

東海大學法律研究所碩士論文

指導教授：李成博士

定暫時狀態假處分之操作與困境——以公司經營權爭
奪為中心

**The Practices and Difficulties of Preliminary
Injunction --- From the Perspective of the Battle of
Corporate Control**

研究生：吳讚鵬

中華民國一〇一年七月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 吳鵬 君所提之論文：

定暫時狀態假處方之操作與困境——以公司經營權爭奪

經本委員會審查並舉行口試，認為符合 本中心
碩士學位標準。

考試委員簽名處

李心

沈香芬

林恩壽

101年 7月 27日

摘 要

公司經營權爭奪由來已久，近二三十年來經濟蓬勃發展，公司家數、規模均有大幅度之成長，尤其於股份有限公司，因具有資本額大，容易籌措資金，股權通常較為分散，因此成為經營權爭奪青睞之標的。基於市場機制，有效率者淘汰無效率者，乃物競天擇，適者生存之道理，本應尊重市場運作下所選擇之結果。但疑惑的是，定暫時狀態假處分與市場收購股權、公開收購、委託書徵求等常見經營權爭奪態樣相較，屬於間接奪取經營權之方式，然使用頻率卻遠高於其他三種直接奪取之方法，如同遍地開花般，幾乎涉及經營權爭奪之事件，皆可發現其蹤跡。本係為防止不可彌補之損害的定暫時狀態假處分，原屬保全機制之一，恐將成為企業爭奪間之利器，值得深入探討研究。

我國定暫時狀態假處分制度於 2003 年民事訴訟法修正後，制度面雖有大幅度之變動，填補長久以來之空白，然縱使再完善之制度，仍有待使用者妥適之運用。修法後迄今已近 10 年，實務究竟本其何等標準操作定暫時狀態假處分，實有檢視之必要。蓋相類似之事件若不能為相類似之處理，將導致裁判公正性遭人質疑，其不具可預測性更使人民無所適從。更重要者，在涉及經營權爭奪事件中，受影響者不僅係形式上之兩造，股東、債權人、廣大的投資大眾，甚或是當地居民皆可能受定暫時狀態假處分放射效力所及，錯誤之判斷恐致生不能回復之損害。因此，法院如何針對個案下一正確、妥當之裁定，有賴於法官之專業與智慧，而制度之完備為其強而有力之後盾，本文欲藉由歸納分析目前實務之運作，參酌學者意見與外國立法例，針對涉及經營權爭奪事件就法制面作類型化與細緻化，矯正現今濫用定暫時狀態假處分爭奪經營權之亂象，期待重新找回該制度應有之定位。

關鍵字：定暫時狀態假處分、經營權爭奪、釋明、擔保、禁制令

謝 辭

終於要步入人生的另一個階段，最後能以這一本小書為學生生涯畫上句點，雖不算完美，但至少完整了。漫長的撰寫過程中，受到許多人的幫忙與照顧，在此謹呈謝意。

首先要感謝的是我的家人，尤其是爸爸、媽媽及二哥，若不是你們這些年的支持打氣，包容我的任性，讓我能無後顧之憂的準備考試、撰寫論文，我也沒辦法能夠順利上榜、完成論文；你們的辛苦，我都知道。而身處同一城市的大哥，創業惟艱，儘管偶爾才能見上一面，但每每喝到你現打的果汁，包含著對么弟的關懷，使我有了繼續打拼的動力。

感謝我的恩師，李成老師。還記得研一時承蒙老師垂青，託人詢問是否願意拜其門下，那時聽到此一消息，喜出望外，迫不及待的與人分享我的喜悅，其實之所以會報考研究所，很大部份的原因便是想跟著老師多學點東西。這些年跟在老師身邊，越覺得老師學問淵博、反應靈敏，最難得的是有顆年輕的心，與同學間打成一片，亦師亦友，令學生好生敬佩。在研究所期間，無論是考試還是論文，老師總是給予最大的支持與協助，一方面給予空間與時間讓我盡情揮灑；另一方面在我遇到瓶頸時，適時指點解惑，往往寥寥數語，便能令我茅塞頓開，突破盲點；或是神來一筆，而生畫龍點睛之效。謝謝老師多年來的栽培與關愛，能成為您的學生，是一件幸運又驕傲的事。

感謝洪秀芬老師與林恩瑋老師，在炙熱的暑假裡，願意撥空前來擔任口試委員，兩位老師治學嚴謹的態度，令本篇論文得以更加完善；親切和緩的語氣，使口試過程談笑風生，不禁忘了時間的存在，創下最久口試時間的紀錄，殊不知在外頭的助教與同學擔心萬分，倒也是趣事一件。

三位老師亦是我上研究所即選修之第一門課，在學生生涯的最後一堂課，有幸能在老師指導下，完成學業，學生感激萬分。

另外，要感謝系上助教耀州學長、美蘭學姊、芳瑜學姊、禾里學長及鐘範學弟的協助，使求學期間更為順遂。研究所同窗好友甫哥、旻甫、旻憲、明憲、子琦、靖棠、慈瑄、佳欣、有朋、敦彥、姆姆……一起上課、撰寫報告、精實的讀書會、「一條龍」的爆肝行程，帶給我無數的歡笑與回憶。家族的學弟妹，其恆、潔咪、曜謙、莉嘉等等，每次家聚總發現你們一點一滴的成長，學長也為你們高興，送我的畢業禮物，我會好好珍惜的。

律訓亦是研究所中一段美好的回憶，認識了克豪、朝璋、雅婷、欣華、東龍、老甘、珮琪等好友，那時的夜夜笙歌，事後回想起來總為苦悶的論文生活帶來些許的調劑。不得不提的是東龍哥，特地幫我蒐集資料，快遞寄來，小弟銘記在心。珮琪強大的外文能力，也為我提供不少幫助。政憲在排研究室的日子，總會再三提醒留心，免除了我「無家可歸」的窘境。

最後，還要感謝幾位特別重要的好友。小美，從大學認識到現在也快10年了，你的親切、細心總是能讓人感受到溫暖，一起打球、念書、玩樂的日子，有你，真好！高中好友書樵、怡文，常常不忘捎來一通關心的電話；當我告訴你們考上律師的消息時，還高興的從床上跳起來，比我還高興！所謂的「換帖」，莫過於此。遠赴加拿大打拼的兄弟，士毅，每每和你碰面一次，便能獲得繼續奮鬥的動力，儘管從未說出口，但彼此都知道對方為自己最重要的朋友，期待你功成名就的歸來！還有我的女友易芬，妳的體貼、好脾氣總是包容著我，讓我任性的去做想做的事，也因為有妳的陪伴，我才能夠順利的通過考試與畢業，一起入學、一起念書、一起上榜、一起寫論文、一起畢業，以後還會有更多的一起，謝謝妳！

紙短情長，感謝這一路走來幫助過我的師長與朋友，謝謝你們，豐富了我人生的色彩。

2012年7月 于大度山



目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍與方法.....	2
第三節 本文架構.....	3
第二章 公司經營權爭奪態樣	5
第一節 經營權概說.....	5
第一項 從公司治理到經營權歸屬.....	5
第二項 經營權歸屬.....	8
第一款 董事會.....	9
第二款 經理人.....	10
第三款 股東.....	11
第四款 監察人.....	15
第二節 公司經營權爭奪之態樣.....	16
第一項 市場收購股權.....	16
第二項 公開收購(Tender Offer).....	17
第三項 委託書徵求.....	21
第四項 定暫時狀態假處分.....	23
第三章 我國定暫時狀態假處分制度	29
第一節 定暫時狀態假處分之意義與目的.....	29

第一項 意義	29
第二項 目的	30
第二節 定暫時狀態假處分之性質與種類	31
第一項 性質	31
第一款 訴訟事件說	31
第二款 非訟事件說	31
第三款 非訟事件與訴訟事件雙重性	32
第二項 種類	32
第一款 規制性定暫時狀態假處分	32
第二款 滿足性定暫時狀態假處分	32
第三節 定暫時狀態假處分之要件	34
第一項 須為有爭執之法律關係	34
第二項 須有定暫時狀態之必要	36
第四節 定暫時狀態假處分之特性	38
第一項 暫定性	38
第二項 附隨性	39
第三項 迅速性	40
第四項 假處分本案化	40
第五節 定暫時狀態假處分之程序	43
第一項 管轄法院	43
第二項 聲請程序	44
第三項 審理程序	45
第一款 要件之釋明	45
第二款 擔保之提供	49
第三款 給予當事人陳述意見之機會	52
第四款 法院得裁定酌定必要之方法	54
第五款 中間處分性質之緊急處置裁定	54
第六節 定暫時狀態假處分之救濟	55
第一項 定暫時狀態假處分之抗告	55
第二項 定暫時狀態假處分之撤銷	56

第三項 定暫時狀態假處分之特別規定.....	60
第一款 抗告法院命回復原狀之非訟化裁定	60
第二款 聲請人無過失損害賠償責任之減輕	61
第三款 相對人損害賠償訴訟之併案請求	61
第四章 定暫時狀態假處分准否之困境.....	63
第一節 創設法無明文之聲請要件	63
第二節 有待釐清的釋明標準	65
第三節 難以臆測的擔保金額	73
第五章 美國禁制令制度	81
第一節 概說	81
第二節 禁制令之種類	84
第三節 中間禁制令准否之判斷標準.....	87
第四節 小結	93
第六章 定暫時狀態假處分於公司經營權爭奪之操作與定位	95
第一節 定暫時狀態假處分於經營權爭奪之運用	95
第二節 定暫時狀態假處分於公司經營權爭奪之實踐	97

第一項	前言	97
第二項	釋明標準之調整	98
第三項	擔保金額之功能單一化	104
第四項	定暫時狀態假處分於經營權爭奪之定位	109
第七章	結論	115



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

春城無處不飛花——定暫時狀態假處分之濫觴

2003 年 3 月，久津案：久津公司董事長因挪用公款炒作股票而辭職下台，透過定暫時狀態假處分禁止多數董事職權後，使已方人馬藉由臨時管理人之選任再度插手久津公司之經營權；同年 6 月，台灣大哥大案：富邦集團以定暫時狀態假處分凍結台灣大董事職權後，原經營者見無力回天，拱手讓出經營權；同年 12 月，太電案：太平洋電線電纜公司高階主管因涉嫌掏空公司資產，造成董事間派系對立，雙方各自向法院聲請定暫時狀態假處分請求禁止其執行職務；2005 年新纖董事長雙包案：吳姓兄弟二人皆稱其為新纖公司之董事長，並相繼聲請定暫時狀態假處分，期能進禁止他方職權之行使；2011 年高興昌案：國票金雖為高興昌最大股東，但董監事選舉時公司派卻排除國票金的 32.6% 股權，不讓國票金參與投票表決，無法取得主導權的國票金，憤而提出刑事訴訟，並向法院提出定暫時狀態假處分，致使高興昌公司 6 董 3 皆受法院裁定暫停職權；2012 年 6 月 27 日，中石化案：堪稱本年度最受矚目之股東會，市場派指稱其一早即到會場卻遭保全橫阻而無法進入，且對手操縱股東會流程，逕行將第 8 項改選董監事會議程，提前到第 1 項議程改選，致使市場派於中石化 9 席董事中僅獲得 1 席，揚言將提起撤銷股東會決議之訴或確認股東會決議無效之訴，並同時聲請定暫時狀態假處分聲請禁止董事執行職務¹……

公司經營權爭奪由來已久，近二三十年來經濟蓬勃發展，公司家數、規模均有大幅度之成長，尤其於股份有限公司，因具有資本額大，容易籌措資金，股權通常較為分散，因此成為經營權爭奪青睞之標的。基於市場機制，有效率者淘汰無效率者，乃物競天擇，適者生存之道理，本應尊重市場運作下所選擇之結果。但疑惑的是，定暫時狀態假處分與市場收購股

¹ 參袁延壽，力麗提告 主張中石化股東會無效，工商時報，2012 年 6 月 28 日 A2 版。

權、公開收購、委託書徵求等常見經營權爭奪態樣相較，屬於間接奪取經營權之方式，然使用頻率卻遠高於其他三種直接奪取之方法，如同遍地開花般，幾乎涉及經營權爭奪之事件，皆可發現其蹤跡。本係為防止不可彌補之損害的定暫時狀態假處分，原屬保全機制之一，恐將成為企業爭奪間之利器，值得深入探討研究。

我國定暫時狀態假處分制度於 2003 年民事訴訟法(下稱民訴法)修正後，制度面雖有大幅度之變動，填補長久以來之空白，然縱使再完善之制度，仍有待使用者妥適之運用。修法後迄今已近 10 年，實務究竟本其何等標準操作定暫時狀態假處分，實有檢視之必要。蓋相類似之事件若不能為相類似之處理，將導致裁判公正性遭人質疑，其不具可預測性更使人民無所適從。更重要者，在涉及經營權爭奪事件中，受影響者不僅係形式上之兩造，股東、債權人、廣大的投資大眾，甚或是當地居民皆可能受定暫時狀態假處分放射效力所及，錯誤之判斷恐致生不能回復之損害。因此，法院如何針對個案下一正確、妥當之裁定，有賴於法官之專業與智慧，而制度之完備為其強而有力之後盾，本文欲藉由歸納分析目前實務之運作，參酌學者意見與外國立法例，針對涉及經營權爭奪事件就法制面作類型化與細緻化，矯正現今濫用定暫時狀態假處分爭奪經營權之亂象，期待重新找回該制度應有之定位。

第二節 研究範圍與方法

定暫時狀態假處分的運用範圍廣泛，民事法、公法領域皆有其適用，於財產事件、家事事件、商事事件或公害事件亦屢見不鮮，惟因篇幅有限，且基於術業專攻之立場，本文重點將僅針對涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分作討論，另關於公司種類部分，我國公司法設有無限、有限、兩合與股份有限公司四種，其中法制設計上又以股份有限公司為首要考量，一般涉及經營權爭奪亦以此為大宗，故原則上將以股份有限公司為對象，其餘部分有相關者，則扼要補充提及。本文擬依上述的研究動機出發，從公司治理角度探討經營權之歸屬、經營權爭奪之態樣後，比較定暫時狀態假處分於民訴法修法後之變革，輔以學說意見及實務脈動，提出目前涉及經

營權爭奪之事件，實務操作定暫時狀態假處分面臨何種困境，深入探討實務運作之標準與缺失。再參酌美國禁制令制度，分析禁制令制度與定暫時狀態假處分之異同，作為我國修法之借鏡。最後綜合實務、學說見解，歸納檢討後，試著提出對現行法制的評析與看法，思考制度修正的必要性。

在本文中擬採取的研究方法如下：

(一)文獻分析法。透過書籍、期刊、論文、新聞報導、司法院裁判書等相關文獻之蒐集，對於其內容作出整理、解讀、比較與分析，從中了解目前國內對此議題的看法與走向為何，並深入探討審判實務對於定暫時狀態假處分於經營權爭奪事件中之審查標準是否已形成一定的類型特徵或多數的法律見解。

(二)比較研究法。藉由美國法制背景、立法過程與實務運作的異同比較觀察，期望能對其良善之處加以借鏡，尋求適合於解決我國相關問題的途徑。

第三節 本文架構

本文分成七章，章節構成概述如下：

第一章為緒論。主要在於本文問題意識之提出、研究動機、研究目的與研究方法之說明。

第二章介紹公司經營權爭奪態樣，從公司治理之角度切入，分析我國公司組織架構下，董事、經理人、股東及監察人於公司中扮演何種角色，又何人握有經營大權或得影響經營權歸屬之權限，得其結論後，進一步討論經營權爭奪之手段，臚列市場收購股權、公開收購、委託書徵求與定暫時狀態假處分等方法，比較其中之優缺點，導引出定暫時狀態假處分受公司派與市場派青睞之原因。

第三章則對定暫時狀態假處分作通盤之介紹，從意義、目的、特性、審理程序到救濟方式，比較分析民事訴訟法於 2003 年大幅度修正後，所

產生之變動與革新，並整理學說見解，輔以實務看法，掌握定暫時狀態假處分於民事訴訟法中之定位。

第四章承繼第三章之脈絡，藉由分析裁判書，透過近 5、6 年來法院之裁定，檢視於經營權爭奪之事件，實務操作之標準與面臨的困境，深入探討定暫時狀態假處分遭濫用之問題核心，為民訴法與公司法兩個不同領域作一接軌。

第五章透過比較研究法，討論美國禁制令制度之起源、種類與核定標準，進而對照美國中間禁制令與我國定暫時狀態假處分制度之異同，勾勒出定暫時狀態假處分於經營權爭奪定位之雛型。

第六章為本文之重點，第一部分介紹定暫時狀態假處分於公司經營權爭奪之運用，並說明定暫時狀態假處分於經營權爭奪之優勢與誘因。第二部分則為實務之缺失尋求解決辦法，藉由定暫時狀態假處分制度的細緻化與類型化，並妥善運用現有制度與建立配套措施，為定暫時狀態假處分於經營權爭奪中重新定位，實踐定暫時狀態假處分之目的。

最後，**第七章**為本文之結論。本章將總結前述幾章之內容，提出本文就定暫時狀態假處分於公司經營權爭奪中之想法，並提出對未來實務運作及法制建構上的展望與建議。

第二章 公司經營權爭奪態樣

影響公司營運之良窳因素甚多，在外者如政治、社會、科技、經濟；在內者如資金、人才、技術、決策等，而握有經營權之經營者如同公司之舵手，決定公司營運與發展之航向。正因為經營者具有如此大的權限，而巨大的權限往往代表著巨大的利益，加上在企業所有與企業經營分離的公司治理思潮下，公司所有者將其經營管理公司之權限委託予經營者，使得非屬公司股東之人亦有取得公司經營權之可能，經營權遂成為公司派與市場派爭奪之標的。是以，在現今公司組織架構下，究係何人握有經營大權或得影響經營權歸屬之權限即有探討之必要，而常見的經營權爭奪態樣又係為何，本文臚列市場收購股權、公開收購、委託書徵求及定暫時狀態假處分等方法，分析比較其中之優缺點，導引出定暫時狀態假處分屢屢受企業間青睞之原因。

第一節 經營權概說

第一項 從公司治理到經營權歸屬

鑑於 1997 年爆發的亞洲金融風暴及 2001 至 2002 年間美國安隆公司 (Enron) 等被揭發財務造假醜聞，造成企業與投資人深遠的影響，進而公司治理 (Corporate Governance) 的重要性逐漸被各國所重視。1999 年經濟合作與發展組織 (OECD) 更提出「公司治理原則」 (Principles of Corporate Governance)，成為各國修改法令、強化公司治理之參考依據。²

「公司治理」，其意義乃指透過制度之設計與執行來達到提升公司經營管理效能與監督經營者之行為，以確保股東與債權人應得之報酬，並兼顧其他利害關係人之利益。³簡言之，公司治理的目標，乃是為追求企業經

² OECD 公司治理原則涵蓋：(1)保障股東權益(The Rights of Shareholders and Key Ownership Functions)，(2)公平對待所有股東(The Equitable Treatment of Shareholders)，(3)利害關係人的角色(The Role of Stakeholders in Corporate Governance)，(4)資訊揭露及透明化(Disclosure and Transparency)，(5)董事會責任(The Responsibilities of the Board)。

³ 葉銀華、李存修與柯承恩，公司治理與評等系統，商智文化出版，2002 年 11 月初版，頁 33。

營之經濟效率的最大化。⁴而決定公司治理之良窳乃取決於制度如何設計，如何明確劃分公司組織架構與權責歸屬，係公司治理之一大課題。

依照我國公司法之設計，股份有限公司其內部組織大致上可劃分為三類——「所有者」、「經營者」及「監督者」，亦即為股東會、董事會與監察人。立法本意係仿政治上之三權分立體制，利用三方彼此權限之不同而互相制衡，來達到公司內部監督之目的。申言之，表彰股東權股份之歸屬者，為股份有限公司之股東，並因股東僅就股份負有出資之義務，故屬股份有限公司之構成員，即所有人。然因股東人數眾多，不可能每個股東皆參與公司之經營，且考量業務執行之效率與股東有限責任下並非每一股東均有意願參與公司經營，故創設居於意思決定機關之股東會，股東透過股份多數決方式之使用，形成股東集體之意志。並藉由選任董事及監察人權限，一方面選任特定之人為董事，進而組成董事會以從事業務之執行與公司之經營，形成企業所有與企業經營分離之現象。另一方面，蓋股東會並非經常活動之機關，⁵無法時時監督董事會業務之執行，且在效率考量下，亦不宜令每個股東享有監督大權，否則董事會執行業務將窒礙難行。故為防止董事濫權而產生的代理問題(Agency Problem)，⁶由公司所有者在經營機關之外，再選任特定人擔任監察人，賦予公司內部監督權限，諸如公司法第 218 條、219 條監督公司業務之執行與會計之審核、第 218 條之 2 董事會或董事違法行為之停止請求權、第 214 條代表公司訴請追究董事責任權……等若干規定，期能督促董事善盡善良管理人責任，以補股東會監督之不足，故產生「監督與所有分離」之體制。⁷而股東會除了對監察人有任免權外，對監察人提出之報告有查核之權限(公司法第 184 條)，並有監察人責任解除權(公司法第 231 條)及監察人責任追究權(公司法第 225 條)等，以防監察人怠其職責。同時為避免「董事不懂事、監事不監視」而狼狽為奸之情況，必要時得選任檢查人為臨時監督機關，防範於未然(公司法第 184 條 2 項)。

⁴ 劉連煜，現代公司法，新學林出版，2008 年 2 月 3 版，頁 14。

⁵ 公司法第 170 條第 1 項：「股東會分左列二種：一、股東常會，每年至少召集一次。二、股東臨時會，於必要時召集之。」

⁶ 代理問題係指委託人與代理人之間因目標不一致，而產生利益衝突之情事。

⁷ 林國全，監察人修正方向之檢討——以日本修法經驗為借鏡，月旦法學雜誌第 73 期，2001 年 6 月，頁 47。

綜上，股東會、董事會及監察人乃我國股份有限公司之法定、常設、必備機關。惟民國 95 年修正之證券交易法，其修法重點之一乃在推動公司治理，對於公開發行股票之股份有限公司之董事及董事會與監察人進行重大變革，依證交法第 14 條之 2 及第 14 條之 4 規定，分別引進獨立董事制度及審計委員會制度。使得現行公開發行公司經營監控機制大致可分為三種型態：其一為傳統類型之僅設董事會與監察人，但董事會並未設有獨立董事；其二為同樣設有董事會及監察人，但董事會設有獨立董事；其三為僅有董事會而無監察人，但董事會內設有由獨立董事組成之審計委員會。因此現行法下，在公開發行公司，監察人實非必備機關，但在非公開發行公司，監察人仍是必備之監督機關。⁸

雖然公司法立法原意是希望這三種機關權利互相制衡，然就我國企業發展而言，現今雖有些公司已有股權分散的情形(主要以科技產業居多)，但大多數公司仍處於家族事業與關係企業股權集中或交叉持股之現象，經營權與所有權界線難以劃分，實可比喻為「大股東」、「董事(長)與董事會」、「經營階層(含總經理)」之「三位一體」，所謂公司治理機關僅係陪襯而已。⁹儘管經營者持股比例未過半，但比例仍較高，容易取得經營權的控制地位。如此一來，同時身兼經營者與所有人之身分，若公司利益與個人利益發生衝突時，恐將捨公司利益而追求個人利益，意即容易形成大股東與小股東間的利益衝突。相反的，若是公司股權極度分散，股東之間未掌握決定性的控制地位，而呈現經營權與所有權分離之情形，雖說符合世界潮流，但此時仍可能會發生利益衝突的情況。此時利益衝突的雙方往往是專業經理人與股東，舉例而言，專業經理人握有公司營運之經營權，運用其地位而增加自己報酬、薪資、分紅等(自肥條款)亦時有耳聞，例如在金融海嘯期間，美國 17 家獲得政府紓困的銀行共發放逾 10 億美元的薪酬給高層主管，包括美國國際集團 (AIG)、高盛、摩根大通、花旗和美國銀行等 17 家金融業者，一手慷慨接受納稅人金援，另一手卻大方發放 16 億美元的薪酬給高階主管，有些人甚至單獨領走超過 1,000 萬美元，此 16 億美元發放的名目不一而足，包括紅利、留才獎金和股票贈與等。而這些所謂的

⁸ 劉連煜，現代公司法，新學林出版，2008 年 2 月 3 版，頁 459~460。

⁹ 王文字，公司法論，元照出版，2008 年 9 月 4 版，頁 53。

「專業經理人」也因此被譏諷為「肥貓」。¹⁰另外，有學者認為即使在股東與債權人間，也可能存有利益衝突，其認為股東若與經營階層掛鉤，可能透過增加公司之風險性投資與不當利用公司資產等兩種方式侵害債權人利益。於前者而言，股東傾向高風險性之投資以換取高額獲利，然股東僅負擔有限責任，無異將風險轉嫁予偏好風險趨避之債權人；而後者最顯著之例即將公司資產分配予股東(如發放現金股利)，但因現行公司法對於發行股利之限制，係僅以資產淨值為衡量標準，未考慮發放後債權人可能會面臨債權屆期無法清償之危險。¹¹

上述三種利益衝突態樣皆為公司治理應注意之面向，然歸納此三種型態可以發現的是，經營權係利益衝突的關鍵，或可謂「經營權之所在，利益衝突之所在。」握有經營權之一方，若不以整體公司利益為考量，而汲汲營營於個人之私利，衝突方所衍生。簡言之，公司治理核心，即係經營權。值得進一步思考的是：何人握有經營權？或者應該說何人足以影響經營權之變動？

第二項 經營權歸屬

公司經營權究竟歸屬於何人，此將決定經營權爭奪之主戰場為何，若係採「股東會至上」之看法，認為股東會係公司組織中之法定必備最高機關，其權限應超越作為業務執行機關之董事會，此二機關決議若有衝突，應以股東會所為者為準，此時經營權爭奪之主戰場將以主導股東會決議為考量；反之，若認應以「董事會中心」為當，主張為避免擴大股東會之職權與複雜化，並加強董事會權限，若兩機關間之決議有所不同，應以董事會所為者為準，則經營權爭奪將以取得董事席次為目的¹²。同理，於採專業經理人為經營重心者，經營權爭奪的戰場亦隨之改變。至於屬監督者之監察人，並不享有經營權，此應無疑問，然是否有其他得動搖經營權之方

¹⁰ 莊雅婷編譯，調查 AIG、高盛等獲紓困照發巨薪案 棍子高高舉起 輕輕放下 ...，經濟日報，2010年7月25日，A7版。

¹¹ 王文宇，公司法論，元照出版，2008年9月4版，頁48~49。

¹² 參照邵慶平，論股東會與董事會之權限分配—近年來公司法修正之反思，東吳法律學報第17卷第3期，2006年4月，頁144~150。

法，以下亦將一併討論。

第一款 董事會

如前所述，董事會係公司執行業務之機關，其成員由全體董事所組成，而為股份有限公司之必備、常設之集體執行業務機關。因其為會議體組織，故權限之行使當應以會議方式決之，再由代表機關之董事長基於董事會決議對外為意思表示。故在我國公司法設計股份有限公司原則以董事會為中心之模式下，董事會握有公司之經營權應無疑問。

有疑義的是，董事會與股東會權限劃分界線為何？即經營權涵蓋範圍如何斷定，學界間存有爭議。董事會之權限，依公司法第 202 條之規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」可知係採概括授權之規定，除重大事項應保留予股東會決定者外，原則上均由董事會決議行之。此係企業所有與企業經營分離原則之體現，公司法立法之世界潮流亦肯認董事會享有業務執行之權，例如 1984 年美國模範商業公司法第 8.01 條 b 項規定：「公司之權力必須由董事會行使或在董事會權力下行使。公司業務之經營，除章程另有限制外，應受董事會之指揮。」¹³。有學者認為，公司法第 193 條第 1 項規定，董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議，與上述第 202 條相較，存有潛在的衝突與矛盾，亦即第 202 條既採概括授權之立法例，但依第 193 條規定，董事執行業務又應受股東會決議拘束，似有股東會決議效力大於董事會決議之困惑。然在體系解釋上仍應解釋為股東會與董事會職權之劃分仍應以第 202 條為基準，第 193 條所謂「股東會之決議」應以法律或章程規定屬於股東會得決議之事項者為限。¹⁴換言之，若股東會決議之內容並非依公司法或章程規定屬股東會所得決議之事項，所得出之股東會決議即一不拘束董事會之決議，僅屬建議性議案而已。

¹³ 劉連焜譯，美國模範商業公司法，五南出版，1994 年 2 月初版，頁 55。

¹⁴ 林仁光，董事會功能性分工之法制課題，台灣法學新課題(三)，元照出版，2005 年 11 月初版，頁 352。相同見解者，劉連焜，現代公司法，新學林出版，2008 年 2 月 3 版，頁 419~420。

另有學者採取不同看法，其主張應從決議事項本質論斷董事會與股東會權限的劃分。攸關營運事項應劃歸董事會決定。例如盈餘分派，依我國公司法第 228 條第 1 項、第 240 條第 1 項規定係由股東會議決，但成果處理本屬經營之一環，理應屬董事會職權才是。¹⁵

惟須注意的是，公司法對重大決策權的分配並非採取「非屬董事會即屬股東會」之二分法，而係承認於某些重大事項上，兩者有其共享之權利。例如公司法第 185 條公司為重大行為、第 317 條合併時股份收買請求權等規定，皆須由董事會事前審慎評估後，方交由股東會決議行之。

總體而言，公司經營權由董事會所掌握，而董事會既為一會議體形式，藉由多數決制度形成董事會決議，故掌握董事會內之多數董事席次則係真正掌握經營大權。又董事長乃對外代表公司，對內召集董事會並擔任主席之人，更是所謂經營權爭奪之影響關鍵，故經營權爭奪戰，實際上也就是董事席次之爭奪戰。

第二款 經理人

公司經營權之行使，法律上將其賦予董事會。然而實際上來看，並非公司每個經營決策的形成過程皆由或皆須經董事會決議，就議案之重要性、複雜性、急迫性等等而有不同之型態，無法一概而論。故除了董事以外，多半需要經理人輔助業務之執行，依公司法第 29 條規定公司得依章程規定置經理人。即經理人屬章定、任意、常設之輔助業務執行機關。再依公司法第 8 條之規定，公司之經理人在執行職務範圍內，亦為公司負責人。可知在公司法制上經理人扮演極重要的角色。蓋因公司法雖賦予董事會業務執行之權利，然公司業務龐大繁雜，實務上許多大型公司在區分業務執行權與業務決策權後，董事會往往僅負責重大業務決策，而日常業務

¹⁵ 方嘉麟，會計表冊承認制度之研究兼論違法盈餘分配之責任歸屬，「現代公司法制之新課題」——賴英照大法官六秩華誕祝賀論文集，元照出版，2005 年 8 月，頁 418~423。經濟部亦採此見解，經濟部 2002 年 4 月 10 日商字第 09102103020 號函。

之執行多半交由專業經理人處理。蓋董事會大多僅一個月或一季開一次會，自然無法處理公司大小事務。¹⁶惟我國經理人之設計與美國法下的經理人相差甚異，美國法下公司內部之經營管理原則上係由公司執行長(CEO)領導下，由公司高階經理人負責研擬與執行決策，董事會僅為核准及監督公司經營政策或目標之機構。是以，於美國公司法制其董事會具有濃厚的監督者色彩，屬監督者，經理人則是受到股東委託負責公司重大決策的執行及日常業務之進行，故屬經營者。¹⁷反觀我國，經理人僅係業務執行之輔助機關，並不必然就是經營階層之一員，是否握有經營權仍須依實際情況認定之。

第三款 股東

除一人公司外，依公司法第 192 條之規定，董事係由股東會選任，就公司經營權角度觀之，持有持股比例越高的大股東，透過選任董事而掌握經營權之機會也就越大。此外，若為公開發行股票之公司且採董事候選人提名制度者，依公司法第 192 條之 1 之規定，持有已發行股份總數百分之一以上股份之股東，更可以透過書面向公司提出董事候選人名單，藉以取得掌握經營權的機會。¹⁸惟無論如何，若股東無法取得董事會席次，即使擁有眾多股權的大股東，在法制上仍無法享有經營之權。而在選出董事之後，董事受任期之保障，大股東是否有其他取得經營權之手段，其可能之方法應有公司法第 173 條少數股東召集股東會之權或公司法第 200 條訴請法院裁判法院解任董事兩種。

¹⁶ 上市上櫃公司治理實務守則第 31 條第 1 項前段：「上市上櫃公司董事會應每季至少召開一次，遇有緊急情事時並得隨時召集之。」

¹⁷ 王文字，公司法論，元照出版，2008 年 9 月 4 版，頁 51~52。

¹⁸ 有學者認為董監事候選人提名制度雖立意良善，然提名股東資格或許過於寬鬆，且無規定最短持股期間，因此具有提名資格之股東應不在少數，其中有些可能係不以公司福祉為考量之投機性股東，在無須負擔高額提名成本，又無明確審查標準來檢視提名名單下，恐有提名過於浮濫或成為經營權爭奪手段之一，造成非理性的選舉結果。王文字，公司法論，元照出版，2008 年 9 月 4 版，頁 284~287。

一、公司法第 173 條少數股東請求召集股東會

按公司法第 199 條第 1 項規定，董事得由股東會之決議隨時解任之。然股東會之召集，原則上由董事會召集之，此係公司法第 171 條定有明文。故若冀望董事會召集股東會來解任董事，可行性並不高。僅能從其他召集股東會方式著手，而依第 173 條第 1 項規定，繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，得以書面記名提議事項及理由，請求股東召集股東臨時會，此為少數股東權之體現。然為免股東動輒得咎召集股東會，故本條設有持股期間與持股比例之限制。因此大股東欲透過此條召集股東會，則自身之資格須先符合法定要求。再者，此僅為請求董事會召集，董事會於提出請求後十五日內不為召集之通知時，股東方得報請主管機關許可，自行召集。惟此時董事會既明知股東請求召集之事由乃係解任董事，則是否會應股東之請求召集股東會有二種面向可資思考。

其一為若董事會不會故意不為召集之通知，而讓股東取得召集之權限。其關鍵點在於股東會主席之地位。按照公司法第 208 條第 3 項規定，董事長原則上為股東會之主席，惟此係指股東會由董事會召集者而言；若係由董事會以外之其他召集權人召集者，依公司法第 182 條之 1，股東會主席則由該召集權人擔任之。主席為股東會之主宰者，應妥適行使職權，主導議事之合法進行。¹⁹實務界亦認為股東會會議主席主持並指揮會議之進行，對於會議之過程及結果有極大影響，若由無法定資格者擔任主席，則經其主持之股東會決議，其決議方法應屬違反法令，構成決議撤銷之原因。²⁰簡言之，主席具有議事指揮權、議事整理權及秩序維護權，可藉由議事規章的規定，技巧性的操縱股東會議程進行次序與場地設計，來防止對己不利之議案或臨時動議。²¹是以，在董事會自為召集股東會之情形下，董事長為股東會之主席，股東欲透過第 173 條來取得經營權，難度甚高。

¹⁹ 王志誠，金融機構經營權之爭奪與定暫時狀態假處分之運用，台灣法學雜誌第 143 期，2010 年 1 月 1 日，頁 133。

²⁰ 最高法院 76 年度台上字第 957 號判決。

²¹ 在 2005 年 6 月公司法第 172 條第 5 項修正前，其法條用語僅係「改選」董監事等不得以臨時動議提出，故實務上常藉由突襲性的臨時動議解任董監事，作為經營權爭奪之手段之一。

其二為董事會仍不為召集之通知，將此棘手問題丟予主管機關即經濟部處理，蓋依公司法第 173 條第 2 項規定，須主管機關許可後方可自行召集。故經濟部同意與否亦是一不確定因素。再者，即使主管機關許可後，以往常面臨到一個瓶頸，即雖然市場派握有目標公司大部分的股權，卻囿於市場派的身分，拿不到股東名簿。即使向公司或股務代理申請抄錄股東名簿，亦常遭到拒絕。蓋若無法取得股東名簿，縱使召開股東會，亦常因為出席人數不足導致流會。若欲藉由公開徵求委託書之方法來突破，依然因為沒有股東名簿，實難讓每個股東得知訊息。過去多數市場派，也因為始終無法突破這項限制，宣告入主行動失敗。雖公司法第 210 條規定，股東得檢具利害關係證明文件，指定範圍，隨時請求查閱或抄錄股東名簿。惟就此利害關係之解釋，依經濟部函釋係指法律上之利害關係，如發生債權債務關係者而言。若股東依公開發行公司出席股東會使用委託書規則之規定行使徵求委託書，主要發生於公司改選董監事為取得董監事席位時，其關係似與公司法第 210 條規定之意旨有別。²²顯見經濟部認為有關股東就其與公司間為經營權相關事宜要求抄錄股東名簿，並非屬於公司法第 210 條之「利害關係」。

