

《商事法》

- 一、甲、乙、丙、丁、戊等五人擬分別出資新臺幣（下同）200 萬元，設立 A 閉鎖性股份有限公司，設置董事三人、監察人一人，並規劃由甲及乙分別認購特別股 20 萬股，丙、丁、戊分別認購普通股 20 萬股，每股面額 10 元，實收資本額共 1000 萬元。若甲、乙、丙、丁、戊全體同意在 A 公司章程規定：「第 5 條：本公司發行特別股 40 萬股，其權利義務事項如下：一、公司有盈餘時，特別股分派股息及紅利之順序優先於普通股，定率為年息 5%，若有不足時，累積於有盈餘年度分派。二、公司清算時，特別股分派公司賸餘財產之順序劣後於普通股。三、關於第一屆董事及監察人之選任，於本公司設立時，由發起人甲及乙投票選舉董事三人擔任，不適用公司法第 198 條規定，監察人由普通股股東投票選舉產生。四、第二屆董事及監察人之選任，由特別股股東投票選舉董事二人擔任，其餘一席董事及監察人由普通股股東投票選舉產生。」試問：A 公司章程關於特別股股東所得行使選舉董事權利之事項，其記載是否合法？試就第一屆董事及第二屆董事之選任，分別論述之。（25 分）

試題評析	本題第一小題，涉及閉鎖性股份有限公司中，特別股股東得否享有選舉出一定席次之董事、監察人之權利；以及於該公司首次董監選任時，發起人選任董事及監察人時得否以章程排除「累積投票制」。本題第二小題，涉及閉鎖性股份有限公司中，於該公司設立後，首次以外董監選任時，得否以章程排除「累積投票制」。
考點命中	1.《高點·高上商事法講義》第一回，林律師編撰，頁 64-68。 2.《高點·高上商事法總複習講義》，林律師編撰，頁 37-42。

答：

(一)關於本題 A 閉鎖性股份有限公司（下稱 A 公司）之第一屆董監之選任，應為合法：

1.閉鎖性股份有限公司發行特別股時，得自行章定對於特別股股東被選舉為董事、監察人權利事項，公司法(下稱本法)第 356 條之 7 第 4 款規定，定有明文，惟閉鎖性股份有限公司中得否於章程中規定，特別股股東得享有選舉出一定席次之董事、監察人之權利，容有爭議，析論如下：

(1)有論者認為，本法第 356 條之 7 第 4 款，係指特別股股東可被選舉為董事、監察人或剝奪、限制特別股被選舉股東、監察人之情形，尚無保障特別股股東當選一定名額董監之意，自不許章程訂定特別股股東享有選舉出一定席次董事、監察人之權利。

(2)學者認為本法第 356 條之 7 第 4 款解釋上可包括特別股股東享有選舉一定董事、監察人之權利，蓋由立法目的而言，第 356 條之 7 規範目的及為突破並鬆綁一般股份有限公司在股東權益義務規範之僵固性，而允許閉鎖性公司有充足之企業自治空間，因此賦予不同投資人間因應企業特性設計出符合公司需求之特別股股東權利義務¹。

(3)基此，本題中 A 公司章程第 5 條：「三、關於第一屆董事及監察人之選任，於本公司設立時，由發起人甲及乙投票選舉董事三人擔任，不適用公司法第 198 條規定，監察人由普通股股東投票選舉產生。」之部分，賦予特別股股東甲、乙有選舉一定董監之權利，管見以為後說較符合閉鎖性公司設計之立法目的，後說之見解較為妥適，特此敘明。

2.此外，A 公司於章程第 5 條規定，排除本法第 198 條強制累積投票制之規定，按本法第 356 條之 3 第 5 項：「發起人選任董事及監察人之方式，除章程另有規定者外，準用第 198 條規定。」立法目的係為給予企業自治空間，在閉鎖性公司中不再固守強制累積投票制，而允許閉鎖性公司以章程排除之適用。是以，章程中記載第一屆董監選舉特別股股東享有選舉出一定董監之權利以及排除累積投票制，均未違反閉鎖性股份有限公司之特性，均屬合法。

