

106 年公務人員特種考試司法官考試第二試試題

等別：三等考試

類別：司法官

科目：商事法(公司法、保險法、票據法、證券交易法)

一、A 為一家上櫃之科技股份有限公司（下稱 A 公司），A 公司大股東為外商 B 有限公司（下稱 B 公司）。B 公司於民國（下同）105 年 5 月 31 日，宣布將從公開市場以溢價 22%、即每股新臺幣（下同）128 元的價格，合計 48.6 億元公開收購 A 公司之股份，且經投審會同意。但同年 8 月 31 日，B 公司卻惡意違約不履行，致使收購破局，A 公司股價大跌，投資人損失慘重，若以公開收購起始日的股價計算，3 千餘名參與應賣的股民慘賠近 22 億元。本案中 B 公司僅有 5,000 萬元之實收資本，卻提出 48.6 億元之公開收購案，加上於 A 公司被收購期間，A 公司融券空單從 2 千張暴增至 1 萬 2 千張，與常理相違，疑點重重，檢調機關遂主動介入調查。本案經檢察官偵結起訴後發現 A 公司之董事長甲多次利用其所實質掌握的紙上公司為「虛擬策略性投資人」，以較時價便宜之價格取得 A 公司之私募股票，再與證券商密謀活絡股票交易等方式藉此套利，甲累計不法獲利高達 40 億元。然而，甲堅稱其清白，並不願辭掉董事長職務。又 A 公司兩位獨立董事乙與丙，雖曾於公司收購董事會議中，陳述審議意見為「本次公開收購條件尚符合公平性與合理性之原則」，但乙在 A 公司該年度共計 12 次董事會中，僅出席 2 次。A 公司之股東丁不甘權益受損，主張依公司法之規定，甲應立即辭去職務，並歸還所獲之不法利益 40 億元；此外並主張該公司獨立董事乙和丙違反善良管理人之注意義務，應賠償公司所受之損害。試問，若丁得合法提起訴訟，就上述情事，應如何主張？其相關法令規定及法理為何？（120 分）

請注意，答題除敘述相關學說或實務理論外，就本案之具體論斷應附個人看法及理由。

【擬答】：

(一) A 公司股東丁不得主張甲辭去董事職務：

按公司法關於董事解任，規範有公司法第 192 條第 5 項準用第 30 條、第 195 條、第 197 條、第 199 條、第 199 條之 1、第 200 條之規範，然並無股東得請求董事辭職之規範，故 A 公司股東丁不得主張甲辭去董事職務

(二) A 公司股東丁得主張依公司法第 200 條裁判解任甲之董事職位：

1. 公司法第 200 條：

持股百分之三之股東得於股東會決議解任董事不通過之股東會後 30 日內訴請法院解任董事

2. 公司法第 200 條立法意旨：按董事本得依公司法第 199 條決議解任，然唯恐股東會為大股東把持從而無法發揮效用，從而設有裁判解任之補救規範。

3. 結論：

丁股東若於符合百分之三的股東要件下，得先依公司法第 173 條召開股東會解任甲之董事職位，若該股東會決議不通過，基於本題中甲多次以私募股票套利方式獲利並經檢察官起訴，應屬符合「違反法令之重大事項」之事由，可依公司法第 200 條訴請法院裁判解任甲之董事職位。

(三) A 公司股東丁得請求財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心（以下簡稱投保中心）依證券投資人及期貨交易人保護法第 10 條之 1¹（以下簡稱投保法）裁判解任甲之董事職位

¹ 證券投資人及期貨交易人保護法第 10 條之 1：

I 保護機構辦理前條第一項業務，發現上市或上櫃公司之董事或監察人執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，得依下列規定辦理：

1. 投保法第 10 條之 1：

投保中心得依投保法第 10 條之 1 對於上市上櫃公司董事有重大違法之情事，訴請法院裁判解任期董事職位，不受公司法第 200 條持股 3% 及必須先經解任董事未通過之股東會決議之要件。

2. 投保法第 10 條之 1 立法意旨：基於公益，使投保中心得不受公司法第 200 條之持股及程序限制，逕向法院起訴裁判解任董事。

3. 結論：

本題中 A 公司為上櫃公司，符合投保法第 10 條之 1 公司主體規範，本題中甲董事多次以私募股票套利方式獲利並經檢察官起訴，應屬符合「違反法令之重大事項」之事由，故而丁應可請求投保中心依投保法第 10 條之 1 裁判解任甲之董事職位，且不受前開說明之公司法第 200 條之要件限制。

(四) 股東丁可主張甲之行為違反公司法第 23 條第 3 項，應歸還不法獲利 40 億元，丁可依公司法第 214 條代位 A 公司行使該權利：

1. 公司法第 23 條第 3 項：公司負責人違反忠實義務，公司得以股東會決議，將該行為之所得視為公司之所得，行使歸入權。

2. 公司法第 23 條第 3 項立法意旨：為避免公司負責人違反忠實義務時，公司常無損害而負責人受有利益，故而制訂本條。

3. 公司法第 173 條：持股一年以上、百分之三的股東得於請求董事會召開股東會不果後，取得經濟部許可召開股東會。

4. 公司法第 214 條：持股一年以上百分之三股東得請求監察人起訴董事，監察人不起訴後 30 日內代位公司起訴請求董事賠償損害與公司。

5. 結論：

(1) 本題中董事長甲多次利用紙上公司以私募方式取得 A 公司股票套利之行為，應足認定甲利用公司之資訊，從而獲取個人利益，係屬違反公司法第 23 條第 1 項之忠實義務，又依公司法第 8 條第 1 項，甲董事係屬公司負責人，故依公司法第 23 條第 3 項之規定得以股東會普通決議行使歸入權。

(2) 丁股東得依公司法第 173 條召開股東會通過對甲行使歸入權後，再依公司法第 214 條代位 A 公司行使歸入權。

(五) A 公司股東丁得主張獨立董事乙該年度共計 12 次董事會中，僅出席 2 次，係屬違反公司法第 23 條第 1 項善良管理人注意義務，丁於符合公司法第 214 條要件下可代位 A 公司向乙求償。

1. 公司法第 23 條第 1 項，公司負責人對公司負擔善良管理人注意義務，違反對公司負有損害賠償責任。

2. 公司法第 23 條第 1 項善良管理人注意義務，包括出席董事會義務：

(1) 董事和公司間係屬委任關係，公司法並定有董事會出席、討論之規範，故而應可認定董事出席義務係屬善良管理人注意義務之一環

(2) 參考公開發行公司董事會議事辦法第 7 條規定²，應提出董事會討論之事項，全體獨立

一、請求公司之監察人為公司對董事提起訴訟，或請求公司之董事會為公司對監察人提起訴訟。監察人或董事會自保護機構請求之日起三十日內不提起訴訟時，保護機構得為公司提起訴訟，不受公司法第二百四十四條及第二百二十七條準用第二百四十四條之限制。保護機構之請求，應以書面為之。

二、訴請法院裁判解任公司之董事或監察人，不受公司法第二百條及第二百二十七條準用第二百條之限制。

² 公開發行公司董事會議事辦法第 7 條第 5 項：

V 公司設有獨立董事者，應有至少一席獨立董事親自出席董事會；對於第一項應提董事會決議事項，應有全體獨立董事出席董事會，獨立董事如無法親自出席，應委由其他獨立董事代理出席。獨立董事如有反對或保留意見，應於董事會議事錄載明；

