

股份有限公司

3.1 設立	3.6 監察人
3.2 章程	3.7 會計
3.3 股份	3.8 資金籌措與減資
3.4 股東會	3.9 公司重整
3.5 董事及董事會	3.10 公司解散、清算
3.11 閉鎖性股份有限公司	3.12 員工權益

「股份有限公司」係指 2 人以上股東或政府、法人股東 1 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（公 2I（4））。

3.1 設立

3.1.1 發起設立程序	3.1.2 募集設立程序
3.1.1.1 發起人合夥	3.1.2.1 發起人先認購一定比例之股份
3.1.1.2 發起人訂立章程	3.1.2.2 將剩餘股份對外公開招募
3.1.1.3 設立中公司	3.1.2.3 召開創立會
3.1.1.4 發起人認足第一次應發行股份	3.1.2.4 公司不能成立之法律責任
3.1.1.5 發起人應繳足股款	3.1.3 發起設立與募集設立共同適用條文
3.1.1.6 選任董監	3.1.3.1 股東對公司之責任
3.1.1.7 設立登記	3.1.3.2 發起人對設立行為之責任
3.1.1.8 發起人之股份得自由轉讓	

公司非在中央主管機關「登記」後，不得成立（公 6）。也就是說，完成此一「登記」後，始能取得公司之法人格；因此，公司之設立，即係為取得此一「登記」而為之種種行為。而此一登記，本法稱為**設立登記**

— 3.1 —

設立

（例如公 7、10、12 等條文）。

原則上，股份有限公司應有 2 人以上為發起人（公 128I），此時，設立行為屬於共同行為；然而，若係由「政府或法人股東一人所組織之股份有限公司，不受前條第一項之限制」（公 128-II 前），此時之發起人僅有 1 人，設立行為便成為單獨行為，所設立之公司為一人公司。

公司設立之立法主義，大別有如下四種（由嚴至寬排列）：

1. **特許主義**：欲設立公司必須經過立法機關為該公司特別制定一專屬條例（特別法），始可依據該條例而成立，例如「臺灣金融控股股份有限公司條例」（民國 97（2008）年 11 月 26 日公布、同年 1 月 1 日施行）。
2. **核准主義**：欲設立公司須經行政機關之核准（許可）。
3. **準則主義**：欲設立公司僅須符合政府預先設定之條件（準則）即可，無須經過政府之核准，只要條件全部符合，公司即告成立。**單純準則主義**易生流弊，故傳統上認為公司法係採所謂的**嚴格準則主義**，特色在於嚴格規定設立程序及加重發起人責任。近年來，世界上有一種新的趨勢產生，世界銀行在其經商環境報告（Doing Business）中，將設立公司之速度也列為一項指標，某些國家已開始朝簡化公司設立流程之方向邁進（例如，一天即可完成公司設立之程序），看來似乎又重新投向單純準則主義的懷抱。筆者認為，公司設立之流程固不應讓企業主負擔過重，但也不應以速度掛帥，以免空殼公司橫行，致淪為洗錢天堂，防弊的功能不應偏廢。
4. **自由設立主義（放任主義）**：即設立公司與否，政府並不過問，人民可自由設立公司，無須經政府同意或報備等程序。

【觀念說明】

必須注意的是，由於公司之設立必須辦理登記（公 6），且設立登記為創設公司法人格之要件，若不辦理登記，則公司無從存在。而

申請登記時，登記本身仍須經主管機關之核准（許可），故雖稱公司設立為準則主義，但由於設立登記時的「登記程序」仍為核准主義，故公司設立之整體在實質上仍難脫核准主義之範疇（對登記加以否准，形同對設立加以否准）。易言之，主管機關對於公司之設立，仍手握准否大權。

3.1.1 發起設立程序

3.1.1.1 發起人合夥

若非一人公司，發起人間得締結以設立公司為目的之契約。此一契約，日本法院解為係民法上之合夥契約，台灣亦從之（民法債編第2章第18節「合夥」（民 667~699）），也就是**發起人合夥**。日本在實務上係以先締結發起人合夥（發起人組合）契約為常態；經查台灣之判決亦偶有提及此一制度者，¹但是否為常態，則不得而知。發起人合夥與設立中公司非屬同一體，「基於合夥契約所生之權利義務關係則非當然全由設立後公司承受。²」

3.1.1.2 發起人訂立章程

3.1.1.2.1 發起人之認定

發起人之認定，³可分為形式及實質認定基準。**形式認定基準**係以發起人有無在章程上簽名而定；**實質認定基準**則係以是否有實際從事設立公司之工作而定。由於第 129 條規定「發起人應以全體之同意訂立章程……並簽名或蓋章」，除明定發起人必須訂立章程之外，同時亦已將發

