

公司法第173條之1大同條款之 實務上運作問題

陳威駿*

李巧妮**

我國於2018年大幅修正公司法，以創造友善之創業環境，並達到強化公司治理、保障股東權益之目的，惟此次修法產生許多爭議，例如公司法第173條之1即俗稱之「大同條款」，於草案時即引發討論，學者、公司與政府間對於該條是否應適用於我國即眾說紛紜，於三讀通過並公布後，仍存有許多實務上如何運作之問題，以下討論之。

壹、「大同條款」修法背景

我國於2018年新增公司法第173條之1：「繼續三個月以上持有已發行股份總數過半數股份之股東，得自行召集股東臨時會（第1項）。前項股東持股期間及持股數之計算，以第一百六十五條第二項或第三項停止股票過戶時之持股為準（第2項）。」，立法理由係認為當股東持有公司已發行股份總數過半數股份時，其對公司之經營及股東會已有關鍵性之影響，倘其持股又達一定期間，賦予其有自行召集股東臨時會之權利，應屬合

理，爰明定繼續三個月以上持有已發行股份總數過半數股份之股東，可自行召集股東臨時會，毋庸先請求董事會召集或經主管機關許可，並於第2項明定股東持股期間及持股數之計算基準。

該條文修正生效前，倘若股東欲請求董事會召開股東臨時會，依原公司法第173條規定及最高法院94年度台上字第1821號民事判決意旨，須繼續一年以上持有已發行股份總數3%以上之股東始得請求，蓋其在本質上為股東權之共益權，其行使之目的，並非專為股東個人之利益，而係為防止公司不當經營，故行使該條提案權之股東，須受持有一定持股期間及比率之限制，並須報請主管機關許可始得行使之。然我國家族企業眾多，存在許多被少數股東壟斷公司經營權，導致公司經營不善，而股東卻無法召集股東臨時會以維權益之問題。

為解決上述問題，而修訂公司法第173條之1，該條亦俗稱為「大同條款」，蓋其修法背景係因大同公司數年前發生經營權爭奪之爭議時，公司派否決市場派提名之董事候選

* 本文作者係執業律師

** 本文作者係執業律師

人¹，而市場派股東要求召開股東臨時會、全面改選董事時，公司派亦發布重大訊息公告，表示經董事會討論決議後，應無召集股東臨時會之正當事由，亦無召集之急迫性與必要性，而引發爭議，進而於2018年增訂公司法第173條之1，希望保障股東權益，並以外部監督方式選任新的經營團隊，以強化公司治理。惟該條文於實務運作上可能產生諸多疑義，而遭受多方批評，甚至有認為該條並無法達成其目的，反而會造成公司經營權不穩定之情況產生。

貳、實務上相關爭議

該條立法目的係為了促進公司治理並保障股東權益，其立意雖良善，惟因該條制定時並無相關配套措施，而產生許多適用上之疑義，經濟部並表示不再另外訂定執行細節，而係依經濟部於2018年7月31日召開之公司法修正疑義研商會議結果²辦理，有許多論者即認為該條文之制定賦予市場派投資人過大之權利，可能會導致公司經營不穩定之情況發生，本文謹就此次修法將遇到之問題及相關處理方式提出討論如下：

一、限制外資保管銀行不能分拆出任召集人

根據金融監督管理委員會（下稱金管會）資料，至2019年1月止，外資持股市值比重高達38.26%³，則外資是否得適用公司法第173條之1？如得適用，是否會有適用上的問題？目前金管會認為因外資係透過外資券商專戶來台投資，實難以區分最終受益人及確認持股是否達三個月以上，故傾向「外資不得分割出任股東臨時會的召集人」，而必須以全戶計算⁴。然如此一來，只有在外資專戶全戶都符合持有該公司股票逾三個月，且全戶都願意出任召集人時，始有計入持股數之可能。

雖有認為保管銀行在實務運作上會有其困難存在，因上市櫃公司股票流動性高，進出交易頻繁，在認定上須區分二階段：第一階段是申請公告召開臨時股東會時要先認定是否符合門檻；第二階段是停止過戶日後，須再確認一次是否持股滿三個月。外資保管銀行若要分拆，股代認為實務上運作有困難，因此有認為不應分拆⁵，且有認為公司法第173條之1僅規定「持股繼續三個月以上」，如中間有股票進出，將難以認定繼續三個月

