

110 年公務人員特種考試司法官考試第二試及 110 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 法律專業科目評分要點與閱卷委員的話

科目：公司法、保險法與證券交易法

第一題

【總體說明】

本題的重心在實質董事之判斷及公司法第 223 條。本條所涉及的複數監察人的代表與董事會權限的問題，最高法院的見解曾引起學者們廣泛的討論。因為爭點清楚，應考人要拿到基本分數並不難。若欲取得高分，則必須著力於論理的完整性、精緻性與一致性。

【評分要點】

一、甲是否為 B 公司實質董事之判斷，及 A、B 公司是否為關係企業之判斷

(一) 公司法第 8 條第 3 項規定，公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。但政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益等情形，對政府指派之董事所為之指揮，不適用之。

(二) A 公司與其從屬公司 C 公司共同持有 B 公司之股份達 78%，故 A 公司亦為 B 公司之控制公司。(公司法第 369-2 條、第 369-11 條)。

(三) 甲為 A 公司的控制股東，並掛名 A 公司之榮譽董事長，若甲對 A 公司有實質控制、實質指揮則甲透過對 A 公司的實質控制，即可間接對 B 公司產生實質控制之情形，在此情形下甲為 B 公司之實質董事。

二、公司法第 223 條於實質董事有無適用

(一) 實務見解有認為：公司法第 223 條規定由監察人行使公司代表權，旨在防止公司董事之濫權行為，並避免與公司利益衝突；而實質董事雖非登記上之董事，但就公司經營有實質控制力或重大影響力，依衡平原則，課予其受委任董事之規範，當無不合。上開規定適用範圍，自不以公開

發行股票之公司為限。上述實務見解係做成於 107 年修法前，在 107 年修法後，肯定說的看法更可能獲得進一步的強化。

- (二) 否定說則可能認為公司法第 223 條僅適用於形式之董事，否則將使適用範圍不明，欠缺明確性。

三、監察人為複數時，應如何代表公司

- (一) 公司法第 221 條規定，監察人各得單獨行使監察權。
- (二) 司法實務見解認為此一代表權之行使，應由監察人共同為之。蓋本條係規定監察人之代表權，而非監察權之行使，公司之監察人若有數人時，應由全體監察人共同代表公司與董事為買賣、借貸或其他法律行為。
- (三) 主管機關似採單獨代表說。公司法第 223 條規定旨在防患董事礙於同事之情誼，致有犧牲公司利益之虞，故監察人為公司之代表時，應本諸該立法意旨實質審查該法律行為。
- (四) 學說見解不一。

四、監察人為代表前，是否應先經董事會決議

- (一) 最高法院對此採否定說。按公司法第 223 條之規範意旨，在於董事為自己或他人與本公司為買賣、借貸或其他法律行為時，不得同時作為公司之代表，以避免利害衝突，並防範董事長礙於同事情誼，而損及公司利益，故股份有限公司監察人代表公司與董事為法律行為時，無須先經公司董事會之決議。
- (二) 肯定說者則可能認為，依公司法第 202 條規定，公司業務之執行，除公司法或章程另有規定外，均屬董事會之職權。故股份有限公司常設之集體業務執行機關係董事會，並非董事長或監察人。由於合議制機關不便對外代表公司，故由董事長對外表示公司意志，例外方由監察人代表。是以董事長或監察人固依第 208 條第 3 項及第 223 條代表公司，而所謂代表人僅係取得代表公司之權限或身分，並不因代表身分而取得意思決定之權限，或因此得違反公司之意思。因此，監察人代表公司時，仍須先經董事會決議通過相關決策，公司法第 223 條並未賦予監察人「意思機關」權限，執行業務意思仍須由董事會決定。若監察人認為董事會決議之事項不利公司時，其「監察」之身分即顯現，一方面可要求董事會另行決議，另一方面可拒絕對外代表公司，使該法律行為無法成立，如

