

《商事法》

一、A 紙業股份有限公司（下稱 A 公司）投資非公開發行之 B 鞋材股份有限公司（下稱 B 公司），占其實收資本額（新臺幣（下同）1 億 5,000 萬元）約 2%。民國 101 年 6 月 10 日 B 公司股東會時，甲、乙二人以 A 公司代表人之身分分別同時當選為 B 公司董事及監察人。又，C 鞋業股份有限公司（下稱 C 公司）亦投資 B 公司，占其實收資本額 51%，並取得 B 公司過半數之董監席次，實際上負責 B 公司之經營。B 公司經常以低於市場行情之價格賣給 C 公司半成品，供 C 公司製成運動鞋行銷海內外。B 公司股東丙非常不滿此種不合常規的交易安排。

再者，B 公司為興建員工宿舍，擬購置位於 B 公司旁目前為 B 公司董事長丁所有之土地 1 筆（一般市場行情約為 200 萬元）。經查 B 公司章程並未規定公司購地應由董事會決議。為執行此項交易，B 公司法務長戊正在思考在法律程序上應如何進行此項交易。請附理由及法律依據，分析評論下列問題：

（一）甲、乙同時當選為 B 公司董事及監察人是否有效？（20 分）

（二）股東丙對 B、C 公司之間的不合常規交易，在法律上有何請求權？（10 分）

（三）B 公司對務長戊依法是否應建議：B 公司與丁之交易，於監察人代表公司與丁簽訂買賣土地契約前，應先經董事會之決議？（10 分）

命題意旨	(一)違反公司法第 27 條第 2 項但書之效力。 (二)少數股東代位從屬公司向控制公司請求損害賠償。 (三)公司法第 223 條及第 206 條第 2 項之適用疑義。
答題關鍵	(一)違反公司法第 27 條第 2 項但書之法律效果為何？究係董監之當選皆屬無效，抑或僅其一無效？對此，學說實務尚無定見，是考生應分列二說，並附理由採其中一說。 (二)先確認 BC 公司具控制從屬關係後，以第 369 條之 4 為據，說明股東如何代位從屬公司向控制公司及其負責人請求賠償。 (三)公司法第 223 條，除對外代表權外，是否尚包含內部業務執行權？即於董事自我交易之情形，於監察人代表公司前，是否須先經董事會決議？對此，最高法院認不須先經董事會決議，惟學說並不贊同，是考生應說明該實務學說之歧見後，採一說為管見作答。

【擬答】

- (一)1.有關法人股東得否指派代表二人以上分別當選董事及監察人，經濟部曾以 57 商字第 34076 號函表示：「公司法第 222 條雖規定監察人不得兼任公司董事及經理人，但同法第 27 條第 2 項又例外規定政府或法人為股東時亦得由其代表被推為執行業務股東或當選為董事或監察人，代表人有數人時得分別被推或當選，故一法人股東指派代表二人以上分別當選為董事及監察人並無不可。」惟政府或法人股東指派數代表人，如可同時職司董事及監察人之職務，易導致監察人無法發揮其獨立功能，公司監控制度無法建立，是證交法於 95 年修正時，增訂第 26 條之 3 第 2 項：「政府或法人為公開發行公司之股東時，除經主管機關核准者外，不得由其代表人同時當選或擔任公司之董事及監察人，不適用公司法第 27 條第 2 項規定。」禁止一法人股東指派數代表人同時當選董監事，惟該條文僅適用於公開發行公司，非公開發行公司則仍可依上開經濟部函釋，由一法人股東之數代表人擔任董監事。為徹底解決該問題，立法者遂於 100 年 12 月增訂公司法第 27 條第 2 項但書規定：「但不得同時當選或擔任董事及監察人」，使非公開發行公司亦不得由一法人股東之數代表人同時當選董監事。
- 2.惟有疑問者乃，違反該規定之法律效果為何？對此，目前實務及學說皆尚未有定見，可能之法律效果有二：
- (1)二者皆無效說：即認公司法第 27 條第 2 項但書為強行規定，違反強行規定之法律效果依民法第 71 條為無效，換言之，該法人股東之數代表人所同時當選之董事及監察人皆屬無效，公司須再次進行董監事之補選。
- (2)擇一有效說：該見解認為，公司法第 27 條第 2 項但書只為禁止一法人股東由其數代表人同時兼任董監事，是若其數代表人同時當選董監事者，應由該法人股東選擇保留董事或監察人席次，換言之，只要使