註1：月旦法學教室編輯部，〈大同經營權爭奪戰——你提你的，我選我的〉，《月旦法學教室》，第176期，2017年6月，頁129-131。

註2：經濟部商業司全國商工行政服務入口網，1070731公司法修正疑義研商會議紀錄-§173-1(1070820)，
<https://gcis.nat.gov.tw/mainNew/subclassNAction.do?method=getFile&pk=906>。

註3：金融監督管理委員會證券期貨局，一般經營概況及效益指標，
<https://www.sfb.gov.tw/ch/home.jsp?id=112&parentpath=0,4,109>。

註4：工商時報，「大同條款外資爭議 顧立雄：專戶都要滿3個月」，
<https://m.ctee.com.tw/focus/cjzc/200874>，2018年10月。

註5：工商時報，「外資不能分拆 公司法173-1將成虛文」，
<https://www.chinatimes.com/newspapers/20181019000373-260205>，2018年10月。

以上之要件，又目前僅規定不得分拆，如保管銀行能取得一致性的意見，仍然可以出任召集人，並不致過於侵害股東之權益，且現行公司法僅有授權得以分拆「表決權」，是否有授權得以分拆「出任召集人之權利」似有疑義。

然而，如要求外資保管銀行須整合所有外資股東意見，才能夠出任召集人，顯然與現實狀況不符，因持股數較低之國外投資人利害關係較小，通常不會回應保管銀行之意見徵詢，倘若僅一位持股數低之投資人表示反對或不予回應，整個外資保管銀行之股東皆無法出任召集人，將無法保障到股東權益，更不符合股東行動主義。而我國外資持股市值比重高達38.26%，如外資保管銀行不能夠分拆出任召集人，將使公司法第173條之1形同虛設。

金管會曾表示如外資專戶全戶持有該股票皆逾三個月，可研議是否要放寬讓部分人出任召集人，以避免其他人不願意出任召集人，導致全戶無法出任召集人之情況⁶，但此放寬方式仍然不符合現實狀況，本文認為：應讓外資得以分割出任召集人，始符合股東行動主義，以鼓勵股東參與公司經營。且先前修正公司法第181條第3項允許公開發行公司之股東係為他人持有股份時，股東得主張分別行使表決權，亦即可分割帳戶投票，其立法目的即係為鼓勵外資參與上市櫃公司之股東會，既然此為我國之立法政策趨勢，則無理由限制外資保管銀行不得分拆，且同為

股東權之行使，為何區分「表決權」可分割行使，「召集權」卻不能分割行使，顯有矛盾。

二、保險業不能涉入股東臨時會，而無法出任召集人

依保險法第146條之1第3項規定，保險業投資股票，不得擔任被投資公司董事、監察人、不得行使對被投資公司董事、監察人選舉之表決權、不得獲聘為被投資公司經理人及不得與第三人以信託、委任或其他契約約定或以協議、授權或其他方法參與對被投資公司之經營等，其規範意旨係因保險業投資公司股票行使股東權利時，須以保戶最大利益為出發點，切實遵守保險法第146條之1第3項及第146條之9規定，完成評估程序及內部報告程序，不得有股權交換或利益輸送之情事，以維護保戶權益（參照金管會（98）金管保一字第09802503910號令），且保險業之投資須以短期投資為原則，不得取得被投資公司之經營權或介入被投資公司之經營⁷，又主管機關認為，若保險業藉由大量持有特定公開發行公司之股票及其他經主管機關核准購買之具有股權性質有價證券，或因被投資公司資本龐大且股東股權分散，致保險業持有被投資公司具股權性質商品之股權比例雖不高，卻可能成為被投資公司之前幾大股東，對被投資公司具有相當程度之影響力，如於董監事改選時，透過行使表決權而有介入經營權之作為，可能產生潛在利益衝突或