董事有出席義務，故而更足認定獨立董事出席董事會係屬善良管理人注意義務之一環。

3. 公司法第 214 條已如前述。

4. 結論：

本題中乙為獨立董事，按獨立董事依證券交易法第 14 條之 2 規範，需具備獨立性與專業性，然除此之外和一般董事所負責任並無不同之處，故獨立董事亦為董事，依公司法第 8 條第 1 項係為公司負責人，從而負有公司法第 23 條第 1 項之對公司善良管理人注意義務，本題中乙於 12 次董事會中僅出席 2 次，應屬違反善良管理人注意義務，故而依公司法第 23 條第 1 項對 A 公司負擔損害賠償責任，A 公司股東丁於符合公司法第 214 條要件下，得代位 A 公司向乙求償。

(六) A 公司股東丁得主張獨立董事乙、丙於審查 B 公司公開收購案時，係屬違反善良管理人注意義務，丁於符合公司法第 214 條要件下可代位 A 公司向乙、丙求償

1. 公司法第 23 條第 1 項、公司法第 214 條已如前述

2. 結論：

(1) 乙、丙應屬違反善良管理人注意義務：

① 本題中之公開收購案，B 公司實收資本僅有 5,000 萬元，卻提出 48.6 億元之公開收購，於 A 公司被收購期間，A 公司融券空單從 2 千張暴增至 1 萬 2 千張，與常理相違，疑點重重，乙、丙均未予察覺，竟於公司收購董事會議中，陳述審議意見為「本次公開收購條件尚符合公平性與合理性之原則」，應屬違反公司法第 23 條第 1 項之善良管理人注意義務。

② 依公開收購公開發行公司有價證券管理辦法（以下簡稱公開收購辦法）第 14 條、第 14 條之 1 意旨³，被收購公司董事會、審議委員會應檢視公開收購人之身分、財源，收購條件，更足可證本題中乙、丙未善盡審查之善良管理人注意義務。

(2) 基於乙、丙違反公司法第 23 條善良管理人注意義務，丁於符合公司法第 214 條要件下，應得代表公司起訴乙、丙請求損害賠償。

³ 如獨立董事不能親自出席董事會表達反對或保留意見者，除有正當理由外，應事先出具書面意見，並載明於董事會議事錄。
公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 14 條：

I 被收購有價證券之公開發行公司於接獲公開收購人依第九條第六項規定申報及公告之公開收購申報書副本、公開收購說明書及相關書件後十五日內，應就下列事項公告、作成書面申報本會備查及抄送證券相關機構。

一、現任董事、監察人及持有本公司已發行股份超過百分之十之股東目前持有之股份種類、數量。

二、董事會應就本次公開收購人身分與財務狀況、收購條件公平性，及收購資金來源合理性之查證情形，對其公司股東提供建議，並應載明董事同意或反對之明確意見及其所持理由。

三、公司財務狀況於最近期財務報告提出後有無重大變化及其變化內容。

四、現任董事、監察人或持股超過百分之十之大股東持有公開收購人或其符合公司法第六章之一所定關係企業之股份種類、數量及其金額。

五、其他相關重大訊息。

公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 14 條之 1：

I 被收購有價證券之公開發行公司於接獲公開收購人依第九條第六項規定申報及公告之公開收購申報書副本、公開收購說明書及其他書件後，應即設置審議委員會，並於十五日內公告審議結果及審議委員符合第四項規定資格條件之相關文件。

II 前項之審議委員會應就本次公開收購人身分與財務狀況、收購條件公平性，及收購資金來源合理性進行查證與審議，並就本次收購對其公司股東提供建議。審議委員會進行之查證，須完整揭露已採行之查證措施及相關程序，如委託專家出具意見書亦應併同公告。

III 審議委員會委員之人數不得少於三人，被收購有價證券之公開發行公司設有獨立董事者，應由獨立董事組成；獨立董事人數不足或無獨立董事者，由董事會遴選之成員組成。

IV 審議委員會委員之資格條件，應符合公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法第二條第一項及第三條第一項規定。

(七)股東丁可主張甲及證券商違反證券交易法第 155 條規範(以下簡稱證交法)，從而向其主張損害賠償：

1. 證券交易法第 155 條第 2 項：證交法第 155 條第 1 項受規範之公司包括上櫃公司。
2. 證券交易法第 155 條第 1 項第 3 款：對於上櫃股票不得與他人通謀為相對委託之提高交易量行為
3. 證券交易法第 155 條第 1 項第 7 款：不得對上櫃股票為有價證券交易價格之操縱行為
4. 證券交易法第 155 條第 3 項：違反證交法第 155 條第 1 項、第 2 項者，對於善意買賣人負擔損害賠償義務。
5. 結論：

本題中甲與證券商密謀活絡 A 上櫃公司股票交易等方式藉此套利，應屬符合證交法第 155 條第 1 項第 3 款或第 7 款之行為，從而依證交法第 155 條第 3 項對於善意買入或賣出人負擔損害賠償義務，丁股東若符合主體要件，自得依證交法第 155 條第 3 項向甲及證券商起訴請求損害賠償。

(八)股東丁可主張 B 公司違反證券交易法第 43 條之 4 準用第 32 條，從而主張損害賠償

1. 依證券交易法第 43 條之 4 第 3 項，公開說明書如有不實，準用證交法第 32 條之公開說明書不實之責任：
2. 結論：

本題中 B 公司對 A 公司發動公開收購，事後 B 公司卻惡意違約不履行，致使收購破局，A 公司股價大跌，投資人損失慘重，應可認定 B 公司於併購之始即無公開收購之意思，從而應足認定 B 公司公開說明書記載之公開收購目的不符，係屬主要內容不實，依證交法第 43 條第 4 項準用第 32 條應對 B 公司應賣股東負擔損害賠償責任，丁股東若為應賣股東，應得依該規範向 B 公司請求損害賠償。

(九)股東丁可主張 B 公司違反證交法第 20 條第 1 項，依證交法第 20 條第 3 項請求損害賠償：

1. 證券交易法第 22 條第 1 項，有價證券買賣不得有虛偽不實行為，違反者並有同條第 3 項對於善意買入或賣出人之損害賠償責任。
2. 結論：

本題中 B 公司對 A 公司發動公開收購，事後 B 公司卻惡意違約不履行，致使收購破局，A 公司股價大跌，投資人損失慘重，應可認定 B 公司於有價證券之買賣有虛偽不實之行為，若丁係應賣之股東，應得依證交法第 20 條第 3 項向 B 公司請求損害賠償。

二、甲以其未成年兒子乙為被保險人向 A 人壽保險股份有限公司(下稱 A 壽險公司)投保終身人壽保險附加醫療保險。終身人壽保險約定死亡給付為新臺幣(下同)100 萬元，如未死亡，則每滿五年得請求生存給付 10 萬元。就醫療保險部分，如因疾病或意外事故而住院治療時，受益人得視情形選擇實支實付型醫療給付或日額型醫療費用給付。試依下述兩種獨立情況，分別作答之：

(一)契約締結時，乙年僅 10 歲，要保書上之被保險人簽名欄位並非由乙親自簽名，而係由甲簽寫乙之姓名於其上，乙未曾知悉該契約之存在。契約存續期間，乙於 14 歲時不幸因車禍事故而住院治療。但住院治療一年多後，仍回天乏術，不幸於 16 歲時死亡。試問：本件保險契約之效力如何？保險人是否應負保險責任？(20 分)

