著手準備或已完全廢止之事業，縱載於章程，亦應加以排除，蓋此際無競業之可言。同時，該學者亦認為，競業禁止之規範既為防止利益衝突之產生，不應僅就目前是否有發生具體危險之虞作為判定競業與否之基準，應對於目前或將來一切可能發生利益衝突之範圍均加以限制。即使公司目前對於某一新事業尚未著手準備，未來公司從事該項事業是在合理可預期範圍內，則董事從事該項營業，仍有與公司發生利益衝突致抽象危險，而應認為係本項規定之競業行為。

亦有學者對此持懷疑態度，並指出「屬於公司營業範圍內之行為」並非泛指一切營業範圍內之行為，而僅指致使公司受不利益之營業範圍內之行為，方在禁止之列。

至於公司行使歸入權之「所得」之定義，有學者認為，因董事競業行為可分為「為自己」及「為他人」之二類型，故此所謂該行為之所得，亦應區分不同類型而異其處理。董事為自己所為競業行為產生之經濟利益，自為本項所定歸入權對象客體之「所得」。但董事為他人所為競業行為產生之經濟上的利益，係歸屬於該他人，而非該董事。若以該歸屬於該他人之經濟上利益，為本項所定歸入權之對象客體，並非妥當。故於董事「為他人」為競業行為之情形，所謂「所得」，應指該董事因該為他人所為之競業行為，而自該他人所獲取之報酬而言。亦有學者主張歸入權之行使範圍僅限於董事為自己之及計算所為之行為。至於董事為他人之計算為競業行為所獲取之利益，可參照日本會社法第 23 條第 2 項規定，將董事為他人之計算，推定為公司所受之損害。或參考德國股份法第 88 條第 2 項規定，請求董事交付為他人計算所獲取之報酬，或讓與該報酬請求權。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

美國德拉瓦州公司法對於競業禁止無特別規定。但法院見解則認為董事經理

人在沒有違反其受任人義務之前提下，可以從事與公司有競爭性質之商業活動，但若董事所從事之商業行為有利用其所任職董事公司之成本而搭便車之情形者，就屬於違背受任人義務，而競業禁止亦經常與公司商業機會具有關聯性(State ex rel. Farber v. Seiberling Rubber Co.168 A.2d310(Del.1961))。

關於香港(Commonwealth Oil and Gas Co Ltd v Baxter, Bell v Lever Brothers Ltd)是否允許董事競業部分，若兩家公司存在利益衝突，則不允許。執行董事的僱傭契約中應包含默認條款，防止董事參與與公司有競爭的業務(但僅為同業，並不必然存在利益衝突)。在認定上，這應該是屬於違反衡平法上「以公司利益出發」原則，亦即違反忠實義務原則。此外，此項規則亦適用於獨立董事。此外，關於股東會之允許方式，是否得以概括允許，如「允許競業」四個字，給董事權利在任何競爭公司任職。進一步說明如下：如果董事對相關利益衝突向公司披露，並獲得股東會之事先允許，則不屬於違反忠實義務²⁴。資訊披露需要包括能從中獲得的利益之數額²⁵。另外，倘董事亦為股東，亦得投票。故章程之事先概括允許，似乎不可行，一般來說，章程不可事先允許利益衝突存在，但是章程可以規定，當相關董事進行足夠信息披露時，可以允許²⁶。關於競業禁止之期間限制，原則是限制性約款(restrictive covenants)，初步認定(prima facie)是不可執行的，如競業禁止、禁止招攬條款，由於這些條款係針對交易之限制也違反公共政策(public policy)²⁷。但法院亦認為，得基於各個雇主之需求，在合理範圍(包含限制期間、地域及特定目的)內，且符合以下條件之限制性條款時²⁸得為限制：(1)該條款主要係為保護雇主合法之商業利益(例如：交易秘密、與交易有關連之相關保密資訊)、(2)該條款清楚明確、(3)雇主應有確切證據說明該條款是公平的。

德國股份法第 88 條第 1 項規定，董事未經監察會之許可，不得經營商業或為自己或他人之計算為屬於公司營業範圍內之行為；並且董事未經監察會之許可，亦不得擔任其他公司之董事、業務執行者或無限責任股東；又監察會之許可僅得針對具體特定商業或商業公司或特定種類之營業為之，從而監察會之許可必須為事前許可，且不得為概括許可。從德國股份法競業禁止規定觀之，德國法對董事競業限制之範圍，不問是否屬於與公司相競爭之事業，只要經營一般商業或成為其他公司(不限於經營相同目的事業之公司)的董事皆受到規範，其較臺灣規定更為嚴格。

日本會社法第 356 條第(i)項規定，董事如係為自己或第三人從事與公司相同之業務者，應於股東會揭露與交易相關之重要資訊，並取得股東會之認可，若設有董事會之公司，依第 365 條規定，則是在董事會公開相關重要事實，並獲得董

²⁴ Man Luen Corp v Sun King Electronic Printed Circuit Board Factory Ltd.

²⁵ Imperial Mercantile Credit Association v Coleman.

²⁶ Man Luen Corp v Sun King Electronic Printed Circuit Board Factory Ltd.

²⁷ Marie Kwok and Rebecca Hui – Norton Rose Fulbright – Blog Network: Global Workplace Insider (3 June 2013) available at <http://www.globalworkplaceinsider.com/2013/06/restrictive-covenants-in-hong-kong/> (accessed 21 June 2016).

²⁸ Kwok and Hui, Ibid.

事會之認可。中國大陸公司法第 148 條規定，董事不得未經股東大會同意，利用職務便利為自己或者他人謀取屬於公司的商業機會，自營或者為他人經營與所任職公司同類的業務。

(二)我國立法分析

承前述分析，目前我國關於董事競業禁止規定與相關先進國家立法例相較起來，並無太多差別。惟相關實務見解與學說看法略有差距。特別是針對競業範圍之認定部分，學者間容有歧見。

關於董事之競業，若涉及利用或掠奪公司商機，則應參考外國立法例，定為增訂處理。然就董事擔任競業企業職務時，是否必然會利用公司商機而侵害公司利益，不無疑義。輔以現行政策多以鼓勵新創，善用個人才能，且實務上，多數公司都利用股東會概括免除公司董事之擔任競業公司之董事或經理人。因此，有必要就此重新思考是否要有此規範？及如何規範。準此，建議在相關配套措施(如於忠實義務類型化中，增訂掠奪公司商機類型規定)下，刪除本條文規定。

三、方案提出

刪除本條文關於競業禁止之規定。但需搭配相關配套措施：

1. 於類型化董事忠實義務中，增訂竊取或掠奪公司商機之類型。
2. 鼓勵公司與董事就董事競業行為自行約定。
3. 另思考配合調整證券交易法第 26 條之 1 之規定。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

第八節 防免

3.8.1 利益衝突之揭露

擴大利益衝突交易之適用範圍，明定有利益衝突者，應主動向董事會揭露並以書面明確說明其利害關連。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第178條規定：「股東對於會議事項，有自身利益關係致有害於公司利益者，不得加入表決或代表他股東行使表決權。」另公司法第206條第2項：「董事對於會議之事項，有自身利害關係時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容。」

(二)產生的問題

我國目前對於利益衝突的規定僅見於本法第206條第2項，但對於公司與董事交易時，應依223條規定由監察人代表公司。此二規定，均未能有效處理董事與公司發生利益衝突時應如何揭露之問題。且董事係對於該次董事會會議之事項，有自身利害關係時，始需說明。換言之，若該利益衝突事項，並非該次董事會會議事項時，即不負說明義務。我國現行規定，對於利益衝突需揭露之情形極為限縮，此為其一。又何謂自身利害關係？依目前通說類推大理院對本法178條之解釋，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）。但重點應在該重要內容，而非權利義務之得喪，但現行法並未說明何謂重要內容。其三，若未履行此利益衝突之說明義務，則導致該次董事會決議有瑕疵，目前我國對於董事會決議瑕疵並未如股東會區分瑕疵類型，一律無效；董事會之召開及決議，本屬公司內部事項，一般交易人難以得知董事會召開之相關情形，不區分瑕疵種類一律無效之結果，極易導致公司外部行為之不確定性，損害交易安全。

我國目前對於利益衝突之揭露，除範圍定義狹窄導致甚少情形需要揭露外，針對揭露時點、重要內容、揭露事項、揭露方式等均無明文規定。

(三)學者及各界意見

自我交易部分有認為應有更多程序規範，一旦違反規範則交易無效。關於公司法第 206 條第 2 項「有自身利害關係致有害公司利益之虞」之認定，民國 11 年大理院統字第 1766 號解釋認為，所謂股東於會議事項有特別利害關係者，乃因其事項之決議，該股東特別取得權利或負義務，又或喪失權利或負新義務之謂。基於此一解釋，台灣高等法院 91 年上字第 830 號判決更主張：所謂「具有利害

關係」，必須「決議」使得特定股東「取得權利或負義務」，或「喪失權利」或「新負義務」。換言之，股東會之決議作成時，必須立即導致特定股東發生權利義務的變動。

台灣高等法院九三年度九二八號判決亦肯認上述之見解：「……從而，解釋公司法第一百七十八條所規定「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」(大理院一一統字第一七六六號解釋及大理院一一統字第一七七九號解釋參照)，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。」

經濟部 99 年 10 月 22 日經商字第 09902145220 號函釋表示，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。亦即，主管機關雖然並未對於何謂「自身利害關係」，在對象或關係上作一明確定義或闡釋，但經由前述函釋限縮其範圍為「有具體、直接利害關係」。

然學界多有反對聲音，有學者認為應當採限縮解釋，須為立即、直接，且須系外部(如交易)之純粹個人利害關係始屬之，建議應由事前限制轉為事後救濟，僅於多數股東濫用股東權形成決議時，少數股東才得提起撤銷決議之訴。持相同見解之學者亦贊同不須事前禁止，蓋股東行使表決權本出自於自利，惟仍有界限：若多數股東行使權利系處於惡意，目的在於剝奪少數股東之核心權利，並非以公司最大利益為歸依時，始有禁止其形式表決權之必要。

亦有學者建議，因本條構成要件不甚明確，欠缺認定之標準。其次，理論上任何股東會之決議皆涉及股東與公司之利害關係時，限制其表決權實與股東持股之原有動機相矛盾。再者，從比較法而言，日本商法已刪除此項規定，美國法國本來即無此項規定，德國雖有類似，但構成要件明確。故認為該條文規定不明，且與股東持股目的不合，可考慮刪除。

業界肯認，大小分流原則下，小公司交易多屬關係人交易，關係人交易有助於促進臺灣經濟交易活絡，似乎無須禁止關係人交易。立法上建議可參酌英國法規範，明訂關係人範圍及交易程序，並應重視資訊揭露及資料保存問題，關係人交易應保留決策過程紀錄。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國 2006 年公司法(CA2006)第 177 條(s177)規定董事在利益衝突交易中的一般性義務。依該條(1)項及(4)項規定，當董事於公司的交易行為中具直接或間接利害關係時，應於公司進入該項交易前，將其利害關係之本質及範圍對其他董事為揭露。又依同條(3)項規定，若該董事揭露不夠精確或完整，其應進一步加以揭露。又依同條(5)項規定，若董事對於其利害關係或系爭交易並不知情，則其不必為揭露。然在能合理認定該董事對其利害關係或系爭交易應為知情時，其不得以不知情作為抗辯。最後，同條(6)項規定，當董事對於系爭交易的利害關係得被合理地認定為不會導致利害衝突，或其他董事已知悉其利害關係時，該董事即不必為揭露。亦即，英國公司法就董事與公司利益衝突交易中之「利益衝突」的定義，係採取廣義的定義。由於本條規定的利害關係包含直接及間接者，故負揭露義務的董事並不必然為交易的相對人。但該利害關係仍應得以被合理地認為將導致利害衝突，方屬本條規範對象。此外，法院實務判決曾指出，董事於揭露其利害關係時，必須全面且正確(full and frank)，故若具利害關係董事僅表明其具利害關係，並不足夠(Fine Industrial Commodities Ltd v. Powling)²⁹。準此，英國法對於揭露對象、方式、內容、豁免義務及未揭露之效果均有清楚之明文規定。揭露對象為董事會，揭露方式則可分為一般性揭露與個別揭露，一般性揭露為該董事就任時即必須揭露所有與其有關係之人。個別揭露為針對特定情形，需持續性揭露。至於豁免揭露義務為下列三種情形：一為該董事不知有衝突或交易之存在；二為衝突未嚴重影響董事決策；三為其他董事已知該情形存在。此外對於揭露內容，亦有非常清楚之規定，例如，董事若持有該利益衝突關係人之股份，該董事必須揭露其所持有股份比例，而不能僅說明為該公司股東。對於未揭露之效果，課以刑事責任之罰金，揭露之重要性不言可喻。

美國法部分，美國法對於揭露可見於德拉瓦州公司法，美國模範公司法及美國法律協會(American Law Institute)之公司治理原則(Principles of Corporate Governance)。美國模範公司法對於董事利益衝突交易之定義，認為公司所提出之交易有以下情事，即可認為為衝突交易：

1. (1)於當時，董事係交易之一方當事人；(2)或董事非交易當事人，但已知悉且被認為其對於系爭交易具有財務上重大利益，且對該經濟利益之享有具有排他性；(3)或董事已知其關係人係當事人或有財務上重大利益。且基於董事或其關係人於該交易之經濟利益，可以合理認定，假設該交易需經董事會決議，將影響該董事對該交易為決議時之表決。

2. 該交易須經董事會決議，董事於決議時之知悉下述之交易之一造，或有經濟上利益或與該交易關係密切，且基於此種經濟利益或關係，可合理地認定，假設該交易須經董事會決議將影響該董事對該交易為決議時之表決：(1)商業組織其董事、合夥人、代理人或受僱人即為該董事；(2)控制一個或多個如(1)所述

²⁹ Fine Industrial Commodities Ltd v Powling (1954) 71 RPC 253

之組織之人或受如(1)所述組織控制或與之受共同控制之組織；或(3)為該董事之合夥人、本人或僱用人之個人。此外，美國德拉瓦州公司法第 144 條(a)(1)(2)規定應揭露交易之重要事實及董事或高階職員於該交易之關係或利益；模範公司法認為應揭露交易之重要事實及董事於該交易中之利益；³⁰公司治理原則則要求揭露有關利益衝突事由。³¹

關於香港法部分，基於董事之受任人義務，董事不得將自己處於與公司有利益衝突之情形³²³³。關於「利益衝突」之認定標準，在香港之法院及學說均認為應該以利益衝突之發生應具實質、合理之可能性(real sensible possibility of conflict)³⁴或其發生之可能性係真實、實質的(a real or substantial possibility of conflict)³⁵。例如，董事自己之交易。此外，由於利益衝突禁止原則並非指董事絕對不能與公司進行交易，該原則主要在防免董事，未在公司知情且同意之情況下與公司進行交易。因此，將會要求董事主動向公司揭露有利益衝突之情形，並且取得同意。準此，未取得同意係利益衝突禁止原則之重要要件。同理，未獲公司同意之董事，若代表公司參與利益衝突之交易，不得事後以該交易係一公平的交易作為辯護。董事未揭露其利益衝突，該契約之有效與否並不會因為該交易是否公平而有異³⁶。

德國公司治理規約 2015 年版的第 4.3.3 點規定，每位董事應向監察會毫不遲延地揭露利益衝突，並告知其他董事。公司與董事間所有交易、與董事親近人員間交易，或與董事個人有密切關係之企業間交易，必須符合該行業之交易慣例，公司與董事間之交易由監察會代表公司，與董事親近人員或其密切關係之企業間的重大交易，應經監察會同意。日本會社法第 356 條規定，董事如遇下述情況，應於股東會揭露與交易相關之重要資訊，並取得股東會之認可，若設有董事會之公司，依第 365 條規定，則是在董事會公開相關重要事實，並獲得董事會之認可：一、董事為自己或第三人從事與公司相同之業務二、董事同時代理公司與自己或第三方為交易時三、公司對董事之債務提供擔保，或其他與董事以外之第三人交易而產生利益衝突之情況。中國大陸公司法第 116 條規定，公司應當定期向股東披露董事、監事、高級管理人員從公司獲得報酬的情況。

(二)我國立法分析

我國現行法及實務對於利益衝突揭露規定甚為簡陋，針對揭露時點、揭露方式、重要內容等均未有明文規定。且若董事違反第 206 條之規定，導致董事會決

³⁰ 1984 年版美國模範公司法第 8.31 條(a)(1)(2)。

³¹ ALI 之公司治理原則第 5.02 條(a)(1)。

³² Kao Lee & Yip v Koo Hoi Yan Donald; [2003] 3 HKLRD 296.

³³ UDL Holdings Ltd v Leung Yuet Keung. [2008] 6 HKC 127, [71]-[73], affirmed on appeal (unrep., CACV 356/2008, [2009] HKEC 1523) (CA); Lo and Qu (n1) para. 8.068.

³⁴ Boardman v Phipps [1967] 2 AC 46,124.

³⁵ Hospital Products Ltd v United States Surgical Corp (1984) 156 CLR 41,103.

³⁶ Man Luen Corp v Sun King Electronic Printed Circuit Board Factory Ltd [1981] HKC 407; Lo and Qu (n1) para. 8.073.

議產生瑕疵進而導致董事會決議無效，將使得公司外部行為之不確定，危害交易安全，不利於公司治理制度之建議。

英國法對於利益衝突之揭露有清楚之成文規定且以公開透明為原則，實能供我國法參考。而我國因規定不明確且範圍十分限縮，故實際上並未真正執行，若規定明確才有被執行之可能。

三、方案提出

承前述分析並揆諸近來接連發生公司治理重大爭議，建議應參考英國、美國、香港及中國大陸公司法規定，就董事與公司間之「利益衝突」採取廣義定義。準此，列出兩項建議方案如下：

A 案：參考英國法規定，明確訂定董事與公司有利害關係者，應主動向公司揭露或申報。特別是「利益衝突」部分可以採取廣義的解釋，亦即公司董事直接或間接與公司有利益衝突者，則公司董事應負有主動向公司揭露的義務。

B 案：修正現行條文，明確採取廣義認定標準，並且不限於董事會會議討論與決議事項。擴大利益衝突交易之適用範圍，且就特定利益衝突予以類型化。明定凡董事直接或間接與公司有利益衝突之情形者，應主動向董事會揭露並以書面明確說明其利害關連。

配套：需要引進公司秘書制度配合。

四、修法委員分組審議決議

1. 建議調整現行公司法條文，擴大利益衝突交易之適用範圍。此外，建議並參採英國法模式，就特定利益衝突予以類型化之規範。

2. 凡董事直接或間接與公司有利益衝突之情形者，應主動向董事會揭露並以書面明確說明其利害關連。

3.8.2 利害關係人迴避表決

利害關係人為配偶、伴侶及二親等血親以及控制從屬企業。利害關係迴避採安全港設計。

一、現況分析

(一)現行條文

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，並不得代理其他股東行使其表決權。第 206 條第 3 項準用 178 條，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。

(二)產生的問題

1. 自身利害關係且有害公司利益之虞

現行法之規定，僅適用於董事有「自身」利害關係時，方有適用。此外，造成對於何謂自身利害關係致有害於公司之虞則非常不明確，學者通說及法院實務採限縮解釋，經濟部函釋除採較為限縮的解釋，並認為以個案具體判斷，因此標準不一，且到何種程度會造成有害於公司利益之虞，亦不明確，因此股東及董事何時需要迴避表決缺少明確之規定。又關於違反迴避規定之決議效力，通說及實務皆認為決議無效，但此一無效結果將造成公司對外行為之交易安全難以獲得保障。

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)，故解釋上應有具體，直接利害關係。學說認為關於股東行使表決權迴避，應作限縮解釋。實務見解亦採限縮解釋，採「法律之利害關係說」：認為需須「決議」使得特定股東「取得權利或負義務」，或「喪失權利」或「新負義務」。換言之，股東會之決議作成時，必須立即導致特定股東發生權利義務之變動。但此一基準並未能釐清何謂自身利害關係致有害公司之虞，因此學說通說多主張應將利害股東迴避條款由事前限制改為事後救濟，亦有學者以一般性地以「股東有自身利害關係致有害公司利益之虞」為表決權迴避之設計，無法解決問題，故主張廢除 178 條。

經濟部函釋則採「個案判斷說」，認為按公司法第 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。

至於 206 條準用 178 條關於董事之規定，該董事雖可出席董事會陳述意見，但不得參與表決亦不能算入出席董事人數內。學說認為，利害關係亦應採同 178 條之限縮解釋，需有具體情形。實務見解亦認為不可僅憑臆測判斷有利害關係。如董事就其個人退休案，影響公司淨值與換股比例，可認為有害於公司利益之虞，應迴避表決。

又經濟部經商字第 09102088350 號謂：查公司法第 206 條第 2 項規定「第 178 條、第 180 條第 2 項之規定，於董事會之決議準用之」，係指董事對於董事會議之決議事項有自身利害關係致有害於公司之虞，不得加入表決，並不得代理他董事行使表決權（本法第 206 條準用第 178 條）。惟董事會之決議，對依第 178 條規定不得行使表決權之董事，尚非不算入已出席之董事人數內。

經商字第 09500526860 號：按公司法第 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」。又本部 91 年 5 月 16 日經商字第 09102088350 號函：「董事會之決議，對依第 178 條規定不得行使表決權之董事，仍非不算入已出席之董事人數內」，所稱「仍非不算入已出席之董事人數內」，係針對董事會能否開會之法定門檻所為規定，即公司法第 206 條第 1 項前段規定：「應有過半數董事之出席」（法定開會門檻）之範疇。於達到法定開會門檻後，針對議案表決時，依公司法第 206 條第 2 項準用第 180 條第 2 項規定，對依第 178 條規定應利益迴避之董事，不算入已出席之董事人數內者，則屬公司法第 206 條第 1 項後段規定：「出席董事過半數之同意行之」（法定決議門檻）之範疇。是以，如甲公司有 12 席董事，7 席董事出席董事會（計算法定開會門檻 7 席時，包括應迴避及毋庸迴避之董事），其中 5 席對 A 議案應利益迴避，則董事會對 A 議案之決議，應為 2 席過半數同意通過（因 5 席對 A 議案應利益迴避，故不算入 7 席中而為 2 席）。

2. 多數迴避表決僅一人無利害關係為決議

經商字第 09902408450 號：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）。

針對此一函釋，學者持不同意見。肯定者認為，蓋決議作為共同行為的一種，應屬「由同一內容之多數意思表示之合致（平行的合致）所成立之法律行為」，因此必須兩人以上始得為之。然而以學說上有相當爭議的「共同行為」的概念，質疑上述決議的效力，應非妥適。尤有甚者，想來被認為屬於共同行為之公司設立行為，於民國 90 年公司法修訂並承認一人公司之後，在公司法之全部股份或出資均屬於單一設立人的情形下，關於此種設立行為之性質，即被定位為單獨行為；多數設立人之情形，則被定位為共同行為。就此觀之，學理上共同行為、單獨行為究竟有何區別實益，更值得懷疑。相較之下，上述經濟部見解（經商字第

09902408450 號)應值讚同。

但亦有持反對意見之學者認為「經濟部 99 年 4 月 26 日經商字第 09902408450 號中經濟部似乎忘記了董事會要以討論的方式形成滿足公司法第 23 條第 1 項董事受任人義務中的注意義務，更何況該號解釋所涉情形為董事具有利害關係要迴避討論及表決，未參與討論如何滿足董事義務，僅一人能就該案自我討論(毋寧認為是自我獨白)如何討論之過程？更遑論一人之表決，結論所說『以 1:0 之同意數通過』極為荒謬，筆者難以同意。」

最高法院 97 年度台上 925 號判決：「關於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」。

3. 利害關係之範圍

經濟部宣布，臺灣之非公開發行公司自 2016 年 1 月 1 日起可選擇適用金融監督管理委員會所認可之國際財務報導準則(IFRSs)，抑或會計研究發展基金會所制定之國家會計準則。關於非公開發行公司可參考國際財務報導準則第 24 點「關係人揭露」對於關係人之定義。前述國際財務報導準則將可能利益衝突的主體範圍擴大至公司所屬同集團的公司或共同投資之公司或企業體。在個人方面，則擴大成為公司董事之配偶、同居人甚至受撫養之親屬等，其範圍相當廣泛。

(三)學者及各界意見

1. 股東是否需利益迴避

有學者認為，「就此而言，論者有謂股東係本於企業所有權人之身分，而股東會所決議事項涉及股東與公司之利益衝突時，即限制其表決權之立法，這恐將致生投資入股的股東，質疑自己出資持股之目的何在？因此，相較於股東迴避行使表決權之適用上，我國司法見解大致均採限縮的態度……。惟一般而言，股東是企業主，公司是股東合資所形成的企業組織，股東會是公司的最高意思機關，依多數決形成公司的總意；質言之，相對於董事的受託執行公司業務之契約關係，股東並無相關委託關係之受託人法理，而且股東是企業主，即企業所有人股東與公司間，原則上並不生忠實義務的問題。當然，公司法第 206 條第 2 項董事宜迴避表決與否的核心是忠實義務的議題，但在立法政策上，如此規定是否為最妥適？或有值得再檢討之餘地。惟限於題旨與篇幅，不擬再述。……惟就此制於資合性的社團法人而言，公司法第 178 條之禁止公司股東行使表決權的效果，恐值得再三斟酌，一是股東係為追求自己經濟上的利益而持有股份者，因股東會決議事項涉及股東與公司之利害關係時，限制股東行使表決權的規定，實有悖於該股東投資持股之原有動機，與公司法上股份制度之原有目的相矛盾；二是適用表決權行使規避規定的結果，反致生不當決議的情形，例如在排除有利害關係股東行使表

決權後，卻造成少數股東決定股東會之意思形成，實與公司法上的資本多數決法理不符；三是公司法第 178 條的應迴避行使的構成要件，因概念模糊，認定上易受批評，且富爭議性，不僅嚴重侷限適用股東迴避表決權之原有設計，而且亦凸顯本規定立法之不周。」

業界則有認為，表決權為股東固有權，不宜剝奪，且是否有害公司利益之虞為不確定之法律概念，恐徒增認定爭議。此外，股東乃以投資為出發點，實無利益迴避之必要性，且實務上難以界定，但是對於董事會有控制力的股東，可以加以限制。同時，也有認為，董事全都利益迴避則可由股東會決議，而股東此時即不必迴避。

2. 董事利益迴避

業界有認為，因法律未能清楚界定利害關係內涵，而且目前爭議案例不多，亦無法從司法判決、解釋中釐清利害關係之範圍，難免產生無限上綱迴避範圍之疑慮，反而使得公司成員過度解讀法律規定，無法有效率運作。為防範董事於任期內多次行使利益迴避，以致未能善盡其董事之職責，建議應增訂「董事退出條款」，明定「董事當然解任」之相關規定。亦有認為，倘董事需利益迴避，企業併購交易中，往往到最後僅一名或數名獨立董事或外部董事有決定權，導致幾個「外人」決定公司是否併購的重大事項，是否合宜有待商榷。

亦有人認為，董事利益迴避，則可能利害關係人全部選擇迴避藉此規避責任。如董事全體需利益迴避，提股東會決議亦緩不濟急，根本之道應回到前題，放寬董事之迴避標準，讓董事勇於決議，自負其責。但同時，亦也有贊成召開臨時股東會決議之。亦有認為，無利害關係人決定要否迴避以程序控管，讓獨立董事或外部董事發揮監控機制。

但仍有指出，目前控股公司的組織型態越來越多，也常見同時擔任數關係企業之董事，對於並無害及公司利益之案例類型，可優先討論並就特定類型免除迴避義務。

3. 利害關係範圍

另有學者曾建議，關於利益衝突存在的主體範圍，可考慮界定為「公司與董事、監察人、經理人、持股超過 5% 以上之大股東、其三親等內之親屬、上述人員所擔任董事、監察人、經理人之其他公司，進行交易、資金往來與背書保證時，該董事、三親等親屬所擔任董事與其所控制公司之法人代表董事」，均可納入考量。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

美國模範公司法對於董事利益衝突交易之定義，認為公司所提出之交易有以下情事，即可認為為衝突交易：一、(1)於當時，董事係交易之一方當事人；(2)或董事非交易當事人，但已知悉且被認為其對於系爭交易具有財務上重大利益，且對該經濟利益之享有具有排他性；(3)或董事已知其關係人係當事人或有財務上重大利益。且基於董事或其關係人於該交易之經濟利益，可以合理認定，假設該交易需經董事會決議，將影響該董事對該交易為決議時之表決。二、該交易須經董事會決議，董事於決議時之知悉下述之交易之一造，或有經濟上利益或與該交易關係密切，且基於此種經濟利益或關係，可合理地認定，假設該交易須經董事會決議將影響該董事對該交易為決議時之表決：(1)商業組織其董事、合夥人、代理人或受僱人即為該董事；(2)控制一個或多個如(1)所述之組織之人或受如(1)所述組織控制或與之受共同控制之組織；或(3)為該董事之合夥人、本人或僱用人之個人。

英國法的規範對象涵蓋較廣。英國公司法(CA 2006)第 252 條規定，「董事關係人(或稱與董事相關之人) (persons connected with a director)」包括：(1)董事之家庭成員(家庭成員之定義，參見下述 s.253)；(2)與董事相關之法人(相關法人之定義，參見下述 s.254)；(3)信託受託人，該信託之受益人為董事或(1)或(2)所指稱之自然人或法人。但上述信託不包括以員工之股份方案或退休金方案為標的者；(4)合夥人，指董事及(1)、(2)、(3)中所指稱之自然人或法人的合夥人；(5)以下類型之公司：董事為該公司之合夥人、或(1)、(2)、(3)所指稱之自然人或法人為該公司之合夥人、或該公司之合夥人為另一公司，而此另一公司之合夥人為董事或(1)、(2)、(3)所指稱之自然人或法人。依公司法第 253 條規定，「董事之家庭成員」包含：董事之配偶或伴侶、與董事具持續性家庭關係之同居人(異性或同性在所不論，但不包括董事之祖父母或孫子女、兄弟姊妹、伯叔姑姨舅姪甥)、董事之子女或繼子女、與董事具持續性家庭關係之同居人的未滿 18 歲子女或繼子女(且該子女或繼子女與董事同住)、董事之父母。依公司法第 254 條，「與董事相關之法人」包含：董事至少持有該法人面值 20% 的股份；或董事有權於該法人之股東會決議中直接或間接運用或控制超過 20% 的投票權。其中，庫藏股或依庫藏股而有之投票權不計在內。另外，所謂董事所能控制之投票權，包含「董事所控制之法人(a body corporate controlled by a director)」(定義參見下述 s.255)所得控制之投票權。

此外，公司法第 254 條第(6)款，為了避免 s.252 及 s.254 間的循環論證，適用 s.254 時應注意以下二點：其一，與董事相關之法人，除非為 s.252 中所指稱之信託受託人或合夥人，否則在本條中並不會被認定為與該董事相關；其二，信託受託人，其信託之受益人為與董事相關之法人者，並不會僅因此事實，就被認定為與董事相關。依公司法第 255 條規定，「董事所控制之法人」指，董事或董事相關人持有該法人之股份或有權運用、控制其股東會之投票權，並且，董事、董事相關人及公司其他董事合計擁有該法人超過 50% 之股權或股東會投票權。其中，庫藏股或依庫藏股而有之投票權不計入在內。關於利益衝突交易是否適用於

關係企業間交易部分，為追求關係企業間發揮集團綜效之精神，就關係企業間的交易行為，英國法採取較一般關係人交易更為寬鬆之規定。依 s. 208 規定，當公司貸款、準貸款給關係企業之公司，或與關係企業之公司為信用交易時，毋庸經股東會同意。又英國法規定於第 175 條，該條(6)規定，具利害關係之董事不得參與決議程序，故董事不僅不得行使表決權，亦不得計入定足數。美國法為德拉瓦州公司法 144 條(a)(1)規定應由多數無利害關係董事基於善意授權該交易，即使無利害關係董事未達出席法定人數。

香港法就有關於利益衝突交易之規定是否適用於關聯企業間，香港法採取肯定適用之相關規定。利益衝突原則不僅適用公司與董事間交易，尚適用於公司及其關係企業之間，且該關係企業之董事為其公司董事之情形(Man Luen Corp v Sun King Electronic Printed Circuit Board Factory Ltd.)。在公司與其他公司之董事間，存有財產上利益衝突，或其他因身兼兩公司董事而有衝突之情形時亦適用(Transvaal Lands Co v New Belgium (Transvaal) Land Development Co.)。

德國股份法未對董事會會議為一般性規定，僅對個別業務執行加以規定董事會決議門檻，例如以簡單多數決召開股東會，從而無迴避之明文規定；又股份法雖對監察會之會議、決議有所規定，但無利益迴避不得行使表決權之規定。惟依德國民法第 34 條規定，當決議涉及監察人與公司進行法律行為，或開啟、解決監察人與公司間之法律爭議者，則監察人不得行使表決權。

日本會社法第 356 條規定，董事如遇利益衝突交易，應於股東會揭露與交易相關之重要資訊，並取得股東會之認可；若設有董事會之公司，依第 365 條規定，則是在董事會公開相關重要事實，並獲得董事會之認可。而依會社法第 369 條規定，有特殊利害關係的董事，不得參加董事會決議之表決。

中國大陸公司法第 124 條規定，上市公司董事與董事會會議決議事項所涉及的企業有關聯關係的，不得對該項決議行使表決權，也不得代理其他董事行使表決權。而其公司法第 216 條規定，所謂「關聯關係」，是指公司控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員與其直接或者間接控制的企業之間的關係，以及可能導致公司利益轉移的其他關係。但是，國家控股的企業之間不僅因為同受國家控股而具有關聯關係。

(二)我國立法分析

我國現行法對於何為自身利害關係之定義並未統一，公司法第 206 條第 2 項僅適用於董事有「自身」利害關係時方有適用。何謂有害公司利益之虞亦難認定，造成有利害衝突之董事或股東何時需迴避表決不明確，且若有利害衝突董事未迴避者並無治癒機制，一律解釋為無效，亦難以保障公司對外交易行為之安全。建議將具有利害衝突之董事或股東迴避表決規定作明確釐清。另目前我國主管機關對於非公開發行股票公司在財務報表編制上，卻又要求應遵循國際財務報導準則規定，將該將關係人及關係企業之交易予以納入財報之中，形成公司在財務報

表編制及公司意思決策或業務執行(董事會議時)上，不甚一致之情形。此外，由於我國公司法有關於關係企業專章之立法目的係在防止實務上對關係企業有控制從屬關係之公司，利用其旗下之從屬公司從事不利益之經營，或由控制公司操縱交易條件、調整損益，從事不合營業常規之交易，導致該從屬公司及其少數股東、債權人遭受損害，影響從屬公司之正常經營。又公司法第 369 條之 8 已明訂有公司間就構成關係企業(控制從屬關係、相互投資關係)時之通知義務。就其立法目的而言，除公司對於交易有自身利害關係之股東及董事外，是否應包含關係企業，公司法並無明文規定。因此，利益衝突交易之規定是否適用於關係企業間之交易，一旦適用，其法律效果是否需要與非關係企業但有利益衝突之交易相同，均需要進一步釐清。但現行公司法未明文規定關係企業公司與公司之利益衝突交易應納入，使得公司法關係企業專章及本條文關於利益衝突交易規定之立法目的有所減損。

鑑於相關法律或規定對於(利害)關係人均有擴大認定之趨勢。又國際財務報導準則第 24 點「關係人揭露」對於關係人之定義均為明確且廣泛的臚列。因此，目前公司法第 206 條第 2 項規定將利益衝突間之主體限於公司董事與公司之間，過於狹隘，將不利於建構完善的公司治理制度。

三、方案提出

利害關係人為配偶、伴侶及二親等血親以及控制從屬企業。利害關係迴避採安全港設計。

有鑒於國內中小企業之規模，應就董事之利害關係人範圍較國外法為限縮規定。且中小企業多無一定程序規範，倘能證明該交易符合營業常規，則不使其無效。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.8.3 股東會許可或追認

事後可追認，但利害關係人須迴避。

一、現況分析

(一)現行條文

關係人交易後得否經由股東會追認之規定，僅於第196條董事報酬有明文：「未經章程訂明者，應由股東會議定，不得事後追認。」其餘類型關係人交易現行法未規定。

(二)產生的問題

關係人(例如：該董事若亦為該公司股東，或其他有利害關係股東)是否可參與該追認股東會決議表決。

(三)學者及各界意見

實務認為，若董事交易中涉有自身利益衝突，則該交易當然無效，非採效力待定一說，自無股東會或董事會許可或追認之適用。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國法第214條規定，針對融資或貸款，準貸款的利益衝突交易的相關規範，董事若違反該規範，得經由股東會決議追認或許可，則該交易行為即屬有效。但對於董事長期服務契約不能追認；香港法與英國法相同，具有利害衝突之董事及其他相關人士，均不得參與該追認股東會之表決且亦不計入定足數。

美國德拉瓦州公司法關於股東會追認規定於§204，且該條於2013年及2015年均有所修正。2015年最新修正版本於2015年八月生效。股東會追認僅在該股東會追認並非法定程序要件，而係董事會特別提交股東會之情況下始有適用，且股東會之資訊亦必須股東係在 fully informed 的情況下且股東表決權未受脅迫時所作成決定追認董事會之決議或行為，始可認為具有作為董事會阻卻責任之可能。在有利益衝突的情況下，若股東亦有利益衝突者，係由不具利益關係的股東 (disinterested stockholders) 之多數決作成追認。

德國股份法第88條第1項規定，對董事競業行為應取得監察會之許可，此許可必須為事前許可。日本會社法第356條、第365條股東會或董事會對董事競

業或利益衝突交易的認可，原則上應為事先許可，但事後的追認亦被肯定；針對董事薪酬，依會社法第 361 條規定，若公司章程有規定，依章程規定，若未有規定，由股東會決議定之，此決議亦應為事前許可，但日本最高法院平成 17 年 2 月 15 日判決(判例時報第 1890 號，第 143 頁)認可事後決議的有效性。

(二)我國立法分析

我國目前並無追認之明文規定。建議引進國外法制追認制度，由於事前限制容易造成董事難以任事妨害公司發展，引進追認制度可保障公司對外行為交易安全。相對地，亦可藉此降低公司交易成本。

三、方案提出

A 案：事後追認採美國法模式，且利害關係人須迴避。

B 案：若為須經由股東會同意之交易行為，則利害關係人不須迴避。惟決定董事報酬之情形，則維持現行法第 196 條之精神，規定不得事後追認。

四、修法委員分組審議決議

採 A 案。

3.8.4 判斷交易有效之實質要件

以有無符合常規交易為判斷標準。舉證責任則由被告董事負擔。

一、現況分析

(一)現行條文

現行公司法無相關規定

(二)產生的問題

如何判斷交易是否公平且有效？公司法相關規定付之闕如。

(三)學者及各界意見

學者多引用美國德拉瓦州法院對於完全公平法則作為審查標準之參考。德拉瓦州最高法院在 Weinberger v. UOP, Inc 判決中表示，利益衝突之事項(狹義忠誠義務)，均應受到最高司法審查標準之「整體公平」之監督，以確定該交易之合法性。而所謂整體公平性包括二個基本概念：公平交易與公平價格，必須在二者均屬公平之情況下，該交易才可被認定為合法。而所有的爭點必須以整體觀察，而非將價值與程序分別而論，故稱為「整體公平」。

公司治理協會已積極建立國際公司治理判例資料庫，引進商業判例法則，並強烈建議我國應成立商事法院，此案業獲立法院支持，將於 2016 年 10 月 6 日公司治理高峰論壇發布商事法院組織法與審理法等相關資訊。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

美國法方面，交易若公平即有效；德拉瓦州公司法條文對此並未規定，法院判決則是以完全公平(entire fairness)作為審查標準，且為密度最高的司法審查標準，被告董事會必須證明該利害關係人交易在交易價格與交易程序(price and process)都是公平的，則此時該交易將會被認為是有效的，且董事會係符合其受任人義務之要求。另外，英國法則不因公平而有效，程序更為重要。德國股份法對此未有規定，但在德國公司治理規約 2015 年版的第 4.3.3 點提到，公司與董事間所有交易、與董事親近人員間交易，或與董事個人有密切關係之企業間交易，必須符合該行業之交易慣例，亦即以此來判斷交易是否公平。

(二)我國立法分析

我國目前對於交易是否公平並無如美國法般之審查標準，因此交易是否有效

亦不明確。國外法對於交易公平有明確標準及交易安全有保障，建議採用。

三、方案提出

建議採美國法，引進完全公平作為審查標準，或英國法若違反程序則無效規定。交易公平之判斷以有無符合常規交易作為判斷，舉證責任由被告董事負擔。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

3.8.5 判斷交易有效之形式要件

公司為利益衝突交易而董事違反忠實義務未經正當程序，則該交易推定無效(於安全港設計係符合程序要件交易即有效)，惟若能舉證該交易符合常規交易，則仍為有效。相對人非董事本人，且若使該交易無效，即顯失公平，則法院可例外認其有效。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 206 條第 2 項規定，「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。」同條第 3 項規定，該董事參與當次具有自身利害關係之董事會決議時，「第 178 條、第 180 條第 2 項之規定，於第 2 項之決議準用之。」

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。」

(二)產生的問題

公司與董事或其「關係人」(related person)為交易，而董事違反其忠實義務，可能有兩種情況，一種是董事本身與公司為交易，依現行法，須由監察人代表，且通說是任何董事(非限於董事長)與公司交易，均應由監察人代表公司談和締約。假設此時非由監察人出面，縱與公司為交易之董事於董事會已應充分揭露，且迴避表決，無利害衝突之出席董事過半數同意該交易，交易仍屬效力未定，監察人得選擇承認與否。第二種情況是董事之「關係人」與公司交易，倘依第 206 條第 2 項，此時董事被認「有自身利害關係」，則應於董事會說明利害關係重要內容，但該董事並未充分揭露；又或縱為充分揭露但本身應迴避表決而未迴避(若被認係除「有自身利害關係」尚「至有害於公司利益之虞」)，則依通說，董事會決議即屬無效。至於公司依據該決議所為之交易效力如何，則相當複雜。

首先，假設該交易本非公司法所訂須由董事會決議之事項，例如公司轉投資，則董事會決議無效將完全不影響該行為效力。例如公司董事會決議投資一億元於公司董事長甲 99.9% 持股之 A 公司(董事長為乙)，並由甲代表公司與 A 談判與締約，縱甲於董事會完全未揭露 A 幾乎是甲 100% 持有，更未迴避表決，轉投資仍屬完全有效。其次，倘該交易依公司法乃必須由董事會決議之事項，例如公司對特定人發行公司債，而該特定人乃甲之「關係人」(舉例而言，上文之 A 公司)，則倘董事會決議無效，則該交易是否有效法院見解不一。

公司所為利益衝突交易因之產生問題有二：第一，公司法從未明文規定此種交易效力為何，故同樣違反忠實義務，有時有效，有時無效，有時又效力未定，

且與違反情節嚴重程度無關，而是完全看違反的是第 206 條或第 223 條，若是第 206 條又端視公司法是否要求公司為該交易要有董事會決議，而定其效力。換言之，現行法屬高度形式主義；第二，與高度形式主義直接相關的是，效力與利益衝突完全無關。理論上，行為是否有效應平衡(一)公司因董事違反忠實義務受到損害，以及(二)促進交易安全，以保障相對人之合理期待。假設第一項遠逾第二項，則行為即應無效，反之則應有效。以董事或其配偶係與公司為交易之當事人為例，依我國現行法，董事本身為當事人，縱就利害關係內容為充分揭露，倘非監察人出面交易即效力未定，但若董事之配偶為當事人，雖未充分揭露此點，該交易還可能完全有效。

(三)學者及各界意見

依公司法第 206 條第 2 項，董事於董事會決議時，應說明其自身利害關係之重要內容，所謂自身利害關係，同公司法第 178 條之解釋，係指因該事項之決議特別取得權利或免除義務，又或喪失權利或新負義務³⁷。又依公司法第 206 條第 3 項準用公司法第 178 條，若該自身利害關係致有害於公司利益之虞時，董事應於該決議中迴避表決，依經濟部之解釋，所謂「有害於公司利益」，須個案判斷³⁸，且為包括所有對公司利益造成損害之情形³⁹。

若公司董事會違反此條規定者，即屬董事會召集程序、決議內容違反法律，應當然無效⁴⁰。是以，董事違反本條第 2 項所定之說明義務時，董事會決議因程序瑕疵而當然無效。又董事違反說明義務參與表決者，依本條第 3 項準用第 178 條規定，董事會決議因決議方法違法而無效。惟我國學者認為，違反說明義務之法律效果為「董事會決議無效」實屬過重，且對於會議之事項有利害關係，實務上運用範圍甚廣，將來恐迭生爭議，而應課與違反說明義務者適用公司法第 23 條第 1 項忠實義務之違反，而使違反者負相關民事賠償責任即可。

就自己交易違反公司法第 223 條規定之效力，我國學說多認為本條非強行規定，亦即該交易並非當然無效，故董事與公司之法律行為違反此條規定者，觀民法第 106 條及第 170 條第 1 項，仍需視事前公司是否許諾或是否事後承認，判斷該法律行為對公司之效力。實務判決亦多認為，本條文之規定，旨在禁止雙方代表，以保護公司(本人)之利益，非為保護公益而設，自非強行規定，如有違反，其法律行為並非無效，倘公司(本人)事前許諾或事後承認，即對於公司(本人)發生效力⁴¹。

二、比較法分析

³⁷ 大理院十一統字第 1766 號解釋。台灣高等法院 93 年度上字第 928 號判決。

³⁸ 經濟部 94 年 4 月 14 日經商字第 09402044770 號函。

³⁹ 經濟部 91 年 12 月 6 日經商字第 09102287950 號函

⁴⁰ 最高法院 97 年度台上字第 925 號判決參照。

⁴¹ 最高法院 87 年台上字第 1524 號判決。最高法院 100 年台上字第 1672 號判決。

(一)他國立法模式

美國德拉瓦州公司法規定公司與其董事或重要職員、公司與其董事或重要職員之關係人(具有一定持股關係或同時擔任董事或重要職位者)為交易時，且該交易並未經過正當程序，該交易並不當然歸於無效獲得撤銷⁴²，惟若完全公平原則(Entire Fairness)，則該交易仍有效。所謂完全公平原則包括交易公平與價格公平，即交易進行之時間點、交易之發動設計及磋商或是否有將該交易揭露等，法院依當事人提出之交易資訊而為判斷。

相對於美國法以交易公平性來判斷自己交易(self-dealing)之有效與否，英國法與香港法則認為公司與董事交易，為避免董事圖謀己利而損害公司利益，在董事違反忠實義務，就該交易利害關係未充分揭露時，該交易原則無效。惟在例外情形，即對當事人顯不公平的情況下，法院可依衡平原則判決該交易有效。

另外，相對於美國法，英國及香港法有所謂 indoor management rule，而此原則也可能影響法院判斷自己交易是否有效。所謂 indoor management rule，是公司為一般日常交易時，交易對象難以得知公司內部有無權限之限制，縱程序有無瑕疵，故該交易不會因此等原因而無效，以保障交易安全。且此原則適用於與公司交易之相對人為善意之情形。然而，香港亦有判例認為，當交易對象無直接參與公司經營，但仍與公司營運有密切關係者，公司便不得主張其為善意相對人，及該交易仍視為無效。例如香港即有一則判決，在交易安全和自己交易法益衝突下，如何取捨作出判斷。該判決事實為，公司董事為交易相對人(亦為一公司)之大股東，但公司董事會決議該筆交易時，並未揭露本身為交易相對人之大股東的利害關係。法院以該董事與交易相對人關係密切(或者積極參與經營，又或該交易即為該名董事介紹)，推定該交易相對人應知本身之大股東在公司擔任董事，則交易相對人即應詢問公司有無經正當程序，該案中交易相對人從未作相關詢問，故該交易應為無效⁴³。由此可知，英國法系雖仍認 indoor management rule 對自己交易仍有適用可能，但因交易相對人與董事具有利害關係，對交易相對人是否善意，仍進行比較嚴格的審查。

(二)我國立法分析

如前所述，我國公司法一方面未明文規定自己交易之效力，且該違反效力之認定，不僅非依該交易之公平性或交易相對人善意或惡意、違反忠實義務之程度等為判斷，而係區分公司為該交易是否需經董事會決議或是否有監察人為代表，使現行法在採形式主義下，忽略自己交易之效力應與利益衝突相關，且形式上之自己交易若當然使其無效，亦可能有害交易安全，使交易相對人承受交易無效之不利利益。

⁴² 德拉瓦州公司法第 144 條，8 Del. C. 1953, § 144; 56 Del. Laws, c. 50; 56 Del. Laws, c. 186, § 5; 57 Del. Laws, c. 148, § 7; 71 Del. Laws, c. 339, §§ 15-17

⁴³ Stefan HC Lo and Charles Z Qu, Law of Companies in Hong Kong . 2nd edn, Sweet & Maxwell, Hong Kong, 2015. 586~587.

蓋美國法所謂完全公平原則，係由美國法院經年累月之判決所累積，他國若未採行整套判決，較難引進。建議採英國與香港法，原則上，在公司為自己交易而董事違反忠實義務，未經正當程序時，該交易無效，例外在法院認為以之無效顯失公平時，該交易例外有效。例如交易相對人非該董事本人，僅為該董事之關係人時，交易相對人明知交易具有利害衝突的情況(如交易即為該董事所引介)，此時，交易相對人即有查詢該交易是否業經正當程序之義務。如此才能在防止自己交易，保障公司利益之餘，亦顧及交易安全。

三、方案提出

公司為利益衝突交易而董事違反忠實義務未經正當程序，則該交易推定無效(於安全港設計係符合程序要件交易即有效)，惟若能舉證該交易符合常規交易，則仍為有效。相對人非董事本人，且若使該交易無效，即顯失公平，則法院可例外認其有效。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

第九節 經理人

3.9.1 定義

經理人之設置毋需章程規定，至於種類，限於執行長、財務長及公司秘書方屬公司法所稱之經理人。未經公司委任而實質上執行經理人職務者，為事實上經理人。公司委任之其他經理人為民法下經理人，適用民法規範。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法於民國 90 年 11 月修正後，修正第 29 條第 1 項，將原明定經理人職稱等條文刪除，不再以法律規定經理人之職務名稱，而改由公司得自行以章程定之。公司法第 31 條第 2 項亦規定，「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。」

公司法第 29 條第 1 項規定，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。

(二)產生的問題

自從民國九十年修法刪除職稱後，經理人的認定極有爭議。實務上，多數經理人之選任未經董事會之決議，或章程漏未設置經理人，以致學說實務上產生其身份認定應採形式或實質認定之問題。採形式認定者，認為必須滿足公司法 29 條第 2 項章程設置及董事會聘任得要件，甚至需為登記，才能被認為是公司法所稱的經理人。採實質認定者，多係以公司法第 31 條 2 項視為公司經理人實質認定基準，只要符合實質要件，縱未符合形式要件仍屬經理人。實質認定說又區分為兩派，一派認專以公司法條第 31 條第 2 項為認定標準，另一派則認應兼採民法第 553 條之規定。

經理人之定義影響特定人在公司法下之定位，包括是否得對外代表公司，以及該人對公司是否負有注意及忠實義務，因定義之分歧，實務見解上亦不統一，遂產生適用上的困擾。而且，由於經理人定義不明，也嚴重衝擊公司管理架構。依公司法，公司總經理以下數個副總及十數個經理可能均由董事會任免，這也影響管理者一條鞭的指揮系統。原則上，管理者是執行董事會決議，高階管理者自

然對低階管理者具有指揮權限，但倘不分低階高階，均由董事會任免並決定薪酬，嚴重破壞職場倫理及管理架構。

(三) 學者及各界意見

業界認為，公司法對哪些人是經理人之規範並不明確，以致於在相關法令適用上備感困難，建議釐清經理人之範圍，以免權責不分。

而學界則有認為鑒於經理人對公司影響甚鉅，為降低經理人對公司有不利影響之可能性，建議維持公司法第 30 條對於經理人之消極資格限制，並應增訂不適用民法第 85 條之規定。另有意見認為公司法關於經理人的規範無法運作，因各公司都會以各個不同的職稱規避，使得真正經理人都無法在經濟部商業司登記，故應使真正經理人負起該負之責任，而不是於名稱上規定，應實質認定。

採實質認定說的學者認為，對經理人之認知應側重其實質上是否堪當民法及公司法對其之定位。而現行法刪除經理人法定職稱之規定，實寓有破除舊法下自經理人法定職稱作形式認定之弊病，對經理人轉為改採實質認定之目的，而公司法第 31 條 2 項之規定，可視為公司經理人實質認定基準。又實務判決⁴⁴以及各部函釋見解⁴⁵，亦皆以公司法第 31 條 2 項之基準，認為「凡由公司授權為其管理事務及簽名之人，即為公司之經理人，不論其職稱為何。」

採形式認定說之學者則認為，經理人之認定會牽涉到其職權，將對公司產生一定效力(有代公司簽名之權)等相關問題，若採實質認定說恐難運作，遂在公司法上應採形式認定說較適當，也較符合法律安定性。實務判決以臺灣高等法院臺中分院 99 年重上字第 164 號民事判決為例，判決略謂：「是為公司之經理人，依修正前、後公司法第 29 條之規定，必須經董事會選任之程序，亦即須由董事過半數或董事會之普通決議為之始可。因此，股份有限公司經理人之任免及報酬，依法須依上開規定為之，始生公司法上經理人委任、解任及約定報酬之效力。」顯採形式認定說之見解。而經濟部亦傾向形式認定之見解，即應依照公司之登記及認許辦法第九條之規定向經濟部商業司辦理登記者，始屬經理人。

依據經濟部函釋見解，公司委任經理人後，應依法向主管機關申請登記⁴⁶。又經理人之登記是否應列為認定標準，經濟部函釋見解(經商字第 09502042600 號函)則認為其僅屬對抗要件，學說亦認為公司經理人之登記不必列入認定標準，蓋依公司法第 12 條僅生對抗效力。惟實務判決⁴⁷則採形式判定，認為「公司並未依公司法第 29 條規定選任且經向主管機關申請經理人登記之相關資料，自難憑當事人供述有瑕疵逕認其具公司法上所稱經理人之身分。」

⁴⁴ 最高法院 100 年度台上字第 1295 號民事判決。

⁴⁵ 財政部 91.10.23 台財融(一)字第 0918011887 號函、台財證三字第 0920001301 號函、金管會金管證投字第 1010001270 號函、經商字 10302105870 號。

⁴⁶ 經商字第 10302105870 號、經商字第 09402040120 號、經濟部經商字第 00821 號。

⁴⁷ 臺灣臺北地方法院 102 年訴字第 561 號刑事判決、臺北高等行政法院 101 年簡字第 119 號簡易判決。

至於經理人與公司間之委任關係，有學者認為須經董事會決議，此經理人在業務執行上必有「相當」之裁量權，則此種人之選任應經董事會之決議方始生效，便有其一定之理論基礎。惟實務上多以實質認定之方式來判斷公司經理人與公司間之關係，如考量其是否基於人格上、經濟上及組織上從屬性而提供勞務等情形⁴⁸。若公司董事會已實質上決議通過認可聘任該經理人，則雙方之間自應發生公司法上經理人之委任關係⁴⁹。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英國法及香港法均未就何謂經理人加以定義，此兩法域慣用之名稱為高階管理者(senior managers)。重點在該等職位具備一定重要性，以高階管理者而言，通常視該人有無權限代表公司與第三人為交易而斷。中低階管理者一般會被認為，除非有上級授權，並不當然能代表公司對外為交易。美國法在過去，某些州曾列舉職稱，例如總經理、副總經理、司庫或公司秘書。與代表權限之有無即無關聯，惟認為這四種職位顯然在公司法下具備相當重要性，但現在多不以職稱決定，凡董事會任命者即屬經理人。總言之，不論英美，顯然必須是具相當位階及重要性之管理者，才會被認為是經理人(officer)。此不同於民國 90 年修法前，甚至副理也可能被認為是經理人。

德國法對經理人(Prokura)之規定，非規定在股份法，而是在商法。依商法第 48 條規定，經理權僅得由商業之所有人或其法定代理人授予，亦可對多人授予共同經理權，且經理人應辦理登記。經理人對與其商業有關之業務，有權進行訴訟或訴訟外之各種法律行為，但對不動產之出售或設定負擔，應獲得特別授權。中國大陸公司法第 216 條規定，高級管理人員，是指公司的經理、副經理、財務負責人，上市公司董事會秘書和公司章程規定的其他人員。

(二)我國立法分析

凡屬公司法下所稱之經理人，約在以下四個方面受到公司法規範：1、聘任機關，若屬董事會聘任，通常具相當獨立性，在某一方面也形成對董事長之制衡；2、消極資格限制，因具備相當廣泛權力管理公司事務，包括對外代表公司之權，故若犯有背信侵占等罪者，於一定年限內不適合被賦予此種權力；3、因屬公司負責人之一，對外即可代表公司，所簽契約原則上均能拘束公司，以及 4、同時，在所負義務及責任上亦與董事相同。

⁴⁸ 臺灣臺北地方法院 99 年訴字第 2147 號民事判決。

⁴⁹ 中高院 100 年重上更(一)審第 39 號判決(最高法院 100 年度台上字第 1624 號民事判決、100 年度台上字第 670 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 99 年重上字第 164 號民事判決，亦同此見解。)

考量以上經理人享有的權力及所負義務，再參酌外國立法例，經理人必然是公司高階管理者，例如前文所稱副理，就不可能是公司法所稱之經理人。因此，低階管理者就不用董事會聘任，沒有消極資格限制，不能當然代表公司對外為行為，以及僅負民法受雇人義務。建議明定公司總管一切事務者(俗稱之總經理或執行長)，管理一切財務事項者(俗稱之財務副總或財務長)，管理一切營運事項者(俗稱之業務副總或營運長)，以及公司秘書方屬經理人。以上職位可由一人兼任，但必須登記。修法後應登記而不登記處罰極重，且只有這四種職位才須登記，不登記的情況應大幅減少。萬一該公司並未登記，建議採實質認定，貫徹公司法規範。這也解決現行法下對經理人認定之爭議，因已採實質認定說，至於採實質認定的哪一派學說，這四種職位均會被認為係經理人，故亦無爭議。同時，這也解決現行法對管理架構的破壞，因僅上述四種職位之人方由董事會任免，總經理或執行長將有權決定所有其他下屬之去留及薪酬，有助於指揮監督。

三、方案提出

經理人之設置毋需章程規定，至於種類，限於執行長、財務長及公司秘書方屬公司法所稱之經理人。未經公司委任而實質上執行經理人職務者，為事實上經理人。公司委任之其他經理人為民法下經理人，適用民法規範。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.9.2 聘任機關

公司法所稱之經理人，方須由董事會聘任，但非公開發行公司亦得由章程另為規定，例如股東會選任，或由特定股東指派。

一、現況分析

(一)現行條文

按現行公司法第 29 條規定，股份有限公司經理人之委任及解任，除章程另有規定外，應經董事會以董事過半數出席，及出席董事過半數同意行之。

公司法第 29 條第 1 項規定，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。

(二)產生的問題

民國 90 年修正公司法第 202 條後，已改採董事會優位原則，非法律或明文保留予股東會之事項，概由董事會決議，故經理人之委任及解任，係法律明文董事會之專屬職權。

實務上多有董事會授權董事長、總經理或由常務董事會決議選任經理人之情形。惟按現行多數法院⁵⁰、學說及主管機關⁵¹見解，均認經理人之選任僅得由「董事會」決議為之，在程序上，應經董事會決議後，始發生委任關係，尚無追認之問題⁵²。這就產生公司經理人及相對人均認該經理人可合法支薪並執行業務，事實上自始未經董事會決議係屬「黑官」的問題。又若認未經董事會決議之經理人非屬經理人，則會使該人實質上行經理人之職務，卻無需受到公司法對經理人之規範。

此外，實務上合資企業，合資股東多簽訂有股東協議，例如一方指定董事長，他方即指定總經理，但我國公司法，經理人一律由董事會聘任，此時就產生兩個問題，第一，倘協議一方在董事會並沒有依約行使表決權，聘他方指定之人為總

⁵⁰ 最高法院 100 年台上字第 1299 號民事判決、最高法院 88 年度台上字第 1263 號民事判決、最高法院 91 年度台上字第 1560 號民事判決。

⁵¹ 經濟部商八字第 6224536 號函釋、經濟部經商字第 09402105990 號、經濟部經商字第 09402071201 號函釋。

⁵² 經濟部經商字第 09402050630 號函釋。

經理，就平添爭議，只能以訴訟解決；第二，倘雙方依約由董事會選任一方指定之人為總經理，但該指定之人極不適任，因表面上是董事會選任，也難以追究真正指定者之責任。同樣情況可能發生在集團企業，從屬公司的總經理或財務副總，事實上是由控制公司所指派。另外，大股東未必在董事會有相當比例之代表人選，則若該大股東認總經理一職相當重要，與其他股東協議由股東會產生(大股東對此人選就有否決權)，在我國現行法下亦不可行(因倘依 29 條第 1 項，由章程規定經理人之任免須有遠超過一半之董事同意，這可能也同時給予其他派別之董事否決權，仍未能達成總理由股東會產生之同樣效果)。

(三)學者及各界意見

依經濟部函釋見解，有關股份有限公司經理人之任免，依公司法第 29 條第 1 項第 3 款規定，應由董事會以董事過半數出席，及出席董事過半數同意之決議行之⁵³。是以，有關經理人之委任，在程序上，係經董事會決議後，始發生委任關係，尚無追認之問題⁵⁴。又按經濟部商 8 字第 6224536 號函釋，公司法明定董事會職權者，不得由常務董事會決議按公司法明定專屬「董事會」決議之事項，不論係普通決議或特別決議，均不得由常務董事會決議，經理人之任免係專屬董事會決議之事項，故不得由常務董事會決議之。經濟部函釋見解也進一步表示，公司法第 29 條第 1 項第 3 款係規定經理人之委任解任及報酬，尚不包括經理人職務調動⁵⁵。

實務判決上，亦多認為股份有限公司經理人之委任及報酬，應由董事會以普通決議行之⁵⁶。

多數學說也以為，股份有限公司經理人之委任及解任，係屬董事會專屬職權。故除章程另有規定外，應由董事會以董事會過半數出席，及出席董事過半數同意之決議行之。有學者認為，若僅由董事長(或與總經理)逕自任命經理人，則不符公司法經理人之設置規定，其行為應屬董事長無權代表行為，類推適用無權代理規定，而對公司不生經理權授權之效力，除非公司事後承認。蓋經理權限之授予非屬公司營業上事務，無公司法第 208 條第 5 項準用第 57、58 條規定之適用。此外，亦有學者進一步表示，該董事會決議必須是一個議程為「選任經理人」之董事會決議，才是合法決議。縱使股東會對於經理人之委任或解任作成決議，股東會之決議對此無拘束力。

二、比較法分析

⁵³ 經商字第 0930213310 號、經濟部經商字第 09402105990 號、經濟部經商字第 09402071201 號函釋。

⁵⁴ 經濟部經商字第 09402050630 號。

⁵⁵ 經商字第 09002274230 號。

⁵⁶ 最高法院 100 年台上字第 1299 號民事判決、最高法院 88 年度台上字第 1263 號民事判決、最高法院 91 年度台上字第 1560 號民事判決。

(一)他國立法模式

美國法僅高階管理者須由董事會聘任。但就閉鎖公司而言，規定極為寬鬆，亦可由董事會以外之機關選任。但若非閉鎖公司，則因採董事會優位原則，故董事倘協議聘任特定人為經理人，該協議很可能被法院認不當限制董事裁量權而無效。英國及香港法對經理人由何機關聘任均無強制規定。德國商法第 48 條規定，經理權僅得由商業之所有人或其法定代理人授予，且經理人應辦理登記。

(二)我國立法分析

美國法僅高階管理者須由董事會聘任，倘我國經理人之定義，限於前提所限定之四種職位之人，則其他人均可依公司本身規定，由董事長、總經理或其他人聘任，比較不會發生「黑官」的問題。而且，經理人多有上下層級劃分，由執行長或總經理統一指揮，倘均由董事會委託並解任難達事權統一之效。另外，為因應實務需求，建議非公開發行公司經理人之產生，非專屬董事會之權限。只要股東間有協議，不妨由特定股東指定，或由股東會產生。

三、方案提出

公司法所稱之經理人，方須由董事會聘任，但非公開發行公司亦得由章程另為規定，例如股東會選任，或由特定股東指派。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.9.3 權限

經理人就公司日常業務，於其職務範圍內對外代表公司。公司登記經理人時，應記載其職權(例如總管公司財務)。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 31 條第 2 項規定，「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。」

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。

公司法第 36 條規定，公司不得以其所加於經理人職權之限制，對抗善意第三人。

(二)產生的問題

由於在民國 90 年修法時，取消經理人一切職稱，留待公司自行決定，這在學界產生極大爭議，例如公司賦予特定人職稱為副總經理，但其實際僅為低階管理者，就公司與該人之契約而言，該人並不當然享有對外代表權限(例如銀行界為使客戶覺得尊榮，經常賦予一定職等之業務代表副總經理或經理職銜，但其權限可能還低於一般製造業之副理)，有學者主張第三人應可信賴職銜一般之意義，亦有學者主張應依 31 條第 2 項查閱該人與公司之契約規定，亦有學者主張應考慮該業別特性以及交易性質，通盤考量該人有無代表權。惟此為職權範圍，和公司法第 36 條職權之限制係屬二事。

