

# 《商事法》

一、A 為未公開發行之股份有限公司，試依公司法相關規定與法理，回答以下兩個問題：

- (一)A 公司之實收資本額為新臺幣（以下同）18 億元，依去年資產負債表，其資本公積為 10 億元，法定盈餘公積為 6.5 億元。去年 A 公司受景氣衝擊盈餘大幅下滑，每股稅後盈餘僅存 1 元。A 公司為避免業績下滑對股價產生負面衝擊，今年仍擬維持一貫水準發放 3 元現金股利或配發等值之股票，試分析此方案之適法性。（20 分）
- (二)A 公司擬收購 B 公司，委請 C 會計師事務所就 B 公司之價值加以評估，C 因此提出一份書面評估報告予 A 公司。A 公司董事甲素與公司當權派理念不同，甲欲審視此一收購計畫之妥適性，請求 A 公司提供 C 所出具之報告，然遭 A 公司所拒。試問甲是否有權以董事身分請求 A 公司提供評估報告？（20 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.公司發放現金股利之規定及第 241 條之運用；2.董事之資訊請求權。
答題關鍵	(一)須分別探討發放現金股利與股票股利之可行性。 (二)先說明經濟部雖肯認董事有資訊請求權，惟範圍過於狹隘，故學者建議以修法方式，明文肯定董事之資訊請求權，並分別說明本案依經濟部及學者見解，甲是否得請求公司提供評估報告。
高分閱讀	王文宇，公司發放現金股利之規定，月旦法學教室第 80 期，P.20~P.21。 王文宇，董事之資訊請求權，月旦法學教室第 86 期，P.18~P.19。

## 【擬答】

(一)A 公司不得發放 3 元之現金股利，但得依公司法第 241 條規定以資本公積配發等值之股票：

1.公司每股稅後盈餘僅 1 元，得否發放 3 元現金股利？

(1)A 公司得否援用公司法(以下同)第 232 條第 2 項規定？

第 232 條第 2 項規定：「公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。但法定盈餘公積已超過實收資本額百分之五十時，得以其超過部分派充股息及紅利。」惟 A 公司並非無盈餘，而係盈餘不足達其股利發放。縱認第 232 條第 2 項之規定得適用於盈餘不足之情形，A 公司實收資本額為 18 億元，若其欲透過法定盈餘公積發放現金股利，其法定盈餘公積須累積超過 9 億元，方得發放現金股利，然 A 公司法定盈餘公積僅 6.5 億元，自不可行。

(2)A 公司得否依第 241 條發放現金股利？

第 241 條規定，公司於無虧損時，得依第 240 條所規定之股東會議決方式，將法定盈餘公積及已實現之資本公積之全部或一部轉作資本，「發行新股」給股東，股東無庸繳納任何股款而無償獲配新股。惟現行法下並未允許公司得將法定盈餘公積或已實現之資本公積以「現金股利」之形式發放與股東。是以此法亦不可行。

(3)是以，A 公司無法發放 3 元之現金股利。對此，學者有認現行發放現金股利之規定過於嚴苛，只要公司無虧損，可允許公司將法定盈餘公積及資本公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給「新股」或「現金」，而不必限制於僅發給「新股」。

2.配發等值之股票？

A 公司雖不得將法定盈餘公積或已實現之資本公積以「現金股利」之形式發放與股東，惟依第 241 條規定，於公司無虧損時，公司得將法定盈餘公積及資本公積之全部或一部，按股東原有股份之比例發給「新股」，是 A 公司既無虧損，其即得依第 241 條配發股票予股東。惟因第 241 條第 3 項規定，以法定盈餘公積撥充資本者，以該項公積已達實收資本百分之五十，並以撥充其半數為限，而 A 公司之法定盈餘公積僅 6.5 億元，未達實收資本 18 億元之百分之五十，故 A 公司僅得以資本公積撥充資本。

(二)甲董事應得請求公司提供該評估報告：

1.董事是否享有資訊請求權？對此，本法於第 210 條及第 218 條明文賦予股東與監察人對公司之文件有查閱之權限，相較於此，本法並未明文賦予董事相當之權限。惟按第 8 條第 1 項、第 23 條第 1 項，董事於執行職務時對公司負有忠實義務與注意義務，要求董事善盡此等義務，自應使其知悉與執行職務之事務相關之資訊。由此可知，董事之資訊權，乃屬董事執行職務所必然附隨之內涵。



