

# 《商事法》

- 一、甲股份有限公司為上市公司，其資本額為新台幣壹拾億元；乙股份有限公司係公開發行公司，已發行有表決權股份總數為伍仟萬股。甲公司持有乙公司表決權股份貳仟萬股，無表決權股份壹仟萬股，而乙公司持有甲公司有表決權股份肆仟萬股。另外，丙公司為甲公司之從屬公司，持有乙公司有表決權股份壹仟萬股；丁公司為丙公司持有乙公司有表決權股份伍佰萬股。若甲公司之董事長 A 於民國八十八年八月八日使乙公司為不利益之經營，致乙公司受損而丙公司受有利益新台幣參仟萬元，並於同年九月九日為方便乙公司順利上市乃使甲公司為不利益之經營，將利益送至乙公司，致使甲公司受損，乙公司獲利新台幣伍仟萬元。試問：
- (一) 乙公司之債權人 B 得否以自己名義行使乙公司之權利而請求 A 賠償損害？(十二分)
- (二) 甲公司之股東 C 得否為甲公司對 A 提起訴訟以請求損害賠償(十三分)

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 關係企業之「不利益之經營」及「利益輸送」在現行法制上的規範。   |
| 答題關鍵 | 1.控制從屬關係之認定。<br>2. § 369-4 不利益經營損害賠償請求權之要件及請求之主體。<br>3.少數股東對公司負責人起訴之相關規定。<br>此即為公司法課堂上授課老師反覆提醒之重點。 |
| 參考資料 | 高點公司法講義頁 593-598、頁 398-401。  |

### 【擬答】

- (一)若甲公司未於營業年度終了時，對乙公司為適當補償，乙公司之債權人 B 應得以自己名義行使乙公司之權利，而請求甲公司賠償。
- 1.甲公司與乙公司間存有控制從屬關係，甲公司為控制公司，乙公司為從屬公司：
- (1)公司法 § 369-2 第一項規定：「公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。」又於計算一公司持有他公司之股份時，應將下列持有之股份一併計入：①公司之從屬公司所持有他公司之股份；②第三人為該公司而持有之股份；③第三人為該公司之從屬公司而持有之股份（公司法 § 369-11 參照）
- (2)本題中，乙公司已發行之有表決權股份總數為 5000 萬股，而甲公司持有其中之 2000 萬股，甲公司之從屬公司丙持有其中之 1000 萬股，另外丁公司為丙公司持有乙公司之股份 500 萬股。參照前揭公司法 § 369-11 規定之計算方式，甲公司共持有乙公司有表決權股份 3500 萬股，超過乙公司已發行有表決權股份總數二分之一，故依公司法之規定甲公司為乙公司之控制公司，乙公司為甲公司之從屬公司。
- 2.公司法 § 369-4 規定：「控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於營業年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害者，應負賠償責任。（第一項）控制公司負責人使從屬公司為前項經營者，應與控制公司就前項損害之負連帶賠償責任。（第二項）」今甲公司之董事長 A（即甲公司之負責人）使其從屬公司乙公司為不利益之經營，若甲公司未於營業年度終了對乙公司為適當之補償，自須對乙公司負損害賠償責任。
- 3.依 § 369-4 第三項規定，若甲公司未為賠償，乙公司之債權人 B 自得以自己名義，行使乙公司之權利，而請求甲公司之董事長 A 賠償。
- 4.附帶一提的是，今甲公司之另一從屬公司丙因乙公司不利益之經營而受有 3000 萬元之利益。依公司法 § 369-5 之規定，丙公司於受利益上限度內，應對乙公司負損害賠償之責人。）
- (二)甲公司之股東 C 若符合公司法 § 214 少數股東權之要件，可以為甲公司對 A 提起訴訟。
- 1.按董事與公司間係屬委任關係（公司法 § 192 第三項）其為公司處理事務，應依善良管理之之注意行之，若於處理事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於公司即應負賠償之責（民法 § 535、§ 544 參照）
- 2.又公司法 § 193 亦規定：「董事執行業務，應依照法令章程及股東會之決議。（第一項）董事會之決議違反前項規定，致公司受損害時，參與決議之董事，對於公司負賠償之責；但經表示異議之董事，有紀錄或書面聲明可證者，免其責任。（第二項）」
- 3.今甲公司董事長 A 為使乙公司順利上市，乃使甲公司為不利益之經營，將其利益輸送至乙公司，其行為顯然違反前揭法律之規定，而應對甲公司負損害賠償之責。
- 4.依公司法 § 212、§ 213 之規定，甲公司股東會若決議對 A 提起訴訟，請求損害賠償，原則上應由甲公司之監察人代表公司於股東會決議之日起 1 個月內提起之。惟另依公司法 § 214 之規定，甲公司繼續 1 年以上，持有已發行股份總數百分之 5 以上之股東，亦得以書面請求監察人為甲公司對 A 提起訴訟，若監察人於請求日起 30 日內不提起訴訟，請求之股東得為公司提起訴訟。
- 5.綜上所述，C 股東若符合前述少數股東權之要件，得請求監察人起訴，若監察人未依請求起訴，C 股東得為公司對 A 提起訴訟。
- 二、甲製作一紙具備法定應記載事項並已蓋章之本票，於交付收款人乙之前，因不小心而遺失，A 拾得後偽造乙背書讓與善意而無重大過失之丙。試問：