除此之外，許多公司因程序規費等種種考量，並未登記任何經理人或僅登記總經理，致相對人無法以登記為最簡易之確定及舉證方式，雖仍有主張表見代理之空間，但終究增加交易相對人與公司為交易之困擾。

(三)學者及各界意見

經理人逾越權限，其所為之行為效力，除非公司事後追認，否則對公司不生效力。至公司法第 36 條所謂「不得以其所加於經理人職權之限制，對抗善意第三人」，舉例而言，倘公司以章程規定經理人有買賣不動產之職權，而公司即須履行買受人義務，不得以有限制經理人買賣金額之權限，對抗善意之第三人。另關於經理人之對外權限，有學說主張第三人應依信賴保護原則之權利外觀理論，信賴其職銜一般之意義。另有學者主張，應依 31 條第 2 項查閱該人與公司之契約規定；亦有學者主張應考慮該業別特性以及交易性質，通盤考量該人有無代表權。

又按法務部(74)法參字第 15456 號，所謂經理人依民法第 553 條第 1 項之規定，係指有為商號管理業務，及為其簽名之權利之人。是故經理權可自指對內管理事務及對外代理之權。又董事長，依同法第 208 條第 3 項之規定，僅對外代表公司，究非公司業務執行之意思決定機關。是故，股份有限公司組織之國營事業，如欲由董事兼總經理代表公司為不動產買賣或設定負擔之行為，應由董事會決議書面授權，方屬合法，董事長並無逕行依民法第 554 條第 2 項授權經理人代表公司為不動產買賣或設定負擔之權限。經濟部函釋⁵⁷則解釋，參照公司法第 208 條 3 項規定，董事長對外代表公司，公司對外一切事務董事長不得授權總經理為之。

實務上，最高法院有判決認為⁵⁸，依民法第 553 條第 1 項、公司法第 8 條第 2 項之明文規定，公司之經理人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人。故凡屬業務範圍內之事務，公司經理人有為公司為一切行為之權限，無須另經公司授權。亦有判決認為⁵⁹，若公司設置協理，乃受公司之任命，以輔佐總經理或經理。依協理既在輔佐總經理或經理，其執行職務自應受總經理或經理之指揮監督，為公司處理一定事務之人，非僅為公司服勞務之人，故公司與協理間為委任關係，而非僱傭關係。又依臺灣高等法院高雄分院 99 年上易字第 75 號民事判決，合資企業之投資人擔任公司經理，依公司法第 8 條第 2 項規定，就其執行職務範圍內，即屬公司負責人。故自應認經理有權代表公司與他人訂定投資契約，縱公司董事長不知該投資契約，投資契約仍有其效力。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

英美法就經理人之代表權限，區分為兩大塊：(一)實際代理權(Actual authority)，這部分最無爭議，假設董事會實際授權總經理買賣特定土地，則總經理自然有權代表公司。但若授權之董事會決議本身有瑕疵，導致授權無效，則進入第二大塊「表見代理權」。(二)表見代理權(Apparent authority)，以公司總經理或執行長而言，就公司日常交易均被認為具代表權限，縱然董事會曾經具體限縮其權限，但交易相對人也不會被要求查詢是否有此董事會決議之存在。同樣地，在前文所提，董事會授權總經理為交易，縱然該授權之董事會決議有瑕疵，相對人原則上也不會被期待查知瑕疵之存在。至於副總經理，通常僅在其所負業務範圍內才會被認為有表現代理權之可能。至於司庫及公司秘書，一般均不認當然有任何對外代表權。英美法前述規範，一般並非公司法所明定，而屬普通法(common law)範圍。

⁵⁷ 經濟部商字第 26873 號。

⁵⁸ 最高法院 92 年台上字第 2605 號判決，最高法院 67 年台上字第 2732 號民事判例見解亦同。

⁵⁹ 最高法院 97 年台上字第 2351 號民事判決。

至於經理人之登記效力，本計畫之其他議題就此已有所討論，於此不贅述。但建議設置公司秘書，當相對人擬確定特定人是否為公司聘任之經理人，或職權範圍時，可請求公司秘書出具相關證明。因公司登記究竟有時而窮，實務上也通常僅登記總經理，最多包括副總經理，登記公示顯然無法解決所有問題。

依德國商法規定，經理人應辦理登記。經理人對與其商業有關之業務，有權進行訴訟或訴訟外之各種法律行為，但對不動產之出售或設定負擔，應獲得特別授權。依德國商法第 50 條規定，對經理權限之限制，對第三人不生效力。

(二)我國立法分析

建議仿英美法，區分日常交易及非日常交易，就日常交易而言，總經理原則上具備對外代表權，縱董事會有所限制，依我國公司法第 36 條亦不能對抗善意第三人，第三人應無義務探詢公司內部就總經理權限有無限制。所謂非日常交易，例如購買土地廠房，為重大轉投資，或向銀行借貸。至於其他經理人，應視其職銜，考量業界慣例定其對外代表權。建議設置公司秘書，當相對人對其身分，或職稱代表之權限有所疑問時，能有快速查知之管道。

我國實務上，之所以大部分僅登記總經理，不為任何其他經理人之登記，有幾個原因：(一)經理人可能變動頻繁，則變更登記耗費金錢時間，而且一旦登記某人為經理人，在未為變更登記前，該人就可能代表公司為一切行為，登記隱含商業風險(該經理人可能係遭解任，在變更登記完成前之過渡期，不能控制該人之行為)，以及(二)公司法經理人定義不明，企業也很難確定何種職銜應該予以登記。倘設公司秘書，則僅前文所述三種職務之人需要登記，至於公司是否要登記其他職稱之人，為公司自治範圍。但若與公司為交易之相對人有疑義，除查閱登記外，還有詢問公司秘書之簡便管道。

三、方案提出

經理人就公司日常業務，於其職務範圍內對外代表公司。公司登記經理人時，應記載其職權(例如總管公司財務)。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

3.9.4 注意及忠實義務

僅公司法所稱之經理人負公司法下注意及忠實義務，但民法下經理人仍依民法負忠實義務。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 8 條第 2 項規定，公司之經理人或清算人，股份有限公司之發起人、監察人、檢查人、重整人或重整監督人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人。

同法第 23 條第 1 項規定，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。

第 32 條規定，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。

第 209 條第 1 項規定，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。

(二)產生的問題

我國經理人被認為係屬職務負責人，故負擔與董事同樣的注意及忠實義務。但以廣義忠實義務下的競業禁止而言，顯然董事的競業範圍遠較經理人為窄，前者僅限於公司業務範圍重疊，後者不論業務範圍是否相同，均不得兼任其他營利事業之經理人。在現行法下，因對經理人定義不明，很可能會產生問題，例如俗稱之專案經理，僅針對專案在一定期限內效命於公司，通常本身同時也會是另一顧問公司之經理人(事實上就是該顧問公司派其至公司擔任一段時間的專案經理)，就有可能誤蹈法網。從根本理論來講，權責必須相符，董事之所以負有相當高之注意及忠實義務，是因為董事為公司權力之核心，知悉公司一切機密，但若經理人定義廣泛，則該經理人可能權力及所知有限，但所負義務卻與董事相同或更高(例如競業禁止)，或有未恰。另外，若經理人定義廣泛，經理人與公司之間是否確實為委任關係，亦不為無疑。若是受雇於公司，則受雇人因為裁量空間有限，也不可能負有忠實義務。

(三)學者及各界意見

業界意見認為公司法應釐清高階經理人之法律地位，建立一有效防火牆，尤其是加強 CFO 之法律責任，始能強化我國的公司治理。亦有認為，目前應提經薪酬委員會審議報酬的經理人範圍太廣，依主管機關之規定只要對外有為公司簽名權限之經理人其報酬都需要提交薪酬委員會審議，範圍過廣。建議明定提經薪

酬委員會審議報酬的經理人範圍應限定為「總經理、財務長、總稽核、會計長等高階經理人」。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

美國法下經理人限於高階管理者，由於美國中大型企業所有與經營分離程度很高，董事會僅負監督之責，業務多由執行長負責，故課經理人與董事相同之注意與忠實義務，甚至某些層面執行長所負義務更高。這是因為美國董事會相當比例之董事為獨立董事，並非專職；相對的，執行長為專職經營公司者，對其之要求應比一般董事要高，例如競業禁止。

但英國法即與美國法相反，英國法認董事會仍為執行公司業務之核心機關，故並不課高階管理者與董事相同之忠實義務，而認為此係公司內部自治事項⁶⁰。理論上，英美法區分受任人及受雇人，前者信賴程度極高，故有忠實義務；後者接受雇用人之指揮，原則上並無忠實義務，故高階管理者倘被認係受任人，也可能被法院課以忠實義務。惟需注意者，若該高階管理者同時也是公司的執行董事，自然會因董事的身分負忠實義務。所以，英國法學者有主張，倘英國中大型企業之董事會，逐漸趨向於美國成為純粹監控機關，且絕大多數為獨立董事，則應認真考慮採取美國法，課高階管理者忠實義務。

英系國家事實上已向美國法傾斜，例如澳洲法院即認為高階管理者(president and executive vice president)應有忠實義務，香港亦大致遵循澳洲法院前述立場，認為只要高階管理者所享有之權力類似於執行董事，即應負相對應之責任。新加坡最新修法亦認執行長應有忠實義務。

德國商法對經理人之義務未有特別規定，須視經理人與其商業所有人間之法律關係而定。但中國大陸公司法第146條以下條文，則將高級管理人員所適用之資格與義務與董事、監事併列。

(二)我國立法分析

依現行法，經理人負有與董事相同之注意與忠實義務，甚至在競業禁止上經理人義務更高。現行法最大的問題是，經理人定義不明，有些受雇人可能因之被歸類為經理人。事實上，我國大部分中小企業，董事會均為執行業務機關，其經理人均對董事會亦步亦趨，本身裁量權不高，導致委任與雇用界限不明，使這個問題更趨嚴重。考量修法後，法令已限縮經理人之範圍，明定之經理人僅限於前述四種，且美國法為潮流所趨，建議經理人和董事負相同之注意及忠實義務。但公開發行公司經營權自董事會移轉至專業經理人，建議證交法可放寬經理人範圍，

⁶⁰ Paul L.Davies, Principles of Modern Company Law, p. 486-487.

納入其他高階管理者，明定該等人士亦應負注意及忠實義務。惟無論如何，民法下之經理人與公司仍為委任關係，仍負有一定程度之忠實義務，在具體個案亦可能由法院類推適用公司法之規定，例如利益之歸入。

三、方案提出

僅公司所稱之經理人負公司法下注意及忠實義務。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

第十節 公司秘書

3.10.1 資格

授權主管機關就資格加以規定。

3.10.2 聘任機關

聘任機關：董事會

3.10.3 權限

公司秘書一般而言權限如下：(1)協助董事會遵循法令，特別是合法召開董事會及股東會，以及協助獨立董事及相關委員會於會前獲得充分資訊。(2)保存董事會及股東會議事錄及相關文件。(3)處理登記、申報及公開揭露事項。(4)設置法令遵循制度，提升治理水準。

3.10.4 強制聘任

不強制聘任。

一、現況分析

(一)現行條文

無

(二)產生的問題

董事會於我國公司法下負責公司業務之執行，其良好之運作乃公司治理之重要基礎，然我國現行公司法制架構下仍欠缺專業專責之公司秘書人員，致董事會常有議事缺失之情況產生，經金管會調查，實務上常見缺失包括：1、公開發行公司董事會議事規範內容不全。2、作業程序不完備。3、議事內容不完整。4、議事錄記載不全等。由此可見，董事會尚未能有效發揮其在公司治理上之功能，甚至往往有法規遵循爭議等危害股東權益之情形產生。例如，我國實務上發生之太平洋百貨經營權爭奪案、力霸及嘉食化公司掏空弊案等董事會議事紀錄造假及違法不實之重大案件，即是因缺乏建制公司秘書之專業、功能及責任，以致於未能予以提前防範，造成投資人權益之嚴重影響。

(三)學者及各界意見

我國目前法制並無公司秘書制度，可能是導致實務上發生太平洋百貨與太平洋流通案此等重大爭議案件原因之一，蓋太平洋流通於增資發行新股之董事會與股東會決議，完全係由董事長一人主導，再找他人打字後送交主管機關登記，此運作方式在有完善及成熟的公司秘書制度的英美法系國家是甚難想像的。換言之，若我國有公司秘書制度，前揭爭議或許即能避免。

有學者認為我國實有建立公司秘書制度之必要性，蓋公司秘書能協助企業建立相關公司治理制度，而現今公司秘書之角色更趨向於公司治理長，能協助董事會提出有效的公司治理程序及準則，並作為管理階層及董事會間之溝通橋樑。此外亦能執行公司治理相關事項、確保董事會法規遵循，並給予董事建議與指導，更有宣達法令及櫃買中心、證交所規章政策與協助執行公司治理評量和董事定期研習之功能，最重要者係能確保董事會運作資訊公開，亦即能確保議事錄之詳實記載與分發、保存、公告。

惟有持不同看法者認為，公司秘書恐無法在我實務上真正獨立，因其委任及去職係由董事會負責，事實上在此權力結構下公司秘書係聽命董事會，因此期待透過董事會指派的公司秘書來消弭董事間的爭議，恐過於樂觀。而確保法規遵循方面，現行架構下董事會或許能直接諮詢法務長或外部律師，似毋須再額外設立公司秘書之職位。另外，若公司秘書由專業的秘書服務社而非自然人擔任時，秘書服務社多半僅願也僅能處理技術性的事務及爭議，因雙方係客戶與服務商之關係，即使秘書服務社願就公司治理給予董事意見，如果董事不從，公司秘書將無從發揮更積極的作用。

業界則多贊成訂定公司秘書制度，此可排除一般董事感性意見。更提出在會議紀錄保存過程中，除公司秘書外，公司總管理處亦有需要為保管。但也有認為是否需要在公司訂定仍有討論空間。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

香港公司秘書之設置係規定於香港公司條例，根據公司條例之規定，公司須有一名公司秘書⁶¹，而若私人公司的董事屬該公司唯一董事，則不得兼任公司秘書⁶²。關於公司秘書之資格則必須是香港居民，若由法人擔任公司秘書，必須在香港有註冊辦事處或營業地點⁶³，而香港證券交易所上市規則之規定則略有不同，上市規則第 3.28 條規定公司秘書必須為香港交易所認為在學術或專業資格或有關經驗方面足以履行公司秘書職責的人士，亦即公司秘書不須為香港居民，僅需具有相關專業經歷者擔任即可⁶⁴。

⁶¹ 香港公司條例第 474 條第 1 項：「公司須有一名公司秘書。」

⁶² 香港公司條例第 475 條第 2 項：「私人公司的董事如屬該公司唯一董事，則不得兼任該公司的公司秘書。」

⁶³ 香港公司條例第 474 條第 4 項：「公司的公司秘書—(a)如屬自然人，須通常居於香港；及(b)如屬法人團體，其註冊辦事處須設於香港，或須在香港設有營業地點。」

⁶⁴ 香港證券交易所上市規則第 3.28 條：「發行人必須委任一名個別人士為公司秘書，該名人士必須為本交易所認為在學術或專業資格或有關經驗方面足以履行公司秘書職責的人士。註： 1. 本交易所接納下列各項為認可學術或專業資格：(a) 香港特許秘書公會會員；(b) 《法律執業者條例》所界定的律師或大律師；及(c) 《專業會計師條例》所界定的會計師。2. 評估是否具備「有關經驗」時，本交易所會考慮下列各項：(a) 該名人士任職於發行人及其他發行人的年期及其所擔當的角色；(b) 該名人士對《上市規則》以及其他相關法例及規則(包括《證券及期貨條例》、《公司條例》、《公司(清盤及雜項條文)條例》及《收購守則》)的熟悉程度；(c) 除《上市規則》第 3.29

香港公司條例並未明文規範公司秘書的職責範圍，參照香港許秘書公會向在香港註冊成立之私人公司的公司秘書發出的備忘說明，一般公司秘書的職責至少包含下列事項：1、經常提醒董事遵守適用法律及法規。2、妥善保存並更新法律所規定的簿冊和記錄，包括董事會及股東會議紀錄、公司鋼印及股東名冊。3、需定期向主管機關提交申報、有關董事和高級人員的資料、法定資本或實收資本的增加、獲通過的普通決議案和特別決議案等。4、協助公司向主管機關呈報或舉發，例如呈報有關打擊洗錢及恐怖分子融資活動資料。5、提醒董事每年準備公司財務報表，交由會計師簽證通過。

(二)我國立法分析

我國公司法架構下由董事會負責公司業務執行，並引入獨立董事及審計委員會職司監督機能。但現行架構下，仍欠缺專責機構成為公司與主管機關間、或公司內部各機關間有效連結的樞紐，造成現況下公司各機關單兵作戰，無人能提供足夠資訊以資遵循，使公司各機關尚難發揮應有功能。公司秘書制度，即負責向主管機關報告公司之公司治理運作狀況、確認公司股東會及董事會召開是否符合公司治理守則規範、經常提醒董事執行業務應遵守之法規，督促公司各機關發揮其應有效能。

又我國外來直接投資(foreign direct investment)比例高昂，但公司卻欠缺專職角色與機構投資人進行溝通、聯繫。雖然我國部分大型公司有「公關」之職位，但其層級太低，不足掌握公司真實資訊，尚難勝任公司與投資人間溝通、聯繫之重要角色。

關於我國是否應引進公司秘書之制度，學說實務界普遍採支持之立場，因公司秘書角色包括保管公司印鑑、負責公司登記事項、確保董事會與股東會召集程序的合法性、提供董事在執行業務上的相關資料等，將可解決國內經常發生公司登記問題或董事會召集爭議，更能發揮監督者之功能，不僅能提升公司在行政、履約的遵法性，亦協助公司治理之落實⁶⁵。引進公司秘書制度後，公司秘書之定位為公司高階主管亦為公司內部人，且公司秘書制度係獨立董事與審計委員會制度必備之配套措施，現行法下獨立董事與審計委員會無法充分發揮功能之原因在於資訊之不足，而公司秘書對所有董事有提供一切與公司事務相關完整資訊之義務，因此公司秘書是獨立董事與審計委員會制度下必備的配套措施。

三、方案提出

(1) 非公開發行公司：公司得自由設置公司秘書，惟設置後須遵照相關法令規範。

(2) 公開發行公司：公司秘書為獨立董事與審計委員會制度重要配套，故依

條的最低要求外，該名人士是否曾經及／或將會參加相關培訓；及(d) 該名人士於其他司法權區的專業資格。」

⁶⁵ 經濟日報，導入國外公司秘書制度解決登記亂象，2014年9月3日。
<http://edn.udn.com/news/print.jsp?aid=764223&cid=47>.

法令須設置獨立董事與審計委員會之公司應強制聘任公司秘書。另外，建議將公司秘書資格、任免、權責、違法責任等重要事項入法或授權主管機關訂定細部規則補充。

配套：由於公司秘書為全新制度，建議留有相當期間準備法制建制、宣導與人才儲備，新制度再開始施行。或可考慮，比照以往引進獨立董事採漸進模式，近程可採自由聘任，待一段時日後再以法令強制之。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

第十一節 監察人

公開發行公司將建議採單軌制(委員會制)，而非公開發行公司得依章程規定採雙軌制，設立監察人，甚至監察會。因此，以下建議主要係針對設有監察人之非公開發行公司而言。

3.11.1 人數

非公開發行公司得設監察人；公開發行公司採單軌制。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 216 條規定：「(第 1 項)公司監察人，由股東會選任之，監察人中至少須有一人在國內有住所。(第 2 項)公開發行股票之公司依前項選任之監察人須有二人以上，其全體監察人合計持股比例，證券管理機關另有規定者，從其規定。」

(二)產生的問題

依現行法規定，非公開發行公司之監察人可僅有 1 人，但公開發行公司須至少 2 人以上。舊法第 216 條原規定不論公開發行或非公開發行公司監察人 1 人以上即可，但民國 90 年 11 月修法時，為配合證交法第 26 條對董監持股須達一定成數之規定，故增訂第 2 項，要求公開發行公司監察人至少 2 人以上。然而民國 99 年 6 月，證交法修改第 178 條第 1 項第 6 款，於末句刪除「股權成數、」，則違反證券主管機關要求之董監持股成數，不再被依第 178 條處罰，致使證交法第 26 條規定已不復以往重要，則似無必要再以其為理由，要求監察人人數應 2 人以上。

此外，我國監察人功能不彰，有質疑是否單獨行使職權不如合議制，故於證交法引進合議制之審計委員會可替代監察人，因此，為改善監察人監督功能，是否有必要要求監察人改採合議制，從而須增加監察人之法定人數下限？

(三)學者及各界意見

現行監察人採獨任制，其監督力量難以與董事會抗衡，使監察人淪為董事會得以輕易控制或賄賂之對象，但有認為不論公司是否要採用單軌制與雙軌制，均應先了解何以董監事未善盡功能之原因。此部分非常分歧，有建議建立單一董事會並廢除監察人制度，因懷疑監察人究竟能否發揮其功能；但亦有認為獨立董事制度之設計在於長期、持續性之監督董事會業務之執行，與監察人制度類似於內部稽核的角色有別，要求採行董事會與監察人二元制度之國家，獨立性之要求應

落實於董事會及監察人中。

業界亦有認為，現行以獨立董事取代監察人制度，惟獨立董事本身既行使審計監察的權限，另一方面又具有董事身分，兩種身分似乎有所衝突。因此建議或可採行「獨立監察人制度」，規範監察人應出席董事會，充分參與董事會議案之討論，對董事會議案認為有違法法令或有害公司利益者，應該召開臨時股東會請求對違法的董事訴訟。另提出，倘變更現制，監察人不再強制設立，則宜有配套措施以充分保障小股東權益。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

德國股份法規定，除非勞工參與決定權之相關特別法另有規定外，監察人人數原則上 3 名，章程可以規定更高名額，但須為 3 的整倍數，且最多不得超過以下人數限制：資本額 150 萬歐元以下者 9 名；資本額超過 150 萬歐元者 15 名；資本額超過 1000 萬歐元者 21 名。日本會社法，除公開發行之大公司⁶⁶須採委員會制或監察會制二選一外，得自由選擇是否設置監察人及監察人是否組成監察會，對於監察人人數未有規定，但一旦設置監察會者，則監察人至少須 3 人以上，且其中半數以上須為外部監察人。中國大陸公司法第 117 條規定，監事會成員不得少於三人，監事會應當包括股東代表和適當比例的公司職工代表，其中職工代表的比例不得低於三分之一，具體比例由公司章程規定。

(二)我國立法分析

當初為因應證交法第 26 條董監股權成數規定，而要求監察人於公開發行公司應 2 人以上，是否此規定仍有必要，有待商榷，且一旦將來修法廢除公開發行公司設監察人規定而改採單軌制，即無須再規範監察人人數。

至於非公開發行公司仍設監察人者，為改善現行監察人功能不彰的缺點，是否參考德、日、大陸法制引進監察人之合議制，似有討論空間，惟若要引進合議制，則監察人人數必須配合提高下限規定。

三、方案提出

A 案：非公開發行公司監察人人數 1 人以上，公開發行公司無監察人，一律採單軌制。

B 案：不論公開發行或非公開發行公司(若未強制採單軌制)，設有監察人者，

⁶⁶ 日本會社法大公司定義於第 2 條第 6 款，指會計年度終了時，資產負債表之資本額為 5 億日圓以上之公司；或會計年度終了時，資產負債表之負債部分合計額達 200 億日圓以上之公司。

監察人人數 1 人以上即可。若公司選任 2 人以上監察人者，得以章程訂定監察會行使權限及監察權行使方式。

C 案：不論公開發行或非公開發行公司(若未強制採單軌制)，設有監察人者，監察人人數 1 人以上即可。公司得以章程規定設立監察會，並參考日本法，設監察會者，其監察人至少 3 人，且配合增加監察會行使權限及監察權行使方式之規定。

配套措施：採 A 案者，應建構完善之董事會下的委員會制，且應一併刪除第 216 條第 2 項、第 216 條之 1、第 217 條之 1 但書規定。

四、修法委員分組審議決議

提交修法委員會審議。

五、修法委員會決議

採 A 案。

3.11.2 資格

監察人原則為自然人，但公司得以章程採用現行法第 27 條 1 及 2 項法人代表人的設計，惟為指派之政府或法人，與被指派之自然人同負監察人責任。(參考 3.1.3.1)

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 27 條規定：「(第 1 項)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。(第 2 項)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。(第 3 項)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。(第 4 項)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。」

(二)產生的問題

本條係針對政府或法人為股東時，本身或代表人出任董監所設之規範。第 1 項允許政府或法人本身當選董監，惟需指定自然人代其行使職務。換言之，董監不限於自然人。第 2 項則規定，政府或法人亦得由其代表人當選為董監，代表人有數人時，得分別當選。據此，依本項規定當選的董監係為自然人。第 3 項則是本條爭議之核心，無論依第 1 或第 2 項產生之自然人代表，政府或法人股東得隨時改派。

本條因衝擊公司治理備受爭議。具體言之，究責與透明向為公司治理兩大基石，而權責不明是本條所生第一個問題，蓋自然人代表既可隨時被政府或法人股東撤換，其自優先考慮所代表之股東，而非其執行董監職務之公司利益，從而其是否會追求公司利益極大化即有疑慮，倘董監有違職守，究竟是針對行為之自然人，或指派之股東究責，亦滋生困擾。第二個問題是，倘政府或法人股東得隨時撤換自然人代表，則登記自然人何人為董監意義不大，因或僅短暫過客；而登記政府或法人意義亦甚微，因不知其如何決策，換言之，董監登記徒具形式，並未提升公司營運透明度。

(三)學者及各界意見

業界對公司法第 27 條之存廢有不同意見，多數認為應予維持。但有建議法人股東及其代表人應與董事無利害關係者，始可擔任監察人，讓監察人發揮監督之功能。

目前實定法明確授權法人得當選董監事，故法律適用較無爭議。因此本條討論重心多在立法論部分。對此，我國公司法學者多數意見是刪除本條，使董監事

未來僅得由自然人出任。但亦有學者持較緩和立場，主張僅需刪除第 2 項，或僅需刪除第 3 項，降低本條於實務上之流弊。事實上，2012 年修法於第 2 項增列但書，禁止同一法人指派代表人分別當選董監事，亦係反應部分學者意見。但縱使是立場溫和之學者，似亦傾向長期目標應刪除本條。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

德、日及大陸均僅允許自然人擔任監察人。

(二)我國立法分析

參考設有監察人(監事)之外國法制，並考量公司治理強調透明與究責，實以限自然人方可擔任監察人最符合治理原則。惟相當比例之公司多年來已習慣本條設計，鑒於對現實面之衝擊，若改以自然人方得擔任監察人者，應給予公司實施新制之緩衝期。若仍維持現行規定，建議至少應強化指派之法人股東的責任。

三、方案提出

A 案：僅自然人得出任監察人，並給予緩衝期。

B 案：維持現行法規定，但建議明文規定指派之法人股東與被指派之自然人負相同監察人之責任。

四、修法委員分組審議決議

採 B 案。

3.11.3 選舉

同非公開發行公司之董事選任制度。(參考 3.1.4)

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 216 條第 1 項規定：「公司監察人，由股東會選任之，監察人中至少須有一人在國內有住所。」

(二)產生的問題

現行董事及監察人由股東會分二次以累積投票方式選舉，一般監察人人數約為董事人數三分之一，則監察人當選權數應約為董事之三倍，將使監察人比董事更仰賴大股東之支持才能當選。然如大股東為能掌控公司，通常會積極去爭取董事職位，而監察人之目的在於行使監察權，監視董事會執行業務，因此，若是監察人之當選太仰賴可能掌控董事職位之大股東，則因利益依存關係，恐監察人將無法積極實施監察權，使監察人形同虛設，有違立法原意，而無法維護小股東權益。

民國 81 年經濟部商字第 212598 號指出：「民國 69 年修正公司法時，為奠定監察人獨立地位，並保護小股東權益，於第 198 條第 2 項、第 3 項增訂：『股東會選任董事，同時選任監察人者，應與選任監察人合併舉行，每一股份有與應選出董事及監察人人數相同之選舉權，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，分別當選為董事或監察人。』『依前項規定同時當選為董事與監察人之股東，應自行決定充任董事或監察人，其缺額由原選次多數之被選人遞充。』惟民國 72 年修正公司法時，鑑於董事係共同行使職權，與監察人係各行獨立行使職權者不同，強使合併選舉，似有未宜，且別具用心之股東一旦當選監察人，即假行使監察權之名，利用隨時調查公司業務財務狀況為手段，滋擾公司以謀私利，影響公司及股東大眾權益至鉅，致與 69 年之修正意旨相違，爰予刪除前揭第 2、3 項之規定。故公司同時改選董、監事，依現行公司法之規定，每一股份之選舉權不得合併計算應選出之董事及監察人之人數。」

由於監察人通常較董事人數少，且董、監係分別選舉產生，致使監察人之當選更仰賴大股東之支持，而備受質疑其行使監察權限之獨立性，從而參照單軌制之董事、獨立董事的合併選舉方式，有建議可回復董事、監察人之合併選舉，以強化監察人獨立地位。

(三)學者及各界意見

業界有認為經股東會(在董事支持下)選出之監察人，基於人情或利害與共等因素，不易跳脫獨立執行職務，無法完全發揮監察功能、建議將董監事之選任以

合併投票方式一次舉行，以確保少數股東得以推舉適當之人選來擔任監察人，監察人能否發揮功能重點在於其產生方式，如果仍需大股東支持，則無法發揮其功能，又其身分關係能否獨立亦有關係。

但亦有意見認為，董事及監察人角色不同，選舉考量亦不同，股東權益應分別行使。惟，監察人即便分開選舉，也是要受到大股東之支持方能當選。因此有建議或可考量獨立董事的選舉採一人一票制度(依股東人數計算)之修法。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

德國股份法規定由股東會選任監察人，適用勞工共同參與權相關規定者，一定比例之監察人由勞工或勞工代表選任，而董事則由監察人組成之監察會選任，由於董、監選任機關不同，故不存在董監可否合併選舉問題。日本、大陸法規定董事、監察人(大陸公司監事會中之股東代表的監事)由股東大會決議選任，但未明文允許或禁止董監是否得合併選舉。

(二)我國立法分析

由於董、監分開選舉下，且監察人人數通常少於董事，再輔以現行累積投票制之自由配票，因此，要能當選監察人者，須獲得比能當選董事更高之選舉票數，導致監察人比董事更依賴大股東方能當選，從而造成監察人相對於大股東或董事可能會獨立性不足。參考現行董事、獨立董事乃合併選舉，且若將來如不再強制使用累積投票制，例如改採簡單多數決或全額連記法，則董監是否合併選或分開選，對選舉結果並無影響，因此，建議無須要求董監分開選舉。

三、方案提出

對設有監察人之公司，建議如下：

A 案：公司選制自由採用，但一旦採用累積投票制的情況下，要求董事與監察人應合併選舉，每一股份有與應選出董事及監察人人數相同之選舉權，得集中選舉一人，或分配選舉數人。

B 案：同非公開發行公司之董事選任制度。

四、修法委員會分組審議決議

採 B 案。

3.11.4 任期-參考對董事所提建議

3.11.5 解任-參考對董事所提建議

公司法全盤修正修法委員會

3.11.6 權限

3.11.6.1 監察人於非必要時獨立召開股東會之效力

監察人於董事會不為召集或不能召集股東會時，方得召集之。

一、現況分析

(一)現行條文

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。」

(二)產生的問題

監察人於為公司利益必要時，有股東會召集權，但何謂「必要時」，可能有判斷上之歧異，且若非必要時監察人召開股東會，將導致股東會決議之瑕疵，此瑕疵型態，依最高法院 86 年台上字第 1579 號民事判例認為，屬得撤銷。此外，若監察人有 2 人以上，是否各得單獨或應共同召集股東會，亦有疑問。

(三)學者及各界意見

於民國 90 年修法時，為積極發揮監察人功能，將第 220 條之監察人「必要時」召集股東會之權限，修正為「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。」

依最高法院 86 年台上字第 1579 號民事判例，監察人於無召集股東會之必要時召集股東會，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，得否依公司法第 189 條規定，由股東自決議之日起一個月內(按現行法：30 日內)，訴請法院撤銷其決議而已，該決議在未經撤銷前，仍為有效。又依台灣高等法院 99 年上字第 1166 號民事判決指出：「公司法第 220 條固賦予監察人股東會召集權之要件為為公司利益而有必要，而與董事會不為或不能召集股東會為為公司利益而有必要同為得召集股東會之例示情形之一。惟監察人召集公司股東會，仍須符合為公司利益，且必要之情形為要件，否則將使公司及董事疲於應對股東會之召集，影響公司正常之營運。換言之，該條『公司利益，而有必要』，應採目的限縮，亦即監察人固有其監督之權，惟應否該召開股東臨時會，除法條列舉董事應召開而不召開之情形外，端視監察人可否透過正常程序，在董監事會議或股東會發聲表達意見，本於監督人之角色，針對公司不合宜之事項予以指證，或可透過之正常程序，在不影響公司之利益情況下，解決其發現之問題。」

經濟部經商字第 09802168820 號函釋，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。經商字第 09502008820 號函釋，監察人於公司清算期間，亦得依公司法第 220 條規定，為公司利益，

於必要時，召集股東會。對於此召集權，經商字第 09402019810 號函表示，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。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

依德國股份法第 121 條第 2 項規定，由董事會召開股東會，但依第 111 條第 3 項規定，監察會亦可為公司利益之必要而召開股東會。對於監察會於無必要時召開股東會者，法界認為，股東會決議不會因此即無效或得撤銷，且甚至不能因此即指責召集人有違反應盡之義務。又德國監察人採合議制，因此，應由監察會召開股東會。依日本會社法規定，股東大會係由董事召集，設有董事會者，董事之股東會召集須經董事會決議，除此之外，亦有少數股東權之股東會召集權，但監察人或監察會無股東會召集權規定。中國大陸公司法第 101 條規定，董事會不能履行或者不履行召集股東大會會議職責的，監事會應當及時召集和主持；監事會不召集和主持的，連續九十日以上單獨或者合計持有公司 10% 以上股份的股東可以自行召集和主持。

(二)我國立法分析

監察人於三種情況下，有主動之股東會召集權：董事會不為召集、董事會不能召集、為公司利益必要時召集，其中後者可能產生之爭議為，如何判斷必要性，以及無必要下召開股東會所為決議之效力。對於必要性之判斷，可將公司重要狀況納入，例如第 218 條之 1，董事發現公司有受重大損害之虞時，應立即向監察人報告，於此情況，可列為「必要時」。此外，監察人可否各自獨立召集股東會，若可，將可能產生股東會多胞胎的情況，目前公司法主管機關認為監察人可單獨行使股東會召集權，毋庸徵得其他監察人同意。惟為避免或減少多胞胎股東會的產生，似可參考德國、大陸規定，監察人之股東會召集權以合議制方式行之。

三、方案提出

建議將第 218 條之 1 列為「為公司利益之必要時」的情況之一，且為維持股東會決議效力，不浪費開會成本，建議於無召集必要時所召集之股東會，僅為得訴請撤銷決議之效力。此外，並建議：

A 案：若監察人設有 2 人以上或公司設有監察會者，將監察人之股東會召集權改為合議制方式行使之。

B 案：維持現行法規定。

四、修法委員分組審議決議

建議修正公司法第 220 條，文字調整為：「董事會不為召集或不能召集股東會時，監察人得召集股東會。」

公司法全盤修正修法委員會

3.11.6.2 董事自我交易時之代表權

刪除第 223 條。

一、現況分析

(一)現行條文

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。」

(二)產生的問題

董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為(下稱自我交易行為)時，為防止弊端產生，現行法在雙軌制下，將董事長代表權限轉移交由監察人負責。對此產生之疑義包括，是否交易之決策權亦一併交由監察人負責？監察人若有 2 人以上者，代表權之行使係各得單獨代表或應共同代表？

(三)學者及各界意見

業界意見認為自我交易之定義與範圍應適當釐清、董事自我交易是否和公司有利害衝突應實質認定，其認定方法應盡量具體化，此外自我交易牽涉許多利益衝突，應負有揭露之義務，且揭露之內容應界定清楚，並重視揭露資訊之正確性、公司法第 223 條有關董事自我交易部分，目前監察人可為公司之代表，是否考慮以獨立董事來代表公司(按：僅有依證交法設置審計委員會時，始由獨立董事代表)。

第 223 條規定係為防止董事自我交易可能產生弊端而設，則監察人代表公司之權是否包括整個交易進行的決策權，頗有爭議。有主張，對董事自我交易行為，監察人之代表權應亦及於該交易決策權，故此等交易無須經董事會決議⁶⁷；有主張，此等交易仍是應經董事會決議後提出，監察人立於監督角色僅能決定是否同意對外代表而無交易決策權。公司法主管機關則認為，第 223 條之立法意旨係在防患董事礙於同事情誼，致有犧牲公司利益之虞，故改由監察人為公司代表，因此不限於締約，議約亦應由監察人代表公司為宜，故其應實質審查該法律行為⁶⁸，但對交易行為是否應經董事會決議，則未有明確表態。

又董事自我交易案之代表權行使方式，此涉及監察人代表權是否屬監察權性質而有不同主張。法院實務觀點傾向認定，監察人於董事自我交易案之代表權係代表為實體法上之法律行為，故與監察權係屬二事，無公司法第 221 條監察人各得單獨行使監察權規定之適用，而應類推適用民法第 168 條規定，當監察人有數

⁶⁷ 最高法院 100 年度第 3 次民事庭會議決議；最高法院 100 年度台上字第 964 號判決。

⁶⁸ 參閱經濟部民國 91 年 12 月 16 日經商字第 09102287950 號、民國 91 年 7 月 4 日經商字第 09102132160 號函釋。

人時，其代表行為應共同為之⁶⁹；行政機關則主張，監察人因董事自我交易案而取得之代表權，其性質上仍屬監察權之一環，有公司法第 221 條規定之適用，得由監察人之一單獨為公司之代表⁷⁰；至於學者間看法分歧，上述兩種觀點皆有支持者。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

德國股份法第 112 條規定，公司面對董事時，由監察會於法庭內及法庭外代表公司，故係採共同代表，而監察會於代表公司時，應對所代表進行之事項超然進行判斷，從而不論是代表公司與董事進行訴訟或為其他交易行為時，解釋上監察會對其所代表事項有決策權。依日本會社法第 386、389 條規定，設有監察人之公司，董事與公司間之訴訟，由監察人代表公司，但非公開公司於章程規定監察人權限限於會計監察者，則不適用之。準此，日本公司之監察人僅於公司與董事訴訟時有代表權，其他訴訟外行為則未規定代表權，而應回歸一般代表權規定，此外，日本會社法無監察人需共同代表公司之規定。

(二)我國立法分析

對於各國法制就董事自我交易行為之防弊規範，在無監察人制度者，有設計，若此種交易於資訊公開下，經無利害關係之其他董事或股東會多數決同意，則交易有效，無法任意被撤銷，如美國德拉瓦州公司法第 144 條(a)項(1)、(2)款規定；有設計，董事與公司交易，若該交易於授權、核准或追認時對公司是公平者，則交易有效，無法任意被撤銷，如美國德拉瓦州公司法第 144 條(a)項(3)款規定。在有監察人制度下，有設計，代表權轉由公司監督機關任之，如德國股份法第 112 條規定、我國公司法第 223 條規定。從上述防弊法制設計可看出，在設有董事會、監察人(監察會)之雙軌體制下，可能將董事自我交易之監督(或決定)藉由代表權移轉，交由監察人(監察會)負責，而僅設董事會之單軌體制，本無監察人設置，從而藉由與交易無利害關係之其他董事或股東之同意來防止弊端產生。

然而監察人畢竟非業務執行機關，其是否有能力對董事自我交易案進行評估，進而作成決策，頗令人疑慮，且尚牽涉到是否監察人可單獨或應共同決策及代表的爭議，從而現行規定似有欠妥適。尤其考量到本次修法擬將關係人交易進行更完善之規範，則似無須再以代表權移轉方式來防止董事自我交易可能所生之弊端。

⁶⁹ 最高法院 100 年度台上字第 1026 號判決、臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會民事類提案第 18 號。

⁷⁰ 內政部民國 101 年 10 月 16 日內授中辦地字第 1016040193 號、經濟部民國 101 年 10 月 3 日經商字第 10102130450 號函釋。

三、方案提出

刪除本條規定。

四、修法委員分組審議決議

照案通過。

公司法全盤修正修法委員會

3.11.6.3 聘任會計師及對董事訴追之權限

會計師由監察人聘任，至於對董事之訴追，由監察人或監察會得自行決定或決議代表公司對董事訴追責任。

一、現況分析

(一)現行條文

公司法第 212 條規定：「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。」、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。」、第 214 條第 1 項規定：「繼續一年以上，持有已發行股份總數 3% 以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。」

(二)產生的問題

除第 214 條第 1 項監察人應股東之請求代表公司訴追董事責任外，依第 212、213 條規定，監察人係依股東會決議代表公司對董事提起訴訟，則除第 214 條第 1 項規定外，是否監察人在無股東會決議下可逕行決定代表公司告董事，顯有疑問。

是否監察人在無股東會決議下可逕行決定代表公司告董事，於實務界有爭議。最高法院 69 年台上字第 1995 號民事判決、最高法院 95 年台抗字第 484 號民事裁定、台灣高等法院 86 年上易字第 2041 號刑事判決、臺灣高等法院暨所屬法院 (79) 廳民一字第 914 號座談會、民國 72 年 5 月 2 日司法院第三期司法業務研究會、經濟部 94 年 6 月 29 日經商字第 09402089460 號函釋等均認為，監察人代表公司為公司與董事間之訴訟時，應經股東會決議，否則監察人不得逕自代表公司對董事提起訴訟。持反對見解，認為監察人依公司法第 213 條代表公司對董事起訴非以須經股東會之決議為必要者，如最高法院 74 年台上字第 1096 號判決、台北地方法院 93 年訴字第 3054 號民事判決等。

(三)學者及各界意見

無

二、比較法分析

(一)他國立法模式

德國股份法第 112 條規定，公司面對董事時，由監察會於法庭內及法庭外代表公司，亦即監察會得基於監察會決議即得代表公司對董事訴追責任。惟若股東

會以簡單多數決決議追究董事責任者，則依第 147 條第 1 項規定，監察會應於決議日起 6 個月內代表公司請求董事負賠償責任。依日本會社法第 386 規定，設有監察人之公司，能提起訴訟追究董事責任者係監察人，並未規定應先經股東會決議，若公司設有監察會者，依第 390 條規定，監察會決定監察人職務執行事項，從而經監察會決議對董事訴追責任。中國大陸公司法第 118 條準用第 53 條規定，係由監事會決議對董事訴追董事責任。

(二)我國立法分析

我國法院實務及主管機關傾向認為，監察人僅為公司內部監察機關，平時行使監察權，並未參與公司業務之執行，對外亦無代表公司訴訟之權限，從而如要取得代表公司對董事提起訴訟之特別權限，則應有法律特別規定，或須經股東會決議，方得為之。但以設有監察人(監察會)之德、日、大陸法觀之，則對董事訴追責任原則上為監察人(監察會)權限，並無須事先經股東會決議之必要。

三、方案提出

A 案：維持現行法規定。

B 案：會計師由監察人聘任，至於對董事之訴追，由監察人或監察會得自行決定或決議代表公司對董事訴追責任。

四、修法委員分組審議決議

採 B 案。

五、修法委員會決議

建議公司若設有監察人，會計師該由監察人聘任以符合監察權設計。

3.11.6.4 競業禁止義務

競業禁止已由忠實義務類型化規定取代之，監察人同受規範。

一、現況分析

(一)現行條文

現行公司法無相關規定。

(二)產生的問題

依公司法第 218 條之 2 第 1 項規定，由於監察人亦得列席董事會，因此，監察人亦得從董事會會議知悉公司業務機密、商業機會等，則其亦有可能利用所獲知之訊息與公司產生競爭業務的行為，而損及公司利益。

(三)學者及各界意見

對此議題，我國學者及實務相關探討不多。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

德國股份法、日本會社法、中國大陸公司法所設監察人（組成監察會）或監事（組成監事會）之監督機關的運作與我國監察人差異大。

(二)我國立法分析

現行法監察人得列席董事會，因此，為維護公司利益之必要，仍有探討是否監察人準用董事忠實義務規定的空間。

三、方案提出

A 案：競業禁止已由忠實義務類型化規定取代之，監察人同受規範。

B 案：維持現行法規定。

配套措施：現行公司法第 218 條之 2 第 1 項僅規定，監察人「得」列席董事會陳述意見。然而為使監察人能妥善行使職權，提前明瞭公司之業務經營，盡早發覺董事等之瀆職行為，因此，建議改為監察人「應」列席董事會。

四、修法委員分組審議

採 A 案。

公司法全盤修正修法委員會

3.11.7 監察人會

設監察人之公司，得依章程規定設置監察人會及其運作規範。

一、現況分析

(一)現行條文

現行公司法無相關規定。

(二)產生的問題

現行法規定監察人各得單獨行使監察權，然監督功能並不彰，從而於證交法引進合議制之審計委員會，可替代監察人為公開發行公司之監督機關，故若要強化監察人之監督功能，似亦可考慮引進合議制之監察人會的職權運作方式。此外，現行監察人單獨行使監察權之規定，亦引起監察人股東會召集權、公司代表權是否可單獨行使或應共同行使之爭議，如若引進合議制監察人會規定，則可要求前述權限之行使應經監察人會決議，應可有效解決爭議。

(三)學者及各界意見

業界有建議將監察人之運作改為監事會，不能單獨行使監察人之職權，以免公司如發生派系之爭執，在運作上極易產生困擾。

二、比較法分析

(一)他國立法模式

德國股份法設有監察會運作之相關規範，簡述如下重點：監察會應選出 1 名監察會主席及至少 1 名副主席，監察會主席應由代表股東之監察人擔任；監察會中得組成一或數個委員會，來為監察會準備決議或各項行動，或監督決議之執行，尤其是成立審計委員會；監察會之運作以決議行之，其決議能力，若法律未有特別規定者，依章程規定，若法律、章程均未有規定者，則應至少有依法或章程規定監察人總數的二分之一參與決議，且人數至少 3 名，未出席會議之監察人可以書面參與行使表決權。章程或監察會議事規則若有進一步規定，且無監察人反對者，允許監察會或其委員會之決議以書面、遠距或其他類似方式為之。任何監察人或董事會均得說明目的及理由請求監察會主席立即召集監察會，且會議應在召集後兩週內召開，若主席未依請求為之者，則監察人或董事會可提出議程自行召集；監察會權限包括任免董事會成員、董事報酬之決定、解除董事競業禁止行為之同意、董事向公司貸款之同意、監督公司業務之執行並有權要求提出董事會報告、依章程授權制定董事會業務規則、監察會可規定公司特定業務應經監察會同意方得為之、法院內、外針對董事之公司代表權、查閱、檢查公司簿冊或財

產狀況、由監察會委任會計師辦理年終結算檢查任務、年終財務報表的確認、部分盈餘提前給付之同意權、可為公司利益召集股東會、具股東會決議之撤銷訴權等。

日本會社法規定，監察會可由各監察人召集，應於監察會召開一週前召集，但在全體監察人同意下，可不經召集程序召開。監察會決議，以監察人過半數同意為之。參加監察會決議的監察人，未在會議紀錄留下異議者，推定贊成決議。監察會有下列職權：製作監察報告；常務監察人的選任及解任；監察方針、公司業務及財產狀況的調查方法及其他有關監察人職務執行事項的決定。在監察會請求時，監察人應隨時向監察會報告其職務執行狀況。監察會應依規定制作議事錄。

中國大陸公司法亦有設置監事會之相關規定。監事會應當包括股東代表和適當比例的公司職工代表，其中職工代表的比例不得低於三分之一，具體比例由公司章程規定。監事會中的職工代表由公司職工通過職工代表大會、職工大會或者其他形式民主選舉產生。監事會設主席一人，可以設副主席，監事會主席和副主席由全體監事過半數選舉產生。監事會主席召集和主持監事會會議；監事會主席不能履行職務或者不履行職務的，由監事會副主席召集和主持監事會會議；監事會副主席不能履行職務或者不履行職務的，由半數以上監事共同推舉一名監事召集和主持監事會會議。監事會行使下列職權：檢查公司財務；對董事、高級管理人員執行公司職務的行為進行監督，對違反法律、行政法規、公司章程或者股東會決議的董事、高級管理人員提出罷免的建議；當董事、高級管理人員的行為損害公司的利益時，要求董事、高級管理人員予以糾正；提議召開臨時股東會會議，在董事會不履行本法規定的召集和主持股東會會議職責時召集和主持股東會會議；向股東會會議提出提案；依照第 151 條的規定，對董事、高級管理人員提起訴訟；公司章程規定的其他職權等。監事會發現公司經營情況異常，可以進行調查，必要時，可以聘請會計師事務所等協助其工作，費用由公司承擔。監事會每六個月至少召開一次會議，監事可以提議召開臨時監事會會議。監事會的議事方式和表決程式，除本法有規定的外，由公司章程規定。監事會決議應當經半數以上監事通過。監事會應當對所議事項的決定作成會議記錄，出席會議的監事應當在會議記錄上簽名等。

(二)我國立法分析

現行公司法無相關規定，若要引進監察人會，可參考前述德、日、大陸法之相關規定。

三、方案提出

A 案：維持現行法規定。

B 案：設監察人之公司，得依章程規定設置監察人會及其運作規範。

C 案：參考德、日、大陸法制，針對監察人會之召集、開會方式、權限、決議方式等設立相關規範。

四、修法委員分組審議決議

採 B 案。

公司法全盤修正修法委員會

第四章 公司設立(包括設立目的與兼益公司)、登記、解算清算

第一節 「登記、公告及送達」專章之新增	4-3
4.1.1 新增「登記、公告及送達」專章之必要性	4-3
4.1.2 公司登記規範目的的重新釐清及現行規範缺失的再確認	4-6
4.1.3 「登記、公示、送達」系統構想藍圖的提出	4-8
4.1.4 「登記、公示、送達」專章應有之規範原則與方向	4-9
4.1.5 「登記、公示、送達」專章具體規範架構與內容概要	4-11
4.1.6 應注意事項	4-26
第二節 兼益公司(兼有公益目的之公司)	4-27
4.2.1 公司目的與兼益公司	4-27
第三節 設立登記	4-39
4.3.1 設立	4-39
4.3.1.1 無限公司及兩合公司之存廢	4-39
4.3.1.2 刪除募集設立制度	4-41
4.3.1.3 發起人股份轉讓限制(公司法第163條第2項)	4-45
4.3.1.4 自然人一人股份有限公司(公司法第2條、128條1項) ...	4-47
4.3.1.5 公司定義之「社團」二字之刪除(公司法第1條)	4-49
4.3.1.6 引進日本法擬制發起人制度與否之檢討	4-51
4.3.1.7 設立中公司法律地位之檢討	4-53
4.3.1.8 引進模範章程及絕對必要記載事項之檢討	4-55
4.3.1.9 刪除股東失權程序	4-58
4.3.1.10 資本不實之修正	4-60
4.3.1.11 公司營利目的之檢討(公司法第1、4條)	4-62
4.3.1.12 外國公司認許要件之重新定位(公司法第4、371條)	4-64
4.3.2 登記	4-66
4.3.2.1 積極不實登記效力之檢討	4-66
4.3.2.2 表見經理人制度之檢討(公司法第12條、第29條)	4-68
4.3.2.3 引進公司外文名稱之檢討(第18條及第370條等)	4-71
4.3.2.4 增訂登記專責人員之檢討	4-75
4.3.2.5 刪除董事經常代理制度(含登記)	4-78
4.3.2.6 登記不實之行政與刑事責任之增訂(第12條、第9條第4項)	4-81
4.3.2.7 登記事項資訊公開範圍之調整(第393條)	4-85
第四節 解散清算	4-88
4.4.1 清算多年未完結公司之處置	4-88
4.4.2 除名制度引進之探討	4-91
4.4.3 撤銷登記制度引進之探討	4-93

4.4.4 停業多年未繼續營業公司之處置..... 4-96

公司法全盤修正修法委員會

第四章 公司設立(包括設立目的與兼益公司)、登記、解算清算

第一節 「登記、公告及送達」專章之新增

4.1.1 新增「登記、公告及送達」專章之必要性

公司法有必要將登記、公示、送達三者統合納入同一章節中，更應建置一個強而有力的「登記、公告及送達」資訊系統，並納入金管會公開發行公司、銀行連線系統、財政部賦稅署（稅籍號碼）、關稅署、營利事業登記、電子簽章、網域名稱等系統及功能。

一、 現況分析

(一) 現行條文

現行公司法有關主管機關與公司間之程序規範，主要有登記、公告及送達三者，惟現行條文關於三者規範條文之編排，並未有體系化的編排。有關登記之申請及申請後之公告、查閱、抄錄等事項，規定公司法第 8 章「公司之登記及認許」，而現今該章並無有關認許規範，致使其章名不符實。其次，有關登記最重要的規範的登記對抗主義，並未規定於第 8 章中，反而是規定於第 1 章總則之第 12 條中；第 1 章又有第 7 條之「公司登記之查核」、第 17 條之「特許業務之登記及撤銷」、第 17 條之 1「違法經營之撤銷登記」。此外，第 1 章總則中，亦規定有第 28 條「公告之方法」、第 28 條之 1「送達之方法」等條文。產生之問題

(二) 產生之問題

現行公司法規範方式，將此等主管機關與公司間的程序、聯絡事項，散見於不同章節，令一般民眾難能有條理瞭解與主管機關間應行程序時規範之所在，不僅導致相關規定未能以一定邏輯思考納入同一規範群中，且因此加深一般大眾認識、利用相關規定的難度。特別是，因對於公司登記應發揮之法律、社會、經濟功能，未能有清楚認知，致使對於主管機關於登記程序中應扮演之角色，亦未能有效加以釐清且正確定位，結果導致行政法院判斷對於主管機關於公司登記事項應採形式審查或實質審查，迄今依舊莫衷一是，增加實務運作之困擾。

(三) 學者及各界意見

國內大多數學者皆認為，包含我國在內之各國公司法之所以就公司登記採行登記對抗主義，其基本規範理念乃是藉由登記事項的公開，令公司交易相對人、甚或社會一般大眾對於公司相關資訊得以有清楚的認知，並基此而決定是否、如何與公司交易或商業往來。此一登記對抗主義的基本精神在於，主管機關不應任意涉入公司登記資訊真假之審查與判斷，而應由公司自行確保其登記資訊之真實與正確性，如此方有所謂公司就其登記是否得以對抗第三人之問題。惟現實務運作、司法判決似未能充分體

認該當規範原理，時而主動涉入公司登記資訊之實質審查、正確性確保之問題，發生「公親變事主」之吊詭。主管機關過度介入干涉與管制，引發一般人民對於公司登記不應有且錯誤的期待，同時亦使得公司怠於健全其公司治理、確保其公司登記資訊之正確性。

其次，在資訊科技高度發達的今日，各國關於公司相關規範事項，大幅納入科技發展之成果，從而例如於股東會召開時，有召集通知電子化、投票電子化、甚至股東會會議本身的電子化等規範的新增。我國為資訊科技硬體大國，政府亦早已將電子化政府列為施政目標之一，但相當可惜地，就公司法登記程序及作業而言，我國電子化程度卻是遠遠落後於他國，以致於登記仍大幅仰賴紙本、造成登記效率不彰，且因紙本的送件、審查程序，又導致司法機關認為既有審查程序的存在，自有可能實施實質審查，而產生前述要求登記主管機關應對登記事項進行實質審查的錯誤認知。未來，我國登記作業應仿效其他國家，建置電子化、線上登記系統，要求所有有關公司登記事項，應於線上完成，且應結合其他主管機關之商業登記事項及相關機制，建構一套政府對外商業資訊的統一對外商業資訊提供窗口，符合一般人民對於商業資訊一站購足（one-stop shopping）之需求。

二、 比較法分析

（一） 他國立法模式

概觀其他國家公司法制，大都將主管機關與公司間之程序往來規範，規定於同一章節中。例如，在英國公司法中，公司法之行政管理章節，而日本會社法則亦有第7篇第4章「登記」、第5章「公告」之章節標排。未來，我國公司法亦應統合此等規範事項，納入同一章節規範中，俾利一般大眾得容易得知相關規範所在。

（二） 我國立法分析

我國現行公司法之基本架構，訂立於民國18年，其後就此基本架構並未施予重大變更，而僅是於必要時增加或刪除部分條文，以配合時代趨勢變化需求或強化公司法規範。如此作法，時而導致新的條文可能因超出原先規範架構預期，故不知應置於何者章節中；部分條文又可能因其他法律的制定或修正，而與其規範間產生扞格，但又未能及時將其修正。例如，公司法第28條之1關於送達之規定，在行政程序法早已存在有關行政機關送達之詳細的規範後，其存在必要性已然受到質疑，而應與以刪除，但卻遲遲未能修正刪除。

再者，我國公司登記經常成為公司派、市場派搶奪公司經營權之戰場，而為其他國家法制所未見。公司登記之規範功能，乃是將基於法律程序所產生的事實，正確反映於登記系統中，容或對於故意為虛偽不實登記者，應加以嚴格處罰，以維持社會大眾對於公司登記系統之信賴，確立登記系統之公示效果；惟此並非謂登記規範可以確

認登記事項是否屬實之手段，最後得以確認何者乃是應為登記並加公示的事實者，乃是法院判決。現行相關規定規範原則的不清楚、不確定，導致此種誤解發生，在未來登記系統電子化、線上化發展的過程中，此種錯誤的認知，可能導致系統運作效益大減，而有必要重新釐清公司登記規範應有之功能及定位。

三、 方案提出

在上述的認知下，未來公司法修正不僅應釐清公司登記規範應有之功能及定位，並配合此一認知，設計各該條文規定；同時亦有必要將登記、公示、送達三者統合納入同一章節中，設置新的「登記、公示及送達」章，以求規範體系之清晰。

與此同時，最為重要者，乃是於實務運作上，應建置一個強而有力的「登記、公告及送達」資訊系統，應考量納入金管會公開發行公司、銀行連線系統、財政部賦稅署（稅籍號碼）、關稅署、營利事業登記、電子簽章、網域名稱等系統及功能，嘗試建構起一個融合各種工商資訊的大數據系統，作為政府施政參考的同時，亦可提供民間業者進行新型商品或服務的研發。

4.1.2 公司登記規範目的的重新釐清及現行規範缺失的再確認

本次修正不僅藉此專章新增，以釐清公司登記規範應有之功能及定位，並配合各該規範功能與目的，設計相關條文規定；同時亦將登記、公示、送達三者統合納入同一章節中，設置新的「登記、公示及送達」章，以求規範體系之清晰。

一、 公司登記應有之規範目的

現代經濟活動中，公司等商業組織扮演著關鍵性的角色，為令其市場交易功能得以有效發揮，且令其交易相對人之一般社會大眾及其他商業組織得在資訊充分、正確的前提下，願意與其進入交易關係、確保交易之安全及可預測性，公司相關資訊的公開就有其必要性。另一方面，對於公司本身而言，倘若於每次交易時，為取得交易相對人之信賴及安心，而須一再對不同交易相對人重複提供公司資訊，亦構成相當大的成本負擔，從而以一定制式方式對外公開公司資訊、進而減低交易成本，亦有其必要性。

由上可知，公司登記本身並非目的，而是一種手段，將社會大眾於交易過程中需要知道、瞭解的公司資訊，藉由登記、進而將其公開之方式，一般性地予以揭露。在資訊充分、正確的情況下，交易相對人得以安心從事交易，促進經濟活動的發達與發展。資訊透明性成為經商環境的法制基礎建設之一，其理亦在於此。此際，政府主管部門所應為者，並非在於主動、積極介入資訊的提出及其正確性的審查；而是應建構此類資訊登記、公開之平台，令社會大眾需求的資訊得以記載於該平台上，並令渠等得以迅速、方便、經濟之方式，取得此類資訊。若此，則公司法有關公司登記之規範，應至少達成下列三項目的：(1) 確認社會大眾對於公司資訊之需求及內容，並將之規定為應行登記、公開之事項；(2) 對於公司登記之事項，應確保其真實性；(3) 應令社會大眾得以迅速、方便、經濟之方式，取得、利用公司資訊。

二、 現行法關於登記規範之問題點及缺失

對照於前述登記規範應達成之目的，分析現行公司法關於公司登記之規定，可發現存在以下缺失及問題點。

(一) 從比較法觀之，現行公司法第 393 條第 2 項所規定主管機關應予公開之公司資訊，明顯過少及不足，未能滿足國內外事業及投資人對於公司資訊之需求。

(二) 確保公司資訊正確性之責任，法理上本就應由公司擔負之，不少國家並設計有公司秘書等制度，專責公司登記事宜，以確保其正確、真實性。惟因我國現行公司登記實務尚以紙本，令一般人誤認登記主管機關於收受紙本文件後，理當負有義務審查、確認其真實、正確性，最高行政法院判決亦支持此種見解。

(三) 現行一般社會大眾藉由登記主管機關之網站，可以得知之公司資訊，僅限於上述公司法第 393 條第 2 項各款規定之資訊，其餘資訊則依公司法其他規定須自行向公司請求查閱或謄寫，不僅不夠迅速、方便、經濟，且時而遭受公司阻撓、拒絕提供資訊。

(四) 現行登記主管機關雖提供線上設立公司之機制，但實際利用情況並不理想，理由不僅在於公司法第 7 條有關驗資之規定，亦在於登記前後銀行開戶、稅籍資料、營業登記等事宜，仍須分別辦理之，欠缺一站完成或單一窗口之便利措施，減低一般社會大眾利用電子化設立之誘因。

(五) 登記系統未能全面電子化，導致公司設立後之變更登記既耗時又不經濟，難能及時保持公司登記資訊的最新及完整性；登記主管機關亦無法藉由登記系統遂行與公司間之送達、公告等情事，對於電子化政府目標的實現，無疑是一種諷刺。

公司法全盤修正修法委員會

4.1.3 「登記、公示、送達」系統構想藍圖的提出

公司設立及變更登記作業，全部在線上完成，由公司自行輸入設立及變更登記資料，並自行確保登記資訊之正確性。未來登記主管機關、甚至政府其他部門，只要傳到網路空間或硬碟而處於公司可得知之狀態，即完成對該公司之送達、公告程序。

由前述可知，公司登記規範之目的，就在於藉由資訊正確、充分且及時地公開，營造健全的經商環境，有效降低交易成本。惟現行公司法有關登記規範及實務運作，似乎並未能滿足此種要求，有效實現其規範目標。如此狀況，不論是對國內交易安全性、可預測性，抑或從鼓勵國內外投資而言，皆有不影響。本次公司法修正，當有必要針對上開各項缺失及問題點，加以改善及修正，俾能達成登記規範應予實現之降低登記成本、加速登記效率並確保登記正確性等目標。

未來公司登記系統建置的基本構想藍圖，在配合本次公司法其他相關規範修正下，希望達到以下境界：公司設立及變更登記作業，全部在線上完成，由公司自行輸入設立及變更登記資料，並自行確保登記資訊之正確性。就公司設立而言，未來的公司登記系統得令發起人等直接以自然人憑證等進入登記系統，點選公司設立圖像後，出現想要使用之公司名稱，待使用者輸入而系統確認不存在相同公司名稱登記後；系統接著詢問使用者欲設立何種類型、規模之公司等問題，之後出現簡單的章程並要求使用者輸入一定資訊，完成後並提醒使用者可再輸入其他章程記載事項；其後，系統詢問使用者本次設立之資本額，並容許使用者得以金融卡等轉帳完成繳納程序，於此過程中，並依使用者意願辦理完成公司的銀行帳戶，資本額轉入該帳戶中。至此，公司設立大致底定，公司並因此而取得電子簽章，未來公司的變更登記及其他電子申請等事項，將藉此電子簽章為之；同時，公司亦會取得其網域名稱並擁有一定的網路空間或硬碟，未來登記主管機關、甚至政府其他部門對於該公司之公告、送達等，只要傳到該網路空間或硬碟而處於公司可得知之狀態，即完成對該公司之送達程序；同時，公司亦於本系統上完成營業登記、取得稅籍編號，完成以公司營業時須對政府部門所為之全數申請程序（應事先取得許可之行業，例外）。在公司設立完成、取得電子簽章後，其後關於公司登記變更事項，則由公司內部的專責登記人員，負責相關事項的變更，公司董事等負責人則就該等登記事項變更之正確、真實性，負連帶責任。

此種登記系統的建立，不僅可以簡化公司設立程序，期待能於數小時內完成公司登記所需之所有程序，以鼓勵新創事業的設立；於其後的變更登記，亦基於公司自治理念，由公司隨時確保其登記資訊的正確、真實性，並以登記專責人員的專業性及專責性，由渠等自行審閱、確認登記資料及相關附件的可信度，進而遂行登記作業。主管機關於此亦不致發生因特定法律規定修正，而同時有數十萬家必須以紙本申請、變更其登記之手忙腳亂情形。此外，倘若該當系統能有效納入財政部財稅、關稅、金管會證期、銀行等相關資訊，將可形成一種大數據，不僅可作為政府施政時之參考，亦可提供民間業者進行新型商品或服務的研發。

