

## 國考偵測站 ②

## 商事法篇

主筆人：蔡凌宇老師

## 壹、前言

## 一、總論

108 年律師司法官國考的商事法部分有了重大的改變，因為司律二試合一，不但票據法被從國考科目當中排除，商事法也從在司法官考試佔 200 分，律師考試佔 100 分改成了在合一之後的司律考試中只佔 100 分。佔分減少之後考生不必分配過多時間給商法這科，應注意的是如何以最少時間掌握商法最常考、最重要的爭點。

## 二、公司法部分

就公司法而言，107 年新修正之公司法因去年 8 月 1 日才修正公布，107 年司法官考試雖然有直接問到新修正法規的內容，但當時法規尚未施行，只著重法條規範的改變即可。今年台大、政大、北大、中正四所大學的法研所考題都有涉及新修正之條文，可見新修正條文之重要性不減反增，而且現在條文已經施行，同學們除了應釐清法規修正以外，更要注意有無新的實務見解形成。舉例而言，新開放的特別股種類、第 173 條之 1 召集股東會之規定、第 175 條之 1 表決權拘束契約均為今年各校研究所的命題重點，同學務必特別關注。除修法部分以外，今年台北大學出題亦涉及傳統爭點，包含經理之權限範圍與公司負責人損害賠償責任，仍須注意。

## 三、證券交易法部分

與公司法不同的是，今年各校法研所的證交法出題方向仍然著重在傳統爭點上，對考生而言只要熟悉傳統爭點就可以掌握證交法大部分的分數。證交法第 20 條與第 20 條之 1 的財報不實責任、第 32 條公開說明書責任可說是一出再出，這些考點今年仍然出現在台大民商法組的商事法與經濟法組的公司法與證券交易法考科當中。另外，內線交易也是證交法不可忽略的重要爭點。同樣是內線交易，每一題考的重點都不大一樣，有些著重在重大消息明確時點，有些著重在主體的認定，有些則著重在民事賠償的計算。今年中正大學的考試重點在於內線消息公開方式，政大與北大則著重在「因犯罪所獲取之財物或財產上利益」之計算方式。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 貳、公司法

### 一、無面額股法制：台灣大學商事法第一題

107年新修正公司法第129條、第140條、第156條、第56條之1、第162條建構了無票面金額股的法制，考試上非常重要。以往票面金額股的缺失即票面金額（通常為10元，當然1元、2元皆無不可）與股票之發行價格脫鉤，可能股票之發行價格一股500元票面但金額僅有10元，立法者當初欲使股票面額表彰股票價值之立法目的早已不達。況且，資本額之計算以股票面額為基礎，若大公司故意發行極低面額之股票即可規避適用針對高資本額公司之嚴格規定，小公司亦可發行高面額之股份將資本額灌水而造成自己為大公司之假象為商業上之不肖利用。新法之下，第140條規定採行無票面金額股之公司，其股票之發行價格不受限制。第156條又規定採行無票面金額股者，其所得之股款應全數撥充資本。故採行無票面金額股之公司，其資本額即實際取得之股款，得以解決前開票面金額股之缺失。另外，在107年修法後，應特別注意第156條採行無票面金額股者，其所得之股款全數撥充資本，不可不辨！

### 二、各種特別股是否符合公司法第157條規定之問題：台灣大學商事法第一題、台北大學第二題

特別股之規定於107年新修正公司法當中有重大變革，各校之考試熱門度可謂最高，蓋其內容多樣，考試之題目喜歡設計一種或多種之特別股，然後問你各種特別股合不合法，或者告訴你公司的需求請你幫他設計出適合的特別股。通常最容易出現的幾個陷阱是要當選一定席次監察人之特別股，依照公司法第157條第1項第5款只能設計當選一定名額董事之特別股，監察人則無法，考試時千萬要注意！但學者有提過一個很取巧的方法，假設該公司只發行甲特與乙特兩種特別股，監察人只有1席欲分配給乙特，即將特別股設計成「甲特不得當選監察人」以及「乙特當選監察人不得超過一席」，這樣就可以成功以看似第157條第1項第5款前段之當選監察人之「限制」之文字將監察人實質上分配給乙特。另外如108年台大第一題即表示欲以特別股指定總經理，總經理乃經理人，其選任之職權屬於董事會，無法以特別股之方式指定人選。故寫作題目上可以提到發行得當選一定名額之董事的特別股，並且推派支持某特定總經理之人充任之以間接達成目的。剩下諸如複數表決權股，請注意於選舉監察人時回歸一股一權，並且公開發行公司不得發行得一股轉換多股普通股之特別股，同學請務必注意並讀熟法條喔！