- (一)甲之發票行為是否已完成？(八分)  
 (二)丙得否依票據法第十四條第一項之規定向甲行使票據權利？(十七分)

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 本例在考票據行為之法律性質與抗辯限制，其中涉及李欽賢老師與通說見解不同之處，葉老師在總複習課堂上曾提及本題，幾乎一模一樣！所以，應是李欽賢老師所出。 |
| 參考資料 | 1. 高點講義<br>2. 高點票據法，方律師，頁二四、三四。<br>3. 葉老師總複習上課筆記。                          |

### 【擬答】

- (一)本例甲並沒有交付行為，故發票行為是否完成，涉及票據行為之法律性質：  
 就票據行為之法律性質而言，有採單獨行為說，下又因是否分單獨行為之創造說及發行說，亦有採契約說者，分述如下：
- 若採單獨行為說：下又分為創造說(不用交付)及發行說(要交付)：
    - 創造說：此說認為只要發票人作成票據，票據行為即已完成，票據權利義務亦隨之發生。如題所示，甲簽發票據後，票據權利即已發生。
    - 發行說(此為目前通說及實務見解)：此說認為票據行為之完成，乃至行為人將票據交付予相對人時方完成。因此本案例中，由於甲之票據行為欠缺交付要件而尚未成立生效。
  - 若採契約行為說：
 

此說認為票據行為係契約行為，因此票據行為人不但要作成票據，而且須有交付票據與相對人之要約意思表示，相對人也須有收受票據之承諾意思表示，票據行為之完成，自票據行為人和相對人成立交互契約時，始為完成。
  - 通說採單獨行為之發行說，理由如下：
    - 本法第二、三、四條皆曰「簽發」字樣，故為單獨行為之發行說。
    - 票據法第五一條「撤銷」為「撤回」之誤。然此理由有循環論證之毛病！
  - 學說上有少數說(李欽賢老師)：
 

