

# 《商事法與國際私法》

一、A 公司係為經營自來瓦斯業務而設立之公司，需鋪設地下管線等開業準備工程，始能開始營業。因工資及建材價格上揚等因素，設立後第 3 年，A 公司原始資金及其他融資手段皆已用盡，但尚須繼續投注資金，進行 2 年之工程建設，始能開始營業，預估營業後第 3 年可開始獲利產生盈餘。為解決當前面臨之資金短缺困境，A 公司乃擬變更章程，增列發行固定股息年率 6%，期限 5 年之建設股息特別股規定。請說明：

(一) A 公司得否於設立後第 3 年始變更章程增列建設股息特別股規定？(10 分)

(二) 主管機關對於上述條件之特別股，應否許可發行？(10 分)

命題意旨	本題旨在測驗同學是否瞭解建設股息之特性，尤其是公司法第 234 條「章程」及「開始營業前」之解釋。
答題關鍵	應說明建設股息為公司無盈餘時仍可發放盈餘之例外，並針對公司法第 234 條之「章程」及「開始營業前」所指為何，列出肯否兩說討論，最後再採取一說作答。
高分閱讀	1.《月旦法學教室》第 22 期，建設股息【相似度 100%】。 2.辛政大，公司法講義第 5 回第 18~19 頁。 3.邱律師，《公司法（圖說）》，第 19-7~19-8 頁。

## 【擬答】

為維護公司債權人權益，公司法第 232 條第 2 項規定，公司無盈餘時，不得分派股息及紅利，此亦為資本維持原則之展現。惟鋼鐵、捷運等基本建設，多需大量資金，且創業準備期間通常較長，若嚴守無盈餘即不得分派股利，因公司創業初期未能開始營運而無盈餘可供分派，將減低大眾對該等事業之投資意願，有礙經濟發展，故公司法第 234 條特設例外：

(一) A 公司得否於設立後第 3 年始變更章程增列建設股息特別股規定，涉及公司法第 234 條第 1 項之「章程」是否以「公司設立時之章程」為限？對此，有肯否兩說：

1. 肯定說：

因建設股息之立法旨趣，係使以經營籌備期間較長之事業為目的之公司容易成立，故公司成立後，再變更章程而為建設股息之規定，則為法所不許。

2. 否定說：

(1) 依文義解釋，條文並未明定「公司設立時之章程」。

(2) 公司設立時所擬資金計畫無須發行建設股息，但其後因各種環境或條件變化，致公司有利用此制籌措資金之必要時，若僅因原始章程未明定即禁止其利用此制，將導致資金無以為繼，使此攸關國計民生之重大事業無法完成，已進行尚未完成之建設淪於無端浪費。

3. 管見以為，應以否定說為是，因變更章程依公司法第 277 條須經股東會特別決議，且第 234 條第 1 項尚規定需經主管機關審慎評估後予以許可，故已可兼顧股東及債權人之保護，即第 234 條第 1 項之「章程」不以「公司設立時之章程」為限。

4. 小結：A 公司擬以變更章程之方式，發放建設股息特別股，因公司法第 234 條第 1 項所稱之「章程」不以原始章程為限，故 A 公司得於設立後第 3 年始變更章程增列建設股息特別股。

(二) 主管機關應否許可發行，涉及建設股息之分派，是否以「開始營業前」為限？對此，有肯否兩說：

1. 否定說：

公司開始營業後，獲利機會增加，對債權人之保障無更不利之情形，故可繼續分派股息。

2. 肯定說：

(1) 法條文字為「於開始營業前」。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

(2)現行法例外承認尚未開始營業之公司得在無盈餘時分派建設股息，係因該等公司具有「依其業務之性質，自設立登記後，需二年以上之準備，始能開始營業者」特質，惟該等公司一旦開始營業，其有別於一般公司之特質即已解消，而應回歸常態。

3.管見以為，基於例外從嚴之原則，應以肯定說為是，即建設股息之分派，以開始營業前為限。

4.小結：A 公司雖得變更章程，增列發行建設股息，惟建設股息之分派以開始營業前為限，故其擬發行為期 5 年之建設股息特別股，尚包括開始營業後之 3 年，應非可行，故主管機關應否准該建設股息之發放。

