

# 辯論賽題目分析

## ◎時序表

時間	事件內容	事實出處
2015.1.5	大平台公司於台灣證交所掛牌上市。	1
2018 年起	大平台公司與零售業者簽訂之商城服務合約皆約定：所有在大平台公司網路商城銷售商品的公司，若欲與大平台公司指定之競爭對手有業務往來，有事先告知義務，且大平台保留禁止此種行為之權利。	4
2018.11.13	陳大富正式同意由蝦米公司吸收合併叢林公司，由蝦米公司作為存續公司，並改名為叢林公司；且未來於適當時機，讓陳大富透過私募或其他方式再次入股。 王霞彌以每股 10 元（等同於其面額）之對價，先轉讓其持有之 5% 蝦米公司股權予陳大富，當場更改股東名冊，並即時依法完納稅捐。	10
2018.11.15	陳大富與王霞彌簽署意向書（附件 2）。	11
2018.11.17	林百萬知悉叢林公司與蝦米公司即將合併以及陳大富與王霞彌已簽署意向書。	12
2018.11.30	大法官釋字第 770 號解釋作成。	
2018.12.2	大平台公司發信通知所有在大平台公司網路商城銷售商品的商家，如欲與蝦米公司及叢林公司等業務往來，均應謹慎訂定合作內容並善盡告知義務，避免違約，否則大平台公司將禁止該商家在其網路商城刊登/販售商品（附件 3）。在此之前，大平台公司從未援引商城服務合約第 10 條要求任何零售業者不得與特定競爭對手公司有商業往來。	12、4
2018.12.3	叢林公司及蝦米公司的客戶開始拒絕締約或要求解約。	附件 4
2018.12.4	林百萬以公司股東的身分分別致電陳大富及王霞彌，要求其於股東會開會日前合理期間主動向所有股東公開兩人私下簽署意向書以及與本案間之利害關係，兩人不約而同均予拒絕。	13
2019.1.5	叢林公司與蝦米公司之董事會，各自通過併購決議。	17
2019.2.1	叢林公司與蝦米公司分別發出股東臨時會召集通知。	17
2019.2.27	叢林公司與蝦米公司各自於該日上午及下午召開股東會。	17

2019.3.4	林百萬代表大平台公司，以叢林公司為相對人提起訴訟，先位主張依公司法第 191 條及大法官釋字第 770 號解釋之意旨，請求法院確認叢林公司 2019 年 2 月 27 日之股東會決議因不具任何公益目的，應構成違法剝奪小股東之財產權而無效；備位主張依公司法第 189 條及大法官釋字第 770 號解釋之意旨，請求法院撤銷叢林公司 2019 年 2 月 27 日之股東會決議。	23
----------	--	----

(1) 就股東會決議之先位聲明部分，原告主張系爭現金逐出合併不具任何公益目的，依釋字第 770 號解釋，係違憲剝奪小股東之財產權，爰依公司法第 191 條，請求確認叢林公司 2019 年 2 月 27 日之股東會決議無效，是否有理由？

原告可主張之論點：

一、現金逐出合併應以「具公益目的」為要件，且本件併購不符合具公益目的之要件。

(一) 按大法官釋字第 770 號解釋理由書明揭：「憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保人民依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害。公司股份本身具有一定之財產價值；於公司營業獲益時，股東有機會參與股息與紅利之分派；且持有普通股之股東亦有參與表決以間接參與公司經營與治理之權；於公司解散時，股東另有賸餘財產分配之權（公司法第 232 條第 1 項、第 179 條及第 330 條參照）。是人民所持有之公司股份，亦受憲法第 15 條財產權之保障。

次按合併為企業尋求發展及促進經營效率之正當方式之一，立法者就此，原則上有相當之立法裁量權限，使企業得以在維護未贊同合併股東之權益下，進行自主合併。惟倘企業合併之內容對未贊同合併股東之權益影響甚大，諸如以強制購買股份之方式使未贊同合併股東喪失股權，或使系爭規定二所示之股東及董事，就其他參加合併公司之合併事項為決議時，得行使表決權，基於權衡對未贊同合併股東之周全保障，及企業尋求發展與促進效率等考量，立法者至少應使未贊同合併股東及時獲取有利害關係之股東及董事有關其利害關係之資訊，以及就股份對價公平性之確保，設置有效之權利救濟機制，始符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

依企業併購法第 4 條第 3 款所定，在股份有限公司合併時，存續或新設公司支付予消滅公司股東之對價，不以其本身發行之股份為限，尚得包括現金。是系爭規定一許贊同合併之股東違反未贊同合併股東之意願，以現金作為對價強制購買其股份（下稱現金逐出合併）之部分，將剝奪未贊同合併股東之股權。又依系爭規定二所定，涉及股份有限公司之合併時，公司法有關利益迴避之下列規定將被排除適用……」

由前開解釋理由書可知，在股份有限公司合併時，對於未贊同合併股東之權益影響甚大，應給予周全之保障，使其獲得足夠之資訊並確保有權利救濟之機制，始符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

(二) 現金逐出合併，是以強制手段讓多數股東在違反少數股東之意願下取得其股權。考量到少數股東之財產權將遭剝奪，公司之合併案自應符合剝奪人民財產之要件，方屬妥適。就此，湯德宗大法官於釋字第 770 號解釋部分協同意見書中表示，凡剝奪人民對於財產的和平享有，須係「基於公益之目的」，並以「迅速、適當且有效之補償」為前提，這是財產權保障的不變鐵則，在司法院釋字第

400 號解釋、釋字第 440 號解釋、國際人權公約中，均已闡明此對財產權保障的普遍理解<sup>1</sup>。準此，依照過去大法官所為之解釋以及解釋理由書、意見書，可知剝奪人民對於財產的和平享有，須係「基於公益之目的」，因此少數股東之財產權益應依此原則保護之。

(三) 被告或許會主張，過去大法官釋字討論的「土地徵收」與「現金逐出合併」性質不同，一為國家侵害人民財產權，一為私人侵害人民財產權。然，公司股份具有一定之財產價值，剝奪股份自須遵守上述財產權保障之鐵則。且立法者係透過企業併購法允許現金逐出合併，「立法」亦是公權力行使的一種，對於不贊同合併而被強制逐出的股東而言，是國家授予私人徵收他人財產的權力<sup>2</sup>。

(四) 至大法官意見書，雖非解釋文之內容而無直接拘束力，惟仍有補充解釋文內涵及參考之價值，此觀智慧財產法院 106 年行專訴字第 57 號行政判決謂：「查被告未經立法程序自行作成之系爭行政釋示，依行政程序法第 159 條第 1 項、第 2 項第 2 款係屬行政規則之地位。因此，由被告依該行政規則作成之行政處分，依大法官解釋第 137 號及大法官解釋第 705 號林錫堯大法官不同意見書之規範，並不當然合法。」即可明瞭。

(五) 次按許志雄大法官亦於釋字第 770 號解釋協同意見書中表示，得為徵收客體者，本不以土地為限，凡是具有財產價值者，理論上都有徵收可能，故現金逐出合併宜參照土地徵收法理。但許大法官認為，私有財產權的限制並非皆須考量「公共性」，在財產權與人格自律相關聯，係作為具有「使用價值」的財產時，需考量公共性；若僅作為「交換價值」的財產，就不需考量<sup>3</sup>。依許大法官的觀點，遭逐出股東之股份是否具有「使用價值」，即是本案現金逐出合併是否需具備公益性的關鍵。

(六) 本件中，被逐出之股東並非小股東，股份對其而言有「使用價值」，故本案應考量公益性。

釋字第 770 號解釋之原因案件聲請人，其股權僅占該公司 0.01%<sup>4</sup>，惟本件中，原告公司於被告公司持股比例高達 25%。我國雖無明確法規或法院判決規範何謂公司大、小股東，但從證券交易法或比較法之觀點而言，大平台公司絕非叢林公司之小股東。

從證券交易法第 22 條之 2、第 25 條、第 43 條之 1、第 157 條等規定可知，在證券交易法上持股 10% 者就是要被嚴密規範的大股東<sup>5</sup>；而參照其餘國家現金逐出合併之啟動門檻：德國為持股 95% 之控制股東，英國為 90% 以上之股東，

<sup>1</sup>湯德宗大法官，釋字第 770 號解釋部分協同意見書，第 2、3 頁。

<sup>2</sup>湯德宗大法官，釋字第 770 號解釋部分協同意見書，第 3、4 頁。

<sup>3</sup>許志雄大法官，釋字第 770 號解釋部分協同意見書，第 5、6 頁。

<sup>4</sup>陳碧玉大法官，釋字第 770 號部分協同部分不同意見書，第 4 頁。

<sup>5</sup>黃虹霞大法官，釋字第 770 號部分不同意見書，第 6 頁。

其他歐盟國家皆為 90%，韓國則是 95%<sup>6</sup>，顯見各國多認持股 10% 以上之股東已非小股東，現金逐出持股 10% 以上之股東並沒有正當性。

從而，小股東的持股是否僅有「交換價值」，而無「使用價值」，已有疑問。況本案中，大平台公司持有叢林公司 25% 的股份（附件 5），持股比例僅次於叢林公司董事長陳大富，對大平台公司而言，叢林公司之股份絕非僅有「交換價值」，更有得實質經營叢林公司的「使用價值」。依照許大法官的觀點，「具備公益性」即是本案的合法要件之一。

另外，叢林公司為非公發公司，股東欲轉讓股份較為不易，股東組成之變化幅度不若公開發行公司，不論持股比例多寡，股份之「交換價值」不應被過度放大，「使用價值」之財產權保障才是本案的核心。

值得附帶一提者，相較於上述各國實務，我國啟動企業併購的門檻已經非常低。依照企業併購法第 18 條第 1 項，股東會對於公司合併之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席，以出席股東表決權過半數之同意行之，換句話說，只要掌握三分之一的股權，配合外部股東即可以通過以現金逐出之方式進行合併<sup>7</sup>。原告主張，在目前現金逐出合併的通過門檻極低的情形下，其餘合法要件即應從嚴解釋。「基於公益目的」既是剝奪人民財產權的不變鐵則，在類似第三人徵收的現金逐出合併中，絕不容被忽視。

- (七) 羅昌發大法官雖認為，現金逐出合併與國家徵收私人財產有本質上差異而無法完全類比，其亦認同現金逐出合併之制度設計目的「既非僅在有利於個別之多數股東，而係在提升國內股份有限公司之整體競爭力及國家整體之經濟發展，其公益目的尚屬明顯而重要……」法律以違反意願的作法，將私人財產移轉於另一私人所有，更應謹慎為之。「倘若現金逐出合併個案之合理性容有疑義，或其目的主要係有利於大股東，而非為公司最大利益，其合併之必要性自有可質疑之處。<sup>8</sup>」

由羅大法官之協同意見書可知，現金逐出合併案必須於符合公司最大利益之情形下，始有可能符合「提升國內股份有限公司之整體競爭力及國家整體之經濟發展」的公益目的。

- (八) 根據我國公司法及企業併購法之實務及學說見解，董事於進行併購決議時，就「符合公司最大利益」之要求，並不以大股東及股東之最大利益為唯一依歸：

企業併購法第 5 條第 1 項於 2015 年 7 月 8 日修正以前，原規定：「公司法依本

---

<sup>6</sup> 黃瑞明大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 3、4 頁；黃虹霞大法官，釋字第 770 號解釋部分不同意見書，第 4、6 頁。

<sup>7</sup> 黃瑞明大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 3 頁。

<sup>8</sup> 羅昌發大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 7、8 頁。

法為決議時，董事會應為全體股東之最大利益行之，並應以善良管理人之注意，處理併購事宜」，此規定似尚帶有股東利益優先之色彩。然至 2015 年 7 月 8 日企業併購法修正之後，此規定修正為「公司進行併購時，董事會應為公司之最大利益行之。」依據本法，董事會於併購決議時不得無視於其他利害關係人之利益而僅慮及股東之利益。論者認此修法可詮釋為，立法者對於企業併購股東利益優先論之立場做修正，實質上向企業社會責任論傾斜<sup>9</sup>。

於企業併購時，公司股東、員工及利害關係人之間可能存在利害對立、衝突。例如涉及股東利益之換股比例、併購後公司員工是否留任之生計問題、公司向來建立之傳統延續等。唯有考量並調和此等對立、衝突，始能使併購程序順利進行，以發揮企業經營效率並提升公司整體價值。故「實難認董事會於企業併購之決策時，得無視於其他利害關係人之利益而僅慮及股東之利益。」此有臺灣高等法院 96 年度重上字第 145 號民事判決可參。

又根據國內學者見解，公司法上董事於執行職務時（不限於企業併購決議），有為公司謀求最大利益的義務。而所謂公司最大利益，不限於短期近利，例如單筆業務之盈虧，甚至當年度的公司損益及股東利益；而應包含公司整體營運之利害、中長期之發展，以及員工與利害關係人的福祉。雖公司之短期利益遭到犧牲，但係為提升企業聲譽及長遠發展者，仍屬公司最大利益之範疇<sup>10</sup>。

由上可知，董事於進行併購決策時，並非以「大股東及股東之最大利益」作為「符合公司最大利益」之當然解釋。

- (九) 本件中，蝦米公司與叢林公司之併購案絕不符合叢林公司之最大利益，遑論符合「提升國內股份有限公司之整體競爭力及國家整體之經濟發展」之公益目的。

依據本件事實 6、事實 9、以及事實 10，王霞彌與陳大富二人，於磋商本件併購案時，兩人均只著眼於一時之市占率提升，絲毫未從中長期發展之經營觀點，考量併購是否符合公司之最大利益，此觀事實中對於蝦米公司之描述即可明瞭。蓋由事實 9 與事實 14 可知，蝦米公司於業界風評極差，因體質不健全且缺乏誠信，屢遭主管機關裁罰，且侵權、違約等訴訟纏身；其不只長於以不正當之手段搶奪客戶、欺壓供應商，更於經營上對員工極為苛刻，在先前併購案中，已有於極短時間內大量裁撤公司員工之不良紀錄。今叢林公司股東遭逐出，並非為叢林公司之最佳利益，僅係董事長陳大富與王霞彌為達成其自身商業目的而為之安排，顯無助於公益，與企併法容許現金逐出合併之目的背道而馳，違背釋字第 770 號解釋之意旨。

---

<sup>9</sup> 賴英照，股市遊戲規則：最新證券交易法解析，頁 156，2017 年 9 月。

<sup>10</sup> 賴英照，股市遊戲規則：最新證券交易法解析，頁 154，2017 年 9 月。

二、本件現金逐出合併既違背釋字第 770 號解釋之意旨，依公司法第 191 條，該股東會決議應為無效。

- (一) 按公司法第 191 條：「股東會決議之內容，違反法令或章程者無效。」
- (二) 現行司法院大法官審理案件法及其施行細則無明文規定大法官解釋之效力。依大法官釋字第 185 號解釋文：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。」
- (三) 次按最高法院 105 年度台再字第 8 號民事判決表示：「按民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所謂適用法規顯有錯誤，係指確定判決所適用之法規，顯然不合於法律規定，或與司法院現尚有效及大法官會議之解釋，或本院尚有效之判例顯然違反，或消極的不適用法規，顯然影響判決者而言。」可知，違反大法官會議解釋屬適用法規錯誤，可作為民事訴訟之再審事由。臺北高等行政法院 95 年度再字第 42 號判決亦同此旨。
- (四) 再按臺灣高等法院高雄分院 103 年度上易字第 107 號判決：「按司法院大法官會議乃依憲法第 78 條、第 79 條規定所成立，為有權解釋憲法並統一解釋法律及命令之國家基本組織，其所為解釋之性質，原具有憲法或法律之位階，為法官獨立審判所應依循之規範」可知，大法官會議解釋具有法令之效力。
- (五) 由上述實務見解可知，目前雖尚未有股東會因違反大法官解釋而依公司法第 191 條被認定為無效之案例，但違反大法官會議解釋，應屬違背法令。是故，本件現金逐出合併既違背釋字第 770 號解釋之意旨，依公司法第 191 條，該股東會決議應為無效。