其董事或監察人其一之席次當選無效，即可達立法目的，而無須使其董監事席次當選皆屬無效。

- 3.上述二說，管見認為，應以前說為是，蓋若採第二說，恐使法人股東權利之行使流於恣意，即先派數代表人同時參選董監事，待同時當選後，再視情況選擇保留對其較有利者。與其如此，倒不如直接將第 27 條第 2 項但書視為強行規定，凡違反者，即屬無效，以遏止法人股東姑且一試之歪風。
- 4.本題 B 公司為非公開發行公司，其於民國 101 年 6 月 10 日召開股東會選任董監事時，由 A 公司之代表人甲及乙同時當選董監事，違反公司法第 27 條第 2 項但書之規定，依法該董監事席次之當選皆屬無效。

(二)丙得代位 B 公司向 C 公司及 C 公司之負責人請求損害賠償

1.C 公司為 B 公司之控制公司

C 公司投資 B 公司，並取得 B 公司過半數之董監席次，實際上負責 B 公司之經營，即 C 公司直接控制 B 公司之人事、財務或業務經營，依公司法第 369 條之 2 第 2 項規定，C 公司為 B 公司之控制公司。

2.題示，B 公司經常以低於市場行情之價格賣給 C 公司半成品，供 C 公司製成運動鞋行銷海內外，即 C 公司使 B 公司為不合營業常規或其他不利益之經營，對此，公司法雖允許關係企業為集團利益，可以暫且犧牲子公司之利益，但母公司必須於年度終了時為補償，否則將轉換為損害賠償責任。是若 C 公司未於年度終了時對 B 公司為補償，B 公司即得依第 369 條之 4 第 1 項之規定，向 C 公司請求損害賠償，且依同條第 2 項規定，B 公司亦得請求 C 公司之負責人連帶賠償。

3.惟控制公司對該從屬公司既有使其為不合營業常規或不利益經營之控制力，在通常情形，亦應具有使其不行使對控制公司損賠請求權之控制力，難以期待從屬公司主動、積極對控制公司行使損害賠償請求權，是公司法特於第 369 條之 4 第 3 項，賦予從屬公司之債權人或少數股東代位請求權，即於控制公司未為第 369 條之 4 第 1 項之賠償時，使繼續一年以上持有從屬公司已發行有表決權股份總數百分之一以上之股東，得代位從屬公司向控制公司及控制公司之負責人請求損害賠償。是若丙持有 B 公司股份達百分之一以上，或集合數股東持股總合達百分之一以上，且持有期間達一年以上者，丙即得依第 369 條之 4 第 3 項規定，以自己名義代位 B 公司向 C 公司及 C 公司之負責人請求損害賠償。

(三)1.按公司法第 223 條規定：「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表。」本題 B 公司欲向其董事長丁購買丁所有之土地 1 筆，依法應由 B 公司之監察人代表 B 公司為該交易。

2.惟有疑問者乃，公司法第 223 條除賦予監察人法律行為代表權外，監察人於該條所規定之董事自我交易一事上，是否享有業務執行權限？即該交易是否尚須先經董事會決議？對此，最高法院曾以 100 年度台上字第 964 號判決表示：「公司法第二百二十三條之規範意旨，在於董事為自己或他人與本公司為買賣、借貸或其他法律行為時，不得同時作為公司之代表，以避免利害衝突，並防範董事長礙於同事情誼，而損及公司利益，故股份有限公司監察人代表公司與董事為法律行為時，**無須先經公司董事會之決議**。」此外，最高法院 100 年度第 3 次民事庭會議針對本項議題，亦採取相同之見解，而謂：「參酌公司法第二百二十三條立法規範意旨，在於董事為自己或他人與本公司為買賣、借貸或其他法律行為時，不得同時作為公司之代表，以避免利害衝突，並防範董事長礙於同事情誼，而損及公司利益，故**監察人代表公司與董事為法律行為時，無須經公司董事會之決議核准**。」是依上開實務見解，本題 B 公司之監察人代表公司與丁簽訂買賣契約前，似不須先經董事會決議。