二、A 簽發本票一張，以 B 為受款人，發票日為 2009 年 1 月 7 日，但未載到期日。B 要求 A 必須另覓保證人為此張本票保證。A 商得甲之同意後，甲於票據背面書寫保證人三字並蓋章，惟未記載被保證人。B 以空白背書之方式轉讓票據給 C，C 復以空白背書之方式轉讓給 D。D 於 2009 年 7 月 10 日向 A 提示付款，遭到拒絕。D 現以甲為對象，擬依票據法之規定向法院聲請裁定強制執行。請附理由說明上述 D 之主張有無理由及 A、B、C、甲之票據責任。(20 分)

命題意旨	本題所涉者，皆為典型爭點。對此，賴政大老師於上課時全數皆已一一說明，並提醒同學要注意該等問題。相信，上過賴老師之課程及熟讀賴老師之著作者，本題應有十足把握。
答題關鍵	1.保證之相關要件。 2.背書連續之判斷。 3.見票即付票據之特殊要求。 4.第 104 條之相關爭論。 5.第 123 條之相關爭論。
高分閱讀	法正，《票據法（圖說）》，P.2-92~93、2-60、2-66、2-148，高點出版。

### 【擬答】

(一)甲之行爲效力：

- 1.保證因屬票據行爲，依票據法（下同）第 124 條準用第 59 條第 1 項，除由保證人簽名外，並應記載保證之意旨、被保證人之姓名及年、月、日。依同條第 2 項，未載明保證之年月日，則以「發票之年月日」為保證之年月日；第 60 條，「未載明被保證人，視為『發票人』保證。但得推知為何人保證者，以『該推知之人』為被保證人」。另學者多認，參酌第 59 條之文義，保證之記載處所，得在本票之正面、背面，亦得在謄本上為之。
- 2.甲之內心有為 A 保證之意思，形式上亦符前述之「保證人簽名」、「保證之意旨」之要求。雖未寫明為 A 保證，但依前所示，可認甲乃視為為發票人 A 保證，並以發票日即 2009 年 1 月 7 日為保證日。
- 3.綜上所言，甲之行爲乃一有效為 A 保證之票據行爲。

(二)B、C 之行爲效力：

- 1.如前所述，因甲之行爲乃為保證，且自形式上即可得知，故其即便於背面簽名，亦不得評價為背書。此時，依題意觀之，B 為第一背書人。
- 2.對於記名票據之背書連續判斷，實務及學說皆認自受款人以至執票人，在形式上皆相連續並無中斷；詳言之，除第一背書人為受款人外，其餘之背書人，皆為前一背書之被背書人依次銜接，以至於最後之執票人。
- 3.因 B、C 乃以空白背書方式轉讓，依第 32 條，空白背書得以交付、空白背書與記名背書之方式轉讓，故而背書如全採空白背書之方式，自無背書不連續之問題。
- 4.綜上所言，自 B 至 D，系爭票據之背書連續。

(三)D 之主張是否有理由：

- 1.如前所述，系爭票據背書連續，D 為合法票據權利人。
- 2.惟，即便 D 為合法票據權利人，行使權利仍須受票據法相關程序之限制。系爭票據未載到期日，依第 120 條第 2 項視為見票即付。此時，準用第 66 條及第 45 條之結果，D 應於發票日起六個月內為付款之提示；然依題意，D 至 2009 年 7 月 10 日方為提示，顯未遵期提示。
- 3.D 對 B、C：因 D 未遵期提示，準用第 104 條之結果，對 B、C 喪失追索權。
- 4.D 對 A：此時，是否亦因準用第 104 條，使 D 對 A 喪失追索權？按第 104 條第 1 項之「前手」，是否包含



匯票承兌人，學說及實務多有爭論。多數說以為，因第 52 條第 1 項使匯票承兌人負絕對付款之責，故第 104 條第 1 項之「前手」不含匯票承兌人。因第 121 條規定本票發票人之責任與匯票承兌人相同，故於準用第 104 條第 1 項時亦應為相同之解釋。故，D 對 A 仍得行使追索權。

5. D 對甲：依第 123 條文義，受聲請執行之對象為本票發票人。此時，是否因準用第 61 第 1 項，使保證人甲與 A 負同一責任，而應受執行？50 年台抗字第 188 號判例已明示「本票之保證人，依票據法§124 準用同法§61 之結果，固應與被保證人負同一責任，惟同法第 123 條，既限定執票人向本票發票人行使追索權時，得聲請法院裁定後強制執行，則對於本票發票人以外之保證人行使追索權時，即不得類推適用該條之規定逕請裁定執行。」故依實務見解，本題 D 對甲聲請強制執行，實無理由。

