

## 第一編 序論.....5

### 第一章 民事訴訟之目的與功能.....5

第一款 目的、任務、功能.....	5
壹、解決紛爭.....	5
貳、依當事人之請求.....	6
參、國家以強制力解決.....	12
肆、訴訟程序與非訟程序.....	25
第二款 民事訴訟之基本原則.....	32
壹、處分權主義（私法自治原則）.....	32
貳、辯論主義.....	35
參、言詞審理與書面審理主義.....	39
肆、直接審理與間接審理主義.....	40
伍、公開審理與祕密審理.....	40
陸、當事者權（聽審權），憲 §16.....	41
第三款 民事訴訟與其他程序之衝突.....	43
壹、訴訟與仲裁.....	43
貳、民事訴訟與行政程序.....	43

## 第二編 訴訟主體論.....49

### 第一章 法院.....49

第一節 概說.....	49
第一款 法院組織.....	49
壹、三級三審制.....	49
貳、三級三審制之例外.....	49
第二款 管轄.....	51
第一款 管轄.....	51
壹、概說.....	51
貳、種類區分.....	51
參、「普通審判籍」與「特別審判籍」.....	52
肆、合意管轄：§24.....	57
伍、應訴管轄：§25.....	60
陸、專屬管轄（專論民訴§10 第一項）.....	60
柒、指定管轄：§23.....	66
第二款 管轄恆定原則.....	66
第三款 訴訟之移送：§28 至§30.....	67
第三款 迴避.....	69
第一款 法院職員之迴避.....	69

壹、	立法目的	69
貳、	迴避事由	69
參、	違反迴避之效果	71
第二款	「民事訴訟合意選定法官審判暫行條例」之評析	71
壹、	合意性質	71
貳、	合意之拘束力	72
第二章	當事人	73
第一節	當事人	73
第一款	當事人能力	73
壹、	當事人能力	73
貳、	訴訟能力	81
第二款	當事人適格	83
壹、	實務當事人適格之認定範圍	83
貳、	當事人適格之意義	83
第三款	訴訟實施權限－訴訟擔當	86
壹、	訴訟實施權限之意義	86
貳、	訴訟擔當	87
第二節	選定當事人與團體訴訟	92
第一款	選定當事人	92
壹、	選定當事人制度之意義及目的	92
貳、	選定當事人之要件	93
參、	選定當事人之程序	97
肆、	選定當事人之效力	98
第二款	團體訴訟	102
壹、	多數人訴訟	102
第三款	訴訟擔當	102
壹、	§41 選定當事人	102
貳、	§44-1 以公益社團法人為被選定人	102
參、	§44-2 公告曉示制度與併案請求	103
肆、	消保法§50	104
伍、	其他特別規定：§§證券 28、公司法 200、公司法 214 II	104
第四款	團體之固有權	105
壹、	德國法	105
貳、	我國法	105
第五款	訴訟信託	107
壹、	訴訟信託之意義	107
貳、	特別案例解析	108
第三節	共同訴訟	110
第一款	共同訴訟概說	110

壹、	共同訴訟之定義與目的	110
貳、	採行共同訴訟之主觀要件 (§53)	110
第二款	普通共同訴訟與必要共同訴訟	113
第三款	固有必要共同訴訟	114
壹、	固有必要共同訴訟之意義	114
貳、	案例類型	116
參、	固有必要共同訴訟人間之關係	124
第四款	類似必要共同訴訟	124
壹、	類似必要共同訴訟之定義	126
貳、	案例類型	127
參、	實務對固有必要共同訴訟及類似必要共同訴訟之見解	140
第五款	共同訴訟之審理原則	141
壹、	普通共同訴訟	141
貳、	固有必要共同訴訟	144
參、	類似必要共同訴訟	147
第四節	主參加訴訟	149
第一款	主參加訴訟之要件	149
壹、	要件：1.為自己有所請求或主張 2.自己之權利將被侵害	149
第二款	避免裁判矛盾	151
壹、	主參加訴訟制度目的	151
貳、	主參加訴訟與審級利益	152
參、	§56 II 之刪除及其影響	152
第五節	訴訟參加與訴訟告知	155
第一款	概說	155
壹、	定義	155
貳、	爭議問題	155
第二款	一般訴訟參加	155
壹、	訴訟參加之要件	155
貳、	訴訟參加之程式	160
參、	參加人之權限	160
肆、	參加之效力	164
第三款	獨立參加（特種參加）	168
壹、	獨立參加之要件、法律效果	168
第四款	參加人承當訴訟 (§64)	173
壹、	§64 之參加人承當訴訟，為訴訟擔當之型態	173
貳、	參加人承擔訴訟之限制	174
第五款	告知訴訟 (§65~§67-1)	174
壹、	訴訟告知	174
第三章	訴訟代理人	176

第一節 律師強制代理主義概說.....	176
壹、律師強制代理主義之法理基礎.....	176
貳、律師強制代理制度之目的及優點.....	176
參、比較法.....	177
第二節 我國法之第三審律師強制代理.....	177
第三節 訴訟代理人之委任方式、權限及其效力.....	178
壹、契約性質.....	178
貳、委任方式、權限及其效力.....	178

### 第三編 訴訟客體論 .....180

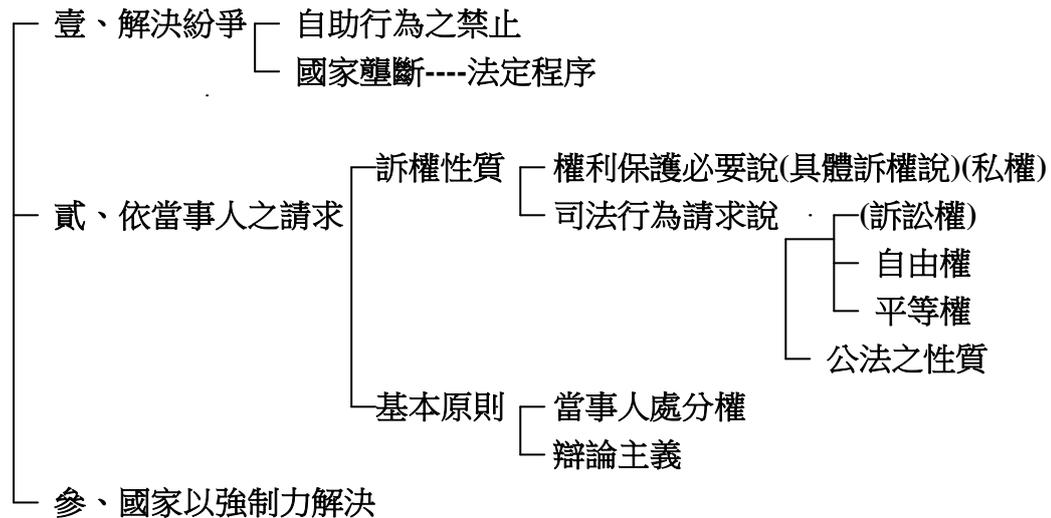
第一節 訴之種類.....	180
第一款 訴訟客體概說.....	180
壹、訴訟客體牽涉：起訴 審判 既判力.....	180
第二款 訴之種類概說.....	181
壹、由原告訴之聲明內容觀之，訴訟事件得區分為三種類型.....	181
第三款 給付之訴.....	182
壹、給付之訴原告勝訴之確定判決得為執行名義.....	182
第四款 確認之訴.....	183
壹、確認之訴之性質及要件.....	183
貳、確認利益.....	184
參、確認之訴是否具補充性.....	191
第五款 形成之訴.....	191
壹、形成之訴之意義與特徵.....	191
第二節 起訴.....	204
第一款 同一事件與重複起訴禁止.....	204
壹、概說.....	204
貳、當事人.....	207
參、訴訟標的.....	212
肆、訴之聲明.....	220
第二款 當事人恆定.....	225
壹、當事人恆定之意義與繼受人承當訴訟.....	225
貳、訴訟繫屬中移轉之法律關係.....	227
參、訴訟繫屬之通知與已起訴登記.....	234
第三款 訴之合併.....	235
壹、訴之客觀合併.....	235
貳、訴之主觀合併.....	251

# 第一編 序論

## 第一章 民事訴訟之目的與功能

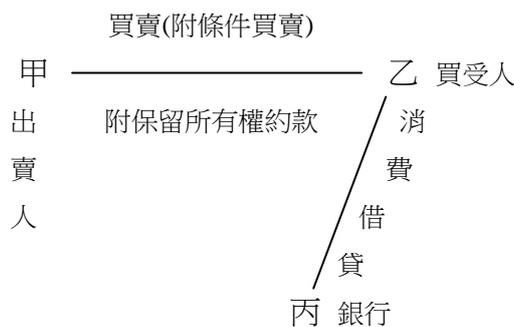
### 第一款 目的、任務、功能

【圖表 1】



### 壹、解決紛爭

【案例 1】



動產擔保交易法§26 規定，附條件買賣<sup>1</sup>乃以買受人付清全部價金作為取得汽車

<sup>1</sup> 分期付款買賣

- (1) 出賣人需承受先天上買賣契約之風險，亦即如出賣人已為買賣標之物之交付，買受人卻不願給付價金，此時即由出賣人承受價金危險。
- (2) 惟如出賣人為企業經營者，因其有一定之專業背景知識，故會先行預估並控制、轉嫁其風險，亦即訂立所有權保留約款。於出賣人為民法§761 之動產交付時，同時作成以買受人付清價金為取得所有權之停止條件之讓與合意，故所有權於買受人付清全部價金前仍為出賣人所有。
- (3) 可參照王澤鑑，「附條件買賣買受人之期待權」，收於民法學說與判例研究（一），頁 165

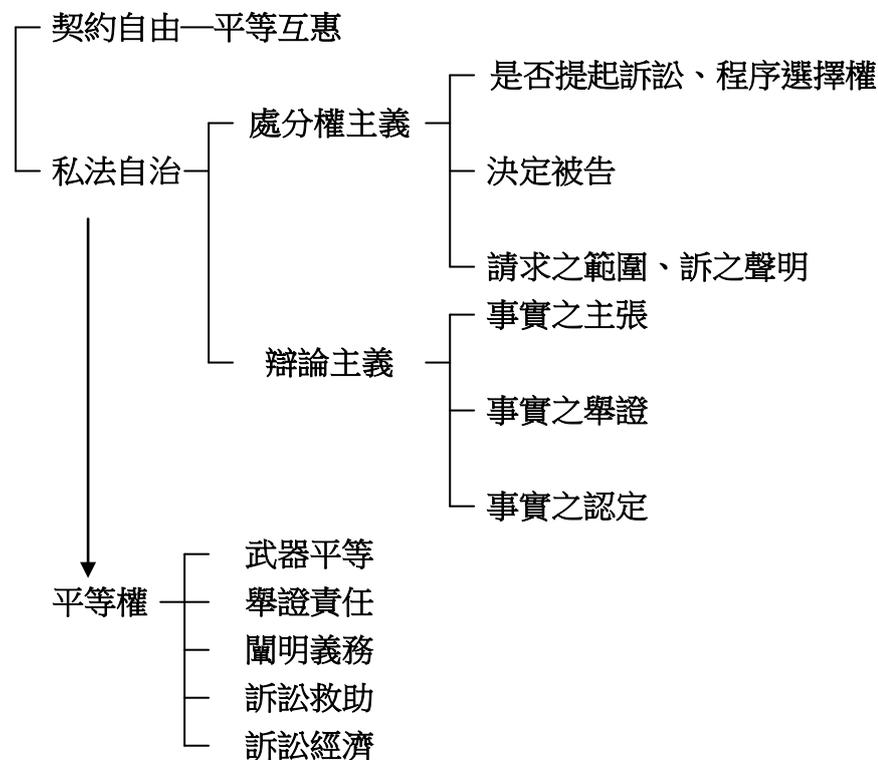
所有權之條件，今買受人乙於出賣人甲交車後，因失業而連續多期未付款，經甲催告仍不履行，甲乃以汽車所有人身份將該車取回，依雙方附條件買賣契約之約定，主張乙違約而沒收已付之價金 10 萬元，並請求 10 萬元損害賠償。

試問乙對甲之實體法上權利義務是否存在？乙對甲有無所有物請求返還權？另甲對乙可否請求除價金 10 萬元外之 10 萬元損害賠償？

- 一、僅於緊急必要時始賦予由私人主張民法§151 之可能性，縱使實體法上之權利義務存在，原則上不允許私人以自力救濟之方式行使（自助行為之禁止），蓋私法上權利義務之有無及其內容，須經由法院或第三人之判斷，始賦予強制履行之可能。除此判斷機制外，為避免造成弱肉強食之現象，原則上不得由私人實施自力救濟。
- 二、基於維護公共利益及法秩序安定性原則，而賦予民事訴訟法具有強行法之色彩，亦即僅得由國家建制合理適當之紛爭解決途徑（法定訴訟程序）。故解決紛爭之機制專屬於國家，唯有立於當事人合意之基礎上，始允許私之判斷，此為法律保護國家壟斷原則。私之判斷，為私法自治原則之實現，如：和解、調解、仲裁。

## 貳、依當事人之請求

【圖表 2】



以下。

由國家壟斷之機制，應如何解決當事人之紛爭；又當事人有紛爭時，國家是否應依職權介入，種種問題皆涉及民事訴訟與刑事訴訟之基本原則：

刑事訴訟因涉及公益，原則上由國家依職權發動（涉及隱私、財產等案件例外採告訴乃論）

民事訴訟原則上由當事人請求，國家始有判斷之可能，即【無原告即無法院】（此即不告不理原則，國家原則上不強制主動介入私人紛爭，因其涉及私人間之財產權及身分關係）

## 一、訴權理論

私人之權利義務為何得請求國家予以審判？有下列二說：

### （一）權利保護必要說（傳統、實務）

1. 羅馬法時代採行私權理論，認當事人享有之私法上權利包含訴因，若其權利受侵害而欲請求法院審判，即須符合權利保護要件。法院發給訴因後，審判長始允許當事人向法院請求審理判決。現雖改變私權觀念，惟現行實務仍受權利保護要件此一概念之影響<sup>2</sup>。
2. 涉及私益之私人間紛爭乃屬私權，國家應基於第三人之立場給予公平審判，故若私人為請求，原則上須有權利保護之必要。然而目前我國實務及日本通說採取具體訴權說，即權利保護請求權說，認訴權之性質為公法上之請求權，因此，實務常將確認之訴是否有確認利益、當事人是否適格、是否須提起固有必要共同訴訟等訴訟要件，混為一談。

### （二）司法行為請求說（晚近、德國通說）

1. 認此係憲法所賦予之基本權利--訴訟權，私人間若紛爭發生，有請求國家為一定審判行為之權利，唯有經國家審判始得避免弱肉強食之現象發生。憲法上之訴訟權、自由權、平等權等乃導源於對人性尊嚴之尊重，以人本思想為出發點，思考法律規定是否符合對人性尊嚴之尊重(參照德國基本法第一條)。
2. 公法之性質：雖為私權之爭執，惟訴訟程序之指揮權係屬於法官或當事人，應由法律嚴格界定，且不許當事人任意變更，因私人個別利用訴訟程序時，對個人及對國家國家整體訴訟資源皆有影響，且涉及公益，故「訴訟指揮權屬於法官」此一原則應由法律強行規定，當事人始有預期之可能性。此外，於認定事實、適用法律時，證據應如何形成；事實須由何者主張；事實之認定是否專屬於法院；證據是否須由當事人提出，法院方得加以審理，若當事人未提出，法院得否依職權調查(即有無職權調查之義務)；又法官如何就眾多證據形成心證，敗訴之結果由誰承擔等

<sup>2</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，修訂四版二刷，2005年10月，第4頁。

種種問題，均須有嚴格且強行之法定程序存在。

- ┌ 自由心證主義：證據之證明力由法官自由判斷
- └ 法定證據主義：證據之證明力由法律強行規定

## 二、基本原則

### (一) 自由權方面（私法自治）

#### 1. 當事人處分權（是否起訴由當事人決定）

訴訟程序乃為解決當事人間之紛爭而生，自須當事人為己之權利奮戰，此為採不告不理原則之原因。而早期德國法之訴訟程序中，因由非專業法官審判，故須由當事人自身提供法律之適用；惟現今既係由具專業法律知識背景之法官審判，為求解決當事人間之紛爭，審判長自不應受當事人適用法律主張之拘束（法官知法原則），應依其專業知識認定事實適用法律。

#### 2. 自由權表現於程序法方面：

(1) 是否提起訴訟

(2) 以何人為被告

(3) 就何訴訟標的請求審理

(4) 是否上訴、上訴之範圍

(5) 捨棄與認諾



賦予自由權，同時須為己之訴之撤回行為負責（與契約自由相對應，運用意思決定自由所生後果應自行承擔）

#### 3. 辯論主義

事實由當事人主張，並有就其所主張之事實提出證據之義務，若經舉證責任之分配，其應提出證據而未為，即須承擔敗訴之結果。**當事人未主張之**

**事實，法院不得採為判決之基礎。**然若涉及公益時，如法律行為之無效，

此無效之事實，是否須由當事人主張，法院始得以之為判決之基礎？此涉及國家立法政策之考量，所影響者不僅私益，尚包含公益。就此應認，**涉**

**及公益時，當事人之自由權須受相當之限制。**由上可知，程序法上之正義

非絕對之正義，而係**相對之正義**，應於當代思潮下加以考量，公益自應優先保護，而當事人間何者之私益應優先保障，即為**利益衡量**之問題。

然本來依照辯論主義下，若當事人主張不明確，或者不充分不完備時，法院無法作一判斷基礎下，此乃屬於當事人責任，則當事人未盡舉證責任，是法院逕依判應負舉證責任一方敗訴，但是我國法院於真偽不明時，尚有§199 條以及§199 條之 1 之闡明責任，即須曉諭當事人提出資料，雖須耗費更多時間，但能得到更為正確的結論、判斷，此外，亦可以透過闡明義務，以避免辯論主義下雙方因為法律專業之不平等，而造成不合理的情

形，是乃促進實質平等，所以法院不應單單是訴訟外之第三人，而是須有某種程度的介入，且透過§268 條<sup>3</sup>以及§296 條之 1<sup>4</sup>，可見傳統辯論主義透過法院某種程度介入，已經變成協同主義，其不再只是單純當事人攻防，法院不得單純部介入的情況下，透過闡明義務加強，可見我國已從單純辯論主義走向協同主義。

#### 4. 程序選擇權

**當事人作為程序之主體，有程序選擇權。**當事人得選擇通常之訴訟程序，以較嚴密、複雜且耗時之方式，獲得較為慎重之裁判結果；除此之外，當事人亦得選擇支出勞費、時間、成本較少且較迅速之非訟方式，如和解、調解、仲裁等，以解決當事人間之紛爭。

### (二) 平等權方面

#### 1. 武器平等原則

- 實體：資訊透明化
- 程序：當事人實質地位平等、利用法院（訴訟程序）之機會平等
  - 管轄便利：修訂§1 後段、§28 II、§436-9
  - 小額訴訟之增訂§436-8 以下：標的金額 10 萬以下，如消費爭議
  - 律師代理（專業知識）：修訂§68，「原則上」應由律師代理，而第三審則強制律師代理（§466 之 1）
  - 審判長闡明：§199 以下，增訂§199-1
  - 舉證責任：增訂§277 但書

實體法上(尤其係消保法)，資訊須透明化，令當事人有充分接受資訊之可能，故企業經營者負有告知義務。而於程序法上，「武器」係指進行訴訟時所必須之工具及方法，亦即專業知識與律師強制代理主義。此因民事訴訟法係以自由為原則，而自由之前提則須具備充分之知識，始有選擇之能力，如缺乏專業知識，當事人根本不知如何為正確之選擇，故自由與平等同等重要，惟我國傳統之訴訟法，僅具自由而無平等，於實體法上亦同樣有許多僅賦予自由而無平等之保障之情形(契約之公平正義)。故德國法基

<sup>3</sup> §268 條相當於法院的闡明義務，即於準備程序中，若資料準備不充分，則法官應該闡明當事人補充資料，比如車禍事件中增加生活上需要、減少勞動能力(薪資所得證明等)，則審判長不能完全置身事外，則須由當事人協同法院來認定事實、適用法律，已並非由當事人提出事實證據，而由單純法院單純認定事實適用法律。

<sup>4</sup> § 296-1：證據資料部份，是否已達事實資料認定部分之曉諭闡明

於武器平等原則，絕大多數訴訟事件採律師強制代理制度，由具有專業知識之律師協助當事人，當事人始有勝訴之可能，且強制規定律師費亦屬支出之必要費用，故勝訴之一方得向他方請求之。有鑒於此，我國民事訴訟法於 2003 年修正§68，規定訴訟代理人除經審判長許可外，原則上應委任律師為之。除此之外，依§466 之 1，我國法上第三審乃採律師強制代理主義，蓋其為法律審，專業知識之需求更為強烈之故。

## 2. 闡明義務

§199、199-1 定有審判長之闡明義務，即由審判長曉諭當事人為適當之主張。然而此一闡明義務仍非無限上綱，原則上以當事人處分權主義為其界線，亦即當事人處分權範圍內之事項，須由當事人自由決定主張與否，於當事人處分權主義之範圍外，法院不得任意闡明，仍須有最低程度的事實法院始得闡明<sup>5</sup>。

## 3. 舉證責任

舉證責任亦牽涉武器平等原則。主張權利存在之人須就該權利於法律上所定之要件負舉證責任。惟於侵權行為中，若干特殊之類型（稱為「現代型紛爭」）其舉證極為困難，多有「證據偏在」之情形，亦即證據資料存於毋須舉證之一方，而應負舉證責任之一方又不具備與舉證相關之專業知識，此實有違公平正義。如公害事件中就相當因果關係、或醫療糾紛中，就醫療人員有無過失，及商品製造人責任中，就商品製造人之過失等實體法上構成要件舉證時，多有困難，故立法上即有所謂「舉證責任倒置」（民訴§277 但書）之方式，推定行為人之過失，由行為人舉證證明其無過失方能免責，尤其於商品製造人責任之部份，因與消保法§7 競合，應優先適用消保法§7 之無過失責任。就此，德國法上相關判決認為，不具專業知識之一方如負有舉證責任，有違武器平等原則，雖非皆肯認舉證責任之倒置，惟基本上肯定舉證責任之減輕；且如握有證據資料之一方故意隱匿時，法院亦得斟酌而認他方之主張為真正。

## 4. 訴訟救助

雖訴訟乃釐清法律關係之管道，惟民事訴訟程序係有償之救濟，進行訴訟程序必將產生訴訟費用，且需先由原告預繳裁判費，故人民或將因此而對法院怯步，尤其無法負擔裁判費之人，常因經濟能力之不對等而成為法律上之弱勢。為防止此種現象產生，起訴前人民得依法律扶助法（國家成立一定基金，由基金會審核申請資格，提供免費律師代理及繳交裁判費用）、

---

<sup>5</sup>闡明是權利還是義務？其區分實益乃為若是法院權利，則法院可以拋棄，有部分教科書認為乃是權利，但是老師認為其應該是一義務，且法院若未盡該義務，則屬於判決違背法令，則可上訴第三審，以落實武器平等之原則

起訴後得依§107 以下聲請訴訟救助。又§28 II 特別規定若當事人之一造為法人或商人，依其預定用於同類契約之條款而成立合意管轄，其情形顯失公平者，他造於言詞辯論前，得聲請移送於其管轄法院，俾能達到實質上平等之效果。

## 5. 訴訟經濟

德國法於 1976 年新增加速訴訟審理與終結法，此係基於國家訴訟資源之有限性，為確保每一人皆有利用法院之機會與可能，故不得任由當事人恣意決定如何利用訴訟程序，亦稱訴訟集團化。而為使訴訟程序有效率，實現程序正義，程序應力求迅速審理終結<sup>6</sup>；惟此與需耗費較多訴訟程序及資源之實體正義（確定事實存在、適用法律正確）之實現有所衝突，故民事訴訟程序依其標的金額及法律關係複雜之程度區分通常訴訟程序（§244 以下）、簡易訴訟程序（§427 以下）、小額訴訟程序（436-8 以下）而有不同之審理方式與要求<sup>78</sup>。

---

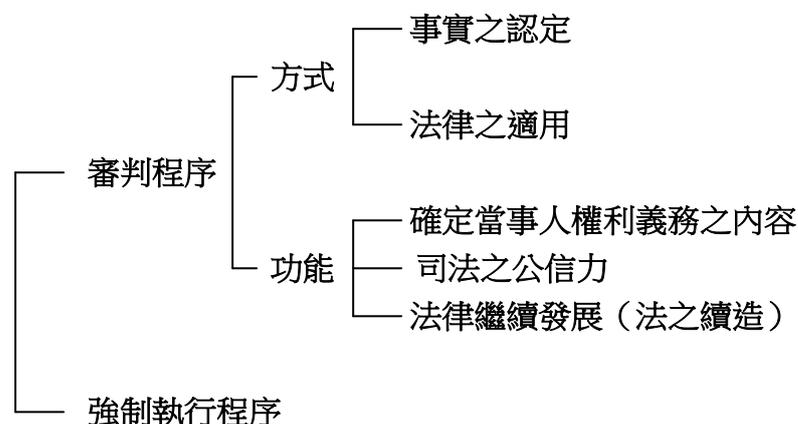
<sup>6</sup> 是邱聯恭老師所謂的「促進訴訟原則」，亦即加速訴訟審理和訴訟終結。

<sup>7</sup> 其亦是讓一般當事人接近法院，不論是小額或是欠缺經濟能力之人，即使其爭議標的很小，也不能剝奪其接近法院的權利，可知從私法自治走向所謂武器平等原則，使大家有相同機會解決紛爭。

<sup>8</sup> 其亦涉及當事人程序選擇權，依照§427 條第三項以及§436 條之八，可透過當事人合意而適用簡易程序或小額訴訟程序，已達到程序上正義。

## 參、國家以強制力解決

【圖表 3】



### 一、審判程序

#### (一) 功能

##### 1. 確定當事人權利義務之內容

透過審判程序確定當事人實體法上之權利義務。

##### 2. 司法之公信力

判決之結果正確與否將影響司法之公信力，若判決之最後結果與實體法上規定相矛盾，一般人便無守法之意願。僅於守法產生良好之結果，一般人始願意守法，若雖違法惟其結果良好，一般人之意願自易朝向違法；故社會之守法意識與長期以來法院所為之判決與文化密切相關，若某一社會之守法意識強烈，僅須透過一個機關確認有義務之存在，相對人即願意自動履行，如此人民即毋需國家之強制力，不會常為給付訴訟之請求。相對而言，一守法意識薄弱之社會，縱知有義務亦不願履行，此時即須透過強制執行程序，給付訴訟之進行因此即較為頻繁(我國確認訴訟數量稀少，因確認訴訟僅係確認權利義務關係之存在，無法透過強制執行程序履行，故僅就身分關係方會進行確認訴訟，其他情形多採給付訴訟之方式)。司法之公信力會影響人民之守法意識，即債務人自動履行之意願，因國家最後亦會強制債務人履行；再者，如人民皆依循各自協商之合意而以和解解決紛爭（和解契約依民法§736、§737 之規定，係以有權利者之不主張行使權利，而令其所拋棄之權利消滅，變更實體法上原有之權利義務體系），更將導致人民守法意識降低，毀損國家所建構之法體系。而司法之公信力包含裁判之正確性與一致性，相同案例應為相同判決，令訴訟之勝敗有預見

可能性。高等法院之見解與最高法院常有歧異，人民於敗訴時自然會提起上訴，由此觀之，司法公信力與案件量之多寡亦有關聯，**整體審判程序之正確性與一致性均將影響司法之公信力。**

### 3. 法律繼續發展（法之續造）

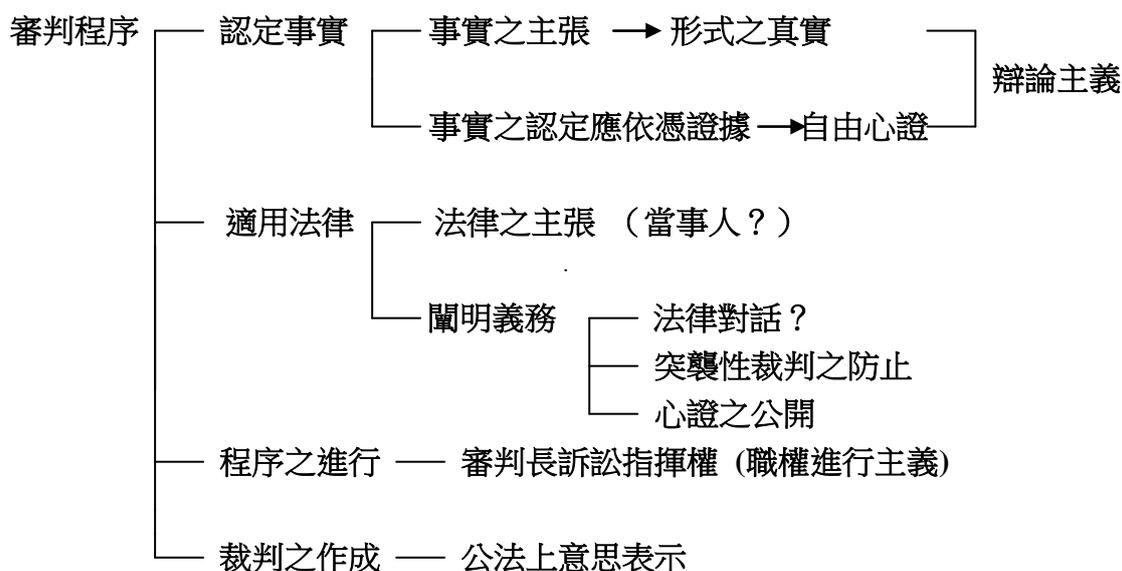
**成文法較不易因時間而改變，惟裁判如有不同於現行法之新見解，新法於制定時即可能將其納入實體法之內容，此種法之續造對於繼受法國家十分重要。法律欲適用於社會上一般人，須適合該社會之文化，故須透過法官之裁判始得繼續發展，即法律之再造。**故於民事訴訟法§469-1 增訂，除§469 所列事由外，上訴第三審應得三審法院之許可，須以從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性者始得上訴第三審。

因訴訟具有對立性及訟爭性（應由當事人就其權利義務提出攻擊防禦方法，再由審判長為原告勝訴或敗訴之裁判），而我國之民族性基本上並不好訟，認「訟則凶，和為貴」，故會為維持表面上和平(面子問題)而無意興訟。相對於此，德國之民族性則較好興訟，基本上較具守法之觀念，人際關係雖因此而較為緊張、不和諧，然其優點則在於，私法上之權利義務關係經不斷之挑戰與驗證而越趨明確，守法意識亦較為強烈。

### （二）方式

**訴訟之發動、當事人處分權**(當事人本於私法自治原則得決定法院審理判決之對象，即訴訟標的與被告)→ 無原告無訴訟、無原告無法官

**【圖表 4】**



## 1. 訴訟標的

訴之聲明係原告請求法院審理判決之內容，而訴訟標的<sup>9</sup>即為當事人請求法院審理判決之客體，原則上此係當事人處分權之範圍，故應由當事人自由決定。因此，「無原告即無訴訟」，亦即無原告即無法官，如當事人不主張行使其權利，原則上即無法院應為審理裁判之可能與義務。

**認定事實** **形式之真實** **實質之真實** **值得當事人信賴之真實**

於整體訴訟程序中，主要乃分為兩個部分，首先應認定事實（指當事人主張之事實），而依辯論主義，事實主張之提出亦專屬於當事人，須由當事人為權利構成要件事實之提出。由此可知：當事人未主張之事實，法院不得採為審理判決之基礎，否則即生訴訟外裁判。然辯論主義亦有其例外，如人事訴訟程序，因涉及身份法益及公共利益，故縱當事人未主張之事實，法院亦得斟酌之（§575）。

事實經主張後，法院如何認定該事實是否實際存在於當事人間，乃涉及通稱形式真實之概念，其與刑事訴訟法中法院有調查真實之必要，即所謂實質之真實之概念有所不同。蓋刑事訴訟法之出發點為公益，目的在追求犯罪之制裁，不同於民事訴訟法以解決當事人間私權之紛爭為目的。

至於邱聯恭老師則主張民事訴訟法所追求者應為值得當事人信賴之真實，此一概念應為形式之真實和實質之真實之折衷。

## 2. 事實之認定應依憑證據

再者，事實之認定應依憑證據，而證據之提出與主張須由當事人為之。於當事人提出證據後（證據方法之提出，涉及舉證責任之分配），法院始得調查證據以認定事實。依§222，法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。反面言之，如未於全辯論意旨中提出者，自不得斟酌之。因此，法院認定事實須依憑證據，如有不同之證據同時存在，如何依照不同之證據認定事實，係屬法院自由心證之範疇。

## 3. 適用法律

### (1) 當事人是否有主張法律適用之義務（與傳統訴訟標的理論之關係）

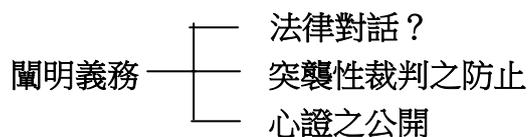
此外，於法律適用之層面，當事人主張事實且經法院認定後，當事人是否有主張其欲適用之法律之必要（例如當事人是否須向法院說明其所主張者為不完全給付，而非物之瑕疵擔保責任），頗有疑問。當事人是否有主張法律適用之義務，此爭議之產生與我國實務慣採之傳統訴訟標的理論具密切之關係。

事實上法律適用之權限應專屬於法院，由具有專業知識之法官為之，故當事人僅須主張事實即可，由法院依當事人所主張之事實為裁判；惟我國實務所慣採之傳統訴訟標的理論卻背道而馳。傳統訴訟標的理論認訴訟標的（即當

<sup>9</sup> 訴訟標的之認定，我國實務係採傳統訴訟標的理論，以請求權基礎為判斷訴訟標的之方式。

事人請求法院審理判決之對象)應以當事人間之法律關係與權利義務,亦即當事人所主張之實體法上請求權基礎為認定標準,如此即令當事人於主張事實之同時亦負有主張實體法上請求權基礎之義務。如車子遭他人偷竊,當事人須說明其係本於所有人之所有物返還請求權、占有人之占有物返還請求權、基於契約之返還請求權、基於侵權行為之損害賠償請求權或回復原狀請求權,抑或不當得利返還請求權而為主張。實務於當事人主張訴訟標的時,認當事人有義務說明其法律上之請求權基礎,顯係將所有人民視為法律專家。

## (2) 闡明義務



於適用法律時,若當事人所主張之事實有所不足,或可能會遭遇敗訴判決時,法院有無闡明之義務?例如當事人主張返還汽車一輛,惟未說明汽車型號、出廠年份等事項,對此一不充分之請求,法院是否有義務曉諭當事人為更充分之陳述與事實上之主張,實涉及法院適用法律之層面。

此外,就何種事項法院負有闡明義務,即闡明義務之範圍,亦為一重要且富爭議性之問題。法院行使闡明之界線為當事人處分權主義。於當事人處分權範圍內之事項(例如時效抗辯),須由當事人自由決定主張與否,故於此範圍內,法院不得闡明。除此之外,闡明義務亦涉及當事人是否有與法院進行法律上對話之可能,及法院突襲性裁判之防止,即法院是否有公開心證,甚或表明法律見解之必要,尤其應注意新修正之民事訴訟法§199-1之適用,詳如後述。

## 4. 審判長訴訟指揮權

訴訟程序進行中,原則上係由審判長基於訴訟指揮權為之。此涉及訴訟程序於何種情形下得由當事人合意停止或由法院裁定停止,例如當事人之一方死亡時,因其已不具有權利主體地位,訴訟程序已無法繼續進行,即產生當然停止之情形。

## 5. 裁判之作成

所謂之裁判區分為裁定與判決,皆屬法院所為之公法上意思表示,為法院經過慎重之程序後,就當事人間之紛爭為實質上之認定。裁定與判決之區分、裁判之廢棄與變更、裁判之形式確定力與實質之確定力、裁判效力之範圍等,皆為此部分重要之議題。

### (1) 給付判決之執行力

於給付訴訟之審判程序終結後，勝訴之一方得以強制力實現當事人間權利義務之內容，故應先以裁判確定當事人間權利義務之內容，再賦予當事人依強制執行程序實現該內容之權利。而強制力原則上僅存於給付判決，強制執行法§4 I 第一款之確定判決係指給付判決而言。所謂給付判決，乃法院判決當事人應為一定之行為或禁止為一定行為之判決形式。例如甲應給付乙價金若干、甲應移轉某物所有權與乙、或乙應停止其對甲所有物之侵害等。凡此皆為裁判中應予明確表示之內容，除此之外，更賦予該內容執行力，令當事人得以該裁判為強制執行名義，於強制執行程序實現當事人間之權利義務。

### (2) 確認判決無執行力

確認判決僅具確定當事人間權利義務是否存在之效力，無法透過強制力實現當事人實體法上之權利義務內容。且如當事人欲提起確認訴訟（如確認當事人間之契約為通謀虛偽意思表示），依§247 尚須具有確認利益。我國法上當事人提起確認之訴者較為罕見，主要原因在於一般人民守法意識較為薄弱，實體法上權利義務是否真實存在，對其而言並非十分重要，僅於被強制履行時方覺有履行之必要，故前述之給付判決於國內較為常見。除此之外，實務將§247 II 確認之訴之補充性擴大，亦造成確認之訴適用之範圍縮小。

### (3) 形成判決

形成判決係指國家以公法上之意思表示直接變更當事人間之權利義務內容，其前提為當事人須有實體法上形成權存在，而非利用法院事後實現其權利內容。

形成權與請求權不同，請求權係請求相對人為一定之行為或不行為；而形成權則係以單方之行為變動當事人雙方實體法上之權利義務內容，其構成要件明確規定行使主體、行使期間(除斥期間)與法律效果（形成權法定主義或稱形成訴訟法定主義）。形成權分為兩種類型：第一類為撤銷權和契約之解除權，其行使方式係以意思表示為之，如民法§88、§92、§365 等<sup>10</sup>。第二類形成權係基於對法秩序之安定性，或對第三人之權利義務影響重大，有令法院斟酌並賦予其裁量權之必要，故應由當事人以提起訴訟之方式為之（形成訴權），如民法§56、§74、§244（撤銷詐害債權）、§824（共有物分割）、§1052（離婚判決）<sup>11</sup>、§1063 第二項（否認子女之訴）、公司法§189 等。

<sup>10</sup> 如以意思表示為之的形成權是否依法律規定行使而生法律關係之變動有所疑義時，可提起確認之訴予以確認當事人間之法律關係，而非形成訴訟，因無形成訴權。如買賣契約因買受人受詐欺而得撤銷時，於買受人行使撤銷權後，若雙方有所爭執買受人行使撤銷權是否符合法定要件，可對於買賣價金債權是否存在提起確認之訴；若於買受人給付部分價金時，亦可本於不當得利提起給付之訴，因該契約已因撤銷而溯及不生效力。

#### (4) 確認婚姻無效之訴之性質－確認之訴或形成之訴

德國法上就確認婚姻之無效與結婚之撤銷，其效力皆為向後發生，而非溯及地自始確定當然無效，故確認婚姻無效之訴使原本有效之婚姻變為無效，具有形成之效力。確認之訴原則上僅於此情形下方具有形成之效力，故德國法上認為確認婚姻無效之訴應為形成判決，且於法條中區分為確認婚姻之無效與確定婚姻關係自始不存在或不成立兩種不同類型。而我國法於繼受過程中則未作如此區分，亦即確認婚姻無效之訴，效力將回溯至婚姻關係成立時而自始、當然無效，故於我國確認婚姻無效之訴不具形成力，不會變更當事人間之權利義務狀態。

#### (5) 否認親子之訴之性質－形成之訴或確認之訴

民法§1063 第二項否認親子之訴究屬形成之訴或確認之訴，係一備受爭議之問題。首先，民法§1063 第一項推定妻於婚姻關係存續中受胎之子女為夫之婚生子女，而民法§1063 第二項則規定否認子女之形成權行使主體為夫妻之一方，排除第三人（子女）行使之可能性。其次，就提起形成訴訟之期間，民法§1063 第二項規定「應於知悉子女出生之日起一年之內為之」，此乃基於形成權之性質，即行使必須慎重，避免法秩序之破壞，且須於短時間內行使以確定當事人間權利義務狀態，故由(1)主體規定：夫妻之一方(2)短期除斥期間(3)否認之效果（使存在之親子關係變更為無親子關係）以上三點觀之，目前通說見解多認為否認親子之訴應為形成訴訟。

對此，民國 93 年 12 月 30 日公布司法院大法官釋字第 587 號解釋認為：1. 子女獲知其血統來源之權利係屬子女人格權之一部分，應受憲法之保障。民法§1063 之規定，係為兼顧身分安定性及子女之利益而設，卻未顧及子女得獨立提起該婚生否認之訴時應有之合理期間及起算點，不足維護子女之訴訟權及人格權；2. 是否賦予第三人否認權係屬立法形成自由，按法律不許生父對於受他人婚生推定之子女提起婚生否認之訴，係為避免因訴訟而破壞他人婚姻關係之安定、家庭和諧及影響子女受教養之權益，故與憲法並無抵觸；3. 除斥期間之規定應檢討修正。<sup>12</sup>故大法官仍肯認否認子女之訴為形成之訴，然應以法律明文規定子女亦具備該否認權，對其利益始為充足之保障。然而，於民法親屬編修正賦予子女否認權前，子女得否提起確認親子關係存否之訴，則有爭議。通說謂『應提起認領之訴之情形，不得提起確認親子關係存在之訴；若應提起否認訴訟之情形，亦不得提起確認親子關係不存在之訴以取代之』，蓋親子身分關係決定，乃立法裁量事項，按現行民事訴訟法人事訴訟程序所定之各訴訟類型皆有其各別目的，故確認親子關係存否訴訟之創設僅具補充性，不應與現行法之各種訴訟類型相牴觸，否則將有架空現

<sup>12</sup> 親屬法已於今年 3 月修法，而§1063 條亦因釋字 587 號解釋而有修訂，請自行參閱新舊法之不同。

行法之虞。

補充：消滅時效與除斥期間之區別

除斥期間係形成權得以行使之期間，因形成權之行使將造成現有法律狀態之破壞，為早日確定當事人間之權利義務狀態，避免法律關係長期懸而未決(法之安定性)，故有一定猶豫期間之規定。而消滅時效係請求權得行使之期間，請求權之行使僅得請求對方為一定之行為，並不會直接變動當事人間之權利義務，故時效完成後請求權並非歸於消滅，僅係相對人得依民法§144 第一項取得永久抗辯拒絕給付之權（因法律不保護權利上之睡眠者）。

(6) 情事變更原則之訴之性質－給付之訴、確認之訴、或形成之訴

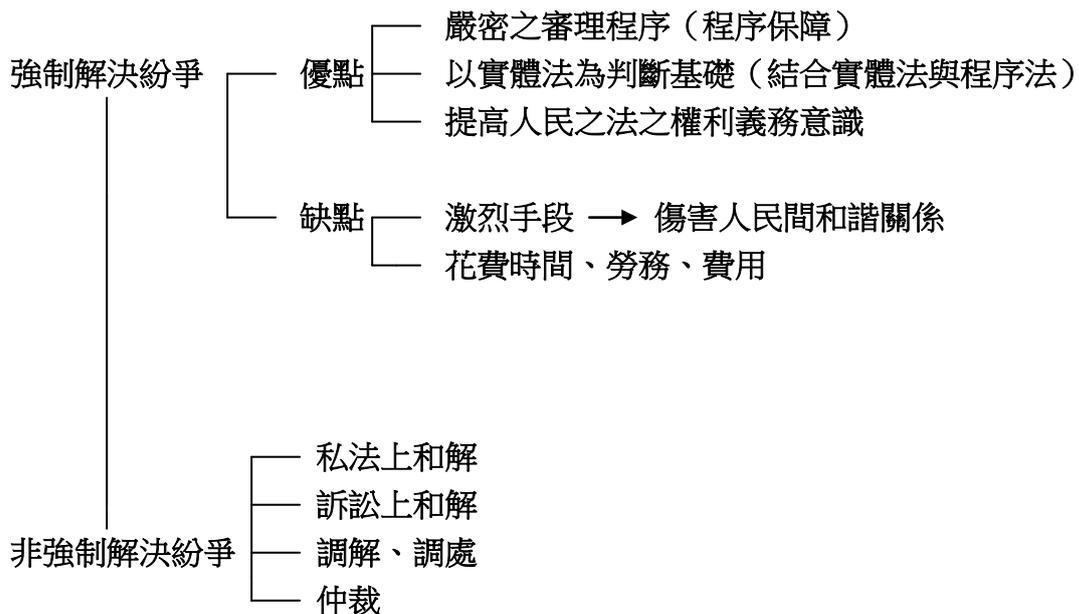
欲探討§397 情事變更原則之訴其性質如何，首應瞭解何謂情事變更原則。

依民法§227 之 2 規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」，例如當事人原依契約規定僅得請求 100 萬元，惟日後因貨幣貶值而欲請求 200 萬元之情形，而於此情形下，是否因法院之判決而令當事人間之權利義務由原來之 100 萬元變為 200 萬元，即為其核心問題。

目前國內多數說（例如楊建華老師）認其屬形成判決，惟德國法上通說則認其並非形成判決。理由乃在於，契約當事人應依誠信原則行使債權、履行債務，而情事變更原則即為實現誠信原則而生，而：1.情事變更後當事人事實上即有多為給付之義務；亦即於情事變更時給付內容即自動地轉換，無待當事人之主張。2.若為形成之訴，則應有短期除斥期間之規定，惟情事變更之訴並無此一短期除斥期間之規定。基此，德國通說認為情事變更之訴應為給付訴訟抑或確認訴訟。

二、強制執行程序

【圖表 5】



### 1. 程序保障

訴訟權之發動、法院之審理裁判、強制執行等，皆經法定之嚴密程序而生，此與一般學者所提倡之程序保障有極大關聯，亦即賦予當事人有充分之機會使法院對其所主張之權利義務與法律關係為審判。

### 2. 強制性解決紛爭之優點

而法院於審判時，須認定事實與適用法律，此時自應以實體法之規定為判斷基礎，此將使人民較能瞭解法律之規定，一般人民對於權利義務之意識即因此而較為強烈，於有義務之時較願意遵循之，而有權利之時亦樂於主張之，故因此社會之法律秩序乃處於較安定之狀態，一般人民較不會挑戰國家之法秩序，社會上之衝突也因而較少。

### 3. 強制性解決紛爭之缺點

因當事人須提出各種主張與證據證明其權利之存在，故於具訟爭性之程序將傷害訴訟當事人彼此間感情之和諧。故針對若干具訟爭性之事件，為使其感情處於和諧之狀態，法律上即有進入訴訟程序前應先經法院調解之相關規定，如§403 I 就相鄰關係之紛爭即規定須於起訴前先經法院調解。

其次，法院資源之利用乃具有有限性，相同之法院不可能無限制地設立，對此某些日本學者稱為法院之集團性，係指法院乃供全體人民利用，若部分人民對法院之資源利用過度，就他人而言即減少利用之可能性。

實體正義係針對實體法上所規定當事人間權利義務之問題，而程序正義可認係訴訟經濟原則。因民事訴訟為有償制度，如當事人欲利用民事訴訟程序確實實現其實體法上之權利義務並解決紛爭，必令法院及當事人負擔一定之訴訟成本、時間及勞力，如何使當事人與法院花費最少之時間、勞務及費用即可解決當事人之紛爭，即為訴訟經濟原則所欲考量者。因此，程序正義原則上亦可理解為不浪費過多之時間、勞務及費用，以達當事人儘速解決紛爭之目的。據此以觀，實體正義與訴訟經濟原則（程序正義）乃互為衝突。於程序進行中調查越詳細雖然越能達成實體正義，惟須支出相當之時間及勞費，此與訴訟經濟原則即有所不符，可謂：品質與效率二者實難兼顧。實體正義係對裁判品質之追求，而如何與追求儘速解決紛爭之程序正義衡平，乃甚為重要且艱難之課題。

## 三、比較：非強制解決紛爭

德國法於 1976 年採行加速審理主義之訴訟審理原則，我國稱為集中審理制，民事訴訟法於 2003 年就集中審理之相關修正亦係源於德國之加速簡化訴訟審理原則—斯圖加特審理模式。目前德國正進行第二波修法，將第二審之審理制度由原先之續審制改為事後審制，即第二審法院僅得審理第一審法院是否已給予當事人足夠之主張機會，或第一審法院之調查有無違法之處

等。此皆為避免訴訟資源之浪費，以達成訴訟經濟原則。因此集中審理制<sup>13</sup>與紛爭解決一次性目的皆在於儘量令使當事人之紛爭利用同一訴訟程序解決。

## 1. 私法上和解

當事人間之紛爭除循訴訟程序解決外，尚得以訴訟外之方式解決，如以當事人合意之方式，即非強制之方式解決紛爭。強制性解決紛爭係透過公法上之意思表示來形成法院公之判斷，而非強制性解決紛爭則係透過當事人合意，本質上為私法自治原則下之一環。非強制性紛爭解決機制，其一係私法上之和解，規定於民法§736、§737。民法§736 規定：和解乃當事人約定互相讓步以終止爭執或防止爭執發生之契約，而和解有形成與創設或確認之效力，使當事人所拋棄之權利消滅，並令其取得和解契約中所載明之權利。

### 【案例 2】車禍事件中，甲對乙為侵權行為損害賠償之請求

甲 → 乙

民§184 + 民§213：醫藥費支出、汽車修理費  
民§193：減少工作能力或增加生活上需要之費用  
民§195：慰撫金  
請求賠償總額：50 萬元

上述之民法§184 及民法§213、民法§193、民法§195 即為法律就當事人間所規定之權利義務，若甲與乙就前述請求之賠償金額達成以 30 萬元和解並分五期清償之契約，則此一和解將使甲對乙原本 50 萬元之損害賠償請求權消滅而變為新的權利義務內容，即 30 萬元之損害賠償與分期給付之約定。因此，民法§737 之規定具形成之效果，亦係基於當事人之合意以為債之變更。然私法上之和解若當事人仍不願履行，仍須透過訴訟方式解決，故私法上和解須當事人自動履行始得有效解決紛爭。

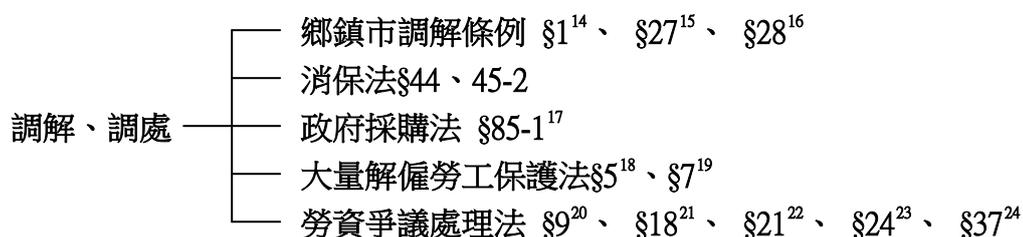
## 2. 訴訟上和解

§377 與§380 規定訴訟上和解有與確定判決有同一之效力，惟訴訟上和解仍具私法性質，可節省法院依法定程序審理判決所需之花費。而訴訟上和解有與確定判決同一效力之意義何在，頗值探討。就執行力之部分而言，其亦為強制執行名義之一種，此較無爭議。惟訴訟上和解是否有與形成判決相同之效力，如裁判離婚之訴得否透過訴訟上和解為之，則有疑義。目前通說與實務皆採否定之之見解，蓋形成判決之形成力透過法院公法上之意思表示始產

<sup>13</sup> 陳榮宗老師於其教科書上將集中審理主義又稱為繼續審理主義，乃相對於並行審理主義之概念，即法官將受理之多數不同訴訟事件，先集中時間經歷繼續審理其中一件，俟該件終結後，再辦理另一件之審理方法。此種制度能於較短時間內一舉連貫整理徵點，容易形成心證。

生之。而依民法§1050，須有書面及兩人以上證人，並經戶政機關登記始發生兩願離婚之效力，因此訴訟上和解載明兩願離婚者，仍應登記始生效力。

### 3. 調解、調處



<sup>14</sup> 鄉鎮市調解條例§1：

鄉、鎮、市公所應設調解委員會，辦理下列調解事件：

- 一、民事事件。
- 二、告訴乃論之刑事事件。

<sup>15</sup> 鄉鎮市調解條例§27：

調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴。

經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力；經法院核定之刑事調解，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其調解書得為執行名義。

