

# 《商事法》

## 試題評析

第一題：企業所有與企業經營分離原則，為公司法之重要課題，並非艱澀問題，但要回答完整亦非易事，宜從經營階層需否持有股份以及股東會與董事會的權限劃分兩個面向加以剖析，才算面面俱到。

第二題：執票人行使追索權必須踐行行使或保全票據上權利之程序，即執票人須「遵期提示票據」以及「遵期作成拒絕證書」。違背上兩者之一，則執票人依票據法第104條第一項之規定，對前手喪失追索權。惟票據法第104條所稱之前手是否包括匯票承兌人及本票發票人實務及學說看法有爭論，此為本題爭點之所在，因此，同學對此詳加說明，就能有不錯之得分。

第三題：依「海商法」規定，原則上禁止甲板運送，然亦有例外，只要將原則與例外說明清楚，分數必然可觀。

第四題：本題爭議點之核心在於告知義務人違反據實說明義務時，保險人得否主張其承保之意思表示，係因受要保人之詐欺所為，而另依民法第九十二條之規定，撤銷其承保之意思表示？實務與學說對此向來有不同之看法，此為保險法之重要考點之一，考生如能從容作答，可得高分！

一、企業所有與企業經營分離原則有何優點？我國公司法制是否採取企業所有與企業經營分離原則？請分別附理由述之。（25分）

**答：**

(一)企業所有與企業經營分離原則之優點

1.企業經營者持股與否和企業經營績效並無實質相關

企業經營者持有企業之股份，未必表示亦具有相關經營企業的專業能力。換言之，有專業能力的經營者，也不需持有企業股份，方能介入企業經營，是以企業經營與企業所有分離原則，可使得企業經營者無須受到持有公司股份之限制，可充分發揮其專業能力。

2.現代企業股權分散，企業所有與企業分離成為必然

現代企業，特別是「股份有限公司」股東人數眾多，要使得股東均參與企業經營並不可能。是以具有專業能力的經營者即可發揮其經營能力，不受股東民粹影響，在其經營權限之內，為企業獲取最大利益。

(二)我國公司法制

企業經營與企業所有分離原則，在「股份有限公司」表現的最為明顯，以下以我國有關「股份有限公司」之法制，加以探討。

1.從董事是否需要具備股東身分

(1)公司法第192條規定

民國九十年修正公司法第192條規定，董事由股東會就有行為能力之人選任之，而非就有行為能力之股東選任。其修法意旨係考量企業所有與企業經營分離乃世界潮流，且公司營運績效與董事需否有股東身分並無絕對關連，是以不要求股份有限公司之董事需具有股東身分。

(2)公司法第197條規定

依公司法第197條規定，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。另若董事任期未屆滿提前改選者，當選之董事，於就任前轉讓超過選任當時所持有之公司股份數額二分之一時，或於股東會召開前之停止股票過戶期間內，轉讓持股超過二分之一時，其當選失其效力。其立法意旨在於，要求董事不宜在任期中移轉過量股份，以避免其無心於經營，然而從立法論角度，公司法第197條規定，似乎與企業所有與企業經營分離原則相違背，是以學者亦有認為公司法第197條宜刪除，方符合企業所有與企業經營分離原則。

2.股東會與董事會之權限劃分

從公司法第202條規定，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，均應由董事會決議行之。其修法意旨在於明確劃分股東會及董事會權限，使股東會不再成為萬能機關。若法律規定或章程規定將該事項劃歸於股東會，則股東會有權就該事項加以決定之。反之則應尊重董事會的專業判斷，在董事會的權限範圍內，董事會有權就該等事項加以決定，不受股東會決議影響。從公司法第202條規定，亦可得知企業所有與企業經營分離原則之意涵。

## 【參考書目】

1. 王文宇《公司法論》，元照出版。
2. 高上黃政大老師，公司法上課講義第二回，第46頁。

二、執票人不於票據法所定期限內為行使或保全匯票或本票上權利之行為者，對於匯票承兌人及本票發票人，是否可行使追索權？請附理由述之。（25分）

**答：**

(一)票據權利行使之行使與保全之意義

1. 票據權利之行使：乃票據權利人向票據債務人請求履行票據債務之行為。例如：執票人行使付款請求權及追索權均屬之。
2. 票據權利之保全：為確保票據權利，不使之消滅之行為，亦即防止票據權利喪失之行為。例如：遵期提示票據或作成拒絕證書，以保全追索權。

(二)票據權利行使之行使與保全之方法

1. 行使：提示票據。
2. 保全：

(1)遵期提示票據：

- A. 匯票：遵期提示承兌（票據法第44條及45條）及遵期提示付款（票據法第69條第一項）。
- B. 本票：遵期提示付款（票據法第124條準用票據法第69條第一項、票據法第122條）。
- C. 支票：遵期提示付款（票據法第130條）。

