

〔100年司法官特考第二試〕

一、A為未公開發行之股份有限公司，試依公司法相關規定與法理，回答以下兩個問題：

(一) A公司之實收資本額為新臺幣(以下同)18億元，依去年資產負債表，其資本公積為10億元，法定盈餘公積為6.5億元。去年A公司受景氣衝擊盈餘大幅下滑，每股稅後盈餘僅存1元。A公司為避免業績下滑對股價產生負面衝擊，今年仍擬維持一貫水準發放3元現金股利或配發等值之股票，試分析此方案之適法性。

(二) A公司擬收購B公司，委請C會計師事務所就B公司之價值加以評估，C因此提出一份書面評估報告予A公司。A公司董事甲素與公司當權派理念不同，甲欲審視此一收購計畫之妥適性，請求A公司提供C所出具之報告，然遭A公司所拒。試問甲是否有權以董事身分請求A公司提供評估報告？

(100司)

〔擬答〕

(一) 101年修法前，配發3元股票股利合法，現金股利則不合法

1. 資本公積以填補虧損為原則，發放股票股利為例外

(1) 原則：填補公司虧損 (§239 I 本文)

法定盈餘公積及資本公積，除填補公司虧損外，不得使用之。但第二百四十一條規定之情形，或法律另有規定者，不在此限 (§239 I 本文)。可知資本公積以填補虧損為原則。

(2) 例外：公司無虧損可發放股票股利 (§241 I)

① 101年修法前：僅可發給新股(故稱公積之撥充資本)

公司無虧損者，得依公司法§240之股東會決議，將資本公積之全部或一部撥充資本，按股東原有股份之比例發給新股。目的在於與§239配合，亦即公積主要之用途在彌補虧損。公司有虧損時，自應先設法彌補之，以保障債權人。

② 101年修法後：可發給新股或現金

公司無虧損者，得依公司法§240之股東會決議，將資本公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給新股或現金 (§241 I)。

2. 法定盈餘公積以填補虧損為原則，分派股息及紅利為例外

(1) 原則：填補公司虧損 (§239 I 本文)

法定盈餘公積及資本公積，除填補公司虧損外，不得使用之。但第二百四十一條規定之情形，或法律另有規定者，不在此限 (§239 I 本文)。可知法定盈餘公積以填補虧損為原則。

(2) 例外：法定盈餘公積已達實收資本百分之五十以上可分派股息及紅利

亦即，公司欲以法定盈餘公積分派股息及紅利應僅限於如下二種狀況

① 公司無虧損者 (§241)：

A. 101年修法前：僅可發給新股(故稱公積之撥充資本)

公司無虧損者，得依公司法§240 之股東會決議，將法定盈餘公積之一部撥充資本，按股東原有股份之比例發給新股 (§241 I)。然以法定盈餘公積撥充資本者，以該項公積已達實收資本百分之五十，並以撥充其半數為限 (§241 III)。

B. 101 年修法後：可發給新股或現金

公司無虧損者，得依公司法§240 之股東會決議，將公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給新股或現金 (§241 I)。然以法定盈餘公積發給新股或現金者，以該項公積超過實收資本額百分之二十五之部分為限 (§241 III)。

②公司無盈餘時 (§232 II 但書) (101 年刪除之)

按公司無盈餘時，不得分派股息及紅利 (§232 II)，此為原則。但法定盈餘公積已超過實收資本額百分之五十時，得以其超過部分派充股息及紅利 (§232 II 但書，101 年已刪除但書)。

◎經濟部 92、2、19 商字第 09202032300 號函

◎要旨：法定盈餘公積分派予股東之方式

◎內文：

關於法定盈餘公積分派予股東之方式有二：一為於公司無盈餘時，以法定盈餘公積超過實收資本額百分之五十之部分派充股息及紅利 (公司法第二百三十二條第二項參照)；其二為法定盈餘公積已達實收資本百分之五十者，得保留法定盈餘公積達實收資本百分之五十之半數，其餘部分得以撥充資本，而股東依原有股份比例發給新股 (公司法第二百四十一條第三項參照)。至公司法尚無明文規定法定盈餘公積得轉回累積盈餘，是以，自不得轉回累積盈餘用以派充股息及紅利。

◎經濟部 91、2、19 商字第 09102024920 號函

◎要旨：法定公積以保留實收資本百分之五十之半數，其餘數額得轉作資本

◎內文：

按公司法第二百四十一條第三項規定：「以法定盈餘公積撥充資本者，以該項公積已達實收資本百分之五十，並以撥充其半數為限。」係指法定盈餘公積超過實收資本百分之五十時，於轉作資本時，法定公積以保留實收資本百分之五十之半數為已足。

