

《商事法與國際私法》

一、A 股份有限公司(以下簡稱 A 公司)為經營金融業務之機構, B 投資公司持有 A 公司 23.1% 之股份, A 公司章程明訂設有 5 席董事, 其中 B 投資公司指派甲、乙、丙為代表人當選 A 公司董事, 並以甲當選董事長; 另丁與戊為各自持有 A 公司股份 4% 之自然人股東, 亦分別當選為 A 公司董事, 依金融法規及 A 公司章程皆明定, A 公司與關係人為不動產交易應經三分之二以上董事之出席及出席董事四分之三以上同意, A 公司董事會決議向 B 投資公司購買辦公室一筆價值新臺幣 5,000 萬元。試請說明下列問題:

(一) 董事會決議時 5 位董事皆出席, 但丁反對並以書面載明紀錄外, 其餘皆同意, 該項董事會決議是否有效? (10 分)

(二) 甲董事長僅通知乙、丙, 未通知丁與戊, 經 3 位董事同意決議後, 甲董事長代表公司逕行辦理購買辦公室之事宜與過戶, 該過戶之法律效力如何, A 公司應如何主張權利? (10 分)

命題意旨	第一小題涉及董事行使表決權, 利害關係迴避之問題。 第二小題則涉及未經合法通知董事會決議之效力, 及董事長未經董事會決議所為交易行為之效力。
答題關鍵	第一小題主要是考董事具有自身利害關係, 行使表決權是否應予迴避, 考生須點出法人董事中利害關係之爭點, 並輔以相關實務見解, 最後以自己見解作答。 第二小題, 主要考董事會開會之通知瑕疵之問題, 考生須搭配最近最高法院之見解作答, 並進一步論證董事長未經董事會決議, 逕行為交易行為之效力。題目最後問 A 公司如何主張權利, 所以在作答時, 應以 A 公司立場作出發, 如此應可得到不錯之分數。
高分閱讀	1. 經濟部九一、一二、一六商字第○九一○二二八七九五○號。 2. 經濟部九九、五、五經商字第○九九○二四○八九一○號函。 3. 臺灣高等法院六五年法律座談會結論。 4. 最高法院 97 年台上字第 2216 號判決。 5. 最高法院 97 年台上字第 925 號判決。 6. 曾宛如, 〈董事會決議瑕疵之效力及其與股東會決議效果之連動-兼評九七年台上字第九二五號判決〉, 《台灣法學雜誌》, 第 120 期。 7. 劉連煜, 〈公司董事會召集程序違反規定之決議效力/最高院九七台上九二五〉, 《台灣法學雜誌》, 第 152 期。 8. 文台大, 公司法上課講義(2), 第六單元 P.21-P.23、第七單元 P.72-P.75。 9. 文台大, 公司法上課講義(3), 第八單元 P.13-P.16。

【擬答】

(一) 甲、乙、丙三人具有利害關係, 不得參與董事會表決

本案中 A 公司董事會決議是否有效, 須視決議時定足數及多數決是否符合金融法規及 A 公司章程規定, 合先敘明。

1. 定足數

(1) 依金融法規及 A 公司章程規定, A 公司與關係人為不動產交易, 應經三分之二以上董事之出席, 出席董事四分之三以上同意。

(2) 本案中, A 公司董事會決議向 B 公司購買辦公室, 應經三分之二以上董事出席, A 公司董事會為決議時, 5 位董事皆已出席, 符合定足數門檻。

2. 多數決

(1) 按公司法第 206 條第 2 項準用第 178 條規定, 董事在特定議案, 有自身利害關係致有害於公司利益之虞時, 不得加入表決, 亦不得代理他股東行使表決權, 此乃因董事對公司負有忠實義務, 避免董事以私害公, 故董事具有利益衝突時, 不得行使表決權。

(2) 本案中, 甲、乙、丙三人為 B 公司所指派之法人董事, 而 A 公司欲向 B 公司購買辦公室, 是否具有自



身利害關係，而須迴避表決，容有爭議。早期實務見解^{註1}認為法人股東之代表人當選為董事時，該代表人即有知悉公司營業秘密之機會，又因其與法人股東間有委任關係，依民法第 540 條規定，受任人應將委任事務進行之狀況報告委任人（法人股東），則法人股東亦有知悉公司營業秘密之機會。是以，法人股東之代表人於董事會行使董事職權時，就其代表人之法人股東與公司締結買賣契約等相關議案，應以「有自身利害關係致有害於公司利益之虞」，依公司法第 206 條第 2 項準用第 178 條規定，不得加入表決。

(3)然最新實務^{註2}認為，法人股東與法人董事間委任關係存否，與判斷是否有公司法 178 條「有自身利害關係致有害於公司利益之虞」，係屬二事，是否存有利害衝突，仍應依事實個案認定，如有爭議，允屬司法機關認事用法範疇。

(4)綜上所述，本案中，甲、乙、丙三人雖與 B 公司具有委任關係，但是否有自身利害關係致有害於公司利益之虞，仍應依事實個案認定。管見以為本案中交易金額已達 5000 萬元，且 B 公司持有 A 公司 23.1 % 之股份又掌握三席董事，可能犧牲 A 公司本身之利益而成全 B 公司利益，故甲、乙、丙三人在行使表決權時，應予迴避不得加入表決，不算入多數決。因此，本案中，僅有丁、戊兩人可參與表決，然丁又已反對並經書面記錄，故未達出席董事四分之三以上之同意，其董事會決議無效。

(二)1.按公司法第 204 條規定，董事會之召集，應載明事由，於七日前通知各董事及監察人。但有緊急情事時，得隨時召集之。若未依法通知效力為何，實務上容有爭議：

(1)實務上有認為公司法第 204 條乃屬訓示規定，而非強制或禁止規定，故雖未通知其他董事，董事會決議仍有效。

(2)但最高法院認為，董事會召集之相關程序及決議方法，其目的即在使公司全體董事能經由參與會議交換意見、集思廣益，以正確議決公司業務執行之事項，董事會除有緊急情事時，得隨時召集之以外，董事會之召集，應載明事由，於七日前通知各董事應及監察人，董事會如未依公司法第 204 條規定於開會前七日通知各董事，如無緊急情事，系爭董事會之召集程序違反法律，所為決議無效。

(3)管見以為，從董事對公司負有忠實義務之觀點出發，董事原應親自出席董事會，且不應自我限縮個案之裁量權，方吻合忠實義務概念下之注意義務及謹慎判斷不自限之原則，確保每位董事均得出席，不僅是董事會權能發揮之重要過程，也是董事善盡忠實義務之前提。

(4)因此本案中 A 公司董事會未通知丁、戊，即召開董事會，召集程序有瑕疵時，公司法雖未明文規定，惟董事會為公司之權力中樞，為充分確認權力之合法、合理運作，及其決定之內容最符合所有董事及股東之權益，應嚴格要求董事會之召集程序、決議內容均須符合法律之規定，如有違反，認為當然無效。

2.甲董事長未經董事會合法決議，逕行代表 A 公司向 B 公司購買辦公室，其效力為何，容有爭議：

(1)實務見解有認為公司目前商場交易習慣，鮮有於交易時，先索閱相對人公司章程者，且董事長代表公司為買賣行為時，相對人恆信賴其有代表權，如相對人於受讓時係屬善意，公司尚不得以其無效對抗該善意之相對人，用策交易安全。

(2)然通說見解認為，董事長雖有代表公司之權，惟董事長對非屬公司營業上之事項則無代表之權，其因此對外所為法律行為屬無權代理，不論第三人是否善意，非經公司承認，不能對公司發生效力。

(3)然管見以為，本案中涉及交易金額龐大，為避免損及 A 公司利益，保護股東之權益，A 公司可主張甲董事長未經合法董事會決議，對外所為之交易行為屬無權代理，非經 A 公司承認，不能對 A 公司發生效力。

二、甲簽發本票一紙（以下稱該本票）予乙，並於該本票上記載「無條件擔任支付」之文字，並附記「憑票於受款人交付某型式電腦一台後支付新臺幣伍萬元」，惟乙擔心甲的信用不足，要求甲先找信用較佳之他人背書後，乙始肯接受該本票，因此甲請丙幫忙並將該本票交付予丙，丙遂先於該本票背面背書（第一背書人：丙，被背書人：乙）後，並於正面受款人欄填入「乙」，再將該本票交付予乙，乙屆期經提示不獲付款，試問：乙得否向甲、丙行使追索權？（20 分）

^{註1}經濟部九一、一二、一六商字第○九一○二二八七九五○號。

^{註2}經濟部九九、五、五經商字第○九九○二四○八九一○號函。



命題意旨	本題旨在測驗同學對於「發票行為附條件之效力」、「隱存保證背書之效力」、以及「最高法院 68 年台上字第 1939 號判例」，與學說上對於「無記名票據變更為記名票據時，執票人是否仍須以背書連續為要件，方能行使追索權」之看法。上述議題皆為票據法上重要爭點，老師亦於課堂上整理講述，相信同學並不陌生，應可輕鬆答題。
答題關鍵	1.發票行為附條件為有害事項，一經記載，則使票據無效。 2.隱存保證背書之效力，實務見解認為，即使執票人明知，隱存保證背書之背書人仍須負背書人之責任。 3.無記名票據變更為記名票據時，執票人行使追索權時是否仍須以背書連續為要件？對此「最高法院 68 年台上字第 1939 號判例」表示否定之見解，然學說有不同之看法。
高分閱讀	1.俞台大，票據法講義第一回，第 15 頁、第 23 頁及第 24 頁。 2.俞台大，票據法講義第二回，第 13 頁及第 14 頁。 3.俞台大，總複習講義，第 39-42 頁。【相似度 90%】 4.王志誠，《票據法》，元照出版，2008 年 9 月，第 255-256 頁。

【擬答】

(一)甲之發票行為無效，乙不得向甲行使追索權：

按票據「有害事項」，係指一旦記載於票據上，將導致票據無效，故性質上屬於不得記載事項。本題發票人甲在本票上記載「憑票於受款人交付某型式電腦一台後支付新台幣五萬元」，此為「發票人為附條件支付之記載」，性質上即屬「有害事項」，且與票據法第 120 條第 1 項第 4 款規定有所牴觸，則該本票因之而無效，故本題甲之發票行為無效，甲無庸負本票發票人之責任。

(二)丙之背書行為有效，且丙負背書人之責任：

1.所謂票據行為獨立性原則，是指具有前後相依關係之票據行為中，如先行票據行為無效或被撤銷，不影響後行票據行為之效力。本題丙雖係在無效之本票上為背書行為，然依票據行為獨立性原則，丙之背書行為在其具備背書行為之要件時，仍可獨自發生效力，故丙之背書行為有效。

2.惟依題意，丙之所以在本票上背書，乃出於甲之信用不足，須有信用較佳之丙背書，乙始願接受該票據，故本題丙之背書性質上可能為「隱存保證背書」，亦即不於票據上記明保證字樣，而依背書方式，達到保證之目的之背書。此時，丙應負何種責任，分述如下：

(1)實務見解認為應負背書人之責任：

按「票據乃文義證券，不允許債務人以其他立證方法變更或補充其文義，故凡在票據背面或其黏單上簽名而形式上合於背書之規定者，即應負票據法上背書人之責任。縱令係屬隱存保證背書，且為執票人所明知，仍不能解免其背書人之責任。」最高法院 92 年台簡上字第 24 號判例可資參照。

(2)有學者認為隱存保證背書如構成心中保留或通謀虛偽之意思表示之情事時，於直接當事人間得以其意思表示無效作為抗辯事由，故如隱存保證背書人能舉證證明執票人明知其所為背書行為，構成心中保留或隱存保證背書人與執票人間有通謀而為虛偽之意思表示，則背書人與執票人間仍存有人之抗辯事由。但即使背書人之抗辯成立，因背書人簽名之目的，在於保證或隱藏有保證行為，則執票人仍得主張負民法上之保證責任。

(3)管見以為，丙應負背書人之責任，蓋票據為文義證券，且丙之內心意思，非一般人所能知或可得而知，為維護票據之流通性，仍不得解免丙背書人之責任，故丙依票據法第 124 條準用第 29 條及第 39 條，負擔保本票支付之責任。

(三)乙得否對丙行使追索權：

依題旨，甲簽發無記名本票，然丙依票據法第 124 條準用第 25 條第 2 項規定，於無記名票據之空白內記載受款人乙，將該票據變更為記名票據，並將該票據背書轉讓與受款人乙時，是否發生背書不連續之情形及乙得否行使追索權，學說及實務見解不同分述如下：

(1)學說：認為此時因受款人並非自發票人受讓票據之人，造成形式上背書不連續。故乙若要向丙行使追索權，乙須證明取得票據之實質關係，始能對票據債務人丙提示票據請求付款。

(2)實務見解：依最高法院 68 年台上字第 1939 號判例，及臺灣高等法院暨所屬法院 96 年法律座談之見解，倘由執票人於無記名本票之空白內記載受款人，並將本票背書轉讓與受款人時，則因受款人並非自發票人受讓本票之人，即不能因該受款人未在本票背書，遽指為背書不連續，遂謂其不得向背書人行使票據上權利。故本件背書連續，乙得向丙行使票據權利。



三、託運人甲與自有船舶之運送人乙，訂立傭船契約後，貨物於海上運送中，乙將其船舶轉讓於丁。丁於取得船舶所有權後，不願繼續實施運送，乃要求甲另找船舶轉船，甲不願意，主張其與乙訂立之傭船契約應繼續對丁存在，丁應負責以原船舶將其貨物運送至目的港，丁則主張其與乙並未約定承擔該船舶原訂之運送契約，自不負繼續履行之義務。試問甲與丁，何人之主張為有理由？請附理由說明之。(20 分)

命題意旨	本題旨在測驗同學對於「船舶所有權之移轉是否影響傭船運送契約之效力」看法是否有清楚掌握，爭點十分簡單，也是海商法的基本觀念，相信同學可以輕鬆作答，得高分！
答題關鍵	本題涉及海商法第 41 條規定之解釋，學說上有「買賣不破租賃說」及「注意規定說」，同學分別論述即可。但若將未來修法趨勢一併陳述，答題更完整。
高分閱讀	俞台大，海商法講義第二回，第 5 頁及第 6 頁。【相似度 95%】

【擬答】

(一)本題涉及海商法第 41 條規定之解釋：

依海商法第 41 條規定「以船舶之全部或一部供運送之契約，不因船舶所有權之移轉而受影響」，此規定是否使傭船運送契約之債權等同於民法第 425 條「買賣不破租賃」之債權物權化之效果，學者有下列見解：

1. **買賣不破租賃說**：認為海商法第 41 條與民法第 425 條「買賣不破租賃」之意旨相同，故於傭船運送之情形，船舶所有權人將其船舶所有權轉讓於第三人時，該受讓人即應成為運送契約之當事人，其享有運送契約下之權利及義務。依此說，甲可依買賣不破租賃之法則，主張運送契約對丁繼續存在，據此向丁請求履行運送契約、完成運送。

2. **注意規定說**：認為運送契約仍存在於原當事人之間。其理由如下：

(1)就文義而言，海商法第 41 條與民法第 425 條規定不同，解釋上自不能等同視之。

(2)就運送契約法律性質而言，運送契約為承攬契約，運送人僅負有完成運送之義務，至於利用何人船舶則非其所重視，故運送人雖將船舶所有權移轉於他人，運送人仍得以「非船舶所有人之運送人」之身分繼續完成運送。

(3)海商法第 41 條應為注意規定，僅在說明即使船舶所有權變動，運送人仍負有運送義務，對於傭船契約不生影響。

依此說，運送契約仍存在於甲乙之間，船舶受讓人丁並非運送契約之運送人，且乙未與丁訂立運送契約之情況下，丁無完成運送之義務，甲不可向丁請求履行運送契約。

(二)結論：注意規定說為現今通說，故本題丁之主張較為可採。然管見以為，海上規模龐大，往往具備國際性，牽涉甚廣，陸上所有權靜態之移轉，應該不宜影響海上運送之動態交易活動，故將來有待修法課以船舶受讓人忍受之義務，於該次運送完成前，不得要求移轉船舶之占有，藉以保障廣大託運人之利益。

四、保險法有關「定值保險」之下列規定，有無不當之處？如有，應如何修正？

(一)保險法第 50 條。(5 分)

(二)保險法第 73 條第 2 項。(7 分)

(三)保險法第 76 條第 1 項後段。(8 分)

命題意旨	本題主要考對於保險法之定值保險立法評析
答題關鍵	在考試時，考生遇到立法評析的問題，不須慌張，應先將所建立之基本概念予以應用，本大題主要在考驗考生對於定值保險之概念是否熟悉，在現行法規範下，是否有不妥之處，考生在作答時，可以立法目的為主幹，並搭配學說見解加以鋪陳，相信可獲得不錯分數。
高分閱讀	1.江朝國，《保險法基礎理論》，新修訂四版，P.385-391、P.402-408。 2.文台大保險法講義(1)，第一單元 P.21。 3.文台大保險法講義(3)，第六單元 P.32- P.34。 4.文台大保險法總複習講義，P.46- P.47。

【擬答】

(一)保險法第 50 條規範體系不當：

1.保險法 50 條規定於保險契約通則，將保險契約分為不定值保險與定值保險契約，所謂不定值保險係以「保險事故發生」時之標的價值來計算損害範圍之保險；而所謂定值保險，則以訂立契約時，事先約定好「損



害發生時」的標之價值，並以之為保險事故發生時計算損害之標準。兩者皆以保險標的價值(保險價額)，判斷被保險人所受損害範圍。

2. 保險契約依通說見解可分為損害保險與定額保險，兩者是否均有定值保險與不定值保險概念之適用，即有疑義。定額保險因其投保對象為人身，基於人身無價之概念，並無保險價額之概念，故不得適用定值保險與不定值保險概念，僅能以定額保險加以規範。同時在損害保險中的消極保險，被保險人所應負之賠償金額，並非「保險價額」，而係「損失額」，故亦無適用定值保險與不定值保險。
3. 故在保險契約中僅有損害保險中的積極保險，因其須以保險價額衡量損害範圍，定值保險與不定值保險的分類，在積極保險中才有實益，然現行法將其規定在保險契約通則，體系上有所不當。

(二) 1. 保險法第73條第2項未有定值保險顯著超過實際保險價值之例外規定

保險法第73條第2項之立法目的係許可，以「保險契約訂定時約定之保險價值」代替「保險事故發生實際之保險圖不當得利，而將標的價值大幅提高，並以之為保險金額之現象，例如：保險人意圖不當得利獲取較高保費，或要保人意圖不當得利獲取高額保金等等。

雖定值保險容忍某種程度之不當得利，但與保險法上主要目的在於填補損害之原則間確有扞格之處。比照外國保險契約法第57條有關定值保險之問題，即有規定「定值於此時顯著地超過實際之保險價值不在此限…」，我國現行保險法第73條第2項未有如前述但書之規定，實屬缺憾。

2. 保險法第73條第2項所稱保險金額之用語有待商榷

保險金額與保險價值實屬不同概念，保險金額係指保險契約雙方當事人約定保險人保險賠償之最高額，以限制其責任。而保險價值則於損害保險中保險利益之價值。依上所述，兩者在保險法上之功能各異。對照第三項觀察，第二項是以約定價值為保險價值，然損害之數額經計算確定之後，仍須視保險契約是否超過保險或不足額保險之情形。若有，仍須再依各該規定計算保險人應理賠之數額；若無，則屬全額保險，即保險金額等於保險價值，以保險價值所計算出損害之數額，即為保險人應負保險賠償之數額，無須再考慮保險金額之問題。由此可知，保險法上計算損失以為計算保險人最後數額之基礎者為保險價值，而非保險金額，本法第73條第2項所稱之保險金額應為保險價值才是。

(三) 1. 保險法第76條第1項後段中「除定值保險外」之語用意為何實屬不明

超額保險指保險金額超過保險價值者而言，而保險價值即保險標的之價值，保險標的之價值於一般不定值保險當指實際價值而言，固無疑義。然若於定值保險，則保險標的價值應指所定值者而言，不再論該標的實際之價值為何。

換言之，保險價值於定值保險中為其所定值者，而於不定值保險中則為保險標的之實際價值。據此，只要保險金額超過保險價值，無論保險契約是否為定值保險，皆有超額保險之適用。且由本條項最後用語「…其契約僅於保險標的價值之限度內為有效。」觀之，「保險標的價值」於定值保險既係指所定值之保險價值，非指實際價值而言，「除定值保險外」之規定實屬多餘。

2. 於定值保險中，真正之超額保險不包含保險標的價值滑落之情形

若明確瞭解保險價值於定值保險之意義，只要保險金額和所定值之保險標的價值一致，即屬全額保險，即使保險金額超過保險標的實際之價值，契約仍屬全部有效。故定值保險中，超額保險之構成，為於保險金額超過所定值之保險標的價值時始可能，只要保險金額和所定值之保險標的價值符合一致，則屬全額保險，即使訂約後該標的之實際價值跌降，亦不直接轉為超額保險，此始貫徹定值保險意義之所在。

- 五、A國人甲和B國人乙同時應聘來我國任職，並均設定住所在我國。甲、乙利用共同休假之時間同赴C國自助旅行，甲在C國租車駕駛，載乙遊覽名勝，途中因甲之疏失，車輛撞上路邊之護欄。甲僅受皮肉之輕傷；乙則受重傷，緊急送回我國救治仍不幸死亡。乙之父親丙為A國人，在我國法院起訴請求甲依我國民法賠償其未能受乙扶養到命終之損害，甲則以侵權行為及扶養之問題不應適用我國法律為抗辯。請問：我國法院應如何適用法律？(20分)



命題意旨	本題考國私議題中數一數二棘手的「附隨問題」，並不容易處理，但與陳榮傳老師 2008 年的文章幾乎一樣，只是沒有給外國選法條件，要處理得好不容易。考生至少要會背出附隨問題的要件和效果，至於本案是否適用附隨問題，新舊法結論上將會不一，所以也要附帶說明一下新法條文。
答題關鍵	本案管轄沒有特殊考點，在定性部分有兩個定性結果，即侵權行為損害賠償範圍以及扶養問題，並需討論附隨問題要件和效果，並在準據法適用的階段討論選法和我國國私的規定，並補充新法條文的適用。最後透過我國國際私法選法即可。
高分閱讀	1.伊台大，國私總複習講義，10-11 頁。 2.伊台大，國私講義（第二版）第三冊，11-12 頁。

【擬答】

本案當事人為外國人，具涉外因素，應依涉外民事法律適用法選法（下稱本法），合先敘明。

(一)管轄

涉外民事爭議之國際管轄權，我國法未規定，通說採類推適用說，謂本法有管轄規定者從其規定，無規定者類推適用民事訴訟法規定，本案被告甲有住所於我國，類推適用民事訴訟法第一條以原就被原則，應認我國法院有管轄權。

(二)定性

本案丙主張甲應賠償其因侵害乙致死而應負擔乙對丙之扶養費用損害，應定性為侵權行為損害賠償範圍問題，惟該損害賠償成立與否，需視乙是否對丙負擔扶養義務，為成年子女對父母之扶養義務問題，應定性為扶養問題。本案扶養問題為侵權行為損害賠償範圍之先決問題，則就先決問題選法之依據，論者有「附隨問題」理論之提出，認為先決問題如符合附隨問題理論之要件者，應適用不同選法規則，要件說明如下：