惟此一瓶頸在近年來已經被突破，2009 年發生的炎洲股份有限公司併購亞洲化學股份有限公司一案即為突破之關鍵點，持有亞化公司七成股權的炎洲公司，卻因該年亞化股東會流會，導致炎洲公司未能取得任一席董監事席次，若要等到下次董監事選舉，則需兩年半以上。故炎洲公司透過公司法第 173 條第 2 項取得經濟部許可自行召集臨時股東會權限後，即面臨上述申請股東名簿遭拒絕之困境，炎洲公司律師團以大股東要求召開臨時股東會之權益不應被忽略等理由，請求經濟部解釋公司法第 173 條、第 210 條之適用，98 年 10 月 27 日經濟部作成經商字第 09800684960 號函釋，肯認股東依公司法第 173 條規定獲得主管機關許可自行召集股東臨時會者，即屬該次股東臨時會之召集權人，該股東既屬該次股東臨時會之召集權人，於不違反許可事項範圍內，原則上得辦理股東會召集之相關事項。如公司董事會不配合召集權人依公司法第 172 條規定辦理股東會召集通知之寄發、第 177 條規定印發委託書及收受委託書、第 177 條之 3 編製股東

²² 經濟部 97 年 4 月 23 日經商字第 09702045480 號函、93 年 12 月 29 日經商字第 09302406700 號函。

會議事手冊、第 183 條規定分發股東會議事錄予各股東、第 192 條之 1 受理董事候選人名單（許可事由係改選董事之情形），召集權人均可自行為之。且股東依公司法第 173 條規定取得股東臨時會召集權後，為辦理股東會召集相關事宜，可依公司法第 210 條第 1、2 項規定檢具利害關係證明文件，指定範圍，向公司或股務代理機構請求查閱或抄錄股東名簿。於此，炎洲公司據以順利召開股東會，並囊括亞化公司五董二監全部席次，此亦是國內首宗敵意併購成功的案例。²³此一函釋不但突破「沒有股東名簿，就不能開臨時股東會」的限制，也對公司法第 173 條、第 210 條背後所隱含的股東行動主義更前進了一步。²⁴另外，對於在經營權爭奪戰往往屈於弱勢地位的市場派來說，此函釋在法律上也提供了一個施力點，未來的經營權爭奪戰，勢必將越來越激烈。

二、公司法第 200 條解任董事之訴

而公司法第 200 條解任董事之訴，一來緩不濟急，二來要件規定頗為嚴格，須董事執行業務有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，且須經股東會未為決議將其解任時，方得由持有已發行股份總數百分之三以上的股東，於股東會後三十日內訴請法院裁判解任。故大股東欲藉由此條奪取經營權之機會亦不高。另依公司法第 172 條之 1 股東提案權制度，股東可藉由提案對公司董事造成一定的制衡作用，惟若董事會對於符合形式要件與實質要件之合格股東提案為不當處置，而未列入股東會之議案，依同條第 6 項之規定，僅能處公司負責人一萬元以上五萬元以下之罰鍰，與該提案內容若影響董事自身利益時相較，嚇阻能力十分有限²⁵。

是以，理論上大股東若未取得董事席次，則欲透過其他股東會機制取

²³ 齊聿利，炎洲入主亞化 創敵意併購先例，商業週刊第 1151 期，2009 年 12 月 14 日，頁 58~60。
溫建勳，敵意併購藏鏡人 現身——梁懷信 出身證期會，經濟日報，2009 年 12 月 1 日 C6 版。

²⁴ 股東行動主義（Shareholder Activism）是近年來先進國家的趨勢，意即投資人或小股東在投資時，能尋找公司治理較佳的公司，一旦被投資公司的董事會決議不符合股東利益時，小股東們就自發性地要求董事改組或管理階層下臺，或改善公司治理情形等，伸張自己權益，積極監督公司運作。

²⁵ 關於嚇阻能力是否有限，有學者持不同見解，認為董事會未將適法之合格股東提案列入股東會議案中，應屬公司法第 189 條召集程序違法之瑕疵，提案股東得提起撤銷股東會議決之訴。王志誠，股東之提案權，月旦法學教室第 48 期，2006 年 10 月，頁 27。

得經營權之可能性不大，充其量僅能將上述之方法作為奪取經營權之輔助手段而已。

第四款 監察人

監察人係屬非公開發行股份有限公司之法定、必備、常設之監督機關，然因所職掌係監督公司之權限，即便監察人有數人者，其仍得單獨行使監察權而不受彼此拘束，此與董事會行使公司業務執行權時採會議體形式而有所不同。故監察人因其地位與董事處於對立之關係，當然不享有公司之經營權。在經營權爭奪戰中，監察人之地位以往僅居於戰術運用之輔助角色，其真正主戰場仍在董事身上。

然而亦有監察人發動經營權爭奪戰成功之案例，宏易精密工業股份有限公司由陳五常所創設，以生產模具與電子零組件為主。董事長陳五常因涉及違反證交法遭起訴，於民國 98 年請辭董座，民國 99 年初由董事之一的張水金接任。接任後不久，卻因原會計師不願簽證財報而和宏易解除委任關係，及宏易子公司圓城科技公司無法及時提供財報資料等因素，而導致無法即時繳交第三季財務報表，遭櫃買中心向證期局提報後，自 11 月 4 日起暫停交易。²⁶

嗣後，宏易監察人陳俊宏(陳五常之子)指出，由於宏易精密前經營階層，疑涉有違法投資圓城科技、以及違法支領海外孫公司酬勞，違反公司治理及內稽內控等缺失，為避免公司陷入經營危機，並以股東實際行動、積極導正公司治理，遂依公司法第 220 條之規定，²⁷欲召集股東臨時會全面改選董事及監察人，但仍出現前述無法取得股東名簿之問題，故監察人陳俊宏便登報以禮券換取委託書，²⁸而遭金管會糾正此形同變相收購委託

²⁶ 邱馨儀，陳五常收復宏易 將對前董座提告，聯合報，2010 年 11 月 6 日 AA2 版。

²⁷ 公司法第 220 條：「監察人除董事會不為召集或不能召集股東會外，得為公司利益，於必要時，召集股東會。」

²⁸ 薛翔之，登報找股東送禮券 金管會指變相價購，聯合報，2010 年 10 月 8 日 AA2 版。

書，違反公開發行公司出席股東會使用委託書規則第 11 條，不得以給付金錢或其他利益為條件取得委託書之規定。但經濟部也因此發出解釋函，肯定監察人得依公司法第 220 條規定召集股東臨時會，辦理股東會召集之相關事項，並得要求公司及股務代理機構提供股東名簿。²⁹而宏易公司便依此順利召開股東會取回公司之經營權，原為監察人之陳俊宏在董監事改選後轉任為董事，並在之後董事會選舉時取得董事長之地位。

因此，監察人之職權透過上述經濟部函釋而更為強化，在經營權爭奪戰中之角色日趨重要，監察人擺脫以往被動之角色，而有主動奪取經營權之可能。此號函釋亦讓只掌握少數股權、卻能以股東名簿等方式壟斷董事會的狀況，大為降低，藉由股東會能夠順利召開，讓重大決議的權利回歸股東會，此亦「股東行動主義」所欲追求的目的。

第二節 公司經營權爭奪之態樣

第一項 市場收購股權

一般而言，透過證券交易市場收購目標公司的股份或認股權憑證、附認股權特別股、附認股權公司債、可轉換公司債等，藉以累積持有目標公司股份之數量，待達到一定數量後，經由股東會之董監事選舉取得董事席次，係取得經營權最簡易、快速並具隱密性之方法。可在公司派尚未防備之前取得先機，且避免在併購或是奪取經營權消息揭露之後，造成公司派實行防禦措施或拉抬股價，而使收購成本大幅提高。另須注意的是，若目標公司為公開發行公司，依證交法第 43 條之 1 規定，收購方自己或與他人共同取得目標公司已發行股份總額超過百分之十之股份者，須為大量取得股權之申報，應於取得後十日內，向金管會申報其取得股份之目的、資金來源。此係參考美國證券交易法第 13 條第 4 項而訂，目的在使主管機關及投資人能了解公司股權大量變動之來由及其趨向，俾能預先準備，以因應股權變動所可能導致公司經營權異動或股價之變化，為「完全公開

²⁹ 經濟部民國 99 年 10 月 8 日經商字第 09902140320 號函。

原則」(Full Disclosure)³⁰之體現。³¹

然於市場收購股權仍有其缺點存在，其一為欲達到爭奪經營權所需之股權數量，收購時日耗日費時，若目標公司為國際性之大型公司或是股票流通性甚低之公司(交易量小)，則欲透過此法取得一定之股數將更加困難。其二為股價波動之問題，蓋收購股權既需一段時日，而股價又隨每日漲跌而有更迭，導致收購成本難以預估，且收購消息一旦曝光，股價大幅上升、目標公司採取防禦措施之情況不勝枚舉，導致收購行為失敗亦屢見不鮮。另外，收購者收購之認股權憑證、附認股權特別股、附認股權公司債、可轉換公司債等有價證券，因其本身性質使然，需待一定期限或目標公司有資金需求決定採用此種方式募集資金時，方得轉為股份，又為收購者增添許多變數。

第二項 公開收購(Tender Offer)

依證券交易法第 43 條之 1 第 2 項及「公開收購公開發行公司有價證券管理辦法」(下稱收購辦法)第 2 條第 1 項規定，公開收購係指不經由有價證券集中交易市場或證券商營業處所，對非特定人以公告、廣告、廣播、電傳資訊、信函、電話、發表會、說明會或其他方式為公開要約而購買有價證券之行為。而此有價證券，按收購辦法同條第 2 項規定包括已依證交法辦理或補辦公開發行程序公司之已發行股票、新股認購權利證書、認股權憑證、附認股權特別股、轉換公司債、附認股權公司債、存託憑證及其他經行政院金融監督管理委員會核定之有價證券。由於公開收購之實行，主要係以公司經營權爭奪為目的，除了金管會核定之有價證券外，一般排除普通公司債等不影響公司經營權變動之有價證券。

³⁰ 完全公開原則又稱充分揭露原則，指任何人發行新的證券，必須依規定提供充分的資訊，包括發行公司的財務、業務、人事、組織、資金用途、未來計畫等相關資料，使投資人能據以作為是否認購證券的決定。賴英照，股市遊戲規則——最新證券交易法解析，自版，2006 年 2 月初版，頁 7。

³¹ 參 1988 年 1 月 29 日證券交易法第 43 條之 1 立法理由。

公開收購制度於 1988 年修正證交法時引進，規定公開收購應先經主管機關核准，並授權主管機關訂定管理辦法。證期會(現為金管會)於 1995 年發布收購辦法，對公開收購限制甚多，如核准制即是，故實務案例甚少，僅有特殊幾例而已。例如寶成工業股份有限公司於 1996 年 8 月 9 日收購倍利產業股份有限公司，業經證期會同意並執行完畢。惟倍利公司本即為寶成公司之子公司，於收購之前寶成公司已持有倍利公司逾六成之股份，並未造成經營權變動。³²

於 2002 年證交法修正時，為配合我國企業併購法推動企業併購政策，並符合國際立法趨勢，參考英、美、日、韓等諸國公開收購制度，改採申報制。按證交法第 43 條之 1 第 2 項規定，公開收購須先向主管機關申報並公告後，始得為之，此即「事前申報制」。有學者認為，所謂「事前」係指在公開收購開始日前，此一制度與美國威廉斯法的同時申報制(即收購人於公開收購的公告或通知寄發時，同時向證管會申報)或日本的事後報備制均有不同。³³從而可能導致目標公司有所防範，變向保護公司當權派之經營權，因而降低公開收購成功之機會，並剝奪投資人以較高價出售之機會。³⁴然而現今實務之運作上，申報日與公開收購開始之日之時點往往極為接近，近乎同時進行，實與美國法上之同時申報制相差無幾，尚不致於有前述弊端產生，惟就立法層面思考，若實務發生申報日與公開收購日時點有一定程度之差異，導致上述疑慮發生，則依現行法規仍非違法，充其量僅為不當而已，故為求法制之周全，仍應改採同時申報日為妥。

此外，現行之事前申報制，依照第 43 條之 1 第 2 項，有 3 款例外，即所謂之簡易公開收購，排除申報及公告之規定，惟為確保投資人權益，其他相關規定仍有其適用：

1. 公開收購人預定公開收購數量，加計公開收購人與其關係人已取得公開發行公司有價證券總數，未超過該公開發行公司已發行有表決權股份總數百分之五。此係豁免收購數量未達足以影響經營權變動之

³² 賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，自版，2006 年 2 月初版，頁 189。

³³ 賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，自版，2006 年 2 月初版，頁 193。

³⁴ 劉連煜，新證券交易法實例演習，元照出版，2008 年 9 月增訂 6 版，頁 148。

情形。

2. 公開收購人公開收購其持有已發行有表決權股份總數超過百分之五十之公司之有價證券。蓋收購人已持有目標公司逾 50%有表決權之股份，實屬關係企業中的控制公司與從屬公司，經營權亦不致於發生變動，如前述寶成公司與倍利公司即屬之。
3. 其他符合主管機關所定事項。

公開收購原屬任意性質，惟若任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，依證交法第 43 條之 1 第 3 項規定，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。而此比例及期間、範圍等依照同條第 4 項及收購辦法第 11 條為 50 日及 20%，故若任何人單獨或與他人共同預定於 50 日內取得公司 20%以上股份者，即強制採取公開收購制度。其目的在於避免大量經由交易市場購買股票導致產生個股市場價格劇烈波動者外，最重要的是讓小股東得以分享控制權溢價(Control Premium)，³⁵藉此保障小股東之權益。申言之，實務上若有大筆股權移轉之交易，投資者往往鎖定目標公司之大股東，以高價購買其高比例之股份，待取得控制權後，往往再使用二階段收購，即現金逐出合併之方式，以較低之價格收購其餘小股東之股份，使小股東無法獲得公平之待遇，違背股東平等原則。2006 年間發生的凱雷私募股權基金併購東森公司即為一例，凱雷基金擬併購東森公司，其先於國內設立盛澤公司，2006 年 3 月間，東森公司撤銷公開發行，同年 6 月至 8 月盛澤公司自東森公司主要股東等以 32.5 元購入 90.37%之股權。同年 8 月 2 日東森公司與盛澤公司簡易合併，以盛澤公司為存續公司，並以每股 26 元現金逐出其餘不到 10%之股東。對於不同意合併異議股東，凱雷也準備以相同的每股 26 元作為公平市價買回他們的持股。有些異議股東認為每股 26 元的買回價格，遠低於一個多月前凱雷付給東森媒體大股東的每股 32.5 元價格，主張差別待遇極不公平，並向法院聲請就「合併時公平市價」作出裁定。

³⁵ 控制權溢價係指為取得目標公司之控制權，投資者因而付出超過當時合理交易價格之額外對價。關於控制權溢價之歸屬向來有共享與獨享兩派間之爭執，目前主張控制權溢價應由控制股東獨享為美國法之主流見解，關於兩說主張之理由，有興趣者可參章友馨，齊頭式公平是真公平嗎？——從凱雷收購東森媒體案論股份收買請求權公平價格之裁定，月旦財經法雜誌第 13 期，2008 年 6 月，頁 139~145。饒佩妮，論控制權溢價之歸屬，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2009 年 6 月，頁 28~55。

於此案中，針對控制權溢價，法院以該 90.37%的「大股東」內，實有數位持股極少之股東，若其均能享受控制權溢價，則持有更多股份之聲請人亦應一體適用。技巧性地迴避是否肯認控制權溢價之問題。³⁶有學者認為，就此案以較高價出售持股之主要股東，在交易過程中，亦涉有隱匿、未真實揭露或告知其餘股東已以較高價出售之事實，有涉及違反對其餘股東之受任人義務(Fiduciary Duty)，故不能主張獨享控制權溢價。³⁷此外，另一問題是，東森公司在與凱雷簽訂股權收購合約之前，就撤銷公開發行，藉此規避資訊揭露及強制公開收購的規定，方衍生出對股東大小眼之問題。蓋依當時公司法並未就公開發行公司欲撤銷公開發行有任何明文規定，故僅須董事會決議即可，導致一旦撤銷公開發行，財務狀況即回復到不公開之狀態，對投資人影響甚鉅，也容易成為有心人士規避法律、掏空資產之漏洞，如本件東森凱雷案、2004 年博達掏空案均可見此情形發生。³⁸2011 年 6 月修訂公司法第 156 條第 3 項時，鑒於上述之問題故明定須經股東會特別決議方可停止公開發行，始填補此一漏洞。

公開收購與其他爭奪經營權方式相較，具有**(一)費用低廉**：僅須以較少之對價，即能達到支配公司之目的。**(二)迅速簡便**：通常會限定公開收購期間，迫使承諾人及目標公司迅速作決定，亦不讓目標公司有過多的時間採取防禦措施。**(三)風險性低**：因公開收購之要約通常附有停止條件，若未達收購標準一定數量時即不予收購，且如有其他競爭者之要約或目標公司自行收回證券要約，而該條件較原公開收購人優渥時，即使公開收購成功，公開收購人仍得將已獲得之證券轉售予競爭者。**(四)行動隱密**：既無須得經營者同意，也不必如同委託書徵求般須事先取得目標公司股東名簿。**(五)保護股東權益**：可避免小股東之權益在私下協議過程中被忽略或

³⁶ 台北地方法院 95 年度司字第 1073 號民事裁定。惟此案於二審裁定中，台北地院 96 年度抗字第 166、167 號民事裁定改判系爭股票之公平價格為每股 30 元，認為原裁定認應以 32.5 元收買，尚有未洽，且明確表示大股東可享有「控制權溢價」，其謂：「公司進行併購時，收購者從被收購對象之大股東處購買之股份，絕非單純股票本身之價值，尚包括取得對被收購公司之控制力，進而使被收購公司得按符合自己利益方式經營，降低其投資風險，以減少投資成本，從而被收購公司大股東持有之股份因其持股規模享有高於零散股份的『控制溢價』，尚難謂有何不當。」

³⁷ 劉連煜，股份收買請求權與控制權溢價，月旦法學教室第 65 期，2008 年 3 月，頁 26~27。

³⁸ 黃日燦，黃日燦看併購／轉進東森媒體 凱雷再創第二春，經濟日報，2011 年 12 月 1 日，B7 版。

侵害，如同前開東森凱雷一案即是。

然公開收購制度亦有其缺失之處，即在進行公開收購時，通常無法完全評價目標公司的財務與經營狀況，在資訊掌握上將有不足之處。另外因公開收購係為取得公司經營權為目的，但目標公司之少數股東並不能因此享有強制收買請求權，有可能使取得經營權之公司與少數股東間利益衝突的情況增加。³⁹

第三項 委託書徵求

當公司規模小，股東人數較少時，股東往往較能親自出席股東會，了解公司營運概況及未來發展，並將其意思表示透過多數決形於股東會決議之上。隨著公司規模越來越大，股東人數日益趨多，同時身為數家公司股東而股東會日期撞期者在所多有。例如在 2008 年間，竟有 627 家上市櫃公司選在同天召開股東會，至於召開股東會如此集中，上市櫃公司主要還是怕職業股東干擾議事的進行，雖然此經營者此等考量無可厚非，但同時也侵害了股東行使表決權之權利。有學者指出，實際上因上市櫃公司股東人數眾多，不但股東會場地難尋，實際開會也流於形式，無法真正討論議案，往往簡短說明後，即以拍手通過。⁴⁰

因此，一方面為了保障股東行使股東權之權益與便利行使之目的，另一方面也避免股東會因出席人數不足導致流會，故創設委託書制度，使未能親自出席者，得使他人代為行之，落實股東民主之目標。而委託書既能代理他人出席股東會，行使表決權，亦即表示此權限包括選任董監事之權利，通常這也是委託書所扮演的最重要角色。其實在英美公司法制早已賦予了委託書的積極功能——即監控董事會之作為。在西方法律制度內，以市場監控達成公司治理之目的的法律途徑，多以公開收購股權或委託書爭奪戰(Proxy Contest)作為驅逐不適任的公司經營者最有效之方法。藉由委託

³⁹ 吳光明，證券交易法論，三民書局出版，2007 年 7 月，9 版，頁 74~75。

⁴⁰ 賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，自版，2006 年 2 月初版，頁 157。

書徵求的制度，挑戰表現不佳的現任董事，從而使股東會能積極發揮監督公司經營人員的作用。⁴¹既然委託書有其積極功能，假使不妥善管理，則易淪為經營者長期掌控經營權，又無須向股東負責的「自動連任的寡頭政治」。或是成為野心股東以極少數的持股奪取經營權之工具。⁴²誠如美國學者羅斯教授所言：「委託書的使用，如放任而不加以管理，無異是鼓勵經營者長期留任而濫用其經營權；如加以適當管理，則可能成為挽救現代公司制度的利器」。⁴³

現今我國對於委託書管理分別於公司法第 177 條、⁴⁴證交法第 25 條之 1、⁴⁵第 178 條第 1 項第 5 款⁴⁶及依證交法第 25 條之 1 授權制定之「公開發行公司出席股東會使用委託書管理規則」(下稱委託書規則)設有若干規定，包括徵求人資格、⁴⁷禁止收購委託書、⁴⁸表決權不予計算之情事等等，

⁴¹ 劉連煜、林國全、洪秀芬、曾宛如，股東會委託書之管理，元照出版，2007 年 5 月初版，頁 10~11。

⁴² 依 1984 年 1 月 7 日證管會頒布的「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」草案總說明中指出「出席股東會委託書制度之立法精神與原意，已被誤解而濫用，以致有些股東以極少之持股而能當選公司董事或監察人，或以委託書操縱股東會之召開與進行，甚至將委託書作為公司經營權爭奪之工具，使股東會功能無法正常發揮，嚴重影響公司之內部安定與正常經營，損害大多數股東之利益，其演變至今，對於委託書之取得，更公然在報紙上大肆刊登徵求廣告、或透過函件電話徵求、或派員到處蒐購，其狀愈演愈烈，亟待加以矯正管理，因此乃訂定規則，以期導引整體委託書制度正常發展。」

⁴³ Loss, & Seligman(2001), *Fundamentals of Securities Regulation*, Aspen Law & Business at 488.轉引自賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，自版，2006 年 2 月初版，頁 158。

⁴⁴ 公司法第 177 條：「股東得於每次股東會，出具公司印發之委託書，載明授權範圍，委託代理人，出席股東會。(第一項)除信託事業或經證券主管機關核准之股務代理機構外，一人同時受二人以上股東委託時，其代理之表決權不得超過已發行股份總數表決權之百分之三，超過時其超過之表決權，不予計算。(第二項)一股東以出具一委託書，並以委託一人為限，應於股東會開會五日前送達公司，委託書有重複時，以最先送達者為準。但聲明撤銷前委託者，不在此限。(第三項)委託書送達公司後，股東欲親自出席股東會或欲以書面或電子方式行使表決權者，應於股東會開會二日前，以書面向公司為撤銷委託之通知；逾期撤銷者，以委託代理人出席行使之表決權為準。(第四項)」

⁴⁵ 證交法第 25 條之 1：「公開發行股票公司出席股東會使用委託書，應予限制、取締或管理；其徵求人、受託代理人與代為處理徵求事務者之資格條件、委託書之格式、取得、徵求與受託方式、代理之股數、統計驗證、使用委託書代理表決權不予計算之情事、應申報與備置之文件、資料提供及其他應遵行事項之規則，由主管機關定之。」

⁴⁶ 證交法第 178 條第 1 項第 5 款：「有下列情事之一者，處新臺幣二十四萬元以上二百四十萬元以下罰鍰：五、違反主管機關依第二十五條之一所定規則有關徵求人、受託代理人與代為處理徵求事務者之資格條件、委託書徵求與取得之方式、召開股東會公司應遵守之事項及對於主管機關要求提供之資料拒絕提供之規定，或第一百六十五條之一準用第二十五條之一規定。」

⁴⁷ 委託書規則第 5 條、第 6 條。

⁴⁸ 委託書規則第 11 條。

⁴⁹對於股東權益的保障及公司治理的健全更進了一步，然我國就委託書管理仍較諸多先進國家嚴格甚多，此恐係考量我國實務曾發生過之案例，擔心有心人士濫用委託書奪取經營權而從嚴規範。有學者比較英、美、德、日各國立法例後，認為徵求人須持股一定數量與一定期間、代理股數上限等規定皆為我國特有，此不但不符企業所有與企業經營分離的國際趨勢，對於是否符合公司治理之法則亦持保留態度，建議取消此等規定方為妥適。⁵⁰

其實，在股東會流於形式的現況下，徵求委託書實已演變為實質之股東會，委託書既有監督現任經營者的功能，並提供委託書徵求者競逐董監事席次之機會，則委託書制度之管理應定位於「中立」之角色。申言之，制度之設計上不宜偏袒公司派或市場派，而係提供一個公平競爭的平台，藉由委託書徵求，使股東能享有知的權利與選擇的自由，進而委託心之所嚮的一方，代為行使股東權利，重拾股東會的實質意義，發揮監督與決策之功能。

第四項 定暫時狀態假處分

在經營權爭奪戰中，不論是公司派或是市場派常藉由定暫時狀態假處分制度有其禁制、凍結權利之效果，而被運用在禁止對方行使某些權利上，諸如禁止股東行使權利、禁止董監事行使職務等，因定暫時狀態假處分有其類似與法院終局裁判之效果，亦即所謂的「定暫時狀態假處分本案化」，⁵¹故一旦取得定暫時狀態假處分裁定，聲請人對於經營權爭奪將具有極大之優勢，聲請人往往進一步召開臨時股東會或聲請選任臨時管理人，以求產生經營權易主之結果，故定暫時狀態假處分可謂係間接取得公司經營權之方法。一般來說，實務上運用定暫時狀態假處分通常可分為正向假處分與反向假處分二種，前者為聲請人請求法院裁定禁止相對人為一定之

⁴⁹ 委託書規則第 22 條。

⁵⁰ 劉連煜、林國全、洪秀芬、曾宛如，股東會委託書之管理，元照出版，2007 年 5 月初版，頁 193~194。

⁵¹ 關於定暫時狀態假處分本案化之討論，參見本文第三章第四節第四項。

行為，屬單純不作為之一種；後者為聲請人請求法院裁定命相對人不得阻止或妨礙股東行使權利或董監事行使職權之行為，此屬容忍不作為假處分。

惟有疑問者在於，因此二種定暫時狀態假處分互相牴觸，若單純不作為假處分與容忍不作為假處分兩者同時競合時，究應執行何種不作為處分？早期實務見解認為不作為請求，依其不作為之性質是否屬於債務人之單純不作為，抑或因債權人有作為權利而債務人對此有不得妨阻之忍受義務，得分為單純之不作為與容忍之不作為。因前者，債權人非基於權利行使之法律關係，僅出於單純之不作為要求；而後者，債權人有作為之權利得請求債務人忍受其行使權利，自有受較為優先保護之必要，故若先行之不作為假處分係屬容忍之不作為，後行之不作為假處分不得利用單純不作為假處分與之對抗。惟若先行之不作為假處分係屬單純不作為假處分，而後行之不作為假處分係屬容忍之不作為假處分時，後行之假處分既有受較為優先保護之必要，即非不得與先行單純不作為之假處分對抗。⁵²簡言之，早期實務見解認為容忍不作為假處分屬權利之行使，而單純不作為假處分非屬權利行使，故無論聲請先後，容忍不作為假處分效力均大於單純不作為假處分。

然有學者認為，上開實務見解混淆單純不作為假處分與容忍不作為假處分兩者間的區分實益與基準，蓋兩者之區分實益僅係作為判斷前後二個假處分內容是否互相牴觸的工具，並非在確立容忍不作為假處分效力優於單純不作為假處分。是以，在處理二個互相牴觸的假處分時，關鍵既非在於單純不作為假處與容忍不作為假處分何者應優先受保護，也不在於聲請假處分時間點的先後順序，而係在於法院審查假處分要件之嚴謹，法院應考量誤為假處分時對相對人所將造成的不可回復之損害、誤不為假處分時聲請人所將造成不可回復之損害以及勝訴可能性等實質因素後，而作出利益衡量之判斷。⁵³

⁵² 最高法院 92 年台抗字第 532 號裁定。

⁵³ 黃國昌，單純不作為與容忍不作為假處分之競合——評最高法院九十二年度臺抗字第五三二號裁定，月旦法學雜誌第 115 期，2004 年 12 月，頁 247~248。

而在 2003 年民事訴訟法修正後，充實了定暫時狀態假處分的規定，最高法院亦改變先前見解，認為單純不作為處分與容忍不作為處分二者均係基於權利行使之法律關係，尚難認後者之效力應優先於前者。債權人就爭執之法律關係，聲請為定暫時狀態之處分，不論係單純不作為處分，或容忍不作為處分，法院為裁定時，對於當事人雙方因准否處分所受利益及可能發生之損害，應依利益權衡原則予以審酌而為准駁⁵⁴，一經裁定准許，不待確定即有執行力，債務人僅得循抗告程序或聲請撤銷假處分之途徑以謀救濟；於該裁定未失其效力前，不得另行聲請內容相牴觸之處分，以阻卻其執行力。⁵⁵

此外，因為定暫時狀態假處分屬保全處分之一，仍具有「附隨性」之特點⁵⁶，故須以其本案能確定該爭執之法律關係者為限，有著起訴同一性的限制⁵⁷，亦即債權人除向法院聲請定暫時狀態假處分外，尚須提起一能解決紛爭的本案訴訟，不過不同於假扣押、假處分者在於該確定爭執法律關係的本案訴訟，並不限於給付訴訟，尚包括確認或形成訴訟，只需與定暫時狀態處分具有請求之基礎事實同一即可，例如聲請人以股東會決議具有公司法第 189 條得撤銷之瑕疵而聲請定暫時狀態假處分禁止公司董事行使權利，然實則該股東會決議應屬公司法第 191 條決議之內容違反法令或章程而無效，此時雖聲請人請求權定性錯誤，但應認為兩者間請求之基礎事實已同一，滿足起訴同一性之要求。因此在經營權爭奪中，定暫時狀態假處分常隨著本案訴訟的不同而有許多發動的可能，例如兩造爭執公司股東會決議有無瑕疵，依該決議所選任出之董事長得否解任之情形，即當事人就有無公司經營及對外代表權利之法律狀態有所爭執，遂向法院提起

⁵⁴ 利益權衡原則又稱利益衡量原則，即法院須審酌聲請人因假處分之准許所獲得之利益、未得假處分許可所生之損害、相對人因假處分許可所受之損害，即其他利害關係人之權益或公益等作一綜合評估考量後，始能決定個案是否有定暫時狀態假處分之必要。關於利益衡量原則之討論，參見本文第三章第三節第二項。

⁵⁵ 最高法院 94 台抗字第 380 號裁定。

⁵⁶ 附隨性為保全程序固有特性之一，係指保全程序乃本案訴訟之附隨訴訟程序。關於附隨性之討論，參見本文第三章第四節第二項。

⁵⁷ 依民訴法第 533 條準用第 529 條規定，本案尚未繫屬者，命假處分之法院應依債務人之聲請，命債權人於一定期間內起訴；債權人不於法院所定期間內起訴者，債務人得聲請命假處分之法院撤銷假處分裁定。按假處分所保全者，乃為本案請求之將來執行，法院依上述規定限期命債權人起訴，該債權人起訴請求法院裁判之事項，應即為假處分所保全之事項，此為「起訴之同一性」。楊建華，問題研析——民事訴訟法(三)，自版，1989 年 5 月，頁 459-460。

解任董事長之訴、確認股東會無效或撤銷股東會之訴等，而原告為了避免可能無代表權之董事長於法院判決前可能作出對公司違法或不當之行為，導致公司或其他利害關係人權益受損，原告通常同時聲請定暫時狀態之假處分，請求法院裁定禁止相對人董事之職務，以保全聲請人及公司之利益。而聲請人若順利取得裁定者，往往利用暫時取得經營權之時，進行公司權力結構的調整、人事的搬遷等等，縱事後受定暫時狀態假處分之董事復職後，往往人事已非而回天乏術了。

在 2003 年間發生的台灣大哥大假處分案即是定暫時狀態假處分在經營權爭奪戰中最典型的案例，在 2003 年前，台灣大哥大(下稱台灣大)董事結構中，共有九席董事，而實際的經營者孫道存與李大程各以法人代表人身分各當選一席，其餘由富邦集團占有二席、台灣固網(下稱台固)三席、大陸工程一席、國巨集團一席。其中孫李二人本身持股極少，主要是透過台灣大與台固間的交叉持股而當選董事。然而在 2003 年 4 月 4 日台固的股東會中，本為台固大股東的台灣大與富邦集團本以為董監事席次一如往昔，沒想到台固的實際經營者李大程暗中利用委託書蒐集，使富邦集團在台固九席董事中僅當選一席，其餘董監事席次皆由孫李派所囊括，此亦代表者握有台固的經營權，也等同握有台灣大的經營權。而遭孫李派「背叛」之富邦集團，即向法院提起公司法第 200 條的裁判解任董事之訴並同時聲請定暫時狀態假處分請求法院禁止孫李二人及禁止孫李二人代表之法人行使職權，以避免該法人改派他人擔任董事而使定暫時狀態假處分徒勞無功。當富邦集團順利取得定暫時狀態假處分後，並爭取大陸工程與國巨集團的支持，逆轉成為台灣大董事會的多數派，進而召開董事會當選董事長，並改派台固董事的法人代表人，穩固了台灣大與台固二間公司的經營權。而這一連串的經營權爭奪，僅花了兩個多月時間，故有媒體稱此為「六十六天奪權奇謀」。⁵⁸ 富邦集團之所以能夠取得經營權，並不是透過收購股權、公開收購或委託書徵求等管道，也不是透過法院裁判解任孫李二人的方法，裁判解任之訴僅係為了發動定暫時狀態假處分而提起而已，真正取得經營權的關鍵乃在巧妙的運用定暫時狀態假處分之制度。

⁵⁸ 林亞偉，六十六天奪權奇謀，商業週刊第 813 期，2003 年 6 月 23 日，頁 94-95。

因此，使用定暫時狀態假處分制度為策略來爭奪經營權，有其迅速、簡便且成本低廉的優點，在法院本案判決之前，即能取得如同勝訴效果的裁定，免除掉法院審理時的曠日廢時與大量的訴訟花費，在講求效率與經濟的商業社會中尤為重要，實際上通常聲請人一旦取得法院裁定後，幾乎宣告經營權爭奪的勝敗，後續的本案訴訟已多無必要。再者，使用定暫時狀態假處分既非如市場收購股權或公開收購般須花費大量成本獲取經營權，亦非像徵求委託書般的繁複，成本也較徵求委託書低，如上述台灣大假處分案例中，富邦集團在假處分的擔保金上，分別對台灣大提供七千萬、台固七千五百萬，共一億四千五百萬假處分擔保金即取得定暫時狀態假處分，嗣後並召開董事會改選董事長，因而取得市值兩千億的台固與台灣大兩家公司的經營權，⁵⁹且此一億四千五百萬僅係擔保受假處分之相對人若因錯誤之假處分而生之損害而已，嗣後仍得取回擔保金。綜合上述定暫時狀態假處分之優點，便可理解何以定暫時狀態假處分於經營權爭奪中使用的頻率日漸頻繁而頗受青睞。