<sup>16</sup> 鄉鎮市調解條例§28：

民事事件已繫屬於法院，在判決確定前，調解成立，並經法院核定者，訴訟終結。原告得於送達法院核定調解書之日起三個月內，向法院聲請退還已繳裁判費三分之二。

告訴乃論之刑事事件於偵查中或第一審法院辯論終結前，調解成立，並於調解書上記載當事人同意撤回意旨，經法院核定者，視為於調解成立時撤回告訴或自訴。

<sup>17</sup> 政府採購法§85-1

機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：

- 一 向採購申訴審議委員會申請調解。
- 二 向仲裁機構提付仲裁。

前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。

採購申訴審議委員會辦理調解之程序及其效力，除本法有特別規定者外，準用民事訴訟法有關調解之規定。

履約爭議調解規則，由主管機關擬訂，報請行政院核定後發布之。

<sup>18</sup> 大量解僱勞工保護法§5：

事業單位依前條規定提出解僱計畫書之日起十日內，勞雇雙方應即本於勞資自治精神進行協商。

勞雇雙方拒絕協商或無法達成協議時，主管機關應於十日內召集勞雇雙方組成協商委員會，就解僱計畫書內容進行協商，並適時提出替代方案。

<sup>19</sup> 大量解僱勞工保護法§7：

協商委員會協商達成之協議，其效力及於個別勞工。

協商委員會協議成立時，應作成協議書，並由協商委員簽名或蓋章。

主管機關得於協議成立之日起七日內，將協議書送請管轄法院審核。

前項協議書，法院應儘速審核，發還主管機關；不予核定者，應敘明理由。

經法院核定之協議書，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其協議書得為執行名義。

<sup>20</sup> 勞資爭議處理法§9：

勞資爭議當事人申請調解時，應向直轄市或縣（市）主管機關提出調解申請書。

權利事項勞資爭議之當事人為個別勞工者，得委任其所屬工會申請調解。

主管機關對於勞資爭議認為必要時，得依職權交付調解，並通知勞資爭議當事人。

<sup>21</sup> 勞資爭議處理法§18：

爭議當事人對勞資爭議調解委員會之調解方案不同意時，為調解不成立。

<sup>22</sup> 勞資爭議處理法§21：

調解係由第三人居間調停、協調使有爭執之雙方當事人有成立合意之可能，此仍本於私法自治及當事人處分權主義，而非以法院之裁判解決紛爭，故仍須雙方當事人之事前合意或事後同意。依§403 第一項，須強制調解之情形，或為維持相鄰關係間之和諧，如第一、二款；或具有一定身份關係，如第十款；又或第八款係雇用人與受僱人；抑或第七款因道路交通事故或醫療糾紛發生爭執，由於其爭執標的金額較低且舉證困難，若利用訴訟程序不符費用相當性，故特規定其於訴訟前應先為調解。又調解依§416 第一項，與訴訟上和解有同一效力，即是可得確定判決之效力。

(1) 依民國 94 年 5 月 18 日新修正公布之鄉鎮市調解條例§1，鄉鎮市調解委員會可為一般民事案件或刑事案件告訴乃論之罪之調解，依同法§26 於成立調解後 10 日將調解書送至管轄法院，由該管轄法院之法官依同條第二項為審核，一經法院審核如認無違背強制禁止規定等原因存在時，則使該本僅具民法§737 之私法和解效力之調解，依鄉鎮市調解條例§27 第二項具有與民事確定判決同一效力，得為執行名義，類似於民事訴訟法§380 之規定。

(2) 消保法§43 規定，如消費者與企業經營者因商品或服務發生消費爭議時，消費者得先行向該企業經營者申訴，請求為妥適處理；如未獲妥適處理時，得依同條第三項向消保官申訴；如仍未獲妥適處理，則依同法§44 得向消費爭議調解委員會申請調解。

值得注意者為，民事訴訟法於修正時亦增列§415 之 1，規定關於財產權爭議之調解，經兩造同意，得由調解委員酌定解決事件之調解條款。而消保法§45 之 2 亦有類似規定。

(3) 調解、調處目前較為常見者乃政府採購之案例。政府採購法§85 之 1 所定之調解、調處，由於目前所進行之工程合約中以政府為定作人者為數甚多，故首先應界定公共工程合約之性質，究為行政契約抑或為私法契約。就此，一般皆認其應係政府基於平等地位與人民所締結之契約，故原則上乃私法上承攬契約，例如北二高公共工程契約。對此以往皆採仲

---

勞資爭議經調解成立者，視為爭議當事人間之契約；當事人一方為勞工團體時，視為當事人間之團體協約。

<sup>23</sup> 勞資爭議處理法§24：

調整事項之勞資爭議，調解不成立者，經爭議當事人雙方之申請，應交付勞資爭議仲裁委員會仲裁。

主管機關認為情節重大有交付仲裁之必要時，得依職權交付仲裁，並通知勞資爭議當事人。調整事項之勞資爭議，經當事人雙方同意，得不經調解，逕付仲裁。

<sup>24</sup> 勞資爭議處理法§37：

勞資爭議經調解成立或仲裁者，當事人之一方不履行其義務時，他方當事人得向該管法院聲請裁定強制執行並免繳裁判費；於聲請強制執行時，並免繳執行費。

前項聲請事件，法院應於七日內裁定之。

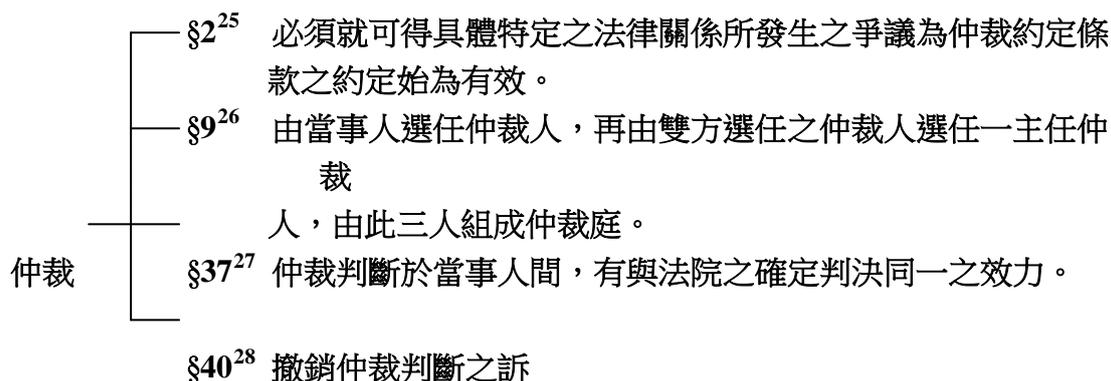
對於前項裁定，當事人得為抗告，抗告之程序適用非訟事件法之規定，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法之規定。

裁之方式解決紛爭，現今則多利用調解、調處程序，主要原因乃在仲裁須繳交高額費用，而調解、調處依政府採購法之規定繳交費用較低，且政府機關一般對仲裁之結果亦不甚滿意。除此之外，公共工程契約之判斷乃需求相當高之專業知識，故亦不適合由普通法院依通常訴訟程序審判之。因此，依政府採購法§85 之 1 之規定，由政府發包之公共工程，如遇機關與廠商間之履約爭議無法達成合意時，可向行政院、台北市政府、高雄市政府及台北縣政府設立之採購申訴審議委員會申請調解，其程序依政府採購法§85 之 1 以下之相關規定。

- (4) 又大量解僱勞工保護法中規定，勞雇雙方如遇工資或工時等紛爭，依該法§5 第二項主管機關於 10 日內召集勞資雙方組成一協商委員會，進行協商並提出替代方案；該方案依同法§7 第一項其效力及於個別之勞工，此乃係利用團體協約之方式，依§7 第五項經法院核定之協議書，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其協議書得為執行名義。
- (5) 而勞資爭議處理法§9、§18、§21 亦有關於調解之規定，類似於私法上和解，另外同法§24 則定有得交付仲裁，而同法§37 條亦規定得交付強制執行，。
- (6) 於耕地三七五減租條例中§26 亦針對耕地有所爭執之情形，得請求耕地租佃委員會進行調解。

因此，法律上所規定之調解、調處程序共有三種立法方式：1.法律並無特別規定該調解具確定判決同一之效力者，如工會法、漁會法中之調解制度，此類型之調解僅具民法§736 私法上和解契約之性質；如有爭執，則須起訴經法院為裁判後，依§400 第一項取得既判力，而得依強制執行法§4 第一款規定取得執行名義；2.法律特別規定該調解與確定判決具同一效力者，該類型之調解多須經法院之審核，經審核後即具§400 第一項之既判力，並依強制執行法§4 第一款規定取得執行名義，如鄉鎮市調解條例§27、消保法§44、消保法§45 之 2、公害糾紛處理法§30；3.法律特別規定準用民事訴訟法上之調解制度（§416），再準用§380 關於和解效力之規定而調解後即取得與確定判決同一之效力者，如政府採購法§85-1。

#### 4. 仲裁



<sup>25</sup> 仲裁法§2：

約定應付仲裁之協議，非關於一定之法律關係，及由該法律關係所生之爭議而為者，不生效力。

<sup>26</sup> 仲裁法§9：

仲裁協議，未約定仲裁人及其選定方法者，應由雙方當事人各選一仲裁人，再由雙方選定之仲裁人共推第三仲裁人為主任仲裁人，並由仲裁庭以書面通知當事人。

仲裁人於選定後三十日內未共推主任仲裁人者，當事人得聲請法院為之選定。

仲裁協議約定由單一之仲裁人仲裁，而當事人之一方於收受他方選定仲裁人之書面要求後三十日內未能達成協議時，當事人一方得聲請法院為之選定。

前二項情形，於當事人約定仲裁事件由仲裁機構辦理者，由該仲裁機構選定仲裁人。

當事人之一方有二人以上，而對仲裁人之選定未達成協議者，依多數決定之；人數相等時，以抽籤定之。

<sup>27</sup> 仲裁法§37：

仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。

仲裁判斷，須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。但合於下列規定之一，並經當事人雙方以書面約定仲裁判斷無須法院裁定即得為強制執行者，得逕為強制執行：

一 以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者。

二 以給付特定之動產為標的者。

前項強制執行之規定，除當事人外，對於下列之人，就該仲裁判斷之法律關係，亦有效力：

一 仲裁程序開始後為當事人之繼受人及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者。

二 為他人而為當事人者之該他人及仲裁程序開始後為該他人之繼受人，及為該他人或其繼受人占有請求之標的物者。

<sup>28</sup> 仲裁法§40：

有下列各款情形之一者，當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴：

一 有第三十八條各款情形之一者。

二 仲裁協議不成立、無效，或於仲裁庭詢問終結時尚未生效或已失效者。

三 仲裁庭於詢問終結前未使當事人陳述，或當事人於仲裁程序未經合法代理者。

四 仲裁庭之組成或仲裁程序，違反仲裁協議或法律規定者。

五 仲裁人違反第十五條第二項所定之告知義務而顯有偏頗或被聲請迴避而仍參與仲裁者。但迴避之聲請，經依本法駁回者，不在此限。

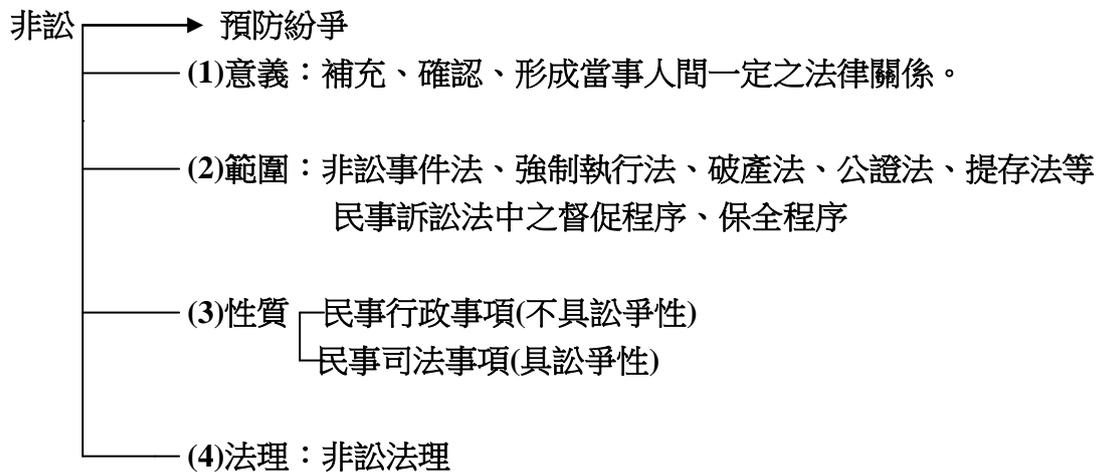
另一逐漸被大量使用作為爭議處理機制者為仲裁，其法律依據即為仲裁法（原稱為商務仲裁條例）。所謂仲裁係指當事人於預先訂定之仲裁契約中約定，當雙方特定之私權發生紛爭時，依仲裁法所規定之仲裁程序選任仲裁人作成仲裁判斷。仲裁之特色為 1.因其事件較具特殊性，故須有較為專業之知識背景以為判斷，如國際貿易、工程爭議等；2.相較於須耗費較多時間之訴訟事件，得快速解決紛爭；3.當事人得於紛爭發生前以書面成立仲裁合意，就可得確定之法律關係所生之紛爭（基於程序安定及明確性），成立書面仲裁協議；4.原則上仲裁亦須適用法律而為判斷，然如當事人同意依衡平法理判斷之，則稱為衡平仲裁。

仲裁判斷性質雖係基於私法自治原則由當事人合意為之，惟其與和解、調解不同之處乃在並非由當事人雙方作成仲裁判斷，而係由仲裁人作成判斷，類似法院所為之裁判，認定當事人之主張有無理由。惟仲裁判斷乃私之判斷，不同於法院所為公之判斷，亦非依法定訴訟程序為之，故其性質乃介於當事人合意與法院裁判之間。

## 肆、訴訟程序與非訟程序

### 【圖表 6】

訴訟 → 解決紛爭



### 一、非訟法理

- 
- 六 參與仲裁之仲裁人，關於仲裁違背職務，犯刑事上之罪者。
  - 七 當事人或其代理人，關於仲裁犯刑事上之罪者。
  - 八 為判斷基礎之證據、通譯內容係偽造、變造或有其他虛偽情事者。
  - 九 為判斷基礎之民事、刑事及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者。前項第六款至第八款情形，以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足者為限。
  - 第一項第四款違反仲裁協議及第五款至第九款情形，以足以影響判斷之結果為限。

民事訴訟法中亦有針對非訟事件而為之若干具預防紛爭功能之規定。非訟事件由字義上即可知係不具訟爭性之事件，其功能除避免事後發生紛爭外，尚在補充或確認當事人間之私法關係，故法官職權色彩濃厚，對於當事人未主張之事實亦須依職權調查證據並予以斟酌。其範圍則包含於非訟事件法，強制執行法，破產法，公證法與提存法等之中（例如法人登記，夫妻財產制登記...等）。而非訟事件所適用之程序與訴訟訴訟並不相同，此部分可參閱民事訴訟研討會第二冊邱聯恭老師之文章〈訴訟法理與非訟法理交錯適用〉。該文章之重點在於：民事訴訟程序之基本法理乃當事人處分權主義與辯論主義，其適用之前提為事件之訟爭性，亦即當事人就一定之權利義務關係之存在是否有所爭執。然而事件若不具訟爭性，則應適用非訟法理，依職權調查事實及相關必要之證據，且訊問當事人與證人皆不公開，並得自行撤銷或變更裁定。故非適用民事訴訟法之事件即須完全依照當事人處分權主義或辯論主義為審理，反言之，規定於非訟事件法中之事件，法院亦非得全依職權主義審理，應視事件之訟爭性與否而決定適用訴訟法理或非訟法理。

## 二、民事行政事項：乃是指無訟爭性的非訟事件

- 法人登記事件：非§82
- 法人之監督：非§59 以下
- 夫妻財產制契約登記：非§101 以下
- 指定夫妻住所事件：非§121
- 對於未成年子女權利義務之行使或負擔之酌定、改定或變更事件：非§122
- 繼承事件：非§141、§144
- 遺產管理：非§146

## 三、民事司法事項：規定在非訟事件法，但是可能發生紛爭

- 聲請拍賣抵押物之裁定：非 §72、§73、§74
- 本票裁定：非 §194、§195
- 督促程序：民訴 §508、521（支付命令）
- 保全程序：民訴§522、§538（定暫時狀態假處分）

民事司法事項為實務運作重點，通常具有非訟性質，因當事人間之法律關係較明確，所以較不須經過冗長而嚴密之訴訟程序確定當事人間之權利義務關係。然於程序中當事人仍可能發生紛爭（具訟爭性），本應由法院就當事人間之權利義務為裁判，使其取得執行名義，然法律將該等事項明定於較為簡易快速、不經法院審理判決即可實現權利之非訟事件法中，就此如何運用訴訟法理及非訟法理予以解決，則有所疑義。例如聲請拍賣抵押物之裁定，依民法規定抵押權經地政機關登記於土地登記簿後，若債權清償期限已屆至而抵押權仍存續，法院原則上應准許拍賣抵押物；惟若於裁定拍賣抵押物之非

訟程序中，債務人就其與債權人間之權利義務關係有所爭執時，非訟法院應如何處理，即有問題。

德國法將民事司法事項之裁定規定於非訟事件法中，係為因應第一次世界大戰後，訴訟資源嚴重不足之情況，如當事人對於權利義務無爭執時，因法律關係明確，故可快速審理之，然如當事人有所爭執時，法院自應進入實質審理，且此一裁判具有既判力。惟我國實務就§234 規定裁定得不經言詞辯論，解為裁定無庸言詞辯論，而僅得為形式審查。如當事人間有所爭執，亦僅得另外提起確認抵押權不存在之訴，學者間對此多所批判，認為當其對於權利義務有所爭執時，本具訟爭性，此時即應進入通常訴訟程序實質審理，就此，非訟事件法於最近一次之修法中，即有相當幅度之修正。

### (一) 聲請拍賣抵押物之裁定

#### 【案例 3】

民 §474、民 §860

甲	—————	乙
借用人	200 萬元 ( 年息 30% )	貸與人

- (1) 乙向法院聲請裁定拍賣抵押物時，甲爭執該被擔保之債權已因清償而消滅，或於最高限額抵押權存續時並無被擔保之債權發生（二者皆為被擔保之債權不存在，惟土地登記簿上仍有抵押權登記之情況）
- (2) 甲與地下錢莊乙訂消費借貸契約，約定利率為年息 30%，乙主張甲僅償 200 萬元和年息 20%，另外 10% 之債務甲尚未清償，惟甲則抗辯超過 20% 部分之年息乙沒有請求權，故不須償還。

抵押權之發生與消滅乃從屬於債權（通常係消費借貸關係），而由債務人或第三人提供抵押物以設定抵押權，此時該事件皆具有訟爭性，且產生如下之爭議：於法院為拍賣抵押物裁定時，應該採取形式審理(不須審理當事人所提出的事實爭執)抑或實質審理(對當事人所提出之事實爭執予以審理)？

#### 1. 實務見解採形式審理

上述事件之所以規定於非訟事件法上，主要係鑒於抵押物乃登記於土地登記簿上，而登記簿之記載相當明確，故法院得依憑相當清晰之事實為裁定(形式審理土地登記簿上是否有抵押權登記)。然此是否意味法院毋須亦不得為實質審理，頗有疑義<sup>29</sup>。現行實務見解認為抵押物之裁定乃非訟事件，法院

<sup>29</sup> Q. 依附於債權的抵押權位塗銷登記但是債權已經消滅時，此時抵押權仍否存在？抵押權是否仍需依照民法§758 條必須塗銷登記始發生抵押權消滅之效力？還是由於擔保物權是附麗於債權

為裁定時僅須形式審理即可，不須實質審理。且將民事訴訟法第 234 條曲解使用，法條規定「裁定得不經言詞辯論」，然我國實務操作卻將「得不」認作為「不得」，逕而不為實質審理；倘當事人就抵押權存否有所爭執者(即使債務人得提出證據證明債務已完全清償)，仍須另提起確認債權存在或確認抵押權不存在之訴訟。而縱當事人另提起確認債權存在或確認抵押權不存在之訴訟，亦無法阻止法院依非訟事件法§73 裁定拍賣抵押物之程序。若日後確認該抵押權確實不存在者，債務人亦僅得向債權人主張損害賠償或不當得利(事後之補救)，但已對於當事人權益影響過鉅，因該條於侵害當事人財產權時，卻不予以陳述機會，而逕予已拍賣，則有害人民聽審權，因認該條條文違反憲法§16 條訴訟權的保障，而認為該條文違憲。

## 2. 實務見解採形式審理不符合訴訟經濟原則

然而，上述實務之作法(法院為拍賣抵押物之裁定時僅須形式審理)顯不符訴訟經濟原則。非訟事件法§73 之立法目的本在於達成訴訟經濟原則，惟此僅限於當事人就事實無所爭執之情形，亦僅於此始適用形式審理之方式。於德國法上，若當事人就事實有所爭執者，法院亦得為實質審理，其目的在於避免紛爭切割為數程序處理，嚴重影響當事人之權益，且即使是以裁定名義為之，因其有為實質審理，則仍賦予該裁定既判力，而不得另行爭執。而邱聯恭老師於上述文章中亦贊同縱使係非訟事件，若具訟爭性仍應依訴訟法理審理；且該裁定既經實質審理，即生既判力。

## 3. 民事訴訟法§182 不適用上述事件

而就上述事件，法院得否裁定停止程序，亦有疑問。民事訴訟法§182 規定：「訴訟全部或一部之裁判，以他訴訟之法律關係是否成立為據者，法院得於他訴訟終結前，裁定停止訴訟程序。」惟依實務見解，聲請拍賣抵押物為聲請裁定，並非訴訟裁判。裁定本身僅係形式審理，不得以實質法律關係是否存在為其依據，故實務見解認為此時法院不得準用§182 之規定裁定停止拍賣物。故此問題之徵結點乃在於法院應為裁定之情形，若當事人有所爭執者，法院得否實質審理。

## 4. 民國 94 年 02 月 05 日修法

依新修正之非訟事件法§73，法定抵押權人或未經登記之擔保物權人聲請拍賣擔保物事件，如債務人就擔保物權所擔保債權之發生或其範圍有爭執者，法院僅得就無爭執部分裁定准許拍賣之。亦即就聲請抵押物拍賣之裁定上有所限制，如當事人不爭執，即依非訟事件法§73 以下之規定進入裁定拍賣程

---

之上，債權消滅則抵押權失所附麗？依照民法規定，未有明確規定抵押權有從屬性，但可從第 860 條規定見其抵押權存在必須以債權存在為前提，是於債權消滅時，該登記已名存實亡，故有對抵押權存否的爭執實益。

序；如遇當事人有所爭執時，僅得就無爭執部分裁定准許拍賣之，其餘部分裁定駁回，而當事人就有爭執之部分須另行起訴，但此仍不符合訴訟經濟原則（此與德國法仍有不同，如上所述，於德國法上，如當事人有所爭執時，法院即應進入實質審理）。

再者，抵押權本具從屬性，惟最高限額抵押權於被擔保之債權不存在時，其存否尚有疑義，故依非訟事件法§74 最高限額抵押權人聲請拍賣抵押物事件，法院於裁定前，就抵押權所擔保之債權額，應使債務人有陳述意見之機會。

## （二）本票之裁定

### 1. 同上，實務見解採形式審理，但形式審理不符訴訟經濟原則

94 年非訟事件法修法前，於本票裁定之情形，執票人向法院聲請裁定強制執行時，法院僅須審理發票人之簽名是否真正，即可決定是否准許裁定強制執行。惟簽發支票通常有原因關係之存在，或為清償借款，或為清償買賣價金，而票據行為雖具無因性，惟其乃存在於第三人之間而非直接當事人之間，故直接當事人仍可能主張原因關係之抗辯。票據法§13 規定：「票據債務人不得以自己與發票人或執票人之前手所存抗辯事由對抗執票人。」反面解釋即意指，發票人得援引與執票人間直接原因關係之抗辯以對抗執票人。於此種具訟爭性之事件，實務認法院亦僅得形式審理，發票人僅得另提起確認本票債權不存在之訴，法院亦不得類推§182 之規定裁定停止本票強制執行。（『舊非訟事件法§101 規定：「發票人主張本票係偽造、變造者，應於接到前條裁定後二十日之不變期間內，對於執票人向為裁定之法院提起確認之訴。發票人證明已依前項規定提起訴訟時，執行法院應停止強制執行、」』）

### 2. 緩和之道：強制執行法§14 第二項債務人異議之訴

再者，於民 85 年修正後之強制執行法§14 II所定「執行名義無確定判決同一之效力」即為前述拍賣抵押物之裁定及支付命令之情形。依此規定，於執行名義成立前，有債權不成立或消滅、妨礙債權人請求之事由發生者，債務人亦得於強制執行程序終結前提起異議之訴。

### 3. 民國 94 年 02 月 05 日修法

94 年非訟事件法修正後，依非訟事件法§195 條，「發票人主張本票係偽造、變造者，於前條裁定送達後二十日內，得對執票人向為裁定之法院提起確認之訴」；「發票人證明已依前項規定提起訴訟時，執行法院應停止強制執行。但得依執票人聲請，許其提供相當擔保，繼續強制執行，亦得依發票人聲請，許其提供相當擔保，停止強制執行」；「發票人主張本票債權不存在而提起確認之訴不合於第一項之規定者，法院依發票人聲請，得許其提供相當並確實之擔保，停止強制執行。」故針對具訟爭性之事件，已修正使其利用訴訟程序解決紛爭，且於當事人有所爭執時，先行停止強制執行程序，另行提起

確認之訴；相較於抵押物的拍賣，因本票裁定乃是規定在票據法§123 條，而抵押物的拍賣本規定於非訟事件法中，所以無法逕對票據法做修正，所以非訟事件法只能規定為停止裁定，而不能逕行駁回。

### （三）督促程序

主要係企業經營者用於不良債權之實現，如手機費、信用卡債，因其得快速實現債權人之債權，毋庸利用繁複之通常訴訟程序即得實現權利。

1. 依§508 條，「債權人之請求，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，得聲請法院依督促程序發支付命令」。
2. 依§516 條，「債務人對於支付命令之全部或一部，得於送達後二十日之不變期間內，不附理由向發命令之法院提出異議。」又依§521 I，如債務人未於不變期間內提出異議者，支付命令與確定判決同一之效力，故如債務人不爭執，即得快速強制執行。然債務人不異議之沈默是否即應視為同意，頗有疑義，相較於相當有確定判決效力的訴訟上和解以及仲裁，其乃是有雙方當事人合意作其基礎，且一般程序中，其有確定判決效力乃是經過起訴、審理和判決，有相當之程序保障，始有確定判決之效力，而督促程序未有之，賦予其相當於確定判決效力是否妥當，存有疑義，且依一般社會大眾之法感情，因支付命令而提出異議者仍為少數，使其未進入訴訟程序即已具確定判決之效力，似非恰當<sup>30</sup>。
3. 依§521 II，前項支付命令有第四百九十六條第一項之情形者，得提起再審之訴，並以原支付命令之聲請，視為起訴。看似有令債務人得據以聲明不服之救濟程序，惟事實上並無適用之可能，按§496 中各款之再審事由，係就有重大瑕疵之確定判決，如適用法規顯有錯誤、證據認定有重大瑕疵等情形，為前程序之續行及再開，然於督促程序中，當事人並未受實質審理，又如何適用此些再審事由？據此，該項規定實不具實際意涵。
4. §521 條和票據法§123 條之比較，其相同點乃是皆取得執行名義，但票據法§123 條的本票裁定僅取得執行名義，其仍可能於事前透過非訟事件法§195 條或於事後透過強制執行法§14 條第二項為救濟，然而§521 條是使其取得確定判決的效力，雖有§521 條二項救濟之規定，但如上所述，其乃形同虛文，對於債務人的保障甚有未周。
5. 此外，在我國會透過督促程序來實現債權者，通常是企業經營者或是銀行，對於法律專業較為弱勢一方較為不利，相較於德國禁止借款契約以督促程序以實現債權，較能保障較為弱勢的一般人民。

---

<sup>30</sup> 老師質疑該條可能是抄錯德國法條，因為德國法條僅賦予執行名義，有執行名義則能有再為審理之可能，相較於我國法逕賦予確定判決效力有所不同。

#### (四) 保全程序

1. 假扣押—§522 I，債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全強制執行者，得聲請假扣押。

假處分—§532 I，債權人就金錢請求以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分。

2. §538 I，於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。然此一規定係於未有確定判決之際，僅需債權人供擔保，即賦予其等同確定判決之效果，實已有違權利義務之紛爭應依通常訴訟程序，請求法院審判始具執行名義之原則，故如何於實務上解釋運作尚有研究之必要；而從該條要件分析，該法條所稱的「緊急急迫的危險」乃是指縱使事後取得強制執行，亦難恢復其損害<sup>31</sup>，且該要件必須嚴格適用，因為定暫時狀態假處分雖是一保全程序，但是使權利人事先實現其權利義務，屬一例外情形，必須限縮解釋，從其立法例觀之，應是對於弱勢一方的救助方法<sup>32</sup>，比如於威脅到其生存權時，其得透過該條文來救濟，但是於我國實務操作時，卻反使之成為有錢人濫用之手段，只要有錢人提供相當的擔保，而不嚴格適用該要件，逕予准許，始有不妥，應必須慎重，以免生橘逾淮而為枳之不妥。

---

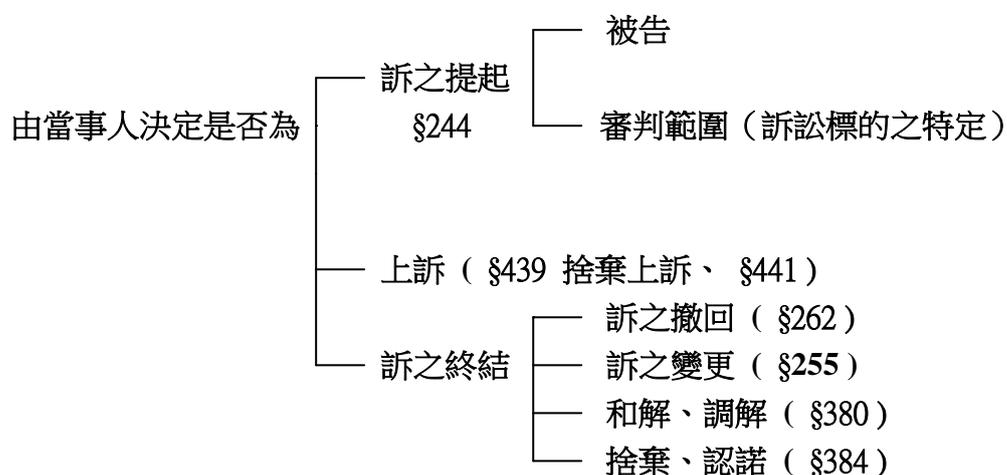
<sup>31</sup> 比如性愛光碟若不事先禁止發行，則即是取得勝訴後仍產生無可回復的損害。

<sup>32</sup> 在外國通常是子女請求扶養費用或是勞工請求工資之情形。

## 第二款 民事訴訟之基本原則

### 壹、處分權主義（私法自治原則）

【圖表 1】



例外：職權主義（民 §14、§64 兒童福利法 §40、§41）

#### 一、私法自治原則

##### （一）處分權主義與私法自治原則之關聯

處分權主義與私法自治原則乃相互呼應，二者皆為十九世紀以後西方社會國家追求自由平等之下之產物。處分權主義之內涵即由當事人自由決定是否起訴。依 §244 以下之規定可知，原告得自由決定於起訴時，書狀記載以何人為被告及請求審判之範圍，且於決定起訴後，若受敗訴判決，亦應自行負責。由此可知：民事訴訟法之設計乃假設任一當事人皆具法律專業知識之人。蓋當事人須知被告為誰、請求標的範圍（若受敗訴判決亦有訴訟費用之負擔），甚至實體法上請求權基礎。因此，所謂私法自治原則事實上即叢林法則，契約自由原則亦同。蓋僅有強者始得擁有較多之自由，僅有經濟上或法律上之強者僅得獲取較多利益，故自由與平等於某程度上亦為相互衝突。

##### （二）私法自治原則之可質疑性

私法自治原則對應於實體法上即契約自由原則，斯二者於二十一世紀之今日其實亦不斷受質疑。例如基於辯論主義而為之裁判，其品質（正確性一致性）亦影響法律之繼續發展，及一般人民對司法之信賴。而實體法上如定型化契約，當事人是否真有契約自由？是否剝奪契約內容之自由？凡此皆牽涉公益而非僅涉及私益。

## 二、訴訟標的

### (一) 訴訟標的之內涵——我國實務見解

§244 I 規定，當事人提出於法院之訴狀，首應表明當事人與法定代理人，其次則係訴訟標的與原因事實，再者為應受判決事項之聲明。而「訴訟標的」、「原因事實」與「應受判決事項之聲明」之意義，具體言之，例如於使用借貸之情形，原告(貸與人)起訴請求被告(借用人)應返還某特定汽車一部，則「起訴請求被告(借用人)應返還某特定汽車一部」即為應受判決事項之聲明，而原因事實係「原告主張於xx年xx月xx日借被告xx車……」，至於訴訟標的，我國法對之未有明確之定義，僅得由其他規定其內涵，例如有學者以§53「為訴訟標的之權利義務」之字樣，認當事人間之權利義務即訴訟標的。另外亦有學者以§254「訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係」之字樣，認訴訟標的為當事人間之權利義務與法律關係。事實上，當事人間之權利義務與法律關係，表現於實體法即指請求權基礎而言，上述主張迄今仍深深影響我國實務見解。

然而此處之聲明為「返還汽車」，其原因事實乃借貸，惟實體法上則可能有不同之請求權基礎，故形成實體法上不同之法律規定，即不同訴訟標的之見解，基此，實體法之概念日益狹窄（整體權利義務被分割化），以致自此之後，實務乃採嚴格之訴訟標的認定基準，認特定之請求權基礎始為訴訟標的，此即持續至今實務關於訴訟標的之見解。

### (二) 新、舊訴訟標的理論之本質上差異

若回歸「訴訟標的即請求法院審判之對象」之出發點，則訴訟標的本義應係由當事人供給法院事實，法院給予當事人法律與權利，不應本末倒置地認為由當事人供給法院權利義務以為審判。故依目前實務就法院之審判範圍觀之，可知當事人不僅須主張原因事實與訴之聲明，甚至亦須主張訴之聲明背後之每一實體法上請求權基礎，故形成當事人應向法院說明如何適用法律之情形。然而，不諳法律之當事人如何知曉其餘實體法上之具體權利義務，實有疑問，故有主張請求法院審判之範圍僅應由原因事實與訴之聲明即可決定，個別之請求權基礎僅為攻擊防禦方法爾。此即所謂新訴訟標的理論。

## 三、處分權主義之運用

### (一) 處分權主義——上訴、撤回起訴

再者，當事人若敗訴，是否提起上訴予以聲明不服亦係由當事人自行決定。於訴訟進行中，當事人若有自身考量，亦允許其撤回起訴，此亦為當事人處分權主義之表現。然仍應考量例外情況，例如法官已為審理（即已為訴訟資源之耗費）或被告已進行訴訟或提出各種攻擊防禦方法者，亦須考量被告之利益（被告應訴之負擔），此於§262 以下即有所規定。

## (二) 捨棄與認諾

至於捨棄與認諾，二者概念頗類似於實體法上之債務的免除與承認。依§384規定「當事人於言詞辯論時為訴訟標的之捨棄或認諾者，應本於其捨棄或認諾為該當事人敗訴之判決。」，捨棄係針對原告，指原告承認自己之請求無法律上理由。此時原告既已不再主張其請求，法院則應直接為原告敗訴之判決，不得違反當事人之意願而繼續審理或為相反之認定。認諾則指被告承認原告法律上之請求為有理由，依同條規定法院亦應為被告敗訴之判決。捨棄與認諾之共通點在於：原告或被告所捨棄或認諾之內容，縱與法院實質審理後之法律見解不同，法院仍應為捨棄或認諾之判決。故捨棄或認諾判決並非法院依§222自由心證認定事實、適用法律下之結果，而係本於當事人處分權主義法理適用之結果，此於和解、調解之情形亦同。

## 四、處分權主義之界限——公益原則

惟須注意者為，處分權主義雖為自由權之行使，惟其行使須於不違反公益之限度內。故於具公益性質之事件中，當事人不得為捨棄與認諾。於實體法上當事人不得自由處分之權利，程序法上亦不容其捨棄、認諾。例如法律行為之無效（違反強行規定、公序良俗etc）。除此之外，民事訴訟法人事訴訟程序中因涉及一定身份關係，§574明文規定認諾於婚姻事件上不適用之，此依§588亦準用於收養無效或撤銷收養的事件；而§594關於認諾及訴訟上自認或不爭執事實，於認領或否認子女之訴（§589）及停止親權之訴（§592）不勝效力，此皆因事涉公益，故排除當事人處分權之適用。

## 五、處分權主義之例外——職權主義

若干訴訟事件因事涉公益，故亦為處分權主義之例外，例如民法 §14 禁治產宣告、§64 財團法人董事行為的無效，原則上應得由代表社會公益之檢察官起訴。另於兒童福利法中，若干關於停止親權之事件，亦得由兒童福利機構聲請法院停止父母對於子女之親權。由此可知，因該等事件公益性質濃厚，故當事人雖並不行使權利提起訴訟，惟仍由國家代為介入。

### 補充：依強制執行法 §14 提起債務人異議之訴的效力

關於抵押物之拍賣裁定，得依強制執行法 §14 提起異議之訴，而依同法 §16 條規定，亦得曉諭當事人另行起訴，若謂法院於為抵押物之拍賣裁定時已為實質審理，則何以法院又令債務人另行起訴，實牽涉既判力之問題。因抵押物拍賣裁定異議之訴之效力，僅得排除強制執行之執行力，同時依實務見解，既判力僅以主文之記載為限，縱於理由中已斟酌之事項，仍不具既判力（對此學說上亦有批判，詳見後述）。由此可知，依強制執行法 §14 提起之異議之訴，僅有排除執行名義之形成力，對於抵押權或債權之存否雖已為實質

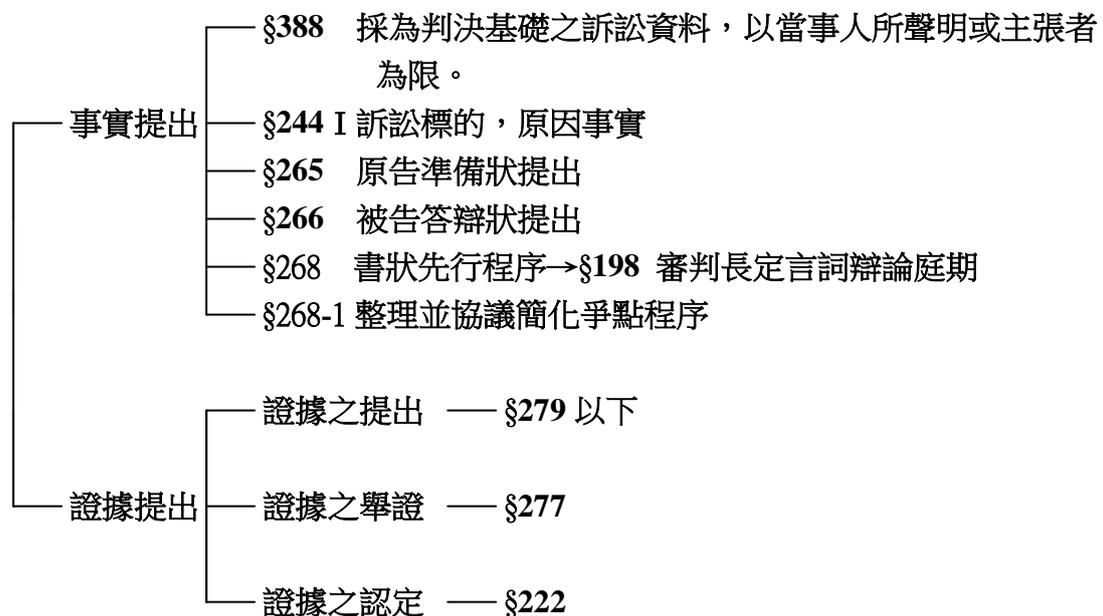
審理，且載明於判決理由中，惟仍不具既判力。故當事人欲終局解決紛爭，仍得就抵押權或債權存在與否，另行起訴，不違反一事不再理之原則，此即強制執行法 §16 規定之意義所在。

## 六、新修正民訴法放寬當事人處分權之範圍

處分權，亦稱當事人進行主義、當事人處分權主義或當事人主義。於新修正之條文中有所放寬：§386 後段擴大容許當事人聲請保全證據之範圍，賦予當事人更大之自由，目的可見§376-1 之規定。即於起訴前之保全程序當中，當事人得成立協議且據此以為執行名義。意即未經法院之審理判決，單憑當事人於保全程序中所為之協議，即賦予該協議相當於訴訟上和解效力之執行名義。由此觀之，亦屬處分權之擴張。又，在此當事人得決定利用訴訟程序解決紛爭，抑或利用較為簡單之程序，此亦為當事人程序選擇權之表現。亦即當事人作為訴訟主體，有權利選擇以何種訴訟程序(慎重嚴密或是簡單迅速)確定其實體法上之權利義務內容，此亦係基於憲法§16 訴訟權所衍生而出。除此之外，當事人亦得合意選定法官解決其紛爭（詳見民事訴訟合意選定法官審判暫行條例）。

## 貳、辯論主義

【圖表 2】



例外：職權探知主義

### 一、辯論主義之內涵

辯論主義之內涵

- 當事人未主張者，法院不得採為判決基礎 §388
- 法院應受當事人自認之拘束
- 法院不得依職權調查證據

## (一) 當事人未主張之事實，法院不得採為判決基礎

### 1. 訴外裁判

於辯論主義下，事實之主張或提出皆賦予當事人自由，且法院於認定事實與適用法律之際所採為判決基礎之訴訟資料，須以當事人所聲明或主張者為限。因此，當事人未主張之事實，法院即不得採為判決之基礎，否則將構成訴外裁判。此可觀諸§388 之規定。

### 2. 避免突襲性裁判之發生

於起訴時，當事人提出之訴狀須表明原因事實，若非書狀裡所表明之原因事實，原則上法院不得採為判決基礎。又於起訴後，原告須提出言詞辯論之準備狀，而被告則提出答辯狀，二者之內容皆得成為法院審理判決之基礎。而之所以當事人未主張之事實，法院即不得採為判決之基礎，主要乃為避免突襲性裁判之發生。

#### 補充：突襲性裁判與突襲性條款

突襲性裁判於德國法近幾十年來乃相當重要之概念，意指法院於未經適當之法定程序之下所為之判決，而該判決之結果已超乎當事人預期可能性。與此相似者乃實體法上“突襲性條款”之概念，於消保法§14 有所規定(惟其規定不甚清楚，且似有限縮)，所謂契約之一般性條款未經記載於定型化契約，似僅以消保法§13 條之情形為限，亦即若未記載於契約之中者，須明示其內容。然而德國法概念上之突襲性條款，乃源自於誠信原則，不以未經記載於契約之中者為限，即使記載於契約之中，卻顯非一般正常之消費者所得預見者，亦屬於突襲性條款。

## (二) 當事人未提出之證據，法院無依職權調查證據之必要

1. 當事人未提出之證據，原則上法院亦無依職權調查證據之必要。而當事人所主張之事實，法院不得採為判決之基礎，否則即為任做主張，判決違背法令；若當事人所主張之事實他造不爭執者，該當事人即毋庸舉證；而若當事人主張之事實經過他造爭執，法院即須依舉證責任分配之法則決定應由何人負舉證責任。而負有舉證責任之人未能舉證者，即應負擔敗訴之風險。因此由 §279 以下之規定可知，當事人主張之事實，經他造自認者，當事人便無庸舉證。

### 2. 舉證責任之分配

關於舉證責任之分配方面，§277 規定：當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。惟法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。然而適用上仍應依具體個案及實體法上之規定定舉證責任之分配。

例如當事人欲依侵權行為主張損害賠償責任，則須由主張權利存在之人負舉證責任，證明是否符合侵權行為成立要件；但若當事人係基於契約債務不履行主張損害賠償者，相對人是否有故意過失或可歸責之事由，即不一定由該當事人（債權人）負舉證責任。

### 3. 舉證責任倒置源自於武器平等原則

§277 但書規定“依其情形顯失公平者”乃新修正之規定，基於早期德國法上之武器平等原則而倒置舉證責任。特別適用於侵權行為之案例中，關於醫療糾紛，產品責任與公害責任問題，此為目前較新型之現代三大爭議性侵權行為紛爭，蓋其舉證較為困難。德國聯邦憲法法院主張此應採用武器平等原則，即若證據資料僅存在於當事人其中一造者，由於其具有專業知識，故本應由被害人舉證之相關事項，倒置由加害人(醫生，產品製造商等)舉證之。

### 4. 事實與證據之認定--自由心證原則

而當事人舉證後，於證據之認定上，係由法院依自由心證原則形成心證，即由法院斟酌全部辯論之意旨與證據調查之結果，依自由心證判斷事實之真偽 (§222)。

## 二、辯論主義之流弊

辯論主義之流弊

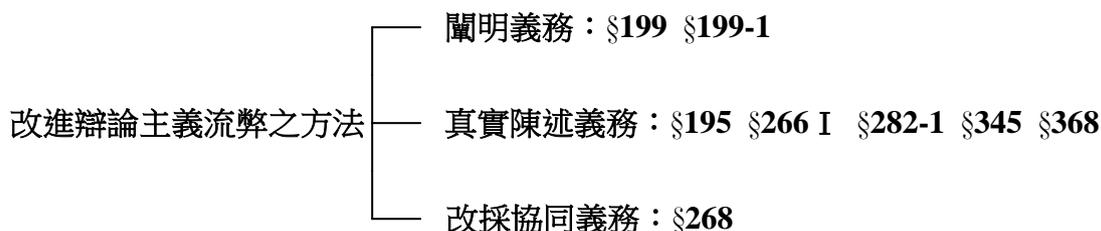
- ┌ 當事人不主張真正之事實
- ├ 當事人不適當事實之主張
- └ 當事人不主張對自己不利之事實

辯論主義之問題主要在於：當事人可能為虛偽之陳述而不主張真正之事實；其次當事人雖有事實主張，卻因其專業知識之不足而無法於法律上適當主張之，以致喪失勝訴判決之可能性；再者，當事人亦可能隱瞞不利於己之事實或證據。而由於以上三者，當事人所追求之事實與原來事實之真相即可能有所出入，故一般學說認為於辯論主義下，當事人所追求者乃形式之真實。所謂之形式，即指以當事人所主張者為限。

### 補充：值得當事人信賴之真實

邱聯恭老師所主張之值得當事人信賴之真實，意謂賦予當事人主張與陳述事實之自由，由當事人考量其實體法與程序法利益之平衡點，決定要如何形成事實之主張。此係因若當事人要求實質真實之發現，將較不符合程序正義(訴訟經濟原則)，而僅追求形式之真實者，又往往不易實現實體法上之權利義務。

### 三、改進辯論主義流弊之方法



1. 就闡明義務而言，首要課題即在於法院應如何地行使闡明始得達到訴訟上平等權(武器平等原則)之落實，同時不能逾越辯論主義之界限，且法院應扮演客觀之第三者而非介入當事人之中有所偏頗，影響當事人之勝敗。
2. 其次我國亦同於德國法之規定，課予當事人真實陳述之義務，此於本次修法中亦有諸多規定(詳見上列條文)，例如對於他造提出之事實或證據須予承認或否認 (§266 第一項)，於有故意滅失證據之情形擬制真實之效果 (§282-1)；他造拒絕提出文書時擬制真實之效果 (§345)；於證據有滅失或礙難使用之虞時向法院聲請保全 (§368)。上述皆為此次有關改進辯論主義之流弊而修正之新修文，亦為考試之重點，宜多加注意。
3. **協同主義減少形式真實與實質真實間之差距，並促成法院正確適用法律。**在上述§345 等情況下，將改變傳統上當事人未主張之事實法院不得採為判決基礎之情形，縱當事人未提出之事實，法院仍有可能斟酌情況而採為判決基礎。故學說上有認為此修法之結果已使傳統之辯論主義走向協同主義。亦即從自傳統之形式真實走向實質真實，且使法院得以更加正確地適用法律。按法官如欲正確適用法律，則必須認定客觀真實無違誤，故當事人須為協同法院發現真實而負有真實陳述之義務，再者，§345 於當事人不提出文書而擬制其法律效果，實係為法官自由心證下經驗法則之客觀化規定，亦即如非不利於該當事人，則其為何不欲提出該相關文書，故賦予其不利益之法律效果。因此於協同主義下，其內涵乃得以減少形式真實與實質真實間之差距，並促成法院正確地適用法律。

### 四、辯論主義例外—職權探知主義

#### (一)職權探知主義的意義：

職權探知主義乃是指訴訟審理所需之事實與證據，全部責由法院負責收集提出之主義，相對於辯論主義的概念，其一、法院對於當事人未主張之事實，亦得採為法院判決之資料。其二、法院對於當事人間不爭執之事實，不論是否自認，均得調查事實真偽，不採為裁判之資料。其三、法院於調查證據認定事實時，除當事人聲明之證據外，除當事人聲明之

證據外，得依職權調查其他未聲明之證據。<sup>1</sup>

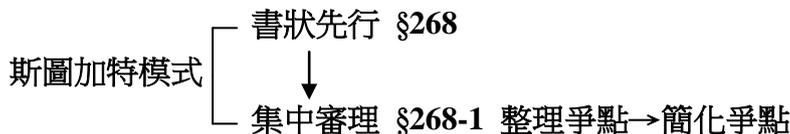
(二)採職權探知之理由：

採取職權探知之理由，主要係認為，法院依職權自動探知事實與證據，較能發現真實。尤其判決效力可廣泛及於第三人情形之人事訴訟，訴訟及判決所涉及之法律關係，其利害關係多為公益問題，不能任由當事人為不實之主張事實或故意掩飾事實拒絕提出證據，法院從而僅就形式上為審理，作與真實不符之判斷。法院為發現真實維護公益，有依職權調查探知事實真相之必要。<sup>2</sup>

(三)職權探知主義之法條適用：

在民事訴訟法中，§574 條二項以及§575 條規定中，因其涉及子女利益以及社會公益，所以乃採用職權探知主義，以追求實質真實。

### 參、言詞審理與書面審理主義



言詞審理主義規定於 §221 第一項：「判決，除別有規定外，應本於當事人之言詞辯論為之。」而言詞辯論係由當事人以口頭陳述之方式為之。與此相對之概念則係書面審理主義。書面審理之優點乃迅速節省時間，符合訴訟經濟原則；惟缺點則在於無法形成正確之心證，亦即無法透過即時對話獲知事實之真相。故為要發現事實，原則上仍應採言詞審理主義，此即§221 之規範意義。

訴訟程序由當事人及法院以言詞為進行，稱之言詞審理主義。若均以書面為之，即係書面審理主義。依§221 第一項，判決原則上應本於當事人以言詞辯論為之。惟我國為加速訴訟審理，採取所謂斯圖加特模式，即書狀先行後，再於法庭上為言詞辯論，言詞審理主義並無法完全貫徹。

由於法院採取言詞審理主義勢必產生時間上之延宕，故民事訴訟法於修法時加入集中審理之概念，尤其§268 以下規定採取書狀先行主義，以促進訴訟之終結。書狀先行主義係指原告須於言詞辯論前將準備書狀送達被告，而被告亦須於一定期間內將答辯書狀送達原告，此後始由法院定言詞辯論之期日。依§268-1 規定可知，審判長於書狀先行之後，應速定言詞辯論期日，且應整理及簡化爭點以達集中審理，目的即在於避免言詞審理拖延時間之缺點。而書狀先行後再集中審理之模式，一般稱之為斯圖加特模式。於此模式下，法官須先閱讀卷宗，得知雙方主張陳述抗辯之理由後，始得知悉爭議為

<sup>1</sup>陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，修訂四版三刷，2006年4月，第45頁-第46頁。

<sup>2</sup>陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，修訂四版三刷，2006年4月，第46頁。

何，復就爭議之部分整理簡化爭點。而此種模式亦須與「使法院之案件量減少」相互配合，始得真正達到集中審理，迅速解決當事人紛爭之理想。

#### 肆、**直接審理與間接審理主義**

法官親自審理，直接聽取當事人之辯論及提出之證據作成心證，而為裁判者，稱為直接審理主義。而以他人審理之結果為審判之基礎，間接進行審理，而為裁判者，則係間接進行主義。

二者不同之處在於，審理結果是否由法官自行獲得。依§221 第二項，法官非參與判決之基礎者不得為判決，例外如§211，參與言詞辯論之法官有變更者，審判長得命書記官朗讀筆錄替代當事人陳述及前所為辯論之內容。由此可知，我國原則上採直接審理主義，而以間接審理主義為例外。

**直接審理原則之規定可參見§221 第二項：「推事非參與為判決基礎之辯論者，不得參與判決。」**故法官須親自取得言詞辯論之結果，不得假手於他人。若法官於親自審理後又因職務調動而更迭為其他法官時，則案件須更新辯論，再為審理後始得終結言詞辯論並為判決，此規定於§211：「參與言詞辯論之法官有變更者，當事人應陳述以前辯論之要領。」

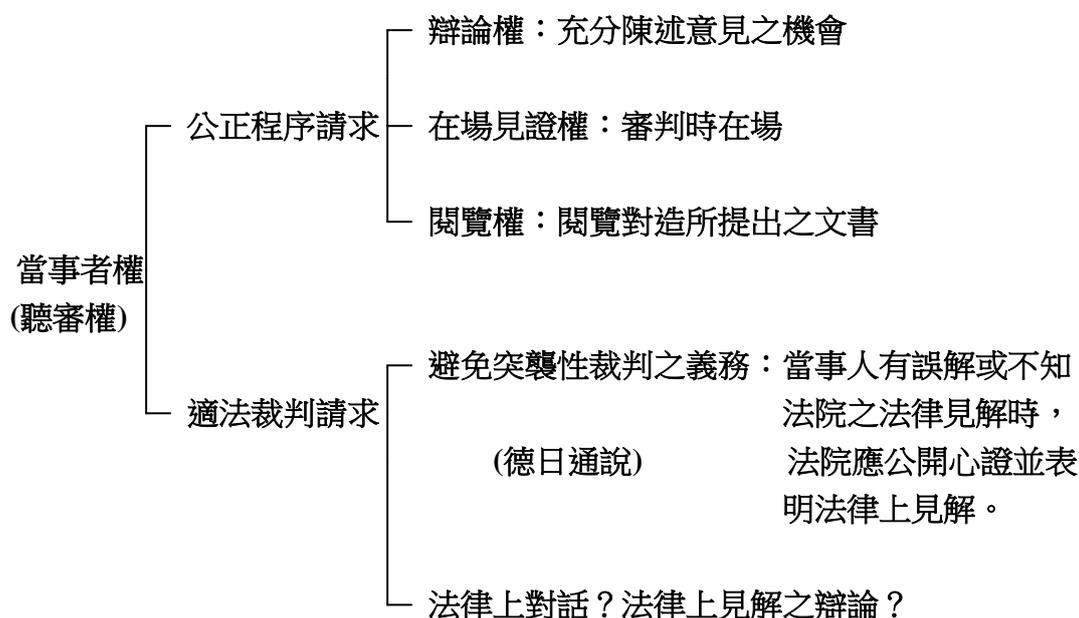
#### 伍、**公開審理與祕密審理**

一般所謂之公開審理主義，係指法院審判之際，任何人均得自由進入旁聽，即法院審判應對一般人公開。此為確保訴訟之公正公開，原則上乃屬必要，然而於若干刑事案件，如青少年犯罪或性犯罪，為保護當事人，例外仍採祕密審理主義。