此方符合公司法第 223 條及設置監察人之目的。且監察人若全體代表公司議約，將使此一交易欠缺監督機制，使業務執行與監督歸屬於相同主體，似與公司治理有違。此外，若採否定說，第 223 條與第 206 條之解釋將可能產生矛盾。

【閱卷委員的話】

本題主要在測驗應考人對於公司法有關實質董事之認定、公司法第 223 條之規定對於實質董事有無適用、監察人是複數時應如何代表公司、以及監察人代表公司前是否應先經董事會決議問題之理解。這些爭點皆為公司法的重要問題，且題目設計之情節也與實務相當貼近。故大部分的應考人多能夠扣緊題旨，依據相關法律規定與法理進行討論。惟在評閱過程中有下列幾個現象，提出與應考人分享：

- 一、就甲是否為 B 公司之實質董事的討論中，多數應考人雖然能夠了解此一問題之爭點所在，但不少應考人作答時，卻僅簡單就題目內容描述後，即指出甲為 B 公司之實質董事，欠缺詳細的討論過程。
- 二、在公司法第 223 條之規定有無適用於實質董事討論中，不少應考人對於此一爭點之認識，似乎稍嫌不足。多數應考人似乎不知實務見解為何，並未就實務見解進行論述，而是從本條之規範目的與法理來討論此一爭點。
- 三、監察人是複數時應如何代表公司以及監察人代表公司前是否應先經董事會決議問題，是應考人在準備國家考試中不會錯過的重點。因此，多數應考人都能就該爭點之學說與實務見解，以及肯定說與否定說加以討論。然而，仍有少數應考人就監察人代表公司前是否應先經董事會決議此一問題，似乎誤解題意，而討論公司法第 185 條第 1 項第 2 款讓與主要營業或財產之問題，以及該土地買賣是否須經股東會決議，並未針對公司法第 223 條監察人代表公司前是否應先經董事會決議問題進行討論，相當可惜。

整體而言，由於本題題目所設情境不難理解且爭點亦非冷僻，故應考人大部分都能進行基本論述，但在細部爭議之論述，則不少應考人仍有可再強化之處。

第二題

【總體說明】

本題主要涉及被保險汽車租賃期間所致之事故，保險人如欲主張不負保險責任，究竟應屬於本保險契約約定之除外不保事項或屬於特約條款所生之爭議。應考人答題時除應簡要說明上開兩者之差異外，亦應判斷系爭條款應屬何者為當，並說明系爭條款之效力是否有效以及如何解釋為宜。

【評分要點】

一、除外條款與特約條款之定義與區分

關於承保範圍之除外事項(危險限制條款)抑或屬於特種義務之履行(隱藏式義務)，學說上有不同之解釋。有認為除基本條款外，其餘皆屬特種義務。也有認為保險法所規定之義務，如告知義務或通知義務等以外之其他義務，皆屬於特種義務之履行。也有學者參照德國法分類為危險限制條款與約定義務條款兩者。

二、本命題系爭個案應屬於除外條款抑或特約條款

從系爭個案條款約定觀之，乃以租賃等債務關係存在排除於承保範圍，似屬除外事項。但倘若由保險期間，被保險人負有不作為義務，亦即不應將該車輛出租於他人時，顯然有與約定行為義務(此例為不作為義務)有關。學者又有再以保險人恐將約定行為義務轉換成危險限制條款之情況，而有規避保險法對於要保人保護規定之虞，因此認為該約定條款應視為約定行為義務，適用保險法有關特約條款之規定。

誠如學者所言，危險限制條款與隱藏性義務兩者界線相當模糊。其主要爭點乃在於該車輛之使用狀態應僅排除於租賃期間，蓋以租賃期間之危險狀態與被保險人使用之危險狀態有別，且如被保險人欲將該車出租而受保險契約保障時，其應再經與保險人同意加保後方得享有。因此，此一約款約定顯非學者所稱之隱藏性義務，而係為承保範圍以外之危險限制條款，故保險人自得主張不負保險責任。