3.惟學者有認，上開最高法院之見解，實是對於股份有限公司內部業務執行權限與對外代表權限二者的混淆。即於股份有限公司組織中，業務執行權限與代表權限乃是分離的，賦予特定成員對外代表公司之權限，並不當然導引出其因此亦享有業務執行權。再者，公司法於 101 年 1 月增訂第 206 條第 2 項，規定：「董事對於會議之事項，有自身利害關係時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容。」明白指出包含自我交易在內之董事自身利害關係情事屬於董事會會議事項，應由董事會依照同條第 1 項規定決議，只不過該具有利害關係之董事依同條第 3 項規定，須迴避不得參與表決。亦即，現行公司法第 206 條第 2 項及第 3 項已將自我交易之決策在忠實義務的脈絡下賦予董事會，由不具利害關係之董事作成決議。

4.管見以為，上開二說應以後說為是，即第 223 條應僅指對外代表權，而不及於該自我交易之內部決策權，以避免不當賦予監察人其依公司法不應享有之權限。是本題 B 公司法務長戊應建議，B 公司與丁之交易，仍須先經董事會決議，只不過於董事會為該決議時，丁不得參與表決。

二、A 股份有限公司（下稱 A 公司），章程記載資本額新臺幣（下同）20 億元，實際已發行記名普通股 1 億股，每股面額 10 元，A 公司在民國（下同）99 年另發行不累積優先特別股 5,000 萬股，每股面額 10 元，股息定為年利率 2.6%。A 公司 99 年無盈餘，100 年盈餘 100 萬元。

A 公司設有董事 7 人分別為甲、乙、丙、丁、戊、己及庚共 7 人；監察人 2 人分別為辛及壬。甲為董事長，持有普通股 500 萬股；乙、丙、丁及戊各持股從 1 萬股至 20 萬股不等；己、庚、辛及壬在 A 公司則無任何持股。另董事乙並為 B 公司董事長。A 公司因以往年度辦理現金增資，曾以超過面額發行，有資本公積 5 億元。

101 年 4 月 1 日，A 公司董事會決議發放現金股息予特別股及普通股股東，共計 1 億元，並決議向 B 公司借款 1 億元支應。開會時，董事己及庚認為公司當年度盈餘僅 100 萬元，不應發放股息，反對該議案。惟甲、乙、丙、丁及戊均贊成，遂通過決議，授權董事長甲訂約（協議借款契約細節及簽約）。甲隨即在 4 月 15 日代表 A 公司與乙代表 B 公司簽約，借款 1 億元，期限兩年，利息為年利率 2.8%。

請附理由及法律依據，分析評論下列問題：

- (一)甲及乙在 A 公司董事會決議時，就借款案及分派股息案，均參與決議，有無瑕疵？法律效果如何？（20 分）
- (二)董事會決議對外借款，支應發放現金股息，有無違法？（10 分）
- (三)甲代表 A 公司與乙代表 B 公司簽訂的借款契約，有無任何瑕疵？（10 分）

命題意旨	(一)公司法第 206 條第 3 項準用第 178 條，有關「自身利害關係」之判斷，及應迴避而未迴避之法律效果。 (二)盈餘分派之限制。 (三)公司法第 223 條。
答題關鍵	(一)應分別判斷董事甲乙參與借款案及分派股息案之決議，是否有違反第 178 條，再論述應迴避而仍參與表決之法律效果。 (二)先論述本案 A 公司以借款發放現金股利，違反資本維持原則，再說明本案 A 公司實得以資本公積支應其股利之發放。 (三)說明本借款案以甲為 A 公司之代表違反公司法第 223 條，及違反該條規定之法律效果。