- 1.主要問題準據法為外國法。
- 2.先決問題為另一國際私法之獨立問題。
- 3.主要問題準據法國之國私和法庭地國私就先決問題規定的準據法不同。

而如先決問題符合以上要件，則效果上有兩說：

- 1.主要問題準據法國國際私法說：本說認為應依主要問題準據法國之法律秩序來決定先決問題的選法，俾使法秩序一致。
- 2.法庭地國際私法說：本說認為依法庭地國際私法選法即可。
- 3.小結：本文採主要問題準據法國國際私法說，避免個案適用上依據不同國法秩序，而可能造成實體結果矛盾之情形。

(三)準據法適用

- 1.本法第九條規定：「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但中華民國法律不認為侵權行為者，不適用之。侵權行為之損害賠償及其他處分之請求，以中華民國法律認許者為限。」本案侵權行為地於 C 國，主要問題侵權行為損害賠償範圍之準據法應累積適用中華民國法及 C 國法。主要問題準據法適用我國法，故不符合附隨問題理論，就先決問題係以法庭地國際私法（即本法）選法即可。

新法就一般侵權行為選法規則採關係最切地法及侵權行為地法，則適用上結論將不同，併此敘明。

- 2.就先決問題扶養義務準據法，依本法第 21 條規定：「扶養之義務，依扶養義務人之本國法。」本案乙對丙是否負扶養義務、扶養義務之範圍如何，應以扶養義務人乙之本國法，即 B 國法作為準據法。

新法為保障扶養權利人之權利，連繫因素立法改採扶養權利人本國法，併此敘明。



《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：

1. 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。
2. 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：

1. 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。
2. 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，於傭船運送依海商法第 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。



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)

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」。



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)

(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。



《商事法與國際私法》

- 一、未辦理公開發行程序且採曆年制會計年度之 A 股份有限公司（以下稱「A 公司」）於民國 97 年 5 月 27 日委由 B 快遞公司（以下稱「B 公司」）將開會日期定為同年 6 月 15 日之該年度股東常會召集通知書送交各記名股東（A 公司未發行無記名股票）。該股東常會召集通知書載明召集事由為「一、上年度營業報告書及財務報表承認案；二、虧損撥補議案；三、補選二席董事議案；四、變更章程議案。」A 公司於同年 6 月 10 日以發現該次股東會召集程序有瑕疵，若如期開會有遭股東訴請法院撤銷決議之虞為由，向公司法之主管機關經濟部申請核准延至同年 7 月 20 日召開該年度股東常會。請說明以上敘述中 A 公司所稱股東會召集程序瑕疵為何（僅有一項）？並說明主管機關是否應予核准？（20 分）

命題意旨	本題涉及股東常會召開期限之相關問題。
答題關鍵	股東常會召開期限為公司法爭議問題中，較易為考生所忽視，惟因最近公司實務案例中曾出現此一爭議問題，且公司法學者亦表示見解，故考生除解釋公司法第 170 條及第 172 條規定之外，仍應詳述公司法學者之見解，以獲取高分。
高分閱讀	1.林國全「股東常會召開期限」，月旦法學教室第 64 期。 2.柯芳枝，《公司法（下）》。 3.王文宇，《公司法論》，元照出版。 4.劉連煜，《現代公司法》。 5.高點黃政大老師，公司法講義第二回，第 6 頁以下。

【擬答】

- (一)1.依公司法第 172 條第 1 項規定，股東常會之召集，應於二十日前通知各股東，對於持有無記名股票者，應於三十日前公告之。且依司法實務見解，該二十日期間之計算應依民法規定，始日不計入，是以開會日為始日不算入，以其前一日為起算日，逆算至期末日午前零時為期間之終止，同時股東會之召集通知係採發信主義。

今 A 公司為未辦理公開發行程序且採曆年制會計年度之股份有限公司，於民國 97 年 5 月 27 日委由 B 快遞公司將開會日期定為同年 6 月 15 日之該年度股東常會召集通知書送交各記名股東，且 A 公司未發行無記名股票。然 A 公司既為未公開發行公司欲於民國 97 年 6 月 15 日召開股東會，該日不算入往前逆算二十日，應最遲於民國 97 年 5 月 26 日通知各記名股東有關股東常會召集事由。故 A 公司違反公司法第 172 條第 1 項規定股東會召集程序有瑕疵，依公司法第 189 條規定，A 公司股東會之召集程序，違反法令時，A 公司股東得自決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。

- 2.股東會通知書載明之召集事由，股東會得決議之

依公司法第 230 條規定，股東會可決議承認上年度營業報告書、財務報表承認案及虧損撥補議案。另依公司法第 198 條規定，股東會可選任董事。再依公司法第 277 條規定，變更章程議案股東會得決議之。是以 A 公司股東常會召集通知書所載明之召集事由，A 公司股東會均有權決議之，並無逾越股東會權限，亦予說明之。

- (二)主管機關不應予核准

公司法第 172 條第 1 項規定既以明定非公開發行公司股東常會之召集通知期間，A 公司召開股東常會時，當遵守前述規定，今 A 公司之所以陷入股東會決議，可能因 A 公司股東依公司法第 189 條規定訴請法院撤銷之危險，係因其未遵守公司法第 172 條第 1 項規定之期前通知義務所致，此為可歸責於 A 公司本身之事由，主管機關不應認定其屬正當事由，而核准其展延股東常會之召開。若主管機關不採取此一態度，則凡遇公司經營權爭奪之情事時，或不會及早面對股東監督之現任經營者時，公司即可能刻意製造召集程序瑕疵，再利用報請主管機關核准展延開會，取得對己有利之戰術空間，如此一來公司法規定之股東常會召開期限的立法原意，將破壞殆盡。

惟若 A 公司在未得主管機關核准的情形下，仍執意將股東常會展延至法定召開期限後開會，主管機關僅得依公司法第 170 條第 3 項規定，對代表公司之董事違反前項召開期限之規定者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。然而此一罰則，實屬過輕。蓋因對照現任經營者可能利用此一方式取得之龐大經濟上利益以及造成證券交易所因 A 公司未能於法定期限前召開股東會，對其作成降類處分，即變更交易方法為全額交割，將導致 A 公司一般股東權益受損。再者尚有可能使得原以徵求之委託書作廢，需重新徵求，亦將導致融券戶需作二次回補。故公司法應針對違反股東常會召集期限之罰則，加以檢討，以發揮有效嚇阻效果。

二、甲於民國 97 年 5 月 10 日，簽發票面金額新臺幣 30 萬元、發票日為民國 97 年 6 月 10 日、發票地為臺北市、付款人為 A 銀行臺北中山分行之支票一張交付給乙，以支付買賣古董之價款。其後，甲以該古董經專家鑑定後係仿冒品為由，於民國 97 年 5 月 30 日向乙解除買賣契約，並請求返還支票。若乙之長兄丙未經乙之授權，竟偽造乙之授權書，於民國 97 年 5 月 20 日擅自代理乙將該支票背書轉讓給不知情之丁，以清償其借款，則於該支票遭到退票後，丁可否以其係善意取得票據權利為由，對甲行使票據上之權利？又若甲於民國 97 年 5 月 31 日通知 A 銀行臺北中山分行撤銷付款委託，則該撤銷付款委託之效力如何？（20 分）

命題意旨	測驗同學是否熟悉（遠期）支票之相關概念，與善意取得前提、要件的操作。
答題關鍵	在考試已附法條的情形下，誠如賴政大老師於課程及總複習時所言，考題會集中在「法條找不到答案」的爭點。善意取得的操作，向來是考試的重點，賴老師於上課時即要求同學背熟其要件，並於帶領同學作題目時，一一帶過要件之分析。同學如能熟練賴老師課堂上所演練之題目，並將講義讀熟，本題應非屬突襲題型。
高分閱讀	1.高點法學圖說系列-《票據法（圖說）》，作者法正 P.1-237~239：善意取得，（相似度 90%）。 P.2-33~34：遠期支票之例題解答，（相似度 95%）。 P.4-27~28：發票人撤銷付款之委託，（相似度 100%）。 2.梁宇賢「隱存保證背書與公司之保證」，月旦法學教室第 29 期，94 年 3 月。 3.梁宇賢「票據之文義性、撤銷付款委託與追索權」，月旦法學教室第 52 期，96 年 2 月。

【擬答】

（一）前言：

1.系爭支票之效力及發票日之認定：

- (1)爭點：系爭支票之實際發票日(97 年 5 月 10 日)與票載發票日(97 年 6 月 10 日)有所不同，是否影響該票據之效力？如否，應以何日為發票日？
- (2)學者多數以為，依我國一般交易習慣，發票人常在簽發支票時，不記載實際發票日，而以尚未到來之日期填寫發票日；這種「以尚未屆至之日期為發票日」之支票，稱之為「遠期支票」。就此種支票：
 - ①合法有效：就票據法（下稱本法）§128 II「支票在票載發票日期前，執票人不得為付款之提示」之規定言之，等於無形中間接承認遠期支票之合法性；
 - ②應以票載發票日為發票日：基於文義性，應以 97 年 6 月 10 日為發票日。

2.系爭支票之付款提示期限：該支票之發票地為臺北市，付款人為 A 銀行臺北中山分行，題意係指付款地位於臺北市。此時，依本法第 130 條第 1 款之規定，執票人應於於發票日後七日內，亦即 97 年 6 月 17 日前為付款提示，方為合法。

（二）第一小題：丁得主張善意取得票據權利，對甲行使票據上之權利

1.丁得否主張善意取得，應依序檢視以下之前提及要件：

- (1)前提：丁「受讓時」須有「已存在之票據權利」
 - ①此前提之設立理由，實因善意取得之本質乃在處理「權利之歸屬」。
 - ②本題甲之發票行為有效：雖甲於發票後解除買賣契約，而使得甲乙間所存之原因關係歸於無效，惟基於「無因性」之法理，原因關係之效力不影響已合法有效之票據行為效力，故甲之發票行為仍為有效。易言之，此時甲之發票行為所創造之票據權利未受影響，丁於 97 年 5 月 20 日受讓票據時符合此前題。
- (2)主觀要件：依題意，丁「取得票據當時善意且無重大過失」。
- (3)客觀要件：

①丁乃自「無處分權人丙」處取得票據。

②丁乃以「票據法上之轉讓方法」即背書取得票據。

③該票據形式上「背書連續」。

④就「給付相當對價」(§14 II) 是否為構成善意取得之要件，學說上存有爭論。依題意，丁以借款之相當對價取得票據，故無論對此要件採何一學說，對於是否構成善意取得之結論並無不同。

2. 小結：依上所陳，丁得主張善意取得票據權利，對甲行使票據上之權利。

(三) 第二小題：甲於 97 年 5 月 31 日所為撤銷行為並不合法；其撤銷須於付款提示期限經過後，始可發生效力。

1. 付款委託乃發票人委託付款人付款之意思表示，此種意思表示於發生效力前，發票人本得任意撤回，但為維護執票人之權益起見，§135 規定「發票人於§130 所定期限內，不得撤銷付款之委託」。

2. 如前言所述，系爭支票之付款提示期限為 97 年 6 月 17 日。而甲於付款提示期限屆至前即為撤銷，其效力如何？學說上有爭論：

(1) 無效說：

①此說認為「若認有效，將易使善意執票人受到損害」。

②我國與德日立法例不同，不得如其採「暫時不生效說」。

(2) 暫時不生效說（通說）：

①撤銷付款委託，仍不影響發票人之擔保付款責任及執票人之票據權利。

②依此說之結論，甲此時所為之撤銷，其效力：

A. 於付款提示期限內：因不合撤銷之要件，並不生效。

B. 於付款提示期限經過後：仍可發生撤銷效力。

3. 管見（代結論）：管見以為，基於契約自由，並參酌德日立法例，應採「暫時不生效說」為妥。

三、甲航運公司之 A 輪，於運送途中因遇海盜，船長一時慌亂致船舶觸礁，為防船體傾斜造成翻覆，船長搬移船上貨物，以致部分貨物毀損。受損之貨主乙主張：船長對於貨物之照管有過失，甲航運公司應負損害賠償之責。甲航運公司抗辯：本案係船長對管理船舶有過失，並非對貨物之照管有過失，且經查乙之貨物有標誌不足情形，故無須對乙負賠償責任。請何者有理？請分別附理由述之。（20 分）

命題意旨	本題涉及法定免責事由之相關問題。
答題關鍵	運送人法定免責事由向來為歷年考試重點，本題所涉及之法定免責事由，均宜仔細檢驗以辨別當事人之主張是否有理。另外，海商法第 69 條第 1 款與海商法第 63 條的區分比較，亦為得分重點，需謹慎以對，整體而言，本題獲致高分仍非難事。
高分閱讀	1. 張新平，《海商法》。 2. 劉宗榮，《新海商法》。 3. 林群弼，《海商法論》。 4. 高點黃政大老師，海商法上課講義，第二回第 12 頁、第 20 頁。

【擬答】

(一) 貨主乙之主張，並無理由。

1. 依海商法第 63 條規定，運送人對於承運貨物之裝載、卸載、搬移、堆存、保管、運送及看守，應為必要之注意及處置。此義務為運送人之基本義務及強制責任事項，惟並非絕對義務，僅為一相對性義務，運送人對貨物之處理已為必要之注意及處置即可。

2. 今貨主乙主張船長搬移船上貨物時，導致乙之貨物毀損，船長對於貨物之照管有過失，甲航運公司應負損害賠償之責。學生以為若船長對於貨物之管理有過失時，甲航運公司對其履行輔助人之過失需負損害賠償責任，並無疑義。然從題意觀之，甲航運公司之 A 輪，於運送途中因遇海盜，船長一時慌亂導致船舶觸礁，為防船體傾斜造成翻覆，船長搬移船上貨物，所導致乙貨物毀損，宜認定為船舶管理上之過失。蓋因甲船船長之搬運行為，係在於維護船舶安全、保障航行能力者，宜認定船舶管理行為，對於該行為有過失時，則為管理船舶上有過失，是以不宜認定為貨物管理行為上之過失，運送人有機會對其履行輔助人之行為主張免責，故乙之主張無理由。

(二) 甲依海商法第 69 條第 1 款規定，對乙無須負損害賠償責任。

- 1.依海商法第 69 條第 1 款規定，船長、海員、引水人或運送人之受僱人，於航行或管理船舶之行爲而有過失。因該事由所發生之毀損或滅失，運送人或船舶所有人不負賠償責任。今依題意甲航運公司與貨主乙間因本船所承載之貨物所發生之毀損滅失情事，甲乙之間有運送契約關係存在，符合主張法定免責事由之基本前提，另如上述甲運送人已依海商法第 63 條對貨物盡照管義務，又若依海商法第 62 條盡到船舶適航性義務，則甲運送人得向貨主乙主張海商法第 69 條第 1 款規定，對其履行輔助人船長之管理船舶上之過失，不負損害賠償人責任。故甲依海商法第 69 條第 1 款規定，對乙無須負損害賠償責任。
- 2.惟甲另主張海商法第 13 款規定，標誌不足或不符之情形所導致之貨物毀損滅失，甲運送人不負損害賠償責任。然本款規定並非指因標誌不足或不符所導致貨物喪失者，而係由於標誌不足或不符造成無法辨識貨物，導致未能對受貨人正確給付貨物之情形。今乙貨物之毀損係因運送途中因遇海盜，船長一時慌亂致船舶觸礁，爲防船體傾斜造成翻覆，船長搬移船上貨物，所致之貨物毀損，與海商法第 69 條第 13 款規定之情形並不相同。故甲主張該抗辯並無理由。

四、設「大安食品股份有限公司」（簡稱大安公司）以生產火腿、香腸等產品為業，該公司董事長甲於民國 95 年 1 月 1 日起，向「大全產物保險股份有限公司」（簡稱大全公司）投保該公司為期 10 年之產品責任險。消費者乙於民國 95 年 6 月 1 日購買大安公司所生產之火腿，食用後上吐下瀉，送醫院住院治療。經查明該批火腿，係大安公司購自原料供應商丙所提供之上等豬肉，惟丙暗中蒙混部分之病死豬肉所致。乙乃於民國 95 年 6 月 20 日向大安公司董事長甲請求賠償。倘甲給付賠償後，旋即向大全公司請求保險金額之賠償。試問大全公司應否給付賠償？又大全公司於民國 97 年 9 月 20 日，始向甲、丙，以代位權請求賠償。試問甲、丙應否給付？請分別附理由述之。（20 分）

命題意旨	測驗同學是否熟悉責任之相關概念，與保險代位的細部問題。
答題關鍵	如賴政大老師於課程及總複習時所言，本題之爭點亦集中在「法條找不到答案」的部分。就第一小題而言，責任保險可能為部分同學較陌生的領域，這也呼應了賴政大老師一再強調，責任保險是保險法的重要各論領域之一，不可等閒視之；至於第二小題，其實難度頗高，除了代位權的時效爭議外，同學尚須自民法，甚至是公司法的角度進行討論，要得高分，未必容易。
高分閱讀	1.高點法學圖說系列-《保險法（圖說）》，作者法正 P.1-150、152~155：保險代位之規範目的、要件，（相似度 80%）。 P.1-174~176：保險代位之時效相關問題，（相似度 95%）。 P.2-14：責任保險之意義，（相似度 90%）。

【擬答】

(一)大全公司應給付賠償

1.責任保險之概念：

- (1)學說：學者認為，依保險法（下稱本法）§90 及§94 I 之概念，責任保險乃於被保險人因故意、過失而依侵權行為法或契約法，對第三人應負賠償之責，且被第三人請求賠償時，由保險人依保險契約，於被保險人賠償第三人之後，將其保險賠償金額給付被保險人。
- (2)實務：產品責任保險保單條款§1 即規定，「本公司對於被保險人因被保險產品之缺陷在保險期間內或追溯日之後發生意外事故，致第三人遭受身體傷害或財物損失，依法應由被保險人負損害賠償責任且在保險期間內受賠償請求時，本公司在保險金額範圍內對被保險人負賠償之責。」

2.依題意，本件被保險人大安公司須依契約及侵權行為對第三人即消費者乙負損害賠償責任，且大安公司受乙之請求後已履行賠償，保險人大全公司自應依保險法及產品責任保險保單條款之規定給付保險金於大安公司。

(二)大全公司應仍得對甲、丙請求賠償

1.代位權之概念：

(1)學說：

- ①當第三人造成保險損害事故發生時，若允許被保險人依保險契約向保險人主張保險賠償後，再依其他請求權向第三人主張損害賠償，則此結果等於使被保險人因保險制度之存在而享有「額外之利益」，而有違保險法上不當得利禁止原則。是以，爲遵守不當得利，禁止此一基本原則，在制度設計上即應

賦予保險人代位權。

②本法§53 即明定保險代位制度：「(I)被保險人因保險人應負保險責任之損失發生，而對於第三人有損失賠償請求權者，保險人得於給付賠償金額後，代位行使被保險人對於第三人之請求權；但其所請求之數額，以不逾賠償金額為限。(II)前項第三人為被保險人之家屬或受僱人時，保險人無代位請求權。但損失係由其故意所致者，不在此限。」通說並因此認為保險人取得代位權之要件有四：

- A.被保險人對第三人有損失(害)賠償請求權。
- B.保險人已對被保險人給付賠償金。
- C.代位之範圍，不得超過保險賠償之範圍。
- D.代位主張賠償之標的，須與承保之危險範圍一致。

(2)實務：產品責任保險保單條款§15 第 3 款即規定，「對意外事故之發生若另有依法應負賠償責任之第三人時，被保險人不得對該第三人免除責任或拋棄追償權。本公司於賠付後得依法行使代位求償權，被保險人應提供一切資料協助本公司辦理。」

(3)小結：大全公司應取得對甲、丙之代位權

①對丙之部分：依題意，丙因違反契約責任而應對被保險人大安公司負損害賠償責任。於大全公司已符合其他要件之情形下，應認其取得對丙之代位權。

②對甲之部分：

- A.契約責任：因甲與大安公司存在委任契約，若甲於執行職務時因故意或過失而為不完全之給付，甲自須對大安公司負債務不履行之損害賠償責任。也因甲為大安公司之受任人而非受僱人，故本題無§53 II 規定之適用。
- B.侵權行為責任：公司法§23 I 規定「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。」若甲有違反本條之規定時，自亦須對大安公司負侵權行為之損害賠償責任。

2.爭點一：對於「代位權」是否有時效制度之適用，及請求期間之長短，實務、學說有以下之不同看法—

(1)請求權說

- ①代位權本身具有時效：保險人之代位權，為「請求權」之一種，故得因時效期間之經過，而歸於消滅。
- ②時效期間：有採 2 年說者，理由乃依§65「由保險契約所生之權利，自得為請求之日起，經過二年不行使而消滅」之規定；有採 15 年說者，其乃依民法§125 之規定。

(2)法定債權讓與說（實務；多數說）

- ①代位權本身並無時效：既保險代位本質上屬「法定債權移轉」，此制度本身，並無時效可言。
- ②應判斷時效者，乃繼受之請求權：所謂時效期間之長短，其實應以「被保險人對第三人之權利種類」作為決定依據。

(3)管見：應以後說為可採，蓋保險法上之代位權實乃法定債權讓與之制度，本身並無時效；保險人真正繼受的，是「被保險人對第三人之權利」。

3.爭點二：時效期間之起算

在前一爭點採多數說之見解下，保險人得代位行使之請求權，其時效期間應自何時起算，有以下見解：

- (1)自「保險人知有賠償義務人時」起算：蓋在保險人不知誰為賠償義務人的情形下，自無從代位行使請求權。
- (2)自「被保險人知有賠償義務人時」起算：若被保險人不知誰為賠償義務人，保險人更無從得知；而保險人不知誰為賠償義務人時，自無從代位行使請求權。
- (3)自「法律就代位權所由發生之原因事實所為之規定」起算：
 - ①保險人之權利既繼受被保險人而來，時效自應同受被保險人對第三人之請求權之限制。
 - ②例如，若保險事故係因海上運送而發生者，依海商法§56 II，應「自被保險人貨物受領之日或自應受領之日起，一年間不行使而消滅。」
- (4)自「被保險人得行使請求權時」起算：蓋民法§128 已規定「消滅時效，自請求權可行使時起算。」

(5)管見（代結論）：

- ①管見較支持第四說。蓋於保險法無特別規定之情形下，應回歸適用民法。
- ②是以，在採第四說之見解下，大全公司所得行使之請求權之時效，應自大安公司得行使時起算。因大安公司對甲同時有契約及侵權行為所生之損害賠償請求權，對丙有契約之債務不履行損害賠償請求

權，在我國實務採請求權競合理論及傳統訴訟標的理論見解下，即便大全公司對甲之侵權行為請求權已罹於時效，仍得對甲、丙主張契約之債務不履行損害賠償請求權。

五、在臺灣工作之美國人甲男，與我國人乙女依我國民法所定之方式結婚，自此定居臺灣，婚後育有一子丙。甲生前曾將部分財產交由在臺美籍友人丁保管。甲死亡後，乙、丙在我國法院提起訴訟，請求丁交還甲之遺產。試從國際私法之觀點，論述我國法院關於此涉外事件，應如何適用法律？（20分）