### 三、公司法第 173 條之 1 的適用與相關法規：政治大學第一題、中正大學第一題

- (一)107 年新修正公司法增訂第 173 條之 1 之條文，108 年之法研所即有兩所學校以之命題，於今年國家考試之重要性自無須加以贅述。本條增訂前，股東欲召集股東會僅得依第 173 條 1 項請求董事會召集或於董事會不能、不為召集時依第 173 條第 4 項召集之，不僅皆需報請主管機關許可，第 173 條第 1 項更有持股期間長達一年之要求，對股東而言其門檻之高自不待言。第 173 條之 1 不必先請求董事會，如此可防止董事會預謀不正行為如掏空公司或拖延戰術，亦不須經主管機關許可，可避免繁複之行政程序。按經濟部函釋，關於公司法第 173 條及第 173 條之 1 規定之股東會召集權，並無排除持有無表決權股東之適用，故持有無表決權之股東仍得行使股東會召集權，無表決權之股份數亦應計入已發行股份總數。
- (二)公司法第 181 條第 3 項係為使保管機構、信託機構等專戶之表決權行使得依實質投資人之意思為表決，股東得不統一行使表決權以正確表達其意見。基此立法目的，依本條文分割投票者，應得分割算入第 173 條之 1 持股數。
- (三)公司法第 173 條之 1 與證交法第 43 之 5 條第 4 項皆賦予過半持股股東召集股東臨時會之權利，兩者適用上有無特別普通關係，不無疑問。有認為公司法乃普通法，而證交法第 43 之 5 條第 4 項僅限於公開發行公司之公開收購一種情形，似優先適用於公司法第 173 條之 1。惟學說有認為，於同時符合該兩條文要件之股東，應得自由適用公司法與證交法，無強制要求僅得依證交法第 43 之 5 條第 4 項先向董事會請求召集。

### 四、公司法第 175 條之 1 表決權拘束契約：台北大學第二題

以往表決權拘束契約在公司實務上多有使用，但於公司法當中並未明文規定。107 年新修正公司法表決權拘束契約與表決權信託契約之規定僅限非公開發行公司使用，故同學應注意題目所給之公司是否為公開發行公司方能決定表決權拘束契約之適法性。若要在公開發行公司當中適用，應先經股東會特別決議申請停止公開發行。新修正公司法第 175-1 條第 1 項將以往僅規定於企業併購法第 10 條當中的規定引進公司法，股東得以書面契約約定表決權之共同行使方式，亦得成立股東表決權信託，由受託人照股東之意思投票。但表決權拘束契約應有其界限，若表決權拘束與信託契約

將造成公司之經營權永遠不得翻盤可能有失公允，應參酌美國之立法例，如使公司經營權永遠不得翻盤之表決權拘束與信託契約應解為無效。

## 參、證券交易法

### 一、財報不實、內線交易之損害賠償請求：台灣大學商事法第一題

#### (一)財報不實之損害賠償請求

台大第一題的案例事實是 A 公司為避免 C 公司之併購，而由 A 公司之（可能為負責人之）甲醜化財報，使 A 公司獲利不如預期並於業績說明會上表示前景嚴峻。此一行為使 A 公司之股價下跌 25%，而丁因為聽信該消息而忍痛出脫自己持有 A 公司之股票而受有損失。看到這典型的論述，同學應馬上想到這是「證券詐欺」的案例，首先應先確認行為主體，發行人負無過失責任，負責人負推定過失責任。其本題甲醜化財報使公司獲利不如預期，客觀上要依照美國實務之 TSC 案標準，即該不實資訊是否影響合理投資人之交易判斷，若然則客觀上構成財報之主要內容不實。再來應檢視行為人主觀上之故意。行為主體與主客觀要件均確認後，要處理「交易因果關係」的部分。首先應注意題目所給的股票是否符合「效率市場假說」，我國上市上櫃市場被認為屬於效率市場，可以適用「詐欺市場理論」，而興櫃市場並非效率市場故無適用之餘地。但若題目特別強調某股票雖屬於上市上櫃市場，但該股票難以即時於股價上反應市場資訊，則應該例外認定該股票不適用詐欺市場理論。依通說見解，於適用詐欺市場理論後，本題投資人丁當可依詐欺市場理論主張其因信賴市場之「正直性與健全性」而推定其善意賣出之行為與財報不實具交易因果關係，並不以實際看過發行公司所發布之不實資訊為必要。