4.1.4 「登記、公示、送達」專章應有之規範原則與方向

(1)重新檢討應於登記系統中登記、公開之公司資訊內容；(2)落實公司登記對抗主義規範精神；(3)對於登記採行公眾審查理念；(4)公司應設置登記專責人員；(5)設立登記代理人或登記服務公司機制，並賦予登記主管機關就故意為虛偽不實之登記之情事擁有專屬告發權，並得禁止於一定期間內，不得擔任公司之董事、監察人等負責人、登記專責人員、登記代理人等；(6)貫徹使用者付費之精神；(7)檢討是否將會計師納入與登記主管機關之同一機關轄下者；(8)仿效新加坡「會計暨公司管理局」(Accounting and Corporate Regulatory Authority, ACRA) 之作法，設置類似該局之行政法人，並思考其財源自主的可能性。

為達成上述公司登記系統之建置及健全運作，依照公司法理及比較法研究成果，未來公司法關於登記應有之規範原則及方向，臚列如下：

(一) 重新檢討應於登記系統中登記、公開之公司資訊內容，具體上應登記、公開何種資訊，原則由公司法董事(會)、股東(會)、會計等其他章節規定之，並配合經濟情勢變化、因應社會發展所需，授權賦予登記主管機關得公告公司應為登記、公開之資訊。

(二) 落實公司登記對抗主義規範精神，不論是消極的不為(不及時)登記或積極從事虛偽不實登記，皆不得對抗第三人，且既然是公司對抗與否的問題，則登記真實、正確性確保之義務與責任，就落在公司本身，並由健全的公司治理貫徹之；相對於此，登記主管機關的任務則在於登記平台的建置與維護，且既是採行線上登記，登記主管機關即無由事前審核其登記資料之真實、正確性，自應由公司負責其登記資料之真實、正確性。

(三) 對於登記採行公眾審查理念，利害關係人或一般社會大眾發現公司登記有不實情事時，得向登記主管機關提出檢舉，經由一定的法定程序，促使公司改正其登記內容。

(四) 公司應設置登記專責人員，從事登記事務並收受公司送達文書。為避免造成中小企業的過度負擔，得由主管機關針對不同規模公司，設定該當登記專責人員的資格要件，小規模事業等甚至可檢討由公司董事或董事長擔任該登記專責人員。登記專責人員對於登記資訊，與公司董事等負責人負連帶責任。

(五) 設立登記代理人或登記服務公司機制，公司得委由外部專業代理人為其處理公司登記事宜。此一代理人亦得基於其專業性，檢討公司所欲登記之資訊及其內容的適法性、妥當性等，並對公司提出適當的建議，成為類似民間公證人功能之另一種確保登記資訊正確、真實性的輔助機制。登記代理人亦得同時擔任收受公司送達之代理人。

(六) 公司登記資訊與真實情事不符之原因有二：(1) 登記資訊發生變化，未能及時為變更登記；(2) 故意為虛偽不實之登記。(1) 之情形，以罰鍰繩之即可。(2) 之情事由於有對社會大眾詐欺之嫌，不僅增加交易成本、徒增糾紛，且危害一般大眾對於登記系統的信賴，對公共利益造成不當影響，而有必要處以刑事責任。惟為避免對一些微小違反，亦因刑事程序之進行，造成公司商譽受損，故應賦予登記主管機關就(2) 之情事擁有專屬告發權。對於故意為不實登記者，並得禁止於一定期間內，不得擔任公司之董事、監察人等負責人、登記專責人員、登記代理人等。

(七) 貫徹使用者付費之精神，對利用登記系統之人，不論是以之為設立或變更登記，或藉由系統取得公司資料者，皆應支付一定費用，但可以檢討針對如現行公司法第 393 條第 2 項各款規定之資訊的取得，免收取規費。

(八) 非屬公司營業秘密之財務資訊，對於公司交易相對人是否與公司進入交易之決定，具有相當程度的影響，外國公司法亦多將此類資訊列為公司應對外公開之資訊，其真實、正確性則由負責簽證作業等之會計師為之。鑑於會計師於公司資訊真實、正確性確保所佔有之重要角色，外國法制亦有將會計師納入與登記主管機關之同一機關轄下者（如新加坡法制），我國法未來亦可檢討是否得為此類立法。

(九) 鑑於構想中之公司登記系統橫跨不同部會，且可能涉及中央、地方主管機關權限，由特定部會專司此一登記系統的維護及管理，似皆有不合宜之處。未來應可思考仿效長年穩居世界評比第一名的新加坡「會計暨公司管理局」(Accounting and Corporate Regulatory Authority, ACRA) 之作法，設置類似該局之行政法人，賦予其有關公司登記與會計師監督、管理之權責，並因其行政法人所享有之用人、薪資等彈性，得以聘用具有專業之人士，擔任相關系統設置、維護、會計師之監督稽查等任務，並思考其財源自主的可能性，以激勵其研發新型商業資訊服務。

4.1.5 「登記、公示、送達」專章具體規範架構與內容概要

以下，就未來「登記、公示、送達」專章應有之規範建構及條文概要，加以敘述。惟須注意者，條文部分並非呈現出未來法條應有用語及敘述方式，僅是提示出其應有規範內容。

第 D 條

發起人或公司依本法或主管機關公告應為登記之事項（以下稱登記事項）及應行檢附之文件（以下稱登記文件），應依主管機關之規定向主管機關申請辦理登記。

一、建議條文說明

- 1.本條闡明發起人或公司應依主管機關之規定，申請辦理相關登記事宜。
- 2.原則上，發起人或公司應就何者事項進行登記，胥依公司法其他章節之規定，但為避免不當遺漏或為配合社會、經濟情勢之發展，爰授權主管機關得於本法明文規定外，另行公告其他應行登記之事項。
- 3.區別登記事項與登記文件之意義，在於登記事項應全數予以公開供社會查閱、抄錄，而登記文件則原則上不予公開，僅限於得證明有利害關係後，方同意其查閱、抄錄。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+1 條

主管機關對於登記之申請，非認其不合法定格式或程式者，不得拒絕之。

一、建議條文說明

- 1.幾乎所有已開發國家之公司法制，對於登記事項皆採形式審查主義，僅就其法定格式或程式是否符合法律或主管機關規定，進行形式審查。我國司法實務判決就此，立場迭有變動，時而要求主管機關應對登記申請實施實質審查，不僅以主管機關人力及權限配置而言，無能為力，於法理上亦導致主管機關必須涉入公司內部治理等自治事項，背離公司法規範理念，從而有必要明文規定，主管機關之權限僅限於法定格式或程式的審閱。
- 2.本次公司法修正於第 D+4 條、第 D+5 條明文引進登記專責人員、登記代理人，且於第 D+10 條對明知為不實登記者並科以刑責，在公司內部治理機制外，並引進

此等內、外部監控機制，且以嚴格的罰則確保其施行。於此法制規範設計下，主管機關再就登記申請文件予以審查，不無疊床架屋、多此一舉之嫌。

3.更何況，未來，配合電子登記系統的建立，期待所有登記事項及登記文件皆得於線上申辦完成，主管機關之主要任務在於該當線上登記系統的建置及維護，並確保所有應行登記事項及登記文件皆納入系統管理中。於此情形下，只要申請人依據電子登記系統要求，輸入相關登記應行記載事項並附上登記文件電子檔，即可完成登記作業，主管機關既不涉入其中，更無法有事前審閱之可能，所謂「實質」審查一事，於此電子登記系統中，更無存在空間。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+2 條 登記事項應予公開，任何人得申請登記事項之查閱及抄錄。

任何人於檢附利害關係證明後，得申請查閱、抄錄登記文件。

申請人得申請查閱、抄錄申請日前 X 年內之登記事項及登記文件。

第 1 項及第 2 項之查閱、抄錄之申請，得為查閱、抄錄之內容及其他申請人應注意之事項，由主管機關另訂辦法規定之。

一、建議條文說明

1.公司組織係為促進交易之便利，而擬制為法人，並得以其法人名義對外為交易及各種法律行為，從而對其組織相關事項，自有必要促其公開，以維護交易安全。特別是，股份有限公司、有限公司等，其股東對於公司債權人僅負有限責任，並因此而將其經營風險轉嫁給社會大眾，從而更有必要令其公開公司相關事項，藉其資訊之公開透明，確保第三人與其交易意願及誘因，促進整體交易之順利進行及迅速發展。職是，自有必要令社會一般大眾皆得知悉公司相關資訊，爰訂定第 1 項規定。

2.為確認、證明公司登記事項係依循各種法律規定程序為之，自有必要於其登記申請時，要求其檢附相關登記文件，惟此種文件可能是董事會決議等公司內部資訊，不宜對外無限制公開，而應僅限定於特定人始得查閱，爰此訂定第 2 項規定。

3.為避免有心人士刻意操作登記事項，危害交易安全，並為促使登記事項更為透明化，實有必要令得查閱、抄錄之登記事項及登記文件，回溯至過去一定期間內。至於期間長短應以多久為宜，則由主管機關判斷之。

4.鑑於部分登記事項或登記文件或可能涉及公司機密，故應如何申請查閱、抄錄、得

為查閱、抄錄之內容為何，申請人就查閱或抄錄所得之資訊，是否應予保密或尚有其他應行注意事項，宜有主管機關規範之，爰訂定第 4 項之授權規定。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+3 條

公司應確保其登記事項及登記文件之真實性，於發現登記事項與真實情事不符時，應即刻申請更正登記。但其錯誤非可歸責於公司者，應免除其更正規費繳納之義務。

公司應於登記事項發生變動後 X 日內，申請變更登記。

一、建議條文說明

1. 基於公司自治理念，公司登記事項及登記文件之真實性，應由公司藉由其健全的公司治理機制及方式，確保之，主管機關僅確認其申請格式或程式是否符合法定要件。因此，當公司發現其登記事項與真實情事不符時，自當即刻辦理更正登記，避免第三人對於公司真實情況產生錯誤的信賴，進而危害交易安全。爰訂定第 1 項本文規定。
2. 惟倘若公司登記事項與真實不符之原因，並非源自於公司本身，而可能係因主管機關內部登錄錯誤等而發生時，要求公司應繳納規費再行申請更正登記，係令其負擔非其過失之責任，並不妥適。爰訂定第 1 項但書規定，令錯誤發生非可歸責於公司時，免繳規費。
3. 公司登記後，登記事項發生變動時，本應即刻申請變更登記，惟考量公司為準備登記文件等需費時一定時日，故應給予一定準備期間，辦理登記。至於期間長短應以多久為宜，則由主管機關判斷之。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+4 條

公司應設置登記專責人員，專門辦理公司登記相關事宜。

前項登記專責人員得由經主管機關核准之公司外部具有專門職業資格者或由其所

組成之法人，擔任之。

前二項登記專責人員之設置、資格要件、專門職業種類、應完成之課程訓練、核准及撤銷、廢止核准之程序、公司之任免程序、應行登記、公示等事項，由主管機關另訂辦法規範之。

登記專責人員免職、離職或變更職務時，公司應於 X 日內指定其他人員填補之，並辦理變更登記。

一、建議條文說明

1. 鑑於登記事項對於交易安全及信賴確保之重要性，當有必要仿效英國、香港、新加坡等國法制，要求公司設置登記專責人員，專門辦理登記事宜，以確保登記之真實性。外國法制有「公司秘書」之職務且要求其須經一定之認證程序者，鑑於我國公司不少屬於中小企業，若一律要求設置此類「公司秘書」職務，恐造成其相當負擔。因此，未來得由主管機關訂定辦法，依公司類型、規範大小之不同，規定此類登記專責人員應有之資格，對於中小企業甚至亦可容許由其董事或董事長擔任此類登記專責人員職務，爰訂定第 1 項規定。

2. 公司登記事項真實性、合法性之確保，其首要責任雖應由公司依其內部健全的自理機制維護之，但若能有外部專業的第三人扮演類似民間公證人之角色，就登記事項之法定要件、程序是否確實履行等事前加以確認，並於必要時提醒公司注意守法或法律規定事項，當可更進一步確保登記事項及登記文件之真實性、合法性，爰訂定第 2 項規定，令具有公司登記相關專業知識之專門職業人員或由渠等所組成之法人，得受公司委任擔任登記專責人員，確保公司登記之迅速且正確實施。

3. 為令主管機關得因事制宜，令公司得以配合其規模、營業狀況之不同，而設置具有不同資格、地位之登記專責人員，且於聘任公司外部人員擔任登記專責人員時，其專門職業種類、是否因此而另須接受一定時數、種類之課程訓練、主管機關核准及撤銷、廢止其得擔任登記代理人等事宜，宜由主管機關衡量各種要素後決定之，爰訂定第 3 項規定，授權主管機關得就此另訂辦法規範之。

4. 登記專責人員職務，事關登記事項之真實性及社會大眾對於登記事項之信賴度，不宜長期空懸其缺，故訂定第 4 項，要求公司於登記專責人員免職、離職或變更職務後一定期間內，指定第三人填補其職缺。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+5 條

除第一任登記專責人員之登記外，公司設立後依本法規定應對外辦理登記之事項，僅得由登記專責人員為之。但登記專責人員不為或不能辦理登記事宜時，得依主管機關規定由代表公司之人為之。(甲案)

除第一任登記專責人員之登記外，公司設立後依本法或其他法律規定應對外辦理登記之事項，僅得由登記專責人員為之。但登記專責人員不為或不能辦理變更登記時，得依主管機關規定由代表公司之人為之。(乙案)

一、建議條文說明

1. 為避免針對同一事項，發生請求不同登記結果之雙胞事例的發生，於引進公司登記專責人員制度後，公司對外一切登記事宜，應專由登記專責人員為之，以求事權統一，爰訂定本文規定。
2. 惟於登記專責人員違背職務，不為或不能辦理公司登記時，應允許代表公司之人於依照主管機關規定善盡舉證後，由後者辦理公司登記事項，爰訂定本條但書規定。
3. 甲、乙二案之差別，在於未來是否所有一切依據法律規定應對外辦理之登記事宜，例如不動產買賣之登記、工廠登記等，亦應由此登記專責人員為之(乙案)。抑或是，公司法只規範與公司登記相關之事宜，其他法律規定應為登記之事項，則由其他法律主管機關自行決定，是否以依公司法指定之登記專責人員，辦理其所管事項之登記(甲案)。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+6 條

公司不得以下列事項對抗第三人：

- 一、 應登記而未登記之事項；
- 二、 應為變更登記而未為變更登記之事項；
- 三、 偽造、變造登記事項或登記文件而登記與事實不符之事項。

公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請文件表明收足，或股東雖已繳納而於登記後將股款發還股東，或任由股東收回者，以前項第三款論。

第一項第一、二款之情形，公司於辦理登記或變更登記後，仍不得對抗有正當理由而不知悉其已為登記或變更登記之第三人。

公司、公司董事、登記專責人員應對因第一項各款情事受有損害之人，負連帶賠償責任。但公司董事或登記專責人員，若能證明已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽情事者，免負賠償責任。

一、建議條文說明

1. 登記對抗主義實為公司登記事項屬公司自治事宜之體現，明確闡明公司應就其登記事項自負其責，從而不得以其登記事項對抗第三人，此種登記對抗主義不問是於紙本登記時代，抑或是未來朝向電子化、線上登記系統之發展，其規範理念及效力，皆不應變動。惟現行公司法第 12 條之對抗效力，僅限定於消極的不登記或不為變更登記，而未就不應登記而登記或登記與事實不符之積極登記對抗效力，加以規定，爰補充第 3 款之積極的登記對抗效力，訂定第 1 項規定。

2. 於公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請文件表明收足，或股東雖已繳納而於登記後將股款發還股東，或任由股東收回等情形，其情節視同登記與事實不符之事項，故應以不實登記論，爰訂定第 2 項規定。

3. 對於第 1 項第 1、2 款之消極的不登記，縱令公司於事後已為登記，但若第三人仍依據過去之登記事項而與公司從事交易，且其信賴有正當理由者，當不應容許公司可以其事後登記對抗第三人。藉此，以一方保障第三人之權益，同時促使公司應即時辦理各項登記，確保登記事項及整體登記系統對外之公信力，爰訂定第 3 項規定。

4. 公司或其董事、登記專責人員等對於登記事項真實性之確保，皆負有一定義務，倘若第三人因登記事項而受有損害，自有必要令該等人士就此損害負連帶賠償責任。惟倘若渠等已善盡相當於其職業水平之善良管理人義務，再要求其就此負賠償責任，亦屬不恰。從而，除公司以外之其他人員，若能證明其已盡相當注意義務，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽情事者，則可免除其賠償責任。爰此，訂定第 4 項規定。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+7 條

主管機關依職權或檢舉發現公司登記事項或登記文件有不符真實情事之虞者，得令公司於一定期間內，以書面答覆說明其事由，必要時並得令公司辦理更正登記。

公司於第一項之期間內未辦理更正登記且未以書面答覆或其書面答覆顯不合理，或經主管機關命令應辦理變更登記而未辦理者，主管機關得為註銷其登記之決定。

主管機關應依法院確定判決變更或註銷登記事項。

一、建議條文說明

1.第1項主要係揭示公眾審查之理念。蓋當公司登記真實性之責任主要由公司藉由其內部治理機制確保，主管機關對於登記申請僅為形式、程式審理而不介入其內容之真實性與否時，對於公司登記事項真實性之確保，就有必要於公司外，藉由登記事項之公眾閱覽等方式，令社會一般大眾亦可一起參與檢視、審閱公司登記事項之真實性。當社會大眾發現公司登記資訊有不符合實際情事時，即可向主管機關檢舉，促請其重新檢視登記事項之真實性。惟主管機關有時可能不待任何人之檢舉，而直接藉由大眾傳媒之報導，得知登記事項之問題性，從而於此情形亦可依職權啟動調查程序。

2.對於依職權或檢舉發現公司登記事項不符真實情事時，主管機關得給予公司一定期間，答覆其之所以為此之理由，倘若明顯不當則應即刻辦理更正登記。爰此，訂定第1項規定。至於期間長短應以多久為宜，則由主管機關判斷之。

3.對於主管機關之詢問，公司未於期間內辦理更正登記且未書面答覆或其書面答覆對照經驗法則顯然不合理者，顯示其登記事項確有不當之處，而不應繼續容許該不當登記事項的繼續存在，從而應註銷其登記，爰訂定第2項規定。至於實務上，應如何判斷登記事項或登記文件是否有不符真實情事之虞，或公司之書面答覆是否顯不合理，則得參考外國法制施行經驗及主管機關過去累積之公司登記經驗，以頒佈處理原則（Guideline）之方式，對外公開其處理方式。

4.於登記事項或登記文件成為訴訟之標的，且其訴訟結果與既有登記事項或登記文件內容不同時，不僅法院得於判決中直接命主管機關變更或註銷登記事項，當事人亦得持法院確定判決請求主管機關變更或註銷登記事項，不論何者，主管機關皆應依照法院確定判決辦理登記事項之變更或註銷。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+8 條 外國公司應為登記之事項及應行檢附之登記文件，由主管機關訂定辦法規定之。前項登記文件，得以主管機關指定之外文為之（，並經外國主管機關或我國駐外機關之認證）。

一、建議條文說明

1.外國公司若有意於我國設立營業處所經營業務，為維護我國境內之交易安全，自亦有必要要求其與我國公司履行同樣的登記義務，並因此而將其登記事項公示之。惟其具體應行登記項目為何，則由主管機關依實際需求規定之，爰訂定第1項規定。具體而言，外國公司登記至少應包括下列事項：設立之準據法、公司章程、公司設立年月日、公司地址、公司負責人資料、資本額、台灣之代表人姓名及住所、台灣之營業所、其財務報表之公開方式。

2.為避免增加外國公司負擔，且鑑於我國國際化已有相當程度、外文閱讀能力亦有相當水平，從而當容許登記文件得以特定外文為之，爰訂定第2項規定。雖然該外文登記文件若經外國主管機關或我國駐外機關的認證，可增加其公信度，但由於該外國所使用之語文並非主管機關指定之外文，其認證能力如何，不無商榷餘地。從而，是否增加認證之規範，交由主管機關判斷之。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+9 條

任何人得請求主管機關發給登記事項證明書。

前項登記事項證明書之記載內容，由主管機關訂之。

一、建議條文說明

1.依本章規定應為登記之事項，可為其他行政程序或司法程序之對象，或為交易相對人等所欲知悉之事項，而應容許請求主管機關發給其證明書，爰訂定第1項規定。

2.至於證明書應記載何種事項及內容，則由主管機關依未來公司法或其公告之登記事項，決定之，因此訂定第2項規定。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+10 條

有第 D+6 條第一項各款情事者，主管機關得分別處公司董事、登記專責人員新臺幣二萬元以上五十萬元以下罰鍰。

有第 D+6 條第一項第三款情事且其情節重大者，處公司董事、登記專責人員五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。

(甲案) 前項犯罪行為之追訴，非經主管機關告發，不得為之。

(乙案) 前項之罪，須告訴乃論，並以主管機關為告訴人。

因第二項規定經有罪判決確定者，於服刑期滿或繳納罰金後一定期間內，不得充任公司之董事、監察人、經理人或登記專責人員。

一、建議條文說明

1. 登記事項真實、正確性的確保，直接影響交易相對人的權益保障，間接左右社會一般大眾對於登記系統及其內容的信賴，攸關登記制度整體之成否及實效性，從而對於造成登記事項未能符合實際情事者，當予以一定處罰。爰訂定第 1 項規定，對於導致第 D+6 條第一項各款情事發生之相關人士，主管機關得處新臺幣二萬元以上五十萬元以下罰鍰。

2. 倘若不肖之士故意濫用登記體系之公示效力，企圖藉由登記以欺瞞社會大眾或交易相對人，謀求不當利益，則對於社會公益及登記體制整體健全運作之戕害，莫此為甚，從而有必要予以更為嚴格的懲罰，爰訂定第 2 項規定，就明知而為虛偽登記造成重大影響等情節重大的違反情事，科以刑事責任。鑑於其情節相當於現行公司法第 9 條第 1 項及商業會計法第 71 條、第 72 條等情形，故刑罰程度援引該等條文規定，訂為五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。

3. 惟為避免微小情事亦可能遭致刑事偵察、搜索等導致公司及相關人員信譽重創之不當情形，且何謂「情節重大」，亦屬不確定概念，從而是否應處以刑責、應對何人處以刑責，當由就登記及其規範目的具有專業的主管機關判斷之，始為適當，爰訂定第 3 項規定。甲案賦予主管機關專屬告發權；乙案則將第二項之罪，設計為告訴乃論之罪，並以主管機關為告訴人。

4. 對於濫用登記系統、企圖藉由登記的公示欺瞞社會大眾、交易相對人之人，不僅其誠信已受高度質疑，且其守法意識亦屬不足，實難擔任公司董事等負責人、為股東處理其投入資金之大任，故於第 4 項規定，因違反第 2 項規定經有罪判決之人，限制其於一定期間內，不得充任公司之董事、監察人、經理人或登記專責人員。至於期間長短應以多久為宜，則由主管機關判斷之。此外，登記專責人員或登記代理人若係由具有一定資格或證照人士擔任者，亦可能因此而成為廢止其資格或證照之原因。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+11 條

違反第 D+4 條第 1 項規定，未設置登記專責人員，或違反同條第 3 項未依規定於期限內填補登記專責人員時，處公司代表人新臺幣二萬元以上五十萬元以下罰鍰。

一、建議條文說明

登記專責人員負有確保公司應為登記及登記事項真實性的重要任務，而為本章第 D+4 條所強制規定新設之職務。公司若漠視法律規定，違法未設置該當登記專責人員，自應加以處罰，爰訂定本條規定。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+12 條

因前二條規定而受處罰之人，主管機關得命其接受一定時數的教育訓練。

一、建議條文說明

登記事項及其公開增加公司之透明度並具有促進交易安全及發展之效果，對於此種規範理念未能清楚認知，進而違反本章規定之人，當有必要對其進行一定期間有關於登記規範及作業的教育訓練，以令其有效知悉登記規範之目的及重要性。當然，此際應由因前二條規定而受處罰之人其本人，接受該當教育訓練而不得以代理人充當之。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+13 條

依第 D+2 條第二項申請之登記文件或依本法規定查閱、抄錄股東名簿，基於不當目的而加以使用或明知他人將為不當目的使用而洩漏給他人者，處一年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。

第 D+10 條第三項，於前項規定準用之。

有第一項規定之情事者，主管機關得訂定一定期間，限制申請查閱或抄錄登記事項及登記文件。

一、建議條文說明

1. 登記機制及系統之健全運作，不僅須公司方面全力配合將社會大眾所需資訊予以登記、公示，同時亦必須使用者端遵守使用禮節、不濫用該等資訊，方能確保公司端得安心將其資訊加以登記、公開。特別是，倘若主管機關已然依據第 D+2 條第 4 項規定之辦法，對其使用目的或保密已予一定要求時，使用人依舊無視於此，即難能見容於一般社會認知。因此，當使用者係為不當目的而使用該等資訊或明知他人將為不當目的使用進而洩漏給該他人者，即有必要加以處罰，爰參照英國 2006 年公司法 sections 116-119 及美國模範公司法 section 16.01 等規定，訂定第 1 項規定。

2. 鑑於何謂「不當目的」，允屬不確定法律概念，為避免第 1 項規定遭致有心人士濫用，無謂損害申請人之信譽，爰賦予主管機關專屬告發權，訂定第 2 項規定。

3. 對於不當使用所申請查閱、抄錄之登記資訊或登記文件者，對其未來繼續使用登記系統之權利，自有必要加以限制，以示警惕，爰訂定第 3 項規定。至於期間長短應以多久為宜，則由主管機關判斷之。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+14 條

主管機關得設置或指定電子資訊系統，辦理本章規定事宜，其實施辦法由主管機關另訂之。

依據前項主管機關辦法之規定，於電子資訊系統上辦理之各項行為、登記事項、登記文件、登記事項證明書及其他相關事項，具有與本章規定同等之效力。

主管機關得命符合一定要件之公司，應以第一項之電子資訊系統，辦理本章規定事宜。

一、建議條文說明

1. 為配合電子化政府目標之推動，未來有關公司登記等事宜，應設置電子資訊系統辦理之，以促進公司登記事宜的迅速完成並節約登記相關成本，爰訂定第 1 項規定。

2.為再次確認於電子資訊系統上，所為各項登記辦理、申請查閱、抄錄、登記事項證明書等相關行為及事項，具有與紙本作業同等之效力，爰訂定第 2 項規定。

3.電子資訊系統的全面實施乃為電子化政府、電子化社會之終極目標之一，惟鑑於系統建置初期或有部分企業無法配合，爰授權主管機關得依照公司類型、規模、地區等不同因素考量，規定不同公司強制利用電子資訊系統辦理登記相關事宜之時間表。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+15 條

公司或人民依據本章規定申請各項登記、查閱、抄錄、證明書及其他事項，應依照主管機關規定繳納各項費用。

前項費用得依紙本申請及利用電子資訊系統申請，訂定不同收費標準。

一、建議條文說明

1.為貫徹使用者付費之精神，爰訂定第 1 項規定，令辦理各項登記、查閱、抄錄、證明書及其他事項之申請者，應繳納一定費用後，方得利用登記制度。茲有附言者，本項之公司或人民，係指我國公司及人民而依照我國法規定領有身份證明等文件，並得基此為本章規定各種事項之申請者。

2.為鼓勵公司縱令尚未符合第 D+14 條第 3 項規定之要件，亦可主動使用電子資訊系統辦理本章規定事宜，當有必要區別傳統紙本作業與利用電子資訊系統作業之收費標準，且因紙本作業尚須有人工作業涉入其間，其作業成本原本就較諸電子資訊系統為高，區別不同收費標準亦有其必要性，爰訂定第 2 項規定。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+16 條

主管機關得委任所屬機關、委託或委辦其他機關辦理本章規定之事項。

一、建議條文說明

本條規定僅是提醒作用，倘若未來公司法已有如同現行法第 5 條規定之存在，則

本條規定即無存在之必要。惟須注意者，本建議案之所以稱主管機關而不以中央主管機關或地方主管機關稱呼本章規定之行政主體，部分考量在於未來電子資訊系統建置完成後，所有登記、申請查閱、抄錄等相關作業皆可於該當系統中完成，並無必要再行委任或委託其他機關或地方機關辦理之必要。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+17 條

主管機關依法應送達於公司之文書，得向登記專責人員為之。

前項規定之文書，送達至公司指定之雲端空間或硬碟者，視為已經送達。

主管機關依行政程序法第 78 條、第 79 條規定為公示送達者，得於第 D+14 條第一項電子資訊系統之公示送達專區為之。

一、建議條文說明

1. 登記專責人員專門負責公司登記事項外，亦應負有與政府機關間之文書往來義務，故於第 1 項規定，主管機關依法應送達於公司之文書，得由登記專責人員收受之。
2. 未來電子登記資訊系統的設計理念是，當公司一旦設立登記完成，即可以取得政府指定之一定雲端空間，作為該公司與政府間文書往來的連結點，促進政府整體作業的效率化，且可加速公司取得政府公文之速度，只要點開雲端空間，即可立即收取政府之文書或公告。爰此，訂定第 2 項規定，另得藉由雲端空間送達。未來，縱令是既存之公司，亦應配合第 D+14 條第 3 項規定之實施，逐漸朝向每家公司都擁有政府指定雲端空間之目標。
3. 配合電子化政府目標之推動，且為多元創造未來電子登記資訊系統之價值，當有必要令該系統擁有各種不同功能，促進更多人的利用，加持其網絡效應(Network Effects)，故可思考於該電子資訊系統中，設置公示送達專區，並對於該專區上為公示者，賦予與傳統公示送達同樣之效力，爰訂定第 3 項規定。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+18 條

公司對外之公告應登載於本公司所在之直轄市或縣(市)日報之顯著部分，並同時上傳至第 D+14 條第一項電子資訊系統之公司公告專區。但公開發行公司，證券管理機關另有規定者，不在此限。

一、建議條文說明

本條規定係沿襲原公司法第 28 條規定，但同時配合未來電子登記資訊系統的建置，於該系統中設立公司公告專區，要求公司於依法應對外為公告時，除應刊登於日報外，並應同時上傳至該系統中之公司公告專區。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+19 條 本章之登記事項及登記文件，不適用政府資訊公開法之規定。

一、建議條文說明

鑑於本章規定關於登記事項、登記文件及其查閱、抄錄已有特別規定，不用再回歸適用政府資訊公開法相關規定，參考日本商業登記法第 140 條規定，訂定本條規定。當然，原本，依照政府資訊公開法第 2 條但書規定，依據本章規定所為事宜，當可排除該法相關規定之適用，本條規定或僅屬訓示作用；惟為求明確，或仍有必要訂定本條規定，以確認本章規定之特別規範地位，避免未來適用時可能發生之與政府資訊公開法相關規定的法律爭議。

二、修法委員分組審議決議

通過。

第 D+20 條 記載於登記事項及登記文件之個人資料，不適用個人資料保護法第二章之規定。

一、建議條文說明

鑑於公司組織之公益性，與其相關資訊公開對於交易安全、促進整體經濟發展之重要性，故而本法各章皆基於其規範目的，要求一定必要事項的登記及揭露，此等揭露事項或可能涉及個人資料，但基於社會、經濟整體公益考量仍有必要令其登記、揭露，為避免與個人資料保護法相關規定發生適用上的衝突，故參照日本商業登記法第

141 條，訂定本條規定，排除個人資料保護法第 2 章關於公務機關處理個人資料之規定。

二、修法委員分組審議決議

通過。

公司法全盤修正修法委員會

4.1.6 應注意事項

有關公司登記規範上，亦應配合本次公司法全盤修正強調管制改革、釋放民間能量、善用市場機制、增加公司資訊透明度、強化事後救濟措施的修法理念。

前節所提未來公司法「登記、公示、送達」專章，可得思考之規範內容，僅屬初稿，未來於落實為具體條文內容時，仍有待調整。例如，第 D+10 條至第 D+13 條之罰則部分，就立法體例而言，是否應置於本章中，或應整合至未來的罰則專章或專節中，實有討論空間。甚至，可思考如同現行公司法第 9 條之立法體例，將相關違反整合至其他條文中，亦屬可以思考之立法技巧。其他，例如第 D+18 條、第 D+19 條二條規定，是否應置於本章中，抑或規定於未來的法律附則中，亦不無考量餘地。

不論如何，在本次公司法全盤修正強調管制改革、釋放民間能量、善用市場機制、增加公司資訊透明度、強化事後救濟措施的修法理念下，於有關公司登記規範上，亦應配合如此規範理念為之，前節所提各項條文應有內涵，亦係於此思考下所得，未來公司法有關於此之規範，其規範內容及程度當不應低於前節建議事項。特別是，如何早日建置其應有的電子登記資訊系統，以全面電子化、線上化公司登記事宜，加速登記作業、提升政府效能、減低政府及民間雙方為此所支出之成本，營造友善的企業經營、設立環境，激勵新創企業在我國設立公司之意願，實是前節規範之終極目標，亦是政府部門劍及履及應為之必要任務。

第二節 兼益公司(兼有公益目的之公司)

4.2.1 公司目的與兼益公司

放寬公司法第 1 條規定，令公司得同時追求「營利」以外之其他社會或公益目的，並修正公司法第 23 條使負責人得考慮利害關係人利益。新增兼益公司專章（節）。

一、現況分析

（一）現行條文

我國公司法第 1 條規定公司為營利為目的之社團法人。第 23 條第 1 項規定公司負責人之忠實執行業務及善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，應負損害賠償責任。第 23 條第 3 項則規定負責人違反第 1 項規定之義務之利益歸入權。

（二）產生的問題

傳統上，公司被認為是一種僅追求營利目的的商業組織型態，因此現行公司法第 1 條規定：公司為以營利為目的之社團法人。此際，「以營利為目的」於法律解釋上，可能產生下列二種意義：(1) 追求公司出資者之股東利益的最大化；(2) 公司因營利所得獲利必須分派給股東。於此解釋下，當公司經營者追求或照顧股東以外之第三人（或利害關係人，Stakeholders）之利益時，可能被認為違反其對於公司應負之忠實注意義務，陷入訴訟之累。

然而，近年來，當社會一般大眾對於公司的期待，已不僅止於獲利追逐，不論規模大小，率皆期望公司應善盡社會責任之際，同時兼具營利和公益目的之混合價值，希冀藉由營利之商業手段解決現今社會所面臨的環保、健康、食安、弱勢族群照護等問題之新型態商業組織應運而生。一般有稱此為「社會企業」者，我國政府並將 2014 年定位為社會企業元年；惟社會企業之用語，因人、因國而異，迄今尚未有統一的定義。例如歐洲脈絡下的社會企業概念，多半具有資產鎖定(包含盈餘分配限制)特點；美國脈絡下之社會企業概念則相對寬廣，並沒有資產鎖定之限制。根據由 G8 授權而在英國主導下成立的「社會影響力投資特別小組」(Social Impact Investment Taskforce)，於 2014 年所公布「兼益企業」(profit-with-purpose business) 報告書（下稱為）「G8 報告」，即認為所謂的「社會使命型企業」(social mission businesses)，包含了具有資產鎖定特色的「社會企業」，以及分配利潤特色的「兼益企業」，其同樣具有三項特質及任務：(1) 具有達到社會影響力的目的；(2) 企業負責人負有義務考量股東以外之其他利害關係人的利益；(3) 企業應出具資訊揭露報告。

由上可知，現今世界公司法規範潮流，並不認為公司存在之意義及價值所在，僅在追求利益最大化，而可以無視其他社會目的或價值的存在；公司負責人亦不會因考量股東以外之其他利害關係人的利益，即被認定違反渠等對於公司應負之忠實注意義務。

務。所謂「公司」，是一種混合不同目的及價值的存在，光譜兩端是純粹的私利追求與公益實踐，各個公司依其選擇在此一光譜中選擇其落腳之處，甚至在最初的選擇後，其後亦可因股東等之意志變更，而往光譜的另一端移動。例如，原本選擇追求股東利益大於實現社會公共目的之公司，其後可能逐漸往社會公益的實踐靠攏，而成為一般人眼中的社會企業。

依據上述對於公司法第1條「以營利為目的」及有關負責人忠實注意義務的修正，原則上一般公司已可據此以公司型態追求營利以外之社會目的、實現其社會使命。惟從比較法觀之，不少國家就此類兼具社會使命之企業，於公司法中特別設置專章，賦予其與一般公司不同之地位及規範。例如，英國2004年的「社區利益公司」(Community Interest Company, CIC)專章、美國各州公司法中亦有「低獲利有限責任公司」(low-profit limited liability company)、「利潤公司」(benefit corporation)、「彈性目的公司」(flexible purpose corporation)、「社會目的公司」(social purpose corporations)等各種不同名稱的專章存在。

目前台灣對「社會使命型企業」之概念，認識尚未深刻而片面，因而會出現一些堅持社會企業即應強制限制盈餘分配，或認為社會企業就只是以商業手段達到公益目的，只要擁有公益目的就可以招募志工、享受許多便利與優惠之誤認。以至於市場上已經出現許多掛羊頭賣狗肉之業者濫竽充數，投資人及消費者無法從市場上辨認真正具有社會影響力之公司；縱使某家號稱社會企業之公司確切忠於其社會承諾，但亦可能因為所有權改變而難以維繫創業家初衷。因此，於法制的設計上，應可考慮於一般公司組織外，另外設立一個專節，新創一種兼具經濟與社會雙重目的、且符合三重基線（經濟、環境、社會）之公司，之公司，暫且將其名稱定名為「兼益公司」，確保其能優先且長遠之維繫其社會使命，以具有社會使命之企業選用，並供市場、投資人與消費者等辨認，吸引更多資源挹注於社會影響力。

（三）學者及各界意見

1. 放寬公司法現有規定

學界以及各界，對於放寬公司法現有規定，使社會使命型公司，得以在我國公司法下取得合法性部份，皆予以肯定。學者並認為，多元化的現代社會中，已出現許多混合目的之新興組織，營利與非營利之界線漸趨模糊，公司所追求者已未必僅有營利一途，且關於公司之定位，近來越發強調兼顧利害關係人之平衡。因此，在公司法中將「營利」定為公司唯一之目的，預設公司之本旨僅在追求股東經濟上利益之最大化，已不合時宜，亦無法容納具有社會或公益目的類型之公司存在。

2. 兼益公司立法必要性

對於於公司法上新增一「兼益公司」類別，使該類公司得以為利害關係人存在，並同時具有社會與經濟目的，學界多數意見為樂見其成。一方面認為，可以豎立契約典範，節省溝通成本，指引具有社會理念之創業者。另一方面認為，若本次公司法修正

通過，其內容相當寬鬆且具有彈性，勢必會遭有心人士利用，市場上若無相應的鑑別機制，則公眾將對此等社會使命型企業之誤解更深，如此不如立法設立「榜樣」，並利管理。惟亦有認為，若此次公司法修正通過，放寬公司設計之彈性，社會使命型企業可以自由選用公司組織成立，則有無迫切立法必要，以鼓勵社會企業或社會使命型企業，仍需商榷。

各界意見則不一。反對聲浪主要來自部分社會企業業者，主要認為，在立法未存在時，縱未立法，社會企業在台灣仍然可以相當茁壯，立法若造成過度管制，反而有害社會企業發展。並認為，業者最需要的其實僅是資金，僅需於政策上扶助籌資即可。立法若給予此種「公司型態社會企業」正名，但實然沒有相應之社會影響力，加上亦無法完全防杜「洗綠（green-washing）」之業者存在，恐使社會觀感不佳，使整體社會企業皆受汙名化。

支持聲浪則來自部分業者以及投資者。主要認為，於我國公司法上設立一個具有社會使命之公司型態，並為使公司能履行社會承諾而要求其應達到最低程度之要求，一方面使公司得以為利害關係人存在，免除負責人法律風險；另一方面亦得維繫公司之社會使命，保護原始股東的創業初衷，並使投資者、消費者容易辨識，減少對內（員工、股東等）和對外（市場）溝通的成本，尤其大型公司，由於其內部治理之要求，其投資或扶助於小型新興社會企業或社會使命型企業需有足夠之正當性，若立法確立位格，不僅有利於社會使命公司之生存，亦可使大型公司具有投資正當性；並且，國際上已出現許多社會使命導向之企業型態，立法等同於創立一與國際接軌之平台，更符合國際趨勢。至於補助問題，多數認為創立新組織型態，不是為了政策優惠與補助，其自視為「社會企業」，既為「企業」，財務上具有獨立性，本應自行面對商業上挑戰，但若主管機關針對滿足特定較高條件之社會企業訂定優惠規則，亦無不可。但亦有業者希望拿到補助，惟其同意必須是在符合較高要求後，始能取得政府之優惠。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

1. 放寬公司法現有規定

比較法上均無在公司定義中預設以營利為目的者。

2. 兼益公司立法必要性

在美國，對於公益公司（benefit corporation）立法必要性，具有正反兩面論述。反對意見認為，現存公司法制已足以容納社會企業之存在，無須創設公益公司立法。並且，公益公司立法相對寬鬆，公益目的之維繫有賴市場及自律，而使很多公司都有名正言順「洗綠」之可能。支持者則認為，縱使傳統營利公司能於其作為中「容納社會目的」，依然與以「擁抱社會目的」作為核心目標的企業截然不同。並且，公益公

司立法，是一個焦點(Focal Point)，提供所有社會意識行為者媒合場所，協助社會導向企業家接觸一個更加社會意識的投資者群體，填平市場鴻溝。並且提供了一個共同領域和清楚的框架給企業和利害關係人於其中溝通、運作、制定標準，且協調各自之行為，並於市場中達到自律。最後，公益公司立法，作為一個持續的促進利益整合的信號(signal)，型塑利害關係人的核心治理模式，將導致股東利益最大化之優先信仰鬆動，其結果將會推動所有公司更加接近公共利益模式。

G8 報告則對全球各國提出建議，其認為，國家應建立法律和市場機制，鼓勵更多的投資者投以及企業家投入「兼益企業」，這種兼顧利潤分配和使命導向，而具有巨大的潛力去創造相當大社會影響的企業，使之得以蓬勃發展。而最好的辦法是，更加明確澄清和肯定認為其可以被看作是一類新的商業型態。調查報告中認為，「兼益企業」作為「社會使命企業」之特性，同時也是確保其社會使命維繫的最低框架性特點有三：社會影響的目的、企業負責人義務考量利害關係人之義務，資訊揭露報告之出具。並認為，當國家創造符合上述三點最低標準，使該類企業之社會使命得以長期鎖定之框架，可以減少使命飄移之可能，讓創始人與投資者之初衷較得以維繫，則監管者、消費者、投資者、員工和受益人得以辨識真實忠於社會使命的企業，並對之具有信心。對投資者而言，「兼益途徑」的企業具有同時吸引社會影響力及商業性資本的潛力，允許商業投資人從社會投資中得到合理的風險調整回報，而許多處於早期或轉型階段之高風險企業亦亟需資金之挹注。又當該企業具有最低確保社會使命的框架時，投資人得以較放心的投資給該類被投資人，並藉由定期之報告監督被投資者之績效，縱使其撤資亦無礙該類企業之社會使命。對企業家而言，「兼益公司」的架構指引其得以兼顧社會承諾和商業目標，並將會吸引更多的社會企業家的參與。最後，亦將鼓勵消費者、一般企業支持這種社會行為，增強社會大眾對於這種「社會使命企業」之認知，最終得以推動積極的社會變革，以創造共好。

3. 他國立法內容

歐陸社會企業立法在社會經濟傳統下多為社會合作社模式，規範嚴格但也相應有政策優惠；韓國立法則採認證式立法，現有組織符合法律定義受認證者即成為社會企業，並享有補助，惟其以法律明文嚴格定義社企目的為提供弱勢就業等，反而過度抑制社會企業發展。英美兩國則不強以法律規定社企定義，但皆創設新形態之公司位格供社會企業選擇使用。

英國於 2004 年公司(審計、調查和社區企業)法案引入社區利益公司(Community Interest Company, 下稱 CIC)，作為社會企業得以選用的組織型態之一。其規範嚴格，近似非營利組織型態管制，惟搭配許多政策誘因，如建立大社會資本銀行(Big Society Capital)以建構社會投資市場、社會投資稅收減免方案和「公共服務(社會價值)法案(Public Services (Social Value) Act)」規定政府採購優先考量社會價值，以減緩嚴格規定之衝擊；CIC 之成立為許可制，須通過「社區利益測試(community interest test)」，社區利益則係指「一個理性人會認為該活動實行是為了社區利益」，並排除政治活動。

發起人或董事必須出具所簽署之「社區利益聲明」(community interest statement)，詳細說明將如何實踐其所設定的社區目的 (community purpose)、具體行動為何、並非為追求營利或公司成員的利益等，並在章程中明確自己追求公眾和社區利益的目標，經過社區利益公司監管人(CIC Regulator)評估後若認為符合測試標準者得登記¹。「社區利益公司監管人(CIC Regulator)」為CIC之專門主管機關，監督權限廣泛²。CIC章程中必須包含「資產鎖定條款(asset lock)」，資產鎖定的內容包含了盈餘分配限制(包含股東股利與績效利息上限)、資產轉讓限制和剩餘財產分配限制三層面³。CIC每年都要提出社區利益報告給予監管人⁴。

美國各州對社會企業組織立法，則是採取寬鬆且容許多元立法存在之態度，且並未特別給予政策優惠。大致有低獲利有限責任公司(low-profit limited liability company)、公益公司(benefit corporation)、彈性目的公司(flexible purpose corporation)、社會目的公司(social purpose corporations)等立法型態可供選用。以每國最多州⁵採用，並且在義大利亦有立法之「公益公司(benefit corporation)」為例，「模範公益公司法(Model Benefit Corporation Legislation, MBCL)」主要包含了四大內容：

首先，為章定之公益目的：公益公司之成立為準則制，公司設立時，須於章程中訂定「一般公益目的(creating a general public benefit)」，此目的附加在(in addition to)原來公司法所規定的目的中⁶，或可對法定目的加以限制，解釋上追求利潤的目標可以與公益目的共存，但不要求該公益目的超過利潤之動機。且得列出一項以上的「特定公益目的(specific public purpose)」⁷。

第二，為法律明文規範負責人應考量利害關係人之義務，董事及經理人為經營決定時「考慮」因素除股東外，亦應包括員工、從屬公司與供應商、顧客、社區、環境等利害關係⁸。當董事決策時考量公益公司法所列各項各利害關係人利益時，既是法律所允許，因此並不違反公司法之董事義務⁹。此外，除章程或章程細則另有規定外，當公益公司董事執行職務時依照公司法之義務及公益公司法規定時，董事個人對其作為與不作為不負金錢損害賠償責任；而公益公司未能追求或創造一般公益或特定公益時，除章程或章程細則另有規定外，董事個人亦免負金錢損害賠償責任¹⁰。因公益公司係追求公益，董事對個別受益人並無法律上義務，因此，受益人不得以個人之地位對董事提告¹¹。

¹ Audit CA 2004 §36.

² CIC Regulation §§41-51.

³ CIC Regulation §§18-20.

⁴ CIC Regulation §§26-28.

⁵ 目前已有 31 個州及華盛頓特區立法通過，另有 7 個州正在立法中。

⁶ MBCL § 201 (a).

⁷ MBCL § 201 (b).

⁸ MBCL §301(a).

⁹ MBCL §301(b).

¹⁰ MBCL §301(c).

¹¹ MBCL §301(d).

第三則是資訊揭露(Transparency)的規範。公司應每年製作年度公益報告(annual benefit report)予股東，並應在公司網站公開電子檔，或經請求無償對外提供紙本¹²。報告內容包含了：(1)敘述性事項：公益公司追求一般公共利益及特定公共利益之方式、達成情況及所受阻礙，和選擇或改變公益報告所使用之第三方標準之程序與理由；(2)依第三方標準對公司整體社會與環境表現之評估；(3)公益董事、公益經理人之姓名、連絡地址；(4)過去一年公益公司支付董事之酬勞；(5)公益董事依對年度公益報告之意見；(6)公益公司、董事、經理人與持股在5%以上之持有者與第三方標準建立機構、其董事、經理人或持股5%以上者之關係，包括任何可能實質影響使用第三方標準可信度之財務或監理(governance)關係¹³。

最後，則是公益執行訴訟之規定，當董事或經理人未履行公益目的、違反公益公司法中對其課與之法定義務或行為標準，得由公益公司、持有公司已發行同級或同系列股份2%以上之股東、董事、持有5%以上該公益公司之母公司之所有股份者、章程或細則列舉者提起公益執行訴訟，請求法院核發禁制令，命董事履行公益目的。並且，除章程或章程細則另有規定外，原則不得向公司請求金錢損害賠償¹⁴。

(二) 我國立法分析

1. 放寬公司法現有規定部份

公司法是有關特定企業類型的組織規範，原則上並不涉入企業應如何設定其經營目的之價值判斷，而應盡可能提供意欲追求各種不同目的之企業，得基於公司法設立其所需的企業組織。因此，當公司法相關規範，有阻礙社會使命型企業依據其法律規定設立公司時，公司法修正之首要任務，即在於祛除此類規定，令有志於追求社會公益大於股東利益之企業，亦可藉由公司法設立其企業組織。就此而言，本次公司法修正第一要務在於修正公司法第1條規定，將現行法「以營利為目的」之用語刪除或予以中性化，令公司得追求營利以外之目的。與此同時，現行公司法第23條第1項之公司負責人忠實注意義務規定，亦有必要適當加以調整，令公司負責人不致因追求股東以外之其他利害關係人利益，而遭認定有違反忠實注意義務之虞。

依據上述對於公司法第1條「以營利為目的」及有關負責人忠實注意義務的修正，原則上一般公司已可據此以公司型態追求營利以外之社會目的、實現其社會使命。

2. 立法必要性之分析

社會使命型企業於公司法上大致產生兩種立法型態，一種是英國的社區利益型公司(Community Interest Company, 下稱CIC)立法，另一種則是美國的公益公司(benefit corporation)立法。英國的社區利益公司立法，具有嚴格的治理結構：社區利益測試之許可制設立方式、資產鎖定條款、定期資訊揭露報告以及主管機關廣泛的監督權限。

¹² MBCL §402.

¹³ MBCL §401.

¹⁴ MBCL §305.

但也是因為其治理結構的保證，讓政府得以廣泛運用各種政策優惠支持社會企業。美國的公益公司，則顯著的符合「兼益企業」之特徵：為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、年度公益報告以及公益執行訴訟。其規範相對寬鬆，亦無廣泛的政策優惠支持，惟其強調財務獨立不依靠補助，並因無資產鎖定規範，自無須相應之誘因機制配套，而與歐洲脈絡下狹義的具備利潤回饋機制的社會企業有所區隔。雖然兩套立法模式寬嚴有所不同，但皆符合了 G8 報告中，對於社會使命企業之最低定義性特徵：社會目的、考量利害關係人之責任以及資訊揭露報告，而該框架乃是一個受全球認，可以最低程度確保社會使命之標準。是故，在推動社會影響力的目標下，該兩種態樣之社會使命型公司皆值得鼓勵。例如義大利雖然具有認證型社會企業立法¹⁵，但亦於 2015 年年底通過了美國形式公益公司（benefit corporation）之立法，而歐洲許多國家，以及具有社區利益公司立法之英國也正在考慮「公益公司」或「兼益企業」型態社會使命企業之立法。顯見在社會使命企業脈絡中，該兩種型態組織同等重要，得在不同的組織領域發揮同樣的促進公共利益之功能。

而從比較法之經驗來看，於公司法上創設高密度管制之社會使命型企業態樣，必須搭配誘因始得成功。例如英國 CIC 之成功，很大一部分是因為其背後有政府嚴密的政策網絡以支持，例如其創設大社會資本銀行（Big Society Capital）作為社會投資中的大盤批發商（social investment wholesaler），獨立於其他政府組織，運用 4 億英鎊靜止帳戶資金及來自銀行的 2 億英鎊投資，替第三部門及社會企業提供資金挹注。惟本次公司法之修正，並未觸及對於社會使命企業，或社會企業之整體政策配套以及相關優惠措施。如上所述，僅是考量是否新增一型態之社會使命型公司—「兼益公司」，並為確保其社會使命於不墜，在不過份增加公司負擔下，制定最基礎性要求，以使社會能夠正確辨識忠於社會使命之公司，並藉以促使該種具有社會使命之公司，或社會企業，能在台灣成長茁壯，並帶動更多的企業致力於社會影響力之創造。是故縱使立法，立法內容並不考慮引進英國型態之嚴格規範模式，而是採取美國公益公司型規範模式之立法方向。

至於立法與不立法之利弊得失，工作小組彙整分析如下：

	制定兼益公司專節	不制定專節
可能產生	1. 提供有志從事此類社會使命型企業者，多一項組織型態的選擇。並豎立符合國際標準之最佳契約典範，節省溝通成本，指引並鼓勵更多具	1. 本次公司法修正，已經在強調公司自治的前提下，容許一般公司亦可藉由其章程設計成為此類社會使命型企業，無須多設計一種公司型

¹⁵ 義大利將社會企業定位為私人的非營利組織，現有組織只要符合分配利潤的限制、具有適當比例的勞工與受益人代表等，即可受登記為社會企業。

<p>之利益</p>	<p>有社會理念之創業者、投資者等投入社會公益領域。</p> <p>2. 令社會一般大眾理解，公司不只是營利，其亦可服務於社會目的，促進公益發展。</p> <p>3. 在社會使命型公司已逐漸成為國際潮流的情況下，未來我國此類企業與外國同類企業來往時，將可因有此公司類型，而更容易與國際接軌。</p>	<p>態，導致社會大眾的混淆。</p> <p>2. 社會使命型公司在於其實質，而不在於其形式，如何該當於該種公司，並非由法律給予其組織型態即可認定該當，而應由其實質的活動過程、內容及年度報告等中觀察之。</p> <p>3. 令所有公司於立足點上皆處於平等地位，而得公平競爭，令社會大眾就其實質加以評斷，而不會預先貼上任何標籤，反而減損一般公司實踐社會使命之意願。</p>
<p>可能發生之弊端</p>	<p>1. 由於法律並不禁止兼益公司亦得追求營利，結果可能導致兼益公司對於營利之追求不亞於有志於從事社會使命的一般公司，產生名實不符的狀況。</p> <p>2. 社會大眾對於兼益公司信任其公益程度較高，並願意對其商品、服務支付高於一般公司之對價，則不無產生不肖人士濫用此類公司型態之可能，損及社會大眾權益。</p> <p>3. 現今早已有各種有志之士以現行營利公司型態實現社會使命，公司法再訂定兼益公司專節，不免有治絲益棼之感。</p>	<p>1. 不制定兼益公司專節，可能令社會一般大眾對於公司之認識，仍停留於過去狀態，認其僅是為追逐私利而存在，從而對於標榜社會使命之企業，亦產生不信任、不信賴之感。</p> <p>2. 實務上有許多大型公司或個人之資源欲投入社會公益領域，卻苦無正當性機制可供運用。</p> <p>3. 過去我國法制引進獨立董事時，一般大眾對於其獨立性亦大幅質疑，惟不僅獨立董事符合國際認知而得與國際接軌，制度施行至今，不少獨立董事亦能有效發揮其功能。同樣地，如果不制定兼益公司專節，或將使得我國社會使命型公司難能與國際接軌，亦無法因此有效促進該類公司發展，發揮公司得以營利手法實現社會目的之功能。</p>

此外，工作小組亦於此回應部分業界之誤解：

首先，頗多業者誤解法律的制定乃是為管制，會過度限制社會企業的發展。但「兼益公司」並非要將所有的社會企業集中管理，反而是另闢蹊徑，提供一種兼顧經濟利益與社會利益之公司存在之可能，並且以低度規範之方法，鼓勵具有社會意識之公司

存在。

第二，部分社會企業以及非營利組織擔心，害怕此種有關社會企業使命之法定公司類型若成立，會過度擠壓到既有的資源。但仍要強調的是，「兼益公司」是具有財務獨立性之營利性公司，公司法修正僅在組織法上承認其地位，並未特別給予其優惠，其與非營利組織及其他類型社會企業並無利害衝突。縱使政府因為政策考量特別給予符合一定條件之社會企業優惠，某家兼益公司若欲取得該項優惠，需達到主管機關所規定之較高要求。

第三，一家公司並非會因為其選擇了兼益公司型態，就當然創造了社會影響力，其仍需要經過市場的檢驗。

綜上所述，對於兼益公司立法必要性部分，若此次公司法修正將放寬第1條及第23條，使公司得以設立社會目的，並形成以利害關係人導向之公司，令社會使命型公司得以在公司法下合法性成立。惟是否依照國際標準，創設「兼益公司」之公司類型，作為對內整合以及對外接軌之平台，以吸引更多的資源以及力量以創造更為巨大的社會影響力，亦值思考。

3. 立法內容建議

倘若有意於公司法中設定專節，規範兼具社會使命型公司時，則首先將會遭遇之問題，在於其名稱如何命名。過去，曾有立法委員共同提出「公益公司法草案」，將此類公司定名為「公益公司」；惟如同前述，縱令此類公司間具有社會目的，但並不否定其得同時追求營利目的，並可將獲利以盈餘分派方式回饋給股東，以「公益公司」稱呼此類公司，不無否定其追求股東利益之疑慮，似難能肯定之。本次公司法修法工作小組以此種類型公司同時兼具社會公益目的與股東利益追求，暫且將其名稱定名為「兼益公司」。

惟須注意者，縱令公司法未來訂有兼益公司專節，但僅是提供一種組織型態與特別的治理規範，並不涉及其是否因此而必須受特定目的事業主管機關的監管、得否因此享受租稅優惠、政府是否應對其優先採購、是否得受政府補助或獎勵等事項，兼益公司是否得享受上開各種政府法令或政策的優惠措施，端視其本身各種內外部治理架構、配套措施等是否符合各該法令要求，而得因此與其他滿足此類要求之NPO等團體同樣，享受此等優惠，不因其名稱為兼益公司即得理當享受此類優惠措施。

至於總則性規範內容之設計，工作小組建議如下：

A. 置於股份有限公司章中，以「兼益股份有限公司」專節規範

英美比較法上，皆將負有社會使命之公司，歸類於股份有限公司中，以專章規範。工作小組認為，由於股份有限公司的內部監控機制(如監察人、股東會、少數股東權)建制清楚，減少股東權益的侵害可能性；而股份自由轉讓的原則，可以吸引投資人入股，也給予其退出機制。故將兼益公司之規範，置於股份有限公司章中較為合適。

B. 兼益公司之定義

兼益股份有限公司，指依本節規定及公司法之規定所成立，章程定有社會目的，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。

C. 法律之適用

本節之規定僅適用於兼益公司，並不影響一般公司之法律適用。本節所未規定者，依兼益公司之性質及目的，適用本法相關規定。除本節另有規定外，兼益公司之章程或章程細則不得牴觸本章之規範，惟得為更嚴格之規定。

D. 公司名稱之表明

基於識別之必要，兼益公司應於公司名稱中表明「兼益股份有限公司」。非兼益公司，不得使用兼益公司之名稱或易於使人誤認其為兼益公司之名稱。

E. 兼益公司資格之取得與終止

兼益股份有限公司應依公司法之規定成立，應於章程中表明其為兼益股份有限公司，並由中央主管機關公開於其資訊網站。

現存公司得修正章程，於章程中記載其為兼益股份有限公司及社會目的，而轉換成兼益股份有限公司。該修章決定應依公司法變更章程之規定，經過股東會特別決議為之。

兼益公司得修改章程，刪除記載其為兼益股份公司之記載以及社會目的，終止其兼益公司資格。該修章決定應依公司法變更章程之規定，經過股東會特別決議為之。

因公司合併而影響兼益公司之資格時，應經股東會特別決議為之。

兼益公司資格有所變更時，應賦予異議股東收買請求權。

至於實質確保兼益公司社會使命之機制，工作小組列出不同選項以供選擇：

首先，就公司目的而言，公司應於章程中訂定「一般社會目的」，此目的是附加在原來公司法所規定的目的外，或得對原先目的構成限制，以使追求利潤的目標可以與社會目的共存。「一般社會目的」之定義為：「公司之事業與營運對社會和環境整體有實質正面影響」，亦即要求公司在經營上的每個環節都要符合最低的社會和環境利益。此外，公司得列出一項以上的「特定社會目的」，此目的是附加在原有公司法所規定的目的和一般社會目的外，並不得限制一般社會目的。「特定社會目的」可包含：(A)提供福利性產品或服務給低收入或有需求之個人或社區。(B)除一般商業活動所創造的就業機會外，提升個人或社區的經濟機會。(C)保護或回復環境。(D)改善人類健康。(E)促進藝術、科學或知識的進步。(F)促進資本流入對社會或環境有益的實體。(G)概括條款：其他任何特別有益於社會或環境者。公司實踐一般和特定社會目的將符合公司最佳利益。此外，公司得變更其章程，增加、修改或刪除特定社會目的，惟

該修改應經股東會特別多數決同意始生效力。

第二，就負責人權利義務而言，應明定公司負責人應考量利害關係人之義務，董事及經理人為經營決定時應考量對股東、員工、從屬公司與供應商、消費者、社區、章定社會目的之受益人等利害關係人以及社區和環境之利益，並得考量其他負責人認為適當之相關因素。公司得以章程或章程細則另為規定，是否給予與公司一般或特定社會目的之達成有關之特定利益或要素優先權，或排定前述考量利益之優先順位。當負責人決策時考量公益公司法所列各項各利害關係人利益時，既是法律所允許，因此並不違反公司法之受任人義務。此外，除章程或章程細則另有規定外，當兼益公司負責人執行職務時依照公司法之義務及本節規定時，負責人個人對其作為與不作為不負金錢損害賠償責任；而兼益公司未能追求或創造一般社會或特定社會目的時，除章程或章程細則另有規定外，負責人個人亦免負金錢損害賠償責任。此外，因兼益公司係追求一般性社會目的，負責人對個別受益人並無法律上義務，因此，受益人不得以個人之地位對負責人提告。

並且，應考慮是否強制設置公益董事，其應為具備獨立性之自然人，其選任、解任、權利義務等依公司法之規定，惟公司章程可對其資格另為更嚴格之規定，並擁有本節規範負責人相同之權利義務。公益董事應對於公益報告中，公司是否符合社會目的，以及負責人是否考慮到利害關係人之利益等問題提供意見；若認兼益公司或其負責人違反相關規定者，亦應於年度報告上指出。並應容許兼益公司得設置公益經理人，公益經理人之職務乃是「應如何創造出一般性或特定社會影響力」之特別主管，其依公司章程、章程細則或董事會決議執行職務，亦負責編製社會影響力報告書。公益董事並得兼任公益經理人。

第三，就資訊揭露規範而言，公司應定期製作「公益報告」予股東，惟其間隔期間得再為考量，如美國德拉瓦州立法為兩年一次，其他州立法則皆為一年一次。公益報告之內容應包含：(A)兼益公司追求一般社會目的及特定社會目的之方式、達成情況及所受阻礙；(B)若有公益董事及公益經理人，其姓名、連絡地址；(C)過去一年間支付董事之報酬與酬勞；(D)公益董事對公益報告之意見；(E)關係人交易之資訊，以及公司所有人、母公司或關係企業集團成員運作情況；(F)其他重大性事項。另外，若於該公益報告期間中，公益董事辭任、拒絕連任或被解任，而公益董事對此曾提出書面聲明者，該文件應亦應附於公益報告中。

此外，應思考是否應強制規定公司使用獨立、全面、透明且可信賴之三方標準衡量其社會及環境影響力，抑或經律師、會計師等專業人士之簽證。惟報告內容，並應考量是否因為企業所處階段或其規模、營業額而有不同詳細程度的規定。例如，因採用第三方標準，或強制應經簽證，將使公司成本大幅增加，故可限定對一定階段、規模或營業額之公司採用。至於公益報告之交付股東，只是最基礎之規定，亦必須考量是否也應交由其他特定利害關係人，或強制上傳至公司登記資訊系統，對一般社會大眾公開。

第四，就公益執行機制而言，應考慮設計公益執行訴訟，當負責人未追求或履行社會目的、違反本節規定中對其課與之法定義務或行為標準，得由兼益公司、董事、監察人、少數股東、章程或章程細則列舉者提起訴訟，請求法院命公司履行社會目的。並且，除章程或章程細則另有規定外，原則不得向公司請求金錢損害賠償。

最後，就主管機關權限而言，得考慮主管機關對兼益公司是否享有調查權，並且當兼益公司違反法令或章程規定，或顯然未依章程所定社會目的營運時，例如公益報告內容有虛偽不實時，主管機關得給予必要之處分，或終止該兼益公司之資格。

三、方案提出

關於鼓勵社會使命公司，提出修正公司法相關方案如下：

A 案：修正公司法第 1 條及第 23 條，惟不新增兼益公司專節。

B 案：修正公司法第 1 條及第 23 條，於股份有限公司章中新增「兼益股份有限公司」專節。

C 案：維持現狀，不予修正。

四、修法委員分組審議決議

提交大會討論。

五、修法委員會決議

待經濟部初步確認其政策後，再由修法委員會討論決議。

第三節 設立登記

4.3.1 設立

4.3.1.1 無限公司及兩合公司之存廢

刪除無限及兩合公司類型，但應規定過渡條款，且修正或增加規定，令該二類型公司得轉型至有限公司或股份有限公司。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 2 條第 1 項第 1 款規定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為無限公司；第 3 款則規定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為兩合公司。

(二) 產生的問題

由於無限公司和兩合公司多為日治時期或是光復初期，過去為公司負無限責任的觀念在現行經營型態之下已經不合時宜；再加上以現況來說，無限公司目前有 22 家（實際營業 9 家）、兩合公司目前有 11 家（實際營業 7 家），並且已很長期間沒有再增設此兩種型態的公司；最後，無限公司和兩合公司依現行法沒有辦法順利轉換成其他型態的公司，讓此兩種型態的公司面臨轉型困難，此等狀況亦為問題。