三、甲託運人在其貨物裝船後，自乙海上運送人所獲得之載貨證券上有數量不知條款（並記明不知之理由為「未得計算」），於該載貨證券轉讓給丙後，丙根據該載貨證券何以得在目的港向乙請求交付貨物？丙在取得貨物並打開包裝後發現該貨物數量與其所購買之數量不符，並經乙主張因該載貨證券上有數量不知條款而免責時，丙根據海商法第 61 條主張該數量不知條款因減輕運送人之文義責任而無效，丙之主張在我國法有無理由？若載貨證券上之記載僅具推定效力（或稱表面證據效力），而不具文義責任效力，則丙上開之主張之容許性有無不同？惟此時載貨證券上之記載既如上開之假設僅具推定效力（或稱表面證據效力），則丙能否僅根據該載貨證券向乙請求交付實際裝載之貨物？（20 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學是否知悉載貨證券之特性，及據告稱記載之效力。
答題關鍵	應說明載貨證券具繳回性，至於受貨人如何行使權利則涉及海商法第 58 條；又載貨證券上有據告稱記載時對於第三人之效力為何，向為學說爭議所在，須將此爭點詳細說明；另有關海商法第 61 條之解釋亦為本題之答題重點。
高分閱讀	辛政大，海商法講義第 3 回，第 25、29~31 頁。

### 【擬答】

(一)丙得根據該載貨證券在目的港向乙請求交付貨物之理由如下：

- 依海商法第 60 條第 1 項準用民法第 629 條規定，交付載貨證券於有受領物品權利之人時，其交付就物品所有權移轉之關係，與物品之交付，有同一之效力。又載貨證券具有繳還證券之性質，運送貨物經發給載貨證券者，貨物之交付，應憑載貨證券為之，此由海商法第 60 條第 1 項準用民法第 630 條規定可知。故持有載貨證券者，於符合海商法第 58 條之規定下，即可憑載貨證券請求交付運送物，運送人亦有交付之義務。
- 海商法第 58 條第 1 項規定，載貨證券有數份者，在貨物目的港請求交付貨物之人，縱僅持有載貨證券一份，運送人或船長不得拒絕交付。即因貨物目的港為交貨之預定地，故推定持有一份載貨證券者為正當權利人。今丙既在貨物目的港請求交付貨物，故縱載貨證券有數份，丙只須提出載貨證券，乙即有交付貨物之義務。

(二)丙之主張並無理由：

- 海商法第 61 條之立法目的係在維護運送人強制責任之完整性，即明定運送人之強制義務不得以特約減輕或免除，因此，有學者認第 61 條「因過失或本章規定應履行之義務」實為「因過失違背本法第三章規定應履行之義務」之誤。
- 運送人不得以免責條款約定減輕或免除者，應指運送人依本法第三章規定應履行之義務，如海商法第 62 條、第 63 條、第 71 條、第 73 條等強制義務，惟據告稱之記載，既係海商法第 54 條明文賦予運送人於不知其所接受運送物品之內容為何、種類為何、重量為何時，可在載貨證券上為此保留文句記載之權，則運送人於遇不知物品內容為何、種類為何、重量為何時，即有權於載明其事由後為此據告稱記載。故丙並不得認運送人有此記載即減輕或免除其義務，而主張據告稱條款依第 61 條而無效。

(三)丙主張之容許性並不會因為載貨證券記載之效力為推定效力而不同：

乙是否應依載貨證券之文義負責，涉及於有據告稱記載時其效力為何之解釋，有認運送人於有據告稱記載時對於善意載貨證券持有人仍應負文義責任，亦有認運送人因有海商法第 54 條第 3 項之規定，故縱為載貨證



券善意持有人，運送人仍得舉反證推翻。惟不管所採見解為何，該據告稱記載均不違反海商法第 61 條。亦即，據告稱記載於符合海商法第 54 條之規定時即為有效，至於其對善意第三人之效力為何，與該條款之有效與否並無影響。

(四)丙得請求乙負文義責任：

- 1.據告稱記載之效力素有爭議，最高法院曾有運送人可免責說、運送人不可免責說等見解。而後海商法第 54 條第 3 項明文規定，載貨證券依第 1 項第 3 款為記載者，推定運送人依其記載為運送。學者認，此規定不同於最高法院向來之見解，而係採表面證據主義，即於有據告稱記載時，產生推定運送人依其記載為運送之效力，除非運送人能以反證推翻，否則均應照其所記載之內容、數量等負責。
- 2.然海商法第 54 條第 3 項之適用範圍，有認應包含所有之人，亦有認應排除善意載貨證券持有人。管見以為，為保護善意載貨證券持有人，應以後說為是，即海商法第 54 條第 3 項並不適用於善意載貨證券持有人，運送人對其仍應負文義責任。
- 3.若丙為善意載貨證券持有人，於件貨運送時依海商法第 60 條第 1 項準用民法第 627 條，於備船運送依海商法第 60 條第 2 項之規定，丙均得請求乙負文義責任。