**公開審理原則規定於法院組織法§86：「訴訟之辯論及裁判之宣示，應公開法庭行之。但有妨害國家安全，公共秩序或善良風俗之虞時，法院得決定不予公開。」**法院基於審判之公正性，除非案件涉及當事人之隱私，否則應公開由任何人旁聽之。然而此並非指公開與否得由當事人自行決定。

## 陸、當事者權（聽審權），憲 §16

【圖表 3】



### 一、當事者權 = 聽審權 = 審問請求權

此係指當事人基於憲法所賦予人民之請求法院對其紛爭為審判之訴訟權，亦有學者稱之為聽審權，此尤其係邱聯恭老師理念上非常強調之概念，其認為避免突襲性裁判之憲法上基礎即憲§16 訴訟權之保障，亦即請求法院須賦予當事人有請求公平審判之權利，且將此一權利區分為公正程序請求與適法裁判請求二者。至於陳榮宗老師則稱之為審問請求權。

### 二、公正程序請求權

公正程序請求又得區分為辯論權、在場見證權及閱覽權三方面探討。辯論權之意義乃法院應賦予當事人兩造充分陳述意見之機會，即當事人就爭執事項得提出意見（就原告而言是指§266 之規定），而被告亦可就原告提出之事實與理由予以抗辯。此與邱老師所提出之「值得當事人信賴之真實」亦有很大關聯，蓋若是法院賦予當事人充分陳述意見之機會，此時法院所認定之真實，即為經原被告雙充分主張答辯而形成之「值得當事人信賴之真實」；基於此形式真實與實質真實之均衡點，得以補救辯論主義下僅重形式真實之流弊。而在場見證權係指法院為審判時當事人有在場之權利。至於閱覽權則係指當事人之一造對於他造所提出之文書有請求閱覽之權利。

### 三、適法裁判請求權

而適法裁判請求權參照§222 之規定：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。」，亦即法院就原告與被告

所主張之事實皆須斟酌，而事實之認定須依憑證據；又法院對於證據之判斷亦必須依據經驗法則與論理法則，否則將構成對當事人之突襲性裁判。德國法上亦有類似我國法§222 之規定，惟其特別規定「法院有避免突襲性裁判之義務」。

#### 四、當事人是否有主張法律適用之權利或義務？

至於當事人是否有主張法律適用之權利或義務，亦有疑問。原則上適用法律乃法院主要職責所在，法院不受當事人所主張法律見解之拘束。惟此於訴訟標的理論上則有相當大之問題，蓋依我國實務所慣採之傳統訴訟標的理論，當事人必須先主張應適用之法律，且法院完全受其拘束，例如當事人若主張侵權行為，則法院不得斟酌不當得利返還請求權。

然而，德國法上則認當事人雖有主張法律適用之權利，惟法院不受其拘束，蓋此乃法院審判上之裁量權空間，僅於事實之認定上，法院始受當事人所主張事實之拘束。

#### 五、法院並無義務與當事人為法律見解之辯論與法律上對話

法院所持之法律見解若與當事人不同時，法院是否須予當事人與法院於法律見解辯論之機會，而使法院與當事人為法律上對話，就此，德日通說認為原則上法院無義務與當事人為法律上之對話，毋須與當事人辯論某法律見解正確與否；惟法院仍負有避免突襲性裁判之義務，亦即若當事人有誤解或不知法院之法律見解者，此時法院即有公開心證，表明法律見解之義務，並令當事人有充分表示法律意見之機會。此雖無法自我國法§222 之規定得出，但惟於新曾定之§199-1 則有此意涵存在。

#### 六、§199-1 適用之爭議

依 §199-1 規定：「依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。」惟「數項法律關係」之文字規定恐有爭議。例如當事人主張物之瑕疵擔保請求權或不完全給付者，皆係基於同一買賣契約（亦即債之關係同一性），則此時係屬一法律關係抑或數項法律關係，得否適用§199-1，頗有疑問。事實上§199-1 乃為補救傳統訴訟標的理論所認“一實體法上請求權基礎即為一訴訟標的”之見解，蓋不同之實體法上請求權並非即為不同之法律上關係，仍可能係基於相同之法律關係（例如同一契約），惟 199-1 卻規定“數項法律關係”，能否涵蓋基於同一債之關係所生當事人給付義務變更之情形？另外，邱聯恭老師則認為由§199 之規定「審判長應注意令當事人訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論」得直接導出法院有公開心證並表明法律見解之義務。

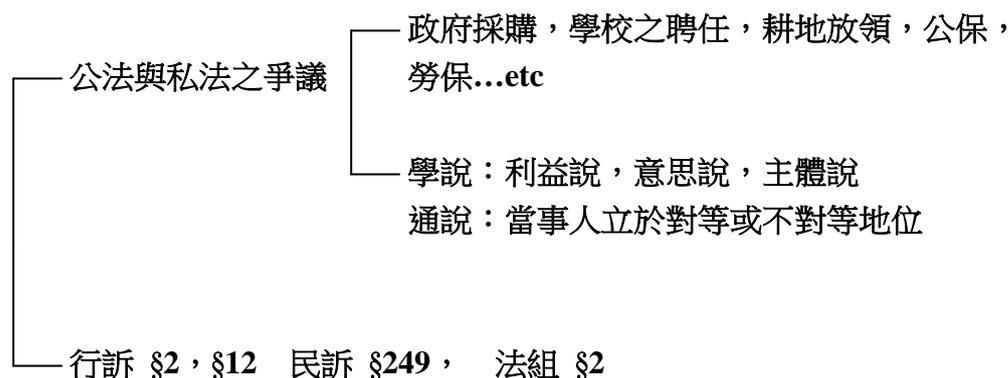
## 第三款 民事訴訟與其他程序之衝突

### 壹、訴訟與仲裁

訴訟與仲裁之衝突亦為近年來之重大爭議，例如雙方當事人以仲裁條款約定相關紛爭應循仲裁程序解決，惟一方卻向法院起訴時，應怎麼解決？原則上當事人雙方有仲裁條款之約定時，應依仲裁法之規定選任仲裁人以仲裁判斷作為解決當事人紛爭之途徑；然而於上開情形，仲裁法§4舊法原規定當事人得為妨訴抗辯，即當事人之間若有仲裁約款存在時，法院就該紛爭即無審理之權，此時應依§249規定裁定駁回之。惟新仲裁法§4則規定為：「仲裁協議，如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁。但被告已為本案之言詞辯論者，不在此限。」即法院應先裁定停止訴訟程序而非逕自駁回，然而，被告究否已為本案之言詞辯論則易生爭議。

### 貳、民事訴訟與行政程序

#### 【圖表 4】



#### 一、民事訴訟與行政程序間之消極衝突與積極衝突

當事人間之紛爭究為公法抑或私法之爭議，乃牽涉究應採民事訴訟抑或行政程序之方式解決。亦涉及民事訴訟與行政程序間之消極衝突與積極衝突。所謂消極衝突係指雙方皆不予審理，而積極衝突則係雙方皆認有權審理。而民事訴訟與行政程序間衝突之原因主要在於：若干事件究屬公法事件抑或私法事件，其界線模糊不清。再者，一般民事法院發源較早亦較完整，所能提供之保障亦較多，制度較完善，故一般人有爭議時往往採民事訴訟途徑而不依循行政訴訟途徑。

#### 二、公法事件抑或私法事件之判斷

##### (一) 耕地放領案件，釋字 89 與釋字 115 見解相反

就早期耕地放領之案件，大法官於釋字 89 與釋字 115 乃有完全相反之見

解。釋字 89 認耕地放領之撤銷與解除乃歸普通法院審判，因放領行為係私法上之買賣契約，依台灣省放領公有耕地扶植自耕農辦法，放領耕地目的乃為扶植自耕農，於早年三七五減租條例放領公地予自耕農之案件爭議裡，依釋字 89 乃民事事件，普通法院得為審理。然而於釋字 115 則依事件關聯說認為，依耕者有其田條例為公地之徵收放領事件乃公法事件。普通法院對之所為相反確定判決亦不能執行，蓋普通法院並無審判權，其所為之判決乃屬無效。

## (二) 聘任契約

關於聘任契約之部分，釋字 187 認為，公務員向原公務機關請求核發服務年資或未領退休金之證明若有爭議者，得提起訴願或行政訴訟。而公立教師對薪資核發有所爭議者，該事件依 40 台上字 1890 號認為係公法事件；但若係私立學校教師解聘之爭執，依司法院 76 年 10 月 27 日廳民一字 2954 號函之見解，則認其係私法事件。

## (三) 公務人員保險

於公保方面，依 82 年台上 517 號判決<sup>3</sup>，認其並非純粹公法關係，故就相關爭議得提起民事訴訟救濟之。惟釋 466<sup>4</sup>則認此乃行政爭訟，惟因行政爭訟制度尚未完備，故於循行政爭訟途徑無法獲得給付實現時，得再循民事訴訟途徑解決之。而於勞保爭議方面，亦認為其涉及公共政策，同樣並非民事事件。

## (四) 公法事件抑或私法事件之判斷標準

某事件究屬公法事件抑或私法事件，通說係以當事人之間立於對等地位或不對等地位為判斷之標準。另於德國則有理論認為若事件中行政機關就准許與否具相當之權力者，則事件應為公法事件；惟於准許之後，例如准許放領耕地，就耕地價金，耕地面積有爭議者，就此一給予之行為則認為係私法事件。

<sup>3</sup> 【裁判字號】82\_台上\_517 【裁判日期】82/03/15 【案由】請求給付保險金  
查公務人員保險屬於社會保險之一環，公保法中固多強制規定，而與一般營業保險有其區別。惟承保機關之被上訴人既係代表國家為保險人，以與被保險人之上訴人間，在保險關係中立於對等地位，則基於公保關係所生之權利義務爭執，自不能與人民因受官署之違法處分，所得進行之行政訴訟同視。其因此所發生之各項保險給付請求（例：生育、疾病、傷害、殘廢、養老、死亡、眷屬喪葬等給付），不能認為純屬公法上之財產請求權，而與私權無關。

<sup>4</sup> 釋字 466：「…按公務人員保險為社會保險之一種，具公法性質，關於公務人員保險給付之爭議，自應循行政爭訟程序解決。惟現行法制下，行政訴訟除附帶損害賠償之訴外，並無其他給付類型訴訟，致公務人員保險給付爭議縱經行政救濟確定，讓當事人亦非必然即可獲得保險給付。有關機關應儘速完成行政訴訟制度之全盤修正，於相關法制尚未完備以前，為提供人民確實有效之司法救濟途徑，有關給付之部分，經行政救濟程序之結果不能獲得實現時，應許向普通法院提起訴訟謀求救濟…」（已隱含有法院等價原則之色彩）

### 三、法院等價原則

依§249 I 第一款，訴訟事件不屬普通法院之權限者，因其無法補正，故應裁定駁回之。又依行政訴訟法§2，公法上之爭議，除法律別有規定外，得依行政訴訟法提起行政訴訟。由此可知，我國係採「專業判斷原則」，即依法院專業知識之背景而區分聲明不符之救濟途徑。惟我國於公法與私法事件之界線尚存爭議，甚至同一法律關係下產生之爭議亦有不同之救濟途徑，如政府採購法中有關申訴部分係屬公法事件，而有關履約爭議則係歸屬於私法事件，令公私法事件權限有所爭議之風險歸於當事人承擔，實有礙人民之訴訟權。

而德國法法院組織法§17 之相關規定係採「法院等價原則」，即既行行政法院與普通法院皆為國家設置之法院，任一如經實質審理判斷即可治癒原無審判權之瑕疵，又如民事法院認無審判權限亦應將該案件職權移送行政法院，蓋如將區分權限不明確之不利後果由當事人承擔，有違憲法中保障人民方便接近利用訴訟程序之訴訟權，故不應將專業判斷原則優先於人民之訴訟權考量。

現行法下，消極衝突之處理方式為裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋，且因無確定判決之存在，自無提起再審之訴廢棄原判決之可能（民事訴訟法§182-1、行政訴訟法§178-1）。又依§182-1，須先有行政法院裁定駁回之確定，當事人復向民事法院為訴訟上之請求，而民事法院認其與行政法院該駁回之確定裁定見解有異者，始得停止訴訟，聲請大法官解釋，故如當事人未先行向行政法院起訴經裁定駁回者，民事法院如認就該事件無審判權時，僅得依§249 I 第一款裁定駁回。

### 四、事件與行政事件審判權衝突之處理<sup>5</sup>

#### （一）衝突種類

就同一法律關係，由於識別其為私法關係或公法關係之不同，從而發生該事件應歸民事法院或行政法院審判之權限衝突問題。此種權限衝突有二，於民事法院與行政法院均主張對事件有審判權情形稱為積極衝突。反之，二法院均主張對事件無審判權之情形，稱為消極衝突<sup>6</sup>。

#### （二）現行相關規定

##### 1. 民事訴訟法§182-1

<sup>5</sup> 詳參沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作（上）-專業審判與權利有效救濟間之選擇-，臺灣本土法學雜誌第四十五期。沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作（下）-專業審判與權利有效救濟間之選擇-，臺灣本土法學雜誌第四十六期。

<sup>6</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），修訂四版，14 頁。

普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。

前項合意，應以文書證之。

## 2. 大法官釋字第 540 號解釋

國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，即有拘束全國機關及人民之效力，各級審判機關自亦有遵循之義務。

中華民國七十一年七月三十日制定公布之國民住宅條例，對興建國民住宅解決收入較低家庭居住問題，採取由政府主管機關興建住宅以上述家庭為對象，辦理出售、出租、貸款自建或獎勵民間投資興建等方式為之。其中除民間投資興建者外，凡經主管機關核准出售、出租或貸款自建，並已由該機關代表國家或地方自治團體與承購人、承租人或貸款人分別訂立買賣、租賃或借貸契約者，此等契約即非行使公權力而生之公法上法律關係。上開條例第二十一條第一項規定：國民住宅出售後有該條所列之違法情事者，「國民住宅主管機關得收回該住宅及基地，並得移送法院裁定後強制執行」，乃針對特定違約行為之效果賦予執行力之特別規定，此等涉及私權法律關係之事件為民事事件，該條所稱之法院係指普通法院而言。

對此類事件，有管轄權之普通法院民事庭不得以行政訴訟新制實施，另有行政法院可資受理為理由，而裁定駁回強制執行之聲請。事件經本院解釋係民事事件，認提起聲請之行政法院無審判權者，該法院除裁定駁回外，並依職權移送有審判權限之普通法院，受移送之法院應依本院解釋對審判權認定之意旨，回復事件之繫屬，依法審判，俾保障人民憲法上之訴訟權。

## 3. 楊老師就釋字 540 號之評析

審判權之消極衝突，現行制度未如德國有訴訟移送制度，於法院認其無審判權時僅得裁定駁回。而釋字§540 就公法事件、私法事件之區分，並非採取主體說，而係明白宣示國家得透過私法之作為實施行政上之公法任務。就國宅訂立相關契約而言，並非行使公權力而生之公法上法律關係，並無統治權力支配之不對等情形，應為私法上對等之權利義務關係。釋字§540 之案例事實，係先向民事法院起訴，遭以非民事案件駁回。後向行政法院起訴，又遭其以非行政事件駁回，乃屬典型消極衝突情形。大法官解釋認此係民事案件，民事法院之駁回乃無效之裁定，故回復民事法院繫屬之狀態。

然而，釋字§540 參酌德國法院組織法§17 所提出之職權移送制，存在文義上之問題，其案例情形為當事人向民事法院所為之起訴雖經裁定駁回，惟該駁回之裁定錯認審判權限之歸屬，應為無效，訴訟繫屬狀態應自動回復。惟因為我國欠缺與德國法院組織法相同之職權訴訟移送制度，故若當事人未先至民事法院起訴遭無審判權而裁定駁回，行政法院即無法依釋字§540 將其移送至民事法院，仍僅得要求當事人另行向民事法院起訴。

#### 4. 未來修法方向

##### (1) 行政訴訟法修正草案§12-2

行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。

行政法院認其無受理權限者，應以裁定將訴訟移送至有受理權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定法院。

移送之法院確定時，受移送之法院認其亦無受理權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院憲法法庭審理。

受移送之法院經司法院憲法法庭裁判無受理權限者，應在自行移至有受理訴訟權限之法院。

當事人就法院有無受理訴訟權限有爭執者，法院應先為裁定。

行政法院為第二項及前項裁定前，應先徵詢當事人之意見。

##### (2) 法院組織法修正草案§8

法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，他法院受該裁判之羈束。

法院認其無受理訴訟權限者，應以裁定將訴訟移送至有受理權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。

移送之法院確定時，受移送之法院認其亦無受理權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院憲法法庭審理。但法律另有當事人得合意由受移送法院為審判之規定，從其規定。

受移送之法院經司法院憲法法庭無受理權限者，應再行移至有受理訴訟權限之法院。

當事人就法院有無受理訴訟權限有爭執者，法院應先為裁定。

法院為第二項及前項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。

#### 5. 九十八年一月二十一日之民事訴訟法修正 31 條之一至 31 條之三

##### (1) 條文內容

##### 第 31-1 條

起訴時法院有受理訴訟權限者，不因訴訟繫屬後事實及法律狀態變更而受影響。訴訟已繫屬於不同審判權之法院者，當事人不得就同一事件向普通法院更行起訴。

第 31-2 條 普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。當事人就普通法院有無受理訴訟權限有爭執者，普通法院應先為裁定。前項裁定，得為抗告。普通法院為第二項及第三項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。第二十九條、第三十一條規定，於第二項之情形準用之。

### 第 31-3 條

其他法院將訴訟移送至普通法院者，依法法定其訴訟費用之徵收。移送前所生之訴訟費用視為普通法院訴訟費用之一部分。應行徵收之訴訟費用，其他法院未加徵收、徵收不足額或溢收者，普通法院應補行徵收或通知原收款法院退還溢收部分。

## (2) 評析

本次修法規定主要係將行政訴訟法第 12 條之 1 至之 3<sup>7</sup>於民事訴訟法同為相應之規定，創設民事法院至行政法院之移送制度，亦使原 182 條之 1 條文規範未全所生之法律漏洞（亦即若無行政法院確定裁判時，民事法院對無審判權之事件如何處理）獲得解決。但如同行政訴訟法之規定，於民事與行政法院皆認無審判權時，仍須以憲法解釋之方式為最後終局確定。故有學者認為此一方式對人民訴訟權之程序利益有所妨礙，亦與法院等價原則與儘速確定審判權之原則有所不符，實質檢討<sup>8</sup>。

---

<sup>7</sup>行政訴訟法第十二條之一、之二、之三（民國九十六年七月四日公佈 民國九十六年八月十五日施行）

行政訴訟法第 12 條之 1

「起訴時法院有受理訴訟權限者，不因訴訟繫屬後事實及法律狀態變更而受影響。訴訟繫屬於行政法院後，當事人不得就同一事件向其他不同審判權之法院更行起訴。」

行政訴訟法第 12 條之 2

「行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。當事人就行政法院有無受理訴訟權限有爭執者，行政法院應先為裁定。行政法院為第二項及前項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。」

行政訴訟法第 12 條之 3

「移送訴訟前如有急迫情形，行政法院應依當事人聲請或依職權為必要之處分。移送訴訟之裁定確定時，視為該訴訟自始即繫屬於受移送之法院。前項情形，行政法院書記官應速將裁定正本附入卷宗，送交受移送之法院。」

<sup>8</sup> 沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作，訴訟權保障與裁判外紛爭處理，頁 65 至 72。

# 第二編 訴訟主體論

## 第一章 法院

### 第一節 概說

#### 第一款 法院組織

##### 壹、三級三審制

- 一、§437：對於第一審之終局判決，得上訴於管轄第二審之法院。
- 二、§464：對於第二審之終局判決，除別有規定外，得上訴於管轄第三審之法院。  
此之所謂別有規定，係指§465：對於第一審判決，或其一部未經向第二審法院上訴，或附帶上訴之當事人，對於維持該判決之第二審判決，不得上訴。  
及§466 第一項：對於財產權訴訟之第二審判決，如因上訴所得受之利益，不逾新台幣一百萬元者，不得上訴。

##### 貳、三級三審制之例外

- 一、簡易訴訟(§427)：
  - (一) 適用範圍：
    - 1. 財產權之訴訟標的金額或價額在新台幣 50 萬元以下者。
    - 2. 其他較為單純之法律關係，如：定期租賃、借貸法律關係所生之爭執涉訟。
  - (二) 第二審上訴：
    - §436 之 1 I：對於簡易程序之第一審裁判，得上訴或抗告於管轄之地方法院，其裁判以合議行之。
  - (三) 第三審上訴：
    - §436 之 2 I：對於簡易訴訟程序之第二審裁判，其上訴利益逾§466 所定之數額（新台幣 100 萬元）者，當事人僅得以其適用法規顯有錯誤為理由，逕向最高法院提起上訴或抗告。
    - §436 之 3 I：對於簡易訴訟程序之第二審裁判，提起第三審上訴或抗告，須經原裁判法院之許可。

##### 二、小額訴訟(§436 之 8)：

- (一) 適用範圍：

關於請求給付金錢或其他代替物或有價證券之訴訟，其標的金額或價額在新台幣十萬元以下者。

(二) 第二審上訴：

§436 之 24 I：對於小額程序之第一審裁判，得上訴或抗告於管轄之地方法院，其審判以合議行之。

(三) 第三審上訴：

§436 之 30：對於小額程序之第二審裁判，不得上訴或抗告。

## 第二節 管轄

### 第一款 管轄

#### 壹、概說

##### 一、意義：

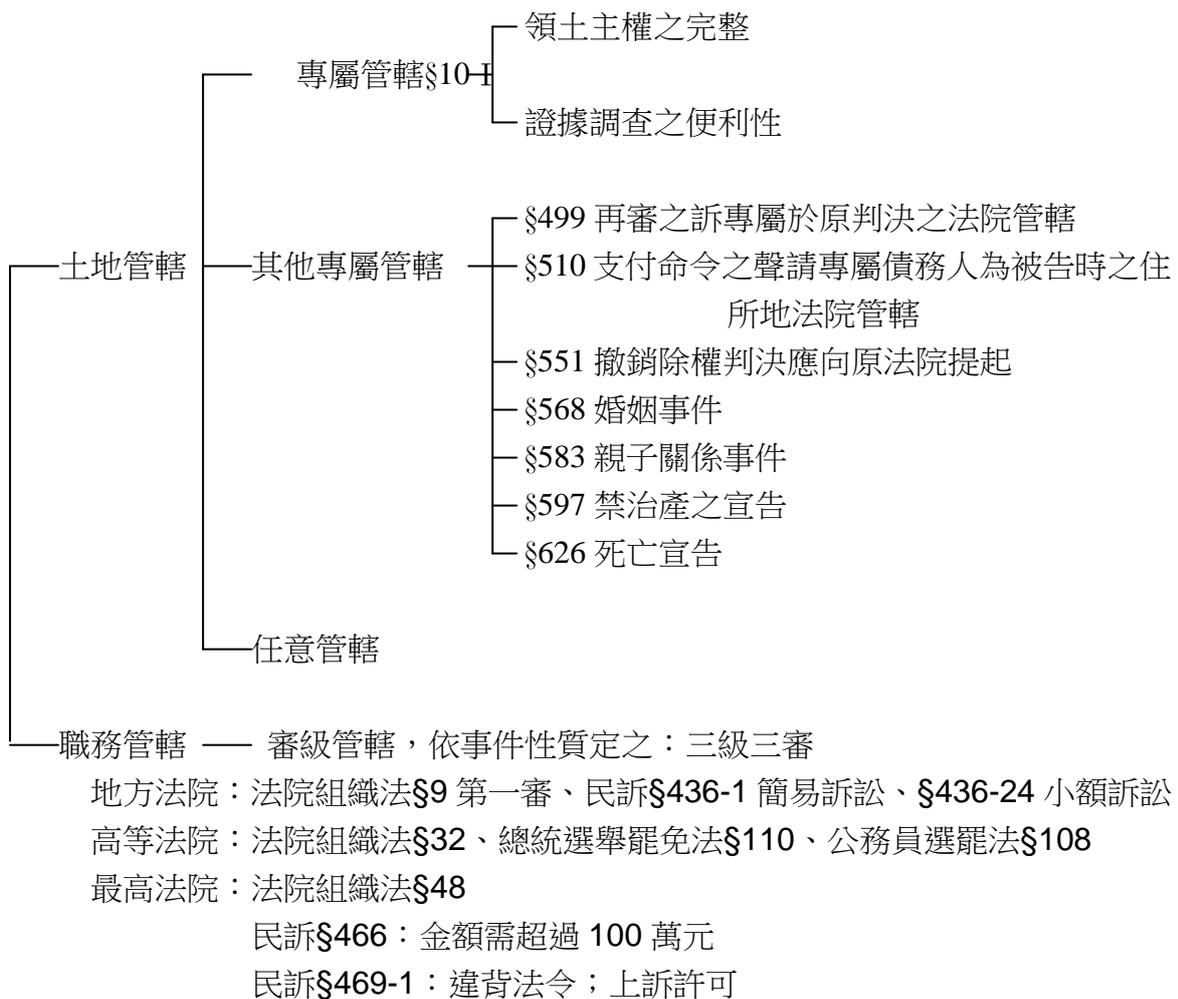
法院對於具體訴訟是否有審判之權限。

##### 二、考量：

1. 方便性。
2. 法院審理方便性，調查證據之需要。
3. 公共利益、強行色彩，ex: §10I 專屬管轄。

#### 貳、種類區分

【圖表 1】

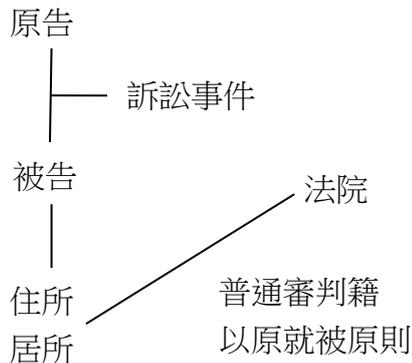


民訴§466-4：飛躍上訴〈尊重當事人處分主義、節省訴訟資源〉

民訴§436-2、436-3：簡易訴訟上訴許可制

## 參、「普通審判籍」與「特別審判籍」<sup>1</sup>

【圖表 2】



- 普通審判籍：原則--以原就被。
- 特別審判籍：依訴訟事件定之--§3 以下，考慮原告之應訴負擔而設。但須注意，除§20 但書之情形外，一般而言，特別審判籍並不排除普通審判籍。

### 【案例 1】

委任契約  
   甲 ————— 乙  
   原告                  會計師

考量： §1 住所地：桃園

§6 營業所：台北

§12 債務履行地：是否包含民法§314 的清償地？

→目前通說採否定之見解。

楊師：區分無實益，詳見後述。

### 一、普通審判籍

<sup>1</sup> 訴訟事件應向何地法院起訴，係以事件當事人及事件性質兩者與法院所在地之關係為決定之標準，此種法院與事件的審理關係稱為審判籍。審判籍得分為普通審判籍及特別審判籍，法院對於被告之一切訴訟事件，除專屬管轄外，有審判關係者，稱為被告之普通審判籍。以法院管轄區域與訴訟事件之內容性質兩者間之特別關係而發生的審判關係，稱為特別審判籍。摘錄自陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），修訂四版，131 頁。

### (一) §1『以原就被』原則

1. 原則：由被告住所地之法院管轄。
2. 例外：
  - (1)被告住所地之法院不能行使職權者：由其居所地法院管轄。
  - (2)無住所者：以其在中華民國之居所視為其住所。
  - (3)無住所亦無居所、居所不明者：以其在中華民國最後之住所視為住所。
3. 九十二年新法除被告住所地得為本案管轄法院外，若訴之原因事實發生於被告居所地者，亦得由其居所地法院管轄 (§1 第一項後段)。

### (二) §2「法人及其他團體之管轄權」

該條分為三項，分別規定公法人、私法人或其他得為訴訟當事人之團體以及外國法人之管轄。

實務為訴訟方便考量，分公司係§40 第三項有當事人能力之非法人團體（詳見後述當事人能力之部分），且適用普通審判籍之規定。一般情形，全國性之銀行，其事務所、營業所，通常設於台北，而於全省有各分行，則得否以各分行為被告，且是否依§2 第二項仍由總行所在地法院管轄？分行、分公司雖為法人之分支機構，惟訴訟上為方便起見，它不僅得作為訴訟上原告，其所在地營業所，亦為普通審判籍。

## 二、特別審判籍

### 【案例 2】

甲、乙、丙為同學，住宿於政大學生宿舍，某日三人同遊新竹，與清大學生戊之機車互撞，而致戊受傷。雙方同意以桃園為管轄法院，嗣後戊向彰化地院起訴，主張民法§184 侵權行為損害賠償責任，甲乙丙出庭應訴而為本案之言詞辯論。

特別審判籍中關於任意管轄之審理：

- (1) 相對於專屬管轄因事涉公益而採職權探知主義，任意管轄係採辯論主義，就該管轄之情事應由原告舉證（惟法院就管轄權之有無仍應依職權調查）。
- (2) 以原告所主張之事實形式判斷之：

**【65 台抗 162 裁】<sup>2</sup>**：若經實質審理後，無所謂侵權行為 (§15) 或該契約 (§12) 有無效之情事，此僅為訴有無理由而勝訴抑或敗訴之問題，不影響管轄

<sup>2</sup> 【裁判字號】65\_台抗\_162 裁定 【裁判日期】65/04/09 【案由】清償債務  
管轄權之有無，應依原告主張之事實，按諸法律關於管轄之規定而為認定，與其請求之是否成立無涉。本件相對人依其主張，既係向契約履行地之法院起訴，按諸民事訴訟法第十二條規定，原第一審法院即非無管轄權。至相對人主張之契約是否真正存在，則為實體法上之問題，不能據為定管轄之標準。

之決定。

(3)以起訴時為準，縱起訴後訴訟繫屬中該等情事有所改變，亦不影響原管轄之決定（管轄之恆定§27）。

#### （一）§4「因財產權涉訟之特別審判籍」

補充：學生住宿於學校宿舍，是否有§4所謂「寄寓地」之適用？

姚瑞光老師：採「限制之文義解釋」而持否定之見解。

楊建華老師與楊淑文老師：學生至學校上課，長時間居住於學校宿舍，通常時間會離開其住所地，此與生徒需至外地接受訓練之情形類似；而§4以下之立法目的為『節省雙方涉訟時間』，在此應以擴張解釋<sup>3</sup>使其有此條之適用<sup>4</sup>。

以往實務限縮解釋§4之寄寓人，須似生徒、受僱人等以受職業訓練為目的者為限。現今§1第一項後段增訂居所地後，此爭議即較不嚴重，蓋以「居所」認定之範圍更為寬廣，得至居所所在地之法院起訴，但§1條第一項後段仍限於原因事實發生在住所地，仍有所不同。

#### （二）§6「因業務涉訟之特別審判籍」

此大部分係律師、會計師、私人診所、非法人因獨立執行職務而涉訟之情形，與§2通常係法人組織之情形不同。醫院若為財團法人，則適用§2；若為診所，則適用§6；醫療糾紛如係依民法§184而請求者，則依§15侵權行為地法院亦有管轄權。

#### （三）§12「因契約而涉訟之特別審判籍」

1. 無論契約成立與否、有效與否，僅須當事人因契約而生爭議，均屬因契約而涉訟。Ex：民法§179請求移轉登記係因契約而涉訟（買賣契約因詐欺而撤銷）、確認契約不成立亦係因契約而涉訟之情形。

□

2. §12之履行地，法律上通說認係指清償地，然是否包含民法§314之法定清償地（當事人間未約定清償地，而由法律特別規定之情形）？

民法§314法定清償地：特定物之債—往取之債—物之所在地；其他之債—赴償之債—債權人住所。

就文義解釋而言，§12似未包含民法§314當事人未特別約定的情形，亦即當事人間須有特別約定時，始得由履行地之法院管轄。

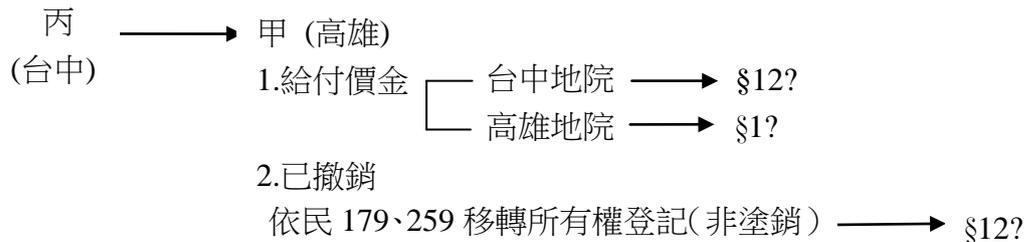
惟楊師以為，依我國民訴§12之立法理由、德國民法§269、日本民法§484等，皆認請求交付買賣標的物之訴送，應於賣方住所地（即物之所在地）

<sup>3</sup> 惟若涉及專屬管轄，因事涉公益，則應採限制之文義解釋。

<sup>4</sup> 所謂寄寓人，係指因各種工作關係或學習關係，性質上必須較長久滯留於他人一定處所，但非設定其住所於該地之人。摘錄自陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），修訂四版，134頁。

為訴訟（此即民法§314 之部分）；例如賣主請求交付價金之事件，應於買主住所地法院起訴。事實上於本條立法理由中，就法定清償地之情形亦有論述，即當事人未約定契約履行地時，以法定清償地決定何處係契約履行地，故§12「如經當事人定有債務履行地」，毋庸排除民法§314 之情形，亦即，所謂因契約涉訟如經當事人定有債務履行地，自立法理由觀之，所有當事人契約之契約履行地均應屬之<sup>5</sup>。

### 【案例 3】



三人合著：當事人未特別約定，故僅得依§1 至高雄地方法院起訴。

楊師：契約履行地當事人有特別約定時，以當事人之約定為主；當事人未約定時，則以法定清償地為契約履行地。另管轄之所以就不同之事件規定特別審判籍，乃為方便而使當事人有較多選擇，因此，應採較擴張之文義解釋。故應認即使當事人未特別約定，法定清償地亦可認為係契約涉訟之契約履行地，故台中地院應有管轄權。

#### (四) §13「因票據涉訟之特別審判籍」

1. 依票據法§22 所為利益償還之請求，是否係因票據而涉訟，則有爭議，蓋利益償還請求權有時乃被認為僅係特殊型態之不當得利請求。惟任意管轄所考量者乃當事人之方便，故於此亦應採取擴張之文義解釋，而認利益償還之請求亦屬非§13 因票據而涉訟之情形。

□

2. 至於銀行與支票發票人間之關係，則應適用§12 處理。

#### (五) §15「侵權行為特別審判籍」

1. 依§15 I，由行為地之法院所管轄，因在此時法院證據調查乃最為方便。
2. 原則上請求損害賠償係屬「因財產權涉訟」 (§4)。
3. 惟若請求慰撫金，即屬非財產上損害賠償，非§4「因財產權涉訟」。

<sup>5</sup> 立法理由：查民訴律第二十三條理由請本條至第二十七條，乃債務關係審判籍之規定也。蓋有□特種原因之債務關係，應規定特別之審判籍以管轄之，使易於起訴，或易於立證，或為最合於□實際情事之審判也。

4. 邱聯恭老師於此認為，因債務不履行所生之損害賠償亦有§15 I 之適用。

5. §15 行為地：包含侵權行為地以及結果地>

Ex: 甲因遭他人侵害於 A 地受傷，後經人送往 B 醫院，此時 A、B 皆符合§15。

6. 「定管轄之原因事實」與「本案請求原因事實」之競合

**【案例 4】**

居住於台北之甲，主張乙某日於台北毆打甲，於台北地方法院對住居於高雄之乙起訴請求損害賠償，乙則否認有任何毆打甲的事實，並抗辯台北地方法院無管轄權。法院經數次言詞辯論並調查事實後發現，並無侵權行為之事實，則應如何處理？

- 實務上貫徹「程序事項」不可得與「實體事項」混淆之原則，就「定管轄」此程序事項之原因事實，似認僅憑「原告主張之事實」認定即為已足。故法院仍有管轄權而得審理本案，惟因客觀上無侵權行為之事實，故應為原告敗訴之實體判決<sup>6</sup>。

**(六) §18 關於繼承事件的特別審判籍**

原則上因繼承事件涉訟情形，因涉及被繼承人之財產，故 18 條規定「因繼承之繼承、分割、特留份或因遺贈或因死亡而生效力之行為涉訟者，得由繼承開始時被繼承人住所地之法院管轄」，惟須注意若是遺產中之不動產物權涉訟者，仍是屬於§10 條的專屬管轄，而不得逕依該條處理。

**(七) §20 共同訴訟之特別審判籍**

1. 原則：§20 本文「各該被告之住所地均有管轄權」。
2. 例外：§20 但書「依§4 至§19 有共同管轄法院者，由該法院管轄」。
3. §20 但書所謂「依第四條至前條規定有共同管轄法院者，由該法院管轄」係指在有共同管轄法院時，原告僅得向該共同管轄法院起訴，不得向其中任一被告之住所地法院起訴<sup>7</sup>。惟此例外並非所謂『專屬管轄』，僅排斥普

<sup>6</sup> 最高法院六十五年台抗字第一六二號判例，表明：「管轄權之有無，應依原告主張之事實，案諸法律關於管轄之規定而為認定與其請求之是否成立無涉」。惟邱聯恭教授以「管轄制度亦係為保障被告之防禦權」為出發點，對上開實務見解提出批判，認為依原告起訴所片面主張之事實定管轄法院，將有造成原告濫用管轄制度而侵害被告防禦權之危險；但亦不以無管轄權駁回原告之訴，而主張此時法院仍應為原告敗訴之實體判決，蓋為考量被告已經於台北應訴且極可能因此獲得一勝訴判決，故維持其至台北訴訟所得之成果。另有學者認為，法院應以「原告是否在起訴之初提出可供即時調查之證據，足使法院相信原告所主張定管轄之原因事實有『合理的可能性』，作為認定法院是否有管轄權之標準。詳見，黃國昌，「定管轄之原因事實」與「本案請求原因事實」之競合，月旦法學教室第 26 期。

<sup>7</sup> 詳見，呂太郎，共同訴訟之管轄，台灣本土法學第 1 期。文中亦提及有持反對見解者，認為本條係所定「由該法院管轄」，僅係指「得由」該法院管轄，故被告一人住所地法院就該被告部份，

通審判籍而優先適用（特別審判籍一般而言不排除普通審判籍，此為唯一例外），故仍有§24 合意管轄之適用。

#### 4. §20 並非專屬管轄，故仍不排除§25 之適用

亦即原告向共同被告中一人之住所地法院起訴，被告均不抗辯者，該被告住所地法院仍得就全部被告取得管轄權；惟若有其中任一被告提出無管轄權之抗辯，則法院應如何處理？有主張若為§53 第一、二款之共同訴訟者，應全部移送，若屬§53 第三款之共同訴訟者，則僅須移送抗辯之部分。惟亦有認為§53 第三款之共同訴訟，根本無§20 之適用，故應分別其是否為須合一確定之共同訴訟訴訟決定之<sup>8</sup>。

### 肆、合意管轄：§24

#### 一、要件

- (一) 因專屬管轄係強行法規，立法目的有一定之公益考量，故不適用者(§26)。
- (二) 限於定第一審管轄法院，不得合意排除第一審法院而直接由第二審法院（通常為高等法院）為審理。
- (三) 限於當事人具體可得確定之法律關係始得約定，非可概括就當事人往後可能發生之一切訴訟為合意。
- (四) 必須以文書約定

#### 二、種類

排他之合意管轄：基於尊重當事人之意思，排除其他普通、特別審判籍而由其獨佔，故優先於包含『§20 但書』在內之一般管轄；惟仍不排除§25 應訴管轄。

併存之合意管轄：他法院仍有管轄權，並未獨佔而優先於一般管轄。

三、至於是是否為併存或排他之合意管轄，楊師認為應依民§98 及消保法§11 探求當事人之真意。

四、爭議問題：以定型化契約約款事先合意約定管轄法院，效力是否一概承認？

- (一) 此於德國法上僅企業經營者間得為約定，企業經營者與消費者間則無此適用。就此，楊師認我國修法方向應在於：

仍有管轄權。

<sup>8</sup> §20 與§53 第三款之適用條件正好相反，因此，§20 所稱之共同訴訟，不包含依§53 第三款所提起之共同訴訟。而所謂應分別其是否為必須合一確定之訴訟以定之的部分，亦即在必要共同訴訟，為避免既判力之牴觸任何被告之無管轄權抗辯，可認為是為有利於全體被告(§56 第一項第一款)，此時受理之法院即應將全部案件移轉予該共同管轄法院；反之，在通常共同訴訟，本質上僅為數個訴訟之偶然合併而已，分別裁判亦不生既判力之牴觸問題，故僅為該抗辯之該被告部份移轉即可(§55)。詳見，呂太郎，共同訴訟之管轄，台灣本土法學第 1 期。

1. 基於武器平等原則，就單方濫用契約自由而對相對人所為之限制，應盡量排除。
2. 以法律明文規定，使消費者得自行選擇管轄法院，如消保法§47。
3. 至於目前未有修法情形之下，若於訂立定型化契約者為企業經營者，而契約相對人為消費者時，應依照消保法§11 條作有利消費者之解釋，比如定型化契約管轄合意之約定應朝向併存合意管轄為當。

□

(二) 處於強勢地位之當事人常利用其優越地位，締結有利於其之合意管轄約定，致使他方當事人應訴之不便，甚至因此遭受不公平之損害。就此，民事訴訟法乃有§28 第二項及§436-9 之規定，以避免合意管轄制度之弊端<sup>9</sup>。

1. 民事訴訟法§28 第二項合意管轄之約定非無效，惟當事人得聲請移送於其他管轄法院，法院亦得自行斟酌是否為顯失公平。此規定對原告而言較不便利，因原則上原告尚須聲請，法院始移送其他管轄法院，顯見我國立法與德國完全禁止企業經營者與消費者間約定之合意管轄規定有所不同。

民事訴訟法§28 第二項之規定係基於武器平等原則，若任意允許商人基其經濟上或法律專業知識上之強勢，單方決定定型化之管轄約款，因遊戲規則由單方制定，勢必對制定之一方完全有利而對他方不利。於契約自由下，之所以認為定型化約款違反平等原則，係因通常享有單方決定自由者，等同於享有以單方意思改變彼此間法律關係之形成權。惟形成權通常係基於特殊情形而生，如撤銷權或解約權等單方變更合意內容之強大權利，故如以定型化約款擬定契約內容，即有消保法§12 以下之問題，及民法§247-1 之適用。

而針對定型化約款中合意管轄之部分，民事訴訟法§28 第二項係賦予法官於個案中判斷無顯失公平之權力。

2. 至於小額訴訟須考慮費用相當性，故民事訴訟法§436-9 完全禁止以定型化約款合意管轄，而不適用消保法§12，不允許當事人為合意管轄，亦不允許當事人以定型化約款約定契約履行地，蓋於價額 10 萬元以下之案例，約定管轄更易有顯失公平之情形，故應回歸一般管轄法院起訴之<sup>10</sup>。又依消保法§47 消費者得至消費關係之發生地起訴，因以消費關係發生地為管轄法院，通常對消費者起訴較具便利性。消費關係發生地，係包含契約之訂定地、交付價金及買賣標的物之地，因其與消費者關係較為密切。

由上可知，民事訴訟法§436-9 禁止企業經營者以定型化約款排除消費者運

<sup>9</sup> 實務上常見當事人於實體契約中訂有合意管轄之條款，此時應認為係一實體契約和一訴訟契約同時並存於同一文書，實體契約縱有得撤銷、解除或無效之事由，除非該等事由同時存在於合意管轄部分，否則實體契約之無效、撤銷或解除並不影響合意管轄之約定。詳見，張文郁，民事訴訟之合意管轄，月旦法學教室第 30 期。

<sup>10</sup> 於民事訴訟法§436-9 所規定之情形，消費者通常不會選擇以同法§1、§2 所規定之被告住所地等管轄法院，而會選擇消保法§47 所規定之消費關係發生地。

用消費關係發生地，便於消費者之起訴。如訴訟標的金額為 10 萬元以下，原則上不得以當事人間之合意定管轄法院，當事人間亦不得特別約定契約履行地，而使消費者無法於消費關係發生地起訴。合意管轄之目的係為尊重當事人、私法自治及契約自由，但須考量訴訟之集體化，若契約當事人皆合意以台北地院為管轄法院，將使法院資源之運用有所影響，造成訴訟資源不合理之分配，故民事訴訟法乃對合意管轄作部分限制，以促進法院資源有效合理之分配。

## 五、當事人之繼受人是否亦受當事人間合意管轄約定之拘束？

### 【案例 5】



於合意管轄之部分，較有爭議者為當事人之繼受人是否亦受當事人間合意管轄約定之拘束。按若該繼受人係繼受特定具體法律關係，原則上應受其合意管轄約定之拘束。而此『繼受人』之範圍為何，析之如下：

1. 基於繼承：依民法§1148，繼承人係概括承受、繼承被繼承人之權利義務，為法律關係之繼承人，故繼承人亦受合意管轄之拘束。
2. 繼受訴訟標的之法律關係：
  - (1) 如債務承擔或債權讓與之情形，其繼受人既係承繼訴訟標的之特定、具體法律關係，原則上應受其合意管轄約定之拘束。
  - (2) 如於一物二賣之情形，甲對乙有民法§348 移轉登記請求權，雙方約定因契約涉訟時以 A 法院有管轄權，若乙已將物出賣於第三人丙並為所有權之移轉登記，則此時丙已成為所有權人，若甲以非所有權人之乙為被告並請求所有權之移轉登記，則甲之請求無法獲得勝訴判決，因此時乙已非所有權人。縱甲以丙為被告，亦不適用合意管轄，此乃因該合意管轄係基於前買賣契約所生之法律關係，丙並未繼受之。

六、民事訴訟法§24 第一項但書，係指可得而確定之特定法律關係。此係基於程序安定性之要求，如當事人之起訴不符合程序安定性，當事人勢必會浪費勞力、時間及費用（程序利益），因當事人在法律關係非可得確定時，對有無

合意管轄，可能尚有所爭執。

## 伍、應訴管轄：§25

民事訴訟法§25 規定「被告不抗辯法院無管轄權，而為本案之言詞辯論者，以其法院為有管轄權之法院。」此係事後擬制之合意管轄，但若被告就管轄之錯誤有所抗辯，法院即應依職權為同法§28 之移送，惟：

民事訴訟法§28 規定，訴訟之移送，僅於原告聲請或法院依職權之時始可為之，被告則無聲請之權；若原告未就此有所聲請，且法院亦不依職權移送，則此管轄瑕疵嗣後經一審法院判決後即因此治癒，被告不得以此為上訴理由，此對被告顯失公平！

### 補充：應訴管轄中「本案之言詞辯論」究何所指

係指就訴訟標的之法律關係為事實上或法律上之陳述之謂，若非就訴訟標的之法律關係為之，僅就程序上之事項為陳述，例如關於訴訟要件之陳述，或聲請法官迴避等，即不屬之。至於被告陳述之始，通常所稱之「請求駁回原告之訴」，此時，是否已構成「本案言詞辯論」，頗有疑義，學說上有認為，被告請求駁回原告之訴，即在排斥原告之請求。亦即認為原告主張之訴訟標的法律關係不存在，自屬本案辯論<sup>11</sup>。

## 陸、專屬管轄（專論民訴§10 第一項）

一、民訴§10 第一項，所謂『因不動產之物權涉訟』究何所指，學者間見解歧異：

- (1) 姚瑞光老師認僅確認『所有權』之訴始屬之。
- (2) 實務見解則認為包含『所有權』、『用益物權』、『抵押權』及『物上請求權』<sup>12</sup>。

二、§10 第二項，係對因不動產為標的物而牽涉的債之關係所為之規定，如依民法§348 請求交付移轉房屋所有權。應特別注意此並非基於不動產物權而涉訟，並非專屬管轄，僅具任意管轄之效力。

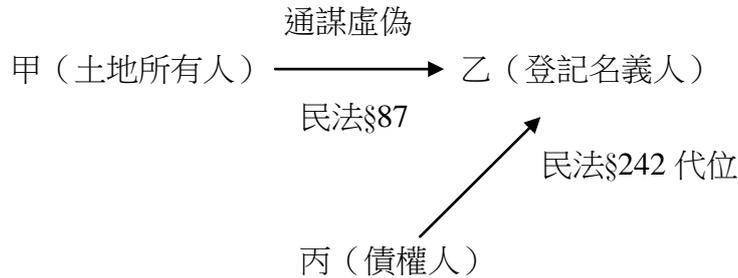
<sup>11</sup> 詳見呂太郎，「共同訴訟之管轄」，台灣本土法學雜誌第 1 期。

<sup>12</sup> 參照最高法院 74 年台上字第 280 號判例：「依被上訴人所訴之事實觀之，其請求上訴人塗銷系爭土地之所有權移轉登記，顯在行使系爭土地所有人之除去妨害請求權，自係因不動產物權涉訟，依民事訴訟法第十條第一項規定，應專屬系爭土地所在地之臺灣花蓮地方法院管轄。」

### 三、爭議問題：塗銷登記

關於「塗銷登記」之訴訟是否均屬民訴§10 第一項之專屬管轄？

#### 【案例 6】



1. 若採物權無因性理論（舊說），債權行為無效，物權行為仍為有效。
    - 訴訟標的：民法§179 不當得利請求權<sup>13</sup>，於此則非§10 I 所謂『因不動產物權涉訟』。
    - 訴之聲明：乙應將系爭土地移轉登記予甲。
  2. 目前學說上採物權無因性之相對化<sup>14</sup>理論，以「共同原因說」緩和其無因性，即無效之原因同時存在於債權行為與物權行為時，該物權行為亦與債權行為同屬無效。
    - 訴訟標的：民法§767 除去妨害請求權，此始為『因不動產物權涉訟』。
    - 訴之聲明：乙應塗銷登記。
- (1) **【最高法院 86 年台上字第 1421 號判例】**<sup>15</sup>認為，僅須涉及塗銷抵押權登記之案件，即屬行使民法§767 除去妨害請求權之案件，故並不區分究係基於債權請求權抑或物權請求權，皆屬本法§10 I 之專屬管轄。
- (2) **【77 年廳民（四）字第 1196 號函】**<sup>16</sup>：塗銷不動產之登記，是否屬於

<sup>13</sup>關於登記是否為利益之問題，依王澤鑑師見解採之肯定見解，自得依照不當得利請求；而將所有權取得當作利益，則是依該條請求移轉，若僅有登記為其利益，則得依該條請求塗銷登記。

<sup>14</sup>詳見王澤鑑老師，物權所有權，而目前實務僅有物權無因性的概念。

<sup>15</sup>參照最高法院 86 年台上字第 1421 號判例：「專屬管轄之事件不得以合意定管轄法院。且專屬於他法院管轄之事件，無管轄權之法院，並不因移轉管轄之裁定而取得管轄權，請求塗銷系爭土地之抵押權設定登記，顯在行使系爭土地所有人之除去妨害請求權，自係因不動產物權涉訟，應專屬該不動產所在地之嘉義地方法院管轄。原審竟就違背專屬管轄規定之第一審高雄地方法院判決，予以維持，自有違法。」

<sup>16</sup>參照司法院 77 年廳民四字第 1196 號函：

「法律問題：

請求塗銷抵押權、地上權等不動產物權登記之訴訟，是否專屬於不動產所在地法院管轄？

□討論意見：

甲說：原告請求被告塗銷抵押權、地上權等不動產物權之登記，係請求被告為一定之意思表示，亦即向地政機關為塗銷登記之聲請，該訴之性質為給付之訴，其前提離涉及不動產物權之存否，但訴訟標的及聲明均不涉及不動產物權自體，應非民事訴訟法第十條第一項所規定專屬管轄之範圍。

民訴§10 I 『因不動產物權涉訟』，應視其係基於債權請求權抑或物權請求權，僅於物權之情形，始屬之。

就此，事實上塗銷登記之依據通常固為物權上之請求權；惟亦有可能基於債之請求權為之，如不當得利返還請求之情形，故仍應區分其法律上請求之依據而為判斷。

#### 四、爭議問題：訴訟事件分裂由二法院管轄，應如何處理？

##### 【案例 7】

土地 —— 桃園  
甲 —————> 乙 銀行 (營業所 台北)

