

# 《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】

丁於票載發票日逾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

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。