命題意旨	本題並非傳統國際私法考點，可見近年來考題的靈活變化。
答題關鍵	本例為相對單純之考題，考生按部就班討論可能涉及之爭點，應可獲得不錯分數。特別在定性步驟可多加著墨，另外輔助法規論部分亦應仔細應答，包括一國數法及附隨問題之相關討論。
高分閱讀	1.劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》，頁467~471。 2.高點席台大，國際私法講義，第二回，p29~35。 3.高點席台大，國際私法講義，第四回，p43~48。 4.高點席台大，國際私法講義，第五回，頁89~93。 5.許展毓，《國際私法重點整理》，頁9-24~26。 6.劉韋廷，高點法學圖說系列-《國際私法(圖說)》，頁10-56~60。

【擬答】

(一)涉外民事案件：本案例事實涉及外國人，且乙丙起訴請求丁返還甲之遺產，性質上屬一涉外民事案件。

(二)一般直接管轄權：

- 1.我國法院是否具有直接管轄權(國際民事訴訟管轄權)之判斷，涉外民事特別法有特別規定時，依該特別規定，無特別規定時，依通說見解，類推適用民事訴訟法之相關規定。本案無涉民第三、第四條之特別管轄權規定，故應類推適用民事訴訟法相關規定。
- 2.依民事訴訟法第一條規定「訴訟，由被告住所地之法院管轄。」以原就被原則，本例被告丁住所位於中華民國，故我國法院就此具有一般直接管轄權。
- 3.另依民事訴訟法第十條規定，「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄。其他因不動產涉訟者，得由不動產所在地之法院管轄。」本例乙丙請求返還之遺產若係位於台灣之不動產，則我國法院對此案件更具有專屬管轄權，並與敘明。

(三)定性與選法：

- 1.定性之標準：學說上定性之標準有法庭地法說、本案準據法說、初步次步定性說、分析比較法理說。通說基於實際上之便利採法庭地法說，管見從之。
- 2.本案乙丙欲向丁請求返還代甲所保管之遺產，定性上可能產生爭議：
 - (1)可能定性為侵權事件：丁強佔遺產不返還，涉及民法第一八四條以下之侵權行為，故可能定性為侵權事件。若定性為侵權事件，則依涉外民事法律適用法第九條規定，「關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但中華民國法律不認為侵權行為者，不適用之。」加以選法適用。
 - (2)可能定性為物權返還事件：按丁所占有之遺產，本屬甲所有，今甲死亡，遺產歸屬於繼承人所有，故繼承人得本於所有權人地位，向丁主張返還遺產。若定性為物權事件，則應依涉民第十條規定「關於物權依物之所在地法。」加以選法適用。
 - (3)可能定性為債之關係：甲生前將部分財產託丁保管，成立契約關係(可能係寄託或委任等可能)，今甲死亡，則繼承人繼受一切權利義務，自得依契約關係向丁主張返還系爭標的物。應依涉民第六條「法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。當事人意思不明時，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。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。」加以選法適用。
 - (4)定性為繼承事件：本件紛爭之所以發生乃係因甲死亡而引發之繼承案件。繼承人欲分割遺產，自需先就被繼承人生前債務加以清償並收取債權，故繼承人乙丙向丁請求返還部分遺產，涉及繼承標的物範疇，應定性為繼承事件，況前述不論定性為侵權、物權或債之關係，前提皆須確定乙丙為合法繼承人始得就

遺產有所主張，與繼承息息相關，故管見以為，繼承與此案件最為密切相關，應定性為繼承案件。

3.選法：定性為繼承事件，依涉民第二二條規定「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。」本例甲為美國人，故應依美國法作為本案準據法。惟美國具有複數法域，發生一國數法問題，依涉民第二八條規定「依本法適用當事人本國法時，如其國內各地方法律不同者，依其國內住所地法，國內住所不明者，依其首都所在地法。」

(四)附隨問題？惟乙是否為甲合法繼承人、合法配偶，可能產生附隨問題。附隨問題發生之要件如下：①兩個問題具有依存關係，另一問題為解決主要問題之先決條件。②主要問題之準據法為外國法。③法庭地國之國際私法與主要問題準據法國之國際私法，對附隨問題所指定之準據法不同。④適用結果不同。本案主要準據法為外國法，有可能發生附隨問題，惟並不清楚美國法就結婚方式之選法，故無法做出最後判別。若真的發生附隨問題，可能之解決方式有「法庭地國際私法說」、「本案準據法國國際私法說」與「折衷說」。若解決採取「法庭地國際私法說」，則依法庭地之選法，結婚之方式依我涉民第一一條規定「婚姻成立之要件，依各該當事人之本國法。但結婚之方式依當事人一方之本國法，或依舉行地法者，亦為有效。結婚之方式，當事人一方為中華民國國民，並在中華民國舉行者，依中華民國法律。」本例，若甲乙婚姻舉行地在中華民國則依我國民法方，本例確依我國民法規定辦理；若舉行地在外國，則採取選擇主義，僅依當事人一方本國法(即我國法)亦屬有效，故乙為合法配偶合法繼承人。

《商事法與國際私法》

- 一、甲為 A 紡織股份有限公司（以下簡稱 A 公司）董事長，由於 A 公司過去數年因經濟不景氣影響，致累計虧損新臺幣 5,000 萬元。今（96）年度因景氣復甦，董事長為感念員工辛勞及股東堅定的支持，於年度中請會計部門主管估算後，決定將公司本年度已實現之盈餘，先分配股息及紅利予股東及員工。問 A 公司債權人乙可依公司法為如何之主張？（20 分）

命題意旨	盈餘分派之要件，以及違法分派盈餘之法律效果
答題關鍵	需詳細說明盈餘分派要件、順序及規範目的。若能引出公司法第 233 條更是得分關鍵。
高分閱讀	程政大公司法上課講義 黃政大公司法上課講義 1.經典試題系列-公司法經典題型（周律師） P.2-149~2-153：盈餘分派（相似度 60%） 2.法研所歷屆經典試題解析（民訴,商事法,其他） P.2-1-16：盈餘之使用（相似度 60%）
參考資料	柯芳枝，公司法論（下），頁 399。 王文字，公司法論，頁 378。

【擬答】

- 一、A 公司債權人得依公司法第 233 條請求退還溢額分派與公司，並得請求賠償因此所受之損害。

(一)公司有盈餘時之分派程序

依公司法第 232 條第 2 項本文，公司無盈餘時，不得分派股息、紅利。觀其立法原意乃在遵守資本維持原則，以保護公司債權人之權益。是以公司原則上有盈餘時，始得分派股息、紅利。另依公司法下列規定，公司須完成一定行為，始得分派股息、紅利。其順序如下：

1.完納稅捐

依公司法第 237 條第 1 項規定，公司分派股息、紅利前，須先完納一切稅捐。

2.彌補歷年虧損

依公司法第 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。是以公司須彌補虧損後，始得分派股息、紅利。且此處虧損，包括前年度累積及上一會計年度發生均在內。（經濟部 75.08.06 經商字第 34366 號）

3.提出法定盈餘公積

依公司法第 237 條第 1 項規定，公司分派盈餘時，應先提出百分之十為法定盈餘公積。但法定盈餘公積已達資本總額者，不在此限。

4.提出特別盈餘公積

依公司法第 237 條第 2 項規定，公司得以章程或股東會議決，另提特別盈餘公積。最後於會計年度終了，盈餘分派議案經股東常會決議後，始得為盈餘分派。

- (二)今甲公司並未彌補歷年虧損逕先分配股息及紅利予股東及員工，A 公司過去數年因經濟不景氣影響，致累積虧損新台幣 5000 萬元。依題意 A 公司未彌補歷年虧損，即先分配股息及紅利予股東及員工，故違反公司法第 232 條第 2 項規定。

- (三)公司債權人得依公司法第 233 條，公司違反第 232 條規定分派股息及紅利時，公司之債權人，得請求退還，並得請求賠償因此所受之損害。今 A 公司未彌補歷年虧損逕先分配股息及紅利予股東及員工，故違反公司法第 232 條第 2 項規定。故公司債權人得依公司法第 233 條向受溢額盈餘分派之股東或員工，請求將溢額分派退還於公司。並得請求因此所受之損害。

二、甲因需給付乙買賣價金，乃簽發以丙銀行為付款人，以乙為受款人之劃線支票二紙，交付給乙，並於票面均記載有「禁止背書轉讓」之字樣，金額分別為新臺幣（下同）5 萬元（以下簡稱「支票 A」）及 10 萬元（以下簡稱「支票 B」）。後乙因出國在即，乃將該二紙支票背書交付給丁，委其代為提示取款，惟乙背書時僅於支票 A 之背面書寫「票面金額委任受託人丁領款」等字樣，支票 B 則因故未為類似記載。丁於法定提示期限內，將該二紙支票存入丁於丙銀行之帳戶，丙銀行並依票面所載金額完成付款轉帳。試論丙銀行之付款行為是否違反票據法相關規定？（20 分）

命題意旨	本題是標準的實務考題，用意在於測驗同學是否有注意最新之實務見解。
答題關鍵	核心在於最高法院 95 年台上字第 2223 號判決。此判決同時涉及「委任取款背書」、「發票人禁止背書轉讓」於「劃平行線支票」所衍生之問題。
高分閱讀	1. 實例演習系列-票據法經典題型（陳律師） P.2-32～2-34：禁止背書轉讓（相似度 80%） P.2-82：委任取款背書（相似度 80%） 2. 經典試題系列-票據法經典題型（蔡律師） P.2-15：禁止背書轉讓（相似度 80%） 3. 重點整理系列-票據法（方律師）（51ML1004） P.2-29～2-34：禁止背書轉讓（相似度 80%） P.2-45～2-49：委任取款背書（相似度 80%）
參考資料	1. 賴政大老師票據法上課講義第一回。 2. 月旦法學教室第 51 期 P.115：95 台上 2223：禁止背書轉讓票據為背書委任取款之效力 3. 月旦法學教室第 59 期 P.26～35：票據法第 3 講：禁轉票據與禁轉背書（李欽賢）

【擬答】

(一)前言（兼論爭點）：本題之核心在於「委任取款背書」、「發票人禁止背書轉讓」之效力、適用限制等議題，此並涉及此等議題於「劃平行線支票」所衍生之問題。

(二)委任取款背書

1. 意義及效力：指以委任取款為目的，授與被背書人以代理權所為之背書；其目的在授與被背書人代理權，而非在轉讓票據權利。委任取款背書因非以移轉票據權利為目的，故不發生權利移轉之效果，僅生代理權授與之效力。95 年台上字第 2223 號判決即明示：委任取款之背書，其票據權利人仍為票據上原載之受款人，受任取款人僅係委任取款人之代理人。
2. 款式：執票人以委任取款之目的，而為背書時，應於匯票上記載（票據法第 40 條第一項）。因此，執票人以委任取款為目的而為背書時，應於匯票上載明委任取款之目的，否則背書人對於善意受讓人，應負一般轉讓背書之責任。

(三)發票人禁止背書轉讓

1. 意義：「記名匯票發票人有禁止轉讓之記載者，不得轉讓。」票據法第三十條第二項定有明文。所謂不得轉讓，指匯票無法再依背書之方式而轉讓，僅能依一般民法債權轉讓之方式為之。
2. 但「委任取款背書」則仍不受限制：蓋發票人記載禁止背書轉讓，不過禁止後手為「轉讓（權利）之背書」，故此時後手則仍得為「委任取款背書」，因為委任取款背書本質上並非轉讓背書，亦即非以移轉票據權利為目的。

(四)於「劃平行線支票」所衍生之問題：95 年台上字第 2223 號判決即明示，「按支票執票人為行使取款權利，於支票上記載委任取款意旨後，即得以背書方式委託他人為之，並無其他限制，此時執票人僅授與被背書人收取票款之代理權，並非轉讓票據之所有權，不生票據上權利移轉之效力，此觀票據法第一百四十四條準用第四十條第一項規定自明。是以，禁止背書轉讓之記名支票，依法固不得轉讓其權利，惟仍得以委任取款背書方式，委託他人代為取款。又在支票正面劃平行線者，依票據法第一百三十九條第三項規定，持票人如非金融業者，則須將支票存入其在金融業者之帳戶委託取款。若劃平行線支票無禁止委任取款背書之約定，執票人即仍得於支票上載明委任取款意旨以背書為之，由受託人即被背書人將支票存入其在金融

業者之帳戶委託取款。準此，於禁止背書轉讓劃平行線之記名支票為委任取款時，付款人於審查受款人已為背書及於支票上載明委託取款之意旨，即得付款予受託人，並於付款後免除其責任」。

(五)小結：

- 1.就支票 A 部分：依實務見解，乙於禁止背書轉讓劃平行線之記名支票為委任取款時，付款人丙於審查受款人乙已為背書及於支票上載明委託取款之意旨，即得付款予受託人丁，並於付款後免除其責任。
- 2.就支票 B 部分：由於委任取款僅屬乙丙間之內部關係，且乙並未於票背上註明委任取款或類似字樣，復背書連續，權利外觀上丁即為正當持票人。故此時付款人丙基於文義性，及依票據法第一四四條準用第七十一條第一項之反面解釋，丙無須對付款予丁之行為負責。

三、海上運送人甲與託運人乙簽訂運送契約，雙方約定由甲利用 A 國船舶國商船（以下簡稱 A 國船舶），將乙所有二個貨櫃之貨物，自台灣基隆港運送至日本神戶港及美國紐約港，其中一個貨櫃卸載於神戶港區時失火毀損。嗣該 A 國船舶繼續駛往紐約，行經公海時，A 國船舶與 B 國船舶國商船（以下簡稱 B 國船舶）發生船舶碰撞，致兩船舶及貨物沈沒。乙向甲主張運至神戶港之貨物之損害賠償，甲抗辯貨物已離開船舶，不負運送責任，雙方就契約爭議在中華民國仲裁協會聲請仲裁。嗣 A 國船舶與 B 國船舶雙方當事人，就船舶碰撞應如何適用法律在基隆地方法院起訴。請就二個案件依海商法及其他法律規定分析說明。（20 分）

命題意旨	貨物照管義務存在期間、仲裁條款、船舶碰撞案件管轄法院。
答題關鍵	本題爭點稍嫌複雜，在答題時間有限的前提下，以能回答關鍵法條為得分重點。如海商法第 63 條、第 101 條等。
高分閱讀	1.費台大海商法上課講義 2.黃政大海商法上課講義 3.重點整理系列-海商法（陳律師） P.3-32～3-33：運送人責任（相似度 80%） P.3-38～3-45：運送人責任（相似度 80%） P.4-2～4-10：船舶碰撞（相似度 70%） P.3-105～3-107：仲裁・與我國法院之管轄權（相似度 80%） 4.實例演習系列-海商法經典題型（劉律師） P.4-145～4-149：運送人責任（相似度 80%） P.5-3～5-11：船舶碰撞（相似度 70%） P.4-256～4-262：仲裁・與我國法院之管轄權（相似度 80%）
參考資料	1.張新平，海商法，頁 275、頁 467。 2.劉宗榮，新海商法，頁 271、頁 413。

【擬答】

一、運送人甲依海商法第 63 條仍需貨櫃盡照管義務，惟有海商第 69 條法定免責規定適用。

(一)依海商法第 63 條規定：運送人對於承運貨物之裝載、卸載、搬移、堆存、保管、運送及看守，應為必要之注意及處置。是以運送人在貨物待運與待交期間，仍須對貨物盡照管義務。今甲抗辯貨物已離開船舶，不負運送責任，並無理由。

(二)強制責任期間

甲需盡貨物照管義務，符合此一運送人之基本義務，運送人甲方能主張海商法第 69 條。至於強制責任期間在學說上存有爭議。有認為應採鉤對鉤原則，亦即貨物裝載上船至卸載離船之期間內；惟亦有認為應以商港區域為準。綜上所述，學生以為採鉤對鉤原則為宜，是以本例運送人甲仍須對貨物盡照管義務，但不負強制責任。如運送人盡照管義務，又符合海商法第 69 條第 3 款規定時，則有法定免責規定之適用。且因非在強制責任期間內，其得以特約減輕或免除責任，而無海商法第 61 條規定之適用。為依民法第 222 條規定，故意或重大過失，仍不得預先免除。

二、雙方當事人得透過運送契約中之仲裁條款在中華民國仲裁協會聲請仲裁

(一)運送契約中，如有約定仲裁條款，就契約爭議在我國進行仲裁時。

甲、乙得在中華民國仲裁協會聲請仲裁，並無疑義，且依仲裁法第 3 條規定：當事人間之契約訂有仲裁條款者，該條款之效力，應獨立認定；其契約縱不成立、無效或經撤銷、解除、終止，不影響仲裁條款之效力。該仲裁條款效力應獨立認定，不受契約效力影響。

(二)當事人於運送契約中，若未約定契約爭議在我國進行仲裁時。

惟依海商法第 78 條第 2 項精神，甲、乙亦得經雙方同意後，於我國進行仲裁。是以甲、乙得在中華民國仲裁協會聲請仲裁。

三、船舶碰撞案件的管轄法院

(一)A、B 國船舶當事人依海商法第 101 條，得合意在基隆地方法院起訴。

1.依海商法第 101 條規定：「關於碰撞之訴訟，得以下列法院起訴：一、被告之住所或營業所所在地之法院。二、碰撞發生地之法院。三、被告船舶船籍地之法院。四、船舶扣押地之法院。五、當事人合意地之法院。」

2.今因依題意：

(1)基隆並非 A、B 國船舶當事人之住所或營業所所在地之法院。(2)碰撞係發生在公海，基隆亦非碰撞發生地之法院。(3)依題意 A、B 國船舶亦非以台灣為船籍地。(4)船舶已然沈沒，更無所謂扣押地之法院。是以僅得依海商法第 101 條第 5 款雙方合意方式，合意基隆為船舶碰撞之管轄法院。

3.故 A、B 國船舶當事人，僅得以合意方式以基隆為船舶碰撞之管轄法院。

(二)A、B 國船舶當事人，亦得依民事訴訟法第 24 條規定，合意定基隆為船舶碰撞之管轄法院。

民事訴訟法第 24 條：「當事人得以合意定第一審管轄法院，但一以關於由一定法律關係而生之訴訟為限」此規定和海商法規定基本相同。A、B 國船舶當事人，亦得依民事訴訟法第 24 條規定，合意定基隆為船舶碰撞之管轄法院。

四、保險契約為最大誠信契約，試就要保人及被保險人之據實說明義務分述：其意義、說明方式；構成違反說明義務之情形；以及保險人行使解除契約權之限制理由。(20 分)

命題意旨	此為基本觀念題，測驗考生是否對於重要原則之規定、立法意旨有所了解。
答題關鍵	須對於第六十四條之條文相當熟悉，並瞭解學者如江朝國、林動發教授等對於此條之詮釋，考生方能脫穎而出。賴政大老師於上課時一再強調本條文必須熟記（模擬考及總複習時更再次加強的重點），並對此部分為詳盡之解說，仔細說明來龍去脈及各家看法，相信上過課的同學必是高分在握。
高分閱讀	1.重點整理系列-保險法（廖律師） P.5-24～5-36：據實說明義務（相似度 100%） 2.實例演習系列-保險法經典題型（程律師） P.1-166～1-188：據實說明義務（相似度 100%）
參考資料	1.賴政大老師保險法上課講義第一回。 2.月旦法學教室 48 期 P.54～66：保險契約之成立與告知義務（汪信君）

【擬答】

(一)前言：保險契約為最大誠信契約，故衍生相關具體制度設計以落實此一原則，要保人與被保險人所負之據實說明義務，厥為其中之一環。以下就「據實說明義務」之內涵及相關問題分述之。

(二)意義：保險法第六十四條第一項規定「訂立契約時，要保人對於保險人之書面詢問，應據實說明。」學者多以此為據實說明義務之明文。條文雖僅限定要保人為說明義務人，惟學者及實務多認基於被保險人乃風險控制主體、與第六十五條對照之體系解釋等理由，被保險人亦負有據實說明義務。

(三)說明方式：依第六十四條第一項規定，我國對於據實說明義務之範圍乃限於書面詢問事項。然說明義務人之說明是否須以書面為之，法無明文。依多數說，義務人得以書面或口頭方式履行其義務，蓋重點在於保險人是否得知其所需資料，說明方式無須重視。但義務人若主張其已口頭告知詢問事項，則需負舉證責任。

(四)構成違反說明義務之情形：第六十四條第二項規定「要保人故意隱匿，或因過失遺漏，或為不實之說明，足以變更或減少保險人對於危險之估計者，保險人得解除契約；其危險發生後亦同。但要保人證明危險之發生未基於其說明或未說明之事實時，不在此限。」學者依此而認，義務人所未告知或不實之說明，必須為「重要之事項」（即須達「足以變更或減少保險人對於危險之估計」之標準），且須為「義務人之知悉及應知事項」，

方屬違反說明義務之內容。

(五)保險人行使解除契約權限制之理由：

- 1.依第六十四條第二項但書之規定，若「要保人證明危險之發生未基於其說明或未說明之事實時」，則縱使義務人未告知或為不實之說明，保險人亦不得行使解除權。
- 2.自立法史而言：實則，第六十四條第二項歷經數次立法變遷。於 52 年時之規定，只須未告知或不實之說明足以影響保險人對於危險之估計，保險人即得解除契約，有過度保護保險人之嫌；81 年 2 月之規定，則未告知或不實之說明須達保險人拒保之程度，保險人方得解除契約，復又過度保護被保險人。故於 81 年 4 月修正為現行條文，亦即增加但書，以平衡前二者之差距；亦即，限制保險人之解除權，以免保險人持本項為卸責工具。
- 3.學者另有從「對價平衡」之觀點出發，以說明此等修正或限制之理由：蓋義務人雖具有違反誠信原則（說明義務）之事實，但此事實經確定並未對保險事故之發生具有任何影響；換言之，針對此特定已發生之保險事故，並未造成額外之負擔，「對價平衡」並未受到破壞，保險人自不得於保險事故發生後解除契約而免給付義務。

五、義大利籍之甲男與我國籍之乙女於民國 73 年 7 月 7 日在台北市結婚，婚禮當時場面熱鬧，喜氣洋洋。婚後兩人定居台中，然甲男逐漸不耐婚姻生活，經常對乙拳腳相向，乙傷心之餘，乃訴請法院離婚。民國 78 年 8 月 6 日甲乙兩人經法院判決離婚確定，惟甲男未將該確定判決送請義大利法院確認。同年 9 月 1 日甲復與我國籍丙女在台中市結婚，婚後歷史重演，兩人終至分居，先後遷居台北市。其後丙請求甲履行扶養義務，為甲所拒。甲並且主張，彼與丙之「婚姻」係重婚而無效。請問法院應如何處理？又若分居期間甲歸化我國，取得我國國籍，則處理結果是否會有不同？(20 分)