【擬答】

- (一)1.按公司法第 206 條第 3 項規定：「第一百七十八條、第一百八十條第二項之規定，於第一項之決議準用之。」而第 178 條則規定：「股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權。」惟何謂「有自身利害關係」？大理院 11 統字 1766 號解釋：「...所謂股東於會議事項有特別利害關係者，乃因其事項之決議，該股東特別取得權利或負義務，又或喪失權利或新負義務之謂。」故解釋上應有**具體、直接**利害關係致有害於公司利益之虞，始構成本條之規定。台灣高等法院 93 年度上字第 928 號判決亦謂：「解釋公司法第一百七十八條所規定『股東對於會議之事項有自身利害關係』，自應採限縮解釋，應認所謂有自身利害關係，限於因該決議之表決結果會使特定股東『取得權利或負義務』，或『喪失權利』或『新負義務』，即股東會之決議作成時，必須立即導致該特定股東發生權利義務之變動。」惟學者有認，單靠此一基準，仍未完全釐清自身利害關係之本質，故必須加上一基準：「該股東具有公司外部的純粹個人利害關係」始足當之。
- 2.是衡量董事對於會議之事項，是否屬「有自身利害關係致有害於公司利益之虞」，即應以「董事有具體、直接利害關係」及「該董事具有公司外部的純粹個人利害關係」為標準。以此衡量本案甲乙參與借款案及分派股息案之決議如下：
 - (1)借款案：就 A 公司向 B 公司借款 1 億元之議案，因乙為 A 公司之董事，又同時為 B 公司之董事長，就該議案，乙應具有公司外部的純粹個人利害關係，是乙於董事會表決借款案時，應迴避。
 - (2)分派股息案：甲乙皆持有 A 公司股份而為 A 公司之股東，就分派股息案，似具利害關係，惟分派股息並非公司外部關係，應認不合致「自身利害關係」之要件，故甲乙不須迴避表決。
- 3.是於董事會表決借款案時，有董事乙應迴避而未迴避之瑕疵。而依最高法院 99 年台上字第 385 號判決意旨：「參照公司法 206 條準用第 178 條規定，股份有限公司董事會於表決會議事項時，董事對於會議之事

項有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，該董事應不得加入表決。董事會違背上揭規定而為決議者，該部分之決議為無效。」應迴避而仍參與表決，將使該董事會決議因此無效。

- (二)1.按公司法第 232 條第 1 項規定：「公司非彌補虧損及依本法規定提出法定盈餘公積後，不得分派股息及紅利。」第 2 項規定：「公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。」是公司無盈餘時，原則上不得分派股息紅利，以維護資本維持原則。就算公司有盈餘，依法也須先彌補歷年虧損，提出法定盈餘公積，尚有剩餘時，始得對股東分派盈餘。A 公司 100 年盈餘 100 萬元，依法 A 公司須於彌補歷年虧損，提出法定盈餘公積後，始得以剩餘之部分分派股息紅利。A 公司以借款之方式，分派股息，此舉不但破壞資本維持原則，亦違反公司法第 232 條規定，明顯違法。
- 2.實則，A 公司若欲於公司盈餘僅 100 萬元時，發放 1 億元之現金股息，或可以資本公積為之。按公司法第 241 條第 1 項規定：「**公司無虧損者**，得依前條規定股東會決議之方法，將法定盈餘公積及下列資本公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給新股或**現金**：一、**超過票面金額發行股票所得之溢額**。二、受領贈與之所得。」即於公司無虧損時，公司法允許公司於經股東會特別決議通過後，以資本公積(超過票面金額發行股票所得之溢額)發放現金股利。本案 A 公司 99 年無盈餘、100 年盈餘 100 萬元，符合「無虧損」要件，且 A 公司有超過票面金額發行股票所得之溢額 5 億元，是 A 公司實得於經股東會通過後(若符第 240 條第 6 項之要件，A 公司甚至得以董事會特別決議為之)，以資本公積發放現金股利，而無須以借款方式支應。
- (三)1.按公司法第 223 條規定：「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表。」本條旨在防患董事礙於同事之情誼，致有犧牲公司利益之虞。本案乙為 A 公司之董事，同時為 B 公司之董事長，若由甲代表 A 公司與乙代表 B 公司簽訂該借貸契約，甲乙恐礙於同事情誼，而損及公司利益，是應由 A 公司之監察人為 A 公司之代表。
- 2.至於監察人有 2 人時，關於第 223 條之代表權，究應由全體監察人共同為之，抑或為單獨行使之權限？對此，經濟部曾以 91 經商字第 2132160 號函釋表示，第 223 條應屬單獨行使之權限，惟最高法院 100 年度台上字第 1026 號判決則認應由監察人全體共同代表為之。是若依經濟部見解，本案應由辛或壬為 A 公司之代表，若依最高法院見解，則應由辛及壬共同代表。
- 3.A 公司未依公司法第 223 條，由監察人代表公司，而係由董事長甲代表公司簽訂該借款契約，其效力為何？對此，最高法院 101 年台上字第 1092 號判決表示：「按公司法第 223 條，董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為，應由監察人為公司之代表。該條旨在禁止雙方代表，以保護公司之利益，非為維護公益而設，自非強行規定，故董事與公司為法律行為違反該條規定者，非當然無效，倘公司事前許諾或事後承認，對公司亦生效力。」換言之，違反第 223 條之法律效果非為無效，而係效力未定，視公司是否承認，而決定對公司是否生效。
- 4.綜上，甲代表 A 公司與乙代表 B 公司簽訂借貸契約，因違反第 223 條而效力未定。