1. 確認民法§474 債權不存在
2. 確認抵押權不存在
3. 塗銷抵押權登記

思考：(1) 是否有專屬管轄之適用？

(2) 原因關係同一是否可能發生裁判矛盾？

(3) 以立法意旨為思考出發點。

甲與銀行訂立消費借貸契約，並提供其位於桃園之土地不動產設定抵押權登記於銀行，後來雙方起爭執，甲以銀行為被告，起訴請求：

1. 確認消費借貸借款不存在
2. 確認擔保債權之抵押權不存在
3. 塗銷抵押權登記

於此訴之聲明中，包含三不同之訴訟事件存在，因此產生本法§248 所規定之訴之客觀第一項合併之情形。若甲就債權不存在部分，於銀行營業所所在地，即台北地方法院起訴，復又就抵押權部分，向其土地所在之桃園地方法院起訴，此時所產生之爭議為當事人將一個訴訟事件割裂為二，法院應如何處理。

---

乙說：塗銷抵押權、地上權等不動產物權登記之訴訟，原告之請求有無理由，直接涉及不動產物權之存否，自屬民事訴訟法第十條第一項所定因不動產物權涉訟之事件，應專屬於不動產所在地法院管轄。

研討結果：照審查意見通過。

司法院第一廳研究意見：請求塗銷抵押權、地上權等不動產物權登記之訴訟，是否專屬於不動產所在地法院管轄，應視其請求權之基礎法律關係為何而定，如係基於物權之法律關係而請求，則有民事訴訟法第十條第一項之適用，如係基於債權之法律關係而請求，則非專屬於不動產所在地法院管轄。」

首先，桃園地方法院依本法§10 就抵押權之部分有專屬管轄權，此部分其他法院並無管轄權。

而甲就債權不存在之訴訟，因其訴訟標的為債之關係，無專屬管轄之適用，依§2 第二項得向台北地方法院起訴，或依§11，亦得向桃園地方法院起訴。此外，就訴之客觀合併之部分，依§248 規定：「對於同一被告之數宗訴訟，除定有專屬管轄者外，得向就其中一訴訟有管轄權之法院合併提起之。但不得行同種訴訟程序者，不在此限。」亦即甲得依民訴§11 及§248 規定，向桃園法院合併起訴。

惟就債權不存在之部分，台北地方法院得否為審理，是否會發生裁判矛盾之結果？實務見解認為：「...至於請求確認債權不存在及塗銷抵押權登記部分，因與確認抵押權不存在部分係基於同一之原因事實，自不宜割裂為不同之法院管轄...原第一審台北地方法院未將之移送於管轄法院而為實體判決，原法院復未廢棄該判決並將之移送於該管轄法院，屬於違背法令。」<sup>17</sup> 然而：

- (1) 台北地方法院並非無管轄權之法院，無法以管轄錯誤為理由移送案件。
- (2) 同時，就債權不存在之訴部分，即使台北地方法院因不具管轄權而有訴訟程序上瑕疵，亦將因已為實體裁判而治癒其瑕疵。
- (3) 立法者就本法§11 係規定為「得」由不動產所在地之法院合併管轄，而非「應」由其管轄，由此可知，立法者於立法時即已考量債權及其擔保物權可能由不同法院審理之情形，仍未將之規定為專屬管轄。
- (4) 正確之作法應為台北地方法院以行使闡明權之方式，曉諭甲向桃園地方法院起訴。
- (5) 若台北地方法院已就確認債權是否存在之訴為審理，則為避免裁判矛盾之情況發生，桃園地方法院應依本法§182 規定裁定停止訴訟，因抵押權是否存在乃以債權是否存在為前提。

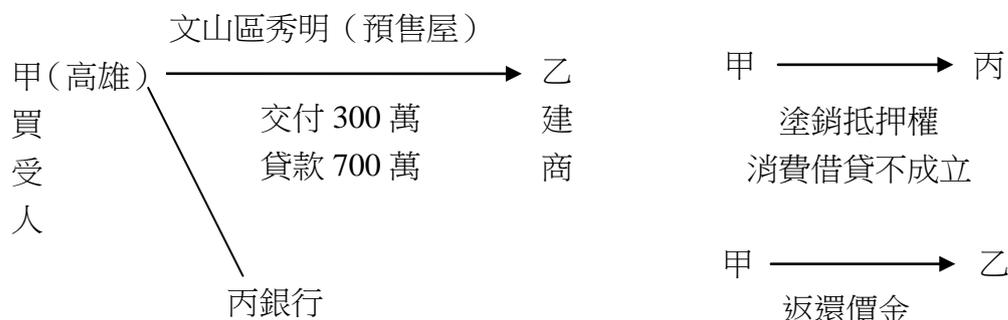
附帶一提，一般抵押權與最高限額抵押權之差別在於，一般抵押權係以被擔保之債權成立時，抵押權始為成立，此即抵押權之從屬性；惟最高限額抵押權係以設定登記後起算，於一定之權利存續期間內，就陸續發生之事先可得確定之債權為其擔保之債權，故最高限額抵押權於成立上之從屬性已與一般抵押權之嚴格從屬性有所差別。

---

<sup>17</sup> 參照 85 年台上字第 296 判決：「本件上訴人聲明求為確認抵押權（下稱系爭抵押權）及所擔保之債權不存在，被上訴人應將系爭抵押權登記塗銷之判決。其既請求確認系爭抵押權不存在，自係因不動產之物權涉訟，而應專屬不動產所在地之台灣板橋地方法院管轄。至請求確認債權不存在及塗銷抵押權登記部分，因與確認抵押權不存在部分係基於同一原因事實，自不宜割裂由不同之法院管轄。」

## 五、本於債之關係之主張而請求塗銷抵押權

### 【案例 8】



因銀行將價金直接之付予建商為原始登記時，即直接由銀行設定抵押權登記，則甲向丙銀行請求塗銷抵押權登記是否為§10 因不動產物權而涉訟，即有疑義。司法院 77 年廳民四字第 1196 號函認為，請求塗銷抵押權，是否專屬於不動產所在地，法院管轄應依其請求權之基礎法律關係為何而決定，若係基於物權之法律關係為請求，則有§10 第一項適用，如係依債權之法律關係而請求，即非專屬於不動產所在地法院管轄；甲對丙雖係請求塗銷抵押權登記，惟其原因事實之法律關係，係甲主張對丙撤銷消費借貸之法律關係，原則上乃本於債之關係為主張。甲丙間消費借貸法律關係如因撤銷而不存在，既被擔保之債權不存在，則擔保之物權本身，基於抵押權之從屬性，亦隨之不存在。主張為塗銷抵押權之原因既係債之關係，即不符§10 第一項之規定須專屬於高雄地方法院管轄，故其他依法律規定有管轄權之法院均得為管轄。

## 六、§20 但書規定，得否排除§10 第一項專屬管轄之規定

### 【案例 9】

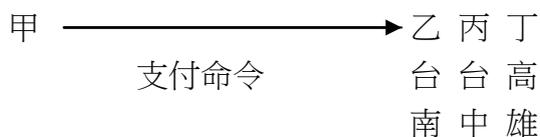


本法§20 但書規定，不得排除§10 第一項專屬管轄之規定。於遺產分割事件中，經常涉及共有物之分割。若共同繼承人乙以其他共同繼承人丙、丁為被告，則：

1. 丙之住所位於台南，丁之住所地則係高雄，依本法§1 規定台南地院與高雄地院皆有管轄權。
2. 又土地位於新竹，則新竹地院依本法§10 I 有專屬管轄權。
3. 於涉及銀行存款之部分，由於本案係請求分割遺產，非以銀行為被告，亦即非本法§12 所規定之因契約而涉訟之情形，故不適用之。
4. 其次，依本法§18 『因遺產之繼承、分割、特留分或因遺贈或其他因死亡而生效力之行為涉訟者，得由繼承開始時被繼承人住所地之法院管轄。』可知，台中地方法院亦有管轄權。
5. 惟本法§20 但書規定：「...但依第四條至前條規定有共同管轄法院者，由該法院管轄。」，本案台中地方法院即為所謂之共同管轄法院，故台中地方法院就遺產分割事件有特別審判籍，而排除台南地院與高雄地院之管轄權。
6. 須注意本法§20 但書規定，不得排除§10 第一項專屬管轄權之規定（司法院 70 年廳民一字第 0649 號函），故就土地部分新竹地院有專屬管轄權，銀行存款之部分台中地院有管轄權。

## 七、支付命令之管轄

### 【案例 10】



關於支付命令聲請之管轄，實務見解曾先後不一。聲請發支付命令係屬非訟事件，由於法院對此不為實質審理，倘債務人未於法定二十日之不變期間內對當事人間之法律關係提出異議，則該支付命令之裁定即具與確定判決同一之效力。就此，支付命令對債務人之權益影響甚鉅，故有必要由債務人住所地之法院專屬管轄，以利債務人提出異議。於本案例對共同被告聲請發支付命令之情形，台中地院、台南地院與高雄地院分別依本法§510 有專屬管轄權，如此對原告而言極為不便，因其須對不同之被告就同一事件於不同之法院聲請支付命令，此時是否允許類推適用本法§20 本文之規定，使原告得向共同管轄法院聲請共同被告之支付命令，即有疑義。

由於聲請支付命令之核發乃係以不附理由之方式，向債務人請求給付一定金額，債權人並非本於票據債權而起訴，故縱使債權人具票據上之請求權，亦無票據付款地之共同管轄問題，亦即不適用本法§13 之規定。司法院 71 年廳民一字第 245 號函認為此處應準用§20 本文之規定『...數債務人之住所不在一法院管轄區域內者，關於支付命令聲請之管轄，準用民事訴訟法第二十條之規定，債權人可以向債務人住所地其中之一之法院為聲請。』，惟其後司法院函釋則採不同見解，司法院 73 年廳民一字第 0672 號函認為，若甲係向台南地方法院起訴，則對乙之部分應准許之；若甲向台南地方法院聲請對

丙與丁核發支付命令，則應駁回之，因此時無法準用本法§20。

為解決此一問題，民事訴訟法於 03 年修正時，§510 已增列得適用§20 之規定。

#### 八、專屬管轄與否之區分實益：法院違背管轄規定而為判決之效力

§452 I 規定：「第二審法院不得以第一審法院無管轄權而廢棄原判決。」使第一審法院管轄權之欠缺，得因其已判決而補正，以符訴訟經濟之原則。此項規定，僅於第一審法院違背任意管轄之規定時始有其適用；若第一審法院違背專屬管轄之規定者，因事關公益，第二審法院應不待當事人之主張，逕依職權調查之，如查明第一審法院確係違背專屬管轄之規定，仍非不得廢棄原判決，以資糾正(同條項但書)<sup>18</sup>。

#### 九、爭議問題：若有違背專屬管轄，得否成為再審之理由<sup>19</sup>

##### (一) 專屬管轄：

再審理由之「適用法規顯有錯誤」，依大法官釋字第 177 號認為係屬『相對再審事由』，須影響於判決結果始得據為再審理由；今違背專屬管轄，係消極不適用法規，雖亦屬適用（程序）法規顯有錯誤，惟楊建華老師認為，管轄之規定，係法院相互間事務分配之事項，無論由何一法院裁判，均適用相同之法律，就理論上而言，裁判結果應無不同，係屬非影響於判決結果之情事，應不得以之為再審原因。

##### (二) 任意管轄：

雖於起訴時有所違背，但因『應訴管轄』或『法院曾經判決』而瑕疵治癒，於上訴審不得爭執，自亦不得據此提起再審。

#### 柒、指定管轄：§23

依§23 規定，有管轄權之法院，因法律或事實不能行使審判權，如將法院中的法官全部列為被告等；或因特別情形，由其審判恐影響公安或難期公平，或因管轄區域境界不明，致不能辨別有管轄權之法院之情形，直接上級法院應依當事人之聲請或受訴法院之請求，指定管轄。

### 第二款 管轄恆定原則

§27：『定法院之管轄，以起訴時為準。』管轄權之有無，不僅以起訴時為準，尚

<sup>18</sup> 參照吳明軒，「不動產分割之訴之特性」，月旦法學雜誌第 12 期，頁 56 至 57。

<sup>19</sup> 參照楊建華，「違背專屬管轄得否以之為再審理由」，收於其所著之『問題研析民事訴訟法（二）』，頁 307 至 311。

須以原告主張之事實為判斷標準。而起訴時之管轄權，並不因起訴後訴訟繫屬中被告住所地遷移而有所影響，此係基於訴訟經濟原則及程序進行安定性之考量，而以「管轄恆定」為我國民事訴訟程序定管轄之原則。

### 第三款 訴訟之移送：§28 至§30

管轄權之有無，一般均認為係『絕對訴訟成立要件』之一，法院於起訴時即應依職權調查，不待當事人抗辯而主動對該事項加以審究（惟依職權調查非謂原告即無須舉證，依本法§277，其仍應有主張、舉證之責任），經調查結果如認訴訟之全部或一部無管轄權者，即應依原告聲請或依職權以裁定移送於其管轄法院，其不能移送者，應依本法§249 I 第二款以裁定駁回原告之訴。

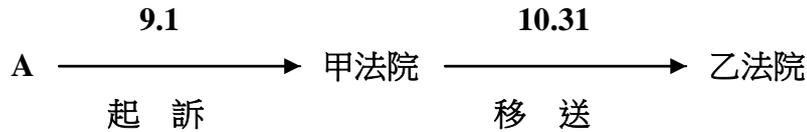
惟本法復於§25 規定應訴管轄之情形，即「被告不抗辯法院無管轄權，而為本案之言詞辯論者，以其法院為有管轄權之法院。」而應訴管轄成立之要件，係被告不抗辯法院無管轄權而為本案之言詞辯論，所謂本案之言詞辯論，通說認為係就『為訴訟標的之法律關係』言之，惟實務上民事訴訟審理之順序，係先就訴訟成立要件為之，次就當事人適格與權利保護必要為之，上述要件有欠缺者，法院即應駁回原告之訴，就所謂『為訴訟標的之法律關係』根本無辯論之機會；而管轄權之有無，既係不待被告之抗辯而應依職權調查之「訴訟成立要件」，則實務上於管轄權有錯誤時，法院通常即直接為移送之裁定或以其訴不合法駁回，被告根本無從為『本案言詞辯論』，則根本無成立應訴管轄之可能；所以楊師認為目前應透過法院行使闡明權，問其被告是否願意受未有管轄權法院之審理，已符合§25 條成立所謂的應訴管轄，不應逕行依§28 條移送，避免§25 條形同具文。

就此管轄權有無之調查與應訴管轄規定不可配合之問題，楊建華老師認為應令管轄權之有無，除專屬管轄外，納入「相對之訴訟成立要件」，法院不依職權調查，俟當事人抗辯後，法院方得審究，兩者即得相互配合。

若法院就案件無管轄權者，即應將該案件移送至有管轄權之法院。本法§28 第一項規定：『訴訟之全部或一部，法院認為無管轄權者，依原告聲請或依職權以裁定移送於其管轄法院。』至於本法§28 第二項則參前所述。

又本法§30 亦規定：『移送訴訟之裁定確定時，受移送之法院受其羈束。前項法院，不得以該訴訟更移送於他法院。但專屬於他法院管轄者，不在此限。』僅須於不違背專屬管轄規定之情形下，縱使移送之原因發生錯誤致使被移送之法院亦為無管轄權之法院，仍禁止當事人或被移送之法院再為爭執。此係因法院等價原則，且該訴訟程序瑕疵並非重大，為符合訴訟經濟原則之故。

【案例 11】



移送前被告所為之訴訟行為仍有效，且受移送之法院應更新辯論

受移送之法院，就該案件究應重新審理，或續行審理使前法院所為之審理發生效力，則有爭議，其實益在於當事人之時效利益。蓋依民法§129 規定：「消滅時效因請求、承認、起訴而中斷。」若認原無管轄權法院所為之審理並無實質上效力，因原告已於一定期間之內起訴，僅因管轄錯誤而喪失實效利益，則對原告而言十分不利。故為保障原告之時效利益，須使原告於案件被移送前所為之訴訟行為仍生法律效果，故移送前當事人所為之訴訟行為仍為有效。例如於上述案例中，該案件於 10 月 31 日始移送至乙法院，雖被移送之時點在後，訴訟繫屬之時點在前，惟依本法§31 規定仍應認為於 9 月 1 日即已訴訟繫屬於乙法院，且 A 於甲法院所為之訴訟行為皆應發生效力，乙法院亦須本於直接審理原則，依本法§211 規定更新辯論，以親自獲取訴訟資料作為判決之基礎。

又本法§29、§368 規定當事人聲請為證據保全時，縱為無管轄權之法院，就有急迫性之部分，仍須對當事人之聲請有所回應，如扣押特定時間之通聯紀錄。

## 第三節 迴避

### 第一款 法院職員之迴避

#### 壹、立法目的

於§32 以下係關於法院職員迴避之規定，最主要者乃法官之迴避，因法官為審理裁判之人，對其欲審理之訴訟案件自應採取超然獨立之立場。而法官迴避之立法目的有二：

- 一、法官之獨立性：依憲法§80 規定法官應獨立審判，且於審判時受法律之拘束。法官於審判之範圍內，應有較大之獨立空間，且不受外力之影響（包括司法行政之監督），以免傷害人民對於司法獨立性之信賴。
- 二、裁判之公正性：為防止法官有偏頗之虞，保持其客觀中立之態度，法官須為超然之第三人，故須禁止法官為當事人之一方或與當事人之一方有較密切之關係，此即本法§32 第一款至第六款之立法目的。

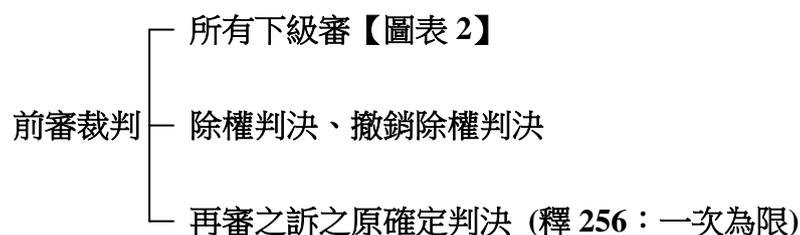
#### 貳、迴避事由

一、§32 第二款關於「法官為該訴訟事件當事人八親等內之血親或五親等內之姻親，或曾有此親屬關係」之情形，縱雙方事前皆不知情，仍應自行迴避。

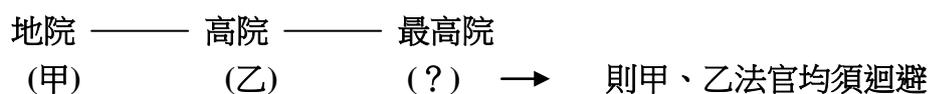
#### 二、§32 第七款主要目的乃在保障當事人之審級利益

本法§32 第七款規定：『推事曾參與該訴訟事件之前審裁判或仲裁者。』此處考量之重點與前述各款事由所考量之事由有異，主要係為保障當事人之審級利益，使其有三次不同審級救濟之機會。

##### 【圖表 1】



##### 【圖表 2】



- (一) 迴避制度目的除維護當事人之審級利益外，尚須考慮法院員額之有限性  
迴避制度目的除在維護當事人之審級利益外，尚須考慮法院之員額亦為有

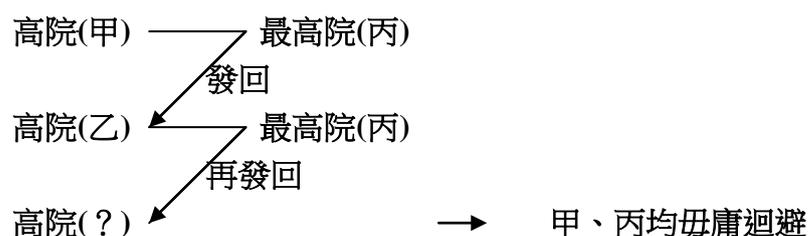
限，故於法官自行迴避事由中應有其限度，此意即§32 第七款規定之考量所在。該款所規定『前審裁判』原則上不僅包含為實質審理之判決，亦包含§249 所定不具訴訟合法要件之裁定駁回在內。至於『前審』乃指所有之下級審，其目的在於維護當事人之審級利益<sup>1</sup>，保障當事人有受不同審級法院審理之機會，就此而言，『前審』自亦包含『前前審』，如上述圖一所示之情形，甲乙法官皆須自行迴避。惟於同級法院中亦有類似於審級關係之情形，例如依§545 聲請除權判決後，依同法§551 第二項規定，得向原法院提起撤銷除權判決之訴。此一撤銷除權判決之訴雖亦係向原法院提起，惟法院此時須判斷原為除權判決之法院是否違法(§551 第二項各款)，亦係提供當事人救濟之管道，故原為除權判決之法官，於撤銷除權判決之訴時亦應依本法§32 第七款『推事曾參與該訴訟事件之前審裁判』之規定自行迴避。同理，於本法§597 宣告禁治產之訴與§616 條撤銷禁治產之訴之情形，§32 第七款亦有適用。

(二) 釋字§256 認再審之訴，其參與該確定終局判決之法官，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，其迴避以一次為限。

再審之訴之提起，依本法§496 I 各款所訂之事由為之。而依本法§499，雖非由原確定判決之上級審審理，惟再審之訴係原確定判決之再開與續行，故就實質上意義而言，既係審理原確定判決有無判決違背法令或其他再審事由，因此勢必無法由原為判決之法官之，故此時為原為判決之法官亦應自行迴避。**釋字 256**對此有詳細之說明：「民事訴訟法§32 第七款關於法官應自行迴避之規定，乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法§6 第四款規定意旨，其迴避以一次為限。最高法院 26 年上字第 362 號判例，與上述意旨不符部分，應不再援用，以確保人民受公平審判之訴訟權益。」

<sup>1</sup> §32 第七款：前審裁判一般是指有上下級法院關係者，要維護當事人的審級利益，不同層級法官的審理判決，以維持裁判的正確性。如，下級法院就是上級法院的前審。就我國所採三級三審下，所謂審級利益，乃指特定當事人之間，就特定訴訟標的，得受三級不同法院不同審判主體交錯審理之利益。詳細請參閱呂太郎，前審裁判之迴避與再審，收錄於其著民事訴訟法研究（一），民國 78 年 9 月 30 日，長弘出版社，21~22 頁。

【圖表 3】



### (三) 發回更審

原民事訴訟法§32 第七款規定發回更審後，曾參與更審前判決之法官亦須迴避，其目的亦係在令當事人就該訴訟事件之主張得以被重新審理，因此發回更審亦不應由更審前之原法官進行審判；惟考量法院員額之有限性，此僅限於更審前最後一次為裁判之法官。故於【圖表 3】之情形，雖甲法官與乙法官皆為發回更審前為原判決之法官，但須自行迴避者僅有為更審前最後一次判決之法官乙。又此處應迴避之法官並不包含最高法院本院之法官，亦即於【圖表 3】之情形，最高法院法官丙毋庸迴避。再者，應迴避之法官不以曾實質審理者為限，尚包括更審前曾為程序審理(裁定駁回)之法官，72 年台抗字第 452 號裁定亦同此見解。

然而，依新修正之民事訴訟法§478 第四項規定，受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判斷基礎，故該訴訟事件於發回或發交後縱仍由參與更審前裁判之法官審理，亦不致有所偏頗，故新法乃將原民事訴訟法§32 第七款「更審前裁判」之部分刪除。

## 參、違反迴避之效果

依本法§469 第二款法官違背迴避之規定者，得以之為上訴第二審、第三審之理由，如判決已確定，亦得依本法§496 第一項第四款提起再審，請求廢棄原判決。而無論當事人是否於訴訟程序中聲請迴避，僅須有應迴避而未自行迴避之情事即為已足。

## 第二款 「民事訴訟合意選定法官審判暫行條例」之評析

### 壹、合意性質

當事人以合意選任法官，其性質乃「訴訟契約」之成立。綜合我國法上目前明文承認之訴訟契約(爭點簡化協議、民事法院審判權限之合意、公開審判限制之合意、選定法官之合意)可知，關於當事人間就程序事項所為之合意，原則上以不違背公益(其他國民使用程序制度之利益)作為承認之基礎。因此，縱然訴訟法上未明文規定當事人得就某事項為合意，但如當事人就該事項有處分權限，亦應承

認其得就該權限之行使與否，與他造成立協議。此外，訴訟契約訂立之基礎亦不能脫離締約之公平性，尤其契約當事人兩造能力不平等之情形，須本於誠信原則以判斷契約之合法有效性。

## 貳、合意之拘束力

當事人選定法官之合意，既屬訴訟契約，則當事人即應受該契約效力所拘束，該條例§6 即規定，當事人合意選定法官後，應受其選定之拘束。惟受訴法院就此合意是否應依職權加以聞問、調查，或須由當事人提出抗辯後，始得由法院加以斟酌，德國法上多數見解認為，以訴訟上權限為訴訟契約標的時，關於該訴訟權限是否行使，乃當事人自由決定之事項，與公益無涉，既然當事人得就訴訟上權限締結契約，自然亦得自由決定是否廢除該契約或不主張該契約之效力。且因與公益無涉，即無由法院依職權聞問之必要，非屬職權調查事項，而為抗辯事項。惟晚近有德國學者主張，除法律有明文規定，須由某造當事人就訴訟契約之存在提出抗辯者外，基於程序安定性、明確性之要求，避免陷入懸而未決之狀態，如任何一造當事人之陳述中已提及訴訟契約之存在，則不論其是否為有抗辯權之一造，法院均得就訴訟契約為斟酌<sup>2</sup>。

---

<sup>2</sup> 參照沈冠伶，「民事訴訟合意選定法官審判暫行條例」之評析，月旦法學雜誌第 101 期。

## 第二章 當事人

### 第一節 當事人

#### 第一款 當事人能力

##### 壹、當事人能力

###### 一、當事人能力之意義

###### (一) 當事人能力係指得於一般訴訟上作為原告或被告之能力

§40 I 規定：『有權利能力者，有當事人能力。』亦即僅須實體法上有權利能力之自然人或法人，一般而言於訴訟法上即有為原告或被告之資格。 §40 II 規定：『胎兒，關於其可享受之利益，有當事人能力。』此係相應於民法§7『胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。』之規定。而§40 III 規定：『非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。』此與外國之立法例有所不同。依上開規定，於我國非法人團體得為原告，亦得為被告，惟依德國法之規定，則非法人團體僅有為被告之資格。

然而，非法人團體依上開規定雖有當事人能力，惟仍非實體法上權利義務歸屬之主體。就非法人團體實體法上權利義務之歸屬而言，如依合夥法理(民法§681：合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任。)，則應係非法人團體中所有成員就該權利義務關係連帶負責；若依法人法理(公司法 §2 第一項第四款：...股東就其所認股份，對公司負其責任)，則係僅以非法人團體的財產負有限責任。

###### (二) 法人就法令限制以外之權利義務事項，國內通說認為亦得為訴訟法上之原被告

較有爭議者乃決定法人權利義務範圍之方式。民法§26 規定：『法人於法令限制內有享受權利、負擔義務之能力。』然而法人就法令限制外之權利義務事項得否為訴訟法上之原被告，則頗有爭議。典型之案例如：依公司法 §16 規定，公司除依其他法律或公司章程規定有為保證者外，不得為任何保證人<sup>1</sup>；因此，若甲公司之董事長，以甲公司之名義為其本身(董事長)與乙間之消費借貸契約訂立保證契約，以公司為保證人，則依民法§26 及公司法§16，該公司在這一保證業務中並無權利能力。惟若乙請求甲公司履行保證債務，但甲此時並非不具實體法上權利能力，而僅是保證行為有

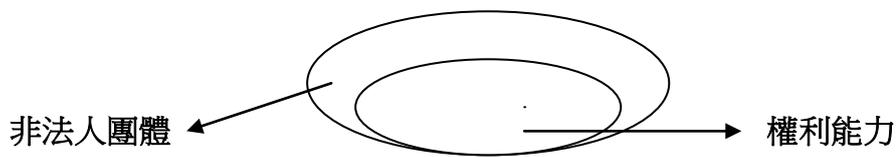
<sup>1</sup> 其立法意旨在於：保證契約乃單務契約，原則上保證人僅負擔義務而不享有權利，若公司為保證人則恐影響公司正常營運並有礙公司股東及債權人之權益。

效無效之問題，其可否為訴訟法上之當事人，有不同見解如下：

1. 折衷說：得為被告，不得為原告。理由乃為解決實體法上保證契約爭執之必要。此係仿自外國立法例，當事人能力僅限於消極資格始承認之，以解決紛爭。
2. 無限制說：自擴大訴訟制度解決紛爭機能之角度觀之，實有必要令其亦得主動起訴來解決紛爭，故不妨允許其得同時成為訴訟法上之原被告，亦即公司法§26 不應影響其成為訴訟法上原被告之資格。此為國內通說。

## 二、非法人團體

### 【圖一】



#### (一) 訴訟上當事人範圍

非法人團體不具備『法人』資格，於實體法上並無權利能力，惟依§40Ⅲ『非法人團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。』之規定，訴訟法上基於解決紛爭之觀點，特別於其設有代表人或管理人時，賦予其當事人能力。因此，實體法權利能力之概念雖原則上與訴訟法當事人能力相互輝映，有實體法上權利能力者即具有訴訟法上當事人能力，惟仍有非法人團體之例外情形。故二者間之關係如【圖一】。又除解決紛爭之目的外，亦應考量賦予非法人團體當事人能力，是否會造成訴訟法上裁判內容與實體法規定相互矛盾之情形。

據此，目前實務上相關爭議之源由，即不外乎：

1. 非法人團體之範圍及類型
2. 賦予該非法人團體當事人能力，是否會造成裁判內容與實體法規定相互矛盾之情形

#### (二) §44Ⅲ所定有當事人能力之非法人團體之要件

實務上所承認有當事人能力之非法人團體，其要件依【64台上2461例】<sup>2</sup>見解如下：

1. 多數（人之集合）
2. 法令、章程組成（同一性）
3. 一定之目的、名稱

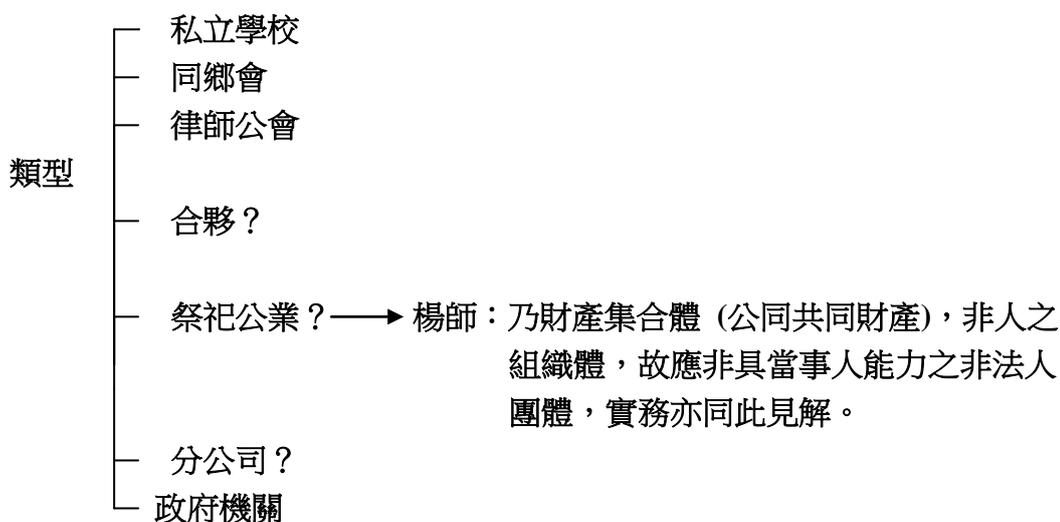
<sup>2</sup> 【判例字號】64\_台上\_2461 【裁判日期】64/11/07 【案由】確認建物所有權  
民事訴訟法第四十條第三項所謂非法人之團體，設有代表人或管理人者，必須有一定之名稱及事務所或營業所，並有一定之目的及獨立之財產者，始足以當之。

#### 4. 獨立之財產

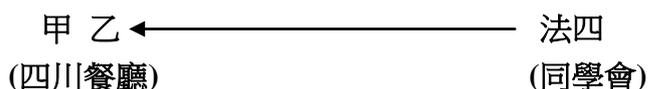
#### 5. 代表人、管理人（惟代表人或管理人不得為法人）

就要件一而言，若係非法人之財團，乃財產之集合而非人之集合，則得否認為係所謂非法人團體，頗有疑問。其次，要件二乃為識別各非法人團體之同一性，避免各團體因團員之加入或退出而影響其同一性，且非法人團體若定有章程，即可藉由總會決議之方式形成其團體意思，以便與團體成員之個人意思有所區分。

### （三）非法人團體之類型



### 〈案例 1〉



#### 1. 實務上所承認有當事人能力之非法人團體類型

實務上所承認有當事人能力之非法人團體類型如上圖。首先就私立學校而言，縱其組成未依私立學校法，實務上仍承認其有當事人能力。其次為同鄉會與律師公會。至於合夥<sup>3</sup>則較具爭議，例如案例 1 中，四川餐廳為甲、乙二人合夥開設，而若政大法四同學於四川餐廳中舉行同學會，四川餐廳有不完全給付之情事者，究應以甲乙為被告提起損害賠償之訴，抑或得同時以該合夥團體為被告？

就此問題，實務見解【66 年度第 9 次民庭庭推總會決議】<sup>4</sup>認為，合夥

<sup>3</sup> 所謂合夥(依民法§667 以下規定)係指合夥人基於一定之共同目的所經營之事業，其合夥財產由合夥人全體所公同共有，其債務由合夥人連帶負清償責任。

<sup>4</sup> 會議次別：最高法院 66 年度第 9 次民庭庭推總會決議

會議日期：民國 66 年 11 月 15 日

資料來源：最高法院民刑事庭會議決議彙編（上冊）第 108、346、761 頁

係具當事人能力之非法人團體，而因各合夥人之債務尚未發生，不得將各合夥人並列為共同被告，但對合夥團體所取得之既判力及執行力，及於合夥人。

惟：

- (1) 甲乙既為合夥，原則上起訴時列名甲、乙即可，但依前述實務見解，合夥既亦為有當事人能力之非法人團體，故除列名甲乙外再列名合夥團體名稱四川餐廳亦無不可。如此之目的在於：若同時列名合夥人與合夥團體為被告，則縱日後合夥團體之財產不足清償債務，亦得對個別之合夥人財產予以強制執行。若僅列名合夥團體而未列名個別合夥人，則由於合夥係非法人團體，有獨立之財產，故僅得對獨立之財產部分強制執行。
- (2) 實務見解復又認為因依民法§681 規定，合夥人之連帶補充責任於合夥財產不足清償合夥債務前尚未發生，故不得列合夥人為共同被告，將民法§681 規定之補充責任認為乃合夥人債務之成立要件。但事實上民法§681 之文意並不能得出同實務見解之解釋。且我國又不承認非法人團體具備權利能力的情況下，如又將民法 681 條作為債務之發生要件，則如尚未符合 681 條時，債務人究為何人，實有疑問。再探求立法目的及外國立法例，大陸法系上就補充責任之規定多半係指「債務之行使要件」，我國民法§681 條亦同，是類似於民法 748 條先訴抗辯權般，債權人權利之行使先後順序，但並非權利之發生要件<sup>5</sup>。
- (3) 若依實務見解僅列名四川餐廳為被告者，則就合夥人個人之財產即無法予以立即強制執行，僅於同時列名四川餐廳與甲乙二人為固有必要

---

相關法條：民法 第 681 條 民事訴訟法 第 277 條

決議：採甲說。

提案：院長交議：債權人能否將合夥及合夥人併列為被告而命合夥人為補充性之給付？有下列兩說：

討論意見：

甲說：合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人連帶責任之發生要件，債權人求命合夥人之一對於不足之額連帶清償，應就此存在要件負舉證之責（本院二十九年上字第一四〇〇號判例）。此與保證債務於保證契約成立時即已發生債務之情形有間，故在未證實合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權，尚未發生，即不得將合夥人併列為被告，而命其為補充性之給付。況對於合夥之執行名義，實質上即為對全體合夥人之執行名義，故司法院院字第九一八號解釋「原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行」。是實務上尤無於合夥（全體合夥人）之外，再列某一合夥人為共同被告之理。

乙說：依司法院院字第九一八號解釋，對於合夥之執行名義，於合夥財產不足清償時，得對合夥人執行，足見民法第六百八十一條所定合夥人之責任，亦係補充性債務，故將合夥與合夥人併列為被告，並無不可，且符合訴訟經濟之原則。至右開判例，係適用於單獨以合夥人為被告之訴訟，與此情形不同，不能相提並論。

上開兩說，以何說為當？請公決

決議：採甲說。

<sup>5</sup> 但較保證契約之先訴抗辯權有所不同處，係在於 681 條所規定之「合夥財產不足清償」，係由債權人負舉證責任，與先訴抗辯應由保證人舉證者有所不同。

共同被告時，方可在除了四川餐廳之財產以外，適用民法§681 規定就甲乙個人財產強制執行。蓋學說上認為若未列名甲乙為共同被告者，則應適用法人法理，而非合夥法理（即民法§681），故無法就甲乙之個人財產為強制執行。且既未賦予合夥人程序保障，合夥人並無攻擊防禦之機會，不應使其受強制執行，因此必須另行起訴，主張民法§681實務上認祭祀公業對合夥人之財產為強制執行。實務見解於合夥人未參於程序時將既判力於執行力皆擴張於合夥人，侵害合夥人之聽審權及程序保障。

- (4) 故【66 年度第 9 次民庭庭推總會決議】不僅誤解民法§681 之規範意旨，對當事人程序保障亦不周，實體法及程序法上皆有違誤。
- (5) 且實際上合夥團體得否作為非法人團體，本身即有疑問。自 64 年台上 2461 號判例中可知，欲作為非法人團體，則該團體需具備一定之持續性與目的性，而不因構成員之加入或退出而致同一性有別。但就合夥團體而言，合夥團體成員之封閉性相當強烈，入夥或退夥皆須一定要件，與一般非法人團體相異。故得否認為合夥團體之同一性不因構成員之變更而有異，實有疑義<sup>6</sup>。再者，若將合夥視為非法人團體，處理上即有所矛盾，原本非法人團體之構成員僅就獨立財產，依法人法理僅應負有限責任，但合夥人於法律規範上本即應負無限責任，兩者實不相容。
- (6) 故合夥團體既不具非法人團體有限責任之特性，在處理上即不應視為非法人團體，而應回歸合夥之性質，合夥財產在法律上既屬權合夥人共同共有，則合夥債務自亦為共同共有債務。而依共同共有之法理，應認合夥債務訴訟係屬於固有必要共同訴訟，債權人就合夥債務提起訴訟，應對全體合夥人一同起訴。

## 2. 實務上認祭祀公業並非具當事人能力之非法人團體

實務上認祭祀公業並非具當事人能力之非法人團體，因其僅係財產之集合體，由祭祀公業派下成員共同共有之財產所組成，而非人之組織體，縱設有管理人，亦不具當事人能力。而【74 台上 1359 判決】<sup>7</sup>認為原則上須由派下成員全體一同起訴應訴，惟祭祀公業設有管理人者，得以管理人名義起訴應訴。然而此一見解不承認祭祀公業乃具當事人能力之非法人團體

<sup>6</sup> 民法 691 條：「合夥成立後，非經合夥人全體之同意，不得允許他人加入為合夥人。加入為合夥人者，對於其加入前合夥所負之債務，與他合夥人負同一之責任。」

民法 687 條：「合夥人除依前二條規定退夥外，因左列事項之一而退夥：一、合夥人死亡者。但契約訂明其繼承人得繼承者，不在此限。二、合夥人受破產或禁治產之宣告者。三、合夥人經開除者。」

<sup>7</sup> 【判例字號】74\_台上\_1359【裁判日期】74/06/14【案由】給付土地徵收補償金  
台灣之祭祀公業並無當事人能力，故關於祭祀公業之訴訟，應由其派下全體起訴或被訴，但設有管理人者，得以該管理人名義起訴或被訴。而關於祭祀公業之訴訟，以管理人名義起訴或被訴者，當事人欄應表明其為祭祀公業管理人，以表示其非以自己名義起訴或被訴。

體，卻又認其得由管理人名義代表全體成員起訴被訴，實為特殊。

而行政院 2006 年 1 月 19 日「祭祀公業條例草案」中，已明文規定祭祀公業為財團法人，以杜爭議<sup>8</sup>

### 3. 神明會

依實務【82 年 3 月 8 日祕台廳民一字 00032 號函】<sup>9</sup>，神明會亦為非法人團體，得為訴訟上當事人，但就其下不動產之移轉登記仍須經全體會員依土地法§34-1 多數決方有效。

### 4. 分公司亦為非法人團體

依實務【72 台上 4666 判例】<sup>10</sup>，分公司於實體法上並非獨立之法人團體，故無權利能力。惟於業務範圍內，得以總公司之名義涉訟，亦得以分公司之名義涉訟，此乃基於訴訟便利性而來。另依【52 台上 2866 判例】<sup>11</sup>，對分公司所為之判決效力會及於總公司。又【40 台上 105 判例】<sup>12</sup>認為，若

<sup>8</sup> 祭祀公業條例草案：

**第二十一條**：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其依本條例申報，並向直轄市、縣（市）主管機關登記後，為祭祀公業法人。本條例施行前已核發派下全員證明書之祭祀公業，視為已依本條例申報之祭祀公業，得逕依第二十五條第一項規定申請登記為祭祀公業法人。」

**第二十五條**：「祭祀公業得填具申請書，並檢附下列文件，報請公所轉報直轄市、縣（市）主管機關申請登記為祭祀公業法人：一、派下現員過半數之同意書。二、沿革。三、章程。四、載明主事務所所在地之文件；設有分事務所者，亦同。五、管理人備查公文影本；申報前已有管理人者，並附管理人名冊。六、監察人備查公文影本；申報前已有監察人者，並附監察人名冊；無監察人者，免附。七、派下全員證明書。八、祭祀公業法人圖記及管理人印鑑。前項祭祀公業法人圖記之樣式及規格，由中央主管機關定之。」

<sup>9</sup> 82 年度祕台廳一字第 00032 號函（節錄）

神明會除已依法登記取得法人資格，或已比照寺廟登記規則登記管理者外，應為無權利能力之非法人團體，其會產之管理行為固得該神明會之管理人代表神明會為之，但會產之處分則仍應經會員全體之同意（參考台灣民事習慣調查報告第六七三、六八二、六八四、六八六、六九〇頁），或合於土地法第三十四條之一之規定辦理。神明會之管理人倘未經神明會會員全體之同意，亦未依土地法第三十四條之一規定辦理，即與第三人成立訴訟上和解，處分以該神明會名義登記之不動產，非經神明會全體會員之承認，對於該神明會會員尚不生效力

<sup>10</sup> 【判例字號】72\_台上\_4666【裁判日期】72/11/24【案由】損害賠償

分公司係本公司之分支機構（參照公司法第三條第二項），其本身並無獨立之人格。本件美商·美國總統輪船股份有限公司，係經我國認許之外國公司，依公司法第三百七十五條規定，在我國固有人格，但該公司之台灣分公司，依上說明則其有無獨立人格？尚待推求。原判決謂其在我國亦有獨立之人格，不知何所依憑？如果上訴人（即台灣分公司）並無獨立人格，則其所為行為，自屬上訴人本公司之行為。至分公司就分公司業務範圍內事務涉訟時，現行判例雖從寬認其有當事人能力，究不能執此即謂本件運送契約當事人之一造為上訴人，而非上訴人之本公司。

<sup>11</sup> 【判例字號】52\_台上\_2866【裁判日期】52/09/26【案由】請求塗銷登記事件

按分公司係總公司分設之獨立機構，就其業務範圍內之事項涉訟時，自有當事人能力，其訴訟之裁判力當然及於總公司。

參考法條：民事訴訟法 第 40 條 (34.12.26)

<sup>12</sup> 【判例字號】40\_台上\_105【裁判日期】40/01/24【案由】確認台車道所有權存在

以分公司名義起訴後，變更原告之名稱為總公司者，則為『訴之變更』。然而此處當事人皆為相同，如此見解頗值商榷。

#### 5. 我國各政府機關原則上皆有當事人能力 (§40IV)

為考量訴訟之便利，且擴大訴訟制度解決紛爭之機能，現行§40 III IV乃規定我國各政府機關原則上皆有當事人能力，因此舉凡隸屬經濟部之智慧財產局、國貿局、商業檢驗局之政府機關，以及國營事業例如糖廠、長榮公司各營業處、電力公司營業處...等，皆得作為訴訟上之原告或被告。

而關於本條「行政機關」的認定，實務以**機關必須是國家或地方自治團體所設置之獨立組織體**，依行政權範圍內之管轄分工，有行使公權力並代表國家或地方自治團體為各種行為之權限，以及單獨之組織法規、獨立之編制及預算、大印或關防作為判斷<sup>13</sup>

#### 6. 公寓大廈管理條例§38 規定管理委員會具當事人能力

依現行公寓大廈管理條例§38 I，管理委員會亦為具當事人能力之非法人團體。

### (三) 非法人團體之強制執行

#### 〈案例二〉

乙一  
校友會 乙二 ←————— 甲  
(乙會長) : 50 萬元  
等等

---

分公司係總公司分設之獨立機構，就其業務範圍內之事項涉訟時，自有當事人能力。又原告對分公司起訴後於訴訟進行中，將被告更正為總公司應認為訴之變更。

<sup>13</sup>臺灣高等法院民事裁定八十五年度抗國字第二號裁定要旨：

「所謂「公務員所屬機關」，係指將行使公權力之職務，託付該公務員執行之機關而言。一般而言，即是該公務員之任用機關，亦即其任職及支領俸給或薪資之機關，且得與被害人就賠償事件進行協議及在訴訟法上有當被告之資格者而言，故此之所謂機關必須是國家或地方自治團體所設置之獨立組織體，依行政權範圍內之管轄分工，有行使公權力並代表國家或地方自治團體為各種行為之權限，其效果則歸屬於國家或該自治團體，惟實務上基於分層負責及增進效率之原因，授權以單位或單位主管之名義對外發文為意思表示者，如具備行使處分之必要條件，應視該單位之意思表示為其隸屬機關之行政處分，尚難謂該單位即為行政處分之行政機關。如具備行政處分之必要條件，應視該單位之意思表示為其隸屬機關之行政處分，經查本件相對人所屬人員均由台北市稅捐稽徵處任命及支付薪資，有相對人提出之薪資所得扣繳暨免扣繳憑單及任用派令影本兩份在卷可稽，又依台北市稅捐稽徵處組織規程第八條，俱見相對人並無單獨之組織法規，亦無獨立之編制及預算，復無印信條例頒發之大印或關防，僅屬機關之內部單位，抗告人以相對人為賠償義務機關，訴請國家賠償，自與法不合，應予駁回。

1. 通說見解認為對非法人團體主張債權之請求時，應類推適用社團法人之法理，非法人團體僅就其獨立財產負有限之責任

若對非法人團體主張(1)侵權行為損害賠償責任，或(2)契約責任，或(3)不動產物權之權利，則(1)(2)之部分由於係請求非法人團體為一定之給付，通說見解認為應類推適用社團法人之法理，非法人團體僅就其獨立財產負有限之責任。故本例而言，甲僅得就校友會之責任財產受償。就此而言，其實亦係擴大實體法上權利能力主體之範圍。蓋非法人團體乃人之組織體，在實體法上原本應由各成員負連帶責任，如今卻令其於實體法上僅就獨立之財產負有限責任，此即等同於承認非法人團體亦得作為實體法上之權利義務主體。又若肯認此一見解，未經登記之法人亦有可能具有實體法上權利能力，則民法§30『法人非經向主管機關登記，不得成立。』<sup>14</sup>之規定勢將受到衝擊。

2. 實務見解認為不得對非法人團體為不動產物權之請求

而關於上述(3)之部分，實務上毫無疑義地認為，非法人團體無法依民法§758 設權登記之規定取得不動產物權。例如【67 台上 865 判例】<sup>15</sup>認『無論係就非法人團體不動產所有權之取得移轉登記，或確認其為所有權人者，皆不予允許。』蓋若允許之，將嚴重影響實體法上之規定並產生矛盾。

就上述(1)(2)(3)觀之，實體似以所請求者為債權或物權之法律關係為區分標準，決定得否對非法人團體為訴訟上請求，即得對之為動產物權之請求，而不得為不動產物權之請求。然而，主要之問題仍在於民§30 之規定與民事訴訟法§40 第三項之規定範圍不一。

事實上之所以產生非法人團體之權利歸屬問題，乃是在於我國實務就民法§30 規定做硬性的反面解釋，認未登記之團體即不得作為權利義務之歸屬主，卻未思考以民法§1 之解釋，將社會生活中反覆以團體名義進行交易活動之組織，在具有社會共識之前提下，以法理解釋為其為習慣法人，而使其亦得成為權利義務之歸屬主體，忽視民法§1 在大陸法系中之開放性功能<sup>16</sup>。故理論上應引進所謂習慣法人之概念，以代替現行之非法人團體概念。

<sup>14</sup> 德、日已承認所謂之『習慣法人』，即依習慣法而成立之法人，不以登記為要件。

<sup>15</sup> 【判例字號】67\_台上\_865【裁判日期】67/04/07【案由】確認所有權存在  
民事訴訟法第四十條第三項固規定「非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力」，並可據此規定，認非法人團體於民事訴訟得為確定私權請求之人或為其相對人。惟此乃程序法對非法人團體認其有形式上之當事人能力，尚不能因之而謂非法人團體有實體上之權利能力。參考法條：民事訴訟法 第 40 條 (57.02.01)

資料來源：最高法院民刑事判例全文彙編 (66 年~68 年) 第 499-503 頁

<sup>16</sup> 德國法上即有利用相當於我國民法§1 之概念，以法理突破物權法定主義，創設保留所有權約款之概念

## 貳、訴訟能力

以實體法上行為能力之有無為判斷標準

目的：保障當事人之主張與防禦

民法§13 第二項、§27 第二項、§46、§85 第一項

民訴§570、§584、§596 第二項、§612 第一項

### 一、訴訟能力之判斷標準

訴訟能力係指得有效為訴訟行為之地位與資格。§45 所謂「能獨立以法律行為為義務」，即指實體法上有完全行為能力之人（成年人）。而無行為能力人與限制行為能力人皆無法以法律行為負擔義務，故原則上應為無訴訟能力之人。又有訴訟能力之人除成年人以外，尚包含未成年但已結婚之人（民法§13 第三項）與未成年人得法定代理人允許獨立營業、關於其營業之範圍（民法§85 第一項）。

#### （一）實務見解認為董事(長)於訴訟法上乃法人之法定代理人，法人本身不具訴訟能力

就法人之人格而言，現今通說採法人實在說，認法人於實體法上係真實獨立之人而非擬制之人，其乃有行為能力之人，而由其機關代表其為法律行為。而少數見解之法人擬制說則認由於法人並無行為能力，故應由法定代理人代為法律行為，而此一法定代理人乃第三人，並非法人之代表。就此問題，實務上則援用早期【34 院解 2936】：「實體法上公司之董事長固非法定代理人，但於民事訴訟法上則視為法定代理人，適用關於法定代理之規定」之見解，認實體法上董事長與董事係法人之代表，惟於訴訟法上則為法人之法定代理人。

#### （二）§570、§584、§596、§612 皆是擴大訴訟法上訴訟能力範圍之規定

§570 以下之規定，乃擴大訴訟法上訴訟能力之範圍，使實體法上有無完全行為能力有疑問之人，取得訴訟能力，使其得利用訴訟程序解決紛爭。§570 規定：「未成年之夫妻，就婚姻無效或確認婚姻不成立之訴，亦有訴訟能力」得用以解決未成年人結婚但婚姻無效或不成立時，其對此事件涉訟時，是否具有訴訟能力之問題。而§584 規定：「前條之訴，養子女雖不能獨立以法律行為為義務者，亦有訴訟能力。」亦係俾益未成年之養子女就收養無效或撤銷收養、確認收養關係成立或不成立之事件中，得獨立為訴訟行為以解決紛爭。§596 II 亦就否認認領子女、認領無效或撤銷認領之事件中，規定準用§584，使未成年子女有訴訟能力。而於禁治產宣告事件中，§612 I 規



## 第二款 當事人適格

### 壹、實務當事人適格之認定範圍

- 1、主張自己為權利主體（形式當事人）
- 2、主張他人為權利（義務）主體
- 3、訴訟實施權限—具處分權之人得為訴訟之實施
  - 所有權人—民法§765
  - 授與訴訟實施權—訴訟擔當
    - 法定訴訟擔當，EX 破產法§75
    - 意定訴訟擔當，EX 選定當事人§41
  - （法理：民法§118）
- 4、是否具當事人能力
- 5、固有必要共同訴訟—§56，EX 民法§824
- 6、具確認利益—§247

#### 一、實務見解：

「於具體個案中得為正確之當事人，受本案判決之資格」，故如欠缺上述要件之一者，實務皆以當事人不適格駁回。

#### 二、疑義：

1. 德國早期認僅有實體法上真正權利人始為本案適格，此與當時訴權觀念有關，惟現就訴權之觀念既改採司法行為請求權說，為擴大解決紛爭之機能，於當事人適格應採形式上當事人之概念。
2. 得否受本案判決實涉及訴有無理由之問題。

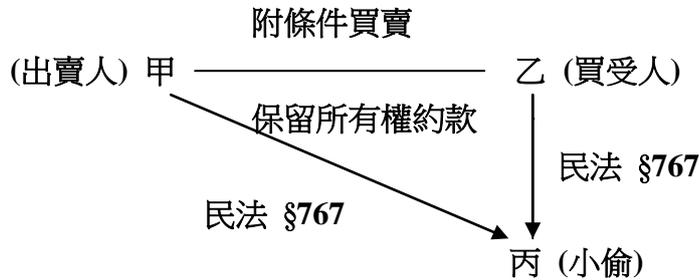
### 貳、當事人適格之意義

一、所謂當事人能力，係指一般得於所有訴訟事件上為訴訟主體之能力。至於得在具體、個別之訴訟事件中，為合適之原告或被告之資格，乃當事人適格之問題。因此，是否具備當事人適格，必須於具體訴訟事件中判斷之。

