

《商事法及國際私法》

- 一、甲簽發一紙以九十三年八月二十九日為發票年月日、以A為付款人之支票與收款人乙，乙空白背書讓與丙，丙依交付之方法將該紙支票讓與甲；甲則再背書讓與丁。丁於法定付款提示期限內向A提示而被退票，丁即依法向乙行使追索權。乙則援引最高法院十八年上字第二八七號判例「發票人為背書人時，於法對於其前手即無追索之權，故發票人如再以此項票據轉給他人，除該發票人無可免責外，至於其以前各背書人，自更無若何責任之可言」之見解，主張自己並無償還票款之責任。丁則援引票據法第三十四條第二項「前項受讓人，於匯票到期日前，得再為轉讓」之規定，主張「甲係於九十三年八月二十六日背書讓與自己，故有同條項排除民法上混同原則規定之適用，即甲對乙之追索權並未消滅」。試問：雙方之主張孰為有理？(25分)

命題意旨	本題為觀念題，出題委員意在測試考生對「支票到期日之認定」究有何學說上之爭議及實務上之見解為何；及對「回頭背書」之基本認識程度，即其立法目的、精神及相關規定，參以日本手形法之規定，加以論述，我國規定之不妥，及實務見解對回頭背書概念之誤認。
答題關鍵	1.支票之到期日，如何認定？ 2.發票人為回頭背書之被背書人時，依票據法第九十九條第一項：「執票人為發票人時，對其前手無追索權」；然其再轉讓他人時，此時，該他人之權利是否亦受限制？(即回頭背書之執票人，其行使追索權所受之限制。) 3.比較票據法第九十九條第一項及第二項：「無追索權」之規定，與日本手形法「不得行使追索權」之規定。
參考資料	1.梁宇賢著，票據法實例解說第二七三頁以下，中華民國八十四年十二月增訂六版。 2.梁宇賢著，商事法要論第三四六頁以下，中華民國八十四年八月五修訂再版。 3.月旦法學教室，第21期：P.30~31：回頭背書之效力(梁宇賢)
高分閱讀	1.93年考場寶典：P.11-6~7：題目6：回頭背書(相似度95%) 2.高點重點整理系列-票據法〈方律師〉〈L213〉，P.2-34~38：回頭背書(相似度95%) 3.高點票據法厚本講義，P.199~200：回頭背書(相似度95%)

【擬答】

- (一)本例有無期後背書之問題，將涉及對支票到期日之認定標準，然其認定標準有如下之爭議：
- 甲說：以提示付款後或提示期限經過後為準。
乙說：以票載發票日為準。最高法院七二年台上字第一四一八號判決採之。若採此說，將生期後背書之問題。
丙說：以拒絕證書作成後或作成拒絕付款證書期限經過後為準。
小結：最高法院七十三年第四次民庭總會決議採甲說，因此，本例並無期後背書之問題。
- (二)次按「匯票得讓與發票人、承兌人、付款人或其他票據債務人。」、「前項受讓人，於匯票到期日前，得再為轉讓。」及「執票人為發票人時，對其前手無追索權」，票據法第三十四條第一、二項及第九十九條分別定有明文；又上揭規定於同法第一百四十四條支票亦有準用，合先敘明。
- (三)依本例題意觀之，甲既為發票人，即是票據債務人而後又受讓該紙支票，則依前開票據法第三十四條之規定，甲為回頭背書之執票人，當無疑義，基此，依同法第九十九條第一項之規定，甲對其前手乙「無追索權」。然有問題者，乃甲又背書轉讓予丁，此時丁之追索權是否亦同受限制？茲分述如下：
- 甲說：票據發票人將票據交付他人後，經轉背書後，再由發票人受讓，以前背書人得對發票人行使之追索權，應因混同而消滅，嗣後發票人再將該票據交付他人(即本例之丁)，依票據法第九十九條之法意，發票人受讓票據前之各背書人(即本例之乙)，均應免其責任。
- 乙說：1.就立法目的而言：
票據法第九十九條之目的，即回頭背書限制追索權行使之目的，乃在避免循環求償，若執票人即本例之丁，已非票據債務人，其向乙追索時，已無循環追索之問題。
- 2.就文義而言：
票據法第九十九條第一項及第二項係規定：執票人為「發票人」時，對其前手無追索權；執票人為「背書人」時，對該背書之後手無追索權。然本例之執票人丁，並非發票人，亦非背書人，當不受前開法條之限制。
- 3.就加強票據流通之目的而言：
賦與本例之執票人丁得向乙追索之權利，即無循環追索之問題，亦無違反票據法第九十九條之文義，同時亦可加強票據之擔保及索償性，當符票據法之立法目的
- 小結：我國票據法第九十九條之規定，乃係仿日本手形法之規定，然觀諸日本係規定「不得行使追索權」，而我國卻規定「無追索權」，此一差異當係我國立法之初，對日本手形法之誤解所致，此觀乙說之理由，可知並無限制執票人丁之追索權的實質上理由，綜上論結，宜採乙說為是。