認為，契約說最大缺點在於不能保護交易安全，妨礙交易流通；其最大優點，係符合民法上法律行為之一般原則。由於票據行為既係法律行為之一種，票據法又無特別規定，自應依一般原則認其性質係契約行為。惟採契約行為說可能危害到票據交易安全，解決途徑乃利用「權利外觀理論」之法理，一旦票據行為人如果有與因行為，亦具可歸責性，其執票人又屬善意而無重大過失，則例外可對票據行為人行使票據權利。
- (二)本例，涉及抗辯之限制。  
 通說與李欽賢老師見解不同：
- 通說：以善意取得為由，並引十四條為理由。
  - 李欽賢見解：本例不是善意取得之問題！因善意取得是在處理「權利歸屬」之問題，所以，必在「有權利」才有「歸屬」之問題，而本例，權利根本尚未發生，所以那來「歸屬」可言？
  - 故本例，應以德日之「權利外觀理論」解決：
    - 有權利外觀事實存在：本例，甲有蓋章，故有權利外觀事實存在。
    - 本人對權利外觀事實有可歸責性：本例，甲蓋章，故也有可歸責性。
    - 第三人善意無重大過失：丙為善意無重大過失。

故本例合乎權利外觀理論，故丙得依權利外觀理論向甲行使權利，而非用善意取得制度。

三、我國進口商甲，在乙國購得貨物一批，又租得二個貨櫃供裝運。甲並在乙國與運送人訂立運送契約。運送人在法國有主營業所。航行途中遭遇風浪，該二貨櫃被沖入海中滅失，應由運送人負損害賠償責任。

載貨證券記註內容：

「裝載港為馬賽，卸貨港為基隆」；

「貨物裝於二貨櫃，每櫃各裝四箱機械；全部重四千公斤」；

「訴訟管轄及準據法條款：以運送人之主營業所所在地為爭議訴訟地。應適用法國法」。

試扼要回答下列問題：

- 甲若在我國法院向運送人起訴成立，依我國海商法規定，貨物損害賠償，應以幾件計算？合多少金額？但甲得為如何之主張，對其賠償最為有利？(十分)
- 甲在我國法院起訴，我國海商法就法律適用有何規定？法國準據法條款之效力如何？對我國此一規定，你有何意見？(八分)
- 就我國及比較海商法規定，因載貨證券有外國管轄條款之規定，甲得否於我國起訴？甲尚可能得選擇於那些地點對運送人起訴？以上各題之理由或依據為何？(七分)

|      |   |
|------|---|
| 答題關鍵 | (一)本題所涉及之重點如下：<br>1.海商法第七十條單位責任限制之問題：此為去年修法之重點，八十八年司法官即已出現，不意旋即重現江湖，宜值再三注意。 |
|------|---|

|      |  |
|------|--|
|      | <p>2.海商法第七十七條準據法之問題：此為新修法重點之一，但因本點深具國際私法之色彩，除對國際私法極有興趣之命題委員外，似不易博得老師青睞。</p> <p>3.海商法第七十八條第一項管轄權之問題：此亦為新修法之重點，但其特性如同上一點，茲不再贅。</p> <p>4.載貨證券背面條款之效力問題：此為國家考試常常可見之重點，因 67.4.25 民庭決議見解遭學者口誅筆伐後，各命題委員均將之視為出題之優先考慮，常以兩種形式出現，即載貨證券背面條款之「仲裁條款」（如 81 司、85 司 2nd）或「免責條款」（88 律、89 司 2nd）。但本題並非以此為主軸，僅需略微提及即可。</p> <p>(二)本題似為留法學者考試院考試委員柯澤東老師出題，因柯師將今年內發表之論文集結成「海商法修訂新論」一書出版，故本題之解答可輕易在柯師書中找到。</p> |
| 參考資料 | <p>一、柯澤東師，海商法修訂新論，元照出版公司，二〇一〇年十一月版，第九七、二六八、三四頁。</p> <p>二、高點陳律師，海商法，第三之八一頁。</p> <p>三、William Tetley, Marine Cargo Claim, 3<sup>rd</sup> ed, pp.1034-1035.</p>   |