(二)甲於向 A 壽險公司締結前述契約後，另又向 B 人壽保險股份有限公司(下稱 B 壽險公司)投保終身人壽保險附加醫療保險。締約時乙已年滿 17 歲，並由乙親自簽名於要保書之被保險人欄位上。乙於 18 歲時，遭逢意外事故而受傷住院。住院期間共十日，其醫療費用

共支付 20 萬元。經查，甲與 A 壽險公司所訂立之醫療保險給付額度為住院一日給付 1,000 元，因同一意外事故所生之醫療費用給付上限為 15 萬元；甲與 B 壽險公司所訂立之醫療給付額度為住院一日 1,500 元，因同一意外事故所生之醫療費用給付上限為 15 萬元。乙持醫療單據正本向 A 壽險公司請求 15 萬元後，復又向 B 壽險公司請求 15 萬元，孰料 B 壽險公司以其與甲所訂立之契約條款約定僅接受醫療單據正本理賠為由，拒絕給付保險金。試問：乙得否向 B 壽險公司請求保險給付？若得請求，其得請求之數額為何？(20 分)

請注意，答題除敘述相關學說或實務理論外，就本案之具體論斷應附個人看法及理由。

【擬答】：

(一)本件人壽保險契約部分已生效，A 保險公司應給付死亡保險金；又本件醫療保險部分有效，A 保險公司應給付該住院醫療費用：

1. 人壽保險部分探討

(1)合先敘明者係，本件為生死合險之保險契約，故生存保險部分毋需經被保險人之書面同意即可生效，不在本題討論範圍。

(2)按為避免要保人為自身利益而訂立死亡保險契約，保§105 賦予被保險人書面同意權作為契約之特別生效要件，以控制道德危險。本件被保險人為年僅 10 歲之限制行為能力人，於系爭要保書上未親自簽名，而由其法定代理人代為之，則系爭保險契約似因欠缺保§105 被保險人書面同意之要件而無效？換言之，關於限制行為能力人之書面同意得否由其法定代理人代為之，學說與實務間容有爭議：

①保險實務⁴上允許法定代理人代為同意：

保險實務依民法§77 及§79I 之規定，允許一定條件下為未成年子女投保死亡保險，包括出生之嬰兒，故法定代理人應有權代為訂立死亡保險契約。

②有學者自立法目的衡量，應否認法定代理人代理同意權之行使：

①立法者係藉由賦予被保險人契約成立時獨立的道德危險評估權，強化對被保險人人格之尊重。是以，保§105之存在，足以表明任何他人為被保險人所作的判斷，均不足以正確反映道德危險的真實情況，亦不能取代被保險人對於道德危險的主觀判斷。

②如容許被保險人之法定代理人為此書面同意，無異與本條立法意旨相違，故應由未成年人自為此依書面同意，而不得由其法定代理人代為同意。

③亦有學者基於維護同意權之妥善行使，行使同意權人與法定代理人應為不同主體：

①法定代理人為未成年人投保死亡保險時，仍應有保§105之適用，故當未成年之被保險人無法單獨行使同意權時，應由其法定代理人為之。然而，法定代理人自為要保人時，則應由他方法定代理人或由法院選任特別代理人行使同意權。

②換言之，為避免道德危險，被保險人同意權不得以雙方代理行使之，訂立契約之要保人與行使同意權之人應屬不同主體，以發揮牽制之作用。

⁴ 8 歲兒童在幼稚園階段即被判定為重度自閉症，在 8 歲時改判定為中度自閉症，不會言語，在八歲時僅會寫自己的姓，不會寫名字。目前該男童已經 12 歲，相當於小學六年級。未做監護宣告及輔助宣告。8 歲時由保險公司招攬投保終身醫療附加意外險及傷害醫療，要保人為父親，被保險人簽名欄由父親代簽，目前已繳費 4 年。保險公司客服人員主張，法定代理人代簽名，故保單有效，詢問台北地院法官，也是認為法定代理人有代簽名的權利，故保單有效。請問保單有效嗎？或自始無效？

(一)依民法第 77 條第 1 項規定：「限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。」及第 79 條規定：「限制行為能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。」。被保險人為限制行為能力人，依前揭規定，其為意思表示及受領意思表示仍應得法定代理人允許。

(二)要保人(父親)，為罹患自閉症兒子(8 歲)的保險利益投保醫療險，並代為簽名於要保書的被保險人簽名欄。被保險人於締約時為限制行為能力人，父親基於被保險人之法定代理人身分代為簽名同意，於法尚無不合，惟該保險契約是否業已有效成立乙情，於評議申請個案中，仍須經由本中心評議委員會審酌個案情形予以認定（如有無該限制行為能力之另位法定代理人【母親】同意或授予代理權等）。

資料來源：<https://www.foi.org.tw/Article.aspx?Lang=1&Arti=624&Role=2>(財團法人金融消費評議中心)

④司法實務見解⁵則認為被保險人行使保§105 書面同意權僅須具備自行評估危險之能力即可，仍應親簽：

①因保§105書面同意權與民法有關行為能力之規範目的不同，不應等視，故判斷標準應以被保險人是否有決定自身事務之能力，且對死亡保險契約之危險有相當認識即可，不以具完全行為能力為必要。(惟仍須考量被保險人社會、經濟背景等因素而定)。

②是以，限制行為能力人有決定自身事務之能力，有相當之判斷能力，關係其身體之人格權益，如完全委諸法定代理人代為簽名同意，亦有保§107規定之道德危險

⁵【臺灣高等法院民事判決九十一年度保險上字第五四號】

兩造爭執要旨：本件兩造爭執要旨雖有人壽保險是否有複保險之適用？被保險人陳宗慶是否為意外死亡？及本件保險契約並未經被保險人陳宗慶書面同意，是否有效？等項，惟其最主要之爭點乃在於本件保險契約未經被保險人陳宗慶書面承認，是否有效？經查：

(一)上訴人以陳宗慶為被保險人，向被上訴人富邦人壽公司投保之兩件保險及被上訴人宏利人壽公司投保之一件保險契約，上開富邦人壽公司之保險為死亡保險，毫無疑義，至於宏利人壽之保險雖為團體險其性質仍屬於死亡保險，其要保書均未經被保險人陳宗慶簽名，而係上訴人代簽其姓名，業據上訴人承認在卷，是此保險契約未經被保險人陳宗慶書面承認，依修正前保險法第一百零五條規定「由第三人訂立之死亡保險契約，未經被保險人書面承認，並約定保險金額，契約無效。」，該保險契約應認無效。