- 2.經濟部亦肯認董事享有資訊請求權，97 經商字第 09702069420 號函：「依本部 76 年 4 月 18 日商第 17612 號函釋略以：『董事會就其權限言，對公司有內部監察權，為使內部監察權奏效，身為董事會成員之董事，如為執行業務上需要，依其權責自有查閱、抄錄公司法第 210 條第 1 項章程、簿冊之權』。準此，董事為執行業務而依其權責自有查閱或抄錄公司法第 210 條第 1 項有關章程、簿冊之權，公司不得拒絕之。至於查閱或抄錄應負保密義務，自是董事忠實執行業務及盡善良管理人義務範疇。」依該經濟部見解，係以本法第 210 條為董事請求資訊之依據，至於董事得請求之資訊範圍，則受第 210 條「章程、歷屆股東會議事錄、財務報表」之拘束，不包括此三者以外之其他資訊。
- 3.經濟部雖肯認董事之資訊請求權，然為肯定董事資訊權，迂迴地認為董事會具有一定的監察權，進而肯認其具有第 210 條之查核權，與現行公司法分權模式並不吻合。此外，縱認董事應享有監察權，為何不援引監察人監察權之條文依據(第 218 條)，卻以股東或債權人查核權之規定為依據(第 210 條)，亦未見說明。再者，就請求之客體而言，相較於第 218 條，可知董事若以第 210 條為請求之依據，其可請求之資訊範圍實屬有限，與肯認董事資訊請求權之目的，有所違背。故學者有認，應修訂公司法，以明文肯認董事均得為請求資訊之主體，並適度規範可請求資訊之範圍，以杜絕爭議。
- 4.本題若依經濟部之見解，因該評估報告非屬「章程、歷屆股東會議事錄、財務報表」，故甲無法請求 A 公司提供該評估報告。惟若依學者見解，應肯認甲有請求該評估報告之權。

二、A 股份有限公司（以下稱 A 公司）章程規定該公司置董事五至七人、監察人二人，現有經合法選出之董事六人、監察人二人、董事長為甲，並依法進行登記。嗣後，董事乙因無法贊同董事長甲之經營策略，遂向董事會及董事長甲表達辭任董事之意，並經董事會及董事長甲同意，惟 A 公司遲遲未辦理變更登記，致使董事乙於主管機關之登記簿上，仍為 A 公司董事。問：

- (一)倘若 A 公司於董事乙辭任後，因違法經營致與該公司有交易之債權人丙受損，丙乃主張，其於決定是否與 A 公司進行交易時，曾查閱公司登記簿並確認 A 公司董事名單包含乙，故而依公司法第 23 條第 2 項對包含乙在內之全體董事請求賠償。假若法院認定 A 公司應對丙負擔賠償責任，此際，乙是否就此應與 A 公司負擔連帶賠償責任？理由為何？（20 分）
- (二)董事長甲為解決經營困境，認為應賣出須依公司法第 185 條第 1 項第 2 款經股東會特別決議之主要財產，以償還即將到期的債務。惟甲認為若再召開股東臨時會決議該主要財產讓售案，將會緩不濟急、無法解決公司現時危機，故而乃於未召開股東會的情形下，逕行與第三人丁達成該主要財產買賣之合意，而將該主要財產出售給丁。對此交易，現行主要實務見解有認為其效力為「無權代理（效力未定）」者，亦有認為係「相對無效」者。請說明上開二種見解各自之論據並評析之。（20 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.公司法第 23 條第 2 項之「公司負責人」之認定；2.未得股東會決議通過的公司重大行為效力。
答題關鍵	(一)探討公司法第 23 條第 2 項之公司負責人，是否包含未參與決議之董事。 (二)未經股東會決議之公司重大行為效力，分述效力未定說及相對無效說之論據及利弊後，以最高法院之見解為結論。
高分閱讀	柯芳枝，公司法論(上)，P.26～P.27。 劉連煜，現代公司法，P.94。 黃銘傑，股份有限公司董事長之權限及未經股東會決議所為代表行為之效力-最高法院 97 年度台上字第 2216 號判決評析，月旦法學雜誌第 169 期。

#### 【擬答】

(一)乙應無庸負連帶賠償責任：

- 按公司與董事間之關係，依公司法第 192 條第 4 項規定，除公司法另有規定外，依民法關於委任之規定。而民法第 549 條規定，當事人之一方得隨時終止委任，故董事不論其事由如何，得為一方之辭任，不須經公司之承諾。董事之辭職，向公司之代表人(董事長或其代理人)為辭任意思表示即生效力。是乙於向董事長表達辭任之意後，即不再為 A 公司之董事。
- 公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責，公



司法第 23 條第 2 項定有明文。此之所謂「公司負責人」，除代表公司之負責人外，亦包含無代表權之公司負責人。即代表公司之公司負責人(如股份有限公司之董事長)，對於公司業務之執行，如有違反法令，致他人受損害時，該代表公司之公司負責人固應與公司對他人連帶負損害賠償責任，然代表公司之公司負責人代表公司與他人為行為，往往係根據與其他董事之決定或董事會之決議，若單令代表公司之負責人負責，實有失公平，故學者有認宜類推適用公司法第 193 條第 2 項之規定，令參與決定或決議之負責人，除經表示異議而有紀錄或書面聲明可證者外，亦與代表公司之負責人同負損害賠償責任。從而，公司法第 23 條第 2 項之「公司負責人」，除代表公司之負責人外，亦包含參與決定或決議之負責人。至於身為董事然未參與決議者，或根本非為董事而未參與決議者，依上開學者之見解，即不須依公司法第 23 條第 2 項負連帶責任。

