



國立台灣大學法學叢書系列181

公司之經營者、股東 與債權人

曾宛如 著



元照出版

國立台灣大學法學叢書181

公司之經營者、股東 與債權人

曾宛如 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

公司之經營者、股東與債權人／曾宛如著. --
初版. -- 臺北市：元照，2008.12
面：公分. -- (國立臺灣大學法學叢書 181)

ISBN 978-986-6540-39-4 (精裝)

1. 公司法 2. 論述分析

587.2

97021335

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

公司之經營者、股東 與債權人

5D148GA

2008 年 12 月 初版第 1 刷

作 者 曾宛如
出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 360 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

著作權所有，侵害必究

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-6540-39-4

To my parents

自序

公司機關間如何進行權限劃分，不僅涉及立法者對公司各機關之評價，更影響公司法之整體架構，其中尤以董事會與股東會之權力分配為最。相同的，經營者中，董事會與經理人間關係之釐清亦有助於規劃經營權之實踐與責任之歸屬。我國公司法在這二項議題上留有許多未解之難題，此乃本書研究初始即設定欲研究及解決的議題。

一旦權限劃分做出適當闡述後，股東及債權人，其與經營者間之互動問題即因應而生。股東對經營者可為何種請求，又可替代公司為何種主張，在現行法下存有理論及實務上之瑕疵。債權人，一個處於外部而對公司缺乏足夠之制衡力者，當公司面臨財務困難時，其已現實上取代股東之地位。債權人面對經營者以公司殘餘之資金進行最後一搏時，究竟有何權利，現行法下規範簡略，實務案件又寥寥可數，也有待理論進一步開發。上述議題均與有限責任糾葛不清，故本文以有限責任為軸探討這一系列之問題，期能得出一貫之論述並提出具體建議。

作者深深感謝多位公司法及證交法領域之前輩的提攜與照顧，作者定當更為努力。本書仍有許多不足之處，但它卻透露出作者對某些「冷僻」議題的偏好，或許這份偏好仍會持續下去，也希望讀者不吝指正。

曾宛如

2008年12月

作者簡介

曾宛如

◎學歷

台灣大學法學士
台灣大學法學碩士
美國哈佛大學法學碩士
英國倫敦大學法學博士

◎經歷

司法官特考及格
高等考試專門職業律師考試及格
執行律師業務
銘傳大學法律學系副教授
台灣大學法律學系暨法律學研究所專任助理教授
台灣大學法律學院專任副教授
證交所上市審議委員會外部審議委員
台北市政府法規委員會委員
美國哥倫比亞大學法學院愛德華訪問學者

◎現職

台灣大學法律學院專任教授

◎著作

證券交易法原理
公司管理與資本市場法制專論(一)
公司管理與資本市場法制專論(二)
票據法論（合著）

目 錄

自 序

第一章 股東會與董事會權限之劃分 ——以讓與全部或主要部分之營業 或財產為例

壹、前 言	4
貳、「讓與全部或主要部分之營業或財產」 與其他併購行為之關係	5
一、與合併之基本差異	5
二、與概括承受（及讓與）之基本差異	11
三、與分割之基本差異	13
參、「讓與全部或主要部分之營業或財產」 所得股份之分派	17
肆、「讓與全部或主要部分之營業或財產」 之要件	22
一、未經股東會決議之情形	23
二、已經股東會決議之情形	25
三、股東會特別決議之規定	28

伍、股東會與董事會之權限劃分	30
一、公司能力之限制	31
二、公司權利能力內權限之劃分——董事會v.股東會	34
三、「讓與全部或主要部分之營業或財產」、股東會權限與提案權	41
陸、結 論	44

第二章 董事會與經理人權限之劃分 ——從公司經理人之功能與權限分析

壹、緒 論	50
貳、經理人之功能	51
一、公司之機關	51
二、經理人產生之方式	55
三、經理人與董事會	59
參、經理人之職權	62
一、實務上有關經理人職權之爭議	62
二、民法經理人之規定對公司法之意義	66
三、排除民法經理人於公司法適用之目的	71
四、經理人之認定	75
肆、結 論	78

第三章 公司經營者與股東

——以英國新公司法與股東代位訴訟 為例

壹、改革之必要	85
貳、二〇〇六年公司法生效之進程	90
一、首批生效之規範	90
二、次三梯次生效之安排	94
參、二〇〇六年公司法就代位訴訟所為之 改革	94
一、成文化之創舉	94
二、代位訴訟之規定	95
肆、英國公司法對我國代位訴訟制度之啟發	104
一、代位訴訟存在之因由	105
二、現行代位訴訟制度之缺失	106
三、代位訴訟設計之範圍	108
四、代位訴訟應適用之公司種類與債權人 代位訴訟之可行性	109
伍、結 論	111

第四章 經營者與債權人(一)

