

## 2. 職權通知制度、訴訟參加、爭點效

甲列乙為被告，起訴求為判令：乙應給付甲新台幣（下同）1000萬元。主張之事實及理由：丙曾於103年7月1日向甲借款1000萬元，約定還款日期為同年12月31日，乙為該筆借款之連帶保證人，由於丙未遵期返還，且其於同日簽發面額為1000萬元、到期日為103年12月31日之支票一紙交付於甲亦不獲兌現，甲就該紙支票曾聲請支付命令並獲准許之裁定，丙亦未聲明異議，有確定證明書為憑。為此，請求乙應負保證人責任，清償該筆借款。對此，乙抗辯：保證契約係受脅迫下所締結，已經撤銷云云。問：（50分）

1. 於本件訴訟，受訴法院有無依職權通知丙之必要？
2. 如丙經乙為訴訟告知後參加於乙之一造，就借款之交付一事予以爭執，但乙卻不爭執，法院是否應就該事實為證據調查？
3. 於本件訴訟，受訴法院是否應依該支付命令之確定裁定而判決甲勝訴？如甲獲本案勝訴判決確定後，丙對甲就同一筆借款債權又提起確認借款債權不存在之後訴訟，該本案勝訴判決對後訴訟有何效力？

【104台大】

### 析 Analysis.

本題乍看似乎是今年最新修法與時事熱門話題「支付命令」，不過其實問題點都是沈冠伶老師的傳統考點，主要涉及職權通知制度與參加人訴訟行為之效力，以及保證人與債權人間訴訟對於主債務人的效力，就督促程序與確定支付命令效力等基本觀念亦須有一定了解。

### 爭 Point.

本題首先考出法院職權通知制度，法院於何種情況下為義務裁量屬於「應」職權通知，於何種情形下為自由裁量屬於「得」職權通知？再者，在主債務人參加債權人對保證人提起之訴訟後，主債務人與保證人之訴訟行為不一致時應如何處理，須注意應避免裁判矛盾與統一解決紛爭之要求。最後，本題也涉及在債權人對保證人勝訴後，主債務人應否受該判決效力所及之問題。



**答** 本題字數 1847  
**Answer.**

第一閱 分 數	題 號	第二閱 分 數
	<p>(一) 法院雖並非必須職權通知丙，但為使相關紛爭於一次訴訟程序解決，亦得職權通知丙，以維護訴訟經濟與當事人程序利益</p> <p>1. 新民事訴訟法（下稱民訴法）增訂第 67 條之 1 職權通知制度，目的係使有利害關係之第三人能知悉訴訟而有及時參與訴訟機會，避免第三人嗣後再提起第三人撤銷之訴，以維持裁判安定性，並貫徹一次訴訟解決紛爭原則。本條所謂「有法律上利害關係者」，意指第三人之權利或法律上地位將因他人間訴訟之結果而受影響。</p> <p>2. 本件中，債權人甲請求保證人乙給付 1000 萬元，主債務人丙雖非本案訴訟之實質當事人，並不當然受判決效力所及，惟若本件訴訟中甲獲得勝訴判決，保證人乙因而清償該保證債務後，則得依民法第 749 條承受債權人對於主債務人債權，而得向主債務人求償。亦即在判決理由中就主要爭點之判斷（主債務存否），對於第三人之權利狀態有所影響，因該訴訟結果丙有遭受求償之可能，故丙應具有法律上利害關係，為保護當事人與該第三人之程序利益、維持訴訟經濟、擴大訴訟制度紛爭解決功能，法院在此「得」依職權將該訴訟制度進行程度職權通知丙；惟在此丙並不會當然受該判決效力所及，故並非法院義務裁量「應」職權通知之情況，併此敘明。</p>	
	<p>(二) 保證人乙自認行為不生效力，法院仍須就借款交付一事為證據調查</p> <p>1. 按民訴法第 61 條規定輔助參加情形，參加人得輔助當事人為一切訴訟行為，惟其行為若與當事人行為牴觸者，不生效力。而民訴法第 62 條則係獨立參加，法條僅規定訴訟標的對於參加人與其所輔助之當事人必須合一確定，但學說上有肯認其包含理論上合一確定之情形，亦即若係訴訟標的之前提法律關係、主要爭點須合一確定亦須適用民訴法第 62 條準用第 56 條，如此方可避免裁判矛盾，符合統一解決之必要性及避免紛爭再燃之利益等要求。</p> <p>2. 本件中保證人乙對於借款交付一事無爭執而構成自認，惟主債務人丙則對借款交付有所爭執，此時有訴訟行為不一致之問題，而訴訟標的並無須合一確定之問題；惟因為保證債務乃係從屬於主債務而存在，而就該訴訟標的之前提法律關係於保證人與主債務人間不得為不同之判斷，故在此應有理論上合一確定之必要，應適用民訴法第 62 條準用第 56 條。故此時被告乙其自認行為不利於其自身與參加人丙，因</p>	



