

國考偵測站 ①

公司法 & 證券交易法篇

主筆人：郁台大

壹、前言

行政院於去年（2017年）12月22日推出公司法部分修正條文草案，該草案修正的範圍涵蓋許多公司法學者認為有疑義之條文，多年來實務與學說針對這些條文持有不同見解，因此也常成為研究所考試和國家考試的出題熱點，過去就這些熱門爭點，多半建議考生作答時兩說併陳，本年度司律國家考試則建議多補充公司法部分修正草案之內容，若能補上修法理由更可畫龍點睛。另外，本年度各校法研所考題不約而同都針對公司法傳統爭點出題，證券交易法部分也出現常見的內線交易成立與否之爭點，因此在準備國家考試上，考生可從部分修正草案著手，一邊複習修法重點條文，一邊整理相關的傳統爭點、複習觀念。

在出題的題型上，這兩年政治大學和台灣大學法研所題目都出現了類似申論題的出題模式，雖然國家考試出題趨勢為題目敘述愈來愈長，並且是較複雜的實例題，然而回答這類國考題的要領不外乎把最基礎的觀念扎實複習，有條理地呈現，才能從複雜的題目中判斷出爭點並有進一步論述的能力，就此點而言，法研所的申論題題型依舊有參考價值，值得考生作為複習基本觀念之參考。最後，考生可特別留意之處為本次公司法部分修正草案的未竟之處，例如今年台灣大學法研所題考出股東代位訴訟之相關考點，然而修正草案中對於飽受學說批評、成效不彰的公司法第214條並未著墨，故考生可特別注意股東代位訴訟的缺失，包括：缺乏誘因、對股東課予過重之責任、對適格股東之要求門檻過高、監察人僅有被動起訴而缺乏主動起訴權力等等問題。

貳、公司法

一、經理人之認定與其競業禁止規定

（台灣大學商事法組商事法第一題、東吳大學財經法組公司法與證券交易法第二題）

經理人該如何認定之考點許久未出現，然而在判斷上並不困難，學說的分析論述上應注意須兩說併陳，而若結合台灣大學與東吳大學兩校的題目來

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

看，若國家考試出現經理人的題目，可能一併考出「經理人之認定」與「經理人之競業禁止」兩考點之綜合題，考生可藉此一併複習，順序上應先檢討系爭內部人是否為公司經理人，再討論其是否違反經理人競業禁止義務。

關於「經理人之認定」可分為形式認定說與實質認定說：

- 1.形式認定說：形式認定說認為，依據公司法第 29 條選任程序選出者即為公司之經理人。
- 2.實質認定說：縱使未經選任程序，在公司內部有管理事務之權、對外有簽名蓋章之權者，亦為公司之經理人。

若採上述任一說判斷系爭內部人為經理人，則應進一步判斷其是否違反競業禁止義務，而相較於董事之競業禁止義務係規範於公司法第 209 條並由股東會決議解除該義務，經理人之競業禁止義務係規範於公司法第 32 條，解除該義務的程序與經理人的選、解任程序相同。

二、公司能力之限制

(成功大學民商法組商事法第三題、台北大學財經法學組商事法第二題)
公司能力之限制為近年來較少出現的基本觀念考點，然而今年法研所考試台北大學和成功大學卻不約而同都考出了公司法能力之限制，過去司律國家考試也出現過相同考點的題目，考生不可不慎！應多加留意公司法第 13 條、第 15 條以及第 16 條之觀念，並應特別留意違反此些規定之行為效力為何、應負損害賠償責任者為誰。

1.公司違反借貸限制（公司法第 15 條）之行為效力：

- ①無效說：實務上多採此說，實務以為公司法 15 條第 2 項既規定負責人應負返還責任，則代表違法的貸與資金行為應歸無效。
- ②相對無效說：部分學者以為，為保護善意之第三人，其難以察覺公司是否違反借貸限制之規定，特別難發覺是否違反不得超過淨值之百分之四十之規定，基於交易安全之考量，違法借貸行為在第三人不知情時應為有效，反之則無效。

2.公司違反保證限制（公司法第 16 條）之行為效力：

學說與實務以及大法官釋字第 59 號皆認為，違法保證行為對公司無效，負責人應自負保證責任，並對公司負損害賠償責任。此外，應注意最高法院過去的實務見解認為，「設定擔保物權」、「債務承擔」等行為相當於為他人之保證人，故公司原則上不得為之；然而，「票據之背書」則

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

為票據轉讓行為，並非公司法第 16 條禁止之範圍。

三、違反公司法第 267 條之效力

(東吳大學財經法組公司法與證券交易法第一題)

公司發行新股時若未保留一定比例之股份由員工承購，或未依原股份比例使原有股東儘先分認，則違反公司法第 267 之規定，則該次發行新股之效力為何，即有爭議：

- 1.效力規定說：由於法條中用語為「應」而非「得」由員工承購或公告及通知原有股東，故應解為本條為效力規定，違反者無效。實務多採此說。
- 2.取締規定說：由於新股發行後，股份將流通至第三人，若效力解為絕對無效則影響交易安全甚鉅，且本條用語上與土地法第 104 條第 2 項相較，並無「其契約不得對抗優先購買權人」之用語，故宜解為違反本條並不具對世效。學說多採此說。