三、倘如認為系爭條款屬特約條款時，則效力應如何處理

倘若將該車租賃期間所致之毀損或滅失，認為屬隱藏性義務時，則與被保險人之不作為義務有關。於保險期間，甲將該車輛出租於第三人之行為顯然違反該

項不作為之特種義務。惟應注意者是，系爭條款是否有違反保險法第 54 條第一項但書以及同法第 54 條之 1 之問題。

首先，就有關雙方約定被保險人非經保險人同意加保者不得出租或出售之約定，該約定應無顯失公平之狀態，應無違反保險法第 54 條之 1 等情況，故應屬有效。再者，就系爭條款約定效力問題，則因保險法第 68 條規定，一方違反特約條款時，他方僅得主張解除契約。故如認定係爭條款屬於特約條款時，該條款約定效力明顯違反上開規定。故系爭條款有關保險人不負給付責任之約定，實可認定違反保險法第 54 條第一項但書，而逕予認為無效。

【閱卷委員的話】

本題主要涉及自用車輛與租賃車輛間，如契約條款所載免責約款，如能同時兼顧除外條款與特約條款間之爭議時，不論最後應考人採取見解與結論為何，都已達成本題所欲測驗應考人程度之目的。

部分應考人僅偏重一方論述，逕下結論，答題不夠完整將造成結論有所偏頗。再者由於自用車輛與租賃車輛危險狀態與費率有所不同，實務見解亦有認為屬除外條款而非特約條款，有少數應考人有論述此一見解。

如認為該免責約款屬特約條款性質時，其效力是否無效？仍應完整論述其有無違反保險法第 54 條第 1 項但書以及保險法第 54 條之 1 有無顯失公平之問題。再者免責之法律效果與解除權行使之法律效果間，如就契約效力變動之影響程度而言，或可進一步考量有無更為不利於被保險人。

亦有少數應考人提及危險增加之問題，但仍宜注意有無保險法第 59 條第 1 項契約是否有載明應行通知事項（學說上容有爭議，但亦應討論），而其危險增加之類型以及違反後之法律效果。縱有論及此一問題，其答題完整性亦會影響分數。

第三題

【總體說明】

本題測驗重點在證券詐欺損害賠償計算方法相關問題，包括損害賠償計算方法有何、考量因素有哪些、是否能運用民法與有過失概念。

【評分要點】

一、證券詐欺之損害賠償計算方法與考量因素

證券交易法第 20 條之 1 對財務報告不實之損害賠償計算並無明文規定。雖原則上可回歸民法損害填補原則計算（民法第 216-218 條參照），即以賠償請求權人所受的損害或所失利益為賠償金額。但法界對證券詐欺損害發展出兩種常見的計算方法。一為「毛損益法」（或稱買賣價差法），即以原告出售價格與買進價格的差額計算，且不論該差額是否因不實財報所引起或其他市場因素所造成，證券價格有下跌時，被告均應承受跌價的結果。此種計算方法對於被告較為不利，且不顧原告損失是否能歸咎於被告行為而悉由被告承擔，理論上較不合理。但此種方法計算較為方便，另可免除原告在訴訟上證明損害之困難，故實務上仍有判決採用。

另一為「淨損差額法」，被告僅賠償因詐欺因素所造成的損失，當原告受被告詐欺行為而買進證券時，以該時證券的「真實價值」與「實際買價」之間的差額，即為原告之損失。例如，證券真實價值為 80 元，但原告受被告詐欺以 100 元買進，原告即損失 20 元，被告應賠償原告 20 元；其餘部分係因詐欺以外的因素所造成，被告不負賠償責任。但真實價值如何計算？實務上並未發展出一致的方法。有採取「類股指數比較法」，將同類股下跌部分加以扣除，被告僅負擔證券超跌部分負責。或是，以詐欺行為爆發後的一定期間之證券均價作為「真實價值」。此種計算方法雖然較為繁複，亦未見統一計算方法，但理論上與損害賠償概念相符，較為可採。