註6：工商時報，同註4。

註7：王志誠，《現代金融法》，新學林出版社，2017年修訂3版，頁635。

增加系統性風險，而影響公司經營決策及金融秩序之穩定。

倘若保險業得擔任被投資公司股東臨時會之召集權人，而使股東臨時會得召開並改選董監事，保險業雖依法未行使董監事選舉議案之表決權，仍將因保險業之參與召集，間接成就董監事之改選，致生保險業有介入被投資公司經營權而有違背保險法第146條之1第3項立法意旨之疑慮，故金管會以金管保財字第10704504271號函釋表示：保險業不得參與擔任被投資公司具董事、監察人選舉議案之股東臨時會召集權人，應值贊同，因保險業之投資基金來自於保戶，如讓保險業得涉入被投資公司之經營，可能會產生利益衝突，也無法為每位保戶達到最大利益，又保險法第146條之1第3項亦明文規定不得以「其他方法」參與被投資公司之經營，故不應讓保險業得行使公司法第173條之1召集股東臨時會之權利。

三、股東持股採融資買進，其股份認定方式

融資買進為股票市場中之一種交易方式，至於持股有融資買進者，其股份數應如何計算，經濟部於2018年7月31日召開公司法修正疑義研商會議⁸，即有針對該問題做討論，其表示融資買進持股之認定，以停止過戶日之持有數額，依證交所及櫃買中心規定之「臨時股東會計算融資人過戶股數作業要點」打折計算後之融資買進股數，再與普通

股數餘額合併計算，如符合公司法第173條之1規定之持股條件者，始能召集股東臨時會，主管機關認為如融資打折後未達門檻，則無召集權。

四、由股東委任公司之股務單位或自行委任股務代理機構以認定持股是否達標準

依經濟部於2018年7月31日召開之公司法修正疑義研商會議⁹，股東依公司法第173條之1召集股東臨時會者，應委任公司之股務單位或自行委任股務代理機構辦理相關事宜，並須完成召集股東臨時會之公告申報程序，因股務代理機構皆為金管會核准成立，股東可提出證券存摺或集保公司出具之餘額證明予公司股務單位或股務代理機構，以開立持股證明，並送證交所或櫃買中心審核。審核通過後，股東於股東臨時會停止過戶日時，須再次檢附公司股務單位或股務代理機構開立符合公司法第173條之1規定之持股條件證明予公司、證交所或櫃買中心（原受理單位），公司股務單位或自行委任股務代理機構應再次確認股東是否符合公司法第173條之1規定之持股條件，如發現有不符之情事時，應立即通知公司、證交所或櫃買中心，以停止股東臨時會之進行。

五、公司法第173條之1與證券交易法第43條之5第4項牴觸

證券交易法第43條之5第4項規定：「公開

註8：經濟部商業司全國商工行政服務入口網，同註2。

註9：經濟部商業司全國商工行政服務入口網，同註2。

收購人與其關係人於公開收購後，所持有被收購公司已發行股份總數超過該公司已發行股份總數百分之五十者，得以書面記明提議事項及理由，請求董事會召集股東臨時會，不受公司法第一百七十三條第一項規定之限制。」，故即使公開收購人與其關係人持有已發行股份總數過半數，欲請求董事會召集股東臨時會，仍應以書面記明提議事項及理由，但可排除持股繼續一年以上之規定。然而，如未規定得排除公司法第173條之1規定，則衍生究應適用公司法（普通法）抑或證券交易法（特別法）之疑義，殊值進一步研析。

換言之，於符合「公開收購」及「收購股數過半」之情形，究應適用公司法第173條之1規定抑或證券交易法第43條之5規定？論者有謂我國多為中小企業，因資本額不大極容易被惡意併購，一旦被併購，中小企業所擁有之專利及技術將會被買走¹⁰，對我國具競爭力之產業影響極大。但另有謂持股數多之股東權益更應加以保障，無收購後不得召集股東臨時會之理。因此，在公開收購之情形，究竟應如何處理才能兼顧投資人股東權之保障及國內企業經營權之保護？目前金管會及經濟部較趨向採取「擇一適用」，由公開收購人選擇適用之法律，金管會也表示為避免適用疑義，有意刪除證券交易法之規定，而以公司法第173條之1為準¹¹，可望解