然而，在經營權爭奪的戰場裡，越常被使用的方法，便更須留意其制度設計與實際操作，從細部來看，此關係者企業經營者、股東、債權人甚至當地居民等利害關係人的權益；從整體法制面觀察的話，若定暫時狀態假處分遭濫用的話，恐有掏空公司法架構下，三權分立的制度設計與追求企業自治的精神。蓋一般而言，各國立法例對於企業的管理，主要以內部監控為主，即透過公司治理的運用與組織的設計，使企業運行得當，當內部監控不足以制衡公司，公司經營偏離正軌時，方由外部監控介入，藉由主管機關的糾正、罰則或是司法的力量使公司重回正軌，例如公司法第 200 條的裁判解任董事或是上述的定暫時狀態假處分制度均屬之，裁判解任乃彌補常態公司治理失靈下外部監控設計，而搭配定暫時狀態假處分的運用以避免損害的持續擴大。立法意旨雖為良善，但從另一角度觀之，若操作不當，法院審理定暫時狀態假處分不夠審慎而浮濫准許時，象徵正義的司法恐將淪為企業間爭權奪利的工具。

是以，以下將由定暫時狀態假處分的本質出發，觀察定暫時狀態假處分於民事訴訟中的定位後，再切入至公司法中經營權爭奪的領域，並同

⁵⁹ 蔡玉真，「巧用假處分，蔡明忠奪權成功」，今周刊第 347 期 2003 年 8 月 18 日，頁 49~50。

時探討實務操作之現況與困境，最後為定暫時狀態假處分於經營權爭奪的定位作調整。



第三章 我國定暫時狀態假處分制度

第一節 定暫時狀態假處分之意義與目的

第一項 意義

按民事訴訟法第 538 條規定：「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。(第一項)前項裁定，以其本案訴訟能確定該爭執之法律關係者為限。(第二項)第一項處分，得命先為一定之給付。(第三項)法院為第一項及前項裁定前，應使兩造當事人有陳述之機會。但法院認為不適當者，不在此限。(第四項)」此為定暫時狀態假處分之明文。定暫時狀態假處分者，係指債權人就兩造間有爭執之法律關係，聲請法院裁定暫定一定之法律關係狀態或命債務人為一定之給付，以保全或避免因權利不安定狀態或請求權實現延滯所生危險之程序。又稱為「定暫時狀態之處分」或「設定假定位之假處分」⁶⁰。

於 2003 年民事訴訟法修正前，關於定暫時狀態假處分之規定，僅於民訴法第 538 條定有：「關於假處分之規定，於爭執之法律關係有定暫時狀態之必要者準用之。」之簡略規定而已，導致實務操作上屢生爭議，諸如是否應給予雙方當事人陳述意見之機會、擔保代替釋明標準不一、擔保金額酌定標準不同等等。⁶¹ 修法後，增訂若干重要規定，包括明定定暫時狀態假處分之要件(民訴法第 538 條第 1 項)、承認滿足性假處分之存在(民訴法第 538 條第 3 項)、給予雙方當事人陳述意見之機會(民訴法第 538 條第 4 項)、法院認有必要時得依聲請以裁定先為一定之緊急處置(民訴法第 538 條之 1)、滿足性假處分廢棄或變更時之給付返還規定(民訴法第 538 條之 2)、撤銷定暫時狀態假處分之賠償責任(民訴法第 538 條之 3)等等。具體解決了實務與學理間的許多爭議，既擴大定暫時狀態假處分的適用範

⁶⁰ 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，自版，2004 年 9 月，頁 781。

⁶¹ 王文宇，定暫時狀態假處分與公司經營權之爭奪，公司與企業法制，元照出版，2000 年 5 月初版，頁 85-86。

圍，讓此制度更符合立法之目的，且使實際運用更具明確性。

第二項 目的

民事法之立法體例中，實體法之民法、商事法等等，乃在規定實體權利之存在與依據，而當事人就權利是否存在而生爭議時，須透過民事程序法如民事訴訟法等，確定權利的存在與權利的內容，待法院裁判後，此一權利始告確定。而確定後並非當然實現當事人之權利，如給付訴訟中，原告勝訴後僅係取得一得實現權利的執行名義，須利用強制執行程序方得使其債權獲得滿足。然於訴訟過程中，往往曠日廢時，若待訴訟終結後始欲進行強制執行，恐有情事變更、標的物毀損滅失或債務人脫產而陷於無資力等種種情事，屆時債權人經過漫長訴訟所得到的已是一紙無意義的債權憑證。故為防止債權人之債權將來不被實現之危險，民事訴訟中設有假扣押與假處分之保全程序，使債權人得不經由通常確定私權程序而取得執行名義之途徑，以保全強制執行，⁶²是以，一般保全程序之目的乃在於保全將來執行，即將來判決內容的實現。然而，在此訴訟前或訴訟過程中亦有可能發生危險，而因此屬現在之危險，並非一般保全程序效力所及之範圍，故有必要為防止此危險的發生或擴大，因而創設定暫時狀態假處分制度以資因應。例如兩造爭執有無侵權行為或應否給付扶養費之情形，在判決確定前，被害人或受扶養人有可能因未能即時取得賠償金或扶養費而陷於危險之中，若欲待判決確定後始強制執行，則有發生不可回復之損害的疑慮，就此情形，應肯認得於判決確定前聲請定暫時狀態假處分，請求被告預先支付一定費用以防此急迫之危險。國賠法第 11 條第 2 項所定「依本法請求損害賠償時，法院得依聲請為假處分，命賠償義務機關暫先支付醫療費或喪葬費。」亦屬此種類之定暫時狀態假處分。

簡言之，定暫時狀態假處分與假扣押、假處分程序皆屬保全處分之一種，須由法院先為一保全裁定後，債權人即得聲請為保全之執行。但不同的是，假扣押、假處分所欲保全的乃是債權人將來執行之可能，藉此避免

⁶² 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，自版，2004 年 9 月，頁 746。

請求權屆時不被實現的將來危險。而定暫時狀態假處分除了暫時的保全聲請人權利以外，也是為了保全法律秩序的和平，使兩造的私益與公益暫時達到一個平衡點，藉以避免因請求權實現上延滯所產生的現在危險。

第二節 定暫時狀態假處分之性質與種類

第一項 性質

第一款 訴訟事件說

此說認為定暫時狀態假處分與其他假處分均係為了解決兩造當事人間的分爭而設，並且對於所欲實現的權利義務關係預先作一暫時性的認定。又因附隨性的關係，附隨於本案之訴訟而與其關係密不可分，因此為本案訴訟之一部。再者，定暫時狀態假處分的要件既須當事人釋明，使法院心證達到大致相信之程度始能為裁定。須注意的是，此說認定保全程序的裁判具有既判力，但因本質上有程序的特殊性，所以對裁判的效力有所限制。

第二款 非訟事件說

此說認為定暫時狀態假處分之目的並非在確定實體之法律關係，實體法律關係係由本案訴訟始能確定，其僅在避免當事人於本案訴訟確定前，因請求權實現上的延滯所產生之危險，故由透過法院力量的介入，避免遲來無效之救濟。而就當事人間的分爭，仍須透過本案判決解決，故定暫時狀態假處分性質上應屬非訟事件。⁶³

⁶³ 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2004年2月，頁689。

第三款 非訟事件與訴訟事件雙重性

此說認為應視當事人間實體法上權利義務的爭執類型，依其類型的不同而使非訟性與訴訟性有程度上之差異，並容許法院就事件特殊的需求，交錯適用訴訟法理與非訟法理。於定暫時狀態假處分中，聲請人與相對人之地位如同訴訟中二對立當事人般，且聲請人聲請法院裁定後，法院必須為概略性的判斷，若訟爭性越高，則需使用訴訟法理進行，使當事人得行言詞辯論，故有其訟爭性。而定暫時狀態假處分又有其公益性，即為了保護法律秩序的和平，法院於一定程度內得介入與監督，且法院不受當事人假處分聲明所拘束，得斟酌實際情況裁定必要之方法，故又具非訟性質。

是以，由於定暫時狀態假處分事件同時兼具訴訟性與非訟性，因此在審理程序中不應固守程序方式的嚴格、程序法理二元分離之見解，應追求彈性化與靈活化之處理方式，始能平衡保障當事人間之利益，並有助於維持法秩序之和平的公益性目的。⁶⁴

第二項 種類

第一款 規制性定暫時狀態假處分

規制性定暫時狀態假處分其目的在於就當事人間關於占有之爭執，由法院依職權介入並予以規制，以防止急迫的危險或重大損害之發生。例如命侵害專利權之人停止製造販賣系爭商品、禁止董監事執行職務、禁止股東不得行使股東權利等。

第二款 滿足性定暫時狀態假處分

滿足性定暫時狀態假處分之目的在於就有爭執之法律關係，使聲請人

⁶⁴ 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 55。

在本案判決確定前即獲得如同本案勝訴判決全部或一部之效果。亦即定暫時狀態假處分准許之結果，等同本案勝訴判決結果，例如請求給付扶養費、薪資或退休金等等。

因此等定暫時狀態假處分內容將減損或喪失本案訴訟的效果，故早期有學說見解否定之，認為定暫時狀態處分僅得為確保性處分(假扣押、假處分)或規制性假處分，並應限於有繼續性要素之事件，不得為一次性、滿足性之給付處分內容。當事人爭執之法律關係，仍待本案訴訟為之解決，不得違背法律規定之意旨，逕定與本案訴訟同一請求目的之暫時狀態之假處分。⁶⁵

惟學說大多肯認得為滿足性定暫時狀態假處分，⁶⁶認為鑑於滿足性定暫時狀態假處分所欲保護之權利或法律狀態，其性質或內容無法等到本案終局判決確定，如不承認此一類型假處分存在，無法防止重大損害或急迫危險之發生，蓋滿足性假處分並非是事後損害賠償之補救機制，而係事前預防損害發生的保護措施。實務亦有承認者，如最高法院 90 台抗第 547 號裁定：「按當事人就扶養義務有爭執，有定暫時狀態之必要，依民事訴訟法第五百三十八條規定，得聲請假處分。此種定暫時狀態之假處分，非以保全強制執行為目的，其本案請求不以金錢請求以外之請求為限。債權人訴請債務人給付一定金額之扶養費，在未取得執行名義前，如有定暫時狀態之必要，得聲請法院命為暫行支付扶養費之假處分。」、最高法院 85 年台抗第 312 號裁定：「定暫時狀態之假處分保全，不以暫時性之保全處分為限，即滿足性之保全處分亦包括在內。是在不作為請求權之假處分，固得為暫時性之保全，惟使債權人請求之內容在保全程序階段，即暫時實現，亦非法之所禁。」

2003 年修法時，為杜絕爭議，爰於民訴法第 583 條第 3 項明定如有暫時實現本案請求之必要，須命先為一定之給付始能達其目的者，法院亦得

⁶⁵ 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2004 年 2 月，頁 767。

⁶⁶ 陳計男，民事訴訟法論(下)，三民書局出版，2010 年 4 月修訂 5 版，頁 487。王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，自版，2004 年 9 月，頁 782。

為滿足性定暫時狀態假處分裁定，且此項給付包括金錢、特定物、作為或不作為，亦不限於繼續性給付，即使是一次性給付亦可。⁶⁷

第三節 定暫時狀態假處分之要件

第一項 須為有爭執之法律關係

民訴法第 538 條第 1 項規定：「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」所謂有爭執之法律關係，即定暫時狀態假處分請求之標的，早期實務曾認為⁶⁸：「關於假處分之規定，於爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要者，準用之，民事訴訟法第五百三十八條定有明文。所謂法律關係，指金錢請求以外凡適於為民事訴訟之標的，有繼續性者，皆屬之，如所有權、通行權、占有狀態、扶養義務、專利權等被侵害或有爭執時均是。如以專利權被侵害而聲請假處分時，非不得禁止債務人發賣與專利權有關之貨物或其他類似行為。」故早期實務認為此一有爭執的法律關係，應僅限於有繼續性的金錢以外之請求。

然學界多認為擴大定暫時狀態假處分的適用範圍，⁶⁹宜採廣義解釋，如同於民訴法第 247 條第 1 項確認訴訟中所稱的法律關係一樣，並無種類及性質上的限制，無論是財產上或身分上法律關係均有定暫時狀態假處分之適格，且財產上之法律關係，亦不以金錢請求以外之法律關係為限，其為物權之法律關係、金錢或非金錢債權，甚至係無體財產權等均有其適用；⁷⁰在繼續性部分，雖然許多法律關係諸如租賃、承攬、專利、委任、僱傭等皆有繼續性要素存在，但並不以此為限，如為一次性給付之法律關

⁶⁷ 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 56。

⁶⁸ 最高法院 61 年台抗字第 506 號。

⁶⁹ 惟現仍有部分學者認為有爭執之法律關係仍必須有繼續性，參吳明軒，民事訴訟法(下)，自版，2009 年 10 月修訂 8 版，頁 1696。

⁷⁰ 姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2011 年 1 月 4 版，頁 320。陳計男，民事訴訟法論(下)，三民書局出版，2010 年 4 月修訂 5 版，頁 488。王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，自版，2004 年 9 月，頁 782。

係(保險金、遣散費、退休金等)亦包括之。須注意者，並非所有一次性給付皆有定暫時狀態假處分之可能，有學者主張應視其本質而定，如借款返還請求、買賣價金請求等紛爭訴訟，與暫時性本質差異過大，並易造成本案訴訟實現障礙或損害過大，而認不宜有定暫時狀態假處分之適用。⁷¹

嗣後 61 年台抗字第 506 號判例經最高法院 91 年度第 7 次民事庭會議決議廢止，廢止理由謂：「關於假處分之規定，凡於爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要者，即可準用之。所謂法律關係，無論財產上或身分上之法律關係均有定暫時狀態假處分之適格，財產上之法律關係，亦不以金錢請求以外之法律關係為限。本則判例要旨，不合時宜。」改採與學說相同之看法，可惜的是該決議並未就繼續性部分要件加以闡述。致此決議作成後之實務見解，仍有實務強調繼續性之要件，最高法院 94 年台抗字第 267 號裁定即認「債權人就金錢以外之請求因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難強制執行之虞，欲保全強制執行者，得聲請假處分。又當事人於爭執之法律關係有定暫時狀態之必要者，亦得為假處分，民事訴訟法第五百三十二條、第五百三十八條分別定有明文。所謂法律關係，指金錢以外，凡適於為民事訴訟標的，有繼續性者，皆屬之。」⁷²惟有實務見解明確表示不需要繼續性之要件，如 98 年台抗字第 539 號裁定、98 年台抗字第 359 號裁定皆認，法無明文限於繼續性法律關係，凡有防止重大損害或避免急迫危險或相類情形而有必要者，於充足保障債務人程序權，使其有陳述意見機會後，縱即為一次性質之給付或滿足性質假處分者，並無不予准許之理。

本文以為，實無須以繼續性之法律關係為限，上開最高法院 94 年台抗字第 267 號裁定及 96 年台抗字第 266 號裁定二者雖強調繼續性之要件，然觀諸該裁定請求之標的，前者為禁止董監事行使職權，後者為禁止相對人就系爭產品為製造、販賣、販賣之要約、輸出或輸入等行為，兩者本具有繼續性之性質，故法院就於裁判內容中提到繼續性之要件無可厚非，然並不嚴謹而已。再者，無論是修法前後，民訴法第 538 條皆無關於繼續性之明文，實無創設法無明文要件之必要。其三，在 2003 年民訴法修正時

⁷¹ 姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2011 年 1 月 4 版，頁 321。

⁷² 最高法院 96 年台抗字第 266 號裁定亦強調繼續性要件。

的草案研擬過程中，已決定並不以有繼續性要件為限。⁷³最後從定暫時狀態假處分之目的來看，既係為防止或避免因請求權實現上延滯所產生的現在危險，縱所涉之法律關係多為繼續性事件，然在一次性對待給付之法律關係或一次行為即完成終了之法律關係，仍有發生現在危險之疑慮，故焦點應著重在預防此一危險之發生，而非事件性質的狀態為何，否則即有為德不卒之遺憾。

第二項 須有定暫時狀態之必要

所謂有定暫時狀態之必要，係指為防止發生重大損害或避免急迫危險或有其他類似而有必要之情形，此即定暫時狀態假處分發動之原因或稱保全必要性。定暫時狀態假處分本係利用法院裁定之程序，以達成暫時凍結、確定法律關係之狀態，進而即時救濟當事人因本案訴訟延滯所生的不利益，既係凍結一定之法律狀態或要求相對人先為一定之給付等等，皆涉及他人權利之行使，故須有保全之必要始得為之。而所謂「重大損害」、「急迫危險」或「其他類似而有必要之情形」皆屬不確定之法律概念，須透過法院就個案為具體之認定。

目前實務就保全必要性的判斷，多以利益衡量原則為基準，⁷⁴亦即法院須審酌聲請人因假處分之准許所獲得之利益、未得假處分許可所生之損害、相對人因假處分許可所受之損害，即其他利害關係人之權益或公益等作一綜合評估考量後，始能決定個案是否有定暫時狀態假處分之必要。在最高法院 97 年台抗字第 419 號裁定中，對於保全必要性有詳細的說明，實值參考，其認為：「法院依民事訴訟法第五百三十八條第一項規定，就債權人聲請所為定暫時狀態之處分，乃衡平救濟手段之保全方法，多具本案化之特性，動輒有預為實現本案請求內容性質之處分，本應以較高度之保全必要性為其准許要件。尤於專利權被侵害或有爭執之情形，每涉及專

⁷³ 司法院，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(八)，1992 年，頁 1133、1164。

⁷⁴ 最高法院 98 年台抗字第 359 號裁定、97 年台抗字第 419 號裁定、96 年台抗字第 266 號裁定、96 年台抗字第 205 號裁定、95 年台抗字第 231 號裁定、95 年台抗字第 161 號裁定、94 年台抗字第 743 號裁定等。

利技術之研發及市場之競爭，為兼顧債權人於其專利權受侵害時，迅速獲得救濟及債務人被迫退出市場所受之衝擊，與市場公平競爭之利害得失，法院於酌定類此事件暫時狀態之處分時，除應依同法第五百三十八條之四、第五百三十三條準用第五百二十六條第一項規定，審認債權人有無就「請求之原因（本案請求及其原因事實）」，提出即時能調查之證據以釋明外，尚須就同法第五百三十八條第一項所定「為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要」之「假處分之原因」，考量其是否發生急迫而無法彌補之重大損害，並權衡該處分對雙方可能造成之影響及利益之平衡，包括債權人專利權被侵害之損害，與債務人所受之營業損害暨波及第三人所生之影響，孰重孰輕？債權人因該處分獲得之利益或防免之損害，是否逾債務人所受之不利益或損害？以及其對公共利益之維護等項，債權人已否提出有利之釋明，再斟酌社會經濟等其他主、客觀因素，綜合以斷之，始不失該條項所揭禁保全必要性之真諦。」

而學界基本上亦採取類似之看法，主張法院在個案認定中，應該過利益衡量的觀點，比較當事人、利害關係人之保護必要性、本案勝訴之可能性，及法秩序之安定和平之公益，予以綜合衡量判斷。⁷⁵

其實，損害是否重大、危險是否急迫，都是相對的概念，並無法訂出一絕對、必然之標準，僅能就實際案例去分析、篩選應考量哪些事項，而該事項在本案所占之比重為何，例如在涉及經營權爭奪的定暫時狀態假處分而言，與其他使用定暫時狀態假處分之類型便顯有區別，蓋後者之假處分往往僅著重在雙方當事人的利益之間；前者之假處分卻往往具有強烈的「外部性」，牽涉的不僅是董、監事與公司間的委任關係，與公司經營權相關之人士如公司派、市場派及投資大眾的利益皆受該假處分之影響，故法院在審理此種假處分之聲請時，不僅應考慮聲請人一方之利益，相對人與公司股東全體利益亦需顧及。⁷⁶

⁷⁵ 邱聯恭，民事訴訟法修正後之程序法學——著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向，程序利益保護論，元照出版，2005年4月，頁159。沈冠伶，保全程序之新變革，民事程序法之新變革，自版，2009年11月，頁72以下。

⁷⁶ 王文宇，定暫時狀態假處分與公司經營權之爭奪，公司與企業法制，元照出版，2000年5月初版，頁89-90。

第四節 定暫時狀態假處分之特性

保全程序乃法院就當事人之聲請，迅速作成保全裁定，使聲請人得藉此裁定開啟保全執行程序，以查封、扣押債務人財產之方式保全將來執行之可能(假扣押及假處分程序)，或係以命令、終局執行等各種方式暫時凍結、變動、保全兩造間的法律關係狀態(定暫時狀態假處分)之程序。因本質仍屬非訟程序，應適用強調簡速進行之非訟法理，原則排除言詞審理、具體認定權利義務等訴訟法理。原則上保全處分具有暫定性、附隨性、迅速性等特點，然而因定暫時狀態假處分之特殊性質使然，使得保全程序原有之特性在定暫時狀態假處分會有減損或是消失的情況，進而造成假處分本案化的結果，以下就此分別說明，並討論假處分本案化造成之效應與因應之道。

第一項 暫定性

保全程序中，因法院僅就債權人主張之權利義務關係作形式審查而不經實質審理即為裁定，與本案判決相較，保全裁定就權利義務關係之認定效力，僅具有暫定之性質，不具終局確定力。惟定暫時狀態假處分中之滿足性假處分，聲請人得獲得與本案判決結果相當的滿足狀態，於此情形下，是否即意謂著暫定性之消失？有學者認為，在滿足性假處分之前提下，假處分之暫定性已淪為形式化與抽象化之意義。蓋當滿足性假處分執行完畢而獲得滿足後，實已無法回復原狀，僅能透過損害賠償填補相對人之損失，若聲請人陷於無資力之狀態下，即填補損害更係困難，縱使事後撤銷假處分裁定，但對相對人而言，所受之危險與損害皆已確定，故已無暫定性可言。⁷⁷

本文以為，基於定暫時狀態假處分本身之特殊性使然，尤其在滿足性假處分之准否上，對當事人之影響實與本案終局判決無異，故為求審慎判

⁷⁷ 沈冠伶，保全程序之新變革，民事程序法之新變革，自版，2009年11月1版，頁100。

斷，降低相對人蒙受無法回復損害之可能，法院在審理程序上，須著重在兩造當事人間的程序保障，使當事人不僅能依民訴法第 538 條第 4 項有陳述意見之機會，必要時仍得使相對人就系爭事項予以辯論，而法院亦應審酌聲請人在本案訴訟之勝訴可能性，待雙方當事人享有充足的程序保障之前提下，本案訴訟之重要性亦隨之稀釋。因此為避免日後的本案訴訟重複審理，造成當事人及司法資源時間、精力與資源的浪費，不妨承認於滿足性定暫時狀態假處分下，不但有事實上的終局性，在法律上亦可賦予終局之確定力。

第二項 附隨性

保全程序僅為本案訴訟程序之附隨程序，其目的僅為避免本案訴訟程序所可能造成當事人權利救濟之延滯，此在定暫時狀態假處分程序亦然，故當事人聲請保全程序後，仍須另提起本案訴訟程序，否則仍無法終局實現其權利。

惟如同上開所述，在滿足性定暫時狀態假處分之下，雙方當事人的攻防重心已於本案訴訟轉移到「附隨」的假處分審理程序上，使本案訴訟之重要性遭到稀釋，相對的則凸顯出定暫時狀態假處分程序之獨立性。是以，或可謂假處分程序與本案訴訟兩者角色有互易之情形，原來的法制設計上，本案訴訟係居於主角，係當事人之最終目的，而保全程序僅係配角，僅係為達成目的之手段而已。然而因滿足性假處分本質使然，使得假處分程序反客為主成為系爭事件的重心，於假處分裁定准駁後，勝敗亦往往隨之決定，進而聲請人撤回本案訴訟或是達成和解者，不勝枚舉。例如在前述台灣大哥大案例中，聲請人請求法院裁定停止董事行使職權，縱使相對人事後於本案判決勝訴，亦無法改變經營權已易主之事實，僅能向聲請人請求損害賠償而已，而此賠償與相對人喪失經營權之損害相較，恐怕亦無濟於事，因此，即降低當事人後續提起本案訴訟之可能。在此情形下，有論者認為附隨性僅具有抽象性意義，僅係法律上當事人仍有「提起本案訴訟之可能性」而已。⁷⁸

⁷⁸ 沈冠伶，保全程序之新變革，民事程序法之新變革，自版，2009 年 11 月 1 版，頁 102。

第三項 迅速性

由於定暫時狀態假處分亦屬保全程序之一，且係為了避免因請求權實現上延滯所產生的現在危險，既然危險屬現在即將發生或是已發生，代表著具有急迫性，若不為定暫時狀態假處分則可能發生難以回復之損害，故此一假處分程序勢必迅速為之，程序上強調簡速審判之法理，行略式審理之模式為裁判，不須當事人就系爭事項為充分的攻擊防禦，且對於事實認定、聲請要件等亦不須達到證明之程度，僅需使法院達到大致相信的釋明心證程度即可。

然而，在許多滿足性定暫時狀態假處分之事件中，如智慧財產權假處分事件、勞資關係假處分事件等，因影響當事人權益重大，法院為避免作成不當假處分之裁定，而審慎裁判，如民訴法第 538 條第 4 項應給予雙方當事人陳述意見之機會等等，此雖會減損定暫時狀態假處分之迅速性，而在於當事人間的權益與簡速進行的時效天秤上，實乃不得不為之的兩難決定。

第四項 假處分本案化

由於現民事訴訟法已明文承認滿足性定暫時狀態假處分之存在，使得聲請人得在本案判決確定前，獲得訴訟標的權利之全部或一部，且因影響當事人權益重大，法院對於定暫時狀態假處分審理須更為謹慎，而對於保全程序本有的暫定性、附隨性與迅速性有所減損或喪失，將當事人間的紛爭提早至假處分審理程序中定奪，事後當事人便未必提起本案訴訟，此即所謂之「假處分本案化」現象。此係德日實務上所產生的現象，一般來說，主要表現有二：其一，於假處分程序上之審理內容及其方式，類似於本案訴訟。法官於假處分程序上使兩造當事人為言詞辯論，就被保全權利存否進行充分的攻擊防禦後，法院實質審理後始為滿足性假處分之裁定，使聲請人獲得如同本案訴訟請求全部或一部之滿足效果。其二，當事人經此等假處分程序後，大多不再提起本案訴訟，而以假處分程序為紛爭解決手

段。⁷⁹

然而，假處分裁定對本案訴訟並無拘束力，並不必然阻斷本案訴訟的提起，於此，若法院在定暫時狀態假處分審理程序時，已經讓當事人有陳述意見之機會，充分地就系爭事項為攻擊防禦、言詞辯論等等，使當事人受有充分的程序保障，但事後卻無法阻止本案訴訟的提起，此是否意味著當事人時間、金錢及司法資源的耗費，亦有礙於法的安定性與程序經濟？是故，值得思考的是如何在定暫時狀態假處分程序與本案訴訟兩者之間作一把關，在一定的的前提下是否能賦予假處分裁定實質上的拘束力，拘束後續的本案訴訟，以實際阻斷後訴的提起。

首先要思考的是為何假處分裁定並無拘束力，乃係因屬非訟程序，循簡速程序之非訟法理，原則上不經言詞辯論，亦不探究實體權利義務之歸屬，對於當事人的程序保障並不充足，故不賦予實質上之拘束力。就此反向思考的話，即代表著若當事人受有充足的程序保障，當事人得於假處分審理程序中提出有利於己、影響裁定結果的事證時，即應就裁定之結果負自己責任，同時維持相對人之公平，藉此避免相同紛爭重複審理，達成紛爭一次解決的法安定性要求，若此，縱使係非訟裁定，亦得構成具實質拘束力之正當化根據。

惟應注意的是，因民訴法第 400 條第 1 項規定：「除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。」故即使承認受充分程序保障的定暫時狀態假處分裁定有實質拘束力，然此僅為裁定，並非確定之終局判決，且又無其他特別規定下，此一拘束力非係指既判力，應將此拘束力理解成與「爭點效理論」相當之拘束力⁸⁰。換言之，即在假處分審理程序中，就訴訟標的以外之重要爭點，當事人曾經就該爭點為充分攻擊防

⁷⁹ 沈冠伶，保全程序之新變革，民事程序法之新變革，自版，2009 年 11 月 1 版，頁 99。

⁸⁰ 爭點效理論係指主張在前訴中經當事人充分為攻擊防禦且法院亦為實質審理判斷之爭點，前訴法院對該爭點所為之判斷結果，在後訴訟中就同一爭點之審理，亦不許當事人為相反之主張，同時後訴法院亦不得為相反之判斷，產生拘束當事人及後訴法院之「爭點效」。駱永家，既判力之研究，自版，1999 年 9 月 11 版，頁 51~88。黃國昌，民事訴訟法教室 I，元照出版，2010 年 9 月 2 版，頁 213。

禦而受有程序保障，法院就該爭點亦進行實質審理，且前假處分裁定程序與後本案訴訟爭執之利益大致相當之情況下，⁸¹當事人即不得於後本案訴訟為相反之主張，法院亦不得為相反之判斷，讓法院於前開定暫時狀態假處分之判斷於本案訴訟中產生禁止矛盾之效果。再者，因為此爭點效之理論，使得當事人在前假處分裁定後，即得預見後本案訴訟法院就此重要爭點之心證，將減少續行本案訴訟之可能，達成紛爭一次解決之目的。

有學者認為基於避免裁判矛盾、貫徹紛爭解決一次性要求、賦予程序保障之結果等理由，亦應承認定暫時狀態假處分裁定之判斷對本案訴訟具有類似於爭點效之效力。並強調賦予此爭點效之前提係踐行以下程序，滿足當事人的程序保障後，始能發生拘束後本案訴訟之效力：⁸²

1. 須行公開之言詞辯論程序：在假處分裁定審理過程中，賦予如同訴訟程序之程序保障，使當事人兩造能在公正、公開的法庭就主要爭點盡攻擊防禦之能事，有充分陳述意見之機會。惟若事件涉及營業秘密或隱私等，則例外得依民訴法第 195 條之 1 聲請不公開審理。
2. 應盡可能在假處分程序即行爭點整理程序：用以特定爭點，於所特定的範圍為攻擊防禦的重心，使審理的對象範圍明確化。
3. 應將當事人所提爭點及事實理由，適時通知他造，使其知悉並有準備辯論之機會。
4. 法院應實質審理並適時行使闡明權：在審理過程中，法官須適時公開心證，表明法律見解，使當事人攻擊防禦方法之方向與法院認知

⁸¹ 通說認為若前訴訟所涉及之爭點利益甚小而與後訴訟之訟爭利益不相當者，不得發生爭點效，否則前階段程序將產生「過度訴訟」之非效率性。黃國昌，民事訴訟法教室 I，元照出版，2010 年 9 月 2 版，頁 220。惟亦有學者認為重點應在實體利益是否相當，已吸收於當事人是否所受程序保障要件之中，而不能僅以前後訴之訴訟標的在價值利益上具有差異性即否定爭點效之發生。沈冠伶，判決理由中判斷之拘束力，台灣法學雜誌第 129 期，2009 年 6 月，頁 63。

⁸² 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 66。

方向趨於一致，並應於假處分裁定書中載明准否之理由，使當事人信服、便利上級審法院之再審查及強化裁判之先例價值性。

5. 當事人須受實質之審級利益保障：係指當事人於審級中，能確實為攻擊防禦，發揮各該審級中實質審理之作用，若然，則形式上是否經三級三審便未必重要。

無論如何，假處分本案化的結果或多或少會減損或消除保全程序原有之暫定性、附隨性、迅速性等基本特性，然並不能謂假處分本案化即係一種缺點，而係應視為是當事人的程序利益、程序選擇權、紛爭解決一次性及避免裁判矛盾與訴訟資源的浪費等眾多因素結合下所衍生出必然之結果，重點應著眼於在定暫時狀態假處分審理過程中，如何在原有特性與當事人間的程序保障取得一平衡點，例如迅速性而言，當事人既聲請定暫時狀態假處分來避免現在危險的發生或擴大，則有其急迫性存在，法院即須視紛爭事件之類型適當調整程序之進行，如請求給付扶養費或請求損害賠償事件，聲請人可能已陷於無資力狀態，恐有發生不可回復之損害之虞，則法院應依民訴法第 538 條之 1 為緊急處置，其處置之內容及方法由法院裁量酌定為之，不受當事人聲明之拘束，以緩和在迅速性與程序保障兩者間的衝突。

第五節 定暫時狀態假處分之程序

第一項 管轄法院

依照民訴法第 538 條之 4 準用第 533 條及再準用第 524 條之規定(以下同，不再贅述準用再準用之語)，定暫時狀態假處分之聲請，準用假扣押關於管轄之規定，即由本案管轄法院或定暫時狀態假處分標的所在地之地方法院管轄。又依第 524 條第 2 項規定，本案管轄法院係指訴訟已繫屬或應繫屬之第一審法院。但訴訟現繫屬於第二審者，得以第二審法院為本案管轄法院。其所謂應繫屬之第一審法院，乃指依法律規定或當事人合意，

就日後應提起之訴訟有管轄權之第一審法院而言。⁸³若於本案訴訟繫屬於法院前，數法院皆有管轄權者，依民訴法第 22 條之規定，各該法院均有管轄權，聲請人得向任一有管轄權之法院聲請定暫時狀態假處分。而法院管轄權有無之判斷時點，參照民訴法第 27 條管轄恆定原則，係以聲請時為準，不因嗣後管轄之原因有所變更而受其影響，以便利法院之審理與避免相對人藉由變更管轄原因事實(如變更住所地)而礙於程序之進行。

惟有疑問者，若本案訴訟已繫屬於第三審法院，究應由何法院管轄？按最高法院 29 年聲字第 31 號判例見解認為：「民事訴訟法第五百二十條第一項所謂本案管轄法院，依同條第二項之規定，除訴訟現繫屬於第二審者外，係指訴訟已繫屬或應繫屬之第一審法院而言，故訴訟現已繫屬於第三審者，聲請假扣押應向第一審法院為之，不能逕向第三審法院聲請。」蓋第三審法院乃係法律審，不審查事實問題，故應由事實審法院管轄方為妥當。

第二項 聲請程序

定暫時狀態假處分之聲請，通常以書狀為之；若以言詞為之，亦無不可，惟此一言詞聲請依民訴法第 122 條之規定，應於法院書記官前為之，並經書記官作成筆錄後於其上簽名始發生效力。然無論以何種方式為之，均應依照民訴法第 538 條之 4 準用第 525 條所定之應記載事項：

1. 當事人及法定代理人：所謂當事人係指定暫時狀態假處分之聲請人與相對人而言。當事人係法人、非法人團體、機關或是無訴訟能力之人時，須表明其法定代理人。當事人能力、訴訟能力、法定代理權或是訴訟實施所必要之權限有所欠缺而得補正者，依民訴法第 49 條及第 75 條，應定期間命其補正，不得逕自駁回。
2. 請求及其原因事實：聲請人應表明其所欲請法院凍結之權利關係，即假處分事件之訴訟標的。而其請求之原因事實係指其本案請求所

⁸³ 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，自版，2004 年 9 月，頁 749。

由發生之原因事實。例如以股東會決議有瑕疵而請求禁止董事行使職務之事件，該股東會決議之瑕疵即屬原因事實。並參民訴法第 526 條第 1 項，聲請人須就此等請求釋明之。

3. 定暫時狀態假處分之原因：此即保全必要性，也係定暫時狀態假處分發動之原因，即若不准許聲請恐將發生重大損害或急迫危險或有其他類似而有必要之情形。當事人須就此必要性向法院釋明之，提出足使法院大致相信其主張為真實之證據。若釋明如有不足，而聲請人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為定暫時狀態假處分。需注意者，聲請人願供擔保之事由，亦應表明之。
4. 法院：即聲請人聲請定暫時狀態假處分之法院而言。

此外，除上述之法定應記載事項外，一般訴訟要件之具備乃屬當然，如當事人能力、訴訟能力、當事人適格、權利保護必要性等等，例如已有終局判決可為執行名義時，即無聲請定暫時狀態假處分之必要，此時定暫時狀態假處分之聲請應不予准許。

第三項 審理程序

第一款 要件之釋明

依民訴法第 538 條之 4 準用第 526 條規定之結果，定暫時狀態假處分之請求與保全必要性均須釋明之；釋明如有不足，而聲請人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為定暫時狀態假處分。或請求及定暫時狀態假處分發動之原因雖經釋明，法院亦得命債權人供擔保後為定暫時狀態假處分。申言之，聲請人聲請定暫時狀態假處分，既係對當事人間的法律關係有所爭執而請求法院為一時、暫定之處置，形