3. 承上，於 A 公司為違法經營時，乙已辭任 A 公司之董事，而非屬 A 公司之「公司負責人」，縱 A 公司尚未為變更登記，仍不改變於乙向董事長辭職後即不為 A 公司之公司負責人之一事實，乙既未對外代表 A 與丙為交易，亦非參與該決議之董事，乙當然不須對外與 A 公司對債權人丙連帶負責。
4. 再者，我國法院對於未參與不法行為之董事，是否須依公司法第 23 條第 2 項規定連帶負責，多採行較寬鬆之態度，即對未曾參與不法行為之董事，法院常以此等董事係「非擔任實職之董事」，而認未參與不法行為之董事不須依公司法第 23 條第 2 項規定負責。是乙既未參與該不法行為，依法院實務見解，乙即不須與公司連帶負責。
5. 綜上，乙不須就該違法經營行為，與公司負擔連帶賠償責任。

(二) 未經股東會決議重大行為之效力為何？茲分述如下：

1. 若屬公司法第 185 條第 1 項之事項，董事會或董事長卻違法未經股東會，逕行對之加以處分，其法律效力如何？學說實務尚有爭議：

(1) 效力未定：

依公司法第 208 條第 3 項規定，董事長對外代表公司，且董事長就公司營業上一切事務有辦理之權，公司對董事長所加之限制不得對抗善意第三人（公司法第 208 條第 5 項準用第 57 條及第 58 條），惟董事長僅在公司營業上之事務有辦理之權，假如其所代表者，非屬公司營業上之事務，而係公司法第 185 條第 1 項各款行為，其本不在董事長之代表權範圍內，自無所謂代表權限制之問題。故未經第 185 條所定程序，董事長即對外代表公司為該條各款行為，應屬董事長之無權代表行為，**不論第三人是否善意，非經公司承認，不能對公司發生效力。**

(2) 相對無效：

認公司董事長在未經股東會特別決議前，即對外代表公司與他人為公司法第 185 條第 1 項之行為，原則上應屬無效，惟為保障交易安全，若交易相對人係屬善意，其得主張該交易行為為有效。亦即，一般交易第三人在與該公司為交易行為前，並無從得知該屬於公司內部行為之股東會是否已為召集並決議、決議內容為何、董事會是否經合法授權，以及有無確實經股東會特別決議，故若第三人非明知或因過失而不知其未經股東會特別決議者，則董事長與之所為之第 185 條行為，對該善意之交易第三人應為有效。

2. 對此爭議，以往學說多採效力未定說，惟此說實質上賦與選擇權予公司，使其有機會觀察嗣後發展情況，採取投機舉動，選擇有利於其之決定，此交易風險及負擔將完全由交易相對人負擔，使交易相對人陷入絕對不利之處境，嚴重影響交易安全，故此見解實有待商榷。
3. 至於相對無效說，將該未經股東會決議之公司重大行為之效力，完全取決於交易第三人之善意與否，是否符合公司治理本質，不無疑問。且相對無效說，亦可能導致商業人士吝於或怠於在交易前善盡調查之能事，反而助長不理性或不慎重之商業風氣。
4. 上開二說雖各有利弊，然最高法院已於 97 年台上字第 2216 號判決，明文採取『相對無效說』：「按公司為讓與全部或主要部分營業或財產之行為，因涉及公司重要營業政策之變更，基於保護公司股東之立場，須先經董事會以特別決議（三分之二以上董事出席，出席董事過半數之決議）向股東會提出議案（公司法第一百八十五條第五項）。並於股東會召集通知及公告中載明其事由（公司法第一百八十五條第四項），不得以臨時動議提出（公司法第一百七十二條第五項）並經股東會以特別決議（應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席，出席股東表決權過半數之同意）通過後始得實行。**是以公司未經股東會上開特別決議通過即為主要財產之處分，係屬無效之行為，惟受讓之相對人難以從外觀得知其所受讓者是否為公司營業之主要部分或全部，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。果係如此，可見被上訴人與謝○○簽訂系爭買賣契約時，均係與謝○○接洽，從未與公司法定代理人甲○○接觸。且未向謝○○索閱公司股東會特別決議會議紀錄，則被上訴人於受讓上訴人公司營業之主要財產部分時，是否屬善意之相對人尚待探求。」

三、甲因工作過勞而經常疲倦，體能狀況極為惡劣，遂於 2010 年 3 月赴醫院進行檢查，經診斷甲罹患肝硬化及脂肪肝等症狀。因家中仍有高堂妻小須照養，甲遂以自己為被保險人，向 A 保險公司投保終身壽險附加住院醫療費用保險。於填寫要保書時，對於既往病症之詢問事項，甲均勾選「無」並親自簽名。由於甲年齡尚輕，A 保險公司並未要求體檢而同意承保，保險契約自 2010 年 6 月 1 日起生效。甲於 2011 年 1 月間因盲腸發炎住院七天，醫療費用支出三萬元，A 保險公司於 2012 年 2 月 1 日依約理賠。之後，甲因併發猛爆性肝炎而於 2012 年 3 月 12 日死亡，受益人乙因恐 A 保險公司主張解除契約，故意遲延至 2012 年 7 月 1 日始通知 A 保險公司。試回答下列問題：

(一) A 保險公司能否以要保人甲違反告知義務為由，解除本保險契約？(20 分)

(二) A 保險公司能否以通知遲延為由，向受益人乙請求損害賠償？(20 分)

