

## 1.7.2 公司負責人認定及歸入權之行使 ▶▶▶ 考.古.題

甲為公開發行股票公司（下稱甲公司），A 為其董事長。甲公司以五金零件製造及外銷為業，獲利良好，惟甲公司之股票未上市也未在證券商營業處所買賣。上市公司乙向 A 提出與甲公司股份轉換之提案，A 乃透過管道先向部分股東收購其持股。當股份轉換之消息曝光後，許多投資人出高價向甲公司之員工購買股份，A 也順勢賣出部分持股。甲公司之股東 B 反對此一股份轉換之提案，適值甲公司之董監任期已屆滿，B 擬爭取經營權。A 得悉 B 逐漸取得多數股東支持，遂決定不召開股東會改選董監。B 不滿股東會遲未召開，向主管機關檢舉，主管機關發函甲公司限期命其改選董監，惟 A 皆置之不理。改選期限屆滿後 A 仍繼續主導公司之一切事務，其間適逢甲公司最大客戶丙公司派代表來臺商議未來三年之訂單，A 將丙公司之代表帶往 A 私下設立之五金零件公司丁，成功的使丙公司轉向丁公司下單。嗣後 B 發現公司最大客戶流失，於履踐法定程序後，就甲公司喪失訂單一事向 A 主張歸入權，A 則以其於主管機關所訂期限屆滿後已非公司之董事，故非歸入權行使之對象為抗辯。請附理由說明甲公司對 A 購買股份之行為得為何種主張？又上述 A 對歸入權之抗辯有無理由？（40 分）

【101 律師】

### 析 Analysis.

本題與【題型 1.7.1】相同，皆將 101 年之修法變為考試爭點。本題重要的是，出題老師很費心的將公司負責人之認定到後續歸入權之行使部分一併放入問題之中，全是前述筆者所強調修法的重點所在。所以讀者們看完了前面的論述，好好利用這一題來複習一下吧！

首先，對於 A 身分認定部分，依公司法第 195 條第 2 項之規定，A 已當然解任，故 A 非為甲公司合法之董事長。惟依公司法第 8 條第 3 項之規定，A 仍負與公司負責人相同之責任。而針對甲公司行使歸入權之部分，既然 A 為修法後第 8 條第 3 項之董事，其利益輸送之行爲已違反公司法第 23 條第 1 項之忠實義務，故甲得依同條第 3 項行使歸入權。

## 綱 Outline.

- (一) 甲公司對於 A 利用公司資訊買賣賺取價差而獲利之行為，應得主張公司法第 23 條第 3 項之歸入權
- (二) A 主張其非為公司負責人，而非為歸入權行使之對象之主張為無理由

## 答 Answer.

(請從本頁第 1 行依序開始書寫)

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| (一)甲公司對於 A 利用公司資訊買賣賺取價差而獲利之行為，應得主           | 批註欄 |
| 張公司法 (下同) 第 23 條第 3 項之歸入權                   |     |
| 1. 按第 23 條第 1 項之規定，公司負責人對公司應忠實執行業務並         |     |
| 盡善良管理人之注意義務，如其違反並致公司受損害，應負損                 |     |
| 害賠償之責；又同條第 3 項規定，對於公司負責人為自己或他               |     |
| 人違反第 1 項規定之行為時，股東會得決議將該行為所得視為               |     |
| 公司所得。故公司負責人未忠實執行業務之獲利行為，縱未造                 |     |
| 成公司損害，公司仍得透過歸入權向其求償，以避免公司負責                 |     |
| 人為了不當利益而為違法之行為。                             |     |
| 2. 查本題 A 為股票買賣時，仍為甲之董事長，故為第 8 條第 1 項        |     |
| 之公司負責人無疑。又其基於董事身分知悉股份轉換之內部消                 |     |
| 息，而優先向公司其他股東收購股票。此不難推測 A 應係為利               |     |
| 用消息曝光，公司股票上漲後賺取價差。故 A 之行為，係利用               |     |
| 董事長之職位而賺取股票買賣之價差利益，應有違第 23 條第 1             |     |
| 項之忠實義務 <sup>A</sup> ；而甲公司應得依同條第 3 項規定，在經股東會 |     |