成某種法律關係或狀態，在本案判決前而予以維持此暫時法律關係之情況，既係凍結一定權利義務關係，使他人暫時無法行使權利或促使他人先為一定給付，故須就其要件為釋明，使法院相信定暫時狀態假處分實屬必要且正當，此要件包括有爭執之法律關係與有定暫時狀態假處分之必要此二要件。除此之外，為使定暫時狀態假處分請求明確，便利法院審酌，依民訴法第 538 條之 4 準用第 525 條第 1 項，亦應表明原因事實，以加速審理程序之進行。

根據民訴法第 284 條規定，釋明事實上所主張之證據，得使用可使法院信其主張為真實之一切證據。但證據之性質應限於得即時調查者。在民國 89 年 2 月修正前的民訴法第 284 條，釋明事實上所主張之證據，僅能以得即時調查者為限，實務上之運作也甚為嚴格，例如 26 渝抗字第 301 號判例認為以人證為釋明方法，必偕同到場而後可，若尚待傳喚之證人，既不能即時訊問，自不足供釋明之用；30 抗字第 86 號判例認為尚待調取之卷宗，非能即時調查之證據，不得用為釋明方法。此嚴格強調該證據須以能即時調查者為限之結果，導致在某些當事人難以釋明之事件中，當事人喪失權利救濟之管道。故民國 89 年 2 月民訴法修正時，為放寬證據調查之即時性，以減少釋明之困難，修正第 284 條但書規定，於認定證據調查之即時性時，應斟酌證據之性質，而為妥適判斷。例如依事件之性質認為適當者，且不延滯程序時，法院得延展期日而為調查，或允許證人或當事人提出書面陳述以代出庭作證。法院在此所為的證據調查，亦無須遵守形式上的證據程序，僅一造到場或兩造均未到場，亦得為之，以緩和釋明之即時性。⁸⁴

保全程序之所以僅要求當事人舉證至釋明程度已足，毋庸到證明之程度，主要係為滿足保全程序迅速性之要求。⁸⁵此外，又因在定暫時狀態假處分審理階段，僅係就請求及假處分原因作審查，並不終局的對實體權利義務作釐清，故不須踐行嚴格之證據調查程序，即不要求至證明程度。例

⁸⁴ 參民國 89 年民訴法第 284 條修正理由、許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，台灣法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月，頁 58。王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，自版，2004 年 9 月，頁 396。

⁸⁵ 許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，台灣法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月，頁 58。

如在禁止董監事行使職務之定暫時狀態假處分事件中，法院僅能形式審查相對人是否為董監事，此僅憑法人登記證即可認定是否該當，實際上相對人董監事權能是否存在(如已辭職等)，並非定暫時狀態假處分所應審查之客體。⁸⁶

而釋明與證明之差別，主要在於法院心證度的不同。依多數學說及實務見解，⁸⁷欲達到民事訴訟上之證明，其證明度應設定在優越之蓋然性，即若無反證推翻的話，則確信有此事實存在；而釋明之證明度則設定在僅須達到微弱之心證，即可使法院大致相信可能有此事實存在。故證明在使法院確信為目的，釋明則是使法院大概信其如此為目的。法院為裁判時，就屬實體上權利義務關係之要件事實，原則上應以證明為之；而對於非屬實體權利義務之程序事件而言，如須簡速處理，則得僅以釋明即為已足。

88

為避免嚴格的證據調查程序導致曠日廢時，有害於保全程序的迅速性，定暫時狀態假處分聲請人應提出即時可供調查之證據向法院釋明，使法院就定暫時狀態假處分之請求及原因之存在產生薄弱之心證，亦即聲請人不需就要件之存在使法院達到確信之心證程度，不必經嚴格之調查程序，僅須使法院產生「大概如此」之心證程度即可。

惟須注意者，在不同種類的定暫時狀態假處分中，釋明所要求之程度亦有所不同，尤其以滿足性假處分為最，蓋聲請人得於本案判決確定前即先獲得權利之滿足，相對人因而受有不利益，縱使嗣後相對人本案判決勝訴，又須另訴請求返還不當得利或損害賠償，而此時聲請人可能已無資力

⁸⁶ 92 台抗字第 201 號裁定：「按就爭執之法律關係定暫時狀態，雖非以保全強制執行為目的之保全程序，但亦非確定私權之訴訟程序，故聲請定暫時狀態之權能，於該程序僅能形式審查其是否存在，不得實體審認該權能是否確實存在。」

⁸⁷ 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，自版，2004 年 9 月，頁 395。駱永家，民事訴訟法 I，自版，199 年 3 月 8 版，頁 162。
最高法院 73 台上 2174 號判決：「按當事人主張有利於己之事實者，固應依民事訴訟法第二百七十七條規定，就其事實負舉證責任，然苟於其利己事實之主張，已為相當之證明，則其舉證責任即屬已盡。換言之，解除其舉證責任，指須有證據之優勢，即屬非不可採信。此與刑事案件須證明被告犯罪無合理之可疑，異其旨趣。」

⁸⁸ 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民書局出版，2009 年 7 月修訂 5 版，頁 469。

可供返還或賠償。皆使相對人處於利益不平衡的狀態下，故有必要於滿足性假處分審理程序時把關，要求其「保全必要性」須達到較高之釋明程度為准許要件，⁸⁹以維持當事人雙方的利益平衡。

有學者認為定暫時狀態假處分之審理應先就保全必要性之存否為審酌，其後再審查被保全之權利。蓋因前者認定容易，且較具非訟性，法院利益衡量的對象通常僅涉及事實範圍；後者則多涉及權利的得喪變更，須為法律解釋、適用或評價等等，若法院先審理此一要件，恐致程序延滯。其次於釋明部分，應視事件之急迫性而對於「被保全權利」之釋明有程度高低之區別。如果聲請人就假處分之取得急迫性越高，釋明程度越予減緩，法院甚至無庸審查；但如准許假處分對相對人造成的損害越大，或有不可回復之損害，且相對人亦爭執被保全權利之釋明時，例如滿足性假處分即屬之，則法院應要求聲請人對被保全權利為較高程度之釋明，最高法院 20 年抗字第 5 號判例雖謂，就當事人主張之實體上理由，是否正當，不在假處分所得審酌之範圍內。但此判例應理解為：於假處分程序，無須如通常訴訟程序踐行嚴格之證據調查，由當事人證明實體權利確實存在，但此並不代表於假處分程序無庸釋明被保全權利為何。保全權利應否釋明，或應釋明至何種程度，宜由法院視事件中之急迫性程度，或對本案權利實現之程度，或對相對人可能造成損害程度而定。⁹⁰簡言之，應視事件類型之不同而釋明之審查密度亦應與之調整，不可一概而論地要求聲請人釋明被保全之權利及保全必要性，否則過於強調定暫時狀態假處分之迅速性與聲請人之利益，相對的則將使當事人平等原則失衡且忽略相對人身為程序主體之程序利益。

另有論者認為，基於權衡理論及其主要程序給付間關係可能作為不同證明度之要求值得參考，且在部分類型事件，必要時得考慮推定緊急性要件。惟須注意係在證明度之蓋然性可能被提升至完全證明之非常高度證明度，其與被推定間將形成不安定性，法院如何適時闡明，避免突襲實為另一課題。除非是在提高證明至與完全證明相同蓋然性之類型事件，始有可

⁸⁹ 許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，台灣法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月，頁 58。

⁹⁰ 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 58 以下。

能賦予類似爭點效之效力，否則即使在假處分程序中曾經程序保障及實質論斷，亦莫可奈何。⁹¹

第二款 擔保之提供

在 2003 年 2 月民訴法就保全程序作全面性修正前，舊法第 526 條第 2 項規定：「債權人雖未為前項釋明，如就債務人所應受之損害已供法院所定之擔保者，得命為假扣押。」肯認擔保具有完全代替釋明之作用，即使聲請人未為釋明，仍可供擔保聲請假扣押，⁹²故此時擔保的作用在填補債務人所生之損害。嗣後新法修正為：「前項釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押。」其修正理由係因債權人聲請假扣押，應使法院信其請求及假扣押之原因大致為正當，故仍應盡其釋明責任。僅能於釋明有不足之處，藉由債權人提供擔保而補充釋明之不足。由此可見，擔保並非僅有填補債務人因假扣押所致生之損害，亦有補充釋明不足之機能。惟在此時，此擔保目的既係在代替、補充釋明之不足，則擔保金額便不應以債務人所可能遭受之損害為標準，而應由法官裁定決定擔保額為是。⁹³是以，在現行法下，擔保應有二種機能，其一為補充釋明之不足，其二為填補相對人之損害。

一、補充釋明之不足

依民訴法第 538 條之 4 準用第 526 條第 2 項之規定，聲請人就定暫時狀態假處分之請求及原因釋明如有不足時，而聲請人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為定暫時狀態假處分。此係所謂的「釋明代用制度」，意即聲請人若無法充足釋明

⁹¹ 姜世明，專利侵權事件之假處分程序，民事程序法實例研習(二)，元照出版，2010 年 9 月初版，頁 32~33。

⁹² 最高法院 43 年台抗字第 20 號：「債權人未釋明其請求及假扣押之原因時，法院固得先就債務人所應受之損害，定擔保之方法及額數，命債權人供擔保，俟供擔保後再為假扣押之裁定……」此判例因 2003 年民訴法修正後，業經最高法院 95 年度第 11 次民事庭會議決議不再援用。

⁹³ 許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，台灣法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月，頁 58。沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 67。

該請求及定暫時狀態假處分之原因時，得以提供相當之擔保代替釋明。

然學理上關於保全必要性可否以擔保補充釋明有所爭執，原則上學界及實務大多認為，關於定暫時狀態假處分之原因，應由聲請人提出證據釋明之，若不能釋明此等情事存在，則無就爭執之法律關係定暫時狀態之必要，不得因聲請人陳明願供擔保而補足釋明之欠缺。⁹⁴但有學者認為對於較難在假處分聲請階段即搜得證據方法為釋明之事件類型，或許可參考德日立法例之代釋明規定，為避免當事人逸失請求權利救濟之時機，宜在一定條件下，使請求救濟權利侵害之人能有提供相當擔保代替釋明之機會。⁹⁵而法院在審酌是否得以擔保補充釋明之不足時，有下列幾點因素可資參考：⁹⁶

1. 急迫性：即若定暫時狀態假處分事件急迫性不高，有充足之時日可使聲請人釋明請求及保全之必要時，即使在審理程序上須多花費些許時日，但亦能達到保全之目的時，便不應為求便宜，逕命聲請人提供擔保。
2. 聲請人之所以難為充分之釋明，是否僅係因事件急迫性使然：換言之，若聲請人無釋明之可能，且縱使於本案訴訟程序，恐亦無法提供必要之證據，則不應使聲請人藉由擔保取得定暫時狀態假處分裁定。
3. 在證明度方面，釋明應達到優勢之程度：即在兩造當事人陳述意見後，聲請人所提供之事證，應使法院相信其較為真實。
4. 除定暫時狀態假處分之請求得以金錢之給付達其目的或相對人將

⁹⁴ 陳計男，民事訴訟法論(下)，三民書局出版，2010年4月修訂5版，頁489。楊建華，問題研析——民事訴訟法(三)，自版，1989年5月，頁451。最高法院84年台抗字第669號裁定、95年台抗字第590號裁定。

⁹⁵ 邱聯恭，假處分要件之釋明，民事訴訟法之研討(四)，1993年12月，初版，頁108。

⁹⁶ 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第109期，2004年6月，頁67。

因假處分而受難以彌補之重大損害，或有其他特別情事者外，原則上依民訴法第 538 條之 4 準用第 536 條第 1 項規定，不得以供擔保免為或撤銷假處分。

惟須注意者，並非謂供擔保法院即須為定暫時狀態假處分之裁定，此擔保僅係代替、補充釋明而已，聲請人仍須就請求及保全必要性為一定程度之釋明，法院認聲請人已有釋明，但仍不足之情況下，始准許當事人提供擔保補充釋明之不足，否則公正的法院將淪為當事人雙方財力與速度之競賽場所。

此外，並非所有定暫時狀態假處分皆採擔保補充釋明制度，於智慧財產權事件中，依智慧財產案件審理法第 22 條第 2 項規定：「聲請定暫時狀態之處分時，聲請人就其爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要之事實，應釋明之；其釋明有不足者，法院應駁回聲請。」此即否定以擔保代替釋明之功能，蓋因智慧財產事件之特性，實務上權利人常禁止被懷疑侵害者繼續製造、販賣及銷售等行為，而聲請定暫時狀態處分，尤以科技產業為大宗，其產品於市場上之替換週期甚為短暫，商機稍縱即逝，一旦經法院命停止繼續製造、販賣等行為，常不待本案判決確定，產品已面臨淘汰，致廠商被迫退出市場之不利結果，故就聲請定暫時狀態處分之要件，自應嚴謹，⁹⁷否定擔保補充釋明之機能，要求聲請人須就爭執之法律關係與保全之必要性為完全之釋明，以防定暫時狀態假處分成為產業互相箝制之工具，喪失原制度之目的，反而扼殺產業之創新與發展。

二、擔保相對人之損害

依民訴法第 538 條之 4 準用第 526 條第 3 項之規定，請求及假扣押之原因雖經釋明，法院亦得命債權人供擔保後為假扣押。可見此時

⁹⁷ 智慧財產案件審理法第 22 條立法理由參照。

提供擔保並非在補充釋明之不足，而係在擔保若因錯誤的定暫時狀態假處分所致相對人之損害，故此時擔保金額之酌定應視相對人可能遭受之損害而定。惟有學者認為，補充釋明不足之擔保金在某程度上亦具有擔保相對人損害之機能，僅係所佔比例較少而已，主要機能仍在補充釋明之不足。是以，若此時有其他可代替釋明之方法，則不須以提供擔保為必要。⁹⁸

此外，學界間有認為聲請人既已釋明請求及保全必要性，即應認為相對人因保全處分遭受損害之可能性較低，是否應考慮有無命聲請人提供具擔保損害機能之擔保的必要，例如在交通事故之損害賠償事件中聲請支付生活費、醫療費之處分，或勞資糾紛中主張解僱無效而聲請定僱傭契約上之地位或支付薪資之處分等，皆有考慮未命擔保之空間，以避免無資力之當事人因未能提供擔保而喪失使用定暫時狀態假處分保全自己權益之機會。⁹⁹此一見解雖用心良苦，然而一旦嗣後證明該定暫時狀態假處分係違法或不當，相對人所受之損害恐因未提供擔保而無法彌補，且依現行實務操作，能有多少法官鼓起勇氣，下一不須擔保之定暫時狀態假處分裁定，恐不得而知。

第三款 給予當事人陳述意見之機會

定暫時狀態假處分與假扣押或假處分不同，因為在後二者下，為防免債務人受通知或訊問因而隱匿財產或系爭標的物，故強調密行性，通知與裁定往往同時為之，故原則上不須給予當事人陳述意見之機會。然在前者較無此脫產之疑慮，且在滿足性定暫時狀態假處分強大的效力下，相對人往往須忍受至本案終局判決確定，對相對人影響甚大，故為使法院能正確判斷有無准許之必要，應賦予當事人在裁定前有陳述意見之機會。在審理的過程中，藉由給予當事人陳述意見之機會，可初步審查雙方本案理由之可信度，具有降低保全程序與本案程序矛盾的機能，法院宜利用此調查程序，對實體主張及證據作概略的調查，獲取本案判決的心證，再對定暫時

⁹⁸ 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 68。

⁹⁹ 許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，台灣法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月，頁 58。

狀態假處分作准駁之決定。

民訴法第 538 條第 4 項原則上係為保障當事人之合法聽審權而設，具有事前保障之性質，此與其後本案訴訟及抗告程序中之程序保障形成較一般保全程序嚴密之聽審權保障制度。在此定暫時狀態假處分審理階段，當事人雙方攻防的重點應在於有爭執之法律關係及保全必要性之上，而非對於聲請人所主張實體權利義務的有無進行終局性的確認。¹⁰⁰學理間有將此陳述意見之機會定位在憲法位階，認為給予當事人辯論之機會是符合正當法律程序概念的最起碼要求，否則容許一造聲請的制度設計，根本違反憲法所保障的基本權利。¹⁰¹

另有論者認為，在今定暫時狀態假處分制度上，法律效果已直逼本案判決，聲請人卻僅須就聲請要件為釋明即可，而無須達到本案訴訟程序之證明門檻，縱使依民訴法第 538 條第 4 項賦予當事人有陳述意見之機會，但在現行實務上常以供擔保以補充釋明不足的情況下，對於給予陳述意見之機會是否足以反映本案化之強烈法律效果抱持著懷疑態度。¹⁰²

管見以為，現行實務下雖仍有供擔保補充釋明不足之便宜行事作法，然而應將當事人陳述意見之權利當作給予定暫時狀態假處分最低之基礎，就個案之複雜度與影響層面作區分，在滿足性假處分之事件，應要求更高的證明度，法院須審慎地注意當事人兩造的程序保障，必要時仍得依民訴法第 234 條行任意之言詞辯論，確保定暫時狀態假處分之靈活與彈性。此外，若遇有非常急迫之情事，於給予當事人陳述意見機會之前即有可能發生不可回復之損害，此時應利用民訴法第 538 條之 1 緊急處置制度，暫時保全此一非常急迫之情形，避免危險之發生。大體而言，定暫時狀態假處分仍為一保全處分，需維持一定的迅速性，當事人的程序保障越多，勢必損及程序的進行，如何拿捏其中的平衡方為重點，以事件類型作

¹⁰⁰ 姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2011 年 1 月 4 版，頁 325。

¹⁰¹ 李念祖，假處分與公司治理——從法院禁止公司董事行使職權談起，經濟日報，2003 年 7 月 15 日，6 版。

¹⁰² 沈靖家，公司經營權爭奪之研究——以定暫時狀態假處分制度為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 52~53。

為區別的要素，或許是一個值得思考的方向。

第四款 法院得裁定酌定必要之方法

按定暫時狀態假處分適用範圍甚廣，法律有時窮盡而無法一一列舉，故為避免掛一漏萬之疑慮，定暫時狀態假處分的方法、內容應委諸於法官就具體個案衡量後酌定之，以達定暫時狀態假處分之目的。依民訴法第 538 條之 4 準用第 535 條之規定，定暫時狀態假處分所必要之方法，由法院以裁定酌定之。且此一裁定，得選任管理人及命令或禁止債務人為一定行為。而法院所酌定之方法，應記載於定暫時狀態假處分裁定上，以利執行。

是以，聲請人聲請定暫時狀態假處分時，雖須表明請求及保全必要性，不過未必須表明具體之方法，此係因定暫時狀態之方法具有多樣性與可變性，何種方法最適於達到聲請人之目的或該具體之方法涉及專業領域時，聲請人並非最為知悉，故無須要求聲請人必須特定具體之方法。¹⁰³惟須注意的是，若聲請人以表明具體之方法，基於聲請人係基於程序主體之地位，法院應予以尊重，若欲不採聲請人所請求之方法，亦應行使闡明權使當事人知悉，使當事人得掌握審理程序之方向，避免遭受突襲。

第五款 中間處分性質之緊急處置裁定

按定暫時狀態假處分究竟是准是駁，恐無法一時之間即下正確判斷，且法院為裁定前，亦須兼顧當事人之主體地位，使其享有陳述意見之程序保障，故審理上勢必耗費時日，為避免在此期間損害的發生或擴大，民訴法於 2003 年修正時增訂具有中間處分性質之緊急處置制度，使其附隨於定暫時狀態假處分之本案裁定程序中，且為求迅速作成緊急處置，其具體之方法、內容，仍應由法院裁定酌定為之，不受當事人聲明之拘束。

¹⁰³ 許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，台灣法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月，頁 60。

再者，既謂係「緊急」處置，則為一權宜之計，故此有效期間不宜過長，否則有反客為主之疑慮，依民訴法第 538 條之 1 規定，此處置之有效期間不得逾七日，期滿前得聲請延長之，但延長期間不得逾三日。而期間屆滿前，若法院以駁回定暫時狀態處分之聲請者，其先前所為的處置失其效力，乃屬當然。又於緊急處置有效期間內法院准許為定暫時狀態假處分，而其內容與先為之處置相異時，因緊急處置係附隨於定暫時狀態假處分之上，故兩者互有牴觸時，其緊急處置該部分失其效力。此外，因緊急處置屬中間裁定之性質，原則上在本案裁定終結時或有效期間屆滿失其效力，故無須向上級法院請求救濟之必要。

緊急處置不同於非訟法上之假處分之處在於須由當事人聲請始能發動，法院不得職權發動，蓋緊急處置係附隨於當事人聲請之定暫時狀態假處分程序，乃為因應該程序之慎重化處理而設，盡可能地減少聲請人因程序延滯所產生之不利益，故可說是為衡平保障當事人利益而設，法院並無依職權開始緊急處置裁定程序之必要。¹⁰⁴

第六節 定暫時狀態假處分之救濟

定暫時狀態假處分之救濟，原則上依民訴法第 538 條之 4 準用假處分及假扣押等規定之結果，大致可分為保全撤銷、保全抗告二途徑外，2003 年保全程序修正時，為因應定暫時狀態假處分之特性另就救濟方面設有特別規定，分述如下：

第一項 定暫時狀態假處分之抗告

依民訴法第 538 之 4 條準用第 533 條、第 528 條第 1 項之規定，關於定暫時狀態假處分聲請之裁定，得為抗告。此係就定暫時狀態假處分裁定本身不服，即當事人認為定暫時狀態假處分裁定有要件欠缺或程序違法之

¹⁰⁴ 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 61。

瑕疵，而向上級審法院提起抗告。抗告法院為裁定前，為尊重當事人位於程序主體之地位，應給予陳述意見之機會，且抗告法院認抗告有理由者，應自為裁定。

第二項 定暫時狀態假處分之撤銷

定暫時狀態假處分之撤銷，不同於抗告程序係對於裁定本身為不服，而係因其他法定原因存在，而得向法院聲請撤銷假扣押裁定，此之撤銷原因，依民訴法第 529 條、第 530 條規定包括聲請人不於一定期間內起訴、¹⁰⁵保全原因消滅、聲請人受本案敗訴判決確定，或其他命定暫時狀態假處分之情事有所變更者，相對人得聲請撤銷定暫時狀態假處分裁定。

惟有疑問者，於一般假處分中，依民訴法第 536 條第 1 項規定，假處分所保全之請求，得以金錢之給付達其目的，或債務人將因假處分而受難以補償之重大損害，或有其他特別情事者，債務人得提供擔保後免為或撤銷假處分。然此一規定，在定暫時狀態假處分中是否仍得依民訴法第 538 條之 4 準用？即相對人得否提供擔保請求法院免為或撤銷定暫時狀態假處分，就此實務間有肯否二說：

實務間採肯定見解者，如最高法院 94 台抗字第 743 號裁定謂：「若定暫時狀態處分之保全權利方法，對債務人可能造成重大之損害，或債權人所受之損害非不能以金錢補償時，自不能謂債務人不能供擔保免為假處分或撤銷假處分。」亦有採否定見解者，最高法院 94 年台抗字第 18 號裁定指出：「按民事訴訟法第五百三十八條之四規定，定暫時狀態之假處分程

¹⁰⁵ 此之起訴採廣義解釋，包含具有確定私權存否及能取得終局執行名義等與起訴有同一效力之程序，參照民訴法第 529 條第 2 項規定包括：

- 一、依督促程序，聲請發支付命令者。
- 二、依本法聲請調解者。
- 三、依第 395 條第 2 項為聲明者。
- 四、依法開始仲裁程序者。
- 五、其他經依法開始起訴前應踐行之程序者。
- 六、基於夫妻剩餘財產差額分配請求權而聲請假扣押，已依民法第 1010 條請求宣告改用分別財產制者。

序，除適用本法第五百三十八條至第五百三十八條之三之特別規定外，準用關於保全強制執行假處分之規定。凡與定暫時狀態假處分性質相同之規定，均在其準用之範圍；性質不相容者，則不在其準用之列。債務人將因假處分而受難以補償之重大損害，或有其他特別情事，法院固得依民事訴訟法第五百三十六條第一項規定，准許債務人之聲請，於假處分裁定內，記載債務人供所定金額之擔保後，免為假處分，惟定暫時狀態之假處分，其目的在防止發生重大損害，或避免急迫危險，性質與保全強制執行之假處分仍有不同，故上開准許債務人供擔保後，免為假處分之規定，於定暫時狀態之假處分，自無準用之餘地。」

在學理間，有學者認為縱然債務人提供金錢作為擔保，但亦有不能達假處分請求之目的的情形存在，而不宜准許債務人提供擔保免為或撤銷假處分。但若有假處分之目的得以擔保之提供可達成、假處分對於相對人造成不可回復之損害等特別情事存在，則例外准許債務人得提供擔保免為或撤銷假處分。¹⁰⁶亦有認為定暫時狀態假處分既明文準用關於假處分之規定，而免為假扣押擔保金之規定，依民訴法第 533 條準用之，故原則上無法否定準用之可能性，須注意的是，準用之結果是否准許必以是否符合民訴法第 536 條「得以金錢之給付達其目的，或債務人將因假處分而受難以補償之重大損害，或有其他特別情事者」之要件為準。¹⁰⁷

管見以為，相對人得否供擔保撤銷或免為定暫時狀態假處分，應回歸到保全必要性此一要件來看，蓋定暫時狀態假處分之目的既係避免因請求權實現上延滯所產生的現在危險，聲請人處於發生重大損害或急迫危險之際，就此方面來看，原則上應不准債務人反供擔保撤銷或免為定暫時狀態假處分，以免該制度目的落空。而從另一方面來看，又因定暫時狀態假處分適用範圍甚廣，既不限於財產上或身分上法律關係，在財產上法律關係也不限於金錢請求或非金錢請求，甚至是無體財產權等皆在其射程範圍內，因此，在眾多定暫時狀態假處分類型中，可否一概而論地劃分相對人絕無反供擔保之必要？再者，民訴法第 538 條之 4 並無排除準用第 536 條之明文，且觀諸第 536 條第 1 項規定，既謂得以金錢之給付達其「目的」，

¹⁰⁶ 沈冠伶，保全程序之新變革，民事程序法之新變革，自版，2009 年 11 月 1 版，頁 61。

¹⁰⁷ 李木貴講述，民事訴訟法(下)，自版，2010 年 9 月 3 版，頁 10-49。

或債務人將因假處分而受「難以補償之重大損害」，或有其他「特別情事」者，法院始得准債務人為反擔保，皆再再顯示反擔保實屬例外，不宜將例外當作原則看待，因而一竿子打翻一條船的全面予以否定，可行之計應透過法院衡諸個案審查，由法院把關該事件是否適於反供擔保撤銷或免為定暫時狀態假處分，藉以維持法院權限的靈活度與彈性度，並衡平當事人之間的利益。

另有學者提出在經營權爭奪事件中，認法院不應准許債務人得提供擔保撤銷定暫時狀態假處分，其認為究竟有無必要破壞股東民主機制，由司法力量介入使經營變動，應從保全必要性來看，法院應是講道理的地方，而非比財力的地方，否則將造成經營能力被財力取代之不當現象。¹⁰⁸亦有基於避免與先前聲請人釋明保全必要性結果相矛盾，而肯認法院不宜允許債務人提供反擔保撤銷假處分。^{109、110}

在肯認相對人得反擔保撤銷定暫時狀態假處分裁定下，需進一步說明的是，債務人反供擔保後，執行法院應於何時撤銷假處分執行？2010年發生的東森得易購對森森百貨(U-LIFE)購物頻道一案即凸顯出此問題，東森得易購與森森百貨因頻道上架問題，東森得易購指稱森森百貨蓋台而向台北地院提起定暫時狀態假處分之聲請，請求森森百貨等32家系統業者暫時不得將目前播放之得易購頻道更換為森森百貨頻道，嗣後台北地方法院准許其定暫時狀態假處分之聲請，然森森百貨請求反擔保撤銷假處分裁定亦獲准，但承辦強制執行業務的司法事務官，卻以民庭法官不能撤銷民事執行處法官的裁定，且假處分撤銷案未定讞，拒絕撤銷假處分。¹¹¹

就此爭點可供思考方向有二，其一為從假處分與假扣押不同點切入，

¹⁰⁸ 方嘉麟，從台灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理中之地位，政大法學評論第83期，2005年2月，頁144。

¹⁰⁹ 劉連煜，公司經營權爭奪與假處分之制度，台灣本土法學雜誌第90期，2007年1月，頁244。

¹¹⁰ 關於在涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分事件是否應准許債務人提供反擔保，參見本文第六章第二節第四項。

¹¹¹ 王己由，拒撤得易購假處分 事務官竟不用法官，中國時報，2010年3月5日。

著重於保全之目的，¹¹²蓋假處分之目的，在保全債權人金錢以外之請求，與假扣押之目的在保全債權人金錢請求或得易為金錢請求有別，該假處分之裁定，雖經債務人認有民事訴訟法第 536 條之特別情事，另聲請第一審法院裁定，准債務人提供擔保後撤銷假處分裁定，惟債權人已提起抗告中，尚有廢棄其裁定之可能，此時執行法院如果撤銷執行程序，債務人即可將假處分之標的物予以處分，將來無法再予執行。故必須待第一審法院准許提供擔保而撤銷假處分裁定之裁定確定後，始得撤銷假處分執行程序。

其二則從裁定之效力與當事人平等的角度切入，¹¹³依民訴法第 491 條第 1 項規定，抗告，除別有規定外，無停止執行之效力。故裁定經送達當事人時即發生執行力，債務人既經法院裁定許其供擔保而撤銷假處分，法律並未規定此項裁定於抗告程序中應停止執行，則債務人依該裁定供擔保後，執行法院應即撤銷假處分執行，不得因該裁定尚未確定而拒絕執行。再者，民訴法第 536 條規定許債務人供擔保後免為或撤銷假處分，本條為平衡保障債權人及債務人之權利而設，債權人既得不待裁定確定即可聲請假處分之執行，則應無債務人之撤銷假處分聲請竟須待裁定確定後方得行使之理，是以，執行法院應於債務人依法提存後即撤銷假處分執行。

管見認為，既然民訴法第 536 條准許債務人反擔保屬例外之情事，即法院已考量聲請人請求之假處分得以金錢之給付達其目的，或避免債務人因此而生難以回復之損害，該假處分之目的已由債務人提供之擔保可暫時性的保全，並非完全未達其目的，何況從體系解釋來看，民訴法第 530 條法條用語為「撤銷假扣押裁定」(依同法第 533 條準用之)，而第 536 條用語卻是「撤銷假處分」，兩者用語有所不同，故應認為於債務人提供擔保時即可撤銷假處分之執行。

¹¹² 司法院第一期司法業務研究會司法院第二廳即採此一見解。

¹¹³ 臺灣高等法院 93 年法律座談會提案民執類第 28 號採此見解。

第三項 定暫時狀態假處分之特別規定

第一款 抗告法院命回復原狀之非訟化裁定

2003 年民訴法修正時已明文承認滿足性定暫時狀態假處分之存在，使得聲請人得在本案訴訟確定前，即獲得相當於本案訴訟勝訴之全部或一部效果，惟若相對人就該定暫時狀態假處分提起抗告成功，抗告法院廢棄或變更該裁定時，於廢棄或變更之範圍內，抗告人依原裁定所為之給付將失所附麗，此時要求抗告人另訴請求返還，不僅浪費訴訟資源，更徒增抗告人程序上之負擔。且定暫時狀態假處分與緊急處置雖係平衡當事人兩造間之權益所為裁定，¹¹⁴但命相對人為一定之給付，聲請人僅需就請求及保全必要性為釋明即可，難免對相對人權益有所減損，故當定暫時狀態假處分或緊急處置遭廢棄或變更之時，應使相對人盡速回復其原有之權利狀態，始能維持當事人間的利益衡平。

因此，民訴法第 538 條之 2 規定，抗告法院廢棄或變更第 538 條第 3 項之裁定時，應依抗告人之聲請，在廢棄或變更範圍內，同時命聲請人返還其所受領之給付。其給付為金錢者，並應依聲請附加自受領時起之利息。此即為抗告法院命回復原狀之非訟化裁定，抗告法院得於廢棄或變更之裁定中，同時以裁定命聲請人返還其所受領之給付，且依同條第 3 項規定，關於民訴法第 538 條之 1 第 2 項緊急處置失效之規定，於上開回復原狀之裁定亦有適用。

此制度之創設，也強烈地顯示定暫時狀態假處分非訟法理與訴訟法理的交錯適用，申言之，因滿足性定暫時狀態假處分的強大效力，使得在本案裁定、抗告程序時賦予當事人陳述意見，甚至是言詞辯論之機會，當事人因此受有充分的程序保障，此為訴訟法理之體現。既有前開程序保障，可認即使抗告法院命聲請人返還先前所受領之給付亦不應遭致突襲，因而創設法院有命回復原狀的非訟化裁定之權限。

¹¹⁴ 許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，台灣法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月，頁 71。

第二款 聲請人無過失損害賠償責任之減輕

依民訴法第 531 條規定，若假扣押裁定因自始不當、未於一定期間內起訴或債權人聲請而撤銷者，債權人應賠償債務人因假扣押或供擔保所受之損害。此一賠償責任係無過失責任，蓋假扣押係為保全債權人一方利益而設，聲請人享有迅速、密行且僅需就請求及假扣押原因為釋明，並有擔保補充釋明制度等優勢，制度設計多偏向債權人之一方。在另一方面，為避免債權人浮濫聲請，無故損及債務人之權益，故針對上開三種類型要求債權人負無過失責任。而此一規定亦在定暫時狀態假處分準用範圍之內，然而比較定暫時狀態假處分裁定與假扣押裁定程序，前者賦予當事人有陳述意見之機會，與假扣押程序中相對人對於程序之進行無從置喙截然不同，又法院在定暫時狀態假處分審理程序須衡量兩造當事人之利益，具有維持秩序，保護公益之目的存在，與假扣押專為債權人利益而設有所差別。申言之，前者具有類似正當防衛或緊急避難對於現時或將來之侵害予以防衛；後者則有自力救濟之個性，對於過去既遂侵害加以防衛，故兩者責任不宜完全相同。¹¹⁵

是以，2003 年修法時即增訂聲請人損害賠償責任減輕之規定，依民訴法第 538 條之 3 規定，定暫時狀態之裁定因第五百三十一條之事由被撤銷，而應負損害賠償責任者，如聲請人證明其無過失時，法院得視情形減輕或免除其賠償責任。

第三款 相對人損害賠償訴訟之併案請求

相對人因撤銷定暫時狀態假處分所生之損害，依民訴法第 538 條之 4 準用第 531 條第 1 項時，本得另行起訴請求，然此勢必增加相對人時間、金錢與精神之耗費，不僅有害訴訟經濟、紛爭解決一次性，並有裁判矛盾之可能。因此，相對人得利用第 531 條第 2 項規定，於本案訴訟第一審言

¹¹⁵ 邱聯恭，於司法院民事訴訟法研究修正委員會第 391 次會議之發言紀錄，收錄於司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(八)，1992 年，頁 1268、1269。

詞辯論終結前，請求法院於本案判決內命聲請人為賠償，若相對人未聲明者，法院具有闡明義務告知相對人得以併案請求。且相對人得於本案訴訟中為訴之變更追加或提起反訴或為抵銷抗辯，故民訴法第 531 條第 2 項可謂係訴之變更、追加或反訴之特別規定。¹¹⁶



¹¹⁶ 沈冠伶，保全程序之新變革，民事程序法之新變革，自版，2009年11月1版，頁111。

第四章 定暫時狀態假處分准否之困境

有學者曾於 10 餘年前撰文批評實務上對於公司經營權爭奪之假處分，未全然體會到該制度之特殊性，造成准許有過度浮濫之嫌，對於公司本身與投資大眾的權益均造成衝擊。¹¹⁷當時法院的運作上，多傾向只要聲請人願意提供擔保，法院即會准許其定暫時狀態假處分之聲請，使得當事人間攻防的焦點失焦，從定暫時狀態合理性及必要性轉為著眼於的擔保金數額之計算。¹¹⁸10 餘年後的今天，目前實務運作如何，學者批評之弊端是否已改善？現行實務下又有何缺失，實有必要重新審視並提出解決之道。筆者蒐集近 5、6 年來關於定暫時狀態假處分在經營權爭奪之裁判，數量約略在三百餘件，觀其內容以駁回聲請占九成以上，亦有實務明確指出：「債權人之供擔保，是否足補釋明之欠缺，應由法院斟酌情形依其意見定之，非一經陳明願供擔保，即當然准為該項假處分。故法院如認債權人供擔保尚不足補釋明之欠缺，仍應駁回其聲請。」¹¹⁹由此觀之，早期學者批評實務常直接以擔保代替釋明之浮濫情形，目前應已改善，惟仍有釋明標準捉摸不定、擔保金額難以臆測等缺失，以下就缺失情況分述敘明。