命題意旨	國際私法上先決問題之結果及純粹內國事件與涉外事件處理之不同。
答題關鍵	應先定性出本題所有涉及到之國際私法問題為何，先確定主要問題之準據法為何，再確定先決（附隨）問題應使用何國之國際私法，逐一論述即可。
高分閱讀	1.法觀人第 119 期-司法三等考場特刊 第 1 題：附隨問題（相似度 70%） 2.圖說系列-國際私法(圖說)（劉韋廷律師） P.5-27~5-46：附隨問題（相似度 100%） P.10-16：夫妻間扶養義務（相似度 100%） P.10-4~10-12：結婚要件（相似度 100%） 3.重點整理系列-國際私法（許展毓） P.4-85~4-91：附隨問題（相似度 80%） P.9-6：夫妻間扶養義務（相似度 80%） P.9-2~9-4：結婚要件（相似度 100%） 4.實例演習系列-國際私法實例演習（費律師） P.1-148~1-153：附隨問題（相似度 80%） P.2-94：夫妻間扶養義務（相似度 80%） P.2-89：結婚要件（相似度 80%）
參考資料	1.劉鐵錚、陳榮傳著，國際私法論，第 598-602 頁、632-634 頁。 2.費律師，國際私法實例演習系列，1-3 至 1-8 頁。 3.劉韋廷律師，國際私法，5-7 至 5-37 頁。 4.田台大，國際私法，第 1 回第 3 頁以下、第 4 回第 67 頁至 74 頁。 5.田台大，國際私法，96 年度總複習講義第 6、7、22 頁。

【擬答】

一、本題為涉外私法事件，我國法院應依涉外民事法律適用判斷有無管轄權、並擇定準據法加以適用：

(一)本題為我國籍丙女訴請義大利籍之甲男履行夫妻之扶養義務，因涉及到義大利籍之外國人，有涉外因素存

在。且本題係因夫妻扶養問題涉訟，屬私法事件，自有涉外民事法律適用法之適用。

(二)我國法院就此涉外事件應有管轄權：本題甲男與丙女係在我國台中市結婚，且兩人分居後先後遷居於台北市，故婚姻舉行地及兩人之住所地均在我國境內，故在國際管轄權理論無論中採用利益衡量說、類推適用說或逆推知說，均應認我國法院就此涉外事件有直接一般管轄權。

(三)國際私法係將涉外私法生活關係分解為各個不同之法律關係，再就各個不同單位之法律關係分別設置準據法，各個規定均有其各自之固有之適用範圍，互不侵犯。惟依國際私法所定之選法規則來擇定準據法時，須先就該涉外民事法律關係定其法律關係之性質。關於定性之標準如何，學說見解不一，大致有法庭地法說、本案準據法說、分析法理比較法說。在實務上大多從法庭地之實質法的立場，就涉外民事事件之法律關係加以決定，有學者即認為現今各國實證法或判例多採法庭地法說。本題丙女訴請甲男履行扶養義務，依據我國國際私法之概念，夫妻間之扶養屬婚姻效力之一部分，故關於此問題應定性為我國涉民法第 12 條之婚姻效力。又婚姻效力之有無端視兩造間是否有成立婚姻關係，本題甲男係主張其與丙女間之婚姻係因重婚而無效，又甲男與丙女是否重婚亦與甲男與乙女之離婚是否成立有關，故就此部分則應分別定性為「婚姻實質要件」與「離婚之要件」，該二者均屬主要問題（即婚姻效力）之先決問題。

(四)關於主要問題之準據法：依據我國涉民法第 12 條規定「婚姻之效力依夫之本國法，但為外國人妻未喪失中華民國國籍，並在中華民國有住所或居所，或外國人為中華民國國民之贅夫者，其效力依中華民國法律。」。本題甲男為義大利人，但因丙女為我國人，且題涉丙並未喪失我國國籍並在我國有住所，自應適用涉民法第 12 條但書之規定，以我國法為婚姻效力之準據法。

(五)關於先決問題之準據法：

我國涉外民事法律適用法關於先決問題之準據法，並未設置明文規定，因此，造成學說見解分歧之結果。有採法庭地（訴訟地）國際私法說、本案（本問題）準據法所屬國國際私法說或折衷說等，但本題因主要問題準據法為我國法，因此無論先決問題之準據法係採何說，均應以我國涉民法作為先決問題之選法規則。故關於離婚要件部分，依我國涉民法第 14 條規定「離婚依起訴時夫之本國法及中華民國法律，均認其事實為離婚原因者，得宣告之。但配偶之一方為中華民國國民者，依中華民國法律。」甲男與我國人乙女之離婚，應適用涉民法第 14 條但書之規定，適用我國法即可。至於結婚之實質要件部分，則應適用我國涉民法第 11 條第 1 項前段「婚姻成立之要件，依各該當事人之本國法。」甲男應依據義大利法、丙女應依我國法判斷婚姻成立之實質要件是否具備。

(六)準據法之適用：

- 1.本題，關於先決問題即甲男與乙女之離婚是否有效成立部分，雖甲男未將該離婚確定判決訴請義大利法院確認，但依據涉民法第 14 條但書僅須依我國法判斷離婚判決之效果即可。因我國法院離婚判決為形成判決，經法院判決確定後，即婚姻關係即告解消，自應認甲男與乙女之婚姻關係經判決離婚而消滅。
- 2.承上，甲男與乙女間之婚姻關係既已消滅，故關於婚姻成立之實質要件部分，甲男適用義大利法及丙女適用我國法之結果，均不會有因甲男重婚而導致婚姻無效之情事，自應認甲男與丙女間之婚姻應屬有效。
- 3.綜上，甲男與丙女之婚姻既屬有效，關於扶養義務部分適用我國民法之規定，依據我國民法第 1116 條之 1 規定，夫妻互負扶養之義務。故丙女訴請甲男履行扶養義務為有理由，且其受扶養之權利順序與直系血親尊親屬相同。

二、若分居期間甲歸化我國，取得我國國籍時，則僅為純粹內國事件，並無涉民法之適用必要。

(一)依據我國國籍法第 9 條規定「外國人依第 3 條至第 7 條申請歸化者，應提出喪失其原有國籍之證明。但能提出因非可歸責當事人事由，致無法取得該證明並經外交機關查證屬實者，不在此限。」此為避免國籍積極衝突之立法規定，故本題甲歸化取得我國國籍者，應提出喪失原有之義大利國籍之證明，故甲既已取得我國國籍時，即應已喪失義大利國籍，此時關於夫妻扶養問題涉訟時，因當事人均為我國人，已無涉外因素存在，屬純粹內國事件，自無適用涉民法之必要。

(二)如純粹內國事件，我國法院直接適用我國民法之規定即可。但如為涉外事件時，我國法院則應依據涉民法之選法規則，由內、外國法中選擇其中之一加以適用，惟並非涉外事件均一律適用外國法，倘依據涉民法之選法規則指向我國法時，方有我國法之適用，此與純粹內國事件一定適用我國法有所不同。本題如前所述，無論為主要問題、先決問題依據涉民法之選法規則均指向我國法，故我國法院仍應適用我國民法規定為判決，故從結果論、法院判決結論為相同，但於法律適用程序而言，仍有所不同。

《商事法與國際私法》

一、下列之人得否請求報酬？若得請求報酬，其報酬應如何定之？

- (一) 檢查人 (5 分)
- (二) 股份有限公司之清算人 (5 分)
- (三) 股份有限公司之董事 (5 分)
- (四) 有限公司之董事 (5 分)

命題意旨	本題前二小題為法條記憶題型，僅以公司法及非訟事件法相關法條之內容加以作答即可。第三小題為基本概念題，依公司法第一百九十六條之規定作答即可。至於第四小題則牽涉有限公司董事不得請求報酬之立法論上的問題，需對學說見解有瞭解始能作答。
答題關鍵	1. 第一小題及第二小題均為法條記憶題型，惟因涉及較冷門之檢查人及清算人之規定，又涉及非訟事件法之相關規定，故考生在作答上需對該等法條有完整之瞭解及引用始能獲得高分。 2. 第三小題為基本概念題，需引用公司法第一百九十六條內容說明決定股份有限公司董事報酬之二種方法，如有剩餘時間，亦可分析實務上慣用之方法作為補充。 3. 第四小題考點係立法論上之問題，依現行之規定，有限公司董事原則上不得請求報酬，惟學者通說之見解皆認為對於有限公司之董事過苛，故應仿照股份有限公司董事酬勞進行修正。
參考資料	1. 顧政大老師《公司法講義》，第三回第 20 頁，第四回第 30 頁 2. 《月旦法學教室》第 33 期：P.28～29：董監事酬勞之種類與分配（王文字）
高分閱讀	1. 《2006 律師司法官歷屆試題詳解-商事法》(51ML3005) P.94-1～94-3：94 年司法官第 1 題（相似度 90%） 2. 《經典題型系列-公司法經典題型》(周律師)(51ML5003) P.2-121～2-123：股份有限公司董事之報酬（相似度 90%）

【擬答】

- (一) 檢查人得請求報酬。依公司法第三百十三條第一項後段及非訟事件法第一百七十四條之規定，檢查人之報酬由公司負擔，至於其報酬之數額，則由法院依其職務之簡繁，於徵詢董事及監察人之意見後酌定之。
- (二) 清算人得請求報酬。依公司法第三百二十五條第一項及非訟事件法第一百七十七條準用同法第一百七十四條之規定，清算人非由法院選任者，其報酬由股東會議定之；若係由法院選任者，則由法院徵詢董事及監察人之意見後決定之。
- (三) 股份有限公司之董事得請求報酬。依公司法第一百九十六條之規定，股份有限公司董事報酬決定之方式，得由公司於章程中訂明或以股東會普通決議之方式議定之。股份有限公司董事之報酬性質上為成功報酬，故實務上多以章程訂明以可分派盈餘特定比例作為董事報酬。至於實務上之「車馬費」係屬勞務報酬，並非公司法上之董事酬勞，故得由公司與董事自行約定，一併敘明。
- (四) 有限公司之董事原則上不得請求報酬。依公司法第一百零八條第四項準用第四十九條，有限公司之董事係準用無限公司執行業務股東之規定，故原則上為無償，僅在有特約時始得向公司請求報酬。惟學說通說認為，無限公司原則上全體股東皆得執行業務，故採取無償制度尚為合理，但有限公司僅董事得執行業務，又係為全體股東執行業務，故若規定其不得請求報酬，且須負擔公司負責人責任，實屬過苛。故學者認為公司法第一百零八條第四項宜修正為準用第一百九十六條之規定，使有限公司之董事原則上得請求報酬。



二、裝置於船舶上之下列物品，於船舶所有權讓與時，其所有人能否取回？請分別說明之。

(一)租賃而來之救生艇。(10 分)

(二)租賃而來之跑步機。(10 分)

命題意旨	本題屬於基本概念型的考題，考點在於海商法第七條之運用，亦即海商法中「船舶」章裡的重要觀念——船舶所有權之範圍。測驗的重點，在於考生對於基本觀念是否能夠明確掌握。 本次海商法的題目，是很容易拿分的題型，一般考生都應該能夠獲取高分。考生只要將海商法第七條的內容加以分析，並將題目中之「救生艇」與「跑步機」予以涵攝入該條條文，得出結論即可。
答題關鍵	(一)本題重點在海商法第七條，以及下列相關問題： 1.海商法第七條所謂「航行上或營業上必需之一切設備及屬具」，所指為何？ 2.經判斷後，如屬「航行上或營業上必需之一切設備及屬具」，有何法律效果？ 3.經判斷後，如不屬於「航行上或營業上必需之一切設備及屬具」，有何法律效果？ 4.民法第六十八條與海商法第七條之關係？ (二)另外，應該提醒考生，本次「商事法與國際私法」一科，共有五題，題目的數量較多，所以考生必須掌握時間，精簡作答；千萬不要一個題目上著墨太久，否則會喪失更大片江山。
參考資料	1.梁宇賢，《海商法實例解說》，36-39 頁（89.5）。 2.張新平，《海商法》，五南出版公司，43-45 頁（2004.10 二版）。 3.周台大，《海商法講義》第一回，P.9。 4.劉律師，《海商法實例演習》，高點出版，P.3-3~P.3-4。
高分閱讀	1.《重點整理系列-海商法》（陳律師）（51ML1003） P.2-25~2-30：船舶所有權之範圍（相似度 100%） 2.《實例演習系列-海商法實例演習》（劉律師）（51ML7005） P.3~4：船舶之設備及屬具（相似度 80%）

【擬答】

本題涉及船舶所有權讓與時之效力所及範圍，亦即船舶所有權之範圍；對此，應注意海商法第七條之規定：「除給養品外，凡於航行上或營業上必需之一切設備及屬具，皆視為船舶之一部。」因此，船舶所有權之構成範圍，包括：

1.船舶本體（船體）：即船舶的主要成分。

2.航行上或營業上必需之一切設備及屬具：此等設備或屬具，係指非船舶本體，而於經濟上常協助船舶發生效用者；例如，救生設備、衛生及醫療設備、指南針、雷達、鐵錨等。

據此，茲回答本題如下：

(一)租賃而來之救生艇，船舶所有人不得取回。

1.救生艇，係船舶航行時，危難救生之用，屬航行上必需之設備；依海商法第七條之規定，應「視為船舶之一部」，故已不再單獨為權利之客體。

2.因此，船舶所有權讓與時，裝置於船上之救生艇，不論其是否屬船舶所有人，均一併隨船舶所有權移轉；船舶所有人不得取回。

(二)租賃而來之跑步機，船舶所有人得取回。

1.按跑步機，既非船舶之本體，亦非船舶航行上或營業上必需之設備，故無海商法第七條之適用；因此，不得將跑步機視為船舶之一部。換言之，跑步機非船舶所有權之範圍。

2.再者，該跑步機亦不屬民法第六十八條所稱之「從物」。因此，船舶所有權移轉時，該跑步機不隨同移轉，船舶所有人自得取回之。



三、某甲參加某乙為會首之互助會，甲得標並取走該互助會款九十五萬元。同時，某甲簽發未記載發票日之訟爭支票十張，每張面額十萬元，交與某乙囑其於每月十日提示兌領，以清償某甲應繳死會會款之用。嗣後，某乙因給付會款而轉交其中之一張十萬元支票給某丙，並囑某丙填寫發票日。某丙於填寫發票日後提示，豈料該支票竟遭退票。試依票據法之規定，分析甲、乙、丙間之法律關係？（20分）

命題意旨	本題為傳統之考古題，出題老師旨在測試考生對「空白授權票據」之基本概念及認識程度。
答題關鍵	本題應掌握之基本重點有： 1.現行法有無承認空白授權票據。 2.縱現行法有承認空白授權票據，則本例是否構成空白授權票據之情形。 欲得高分者，除了上述重點之外，更應將最高法院六十八年第十五次民事庭會議決議（三）及最高法院七十年度第十八次民事庭會議決議所涉之見解詳列，並提出己見，作為本題解題之素材。
參考資料	1.林政大，《票據法講義（一）》，第四十五頁參照。
高分閱讀	1.《重點整理系列-票據法》（方律師）（51ML1004） P.1-70~1-76：空白授權票據之爭議（相似度 100%） 2.《經典題型系列-票據法經典題型》（蔡律師）（L509） P.1-46~1-47：空白授權票據與代理之異同（相似度 70%） 3.《實例演習系列-票據法實例演習》（陳律師）（L706） P.1-77~1-90：空白授權票據之爭議（相似度 100%）

【擬答】

(一)空白授權票據，乃發票人預先於票上簽名，而將欠缺應記載事項之票據交付予受款人，並授權其補充記載完成之「未完成票據」，其要件為：

- 1.發票人已於票上簽名。
- 2.應記載事項有欠缺。
- 3.票據已交付予受款人。
- 4.授與受款人補充權。

(二)然現行法第十一條第二項之規定，是否即係承認空白授權票據，學說上尙有不同之意見，茲述如下：

肯定說：1.民國六十一年行政院票據法第十一條第一項修正草案：「欠缺本法所規定票據上應記載事項之一者，其票據無效，但面法另有規定，或發票人於發票時授權補充記載完成者，不在此限」，而又增訂第二項：「前項經授權補充記載完成之票據，票據債人不得以未依授權意旨記載之理由對抗善意執票人。」；雖此一草案未照章通過而與現行法不同，但意旨則相同，亦即第十一條第二項旨在保護善意執票人之權益，並提醒發票人之注意，不要隨意發空白票據，以免負擔意外之票據責任，實與原草案之精神相同。不同者，僅係現行法不以授權為空白票據發行之前提，而充分表現票據為文義證券及無因證券之特性。

2.又施行細則第五條亦有「空白票據」之用語，復為加強交易安之保護，是有承認空白授權票據之必要。

否定說：1.要式性與文義性、獨立性及無因性等，同屬票據法上重要之原則，除有明文之排除規定外，不得違反，是以空白授權票據實因違反第十一條第一項要式性之規定而無效。

2.再者，票據法第十一條第二項僅係關於善意執票人得為權利之行使，及債務人抗辯權之限制規定，尙難據之而謂票據法有空白授權票據之明文。

3.又票據法第十一條第二項並非同條第一項要式性之例外規定，其僅係宣示票據行為獨立原則，於形式要件欠缺時，亦有適用。例如：甲簽發欠缺金額之票據予乙，乙補充後背書予善意之丙；此時，依票據法第十一條第二項即獨立原則之規定，丙得向乙主張其應負票據責任。

4.末者，施行細則係依票據法第一百四十五條之授權而訂立，是不得以施行細則第五條有「空白票據」之用語，即謂票據法已承認空白授權票據，否則即有子法逾越母法之嫌。

小結：依最高法院六十八年第十五次民事庭會議決議（三）之研究報告補充說明，可知目前實務上，就空白授權票據之承認，係採否定說。

(三)本例甲所簽發之票據，依最高法院七十年第十八次民事庭會議決議所示，並非係空白授權票據，是甲仍應負發票人之責任：

1.蓋最高法院七十年第十八次民事庭會議決議，係認為甲簽發未記載發票日之支票交付乙，既已決定以嗣後每月之十日為發票日，囑乙照填，以完成發票行為兌領，則甲不過以乙為其填寫發票日之機關，並非授權乙，使其自行決定效果意思，代為票據行為而直接對甲發生效力，自與所謂「空白授權票據」之授權為票據行為不同。

2.嗣乙將未填載發票日之支票一張交付丙，轉囑丙照填發票日，丙依囑照填，完成發票行為，丙亦不過依照甲原先決定之意思，輾轉充作填寫發票日之機關，與甲自行填寫發票日完成簽發支票之行為無異，丙執此支票請求甲依票上所載文義負責，甲即不得以支票初未記載發票日而主張無效，此種情形，與票據法第十一條第二項規定，尙無關涉。



(四)惟查，前開最高法院七十年度第十八次民事庭會議決議見解，尚有可議之處：蓋民法第 709 之 7 係規定：「會員應於每期標會後三日內交付會款。會首應於前項期限內，代得標會員收取會款，連同自己之會款，於期滿之翌日前交付得標會員。」，是可知會首性質上，具有代理之性質，今會首乙既係代得標會員丙收取會款，是不論係乙或丙，其之法律地位，乃為甲之發票行為之相對人，而於其收受票據時，法定絕對必要記載事項即發票日既有欠缺，是本例自屬空白授權票據，而依前開最高法院六十八年第十五次民事庭會議決議（三）之研究報告補充說明，可知，甲所為之發票行為，業違反票據法第十一條第一項要式性規定，該票據應屬無效，故丙應不得執該票向甲主張權利；又乙既僅係代丙收受票據而未有於票上為何等之票據行為，自亦不對丙負票據責任。

四、請附具理由回答下列問題：

- (一)甲男與乙女於民國 94 年 2 月 1 日結婚，婚後尚無子女，甲以自己為被保險人，向「A 人壽保險股份有限公司」（以下簡稱 A 公司）投保新台幣一千萬元之終身壽險，甲並指定乙為受益人，嗣後甲乙二人搭機前往韓國旅遊，因飛機墜毀，致甲乙雙雙死亡。問：A 公司應將保險金給付何人？（10 分）
- (二)丙以其所有房屋向「B 產物保險股份有限公司」（以下簡稱 B 公司）投保二十年期之火災保險新台幣一千萬元，保險期間內，第三人丁於丙之房屋隔壁開設煙火爆竹製造工廠，丙於知悉後並未將該事實通知 B 公司。半年後丁爆竹工廠爆炸致丙房屋被燒毀。丙向 B 公司請求保險給付，B 公司拒絕丙之請求。有理由否？（10 分）

命題意旨	第一小題旨在測試考生對於「受益人之法律地位」以及其與保險法第一百一十條第二項受益權喪失事由間之適用關係。第二小題旨在測試考生對於「危險增加通知義務」之理解以及其違反之法律效果。
答題關鍵	1.第一小題於答題上應先以要保人是否聲明放棄處分權，分別探討其對於受益權之影響，再進一步探討當飛機失事時，民法第十一條：「二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其為同時死亡。」與保險法第一百一十條第二項之關係。 2.第二小題應區辨何謂「危險增加」，進而區分案例事實屬於所謂「主觀危險增加」或「客觀危險增加」（除保險法第五十九條之定義外，江朝國教授有特殊見解應一併加以交代），再探究本案例事實屬於何者以及法律效果為何。
參考資料	1.程律師，高點《保險法實例演習》，頁 1-196 以下、3-10、3-11。 2.董台大，《保險法上課講義》第二回，頁 30、31；第五回頁 1 以下。 3.江朝國，《保險法基礎理論》，頁 176、177、294 以下。 4.江朝國，「受益人於保險事故發生前之法律地位」、「危險增加之意義」、「違反危險增加通知義務之法律效果」，載於《月旦法學雜誌別冊》，頁 80、81、94-97。 5.梁宇賢，保險法新論，頁 173。 6.林群弼，保險法論，頁 232。
高分閱讀	1.《實例演習系列-保險法實例演習》（程律師）（L707） P.3-10～3-11：受益人與被保險人同時亡（相似度 100%） P.1-200～1-208：客觀危險增加之通知義務（相似度 90%） 2.《重點整理系列-保險法》（廖律師）（51ML1005） P.5-36～5-39：危險增加之通知義務（相似度 70%）

【擬答】

(一)1.受益人，依我國保險法第五條規定，指被保險人或要保人約定享有賠償請求權之人。在人壽保險中，保險契約所欲保障者係被保險人對於自身生命、身體之完整性，惟因死亡保險事故發生時，被保險人已不存在，無從受領保險金，而需由另一經其同意之第三人（即受益人）來受領保險金，故乃有受益人存在之實益。準此，受益人原則上不得先於被保險人死亡，否則受益人之存在即失其意義，而本案例中所涉及者，即為乙之受益權是否因其死亡而喪失之問題，欲討論此問題，必須先探究受益人於事故發生前之法律地位為何，不可一概而論，茲分述如下。

