

公司法制之再造——

與德國公司法之比較研究

劉渝生 著

公司法制之再造

—與德國公司法之比較研究

劉渝生 著

新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

公司法制之再造——與德國公司法之比較研究／
劉渝生著．——一版．——臺北市：新學林，
2005〔民94〕
面； 公分

ISBN 986-81224-3-0（平裝）

1. 公司法－比較研究

587.2

94009367

公司法制之再造——與德國公司法之比較研究

作 者：劉渝生

出 版 者：新學林出版股份有限公司

台北市信義路三段106號6樓之4

電 話：(02) 27001808 傳 真：
(02) 27059080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總 經 理：毛基正 總 編 輯：田金益

主 編：林靜妙 版 權 部：林靜妙

製程管理：浩瀚

出版日期：2005年6月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定 價：400 元

ISBN 986-81224-3-0

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

團購專線：(02) 27001808 分機 17

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

序 言

我國公司法早年係以德國立法例為藍本，惟該國公司法制無論內容規定或理論發展，均已推陳出新，殊值我變遷中的社會與企業參考。

民國九十年，我國公司法大幅修正時，余忝承不同政黨立委之邀約，針對當時立法院已一讀通過之修正草案再提供拙見。例如原草案僅允許一人股份有限公司之設立，余鑒於理論與實務之需，乃力主一人有限公司之增列；此外，股東會與監察人相關規定等十餘條文，經余分析建議，蒙全數接納，由立法院黨團協商後，逕付二讀通過。

茲為求公司法立法理論與技術之精進，爰參照德國最新法規、學說及判例，衡以我國工商現況，比較研究，期以文章報國，再盡棉薄，尚乞斯學先進教正之。

劉渝生 謹識民國九十四年五月八日

目 次

序言／I

德、美公司法之體制與特色

——兼論德國一人公司之規範／1

公司設立理論之研究

——包括設立中之一人公司等相關問題／29

公司之權利能力

——公司轉投資、資金貸放及保證之限制／57

公司資本與資本三原則／87

公司名稱之研究／113

論公司經理人之資格取得及職權範圍

——新公司法修正之我見／139

從歐體第一、四、五、十二號指令看我國公司法之立法趨

勢／163

德國公司法具體原則之發展

——特別是股東之忠實義務／193

II 公司法制之再造——與德國公司法之比較研究

公司人格否認

——德國直索理論之研究／219

從德國立法例觀察我國公司法有關股東會決議之效力規定

——特別是無效與得撤銷之判別原則／249

從股東會議事進行論股東之詢問權

——德國股份法相關規定之介述／271

論股東平等原則與股東會之決議／297

論德國有限公司股東決議撤銷及無效之類推適用／313

德國股份法第 78 條之董事代表制度／329

論兩岸公司法上之股東制止請求權／349

股東會決議之撤銷

——特別是公司合併決議撤銷與股東權益之保護／367

論公司合併債權人之保護

——以債權人之範圍為中心／389

德、美公司法之體制與特色—— 兼論德國一人公司之規範

目次

壹、前言

貳、德國公司法

一、體制之大要

二、體制之特色

三、德國一人有限公司之介述

參、美國公司法

一、體制之大要

二、美國商業組織種類

三、體制之特色

肆、結論

2 公司法制之再造——與德國公司法之比較研究

壹、前言

我國舊公司法原繼受德國法，惟於二次大戰後參酌英美法制甚多，諸如授權資本制、董監選舉之累積投票法、公司債之募集以及公司重整制度等之採行，足見各法系雖具差異，仍有值得彼此借鏡補強之處。國內近年來公司法論著似多偏重於各國新制度之介述或比較，對於基本體系架構之回顧與檢討，則較欠缺；特別是我國不僅公司法繼受德國，民法亦然，德國屬民商分立制，我國則採民商合一，在民商分立下的民法與公司法究有何相互關連性？再者，初學公司法者，遇有教師介紹德國公司法時，常感困惑的是，德國民法上之合夥、無限公司、股份有限公司在德文中均採「Gesellschaft」一詞，其區別如何？德國之無限公司無法人人格，何以又稱為「公司」？

美國法以豐富的判例累積成各州公司法，多采多姿，其與大陸法系之我國及德國截然不同，究竟美國之商業組織型態為何？何謂 Corporation？亦常為初學公司法者所迷思。本文以下除簡介德、美之公司法體制及其特色外，並冀於介述過程中發掘出該等先進國家是否尚有新的立法，值得吾人參考改進。