(三) 學者及各界意見

學者過去在此方面雖未多著墨，但工作小組認為，無限公司和兩合公司制度若要廢止，則須確認現存公司的轉型程序及定位，若保留的話則是應考慮要求停止新設立此兩種類型的公司。在過去的修法研究中曾經認為無限公司及兩合公司二種公司形態佔公司總數之極少數，可謂無實質經濟上意義，然其存在，亦未對實體經濟社會之運作造成困擾，故無廢止之迫切必要性。業界的部分，經調查後，大多數的公司皆有轉型的意願，但是部分表示雖然願意跳脫無限公司或是兩合公司的型態，但是由於公司可能設立已久，股東可能不在國內或是在繼承之後卻難以聯絡，故難以轉換。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

以各國的公司型態來看，中國並沒有無限公司或是兩合公司的制度。在日本法上，分別有合資會社（等同於兩合公司）和合名會社（等同於無限公司），合資會社和合

名會設占總企業數約 1%，而在型態轉換上，日本法有較完善的規定，無論是透過變更章程來進行或是透過組織變更計畫來進行轉換，日本目前四種公司型態之間要轉換皆可。而在英國法和香港法中，亦有無限公司制度，而香港的無限公司若要轉換則是可以藉由重新註冊的方式轉換成有限公司。

綜合觀之，無限公司和兩合公司並非世界趨勢的公司型態，一部分國家沒有此型態，而設有這兩種型態的國家多有可以轉換其他型態公司的機制。

（二）我國立法分析

公司法於民國 18 年制定之時，即有無限公司和兩合公司制度，到目前都沒有被更改，但就台灣實務上的設立與經營狀況觀察，無限公司和兩合公司制度由於須負無限責任，故使用比例極低，對經濟上實際影響程度低，故得將此兩種型態刪除，但是則須考慮現存的 33 家公司應如何轉換，是否須以法律強制規定其更改公司型態則亦須考慮，若依法律強制轉換，則現存公司必須在期間內依法定方式更改公司型態；若不以法律要求轉換，則設定緩衝期讓現存公司選擇，期滿後強制其解散。

若維持現有的公司型態的話，由於上述提及的實務狀況，則將禁止新設立之公司選擇無限公司或兩合公司為其形態。

三、方案提出

關於無限公司及兩合公司制度之相關規定，建議修正如下：

A 案：刪除無限公司和兩合公司制度。

B 案：維持原條文，但修正規定新設立之公司不得再設立無限或兩合公司。

四、修法委員分組審議決議

尊重商業司之決定，並建議設立過渡條款。

4.3.1.2 刪除募集設立制度

刪除募集設立制度，若有必要則得由證交法自行規範。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第五章股份有限公司第一節設立的部分，其中第 132 條至第 155 條為募集設立的相關規定。

(二) 產生的問題

募集設立制度原本是讓在設立時就需要龐大資金的公司，不需由發起人認足全部資本總額，藉由對外公開招募的方式取得資金，得以減輕發起人設立公司的負擔，但由於 2009 年廢除最低資本額限制後，要由發起人一次認足公司資本總額的難度降低許多，並且若真的需要對外募集資金，也不須於設立時就對外募資，得在設立後評估其所需資本後募資，故從上所述，募集設立制度存在的必要性不高。而目前實務上藉由募集設立方式設立的公司低於 50 家，其中還包含過去證券交易法第 28 條規定如民營銀行須強制募集，所以募集設立的制度就現代實務上來說使用率低，故可考慮刪除本制度。

(三) 學者及各界意見

學者過去對此方面未多著墨，而在討論中，各界意見分歧，而反對廢除者，如記帳士公會提出少了募集設立制度可能會增加資金籌措的困難；而金管會認為銀行業由於其社會公益性的性質，仍須有募集設立制度的保留，保持一定之股份為公開招募，得以促使銀行財務公開及資本大眾化，保險業對於募集設立的需求則是考慮到其資本需求龐大，若不採取募集設立的方式則實務上設立保險公司有其難度。雖然過去修法中曾有將募集設立規定改訂於證券交易法的建議，但金管會認為部分保險公司能有非屬公開發行公司的狀況，如果將募集設立規定轉移至證券交易法則會影響到非公開發行的保險公司。¹⁶

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

以世界發展來說，募集設立制度並非常見的制度，無論是在英美、德國、香港等

¹⁶ 然而，此一意見可能誤解了募集設立之意義，依現行公司法及證券交易法，凡採募集設立者，必然須成為公開發行公司。

地皆沒有此制；而日本雖然目前仍保有募集設立，但是在 2003 年修法時曾經檢討是否要刪除一事，其中理由包含募集設立的使用率低、使得設立制度更加複雜等因素；而中國雖然亦有募集設立制度，但是對外募集的程序複雜，且審核漫長，再加上要求發起人的認購股份比例偏高等，所以使用募集設立的情況亦為少見。

（二）我國立法分析

公司法於民國 18 年制定之時，即有募集設立的制度，雖然後續的修正當中有調整文字和增加相關規定，但仍一直保留至今，而依目前的使用狀況觀察，募集設立制度使用比例低，故建議得將此制度刪除，使得設立制度單一，簡化制度並且精簡條文。

不過，以銀行法為例，第 54 條第 1 項規定「銀行經許可設立者，應依公司法規定設立公司；於收足資本全額並辦妥公司登記後，再檢同下列各件，申請主管機關核發營業執照：」商業銀行設立標準第 2 條規定，設立商業銀行「最低實收資本額為新臺幣一百億元」，設立標準第 3 條第 1 項規定「銀行發起人應於發起時按銀行實收資本額認足發行股份總額百分之八十，其餘股份應公開招募。招募後未認足股份及已認而未繳股款者，應由發起人於本法第二十五條第二項規定範圍內連帶認繳，其已認而經撤回者亦同。」對銀行之新設，仍維持採募集設立之方式，故仍可能有保留之必要，故另一案則維持原條文。

另外，將募集設立之條文改訂於證券交易法中，由有採募集設立需求之金融機構之主管機關(金管會)統一管理，亦不失為一解決之道。

募集設立相關條文之主管機關

條文	要旨	主管機關	備註
§132	募股設立	金管會	
§133	公司募股申請審核之應具備事項	金管會	對應條文：證交法第 30 條、第 31 條
§134	代收款銀行、郵局之證明	金管會	對應條文：證交法第 33 條
§135	不予或撤銷公開募股之情形	金管會	
§136	撤銷核准之效力	金管會	
§137	招股章程之應載明事項	金管會	
§138	認股書之備置	金管會	
§139	依認股書繳納股款之義務	金管會	

§140	股票之發行價格	經濟部 金管會	公開發行公司之主管機關為金管會。 對應條文：證交法第 22 條第 4 項
§141	股款之催繳	金管會	
§142	延欠應繳股款之效果	金管會	對應條文：證交法第 33 條
§143	創立會之召集	經濟部	
§144	創立會之決議及程序	經濟部	
§145	發起人之報告義務	經濟部	
§146	選擇董監及檢查人	經濟部	
§147	創立會之裁減權	經濟部	
§148	發起人之連帶認繳義務—充實資本責任	經濟部	
§149	發起人之損害賠償責任	經濟部	
§150	發起人於公司不能成立時之責任	經濟部	
§151	創立會之權限	經濟部	
§152	認股之撤回	經濟部	
§153	撤回股份之禁止	經濟部	
§154	揭穿公司面紗原則	經濟部	
§155	發起人之連帶責任	經濟部	

三、方案提出

關於募集設立制度之相關規定，建議修正如下：

A 案：刪除募集設立制度。

B 案：維持原條文。

四、修法委員會分組決議

採 A 案，建議刪除並移至證交法。

公司法全盤修正修法委員會

4.3.1.3 發起人股份轉讓限制（公司法第 163 條第 2 項）

刪除公司法第 163 條第 2 項規定。

一、現況分析

（一）現行條文

公司法第 163 條第 2 項規定發起人之股份非於公司設立登記一年後，不得轉讓，亦即發起人所認公司之設立時股份必須於公司設立登記一年後始得轉讓。然而為因應公司併購之需求，同項但書規定公司因合併或分割後，新設公司發起人之股份得轉讓之。

（二）產生的問題

主要的問題即是此股份轉讓自由之限制是否合理？是否有必要？股份轉讓原則為公司法基本原理之一，蓋股份有限公司股東人數眾多，且不注重股東之個人條件，故表彰股東權之股份亦不具個人性而得自由轉讓。並且，因股份有限公司無所謂之退股制度，股東收回其投資之方式即係透過其股份之轉讓；且股份有限公司之經營係由董事會為之，其股東趨向於債權化，更有必要使股東依其判斷隨時收回其投資以防止損害之發生。因此，將股份轉讓自由予以限制應在確有必要之情形下為之，對發起人所認股份為轉讓限制，則似無正當理由。

（三）學者及各界意見

我國公司法學界向來即認為本限制並不合理，多數建議刪除。蓋發起人之設立責任與股份轉讓實屬二事，公司法第 148 條至第 150 條及第 155 條既對發起人之責任有所規範，實不應再對發起人之股份轉讓加以不當之限制。次者，關於發起人設立所可能謀取之不法利益，在於公司設立時所給予之報酬及特別利益，依本法第 147 條已規定創立會得裁減之。此外，實務見解認為違反此規定之效果為無效，可能造成受讓人無法請求公司辦理過戶，亦無從向違法轉讓之發起人請求返還價金之窘境。並且，如尚限制其股份轉讓，未免降低發起人新創事業之意願。綜上觀之，本項限制弊多於利，宜刪除之，以貫徹股份自由轉讓原則，業界之意見亦同。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

無論英、美、日、香港公司法均承認股份自由轉讓原則，且無類似上述之我國法限制。

(二) 我國立法分析

公司法之所以限制發起人轉讓股份之理由，據學者研究或係基於下列原因：一、因發起人為公司最重要之原始股東，深恐公司設立後，即轉讓其股份，將影響公司之健全與信譽；二、因發起人負有很重之設立責任（如公司法第 148、155 條等），若任其移轉股份，恐影響其對公司或第三人之責任，故限制其股份之讓與，俾便於取償；三、防止發起人利用假借發起組織公司為手段，以獲取發起人之報酬和特別利益，形成專業之不正當行為（即以發起組織公司為手段，而行詐欺圖利之行為）。

而上述之理由，有學者認為並不合理，持論有三：第一，公司成立後，發起人可以因當選董監事而擔任公司職務，亦可以因未當選而僅為一般之股東，此兩種情形，發起人之身分均不復存在，故其重要性已與一般股東無異。董監事身負公司營運之實際責任，遠較單純發起人重要，然公司法 197 條及第 227 條，限制其股權移轉僅為二分之一，因此，兩相比較，有失平衡。第二，此項限制，或係預防發起人在公司設立中，有怠忽職務致公司受損，須由公司向其追償。然此一賠償請求，公司原得對該發起人之一切財產取償，不必然須侷限於其持有之發起公司的股份。再者，發起人雖必須對公司在設立登記前所負債務，與公司負連帶責任（公司法第 155 條第 2 項參照），但公司本身為此項連帶債務之主債務人，原應由公司負清償之責。若債權人依法律規定請求發起人清償，發起人清償後仍得向公司求償，因此，以此連帶責任之規定為依據而限制發起人股份之移轉，在法理上似屬牽強。第三，至於發起人藉設立公司以謀取報酬及特別利益之問題，因鉅額之特別利益將會成為招募股份之一大障礙；且如有冒濫情事，創立會尚得裁減之，因此可見在公司設立時，即可處理此類問題，自無庸再限制發起人股份之移轉。綜上觀之，限制公司發起人股份轉讓之理由，勉強祇能訴諸「道義與誠信的觀念」，其他之理由似乏堅實依據。

三、方案提出：刪除公司法第 163 條第 2 項規定

理由：股份有限公司之經濟特質即為股份轉讓之自由，若欲加以限制應有相當必要之理由，本項規定弊多於利而為學者多所批評，且為外國立法例所無。

四、修法委員分組審議決議

決議通過。

4.3.1.4 自然人一人股份有限公司（公司法第2條、128條1項）

開放自然人一人股份有限公司。

一、現況分析

（一）現行條文

公司法第2條第1項第4款規定：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。同法第128條第1項規定：股份有限公司應有二人以上為發起人。亦即，自然人設立股份有限公司必須有兩人以上始可。

（二）產生的問題

我國已開放有限公司得由一人以上股東組織，一人股份有限公司僅承認法人及政府股東始可，因此進一步的思考為：是否應開放自然人一人股份有限公司之設立？畢竟，兩位自然人股東之要求可容易地被滿足，其只要找另一人擔任名義上之股東即可，或者藉設立一人有限公司後設立一人股份有限公司，均可能實質上達成設立一人股份有限公司之目的。若此，開放自然人一人設立股份有限公司，可免除實務上迂迴操作之不便及避免衍生之問題。

（三）學者及各界意見

一人公司之承認，於我國公司法學界的討論很早就開始，主要原因之一應為民國九十年修正前之公司法要求有限公司須由五人以上二十一人以下、股份有限公司須由七人以上股東所組織，亦即有最低股東人數之限制，並為法定解散之事由。然而自企業維持的觀點來看，股東人數可能一時性地低於最低人數限制，如此動輒影響企業之存續，對國民經濟並非有利。而與此討論所連動者如一人公司之社團性之探討、一人公司存立之益處等，就後者如：股東得藉有限責任，將股東自己的財產與公司財產獨立，有助於個人事業之建立，促進經濟發展。基本上來看，學界多數贊成開放一人公司。

就業界而言，則傾向反對一人股份有限公司之開放。其原因主要為開放可能造成的弊端，亦即公司治理機制無法正常發揮之可能，以及開放所需的配套措施如何建立之疑慮。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

比較法上，美國各州的公司法，以前雖多要求發起人必須三人以上，現在幾乎全數的州均允許一人公司的設立(德拉瓦州公司法 101 條(a)、加州公司法 200 條(a)等)。在英國，1992 年容許一人公司的設立(英國公司法 7 條 1 項)。在德國，1980 年對有限公司(德國有限公司法第 1 條)、1994 年對股份有限公司(德國股份法第 2 條)，容許一人公司之設立。日本會社法、香港公司條例亦均承認之。

(二) 我國立法分析

民國九十年修正公司法時開放一人公司之成立，祇是股份有限公司僅容許政府或法人之一人股東，有限公司則無此限制。查當時主管機關僅設計「形式上一人股份有限公司」的設立，並以其股東為政府或法人為限，擬待實施一段時間有相當經驗後，再逐步檢討修正甚至擴大適用範圍。然而在立法院審議時，立法院以有限公司大多屬家族性中小企業，為符合實際，更有引入一人公司之必要，而匆忙增列形式上一人有限公司並不以政府或法人股東為必要。

由此修法沿革可見，開放一人股份有限公司論有跡可循，且觀一人有限公司開放之理由，在今日商業模式之改變及本次修法將以中小型公司為原型之理念下，亦可同樣適用在開放一人股份有限公司上。

三、方案提出：開放自然人一人股份有限公司

理由：

一人公司之開放為世界潮流所趨，並且在今日新創事業、個人事業發展的強烈需求下，藉由法人格獨立之限定責任財產限縮經營上風險，有其迫切。此外，亦可減少實質一人公司之現象。並且，本次修法將公司法定位為以中小型企業為適用原型，股份有限公司亦可能為小型公司，不應以一人公司可能為小公司、閉鎖性較高即排斥其成立股份有限公司之可能。

然而誠如業界之意見，一人公司之開放確有許多相關問題必須處理，諸如如何確保公司治理機制正常運作、一人公司之營運上之特別處理等，因此工作小組亦提請必須檢討現行公司法是否為符合一人公司之法制環境。

四、修法委員分組審議決議

決議通過。

4.3.1.5 公司定義之「社團」二字之刪除（公司法第1條）

刪除公司法第1條之「社團」二字。

一、現況分析

（一）現行條文

公司法第1條規定：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。

（二）產生的問題

本次修法檢討是否開放自然人一人股份有限公司，公司定義中之「社團」是否應予刪除成為衍生之議題。

（三）學者及各界意見

「社團」二字是否應刪除，學界似未見直接之討論，但於探討一人公司之承認時，公司之社團性成為一大爭論焦點，亦即一人公司之股東僅有一人，是否仍符合公司定義中之「社團」？學說通說認為基於股份轉讓自由原則，單一股東之股份得於轉讓後成為複數股東，因此一人公司亦具有潛在社團性。業界對此議題並無特別之意見。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

比較法上，日本舊商法曾與我國一樣使用「社團法人」之用語，但於其後修法刪除，蓋其股份有限公司為一人公司者所占極高，且持分公司亦容許一人公司之存在。而英美法系之國家，就公司性質定為 body corporate，香港翻譯為「法人團體」，然而 body corporate 原意所指即為「法人」（得自己享受權利負擔義務之組織），並不合「團體」之意。

（二）我國立法分析

法人作為依法律創設之權利義務主體，並按係人的集合或財產的集合分為社團法人和財團法人兩大類，公司法循民法規定定位公司為社團法人，其來有自。然而，隨著商業模式及經濟型態的不斷創新及面臨挑戰，設立一人公司之需求日益高漲，公司是否必定為人的集合，有待重新思考。

蓋公司作為經營商業之工具之一，其最大之功能乃資產之分割，即股東之財產與公司之財產分離，因此，相對人於交易時原則上並不重視股東個人之資力、股東亦原

則上無庸擔心其須清償公司之債務。由此面向觀之，公司之股東究竟人數多少，應非重心之所在。

三、方案提出

A 案：刪除公司法第 1 條之「社團」二字

理由：「潛在社團說」某程度上說明了一人公司存在之正當性，但其爭議根源無非該社團二字。實則，股份有限公司為資合公司，所重視者為其財產而非股東之人數，因此，公司法對公司之定義應得依其特性作不同於民法之規定。此外，本次修法亦擬將無限公司及兩合公司制度從公司法移除，未來很有可能僅存在有限公司(已為一人公司型態)及股份有限公司(本次修法建議引進自然人一人股份有限公司)，如此，似無須再堅持公司必有社團性。

B 案：維持現行規定。

四、修法委員分組審議決議

決議採 A 案。

4.3.1.6 引進日本法擬制發起人制度與否之檢討

若募集設立之制度刪除，則無需引進。

一、現況分析

(一) 現行條文

目前並無相關規定。

(二) 產生的問題

若納入擬制發起人制度，則可強化對於募集設立股東之保護。

(三) 學者及各界意見

過去修法中雖有嘗試引進此概念，但並未實際納入法案中。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

以目前各國發展上，於日本法中，規定非發起人，但於在募集股份的廣告、其他募集相關書面、電磁紀錄上以自己的姓名及贊助公司設立之意旨為簽名者，認定為擬制發起人，須和發起人負相同的責任。被認定為發起人者，則負出資不足時補足之義務。擬制發起人的認定方式兼採形式及實質認定。日本建立擬制發起人制度的原因如下；由於有使人可信任的外觀，故為保護參與募集設立者的信賴，而增加擬制發起人之制度。

(二) 我國立法分析

若募集設立制度保留，則可考慮將擬制發起人制度納入，以加強對股東的保護。若募集設立制度廢除則無此問題。

三、方案提出

關於引進擬制發起人之相關規定，建議修正如下：

A 案：若募集設立之制度保留，則考慮引進擬制發起人制度。

B 案：若募集設立之制度刪除，則無需引進。

四、修法委員分組審議決議

配合刪除募集設立，採 B 案。

公司法全盤修正修法委員會

4.3.1.7 設立中公司法律地位之檢討

若募集設立制度刪除，則無須明定設立中公司之法律地位。

一、現狀分析

(一) 現行條文

目前並無相關規定。

(二) 產生的問題

由於現行公司法中對於設立中公司的法律地位並無明文規定，雖學說見解及實務判決中，皆肯認設立中公司與成立後公司為同一體，但應考慮將設立中公司的相關權利義務規定入公司法中，以張其地位。

(三) 學者及各界意見

學說通說肯認設立中公司和成立後公司為同一體，故設立中發起人為設立所為行為之法律關係亦為成立後公司的法律關係。實務亦肯認此見解。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

世界各國見解多支持同一體說，但多未於法典中明文規定。

(二) 我國立法模式

為明確的確立設立中公司的法律地位，建議增加相關條文。

三、方案提出

A 案：若募集設立制度刪除，則無須處理此議題。

B 案：若募集設立之程序保留，則設立程序勢必久延，設立中公司存續之期間較長，建議明定其法律地位。

四、修法委員分組審議決議

配合刪除募集設立，採 A 案。

公司法全盤修正修法委員會

4.3.1.8 引進模範章程及絕對必要記載事項之檢討

一、公司法第 129 條第 1、3、4、5、6 款為絕對必要記載事項(即登記事項)：1、公司名稱；3、股份總數、種類，若有面額，則每股金額；4、本公司所在地；5、董事之人數及任期，若有監察人者，則之人數及任期；6、訂立章程之年、月、日。二、模範章程即屬章程之一部份(即公告資料)，但若公司章程另有規定則從其規定。三、模範章程由經濟部定之。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 129 條規定：發起人應以全體之同意訂立章程，載明左列各款事項，並簽名或蓋章：一、公司名稱。二、所營事業。三、股份總數及每股金額。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) 產生的問題

章程應記載事項之繁簡影響到設立公司時的便利，並且由於修改章程為股東會特別決議事項，如動輒必須修章，對公司實有相當不便。因此，宜檢討章程應記載事項，就非必要記載者得予以簡化。

(三) 學者及各界意見

就章程絕對必要記載事項之檢討，我國學界似未見直接之討論，然而對比外國立法例，公司法第 129 條中之「所營事業」應得為簡化。蓋公司目的外行為理論 (ultra vires) 早已被揚棄，公司得經營所有合法之業務而不限於所營事業記載者，另外，公司法第 18 條第 2 項之規定：公司所營事業除許可業務應載明於章程外，其餘不受限制。由此可見現行法存在第 129 條與第 18 條 2 項之衝突。業界意見原則上係支持，惟有建議如係有關許可業務仍應記載於章程。

關於模範章程，學界討論似不豐；主管機關亦樂見其成。業界則無特別意見。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

比較法上，各國之章程必要記載事項不盡相同，惟均係公司之最基本事項，如公司名稱、所在地、成員法律之責任、股份等。此外，英美法系國家另採取模範章程制度，亦即主管機關制定公佈供不同種類公司（如公開公司、閉鎖公司）參考使用之模範章程，以方便公司之設立，並且於公司未特別排除時模範章程將自動適用，故公司

法修正時公司無須相應費力地召開股東會以特別決議修章，而得享章程自動變更之便利，亦有利於登記主管機關工作之減輕；並且，模範章程得補充公司未設想周全時缺失事項之安排。

（二）我國立法分析

民國九十年修正前之公司法第 15 條 1 項規定「公司不得經營登記範圍以外之業務」，一般認為此規範與英美法系之目的外行為理論相關。然於該舊法下，雖要求公司之章程應具體記載所營業務，並予登記，但一般僅將上述舊法規定解為係命令規定，公司經營登記範圍以外之業務時，除該行為違反法律強制或禁止規定外，該行為仍為有效，公司仍應負責，僅公司負責人因此成立同條第 3 項之民刑事責任而已。

目的外行為在我國公司法制既未曾真正落實，且在舊法規定下，公司若欲從事新的業務，即須召集股東會，變更章程所營事業之記載，並向主管機關辦理業務範圍之變更登記，始得為之。此種作法有礙公司靈活因應經濟環境之變動，有鑑於此，民國九十年修正公司法乃刪除舊法第 15 條第 1 項規定，並增訂第 18 條第 2 項。

由此立法沿革可知，公司得經營所有合法之業務而不以記載於章程為必要，遂有第 18 條第 2 項之規定；如此，章程絕對必要記載事項仍要求記載所營事業，產生扞格，且可能使企業誤會仍必須記載所營某事業始可經營該項業務，應予調整。

三、方案提出

A 案：刪除公司法第 129 條章程應記載事項之「所營事業」。

理由：章程為公司之憲法，亦為公司與股東、股東與股東間之契約，其重要性不言自明。然章程之訂立與修改並不容易，為便利公司設立及營運，必要記載事項確有檢討之必要，故工作小組提出刪除公司法第 129 條之「所營事業」之要求。此外，現行之其他應記載事項(例如公司法第 235 條之 1)，可藉此次修法通盤檢討是否刪除之。

B 案：將公司法第 129 條之「所營事業」修正為「許可業務」。

理由：惟如考慮到變動過鉅，亦可僅「所營事業」修正為「許可業務」，至少消弭第 18 條第 2 項與第 129 條第 2 款間之規範矛盾。

C 案：引進英美法「模範章程」制度。

理由：本次修法主要參考英美法，英美法系國家之模範章程制度實值借鏡。其除便利公司設立之外，亦得提供公司不必因應法令修改而修章、補充公司未設想周全之益處，主管機關亦得減輕工作負擔。因此委員會亦提出引進模範章程制度之案。不過，由於未決議將模範章程排除適用之公司，亦可能在不知情的情況下，被動適用。

四、修法委員分組審議決議

(一)公司法第 129 條第 1、3、4、5、6 款為絕對必要記載事項(即登記事項)：

1. 公司名稱。
2. 股份總數、種類，若有面額，則每股金額。
3. 本公司所在地。
4. 董事之人數及任期，若有監察人者，則之人數及任期。
5. 訂立章程之年、月、日

(二)模範章程即屬章程之一部份(即公告資料)，但若公司章程另有規定則從其規定。
(即未特別規定者則用模範章程)。

(三)模範章程由經濟部定之。

公司法全盤修正修法委員會

4.3.1.9 刪除股東失權程序

若募集設立之制度廢除，則公司法第 142 條刪除。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 142 條第 1 項規定認股人延欠前條應繳之股款時，發起人應定一個月以上之期限催告該認股人照繳，並聲明逾期不繳失其權利。第 2 項則規定發起人已為催告者，股東仍不繳交則失其權利。而公司法第 266 條第 3 項規定第 141 條、第 142 條之規定，於發行新股準用之。

(二) 產生的問題

由於證券交易法第 33 條第 3 項規定已依本法發行有價證券之公司發行新股時，如依公司法第 273 條公告之股款繳納期限在一個月以上者，認股人逾期不繳納股款，即喪失其權利，不適用公司法第 266 條第 3 項準用同法第 142 條之規定。故股份有限公司發行新股時並不適用一個月的催告期間規定。催告期間之設置，雖有保障認股人權利之作用，但是卻有害於公司迅速設立，且對已準時繳款之股東不公，公司法第 142 條應考慮刪除催告之規定，讓所有公司皆一體適用。

(三) 學者及各界意見

學者與相關人員並未就此議題有相關討論。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

以目前世界各國發展中，並不常見，而於日本法中，未繳交股款之股東直接失其權利。

(二) 我國立法分析

考慮到各公司型態之間的規定的統一性，如果募集設立之制度仍保留的話，則應考慮將公司法第 142 條的催告規定修正，改為直接失權。而若募集設立制度廢除的話則無此問題。

三、方案提出

關於設立時出資及股東失權程序之相關規定，建議修正如下：

A 案：若募集設立之制度保留，則保留本條文，但刪除催告之規定。

B 案：若募集設立之制度廢除，則本條文隨之刪除。

四、修法委員分組審議決議

配合刪除募集設立，採 B 案。

公司法全盤修正修法委員會

4.3.1.10 資本不實之修正

維持現行法有關該等行為之規範，惟鑑於該當行為係屬於故意為不實登記之一種類型，故將其規定移轉至「登記、公示、送達」專章中。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 9 條第 1 項規定公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請文件表明收足，或股東雖已繳納而於登記後將股款發還股東，或任由股東收回者，公司負責人各處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。第 2 項則規定公司負責人應與各該股東連帶賠償公司或第三人因此所受之損害。第 3 項規定若第 1 項經裁判確定後，檢察機關應通知中央主管機關撤銷或廢止其登記，除已補正者。

(二) 產生的問題

於公司法修正後，已將最低資本額的規定廢除，資本不實制度存在必要性降低。在登記事項中，僅資本不實設有刑事責任，即使公司法中未特別規定，仍可適用刑法的規定處罰之。最後，若未來考慮將登記交由專責人員（公司秘書），則發生資本不實之機率應有望降低。綜上所述，資本不實的規定應可考慮刪除。

(三) 學者及各界意見

各方意見中，反對廢除的意見較多，主要原因包含認為資本不實的罰則本身有嚇阻效力；目前實務上相關的案例仍多，代表實務上仍有其需求。但贊成廢除者則是認為，在廢除最低資本額的要求之後，本條實用度下降；並且此種資本保護並不符合時代所需。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

以目前世界發展趨勢，多數國家並沒有資本不實的規定。而日本對於資本不實的規定可分為兩種，一為預合罪，是發起人和金融機關通謀，由金融機關提供借款並約定在公司成立前保有資金充足之外表，在其公司法上設有刑事責任，處罰公司發起人及協助的金融機關；另一為假裝投入資金（見世金），是發起人和第三人借款，而在公司成立之後就將資金抽出還給第三人，此行為在其公司法上並無刑事責任，則是由刑法以公正證書登載不實的罪名處罰，日本公司法對於假裝投入資金的行為是要求發起人等負起將該資金抽出的部分補齊的責任。

（二）我國立法分析

台灣於公司法上受德國為首的大陸法系影響，有資本三原則的內容於其中，分別為要求公司須於章程中確定資本總額並認募得全部股份，才得設立及經營的資本確定原則；公司存續中必須維持相當資本的資本充實原則；以及最後要求公司的資本總額若經公司章程確定後即應保持不動，要變動則要踐行法定程序的資本不變原則。而資本不實的規範旨在處罰未維持資本三原則者，且可得以保護公司債權人的權益。

依前述說明，應可刪除資本不實的處罰規定，而以一般法來處理即可，而刪除後需以命令增訂相關配套措施，以確保資金確實入帳。反之，若認為資本不實的處罰，於台灣仍有存在之必要，則維持現有之規定。

關於資本不實，於自始不實之情形，日本立法例中，僅在發起人與金融機關以通謀的方式為資本不實時，處罰發起人跟金融機關；而在發起人向金融機關之外之人借款而為資本不實行為則僅要求民事責任，將不足的款項補足與賠償受損害之第三人即可。可見，日本法對於自始不實之情形亦未均以刑責處罰，且無嗣後不實之型態。反之，我國則是對自始及嗣後不實，均論以資本不實罪，然而若公司登記後始將資金抽離（將股款發還股款或任由股東收回），此已非資本不確實，而係掏空公司之態樣。而若欲維持資本不實之規定，似應參考設有資本不實制度之國家，將現行法制更完善的加以規範。

三、方案提出

關於資本不實之相關規定，建議修正如下：

A 案：刪除資本不實之規定。

B 案：維持原條文。

四、修法委員分組審議決議

維持現狀採 B 案。並建議增訂揭穿公司面紗（即連帶賠償與效力及於母公司）。建議於第 D+6 條增加此二行為，以資本不實論。第 9 條第 3 項放置於第 D+7 條。建議 D+7 增加「但裁判確定前，已為補正或經主管機關限期補正已補正者，不在此限。」之文字。

4.3.1.11 公司營利目的之檢討（公司法第1、4條）

保留該等文字，並修正公司得同時兼有營利以外之其他目的。

一、現況分析

（一）現行條文

公司法第1條規定：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。同法第4條規定：本法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司。

（二）產生的問題

多元化的現代社會中，已出現許多混合目的之新興組織，營利與非營利之界線漸趨模糊，公司所追求者已未必僅有營利一途，且關於公司之定位，近來越發強調兼顧利害關係人之平衡。因此，在公司法中將「營利」定為公司唯一之目的，預設公司之本旨僅在追求股東經濟上利益之最大化，已不合時宜，亦無法容納具有社會或公益目的之類型之公司存在。併應檢討者為公司法同樣在外國公司之定義中預設「營利」之目的，無視外國許多容許多元目的併存之公司存在之現實，例如外國之非營利企業即無法於我國公司法體系中找到合適之定位，亦非妥適。

（三）學者及各界意見

學界有指摘現行公司法之標準化工業思維，過度限制了商業創意的發揮，第一條規定公司以營利為目的，限制了致力於公益或創造社會影響力者創立一家非以營利為主要目的之公司的可能性。業界亦認為，本條規定對其創立一家以公益或社會為目的之公司，構成相當大之阻礙。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

英、美、德、日立法例均無在公司定義中預設以營利為目的者。

（二）我國立法分析

公司法於民國十八年制定時，第1條即規定「本法所稱公司，謂以營利為目的而設立之團體」，嗣後經兩次修法而成為現行規定，然「以營利為目的」係自本法開天闢地以來即存在者。

探究為何設有「以營利為目的」之文字，其原因應為向來之社團法人法制係以社

團法人之目的作為區分法人種類之方式，亦即公司法以「營利」作為公司的構成要件，以此標誌出公司有別於其他社團法人的特質。然而，這樣將事業以「營利事業」和「公益事業等非營利事業」二分之社團法人法制，把公司限縮於僅能以營利為目的，使得公司無法擴展其活動範圍。

三、方案提出

基於上述理由，工作小組建議修正關於營利之規定，即：

A 案：刪除公司法第一條「以營利為目的」之文字。

理由：在各式社會問題層出不窮且社會問題亦具多樣性，僅靠政府及第三部門已無法完全解決完成的今日，吾人樂見社會企業或其他具有使命導向之企業之蓬勃發展，然而公司法第一條開宗明義即阻塞社會企業或其他具有使命導向之企業以公司型態運行的可能性，實非妥適。故工作小組建議鬆綁公司法第1條，刪除營利目的，使公司回歸契約之本質，讓股東得以自由運用公司之法人格型態追求多元目的，尤其是社會或公益性目的。刪除營利性質之限制後，現行公司法之其他條文，若有以營利為前提者(例如第4條外國公司之定義、第128第3項發起人資格限制)，亦應一併修正。由於現行之其他法制(如民法)中，仍有營利與公益之區分，公司法中對於公司之營利性質予以解禁後，建議須同時考量與其他現行法制間之適用問題。

B 案：保留該等文字，但增訂第二項如公司得追求營利以外之目的。

理由：縱使認為公司法應保留營利之目的，亦應在第1條第2項新增「公司得追求營利以外之目的」，讓公司目的得以從單一的「股東經濟利益最大化」中解放。本方案亦須考量與其他現行法制間之適用問題。

C 案：維持現行規定。

四、修法委員分組審議決議

採取 B 案。並修正公司得同時兼有營利以外之其他目的。不以股東利益最大化為目標。

4.3.1.12 外國公司認許要件之重新定位（公司法第4、371條）

確立認許並非外國公司具備權利能力之要件。

一、現況分析

（一）現行條文

公司法第4條規定：本法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司。同法第371條規定：（第一項）外國公司非在其本國設立登記營業者，不得申請認許。（第二項）非經認許，並辦理分公司登記者，不得在中華民國境內營業。

（二）產生的問題

民法總則施行法第12條第1項規定：經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之我國法人有同一之權利能力，實務見解以之認為外國法人須經認許始取得與我國公司相同之權利能力。然而如此解釋下，將產生外國公司於我國進行之偶發性交易可能遭受無權利能力之挑戰之問題，在國際貿易交流頻繁之今日，此僵化之規範恐有礙於外國公司於我國之商業活動。

（三）學者及各界意見

上述問題向來為我國學者所批評，蓋現行關於認許之缺失在於將未經認許之外國法人徹底否定其為權利義務主體，然外國公司既已依其本國法成立，當然有權利能力，尊重此現狀，應為互惠原則下之當然。認許應為在我國進行經常持續性之商業活動之規範，而非與權利能力掛勾，一次性、偶然性交易之效力當然不應受到挑戰，否則外國公司來台進行商業交易，於協議完成欲締約時，若再先須經認許再訂約將延誤商機。業界對此亦表贊同。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

英、美、日、香港法均未見有如我國將認許與權利能力掛勾之規範。

（二）我國立法分析

民法總則施行法第12條為民國18年時即訂立，並僅於民國97年時調整「中國」之用語為「我國」，基本體例近九十年來均維持之，立法當時或未預見有此不利之影響，實務見解又僵化地適用，導致此疑慮長期懸而未決。

關於認許問題之解決，學者提出應區分「承認」與「認許」，在外國公司已依其本國法有效成立，即應承認其有權利能力，但若於內國為經常性持續性之商業活動，則應受內國之規範，經內國之認許。

三、方案提出：確立認許並非外國公司具備權利能力之要件

理由：外國公司之定義實與認許無涉，現行法將二者連結致生影響權利能力之誤會，應予辨明，此點亦為前幾次草案中所一再敘及。因此工作小組建議釐清認許並非外國公司具備權利能力之要件，如此民法總則施行法第 12 條之規定應一同調整或以公司法明文排除其適用，併予指明。

四、修法委員分組審議決議

決議通過。

4.3.2 登記

4.3.2.1 積極不實登記效力之檢討

因「登記、公示、送達」專章就此已有規範，故將相關規定整合至該章相關規定中。

一、現況分析

(一) 現行條文

在目前我國公司法制下，除了公司法第6條公司設立以及公司法第205條第5項經常代理出席董事會此二事項採取「登記生效主義」外，其餘事項均屬登記對抗事項，現行公司法第12條即為登記效力採取「登記對抗主義」之法源依據。而依該條規定，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；又，據此反面解釋，公司法上應登記之事項，凡經登記或變更登記後，公司即得執已登記之事項對抗第三人，要之，公司得援引任何經登記之事項對抗第三人。

(二) 產生的問題

根據現行公司法，公司為登記後即一律得執該登記事項對抗第三人，且未設有例外規定，由此而生的癥結即是，倘若公司虛偽登記或出於過失而登記不實，此時若仍強求貫徹登記對抗主義，謂公司仍得以執不實登記之事項對抗第三人、主張第三人受不實之登記之拘束，不但無法達到最初之所以採取登記對抗主義欲減少第三人蒐集、查證資訊交易成本以及保障交易安全之立法目的，反而將公司積極為不實登記所衍生之交易風險轉嫁由第三人負擔，對交易秩序產生不利的影響。簡言之，現行法僅就消極不為登記有不得對抗第三人之規範，卻未一併考慮到上述積極不實登記之效力問題。

(三) 學者及各界意見

關於是否增訂積極不實登記亦不得對抗第三人，學者認為為釐清上述現行法下之疑義，此一增訂有其必要性。申言之，在正常情形下，自然維持「登記對抗主義」之原則不變，公司為登記後即得以其事項對抗第三人；然而，若係公司自己故意或過失所為之不實登記，則不應允許公司得主張第三人應受不實登記拘束；現行法僅就消極不為登記有所規範，積極不實登記之法律效果卻付之闕如，應加以增訂。

而業界基本上贊同此一增訂，觀諸座談會亦未見不同意見；另外，全國記帳士公會對此議題同樣表示不實登記本為無效，因此同意增定不實登記之效力；而訪問臺北市商業處公司登記科，其立場亦是只要增訂之法條不要造成誤解，贊同增訂，故，大抵已有修正共識。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

觀諸與我國登記對抗效力規範模式較為相近的日本法，日本會社法第908條第1項規定「依本法規定應登記之事項，非於登記後不得以之對抗善意第三人。即使於登記後，第三人因正當事由而不知該登記存在時，亦同」，即登記前不得對抗善意第三人，登記後則不論第三人均得對抗，僅在善意第三人有正當事由時不得對抗之；而積極不實登記的問題則在同條第2項處理，規定「因故意或過失為不實事項之登記之人，不得以該事項係不實對抗善意第三人」，在日本法下，固然不實登記不生效力，但在第908條第2項明白揭示在積極不實登記之情況下，公司不得以該不實登記之事項對抗第三人，其立法用意在於向大眾宣示登記系統的可信賴性。

(二) 我國立法分析

現行公司法第12條僅就消極不為登記規定不得對抗第三人，進而孳生若公司積極為不實登記之法律效果為何之疑義，就此疑義之解決，下分兩種模式加以分析，即(一)維持現行法、不增訂，(二)增訂積極不實登記之法律效果。

第一種模式認為無須增訂積極不實登記法效之理由在於，在真實認定主義下，不實登記自屬無效，不致對第三人產生不利益，若增訂不實登記不得對抗第三人，亦僅是宣示性之訓示規定，無論增訂與否，皆能獲致相同結果，維持現行法足矣。而第二種模式則是透過增訂清楚回應不實登記法效之疑義，明白揭示不得對抗第三人，工作小組承認第一種模式之論理稱增訂屬訓示規定並不無道理，但是透過明文除了可以積極釐清上述疑慮外，另一層積極之作用在於宣示我國登記系統的可信賴性，故宜增訂之。

三、方案提出

關於是否增訂積極不實登記之效力，建議修正公司法第12條，擬參考日本會社法第908條第2項「登記之事項係因故意或過失所為者，公司不得以該事項係不實對抗善意第三人」，而增訂之。惟，第三人是否限於善意，則仍維持現行法之設計。

四、修法委員分組審議決議

因第D+6條已有規範，無須重複規範，故決議不通過。

4.3.2.2 表見經理人制度之檢討（公司法第 12 條、第 29 條）

配合實質認定經理人，故表見經理人即不需規範。CEO、CFO、COO 等須登記，於其職務範圍內對外有公司代表權。並依章程規定設置，由董事會聘任，CEO 一名，CFO 一名，一併由董事會及負責人章節統一處理。

一、現況分析

（一）現行條文

我國公司法第 29 條規定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。

第 393 條規定公司左列登記事項，主管機關應予公開，任何人得向主管機關申請查閱或抄錄：六、經理人姓名。

然未經合法選任程序或未經登記，公司卻賦予經理人名之人，與第三人交易時，效果為何公司法上未有明文。

（二）產生的問題

依現行公司法下經理人制度，僅規範到經董事會選任並為登記之經理人交易行為問題，然就公司賦予他人經理人之名之情形，究應如何處理，實務上產生許多問題。

（三）學者及各界意見

我國公司法學者意見分歧，除有認為應維持經理人登記為對抗要件者，亦有認為應將經理人登記改為生效要件者。業界意見則一致表示支持改革經理人制度。總體而言，引進公司表見經理人制度，有助於明示公司須對於其賦予經理人名稱之行為負責之意義，使公司須為此種易於使第三人誤認其有經理權之情形自行負責。同時也有必要重新審視我國經理人之認定標準，並思考被認定為經理人之人除公司須為其行為負責外，該人是否對公司也負有忠實義務、是否享有報酬等請求權及是否負如證交法上之刑事責任等。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

日本會社法第 13 條：被賦予表示係公司之本公司或分公司之事業主任者之名稱之受僱人，關於該本公司或分公司之事業，視為有一切裁判外行為之權限。但相對人為惡意時，不在此限。本條規定係為民法表見代理之明文化，具有揭示作用。

適用本條（按：表見經理人）之要件有三：一為具備可被認為本公司或分公司的事業負責人的名稱如支店長、支社長、營業本部長、店長等是；二為公司對於此一外觀具備可歸責性；三為相對人善意且無重大過失，多數見解認為交易相對人因重大過失不知該公司職員非公司經理人者，公司就該職員之行為不負責任¹⁷。實務判決認為，表見經理人之行為須從外觀上可認為屬支配人所擁有權限範圍內之行為，即須考量該行為之性質、種類，客觀地、抽象地觀察決定是否為有關公司事業之行為¹⁸。

（二）我國立法分析

我國目前就經理人之認定標準係以形式為主、實質為輔之認定模式，原則上受合法選任程序並受登記為經理人之人即為公司法所稱經理人，例外於某些情形由於有將某些類型之人認定為經理人之必要，故透過主管機關函釋及法院實務見解，補充經理人認定之範圍。學說上亦有提出將公司法上所定經理人登記修正為效力要件之見解。

首先，藉由本次公司法修正，有必要重新檢視各法規中有關經理人認定之規定，例如：

1. 銀行法：按財政部 91 年 10 月 23 日台財融(一)字第 0918011887 號函，經理人之範圍，原則上包括總經理、副總經理、協理、經理、副經理。非屬以上職務名稱，而依「民法」第 553 條、第 554 條、第 555 條及「公司法」第 31 條第 2 項之規定，有為公司管理事務及得為公司簽名及為訴訟行為權利之人，亦為經理人。雖具以上經理人之名稱而依公司章程或契約約定不具上揭經理人職權者，即非屬經理人。
2. 證券交易法：(1)依經濟部 103.10.7 經商字第 10302105870 號函釋：「...所謂經理人乃指為公司管理事務及簽名之人，是凡由公司授權為其管理事務及簽名之人，即為公司之經理人，不論其職稱為何...」，具有實質認定之概念，故在認定證券期貨業經理人時，原則上以經濟部及相關公會登記資料為主，但亦會考量個案情形核實認定。(2)另原財政部證券暨期貨管理委員會 92 年 3 月 27 日台財證三字第 0920001301 號函釋示，對於證券交易法第 22 條之 2、第 25 條、第 28 條之 2、第 157 條及第 157 條之 1 規定之經理人，已訂定適用範圍如下：(一)總經理及相當等級者(二)副總經理及相當等級者(三)協理及相當等級者(四)財務部門主管(五)會計部門主管(六)其他有為公司管理事務及簽名權利之人。
3. 「保險法」及「保險業負責人應具備資格條件準則」相關規定，並未對保險業經理人予以定義，實務執行上對保險業經理人之認定，係依公司法第 31 條有關經理人之

¹⁷ 江頭憲治郎、門口正人編，會社法大系 1. 會社法制 會社概論・設立，2008 年，東京都：青林書院，頁 146；彌永真生，商法總則. 商行為法，二版，2006 年，東京都：有斐閣，頁 78。

¹⁸ 東京高判昭和 30.12.19 判夕 56 號 65 頁；東京高判平成元.6.7 金法 1249 號 30 頁。

規定。

另外，經理人之認定不但影響公司透過經理人所為外部交易之效力，同時亦須思考受認定為經理人之人與公司間之內部權利義務，易言之，受認定為經理人之人是否對公司亦有報酬、分紅等請求權，又其是否應負經理人所負如證券交易法上短線交易、內線交易等民、刑事責任，均為須思考之方向。

其次，就外部交易關係部分，目前表見經理人與第三人所為之交易行為，其效力，係透過表見代表類推適用民法表見代理解決。考量公司透過經理人代表交易，必須以交易安全之保障為基礎。類推適用民法表見代理毋寧為不得已之解套辦法，因此，工作小組建議於本次經理人制度改革修正中，除重新審視經理人認定之標準外，並增訂表見經理人之條文，以健全我國公司法制，明示公司應對其賦予他人經理人等此種易於使第三人誤認其有代表權限名稱之行為自負其責。

三、方案提出

關於改革經理人制度規定，建議修正公司法如下：

A 案：引進表見經理人規範充實公司賦予他人經理人名稱交易態樣公司責任。並重新審視各法規關於經理人認定標準，及其與公司間權利義務關係。

B 案：維持現行條文，暫緩引進表見經理人規範。但重新審視各法規關於經理人認定標準，及其與公司間權利義務關係。

四、修法委員分組審議決議

(一)配合實質認定經理人，故表見經理人即不需規範。CEO、CFO、COO 方須登記，於其職務範圍內對外有公司代表權。

(二)依章程規定設置，由董事會聘任，CEO 一名，CFO 一名，由第二組統一處理。

4.3.2.3 引進公司外文名稱之檢討(第 18 條及第 370 條等)

依據行政院 V-Taiwan 政府機制之討論結果，訂定或修正相關條文。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法第 370 條規定外國公司之名稱，應譯成中文，除標明其種類外，並應標明其國籍。至於公司可否使用外文名稱及外文名稱之法律地位於公司法中殊未規定。另依經濟部訂頒公司名稱及業務預查審核準則第 5 條，公司名稱之登記應使用我國文字，並以教育部編訂之國語辭典或辭源、辭海、康熙字典或其他通用字典中所列有之文字為限。

(二) 產生的問題

本條所指「應譯成中文」其意為何備受爭議。具體言之，現行學界多數見解均認為係指外國公司應「取中文名稱」，登記實務機關亦要求外國公司進行登記必須備有中文名稱，司法實務更謂：「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，公司法第十八條第五項定有明文。另經濟部頒訂公司名稱及業務預查審核準則第五條復規定，公司名稱之登記應使用我國文字，即公司法所定之公司名稱，應限於中文名稱。」、「公司選用英文名稱，公司法並無報備規定，更不須於章程訂明，即使在章程訂定，仍不生登記之效力。」。

因應不斷蓬勃的國際貿易與網路化趨勢，外國公司來台是否仍強制要求有中文名稱不無疑問，本國以服務為主之公司、新創事業是否要求必須備有中文名稱，亦值得思考，我國消費者也不乏以英文直呼公司名之情形，如 Google、Costco、IKEA 等等，是以有業者提出於公司法中明定公司外文名稱法律定位之建議。

(三) 學者及各界意見

我國公司法學者多數意見與先前經濟部商業司委託財團法人商業發展研究院研究¹⁹，公司名稱登記具有使主管機關辨認公司以及行政管理之效果，故採取較為保留之態度。但亦有學者持較開放立場，主張得思考適度開放與引進，以符合國際貿易與網路世界交易需求。

業界意見則較學者更為分歧。總言之，雖不乏贊成引進外文名稱者，但亦有相當比例認保留中文名稱有其優點。

首先，就登記機關而言，公司外文名稱如何管理與預查將會產生極大問題。其次，

¹⁹ 財團法人商業發展研究院，公司登記時以外文並列之立法例研究，104 年度商業創新環境之法制建構計畫—創新法制環境計畫期末報告，2016 年 4 月 8 日。

若僅開放英文名稱登記，是否引起其他語系國家之不滿。第三，開放外文名稱登記，似仍無法消除外國公司與本地交易時使用語言障礙。第四，是否引起民眾誤認登記外文名稱之本國公司為外國公司。第五，開放外文名稱登記，是否確能提升國際貿易量，有待研究，依日本先例似乎未能有效提升外國公司入內投資。第六，公司登記外文名稱與其中文名稱間，是否須具一定連結關係，如音譯、意譯，或肯認公司得以不相干名稱進行外文名稱登記。第七，已於經濟部國貿局系統登記之二十七、八萬間公司，是否全部以已登記之名稱作為外文名稱，或允許其另取新外文名稱。第八，開放外文名稱登記是否引起搶註問題、孰先孰後如何認定，以及會否增加更多商標、公平法爭議。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

港、澳、日允許公司以外文登記公司名稱。香港公司條例及香港公司名稱註冊指引允許公司得以一個英文或一個中文名稱或同時具有英文及中文名稱登記，但不得中英文混用。澳門商法典第 17 條「中文及葡文的強制使用」第 1 項規定：商業名稱必須以一種或兩種正式語文書寫；屬後者之情況，尚得加上英文名稱。日本會社法及授權法務省發布 Q&A 允許公司以英文、數字或日文登記公司名稱，但不得以括號方式同時登記日文及英文（例如 ABC(エイビーシー)）。

至於名稱相近之爭議，參酌香港公司條例及香港公司名稱註冊指引，其對於公司名稱過於相近之問題，係採取公司註冊時註冊機關不審查其名稱與他公司名稱是否過於相近，而交由商標條例進行處理，公司應自行注意是否有商標侵權之疑慮；新加坡公司法亦僅對於名稱相同加以禁止；而英國公司法則專門針對公司名稱近似及其使用字詞等問題設有一專章加以規範。

(二) 我國立法分析

考量國際貿易與網路交易之興盛，外文之使用需求日漸升高，公司名稱是否仍再限於中文有重新審思之必要。從公司名稱登記之角度而言，公司名稱具有行政機關管理之目的，我國仍以中文為母語，倘承認公司得有外文名稱，將對於登記機關產生莫大衝擊，尤其外文名稱如何預查、將來是否會引發搶註行為，以及開放外文名稱登記是否確能增進投資不明之情況下，驟然開放公司外文名稱，將來勢必產生許多爭議。

參酌外國法制，美國以公司名稱登記具有管理目的為由，不允許公司以英文以外之名稱進行登記。香港及澳門雖允許英文或葡萄牙文之公司名稱，然究其原因時有殖民之影子在內，且就香港及澳門而言，英文或葡萄牙文為其官方語言之一，尚不產生誤解誤認之虞。日本雖以促進外國投資為由，開放英文名稱之登記，惟參考日本財務省關於外國投資之件數及投資金額之統計，整體觀察而言，並無提高英語系國家投資

之趨勢。

但工作小組也考量外國公司、新創事業與網路事業等新型態事業體之需求，並不排除引進公司外文名稱之可能，因此也研議出幾種引進的可能型態：

(一) 中文名稱仍為必要之情況下，外文名稱得進行登記，但不賦予公司法名稱專用權

於此型態下，公司之外文名稱得作為任意事項，由公司自行決定是否採用外文名稱，登記機關對於公司登記之外文名稱不進行預查，公司應自行注意其名稱不得侵犯他人商標或違反公平交易法。採取此種引進型態，不但能符合公司欲表彰自己外文名稱之需求，對於登記行政而言衝擊亦較小，按登記機關無庸對於公司外文名稱進行預查，自無行政管理困難之疑慮。倘有二公司或數公司採用相同之英文名稱進行登記，此時登記機關仍得准予登記，至於採用相同名稱登記是否有不當使用而違反商標法或公平交易法則由受害公司進行訴訟主張，登記機關於接獲判決後始行撤銷侵權名稱。易言之，此種引進模式下，公司外文名稱登記僅作為名稱表彰而已，不具有排他效果。

(二) 中文名稱仍為必要之情況下，外文名稱得進行登記，且賦予公司法名稱專用權

於此型態下，公司之外文名稱雖仍作為任意事項，公司自行決定是否採用外文名稱，登記機關對於公司外文名稱須進行預查，以賦予公司外文名稱專用權。倘採取此種引進模式，則公司外文名稱具有公司法上專用權之效果，登記主管機關應如何預查，將是須思考之問題。

(三) 允許單純外文名稱登記

於此型態下，公司得單純以其外文名稱進行登記，且取得公司法名稱專用權，作為登記機關同名審查之依據，然在此型態下，又區分二種模式：1. 僅開放外國分公司得單純以外文名稱登記；2. 不論外國分公司、外國子公司或本國公司均開放得單純以外文名稱登記。此二種子型態，考量外國公司之使用，若採區分模式，將有造成外國公司來台投資時有法規適用標準不一之疑慮，因此採取第2種模式似為較妥之選擇。但工作小組也考量國內有不少聲音指出，設立於我國之公司本應有中文名稱，因此也思考是否採保留之態度或如何因應之道。

然而法制變革，必須符合國內語言使用習慣，因此是否開放外文名稱仍須考量外文名稱之開放是否會造成以下問題：首先，我國登記機關對於外文並無預查之機制，若欲授與專用權，登記機關如何進行預查將會是一大問題；其次，外文名稱之引進，是否有引起搶註與商標或公平交易法爭議等疑慮；再者，本國公司僅以外文名稱登記，是否有引起第三人誤認其為外國公司之虞；第四，若要求公司必須具備中文名稱之情況下，外文名稱與其中文名稱是否須具一定關聯性，如音譯或意譯等，均為須考量之問題。另外已於國貿局進行登記之公司亦應在考量之列。

若我國擬引進公司外文名稱制度，工作小組也考量因應之配套設計，例如：(一)

使用外文名稱之公司必須於章程內記載；(二) 初步僅開放英文名稱登記，以符合我國語言之使用習慣；(三) 授權中央主管機關就外文名稱之使用作詳細規範。至於名稱使用過於近似等問題，在我國商標法及公平交易法已施行多年，且就公司使用與他公司相近似名稱致有使他人混淆誤認之虞均有所規範下，工作小組亦建議就公司名稱相近似問題應回歸商標法、公平交易法解決，以免造成法規之複雜、徒生爭議；若回歸商標法、公平交易法不可採，則建議仿造英國公司法之立法模式於公司法中設立專責處理公司名稱條文或專章或授權主管機關發布子法予以明文解決。

最後，工作小組必須再次澄清，現行法規、實務上並未禁止公司以自己外文名進行交易。公司法上公司名稱與商標不同，具有公司法上專用權不代表同時具有商標權。公司法上專用權僅作登記機關同名審查之用，與商標效力不同。若承認公司之外文名稱專用權後，新制上路初期將面臨許多技術性問題須克服，也可能衍生許多公司外文名稱受侵害之案例，承認與否須審慎判斷。為免新制造成太大之衝擊，外文名稱之範圍授權由主管機關決定，初期較可能僅承認英文名稱。

三、方案提出

關於公司外文名稱引進與否，建議修正公司法第 18 條、第 370 條如下：

A 案：維持現狀，不做修正。

B 案：新增外文名稱，仍必須具有中文名稱，外文名稱不具專用權。

C 案：新增外文名稱，仍必須具有中文名稱，登記機關必須對外文名稱進行預查，外文名稱具有專用權。

D 案：允許公司單獨以外文名稱作為公司名稱，並區分以下二案：

D1：區分外國公司分公司、外國公司子公司(即本國公司)，外國分公司得單獨以外文名稱為公司名稱；外國公司子公司(即本國公司)，中文名稱仍為必要。

D2：不區分而一律准予僅具有外文名稱。

四、修法委員分組審議決議

決議由商業司決定。名稱預查問題也一併放在此討論。

4.3.2.4 增訂登記專責人員之檢討

登記專責人員併入「登記、公示、送達」專章中加以規範。

一、現況分析

(一) 現行條文

目前我國公司法制並未設有專人（公司秘書）負責公司登記事項之制度。

(二) 產生的問題

公司登記事項以符合事實為望，始能達到公示制度欲將真實資訊公告周知，以降低交易成本之制度目的，然而，由於我國公司法制未要求公司須指派專人負責登記事項，並由此專人負責確保登記事項之真實性，因而導致實際上，或因公司作業上疏失，或因經營權爭奪等不一而足的原因，時常發生登記內容與事實不一致之情形。換言之，我國現行法制上未要求須由專人負責公司登記事項，並於其登記不實資訊時負起相對應之責任，勢必難以有效控制登記亂象之發生率。

(三) 學者及各界意見

關於是否引進專人負責登記事項，有學者認為為了有效減少登記亂象，增訂此一制度有其必要性。申言之，有學者認為在制度設計上，未來應一律要求所有公司指派專人負責登記，且僅此專人有權進行變更登記；此專責人員並有隨時維持登記事項正確性之義務，一旦發生不實登記之情事，亦須由其負起相對應之責任。換言之，專人（公司秘書）負責登記事項即在於確立主管機關就登記事項僅為形式審查，公司登記之真實性有賴公司自己完善之。

相對於上述學者所提出引進專責人員負責登記事項以解決登記亂象之處方，業界多數意見則是或持保留態度，或直言反對，認為若貿然引進此制度，會增加公司成本、造成企業負擔，可能會引起反彈。此外，亦有業界人士質疑，即便須由專人負責登記事項，若公司管理鬆散，亦可能無法發揮多大效用。

此外，關於公司法是否須強制公司設置專職「公司秘書」，金管會表示由於目前已有類似功能職務之人辦理相關執掌，因此是否設置專職建議須再予審酌。具體而言，公司秘書制度，主要功能係負責公司登記、董事會顧問及協助推動公司治理，而金管會指出在現行架構下，銀行業運作上若董事會對公司登記、董事會召集程序及法規遵循等方面有疑義，係諮詢法遵部門，從而，如規劃建立公司秘書制度，就銀行業等已強制規定設置法遵部門之公司，是否可由類似功能職務之人員辦理相關職掌，此為思考是否建立公司秘書制度應一併考量之因素。另外，金管會指出根據先前證期局請證交所及櫃買中心調查上市（櫃）公司是否需設置公司秘書等類似功能單位之調查結果，發現公司秘書之職責目前大多已由公司之財會、法務、稽核及股務代理單位等予以專

業分工，且公司董事會之行政事務亦由議事單位執行相關功能，故目前是否有亟須規定公司應設置專職「公司秘書」之必要，金管會亦建議須再予審酌。

倘若確立須由專人負責公司登記事務，針對無力負擔登記專責人員成本之小公司，可能進而在未來發展出登記代理人或登記服務公司之機制，公司得以將公司登記事宜委由外部專業代理人處理，就此將登記專職委外之面向，經濟部商業司表達相關疑慮，其擔心在同時搭配登記資訊不實具有刑事或行政責任之重責配套措施下，將導致沒有專業登記人員願意替小公司擔當此職務，畢竟沒有人願意承擔不明之被訴風險，尤其如果公司商譽不甚良好，更是如此；更甚者，若無外部代理人願意接受公司之委任，又公司內部拒絕選任登記專人，此時，處罰公司之結果等同變相處罰全體股東等相關事實面問題應如何克服，有待研議。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

相較於我國尚對於公司設置專人（公司秘書）負責登記事項此一制度較為陌生；公司秘書制度在許多英美法系國家已行之有年，並經引入部分大陸法系國家。惟，各國之制度具體設計、執掌仍不盡相同，但大致可分為兩種模式，其一為不分大小公司，一律要求設置公司秘書，採取的國家例如：香港、新加坡；其二為僅要求規模較大之公開發行公司或上市公司設置公司秘書，採取的國家例如：英國。而總體而言，觀諸設有公司秘書制度之國家，大多對於公司秘書制度在公司法規遵循方面，或者係落實公司治理，給予正面肯定。

（二）我國立法分析

審視公司登記之規範目的，在於藉由登記、並加以一般性揭露使社會大眾得以獲取正確、充分且即時之交易資訊，進而營造資訊透明之經商環境使交易相對人得以安心從事交易、降低交易成本，因此，著眼於登記規範目的之達成，在設計規範時應思考者包括如何確保登記資訊之正確性、真實性。就此一命題提出兩種方案，即首選之方案（一）：將專人（公司秘書）負責登記之制度引進我國，並授權主管機關得針對不同規模之公司設定登記專員資格要件，與方案（二）課予董事會負有確認登記事項之義務，以維繫登記系統之資訊與事實相符。

第一種方案考量此次修法重點之一係推動登記電子化、並將登記之真實性交由公司自行負責擬將專人（公司秘書）負責登記事務之制度引進我國，未來公司應指派一位專人負責登記事務，負責確保登記事項之真實性，且僅此專人有權進行變更登記，其相關規範可參考商業會計法之會計人員任免及職務執行權限及責任。

在第一種方案下，有關若公司管理鬆散，引進此制度可能無法發揮多大效用之質疑，工作小組認為既然制度之設計係此專職人員有隨時維持登記事項正確性之義務，

一旦發生不實登記之情事，亦須由其負起相對應之責任，既有咎責應足以嚇阻相關亂象，並發揮效用。併同回應有關增加企業負擔之疑慮，工作小組為恐小公司無力設置專職人員，因此，擬將適用範圍與資格等具體要件授權主管機關制定子法規範之，換言之，未來法制上會因公司之規模大小，而具體上有所不同，主管機關甚至得特別針對小規模事業，檢討由公司董事或董事長擔任該登記專責人員，以減輕小公司負擔。

在此，工作小組欲釐清者係，此議題處理的是，為了確保登記資訊的真實性，擬由專人負責登記事務、並有隨時維持其正確性之義務，至於此一公司專職登記之人員是否必然就是公司秘書，另有議題專門研議如何引進公司秘書制度，因此有關引進英國公司秘書制度之疑慮，留待該議題解決。此外，此登記人員在具體設置上係公司須設專職，或者係得以委外之方式，目前工作小組亦採取保守立場，傾向在公司法母法中將具體適用範圍授權予主關機關決定。

鑑於各界意見對於公司應指派專責人員負責登記事項多有疑慮，或基於造成企業負擔，或出於目前已有類似功能職務之人辦理相關執掌，是以倘修法首選之方案一對於實務之運作影響過鉅，造成業界強烈反彈，退而求方案二，課予董事會負有確認登記事項之義務，以緩和上開相關爭議，並同時顧及登記系統資訊之正確性、真實性，以達公司登記規範最終營造健全經商環境，令交易相對人得以安心從事交易之目的。

三、方案提出

關於如何確保公司登記事項之真實性，建議引進專人(公司秘書)負責登記事項：

A案：將專人(公司秘書)負責登記之制度引進我國，同時為了避免造成企業過度負擔，將適用範圍與登記專責人員資格要件等具體要件授權主管機關制定子法。

B案：不引進專人(公司秘書)負責登記之制度，但課予董事會負有確認登記事項之義務，以維繫登記系統之正確性。

四、修法委員分組審議決議

決議採 A 案。

4.3.2.5 刪除董事經常代理制度（含登記）

本次修法應正本清源刪除此制度（含登記），建議刪除公司法第205條第5項及第6項。

一、現況分析

（一）現行條文

我國公司法第205條係董事代理之相關規定，其中第5項規定「董事居住國外者，得以書面委託居住國內之其他股東，經常代理出席董事會」，亦即，董事經常代理制度存於現行法中，在符合書面委託、委託居住國內之其他股東兩要件的前提下，容許長期旅居國外之董事利用經常代理制度。同條第6項復規定「前項代理，應向主管機關申請登記，變更時，亦同」，依最高法院68年度台上字第1749號民事判例，董事經常代理之登記屬生效要件，欲利用經常代理制度，尚須先向主管機關登記，始生效力。