### 被告可主張之論點：

#### 一、釋字第 770 號解釋並不適用於本案：

- (一) 企業併購法於民國 104 年 7 月 8 日修正公布，並於民國 105 年 1 月 8 日施行。釋字第 770 號解釋係以修正前之企業併購法為解釋標的。於解釋理由書最後一段，大法官僅言：「現行企併法……未臻妥適，併此指明。」解釋標的既非現行法，大法官附帶提及對現行法的看法，為不具拘束力的見解。
- (二) 羅昌發大法官也於協同意見書中表示，民國 104 年 7 月 8 日修正公布後之企業併購法並非本案審查之客體，故在理由書末段，僅以「併此指明」之方式，促使立法者檢討，未將新法與舊法同時納入審查，為該號解釋特殊之處。大法官係有意避免對現行企業併購法進行審查，因為如果審查現行法後一併宣告違憲

(不論是宣告「定期失效」或「立即失效」)，將對正在進行或即將進行的企業併購，產生寒蟬效應，並對經濟產生重大衝擊<sup>11</sup>。

(三) 有學者認為，解釋文所謂「未臻妥適，併此指明」，性質上接近李震山大法官於釋字第 637 號解釋部分協同意見書中曾提及過的「警告性解釋」。所謂「警告性解釋」，即是大法官解釋常見的「法規與憲法尚無牴觸」，但「應檢討修正」、「應檢討改進」等用語，這和德國法上所謂警告性裁示相似，也就是就受警告的部分，立法者在解釋公布後，有「修補」的義務。因此，於釋字第 770 號解釋公布後，立法者修法前，依現行企業併購法進行的現金逐出合併，應被認為合法<sup>12</sup>。

(四) 本件系爭股東會既於 2019 年 2 月 27 日召開，自應適用現行企業併購法，釋字第 770 號解釋之內容並不適用。被告欲進一步強調羅昌發大法官於協同意見書中的見解，在尚未修法前，法官應適用現行法律，不應以裁判造法，個案認定適用釋字的意旨，否則將會造成現階段或短期內即將進行的企業併購遭受突襲，承受極大的不利益。

二、縱認釋字第 770 號解釋適用於本案，現金逐出合併不以「具公益目的」為合法要件：

(一) 協同意見書乃個別大法官之個人意見，並無法律上拘束力。

1. 按最高行政法院 107 年度裁字第 1144 號裁定：「至協同意見書、部分協同部分不同意見書，乃個別大法官之個人意見，並無法律上拘束力，尚無從執上開協同意見書、部分協同部分不同意見書之內容，而為抗告人有利之判斷。抗告意旨執前詞，主張原裁定駁回其聲請，侵害其訴訟權及追求公正裁判之權利云云，即非可採。」最高行政法院 107 年度裁字第 141 號裁定、最高行政法院 108 年度裁字第 757 號裁定亦同此見解。
2. 查本件原告主張現金逐出合併不具任何公益目的云云。惟查，大法官釋字第 770 號解釋文及解釋理由書，從頭至尾均未提及現金逐出合併須以「具公益目的」為其合法要件。該要件僅為原告擷取該釋字協同意見書之內容，而擅自加諸於本件之要件，係增加法律所無之限制，當無可採。實則，依據前開實務見解，協同意見書乃個別大法官之個人意見，並無法律上拘束力，原告以該等協同意見書為據所提出之主張，均無理由。

(二) 原告主張係依據釋字第 770 號湯德宗大法官意見書<sup>13</sup>中所言，國家允許現金逐出合併，須係基於公益目的。惟，其所引用之財產權保障內涵係出於關於「土地徵收」之解釋（釋字第 400 號解釋、釋字第 440 號解釋），而比較現金逐出

<sup>11</sup> 羅昌發大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 10 頁。

<sup>12</sup> 楊岳平、李劍非，財經法與公法的交錯與對話——司法院釋字第 770 號解釋開啟的契機，第 80 期，月旦裁判時報，第 78 頁。

<sup>13</sup> 湯德宗大法官，釋字第 770 號解釋部分協同意見書，第 2-3 頁。



合併與國家徵收，二者有重大的本質上差異。第一，前者發動主體為國家，後者則為公司之多數股東。第二，從二者的目的來看，徵收制度是為了實現公用或公益目的所必要，進而使需用土地人取得土地；現金逐出合併應有公益性質（企併法立法理由表示，該法目標在於提升公司經營體質，強化公司競爭力），但在本件中係出於個別公司的利益考量，難謂有公益性質。第三，二者的客體並不相同。前者大多為土地，後者則為股票所表彰的財產權<sup>14</sup>。因此，雖企併法確實有提升國家整體企業競爭力的立法目的，但其並非，也不應被視為個別公司於併購時的合法要件之一。徵收所應符合的公益目的要件、嚴謹正當程序要件等，無法完全套用在現金逐出合併上。

(三) 從比較法的觀點來看，德國裁判實務與學說也認為，股份財產權是結合財產權與物權上的用益、處分權的一種特殊財產權。因此，對股份財產權的限制，並非德國基本法第 14 條第 3 項徵收與補償的個別法律限制，而是第 14 條第 1 項所謂抽象、一般對財產權的限制<sup>15</sup>。

(四) 另外，雖然許志雄大法官認為，凡是具有財產價值者，理論上都有徵收的可能。而所謂的現金逐出合併，和土地徵收中的利益第三人徵收相似，是國家藉由立法，以強制方式允許私人徵收他人財產，從而因此認為，審查本案是否合憲時，宜參照土地徵收的相關法理。但許大法官也提到，即便適用徵收法理，「公共性」也非考量合法性時的必要條件。蓋保障財產權，在現代憲法上的意義有二：一是人格自律發展的基礎，二是維持資本主義世界中所必要的私有財制度。而財產權所保障的內容也可分為兩種：交換價值與使用價值。徵收是否合憲的判斷，倘著重者係私有財制度保障，則僅需檢驗從市場價格來看，是否已完全補償被徵收人；惟若著重者在於人格權的保障，財產的物理性基礎、使用價值相形重要，則必須深入探究徵收是否具備公共性。

股份財產權對不同股東所具備的交換價值和使用價值並不相同。遭現金逐出的股東，多為少數股東，其應較重視股份的交換價值，而非使用價值。因此，判斷現金逐出合併規定是否合憲時，審查重點應在於其價格有無達到完全補償的要求，而非是否具有足夠的公益目的<sup>16</sup>。

本件原告或許會主張：大平台公司持有叢林公司股份 25%，並非少數股東。惟所謂「少數股東」之涵義，並不可僅從持股數視之。蓋股份財產權包含多重權利內涵，例如：經營支配權、財產權、自由轉讓權等。每位股東皆可能出於不

<sup>14</sup>羅昌發大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 4-5 頁。

<sup>15</sup>蔡明誠大法官，釋字第 770 號解釋部分協同意見書，第 5 頁。德國基本法第 14 條：「I 財產權及繼承權應予以保障，其內容及限制由法律規定之。II 財產權負有義務。財產權之行使，應同時為公共福祉。III 財產之徵收，僅為公共福祉，始准許之。徵收之執行，應依法律或法律授權規定始得為之，其應規定補償之種類及範圍。補償之決定，應公平衡量公共利益與關係人利益。補償範圍有爭議時，得向普通法院請求救濟。」

<sup>16</sup>許志雄大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 4-7 頁。

同動機而投資。對某些股東而言，資本不受長期拘束而能快速轉讓，是投資的一大吸引力，是否有實質經營權並非考量重點<sup>17</sup>。根據事實 1 與事實 2，林百萬係基於其與陳大富之交情而投資，並非基於欲掌握叢林公司經營方向的心態。因此，其重視者應為股份的交流價值，故若已給予其合理之現金對價作為補償，該現金逐出合併應屬合法。

- (五) 故被告得主張，即便 法院認為現金逐出合併和徵收性質相似，「具備公益目的」仍非本案的合法要件。

三、縱認現金逐出合併以「具備公益目的」為其合法要件，本件亦符合該要件。

- (一) 實則，所謂公益目的之內涵及具體操作標準為何，原告並未具體指出。經查，企併法中所謂的「公益目的」，依立法理由觀之，無非係指「提升國內股份有限公司整體的競爭力和國家整體的經濟發展。<sup>18</sup>」原告固援引羅昌發大法官釋字第 770 號解釋協同意見書，認為倘若現金逐出之操作係有利於大股東，而非為公司最大利益時，現金逐出合併之必要性有其可疑之處。惟根據事實 9，陳大富曾向王霞彌表示「叢林公司至今的發展有限，表現始終不若大平台公司耀眼，倘可以透過本次交易，使合併後的公司一舉超越大平台公司，或許不失為一個可行的方案。」又事實 10 有云，「惟因叢林公司企業形象優良，雙方同意合併後蝦米公司應改名為叢林公司，讓叢林公司的名號繼續壯大。」由此可知，叢林公司與蝦米公司之合併後公司之市占率可望超越大平台公司，且係以叢林公司之名號持續壯大，考量到叢林公司為營利事業，當難謂本案併購與叢林公司之最大利益有違。
- (二) 又根據事實 14，叢林公司之工會固以過去蝦米公司從事併購後裁員之事實，欲證明本案併購不存在綜效，然其並無任何證據證明蝦米公司於本件併購後有裁員之計畫，而係純然推測，自不可採。姑不論裁減叢林公司之員工倘影響營運效能，將與當初併購之原意在於提升叢林公司市占率之目的有違；設如叢林公司於併購前本即存在「冗員」（參事實 15），裁撤該等冗員以精簡叢林公司之營運成本，亦難謂有害於叢林公司之最佳利益，原告之主張實屬無據。
- (三) 況且，聲稱為叢林公司潛在債權人之人，於社群網路上對於本件併購案之片面指控，以及與叢林公司無甚相關之民間讀書同好會對於本案併購案之主觀好惡（參事實 16），並不足以作為本件併購案欠缺「公益性」之佐證。倘蝦米公司之經營與管理確有不健全、缺乏誠信或於業界風評極差，則蝦米公司當無法長年於網路商城市場占據市占率第二之寶座，且市占率仍「逐年緩步成長」，乃至於 2018 年平均每月單月營業額約為 13 億元新台幣。由此可見，叢林公司之董事會，係本於追求叢林公司之最佳利益，並在符合公益目的之要件下，作出併購之決策。

<sup>17</sup> 蔡明誠大法官，釋字第 770 號解釋部分協同意見書，第 3-4 頁。

<sup>18</sup> 羅昌發大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 4、7 頁。

(四) 故，被告主張，個別公司之經營理念、內部管理機制與勞工權益保障等等，皆不在企業併購法所謂「公益目的」的範疇內。蓋如容任原告援引不具法律拘束力的個別大法官協同意見書，即得以空泛之「公益目的」概念使本件併購案無效，日後於通案上，不僅會造成已耗費勞力、無力、時間、費用等成本所為之股東會決議，將可能因為不確定的因素，或內涵及定義空泛而曖昧不明的公益目的而被認定為無效或被撤銷，更將造成吾人得恣意執表彰個人意見之協同意見書，甚至與解釋意旨相違背之不同意見書之看法，來當作法律規範以對抗他造，顯有違反法律明確性與法律保留之疑慮，進而對於社會造成負面之經濟效果。原告之主張，斷不可採。

(五) 叢林公司和蝦米公司合併後晉升全台市占率最高的網路商城，係為台灣電商業創造良好的競爭環境，且能利用規模經濟、減少成本、提供更佳的服務，吸引更多國內外使用者，有助於電商產業之發展，符合企業併購法所要求的公益目的。

四、綜上，被告主張釋字第 770 號解釋並不適用於本案；縱使適用於本案，第 770 號解釋亦未揭示現金逐出合併以「具備公益目的」為其合法要件；縱以「具備公益目的」為合法要件，本案之現金逐出合併亦已合乎該要件。原告主張依據公司法第 191 條確認被告之股東會決議無效，顯無理由。

**(2) 就股東會決議之備位聲明部分，原告基於以下理由，依公司法第 189 條，請求法院撤銷叢林公司 2019 年 2 月 27 日之股東會決議，是否有理由？**

首應討論者，係原告於本件中是否已當場表示異議，而得訴請法院撤銷該股東會決議。以下析論之。

### 原告可主張之論點：

一、原告業已於系爭股東會中合法提出異議。

(一)被告或主張原告並未當場對股東會之召集程序或決議方法表示異議，故不得訴請法院撤銷系爭股東會決議云云。

(二)惟查，林百萬於股東會席間，早已數度逼問陳大富、王霞彌（事實 18），使其等揭露二人間有簽署意向書，以及二人計畫於適當時機讓陳大富對合併後公司（或其上層公司）認購而增加持股之事實，顯見林百萬早已於股東會上質疑本件併購案有利益衝突，且對叢林公司與蝦米公司均有應揭露而未揭露之事項提出異議，主張此為召集程序之違法。

(三)又依公司法第 178 條規定：「股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公

司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使表決權。」陳、王二人既有明顯之利益衝突，自應迴避表決，林百萬已於席間就此議題一再強調。且陳、王二人確已於決議時自動迴避，可見其等自知有利益衝突，且知所謂有利益衝突意味著不得行使表決權（事實 22）。既然陳、王本人都因有利益衝突不得行使表決權，則其所直接或間接持有之股份，或其代理其他股東行使之股份，當不得行使表決權，此為自然之理，否則形同架空表決權行使迴避之規範目的及前開法文之規範意旨。申言之，林百萬對於陳、王二人自身利害關係之質疑，即為對該二人行使表決權之質疑，以及該二人所控制或得控制行使表決權之質疑。本件中，無論係吳曉芬、趙萍萍或蝦米公司所持有之叢林公司股份表決權，實際上均係由王霞彌所控制，自不應參與表決。林百萬明確就此數度提出質疑，顯已就該等表決權不應參與表決卻仍為參與提出異議，主張此為決議方法之違法。

(四) 況依民法第 101 條第 1 項規定：「因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就。」林百萬本擬就「王霞彌自身持有之叢林公司股份、王霞彌利用吳曉芬與趙萍萍名義持有之叢林公司股份，與蝦米公司持有之叢林公司股份，合計 23%，應不得參與表決」一事提案、發言並表示意見，但遭陳大富以議事規則為由不當阻擋。惟林百萬之行為，其性質應為「臨時動議之提議」，而非叢林公司股東會議事規則第 11 條第 3 項前段之「就同一議案之發言」。林百萬既甫欲提起新議案，則議案根本尚未形成，林百萬並無可能就同一議案發言超過兩次，每次均超過五分鐘，故林百萬實無任何違反議事規則之處。因此，陳大富顯然係以不正當之行為（在林百萬事實上未違反議事規則之情況下不當阻擋其發言）阻擋原告透過提案之方式表達「異議」，應類推適用前述民法第 101 條第 1 項，視為「提出異議」之條件業已成就，林百萬已合法表示異議。倘不為此解釋，豈非容許公司以非法阻止股東發言之手段，剝奪股東表示異議之機會，且無論股東會程序有何等重大瑕疵，只要公司透過制止發言之手段（無論該制止為合法或非法），該股東都無法提起撤銷之訴，當屬嚴重侵害股東權利，顯不合理。