又一人公司相關問題以往於國內之研討，多限於依我國現行法分析，究竟是否允許形式上或實質上一人公司之設立。民國九十年修法後，一人公司已明文允許，是以，吾人除現行法之檢討外，似應及時專注於一人公司設立後之諸種配套措施的研究。德國現行有限公司法對之有相當周詳之明文規範，本文亦一併介紹其重點。

貳、德國公司法

一、體制之大要

各國關於民商法的編纂，大致分為民商分立及民商合一兩種制度。

採民商分立制的國家，如德國、日本，除民法外，尚有商法典編纂。以德國為例：德國民法典中已有社團及合夥之規定，1897 年之德國商法典第二編則包括有無限公司、兩合公司、股份有限公司、股份兩合公司及隱名合夥等五章之規定。惟繼 1892 年德國頒佈世界第一有限責任公司單行法後，商法典中之股份有限公司及股份兩合公司先於 1931 年修正，續於 1937 年以單行法方式從商法典中脫出，併稱為「股份法」，1965 年、1998 年股份法之內容大幅修正。1994 年德國會又通過自由業合夥公司法。茲歸納其體制如下：



二、體制之特色

德國公司法體制之特色甚多，茲舉其重要者述之如下：

(一) 就公司法法規的補充方法及適用順序而言，德國雖採民商分立制，惟民法上之合夥為各種人合公司之基礎型態，而民法上之社團法人又為資合公司之基本形式，故站在民法及商法同屬私法之範疇，法律對各種人合或資合公司未規定之事項，民法仍有補充的功能。

惟民法本身亦未規定者，是否有習慣法之適用？德國民法雖無如我國民法第 1 條之明文，該國民法施行法 (Einführung-

6 公司法制之再造——與德國公司法之比較研究

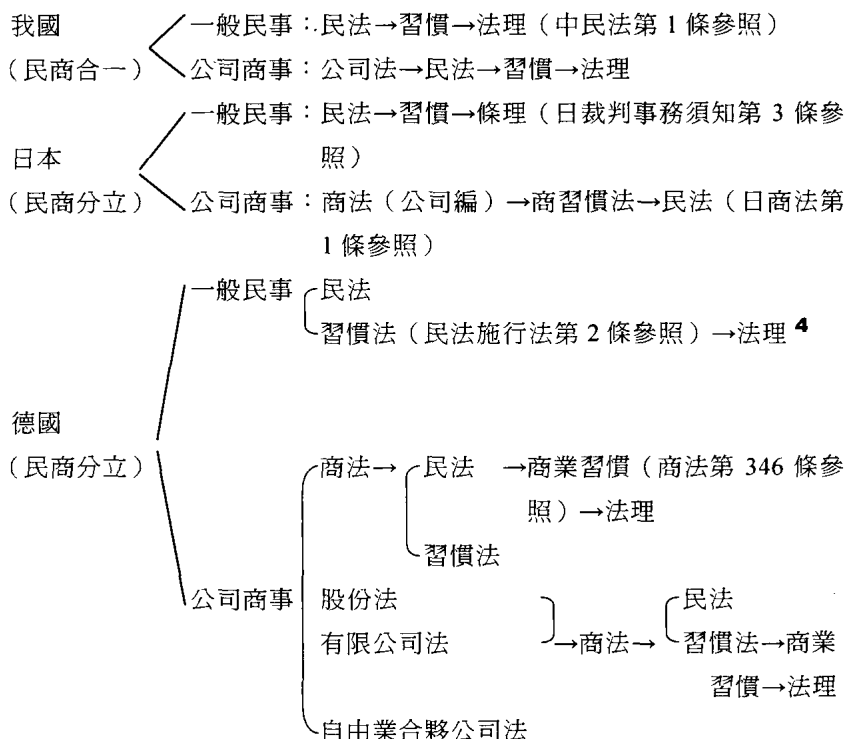
sgesetz zum BGB) Art. 2 則規定：民法典所稱之法律 (Gesetz)，包括各種法律規範 (Rechtsnormen)。學者通說及司法實務均認為，所謂「法律規範」者，除形式上之民法典外，尚包括習慣法等實質民法在內，換言之，成文之民法與不成文之習慣法均屬民法典所稱之法律¹。德國成文之民法與習慣法之關係為，習慣法一般為支持 (unterstützen, intra legem) 或補充 (ergänzen, praeter legem) 成文民法，有時成文民法可明文排除習慣法。反之，新的習慣法 (經由社會慣行並具法之確信後)，亦可排除成文法²，此與我民法第 1 條習慣法為補充成文法，且在適用順序上次於成文法不同。此外，德商法第 346 條規定，商人之交易行為應斟酌交易習慣。與習慣法 (Gewohnheitsrecht) 相較，交易習慣 (Gewohnheiten und Gebräuche) 僅為事實上之交易慣行，尚未具備法之確信，故德國之習慣法屬民法之法源，而交易習慣除非當事人事前排除，否則於商人交易行為中縱使未予明定，仍自動成為契約中之一部分，既不屬民、商法之法源，適用順序上自當在強行法之後³。