(四)又票據法第九十九條之立法，係在避免循環追索，而與民法上權利義務歸於一人之混同規定並不相同，不宜比附援引民法上之規定，作為票據法上之解釋。蓋票據法有著民法所無之最高精神，即助長票據流通之特殊目的，此觀同法第二十五條：「發票人得以自己為受款人」之規定，可知己受匯票之發票人亦是權利義務歸於一身，然卻無適用混同之規定，因此上開實務見解，顯係忽略了票據法之特殊性，基此，丁之主張應為有理。

二、試依公司法規定、實務見解及法理，扼要回答下列問題：(25分)

- (一)股份有限公司股東會及董事會之權限如何劃分？
- (二)A股份有限公司董事會決議通過委任X為總經理，但董事長甲堅持抵制，使X無法順利到任，問公司及股東會得如何追究甲之責任？股東又得如何主張其權利？
- (三)又A公司依法設置常務董事會，其章程載明得設立分公司，該常務董事會決議新設分公司，並將該案送董事會核備，但董事會卻決議不予備查，問該常務董事會決議之效力為何？

命題意旨	1.測試考生對於董事會與股東會權限之劃分認知 2.董事長執行業務應遵守董事會之決定。 3.常務董事會之權限範圍
答題關鍵	1.第一小題應答出「企業經營與企業所有分離原則」對於九十年公司法修正第二〇二條之影響。 2.第二小題涉及董事執行業務應依照法令，及股東對於董事違法行為之制止請求權。 3.第三小題須先確認常務董事會之權限範圍，若屬權限外之行為，其決議之效力不生效力。縱屬權限內之行為，董事會亦非無置喙之餘地。
參考資料	1.王文宇，公司法論，第353、360、366、367頁 2.王文宇，常務董事會決議之效力，月旦法學教室第21期，第28頁以下。 3.程政大，公司法補充講義第一回，第45、58、60、63、64頁 4.月旦法學教室，第21期：P.28~29：常務董事會決議之效力（王文宇）
高分閱讀	1.公司：考場寶典第一題 2.高點重點整理系列-公司法〈史律師〉〈L211〉（相似度50%） (1)P.2-144：董事會之職權 (2)P.2-149~150：制止請求權 3.2004律師司法官歷屆試題詳解〈L304〉，P.88-2：董事會之職權（相似度50%） 4.高點公司法厚本講義，P.373：董事會之職權、P.376：制止請求權