(二)雖上訴人主張修正前保險法第一百零五條未規定應由被保險人親自簽名，是被上訴人以被保險人未親自簽名主張保險契約無效，於法無據。且上訴人為被保險人之父，為被保險人之法定代理人，基於父子關係得代理被保險人同意而代為簽名。再者，被上訴人對於保險契約之成立，自有層層稽核審查之權，系爭保險契約既經被上訴人核保，顯見被上訴人亦認為被保險人毋須親自簽名，並知上訴人係得被保險人同意而代簽云云。惟查修正前保險法第一百零五條規定之「...被保險人書面承認」，必須以書面表示承認，苟非有被保險人親自簽名蓋章之文書，如何證明被保險人有書面承認，茲既無其他文書，僅要保書有此欄位，即表示應由被保險人親自簽名，縱認此欄位之被保險人毋須親自簽名，上訴人亦未能證明被保險人有其他書面承認，是本件保險應屬無效。又依保險法第一百零五條之立法意旨主要在避免道德危險之發生，故以「被保險人書面承認」為生效要件，此被保險人同意，具有專屬性，應由本人為之，不適用法定代理人代理同意。故上訴人辯稱陳宗慶為限制行為能力人，伊為法定代理人，得逕行代理限制行為能力人為書面承認云云，應有誤會，蓋如前所述，此需被保險人書面承認，係為避免道德危險，要被保險人知悉有他人以其生命投保，如認為不妥，縱係其父為要保人，亦可拒絕，此觀保險法一百零七條第一項規定「訂立人壽保險契約時，以未滿十四歲之未成年人，或心神喪失或精神耗弱之人為被保險人，除喪葬費用之給付外，其餘死亡給付部分無效。」，尚有限制保險金額至明，茲被保險人陳宗慶係七十一年生，投保時為十六歲，心智已漸成熟，自可決定是否同意，參照未成年人結婚，依民法第九百八十一條規定「未成年人結婚，應得法定代理人同意」，僅須得法定代理人同意即可，不可由法定代理人代理之同一法理，更需由被保險人陳宗慶自行決定是否同意，不可由法定代理人代為同意。退一步言，縱認法定代理人有此代理同意權，於本件上訴人為要保人兼受益人，與被保險人間有利害關係，基於民法第一百零六條規定「代理人，非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人法律行為。但其法律行為，係專履行債務者，不在此限。」之同一法理，依最高法院六十五年台上字第八四〇號判例「民法第一百零六條關於禁止雙方代理之規定於意定代理及法定代理均有其適用。」，上訴人違反雙方代理法則，仍不得代理。

(三)綜上，本件系爭保險契約既未經被保險人陳宗慶之書面承認，其保險契約為無效，應可認定。保險契約既屬無效，本件另外兩個爭點即本件是否有效保險之適用？被保險人陳宗慶是否為意外死亡？則無庸進一步探討，併予敘明。

【臺灣臺北地方法院 89 年度保險字第 134 號判決】

應審酌者為原告代限制行為能力人陳宗慶代簽同意死亡保險之意思表示，保險契約是否有效。按「由第三人訂立之死亡保險契約，未經被保險人書面承認，並約定保險金額，契約無效」，修正前保險法第一百零五條定有明文，九十年七月九日上開條文修正成第一項，修正規定為：「由第三人訂立之死亡保險契約，未經被保險人書面同意，並約定保險金額，其契約無效。」，是由原「書面承認」之用語，修正為「書面同意」，以涵括事前允許及事後承認之分別，修正前與修正後規定，兩者均在要求死亡保險契約應有被保險人書面同意為要件。本條被保險人如為逾十四歲以上之限制行為能力人，由其法定代理人代理簽訂書面承認，保險契約是否有效？此之爭議，原告主張修正前保險法第一百零五條未規定應由限制行為能力人親自「書面承認」，其代子陳宗慶「簽字簽名」，基於父子關係與共同生活之事實，代為簽名承認亦屬常理，保險契約不因之無效。惟本院基於下列理由，被保險人為限制行為能力人時，死亡保險契約應經該限制行為能力人同意，其法定代理人不得代為同意，如由法定代理人代為簽字承認，該保險契約應屬無效。

(一)保險契約之性質為射倖契約，以他人生命訂立死亡保險契約，若毫無限制可隨意為之，則無異於他人之生命為賭注，將提高保險人受保險契約請求之危險，亦即增加道德危險，因此保險法第一百零五條將死亡保險契約委諸被保險人自己衡量是否願意以自己生命為保險標的，用為減少道德危險發生，且以生命為保險標的關係被保險人之人格權，個人人格權益之決定，應由該個人自主決定，不應其為逾十四歲以上之限制行為能力人而有別。

(二)保險法第一百零七條於八十六年五月二十八日修正前原規定：「以十四歲以下之未成年人，或心神喪失或精神耗弱之人為被保險人，而訂立之保險契約無效。」，後因此類死亡保險契約，發生道德危險之實際案例並不多見，遂將之刪除，然實務上主管機關以最高保險金額方式，限制保險人承保十四歲以下未成年人死亡保險之金額，足見此類死亡保險之道德危險發生之可能性，該條文遂於九十年七月九日保險法修正後回復規定為：「訂立人壽保險契約時，以十四歲以下之未成年人，或心神喪失或精神耗弱之人為被保險人，除喪葬費用之給付外，其餘死亡給付部分無效。」，基此可知十四歲以下之未成年人死亡保險契約，立法者顧慮此類保險有道德危險發生可能性，故而回復原規定，將之視為無效，逾十四歲之限制行為能力人雖未如此規定，但該限制行為能力人有決定自身事務之能力，有相當之判斷能力，關係其身體之人格權益，如完全委諸法定代理人代為簽名同意，亦有同前述保險法第一百零七條規定之道德危險存在，是逾十四歲以上限制行為能力人為被保險人之死亡保險契約，應由其本人親自簽名承認，始符立法者防止道德危險之本意。

存在，是逾14歲(現為15歲)以上限制行為能力人為被保險人之保險契約，應由其本人親自簽名承認，始符合立法者防止道德危險之本意。

⑤本文認為，自體系解釋觀之，保§107明顯係保§105、§106之特別規定，則系爭保險契約是否有未成年之被保險人親簽已非本件核心爭議，逕自適用保§107即可：

①因一定年齡以下之未成年人及精神欠缺之人因其社會經歷與相關保險智識明顯不足，客觀上難以期待藉由保§105書面同意行使來防範其生命身體健康之道德危險，立法者始介入此類型保險契約，直接制定其法律效果。換言之，立法者針對保險金額設定上限，即係另一種控管道德危險的替代方案(相較於保§105書面同意權之行使)。

②是以，本文認為保§107已針對未成年之被保險人設立另一種控管其道德危險之機制，自無須再仰賴無法正確評估道德危險的書面同意權(保§105)，抑或如前述實務見解中高度模糊之「自行評估危險能力」(流於個案判斷亦容易產生爭議)，直接適用保§107之規定即可，則本件人壽保險契約部分，因被保險人乙於滿15歲後死亡(即16歲始死亡)，A保險公司應給付人壽部分死亡保險金。

2. 附加醫療保險部分

(1)合先敘明者係，健康保險中保§130並無準用保§107之規定，則前揭本文見解(直接適用保§107之規定)於本件醫療保險中即無從主張之。惟本件應否類推適用保§107於醫療保險中，則生爭議，本文一併於下析述之。

(2)按健康保險中保§130準用保§105而無準用保§107之規定，則關於本件限制行為能力人之醫療保險中，未得被保險人親簽之保險契約是否因欠缺保§105被保險人書面同意之要件而無效？本文認為宜先區分有無類推適用保§107之可能而分別論述之：

①健康保險應類推適用保§107：

①健康保險亦屬人身保險，而有防免道德危險之需求。

②限制行為能力人於死亡保險中無法正確評估風險之情形，在健康保險中亦同樣會發生。

②健康保險無類推保§107之必要：

健康保險係以「疾病、分娩」導致之殘廢或死亡作為保險事故，亦即其保險事故發生原因不具有「外來性」，大幅降低其道德危險之可能。換言之，殊難想像他人得控制風險發生(故意導致保險事故)，如令被保險人得癌症。

