

《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義大利時，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。