第一節 創設法無明文之聲請要件

依前所述，定暫時狀態假處分之聲請要件包括須有爭執之法律關係及定暫時狀態處分之必要。而此一有爭執之法律關係宜採廣義解釋，原則上無種類及性質的限制，無論是財產或身分法律關係均有其適格，且財產上之法律關係，亦不以金錢請求以外之法律關係為限，其為物權之法律關係、金錢或非金錢債權，甚至係無體財產權等均有其適用。有定暫時狀態

¹¹⁷ 王文字，定暫時狀態假處分與公司經營權之爭奪，新公司與企業法，元照出版，2003 年 1 月，頁 156。陳志雄，公司經營權爭奪之相關法律問題，月旦法學雜誌第 26 期，1997 年 7 月，頁 56。

¹¹⁸ 馮浩庭，從美國暫時禁制令看我國定暫時狀態之假處分——以專利侵權爭議為例，政大智慧財產評論第 2 卷第 1 期，2004 年 4 月，頁 126。

¹¹⁹ 最高法院 92 年台抗字第 425 號裁定、最高法院 94 年台抗字第 792 號裁定、最高法院 94 年台抗字第 660 號裁定、最高法院 95 年台抗字第 621 號裁定、最高法院 95 年台抗字第 590 號裁定。

之必要，則指為防止發生重大損害或避免急迫危險或有其他類似而有必要之情形，又稱定暫時狀態假處分發動之原因或稱保全必要性。原則上若具備此二要件，即得為定暫時狀態假處分，惟筆者整理實務見解時，發現有少部分實務見解創設法無明文之要件，其認為聲請定暫時狀態假處分之前提須先提起一本案訴訟，否則定暫時狀態假處分之聲請即非屬正當。如 86 年抗字第 1588 號裁定認為：「按假處分者，債權人為保全金錢以外之請求之強制執行，或於爭執之法律關係定暫時狀態，法院得依其聲請，以裁定強制或禁止債務人為一定行為之謂也。其中以保全強制執行為目的者，謂之保全執行之假處分；以定暫時狀態為目的者，謂之定暫時狀態之假處分。兩者之內容及目的並不相同，成立要件亦不一致，然因定暫時狀態之行為，係就當事人權利予以暫時的保護，性質上與假處分相似，故法律規定予以準用假處分之規定。原法院以定暫時狀態之假處分，其目的既非在保全強制執行，故在本案訴訟繫屬前，無定暫時狀態之必要，本件抗告人在聲請本件假處分時，尚未提起本案訴訟，其假處分之聲請即非正當等情，駁回抗告人之聲請，固屬的論。」¹²⁰

有學者贊同此一見解，認為民訴法第 538 條第 2 項明文定暫時狀態假處分應以本案訴訟能確定該爭執之法律關係為限，若本案訴訟尚未繫屬前，有爭執之法律關係是否得於本案訴訟解決不得而知，故無定暫時狀態之必要，不許當事人為定暫時狀態假處分之聲請。¹²¹

部分實務認為聲請定暫時狀態假處分前，須先提起本案訴訟，乃創設法無明文之聲請要件，其理由為何，究係誤解民訴法第 538 條第 2 項涵義，即因此類假處分係為維持法院為本案終局判決前之暫時狀態，若爭執之法律關係無法藉由終局判決確定，則無定暫時狀態之必要，但此並不代表於訴訟繫屬前即不得聲請定暫時狀態之假處分；或係為頻繁使用的定暫時狀態假處分制定一個門檻，以嚇阻浮濫聲請之情形，¹²²恐怕不得而知。

¹²⁰ 士林地方法院 95 年裁全字第 1733 號裁定採相同見解。

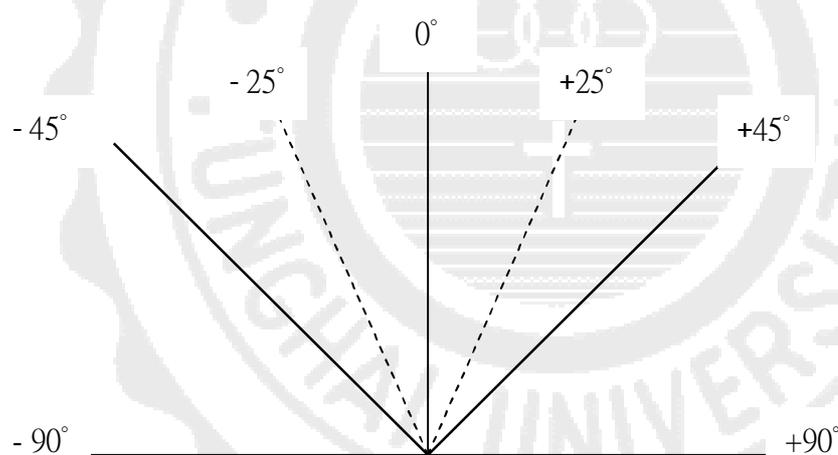
¹²¹ 吳明軒，民事訴訟法，自版，2009 年 10 月修訂 8 版，頁 1697。

¹²² 有論者認為實務上有浮濫聲請之情形，參沈靖家，公司經營權爭奪之研究——以定暫時狀態假處分制度為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 74~76。

第二節 有待釐清的釋明標準

依照民事訴訟法第 538 條之 4 準用同法第 526 條第 1 項規定，聲請禁止董事執行職務之定暫時狀態假處分，須就有爭執之法律關係與定暫時狀態假處分之必要為釋明。在禁止董事執行職務事件中，既是欲凍結董事之職權，則聲請人主張之事由即必須是有關董事的適格性之爭執，例如該董事是否該當法定解任事由、公司與董事間委任關係是否仍存在等，¹²³其背後之爭執的法律關係則是選任董事之股會會決議有公司法第 189 條得撤銷之瑕疵、¹²⁴選任董事之股東會決議有公司法第 191 條無效之瑕疵、公司與董事之委任關係存在或不存在之訴、或提起公司法第 200 條裁判解任董事之訴等。

※法院心證程度變化表¹²⁵



依目前實務所採之證明度標準，¹²⁶若法官心證程度達優越之蓋然性之

¹²³ 高等法院 99 年抗字第 279 號裁定、台南高分院 100 年抗字第 128 號裁定

¹²⁴ 高等法院 99 年抗字第 279 號裁定、台南高分院 100 年抗字第 128 號裁定

¹²⁵ 圖表為作者自行繪製。

¹²⁶ 最高法院 73 台上字第 2174 號判決：「按當事人主張有利於己之事實者，固應依民事訴訟法第二百七十七條規定，就其事實負舉證之責任，然苟於其利己事實之主張，已為相當之證明，則其舉證責任即屬已盡。換言之，解除其舉證責任，只須有證據之優勢，即屬非不可採信。此與刑事案件須證明被告犯罪至無合理之可疑，異其旨趣。」相同見解者，參駱永家，民事訴訟法 I，自版，1997 年 3 月 8 版，頁 162。黃國昌，比較民事訴訟法下的當事人圖像——由審理基本原則、證據收集權及證明度切入，政大法學評論第 67 期，2003 年 12 月，頁 282-283。

證明度，則可認就系爭事實達證明程度，若無反證推翻的話，則可確信此一待證事實存在；反之，若法官就待證事實僅得微弱之心證，對於待證事實達大致如此之認定，即為釋明。若將待證事實與法院心證程度變化與證明度以圖形表示，則 0° 代表待證事實處於真偽不明之情形， $+90^\circ$ 表示經科學上之證明，即絕對有此一情事存在， -90° 則代表絕無此事存在，而在民事訴訟上，證明為 45° ，若法院心證達 45° ，則可確信該事實存在，舉證責任轉換至他造，由他造提出反證推翻之；若僅達 25° 但未超過 45° ，則係達釋明之程度。因此，若法官心證程度位於 0° 至 25° 之間，即屬當事人已有釋明，然釋明仍不足之情形，則依民訴法第 538 條之 4 準用第 526 條第 2 項，聲請人陳明願供擔保者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押。須說明的是，此一圖表僅為表達法院心證程度之變化與釋明、證明程度之差異，並非確切代表心證達何等比例即屬釋明，蓋每一法官對於事證之認定心證皆有不同，難以量化此一證據應佔多少幅度之心證，另一證據又佔多少幅度之心證，且依前章所述，應依事件類型之差異採用不同的審查密度，對於急迫性之事件得視情況降低釋明標準；對於相對人造成之損害越大或有無法彌補之損害時，如滿足性定暫時狀態假處分，則法院應要求聲請人對被保全權利為較高程度之釋明。

在釋明有爭執之法律關係時，觀察若干實務見解，此部分對聲請人難度不高，視聲請人之本案訴訟與聲請之定暫時狀態假處分內容，通常僅須提出股東名簿(用以釋明聲請人之當事人適格)、股東會開會通知書(用以釋明是否合法行召集程序)、股東會議事錄(用以釋明召開股東會及決議方法是否合法)、董事會開會通知書(用以釋明曾召開董事會)、董事會議事錄(用以釋明董事長選舉議案等)，則可認聲請人已就定暫時狀態處分之請求盡釋明之責，因此聲請人因未能就有爭執之法律關係釋明而遭駁回之例並不多。

例如在高等法院 99 年抗字第 279 號裁定中，抗告人為海揚公司之股東，海揚公司於 98 年間無董事會不能或不為召集股東會之情事，亦無基

惟有學者主張法院心證程度須達具有「非常高度蓋然性」之程度方可謂確信，參姜世明，證明度之研究，舉證責任與證明度，新學林出版，2008 年 10 月，頁 210~211。

於公司利益而有召開股東會之必要情形，然海揚公司監察人陳碧勤竟自行召開系爭股東會，並於系爭股東會選任相對人為海揚公司之董事，惟系爭股東會僅有代表已發行股份總數 62%之股東出席，未達解任董事之法定股數，是系爭股東會之召集程序及決議方法均屬違法，而相對人並於同日下午召開系爭董事會，推選相對人戊○○為海揚公司董事長、相對人丙○○為副董事長，抗告人(即聲請人)提起撤銷系爭股東會決議及確認系爭董事會決議無效之訴，並聲請法院命相對人不得執行海揚公司董事長或董事職權。在此事件中，有爭執之法律關係為相對人董事與公司之委任關係是否存在，即若聲請人訴請撤銷股東會決議勝訴，則相對人之董事資格將自始失效，而依公司法第 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。故欲釋明有爭執之法律關係，聲請人須提出海揚公司股東名簿(釋明聲請人為海洋公司股東)、股東會開會通知書(釋明監察人曾召開股東會)、股東會議事錄(釋明董事解任與選任之決議方法)、董事會議事錄(釋明選任相對人為董事長)、公司變更登記表(用以釋明相對人現為董事及董事長)、民事訴訟起訴狀(釋明聲請人已提出撤銷股東會決議之本案訴訟)等，即可使法院認定有爭執之法律關係存在，聲請人已就定暫時狀態假處分之請求為釋明。

惟須注意的是，此有爭執之法律關係依民訴法第 538 條第 2 項，以得於本案訴訟確定者為限。企業間常見的實質一人公司中，借人頭股東之名以符合設立公司之要件者在所多有，在高雄高分院 97 年抗字第 181 號裁定中，抗告人(即聲請人)於民國 77 年設立太允公司，除擔任董事長外，並借用相對人之名義登記為股東。惟相對人未經抗告人同意，除於 97 年 5 月 26 日向高雄市政府申請董事長變更登記經核准登記外，並大量拋售太允公司持有之尼克森公司之股份，有掏空太允公司之急迫危險，抗告人為免相對人繼續以太允公司股東及董事長身分行使職權，造成急迫危險，請求供擔保裁定准予禁止相對人於抗告人提起確認相對人與太允公司間之董事長及董事委任關係不存在之本案訴訟確定前，行使太允公司董事長職務。又抗告人主張「借名登記於相對人名下尼克森公司股票實質上為抗告人所有，目前相對人竟擅予出售其名下該股票」，然尼克森公司股票登記於相對人名下與登記太允公司名下究屬不同，因此，即使准許聲請人之定暫時狀態假處分，禁止相對人執行董事職務，但處分個人名下之股票並非

屬董事職務之範圍，無法禁止相對人處分其名下持有之尼克森股票，故本件聲請人之請求非屬得於本案訴訟中之法律關係，高雄高分院予以駁回，實為正確。

在保全必要性之釋明上，聲請人須釋明有何重大損害或急迫危險或其他相類之情形，而有定暫時狀態假處分之必要。因重大損害或急迫危險皆為不確定法律概念，在判斷上有學者提出應以聲請人因定暫時狀態假處分之許可所能獲得之利益、因不能獲得定暫時狀態假處分所生損害、相對人因假處分許可所可能蒙生之不利益及其他利害關係人之利益或法秩序的安定、和平等公益，綜合加以比較衡量。¹²⁷實務方面，亦偏向類似上述以利益衡量為審酌。¹²⁸另有認為，應指若使債權人繼續忍受至本案判決為止，其所受不利益或痛苦顯然太過之情形而言，換言之，債務人所受之損害或不利益，與債權人受侵害所蒙受之不利益兩相比較，後者損害情形遠較前者為大，則屬顯有損害。¹²⁹

此等要件在禁止董事行使職務類型中，聲請人必須釋明該董事若繼續執行職務，對公司將發生何種重大損害，有學者認為此損害包括所有經濟上之損害，包括非具董事資格之董事向外自稱為董事所導致公司信用下降、該董事無經營管理能力致公司營運受損害、該董事基於個人利益處分公司重要財產或有不正行為等。¹³⁰惟管見以為，將所有經濟上之損害皆歸為董事執行職務致生損害之範疇中，似有過於廣泛之疑慮，蓋影響公司營運良窳之因素甚多，聲請人應具體指摘因該董事繼續執行職務，將生何種重大損害，並提出相關事證釋明之，否則若僅徒以公司信用下降、無經營管理能力為由而主張凍結董事之職權，稍嫌抽象且論證有所不足，法院應不准其聲請。此外，有論者認為法院在審查定暫時狀態假處分之准駁時，應先就保全必要性先為審理，其認為此較具非訟性，又法院為利益衡量時

¹²⁷ 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 57。

¹²⁸ 最高法院 98 年台抗字第 359 號裁定、89 年台抗字第 243 號裁定、高等法院 96 年抗字第 1814 號裁定、94 年抗字第 575 號裁定、90 年抗字第 333 號裁定。

¹²⁹ 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法(下)，三民書局出版，2010 年 1 月修訂 5 版，頁 920。

¹³⁰ 本間健裕，商事假處分——取締役らの職務執行停止・代行者選任の仮処分，会社訴訟・商事假處分・商事非訟(門口正人編)(新・裁判実務大系第 11 卷)，青林書院，2001 年 7 月 30 日，頁 242~243。

通常僅涉及事實範圍，而與實體權利之存否無關，不必為法律上之評價，故判定較為容易。¹³¹然而筆者觀察近年來之實務走向，發現最具爭議性之部分即在於保全必要性，通常抗告、再抗告攻防之主戰場亦係此，蓋聲請人欲使法院大致相信若不禁止董事執行職務，公司將發生重大損害係何等的困難，除了在於公司面臨解散或破產之情形下，法院較易認定有重大損害之虞，¹³²其餘大多不管聲請人提出何種文件，法院常僅以「衡諸聲請人所提出之各該文件，並不足以釋明有何定暫時狀態假處分之必要」帶過，更甚者，在准許定暫時狀態假處分之聲請時，竟無任何一件係不需擔保，此是否意謂者，聲請人根本無法達到法院所認定的「釋明」標準，或者說法院本身亦不知道是否已達釋明標準，而命聲請人提供擔保補充釋明作為解套方法。

例如纏訟 11 年的太平洋崇光百貨(SOGO，下稱太百公司)一案，即可發現法院釋明標準難以捉摸之問題，在高等法院 99 年抗字第 642 號裁定中，聲請人豐洋興業公司主張相對人擔任太百公司之董事、監察人欠缺合法性、正當性，因而聲請法院命其禁止執行職務。其理由謂：太平洋流通投資股份有限公司(下稱太流公司)為太百公司 100%持有股份之子公司¹³³，其並持有太百公司 78%之股權，嗣後太流公司法定代理人李恆隆與遠東集團代表黃茂德、郭明宗共同偽造太流公司未曾召開之民國 91 年 9 月 21 日股東會及董事會議事錄，違法變更章程將資本額從 1000 萬變更為 40 億 1000 萬元，並由特定人之遠東集團認購股權，使遠東集團持有太流公司 99%以上之股權，藉由此控股關係，遠東集團進而當選太百公司 5 席董事、1 席監察人。嗣因郭明宗偽造太流公司上開股東臨時會及董事會會議記錄部分經判決確定，遭經濟部撤銷太流公司之增資、修正章程及董事解

¹³¹ 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 58-59。

¹³² 例如在台南高分院 100 年抗字第 128 號裁定中，法院認為清算過程有其不可回復性，縱事後訴訟判決確認股東會決議得撤銷或無效，所請求之標的現狀亦已變更，無法回復公司業務、債權債務、資產盈餘之原貌，故認聲請人已對公司及股東將受有無法回復之重大損害已為相當之釋明。

¹³³ 依公司法第 128 條之 1 規定：「政府或法人股東一人所組織之股份有限公司，不受前條第一項之限制。該公司之股東會職權由董事會行使，不適用本法有關股東會之規定。(第一項)前項公司之董事、監察人，由政府或法人股東指派。(第二項)」準此，一人公司不設置股東會，而委由董事會行使股東會之職權，而 99 年抗字第 642 號裁定既謂太流公司為太百公司 100%持有股份之子公司，並於裁定中可知太流公司具有董事會與股東會之組織，故太流公司應屬實質意義之一人公司。

任變更登記，太流公司章程應回復至 91 年 9 月 21 日前之 1000 萬元資本額，其股權結構亦應回復至上開違法增資前之狀態。故太流公司 97 年 6 月 13 日董事會成員因上開撤銷登記而無代表太流公司之權源，該日董事會指派之法人代表即黃晴雯等五人已溯及喪失代表太流公司為太百公司董事候選人資格。且因太百公司實質上持有太流公司百分之百股權，依公司法第 179 條第 2 項第 2 款規定，太流公司持有之太百公司百分之 78% 以上股權均不得行使表決權，太流公司以該無表決權之選舉權數，於 97 年 6 月 13 日參與選任黃晴雯等五人及王景益（下稱黃晴雯等六人）擔任太百公司董事、監察人，即欠缺合法、正當性。

聲請人豐洋興業公司在保全必要性之釋明上，主張(1)相對人黃晴雯等六人係代表遠東集團之利益執行太百公司董事、監察人職權，遠東集團下屬之遠東百貨公司又與太百公司在百貨市場相互競爭，相對人黃晴雯等六人對太百公司及遠百公司之利益取捨將生混淆不清，不符太百公司利益。(2)且遠百公司對太流公司提起確認 1 億 4,086 萬 6,931 股之股東權存在之訴，由於遠東集團所屬人員與李恆隆共同偽造文書以達太流公司增資之目的，李恆隆將以不答辯、不出庭方式，任遠百公司聲請一造辯論判決或由太流公司認諾，以規避刑事判決認定偽造文書之結果，進而稀釋太百公司在太流公司 100% 持股，造成太百公司及其股東權益之重大損害，然因太百公司現任董監事均為遠東集團所指派，難期太百公司董監事指示所派於太流公司之法人代表應積極應訴；(3)復因太百公司近來以高於其實收資本額 162% 以上之金額即 58 億 8,888 萬 9,999 元標下新竹風城購物中心之不動產所有權，此投資勢將對太百公司之資金來源、成本及未來之經營造成重大衝擊等情，若由相對人等繼續擔任太百公司董監事，將繼續對太百公司帶來重大損害，致使太百公司及抗告人之股東權利受有急迫危險。

就此，高等法院認為就聲請人第 1 點主張，並未提出可供即時調查之證據；第 2、3 點純屬聲請人主觀臆測及投資風險評估，其中有關太百公司標下新竹風城購物中心不動產部分，乃經太百公司董事會事前評估投資價值，決議參與投資，事後並由董事會決議承認等情，且認為太流公司自 92 年 2 月起指派相對人黃晴雯等六人法人代表，並太百公司股東會選任組

成董事會迄今，太百公司業務轉虧為盈，聲請人亦受有股利分配之利益，故認為聲請人未就保全必要性為釋明，因此駁回聲請人之抗告。

然而值得思考的是，就第 1 點而言，聲請人是否有提供可即時調查之證據，光從裁定書上難以判斷，故此難謂高院見解有可議之處。然而在第 2、3 點部分，太流公司之法定代理人李恆隆既與遠東集團之黃茂德、郭明宗共同偽造太流公司股東會及董事會議事錄在先，藉以取得太流公司之經營權及太百公司董監事席次，又怎能期待其後與遠百公司之訴訟能善盡攻擊防禦方法，雖捨棄認諾為取效性之訴訟行為，尚待法院作出捨棄認諾判決方生效力，但聲請人既非太流與遠百之訴訟的當事人或利害關係人，無從置喙太流公司所為之訴訟行為，更無法知悉太流公司是否善盡攻防之能事。又本件係董監事資格合法性有所爭執而聲請定暫時狀態假處分，筆者查詢太百公司之董監事席次，共有 5 董 1 監，亦即代表上開黃晴雯等六人囊括太百公司所有的董監事席次。是以，在所有的董監事合法性有所爭執時，由此董事會做出之重大投資議案，能否謂聲請人就保全必要性毫無釋明？此外，法院認為相對人在擔任董監事期間，太百公司營運轉虧為盈，聲請人亦受有股利分配之利益，故亦無定暫時狀態假處分之必要，實乃誤解保全必要性之涵義，蓋縱然有轉虧為盈，股息分派之事實，惟此係對過去事實之評價，並無法代表定暫時狀態假處分欲防止之現在危險或即將到來之危險不會發生，高等法院以此認定無定暫時狀態假處分之必要，見解實則有待商榷。

又例如在高等法院 95 年度抗字第 1589 號裁定，聲請人台灣銀行請求法院裁定 (一)相對人中央電影公司應容忍台灣銀行繼續行使所持有相對人之 300 萬股優先股股東權。(二)禁止相對人於 95 年 7 月 14 日之第 1 次股東臨時會所選出之董事阿波羅投資股份有限公司及其代表人莊婉均、羅玉珍、莊名蕙、曾忠正及監察人阿波羅投資股份有限公司及其代表人林秀美行使董事及監察人職權，並為相對人選定臨時管理人。(三)禁止相對人依 95 年 6 月 23 日之股東常會修訂之中央電影事業股份有限公司「取得或處分資產處理程序準則」之內容處分其資產。(四)禁止相對人依 95 年 6 月 23 日之股東常會及 95 年 7 月 14 日之第 1 次股東臨時會分別修訂之中央電

影事業股份有限公司「公司章程」之內容運作其業務。(五)禁止相對人依 95 年 6 月 24 日之董事會修訂之「不動產處理之底價及原則」，處分其不動產。聲請人並提出下列文件，用以釋明定暫時狀態假處分之必要：中央電影事業股份有限公司章程、95 年 6 月 23 日股東常會議事錄、相對人公司第七屆股東大會會議紀錄、理運國際法律事務所函（受託通知擬收回抗告人特別股）、提存通知書、公司法著作節本、72 年度台上字第 1066 號判決要旨、民事法律問題研究意見、相對人公司 95 年第一次股東臨時會開會通知書、相對人公司函抗告人送會議紀錄、相對人公司函送各董事、監察人董事會會議紀錄、控國民黨找黑道討中影泳池電子報、相對人公司第 43 屆董事會第二次臨時董事會議事錄、81 年度台上字第 2696 號判決要旨、經濟部 94 年 4 月 11 日函、94 年度台上字第 1030 號判決要旨、經濟部 80 年 6 月 12 日函、65 年度法律問題研究意見、相對人公司董事會開會通知及第 42 屆董事會第六次董事會議程、21 年度上字第 1486 號判決要旨、76 年度台上字第 1866 號判決要旨、台灣台北地方法院 95 年度訴字第 8386 號撤銷股東會決議等事件 95 年 8 月 21 日言詞辯論期日通知書、69 年度台抗字第 72 號裁定要旨、相對人公司致抗告人公司函、民事起訴狀、相對人公司 95 年 8 月 22 日公告、相對人公司 95 年 9 月 27 日公告、相對人公司章程修正對照表等。然而高等法院卻僅以「其各該內容，並不足以釋明就爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要，換言之，抗告人為假處分之原因，仍未釋明。」寥寥數語帶過，完全未交代聲請人究竟為何未達釋明，對於聲請人之抗辯，亦充耳不聞。筆者並無意就法院於個案中應否下定暫時狀態假處分為評論，僅單純就釋明與否為分析，然法院如此「判決不附理由」之作法，不但難使當事人信服法院之公正度與專業度，更有令公司及投資大眾陷於急迫危險或難以回復損害之餘地。

誠如上述，實務常以聲請人未釋明定暫時狀態假處分之原因而駁回聲請，卻不在裁定書交代釋明的標準，使聲請人無法捉摸法院的意向，只好於聲請時，載明願供擔保以補充釋明之不足，導致本應追求使法院大致相信之釋明門檻不再重要，因為實務上遍尋不到完全釋明之案例可循，取而代之的是，攻防的重點轉變為使法院認定已為釋明，但仍有不足，便可以擔保取得定暫時狀態假處分之弔詭現象。若法院准許定暫時狀態假處分之裁定，又廣泛命聲請人提供擔保，使擔保無異成為聲請要件之一。實務此

等作法，既混淆未釋明與釋明不足界線在先，又以命擔保掩飾模糊的釋明標準在後，造成高舉利益衡量之旗幟，實際卻未充分審酌當事人之抗辯即驟下裁定；動輒命擔保之結果，使得在個案中，無資力之人恐被排除於定暫時狀態假處分適用範圍之外、法院淪為比財力之地方，而擔保制度的功能亦處於模糊不清的灰色地帶，究係補充釋明之不足或填補相對人之損害或兩者皆有之，從「複製貼上」之制式化裁定書中全然無從得知，進而衍生出無數種擔保金額的酌定方法，擔保金額的酌定，除了需審酌補充釋明與相對人之損害等功能外，系爭假處分事件由哪一法院的哪一法官審理之「運氣」，似乎更為重要，實則令人哭笑不得。

第三節 難以臆測的擔保金額

在目前實務對於釋明標準嚴格認定下，聲請人欲達到法院的釋明標準係何等的困難，不管聲請人提出多少資料，皆難以期待法院會認可其已達釋明標準，攻防的重點因而退而求其次，尋求以擔保補充釋明之機會，藉由擔保之提供換取准許定暫時狀態假處分之可能。因此，擔保金額如何酌定，其標準究係為何，對當事人間將有重大的影響，若擔保金額核定過高，對聲請人而言，恐有畫餅充飢之可能；若核定過低，對於相對人而言，是否足以填補其可能所生之損害，亦有疑問。在涉及經營權爭奪的定暫時狀態假處分事件中，擔保金額酌定的標準更顯得重要，蓋此類事件關公司經營權之得喪變更，若擔保金額核定標準過低，不免遭有心人士利用之可能，藉由少量的擔保金發動定暫時狀態假處分，動輒請求法院禁止董監事執行職務、禁止公司召開股東會、禁止股東行使股東權利等等，若法院裁定准許，則可收意外之獲；反之，亦可達擾亂公司營運之目的。而擔保金額若核定過高，在由少數股東依公司法第 200 條或第 214 條提起董事解任之訴或股東代表訴訟，同時聲請定暫時狀態假處分時，過高的擔保金額易使少數股東怯步，令公司處於急迫危險或難以回復之損害之窘境，且減損股東行動主義所表彰之鼓勵小股東主動參與公司營運，凝聚少數股東之力去制衡或監督董事會的精神。

是以，在涉及經營權爭奪的定暫時狀態假處分事件中，如何酌定一適

合的擔保金額，實為一項重要課題，也是一道難題。蓋此類事件具有強烈的外部性，影響之層面不僅僅係董事與公司間的委任關係，與公司經營權有關人士皆在此影響範圍之內，如公司派、市場派及投資大眾之利益。¹³⁴故法院在審理此類定暫時狀態假處分時，須有別於一般僱傭或委任之法律關係，其差別點便是外部性之有無，申言之，若屬欠缺外部性之定暫時狀態假處分事件，通常僅需考量聲請人及相對人兩造之利益，如受僱人或受任人之損害，於本案訴訟勝訴後可藉由復職、給付薪資或報酬、損害賠償等填補，則法院大多認此無定暫時狀態假處分之必要。¹³⁵但在具有外部性之事件中，需考量者不僅係聲請人與相對人之利益，全體股東權益，甚至企業社會責任等公益因素皆顧及。而法院須審酌的因素越多，反應在個案上的即是聲請人之釋明越需周全，使法院大致相信有定暫時狀態處分之必要，及若需提供擔保，擔保機能之補充釋明與填補相對人之損害程度如何，皆會影響最終擔保金額之酌定。

實務在於擔保金額酌定方面，按最高法院 63 年台抗字第 142 號判例見解認為，法院定擔保金額而為准許假處分之裁定者，該項擔保係備供債務人因假處分所受損害之賠償，其數額應依標的物受假處分後，債務人不能利用或處分該標的物所受之損害額，或因供擔保所受之損害額定之，非以標的物之價值為依據。惟此係指一般保全程序之假處分擔保金而言，在涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分，因有外部性之緣故，擔保金之酌定需考量更多因素，如此勢必影響擔保金額酌定之標準，因而造成目前實務擔保金額酌定標準混亂且不一。須說明的是，擔保金額之酌定固屬法院職權範圍內，由法院自由心證認定，當事人原則上無法就擔保金額之多寡為抗告，¹³⁶儘管如此，如前所述，在學理上法院如何一種公平適當之酌定標準具有其實質意義。

依照民事訴訟法第 538 條之 4 準用第 526 條第 2 項及第 3 項規定得知，

¹³⁴ 王文字，定暫時狀態假處分與公司經營權之爭奪，公司與企業法制，元照出版，2000 年 5 月初版，頁 89~90。

¹³⁵ 葉賽鶯，從最高法院若干裁判探討「定暫時狀態之假處分」，全國律師，1998 年 8 月，頁 36~37。

¹³⁶ 最高法院 48 年台抗 18 號判例：「法院就債務人因假扣押或假處分所受損害，命債權人預供擔保者，其金額之多寡應如何認為相當，原屬於法院職權裁量之範圍，非當事人所可任意指摘。」

擔保具有補充釋明及擔保相對人損害之功能。在補充釋明之功能上，承如前述所言，因法院捉摸不定的釋明標準，導致在個案中，法院准許聲請人定暫時狀態假處分之聲請下，但卻不就聲請人是否已完全釋明定暫時狀態假處分之請求及原因下一肯定之結論，而係以縱聲請人有釋明不足之處，亦得因聲請人願供擔保而補足之。由此衍生之結果，此擔保金額之多寡有部分比例即在於補充釋明，其餘部分則屬擔保相對人之損害填補。然而，法院在計算擔保金額之時，補充釋明不足之此一比例在自由心證的運作下，卻未說明關於釋明不足所應提供之擔保金，反而全然以相對人可能所受之損害計算擔保金額，形成既謂聲請人可提供擔保補充釋明，卻又不將此納入計算的矛盾現象。誠然，在聲請人提出的諸多釋明文件中，並無法精確的衡量此一文件佔釋明程度多少、另一文件佔釋明程度多少，只能委諸於法院自由心證裁量，但也因此導致法院在酌定擔保金額時，實難說明究竟在此個案中，應提供多少擔保金始能補充釋明之不足，故行便宜之道——以相對人之損害計算。回到問題的原點，既然酌定補充釋明之擔保金比例有實質上的困難，是否可以思考捨棄擔保補充釋明此一機能，亦即將擔保金額功能單一化，全然以相對人之損害為計算標準，不失為一解決之道。

關於擔保金在填補相對人之損害時，其計算方式實務上見解不一，造成聲請人須提供多少擔保金額取決於運氣，對於相對人可能所受之損害是否得以填補亦恐有疑問，大體而言，實務對於擔保金額的酌定有以下九種標準：

1. 以受假處分的債務人於所剩餘之董監事任期內，可能獲得車馬費及酬勞金額總數來酌定擔保金。¹³⁷此為較多實務採納，其酌定之數目，少則數十萬元，多則數百萬元。
2. 以受假處分的債務人於所剩餘之董監事任期內，可能獲得車馬費及酬勞金額總數並加計法院審理案件可能所需之時間而定擔保金數

¹³⁷ 高雄高分院 100 年抗字第 292 號裁定、高等法院 100 年抗字第 1483 號裁定、高等法院 100 年抗字第 752 號裁定、高等法院 95 年度抗字第 498 號裁定。

額。¹³⁸

3. 以公司淨利及董監事報酬總合計算：¹³⁹被禁止執行職務之董監事，其執行公司業務時公司獲利狀況，為公司因該假處分所可能遭受損害之參酌因素。蓋董事執行職務會使公司受有利益，若董事遭禁止執行職務公司即損失利益，則董事亦不能因此獲得報酬，此應列為董事之損害。¹⁴⁰
4. 董監事持股之市價加上其薪資收入之總合：¹⁴¹蓋公司經營權如果易手，則公司股票之市價將隨之波動，可能造成董監事持股價格之損害，故必須將董監事持股之市價納入可能發生損害之範圍。
5. 以董監事持股之市價與其薪資收入之總合並加計法院審理案件可能所需之時間而定。¹⁴²
6. 以董事遭停止執行職務期間因此不能取得公司給付之報酬，加上因另行選任董事所需支付與新董事之報酬，再審酌該董事之任期及法院審理案件可能所需之時間而定。¹⁴³
7. 以公司資本總額、實收資本額、營業收入、董事之職位身分、董事因定暫時狀態假處分所受到工作權及職場信譽損害酌定擔保金額。

144

¹³⁸ 台中高分院 99 年度抗字第 146 號裁定、高等法院 98 年抗更(一)字第 1 號裁定、高等法院 97 年抗字第 485 號裁定。

¹³⁹ 高等法院 93 年抗字第 1774 號裁定、高等法院 92 年抗字第 3587 號裁定。

¹⁴⁰ 葉大殷，於「禁止董、監事行使假處分相關問題之研討」的發言紀錄，月旦法學第 44 期，1998 年 1 月，頁 81。

¹⁴¹ 高等法院 95 年度抗字第 743 號裁定、台北地院 92 年裁全字第 3972 號裁定。

¹⁴² 高等法院 95 年度抗字第 617 號裁定。

¹⁴³ 鄭傑夫，於「禁止董、監事行使假處分相關問題之研討」的發言紀錄，月旦法學第 44 期，1998 年 1 月，頁 80~81。

¹⁴⁴ 高等法院 95 年抗字第 1639 號裁定、高等法院 96 年抗字第 1573 號裁定，須說明者，本件之受處分人為經理人而非董事，筆者認為同樣是禁止執行職務之定狀態假處分事件，且經理人

8. 以公司目前可得供經營者支配之整體資產為計算本件擔保金之基準，並加計法院審理案件可能所需之時間而定。¹⁴⁵

9. 以董事之投資額作為損害。¹⁴⁶

整理上述實務所採的標準，可以發現實務審酌之要素包括董事報酬、公司淨利、董事持股、公司資產、法院審理本案訴訟可能所需之期間等，在各個要素互相排列組合的結果，衍生出如此令人眼花撩亂之審酌標準，使聲請人於聲請時根本無法臆測法院究竟會採取何種標準，更重要的是，此些標準是否足以反應相對人可能所生之損害。申言之，擔保金之功能既在擔保若錯誤之假處分裁定所致生相對人之損害，在禁止董監事執行職務之定暫時狀態假處分事件中，遭禁止執行職務之董監事損害應是包含所受損害及所失利益，即係因錯誤假處分所喪失之報酬、所生之名譽損害、及所被剝奪之經營權等，始足以完全評價相對人之損害，上開實務標準大多忽略掉公司經營權此一最核心之部分，使得有評價不足之缺憾。