## Point

- A.** 忠實義務之類型於頁 1-23 之擬答已詳述。此題之重點應該是在於，解釋 A 何部分之行為違反忠實義務，方為得分關鍵。且唸過證券交易法的同學，一定會覺得這內容的論述與內線交易的構成很類似。但請別忘記，題目中有提及該公司並未上市上櫃，所以不要傻傻的跑去寫內線交易啊～

|                                                                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 決議後，向 A 請求股票買賣之價差利益。                                                                                                                                                                        | 批註欄 |
| 3. 綜上所述，A 利用公司內部消息未公開前向股東購買股票賺取價差之行為，已違反其為公司負責人之忠實義務。縱該行為未對公司造成損害，甲公司仍得依第 23 條第 3 項之規定，向 A 請求將該價差視為公司所得。                                                                                    |     |
| (二) A 縱使當然解任，仍為第 8 條第 3 項之實質董事，仍為歸入權行使之對象                                                                                                                                                   |     |
| 1. 按修法後第 8 條第 3 項之規定引進實質董事之概念。實質董事係指非董事而事實上有執行董事業務之實質內涵者，如常見之公司總裁。此修正係因董事的認定不宜再依據形式上名稱，須使實際上行使董事職權，或對名義上董事下達指令者，均負公司負責人責任，使其權責相符藉以保障公司及投資人權益。因此，特引進實質董事觀念，藉以提高控制股東在法律上應負的責任 <sup>25</sup> 。 |     |
| 2. 查本題 A 之任期已屆滿，縱甲公司在 A 之主導下，未依主管機關命令改選董事，但依第 195 條第 2 項但書 <sup>26</sup> 之規定，A 於主管機關命甲公司改選期限屆滿後，即當然解任。然 A 雖非甲公司董事，仍繼續主導公司一切事務，應認其為第 8 條第 3 項之實質董事無疑。故 A 仍應與公司負責人盡相同之義務及責任。                  |     |
| 3. 綜上所述，A 縱使於改選期限屆滿後已非為甲公司之董事，惟其仍實質主導公司一切事務，故 A 仍為第 8 條第 3 項所稱之實質董事。又 A 將原屬甲公司之簽訂機會，於違反忠實義務之情形下，轉由 A 所成立之丁公司，使其受益。甲公司應得依第 23 條第 3 項之規定，在經股東會決議後，向 A 主張對於該受益之                                |     |

25 101 年 1 月修正之公司法第 8 條第 3 項立法說明。

26 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。」

歸入權<sup>B</sup>。A 對該歸入權抗辯，應為無理由。

批註欄

## Point

- B.** 對於 A 受益之部分，甲公司得依公司法第 23 條第 3 項請求歸入權無疑；惟喪失機會之損害，甲得否依據同條第 1 項求償？此部分劉老師於月旦法學教室第 122 期所發表的〈新修正公司法講座：第一講公司法二〇一二及二〇一一年新修正條文析論（一）〉一文中表示，解釋上應可採肯定見解。因為法條文義上並未排除公司的他項請求權，且觀察立法意旨，本條項亦是以排除公司負責人的不法利得誘因而修正。故甲公司若受有喪失機會之損害，仍得依公司法第 23 條第 1 項請求之。

### 1.7.3 關係企業下的董事會注意義務 ▶▶▶ 考.古.題.改.編

公開發行之高笛公司董事會為拓展其業務範圍，欲併購胡說公司，惟其協議併購之舉，遭到胡說公司董事會的反對。經過雙方協商，高笛公司透過股份轉換的方式，將胡說公司納入自己集團旗下之子公司。其後，胡說公司經營出現重大問題，顯示高笛公司董事會當初所為併購胡說公司之決定確實有思慮不週之處。

- (一) 高笛公司董事會認為若放任已經瀕臨財務危機的胡說公司不管，可能會拖累整體企業集團之經營，因此為協助其營運進入正常軌道，乃宣布放棄胡說公司原先對其所負有之新台幣 30 億元的債務。高笛公司股東認為董事會此舉已違反公司法第 23 條第 1 項之義務，進而提起請求損害賠償之訴訟。如果你是高笛公司董事（會）的訴訟代理人，你將如何進行抗辯？
- (二) 若高笛公司董事會之併購決議，係背後操控董事之大股東認為自己併購後可能獲利，因此要求且強迫董事會為之。若併購後產生極大的虧損，是否得向該實質控制董事者求償？

【改編自 99 台大丙組】

## 析 Analysis.

第一小題部分考出關係企業下母公司董事會注意義務之標準。與單一公司不同，關係企業母公司之經營者應思考對於企業整體之營運最有利之方式，故縱高笛公司董事會決議放棄債務，其是否違反其注意義務，仍有探討的空間。