命題意旨	本題測驗重點在於：1.保險法第 64 條告知義務之相關規範及違反之效果；2.保險法第 58 條危險通知義務之適用主體範圍。
答題關鍵	1.如要保人所投保者，乃以人壽保險為主約而附加醫療保險時，得否將其視為整體契約關係？ 2.已發生之危險與不實說明之間，是否須有因果關係存在？ 3.當適用保險法第 64 條第 3 項，2 年除斥期間之規定時，是否限於「於 2 年之期間內，未有保險事故發生？」 4.第 58 條規定受益人為事故發生後之通知義務人，是否妥適？
高分閱讀	1.賴宏宗律師，保險法（高點法學圖說系列），五版，100 年 5 月，頁 15-28~59，頁 15-73~76。 2.汪信君，告知義務違反與保險事故之因果關係，月旦法學教室第 92 期，99 年 6 月，頁 18 以下。 3.林勳發，商事法精論，修訂六版，98 年 3 月，頁 675。

#### 【擬答】

(一) A 保險公司能否以要保人甲違反告知義務為由，解除本保險契約？分析如下：

##### 1.前言：

(1)由於保險契約為善意契約，故在訂立保險契約時，基於「誠實信用原則」與「對價平衡原則」，要保人（及被保險人）須告知保險人其所承擔危險之內容，以使保險人得以衡量並估算保險費，學說稱其為「據實說明義務」或是「告知義務」，並認說明主體違反此等義務時，保險人於符合要件之情形下，得行使契約解除權。

(2)保險法（下稱本法）第 64 條，即基此而明定「訂立契約時，要保人對於保險人之書面詢問，應據實說明（第 1 項）。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（第 2 項）。前項解除契約權，自保險人知有解除之原因後，經過一個月不行使而消滅；或契約訂立後經過二年，即有可以解除之原因，亦不得解除契約（第 3 項）。」

(3)甲於保險契約之 2010 年 6 月 1 日生效日前，已知本身罹患肝硬化及脂肪肝等症狀，但對於既往病症之詢問事項，卻均勾選「無」並親自簽名，故就此等事實觀之，甲應有違反告知義務之事實。

2.本小題爭點一：如要保人所投保者，乃以人壽保險為主約而附加醫療保險時，得否將其視為整體契約關係？

(1)學者認為，實務上就「人壽保險契約」與「醫療保險契約」，不論是契約條款、保險事故、費率之釐定、契約效力、保險期間等，皆有所區別，二者實難將其視為單一契約關係；故，於契約訂立時違反告知義務時，契約效力之變動，以及解除權之行使，仍應分別以獨立契約觀之。

(2)管見以為，以上學說見解為可採，以下即基此進行分析。

3.本小題爭點二：當要保人或被保險人故意或過失為不實之說明，如果該不實說明對「危險之估計」有重大影響，但卻與「發生之事故」沒有關聯時，則保險人是否仍得行使解除權？亦即「『已發生之危險』與『不實說明』之間，是否須有因果關係存在？」

(1)現行法採取「肯定」見解：第 64 條第 2 項但書即規定「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。」



## (2)學說：有爭論

A.肯定說：就保險法第 64 條之法理而言，其最終目的乃在追求中「對價平衡」及「誠實信用」原則之實現，故須限制危險之發生須與不實說明間存在因果關係。

B.否定說：學者有認，因果關係之限制雖得顧及危險發生時之對價平衡，但仍損及投保時之對價平衡；另有認契約之締結，本應遵守誠信原則。因此，縱使契約訂立後，保險事故之發生與未說明事實無關，但要保人於契約訂立時故意隱匿為不實說明，實已有違誠信原則。簡言之，由「對價平衡原則」及「誠信原則」此二告知義務之規範基礎觀之，第 64 條第 2 項但書之規定皆有所偏違。另，日本晚近保險法修正後，已無「得以因果關係之不存在」作為限制保險人解除權之規定，可見我國現行法「因果關係不存在」之抗辯實有再為檢討之必要。

(3)管見：上述學說見解各有其理，然基於現行法已採取肯定見解，管見認採肯定說為宜，並以此進行分析。

(4)小結：於本題中，甲故意隱匿其患有肝硬化及脂肪肝之事實，即屬不實說明對「危險之估計」有重大影響。其中：

A.就事故一：危險之發生，即「盲腸發炎」之情形，與肝硬化及脂肪肝之不實說明並無因果關係。依肯定說，則 A 保險公司不得依此主張解除附加住院醫療費用保險。

B.就事故二：危險之發生，即「併發猛爆性肝炎而死亡」之情形，「併發猛爆性肝炎」及「死亡」與肝硬化及脂肪肝之不實說明似可認有因果關係。然則 A 保險公司得否主張解除附加住院醫療費用保險及終身壽險，仍須討論其他要件及以下之爭點。