（二）產生的問題

公司法第205條第5項、第6項明文肯認董事經常代理制度，並就是項登記訂為經常代理之生效要件，由此制度而生的不合理現象即係，容許長期旅居國外之人得以利用此制度，一方面既保有董事身分、坐享薪酬，另一方面卻無庸善盡其身為董事最起碼應出席董事會之義務。而容認經常性缺席董事會之人擔任董事一職，此不但與公司治理的精神相悖離，亦與董事應出席董事會之基本義務發生齟齬。詳言之，從公司治理的角度，良好的公司治理自係要求董事會成員本著謹慎及高度注意的態度善盡職責以追求公司利益，反觀董事經常代理制度，卻背道而馳；又，更進一步地，從董事出席董事會義務之機能觀之，係希冀能藉由董事出席會議參與討論、集思廣益進而做出追求公司利益的業務決策，再反觀董事經常代理制度，恰與董事出席董事會此一基本義務以及隨之而來所能發揮之功能相左。

（三）學者及各界意見

關於我國董事經常代理制度所衍生之公司治理相關問題，公司法學者多數意見認為正本清源之道自係刪除公司法第205條第5項、第6項經常代理之規定。理由在於，董事為公司負責人，對公司負有善良管理人之注意義務，出席董事會乃係對其最基本之要求，再者，在現行公司法已允許董事會得以視訊會議為之，實已不須再使董事得為經常代理，以促其踐履對公司之義務，強化公司治理。

整體而言，業者亦係支持刪除董事經常代理制度，但也有部分業界人士持保留意見。保留意見認為，倘若完全不允許董事經常代理，將來無法避免若干爭議，例如，當旅外董事居住之地方無法使用網路，此際視訊會議並非全面可行，故仍有保留經常代理制度之必要。換言之，即便現行公司法已經允許董事會得以視訊會議為之，但全面刪除之修法方向未慮及此種無法召開視訊會議之情形，若刪除此制度，董事既無法

以視訊方式參與會議，亦無法使用經常代理制度，將產生法律不敷因應現實所需，相關爭議並非無法預見。至於，刪除經常代理登記部分，業界則多表贊同。

另外，金管會對此議題表示若未來公司法刪除董事經常代理之規定對公開發行公司董事會之運作尚無影響。詳言之，金管會提出之意見認為現行公司法第205條雖訂有董事居住國外者經常代理出席董事會之規定，然而「公開發行公司董事會議事辦法」第9條第2項已明文規定「董事應親自出席董事會，如不能親自出席，得依公司章程規定委託其他董事代理出席；如以視訊參與會議者，視為親自出席」，復同條第3項規定「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」，是以，公開發行公司董事如不能親自出席會議，則應依前揭規定每次出具委託書，並列舉召集事由之授權範圍，刪除此制度與否對公開發行公司董事會之運作不生影響。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

觀諸外國立法例，無論是香港之公司條例或者是，英國之Companies Act 2006皆未見有董事經常代理制度之相關規定，亦即，法律並未特別替居住國外之董事開設得使用經常代理人以免去自身出席董事會義務之例外規定。

（二）我國立法分析

考量董事對公司負有善良管理人之注意義務，出席董事會乃最基本要求，而我國之董事經常代理制度之精神與之相違，職是以故，工作小組認為在公司法已允許董事會得以視訊會議為之下，應刪除此制度，以符良好公司治理環境建置之潮流。

而關於在旅外董事可能無網路、無法以視訊會議召開董事會之情形下，倘若法律不提供是類董事經常代理制度，將造成法律不敷現實所需之質疑，就此質疑，工作小組認為現今網路已如此發達，作為一間公司營運者的董事長期旅居在無法觸及網路之境，此情難以想像，又，縱使可能發生長期旅居在無法接觸網路的地方，在這種情況下，謂其尚能善盡善良管理人之注意義務，殊難想像。因此，解決「旅居國外的董事可能沒有網路」之絕佳方案，自係認為該名董事已無從適格適任地繼任董事一職，而非另尋董事經常代理制度為其解套。

至於視訊會議之召開是否會增加公司不合理成本之疑慮，現行例如Microsoft Lync 2013 整合通訊平台、skype免費視訊會議系統、Google+ Hangouts 多方視訊聚會等諸多應用程式均有提供免費視訊會議服務；而付費視訊，有價錢較親民者，如Zoom多人視訊會議室服務月租199，亦有價高者，如polycom視訊會議設備達10萬以上。總言之，視訊軟、硬體琳琅滿目，公司可自行評估抉擇以契需求，若使用免費視訊軟體並不會增加營運成本，亦是選項之一。

另外，有關刪除此制度對公開發行公司董事會之運作不生影響之意見回饋，工作小組認為此種看法有待商榷。申言之，觀諸「公開發行公司董事會議事辦法」第9條第2項「董事應親自出席董事會，如不能親自出席，得依公司章程規定委託其他董事代理出席；如以視訊參與會議者，視為親自出席」及同條第3項「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」之規定，其實與公司法第205條第1項、第2項、第3項之規定內容相當，並未明文排除同條第5項及第6項之規定。此外，由金管會所訂定之「公開發行公司董事會議事辦法」法位階僅為行政機關所訂定之行政命令，無母法明確之授權，亦無從排除上位階法律之效力，亦不可能具有優先適用之特別法效力，故公開發行公司董事理當仍有適用公司法第5項、第6項使用經常代理制度之可能或解釋空間，就此而言，刪除董事經常代理制度，並非對公開發行公司董事會之運作沒有影響，更進一步來說，刪除此制度反倒能使制度正本清源，無論公開發行公司或非公開發行公司居住國外之董事皆不得再透過經常代理制度迴避自身應出席董事會之最低限度義務。

最後，關於刪除此制度之修法方向，工作小組欲澄清者係，法制變革並不代表禁止董事使用代理人。詳言之，公司法制上刪除董事經常代理制度（含登記），用意是國家不再為董事經常代理一事以登記背書，至於公司是否允許經常代理，應屬公司內部自治事項，由公司自行決定，而後續董事是否出席董事會或者係使用代理人亦自行判斷，一旦未來發生違反善良管理人之注意義務情事，當自負責任。

三、方案提出

關於董事經常代理之相關規定，建議此次修法應正本清源刪除此制度（含登記），直接刪除公司法第205條第5項及第6項。

四、修法委員分組審議決議

通過。

4.3.2.6 登記不實之行政與刑事責任之增訂（第 12 條、第 9 條第 4 項）

明定公司不實登記之刑事與行政責任，刑事責任專由公司法處理不再適用刑法使公務員登載不實罪。並配套由登記主管機關有刑事專屬告發權，以避免第三人濫用檢察官刑事偵查影響公司營運與商譽。因「登記、公示、送達」專章就此已有規範，故將相關規定整合至該章相關規定中。

一、現況分析

（一）現行條文

我國公司法第 12 條對於公司消極不為登記，規定其不得對抗第三人。對於公司不實登記之刑事與行政責任，公司法未有規定。另外，公司法第 9 條第 4 項「公司之設立或其他登記事項有偽造、變造文書，經裁判確定後，由檢察機關通知中央主管機關撤銷或廢止其登記。」與前三項之規定分屬不同制度，於本次公司法修正，得併同予以修正。

（二）產生的問題

登記本以真實為本，公司對於自行登記之事項本應確保其為真實，倘公司以不實之資訊進行登進，應由公司自負其責。按刑法第 214 條規定「明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」為使公務員登載不實之罪行。

又最高法院 73 年台上字第 1710 號判例指出：「刑法第二百十四條所謂使公務員登載不實事項於公文書罪，須一經他人之聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而屬不實之事項者，始足構成，若其所為聲明或申報，公務員尚須為實質之審查，以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非本罪所稱之使公務員登載不實。」故依現行實務見解，主管機關倘具有審查權限之情形，將不構成刑法使公務員登載不實罪。

惟公司登記具有公示力及公信力，登記之事項倘非真實，自應由公司負其責任，而無再分形式審查與實質審查為相異之判斷。然又考形式審查下的不實登記倘一律落入刑法使公務員登載不實罪，並非健全之公司法制，故於公司法另明定其行政責任，以完足公司法不實登記責任法制。

另現行法第 9 條第 4 項與前三項之規定分屬不同制度，亦應與不實登記之責任配合修正。

（三）學者及各界意見

就公司登記不實之刑事與行政責任而言，我國公司法學者與業界意見相當分歧。

總的來講，雖不乏贊成明定公司不實登記之刑事與行政責任者；但亦有認為刑事責任部分回歸刑法使公務員登載不實罪處理，僅明定登記不實之行政責任即可。

公司法第 9 條第 4 項條文位置之移列，我國公司法學者與業界意見多表示支持移列至正確條文位置，或可配合此次增訂登記不實之責任時，訂於同一條文中。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

參酌新加坡公司法第 401 條(2A)規定，任何人提交或登記，或授權他人提交或登記，不實或具誤導性之文件，處以 50,000 星元以下罰金，或 2 年以下有期徒刑。另參酌英國公司法第 1112 條規定，任何人故意或過失提交或登記具誤導性、不實或詐欺之文件，屬於犯罪行為。

是以登記以真實為必要，倘公司進行不實之登記行為，自應要求公司負其責任，不應以登記是否經主管機關審查而有區別。

(二) 我國立法分析

考量公司登記強調透明與真實，公司本應有確保其所登記是事項為真實之義務。參酌舊公司法第 9 條民國 55 年 7 月 5 日全文修正「(第一項)公司設立登記後，如發現其設立登記或其他登記事項，有違法或虛偽情事時，經法院裁判確定後，通知中央主管機關撤銷其登記。(第二項)公司負責人有前項情事時，各科二千元以下罰金；其情節重大者，各處一年以下有期徒刑、拘役、或科四千元以下罰金。」至民國 81 年 5 月 31 日修正後之「(第一項)公司設立登記後，如發現其設立登記或其他登記事項，有違法情事時，公司負責人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。(第二項)公司負責人對於前項登記事項，為虛偽之記載者，依刑法或特別刑法有關規定處罰。」均有就公司不實登記作規範，然至民國 90 年 10 月 25 日修正之公司法即未再就公司不實登記有所規範，其緣由亦無從考究。

然考我國國情，公司登記除具有公示效果外，更具有公信力之意義。因此，公司倘為不實之登記行為，本應要求其負責，始能維持公司登記系統之公信效力。現行刑法第 214 條雖有使公務員登載不實罪之處罰，惟於現行最高法院見解下，公司登記倘須經主管機關實質審查者，即無從再依該條處罰，將造成針對登記事項審查密度不同而有不同結果之情形發生，於公司法制並非健全之道。

從公司登記對抗主義之規範精神，亦可窺知，主管機關不宜於事前任意涉入公司登記資訊真假之審查與判斷，而應由公司自行確保其登記資訊之真實與正確性。惟現實實務運作、司法判決似未能充分體認該當規範原理，時而在事前主動涉入公司登記資訊之實質審查、正確性確保之問題，發生「公親變事主」之弔詭。主管機關過度介入

干涉與管制，引發一般人民對於公司登記產生不應有、且錯誤的期待，同時亦使得公司怠於健全其公司治理、確保其公司登記資訊之正確性。

工作小組建議於公司法中明定公司不實登記之刑事及行政責任，以維持公司登記之正確，保障交易之安全與資訊之透明。對未能於規定時間內完成（變更）登記者，處以罰鍰（消極不為/不實登記）；但對明知而為虛偽不實登記者，則得處以罰鍰或刑責（積極不實登記）。同時要求公司董事（會）應確保其登記資訊之確實性，並對其錯誤不實記載負連帶責任。

搭配本次修法新設登記專責人制度，工作小組也思考將責任區分之可能性，於刑事責任，應由實際之行為人（登記專責人）負責，行政（或含民事責任）則似可將責任主體擴及於董事長。工作小組更思考若針對公司加以處罰，或有變相處罰股東之虞；然若就董事、負責人進行處罰，又難免遇有公司董事、負責人全體退位、移轉財產甚至潛逃，陷入無人承擔責任之困。另外，於公司委外使用專責登記代理人時，登記代理人並無查核公司資訊是否真實之權限（亦不宜由此外部代理人享有查核之權限），倘課予其過重責任、義務，恐生公司信譽不良時，無人願意為其代理登記，而公司內部又因爭權或其他情事而不願於內部選任專責登記人之窘境。

工作小組也考量依行政罰法第 26 條第 1 項本文規定，「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。」是此，若未於公司法中明定公司不實登記之刑事責任，並排除刑法第 214 條之適用，僅增訂行政責任，此時將受行政罰法第 26 條所涵攝，而須回歸刑法處理，如此於登記不實引發重大社會後果，而刑法規範裁罰又不足時，恐生爭議，故於公司法中明文訂定公司不實登記之刑事責任，以彌糾紛。

搭配登記電子化之推行，登記主管機關於事前審查之密度將大幅下降，因此必須適度的強化事後行政權之行使，使主管機關於事後發現或受檢舉公司登記有不實情形時，有權或有義務逕行撤銷或釐正該不實登記資訊，並賦予針對重大不實登記行為有行政裁罰、甚至提出刑事告發之手段，如此始能衡平事前低度管制所帶來之影響。

另外，工作小組尚考量，若任何人皆得向檢察官提出告發，可能引起濫用檢察官刑事偵查而不當影響公司營運與商譽之情形，故建議明定由登記主管機關有專屬告發權，第三人仍得向登記機關為舉發，由登記機關裁量登記不實嚴重情形，選擇以撤銷登記、責令釐正、行政裁罰或向檢察官告發提起刑事告訴。

同時，若將來於登記外，新增單純公告（揭露）之類型，就此類型由於係由公司於公告系統上登錄後即行公告，屬一單純事實行為，主管機關事前並未做出行政處分行為，故倘行政機關嗣後發現公司公告事項有不實時，將無從依行政程序法進行撤銷，工作小組建議增訂相關之刑事、行政及民事責任，以維公告事項之真實。

就現行公司法第 9 條第 4 項部分，本係搭配公司登記不實責任而設之條文，然於第 9 條幾經修正後，該項條文已與其三項條文屬不同之制度，工作小組亦建議藉此次

公司法修正移列至正確條文位置，或配合此次增訂登記不實之責任，訂於同一條文中。

三、方案提出

關於公司不實登記之刑事與行政責任建議修正公司法第 12 條如下：

A 案：明定公司不實登記之刑事與行政責任，刑事責任專由公司法處理不再適用刑法使公務員登載不實罪。

B 案：僅明定公司不實登記之行政責任，刑事責任回歸刑法使公務員登載不實罪處理。

A 案及 B 案配套措施：由登記主管機關有刑事專屬告發權，以避免第三人濫用檢察官刑事偵查影響公司營運與商譽。

若採 B 案則須考量：行政罰法第 26 條第 1 項本文規定，「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。」若未於公司法中明定公司不實登記之刑事責任，並排除刑法第 214 條之適用，僅增訂行政責任，此時將受行政罰法第 26 條所涵攝，而須回歸刑法處理，如此於登記不實引發重大社會後果，而刑法規範裁罰又不足時，恐生爭議。

四、修法委員分組審議決議

決議採 A 案。明定公司不實登記之刑事與行政責任，刑事責任專由公司法處理不再適用刑法使公務員登載不實罪。並配套由登記主管機關有刑事專屬告發權，以避免第三人濫用檢察官刑事偵查影響公司營運與商譽。

4.3.2.7 登記事項資訊公開範圍之調整（第 393 條）

建議增加應公開之公司資訊項目及明定登記資訊可查詢之歷史範圍，並授權主管機關得以子法就細部事項加以規範。並配套措施如：（一）得查詢七年內（或七年以上）之歷史資訊查詢範圍；（二）歷史資訊之查詢，是否必須繳納費用（任何人均應繳納？或限於非股東、利害關係人以外之第三人始須繳納？）？以避免濫用查詢，造成公司營運障礙。因「登記、公示、送達」專章就此已有規範，故將相關規定整合至該章相關規定中。

一、現況分析

（一）現行條文

我國公司法第 393 條規定：「（第一項）公司登記文件，公司負責人或利害關係人，得聲敘理由請求查閱或抄錄。（第二項）但主管機關認為必要時，得拒絕抄閱或限制其抄閱範圍。（第三項）公司左列登記事項，主管機關應予公開，任何人得向主管機關申請查閱或抄錄：一、公司名稱。二、所營事業。三、公司所在地。四、執行業務或代表公司之股東。五、董事、監察人姓名及持股。六、經理人姓名。七、資本總額或實收資本額。八、公司章程。（第四項）前項第一款至第七款，任何人得至主管機關之資訊網站查閱。」。

而對於公司登記事項之歷史資訊查詢範圍未有規定，何種登記事項之資訊應加以公開，規範亦不健全。為明確公司登記事項之公開，以保障交易安全、促進交易便利，並配合登記電子化之推動，有必要予以明定。

（二）產生的問題

現行公司登記事項之可查詢歷史資訊範圍未有明文規定，於經濟部商業司商工查詢服務查詢公司登記事項，係以公司現行登記事項為限，無法查詢公司以往登記事項，以至於可能產生公司改派負責人並為變更登記後，或其他公司登記事項變更登記後，隔日第三人即無法查詢原登記事項為何，於交易上無法保障第三人之資訊取得。為配合登記電子化之推動，應有必要於公司法中明定登記事項之公開範圍與可查詢歷史資訊範圍。

有許多資訊，公司均應加以公開，讓大眾皆得透過網路查詢，例如章程即屬應公開之資訊，現行法雖允許抄錄章程，卻未明定其須公開。除章程外，尚有許多應公開之資訊，此須由各修法小組於進行各別的規範調整時一併考量，例如財務報表、簽證會計師、公司秘書等。從比較法觀之，現行公司法第 393 條第 2 項所規定主管機關應予公開之公司資訊，明顯過少及不足，未能滿足國內外事業及投資人對於公司資訊之需求。另現行一般社會大眾藉由登記主管機關之網站，可以得知之公司資訊，僅限於上述公司法第 393 條第 2 項各款規定之資訊，其餘資訊則依公司法其他規定須自行

向公司請求閱覽或謄寫，不僅不夠迅速、方便、經濟，且時而遭受公司阻撓、拒絕提供資訊。

(三) 學者及各界意見

我國公司法學者與業者對於明定登記事項可查詢歷史資訊範圍，多表支持。認為明定其範圍，得促進公司營運規劃，並保障第三人之資訊取得，以維護交易安全、增進交易順暢。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

依照日本商業登記法規定及法務省商業・法人登記Q & A，關於登記事項證明書、登記事項概要、附屬書類，均得於繳納手續費後查閱，並且就申請之日前三年，該年1月1日起之歷史資訊均得查詢。另參酌英國、新加坡與香港之公司登記線上查詢，均必須繳納費用，於繳納費用後始得進行公司登記資訊之查詢。

(二) 我國立法分析

考量公司治理強調透明與究責，乃應課與公司登記資訊公開之義務。首就公司歷史登記資訊言之，透過查詢公司歷史登記資訊，第三人得藉由公司過往狀況、體制進行交易判斷，藉此充實交易安全之保護。並透過公司歷史登記資訊，得合理究責於應負責之人，避免一因公司變更登記，即時使第三人失去查詢途徑，無從要求原應負責之人負其應負責任。故工作小組建議明定可查詢公司登記之歷史範圍，確保第三人於一定年限內仍得查詢公司登記資料，藉以健全我國公司法制。當然，工作小組也衡量現行行政機關雖有保存過往所有公司登記資料，然於紙本與電子間之轉換無可避免可能產生登打錯誤等問題，新制初期將有許多技術問題須經克服，為免造成行政機關過重負擔，亦會就紙本與電子間之過渡問題加以思考是否增設過渡條款，或初期先以已經電子登記之部分供線上查詢，將來始逐步回歸一般查詢年限運行以為過渡。

其次，資訊之使用本以有償為基礎，並為避免有心人士利用查訊系統毫無限制搜集公司資訊，反造成公司營運上障礙以及公司入台投資疑慮，同時維持登記系統之健全運作，因此工作小組建議任何人查詢公司資訊均應償付手續費。但考量我國民情，工作小組亦不排除免費使用登記查詢系統之可能，若首選不可行，可另思考於股東及公司利害關係人使用登記查詢系統時得以免費查詢，或進一步擴展到任何人使用查詢系統均免予收費。

就公司登記資訊公開範圍而言，工作小組不諱言此為一較具爭議之問題，於使用公司法人格之人所應負之公開義務，與公司機密、個人資料保護間如何取捨，確實為一須審慎思考之議題。尤其於股東名簿是否公開此一議題，參酌英國法及香港法，係

要求使用公司此種有限責任體制之人應負起其公開之責任，使社會大眾得以瞭解何人為公司之股東、使第三人得知悉公司之營運狀況以作為是否與其交易之判斷。然國內亦有較為保留態度之聲音，認為股東名簿為公司機密範圍，甚至涉及個人資料保護法問題，尚有從公司併購防禦權底下探討公司股東名簿公開所可能帶來之影響，實屬一富有爭議之問題。是此，工作小組除思考股東名簿等於公司重大影響之事項公開是否於法文中明定外，亦思考某些較無爭議的資訊得授權由主管機關訂定子法以為技術性詳細規範。

三、方案提出

關於公司登記資訊可查詢資訊項目及歷史範圍，建議修正公司法：

增加應公開之公司資訊項目及明定登記資訊可查詢之歷史範圍，並授權主管機關得以子法就細部事項加以規範。

並提出配套措施如：(一)得查詢三年內(或三年以上)之歷史資訊查詢範圍；(二)歷史資訊之查詢，是否必須繳納費用(任何人均應繳納？或限於非股東、利害關係人以外之第三人始須繳納？)？以避免濫用查詢，造成公司營運障礙。

四、修法委員分組審議決議

通過。

第四節 解散清算

4.4.1 清算多年未完結公司之處置

建議引進國外除名制度，透過一定之程序將公司除名。並完整補充要件與程序（先詢問該公司有無繼續營運意願，一個月未回覆或回覆沒有營運，再公告有無其他人異議，經三個月後無人異議，則主管機關予以除名，財產歸政府，負債由董事承擔，名稱釋放給他人用。）並建議刪公司法第 26 條之 2

一、現況分析

（一）現行條文

我國現行股份有限公司解散之事由規範在公司法第 315 條，包括章訂解散、決議解散、命令解散（第 10 條）、裁定解散（第 11 條）等事由，解散後公司即進入清算，在清算期間，應以清算人為公司負責人，辦理清算事務，清算完結後，公司法人格始消滅。

另公司法第 26 條之 2 規定，公司解散後，逾 10 年未清算完結，其公司名稱得為他人申請核准使用。

（二）產生的問題

公司不論任何原因，解散後均應辦理清算，惟實務上為數不少之公司，解散後，任令公司荒廢，公司負責人怠於辦理清算，導致產生很多無法清算完結之殭屍公司，長年佔用公司名稱，且造成主管機關管理上之困難。雖然公司法在民國 101 年 1 月 4 日增訂第 26 條之 2 規定，對於公司解散逾 10 年為清算完結者，除有特別原因外，其名稱不再保留，得為他人申請使用，唯此一規定僅解決名稱問題，公司仍然存在，不僅管理上造成困擾，也存有交易安全之風險。

（三）學者及各界意見

各界普遍認為對於殭屍公司之問題應透過一定之程序予以解決，使這些公司能夠合法結束。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

英美法上多數國家均有除名制度 (strike off)，對於公司已無營運或經營業務之情事，倘若符合一定條件者，登記主管機關有權予以除名，除名之後即不存在於公司名冊上，視同法人格消滅。惟董事、經理人等公司負責人及股東在法律上應負之責任並

不受除名之影響，仍負有如同公司繼續存在時之責任。以香港為例，其主要特點包括：

1. 公司註冊處處長如有合理原因相信某公司並非正在營運或經營業務，則處長可以依據公司條例第 15 部第 1 分部之規定，先向公司查詢是否正在營運或經營業務，倘若公司一個月內未回覆，或回覆表示未營運或經營業務，則可以在憲報刊登公告，述明除非有反對理由提出，否則在公告後三個月內，公司名稱會從公司登記冊剔除，而公司將會解散（公司結束，與台灣法規上之解散意義不同）。

2. 董事、經理人等公司負責人及股東之責任視為未結束，董事並應保存帳冊簿據最少 6 年。

3. 公司如尚有財產（信託持有者除外），視為無主物，應歸屬政府。

4. 在符合一定條件下（如除名時公司正在營運），在公司結束後 20 年內，董事或股東可以申請恢復註冊（復名），復名後公司視為自始繼續存在。惟復名時如名稱已為他公司所使用，應變更使用其他名稱。

此一除名制度亦適用於清算中之公司，若註冊處處長有有合理理由相信，並無清盤人亦無臨時清盤人正在行事或該公司的事務已完全處理完畢，且由清盤人或臨時清盤人作出的申報表，已在一段連續 6 個月的期間內沒有作出之情況下，註冊處處長亦可經由一定之程序，將公司除名，結束公司（公司條例第 747 條）。

（二）我國立法分析

我國現行並無類似英美法上之除名制度，惟現行之問題，似僅能透過立法的方式，對於清算人怠於清算，在一定期間內無正當之理由而無法完成清算者，在法律上視為清算完結，法人格消滅。而若仍有未了之資產負債（權利義務），則資產（權利）由股東依持股比例共同持有，負債（義務）則應由董事共同負直接責任。

此外，公司法亦可考慮引進英美法之除名制度，配合我國民情，建構適合我國之除名制度，根本解決清算人未積極完成清算的問題。

惟不論採取以法律就一定期間未清算完結之公司擬制清算完結之效果，或引進除名制度，有關稅務申報的部分，均應有相應之配套措施，以資周全。

三、方案提出

對於目前存在解散公司多年無法清算完結之問題，現行法下似無法有效解決，建議可能之解決方案為：

A 案：以法律規定擬制一定期間未清算完結之公司，視同清算完結，若有未結之資產負債（權利義務），資產（權利）由股東依持股比例共同持有，負債（義務）則應由董事共同負直接責任。

B 案：建議引進國外除名制度，透過一定之程序，將公司除名。

配套措施：

(一) 目前公司法第 10 條、第 11 條關於命令解散、裁定解散之規定，建議移至第 315 條之後，與解散清算規定在同一章節。

(二) 不論採行 A 案或 B 案，相關措施，如稅務申報規定，應同步修改。

四、修法委員分組審議決議

決議採 B 案，建議引進國外除名制度，透過一定之程序將公司除名。並完整補充要件與程序 (先詢問該公司有無繼續營運意願，一個月未回覆或回覆沒有營運，再公告有無其他人異議，經三個月後無人異議，則主關機關予以除名，財產歸政府，負債由董事承擔，名稱釋放給他人用。) 並建議刪除第 26 條之 2。

4.4.2 除名制度引進之探討

建議引進國外除名制度，一步解決殭屍公司之問題。惟相關配套措施，如稅務申報規定，應同步修改。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國現行公司法第 10 條規定，對於公司設立後，如有未開始營業或自行停業達六個月以上之情形（已辦理停業申請者除外），主管機關得依職權或利害關係人之申請，命令解散。唯解散後之公司，仍應自行辦理清算，公司始能結束，法人格消滅。

另公司法第 26 條之 2 規定，公司解散後，逾 10 年未清算完結，其公司名稱得為他人申請核准使用。

(二) 產生的問題

公司設立後，如有閒置未營運或未經營業務之情形，依法公司可以選擇申請停業、決議解散或清算，惟實務上為數不少之公司，怠於申請停業或為解散之決議，任令公司閒置，縱經主管機關依第 10 條命令解散或自行決議解散，公司負責人亦多怠於辦理清算，導致產生很多殭屍公司，長年佔用公司名稱，且造成主管機關管理上之困難。

(三) 學者及各界意見

各界普遍認為對於殭屍公司之問題應透過一定之程序予以解決，使這些公司能夠合法結束。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英美法上多數國家均有除名制度 (strike off)，對於公司已無營運或經營業務之情事，倘若符合一定條件者，登記主管機關有權予以除名，除名之後即不存在於公司名冊上，視同法人格消滅。惟董事、經理人等公司負責人及股東在法律上應負之責任並不受除名之影響，仍負有如同公司繼續存在時之責任。以香港為例，其主要特點包括：

1. 公司註冊處處長如有合理原因相信某公司並非正在營運或經營業務，則處長可以依據公司條例第 15 部第 1 分部之規定，先向公司查詢是否正在營運或經營業務，倘若公司一個月內未回覆，或回覆表示未營運或經營業務，則可以在憲報刊登公告，述明除非有反對理由提出，否則在公告後三個月內，公司名稱會從公司登記冊剔除，而公司將會解散（公司結束，與台灣法規上之解散意義不同）。

2. 董事、經理人等公司負責人及股東之責任視為未結束，董事並應保存帳冊簿據最少 6 年。

3. 公司如尚有財產（信託持有者除外），視為無主物，應歸屬政府。

4. 在符合一定條件下（如除名時公司正在營運），在公司結束後 20 年內，董事或股東可以申請恢復註冊（復名），復名後公司視為自始繼續存在。惟復名時如名稱已為他公司所使用，應變更使用其他名稱。

至於對清算中之公司，若註冊處處長有合理原因相信，並無清盤人亦無臨時清盤人正在行事或該公司的事務已完全處理完畢，且由清盤人或臨時清盤人作出的申報表，已在一段連續 6 個月的期間內沒有作出之情況下，註冊處處長亦可經由一定之程序，將公司除名，結束公司（公司條例第 747 條）。

（二）我國立法分析

我國由於公司設立後，並無每年繳納註冊費或辦理週年申報之義務，以致於公司縱然已無營運，負責人常怠於積極將公司合法結束，此問題似在現行制度下難以解決。有鑑於此，英美法上之除名制度，或可參考引用，建構適合我國之除名制度。惟有關稅務申報，目前均係依照公司法下解散清算所為之規範，若引進此一制度，對於稅法上相關申報義務，亦應有相一致之配套規範。

三、方案提出

對於根本解決多年存在之殭屍公司之問題，現行法下似無法有效解決，建議引進國外除名制度，一步解決殭屍公司之問題。惟相關配套措施，如稅務申報規定，應同步修改。

四、修法委員分組審議決議

決議通過。

4.4.3 撤銷登記制度引進之探討

建議引進國外撤銷註冊之制度，簡化目前之解散清算制度。惟相關配套措施，如稅務申報規定，應同步修改。並建議公司須切結，且亦須經公告程序。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國現行公司法，對於所有公司，在任何情況下，若要主動結束，均應依第 315 條申請解散與第 322 條以下辦理清算，公司法人格始可以消滅。

(二) 產生的問題

現行制度程序冗長複雜，雖然理想上進行 6 個月可主動結束一家公司，惟實務上通常須耗費 1 至 2 年，方可完成清算程序。由於清算人於清算期間未完成清算，無法分配剩餘財產，故實務上主動解散公司前，公司通常均已將資產與負債整理好，實際上清算期間已無清算工作需要處理。是以，於此種情況下，實無需經過現行之冗長程序以完成清算，且目前法院對於清算均採備查制，並無實質審理，若倘公司實際仍有未了事務，仍視為清算不完結。

(三) 學者及各界意見

各界意見普遍認為目前清算程序過於冗長，尤其是等待稅務申報核定之時間。對幾乎已無資產與負債之公司，應可以參考國外制度，簡化相關程序。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英美法上多數國家均有撤銷註冊制度 (Deregistration 或謂公司申請除名 strike off upon request)，對於公司已無營運、無資產與負債之公司 (少數公司除外)，提供簡單且迅速撤銷公司註冊之方法，並註銷公司。惟董事、經理人等公司負責人及股東在法律上應負的責任並不受撤銷註冊之影響，視同公司仍繼續存在。以香港為例，得申請撤銷註冊之情況包括：

1. 公司的所有成員均同意撤銷註冊；
2. 該公司仍未開始營運或經營業務，或在緊接提出申請之前的 3 個月內沒有營運或經營業務；
3. 該公司沒有尚未清償的債務；

4. 該公司不是任何法律程序的一方；
5. 該公司的資產不包含位於香港的不動產；
6. (如該公司是控權公司) 該公司的所有附屬公司的資產均不包含位於香港的不動產；
7. 該公司已取得稅務局局長的《不反對撤銷公司註冊通知書》(「不反對通知書」)。

至於何種情況下，稅務局局長可以發給不反對撤銷公司註冊通知書，基本尚有以下幾種情況：

1. 公司從未開業或已停止營業；
2. 公司將不會開始/重新營業；
3. 公司已出售所有存貨、物業及證券；
4. 公司沒有未清繳的稅款包括利得稅、物業稅、印花稅、商業登記費及與該等稅項有關的罰款及法庭費用；
5. 公司沒有在稅務條例下尚未完成的責任，包括未交回稅務局已發出的報稅表、以書面通知稅務局局長公司就任何課稅年度應課稅但未收到有關年度的報稅表；
6. 公司沒有尚未回覆稅務局所發出的任何查詢；
7. 公司的評稅沒有尚未完結的反對或上訴。

註冊處處長收到公司撤銷註冊申請時，在憲報刊登公告，述明除非有反對理由提出，否則在公告後三個月內，公司註冊將會撤銷，而公司將會解散（公司結束，與台灣法規上之解散意義不同）僅有在少數情況下，債權人可以申請復名。惟復名時如名稱已為他公司所使用，應變更使用其他名稱。

（二）我國立法分析

針對公司已無資產負債之情況下，我國目前並無提供簡易的結束程序，惟實務上對於一般清算程序過於冗長確實多所詬病，倘若能引進撤銷登記制度，使公司以較彈性且迅速之方式結束，不僅簡化法院工作，更誘使公司有意願適用，合法結束公司。惟有關稅務申報，目前均係依照公司法下解散清算所為之規範，若引進此一制度，對於稅法上相關申報義務，亦應有相一致之配套規範。

三、方案提出

建議引進國外撤銷註冊之制度，簡化目前之解散清算制度。惟相關配套措施，如稅務申報規定，應同步修改。

四、修法委員分組審議決議

決議通過，並建議公司須切結，且亦須經公告程序。

公司法全盤修正修法委員會

4.4.4 停業多年未繼續營業公司之處置

連續停業不得超過 3 年，10 年內不得超過 5 年，除有正當理由(例如訴訟)，視為解散，由公司進行清算。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國有關公司停業之規定，係規定在「公司之登記及認許辦法」第 10 條，該條第 1 項規定公司暫停營業 1 個月以上者，應於停業前申請為停業之登記，並於復業前為復業之登記，又同條第 3 項規定，申請停業或延展開業期間，每次最長不得超過 1 年。

(二) 產生的問題

由於我國公司法對於停業、復業規定相當寬鬆，停業期間並可以免除營業稅之申報，實務上存在有公司雖已無意繼續經營，惟考量解散清算程序繁複，且申請停業又可保留繼續營業之可能，遂據以申請停業。每次停業雖以 1 年為限，然而公司每每於期限屆至之前，再申請展延，造成停業制度之濫用。

(三) 學者及各界意見

主管機關認為形式上停業、實質上無意經營之公司，倘若停業達一定期間以上者，建議可以註銷，藉以減少管理上之困擾。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

香港公司條例所謂不活動公司，係指在不活動期間，沒有任何會計交易(除該公司應支付之規費之外)，在該期間並得免除週年申報、財務報表編制及審計之義務。雖公司可以無限期處在不活動狀態，惟該公司仍負有繳納註冊費及其他相關義務。

(二) 我國立法分析

我國由於沒有繳納註冊費的規範，一般公司停業後，並無重大之義務，因此，實務上可藉由濫用此制度，以達到公司結束之目的。建議對於此類之公司，或可賦予相關之義務(例如繳納一定之規費)；或制訂最長之停業年限，停業達到該年限時，則視為解散，或由主管機關予以除名結束公司，以減少停業制度濫用之問題。

三、方案提出

對於解決停業多年之公司，建議以下方案：

A 案：要求每年繳納一定規費，未繳納規費則由主管機關除名。

B 案：制訂最長停業年限，超過該期限視為解散。

C 案：制訂最長停業年限，由主管機關予以除名結束公司。

四、修法委員分組審議決議

連續停業不得超過 3 年，10 年內不得超過 5 年，除有正當理由(例如訴訟)，視為解散，由公司進行清算。

公司法全盤修正修法委員會

第五章 揭穿公司面紗、關係企業

第一節 關係企業.....	5-2
5.1.1 關係企業.....	5-2
5.1.2 相互投資公司之存廢.....	5-9
5.1.3 關係企業書表揭露義務維持之必要性.....	5-12
5.1.4 控制公司少數股東之保護.....	5-14
第二節 揭穿公司面紗.....	5-16
5.2.1 揭穿公司面紗適用要件之再檢討.....	5-16
5.2.2 擴大適用範圍之必要.....	5-19
第三節 實質董事.....	5-21
5.3.1 整合實質董事與關係企業等相關規定之必要性.....	5-21
5.3.2 擴大實質董事規範之適用主體.....	5-26

公司法全盤修正修法草案

第五章 揭穿公司面紗、關係企業

第一節 關係企業

5.1.1 關係企業

建議保留關係企業之定義與關係企業三書表之規範並移至總則編及會計相關章節，刪除關係企業專章之名稱。並刪除深石原則之相關規定。

一、我國現況

(一) 現行條文

公司法所定義之關係企業，一為具有控制與從屬關係之公司，二為相互投資公司（第 369 條之 1）。控制與從屬公司的定義，規定於公司法第 369 條之 2，為「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。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。」。

而相互投資公司之定義，規定於公司法第 369 條之 9，為「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。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。」並於第 369 條之 10 規定其法律效果，為「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。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) 產生的問題

控制與從屬關係之公司，因法定門檻過高（第 369 條之 2），導致實務適用之個案有限，實宜重新界定其適用主體範圍，例如：控制方不再限縮於股份有限公司或有限公司此種組織型態，或其它適當之判定標準。

相互投資公司，因關係企業章之規範內容，主要涉及表決權行使之限制（第 369 條之 10），而該規定與公司法第 179 條第 2 項第 2 款間之適用衝突，主管機關已表明優先適用公司法第 179 條第 2 項第 2 款之立場，倘若廢除相互投資公司之相關規定，並下修公司法第 179 條第 2 項第 2 款限制表決權行使之持股比例，例如：參考公平交易法所採之三分之一，或金融控股公司法所採之四分之一，此等修法方向是否可行？另外，倘若調整公司法第 179 條第 2 項第 2 款規定，似可考慮將相互投資公司相關規定刪除。

(三) 學者及各界意見

若將關係企業構成的門檻降低(如持股四分之一)，會使得經營階層承受經營權被剝奪的風險，因此經營階層不會將持股壓得太低，也比較不會讓經營階層有機會刻意規避關係企業的規定。而若關係企業構成的門檻降到持股三分之一以下，則相互投資公司的規定將完全喪失意義，應予廢除。另外，此次公司法修正主要是以英美法為修法取向，而英美法並沒有關係企業專章的規範。且如果將相互投資公司制度廢除，未來現行公司法關係企業專章存在的必要性，就只剩下第 369 條之 4 與第 369 條之 73 有存在的必要。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

英國公司法關於關係企業的定義，依該法第 1159 條¹及第 1160 條²，有三個標準：一、控制公司持有過半投票權的股份；二、控制公司對從屬公司有持股，並且有任免多數董事的能力；三、控制公司對從屬公司有持股，並且有獨立的控制力或與其他股東協議而持有過半投票權股份，或是其從屬公司為控制公司的其他從屬公司的從屬公司。另外，英國公司法亦有授權主管機關，就以上標準去進行調整。

德國股份法第 291 條到第 338 條設有結合企業(Verbundene Unternehmen)專章的規範，其規範的重點，在於企業間之統一管理關係(einheitliche Leitung)。所謂的統一管理，指數企業在控制企業的統一指揮下，追求共同目標，而在經營管理上，互相呼應、步調一致。統一管理之關係往往必須藉由控制企業對從屬企業的支配影響力達成。而所謂的支配影響力，有三個重點：控制企業支配從屬企業之意思、對從屬企業主要營業活動之控制、控制從屬企業的意思是有計畫且繼續的³。

¹ 條文原文：「(1) A company is a “subsidiary” of another company, its “holding company”, if that other company—(a) holds a majority of the voting rights in it, or (b) is a member of it and has the right to appoint or remove a majority of its board of directors, or (c) is a member of it and controls alone, pursuant to an agreement with other members, a majority of the voting rights in it, or if it is a subsidiary of a company that is itself a subsidiary of that other company. (2) A company is a “wholly-owned subsidiary” of another company if it has no members except that other and that other’s wholly-owned subsidiaries or persons acting on behalf of that other or its wholly-owned subsidiaries. (3) Schedule 6 contains provisions explaining expressions used in this section and otherwise supplementing this section. (4) In this section and that Schedule “company” includes any body corporate.」

² 條文原文：「(1) The Secretary of State may by regulations amend the provisions of section 1159 (meaning of “subsidiary” etc) and Schedule 6 (meaning of “subsidiary” etc: supplementary provisions) so as to alter the meaning of the expressions “subsidiary”, “holding company” or “wholly-owned subsidiary”. (2) Regulations under this section are subject to negative resolution procedure. (3) Any amendment made by regulations under this section does not apply for the purposes of enactments outside the Companies Acts unless the regulations so provide. (4) So much of section 23(3) of the Interpretation Act 1978 (c. 30) as applies section 17(2)(a) of that Act (effect of repeal and re-enactment) to deeds, instruments and documents other than enactments does not apply in relation to any repeal and re-enactment effected by regulations under this section.」

³ 賴英照(1994)，〈關係企業法律問題及立法草案之研究〉，《公司法論文集》，頁 113,114。

德國股份法則在第 15 條⁴先定義何謂關係企業，其範圍包括第 16 條的「多數參與企業和被參與企業」、第 17 條的「控制從屬企業」、第 18 條的「關係企業間的分
子企業間」、第 19 條的「相互投資企業」、第 291 及第 292 條的契約型關係企業。
第 16 條⁵定義何謂「多數參與企業和被參與企業」，即參與企業須持有被參與企業過
半投票權的股份。並且就面額股與無面額股的計算方式，分別予以不同的規範。此外，
就參與企業被授權而得行使投票權的股份也需一併加計。第 17 條⁶著再定義何謂「控
制從屬企業」，首先，多數參與企業會被擬制被參與企業的控制企業；此外，對他企
業有實質控制力的企業也會被當作該他企業的控制企業。第 18 條⁷則規定，在同一控
制企業通依管理下聯合者，也是關係企業，此為「平等結合⁸」的事例。第 19 條⁹就相

⁴ 條文原文：「Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind.」

⁵ 條文原文：「(1) Gehört die Mehrheit der Anteile eines rechtlich selbständigen Unternehmens einem anderen Unternehmen oder steht einem anderen Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte zu (Mehrheitsbeteiligung), so ist das Unternehmen ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen, das andere Unternehmen ein an ihm mit Mehrheit beteiligtes Unternehmen. (2) Welcher Teil der Anteile einem Unternehmen gehört, bestimmt sich bei Kapitalgesellschaften nach dem Verhältnis des Gesamtnennbetrags der ihm gehörenden Anteile zum Nennkapital, bei Gesellschaften mit Stückaktien nach der Zahl der Aktien. Eigene Anteile sind bei Kapitalgesellschaften vom Nennkapital, bei Gesellschaften mit Stückaktien von der Zahl der Aktien abzusetzen. Eigenen Anteilen des Unternehmens stehen Anteile gleich, die einem anderen für Rechnung des Unternehmens gehören. (3) Welcher Teil der Stimmrechte einem Unternehmen zusteht, bestimmt sich nach dem Verhältnis der Zahl der Stimmrechte, die es aus den ihm gehörenden Anteilen ausüben kann, zur Gesamtzahl aller Stimmrechte. Von der Gesamtzahl aller Stimmrechte sind die Stimmrechte aus eigenen Anteilen sowie aus Anteilen, die nach Absatz 2 Satz 3 eigenen Anteilen gleichstehen, abzusetzen. (4) Als Anteile, die einem Unternehmen gehören, gelten auch die Anteile, die einem von ihm abhängigen Unternehmen oder einem anderen für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmens gehören und, wenn der Inhaber des Unternehmens ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstiges Vermögen des Inhabers sind.」

⁶ 條文原文：「(1) Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. (2) Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.」

⁷ 條文原文：「(1) Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. (2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.」

⁸ 賴英照(1994)，前揭註 3，頁 115。

⁹ 條文原文：「(1) Wechselseitig beteiligte Unternehmen sind Unternehmen mit Sitz im Inland in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, die dadurch verbunden sind, daß jedem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Anteile des anderen Unternehmens gehört. Für die Feststellung, ob einem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Anteile des anderen Unternehmens gehört, gilt § 16 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4. (2) Gehört einem wechselseitig beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung oder kann das eine auf das andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben, so ist das eine als herrschendes, das andere als abhängiges Unternehmen anzusehen. (3) Gehört jedem der wechselseitig beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung oder kann jedes auf das andere unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben, so gelten beide Unternehmen als herrschend und als abhängig. (4) § 328 ist auf Unternehmen, die nach Absatz 2 oder 3 herrschende oder

互投資企業作定義，即持有他公司四分之一以上的股份即該當之。本條亦有援引第 16 條股份計算方式的規定。另外，本條亦有規定，相互投資公司中一公司持有他公司過半股份或有實質控制力時，該公司將成為控制公司；相互投資公司中兩家公司互相持有對方過半股份或互相有實質控制力時，則兩家公司都同時成為對方的控制、從屬公司。而第 291 條¹⁰則定義各種「企業契約」，其中「控制契約」，即依企業之經營，依約定須受他企業之指揮，在法律上即有服從該他企業的義務。然而，在實踐上，論者認為，縱使未締結控制契約，控制公司仍可透過持股行使其影響力¹¹。因此，對於控制公司而言，締結控制契約，進而須適用保證盈餘分派等保護從屬公司少數股東或債權人之特別規定，並無任何實益。不僅如此，一般認為，為了保護從屬公司少數股東或債權人，事實上關係企業中的不利益補償（股份法第 311 條）遠較控制公司使用控制契約所須負擔之成本為低¹²。再者，對從屬公司少數股東進行盈餘分派之保證或賦與其股份收買等保護，將造成從屬公司少數股東之地位，從從屬公司盈餘分派請求權人之地位，變更為公司債權人或控制公司盈餘分派請求權人之地位，而如此之保護方式本身之正當性，尚有議論之空間¹³。

以上各種關係企業中，「多數參與企業和被參與企業」、「控制從屬企業」、「相互投資企業」被歸類為是事實型關係企業¹⁴。與之對應的概念為「契約型關係企業」，指除了上述的「控制契約」外，尚有「輸納盈餘契約」、「部分輸納盈餘契約」、「盈餘共同體契約」、「營業租賃契約」、「營業委託經營契約」等不同的企業契約¹⁵。德國股份法關係企業專章就是對此二種不同形式為主要兩種不同的體系，而分別就從屬公司的少數股東及債權人的保護去做規範¹⁶。然而，不論是實質關係企業、抑或是契約型關係企業其法制規範重心皆在於如何處理該等企業間之非常規交易應如何處理之問題。此外，同上所述，二者間亦有可能發生競合，故而，事實型關係企業與契約型關係企業非決然二分。

（二）我國立法分析

abhängige Unternehmen sind, nicht anzuwenden.」

¹⁰ 條文原文：「(1) Unternehmensverträge sind Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Als Vertrag über die Abführung des ganzen Gewinns gilt auch ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen. (2) Stellen sich Unternehmen, die voneinander nicht abhängig sind, durch Vertrag unter einheitliche Leitung, ohne daß dadurch eines von ihnen von einem anderen vertragschließenden Unternehmen abhängig wird, so ist dieser Vertrag kein Beherrschungsvertrag. (3) Leistungen der Gesellschaft bei Bestehen eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrags gelten nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60.」

¹¹ 江頭憲治郎，結合企業法の立法と解釈，1995 年，15 頁。

¹² 高橋英治，企業結合法制的将来像，2008 年，59-60 頁。

¹³ 江頭憲治郎，結合企業法の立法と解釈，1995 年，15-16 頁。

¹⁴ 賴英照(1994)，前揭註 3，頁 161,162。

¹⁵ 賴英照(1994)，前揭註 3，頁 163。

¹⁶ 賴英照(1994)，前揭註 3，頁 164。

我國公司法第 369 條之 1 以下關係企業專章的規範，主要是參考德國股份法的規定而訂立。然而，我國法和德國法仍有若干差異。首先，我國法只引進「事實型關係企業」，而沒有引進「契約型關係企業」，所以德國法對後者的規範，並沒有在我國法出現。其次，德國法縱有「結合企業」專章，但對於關係企業的定義，是放置於總則，而我國則是將關係企業各種定義，直接置於關係企業章。此外，我國雖有引進「相互投資公司」，然而在構成要件方面，與德國法不盡相同，此點值得注意。

然而，再引入德國股份法關於關係企業的規範後，我國公司法又相繼於第 8 條第 3 項、第 154 條第 2 項分別引入「實質董事」及「揭穿公司面紗」的規範。而上開規範，與關係企業專章的規定來自於不同法體系，可能會產生適用上的重疊與扞格。

三、方案提出

(一) 若將關係企業章予以廢除，並且禁止關係企業之間的非常規交易。此時，現行公司法第 369 條之 4 的條文將會與第 154 條第 2 項關於揭穿公司面紗的規定合併到總則章，並且廢除容許一年內的非常規交易並於年終進行補償的規範。或有論者質疑，第 154 條第 2 項功能上是否可以替代第 369 條之 4。是以，第 369 條之 4 在立法之時，即有「揭穿公司面紗」的意涵。而現在揭穿公司面紗已經明文規定，第 369 條之 4 已無存在必要。或有謂，第 369 條之 4 具有保護從屬公司少數股東的功能，而揭穿公司面紗所保護的對象僅從屬公司的債權人。然而，若再不允許非常規交易的前提下，相關問題即可以藉由公司負責人的忠實義務去解決，從屬公司的少數股東也可以藉由參與股東會去行使權利。再者，關係企業間綜效的達成，並不以容許非常規交易為前提。在不容許非常規交易的情況下，關係企業間仍得藉由資訊流通等方式降低交易成本，而達成綜效。此外，就算是從屬公司，也有獨立的法人格，並沒有從事非常規交易的義務。因此，第 369 條之 4 的規範內容應予廢除。

(二) 若將關係企業章予以廢除，此時在不如容許非常規交易的前提下，第 369 條之 7 第 1 項並沒有繼續存在的必要。而同條第 2 項可以考慮放到重整或是清算的章節。另外，值得注意的是，債務清理法草案第 51 條第 6 款¹⁷已有「深石原則」的明文，且該條款的立法理由也明示參照公司法第 369 條之 7 的意旨¹⁸。因此，在債務清理法草案第 51 條第 6 款已就「深石原則」有規範的情況之下，可以考慮將公司法的相關規範予以刪除，而統一移置債務清理法處理。

¹⁷ 條文(節錄)：「下列債權為劣後債權，僅得就其他債權受償餘額而受清償；於債務清理程序終止或終結後，亦同：六、有不合營業常規或其他不利益經營之關係企業間之債權。有擔保或優先權之債權，亦同。」

¹⁸ 立法理由(節錄)：「為避免關係企業利用其間之控制關係惡意發生債權，影響其他債權人之權益，考量『衡平居次理論』，於關係企業間如有不合營業常規或其他不利益經營之情形，不問渠等間之債權是否因上開情形所生，其受償順位，均不宜與其他債權相同，縱有擔保權或優先權，亦同。...爰參考美國法實務及公司法第三百六十九條之七規定意旨，增訂第六款。」

(三) 另外，關係人交易與關係企業的規範並沒有關係。關係人交易是公司負責人忠實義務的問題，宜由公司負責人相關章節規範。因此，不論關係企業專章的存廢，與關係人交易的規範都不生任何影響。

(四) 德國法制上除實質關係企業機制外，尚有所謂契約型關係企業機制，從而亦有認為有必要將契約型關係企業機制，亦引進至我國公司法規範中。然而，不論是實質關係企業、抑或是契約型關係企業其法制規範重心皆在於如何處理該等企業間之非常規交易應如何處理之問題；而所謂契約型關係企業，對照於現行公司法第 369 條之 2 第 2 項規定，亦可直接依照該項規定認定為控制從屬關係之關係企業，且亦未排除渠等可將其間關係附註登記於登記事項中。若此，則似無另行引進契約型關係企業類型之必要。

(五) 綜上所述，就關係企業的定義主要有兩種修法方案。A 案係仍維持關係企業章，但刪除相互投資公司的規定，同時對第 179 條第 2 項表決權限制的規定，將持股降低到四分之一，而第 154 條第 1 項關於揭穿公司面紗的規定，也建議規定到總則。B 案部分，則以修法仿英美法為由，建議刪除關係企業章，同時並將第 154 條第 2 項規定到總則。而第 369 條之 7 第 1 項即刪除，第 2 項則移由重整或清算章去規範，或者是直接由債務清理法處理。另外，為保護控制公司股東，新增「控制公司監察人權限擴張」、「控制公司股東的代表訴訟(二重代表訴訟)」、「控制股東的調查權」等規範。但因以上規範與非常規交易並無關連，且關係企業章廢除，故將以上規範移置股東會或是其他相關章節。

A 案：維持關係企業章規定，並作以下修正：

1. 刪除相互投資公司的規定。
2. 降低第 179 條第 2 項表決權限制致持股四分之一。
3. 將第 154 條第 1 項規定到總則章。

B 案：廢除關係企業章，並作以下修正：

1. 將第 369 條之 4 與第 154 條第 2 項規定並到總則，並刪除容許一年內的非常規交易並於年終進行補償的規範。

2. 將第 369 條之 7 第 1 項即刪除，第 2 項則移由重整或清算章去規範，或者是直接由債務清理法處理。

3. 新增「控制公司監察人權限擴張」、「控制公司股東的代表訴訟(二重代表訴訟)」、「控制股東的調查權」等規範，並移置股東會或是其他相關章節。

四、修法委員分組審議決議

刪除控制從屬關係，若未來未修正公司法第 179 條第 2 項之規定，則保留相互投資，並留關係企業專章。並提大會討論。

五、修法委員會決議

決議保留關係企業之定義與關係企業三書表之規範並移至總則編，刪除關係企業專章之名稱。

公司法全盤修正修法委員會

5.1.2 相互投資公司之存廢

建議刪除相互投資公司，以飛越投票、集團監理、多重代位訴訟取代。刪除深石原則。並配合議題 1.5.11 與議題 6.1.5.2.3，建議第 179 條第 2 項與第 3 項改採實質認定標準。

一、我國現況

相互投資公司相關規定中，限制表決權行使之規定即公司法第 369 條之 10 第 1 項，最為重要。惟如議題 5.1.1 所述，倘若調整公司法第 179 條第 2 項第 2 款規定，似可考慮將相互投資公司相關規定刪除。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

同議題 5.1.1 所述，德國股份法第 19 條有就相互投資企業作定義，即持有他公司四分之一以上的股份及該當之。本條亦有援引第 16 條母子公司股份計算方式的規定。另外，本條亦有規定，相互投資公司中一公司持有他公司過半股份或有實質控制力時，該公司將成為控制公司；相互投資公司中兩家公司互相持有對方過半股份或互相有實質控制力時，則兩家公司都同時成為對方的控制、從屬公司。德國股份法就相互投資企業的規範主要是著墨在相互投資企業可能發生的兩個問題：虛增資本、董監事永久保有其職位。對於這兩個問題，德國股份法是以股權公開化(股份法第 20 條¹⁹及第 21

¹⁹ 條文原文：「(1) Sobald einem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Aktien einer Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland gehört, hat es dies der Gesellschaft unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Für die Feststellung, ob dem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Aktien gehört, gilt § 16 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4.

(2) Für die Mitteilungspflicht nach Absatz 1 rechnen zu den Aktien, die dem Unternehmen gehören, auch Aktien, 1. deren Übereignung das Unternehmen, ein von ihm abhängiges Unternehmen oder ein anderer für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmens verlangen kann;

2. zu deren Abnahme das Unternehmen, ein von ihm abhängiges Unternehmen oder ein anderer für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmens verpflichtet ist.