三、甲以其所有之房屋出租予乙，乙以該屋向保險公司投保火災保險新臺幣(下同)2,000 萬元，雙方並未約定保險標的價值。於保險契約有效期間內，該屋因隔壁相鄰之丙屋失火延燒而致毀損，失火時該屋之實際價值為 2,500 萬元，損失金額為 1,000 萬元，試問：

(一)在保險實務上，何人得向保險公司請求多少保險金？(20 分)

(二)在保險法第 15 條「運送人或保管人對於所運送或保管之貨物，以其所負之責任為限，有保險利益。」之規定下，現行保險實務中，有關保險金請求權人及請求金額之作法，有無不妥之處？(20 分)

命題意旨	測驗考生是否瞭解火災保險於實務之運作。
答題關鍵	(一)保險金給付之計算。 (二)承租人於火災保險實務之地位。
考點命中	《高點保險法圖說》，101 年 5 月，6 版，賴宏宗律師編著，頁 7-9~7-10。 《高點保險法二試總複講義第一回》，賴政大編撰，頁 60-61。 《高點保險法一試總複講義第一回》，賴政大編撰，頁 2、頁 5。 《高點 101 年律司第一試綜合法學(二)全真試卷》，賴政大編著部分，頁 2-6，第 21 題。

【擬答】

(一)於保險實務上，何人得向保險公司請求多少保險金

1.保險契約相關當事人：於保險實務上，就題示情形，多半約定如下—

- (1)要保人：指以自己或他人所有之住宅建築物及其內之動產向本公司投保並負有交付保險費義務之人。
- (2)被保險人：指對承保住宅建築物及其內之動產所有權有保險利益，於承保的危險事故發生時遭受損失，享有保險賠償請求權之人。要保人以自己所有之住宅建築物及其內之動產投保，要保人即為被保險人；以他人所有之住宅建築物及其內之動產投保，該住宅建築物及其內之動產之所有權人為被保險人。
- (3)本題適用情形：於實務上，承租人乙得以自己為要保人，以所有權人甲為被保險人，向保險公司投保火災保險。

2.保險金之請求數額：

- (1)本題為不定值保險：保險法第 73 條第 3 項規定：「保險標的未經約定價值者，發生損失時，按保險事故發生時實際價值為標準，計算賠償，其賠償金額，不得超過保險金額。」即屬保險法對不定值保險之明文。本題雙方當事人並未約定保險標的價值，故屬不定值保險。
- (2)本題有一部保險之情形：在事故發生時，此契約之保險金額（2000 萬）小於保險價額（2500 萬），故本題此時存有第 77 條所規定之「不足額保險（一部保險）」情形。綜合第 73 條第 3 項與第 77 條「保險金額不及保險標的物之價值者，除契約另有訂定外，保險人之負擔，以保險金額對於保險標的物之價值比例定之。」之規定，保險人所應理賠之金額為：

$$\frac{\text{保險金額 (2000 萬)}}{\text{保險價額 (2500 萬)}} \times \text{損失金額 (1000 萬)} = 800 \text{ 萬}$$

3.小結：本題因甲為有保險賠償請求權之被保險人，故其得向保險公司請求 800 萬之保險金。

(二)保險法第 15 條於現行實務運作下之評析

- 1.保險法第 15 條規定：「運送人或保管人對於所運送或保管之貨物，以其所負之責任為限，有保險利益。」學者有認，本條之運送人或保管人僅為例示規定，亦即對於他人之所有物負有保管責任者，均得依本條主張保險利益，如承租人、借用人、倉庫營業人等。如採此見解，則本條規定者乃保管人如承租人有關保管責任之保險利益，故學說上有認此規定亦屬責任保險之一環；是以，承租人依第 15 條規定，得自為被保險人，而得就其所負責任，於保險金額之範圍內向保險人請求保險金。
- 2.承第一小題，於保險實務上，住宅火災保險，仍是著眼於所有權人之保險利益，而認所有權人方得為被保險人及請求保險金。是以，承租人尚難自以被保險人之地位參與火災保險，而無請求保險金之可能。此等運作，似有架空保險法第 15 條適用之嫌。