二、 未就大平台公司法務主管王聰明曾建議林百萬在股東會上表示異議一事，僅係針對「是否要求叢林公司收買林百萬所持有股份」而為之討論，而非針對「是否就系爭股東會決議之召集程序或決議方法違法為異議」所為之討論，因此與前開爭點並無關聯，併此指明。

### 被告可主張之論點：

一、 原告未曾於系爭股東會中提出任何異議，不容其於日後任意翻覆股東會決議。

- (一) 按最高法院 73 年度台上字第 595 號判例謂：「按依公司法第一百八十九條規定訴請法院撤銷股東會決議之股東，仍應受民法第五十六條第一項之限制。此綜觀公司法與民法關於股東得訴請法院撤銷股東會決議之規定，始終一致，除其提起撤銷之訴，所應遵守之法定期間不同外，其餘要件，應無何不同。若謂出席而對股東會召集程序或決議方法，原無異議之股東，事後得轉而主張召集程序或決議方法為違反法令或章程，而得訴請法院撤銷該決議，不啻許股東任意翻覆，影響公司之安定甚鉅。法律秩序，亦不容許任意干擾。」
- (二) 次按最高法院 75 年度台上字第 594 號判例亦謂：「股份有限公司之股東，依公司法第一百八十九條規定訴求撤銷股東會之決議，仍應受民法第五十六條第一項但書之限制，如已出席股東會而其對於股東會之召集程序或決議方法未當場表示異議者，則不得為之。」由上可知，如已出席之股東欲提起撤銷股東會之訴，應限於當場對股東會之召集程序或決議方法表示異議者，始得為之。
- (三) 惟查，本案林百萬於系爭股東會，並未就系爭合併案之召集程序或決議方法提出任何異議。儘管林百萬已多次發言，並有多次提出異議之機會，甚至大平台公司之法務主管王聰明曾提醒林百萬應提出異議，林百萬仍執意不為（事實 21），顯已不符前開實務見解所揭示之程序先決要件，而不得訴請法院撤銷系爭股東會決議。
- (四) 再按叢林股份有限公司股東會議事規則第 11 條第 3 項規定：「同一議案每一股東發言，非經主席之同意不得超過兩次，每次不得超過五分鐘，惟股東發言違反規定或超出議題範圍者，主席得制止其發言。」本件林百萬已就併購案發言數次，每次均超過五分鐘，則主席陳大富本有權依照議事規則制止其發言，以保障其他股東發言權益並維護股東會議程之順利進行，並無任何違法或不妥之處。
- (五) 林百萬於有數次表達異議之機會時，自行決定不於股東會發言時提出異議，而就召集程序或決議方法為質疑，則應認為其自行放棄並喪失提起撤銷股東會決議之訴之資格，此乃法律適用當然之結果。否則如容任股東不於當場表示意見，卻得於事後任意提起撤銷股東會決議之訴，豈非使已耗費大量人力、物力之股東會決議任意遭翻覆，從而嚴重影響法安定性？
- (六) 原告有主張林百萬先前已為異議者，尤為強詞奪理，蓋林百萬於股東會上數度提出質疑者，係針對意向書而為之，此係就系爭併購案之實質（經濟上、商業上）妥適性為討論。申言之，林百萬並非就系爭股東會之召集程序與決議方法是否合法提出質疑，與需當場就召集程序或決議方法表示異議者，方得請求法院撤銷股東會決議之「異議」程序要件，自不相同，不能混為一談。況且，林

百萬擬將「王霞彌自身持有之叢林公司股份、王霞彌利用吳曉芬與趙萍萍名義持有之叢林公司股份，與蝦米公司持有之叢林公司股份，合計 23%，應不得參與表決」以另一議案提出，即顯見林百萬認「併購案本身是否妥當」以及「決議方法是否適當」為不同的兩個議題，則縱認林百萬對前者之質疑已構成異議，亦不得因此認為林百萬已就後者亦已提出異議。

二、準此，原告於系爭股東會上未提出異議之情形下，擬於日後依公司法第 189 條規定主張系爭股東會之「召集程序」或「決議方法」違法而撤銷股東會決議，於法無據，不應准許。

A. 原告主張叢林公司未於股東會開會之一定合理期間前，告知全體股東渠等確實曾口頭約定在併購後於適當時機讓陳大富增加對蝦米公司（即合併後公司）之持股，股東會之召集程序、決議方法違反釋字第 770 號解釋，是否有理由？

#### 原告可主張之論點：

一、叢林公司股東會之召集程序、決議方法均應符合釋字第 770 號解釋之意旨。

(一)現行司法院大法官審理案件法及其施行細則雖無明文規定大法官解釋之效力，然大法官釋字第 185 號解釋文明揭司法院所為之解釋，有拘束全國機關及人民之效力，違反大法官會議解釋屬適用法規錯誤，可作為民事訴訟及行政訴訟之再審事由，業如前述。

(二)由此可知，各公司於召開股東會時，自應遵循釋字第 770 號解釋之意旨，否則當屬違背法令。

二、本件王霞彌與陳大富已違反釋字第 770 號解釋之及時揭露義務。

(一)依釋字第 770 號解釋以及企業併購法第 5 條第 3 項之意旨，公司進行併購時，公司董事應向董事會及股東會說明其自身利害關係之重要內容，且因現金作為對價之合併而喪失股權之股東，有及時獲取該重要內容之權利。

1. 按大法官釋字第 770 號解釋文：「為使因以現金作為對價之合併而喪失股權之股東，及時獲取合併對公司利弊影響暨有前揭企業併購法第 18 條第 5 項所列股東及董事有關利害關係之資訊……與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨相違。」同號解釋之理由書進一步解釋，「基於權衡對未贊同合併股東之周全保障，及企業尋求發展與促進效率等考量，立法者至少應使未贊同合併股東及時獲取有利害關係之股東及董事有關其利害關係之資訊。」而本號解釋之七份大法官意見書中，無論是有條件認同現金逐出合併制度合憲<sup>19</sup>，或是自始質疑現金逐出合併制度有違憲之虞<sup>20</sup>，均未質疑及時資訊

<sup>19</sup>湯德宗大法官，釋字第 770 號解釋部分協同意見書，第 2 頁；蔡明誠大法官，釋字第 770 號解釋部分協

揭露的必要性<sup>21</sup>。

2. 復按企業併購法第 5 條第 3 項規定：「公司進行併購時，公司董事應向董事會及股東會說明其自身利害關係之重要內容。」本條文之立法理由曰：「按公司董事在具有自身利害關係下所為之併購決議，雖未必有害於股東權益，但難免有公平性與合理性上之質疑。為健全公司治理，促使董事之行為更透明化以保護投資人之權益，爰參考美國德拉瓦州一般公司法第一百十四條之規定，要求具有自身利害關係之董事，應向董事會及股東會說明利害關係之重要內容；為避免董事可能透過併購案圖謀自己利益，或僅考量到併購公司之利益而危害目標公司之利益，藉由說明義務說明其同意與反對併購決議之理由，預先告知股東與其他利害關係人，供投資人謹慎評估投資之時機，俾保障股東權益。」
3. 相較於各國實務，我國啟動企業併購的門檻非常低。依照企業併購法第 18 條第 1 項，僅需掌握三分之一的股權，即可以現金逐出之方式進行合併。故在通過門檻要求極為寬鬆的情形下，其餘合法要件應從嚴解釋。若我國法不保障股東之及時獲取資訊權，在股東因資訊不足而難以結合力量的情形下，持股超過三分之一的「大股東」攫取其他三分之二的「多數小股東」之財產權，以達成排除異己之合併結果，將會層出不窮。是故，利害關係揭露之「及時性」必是現金逐出合併之合法要件。
4. 「及時性」之要件應適用公司法第 172 條第 5 項之規定。
  - (1) 依企業併購法第 2 條第 1 項，縱認企業併購法第 5 條第 3 項並未明文規定揭露利害關係的時限，仍應回歸適用公司法第 172 條第 5 項：「選任或解任董事、監察人、變更章程、減資、申請停止公開發行、董事競業許可、盈餘轉增資、公積轉增資、公司解散、合併、分割或第一百八十五條第一項各款之事項，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，不得以臨時動議提出；其主要內容得置於證券主管機關或公司指定之網站，並應將其網址載明於通知。」
  - (2) 依事實 17，該股東臨時會之召集通知雖於開會日之十日前即寄發，符合公司法第 172 條第 2 項規定，但召集通知中並未提及王霞彌與陳大

---

同意見書，第 6、7 頁；羅昌發大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 7、8 頁；許志雄大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 4 頁；黃瑞明大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 2、3 頁；陳碧玉大法官，釋字第 770 號部分協同部分不同意見書，第 6、7 頁。

<sup>20</sup>黃虹霞大法官，釋字第 770 號解釋部分不同意見書，第 2、3、5、6 頁。

<sup>21</sup>湯德宗大法官，釋字第 770 號解釋部分協同意見書，第 3 頁；蔡明誠大法官，釋字第 770 號解釋部分協同意見書，第 11、12 頁；羅昌發大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 1、2 頁；許志雄大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 7 頁；黃瑞明大法官，釋字第 770 號解釋協同意見書，第 1 頁。

富間之意向書，亦未提及兩人計畫於適當時機讓陳大富對合併後之存續公司認購而增加持股一事，顯已違背公司法第 172 條第 5 項之規定。

5. 由上可知，企業併購法下的利害關係說明義務，有兩層意涵或要件：其一，一切有可能產生公平性與合理性上之質疑者，即足以構成企業併購法所指之「自身利害關係」；其二，所謂利害關係說明義務，內容不僅只是「揭露利害關係」而已，更要「及時」揭露利害關係，否則即無法達成「供投資人審慎評估，保障股東權益」之立法目的。

(二)王霞彌與陳大富所簽訂之意向書具有法律上拘束力，屬於陳大富的「自身利害關係」，應於叢林公司股東會開會之一定合理期間前，向全體股東揭露。

1. 既釋字 770 號解釋以及企業併購法第 5 條第 3 項規定，公司進行併購時，公司董事應向董事會及股東會說明其自身利害關係之重要內容，則首需釐清者，係本件王霞彌與陳大富所簽訂之意向書，是否屬於陳大富的「自身利害關係」。
2. 釋字 770 號解釋固然未就「自身利害關係」之內涵另為補充，惟企業併購法第 5 條第 3 項之修正理由已揭示一切有可能產生公平性與合理性上之質疑者，均足以構成企業併購法所指之「自身利害關係」；則本件董事簽訂意向書，約定在合併後可取得存續公司至少 15% 的股權，**透過併購案圖謀自己利益**之情形，自屬符合「自身利害關係」內涵之適例。
3. 被告或主張王霞彌與陳大富所簽訂之意向書無法律上拘束力，而無自身利害關係之適用。惟姑且不論「無法律上拘束力」不必然能推導出「無自身利害關係」之結論，本件**王霞彌與陳大富所簽訂之意向書確實有法律上拘束力**。

(1) 按意向書或備忘錄之性質，究為本約、預約、或無法律上拘束力，其認定需探究當事人之真意以及條款之具體內容，不應僅以文件標題名稱為意向書，即當然否定該文件之法律上拘束力。此有以下實務見解可參。

- i. 最高法院 101 年度台上字 249 號民事判決認為倘若當事人一方已依意向書之內容先為一定之給付，他方未表示反對時，則可認為該他方有成立契約之默示意思：「按解釋契約，應以當事人立約當時之真意為準。如兩造就其真意有爭執時，應從該意思表示所根基之原因事實、經濟目的、一般社會之理性客觀認知、經驗法則及當事人所欲使該意思表示發生之法律效果而為探求，並將誠信原則涵攝在內，藉以檢視解釋之結果是否符合公平正義。...倘若非虛，於上訴人自該意向書簽立日起進行工程之前期準備工作，嗣達欣公司陸續督促上訴人施工進度時，似已默示同意上訴人可



進行系爭鋼構工程之施作，上訴人並實際完成部分工程。果爾，中華基金會既指定上訴人為分包人，達欣公司嗣已督促上訴人施工，則於承攬人與分包人又未約定其契約須用一定方式之情形，達欣公司與上訴人間分包契約似已成立，能否徒以彼二人未完成書面分包契約之簽訂，遽謂雙方未成立分包契約之承攬關係？及其是否符合彼等立約之真意及公平正義，並與經驗法則無違？即非無研求之餘地。」

- ii. 最高法院 100 年度台上字第 294 號民事裁定則認定備忘錄為預約：「上訴人出具備忘錄，與被上訴人合意成立以股東成本價將其轉投資成立恆達建設股份有限公司（下稱恆達公司）所建築台北市仁愛御林園集合大樓 B 棟八樓（含車位一位及土地應有部分，下稱系爭房地）售讓與被上訴人之預約。嗣兩造因對股東成本價計算基準認知不一，遲逾三年尚未簽立系爭房地買賣契約；然備忘錄並無簽立本約合理期間之約定，上訴人復未依法終止備忘錄契約之效力，兩造仍受備忘錄預約之拘束，無類推適用民法第一百五十七條規定之餘地。上訴人未告知被上訴人，即由恆達公司將系爭房地出售移轉與訴外人黃淑芬，致無法履行與被上訴人簽立本約之債務，自可歸責。」
  - iii. 最高法院 94 年度台上字第 2240 號民事判決以備忘錄及報價單上針對交易當事人、契約標的、標的價格等契約之點已有合意，認定當事人間已成立契約：「查兩造於系爭備忘錄及報價單上，就系爭鍍膜機之交易當事人、價格（Price：¥484,900,000，FOB Japan）、規格（Items：Based on Itochu、quotation No,VEH-627R' 01.4,19）、遞送日期均已載明，並經當事人簽名，則契約必要之點是否尚不一致，而不成立？」
  - iv. 綜上所述，本案意向書中之個別條文性質為何、是否具有法律上拘束力，仍應個別判斷。本於私法自治原則，自不應拘泥於文件之名稱標題，草率否認當事人間成立契約之真正意思。
- (2) 復按民法第 153 條規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」
- (3) 第按最高法院 97 年度台上字第 2678 號民事判決：「所謂契約非必要之點未經意思表示者，包括當事人約定留待他日解決之點。準此，可知私法上契約之雙方當事人，苟已互相意思表示一致，約定就若干契約之點待日後另行協商確定，以作為其契約內容之一部分，且其約定未

違反強制或禁止規定，依契約自由原則，自無礙於契約之成立，而非法之所不許。」可知如買賣契約雙方已就買賣標的及價金相互同意，則買賣契約應已成立，如就非必要之點未經意思表示者，可解為雙方留待他日解決之點，不影響買賣契約已成立之認定。