2.受益人乙於事故發生前之法律地位與保險金歸屬

(1)要保人未聲明放棄處分權

此時於被保險人死亡前，要保人仍得以契約或遺囑另行變更受益人，原受益人之地位隨時可因要保人之行為而消滅，故此時受益人地位僅為事實上期待，法律上並無特別保護受益人之規定。依保險法第一百一十條第二項規定，受益人以於請求保險金額時生存者為限，蓋若受益人先死亡，則保險契約恢復至無指定受益人之狀態，依保險法第一百三條規定，保險金額得受請求時，於死亡保險，應屬於被保險人之遺產，是以若受益人先於被保險人死亡，則喪失其受益權。於本案例中，若甲未聲明放棄處分權，而甲乙共同搭機旅遊，無法證明死亡之先後，依民法第十一條規定：「二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其為同時死亡。」。既推定為同時死亡，則此受益人之指定應已失其意義，保險契約應恢復至無指定受益人之狀態，基此，保險金應歸屬於甲之遺產。



(2)要保人聲明放棄處分權

若受益人指定之後，甲聲明放棄處分權(保險法第一一一條)，則保險契約上之利益即自此時歸於受益人，即使受益人先於被保險人死亡，保險金額應屬於受益人之遺產，排除保險法第一百一十條第二項之適用。是以甲若指定乙為受益人並於事故發生前聲明放棄處分權，則乙之受益權應受保障，即便乙先於甲死亡，保險金仍屬乙之遺產，故本案例中雖推定為甲乙同時死亡，乙不符合保險法第一百一十條第二項之要求，然甲既已聲明放棄處分權。保險金應歸屬於乙之遺產。

(二)1.所謂危險增加，係指為保險契約基礎之原危險狀況改變，且為訂約當時所未曾預料或未予估計之危險可能性增加，而產生對保險人不利之狀況而言。依學者見解，我國保險法上之「危險增加」其構成要件有三：

- (1)重要性：即保險法第五十九條第二項：「…其危險達於應增加保險費或終止契約之程度者…」。依學理於判斷其是否具有重要性時，須依一般之觀點或依該特定保險種類之性質，假設於危險增加之情況下，任一保險人皆會要求提高保險費或不願再受原保險契約之約束始足當之。
- (2)持續性：原危險狀況因某特定情事之發生而變換至另一新的狀況，則此新發生的狀況必須繼續不變地持續一段期間。
- (3)不可預見性：須訂約當時所未曾預料而未予估計者，於判斷危險狀況改變是否具有不可預見性時，須衡量該保險之種類性質及其保費計算之基礎。即立於保險費估計之觀點，判斷保險人於訂約之際是否已預見此種危險狀況發生而將之估計於承保範圍之內而言。

2.本案例中第三人丁於丙所投保之房屋隔壁開設爆竹工廠，衡諸前開要件，應屬危險增加無疑，然丙應盡到如何之通知義務，及違反之效果如何，尚須視其所違反者係「客觀危險增加通知義務」或「主觀危險增加通知義務」而定，以下分述之：

(1)「主觀之危險增加」與違反通知義務之法律效果

即保險法第五十九條第二項，指危險增加由於要保人或被保險人之行為所致者。然學者有強調其並非僅以該狀況是否由其行為所造成為斷，而是必須加以行為人主觀上對於該狀況之改變是否可認知且是否有意使其發生而定，且消極的不行為亦屬行為態樣之一，故危險狀況之改變雖非由於要保人或被保險人基於其意識所為之行為所產生，但要保人或被保險人已知悉且於法律上或事實上可消除此狀況而仍不為之，亦屬以消極之不行為方式促成危險增加。

至於違反此通知義務之法律效果，應係保險法第五十七條，保險人得解除契約，使契約效力溯及消滅。

(2)「客觀之危險增加」與違反通知義務之法律效果

即保險法第五十九條第三項，指危險增加不由於要保人或被保險人之行為所致者，惟對照前開學說對於主觀危險增加之定義，所謂「客觀危險增加」應係指非由要保人與被保險人行為所致且要保人或被保險人知悉後於法律上或事實上亦無法改變者而言。

違反此通知義務之法律效果為何，依學者見解有認為應得併用保險法第五十七條及六十三條，即保險人得解除契約並請求賠償因此所受之損失；惟另有學者認為應僅得適用保險法第六十三條。就義務違反而言，主觀危險增加通知義務之違反，其可責性應較客觀危險增加通知義務之違反為高，因此後者之法律效果應較前者為輕始為平衡，基此，似以僅得適用保險法第六十三條請求損害賠償較為妥適。

3.綜上，本案例事實中第三人丁開設瓦斯行之行為，非丙所造成，且並在法律上及事實上亦無法除去，應屬「客觀危險增加」，對此保險法五十九條第三項規定丙應於知悉後十日內通知保險人 B，惟丙並未通知，且事故已發生，此時丙因通知義務之違反，B 得依保險法第六十三條請求賠償因此所受之損失，然不得依保險法第五十七條解除契約，故其拒絕理賠自屬無理。



五、甲為 A 國國民，在 B 國執行律師業務，乙是有住所在我國的 A 國國民。如乙自我國傳真委任書到 B 國，未明示約定準據法，委任甲就某件侵害專利權案件，在 B 國法院擔任乙的訴訟代理人，並約定如獲勝訴判決確定，甲可向乙請求判決金額三成的報酬。假設：乙最後就該訴訟獲勝訴判決確定；但該報酬的約定依 A 國法無效，依 B 國法有效；A、B 二國及我國法律關於律師報酬請求權的消滅時效期間及消滅時效完成的效果，規定均不一致。請問：

(一)甲在我國法院對乙起訴，請求命乙支付約定之報酬，乙抗辯該約定無效，關於約定報酬的是否有效，我國法院應如何適用法律？(10 分)

(二)關於律師報酬請求權消滅時效完成的效果，我國法院應適用何國法律？(10 分)

命題意旨	契約準據法階梯性適用之順序及消滅時效之定性問題。
答題關鍵	第一小題應可採取一般實例題解題步驟，依序論及國際私法相關問題，最後並應寫出我國法院應適用何國法及適用該國法之實體判決內容。第二小題則應討論請求權消滅時效完成，應適用準據法之立法例為何，並選出該準據法即可。
參考資料	1.劉鐵錚、陳榮傳著，《國際私法論》，第 352 頁。 2.陳榮傳著，「消滅時效的準據法-兼評最高法院的幾個判決」，《台灣本土法學》第 74 期。 3.費律師編著，《國際私法實例演習系列》，第 1-3 至 1-6 頁。 4.許展毓編著，《國際私法重點整理》，第 7-8、7-9 頁。
高分閱讀	1.《實例演習系列-國際私法實例演習》(費律師)(51ML7006) P.2-48~2-54：債權行為實質之準據法(相似度 80%) 2.《圖說系列-國際司法(圖說)》(劉韋廷律師)(51ML6006) P.9-24~9-31：債權準據法(相似度 70%) P.7-6~7-9：債權契約實質之準據法(相似度 70%)

【擬答】

(一)關於我國法院應如何使用法律之程序如下：

- 1.甲在我國法院對乙起訴，請求命乙支付約定之報酬。因本題涉及到 A 國人甲、乙，及乙委任甲在 B 國執行律師職務，此一關於甲得否向乙請求律師報酬之民事糾紛，具有涉外因素存在，為一涉外私法事件，自應依據涉外民事法律適用法判斷我國法院就此涉外事件是否有管轄權及應適用何國法為裁判。
- 2.關於我國法院是否有國際管轄權，得受理本件涉外事件部分：我國涉外民事適用法中，關於涉外事件之管轄規定，缺乏明文，故無法直接依據涉外民事法律適用法判斷我國法院是否有管轄權。然現今各國關於國際管轄權之判斷部分，大多均從寬認定，避免一涉外事件因無管轄權而駁回當事人之請求，而使當事人喪失實體救濟之機會，如一涉外事件與該訴訟地間具有最基本、低度之接觸，即認定該國具有涉外管轄權。本件被告乙有住所在我國，如類推我國民事訴訟法第 1 條「以原就被」原則，在不違反實效、合理牽連及服從（甲選擇在我國提起本件訴訟）之原則上，應認為我國就此一涉外事件具有直接一般管轄權。
- 3.本題甲起訴請求命乙支付約定之報酬，此時應先定性一事實該當於涉外民事法律適用法何一指定原因之法律關係。關於定性之學說，包括法庭地法說、本案準據法說、初步及次步定性說、分析法律及比較法說。各說間均有缺點，現為便利起見，多採法庭地法說來定性。本題即應依據我國民法之概念判斷甲乙間係關於契約效力之問題涉訟，自應依據我國涉外民事法律適用法第 6 條規定，來擇定準據法。
- 4.按法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。當事人意思不明時，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，以要約人住所地視為行為地。涉外民事法律適用法第 6 條第 1、2 項定有明文。本題甲、乙並未明示契約準據法，亦無法從題示情形得知甲乙是否有契約準據法默示合意，自應認當事人並無合意選定涉外契約之準據法，此時即應適用涉外民法第 6 條第 2 項擇定契約準據法。本題甲乙既同為 A 國人，我國法院即應適用共同本國法即 A 國法，認定該報酬之約定為無效。另關於此時我國法院係以甲乙之共同國籍為連結因素而適用 A 國法，依據通說之見解，此時並無反致條款之適用。另應注意一併適用 A 國法之結果是否違反我國公共秩序、善良風俗。

(二)我國法院原則上仍應適用 A 國法，判斷律師報酬請求權消滅時效完成之效果：

- 1.因債權人不行使權利，繼續達一定期間者，該債權有罹於消滅時效之問題。關於消滅時效之準據法規定為何，各國立法例有下列規定：

甲說：實體法說即適用契約準據法。

消滅時效制度，係為避免舉證之困難，保護債務人及對權利人不行使權利之一種消極限制，以維持社會之新秩序，且通常規定於民法上，應視為實體法上之制度，因此關於消滅時效完成之效果，應由契約準據法解決。

乙說：程序說即適用法庭地法。

消滅時效制度之作用，係因一定時間之經過，拒絕當事人利用法庭，應視其為訴訟法之制度，而適用法庭地法。



丙說：所在地說。

債權人對債務人的權利消滅時效，應就其涉及動產或不動產，而分別適用動產所有人的住所地法及不動產的所在地法，並考慮就一般債權的消滅時效，適用債權人或債務人的住所地法。採此說結論常與法庭地法主義一致。現採取此說者較少，

2.現行我國涉民法關於涉外消滅時效之問題，並未明文規定其衝突規則，應如何決定準據法。故有下列數說之解決方法：

(1)既無衝突規則可據以決定準據法，應適用內國法律。

(2)認為消滅時效問題乃程序問題，應依法庭地法。

(3)消滅時效問題為涉外私權的實體問題，應依本法規定決定準據法。

本文以為，依據涉民法第 30 條規定，涉民法本身條文非國際私法之唯一法源，且依據我國法規定消滅時效並非債之消滅原因，僅係為抗辯權發生之原因，然因消滅時效問題會影響當事人契約上義務，應定性為契約債務效力之一環，仍應有契約準據法之適用。另依據司法院 92 年 11 月所公布之涉外民事法律適用法修正草案第 32 條規定「請求權之消滅時效，依該請求權所由發生之法律關係所應適用之法律。」亦同採此見解。

3.綜上，關於律師報酬請求權消滅時效完成之效果，應依據該請求權所由發生之法律關係之準據法，本題既為因委任契約所生之關係，故應定性為契約效力之一環，適用契約準據法，即本題就此部分我國法院應適用 A 國法為判斷消滅時效完成之法律效果。又 A 國關於律師報酬請求權之消滅時效期間及消滅時效完成的效果，與我國規定不同，此時即應再討論 A 國關於此部分之規定，是否就其適用之結果，有違背我國公共秩序、善良風俗，如有違背公共秩序、善良風俗時，即應受到涉外民事法律適用法第 25 條限制，排除不加以適用。



《商事法與國際私法》

- 一、A 股份有限公司係依我國公司法設立，但未辦理公開發行之中小企業，如 A 公司辦理發行新股增資，試依公司法規定與法理，扼要回答下列問題：(20 分)
- (一)甲甫獲得國外著名大學電機博士，欲以所具有之高科技知識出資，乃提議以赴 A 公司工作三年為對價，換取增資新股。問此舉是否合法？
- (二)乙欲以其所持有對 B 公司之債權出資，是否合法？
- (三)A 公司欲採投資入股方式與 C 公司建立策略聯盟，C 公司之大股東丙願意促成此事。依公司法規定 A 公司與丙間應依循何種程序，以達到目的？

命題意旨	1.測試考生是否瞭解第一百五十六條第五項與第六項有關出資標的之相關規範。 2.本題較為靈活，但並不困難，只要能確實掌握各種出資標的之立法目的與概念，應能迎刃而解。
答題關鍵	1.技術股不同於勞力出資。 2.第 156 條第 5 項「對公司所有之貨幣債權」之公司，係指「被出資公司」。 3.股份交換。
參考資料	1.程政大，公司法講義，第一回，第 73 頁，91 年會計師第 2 小題。 2.月旦法學教室 第 30 期，P.30~31：技術股與勞務股（王文宇） 第 33 期，P89-98：公司法第七講：資本三原則之理論與實踐（王志誠）
高分閱讀	1.高點重點整理系列-公司法〈史律師〉〈L211〉（相似度 90%） P.2-179~212：股份有限公司成立後之資金籌措方式 2.高點經典題型系列-公司法經典題型（周律師）〈L503〉（相似度 70%） P.2-1-8：股份有限公司之資本與股東出資 3.高點法研所歷屆試題（民訴、商事法）(M506) P.2-1-16：台大 94 年：股份有顯公司之出資（相似度 80%） P.2-1-38：台大 92 年：技術入股的估價（相似度 55%） P.2-5-1：東吳 94 年：股份有限公司之出資（相似度 40%）

【擬答】

(一)甲之出資不合法

- 1.在知識經濟時代，各種無形資產（尤其是智慧財產）對於企業發展扮演舉足輕重之角色。為此，公司法（以下同）於民國九十年修正第 156 條第 5 項，明文規定股份有限公司之股東得以技術入股，其立法理由即強調技術之輸入能增強企業之競爭，有利於公司未來之發展。
- 2.惟本例中，甲係以赴 A 公司工作三年為對價，應屬提供勞力換取酬勞之勞力出資。雖甲本身具有高科技知識，但並非提供技術供甲公司使用，而仍非屬本規範所指之技術出資。
- 3.又股份有限公司基於資本維持原則，特別要求出資之充實性，非如無限公司特別允許股東得以勞務出資（參第 43 條），故甲之出資不合法。

(二)乙之出資不合法

- 1.民國九十年除明文規定得以技術出資外，亦明文規定得以「對公司所有之貨幣債權」出資。立法者認為，允許公司以債作股，得改善公司財務狀況，降低負債比例。
- 2.就此立法理由可知，該抵作股款之債權，應僅限於對被出資公司之債權，否則被出資公司即無法達成降低負債比例之立法良意。再者，若以對他公司之貨幣債權出資，可能使被出資公司面臨債權不能實現之困境，而有害其資本之充實。
- 3.故本例中，乙並非以對 A 公司之貨幣債權出資，並不合法。

(三)A 與丙可循股份交換之規定，達成目的

- 1.A 既欲入股 C 公司而與其建立策略聯盟，則應使 A 取得 C 之股份。此時自可由 C 公司發行新股由 A 認購，A 並得依第 156 條第 5 項、第 6 項或第 272 條之規定出資，取得 C 公司之股份。惟若 C 公司並無發行新股之意願，此方式即不可行。
- 2.C 公司之大股東丙既然願意協助，則可使丙將其股份移轉與 A，由 A 發行新股予丙，作為受讓 C 公司股份之對價（參第 156 條第 6 項）。以有效降低 A 公司之資金壓力，並達成投資入股 C 公司之目的。
- 3.進行股份交換時，A 公司內部應經董事會特別決議，並受轉投資規範之限制（參公司法第 13 條）。



二、依我國票據法規定，票據行為之種類有幾？此等票據行為於匯票、本票及支票，是否均可適用？又為此等票據行為時，若附記條件者，其效力如何？試分別附理由述之。(20 分)

命題意旨	1.本題著重票據行為之分類，及三種票據是否均有各該票據行為之適用等基本觀念，同時配合相關條文之記憶及比較。 2.答題時，務必引出條文，並論述票據法上五種票據行為於票據法上有何不同規定。
答題關鍵	1.應就票據行為於學理上之分類為論述主軸，並配合相關之法條作為引證。 2.同時須對票據行為之種類及票據法第三十六條、第四十七條等之相關條文記憶清晰，並作適當之闡釋。 3.本題純記憶性之考點居多，出題老師應係測驗考生有無詳記法條，此部分應屬容易。又關於票據法未規定之事項，究應如何決之，則應由票據行為之性質出發尋找相類之條文而予以類推適用，此部分即應對票據行為之理論及性質有所瞭解，屬理論性之考題，要全面性之作答較屬不易。
參考資料	1.月旦法學教室 第 25 期，P.32～33：參加承兌之要件及效力（王志誠） 第 27 期，P.34～35：承兌之意義、記載、提示及限制（梁宇賢） 第 29 期，P.36～37：隱存保證背書與公司之保證（梁宇賢） 第 34 期，P.30～31：票據之一部分付款（李欽賢） 2.月旦法學雜誌 第 113 期，P.252～256：發票之禁止背書轉讓與委任取款背書-評最高法院 92 年度台上字第 373 號判決（梁宇賢）
高分閱讀	1.高點重點整理系列-票據法〈方律師〉(L213)（相似度 40%），P.1-26～62：票據行為之要件 2.高點實例演習系列-票據法實例演習（陳律師、詹律師）(L706)（相似度 60%） P.1-23～70：票據行為內涵及要件 3.高點法研所歷屆試題（民訴、商事法）(M506) P.2-1-4：台大 94 年：附條件背書人之責任（相似度 40%） P.2-9-18：中原 92 年：附條件之承兌（相似度 65%）

【擬答】

一、依我國票據法規定，票據行為之種類，計有發票、背書、承兌、參加承兌及保證五種：

- (一)當事人間將因票據行為而發生票據法上之權利義務關係，票據法為落實促進票據流通、保障交易安全之立法目的，遂就相關之票據行為設有明文以資規範。依學者通說之分類，認為票據行為中之發票行為，屬基本票據行為，而其餘背書、承兌、參加承兌及保證等四種票據行為，則屬附屬票據行為。
- (二)就發票行為言：目的係創設票據權利之票據行為。
- (三)就背書行為言：目的係轉讓票據上之權利。
- (四)就承兌部分：目的則係確定付款人之付款責任。
- (五)就參加承兌部分：目的則係阻止期前追索。
- (六)就保證部分：目的則係擔保被保證人票據債務之清償。

二、此等票據行為並非於匯票、本票及支票均可適用：

- (一)就發票行為言：
匯票、本票及支票三種票據均有適用，此觀票據法第二十四條、第一二〇條及第一二五條分別就各該票據於發票時應記載之形式要件為規定，即可明瞭。
- (二)就背書行為言：
票據法於第二章第二節第三十條至第四十一條，就匯票之背書設有規定，雖第三章本票及第四章支票，票據法並無明文就背書設有規定，然於第一二四條及第一四四條，則設有「第二節關於背書之規定，除第三十五條外…」均於本票、支票準用之規定，可知三種票據均有適用。
- (三)就承兌部分：
本票及支票並無承兌制度，是僅匯票有承兌之適用，此觀票據法第二章匯票、第三節中第四十二條至第五十二條之匯票承兌規定，於第一二四條本票及第一四四條支票，並無準用即知。
- (四)就參加承兌部分：
同承兌，茲不贅述。
- (五)就保證部分：
僅匯票及本票等信用證券始有保證制度之適用，此觀票據法第二章匯票、第五節保證、第五十八條至第六十四條等之規定，於第一二四條本票亦有準用即知。蓋支票為支付證券，並非信用證券，是無保證制度，此觀第一四四條並



無準用前揭保證規定可證。

三、此五種票據行為，若附記條件者，其效力分述如下：

按「票據上記載本法所不規定之事項者，不生票據上之效力」，票據法第十二條著有明文；是以，除票據法另有規定票據行為得記載條件外，倘票據行為附記條件者，則該條件則屬「不得記載事項」其效力可分為 1.記載本身無效（即記載無益事項。）2.記載則票據無效（即記載有害事項。）3.記載不生票據法上之效力，但可能生民法上之效力。茲就各該票據行為附記條件之效力，分述如下：

(一)就發票行為言：記載附條件支付之委託者，與票據法就發票所要求「無條件支付之委託」之記載不符，學者通說及實務均認將致該票據無效。

(二)就背書行為言：按「背書附記條件者，其條件視為無記載」，票據法第三十六條後段著有明文，此即背書單純性之規定，亦即該背書仍屬有效，僅該條件不生票據法上之效力。惟是否生民法上之效力，仍有爭論：

甲說：仍生民法上效力。民法上之條件約定，本不以記載於書面為必要，而以口頭約定即可生效，今既記載於書面，實不因該書面為票據或票據以外之文書，而異其效果。

乙說：不生民法上效力。今票據法第十二條既規定：「票據上記載本法所不規定之事項者，不生票據上之效力。」，復又於第三十六條為：「背書附記條件者，其條件視為無記載」此一規定，顯係認該條件於民法上亦不生效力。

(三)就承兌部分：承兌附條件者，視為承兌之拒絕。但承兌人仍依所附條件負其責任。此觀票據法第四十七條第二項自明。

(四)就參加承兌部分：票據法就參加承兌附記條件時，並無明文規定，是須先確定參加承兌之性質，進而決定究應類推適用第三十六條背書或第四十七條第二項承兌之規定：

甲說：有學者認為參加承兌為承兌之一種，性質上為一種特別的承兌理由如下：

(1)依票據法第五十七條可知，不論執票人有無依八十六條、八十七條作成拒絕證書，對參加承兌人均不喪失追索權，亦即參加參承兌人均應負付款之責。

(2)再者就體系而言，參加承兌之規定（第五十三條至第五十七條）乃緊接於承兌（第四十二條至第五十二條）之後；再者，依第四十三條及第五十四條之規定觀之，二者之方式均須於匯票正面為之；末者，再觀諸第四十二條及第五十三條可知，均未強制執票人須對承兌人或預備付款人為承兌或參加承兌之提示。

(3)如採此說，似應類推第四十七條第二項承兌之規定。

乙說：參加承兌性質上並非承兌，參加承兌人所負之責任，僅係一償還責任，會因執票人未依法作成拒絕證書而對其喪失追索權。蓋被參加人所負之債務既係償還債務，則參加承兌人所負之債務，自亦是償還債務。如採此說，似應類推第三十六條背書之規定。

(五)就保證部分：票據法就保證時附記條件之情形，並無明文規定，惟保證既與背書均同為附屬票據行為，則類推適用票據法第三十六條背書之規定，實際上並無違同法第十二條之解釋。

三、海商法第 77 條有關準據法之規定，是否適用於傭船運送以及件貨運送？如何認定該條所稱之「依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者」？