四、A 公司向 B 公司採購原料一批，A 公司以蓋有公司章、票面金額新臺幣 200 萬元、發票日為民國（下同）100 年 9 月 15 日、受款人為 B 公司之支票交付予 B 公司作為貨款之支付。B 公司董事長甲因個人投資失利，竟擅自拿此一支票向乙調頭寸。甲將該支票背面蓋上 B 公司之公司章及其個人私章。同時載明禁止轉讓後交付予乙，又在乙的要求下，甲於支票背面寫下連帶保證字樣。乙取得票據後，旋即背書轉讓予丙。丙於 100 年 9 月 16 日向支票付款行提示請求付款，付款行以存款不足為由拒絕付款。請附理由及法律依據，分析評論下列問題（每小題各自獨立）：

- (一)倘丙向 B 公司主張票據責任，B 公司以董事長甲私自拿公司票據供己之用為由抗辯之，是否合理？（10 分）
- (二)倘丙向 A 公司、B 公司與乙請求給付票款，A 公司、B 公司與乙皆以票據載明禁止轉讓為由抗辯之，是否合理？（10 分）
- (三)倘丙向乙請求給付票款，乙為給付後轉向 B 公司與甲請求，請問 B 公司與甲是否應負擔票據背書、票據保證，或者民法保證之責？（20 分）

命題意旨	(一)如何判斷法人所為票據行為之有效性。 (二)背書人所為禁止轉讓之效力。 (三)於支票背面寫上連帶保證字樣之效果。
答題關鍵	本題之回答應側重在：

	(一)法人代表機關所為行為之要件。 (二)背書人為禁止轉讓後，對各主體分別發生如何之效力。 (三)於支票背面寫上連帶保證字樣，究應評價為票據背書、票據保證或者民法保證。
考點命中	《高點票據法圖說》，101 年 8 月，6 版，賴宏宗律師編著，頁前 7-17~前 7-18、前 7-30；頁 1-84~1-86、1-104~1-105、1-135~1-137、1-167~1-168、2-65~2-67。 《高點票據法二試總複講義第一回》，賴政大編撰，頁 14-15、17~18、25~26、55~56。