(2)遵期作成拒絕證書：用以證明執票人曾依法遵期行使票據上的權利而未達獲款之結果，或執票人無從行使票據上之權利，而由法定機關所作成之一種要式證書。（票據法第86、87、124、144條）

(三)執票人行使追索權須踐行之程序

依票據法第85條第一項之規定：「執票人於行使或保全票據上權利之行為後，得行使追索權。」有關行使或保全票據上權利之行為，其內涵是指上述所稱的1.遵期提示票據。2.遵期作成拒絕證書。違背程序者，依票據法第104條第一項之規定：「執票人不於本法所定期限內為行使或保全匯票上權利行為者，對前手喪失追索權。」此之喪失是指對一切前手均喪失。

(四)惟票據法第104條前手之內涵是否包括匯票承兌人及本票發票人實務上有爭論

1. 匯票承兌人：匯票承兌人依票據法第52條第一項：「付款人於承兌後，應負付款之責。」故承兌人為匯票之主債務人，其負絕對且最後之給付責任。因而認為執票人縱使欠缺行使或保全票據權利之手續，仍得對匯票承兌人行使追索權，是以票據法第104條所稱之前手不包括匯票承兌人。

2. 本票發票人：

(1)甲說：對發票人喪失追索權：按票據法第一百二十四條準用第六十九條、第一百零四條之結果，執票人不於本票到期日或其後二日內為付款之提示，依同法第一百零四條之規定「對於前手喪失追索權。」該條所謂前手並無如同法第一百二十二條第五項「執票人不於第四十五條所定期限內為見票之提示或作成拒絕證書者，對於發票人以外之前手喪失追索權。」及第一百三十二條「執票人不於第一百三十三條所定期限內為付款之提示，或不於拒絕付款日或其後五日內，請求作成拒絕證書者，對發票人以外之前手喪失追索權。」特將發票人自前手中予以排除，顯見第一百零四條所謂前手當然包括本票發票人在內。

(2)乙說：對發票人並不喪失追索權：

- A. 發票人是本票之主債務人，且絕對的負擔票據金額支付之義務，故執票人怠於行使保全票據上之權利時，發票人之債務原則上並不因之而消滅。
- B. 票據法第二十二條第一項係規定本票執票人對發票人追索權之時效，第二項係規定本票執票人對前手追索權之時效，其將發票人與前手分別並列，足見「前手」係指發票人以外之其他票據債務人當無足置疑，是以票據法第一百零四條所謂前手當然不包括本票之發票人。
- C. 目前實務上見解認為票據法第一百零四條所稱前手並不包括匯票承兌人在內（最高法院六十六年台上字第六七〇號判決參照），而本票之發票人與匯票之承兌人均同屬票據之主債務人，依同一法

理，該條所謂前手自不包括本票之發票人。

結論：多數贊成乙說。

- (3) 司法院第一廳研究意見：本題研討結論，採乙說，核無不合。惟乙說理由第二項所稱票據法第二十二條第一項係規定本票執票人對發票人追索權之時效，非屬的論。按依票據法第二十二條有關本票時效之規定，第一項係對本票發票人付款請求權消滅時效之規定，而第二項則係執票人對其前手行使票據上追索權消滅時效之規定，故第一項之請求權曰「票據上之權利」，以與第二項之「追索權」相區別。乙說理由謂第一項係規定本票執票人對發票人「追索權」之時效，與法條用語不合。

結論：實務見解認為票據法第104條所稱之前手不包括匯票承兌人及本票發票人，故執票人不於票據法所定期限內為行使或保全匯票或本票上權利行為者，對於匯票承兌人及本票發票人仍不喪失追索權。

【參考書目】

1. 高上俞台大老師，票據法講義，第一回第50頁及第二回第48、49頁。

三、運送人A將原木一批裝載於甲板上運送，請問致生毀損或滅失時，A應否負責？請附理由述之。（25分）

答：

- (一) 依海商法第73條本文之規定，運送人或船長如將貨物裝載於甲板上，致生毀損或滅失時，應負賠償責任。蓋因運送人若以甲板運送，將增加貨物損害危險性，故海商法第73條原則禁止之。是以運送人為無權甲板運送時，應負擔絕對的賠償責任，亦即縱使不可抗力所導致的貨物毀損滅失，運送人仍應負責。然於但書規定中亦設有例外，經託運人同意並載明於運送契約或航運種類或商業習慣，使運送人亦有權為甲板運送。是以當運送人有權為甲板運送時，僅為免除絕對之賠償責任，運送人仍須負貨物之照管義務，而非不負任何責任。
- (二) 今運送人A將原木一批裝載於甲板上運送，需視其是否符合有權甲板運送情形，依題意並未有經託運人同意並載明於運送契約之情形，且亦非航運種類情形，惟需考量商業習慣，若就原木性質，若其較不受甲板上運送可能產生之危險影響時，則可認為運送人有權為甲板運送。綜上所述，吾以為本例情形可認為運送人A有權為甲板運送，惟僅為免除絕對之賠償責任，運送人A仍須負貨物之照管義務，若運送人A對該批原木未盡貨物之照管義務而導致原木毀損滅失，自應對託運人負擔賠償責任。