- (4) 本件王霞彌與陳大富所簽訂之意向書，就每股轉讓價格之決定方式、合併決議之預估時間、合併後之效果及雙方權利義務等必要之點均已互相表示意思一致，當可認為契約已經成立。此觀系爭意向書第三條明定：「甲方同意於本合併案完成後三年內，將使存續公司辦理現金增資或以可轉換為存續公司股權之公司債方式，使乙方得直接/間接持有存續公司至少 15% 之股權，該等股權之發行價格應以認股或私募時存續公司股價之八五折或九折折價發行。」即可明瞭。蓋本條應屬於股權買賣之約定，在無特別約定下，其解釋應依民法買賣契約之相關規定。而當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立，此為民法第 345 條第 2 項所明定。本件意向書中，甲乙雙方既已就股權買賣之標的（即存續公司之股權）、數量（15% 之股權），以及價格（以認股或私募時存續公司股價之八五折或九折）均有明確約定，即使認為存續公司股權買賣之數量及價格於意向書簽定時尚未能清楚表明，亦屬日後可得而確定，則王霞彌根據此意向書，負有依約定數量、價格移轉股權予陳大富之義務，陳大富據此意向書亦有請求王霞彌依約移轉股權之權利。
- (5) 系爭意向書第 7 條固約定：「除保密之相關約定外，雙方同意本意向書其他條款構成君子協定，對於外界亦不生拘束力。」本條中所謂「君子協定」，並非我國民法之用語，其真意並不明確，需透過解釋闡明。經查，君子協定起初並非大陸法系之產物，在英美商業交易習慣中，君子協議通常用於特定行業內，且除非有明示排除拘束力之記載，否則通常會被法院認為當事人有訂立契約之效果意思，「其協議應當受法律拘束，以便保護相對人的權益以及交易之穩定<sup>22</sup>」，「如當事人希望推翻此種假設，就需要負擔相應的舉證責任<sup>23</sup>」。本案意向書第七條雖載有君子協定之用語，但既未進一步表明例如「僅係雙方共識」、「雙方不受拘束」等文字之記錄，自不得逕以君子協定一詞即當然否認甲乙雙方間成立契約之意思。至於「對於外界亦不生拘束力」一詞，並非甲乙雙方合意否定意向書之法律上拘束力，蓋民法契約原則上本即不具

---

<sup>22</sup> 李婧怡，契約成立與契約拘束力——新交易環境中契約成立制度適用研究，國立台灣大學法律學研究所，碩士論文，頁 133，2014 年。

<sup>23</sup> 李婧怡，契約成立與契約拘束力——新交易環境中契約成立制度適用研究，國立台灣大學法律學研究所，碩士論文，頁 142，2014 年。

備對世效或絕對性，對外界不生拘束力之用語至多僅為契約債之相對性理論之覆述或重申。

(6) 退步言之，依前開最高法院 101 年度台上字 249 號民事判決所揭，當事人一方既已依意向書之內容先為一定之給付，他方又未表示反對時，可認該他方已有成立契約之默示意思。依本案意向書第二條所明定：「甲乙雙方同意應分別於蝦米公司及叢林公司之董事會及股東會中積極促成通過同意本合併案之議案。」第三條亦明定，甲方承諾使乙方取得股權係以「成功促成本合併案」為前提，故縱認意向書於 2018 年 11 月 15 日簽署之際尚未生效(僅為行文之便而為之假設，原告否認之)，分別由甲乙方擔任董事長的蝦米公司與叢林公司，雙雙於 2019 年 1 月 5 日於董事會通過併購決議時，已足可認定乙方已依意向書內容促成叢林公司董事會通過併購決議，甲方既未表示反對，甚而亦促成蝦米公司董事會通過併購決議，可認定雙方均已依意向書內容為一定之給付，甲乙雙方至遲於二公司董事會皆通過併購決議時有成立意向書第三條股權移轉契約之默示合意。

(7) 再退萬步言，縱認於前開時點尚未成立契約，依前開最高法院判決所揭，亦應將意向書解釋為預約，且未約定簽立本約之期間，甲乙雙方依此負有於後續併購案處理過程中仍受意向書之拘束。

(8) 綜上所述，王霞彌與陳大富所簽訂之意向書因雙方當事人就各必要之點已互相表示意思一致而具有法律上拘束力，並且此項消息於陳大富有「自身利害關係」，應於叢林公司股東會開會之一定合理期間前，向全體股東揭露。

4. 縱認王霞彌與陳大富所簽訂之意向書僅為君子協定而無法律上拘束力，其仍是「對公司之利弊影響重要內容」。

(1) 參酌內線交易案件中之重大消息定義，王霞彌與陳大富所簽訂的意向書為本件併購案的重大消息，故自為對公司利弊有影響之重要內容。

i. 由於我國證券交易法第 157 條之 1 內線交易禁止與公司法第 172 條之立法精神均有保護投資人及股東權益之意涵，故得參考內線交易消息重大性之判斷。

ii. 參酌美國聯邦法院 TSC 案判決對消息重大性所建立之判斷標準，若消息所涉事實影響一理性投資人之合理投資判斷，則該消息具有重大性；又參酌美國 Basic 案之機率與影響程度綜合判斷標準，應從個案中的事實發生機率與影響程度來判斷其重大性，若事實發生機率高且影響程度大，則應具有重大性。

- iii. 最高法院 106 年度台非字第 21 號刑事判決亦引述上述美國聯邦法院判決，並認為：「……又參以一般所謂『初步意向書』、『意向書』或『無拘束力意向書』，並不宜偏重在所使用之名稱（形式），而應著重於個別併購案所簽署文件的具體內容（實質），何況所簽署的文件有無約定法律上的拘束力，亦非絕對、唯一的判斷標準，而當依個案具體內容為事實的判斷時，倘此『意向書』可以合理期待將會發生一系列的情境或事件（譬如啟動實地查核），且對公司股票的價格可能產生影響，即可該當具備明確性……」。
- iv. 綜上所述，縱認王霞彌與陳大富所簽定之意向書無拘束力，該意向書形式上有無拘束力亦不影響消息之重大性，而依據事實 24 與附件 2 之內容，該意向書第一條所訂之以現金對價吸收合併、蝦米公司為存續公司、叢林公司為消滅公司之合併架構，確為日後合併之結果，故應認該意向書為對公司利弊具重大影響之消息。
- (2) 退萬步言之，縱認原告不得援引內線交易重大消息之判斷標準，依公司法第 172 條，王霞彌與陳大富所簽訂的意向書亦為本件併購案的主要內容。
- i. 按企業併購法第 2 條第 1 項：「公司之併購，依本法之規定；本法未規定者，依公司法、證券交易法、公平交易法、勞動基準法、外國人投資條例及其他法律之規定。」亦即，企業併購法於公司併購事宜上優先適用於其他法規，企業併購法未規定時，才適用其他法規。
- ii. 企業併購法並未規範何謂併購案之主要內容，故應回歸適用公司法第 172 條第 5 項：「……合併……應在召集事由中列舉並說明其主要內容」。
- iii. 參考公司法第 172 條修正理由：「由於本項之事由均屬重大事項，明定股東會召集通知除記載事由外，亦應說明其主要內容。所謂說明其主要內容，例如變更章程，不得僅在召集事由記載『變更章程』或『修正章程』等字，而應說明章程變更或修正之處，例如由票面金額股轉換為無票面金額股等」；再參酌證券交易法第 26 條之 1 之相似規定，於召集事由中記載主要內容之用意在「確保……資訊之充分揭露，使股東得以明智決定……」<sup>24</sup>。
- iv. 依事實 10 與事實 11，陳大富係基於王霞彌轉讓蝦米公司股份，並

---

<sup>24</sup> 新竹地方法院 106 年度訴字第 578 號民事判決、彰化地方法院 106 年度訴字第 861 號民事判決、臺北地方法院 96 年度訴字第 4947 號民事判決、臺北地方法院 96 年度訴字第 4616 號民事判決。

承諾在合併通過後使陳大富持有更多股份，繼續參與公司經營的前提下，同意進行由蝦米公司吸收合併叢林公司之合併案。換言之，若非基於此利益交換，陳大富根本不會將合併案提交董事會與股東會表決。是故，該利益交換內容是陳大富於董事會、股東會提出此合併案的重大誘因，亦會在併購案成立後對存續公司的股權與經營權結構造成一定程度的變動（陳大富至少會取得存續公司 15% 的股權，並參與公司經營），自屬本件合併案具利弊影響之「主要內容」。若不揭露王霞彌轉讓股份給陳大富，並將於未來再使陳大富取得更多持股的事實，任由叢林公司於股東會通知中、陳大富於叢林公司董事會與股東會中，以其他理由大力贊成此一合併案（事實 17、18），將使多年來信任陳大富經營理念與決策的股東被其看似客觀中立的言論所誤導，而未能在充分資訊下做出是否支持該併購案之決策。

5. 被告或主張，依事實 17、18，叢林公司所有股東均親自出席或以委託書委由他股東代為出席股東會，且陳大富已於股東會當場向所有股東表示有簽署意向書一事，故可認已符合「及時」揭露之要件。惟，簽署意向書一事既為本併購案之重要內容，股東未於股東會召開之一定合理時間前獲知此消息，自會導致股東無充分時間評估是否參與該次股東會之決策。本件請求他人代為參加股東會之股東，可能係在閱讀股東會召集通知中載明的合併案利弊影響內容後，基於對叢林公司多年之信任，即認為可以支持本合併案，決定由他人前往代為投票。反之，若簽署意向書一事在股東會召開前即為各股東所知悉，本次股東會未出席之股東即有可能決定出席股東會，或由他人代為投下反對票。
6. 更何況，依事實 18，陳大富係在林百萬數度逼問下始決定揭露簽署意向書一事，可見其事先未規劃在股東會中揭露，揭露之內容很可能並不完整，給予出席人之決策時間亦十分倉促，難謂已賦予投資人審慎評估此合併案利弊得失之合理期間。被告之主張顯不可採。
7. 綜上所述，依事實 10 與事實 11，本件中王霞彌係以蝦米公司之股份為利益，藉以向陳大富證明自己的誠意，換取陳大富的信任，以使陳大富說服叢林公司董事會及股東會通過併購案。由此可知，陳大富因現金逐出合併案將受有利益。依事實 18，其卻在遭受林百萬數度逼問後，方於股東會當場表示有簽署意向書一事，顯違背企業併購法與釋字第 770 號解釋所要求的「及時揭露義務」。

三、叢林公司股東會之召集程序、決議方法違反釋字第 770 號解釋，依公司法第 189 條應被撤銷。

(一)按公司法第 189 條：「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股

東得自決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。」

(二)司法院所為之解釋，有拘束全國機關及人民之效力，違反大法官會議解釋屬適用法規錯誤，已如前述。雖尚未有股東會因違反大法官解釋而依公司法第 189 條被撤銷之案例，實務上皆認定違反大法官會議解釋屬違背法令。

(三)本件現金逐出合併既違背釋字第 770 號解釋之意旨，誠屬違背法令，依公司法第 189 條，該股東會決議應被撤銷。

四、又，因大平台公司已聲請定暫時狀態處分，依公司法第 189 條撤銷股東會決議，並不會對法安定性造成負面影響。

(一) 釋字第 770 號解釋理由書第十段指出：「就本件原因案件而言，雖合併當時之企業併購法就未贊同合併之股東及時獲取資訊之確保機制，尚有欠缺，然就此部分，實際上難予個案救濟……」此係因聲請解釋之原因案件已於民國 96 年 12 月 28 日完成合併，大法官解釋則在民國 107 年 11 月 30 日做成，期間已經歷近 11 年的時間。故羅昌發大法官認為，在此情形下，若以「宣告合併案無效」作為聲請人之個案救濟方式，對「因該合併所產生之原來法律關係」之安定性將造成極大衝擊。

(二) 惟本件情形並不相同。依事實 25，林百萬已代表大平台公司供擔保，請求法院為定暫時狀態處分，命本件併購案暫時不得交割，並已經法院裁定准許。蝦米公司與叢林公司之合併既尚未開始，撤銷叢林公司之股東會決議，即不生大法官於解釋中所擔心對法安定性造成影響，對既成之法律關係造成衝擊之問題。故，本件股東會決議應依公司法第 189 條撤銷之。

#### 被告可主張之論點：

一、企業併購法第 5 條第 3 項所指自身利害關係，應與公司法第 178 條為相同解釋：

按企業併購法第 5 條第 3 項：「公司進行併購時，公司董事就併購交易有**自身利害關係**時，應向董事會及股東會說明其自身利害關係之重要內容及贊成或反對併購決議之理由。」另股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權。公司法第 178 條定有明文。而本條所謂**自身利害關係**，係指特定股東將因該事項之決議取得權利、免除義務，或喪失權利、新負義務而言，倘若無此情事，該特定股東對於該事項即非不得加入表決，此有最高法院 107 年台上字第 649 號民事判決、最高法院 107 年台上字第 1666 號民事判決可參。前揭兩條文既然均使用自身利害關係之用語，且企業併購本身亦為公司董事會及股東會之會議事項之一，依上開最高法院就公司法第 178 條之見解，自應同樣適用於企業併購法第 5 條第 3 項。亦即，公司進行併購時，**董事僅有在因該併購交易將取得權利、免除義務，或喪失權利、新負義務時，始需依法向董事會及股東會說明其自身利害關係之重要內容及贊成或反對併購決議之理由。**

## 二、王霞彌與陳大富二人所簽訂之意向書沒有拘束力。

(一) 首先，依照契約文義解釋原則，王霞彌與陳大富的意向書已於第七條明文約定：「除保密之相關約定外，雙方同意本意向書其他條款構成君子協定，對於外界亦不生拘束力。」其對王霞彌、陳大富與全體股東等人，均不生效力，其意甚明。

(二) 臺灣高等法院花蓮分院 107 年度重上更二字第 1 號民事判決指出：「所謂『意向書』(letter of intent, memorandum of understanding)指當事人將其對於特定事務之基本了解或看法，加以記錄之書面文件。除非究其內容包含契約要素，且具體而明確，依所定之意向書或框架協議內容即可履行，而無須另訂本約，否則『意向書』或『框架協議』性質上即非屬契約，不具法律拘束力。又除非係以約定將來訂立一定契約為內容之契約，否則亦無『預約』之性質。」

由本件王霞彌與陳大富所簽訂的意向書觀之，二人就陳大富於何時、以何種方式、取得存續公司多少比例的股權、轉讓價格的計算基準、折價比例與存續公司的辦理方式等，皆未確定，僅泛言三年內將使存續公司辦理現金增資或以私募可轉換公司債，使陳大富直接或間接持有至少 15% 的股權，價格以認股或私募時股價之八五折或九折發行。而商場生態瞬息萬變，三年時間非短，存續公司於何時間點以何種方式使陳大富取得股權以參與經營，對陳大富而言顯具重要性，又目前雙方僅約定陳大富取得股權之最低比例，於併購案成立後，陳大富很可能會爭取持有更多股權。依目前情勢，併購案成立後之存續公司即可能躍升為台灣地區市占率最高的網路商城，股價勢必大漲，八五折或九折折價發行之價格差距將會拉大，因而對存續公司與陳大富而言，股價折價之程度亦至關重要。就上述股權買賣契約必要之點，雙方皆未於意向書中明確約定，全待併購案成立後雙方之協商，故其絕非「即可履行」之契約，依上述法院見解，並不具有法律上拘束力。

(三) 另外，臺灣臺北地方法院 100 年重訴字 156 號民事判決進一步指出：「兩造間之意向書……並無……『僅係雙方共識』、『雙方不受拘束』等文字之記錄，被告並均已無異議而於系爭意向書為簽署，則顯見系爭意向書要與所謂之『僅為雙方共識』、『雙方並不受拘束』等情不符……原告主張系爭意向書乃屬兩造間所簽訂之預約，為有理由。」

