

## 商事法篇

主筆人 | 張文蘭

### 一、前言

近年來國考考題與法研所的考題的近似程度越來越高，難易程度也都相仿(而且都是呈現越來越難的走向)，且與傳統題型不同，多具變化性，考驗考生的創意與整體的理解。而在商法這區塊，因為商事本身就具有瞬息萬變、彈性多元的性質，因此這區塊的考題更加難以捉摸，即使認真把教科書翻了好幾遍，看到考場上的題目仍然會無法下筆。所以，要能在商法區域拿到高分，單純看教科書是不夠的，重要的是要看學者的文章，特別是比較新比較近的文章，且通常文章內也會提及最新的實務見解以及學者對之的評析，等於看完文章可以同時掌握最新的主管機關、司法實務、學說見解，一舉數得。從法研所的考題內也完全可以印證，都是由文章內的内容改編而成。因此要有效率的準備國考的商法科目，在看完一遍教科書有基本概念後，累積文章的閱讀是最適合的途徑。

### 二、公司法

#### (一) 表決權拘束契約

1. 表決權拘束契約，須了解其僅為「股東協議」之其中一種類型。所謂股東協議，係指股東與股東間，就公司內部經營方式、控制權之分配或經濟利益等事項約定，以創設或變更股東在公司法上既定之權利義務關係，其類型包含股權轉讓限制條款、控制權條款、公司組織調整條款以及突破僵局條款<sup>1</sup>。而表決權拘束契約就是屬於控制權條款中的其中一種。股東間協議之有效性或效力為何，我國公司法並未明文(除了表決權拘束契約外)，但依實務及通說見解，基於私法自治、契約自由及財產權保障之觀點，股東既可自由使用收益處分其股份，自然也可在不違反強制禁止規定、公序良俗之前提下，自由訂立合法有效之契約<sup>2</sup>，只是該契約屬於債權契約，不具對世效，若有違反亦僅得透過債務不履行之規定處理。
2. 表決權拘束契約依前述，在不違反強制規定、公序良俗之前提下，本應合法有效。然而，在 107 年修法增訂公司法第 175 條之 1 前，傳統實務見解向來認為，若股東間得於事前訂立表決權拘束契約，則公司易為少數大股東所把持，對於小股東甚不公平，更易使有野心之股東，以不正當手段締結此種契約，達其操縱公司之目的，不特與公司法有關股東會

<sup>1</sup> 楊岳平，論股東協議自由與其限制——以美國模範商業公司法為比較研究對象，台灣法學雜誌第 392 期，2020 年 5 月，p.67~69。

<sup>2</sup> 王志誠，股東書面協議法制(上)——公開化或閉鎖化之判定基準？，月旦法學雜誌第 174 期，2009 年 11 月，p.137。

或董事會決議規定之原意相左，且與公序良俗有違，自應解為無效(最高法院 71 年度台上字第 4500 號民事判決參照)。學說則有採肯定說者，認為在尊重私人自由經濟企業之利益、契約自由原則考量下，倘其訂立目的，最終為了公司之利益，公司債權人及其他股東並無被詐害之情形且不違反法律規範及已承認之公共政策，則應認其約定有效<sup>3</sup>。惟亦有認為由公司法及企併法之修法歷程觀之，立法者係逐步開放表決權拘束契約，從締結情形限於企業併購(企併法第 10 條)，放寬至閉鎖性公司得不拘情形採用(公司法第 356-9)，再至所有非公開發行公司均可不限於企業併購之特殊情形下採用(公司法第 175-1)，因此若非符合企併法第 10 條或公司法第 356-9 者，於 175-1 增訂前之表決權拘束契約不合法<sup>4</sup>。