日本與德國雖同屬民商分立，對民商法規適用的順序與德國仍有不同，亦與採民商合一制之我國有異，茲圖示比較如下：

1 參閱 Palandt, BGB kurz Komm. S. 7, 2016; RG 75, 41, BGH 37, 222.

2 其詳參閱 Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil, 8. Aufl. S. 43. ;

3 Heinrich Lange, 前揭書, S. 45.



（二）在德國民商法中，Gesellschaft 一詞，如上表所示，不得一概譯為「公司」，它可能指的是民法上的合夥，亦可能是無限、股份有限等公司組織。

（三）德國公司法教科書及學術著作，將 Gesellschaft 分為

⁴ 德國民法雖無明文規定，惟學說判例一致認為法律未定事項，無可類推適用之際，須依一般法律原則及事務當然道理，其概念之內涵與我國民法上之法理相當。王澤鑑，比較法與法律之解釋適用，《民法學說與判例研究，第二冊》，頁 7。

人合公司（Personengesellschaft），與資合公司（Kapitalgesellschaft）二大類，其最大區別之重點即在人合公司無法人人格，資合公司則反是。此與我國凡公司皆具法人人格，截然不同。上述表列中之民法合夥、無限、兩合、自由業合夥公司，以及隱名合夥在德國歸類為人合公司，有限及股份有限公司則屬資合公司。至於我國公司法上一般皆將有限公司劃歸中間公司，德國除因其具備法人人格外，股東人數無最高限制、股份轉讓不如無限公司之困難、以及有最低資本額之規定等特徵，均與股份有限公司完全相同或類似，故將之歸類於資合公司，而中間公司之學理分類，於德公司法上似未出現。

（四）同為人合公司之各種組織中，民法上的合夥無法人人格，亦無當事人能力，遇有訴訟時，應由合夥人全體起訴或被訴，此與我國以合夥置有代表人者，有訴訟上之當事人能力有別。詳言之，德國民法上合夥，不僅無強制登記之事業名稱，且被委任執行合夥事業者，其對外活動僅為合夥人間之代理關係（德民法第 714 條參照），其既非合夥之機關，自不得以合夥名義對外交易，是以合夥事業並無獨立存在之地位。反之，德國無限、兩合及自由業合夥公司雖亦非法人（與我國凡公司皆為法人之規定不同。公司法第 1 條、第 2 條參照），惟因其依法須取得公司名稱（德商法第 105 條、自由業合夥公司法第 2 條第 1 項等參照），且股東對外係代表公司（德商法第 125 條第 1 項參照），故其團體性格較強，而得以公司名稱一致對外進行交易，基於組織上的一致性（organisatorische Einheit），德商法第 124 條之標題即揭示無限公司有其法律上的獨立性（rechtliche Selbständigkeit），該條文規定：「無限公司得在其公司名稱下取得權利及負擔義務、取得財產所有權和

其他不動產物權，在訴訟上為原告或被告。對公司財產進行強制執行，須有可對公司執行之名義。」（兩合公司、自由業合夥公司依各該法第 161 條第 2 項第 2 款準用德商法第 124 條），職是，無限公司等雖非法人，但對外關係上仍擁有權利能力及當事人能力。

（五）德商法上的隱名合夥與無限公司、兩合公司及自由業合夥公司同屬該國民法合夥之特殊形式。隱名合夥人如同兩合公司之有限責任股東，均有出資之義務，惟原則上除出資外亦不負填補事業損失之義務，故德國將兩合公司與隱名合夥均規定於商法中，惟為區別起見，該國商法第二編標題乃為“商業公司及隱名合夥”，前者包括無限公司及兩合公司，如上所述，二者雖無法人資格，但公司對外有權利能力及當事人能力，而隱名合夥則與一般合夥同無法人資格，既無權利能力亦無當事人能力。