	<p>為主債務存在為保證債務存在之前提，故乙之自認行為不生效力，既然丙對於該借款交付與否有所爭執則成為爭點，此為訴訟標的前提法律關係存否之構成要件之一，故法院仍須就該借款交付一事進行證據調查。</p> <p>(三) 本題之相關適用，分析如下</p> <p>1. 法院不應依支付命令確定裁定逕判決甲勝訴，因為本件之支付命令其確定效力不及於本件保證債務訴訟</p> <p>(1) 近年來有學者基於支付命令未經言詞辯論與調查證據程序即確定有所不當，而提出立法修正建議，認為應修法回復支付命令為兩階段制度抑或修正為僅具有執行力而無既判力，以提供當事人更為完善之程序保障，先予敘明。</p> <p>(2) 於支付命令確定效力之客觀範圍，本件之支付命令確定不論係依據借款債務或票款債務之原因事實聲請該支付命令，因支付命令聲請程序不經由言詞辯論，故當事人應未就本訴訟保證債務所從屬之主債務是否即屬於該支付命令之程序標的為攻防，法院亦未為審理判斷，不會發生爭點效，故支付命令確定效力應不及於本件訴訟中保證債務存否之前提即主債務存否問題。另外，就支付命令確定效力之主觀範圍，保證人因未參與支付命令審理程序亦無參與機會，故支付命令確定效力應不會及於保證人，故於本件訴訟保證人對於主債務存否仍得爭執。</p> <p>2. 丙對甲提起確認主債務不存在之訴應不受前訴訟判決效力所及</p> <p>(1) 就確定判決理由中之判斷，學說與實務多認為有爭點效之發生，基於現行民訴法已採取爭點整理程序與爭點集中審理主義，則若係雙方當事人就訴訟中之重要爭點為攻擊防禦、充分辯論，並且經過法院實際審理判斷，則當事人已受相當之程序保障，故應承認該確定判決有爭點效，以保護當事人之程序利益與節省司法資源維護訴訟經濟。</p> <p>(2) 本件訴訟中，若甲獲得確定勝訴判決，訴訟標的即甲對乙之保證債權發生既判力，該保證債務存在之前提法律關係乃係丙對甲所負之主債務存在，而主債務並非訴訟標的不發生既判力。由題意觀之，乙僅抗辯保證契約係受脅迫而締結，對於主債務存否似乎並不爭執，故主債務並非主要爭點，亦未經雙方攻擊防禦、法院實質審理判斷，並不發生爭點效。況且，就判決效力主觀範圍部分，主債務人在前訴訟並非法律所明定判決效力所及之人，除非其已受職權通</p>
--	---



	知或訴訟告知，否則不應僅因實體法上具有關聯性或附隨性而使主債務人受判決效力所及。在此情況下，若主債務人丙於後訴提起確認該借款債權不存在之訴，其不受前訴之既判力與爭點效所及。	
--	--	--