依上述法院見解之反面推論，雙方是否明確於意向書表明「意向書之條款不具拘束力」，為法院認定雙方契約有無拘束力的重要指標。

(四) 又，所謂君子協定，臺北地方法院 101 年簡字第 194 號行政訴訟判決認為係「無法律上拘束力而僅有道德上、情分上拘束力之協議。」臺南地方法院 98 年度訴字第 604 號判決則表示：「如當事人間就其約定，欠缺法律行為上的法律效果意思，無受其拘束之意，則此僅為所謂『不具拘束力之約定』，與契約尚屬

有間，顯然不具法律拘束力之社交約定（即好意施惠約定），或雙方當事人明示排除契約拘束力之『君子協定』、『意向書』等，均為適例。」臺中地方法院 106 年度中簡字第 3686 號民事判決明確區分好意施惠關係與契約的區別：「所謂『好意施惠關係』與契約的區別，及其法律效果……在於當事人間就其約定，欠缺法律行為上的效果意思，無受其拘束的意思。關於此點，當事人得明示為之，如表示其所約定的乃屬『君子協定』。……好意施惠關係既非契約，無法律上的拘束力，自不發生給付請求權。」

(五) 人民與行政機關間亦可能產生君子協定。高雄高等行政法院 105 年度訴字第 341 號判決、臺北高等行政法院 91 年度訴字第 2933 號判決、陳敏《行政法總論》一書與林錫堯《行政法要義》一書中皆提及：「若行政機關就其非權責事項或將來不可能由該行政機關單獨作成，且並未實際對外發生公法上關係之事項，僅係人民與行政機關相互理解各自立場所為之宣示，或與人民作成之不具任何法效之所謂「君子協定」，自應將之歸於無拘束力之非正式之行政行為。」

(六) 綜上，本件當事人雙方既已明文於意向書第七條約定，除保密相關約定外，其餘條款均構成君子協定，雙方當事人無受意向書內容約束之意思甚明。縱令認為意向書第七條具有法律上拘束力，本條之內容仍與本件併購案無關。因此王霞彌與陳大富二所人簽訂之意向書無須於叢林公司股東會開會之一定合理期間前向全體股東揭露。

三、原告或主張，即便意向書不具拘束力，如類推適用內線交易實務上對重大消息之認定，簽署意向書一事已為併購案之重要內容，仍應揭露之。惟內線交易與本件本質上並不相同，不可類比之。另，意向書亦非公司法第 172 條第 5 項之「主要內容」。

(一) 依據最高法院 106 年度台非字第 21 號刑事判決，內線交易之立法目的為：「就立法目的而言，如前述，我國證券交易法第 157 條之 1 內線交易禁止罪的立法精神，係採取美國法例的『平等取得資訊理論』學說，即為防止內部人欲憑藉其消息靈通的特殊地位，早先一步從事其相關股票的買進或賣出，以致造成證券市場一般投資大眾不可預期或難以發覺的交易風險，期在資訊公開原則下，讓買賣雙方平等取得訊息，以維護交易的公平，進而保護投資人的權益，健全市場的發展，……」。

(二) 由上述實務見解足見，內線交易之性質為商業犯罪，且其立法精神在於防止內部人利用其特殊地位提早從事股份買賣，以維護證券市場之公平性，規範之對象為公開發行公司；相對於此，公司法第 172 條第 5 項之性質僅為公司股東會召集之程序規範，而非商業犯罪之防免，蓋其 107 年 8 月 1 日之修正理由為略為：「1.鑒於公司減資涉及股東權益甚鉅，……爰增列『減資』屬應於股東會召集通知列舉，而不得以臨時動議提出之事由，以保障股東權益；……。2.由於本項之事由均屬重大事項，明定股東會召集通知除記載事由外，亦應說明其主要內容。……」，故本項之立法目的主要為股東資訊權益之保障，所列事項為



對公司營運有重大影響之事項，且並無區分股東為公開發行股票之公司之股東與否，一律適用，故其標準尚不若證券交易法規定嚴格。

(三)另一方面，原告固引用最高法院 106 年度台非字第 21 號刑事判決關於刑事判決對於重大消息是否明確的標準，並主張意向書在該標準下屬於重大消息。惟查，根據該刑事判決，意向書要構成重大消息仍需「可以合理期待將會發生一系列情境或事件（例如啟動實地查核），且對公司股價可能產生影響」始足當之。然而本案「無拘束意向書」僅為陳大富與王霞彌兩人間無拘束力之協議，不僅對於陳大富入股之相關記載相當空泛，即令王霞彌於合併完成後反悔而拒不依照意向書之記載執行陳大富之入股條件，陳大富似亦無可奈何。故本案意向書並不符合「可以合理期待將會發生一系列情境或事件」，而可能造成公司營運上重大影響之標準。

(四)況且，除了內線交易之相關規定以外，觀諸我國公司法與證券交易法，不乏其他以保護股東、投資人為規範意旨之規定。例如證券交易法第 20 條第 2 項、證券發行人財務報告編製準則，根據此等法規，未將意向書納入財務報告並不會構成財報不實，原告僅擷取其中與內線交易之相關規定，卻未類推適用其他如財報不實之認定標準等條文，殊無可採。

(五)王霞彌與陳大富所簽訂的意向書並非公司法第 172 條之主要內容。

按企業併購法第 2 條第 1 項明定，該法並未規定之事項回歸適用公司法。原告故主張本案有公司法第 172 條之適用。

惟，參考公司法第 172 條修正理由：「由於本項之事由均屬重大事項，明定股東會召集通知除記載事由外，亦應說明其主要內容。所謂說明其主要內容，例如變更章程，不得僅在召集事由記載『變更章程』或『修正章程』等字，而應說明章程變更或修正之處，例如由票面金額股轉換為無票面金額股等。」依此，叢林公司既已於股東會召集通知中載明本次提案對公司之利弊影響重要內容、贊成決議之理由、檢附公司當時之股權架構圖，其說明程度應已優於公司法第 172 條之要求。

至於王霞彌與陳大富間所簽訂之意向書，即便為陳大富同意提出此併購案的原因之一，負有義務使陳大富取得股份者實為王霞彌，而非叢林公司或蝦米公司。申言之，意向書之當事人與併購契約之當事人完全不同，意向書之權利義務僅拘束王霞彌與陳大富二人，並不拘束雙方公司與股東，難謂為叢林公司併購案之主要內容。原告主張因未揭露意向書致叢林公司股東無法決策，並無可採。

四、縱認意向書有拘束力或為併購案之重要內容，釋字第 770 號解釋並不可適用於本案。

(一) 同上爭點之說明，釋字第 770 號解釋之解釋標的為修正前企業併購法。大法官

之所以併指明現行法有未臻妥適之處，除了賦予立法者修補義務外，更是為了避免立即宣告現行法違憲（不論是宣告「定期失效」或「立即失效」），會對正在進行或即將進行的企業併購案產生寒蟬效應，並對經濟產生重大衝擊。

- (二) 故在立法者修法前，不應率爾將「於股東會開會日前合理期間通知」視為股東會召集程序或決議方法之合法要件，更不應使個別股東得依據該解釋，請求法院依照公司法第 189 條撤銷股東會決議，否則正在進行企業併購行為或欲進行企業併購行為的業者將無所適從，進而導致大法官所擔憂的寒蟬效應結果。

另外，本號解釋雖指出資訊揭露義務之重要性，但如何基於本號解釋之意旨，檢討現行資訊揭露規定，未詳予指明。例如，何謂「一定合理期間」？何謂「及時」？有無更確切之履行義務之期限要求，且其內容需要多具體詳細？被告主張，法律對程序上的要求應盡可能具體明確，至少應如公司法第 172 條一般，就揭露時點訂立確切期限。

目前大法官解釋之內容尚不明確、具體，自不應立刻引為公司法第 189 條之撤銷股東會決議事由，否則進行企業併購者極可能因法未明文規定的事由訴訟纏身，法院亦苦於訟累。

- (三) 退步言之，即便本案應適用釋字第 770 號解釋的「及時」揭露要件（假設語氣，被告否認之），依事實 17，叢林公司所有股東均親自或以委託書委由他股東代為出席股東會，故出席率已達 100%，所有有表決權人均在表決本併購案前即知悉簽署意向書一事，應可認定叢林公司已盡「及時」揭露之責。況於表決之時，股東對簽署意向書一事之印象應至為清晰，然依事實 22，除王霞彌、陳大富主動迴避，大平台公司投反對票外，仍全數同意此併購案，故應可認為該揭露事項已經過投資人自行審慎之判斷，並無資訊不足之情事。

五、縱認意向書有拘束力或為併購案的重要內容，現行企業併購法並無「於股東會開會日前合理期間通知」之要件。

- (一) 按企業併購法第 5 條第 3 項規定：「公司進行併購時，公司董事就併購交易有自身利害關係時，應向董事會及股東會說明其自身利害關係之重要內容及贊成或反對併購決議之理由。」
- (二) 依照該規定，利害關係人就相關資訊之揭露，並無時間上之限制。在董事會或股東會召開時說明即可。
- (三) 根據本案事實 18，王霞彌與陳大富分別於蝦米公司及叢林公司之股東會上表示，渠等簽有意向書，希望在併購後適當時機使陳大富增加對合併後公司直接/間接持股至少 15%，惟該意向書不具任何拘束力，且其中條款皆有待進一步討論。王霞彌與陳大富二人既已於股東會上揭露利害關係內容，該程序已合於企業併購法之要求。

六、縱認本件適用釋字第 770 號解釋，並確實違反「於股東會開會日前合理期間通知」之要件，原告亦不得依公司法第 189 條，請求法院撤銷叢林公司股東會決議。

(一) 釋字第 770 號解釋理由書第十段表示：「就本件原因案件而言，雖合併當時之企業併購法就未贊同合併之股東及時獲取資訊之確保機制，尚有欠缺，然就此部分，實際上難予個案救濟……」羅昌發大法官於協同意見書中進一步闡述：「蓋原因案件之合併既早已完成，有關及時提供資訊之要求，對該個案已無實際上之意義；且倘若本院因『原因案件之合併中有利害關係之股東及董事未及時提供資訊』，而以『宣告其合併無效』作為聲請人之個案救濟方式，對『因該合併所產生之原來法律關係』之安定性造成極大衝擊，且造成『合併無效後』極為複雜難解之新法律關係。」

(二) 故縱認定本件被告未於合理期間前告知，且屬股東會召集程序的瑕疵（被告否認之），基於法安定性考量，原告仍不可依公司法第 189 條，請求撤銷股東會決議。

**B. 原告主張於叢林公司之股東會中，吳曉芬、趙萍萍持有之叢林公司股份，未就本件併購提案之表決加以迴避，股東會之召集程序、決議方法違反公司法第 178 條，是否有理由？**

**原告可主張之論點：**

一、王霞彌本人持有之叢林公司股份依法應迴避表決。

按釋字 770 號解釋以及企業併購法第 5 條第 3 項，公司進行併購時，公司董事應向董事會及股東會說明其自身利害關係之重要內容，且因現金作為對價之合併而喪失股權之股東，有及時獲取該重要內容之權利。又參照企業併購法第 5 條第 3 項之修正理由可知，一切有可能產生公平性與合理性上之質疑者，例如董事可能透過併購案圖謀自己利益，即足以構成企業併購法所指利害關係。該董事即應依法及時向董事會及股東會揭露其自身利害關係之重要內容，業如前述。另王霞彌與陳大富所簽訂之意向書具有法律上拘束力，構成公司法第 178 條所稱「自身利害關係」，故王霞彌所持有之股份，不得加入併購案表決。

二、王霞彌代理吳曉芬行使之表決權應迴避表決。

(一) 公司法第 178 條規定：「股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權。」故王霞彌身為蝦米公司的董事長，依公司法第 178 條本應迴避，且不得行使表決權。

(二) 至於王霞彌代理吳曉芬行使表決權，是否應迴避，台北高等行政法院 95 年度訴字第 592 號行政判決指出：「被告雖稱系爭股票在過戶回原告前，王延彬等三人有獲配股利之情形，因認為王延彬等三人有允受贈與之意思云云；惟查，

股利之發放，係公司股東會決議之單方行為，不待股票持有人是否同意，尚不足以據此認定原告有贈與及王延彬等三人有允受贈與之意思。」

臺灣高等法院 105 年度重上字第 352 號民事判決亦指出：「上訴人...固提出股東名冊、股東名簿...為證。然...依上訴人所提上開文書，全無劉園、劉連桂贈與股份予上訴人之記載，甚且該法定代理人同意書尚載明上訴人『投資』被上訴人 155,000 元，當任股東之職其一切權利義務由上訴人之父劉世隆全權代理行使等旨，而非『贈與』取得...再參酌上訴人自承：伊對於股權，未參與經營，亦未開過股東會，因未接到開會通知，也未曾分配到股利分紅.....顯見上訴人自 79 年 6 月 1 日系爭股份登記於渠等名下後，全然未有任何行使股東權利之主觀意思及客觀行為，則上訴人主張受贈與股份云云，已難遽信」。

(三) 於本案中，依事實 7 及 8，吳曉芬名下之股份實由王霞彌出資，而股東名冊上應無贈與之記載，王霞彌也並未就此股權贈與為任何書面協議，僅由王霞彌與叢林公司約定逕行登記吳曉芬為股東，王霞彌並未向吳曉芬表達贈與之意思表示，吳曉芬更未曾為允受贈與之意思表示。其雖獲配股利，惟此係公司股東會決議之單方行為，不足以據此認定有允受贈與之意思表示。又每次叢林公司股東會，吳曉芬均出具委託書予王霞彌，無一例外，吳曉芬未曾針對個別議案表示意見或決定是否親自出席，實無行使股東權利之主觀意思及客觀行為，亦自始未負責管理、處分其股東權，而係均由王霞彌行使。故可知吳曉芬實質上並未因受贈與而獲得股份，王霞彌仍屬股票之權利人，依公司法第 178 條，吳曉芬名下之 3% 表決權數仍應迴避。

退萬步言，縱認吳曉芬受贈獲得股票，吳曉芬為王霞彌之秘書，王霞彌與其有雇主與員工間之權力關係，與過往每次股東會吳曉芬均出具委託書予王霞彌之事實綜合觀之，可知王霞彌對於吳曉芬就 3% 表決權之行使有實質控制力，系爭合併議案既對於王霞彌有重大利害關係，則依公司法第 178 條此 3% 表決權亦應迴避行使。

### 三、蝦米公司代理趙萍萍行使之表決權應迴避表決。

(一) 同前所述，趙萍萍實質上亦未因受贈與而獲得股份，王霞彌仍屬 3% 股份之權利人，故應依公司法第 178 條前段迴避行使表決權。

(二) 縱認本件趙萍萍係獲贈股份，蝦米公司代理趙萍萍行使之表決權亦應迴避。

1. 按企業併購法第 18 條第 6 項規定：「公司持有其他參加合併公司之股份，或該公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事者，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，得行使表決權。」其立法理由有云：「鑒於合併通常係為提升公司經營體質，強化公司競爭力，故不致發生有害於公司利益之情形，且公司持有其他參與合併公司之一定數量以上股份，以

利通過該參與合併公司之決議，亦為國內外合併收購實務上常見之作法（即先購後併），故於第五項明定公司若持有其他參加合併公司之股份或該公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事者，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，不適用公司法第一百七十八條及第二百零六條第二項準用公司法第一百七十八條之規定，以臻明確。」