¹ 例如：最高法院 103 年度台上字第 847 號民事判決。

² 最高法院 110 年度台上字第 691 號民事判決。

³ 經濟部 79.11.23 經商字第 222807 號函：「本案經洽准法務部七十九年十一月十九日法七九律一六六二二號函略以：『……至於是否為發起人，乃事實認定問題，應由主管機關依職權認定之。』請參考法務部意見辦理。」

起人限定為採形式認定（簽章者）。至於，若有規避法定之形式認定基準者，該不該例外擴大範圍採實質認定，則為另一個問題。

3.1.1.2.2 發起人資格

一、自然人：須有行為能力

無行為能力人、限制行為能力人「或受輔助宣告尚未撤銷之人」（此段文字為民國 107（2018）年 8 月 1 日增訂），不得為發起人（公 128II）。

民國 55（1966）年 7 月 19 日制定第 128 條第 2 項規定時，提案理由指出係為了「避免家族公司」，這個理由背後的原因可能是：若允許未成年之人亦可擔任公司發起人，將使得家族公司有更多成員取得擔任負責人之資格，會促成家族公司之興盛，因此應禁止無完全行為能力之人擔任公司負責人。不過，本書並不認同這個理由。應該是說，欲經營公司者，需要有相當的年齡及智慮，才能妥為履行公司股東的託付，所以本法才要求發起人必須是成年人，與避免家族公司應無直接之關連。

無行為能力人係指未滿 7 歲之未成年人（民 13I）；限制行為能力人係指滿 7 歲以上之未成年人（民 13II）。民國 97（2008）年 5 月 23 日民法增訂輔助宣告之類型，而受輔助宣告者，若為法人之負責人，須經輔助人同意（民 15-2）；公司法於民國 107 年將此種類型增訂於第 128 條第 2 項，明定其不得擔任發起人。⁴

由於發起人得由外國人擔任，各國之成年門檻又不盡相同，倘欲擔任發起人之外國人年齡雖依台灣民法未成年，惟依其本國法已成年者，仍得

⁴ 立法理由：

鑒於發起人乃訂立章程，籌設公司之人，發起人除應以全體之同意訂立章程，於章程簽名或蓋章外，並應認股、按股繳足股款、選任董事及監察人等。公司從籌設至設立完成取得法人格前之相關事務，均由發起人為之，其須負頗重之設立責任及承擔一定之風險；又參酌修正條文第三十條有關經理人之消極資格，亦已於第七款納入受輔助宣告尚未撤銷之人。鑒於受輔助宣告尚未撤銷之人，並不具備完全之行為能力，實不宜由其擔任發起人，爰修正第二項予以明定。

擔任發起人，惟須負舉證責任。⁵

二、法人

本法於民國 55（1966）年 7 月 19 日規定營利法人得為發起人，後於民國 94（2005）年 6 月 22 日開放公益法人亦得為發起人（公 128III）。⁶由於公司為營利社團法人（公 1I），得為其發起人者，亦應同屬營利法人始可，故本法原本不允許公益法人為發起人，但經過約 40 年的折衝，最後仍然決定放寬之。政府係公法人，第 128 條第 3 項將「法人」與「政府」併列，故此處之「法人」應係指「私法人」。⁷

（一）營利法人

1. 公司

本法自民國 55（1966）年規定法人得為發起人時，便已限制唯有「公司」始能擔任股份有限公司之發起人，其他類型之法人均無資格。⁸此一規定仍予以保留（公 128III（1））。外國公司屬公司組織，亦得為發起人。⁹

2. 有限合夥

民國 104（2015）年 6 月 24 日制定有限合夥法（同年 11 月 30 日施行），引進具社團法人地位之有限合夥組織，且亦屬營利法人（有限合夥

⁵ 經濟部 88.7.1 商字第 88213580 號、經濟部 100.5.11 經商字第 10002054140 號。

⁶ 立法理由：「鑑於法人亦有參與投資商業活動擔任發起人，以利技術移轉之需要，有必要放寬法人發起人資格之限制。即法人為發起人者，除公司外，以其自行研發之專門技術或智慧財產權作價投資之法人或經目的事業主管機關核准之法人，亦可擔任公司之發起人。爰修正第三項但書之規定。」