——有限責任與債權人之保護

壹、緒 論	117
貳、董事失格制度與設計	118
一、前 言	118

二、董事失格制度之理論	119
三、董事失格之事由	124
四、董事失格制度之運用	128
五、我國有關董事消極資格之制度	131
六、我國董事失格制度應有之設計	136
參、資本三原則	142
一、前 言	142
二、歐盟第二號公司法指令對英國之影響	143
三、資本確定原則與授權資本制	144
四、資本維持原則	149
五、資本不變原則	164
六、我國法之檢討	165
肆、結 論	177

第五章 經營者與債權人(二)

——論董事與監察人對公司債權人 之責任：以公司面臨財務困難 為核心

壹、緒 論	183
貳、公司正常營運時董監對債權人之「義務 與責任」	184
參、公司處於財務困難時董監對公司債權人 責任之類型	192

肆、不法交易（Wrongful Trading）	196
一、不法交易之立法源由與目的	196
二、不法交易之涵義	199
三、不法交易之省思	217
伍、強制聲請宣告破產——我國民法及公司法	
所採模式	219
一、強制聲請宣告破產之目的與內涵	219
二、不法交易v.強制聲請宣告破產	234
三、債務清理法草案中董事補足責任之 新制	239
四、小結與建議	249
陸、詐欺交易（Fraudulent Trading）	254
柒、董事對債權人有無直接之義務與責任 （Direct Duty, Independent Duty）	258
捌、結 論	264

曾與陳同道堂法學文集系列
臺大法學叢書目錄

第一章



股東會與董事會權限之劃分 ——以讓與全部或主要部分之營業 或財產為例

壹、前 言

貳、「讓與全部或主要部分之營業或財產」 與其他併購行為之關係

- 一、與合併之基本差異
- 二、與概括承受（及讓與）之基本差異
- 三、與分割之基本差異

參、「讓與全部或主要部分之營業或財產」 所得股份之分派

肆、「讓與全部或主要部分之營業或財產」 之要件

- 一、未經股東會決議之情形
- 二、已經股東會決議之情形
- 三、股東會特別決議之規定

伍、股東會與董事會之權限劃分

一、公司能力之限制

二、公司權利能力內權限之劃分

——董事會v.股東會

三、「讓與全部或主要部分之營業或財產」、股東會權限與提案權

陸、結 論

摘 要

相互參照公司法及企併法之規定，「讓與全部或主要部分之營業或財產」首先引發之問題為對價種類。企併法尚未頒布前，鮮少探討此一議題。企併法既已明確揭示股份為對價選項之一，則此種併購型態與合併、分割及概況承受（讓與）間之區別何在，便應釐清。同時，不同對價之選擇下，反對股東是否必須享有股份收買請求權之退場機制亦有檢討之必要。

由於公司組織之基本變動的決定機關為股東會，因此實務上出現一些令人困惑的現象。當股東會之決議未遵守特別決議之要求時，多數見解認為此僅為決議方法違法；是以，決議並非無效，而是得撤銷。另一方面，為貫徹公司法第一百八十五條為強行規定之解釋，則認為未依該條所定程序，將使法律行為無效，或對公司不生效力（可因公司事後承認而溯及締約時生效）。此種矛盾必須解決，相同的，傳統上對於效力之分類亦有待檢討。

「讓與全部或主要部分之營業或財產」亦涉及公司內部權限劃分之議題。我國公司法是否要建立專屬某一機關權限之概念，應於未來立法中儘速決定。長期以來，有關股東會議程之設定其實十分鬆散。臨時動議除不可碰觸特定事項外，似乎皆可提出討論並做成決議，此無疑為股東資訊權保障之一大灼傷，與外國立法例亦有顯著不同。公司法於二〇〇五年修正，引進股東提案權，而這正提供一個絕佳機會檢視上述之諸多問題。

關鍵詞：讓與全部或主要部分之營業或財產、合併、分割、收購、解散、股份收買請求權、減資、股東會、特別決議、股東提案權、權限劃分、董事會專屬權限

壹、前言

「讓與全部或主要部分之營業或財產」在企業併購法中（以下簡稱「企併法」）屬於收購行為之一種，所占篇幅不大。然而，此種併購型態除有屬於其自身之特殊問題而值得重視外；其所引發之某些問題於其他併購型態亦會發生，皆有探討之必要。

「讓與全部或主要部分之營業或財產」之規定分別出現在公司法及企併法。公司法第一百八十五條為公司組織發生基本變動的類型之一，該條第一項第二款及第三款分別指出「讓與全部或主要部分之營業或財產」及「受讓他人全部營業或財產，對公司營運有重大影響者」須經董事會以特別決議方式通過後提案於股東會，經股東會特別決議後方得為之。企併法則透過第二十七條第一項之規定以公告方式減輕對債務人之通知義務；同時，企併法第三十九條針對以「有表決權之股份」為「讓與全部或主要部分之營業或財產」之對價時，定有租稅優惠之處遇。此外，公司法第一百八十六條及企併法第十二條均對少數異議股東提供股份收買請求權之保障，但要件上則稍有出入¹。上述規定架構了我國法對此類併購行為之規範體系。