4.本小題爭點三：當適用保險法第 64 條第 3 項，2 年除斥期間之規定時，是否限於「於 2 年之期間內，未有保險事故發生？」

(1)否定說（實務）：依「法條文義」，保險契約解除權消滅的規定，並不以 2 年期間內未曾發生保險事故，為其適用之要件。

(2)肯定說（多數說）：自「保險法第 64 條第 3 項之特殊目的」出發，應透過「限縮解釋」，使 2 年除斥期間之適用，限於 2 年內「保險事故未發生」之情形。

(3)管見：如在保險契約訂立後 2 年內，保險事故發生，其即代表「要保人之不實說明的確會破壞對價平衡」；換言之，此時已經悖離原本保險法第 64 條第 3 項限制保險人行使解除權的考量，故此時應該回歸違反說明義務的法律效果，即「縱使契約已訂立超過兩年，只要保險事故係於訂立後 2 年內發生，仍允許保險人行使解除權」，故管見採肯定說。

(4)小結：本保險契約自 2010 年 6 月 1 日起生效，甲因併發猛爆性肝炎而於 2012 年 3 月 12 日死亡，可見甲之保險事故即猛爆性肝炎及死亡，係於訂立終身壽險後 2 年內發生。在爭點三採肯定說之見解下，即便受益人乙故意遲延至 2012 年 7 月 1 日始通知 A 保險公司，A 保險公司仍得主張解除附加住院醫療費用保險及終身壽險。

## 5.本小題小結：

(1)A 保險公司仍得主張解除附加住院醫療費用保險及終身壽險。

(2)另附帶說明者，如前述爭點採不同看法，認 A 保險公司已無法依保險法第 64 條解除契約，其是否仍得主張民法第 92 條之撤銷權？學說及實務有不同見解。管見以為，保險法第 64 條與民法第 92 條之間，立法目的、要件及法律效果皆有所不同，則彼此獨立存在，而無法律競合中之特別／普通關係，亦即保險法第 64 條並非民法第 92 條之特別規定；且民法、保險法之法理及技術面已分就不同主體（要保人或被保險人、保險人、危險共同體其他成員）之角度，對彼此間之利益關係進行調整，故以採否定說為宜。

(二)A 保險公司能否以通知遲延為由，向受益人乙請求損害賠償？分析如下：

## 1.前言：

(1)對於保險人而言，是否知悉「保險事故發生」此一訊息，對其影響極為重大。蓋其知悉之後，其才能即時為必要之措施，以防止損害擴大或減輕損失，並保護其法律上之利益。

(2)是以，我國保險法第 58 條即規定「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 5 日內通知保險人。」用以規範危險事故發生後之事故發生通知義務，第 63 條並規定「要保人或被保險人不於第五十八條，第五十九條第三項所規定之期限內為通知者，對於保險人因此所受之損失，應負賠償責任。」

2.本題爭點：基於要保人乃「訂立保險契約之當事人」，而被保險人為「保險事故發生時直接受損害之人」，



故保險法第 58 條課以其事故發生通知義務，學說多無異見；然而，第 58 條同時也規定受益人爲事故發生後之通知義務人。如此之立法，是否妥適？學說上有不同之見解：

(1)肯定說：蓋第 58 條已如此明文。

(2)否定說：

A.就「財產保險」而言：應無「受益人」之概念。

B.就「人身保險」而言：實無課以「受益人」危險事故發生通知義務之必要，蓋就「受益人之本質」而言，僅係要保人或被保險人所約定，於保險事故發生時享有賠償請求權之人。換言之，其純爲一享受權利之人，應無須負擔任何義務。

(3)管見：認採否定說爲宜，理由如下

A.受益人於保險契約中僅立於關係人之地位，既非如要保人爲契約當事人，又非如被保險人乃保險制度保障之中心，故第 58 條課以「受益人」危險事故發生之通知義務，實有未洽。

B.第 63 條僅對要保人、被保險人課以違反危險事故發生通知義務之責任，而不及於受益人。

3.本小題小結：應認 A 保險公司不得以通知遲延爲由，向受益人乙請求損害賠償。

四、甲居住於臺北市，爲向乙調借現金，遂於民國 98 年 10 月 1 日簽發受款人爲乙、發票日爲民國 99 年 10 月 1 日、票面金額爲新臺幣 100 萬元、付款人爲中國信託商業銀行總行、付款地爲臺北市信義區松壽路 3 號之遠期支票一張，交付給乙。其後，乙因急需資金以繳納購屋款項，乃於民國 99 年 9 月 1 日將該支票背書轉讓給甲之摯友丙，並於該支票背面記載「禁止背書轉讓」及簽章於「禁止背書轉讓」之旁。惟丙於接受該支票之際，要求乙必須塗銷該「禁止背書轉讓」之記載，以確保該支票之流通性，乙即依丙之要求於該「禁止背書轉讓」之文字上劃「X」，但並未於劃「X」處再爲簽章。詎料，甲於該支票即將屆至發票日前夕，自知無力支付票款，乃商得丙之同意，將發票日更改爲「民國 100 年 10 月 1 日」，並由甲於發票日之改寫處簽章，丙則未於改寫處簽章。其後，丙於民國 100 年 9 月 1 日再將該支票背書轉讓給丁，丁於民國 100 年 10 月 6 日向中國信託商業銀行總行提示請求付款後，卻發生跳票之情事。試附理由回答下列問題：

(一)乙於該支票所記載「禁止背書轉讓」之文字上劃「X」，但並未於劃「X」處再爲簽章，是否發生塗銷「禁止背書轉讓」之效力？(15 分)