(二)本題 A 公司之第二屆董事之選任部分，應為合法

1.按本法第 356 條之 3 第 5 項：「發起人選任董事及監察人之方式，除章程另有規定者外，準用第 198 條規

¹ 張心悌，〈閉鎖性股份有限公司特別股股東選舉董監事之權利〉，《月旦法學教室》，第 165 期，2016 年 7 月。

定」，有無擴及於公司設立後(首屆以外)之董監選任，析論如下：

(1)由文義解釋可知，立法者明文規定首次董監選任得章定排除累積投票制，然而卻未及於公司設立後之董監事選舉，由於閉鎖性股份有限公司性質上仍屬股份有限公司，基於股份有限公司避免公司遭到多數股東派系把持，少數股東受到忽視，欠缺內部制衡機制，本法第 198 條採取強制累積投票制以保障少數股東權益，既然立法者有意排除閉鎖性公司於首次以外之董監選任得以章程排除累積投票制，故不得以章程排除累積投票制。

(2)另有論者認為，本法第 356 條之 3 第 5 項應係立法疏漏，並非係立法者有意排除，蓋閉鎖性公司之基本理念，主要目的在於賦予企業有較大自治空間、多元化籌資工具及更具彈性股權安排，故於閉鎖性股份有限公司中設立後，依本法第 356 條之 7 第 3 款規定，得發行複數表決權特別股、對特定事項否決權之黃金特別股；第 356 條之 7 第 5 款可以倍數轉換為普通股之特別股；以及第 356 條之 9 規定，允許表決權拘束契約及表決權信託契約等制度，使新創公司之創業者可確保其對該事業之經營主導權，給予較大之企業自治空間及股權安排，故於閉鎖性股份有限公司中並非固守保護少數股東落實內部制衡，故無禁止公司對於設立後，章程排除累積投票制之必要²。

(3)管見以為，後說較為可採，基於閉鎖性股份有限公司之基本理念，本法第 356 條之 3 第 5 項與本法第 356 條之 7 第 3 款、第 356 條之 7 第 5 款、第 356 條之 9 均係在落實同一理念下之產物，尚難理解何以公司設立後，此一需求卻不復存在，而為對公司設立後之階段未有著墨，應可認為是立法疏漏，故應認為設立後仍可適用第 356 條之 3 第 5 項較為妥適。

2.綜上所述，應採學者見解，本題章程第 5 條記載：「四、第二屆董事及監察人之選任，由特別股股東投票選舉董事二人擔任，其餘一席董事及監察人由普通股股東投票選舉產生」，應屬合法。

二、甲與乙皆居住在臺南市，甲因向乙購買古董，乃在自宅簽發票面金額新臺幣 50 萬元、受款人為乙、發票日為民國（下同）105 年 8 月 1 日、付款人為 A 銀行臺南分行、付款地則為 A 銀行臺南分行之營業地址、劃有平行線二道、並於票據正面記載「禁止背書轉讓」字樣之有效支票，交付給乙，以支付買賣價金。乙於接受支票後，竟將該支票以空白背書之方式轉讓交付給丙，且於支票背面再記載「禁止背書轉讓」，並簽章於其旁。又丙於接受該支票後，於 105 年 8 月 1 日再將該支票以空白背書之方式轉讓給丁。其後，丁於 105 年 8 月 8 日向 A 銀行提示請求付款時，A 銀行以甲之支票存款不足為由製作退票理由單交付給丁，拒絕付款。試問：丁得否對乙或丙行使追索權？（25 分）

試題評析	本題在測驗考生對於禁背票據轉讓後之效力，以及背書人於禁背票據中在為背書人禁止背書轉讓之效力。
考點命中	1.《高點·高上商事法講義》第四回，林律師編撰，頁 38-40。 2.《高點·高上商事法總複習講義》，林律師編撰，頁 111-113。