在董事所喪失之報酬部分，因此報酬係董事執行職務所得之對價，故一旦遭禁止執行職務即不能獲得此報酬，依民法第 216 條損害賠償應填補債權人之所受損害與所失利益法理，此報酬應屬董事損害範圍之內。而此報酬之內涵包括董事為公司服勞務應得之酬金與車馬費。前者方面，實務上有些公司於年終時，年度決算如有盈餘，填補虧損及提撥公積、保留部分盈餘外，常以剩餘盈餘之一定比例分派予董監事充當酬勞，即具有紅利性質之酬勞，亦應屬董監事執行職務之對價。而後者之車馬費部分，則須視不同性質分別處理，若屬董事前往公司或為公司與他人洽商業務所應支領之交通費用而言，既屬交通費用之性質，則被禁止執行職務之董事既未執行職務，自無領取之理；但若該車馬費係按月致送，則與固定之津貼無異，屬薪津之性質，應解為董監事報酬之一部。¹⁴⁷

及董事與公司間之法律關係皆為委任關係，得以比附援引之。

¹⁴⁵ 台南高分院 99 年度重抗字第 46 號裁定、高等法院 97 年抗字第 1015 號裁定。

¹⁴⁶ 高等法院 91 年抗字第 1791 號裁定。

¹⁴⁷ 劉連煜，股東會決議解任董監事及董監事因無正當理由遭解任所得請求賠償之範圍——以最高

在實務上最常被使用的酌定標準，即是以受假處分董事於所剩餘之任期內，可能獲得車馬費及酬勞金額總數來酌定擔保金，其最基本之計算方式係按該董事一個月可以領得多少之金額為計算基數，乘上可能受停權月數而得出擔保金額，例如高雄高分院 100 年抗字第 292 號裁定即採此一算法，其稱：「董監事之業務執勤費用即董監事年酬勞 28 萬元，其計算方式係月薪 2 萬元，一年合計為 24 萬元；又每開一次董監事會，其每次車馬費為 1 萬元，原則上一年開 4 次，故每年董監事酬金為 28 萬元。不過依照抗證 10 之中央通訊社 101 年 1 月 31 日報導『41 家肥貓，虧損董監酬勞反增』第 4 段報導，其前 14 家（含高興昌公司）董監事每年領取報酬都超過百萬元。抗告人同意以最高標準 100 萬元來計算每位董監事每人每年之酬金等語，又按股份有限公司董事、監察人任期均不得逾 3 年，此觀公司法第 195 條第 1 項、第 217 條第 1 項規定甚明。則相對人因本件定暫時狀態之處分，所得受暫時停止董、監事職務之損害共為 2700 萬元（即 $1,000,000 \text{ 元} / \text{年} \times 3 \text{ 年} \times 9 \text{ 人} = 27,000,000 \text{ 元}$ ）」而若欲將本案訴訟審理所需之期間視為相對人損害之一，則其計算方式依司法院所公佈之「各級法院辦案期限實施要點」第 2 條規定計算合理之訴訟審理期間。高等法院 99 年抗字第 254 號裁定即採此見解，認為：「抗告人自承大來公司董事及監察人每月均可向公司領取新台幣 6 萬 5000 元至 7 萬元之薪資或車馬費。茲以 6 萬 5000 元為基準計算相對人 4 人每月原可領取之金額計為 26 萬元（計算式： $65000 \times 4 = 260000$ ）。而抗告人所提本案訴訟，參照司法院所公佈之『各級法院辦案期限實施要點』第 2 條規定，第一審 1 年 4 月，第二審為 2 年，第三審為 1 年，是其審理期間合計約需 4 年 4 月。是相對人 4 人因本件假處分所受損害為 1352 萬元（計算式： $260000 \times (12 \times 4 + 4) = 13520000$ ）。爰以此作為抗告人聲請本件處分所應提供之擔保金額。」

此外，實務上亦有無給職之董事，並無從公司按月領取薪資，僅透過領取車馬費等名目獲取對價者，在酌定此等擔保金時，即有如何評價之困難。對於此問題，實務竟有以勞動基準法之最低基本工資充作董事之月俸，例如花蓮地院 93 年裁全字第 310 號裁定謂：「債權人聲明該公司現並

法院 81 年度台上字第 3013 號等三則判決之評釋為中心，公司法理論與判決研究(二)，自版，1998 年 4 月，頁 28。

無營運，其等亦無薪資可領，對債務人等應無任何損害等語。本院審酌債權人之主張，並依基本工資及職權任期自九十二年八月二十日起至九十五年八月十九日止屆滿等情，認其以每人提供擔保金新台幣陸拾萬元，共計新台幣貳百肆拾萬元為適當。」完全無視於董事位於公司管理者之地位，為謀求股東利益最大化之角色，更忽略其背後握有經營權之事實，以最低薪資作為計算基數充當該董事可能所生之損害，如此計算方式，何能使董事盡善良管理人責任與忠實義務，實然過分低估擔保金之數額。

最後，實務常將本案訴訟審理可能所需之期間列為擔保金酌定要素之一，是否妥適，有值得探討之價值。深入分析發現，法院以參照司法院所公佈之「各級法院辦案期限實施要點」第 2 條規定，第一審 1 年 4 月，第二審為 2 年，第三審為 1 年，是其審理期間合計約需 4 年 4 月計算審理所需之期間，於此可細分為四個問題：

1. 以該 4 年 4 個月計算，實則超過公司法第 195 條第 1 項、第 217 條第 1 項股份有限公司董事、監察人任期均不得逾 3 年規定，即超過之 1 年 4 個月部分，該董事既任期屆至，何來損害可言？
2. 若將此訴訟成本理解為訴訟費用以外因該訴訟所生之損害，即法院認為董事於本案訴訟審理過程中所花費之金錢、時間、精神、勞力亦應列為董事之損害，然觀我國損害賠償之民事法理，尚未發展至將當事人訴訟中可能支出之金錢、精神等耗費列為損害填補之範圍，何以於禁止董事執行職務之定暫時狀態假處分中得以納入，其理未明。
3. 若認訴訟成本係指訴訟費用，亦有未合，因訴訟費用本應由敗訴之一造負擔，且聲請人於本案訴訟起訴時既已預先繳納訴訟費用，再將訴訟費用列為定暫時狀態假處分之擔保金審酌要素，對聲請人而言無異是雙重負擔，有過度評價之可能。
4. 實務一概以上該司法院公佈之各級法院辦案期限實施要點第 2 條以

4 年 4 個月計算，並未針對事件種類審理所需之時間作細分，蓋商事、傳統民事、家事等事件複雜度有別，審理所需之時間不盡相同，一律以 4 年 4 個月為計算基準，有再三審酌之必要。是以，應不得將本案訴訟審理所需之期間列為法院審理擔保金之要素。



第五章 美國禁制令制度

在介紹完我國定暫時狀態假處分制度後，本文擬參考美國法禁制令之制度及其審查標準，試從比較法角度與我國現有之制度作分析，討論審查因素之異同，重新思考定暫時狀態假處分在我國應如何操作，試圖建構定暫時狀態假處分於公司經營權爭奪中定位的雛型。

第一節 概說

在美國法制設計上，普通法提供當事人權利救濟方式為損害賠償(Damages)；而衡平法提供之管道則有二，其一為禁制令(Injunction)，其二為強制履行(Specific Performance)，¹⁴⁸若行為人之錯誤行為已威脅到受保護之利益，法院將禁止行為人之作為或不作為，以修補或避免損害之發生。¹⁴⁹而所謂的禁制令，係指由法院所核發，要求相對人為特定作為或禁止為特定行為之命令。¹⁵⁰目的在於排除已經發生之侵害或是預防將至之損害，亦即為一種民事保全制度，此制度係源自於衡平法，它主要用於防止將來某種損害行為的發生，而不是對已發生的損害給予補償，或者是對不能以金錢來衡量或給予金錢損害賠償並非恰當的解決方式的損害行為提供救濟。對原告而言，禁制令是一種極為有效的救濟措施，因其是在普通法救濟所無法觸及的領域、無法充分發揮效用的領域存在的一種救濟方式。其差別點在於普通法並無法於審判結束之前予以救濟，但衡平法可以；普通法不能要求潛在的危險進行排除，但衡平法可以；普通法只能以現在為救濟時點，但衡平法的禁制令卻可以針對將來甚至持續到永久。而法院是否為禁制令，判斷的依據並非如實體法般聲請人有一實體法上的請求權利，而係就個案的具體情況，由法院審酌是否符合核發禁制令的判斷標準而准駁。¹⁵¹

¹⁴⁸ 強制履行為衡平法對違反契約的一種救濟方式，適用於依普通法損害賠償請求下仍無法對受損害人為充分補償之契約，原告遂請求法院對被告發出強制履行命令，以便契約進行的程序。

¹⁴⁹ 潘維大，英美法導讀講義，瑞興圖書出版，2003年9月3版，頁39~40。

¹⁵⁰ Bryan A Garner (2010), Black's Law Dictionary, 9th edition, West Group.

¹⁵¹ 沈冠伶，公害制止請求之假處分程序——從程序機能論與紛爭類型審理論之觀點，台灣大學法律研究所碩士論文，1994年6月，頁130。關於此制度之形成，可參照 John Leubsdorf, The Standard for Preliminary Injunction, Harvard Law Review, Volme91, 527.

關於禁制令之法源依據，規定於美國聯邦民事訴訟程序規則(Federal Rule of Civil Procedure, 下稱 FRCP)第 65 條，¹⁵²共有 a、b、c、d、e、f 六

¹⁵² Rule 65. Injunctions and Restraining Orders

(a) Preliminary Injunction.

- (1) Notice. The court may issue a preliminary injunction only on notice to the adverse party.
- (2) Consolidating the Hearing with the Trial on the Merits. Before or after beginning a hearing on a motion for a preliminary injunction, the court may advance the trial on the merits and consolidate it with the hearing. Even when consolidation is not ordered, evidence that is received on the motion and that would be admissible at trial becomes part of the trial record and need not be repeated at trial. But the court must preserve any party's right to a jury trial.

(b) Temporary Restraining Order.

- (1) Issuing Without Notice. The court may issue a temporary restraining order without written or oral notice to the adverse party or its attorney only if:
 - (A) specific facts in an affidavit or a verified complaint clearly show that immediate and irreparable injury, loss, or damage will result to the movant before the adverse party can be heard in opposition; and
 - (B) the movant's attorney certifies in writing any efforts made to give notice and the reasons why it should not be required.
- (2) Contents; Expiration. Every temporary restraining order issued without notice must state the date and hour it was issued; describe the injury and state why it is irreparable; state why the order was issued without notice; and be promptly filed in the clerk's office and entered in the record. The order expires at the time after entry--not to exceed 14 days--that the court sets, unless before that time the court, for good cause, extends it for a like period or the adverse party consents to a longer extension. The reasons for an extension must be entered in the record.
- (3) Expediting the Preliminary-Injunction Hearing. If the order is issued without notice, the motion for a preliminary injunction must be set for hearing at the earliest possible time, taking precedence over all other matters except hearings on older matters of the same character. At the hearing, the party who obtained the order must proceed with the motion; if the party does not, the court must dissolve the order.
- (4) Motion to Dissolve. On 2 days' notice to the party who obtained the order without notice--or on shorter notice set by the court--the adverse party may appear and move to dissolve or modify the order. The court must then hear and decide the motion as promptly as justice requires.

(c) Security.

The court may issue a preliminary injunction or a temporary restraining order only if the movant gives security in an amount that the court considers proper to pay the costs and damages sustained by any party found to have been wrongfully enjoined or restrained. The United States, its officers, and its agencies are not required to give security.

(d) Contents and Scope of Every Injunction and Restraining Order.

- (1) Contents. Every order granting an injunction and every restraining order must:
 - (A) state the reasons why it issued;
 - (B) state its terms specifically; and
 - (C) describe in reasonable detail--and not by referring to the complaint or other document--the act or acts restrained or required.
- (2) Persons Bound. The order binds only the following who receive actual notice of it by personal service or otherwise:
 - (A) the parties;
 - (B) the parties' officers, agents, servants, employees, and attorneys; and
 - (C) other persons who are in active concert or participation with anyone described in Rule 65(d)(2)(A) or (B).

(e) Other Laws Not Modified. These rules do not modify the following:

- (1) any federal statute relating to temporary restraining orders or preliminary injunctions in actions affecting employer and employee;

項，a 項為關於初步禁制令之規定；b 項為關於暫時禁制令之規定；c 項為關於擔保金之規定；d 項為關於格式及範圍之規定；e 項為特定情形下排除本條適用之規定；f 項為著作權沒入程序之規定。另外於美國專利法第 283 條亦有就禁制令為特別立法，其謂：「擁有本章案件管轄權之法院，為避免專利權所賦予之任何權利遭受侵害，得在適當條件下，依據衡平法則核發禁制令。」¹⁵³觀諸上開條文，可以發現並未對禁制令之要件詳加規定，此係因英美法體系屬於判例法(Case Law)，藉由個案之間的累積形成判決先例，最後始得以形成禁制令之判斷標準。

在適用範圍方面，禁制令制度的使用十分廣泛，財產事件與非財產事件皆有其適用，其中初步禁制令是最激烈的救濟方式，在沒有經過完整的本案審理之前，初步禁制令得阻擋法案之執行、禁止公司合併、禁止罷工、要求學校廢除種族隔離政策等等，此禁制令之期間從數個月甚至達數年之久。¹⁵⁴禁制令效力之所以如此強大，主要是若被告違反禁制令，則會以藐視法庭論斷，藉此督促被告遵守禁制令之內容，例如華盛頓州法律規定，違反禁制令得處最高兩萬五千美元之民事罰款¹⁵⁵。英國藐視法庭法令第 14 條第 1、2 項亦規定，故意違反禁制令者得處以罰金、監禁等處罰。¹⁵⁶

(2) 28 U.S.C. § 2361, which relates to preliminary injunctions in actions of interpleader or in the nature of interpleader; or

(3) 28 U.S.C. § 2284, which relates to actions that must be heard and decided by a three-judge district court.

(f) Copyright Impoundment. This rule applies to copyright-impoundment proceedings.

¹⁵³ Rule 283. Injunction

The several courts having jurisdiction of cases under this title may grant injunctions in accordance with the principles of equity to prevent the violation of any right secured by patent, on such terms as the court deems reasonable.

¹⁵⁴ John Leubsdorf (1978), *The Standard for Preliminary Injunction*, Harvard Law Review, Vol.91, 525.

¹⁵⁵ RCW 18.235.160 Violation of injunction — Contempt of court — Civil penalty

A person or business that violates an injunction issued under this chapter may be found in contempt of court under RCW 7.21.010. Upon a finding by a court of competent jurisdiction that the person or business is in contempt, the court may order any remedial sanction as authorized by RCW 7.21.030. Further, the court may, in addition to the remedial sanctions available under RCW 7.21.030, order the person or business to pay a civil penalty to the state in an amount not to exceed twenty-five thousand dollars, which shall be deposited in the related program account. For the purposes of this section, the superior court issuing any injunction retains jurisdiction and the cause shall be continued, and in such cases the attorney general acting in the name of the state may petition for the recovery of civil penalties.

¹⁵⁶ (1) In any case where a court has power to commit a person to prison for contempt of court; (2) In any case where an inferior court has power to fine a person for contempt of court. See Charles B. Blackmar (1947), *Power of a Court to Modify a Final Permanent Injunction*, Michigan Law Review, Vol.46, No.2, at 241-242.

第二節 禁制令之種類

美國聯邦法院所核發之禁制令主要可分為三大類，其一為暫時禁制令(Temporary Restraining Order)，其二為初步禁制令(Preliminary Injunction)，¹⁵⁷其三為永久禁制令(Permanent Injunction)。其中前二者可以統稱中間禁制令(Interlocutory Injunction)，用以與永久禁制令作區別，三者之共同點在於要求被告為一定之行為或禁止被告為特定行為，而其差異點主要在於核發時點及聽證程序(Hearing)上。申言之，永久禁制令係在原告本案判決勝訴後，避免其遭受不可彌補之損害所給予的救濟管道，且必須經完整的聽證程序後始得核發，永久禁制令旨在永久性地防止損害行為的發生，所以並無存續期間之限制。但對於可以要求損害賠償作為救濟的可起訴過錯行為，法院通常不發佈永久禁制令，除非損害是不可彌補且持續存在，又不能以損害賠償獲得充分救濟時方為例外。而中間禁制令則是在本案判決前，為避免發生無法彌補之損害等目的先予以暫定當事人間之法律關係，即維持當事人間之現狀。

依照 FRCP 第 65 條 a 項規定，法院只有在給予當事人參與聽證程序機會後始得核發初步禁制令，若法院應行聽證程序而未行聽證，則當然構成當事人請求上級法院廢棄原初步禁制令之理由。¹⁵⁸而在此聽證會開始之前或之後，法院得對本案進行一定程度的審理，且審理所得到之證據資料，得於本案訴訟中使用，無須重複提出。而暫時禁制令係指法院在為初步禁制令時，可先為一暫時制止命令，其最大特色在於法院得不通知相對人或賦予其聽審的機會，而係僅基於一造審理(Ex Parte)。¹⁵⁹因為暫時禁制令之設計便是用來因應高度急迫性之事件，即聲請人正處於極有可能發生不可回復之損害的情形當中，若須通知相對人或踐行聽證程序，恐緩不濟急，

¹⁵⁷ Preliminary Injunction 有學者譯為「初期禁制令」，參劉尚志、張宇樞、王敏銓、林明儀，*美台專利訴訟——實戰暨裁判解析*，元照出版，2005年4月，頁391。亦有翻為「暫時禁制令」，另將 Temporary Restraining Order 譯為「臨時限制令」，參邵瓊慧，*我國智慧財產案件定暫時狀態處分制度之研究——兼論美國案例最新發展*，「智慧財產訴訟制度相關論文彙編」第一輯，司法院出版，2010年11月第1版，頁372。

¹⁵⁸ Digital Equip. Corp. v. Emulex Corp., 805 F.2d 380, 382-383 (Fed. Cir 1986).

¹⁵⁹ 沈冠伶，*公害制止請求之假處分程序——從程序機能論與紛爭類型審理理論之觀點*，台灣大學法律研究所碩士論文，1994年6月，頁133~134。

故犧牲相對人的程序保障換取損害之不發生。也因對於相對人之程序保障有所欠缺，為避免遭到濫用，在核發時應符合一定之限制。FRCP 第 65 條 b 項規定，法院得不經書面或口頭通知相對人及其律師下核發暫時禁制令，只有在：(1)有具體的事實顯示，在給予相對人或其律師聽審機會前，聲請人將發生不可回復之傷害、損失或危險，使其無法通知相對人。(2)聲請人之律師須以書面向法院證明已嘗試通知相對人或有正當理由證明無須通知相對人。另外，核發暫時禁制令之書面上，必須記載日期、時間及未能通知對造表示意見之理由，此一暫時禁制令之效力通常僅有 14 日，若有正當理由或經當事人合意則可延長之。

禁制令制度係英美法體系下源於衡平概念之產物，在採大陸法系的我國法並無完全相同的制度，但比較之下，中間禁制令之目的係在本案判決前保全原告之權利，亦即維持現狀(Preserve Status Quo)，此與我國保全制度下的假處分雷同，其中初步禁制令因須進行略式聽證程序，給予當事人陳述意見之機會，較類似於民事訴訟法第 538 條之定暫時狀態假處分；暫時禁制令則係因應高度急迫性之事件，且得不行聽證程序，故與我國民訴法第 538 條之 1 的緊急處置相似；而永久禁制令既須原告於本案判決勝訴後，並經完整的聽證程序始得核發，實與我國保全制度設計上係在本案判決確定前實行有所不同，反而較像命不作為處分之確定判決。因本論文主要在討論定暫時狀態假處分，並涉及定暫時狀態假處分制度下之緊急處置，永久禁制令非本文重點，故以下僅就中間禁制令加以討論，另為求清楚明確，關於中間禁制令與定暫時狀態假處分之異同，本文以表格比較之。

※定暫時狀態假處分與初步禁制令比較表¹⁶⁰

	定暫時狀態假處分	初步禁制令
法源	民訴法第 538 條	FRCP 第 65 條 a 項
目的	避免不可回復損害發生	避免不可回復損害發生
核發時點	本案判決確定前	本案判決確定前

¹⁶⁰ 表格為作者自行整理。

判斷標準	利益衡量原則	四要素檢驗法
程序保障	陳述意見，必要時得行言詞辯論	聽證程序
提供擔保	通常需提供擔保，但不以提供擔保為必要	原則須提供擔保，但當事人為美國、政府機關或其代理人時不在此限
違反效果	依強制執行法第 129 條得處三萬元以上三十萬元以下之怠金。其仍不履行時，得再處怠金或管收之。	藐視法庭罪
救濟	<ol style="list-style-type: none"> 1. 當事人對定暫時狀態假處分之裁定得為抗告。 2. 相對人得依民訴法第 529 條、第 530 條聲請撤銷定暫時狀態假處分。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 當事人對法院所核發之初步禁制令得作為中間上訴之理由。 2. 若法院禁止核發初步禁制令，聲請人不得上訴。

※緊急處置與暫時禁制令比較表¹⁶¹

	緊急處置	暫時禁制令
法源依據	民訴法第 538 條之 1	FRCP 第 65 條 b 項
目的	因應高度急迫性之事件	因應高度急迫性之事件
核發時點	定暫時狀態假處分核發前	初步禁制令核發前
判斷標準	利益衡量原則	四要素檢驗法
程序保障	得不予當事人陳述意見	不經聽證程序

¹⁶¹ 表格為作者自行整理。

提供擔保	通常需提供擔保，但不以提供擔保為必要	原則須提供擔保，但當事人為美國、政府機關或其代理人時不在此限
有效期間	不得逾 7 日。期滿前得聲請延長之，但延長期間不得逾 3 日。	原則不得逾 14 日，若有正當理由或經當事人合意則可延長之。
救濟	不得聲明不服	不得聲明不服

第三節 中間禁制令准否之判斷標準

承前所述，中間禁制令係為初步禁制令與暫時禁制令之統稱，初步禁制令與暫時禁制令目的皆在本案判決前，為避免發生無可彌補之損害而先維持一定之法律關係，兩者差別主要在於是否須經聽證程序與效力期間長短而已。一般來說美國法院在審酌是否核發中間禁制令可分為三個層次。第一個層次是審判權(Jurisdiction)的有無，此階段法院不須思考是否該核發中間禁制令，而係審酌自身對於系爭事件是否存在對人與對物管轄權，亦即法院是否有權利對該個案之人與標的物為有效的禁制令，使其拘束被告及標的物。若肯定法院對系爭事件具有對人及對物管轄權後，方進入第二階段——使用中間禁制令是否為正當救濟程序。此階段考量的重點在於當事人是否有其他循正當救濟之管道，只有在普通法的損害賠償得不到充分救濟的當事人，才能獲得衡平法的禁制令救濟，換言之，當事人遭受的損害如果能夠獲得損害賠償金的充分補償，法院將不會核發禁制令，否則將破壞衡平法與普通法之界線，形成彼此間的衝突。¹⁶²在確認聲請人聲請禁制令係保護其權利之正當救濟方式後，則進入第三階段，此時法院始真正就個案中對於核發禁制令與否做審查，針對當事人所提出之事實與證據，比較聲請人因核發禁制令可獲得之利益、不能獲得禁制令可能所生之不可彌補之損害、相對人受禁制令可能所生之損害、勝訴可能性、公益因素等等，最後再決定是否核發禁制令。此外，當法院決定核發中間禁制令時，

¹⁶² John F.Dobbryn (1974), Injunction in a nutshell, West Group, 34-36.

依 FRCP 第 65 條 c 項規定，法院應命令聲請人提供適當之擔保，以彌補當事人可能因錯誤之禁制令而遭禁制或限制行使權利所生之損害，惟此一規定對於當事人為美國、政府機關或其代理人時不在此限。然關於擔保應如何酌定，FRCP 並未規定，此部分係委由法院裁量相對人因錯誤禁制令可能所生之損害而定，法院酌定擔保金額時，除須考量相對人可能遭受之損害外，另須考量聲請人是否為善意正當、兩造間之資力等等。¹⁶³

在上開第二階段與第三階段中，法院均具有裁量權，決定是否駁回聲請人之禁制令聲請，惟考量的面向不同，在第二階段法院審酌的是使用禁制令是否為解決紛爭的最正當方式；第三階段則係需衡量兩造之間的權益與公共利益。¹⁶⁴如前所述，FRCP 第 65 條並未就中間禁制令之核發要件作規定，而將此一審查標準委諸於實務操作，進而形成判決先例。如此之作法實然可以理解，蓋一方面英美法體系本係行判例法之立法例，另一方面又因禁制令使用範圍廣泛，不管是財產或非財產事件，亦或禁制之標的為人或物皆有其適用，故在審酌是否核發禁制令時，便面臨諸多考量因素，因此由法院就個案利益權衡較為妥當。目前美國聯邦最高法院對於核發中間禁制令之判斷要件及法理基礎並未明確的表示意見，¹⁶⁵故形成各個巡迴上訴法院所採之標準略有不同，現今多數巡迴上訴法院對於中間禁制令之審酌標準，多採「四要素檢驗法」(Four Factors Standard)，例如第一、第三、第四、第五、第八、第十、第十一巡迴上訴法院、華盛頓特區巡迴上訴法院及聯邦巡迴上訴法院皆採此標準，另有少部分巡迴上訴法院如第二、第七、第九採用「二要素檢驗法」(Two Factors Test)或稱「滑動檢測法」(Sliding Scale Method)。¹⁶⁶惟無論是何種方法，其須審酌之要素大致相同，不同點僅在於審查之先後順序及細節些許不同，大體上考量之因素為以下四種：

¹⁶³ John F.Dobbyn (1974), *Injunction in a nutshell*, West Group, 174-176.

¹⁶⁴ John F.Dobbyn (1974), *Injunction in a nutshell*, West Group, 3-4.

¹⁶⁵ Morton Denlow(2003), *The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, 22 Rev.litig.510.

¹⁶⁶ Morton Denlow(2003), *The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, 22 Rev.litig.515.

一、 原告未被授予禁制令所造成不可回復之損害 (Irreparable harm if no injunction issue)

此即所謂不能彌補之損害，法院須判斷原告若未被授予禁制令是否將生損害，若生損害則此一損害是否具有不可回復性、損害之發生是否具有急迫性，而無法待於本案訴訟中解決。此著眼點並非在於損害發生之可能性，而係在於是否得以金錢填補之可能性，以致於在本案訴訟終局判決時聲請人之損害已無法依法律程序獲得實質上之救濟。¹⁶⁷另外，亦須考慮(1)被侵害之利益性質為何，究係生命、身體、自由或財產遭受侵害，評價各有不同。(2)該損害得否以金錢賠償，其損害賠償計算難易度又如何。(3)作為評價損害賠償之證據，其利用可能性與證據價值為何。(4)當事人若訴諸自力救濟，會造成何等效果。(5)評價損害賠償之費用，以及在定期或繼續性之侵權行為中，重複利用訴訟之費用為何。¹⁶⁸

二、 原告與被告間的利益衡量 (Balance of hardships on the parties)

法院須衡量當事人兩造間之利益，即須比較若不授予原告禁制令，則原告本案訴訟勝訴後，其因未獲禁制令所生之損害與若授予原告禁制令，則原告本案訴訟卻敗訴，受禁制之被告因此所生之損害為何。兩相比較之結果，若原告所受損害大於被告所受損害，始可認定具有保全利益。之所以須考量此因素之原因，乃因中間禁制令通常在短時間內核發，在如此短的時間內相對人準備防禦方法以反駁聲請人之聲請具有一定之困難；又法院在核發中間禁制令時，通常僅能快速判斷事實與分析法律，惟禁制令之核發往往牽涉複雜

¹⁶⁷ Michael R. Lozeau(1990), Preliminary Injunction and the Federal Water Pollution Control Act: the Clean Water Permit Program as a Limitation on the court's equitable discretion, 42 Rutgers L. Rev. 701, 06-07.

¹⁶⁸ 野村秀敏，保全訴訟と本案訴訟——被保全權利の審理を中心として，千倉書房，1981年，頁156。轉引自沈冠伶，公害制止請求之假處分程序——從程序機能論與紛爭類型審理論之觀點，台灣大學法律研究所碩士論文，1994年6月，頁131。

的利益衡量，對當事人影響重大，因此更須謹慎的評估兩造間利益的衡平。¹⁶⁹

三、 本案訴訟勝訴可能性 (Likelihood of success on the merits)

此係指聲請人須舉證使法院相信其於本案訴訟中具有勝訴之可能性，因為僅有當原告得於本案訴訟中勝訴，始有資格預先享受此勝訴之利益。此勝訴可能性在涉及專利訴訟中尤為重要，曾有實務認為，若聲請人得明確證明該專利的有效性與被侵害之事實，即代表聲請人在將來的本案訴訟中獲得勝訴之可能性越高，則地方法院在核准初步禁制令時，即可推定應有難以彌補之損害發生。¹⁷⁰其主要推定之理由在於專利權的存續期間係有限的，一旦專利權核准後，存續期間即開始起算，無回復之可能，若法院拒絕核發禁制令，無異縮短原告有期限的專利獨佔權之行使，其將遭受無可彌補之損害。¹⁷¹惟此一見解在 *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.* 一案遭到聯邦最高法院推翻，其認為是否應核發禁制令，須依四要素檢驗法一一檢測是否符合禁制令核發之標準，並非一旦認定有侵權行為事實，即可自動推定將對原告造成無法彌補的損害。¹⁷²雖然 *eBay* 案中討論的客體為永久禁制令，其闡釋之標準得否於中間禁制令中適用似有疑問，但依 *eBay* 案中曾引用 *Amoco Production Co. v. Gambell* 該案之見解，其表示是否核發初步禁制令的標準基本上與永久禁制令相同，差別僅在於原告釋明的是本案勝訴可能性而非實際勝訴，¹⁷³是以，應認為無論是永久禁制令或中間禁制令，仍應遵守四要素檢驗法之操作，審酌其要件後始得決定是否核發禁制令。

¹⁶⁹ John F.Dobbyn (1974), *Injunction in a nutshell*, West Group, 158-160.

¹⁷⁰ *Hybritech Inc. v. Abbott Labs.*, 849 F. 2d 1446, 1451 (Fed. Cir 1988). *Amazon.com Inc. v. Barnesandnoble.com Inc.*, 239 F 3.d 1343, 1350 (Fed. Cir. 2001).

¹⁷¹ 鄭中人，專利權之行使與定暫時狀態之處分，台灣本土法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月，頁 131、134。

¹⁷² *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 126 S. Ct. 1837 (U.S. 2006).

¹⁷³ 原文為“The standard for a preliminary injunction is essentially the same as for a permanent injunction with the exception that the plaintiff must show a likelihood of success on the merits rather than actual success.”

然而在我國實務審查定暫時狀態假處分聲請時，除了在智慧財產案件審理細則第 37 條訂有關於勝訴可能性之規定，其謂：「法院審理定暫時狀態處分之聲請時，就保全之必要性，應審酌聲請人將來勝訴可能性、聲請之准駁對於聲請人或相對人是否將造成無法彌補之損害，並應權衡雙方損害之程度，及對公眾利益之影響。(第三項) 前項所稱將來勝訴可能性，如當事人主張或抗辯智慧財產權有應撤銷或廢止之原因，並為相當之舉證，法院認有撤銷或廢止之高度可能性時，應為不利於智慧財產權人之裁定。(第四項)」其餘定暫時狀態假處分事件，法院對此要素甚少著墨，¹⁷⁴何以如此，可能之原因在於受最高法院 20 年抗字第 5 號判例拘束所致，該判例認為：「假處分為保全強制執行方法之一種，苟合於假處分條件，並經債權人聲敘假處分之原因存在，法院即得為假處分之裁判，至債權人起訴主張之實體上理由是否正當，乃屬本案判決問題，非假處分裁判中所能解決。」其實定暫時狀態假處分之作用，在於預先使聲請人獲得本案勝訴之利益，若不先考量聲請人主張之實體理由，不可避免的將發生定暫時狀態假處分與本案判決結果矛盾、衝突之情形，接踵而來的是產生不可彌補之損害。¹⁷⁵此外，依民訴法第 538 條第 4 項規定應給予當事人陳述意見之機會，又因聲請人須對定暫時狀態假處分之要件為釋明，則法院在審理上，或多或少勢必接觸到本案實體之理由，加上假處分本案化之趨勢，欲將假處分程序與本案訴訟程序涇渭分明地處理實屬困難，亦無必要，反而應妥善利用審理定暫時狀態假處分時之事證，對於實體理由為初步之調查，獲取對本案訴訟勝訴之可能性，有效減少誤判之發生，較符合目前之實際狀況。

須說明的是，勝訴可能性固然重要，但欲判斷是否具有此可能性，惟有在接觸充分資訊(Good Information)的前提下，始能做出正

¹⁷⁴ 依照筆者搜尋之結果，實務於定暫時狀態假處分裁定中提及勝訴可能性之審酌要素者，於非屬智慧財產權案件之其他定暫時狀態假處分事件，僅有高等法院 96 年抗字第 1814 號一件而已。

¹⁷⁵ 王文字，公司經營權爭奪與假處分制度，台灣本土法學第 58 期，2004 年 5 月，頁 81。

確抉擇，¹⁷⁶而本案訴訟前之保全程序，在證據上不可能完整的準備充分，又因保全程序迅速上的要求，在事實上亦難以完全辨明真偽，因此勝訴可能性之要素僅為參考因素之一，仍須審酌其他要素，綜合判斷。

四、 公共利益 (The public interest)

除了上述三個因素外，法院在決定是否核發中間禁制令時，其對公共利益之影響亦須納入考量，特別是在涉及安全或環境時更顯重要。例如在 *Hybritech Inc. v. Abbott Labs.* 一案中，法院即以保護公眾健康為由而拒絕核發初步禁制令，因被告所研發之肝癌與肝炎測試劑在市場上有促進公眾健康之作用，因此排除在初步禁制令之範圍之外。¹⁷⁷ 又如在 *Natural Resources Defense Council v. Winter* 此案，原告 NRDC 主張美國海軍於南加州海域訓練時所使用之中頻率主動聲納，對於該海域中至少 37 種哺乳類動物造成重大危害，地方法院及第九巡迴法院均認為本件具有無法彌補損害之可能且高度公益性，因而准許原告聲請，禁止美國海軍於訓練時使用該種聲納。¹⁷⁸

聲請人之所以向法院聲請禁制令或提起本案訴訟，目的無非是想解決兩造間之紛爭，然而此紛爭之影響有時將無可避免地涉及第三人，甚至社會大眾之利益。在經營權爭奪中，若董事會決議解散或重整公司，或為重大投資議案，例如興建具高汙染可能性之廠房，¹⁷⁹在訴訟之兩造、或保全程序之兩造(無論是初步禁制令或定暫時狀態假處分)大多為股東與董事、或監察人與董事，然而，受此事件影

¹⁷⁶ Douglas Lichtman(2002), *Uncertainty and the Standard for Preliminary Relief*, *Univ. of Chicago Law Review*, 199.

¹⁷⁷ *Hybritech Inc. v. Abbott Labs.*, 849 F. 2d 1446, 1457-1458 (Fed. Cir 1988).