(3) Ist das Unternehmen eine Kapitalgesellschaft, so hat es, sobald ihm ohne Hinzurechnung der Aktien nach Absatz 2 mehr als der vierte Teil der Aktien gehört, auch dies der Gesellschaft unverzüglich schriftlich mitzuteilen. (4) Sobald dem Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung (§ 16 Abs. 1) gehört, hat es auch dies der Gesellschaft unverzüglich schriftlich mitzuteilen. (5) Besteht die Beteiligung in der nach Absatz 1, 3 oder 4 mitteilungspflichtigen Höhe nicht mehr, so ist dies der Gesellschaft unverzüglich schriftlich mitzuteilen. (6) Die Gesellschaft hat das Bestehen einer Beteiligung, die ihr nach Absatz 1 oder 4 mitgeteilt worden ist, unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen; dabei ist das Unternehmen anzugeben, dem die Beteiligung gehört. Wird der Gesellschaft mitgeteilt, daß die Beteiligung in der nach Absatz 1 oder 4 mitteilungspflichtigen Höhe nicht mehr besteht, so ist auch dies unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen. (7) Rechte aus Aktien, die einem nach Absatz 1 oder 4 mitteilungspflichtigen Unternehmen gehören, bestehen für die Zeit, für die das Unternehmen die Mitteilungspflicht nicht erfüllt, weder für das Unternehmen noch für ein von ihm abhängiges Unternehmen oder für einen anderen, der für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmens handelt. Dies gilt nicht für Ansprüche nach § 58 Abs. 4 und § 271, wenn die Mitteilung nicht vorsätzlich unterlassen wurde und nachgeholt worden ist. (8) Die Absätze 1 bis 7 gelten nicht für Aktien eines Emittenten im Sinne des § 21 Abs. 2 des

條²⁰)及股權行使限制(舊股份法第 136 條第 2 項;現行法第 328 條²¹)的方式去解決²²。

(二) 我國立法分析

同 1.1 所述,我國公司法第 369 條之 9 就相互投資公司的要件,僅要求相互持股超過三分之一,較德國股份法第 19 條為嚴格,也因此比較難以構成。而就「股權公開化」,我國公司法第 369 條之 8 是以「通知對方公司」及「公告」的方式落實;而「股權行使限制」,則是在國公司法第 369 條之 10 有相對應的規範。

三、 方案提出

同議題 5.1.1 的 A 案,降低第 179 條第 2 項表決權限制致持股四分之一的同時,廢除相互投資公司的規定。

四、 修法委員分組審議決議

建議刪除互資資公司,以飛越投票、集團監理、多重代位訴訟取代。刪除深石原則。

Wertpapierhandelsgesetzes.」

²⁰ 條文原文:「(1) Sobald der Gesellschaft mehr als der vierte Teil der Anteile einer anderen Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland gehört, hat sie dies dem Unternehmen, an dem die Beteiligung besteht, unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Für die Feststellung, ob der Gesellschaft mehr als der vierte Teil der Anteile gehört, gilt § 16 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 sinngemäß. (2) Sobald der Gesellschaft eine Mehrheitsbeteiligung (§ 16 Abs. 1) an einem anderen Unternehmen gehört, hat sie dies dem Unternehmen, an dem die Mehrheitsbeteiligung besteht, unverzüglich schriftlich mitzuteilen. (3) Besteht die Beteiligung in der nach Absatz 1 oder 2 mitteilungspflichtigen Höhe nicht mehr, hat die Gesellschaft dies dem anderen Unternehmen unverzüglich schriftlich mitzuteilen. (4) Rechte aus Anteilen, die einer nach Absatz 1 oder 2 mitteilungspflichtigen Gesellschaft gehören, bestehen nicht für die Zeit, für die sie die Mitteilungspflicht nicht erfüllt. § 20 Abs. 7 Satz 2 gilt entsprechend. (5) Die Absätze 1 bis 4 gelten nicht für Aktien eines Emittenten im Sinne des § 21 Abs. 2 des Wertpapierhandelsgesetzes.」

²¹ 條文原文:「(1) Sind eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien und ein anderes Unternehmen wechselseitig beteiligte Unternehmen, so können, sobald dem einen Unternehmen das Bestehen der wechselseitigen Beteiligung bekannt geworden ist oder ihm das andere Unternehmen eine Mitteilung nach § 20 Abs. 3 oder § 21 Abs. 1 gemacht hat, Rechte aus den Anteilen, die ihm an dem anderen Unternehmen gehören, nur für höchstens den vierten Teil aller Anteile des anderen Unternehmens ausgeübt werden. Dies gilt nicht für das Recht auf neue Aktien bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. § 16 Abs. 4 ist anzuwenden. (2) Die Beschränkung des Absatzes 1 gilt nicht, wenn das Unternehmen seinerseits dem anderen Unternehmen eine Mitteilung nach § 20 Abs. 3 oder § 21 Abs. 1 gemacht hatte, bevor es von dem anderen Unternehmen eine solche Mitteilung erhalten hat und bevor ihm das Bestehen der wechselseitigen Beteiligung bekannt geworden ist. (3) In der Hauptversammlung einer börsennotierten Gesellschaft kann ein Unternehmen, dem die wechselseitige Beteiligung gemäß Absatz 1 bekannt ist, sein Stimmrecht zur Wahl von Mitgliedern in den Aufsichtsrat nicht ausüben. (4) Sind eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien und ein anderes Unternehmen wechselseitig beteiligte Unternehmen, so haben die Unternehmen einander unverzüglich die Höhe ihrer Beteiligung und jede Änderung schriftlich mitzuteilen.」

²² 賴英照(1994),前揭註 3,頁 181,182。

五、 修法委員會決議

建議刪除相互投資公司，以飛越投票、集團監理、多重代位訴訟取代。刪除深石原則。並配合議題 1.5.11 與議題 6.1.5.2.3，建議第 179 條第 2 項與第 3 項改採實質控制。

公司法全盤修正修法委員會

5.1.3 關係企業書表揭露義務維持之必要性

維持公司法中關係企業書表揭露義務規範。

一、 我國現況

(一) 現行條文

依公司法第 369 條之 12 第 1 項之規定，公開發行股票公司之從屬公司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。第 2 項則規定，公開發行股票公司之控制公司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。第 3 項規定，前二項書表之編製準則，由證券管理機關定之。

(二) 產生的問題

公司法第 369 條之 12 對於控制公司或從屬公司為公開發行公司之情形，分別課予前者揭露關係企業合併營業報告書及合併財務報表，後者揭露關係報告書之義務。其中，關係企業合併財務報表，另有會計準則公報作為編製依據，且對「控制」之定義較公司法更為寬鬆，其適用主體亦更為廣泛。有鑑於此，公司法第 369 條之 12 關於關係企業書表揭露義務是否有繼續維持之必要？實有加以討論之必要。

(三) 各界修法建議

學界及業界對於公司法有關關係企業書表揭露義務是否有繼續維持之必要？皆有所討論。是否應於公司法關係企業章中維持此一規定，或應將此規定改置於證券交易法？亦有認為可改由金管會以行政命令管理？而認為公司法有關關係企業書表揭露義務並無加以繼續維持之必要。又公司法上之關係企業書表是否等同營業報告書？可否以財務報表替代之？均有待更進一步的討論和研議。

二、 方案提出

綜上所述，主要有兩種修法方案。A 案係仍維持關係企業章中有關關係企業書表揭露義務。B 案部分，則建議刪除關係企業章中有關關係企業書表揭露義務，以其他方式(例如會計準則公報)作為關係企業合併財務報表之依據。

A 案：維持公司法中關係企業書表揭露義務規範

B 案：刪除公司法中關係企業書表揭露義務規範，並將該規範移置以下法規：

1. 證券交易法。

2. 會計準則公報。
3. 由金融監督管理委員會以行政命令管理。

三、 修法委員分組審議決議

決議採 A 案。

公司法全盤修正修法委員會

5.1.4 控制公司少數股東之保護

建議增訂飛越投票、多重代位訴訟、集團監理等機制於股東會、董事會等章節中。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法關係企業章，主要係針對從屬公司中之少數股東與債權人之權益，並未就控制公司少數股東權益之保護予以規定。

(二) 產生的問題

公司法關係企業章，主要針對從屬公司少數股東及債權人之權益保護進行規範（第 369 條之 4、第 369 條之 7 等），但從我國實務上所發生之博達案或力霸案可以發現，控制公司少數股東權益亦有加以保護之必要。因此，是否應於我國公司法中制定控制公司少數股東權益之保護規範，實有加以研議之必要。在法規之制度設計上，有幾個可能之方案，例如：擴大控制公司股東資訊權範圍、擴大控制公司股東會權限、引進多重代位訴訟、或強化控制公司監察人之監查權限。此等方案，在實務運作之可行性為何？

(三) 學者及各界建議

學界有認為，可參酌美國法，引進穿越投票原則，擴大控制公司之股東會權限，以及允許控制公司股東代位從屬公司，向從屬公司負責人、控制公司負責人或侵害從屬公司權益之第三人請求損害賠償，即二重代位訴訟。二重代位訴訟的對象，應以「控制公司與從屬公司」為共同被告。

亦有學者認為可參考日本商法，使母公司股東對子公司的帳簿文件有閱覽請求權，並以法院許可或持股比例限制作為避免集團機密洩露的機制，使控制公司股東具有資訊請求權。在日本商法之規定中，控制公司監察人得請求從屬公司提出營業報告，並調查其業務、財務狀況，強化控制公司監察人之監查權限，亦得考慮引進之。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國實務以承認「二重代位訴訟」的方式，來保障控制公司股東的權益。控制公司股東若欲提起二重代位訴訟，必須先符合原告股東之持股具有「同時性」與「繼續性」的要件，若進行合併或股份交換等併購行為，即可能產生限制代位訴訟之效果。

尤其是在消滅合併之情形，因起訴股東所代位公司之股份，已全數移轉於存續公

司，故代位訴權亦僅得由存續公司所繼承及行使。但若企業併購構成詐欺行為、或企業併購行為對於股東之繼續持股未造成影響，則不再此限。此外，控制公司股東必須向控制公司與從屬公司，分別為起訴之請求。惟有在兩家公司均予拒絕之情況下，控制公司股東始可提起二重代位訴訟。

(二) 我國立法分析

我國目前完全沒有控制公司少數股東保護的規範。

三、 方案提出

綜上所述，主要有兩種修法方案。A 案係仍維持關係企業章現行之規定，不增訂關係企業中關於控制公司少數股東之保護規定。B 案部分，則以修法仿美國法與日本法為由，建議增訂關係企業中關於控制公司少數股東之保護規定，考慮引進控制公司股東資訊請求權？是否引進多(二)重代位訴訟？是否擴張控制公司監察人之監查權限？等保護控制公司少數股東之措施。

A 案：不增設控制股東保護的規範

B 案：增設控制股東保護的規範，並有以下規範的增訂：

1. 引進控制公司股東資訊請求權
2. 引進多(二)重代位訴訟
3. 擴張控制公司監察人之監查權限

四、 修法委員分組審議決議

決議以飛越投票、多重代位訴訟、集團監理等機制代替。

第二節 揭穿公司面紗

5.2.1 揭穿公司面紗適用要件之再檢討

原則上，維持現行公司法第 154 條第 2 項第揭穿公司面紗（法人格否認）規定，但對其構成要件稍事修正。

一、 我國現況

（一） 現行條文

現行公司法第 154 條第 2 項規定，「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。」該條係規定揭穿公司面紗原則，防止股東濫用公司法人格，侵害公司債權人及利害關係人之權利。

（二） 產生問題

該條適用要件過於抽象，能否透過該規定獲得實質救濟，事前難以預測，完全委由法院認定。是否進一步明確化該規定之適用要件，建立該原則適用之具體要件，以強化該條於實務上之實效與判決之可預測性。

（三） 學者及各界意見

我國公司法學者多建議參照英美學說與判例上之具體判斷基準，以增加該條之適用上可預期性，有學說認為該條規範致「公司負擔特定債務」之要件反而會造成債權人間地位不公平。另有學者認為，在「情節重大而有必要者」判斷上，建議參照美國實務上長期發展之雙叉測試法，以明確化該條之要件。

二、 比較法分析

（一） 他國立法模式

英國關於揭穿公司面紗的判決，大多都沒有直接就揭穿公司面紗的要件去做正面得定義，相反地，則是去描述各種情境沒有揭穿公司面紗的適用。控制公司是否為實際執行業務者、利益是否歸屬於控制公司、控制公司是否為交易風險指揮中樞、控制公司是否掌控投資風險，並決定由何者資產承擔、控制公司是否因其指揮技術獲利、控制公司是否有效及經常控制從屬公司。

美國法院就揭穿公司面紗的要件有作一些正面的定義，如詐欺、偽裝、工具、顯失公平等，但整體而言，上開用詞都非常含糊，也不見聯邦最高法院就此有做明確的統整。相反地，在 *Dole Food Co. v. Patrickson* 一案中，聯邦最高法院直接表示揭穿公司面紗的適用須由個案認定。判斷基準上有股東控制程度、公司資本是否顯著不足、

是否遵守公司形式、公司財務報表、業務範圍、功能與人員之重疊性、是否存在不實陳述或詐欺、股東與公司資產是否混淆不清、公司是否欠缺實質獨立性等²³。

德國方面²⁴，就從屬公司債權人保護，有「控制企業責任」及「存續消滅責任」的規範。就控制企業責任，德國聯邦最高法院採控制企業有「客觀濫用領導權限」（Missbrauch der Leitungsmacht）為要件，對於這樣的濫用會被認為存在，倘若控制股東對公司為損害或不利益經營，而無法以個別補償措施加以填補者。

另外，德國法亦有所謂存續消滅責任，是以，藉由與過失無關之資本維持原則以保障公司債權人權益，並進一步承認股東的行為責任，當其違反正當企業行為最低標準，致使為滿足公司債權人之公司財產被消滅時，其對公司債權人應負責任（外部責任性質之「存續消滅責任」）。作為保障債權人之公司財產，若蒙受股東濫權未補償的侵害，導致或加深公司進入破產，則股東對公司應負存續消滅責任。此為公司內部責任性質，屬民法第 826 條故意違反善良風俗的特別類型。公司對控制股東存續消滅責任的損害賠償請求權與破壞資本維持原則的返還請求權可相互競合。

（二）我國立法分析

我國公司法第 154 條 2 項主要是參考英美法的方式立法，不過有趣的是，英美法就「揭穿公司面紗」的規範，是由判例法所形成，而非由實定法規定，此與我國法有根本性的差別。因此，就揭穿公司面紗的適用，英国有許多判例的累積而成的規則，但在我國僅公司法第 154 條 2 項幾個模糊的不確定法律概念去建構其構成要件。

三、 方案提出

綜上所述，現行公司法第 154 條第 2 項因適用要件上過於抽象，致救濟上難以預測判決方向，主要有兩種修法方案，A 案為仍維持現行第 154 條第 2 項揭穿公司面紗規定，將裁量權限全委由個案法官決定。B 案則建議仿英美德日對於揭穿公司面紗相關規定與判例，使原本抽象之揭穿公司面紗在適用上能有較為一致與具體之判斷基準。

A 案：維持現行第 154 條第 2 項揭穿公司面紗規定，將裁量權限全委由個案法官決定。

B 案：仿英、美、德、日等國對於揭穿公司面紗相關規定與判例，使原本抽象之揭穿公司面紗在適用上能有較為一致與具體之判斷基準。

四、 修法委員分組審議決議

²³ 王志誠(2014)，〈企業集團破產法制比較——解構與建構〉，政大法學評論，139 期，頁 234-235。

²⁴ 洪秀芬、朱德芳(2014)，同前揭註，頁 710-715。

決議維持現狀，採 A 案。

公司法全盤修正修法委員會

5.2.2 擴大適用範圍之必要

建議移至總則，使之適用範圍擴大於其他公司型態。

一、 我國現況

(一) 現行條文

現行公司法第 154 條第 2 項規範揭穿公司面紗原則，惟該條係規定於股份有限公司章節中，亦即僅有股份有限公司於股東濫用公司法人格時，有相關揭穿公司面紗原則適用，對於有限公司等即產生規範上漏洞。

(二) 產生問題

從德、美兩國法制來看，相關責任之訴追均不限於股份有限公司。且閉鎖型之有限公司股東對於公司之控制力較高，反而較易發生濫用公司形式之情形，卻無相關揭穿公司面紗規定適用。

(三) 學者及各界意見

學說多認為該條規定不應僅限於股份有限公司始有適用，應擴張其適用範圍與文義解釋，增加該條規範之射程於有限公司等，並有學說建議修法前對有限公司股東之責任，應得類推適用公司法第 154 條第 2 項規定。

二、 比較法分析

(一) 他國立法模式

在英美關於揭穿公司面紗的判例當中，並沒有討論有限公司是否有穿公司面紗的適用，可能原因在於，英美法並沒有有限公司之企業型態。

德國有限公司股東並無股份法第 302、303 條「虧損承擔責任」的適用，也比較欠缺其他債權人保障的配套，因此，實務上發展出來的類推適用股份法第 302、303 條之控制企業責任、股東直索責任、存續消滅責任，都是以有限公司之股東(有限公司的控制企業)為主要的適用對象。

(二) 我國立法分析

公司法第 154 條第 2 項將揭穿公司面紗的適用對象限縮於股份有限公司，或許只是立法之初，基於避免新法造成過大的衝擊的考量。故此限縮，似乎沒有法理上的依據。

三、 方案提出

綜上，因考量揭穿公司面紗規範僅於股份有限公司有其適用，就是否擴張該條適用上有兩種修法提案，A 案為維持現行法規範圍，僅及於股份有限公司，B 案則建議將揭穿公司面紗的規定改移至總則，而擴大該條適用於其他公司型態。

A 案：維持現行法規範圍。

B 案：將揭穿公司面紗的規定改移至總則，而擴大該條適用於其他公司型態。

四、 修法委員分組審議決議

決議採 B 案。

公司法全盤修正修法委員會

第三節 實質董事

5.3.1 整合實質董事與關係企業等相關規定之必要性

建議維持目前的規範方式，將實質董事與關係企業等相關規範的衝突交由司法解釋去處理。鑑於董事會、負責人等章節，對此已有整合性規定，一併交由該等章節統一處理。

一、 我國現況

(一) 現行條文

公司法第 8 條第 3 項規定，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。另，公司法第 369 條之 4 第 1 項規定，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。

(二) 產生的問題

控制公司使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營時，究係構成影子董事而須負前者之責任，抑或僅須依後者為補償，容有疑問。

公司法第 8 條第 3 項實質董事之規定，與同法第 369 條之 4 控制公司對從屬公司之補償義務乃至於損賠責任之規定，兩者在適用上有所衝突，何者應優先適用之問題，倘若透過立法方式明確規定後者優先適用，是否較能避免爭議？

二、 比較法分析

(一) 他國立法模式

關於子公司之少數股東保護及債權人保護兩方面，英國法將母公司當作子公司之「事實上董事」或「影子董事」加以處理。所謂「事實上董事」係指：縱或未經正式選任程序，而從事董事行為者。在英國法上，董事被定義為，不論其名稱為何，立於董事地位之人(英國公司法第 250 條²⁵)。從而，「事實上董事」與經過正式選任程序之董事作相同處理，極富有相同的權利義務，並受相同的規定拘束。由於英國法亦承認法人董事之存在，故有可能將母公司當作子公司之「事實上董事」。要認定母公司為子公司之事實上董事，必須到達母公司就子公司日常業務執行行為均為指示之程度。

²⁵ 條文原文：「In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.」

所謂「影子董事」係指，「在對公司關係上，系爭公司之董事受此人之指示或經常依循此人之指示而為行為，此人為影子董事。」(英國公司法第 251 條第 1 項²⁶)。相對於「事實上董事」，「影子董事」並非作為董事而為行為，而是從董事會之背後支配其現實上之工作之另一主體，就此而言，兩者是不同的。為了判斷母公司係子公司之影子董事，須：①母公司支配整個董事會，②直接的指示及指定，③指示及指定為常態性，此 3 點被認為是必要的。母公司是否會構成影子董事，此問題在 2006 年公司法修訂前，英國法院多認為，母公司未必構成子公司的影子董事，除非母公司對其指派之董事基於其董事之身分而給予指示，且實際上涉及公司日常業務之經營及決策。而英國公司法則明文規定，就董事之一般義務、須經董事會同意之自我交易、與一人股東締約等規定，即使子公司董事慣習於聽從母公司之指示，母公司亦不會成為子公司之董事。亦有力見解則認為，對於判例法所生作為董事之義務與責任的部分，則無須負擔。

英國 2006 年公司法修正，雖然將判例法所生作為董事的義務加以明文化，但關於「影子董事」是否負擔英國 2006 年公司法第 171 條至第 177 條所規定作為董事之一般性義務，明文規定委由判例法決定(2006 年會社法第 170 條第 5 項)。而該規定之旨趣明確表明，除了英國 2006 年公司法第 171 條至第 177 條以外，「影子董事」也有適用以董事為對象之規定的情形。

除了實質董事的規範，英國法尚有法院根據不公正的侵害行為(unfair prejudice)所作之救濟命令的制度(英國公司法第 994 條第 1 項²⁷)。其特徵為，股東能向法院請求救濟，以及法院為了矯正不公正的侵害行為得命為必要措施等承認法院具有廣泛裁量權。此制度之前身為壓迫救濟制度(oppression remedy)(英國 1948 年公司法第 210 條)。該制度的是用，須有「明顯逾越公正交易標準」之情形，或被認為有侵害少數股東「正當期待(legitimate expectation)」之情形。在關係企業型態中，有母公司之業務壓迫子公司之業務之情形時，對於因此而蒙受不利益之少數股東，得以不公正之侵害為由提起救濟。且子公司董事義務之違反或母公司有違法行為、並非認定不公正侵害行為之必要條件。而股東有無正當期待之認定，不僅僅視章程之記載，亦包含股東相互間之合意及了解等，被認為是由個案中個別之狀況所形成。

英國公司法第 996 條第 2 項規定，法院於以下之情形中，得命作成救濟命令：(a) 公司就將來業務執行所為之行為的規制，(b) 對於公司之禁止行為的制止或懈怠行為

²⁶ 條文原文：「A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary companies for the purposes of— Chapter 2 (general duties of directors), Chapter 4 (transactions requiring members' approval), or Chapter 6 (contract with sole member who is also a director), by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions.」

²⁷ 條文原文：「A member of a company may apply to the court by petition for an order under this Part on the ground— (a) that the company's affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members (including at least himself), or (b) that an actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial.」

之規制，(c)基於法院之指示賦予以公司名義提起民事訴訟之權限，(d)未得法院許可之變更章程的限制，(e)公司或其他股東申請股東之股份取得(包含公司取得之情形下所進行的減資命令)。

美國法以「課予控制股東忠實義務」的方式保護子公司少數股東，進而達成與實質董事規範相同的效果。為了避免大股東為了自己的利益而犧牲少數股東的利益，美國判例法有將具有影響力的大股東認定為控制股東(controlling shareholders)，並賦予其忠實義務及適用德拉瓦州公司法 144 條(a) 自我交易的規範。而控制股東的認定，在判例法上，一般而言解釋如下：如持有 50%以上表決權，通常就成為控制股東。如所持有之表決權縱使未滿 50%，但仍具有支配關係者，也是控制股東。支配關係的有無，是就忠實義務違反成為問題的個別交易，依據董事會成員間的關係或對交易條件影響力之程度加以判斷。

另外，美國法院亦有直接以「實質董事」規範進行判決者。如 In re Nortel Networks, Inc.一案中，聯邦破產法院表示，姊妹公司間因母公司指使的非常規交易，並不會使姊妹公司因此變成實質董事，也因此姊妹公司間彼此並不富有受託人義務。

德國法相對應的規範則十分繁雜。對於子公司股東及債務人的保護，德國法依子公司為股份公司或有限公司區分為不同的規範。針對子公司為股份公司時，其少數股東、債權人保護，股份法的規定可分為契約型關係企業與事實上關係企業相關規範兩部分。這些規定的目的係為保護子公司少數派股東之經濟上利益所設。

契約型關係企業因母公司與子公司間締結了控制契約，母公司對子公司董事就公司之指揮命令具有指揮權。這結果會導致母公司為了集團整體之利益，能對子公司作出不利益之指示(股份法第 308 條第 1 項)，且子公司董事對於母公司之指揮負有遵守之義務(股份法第 308 條 2 項第 1 款)。

如此一來，解釋上，該子公司董事變得不適用股份法第 76 條 1 項「董事在自己責任下指揮公司」之規定。惟母公司之法定代理人行使指揮權，違反一個通常且具備良心之業務指揮者的注意義務的情形下，其對子公司負有責任(股份法第 309 條 1 項 2 項)。在上述情形中，子公司少數股東得對母公司之法定代理人行使損害賠償請求權(股份法第 309 條 4 項)。同時，子公司之董事與監察人怠於義務時，與母公司之法定代理人負連帶責任(股份法第 310 條第 1 項)。

再者，為保護子公司少數股東，設有下列兩個制度。第一為母公司依據控制契約，必須對子公司少數股東保證為盈餘分配(股份法第 304 條)。第二為母公司因子公司少數股東之請求，負有以相當之對價(補償)收買其持股之義務(股份法第 305 條)。同時，為保護子公司之債權人，母公司於控制契約存續中，須就子公司所有年度虧損，在無法用契約期間所提列之特別公積進行填補時下，負有補償之責(股份法第 302 條第 1 項)。一般而言，係由子公司之機關對於母公司請求補償，惟於子公司違反義務不行使補償請求權時，得由股東請求補償。再者，債權人得就該基於補償之請求權作為標的

聲請扣押與移轉命令。控制契約終止時，母公司應對子公司債權人提供擔保、或是提供保證(股份法第 303 條)。

股份法中有關事實上關係企業的部分，就未締結控制契約之情形，因設想到母公司對子公司行使影響力，而對此有所規定。母公司倘利用其影響力使子公司為不利益經營，應對子公司在營業年度內為不利益補償，或是賦予其補償請求權(股份法第 311 條)。

母公司儘管利用其影響力使子公司為不利益經營，而未就該不利益為補償或賦予補償請求權時，母公司將與其法定代理人連帶對子公司以及其股東負損害賠償責任(股份法第 317 條第 3 項)。上述成為損害賠償義務的損害額為，營業年度內未為補償之不利益餘額部分。該損害賠償請求權亦得由子公司之少數股東與債權人行使之(股份法第 317 條第 4 項、第 309 條第 4 項)。以前揭有關事實上關係企業制度皆能有效運作為前提，尚有透過從屬報告書制度資訊揭露之規範。從屬報告書由子公司董事於每會計年度作成，其後，應由子公司監事會與會計檢查人進行檢查(股份法第 312 條以下)。從屬報告書中，記載著母公司與子公司間交易內容以及是否就不利益為補償之內容等。

然而控制公司締結控制契約並無太大實益，因而契約型關係企業在實務上並不多見。不利益補償制度被指出有下列問題。首先，因不利益補償制度之存在，使母公司對子公司之損害賠償責任(股份法第 317 條第 1 項)的功能弱化。理由在於，母公司對子公司損害賠償責任的有無，取決於同一營業年度終了前，是否有就該不利益進行補償。其次，從屬報告書制度並不具備讓母公司對子公司之損害賠償責任更容易受到追究之功能。

針對子公司為有限公司時少數股東、債權人之保護，判例法上承認控制股東之公司對於少數社員負有忠實義務。母公司違反其作為控制股東之忠實義務的情形，對子公司負有損害賠償責任。同時，針對子公司損害賠償請求權，應解為該子公司之少數股東得代位行使權利，且子公司之債權人得以之為標的聲請扣押與移轉命令。

母公司因違反忠實義務而須履行損害賠償責任，此將使子公司債權人利益得以確保。惟母公司違反忠實義務所負損害賠償責任有下述之局限。首先，當母子公司間關係越趨複雜，因母公司利用影響力使子公司蒙受損害額之舉證，也將變得困難。

其次，母公司即使因違反忠實義務而須履行損害賠償責任，子公司之債權人僅得透過子公司損害回復而受到間接保護。現今於判例法上，依據侵害公司存續法理，展開對子公司債權人之保護。

(二) 我國立法分析

如 1.1 所述，我國就實質董事與關係企業的規範，分別是參考英美法及德國法而來，因此二者在適用上不免以相互重疊及扞格的問題。

三、 方案提出

我國公司法學者有認為，在我國法尚未整合第 8 條第 3 項與第 369 條之 4 第 1 項，明訂兩者的是用優先順序之前，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時往往就符合第 8 條第 3 項「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」之條文要件並須負上同項之民事、刑事或行政責任，使得控制公司從事關係企業業務時動輒得咎，經營手段可能綁手綁腳無法顧及集團綜效，故學者建議第 369 條之 4 第 1 項之規定應優先於第 8 條第 3 項規定適用，方可維護關係企業之發展。

綜上所述，就實質董事與關係企業等相關規範的衝突，有以下兩種修法方案。A 案是維持目前的規範方式，將二者間的衝突交由司法解釋去處理；B 案則是明文二者間的適用關係。又，在 B 案的框架下，值得思考的事，是否應容許關係企業中的非常規交易。若容許，則應限制實質董事的責任，在第 369 條之 4 第 1 項的一年期限之內，實質董事的責任暫時「凍結」，若一年之後該作為控制公司的實質董事為型補償，其對從屬公司的賠償責任方才「復活」。

A 案：維持現行規範

B 案：明文實質董事與關係企業規範的適用關係，並有以下不同的修正方式：

一、禁止關係企業間的非常規交易，將現行法第 369 條之 4 第 1 項的控制公司補償責任刪除，一慮改以賠償責任規範。

二、容許關係企業間的非常規交易，並明文實質董事的責任，在現行法第 369 條之 4 第 1 項的一年期限之內，排除實質董事規範的適用。

四、 修法委員分組審議決議

決議維持現狀採 A 案。

5.3.2 擴大實質董事規範之適用主體

鑑於董事會、負責人等章節，對此已有整合性規定，一併交由該等章節統一處理。

一、 我國現況

(一) 現行條文

公司法第 8 條第 3 項規定「公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。但政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益等情形，對政府指派之董事所為之指揮，不適用之。」

(二) 產生的問題

公司法第 8 條第 3 項僅就公開發行公司之實質董事責任進行規範，而非公開發行公司既然亦有面臨同樣問題之可能，是否應將該條項適用主體擴大到非公開發行公司之實質董事？

(三) 學者及各界意見

學者有認為，雖然依公司法第 8 條第 3 項之文義，非公開公司並無實質董事之適用，惟論其實際，非公開發行公司，存在有以總裁名稱實質執行董事業務，但並未經過法定程序被選任為董事而規避公司負責人之情形，在股權相對集中的非公開發行公司，相較於股權較為分散之公開公司，或許存在有更多的實質負責人。再者，依經濟部 2010 年第 1 次公司法第 23 條第 1 項之修正草案，並未區分公開或非公開發行公司，而均有實質董事之適用，直到第 2 次草案才限制於公開公司，其因係考量立法之初，為避免過大衝擊，而限縮適用之範圍。

此外，最高法院 103 年度台上字第 736 號民事判決，也首度突破法律文義之限制，將實質董事之規定適用於一個非公開發行公司上。

二、 比較法分析

(一) 他國立法模式

英國公司法將「事實上董事」直接於董事意義的條文²⁸規範，而「影子董事」則由另一條²⁹去補充規範。然而，從該條文之中，看不出英國法就事實上董事與影子董事的適用，會因為公司的種類而區別。是以，不論何種公司，應皆有上開條文的適用。

²⁸ 條文原文見前揭註 25。

²⁹ 條文原文見前揭註 26。

(二) 我國立法分析

我國公司法第 8 條第 3 項雖然是沿襲自英國法，然而卻有英國法所沒有之限制，將適用對象僅限於公開發行公司。或許同上開學者所言，是因為「避免過大衝擊」所導致之結果。

三、 工作小組方案提出

實質董事的概念，係為了補充法律上董事規範之不足，完整董事忠實義務的概念，避免有心人士實質上執行董事業務卻缺乏相應的責任規範，以求權責相符。而此類型的實質董事，應不僅存在於公開發行股票之公司，方可達到立法目的。縱上，以下有兩種方案。

A 案：維持原條文，將實質董事之規定限定於公開發行股票之公司。

B 案：擴大適用實質董事之主體，如：

1. 未公開發行股票之股份有限公司
2. 有限公司

四、 修法委員分組審議決議

決議配合議題 3.1.1 實質董事之規範。

第六章 股東權與股東會

第一節 股份有限公司之股東會議	6-3
6.1.1 股東會之召集	6-3
6.1.1.1 少數股東召集股東會之要件	6-3
6.1.1.2 少數股東召集股東會之要件	6-6
6.1.1.3 控制股東召集股東會之要件	6-8
6.1.1.4 股東會召集通知之應記載事項	6-10
6.1.1.5 股東會之臨時動議	6-13
6.1.1.6 股東會之電子化	6-16
6.1.1.7 非公開發行公司股東常會召集之通知期限	6-18
6.1.1.8 過戶閉鎖期間	6-20
6.1.2 股東會之提案	6-22
6.1.2.1 股東再提案之期間限制	6-26
6.1.3 股東會之出席-委託書	6-28
6.1.3.1 委託書之使用	6-28
6.1.3.2 代理出席股東會之表決權限制	6-30
6.1.3.3 股份共有者出席股東會	6-31
6.1.4 股東會議舉行形式	6-33
6.1.4.1 股東會之視訊會議	6-33
6.1.4.2 股東會之書面會議及書面決議	6-36
6.1.4.3 董事對股東會議案之說明義務	6-38
6.1.5 股東會之決議	6-40
6.1.5.1 普通決議及特別決議	6-40
6.1.5.1.1 決議之「定足數」門檻	6-40
6.1.5.1.2 授權資本額度內之「減資」之決議	6-43
6.1.5.2 表決權計算與行使	6-45
6.1.5.2.1 表決權信託制度與表決權拘束契約	6-45
6.1.5.2.2 表決權之迴避	6-47
6.1.5.2.3 關係企業表決權之限制	6-49
6.1.5.2.4 股東會各種表決方式優先順序之決定	6-51
6.1.5.3 股東會決議議事錄	6-54
6.1.5.4 股東會決議瑕疵	6-56
6.1.5.4.1 出席股東未達「定足數」門檻之決議效力	6-56
6.1.5.4.2 股東會議事規則之違反	6-57
6.1.5.4.3 臨時動議之提案與附議	6-59
6.1.5.4.4 撤銷股東會決議之法律效果	6-61
第二節 股東權	6-63
6.2.1 股東之資訊權/知情權	6-63

6.2.1.1 股東查閱權之要件.....	6-63
6.2.1.2 股東查閱權之查閱標的.....	6-66
6.2.1.3 檢查人查閱之查閱標的.....	6-68
6.2.1.4 股東對從屬公司之資訊權.....	6-70
6.2.1.5 公司拒絕股東行使查閱權之效果.....	6-72
6.2.2 股東之代位訴訟.....	6-76
6.2.2.1 股東提起代位訴訟之持股比例及持股期間.....	6-76
6.2.2.2 同時存在原則.....	6-79
6.2.2.3 等待期間.....	6-81
6.2.2.4 代位訴訟之費用負擔與責任.....	6-84
6.2.2.5 股東代位訴訟之對象應否擴張至其他公司負責人?.....	6-89
6.2.2.6 不公平侵害之救濟.....	6-91
6.2.3 其他股東權.....	6-94
6.2.3.1 新股認購權.....	6-94
6.2.3.2 股份交換之股東會決議.....	6-97

公司法全盤修正修法教學研討會

第六章 股東權與股東會

第一節 股份有限公司之股東會議

6.1.1 股東會之召集

6.1.1.1 少數股東召集股東會之要件

公司法第 173 條第 2 項少數股東召集股東會須「報經主管機關許可」之規定維持現狀，不訂明主管機關審查標準。

一、現況分析

(一) 現行條文

依據公司法第 173 條第 2 項，符合特定要件之少數股東得請求董事會召集股東臨時會；若於該請求提出後 15 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。

(二) 產生的問題

有關主管機關對於少數股東請求自行召集股東會之具體准駁標準，本法並無規範。依據主管機關之解釋，「董事會有無故意拖延情事」、或「有無召開股東會必要」等事項，主管機關皆應予以審酌。實務上少數股東取得主管機關依本項許可得自行召集股東會之情形鮮少，現行法下准駁標準不明確，且主管機關有實質審查之行政裁量權，是否妥適，尚非無疑。

(三) 學者及各界意見

學者有認為主管機關應就書面文件形式審查即可；亦有認為主觀機關應審查「股東聲請之會議目的事項是否為股東會得決議之事項」，並應由「法院」進行召集股東會許可之准駁認定。

座談會與會者則多認為應維持現狀。蓋我國多數公司仍為非公開發行公司（約 80 萬餘間公司）目前常見發生經營權爭奪，需利用本項規定報經主管機關許可，召集股東臨時會者，則多為上市櫃公司，如果貿然改變現行作法，恐牽連過廣，造成少數股東召集股東會浮濫之後果，且若僅修法改由主管機關為「形式審查」（例如持股條件等），並無法解決實務上可能發生之亂象。惟其審查標準及准駁依據似有必要明確化，或可由主管機關明定其審查標準，以彌爭議。

二、比較法分析

許多國家或地區如美國、英國、香港、日本、德國¹等國，均給予擁有一定持股比

¹ 英國 2009《公司規章》§§303-4, 306；香港公司條例§566-7, 570；美國模範公司法§7.02(a), §7.03(a)；德拉瓦州公司法 211 (c)；日本會社法第 297 條第 4 項；德國股份法§122(1)&(3)。

例之少數股東自行召集股東會權限，並要求少數股東應先以書面向董事會請求召集，待請求後經過若干期間董事會仍不予召集者，始得向政府機關申請自行召集之許可，與我國規範架構類似。不同之處在於，此等國家審查許可之政府機關為法院，且法院實務係為形式審查。

前述由法院進行形式審查的國家認為，少數股東請求召集目的在於防止大股東專橫，對其限制不宜過於嚴格，否則無法達到保護少數股東之目的，法定要件均具備後即應依少數股東之請求而召集股東會，除非少數股東有權利濫用之情形。因此，亦有如日本、德國等國家之法院，於審查時一併考量主客觀要件，考量少數股東是否濫用其召集權。其中，客觀要件為「股東會召集並非沒有益處反而顯有害處之情形」，主觀要件則為「股東並無故意陷公司於困境之惡意存在」，且於審查時特別著重客觀要件，亦即縱使股東具備惡意，但股東會之召集對公司有益而非顯有害處時，即應許可。

三、 方案提出

近年來修法建議均主張，主管機關進行審查時應體認其規範目的係透過政府機關協助而保護少數股東權，應以少數股東之救濟權為最大依歸。惟為避免濫用召集權，可參考日本或德國立法方式，加上主客觀要件，確保少數股東召集股東會有利於公司治理。因此，修法應考量之主要議題有二：其一，審查機關應為主管機關或法院；其二，審查機關應為形式審查或實質審查，是否應明訂審查要件（准駁標準）。

參酌上述理由及目前實務現況，爰分別就兩項議題建議以下方案：

(一) 審查機關

方案 A：應改由法院審查。

方案 B：維持現狀，由主管機關審查(座談會與會者多數意見)。

(二) 審查要件

方案 A：就以下要件為形式審查，

1. 股東持股比例及期間
2. 召集股東會之請求送達董事會已超過 15 日
3. 客觀上董事會未按本法第 172 條召集之事實存在
4. 申請之會議目的事項係股東會權限內得決議之事項

方案 B：就以下要件為實質審查(座談會與會者多數意見)，

1. 股東持股比例及期間
2. 召集股東會之請求送達董事會已超過 15 日
3. 客觀上董事會未按本法第 172 條召集之事實存在

4. 申請之會議目的事項係股東會權限內得決議之事項
5. 股東會召集有益處且沒有非顯有害處之情形（損益權衡）

方案 C：維持現狀，無須列明審查標準。

四、 修法委員分組審議決議

方案 C：維持現狀，無須列明審查標準。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.1.2 少數股東召集股東會之要件

公司法第 173 條第 2 項「董事會不為召集之通知」規定，維持現狀，不作明確之列舉或例示。

一、現況分析

(一) 現行條文

依據公司法第 173 條第 2 項，符合特定要件之少數股東得請求董事會召集股東臨時會；若於該請求提出後 15 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。

(二) 產生的問題

依據主管機關就「董事會不為召集之通知」之解釋，認為除自始即不為召集外，其雖為召集，但所定股東會開會日期故意拖延之情形，亦應包括在內。惟實務上出現諸多狀況，如：(1)董事會同意召集，但未將少數股東提議事項列入；(2)董事長不召集董事會討論股東會之召集...等，是否均該當「董事會不為召集之通知」，有所爭議，且由於主管機關裁量標準不明確，也使法律適用結果不穩定。

(三) 學者及各界意見

有學者建議透過類型化，以明確授權主管機關之裁量範圍。

有以董事會係「積極」抑或「消極」不為召集為區分基準，前者即董事會認為集會後對公司不利，故主觀上不欲召集，但客觀上董事會有能力召集者；後者為董事會主觀上雖有召集之本意，但客觀上無法為之，或董事會主觀及客觀皆不能為少數股東召集之情形。惟此區分基準似無助於判斷是否核准少數股東召集股東會。

另有以召集股東會係「維護公司治理之必要」與否為區分基準，前者即股東並無濫用權利之情事，主管機關應許可股東自行召集股東會之申請，不應假借其他理由而恣意否決股東之申請，保障公司民主之實踐，以落實股東行動主義；反之，後者代表股東確有濫用權利之情事，則或不必要核准股東之申請。此區分基準固有助於判斷是否核准少數股東召集股東會，惟此完全等同「必要性之衡量」，將與工作小組針對議題 6.1.1.1 所建議增列之要件重複。

座談會與會者則認為應維持現狀。

二、方案提出

主管機關(或審查機關)就許可股東自行召集股東會之准駁事由，包括現行法下「董事會不為召集之通知」如何認定，似有具體規定之必要，以充分保障少數股東之權利。

參酌上述理由及目前實務現況，爰建議以下兩方案—

方案 A：明文列舉「董事會不為召集之通知」之態樣。

方案 B：維持現狀，不予修正(座談會與會者多數意見)。

三、 修法委員分組審議決議

方案 B：維持現狀，不予修正。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.1.3 控制股東召集股東會之要件

公司法第 173 條增訂同一人持有已發行股份總數 50% 以上股份之股東（參酌證交法之規定，包括本人及同一關係人），有直接召集股東臨時會之權利，不待請求董事會及經主管機關許可，即可逕行召集股東會。

一、現況分析

(一) 產生的問題

公司法第 173 條係就「少數股東」召集股東會之權利為規範，惟當股東持有股數達一定比例以上實已非「少數股東」，例如已發行股份總數 50% 以上，對該公司之經營及股東會已有關鍵性之影響，若其召集股東會仍須依第 172 條規定「向董事會請求」，並經主管機關許可，似乎不符第 172 條之規範目的。

關於此議題證交法第 43 條之 5 第 4 項規定，經公開收購之股東持股比例已過半者，無須待持有一年以上，得直接以書面請求董事會召集股東臨時會，若董事會不為召集之通知，再報經主管機關許可自行召集。

(二) 學者及各界意見

學者咸認公司法第 173 條少數股東之股東會召集權規定，其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。而證券交易法第 43 條之 5 第 4 項規定，則著眼於企業併購者於公開收購取得被收購公司逾 50% 之股份時，若不能召開股東會撤換原有經營者，將使企業併購之意願降低而設，但仍必須經過主管機關的許可，始得為之。

座談會與會者原則上贊同公司法修正為於該等情形下，「無須經過向董事會請求召集」之程序。惟確切之持股比例似應視公司之資本額而定。若於股本不高之公司，此 50% 之數額並非高額，導致該公司較容易遭他人敵意併購，故此時為兼顧公司之保護，該比例似應提高，且為避免有心人士利用舉債以公開收購一定比例之股份，並違反董事會之意願，透過股東會決議將該公司售出賺得價差，與會者建議是否增設「持股期間」之限制，或參考金管會於審查私募基金時，得一併審查其資金舉債比例之手段。

二、方案提出

證交法前述規範，似表明我國財經法規在股權與控制權大幅乖離時，並不認為兩者應予結合。故儘管證交法透露簡化併購程序的意味，卻仍要求企業併購者踐行書面請求董事會與經主管機關許可。惟除以「公開收購」之方式取得多數股權外，非公開公司之股東以其他方式取得多數股權似亦有解決之必要。

工作小組參酌上述理由及目前實務現況，爰建議以下兩方案—

方案 A：維持現狀，不予修正。公開發行公司仍有證券交易法第 43 條之 5 第 4 項之適用。

方案B：增列同一人持有已發行股份總數百分之五十以上股份之股東（參酌證交法之規定，包括本人及同一關係人），於持股達一定期間後，有直接召集股東臨時會之權利，不待請求董事會及經主管機關許可，即可逕行召集股東會。（部分座談會與會者之意見）

三、 修法委員分組審議決議

方案B：增列同一人持有已發行股份總數百分之五十以上股份之股東（參酌證交法之規定，包括本人及同一關係人），於持股達一定期間後，有直接召集股東臨時會之權利，不待請求董事會及經主管機關許可，即可逕行召集股東會。

四、 修法委員會後續調整

方案B：增列同一人持有已發行股份總數百分之五十以上股份之股東（參酌證交法之規定，包括本人及同一關係人），有直接召集股東臨時會之權利，不待請求董事會及經主管機關許可，即可逕行召集股東會。

6.1.1.4 股東會召集通知之應記載事項

修正公司法第 172 條第 5 項，要求就「除法律另有規定者外，公司法規定須經股東會特別決議」之事項，於召集通知及公告中均應載明，並應說明其主要內容。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法第 172 條第 4 項前段及第 5 項規定，股東會之通知及公告應載明召集事由，遇有選任或解任董事、監察人、變更章程、公司解散、合併、分割或第 185 條第 1 項各款之事項時，並應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出，其立法目的在於使股東知悉股東會待議事項為何，俾事先準備及安排相關事宜，對於股東權之行使可謂重大，而董事本於其受託義務，亦應充分揭露公司之重要資訊，冀能平等保障股東之資訊權。

(二) 產生的問題

若股東會之通知及公告僅列出召集事由，而未說明其主要內容，股東仍難以預先準備並形成意見，對其資訊權之保障形同虛設。例如召集事由僅記載「變更章程」案，但因公司章程可能涉及的層面相當廣泛，股東自召集事由以觀，仍無從得知實際修章內容為何。

最高法院 96 年台上字第 642 號判決即認為：「公司法第一百七十二條第五項規定變更章程，應在股東會召集事由中列舉，不得以臨時動議提出。其所稱之『列舉』，係指召集通知應載明會議議案有『變更章程』事項，未載明者，不得以臨時動議提出之意，非謂應將擬修正之章程條項一一詳列」，對於股東資訊權之保障，尚有不足。

(三) 學者及各界意見

學界對於公司法應比照證交法第 26 條之 1 及第 43 條之 6 第 6 項之規定，要求股東會召集通知及公告除了應載明事由外，尚應說明其主要內容，均抱持肯定見解，歷年修法建議亦作此一主張²。例如，涉及「變更章程」案時，須進一步說明為議案內容為「減資」、「增資」、「變更所營事業」、「增加(減少)董監人數」或「修正公司取得或處分資產之程序」等，避免公司或大股東隱瞞重要事項，對其他股東形成突襲，日後引發爭訟，反而造成司法資源之浪費。

座談會與會者則認為，公開發行公司目前須在股東常會召開前 21 日將議事手冊上傳至公開資訊觀測站，已可完整保障股東資訊權，似無須要求公司一律在開會通知中進行揭露，若載明於公司網站亦無不可；另有與會者建議可參考企業併購法第 7 條之立法模式，針對公開發行公司，由證券主管機關另作規範。

² 如民國（下同）105 年 3 月 30 日立法院議案關係文書院總第 618 號委員提案第 18728 號及 103 年 11 月 5 日立法院議案關係文書院總第 618 號委員提案第 17185 號曾提出修正公司法第 172 條第 5 項為「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 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。」

其他與會者則認為，要求公司須在股東會召集通知或公告列舉召集事由並說明其主要內容，既可使投資大眾知悉公司實際經營狀況，據以作成投資判斷，對於中小企業而言，亦未增加太多負擔，故抱持肯定意見，僅在是否限於重大事項，與會者間有不同聲音，有的認為股東會所有召集事由均應說明其主要內容，有的認為應限於重大事項。此外，為便利非公開發行公司透過電子方式進行股東會召集之通知及公告，有部分與會者建議放寬公司亦得在公司網站進行資訊揭露，或由政府機關設置一電子平台供業者使用。

二、比較法分析

- (一) 美國、英國、日本、德國、香港等，均要求召集股東會之通知及公告，如涉及重大事項（如修改章程、合併、股份交換、處分特定資產、須經股東會同意之契約、須經股東會特別決議之事項），除應載明召集事由外，尚應檢附相關參考文件、提供全文或摘要，說明其重要內容。
- (二) 英國公司法及日本會社法均規定，召集股東會之通知，無論是否涉及重大事項，均應提供股東相關參考文件；香港公司條例則規定，股東會通知應概述待議事項之性質，如遇特別決議事項，尚應提供決議之建議文件³。
- (三) 美國模範公司法規定，召開股東臨時會、修改章程、公司合併、股份交換、處分特定資產等事項，股東會通知應檢附相關文件複本或摘要，德拉瓦州公司法規定，遇有公司章程修正案時，股東會通知應記載擬變更內容之全文或摘要；德國股份法則規定，遇有章程修正案、須經股東會同意之契約時，會議公告應說明修正案條文及契約重要內容⁴。

三、方案提出

工作小組參酌上述理由及實務現況，爰建議以下三方案：

方案 A：參考證券交易法第 26 條之 1 及第 43 條之 6 第 6 項規定，修正現行公司法第 172 條第 5 項，要求召集通知及公告除了應載明事由外，尚應說明其主要內容，並新增「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」等事涉股東權益之重大事項（部分座談會與會者之意見）。

方案 B：修正現行公司法第 172 條第 4 項前段，要求股東會之通知及公告應載明召集事由並說明其主要內容，亦即所有召集事由均應說明其主要內容（部分座談會與會者之意見）。

方案 C：維持現狀，不予修正（部分座談會與會者之意見）。

³ 英國 2009 年公司規章第 311A 條；日本會社法第 301 條及第 302 條；香港公司條例第 564 條第(4)款及第(5)款、第 576 條第(1) (c)款。

⁴ 美國模範公司法第 7.05(b)條、第 10.03(d)條、第 11.04(d)條及第 12.02(d)條；德拉瓦州公司法第 242(b)條；德國股份法第 124 條。

四、 修法委員分組審議決議

修正之方案 A：修正現行公司法第 172 條第 5 項，要求就「公司法規定須經股東會特別決議」之事項，於召集通知及公告中均應載明，且應說明其主要內容。

五、 修法委員會決議

(一) 方案 A 修改為，『除本法另有規定者外，修正現行公司法第 172 條第 5 項，要求就「公司法規定須經股東會特別決議」之事項，於召集通知及公告中均應載明，且應說明其主要內容。』以配合議題 1.5.7 減資應經股東會普通決議，但仍應於召集通知及公告載明，並說明主要內容。

(二) 召集事由如涉及修改章程，應列舉修改之條文內容，並逐條表決。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.1.5 股東會之臨時動議

非公開發行公司可自行決定是否允許臨時動議；公開發行公司可視未來股東提案權(議題 6.1.2)是否放寬調整之，倘放寬，則可考慮廢止臨時動議制度。

一、現況分析

(一) 現行條文

按(股東會之)通知及公告應載明召集事由；選任或解任董事、監察人、變更章程、公司解散、合併、分割或第 185 條第 1 項各款之事項，應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出，現行公司法第 172 條第 4 項前段及第 5 項定有明文。

(二) 產生的問題

依經濟部函釋之見解，除其他法令有特別規定外，非屬上述法條內所規範之事項，股東即得於股東會議中以臨時動議提出該議案，並由股東會決議之(經濟部 98 年 4 月 21 日經商字第 09802047330 號函、經濟部 92 年 2 月 6 日經商字第 0920205640 號函參照)。實務上曾發生以臨時動議之方式通過減資案、盈餘轉增資或停止公開發行等議案。惟此種攸關股東權益之事項是否宜以臨時動議提出，並非無疑。

(三) 學者及各界意見

多數學者及業界意見皆認為應限制臨時動議之提出，以保障股東之權益，及維持股東會議事程序之流暢。

另有學者認為，臨時動議制度是否有存在之必要，政策上仍需多所斟酌。若從公司法第 172 條之 1 之少數股東提案權有其門檻所在及召集股東會成本甚鉅之觀點，臨時動議對於調和股東提案權門檻與議事效率有其必要，惟即使如此，範圍上仍應有所限制。若從比較法之觀點，臨時動議在各國立法例上屬罕見法例，畢竟對股東而言，此皆屬不可預料之事項。又公司法第 172 條第 5 項採負面表列，惟法律文字終將無法窮盡列舉所有重要事項，恐有掛一漏萬之虞，如此高度不可預設性，對於股東行使決定權甚為不利。

105 年 3 月 30 日立法院議案關係文書，院總第 618 號(委員提案第 18728 號)及 103 年 11 月 5 日立法院議案關係文書，院總第 618 號(委員提案第 17185 號)曾提出第 172 條第 5 項應修正為：「選任或解任董事、監察人、變更章程、減資、申請停止公開發行、董事競業禁止許可、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。」

105 年 10 月 22 日立法院議案關係文書，院總第 618 號(委員提案第 17138 號)曾提出第 172 條第 5 項應修正為：「選任或解任董事、監察人、變更章程、公司解散、分割或符合企業併購法之併購、合併、收購、股份轉換、符合第 185 條第一項各款之事項，以及其他須經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，或於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始得行之者，應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出。」

105年1月10日立法院議案關係文書，院總第618號(政府提案第14849號)曾提出第172條第5項應修正為：「選任或解任董事、監察人、變更章程、減資、申請停止公開發行、公司解散、合併、分割或第185條第1項各款之事項，應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出。」

89年國家發展委員會委託理律法律事務所研究之公司法制全盤研究與修訂建議曾提出第172條第5項應修正為「依本法應以股東會特別決議為之之事項，應在召集事由中列舉，不得以臨時動議提出。」

二、比較法分析

- (一) 英國公司法、香港公司法、新加坡公司法、歐盟上市股東權益指令及中國大陸公司法⁵規定，股東會決議之議案必須載於通知或召集事由中，方得有效決議之；若於通知或召集事由未載明之事項，股東會不得對其做出決議。
- (二) 美國模範公司法⁶規定，除部份事項外，股東常會之召集通知無須記載開會目的，德拉瓦州公司法亦未要求記載開會目的；惟於實務上，絕大多數公司於其章程或內部規則中訂立事前通知條款要求股東若擬於股東會中提出議案，須於一定時間前通知公司，並揭露予全體股東，若逾期提出則不得決議該議案，而美國證券管理委員會於其規則⁷中亦間接承認此種條款之效力。
- (三) 日本會社法及德國股份法⁸則規定修正性議案或特定事項外，股東會不得就未載於召集事由之事項為決議。

三、方案提出

為保障未出席股東會之股東不致受到突襲，使其事前得自召集事由中知悉該議題並得充分表達其意見，各國立法例原則皆禁止臨時動議之提出。工作小組參酌上述理由及目前實務現況，爰建議以下方案：

方案A：仍保留臨時動議制度，僅修正將「減資」（不論是否為授權資本額內之減資）、「停止公開發行」、「董事競業許可」、「盈餘轉增資」、「資本公積轉增資」等對股東權益影響重大之事項或其他主管機關列舉事項，增列為本條不得以臨時動議提出之事項。

方案B：禁止臨時動議之提出。惟其應配合工作小組議題6.1.2「股東提案權」制度一併檢討以求完備。（座談會與會者之意見）

方案C：維持現狀，不予修正。

⁵ 英國公司法第301條、香港公司條例第562條、新加坡公司法第175(3)條、歐盟股東權益指令第5.3(a)條、中國大陸公司法第102條第1.2.3款

⁶ 美國模範公司法第7.05(b)條

⁷ 美國證券管理委員會 Rule§14a-5(e)(2)

⁸ 日本會社法第309條第5項、德國股份法第124(4)條

四、 修法委員分組審議決議

修正之方案 A：「公司法規定須經股東會特別決議」之事項，均增列為本條不得以臨時動議提出之事項。

五、 修法委員會決議

非公開發行公司屬自治事項，公司可自己決定是否允許臨時動議；公開發行公司可視未來股東提案權(議題 6.1.2)是否放寬調整之，倘放寬，則可考慮廢止臨時動議制度。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.1.6 股東會之電子化

賦予公司自治權限，得以章程訂定與股東會辦理程序電子化相關事項之權限。

一、現況分析

目前我國關於股東會議之方式，學說上仍認為以實體召開為原則。因此股東會如以實體召開時，因法條文義限制，無法承認與股東會同步之電子投票，股東無從以手機或電腦等通訊設備，即時進行電子投票。然而，我國法增設電子投票之目的，在於使未能親自出席股東會之股東，能夠透過該電子方式直接表達其意思，相對於委託書代理出席為間接意思表達之作法，更能直接反應股東之意思。此外，現行法規定股東以書面或電子投票，對於臨時動議視為棄權，將使採行書面或電子投票之股東權益更不利，是否妥適，不無疑問。

二、各界修法建議

- (一) 股東會之電子化，不應只是召集通知以及投票方式的電子化，而是藉由科技與法律之結合，使股東會更具效率、更便於股東參與、公司與股東互動因而加強，使股東行動主義因而得以落實。
- (二) 目前關於投票平臺之設置已經完備，使公司採行電子投票成本降低，除增加公司使用之意願外，也可預期將電子化推向整個股東會整體程序，從通知、公告、提案（請參議題 6.1.2）、是否受理股東提案之公告、臨時動議到決議，採用電子平臺的技術性挑戰降低取多。
- (三) 只要公司與股東間資訊設備允許，就此應持開放之態度，由公司與股東合意決定，視為公司自治事項，委由公司自行決定採用何種電子方式以及行使期間，並增訂在電子投票時，強調召集事由記載事項，使股東在資訊充分之情形下，配合自己所具備之資訊設備，鼓勵更多股東參與股東會或行使電子投票。
- (四) 惟座談會與會者多認為股東會各項程序與權利行使之電子化不應由法律強制規定，應由各公司依股東之意願及其現行可負擔之技術、經費，自主決定是否電子化之項目及程度。

三、方案提出

工作小組參酌上述理由及目前實務現況，爰建議以下兩方案—

方案 A：就下列事項要求公司應予電子化或提供電子方式/平台：

1. 股東會之通知及公告，無須取得股東個別同意；
2. 少數股東之提案（請參議題 6.1.2）；
3. 允許股東以電子方式參與股東會，例如視訊會議（請參議題 6.1.4.1）；
4. 行使電子投票之股東，就該次股東會之臨時動議及原議案之修正，仍得透過電子方式同步投票，不應視為棄權。

方案 B：公司自治，賦予公司章程訂定電子化相關事項之權限。

方案 C：維持現狀，不予修正（座談會與會者之意見）。

四、 修法委員分組審議決議

方案 B：公司自治，賦予公司章程訂定電子化相關事項之權限。

6.1.1.7 非公開發行公司股東常會召集之通知期限

爰以世界銀行《經商環境報告》評比之精神為依歸，亦要求非公開發行公司比照公開發行公司應於 30 日前為股東會召集之通知，惟須同時調整商業會計法第 65 條、第 68 條等規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

依據現行公司法第 172 條第 1 項規定，股東常會之召集，應於 20 日前通知各股東，對於持有無記名股票者，應於三 30 日前公告之。

(二) 產生的問題

對公開發行公司而言，股東會召集事由之通知及公告一方面為單純投資人或散戶股東之重要保障，另一方面為股務機構或公司之巨大負擔。實務及學界對於「公開發行公司」召集事由之重要內容及規範亦有許多爭議。至於就非公開發行公司而言，似乎相對學術爭議及實務運作問題較少。然而，世界銀行《經商環境報告》之評比有一項「公司是否在 30 日前為召集股東會之通知」之指標，「非公開發行公司」讓我國此項指標未能符合上述世界銀行經商環境之評比。

(三) 學者及各界意見

倘經評估認為對「非公開發行公司」之股東會召集通知或公告期限，可與公開發行公司相同均為 30 日前，對實務運作影響不大，則修法辦理，一方面可加強對股東之保護，亦可使得台灣在世界銀行經商環境評比獲得更好評價，及建立更友善的外資投資環境。

惟座談會與會者有認為，就非公開發行公司之實際股務運作而言，由於其人事相當精簡，如再縮短開會召集時間，作業上恐有困難。此外，依商業會計法規定，我國企業申報營利事業所得稅為次年 5 月，公司法規定股東常會至遲於 6 月底召開，現行實務尚能配合，但如欲修改股東會召集之通知期限為開會前 30 日，須同時調整商業會計法第 65 條、第 68 條等規定⁹，其影響範圍不可謂不大。

二、方案提出

工作小組參酌上述理由及實務現況，爰建議以下兩方案—

方案 A：維持現狀，不予修正。（部分座談會與會者之意見）

⁹ 商業會計法第 65 條：「商業之決算，應於會計年度終了後二個月內辦理完竣；必要時得延長二個半月。」商業會計法第 68 條：「商業負責人應於會計年度終了後六個月內，將商業之決算報表提請商業出資人、合夥人或股東承認。商業出資人、合夥人或股東辦理前項事務，認為有必要時，得委託會計師審核。商業負責人及主辦會計人員，對於該年度會計上之責任，於第一項決算報表獲得承認後解除。但有不法或不正當行為者，不在此限。」

方案 B：以世界銀行《經商環境報告》評比之精神為依歸，亦要求非公開發行公司之股東會召集應於 30 日前通知，惟恐須同時調整商業會計法第 65 條、第 68 條等規定。

三、 修法委員分組審議決議

方案 B：以世界銀行《經商環境報告》評比之精神為依歸，亦要求非公開發行公司之股東會召集應於 30 日前通知，惟恐須同時調整商業會計法第 65 條、第 68 條等規定。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.1.8 過戶閉鎖期間

維持過戶閉鎖期間制，且對於閉鎖期間不予縮短亦不予延長。同時，建議非公開發行公司刪除過戶閉鎖期間之規定，改採訂定一基準日，以基準日之股東名簿記載作為股東會開會通知之寄發對象。

一、現況分析

(一) 現行條文

依據現行公司法第 165 條規定，股東名簿記載之變更，於股東常會開會前 30 日內，股東臨時會開會前 15 日內，或公司決定分派股息及紅利或其他利益之基準日前 5 日內，不得為之。

(二) 產生的問題

我國法採取過戶閉鎖期間，最普遍之問題即為「空虛投票」，即於過戶閉鎖期間內將公司股票轉讓與他人，而不具股東身份者，由於股東名簿上其仍為公司之股東，因而享有股東權持有表決權；反之，於過戶閉鎖期間內受讓股份之股東，雖為公司之股東卻無法參加股東會行使股東權。

近年來與過戶閉鎖期間相關最具爭議性的案件，即 104 年發生之日月光收購矽品一案，矽品董事會明知日月光即將成為股東並取得出席股東會之資格，反向操作積極利用過戶閉鎖期間之制度，阻擋日月光參與該次之臨時股東會。至此，過戶閉鎖期間成為經營權爭奪之工具。

(三) 學者及各界意見

有認為應改為基準日者，蓋我國早期採取過戶閉鎖期間係因股票實體發行、實體交易，方便股務機關對召開股東會之準備。惟今日股票集中保管率極高，股務作業多以電腦為之，故採取基準日之制度得避免不當限制人民之財產權、減少股東及股東權名實不符的現象，且比較法上多數已開發國家皆採基準日制，我國亦應順應此潮流。

有認為不應調整現行規定，蓋即便以基準日取代過戶閉鎖期間，仍會發生「空虛投票」之情形，且目前股務實務仍須一定之作業時間，如此修法是否有實益，尚有疑義，且空虛投票問題之根本為公司如何掌握股票移轉之資訊，目前公司僅能掌握股東名簿，而無法知悉股份實際移轉情形，此問題在採取基準日之制度下，同樣存在。

亦有認為過戶閉鎖期間之長短應回歸公司自治事項，由公司透過章程自行決定，公司法僅須規定一最低下限之合理期限，於股務機關得順利運作之前提下，為較彈性之規範。

座談會與會者多認為應維持現狀。蓋就實際股務進行而言，以上任一修法建議均無助於解決空虛投票之問題。此外，若修正基準日制或顯著縮短過戶閉鎖期間，則亦大幅縮短委託書徵求之時程，使委託書徵求之需求無法充分滿足，仍有股東會出席率不足而流會之可能，故建議維持現狀較妥。

二、比較法分析

美國法對此問題並無明文規定，然根據美國公司實務作業，雖然在股東會舉行前及會議期間仍得進行股權移轉，但仍以基準日（Record Date）為準，在基準日後股東會開會前取得股份者並無行使表決權之權利。亦即，得行使表決權者係依據基準日的股東名簿記載為準。

日本法規定，公司對基準日符合股東身分者應行通知，對於不具表決權之股東則無通知之必要。於基準日後受讓股份之股東，無須為通知，此類股東例如受讓新股之股東或行使新股請求權之股東。惟公司得另行規定於基準日後取得股份之股東，其全部或一部得行使表決權（公司法第124條第4項本文）。惟須注意者，於此情形，應不得損及基準日前取得股份之股東權利（同項但書）。從而，若肯認基準日後受讓股份之股東具有表決權，即同時否認基準日時點之股東之表決權（對於同一議案不能有兩個表決權），如此將有害於基準日時點之股東之權利，故不應容許之。但若經讓與股東之同意，即得肯認基準日後受讓股份之股東具有表決權。相對於此，於基準日後，藉由募集方式受讓新股者，或行使新股請求權受讓股份者，因系爭股份不存在基準日股東，故無有害基準日股東之虞，應得肯認受讓股東得行使表決權。

三、方案提出

工作小組參酌上述理由及實務現況，爰建議以下兩方案—

方案 A：維持過戶閉鎖期間制，且對於閉鎖期間不予縮短亦不予延長（座談會與會者之意見）。

方案 B：大小公司分流，將非公開公司過戶閉鎖期間回歸公司自治，由公司透過章程自行決定，公司法僅須規定一最低下限之合理期間。

四、修法委員分組審議決議

方案 A：維持過戶閉鎖期間制，且對於閉鎖期間不予縮短亦不予延長。

五、修法委員會決議

建議非公開發行公司刪除過戶閉鎖期間之規定，改採訂定一基準日，以基準日之股東名簿記載作為股東會開會通知之寄發對象。公開發行公司應徵詢股務機構。

6.1.2 股東會之提案

賦予公司自治權限，得以章程訂定除書面外，允以電子方式行使提案權，並增加董事違法排除提案時，股東得向法院聲請列入議案之非訟請求權。

一、現況分析

(一) 現行條文

按現行公司法第 172 條之 1 第 1 項、第 3 項及第 4 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。但以一項為限，提案超過一項者，均不列入議案。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。又股東所提議案非股東會所得決議者，董事會得不列為議案。

(二) 產生的問題

參照第 172 條之 1 之立法理由，股東提案權制度之目的，在於使股東得積極參與公司之經營、落實股東民主之理念，強化股東會之功能，以防止公司經營階層的濫權、健全公司治理。然而觀察現行法之要件限制及實務運作觀察，股東提案制度成效似乎不彰。實務上無論對於股東持股比例、非股東得決議事項以及提案 300 字以內(包括標點符號)等限制，似有過度限縮股東提案權之行使，不利該條目的之達成。縱使少數股東經由股東提案權制度提出議案，董事會很有可能以所提議案非股東會所得決議者而不列為議案，且無外部監督機制。

(三) 學者及各界意見

綜觀學者建議，大抵為宜調整當初就股東提案權制度所設下之重重限制，應放寬持股比例、放寬提案範圍、行使方式多元化、無提案字數限制，董事會違法排除股東提案者應課予責任，並強化外部監督機制。

學說上針對是否將「股東會可得決議」事項認定本即有不同見解，有論者認為公司法首先應闡明法律政策，是否採行董事優位主義以及釐清與第 202 條之連結。同時，有認為第 172 條之 1 條第 4 項第 1 款排除事項因採取限縮解釋，因公司法修訂時將第 202 條的「得」字改為「應」字，從修法前學理與實務之爭議觀之，第 202 條的修訂應解釋為係在擴張並確立董事會對非專屬決議事項的「決定權」，而不在削減股東會對該等事項的「決議權」。換言之，股東會仍可對該事項作成合法、有效之決議，惟其決議僅有建議性之效力，董事會並無遵照辦理的義務。又雖現行股東提案字數限制為強行規定，惟股東所提案 300 字議案之計算，應以提案本身內容為限，其附件因不必列入股東會之召集事由，應不受字數限制。

有學者認為董事會違法排除股東提案者應課予責任，並建議民事責任上為求明確與直接，立法上宜明定董事會違反本項規定未將股東提案列為議案時之民事賠償責任及其損害賠償計算方法與賠償範圍，以嚇阻不法者。此外，就個別董事訴追，由於我國法欠缺對董事實質有效制裁，有論者亦主張於特定違反之情節下，剝奪其繼續擔任公司經營者之資格，可能較能發揮保護公益之目的，也才能有效遏阻恣意慣常違反公司法規定之董事。同時，該條亦未明定欠缺董事會違法未列為議案之法律效果，有論者認為就該

次股東會因召集程序上之瑕疵，而得依第 189 條規定嗣後撤銷該次決議。亦有反對論者認股東提案既未列為議案，自未作成決議而無從撤銷，且若謂因董事會違法未將股東提案列為議案，即得依第 189 條撤銷與該股東提案內容無關之該次股東會其他決議，顯將波及無辜，增加公司召開股東會負擔，因而應將得撤銷範圍限於與該股東提案內容相關，但受到該股東提案由於未能列為議案，致其結果可能因而受到影響之決議。

至於業界意見，座談會與會者則認為股東提案權行使要件（例如股東持股比例等）無調整必要，維持現狀較妥。就股東提案與臨時動議間之互動，與會者認為似可考慮全面禁止臨時動議之提出，而要求股東需以事前提案權提出議案。惟針對採電子投票之公司者，應排除其股東提出臨時動議之權利，以免侵害他股東之權利。又關於董事會違法排除股東提案者，是否應課予責任？或賦予股東救濟途徑？參與座談會之與會者對此無意見。

二、比較法分析

（一）他國立法模式

比較各國規定，有規定持股比例達一定比例、持股價值達一定數額或達一定之股東人數，股東符合其中一項資格，即得行使股東提案權。如：英國公司法規定¹⁰股東提案資格為二擇一，一是表決之股份總數 5% 以上之股東，或 100 位以上就該提案得行使表決權之股東共同提出提案，且每名股東平均已支付股款達 100 英鎊以上者。美國規定¹¹持有已發行有表決權股份總數 1% 以上之股東，或股東持有市值達 2,000 美元以上之表決權股份，且至提案日止持有期間為 1 年以上。德國規定¹²股東持有股份合計達到基本資本 20 分之 1（即 5%），或其股票之票面價值已經達到 50 萬歐元，且在股東會召開前持有 3 個月。日本規定¹³持有 1% 以上有表決權且繼續 6 個月以上之股東或持股超過 300 股以上之股東，得為提案之股東。但此非強制規定，公司得依其章程調整 1% 或 6 個月之要件。又非公開公司股東行使股東提案權，則無須具備繼續 6 個月以上之要件。

關於提案方式與字數，參照各國規定，則多規定得以書面或電子方式行之，增加提案之便利性。又關於提案字數，我國與美國相同，均有字數與提案數的限制，而英國、日本、新加坡與香港，並無字數限制，比較特別的是，日本法刪除字數限制後，修改為不得超過適切範圍的規定。

至於提案內容之限制，英國公司法規定原則上凡適於股東會通過決議之議案，均得提出。例外（不得提出）之情形有違反法令或章程、構成毀謗等。美國則是規定股東提出之議案，公司得不列為議案之情形為不適合由股東會決議之事項、違反委託書規則、純屬個人表示不滿等 13 項情形。原則上對股東提案內容持開放態度，且有具體詳盡的規定。

觀察各國立法例，股東得向法院尋求救濟，將該提案列入股東會議案。而公司違法未將提案列入之責任，美國規定倘若公司違反規範，未將股東提案納入股東會議案，證

¹⁰ 英國公司法第 338 條。

¹¹ 美國模範公司法 17 C.F.R.Part 240. 14a-8。

¹² 德國股份法第 122 條。

¹³ 日本會社法第 303 條至第 305 條。

券交易委員會或提案股東得向法院起訴，請求將提案納入股東會議案。香港新公司條例則是規定如公司違反，該公司及其每名責任人均屬犯罪，各處第5級罰款，英國、新加坡與香港就此採相同規範模式。

(二) 我國立法分析

1. 提案行使要件之調整

我國公司法第172條之1規範股東提案權，其目的係使股東得積極參與公司經營，於開會前事先提出不得以臨時動議提出議案，藉由議案資訊公開，強化股東對於公司治理之角色。惟實務上無論對於股東持股比例、非股東得決議事項以及提案300字以內（包括標點符號）等限制，似有過度限縮股東提案權之行使，不利該條目的之達成。根據臺灣證券交易所公開資訊觀測站之「股東行使提案權情形彙總表」，從99年到104年上市公司中有行使股東提案權者很少，而股東行使提案權後被列入股東常會議案寥寥無幾。

首先，關於股東行使提案權之要件，比較各國規定，有規定持股比例達一定比例、持股價值達一定數額或達一定之股東人數，股東符合其中一項資格，即得行使股東提案權，我國未來調整方向，於股份價值達到一定數額或股東達一定之人數，則可放寬股東提案行使要件。

再者，關於提案方式與字數，我國規定僅得以書面為之且有字數限制，參照各國規定，則多規定得以書面或電子方式行之，增加提案之便利性。又關於提案字數，我國與美國相同，均有字數與提案數的限制，而英國、日本、新加坡與香港，並無字數限制，比較特別的是，日本法刪除字數限制後，修改為不得超過適切範圍的規定。整體而言，比較法多採提案方式得以書面或電子方式行之，且提案無字數限制。

第三，提案內容之限制，我國規定之「該議案非股東會所得決議者」爭議最大，相較於此，英國公司法規定原則上凡適於股東會通過決議之議案，均得提出。例外（不得提出）之情形有違反法令或章程、構成毀謗等。美國則是規定股東提出之議案，公司得不列為議案之情形為不適合由股東會決議之事項、違反委託書規則、純屬個人表示不滿等13項情形。原則上對股東提案內容持開放態度，且有具體詳盡的規定。

2. 股東提案權與臨時動議

公司法第172條之1引入股東提案權之立法理由為「若股東無提案權，則許多不得以臨時動議提出之議案，除非由董事會於開會通知列入，否則股東難有置喙之餘地，爰賦予股東提案權」，顯見股東提案權與臨時動議之有互補功能。凡股東於股東會出席者均得提出臨時動議，其要件與股東提案權相較，比較寬鬆。由於臨時動議提案權於股東會開會當場提出，對以電子或書面方式行使表決權，無法事前得知提出之議案，觀察他國立法例（如日本）故有必要對臨時動議設有限制，避免對未出席股東會之股東造成突襲。當對臨時動議設有限制時，宜放寬股東提案權之行使要件。