（六）所謂自由業合夥公司者，顧名思義乃針對律師、會計師、醫師、稅務顧問等自由業者所制定之單行法。由於過去自由業者係以民法上之合夥關係，經營其業務，致各該合夥人對合夥債務須負連帶清償之責，又合夥事業並無權利能力，1994 年新通過之自由業合夥公司法則突破該等限制，其公司之性質基本上定位雖與無限公司相同，惟基於功能上之考量，自由業合夥公司與無限公司最大不同在於，前者原則上合夥人對合夥債務負無限連帶責任，但該責任亦得經約定由有業務過失之他合夥人負擔之；又於一合夥人死亡時，不會影響到合夥之存續（自由業合夥公司法第 8 條、第 9 條第 2 項參照）。後者之合夥人應負法定無限連帶之責（德民法第 735 條），以及除合夥契約另有規定外，合夥因合夥人中一人之死亡，則原則

上應解散之（德民法第 727 條第 1 項參照）。再者，自由業合夥人之股份雖原則上不可繼承，但依合夥契約該繼承人具有合夥人資格時，仍得依契約允許繼承之（同法第 9 條第 4 項）⁵。除此以外，自由業合夥公司在基本性質上大致與無限公司相同，故多準用無限公司之相關規定，德國學者因此稱自由業合夥公司為無限公司之姊妹型（eine Schwesterfigur der OHG）⁶。

自由業合夥事業既多屬中小型，而其未採用有限公司之型態者，蓋相較於有限公司複雜的法令規範，立法者有意依自由業之特性予以簡單化，諸如會計責任之減輕（無有限公司之年度會計報告、會計表冊公示、及接受審核之義務等），稅務之單純化（無法人營利事業所得稅、雙重財產稅等），以及公司設立之簡易化（公司登記時，無最低資本額之限制、合夥契約無須經公證程序等）。

三、德國一人有限公司之介述

（一）比較與沿革

德國之無限公司無法人人格，而係民法上合夥之特殊型態，已如前述，合夥既為二人以上為達成共同事業為目的之契約關係，故無限公司股東人數少於二人時，即構成解散之事由，基此，德國聯邦最高法院（BGHZ 65, 79, 83）乃判決禁止

⁵ 參閱馬維麟，德國「合夥公司法」簡介，《月旦法學雜誌》，第 9 期，頁 134 以下。

⁶ 參閱 Karsten Schmidt, ZIP 93, 633, 635.

人合性質之一人公司存在。反之，資合性之股份有限公司之最低法定人數為五人，故形式上由股東一人設立之股份有限公司雖為現行法所不許。惟公司設立時透過信託關係而成立之實質上一人公司，該國聯邦最高法院（BGHZ 21, 378）則認為其既為習慣法所承認，且無損於國民經濟，自無禁止之必要；此外，由於德股份法對於公司低於法定最低人數五人時，並無強制解散之規定，故公司設立後所有股份由一股東取得，亦可形成一人公司（此與我國公司法第 315 條第 1 項第 4 款不同）。學者亦以為，股份有限公司既為法人，則公司具有獨立之人格，該人格並不因股東人數之變動而受影響，特別是公司財產亦未因股份轉讓於唯一一人股東而減少，故此種公司設立後所形成之一人公司亦屬可行。除上述二種管道外，一人股份有限公司尚得透過有限公司改組得之（德企業變更法 UmwG 第 226 條參照）。

德國通說將有限公司劃歸資合公司，已如上述，依有限公司舊法規定其至少應有股東二人組成，故往昔德國有限公司與上述股份有限公司之一人公司組成管道相同。惟自 1981 年 1 月 1 日起施行之現行有限公司法第 1 條明文准許一人有限公司之設立，此種自始由一人組成有限公司之立法，並不排除前述其他形成一人有限公司之方式。德國之所以明文允許自始之一人有限公司設立者，主要著眼於有限公司之型態適於中小企業的發展，且由於其具備法人資格，故公司之唯一一人股東僅須對公司債務負有限責任，其風險之降低，自為企業家所樂於採用之商業型態，至於法人與個人財產分離，且透過登記、公示等制度之配合，亦能有效維護交易安全。實務上，有限公司是最受青睞的公司型態，1982 年德國有 296,693 家有限公司，