2. 就前述文義解釋以觀，企業併購法第 18 條第 6 項僅提及「公司」在符合「持有其他參加合併公司之股份，或該公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事」之前提下，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，「得行使表決權」，並未規定其「得代理他股東行使其表決權」。查此條文之立法理由既明言本條係排除公司法第 178 條適用之「特別規定」，可見「代理他股東行使表決權」部分為立法者所刻意省略，並非疏漏。
3. 此外，就立法目的而言，立法理由已明文指出本條係為「先購後併」之實務上常見收購作法而設計，即收購公司先收購標的公司之股份後，再尋求併購標的公司，此種情況下，企業併購法特別允許收購公司在標的公司之併購相關決議中行使表決權；惟本件「代理他股東行使表決權」的情形與收購公司「先購後併」之計畫無關，若准許其行使代理之表決權，收購公司只需向標的公司之其他現有股東徵求表決權委託書，即完全無須迴避，反而可謂「未購即併」，此種操作結果顯然與本條之立法目的有違。是故，應認企業併購法第 18 條第 6 項並未排除公司法第 178 條後段之規定，蝦米公司代理趙萍萍行使之表決權應迴避表決。
4. 再者，企業併購法第 2 條第 1 項規定：「公司之併購，依本法之規定；本法未規定者，依公司法...之規定」，明白指出企業併購法為公司法之特別法以觀，故公司法第 178 條與企業併購法第 18 條第 6 項間，應屬原則及例外之關係。即僅企業併購法第 18 條第 6 項列舉之情形下，方例外排除公司法第 178 條之規定；企業併購法第 18 條第 6 項並非例示規定，否則若任意擴張解釋本條之意義，將例外變成原則，將導致企業併購法及公司法之原則—例外關係混亂，不得不慎。
5. 再就股東權益之保護以觀，公司法第 178 條之所以設有迴避規定，其目的即在於保護股東之權益，避免公司與特定股東間存在利益衝突時，該特定股東因私忘公，而於行使表決權時，做出將損害公司或其他股東利益之決策。併購案對股東之影響甚鉅，為保護股東權益，自不應任意擴張企業併購法第 18 條第 6 項之適用，以免使得存在利益衝突之股東，為個人私利，同意將公司股份依不公平之條件售出，或罔顧公司於併購後之發展，而恣意危害其他股東之權益。
6. 查本件中，蝦米公司欲收購叢林公司，以擴展供應產品及市場、提升市占率，蝦米公司顯然對合併議案有利害關係。蝦米公司就其名下之 12% 股份，

雖因企業併購法第 18 條第 6 項而得行使表決權，無須迴避，然依前開條文及立法理由之意旨，公司法第 178 條後段仍有適用，故蝦米公司當不得主張依企業併購法第 18 條第 6 項而代理其他股東行使表決權。

四、陳大富阻止林百萬提案之行為，構成股東會之程序上瑕疵，大平台公司得依公司法第 189 條，訴請法院撤銷系爭股東會決議。

[註：因現行賽題設計，本爭點對原告而言相對不利，則參賽隊伍在訴訟決策上是否選擇進行此點攻防，或是就此爭點之處理、呈現方式、篇幅，可作為貴評審委員評分審判標準之一]

(一)系爭股東會決議並未遵循叢林公司股東會議事規則以及股份有限公司股東會議事規則參考範例所揭櫫之規範意旨及法理，顯已構成股東會程序之瑕疵。大平台公司得依公司法第 189 條，訴請法院撤銷系爭股東會決議。

1. 按主席對於議案及股東所提之修正案或臨時動議，應給予充分說明及討論之機會，認為已達可付表決之程度時，得宣布停止討論，提付表決；同一議案每一股東發言，非經主席之同意不得超過 2 次，每次不得超過 5 分鐘，惟股東發言違反規定或超出議題範圍者，主席得制止其發言，此為股份有限公司股東會議事規則參考範例第 10 條第 4 項、第 11 條第 3 項所明定。
2. 前開股份有限公司股東會議事規則參考範例雖係依照上市上櫃公司治理實務守則第五條規定訂定，以供上市上櫃公司遵循，惟其所彰顯者，應為公司最高意思機關（即股東會）進行會議之基本原則，即法律要求公司之特定事項應召開股東會，並對於特定議案進行表決，其前提應係股東們得就同一議題充分說明、討論及思辨，直至達可付表決之程度，故保障個別股東發言之權利方可達到此效果，則屬當然且自不待言，而此點就該公司是否為上市櫃公司而言，應無二致。考量到前開參考範例所適用之上市櫃公司，其人數眾多，尚且賦予個別股東彼此充分說明並表達意見之權利，依舉重以明輕之法理，於股東人數較少之非上市櫃公司（如本案）之股東會，更無限制股東發言，就某議題充分表達意見之理。申言之，股東會之召開，本意即在於提供股東之間彼此溝通、交流意見之機會與平台，倘恣意限制股東發言之權利，則有違股東會召開之本旨。
3. 本案中，林百萬欲提案「王霞彌自身及受託行使表決權之股數合計 23%，不得參與表決權」。根據叢林股份有限公司股東會議事規則（附件 6）第 11 條第 4 項，以及前揭股東會召開之本旨，林百萬發言時，原則上不應受干擾。惟陳大富無故阻擋其發言，形成對其之干擾，不僅違反前開叢林公司股東會議事規則，亦與股份有限公司股東會議事規則參考範例所揭示，應

給予股東充分表達、相互溝通權利之精神有違，已構成股東會之程序瑕疵。

4. 況且，林百萬欲提案「王霞彌自身及受託行使表決權之股數合計 23%，不得參與表決權」之行為，其性質應為「臨時動議之提議」，而非叢林公司股東會議事規則第 11 條第 3 項前段之「就同一議案之發言」。林百萬既甫欲提起新議案，則議案根本尚未形成，林百萬並無可能就同一議案發言超過兩次，每次均超過五分鐘，故林百萬實無任何違反議事規則之處。

(二)綜上所述，在林百萬並未違反議事規則之情況下，陳大富無故阻擋其發言，顯已構成股東會程序「決議方法」之瑕疵。大平台公司得依公司法第 189 條，訴請法院撤銷系爭股東會決議。

五、大平台公司得依公司法第 189 條，訴請法院撤銷本決議。

- (一) 公司法第 189 條規定：「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。」
- (二) 本案系爭決議過程，王霞彌本人、王霞彌代理吳曉芬及蝦米公司代理趙萍萍行使表決權，因對於會議之事項有自身利害關係致有害於公司利益之虞，應不得加入表決，卻仍加入表決，則該次股東會應有程序上瑕疵；且林百萬欲合法提起臨時動議，遭陳大富不當阻止，亦構成程序上瑕疵，故系爭決議之決議方法違反公司法第 178 條，已如前述。依公司法第 189 條之規定，大平台公司得訴請法院撤銷系爭決議。

### 被告可主張之論點：

一、王霞彌本人持有之叢林公司股份依法不須迴避表決。

- (一) 公司法第 178 條所謂股東有利害關係必須迴避，係指特定股東將因該事項之決議取得權利、免除義務，或喪失權利、新負義務而言。倘若無此情事，該特定股東對於該事項即非不得加入表決。此有最高法院 107 年台上字第 649 號民事判決、最高法院 107 年台上字第 1666 號民事判決可參。
- (二) 本案意向書既不具法律上拘束力，則王霞彌並不因併購決議通過而依據意向書有取得或喪失權利、免除或新負義務之情形。縱認本案意向書具有法律上拘束力（被告否認之），亦因該意向書之條件尚未具體，而有必要待併購案通過後由當事人就各項權利義務另行協商而確定，並非因併購案通過後就當然發生移轉股份或經營權之法律效果，依據上開最高法院所揭櫫之標準，王霞彌本人持有之叢林公司股份依法不須迴避表決。

二、縱認王霞彌本人持有之叢林公司股份依須迴避表決（假設語氣，被告否認之），王

霞彌代理吳曉芬行使之表決權仍不須迴避表決。

原告固主張吳曉芬名下之股份實由王霞彌出資，兩人間並未有贈與之法律關係云云。惟查，原告所援引臺灣高等法院 105 年度重上字第 352 號民事判決之事實為，股東從未接獲開會通知、未曾分配股份紅利，但根據本案事實 8，叢林公司股東會每次有重要議案表決時，吳曉芬均出具委託書，而出具委託書本身即為一種股東權之具體行使，多年來相關股份紅利亦逐筆匯入吳曉芬之帳戶。從而，前開高等法院判決無從作為吳曉芬名下之股份並非受贈而得之依據。

三、縱認王霞彌本人持有之叢林公司股份須迴避表決（假設語氣，被告否認之），蝦米公司代理趙萍萍行使之表決權仍不須迴避表決。

（一）趙萍萍係受贈獲得股票。

1. 依據最高法院 104 年度台上字第 1845 號民事判決，「且此贈與意思表示合致並非要式行為，不以訂立書面為必要。……原審徒以證人未能證明確實之贈與意思表示合致時地，且無會議紀錄可證為由，遽為上訴人不利之判決，其證據取捨及事實認定，自有違證據法則及經驗法則。上訴意旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。」由此可知，贈與得僅以口頭為之，不以股東會議紀錄等書面協議為必要。
2. 本案中，依事實 8 王霞彌已依法繳納一切相關稅捐、事實 22 趙萍萍出具委託書代為行使表決權等事實觀之，王霞彌有贈與之意思、趙萍萍有受贈並立於所有權人行使股份所有權之意思，雙方訂立贈與契約之意思表示已然合致，縱無書面協議等書面資料佐證，亦不應影響王霞彌已將 3% 股份贈與趙萍萍之事實認定，故趙萍萍為 3% 股份之所有權人而得自行處分之。

（二）蝦米公司代理趙萍萍行使表決權不須迴避。

1. 企業併購法第 18 條第 6 項規定：「公司持有其他參加合併公司之股份，或該公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事者，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，得行使表決權。」
2. 本項之立法理由為：「鑒於合併通常係為提升公司經營體質，強化公司競爭力，故不致發生有害於公司利益之情形，且公司持有其他參與合併公司之一定數量以上股份，以利通過該參與合併公司之決議，亦為國內外合併收購實務上常見之作法（即先購後併），故於第五項明定公司若持有其他參加合併公司之股份或該公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事者，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，不適用公司法第一



百七十八條及第二百零六條第二項準用公司法第一百七十八條之規定，以臻明確。」

3. 實務上亦多引用企業併購法第 18 條第 6 項之立法目的，認為本項條文應優先適用於公司法第 178 條之規定，係因本項條文之制定本就意在解決企業併購法與公司法孰應優先適用之問題，例如臺灣桃園地方法院 105 年度訴字第 1398 號民事判決即指出：「……該法第 18 條第 6 項之立法理由略以：『對於公司為合併之決議時，公司若持有其他參加合併公司之股份，是否應依公司法第 178 條規定有自身利害關係致有害於公司利益之虞者，不得加入表決，及公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事，就該參與合併之公司董事會為合併決議時，是否有第 206 條第 2 項準用公司法第 178 條規定之適用，實務上並不明確。鑒於合併通常係為提升公司經營體質，強化公司競爭力，故不致發生有害於公司利益之情形，且公司持有其他參與合併公司之一定數量以上股份，以利通過該參與合併公司之決議，亦為國內外合併收購實務上常見之作法（即先購後併），故於第 5 項明定公司若持有其他參加合併公司之股份或該公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事者，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，不適用公司法第 178 條及第 206 條第 2 項準用公司法第 178 條之規定，以臻明確。』等語，益徵明白。是以，包括前揭駱名華等 3 人在內之股東，與系爭決議(二)部分並無自身利害關係，毋須迴避參與表決。」；又例如臺灣新竹地方法院 104 年度訴字第 166 號民事判決亦肯認企業併購法應排除並優先適用於公司法，其指出：「按股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權。公司法第 178 條定有明文。(下略)……然於適用時，得否行使表決權，應就具體個案視其對於該表決事項有無自身利害關係致有害於公司利益之虞而定。次按公司持有其他參加合併公司之股份，或該公司或其指派代表人當選為其他參加合併公司之董事者，就其他參與合併公司之合併事項為決議時，得行使表決權。企業併購法第 18 條第 6 項定有明文。揆諸本項立法意旨，公司間之合併乃促進企業組織再造，強化公司競爭力，公司之所以持有其他參加合併公司之股份，無非著重長期目標之投資合作及加強對併購對象之瞭解，且因合併後，彼此間將成為利害關係之共同體，故認於公司或其指派之代表人當選為其他參加合併公司之董事並使其參與合併事項之表決，有助合併決議之順利通過，以達成合併目標，實不發生有害公司之利益情形，本條項排除公司法第 178 條規定之適用。經查(下略)……，是難認有何因此有害於公司利益之虞而不得加入表決，參以前開說明，企業併購法就公司合併事項之表決，已有特別規定，自應優先適用，足見原告主張保興公司參與表決，違反公司法第 178 條規定，亦非可採。」。

4. 另，依據體系解釋，公司法第 198 條準用同法第 178 條規定時，亦無區分準用前段或後段，復依據目的解釋，不論公司法第 198 條或企業併購法第 18 條，其得優先適用於公司法 178 條，均係為避免利害關係迴避的規定反而阻礙投資人購買股份後取得公司經營權之目的，且不論係公司選舉董監事或議決合併案，允許有利害相關之公司代理他股東加入表決均不致發生有害公司利益之情形，從而並不會與公司法第 178 條之立法目的有所衝突，故不應區分前、後段，而應一體優先適用於公司法第 178 條。
5. 綜上所述，本案中不僅蝦米公司得加入表決，蝦米公司執行長孫筱美亦得代理趙萍萍行使表決權，並不致危害公司利益，故毋庸迴避。

四、 陳大富引用叢林公司股東會議事規則第 11 條第 3 項前段之行為，並不構成股東會程序上之瑕疵。

(一)按臺灣高等法院 97 年度上字第 53 號判決明揭：「按股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起一個月內，訴請法院撤銷其決議，公司法第一百八十九條定有明文。是股份有限公司股東得訴請法院撤銷股東會決議，以股東會之召集程序或決議方法，違反法令或章程為限。所謂召集程序違反法令規定，諸如違反公司法第一百七十二條之股東會通知、公告期限及召集事由之記載等事項；第一百七十六條無記名股東出席之規定；第一百七十七條代理人出席股東會之程序等。而所謂決議方法之違反，則包括出席股東不足法定之額數或出席股東之股份額不足法令或章程所定代表已發行股份額數之情形等。又公司章程係由發起人以全體之同意訂立，為公司申請設立登記事項之一，於公司成立後，其變更須經股東會之特別決議，議事規則雖經股東會決議通過，惟究與公司章程不同，尚難認與章程具有同一之效力。上訴人主張：被上訴人於系爭股東會中，就其於「報告事項」議程報告結束後，針對主席、會計師、監察人報告部分之發言加以制止，已違反被上訴人公司股東會議事規則第十一條、第十二條第一項之規定等語，縱為真實，依前揭說明，要非系爭股東會之召集程序與決議方法違反章程或法令之情事至明。... 從而，上訴人依公司法第一百八十九條規定，請求撤銷系爭股東會決議之全部，於法無據，不應准許。」

(二) 本案中，林百萬欲提起「王霞彌自身及受託行使表決權之股數合計 23%，不得參與表決權」之議案而發言，由於其於事實 20 欲提案之內容，與先前於事實 18 對陳大富與王霞彌的數度逼問之內容，實質上均與「蝦米公司欲與叢林公司合併」一案相關，可見其確實已就同一議案數度發言，且每次均超過五分鐘，已違反叢林公司股東會議事規則第 11 條 3 項前段之規定。原告雖可能主張林百萬之發言係為「提案」，然倘允許林百萬以「發言」與「提案」兩種表面上不同