二、當事人適格與否係以當事人起訴主張之內容為判斷標準，即所謂形式之當事人概念。至於法院審理後，認定何人為真正實體法上之權利人者，則係實質當事人之概念，此實乃訴有無理由之問題，須經法院為本案之實質審理判決後始得知曉，故有既判力及一事不再理原則之適用。由此可知，當

事人適格乃以形式審理之方式判斷之，非本案審理，是故在德、日，當事人不適格之裁判並非本案判決，不生既判力，亦無一事不再理原則之適用，即所謂「訴訟判決」。

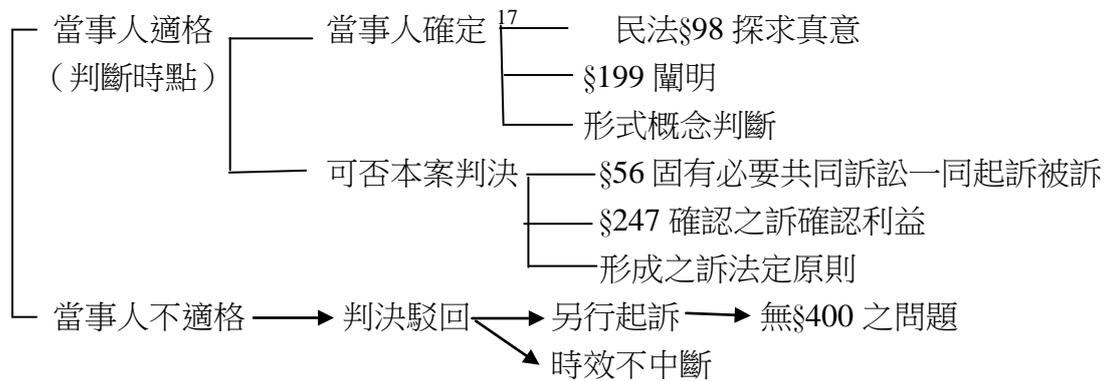
**【案例 2】**



1. 就此案例而言，因附條件買賣中有所有權保留之約款，故甲仍為汽車所有權人。
2. 實體法上真正權利人乃甲，乙僅為合法之有權占有人而已，而若甲、乙均以丙為被告起訴主張民法§767，則何人具原告適格？依前述所言，當事人適格乃指於具體訴訟事件中做為合適之原告或被告之資格。此時甲為實體法上真正所有權人，自為當事人適格無疑；而如前所述，當事人格適之判斷基準，應以原告起訴主張之事實為準，非以法院判斷之結果為準（形式之當事人概念），因此乙雖因所有權保留約款而於實體法上僅為占有人，惟若其起訴時主張係汽車之所有權人，則便具原告適格，縱事後法院審理結果認乙尚未付清價款，甲始為真正所有權人，亦僅係訴有無理由、應為勝訴或敗訴判決之問題，與當事人適格與否無涉。

**三、當事人不適格而判決駁回之問題：**

**(一) 體系**



<sup>17</sup> 德國法上「當事人確定」乃依民法探求當事人真意之問題，並非逕認其當事人不適格而駁回之。

【案例 3】 甲————→ 乙  
給付價金

1. 當事人之確定應自形式上觀之，若起訴狀上被告載明為乙，惟買賣契約書上相對人為丙，則法院一般會逕以判決駁回之，蓋此對法官而言乃最為方便。惟究竟係依§249 II 顯無理由而判決駁回，抑或係經實質審理而本案判決駁回，則有爭議。然而，如此之作法將造成訴訟不經濟，使當事人仍須另行起訴以解決紛爭；且判決駁回後當事人之請求權消滅時效不中斷，可能罹於時效而對當事人影響甚大。
2. 國內實務許多當事人不適格之案例，涉及被告之確定，此時應探求當事人真意，依§199 闡明(關於§199 闡明之規定，德國法上認包含將錯誤聲明變更為正確聲明之部分)，而非逕依§249 II 駁回，否則即苛責原告必須先承擔敗訴之不利益，而後再另行起訴。且德國上係採取律師強制代理制度，為律師之原告不易發生誤列被告之情形。至於德國實務運作上，因不認錯列被告為當事人不適格，故其當事人不適格而裁判駁回之情形，多係§249 第六款起訴不合程式或不備其他要件者之問題。
3. 實務見解【70 台抗字第 40 號裁定】<sup>18</sup>中，最高法院即做出正確見解，雖此處乃當事人能力之問題，但於當事人適格上亦同，法院應曉諭當事人更正訴狀上記載，而非逕予駁回。
4. 且須注意的是，實務將當事人適格概念擴展過大，將其他訴訟要件亦包含入內，但就訴訟實施權、當事人能力、形成訴訟法定原則等訴訟要件之判斷，由於涉及公益，故並非僅需就當事人所述形式判斷即可，法院仍須職權調查。
5. 故實務所稱之當事人適格乃包含兩層次而言，第一層次乃當事人確定之問題，法院應闡明當事人真意，避免直接裁定駁回。而第二層次則乃各個訴訟要件之具備與否，此時法院應職權調查之。

(二)、當事人適格與否係以當事人起訴主張之內容為判斷標準，即所謂形式之當事人概念。至於法院審理後，認定何人為真正實體法上之權利人者，則係實質當事人之概念，此實乃訴有無理由之問題，須經法院為本案之實質審理判決後始得知曉，故有既判力及一事不再理原則之適用。由此可知，當事人適格乃以形式審理之方式判斷之，非本案審理，是故在德、

<sup>18</sup> 【判例字號】70\_台抗\_40 【裁判日期】74/01/24 【案由】請求給付租金  
相對人於臺灣臺北地方法院起訴提出之訴狀，雖表明原告為「祭祀公業游光彩」，惟既記載「管理人游某」，並由該管理人代為訴訟行為，與實際上以管理人自己名義代表派下全體起訴者無異。故祇須於當事人欄內予以改列，藉資更正。其起訴仍屬合法，不生當事人能力欠缺之問題。

日，當事人不適格之裁判並非本案判決，不生既判力，亦無一事不再理原則之適用，即所謂「訴訟判決」。但我國法院乃以民事訴訟法§249 第二項判決駁回不具備當事人適格要件之訴訟，並認為該判決並無既判力。但§249 第二項的意義，是在法院的不經言詞辯論，而以本案實體法律關係顯無理由為由，逕為本案敗訴判決的規定，法院所做成之判決仍是本案判決，具有既判力。故實務不僅誤解§249 第二項的規範意義，更在未有法律明文之情況下創設出無既判力的判決此不合理之概念，並不妥當。

### 第三款 訴訟實施權限－訴訟擔當

#### 壹、訴訟實施權限之意義

##### 一、易與當事人適格相互混淆之概念

(一) 訴訟實施權限係在探討主張他人為權利義務主體時，本身得否就該權利義務進行訴訟之問題，與此相關者乃訴訟擔當之概念。訴訟擔當係指雖非實體法上之權利義務主體，惟仍可就該權利義務，於訴訟上為適格之原告或被告。

(二) 德國法上嚴格區分訴訟實施權限與當事人適格二概念

在訴訟上不得為原被告之人，乃無訴訟實施權限之人，亦即雖為實體法上之當事人，惟由於法定訴訟擔當之故而喪失其訴訟法上處分權，相關案例如：遺產管理人、遺囑執行人、代位權人(爭議)、破產管理人。最典型者乃破產財團之破產人：雖為實體法上權利義務主體，惟因法律(破產法§75)之規定而喪失其處分權，使其訴訟實施權限轉移由第三人『破產管理人』行使。此與前述當事人適格概念上仍有差異，於德國法上即嚴格區分訴訟實施權限與當事人適格。又當事人不具訴訟實施權限者乃欠缺訴訟合法要件，然其駁回之依據為何，學說與實務有不同見解，楊師則認為應依民事訴訟法§249 I 第六款起訴不合程式或不備其他要件裁定駁回。

##### 二、訴訟實施權限之依據

(一) 依民法§765，實體法上任何人對其所有之物原則上皆有處分之權利，第三人若欲處分之，僅得透過民法§118 所定無權處分方式，經過所有權人之同意後始得為之。至於處分行為之生效須具備(1)為權利義務之主體(2)健全之意思表示、(3)標的可能、適當、合法以及(4)有處分權限；而負擔行為僅須具備前三要件即可。由此可知，訴訟擔當於實體法上之基礎應係民法§765 與 §118。

(二) 原則：實體法上當事人可為訴訟法上當事人

例外：訴訟擔當

一般而言，有實體法上權利義務之人，於訴訟法上即可作為原告或被告，例外之情形則係訴訟擔當。訴訟擔當係指雖於訴訟法上得為原告或被告，惟其並非實體法上權利人，而其訴訟實施權限之取得來源主要有：

1. 基於法律規定所賦予之訴訟實施權限。
2. 權利人依法律之規定授與其實體法上處分權。

## 貳、訴訟擔當

### 一、法律效果

#### (一) 本質

訴訟擔當之所以容許由第三人代本人享有訴訟實施權限，其原因在於：

1. 第三人就訴訟事件之利害關係已大於本人，例如破產管理人或代位權人等。
2. 本人事實上已無法為訴訟權限之實施，例如失蹤管理人、遺產管理人、遺囑執行人等。

(二) 訴訟擔當之法律效果係令實體法上權利人受該訴訟之裁判效力所及，亦即所謂『為他人進行訴訟』之情形。§401 規定：『確定判決，除當事人外...亦有效力。』所規定之『當事人』，不僅包含形式當事人(訴訟法上原被告)，亦包括實質當事人(實體法上權利人)。

形式當事人：訴訟上之當事人，即原、被告。

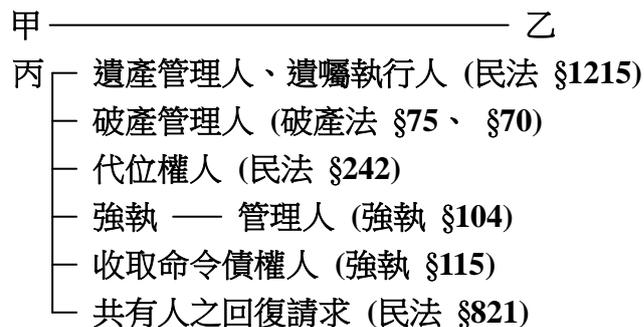
實質當事人：實體法上權利義務人。

### 二、法定訴訟擔當

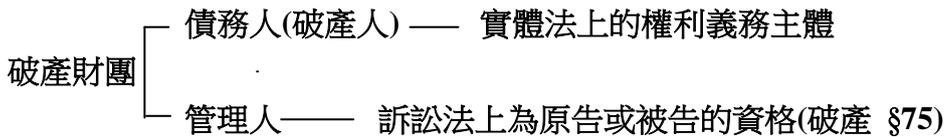
#### (一) 意義

法定訴訟擔當係指依法律規定剝奪原權利義務主體之訴訟實施權限予第三人之情形。

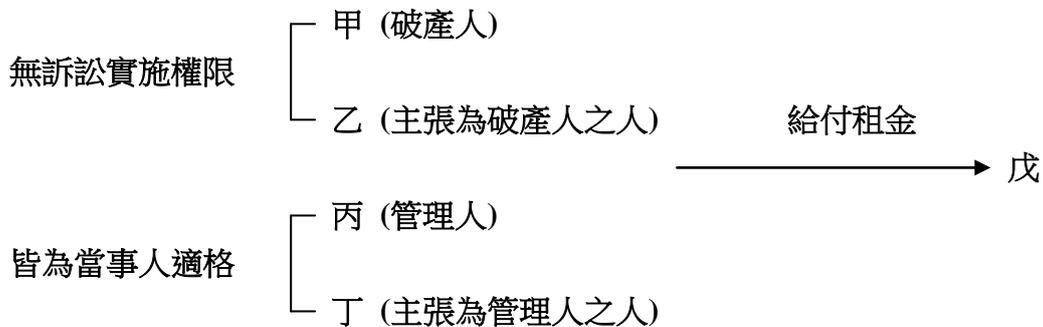
#### (二) 法律規定



1. 法律上第三人（丙）就訴訟標的較實體權利人（甲）更具利害關係時，法律特別明文規定令第三人得進入訴訟。
2. 惟民法§242 及民法§821 是否為法定訴訟擔當，實務與學說仍有爭議。
3. 最為典型之案例：破產管理人



**【破產財團】**



(1) 破產人乃實體法上權利義務之主體，惟因此時破產人就其財產之法律上利害關係較小(例如破產宣告後，債務人積極財產 100 萬元，消極財產 500 萬元)，相對而言，其全部債權人就該財產之利害關係則較大，故法律剝奪債務人財產的管理權及處分權，改由破產管理人行使之。

(2) 為管理破產財團之必要，及保障破產財團之債權人的目的，法律(破產法§75)授與破產管理人就其財產之實體法上處分權，進而使其成為訴訟法上有資格就該財產為原告或被告之人。故**破產管理人雖非實體法上權利人，惟依法律之規定已享有實體法上處分權，且因此有訴訟法上訴訟實施權限，亦即此實實體法上權利人與訴訟法上的原告或被告並非同一，乃法定（依破產法§75）訴訟擔當之情形**

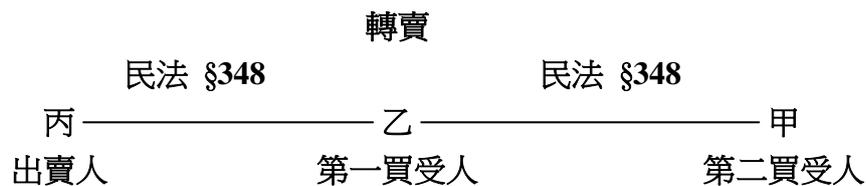
(3) 當事人適格與訴訟實施權限之辨別

本案例中，真正有訴訟實施權限之人乃破產管理人丙，蓋丙係依破產法§75 所定之法定訴訟擔當人。而丁雖宣稱其為破產管理人，惟因實質上對該權利義務關係無管理、處分權，故無本訴訟之訴訟實施權限，然而，

於形式當事人(適格)之概念下，其仍為適格之當事人(蓋其已「主張」為破產管理人)。而破產人甲雖為實體法上之權利人，惟因其實體法上管理、處分權已為法律剝奪，故不具備訴訟實施權限。至於乙既主張為破產人，則同樣亦不具訴訟實施權限。

#### 4. 民法§242 代位權之行使是否為法定訴訟擔當？

##### 【案例 4】



- (1) 本案例中，第一買受人乙對甲有移轉登記請求權，而第二買受人丙對甲亦有移轉登記請求權，若乙怠於行使其對甲之移轉登記請求權，丙得依民法§242 規定，代位乙而對甲主張移轉登記請求權。故丙於訴之聲明應載明：**A、丙代位乙對甲主張民法§348 之移轉登記請求權。B、丙本於買賣契約而生之請求權，主張其對乙之民法§348 移轉登記請求權。**
- (2) 此二訴訟，前者乃以他人間買賣契約所生之權利義務關係為審判之客體(訴訟標的)，後者始為本於自己之買賣契約有所請求；就前者而言，有所爭議如下：
- A. 丙代位乙向甲起訴後，乙得否再對甲起訴，有無違反重複起訴禁止原則？**
- B. 若乙另有其他多位債權人，是否於丙代位起訴後，該多位債權人仍得行使民法§242 代位權對甲有所主張？**
- (3) **實務見解認為代位人之起訴，不影響被代位人再行起訴**  
**實務見解【67/11 民庭決議】認為丙本於民法§242 行使代位權所為之起訴，訴訟標的為該代位權，丙於起訴後亦不影響乙本於自身之買賣契約對甲主張移轉登記請求權而再另行起訴（即二者乃不同之訴訟標的）。實務之見解頗值商榷：**
- A. 似未考量乙或丙何者始為實質之當事人；且丙既有法律依據允許其代位行使權利，則應得認其已經法律授與處分權。**
- B. 若依實務見解認此乃二訴訟事件，則審判之結果恐有裁判矛盾之情形，惟實務見解則更容許於裁判矛盾之時，債權人丙得擇一勝訴判**

決聲請強制執行。

實際上，乙與丙雖為不同之訴訟上當事人，惟就該案件而言，所牽涉者皆為相同之甲乙間買賣關係，而乙係實體法上權利人，丙則係替乙行使權利之人，此概念性質上近似於實體法上授與他人處分權，與破產管理人行使破產人之權利具相同之法理，應為訴訟擔當之型態。

5. 民法§821—非由全體共有人共同行使之共有人共有物回復請求權，是否為訴訟擔當？

依民法§821，各共有人得單獨行使共有物回復請求權，請求無權占有人將共有物回復與全體共有人，此種情形是否為訴訟擔當，頗有爭議，若為訴訟擔當，則：

- (1) 該訴訟之結果不問勝訴抑或敗訴，裁判效力皆及於其他共有人。未起訴之共有人，不得再另行起訴請求。
- (2) 應如何對未為當事人之其他共有人為程序保障？

### 三、意定訴訟擔當（任意訴訟擔當）

(一) 因實體法上權利人以自己之意思授與第三人訴訟實施權限，使第三人得以自己之名義為權利人進行訴訟，性質上乃屬意定訴訟擔當，與依法取得訴訟實施權限之法定訴訟擔當有所不同<sup>19</sup>。此制並非源自於德國法系<sup>20</sup>，而係出自信託法理之英國法上之代表訴訟<sup>21</sup>。

(二) 我國並未廣泛承認任意之訴訟擔當，德國法上亦限於特殊之案例始為允許，原因主要在於其並非由本人進行訴訟，對實體法上權利人之程序保障較不足夠之故。

(三) 德國法在特殊案例中所承認之任意之訴訟擔當，例如保留所有權約款中之例，可由買受人與出賣人協議授予買受人訴訟實施權，使買受人的期待權有所保障。而德國法上另一承認之例乃讓與擔保制度下，所有權讓與人與

<sup>19</sup> 王甲乙等合著，民事訴訟法新論，第 56 頁；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 209 頁；楊建華，選定當事人制度之利用，第 58 頁；駱永家，選定當事人，第 169 頁至第 170 頁。

<sup>20</sup> 德國於實務操作上，係藉由承認意定之訴訟擔當獲致相同之效果。關於意定之訴訟擔當，請參閱陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 167 頁至第 168 頁；駱永家，合夥與當事人能力，民事法研究（一），第 14 頁至第 15 頁；邱聯恭，口述民事訴訟法講義（一），2002 年筆記版，第 278 頁以下。

<sup>21</sup> 駱永家，選定當事人，第 170 頁；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 209 頁。關於英國法之「代表訴訟」制度之介紹，請參閱沈冠伶，多數紛爭當事人之權利救濟程序—從選定當事人制度到團體訴訟—，台灣本土法學雜誌，第 51 期（2003.10），第 171 頁至第 172 頁。關於我國法選定當事人制度之沿革，請參閱楊建華，選定當事人制度之利用，第 54 頁至第 55 頁。

受讓人協議授予讓與人訴訟實施權。而我國現行法上並沒有意定訴訟擔當之規定，而以民法§242 規定作為代替。

## 第二節 選定當事人與團體訴訟

### 第一款 選定當事人<sup>1</sup>

#### 壹、選定當事人制度之意義及目的

##### 一、選定當事人之目的

在現代型紛爭（公害訴訟、產品責任…）中，訴訟程序中原告或被告常有多數，得行共同訴訟，於同一程序中合併辯論及裁判。惟此時因當事人人數眾多，不但增加訴訟程序之繁雜而使訴訟遲滯，且若其中一人死亡、喪失能力，將使審理之進行不能齊一；於必要共同訴訟之情形，亦將使整體訴訟之進行將受阻。立法者為訴訟經濟起見，避免共同訴訟之繁雜及不便，設有選定當事人制度，使有共同利益之多數人，得選定部分人為全體進行訴訟，選定後選定人即脫離訴訟，惟仍受判決效力所及<sup>2</sup>。

##### 二、選定當事人之地位及性質

選定當事人係選定人全體<sup>3</sup>授與訴訟實施權與被選定人，被選定人係以自己名義為訴訟行為，故選定當事人為當事人而非代理人<sup>4</sup>。選定當事人具備兩種資格，一方面（就自己之權利義務）自己為原告或被告，另一方面（就選定人之權利義務）為原告或被告。

通說見解認為因選定人係以自己之意思授與訴訟實施權與被選定人，使被選定人得以自己之名義為選定人進行訴訟，性質上應屬意定訴訟擔當。

<sup>1</sup> 此部分（選定當事人）製作於 93 年 8 月。主要參考書目：陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，修訂四版二刷，200 年 10 月；王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 92 年 8 月版及民國 90 年 8 月（引用本版見解會特別標示「舊版」）；駱永家，選定當事人，民事法研究（三），第 169 頁至第 178 頁；楊建華，選定當事人制度之利用，問題研析民事訴訟法（四），第 54 頁至第 59 頁；楊建華，選定當事人行為之性質及資格有欠缺時之處理，問題研析民事訴訟法（四），第 60 頁至第 65 頁；楊建華，選定當事人之效力及判決書之記載內容，問題研析民事訴訟法（四），第 66 頁至第 73 頁。

<sup>2</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂四版二刷，200 年 10 月，第 208 頁；駱永家，選定當事人，民事法研究（三），第 169 頁；楊建華，選定當事人制度之利用，問題研析民事訴訟法（四），第 54 頁；王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，民國 92 年 8 月，第 56 頁。

<sup>3</sup> 但選定行為無庸由有共同利益之人全體一同為之，請參閱民事訴訟法第 41 條第一項規定及其修正理由（如後述）。

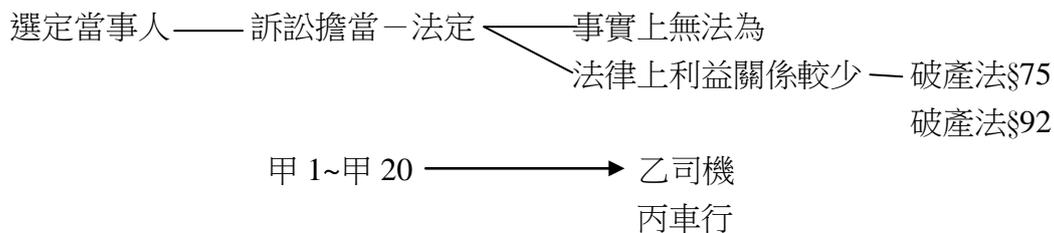
<sup>4</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 209 頁；王甲乙等合著，民事訴訟法新論，第 56 頁至第 57 頁；駱永家，選定當事人，第 174 頁。實務見解如下：

【判例字號】29\_上\_1788【裁判日期】29/01/01

民事訴訟法第四十一條第一項，所謂選定一人或數人為全體起訴或被訴，係指選定一人或數人為全體為原告或被告而言，並非選定為代理人代理全體起訴或被訴，此徵之同條第二項及同法第四十二條、第一百七十二條第二項等規定尤為明瞭，故被選定人為訴訟當事人而非訴訟代理人。

資料來源：最高法院判例要旨上冊（民國 16-87 年民事部分）第 986 頁

然而，楊師將選定當事人制度劃歸為法定訴訟擔當，認為選定人之所以得授與其訴訟實施權限予第三人，乃因§41之明文規定，僅係由當事人決定何人取得訴訟實施權而已，當事人仍是在法律規定之框架內取得訴訟實施權，僅是將當事人的同意做為訴訟實施權之要件，而非意定訴訟擔當般可在無法律規定之前提下逕行為之，如無法律之明文規定當事人自不得授與其訴訟實施權限予第三人。



## 貳、選定當事人之要件

### 【案例 1】

案例事實：甲 1~甲 20 為 A 大樓之區分所有權人，未組成管理委員會<sup>5</sup>。A 大樓於 88 年 9 月 21 日因地震毀損，致甲 1~甲 20 受有人身財產之損害。甲 1~甲 20 主張，建商乙及建築師丙，於 A 房屋建築過程中偷工減料，並以違反建築常規之方式興建，而認為乙丙有過失，依瑕疵擔保<sup>6</sup>、不完全給付（對乙）及侵權行為（對乙及丙）之規定，請求損害賠償。並選定甲 1 及甲 2 為選定當事人。

1. 甲 1~甲 20 並非民訴法第 53 條第一款之權利義務共同之人，是否有「共同利益」？
2. 若甲 3 不願選定甲 1 及甲 2 為當事人，欲自行進行訴訟，對於其他人之選定行為效力（僅部分人選定），有無影響？又甲 11~甲 20 不選定甲 1 及甲 2，欲另行選定甲 11 及甲 12 為選定當事人（分組選定），是否可行？
3. 甲 1 及甲 2 得否不一起訴被訴，又於訴訟繫屬中係適用§55 之規定，抑或適用§56 之規定？若係分組選定（同 2），結論是否有所不同？



### 一、多數人

必須有多數當事人時，始有適用選定當事人制度之餘地。此多數當事人不限

<sup>5</sup> 依公寓大廈管理條例第 35 條規定，管理委員會有當事人能力。

<sup>6</sup> 按：物之瑕疵擔保不以出賣人有故意過失為其要件。

於原告，被告有多數人時，亦得使用選定當事人制度。選定當事人制度以訴訟程序之簡化及單純化為其目的，故人數越多則越能發揮選定當事人制度之功效<sup>7</sup>。

## 二、共同利益

所謂共同利益，係指多數人有得為共同訴訟之關係，且其主要攻擊防禦方法相同之情形而言<sup>8</sup>。問題在於，得依§53 條所列各款提起共同訴訟之人，是否皆屬此處所為「有共同利益」人，而得選定其中一人提起訴訟，實則依各款情形而有所不同。§53 第一款之「訴訟標的權利義務共同」以及第二款之「本於同一事實上或法律上原因者」，學說上皆認為有共同利益並無疑義<sup>9</sup>。前者<sup>10</sup>如公同共有人就其公同共有法律關係提起訴訟；後者如同一交通事故，數受害人對加害人提起損害賠償訴訟，在此情形下皆可認為有共同利益，而得利用選定當事人之制度。因此於【**案例 1**】中，因損害賠償係基於地震之事實，屬於事實上之同一原因，故甲<sub>1</sub>至甲<sub>20</sub>有共同利益。

至於§53 第三款之「本於事實上或法律上同種類之原因者」，國內學說多認為，此時主要攻擊防禦方法難謂相同，殊無利用選定當事人制度之餘地<sup>11</sup>。惟楊建華教授認為，選定當事人制度之目的在於簡化訴訟，僅須多數當事人所主張之主要攻擊或防禦方法相同，即有簡化訴訟程序之功用，不必拘泥其為何類共同訴訟，或排斥同種類之訴訟標的。據此，多數承租人本於其各別之租賃關係，請求同一出租人修繕各別承租之租賃物時（前提為租賃物並非基於同一原因一例如地震受損一而有修繕必要，否則即屬於本於同一事實上原因），雖屬同種類之原因，亦非不得選定當事人<sup>12</sup>。亦即，楊建華教授認

<sup>7</sup> 駱永家，選定當事人，第 170 頁；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 209 頁至第 210 頁。

<sup>8</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，第 210 頁。駱永家教授認為：「共同利益為多數人之各請求，及對多數人之各請求，因主要攻擊防禦方法共同，社會觀念上得認為成為一群與對造對立之情形者而言。」請參閱，駱永家，選定當事人，第 170 頁。

<sup>9</sup> 楊建華，選定當事人制度之運用，第 55 頁；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，第 210 頁。

<sup>10</sup> 會議次別：最高法院 31 年度決議（五）

決議日期：民國 31 年 09 月 22 日

決議要旨：固有之必要共同訴訟，其應一同起訴或被訴之人人數過多者，亦得依民事訴訟法第四十一條第一項，由其中選定一人或數人為全體起訴或被訴。

資料來源：最高法院民刑事庭會議決議暨全文彙編（90 年 9 月版）上冊 第 629 頁

最高法院民刑事庭會議決議暨全文彙編（92 年 9 月版）上冊 第 673 頁

【判例字號】33\_上\_871【裁判日期】33/01/01

民事訴訟法第四十一條關於選定訴訟當事人之規定，於提起分割公同共有物之訴既無特別規定，自非不得適用。

資料來源：最高法院判例要旨上冊（民國 16-87 年民事部分）第 986 頁

<sup>11</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法，第 210 頁。

<sup>12</sup> 楊建華，選定當事人制度之運用，第 55 頁至第 56 頁。姚瑞光教授亦認為，於民訴法第 53 條第三款之情形，仍依具體情況認定攻擊防禦方法是否相同。請參閱姚瑞光，民事訴訟法論，民國 88 年 11 月版，第 127 頁。

日本學說（後註所列日本學說之第四說）亦有認為，共同利益限於多數人有某一程度之認同感受而互相在某一法律上利益密切結合之情形。因此多數人之訴訟標的權利義務係同種類，且本於事實上或法律上同種類原因者，則可認為多數人有共同利益。例如，出租人將同一土地分

為，於民訴法第 53 條第三款之情形，亦有可能有主要攻擊防禦方法相同之情形，而得選定當事人提起訴訟<sup>13</sup>。又此處共同利益，必須為法律上之共同利益，若僅為經濟上之共同利益者，不得選定當事人<sup>14</sup>。

### 三、不符民訴法§40Ⅲ規定之「非法人團體」

民訴法§40Ⅲ規定，非法人團體設有代表人或管理人者，有當事人能力。因此若有共同利益之數人為該團體之共同利益有訴訟之必要時，利用非法人團體為當事人進行訴訟，反較選定當事人制度簡便，自無利用選定當事人制度之必要。因此，選定當事人制度，原則上係於無法利用非法人團體進行訴訟之際，始得利用以簡化訴訟<sup>15</sup>。

問題在於，非法人團體及選定當事人制度，是否處於相互排斥之狀態？**實務見解**<sup>16</sup>似以§41 I 反面解釋，認須非屬於§40Ⅲ之非法人團體始得適用選定當事人制度。惟學說對此一實務見解有所質疑。首先，以非法人團體為訴訟當事人時，確定判決之既判力僅及於非法人團體，而不及於該團體之成員。因此，如有必要使非法人團體成員受判決拘束時，似不應排除選定當事人制度之適用。再者，若訴訟標的之權利義務並非屬於非法人團體之權利義務，應無以非法人團體為訴訟當事人之理<sup>17</sup>。除此之外，若就是否符合§40Ⅲ非法人團體之要件，而對有無當事人能力有所疑義時，亦有使用選定當事人之價值<sup>18</sup>。例如合夥是否屬於非法人團體，在學說及實務皆有重大爭議，如要求欠缺法律專業知識之當事人作正確判斷，決定以非法人團體或選定當事人方

---

別部分租於多數承租人耕作，全體出租人接拒付租金，出租人對全體承租人起訴，此時各承租人之給付義務為同種類，且租賃契約亦屬同種類，得謀對策使訴訟對共同被告有利時，即有共同利益。請參閱陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 210 頁至第 211 頁。

國內實務見解如下：

【判例字號】29\_滬上\_112【裁判日期】29/01/01

被上訴人甲等二十四人分別承租上訴人所有某處之房屋，本於同一之原因請求上訴人依舊供給自來水，顯於各人有共同利益，按之民事訴訟法第四十一條第一項，自得由其中選定一人或數人為全體起訴。

資料來源：最高法院判例要旨上冊（民國 16-87 年民事部分）第 986 頁

<sup>13</sup> 日本學說關於共同利益所指為何，學說共計五說：1.限於固有必要共同訴訟；2.除固有必要共同訴訟外，亦包含類似必要共同訴訟；3.共同利益限於多數人之訴訟標的權利義務係本於同一事實上或法律上同種類之原因；4.共同利益限於多數人有某一程度之認同感受而互相在某一法律上利益密切結合之情形，因此多數人之訴訟標的權利義務係同種類，且本於事實上或法律上同種類原因者，則可認為多數人有共同利益；5.全部得提起共同訴訟之情形，皆屬有共同利益。日本學說及判例多數採取第三說及第四說。關於日本學說之見解，請參閱陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 210 頁至第 211 頁。

<sup>14</sup> 楊建華，選定當事人制度之利用，第 56 頁。

<sup>15</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 211 頁至第 212 頁；駱永家，選定當事人，第 171 頁。

<sup>16</sup> 【判例字號】28\_上\_385【裁判日期】28/01/01

民事訴訟法第四十一條之規定，在非法人之社團，以未設有代表人者為限始有適用，若設有代表人者，依同法第四十條第三項之規定，既有當事人能力，即可由代表人以社團名義為訴訟行為，不生選定訴訟當事人之問題。

<sup>17</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 212 頁。

<sup>18</sup> 駱永家，選定當事人，第 171 頁至第 172 頁。

式起訴，似乎係強人所難。且若限定僅得採用其中一種方式提起訴訟，否則將以訴之不合法駁回，如此將有違訴訟經濟，且對當事人未免過酷<sup>19</sup>。因此，學說大多認為，選定當事人制度與非法人團體應非相互排斥。

#### 四、選定當事人須為共同利益之人中之一人或數人

選定當事人，除依§44之1規定，選定公益社團法人為當事人外，須自有共同利益之數人中為選定，不得就共同利益人以外之人為選定<sup>20</sup>。民事訴訟法為避免訴訟信託及非律師代理之弊端，禁止與訴訟事件無共同利益之人為當事人進行訴訟<sup>21</sup>。亦即，為防止一般第三人利用訴訟信託行為包攬訴訟，破壞律師之訴訟代理制度，避免當事人受害，任意訴訟擔當於我國法上乃原則禁止<sup>22</sup>。若訴訟擔當人對訴訟標的有實質利益時<sup>23</sup>，並無前述任意訴訟擔當之弊病，得允許其為任意之訴訟擔當<sup>24</sup>。而非共同利益之人，通常對於訴訟標的法律關係欠缺實質利益，故可能產生任意訴訟擔當之弊害，故原則上不予准許。

#### 五、爭議問題：是否必由共同利益之人全體一同選定

§41 I 於民國 92 年修正前之條文為：「多數有共同利益之人，不合於前條第三項所定者，得由其中選定一人或數人為全體起訴或被訴。」於舊法之規定下，選定當事人是否必須由全體共同利益之人一同選定，學說實務見解有所爭議。實務見解<sup>25</sup>認為，選定當事人須由有共同利益之人全體一同選定。若僅由共同利益人之一部為其一部為選定，或部分選定部分不選定者，均與選定當事人之意旨不合<sup>26</sup>。惟學說有不同見解，認為若未獲得全體同意時，

<sup>19</sup> 駱永家，合夥與當事人能力，第 16 頁。邱聯恭教授亦認為，此時關於此一要件必須從寬認定。請參閱邱聯恭，口述民事訴訟法講義（一），2002 年筆記版，第 288 頁至第 289 頁。

<sup>20</sup> 駱永家，選定當事人，第 172 頁；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 212 頁。

<sup>21</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 212 頁。

<sup>22</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 167 頁。

<sup>23</sup> 在我國法制下所承認之任意訴訟擔當中，選定當事人制度以及參加人承受訴訟，訴訟擔當人皆對訴訟標的法律關係有法律上之利害關係，而有實質利益。

<sup>24</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 167 頁。德國通說判例認為，若擔當人有法律上利益時，即可為任意的訴訟擔當。請參閱，駱永家，合夥與當事人能力，第 15 頁，註 42 內文。關於承認任意訴訟擔當所應具備之要件，請參閱邱聯恭，口述民事訴訟法講義（一），2002 年筆記版，第 281 頁至第 282 頁。

<sup>25</sup> 【判例字號】43\_台上\_605【裁判日期】43/07/29【案由】給付租谷

多數有共同利益之人，不合於民事訴訟法第四十條第三項所定者，固得依同法第四十一條第一項規定，由其中選定一人或數人為全體起訴或被訴，惟此項訴訟當事人之選定，須經全體同意為之。

資料來源：最高法院判例要旨上冊（民國 16-87 年民事部分）第 986 頁

<sup>26</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論（舊版），民國 90 年 8 月，第 53 頁；楊建華，選定當事人制度之利用，第 57 頁；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），修訂二版一刷（舊版），民國 90 年，第 266 頁。楊建華教授並認為，若僅一部選定，或分組選定，並不能達到訴訟單純化之目的。且僅部分人為選定時，被選定人無法依照民訴法第 41 條第一項規定，為「全體」共同利益人進行訴訟。不過，楊建華教授亦認為，若僅有少數人對於選定意見不一致時，將難以利用選定當事人制度，應立法改進。請參閱楊建華，選定當事人制度之利用，第 57 頁。

有共同利益之小集團，得各有其選定當事人；不贊同選定之人，亦得自為訴訟<sup>27</sup>。因選定當事人制度在於減少訴訟當事人人數，以達訴訟簡化及單純化之訴訟經濟目的，並無限制必須由全體共同利益人一同選定之理由，於普通共同訴訟如此，固有必要共同訴訟亦然。因此，學說見解大多認為，有共同利益之多數人，得分組選定或僅為一部選定。

而§41 I 於民國 92 年修正後規定：「多數有共同利益之人，不合於前條第三項所定者，得由其中選定一人或數人，為選定人及被選定人全體起訴或被訴。」其修正理由<sup>28</sup>在於若限定須由全體一同選定，將使選定當事人制度受到限制，為擴大選定當事人制度之利用，應允許有共同利益之多數人分組選定或一部選定<sup>29</sup>。因此，於【**案例 1**】中，甲<sub>3</sub>不為選定，並不影響其他人選定之效力；甲<sub>11</sub>至甲<sub>20</sub>不選定甲<sub>1</sub>及甲<sub>2</sub>而選定甲<sub>11</sub>及甲<sub>12</sub>，自為法所許。

## 六、就特定訴訟事件為選定

選定當事人，不限於繫屬中之訴訟，將來可能繫屬之訴訟，亦得選定之。但此一訴訟必須為特定，就將來可能提起之一般訴訟選定當事人，應為無效。訴訟基礎法律關係已經特定，如訴訟本身未特定者，仍不得選定當事人<sup>30</sup>。例如，當事人間雖已締結合夥契約，但於具體紛爭發生前，仍不得預先選定當事人。

## 參、選定當事人之程序

### 一、選定當事人之時期及程序

選定當事人得於起訴前選定，亦得於起訴後選定，原告及被告皆得利用選定當事人制度<sup>31</sup>。若於訴訟繫屬後選定，選定人即脫離訴訟。又選定人於訴訟進行中得將選定當事人更換或增減，但為確保訴訟之安定性，非通知他造不生效力<sup>32</sup>。選定當事人之選定、更換或增減，應以文書證之。

<sup>27</sup> 駱永家，選定當事人，第 172 頁至第 173 頁。

<sup>28</sup> 修正理由：共同利益人就是否選定當事人及其人選，未必全體一致，為擴大選定當事人制度之功能，應許共同利益人分組選定不同之人，或僅由部分共同利益人選定一人或數人而與未參與選定之其他共同利益人一同起訴或被訴。原條文第一項規定「為全體起訴或被訴」，學說上多解釋為必須由被選定人以外有共同利益之人全體選定之，致此項制度之運用受到相當限制，爰修正為「為選定人及被選定人全體起訴或被訴」，以利適用。

<sup>29</sup> 相同見解：王甲乙等合著，民事訴訟法新論，第 57 頁。

<sup>30</sup> 王甲乙等合著，民事訴訟法新論，第 58 頁。

<sup>31</sup> 惟被告於訴訟前選定當事人之情形，在事實上難以發生。除了被告必須於訴訟前預知原告起訴之意思外（蓋選定必須就特定訴訟事件為之），亦必須原告知悉被告有所選定，列被告選定之人為訴訟上被告逕行起訴。如此情形，於事實上鮮少發生。請參閱楊建華，選定當事人制度之利用，第 56 頁。

<sup>32</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 212 頁。不過楊建華教授認為，選定當事人之更換或增減，為向法院之訴訟行為，而非向他造當事人所為之行為，因此認為此一規定在立法尚有待商榷。請參閱，楊建華，選定當事人行為之性質及資格有欠缺時之處理，問題研析民事訴訟法

## 二、選定行為與當事人間之委任關係

選定當事人乃選定人授與訴訟實施權限與被選定人，為任意之訴訟擔當。而授與訴訟實施權係以發生訴訟法上效果之單方訴訟行為（訴訟法上之單獨行為），因此選定人須有訴訟能力。故無訴訟能力之人，應由法定代理人代為選定<sup>33</sup>。又選定人與被選定人之間，仍有基礎法律關係（用以規範選定當事人之法律關係）存在，一般而言係委任契約。此項內部基礎關係與選定當事人之行為，係屬二事，選定當事人之效力不因委任契約效力之有無而受影響<sup>34</sup>。選定當事人行為之效力，仍應依訴訟法之規定定之。

## 肆、選定當事人之效力

### 一、選定當事人之地位及權限

選定當事人性質上屬於意定之訴訟擔當，因此，被選定人經選定後，被選定人得以自己名義為原告或被告，成為形式上之當事人，其餘當事人則成為實質當事人<sup>35</sup>。此時，被選定人同時具有雙重身分，一為原有實質當事人之地位（就被選定人自己之權利義務），另一為經選定而具有形式當事人之地位（就選定人之權利義務）<sup>36</sup>。因被選定人為當事人而非代理人，因此當事人得為之一切訴訟行為，被選定人原則上皆可為之<sup>37</sup>。

§44 於 92 年修正前規定為：「第四十一條之被選定人，非得全體之同意，不得為捨棄、認諾、撤回或和解。」其目的乃為限制選定當事人捨棄、認諾、撤回、和解之權限。理由在於捨棄、認諾將受到敗訴判決，撤回則使訴訟繫屬消滅，和解亦令選定人發生權利消滅之結果，關係全體利益甚鉅，故應予限制<sup>38</sup>。惟被選定人就自己之訴訟標的，本可為上述行為，卻因為同時具備選定當事人身分，而犧牲此一權利<sup>39</sup>；且就某一選定人之訴訟標的為上述行為，本與其他選定人無涉，依舊法§44 之文義，除了必須得該選定人之同意外，似亦應得其他選定人同意，如此將有礙於選定當事人制度之靈活運

---

（四），第 63 頁。

<sup>33</sup> 楊建華，選定當事人行為之性質及資格有欠缺時之處理，第 60 頁；駱永家，選定當事人，第 172 頁。

<sup>34</sup> 楊建華，選定當事人行為之性質及資格有欠缺時之處理，第 60 頁至第 61 頁。

<sup>35</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 213 頁。

<sup>36</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 213 頁；駱永家，選定當事人，第 173 頁至第 174 頁。

<sup>37</sup> 不過有見解認為，調解程序屬於訴訟前之另一程序，並非在被選定人之訴訟實施權範圍內，被選定人自無為調解之權限。請參閱王甲乙等合著，民事訴訟法新論，第 64 頁。不過，選定當事人制度目的在於將訴訟程序簡化及單純化，此一目的於調解程序中亦應有之。且選定當事人得在起訴前選定之，而由僅由被選定人提起訴訟。在強制調解案件中，是否有可能僅於調解程序中排除選定當事人制度，似有疑義。似乎使選定當事人之權限及於調解程序為宜。

<sup>38</sup> 楊建華，選定當事人之效力及判決書之記載之內容，問題研析民事訴訟法（四），第 66 頁。

<sup>39</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 213 頁。

用<sup>40</sup>。於日本法上則並無此一規定，判例學說皆認選定當事人得為捨棄、認諾、撤回、和解<sup>41</sup>。

據此，§44 於 92 年修正為：「被選定人有為選定人為一切訴訟行為之權。但選定人得限制其為捨棄、認諾、撤回或和解。選定人中之一人所為限制，其效力不及於他選定人<sup>42</sup>。」

## 二、選定人選定多數人為被選定人時訴訟之進行

如由有同一利益之多數人，選定數人為當事人時，此數選定人合有訴訟實施權限，因此必須數被選定人一同起訴被訴，其當事人始為適格，並適用§56 關於必要共同訴訟之規定，否則被選定之數人間將發生訴訟行為不統一之不當結果<sup>43</sup>。以【**案例 1**】為例，雖然甲<sub>1</sub>至甲<sub>20</sub>之損害賠償請求權係個別依照其要件發生，並無合一確定之必要。惟個別實質當事人（例如甲<sub>4</sub>）對乙丙之損害賠償請求權，對於被選定人甲<sub>1</sub>及甲<sub>2</sub>而言，不得為相歧異之裁判，故應適用§56 之規定，以擔保裁判之統一。

至於被選定人係由不同當事人個別選定時（分組選定），其訴訟之性質為何，則應依原共同利益人間之訴訟決定之。亦即，原共同利益人間之訴訟如為必要共同訴訟，則被選定人間之訴訟亦為必要共同訴訟；共同利益人間之訴訟若為普通共同訴訟，則被選定人間之訴訟亦為普通共同訴訟<sup>44</sup>。以【**案例 1**】為例，甲<sub>1</sub>至甲<sub>10</sub>及甲<sub>11</sub>至甲<sub>20</sub>分組選定甲<sub>1</sub>及甲<sub>11</sub>為選定當事人時，因甲<sub>1</sub>至甲<sub>20</sub>之訴訟標的法律關係並無合一確定之必要，甲<sub>1</sub>所擔當之訴（甲<sub>1</sub>至甲<sub>10</sub>對乙丙之損害賠償之訴）和甲<sub>11</sub>所擔當之訴（甲<sub>11</sub>至甲<sub>20</sub>對乙丙之損害賠償之訴），並不要求裁判合一確定，故甲<sub>1</sub>和甲<sub>11</sub>之間，並無適用§56 之必要。

## 三、被選定人死亡或喪失資格時

如被選定人有數人時，其中一被選定人死亡或因其他因素喪失資格時，應如何處理？學說見解大多認為，依§43 之規定，如被選定人中有一人因死亡或其他事由喪失資格時，他被選定人得為全體進行訴訟，因此不適用§56 第三款及§168 停止訴訟程序之規定。但若全體選定人皆死亡或喪失資格時，仍

<sup>40</sup> 參見民訴法第 44 條之修正理由。

<sup>41</sup> 駱永家，選定當事人，第 174 頁；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 213 頁。

<sup>42</sup> 民訴法第 44 條修正理由：被選定人係以自己之名義為當事人，就其被選定事件，原則上應有為選定人為一切訴訟行為之權。原條文未表明斯旨，且規定「非得全體之同意，不得為捨棄、認諾、撤回或和解」，易被誤解為被選定人就部分選定人信託事項所為之捨棄、認諾、撤回或和解，亦須得全體選定人之同意，有礙選定當事人制度之靈活運用。為充分發揮此項制度簡化訴訟之功能，爰將原條文修正列為第一項，並增訂第二項，明定選定人中一人所為限制，其效力不及於他選定人。

<sup>43</sup> 駱永家，選定當事人，第 174 頁；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 214 頁；楊建華，選定當事人行為之性質及資格有欠缺時之處理，第 61 頁。駱永家教授並認為，此情形屬於「固有必要共同訴訟」。請參閱駱永家，選定當事人，第 174 頁。

<sup>44</sup> 駱永家，選定當事人，第 174 頁。

應停止訴訟程序<sup>45</sup>。此不因選定人間之訴訟為固有必要共同訴訟或其他類型之訴訟而有所不同。蓋選定當事人制度之目的在於使訴訟程序簡化及單純化，及避免部分當事人有停止事由而導致訴訟審理不能齊一。特別於固有必要共同訴訟中，若因其中一人有停止事由，依§56 第三款將使全部訴訟程序停止，導致訴訟延滯。若因有共同利益之人間之法律關係屬於固有必要共同訴訟，於其選定之後，選定人仍須適用§56 第三款規定，將無法達成當初採用選定當事人制度之目的。且固有必要共同訴訟適用§56 之目的在於擔保裁判對於全體實體法上權利人能夠合一確定，而依§43，其他被選定人仍具備全體選定人(包含死亡或喪失資格之人)之訴訟實施權限，並不會導致裁判矛盾，與固有必要共同訴訟之目的並無不符；**惟於分組選定之情形下，如該組全體被選定人死亡或喪失資格時，仍應停止該組之訴訟程序。蓋於此種情況下，已無人得替該組全體選定人進行訴訟。**

例如在【**案例 1**】之中，甲<sub>1</sub>至甲<sub>10</sub>選定甲<sub>1</sub>及甲<sub>2</sub>為選定當事人，如甲<sub>1</sub>及甲<sub>2</sub>皆具停止事由，將無人為甲<sub>1</sub>至甲<sub>10</sub>進行訴訟。惟就另一組(甲<sub>11</sub>至甲<sub>20</sub>)而言，被選定人甲<sub>11</sub>及甲<sub>12</sub>仍得繼續進行訴訟，故其訴訟程序並不因此而停止。**惟若該訴訟係固有必要共同訴訟者，因固有必要共同訴訟，全體當事人有合一確定之必要，且應全體一同起訴、被訴，若其中一組被選定人全部具有停止事由時，將導致該組訴訟程序停止，而該組之選定人即無法與他組當事人合一確定，亦無從一同起訴、被訴，故此時於各組被選定人間，仍有§56 條第三款之適用。**

#### 四、被選定人資格之瑕疵

選定當事人是否有資格，屬於當事人是否適格之問題，係法院應依職權調查之事項<sup>46</sup>。如選定行為有瑕疵時，法院應依§50 準用§48 及§49 之規定，定期間命其補正。在逾期末補正前，不得以當事人不適格為由駁回<sup>47</sup>。惟若當事人逾期末補正，除固有必要共同訴訟外，亦僅欠缺對選定人之訴訟實施權限，就被選定人本人之訴之訴訟實施權限並無欠缺，故法院仍不得駁回被選定人本人之訴<sup>48</sup>。至於法院於審理時未發現選定之瑕疵，而為本案判決，當

<sup>45</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，第 214 頁；駱永家，選定當事人，第 176 頁至第 177 頁；楊建華，選定當事人行為之性質及資格有欠缺時之處理，第 61 頁至第 62 頁。

<sup>46</sup> 駱永家，選定當事人，第 175 頁；楊建華，選定當事人行為之性質及資格有欠缺時之處理，第 63 頁。

<sup>47</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，第 212 頁；駱永家，選定當事人，第 175 頁；楊建華，選定當事人行為之性質及資格有欠缺時之處理，第 63 頁。

<sup>48</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，第 212 頁。

【判例字號】80\_台上\_1828【裁判日期】80/08/19【案由】請求確認派下權存在  
選定當事人之制，旨在求取訴訟程序之簡化，以達訴訟經濟之目的。其被選定人之資格，固屬當事人之適格事項，而為法院依職權所應調查者，惟被選定人之資格如有欠缺，依民事訴訟法第五十條明文準用同法第四十八條、第四十九條追認及補正之規定，於法院定期命其補正不為補正前，應不得以當事人不適格為由駁回其訴，**且被選定人本身均為『共同利益人』，苟其與**

事人得請求上訴廢棄。判決若已確定，則因選定有瑕疵，被選定人並非§401條Ⅱ之「為他人為原告被告」，故本案判決效力並不及於選定人<sup>49</sup>。

## 五、選定人之地位

選定人於選定行為後，雖將訴訟實施權限授與選定人，惟被選定人以外之選定人自己原有之訴訟實施權限，並不因而喪失，僅於被選定人行使訴訟實施權限之限度內，其餘選定人之訴訟實施權停止<sup>50</sup>。此時，選定人退出訴訟，成為程序外之第三人。問題在於，此時脫離訴訟之選定人得否以有法律上利害關係為由，聲明參加訴訟成為從參加人？多數見解認為此時選定人得成為參加人，並適用§62之規定<sup>51</sup>。惟亦有見解認為，選定人既因選定行為而脫離訴訟，使訴訟人數簡化，若又准許其參加訴訟程序而增加訴訟程序之人數，將與選定當事人制度之目的相違背<sup>52</sup>。

## 六、選定當事人之起訴效力及判決效力

因選定當事人制度為法定訴訟擔當，被選定人僅為形式上之當事人，選定人仍屬於實質當事人，故被選定人起訴後，選定人就同一請求復為起訴者，應認其違反§253重複起訴禁止原則，法院應依§249 I 第七款以訴之不合法駁回後訴訟<sup>53</sup>。被選定人係為選定人進行訴訟，故對被選定人之判決屬§401Ⅱ之「為他人而為原告被告之確定判決」，故既判力及於選定人<sup>54</sup>。至於就訴訟

---

選定人間對於訴訟標的非屬必須合一確定之固有必要共同訴訟，縱其被選定之資格有所欠缺，並於法院命其補正後未為補正，仍難認就其本人部分，無實施訴訟之權能，法院不得據以駁回該本人之訴。

法源資訊編：本則判例於九十二年三月十八日經最高法院九十二年度第五次民事庭會議決議判例加註，於九十二年四月七日由最高法院依據最高法院判例選編及變更實施要點第九點規定以（九二）台資字第○○一七一號公告之，並自民國九十二年二月七日新修正民事訴訟法施行之日起生效。

註：現行法所定期命補正之主體，已將法院修正為審判長。

參考法條：民事訴訟法 第 41、49、50 條 (92.02.07)

資料來源：司法院公報 第 45 卷 6 期 17-30 頁

司法周刊 第 1135 期 1 版

<sup>49</sup> 參照駱永家，選定當事人，第 175 頁至第 176 頁。

<sup>50</sup> 王甲乙等合著，民事訴訟法新論，第 59 頁。陳榮宗教授認為，就該訴訟而言，已無訴訟實施權而無形式當事人之地位。請參閱陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 214 頁。

<sup>51</sup> 例如王甲乙等合著，民事訴訟法新論，第 59 頁；駱永家，選定當事人，第 177 頁至第 178 頁；邱聯恭，口述民事訴訟法講義，2002 年筆記版，第 299 頁。邱聯恭教授並認為，選定人雖無庸全程參與訴訟程序，但仍有權參加和其有利害關係之訴訟程序（部分程序）。若不承認選定人得以成為參加人，選定人於自己有利害關係之程序時，必須將被選定人解任，於程序結束後再次選任，而有所不當。請參閱邱聯恭，口述民事訴訟法講義（一），2002 年筆記版，第 299 頁至第 300 頁。