命題意旨	出題委員之意旨在測試考生對海商法七七條(一)關於準據法之規定及(二)獨樹一幟之立法風格。
答題關鍵	應掌握之基本重點有： 1.首先七七條要熟記其法條內容。 2.掌握「載貨證券」之要件。 3.分析「保護較優」之概念。
參考資料	1.柯澤東，最新海商法貨物運送責任篇，第一四〇頁以下（一九九九年，十一月）。 2.張新平，海商法，第四一〇頁以下（二〇〇一年二月） 3.高點費台大海商法補充講義第四本，頁 28。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-海商法〈陳律師〉(L212)（相似度 50%），P.3-104~105：有關準據法條款的學說見解 2.高點實例演習系列-海商法實例演習（劉律師）(L708)（相似度 65%） P.4-256~255：載貨證券上準據法條款之解釋與應用 3.高點法研所歷屆試題（民訴、商事法）(M506) P.2-2-44：政大 93 年：準據法條款（相似度 55%） P.2-2-64：政大 92 年：準據法條款之效力（相似度 55%）

(一)海商法第七七條是否適用傭船運送以及件貨運送？

第七七條規定：「載貨證券所載之裝載港或卸貨港為中華民國港口者，其載貨證券所生之法律關係依涉外民事法律適用法所定應適用法律。但依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者，應適用本法之規定。」

本條在適用上應先依涉外民事法律適用法第六條規定，決定應適用法律。應適用之法律為本法者，即應適用本法相關規定；應適用之法律為外國法者，須再檢視其與本法對於中華民國受貨人或託運人之規定，何者較優，俾選擇保護較優者適用。

按我國涉外之海上運送糾紛之準據法的決定，素來委諸涉外民事法律適用法之規定，因此本條前項之規定，即係此一原



則之重申，並無新意。至於本但書之規定則極為突兀特異。

由於本法第七七條前段規定依涉外民事法律適用法所定應適用之法律，因此準據法條款在本法之效力，是否適用於備船運送以及件貨運送？析言如下：

- (1)第七七條係規範載貨證券所生法律關係之法律適用，故備船契約未答發載貨證券而有準據法條款者，依涉外民事法律適用法之規定，定其應適用之法律。但備船契約簽發載貨證券者，則仍應有第七七條之適用。
- (2)件貨運送契約無載貨證券之簽發者，其當事人談判能力無法與備船人相提並論，是以有關準據法條款之效力仍應有第七十七之適用，方稱妥適。

(二)如何認定該條所稱之「依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者」？分析如下：

1.違反國民待遇之立法方式

第七七條但書規定：「依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者，應適用本法之規定。」既明言以中華民國受貨人或託運人之保護為重心，即排斥以我國港口為裝載或卸載港之外國人的適用。惟按海商法為商法之一環，在商言利，雖有保護本國利益之色存在，但其保護之方式終究不脫以符合公約為其範疇，譬如注重運送人利益之保護者，以海牙規則及海牙威斯比規則馬首是瞻；強調貨方權益之維護者，以漢堡規則為壓臬。類本條但書白紙黑字明示保護「中華民國受貨人或託運人」之立法例，堪稱少見。

2.「保護較優」之認定困難

第七七條但書之規定，於適用上依「主張有利於己之事實者負舉證責任」之原則，中華民國受貨人或託運人為期本法之適用，須負舉證之責。然而「依本法……保護較優」之舉證責任顯係相當沉重。首先就法律之範圍而言，由於本法第五條第六十條之定，包括民法在內之其他法律均有保護孰優孰劣之比較必要。其次法律之內容而言，所謂「保護較優」，究係程序上或實體上保護較優？如就實體而言，究係以期間之長短、船方賠償額之高低、優先受償位次或其他何者為標準？此外，一部較優一部較劣者又如何？職是之故，負舉證責任之中華民國受貨人及託運人是否因而蒙利，實難逆料，倒是增加其負擔及困擾，應可預期。

3.「保護較優」立法意旨與適用上之矛盾

第七七條但書規定：「但依本法中華民國受貨人或託運人保護較優者，應適用本法之規定。」其立法意旨係為保護我國貨人或託運人。惟同條前段規定：「載貨證券所載之裝載港或卸貨港為中華民國港口者，其載貨證券所生之法律關係依涉外民事法律適用法所定應適用之法律。」依涉外民事法律適用法所定應適用之法律倘為我國法，則外國法對中華民國受貨人或託運人保護縱使較優，亦不得適用外國法，無法貫徹保護我國受貨人或託運人之立法意旨。足見本條規定立意雖佳，立法技術有欠妥適。

四、保險法上之強制規定，性質上可分為那二類？試述其依據，並分別說明之。(20 分)

命題意旨	測試考生是否瞭解保險法第 54 條第 1 項所稱之「強制規定」並非泛指所有之強制規定。
答題關鍵	強制規定中，若涉及保險之要素者，應屬絕對強制規定，縱有利於被保險人，亦不得以契約變更之。
參考資料	
高分閱讀	1.高點重點整理系列-保險法〈廖律師〉(L214) (相似度 70%)， P.4-42~45：保險法針對保險契約之附合性所為規範 2.高點實例演習系列-保險法實例演習（程律師）(L707) (相似度 65%)，P.1-96~103：保險法第 54 條之適用

【擬答】

基於保險契約之附合性質，為保障被保險人之權益，保險法（以下同）第 54 條第 1 項規定：「本法之強制規定，不得以契約變更之。但有利於被保險人者，不在此限。」又學者認為，保險法中之強制規定可區分為絕對強制規定與相對強制規定，而本條項所稱之強制規定，基於保險法之監督性質，應僅指相對強制規定而言。說明此二分類如下：

(一)絕對強制規定

此類規定係指涉及保險之要素者，如保險利益之存在、超額保險之禁止、複保險之禁止等規定，若得適用第 54 條第 1 項而變更此等強制規定，保險法理將因而破壞，顯然不當。故縱有利於被保險人，亦不得變更。

(二)相對強制規定

1.相對於上述之絕對強制規定，此類規定亦屬強制規定，且該等規定是為保障要保人或被保險人而設，故原則上亦不得以契約變更之。但若此變更有利於被保險人時，更能符合保障被保險人之目的，故例外許可。換言之，基於保險法之監督性質，此等規範為法定之最低標準，以避免保險人藉由定型化契約而剝奪要保人及被保險人之權益。

2.又學者另有主張，相對強制規定可再區分為以下三類：

- (1)主要類型：此種類型是以強制規定方式呈現，如要保人與保險人約定，善意複保險依連帶給付方式為之，排除我國保險法第 38 條之適用。
- (2)條文中有「除契約另有約定」或「除當事人另有訂定」等類似文字者：學者主張，縱條文中有此等文字，亦不得一概認為此種規範為任意規定，而應從其立法目的判斷是否屬相對強制規定，始符合保險法具有監督性質之特性。
- (3)隱藏式的相對強制規定：此等規定係指立法者雖未表明其屬強制規定之性質，但基於保險契約之附合性，為保障要保人及被保險人之利益，應解為相對強制規定。例如關於通知義務之規定，現行法並未限制其通知方式（如第 36 條、



第 58 條等等)，則表示要保人及被保險人之一方，得以任何方式為通知。若保險人以定型化約款限制通知方式，將有違第 54 條第 1 項而無效。

五、試依序扼要解答下列各題：(20 分)

- (一)問：未約定準據法之債權契約，依我國「涉外民事法律適用法」(以下簡稱「涉外法」)第 6 條第 2 及第 3 項規定適用，與依「最密切關聯原則」立法適用，各有何優缺點？依後一原則之適用，在選擇「最密切」之問題上，於比較法或國際立法公約之規定、原則或理論上，有什麼其他配套可減少其缺點？
- (二)問：依「涉外法」第 25 條公序原則之規定，排除外國法之適用，與以即刻適用法排除外國法之適用，兩者在適用上及效力性質上有何不同？

命題意旨	本題為新興考題，出題委員之意旨在測試考生對(一)「當事人意思不明時，契約準據法如何決定」？大陸法及英美法之不同及其理論。(二)「即刻適用法」之適用及效力。
答題關鍵	應掌握之基本重點有： (一)當事人意思不明時，契約之準據法如何決定？立法與實務解決有何不同？ (二)「即刻適用法」之理論及效力。
參考資料	(一)1.柯澤東，國際私法，第一九四頁以下(二〇〇一年，元月)。 2.高點費台大國際私法講義第一本「國際私法總論」，頁 98。 (二)1.柯澤東，前揭書，頁一〇六以下。 2.高點費台大國際私法講義第二本「國際私法總論(續)」，頁 20。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-國際私法〈許展毓〉(L216) P.7-1~9：關於債權行為之準據法的現行規定與修法方向有何不同(相似度 50%) P.3-1~18：傳統選法模式之準據法適用與非選法模式(相似度 70%)

【擬答】

(一)當事人意思不明時，契約之準據法如何決定？立法與實務解決有何不同？立法與實務解決形成三主義：

1.大陸法—以行為地為主

此時大陸法官，應以行為地為主作為契約之準據法。易言之，以行為地法作為契約之經濟重心。採客觀精神，以外觀的存在來尋求契約應適用之法律。從客觀當事人行為地如契約、締約地、履行地等行為地中尋求一契約意旨經濟重心所在，決定準據法。契約訂立地—要約地、承諾地；契約履行地—出賣地、交貨地、付款地。如針對一 FOB 契約或 CIF 契約，實務上前者契約以進口地為重心，後者以出口地為重心，故 FOB 以進口地國法，而 CIF 以出口國法為準據法。而在大陸法制中，法國法方法與德國法之方法又有不同：法國法完全以契約行為地法作為契約客觀上經濟意旨重心選擇準據法。1950 年以後被選擇之準據法多為履行地，以前則多為締約地。德國法卻由法官以個人之經驗判斷，尊重當事人意思，在一特定契約下，推定當事人意思應該會以何地作為契約之準據法。亦即由法官假設當事人主觀意思而帶有主觀色彩。不像法國法完全以行為地與契約外觀存在之經濟要旨作為重心(特別係契約履行地)，完全隔絕當事人意思，但德國法於 1986 年修法即有改變。

2.英美法—以關係最適切或密切關聯為主

英美法不受連繫因素為選法之控制，不採行為地為選擇重心，不受行為地限制而採「適切之法律」(THE PROPER LAW OF CONTRACT)。個別契約所有相關要素綜合性認定何國法律對契約之整體最適切、最重要(THE MOST IMPORTANT 或 ESSENTIAL 或 SIGNIFICANT)、最直接(THE MOST DIRECT)，此謂以法學「印象主義」作為適用法選擇方法。亦即以法官之整體印象為準，法官之信念為依歸，法官之經驗上認為何者為個別契約最重要，即以之為準據法。方法雖不於大陸法，但英美法實務運作結果卻與大陸相同，選擇之結果發現履行地最重要。英美法官有較大裁量權，不受限於客觀行為地，不受連繫因素之限制，重點在對此一契約而言其重心何在？何地與其最 IMPORTANT、最 SIGNIFICANT 之關係。履行地、締約地、付款地綜合被法官考慮，無絕對順序，不以「行為地」為出發、為拘束，法官有較大決定空間。也許支付價金方法對契約最重要，支付所根據國家之法律可能被認為最適切。亦即每一事實皆可能為考慮對象，而非固定以某一連繫因素上之行為地為準據。大陸法系國家法官權限較狹，以固定標準才能達到適用法律一致、裁判一致之目的。因此，嚴格言之，是一種適用法律選擇之原則，一種方法，而非「準據法」本身，因法官尚須決定何國法始為「適切」(PROPER)，故 WHAT IS THE PROPER LAW OF THE CONTRACT 乃英美法官所採之方法耳。大陸法原則上不採 THE PROPER LAW，應問 WHAT IS THE APPLICABLE LAW OF THE CONTRACT。THE PROPER LAW 為決定 APPLICABLE LAW(準據法)之方法而已，故 APPLICABLE 不即等於 THE PROPER LAW。

3.法定準據法主義

法定準據法主義立法例，乃以法律規定當事人意思不明時應適用之法律。優點為標準確定，缺點為不能切合時代及社會變遷需要。我國涉外民事法律適用法第 6 條第 II 項規定：「當事人意思不明者，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，以要約人住所地視為行為地。」即是。法定準據法主義之標準確定，雖為英美所採之 THE PROPER LAW OF CONTRACT 所不及，但後者



往往較符合當事人真意。又例：一台灣商與一日本商在德國商展上洽定契約內容後，台灣商發要約函到東京日本商公司，該日本商公司發承諾函到台北。契約內容為從日本進口原料到台灣加工再出口到南美。當事人未約定準據法時，我國法院應如何尋求準據法？依涉外民事法律適用法第 6 條規定，於法官無法依第 I 項規定決定準據法時，則應第 II 項之規定。依此，則本案準據法為德國法律（發要約通知地）。然而以德國法為準據法顯然不符合當事人真意，違反選法原理。此即，由於法定準據法主義有預為確定準據法安定性優點，但會導致刻板、僵化不合理之結果。雖然方便法官決定一準據法，但無實質意義與適用上之不實際。

(二)依涉外法第 25 條公序原則之規定，排除外國法之適用，與以即刻適用法排除外國法之適用，兩者在適用上及效力性質上有何不同？

1.公序原則排除外國法之適用

(1)意義

涉外民事案件依國際私法之指示，可能適用內國法，亦可能適用外國法，然如應適用之法律為外國法時，且有妨害內國公益危及法庭地一般私法生活之安定時，則自無勉強法庭地漫無限制之適用。準此，若適用外國法有違背內國公共秩序時，對該外國法之適用應予排除。每個國家均有兩個公序之概念，一即為「國際公序」，另一則為「國內公序」。國際公序具有相對性而國內公序具有絕對性。而國際私法為內外國法律之選法規則，且有相對性。是以國際私法中所指稱之公序應指「國際公序」。

(2)國際公序之效力：

對涉外民事法律適用法第 25 條有關「國際公序」之規定，其應為國際私法上之立法原則而非準據法，已如上述。又其目的在於消極防止本國法律秩序，因外國法之適用而受破壞。

惟國際公序規定於第 25 條僅排除外國法之適用，並未引導法官於排除適用外國法後，究應適用何國法律解決之問題？因此國際公序雖為國際私法之原則，但關於國際公序之適用後果應適用何國法律，至今尚未統一。此原則之效果及其限制效果（例外）如何？請申論之：

2.效果：

(1)一般效果

「國際公序」排除外國法之適用，對於被排除之外國法而言，是為法律適用之否定效果。

(2)萎縮效果(即為國際既得權尊重之原則，以對抗國際公序)為一般效果之例外

即一般效果之萎縮，某項權利於外國法院合法獲取時，法院地法應予以尊重，不可因法院地禁止此種權利，而運用國際公序排除之，此即既得權尊重原則於國際上可對抗國際公序之原則；換言之，國際公序因為有既得權之存在而不得適用。

(3)反射效果

即第三國法院地國際公序得與權利創制法院國之國際公序相協調時，亦承認此既得權。

3.限制效果—如何防止法庭地國濫用「國際公序」之概念

既然適用外國法為原則，對外國法之適用加以限制為例外，本於例外應從嚴之態度，應該要防止法庭地對外國法之適用（即「國際公序」之概念）予以濫用。防止法庭地國濫用「國際公序」之概念，其方法有二：

(1)一般防止：

立法者應對「國際公序」之概念予以定義。申言之，由於各國國際公序之概念不同，其運用遭受濫用，故學者及法律實務家，均試對國際公序作一統一之解決，而以各種方式界定其含義；或以立法之技術；或以法官之自我控制。

(2)特殊防止：

採用「即刻適用法」(immediate applicable law)。

4.即刻適用法排除外國法之適用

申言之，為避免國際公序原則遭受濫用及為特別保護之意旨，而由法院於受理案件適用法律時，即刻、直接就某類法律關係（包括身分、財產、法律行為等），以法院地法或某一國家法之適用（亦可能為外國法），不必再透過國際私法之衝突法則選擇所應適用之法律。通常有即刻適用法則適用之法律關係或法規有二類：

第一類：

屬公安、政策之公法性法律關係——為屬於政策性範疇之規範。

第二類：

亦屬政策性之考量，原為私法衝突法之範疇，但法律明文規定其屬特別之即刻適用法範圍。

(三)小結

要者，依涉外民事法律適用法第 25 條以公序原則排除外國法之適用是透過選法規則而選用法律、決定準據法。即刻適用法之條件，應為明文規定，其性質為強制性，當事契約條款或約定與之牴觸者無效。



《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：最高法院七十二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，可知已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.王文字，公司法論，第 353、360、366、367 頁 2.王文字，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（王文字）
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。



《商事法與國際私法》

- 一、甲簽發記載收款人為乙公司票面金額新台幣三百萬元之支票一紙，寄交乙公司，用以支付貨款。乙公司之收發人員 A 收受後，擅於支票背面盜蓋乙公司印章後交付於丙，用以償還債務。旋丙於支票背面註明連帶保證人並蓋章後交付於丁，向丁借貸同額款項，約定以票載發票日為清償期。嗣丁票載發票日提示上開支票未獲付款，乃訴請甲、乙公司及丙連帶給付上述票款，其訴有無理由？試附理由說明之。

命題意旨	本題為傳統題型，意旨在考考生對於票據權利的發生和取得，以及票據要式性和文義性的概念，同學只要熟讀上課講義和練習過考古題，應可掌握。
答題關鍵	基本重點有：1.票據偽造之效力（票 15） 2.在支票背面記載連帶保證人之效力（票 12） 3.票據行為獨立性與票據行為之適用 欲得高分，同學應將上述重點分點表示，輔以實務判決之見解，並且熟記學者的特殊見解，方能掌握答題方向。
參考資料	1.梁宇賢，票據法新論，頁 53-54，90-94，104-109。 2.李欽賢，票據法專題研究，頁 32 以下。
高分閱讀	1.92 高點律師考場寶典第 3 題第二小題，相似度 30 %！ 2.高點重點總整理系列-票據法（方律師），P.1-95 1-99；P.1-40，相似度 50 %！ 3.高點專用講義（厚本）-票據法（全一回），P.236。 4.高點上課講義，頁 40，87-89，107-109。

【擬答】

丁於票載發票日遵期提示支票而未獲付款，乃訴請甲、乙公司及丙連帶給付票款，性質上屬於行使追索權，分述如下：

(一) 丁對甲得否主張發票人之責任

甲簽發支票並寄發給乙公司之發票行為，既已經乙公司之收發人員 A 收受後，即完成交付，則無論採創造說或發行說，甲之發票行為已完成而有效。但丁得對甲行使追索權？涉及丁之直接前手丙是否取得票據權利而請求權基礎不同，故在以下（三）再詳細討論之。

(二) 丁對乙公司得否主張背書人之責任

乙公司之收發人員 A 擅自於支票背面「盜蓋」乙公司印章後交付於丙，屬票據上簽名之偽造（票 15），偽造人 A 自始在票據上未顯露名義，故 A 不負票據責任。但被偽造人乙公司是否需負背書人之責任？

- 1.實務和學者通說認為，依票據文義性，被偽造人因未簽名或蓋章於票據，故不負任何票據責任（票 5，53 台上 2159 號參照），且此為絕對的抗辯事由，得對抗一切執票人。縱使為無惡意或重大過失取得票據者，亦不得對被偽造人乙主張票據上之權利。
- 2.但本題是否會構成表見代理（民 169）或簽名之代行？由於 A 僅為乙公司之收發人員，實質上並無謂乙公司代理之權限，且形式上 A 也未以乙公司代理人名義簽名，故無使第三人相信乙公司曾以代理權授與 A 之表見情狀存在，故不成立表見代理（44 年台上 1428 號參照）。又 A 實質上無代理權，亦不成立簽名之代行。
- 3.因此，無論丁為善意或惡意，乙均可以票據上簽名係偽造為物之抗辯，從而丁訴請乙公司給付票款為無理由。

(三) 丁對丙得否主張背書人之責任

- 1.關於保證之規定並未準用於支票（票 144 不準用保證一節），故通說認為，在支票上為保證人之記載，為記載票據法所不規定之事項，不生票據上之效力（票 12），但支票本身仍有效。故在支票上加「連帶保證人」之背書，僅生背書之效力（53 台上字 1930 號判例，63 年 12 月 3 日第六次民庭會議決議），因此丙在支票背面記載連帶保證人，亦發生背書之效力。
- 2.但丙之前手 A 係無票據權利人，丙自無權利人處受讓票據，原本未取得任何票據權利，因此受讓丁是否取得票據權利之法律依據不同，分述如下：

(1) 丙為惡意（明知前手 A 無票據權利）：

依「票據行為獨立性」之原則，丙之背書仍有效（票 15），丁能對丙主張追索權。

但因為丙未取得票據權利，丁不能因丙之背書對甲取得任何票據權利，除非丁具備善意取得之要件，即丁善意無重大過失不知丙為無權利人，以背書轉讓之方法，自丙處受讓形式絕對應記載事項具備之票據，且支付相當之對價，則丁對甲可主張善意取得票據上權利（票 14），從而丁可對甲行使追索權。

(2) 丙為善意且無重大過失：

此時丙自無權利人 A 處以背書之方法，受讓形式絕對應記載事項具備之票據，且支付相當之對價，則丙對甲可主張善意取得票據上權利（票 14），故丙為票據權利人，則丁自有權利人丙處受讓票據為繼受取得，丁可對甲主張票據權利，無須再主張善意取得。

(四) 小結

- 1.丁不得對乙公司行使追索權：乙公司可以票據上簽名係偽造為物之抗辯。

2.丁得對甲、丙行使追索權，但理由不同：

二、試附具理由回答下列問題：

(一)保險法所規定之通知義務有幾種？對於此等通知義務之違反，他方當事人是否均得依據保險法第五十七條：「當事人之一方對於他方應通知之事項而怠於通知者，除不可抗力之事故外，不問是否故意，他方得據為解除保險契約之原因。」之規定，解除保險契約？（13分）

(二)海上貨物運送人對於因其本人或其債務履行輔助人之故意或過失所造成貨物之毀損或滅失，是否均得主張不負賠償責任？（12分）

命題意旨	1.今年的保險法並不困難，算是基本型的考題，法條熟背的同學應該能輕易取分。 2.海商法運送人及其履行輔助人之規則要件。
參考資料	(一)1.程政大，保險法補充講義，P29。 2.保險法厚本講義，P83-102。 3.林勳發等合著，商事法精義，P669、670。 (二)高點「海商法」講義。
高分閱讀	(一)《92高點律師考場寶典》，第2題第一小題第2小題，相似度50%！ (二)1.廖律師，《高點重點總整理系列-保險法》，P.5-27。 2.陳律師，《高點重點總整理系列-海商法》，P.2-37。 3.高點專用講義（厚本）-海商法（全一回），P.133-134。

【擬答】

(一)關於保險法上之通知義務與違反效果，說明如下：

1.保險法（以下同）第五十七條規定，「當事人之一方對於他方應通知之事項而怠於通知者，除不可抗力之事故外，不問是否故意，他方得據為解除保險契約之原因。」而保險法所規定之通知義務如下：