## 文 Extension.

1. 沈冠伶，民事訴訟上之參加人與實質上當事人——從最高法院民事裁定九十年度台抗字第八八號到最高法院民事判決九十八年度台上字第一三七二號，月旦裁判時報第1期，2010年2月，頁77-82。
2. 沈冠伶，判決理由中判斷之拘束力——最高法院九三年度台上字第一五七號判決、九六年度台上字第二六六號判決及相關下級審裁判之評析，台灣法學雜誌第129期，2009年6月，頁39-69。
3. 沈冠伶，爭點效之主觀範圍與第三人之程序參與——最高法院101年度台上字第994號判決及最高法院99年度台上字第1701號判決之評釋，台灣法學雜誌第239期，2014年1月，頁75-94。

## 題 Extension.

- X主張Y以Z為保證人，向其借貸新台幣三百萬元，現已屆清償期而未清償。試問：
- (一)如X以Y為被告，請求返還該三百萬元借款，X受勝訴判決確定，該確定判決之效力，是否及於Z？反之，如X受敗訴判決確定，該確定判決之效力，是否及於Z？
- (二)在該X對Y所提起之訴訟，Z得否為訴訟參加？如Y受敗訴判決確定，Z得否以該確定判決有再審事由，提起再審訴訟？

【92 律師】



## 1. 短線交易、歸入權之計算

A上市公司起訴主張，甲、乙二人為夫妻，甲持有A上市公司百分之八之股份，乙持有A上市公司百分之七之股份。兩人在2010到2013年間，於取得股票後六個月內再行賣出，或賣出後六個月內再行買入A公司股票，共計獲利一億四千五百萬元新台幣。依證券交易法第157條第1項規定之歸入權，請求甲等將其共同獲得之利益歸於公司。

(一)甲等則抗辯謂：

1. 甲與乙已分開獨居許久且財務也已各自獨立，應不符合證券交易法第157條第1項百分之十大股東之情形。
2. 甲從未參與公司經營而握有內部資訊進而從事內線交易或任何之不當行為。
3. A既為上市公司卻漏未告知甲之交易行為恐有短線交際之可能亦屬與有過失，應過失相抵。試問甲之抗辯是否有理由。

(二)若甲確實構成短線交易，則持股百分之十大股東之配偶間應如何負擔歸入權所生之債務？

(三)於此同時，A公司總經理丙於6月3日買進A公司股票10萬股，每股100元；6月10日賣出A公司認售權證100單位，當日A公司股票收盤價為100元；7月3日買進A公司認售權證100單位，當日A公司收盤價為120元；7月10日賣出A公司股票10萬股，每股110元。請問總經理丙是否構成短線交易，若為肯定，則其應歸入之金額為多少元？

【改編自張心悌，短線交易百分之十大股東內部人身分之認定——最高法院九十九年臺上字第一八三八號民事判決，月旦裁判時報第7期；劉連煜，大股東與配偶短線交易歸入權的法律問題——最高法院九十九年度臺上字第一八三八號民事判決評析，月旦裁判時報第19期】

## 析 Analysis.

短線交易的認定於操作上問題不大，困難之處在於歸入金額之計算以及百分之十大股東間應如何負擔須歸入之金額，相繼皆有老師就此發表文章，如此具高度可考性之題型於近三年國考仍未出現，考生須多加注意，也許就是今年喔！