⁷ 林國全，2005 年公司法修正條文解析（上），月旦法學第 124 期，2005.9，頁 266。

⁸ 財政部 84.1.4 台財融字第 83335851 號：

票券金融公司係屬股份有限公司，依公司法第一百二十八條規定，股份有限公司之發起人為法人者，以公司為限，農會係非公司組織，不得擔任票券金融公司之發起人。……關於農會可否投資股票問題，內政部曾以……函釋：「農會為公益社團法人，不以營利為目的，除依農會法第四條第二十款外，不得對外投資與商人合夥經營。目前，股票之投資仍具風險，農會之自有資產不宜購買……」在案。

⁹ 經濟部 81.2.14 經商字第 202197 號。

— 3.1 —

設 立

法 4)。民國 107 (2018) 年 8 月 1 日公司法修法，明定其亦得為股份有限公司之發起人（公 128III (1)）。

筆者一直不贊成在台灣引進有限合夥制度。台灣只是彈丸之地，與大國相比，人口也不多，光是公司法中，可選擇之組織型態便有無限公司、有限公司、兩合公司及股份有限公司四種；其中，無限公司及兩合公司已幾無人採用，主管機關也正欲輔導其轉換為其他公司組織型態；很明顯的，原本的組織選擇已經足夠（其實已過多），不必再引進新種組織型態。不過，最終這部有限合夥法還是制定了，只是也如筆者所言，台灣的商業組織型態已足夠，故設立家數極少！¹⁰

（二）公益法人

由第 128 條第 3 項之體例觀之，營利法人置於第 1 款，而公益法人則分別規定於第 2 款及第 3 款。

1. 綁定出資標的者

第 128 條第 3 項第 2 款係以出資標的綁發起人資格，若無此處所列舉之出資標的者，則只能依第 3 款規定申請核准。

專門技術究係指勞務或智慧產物仍有爭議！【參照：3.1.1.5.4 發起人之出資種類】智慧財產權包括專利權、商標權及著作權等；然而，立法理由指出，增訂本款係為「以利技術移轉之需要」，著作權之內容是否與技術一定無關，可能要看個案判斷，但是商標權恐怕就與技術關係較遠，似乎應該排除在本款之標的外。簡言之，本款所稱之智慧財產權，主要是指專利權。

前述之標的，都必須限於係由公益法人自行研發者始可，可見本款之立法目的重在鼓勵研發；因此，若是以購入之專利或專門技術為出資標的，並不合法。本款並未明文規定上述標的是否限於公司事業所需者，但

¹⁰ 依據經濟部商業司網頁統計資料，目前設立家數為 160（資料更新日期：2023 年 6 月 5 日）。

解釋上本應如此。¹¹本款之出資標的，性質上屬**無形資產**，¹²如何精準的鑑價，將是公司資本是否健全的重要關鍵。

2. 綁定創設目的者

經目的事業主管機關認屬與其創設目的相關而予核准之法人，亦得為股份有限公司之發起人。第 3 款與前款不同，適用之對象為不具研發屬性之公益法人，故無法以前款之標的作價投資設立公司，例如宗教性質之法人，便無法利用前款。惟本款雖不論出資標的，卻綁定創設目的，且須經過目的事業主管機關核准（依前款則無須核准），由其就目的是否相關予以把關。

第 3 款雖然設有須經核准之程序要件，但也不是毫無標準，仍必須符合「與其創設目的相關」之實質要件。若是教育性質之公益法人，其「創設目的」自係指與教育事務相關者；「創設目的」也決定了目的事業主管機關為何一機關，例如，教育性質者，係由教育部管轄。至於與創設目的是否「相關」？則為不確定法律概念，須交由目的事業主管機關行使裁量權判斷之。倘若嚴格管控此一要件，則本款能發揮之功能有限。據悉，公益法人之目的事業主管機關，似乎對於本款之態度相當保守，目前尚未聽聞有依本款設立公司之案例。

3. 須為達成公益目的所必要

公司法雖開放公益法人得為股份有限公司之發起人，除第 128 條第 3 項第 2 款及第 3 款之設立條件外，別無其他限制。因此，仍須回歸到其公益法人之性質，由其目的事業主管機關進行相關之規範。易言之，公益法人經營公司之模式不能與營利法人經營公司之模式完全相同（此等事項於公司法並無進一步之規定）。

依照法務部之解釋，財團法人若欲出資「成為公司股東」，宜由目的事業主管機關視該投資行為「是否為該財團法人達成公益目的所必要」而

¹¹ 林國全，2005 年公司法修正條文解析（上），月旦法學第 124 期，2005.9，頁 267。

¹² 戴銘昇，商業會計法，新學林，2019.8 二版一刷，頁 131-132。

— 3.1 —

設立

定，在目前學說係採一股說的前提下【參照：3.1.1.4.2 由全體發起人認足】，只要具備發起人身分，便必須是股東；因此，擔任發起人，也會面臨設立行為「是否為該財團法人達成公益目的所必要」的問題。且法務部認為，無論是依照第2款及第3款而設立者，均須符合此一要件。¹³