(二)丁向甲請求支付票款時，甲得否主張該支票係於交付後始改寫發票日，故該改寫無效，而提出該支票權利已罹於時效之抗辯？(15 分)

(三)丁向丙行使追索權時，丙可否主張其未於該發票日之改寫處簽章，故該發票日之改寫對其不生效力？(10 分)

命題意旨	本題測驗重點在於：1.支票相關議題；2.禁止背書轉讓相關議題；3.改寫與變造之關係。
答題關鍵	1.禁止背書轉讓可否塗銷？ 2.塗銷之方式爲何？ 3.塗銷人須否簽名？ 4.如何判斷改寫之情形？如不屬改寫，應如何評價？ 5.是否逾期提示之判斷 6.「禁止背書轉讓」之記載，是否拘束後手之權利？ 7.時效之判斷 8.票據債務人參與或同意變造者，是否需於變更處簽名或蓋章？
高分閱讀	1.賴宏宗律師，票據法（高點法學圖說系列），五版，100 年 7 月，頁 1-191~196、頁 2-68~69。 2.梁宇賢，論支票發票人之記載禁止背書轉讓與付款銀行之付款一以最高法院 93 年度台簡上字第 15 號判決爲例，華岡法粹第 43 期，98 年 3 月，頁 143 以下。 3.梁宇賢，發票人之禁止轉讓及其塗銷與付款人之付款，月旦法學第 133 期，95 年 6 月。 4.王志誠，票據法，96 年 5 月二版，頁 181。

【擬答】

(一)前言：





1. 遠期支票之合法性：學界多數說及實務認為，考量「社會生活之實際面」，遠期支票社會行之已久，硬性禁止必無效果，如突然徹底禁止，恐影響工商貿易，故應承認其合法性。
  2. 發票地之判斷：本題雖知付款地為臺北市信義區，但票上並未載明發票地為何，依第 125 條第 3 項「未載發票地者，以發票人之營業所、住所或居所為發票地」之規定，應以發票人甲之住所即臺北市為發票地。
- (二) 第一小題：乙於該支票所記載「禁止背書轉讓」之文字上劃「X」，但並未於該劃「X」處再為簽章，是否發生塗銷「禁止背書轉讓」之效力？分析如下：
1. 爭點一：禁止背書轉讓可否塗銷？
    - (1) 肯定說（多數說，實務）：票據法雖未明文得為該等塗銷，但亦未明文禁止。
    - (2) 否定說：對此，票據法並無如第 37 條、第 49 條等塗銷之明文，故不得為之。
    - (3) 管見：既票據法未明文禁止，基於私法自治之精神，應以肯定說為可採。
  2. 爭點二：塗銷之方式為何？
    - (1) 就社會實情而言，一般均於禁止背書轉讓之文字上劃二條線（=），且學者、實務亦肯認其效力。
    - (2) 就本題情形而言，乙於該「禁止背書轉讓」之文字上劃「X」，管見以為其劃記之方式與前述劃二條線之方法相似，亦應認其屬有效塗銷之方式。
  3. 爭點三：塗銷人須否簽名？
    - (1) 肯定說（多數說，實務）：認應類推第 11 條第 3 項，塗銷人應於塗銷處簽章，以便辨認是否有權者所為，以保護交易安全；故，若未簽名，則原禁止轉讓之記載，仍為有效。
    - (2) 否定說：認法未明文塗銷之方式，且塗銷非發票或背書行為之一部分，故無須簽章。再者，塗銷與改寫不同，無第 11 條第 3 項之適用。
    - (3) 管見：考量票據重視外觀之信賴，故為保障交易安全，應以肯定說為可採。
4. 本小題小結：乙雖於該支票所記載「禁止背書轉讓」之文字上劃「X」，但因其並未於該劃「X」處再為簽章，故不發生塗銷「禁止背書轉讓」之效力。
- (三) 第二小題：丁向甲請求支付票款時，甲得否主張該支票係於交付後始改寫發票日，故該改寫無效，而提出該支票權利已罹於時效之抗辯？分析如下：
1. 爭點一：本題是否屬改寫之情形？應如何評價？
    - (1) 第 11 條第 3 項規定「票據上之記載，除金額外，得由原記載人於交付前改寫之。但應於改寫處簽名」，學者依此認為「改寫」之要件為：
      - A. 改寫權人為原記載人。
      - B. 須於票據交付前為之。
      - C. 須於改寫處簽名。
      - D. 限「金額以外」事項方得改寫。
    - (2) 依上之要件可知，因甲係於交付後始變更發票日之記載，故其行為實非第 11 條第 3 項之「改寫」。對此，學說有認，此種於票據交付後，經原記載人甲同意而變更金額以外事項之情形，應類推第 16 條變造之規定予以處理。
  2. 爭點二：甲之負責範圍為何？
    - (1) 第 16 條規定「票據經變造時，簽名在變造前者，依原有文義負責；簽名在變造後者，依變造文義負責；不能辨別前後時，推定簽名在變造前（第 1 項）。前項票據變造，其參與或同意變造者，不論簽名在變造前後，均依變造文義負責（第 2 項）。」
    - (2) 於本題中，甲乃同意並參與而變更發票日，故依前述類推第 16 條規定之見解，其須依變造文義即「民國 100 年 10 月 1 日」之發票日文義負責。
  3. 爭點三：丁之權利狀態為何？
    - (1) 是否逾期提示：「支票之執票人，應於左列期限內，為付款之提示：一、發票地與付款地在同一省（市）區內者，發票日後七日內。二、發票地與付款地不在同一省（市）區內者，發票日後十五日內。三、發票地在國外，付款地在國內者，發票日後二個月內。」第 130 條定有明文。本支票之付款地為臺北市信義區，而依前言所述，本題應以臺北市為發票地，即丁應適用第 130 條第 1 款之規範，應於民國 100 年 10 月 1 日後七日內，即 10 月 8 日前提示付款。今丁於民國 100 年 10 月 6 日向付款人中國信託商業銀行總行提示請求付款，乃逾期提示，未逾提示期間，故於符合其他要件及通過下述討論之前題下，丁得向前手（不含乙）主張追索權。