## 爭 Point.

1. 百分之十大股東之認定方式
2. 配偶間就應歸入金額之負擔方式
3. 公司是否有告知有短線交易可能之義務
4. 認售權證之計算方式



**答** 本題字數 1713  
**Answer.**

第一閱分數	題號	第二閱分數
	(一) 甲之抗辯皆為無理由，分述說明如下	
	1. 依我國法目前之規定，並不考慮甲、乙配偶間是否實際有往來，故甲抗辯無效，但參下述學者見解，可為未來修法之方向	
	(1) 實務見解認為：證券交易法第 5 項準用同法第 22 條之 2 第 3 項之規定，於適用上，計算本人持股時，應與配偶合併計算，亦即其與配偶二人所持有之股票合計超過百分之十者，即成為該條項所規定行使歸入權之對象，至於配偶間是否具有控制或利用關係，在所不問 <sup>3</sup> 。	
	(2) 有學者 <sup>4</sup> 認為：惟如夫妻分居，實際亦不相往來，當事人卻不能以證明無接觸內線消息之機會而主張免責，似嫌過苛。	
	2. 短線交易之構成，不以公司內部人有不當利用公司內部資訊為必要參短線交易利益歸入之本旨，係藉由不問行為人有無不當利用公司內部資訊情事之粗糙機械式手法，嚇阻公司內部人從事可能損害一般投資人對證券交易市場公正性、公平性信賴之不當行為。為達此一目的，不但無須論究行為人有無不當利用公司內部資訊之情事，亦不應允許行為人證明其無不當利用公司內部資訊，而免除其責任 <sup>5</sup> 。	
	3. 短線交易歸入權並無民法過失相抵之適用	
	蓋，歸入權係短線交易之大股東歸還利益予公司，而非在於填補公司所受之損害，並不具損害賠償之性質，縱使有造成損害，損害之對象亦應為從事短線交易內部人之交易相對人，故自無民法第 217 條第 1 項過失相抵之適用。	
	(二) 大股東配偶間因短線交易歸入權所生債務之責任負擔，有不同見解如下	
	1. 夫妻就全部歸入權數額共同負連帶責任	
	此說認為應由夫妻二人負連帶賠償責任 <sup>6</sup> ，惟有學者認為，觀民法第 272 條規定，連帶賠償責任以法律有明文規定者為限，故此說應不可採。	

3 最高法院 99 年度台上字第 1838 號判決。

4 賴英照，最新證券交易法解析，2011 年 2 月再版，頁 594。張心悌，短線交易百分之十大股東內部人身份之認定——最高法院九十九年臺上字第一八三八號民事判決，月旦裁判時報第 7 期，2011 年 2 月，頁 79-80。

5 曾宛如，2010 年公司與證券交易法發展回顧，臺大法學論叢第 40 卷特刊，2011 年 9 月，頁 1900。

6 臺北地方法院士林分院 80 年度重訴字第 31 號判決。



	<p>2. 夫妻就全部歸入權平均分擔</p> <p>此說認為，於夫妻二人持股合計超過百分之十時，難以根據合理基準認定孰為實質大股東，故不得不認定夫妻均為規範對象，又為避免獲利重複計算，應將夫妻視為一體，由渠等共同負擔返還利益的責任<sup>7</sup>。惟反對者認為，短線交易應負責任主體為單一主體，且夫妻二人並非數人負同一債務，且夫妻係分別因買賣行為而獲有利益，是否屬同一債務，尚非無疑。蓋倘債之關係為就各主體發生，是為複數債之關係，則夫妻係分別因買賣公司之股票而各自獲利，僅於認定持股總數時須合併計算，應非屬同一債務，故無民法第 271 條之適用<sup>8</sup>。</p> <p>3. 夫妻就其個人之交易分別負責</p> <p>此說認為，夫妻間未必有財產一體之實質狀態，故而採取折衷作法，一旦認定具有大股東身分後，接續之交易配對及請求均分別處理。惟反對者認為，若採如此作法，有可能導致夫低價買入，妻高價賣出，導致夫妻可輕易規避歸入權之適用。</p> <p>4. 夫或妻之一人，就全部歸入權數額負責</p> <p>短線交易負責任主體為單一特定人，負擔短線交易歸入權者亦係該特定人，故而實質持有人之股份，僅於計算短線交易歸入權時，一併計算之。而於判定何人為歸入權主體時，可以從夫妻間之實質關係、股份控制情形、從該股份獲得利益等因素，來具體判斷個案中應負責任之實質受益人。</p> <p>5. 折衷說</p> <p>此說認為，如夫妻分居，實際不相往來，則應判令將其獲利各自返還公司。若配偶間確實有實質控制或利用關係之情形，則控制者或利用者之一方應係歸入權之主體，意即此時僅就該控制者為單一負責人。最後，如果難以證明夫妻有控制或利用關係存在，卻有同財共居，則應可以考慮適用民法第 271 條規定，令配偶二人就該同一債務平均分擔之<sup>9</sup>。</p> <p>(三) 總經理丙之行為已構成短線交易，其應歸入之金額為 300 萬元，說明如下</p> <p>1. 依證券交易法第 157 條第 1 項規定，丙為條文所明定之內部人，又於</p>
--	---