之形式，換取對實質上同一議案更多的發言機會，則形同架空基於股東民主精神而擬訂的叢林公司股東會議事規則，蓋任一股東欲對同一議案發言超過兩次，均可變相操作，不遵守主席維持開會秩序之要求，恣意破壞股東會秩序，議事規則將失去其規範意義，故其主張殊無可採。

(三)林百萬既已就同一實質內容之議案發言數次，且每次均超過五分鐘，已該當前開條文之要件，主席有權制止之。況依事實 20 所示，陳大富引用議事規則第 11 條第 3 項前段之際，並未有阻止林百萬發言之具體行為，僅係善意提醒，林百萬實質上仍得繼續發言，甚至成功提起另一臨時動議議案，難謂陳大富之行為構成程序瑕疵。況林百萬已多次發言，陳大富為維護其他股東平等表達意見之機會及權利，並為維護股東會之順利進行，而依照議事規則阻止林百萬再度就同一議題發言，係屬合法妥當，並無違法情事。

(四)退萬步言，縱認林百萬代表大平台公司已為異議，且陳大富之行為已違反叢林公司股東會議事規則(被告否認之)，股份有限公司股東依公司法第 189 條訴請法院撤銷股東會決議，必須以股東會之召集程序或決議方法，違反法令或章程為限。依前開實務見解，該議事規則顯非法令，亦難認與章程具有同一之效力，則原告實無由據以請求撤銷系爭股東會決議。股份有限公司股東會議事規則參考範例係由臺灣證券交易所股份有限公司函訂發布，依上市上櫃公司治理實務守則第五條規定訂定，其僅係不具有法拘束力之實務守則(best practice)，更遑論此參考範例係制定供上市櫃公司參考使用者，故解釋上顯然不適用於非公開發行公司，併此指明。

五、大平台公司不得依公司法第 189 條，訴請法院撤銷本決議。

(一) 公司法第 189 條規定：「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。」

(二) 依上述三、所述，本案由蝦米公司執行長孫筱美代理趙萍萍行使表決權並無決議方法之瑕疵，復依事實 20、22 及 24，王霞彌、陳大富均揭露自身的利害關係且自願迴避，林百萬亦在股東會中充分表達自身意見，使在場出席之股東皆明白其要求王霞彌及陳大富二人應迴避之意，故其他股東已在知悉林百萬對利害迴避的要求、王霞彌與陳大富所簽訂之意向書等相關資訊之情形下投下同意票，難謂決議方法有瑕疵或有害於股東行使表決權之權利，大平台公司應不得訴請法院撤銷本決議。

(3) 被告主張原告違反公平交易法(下稱「公平法」)第 20 條第 1 款及第 5 款，依據公平法第 30 條及第 31 條，以及民法第 184 條第 1 項後段及第 2 項之規定，被告得請求原告賠償新台幣(下同)6 億元，被告依民法第 334 條之規定，以此 6 億元之損害

賠償債權，與被告積欠原告之 6 億元費用抵銷，是否有理由？

被告可主張之論點：

一、原告與零售業者簽訂商城服務合約第十條（下稱系爭約款），約定所有在原告網路商城銷售商品的公司，若欲與原告指定之競爭對手有業務往來，均有事先告知義務，且大平台公司保留禁止此種行為之權利，已違反公平法第 20 條第 5 款之規定

（一）原告構成公平法第 20 條第 5 款所稱限制交易相對人之事業活動，並以此為條件，而與相對人交易之行為

1. 按公平法第 20 條第 5 款：「有下列各款行為之一，而有限制競爭之虞者，事業不得為之：五、以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」公平法施行細則第 28 條規定：「本法第二十條第五款所稱限制，指搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形。前項限制是否不正當而有限制競爭之虞，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。」

2. 原告要求零售業者簽訂之系爭約款，規定倘若與原告締約之零售業者欲與原告指定之競爭對手進行業務往來，應先告知原告，且原告有權禁止其與指定競爭對手交易、將刊登/販售之商品全面下架以及請求損害賠償，其目的及效果顯然在於使零售業者僅能與原告有業務往來，或至少係僅能與原告允許之對象有業務往來，已構成獨家交易或交易對象之限制，且若零售業者拒絕簽署含有系爭約款之商城服務合約，則無法在原告之商城平台上銷售商品，原告自構成公平法第 20 條第 5 款所稱限制交易相對人之事業活動，並以此為條件，而與相對人交易之行為。

（二）原告所為之前述限制不符合合理原則，屬不正當之限制，而有限制競爭之虞

1. 前項限制既屬非價格之垂直限制，其是否屬不正當而有限制競爭之虞，即應綜合考量當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及履行情況對市場競爭之影響等，按合理原則判斷之，亦即比較該限制之「限制競爭效果」及「促進競爭效果」孰輕孰重，進而認定其是否正當。

2. 詳言之，獨家交易或交易對象之限制，其限制競爭效果，在於封鎖其他既有競爭者或潛在競爭者參與競爭之機會，最高行政法院 95 年度判字第 1876 號判決、智慧財產法院 100 年度行公訴字第 2 號判決參照。若前述限制無法帶來相較於限制競爭效果更大的促進競爭效果，則不符合合理原則，應屬違法。謹就本件情形分析如下：

（1）從市場地位觀察，原告於網路商城市場近五年來市占率均在 12% 至

15%間且逐年成長，為台灣地區市占率最高之網路商城。零售業者懾於原告之市場力量，為避免同時於原告及被告之網路平台上刊登商品而遭禁止交易、產品下架及請求損害賠償等處罰，必然被迫放棄於市占率較小之蝦米公司（在網路商城市場之近五年市占率約在9%至11%間）以及叢林公司上刊登商品。

(2) 由履行情況觀之，原告於2018年12月2日對零售業者重申系爭約款後，確實有合計5,000家之零售業者與被告斷絕現在或未來的業務往來，相當於受通知業者中，有至少一半係受到原告行為之影響（擔心原告挾持最高市占率，將自己的商品自商城中全面下架），而與叢林公司斷絕往來。縱然叢林公司已祭出優惠服務方案，並提供具有競爭力之刊登費條件，仍導致4,000家商家於收受原告通知函後婉拒被告公司提供之業務機會，甚至迫使1,000家原本同時與原被告雙方皆有商業往來之商家終止與叢林公司合作。可見原告獨家交易限制行為確實阻礙競爭對手擴張、排除其取得交易之可能，形成市場封鎖之效果，削弱或甚至消滅競爭，足認原告對網路商城市場競爭產生實質減損，具限制競爭之效果。

(3) 再從當事人之意圖、目的分析，原告於2018年12月1日前從未援引過系爭約款，卻於林百萬知悉叢林與蝦米公司即將合併的消息後之次日（2018年12月2日）發函通知所有在原告網路商城銷售商品的商家，可見原告發函提醒合作零售業者該條款之目的，在於「約束與自己合作之商家，以阻斷同一市場競爭者招商選擇」，自難認其具有正當性。且發函對象合計高達10,000家零售業者，顯見此限制行為已逾越保護原告專屬投入正當行使權利之必要、合理範圍，是以原告欲以獨家交易之限制，排除經銷商與其他競爭者交易可能性之意圖至為明顯，欠缺促進競爭之合理事由。

3. 綜上所述，原告所為之前述限制，無法通過合理原則之檢驗，應屬不正當之限制，而有限制競爭之虞，違反公平法第20條第5款之規定。

### (三) 原告無從主張市場占有率未達15%之「安全港」抗辯

1. 公平交易委員會（下稱「公平會」）第1267次委員會議決議雖指出，公平法第20條所規範之垂直非價格交易限制行為，事業於相關市場之市場占有率未達15%者，推定該事業不具有市場力量，原則上無限制競爭之虞，惟考量市場運作實務，若事業之市場占有率雖未達到15%，但交易相對人對該事業不具有足夠且可期待之偏離可能性，則應認為事業間有依賴性存在，具相對市場優勢地位，其限制競爭之行為仍得依公平法第20條予以規範。

復依公平會第 481 次委員會議決議中所舉案例，公平會認為特殊商品之經銷商，因須購置無法轉作其他用途之設備，致該商品之經銷商對生產廠商具有不可偏離之依賴性，則此生產廠商即符合依賴性理論之門檻要件。

2. 查原告於網路商城市場近五年來市占率均在 12% 至 15% 間且逐年成長，已達公平會設定的門檻，應被推定具有市場力量。縱認為其長期市占率並未達到 15%，有高達半數商家婉拒與被告進行交易或與被告斷絕交易之事實亦可顯示，原告作為台灣地區市占率最高的網路商城，具有相對市場優勢地位，方可能有能力要求商家與之簽訂系爭約款，顯見大平台公司具有優勢競爭能力與市場地位。

何況，網路銷售經營模式於現代已成主流，實不能期待零售業者選擇不在大平台公司之商城中銷售商品，亦即，零售業者對大平台公司應具有不可偏離之依賴性，故大平台公司應無從就其違反公平法第 20 條第 5 款規定之行為，主張上述公平會第 1267 次委員會議承認之市場占有率未達 15% 之「安全港」抗辯。

**二、原告依據商城服務合約，於 2018 年 12 月 2 日發信通知所有在大平台公司網路商城銷售商品的商家應謹慎訂定與蝦米公司及叢林公司合作內容，並善盡告知義務，避免違約，否則大平台公司將禁止該商家在其網路商城刊登/販售商品之行為，已違反公平法第 20 條第 1 款之規定**

(一) 原告構成公平法第 20 條第 1 款所稱對特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為

1. 按公平法第 20 條第 1 款規定：「有下列各款行為之一，而有限制競爭之虞者，事業不得為之：一、按以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為。」
2. 次按，台北高等行政法院 93 年訴字 2973 號判決：「……至於『斷絕』則不限於中止現有之交易關係，不與被杯葛事業建立新的交易關係，亦屬之。前揭杯葛行為之非難性在於杯葛發起者以損害特定事業為目的，意圖借助他事業斷絕交易之方法，阻礙該特定事業參與競爭，故杯葛發起者之『促使』行為，如於客觀上已足以認定有『誘導或唆使』他事業拒絕與特定事業交易之作用，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，即應具有可非難性。……至於杯葛發起者促使杯葛受使者為杯葛行為後『有無發生斷絕交易之結果』，可作為審酌『杯葛行為之實施對市場競爭影響程度』的因素，惟該事實之存在與否並非公平法第 19 條第 1 款成立之必要條件。」

該判決並指出：「可見依上揭阿瘦公司回覆被告之函件、阿瘦公司營運部協理陳樹德於被告處之陳述及……等資料顯示，原告台中店之幹部確曾口

頭示意不可進駐台中衣蝶百貨公司，並向阿瘦公司人員暗示倘同時於原告台中店及台中衣蝶百貨公司設櫃有可能影響該公司於原告台中店之業績，而致阿瘦公司縱已於台中衣蝶百貨公司繳交 10 萬元設櫃履約保證金，卻因此決定不進駐，原告行為已對專櫃廠商產生實質之限制效果甚明。……

又衡諸一般常理，阿瘦公司當初會決定在距離原告台中店甚近之台中衣蝶百貨公司設櫃並已繳交保證金 10 萬元，必已就其設櫃利益得失予以衡量始決定進駐，若非有何特定因素考量，豈有自甘願損失已繳之 10 萬元之保證金而自台中衣蝶百貨公司退出設櫃之理。堪認原告台中店幹部口頭示意不可進駐之舉動，已足影響阿瘦公司退出設櫃之決定，而該行為在客觀上已足以認定促使專櫃廠商斷絕與台中衣蝶百貨公司之交易關係，而原告台中店與台中衣蝶百貨公司屬同一商圈，彼此具有競爭關係，前揭不正當競爭手段，阻礙台中衣蝶百貨公司招攬廠商參與競爭，係欲使台中衣蝶百貨公司退出台中地區百貨公司市場，該行為已對專櫃廠商產生實質之限制效果，即斷絕與台中衣蝶百貨公司進行交易」。

3. 原告於知悉蝦米公司與叢林公司即將合併後，即刻於 2018 年 12 月 2 日函知所有在原告網路商城銷售商品的商家，明白表示倘若與原告締約之零售業者欲與「其他與本公司競爭的網路商城（包括但不限於蝦米商城、叢林網路書店、地虎購物網、小鯨魚網路商城等）」進行業務往來，必須依系爭約款，事先通知原告，並提供相關資料供原告參考，且原告有權禁止其與指定競爭對手交易、將刊登/販售之商品全面下架以及請求損害賠償。

原告信函中明確且針對性地指出被告及其他特定網路商城之名稱，顯然意在利用原告強勢之市場地位，「促使」或至少「誘導或唆使」4,000 家商家拒絕被告公司提供之業務機會（即不與被告（被杯葛事業）建立新的交易關係），甚而迫使 1,000 家原本同時與原被告雙方皆有商業往來之商家中止現有與被告之交易關係（即：斷絕與蝦米公司合作）。換言之，原告之行為已造成 10,000 家商家中高達半數與被告斷絕交易之結果，阻礙被告進入競爭，無論在主觀或客觀上，均有促使他事業拒絕與特定事業交易之作用，其違反公平法第 20 條第 1 款之規定甚明。

4. 原告於 2018 年 12 月 2 日發函威脅將零售業者之商品全面下架之行為，與上述台北高等行政法院 93 年訴字 2973 號判決中涉及之「口頭示意不可進駐」之行為相似，均使專櫃廠商或本案之零售商家擔心退出杯葛事業之平台，而斷絕與被杯葛事業的商業往來，對於被杯葛事業已產生實質之限制效果。
5. 且原告行為時點（即 2018 年 12 月 2 日函知商城商家時）係在陳大富與王霞彌簽訂意向書一事流傳於原、被告均有合作的物流公司人員間及林百萬得知此事時。在此時點以前，原告從未援引系爭約款要求零售業者不得與

其特定事業有商業往來，顯見原告本次引用系爭約款，乃針對被告等幾家遭列舉於前述函文中之事業為之，主觀上有損害特定事業（包含被告）之目的，故原告之杯葛行為具有可非難性並有限制競爭之虞，違反公平法第20條第1款之規定。

(二) 違反公平法第20條第1款之杯葛行為本身即具可非難性，乃當然違法之行為，無前述合理原則之適用，且原告具有優勢競爭能力與市場地位，故無法主張公平會第1267次委員會議承認之市場占有率未達15%之「安全港」抗辯，已如前述，原告自無法就其對被告及蝦米公司發動杯葛之非法行為推諉，併予敘明。

**三、被告因原告前開違反公平法限制競爭規定之侵權行為減少營業額，受有6億元損害，故被告依公平法第30條及第31條，以及民法第184條第1項後段及第2項之規定，對原告享有損害賠償債權。被告得就前述對原告之損害賠償債權，與原告本件主張被告積欠之6億元費用債權，提出互為抵銷之抗辯**

(一) 按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。民法第184條第1項、第2項前段定有明文。又損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成之客觀存在事實，為觀察之基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該行為人之行為與損害之間，即有因果關係（最高法院107年度台上字第78號民事判決參照）。