3. 違法未列入提案之責任

在責任上為求明確與直接，有論者建議立法上明定董事會違反本項規定未將股東提案列為議案時之責任，以嚇阻不法者。此外，就個別董事訴追，由於我國法欠缺對董事實質有效制裁，有論者亦主張於特定違反之情節下，剝奪其繼續擔任公司經營者之資格，可能較能發揮保護公益之目的，也才能有效遏阻恣意慣常違反公司法規定之董事。

總而言之，就股東權益保護而言，倘能修正上述股東提案行使、股東提案權與臨時動議之連動與董事未列入股東提案之責任，屬最理想之狀態。倘若避免衝擊過大而無法一步到位，建議維持原條文，惟須修正本條最爭議之「該議案非股東會所得決議者」，宜參照英國立法例，原則上凡適於股東會通過決議之議案，均得提出。或參照美國立法例，原則上對股東提案內容持開放態度，且對得不列入議案之情形有具體詳盡的規定。

三、方案提出

方案 A：調整當初就股東提案權制度所設下之各限制：

1. 增列 100 位以上(或一定持股比例)，就該提案得行使表決權之股東可以共同提出提案。
2. 原則上凡適於股東會通過決議之議案，均得提出。
3. 得以書面或電子方式行使提案權。
4. 無提案字數限制。
5. 增加董事違法排除提案時，股東得向法院聲請列入議案之非訟請求權。

方案 B：維持現狀，不予修正（業界意見）。

四、修法委員分組審議決議

(一) 修正之方案 A：調整當初就股東提案權制度所設下之各限制：

1. 公司自治，賦予公司章程訂定除書面外，得以電子方式行使提案權。
2. 增加董事違法排除提案時，股東得向法院聲請列入議案之非訟請求權。

(二) 另決議提交大會決議：

原則上凡適於股東會通過決議之議案，均得提出。

五、修法委員會決議

配合議題6.1.5臨時動議制度之調整，提案將不以股東會得決議者為限。

6.1.2.1 股東再提案之期間限制

增訂少數股東提出曾經股東會決議否決之實質上同一議案時，禁止於若干年內重複提出。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法第 172 條之 1 訂有少數股東提案權，符合一定要件之股東得向公司提出股東會議案。

(二) 產生的問題

實務上部分股東經常重複提出不可能通過之提案，濫行股東提案權，且拖延股東會議事效率。

(三) 學界及各界意見

在 92 年萬國法律事務所修法建議第 82 條曾有乙案提及「同一議案曾提出於股東會而未獲得表決權數十分之一以上之贊成，而未滿三年者」之排除事由，並規定有該情事者董事得不列於議案中。

座談會與會者對此則表示無意見。

二、比較法分析

(一) 美國聯邦法規¹⁴、日本會社法¹⁵中，明文定有少數股東提案未通過，重複行使提案權時，限制其一定時間內(美國、日本則為 3 年)不得再次提出該案。

(二) 美國聯邦法規規定，倘若股東提案之內容事項，於過去 5 年內曾記載於公司徵求委託書之資料中，但該議案之表決權數贊成比例低於下列時，公司得自前次記載該提案年度起 3 年內，拒絕再次提出該提案：(1)過去 5 年內該提案所得贊成之表決權數低於 3%；(2)過去 5 年內該提案曾提出二次，其最後一次提案所得贊成之表決權數低於 6%；(3)過去 5 年內該提案曾提出三次，其最後一次提案所得贊成之表決權數低於 10%。

(三) 另外，日本會社法第 305 條規定，倘若股東提出之議案與過去所提出之議案實質上可認為同一，且該議案未得有表決權 10% 股東通過，3 年內不得再提出該議案。

(四) 英國、德國、新加坡、香港、中國大陸則無此限制。

¹⁴ 美國聯邦法規 17 CFR 240.14a-8 (i)(12)。

¹⁵ 日本會社法第 303 條至第 305 條。

三、方案提出

觀察各國立法例，雖然僅有美國及日本明文禁止股東重複提起未獲通過之議案，惟該條文似確有必要性存在，特別對於大型之公開發行公司，其議案眾多，更容易受到濫行提案之干擾。工作小組爰參酌實務與外國立法例，建議如下：

方案 A：增訂少數股東提出曾經股東會決議否決之實質上同一議案時，禁止於 3 年內重複提出。

方案 B：維持現狀，不予修正。

由於少數股東提案權本設有一定限制，既然其已通過門檻，因此不須多設重複提案之限制。

四、修法委員分組審議決議

修正之方案 A：增訂少數股東提出曾經股東會決議否決之實質上同一議案時，禁止於若干年內重複提出。

6.1.3 股東會之出席-委託書

6.1.3.1 委託書之使用

非公開發行公司之股東，得否自行書寫委託書，而不使用公司印製者，公司法第 177 條第 1 項規定維持現狀，不予修正。

一、現況分析

(一) 現行條文

委託書的印製，依「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」(下稱委託書規則)第 22 條規定，非由公司印發之委託書不予計入表決權數。同規則第 13 條之 1 規定，委託書是否為公司印製須於開會前經股務代理機構驗證。其立法目的在方便公司整理委託書，並避免代理權授與之爭議。

(二) 產生問題

委託書規則既已明定係針對公開發行公司，則非公開發行公司之委託書是否亦須使用公司印發者為限，則有疑義。

法院實務見解向來皆肯定非公開發行公司之股東可以自行書寫委託書，委託他人代理出席，公司未印製委託書不構成股東會召集程序瑕疵(最高法院 65 年台上字第 1410 號判例、最高法院 103 年台上字第 615 號判決、69 年台上字第 3879 號判決及臺灣高等法院 101 年上字 1312 號判決參照)。經濟部亦認為委託書規則僅適用於公開發行公司，非公開發行公司則否(經濟部 95.1.10 經商字第 09502001900 號函參照)。

(三) 學界及各界意見

業界對於是否允許股東自製委託書見解分歧，座談會部分與會者就民法對於委託書之形式並無特別要求，目前實務容許股東自行書寫委託書，亦抱持肯定意見，且股東會決議瑕疵與委託書格式之間亦無關連。亦有座談會與會者認為若開放自行書寫委託書，勢必造成委託書瑕疵爭議之產生，且亦對股東、公司及股務代理機構造成困擾，故建議仍應使用公司印製之委託書。

二、方案提出

(一) 鑒於「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」既係依證交法第 25 條之 1 訂定，則應認非公開發行公司應不受本規則之限制，仍應回歸以往實務，即縱未使用公司印發之委託書，如其自製委託書已明白表明授權代理之意旨及範圍，應可發生代理出席之效力。

(二) 又縱要求股東必須使用公司印製的委託書以便管理，且以公司事先擬定之格式亦可避免代理權授與產生疑義。然而，相對而言，由公司印製委託書，對於非公開發行

公司而言亦須支出相當程度的費用，也限制了股東授與代理權之方式。因此，工作小組爰建議如下：

方案 A：若非公開發行公司有印製委託書，股東即應使用，以利股務運作，並避免代理權之爭議。若股東未使用，法律效果則參考委託書規則，不計入表決權數。

方案 B：維持現狀，不予修正。

非公開發行公司之股東得使用自製委託書，但亦得以章程限制。

三、修法委員分組審議決議

方案 B：維持現狀，不予修正。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.3.2 代理出席股東會之表決權限制

公司法第 177 條第 2 項關於非信託業者或股務代理機構代理二名以上股東出席股東會之代理股權上限規定，將予刪除。

一、現況分析

(一) 現行條文

依公司法第 177 條第 2 項規定，「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。」

(二) 產生問題

本項立法目的係為防止少數股東利用委託書制度而致生操縱股東會之流弊(經濟部 55.12.21 商 2922 號函)，因此限制一般股東之代理權。然而，本項規定固有其時空背景，惟基於股東權之保障，此立法限制容有檢討之空間。

(三) 學界及各界意見

有學者認為關於股東代理股數上限之規定，美國、英國、日本與德國皆無此上限規定，由此可知我國規定相當特殊。座談會與會者亦有表示雖然贊成維持現狀，但本條有檢討空間。

二、方案提出

參酌上述理由及防範少數股東利用委託書制度而致生操縱股東會之立法意旨，工作小組爰建議以下方案：

方案 A：不設代理股權上限規定，刪除本條規定。

方案 B：維持現狀，不予修正（座談會與會者之多數意見）。

三、修法委員分組審議決議

方案 A：不設代理股權上限規定，刪除本條規定。

6.1.3.3 股份共有者出席股東會

增訂公司法第 160 條但書規定，在共有人無法推派一人行使股東權時，若股份共有人全體同意分割行使表決權，為配合股務運作，於股東會開會五日前通知公司之情況下，准依各共有人協議之持股數，各自分割行使股東權。（不涉財產分割）

一、現況分析

- (一) 公司法第 160 條第 1 項規定，「股份為數人所共有者，其共有人應推派一人行使股東之權利。」在共有人身分資格無爭議之情況下，現行實務上出現的爭議有二，首先，共有人之間應如何推派一人行使股東權？其次，共有人之間意見不一致時，應如何行使權利？
- (二) 法院實務認為股東共同共有股份時，非屬管理行為，依民法第 828 條第 3 項，應得全體同意始得行使股東權，因此，應以全體同意推派股東一人行使之(最高法院 104 年度台上字第 2414 號判決、104 年度台上字第 15 號判決、103 年度台上字第 1570 號判決參照)，由於在概念上共有人對股份所有權皆有其應有部分，非為他人持股，故無法適用分割行使表決權之規定(公司法第 181 條第 3 項參照)。
- (三) 上述見解雖然合乎民法規定，惟造成共有之股份無法有效利用，全體同意之高門檻容易陷入僵局，亦有害實質股東分別行使權利。

二、比較法分析

德拉瓦州公司法規定，股份共有人持有 1 股以上者，得以多數決共同行使其表決權，當票數相同時，得按比例分割行使表決權¹⁶。

三、方案提出

- (一) 公司法第 160 條第 1 項推派一人行使股東權之規定，前提在於不承認分割行使表決權，若得分割行使，即可在共有人無法共推一人時，按共有人全體一致同意之股份比例行使股東權，不必硬性規定須推派一人。
- (二) 另外，分割行使投票權的程序可參考《公開發行公司股東分別行使表決權作業及遵行事項辦法》第 4 條第 1 項規定：「股東申請分別行使表決權者，應於股東會開會五日前，以書面或依電子簽章法規定之方式向公司提出。」
- (三) 從實質股東權保障以及有效利用共有股份之觀點，似在參考美國德拉瓦州公司法規定，除非僅剩 1 股，否則應可以分割行使表決權。因此，參酌比較法例與實務見解

¹⁶ 8 Del. C. § 217 (b)

所造成之困境，工作小組爰建議如下：

方案 A：增訂公司法第 160 條但書規定，在共有人無法推派一人行使股東權時，若股份共有人全體同意分割行使表決權，為配合股務運作，於股東會開會五日前事前通知公司之情況下，依各共有人協議之持股數，各自分割行使股東權。（不涉財產分割）

方案 B：維持現狀，不予修正（座談會與會者之多數意見）。

四、 修法委員分組審議決議

方案 A：增訂公司法第 160 條但書規定，在共有人無法推派一人行使股東權時，若股份共有人全體同意分割行使表決權，為配合股務運作，於股東會開會五日前事前通知公司之情況下，依各共有人協議之持股數，各自分割行使股東權。（不涉財產分割）

公司法全盤修正修法委員會

6.1.4 股東會議舉行形式

6.1.4.1 股東會之視訊會議

除證券管理機關另有規定外，允許公司章程規定股東會議得以視訊方式召開。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 356 條之 8 僅容許閉鎖型股份有限公司得以章程明定股東會採用視訊會議或其他中央主管機關公告之方式召開；且股東會若以視訊會議為之，股東以視訊參與會議者，視為親自出席。此乃因閉鎖型公司股東人數較少、股東間關係緊密，且通常股東實際參與公司運作，故放寬股東會得以較簡便方式行之。

(二) 產生的問題

我國公司法有鑒於電傳科技發達，以視訊會議方式從事會談，亦可達到相互討論之會議效果，與親自出席無異，爰參考外國立法例於第 205 條規定董事會開會得以視訊為之，並視為親自出席。惟實務上一貫以為，公司法第 177 條僅明文允許「股東親自出席」及「委託書代理」二種方式，此乃立法者在制度上有意差別規定（參考臺灣台中高分院 98 年上字第 266 號判決。），股東會議尚不得類推適用董事會以視訊方式召開之規定（參照經濟部 102 年 5 月經商字第 10202049140 號函、經濟部 100 年 10 月經商字第 0930206200 號函）。

(三) 學者與業界意見

不建議強制要求公司以視訊方式召開股東會，但公司章程得明定「股東會得以視訊方式為之」，蓋我國南北城鄉差距大，偏遠地區股東如無相關設備，恐難參加股東會。亦有論者以為，股東會之視訊會議於技術上難以達成（例如若視訊斷訊應如何處理），且成本過高，故不應允許股東會採行視訊會議。

二、比較法分析

(一) 目前德拉瓦州公司法¹⁷、英國¹⁸、法國¹⁹、德國²⁰、日本²¹等國皆規定公司得以章程規範股東會議以視訊召開，並確保股東得即時使用電子投票方式同步行使各項股東權。有論者提出此立法例得達到確保股東出席及行使權利之機會；即時觀看進行會議之過程，可提高股東對會議進行的信賴，降低股東日後以會議程序瑕疵為由主張

¹⁷ 參照德拉瓦州公司法第 211 條 (a) (2)。

¹⁸ See The Companies (Shareholders' Rights) Regulations 2009, Article 8 "Electronic meetings and voting"; *Byng v London Life Assoc* [1989] 2 W.L.R. 738 CA.

¹⁹ 參照法國商法典第 225 條之 107 第 2 項。

²⁰ 參照德國股份法第 118 條第 1 項第 2 段。

²¹ 日本法院判決大判昭 5.12.16，刑集 9-907，轉引自杜怡靜，E 化環境中關於股東權行使之比較研究，政大法學評論，第 133 期，頁 289-90，2013 年 06 月。

撤銷股東會，增進股東與公司間意見溝通等目的²²。

(二) 歐盟股東權益指令(Shareholder's Rights Directive)第 8.1 條亦規定，會員國必須允許其境內公司提供股東以電子方式參加股東會，讓股東會能即時傳輸會議情況、建立即時雙向對話管道(two-way communication)，並使股東得於會前或會議中行使投票之機制²³。德國股份法第 243 條第 3 項第 1 款復規定，為保障股東會運作之成果，若因傳輸技術問題造成線上出席或電子投票之股東受影響，除非公司為故意或重大過失，否則不能因此向法院訴請撤銷股東會決議，對於該過失標準，公司章程可做更嚴格之規定。

三、方案提出

隨著科技進步，我國公司法似應承認股東得以視訊參加股東會議，並同步行使電子投票，發揮即時性優點，為使股東得有效監督公司經營者執行業務，應著重實質上使股東能充分獲得討論、發言或質詢經營者之機會，而非拘泥於形式之會議場所或必須實體召開。況公司法第 177 之 1 條增訂目的即在於鼓勵股東積極參與公司經營並行使股東權，則若有股東欲透過視訊即時參與股東會並投票，顯然較書面或事先以電子投票更具「即時性」，且對於股東會之議題、原議案之修正或臨時動議也能直接發表意見，亦具有「直接性」。

方案 A：允許公司章程規定股東會議得以視訊召開。

股東會以視訊會議召開應可分為 2 種，一種是仍有實體股東會，而允許未能到場的股東以視訊方式參與；另一種則是無實體會議而全員皆以視訊方式開會。有鑑於上述視訊會議之優點。並考量公司本身會議設備建置情況不一，建議公司法應允許公司得自行以章程規定股東會得採取視訊會議為之；股東以視訊參與會議者得即時發言與以電子投票，並視為親自出席。

方案 B：除已開放之閉鎖型公司規定外，其餘公司維持現狀，不予修正。（座談會與會者之意見）

有鑑於我國電子投票規定施行後，除證券主管機關依公司法第 177 條之 1 之授權，以行政命令強制規定上市及上櫃公司實收資本額達 20 億元以上，且股東人數達 1 萬人以上者應採行電子投票制度外，實務上甚少公司採用股東以書面或電子方式行使其表決權。是以若考量我國公司法實施現況與需求，似可暫緩推進股東會以視訊方式召開之進程。

四、修法委員分組審議決議

²² 參考杜怡靜，E 化環境中關於股東權行使之比較研究，政大法學評論，第 133 期，2013 年 06 月。

²³ Directive 2007/36/EC, 2007 O.J. (L 184/17), Directive of the European Parliament and of the Council on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, Article 8.1.

修正之方案 A：除證券管理機關另有規定外，允許公司章程規定股東會議得以視訊方式召開。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.4.2 股東會之書面會議及書面決議

允許非公開發行公司得以章程訂定股東會採書面或電子決議，毋須實體會議。

一、現況分析

(一) 現行條文

依據公司法第 174 條規定及主管機關見解（參照經濟部 104 年 7 月 29 日經商字第 10402418440 號函、經濟部第 57 年 9 月 9 日商字第 31763 號函等），股份有限公司之董事會及股東會皆應為實際召集，並以出席股東之表決做成決議。惟考量閉鎖性股份有限公司召開股東會之彈性，復於同法第 356 條之 8 規定，閉鎖型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。

(二) 產生的問題

觀諸公司法下「有限公司」並無「股東會」之組織，亦即其就公司重大事項，例如變更章程、解散、合併等，皆經股東全體同意即可；而實務上有些非公開發行之股份有限公司，包括為數不少之外國公司，縱非屬現行法下之閉鎖性公司，其股東架構實與有限公司相似；若每一股東會決議皆須以實際召集股東會為之，對股東及公司皆造成不必要之負擔。

(三) 學者及各界意見

業界有認為由於公開發行公司股東人數龐大，不宜放寬股東會得以書面進行會議與議決，此規範應限縮於非公開發行公司方得適用。

二、比較法分析

(一) 英國公司法第 288 條以下為私人公司(private company)股東會書面會議相關程序規定。凡應經過股東會以普通決議或應以特別決議者，皆得以過半數或超過持有表決權達 75% 之股東以書面決議替代召開實體股東會。持有股份 5% 以上之少數股東亦得請求公司進行書面決議，類似少數股東要求召開股東會之情況。此一立法例使公司降低決議成本與時間，並提供私人公司經營者較多彈性。

(二) 德拉瓦州公司法第 228 條與模範公司法第 7.04 條皆規範，除非公司章程另有訂定，否則股東會得僅採書面會議決定任何得在股東常會或臨時會上決議之行為，且其決議通過之門檻與效力皆與實體會議相同。香港公司條例亦有相同之規定²⁴。

三、方案提出

²⁴ 參見香港公司條例第 548 條以下。

方案 A：允許「非公開發行公司」得以章程訂定股東會採書面或電子決議，毋須實體會議。（座談會與會者之意見）

參考英國公司法僅允許私人公司得採股東會書面會議之立法例，我國修法時應考量公開發行公司及非公開發行公司之性質。由於公開發行公司有公眾投資人，應注意少數股東之保護，因此不應允許公司以書面做成股東會決議；惟就非公開發行公司，若能將股東會決議採實際召集或書面決議之選擇交由公司自行決定（例如：以章程規定），如美國法上之書面同意制，而非如現行法下僅限於「閉鎖性公司」始得為股東之書面決議，在股東會目的仍可達成之前提下，將增加公司法之彈性，吸引更多外國投資人，並兼顧公司實務上之成本與效益。

方案 B：全面開放公司得以章程訂定股東會採書面或電子決議，毋須實體會議。

惟若觀察美國與香港之規範，若技術上可行，且公司章程並無限制時，則似可放寬公司經營者之彈性，毋須排除公開發行公司亦採取股東書面決議之可能。又為考量公開發行公司股東眾多，亦可仿效英國法賦予少數股東提起書面會議，或保障其得對書面決議內容提出意見之權利，以保障少數股東之權益。

方案 C：維持現狀，不予修正。

四、 修法委員分組審議決議

方案 A：允許「非公開發行公司」得以章程訂定股東會採書面或電子決議，毋須實體會議。

6.1.4.3 董事對股東會議案之說明義務

維持現狀，不予修正。

一、現況分析

(一) 現行條文

為使股東得積極參與公司之經營，現行公司法第 172 之 1 條賦予持有一定比例之股東享有提案權，對於未列入股東會議案之股東提案，公司董事會應於股東會說明未列入之理由，惟現行公司法並未要求董事應於股東會上針對列入議案之股東提案進行說明後始得表決之義務。

(二) 產生的問題

為使股東提案權發揮實質功能，董事之說明義務應為相應之配套措施，蓋股東提案權之意義在於「實質賦予股東積極參與公司決策之機會」。因此，董事會應以公司經營者之角度，向股東說明該等提案之合理性、可行性，使股東得於獲得充分資訊及溝通後，作出決定，董事會於必要時亦應為其政策辯護。

(三) 學者及各界意見

業界有認為目前實務上已有議事手冊，甚至公司董事亦於會議中親自或指派專人或親自說明，且即便課予董事說明義務，實務上可能難以認定義務之範圍，使股東有濫用之虞，於會後動輒向法院提起撤銷決議，徒增訟擾。

二、比較法分析

日本法下，符合提案要件之議題或議案，公司應將該提案之內容及理由在股東會說明，或要求提案股東充分說明提案原委，並備詢回答，經充分討論後，始進行決議。日本會社法第 314 條復規定，經股東要求負說明義務之公司董事等人，除有法定除外事由（如該說明要求與該次股東會目的無關，或將對股東共同利益造成嚴重損害等），應對於相關事項提供必要之解釋。

三、方案提出

方案 A：於股東要求時，課予公司對股東會議案履行說明義務之規定。

於股東要求時，若公司未盡說明義務，在未提供股東做成合理判斷所需之必要資訊便強行表決時，解釋上應構成公司法第 189 條規定之決議方法違法，該決議得予以撤銷。

方案 B：維持現狀，不予修正（座談會與會者之意見）。

現行公司法第 172 條之 1 第 3 項已規定提案股東應親自或委託他人出席股東會，並參與該項議案討論，且實務上董事亦於會議中親自或指派專人說明。是以若復課予董事

應於股東會上一一說明股東提案內容之義務，除有疊床架屋造成會議時間過長之疑慮，亦可能使股東濫訴。

四、 修法委員分組審議決議

方案 B：維持現狀，不予修正。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.5 股東會之決議

6.1.5.1 普通決議及特別決議

6.1.5.1.1 決議之「定足數」門檻

決議之「定足數」門檻將採取大小公司分流，公開發行公司股東會普通決議及特別決議之出席門檻皆修正為「已發行股份表決權總數 1/3 以上股東出席」。非公開發行公司維持現狀，不予修正。

為因應第一組決議非公開發行公司得發行複數表決權之特別股，因此有關本議題及其他涉及股東會出席定足數之規定，無論公開發行公司或非公開發行公司之出席定足數，修法建議皆改以「已發行股份之表決權總數」為計算基準。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法第 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。亦即我國採取以股份總數計算出席定足數，且認為原則上須有過半數的股份總數出席，才能使股東會決議有效成立。

(二) 產生的問題

現行實務運作上，我國司法判決與經濟部函釋皆有認為，應允許股東會普通決議為因應某些重要事項，將出席定足數門檻「提高」。

而得否以章程「降低」出席定足數門檻，則學界與實務尚無統一之見解，意見相當分歧；就特別決議的部分，我國法多有明文「章程有較高之規定者，從其規定」，爭議不大。若無法以章程降低股東會出席定足數的門檻，對散戶較多的公開發行公司，單純投資的股東較無興趣之議案將無法推動；另外就股務實務而言，掌握股東會出席門檻較為不易，而公司或大股東徵求委託書成本將會提高。

(三) 學者及各界意見

我國學界見解分歧，否定公司得以章程降低出席門檻之學者認為，現行公司法第 174 條乃一「絕對強制規定」，公司不得以章程提高或降低普通決議門檻，否則該章程之訂定或修改章程之決議將因違反公司法第 174 條，依公司法第 191 條之規定而無效，蓋如此方可確保少數股東權益受到保障以及避免公司過於容易出現僵局使公司得以有效率地運作。且股東會最低出席股權比例之要件，除可防止股東會決議之民意基礎過低，另一方面，亦在防止不同召集權人，在同一時間召集之複數股東會，就同一事項分別作成贊成與否相反的有效股東會決議之情事發生，出席定足數要件之存在，對於上述情事之發生，有較大的抑制效果，故定足數門檻有維持之必要；採肯定見解的學說認為，參考日本法對於股東會普通決議得以章程提高或降低出席定足數或表決權數，在「立法論」上應該可以採取日本法之立法，但應引入配套之少數股東救濟管道，以避免控制股東就由提高決議門檻作為反併購手段，以制衡控制股東過度濫用其權利之行使。

業界意見認為應僅得透過公司法明訂定足數之提高或降低，而不得給予公司過大的自治空間，若可僅依公司章程自行決定，可能造成各公司議事程序之不安定及不一致。此外，業界並建議公司法可直接修正降低「公開發行公司」股東會之定足數至三分之一。

二、比較法分析

英國公司法、香港公司條例²⁵就股東會的出席定足數，不同於我國之規定，採取以人數計算的方式，除一人公司或是章程另有規定外，以「兩人」出席為股東會召開的最低出席門檻。決議方式在一定情形下（例如無股東異議時），亦得以一人一票的舉手表決為之。

德國、中國²⁶原則上若法無特別明文，就一般議案，採取簡單多數決的方式，亦即不問出席的股權總數，僅視表決時同意票多過反對票者議案通過之一種決議方法；針對特別重要決議，德國股份法要求「全體」3/4 以上同意方通過股東會決議。中國大陸公司法針對特別決議事項，則要求出席股份數 2/3 以上同意之通過要件。

美國、日本法²⁷都有要求最低出席股份總數（即 1/2）的門檻。德拉瓦州公司法與美國模範公司法承認公司得以章程降低出席定足數門檻，然德拉瓦州公司法認為應以 1/3 作為下限基準，美國模範公司法則無此要求；日本會社法則依決議重要性作不同程度的規定，普通決議則給予章程自由調整出席定足數的空間，特別決議以 1/3 為調整下限，重度特別決議，則不允許章程調降之。

綜上觀察，外國立法例除德國與中國原則上採取簡單多數決而無出席門檻的概念外，其他國家不論採取人數或股權總數作為股東會出席門檻的標準，雖有寬鬆之別，但原則上皆承認應給予章程自治空間。

三、方案提出

德國與英國的立法模式上，與我國原先的立法設計大不相同，考量實務、業界運作已久的現行方式，若大幅度修正為簡單多數決或是以人數計算定足數並採取舉手表決的方式，對我國業界可能影響過大，亦更有可能發生不同召集權人，在同一時間召集的複數股東會，就同一事項分別作成結論相反的股東會決議，恐不適合於此次修法一併納入。

第一種模式乃參考業界對於此議題的修法建議，並參照美國、日本立法政策，可將修法方向設定為：「我國公司法股東會決議之通過，普通決議應有代表已發行股份總數 1/3 以上股東出席，出席股東表決權過半數同意；特別決議應有代表已發行股份總數 1/3 以上股東出席，出席股東表決權 2/3 以上之同意」，且不給予公司章程自行決定空間，以避免造成各公司議事程序之不安定及不一致之情事，因此藉由修法明文規定降低出席定足數至 1/3。

第二種模式為「公司章程得以提高、降低出席定足數門檻，但特別決議出席定足數

²⁵ 英國公司法第 318 條第 1 項、香港公司條例第 585 條。

²⁶ 德國股份法第 23 條第 5 項、第 133 條、中國大陸公司法第 104 條。

²⁷ 美國模範公司法第 7.25 條、日本會社法第 309 條。

以降低至已發行股份總數 1/3 為下限」。乃參考美國與日本立法例，給予公司一定程度的章程自治空間，並考量我國股東會決議區分為普通決議與特別決議，特別決議是對我公司整體及利害關係人影響較為重大的決議事項，因此可參考日本會社法的設計，雖然章程得自行提高或降低出席定足數的門檻，但對於特別決議事項，僅能降低至已發行股份總數股東 1/3 出席，普通決議則無此限制。

方案 A：大小公司分流，公開發行公司普通決議應有代表已發行股份總數 1/3 以上股東出席，出席股東表決權過半數同意；特別決議得以有代表已發行股份總數 1/3 以上股東出席，出席股東表決權 2/3 以上之同意。非公開發行公司維持現狀，不予修正。

假使採取本方案，建議公司法第 175 條假決議之規定，亦相應做調整。

方案 B：增訂公司章程得以提高、降低出席定足數門檻，但特別決議出席定足數以降低至已發行股份總數 1/3 為下限。

方案 C：維持現狀，不予修正。

四、修法委員分組審議決議

決議提交大會決議以下兩方案：

方案 A：大小公司分流，公開發行公司普通決議應有代表已發行股份總數 1/3 以上股東出席，出席股東表決權過半數同意；特別決議得以有代表已發行股份總數 1/3 以上股東出席，出席股東表決權 2/3 以上之同意。非公開發行公司維持現狀，不予修正。

方案 C：維持現狀，不予修正。

五、修法委員會決議

採方案 A。

另外，為因應第一組決議非公開發行股票公司得發行複數表決權之特別股，因此本議題之修法建議就公開發行股票公司之股東會出席定足數，改以「已發行股份之表決權總數」為計算基準。

以下現行公司法下之條文涉及股東會出席之定足數，亦應一併修正：

第 13、156、159、174、175、180、185、199、199 條之 1、209、240、267、277、316、356 條之 13。

6.1.5.1.2 授權資本額度內之「減資」之決議

維持現狀，不予修訂改採特別決議方式。

一、現況分析

(一) 現行條文

按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，公司法第 168 條第 1 項定有明文。

(二) 產生的問題

現行司法實務及經濟部函釋見解皆認為股份有限公司決議減少資本、銷除股份，如在授權資本額度內減資，僅涉及實收資本之減少，無涉公司章程所載股份總數（即授權股份數）之變更，經股東會以普通決議為之即為已足（經濟部 98 年 4 月 21 日經商字第 09802047330 號函、經濟部 78 年 3 月 15 日商 015226 號函、最高法院 104 年台上字第 1454 號判決、最高法院 102 年台上字第 808 號判決、臺灣高等法院 101 年上字第 188 號判決參照）。惟「減資」攸關股東之重大權益，雖在授權資本額度內，無涉章程授權股份數之變更，是否僅以普通決議即為已足，不無疑問。

(三) 學者及各界意見

1. 有學者亦認為在未涉及變更章程之減資，不需經股東會之特別決議。惟業界意見對此議題係表示贊成，而認為減資需經股東會特別決議。
2. 89 年國家發展委員會委託理律法律事務所研究之公司法制全盤研究與修訂建議曾提出建議條文：「I. 公司減資應經股東會決議。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，已出席股東表決權數過半數之同意行之。」

一、方案提出

雖公司依第 168 條銷除股份時，除須經股東會決議外，尚須依第 281 條準用第 73 條及第 74 條規定，踐行保護債權人之程序，並依股東所持股份比例減少之，似已對股東及債權人有部份保障，然鑒於減資對股東及債權人之權益影響甚鉅，縱無涉章程所載股份總數之變更，參酌實務現況，爰建議以下方案：

方案：將減資修正為需經股東會特別決議為之，以保障股東及債權人權益（座談會與會者之意見）。若有其他不得以臨時動議提出之事項，亦須以特別決議為之。

二、修法委員分組審議決議

方案：將減資修正為需經股東會特別決議為之。

三、 修法委員會決議

維持現狀，不予修正。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.5.2 表決權計算與行使

6.1.5.2.1 表決權信託制度與表決權拘束契約

將公司法第 356 條之 9 有關表決權拘束契約及表決權信託制度之規定移列編入一般股份有限公司（即全面開放）。惟表決權信託契約，應與同法第 165 條股東過戶期間及閉鎖期間相配合，且仍應遵守禁止有償原則（例如：禁止價購委託書）。

一、現況分析

(一) 現行條文

1. 企業併購法第 10 條

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。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。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 5 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。

2. 公司法第 356 條之 9

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。

前項受託人，除章程另有規定者外，以股東為限。

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、種類及數量於股東會 5 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。

(二) 產生的問題

企業併購法第 10 條雖承認表決權信託，然此種信託安排通常均發生於實際併購前，況且表決權信託並非僅有企業併購時有其需求，故即產生「特別立法造成之不當限縮」之問題。而現行公司法又僅於閉鎖性股份有限公司專章設有表決權信託之規定，於公司實務需求上顯有不足。

(三) 學者及各界意見

觀諸外國立法及實證之結果，表決權信託具有多重正面功能，包括鼓勵公司或股東間成立策略聯盟並穩定公司經營，故不應僅限於企業併購時方得適用。立法上，應於符合相關要件下（例如：書面、公示、一定期間等），承認表決權信託之規範可全面適用於公司實務，並由法院於具體個案判斷該契約是否有效。且經諮詢業界，其多數認為得於與公司法第 165 條股票過戶期間及閉鎖期間配合之前提下，於公司法開放承認表決權拘束契約及表決權信託亦無不可。

歷來修法建議中，曾有建議增訂「股東得以書面契約約定表決權之行使」等一般性規定，明文肯認表決權拘束契約，但將其存續期間限於 5 年，亦曾有建議增訂「股東書面協議」專節，令具閉鎖性質之小規模股份有限公司，得以透過股東書面協議達到閉鎖性股份有限公司之效果，其得為股東書面協議之範圍，即包括共同行使股東表決權之方式及相關事宜等。

二、比較法分析

比較法上各國對於表決權信託及表決權拘束契約之成立，多持肯定之見解，且並未對信託及拘束契約之成立時點有所限制。美國模範公司法及德拉瓦州公司法²⁸均有明文規定，其中德拉瓦州公司法規定表決權信託應向主管機關登記；英國、香港、日本雖無明文規定，但實務對之態度肯定；另外德國²⁹對於表決權拘束契約成立有所限制，禁止有償及需依照董事會或監事會指示之表決權拘束契約，避免違反平等原則；似僅中國大陸禁止成立表決權信託及表決權拘束契約。

三、方案提出

以比較法上角度觀察，多傾向開放允許成立股東間表決權拘束契約或表決權信託，我國若全面開放允許一般之股份有限公司亦得為之似無不可；然考量到 104 年新增訂閉鎖性股份有限公司專節，於公司法第 356 條之 9 允許閉鎖性股份有限公司成立表決權信託及表決權拘束契約之施行期間均 1 年，是故亦可先予以觀察實務運作情形，待有穩定發展時再全面開放適用。依照說明，工作小組提出方案如下：

方案 A：將公司法第 356 條之 9 之規定移列編入一般股份有限公司（即全面開放）。至於表決權信託契約，應與同法第 165 條股東過戶期間及閉鎖期間相配合（座談會與會者之意見）。但仍應遵守禁止有償原則（例如：禁止價購委託書）。

方案 B：維持現狀，不予修正。

四、修法委員分組審議決議

方案 A：將公司法第 356 條之 9 之規定移列編入一般股份有限公司（即全面開放）。至於表決權信託契約，應與同法第 165 條股東過戶期間及閉鎖期間相配合。但仍應遵守禁止有償原則（例如：禁止價購委託書）。

²⁸ 美國模範公司法第 7.30 條與第 7.31 條；德拉瓦州公司法第 218 條。

²⁹ 德國股份法第 136 條第 2 項。

6.1.5.2.2 表決權之迴避

刪除公司法第 178 條表決權行使迴避之規定，並將有利害關係股東參與作成之決議列為公司法第 189 條得撤銷之瑕疵決議類型。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 178 條

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。

(二) 產生的問題

其一，就法理而言，第 178 條之立法顯係以民法第 52 條第 4 項社團法人與社員迴避行使表決規定為法理基礎，民法係基於非營利社團法人之觀點而建立「避免股東因私忘公」之理論模式，然此法理是否適用於資合色彩濃厚之股份有限公司制度，實有疑義。

其二，「有自身利害關係致有害於公司利益之虞」之構成要件抽象且模糊而生認定之困難，依實務見解將「有自身利害關係」與「致有害於公司利益之虞」視為獨立之兩項要件。就「有自身利害關係」之要件而言，股東行使表決權多出於自利，一般性的對有直接或間接利益之股東為表決權排除之作法將打擊過廣，顯然形塑出不合投資初衷之平等假象；就「致有害於公司利益之虞」之要件而言，股東就特定議案有自身利害關係時，應如何區分該利害關係對公司「有害」抑或「無害」，實有疑問。

其三，適用第 178 條之結果將會出現由少數股東決定股東會決議之不當情形，與第 174 條資本多數決原則背道而馳。

此外，另有論者謂，第 369 條之 4 實為第 178 條之破綻，蓋若依第 178 條有自身利害關係而應迴避行使表決權之股東，理論上已無關係企業之不對等支配現象，則此時應無第 369 條之 4 第 1 項之必要。

(三) 學者及各界意見

本條對於股東表決權迴避之規定應刪除或限縮解釋，應將重點置於股東會之決議係假藉多數決之名義而形成公司總意，然實質卻係侵蝕公司或其他股東權益之股東權濫用之情形。建議應廢除現行第 178 條，並建立不當決議的「事後救濟」法制，包括股東會決議無效或得撤銷。又諮詢業界，亦贊成廢除本條規定。

二、比較法分析

部分國家與我國相同，認為有利害關係股東之表決應受到事前限制，如德國及香港³⁰。前者於法律中規定了應迴避行使表決權之情形，特別在是否解除特定股東之責任或

³⁰ 德國股份法第 136 條規定；香港交易所上市規則第 14A 章。

解免其義務、或決議公司是否對股東主張權利時；香港則是規定股東若於交易中即將受有利益，其不得參與是否交易之決議。亦有部分國家認為毋須對股東之表決權做限制，例如德拉瓦州公司法³¹於關係人交易而表決權應受限制之部分將股東排除，英國法上則認為股東之表決權亦為財產權之一種，而不應受到限制；另外，日本³²雖未事先限制股東表決權之行使，惟其將利害關係股東參與作成之決議列為得撤銷之瑕疵決議類型，係屬事後限制之模式。

三、方案提出

由於多數學說及業界認為本條對於股東表決權之限制規定應逕行刪除，亦即縱使有利害關係，亦不影響股東行使表決權。若依此說，可仿照英國立法，對於股東之表決權不設任何限制，一律得行使。

然若考量到利益衝突對於公司可能造成之重大損害，亦應將本條所謂「有自身利害關係致有害公司利益」之情形予以明確規定，即將股東應迴避之要件明文規範：1.在決議是否交易之情形，如股東將獲得重大利益；2.在決議解除特定股東所負之責任或免除股東義務、或決議公司是否對股東主張權利時，此時均屬有自身利害關係且有害公司利益之虞，應限制股東參與表決，並不得代理他人行使表決權。

方案 A：刪除本條文。

方案 B：維持股東有自身利害關係致有害公司利益之虞，不得加入表決，亦不得代理他人行使之規定，並增列二款明訂股東須放棄表決權之事項：

一、任何股東如在交易中佔有重大利益；

二、凡依股東會決議是否解除該股東責任或免除其義務、或決議公司是否應對其股東主張權利。

方案 C：維持現狀，不予修正。

四、修法委員分組審議決議

修正後之方案 A：刪除本條文，並將利害關係股東參與作成之決議列為公司法第 189 條得撤銷之瑕疵決議類型。

³¹ 德拉瓦州公司法第 144 條。

³² 日本會社法第 831 條。

6.1.5.2.3 關係企業表決權之限制

明文增列於公司法第 179 條與公司法第 369 條之 10 條競合之情況下，排除公司法第 369 條之 10 第 2 項相互投資公司之適用。另建議公司法第 179 條第 2 項第 2 款採實質認定控制從屬公司。

一、現況分析

(一) 現行條文

按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無表決權，公司法第 179 條定有明文。次按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，公司法第 369 條之 10 定有明文。

(二) 產生的問題

實務上針對若二公司為控制及從屬關係，並同時為相互投資公司之際，上述法條競合應如何處理，容有疑義。依經濟部函釋見解，其認為此時應優先適用公司法第 179 條，使該從屬公司持有之控制公司股票無表決權，以落實該條之立法目的（經濟部 100 年 8 月 4 日經商字第 10002422170 號函參照）。

(三) 學者及各界意見

1. 有學者認為在尚未修法前應類推適用公司法第 179 條，惟根本之道應增列明文排除第 369 條之 10 第 2 項相互投資公司之適用。而業界對此議題認為於修正後應併同給予一定期間之緩衝期，俾利目前實務作業得以重新規劃其等持股規劃，惟業界亦表示，第 179 條立意雖良善，然縱使修正本條之規範，實務上仍有其他方式得以規避。
2. 105 年立法院議案關係文書，院總第 801 號（委員提案第 18786 號）曾提出第 179 條應修正為：「公司各股東，除有第一百五十七條第三款情形外，每股有一表決權。有左列情形之一者，其股份無表決權，若是有投資事實，並非從屬或控制公司，其股份表決權減半：
 - (1.) 公司依法持有自己之股份。
 - (2.) 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。
 - (3.) 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。」

二、方案提出

鑒於從屬公司就其對控制公司之持股，在控制公司之股東會中行使表決權時，實際上與控制公司本身就自己之股份行使表決權無異，此與公司治理之原則有所違背，故針對前述之情況，原則上仍應適用公司法第 179 條，工作小組爰建議以下方案：

方案：明文增列於二者競合之情況下，排除公司法第 369 條之 10 第 2 項相互投資公司之適用。（部分座談會與會者之意見）

三、修法委員分組審議決議

方案：明文增列於二者競合之情況下，排除公司法第 369 條之 10 第 2 項相互投資公司之適用。

四、修法委員會決議

配合議題 1.5.11，有關公司法第 167 條第 4 項採實質認定控制從屬關係，第 179 條第二項亦併同調整之表決權。參照議題 1.5.12。

6.1.5.2.4 股東會各種表決方式優先順序之決定

股東以委託書與電子方式行使表決權時，以電子方式行使之表決權為準。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 177 條第 4 項：「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。」、公司法第 177 條之 2 第 3 項「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) 產生問題

於股東使用委託書委託代理人代理出席後，又以書面或電子方式進行投票，復又於股東會開會當天親自出席時，依照公司法第 177 條第 4 項、第 177 條之 2 第 3 項，應以委託代理出席為準。而以委託書為最優先的見解，依第 177 條之 2 第 3 項的立法理由為：「鑑於股東已委託代理人出席，且亦可能涉及委託書徵求人徵得股數之計算，故以委託代理人出席行使之表決權為準。」此雖乃顧及實務作業而為之規定，但被質疑「直接行使」不如「間接行使」，不僅無法凸顯書面或電子投票鼓勵股東直接行使股東權之立法美意；甚且在激烈的公司經營權競爭之下，是否僅以「可能涉及委託書徵求人徵得股數之計算」為由，即足以否定本人在法律上原可任意撤回或撤銷代理權之授與的原則，而反以委託書之間接行使表決權為優先，不無疑問。

(三) 學者及各界意見

學者多贊成應以股東親自出席所行使之表決權為優先。蓋真正親自出席者，除可對已列入議案之提案加以表決外，尚可參與臨時動議、程序動議，甚至對原議案之修正案參與討論與表決，而不會如現行法規以書面或電子方式行使時，對臨時動議等案，被視為棄權之不利情形。亦有學者認為，親自出席股東會之股東不僅對於股東會各項議案能深入了解，並可即時反應對於臨時動議與修正案之看法，對於股東權益的保障遠勝於電子投票之股東，尤其是現代科技的進步，電子投票股東的判斷及票數之統計均非困難，則是否有必要為了服務處理的方便犧牲股東表決權行使的權益，值得深思。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

外國法制於股東親自出席、委託書代理出席與電子投票三者間，彼此重複行使時的解決方式如下。

1. 若股東最後仍親自出席股東會，美、英、日、香港等皆以親自出席為準。

以美國法而言，股東親自出席股東會行使表決權之效力係最高，若股東親自出席股

東會會使得委託書或之前行使之表決失去效力³³。而依英國 2008 年模範章程 (Model Articles) 規定，即使股東已經過有效之委託程序委託代理人出席股東會，該股東仍可以於該股東會中投票及發言³⁴。而股東本人於股東會上之出席，視為其默示撤回授予代理人之代理權，此時於股東會中之意思表示應以股東本人為準，排除代理人參與表決³⁵。

另外，依香港公司條例 section 605(1)規定，股東於委任代理人後，若仍選擇親自出席該次股東會並行使表決權，則該代理人之權利視為已被撤銷。故可知於香港法，原則上本人親自出席股東會並行使表決之效力係大於其他代理表決之效力。日本法上則認為，委任書代理出席、書面投票、電子投票皆為股東無法親自出席股東會時之替代手段，故如股東於會前提出委託書、表決權行使書面或使用電子投票，但會議當天該股東又親自出席時，應以本人之表決權行使為有效，而委託書、電子投票之行使俱無效。

2. 若股東未親自出席，而生電子投票與委託書之衝突時

依照美國實務向來之邏輯，應視投票指示與委託書作成何者較晚為準。(其他投票方式：1.重複以通訊方式行使表決權之衝突：重複以通訊方式行使表決權，處理投票之中介機構應紀錄股東最後一次在時限前行使之表決權，以最後一次所行使之投票指示為準。2.重複以委託書授予他人代理權之衝突：重複以委託書方式行使表決權，以股東最後作成者為準，無法判斷者則皆不應採用。)而日本法上則認為，於委託書代理出席與書面投票及電子投票衝突時，以委託書優先。蓋書面投票制度、電子投票制度之適用主體皆為「不出席股東會之股東」，故如股東已藉由代理人出席股東會，應不再適用書面投票或電子投票制度。是以如股東會當天，有代理人持該股東之委託書出席，應以代理人行使之表決權為有效，而不採計表決權行使書面之表決權。但亦有學者主張，日本法實際上並非一律認委託書優於電子投票。

(二) 我國立法分析

於股東使用委託書委託代理人代理出席後，又以書面或電子方式進行投票，復又於股東會開會當天親自出席時，依照公司法第 177 條第 4 項、第 177 條之 2 第 3 項，應以委託代理出席為準。而以委託書為最優先的見解，主要是受到「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」等理由之影響所致。惟尤其在激烈的公司經營權競爭之下，是否僅以能涉及委託書徵求人徵得股數之計算為由，即足以否定本人在法律上原可任意撤回或撤銷代理權之授與的原則，而反以委託書之間接行使表決權為優先？

³³ See *Elgin Nat. Industries, Inc. v. Chemetron Corp.*, 299 F.Supp. 367, (1969).

³⁴ A person who is entitled to attend, speak or vote (either on a show of hands or on a poll) at a general meeting remains so entitled in respect of that meeting or any adjournment of it, even though a valid proxy notice has been delivered to the company by or on behalf of that person. *Morse Geoffrey [et al.] Law, supra note 9*, at 7. 654; *Cousins v International Brick Co* [1931] 2 Ch 90.

³⁴ Richard C. Nolan, *Shareholder rights in Britain*, E.B.O.R. 2006, 7(2), 549-588, at 587(2006) (“... the shareholder can turn up and vote at the meeting, and his vote will count to the exclusion of any vote cast by the proxy holder.”); 劉連煜、林國全、洪秀芬、曾宛如合著，*股東會委託書之管理*，元照，初版，民國 96 年 5 月，42 頁。

³⁵ Richard C. Nolan, *Shareholder rights in Britain*, E.B.O.R. 2006, 7(2), 549-588, at 587(2006) (“... the shareholder can turn up and vote at the meeting, and his vote will count to the exclusion of any vote cast by the proxy holder.”); 劉連煜、林國全、洪秀芬、曾宛如，同前註 5，42 頁。

三、方案提出

(一)親自出席後，委託書及電子投票視為撤回。

(二)股東會同時存在電子投票、書面投票與委託書之情形，以後到者為準。但二者同時到達或無法辨識先後時以電子投票為準。

四、修法委員會決議

非公開發行公司之股東以委託書與電子方式行使表決權時，以電子方式行使之表決權為準。公開發行公司證券主管機關另有規定者，從其規定。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.5.3 股東會決議議事錄

無論是否為電子投票，均明文要求議事錄應載明贊成、反對及棄權之表決權數及權數比例。

一、現況分析

(一) 現行條文

按議事錄應記載會議之年、月、日、場所、主席姓名、決議方法、議事經過之要領及其結果，在公司存續期間，應永久保存，公司法第 183 條第 4 項定有明文。

(二) 產生的問題

依經濟部函釋見解，針對議事錄記載決議方法之形式，如股東對議案有異議者，應載明通過表決權數及其權數比例，若係以電子方式行使表決權，而其中有反對權數或棄權權數時，亦同（經濟部 94 年 10 月 03 日經商字第 09402136260 號函、經濟部 94 年 04 月 11 日經商字第 09402406590 號、經濟部 90 年 05 月 24 日經商字第 09002108030 號函參照）；惟司法實務則認為，鑒於公司法第 183 條第 4 項並未規定表決權數應詳為記載，經濟部就股東會議事錄記載決議方法形式所為之見解係屬範例參考性質（最高法院 99 年台上字第 1650 號判決、臺灣高等法院 98 年重上字第 76 號判決參照）。而目前國內部分公司之股東會，多係由主席徵詢現場之出席股東無異議後，採鼓掌通過。

(三) 學者及各界意見

學者對此認為，若僅記載「照案通過」而未載明表決權數，則無法忠實反映股東對議案之贊成、反對、棄權等表決結果，故對此議題採肯定見解。而業界意見則認為，鑒於表決之重點在於贊成數及比例，故不論是否為電子投票，所應記載者為贊成數及其比例，而反對數及棄權數得不予記載。座談會與會者認為目前現況下，多數公司已將贊成之表決權數及比例記載於股東會議事錄，維持現狀已足。

二、方案提出

若股東會議事錄僅記載「照案通過」，未就表決權數詳為記載，雖依司法實務見解並非違法，然此恐易生紛爭。為忠實反映股東對議案之贊成、反對、棄權等表決結果，並參酌實務運作現況，工作小組爰建議以下方案：

方案 A：無論是否為電子投票，均明文要求議事錄應載明贊成之表決權數及權數比例，反對權數及棄權權數則毋需載明。

方案 B：無論是否為電子投票，均維持現狀，不予修正（部分座談會與會者之意見）。

三、修法委員分組審議決議

新增方案 C：無論是否為電子投票，均明文要求議事錄應載明贊成、反對及棄權之

表決權數及權數比例。

公司法全盤修正修法委員會

6.1.5.4 股東會決議瑕疵

6.1.5.4.1 出席股東未達「定足數」門檻之決議效力

維持現狀，不另增設「決議不成立」之瑕疵類型。

一、現況分析

(一) 現行條文及產生的問題

出席股東未達定足數門檻之決議，其效力如何，公司法並無相關規定，歷來實務則見解不一，有決議得撤銷、決議不成立及折衷說等，迨至最高法院 103 年度第 11 次民事庭會議方明確採取「決議不成立」之見解，惟因現行法並未明定此一瑕疵類型，是否有增設之必要，亟待釐清。

(二) 學者及各界意見

學界對於修法增設「決議不成立」之瑕疵類型，多數均持肯定意見。92 年 2 月行政院經濟建設委員會委託財團法人萬國法律基金會之「公司法制全盤修正計畫研究案」總報告當中，亦提出訂定「無召集權人所召集之股東會，其股東會決議不成立」此一例示規定之建議，使得「決議未達定足數門檻者不成立」在解釋上有其法律依據。99 年國家發展委員會委託理律法律事務所之「公司法制全盤研究與修訂建議委託研究案」期末報告第三冊，亦提出新增「股東會決議是否存在有爭議時，股東或其他利害關係人得訴請法院確認之」建議，明文承認「決議不成立」之瑕疵類型。

座談會與會者則未對此一議題表示意見。

二、方案提出

方案 A：明文增設「決議不成立」之瑕疵類型。

增訂「無召集權人所召集之股東會」與「決議未達定足數門檻」為「股東會決議不成立」之事由。

方案 B：維持現狀，不予修正。

考量現行實務已統一見解，並肯認「決議不成立」、「決議不存在」之訴訟類型，應維持現狀即可。

三、修法委員分組審議決議

方案 B：維持現狀，不予修正。

6.1.5.4.2 股東會議事規則之違反

增訂「違反股東會議事規則」為股東會決議得撤銷之事由。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法第 182 條之 1 第 2 項規定，公司應訂定議事規則，但股東會違反議事規則之效果，同條項後段僅規定，主席違反議事規則而宣布散會時，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，其餘違反情節則付之闕如。

(二) 產生的問題

我國實務上不乏主席違反議事規則，臨時更改董監事改選議案之順序，對股東造成突襲等情事，此時股東得否依現行公司法第 189 條規定聲請撤銷股東會決議，迭生爭議。

經濟部 85 年 4 月 29 日經商字第 85207169 號函釋指出，股東會議事規則非屬公司法規範之對象，股東不得依第 189 條規定訴請法院撤銷其決議。最高法院 78 年台上字第 1032 號判決亦認為，議事規則雖經股東會決議通過，但其效力究與章程有別，股東不得以股東會決議違反議事規則為由，訴請法院撤銷該決議。

(三) 學界及各界意見

學界有論者認為，股東會議事規則係為規範股東開會秩序，本得直接規定於公司章程，僅因其另為規定即認為非屬章程之一部分，進而不具任何效力，前揭經濟部函釋及法院判決顯有未當，故應修法增訂「違反股東會議事規則」為股東會決議得撤銷之事由，或增訂公司法第 182 條之 1 第 3 項「違反股東會議事規則」準用第 189 條之規定，方能對實務上全然脫序的現況定爭止紛。

座談會與會者認為，股東會議事規則為公司自治事項，當由公司依其需求訂定之，若直接增列為股東會決議得撤銷之事由，恐牽連過廣。實務上如涉及併購等事項，主管機關通常會保留 1 個月期間供股東提起撤銷股東會決議之訴，如將違反議事規則納入得撤銷事由，恐將造成股東藉此要脅公司並影響其規劃之後果。

二、比較法分析

(一) 我國現行公司法第 189 條原先係參考日本舊商法第 247 條第 1 項之規定：「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程（或顯為不公正）時，股東（或董事）得訴請法院撤銷其決議。（違反第 343 條規定之決議，亦同。）」除括弧內之文字外，兩者內容幾乎完全相同。

(二) 2005 年日本會社法第 831 條除保留舊商法前開規定外，新增「股東會決議內容違反章程」、「股東會決議係由有特別利害關係之人行使表決權而作成且顯為不公正」為股東會決議得撤銷之事由，但並未規定違反股東會議事規則者，得訴請法院撤銷股

東會決議。

- (三) 德國股份法第 243 條則將「股東會決議違反法律或章程」、「股東意圖透過表決權之行使，為自己或他人獲取特別利益，而該決議有助於此一目的者」列為股東會決議得撤銷之事由，但並無違反股東會議事規則，得訴請法院撤銷股東會決議之規定。
- (四) 英美法系中，英國公司法第 98 條及第 721 條僅規定，公司成員作成特別決議，自公眾公司重新登記為私人有限公司、自公司成員或債權人買回或購買股份時，符合一定資格之公司成員，得於作成決議後一定期間內（分別為 28 日及 5 週），向法院申請撤銷該決議（但同意或投票支持該決議者不得為之）；香港公司條例第 220 條及第 263 條規定，公司成員或債權人得向原訟法庭提出申請，要求撤銷減少股份或從資本中撥款作付款之特別決議（但同意或表決贊成有關決議之成員，不得提出上述申請）；新加坡公司法第 74 條及第 78D 條規定，符合特定資格之特別股股東得就變更或廢止其權利之特別股股東會決議、公司債權人得就公司依第 78B 條或第 78C 條減資之特別決議，向法院請求撤銷該決議。除此之外，英美法系國家並無「股東會召集程序或決議方法違反法令或章程」或「違反股東會議事規則」得訴請法院撤銷股東會決議之規定。

三、方案提出

方案 A：維持現狀，不予修正（座談會與會者之意見）。

考量座談會所蒐集之意見，以及目前各國均未將違反議事規則列為股東會決議得撤銷之事由，現行規定亦未禁止公司將相關議事規範訂為章程之內容，故建議維持現狀即可。

方案 B：增訂「違反股東會議事規則」為股東會決議得撤銷之事由。

增訂「違反股東會議事規則」為公司法第 189 條規定股東會決議得撤銷之事由，或增訂公司法第 182 條之 1 第 3 項「違反股東會議事規則」準用第 189 條之規定，並透過第 189 條之 1 規定，交由法院個案審酌，予以合理限制。

四、修法委員分組審議決議

方案 B：增訂「違反股東會議事規則」為股東會決議得撤銷之事由。

6.1.5.4.3 臨時動議之提案與附議

明訂公司得以章程或議事規則限制臨時動議須有持股達一定合理比例以上之股東附議始得成立，惟將另設定股東附議之持股比例上限，避免公司藉此實質剝奪股東臨時動議權。

一、現況分析

(一) 現行條文

現行公司法第 172 條第 5 項僅就部分涉及股東重大權益事項，限制臨時動議之提起，至於公司得否透過章程或議事規則，限制臨時動議須有持股達一定比例以上之股東附議始得成立，則無相關規定。

(二) 產生的問題

臨時動議及股東提案權為我國公司法股東發聲之兩個主要管道，兩者間互為消長又彼此補充，臨時動議之提案討論方式固然使得所有股東在股東會上均有發言、表達意見之機會，甚至能夠據以掌握股東會部分議程，但也可能對未出席或以書面、電子方式行使表決權之股東造成突襲，並造成股東會冗長耗時的結果，是否應禁止臨時動議並適度降低股東提案權之門檻，或是從議事規則著手，適度限制臨時動議之提出，尚待釐清。

實務上雖有公司於議事規則規定臨時動議須有一人以上附議始得成立，但經濟部 87 年 1 月 23 日經商字第 87202158 號函釋明確指出，股東依法得為臨時動議之提案，此為股東之固有權，公司不得以章程或股東會議規則加以限制（包括附議之限制）；臺灣高等法院 84 年度上字第 1700 號判決則認為，公司依股東會議事規則或內政部所公布之會議規範，認定臨時動議無人附議者不成立，並無不可。是以，遂有是否應修法肯認議事規則得就臨時動議之提案加上附議限制之討論。

(三) 學者及各界意見

座談會與會者均贊成加上附議之限制。

二、方案提出

方案 A：維持現狀，不予修正。依照經濟部 87 年 1 月 23 日經商字第 87202158 號函釋之見解，不得以附議限制股東臨時動議提案。

方案 B：增訂公司法第 172 條第 6 項，明訂公司得以章程或議事規則限制臨時動議須有持股達一定比例以上之股東附議始得成立，另設定上開持股比例之上限，避免公司藉此實質剝奪股東臨時動議權（部分座談會與會者之意見）。

三、修法委員分組審議決議

方案 B：增訂公司法第 172 條第 7 項³⁶，明訂公司得以章程或議事規則限制臨時動議須有持股達一定合理比例以上之股東附議始得成立，另設定上開持股比例之上限，避免公司藉此實質剝奪股東臨時動議權。

公司法全盤修正修法委員會

³⁶ 由於條號項次調整，故未按修法委員會決議之條項定之。

6.1.5.4.4 撤銷股東會決議之法律效果

公司內部決議程序有瑕疵，原則上不影響公司行為對外之有效性。但如決議不成立或不存時，公司對外行為無效。

一、現況分析

(一) 現行條文

股東會決議經法院撤銷或被宣告無效時，自判決確定時起，溯及於決議時失其效力，無論係公司董監事、資本額、股東持股數等均回復至原先狀態³⁷。經濟部函釋表示：「股東會決議經撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時無效，公司董監事即應回復於改選前之狀態。」；「減資決議案既經撤銷，則公司資本總額及股東持有之股份金額自即回復減資前原狀。」先前基於該決議所為之後續行為，是否有保護善意第三人之必要，目前公司法並無相關規定。

(二) 產生的問題

臺灣桃園地方法院 97 年訴字第 1182 號判決指出，公司股東會係公司之意思機關，其決議是否合法存在且有效，與公司內部秩序之維持、股東之權益及第三人交易安全均有重大影響。

(三) 學界及各界意見

學界有論者認為，公司法應增訂股東會決議撤銷不溯及既往之例外規定，俾於法律秩序及交易安全兩者間取得平衡；亦有論者援引美國法認為，公司法應視情節輕重，由個案衡量維持現狀與回復原狀兩者間之利弊，而非恪守傳統絕對、自始、確定不生效力之規範方式。

座談會與會者對此一議題並無意見，但除了保護善意第三人外，若該後續行為因時間因素導致無法還原，或實際上難以執行時，似乎亦有例外不溯及既往之必要。

二、方案提出

方案 A：維持現狀，不予修正。

方案 B：於現行公司法第 189 條增訂股東會決議撤銷得不溯及既往之例外規定，賦予法院個案審酌之權限，於該第三人善意、回復現狀顯有困難或有違公共利益等情形，股東會決議撤銷得例外不溯及既往。

三、修法委員分組審議決議

方案 B：於現行公司法第 189 條增訂股東會決議撤銷之效力得不溯及既往之例外規

³⁷ 經濟部 94 年 10 月 27 日經商字第 09402162200 號；經濟部 59 年 10 月 28 日商 50416 號函。

定，賦予法院個案審酌之權限，於該第三人為善意、回復現狀顯有困難或有違公共利益等情形，股東會決議撤銷之效力得例外不溯及既往。

四、修法委員會決議

配合議題 3.3.1，公司內部決議程序有瑕疵，原則上不影響公司行為對外之有效性。但如決議不成立或不存在時，公司對外行為無效。

公司法全盤修正修法委員會

第二節 股東權

6.2.1 股東之資訊權/知情權

6.2.1.1 股東查閱權之要件

刪除公司法第 210 條第 2 項有關股東行使查閱權須「檢具利害關係證明文件」規定之要件，並將本條規定股東得查閱之資訊範圍限於「公司基本資訊」。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法第 210 條第 2 項規定，股東若欲查閱公司之章程及簿冊，股東及公司之債權人得檢具利害關係證明文件，並指定範圍，隨時請求查閱或抄錄。

經濟部 92 年 4 月 23 日商字第 09202076190 號函釋見解，股東得「隨時」請求查閱或抄錄，並無時間或次數之限制；經濟部 98 年 10 月 27 日經商字第 09802148630 號函及經濟部 97 年 04 月 23 日經商字 09302406700 號函之見解，股東徵求委託書似不屬本條之所謂「利害關係」；少數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則屬之。

(二) 產生的問題

公司法第 210 條第 2 項之立法理由指出股東及債權人請求查閱或抄錄章程及簿冊時須檢具文件及指定範圍，係為避免股東經常藉抄錄股東名簿以困擾公司或其他股東作不法活動之情事發生。然而，股東須具備「利害關係證明文件」，始得行使其查閱抄錄權，且就何謂「法律上利害關係」有所爭議時，須仰賴主管機關之解釋，就股東資訊權之落實是否妥適，不無疑義。

(三) 學者及各界意見

學者認為，依照上述經濟部函釋，在以徵求委託書之方式爭奪經營權時，若現任經營者擔任徵求人，將因其握有公司股東名簿而可輕易與股東接觸，因此佔有取得委託書之優勢；相對而言，市場派股東則因取得股東持股資訊困難而處於劣勢，汰換經營層之目的將難以達成。故嚴格解釋「利害關係」之意涵將限縮第 210 條第 2 項之適用，使公司派得藉保護股東隱私之名，行鞏固經營權之實，不利於股東權之保障、股東行動主義之落實以至於公司治理之強化。

座談會與會者則有認為應維持現狀。

二、比較法分析

參酌比較法，包括美國、英國、日本、德國、香港及新加坡法律³⁸，幾乎沒有國家

³⁸ 美國模範公司法第 16.02 條；德拉瓦州公司法第 220(b)條；英國公司法第 15 部分及第 32 部分；日本會

之公司法要求股東依法查閱資訊須「具備利害關係之證明文件」，僅德拉瓦州公司法規定股東應「執一書面請求，載明其查閱目的並宣誓該目的為真正」。

多數國家係依據查閱之文件訂定不同揭露義務或查閱要件，例如美國模範公司法區分「公司基本資訊」或「公司敏感資訊」，前者股東有直接查閱之權限，後者則必須符合三項要件始得查閱：(1)股東之請求係善意且有正當目的；(2)股東必須以合理的特殊性描述其目的以及其擬查閱之記錄；以及(3)該記錄與股東查閱目的具備直接關聯性³⁹。

日本會社法則是就特定之查閱資訊種類，負面列舉公司得拒絕股東查閱之事由，例如：(1)請求人非基於確保其權利或調查之目的而提出請求；(2)請求人係以妨礙公司業務進行、損害股東之共同利益為目的而提出請求；(3)請求人經營或從事之事業與該公司之業務具有實質上之競爭關係；(4)請求人欲將所查閱抄錄之資料通報第三人，並藉此獲利；(5)請求人於過去 2 年內，有將所查閱抄錄之資料通報第三人，並藉此獲利之情事。⁴⁰

三、方案提出

方案 A：刪除「檢具利害關係證明文件」之要件，並正面或負面表列得查閱或不得查閱之要件。

由於實務上由主管機關解釋何謂「利害關係證明文件」標準不明，可能造成股東行使查閱權之不當阻礙，且觀諸比較法規定皆未限制股東查閱資訊必須具有「利害關係」，因此建議刪除「檢具利害關係證明文件」之要件。