(2)「禁止背書轉讓」之記載，是否拘束丁之權利：

A.如第一小題所述，乙之行爲不發生塗銷「禁止背書轉讓」之效力，即「禁止背書轉讓」仍爲有效。

B.就背書人所載之「禁止背書轉讓」，第 31 條第 3 項規定「背書人於票上記載禁止轉讓者，仍得依背書而轉讓之。但禁止轉讓者，對於禁止後再由背書取得匯票之人，不負責任。」故其並不禁止丁向甲主張票據權利。

(3)對甲之時效期間：第 22 條第 1 項規定「票據上之權利……對支票發票人自發票日起算，一年間不行使，因時效而消滅」，亦即丁對甲之權利，乃自民國 100 年 10 月 1 日起算一年之時效期間。

4.本小題小結：應認甲不得主張該支票係於交付後始改寫發票日，故該改寫無效；且如丁對甲自民國 100 年 10 月 1 日起算一年內主張權利，甲不得主張該支票權利已罹於時效。

(四)第三小題：丁向丙行使追索權時，丙可否主張其未於該發票日之改寫處簽章，故該發票日之改寫對其不生效力？分析如下：

1.爭點：票據債務人參與或同意變造者，是否需於變更處簽名或蓋章？

(1)實務對此採否定見解，認此時債務人並不需要於變更處簽名或蓋章，但其仍應依更改後之文義負責。學者亦多支持實務之見解。

(2)管見：既法未明文要求其需於變更處簽名或蓋章，否定說應屬可行。

2.本小題小結：因類推第 16 條規定於丙之行爲，且票據債務人參與或同意變造者，不需於變更處簽名或蓋章，故丙不得主張其未於該發票日之改寫處簽章，即該發票日之改寫對其應生效力。

五、股票已在證券交易所上市之 A 股份有限公司（以下簡稱 A 公司），為擴大營運需要考慮現金增資，A 公司股票在集中市場表現不錯，最近半年以來每股股價都維持在新臺幣 30 元以上，鑑於現金增資公開募股程序較為繁複，於是擬採私募之方式，在章程所定資本額範圍內，經董事會決議後由董事長甲安排法人董事 C、D、E 投資公司、董事之朋友乙、丙、丁、戊等符合私募應募人資格條件之人認股，每股股價新臺幣 10 元，每人認購五千萬元，共籌集三億五千萬元，並依規定時間程序向主管機關申報備查，其中法人董事 C、D、E 投資公司於認股後繳款之十天前，先於市場以每股股價 32 元之價格拋售老股五千張；乙、丙、丁、戊自然人部分於取得持股後之隔日即以每股股價 20 元將所認股票出售與己、庚獲利。試請檢具理由說明下列問題：

(一)A 公司董事長甲，於私募之過程中違反證券交易法何種規定？（10 分）

(二)法人董事 C、D、E 投資公司之拋售老股與應私募之行爲，是否違反短線交易之規定？（20 分）

(三)乙、丙、丁、戊於取得持股後出售與己、庚，其法律效力如何？（10 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.有價證券私募之決議機關；2.內部人參與有價證券私募是否有短線交易之適用；3.參與私募應募人違法轉售之效力。
答題關鍵	第 1、3 小題，主要是私募相關條文及學說之操作；第 2 小題考到短線交易適用客體之爭議，考驗考生之臨場反應與價值判斷。
高分閱讀	施台大，證券交易法上課講義，第一回，P.33~P.40。 莊永丞，我國證券交易法私募有價證券之理論基礎與規範缺失，余雪明大法官榮退論文集-企業與金融法制，元照出版，2009 年 1 月初版 1 刷，頁 333~377。

#### 【擬答】

(一)依證交法第 43 條之 6 第 1 項之規定，除普通公司債外，有價證券之私募，應經股東會特別決議通過，始得行之：

1.私募議案之決議方式及成數：

參諸證交法第 43 條之 6 第 1 項之規定，公開發行公司欲爲有價證券之私募，應經公司已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意，始得爲之。又依證交法同條第 3 項之規定，普通公司債之私募得在符合一定條件下，由董事會決議於一年內分次辦理。