(二) 次按民法第184條第2項之旨趣乃因保護他人為目的之法律，意在使人類互盡保護之義務，倘違反之，致損害他人權利，與親自加害無異，自應使其負損害賠償責任。惟其性質上屬於「轉介條款」及「概括條款」，自須引入連結該條以外之其他公私法中之強制規範，使之成為民事侵權責任的內容，俾該項不明確之法律規範得以充實及具體化。而所謂「保護他人之法律」，亦屬抽象之概念，應就法規之立法目的、態樣、整體結構、體系價值，所欲產生之規範效果及社會發展等因素綜合研判之；凡以禁止侵害行為，避免個人權益遭受危害，不問係直接或間接以保護個人權益為目的者，均屬之（最高法院103年度台上字第1242號判決參照）

(三) 公平法乃為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定，防止不公平競爭（不正競爭）行為發生而設之涵蓋性規範（同法第一條參照），並且設有第30條、第31條之事業得請求侵害防止、損害賠償等救濟規定，應兼有保護個別事業體或個人之目的。原告利用其市場優勢地位，以違反商業倫理或公序良俗之不當競爭手段，從事不公平交易行為，惡意損害競爭對手、排除其取得交易之可能，自可認為係該當於民法第184條第2項所規定之行為，構成



以違反保護他人權益為目的之法律，而有該條項規定之適用。

(四) 原告為阻礙被告進入競爭之目的，利用其強勢市場地位，以「禁止交易、產品下架及請求損害賠償」等語脅迫零售業者，致使4,000家零售業者拒絕被告公司提供之業務機會，及1,000家原合作商家斷絕與被告終止合作，顯係以違反商業倫理之不正行為爭取交易，已逾越市場上事業競相爭取交易機會之公平合理手段，構成故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人，且此行為已違反公平法第20條第1款及第5款限制競爭之規定，已如前述，使被告網路商城於2018年12月2日起至2019年3月31日為止，因此減少6億元營業額。故被告依公平法第30條及第31條，以及民法第184條第1項後段及第2項之規定，對原告大平台公司有6億元之損害賠償債權。

(五) 按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。抵銷，應以意思表示，向他方為之。其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時，按照抵銷數額而消滅。民法第334條第1項前段、第335條第1項分別定有明文。次按，被告對於原告起訴主張之請求，提出抵銷之抗辯，祇須其對於原告確有已備抵銷要件之債權即可，至原告對於被告所主張抵銷之債權曾有爭執，或被告已另案起訴請求，均不影響被告抵銷權之行使。抵銷不以雙方之債權明確為要件，故損害賠償債權當事人間，雖於其成立或範圍有所爭執，亦非必俟判決確定後始得抵銷。又抵銷應以意思表示向他方為之，其性質為形成權之一種，為抵銷時既不須相對人之協助，亦無經法院裁判之必要（最高法院67年台上字第1647號、22年台上字第1112號、47年台上字第355號判例參照）。

(六) 綜上所述，本件原告向被告主張之6億元費用債權，被告對自得依民法第334條之規定，以此6億元之損害賠償債權主張抵銷。

### 原告可主張之論點：

#### 一、原告與零售業者簽訂系爭約款，並未違反公平法第20條第5款之規定

(一) 原告並未構成公平法第20條第5款所稱限制交易相對人之事業活動，並以此為條件，而與相對人交易之行為

1. 按公平法第20條第5款：「有下列各款行為之一，而有限制競爭之虞者，事業不得為之：五、以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為。」

2. 原告雖於2018年起於商城服務合約中加入系爭約款，然系爭約款實僅具「提醒」之功能及目的，其性質並非完全限制零售業者與其他具有競爭性

網路商城交易之「獨家交易條款<sup>25</sup>」或限制交易對象之條款，而僅係在約定零售業者與需告知原告其與原告競爭對手之業務往來情況，俾供原告為合理之商業評估，零售業者得基於本身商業利益之考慮，自由決定合作對象。

3. 況且，系爭約款中所謂「禁止此等業務往來之權」，根本無實質效果或拘束力。零售業者與原告之競爭者間如有業務往來，屬渠等間之契約關係，原告實無任何權力或權利加以禁止，系爭條款亦無任何可執行力而言。縱零售業者違反系爭約款，若無確實損害原告法律上權利的行為，原告亦無法律上請求權得向零售業者請求損害賠償。由此可知，系爭約款根本不構成對交易相對人事業活動之何等「限制」，並非公平法第 20 條第 5 款所規範之行為。
4. 就實然面而言，零售業者縱於今日婉拒與被告之業務往來，未來亦可能再度與其合作，且婉拒業務往來的背後原因可能複雜且多元，亦可能因其即將與被告合併之蝦米公司在電商界誠信不佳之傳聞，以及管理高階經理以背信罪遭起訴的新聞而受到影響，如謂零售業者婉拒與叢林公司締約僅係因系爭約款此一句話所致，似嫌速斷。

(二) 退步言之，即便認為系爭約款構成原告對零售業者所為之事業活動限制，其亦符合合理原則，並非不正當之限制，故無限制競爭之虞

1. 公平法施行細則第 28 條規定：「本法第二十條第五款所稱限制，指搭售、獨家交易、地域、顧客或使用之限制及其他限制事業活動之情形。前項限制是否不正當而有限制競爭之虞，應綜合當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及履行情況對市場競爭之影響等加以判斷。」
2. 系爭約款並非對交易相對人事業活動之「限制」，故非公平法第 20 條第 5 款所規範之行為，已如前述。即便認為系爭約款屬於公平法第 20 條第 5 款所稱之「限制」，其亦屬非價格之垂直限制，故此種限制是否不正當而有限制競爭之虞，即應綜合考量當事人之意圖、目的、市場地位、所屬市場結構、商品或服務特性及履行情況對市場競爭之影響等，按合理原則判斷之，亦即比較該限制之「限制競爭效果」及「促進競爭效果」孰輕孰重，進而認定其是否正當。若該限制可以帶來相較於限制競爭效果更大的促進競爭效果，則符合合理原則，應屬合法。

謹就本件情形分析如下：

---

<sup>25</sup> 陳浩凱，探討網路開店平台業者與商家簽署獨家交易條款的違法性，公平交易委員會電子報第 62 期，105 年 11 月 2 日，網址：<http://www.ftc.gov.tw/upload/1051102-2.pdf>。

- (1) 從當事人之意圖觀之，原告之所以自 2018 年起在商城服務合約中加入系爭約款，並非基於何等非法意圖，而僅係出於合理之商業考量以及風險評估之必要，希望零售業者可以在其與原告之競爭對手進行商業活動前，事先告知原告，俾使原告得到充分之資訊，而能做出適當之商業決策，與其他平台商有效競爭，實具促進競爭之效果。零售業者得基於本身商業利益之考慮，自由決定合作對象，並不存在限制競爭之情事。
- (2) 從系爭約款之實際履行情況觀之，原告截至 2018 年 12 月 1 日均未曾援引系爭約款要求任何零售業者不得與特定競爭對手公司有商業往來，系爭約款不具限制競爭效果。
- (3) 復從商品或服務特性來分析，網路商城之營運乃向零售業者收取上架費用並提供系統技術之協助，需要大量且持續地投入成本，然而零售業者卻可以同時將其商品在數個網路商城上架，或輕易轉向其他網路商城。而各網路商城之產品同質性高，商品之品質或價格如有任何劣於其他網路商城的情形，消費者將不願意購買，故網路商城市場競爭激烈。如零售業者使用原告的服務，在快速累積銷售量、評價數、知名度及進貨能力之後，即轉而向其他競爭對手之網路商城銷售其商品或服務，而原告仍須為這些零售業者承擔成本及營運風險，其他競爭對手的網路商城卻能因原告之投入獲得利益，顯非合理。故系爭約款之存在，確有避免其他商城搭便車，促使交易對象持續、專注地投入交易關係的專屬投資等促進競爭之效果。
- (4) 綜上所述，系爭條款應符合合理原則，並非不正當之限制，故無限制競爭之虞，難謂違反公平法第 20 條第 5 款。

退步言之，即便認為系爭約款構成原告對零售業者所為之事業活動限制，其亦符合合理原則，並非不正當之限制，故無限制競爭之虞

(三) 原告於網路商城市場中之市占率未達 15%，不具市場力量或相對市場優勢地位，自無該當公平法第 20 條限制競爭行為之虞；若被告欲為相反主張，則應負舉證責任

1. 依公平會第 1267 次會議決議，公平法第 20 條所規範之垂直非價格交易限制行為，事業於相關市場之市場占有率未達 15% 者，推定該事業不具有市場力量，原則上無限制競爭之虞，除非該事業之市場占有率雖未達到 15%，但交易相對人對該事業不具有足夠且可期待之偏離可能性，此時方可認為事業間有依賴性存在，具相對市場優勢地位，而依公平法第 20 條規範其限制競爭行為。
2. 此次委員會決議相較於第 481 次委員會決議係以市占率 10% 做為門檻，展

現出對於垂直非價格交易限制採取較為寬鬆的執法立場，且此次決議也明確表示以市場占有率作為推定「不具有市場力量」之基準，他造若欲推翻，則負舉證責任證明限制競爭之虞存在，並應更具體指出限制競爭之虞為何產生。故本件應由被告舉證原告具有市場力量，而有限制競爭之虞。

3. 查原告大平台公司之市占率並未超越 15%，而與蝦米公司之近五年市占率相差不遠，平均市占率分別為 14% 及 10%，因此不能以原告之市占率微幅大於蝦米公司，就認為原告擁有絕對的市場力量；反之，應推定其「不具有市場力量」。若被告欲為相反主張，則應舉證證明限制競爭之虞存在。
4. 退步言之，縱以公平會第 1267 次決議之第二道判斷標準「依賴性」理論衡量，原告亦不具相對市場優勢地位。按所謂相對市場力量係指當一事業與其交易相對人之間具有所謂之「依賴性」時，被依賴之事業對於依賴事業所具有之市場力量。

觀諸本件情形，實體店想要到網路開店並無顯著的障礙及成本，又目前尚未在網路開店、但有意願加入網路開店平台的實體零售商家仍不計其數，被告公司仍有眾多的潛在交易對象可以爭取。被告也可以透過自身或與市占率高之蝦米公司合併後之競爭優勢，吸引已經在網路開店的零售業者轉換開店平台，或甚至提出更具競爭力之交易條件吸引零售業者停止與原告合作，此皆為提升合作機會的商業手段。因此，零售業者應有「足夠」且「可合期待」之「偏離可能性」，即原告不具備市場力量或相對市場優勢地位。

5. 綜上所述，原告於網路商城市場中之市占率並未達到公平會第 1267 次委員會議提出之 15%，故可主張「安全港」抗辯，原告應不具市場力量或相對市場優勢地位，自無該當公平法第 20 條限制競爭行為之虞。若被告欲為相反主張，則應負舉證責任。

## 二、原告於 2018 年 12 月 2 日發信通知所有在大平台公司網路商城銷售商品的商家應謹慎訂定與蝦米公司及叢林公司合作內容等行為，並未違反公平法第 20 條第 1 款之規定

(一) 原告不構成公平法第 20 條第 1 款所稱對特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為；被告所援引之判決與本案不具可比性

1. 按公平法第 20 條第 1 款規定：「有下列各款行為之一，而有限制競爭之虞者，事業不得為之：一、按以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為。」

所謂「斷絕」，係指事業為達成損害特定事業或剝奪特定事業日後參與市

場活動之目的，促使或透過聯合方式約定他事業不與特定事業從事交易之行為，一般而言，個別事業基於本身商業利益之考慮，皆得自由拒絕與任何企業為經濟上之往來，但是事業受他事業的抵制行為，致使其無法與其競爭同業從事公平競爭者，乃扭曲競爭本質，故應受到公平法之限制。

2. 原告所援引之台北高等行政法院 93 年訴字 2973 號判決亦提及：「前揭杯葛行為之非難性在於杯葛發起者以損害特定事業為目的，意圖借助他事業斷絕交易之方法，阻礙該特定事業參與競爭，故杯葛發起者之『促使』行為，如於客觀上已足以認定有『誘導或唆使』他事業拒絕與特定事業交易之作用，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，即應具有可非難性。於判斷事業杯葛行為是否違法，應綜合考量當事人意圖、目的、杯葛發起者之市場結構及市場地位、杯葛行為所涉商品特性、杯葛行為之履行狀況，及杯葛行為實施後對市場競爭之影響程度等。至於杯葛發起者促使杯葛受使者為杯葛行為後『有無發生斷絕交易之結果』，可作為審酌『杯葛行為之實施對市場競爭影響程度』的因素，惟該事實之存在與否並非公平法第 19 條第 1 款成立之必要條件。」。
3. 查原告於 2018 年 12 月 2 日發信通知 10,000 家零售業者，重申雙方基於商業考量、自由簽訂之系爭約款，係屬正常的商業書信往來，與前述判決不同之處有二：
  - (1) 其一，前述判決中，杯葛事業之市場占有率高達百分之 33.34%，較本案原告高出甚多，且本案中，原告、蝦米公司及叢林公司之市占率相差不遠，原告是否有能力促使零售業者不與被告等競爭對手交易，顯有疑義。從市場結構而言，前述判決中之被告顯較本案原告更有市場影響力，其行為與本案並無可比性。
  - (2) 其二，該案口頭示意之內容為「不可進駐」被杯葛事業，然而本案附件 3 之信件內容僅重申早已簽訂之附件 1 合約內容，而要求零售商家盡告知義務，即無損害特定事業之主觀目的，客觀上亦不構成「斷絕」行為，故此部分亦無可比性。況原告除重申系爭約款內容外，亦無任何進一步措施（懲罰），根本不屬於杯葛之態樣。
4. 至於有 4,000 家商家婉拒被告公司提供之業務機會，以及 1,000 家原合作商家決定與被告終止合作乙節，若綜合考量當事人目的、市場地位，各零售商家係基於本身商業利益之考慮，例如：叢林公司即將與蝦米公司合併，然蝦米公司在電商界早有誠信不佳之風評等，而本於締約自由，選擇拒絕與被告為經濟上之往來，並非受原告之誘導或唆使，亦非受迫於原告之市場地位。實則，蝦米公司與叢林公司合併後，市占率極可能超越原告，且現況下任一家公司之影響力均未超過整體市場之三分之一，可見整體市場仍具多元競爭力，故其顯非因原告有何等市場地位，而決定不與被告締

約。

5. 退步言之，婉拒本次合作機會，並不代表該公司與被告將永久斷絕合作關係，零售業者可能於被告與蝦米公司合併而使市占率上升後，決定與新的蝦米公司繼續合作。再者，受通知 10,000 家零售業者中僅有 1,000 家（即 10% 的商家決定中止合作），比例相當低，顯無限制競爭之效果。
6. 退萬步言，縱認中止合作的 10% 零售商家為斷絕交易之結果，此事實（結果）之存在依據前述法院判決，亦非杯葛行為成立的必要條件，故原告並未構成公平法第 20 條第 1 款之杯葛行為。

(二) 此外，原告於網路商城市場中之市占率並未達到公平會第 1267 次委員會議提出之 15%，故可主張「安全港」抗辯，原告應不具市場力量或相對市場優勢地位，自無該當公平法第 20 條限制競爭行為之虞，已如前述。若被告欲為相反主張，則應負舉證責任。

**三、綜上所述，原告並無被告所主張違反公平法第 20 條第 1 款、5 款之限制競爭行為，故被告對原告自無依據公平法第 30 條、第 31 條規定以及民法第 184 條第 1 項後段、第二項前段之損害賠償債權，不得就被告積欠原告之 6 億元費用債權主張抵銷。**