7 林文里，股東合計配偶持股超過公司股份 10% 與短線交易歸入權的適用，台灣法學雜誌第 184 期，2011 年 9 月，頁 75。

8 張心悌，短線交易百分之十大股東內部人身分之認定——最高法院九十九年臺上字第一八三八號民事判決，月旦裁判時報第 7 期，2011 年 2 月，頁 83。

9 劉連煜，大股東與配偶短線交易歸入權的法律問題——最高法院九十九年度臺上字第一八三八號民事判決評析，月旦裁判時報第 19 期，2013 年 2 月，頁 44-45。



六個月內有買進與賣出之行為，且其所買入及賣出之認售權證依證券交易法施行細則第 11 條第 1 項符合證券交易法第 157 條第 6 項所稱具有股權性質之其他有價證券，故丙之行為該當短線交易。
2. 又參主管機關函釋認為 <sup>10</sup> ，買賣所屬公司股票為基礎之「認售權證」，其買進認售權證之交易，係屬「與賣出相當之地位」，應與買進所屬公司股票的交易配對；其賣出認售權證之交易，係屬「與買進相當之地位」，應與賣出所屬公司股票交易相配。
3. 於計算上，先取 7 月 3 日買進的 100 單位認售權證（視為賣出 10 萬股，每股 120 元）與 6 月 3 日買進的 10 萬股相配對，即 $(120-100) \times 10 \text{ 萬} = 200 \text{ 萬元}$ 。其次，再取 7 月 10 日賣出的 10 萬股，每股 110 元，與 6 月 10 日賣出 100 單位認售權證（視為買入 10 萬股，每股 100 元）相配對，即 $(110-100) \times 10 \text{ 萬} = 100 \text{ 萬元}$ 。總計歸入利益 300 萬元。

### 筆者的碎念時間

在前面的擬答中，為求完整性所以將老師文章裡有提到的夫妻就歸入權負擔方式的正反見解全部寫上去了，考試上基於時間考量，只要以第 3、4、5 種為主要論述即可，而最後的第 5 點為劉連煜老師之見解，作為結論剛好。另外，也請讀者注意，本題中所舉的例子是「認售權證」，如果今天題目問的是「認購權證」，那麼算法就跟買入或賣出股票相同，也就是說買入「認購權證」就與賣出股票相配，賣出「認購權證」就與買入股票相配，要看仔細不要弄錯了。

### 文 Extension.

1. 林文里，股東合計配偶持股超過公司股份 10% 與短線交易歸入權的適用，台灣法學雜誌第 184 期，2011 年 9 月，頁 69-76。
2. 張心悌，短線交易百分之十大股東內部人身分之認定——最高法院九十九年臺上字第一八三八號民事判決，月旦裁判時報第 7 期，2011 年 2 月，頁 76-84。
3. 劉連煜，大股東與配偶短線交易歸入權的法律問題——最高法院九十九年度臺上字第一八三八號民事判決評析，月旦裁判時報第 19 期，2013 年 2 月，頁 34-45。

10 證期會 2003 年 2 月 24 日台財證三字第 0920000717 號函。