<sup>52</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 214 頁。姚瑞光教授亦認為，脫離訴訟之當事人不得參加訴訟。但其並未如同陳榮宗教授一般明白表示如此會增加訴訟程序之人數作為其理由。請參閱姚瑞光，民事訴訟法論，第 128 頁。

<sup>53</sup> 駱永家，選定當事人，第 177 頁；楊建華，選定當事人之效力及其判決書記載之內容，第 68 頁。

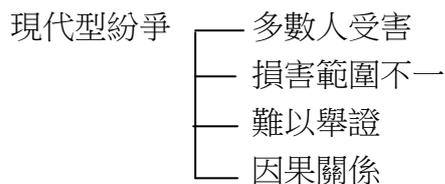
<sup>54</sup> 駱永家，選定當事人，第 177 頁；楊建華，選定當事人之效力及其判決書記載之內容，第 67

程序所為之選定，是否及於強制執行程序，則有不同意見<sup>55</sup>。

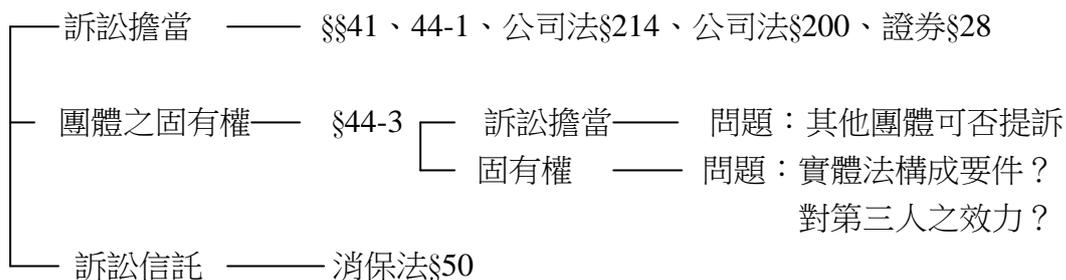
於選定當事人訴訟之訴狀，除有§44-1 II<sup>56</sup>僅就總額請求之情形外，應於訴之聲明中將各選定人之請求內容分別表明。法院於選定當事人勝訴時，亦應就各選定人之請求一一判決，否則將難以確定既判力及執行力之範圍<sup>57</sup>。

## 第二款 團體訴訟

### 壹、多數人訴訟



Ex：產品、藥害、公害、定型化契約條款、證券投資(證券投資人及期貨交易人保護法§28)(禿鷹案)、人格權



## 第三款 訴訟擔當

### 壹、§41 選定當事人<sup>58</sup>

### 貳、§44-1 以公益社團法人為被選定人

#### 一、立法理由

---

頁至第 68 頁；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 214 頁。

<sup>55</sup> 認為選定效力及於強制執行程序者：駱永家，選定當事人，第 177 頁。至於認為於強制執行程序時必須令為選定者：楊建華，選定當事人之效力及其判決書記載之內容，第 67 頁。

<sup>56</sup> 關於民訴法第 44 條之 1 第二項之適用與類推適用，請參閱沈冠伶，多數紛爭當事人之權利救濟，台灣本土法學雜誌第 51 期，第 173 頁至第 174 頁。

<sup>57</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 214 頁。關於選定當事人訴訟判決書具體記載方式，請參閱楊建華，選定當事人之效力及其判決書記載之內容，第 68 頁至第 72 頁。

<sup>58</sup> 詳見，本章節第一款「選定當事人」部分。

實體法上侵權行為賠償請求仍歸屬各不同之選定人，每人所受損害不同，法院起訴後仍須針對 A1~A20 個別審理，依當事人處分權主義之法理基礎，令當事人得依§44 之 1 II 請求法院就總額為裁判，使訴訟程序得以迅速進行，而毋須耗費多餘時間及舉證，實為客觀之訴訟合併。

## 二、疑慮

法院就總額為裁判之判決基礎為何？所謂「總額」仍應斟酌個別被害人之受害情形，且事後若當事人間就總額之分配有所爭議，又應如何處理，皆有疑問。

三、以公益社團法人為被選定人之情形，選定人限於該公益社團法人之社員始可；又被選定人亦僅限於以公益為目的之社團法人始可，若社團法人係以私人利益為目的之營利社團法人，則不得成為被選定人。此外，以公益社團法人為被選定人所進行之訴訟，須以該公益社團法人章程所定之項目為其範圍，非章程所定之目的事項者，不得為之<sup>59</sup>。

## 四、案例

癩瘋病人與日本之官司、桃園地區鎘污染之被害人協會

## 參、§44-2 公告曉示制度與併案請求<sup>60</sup>

該公告曉示之程序乃源自於美國法，惟於美國法上，公告後若不為異議，則擬制同意，受判決效力所及。反觀我國法之情形，未為請求之人是否受判決效力拘束，多數仍採保留之態度<sup>61</sup>。如：我國 921 地震後後大樓倒塌的所有權人

<sup>59</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），第 216 頁。

<sup>60</sup> 本條之所以引進追加選定當事人制度，乃係以保護包含程序利益再內之法律上利益及擴散利益為目的，而已擴充選定當事人制度之利用可能性為手段，使實體法上權利（係爭實體利益）歸屬主體有更多機會委由他人，為其成為當事人適格者，經其遂行訴訟，以受程序保障及平等使用訴訟制度之保護。準此以觀，本條新法之走向，就其擴充救濟途徑以保護程序利益及擴散利益而言，並非如同向來有關選定當事人制度之設立目的論般，僅為簡化涉及多數實體法上紛爭當事人之訴訟審理程序，所以不宜將立法擴充該制度的目的、機能，予以狹隘視為僅指向於謀求法院之方便、減輕整體法院之負擔或公益維護層面上之訴訟經濟。而其所適用的事件類型，予以限定於因公害、交通事故、商品瑕疵或其他本於同一原因事實而涉訟者，係以適用於該類現代型訴訟事件為主要著眼點。因此，應針對該類事件所具需利用選定當事人制度之特徵，在滿足其需求之必要範圍內，盡可能容許追加選定當事人之聲請或由法院積極爭求原被選定人予以同意追加。詳見，邱聯恭，追加選定當事人制度之運用方針，月旦法學教室第 23 期，第 107~115 頁。

<sup>61</sup> 美國的集體訴訟，乃除主張自己權利外，並代表他人主張權利之制度。其適用範圍及於不作為訴訟、確認訴訟及損害賠償訴訟。就美國集體訴訟之通知程序而言，其乃具有保障集體成員攻擊防禦之機會、判決效力擴張正當化及符合正當程序要求之功能。即法院裁定許可以集團訴訟方式進行後，應通知各成員，由個別成員決定是否要自此一集體中排除，若未聲請排除，則集體訴訟之判決，不論有利或不利者，均及於未聲請排除之成員。詳見，姜世明，選定當事人制度之變革—兼論團體訴訟，月旦法學雜誌第 96 期，12~15 頁。

## 肆、消保法§50<sup>62</sup>

## 伍、其他特別規定： §§證券 28、公司法 200、公司法 214 II

### 一、證券(證券投資人及期貨交易人保護法§28)

- ┌ 消保§50：讓與損害賠償請求權
- └ 證券§28：授與訴訟或仲裁實施權→訴訟擔當

舉例：關於禿鷹案，現行法上僅有證券§28 規範訴訟擔當，而於實體法上並無相關要件之規定，故應回歸民法§184，然而，§184 I 之構成要件舉証上較為困難。

### 二、公司法§200

未明確說明係股東自身之提訴權，抑或為公司提訴，故有所爭議。惟楊師就此認應解釋為股東為公司提起訴訟。

### 三、公司法§214 II

規定較為明確，乃係為公司提起訴訟，然而楊師認為，其提訴要件過於嚴苛，反而限制了股東起訴。除此之外，大陸法系之損害賠償，係以回復原狀(民法§213)為準，不因故意過失之程度而有不同；惟美國法之損害賠償，則有懲罰性賠償，懲罰企業經營者故意或重大過失之賠償。

---

<sup>62</sup> 詳見，本章節第三款「訴訟信託」的部分。

## 第四款 團體之固有權

### 壹、德國法<sup>63</sup>

信用卡定型化契約條款中，應由持卡人負責盜刷損害之條款，遲至民國 86 年法院始將之宣告為無效，惟基於判決效力之相對性，不及於其他持卡人，如何保障其他持卡人之權益，德國法乃依誠信原則處理，且明文規定“團體訴訟”（以定型化契約規制法為依據，類似於我國法§44-3 之規定），得由政府機關核可之團體（合格團體）本於自己之權能起訴，以制止重大侵害消費者之行為，並可請求宣告定型化契約條款無效（例如所謂計息條款：未全數繳清信用卡帳款者，利息非自繳款期限開始計算，而係回溯至特約商店向發卡銀行請款之時開始起算）。又其係由公益法人起訴，依判決效力相對性原則，其裁判效力本不應及於其他持卡人，惟此實係“社會公益”受侵害，故例外地於宣告無效後，認該效力亦及於各消費者。因此，若銀行於判決確定後未提起異議之訴（似我國強執執行法之債務人異議之訴），則所有消費者皆得援引該確定判決為抗辯，然而僅於該公益法人勝訴時始有此項既判力之延展。

### 貳、我國法

#### 一、§44-3 訴權性質

- （一）此與德國法上不作為之訴類似，德國就此一訴訟之性質，通說認為係該團體之固有權利<sup>64</sup>。包括對於定型化契約條款的禁制使用、企業間之不正競

<sup>63</sup> 就德國團體訴訟而言，其係指有權利能力之公益團體及合格之機構（組織），依法律之規定就他人違反特定禁止或無效之行為，得向法院請求命令他人終止或撤回其行為之民事訴訟。其訴訟類型為不作為之訴，並明文規定於德國「一般交易條款規則」及「不正競爭防止法」，「一般交易條款規則」中實體規定已回歸民法中，而程序規定則於修正後改置「不作為訴訟法」中。就團體訴訟之判決效力而言，基本上均非以法定訴訟擔當型態行之，而係該等團體基於自己權利所提之訴。因而在理論上，在判決效力之主觀範圍，原則上自應僅及於該等起訴之團體，而不及於一般被害人。但原「一般交易條款規則法」就此有明文規定，後亦改列於「不作為訴訟法」中，即若被告違反不作為命令，而被害的當事人主張該團體訴訟之判決效力者，該一般交易條款約定視為無效。因而若消費者團體提起不作為之訴而得勝訴判決者，其後若有消費者因此係爭之交易條款而受害致起爭訟者，該勝訴判決認定於該個別程序即可被引用；惟若其訴訟消費者團體敗訴者，則因其他消費者未受程序保障，因而判決效力並不及之，否則將違反合法聽審權。詳見，姜世明，選定當事人制度之變革—兼論團體訴訟，月旦法學雜誌第 96 期，9~12 頁。

<sup>64</sup> 關於團體訴訟中團體之訴權性質為何？在文獻上之見解相當歧異，就德國之團體訴訟而言，德國文獻上有認為，不作為請求權在實體法上為團體成員之個別權利，團體之訴權係基於法定訴訟擔當；有認為，非個別權利而是集團性權利，但此集團性權利之主體亦非團體本身，因此團體之訴權係基於法定訴訟擔當；有認為，不作為請求權之主體係國家，而團體係居於法定訴訟擔當人之地位；但另有認為，不作為請求權之主體即為團體本身，因此，係基於自身固有之實體權利而享有訴權，不具訴訟擔當之性質；德國聯邦最高法院之較新判決則認為，團體之所以得提起訴訟，係因該權利具有雙重性，一方面為訴訟遂行權之性質，另一方面亦為實體權利之性質。另根據二〇〇二年新通過之不作為訴訟法第三條第一項明文規定，同法第一條、第二條所規定隻不作為請求權係「歸屬於」符合同法第四條要件並登載於聯邦公報名單上之受核可機構、以促進工商業利益為目的之權利能力團體、公、商業工會或手工業公會。據此，德國學者現有認為，受到歐體指令影響所制定之此一新規定，終結了長久以來德國法上解釋之爭議，

爭，而公益團體作為公共利益之維護者，符合一定要件下可為公益起訴。也因為權利歸屬主體乃公益團體本身，故既判力不及於個人，但消費者得針對結果有力之判決，作為己身訴訟之抗辯事由，德國法已有明定。

- (二) 我國學說上有認為此乃該團體之固有權利<sup>65</sup>。
- (三) 惟另亦有認為應屬法定訴訟擔當<sup>66</sup>。
- (四) 楊淑文老師認為，我國民事訴訟法§44-3 規範本身不夠明確，要件、判決效力皆未有規定，而且如認為乃一實體法請求權規範，體系位置亦有所疑問。但若將民事訴訟法§44-3 視為訴訟擔當，則判決效力及於全體消費者，影響亦過大，且與民事訴訟法§44-1 規範亦有所重複。故仍應認為§44-3 乃實體法請求權規範，但條文規範之體系、文義皆有所錯誤，在實務的適用上亦沒有發生如同德國之不作為訴訟法上，關於特定定性化約款的禁制使用。

而實體法上權利之歸屬，有解釋為國家基於私人法益之保護義務所衍生的私法上請求權，公益團體僅是訴訟擔當者，故如有公益法人依該條規定提起訴訟後，他公益法人不得再行提訴；亦有解釋為乃公益團體作為私人法益的守護者、公益之代言人，故權利歸屬於公益團體(團體之固有權)。而師認為避免流弊，避免企業者豢養公益法人，採團體固有權說，在現行法上似較妥當。

## 二、消保法§53

- (一) 消保法§53 亦仿自德國法之規定。
- (二) 與§44-3 所討論者相同，於消保法§53，其訴權性質亦有如上所述之爭議，而邱聯恭老師認為於符合消保法§53 之情形始得為§44-3 的訴訟擔當。就此，楊師則認，§44-3 乃一般之程序規定，若有其他特別規定者，則應適用該特別規定（例如：消保§53 極為特別之程序規定），若無其他特別規定，則回歸§44-3。於此消保團體所擔當者乃所有消費者集合體之權利，縱認§44-3 為訴訟擔當之型態，亦不應因此而認為消保團體所擔當者為個別消費者之實體權利<sup>67</sup>。

---

上開規定具有實體法意義，於此之不作為請求權之權利主體即為特定之法定團體，其所保護之利益乃一般之消費者利益(非個別消費者消費者之權利或利益)，而該團體基於權利主體之地位亦具有訴訟遂行權限。至於個別之消費者就此不作為請求權並非權利主體，亦無訴訟權限。詳見，沈冠伶，多數紛爭當事人之權利救濟程序—從選定當事人制度到團體訴訟，台灣本土法學第 51 期，177~178 頁。

<sup>65</sup> 本條所規定公益法人之訴訟權，並非如同於選定當事人之情事基於訴訟信託而發生，其訴訟權係因法律所賦與之自有訴訟權。故，本條規定之公益社團法人或財團法人，其當事人之性質並非選定當事人之性質，宜有區別。詳見，陳榮宗，民事訴訟法（上），217 頁。

<sup>66</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，1997 年，169 頁以下。

<sup>67</sup> 團體訴訟所保護之法益：實體法上不作為請求權之歸屬主體為個人，但在多數個人之同類權利受同一行為所侵害或有侵害之於，且受影響之個人可能普遍存在於全國各地或某一區域，具有擴散性而無法一一特定時，為能有效保護多數同類之權利，傳統民事訴訟法上僅著眼於個人

### 三、相關問題

若認§44 之 3 並非實體法之請求權依據，而僅係規範訴訟擔當者，涉及之問題主要在於，A公益法人所為之訴訟繫屬中，B公益法人得否復為起訴，是否違反§253 重複起訴禁止原則？又A公益法人若敗訴，B公益法人是否仍得再為同一不作為請求之起訴<sup>68</sup>？

### 四、公益社團法人財團法人提起不作為訴訟許可及監督辦法

行政院與司法院基於民事訴訟法§44-3 第二項規定，訂定【公益社團法人財團法人提起不作為訴訟許可及監督辦法】，其中就公益社團、財團之要件皆有所規定<sup>69</sup>。第四條亦規定主管機關之不允許事由，與德國法規定近似。訴訟信託

### 參、訴訟信託之意義

所謂信託行為，乃指基於特定之目的讓與所有權，於該目的消滅後，始請求返還所有權之情形。故訴訟信託即實體法上權利人將其實體法上權利讓與第三人，令其就該權利義務關係進行訴訟之情形。此時就訴訟標的之權利義務關係而言，實體法上權利人與訴訟法上當事人皆為該受託人，並無訴訟擔當之型態存在（訴訟擔當係發生於實體法上權利人與訴訟法上當事人不同之情形）。

---

權利保護之程序制度已不足以因應，遂有必要承認「集團利益」及「集團權利」之概念，並設計相應之程序制度。換言之，相對於選定當事人制度仍以個人權利之救濟為出發點，惟為保障當事人之程序利益，則僅可能使程序之進行經濟、效率化，而將個別之權利合併於同一程序上予以主張；承認團體訴訟之主要目的則不在於個人權利之救濟，而毋寧是著眼於多數人之共同利益，亦即，公益或集團性利益之保護。集團利益之歸屬主體既非公益團體本身，亦非集團中之個人，而是同類利益之歸屬者全體，為一集合體。詳見，沈冠伶，多數紛爭當事人之權利救濟程序—從選定當事人制度到團體訴訟，台灣本土法學第 51 期，180 頁。

<sup>68</sup> 關於此問題，會因訴權性質的定性不同，而有不同結論。在我國文獻上，關於消保法§53 及民訴§44-3 之團體不作為訴訟的訴權性質，第一種見解認為：團體之所以以自己名義起訴，係基於團體之固有獨立權利（該權利乃法律基於公益特別賦予），此包括實體上之請求權及訴訟上之提訴權利，且不同團體係個別有其權利，因此，某一團體雖已提起不作為請求，但其他團體之另訴，並不違背民訴§253 重複起訴禁止之規定。在判決之效力上，於團體勝訴之情形，得依德國法上之處理方式，於定型化契約條款之禁止或撤回事件，其他消費者可引該勝訴判決為依據，當事人應受拘束，而於團體敗訴之情形，其他消費者非訴訟當事人而未受程序保障，自不受前判決效力所拘束。此外，在產品瑕疵或公害事件之不作為之訴，由於涉及執行之問題，即使在團體之前訴訟為勝訴之情形，宜承認其他團體或被害人得另行提起不作為之訴。第二種見解則認為：以消保團體不作為訴訟為例說明，消保團體係居於法定訴訟擔當者之地位，為保護消費者集團之利益而起訴，此集團利益係包括實體利益及程序利益在內，其歸屬主體乃包含一切消保團體及消費者在內之消費者集團，而非僅以消保團體為其歸屬主體。因此，如某一消保團體就同一違法行為已起訴（前訴），於前訴係屬中，另一消保團體就該違法行為又再提起後訴訟，則後訴訟將受重複起訴之抗辯（§253），如前訴已經判決確定，除前訴原告受敗訴判決，且提起後訴之團體在前訴中未受到應有之程序保障外，將受既判力之抗辯（§401）。詳見，沈冠伶，多數紛爭當事人之權利救濟程序—從選定當事人制度到團體訴訟，台灣本土法學第 51 期，178~179 頁。

<sup>69</sup> 公益社團法人財團法人提起不作為訴訟許可及監督辦法第二條：社團法人或財團法人以公益為目的，許可設立三年以上，合於下列要件者，目的事業主管機關得許可其向法院提起不作為訴訟：一.社團法人之社員人數五百人以上或財團法人登記總額財產新台幣一千萬元以上。二.提起不作為訴訟與章程所定目的範圍相輔，並經董事會決議通過者。三.主張加害行為侵害多數人利益達二十人以上者。

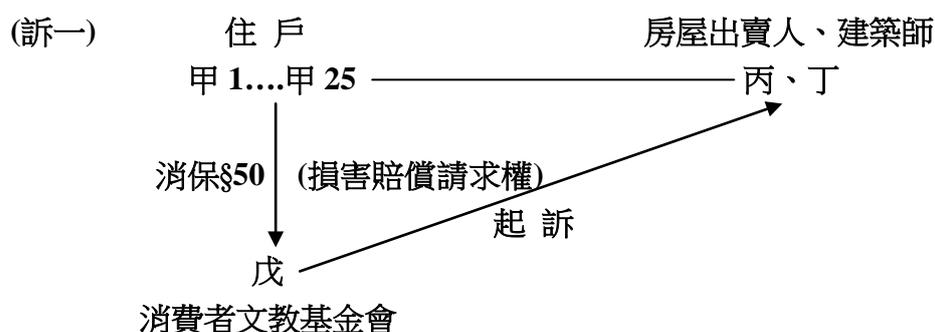
## 肆、特別案例解析

### 90 年度律師高考

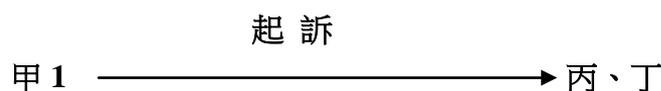
A 棟大樓於民國八十八年九二一地震中震毀。

(一) 如 A 棟大樓之全體所有人甲 1—甲 25 共二十五人，依消費者保護法第五十條規定，將其對房屋出賣人乙及建築師丙之損害賠償請求權讓與丁文教基金會，丁乃以乙及丙為被告，起訴請求乙、丙連帶賠償損害。其後，甲 1 又基於其房屋震毀之原因事實，以乙及丙為被告，起訴請求乙、丙連帶賠償損害。試問：甲 1 是否為適格之當事人？法院應為如何之判決？

(二) 如 A 棟大樓之全體所有人甲 1—甲 25 共二十五人共同起訴，以乙及丙為共同被告，請求乙及丙連帶賠償原告所受損害。訴訟繫屬後，全體共同被告選定甲 1 為當事人。隨後，原告甲 2 於訴訟繫屬中死亡，其繼承人戊向法院聲明承受訴訟。試問：甲 2 之死亡是否影響甲 1 被選定人之資格？戊得否承受訴訟？



(訴二)



### 一、答題重點

此案例中，實體法上當事人(住戶甲 1...甲 25)依消保法§50 讓與損害賠償請求權予消費者文教基金會戊，由戊作為訴訟法上之原告對丙、丁起訴。於戊起訴後，甲 1 復以丙、丁為被告起訴為同一損害賠償之請求。答題時應考量者為：

- (一) 當事人適格係以形式判斷抑或實質判斷？
- (二) 是否為訴訟擔當？訴訟擔當之情形如何判斷當事人適格？
- (三) 前後二訴是否為同一事件？

### 二、當事人適格應依原告之主張形式判斷（形式之當事人概念）

- (一) 消保法§50 規定：『消費者保護團體對於同一之原因事件，致使眾多消費者受害時，得受讓二十人以上消費者損害賠償請求權後，以自己之名義，

提起訴訟。消費者得於言詞辯論絡結前，終止讓與損害賠償請求權，並通知法院。』此立法模式與破產法§75 並不相同，蓋依此規定既非讓與處分權，亦非讓與訴訟實施權限，而係讓與損害賠償請求權，故甲 1 根本已非實體法上之當事人。

1. 訴訟擔當應係實體法上當事人與訴訟法上當事人不同之情形，惟本案例中實體法與訴訟法之當事人皆為消基會，故並無訴訟擔當之情形存在。
2. 讓與損害賠償請求權令其起訴之行為乃『訴訟信託』，即消基會僅係暫時地取得該權利而為實體法上之權利人並進行訴訟，而非終局地取得該權利，故當信託目的消滅後，甲 1 仍係終局之實體法上權利人。

## (二) 通說見解認此為訴訟擔當之情形，故後訴訟中甲 1 並非適格之當事人

部份學者見解認此為訴訟擔當之情形，甲 1 既已於前訴訟授與消基會訴訟實施權限，故後訴訟甲 1 無訴訟實施權限，並非適格之當事人。惟楊老師認為，此一見解混淆訴訟實施權限與當事人確定之概念區分。蓋目前一般學說見解皆認僅須形式判斷當事人適格，卻又於訴訟擔當之情形，認僅具訴訟實施權限之訴訟擔當人始為適格之當事人。事實上，當事人適格與訴訟擔當乃不同層次之問題，不應混為一談(陳榮宗老師亦持相似見解)。前者包括當事人確定之部分，就此應形式判斷，但就其他訴訟要件，如訴訟實施權等，法院應職權調查。

故此案例中，若依上述見解，前訴之當事人乃消基會戊，後訴之當事人乃甲 1，二訴當事人並不相同，並非同一事件。惟因甲 1 並無訴訟實施權限，是故法院應以訴不合法駁回之。但楊淑文老師認為，此處乃當事人確定之問題，既甲主張自身為實體法上權利人，形式上判斷即可。而僅是法院實質審理後，應受敗訴之判決<sup>70</sup>。

## (三) 消保法§50 採『訴訟信託』之立法模式，易生爭議

由上可知，消保法§50 之立法模式易生爭議。其實僅須採『訴訟擔當』之方式，由實體法上當事人讓與訴訟實施權限予消基會即可達其目的，而非採『訴訟信託』之方式，除了訴訟實施權限，連同實體法上請求權亦一併讓與。

<sup>70</sup>在 249 條第一項第六款與第七款的適用上，訴訟實施權的有無應優先審查，蓋訴訟實施權之有無，乃關係當事人得否作為訴訟上原被告之資格，而具備後始有同一事件之問題。故訴訟實施權應優先審查。

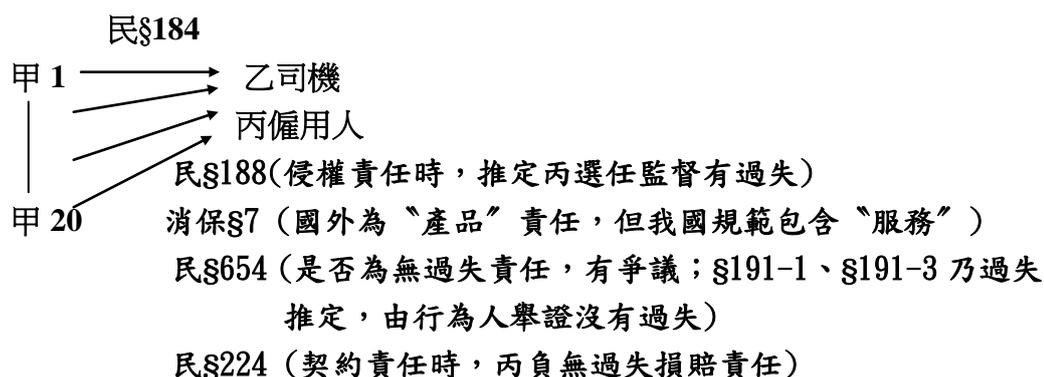
## 第三節 共同訴訟

### 第一款 共同訴訟概說

#### 壹、共同訴訟之定義與目的

原告或被告有二人以上，於同一訴訟程序為訴訟行為，謂之共同訴訟。符合民事訴訟法§53 所列各款事由者，即可由二人以上為當事人共同起訴或被訴。採行共同訴訟之目的有二：第一，訴訟經濟，如基於同一事實起訴者，彼此間之證據得相互援用以認定事實，避免重複調查事實所花費不必要之勞費；第二，避免裁判矛盾，如多數人間法律關係相互牽連之情形，將該多數人同列為原被告，於同一訴訟程序由同一法官進行審理，較能避免相互間裁判之矛盾。

#### 【案例 1】



法律上有無合一確定之必要，應視實體法上請求權基礎而定，甲 1 至甲 20 得依§41 選定其中一人或數人為原告，亦得行共同訴訟。

於此案例，因訴訟標的分別為甲 1 至甲 20 各自獨立之損害賠償請求權，故法律上不要求同勝同敗合一確定；惟基於經驗法則與證據共通原則，當事人彼此間同一之原因事實，法院原則上不得為相異之認定。

#### 貳、採行共同訴訟之主觀要件 (§53)

##### 一、§53 第一款“通常”係固有必要共同訴訟之類型

§53 第一款規定：「為訴訟標的之權利或義務，為其所共同者。」即訴訟標的之法律關係於多數當事人間乃共有之情形，諸如分別共有、公同共有、合夥抑或撤銷詐害債權，皆屬§53 第一款之類型。而因法律關係之共有，一般

情形下，§53 第一款所規定者“通常”係固有必要共同訴訟之類型<sup>1</sup>。

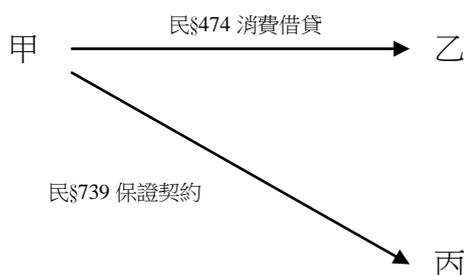
二、§53 第二款規定：「為訴訟標的之權利或義務，本於同一之事實上及法律上原因者。」所謂基於同一事實上原因，例如因大樓結構不良，致於 921 地震時被震倒，而發生數住戶和建商間之損害賠償事件；或基於同一交通事故（如車禍）使多人受傷而對肇事者之損害賠償事件；抑或公害事件中，因同一污染源致多數人損害之損害賠償事件；或因產品不具合理期待之安全而致多數人損害，提起消費訴訟，皆屬本款所定之情形。至於同一法律上原因則例如，共同侵權行為人彼此間依民法§185、受雇人與僱用人依民法§188 及§184，或加害人與法定代理人依民法§187 所應負之連帶責任。本款多數係屬普通共同訴訟之類型，各共同訴訟人乃基於個別之法律關係而為訴訟當事人，彼此間並無裁判合一確定之必要，因此若其中部分共同訴訟人為捨棄或認諾時，即生一部勝訴一部敗訴之情形；惟因共同訴訟人乃基於同一事實及法律上原因起訴或被訴，故仍有證據共通原則之適用<sup>2</sup>。

#### 補充：連帶債務之概念演進

連帶債務之概念已日趨廣泛，自過往認連帶債務乃基於同一個法律上原因，轉變為認其係基於同一履行體，現今德國通說則認為，若數人間之債務乃同一階層（一債務人之清償將使其他債務人之債務回歸於消滅），即為連帶債務。<sup>3</sup>

#### 【案例 1】

案例事實：債權人甲請求主債務人乙及連帶保證人丙履行主債務及保證債務，而以乙、丙為共同被告



<sup>1</sup>然而於確認訴訟之共同訴訟，實務見解因確認利益之考量，有不同之見解，詳後述。

<sup>2</sup> 因僅有一客觀事實存在，故法院於依憑證據認定事實時，不得由同一證據於不同的當事人間對該事實作不同之認定，否則有違自由心證原則。因此普通共同訴訟雖依民事訴訟法§55，各共同訴訟人間之訴訟行為互不影響，惟法院仍得援用他造或其他共同訴訟人所提出之證據對事實作認定，此即證據共通原則。關於證據共通原則，請參照楊建華，問題研析民事訴訟法（四），280 頁以下。

<sup>3</sup> 詳細內容請參閱：楊淑文，論連帶保證與連帶債務，台灣本土法學雜誌 25 期（2001/08），14 頁以下。

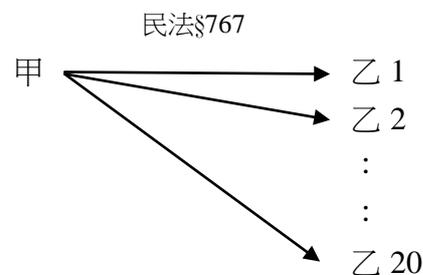
在【**案例 1**】中，甲對乙係基於消費借貸之法律關係為請求，而甲對丙則是基於保證契約為請求。而因保證契約具有（單面）從屬性，故保證契約之存在與否，係以主債務之存在與否而定，兩者間基於同一消費事實所生，應認為具有同一事實上原因。

### 三、§53 第三款之規定係基於訴訟經濟原則而來

§53 第三款規定：「為訴訟標的之權利或義務，係同種類，而本於事實上及法律上同種類之原因者。」於此更廣泛地承認得為共同訴訟之類型，目的純粹在於訴訟經濟之追求。所謂事實上同種類原因，例如同一大樓之數承租戶和同一出租人基於個別租賃契約請求修繕租賃物而提起之訴訟之情形是。於此因數承租人係基於不同之租賃契約而為請求，故證據共通原則之適用，及證據資料相互援用之機會較少，訴訟經濟之效果較小。至於法律上同種類原因之類型如下：

#### 【**案例 2**】

**案例事實：**土地所有人甲請求無權占有人乙 1、乙 2……乙 20 返還土地，而以乙一至乙 20 等為共同被告

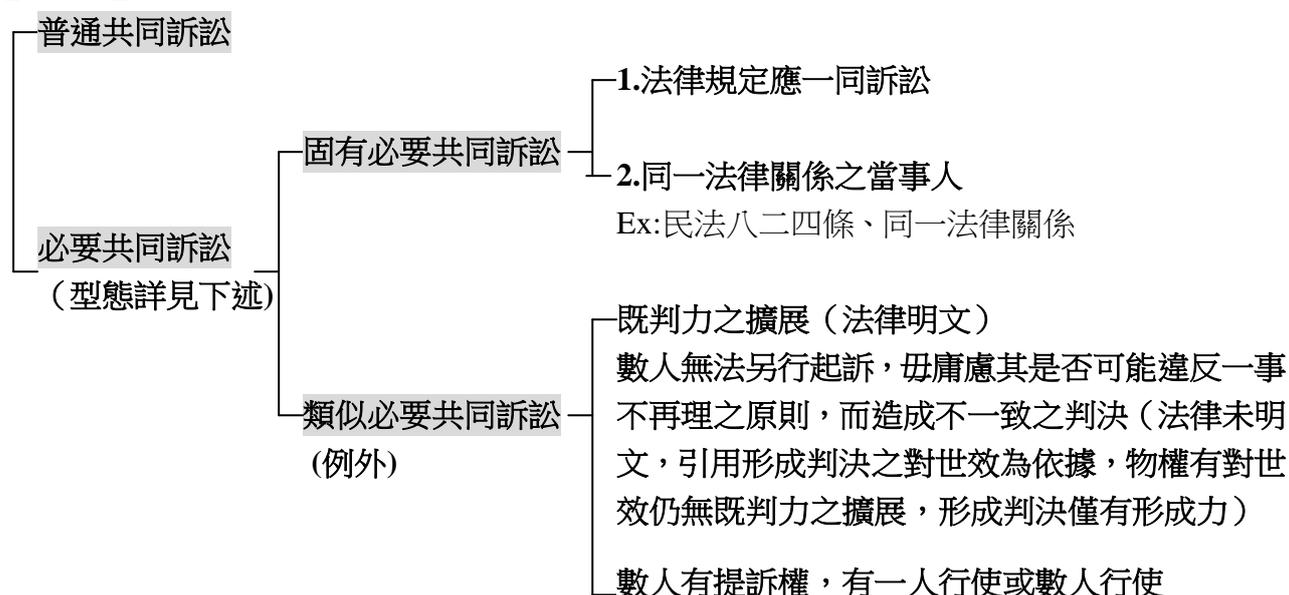


本例中甲基於不同之無權占有事實依民法§767 向乙 1 至乙 20 起訴，雖乙 1 及乙 20 等皆為無權占有人，但彼此間並無關聯，僅是為求訴訟之經濟便利，而賦予甲得於同種類之請求權，一同向乙 1 至乙 20 起訴之。

又因本款僅係基於訴訟經濟原則而生，故考量被告應訴之方便，本款但書規定，須被告居住於同一法院管轄區內，或具有§4 至§19 規定有共同管轄法院者，始得適用§53 第三款規定為共同訴訟，且排除§20 之適用（共同訴訟之被告數人，其住所不在同一法院管轄區域內者，各住所地法院皆有管轄權）。例如同一預售屋之建商欲以全體買受人為被告起訴，則須全體買受人住所地相同，或全體買受人間有§4 至§19 相同之特別審判籍，該建商始得依§53 第三款提起訴訟。

## 第二款 普通共同訴訟與必要共同訴訟

【圖表 1】



一、普通共同訴訟人間之關係規範於§55；必要共同訴訟人間之關係則規範於§56 共同訴訟依訴訟標的就共同訴訟人而言是否有法律上合一確定之必要，區分為普通共同訴訟及必要共同訴訟，且共同訴訟人間之關係分別適用§55 或§56 之規定，而有不同之法律效果。在共同訴訟人間不需裁判合一確定者，為普通共同訴訟，因多數共同訴訟人間，僅具外部牽連性，各共同訴訟人之訴訟皆可個別運作，僅因訴訟經濟原則而為合併，因此各共同訴訟人間之行為互不影響，故依§55：「一人之行為或他造對於其中一人之行為及關於其一人所生之事項……其利害不及於他共同訴訟人。」

至於共同訴訟人間權利義務共同而有裁判合一確定之必要者，則為必要共同訴訟，為避免各共同訴訟人之裁判矛盾，故適用§56，以擔保裁判結果統一。因此共同訴訟首應區分究竟係(1)普通共同訴訟抑或(2)必要共同訴訟。而於必要共同訴訟中，誘因全體共同訴訟人是否應一同起訴被訴，更有(2a)固有必要共同訴訟與(2b)類似必要共同訴訟之區分。

### 二、固有必要共同訴訟和類似必要共同訴訟的之判斷標準

1. 固有必要共同訴訟之要件為：
  - (1) 對數人所為之裁判應為一致，因此裁判之結果必然同勝同敗。
  - (2) 數人必須全體同為原告或被告，否則即欠缺訴訟要件。
2. 類似必要共同訴訟的判斷標準則係：
  - (1) 判決結果有合一確定之必要、

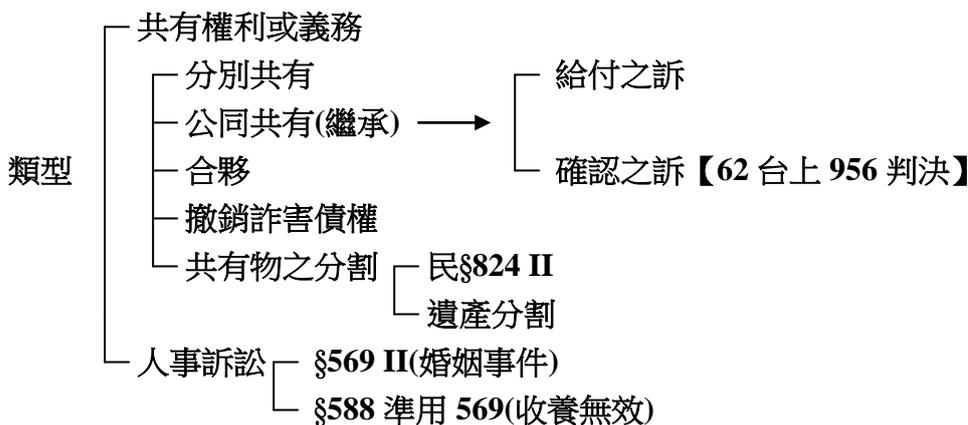
(2) 因對其中一人起訴或其中一人被訴，該訴訟判決效力亦將及於他人，故全體毋須一同起訴被訴，仍可合一確定。

### 三、判決效力及於他人之情形：(1)既判力擴展，(2)形成判決

判決效力之所以及於當事人以外之他人，原因可能係為既判力擴展及於他人，亦可能係形成判決之對世效力。而形成類似必要共同訴訟者，多數乃因形成判決之對世效力。由於形成判決係法院以其公法上之意思表示直接變動當事人間之法律關係，而當事人間之法律關係既經變動，自然亦使其他人的權利受影響而為判決效力所及。例如：撤銷股東會決議之訴，雖僅需股東一人起訴即為已足，惟該決議一旦因勝訴而經法院撤銷，則對其他股東而言，亦同樣不存在，此即形成判決之對世效力。

## 第三款 固有必要共同訴訟

【圖表 2】



### 壹、固有必要共同訴訟之意義

一、於固有必要共同訴訟之情形，數人一同起訴被訴乃訴訟合法要件。

### 二、固有必要共同訴訟和類似必要共同訴訟的之判斷標準

依傳統見解，兩者之要件分別為：

1. 固有必要共同訴訟之要件為：

(1) 如未一同起、被訴，無法達到同勝同敗。

(2) 數人必須全體同為原告或被告，否則即當事人不適格。

2. 類似必要共同訴訟的判斷標準則係：

(1) 判決結果有合一確定之必要、

(2) 因對其中一人起訴或其中一人被訴，該訴訟判決效力亦將及於他人，故全體毋須一同起訴被訴。

但楊淑文老師認為，事實上就後者以所謂是否須一同起訴被訴之要件進行類似必要共同訴訟與固有必要共同訴訟之區分，其論理上有所錯誤。蓋必要共同訴訟係指訴訟有法律上合一確定之必要，即若法院就該訴訟事件有為多數不同結果之判決，將會造成**法律適用之分歧性、一致性**，嚴重破壞司法體系之威信，故法院應在一次訴訟中為一致性的判決，而一次性的解決紛爭，為合一確定的判決，故其並非如同二八年上字九八七判例所述，侷限在「法律」有規定為限。而為達到法院判決之合一確定之，故要求當事人須一同起訴被訴，由同一法院進行審理，而為一致性的判決。故與其說全體同為原告或被告是固有必要共同訴訟之要件，不如將其視為為達成法律上合一確定必要所衍生之特徵，固有必要共同訴訟之定義僅有「法律上合一確定之必要」。而所謂類似必要共同訴訟，其本質亦是固有必要共同訴訟，僅是因訴訟法或實體法上既判力擴張之規定，使其不需當事人一同起訴被訴，亦可達成判決的一致性，故類似必要共同訴訟其要件應該是法律上合一確定必要之訴與既判力擴張之規定，而非當事人不需一同起訴被訴。實務從錯誤之定義出發，自然在案例中會造成錯誤之結論<sup>1</sup>。

三、於數人間權利義務共同之情形，若法院就該權利義務之裁判有所歧異，則無法徹底解決全體之紛爭，故為避免權利義務共同之人分別起訴被訴而導致裁判矛盾，該數人應同為當事人而統一由法院加以審判。因此於固有必要共同訴訟之情形，實體法上權利義務共同之人必須一同起訴被訴，德國法上認這乃訴訟合法要件，若不具備應以訴之不合法予以駁回。惟我國實務則認為，若未全體權利義務人一同起訴或被訴者，則欠缺權利保護要件，應以當事人不適格判決駁回<sup>2</sup>。

四、在固有必要共同訴訟中，若未列全體權利義務人為訴訟當事人，法院對其所為之本案判決，因具重大瑕疵，故為無效判決，不生一般判決之效力（既判力、執行力），當事人自得另行起訴，不違反一事不再理之原則；另依釋字135號，無效判決雖不具任何判決效力，惟仍有判決之形式存在，因此得以再審之方式除去該無效判決。

五、判決效力及於他人之情形：(1)既判力擴展，(2)形成判決

<sup>1</sup> 28台上2199號判例：：

「民事訴訟法第五十六條第一項所稱訴訟標的，對於共同訴訟之各人必須合一確定者，係指固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟而言。依法律之規定必須數人一同起訴或數人一同被訴，當事人之適格始無欠缺者，謂之固有必要共同訴訟。數人在法律上各有獨立實施訴訟之權能，而其中一人起訴或一人被訴時，所受之本案判決依法律之規定對於他人亦有效力者，如該他人為共同訴訟人，即為類似必要共同訴訟。」

<sup>2</sup>於「具體訴權說」下，訴權乃請求勝訴判決之權，區分為訴之合法要件與權利保護要件。一般而言訴之合法要件為民訴§249以下列舉各款事由，若不具備則訴不合法，法院應以裁定駁回。至於權利保護要件，係就訴訟標的本身判斷原告是否具有權利，若不具備則以訴之無理由判決駁回。詳參楊建華，當事人不適格或無保護之必要與訴權學說，問題研析民事訴訟法（二），第105頁以下，尤其係第106頁至第109頁之部分。

判決效力之所以及於當事人以外之他人，依傳統見解，原因可能係為既判力擴展及於他人，亦可能係形成判決之對世效力。而形成類似必要共同訴訟者，多數乃因形成判決之對世效力。由於形成判決係法院以其公法上之意思表示直接變動當事人間之法律關係，而當事人間之法律關係既經變動，自然亦使其他人的權利受影響而為判決效力所及。例如：撤銷股東會決議之訴，雖僅需股東一人起訴即為已足，惟該決議一旦因勝訴而經法院撤銷，則對其他股東而言，亦同樣不存在，此即形成判決之對世效力。

不過楊淑文老師認為事實上形成判決對世效的概念，是否代表著既判力的對世性，在此仍是有所疑義存在。蓋形成判決對世效的概念係來自形成判決之形成力概念，即以法院的判決方式變動既存法律關係，繼而使該法律關係之利害關係人受到影響，但並未涉及「判決效力」之擴張，否則自民事訴訟法§582 條觀察，若形成判決對世效的概念係指既判力的對第三人，則離婚判決又何必於此重複的設有既判力擴張之規定，故事實上形成判決對世效並非判決效力及於他人之情形，而應僅有既判力擴張之規定，才可能使判決效力及於他人。而同樣以形成判決對世效作為解釋其之所以為類似必要共同訴訟之公司法§189 撤銷股東會決議之訴，其實質理由也並非形成判決對世效，而係因「既判力擴張」之規定，僅是我國法於繼受外國法時未一併對此有所規定，故於此始產生疑義，而於此似乎得以類推民事訴訟法§582 條之方式作為解決。

## 貳、案例類型

### 一、撤銷詐害債權之訴

在民§244 撤銷詐害債權之訴中，因所撤銷之法律關係，乃存在於債務人及其相對人之間，故應以債務人及其相對人為共同被告<sup>3</sup>。

由此可見於形成之訴中，通常都係由法律賦予當事人形成權使其得為起訴之固有必要共同訴訟，故判決結果所形成之法律狀態，對於數人而言，皆須一致。

而對合夥人起訴時，亦應列名全體合夥人為共同被告。惟若單純地以合夥之商號名義為原、被告，因此時其地位乃「非法人團體，故毋庸將全體合夥人列名為原告、被告，此於§40 第三項非法人團體之部分亦曾提及（四川餐廳案例）。

### 二、分割共有物之訴

（一）共有之法律關係乃典型的固有必要共同訴訟類型。共有物分割依民法§824 第二項，必須共有人協議分割不成，始得請求裁判分割。若共有人間有分

3 最高法院 28 年上字 978 號判例：債權人依民法第二百四十四條第二項行使其撤銷權，如僅請求撤銷債務人之行為，則應以行為當事人為被告，即其行為為單獨行為時，應以債務人為被告，其行為為雙方行為時，應以債務人及其相對人為被告，故其行為當事人有數人時，必須一同被訴，否則應認其當事人之適格有欠缺。

割協議存在，但部分共有人不履行分割協議，其他共有人不得直接提起分割共有物之訴，而應提起給付之訴請求共有人履行分割協議。

## (二) 裁判分割共有物之訴為形式形成之訴

民法§824 第二項共有物分割之訴，於法院為分割分配判決確定時，將由分別共有轉變為單獨所有之法律狀態，就此而言，應為形成之訴無疑。又裁判分割共有物與其他形成之訴仍有所不同，一般形成之訴，係實體法上形成權而應以訴行使者<sup>4</sup>，此種形成之訴，於實體法上定有明確之構成要件及法律效果，法院於審核符合構成要件後，應依實體法所定之法律效果為判決。惟裁判分割共有物之訴，於實體法中並未規定其法律效果，而將應如何分割委由法官之公平裁量，此種形成之訴即形式的形成之訴，其本質乃非訟事件，當事人對共有物是否有所有權並無爭執，故不具訟爭性、對立性，僅因該共有物究應如何分割，影響當事人之權益有甚大，故將其以訴訟方式處理（非訟事件訴訟化）之。

(三) 民法§824 第二項裁判分割共有物之訴係形成之訴，因法院之形成判決直接使共有關係轉變為單獨所有，故亦屬民法§759 所定「判決確定前已取得所有權」的情形，因此依同條規定須於登記後始得處分（登記處分要件）。然而，則民法§824 裁判分割共有物之訴得否以「和解」為之？就此應採否定之見解，蓋形成之訴其本質在於法院以公法上意思表示變動當事人間之權利義務狀態；和解則無論是私法上和解或訴訟上和解，本質上都係以雙方當事人之合意為基礎，因此無法取得與裁判分割共同物之判決同樣的形成效力（直接變動權利義務關係）。

(四) 民法§824 第二項乃形成之訴，於邱聯恭老師之口述講義中更認其本質上乃具非訟事件之性質，故法院審理分割共有物之訴為分配時，並不受當事人所主張之事項拘束（聲明不受拘束性）<sup>5</sup>，且應緩和辯論主義之適用。而因法院之分配方案不受當事人聲明所拘束，故縱未依當事人主張之方式為判決，並無§388 法院就當事人未聲明之事項為判決（訴外裁判）之情事產生。惟若法院未依當事人所主張之方式為分割者，則該判決究為勝訴抑或敗訴？此牽涉當事人得否上訴之問題。原則上僅須符合法定分割之要件，法院即應為分割，不得為當事人敗訴之判決。而當事人若對法院分配之方式不滿意者，則應許其提起上訴，亦即判決結果是否對於當事人不利，並非取決於法院是否允許分割，而應取決於當事人對分割之結果是否滿意（採

<sup>4</sup> 形成權一般多係以意思表示行使之，而於為意思表示後即發生變動法律關係之效果；惟有些形成權法律規定須以訴行使，如民法§244 撤銷詐害債權之訴，此係因此種形成權行使影響層面較大，因此法律規定應由法院認定審核後始發生變動法律關係之效果。

<sup>5</sup> 參閱邱聯恭，口授講義（二）1999 年版，314 頁以下。

取上訴利益實質不服說)<sup>6</sup>。

(五)由同意分割之共有人全體一同起訴，並以反對分割之其他共有人為共同被告，始為當事人適格。

1. 【30年上字第135號判例】

公同共有物之分割，惟對公同共有人全體之關係始得為之，故提起請求分割之訴，應以其他公同共有人之全體為被告。本件上訴人某氏之夫原有同父兄弟四人，該上訴人與其子媳在第一審為原告請求分割其故翁遺產，僅對其夫弟即被上訴人一人為之，而不以其他公同共有人之全體為被告，揆諸上開說明，殊於被告之適格有所欠缺。

2. 【37年上字第7366號判例】

(一)請求分割公同共有物之訴，為固有之必要共同訴訟，應由同意分割之公同共有人全體一同起訴，並以反對分割之其他公同共有人全體為共同被告，於當事人適格始無欠缺。(二)被上訴人起訴以上訴人某子某丑為被告，請求分割公同共有物，其訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定，共同被告某子對於第一審判決雖未提起上訴，但依民事訴訟法第五十六條第一項第一款之規定，上訴人某丑提起第二審上訴，係有利於共同訴訟人之行為，其效力及於全體，原審於判決書內竟未併列某子為上訴人，自嫌疏誤。由實務見解(37年上字第7366號判例)可知，上訴效力依第五十六條第一項第一款及於為主張之人，自毋需要適用本法§56-1之規定，將未追加為原告之人，視為已一同起訴。

(六)考題常見：形成之訴得否以訴訟上和解之方式為之？

形成之訴得否以訴訟上和解之方式為之？亦即訴訟上和解是否具有形成判決之效力？另外民§759、§758與裁判分割共有物間之關係亦甚為重要，亦即分割裁判確定後即可處分，抑或仍須再經登記？此於民法物權編之考題中亦屬常見。

### 三、遺產分割之訴

(一)分割遺產之訴為形成之訴，判決確定後立即發生所有權變動之效力，在登記前即已取得所分得之部分。至於民法§759因法院之判決，於登記前已取得所有權，所謂之「判決」，乃形成判決，而非給付判決。

**【案例1】：遺產分割之訴—形成之訴**

甲乙丙為共同繼承人，共同繼承位於台北之土地一筆。甲以乙丙為共同被

<sup>6</sup> 所謂形式不服說，係指法院之判決若與當事人之聲明有所差距者，當事人對之即有上訴利益。而實質不服說則係認為，上訴利益有無之判斷，以上訴後有無可能獲得更有利之判決為斷。詳參楊建華，問題研析民事訴訟法(二)，第二審上訴利益，226頁以下。駱永家，民事法研究(三)，第二審程序泛論，212頁以下。

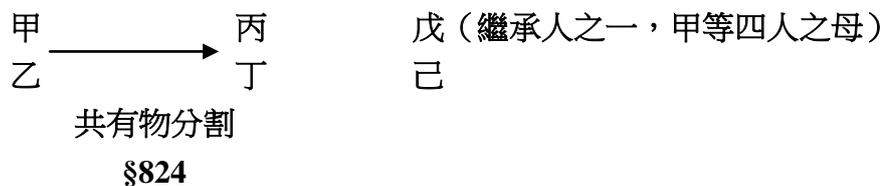
告請求分割遺產，後法院下分割判決，甲取得土地之 A 部分，乙取得 B 部分，丙取得 C 部分。因法院所為之判決為形成判決，有直接變動當事人法律關係（共有變為單獨所有）之效力，因此於登記前，甲乙丙已取得所分得部分之所有權。

### 【案例 2】：履行遺產債務—給付之訴

甲出賣一土地與乙，於移轉登記與乙之前，甲死亡，後土地由甲之子丙丁共同繼承。因丙丁亦共同繼承甲對乙之債務（§348），因此乙應以丙丁為共同被告請求履行買賣契約之移轉所有權義務，協同辦理登記。此訴訟之性質為給付之訴（請求相對人為一定行為），因此判決確定後所有權並不當然移轉，必須依強制執行法§130，持確定判決單獨向地政機關登記，於登記後始取得所有權<sup>7</sup>。