3. 案例事實解答

(1) 法定盈餘公積須已達實收資本百分之五十以上可分派股息及紅利

A 公司之實收資本額為 18 億元，而法定盈餘公積為 6.5 億元，可知法定盈餘公積須未達實收資本百分之五十以上，故不可以法定盈餘公積分派股息及紅利。

(2) 資本公積於公司無虧損時可發放股票股利 (§241 I)

① 101 年修法前：發放 3 元股票股利合法，現金股利不合法

101 年修法前，公司無虧損者，得依§240 規定股東會決議之方法，將下列資本公積之全部或一部撥充資本，按股東原有股份之比例發給新股：

一、超過票面金額發行股票所得之溢額。

二、受領贈與之所得。

②101年修法後：發放3元股票股利或現金股利均合法

101年修法後，公司無虧損者，得依§240規定股東會決議之方法，將下列資本公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給新股或現金：

- 一、超過票面金額發行股票所得之溢額。
- 二、受領贈與之所得。

101年1月修法後	101年1月修法前
<p>第232條（股利之分派）</p> <p>①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。</p> <p>②公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。</p> <p>③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。</p>	<p>第232條（股利之分派）</p> <p>①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。</p> <p>②公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。但法定盈餘公積已超過實收資本額百分之五十時，得以其超過部分派充股息及紅利。</p> <p>③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。</p>
<p>一、第一項未修正。</p> <p>二、依原條文第二項規定，公司無盈餘時，不得分派股息及紅利；惟如符合本項但書規定，無盈餘之公司，於法定盈餘公積超過實收資本額百分之五十時，仍得分派股息及紅利。鑒於公司無盈餘，甚至嚴重虧損時，卻仍得分派股息及紅利，而未先將法定盈餘公積用於彌補虧損，顯不利公司之正常經營，爰將原條文第二項但書刪除。</p> <p>三、第三項未修正。</p>	

101年1月修法後	101年1月修法前
<p>第241條（公積之使用—轉增資）</p> <p>①公司無虧損者，得依前條規定股東會決議之方法，將法定盈餘公積及下列資本公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給新股或現金：</p> <ul style="list-style-type: none"> 一、超過票面金額發行股票所得之溢額。 二、受領贈與之所得。 <p>②前條第五項、第六項規定，於前項準用之。</p> <p>③以法定盈餘公積發給新股或現金者，以該項公積超過實收資本額百分之二十五</p>	<p>第241條（公積之使用—轉增資）</p> <p>①公司無虧損者，得依前條規定股東會決議之方法，將法定盈餘公積及左列資本公積之全部或一部撥充資本，按股東原有股份之比例發給新股：</p> <ul style="list-style-type: none"> 一、超過票面金額發行股票所得之溢額。 二、受領贈與之所得。 <p>②前條第五項、第六項之規定，於前項準用之。</p> <p>③以法定盈餘公積撥充資本者，以該項公積已達實收資本百分之五十，並以撥充</p>

之部分為限。	其半數為限。
<p>一、第一項序文之「左列」二字，依目前法制作業統一用語，修正為「下列」。鑒於部分分公司於過去年度已累積大量法定盈餘公積及資本公積，如能讓公司彈性運用，為現金股利之發放，當有助於公司維持穩定之股利發放政策，並吸引投資。是以，只要公司無虧損，可允許公司將法定盈餘公積及資本公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給新股或現金。爰修正第一項。</p> <p>二、第二項未修正。</p> <p>三、公司以法定盈餘公積發給新股或現金者，參考日本公司法制以及原規定「……已達實收資本百分之五十，並以撥充其半數為限。」，以超過實收資本百分之二十五之部分為限。爰修正第三項。</p>	

(二) 甲為忠實履行董事義務得請求 A 公司提供評估報告

A 公司擬收購 B 公司，攸關公司利害至鉅，為使董事甲能忠實履行董事義務並使內部監查權奏效，應肯認可類推適用獨立董事之於證券交易法§14-4IV 準用公司法§218-1 I 「監察人應監督公司業務之執行，並得隨時調查公司業務及財務狀況，查核簿冊文件，並得請求董事會或經理人提出報告。」之「資訊取得權」而得請求 A 公司提供評估報告。

◎經濟部 94、7、5 經商字第 09409012260 號函

◎要旨：董事查閱或抄錄公司章程、簿冊等資料

◎內文：

按董事為股份有限公司之負責人，應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受損害者，負損害賠償責任（公司法第 8 條及第 23 條參照）；依本部 76 年 4 月 18 日商第 17612 號函釋略以：「董事會就其權限言，對公司有內部監查權，為使內部監查權奏效，身為董事會成員之董事，如為執行業務上需要，依其權責自有查閱、抄錄公司法第 210 條第 1 項章程、簿冊之權」。基此，董事為執行業務而依其權責自有查閱或抄錄公司法第 210 條第 1 項有關章程、簿冊之權，公司尚不得拒絕之。至於查閱或抄錄應負保密義務，自是董事忠實執行業務及盡善良管理人義務範疇。