【參考書目】

1. 高上黃政大老師，海商法上課講義，第二回第15頁。

四、要保人甲於投保人壽保險前已罹患直腸癌，並持續就診中，但在要保書相關病史書面詢問時，皆答為「否」。甲於投保後之第二個月即病逝，保險人乙於知悉甲之病史後一個月內，因疏忽未為契約之解除。請問乙是否仍得依民法第92條因詐欺而為意思表示之規定，拒絕對受益人給付保險金？請附理由述之。（25分）

答：

- (一) 要保人之據實說明義務
1. 據實說明義務，又稱告知義務，係指票據法第六十四條第一項之規定：「訂立契約時，要保人對於保險人之書面詢問，應據實說明。」本規定乃保險人認識危險之機制，係以「誠信原則」及「對價衡平原則」為理論基礎。
  2. 違反據實說明義務之效果，依票據法第六十四條第二項之規定：「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。」可得而知，事故發生後，若要保人證明危險之發生為基於其說明或未說明之事實時，保險人即不得解約。惟學者多有批評，認為當未告知之事項為保險人所拒之事由者，不論事故之發生是否與該未告知之事項有關，均應賦予保險人契約解除權，此為保險人決定是否承保之先決要件。是以，本題甲違反告知義務，且該未告知之事項為癌症，是涉及保險人承保之意願者，故不論事故之發生與否，保險人可解除保險契約。

3.惟保險人之契約解除權設有除斥期間之規定，於票據法第六十四條第三項：「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。」定有明文。是以，保險人乙未於知悉解除原因一個月內行使解除權，其解除權因除斥期間之經過因而消滅。

(二)至於乙得否依民法有關詐欺之規定解除契約，涉及保險法第六十四條與民法第九十二條間之關係。對此，實務及學說上亦有不同之見解：

1.實務見解：票據法第六十四條是民法第九十二條之特別規定。

(1)八十六年台上字第二一一三號判例之見解：認為票據法第六十四條乃保險契約中關於因詐欺而為意思表示之特別規定，應有排除民法第九十二條規定之效力。於要保人有此故意隱匿及為不實之說明之情形，致保險人為承保時應適用保險法第六十四條解除契約之規定，而不再適用民法第九十二條撤銷意思表示之規定。蓋此種情形，保險人於契約解除權行使之除斥期間經過後，仍得依民法第九十二條規定行使撤銷權，將使保險法第六十四條第二項對契約解除權行使之限制（除斥期間）之規定形同具文，顯非所宜。（最高法院86年度第9次民事庭會議參照）

(2)因此，乙不得另依民法第九十二條之規定主張撤銷承保之意思表示而拒絕對受益人給付保險金。

2.學說見解：保險法第六十四條與民法第九十二條無普通規定與特別規定之關係，得分別依保險法第六十四條解除契約，或依民法第九十二條撤銷意思表示。理由分述如下：

(1)從立法目的、構成要件、法律效果而言：

就立法目的而言：保險法第六十四條係在於誠信原則與對價衡平原則；民法第九十二條係在維護表意人之意思自主。就構成要件而言：保險法第六十四條包括故意及過失；民法第九十二條係僅限告知義務人之故意行為。就法律效果而言：兩者能否返還保費方面，亦有所不同。故尚難認為有普通規定與特別規定之關係，因此保險法第六十四條無排除民法第九十二條規定之適用。

(2)惡意不受保護原則：

採取票據法第六十四條為民法第九十二條之特別規定的見解，會保護到有詐欺故意的要保人或被保險人，違反惡意不受保護之民事上位概念。

(3)危險共同團體之安定：

採取保險法第六十四條為民法第九十二條之特別規定的見解，會讓保險人在要保人或被保險人是詐欺的情形仍需理賠，過於保障被保險人及要保人，將使保險人受有不利，而此不利益基於對價平衡之考量，勢必反應於危險共同團體，反而影響危險共同團體之安定及利益。

(4)保險法第六十四條是限制解除權而非限制撤銷權：

採取保險法第六十四條為民法第九十二條之特別規定的見解，將會發生保險法第六十四條第3項不僅限制了解除權，也限制撤銷權，此應非妥當。

(5)在利益衡量上：

若保險人要行使民法第92條之撤銷權，亦要就要保人或被保險人之故意負舉證之責，故不至於過度保護保險人。

3.結論：依實務見解，乙不得另主張民法第92條之規定撤銷承保之意思表示而拒絕給付保險金；反之，有學者主張乙得依民法第92條之規定撤銷承保之意思表示而拒絕給付保險金。

#### 【參考書目】

1. 程律師《保險法實例演習》第165至174頁，高點文化出版。