③本文則認為，似應區分其請求之費用給付內容而定：

①同前所述，健康保險之特性，其道德危險程度明顯不高於死亡保險與傷害保險，有無必要藉由保§105或者保§107來控管其道德危險，本身即屬於可討論之爭議。

②若本件若受益人(人別不明)係選擇以實支實付型醫療給付請求其住院一年多之治療費用時，因實支實付型醫療費用下，受益人或要保人並無任何可從中牟取不當利得之可能，顯無任何道德危險之虞，更甚者係，醫療費用係全數使用於被保險人，對被保險人而言只有利而無害，則強求系爭保險契約應有被保險人書面同意(保§105)始能有效，反而阻絕了被保險人請求醫療費用之可能，扭曲立法者當時保護被保險人之意旨。綜上，本文認為實支實付醫療費用請求下，保§105與§107不應反成為被保險人請求保險金之阻力，則其存在失其附麗，應認為縱使未得未成年人親簽之保險契約，亦為有效。⁶

③然而，若本件若受益人(人別不明)係選擇以日額型醫療給付請求其住院一年多之

⁶ 本文見解最大的敗筆就是，一個保險契約有沒有效，居然不是成立當時就知道，而是要看保險事故發生後，受益人怎麼請求，才能決定保險契約的效力(這中間就是一個懸而未決的概念)...(然後，我真是誠實，還會在擬答裡面自我打臉)

治療費用時，則因其定額給付性質存有獲取溢額不當利得之可能，即便健康保險道德危險程度不高於死亡保險與傷害保險，仍難謂無任何道德危險(換言之，只要道德危險沒有趨近於零，就是有道德危險)，則有防免道德危險之必要，故回復至前揭A-(B)之討論，且本文仍堅持應捨棄保§105書面同意權之判斷，而類推適用保107之法律效果即可，蓋保§107應為保§105及§106之特別規定。

(二)乙得否向B保險公司請求保險給付，與得請求之數額為何，應依受益人請求之給付內容(限額型或定額型)而分別論述之，且B公司主張「僅接受醫療單據正本」之抗辯有無理由，亦應依受益人請求之給付內容(限額型或定額型)而分別認定之：

1. 乙向B請求有無理由之論述，涉及系爭B保險契約之效力

- (1)合先敘明者係，乙締約時已滿17歲，無保§107條之適用；且乙係親簽之書面同意，亦符合保§105之規定，故甲與B訂立之保險契約符合前揭特別生效要件。
- (2)若乙(受益人)選擇以「實支實付型醫療給付」請求其醫療費用時，應有複保險規定之適用，惟其向B請求給付非屬惡意複保險，非屬保§37無效，其請求為有理由：

①按人身保險契約中，人保承保之保險標的為生命身體之完整性，無從估計，自不受保險法關於複保險相關規定之限制，釋字第576號意旨參照。惟本件係屬人身保險契約中用以填補被保險人經濟上負擔之醫療費用保險，屬於具有損失填補性質之中間性保險，此時是否仍有釋字第576號之適用，亦即中間性保險(消極保險)是否有複保險規定之適用？又保險人應如何給付保險金？學說分述如下：

①實務見解⁷已多次承認複保險規定於具有損害賠償性質之醫療費用保險有其適用：

- (A)按實支實付型之住院醫療保險，保險人係以被保險人實際支出之住院醫療費用為憑藉，按契約約定為給付，其目的在填補被保險人因支出住院醫療費用所受之損害，而非使被保險人於該損害之填補外更受利益，故屬損害保險之一種。
- (B)準此，定額給付型之住院醫療保險，因無損害填補原則之適用，自無複保險規定之適用，而實支實付及提供醫療型之住院醫療保險，因均屬損害保險，皆有複保險規定之適用。

②有學者認為消極保險無複保險規定之適用，而應求助於法無明文之「保險競合」，較具妥當性：

- (A)投保時，「保險金額總額必須超過保險標的之價值」始有不當得利之可能，而有複保險規定之適用。惟「消極保險」於投保當時無法預知風險、損失填補金

⁷【臺灣臺北地方法院 94 年度保險字第 126 號判決】

1. 按「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。」、「要保人故意不為前條之通知，或意圖不當得利而為複保險者，其契約無效。」保險法第36、37條分別定有明文。又上述條文規定，乃基於損害填補原則，為防止被保險人不當得利、獲致超過其財產上損害之保險給付，以維護保險市場交易秩序、降低交易成本與健全保險制度之發展，而對複保險行為所為之合理限制，符合憲法第23條之規定，與憲法保障人民契約自由之本旨，雖無牴觸。惟人身保險契約，並非為填補被保險人之財產上損害，亦不生類如財產保險之保險金額是否超過保險標的價值之問題，自不受保險法關於複保險相關規定之限制。(大法官釋字第576號解釋參照)，是人身保險契約，當無上述保險法第36、37條關於複保險規定之適用甚明。

2. 次按所謂住院醫療保險係指保險人與要保人約定，要保人交付保險費予保險人，保險人同意於被保險人因約定事故之發生(如傷害、疾病或分娩)而有住院醫療之必要時依約定給付之行為。其給付方式復可分為定額給付、實支實付及提供醫療等3種類型，而住院醫療保險之「定位」亦因上述給付方式之不同而異其歸類。前述定額給付型之住院醫療保險，乃保險人依被保險人實際住院之日數，每日給付一固定之金額，不因被保險人實際有否支出該費用或有超支之情形而有影響，該契約顯示保險人與被保險人雙方均認知：如被保險人因疾病、傷害或分娩而有住院醫療之必要時，將遭受包括但不限於住院醫療費用等各種經濟上損失，該等經濟上損失無法量化，故須約定一定之額數作為給付之內容，係以填補抽象性損害為原則，而屬於定額保險之一種，於保險事故發生時無法釐定其保險價額以作為保險給付之最高額，無不當得利發生之可能。而實支實付型之住院醫療保險，保險人係以被保險人實際支出之住院醫療費用為憑藉，按契約約定為給付，其目的在填補被保險人因支出住院醫療費用所受之損害，而非使被保險人於該損害之填補外更受利益，故屬損害保險之一種。另提供醫療型之住院醫療保險，保險人則係提供適當之醫療環境以診療被保險人因約定事故發生所受之身體健康上之損害，而不給付任何費用予被保險人，應亦屬損害保險之一種。準此，定額給付型之住院醫療保險，因無損害填補原則之適用，自無複保險規定之適用，而實支實付及提供醫療型之住院醫療保險，因均屬損害保險，皆有複保險規定之適用。

額多寡。

(B)再者，消極保險中並無「保險價額」之概念，「損害額」係「損失金額」，並非保險價額，換言之，消極保險之保險價額非但於訂約時無法預估，即便保險事故發生後，仍不能以該損害額作為保險價額，蓋保險金額為各次保險事故之最高給付金額，而非總給付金額之上限⁸，所以不適用複保險之規定。

(C)惟利得禁止原則係損害保險最基本之原則，縱因消極保險無保險價額作為「超額」之判斷，仍應以其他理論來維持利得禁止原則，如用以處理複數財產保險或責任保險並存之「保險競合」⁹。