#### (二)內線交易之損害賠償請求

我國學說對於內線交易之保護法益，素有市場論與關係論，立基於關係者，當認內線交易保護者非財產法益莫屬，此參美國法上係以反詐欺條款處理即可得知；相對地，市場論者則多從歐盟法上觀點，認為內線交易保護法益應係投資人對於市場之信心及市場公平性。同學可於解答題目前，稍微作如上之論述以說明關係論與市場論不同之觀點，我國現行法之法條解釋上較近似於市場論，故同學可以市場論為基礎往下作答。但台大第一題當中並沒有複雜的消息傳遞鏈，故只要將買股票的甲進行證交法第 157 條之 1 第 1 項各款的定性即可解答。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

但同學應注意的是，該條第1項之判斷請依照順序，同一行為人必須第1款不成立始檢驗第2款，以此類推，不可以跳著檢驗。

## 二、公開說明書不實之損害賠償責任：台灣大學公司法與證券交易法第二題

台大經濟法組的公司法與證券交易法考科當中，也考了關於財報不實的問題，但該題目較不同的是「不實之財務報告」是貼在「上市公開說明書」當中，故要考慮的問題主要有三。1.上市公開說明書是否能適用證交法第32條之公開說明書責任？2.該不實之財務報告是否屬於「公開說明書之主要內容」，而有第32條之適用？3.若該財務報告不屬於公開說明書之主要內容，是否可以回頭用同法第20條第2項與第20條之1？第一，同學務必要注意第32條所規定之公開說明書只包含第31條之「募集公開說明書」，本題屬於第30條第3項之「上市公開說明書」實務與學說認為應類推第32條而非直接適用，考試論述上應予注意。第二，假使該公開說明書得以類推適用第32條，則該不實之財報是否屬於「公開說明書之主要內容」應借鏡美國實務之TSC案標準視該不實資訊是否足以影響合理投資人之交易判斷而定。為了縝密考量，本文建議同學以「退一步言」之方式，假設該不實資訊並非公開說明書之主要內容而討論可否適用財報不實之規定，此即第三個問題所要討論者。第三，財務報告雖然附在公開說明書裡，但仍不失其為財務業務文件之本質，故論述上應認為即便無第32條之適用，投資人仍得依照第20條第2項與20條之1請求賠償。但請注意，第32條之請求對向與第20條之1有所不同，且前者有連帶之規定，而後者之會計師為一般過失責任而非推定過失責任，若適用不同之法條處理本案，各被告及所負責任亦會不同，應予注意。

## 三、證券交易法第26條之3董事會組成合法性問題：台灣大學公司法與證券交易法第二題

今年台大經濟法組考了證交法第26條之3第3項的董事會組成合法性的問題。證交法第26條之3第3項的方式就是把題目提到有關係的人都做上記號，最後看「沒有記號」的人數是否有過董事會半數。如台大的題目，董事有甲乙丙丁戊己庚七人，乙為甲之胞兄，丙為甲之配偶，丁為甲之父親，就依題目提到的順序在甲、乙、丙、丁四人做上記號，這就是有第26條之3第三項「配偶或二親等以內親屬關係」的人，沒有記號的人只剩戊己庚，未超過董事會之半數故董事會組成並非合法。法律效果要依同條第6項準用第5項，得票數最低之董事當然解任。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

#### 四、內線交易「因犯罪所獲取之財物或財產上利益」之計算方式：政治大學第二題、台北大學第三題

以往考內線交易，大多是考民事損害賠償應如何計算，但今年政大、北大兩校法研所卻著重在刑事「因犯罪所獲取之財物或財產上利益」之計算方式，故國考前務必要將該主題釐清。以往證交法第 171 條第 2 項乃規範犯罪所得，但 104 年 1 月 31 日配合刑法沒收新制之修法，避免與刑法第 38 條之定義混淆，遂將證交法之用詞修正為「因犯罪所獲取之財物或財產上利益」，同學用字遣詞應配合新法。證交法第 171 條第 2 項並無明文如何計算因犯罪所獲取之財物或財產上利益，學說、實務上有實際所得法、擬制所得法與關聯所得法三種計算方法。

- (一)實際所得法：以行為人實際買入、賣出股價時點、金額及股數，實際計算行為人之因犯罪所獲取之財物或財產上利益。
- (二)擬制所得法：市場合理基準之交易價格乘以買進股數。市場合理基準交易價格同民事賠償計算方法（第 157 條之 1 第 3 項），以重大消息公開後 10 日收盤均價計算。
- (三)關聯所得法：需區別與該內線消息有關之因素分別加以計算，排除與內線交易無關之影響股價之因素。雖較前兩者更加精準，惟實務操作上難以運用。

過往實務處理內線交易罪之犯罪所得數額多採差額說認為應扣除犯罪成本，但於刑法沒收新制施行後，就內線交易罪應沒收之犯罪所得應如何計算，最高法院 106 年度台上字第 1009 號刑事判決明確採取總額說不扣除犯罪成本。今後之見解如何演變同學需隨時注意。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！