¹⁷⁸ *NRDC v. Winter*, 518 F. 3d 658, (9th Cir 2008)

¹⁷⁹ 例如在前陣子紛紛擾擾之中科三期開發案中，此事件雖與公司經營權爭奪無關，亦非屬民事事件，然同樣涉及定暫時狀態假處分，嗣後該開發案經臺北高等行政法院裁定為定暫時狀態之處分，開發單位不服，遂提起抗告。最高行政法院以 99 年度裁字 2029 號裁定駁回抗告，認為本案已提起公民訴訟，是以不能侷限考量「聲請人之生命權、身體權及財產權」等私人利益，更應考量對「預防或減輕開發行為對環境之不良影響」之公共利益。綜合衡量如未停工而本案行政爭訟勝訴所生損害與抗告人因定暫時狀態假處分所受公益損害，認為有准予定暫時狀態假處分之必要。

響者並非僅為形式上之兩造而已，公司之其他股東、債權人、當地居民與環境，甚或是國家產業發展皆可能牽涉其中，此即「外部性」之影響，將保全程序之准駁效力，放射至無關之訴外第三人身上。因此，法院在審酌此等具有外部性之事件，必須顧及公共利益之因素，一併納入初步禁制令或定暫時狀態假處分之考量中。

第四節 小結

早在 1993 年的 *Intel v. ULSI System* 一案中，法院即語重心長的表示，初步禁制令是一種激烈且特殊的救濟方式，不應該有聲請即被核准。¹⁸⁰而在 *Yakus v. United States* 一案中並認為，初步禁制令之准駁並非是權利的問題，而是法院審慎判斷後的裁量結果。¹⁸¹正因為初步禁制令之效果係如此強烈，在核發上不得不再三審酌，一般認為美國實務之所以謹慎核准初步禁制令之原因，主要有三，其一為在決定是否核准初步禁制令前，法院在訴訟的初期即必須就該案件的事實與法律問題作出判斷，對法院而言是一種負擔；其二，當事人對於法院所核發之初步禁制令，得作為中間上訴 (Interlocutory Appeal) 的理由，若屆時被撤銷初步禁制令，將會造成本案訴訟之遲延；其三，因聲請人不能對法院禁止頒發初步禁制令之決定上訴，故法院亦較偏向不准聲請人之聲請。¹⁸²

而在數十年來美國司法實務運作下，歸納出中間禁制令之審酌要素，即原告未被授予禁制令所生之損害、當事人兩造間的利益衡平、勝訴可能性與公共利益等四要素，雖有部分法院對此判斷標準有不同見解，然大多為審查順序與細節些許不同，概念上均不超脫上開範圍¹⁸³。此四要素與我國目前實務所採之利益衡平原則相較，相同點為均強調原告不可彌補之損害、當事人間之利益衡平、公益因素等，但我國實務對於勝訴可能性此點

¹⁸⁰ “A preliminary injunction is drastic and extraordinary remedy that is not to be routinely granted.” *Intel Corp. v. ULSI System Technology Inc.*, 995 F.2d 1566, 1568 (Fed. Cir. 1993).

¹⁸¹ “The issuance of a preliminary injunction is discretionary, and not a matter of right.” *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414(1994)

¹⁸² 馮震宇，從美國司法實務看台灣專利案件之假處分救濟，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 23。

¹⁸³ Bethany M. Bates (2011), *Reconciliation After Winter: The Standard for Preliminary Injunctions in Federal Courts*, *Columbia Law Review*, Vol. 111, 1522-1523.

上，除因智慧財產案件審理細則第 37 條定有明文外，其餘定暫時狀態假處分事件審理中皆甚少著墨。儘管如此，我國對於定暫時狀態假處分審查標準大體上與美國方向一致，然而為何操作下來之結果，卻難以令人滿意。就美國司法實務而言，美國法院與我國法院不同之處在於美國法院對於核發初步禁制令時，往往要求法院應就相關要件為詳細的調查，故可能涉及實體內容而本案化，在核准時亦十分謹慎與保守，此點與我國實務截然不同。¹⁸⁴

之所以會有如此之結果，除了我國定暫時狀態假處分制度歷經 2003 年修法以來，制度面雖有大幅度之變動，然仍有其進步空間，學說與理論並持續發展中，更重要的是，實務之法官得否與時俱進，詳盡分析審酌之因素，並於裁定中完整敘明，始能調實質的「利益衡量」；另外，配套措施是否完善，尋求細緻化、類型化之可能，亦是值得思考之方向。近年來公司間的經營權爭奪戰，動輒利用定暫時狀態假處分，意圖凍結他方權利之行使，而法院捉摸不定的釋明標準、難以臆測之擔保金額，更加速假處分制度之濫用，背離原有之立法本意。在涉及經營權爭奪中之定暫時狀態假處分，如何重新找回其應有之定位，實踐預防不可彌補之損害發生的目的，減少濫用制度之投機心態，調整目前釋明標準與擔保金額標準尤為重要，並輔以緊急處置制度、法院酌定必要之方法、賦予爭點效之效力、商業法庭之建置等配套措施，希冀能矯正濫用定暫時狀態假處分爭奪經營權之亂象。

¹⁸⁴ 馮震宇，從美國司法實務看台灣專利案件之假處分救濟，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 20。

第六章 定暫時狀態假處分於公司經營權 爭奪之操作與定位

第一節 定暫時狀態假處分於經營權爭奪之運用

在民國 19 年制定民事訴訟法之時，於舊法第 504 條即有關於定暫時狀態假處分之制度，惟早年運用在公司經營權爭奪上仍屬罕見，曾有資深律師表明：「民國五十二年執業之初，向法院聲請禁止董事行使職權，當時的法官還嚇了一跳，不曉得原來法官『有這麼大的職權！』」¹⁸⁵隨著這一、二十年工商經濟的快速發展，公司數量與規模皆日益增多，企業間爭奪公司經營權的事件也層出不窮，比較市場收購股權、公開收購、委託書徵求與定暫時狀態假處分等爭奪經營權之方式，定暫時狀態假處分因有成本低、效用高、迅速而且簡便等優點，成為公司派與市場派在爭奪公司經營權的利器。在運用上，常見者諸如請求禁止股東行使股東權利、¹⁸⁶禁止董事、¹⁸⁷監察人¹⁸⁸執行職務、禁止股東召開股東會、¹⁸⁹禁止公司進行清算程序、¹⁹⁰禁止公司執行董事會決議¹⁹¹等，其中又以禁止董事執行職務最為大宗，故本文主要以討論此類事件為主。蓋基於企業所有與企業經營分離原則，董事會為公司業務執行機關，握有經營權之會議組織體，其成員由董事組成，禁止董事執行職務即凍結經營權之行使，再配合召開股東會改選董事或聲請法院選任臨時管理人等措施，往往能收奇兵之效，致生經營權易主之結果。就法律層面來看，經營權之爭執，其實也就是對於董事資格合法性的爭執，例如選任董事之股東會決議是否有公司法第 191 條無效

¹⁸⁵ 蕭博文，假處分威力大 流為商業競爭手段，中國時報，2010 年 1 月 18 日，整理自陳志雄，於「假處分制度之再檢討」座談會的發言紀錄。

¹⁸⁶ 最高法院 100 年台抗字第 852 號裁定、高等法院 98 年抗字第 49 號裁定

¹⁸⁷ 高等法院 99 年抗字第 279 號裁定、高雄高分院 100 年抗字第 292 號裁定、高等法院 100 年抗字第 1483 號裁定、高等法院 100 年抗字第 752 號裁定、高等法院 95 年度抗字第 498 號裁定、台中高分院 99 年度抗字第 146 號裁定、高等法院 98 年抗更(一)字第 1 號裁定、高等法院 97 年抗字第 485 號裁定。

¹⁸⁸ 高等法院 100 抗字第 1038 號裁定。

¹⁸⁹ 高等法院 98 年抗字第 49 號裁定。

¹⁹⁰ 高等法院 94 年抗字第 2910 號裁定。

¹⁹¹ 高等法院 96 年抗字第 475 號裁定。

或第 189 條得撤銷之情事；解任或改選董事之股東會決議是否存有瑕疵，致董事與公司間之委任關係是否存續有所爭議；或董事執行職務是否有重大損害公司利益之行為而依法得將其解任等情形。¹⁹²

以提起解任董事之訴為例，因屬形成之訴，必須由法院以判決消滅公司與董事間之委任關係，其所為原告勝訴之判決，即為形成判決，須於判決確定時始喪失董事身分，訴訟進行中，該董事並不當然停止執行職務，因此為避免該董事繼續行使職務而造成急迫危險或不可回復之損害發生，若有定暫時狀態假處分之必要，即得由繼續一年以上持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東聲請法院裁定命董事暫時執行職務，¹⁹³故定暫時狀態假處分在公司治理上確有其必要性。若屬公開發行之上市公司，董事、監察人受定暫時狀態假處分命禁止執行職務，依臺灣證券交易所股份有限公司對有價證券上市公司重大訊息之查證暨公開處理程序第 2 條第 34 款規定，屬重大訊息，應公布於證交所之公開資訊觀測站，另依臺灣證券交易所股份有限公司營業細則第 49 條第 5 款規定，若董事或監察人累積超過三分之二以上受停止行使董事或監察人職權之假處分裁定，證交所對其上市之有價證券得列為變更交易方法有價證券，換言之，該公司之股票即打入全額交割股，投資人買賣全額交割之股票，須於委託買賣前，預先繳交股票或價款，且撮合時間變長(5、10、30 分不等)，交易程序繁瑣，進而造成股票流動性降低、募集資金不易、公司股價下跌等結果。由此觀之，不僅可了解到定暫時狀態假處分於經營權爭奪上之重要性，亦可說明受該處分影響的不僅係受處分之董監事，尚及於處分以外之第三人，此種外部性之影響，將定暫時狀態假處分的效力放射至股東及投資大眾上，故法院在審酌此類事件時，除了當事人雙方的利益，公益層面的考量亦應顧及在內。

定暫時狀態假處分之所以在經營權爭奪被廣泛利用，除了有成本低廉、效果強大、迅速而且簡便等優點外，另可從控制權溢價的角度觀察，蓋握有控制權持股的大股東，其持有之每股價值實際上係超過未享有控制

¹⁹² 李貞儀，禁止董事行使職權之假處分，公司經營權爭奪與假處分(葉大殷、陳錦隆、李貞儀、賴中強、江如蓉、黃馨慧合著)，元照出版，1999 年 12 月，頁 79。

¹⁹³ 楊建華，問題研析——民事訴訟法(三)，自版，1989 年 5 月，頁 451。

權之一般股東，比較控制方握有的持股價值與非控制方持有的持股價值，超過之部分即為控制權溢價。¹⁹⁴此等控制權溢價並非係一種錯誤、一種缺失，而係市場機制運作下的結果，控制權溢價背後所包含之利益與衍生利益，包括對重大議案的決定權、資訊取得之優勢，甚至是藉由該地位與公司為不合營業常規之交易等等。¹⁹⁵然而欲享受控制權溢價所帶來之好處，必然須先付出成本以取得控制權，成本與控制權溢價相差不大時，則市場派與公司派之間的角力並不明顯，大多相安無事。然關鍵點在於：若控制權溢價遠大於所付出之成本，造成利益狀態過度往控制權方向傾斜，有心人士不免趁此機會發動經營權爭奪，形成公司派與市場派的摩擦。定暫時狀態假處分的低成本與迅速特性，更容易加速天秤的傾斜，而被當作爭奪的工具，藉由凍結董監事的職權，取得重新建構公司權力結構之機會。

第二節 定暫時狀態假處分於公司經營權爭奪之實踐

第一項 前言

如前所述，定暫時狀態假處分因有其成本低廉、效果強大、迅速且簡便等優點，在經營權爭奪戰中往往被廣泛的使用，諸如禁止召開股東會、禁止行使股東權利、禁止董監事執行職務、禁止公司執行特定董事會議案等等。也因為該制度的高使用率與強烈效果，以及外部性之特點，影響之層面與力度皆不言可喻，除了聲請人與相對人，效力尚放射至公司、公司之利害關係人、市場派及投資大眾，故法院在審酌涉及經營權之定暫時狀態假處分時，更須審慎為之，否則「假處分」可能將成為「真處分」，「暫時」也可能變「永遠」，喪失定暫時狀態假處分之目的。

然而目前實務操作下，除有部份實務創設法無明文之要件等問題外，最重要是有釋明標準有待釐清與擔保金額難以臆測之缺失，導致聲請人於聲請時無法知悉究竟應提供多少資料、提供至什麼程度，方得使法院認定

¹⁹⁴ Robert W Hamilton(1996), the Law of Corporations in a Nutshell, 4th ed., 564-565.

¹⁹⁵ 王文字，公司經營權爭奪與假處分制度，台灣本土法學第 58 期，2004 年 5 月，頁 86。

已達釋明程度，僅能退而求其次，希冀法院願認為其已有釋明，而不足之處得以擔保補充之。在擔保金部分，就補充釋明機能上，法院常肯定該個案聲請人雖釋明不足，但得以提供擔保方式補充不足之處，卻又於擔保金酌定之時完全以相對人可能所生之損害酌定，形成自相矛盾之現象。而於擔保相對人之損害功能中，董事報酬、公司淨利、董事持股、公司資產、法院審理本案訴訟可能所需之期間等審酌要素排列組合的結果，衍生出無數種的擔保標準，使得聲請人須提供多少擔保金取決於運氣，又無法對擔保金額之多寡任意指摘；在相對人部分，目前實務所採的標準，仍有評價不足與錯用審酌要素之問題，相對人一來失去經營權，二來又面臨擔保金無法完全彌補其損害，可謂處於「雙重危險」之中。

是以，實有必要針對上述之問題思考一因應之道，使得定暫時狀態假處分於公司經營權爭奪之運用能更貼近實際需求，更符合公司治理，也更平衡當事人間的利益。

第二項 釋明標準之調整

依美國法多數法院所採「四要素檢驗法」操作之結果，初步禁制令之核發需審酌原告未被授予禁制令所生之損害、當事人兩造間的利益衡平、原告於本案訴訟中的勝訴可能性與公共利益。而依前所述，我國法院在審查定暫時狀態假處分於公司經營權之運用時，實務往往未說明聲請人如何已達到釋明不足，但得以供擔保補充之程度，¹⁹⁶亦或未說明聲請人如何未達釋明便予以駁回。或是在審酌時，對於勝訴可能性及公共利益之要素甚少著墨，如此未具體衡量所應參考之要素，如同「判決不附理由」般，使得釋明標準混淆不清，連帶地影響後續擔保金額難以臆測。實務之所以模糊釋明之界線原因可能有二，其一為法院的駝鳥心態，即法院並不是不明瞭關於公司經營權之定暫時狀態假處分涉及層面甚廣，若其於裁定書中肯定聲請人之陳述已達到釋明程度，聲請人如同取得法院之背書，在定暫時狀態假處分大多由地院獨任法官審理，定暫時狀態假處分正確與否，該法

¹⁹⁶ 因筆者遍尋近 5、6 年來之實務，並未發現任何一件法院認為已完全達到釋明之事件，故無從得知若係在此事件中，法院將如何闡述聲請人已達到完全釋明之程度。

官責無旁貸，因而轉向以供擔保補充釋明不足為逃避方法。其二，法院對於商業事件的專業度與經驗不足，何種情況可能造成公司之損害，無實際商務經驗之法官恐力有未逮，不敢輕信任何一造說詞，又因時效性之關係，須於短時間內作出准駁決定，故不及參考專業人士之意見，最後只能命聲請人提供擔保期待能對相對人產生類似慰撫金之功能。¹⁹⁷

民訴法於 2003 年修正時，舊法第 526 條第 2 項原規定：「債權人雖未為前項釋明，如就債務人所應受之損害已供法院所定之擔保者，得命為假扣押。」肯認擔保具有完全代替釋明之作用，即使聲請人未為釋明，仍可供擔保聲請假扣押，故此時擔保的作用在填補債務人所生之損害。嗣後鑒於因債權人聲請假扣押，應使法院信其請求及假扣押之原因大致為正當，故仍應盡其釋明責任。僅能於釋明有不足之處，藉由債權人提供擔保而補充釋明之不足。故新法修正為：「前項釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押。」此一規定依民訴法第 538 條之 4 準用之結果，故於定暫時狀態假處分中得以擔保補充釋明之不足。值得思考的是，是否得以事件紛爭類型作區別，如智慧財產權案件般不採擔保補充釋明制度，有別於目前除智財案件外，將所有的定暫時狀態假處分事件皆得因民訴法第 538 條之 4 準用第 526 條第 2 項而有擔保補充釋明之機會。誠然，在若干定暫時狀態假處分事件中，因有證據取得困難之困境，如醫療紛爭事件、交通紛爭事件等，要求聲請人完全釋明定暫時狀態假處分之必要性勢必有其難度，若不肯認聲請人得以擔保補充釋明，恐發生不能彌補之損害。然而，在涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分事件中，是否有必要採用擔保補充釋明制度，似有待再三斟酌之餘地。

關於禁止董事執行職務之定暫時狀態假處分，若聲請人就請求及保全必要性釋明不足的情況下，得否以擔保補充釋明不足，有學者強烈持否定意見，其認為基於以下理由，無論聲請人提供多少擔保金，皆無法補充釋明之不足，法院僅得在債權人就被保全權利及保全必要性為充分釋明之情

¹⁹⁷ 沈靖家，公司經營權爭奪之研究——以定暫時狀態假處分制度為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 99。

況下，始能核發一命擔保之定暫時狀態假處分。¹⁹⁸

1. 以裁判解任之定位而言，係在常態機制失靈時之補救措施，就市場經濟與法院功能角度來看，裁判解任均為最後一道防線，只有在常態機制失靈下方可使用，否則將對公司常態治理機制構成不當干擾。而公司常態機制究是否嚴重失靈，並非當事人可以以資力決定，自不應准許債權人可以供擔保方式取得禁止董事執行職務之定暫時狀態假處分。
2. 公司治理的最終目標在使經營者能真正對股東負責，若定暫時狀態假處分得以擔保取得的話，公司派或市場派的焦點將自取得股東認同移轉至爭取法院認同，如此能力將被資力所取代，不再有能力者即可經營公司，而係能在第一時間擁有足夠資源供擔保者，可驅逐異己，享有經營權，將造成能力市場運作極大的扭曲。
3. 法院若為錯誤之定暫時狀態假處分，所造成之損害範圍極廣，包括公司本身及被不當剝奪經營權者，但將上開損害予以量化定擔保金額幾乎不可能，故若經營結構錯誤更動，實不可能以擔保金提供，將一切回到錯誤更動前之原點。

上開學者之看法持之有故，言之有理，筆者深為贊同，而若從另一個角度觀之，亦可得出在涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分事件中，不宜命聲請人提供擔保以補充釋明不足之結論，蓋回到擔保補充釋明制度的最初點思考，民訴法第 526 條肯認擔保補充釋明制度乃係因在假扣押目的在保全金錢請求或得易為金錢之請求，避免日後不能強制執行或有甚難執行之虞者。一般而言，假扣押聲請人並非與相對人同財共居，自難以了解相對人究竟有無隱匿財產之情事，要求聲請人就假扣押之必要性完全釋明至使法官大致相信相對人有脫產之可能，實在是強人所難；又因假扣押之標的物通常為金錢或有價證券，相對人縱使因錯誤的假扣押裁定而可能所生之損害，亦容易估算其損害額，相對人之損害原則上皆得由聲請人所提供

¹⁹⁸ 方嘉麟，台灣大哥大假處分案之評析，月旦法學雜誌第 109 期，2002 年 2 月，頁 40~42。

之擔保彌補至未生損害之原狀。另一個設計理念是，保全制度的急迫性與相對人權益保障的平衡，也就是說，因為若不即時實行保全，則將來恐有不能執行之虞，在聲請人釋明仍有不足的情況下，若聲請人願就相對人將來可能所遭受之損害提供擔保，則應可推論聲請人並非胡謔說謊，可提升法院對於聲請人之陳述的心證。故縱使聲請人就假扣押之要件釋明不足，而此不足之部分得因聲請人提供擔保補足，如此理應對相對人不致發生太大損害。然而在涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分中，聲請人之身分並非與相對人毫無關係，反而通常係公司股東或監察人，若係基於股東身分，依公司法第 210 條規定，享有章程及帳務之一定程度資訊請求權利；若係基於監察人身分，依公司法第 218 條可行使調查業務權，得隨時調查公司業務及財務狀況，查核簿冊文件，並得請求董事會或經理人提出報告。且依公司法第 218 條之 2 規定，監察人得列席董事會陳述意見，若董事會或董事執行業務有違反法令、章程或股東會決議之行為，監察人依違法行為制止請求權應要求董事會或董事停止其行為。因此在調查證據難易度方面，請求法院禁止董事執行職務之定暫時狀態假處分聲請人較一般保全程序之假扣押聲請人來得容易，亦較醫療紛爭事件、交通紛爭事件之定暫時狀態假處分聲請人方便，實不宜讓該等聲請人得藉由提供擔保降低本身之釋明義務。

或有認為，小股東與董事間處於資訊不對等之情況下，調查證據具有一定之困難度，故須藉由擔保補充釋明制度作為輔助之方法。誠然，股東之資訊請求權無法與監察人得行使之業務調查權等相提並論，加上我國企業間董監事之席次往往由家族事業把持，使股東無法得到監察人之協助，實有調查證據之困難，要求其不得以擔保補充釋明恐有將股東排除在定暫時狀態假處分救濟範圍之疑慮。然而，此部分不妨透過法院降低釋明程度解決，換言之，在個案中聲請人若實際上有證據難以調查之情形，原本依釋明補充擔保制度，聲請人得藉由提供擔保代替釋明之不足，藉此取得定暫時狀態假處分。今於涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分事件，為求標準之統一而捨棄擔保補充釋明，使得此等面臨調查證據困難之聲請人更陷於不利之狀況，就此，基於釋明程度並非係一固定、僵化之數值，而係一富有彈性、浮動之裁量結果，法院得針對個案之不同，考量急迫程度、證據調查難易度而適時在釋明程度上予以調降，使其聲請人不被拒絕在定暫

時狀態假處分制度之門外。

更重要的是，在涉及經營權之定暫時狀態假處分事件，受禁止執行職務之董事損害額計算，非如假扣押般得輕易計算其損害額，此由前章所述目前實務眾多計算損害額之公式可資證明。另外，因為此類事件既是涉及公司之經營權，在企業界中，聲請人取得法院禁止相對人執行職務之定暫時狀態假處分裁定後，往往隨即召開臨時股東會，趁機改選董監事，汰換舊有的經營階層，重建公司內部之權力結構，即使待相對人於本案訴訟勝訴後，通常人事已非，無力回天。而公司經營權價值實際上難以估算，達數億、數十億者在所多有，如此具有吸引力之數字，難保聲請人為奪取經營權不會在聲請時虛偽欺瞞，加上目前實務審酌擔保金之標準往往無法實際反映相對人可能所生之損害，以法院最常採用之以受定暫時狀態假處分之相對人所剩餘之董、監任期內，可能獲得之車馬費及酬勞金總額計算，其數額少則數十萬元，多則幾百萬。¹⁹⁹更增添聲請人投機取巧，以小搏大之一試心態，若闖關成功，則一戰成名，為人津津樂道；倘聲請失敗，也只是損失些許之訴訟費用、律師費用等。如此算來，投資報酬率十分可觀，原本認為若聲請人提供擔保，則應可推論其非臆測詐欺之想法，在龐大利益誘惑下，便難以支撐了。

是以，民訴法第 526 條肯認擔保補充釋明制度主要係因聲請人證據調查難易度、陳述可信度及相對人損害計算困難度而設，今在涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分事件中，此三原因皆因該等事件之特性有所減損，採用擔保補充釋明制度之說服力道並無法勝過聲請人本應負擔更高的釋明責任。

再者，在我國公司法關於企業組織採三權分立之架構下，握有公司經營權之董事會係由董事為其構成員，而董事又係由股東行使表決權所選任，受託代為執行公司業務，故董事本身所享有之經營權來源具有合法、正當性。又從現代公司治理所強調之公司自治(Company Autonomy)觀點來

¹⁹⁹ 陳志雄，公司經營權爭奪之相關法律問題，月旦法學雜誌第 26 期，1997 年 7 月，頁 56。

看，股東會與董事會決議自治為實現公司自治之重要表徵，公司由何人經營、如何經營主要皆由內部構成員決定之。外部機關如事業主管機關、法院等，僅能在公司營運偏離常軌，內部制衡制度失靈時予以介入。而定暫時狀態假處分制度有如一把「尚方寶劍」，得在本案判決確定前「先斬後奏」，效果十分強烈，故使用時必須審慎為之。然准許聲請人得以擔保補充釋明制度，無異提高此寶劍出鞘之機會，聲請人既係為動搖董事持有經營權之正當性基礎，本應負擔更高的釋明責任，今卻得以藉擔保制度免除此更高的釋明責任，將使具有民意基礎之董事得輕易被外部力量所取代，與股東民主原則有所背離。另從經營權本質具有外部性效力來看，事關公司經營權的更迭，影響層面遍及公司派、市場派、債權人、股東、員工，甚至當地居民等，既然牽涉利益如此廣泛，法院在審酌定暫時狀態假處分之准駁時即應衡量更多因素，在釋明標準上理應提高，何有藉由提供擔保反而降低釋明標準之理。有學者在論及定暫時狀態假處分曾表示：「法院應尊重公司自治及市場運作機制。當這些機制失靈時，公司通常會蒙受重大損失，但並不表示一旦公司發生鉅額損失，就意謂有違法瀆職，甚或機制失靈的情況，法院往往需要自我節制，避免過度干預。」²⁰⁰其用意即在劃清外部監督與內部監督之分野，避免定暫時狀態假處分制度遭有心人士濫用，達到奪取經營權或干擾公司營運之目的。法院若動輒准許擔保代替釋明，便宜行事將會嚴重影響法院的公正性，且從公司治理的角度來看，國外慣例大多主張有效率的一方，可經由企業併購，如公開收購股權、委託書徵求等淘汰無效率經營者，²⁰¹而非如我國實務以擔保方式來取得經營權，扭曲市場機能。²⁰²

然而，亦有不同見解者認為在涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分中，不宜使聲請人負擔過高之釋明責任，蓋保全必要性係以公司是否受到損害為判斷重點，但卻由聲請人負釋明責任，恐難期待債權人能充分釋明，故應以推定保全必要性存在，而由相對人舉反證推翻較為妥當。²⁰³但

²⁰⁰ 方嘉麟，從台灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理之定位，政大法學評論第 83 期，2005 年 2 月，頁 147。

²⁰¹ 此即企業併購的動機理論之懲戒式接管假說 (disciplinary take-over)，藉由懲戒式接管取得經營權並引進改革措施，改善無效率之管理，來獲取併購標的價值被低估之差價，尤其當標的廠商經營不善，面臨破產時，經由接管並可減少破產成本之發生。曹瑞泰，本國銀行之經營與併購——以新銀行為例，台灣大學國企所碩士論文，2001 年 6 月，頁 24。

²⁰² 劉連煜，公司經營權爭奪與假處分之制度，台灣本土法學雜誌第 90 期，2007 年 1 月，頁 245。

²⁰³ 本間健裕，商事假處分——取締役らの職務執行停止・代行者選任の仮処分，会社訴訟・商事

因禁止董事執行職務之此類涉及經營權爭奪之假處分，因具有強烈之外部性，對公司及投資人利益影響甚遠，我國及日本實務大多認為就保全必要性須行較高密度之審查，聲請人應就此負釋明責任。²⁰⁴有趣的是，實務一方面肯定聲請人就保全必要性需負擔較高的釋明責任，另一方面又准許聲請人得以提供擔保補充釋明不足，形同降低聲請人釋明責任，一升一降之下，原本考量經營權爭奪事件涉及層面廣泛且影響重大，為審慎評估而要求聲請人須為較高釋明之目的將有所不達，並恐有自相矛盾之疑慮。

有鑑於此，關於釋明補充擔保制度實有調整之必要。本文認為，在關於經營權爭奪之定暫時狀態假處分事件中，直接涉及經營權核心變動之事件，例如禁止董事執行職務等，應採完全釋明制度，聲請人不得以擔保補充釋明藉此取得定暫時狀態假處分。如此調整，將有助於釐清模糊不清的釋明標準、減少擔保金額酌定之困難、維持法院之公正性、化解實務看法產生之矛盾、²⁰⁵健全公司治理及尊重市場機制。

第三項 擔保金額之功能單一化

既然捨棄擔保補充釋明之機能，則法院在酌定涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分之擔保金時，不需再去考慮釋明不足的部分聲請人究竟應提供多少擔保金始得補足。是以，擔保金之功能僅剩下擔保相對人之損害，形成擔保金額功能單一化，法院得完完全全以相對人於該定暫時狀態假處分事件可能致生之損害為衡量，有效解決實務上既謂釋明不足之處得由擔保補充，卻又於酌定擔保金時未將不足之比例納入擔保金之數額的矛盾現象，並為目前無數種的擔保金額酌定標準減少些需參酌之因素，希冀能使

假處分・商事非訟(門口正人編)(新・裁判実務大系第 11 卷),青林書院,2001 年 7 月 30 日,頁 242~243。

²⁰⁴ 高雄高分院 100 年抗字第 328 號裁定、本間健裕,商事假處分——取締役らの職務執行停止・代行者選任の假處分,会社訴訟・商事假處分・商事非訟(門口正人編)(新・裁判実務大系第 11 卷),青林書院,2001 年 7 月 30 日,頁 242。

²⁰⁵ 此所指之矛盾有二,其一為實務既認為在涉及經營權爭奪事件中的定暫時狀態假處分,聲請人應負擔較高之釋明責任,卻又認為得以擔保補充釋明,無異降低釋明責任;其二為法院認定釋明不足得以擔保補充之,卻於擔保金之酌定上,完全以相對人之損害酌定,未將釋明不足部分量化於擔保金額內。

擔保金額之計算方式趨於統一，使擔保金額能被當事人所預測且更貼近於相對人實際上可能所生之損害。

其次，在肯定擔保金額功能單一化的前提下，如何處理目前實務就禁止董事執行職務之定暫時狀態假處分事件衍生之無數種審查標準，實為一棘手問題。早期實務認為，²⁰⁶確認選任決議無效或撤銷之訴，是以公司為相對人，則損害之計算方式當以公司之損害為計算基準，但現今之實務案例，有些定暫時狀態假處分之聲請人為公司之監察人，其代表公司對董事提出訴訟，故董事為相對人，即以董事因假處分所遭受之損害作為計算擔保金額之標準，主要則以受定暫時狀態假處分之董事所剩餘之任期內，可能獲得之車馬費及酬勞金總額來酌定擔保金額，即目前多數實務所採之標準，雖有數額具體、計算簡便之優點，但也為最保守之看法，完全著眼於董事與公司間之委任關係，導致實際酌定之金額往往過低，未考量到外部性之因素，無法發揮擔保之實際功能，更可能形成濫用定暫時狀態假處分之助力。²⁰⁷而若將董監事持股之市價納入損害酌定之考量因素，雖可提高擔保金之數額，但同樣忽略外部性下利害關係人之利益與經營權本身之價值，仍有評價不足之遺憾。亦有從擔保應是為補償錯誤作準備之觀點來看，認為重點應是針對公司經營結構可能發生之錯誤變更，所造成的損害供擔保，惟此受害範圍極廣，包括公司及被不當剝奪經營權者。公司因經營動盪不安，權力錯置自然受有損害；被剝奪經營權之董事，受有重大損害更是不在話下，但問題是要將該損害予以量化，從而定擔保金金額幾乎是不可能。事實上，法院錯誤的決定亦極可能造成無法彌補之損失，原狀既然無從復原，則擔保、反擔保均非最佳選擇，首要考量應在於確實要求必要性之釋明。²⁰⁸

本文以為，涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分重點在於確實要求必要性之釋明固屬有據，筆者深表贊同，然而若聲請人達到釋明之程度時，如何就相對人可能所生之損害酌定擔保金額為另一問題。上開學者似乎認

²⁰⁶ 最高法院 23 年上字第 2267 號判例。

²⁰⁷ 劉連煜，公司經營權爭奪與假處分之制度，台灣本土法學雜誌第 90 期，2007 年 1 月，頁 244。
王文字，公司經營權爭奪與假處分制度，台灣本土法學第 58 期，2004 年 5 月，頁 100。

²⁰⁸ 方嘉麟，從台灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理之定位，政大法學評論第 83 期，2005 年 2 月，頁 132、144。

為，若聲請人已就定暫時狀態假處分之要件為完整釋明時，即不須提供擔保，亦不許相對人提供反擔保請求撤銷。²⁰⁹惟此忽略擔保金的功能主要在填補相對人可能因錯誤假處分所造成之損害，蓋在審理程序中，為追求時效性，制度設計上僅要求聲請人為釋明，而非證明，縱使聲請人已使法院大致相信有定暫時狀態假處分之必要而准許假處分，亦不代表此時法院判斷就必然正確，若嗣後證明為錯誤假處分，則相對人不但失其經營權，又得另訴請求聲請人損害賠償，最壞的情況則是，即使另訴請求損害賠償勝訴，而定暫時狀態假處分聲請人已陷於無資力狀態，相對人將面臨「賠了夫人又折兵」之窘境，正因為相對人損害難以量化，故必須思考如何能盡量設計一擔保金酌定標準，而非僅在釋明上把關而已。再者，依前所述法院之所以常以擔保補充釋明不足的原因之一為法院逃避責任之心態，故藉由命聲請人提供擔保來緩和此一責任。今若要求聲請人為完全釋明後，即可不提供擔保，在涉及龐大利益之經營權事件中，未命擔保可能使相對人陷於喪失經營權且無法獲得補償之雙重危險下，如此是降低法官的逃避心態，或是提高法官的逃避心態，似有再三思考之必要。最後，僅要求聲請人負完全釋明責任便不需提供擔保之結果，將造成聲請人利用定暫時狀態假處分制度幾乎不需任何成本，只要公司經營者略有損害公司之嫌疑時，市場派即可見縫插針，動輒提出定暫時狀態假處分牽制公司派之一舉一動，因為即使失敗也僅需負擔訴訟費用及律師費(非必要)而已，²¹⁰恐造成定暫時狀態假處分之濫用，失去該制度原有之本意。

另外亦有認為擔保金之主要目的乃係填補相對人之損害，於經營權爭奪戰中，即係指本所享有之經營權可能因錯誤之假處分裁定而喪失之部分，故應回歸市場面與經濟面，藉由財務金融、投資學、股市運作專家或會計師來計算，以「公司經營權」之實際價值為酌定擔保金之標準，在此之前，以公司淨利加上董監事酬勞之總和，應是目前實務比較接近事實之

²⁰⁹ 該學者於文中明確表示相對人不得提出反擔保請求撤銷定暫時狀態假處分，惟若相對人已完全釋明，是否仍應提供擔保，並未明確表示意見。筆者從上下文意觀之，從相對人之損害難以量化、不應因龐大之擔保金而封殺小股東利用定暫時狀態假處分制度、擔保與反擔保均非最佳選擇等語，推測該學者認為若聲請人已為完全釋明，則應不需再提供擔保。另外須說明的是，若該學者認為聲請人為完全釋明後，仍須就相對人之損害提供擔保的話，則本文予以支持，但如何計算此一損害，文中並未著墨，甚為可惜。參方嘉麟，從台灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理之定位，政大法學評論第 83 期，2005 年 2 月，頁 131~144。

²¹⁰ 依民訴法第 77 之 19 條之規定，聲請假扣押、假處分或撤銷假扣押、假處分裁定之裁判費為新臺幣一千元。而定暫時狀態假處分之聲請並未採律師強制代理制度，故律師費用即非必要。

標準。²¹¹以公司經營權之實際價值為準則，本文持肯定態度，惟有將公司經營權價值納入擔保金酌定之標準之中，始能彰顯涉及經營權爭奪事件中之外部性特點，使擔保金額貼近於相對人實際之損害。而如何評估經營權之價值，或許得從控制權溢價角度切入，搭配董事剩餘任期內所能獲得之報酬，作為酌定相對人損害之計算標準，應為一值得思考之方向。

之所以須加計董事報酬，乃係因此為相對人最明顯易見之損害，董事之報酬本屬董事執行職務所得之對價，故一旦遭禁止執行職務即不能獲得此報酬，應可認屬相對人損害之範疇內。此外，從風險分配的角度觀察，公司法原則上允許董事兼充(Interlocking Directorate; 係指一人同時充任兩間公司以上之董事)，但若所兼任者為營業性質相同或類似之公司，依公司法第 209 條規定，應對股東會說明其兼任董事之重要內容，並取得股東會之許可，否則股東會得對該兼任之董事行使歸入權。因此就董事「分散工作之風險」可能性論之，實際上董事受有一定程度之限制，從而，若董事在無正當理由遭解任之情形下，應肯認得以請求報酬之損害，使為妥適，惟因公司法第 227 條並不準用同法第 209 條之規定，故此合理分配風險之論點對於監察人而言較不能產生強而有力的說服力。²¹²

在控制權溢價方面，依前章所述，控制權溢價係指握有控制權持股的大股東，其持有之每股價值實際上係超過未享有控制權之一般股東，比較控制方握有的持股價值與非控制方持有的持股價值，超過之部分即為控制權溢價。²¹³若今控制權溢價遠遠超過未享有控制權股東之持股價值，將造成利益狀態過度往控制權方向傾斜，有心人士不免趁此機會發動經營權爭奪，形成以定暫時狀態假處分奪取經營權之動機。雖然公司董事並不一定為大股東，但其之所以得享有經營權，亦係因得到多數股東支持而當選之，換言之，控制股東藉由所持有之股份行使表決權，使自己或他人當選董事，取得管理營業之地位，如同將抽象之控制權溢價轉換為實體之經營

²¹¹ 王文字，定暫時狀態假處分與公司經營權之爭奪，新公司與企業法，元照出版，2003 年 1 月，頁 156。

²¹² 劉連煜，股東會決議解任董監事及董監事因無正當理由遭解任所得請求賠償之範圍——以最高法院 81 年度台上字第 3013 號等三則判決之評釋為中心，收錄於公司法理論與判決研究(二)，自版，1998 年 4 月，頁 27。

²¹³ Robert W Hamilton, the Law of Corporations in a Nutshell, 4th ed 1996, at 564-565.