3. 於 107 修法增訂 175-1 後，雖明文允許非公發公司之股東均可以訂立表決權拘束契約，惟不表示契約內容必定合法有效，其仍須受到司法審查之檢視，蓋表決權拘束契約之實際效應並非僅拘束締約當事人兩造間之權利義務而已，其涉及其他股東對公司經營之權利及公共利益，此處公共利益與公司治理緊密相關<sup>5</sup>。例如，表決權拘束契約可否約定長期，甚至無存續期間限制？學者指出，比較法上，若未約定存續期間，則他方得隨時終止、或有規定最高不得超過 3 年或 10 年者<sup>6</sup>。我國學說亦多認為，若允許長期之表決權拘束契約，將導致股份與表決權長期分離，此種非常態之狀況對公司並非有利(蓋所有權與表決權長期分離將形成龐大代理成本、長期壟斷經營權、形成萬年董事會、違反大股東或董事之受託義務)。實務(106 年台上字第 2329 號判決)之見解亦指出「『上訴人出售持股或被上訴人非為彰化銀行最大股東』之解除條件，自締約迄今已逾 13 年尚未成就。上訴人支持被上訴人取得經營權之時間是否已逾合理範圍，造成股份與表決權長期分離，對公司治理不利，而其仍應受其拘束，是否有違公序良俗？非無探求餘地」、台灣高等法院上更(一)字第 77 號判決理由中則說明「表決權拘束契約若未定有期限，須整體觀察表決權拘束契約有無足以排除表決權長期受到拘束之機制，如受拘束股東得利用該機制排除表決權拘束契約之拘束，自不能僅因表決權拘束契約無期限之約定，即遽認表決權拘束契約於特定期間經過後即自動失其效力。」

#### 4. 110 年台大辛組商事法第 1 題

- (1) 本題，甲乙二股東分別持股 67% 及 20%，A 公司之董事席次僅三席，而甲乙間約定「在目前股權結構維持不變之情形下，日後每次董監事選舉，乙都必須支持甲當選兩席董事，另一席次則由乙當選」。由此可知，該約定乃股東與他股東約定，於一般的或特定

<sup>3</sup> 劉連煜，現代公司法，增訂 13 版，p.205~209。

<sup>4</sup> 曾宛如，論股東表決權拘束契約之界限——評最高法院 106 年度台上字第 2329 號民事判決及臺灣高等法院 108 年度上更一字第 77 號民事判決，月旦裁判時報第 101 期，2020 年 11 月，p.63~64。

<sup>5</sup> 同前註，p.68。

<sup>6</sup> 同前註。

的場合，就自己持有股份之表決權，為一定方向之行使之表決權拘束契約。於 107 年修法後，雖明文允許非公發公司之股東間訂立此等契約，惟股東彼此間具體訂立之表決權拘束契約是否合法有效，仍須受到司法審查標準之檢視，視其約定內容是否違反強行規定、公序良俗、公司治理之原則等。本件之約定，並未設有契約存續期間，而係以「A 公司股權結構變更」為契約失效之解除條件，看似有排除表決權長期受到拘束之機制，惟該條件若一直不成就，即甲乙丙三股東之持股長期比例維持原樣，則該契約之拘束效力將長期存續，使公司經營權處於幾乎無可更迭之情形，違反公司治理之原則，故可認為違反公共利益而無效。