## 【擬答】

(一)茲分述如下：

- 1.依據海商法第七十條第三項之規定，以貨櫃併裝運送者，應以載貨證券所載其內之包裝單位為件數；又依題意，貨櫃係由甲租得，故依海商法第七十條第三項後段規定，貨櫃本身得作為一件計算；因此，本題貨物件數應為「二乘四後，再加二」，共計十件。
- 2.依題意就事故之發生，運送人本人並無重大過失，似得主張單位責任限制，海商法第七十條後段規定，單位責任限制應以「每件六六六點六七特別提款權」或「每公斤二特別提款權」中較高者為賠償金額計算。本題如以「件」計算，總計六六六點六七特別提款權；如以「公斤」計算，共計八特別提款權，故甲主張以「公斤」計算較為有利。

(二)茲分述如下：

- 1.本題載貨證券之卸貨港為我國之基隆港，依據我國海商法第七十七條但書規定，如對於我國受貨人或託運人保護較優時，應適用我國海商法為準據法，故如我國海商法對甲保護較優，應以我國法為準據法。
- 2.我國海商法第七十條之責任限制金額，係依據海牙威士比規則之一九七九年關於特別提款權議定書修正，而法國早於一九八六年十二月廿三日即修法採此規定，因此，我國法與法國法規定相同，並無孰保護較優之問題，亦即適用我國法或法國法，對結果均無影響。
- 3.海商法第七十七條之規定雖為過分內國主義之立法，但如以法律衝突方法，無法保護我國法之適用或我國當事人時，即無須以不確定之衝突法則方法規定之，而得直接以此「即刻適用法」之立法，以貫徹保護我國託運人或受貨人之立法政策。此雖無國際公約規定可資參考，但實與英、美、法等國之海商立法例類相似。

(三)茲分述如下：

- 1.我國海商法第七十八條第一項規定，載貨證券所載卸貨港為我國港口之爭議，得由我國卸貨港法院或其他有管轄權法院管轄之。依題意卸貨港既為我國基隆港，甲自得選擇於我國起訴請求運送人賠償。
- 2.甲得選擇之法院，討論如下：
  - (1)如依據我國海商法前揭規定，除我國台灣基隆地方法院外，尚得選擇之法院中，應否包括載貨證券背面所記載之法國法院，原本實務見解（67.4.25 民庭決議）認為載貨證券背面條款係運送人單方意思表示，不生雙方當事人合意效力，但經仲裁法第一條第四項與海商法第七十八條第三項修正公布施行後，載貨證券背面條款之效力已被承認，故法國法院亦為甲所得選擇之法院。
  - (2)依據漢堡規則第二十一條第一項規定，請求權人有權利選擇對其最便利之法院，得選擇之地點包括（a）被告主事務所所在地（b）代理簽訂契約時，其契約簽訂地（c）裝貨港或卸貨港（d）海上貨物運送契約中約定之管轄法院地。前揭規定可供參考。
- 3.依據漢堡規則之模式，實係單純、簡便且積極公允。不僅運送人得以自由意志選擇條款模型記載於運送文件上，又可予通常實際受害之受貨人等貨主，選擇解決爭議法院管轄所在地，可謂合理、衡平且符合雙方需要，僅航運大國可能持反對態度，而使之不易施行。

四、某甲今年十九歲，他的祖父於五十年前從中國大陸移民美國，取得美國國籍。他的父親在美國出生，某甲也是在美國出生。某甲今年年初第一次到臺灣訪問親友。某甲持美國護照入境。某甲從未自認為中華民國國民，但其在臺親友則認為某甲為華僑。某甲自認為已成年（美國人民於十八歲時即為成年），乃於今年五月間與汽車商某乙訂立一高級汽車之買賣契約。其後該買賣契約發生爭執。試從國際私法觀點討論本案有關之法律問題。（二十五分）

|      |   |
|------|---|
| 命題意旨 | 測驗應考人對於「國籍」的理解，及涉外民事法律適用法第一條及第六條之熟稔度。                         |
| 參考資料 | 高點律師、司法官考試專用講義「國際私法」，序言、第4、34、64、44、122、137、199、250、279、306頁。 |