【擬答】

- (一)關於股份有限公司股東會及董事會之權限應如何劃分，公司法（以下同）於九十年修正前後有所不同，說明如下：
- 1.九十年修正前
第二〇二條原規定，「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『得』由董事會決議行之。」故學說通說及實務見解認為，依修正前之規定，股東會為公司中之萬能機關，得議決所有之議案，且依第一九三條第一項之規定，董事會執行業務須依股東會之決議。
 - 2.九十年修正後
為落實「企業經營與企業所有分離原則」，修正第二〇二條之規定為「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。」，以擴大董事會之職權，並明確劃分董事會及股東會之權限。故除依法或章程應由股東會決議之事項外，其餘均屬董事會之專屬職權（參經濟部91.9.18經商字第09102206950號函）。若股東會對其而為決議，並無拘束董事會之效力，董事會議無遵循之義務。
- (二)
- 1.股東會得決議向董事長請求損害賠償
 - (1)董事會是由全體董事所組成而為公司執行業務之必備、常設之議事體機關，其設置目的在脫離股東會之決議，以求經營之效率化，並藉由集會之方式以集思廣益，為公司追求最大利益。因此，董事會之職權行使須以會議之方式為之，任何單一董事本身並無決策權。惟董事會既有決策權，自得於法令限制範圍內，經決策後交由特定董事執行，而執行董事亦應依董事會之決議行事。
 - (2)於本例中，董事會既已決議委任X為總經理，董事長甲自應遵循該決議。若董事長違反該決議而致公司受有損害，公司得經股東會決議對該董事長請求損害賠償（參第二十三條第一項、第二一二條）
 - 2.股東得代公司向董事長請求損害賠償，並得制止董事長之行為。
 - (1)若股東會未決議對董事起訴，依第二一四條之規定，繼續一年以上持有公司已發行股份百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提起訴訟。若監察人於受請求之日起三十日內不提起訴訟，該股東得為公司提起訴訟。
 - (2)A.第一九四條規定，董事會為違反法令或章程之行為時，繼續一年以上持有股份之股東，得請求董事會停止其行為。此為學說上所稱之「制止請求權」。
 - B.該條雖所規範之對象雖為董事會及董事會之決議，惟學說通說及實務見解（參最高法院80年台上字第1127號判決）認為，縱董事自為違反法令或章程之行為時，股東亦得制止其行為。理由如下：



- (A)董事會為會議體，第一九四條以「董事會」為規範對象自無可厚非，而基於「舉重以明輕」之解釋方法，「董事」亦應為本條之制止對象。
- (B)有關監察人之制止請求權之規定，其規範對象除董事會外，亦包括董事。股東之制止請求權自應為相同之解釋，以符合體系上之一貫性。

(三)

1.常務董事會之職權

- (1)常務董事會為股份有限公司之任意、常設之業務執行機關。依第二〇八條第四項規定，常務董事會於董事會休會時，依法令、章程、股東會決議及董事會決議，以集會方式經常行使董事會之職權。
- (2)惟若單純依集會期間劃分董事會與常務董事會之權限，顯然有架空董事會權能之疑慮。故實務見解認為，公司法明定專屬「董事會」決議之事項，不論係普通決議（例如同法第一百七十一條召集股東會之決議）或特別決議（例如第二百六十六條發行新股之決議），均不得由常務董事會決議（參經濟部 86.12.26 商 86224536 號）。

2.常務董事會之決議，若董事會決議不予備查，應不生效力。

- (1)有關分公司之設立，依第一三〇條第一項第一款之規定，為章程之相對必要記載事項。又 A 公司章程既已載明得設分公司，依第二〇二條之規定，該分公司之設立應由董事會決議行之。
- (2)惟若認第二〇二條亦屬董事會之專屬職權，依上述實務見解而不得由常務董事會決議行之，將使得常務董事會完全喪失業務決定權之可能性。故應認為第二〇二條之概括權限規定仍得由常務董事會決議行之。
- (3)又公司設置常務董事會，並不表示董事會將所有決策權限完全移轉予常務董事會。若涉及重大事項時，依學說及實務見解認為，常務董事會之決議應不具終局效力，基於授權行使之本質，必須取得董事會之追認，始具完全之正當性。
- (4)本題中，常務董事會設立分公司之決議應屬重大事項，若董事會對於常務董事會之決議不予備查者，該決議不生效力。

三、A 公司以其所有之船舶，向 C 銀行設立抵押權，擔保借款，雙方訂有抵押權設定書面契約並完成抵押權設定登記。嗣 A 公司以該船舶向 B 保險公司投保船舶保險，約定保險標的價值為新台幣（以下同）十億元，保險金額亦為十億元，保險單上並載明 C 銀行為保險受益人。其後 A 公司又以該船舶，向 D 銀行設定抵押權，擔保借款，雙方訂有抵押權設定書面契約但並未完成抵押權設定登記，且未於上揭保單批註 D 銀行為保險受益人。在上揭保險有效期間，該被保險船舶出海航行，行蹤不明已逾二個月，而此時 A 公司對於 C 銀行未償還借款餘額尚有四億元，對於 D 銀行未償還借款尚有二億元，船舶折舊後之市場價值為八億元。若 A 公司向 B 公司表示委付並請求 B 公司理賠，B 公司應否負保險責任？若應負保險責任，應對何人給付多少保險金？(25 分)