(二) 固有必要共同訴訟未以全體共有人為當事人而為本案判決者，該判決乃無效判決，惟由於具有判決之外觀形式，原則上應以上訴、再審廢棄之，且當事人得對之更行起訴。

### 【案例 3】



**案例事實一：**若共有人中之一人不願為原告或被告，或未進入訴訟成為原告被告（如案例中之戊因不願偏袒任何一方而無意加入訴訟）。

**案例事實二：**裁判分割後，己自稱有受被繼承人撫育之事實，亦為適格之繼承人，並主張分割遺產。

遺產依民法§1151 規定，於共同繼承之情況下，為繼承人全體共同共有。因此關於遺產之權利，為全體繼承人所共同，於提起訴訟時應以全體繼承人為當事人，為固有必要共同訴訟。因此在分割遺產之訴時，必須以全體繼承人為當事人（無論起訴時是否知悉該繼承人之存在），當事人適格始無欠缺。

<sup>7</sup> 命債務人為一定之意思表示之確定判決或其他與確定判決有同一效力之執行名義成立者，視為自其確定或成立時，債務人已為意思表示。例如：買賣房屋時，出賣人必須為一個讓與合意（書面）並於登記後才移轉所有權。若出賣人拒不履行時，買受人於給付之訴中請求其為讓與合意之意思表示。因事實上無法強押出賣人到地政機關為讓與合意之意思表示登記，因此此類給付判決的執行方式，即以判決本身視為當事人的意思表示，使買受人持判決書正本當作出賣人之書面，直接至地政機關登記。

於【**案例 3**】中，甲乙丙丁提起遺產分割之訴，由於遺產分割之訴為固有必要共同訴訟，全體繼承人應一同起訴被訴，故應依§255 或§56-1 追加戊為被告。

至於判決確定後始發現被繼承人另有一名非婚生子女已出面主張繼承權被侵害，並請求遺產之分割，此時因訴訟已完畢，即無法適用§255 或§56-1。

本案戊、己中任一人若未同為當事人，楊師認為應屬§249 I 第六款之情形，法院應以訴不合法裁定駁回；法院若仍逕為本案判決，則該確定判決即有瑕疵存在。若發現該瑕疵仍在上訴期間內，則得提起上訴以為救濟；縱該裁判已為確定，亦屬無效判決，不發生任何判決確定之效力<sup>8</sup>。雖該有瑕疵之確定判決外觀上具判決之形式而得以再審之訴予以廢棄，但因不發生任何確定判決之效力，因此已另行起訴並不違反一事不再理原則。實務亦同此見解。

(三) 因當事人不適格具有瑕疵之無效判決，不得持之向地政機關申請登記，應另行起訴獲得有效之判決後，始得持之向地政機關申請登記。

【67 台抗 480 裁定】<sup>9</sup>認為：固有必要共同訴訟未以全體實體法上當事人作為訴訟上當事人而起訴並進而判決確定，此時對於參與訴訟之全體訴訟人均不發生任何效力。但在上述情形中甲乙丙其中一人持該（無效）確定判決向地政機關請求登記時，地政機關應如何處理？對此，實務曾有爭議如下：

1. 【司法院(72)密台廳一字 01147 號函】<sup>10</sup>認應命其補正，亦即應另行起訴以獲致合乎規定且全體繼承人皆為當事人之判決，始得持之向地政機關為登記。
2. 【司法院(80)密台廳一字 02360 號函】<sup>11</sup>則認地政機關得允許其辦理。
3. 【司法院(82)密台廳民一字 20429 號函】<sup>12</sup>則認應由各地政機關本於職

<sup>8</sup> 此時須法院所為者乃「本案」判決，始為有瑕疵之無效判決。

<sup>9</sup> 訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，必須一同起訴或一同被訴，其當事人之適格，始能謂無欠缺。如未以該共同訴訟人之全體一同起訴或被訴，而法院誤為適格之當事人，對之就訴訟標的為實體之裁判，該裁判縱經確定，對於應參與訴訟之共同訴訟人全體均無若何效力可言。

<sup>10</sup> 72 年度秘台廳(一)字第 1147 號（節錄）

訴請辦理繼承登記及分割共有物之訴，均屬固有必要共同訴訟，必須全體繼承人及共有人一同起訴或被訴，當事人之適格始無欠缺。……如確有將有繼承權者漏未起訴或被訴，縱經法院判決確定，對於應參與訴訟之共同訴訟人全體亦無若何效力，地政機關自得依法通知補正，逾期未補正，自得依土地登記規則第四十九條之規定予以駁回。

<sup>11</sup> 80 年度秘台廳一字第 2360 號（節錄）

按最高法院六十七年台抗字第四八〇號判例謂訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，如未以該共同訴訟人之全體一同起訴或被訴，而法院誤為適格之當事人，對之就訴訟標的為實體之裁判，裁判縱經確定，對於應參與訴訟之共同訴訟人全體均若何效力可言，係指該裁判對適格之當事人，並無既判力，即嗣後適格之原告或被告更行一同起訴或被訴，因當事人及聲明已有不同，非同同一事件，法院仍應為實體上之裁判，非謂該裁判當然無效。……惟於再行起訴取得確定判決前，因原確定判決並非當然無效，且事實上地政機關又非不得依該判決內容辦理登記，則當事人持原確定判決申請辦理繼承登記及分割登記時，參酌土地登記規則第四十二條第三項規定之意旨，地政機關宜依判決主文辦理登記。



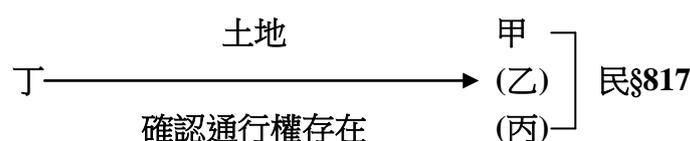
涉及共有土地之確認或給付之訴，較有爭議者乃民§821 共有物回復請求權與土地法§34-1 之部分。共有物之處分，依民§819 II 規定，原應經共有人全體之同意，惟土地法§34 之 1 設有特別規定，僅須應有部分超過 1/2，共有人過半數同意即可有效處分共有土地而不受民§819 II 之限制。依此，則買受人請求出賣人為移轉登記時，究應以出賣之共有人（題示之乙、丙）為被告即可，抑或應以共有人全體為被告？

此處應認以乙丙為被告即可，蓋依土地法§34-1 規定僅乙丙二人便可取得有效處分共有土地之權利，故毋庸將乙丙丁三人同列為被告。實務【司法院(82)密台廳民一字 13008 號函】亦同此見解，認為僅以出賣之共有人為被告即可，而不需要以全體之共有人為被告<sup>14</sup>。

## 六、全體當事人裁判合一確定和確認利益之關係

### 【案例 5】

案例事實：丁主張其於甲乙丙共有之土地上有通行權，遭甲否認，乙丙未有任何表示，丁如欲起訴確認在該土地上有通行權存在，應以何人為被告？

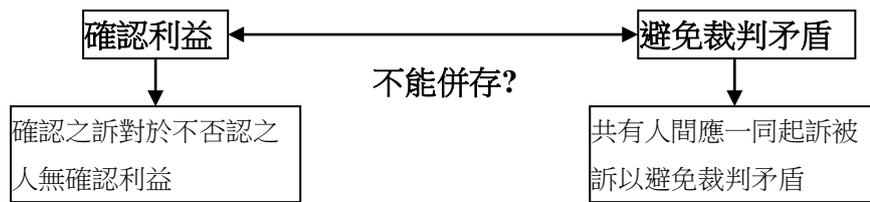


此處除牽涉共有法律關係外，亦涉及確認訴訟之確認利益。確認之訴依本法§247 規定：「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之…」至於所謂確認判決之法律上利益，一般而言係指有人否認、爭執法律上權利義務關係是否存在，致使法律上的權利義務關係處於不確定之狀態時，若此法律上之不確定狀態得以確認判決之方式除去者，此時提起確認之訴便具確認利益<sup>15</sup>。則題示情形是否應對於不否認之人(乙、丙)一併提起確認之訴，應予衡量者為：1.確認之訴之提起須有確認利益存在，因此應以否認權利之人為被告，若對未為否認之人提起確認之訴，則屬欠缺確認利益；2.共有人間對於共有物之權利義務乃全體共同，若對於共有物之紛爭未以全體共有人為當事人時，未列為當事人之共有人不受判決效力所及，將來仍可能另訴再為爭執，而有裁判矛盾之虞。

<sup>14</sup> 縱使不符合土地法§34-1 之規定，亦僅能以乙丙為被告，因甲所請求者為債權之請求權(§348)，基於債之相對性(§199)，必須以債務人為被告始有當事人適格，除丁和乙丙另有法律關係(例如：委託出賣)，得依民法 242 代位乙丙向丁起訴外，否則不得以非債務人為被告。

<sup>15</sup> 【判例字號】42\_台上\_1031

民事訴訟法第二百四十七條所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言，故確認法律關係成立或不成立之訴，苟具備前開要件，即得謂有即受確認判決之法律上利益，縱其所求確認者為他人間之法律關係，亦非不得提起。



就此，實務爭議如下：

**1.【75 台上 947 判決】**認此乃固有必要共同訴訟，不得有裁判矛盾之結果發生，故應以全體共有人（甲乙丙）為被告。即此一見解認為全體共有人間裁判之合一確定應較對無確認利益之人提起確認訴訟值得重視。

**2.【76 / 7 民庭決議】<sup>16</sup>**則以【62 台上 956 判決】為基礎，認僅須以否認之人為被告即可，不須以共有人全體為被告。意即其認確認利益較值得重視。

上述二種見解應以前者為是，蓋若依後者，則有產生裁判矛盾之可能性存在，亦即，未為否認之共有人因未被列為共同被告，因此不為判決效力所及，故其於將來可能以另訴爭執而不違反一事不再理原則，如此則有裁判矛盾之虞。**故為避免裁判矛盾，應使其一同起訴被訴較妥。**德國學說上認為僅須係固有必要共同訴訟，全體當事人即應一同起訴被訴，而毋庸區分給付之訴或確認之訴而異其結果。亦即應優先考量者乃裁判矛盾之避免，固有必要共同訴訟不應僅因其為確認之訴即認僅須以否認之人為被告。

小結：

確認利益為權利保護要件具備與否之問題，而應否一同起訴被訴為共同訴訟之問題，二者不能混為一談；故權利共同之人否認與否，並不影響是否應一同起訴被訴。

<sup>16</sup>會議次別：最高法院 76 年度第 7 次民事庭會議決議

會議日期：民國 76 年 04 月 14 日

資料來源：最高法院民刑事庭會議決議彙編（上冊）第 122、340、384、925 頁

相關法條：民法 第 787 條

民事訴訟法 第 53、249 條

提 案：民三庭提議：關於訴請確認就共有土地有通行權存在事件，其訴訟標的對於共有人全體是否必須合一確定，有無以共有人全體為被告之必要，本院有左列不同之見解：

討論意見：

甲說：上訴人主張其就被上訴人甲、乙、丙三人共有之土地有通行權，而提起確認其就該共有土地有通行權存在之訴，則其訴訟標的對於甲、乙、丙三人自屬必須合一確定（本院七十五年度台上字第九四七號判決），應以甲、乙、丙三人為共同被告。

乙說：請求確認就共有土地有通行權存在之訴，僅須以否認原告主張之共有人為被告，無以共有人全體為被告之必要（本院六十二年度台上字第九六五號判決），本院三十一年九月二十二日決議下段之見解「供役地或需役地為數人公同共有時，確認地役權存在與否之訴，應由數人一同起訴或一同被訴。惟公同共有人中之一人，如得公同共有人全體之同意，亦得單獨起訴」，應予變更。

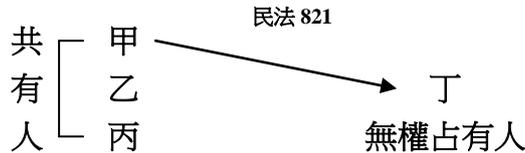
以上二說，應以何說為當，請公決

決 議：採乙說。



### 【案例 1】

案例事實：甲乙丙共有之土地一筆，為第三人丁無權占有中，若欲依民法§821 對丁行使民法§767 所有物返還請求權，僅以甲為原告即可，抑或應以甲乙丙為共同原告始為當事人適格？亦即依民法§821 所提起之訴訟，以確認所有權存否之訴為限，亦或包含民法§767 之訴<sup>17</sup>？



實務見解對民法§821 採較為擴張之解釋，認共有物回復之訴內容不僅指回復共有物予共有人全體，尚包含確認共有權是否存在及請求塗銷第三人妨害其所有權之登記<sup>18</sup>。

<sup>17</sup> 89 第一次司法官民訴考題第二題：甲、乙、丙共有之 A 地與丁之 B 地相鄰，因地界及所有權之爭執，甲、乙、丙乃共同對丁起訴，請求確認至某一特定界限之土地為其三人共有。一審法院認為丁曾就系爭土地訴請甲、乙二人拆屋還地，且獲勝訴判決確定，乃就甲、乙之起訴部分，以重行起訴為由，裁定駁回；就丙之起訴部分，則以實體理由，判決駁回。甲、乙不服，提起抗告；丙則為提起上訴。嗣後，二審法院就甲、乙抗告部分，發回原法院更審。

<sup>18</sup> 發文字號：司法院 (81) 廳民一字第 18571 號（僅節錄問題一）

發文日期：民國 81 年 11 月 01 日

座談機關：臺灣高等法院

資料來源：民事法律問題研究彙編 第 8 輯 387-394 頁

相關法條：民事訴訟法 第 56 條

法律問題：

甲、乙、丙共有之土地與丁之土地毗鄰，因地界及所有權爭執，三人乃共同對丁起訴，請求確認至一定界限之土地為彼等共有（依一定應有部分比例）。一審法院以丁前曾就該部分土地訴請甲乙二人拆屋交地，獲有勝訴確定判決，乃就甲乙重行起訴部分以違反一事不再理為由，以裁定駁回，就丙部分則同時另以實體理由，以判決駁回之。甲乙不服，提起抗告，丙部分則未上訴，嗣甲乙部分經二審法院發回原法院更審。

甲乙丙所提起之確認所有權存在之訴，是否係固有必要共同訴訟，抑或係類似必要共同訴訟或普通共同訴訟？（甲乙丙是否必須一同起訴）

甲說：固有必要共同訴訟說：

理由：民法第八百二十一條前段：「各共有人對於第三人，得就共有物之全部為本於所有權之請求。」係以所有權無疑問之存在為前提，如原告不能證明其所有權存在，法院無須就其請求之當否為審判，即可駁回其訴，而確認共有物所有權之訴，僅得謂「關於」所有權之訴，並非以所有權存在為前提，原告所本者並非已無疑問之所有權，究竟所有權是否屬原告，正為法院應調查審判之事項，非另有一個所有權，為此訴之請求基礎，故與「本於所有權之請求」有別，不在各共有人得單獨請求之列（姚瑞光：民法物權論，第三六頁、倪江表，民法物權論，第一二三頁；另史尚寬，物權法論第一四九頁引日本、德國學者見解採此說）。

乙說：類似必要共同訴訟說：

理由：民法第八百二十一條之範圍，應包括確認所有權存在或請求塗銷所有權登記之訴訟，蓋此均係本於所有權之請求（謝在全：民法物權論（上冊）第四〇六頁），又有認為民法第八百二十一條，限於給付之訴，並無法律根據（史尚寬前揭書引德國學者見解）。

（高等法院）審查意見：

確認共有土地所有權之訴訟，通說認屬固有必要共同訴訟，如認非固有必要共同訴訟，判決之效力是否及於其他共有人？解釋上無法和民事訴訟法第四百零一條第一項一致。

除此之外，題示情形如甲除本於共有人之地位主張回復所有物之占有外，同時基於侵權行為或不當得利請求損害賠償時，則就該損害賠償之訴而言，究係固有有必要共同訴訟抑或類似必要共同訴訟，同樣亦牽涉民§821 究否法律明文規定之「訴訟擔當」型態，詳見關於訴訟擔當之部分。

## 壹、類似必要共同訴訟之定義

### 一、類似必要共同訴訟之特徵——當事人適格之判斷

類似必要共同訴訟之實體法上權利人毋庸全體一同起訴被訴，惟若其中之一人起訴被訴時，該訴訟之判決效力將擴張至其他人；據此，該等數人一同起訴被訴時，仍有§56 之適用。類似必要共同訴訟之特徵在於：(1)裁判上有合一確定之必要；(2)數人毋須一同起訴被訴。因此，縱使數人未一同起訴應訴，亦非當事人適格之欠缺；相對於此，前述固有有必要共同訴訟中，若數人未一同起訴被訴者，依實務見解，即為當事人不適格之情形。事實上，實務此時已混淆當事人適格與否和固有有必要共同訴訟二者之概念；當事人適格與固有有必要共同訴訟乃二層次之問題，舉例言之，於甲乙丙丁四人為共有人之情形，今甲起訴時宣稱共有人僅三人，故僅以甲乙丙為原告時，若以形式之當事人概念來判斷當事人是否適格，其仍為當事人適格。惟實務於當事人適格與否之判斷上，除以形式當事人為判斷標準外，另亦將「訴訟實施權限之有無」視為當事人適格之要件，亦即若是當事人無訴訟實施權限亦將構成當事人不適格之情形。同時於固有有必要共同訴訟之案例中，實務復認若數人未一同起訴被訴者，亦係當事人不適格。就此而言，實務所謂當事人適格之概念乃甚為廣泛。

### 二、類似必要共同訴訟與固有有必要共同訴訟之主要區別

類似必要共同訴訟與固有有必要共同訴訟二者主要之區別在於，數人應否一同起訴、被訴。若數人應同起訴被訴，否則其當事人適格即有欠缺者，即為固有有必要共同訴訟。若數人毋庸一同起訴被訴，縱未一同起訴被訴，亦不生當事人適格欠缺之問題者，則為類似必要共同訴訟。

---

研討結果：

確認共有土地所有權存在之訴，對於甲、乙、丙三人必須合一確定，故屬固有有必要共同訴訟。

**司法院民事廳研究意見：**

依案例所列問題分三點逐一說明：

按固有有必要共同訴訟，係依法律之規定，須數人一同起訴或數人一同被訴，當事人之適格始無欠缺（民事訴訟法第五十六條及最高法院廿八年上字第二一九九號判例意旨參照）。又積極確認之訴，則祇須主張權利之存在者，對於否認其主張者提起，當事人即為適格（最高法院七十六年度第七次民事庭會議決議意旨參照）。本題甲、乙、丙三人請求確認至一定界限之土地為其共有之訴訟，涉及地界及所有權之爭執，依最高法院廿七年上字第一四五一號判例意旨，固屬確認不動產所有權之訴，應對全體共有人合一確定，惟起訴之原告，如上所述，並不以全體共有人為必要。

問題（一）部分研討意見，自以乙說採類似必要共同訴訟為當。

## 貳、案例類型

### 一、撤銷總會（股東會）決議之訴→形成之訴

#### 【案例 2】

甲公司 ← 乙 1  
(決議)      乙 2  
                 乙 3

#### (一) 民§56 撤銷總會決議與公司§189 撤銷股東會決議為典型之類似必要共同訴訟類型

案例中乙 1 乙 2 乙 3 均對該決議表達異議，若僅以乙 1 為被告起訴撤銷股東會決議，並經法院認該股東會決議違法而為撤銷時，如前所述，因法院形成判決之對世效力，未為訴訟上當事人之乙 1 乙 2 乙 3，亦同受該判決之效力所及。此於德國法上乃明文規範之既判力擴展之情形。

又我國雖未如德國有既判力擴展的規範，而使題示情形乙 2 乙 3 理論上似仍可再行起訴，惟因其受形成判決之對世效力所及，實務上將認其所提起之後訴訟無訴之利益。

據此，則若乙 1、乙 2 與乙 3 同時起訴撤銷該決議，即為類似必要共同訴訟之型態。

#### (二) 必須出席總會社員並對決議當場表示異議者始得為之

再者，欲依公司§189 提起撤銷股東會決議之訴者，實務認其仍應受民§56 之限制<sup>19</sup>，亦即以有出席股東會並當場表示異議者為限<sup>20</sup>。若當初雖曾出席股東會，但未當場對召集程序或決議方法表示異議者，即不容許事後再

<sup>19</sup> 【判例字號】73\_台上\_595      【裁判日期】73/02/23      【案由】撤銷股東常會決議

依公司法第一百八十九條規定訴請法院撤銷股東會決議之股東，仍應受民法第五十六條第一項之限制。此綜觀公司法與民法關於股東得訴請法院撤銷股東會決議之規定，始終一致，除其提起撤銷之訴，所應遵守之法定期間不同外，其餘要件，應無何不同。若謂出席而對股東會召集程序或決議方法，原無異議之股東，事後得轉而主張召集程序或決議方法為違反法令或章程，而得訴請法院撤銷該決議，不啻許股東任意翻覆，影響公司之安定甚鉅。法律秩序，亦不容許任意干擾。又同條係關於撤銷訴權之規定，股東依此規定提起撤銷之訴，其於股東會決議時，雖尚未具有股東資格，然若其前手即出讓股份之股東，於股東會決議時，具有股東資格，且已依民法第五十六條規定，取得撤銷訴權時，其訴權固不因股份之轉讓而消滅。但若其前手未取得撤銷訴權，則繼受該股份之股東，亦無撤銷訴權可得行使。查本件系爭股東會決議事項，既屬全體股東無異議後併案一致通過而無人異議。則上訴人之前手，既未依民法第五十六條規定，取得撤銷訴權，依上說明，上訴人亦無由繼受其前手訴權之可言。

<sup>20</sup> 撤銷股東會決議之訴之原告，必須已出席之股東並當場表示異議者為限，其受通知或公告而未出席之股東，或已出席未當場表示異議之股東，應不得提起此項訴訟。（參閱楊建華，問題研析民事訴訟法（三）第 176 頁。）

主張其違反法令或章程。

### (三) 形成之訴的意義

此二訴本質上乃屬形成之訴。所謂形成之訴即法律賦予權利人得以向法院起訴之方式，變更一定的法律狀態。故形成之訴對於法律安定性之影響甚大，因而提起形成之訴的法律要件通常頗為嚴格。形成權之行使係以權利人一方之意思變動法律上權利義務，因此，形成權之行使方式乃牽涉形成權行使後，法律效果對當事人間的影響重大與否，亦即法律決定其行使方式必須以訴為之抑或是僅以單方之意思表示為之即為以足。就此而言，民法§56、公司法§189 和民法§74、民法§244 四者之法律效果對當事人間權利影響乃屬較為重大，故經法律衡量後，規定其須以訴為之。相對於此，民§88、§92 所規定錯誤或詐欺意思表示之撤銷權及民§254、§256 所規定之契約解除權，則以單方意思表示向他方為之，即可發生變動當事人間法律關係之效果。

### (四) 形成之訴之特色

形成之訴之特色在於法律明文規定其行使之主體，及其權利行使之期間(短期的除斥期間)。因此形成之訴乃行使主體於得行使之期間內提起訴訟，請求法院以公法上之意思表示直接變動當事人間法律狀態之訴訟類型。故「執行名義」於形成判決不具意義，蓋法院之形成判決一經確定，當事人間之法律狀態即產生變更。典型之形成之訴乃裁判離婚之訴，法院所為之離婚判決一經確定，當事人間之婚姻關係即告消滅，不須再為離婚之登記。

### (五) 實務所謂類似必要共同訴訟中，形成之訴之「判決效力及於他人」，係因「形成之訴本質」之故

而民§56 和公司§189 二者之所以被實務認為係類似必要共同訴訟，原因乃在於所有股東或社員毋須一同起訴或被訴，僅於其中部分股東或社員提起撤銷股東會或總會決議之訴，經法院之勝訴判決確定後，該決議即不復存在(撤銷後視為自始不存在)，此即實務所謂「判決效力及於他人」的情形。然而，此應非所謂「判決效力及於他人」，而應係基於「形成之訴本質」之形成判決對世效力，意即由於該對世效力，致使他人不得再主張股東會或總會決議繼續存在。

### (六) 撤銷股東會決議之訴(形成之訴)之訴訟標的

在撤銷總會(股東會)決議之訴中，對於訴訟標的之認定在不同訴訟標的的理論中亦有所不同。於我國實務所採之傳統訴訟標的理論下，形成之訴之訴訟標的乃實體法上之形成權，而每一形成權之主體(在股東會中表示異議之股東)不同，形成權即不同，故不同股東提起的撤銷股東會之訴，訴

訟標的亦不相同。因此，若有不同股東分別提起撤銷股東會決議，不違重複起訴禁止之規定 (§253)。此時即產生「若數撤銷訴訟中一訴判決撤銷股東會決議確定者，其他繫屬中之訴送應如何處理」之問題<sup>21</sup>。

然而，於新訴訟標的理論中，撤銷股東會決議之訴之訴訟標的乃為「股東會決議存續與否」，不因請求主體不同而訴訟標的有所不同，因此不同股東分別起訴時，後訴即違反§253 重複起訴禁止之規定，法院應依§249 I 第七款以訴之不合法裁定駁回之。蓋於類似必要共同訴訟中，為求實體法上全體權利人之裁判合一確定，應認：1.在共同起訴之數人間，裁判必須同勝同敗；2.法院僅得為單一裁判，以免數裁判相互矛盾。據此，每一實體法上形成權所欲變動之法律關係，一經變動後，即不得再行撤銷或變更，故應認所欲變動之法律關係為訴訟標的較妥。

## 二、連帶債務：實體法上之既判力擴張

### (一) 既判力擴張與既判力反射效之區分實益

民法§275 規定：「連帶債務人中之一人，受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益，亦生效力。」此處所謂「亦生效力」究何所指，學說上有不同之見解，有主張係指於實體法上得援引作為抗辯之事由（既判力之反射效）<sup>22</sup>；亦有主張係既判力之擴張<sup>23</sup>。德國法上並無類似我國民法§275 之規定，學說則認為此係「既判力擴張」之情形。所謂既判力擴張，有基於程序法上規定而生者（例如民訴§401），亦有基於實體法上規定而生者，例如民法§275、民法§742 等等，亦為既判力擴張之規定。上述二種不同見解，區分實益在於一事不再理原則之適用與否：「反射效係指當事人得援引以作為後訴訟之抗辯事由，原則上並無一事不再理原則之適用。惟若解為係「既判力擴張及於第三人」，即有一事不再理、禁止更行起訴之適用。

### (二) 現今德國通說認為既判力擴張不僅基於訴訟法上規定，亦包括實體法上規定

德國法上早期學說認為既判力擴張原則上僅基於訴訟法上之規定，若基於實體法上規定而生之類似效果，則為既判力之反射效，當事人須於後訴訟

<sup>21</sup> 依楊建華老師之見解，此時因形成判決有對世效力，因此尚在繫屬中訴訟，不論起訴之先後，均認為無保護之必要，以判決駁回之。（請參閱問題研析民事訴訟法（三），撤銷股份有限公司股東會決議之訴之原告，第 181 頁）

<sup>22</sup> 實體法之學者中，亦有主張民法 275 條之規定並非既判力擴張之規定者，詳參黃立，民法債編總論，第 566 頁至第 567 頁。

<sup>23</sup> 詳參陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），第 255 頁至 257 頁。其主張§275 條之規定為既判力擴張之規定，且謂德、日判例之所以認為連帶債務之訴訟標的法律關係就各債務人而言，並非法律上須合一確定，僅為論理上須合一確定，係因德、日並無類似我國民法§275 之規定所致。而我國民法有§275 條之規定，自不得和德、日判例同解。

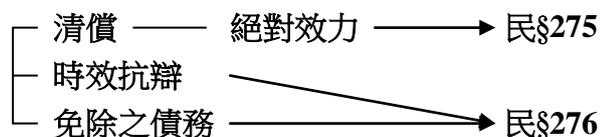
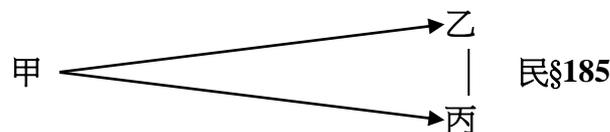
中援引之。惟現今德國通說則轉而認為，既判力擴展不僅基於訴訟法上規定而生，基於實體法上規定而生者亦屬之；亦即僅須係實體法規定判決效力所及之人，則其得於後訴訟中主張一事不再理。就此而言，日本學說上認連帶債務乃既判力反射效之見解，事實上乃根據德國早期學說見解而來。

### (三) 民法§275 之要件

民法§275 之要件為(1)非基於個人關係之抗辯；(2)對於其他債務人亦有利之事項，始會發生判決效力及於他人之情形。最為典型之判決效力及於他人之情形，即民法§274 所定之絕對效力事項：「因連帶債務人中之一人為清償、代物清償、提存、抵銷或混同而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。」亦即於訴訟繫屬當中，若連帶債務人中之一人主張連帶債務已因清償而消滅時，則依民法§274 將使全體債務人所負之連帶債務因而同時歸於消滅，轉變為各連帶債務人彼此間依民法§280 所定原則上應平均分擔之內部關係（為清償之連帶債務人得主張求償權）。

#### 【案例 2】

案例事實：甲（公車乘客）因公車（司機乙）與貨車（司機丙）間之車禍而受傷，經鑑定結果車禍原因為乙變換車道不當，丙車速過快，乙應負擔 1/3 過失，丙應負擔 2/3 過失。甲主張乙丙應負共同侵權行為責任。



### (四) 「清償」屬民法§275 所定之「非基於該債務人個人關係」之抗辯

若乙於訴訟繫屬中抗辯其已對甲為清償，則對丙而言，依民法§274 亦發生清償之效力。「清償」既依民法§274 使其他連帶債務人之債務亦同歸於償滅，則應屬民法§275 所定之「非基於該債務人個人關係」之抗辯。

實務上【33 上 4810 判例】<sup>24</sup>亦認，民法§275 規定連帶債務人中之一人受

<sup>24</sup> 【判例字號】33\_上\_4810 【裁判日期】33/01/01

確定判決，而其判決非基於債務人之個人關係者，為他債務人之利益，亦生效力。因此，債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告一人提出非基於個人關係之抗辯有理由者，對於被告各人則必須合一確定，此時應適用§56 之規定。

#### (五) 上訴與非基於個人關係之抗辯

又於本案例中，若法院判決乙丙須連帶給付甲新台幣一百萬元，而僅乙提起上訴，則此時應自形式上觀察乙上訴所主張之抗辯，是否為基於個人關係之抗辯，始決定其上訴之效力是否及於丙。又並非所有連帶債務之案例皆為類似必要共同訴訟而當然適用§56，仍應視案例中所主張之抗辯或上訴理由是否「非基於個人關係之抗辯」而定。

而除上述民法§274 之絕對效力事項外，民法§276、§277 或§278 所規範之情形，其他連帶債務人就有該等情事之連帶債務人所應負擔之部分，亦同免其責，整體連帶債務之範圍並因之而縮小，故應認該等情形亦屬民法§275 所定之「非基於個人關係」之抗辯較妥。

#### (六) 對連帶債務人之訴訟，關於連帶債務人間之共通事項，為類似必要共同訴訟，但並非所有連帶債務的案例皆為類似必要共同訴訟之類型

依民法§273 I，連帶債務之債權人得先後或同時對連帶債務人之一人或數人為請求，即法律並不要求債務人就該連帶債務應一同起訴、被訴。又依§275，於連帶債務人之一人非基於個人關係之抗辯，對他連帶債務人有利者其效力及於其他連帶債務人，因此於數連帶債務人一同起訴被訴時，法院不得對該非基於個人關係之抗辯（事項）為相異之裁判，此時即有裁判合一確定之必要，而為類似必要共同訴訟。

惟對於非基於連帶債務人間之共通事項所為之判決，判決效力不及於他連帶債務人，即無裁判合一確定之必要。至於是否非基於個人關係之抗辯為共通事項，無法於起訴時即為得知，故於連帶債務之案例中，是否屬於類似必要共同訴訟，並非起訴時即得為確定，而應自所主張之抗辯判斷其效力是否及於他連帶債務人，故一般教科書中亦多有將其認為係普通共同訴訟而非類似必要共同訴訟者。德、日學說亦同此見解。

### 三、連帶債務共同訴訟之爭議問題

#### 【案例 3】

---

民法第二百七十五條規定連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益亦生效力，故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告一人提出非基於其個人關係之抗辯有理由者，對於被告各人即屬必須合一確定，自應適用民事訴訟法第五十六條第一項之規定。

案例事實：乙丙兩車擦撞，導致行人甲受有身體上傷害，經鑑定結果，認為乙丙各應負擔 1/2 過失，甲主張乙丙應依民法§185 規定負 100 萬元之連帶損害賠償責任。

- (1) 甲對乙丙請求連帶給付請求 100 萬元
- (2) 甲對乙表示免除債務（無消滅全部債務之意思）
- (3) 乙和甲於訴訟外和解（50 萬元）



連帶債務共同訴訟中，究否符合民§275 所規定之要件(1)非關於個人關係之抗辯，(2)為他債務人之利益，應於實際案例中具體判斷之。民§274 規定：「因連帶債務人中之一人為清償、代物清償、提存、抵銷或混同而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。」係所謂之完全絕對效力事項，例如本案例中甲對乙丙起訴請求連帶給付 100 萬元，若乙於訴訟繫屬中抗辯其已對甲為賠償給付後，則乙之抗辯即屬民§274 規定之完全絕對效力事由，同時亦符合民§275 二要件規定，故應適用民訴法§56 第一款之規定：「…一人之行為有利…效力及於全體…」。另民§276 所定之事項，亦為絕對效力事項。例如本案例中若甲向乙表示免除其債務，依民§276 限制絕對效力之規定，對於乙應分擔之部分，丙亦免除其責任（惟丙僅能主張乙應負擔之 50 萬元部分被免除，其自己應分擔之 50 萬元部分仍須負責，亦即丙不得主張自己應分擔之 50 萬元同為甲免除債務之範圍內）。

#### 四、連帶債務與和解契約

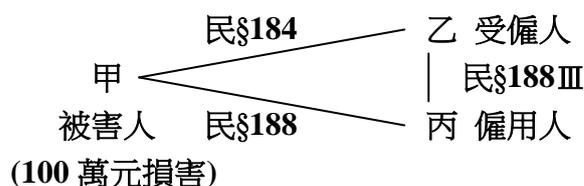
##### (一) 和解契約之創設效力與形成效力

若乙表示已與甲達成訴訟外和解而為 50 萬元之清償，則對該連帶債務共同訴訟有何影響，頗有疑問。民法§736 規定：「稱和解者，謂當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約。」又民法§737 規定：「和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解契約所訂明權利之效力。」因此若乙表示與甲達成和解，則依上開規定，甲對於乙丙原本所得主張之民法§185 損害賠償請求權（100 萬元）即因此轉變為民§737 和解契約所載明之內容（50 萬元）之給付義務，此即因和解契約之創設與形成效力使然。惟問題在於：與多數連帶債務人中一人所成立之和解契約，於其他連帶債務人會產生如何之效力？於此原則上應先解釋和解當事人（債權人）有無免除全體連帶債務人債務之意思而定，若有有免除全體連帶債務

人債務之意思者，則該和解契約應解為係依民法§274 規定之完全絕對效力事項，對全體連帶債務人發生效力，自屬民法§275 所謂非基於個人關係之事項。若無免除全體債務人債務之意思時，即為民法§276 條規定，僅免除參與和解之人之債務之情形，惟如前所述，就被免除債務之部分，亦係民法§275 之非基於個人關係事項。

#### 【案例 4】

案例事實：乙為貨車司機，因其任意變換車道而與甲車發生車禍，導致甲車受有損害以及甲車駕駛人受傷，甲以丙為乙之僱用人，應與乙依民法§188 負連帶損害賠償責任 100 萬元。



#### (二) 僱用人與受雇人間並無內部分擔之關係，受雇人乃應終局負責之人

在上述案例中，現行法認為民法§188 III 乃僱用人因自己本身之過失而負責（過失責任），並非僱用人之無過失責任。僱用人和受雇人雖連帶負責，但其內部關係並非平均分擔，蓋民§280 規定：「連帶債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔義務…」而民§188 III：「僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受雇人，有求償權。」即所謂法律另有規定之情形，換言之受雇人乙乃終局負責之人。在一般情況，通常被害人甲之打算可能係：(1)先與受雇人乙達成 50 萬元和解，(2)其餘 50 萬元部分損害向僱用人丙主張。然而最高法院對如此之作法係採否定之見解，而認為(1)既然甲已與乙達成 50 萬元之和解，則剩下 50 萬元部分甲不得再向丙主張，因乙丙對於甲之連帶債務依民§274 規定已因乙之和解契約（民§737）而歸於消滅。(2)而乙亦不得對丙主張其應分擔 25 萬元，蓋乙丙之間並無應分擔部分，依民§188 III 規定乙乃須終局負責之人。

#### (三) 僱用人抗辯其選任受雇人及監督其職務之執行無過失

民法§188 為推定過失責任，僱用人係為自己之過失負責，若能證明自其已盡相當之注意義務，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害，即可不負賠償責任。因此僱用人丙之此項抗辯乃基於個人關係之抗辯，不適用民法§275，就此項抗辯僱用人與受僱人沒有合一確定之必要，毋須同勝同敗。

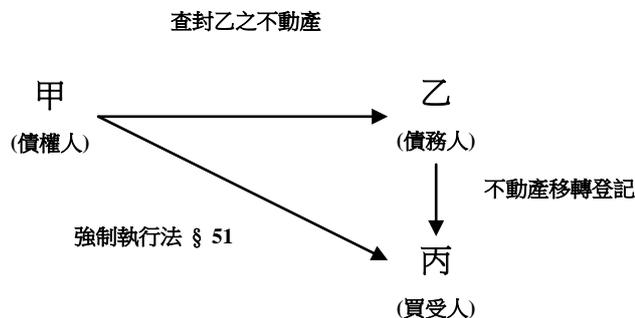
## 五、強制執行法§15 第三人異議之訴

第三人依強制執行法第十五條提起執行異議之訴，以債權人與債務人為共同被告時，為類似必要共同訴訟。強制執行法§15 規定：「第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。如債務人亦否認其權利時，並得以債務人為被告。」亦即若債務人不否認第三人之權利時，提起第三人異議之訴之人即無庸以債務人為被告。且對於第三人是否有權利，於債權人及債務人間不得作不同之認定。因此第三人異議之訴實務認為係類似必要共同訴訟。<sup>2526</sup>

## 六、強制執行法第 51 條

### 【案例 5】

案例事實：債權人甲查封債務人乙所有之不動產，於查封後登記前，乙將不動產出賣與善意之買受人丙，並已辦妥移轉登記。甲依強制執行法§51 主張查封後之移轉對甲不發生效力。



### (一) 實務【69/1 民庭總會決議】對於提起強制執行法§51 之訴之相關見解

<sup>25</sup>會議次別：最高法院 63 年度第 1 次民庭庭推總會會議決議 (四)

會議日期：民國 63 年 02 月 26 日

資料來源：最高法院民刑事庭會議決議彙編 (上冊) 第 342、465、690 頁

相關法條：民事訴訟法 第 56 條

強制執行法 第 15 條

提 案：

院長交議：第三人依強制執行法第十五條提起執行異議之訴，以債權人與債務人為共同被告時，是否為類似的必要共同訴訟？

請公決

決 議：

第三人依強制執行法第十五條提起執行異議之訴，債務人亦否認第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利時，並得以債務人列為共同被告，此際應認為類似的必要共同訴訟。

<sup>26</sup>於此理論上並無既判力擴張之情形，且亦非形成判決對世效之情形，既判力不及於債務人，如債務人之後另訴主張，仍然會造成裁判矛盾之現象，原則上不應認為係類似必要共同訴訟。只不過實務上債務人多不會另行他訴爭執，故實際上沒有有裁判矛盾的問題。

強執§51 第二項規定：「實施查封後，債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力。」亦即若債務人被查封後將其被查封之土地再行移轉登記予第三人者<sup>27</sup>，債權人得依此規定主張移轉行為對其不生效力。此處之問題在於：是否有必要將債務人與第三人同列為被告？**實務見解【69/1 民庭總會決議】認為不動產經查封後，債務人將不動產移轉登記於第三人，債權人訴請塗銷登記，僅須列第三人為被告即可，毋須同時列債務人與第三人為被告。其理由在於，依強執§51 請求塗銷登記之目的乃為請求買受人為塗銷登記之意思表示，而現今土地登記查封之不動產已為買受人所有，故訴請買受人一人為塗銷登記之意思表示，即足達訴訟之目的。**亦即給付之訴僅須以負有給付義務之人為被告即可。

## (二) 如何達成當事人間之裁判合一確定？

強制執行法§51 規定查封後之移轉對債權人係屬無效，亦即僅有債權人得主張查封物所有權移轉為無效，而查封物之出賣人及買受人皆不得主張移轉無效。又強制執行法§51 所定之無效亦僅有物權行為（移轉行為）無效，不包含債權行為無效，蓋其目的僅在於保全對查封物之強制執行，以保全強制執行之必要即可，毋庸亦不得過度侵害買受人之權益<sup>28</sup>。至於若有通謀虛偽或詐害債權之情事存在者，仍得另行主張。

依強制執行法§51 主張移轉無效而直接向買受人訴請塗銷登記，其性質為給付之訴，論理上僅得以義務人（買受人）為被告，故此時可能會發生債務人（出賣人）及買受人間對於物權行為效力裁判矛盾之情形。**因此應解釋強制執行法§51 之規定類似於民法§242 之代位權之性質，為法定訴訟擔當之類型。**此時出賣人乙為實質當事人，債權人甲為訴訟上之當事人，甲丙間關於移轉是否有效之訴訟，裁判效力依民訴§401 II 及於實質當事人乙，乙於事後即不得再另訴爭執，以避免裁判矛盾之可能。

在此處可能發生的疑義乃當事人(債權人)主張物權行為無效，其性質究為何，是否如同民法§244 撤銷詐害債權規定般，須當事人以訴為之。就此問題，自法條形式觀察，當事人應僅需以意思表示為之即可，其僅乃單純之形成權，而非形成訴權，故強執§51 亦非所謂形成之訴。

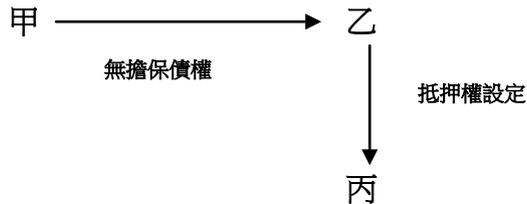
<sup>27</sup> 前提係必須於查封登記前，因經查封登記後，依土地法§75-1 及土地登記規則§138 之規定，於查封登記後其他登記必須停止，以貫徹查封之效力，故於查封登記後事實上不可能移轉。惟駱永家老師對土地法 75-1 持質疑之見解，蓋查封僅有相對效力，僅係查封後登記取得權利之人不得對抗查封之債權人爾，並非一律禁止查封後之處分行為，就此而言，土地法§75-1 有過度限制債務人處分權利之虞。詳參駱永家，查封效力之相對性，收錄於民事法研究（二），第 169 頁至第 187 頁，特別係第 183 至 186 頁之部分。

<sup>28</sup> 物權行為無效債權行為有效之實益在於，於債權人取回後，(善意)買受人可對出賣人(債務人)主張權利瑕疵擔保之責任，而非較不利益之不當得利返還請求責任。

## 七、確認他人間法律關係之訴（論理上合一確定？）

### 【案例 6】

案例事實：甲為乙之無擔保債權人。乙以其所有之土地設定抵押權擔保丙對乙之債權。甲主張乙丙上開行為乃通謀虛偽設定抵押權，依民法§87 規定是為無效，訴請確認乙丙間之抵押權及所擔保之債權不存在。



### (一)【案例 6】乃典型之固有必要共同訴訟

在上開案例中，由第三人提起確認抵押權及其所擔保之債權不存在時，有無必要將抵押人及抵押權人列為共同被告？若將其列為共同被告，則在抵押人及抵押權人間有無裁判合一確定之必要？就是否應將二人列為共同被告此點而言，最高法院 76 年第 7 次民庭決議認為，確認之訴僅須以否認之人為被告即為以足，故非固有必要共同訴訟。又最高法院82 年第 2 次民庭決議之“研究報告”中，認為應擴大類似必要共同訴訟之範疇，僅須當事人所主張之法律關係，就共同訴訟人於實體法上必須合一確定而不能為歧異之判決者，即應適用§56 之規定，認其屬於類似必要共同訴訟之範圍。然而其實上開實務見解所示之情形，原本即為§56 所欲規範之範圍，且此“決議”最後亦認為應依具體個案之類型，按其性質決定之。早期實務見解認為必要共同訴訟限於「訴訟法上要合一確定」之情形，惟民事訴訟法並未如此明文規定。而所謂「訴訟法上合一確定必要」應係指類似必要共同訴訟之情形，「實體法上合一確定必要」則係指固有必要共同訴訟之情形，此乃實務【63.3.26 民刑庭總會決議】所持之見解，惟嗣後學說上（楊建華、陳榮宗）則主張應擴張類似必要共同訴訟之適用範圍至「論理上有合一確定之必要」之程度，亦即凡邏輯上不能為歧異認定者，即應屬於類似必要共同訴訟，以避免裁判矛盾<sup>29</sup>。

<sup>29</sup> 【最高法院 82 年度第 2 次民事庭會議(二)】

院長提議：甲在一審起訴請求確認乙、丙間之抵押債權不存在，應否列乙、丙為共同被告。如列乙、丙為共同被告，一審判決乙、丙敗訴後，乙提起第二審上訴，其效力是及於丙。有子、丑、寅三說：……(以下省略)。

研究報告：劉煥宇 李錦豐 林奇福 八十一年九月二十三日  
按民事訴訟法第五十六條第一項規定：「訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定」，其立法理由為：「查民律第七十五條理由謂訴訟物之性質，往往有必須合一確定之時，所謂必須合一確定者，即審判衙門對於共同訴訟人所宣告之裁判，不得使其內容各異是也。例如需役地所有人，因主張地役權而提起訴訟之際，審判衙門或判其有地役權，或判其無地役權，均無不可，

然而於本案例之情形，判決結果於實體法上自有合一確定之必要，蓋此乃基於同一債之關係而為之訴訟，為典型之固有必要共同訴訟，而非類似必要共同訴訟擴張適用之問題。蓋確認抵押權及其擔保之債權是否存在，即係確認消費借貸債之關係是否存在，自應於債務人（借款人）與債權人（銀行）間為一致之判決，實體法上自然有合一確定之必要。上開研究報告認此案例應係從寬解釋後，擴張適用類似必要共同訴訟之法理，究其原因，主要乃在於實務欲堅守過去確認訴訟之共同訴訟人中一人無爭執者，對該人無確認利益，毋庸亦不得一同起訴被訴之見解<sup>30</sup><sup>31</sup>，如此並非妥當<sup>32</sup>。

## （二）法律上合一確定之必要與論理上合一確定之必要

至於確認消費借貸之債權存在之訴與確認利息之從屬債權存在之訴，二者間並無法律上合一確定之必要，惟有論理上合一確定之必要，亦即邏輯上

---

而必不能謂共有人之某甲有地役權，共有人中之乙某無地役權是也」。由此可知所謂「訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定」，係指法院對於共同訴訟人所為之裁判，不得為歧異之意。又民事訴訟法第五十六條第一項所規定訴訟標的應合一確定之「共同訴訟」，雖現行學說及實務上（見二十八年上字第二一九九號判例）又將之區分為「固有必要共同訴訟」及「類似必要共同訴訟」，但遍查現行民事訴訟法僅將共同訴訟分成「普通共同訴訟」及「應合一確定之共同訴訟」，而未有上述「固有必要共同訴訟」和「類似必要共同訴訟」之區分。因此二十八年上字第二一九九號判例就「類似必要共同訴訟」所為之闡釋「數人在法律上各有獨立實施訴訟之權能，而其中一人起訴或一人被訴時，所受之本案判決依法律之規定對於他人亦有效力者，如該他人為共同訴訟人，即為類似必要共同訴訟」，因時代之進步及實務上之需要，並參照上述立法理由，已不能再固守此一窠臼，而應再為適當之解釋。此觀學者間就「合一確定」之概念，亦均主張應予擴張益明。例如，楊建華先生在第十六次「民事訴訟法研討會」上擔任報告人即主張民事訴訟法第五十六條之適用，以追求「裁判統一」及「訴訟經濟」之理念，並認為五十六條之「合一確定」概念，應以「論理上之合一確定說」取代向來所採行之「訴訟法上之合一確定說」（註一）；陳榮宗先生在第九次及第十六次「民事訴訟法研討會」上亦主張：我國向來所承認之「類似必要共同訴訟」之範圍應予擴張，以達到訴訟法上「裁判統一之要求」（註二）；王甲乙先生亦謂：「適當擴張類似必要共同訴訟，使法院之裁判不發生分歧。」（註三）；又日本學者近來亦高唱：「一次紛爭一次解決」之理念，並有「固有必要共同訴訟彈性化」及「必要共同訴訟擴張論」之提出（註四）。由此可知上述第二一九九號判例所闡釋之類似必要共同訴訟之涵義，未免狹隘。揆諸首揭「一確定」之立法理由，及本院三十三年上字第四八一〇號判例，並六十三年二月二十六日民庭總會決議（四）之精神，似應從寬解釋為：祇要當事人主張之法律關係，就共同訴訟人間在實體法上必須合一確定，而不能為歧異之判決者，即應歸屬類似必要共同訴訟之範疇。查本則法律問題，甲請求確認乙（債權人）、丙（債務人）間之抵押債權不存在，因此項債權、債務關係是否存在，在實體法上實具有不可分性，故有合一確定之必要，而應為一致之判決，自屬於類似必要共同訴訟，而有民事訴訟法第五十六條第一項規定適用。至甲起訴之際，若僅乙否認甲之主張，而丙不為爭執時，則甲僅列乙為被告，請求確認乙之抵押債權不存在，而無併列丙為共同被告之必要（參照本院七十六年第七次民事庭會議就請求確認共有土地通行權存在之訴所為之決議）。

（註一）、（二）、（三）、（四）依次見國立台灣大學法律研究所研究生李蒨蔚碩士論文「類似必要共同訴訟之研究」第六十五頁、六十七頁、六十八頁及七十頁）

決議：依具體個案之類型，按其性質決定之。

<sup>30</sup> 楊師則認為，此案例法律上有合一確定的必要，是以確認利益應退讓，而仍須一同起訴被訴，否則無法達到法律上合一確定的必要。

<sup>31</sup> 請見本節第三款、貳、六、全體當事人裁判合一確定和確認利益之關係。

<sup>32</sup> 關於此部分之矛盾，請參閱本款之「參、實務對於固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟之見解」有詳細之分析。

不可能產生消費借貸之法律關係不存在，但是利息債權卻存在之結果。此與前述債權人和債務人間，就同一債之關係不得為相矛盾之判決，因而在法律上有合一確定之必要 的情形不同。意即此種有前提關係之案例，是論理、邏輯上有一致之必要，而非於法律上有一致裁判之必要。

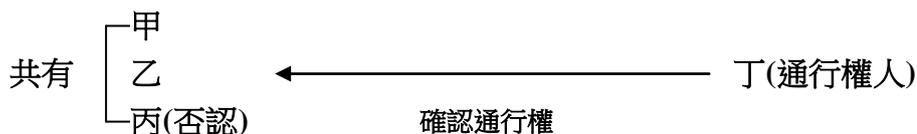
### (三)「權利是否共有」在法律上有合一確定之必要

綜上所述，目前實務就必要共同訴訟鎖持之見解如下：(1)固有必要共同訴訟之情形，當事人須一同起訴或被訴，否則即為當事人不適格。(2)本質上係固有必要共同訴訟之情形，惟由於同時係確認之訴，因而將之認定為係類似必要同訴訟（研究報告下，如【**案例 6**】）。據此，於下述【**案例 7**】亦同，丁僅須以否認有通行權存在之丙為被告（此部分有確認利益）即可，而未為否認之甲乙則毋庸列為被告（無確認利益），故為類似必要共同訴訟。

實務如此之見解，侷限於確認利益之有無為，而忽略裁判一致性之要求（未列為被告之人於後訴另行爭執而發生裁判矛盾）。較為妥當之見解應係，縱對該不否認之人無確認利益，惟因有裁判合一確定之必要，故亦應將之列為共同被告，即以固有必要共同訴訟案例處理，如此方不致有裁判矛盾之情形發生。

#### 【**案例 7**】

案例事實：確認通行權存否（76 年第 7 次民庭決議），丁主張其為通行權人（民法§787），惟通行權為丙所否認，乃提起確認通行權存否之訴，則應以丙為被告即可，抑或須以甲乙丙為共同被告？



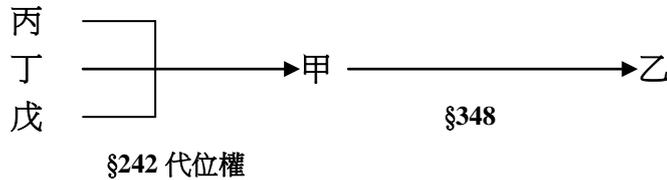
### (四) 類似必要共同訴訟之判決結果不會產生裁判矛盾

類似必要共同訴訟之所以不會產生裁判矛盾之情況，是因為判決效力會及於其他實體法上當事人之緣故。然而於【**案例 7**】之情形，因判決效力並不會及於甲乙（蓋其並非形成判決亦非有特別明文規定發生判決效力擴展及於他人之情形，應回歸既判力相對性之基本原則），故若事後甲乙又為否認而另訴爭執時，即有產生裁判矛盾之可能，故仍應認其為固有必要共同訴訟較妥。