【擬答】

(一)前言及爭點分析：

1.甲之行為之評價，及對乙公司所發生之效果：

- (1)「甲於支票背面蓋上 B 公司之公司章及其個人私章」部分：因法人不能自為法律行為，故須由其機關「代表」法人為票據行為。學說多數說認為，「代表」得類推適用「代理」之規定，故機關代表法人為票據行為，除實質上應具備代表權限外，形式上應記載「法人之名稱」、「代表之意旨」、「代表人之簽名（蓋章）」，票據行為方為有效。依題意，甲為 B 公司之董事長，其自具有代表權限。惟其於支票背面蓋上 B 公司之公司章及其個人私章，而未載明代表意旨，其所為行為效力如何？有以下不同見解：
- A.甲說：雖甲為該公司法定代理人，但未記載為本人代理之旨，而簽名於票據，依票據法第 9 條之規定，應由甲自負票據責任。
- B.乙說：若依票據全體記載之旨趣觀之，足認其有代表法人關係之存在者，仍應認為已有為法人代表意旨之記載。
- C.丙說：在票據上簽名者，依票上所載文義負責，二人以上共同簽名時，應連帶負責，票據法第 5 條定有明文。公司之法定代理人在支票上除蓋用公司名章外，又自行簽名或蓋章於支票者，究係以代理人之意思，代理公司簽發支票？抑自為發票人，而與公司負共同發票之責任？允宜就其全體蓋章之形式及旨趣以及社會一般觀念而為判斷。
- D.管見：公司法人簽發之票據，通常僅記明公司法人名稱或蓋其印章，然後再加蓋負責人之私章，已成為慣例，自不可拘泥於第 9 條所稱之「代理意旨」。第 9 條適用於公司法人時，應注意法人實在說之本質。故，認為公司應負票據上之責任，較合社會慣例，及法人本質之理論。
- (2)「甲於支票背面寫上連帶保證」部分：票據法第 12 條規定「票據上記載本法所不規定之事項者，不生票據上之效力。」因支票不準用匯票有關保證之規定，故支票背面寫上「連帶保證人」或「保證人」的字樣，並且簽名，會發生如何之效力，即有以下不同見解：
- A.甲說：不負票據法背書人責任，應視情形令其負民法上保證責任。因為支票並不準用匯票有關保證之規定，故依第 12 條，此「連帶保證」乃屬「票據法所未規定之事項」。就效果而言，「僅不生票據上之效力，而非不生其他法律之效力」；故此時所生之「其他法律之效力」，仍應由法院調查認定。
- B.乙說：只負票據法背書人責任。當事人既在支票背面簽章，即為票據上之背書。
- C.丙說：「背書人責任」及「民法上保證責任」。此及綜合以上二說之結論。
- D.丁說：僅負「民法上保證」之責任。此乃依票據外觀解釋原則及客觀解釋原則所得之結論。
- E.戊說：「背書人責任」或「民法上保證責任」。本爭點首應考量，「同一行為人得否於票據上同時為『移轉票據權利』（背書）及『保證票據債權』（票據保證）兩種法效意思」；對此應採「否定說」，因為兩者之法效意思，有其本質上之差異，相互排斥而不可能同時存在（背書之法效意思為移轉票據權利，票據保證則為保證票據債務）。次者，又因支票不準用匯票保證之規定，此時於支票背面寫上「保證人」字樣，依第 12 條，乃屬記載本法所不規定之事項，不生票據上效力，自不生「票據保證」之效力。此時成立的，是其他法律上之效力，也就是「民法上保證」。故就結論而言，若採「實質認定」，則為「背書」責任；若採「形式認定」，則為「民法保證」責任。
- F.管見：由於第 144 條，支票並不準用匯票保證之規定，而票據為要式證券，故此依第 12 條，記載本法所不規定之事項，不生票據上之效力。因此，此項於支票背書加寫「（連帶）保證人」之背書，僅生背書效力。

(3)小結：綜上所述，甲之行為，應對 B 公司發生背書之效力。

- 2.背書人所為禁止背書轉讓之效力：依前所述，甲之行為，應對 B 公司發生背書之效力。是以，甲於其上載明禁止轉讓，即屬背書人禁止背書轉讓，對此票據法第 30 條第 3 項規定：「背書人於票上記載禁止轉讓者，仍得依背書而轉讓之。但禁止轉讓者，對於禁止後再由背書取得匯票之人，不負責任。」

3.丙已遵期提示：本張支票之票載發票日為民國 101 年 9 月 15 日，丙於 9 月 16 日提示，已符合票據法第 130 條之法定提示期間規定。

(二)第一小題：B 公司得否以董事長甲私自拿公司票據供己之用為由，主張抗辯？

依上所述，甲之行爲既評價為 B 公司之背書行爲，自應由 B 公司負票據上之責任。故 B 公司自不得以董事長甲私自拿公司票據供己之用為由，主張抗辯。

(三)第二小題：A 公司、B 公司及乙，得否以票據載明禁止轉讓為由，主張抗辯？

票據法第 30 條第 3 項規定：「背書人於票上記載禁止轉讓者，仍得依背書而轉讓之。但禁止轉讓者，對於禁止後再由背書取得匯票之人，不負責任。」故：

1. B 公司：其為禁止轉讓者，故對於禁止後再由背書取得匯票之人丙，不負責任。B 公司之抗辯，為有理由。

2. 乙：其非禁止轉讓者，故對於丙須負責任。乙之抗辯，為無理由。

3. A 公司：其非禁止轉讓者，故對於丙須負責任。A 公司之抗辯，為無理由。

(四)第三小題：B 公司及甲是否應負擔票據背書、票據保證或者民法保證之責？

依上所述，甲之行爲既評價為 B 公司之背書行爲，自應由 B 公司負票據背書責任，而與票據保證或者民法保證無涉。

五、甲住花蓮鄉間，與乙、丙為鄰居好友。民國 101 年 5 月 1 日三人相聚聊天。甲表示為籌措兒子赴美留學費用，計劃將手中 A 上市公司股票 1 萬股及 B 上櫃公司股票 2 萬股出售。乙、丙兩人表示願意購買，當即約定，乙買入 A 上市公司 1 萬股，丙買入 B 上櫃公司股票 2 萬股，均以次日市場的收盤價格為買賣價格。甲、乙、丙三人於 6 月 2 日依約定交付款券，銀貨兩訖，並於交易完成時，依規定繳納一切應納稅捐，請回答下列問題，並就現行相關法令分析評論之。