四、(一)再保險人得否依據保險法第 53 條規定行使代位求償權？(10 分)

(二)原保險契約之被保險人得否直接請求再保險人給付再保險金？(10 分)

命題意旨	測驗同學是否熟悉對再保險與保險代位之間的關係。
答題關鍵	本題為法研所、國考傳統考題，且有力學者近來亦曾發表文章。賴政大老師於上課時一再耳題面命本題之重要性，上課時帶領同學仔細作過「完全相同」之題目，並已就最新文獻補充予上課同學及賴老師本身之著作。是以，若為賴政大老師之學生或書籍之讀者，應是信心滿滿，本題高分可期！
高分閱讀	1.法正，《保險法（圖說）》，P.1-370~1-375，高點出版。【命中率 100%！解題內容完整度 100%！】 2.江朝國，《保險法基礎理論》，新修訂五版，98 年 4 月，頁 506 以下。 3.江朝國，〈論再保險有無保險代位之適用〉，月旦法學教室第 71 期，97 年 9 月，頁 22 以下。 4.劉宗榮，《新保險法》，初版，96 年 1 月，頁 28。 5.林勳發，《商事法精論》，修訂五版，96 年 11 月，頁 533 以下、729 以下。

【擬答】

一、第一小題：學說上有不同見解

(一)肯定說：(林勳發、劉宗榮教授)

1.國際保險慣例：

- (1)國際保險慣例承認，再保險人因給付再保賠款而取得代位權。此一代理權固然通常由保險人代為行使，再依再保比例攤還再保險人，但再保險人自行行使，自無不許之理。
- (2)我國保險法對此雖無明確規定，但可構成民法第一條之「法理」而加以適用。

2.外國法院之見解：

- (1)英美及日本法院，或基於公共政策 (public policy) 之考量，承認再保險人有再代位權；或基於再保險之性質與經濟作用，承認保險人之代位權在再保險人給付之再保賠款範圍內，移轉與再保險人。
- (2)此等見解，亦可構成民法§1 之「法理」而加以適用。

(二)否定說：(江朝國教授)

1.自保險代位之制度目的出發：原保險人應無不當得利之問題

- (1)保險代位制度的目的，是要禁止被保險人不當得利。而在「再保險契約」中，這個被保險人，指的就是原保險契約的保險人。
  - (2)在再保險實務上，當原保險人向第三人行使代位權後，必須依再保險契約攤還一定比例予再保險人。換言之，此時原保險人既無不當得利，那就不存在保險代位制度原本所擔心或要防止的問題。
- 2.避免法律關係複雜化：以合約再保險之「超過賠款率再保險契約」(Excess of Loss Reinsurance)為例，再保險人係就原保險人已發生賠款之賠款率超過約定百分比時，需就超過部分負責。如果，讓再保險人可以行使保險代位，那麼將使再保險關係錯綜複雜，並無必要。



## 3.操作面之困境：

- (1)自「再保險人」之角度：實務上，原保險人常向數家再保險公司投保再保險以分散風險。然而，這些再保險人分散在世界各地，如果要其分別行使代位權，事實上不可能，也不經濟。
- (2)自「第三人」之角度：對應負民事責任之第三人而言，也會因為有多數再保險人行使代位權，而使其疲於奔命。

## 二、第二小題：

## (一)否定說：修法前

原保險契約與再保險契約雖相互依存，但仍係兩個獨立之契約，因此 96 年 7 月修法前之§40 即規定「原保險契約之被保險人，對於再保險人無賠償請求權」。

## (二)肯定說：修法後（林勳發、劉宗榮教授）

- 1.原§40 之規定，雖符合契約法之基本法理，但對於再保依賴度仍屬偏高之我國，當保險人破產或失卻清償能力，無法十足給付保險金時，此一規定限制國內被保險人向國外再保險人請求給付，反倒保障國外再保險人，而造成國內被保險人之損害，故實有修正之必要。
- 2.96 年 7 月修法時，考量現行國際再保險實務上之再保險契約，有約定當原保險契約之保險人有破產、清算或其他原因不能履行保險契約責任者，得由原保險契約被保險人逕向再保險契約之再保險人請求賠付之直接給付條款（cut-through clause），基於契約自由原則，爰增列但書「但原保險契約及再保險契約另有約定者，不在此限」之規定。