命題意旨	本題為海商法與保險法之混合型考題，在保險法的部分，主要是測驗考生有關定值保險、事故發生之認定及保險金請求權之順位之概念；在海商法的部分，主要是測驗考生有關船舶抵押權之設定及委付原因。
答題關鍵	應該掌握的基本重點有： 1.該保險契約為定值保險、足額保險。 2.標的價值定值為十億，事故發生時標的價值為八億，應討論： (1)定值保險是否適用超額定值之概念？學說上有不同見解。 (2)若適用超額定值之概念，該約定價值是否顯然超過實際價值？ 3.船舶行蹤不明是否得視為保險事故？ 4.保險人係依保險契約給付保險金，故以是否約定為保險契約中之受益人為準。至於船舶抵押權之設定效力，與保險人是否給付保險金額無關。
參考資料	1.梁宇賢，船體定值保險與海上保險之委付，台灣本土法學第 50 期，第 167 頁以下。 2.梁宇賢、劉興善、柯澤東、林勳發合著，商事法精論，第 687 頁 3.程律師，保險法實例演習，第 1-213、1-218 頁。
高分閱讀	1.93 年考場寶典：P.10-7：題目 8：委付之意義（相似度 20%） 2.93 年考場寶典：P.10-5：題目 6 3.高點重點整理系列-海商法〈陳律師〉〈L212〉（相似度 70%） (1)P.2-79~82：船舶抵押權 (2)P.5-11 以下：委付意義與要件 4.2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L304〉（相似度 50%） (1)P.79-1~3：委付之意義與要件 (2)P.80-4~5：委付之意義與要件 5.高點海商法厚本講義 (1)P.75~76：船舶抵押權



(2)P.237~238：委付之意義與要件

【擬答】

(一)B 公司應負給付保險金之責

1.該保險契約為定值保險、足額保險

(1)所謂定值保險，係指保險契約上載明保險標的價值之契約（參保險法第五十條第三項）。標的發生損失時，不論實際價值為何，均按約定價值為準計算損害（參保險法第七十三條第二項）。其目的在於避免事故發生後確認標的價值之不便，提高理賠之效率。

(2)於本例中，A 以該船舶向 B 投保船舶保險，約定保險標的價值為新台幣（以下同）十億元，保險金額亦為十億元，故該保險契約為定值保險，且為足額保險。

2.委付亦屬為保險事故

(1)所謂委付，依海商法第一四二條之規定，係指被保險人於發生法定委付原因後，移轉保險標的物之一切權利於保險人，而請求支付該保險標的物之「全部」保險金額之法律行為。本制度為海上保險獨有，其目的在避免事故發生後計算損害之不便，及事故發生認定之不便。

(2)又依海商法第一四三條第一項第三款之規定，船舶行蹤不明已逾二個月時，得委付。故於本例中，A 得向 B 表示委付並請求 B 公司理賠。

(二)給付金額及對象

1.保險金額之認定

於本例中，訂約時之標的價值為十億元，事故發生時之標的價值僅為八億元。又本保險契約為定值保險，故保險金額是否受此標的價值下跌之影響，涉及保險法第七十六條第一項後段「除定值保險外」之解釋。學說上有不同見解，說明如下：

(1)錯誤規定說：

本保險契約之保險標的價值既已定值為十億元，保險金額亦為十億元，縱然事後保險標的價值跌至八億元，本保險契約亦不因而成為超額保險，仍屬足額保險，本不應適用第七十六條之規定。故第七十六條第一項後段「除定值保險外」之規定，屬錯誤規定。此時若有道德危險之疑慮，應屬「超額定值」之概念，而非以「超額保險」之規定處理。