答：

(一)甲發票時記載禁止背書轉讓應為有效，記載後若將該票據為背書轉讓者，不生票據法上之效力：

- 1.由於發票人為禁止背書轉讓之記載，乃發票人得記載事項之一，若在票面為之，固無庸於該文句後緊接處簽名或蓋章，其在發票人欄之簽章之效力當然及之（最高法院 93 年度台簡上字第 15 號民事判決），故系爭支票之禁止背書轉讓，雖未另為簽名，仍為有效，合先敘明。
- 2.按票據法第 144 條準用第 30 條第 2 項規定，記名支票之發票人有禁止轉讓之記載者，不得轉讓。所謂不得轉讓之效力，係指票據喪失流通性，即不得依票據行為轉讓，若仍為票據行為轉讓者，僅生民法上通常債權讓與之效力，應不生票據法上之效力，自不得依票據法之規定對於為禁止轉讓之發票人行使票據上之權利(最高法院 87 年度台簡上字第 30 號民事判決)。

(二)至於乙背書時記載禁止背書轉讓應不生票據法上之效力：

由於乙所取得之票據為發票人記載禁止背書轉讓之票據，業已喪失流通性，本不得依票據法再行轉讓，票

² 林國全，〈閉鎖性股份有限公司股東會選任董監事得否排除累積投票制之適用？〉，《月旦法學教室》，第 164 期，2016 年 6 月。

據法中亦未規定在禁止背書轉帳中得再以背書方式為之並得以記載禁止背書轉讓之明文，故按票據法第 12 條，禁背票據之受款人再為背書之行為以及其禁止背書轉讓之記載，係票據法所不規定之事項，不生票據上之效力。

- (三)綜上所述，本題甲簽發一紙支票與受款人乙，並於票面記載禁止背書轉讓，系爭票據已喪失流通性，執票人乙雖以背書轉讓予丙不生票據法之效力，丙自無法主張票據法上之追索權。另丙又將系爭票據以背書轉讓予丁，該票據以喪失流通性已如前述，該背書轉讓亦不生票據法上之效力，丁不得對丙行使票據法上之追索權。丙之背書轉讓雖有民法通常讓與之效力，惟丙並未對於乙有追索權，丁亦無法取得並行使對乙之票據法上之追索權，基此，丁無法向乙丙行使追索權。

- 三、甲委託 A 海運公司自高雄港運送貨物至日本橫濱港，交付於受貨人乙，A 海運公司依約定將貨物運送到達目的地後，受貨人乙發現該貨物有損壞之情事。試依我國法律規定及實務見解，分別就 A 海運公司係簽發載貨證券 (B/L)、採電報放貨或簽發海上貨運單 (SEA WAYBILL) 等三種方式處理託運事宜時，其法律性質及受貨人請求交付貨物之方法有何不同，試說明之。(25 分)

試題評析	本題涉及海運實務上可能使用之三種海運單據之區別，考生除須熟悉海商法及民法關於載貨證券之規定外，尚須了解法院實務對於電報放貨與海上貨運單之見解。
考點命中	1.《高點·高上商事法講義》第二回，林律師編撰，頁 22-24。 2.《高點·高上商事法總複習講義》，林律師編撰，頁 82-84。

答：

- (一)載貨證券是「物權證券」具物權效力，而載貨證券為「繳還證券」，貨物運送到目的港後，受貨人乙得依海商法第 58 條第 1 項規定，提出並交還載貨證券後，請求 A 海運公司交付貨物，且 A 海運公司及船長不得拒絕交付之：

- 1.載貨證券是「物權證券」，具物權效力：

- (1)依海商法第 53 條規定：「運送人或船長於貨物裝載後，因託運人之請求，應發給載貨證券」。航運實務稱之為提單，民法亦同，是海商法第 60 條第 1 項規定：「民法第 627 條至第 630 條關於提單之規定，於載貨證券準用之」。又依民法第 629 條規定：「交付提單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」。
- (2)而最高法院 76 年度台上字第 771 號判例對載貨證券之物權效力，採取單純相對肯定說，亦即以運送人直接占有或間接占有為前提，倘運送人對貨載喪失直接占有或間接占有，縱將載貨證券交付他人，亦不生所有權移轉之物權效力。