本爭點看似為特定的問題，然而許多公司法、證券交易法上的考點均與此類似，例如：違反公司法第 13 條、公司法第 223 條、董事長未經合法程序代表公司為法律行為等等情況，違反某條文後所為之法律行為，該違法行為之效力通常都可分為上述兩說，而採效力規定說則為無效；採取取締規定說或是相對無效說者，較注重交易安全，則在第三人善意之情況有效；還有另一說為無權代表說，此說法律效果類推民法上之無權代理，待本人（通常為公司）承認後方為有效。學說上為保護交易安全，多採後面兩種見解。由本爭點可一併複習國家考試會出現的所有類似爭點。

四、閉鎖性股份有限公司之特質

(台灣大學經濟法組公司法與證券交易法第一題、第二題)

閉鎖性股份有限公司從民國 104 年立法通過至今，在司律國家考試二試中遲未登場，藉由台灣大學這題考生應複習閉鎖性股份有限公司之概念，以及其相較於其他公司類型還更放寬、更有彈性並尊重章程自治的規定：

- 1.出資之彈性：我國為數不少之中小企業與新創公司設立之初，發起人往往具備相關領域之知識、技術、願意付出勞務，然而缺乏資金，故於公司法第 356 條之 3 開放除了現金以外，得以勞務、信用出資，使公司得留住人才，讓創業者能保有公司經營權、繼續為公司付出。
- 2.股份轉讓自由原則之限制：此點為學者認為閉鎖性股份有限公司的核心特質，由於現行的股份轉讓原則制度規範於股份有限公司，較適合規模較大、員工較多且股份較為分散之經營所有分離之公司，現行的股份有

限公司章程雖為公司法中較為完整者，然而適用上卻忽略了我國中小型公司佔大多數之現況，此種公司往往經營所有較為合一，故於公司法閉鎖性股份有限公司節新增第 356 條之 1 與第 356 條之 5 等規定，讓公司得自行規劃股份轉讓限制，體現章程自治之外也有助於公司保持原有的股權結構、維護公司創立理念與原有的公司治理安排。

參、證券交易法

一、追蹤要件之適用對象與適用要件

(台灣大學商事法組商事法第一題)

1. 適用對象：

追蹤要件的適用理解上應先判別適用者購買有價證券之時機以及其購入有價證券之市場為何，證券市場可區分為發行市場與流通市場，原先，證券交易法第 32 條公開說明書不實之適用對象為接觸、閱讀公開說明書的投資人，其交易的場域為發行市場，然而，有價證券從發行市場轉讓至流通市場後，於流通市場購入該有價證券之投資人若能證明其購入有價證券受有損失係為相信源頭之不實公開說明書所致者，則例外亦得主張第 32 條之損害賠償。

惟，台灣大學今年的題目中特別在案例中設計了購入時點的差異，考生應注意，若在流通市場購入有價證券的投資人購買有價證券的當下，也正是該公開說明書不時有價證券發行之當下，則投資人應該無法適用追蹤要件，因為該公開說明書不實的有價證券才正要從發行市場發行，尚未進入流通市場，想像上難以適用追蹤要件證明投資人在流通市場購入的有價證券受到該公開說明書之影響，至多僅能類推適用或是適用證券交易法第 20 條第 1 項之一般反詐欺條款。

2. 適用要件：

證券交易法第 32 條之請求權人須證明其取得之證券為該次公開說明書所涉之有價證券，方可請求賠償。

二、財務預測是否為不實陳述之規範客體

(台灣大學商事法組商事法第一題)

同樣是台灣大學的考題，考出了財務預測不實的問題，考生應特別注意，此考點已在 104 年律師高考時出現過，故不可不留意財務預測的相關議題。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

財務預測性質上為軟性資訊，公司透過提供財務預測予投資人希望提高投資人之展望，增加投資意願，然而另一方面財務預測具有高度不確定性，其內容並非已發生之事實，而僅為公司內部人對公司未來發展之預測。軟性資訊性質上為對未來不確定之發展所為之推測，故原則上不在不實陳述的規範範圍內，此消息不具有重大性。故在美國法上有「警示原則(Bespeaks Caution Doctrine)」的適用，若針對軟性資訊的警語夠具體、已提供投資人合理資訊或參考基準、詳細敘明不利因素等等，則此類資訊將不具重大性。反之，若不符合警示原則之要求，則系爭軟性資訊具有重大性，應被納為不實陳述的規範範圍內。

故財務預測常結合證券交易法第20條第2項財報業報不實以及第32條公開說明書不實成為考題，若有財務預測不實的問題出現，考生須先說明其性質為軟性資訊，接著判斷個案中公司是否有提供警示標語以及合理的參考基準，若有，則應可豁免資訊不實之責任；若無，則系爭財務預測具有重大性，請求權人得類推適用證券交易法第20條第2項或第32條請求損害賠償。