第二小題部分，考出修正後公司法第 8 條第 3 項事實上董事或影子董事的概念，縱使概念簡單、爭點清楚，仍應小題大作，將修法之目的作為前言，再涵攝本案事實，方能答題完整。

## 綱 Outline.

- (一) 董事會並無違反注意義務
  1. 公司法第 23 條第 1 項請求權之主體及訴訟方式
  2. 公司法第 23 條第 1 項之注意義務

3. 關係企業下經營者注意義務之判斷標準

4. 小結

(二) 控制股東應負公司負責人之責任及義務

1. 新修法之介紹

2. 修法目的及理由

3. 本題事實涵攝

4. 結論

**答**

本題字數 1197

**Answer.**

(請從本頁第 1 行依序開始書寫)

|                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (一) 高笛公司董事會縱放棄原有債權，惟基於關係企業經營應以整體利益為考量，應無違反應盡之善良管理人注意義務                                                                 | 批註欄 |
| 1. 按公司法第 23 條第 1 項，公司負責人應負忠實與善良管理人注意義務。又董事依同法第 8 條第 1 項為當然負責人，自應負前述義務。若違反其義務又造成公司損害，公司即可依公司法第 213 條之規定，由監察人代表公司向董事求償。  |     |
| 2. 又按公司法第 214 條之規定，公司怠於求償時，少數股東於符合持股 1 年以上及股數達 3% 之要件時，可要求監察人起訴求償，或於監察人 30 日內不提起訴訟時，方能代位公司提起，股東並無直接訴權。                 |     |
| 3. 然董事注意義務判斷之標準，實務見解與學說多採「客觀說」，即以一般同等職務之負責人所應負之善良管理人義務作為基準。查高笛公司董事會，決議放棄對胡說公司之債權，造成其公司債權無法受到清償，而產生虧損，似有違反善良管理人注意義務之疑慮。 |     |
| 4. 惟管見以為，關係企業之母公司，其經營者於決策時，應就整體企業利益一同考量，不能僅以母公司利益為出發點。依公司                                                              |     |

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| 法第 369 條之 12 之規定 <sup>A</sup> ，母公司於財務報表之編撰上，亦須 | 批註欄 |
| 將子公司的財務部分作成合併營業報表。從此可知母、子公司                    |     |
| 間之利益應為一致，皆會相互影響。                               |     |
| 5. 查高笛公司董事會作出拋棄債權之決議，雖形式而言造成母公                 |     |
| 司債權無法受償，惟實質上係為企業整體利益為考量。若高笛                    |     |
| 公司依然執意胡說公司應清償此債務，一旦胡說公司破產時，                    |     |
| 亦會影響到高笛公司之財務及營運，並非妥當之舉。                        |     |
| 6. 綜上，高笛股東會若作出求償決議，應以監察人為代表向董事                 |     |
| 求償。少數股東僅能於符合一定要件下代位求償。且公司董事                    |     |
| 會雖作出放棄對子公司債權之決議，此舉係基於整體企業利益                    |     |
| 考量，並無不妥之處。故應無違反公司法第 23 條第 1 項之善良               |     |
| 管理人注意義務之虞，應不須負賠償之責。                            |     |
| (二) 該實質控制者，依公司法第 8 條第 3 項之規定，亦為公司負責人；          |     |
| 又依同法第 23 條第 1 項之規定，應負賠償之責                      |     |
| 1. 按公司法第 8 條第 3 項規定，公開發行公司非董事，而實質上             |     |
| 執行董事業務或實質控制公司人事、財務或業務經營而實質指                    |     |
| 揮董事執行業務者，與董事負相同之責。前者為學說上所稱實                    |     |
| 質董事，後者則為影子董事，合先敘明。                             |     |
| 2. 以往公司負責人之責任均以形式認定，以致背後操控者的責任                 |     |
| 無法追究。此修法後之規定，係為追究形式上並非董事，而實                    |     |
| 質上卻行使董事職權；或於幕後操控董事並下達指令者，使其                    |     |
| 均負公司負責人責任。因此引進事實上董事以及影子董事觀念，                   |     |
| 使其權責相符藉以保障公司及投資人權益。                            |     |

## Point

- A.** 關係企業部分，係劉連煜老師於課堂中非常強調的概念及考點。也是各位考生於未來實務工作中，會常常接觸到的企業法律問題。故於答題過程中，若涉及母、子公司利益部分，必定要引出公司法第 369 條之 12 之條文，方能表達出兩者休戚與共的關係。