2.有價證券私募應經股東會特別決議之理由：

公司股票之私募因爲可能會排除原股東之優先認購權，故有可能使原股東之股權遭到稀釋，自有經過股東會決議通過之必要。至於普通公司債之私募，無關股權問題，僅須董事會決議即可。



3.依題義，A 公司乃欲於章訂資本額內私募普通股，依據前揭條文之旨，即應經 A 公司股東會按法定成數決議通過，惟 A 公司就此私募案，除經董事會通過外，並未經股東會特別決議通過行之，即違反證交法第 43 條之 6 第 1 項之規定。

(二)法人董事 C、D、E 是否違反證交法第 157 條短線交易之規範，似有疑義：

1.依據證交法第 157 條第 1 項之規定：「發行股票公司董事、監察人、經理人或持有公司股份超過百分之十之股東，對公司之上市股票，於取得後六個月內再行賣出，或於賣出後六個月內再行買進，因而獲得利益者，公司應請求將其利益歸於公司。」另同條第 6 項規定：「關於公司發行具有股權性質之其他有價證券，準用本條規定。」準此，短線交易規範客體之範圍限於「上市股票」(上櫃股票於證交法第 62 條亦有準用)及「具股權性質有價證券」。又所謂，依據證交法施行細則第 11 條第 1 項之規定：「本法第一百五十七條第六項及第一百五十七條之一第一項所稱具有股權性質之其他有價證券，指可轉換公司債、附認股權公司債、認股權憑證、認購(售)權證、股款繳納憑證、新股認購權利證書、新股權利證書、債券換股權利證書、臺灣存託憑證及其他具有股權性質之有價證券。」

2.本題當中，A 公司法人董事 C、D、E 於拋售渠等所持有 A 公司老股後，10 天內即參與應募而取得 A 公司私募有價證券，此時法人董事 C、D、E 所出售與取得者均屬具有股權性質之有價證券，惟私募股份既非屬集中市場交易之標的，是否亦可認定為短線交易規範之客體，實生疑義，茲分述如下：

(1)甲說(實務)：

行政院金管會金管證三字第 0940130983 號函：「公司董事、監察人、經理人或持有公司股份超過股份總額百分之十之股東，應募取得私募股票，無證券交易法第 157 條規定之適用。」

(2)乙說：基於短線交易之立法目的，為免規範產生漏洞，應認為私募亦有短線交易之適用為宜

短線交易之立法目的本在藉由機械性之操作，嚇阻內部人為內線交易之行爲。今法人董事 C、D、E 雖非於集中市場或店頭市場取得有價證券，惟其仍有可能於重大利空消息公開前先行拋售老股後，再藉參與私募案之應募而回補其持股，而達到藉內線交易而獲利或避免損失之目的，故為了落實短線交易之立法目的，法人董事 C、D、E 似應有短線交易之適用。

3.結論：

本於目的解釋，應以乙說較為可採，避免短線交易之立法意旨落空。惟此解釋似有逾越證交法第 157 條之範疇，且短線交易歸入利益之計算上，易生疑義，仍應留待修法加以補充。

(三)乙、丙、丁、戊參與應募後隨即出售之效力：

1.應募人禁止再行轉讓之原則：

依據證交法第 43 條之 8 規定：「有價證券私募之應募人及購買人除有左列情形外，不得再行賣出：一、第四十三條之六第一項第一款之人持有私募有價證券，該私募有價證券無同種類之有價證券於證券集中交易市場或證券商營業處所買賣，而轉讓予具相同資格者。二、自該私募有價證券交付日起滿一年以上，且自交付日起第三年期間內，依主管機關所定持有期間及交易數量之限制，轉讓予符合第四十三條之六第一項第一款及第二款之人。三、自該私募有價證券交付日起滿三年。四、基於法律規定所生效力之移轉。五、私人間之直接讓受，其數量不超過該證券一個交易單位，前後二次之讓受行為，相隔不少於三個月。六、其他經主管機關核准者。」換言之，參與有價證券私募之應募人，於應募後，除有上開六款之情形，原則上不得再行轉讓其持股。

2.本題乙、丙、丁、戊於應募後，隨即賣出其持股，且似未符合前揭證交法第 43 條之 8 第 1 項各款之事由，則其轉讓行為是否有效，容有爭議：

(1)有效說：

證交法第 43 條之 8 僅為取締規定，並非效力規定，其違反並非當然無效，僅行為人應負證交法§177 條刑事責任而已【最高法院 97 年台上字第 2729 號民事判決】。

(2)無效說：其理由如下

A.基於合目的性解釋：避免私募後再無限制地轉讓予他人，藉以規避公開發行之管制，以落實證交法保障投資人之目的。

B.如採取有效說，證交法第 43 條之 6 第 2 項所定私募人數限制，將形同具文，並使得首波應募人扮演承銷商之角色，將破壞私募之制度規範。

3.本於有價證券私募之特殊性，立法者方特別准予其「事後備查」，免其事前申報生效之義務，惟如放寬應募人轉讓之限制，將嚴重破壞私募法制規範，更有令投資人保障產生漏洞之虞，自應以「無效說」為當。