◎經濟部 97、6、6 經商字第 09702069420 號函

◎要旨：董事執行業務自有查閱或抄錄簿冊之權

◎內文：

「按董事為股份有限公司之負責人，應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受損害者，負損害賠償責任（公司法第 8 條及第 23 條參照）；依本部 76 年 4 月 18 日商第 17612 號函釋略以：『董事會就其權限言，對公司有內部監察權，為使內部監察權奏效，身為董事會成員之董事，如為執行業務上需要，依其權責自有查閱、抄錄公司法第 210 條第 1 項章程、簿冊之權』。準此，董事為執行業務而依其權責自有查閱或抄錄公司法第 210 條第 1 項有關章程、簿冊之權，公司不得拒絕之。至於查閱或抄錄應負保密義務，自是董事忠實執行業務及盡善良管理人義務範疇」。前經本部 94 年 7 月 5 日經商字第 09409012260 號

函釋在案。如公司係將股東名簿備置於股務代理機構者，亦同依上開規定辦理。惟公開發行公司，如證券主管機關另有規定者，自從其規定。

二、A 股份有限公司（以下稱 A 公司）章程規定該公司置董事五至七人、監察人二人，現有經合法選出之董事六人、監察人二人、董事長為甲，並依法進行登記。嗣後，董事乙因無法贊同董事長甲之經營策略，遂向董事會及董事長甲表達辭任董事之意，並經董事會及董事長甲同意，惟 A 公司遲遲未辦理變更登記，致使董事乙於主管機關之登記簿上，仍為 A 公司董事。問：

（一）倘若 A 公司於董事乙辭任後，因違法經營致與該公司有交易之債權人丙受損，丙乃主張，其於決定是否與 A 公司進行交易時，曾查閱公司登記簿並確認 A 公司董事名單包含乙，故而依公司法第 23 條第 2 項對包含乙在內之全體董事請求賠償。假若法院認定 A 公司應對丙負擔賠償責任，此際，乙是否就此應與 A 公司負擔連帶賠償責任？理由為何？

（二）董事長甲為解決經營困境，認為應賣出須依公司法第 185 條第 1 項第 2 款經股東會特別決議之主要財產，以償還即將到期的債務。惟甲認為若再召開股東臨時會決議該主要財產讓售案，將會緩不濟急、無法解決公司現時危機，故而乃於未召開股東會的情形下，逕行與第三人丁達成該主要財產買賣之合意，而將該主要財產出售給丁。對此交易，現行主要實務見解有認為其效力為「無權代理（效力未定）」者，亦有認為係「相對無效」者。請說明上開二種見解各自之論據並評析之。（100 分）

〔擬答〕

（一）乙無須與 A 公司負擔連帶賠償責任

1. 對債權人丙而言，乙仍係 A 公司之董事

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（§12）。董事乙雖因無法贊同董事長甲之經營策略而辭去董事職務，然因 A 公司遲遲未辦理變更登記，使債權人誤認乙仍為 A 公司之董事，基於公司法§12 所採之登記對抗主義，對債權人丙而言，乙仍係 A 公司之董事。

2. 乙未執行職務且無抽象輕過失故不須負擔賠償責任

公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責（§23 II），此係公司侵權行為之規定。按公司代表機關之行為既屬公司本身之行為，則代表機關之行為若構成侵權行為，應屬公司之侵權行為。

（1）性質定位：特別侵權行為責任說（通說）

通說認此係有關公司侵權行為能力之規定。其理由在於，公司代表機關之行為一律視同公司行為；若代表機關為侵權行為，自屬公司之侵權行為，公司即應以侵權行為人之身分對受害人負損害賠償責任。公司既係以侵權行為人身分對受害人負賠償責任，本不應再由其機關擔當人對受害人負責。然本法為防範機關擔當人濫權致影響公司權益，並為使受害人有較高之獲償機會，故令

機關擔當人與公司連帶負責。特別是本條係侵權行為人責任，非受僱人責任，故公司不得主張民法§188 I 但書之免責事由。再者，本條屬特別侵權行為責任之一種，須另具一般侵權行為之要件始得請求。