其中須予以釐清者有數處。第一，公司法第一百八十五條第二款及第三款中有關營業或財產讓與之概念，究為概括讓與或資產出售，對照企併法第二十七條及三十九條，有探究之必要。其次，以讓與公司財產或營業以換取他公司之股份的情形，依企併

¹ 基於企併法為公司法之特別法，因此企併法第12條之要件在此情形下將優先於公司法第186條之適用，故有學者指出企併法第12條實已架空公司法第186條之規定。請參閱林國全，股份自由轉讓原則，台灣本土法學雜誌，第71期，頁162，2005年6月。

法第三十九條，乃依公司法第一百八十五條第一項第二款之規定進行，倘若如此，公司依據何者可將股份交付股東，與分割之實質區別何在，又是否涉及公司資產發還股東，而有減資之必要。

此外，雖然股東會之特別決議為通過此種併購行為之法定要件；然而，未經股東會之決議，或雖經股東會決議但其召集程序或決議方式有瑕疵，此際，公司經營者代表公司對外為此「讓與全部或主要部分之營業或財產」時，其法律效果如何，值得討論²。所涉及之問題，不僅是股東會決議之效力、違反民法第七十一條應為無效或無權代理之議題而已；更深層者，可能涉及董事會及股東會權限劃分之基本理念在我國公司法有無軌跡可尋，又該如何界定之基本理論等，本文將一併探討之。

貳、「讓與全部或主要部分之營業或財產」與其他併購行為之關係

一、與合併之基本差異

合併為併購中最常提及之原始類型³。合併得以新設合併（merger）或吸收合併（consolidation）之方式進行；無論採行何者，一個或數個公司因合併而消滅為其自然之結果。所產生

² 我國實務上存有矛盾之見解，如63年台上字第965號判例及80年台上字第434號判決。相關分析詳見下文。

³ 在此提供一個與美國法不同之思維。英國公司法並未如同美國於其各州之公司法中有一套有關合併程序之完整規定。相反的，英國可能相關之規定散見於其1985年公司法（the Companies Act 1985），ss. 425-427A（現為2006年公司法，ss. 895-902），及1986年破產法（the Insolvency Act 1986），ss. 110-111。其中特點在於法院認可與否為關鍵，而股份收買請求權也非必備。See Paul L. Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 793-803, 2003.

者，消滅公司之股東成為存續或新設公司之股東。概念上，消滅公司之股東，其投資並未終止，而是轉換內容繼續以他公司股東之身分延續其原有之投資（substantial continuity of ownership interest in the surviving company）⁴。

相反的，「讓與全部或主要部分之營業或財產」⁵（sale of assets, sale of business）在原始概念上為一出售行為，出售公司（the acquired company）（實際上為資產被收購公司）多半在售出全部或主要部分之營業或財產⁶後解散；所生結果是股東終止其原先之投資（entirely disinvest from the prior indirect claim on the assets and earnings of the acquired company）⁷。是以，當公司進行讓與全部或主要部分之營業或財產的行為時，對價關係上多數之現金⁸，而非股份。

現試想以股份為對價之情形，在出售公司解散而以股份為發

⁴ Robert C. Clark, *Corporate Law*, Boston, Little, Brown and Company, 407, 1986.

⁵ 雖然營業或財產之讓與為併購手法之一種，但在英國，多數併購均係透過公開收購（take over）完成，很少使用營業或財產讓與之方式。原因主要有二，一是此種移轉涉及第三人及債權人之利益。就前者而言，在讓與時，法律上有終止契約或要求不同條件之權利，英國公司法並未剝奪或限制此種權利之行使；對後者而言，訴諸法院要求清償或取得公司更多保障亦可預見。因此，讓與營業或財產之安排將增加許多成本及困擾。另一個原因是若當事公司中有公開發行公司時，許多資訊揭露及專家意見將附隨而生以符合歐盟第3號及第6號有關公司合併及分割之規定，此亦為公司所不樂見。See Paul L. Davies, Gower and Davies' *Principles of Modern Company Law*, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 799-800, 2003.

⁶ 財產解釋上包括有形資產及無形資產，而無形資產係指無實體存在而具有獨立經濟價值之資產，商業會計處理準則第19條定有明文。經濟部(83)經商字第09302069760號函。

⁷ Robert C. Clark, *Corporate Law*, Little, Boston, Brown and Company, 403, 1986.

⁸ See Arndt Stengel, *The New German Business Transformation Act*, 6(3) I.C.C.L.R., 86, 89 (1995).