## 【擬答】

甲與汽車商間之買賣契約發生爭執，但題意並無明言涉訟，倘甲乙尋求司法途徑解決紛爭，而向台灣法院提起訴，則必須考慮之點茲臚列於下：

一、涉外民事案件：

(一)涉外案件

- 1.所謂「涉外案件」，乃係具有涉外因素 (foreign elements)之案件，即牽涉外國人、外國地，外國人及外國地之案件。
- 2.本案乙為本國人，而甲依我國國籍法第二條之規定，除非甲之父或母於甲出生時具中華民國國籍，否則甲即不具中華民國國籍，依憲法第三條之反面解釋，即為外國人。
- 3.但題目言明，甲之祖父於五十年前（即西元 1949 年）從中國大陸移民美國，若當時甲之祖父具有中華民國國籍，甲之父親亦具有中華民國國籍（國籍法第二條之規定），則甲亦具有中華民國國籍（理由同前）。
- 4.是以，甲仍具有美國國籍，故仍為一涉外案件。

(二)本案為買賣契約所生之爭執，為一民事案件 (civil cases)。

二、管轄權 (jurisdiction)：

本案雖無明言以訴訟解決雙方爭執，但若甲乙雙方於本國涉訟，在不違反公益、私益、實效性、合理性、便利性等原則之下，我國法院具有管轄權。

三、定性 (qualification)：

(一)所謂「定性」，即為決定法律關係之性質，有法庭地法說、準據法說、初步定性及次步定性說、分析與比較法理說等，但以法庭地法說為通說，理由乃係「只有適用上之方便，並無邏輯上之必然」。

(二)本案之「定性」，應為甲是否具有行為能力及甲乙間因買賣契約而生之債之法律關係。

四、連繫因素 (connecting factors)：

(一)所謂「連繫因素」乃為連繫涉外案件與準據法間之事實。

(二)本案之「連繫因素」，若討論甲之行為能力，其連繫因素應為其國籍；而買賣契約所生之債之法律關係，其連繫因素應為當事人之意思、國籍、締約地、發要約通知地、要約人住所地、履行地等之一。

五、準據法之選擇 (choice of law)：

(一)關於甲之行為能力：

- 1.依我國涉外民事法律適用法第一條：「人之行為能力，依其本國法。」再依前一、(一)3.之分析，甲同時具美國及中華民國國籍（國籍之積極衝突），再依涉外民事法律適用法第二十六條：「依中華民國國籍法，應認為中華民國國民者，依中華民國法律。」即所謂之內國法優先原則，是以，甲之行為能力依甲之本國法 - 中華民國法律。

(二)關於買賣契約而生之債之法律關係：

- 1.依我國涉外民事法律適用法第六條：「I. 法律為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。 II. 當事意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。 III. 前項行為地，如兼跨二國以上或不屬於任何國家時，依履行地法。」
- 2.是以，甲乙間契約締約時，依其意思自主原則而訂其準據法，則依其意思；若無約定，則依甲乙之相同國籍之法律（即中華民國法）。

六、準據法 (applicable law)之適用：

(一)我國涉外民事法律適用法第一條及第六條，皆為單一適用之條文。依該法第一條適用中華民國法律時，甲為十九歲，可知甲於締約時並無完全之行為能力，是以，甲尚須得其法定代理人之同意。又依該法第六條規定，因題意並無言明當事人有合意選擇準據法，是以，依同法第二項依其共同國籍之法(即中華民國法律)定其因契約所生之債之關係。

(二)又本案因適用中華民國法律，故無外國法律是否違反公序良俗之問題，亦無一國數法及反致之問題。

七、判決 (holding)：

甲與汽車商間之買賣契約發生爭執，如前所述甲乙並無明言涉訟，倘甲乙尋求司法途徑解決紛爭，而向台灣法院提起訴，則必須考慮之點已臚列於上，即對於其行為能力應適用中華民國法律為準據法，而對於其契約所生之債之關係部份，亦依中華民國法律為其準據法。