(1)複保險之通知義務：

第三十六條規定，「複保險，除另有約定外，要保人應將他保險人之名稱及保險金額通知各保險人。」

(2)危險發生之通知義務：

第五十八條規定，「要保人、被保險人或受益人，遇有保險人應負保險責任之事故發生，除本法另有規定，或契約另有訂定外，應於知悉後五日內通知保險人。」

(3)危險增加之通知義務：

第五十九條第二項規定，「危險增加，由於要保人或被保險人之行為所致，其危險達於應增加保險費或終止契約之程度者，要保人或被保險人應先通知保險人。」；第三項規定，「危險增加，不由於要保人或被保險人之行為所致者，要保人或被保險人應於知悉後十日內通知保險人。」

(4)據實說明義務：

第六十四條第一項規定，「訂立契約時，要保人對於保險人之書面詢問，應據實說明。」學說上又稱此為「據實說明義務」或「告知義務」，亦屬保險法中通知義務之一環。

2.違反效果

(1)是否各種通知義務之違反，皆可依第五十七條解除契約，有肯定說與否定說：

肯定說：

依第五十七條之文義解釋，各種通知義務之違反，皆可依第五十七條之規定解除契約。

否定說

此說認為，應依通知義務之種類判斷，不得一概適用第五十七條。

上述二說，管見以為，宜採否定說。蓋於法律規範中，常有法規競合之情形，此時應衡量普通規定與特別規定關係，以及法律效果之衡平性，而選擇最適當之法律效果，非僅因得為文義所涵蓋，即主張得一體適用。

(2)因此，違反通知義務之效力應區分如下：

關於複保險通知義務之違反，第三十七條為第五十七條之特別規定，排除第五十七條之適用；

關於危險發生通知義務之違反，第五十八條為第五十七條之特別規定，排除第五十七條之適用；

關於告知義務之違反，第六十四條第二項為第五十七條之特別規定，排除第五十七條之適用；

關於危險增加通知義務之違反，則須分別客觀危險增加與主觀危險增加之不同情形而討論；

A.第五十九條第二項主觀危險增加之效果，因無特別規定，故應適用第五十七條；

B.第五十九條第三項客觀危險增加之效果，第六十三條有特別規定，此時應適用第六十三條，而排除第五十七條之適用。蓋主觀危險增加通知義務之違反之可責性較客觀危險增加通知義務之違反為高，後者之法律效果應較前者為輕，其法律效果始為平衡。故若機械性適用法條，使後者之法律效果較前者為重，將發生不平衡之結果。

(二)海上貨物運送人對於因其本人或其債務履行輔助人之故意或過失所造成貨物之毀損或滅失，是否均得主張不負賠償責任？

茲分述如下：

1.本人之故意或過失所造成之貨物毀損或滅失，運送人是否得主張不負賠償責任？

依海商法第 69 條至第 73 條可知，其均為運送人得主張免責之事由，亦為運送人得主張不負賠償責任之事由，合先敘明。

而運送人欲主張海商法免責事由之前提，運送人須盡海商法第 62 條（船舶之適航性及適載性）及第 63 條（承運之注意及處置義務）之善良管理人注意義務，即運送人最低之責任應負輕過失責任，是以，若因運送人本人之故意或重大過失所造成之貨物毀損滅失，運送人不得主張免責。

2. 履行輔助人之故意或過失所造成貨物之毀損或滅失，運送人是否得主張不負賠償責任？

(1) 依海商法第 5 條：「海商事件，依本法之規定，本法無規定者，適用其他法律之規定。」準此，依民法第 224 條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失，負同一責任。」是以，履行輔助人之歸責要件應與運送人本人同，即履行輔助人之故意或重大過失，運送人本人不得主張免責。

(2) 惟須特別留意者，依海商法第 69 條第 1 款及第 3 款之「航行或管理船舶之行為」及「火災」二行為，若係由於履行輔助人之過失時，例外地允許運送人本人得主張免責。

三、試回答下列問題：

（一）我國公司法有關股份轉讓或取得有無限制規定？（13 分）

（二）於公司設立前或新股發行前將股權轉讓者其法律上效力如何？（12 分）

命題意旨	今年的公司法考題並不難，屬基本題型，若能熟記法條，即可得相當之分數。惟須特別注意者，因第二小題配有 12 分，應對少數說之見解多加著墨。
高分閱讀	1. 高點重點總整理系列-公司法（史律師），P.2-130、P.1-74 例題、P.2-65。 2. 程政大，公司法補充講義，P45-50。 3. 史律師，公司法，P157-173。

【擬答】

本題所指為「股份」之轉讓，又因四種公司中僅股份有限公司之股東出資始分為股份，故以下僅就股份有限公司之部分回答，合先敘明。

（一）股份轉讓或取得之限制

公司法（以下同）第一百六十三條第一項本文規定，「公司股份之轉讓，不得以章程禁止或限制之。」雖採股份自由轉讓原則，惟仍有諸多限制。說明如下：

1. 一般股東

第一百六十三條第一項但書規定，「非於公司設立登記後，不得轉讓」股份，其立法目的在求公司設立之穩定。

2. 發起人

第一百六十三條第二項規定，「發起人之股份非於公司設立登記一年後，不得轉讓。」不過，因考量公司合併或分割後新設公司，與一般發起設立性質有別，則其新設公司發起人股份之轉讓自無須限制。故於九十年修法時，新增但書規定「公司因合併或分割後，新設公司發起人之股份得轉讓」。

3. 公開發行公司之董事、監察人

第一百九十七條第一項後段規定，「公開發行股票之公司董事在任期中轉讓超過選任當時所持有之公司股份數額二分之一時，其董事當然解任。」惟嚴格而言，此規範僅為董、監事轉讓持股將發生不利益之效果，尚非不得轉讓。

4. 公司員工

第二百六十七條規定，當公司發行新股時，應保留其中百分之十至十五由員工優先認購。為貫徹勞資融合之立法目的，同條第六項「公司對員工依第一項、第二項承購之股份，得限制在一定期間內不得轉讓。但其期間最長不得超過二年。」

5. 股份回籠之禁止

(1) 第一百六十七條規定，「公司除依第一百五十八條、第一百六十七條之一、第一百八十六條及第三百十七條規定外，不得自將股份收回、收買或收為質物。」

(2) 為落實股份回籠禁止之立法意旨，九十年修法時增訂同條第三項及第四項，規定「被持有已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數之從屬公司，不得將控制公司之股份收買或收為質物。」「控制公司及其從屬公司直接或間接持有他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額合計超過半數者，他公司亦不得將控制公司及其從屬公司之股份收買或收為質物。」

（二）1. 公司設立登記前轉讓股份之效力

公司股份，非於公司設立登記後，不得轉讓，公司法第一百六十三條第一項但書定有明文。其立法目的在於公司既尚未完成設立登記，則公司尚未成立，其將來是否成立，亦未可知。故為維護交易安全並防杜投機及期待公司設立程序之穩定進行，遂禁止其轉讓股份。至於違反本規定而為轉讓時，其效力如何？存有不同見解：

(1) 無效說：

實務見解與學說多數說認為，公司法第一百六十三條第一項但書為禁止規定，此一股份轉讓之行為依民法第七十一條之規定，自屬無效。（參最高法院七十五年度台上字第四三一號判決）

(2) 有效說：

學說上亦有主張，無效說之見解對於當事人而言過於苛刻，蓋公司未完成設立登記前，認股人轉讓股份實事所常有，何妨令股份轉讓之效力僅及於當事人間，不即於公司。換言之，不妨仿照日本商法立法例，明文規定，公司設立登記前之股份轉讓，於當事人間仍為有效，僅對公司不生效力而已。如此一來，對公司並無妨害，對於當事人間之信

賴及契約自由原則之維護，則甚有助益。

上述二說，管見以為，就法條之解釋而言，無效說之見解符合禁止規定之規範，並無不妥。惟有效說之見解於立法論上甚為可採，蓋於股份有限公司中，既不重視股東之人格特質，又以股份轉讓之便利性吸引投資，提高公司之集資能力，故有股份自由轉讓原則。而有效說之見解更能落實此原則，同時能顧及公司設立之穩固。

2. 新股發行前股權轉讓之效力

至於公司設立後，新股發行前之股份轉讓，公司法中並無限制。此時尚未取得股票，仍得以讓與合意之方式轉讓股權。

四、設籍於台灣地區台北市之某甲，前往澳門乙賭博公司賭博，連續四十八小時賭博下來，共賭輸新台幣（以下同）三千萬元，即簽發本票一紙予乙公司以資清償，並在本票上記載本件票據所生之法律關係適用台灣地區之法律。甲回國後拒付該票款，未經台灣地區許可其成立之乙公司即台灣台北地方法院起訴請求某甲給付票款。

甲抗辯：

- (一)乙公司未經中華民國認許其成立，依香港澳門關係條例第三十九條規定：「未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，不得在台灣地區為法律行為。」乙公司既在台灣地區不得為法律行為，自不得為民事訴訟之當事人。
- (二)本票上記載本件票據所生之法律關係適用台灣地區之法律，在台灣地區賭博為法律所禁止，因此，賭債不是債務，乙公司不得請求。

試述甲之抗辯有無理由？（25 分）

附錄香港澳門關係條例參考法條

第三十八條 民事事件，涉及香港或澳門者，類推適用涉外民事法律適用法。涉外民事法律適用法未規定者，適用與民事法律關係最重要牽連關係地法律。

第三十九條 未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，不得在臺灣地區為法律行為。

第四十條 未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構以其名義在台灣地區與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為，應與該香港或澳門法人、團體或其他機構，負連帶責任。

第四十六條 香港或澳門居民及經許可或認可之法人，其權利在臺灣地區受侵害者，享有告訴或自訴之權利。

未經許可或認許之香港或澳門法人，就前項權利之享有，以台灣地區法人在香港或澳門享有同等權利者為限。

依臺灣地區法律關於未經認許之外國法人、團體或其他機構得為告訴或自訴之規定，於香港或澳門之法人、團體或其他機構準用之。

命題意旨	本題在測示考生對於「外國法人之地位（尤其是訴訟之地位）」及涉外民事法律適用法第 6 條及第 5 條之區分。
答題關鍵	關於「外國法人之地位」部分，同學僅須將「外國法人」之相關法條引述齊備即可。而關於「票據之權利」部分，同學須將其實質及形式之準據法分別論述，且引對法條即可。另關於賭債非債部分，因為僅涉及於票據行為之實質內容，而與票據行為之形式內容無涉，是以，僅須以中華民國法律對「賭債」之看法加以評析即可。
高分閱讀	1.高點重點總整理系列-國際私法（許展毓），P.7-6。 2.高點專用講義（厚本）-國際私法（全一回），P.278 284。 3.高點「國際私法」講義。

【擬答】

甲之二個抗辯是否有理由，茲說明如下：

(一)抗辯一：由於乙公司在台灣地區不得為法律行為，自不得為民事訴訟之當事人。

此題涉及外國法人在台灣地區之能力，茲分述如下：

1. 乙公司之法人資格：

依題示，乙公司為澳門之賭博公司，其國籍之判斷其標準有下：

- (1)準據法說 - 此說認為法人之國籍應依設立時所準據之法律為定。
- (2)住所地法說 - 此說認為法人之國籍，應依其住所地而定。
- (3)控制說 - 此說認為法人之國籍應決定於控制該法人之自然人之國籍。

依我國涉外民事法律適用法第 2 條可知：「外國法人經中華民國認許成立者，以其住所地法為其準據法。」惟由題示可知，該法人尚未經中華民國所認許，是以，無涉外民事法律適用法第 2 條之適用，按題意可知，該法人為未經認許之澳門公司。

2. 未經認許之外國法人之訴訟權利

(1)普通法規定：

依民法總則施行法第 12 條可知，經認許之外國法人，於法令限制內與同種類之中華民國法人有同一之權利能力。是以，未經認許之外國法人似應無權利能力。其在我國法律上之地位析述如下：

A. 可否為營業活動？

依公司法第 386 條規定：「外國公司因無意在中華民國境內設立分公司營業，未經申請認許而派其代表人在中

中華民國境內為業務上之法律行為時，應報明左列各款事項，申請主管機關備案：

- 一、公司名稱、種類、國籍及所在地。
- 二、公司股本總額及在本國設立登記之年、月、日。
- 三、公司所營之事業及其代表人在中華民國境內所為業務上之法律行為。
- 四、在中華民國境內指定之訴訟及非訴訟代理人之姓名、國籍、住所或居所。

外國公司申請備案文件，應由其本國主管機關或其代表人業務上法律行為地或其他表人辦事處所在地之領事館或指定之機構簽證。

B. 所為法律行為效力？

依民法總則施行法第 15 條規定，「未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為應與該外國法人負連帶責任。」

準此以解，該外國公司應與行為人就該法律行為負連帶責任。申言之，未經認許之外國公司，在我國雖不能設置分公司營業，然對以其名義所為之法律行為，仍應負責。

C. 有無裁判請求權？

未經認許之外國公司，依最高法院民國 50 年台上字第 1898 號判例謂：「未經認許之外國法人，雖不能其為法人，然仍不失為非法人團體設有代表人或管理人者，依民事訴訟法第 40 條第 III 項之規定，自有當事人能力，至其在台灣是否設有事務所或營業所，則非所問。」

準此，其在我國並未具有法人之資格，僅屬非法人團體而已。因此，除依上揭民事訴訟法之規定，有當事人能力得為原告、被告外，在我國應無享受權利及負擔義務之資格。從而，在刑事訴訟上亦不得提起自訴及告訴。

D. 小結：承前，澳門乙賭博公司應可為民事訴訟之當事人，甲之抗辯並無理由。

(2) 特別法規定：

依香港澳門關係條例第 46 條規定：「未經許可或認許之香港或澳門法人，前項權利（告訴或自訴）之享有，以台灣地區法人在香港或澳門享有同等權利者為限。依台灣地區法律關於未經認許之外國法人、團體或其他機構得為告訴自訴之規定港或澳門之法人、團體或其他機構準用之。」本條應僅指刑事訴訟部分而非指民事訴訟部分。

3. 準此，甲之抗辯應無理由，蓋由於澳門乙公司雖非經台灣認許之外國法人，惟依 50 年台上字 1898 號判例可知，乙公司仍得為民事訴訟法第 40 條第 III 項之民事訴訟當事人。

(二) 抗辯二：本票上記載本件票據所生之法律關係以台灣法律為準據法，且依台灣法律賭博為法律所禁止，因此，賭債不是債務，乙公司不得請求。

1. 首先欲討論者，乃致該紙本票之法律關係究竟應適用何國法律？

(1) 實質內容之準據法：

按涉外民事法律適用法第 6 條規定可知，「法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。」本案開立本票之行為應為法律行為其所生之法律關係，應為債之關係無異，是以，關於本案，本票之票據請求權之實質內容準據法可依涉外民事法律適用法第 6 條之規定，由雙方當事人意思自主原則而定，即「中華民國法」。

(2) 形式內容之準據法：

按涉外民事法律適用法第 5 條第 III 項可知：「行使或保全票據上權利之法律行為，其方式依行為地法。」是以，若乙公司欲行使或保全票據上之法律行為，應依為該行為時之行為地法始為適用。

2. 其次欲討論者，乙公司得否請求甲清償「賭債」？

承前所述，賭債是否應被清償乃涉及票據之實質內容，其準據法係依中華民國法，而就中華民國法觀之「賭債」性質，應認為其為「自然債務」。

所謂「自然債務」乃係指「無強制履行之債務」，其效力為「債務人雖不履行，法律亦不加制裁，但如其自願履行，債權人得受領，並非不當得利，債務人不得請求返還。

我國法條中並無明確規範自然債務之定義，而學說中亦有不同說法，但無論自然債務之具體內容為何，該種債務乃非法院所得介入，且一旦其被履行，則不得請求返還。

3. 小結：

甲之抗辯似有理由。

(1) 丙為惡意明知前手 A 無票據權利：丙依票據行為獨立性負背書人之責任（票 15），若丁具備善意取得之要件，則丁可主張對甲善意取得票據上權利（票 14）而行使追索權。

(2) 丙為善意且無重大過失：丙善意取得票據權利，則丁為繼受取得可對甲行使追索權。

《商事法與國際私法》

一、股份有限公司之監察人於何種情況下得召集股東會？股份有限公司之股東會應如何解任該公司之董事？試就我國公司法規定評述之。(25 分)

命題意旨	本題主要目的在測試考生是否知悉新法通過後，監察人得召開股東會之情形；以及現行法對於董事之解任之議案提出及決議方法之規定。並測驗考生是否知悉現行實務見解為何，並進一步加以評析。
答題關鍵	第一小題須針對第 220 條之修正前後加以說明及評析。 第二小題須就解任董事得否以臨時動議提出，及決議方法於修法前後之不同加以說明。

【擬答】

我國公司法（以下同）於九十年十一月十二日修正公佈，對我國公司法制之影響重大，立法者對於歷來之爭議問題亦多有表態。本題所涉及者皆為以往之爭議，以下針對修法前後之不同及修正之結果加以說明。

監察人得召開股東會之情形：九十年修法前，第二百二十條規定，監察人認為必要時，得召集股東會。惟何謂「必要時」，實務與學說上有不同見解：

實務見解：依最高法院七十七年台上字第二一六〇號判例之見解，認為所謂必要時係指「董事會不能召開或不為召開時」。蓋公司法第一百七十一條既明訂董事會為股東會之原則召集機關，則監察人之召集權僅為補充召集權，為避免監察人任意召集股東會而影響公司營運，自以董事會不能召開或不為召開時，始能召集股東會。

學說見解：學說上認為，第二百二十條既僅謂「必要時」，則為使監察人之監察權得妥為發揮，自應委由監察人自行判斷。九十年修法時，修正本條之規定為「監察人除董事會不能召集或不為召集股東會外，得為公司利益，於必要時，召集股東會。」即表示除上述實務所主張之情形外，監察人尚得為公司利益，於必要時，召集股東會。顯然是採納學說之見解，可謂妥當。蓋若監察人濫權而任意召集股東會，致影響公司營運時，公司本得基於監察人與公司間之委任契約關係而主張債務不履行即可，實無限縮監察人之功能之必要。唯有如此，始能積極發揮監察人功能。

股份有限公司之股東會應如何解任公司之董事：此問題應區分為兩個層面加以討論，一為股東會之決議方法；一為議案之提出得否以臨時動議為之。分別說明如下：

股東會之決議方法：九十年修法前：解任董事之議案應以如何之決議方法為之，修法前第一百九十九條並未特別規定，則依第一百七十四條之規定，應以股東會之普通決議為之。即應經代表已發行股份總數過半數股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。

九十年修法後：董事之解任，可能涉及公司經營權之變動，對於公司經營運作有重要影響，就決議方法之立法本質而言，實應以特別決議為之。即通常應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。故新法修正時即明訂其決議方法為特別決議，可謂妥當。

議案之提出得否以臨時動議為之再者，關於該議案之提出得否以臨時動議為之，修法前即存有爭議。而依修法後之第一百七十二條第五項之規定，仍僅謂「改選」董事，並未明白將決議解任之議案列為不得以臨時動議提出之事由之列。即針對此點，並未修正。是否妥當，說明如下：

學說多數說及經濟部之解釋（經濟部九十一年七月二十九日經商字第 九一 二一五一八二 號函）基於以下理由，認為應得以臨時動議提出為妥：

就第一百七十二條第五項之文義觀之，該條所謂「改選」董事所指為解任董事，同時並為選任新董事而言。其文義解釋之重點在於董事之選任，若為單純之解任並非條文文義所指。

就第一百九十九條之立法目的而言，由於股東會之議案係由董事會所決定，因難以期待董事會能提出該解任議案，故若不得以臨時動議提出，將使第一百九十九條之立法目的不能達成。因此，現行法無須修正。

惟學說上亦有認為，應不得以臨時動議提出為妥，其理由如下：

就第一百七十二條第五項之立法目的觀之，只要是對公司具有重大影響之事項，皆應於開會事由中列明，而不得以臨時動議提出。選任董事之議案將造成經營權之變動，屬重大事項，固無疑義。惟縱為單純解任之議案，亦可能造成少數派於解任多數派董事後，相對變成多數派之情形，而造成經營權之轉移，亦屬重大事項。

且就第一百七十二條第五項之文義觀之，其文義既非「選任」，而是「改選」，即蘊含「變動」之意。因此單純解任亦應屬該「改選」之文義射程範圍。縱否，亦應類推適用之。若非如此，選任董事不得以臨時動議提出，解任卻可，實顯失平衡。

上述二說，就第一百七十二條第五項之立法目的而言，實應採否定說。惟肯定說之疑慮亦非無的放矢，但其解決之道應為修法明文承認「股東提案權」制度，使符合一定條件之股東能依法請求董事會將解任董事案列入股東會之議案中，始能避免董事被突襲性地解任，同時兼顧市場派股東之利益。因此，現行規範實仍有所不足。



- 二、甲因購屋支付價款而簽發一紙本票與乙，乙背書讓與丙時，知悉該屋經鑑定為輻射屋。嗣後，甲於到期日前一天始對乙解除房屋買賣契約。試問丙向甲行使據權利時，依票據法第十三條但書之規定，甲得否以契約已解除為由對抗丙？又若丙向甲行使票權利時，甲尚未對乙解除買賣契約，待丙向甲提起票款給付之訴後始解約者，法院得否允許甲以契約解除為由對抗丙？(25 分)

命題意旨	票據抗辯之限制向來為票據法上十分重要之問題，惟考生須對票據法第十三條之「惡意」有真正之了解，方能適當之答題。
答題關鍵	本題之重點在於票據法第十三條所謂「惡意」之含意，因此，同學須將「惡意」即「人之抗辯」之內含為完整之分析，方能妥善答題。

【擬答】

- 一、查甲因購屋支付票款而簽發本票與乙，乙背書讓與丙時，丙知悉該屋經鑑定為輻射屋，按票據法第十三條規定「票據債務人不得以自己與發票人或執票人之前手間所存抗辯之事由對抗執票人。但執票人取得票據出於惡意者，不在此限。」倘丙取得票據時，明知該屋為輻射屋，係屬票據法第十三條但書所稱之「惡意」，則甲即得對丙行使人的抗辯，拒絕給付票款。經查票據法第十三條所稱之惡意，係指執票人受讓票據時，明知其前手(即乙)與發票人(即甲)有抗辯事由存在，此即所「人之抗辯」。所謂人的抗辯係指原因關係之無效、不存在或消滅，或是當事人間之特約各等情，易言之，即執票人(即丙)取得票據時，須知甲對抗乙而得拒絕支付票款之事由，方為票據法第十三條所謂之「惡意」。查甲所買受之房屋雖為輻射屋，但只要甲未解除其與乙間之買賣契約，甲仍須對乙支付票款，換言之，丙雖知該房屋為輻射屋，但丙並不知甲乙間之買賣契約(即原因關係)是否有無效、不存在或消滅之事由。是丙雖知該房屋為輻射屋，但此並非票據法第十三條所稱之「惡意」，是丙向甲行使票據權利時，甲不得依票據法第十三條但書之規定，以契約已解除對抗丙。
- 二、至於若丙向甲行使票據權利時，甲尚未對乙解除買賣契約，但丙向甲起訴後，甲才對乙解除買賣契約，甲是否得以契約解除為由對抗丙乙事，如前所述，由於丙並非票據法第十三條但書之惡意，是甲自不以契約已解除為由對抗丙。