五、甲、乙均為 A 國人，甲向乙承攬施作旅館新建工程，於 A 國簽訂書面契約，並於該契約書中載明雙方日後關於該承攬契約之紛爭涉訟時，合意以臺北地方法院為管轄法院。乙因資金週轉不靈，積欠甲報酬美金三百萬元；甲將此承攬契約之報酬金債權讓與給丙，丙向臺北法院提起訴訟，請求乙給付該款項。請問，臺北地方法院應依據何國之法律為準據法，以判定甲對乙之請求是否有理由？（20 分）

命題意旨	看似複雜，實際上為基本國私考題，建議同學應勾勒基本解題架構。
答題關鍵	本題看似在考債權移轉，但題目真正在考「債之關係」。中規中矩答題應可獲得不錯分數，若再錦上添花最新修正草案方向，則更好不過。
高分閱讀	1.劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法》，頁 310、320、322、613。 2.許展毓，《國際私法》，7-16~17。 3.高點席台大，國際私法講義第二回，頁 14~15。 4.高點席台大，國際私法講義第三回，頁 73~74、80~82。 5.高點席台大，國際私法總複習講義第一回，頁 17~18。

## 【擬答】

本案應依 A 國法為準據法，以判定甲對乙是否有請求權。

## (一)涉外私法案件：

本件涉及外國人所締結契約，且締約地亦在外國，乃涉外私法案件，應依涉外民事法律適用法加以選法。

## (二)我國法院具有國際民事管轄權：

法院開啓涉外案進訴訟審理須具「直接一般管轄權」。因我國並無關於國際民事訴訟程序專章或專法規定，依學說通說，若涉外民事法律適用法有特別規定，則依該規定；無特別規定則類推適用國內相關訴訟法之規定。

本例甲乙間契約定有合意管轄約款，有鑑於管轄合意亦為私法自治之具體表現，應依涉民第 6 條決定管轄合意準據法，若該管轄合意有效成立，再依法庭地法，即我國法決定該管轄合意於訴訟上所發生之具體效力，依我國民訴第 24 條規定允許當事人合意定第一審法院。但今丙乃承攬報酬債權受讓人，並非整個契約關係之繼受，因此是否亦受合意管轄約款所拘束？甚有爭議。

縱採否定見解，認丙不受甲乙合意管轄約款拘束，丙向台北地方法院起訴，若乙並無異議，則可類推適用民事訴訟法第 25 條發生「應訴管轄」。



## (三)定性與選法：

1. 定性學說包括：法庭地法說、本案準據法說、初步次步定性說與分析比較法理說。通說基於適用上便利，採「法庭地法說」加以定性。
2. 本案定性：
  - (1) 題目謂「應依何國法判定甲對乙之請求權是否存在？」乃涉及甲乙間債權是否成立生效之問題，應定性為「債之關係」，實質要件應依涉外民事法律適用法第 6 條選法；形式要件則應依第 5 條第 1 項加以選法。
  - (2) 甲乙債權實質要件選法：依第 6 條第 1 項之當事人意思自主原則，適用是否包括默示意思表示，存有爭議，通說認為包括明示與默示意思表示，依題目當事人並未明示選法，法院須斟酌是否存有「默示合意」選法，應依契約性質、內容或文字用語加以認定。若法院綜觀全部契約內容無法認定當事人有選法合意存在，應依現行法第 6 條第 2、3 項「硬性規則」依序選法。本例當事人為同為 A 國籍人，因此應依 A 國作為本案準據法，用以判斷甲乙間承攬契約實質要件是否有效成立。
  - (3) 依最新草案第 20 條規定，認為當事人意思自主原則僅包括「明示」意思表示，不及於默示意思表示。因而，本案當事人未有明示選法合意，依草案第二項「應依關係最切之法」，且配套第三項之「特徵性履行規定」，推定負擔特徵性債務人住所地為關係最切地。有認為承攬契約之特徵性履行乃承攬人義務，因而推定承攬人甲之住所地為關係最切地。
  - (4) 甲乙債權形式要件選法：依第 5 條第 1 項選擇適用「行為地法」或「實質要件準據法」，因此形式要件應依 A 國法加以判斷，應符合 A 國法關於承攬契約之方式之要求。
  - (5) 另，甲丙間發生之「債權移轉」，依涉外民事法律適用法第 7 條規定，其對於第三人效力，包括對債務人乙之效力，應依原債權準據法，並與敘明。