權利益。

是以，遭定暫時狀態假處分禁止執行職務之董事，如何計算其喪失之經營權損害數額，管見以為，得反向思考以控制權溢價計算其損失，以其受選任時之股東會，當選一席董事所需最低表決權數股份之控制權溢價並加計該董事剩餘任期所能獲得之報酬計算。申言之，董事之所以得享有經營權限，係受股東支持而當選為董事，故享受經營權限之最低基本門檻為該董事須獲得其受選任時之股東會，當選一席董事所需最低表決權數股份的支持。以當選一席董事所需最低表決權數股份計算之原因在於，即使該董事所獲得之表決權數超過得當選一席董事但不足當選二席時，仍僅享有一席董事之經營權，並不因其所獲得較多票數而握有較高比例之經營權利益。舉例來說，設甲公司股東會中，當選一席董事所需最低表決權數股份為 20 萬股，而 A 本身持有 15 萬有表決權之股份，並獲得其他股東共 6 萬股有表決權股份支持，以總數 21 萬股當選為甲公司之董事；B 本身持有 25 萬股有表決權之股份，並獲得其他股東共 3 萬股有表決權股份支持，以總數 28 萬股當選甲公司之董事。雖 A、B 二人本身持有股數不同，當選董事時之總票數亦不同，然既皆為甲公司之董事，其所享有之經營權限並不因此而有多寡之區別，當 A、B 受定暫時狀態假處分禁止執行職務時，其擔保金額計算基數應為該董事當初受選任時當選一席董事之最低表決權數，即 20 萬股股份之控制權溢價，並加計 A、B 二人剩餘董事任期所能獲得之報酬計算。

此一計算方式與目前實務所採之眾多標準相較，較能彰顯定暫時狀態假處分於經營權爭奪之特殊性，兼顧外部性與相對人實際所受之損害，應是值得參考之方法。至於如何具體設計出一套計算公式，同時涉及法律、財金、會計等不同專業領域，已非本文能處理之問題，期待日後有機會能進一步撰文研究。而在研擬出可行的計算經營權價值公式前，仍需有一套緩衝之酌定標準，本文以為，以公司淨利加計董監事報酬總和作為審酌之因素較為可採，因並非每一董監事皆有持股，且縱有持股，其持股之比例亦不相同，既同為公司董事，享有同樣之經營權，卻因持股多寡而為不同之評價，有失公平。再者，採持股多寡計算之方式，亦有生相對人藉由持

續增加持股以提高擔保金額，迫使聲請人知難而退之可能。而以公司淨利為審酌因素，一來可避免上述以持股計價之弊端產生；二來較能擴大擔保金額，使其盡可能貼近相對人實際損害，為目前眾多擔保金額酌定標準中，較為可採之權宜辦法。

第四項 定暫時狀態假處分於經營權爭奪之定位

回到定暫時狀態假處分制度最初目的思考，除了暫時的保全聲請人權利以外，也是為了保全法律秩序的和平，使兩造的私益與公益暫時達到一個平衡點，藉以避免因請求權實現上延滯所產生的現在危險。又因適用範圍廣泛，財產及非財產事件均有其適用餘地，故制度設計上，於民訴法第 538 條至第 538 條之 4 設有一般性規定，並得準用假處分及假扣押規定，使盡可能涵蓋需要利用此制度之事件，並給予法官相當大之裁量權。於立法技術觀點觀之，此作法應屬正確，蓋涉及層面越廣、使用頻率越高之條文，越不宜鉅細靡遺規定，而應使用抽象之概括式立法，避免有掛一漏萬之虞。然而，此並不與依事件類型作細緻化區分相衝突，如同智慧財產權案件般，慮及智慧財產權案件特性、我國產業結構、業界排除競爭手段等等，故不採擔保補充釋明制度，要求聲請人須就定暫時狀態假處分之要件為完全之釋明。

現今在涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分中，依前所述實務在審理時常有釋明標準模糊不定、擔保金額難以臆測之問題，加上企業間亦將定暫時狀態假處分制度當作爭奪經營權之工具，與原本該制度定位在避免發生難以彌補之損害的本意相背離。如何解決現有之問題、調整目前之制度，使定暫時狀態假處分制度於具有外部性之經營權事件找到一個適當的定位，實屬重要與必要之課題。本文以為，修正擔保補充釋明制度，使擔保功能單一化，而擔保金之酌定標準，應將公司經營權之實際價值納入審酌因素當中，可思考研究之方向為，以其選任時之股東會，當選一席董事所需最低表決權數股份之控制權溢價並加計該董事剩餘任期所能獲得之報酬計算。如此調整，將有助於統一法院釋明與擔保金額之標準，增加法院裁定之可預測性，並矯正企業間濫用定暫時狀態假處分爭奪經營權之現

象。

在修正擔保補充釋明制度後，仍有一問題尚待解決，即若法院認為聲請人已就定暫時狀態假處分之要件達釋明之程度，相對人能否依民訴法第 538 條之 4 準用第 536 條第 1 項規定，請求反擔保而免為或撤銷假處分，有學者認為，在現行制度下，傳統上之擔保金係純為聲請人方面所必需支付之成本，但既然法院之任務在減少不能回復之損失，則聲請人與相對人提出擔保減少因錯誤假處分所導致對造不能回復損失之必要性並無軒輊，故在立法上，可考慮使債務人提供擔保金而駁回假處分，使得該駁回假處分裁定在事後被證明是錯誤時，債權人得填補因該錯誤之裁定所造成之損害。²¹⁴惟在調整之後，聲請人既須負擔完整釋明之責任，無法再以擔保補充釋明取得定暫時狀態假處分，兩造之攻防重點應在於定暫時狀態假處分核發與否，就此為陳述意見或辯論，聲請人一方目的在於使法院相信其達釋明之程度；相對人則係釋明無定暫時狀態假處分之必要、若准許假處分將受何等不可回復之損害等，使法院心證降至未達釋明之程度。而非在於法院裁定准許假處分後，相對人另闢戰場，尋求反擔保之可能，否則將與前程序法院認定有定暫時狀態處分之必要性結果相矛盾，對於加重釋明責任之聲請人亦不公平，於此，應否定相對人能依民訴法第 538 條之 4 準用第 536 條第 1 項反擔保免為或撤銷假處分之可能。

另外，此調整亦有其缺點存在，即勢必加重聲請人之釋明責任，法院在審理定暫時狀態假處分要件與酌定擔保金額時亦須花費更多時間，將減損保全程序迅速性之追求，導致加速本案化之結果。然而，涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分事件與一般常見之定暫時狀態假處分事件，如通行權、扶養費等相較，急迫性程度較不明顯，換言之，在禁止董事執行職務事件中，通常不會因法院未在極短的時間內作出決定而發生重大損害，縱使真有此急迫情形存在，法院亦可妥善利用現有之制度因應，即依民訴法第 538 條之 1 為緊急處置或依第 538 條之 4 準用第 535 條之規定，法院得酌定定暫時狀態假處分所必要之方法。

²¹⁴ 王文字，定暫時狀態假處分與公司經營權之爭奪，公司與企業法制，元照出版，2000 年 5 月初版，頁 88。

藉由中間裁定之緊急處置，得暫時保全非常急迫之情事，避免危險之發生，法院亦得於此一期間獲得緩衝，使其能針對定暫時狀態假處分評估審酌，惟須注意者，依民訴法第 538 條之 1 第 1 項規定，此一程序須經聲請人聲請始得為之，法院並無職權發動之權限，且有效期間不得逾七日。期滿前得聲請延長之，但延長期間不得逾三日，即期間最長為十日。就須經聲請人另為聲請此點而言，應無太大問題，因緊急處置係附隨於當事人聲請之定暫時狀態假處分程序，乃為因應該程序之慎重化處理而設，應盡可能地減少聲請人因程序延滯所產生之不利益，法院並無依職權開始緊急處置裁定程序之必要。²¹⁵惟期間最長僅為十日，期限屆至不得再延長之此點，是否足以因應事證複雜之商事案件，係值得思考之問題，在立法論上若適度增加其期間或延長次數，應可增加其運用之彈性度，惟萬不可本末倒置，造成以緊急處置取代本案之定暫時狀態假處分。

再者，定暫時狀態假處分並非是全有或全無之零和遊戲，法院的選項絕不應僅有准許或駁回而已，如何在個案中實施正義，衡平當事人間之法律關係，使裁定之結果符合定暫時狀態假處分目的才是重點。定暫時狀態假處分既同時兼具訴訟性與非訟性，即必須視其情況交錯適用訴訟法理與非訟法理，依民訴法第 538 條之 4 準用第 535 條之規定，定暫時狀態假處分所必要之方法，由法院酌定之，包括得選任管理人及命令或禁止相對人為一定之行為。因而定暫時狀態假處分方法得以多樣化並具有彈性，於此裁量範圍內，法官得針對不同個案，依其專業作創設性、權宜性之裁判。然而於涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分時，聲請人多以「禁止某某董事行使其職權」為訴之聲明，而實務上可能囿於處分權主義下之習慣，通常僅為准許或駁回之裁定，形成「全有」或「全無」之二分法。亦即，法院若裁定准許定暫時狀態假處分之聲請，則定暫時狀態之方法往往即是聲請人聲請時所提出之方法，並未就個案思考是否有其他可達到目的之更小侵害手段，導致定暫時狀態假處分效力過於強烈，「假」處分可能成為「真」處分，「暫時」也可能變「永遠」，使該制度成為企業爭奪經營權之利器，提供了濫用之可能性。此外，亦有形成法律漏洞之疑慮，即若受禁止執行

²¹⁵ 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月，頁 61。

職務之相對人係基於公司法第 27 條第 2 項行使職務，當聲請人未聲明禁止法人改派代表人，則縱使相對人遭法院裁定禁止執行職務，仍生法人得否另行改派代表人之問題，如此紛紛擾擾，造成公司運作動盪、經營成本的消耗，以及公司股價的重大打擊。²¹⁶而問題之原因，皆在於法院未能妥善運用裁量權限之緣故，法院應視聲請人之主張及原因事實酌定暫時狀態之方法，非以禁止董事行使全部職務一項為依歸，譬如在本文第二章第二節第四項所舉之台灣大哥大案例中，其聲請人主張禁止相對人執行董事之職務理由之一即在於給予經理人報酬過高，與其他同業相較，顯然違反營業常規。法院當時係准許聲請人之聲請，裁定禁止相對人行使董事之職權，惟與全部禁止相對人執行職務之處分相較，依業界標準適度減少經理人之報酬，並對於相對人可能違反忠實義務之部分追究，要求其預先支付公司賠償金之作法，同樣可達到聲請人聲請定暫時狀態假處分之目的，亦屬對於相對人之侵害較小手段，應為較具合理性與兼顧當事人利益之作法，逕以禁止董事全部職權之處分，實為過於強烈，法院應在可達定暫時狀態假處分目的下，考量相對人違法情節之輕重、對公司繼續造成損害之可能性、公司內部治理缺點的嚴重程度，審酌以何種方式限制或禁止董事行使一定職權，對公司及當事人為兼顧利益與較小侵害之方法。²¹⁷惟須注意的是，若聲請人以表明具體之方法，基於聲請人係基於程序主體之地位，法院應予以尊重，若欲不採聲請人所請求之方法，亦應行使闡明權使當事人知悉，使當事人得掌握審理程序之方向，避免遭受突襲。

最後，在要求聲請人負擔完全釋明之責任下，法院在審酌時不免接觸到本案訴訟之事證與實體理由，也必須去衡量聲請人於本案訴訟中的勝訴可能性，否則無法論斷聲請人是否已達到釋明程度，聲請人釋明程度越高，也就代表勝訴可能性越大，相對人蒙受損害之機會較小，是以，假處分本案化係無法避免之結果，最高法院 20 年抗字第 5 號判例認為：「債權人起訴主張之實體上理由是否正當，乃屬本案判決問題，非假處分裁判中所能解決。」之見解，於此情形下將無適用之餘地。而在定暫時狀態假處分審理程序中，聲請人既就定暫時狀態假處分之要件為完全之釋明，相對

²¹⁶ 王文字，公司經營權爭奪與假處分制度，台灣本土法學第 58 期，2004 年 5 月，頁 98。

²¹⁷ 劉連煜，公司經營權爭奪與假處分之制度，台灣本土法學雜誌第 90 期，2007 年 1 月，頁 246。
方嘉麟，從台灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理之定位，政大法學評論第 83 期，2005 年 2 月，頁 144。

人亦經陳述意見、言詞辯論等程序就該要件提出抗辯以求降低法官之心證，當兩造已就該爭點為充分攻擊防禦而受有程序保障，法院就該爭點亦進行實質審理，此時為避免當事人於後續之本案訴訟為相反之主張、本案訴訟之法官為相反之判斷，造成矛盾之結果，此時應賦予法院於前開定暫時狀態假處分之判斷具有「爭點效」之效力，使其於本案訴訟中產生禁止矛盾之效果。並因此爭點效，使得當事人在前假處分裁定後，即得預見後本案訴訟法院就此重要爭點之心證，將減少續行本案訴訟之可能，達成紛爭一次解決之目的。

同時，既然無法避免假處分本案化發生，不妨從另一個角度，去緩和假處分本案化與定暫時狀態假處分急迫性之要求的兩難困境，即除了上述妥善利用緊急處置制度與酌定必要方法外，專業的商事法庭建立亦係值得思考之解決方案。目前法院的分案制度，有些法院係採民事法庭法官輪分假處分案件，每位民事庭法官機會均等，有些法院則是僅由強制執行處的法官處理假處分案件，而許多法院的強制執行處法官都只有一兩個，造成案件多由特定幾個法官審理²¹⁸。亦有學者指出，依照現行台北地院法院輪值制度，只要拿到法院案件庭期表分配，即可推算由何法官分配到該案件，而其他地區如新竹、士林等更是如此，而得估算該法官之心證大抵偏向何方，導致聲請人投機心態，更造成選購法院(Forum Shopping)之結果。^{219、220}另外，又因法官對於商業事件的專業度與經驗不足，何種情況可能造成公司之損害，無實際商務經驗之法官恐力有未逮，使得當事人對於裁判無預測可能性，法官間不同之標準更加重聲請人投機取巧的一試心態。雖然目前有些法院有設置商事法庭、金融法庭等，然而重點在於持續性，蓋法律之運作本須經驗的累積與實際的操作，但我國法院的事務分配，通常二至三年即有一次變動，以選填自願、期別、年資決定輪調之自利心態，往往無法維持專業之累積。以德國為例，在專庭之法官基本上係做到退休

²¹⁸ 蕭博文，避免濫用 關鍵在提高法官素質，中國時報，2010年1月18日，整理自楊代華，於「假處分制度之再檢討」座談會的發言紀錄。

²¹⁹ 林繼恆，於「探討法院假處分及裁定與金融業主管機關對於公司經營權的實質拘束力」研討會的發言紀錄，台灣法學第144期，2010年1月15日，頁84~85。

²²⁰ 實務曾發生一家公司全部的董監事皆遭法院以定暫時狀態假處分停止執行職務，同時法院也為這家公司選任臨時管理人，但該管理人其後卻遭另一法院再以定暫時狀態假處分停止行使職權之案例，參照板橋地院87年裁全地字第720號、台北地院87年裁全字第3091號及板橋地院87年裁全金字第2560號裁定。

為止，其專業度自然不在話下；²²¹而美國德拉瓦州衡平法院處理商業糾紛之法官，一任為十二年，致使衡平法院之判決具有相當之一致性與可預測性。²²²另有學者參酌美國德拉瓦州司法實務之操作，以忠實義務為例，認為德拉瓦州之最高法院及衡平法院所為之判決之所以能與時俱進，符合企業界之需求，使當事人兩造信服判決結果，原因在於專業之商業法庭之制度，使若干法官長期反覆解釋適用公司法，其擔任法官前與成為法官後累積了無數的經驗，方能形成判決先例。²²³是以，若藉由專業法庭之設置，可提升定暫時狀態假處分審理之效率與品質，有助於釋明與擔保金額酌定之標準統一，使裁判具有可預測性，當事人對於法院之裁定得以信服，進而減少定暫時狀態假處分之濫用，關於我國是否有創設此類制度之可能，用以作為涉及經營權爭奪之定暫時狀態假處分制度調整後之配套措施，實值得進一步研究。²²⁴

²²¹ 沈冠伶，於「探討法院假處分及裁定與金融業主管機關對於公司經營權的實質拘束力」研討會的發言紀錄，台灣法學第 144 期，2010 年 1 月 15 日，頁 90。

²²² 張心悌、朱德芳，商業法庭於美國發展現況與趨勢之研究，月旦法學雜誌第 177 期，2010 年 2 月，頁 24。

²²³ 曾宛如，股東會與公司治理，台大法學論叢第 39 卷第 3 期，2010 年 9 月，頁 156。

²²⁴ 關於商業法庭之建置，請興趣者請參張心悌、朱德芳，商業法庭於美國發展現況與趨勢之研究，月旦法學雜誌第 177 期，2010 年 2 月。

第七章 結論

定暫時狀態假處分制度自 2003 年民訴法修正後，增訂了若干規定，包括第 538 條第 1 項明定定暫時狀態假處分之要件、第 538 條第 3 項承認滿足性假處分之存在、第 538 條第 4 項給予雙方當事人陳述意見之機會、第 538 條之 1 法院認有必要時得依聲請以裁定先為一定之緊急處置、第 538 條之 2 滿足性假處分廢棄或變更時之給付返還規定、第 538 條之 3 撤銷定暫時狀態假處分之賠償責任等，並藉由第 538 條之 4 得準用假處分、假扣押之規定，使其聲請人於釋明有所不足時，得因擔保補充釋明制度而獲得定暫時狀態假處分救濟之可能。此次修法填補了定暫時狀態假處分制度長久以來法制面之空白，有效解決諸多爭議，在近 10 年後之今天，本文以涉及經營權爭奪之事件為焦點，檢視實務面之運作，尋求法制面細緻化、類型化之可能，期待能為定暫時狀態假處分於經營權爭奪中找到一適合之定位，消弭定暫時狀態假處分遭濫用之亂象，實踐定暫時狀態假處分之目的。

在現代公司治理之思潮下，所有權與經營權分離為一必然之方向，股東將其經營權力委託予經營者管理，期待其能為全體股東謀求最大利益，並給予報酬及掌管公司營運、方向之權限，然而依市場機制運作之結果，有效率者淘汰無效率者屬不變之道理，若公司經營者經營不善或未盡其忠實義務與善良管理人義務，有能者將取而代之，爭奪其經營權之地位。分析目前取得經營權之途徑，約略有市場收購股權、公開收購、委託書徵求與定暫時狀態假處分等四種，比較後可發現前三種皆為市場公平競爭下，有能者居之的方法，惟定暫時狀態假處分制度，本係保全之措施，用以避免因請求權實現上延滯所產生的現在危險，即目的在防止不能彌補之損害發生，現今卻成為企業間爭奪經營權之利器，在運用上，常見者諸如請求禁止股東行使股東權利、禁止董事、監察人執行職務、禁止股東召開股東會、禁止公司進行清算程序、禁止公司執行董事會決議等。其中最大宗者為禁止董事執行職務，以最直接之方式凍結經營權的行使，再配合召開股東會改選董事或聲請法院選任臨時管理人等措施，往往能收奇兵之效，致生經營權易主之結果。之所以演變至此，歸納可能的原因，應在於法院釋明標準模糊不清，使聲請人有一試之心態；擔保金額難以臆測，無法填補相對人所受之損失亦無把關作用；法院商務經驗與專業不足，未能體會此類事件之強烈外部性；假處分內容過於僵化，全有全無的零和判斷，導致定暫時狀態假處分效力過於強烈，「假」處分變「真」處分，「暫時」變「永遠」。因此，如何矯正定暫時狀態假處分遭濫用之現象，使其回歸在預防公司發生不可彌補之損害的定位，本文以為，可從三方面著手：

一、調整擔保補充釋明制度，使擔保機能趨向單一化

藉由調整擔保補充釋明制度，使聲請人須就定暫時狀態假處分要件為完全之釋明，掃除法院模稜兩可之心態，令法官必須正視經營權爭奪事件，如此可消弭浮濫擔保之疑慮，並且擔保金額功能將趨於單一化，僅需就相對人可能所生之損害為酌定，解決現今實務操作下所產生之雙重矛盾，亦即實務既認為在涉及經營權爭奪事件中的定暫時狀態假處分，聲請人應負擔較高之釋明責任，卻又認為得以擔保補充釋明，無異降低釋明責任；其二為法院認定釋明不足得以擔保補充之，卻於擔保金之酌定上，完全以相對人之損害酌定，未將釋明不足部分量化於擔保金額內。

二、擔保金額酌定標準回歸本質，以相對人實際損害為考量重點

在涉及經營權爭奪的定暫時狀態假處分事件中，擔保金額酌定標準甚為重要，蓋此類事件關公司經營權之更迭，若擔保金額核定標準過低，不免遭有心人士利用之可能，藉由少量的擔保金發動定暫時狀態假處分，動輒請求法院禁止董監事執行職務、禁止公司召開股東會、禁止股東行使股東權利等，擾亂公司常態運作。而擔保金額若核定過高，易使小股東怯步，令公司處於急迫危險或難以回復之損害之窘境，且減損股東行動主義所表彰之鼓勵小股東主動參與公司營運，凝聚少數股東之力去制衡或監督董事會的精神。目前擔保金額酌定之標準，實務審酌之因素大多為董監事剩餘任期內之報酬、本案訴訟審理可能所需之時間、公司淨利、董監事持股、公司資產等，眾多因素排列組合下，衍生出高達 9 種之酌定標準。可惜的是，實務並未體認經營權爭奪中，其背後強烈之外部性，致使擔保金額無法貼近相對人可能所生之損害，進而提高濫用定暫時狀態假處分之誘因，亦給予聲請人投機取巧之機會。是以，回到問題最初之本質觀之，擔保金之功能既在擔保若錯誤之假處分裁定所致生相對人之損害，在禁止董監事執行職務之定暫時狀態假處分事件中，遭禁止執行職務之董監事損害應是包含所受損害及所失利益，即係因錯誤假處分所喪失之報酬及所被剝奪之經營權等，始足以完全評價相對人之損害。而如何確切評斷經營權之價值，同時涉及法律、財金與會計等專業領域，尚待進一步研究，可資思考之方向為以該董事選任時之股東會，當選一席董事所需最低表決權數股份之控制權溢價計算。如此計算方式較能彰顯定暫時狀態假處分於經營權爭奪之特殊性，兼顧外部性與相對人實際所受之損害，應是值得參考之方法。在研究出一套具體可行衡量經營權價值之公式前，應暫採以公司淨利並加計董監事報酬總和為擔保金之審酌標準，係不得不之權宜辦法。

三、善用現有制度與建構完善配套措施

在調整擔保補充釋明制度後，聲請人既須就定暫時狀態假處分要件為完整之釋明，法院將無可避免地接觸本案實體理由，審理時需耗費更多時間，勢必損及其制度之迅速性、暫定性與附隨性，因而加速假處分本案化之情形。然而，雖假處分本案化的現象或多或少將減損或消除保全程序原有之基本特性，但並不能謂假處分本案化即係一種缺點，而應視為是當事人的程序利益、程序選擇權、紛爭解決一次性及避免裁判矛盾與訴訟資源的浪費等眾多因素結合下所衍生出之結果，法院重點應著眼於審理過程中，如何在原有特性與當事人間的程序保障中取得一平衡點。藉由妥善使用緊急處置與酌定必要之方法，一方面暫時保全非常急迫之情事，避免發生無法彌補之損害，另一方面尋求在可達目的之前提下，以何種方式限制或禁止董事行使一定職權，對公司及當事人為兼顧利益之較小侵害手段。另外，商事法庭之建置亦係值得研擬的配套措施，不僅可加速審理之進行、提升裁判之品質，並透過長期反覆之操作，累積一定之審查標準，進而形成判決先例，以達避免聲請人一試之投機心態，定暫時狀態假處分淪為經營權爭奪之利器。

誠然，定暫時狀態假處分僅係一種制度、一項工具，工具本身並沒有正負，如何運用得當，端視手持工具之人而定。於經營權爭奪中，公司派與市場派為了同樣之目的，必竭盡所能，不擇手段，今定暫時狀態假處分制度以其成本低廉、效用強大，快速且簡便之優勢，加上目前實務操作之缺失，提供雙方濫用之誘因，實不能怪使用該制度之人，定暫時狀態假處分制度定位絕不應是成為經營權爭奪之利器，問題的核心在於法院之判斷，如何正確作出准駁決定，須委諸於法官之智慧與健全之法制，本文嘗試針對此類事件就法制面作類型化與細緻化，期待重新找回定暫時狀態假處分之定位——避免公司發生不可彌補之損害。

參考文獻

【中文資料】（依作者姓氏筆畫順序排列）

一、期刊專文

1. 王文宇，公司經營權爭奪與假處分制度，台灣本土法學第 58 期，2004 年 5 月。
2. 王志誠，股東之提案權，月旦法學教室第 48 期，2006 年 10 月。
3. 王志誠，金融機構經營權之爭奪與定暫時狀態假處分之運用，台灣法學雜誌第 143 期，2010 年 1 月 1 日。
4. 方嘉麟，從台灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理中之地位，政大法學評論第 83 期，2005 年 2 月。
5. 方嘉麟，台灣大哥大假處分案之評析，月旦法學雜誌第 109 期，2002 年 2 月。
6. 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月。
7. 沈冠伶，判決理由中判斷之拘束力，台灣法學雜誌第 129 期，2009 年 6 月。
8. 林國全，監察人修正方向之檢討——以日本修法經驗為借鏡，月旦法學雜誌第 73 期，2001 年 6 月。
9. 邵慶平，論股東會與董事會之權限分配——近年來公司法修正之反思，東吳法律學報第 17 卷第 3 期，2006 年 4 月。
10. 許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，台灣法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月。

11. 陳志雄，公司經營權爭奪之相關法律問題，月旦法學雜誌第 26 期，1997 年 7 月。
12. 章友馨，齊頭式公平是真公平嗎？——從凱雷收購東森媒體案論股份收買請求權公平價格之裁定，月旦財經法雜誌第 13 期，2008 年 6 月。
13. 曾宛如，股東會與公司治理，台大法學論叢第 39 卷第 3 期，2010 年 9 月。
14. 黃國昌，單純不作為與容忍不作為假處分之競合——評最高法院九十二年臺抗字第五三二號裁定，月旦法學雜誌第 115 期，2004 年 12 月。
15. 黃國昌，比較民事訴訟法下的當事人圖像——由審理基本原則、證據收集權及證明度切入，政大法學評論第 67 期，2003 年 12 月。
16. 張心悌、朱德芳，商業法庭於美國發展現況與趨勢之研究，月旦法學雜誌第 177 期，2010 年 2 月。
17. 馮浩庭，從美國暫時禁制令看我國定暫時狀態之假處分——以專利侵權爭議為例，政大智慧財產評論第 2 卷第 1 期，2004 年 4 月。
18. 馮震宇，從美國司法實務看台灣專利案件之假處分救濟，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月。
19. 葉賽鶯，從最高法院若干裁判探討「定暫時狀態之假處分」，全國律師，1998 年 8 月。
20. 劉連煜，股份收買請求權與控制權溢價，月旦法學教室第 65 期，2008 年 3 月。
21. 劉連煜，公司經營權爭奪與假處分之制度，台灣本土法學雜誌第 90 期，2007 年 1 月。

二、研討會資料

1. 沈冠伶，於「探討法院假處分及裁定與金融業主管機關對於公司經營權的實質拘束力」研討會的發言紀錄，台灣法學第 144 期，2010 年 1 月 15 日。
2. 林繼恆，於「探討法院假處分及裁定與金融業主管機關對於公司經營權的實質拘束力」研討會的發言紀錄，台灣法學第 144 期，2010 年 1 月 15 日。
3. 葉大殷，於「禁止董、監事行使假處分相關問題之研討」的發言紀錄，月旦法學第 44 期，1998 年 1 月。
4. 鄭傑夫，於「禁止董、監事行使假處分相關問題之研討」的發言紀錄，月旦法學第 44 期，1998 年 1 月。

三、中文書籍

1. 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，自版，2004 年 9 月。
2. 王文字，公司法論，元照出版，2008 年 9 月 4 版。
3. 王文字，定暫時狀態假處分與公司經營權之爭奪，公司與企業法制，元照出版，2000 年 5 月初版。
4. 王文字，定暫時狀態假處分與公司經營權之爭奪，新公司與企業法，元照出版，2003 年 1 月。
5. 方嘉麟，《會計表冊承認制度之研究兼論違法盈餘分配之責任歸屬》，「現代公司法制之新課題」——賴英照大法官六秩華誕祝賀論文集，元照出版，2005 年 8 月。
6. 沈冠伶，保全程序之新變革，民事程序法之新變革，自版，2009 年 11 月。

7. 李木貴講述，民事訴訟法(下)，自版，2010年9月3版。
8. 李貞儀，禁止董事行使職權之假處分，公司經營權爭奪與假處分(葉大殷、陳錦隆、李貞儀、賴中強、江如蓉、黃馨慧合著)，元照出版，1999年12月。
9. 邱聯恭，民事訴訟法修正後之程序法學——著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向，程序利益保護論，元照出版，2005年4月。
10. 邱聯恭，假處分要件之釋明，民事訴訟法之研討(四)，1993年12月，初版。
11. 邱聯恭，於司法院民事訴訟法研究修正委員會第391次會議之發言紀錄，收錄於司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(八)，1992年。
12. 林仁光，董事會功能性分工之法制課題，台灣法學新課題(三)，元照出版，2005年11月初版。
13. 邵瓊慧，我國智慧財產案件定暫時狀態處分制度之研究——兼論美國案例最新發展，「智慧財產訴訟制度相關論文彙編」第一輯，司法院出版，2010年11月第1版。
14. 姜世明，專利侵權事件之假處分程序，民事程序法實例研習(二)，元照出版，2010年9月初版。
15. 姜世明，證明度之研究，舉證責任與證明度，新學林出版，2008年10月。
16. 姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2011年1月4版。
17. 吳光明，證券交易法論，三民書局出版，2007年7月9版。
18. 吳明軒，民事訴訟法(下)，自版，2009年10月修訂8版。
19. 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2004年2月。
20. 陳計男，民事訴訟法論(下)，三民書局出版，2010年4月修訂5版。

21. 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法(下)，三民書局出版，2010年1月修訂5版。
22. 黃國昌，民事訴訟法教室 I，元照出版，2010年9月2版。
23. 楊建華，問題研析——民事訴訟法(三)，自版，1989年5月。
24. 葉銀華、李存修與柯承恩，公司治理與評等系統，商智文化出版，2002年11月初版。
25. 潘維大，英美法導讀講義，瑞興圖書出版，2003年9月3版。
26. 劉連煜，現代公司法，新學林出版，2008年2月3版。
27. 劉連煜，股東會決議解任董監事及董監事因無正當理由遭解任所得請求賠償之範圍——以最高法院 81 年度台上字第 3013 號等三則判決之評釋為中心，公司法理論與判決研究(二)，自版，1998年4月。
28. 劉連煜，新證券交易法實例演習，元照出版，2008年9月增訂6版。
29. 劉連煜譯，美國模範商業公司法，五南出版，1994年2月初版。
30. 劉連煜、林國全、洪秀芬、曾宛如，股東會委託書之管理，元照出版，2007年5月初版。
31. 劉尚志、張宇樞、王敏銓、林明儀，美台專利訴訟——實戰暨裁判解析，元照出版，2005年4月。
32. 駱永家，民事訴訟法 I，自版，1997年3月8版。
33. 駱永家，既判力之研究，自版，1999年9月11版。
34. 賴英照，股市遊戲規則——最新證券交易法解析，自版，2006年2月初版。

四、學位論文

1. 沈靖家，公司經營權爭奪之研究——以定暫時狀態假處分制度為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2008年7月。
2. 沈冠伶，公害制止請求之假處分程序——從程序機能論與紛爭類型審理論之觀點，台灣大學法律研究所碩士論文，1994年6月。
3. 曹瑞泰，本國銀行之經營與併購——以新銀行為例，台灣大學國企所碩士論文，2001年6月。
4. 饒佩妮，論控制權溢價之歸屬，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2009年6月。

五、報章雜誌

1. 王己由，拒撤得易購假處分 事務官竟不用法官，中國時報，2010年3月5日。
2. 李念祖，假處分與公司治理——從法院禁止公司董事行使職權談起，經濟日報，2003年7月15日，6版。
3. 林亞偉，六十六天奪權奇謀，商業週刊第813期，2003年6月23日。
4. 邱馨儀，陳五常收復宏易 將對前董座提告，聯合報，2010年11月6日 AA2版。
5. 袁延壽，力麗提告 主張中石化股東會無效，工商時報，2012年6月28日，A2版。
6. 莊雅婷編譯，調查 AIG、高盛等獲紓困照發巨薪案 棍子高高舉起 輕輕放下 ...，經濟日報，2010年7月25日，A7版。

7. 黃日燦，黃日燦看併購／轉進東森媒體 凱雷再創第二春，經濟日報，2011年12月1日，B7版。
8. 溫建勳，敵意併購藏鏡人 現身——梁懷信 出身證期會，經濟日報，2009年12月1日C6版。
9. 蔡玉真，「巧用假處分，蔡明忠奪權成功」，今周刊第347期2003年8月18日。
10. 齊聿利，炎洲入主亞化 創敵意併購先例，商業週刊第1151期，2009年12月14日。
11. 薛翔之，登報找股東送禮券 金管會指變相價購，聯合報，2010年10月8日AA2版。
12. 蕭博文，假處分威力大 流為商業競爭手段，中國時報，2010年1月18日，整理自陳志雄，於「假處分制度之再檢討」座談會的發言紀錄。
13. 蕭博文，避免濫用 關鍵在提高法官素質，中國時報，2010年1月18日，整理自楊代華，於「假處分制度之再檢討」座談會的發言紀錄。

【英文資料】(依作者姓氏字母順序排列)

一、專書

1. Bryan A Garner (2010), Black's Law Dictionary, 9th ed. West Group.
2. John F. Dobbyn (1974), Injunction in a nutshell, West Group.
3. Loss, & Seligman (2001), Fundamentals of Securities Regulation, Aspen Law & Business.
4. Robert W Hamilton (1996), the Law of Corporations in a Nutshell, 4th ed.

二、期刊

1. Bethany M. Bates (2011), Reconciliation After Winter: The Standard for Preliminary Injunctions in Federal Courts, *Columbia Law Review*, Vol. 111.
2. Charles B. Blackmar (1947), Power of a Court to Modify a Final Permanent Injunction, *Michigan Law Review*, Vol.46, No.2.
3. John Leubsdorf (1978), The Standard for Preliminary Injunction, *Harvard Law Review*, Vol.91.
4. Morton Denlow (2003), The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard, *22 Rev.litig.*510.
5. Michael R. Lozeau (1990), Preliminary Injunction and the Federal Water Pollution Control Act: the Clean Water Permit Program as a Limitation on the court's equitable discretion, *42 Rutgers L. Rev.* 701.

【日文資料】(依作者姓氏筆畫順序排列)

1. 本間健裕，商事仮処分——取締役らの職務執行停止・代行者選任の仮処分，会社訴訟・商事仮処分・商事非訟(門口正人編)(新・裁判実務大系第11巻)，青林書院，2001年7月30日。
2. 野村秀敏，保全訴訟と本案訴訟——被保全権利の審理を中心として，千倉書房，1981年。