此處之目的，係指終局之目的，如財團法人雖從事營利行為，但將所得利用於公益事業，並未違反其捐助章程者，尚不失為公益法人，與其目的並無抵觸，且符合國際趨勢及潮流。目的事業主管機關應對財團法人進行適當之監督及管理，以維護其設立目的、公益性及財務健全。財團法人如因投資行為而受有利益，須將所得利益捐作公益事業或維持自身運作之用，不得有盈餘分派行為，方與其設立之公益目的無違。¹⁴

受到公益目的之緊箍咒限制，即使公司法開放公益法人得設立股份有限公司從事營利行為，對於公益法人之誘因恐怕不大，不如直接購買已設立公司之股份，取得控制權，較為容易。

（三）政府

「政府」可分為中央及地方政府，若是中央政府，僅有一個，公司登記實務上均僅由一個中央主管機關（例如財政部）代表中央政府為公司發起人。¹⁵目前已開放國立大學得擔任公司發起人，國立大學未具法人資格，係以機關地位登記之。¹⁶

3.1.1.3 設立中公司

公司如同自然人一樣，不可能從無到有、突然的存在，於取得法人格

¹³ 法務部 102.1.3 法律字第 10103111050 號：

本案財團法人教育基金會擬以基金會經營社會企業之概念，提出與數個教育基金會、公司法人及個人共同成立文創公司，貴部如認該投資行為乃本案財團法人達成公益目的所必要，且符合公司法第 128 條第 3 項第 2 款或第 3 款之要件者，本部尊重貴部及經濟部之意見。

¹⁴ 法務部 102.1.3 法律字第 10103111050 號。

¹⁵ 經濟部 86.5.14 商字第 86208841 號、經濟部 88.5.21 經商字第 88209723 號。

¹⁶ 經濟部 105.4.19 經商字第 10502408860 號。

之前會有一段籌備過程，在此這一階段稱為**設立中公司**。¹⁷設立中公司也有與他人為法律行為之必要，因此在法律上便有探討的價值。設立中公司與設立登記後公司間之關係，如同自然人與胎兒般為同一體，實務上與日本通說相同，係採**同一體說**；¹⁸因此，設立中公司所為之法律行為，即如同由設立後公司所自為般無異。然而，何時設立中公司所為之法律行為，須歸由設立後公司負擔？為保護交易安全，本書較贊同法院實務見解，¹⁹舉凡有權代表或代理設立中公司為法律行為者，以設立中公司名義所為之法律行為，均應由設立後公司承擔，不應區分是否為設立必要行為或開業準備行為，交易相對人無區分設立中公司所為行為性質之義務，也不應承擔此一風險；若真發生設立中公司之代表人或代理人有越權之情事時，風險應由設立中公司或設立後公司自行承擔，並自行向行為人求償。

3.1.1.4 發起人認足第一次應發行股份

3.1.1.4.1 第一次應發行股份數額

本法允許公司分次發行股份，但是在民國 94（2005）年 6 月 22 日修法以前，要求第一次應發行之股份，不得少於股份總數 4 分之 1（舊公 156II 但）；這是**折衷式授權資本制**時期之規範，目前已無此要求，現行

¹⁷ 有論者認為，自「訂立章程」起，即係步入設立中公司之階段；筆者則以為，在「設立登記」前之階段均可稱為設立中公司，並無明確的始點。

¹⁸ 最高法院 72 年度台上字第 2127 號民事判決：「公司於設立登記前，由發起人為設立中之公司所為之行為，發生之權利義務，自公司設立登記以後，應歸公司行使及負擔」；最高法院 97 年度台上字第 2240 號民事判決：「按公司於籌備設立期間，與成立後之公司屬於同一體」；最高法院 97 年度台上字第 2432 號民事判決（「法人同一體說」為當然解釋）；最高法院 106 年度台上字第 1720 號民事判決（「法人同一體說」為當然解釋）。

¹⁹ 最高法院 72 年度台上字第 2246 號民事判決：

查有限公司在設立登記前，由執行業務股東，以有限公司名義所為法律行為發生之權利義務，於公司辦理設立登記後，即由公司繼受。本件原審認定……執行業務股東……在未辦理設立登記之前，以……公司代表名義，與……訂立之租賃契約，應由……公司繼受，依法並無不合。

依據第 19 條第 1 項：「未經設立登記，不得以公司名義經營業務或為其他法律行為。」因此，此判決所謂「以有限公司名義」，其應係指「以設立中公司名義」之意。