③亦有學者認為，消極保險仍有複保險規定之適用：

(A)消極保險之保險利益價值，僅係於「契約訂立時」無從預估；惟於「保險事故發生後」，責任保險中下第三人之賠償請求權或費用保險下之實際耗損費用即得確定，是以，消極保險仍有複保險規定之適用。

(B)惟要保人無法事先預估消極支出範圍，故不存在惡意不當得利之意圖，所以應適用善意複保險之效果。換言之，應類推適用保§38之規定來填補此一法律漏洞。

④本文認為消極保險有複保險規定之適用，故消極保險仍有成立惡意複保險之可能：

(A)為使保險人得事先知悉道德危險及避免將來的重複補償，保§36通知義務之適用範圍自應及於消極保險，換言之，消極保險並不因契約成立時無法確立保險價額，即免除其保§36通知義務之適用。

(B)或有學者認為消極保險於訂約時無法確定其保險價額，難謂有惡意複保險之適用，然而，訂約時有無保險價額，與要保人是否有不當得利之意圖，係屬二事，實務上亦不乏要保人企圖重複領取醫療費用而重複投保之事例，本件B保險人主張之正本抗辯即為一例。

(C)是以，要保人有無確實履行保§36僅係認定有無保§37不當得利意圖之參考依據，而非唯一認定依據，個案上仍應審酌要保人之年齡、智識、其訂約之數量與其保險需求之關係，事後請求之保險金與其實際損害差距等相關因素作為「惡意」複保險之認定。

②綜上所述，若乙(受益人)選擇以「實支實付型醫療給付」請求其醫療費用時，依前揭本文見解，應有複保險規定之適用。惟假設甲係為確保健保給付外之自費項目風險受有二家以上保險公司妥善承擔(或避免被任一惡意保險公司刁難之可能)，而分別向 A 與 B 訂立醫療保險，則後成立之保險契約非意圖不當得利而為，不因保§37之規定無效，其向 B 請求為有理由。

(3)若乙(受益人)選擇以「日額型醫療給付」請求其醫療費用時，即無複保險規定之適用，其向 B 請求為有理由：

⁸ 於保險事故可能重複發生之險種，如責任保險，更明顯。

⁹ 【臺灣臺北地方法院 90 年度保險字第 43 號判決】

1. 按複保險，謂要保人對於同一保險利益，同一保險事故，與數保險人分別訂立數個保險之契約行為，保險法第三十五條定有明文。易言之，複保險必須同時符合下列要件：要保人同一、對於同一保險利益、同一保險事故、須在同一保險期間、與數保險人分別訂立數個保險契約。

2. 次按要保人以自己名義為被保險人自行投保二個以上種類不同之保險，或要保人以自己為被保險人所投保之保險與他人為要保人(即被保險人)之利益所投保之種類不同之保險，於保險事故發生時，各保險人就同一保險事故所致同一保險標之物之損失均應對同一人負賠償責任者，稱為保險競合。復按典型之保險競合(狹義之保險競合)必須保險事故發生時，數保險人應給付保險金之對象均為同一被保險人。若數保險人各自應給付保險金之對象為不同之被保險人，即不能構成典型之保險競合。未按廣義保險競合，透過代位權行使之結果，必然由承保責任險之保險人負主要責任，非承保責任險(即承保損失險)之保險人只負次要責任。簡單言之，損失保險與責任保險競合時，承保損失險之保險人，只就責任保險保險人償付保險金後之餘額(不足部分)負其責任。至於狹義之保險競合，保險人間責任之分擔，須依彼此保險契約所載責任分配條款而定。

- ①按人身保險契約中，人保承保之保險標的為生命身體之完整性，無從估計，自不受保險法關於複保險相關規定之限制，釋字第 576 號意旨參照。
- ②定額給付型之住院醫療保險，乃保險人依被保險人實際住院之日數，每日給付一固定之金額，不因被保險人實際有否支出該費用或有超支之情形而有影響，該契約顯示保險人與被保險人雙方均認知：如被保險人因疾病、傷害或分娩而有住院醫療之必要時，將遭受包括但不限於住院醫療費用等各種經濟上損失，該等經濟上損失無法量化，故須約定一定之額數作為給付之內容，係以填補抽象性損害為原則，而屬於定額保險之一種，於保險事故發生時無法釐定其保險價額以作為保險給付之最高額，無不當得利發生之可能。(臺灣臺北地方法院 94 年度保險字第 126 號判決)
- 2.若得請求，其數額為何，應依受益人請求之給付內容(限額型或定額型)而定

(1)限額型下，乙向 B 請求之數額為 10 萬元

- ①若乙(受益人)選擇以「實支實付型醫療給付」請求其醫療費用時，應有複保險規定之適用，業如前述。然關於金額之數額為何，依前揭學者見解，分別有「適用保險競合」及「類推適用保§38 善意複保險」之主張。
- ②本件因不存在數保險契約中常見之保單設計，即「其他保險條款」，故無保險競合得以適用。
- ③是以，本文仍以主張類推適用保§38 善意複保險為依據，認定乙得向 B 請求之金額：

①我國保§38係採「比例分擔制」，換言之，以各保險人承保金額與保險金額總額之比例，對要保人負保險責任。

②是以，本件B之保險責任為10萬元(計算式： $15/(15+15) \times 20 = 10$)。

(2)日額型下，乙向 B 請求之數額為 1.5 萬元¹⁰

- ①若乙(受益人)選擇以「日額型醫療給付」請求其醫療費用時，無複保險規定之適用，業如前述。
- ②故其請求金額之數額即為 10 日 X 1500 = 15000 元。

3. B 主張契約約定僅接受單據正本理賠之抗辯為無理由¹¹

- (1)因前揭醫療費用保險有無複保險規定之適用，學說與司法實務見解仍存有相當差距，故目前保險實務上多要求被保險人提出醫療費用收據之「正本」，作為避免重複補償之依據¹²。亦即，容許要保人在履行通知義務時，可以獲得重複之醫療費用給付，但在未盡通知義務時，容許保險人得以被保險人未提出單據正本為由拒絕給付。

¹⁰ 乙應該沒有這麼蠢吧...

¹¹ 這裡即便再怎麼不會寫，也應該嘗試用保§54-1 去檢驗有無顯失公平之情形，例如：單方加重重要保人之義務？

¹² 依據損害填補原則，實支實付醫療保險係為補償因發生傷害或疾病接受治療所發生之醫療費用；因此，保險公司依據被保險人實際發生之醫療費用於投保限額內給付之，惟目前因國人保險觀念及意識提昇，不少消費者投保 1 張以上實支實付醫療保險，但因為醫療收據正本僅一張，故衍生許多是否能夠以收據副本、影本申請其他家醫療保險之爭議，金管會保險局於人身保險商品審查應注意事項第 57 條特別針對醫療收據副本申請乙事，要求保險公司於銷售實支實付型醫療保險應依下述規範進行：

實支實付型醫療保險商品其保險金之申領，如不接受收據影本、抄本、謄本等文件者，應依下列方式辦理：

(一)被保險人於投保時已通知保險公司有投保其他商業實支實付型醫療保險，而保險公司未拒絕保者，其對同一保險事故已獲其他保險契約給付部分仍應負給付責任。

(二)被保險人於投保時已投保其他商業實支實付型醫療保險而未通知保險公司，則對同一保險事故中已獲得全民健康保險或其他人身保險契約給付的部分不負給付責任。但保險公司應以「日額」方式給付，前述日額之計算標準，保險公司於設計保險商品時應明定之。