### 三、保險法

(一) 於保險人同意承保前，先預繳第一期保險費之法律效果：

1. 保險法施行細則第 4 條第 3 項規定：「人壽保險人於同意承保前，得預收相當於第一期保險費之金額。保險人應負之保險責任，以保險人同意承保時，溯自預收相當於第一期保險費金額時開始。」保險實務運作之模式通常為，保險業務員招攬保險業務，由要保人填具要保書後，交由保險業務員，再由保險業務員交給保險公司進行核保。且保險業務員通常會先向要保人預先收取第一期之保費，以確保保險公司同意承保、保險契約成立生效時，即已取得其承擔風險之對價。然而，在業務員收取了要保人所繳交之要保書及第一期保費後，於轉交給保險公司、並等待保險公司進行內部核保程序的這段「核保期間」，若不幸發生了保險事故，而被保險人本已符合保險公司之核保規則、依通常情形保險人本應同意承保，保險人卻因被保險人發生保險事故而拒絕承保、進而主張契約不存在、拒絕理賠，應如何處理：
  - (1) 最高法院 69 年台上字第 3153 號判決，認為人壽保險契約如有預收第一期保費者，係以“保險人同意承保”為停止條件之契約，而於條件成就後發生溯及成立之效力。如依照通常情形保險人應予承保，而僅因被保險人以死亡而拒絕承保，希望藉以免除責任，乃以不正當行為阻其條件之成就，依民法第 101 條之規定，此時視為條件已成就，故契約溯及於保險人預收保費時即成立生效，保險人應負給付保險金之責任。
  - (2) 學說認為上述實務見解之雖係保護不幸提前死亡之被保險人，惟其將“承諾”理解為“停止條件”，係將契約之一般成立要件與契約之特別生效要件混為一談，與契約之基本原則與法理有違。其認為，保險人在被保險人合於承保條件下，卻因保險事故之發生即拒絕承保，係違反誠信原則，依照民法第 245 條之 1 第 3 款之規定，要保人或受益人即可對保險人主張締約上過失之損賠責任，而損害額之計算即可以本應取得卻未取得之保險金請求權為計算範圍<sup>7</sup>。

<sup>7</sup> 葉啟洲，保險法，六版，2019 年 3 月，p.52。

- (3) 有學說認為，若契約內載有人壽保險單示範條款之約定，則在保險人預收相當於第一期之保費後，應解為其已默示同意承擔「核保期間」內保險事故發生之危險，即其已同意提供該暫時性之保障，則縱使其事後不同意承保導致原保險契約未成立，仍應給付保險金。申言之，其認為應區分保險人預收第一期保費後之危險承擔期間，一者為同意承保前之危險承擔，另一為同意承保後之原保險契約存續期間<sup>8</sup>。
- (4) 另有學說認為，保險人固然可以決定是否同意承保，惟若符合保險人核保規則，且無要保書保險人書面詢問事項中，恐影響保險人核保與否之情事者，保險人應予以同意承保，保險人僅因同意承保前知悉被保險人身故，避免依保險法施行細則第 4 條第 3 項規定保險人保險責任溯及自預收第一期保險費時，遂拒絕同意承保，保險人權利行使上，顯然已違反民法第 148 條第 2 項權利行使應依誠信原則之規定，故應限縮保險人契約自由之權利，而應予以同意承保。換言之，倘若保險人依其公司內部核保作業準則，應予以同意承保者，即不得恣意以與核保無關事項，作為拒絕承保事由<sup>9</sup>。

## (二) 110 年台大辛組商事法第 2 題

1. 甲透過 A 保險公司之保險業務員乙投保失能扶助險，乙預收了第一期保費。在 A 公司同意承保前，甲因不明原因而主動脈剝離住院。依題示，甲之肝炎問題距今已 15 年之久，且 6 年前已有報告顯示其肝指數正常，符合承保條件，A 公司本應承保，卻因甲住院之事、且特別要求其在無法配合時進行檢查、並進而拒絕承保，似乎係在規避其未來可能要負擔的保險責任、濫用其締約自由。本題之討論順序係從保險契約通說認為係不要式、不要物契約，雙方意思表示合致始生效，故須待保險人為同意承保之意思表示後保險契約始成立生效。接著說明保險業務員之受領權，其收取第一期保費，依通說見解，應認等同保險人已收取第一期保險費，即業務員縱延遲轉交給保險人，該遲交之風險亦由保險人承擔。最後再討論保險人預收第一期保費之法律效果。惟須注意者係，本題甲所投保者係失能扶助險，並非人壽保險，故保險法施行細則第 4 條第 3 項或人壽保險單示範條款均只能參考，但無法直接適用。