(2) 成立要件

① 公司負責人之行為：指§8 之公司負責人。

② 須因「執行業務」所生之侵權行為：

所謂執行業務，一般採廣義解釋，泛指公司負責人業務上之行為。故除行為外觀足認其為執行業務之行為外，與業務執行有密切關係者亦屬之。

③ 公司負責人之行為具備侵權行為要件：

亦即負責人須有故意、過失，侵害他人權利，致他人受有損害等等。

(3) 案例事實

董事乙因無法贊同董事長甲之經營策略而辭去董事職務，故並未參與董事會決議，亦即無「業務執行」可言，既未執行業務自無「故意過失」，故對債權人丙而言，乙雖係A公司之董事，然乙未「參與」侵權行為之作成，自無須負擔賠償責任。

(二) 未經股東會之特別決議（為財產重大變更之行為）所為行為之效力？

董事長甲為解決經營困境，欲將公司主要財產出售，該行為自屬公司法§185 I ②之「讓與全部或主要部分之營業或財產」之特別決議事項，應由已發行股份總數 2/3 以上之股東出席，出席股東表決權過 1/2 之同意行之。然A公司董事長甲未經股東會之特別決議，即擅自與丁成立買賣行為，其所為行為之效力為何？

1. 絕對無效說（80 台上 434 號判決）（69 台上 3362 號判決）

公司讓與全部或主要部分之營業或財產，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；又股東會之召集，應於二十日前（常會）或十日前（臨時會）通知各股東，通知及公告應載明召集事由，公司法第一百八十五條第一項第二款、第一百七十二條第一項、第二項、第三項分別定有明文。公司讓與全部或主要部分之營業或財產，如未依前開法律規定為之，自不生效力。此與公司為該讓與行為所召集之股東會召集程序或決議方法違反法令章程時，股東得依同法第一百八十九條規定訴請法院撤銷其決議之情形不同。

◎最高法院 69 台上 3362 號判決

公司為第一百八十五條第一項所列之行為時，未經依法決議不生效力公司為公司法第一百八十五條第一項所列各款之行為時，應得該條項所列一定股東之同意，否則該行為不發生效力。

2. 相對無效說（不得對抗善意第三人說）（97 台上 2216 號判決）

公司所為之行為，若以股東會之決議為成立或生效要件，且其履行與行為之相對人權益有關者，如合併或為公司法§185 I 之行為等，則為保護交易之安全計，應依照公司對於代表董事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人

法理 (§208 V、§58)，以保護行為之相對人。

◎最高法院 97 台上 2216 號判決

公司為讓與全部或主要部分營業或財產之行為，因涉及公司重要營業政策之變更，基於保護公司股東之立場，須先經董事會以特別決議（三分之二以上董事出席，出席董事過半數之決議）向股東會提出議案（公司法第一百八十五條第五項）。並於股東會召集通知及公告中載明其事由（公司法第一百八十五條第四項），不得以臨時動議提出（公司法第一百七十二條第五項）並經股東會以特別決議（應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席，出席股東表決權過半數之同意）通過後始得實行。是以公司未經股東會上開特別決議通過即為主要財產之處分，係屬無效之行為，惟受讓之相對人難以從外觀得知其所受讓者是否為公司營業之主要部分或全部，如相對人於受讓時係屬善意，公司尚不得以其無效對抗該善意之相對人，以策交易安全。

3.效力未定說（無權代理說）

公司法第一百八十五條第一項所列各款之行為係屬股東會權限之行為，非屬董事會權限，亦非董事長代表權限範圍內得為之行為，董事長未經股東會以特別決議即為「讓與公司主要財產之行為」，即屬董事長之無權代理（代表）行為，不論第三人是否善意，非經公司以「股東會特別決議」追認，不能認為對公司發生效力。

4.管見以為相對無效說較為可採

上述三種見解，從穩定交易秩序而言，自以第二種見解較佳，但從保障公司股東及公司債權人觀點，第一種及第三種見解亦有可採之處，惟吾人認為基於下列二點理由應採相對無效說較為妥適。

(1)「讓與全部或主要部分營業或財產之行為」對交易相對人欠缺判斷標準

何謂「全部或主要部分」？對於讓與公司因涉及公司重要營業政策之變更，其判斷標準自然明確，然對「被讓與人」而言，則無明確可查知之表徵，亦欠缺判斷標準，故將交易風險歸由「被讓與人」承擔而認交易行為「無效」或「效力未定」顯失公允。

(2)重大過失可評價為「惡意」不致於顯失均衡

或謂某些公司（例如公開發行公司）為§185 I 之行為，是否「讓與全部或主要部分…」？有無經「股東會特別決議」？具有明確可查知之表徵或管道，此時相對人雖屬善意卻怠於查詢（有過失）而仍能受交易安全之保護，則對公司股東及公司債權人過苛，惟於此種狀況僅須將「重大過失」評價為「惡意」（參照民法§948 I 但書之立法例）而排除於保護之列，即可平衡二造之利益。