三、內線消息成立時點之認定

(政治大學財經法組商事法第二題、東吳大學財經法組公司法與證券交易法第四題)

內線消息的成立時點雖然已是萬年必考的老爭點，然而依舊在今年的法研所考試登場，此考點亦是司律國家考試的常客，針對消息何時明確，我國採「多元時點，日期在前」之認定方式，不應拘泥於特定的日期，強調消息成立之相對性，以開放個案中的彈性，考生除了證券交易法第157條之1第5項之規定以及《證券交易法第一百五十七條之一第五項及第六項重大消息範圍及其公開方式管理辦法》之內容應熟知以外，實例題中更重要的是應補充學說所採的外國判例參考標準：

1.美國 TSC 案：

若此消息將影響一理性投資人之投資判斷、投資意向，則為重大、明確之消息。

2.美國 Basic 案：

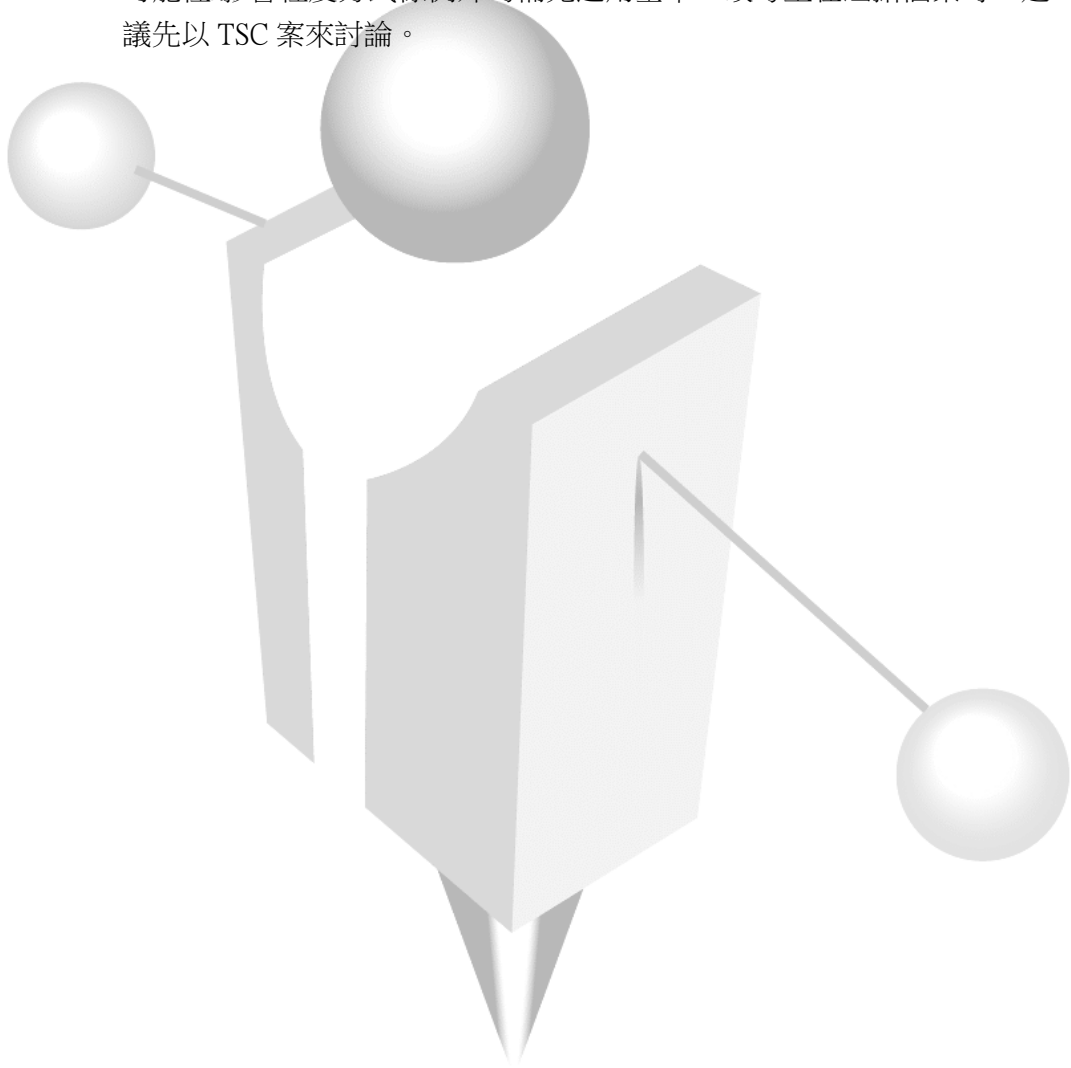
以該消息事件發生之機率、對公司之影響程度，加以綜合判斷消息是否明確。若消息發生機率高、對公司影響程度大，則可被認定為消息明確；反之，則尚不明確；若消息之發生機率、影響程度其中一者高，另一者

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

較低，則應個案判定。

另可注意，有學者認為，原則上應先適用 TSC 案之判斷標準，Basic 案的可能性/影響程度方式係例外的補充適用基準，故考生在涵攝個案時，建議先以 TSC 案來討論。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！