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| 3. 查高笛公司所作出併購 <sup>B</sup> 之決議，並非基於董事會自己之意願， | 批註欄 |
| 而係受大股東之操控及強迫，以致併購後產生虧損。為免影子                  |     |
| 董事逃避責任，應適用公司法第 8 條第 3 項及第 23 條第 1 項          |     |
| 之規定，以該股東違反忠實義務，向其求償 <sup>C</sup> 。           |     |
| 4. 綜上，該大股東實質操控董事會之行為，可認為其為實質控制               |     |
| 業務經營之影子董事，應與董事負相同之責。其基於自己獲利                  |     |
| 之意圖作出併購之唆使，已違反善良管理人注意義務以及利益                  |     |
| 衝突之忠實義務，公司應可向其求償無疑。                          |     |

## Point

**B.** 企業併購時董事之受任人義務與一般的受任人義務是否有所不同，學說上容有討論。劉連煜老師於月旦法學雜誌第 195 期所發表的〈企業併購時董事之受任人（受託）義務——農民銀行與合庫合併案最高法院九十九年度台上字第二六一號判決及其歷審判決評析〉一文中，表明了（舊）企業併購法第 5 條以及公司法第 23 條第 1 項的適用關係，應係指董事於併購決議時，除須思考公司利益、仍須思考股東利益。且（舊）企業併購法第 6 條委請獨立專家表示意見之規定，亦為董事於企業併購時應盡之義務。然而，企業併購法第 5 條第 1 項於 104 年 7 月 8 日已明文修正成「公司進行併購時，董事會應為公司之最大利益行之，並應以善良管理人之注意，處理併購事宜。」事實上在過往實務判決，亦有討論是否應考量其他利害關係人，如員工、債權人的思維。著實令人得再為思量。讀者若有興趣，詳細討論請參閱劉連煜教授於 101 年 2 月在政大法學評論第 125 期所發表的〈敵意併購下目標公司董事的受任人（受託）義務——以開發金控敵意併購金鼎證券為例〉一文，配合著現在仍在進行之如火如荼的企業併購案例，絕對會有豐富的收穫。

而劉老師於政大法學評論第 125 期所發表的〈敵意併購下目標公司董事的受任人（受託）義務——以開發金控敵意併購金鼎證券為例〉一文中，介紹敵意併購下的幾個原則（如董事會中立原則或董事會優位原則），並表示其採取將公司法第 202 條為廣義解釋之見解，認為於敵意併購時應採董事會優位主義，只是董事會防禦措施，應受比例原則、合理及誠信等原則制約。此舉方能避免公司在經營階層面對他人之敵意併購時，只能眼睜睜地看著經營權受爭奪甚至公司受害的窘境。另外該篇文章亦介紹幾種現行法律制度下可行的防禦措施，強烈建議各位讀者找出原文並詳閱。

**C.** 其實此部分論述的多寡，應受配分影響而定。本爭點雖僅問是否可向控制董事者求償，惟考生應了解的是，該股東控制了此董事，係因為其違反忠實義務（自我利益衝突），故必定可依公司法第 23 條第 1 項求償。注意義務部分，是否仍產生求償的可能，若於研究所考試且配分較重時，考生亦須論述之。

## 筆者的碎念時間

將公司負責人之認定以及其義務介紹完之後，讀者一定覺得爭點應該已經介紹完畢。但是事實上，還有一個問題筆者並未放入，即忠實義務（受任人義務）之起訖。此部分國內學說少有琢磨，判決也少有時論。基於篇幅且此問題探討甚深，無法在書中詳細介紹。建議想研究此問題之讀者，可參考曾宛如老師在其著作《公司法制基礎理論之再建構》，頁 241 以下介紹的台灣高等法院 98 年度上字第 1154 號判決及討論，會有更深層的理解。

## ▶▶▶ Topic8 經營判斷法則 (Business judgment rule)

經營判斷法則，係指法院推定系爭案件之下列五要件皆已符合：(一) 系爭案件涉及商業決策 (a business decision)；(二) 董事對系爭交易不具個人利害關係 (disinterestedness) 且具獨立性 (independence)；(三) 已盡合理注意 (due care)；(四) 符合誠實善意 (good faith)；(五) 並無濫用裁量權之情事 (no abuse of discretion)。若上述要件之推定並未被原告推翻，則董事及其決策將被保護而免於法院事後審查。因不具個人利害關係為其要件之一，故僅於「未違反忠實義務」前提下，判斷是否違反善良管理人注意義務時適用。

介紹完「經營判斷法則」，我們快來看看它會怎麼考吧～