(三)同一家保險公司承保同一被保險人二張以上不接受收據影本、抄本、謄本等文件之實支實付型醫療保險商品者，對同一被保險人於同一保險事故已獲該保險公司其他人身保險契約給付部分，仍應負給付責任。

前項處理方式，應於要保書中揭露，並由要保人簽署同意。

資料來源：財團法人金融消費評議中心(<https://www.foi.org.tw/Article.aspx?Arti=650&Lang=1&Role=1&Pno=4&Print=1>)

(2)惟有學者認為，只要確認副本內容與正本相符，則副本亦具備完全之法律效力。故以正本理賠或副本理賠，係對問題本質的誤會。亦即應將問題核心放在如何處理實支實付型醫療費用保險正確適用複保險之規定，而非以通知義務是否履行，來決定被保險人能否重複得利。是以，系爭保險實務處理方式明顯背離保險原理。

三、A 股份有限公司（下稱 A 公司）之董事長甲個人向 B 銀行借款，B 銀行要求甲簽發遠期支票以為將來清償之用，且囑咐借款人甲商請 A 公司及信用可靠之第三人於該支票上背書後，再轉交支票給 B 銀行。因此，甲開立一紙遠期無記名支票，並於支票背面蓋上 A 公司印章為背書行為，且洽請好友乙亦於該支票進行背書，但乙於該支票背面為空白背書簽名時加記「保證人」字樣。經 A 公司、乙背書後，甲將該支票再轉交給 B 銀行。後來甲對 B 銀行所負債務到期，未能對 B 銀行清償債務；因此，執票人 B 銀行於完成對該支票之保全程序後，向 A 公司、乙請求負背書人之清償責任。試問：

- (一) A 公司可否抗辯其背書簽名欠缺公司代表人之簽章，故簽名無效，且甲無權代表公司用印，從而不負背書之責；或抗辯其於票據上之簽名非以轉讓為目的，故非為背書行為，而係保證，但 A 公司不得為保證，從而此保證對 A 公司不生效力而無須負責？（25 分）
- (二)乙可否主張，其非為背書人，而是保證人，其簽名僅生民法上保證之效力，或是其簽名即使發生背書效力，但係屬回頭背書，從而執票人 B 銀行對其無追索權？（15 分）

請注意，答題除敘述相關學說或實務理論外，就本案之具體論斷應附個人看法及理由。

【擬答】：

(一) A 公司之抗辯有無理由，析述如下：

合先敘明者係，遠期支票於現行通說與實務見解(最高法院 67 年第 6 次民事庭決議)所採之單獨行為發行說下，發票行為於交付時即已完成，則票載發票日係用以限制票據權利之行使，而非判斷發票行為完成之時點，則遠期支票合法性即告確立。

1. 欠缺公司代表人之簽章而簽名無效之抗辯

按票據代理之形式要件應以表示本人名義、表明代理意旨與代理人簽名於票據上為必要，而票據代表因民法無規定，宜類推之。惟本件系爭票據背面僅蓋有 A 公司印章，而無代表人甲之姓名，亦無表明代表意旨，此時系爭票據是否屬於有效之合法代表即生爭議：

(1)有實務(最高法院 70 年度第 13 次民事庭會議決議)及學者見解將代表人之行為解釋機關之行為，採「有效說」

①依現行所採之「法人實在說」下，機關之行為視為法人所自為。

②是以，縱使代表人僅蓋公司印章，而未表明代表人姓名與代表意旨，依「法人實在說」之解釋，仍為有效之合法代表。惟應證明該印章確屬法人之印章始足當之。

(2)另有學者基於「代表」作成方式應與「代理」相同，採「無效說」

①按票據行為之代理，係以代理人載明為本人代理之意旨及代理人之姓名為必要，而法人代表時亦同。況且，法人事實上無法自為簽名，簽名者仍為代表機關，故代表人表明姓名與代表意旨並非不能。

②再者，為了防止票據有偽造情形之發生，如系爭票據未記載代表意旨與代表人之簽名，自事前執票人收受票據時之角度觀之，執票人將難以知悉代表人有無代表權限。

(3)惟實務(70 年第 13 次民事庭決議、53 台上 2716 號判決)與多數學者則採合法「代行說」：

①自事後執票人行使票據權利時，代理人確實有代行簽名或蓋章之授權時，即為代理

之有效形式。蓋否定說防免票據偽造風險之疑慮，於代表人確實有權下並不存在，基於票據有效解釋原則之思考，自應肯認代行之效力。

②是以，無論「發票行為」或「背書行為」均得成立有效合法之代行。

(4)本文基於「法人實在說」下，代表人之行為應視同法人所自為，而以有效說較為可採，無需再援引實務與學說一向肯認之「代行」理論作為論據。是以，A 以系爭票據欠缺公司代表人簽章而無效之主張為無理由。

2. 甲無權代表用印抗辯

(1)按依公司法第 208 條第 5 項準用第 57 條，可知股份有限公司之董事長對於公司「營業上事務」具有代表權。此時，關於「營業上事務」之認定，學說區分有兩種見解：

①廣義說：

此說認為營業上事物及於公司權利能力範圍內之一切事務，因此除法定應經股東會或董事會決議外之一切事務，董事長皆可自己決定行之。

②狹義說：

此說認為營業上事務應具經常性與反覆性之特性，因此若董事長代表公司之法律行為，將造成公司有無法繼續經營之疑慮時，即不屬之。舉凡公司組織基本行為(修改章程、解散合併)、公司重要資產讓與等，皆非屬營業上事務，而非董事長代表權之範圍。

③本文認為，董事長就營業上所需應具有固有職權：

①董事長對於公司營業範圍內事務之專決執行權限，並非來自董事會之委任授權，而係法律上之固有權限(公司法第 208 條第 5 項準用第 57 條參照)。因此，董事長除可執行董事會決議外，對於公司營業範圍內之事務均得自行決定，並代表公司為之。

②是以，董事長對於「營業上事務」，未經董事會決議合法授權即對外代表公司為法律行為之效力，仍係當然有效。

④ A 抗辯甲無權代表有理由

本件如係董事長甲「個人」向銀行借款(也就是契約書上甲方為甲個人，而非 A 公司)，則非具有經常性與反覆性之一般營業上事務，亦非類如公司組織基本行為(修改章程、解散合併)、公司重要資產讓與等非屬營業上事務之情形，則依公司法第 208 條第 5 項準用第 57 條之規定，董事長甲僅於公司營業範圍內之事務具有專決執行權限之效力，則 A 公司抗辯甲無權代表即有理由，且 A 既未為票據行為，自毋庸負背書責任(物的抗辯)。

⑤茲有附言者，本件甲應非無權代表公司用印，而有成立「越權代表」或越權代行之可能，蓋甲既有使用公司印章之權限，即非完全無權，且本件背書簽名欠缺公司代表人與代表意旨之表明，具有代行外觀。

3. 甲所為乃保證而非背書之抗辯

(1)按隱存保證背書係指形式上合於背書之規定，內心以保證意思而為之背書。查本件甲代行 A 背書之目的意在增加票據信用，而不具轉讓票據權利之意思，然其未於 A 背書旁邊記載保證人等字樣，此時，其隱存保證背書行為之效力為何？學說與實務間容有爭議：