(2)全部有效說：

保險金額應仍為十億。理由有三

A.於定值保險之情形，縱超過保險標的之價值，依法條文義，契約仍全部有效。蓋定值保險之目的在於避免事故發生後確認保險標的價值之不便。為達此目的，本質上即允許某種程度不當得利之存在。

B.保險業在保費精算之過程中，對各種不利情況均已列入考量，故保險業亦不因而遭受不利益，對於其他危險共同團體成員亦無不利之情形。故第七十六條第一項後段「除定值保險外」之規定，並非錯誤規定。

C.且依保險法第五十四條第二項之規定，若契約內容有所疑義時，應做有利於被保險人之解釋。

綜上所述，該保險契約既為定值保險，應適用第七十六條第一項後段之規定，保險金額仍應為十億。

上述二說，管見以為，我國法目前尚未有「超額定值」之規定，而得否認保險標的約定價值之效力。故就現行法之規定而言，似應採全部有效說。又本例中，縱然採錯誤規定說，在超額定值之概念下，約定價值超過實際價值二億元，占實際價值百分之二十五，應尚非屬「顯然超過實際價值」而應否認約定價值之效力（有學者建議比例為百分之三十），故保險金額仍應為十億元。

2.給付對象與金額

(1)C 之部分

以抵押權人為受益人之情形，於一般保險實務中，均於契約中約定受益人以未受清償之債權額為限，得受保險給付。故 B 應給付 C 四億元。

(2)D 之部分

D 與 A 訂有抵押權設定書面契約，雖並未完成抵押權設定登記，但依海商法第三十六條之規定，該設定並非無效，而僅係不得對抗第三人。惟既未於上揭保單批註 D 為保險受益人，故 B 無須對 D 為保險給付。

(3)A 之部分

如前段分析，保險金額仍為十億元，給付四億予 C 後，剩餘之六億元保險金應給付予 A。

四、日本人甲男與我國乙女在日本結婚，依日本民法規定辦理結婚申報登記，但未舉行公開儀式。婚後，甲、乙因工作關係定居台灣。甲、乙感情不睦，甲竟於公司派駐美國期間，訴請離婚。獲美國法院之離婚判決後，與我國人丙女在美國結婚，並公開宴請賓客。甲自美國返回台灣後不久，旋即死亡。乙、丙均主張其為甲之合法配偶，對甲之遺產享有繼承權，雙方關於遺產之繼承發生爭執，在我國法院提起訴訟。試從國際私法之觀點論述我國法院應如何適用法律。（25 分）

命題意旨 本題為並不困難，但同學須將「先決問題」之部分為充分解答，始可獲得高分。



答題關鍵	應掌握之基本重點有： 1.實例題解答七大步驟 2.涉外民事法律適用法第 22 條之背誦 3.先決問題之定義及要件
參考資料	高點，「國際私法」。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-國際私法〈許展毓〉〈L216〉，P.9-30：繼承之準據法 2.2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L307〉（相似度 60%） (1)P.91-8~10：附隨問題 (2)P.91-11~13：附隨問題 (3)P.81-3~4：繼承之準據法 (4)P.76-10~11：繼承之準據法 (5)P.76-3~4：繼承之準據法 (6)P.74-8~9：繼承之準據法 (7)P.72-9~10：繼承之準據法 (8)P.83-7~8：繼承之準據法 3.高點國際私法厚本講義 (1)P.239~243：附隨問題 (2)P.348~352：繼承之準據法

【擬答】

我國法院就涉外案件之決定步驟如下：

(一)涉外民事案件

1.涉外案件

所謂「涉外案件」，係指一案件具有「外國人」、「外國地」或「外國人及地」等涉外因素（foreign elements）時，即稱「涉外案件」。依本題題意觀之，本題應為涉外案件。

2.民事案件

本題為民事案件。

(二)一般直接管轄權（jurisdiction）

在討論任一國際私法案件之前，先要討論受審法院是否具有一般直接管轄權。依學者見解，只有受審法院對該案件並無違反「公共利益」、「當事人利益」，同時，該受審法院亦無違反「實效性」、「合理性」及「便利性」等原則時，該受審法院是有管轄權。