- 三、台灣進口商甲，以 CIF 基隆港價格條件及付款交單(DP)方式，向美國出口商購買貨物一批。出口商就讓批貨物向 A 保險公司投保海上貨物保險，取得保險單；並就該批貨物交予 B 輪船公司運送，取得載貨證券，輪船抵基隆外海時，因船長於夜間打瞌睡駕駛，致該輪觸礁，輪上之該批貨物。試就下列問題分別附理由作答：(25 分)

(一) 甲得否向 A 保險公司及 B 輪船公司請求賠償？

(二) 若 A 保險公司給付甲賠償金額後，A 得否對 B 輪船公司及船長行使保險人之代位權？

命題意旨	本題係海商法與保險法之綜合考題，就海商法部分，出題委員並未以太艱深之題目來測驗同學，同學只須知道何謂「CIF」、「D/P」，即對載貨證券之物權效力有概念，應可輕鬆應付。
答題關鍵	就海商法部分，同學應開宗明義指出何謂「CIF」、「D/P」，並敘明載貨證券持有人得行使託運人依運送契約得主張之權利即可。至於運送人是否須負賠償責任部分，由於此並非本題之爭點，同學可減省不論，或以極小之篇幅稍稍提及即可。

【擬答】

- 一、查台灣進口商甲以 CIF 基隆港價格條件，向美國出口商購買貨物，由此可知，本件之運送契約之託運人為美國出口商，本件保險契約之要保人亦為美國出口商。次查台灣進口商甲與美國出口商約定以 D/P 方式付款交單，由此可知，甲須支付貨款後，方得取得載貨證券。
- 次查載貨證券具有物權效力，又依最高法院七十三年度台上字第一八九七號判決之意旨，受貨人自取得載貨證券之時起，得行使行使託運人對運送人依運送契約所有與行使有關之權利，因此，系爭貨物於基隆外海毀損滅失，甲是否得向運送人 B 公司請求賠償，則須視甲是否已取得載貨證券而定。如前所述，本件係以 D/P 方式付款交單，甲須支付貨款，方得取得載貨證券，因此，本題甲是否得向運送人 B 公司請求賠償，則須視甲是否已取得載貨證券而定。倘甲已付款並已取得載貨證券，則甲自可向運送人 B 公司請求賠償。反之，若甲尚未取得載貨證券，則甲自無法向運送人 B 請求賠償。
- 惟須附帶一提者乃，系爭貨物係因 B 公司船長航行上之過失，以致毀損滅失，依海商法第六十九條第一款及喜瑪拉亞條款之精神，B 公司及其船長得據上開條款以茲抗辯，拒絕為系爭貨物之毀損滅失負賠償之責。
- 至於甲得否向 A 保險公司請求保險金乙事，須視甲向 A 保險公司請求時，甲是否享有系爭貨物之保險利益。如前所述，載貨證券具有物權效力，倘甲取得載貨證券，則甲為系爭貨物之所有權人，亦取得系爭貨物之保險利益，是則甲即可向 A 保險公司請求賠償。反之，倘甲向 A 保險公司請求時，並未取得系爭貨物之保險利益，則甲自無法向 A 保險公司請求。
- 二、對於 A 公司給付甲保險金後，A 得否對 B 公司及船長行使保險人之代位權乙事，茲分述如下：
- (一) A 公司給付甲保險金時，甲已取得系爭貨物之載貨證券：甲既然已取得系爭貨物之載貨證券，則甲為系爭貨物之所有權人，得行使美國出口商對 B 公司依運送契約得主張之權利，亦享有系爭貨物之保險利益。是甲對運送人 B 公司得主張契約上之損害賠償請求權、對船長亦得依民法上侵權行為之規定加以請求之，是 A 公司給付甲保險金後，自得對 B 公司及船長行使保險人之代位權。
- (二) A 公司給付甲保險金時，甲尚未取得系爭貨物之載貨證券：甲既然未取得系爭貨物之載貨證券，則甲並非系爭貨物之



所有權人，不得主張美國出口商對 B 公司依運送契約得主張之權利，亦未享有系爭貨物之保險利益，甲對 A 公司及 B 公司並無法主張任何權利，是 A 公司不應給付甲保險金。唯倘 A 公司仍給付甲保險金，則 A 公司並無法對 B 公司及船長行使保險人之代位權。

- 四、日本人甲男與我國人乙女在日本結婚，未舉行公開儀式，僅依日本民法所定之結婚方式，辦理結婚申報登記。其後，甲、乙定居我國。乙承襲父業，成就非凡，甲則被公司裁員，失業在家。因乙不願扶養甲，甲乃訴請乙履行扶養義務。乙抗辯結婚未舉行公開儀式，其婚姻應屬無效。試從國際私法觀點論述本案有之法律問題 (25 分)

命題意旨	1.婚姻成立要件及夫妻間扶養義務之準據法。 2.附隨問題與主要問題之準據法適用。
答題關鍵	就夫妻間扶養義務之發生具婚姻成立，二者間之先後關係為何說明之，並論述附隨問題之準據法如何選擇適用。
參考資料	高點國私講義，前 1~前 3 頁，頁 225，頁 295，頁 300，頁 327。

【擬答】

- (一)本件中甲男係日本人，且與我國人乙女在日本結婚，有涉外因素存在。又本件涉及到扶養義務之有無，婚姻形式要件是否具備，屬私法問題，故本件為涉外私法案件，有涉外民事法律適用法之適用。
- (二)甲乙現定居我國，乙為我國人，故我國法院對本件涉外民事事件具有管轄之利益，故我國法院有直接一般管轄權。
- (三)1.定性：定性標準有四說（1）法庭地法說（2）本案準據法說（3）分析法理及比較法說（4）初步及次步定性說，各說均有缺點，為便利起見，採法庭地法說。
- 2.本件甲訴請乙履行扶養義務，依定性採法庭地法原則，扶養義務在實體法上，因一定身分關係而發生，由於人之身分問題於國際私法上應依其屬人法決定，故對於扶養關係，我國採屬人主義下之扶養義務人之本國法主義，涉民法第二十一條定有明文。惟夫妻間之扶養義務，海牙扶養義務準據法公約係依一般扶養義務之衝突規則解決之，但我國並不受海牙公約拘束，且此義務乃夫妻結婚後，所生彼此協力建立家庭，禍福與共之關係一環，性質上較接近婚姻效力問題，應依涉民法第十二條規定決定其準據法較為妥當。
- 3.涉民法第十二條係規定婚姻之效力，原則上依夫之本國法，例外於外國人妻未喪失中華民國國籍並在中華民國有住所或居所，依中華民國法律決定其婚姻效力，此本件乙未喪失我國國籍，且於我國定居，故關於其婚姻效力依我國法定之，是以甲請求乙扶養之準據法，為我國法。
- (四)1.惟扶養義務乃因一定身分關係而發生，性質上為該身分關係效力之一部分，現代國際私法基本思潮認為扶養義務具獨立性，受扶養權利人與扶養義務人間之親屬關係於國際私法上分別適用不同之衝突規則，即扶養義務與其基礎身分關係之爭議各自獨立，前者為主要問題，後者為附隨問題，並應考慮後者應適用何國之國際私法定其準據法，而附隨問題之準據法決定，傳統上有二解決標準。
- (1)法庭地法國私法說：著重判決之國內一致。
- (2)本案準據法之國際私法說：著重判決之國際一致。我國通說，採本案準據法之國際私法說。然本件因主要問題（婚姻效力）依照法庭地國（我國）國際私法之規定，並非以外國法為準據法，故並無實際上附隨問題應依何國法解決之問題，而就附隨問題依我國國際私法解決即可。
- 2.(1)本件甲訴請乙扶養，乙抗辯其與甲之婚姻未舉行公開儀式，其婚姻無效，故扶養為主要問題，婚姻有效成立與否為附隨問題，承上所述，關於婚姻成立形式要件部分亦依我國國際私法判斷即可。
- (2)關於婚姻成立要件，涉民法第十一條第一項但書：「但結婚之方式依當事人一方之本國法或依舉行地法者，我為有效。」係採取當事人本國法與結婚舉行地法之選擇適用。蓋婚姻方式與舉行地有密切關係，故依「場所支配原則」，若當事人已踐行婚姻舉行地之方式，則該婚姻亦已具備婚姻之形式要件而成立。故本件甲乙於日本結婚，雖未舉行公開儀式，但既已依日本法所定之結婚方式辦理結婚申請登記，則依舉行地之日本法已為婚姻成立之式要件，故其婚姻有效。
- (五)甲乙婚姻既已有效成立，則其婚姻效力依我國民法第一一一六條之一規定，夫妻間互負扶養義務。第一一一七規定，受扶養權利者以不能維持生活而無謀生能力者為限，本件甲既受破產宣告，是否無謀生能力仍經法院具體認定。若法院肯定之，則甲之請求有理由，乙之抗辯無理由。



《商事法與國私》

一、甲公司股東常會中出席股東代表之股份，僅為已發行股份總額三分之一，會中討論乙董事之競業許可案，並經出席股東表決權過半數之同意，試問：

- (一)該許可決議之效力如何？(15分)
(二)甲公司對乙董事是否得有所請求？(10分)

命題意旨	股東會決議之出席數不足時，決議之效力如何？此為相當基本之觀念，85年司法官第二次之考提即針對此點命題，相信考生應該非常熟悉才是。
答題關鍵	須針對效力加以說明，並應採決議不成立說。
擬答鑑示	1.參考：2001高點律師「考場寶典」第8題命中。 2.參考：史律師，公司法第226頁以下

【擬答】

如題所示，甲公司應為股份有限公司，而依公司法第209條第2項、第3項之規定，董事競業許可之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上之股東出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數二分之一以上之股東出席，以出席股東表決權三分之二以上之同意行之。因此，於本例中，甲公司股東常會中出席股東代表之股份，僅為已發行股份總額三分之一，為未達法定最低出席數而為決議之情形，合先述明。

(一)該許可決議之效力如何？實務上先後有不同見解，分別說明如下：

1.得撤銷說：

「召開股東會為決議時，出席之股東，不足代表已發行股份總數之三分之二以上，...，為股東會之決議方法違法。」(63台上965例、70台上594決)

2.區分說：

「若股東會出席之股東，不足代表已發行股份總數之過半數時，則依公司法第175條第1項規定，根本已不得為決議，而只得為假決議。此際，倘竟為所謂『決議』，除能否視為假決議，係另一問題外，要無成為決議之餘地。從而，上開判例(63台上965例)僅能適用於出席股東已以達代表已發行股份總數過半數之股東會決議甚明。至於表決權數不足法律之規定者，則不分普通決議或特別決議，均為決議方法之違法，應依公司法第189條訴請法院撤銷。」(69台上1415決)此見解認為，63年台上字第965號判例僅能適用於特別決議之情形，因此，若為普通決議之事項，應屬決議不成立。

惟管見以為，未達法定最低出席數而為決議之情形，是決議根本不成立之問題，不因為普通決議或特別決議而有別。理由如下：

若採得撤銷說，將使有權召集股東會之人為所欲為，可事先不通知開會，事後又不通知開會內容，達排斥異己之目的。

區分說欠缺如何為區分之法理依。

實則股東會之決議屬法律行為，其最低出席數之要求乃其成立要件，未達此要件，是決議根本不成立之問題，亦不因為普通決議或特別決議而有別。

實務上最高法院65年台上字第1374號判決亦認為「...一定數額以上股份之股東出席，即為該法律行為成立之要件。股東會決議欠缺此要件，應認為決議不成立，...」

(二)該禁業許可之決議案既然不成立，若乙董事已為禁業之行為，則甲公司得依公司法第209條第5項之規定，對乙行使歸入權。即甲公司之股東會得以決議，將該行為之所得視為公司之所得。

二、某甲支付買賣價金新台幣伍拾萬元而依法簽發一張支票給某乙。但某乙要求某甲需尋得信用較佳之某丙在支票背面簽名，才願意接受該支票。某丙乃在該支票背面簽名。試問某丙應負何種責任？如某乙將支票轉讓給善意之某丁時，某丙面對某丁之行使追索權，與某丙面對某乙之行使追索權，有否不同？試評述之。(25分)



命題意旨	隱存保證背書之效力為何？於隱存保證背書之當事人間及第三人間有無不同？
答題關鍵	需說明票據客觀解釋原則及背書連續之問題
擬答鑑示	參考：方律師，票據法，2-45 頁。

【擬答】

甲依法簽發一張支票給某乙，乙要求信用較佳之丙在支票背面簽名，可見乙係因為支票並無保證之制度，因此，以背書之方式達到保證之目的，此種背書稱為隱存保證背書，合先述明。

(一)丙應負何種票據責任，容有不同見解，說明如下：

- 1.保證說：此說認為，丙既是本於保證之目的而於票背簽名，丙自應負保證之責。又支票並無保證制度，因此丙不負票據責任。
 - 2.背書說：此說認為，票據為文義證券，為促進票據流通，於票據之解釋上有「客觀解釋原則」，即票據之解釋應本於票載文義，不考慮票據行為人主觀上之意思。因此雖丙係本於保證之意思而為背書之行為，丙仍應負背書之責。
- 上述二說，實務（63 第 6 次民庭決議）及學說上皆採背書說，管見亦認為本於票據之文義性，應以背書說可採，因此丙應負背書之責。

(二)某丙面對某乙及某丁之行使追索權，其責任是否不同，涉及該票據是否為記名票據而有不同。說明如下：

- 1.若該票據為無記名票據，則無背書連續之問題，因此不論丙面對乙或丁行使追索權，丙皆無從抗辯，應負背書人之責。
- 2.若該票據為記名票據，因乙為受款人，丙為第一背書人，形成背書不連續之情形，丙所應付之責任則有不同見解：
 - (1)實務上及學說通說認為，非以轉讓背書之意思而為背書之行為，本於維護票據流通之考量，仍發生背書之效力，因此，即有背書連續之問題。而於本例中，不論乙或丁向丙行使追索權，丙皆得以背書不連續為抗辯。
 - (2)惟學說上尚有少數見解認為，隱存保證背書雖發生背書之效力，但鑑於背書之連續在證明權利之合法來源，因此，若非以移轉票據權利為目的而為背書時，於當事人間不必考慮背書連續之問題。故當乙向丙行使追索權時，丙不得以背書不連續為抗辯，仍應負背書之責，但對丁仍得以背書不連續為抗辯。

三、我國海商法第一百三十一條規定：「因要保人或被保險人或其代理人之故意或重大過失所致之損失，保險人不負賠償責任。」；而保險法第二十九條第二項之規定則是「保險人對於由要保人或被保險人之過失所致之損害，負賠償責任。但出於要保人或被保險人之故意者，不在此限。」試問：(25 分)

- (一)因被保險人之重大過失所致之損失，依海商法之規定保險人似不負賠償責任。但是依保險法之規定，被保險人因過失所致之損害，保險人則須負賠償責任。依此，保險法第二十九條所規定之「過失」，是否應包括「重大過失」在內？理由何在？
- (二)因被保險人之代理人故意所致之損失，保險人不負賠償之責，此為海商法所明定；而保險法則未將被保險人之代理人故意所致之損害列為保險人免責之事項，理由何在？詳述之。

命題意旨	保險法第二十九條之規定為今年修法之重點之一，本題即在測試考生對於偶發性原則之認知及理解。
答題關鍵	需針對偶發性原則加以論述。
擬答鑑示	1. 參考：2001 律師考場寶典第 1 題，命中！ 2. 參考：高點法律電子報 No.35，命中！ 3. 參考：廖律師，保險法，90 年保險法修正導讀。

【擬答】

保險，依保險法第一條之規定，為當事人約定，一方交付保險費於他方，他方對於因不可預料，或不可抗力之事故所致之損害，負擔賠償財物之行為。即事故之發生係因「不可預料或不可抗力」之原因所致，此稱偶發性原則，合先述明。

(一)保險法第二十九條所規定之「過失」，是否應包括「重大過失」在內，有不同見解，說明如下：

- 1.否定說：此說認為保險法第二十九條之過失並不包括重大過失，其理由如下：
 - (1)重大過失雖非故意，但與故意相去不遠。
 - (2)重大過失為一種肆無忌憚之態度及行為，此種輕率實不值得鼓勵。
 - (3)且依民法第二百二十二條之規定「故意或重大過失之責任，不得預先免除。」，若認保險人對於被保險人之重大過失所致之保險事故發生仍應給付保險金，則如同預先免除其重大過失責任一般，與民法之精神不符。
- 2.肯定說：此說認為重大過失之行為仍符合保險法第二十九條所揭櫫之偶發性原則，其理由如下：
 - (1)重大過失雖與故意相去不遠，但仍非故意。
 - (2)既非故意所致之行為，即屬偶發性之事故，仍符合保險法第二十九條之意旨。



(3)且若將重大過失列為不理賠事項，豈非將先天上注意能力較一般常人為低者拒絕於保險之外？

上述二說，雖皆言之成理，惟為發揮保險法安定社會、保障被保險人之功能，應以肯定說為可採，即保險法第二十九條所規定之「過失」，應包括「重大過失」在內。

(二)保險法於本次修法前，被保險人之代理人故意所致之損害亦為保險人免責之事項，然於本次修法中已遭刪除，其理由如下：

1.就代理之本質而言：能代理者僅為法律行為，事實行為不在代理之列。

2.就保險之本質而言：第二十九條第一項規定「保險人對於由不可預料或不可抗力之事故所致之損害，負賠償責任。但保險契約內有明文限制者，不在此限。」而代理人所為之行為，對被保險人而言，正是不可預料或不可抗力之事故，故保險人不應因要保人或被保險人之代理人之行為而免責。

3.就代理人之目的而言：代理人之設置目的，於法定代理之情形，是為了被代理人之利益而設。故若因代理人之行為而使被代理人因此不能受保險給付，亦與代理之設置目的有違。

因此，此次保險法修正，將保險法第二十九條有關代理人之部分刪除，使保險人在符合偶發性原則下，應為給付，不得主張係被保險人之代理人之故意行為而免責。

四、試扼要回答下列問題：(25分)

(一)何謂「雙重反致」(外國法院理論)？其與我國涉外民事法律適用法規定之精神，有何主要區別？反致規定在適用上有那些限制？

(二)我國仲裁法第三十一條規定：「仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則判斷。」就法律適用言，本條規定之精神何在？「適用衡平原則」，究何所指？

命題意旨	本題分為兩小題，兩小題均為柯澤東老師之獨門見解。
答題關鍵	熟知柯澤東老師之理論即可回答本題。
擬答鑑示	參考：柯澤東，國際私法。

(一)「雙重反致」(外國法院理論)：反致理論發展到英國，成為另一種型態之出現，學名上稱為「外國法院理論」(Foreign Court Theory) 即依外國法院如何以衝突法則選擇法律之結果作為準據法之理論，就其運作之程序觀之，稱之為雙重反致(Double Renvoi)。英國法依外國法院審理所選定準據之結果，作為英國法院所應適用之法律(準據法)。易言之，即借外國法院依其國際私法所決定之準據法，作為英國法院之準據法而為適用。

舉例說明之：

英國籍之夫妻兩人死亡於英國，夫死時，其住所地為德國；妻死時，其住所地為義大利。

於英國動產繼承衝突法，應依被繼承人死亡時之住所地法。此時，英國法官決定準據法時，應依外國法院之決定。

而德國及意國之動產繼承衝突法，應依被繼承人之本國法。德國之國際私法接受反致原則，義大利之國際私法拒絕反致原則。

英國法院於選擇準據法時，應依德、意法院法官之選擇方法及結果為之，則依德國法院，英國人死亡，住所在德國，德國法官應依英國國際私法之反致(第一級或直接反致)而適用德國法。故英國法官應依德國法院審理及選法之結果而適用德國法(依 Foreign Court Theory)。

反之，依意國法，於英國人死亡而住所於意大利時，則因意大利法制拒絕反致，則意大利法官於審理此案時，應依其國際私法而適用英國法。故英國法院應依意大利審理及選法之結果，適用英國法。

(二)本條精神：我國前「商務仲裁條例」已於八十七年為「仲裁法」取替，該法第三十一條明定：「仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷。」則仲裁人除就普通法院所得適用之法律及國際商事習慣外，尚可因當事人之明示同意，適用公允善意及商業現實之衡平原則。此一規定，符合仲裁之國際精神與實務，擴大仲裁人適用法律之自由與權力，開展仲裁與國際私法廣義法律適用結合之新領域，提高我國仲裁法制規範內涵與國際化，增廣國際私法之內涵。且八十八年我國修正新商法甫就載貨證券涉外法律之適用及其仲裁條款效力，實有斬新增定，為我國司法品質之提升，提供新契機。

「平衡適用法原則」：傳統上，有糾紛時，依國際私法選擇一國內法解決之，但現解決方法可分二步驟：

1.以專門人員、技術專家之勘驗、作仲裁前鑑定工作。

2.仲裁人解決糾紛時，銜審察專家鑑定外，更利用法律以解決雙方爭執，而於引起責任問題時，有二種可能解決方式：

(1)以國家法律解決。

(2)以非國家法律之解決。

法律規則乃指 a 習慣法，或 b 統一公約或各國國際私法及依其運用所指向之內國法。

非國家法律乃指 a 國際商事習慣 (lex mercatoria) b 衡平原則 (principle of equity) c 公允善意原則 (ex aequo et bono) d 國際公法及其一般原則。



以上(1)及(2)成為仲裁運用時之法律適用多元方法，衡平原則雖非法律規範，卻從法律中抽出，屬傳統性之原則，以補足法律之不足，而公允善意，則為更進一步之非法律性原則，為商業之事實、實際情況，故法律之適用有下之不同情形：de jure 法律性、equity 標準、de facto 非法律性（即為 ex aequo et bono 「公平善意」），ex aequo et bono 之適用，等於 amiable compositeur 此幾近於「和解」（conciliation），因此不適用法律，而依商業實際需要（commercial reality）解決糾紛。但以上解釋學說上尚有不同意見。

當事人契約雖未明示適用 equity（我國民國八十七年仲裁法第三十一條所稱之衡平仲裁實為較廣之意義），仲裁人仍可以適用之。但仲裁人若欲適用公允善意原則者（指如仲裁法第三十一條），則當事人應於仲裁條款中明文約定，於當事人約定適用衡平仲裁或依 amiable compositeur 時，即旨欲排除適用法律之意也。



《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。 2. § 369-4 不利益經營損害賠償請求權之要件及請求之主體。 3. 少數股東對公司負責人起訴之相關規定。 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，應依善良管理人之注意行之，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 2. 高點票據法，方律師，頁二四、三四。 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：

1.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)：

(1)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。

(2)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。

2.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。

3.通說採單獨行為之發行說，理由如下：

(1)本法第二、三、四條皆曰「簽發」字樣，故為單獨行為之發行說。

(2)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！

4.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：

1.通說：以善意取得為由，並引十四條為理由。

2.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？

3.故本例，應以德日之「權利外觀理論」解決：

(1)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。

(2)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。

(3)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：

(一)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)

(二)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)

(三)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： 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，二〇一一年十一月版，第九七、二六八、三〇四頁。</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, 3rd 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. 當事人意思不明時，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，甲乙間契約締結時，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準據法。