①實務(63 年第 6 次民事庭決議、92 台簡上 24 例)認為仍應負背書人之責：

形式上合於背書之規定，縱令係屬隱存保證背書，且為執票人所明知者，仍應負背書人之責任。

②學說有採折衷說者，亦即區分記名與無記名票據：

- ①記名票據下，其背書不連續，故不負背書之責。
- ②無記名票據下，因無背書不連續之問題，故內心之保證意思為民法上心中保留(民§86)，背書不因之而失效。
- ③惟應注意者係，隱存保證背書如有構成心中保留或通謀虛偽意思表示(執票人明知)時，則於直接當事人間仍得以意思表示無效作為抗辯事由。然執票人仍得主張其應負民法上之保證責任。
- ③本文基於票據文義性下，票據責任範圍為何之認定，應以「票據客觀」作為解釋原則，換言之，倘若票據行為客觀上為背書形式，縱使行為人主觀為增強票據信用之保證，其主觀意思亦無法為後手所知悉，故為維護票據流通與保護善意執票人，應就票據客觀解釋，始符合票據為文義證券之意旨。

(2)本件隱存保證抗辯無理由

依前述，系爭於票據背面簽名之形式外觀上無任何保證字樣，客觀上自難得知 A 之主觀想法為保證，故無論依實務或學說見解，A 仍應負票據背書責任，其抗辯無理由。

(二)乙之主張有無理由，析述如下：

1. 乙為保證非背書(支票保證)之抗辯

- (1)按支票性質上為「支付證券」，不具有「信用功能」，故支票本質上並不適用保證制度，此觀票§144 並未準用匯票保證制度即知。
- (2)然本件乙係在支票背面空白背書時，加記「保證人」之字樣，此時乙究應負背書人責任，抑或是民法上保證責任，學說與實務容有爭議：
 - ①實務(50 台上 1372 例)認為，應僅生民法上保證之效力：

支票無準用保證之規定，該保證記載依票§12 不生票據法上之效力，惟並非絕對不生通常法律之效力，故仍有民法上保證規定之適用。
 - ②實務與學者(52 台上 2286 例)另有認為，僅生背書之效力：
 - ①支票雖無適用票據保證，惟形式上合於背書之規定，依實務63年第6次民事庭之決議，縱丙非以背書轉讓之意思而轉讓票據，仍不得解免背書人之責任。
 - ②解釋票據行為時，基於票據文義性，應毋庸先確認票據行為人是否有負擔票據債務之法效意思。故倘在票據上簽章而為背書，即應依票據文義負責(票§5)。
 - ③至於其所附記保證等票據法所未規定之事項，則依票§12之規定不生效力。
 - ④應注意者係，如執票人明知有心中保留或與背書人通謀而為虛偽意思表示，則背書人仍得向惡意執票人主張背書無效之抗辯。
 - ③惟有學者認為，背書與保證之法律效果意思互斥，自不應將一行為切割成二行為，而分別依不同規定而異其法效，故考量當事人真意乃為他人保證之意思，故應認為該項記載依票§12 不生效力後，而適用民法上保證之規定，換言之，「支票保證」行為僅發生民法上保證之效力，而無庸負擔票據背書之責。本文從之。

(3)本件乙主張僅生民法保證責任有理由

- ①本文認為系爭支票保證應全體觀察而不應切割觀察，故整體支票保證無效，發生民法上保證責任。
- ②再者，本件 B 係囑託甲商請信用可靠之第三人(即乙)，縱依前述背書說，執票人 B 明知系爭背書有心中保留(保證)，則背書人仍得向惡意執票人主張背書無效之抗辯。

2. 乙所為之回頭背書抗辯

- (1)本件乙所為背書並非回頭背書：
 - ①隱存保證背書與回頭背書之區辨

- ①隱存保證背書係票據行為人主觀上為保證意思，客觀上卻以背書之形式為之，屬於非轉讓背書。
 - ②然而回頭背書係票據行為人主觀上具有轉讓票據權利之意思，僅係其後手為票據債務人。
 - ③換言之，隱存保證背書與回頭背書最大之差異，在於前手主觀上有無移轉票據權利，則本件甲係洽請好友乙簽名背書增強票據信用，並無轉讓票據權利予乙之意，則乙更無移轉票據權利予甲之可能，自難謂系爭背書為回頭背書。
- ②退步而言，實務見解亦以回頭背書以記名背書為必要：
- 本件背書人乙並未記載發票人甲為被背書人時，則發票人甲再度取得自己所發之票據是否構成回頭背書而有票§34之適用？換言之，回頭背書之認定，是否以「記名背書」為必要？
- ①實務(77年第7次民事庭決議)係採肯定見解：
 - (A)按票據為文義證券，自不允債務人以其他立證方法變更或補充其文義。是以，是否構成回頭背書，應以背書外觀記載之形式為準；倘形式上非回頭背書，縱實質上屬之，亦難謂係回頭背書。
 - (B)再按，若背書人僅於支票上為空白背書，既未記載發票人為被背書人，即難謂係回頭背書，故執票人對於背書人自得行使追索權。
 - ②學者則採否定見解，本文從之：
 - (A)按票§34回頭背書乃排除民§344混同法理之適用，以維護票據流通。是以，回頭背書之認定應係以「票據債權與票據債務是否同歸於一人所有」為判斷依據，顯然與是否為「記名背書」以及「文義性」之要求無涉。
 - (B)再按，自民國62年票§34之修法理由認為無記名及空白背書之轉讓，既不以先經背書為必要，故刪除有關背書二字。此觀現行用語以「轉讓」取代「背書」即知。
 - (C)故回頭背書之核心精神在於「票據權利與票據債務是否同歸一人」，其取得之方式究係交付或背書，並不影響票據權利與票據債務同歸於發票人之事實。
- (2)退萬步而言，縱使認定本件為回頭背書，乙主張B銀行無追索權亦無理由：
- 查本件執票人B為「票據債務人(發票人、背書人)以外之第三人」，則該第三人B對回頭背書之被背書人的前手有無追索權？換言之，依票§99之規定，「無」追索權之「無」字應如何解釋？
- ①實務見解(18上287例)認為發票人之追索權因混同而消滅，受讓之第三人自無追索權：

發票人為被背書人時，於法對其前手即無追索之權，故發票人如再以此項票據轉給他人，除該發票人無可免責外，至於其以前各背書人，自更無若何責任之可言。
 - ②惟多數學者認為票§99之立法目的在於避免循環追索，是以，執票人須為「票據債務人」時始有適用，本文從之：
 - ①票§99之規定係為「避免循環追索」及「鼓勵票據流通」，故如第三人並非票據債務人時，其行使追索權並無循環追索之疑慮。
 - ②基於保護善意執票人之立法目的，應強化保護第三人之利益，而加強背書擔保之效力，以促進票據之流通，故第三人對回頭背書之前手不應喪失追索權。
 - ③再依票§34係民法§344混同法理之特別規定可知，回頭背書後之票據債務(擔保責任)並非自體消滅而無追索權，僅係「不得」行使追索權。
 - ③本文認為，B銀行既非票據債務人，其向乙行使追索權自無違反票§99避免循環追索立法目的之可能，自應允許B行使追索權，則乙之抗辯無理由。