## 四、證券交易法

### (一) 持有人主張財報不實責任時的舉證責任分配(是否有詐欺市場理論之適用?)

1. 所謂「詐欺市場理論」，簡言之，係指如投資人信賴因不實資訊而「扭曲之價格」而為交易，即可推定該交易與不實資訊間有因果關係，此時「交易因果關係不存在」之舉證責任即轉由被告承擔，因而減輕原告投資人之舉證負擔。此理論適用於證交法第 20 條之 1 且請求權人為取得人或出賣人時，已廣為通說及實務所承認。然而，若今天請求權

<sup>8</sup> 汪信君，壽險契約之成立與保費之交付，月旦法學教室第 37 期，2005 年 11 月，p.30~31。

<sup>9</sup> 卓俊雄，論保險契約之效力，月旦法學教室第 222 期，2021 年 4 月，p.27。

人為持有人，是否仍然能適用詐欺市場理論，推定其係因信賴市場價格、進而間接信賴不實資訊，因此選擇繼續持有，故有交易因果關係？

(1) 否定說：

採否定見解者認為，因善意持有人於買入時，不實財報尚未公布，而在不實財報公布後，其並未有任何賣出之積極作為，因此善意持有人應無對市場詐欺理論之適用<sup>10</sup>。持有人須正面舉證其係善意信賴該不實資訊或不實之市場價格而選擇不為賣出。例如，其得以透過舉證「當時本有出售系爭股票之計畫，但卻於不實資訊公告後停止其出售持股計畫」的方式來證明，以取代較難證明之「信賴財報而未賣出」<sup>11</sup>。

(2) 肯定說：

有學說認為，立法者既認「持有人」與「取得人」、「出賣人」都應加以保護，皆賦予其損害賠償請求權，則在司法實務上若以持有人不能受到交易因果關係的推定，而全面地阻絕其勝訴的可能，此不僅是限縮其適用範圍，而可以說是實質地使法條成為具文，當非妥適。再者，交易因果關係的推定，對於取得人或出賣人之買賣動機在所不論，而僅是以市場價格為媒介；若依保護持有人之立法意旨，而將此一推定擴及於持有人，此時亦當無須論持有人『繼續持有』的動機，而可用來推定持有人『不交易』的因果關係，理論上亦無絕對不宜之處<sup>12</sup>。

2. 110 年政大法研所財經法組商事法第 2 題

(1) 甲為證交法第 20 條之 1 所稱之持有人：

依通說，該條所稱持有人，係指在不實資訊公布前即已買進，並於買入後因相信不實資訊為真實，而繼續持有之人。甲在 100 年時即買進，並繼續持有至今，而 A 公司財報不實係於 110 年 1 月始爆發。

(2) 甲於訴訟上將面臨之抗辯之一即為交易因果關係之舉證責任分配，亦即其有無詐欺市場理論之適用。肯否兩說均說明後，個人見解處可採另一學說之見解，即認為，由於持有人係於不實資訊充斥於市場期間「消極未賣出」股票之人，既然其「未交易」，若要求其必須就根本不存在的「交易因果關係」負舉證責任，等於是剝奪其請求權，將違反證交法第 1 條保障投資之立法目的，故應構成民事訴訟法第 277 條但書之「依其情形顯失公平」，應將舉證責任「倒置」（非僅「減輕」而已）由被告負擔<sup>13</sup>。

<sup>10</sup> 林國全，財報不實之民事責任，月旦民商法雜誌第 48 期，2015 年 6 月，p.27。

<sup>11</sup> 劉連煜，〈財報不實案中有關證券持有人的舉證、過失比例責任及會計師事務所之連帶責任—臺灣高等法院 101 年度金上字第 7 號民事判決評釋〉，《法令月刊》，第 64 卷 12 期，p.1~24。

<sup>12</sup> 邵慶平，證券團體訴訟中因果關係構成要件的比較研究——兼論投保中心制度的改革方向，臺北大學法學論叢第 99 期，2016 年 9 月，p.168~170。

<sup>13</sup> 戴銘昇，看得到、摸不著的持有人請求權——資訊不實之交易因果關係 / 最高院 104 台上 225 判決，台灣法學雜誌第 311 期，2017 年 1 月，p.126~127。