決上述爭議，以免實務操作時無所適從，值得肯定。

六、未針對召集臨時股東會之時間與次數作限制

公司法第173條之1並未就繼續三個月以上持有已發行股份總數過半數股份之股東自行召集股東臨時會之時間與次數作限制，是否有可能產生股東為爭奪經營權而濫用股東臨時會召集權之情形發生？依公司法第171條：「股東會除本法另有規定外，由董事會召集之。」原則上股東會仍由董事會召集，僅於例外情況例如董事會不為召集或不能召集時，始賦予股東請求召集或自行召集之權，故若未對公司法第173條之1召集股東臨時會之時間及次數作適當限制，將可能導致股東濫用該權利，影響公司經營穩定性，惟如要作限制，其限制範圍及內容為何，則有待討論。

七、公司法第173條之1「已發行股份總數」之計算方式

因公司法第180條第1項規定無表決權股東之股份數，不算入已發行股份總數，則公司法第173條之1已發行股份總數之計算方式為何？是否比照公司法第180條第1項之規定辦理？

註10：自由財經，大同條款入證交法》學者憂：台廠關鍵技術難保，
<https://ec.ltn.com.tw/article/paper/1216230>，2018年7月。

註11：金融監督管理委員會，配合立法院三讀通過公司法修正條文，金管會預告修正證券交易法相關規定，
https://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=96&parentpath=0,2&mcustomize=news_view.jsp&dataserno=201807310004&aplistdn=ou=news,ou=multisite,ou=chinese,ou=ap_root,o=fsc,c=tw&dttable=News，2018年7月。

對此，經濟部表示公司法第173條之1第1項係賦予股東召集股東臨時會有關召集權之規定，而公司法第180條第1項則係股東會召開時有關股東表決權之規定，召集權與表決權係屬二事，性質上並不相同，先前經濟部即於95年2月8日以經商字第09502402920號函釋針對不同股東權利是否應以相同方式辦理作討論：「公司法第172條之1第1項及第192條之1第3項規定：『持有已發行股份總數百分之一以上股份之股東，得以書面向公司…』，於計算『已發行股份總數百分之一』時，因屬提案權或提名權，不涉及股東會之議決，故無需扣除公司法第179條第2項各款無表決權之股份數。」本函釋即表示公司法條文應依其性質而作不同辦理，故針對公司法第173條之1，經濟部認為召集權與表決權性質不同，而不應適用公司法第180條第1項「對無表決權股東之股份數，不算入已發行股份總數」之規定，則即使股東無表決權，該股份數仍得列入自行召集股東臨時會之門檻數。

參、結論

此次新增公司法第173條之1，賦予股東得自行召集股東臨時會之權利，希望透過新增該條文達到強化公司治理並保障股東之目

的，避免經營權鞏固在不適任之經營團隊中，可能出現經營團隊為自身利益而忽視公司永續經營發展及股東權益之情形。

然而，該條於修訂時即引發各界反對聲浪，認為此規定將可能導致公司經營權不穩定，又我國多為中小企業，如過度放寬召集股東臨時會之要件、使市場派股東權利上漲，有可能導致資本額較小之公司極容易被易主，況且公司經營權穩定十分重要，如公司經營權不穩定，將導致公司在制度之推行、策略之長遠規劃上都會受到阻礙。

雖公司法第173條之1多受批評，但亦有認為經營權之爭奪應回歸市場機制¹²，如公司經營團隊受投資人肯定及信賴，經營權自會穩固，故公司經營階層如擔心經營權受爭奪，應提升內部實力、強化公司治理，或加強持股比例，則受到新修法不利影響之機率將下降。但我國新增之公司法第173條之1無論在要件認定上或實務運作上確實仍有許多疑慮，例如前述之外資保管銀行是否得分拆出任召集人、保險業能否出任召集人、融資買進之股份認定方式、認定持股是否達標準之方式、與證券交易法第43條之5第4項牴觸、是否要針對召集臨時股東會之時間與次數作限制以及已發行股份總數之計算方式等相關問題，仍有待主管機關訂定相關配套措施以解決。

註12：陳連順，〈大同條款與敵意併購〉，《月旦會計實務研究》，第8期，2018年8月，頁64。