本題，乙、丙於中華民國之法院起訴，依前揭理論，中華民國法院若於無違反「公共利益」、「當事人利益」時，且無違反「實效性」、「合理性」及「便利性」等原則時，中華民國法院應有一般直接管轄權。

(三)定性（qualification）

1.定性之定義：

所謂「定性」，即決定法律關係之性質。

2.決定「定性」之學說：

如何決定「定性」，學說有四：

（1）本案準據法說；（2）法庭地法說；（3）初步定性及次步定性說；（4）分析比較法理說。而目前學說通說係採「法庭地法說」，其理由僅有適用上之方便，並無邏輯上之必然。

3.本案之「定性」：

本案之定性，依法庭地法說（即依中華民國之法律而為判斷）應為「遺產之繼承」。

(四)連繫因素（connecting factors）

1.連繫因素之定義：

所謂「連繫因素」，即連繫涉外案件與本案準據法間之事實（factors）。

2.連繫因素之種類：

連繫因素有下述四種：即「與主體有關之連繫因素」、「與客體有關之連繫因素」、「與行為有關之連繫因素」及「與意思表示有關之連繫因素」。

3.本案之連繫因素：

由於本案乃為「親屬、繼承、能力」案件之一，是以，其連繫因素應為「國籍」。

(五)準據法之選擇（choice of law）

由於本案之定性為「遺產之繼承」，且連繫因素為「國籍」，是以，本案之準據法應依涉外民事法律適用法第 22 條：「繼承，依被繼承人死亡時之本國法。但依中華民國法律中華民國國民應為繼承人者，得就其在中華民國之遺產繼承之。」被繼承人死亡時，依題意依仍為日本人，是以，本案之繼承應依日本法為本案之準據法。

(六)準據法（applicable law）適用



1.承前，我國法院應依日本法為本案之準據法。惟於判斷「繼承」之前，須決定「適格之遺產繼承人」時，即產生了爭議。

依題意，欲解決「繼承」問題之前，應先決定「適格遺產繼承人」為何人，乙、丙均認為係甲之配偶，是以，在解決「主要問題」（繼承）之前，先要解決之問題，學界稱之為「先決問題」（甲與乙婚姻是否已解消、甲與丙婚姻是否成立）。

2.「先決問題」（preliminary question）：

惟並非所有如前揭之問題，均稱之為「先決問題」。要符合「先決問題」需有下述要件：

(1)主要問題與先決問題均為兩個獨立之涉外問題。

(2)主要問題之準據法須為外國法。

(3)主要問題準據法之國際私法就先決問題所指示之準據法，與法庭地國之國際私法就先決問題所指示之準據法不同。

3.就「先決問題」而言：

本案而言，主要問題與先決問題均為兩個獨立之涉外問題；主要問題之準據法為日本法（外國法）；而主要問題準據法（日本法）之國際私法（日本之國際私法）就先決問題所指示之準據法，吾人並不知，是以無法判斷。惟先決問題之解決，學者們有下述學說：

(1)適用法庭地國際私法說

認為法庭地之政策應屬優越，且如在法庭地適用法律不一致，會造成判決之歧異。且如果法庭地法官就某一法律關係予以定性後，選擇法條予以適用，如再以外國條文加以取代，或以外國之評斷代替內國之評斷，顯屬荒謬。故主張此說之學者，通常亦不贊同反致之理論。

(2)適用本案準據法國國際私法說

認為如強調法庭地實體結果一致之原則，必將犧牲國際判決之一致。採取一種原則將導致因訴訟地不同，而得不同之結果，無異將鼓勵當事人任擇法庭，接納便利法庭之概念。附隨問題之發生，係由於主要問題之存在，附隨問題完全係由於適用外國法之結果而產生。因此惟有適用本案準據法國之國際私法，方能達成尊重已作之決定，即本案準據法為規範該爭執問題所應適用之法律。

(3)個別案件區別說

此說認為主要問題與先決問題之法律適用無一可資遵行之共原則；而應依個別案件之情形，分別定其準據法。

(七)判決（decision）

本案在為「繼承」主要問題之準據法為日本法，而先決問題之準據法端採何種學說而有不同結論。