- 2.貨物運送到目的港後，受貨人乙得依海商法第 58 條第 1 項規定，提出並交還載貨證券後，請求 A 海運公司交付貨物，且 A 海運公司及船長不得拒絕交付之：

- (1)依海商法第 60 條第 1 項準用民法第 630 條規定：「受貨人請求交付運送物時，應將提單交還」，且海商法第 58 條第 1 項前段規定：「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」。
- (2)而最高法院 67 年度台上字第 1229 號判例謂：「載貨證券具有換取或繳還證券之性質，運送貨物，經發給載貨證券者，貨物之交付，憑載貨證券為之，即使為實際之受貨人，苟不將載貨證券提出及交還，依海商法第 104 條（現行法第 60 條第 1 項）準用民法第 630 條規定，仍不得請求交付運送物」。

- (二)我國法未有電報放貨之明文規定，惟依實務見解，電報放貨之通知單僅為一不得轉讓之單據證明，不具物權效力。貨物運送到目的港後，受貨人乙得提出電報放貨之通知單，換取小提單 (D/O)，請求 A 海運公司交付貨物：

- 1.我國法未有電報放貨之明文規定，依最高法院 104 年度台上字第 643 號判決定義電報放貨為：「按海運實務上所稱之『電報放貨』，乃附麗於載貨證券而存在，該方式之提貨，通常是貨物比載貨證券較早到目的港時，由託運人提供擔保，再由運送人通知其在目的港之代理人，允許受貨人提出該電報放貨之通知單，即可換取小提單 (D/O)，而不須交付載貨證券以提領貨物之權宜方式。該電報放貨之通知單，僅惟一不得轉讓之單據證明，初與已取得物權效力而得以背書轉讓之載貨證券未盡相同」。
- 2.實務作法上，係由託運人將其領取之全套提單正本繳還運送人，或不交付提單正本，僅由託運人持有提單副本，甚或於運送物上船後，於提單正本加蓋「SURRENDERED」戳記，由運送人傳真其目的港之分支

機構或其代理人以憑交貨，而由託運人切結表明委請運送人拍發電報通知目的港之分支機構或其代理人，將貨物交給提單上所指定之受貨人，受貨人無須提示提單正本亦得請求交付貨物。

3. 綜上，依實務見解及實務作法，貨物運送到目的港後，受貨人乙得提出電報放貨之通知單，換取小提單(D/O)，而不須交付載貨證券以提領貨物。

(三)我國法未有海上貨運單之明文規定，惟依實務見解，海上貨運單係不得轉讓之單據，為海上貨物運送契約之證明與接受、裝載貨物之收據，不具物權效力，運送人負有將貨物交付於其所載受貨人之義務。貨物運送到目的港後，受貨人乙得提出海上貨運單，請求 A 海運公司交付貨物：

1. 我國實務見解曾混淆海上貨運單與電報放貨通知單，嗣於最高法院 102 年度台上字第 346 號判決釐清海上貨運單與電報放貨通知單之區別，而定義海上貨運單：「按所謂『海上貨運單』，1977 年國際海運協會將其定義為：『係不得轉讓之單據，為海上貨物運送契約與接收、裝載貨物之證明，運送人負有將貨物交付其所載受貨人之義務』，與一般海運提單即載貨證券有別，並非物權證券，僅是託運人與運送人間之契約」。

2. 海上貨物單既為非流通證券、非物權證券，且運送人負有將貨物交付其所載受貨人之義務，是貨物運送到目的港後，受貨人乙得提出海上貨運單，請求 A 海運公司交付貨物。