(一)甲、乙、丙是否違反證券交易法？如有違反，應負何種責任？(30 分)

(二)上開交易如有違法，股票買賣的效力如何？實務見解如何？(10 分)

命題意旨	(一)場外交易禁止之原則與例外。 (二)場外交易之效力。
答題關鍵	本題之回答應側重在： (一)應著重於證券交易法第 150 條所羅列場外交易禁止之例外。 (二)最高法院對於場外交易之效果認為應屬有效。 (三)應順帶點到學者對於場外交易禁止之規定之批評。
考點命中	《高點證券交易法講義第二回》，施台大編撰，頁 60 以下。

【擬答】

(一)甲乙二人間私下約定買賣 A 上市股票之交易，應已違反證券交易法第 150 條之規定，而應依據證券交易法第 177 條第 1 項之規定加以處罰：

1.依據證券交易法之規定，上市有價證券之買賣，原則上應於集中交易市場上為之，亦即禁止場外交易，證券交易法第 150 條定有明文：「上市有價證券之買賣，應於證券交易所開設之有價證券集中交易市場為之。但左列各款不在此限：一、政府所發行債券之買賣。二、基於法律規定所生之效力，不能經由有價證券集中交易市場之買賣而取得或喪失證券所有權者。三、私人間之直接讓受，其數量不超過該證券一個成交單位；前後兩次之讓受行為，相隔不少於三個月者。四、其他符合主管機關所定事項者。」而依題意，甲、乙、丙三人似非於集中交易市場或店頭市場完成 A 公司與 B 公司股票之交易，是否違反證券交易法第 150 條之規定，茲分述如下。

2.首先，就甲乙間買賣 A 上市股票之部分：

因甲乙間買賣之標的為「上市股票」，受上開證券交易法第 150 條禁止場外交易規定之限制，且甲乙間買賣交易之數量為 1 萬股(亦即 10 張)，超過集中交易市場 1 個交易單位，在未有證券交易法第 150 條其他例外得為場外交易之前提下(共 4 款)，甲乙間買賣 A 上市股票 1 萬股之行爲，即違反證券交易法第 150 條之規定，依據證券交易法第 177 條第 1 項之規定，得處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百二十萬元以下之罰金。

3.另就甲丙間買賣 B 上櫃股票之部分：

因前證券交易法第 150 條禁止場外交易之規定，於店頭市場並無適用之餘地，且上櫃股票亦無類似於證券

交易法第 150 條之規定，故今縱甲丙間約定買賣 B 上櫃股票達 2 萬股，亦應屬有效，且現行法下無處罰之相關規定。

(二)違反禁止場外交易買賣股票之效力如何？

- 1.甲說：臺灣高等法院 72 年度重上更(三)字第 22 號民事判決認為，上市股票買賣須於集中交易市場買賣乃屬「要式行為」，如未依法定方式買賣，即應屬無效。
- 2.乙說：惟最高法院 86 年度台抗字第 414 號裁定認為，禁止上市有價證券之場外交易，乃僅在維護證券經紀商及證券交易所之利益，從而證券交易法第 150 條本文僅屬取締規定，而非效力規定，違反該條規定所為之買賣，尚非無效。
- 3.小結：
 - (1)證交法第 150 條乃沿襲紐約證交所早期對會員證券商之限制而來，其目的雖在確保投資人在一個透明公開的市場上交易，但實際上此一規定等於是保護證交所及證券商會員，讓其可穩收經手費及手續費，然我國此立法之適用對象擴及一般投資人，且賦予刑事責任，似有限制投資人自由買賣有價證券之嫌。且美、日已分別於 2000 年 5 月及 2004 年 6 月刪除類似立法、或大幅放寬限制，我國是否有存留該制度之必要，自有檢討之空間。是就場外交易之行為，實不應賦予強烈之法律效力，應屬有效為宜。
 - (2)另站在保護交易安全之觀點，亦無須將證券交易法第 150 條解為效力規定，應以乙說較為可採。故縱本題甲違反證券交易法第 150 條之規定，為保護交易安全，其與乙買賣 A 上市股票之交易，亦應解為有效。