二、A 公司是否可主張甲與有過失？

甲是否與有過失部分。民法第 217 條第 1 項規定，「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之」。投資人知悉財報不實之情形後，是否應即出售持股，以避免因股價持續下跌導致損失擴大？如投資人未即時出售持股，是否與有過失？不實財報事件爆發後，證券價值的下跌可能因不實財報或其他事件影響。但依淨損差額法計算損害賠償金額，係以證券的「真實價值」為基礎，本質上係人為推算的擬制價格，並非賠償請求權人出售股票的實際價格。因此請求權人何時出售股票，實際價格如何，均與賠償金額的計算無關，不生過失相抵問題。縱使採取毛損益法計算賠償金額時，或有認為應有過失相抵適用，但是證券價格走向難以預測，亦難以解讀未即時出售證券係一種過失。實務上雖有判決曾有採與有過失概念，但並非主流見解，不應採用。

【閱卷委員的話】

本題主要在測驗應考人關於證券交易法第 20 條第 3 項與證券交易法第 20 條之 1 第 1 項有關財報不實事件損害賠償如何計算之相關爭議。由於證券交易法未設有明文計算方式，故我國學說與司法實務遂參考中外學說判例，發展出相應的計算方法；如毛損益法與淨損差額法，其間有關淨損差額法之「真實價格」應如何認定，又存在諸多見解。此些議題皆為我國證券交易法制之重大爭點，應考人就本題之相關爭點，大致上均能有基本的作答，惟部分應考人之作答內容，或有待斟酌之處，簡要歸納如下：

- 一、 本題題幹為「財報不實」損害賠償之計算方式爭議，誠與第 32 條之公開說明書不實、第 157 條之 1 內線交易與第 155 條之操縱市場無涉，部分應考人似未看清楚題目即加以作答，致作答方向完全偏離，例如少數應考人大量討論援引刑事大法庭就內線交易被告犯罪所獲財物或財產上利益之計算方法，作為本題之答案，誠屬可惜。
- 二、 其次，本題既已表明善意投資人甲於閱讀 A 公司不實利多財報後，因看好 A 公司而大量買進 A 公司股票，因此應考人還有無必要大費周章地討論「交易的因果關係」，甚至深入討論「詐欺市場理論」來推定甲的交易因果關係，不無疑問。由於作答的時間有限，本題實應聚焦於「損害因果關係」內涵的深入討論。據此，十分期待應考人能特別指出損害的因果關係，係法律上的因果，採相當因果關係理論，從而會有因果關係中斷的問題，以致於在財報不實的損害賠償計算方式，聚訟盈庭，莫衷一是，惟不少應考人並未就此進行討論。
- 三、 就財報不實損害賠償之兩大類計算方法，大多數應考人均能完整說明毛損益法與淨損差額法之差異，惟仍有少數應考人「張冠李戴」，不但論述之內容竟完全相反，亦有不少「自創」另類之奇異算法；例如操作歸入權「最高賣價減最低買價」之計算方法。甚至提出毛損益法之「真實價格」，可以類推內線交易以「消息公開後十個營業日收盤平均價格之差額」計算外；毛損益法尚可依「指數比較法」或「事件研究法」來予以調整其「真實價格」云云，均有待再精進之必要。
- 四、 有關甲是否「與有過失」之討論，多數應答人均能釐清所謂被害人與有過失者，須其過失行為亦係造成該損害之直接原因，始足當之。尤其財報不實事件揭露後，集中交易市場根本無人願意購買 A 公司股票，自無從期待甲可於不實財報揭露後出脫其持有之 A 公司股票。畢竟財報不實之損害，

係因 A 公司一方之不法行為所致，證券集中交易市場善意之投資人並無於特定時點出售持股，減輕損害；或於特定時點不得取得持股，防免損害之義務。當然，若原告非善意，損害因果關係便會中斷，自無損害因果關係之建立，誠與投資人是否「與有過失」無涉。