惟為平衡公司經營成本及避免股東濫用權利，並參酌比較法規定，建議公司法明訂准予查閱之要件。例如：以書面請求並載明查閱目的、查閱目的與查閱資訊有正當關連等；或負面載列公司得拒絕查閱之事由，例如：該股東從事業務與公司有競爭關係、股東非基於確保其權利或其他正當目的而請求查閱等。

方案 B：刪除「檢具利害關係證明文件」之要件，並將公司法第 210 條規定股東得查閱之資訊範圍限於「公司之基本資訊」。

為平衡公司權益之保護，避免股東查閱權對公司造成過大干擾或甚至淪為惡意騷擾之工具，建議採取就「基本公司資料」與「敏感公司資料」分別行使股東「直接查閱權」與聲請選派檢查人「間接查閱權」之設計；將「公司之敏感資訊」皆訂定於第 245 條，股東依據第 210 條得「隨時」、「直接」查閱者僅限「公司之基本資訊」；股東若欲查閱「公司之敏感資訊」皆須依據第 245 條規定，經法院選派檢查人為之（請參議題 6.2.1.2、6.2.1.3 及 6.2.1.4）。

方案 C：維持現狀，不予修正（部分座談會與會者之意見）。

四、修法委員分組審議決議

社法第 433 條；德國股份法第 175 條；德國有限公司法第 51a 條。

³⁹ 美國模範公司法第 16.01 條(e)、第 16.02 條。

⁴⁰ 日本會社法第 433 條第 2 項。

方案 B：刪除「檢具利害關係證明文件」之要件，並將公司法第 210 條規定股東得查閱之資訊範圍限於「公司之基本資訊」。

公司法全盤修正修法委員會

6.2.1.2 股東查閱權之查閱標的

維持現狀，不予修正。

一、現況分析

(一) 現行條文

為保障少數股東之資訊權，並於經營與所有分離之公司體制下發揮適當監督制衡功能，依據現行公司法第 210 條，股東得直接請求查閱、抄錄之標的包括股東會議事錄、財務報表、股東名簿及公司債存根簿。

依經濟部 99 年 12 月 17 日經商字第 09900176780 號函，及經濟部 81 年 12 月 8 日商字第 232851 號函釋，則明確排除董事會議事錄及財務業務契約為檢查標的。

(二) 產生的問題

然而實務上，許多股東對其投資之公司，除公司法已賦予可取得之財報及股東會議事錄等外，亦希望取得公司營運相關資訊，包括會計帳簿、會計表冊文件、重要財產交易文件及合約等，作為其未來投資之判斷；尤其對外國投資人而言，法律所賦予該等會計或營運資訊之可掌握程度，亦為其選擇投資對象之重要指標。此外，董事會所編造之「表冊」，係彙整該等原始會計資料後所編造，雖須依據公認會計準則及相關法規，並經監察人查核，實際上董事仍有操弄及蒙蔽之可能。

(三) 學者及各界意見

有學者認為，對為參與公司經營之股東而言，現行公司法第 210 條規定所賦予查閱之標的範圍並不足以保障自身權利或發揮監督公司之功能。

座談會與會者則有認為應維持現狀。

二、比較法分析

參酌比較法上股東得直接請求查閱之標的，我國現行法大致上與各國規定並無顯著之差異。就少數股東及我國學者較關注之「會計帳冊紀錄」及「公司重大合約」而言：(1)會計帳冊紀錄：僅美國模範公司法及日本會社法⁴¹准予少數股東直接查閱，惟皆設有較查閱其他公司基本資訊較為嚴格之要件；英國、香港、中國大陸及德國相關規定，股東亦不得直接查閱；(2)公司重大合約：英國、香港、日本及德國⁴²則具體列舉股東得查閱之特定重大合約類型，例如公司買回股份契約、公司分割或合併契約等；德拉瓦州公司法、美國模範公司法及中國大陸公司法，股東亦不得直接查閱。

三、方案提出

⁴¹ 美國模範公司法第 16.02(b)條、日本會社法第 433 條。

⁴² 英國公司法第 702 條、香港公司條例第 245 條、日本會社法第 775 條、德國股份法§179a 條。

方案 A：放寬股東得直接查閱之範圍，包括會計帳簿及特定重大合約，惟股東應以書面提出請求之理由，或明文負面表列公司得拒絕股東請求之事由。

若准許股東得直接請求查閱公司會計帳簿、會計憑證等資訊，藉由原始資訊與衍生資訊（表冊、財報）之對照及檢查，公司營運狀況將更為透明，一方面更容易發現公司之不法情事，另一方面，股東於發現不法情事後欲請求法院制止董事之不法行為、訴請解任失職董事或代位公司請求損害賠償時，該等已取得之帳簿資訊，某程度得克服舉證上之困難。

參考德拉瓦州公司法允許公司之任何股東查閱公司帳簿或紀錄，日本會社法亦允許持有已發行股份表決權 3% 以上之股東，得請求查閱或抄錄會計帳簿及書類⁴³；然而，前述比較法皆就股東行使查閱權之「目的」有所限制，德拉瓦州公司法規定股東必須基於「正當目的」，日本會社法則規定股東應附書面理由為之，並負面列舉公司得拒絕股東請求之事由。

方案 B：維持現狀，不予修正（座談會與會者建議）。

我國現行公司法除第 210 條外，符合特定門檻之股東依據公司法第 245 條亦得向法院聲請選派檢查人，檢查公司之資訊。為平衡公司權益之保護，避免股東查閱權對公司造成過大干擾或甚至淪為惡意騷擾之工具，建議維持現狀。

另外，於此方案下，亦得採取就「基本公司資料」與「敏感公司資料」分別行使股東「直接查閱權」與聲請選派檢查人「間接查閱權」之設計；換言之，公司法第 210 條之股東直接查閱標的不予修正，股東若欲查閱如會計帳冊紀錄及公司重大合約等「敏感資訊」，應向法院聲請檢查人查閱之，由法院判斷查閱該等公司資訊之必要性及妥適性。

就「公司重大合約」之資訊揭露，或可透過股東會召集事由「應說明主要內容」之方法達到同一目的，請參議題 6.1.1.4。有關公司法第 245 條之修正建議，請參議題第 6.2.1.3。

四、修法委員分組審議決議

方案 B：維持現狀，不予修正

⁴³ 日本會社法第 433 條。

6.2.1.3 檢查人查閱之查閱標的

擴大公司法第 245 條規定檢查人可檢查之標的範圍。例如應包括「敏感資訊」之董事會議事錄、會計帳簿、特定事項、或特定交易文件記錄等。

一、現況分析

(一) 現行條文

按我國公司法第 245 條第 1 項之規定，繼續 1 年以上，持有已發行股份總數 3% 以上之股東，得聲請法院選派檢查人，檢查公司業務帳目及財產情形。

(二) 產生的問題

惟檢查人所得檢查之「公司業務帳目及財產」，是否有時間或檢查項目之限制，實務見解並不一致。

1. 就時間限制而言，最高法院 80 年度台抗字第 376 號裁定認為，少數股東依第 245 條聲請法院選派檢查人，僅對「該少數股東加入公司以後之帳目」始有檢查權；然最高法院 102 年度台上字 1087 號判決認為於合理而有必要之範圍內，均得由檢查人就公司業務帳目及財產情形執行檢查，並請求交付相關簿冊，而非侷限於某特定年度之範圍。
2. 就檢查項目之限制而言，臺灣台北地方法院 97 年度抗字第 287 號裁定、及臺灣高等法院 101 年度非抗字第 48 號裁定則認為「公司法第 245 條規定檢查人之檢查範圍為『公司業務帳目及財產情形』，並未限制檢查之範圍，其應行檢查之事項，不外乎會計表冊之編造是否確當、金錢之數額有無出入、款項之交付是否為法律或章程所許等，而檢查之範圍，事涉專業，自應由檢查人依實際檢查情形之必要性，本諸專業之確信，在法院之監督下，自行裁量為之。」

(三) 學者及各界意見

有學者認為，就可查閱標的之時間範圍部分，最高法院 80 年度台抗字第 376 號裁定以取得股份之時間點作為檢查人行使檢查權範圍之限制，然 3% 之股東在加入公司後尚且無法知悉真正之公司業務及財務狀況，更遑論加入為股東前又如何能知悉公司之業務、財務狀況。況且，股東多係因公司所製作之財務報表所說服而成為股東，若加入後卻發現財務報表由鉅利轉為虧損而違反常態，此時若不許少數股東查核加入公司前之業務、財務帳冊資料，則無法保護少數股東。

就可查閱標的之內容範圍部分，公司法第 245 條明文限制檢查人查閱標的為「業務帳目及財產情形」實過於狹窄，例如，倘公司董事從事自我交易而損及公司利益，股東勢必需查閱該交易之相關契約、文件、與董事會決議紀錄等資訊，然此等資訊是否落入「業務帳目及財產情形」，誠有疑義。

第九屆立法委員於今年 5 月已就公司法第 245 條提出修正草案擴大法院選派檢查人

之查閱標的範圍，及於「公司有關之一切財產、財務及業務之帳目、表冊、文件、其他有關資料或關係企業之相關交易資料」⁴⁴。

座談會與會者有認為若將查閱標的限於一定範圍，恐難獲悉負責人不法行為，故建議將查閱標的放寬，亦有認為應維持現狀。

二、方案提出

方案 A：擴大檢查人可檢查之標的範圍（部分座談會與會者之意見）。

股東聲請法院選派檢查人之情形，應賦予法院較大的裁量權限，因此只要是與股東聲請選派檢查人之正當目的相關聯的範圍內，均屬法院選派之檢查人得進行查閱之範圍，以發揮檢查人的功能。故其查閱標的應不限於「業務帳目及財產情形」，而應包括所謂「敏感資訊」之董事會議事錄、會計帳簿、特定事項、或特定交易文件記錄等，甚至包括關係企業之相關交易資料。

此外，亦建議採取就「公司之基本資料」與「公司之敏感資料」分別行使股東「直接查閱權」（請參議題 6.2.1.1、6.2.1.2 及 6.2.1.4）與聲請選派檢查人「間接查閱權」之設計，將有助於減少現行法制下股東利用公司法第 245 條查閱「基本公司資料」之情形，進而促使法院依公司法第 245 條選派檢查人查閱「敏感公司資料」時，能有更多時間與專業判斷，以提升檢查人制度之功能與法院對檢查人之監督。

方案 B：維持現狀，不予修正。（部分座談會與會者之意見）

三、修法委員分組審議決議

方案 A：擴大檢查人可檢查之標的範圍。例如應包括「敏感資訊」之董事會議事錄、會計帳簿、特定事項、或特定交易文件記錄等。

⁴⁴ 立法院議案關係文書，院總第 618 號(委員提案第 19089 號)，105 年 5 月 11 日。

6.2.1.4 股東對從屬公司之資訊權

於公司法第 245 條納入關係企業之相關資訊為檢查標的。

一、現況分析

(一) 現行條文

依據公司法第 210 條，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公司依法備置之章程及簿冊。依據公司法第 245 條規定，繼續 1 年以上，持有已發行股份總數 3% 以上之股東，得聲請法院選派檢查人，檢查公司業務帳目及財產情形。惟股東依據前述途徑得請求查閱之範圍並不及於公司關係企業之資訊。

(二) 學者及各界意見

有學者認為，實務上就關係企業之架構，控制公司或控制公司內部人可能利用從屬公司從事不正當經營或掏空控制公司而使特定從屬公司受有利益之不合營業常規或利益輸送行為，倘股東資訊權不及於從屬公司，則不僅無法防免此等交易，上述之不法行為將可藉由堆疊多層之法律主體而規避股東查閱權之行使，致使保護少數股東權益之立法目的落空。

第九屆立法委員於今年 5 月已就公司法第 245 條提出修正草案擴大法院選派檢查人之查閱標的範圍，及於「關係企業之相關交易資料」⁴⁵。

座談會與會者認為應維持現狀，股東之資訊權不應及於從屬公司。

二、比較法分析

德拉瓦州公司法、德國股份法及日本會社法⁴⁶，均賦予股東得查閱從屬公司會計帳簿之權利，並在要件上有所要求，除了股東須具備正當目的、基於其權利之行使外，並列有公司或法院得拒絕提供帳簿的情形，防止股東濫用此權利，藉此達成股東行使權利與公司維護資訊安全之平衡。

以日本會社法第 443 條為例，股東請求查閱從屬公司之會計帳簿須經過法院之同意，且若有以下任一事由時，法院不應准許查閱：(1) 股東基於該權利或與該權利行使相關的調查以外的目的請求時；(2) 股東干擾公司業務的執行，基於有害於股東全體利益的目的請求時；(3) 股東經營或從事與該公司業務有實質上競爭關係的事業時；(4) 股東係為了藉由查閱或抄寫會計帳簿相關資料的事實向第三人通報獲利而為請求時；(5) 股東在過去 2 年以內，曾藉由查閱或抄寫會計帳簿相關資料的事實向第三人通報而獲利。

⁴⁵ 立法院議案關係文書，院總第 618 號(委員提案第 19089 號)，105 年 5 月 11 日。公司法第 245 條第 2 項：「法院應參酌前項聲請理由及事證，選派具有專門學識、經營經驗而非利害關係人者，針對前項特定事項，檢查公司有關之一切財產、財務及業務之帳目、表冊、文件、其他有關資料或關係企業之相關交易資料，於限期內向法院提出報告，其報酬由法院依其職務之繁簡定之，並由公司負擔。」

⁴⁶ 德拉瓦州公司法第 220 條(b)(2)、德國股份法第 131 條第 1 項第 2 款及第 3 款、日本會社法第 433 條第 3 項、第 4 項。

德拉瓦州公司法§220(b)則規定，所請求之從屬公司資訊必須是：(1)股東查閱該等簿冊紀錄不會構成該公司或其從屬公司與其他入之間之契約或協議之違反，且(2)從屬公司依法無權拒絕控制公司所索取之資訊。

三、方案提出

方案 A：於公司法第 210 條納入關係企業之相關資訊為查閱標的。

依據現行公司法規定，就控制公司對從屬公司於特定情形下，負有補償或損害賠償責任(例如公司法第 154 條及第 369 條之 4)，如基於控制公司對從屬公司之控制主導地位，而要求控制公司對從屬公司之行為負責，則實應相對應地支持控制公司之股東對從屬公司得行使查閱權，否則無法平衡其權利與義務。

建議納入第 210 條規定，股東得直接查閱關係企業相關資訊，惟亦應訂定查閱要件，例如：查閱之關係企業資訊應與股東書面提出之查閱目的具正當關連，及控制公司與從屬公司不會因提供、索取該等資訊而構成違法等。

方案 B：於公司法第 245 條納入關係企業之相關資訊為檢查標的。

建議採取就「公司之基本資料」與「公司之敏感資料」分別行使股東「直接查閱權」(請參議題 6.2.1.1、6.2.1.2 及 6.2.1.3)與聲請選派檢查人「間接查閱權」之設計，則由於關係企業相關資訊應屬公司之敏感資訊，股東欲取得之，必須聲請法院選派檢查人為之，且必須符合特定要件，例如查閱之關係企業資訊應與股東書面提出之查閱目的具正當關連，及控制公司與從屬公司不會因提供、索取該等資訊而構成違法等。

方案 C：維持現狀，不予修正(座談會與會者之意見)。

四、修法委員分組審議決議

方案 B：於公司法第 245 條納入關係企業之相關資訊為檢查標的。

6.2.1.5 公司拒絕股東行使查閱權之效果

(1)擴大違反公司法第 210 條、第 245 條規定違法應負責之主體；(2)提高罰鍰額度；以及(3)增訂股東或檢查人得聲請法院以非訟程序為救濟，例如：明訂股東得聲請法院裁定命公司提供特定資訊供股東查閱，或供檢查人檢查，且法院得限期令公司辦理，否則得按次連續處罰依法公司應受裁罰之對象；或明訂法院裁定得為執行名義。

一、現況分析

(一) 現行條文

為貫徹股東資訊權之保障，現行公司法第 210 條第 3 項及 245 條第 3 項分別對於無正當理由拒絕股東直接查閱之公司董事及妨礙、拒絕或規避檢查人之檢查者，課予罰鍰。

(二) 產生的問題

實務上，無論中小企業或公開發行公司，股東行使資訊權時往往係與公司處於對立之情形，若公司或公司負責人故意不為提供、不配合或甚至阻礙股東或檢查人之查閱或檢查，現行規定下僅受到最高不超過 10 萬元之罰鍰，且無強制公司依法提供之救濟途徑。

(三) 學者及各界意見

學者有認為現行公司法第 210 條對公司董事所課予之行政罰鍰責任，似不對董事具有實質規範力，公司法第 229 條並未設有公司違反時之處罰規定，某程度地架空該條規範目的，而令之徒有條文規範之形式，至於公司法第 245 條有關選任公司檢查人之規定，由於裁罰金額對公司及公司負責人並未造成經濟上壓力，且並未有強制公司提出資訊之機制，因此能否達成規範目的，實有疑義。

第九屆立法委員於今年 5 月已就公司法第 245 條提出修正草案加強違反之制裁效果，包括(1)擴大應負責之主體；(2)提高罰鍰額度：

「公司及關係企業之董事、經理人或其他職員，無正當理由對於檢查人之檢查有妨礙、拒絕或規避行為者，或監察人不遵法院命令召集股東會者，處新臺幣十萬元以上二十萬元以下罰鍰。」⁴⁷

座談會與會者（非公開發行公司）有對此一修正持肯定意見者，認為非公開發行公司少數股東欲知悉公司實際經營狀況，此一條文為少數可利用途徑之一，但罰鍰過輕，即便經法院指派檢查人，公司負責人亦往往拒不配合，導致股東及檢查人花費大量人力、時間及費用卻無法取得資訊，故建議由法院直接命公司提供資訊，並明定為執行名義。

亦有座談會與會者（公開發行公司）對「股務代理機構」是否有依公司法第 210 條提供股東名簿等公司文件，提出質疑。按公司法第 210 條要求公司應將股東名簿置於公司或「股務代理機構」以供抄錄，並未明文要求股務代理機構應提供此等文件，惟經濟

⁴⁷ 立法院議案關係文書，院總第 618 號(委員提案第 19089 號)，105 年 5 月 11 日。

部 104 年 1 月 26 日經商字第 10402004500 號函釋⁴⁸認為：股務代理機構應提供少數股東或監察人召開股東會所需股東名簿等資料，使股務代理機構面臨股東請求查閱及公司委託之兩難，並期本次修法得解決此問題。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

美國、英國、日本、香港、中國⁴⁹，就股東依法請求公司提供之資訊，皆於法律明訂股東得「聲請法院命令公司提供」（例如：簡易程序）所請求之資訊。

但有些國家則規定並非所有股東依法得查閱之資訊，皆得透過法院強制公司提供；例如英國公司法（Companies Act）及香港公司條例⁵⁰，指針對股東向公司請求之「部分文件」，明訂股東得向法院尋求救濟。

此外，英國、香港及新加坡更對拒絕提供股東資訊之公司負責人，課以「刑責」；英國公司法及新加坡公司法復對持續不予提供之公司負責人，處以按日連續罰款或逾期未遵守義務之罰款(default penalty)，以確保股東資訊權之即時保障。

(二) 我國立法分析

股東查閱公司資訊，或少數股東聲請法院選派檢查人檢查公司資訊之權利，其目的在賦予股東一途徑獲知公司事業營運、財務或其他相關之狀況。蓋現代公司所有與經營分離之情況下，未實際參與公司經營之股東難以隨時知悉公司實際情況。然而，一方面股東既為公司之投資人，自應有相當之權利及權限取得公司資訊以評估其投資對象；另一方面，適當賦予未參與公司經營之股東取得公司資訊之權利，得發揮監督公司經營者之功能。因此，股東資訊權至關重要。

股東資訊權亦與其他少數股東權息息相關。以少數股東召集股東會之權利而言，依據現行公司法第 173 條第 4 項規定，若董事會不能或不為召集股東會時，符合一定要件之股東於報經主管機關許可後，得自行召集。此時，少數股東為寄發股東會開會通知，必須依據公司法第 210 條向公司請求查閱抄錄「股東名簿」，始得順利召開股東會。因此，股東資訊權之確保與執行，對於少數股東召集股東會即屬關鍵。若股東之資訊權欠缺有效之救濟或制裁機制，該權利實形同虛設。

⁴⁸ 104 年 1 月 26 日經商字第 10402004500 號：「甲公司監察人召集股東會，甲公司原股務代理機構為 A，本次股東會監察人委任股務代理機構 B 辦理股務事項，集保公司同時將甲公司股東名冊提供予 A 及 B 二家股務代理機構。值此，股東會之召集權人(少數股東或監察人)，自可向受委任之 B 股務代理機構索取股東名冊。惟如 B 股務代理機構考量其僅為本次股東會之股務代理機構，為維持股務中立或礙於其他因素，尚難提供股東名簿予上開股東會之召集權人，則上開股東會之召集權人自可改向 A 股務代表機構索取甲公司之股東名簿。」

⁴⁹ 美國模範公司法第 16.04 條、德拉瓦州公司法第 220(c)條、日本會社法第 125 條、第 394 條、第 434 條及第 443 條、香港公司條例第 219 條、第 654、第 657 條等及公司紀錄(查閱及提供文本)規例第 11 條、中國大陸公司法第 33 條及第 97 條。

⁵⁰ 英國公司法第 117 條、第 162 條、第 358 條及第 703 條等、香港公司條例第 219 條、第 654、第 657 條等。

三、方案提出

(一) 應負責之主體

方案 A：擴大違法應負責之主體。

實務上為使股東得依法取得公司資訊，建議公司法第 210 條將「不備置章程、簿冊之公司董事，或無正當理由而拒絕查閱或抄錄之代表公司之負責人」，皆列為裁罰對象。

實務上為使法院選派之檢查人得發揮其功能並貫徹法院指派之任務，亦建議公司法第 245 條將「對於檢查人之檢查有妨礙、拒絕或規避行為之代表公司之負責人」，皆列為裁罰對象。

方案 B：維持現狀，不予修正。

(二) 罰鍰額度

方案 A：提高罰鍰額度。

建議提高公司法第 210 條及公司法第 245 條罰鍰之額度。

雖有認為公司法定有罰鍰之條文計約 40 條，罰鍰輕重已類型化，若修正提高特定條文之罰鍰，恐使公司法之處罰規定輕重失衡。惟若公司法特定罰鍰於實務上不足以懲戒，並敦促受罰者合法行事，該規定即無實益；況就目前公司法定有罰鍰條文之額度，普遍對公司及公司負責人而言，並無制裁效果，尤其對大公司而言更屬「得輕易給付的作業成本」，因此建議公司法定有罰鍰之條文應全面檢討。

為公司法就檢查人檢查權之一致性，針對公司法第 245 條之罰鍰而言，宜與同法第 184 條妨礙、拒絕或規避股東選任之檢查人對董事會造具之表冊、監察人之報告執行查核者，一併訂定合適之罰鍰額度。

方案 B：維持現狀，不予修正。

(三) 聲請法院以非訟程序為救濟

方案 A：明訂股東得聲請法院裁定命公司提供特定資訊供股東查閱，或供檢查人檢查；且(1)法院得限期令公司辦理，否則得按次連續處罰依法公司應受裁罰之對象；或(2)明訂前述法院之裁定為執行名義。（部分座談會與會者之意見）

建議參考比較法之規定，當公司拒絕股東進行查閱或妨礙、拒絕或規避檢查人之檢查時，賦予股東或檢查人聲請法院以裁定命令公司提供資訊的權利，藉由公正獨立之法院判斷，得以較有效率且快速地取得公司資訊，以落實股東之資訊權。

為使經法院判斷合法行使股東查閱權或檢查人檢查權者得確實取得公司資訊，建議進一步規範加強法院該裁定之效力，以下兩種方式擇一：

1. 明訂法院之裁定得「限期令公司辦理」，否則法院得按次連續處罰公司應受裁罰之對象，以敦促公司對該裁定之遵守；或

2. 明訂該法院之裁定為執行名義，若公司仍不遵守法院命令，股東或檢查人得以該裁定直接聲請強制執行。

方案 B：維持現狀，不予修正。

四、 修法委員分組審議決議

(一) 應負責之主體

方案 A：擴大違法應負責之主體。

(二) 罰鍰額度

方案 A：提高罰鍰額度。

(三) 聲請法院以非訟程序為救濟

方案 A：明訂股東得聲請法院裁定命公司提供特定資訊供股東查閱，或供檢查人檢查；且(1)法院得限期令公司辦理，否則得按次連續處罰依法公司應受裁罰之對象；或(2)明訂前述法院之裁定為執行名義。

6.2.2 股東之代位訴訟

6.2.2.1 股東提起代位訴訟之持股比例及持股期間

同時降低公司法第 214 條第 1 項規定股東提起代位訴訟之持股比例及縮短持股期間之限制。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第214條第1項規定，繼續1年以上，持有已發行股份總數3%以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。

(二) 產生的問題

1. 股東代位訴訟之規定，係少數股東權之一種，寓有衡平第 212 條股東會決議對公司董事起訴之消極行為，更係一種積極保護股東自身權益之手段。然而，對股東持股比例加諸限制，實有侵蝕股東權益之嫌；且在股權分散的公開發行公司，嚴格的持股比例要求更使代位訴訟之制度目的無法達成。
2. 持股期間限制之規定係專為防止惡意股東破壞公司經營，但事實上並無法有效預防惡意訴訟。此外，持股期間之要求將排除持股未滿 1 年以上之股東為公司起訴之機會，縱其發現舞弊情事，亦無法提起訴訟救濟。

(三) 學者及各界意見

我國公司法代位訴訟之制度設有3%之持股比例及1年持股期間的限制，其立法目的係為防止惡意股東藉由起訴董事，影響公司之正常營運狀態。雖能有效遏止股東濫行訴訟之情形，但事實上卻也因股東提起代位訴訟之門檻過高，致我國代位訴訟之制度無法獲得有效運作，架空立法美意。

1. 學者建議：

- (1) 持股比例限制：有認為應降低持股比例限制，使提起代位訴訟之門檻容易達成；更有進者，著眼於擴大代位訴訟的實際功能，主張應將持股比例門檻刪除。
- (2) 持股期間限制：有認為因持股期間限制仍有防止股東濫訴之功能，故僅建議仿效日本法將持股期間縮短為6個月，並放寬繼續持股期間之認定，以緩和現行法的高度障礙。另有認為，若持股期間要求之正當基礎無法充分說明，則直接刪除持股期間要件始為釜底抽薪之計。

2. 業界意見：

工作小組座談會問卷回覆針對股東持股比例及持股期間限制之規定均認為尚屬合理，惟有認為公開發行公司與非公開發行公司可設定不同的標準，或持股比例隨股本增加而降低(即股本越高，持股比例越低)的規定。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

1. 持股比例限制

- (1) 不設限制：德拉瓦州公司法、英國、香港及日本之公司法⁵¹，對於股東持股比例未設有限制；但德拉瓦州公司法及美國模範公司法⁵²均認為，股東應公平且適切地代表公司。
- (2) 設有限制：德國股份法及中國大陸公司法⁵³設有1%或資本額10萬歐元之持股比例或資本額之限制。

2. 持股期間限制

- (1) 不設限制：德拉瓦州公司法、美國模範公司法、英國、德國及香港⁵⁴，對於股東持股期間未設有限制，但英國法有規定於起訴時必須具有股東身分；德拉瓦州公司法及美國模範公司法⁵⁵則有「同時持有股份原則」之規定，實務上則尚有「繼續持有股份原則」之判決先例。
- (2) 設有限制：日本會社法設有6個月之持股期間限制，中國大陸公司法設有180日持股期間之限制。

(二) 我國立法分析

我國為防止股東濫訴，設有3%之持股比例及1年的持股期間限制。雖係專為防止惡意股東破壞公司經營，但事實上卻使得我國代位訴訟之制度無法獲得有效運作，而有修正之必要

三、方案提出

⁵¹ 德拉瓦州公司法第 327 條；英國公司法第 260 條第 2 項；香港公司條例第 732 條及日本會社法第 847 條。

⁵² 德拉瓦州公司法第 327 條及美國模範公司法第 7.41 條。

⁵³ 德國股份法第 148 條第 1 項及中國大陸公司法第 53 條第 6 款與第 151 條第 1 項。

⁵⁴ 德拉瓦州公司法第 327 條；美國模範公司法第 7.41 條；英國公司法第 260 條第 2 項；香港公司條例第 733 條；德國股份法第 148 條第 4 項。

⁵⁵ 德拉瓦州公司法第 327 條及美國模範公司法第 7.41 條。

為改善我國代位訴訟效果不彰之情形，爰參酌外國立法例及學者、業者之意見，希冀在不導致股東濫行訴訟之前提下，使股東提起代位訴訟之可能性提高，以有效監督公司之經營。乃提出修法建議方案如下：

方案A：同時降低持股比例及縮短持股期間之限制

1. 建議降低持股比例：參酌各國公司法之規定，我國持股比例之規定較各國高出許多，相當不利於少數股東提起代位訴訟；然為防止股東濫行起訴，仍應保留持股比例之限制，以避免股東濫行起訴造成公司之損害。因此，建議應將持股比例降低。
2. 建議縮短持股期間：參酌各國公司法之規定，我國持股期間之限制較各國長，同樣不利於少數股東提起代位訴訟。然為避免股東為進行惡意訴訟買進股份，造成公司之侵害，因此仍應設有持股期間之限制，但應縮短之，以增加股東提起代位訴訟之可能性。

方案B：刪除持股比例限制，縮短持股期間之限制

1. 刪除持股比例限制：參酌各國公司法之規定，我國持股比例之規定較各國高出許多，相當不利於少數股東提起代位訴訟。且現行法下尚有要求原告提供擔保之規定，應已足以防止濫訴，為避免持股比例之限制阻礙了股東代位訴訟制度之運作，建議刪除此項限制，但仍須於起訴時具備股東身分。
2. 縮短持股期間限制：參酌各國公司法之規定，我國持股期間之限制較各國長，同樣不利於少數股東提起代位訴訟。然因已刪除持股比例之限制，為避免買進極少量之股份成為公司股東之目的係蓄意進行惡意訴訟，造成公司之侵害，因此仍應設有持股期間之限制；但應縮短之，以增加股東提起代位訴訟之可能性。

方案C：維持現狀，不予修正。

四、 修法委員分組審議決議

方案A：同時降低持股比例及縮短持股期間之限制

6.2.2.2 同時存在原則

公司法第 214 條增加提起代位訴訟之股東資格限制，違法行為發生時尚未持有公司股份之股東不得提起代位訴訟。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法第 214 條第 1 項規定繼續 1 年以上，持有已發行股份總數 3% 以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。

(二) 產生的問題

現行法僅要求股東起訴時之持股限制，而被告之不法行為發生時點則在所不問。然若股東於損害發生後方始買進股份而取得起訴資格，則允其起訴除將造成濫訴，更因董事錯誤行為後，新股東已將錯誤行為列入股價折價，而使股東有不當獲利之嫌。⁵⁶ 惟另有論者以為，是否濫訴與何時成為股東實際上並無關連，蓋不法行為時之股東亦可能濫訴；且由不法行為發生時已為股東者提起代表訴訟並取得勝訴，使後來成為股東之人自然享有該訴訟勝訴帶來股價上升之結果，如此更像不當獲利。⁵⁷

二、比較法分析

(一) 英國、香港、日本與德國皆無限制起訴股東須於董事為該行為時即為該公司之股東。英國公司法僅限制股東得提起訴訟之事由。⁵⁸ 日本會社法並無起訴股東持股比例限制，惟其須持有該公司股份 6 個月以上，⁵⁹ 且符合要件之股東起訴後，於訴訟繫屬中喪失股東身分時，若符合法定要件，⁶⁰ 則該喪失身分之股東仍得續行訴訟；德國股份法則規定原則上必須經由股東會決議方得以公司名義提起訴訟，⁶¹ 並允許滿足一定持股比例或資本額條件之股東，得以法定訴訟擔當之方式就公司對於該董事之請求權起訴主張。⁶²

(二) 美國公司法皆設有股東提起訴訟須符合同時存在原則。美國模範公司法第 7.41 條與德拉瓦州公司法第 327 條與該州初審法院民事審理規則第 23.1 條皆規定，須由董事為該行為時之公司股東，或事後自該行為當時之股東取得其股份，方具有提起訴訟

⁵⁶ 周振鋒，論股東代位訴訟的變革方向－以美國法為研析基礎，政大法學評論，第 115 期，頁 280-281，2010 年 6 月。

⁵⁷ 曾宛如，我國代位訴訟之實際功能與未來發展－思考上的盲點－，台灣法學雜誌，第 159 期，頁 30，2010 年 9 月。

⁵⁸ 參見英國公司法第 260 條。

⁵⁹ 參見日本會社法第 847 條第 1 項。

⁶⁰ 參見日本會社法第 851 條。

⁶¹ 參見德國股份法第 147 條第 1 項。

⁶² 參見德國股份法第 148 條第 1 項。

之當事人適格。

三、方案提出

方案 A：公司法第 214 條增加提起代位訴訟時股東同時存在原則。

仿效美國法之立法例增訂股東對董事提起訴訟之門檻，以避免股東濫訴，或於董事行為後方成為公司股東、以提起訴訟賺取不當獲利之情況。

方案 B：維持現狀，不予修正。

股東代位訴訟權並非屬人性質之權利，而係附屬於股東所持有之股份，則股份之受讓人仍得提起股東代位訴訟。故股東縱於不當行為時並無持股，仍得透過股份轉讓之方式取得股東代位訴訟權。

此外，董事之不法行為既為持續狀態，則該不法行為必對公司資產有一定之影響，而股東對公司資產之利益不以其成為股東時所取得者為限，故任何現在之股東均應有權矯正。再者，代位訴訟在實務上並不多見，為提起代位訴訟而購買股份之情況實顯多慮，應無增訂同時存在原則之必要。

四、修法委員分組審議決議

方案 A：公司法第 214 條增加提起代位訴訟時股東同時存在原則。

6.2.2.3 等待期間

維持公司法第 214 條第 2 項等待期間 30 日之規定，但新增例外得逕行起訴之情形。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第214條第2項前段規定，監察人自有前項之請求日起，30日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟。

(二) 產生的問題

現行法下，股東提起代位訴訟須先請求公司起訴，並公司於30日內不起訴時，始得由符合條件之股東代位提起訴訟。雖然我國民事訴訟法有保全程序之規定，然有些損害無法依保全程序予以保全，當公司面臨緊急且不可回復之損害時(如時效將屆)，將有緩不濟急之慮。更有甚者，在公司監察人全體缺位時，股東無書面請求之對象，自無提起代位訴訟可能，縱依第217條之1補選或第227條準用第208條之1選任臨時管理人代行監察人職務，仍可能因時間延宕而喪失最佳求償機會；抑或當監察人與股東請求內容具利害關係致有無法客觀行使職權之虞時(如監察人為共同被告)，現行法要求股東仍須向其請求起訴，已無實益。

(三) 學者及各界意見

1. 學者意見：

代位訴訟制度乃為使股東權益獲得實現，然該權益並非無限上綱，公司既有之權利與監督制度仍須有所維持，故窮盡內部救濟途徑仍應為股東提起代位訴訟之前提，現行法中要求股東先向專責監督機關之監察人為請求之規定並無不妥。

然，為避免上述之弊端，應有必要引進美國法上之「請求豁免」或「全面請求原則」機制做為配套措施，即若先行請求董事會起訴之程序是無益的，則允許股東逕行提起代位訴訟；或排除「將對公司造成無可回復之損害」之情形，例外得不需先向公司為起訴之請求。

2. 業界意見：

多數意見認為，股東提起代位訴訟之30日等待期間尚屬合理，並且認為應設有等待期間之例外規定，允許監察人於30日內拒絕提起訴訟時或等待期間經過後始提起訴訟將對公司造成不可回復之損害時，股東得逕行代表公司起訴。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

1. 多數國家(香港、德國、日本、中國大陸)⁶³設有先向公司提出請求之規定，然等待期間之天數多寡則各國不一，分別有14日、30日、60日等規定，美國模範公司法⁶⁴更建議將等待期間定為90日。雖然設有等待期間之規定，但均有例外規定，例如中國大陸規定，當情況緊急將受有難以彌補之損害者，或者香港公司條例規定，法院得免除成員書面通知公司之責任。
2. 英國⁶⁵沒有先向公司提出請求之規定，無等待期間之要求。然股東得否提起訴訟，需經過法院二階段程序評估後，始許可續行訴訟。

(二) 我國立法分析

我國法規定股東提起代位訴訟前，需先請求監察人代表公司起訴，於30日等待期間經過後監察人仍未起訴時，始得由股東代表公司提起訴訟。關於等待期間之規定，雖期間長短尚屬可行，然未設有得逕行提起訴訟之例外情形，致股東需待30天屆滿後始得代表公司提起訴訟，對公司及股東之保障尚有不足，建議有修正之必要。

三、方案提出

參酌外國立法例、學者意見及業界意見，關於代位訴訟之等待期間，應設有例外規定，始足以保障公司以及股東之權益，爰提出修法建議如下：

方案A：維持現行等待期間之規定，但新增例外得逕行起訴之情形。

我國未設有逕行起訴之例外規定，對於公司及股東代位訴訟權利之保障尚有不足，建議參酌各國公司法之規定，新增例外得逕行起訴之情形。

方案B：同時新增例外得逕行起訴之情形及縮短等待期間之規定。

除建議參酌各國公司法之規定，新增例外得逕行起訴之情形外，等待期間越長，對於公司及股東之保障越不利，因此，建議得縮短等待期間。

方案C：維持現狀，不予修正。

四、修法委員分組審議決議

決議提交修法委員會決議以下兩方案，

方案A：維持現行等待期間之規定，但新增例外得逕行起訴之情形。

方案B：同時新增例外得逕行起訴之情形及縮短等待期間之規定。

⁶³ 香港公司條例第 733 條；德國股份法第 148 條第 4 項；日本會社法第 847 條第 3 項；中國大陸公司法第 151 條第 2 項。

⁶⁴ 美國模範公司法第 7.42 條。

⁶⁵ 英國公司法第 261 條。

五、 修法委員會決議：

方案 A：維持現行等待期間之規定，但新增例外得逕行起訴之情形。

公司法全盤修正修法委員會

6.2.2.4 代位訴訟之費用負擔與責任

維持公司法第 214 條第 2 項訴訟擔保規定，但增加配套措施（例如：強化釋明義務、訂定訴訟擔保金額上限）。此外，增訂訴訟費用補償機制，但不引進國外以非財產權訴訟規定計算訴訟費用之立法例。並將同時修訂同條第 3 項賠償責任之規定，將賠償責任要件明確化，例如參照比較法，於股東有不當目的或惡意濫訴時，始有賠償責任。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第 214 條第 2 項後段規定，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。同法第 215 條規定，提起前條第 2 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。提起前條第 2 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) 產生的問題

1. 費用負擔部分

(1) 提供擔保

就提供擔保之規定，現行法下只要被告提出聲請，法院即得命原告股東提出擔保，未課予被告釋明之責任。此立法實嫌草率、寬鬆，蓋雖其目的係為避免股東惡意訴訟，然將可能排除善意有益之訴訟及較無資力股東之不良效果。

(2) 訴訟費用

現行法無訴訟費用補償之制度，代位訴訟原告提起訴訟並獲得勝訴後，勝訴利益歸於公司及全體股東，但原告股東卻無法獲得費用補償，而成為「勝訴的受害者」。縱第 215 條規定被告董事須賠償原告股東因訴訟所受損害，然訴訟費用是否可解為「損害」，實有疑義。

另外，股東代位訴訟之訴訟標的金額通常較為龐大，依現行法規定按民事財產權訴訟徵收裁判費，其訴訟費用將使股東難以負擔，更降低股東起訴之誘因。

2. 起訴股東責任部分

現行法規定，起訴股東敗訴時，除對公司應負損害賠償責任外，如因事實顯屬虛構致董事受有損害，亦應賠償董事之損失。然若起訴股東勝訴時，僅公司受有利益，股東則僅在事實顯屬存在並受有損害時，得向被訴董事請求賠償。股東被訴時應承擔之責任遠大於董事之敗訴責任，二者間顯失衡平。

另，「顯屬虛構」及「顯屬實在」之語意不清而難以斷定，且「訴訟所依據之事實，顯屬虛構」之文字實有掛一漏萬之弊。

(三) 學者及各界意見

1. 費用負擔部分

(1) 提供擔保：被告應釋明可能之損害或原告有不當目的

A. 學者意見：

代位訴訟的原告提供擔保不應漫無限制，為避免起訴股東過度負擔，應增訂「被告經釋明因原告起訴可能損害」，或修正為「在股東起訴為惡意、不正當意圖時，法院始得命原告提供擔保金」，始為妥當。此外，從第214條第2項中段之文義觀之，提供擔保應係為被告之利益；然若承接後段以及第215條第1項之文義，則提供擔保似係為預作為賠償公司之用，用語上有所矛盾。應將第214條第2項後段移至第215條，使第214條規定原告股東對被告董事之擔保責任，而第215條規定原告股東對被告董事之賠償責任，立法體例上較為一貫。

B. 業界意見：

業界對起訴股東提供擔保之規定意見不一。有認為為避免濫行起訴、浪費司法資源，本應由起訴者負擔一定成本。亦有認為不應有提供相當擔保之規定，或至少應規定被告董事敘明具體理由，或明定擔保金額之上限等。

(2) 訴訟費用

A. 學者意見：

有認為應增訂補償機制，故當提起代位訴訟之股東「獲終局勝訴判決確定時，公司應補償股東因訴訟所支出之必要費用」。亦有認為，訴訟勝負本難以掌握，況提起代位訴訟者多屬公司少數派股東，訴訟前所掌握之資訊恐未足以判斷訴訟勝負機率，故為實質降低起訴股東預期成本而增加起訴誘因，應使訴訟股東提起訴訟「對公司有益」時，即得向公司請求補償起訴合理之必要費用，毋庸待訴訟確定始可行使。

另外，就訴訟費用之計算，有認為代位訴訟費用若由股東負擔，裁判費之應依民事訴訟法關於非財產訴訟之標準徵收。

B. 業界意見：

多數意見認為，僅於股東勝訴時，公司應補償訴訟費用。僅少數認為無論勝訴或敗訴，均應補償訴訟費用。另有認為，縱使補償訴訟費用，律師費用之補償應有上限規定。

2. 起訴股東賠償責任部分

A. 學者意見：

起訴股東對董事及公司賠償責任之成立要件應為一致，以股東「敗訴」為成立要件，抑或以股東具有「不當目的」或依據之事實「顯屬虛構」為成立要件。另有認為，現行公司法以「股東敗訴」作為股東賠償責任之要件顯有不妥，蓋股東敗訴並不同股東意圖惡意侵害公司或被訴董事，股東勝訴亦不代表股東必然無侵害他人權益之意圖，以此

種客觀結果作為要件並不合理，應刪除敗訴股東對公司及被告董事負損害賠償之規定，而以民法侵權行為解決即為已足。

就股東對董事與公司責任之部分，有認為應採同一解釋，即「提起代位訴訟所依據之事實，『顯屬虛構』，經終局判決確定」時，敗訴股東始須對公司負賠償責任；亦有認為應將原告股東對董事及公司之賠償要件為同一之限縮，增訂「終局判決確定敗訴之股東，如非起訴係為不當目的者，對公司及董事不負損害賠償責任」。

B. 業界意見：

多數認為，當股東敗訴致公司受有損害時，或因事實純屬虛構而對被訴董事造成損害時，應由起訴股東負賠償責任。僅少數意見認為依侵權行為損害賠償負責即可。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

1. 費用負擔部分

(1) 提供擔保：日本會社法⁶⁶設有被告請求時，法院得命提起代表訴訟之股東提出相當擔保之規定。但被告應釋明股東係出於惡意起訴。且若股東未能於一定期間內提供擔保，該訴訟將被法院駁回。除日本會社法設有起訴股東提供擔保之規定外，美國部份州公司法也有供擔保之規定，但設有金額上限或者持股達一定比例以上者，無須供擔保。惟其他地區(美國多數州、英國、香港、中國大陸)則無要求起訴股東提供擔保之規定。

(2) 訴訟費用：多數國家(英國、香港、德國、日本)設有訴訟費用補償之制度，但律師費用是否受補償則各國規定不一。德拉瓦州公司法及中國大陸公司法則無訴訟費用補償之明文規定，但美國德拉瓦州有判決提及當公司因代位訴訟而享有實質利益時，法院可能命公司負擔原告之律師費用；中國大陸最高人民法院解釋認為若股東勝訴時可請求公司承擔合理的律師費及訴訟費用。

2. 起訴股東責任部分

除日本公司法於股東惡意濫訴時，例外對公司負賠償責任外，其餘各國均無起訴股東損害賠償責任之規定。

(二) 我國立法分析

我國公司法對股東課予擔保責任、賠償責任等規定，過於嚴苛，將降低股東提起訴訟之意願；且訴訟費用之計算依照民事訴訟法以財產權訴訟按請求金額計算，訴訟費用金額過鉅；此外，現行法無訴訟費用補償之機制，致代位提起訴訟之股東須自行負擔巨額訴訟費用，又須對公司或董事負損害賠償責任，對於起訴股東應負之責任過鉅，建議有修正之必要。

⁶⁶ 日本會社法第 847 之 4 條第 2 項、第 3 項。

三、方案提出

鑒於我國公司法對於代位訴訟起訴股東之責任過於嚴苛，擔保責任、費用補償以及賠償責任等均有修正之必要，擬參考外國立法例，提出修法建議方案如下：

(一) 訴訟擔保之規定：

參酌各國公司法之規定，除日本及美國少數州之公司法外，均無訴訟擔保之規定，加上我國訴訟擔保之目的係為被告之利益而設，或作為賠償公司之用並不明確，且起訴股東同時須先預納訴訟費用及提出訴訟擔保，將可能使無資力之股東因無力繳納，致訴訟遭駁回。因此，建議予以修正。

方案A：刪除訴訟擔保規定。

方案B：維持訴訟擔保規定，但增加配套措施。(例如：強化釋明義務、訂定訴訟擔保金額上限)

(二) 訴訟費用補償部分

我國法目前無訴訟費用補償機制，建議參酌各國立法增加該機制；並且建議參酌日本法改採以「非財產訴訟」方式計算訴訟費用，以避免起訴股東負擔鉅額訴訟費用。

方案A：增加訴訟費用補償機制，並引進非財產權訴訟之規定以計算訴訟費用。

方案B：增加訴訟費用補償機制，但不引進非財產權訴訟之規定以計算訴訟費用。

(三) 起訴股東責任部分：

我國民法已有侵權行為損害賠償之規定，依照民法規定請求即為已足，無須於公司法中另行規定。縱有於公司法中規定之必要，現行規定課與股東賠償責任之要件過於嚴苛且不一致，有予以修正之需。

方案A：刪除公司法中賠償責任之規定，依照民法請求即可。

方案B：修正公司法中賠償責任之規定，將賠償責任要件明確化。例如參照比較法，於股東有不當目的或惡意濫訴時，始有賠償責任。

四、修法委員分組審議決議

(一) 訴訟擔保之規定：

方案B：維持訴訟擔保規定，但增加配套措施。(例如：強化釋明義務、訂定訴訟擔保金額上限)

(二) 訴訟費用補償部分

方案B：增加訴訟費用補償機制，但不引進非財產權訴訟之規定以計算訴訟費用。

(三) 起訴股東責任部分：

方案B：修正公司法中賠償責任之規定，將賠償責任要件明確化。例如參照比較法，於股東有不當目的或惡意濫訴時，始有賠償責任。

公司法全盤修正修法委員會

6.2.2.5 股東代位訴訟之對象應否擴張至其他公司負責人？

擴張公司法第 214 條股東得提起代位訴訟之對象，包括同法第 8 條第 2 項之「公司負責人」及其他違法行為之共同行為人。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法第 214 條第 1 項規定繼續 1 年以上，持有已發行股份總數 3% 以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。另依同法第 227 條之規定，股東代位訴訟相關規定亦得準用於追訴監察人，惟此時股東應向董事會提起請求。

(二) 產生的問題

現行公司法僅允許股東得代位公司起訴之對象僅限於董事及監察人。惟依據同法第 8 條第 1 項及第 2 項，公司負責人除了董事和監察人外，尚有股份有限公司之發起人、檢查人、重整人或重整監督人等，於執行職務範圍內，亦為公司之負責人。在該等公司負責人執行職務有害公司利益，且股東會並未決議對之提起訴訟時，少數股東並無其他可行救濟途徑；此外，同為公司負責人，有些受制於股東代位訴訟、有些則無，如此之差別待遇是否具有正當性，不無疑義。

二、比較法分析

- (一) 由於美國法下公司負責人即為董事，故僅規定股東得對公司董事提起訴訟，且原則上應以公司之名義為之。德國股份法第 147 條規定股東僅得對公司創立時之發起人、董事會和監事會，以及董事或監事會違反同法第 117 條時提起代位訴訟。
- (二) 英國與日本則放寬股東訴訟對象。依據英國公司法第 260 條，股東得對董事(包括前任董事與影子董事)或其他人(或兩者)提起代位訴訟；而日本會社法第 847 條第 1 項除規定持有股份六個月以上之股東得請求對公司發起人、設立時董事、監察人提起外，依據同法第 423 條所謂公司負責人(包括董事、經理人、財務審計等)或清算人，亦得成為股東以訴訟追究責任之對象。

三、方案提出

方案 A：擴張股東得提起代位訴訟之對象於公司法第 8 條第 2 項之「公司負責人」及其他違法行為之共同行為人。

雖目前實務及學說就此議題討論不多，惟自上述現況分析之問題以觀，若為保障少數股東追求公司利益，兼顧股東有效監督公司之途徑，擴張股東得提起代位訴訟之對象於公司法第 8 條第 2 項之「公司負責人」與第 3 項之影子董事，及「其他違法行為之共同行為人」，似乎為可考量之方式之一。

方案 B：維持現狀，不予修正。

若認為目前股東得以代表訴訟追訴董事與監察人即得達到有效監督公司經營之效果，則似毋須擴張現行法代位訴訟對象之規定，以避免少數股東動輒提起追訴之可能。

四、 修法委員分組審議決議

方案 A：擴張股東得提起代位訴訟之對象於公司法第 8 條第 2 項之「公司負責人」及其他違法行為之共同行為人。

公司法全盤修正修法委員會

6.2.2.6 不公平侵害之救濟

非公開發行公司增列不公平侵害救濟之規定，公開發行公司維持現狀。

一、現況分析

(一) 現行條文

我國公司法無不公平侵害救濟之明文規定，類似於股東直接訴權之規定為公司法第11條，公司之經營，有顯著困難或重大損害時，法院得據股東之聲請，於徵詢主管機關及目的事業中央主管機關意見，並通知公司提出答辯後，裁定解散。前項聲請，在股份有限公司，應有繼續6個月以上持有已發行股份總數10%以上股份之股東提出之。

(二) 產生的問題

雖然我國公司法第11條設有裁定解散之規定，然通常適用於股份有限公司以外之其他種類公司。蓋股份有限公司之股東提起裁定解散有持股期間及持股比例之限制，且股份有限公司屬於資合公司，若股東不滿公司經營現狀，僅須轉讓持股即可，無解散公司之必要。再者，該規定僅限於「公司之經營有顯著困難或重大損害時」始得聲請法院裁定解散，不及於公司其他作為或不作為侵害股東權益之情形。另外，其解決方式亦僅限於聲請法院裁定解散，當股東並無意解散公司時，即無法依其他規定請求救濟，相較於外國立法例多樣化的不公平侵害之救濟方法，顯有不足。

(三) 學者及各界意見

1. 學者意見

應參酌外國立法例增加不公平侵害救濟之規定，例如公司之經營有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，或以不公平之方法侵害特定成員利益時，股東得請求命公司為特定作為、不為特定作為、或收買股東股份。

2. 業界意見

業界對於新增訂不公平侵害救濟之規定，採肯定之看法，認為受不公平侵害之股東，應具有依情況對公司或(及)董事提起訴訟之權利。

二、比較法分析

(一) 他國立法模式

不公平侵害救濟源自於英國。依據英國公司法⁶⁷規定，當公司事務之執行對全體或部分股東利益造成不公平侵害，或公司實際行為、擬從事行為或不作為造成或將造成全體或部分股東之不公平侵害時，股東得向法院提出請求。法院得依據股東所提出之請求並衡酌個案情狀，透過命令規制公司之作為、命令公司繼續作為或禁止作為、命令其他

⁶⁷ 英國公司法第 994 條。

股東或公司收購股份等。香港公司條例亦有類似之規定，均賦與法院有依個案情狀行使裁量之權限。中國大陸公司法則僅規定當董事或高級管理人員違反法律或章程規定損害股東利益時，得提起訴訟，但未明文規定提起訴訟後之效果。

(二) 我國立法分析

由於公司法第11條裁定解散之規定不足以保障股東權益所受之損害—有學者認為，公司法第194條得補充上開規定之不足。公司法第194條規定，董事會決議，為違反法令或章程之行為時，繼續1年以上持有股份之股東，得請求董事會停止其行為。惟學者指出，公司法第194條規定屬於「事前救濟」制度，一旦決議事項已執行完畢，即非該條救濟範圍。且若董事之行為未經董事會決議而違反法令或章程時，亦非屬該條之規範範疇。更有學者認為，公司法第194條之制止權屬於公司，於公司怠於行使制止權時，股東始得代位行使，而屬於代位訴訟之一種。

三、方案提出

方案A：引進英國公司法不公平侵害救濟之規定

雖股東個人遭受不公平侵害時得依民法規定請求損害賠償，但如股東希望制止或要求董事或公司之某作為時，即無相關規定可資遵循。因此，可參酌英國法及香港法之規定，新增股東不公平侵害之救濟途徑。

方案B：維持現狀，不予修正。

雖然我國公司法對於股東個人之不公平侵害之救濟規定較有不足，但股東仍可依民法相關規定或公司法第23條第2項規定，向董事或公司請求損害賠償，並藉由回復原狀之方法，達到不公平救濟所欲達成之救濟目的。因此，似無另於公司法新增不公平侵害救濟規定之必要。

四、修法委員分組審議決議

決議提交大會決議以下兩方案：

方案A：引進英國公司法不公平侵害救濟之規定

方案B：維持現狀，不予修正。

五、修法委員會決議：

非公開發行公司採取方案A，公開發行公司維持現狀。

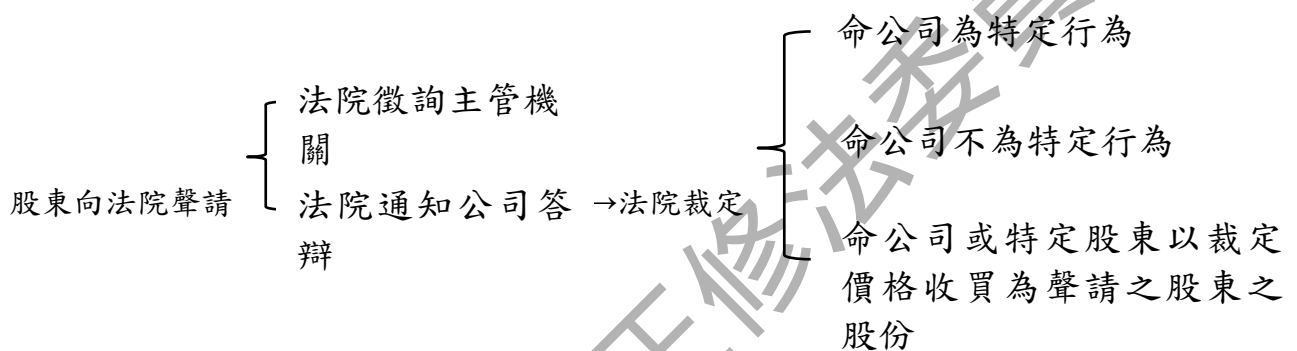
範例圖表

股東之不公平侵害救濟制度

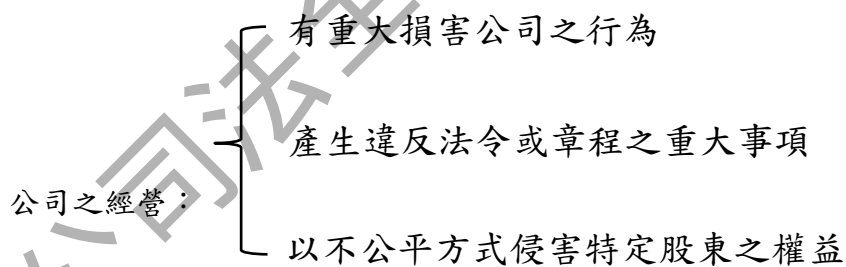
1. 不公平侵害救濟制度簡介

(1) 適用對象：非公開發行股票公司

(2) 程序：



2. 得提起救濟之原因



6.2.3 其他股東權

6.2.3.1 新股認購權

股東新股認購權，非公開發行公司得以章程或股東會特別決議排除之(參見議題 1.1.2)。員工新股認購權，維持現行規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

公司法第267條第1項，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10%至15%之股份由公司員工承購。

公司法第267條第3項，公司發行新股時，除依前2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。

(二) 產生的問題

1. 股東新股認購權：

執行手續的繁雜將延滯新股發行之時機，尤其是原有股東的通知及公告、願意實行權利之回覆等，除產生可觀的行政成本外，亦致使公司無法及早取得資金加以運用。在實務運作上，公司為維護原股東權益，使其持股比例維持一定而不致遭不合理稀釋，並顧及其資力，蓋以面額發行，或以低於市價之公告價格發行，導致績優公司未能以市價發行新股，進而無法有效增加營運資金。

2. 員工新股認購權：

除前述情況亦可能發生外，實務上已有許多規定排除本項制度，使員工新股認購權僅限縮於公司通常發行新股始有適用，特殊發行新股則無適用；另，在績效優良之公司，公司所得盈餘較為充足，公司通常使用盈餘轉增資方式獎勵員工，甚少透過發行新股為之；反之，績效不佳之公司，員工對公司未來不抱期待，認購之可能性大幅降低，其獎勵員工之立法目的可否達成，似有疑問。故綜合上述困難，可得知實務上許多排除新股認購權之規定係導因於新股認購制度之僵化，故有討論之必要。

(三) 學者及各界意見

1. 學者意見

(1) 股東新股認購權

我國股東新股認購權係明文股東享有，但未賦予公司以董事會決議、股東會決議或章程排除之權利，致公司籌資受到限制。解決之道在於回歸公司自治，增訂一例外規定，使股東新股認購權得於公司章程內或以股東會決議排除之，方得於籌資彈性與股東權益間取得平衡。

(2) 員工新股認購權

員工新股認購權之目的在於促使勞資融合，仍有存在之意義。然而是否需規定為強制規定而不允許公司透過章程或股東會決議或董事會決議予以排除，實有審酌空間。故有學者建議：該條文似可考慮由「應」保留改為「得」保留，使發行公司得自行審酌公司財務狀況、發行新股目的、負擔能力高低，決定是否保留員工新股認購成數。另為避免員工因法定權利遭剝奪而有所反彈，造成公司運作上之衝擊，增訂「該保留成數得經董事會三分之二以上出席，出席董事過半數同意之決議酌減之。」若依此方向修正後，我國其他針對本條之例外規定亦需一併考量。

2. 業界意見

(1) 股東新股認購權

業界意見多數認為仍應保留股東新股認購權，僅少數意見認為不應設有股東新股認購權之規定。

(2) 員工新股認購權

業界意見多數認為仍應保留員工新股認購權，並有意見認為得降低保留比例之規定；僅少數意見認為不應設有員工新股認購權之強制規定。

二、比較法分析

(一) 股東新股認購權

德拉瓦州公司法規定⁶⁸，股東原則上不享有新股認購權，但公司得於章程明定賦予股東該項權利。美國模範公司法⁶⁹亦建議，除非公司章程明確規定，否則公司股東不享有新股認購之權利。

英國⁷⁰則採取不同立法方式。英國公司法第561條規定，除非公司已提供原有股東按原股份比例儘先分認外，否則公司不得以任何條件發行新股予他人。但於非公開發行公司，或經董事會決議或公司章程授權不依/不適用第561條規定發行新股時，得例外不提供股東新股認購權。德國股份法⁷¹亦明訂股東有權以原有持股比例認購新股。但除法律特別規定外，亦得以章程或股東會決議排除股東新股認購權。中國大陸公司法⁷²明文規定股東得享有新股認購權，但得經股東會決議不按出資比例優先認購。

日本舊公司法原有「新股引受權」之規定，即原有股東有於發行新股時優先認股之權利。但新法⁷³已刪除新股引受權之規定，當公司發行新股時，原有股東非一定享有請求優先認股之權利，需由股東會決議該次發行新股是否賦予股東新股認購權。

⁶⁸ 德拉瓦州公司法第 102 條第 b 項第 3 款。

⁶⁹ 美國模範公司法第 6.30 條。

⁷⁰ 英國公司法第 561(1)條。

⁷¹ 德國股份法第 186 條。

⁷² 中國大陸公司法第 34 條。

⁷³ 日本會社法第 202 條第 1 項。

(二) 員工新股認購權

研究的外國立法例中，無員工新股認購權之規定。多數國家多以員工獎酬制度使員工認購公司股份，而非以法律規定當公司發行新股時強制保留一定比例由員工優先認購。

三、方案提出

為使公司籌措資金之手段能更加彈性，同時保障原有股東股權不被稀釋之權益；另外，我國公司法之員工入股制度已逐漸完備，公司得與員工簽訂認股權契約、員工酬勞亦得以股票發放等，均可達到員工入股之目的，是否仍需保留員工優先認購之規定有待斟酌。乃參酌各國立法例及學者意見，建議修法方案如下：

(一) 股東新股認購權

方案A：增加公司得以章程排除股東新股認購權之規定。

方案B：修正為股東原則不得享有新股認購權，例外得由公司章程賦予該項權利。

方案C：維持現狀，不予修正。

(二) 員工新股認購權

方案A：修正為員工無新股優先認購權，但得由公司章程賦予該項權利。

方案B：維持員工新股認購權之規定，但降低強制保留之比例。

方案C：維持現狀，不予修正。

四、 修法委員分組審議決議

(一) 股東新股認購權

修正之方案A：增加非公開發行公司得以章程排除股東新股認購權之規定。

(二) 員工新股認購權

修正之方案A：非公開發行公司修正為員工無新股優先認購權，但得由公司章程賦予該項權利。

五、 修法委員會決議

關於股東新股認購權，非公開發行公司得以章程或股東會特別決議排除之，參見議題 1.1.2。員工新股認購權，維持現行規定。

6.2.3.2 股份交換之股東會決議

公司法第 156 條第 8 項股份交換規定，增訂發行新股達公司發行前已發行股份之表決權總數 20% 時，即應經股東會特別決議行之，且需於召集事由列舉並說明，不得以臨時動議提出。就股份交換之關係人身分與對價等關鍵議題，並增訂應經股東會特別決議之規定。

一、現況分析

(一) 現行條文

按公司設立後得發行新股作為受讓他公司股份之對價，需經董事會三分之二以上董事出席，以出席董事過半數決議行之，不受第 267 條第 1 項至第 3 項之限制，公司法第 156 條第 8 項定有明文。

(二) 產生的問題

經濟部函釋見解認為，該條所稱「他公司已發行股份」，究為他公司本身持有或其股東持有，尚非所問（經濟部 94 年 3 月 23 日經商字第 09402405770 號函參照）。並認為依該條所發行之新股股數是否須占發行公司已發行股份一定百分比，公司法尚無限制規定（經濟部 94 年 2 月 3 日經商字第 09402014500 號函參照）。而針對公開發行公司，目前實務尚有「公開發行公司取得或處分資產處理準則」之適用，若此種股份交換所發行之新股數量龐大，對股東權益或有產生影響之虞，是否得不經股東會決議，容有疑義。

(三) 學者及各界意見

學者有認為，鑒於現行公司法股份交換制度已相當程度放寬董事會在發行新股之權限，除公開發行公司應遵循「公開發行公司取得或處分資產處理準則」等較寬鬆之程序規範外，似無限制。倘若股份交換涉及控制權移轉時，必然對股東權益產生影響，故學者認為應經股東會決議。惟座談會與會者則認為應保留董事會行使此權利以防禦敵意併購之彈性。

二、方案提出

工作小組基於對股東權之保護，並兼顧董事會行使本項權利之彈性，爰參考學者建議提出以下方案：

方案 A：建議將條文明訂發行新股達公司「發行後」之已發行股份總數 20% 時，即應經股東會特別決議行之，且需於召集事由列舉並說明，不得以臨時動議提出。並針對股份交換之關係人身分與對價等關鍵議題，增訂應經股東會特別決議之規定。

方案 B：維持現狀，不予修正，以保障董事會行使此權利之彈性。（座談會與會者之意見）

三、修法委員分組審議決議

修正之方案 A：建議將條文明訂公開發行公司發行新股達公司「發行後」之已發行股份總數 20% 時，即應經股東會特別決議行之，且需於召集事由列舉並說明，不得以臨時動議提出。並針對股份交換之關係人身分與對價等關鍵議題，增訂應經股東會特別決議之規定。

四、修法委員會決議

參酌外國立法例並配合議題 1.1.2，調整公司發行新股以為股份交換，達發行前之已發行股份表決權數的 20% 時，應經股東會特別決議。

公司法全盤修正修法委員會