四、A 公司就其廠房及機器設備向 B 產物保險公司投保商業財產險，B 產物保險公司再以原商業財產保險相同之條款向 C 再保險公司辦理臨時再保險 (facultative reinsurance)。某日，A 公司所投保之廠房處所發生火災，致所投保財物發生嚴重毀損，B 產物保險公司依專家理算報告及契約規定，給付 A 公司新臺幣 (下同) 8000 萬元。C 再保險公司依據再保險契約賠償 B 產物保險公司 4240 萬元。鑑識專家於火災後，調查認為該廠房與機器設備之設計者 D 公司、製造商 E 公司及設備供應商 F 公司因未注意安全性之要求，始致生火災。C 再保險公司基於保險代位權之行使，起訴請求 D、E、F 等三家公司負連帶賠償責任。試問：C 再保險公司之主張是否有理由？請依我國法規定、實務與學說見解加以說明之。(25 分)

試題評析	本題涉及再保險人得否依保險法第 53 條第 1 項規定，得代位行使原保險之被保險人對於第三人之請求權之爭議，考生僅須將相關學說及實務見解熟讀即可。
考點命中	《高點·高上保險法講義》第四回，林政大編撰，頁 17-18。

答：

(一)由於再保險契約並無保險法第 53 條之適用，故 C 再保險公司之主張無理由：

1. 依保險法第 53 條第 1 項規定：「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」。

2. 然再保險人得否依保險法第 53 條第 1 項規定，行使代位請求權有以下兩說：

(1) 肯定說：

此說認為保險法規定之再保險，乃保險人以其所承保之危險，轉向他人保險人為保險之契約行為，性質上原屬於分擔危險之「責任保險」，即再保險人（再保險契約之保險人）於再保險契約所約定之危險（原保險人依其與原被保險人間之保險契約而生之給付保險金義務）發生時，應負給付保險金予原保險人（再保險契約之被保險人）之義務，亦屬於「損失填補保險」。是除另有約定或習慣外，再保險契約仍有保險法第 53 條第 1 項規定之適用，再保險人得代位行使原保險之被保險人對於第三人之請求權。最高法院 93 年度台上字第 2060 號判決，亦採此見解。

(2) 否定說：

此說認為再保險契約並無保險法第 53 條之適用，再保險人不得代位行使原保險之被保險人對於第三人之請求權，最高法院 98 台再字第 70 號判決，亦採此見解。理由如下：

① 自現代保險制度興起之過去二百餘年之再保險實務上，從未聞有再保險人逕向第三人代位之案例，而係由原保險人主張保險代位後，再依再保比例攤付給再保險公司。

② 況且，單純承認再保險人可依保險法第 53 條第 1 項取得原保險人對於第三人之請求權，在非比率再保險之情況中，均難以計算再保險人取得請求權之範圍與數額；再者，如再保險人另將其所承擔之

部分危險，再以再保險方式移轉給其他再保險人，或另以共保方式由多數再保險人共同承擔時，移轉之要件與範圍將更難以判斷計算。在無法解決上述問題的情況下，勉強適用保險法第 53 條於再保險關係，將徒生困擾，且無助於任依代位求償關係人之利益。

3. 管見以為應採否定說為妥，理由如下：

再保險契約之雙方當事人均為保險公司，其經濟地位與專業知識相當，為商人保險之一種，與一般消費者保險不同。而我國保險法雖未明確界定其適用範圍，但從諸多保護要保人與被保險人之規定來看，顯係以消費者保險為規範對象，蓋在再保險法律關係中，應絕對貫徹私法自治與契約自由原則，並不須特別保護原保險人。綜觀現行保險法第 39 條至第 42 條之再保險規定可發現，其均係基於債之相對性以釐清原保險與再保險關係之規定，並無一涉及再保險契約中之權利義務，因此，再保險除得適用一般保險法基本原則外，僅須由契約自行規範。是再保險人與原保險人間如何處理第三人之代位，亦應屬契約自由所得適用之事項，若將保險法第 53 條適用於再保險契約，無異強制原保險人與再保險人間發生債權移轉之效果，有侵害契約自由之嫌，故應採否定說為當。

(二) 綜上所述，既採否定說，再保險契約並無保險法第 53 條之適用，再保險人不得代位行使原保險之被保險人對於第三人之請求權，則 C 再保險公司之主張無理由。

高點
·
高上

【版權所有，重製必究！】