## 八、代位訴訟中數債權人一同起訴是否為類似必要共同訴訟？

#### 【**案例 8**】

案例事實：甲怠於行使其依買賣契約對乙之移轉登記請求權（民法§348），丙丁戊為甲之債權人，為擔保其對甲之債權，依民法§242 條規定，代位起訴為甲行使權利。



#### （一）民法§242 條之性質為法定訴訟擔當

民法§242 條代位權在訴訟上之性質，學者普遍認為為法定訴訟擔當<sup>33</sup>，因債權人所欲代位行使之權利，並非債權人自己之權利，而為債務人對第三人之權利。因此於訴訟上雖然以債權人為原告，但在訴訟上所爭執之權利義務關係為債務人和第三人之法律關係，行使代位權之債權人僅僅只是訴訟上之形式當事人，而實體法上權利義務仍然歸屬於債務人，債務人為實質當事人。此種情形即民事訴訟法第 401 II 所定之「為他人為原告被告者」，債權人訴訟之判決效力及於為實質當事人之債務人。

#### （二）實務見解認為民法§242 為獨立之訴訟標的，且數債權人一同起訴被訴時，為類似必要共同訴訟

多數債權人依民法§242 代位甲對乙起訴之情形，實務上認為各債權人所有之民法§242 代位權皆為獨立，且與債務人對第三人之請求權亦為不同之訴訟標的，故多數債權人先後代位行使同一債務人之同一權利，為不同之訴訟標的，不違§253 重複起訴禁止之規定（最高法院 67 年第 11 次民事庭會議參照）。因各債權人之代位權獨立存在，故不須全體債權人一同起訴被訴，且一債權人勝訴之結果，判決效力及於其他債權人，因此若數債權人一同起訴被訴，則有§56 條之適用，而為類似必要共同訴訟。

#### （三）一債權人代位訴訟之判決效力不及於其他債權人，民法§242 並非類似必要共同訴訟

然而債權人依民法§242 代位債務人向第三人提起之訴訟，雖為法定之訴訟擔當，依§401 第二項規定，判決效力及於債務人，惟依民法§242 之規定，並無既判力擴展至其他代位權人之情形存在。其他債權人於判決後，不得再行提起民法§242 之訴之理由在於：債權人依民法§242 規定行使代位權，須符合二要件，1.須債務人對第三人有權利存在，2.債務人怠於行使權利，因此，於部分債權人代位行使債務人權利之訴訟裁判確定後，1.若為勝訴，

<sup>33</sup> 楊建華，代位訴訟繫屬中債務人得否自行起訴，收錄於問題研析民事訴訟法（三），第 278 頁以下；債權人代位起訴之訴訟標的，收錄於問題研析民事訴訟法（三），第 359 頁；代位訴訟確定中判決效力及於人的範圍，收錄於問題研析民事訴訟法（三），第 365 頁以下。

則所欲代位之債權已非怠於行使，因此不符合上述要件。2.若為敗訴，則所欲代位之權利已因判決確定而不存在，亦不符合上述要件。據此，他債權人於判決後，不得再行提起民法§242 之訴，非因既判力擴展至其他有代位權之債權人。又行使代位權之債權人起訴後，其他債權人亦不得重行起訴，若重行起訴，法院應以其違反§253 之規定，訴之不合法裁定駁回之。蓋債權人之代位訴訟，訴訟標的為債務人對第三人之權利，實質原告為該債務人，訴訟繫屬中他債權人所提起之代位訴訟，訴訟標的亦同為該債務人對第三人之權利，實質原告亦同為該債務人，加之兩訴被告均為第三債務人，故兩訴應屬同一事件。但若數債務人共同行使代位權而提起訴訟，此時因數債權人乃共同為債務人訴訟擔當，共同行使債務人之同一權利，故彼此間之裁判不得矛盾，訴訟標的之權利就全體債權人而言有合一確定之必要，應有§56 之適用<sup>34</sup>。

### 參、實務對固有必要共同訴訟及類似必要共同訴訟之見解

實務見解（研究報告）先將固有必要共同訴訟之範圍縮小，另一方面則擴大類似必要共同訴訟之範圍。

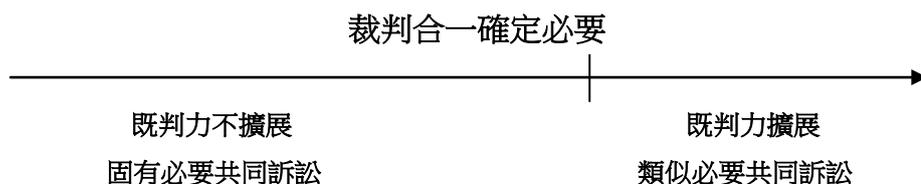
實體法上權利義務共同之人，法律上對其權利義務之存否不得為歧異判斷，故應共同起訴被訴而為固有必要共同訴訟之型態，並於訴訟中適用§56 之規定，以求裁判之統一。蓋未參與訴訟之人，將不受該訴訟判決效力所及（既判力相對性原則），仍得另行起訴，不受一次不再理之原則拘束。而另行提起訴訟，因民事訴訟採取辯論主義之下，後訴訴訟資料不必然會與前訴相同，縱二者訴訟資料相同，於不同法官審理下，所產生之心證亦未必相同，故恐有對該權利義務之存否產生不同認定而裁判矛盾之虞。

然而有時判決效力依實體法或訴訟法之規定將及於其他權利義務共同之人時（既判力擴張），因僅須部分人起訴，其他實體法上權利義務共同之人亦同受該訴訟判決效力所及，不得再行起訴爭執，就其與參與訴訟之當事人間，並無裁判矛盾之虞，故法律乃特別允許得以部分權利人為原告或被告進行訴訟，此情形即為類似必要共同訴訟<sup>35</sup>。下圖為傳統之分類方法：

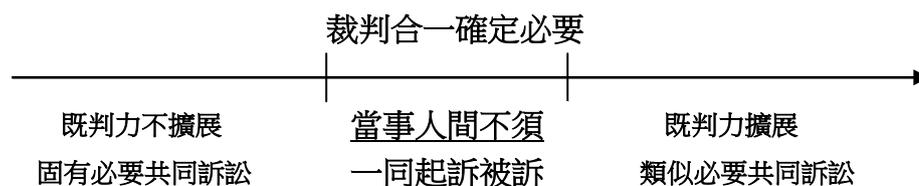
<sup>34</sup> 學者間多亦認此有§56 之適用，詳參楊建華，多數債權人之代位訴訟，收錄於問題研析民事訴訟法（三），第 284 頁以下。而駱永家則認於多數人共同為訴訟擔當時，多數擔當人間應為固有必要共同訴訟，請參閱駱永家，選定當事人，收錄於民事法研究（三），第 174 頁有特別指明。

<sup>35</sup> 【判例字號】28\_上\_2199 【裁判日期】28/01/01

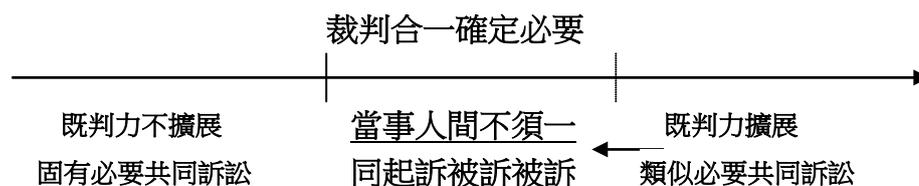
民事訴訟法第五十六條第一項所稱訴訟標的，對於共同訴訟之各人必須合一確定者，係指固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟而言。依法律之規定必須數人一同起訴或數人一同被訴，當事人之適格始無欠缺者，謂之固有必要共同訴訟。數人在法律上各有獨立實施訴訟之權能，而其中一人起訴或一人被訴時，所受之本案判決依法律之規定對於他人亦有效力者，如該他人為共同訴訟人，即為類似必要共同訴訟。



又實務首先對於確認之訴，僅判斷確認利益之有無，而未顧及權利義務共同之人間須裁判合一確定（最高法院 76 年第 7 次民庭決議），將原本應歸屬於固有必要共同訴訟之部分劃離，而認其當事人毋庸一同起訴被訴：



其後實務（研究報告）又發現，當事人雖毋庸一同起訴被訴，惟若一同起訴被訴時，其權利義務乃為共同，不得為相歧異之認定，故將類似必要共同訴訟擴張到此一部份：



意即其一方面減縮固有必要共同訴訟之範疇，另一方面則擴張類似必要共同訴訟之範疇。產生「既判力不擴展，而當事人又不須一同起訴被訴」之「類似必要共同訴訟」。事實上於此種情形，仍有未受訴訟裁判效力所及之人另行起訴而致裁判矛盾之問題<sup>36</sup>。

## 第五款 共同訴訟之審理原則

### 壹、普通共同訴訟

#### 一、獨立原則（民訴§55）

行普通共同訴訟之目的主要在於訴訟經濟，即將數相牽連之案件合併於同一訴訟程序審判，同時解決共同訴訟人與相對人間之紛爭。各共同訴訟人因有

<sup>36</sup> 86 台上 931 號判決

「當事人聲明之證據，其證據資料如何判斷，為證據之評價問題，而當事人提出之證據應如何評價，在自由心證主義之下，係屬法院自由裁量之範圍。因之法院再引用證據資料時，應不受是否對舉證人有利及他造曾否因用該項證據之限制，此即證據共通原則。在普通共同訴訟人相互間，利害關係雖各自獨立，惟事實之真偽僅應有一存在，於同一訴訟程序就同一事實，因各共同訴訟人有無舉證或曾否參與該證據資料或承認與否，而作相異之認定，為兩種不同之判斷，顯與民事訴訟應認定真實事實之本旨有違，亦應有證據共通原則之適用，方屬合理」

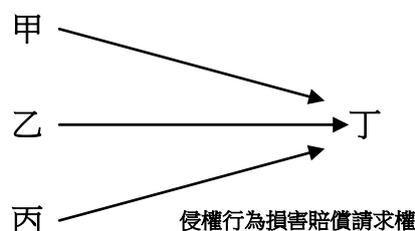
個別存在之訴訟實施權能，本得個別起訴或被訴，因此於共同訴訟中，其仍保有獨立之權能，而得為捨棄、認諾、自認、上訴、撤回、和解等行為，且該等行為之效力不及於其他共同訴訟人，又他人對於共同訴訟人中一人之行為，亦不及於其他共同訴訟人。亦即各共同訴訟人不受其他共同訴訟人之干擾，獨立實施訴訟之權能<sup>37</sup>。此即普通共同訴訟中共同訴訟人之獨立原則。

### 【案例 1】

案例事實：甲乙丙基於同一交通事故所生之損害賠償請求權對丁提起訴訟（本於同一事實上原因），甲請求 100 萬元，乙請求 50 萬元，丙請求 20 萬元。

在訴訟進行中

- (1) 丁對丙認諾
- (2) 丁對甲主張時效抗辯
- (3) 乙對丁撤回起訴



普通共同訴訟中，各共同訴訟人之利害關係不及於其他共同訴訟人，因此丁對丙認諾，對甲主張時效抗辯，以及乙對丁撤回起訴，效力均不及於其他共同訴訟人。

## 二、證據共通原則、主張共同原則

普通共同訴訟中，各共同訴訟人間雖有共同訴訟人獨立原則之適用，令各共同訴訟人彼此間互不影響，惟於訴訟上，訴訟資料仍可相互援用以求訴訟經濟，且以證據認定事實之時，有證據共通原則之適用。所謂證據共通原則（仍須受限於辯論主義），係指因客觀上僅有單一事實之存在，故法院於依憑證據認定事實時，不得由同一證據於不同之當事人間為不同之認定，否則有違經驗法則及自由心證原則<sup>38</sup>。因此於普通共同訴訟中，雖有共同訴訟人獨立原則之適用，惟法院仍可援用他造或其他共同訴訟人所提出之證據對事實作認定。

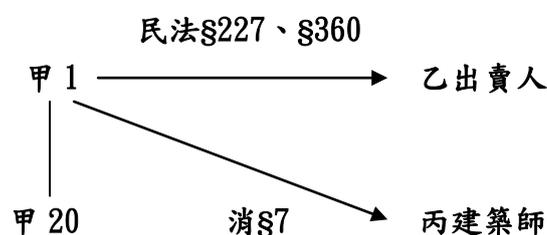
### 【案例 2】

案例事實：甲 1 至甲 20 向乙購買丙所設計建造之房屋，之後房屋倒塌，甲

<sup>37</sup> 關於普通共同訴訟審理原則，可參考駱永家，民事法研究（三），共同訴訟，第 151 頁至 154 頁之部分。

<sup>38</sup> 關於證據共通原則，請參照楊建華，問題研析民事訴訟法（四），280 頁以下。

1 至甲 20 乃共同起訴，甲方提出 A 鑑定報告，技師工會：關於房屋倒塌之原因乃鋼筋結構不符；乙方提出 B 鑑定報告，建築師公會：關於房屋倒塌之原因，純粹係因地震，不可歸責於乙丙。



若法院對甲 1 採 A 鑑定報告，認房屋倒塌之原因乃可歸責於出賣人、建築師，而對甲 20 則採 B 鑑定報告，認其不可歸責於出賣人、建築師，則將產生問題：

實體法上的解釋適用要求：

- ┌ 裁判正確性、妥當性
- ┌ 裁判一致性：於甲 1 與乙間，認甲 1 勝訴；在甲 20 與乙間，認乙勝訴？

同一事實上原因，若出現勝敗不同的結果，其裁判正確性、妥當性及一致性頗有疑問，故應有**證據共通原則**之適用，蓋同一房屋倒塌事實，何以 A 鑑定報告認其係因房屋結構所致，而 B 鑑定報告認其係因地震所致？此時令當事人一同起訴被訴，可相當程度避免此種結果，蓋同一法官僅得認定一個原因，否則即係違反經驗法則及自由心證原則。

- ┌ 法律上合一確定
- ┌ 邏輯上論理上一致之要求

為求邏輯、論理上之一致，故於普通共同訴訟，有**證據共通原則**之適用，但仍應受限於辯論主義，即須由當事人主張，法院始得斟酌；法官僅得援引其中一鑑定報告為斷，且須於裁判理由中詳述其得心證之原因；反之，若其援引不同鑑定報告，就同一客觀事實為不同之認定，則違反經驗法則。

另一般認為，普通共同訴訟人間亦有**主張共同原則**之適用，惟並非一共同訴訟人主張，法院就其他共同訴訟人之部分即應予以斟酌，而仍應受限於辯論主義，由法院闡明，詢問其他共同訴訟人是否欲為同一主張。即並非僅共同訴訟人中一人主張，即可援引成為所有共同訴訟人之判決基礎，若其他當事人未於辯論中援引為攻擊防禦方法，則法院不得將之採為判決基礎，否則即有違辯論主義。

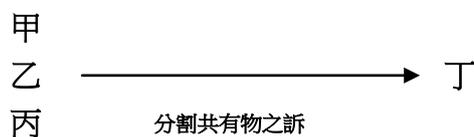
又依§226 第六項，判決理由中應記載攻擊防禦方法之意見，故法官須記載選擇何證據方法（A 或 B 鑑定報告）之理由，再依§222 斟酌全辯論意旨，認定事實真偽。

## 貳、固有必要共同訴訟

- 一、固有必要共同訴訟中，各當事人有裁判合一確定之必要，因此民事訴訟法§56 之規定，目的主要在於擔保判決結果不會於各共同訴訟人間發生歧異。固有必要共同訴訟中，對全體共同訴訟人必須裁判合一確定，亦即所有共同訴訟人須同勝同敗；又所有實體法上當事人之私權關係必須統一，在未有判決效力擴張至其他未為訴訟之權利人時，須以所有實體法上權利人為共同訴訟人，且共同訴訟人間必須同進同退。而為訴訟上達到訴訟資料統一，以擔保判決時得對全體共同訴訟人為統一之裁判，故有§56 之規定，令訴訟資料統一，並使所有當事人同進同退，以避免裁判矛盾。據此，民事訴訟法§56 之規定典型上乃適用於固有必要共同訴訟。

### 【案例 3】

案例事實：甲乙丙丁四人共有一筆土地，甲乙丙以丁為被告提起分割共有物之訴。法院判決之分割方案，甲乙滿意分割之結果，而丙覺得分割方案不符其需求，丙提起上訴，上訴效力為何？



- (一) 共同訴訟人中一人之行為，有利於全體共同訴訟人者，效力及於全體  
依§56 第一款前段規定，共同訴訟人中一人之行為有利於共同訴訟人者，其效力及於全體。有利行為一般而言包含上訴、抗告、再審。是否為有利行為，依【42 台上 318 判例】<sup>39</sup>及【52 台上 1930 判例】<sup>40</sup>，應於行為當時就形式上觀之，而非以法院審理之結果為準。故在【案例 3】中丙提起上

<sup>39</sup> 【判例字號】42\_台上\_318      【裁判日期】42/03/27      【案由】分割共有物  
共有物之分割，於共有人全體有法律上之利害關係，須共有人全體始得為之，故請求分割共有物之訴，屬於民事訴訟法第五十六條第一項所稱訴訟標的，對於共同訴訟之各人必須合一確定者，共同訴訟人甲對於第二審判決提起上訴，係為有利益於共同訴訟人乙之行為，依同條項第一款之規定，其效力及於共同訴訟人乙，自應列共同訴訟人乙亦為上訴人。

<sup>40</sup> 【判例字號】52\_台上\_1930      【裁判日期】52/07/06      【案由】分割共有物  
民事訴訟法第五十六條第一項第一款所謂共同訴訟人中一人之行為，有利益於共同訴訟人或不利於共同訴訟人，係指於行為當時就形式上觀之，有利或不利於共同訴訟人而言，非指經法院審理結果，有利者其效力及於共同訴訟人，不利者其效力不及於共同訴訟人而言，故共同訴訟人中之一人，對於下級法院之判決聲明不服提起上訴，在上訴審法院未就其內容為審判之前，難謂其提起上訴之行為對於他共同訴訟人不利，其效力應及於共同訴訟人全體，即應視其上訴為共同訴訟人全體所為。

訴，因上訴為對下級審判決不服所提起之審級救濟，由形式上觀之乃有利於全體共同訴訟人之行為，故其效力及於全體共同訴訟人<sup>41</sup>。

## (二) 共同訴訟人中一人之行為不利益於共同訴訟人者，對於全體不生效力

§56 第一款後段規定，共同訴訟人中一人之行為不利益於共同訴訟人者，對於全體不生效力。一般而言不利行為包含捨棄、撤回、認諾等行為。於上開案例中，丙對丁捨棄其請求，依§384 規定，法院須本於原告之捨棄為原告敗訴之判決，因此由形式觀之捨棄不利於其他共同訴訟人，對全體不生效力。

## (三) 他造對於共同訴訟人中一人之行為，其效力及於全體

又§56 條第二款規定，他造對於共同訴訟人中一人之行為，其效力及於全體。此時他造對於共同訴訟人中之一人所為之訴訟行為，不問是否有利不利，皆對全體共同訴訟人發生效力。例如丁對甲認諾，丁認諾之效力及於乙丙，故此時法院應為丁敗訴，而甲乙丙三人勝訴之判決<sup>4243</sup>。

<sup>41</sup>裁判字號： 37 年上字第 7366 號

要 旨：

(一) 請求分割公同共有物之訴，為固有之必要共同訴訟，應由同意分割 之公同共有人全體一同起訴，並以反對分割之其他公同共有人全體為共同被告，於當事人適格始無欠缺。

(二) 被上訴人起訴以上訴人某子某丑為被告，請求分割公同共有物，其訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定，共同被告某子對於第一審判決雖未提起上訴，但依民事訴訟法第五十六條第一項第一款之規定，上訴人某丑提起第二審上訴，係有利於共同訴訟人之行為，其效力及於全體，原審於判決書內竟未併列某子為上訴人，自嫌疏誤。

<sup>42</sup>發文字號： (74) 廳民一字第 425 號

發文日期： 民國 74 年 05 月 31 日

法律問題： 被告數人之固有必要共同訴訟，單獨原告對被告中之一人撤回起訴者，其效力是否及於共同被告全體？法院應如何處理？

討論意見：

甲說：按他造對於共同訴訟人中一人之行為，其效力及於全體，民事訴訟法第五十六條第一項第二款定有明文。他造對於共同訴訟人一人之行為，無論何種行為，亦不問其利與不利，其效力及於全體，即視為對全體所為同。從而單獨原告對固有必要共同被告中之一人撤回起訴，其撤回之效力應及於共同被告全體，法院對共同被告全體均無庸裁判。

乙說：民事訴訟法第五十六條第一項各款係專以防止本案判決之歧異為目的，故訴訟成立要件，及其他無關本案之訴訟行為，亦非全有該條項之適用，因此共同訴訟人仍有各自獨立之地位。訴經撤回者，視同未起訴，故被告數人之固有必要共同訴訟，單獨原告對被告中之一人撤回起訴，即與未對該被告起訴之情形同。從而，其撤回之效力僅及於撤回之被告，法院對該被告無庸裁判，惟此際對於其他被告之訴，則為當事人不適格，法院應以判決駁回之。(王甲乙、楊建華、鄭健才民事訴訟法新論六十六年八月修訂九版第三〇七頁參照)

結論：多數採乙說。

司法院第一廳研究意見：在必要共同訴訟，他造對於共同訴訟人中一人之行為，其效力及於全體，民事訴訟法第五十六條第一項第二款定有明文。此項規定，於固有必要共同訴訟有多數被告，原告僅對被告中之一人，撤回起訴，亦應有其適用。依民事訴訟法第二百六十三條第一項前段規定：「訴經撤回者，視同未起訴」，申言之，訴經撤回，如已為本案言詞辯論，經被告全體之同意者，該訴訟程序當然終結，訴訟繫屬因而歸於消滅，法院無庸為任何形式之裁判。本題以採甲說之結論為當。

<sup>43</sup>發文字號： (74) 廳民一字第 869 號

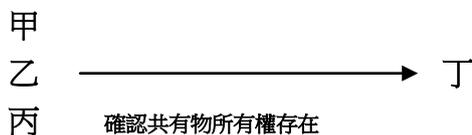
## 二、爭議問題

### 1. 自認為有利行為亦或為不利行為？

實務見解認為，自認依§279之規定僅係免除他造之舉證責任，並不當然導致敗訴之結果，因此共同訴訟中一人之自認，不能認為係不利行為而不發生效力。惟學說多數見解認為，自認有免除他造當事人舉證責任之效力，因此由形式上觀之，應為對共同訴訟人不利之行為，因此對共同訴訟人全體不發生效力<sup>44</sup>。

#### 【案例 4】

案例事實：丁否認甲乙丙對土地有所有權存在，甲乙丙以丁為被告，訴請確認甲乙丙對土地有所有權。



下列行為效力為何？

- (1) 丙於訴訟中捨棄對丁之請求。
- (2) 丁對甲認諾。

### 2. 共同訴訟人中之一人有訴訟當然停止或裁定停止之原因者，其當然停止或裁定停止之效力及於全體？

於固有必要共同訴訟中，為求對全體實體法上權利人之私權判斷統一，須

---

發文日期：民國 74 年 11 月 08 日

法律問題：分割共有物事件上訴人上訴後撤回上訴，原為同造當事人之視同上訴人表示不同意，請求繼續審判，應否准許（上訴期間已過）？

討論意見：

甲肯定說：依民事訴訟法第五十六條第一項第一款規定，必要共同訴訟當事人，提起上訴之行為有利於共同訴訟人，效力及於共同訴訟人，其撤回上訴為不利於共同訴訟人之行為，其效力不及於共同訴訟人，同造當事人不同意撤回上訴請求繼續審判，應予准許。

乙否定說：分割共有物事件當事人上訴之效力雖及於同造當事人，但上訴人既已行使訴訟撤回權利，訴訟繫屬即消滅，其有利於共同訴訟人之上訴行為已不存在，自無再適用民事訴訟法第五十六條第一項第一款之餘地，請求繼續審判，不應准許。

結論：多數採甲說。

司法院第一廳研究意見：分割共有物之訴，係固有必要共同訴訟，其訴訟標的，對共同訴訟人必須合一確定，其中一人提起上訴，為有利於其他共同訴訟人之行為。依民事訴訟法第五十六條第一項第一款規定，效力及於其他共同訴訟人，嗣後提起上訴之人撤回上訴者，對原為上訴效力所及之共同訴訟人言，係不利之行為，依同條項款之規定，其撤回上訴之效力，並不及於其他共同訴訟人，從而不同意撤回上訴之其他共同訴訟人，請求繼續審判，法院應予准許，研討結論採甲說，核無不合。

<sup>44</sup> 駱永家老師於「共同訴訟」一文中，認為自認係不利之行為，對全體不生效力，詳參民事法研究（三），第 149 頁。

以全體實體法上權利人為共同訴訟人，當事人始為適格。且於訴訟中須同進同退，同勝同敗。若共同訴訟人中一人有當然停止或裁定停止之事由而訴訟停止時，此時停止之共同訴訟人即無法與其他共同訴訟人一同進行訴訟，訴訟資料無法達成統一，而無從達到裁判合一確定之目標，因此§56條第三款規定停止效力及於其他共同訴訟人。又本規定僅包含當然停止及裁定停止，並不包含當事人之合意停止，當事人合意停止之效力，仍應依§56條第一款之規定判斷之。

### 3. 共同訴訟人之合意停止效力？

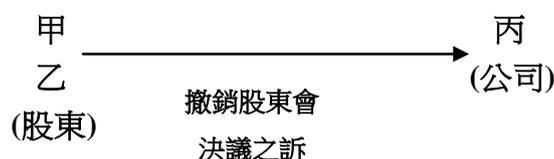
楊師就此認為，因當事人合意停止，其目的多半為商討和解之事宜，故應認為係有利之事項，對全體共同訴訟人皆發生效力。而楊建華老師則認為，因合意停止一方面雖使訴訟進行遲延，惟另一方面乃給予當事人充分時間準備或進行和解，因此無從由形式上分辨有利抑或不利，而依民訴§56條第一款定其效力。又合意停止係基於當事人合意定之，在必要共同訴訟中無從就部分共同訴訟人個別停止程序，因此解釋上須全體共同訴訟人一致合意停止時，始發生法律上效力<sup>45</sup>。

## 參、類似必要共同訴訟

一、於類似必要共同訴訟中，§56條規定之適用受其性質之限制，非可一概適用於類似必要共同訴訟中，因判決效力可及於未列為訴訟當事人之實體法上權利人，故不須列全體當事人為訴訟當事人，亦即不須全體當事人同進同退。故§56之規定，並非完全適用於類似必要共同訴訟，而應依其性質決定之。

### 【案例 5】

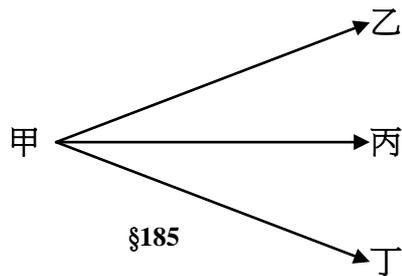
案例事實：甲乙二股東主張丙公司股東會決議方法違反法律，依公司法§189，對丙公司提起撤銷股東會決議之訴。訴訟繫屬中若甲撤回起訴，其效力為何？



### 【案例 6】

案例事實：甲主張乙丙丁對甲共同侵權行為，應依民法§185負連帶損害賠償責任，而以乙丙丁為共同被告起訴，訴訟繫屬中若甲對乙撤回起訴，效力為何？

<sup>45</sup> 詳參楊建華，問題研析民事訴訟法（三），合意停止與共同訴訟，第93頁以下。



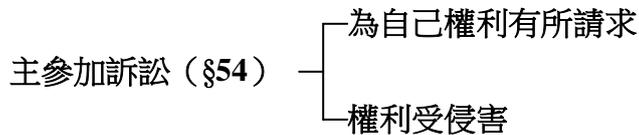
## 二、「撤回」不適用§56 之規定

類似必要共同訴訟，於共同原告中一人撤回起訴，或對共同被告中之一人撤回起訴，有無§56 條之適用？於【**案例 5**】中，甲撤回起訴之效力，有以下兩種不同面向之思考模式：1.撤回起訴之行為由形式上觀之不利於共同訴訟人，故甲撤回起訴不發生任何效力，我國實務係採此種見解。2.於必要共同訴訟中適用§56 條規定之目的在於使裁判能夠合一確定，而在類似必要共同訴訟中，因既判力擴展而判決效力會及於全體實體法上當事人，因此無庸列全體權利人為訴訟當事人，且共同訴訟人亦毋須同進同退，故部分共同訴訟人撤回訴訟並不影響裁判之合一確定，應無§56 之適用。

事實上，於此案例中若適用§56，令甲之撤回起訴不生任何效力，則與類似必要共同訴訟無須同進同退之本質不符，因此應適用§55 之規定，於甲本身發生效力。因此未必所有類似必要共同訴訟之類型案例皆可一律適用§56 各款之規定。學說上如陳計男老師亦係採此見解。

又於【**案例 6**】（連帶債務）中，依民法§273，債權人得對於債務人中之一人或數人或其全體為同時或先後為請求，故其本質上並無一同起訴應訴之必要，不因數人未一同起訴或應訴而發生當事人不適格之問題。若依實務見解一概適用§56 之規定而不許甲對乙撤回起訴，則將使實體法所賦予債權人得對連帶債務人之一人或數人先後或同時請求之權利，因此被不當地剝奪。就此而言，於類似必要共同訴訟中，不加區分地一概適用§56 之規定，實有待商榷。

## 第四節 主參加訴訟



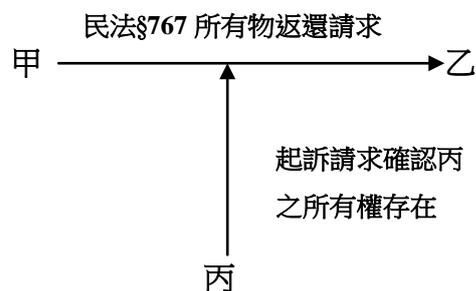
### 第一款 主參加訴訟之要件

#### 壹、要件：1.為自己有所請求或主張 2.自己之權利將被侵害

§54 與§58 皆為第三人參與訴訟之規定。§54 係主參加訴訟，相對於此，學說上稱§58 為從參加。主參加訴訟之性質為以本訴訟當事人為被告之獨立訴訟型態，因其與本訴訟具相牽連之關係，故使其與本訴訟一同審判，以達訴訟經濟且避免裁判矛盾。又主參加訴訟之要件依§54 I規定：「就他人間之訴訟標的全部或一部，為自己有所請求或主張，因其訴訟之結果，自己之權利將被侵害者，得於本訴訟繫屬中，以其當事人兩造成共同被告，向該第一審法院起訴。」可分為二要件：(1)為自己有所請求或主張，(2)自己之權利將被侵害。二要件係立於擇一之關係，抑或併存之關係，舊法規定下學說與實務有不同見解。

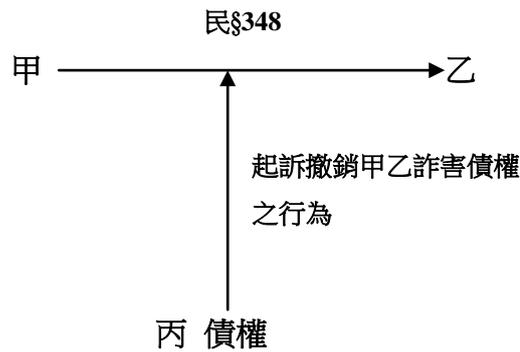
#### 【案例 1】

案例事實：甲主張其為違章建築 A 屋之所有權人，乙無權占有 A 屋，而對乙起訴請求返還所有物（民法§767）。而丙主張其為 A 屋之真正所有權人，以甲乙為被告請求確認丙對 A 屋之所有權存在，並請求乙應返還丙 A 屋。



#### 【案例 2】

案例事實：甲主張其向乙購買一土地至今未受所有權之移轉，故向乙起訴請求乙履行買賣契約之移轉登記。而丙為乙之債權人，主張該土地為乙之唯一責任財產，且乙以顯不相當之對價移轉與甲，起訴撤銷甲乙之詐害債權行為。



問題：

- 一、為自己有所請求或主張＝提起給付之訴？併存說？擇一說？（舊法爭議）
- 二、應以兩造為被告，抑或得僅以一造為被告？

一、「為自己有所請求或主張」解釋上不以提起給付之訴為必要

何謂「為自己有所請求或主張」？於【**案例 2**】關於土地買賣請求移轉登記事件中，丙為乙之債權人，此時若乙將土地移轉登記與甲，則丙之債權恐將無法實現。據此，丙所主張者應為民法§244 撤銷詐害債權，惟因民法§244 於修法後要件趨於嚴格（限於一般債權之保全），不適用於對特定債權（特定標之物之買賣）之保全<sup>1</sup>，故丙若循此救濟，恐遭敗訴判決。然而若其起訴請求確認甲乙間買賣法律關係不存在（通謀虛偽意思表示），此時是否允許之？**實務見解【51 台上 2805 判例】**<sup>2</sup>認為主參加訴訟「除就他人間訴訟標的全部或一部為自己有所請求之情形外，必須因他人訴訟之結果自己之權利亦被侵害始得為之。」顯係採併存之見解。而學說則自§54 之立法目的出發，認為達訴訟經濟原則、避免裁判矛盾，使相牽連之案件儘量以同一程序解決，故應採擇一之見解，以擴大主參加訴訟之適用空間<sup>3</sup>。又就§54 I 之規

<sup>1</sup>民法債編關於保全之規定，立法目的在於避免債務人之責任財產減少，導致債權人受完全清償之可能性減少，因此賦予債權人得以自己之行為干涉他人之行為，可代位債務人行使怠於行使之權利，以及撤銷債務人和第三人之詐害債權行為。但即可能有侵害債之相對性及債權行使自由之原則，立法者認為在債務人之行為有侵害責任財產之虞者，債權人之利益比債務人更為重要，故賦予債權人干涉他人之權利。因此關於保全之規定應僅限於一般債權有不受清償之虞時才可行使。至於特定債權之債權人得否依民法§242 主張代位權，則頗有討論之空間。

<sup>2</sup>【判例字號】51\_台上\_2805 【裁判日期】51/10/18 【案由】遷讓房屋  
依民事訴訟法第五十四條之規定而起訴者，除就他人間之訴訟標的全部或一部，為自己有所請求之情形外，必須因他人間訴訟之結果自己之權利將被侵害者始得為之，若他人間訴訟之結果於自己之權利並無侵害，自不在准許提起之列。

<sup>3</sup> 駱永家老師認為，我國主參加訴訟係繼受德國民事訴訟法及日本舊民事訴訟法而來，而主參加訴訟所欲達成之目的有二：**1. 避免本訴訟和主參加訴訟兩者裁判矛盾；2. 避免詐害訴訟**；民訴法 54 I 規定之「對其訴訟標的全部或一部，為自己有所請求者」為了避免兩訴訟裁判矛盾而設；而「主張因其訴訟之結果，自己之權利將被侵害者」則是避免詐害訴訟之發生，因此為兩要件。而且我國法所參考之舊日本民事訴訟法也是分成兩個要件，因此在解釋上應以兩個要件為宜。在本次民訴法修正於第 54 條已經將兩者分列兩款規定，將來不會發生要件是並存或是擇一之爭議。詳細請參照駱永家，民事法研究（二），引進「獨立當事人參加」訴訟制度之探討，第 101 頁以

定而言，若不拘泥於「為自己有所請求或主張」之文義，則似可解釋為不以提起給付之訴為必要，縱提起確認之訴亦應認為係為自己之權利有所主張，蓋確認之訴係法律關係之釐清，對第三人之權利而言亦屬必要。

因此，依上開實務見解，於【**案例 1**】中，丙因同時具備對訴訟標的有請求主張，且本訴訟結果將可能有害於其權利，故得提起主參加訴訟。惟於【**案例 2**】中，丙僅主張自己之權利受侵害，並未對訴訟標的有任何請求或主張，即不得提起主參加訴訟。惟依學說之見解，【**案例 1**】及【**案例 2**】皆得提起主參加訴訟。

就此，新法為杜絕此一爭議，修正時於§54 I 明文將二要件分列兩款而採擇一之立法模式，故(1)為自己有所請求或主張，(2)自己之權利將被侵害，二要件僅須該當其一即可。

## 二、得否僅針對他人訴訟中之一造為被告？

現行法明文規定主參加訴訟須以兩造為共同被告，然楊師認為基於訴訟經濟之原則，應擴張§54 之解釋，令第三人得僅以他人訴訟中之一造為被告。蓋觀諸新法之修正，其目的乃在放寬主參加訴訟得為提起之範疇，同此目的，亦應允許第三人得僅以他人訴訟中之一造為被告；至於第三人係以當事人兩造為共同被告者，亦應允許其對不同被告有不同之聲明。

## 第二款 避免裁判矛盾

### 壹、主參加訴訟制度目的

**實務見解【80 台上 2695 判決】**<sup>4</sup>認為「…主參加訴訟與本訴之間互有牽連關係，因此依§205 規定，主參加訴訟若向本訴訟繫屬法院提起，在未辯論終結以前，應該合併辯論與裁判。」「…目的在於使兩訴訟之裁判結果一致，防止裁判之衝突為設立主參加訴訟制度目的之所在。」由此可知，主訴訟參加設立之目的在於儘量使有牽連關係之事件利用同一程序解決，以避免裁判衝突或矛盾之情況發生。就此而言，第三人提起主參加訴訟應不限於給付之訴，確認之訴亦應包含在內。

---

下。民事訴訟法第 18 次研討會記錄，「從主參加與獨立當事人參加之比較論獨立當事人參加訴訟制度之引進」。

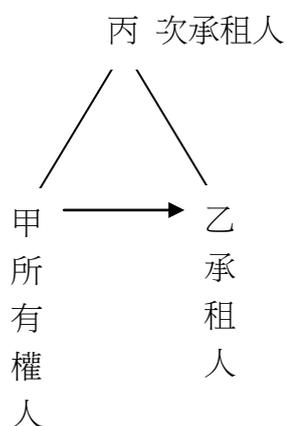
<sup>4</sup> 【裁判字號】80\_台上\_2695【裁判日期】80/12/06【案由】請求所有權移轉登記  
主參加訴訟，因與本訴訟之間互有牽連關係，故民事訴訟法規定主參加訴訟如係向本訴訟現尚繫屬之法院提起，而在其辯論未終結以前者，應與本訴訟合併辯論及裁判之。此項規定，乃在使本訴訟與主參加訴訟之裁判結果一致，防止兩裁判之衝突，亦為設立主參加訴訟制度之目的所在。

## 貳、主參加訴訟與審級利益

舊法§54 I規定主參加訴訟之提起應「向該第一審法院起訴」，惟若本訴訟已進行至第二審時，則主參加訴訟應向第一審法院或第二審法院起訴，頗有疑問。事實上此乃涉及當事人之審級利益（個人權益之保障）與避免裁判矛盾（立法目的之維護）二者間之衝突。**舊法§54 II規定**，「如本訴訟繫屬於第二審法院者，亦得於其言詞辯論終結前，向該第二審法院起訴。」條文用語為“得”，即**允許主參加訴訟之原告得自由選擇向第一審或第二審法院起訴**，則原告若選擇向本訴訟繫屬之第二審法院起訴，固無問題；惟其若選擇向第一審法院起訴，兩訴訟即因分別繫屬不同法院而有裁判矛盾之虞，如此即有違立法意旨。故新法§54 I修正為向“本訴訟繫屬之法院”起訴，即本訴訟繫屬於第一審者，主參加訴訟之原告應向第一審法院起訴；本訴訟已繫屬於第二審者，主參加訴訟之原告亦僅得向第二審法院起訴。如此勢將影響主參加訴訟原告之審級利益，惟本於原告仍享處分權，仍得對他人獨立提起其他種類訴訟，若欲提起主參加訴訟避免裁判矛盾時，即不得不犧牲其審級利益，故由主參加訴訟之原告選擇是否放棄審級利益以求裁判統一。

## 參、§56 II之刪除及其影響

### 【案例3】



丙對甲：確認甲非所有權人、確認甲對丙之所有物返還請求權不存在

丙對乙：確認租賃關係存在

### 一、§56 II之刪除

舊法§56 II原規定：「依第五十四條規定起訴者，視為其訴訟標的對於共同被告，必須合一確定。」惟民事訴訟法修正時將其刪除，轉而於§54 增定第二

項準用§56 各款之規定<sup>5</sup>。需注意者係，主參加訴訟縱係對本訴訟之當事人兩造提起，亦允許原告對本訴訟之兩造有不同聲明，因此不必然有合一確定之必要，其結果也未必同勝同敗。例如於【**案例 1**】中，丙若以甲乙為被告主張確認所有權存在及請求返還所有物時，最後裁判結果可能認定丙雖細所有權人惟乙乃有權占有人（一部勝訴一部敗訴）；而於【**案例 3**】中，丙可能對乙勝訴，對甲敗訴，即乙丙間之租賃契約存在，惟該租賃契約不得對甲主張，應視丙對甲有無合法占有權源而定，即乙丙間之租賃契約不必然成為丙之占有權源。因此，主參加訴訟就被告二人之裁判結果未必「訴訟標的合一確定」，故§54 第二項乃法律要件之準用，若毋需合一確定，則無準用§56 各款規定之必要。

## 二、主參加訴訟原告就本訴訟當事人兩造之聲明未必相同

主參加訴訟原告就本訴訟當事人兩造之聲明並非皆須相同，例如於【**案例 1**】中，丙得於聲明中對甲主張確認自己乃所有權人，對乙則主張排除所有權之侵害，而判決結果可能會如前述認定丙乃所有權人惟乙係有權占有（一部勝訴一部敗訴）。於【**案例 3**】中，丙得對甲確認其非所有權人抑或確認甲對丙之所有物返還請求權不存在，而對乙則確認租賃關係存在，判決結果亦同上所述，可能對乙勝訴，而對甲敗訴。此即為何裁判未必同勝同敗，蓋主參加訴訟之原告對本訴訟兩造訴之聲明未必完全相同，故裁判之結果亦隨聲明之差異而有所不同，惟此並非裁判矛盾。所謂「裁判矛盾」係指就同一物於 A 訴訟中認定甲為所有人，惟於 B 訴訟中卻又認定乙乃所有人之情況，係兩訴訟之結果相互矛盾，然而主參加訴訟中認丙為所有權人而乙係有權占有人，並非乙丙皆為所有權人，即丙於此二訴訟中仍係唯一之所有權人，僅無法行使所有物返還請求權而已，如此之結果並非二訴訟之裁判矛盾。

## 三、主參加訴訟與本訴訟雖係獨立之二事件，判決結果雖有不同，惟由於經合併辯論審理，故裁判結果不致於產生矛盾（參照§205 III）。

數訴倘利用同一程序進行，則法院得合併辯論，同時審理相牽連之案件，縱使係不同之事件亦得因此而避免裁判矛盾之結果發生。因此，§54 雖係利用他人間之訴訟程序而於法院審理之過程中提起主參加訴訟，惟仍係二訴訟，其一為本訴訟，其二則係主參加訴訟。然而，法院透過合併辯論之審理方式，所為之判決結果雖有不同，惟仍不致產生矛盾。因此，§56 規定之目的係在避免法律上有合一確定必要之訴訟案件裁判發生矛盾之情形，而§54 之規定

<sup>5</sup> 民事訴訟法 54 II 規定：依前項規定起訴者，準用第五十六條各款之規定。而刪除 56 II 之規定，目的有二：1. 在主參加訴訟之被告未必有裁判合一確定之必要；2. 為避免數訴訟間之裁判矛盾。例如於【**案例 2**】中，若乙對甲認諾後，法院應依§384 規定為乙敗訴之判決，命乙應將土地所有權移轉於甲；而若又依丙所提出之訴訟資料，甲乙間確實有詐害債權之行為，且依此判決丙勝訴，則此時二裁判即生矛盾，故為避免此種情形，而準用 56 條之規定。至於如何準用，詳參駱永家，引進「獨立當事人參加」訴訟制度之探討，民事法研究（三）第 118 頁至第 120 頁。

則是係為避免論理上、邏輯上有合一確定必要之相牽連案件發生裁判矛盾之情形。故法律上有合一確定必要之案件須適用§56 之規定；而法律上雖無合一確定之必要，惟於論理上有合一確定必要之案件，則得利用§54 規定之主參加訴訟程序，以避免裁判矛盾之結果發生。

## 第五節 訴訟參加與訴訟告知

### 第一款 概說

#### 壹、定義

所謂訴訟參加，係指於他人之訴訟繫屬中，就該訴訟結果有法律上利害關係之第三人，為藉輔助當事人之一造獲得勝訴以保護自己利益，而參加訴訟之謂，亦稱從參加<sup>1</sup>。此時參加人並非訴訟當事人，惟因訴訟之結果對其有法律上之利害關係，故民事訴訟法賦予其影響訴訟結果之權利；惟其終究非當事人，影響力與當事人自不盡相同。

#### 貳、爭議問題

於訴訟參加之規定中，最具爭議者為§62 所定之獨立參加，§62 規定：「訴訟標的，對於參加人及其所輔助之當事人必須合一確定者，準用第五十六條之規定。」因此：1.是否因準用§56 之規定，而使參加人之地位與當事人之地位相同？2.於固有必要共同訴訟中，全體實體法上權利人未一同起訴被訴而欠缺當事人適格時，得否依§62 規定而視為補正？詳述如後。

### 第二款 一般訴訟參加

#### 壹、訴訟參加之要件

依§58 I之規定：「就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，得為參加。」，第三人為訴訟參加之要件，除具一般訴訟所須之當事人能力及訴訟能力外，尚須符合：**1.於他人間之訴訟繫屬中；2.參加人對所參加之訴訟有法律上利害關係**，且參加訴訟後應選擇一造當事人而輔助其進行訴訟。

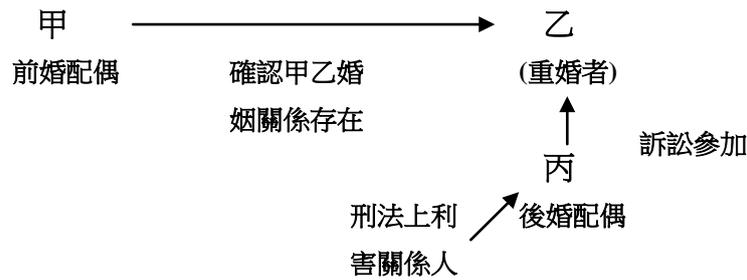
#### 一、法律上利害關係

##### (一) 刑法上利害關係

##### 【案例 1】

案例事實：甲主張其與配偶乙之兩願離婚並未至戶政機關登記，故甲乙之婚姻關係仍然存續，以乙為被告，起訴確認甲乙之婚姻關係存在。

<sup>1</sup>關於訴訟參加，請參照駱永家，輔助參加與告之訴訟，收錄於民事法研究(三)，第179頁以下。

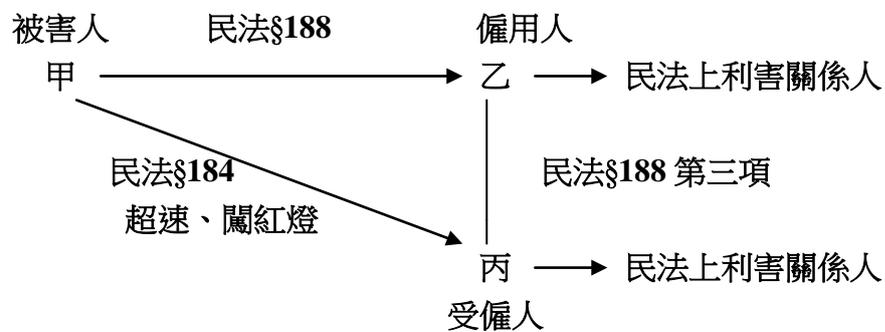


刑法上利害關係，例如(1)於確認買賣契約不存在之訴中，被指為偽造買賣契約之第三人此時若亦被起訴偽造文書而成為被告者，則該第三人亦為§58 所謂有利害關係之第三人。(2)如【**案例 1**】中，確認前婚姻關係存在之訴的後婚配偶丙，因有可能其後婚姻因違反民法§985 之規定而為無效（民法上利害關係），且可能受刑法上重婚罪之追訴（刑法上利害關係），故亦為§58 有法律上利害關係之第三人。

(二) 基於當事人處分權主義，由原告決定被告或有利害關係之第三人之角色分配

【**案例 2**】

案例事實：丙駕車超速闖紅燈發生車禍致甲受傷。



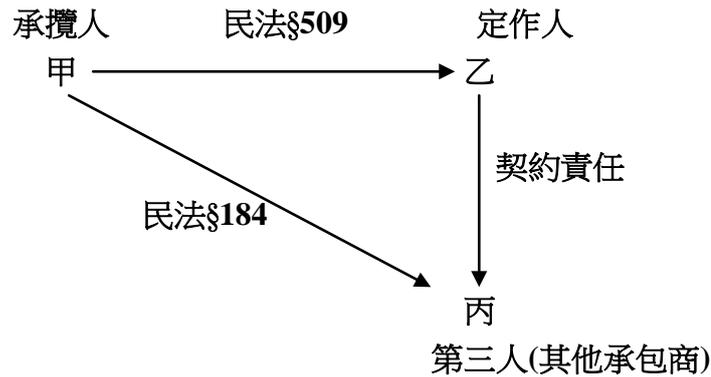
- (1) 甲對丙之僱主乙依民法§188 之規定，請求其負連帶損害賠償責任。
- (2) 甲以丙為被告，請求丙應對甲負侵權行為之損害賠償責任。

於【**案例 2**】中，若甲對僱用人乙主張民法§188 侵權行為之損害賠償責任，而未列受僱人丙為被告時，因若乙敗訴則可能對丙主張民法§188 Ⅲ之求償權，故丙亦為§58 有法律上利害關係之第三人；惟若甲以行為人（受僱人丙）為被告主張民法§184 之損害賠償責任時，則乙亦為有法律上利害關係之第三人。故於【**案例 2**】中，乙丙二人究何者為訴訟上之被告，何者為有法律上利害關係之第三人，乃基於當事人處分權主義由原告為決定。

### (三) 相關爭議案例往往與實體法關係密切

#### 【案例 3】

案例事實：甲以乙為被告，主張乙之承包商丙因施工不慎致甲無從施工，須延長工期而有所損害（另行支出之人工費用或待工之損失），故本於甲乙間之承攬契約，依民法§509 之規定向乙請求損害賠償<sup>2</sup>。



民法§508 係關於危險負擔之規定：「工作毀損滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人負擔。如定作人受領遲延者，其危險由定作人負擔。」而民法§509 則為可歸責於定作人之履行不能之規定：「於定作人受領工作前，因其所供給材料之瑕疵，或其指示不適當，致工作毀損滅失，或不能完成者，承攬人如及時將材料之瑕疵，或指示不適當之情事，通知定作人時，得請求其已服勞務之報酬，及墊款之償還…」，此為定作人之無過失責任，甚為重要，蓋「指示不適當」與「供給材料瑕疵」皆包含有過失與無過失二種情形。於【案例 3】中，承攬人甲得依民法§509，亦得依不完全給付之規定向定作人乙請求損害賠償，除此之外，亦得基於民法§184 侵權行為對丙主張損害賠償責任。若甲對乙主張民法§509 之責任時，因乙賠償甲後，可能基於其與丙之契約或依民法§218-1 規定承受甲對丙之損害賠償請求權，進而對丙主張之，故此時丙就甲乙間民法§509 之法律關係，亦為有利害關係之第三人。

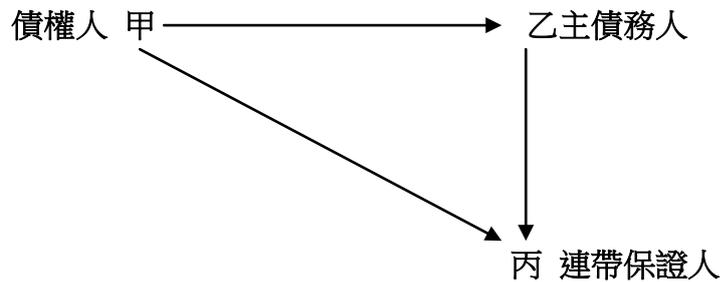
### (四) 保證人或主債務人皆可能係§58 利害關係之第三人

#### 【案例 4】

案例事實：甲為債權人，乙為主債務人，丙為連帶保證人，乙於債務屆清償期時，尚未清償債務<sup>3</sup>。

<sup>2</sup> 此案例為捷運通風豎井災變案例。

<sup>3</sup> 民法第七四二條為既判力擴展條款，德國法上基於保證債務及主債務之從屬性特點為此認定，以避免求償權之有無出現重大歧異。

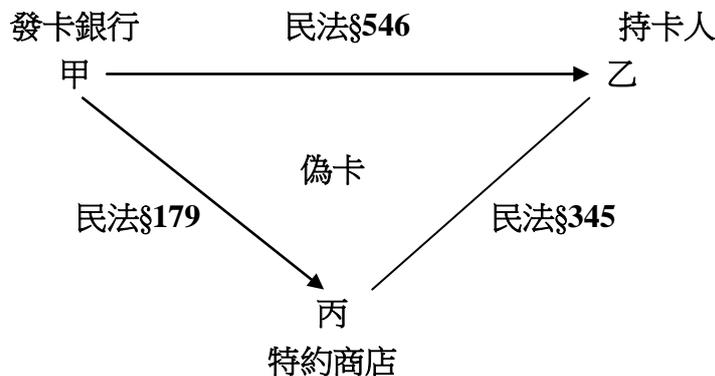


- (1) 甲請求乙履行主債務
- (2) 甲請求丙履行保證債務

而如同【**案例 4**】中，債權人對保證人或主債務人請求時，若僅向其中一人起訴主張者，則未列為被告之人即為§58 有法律上利害關係之第三人。例如甲對主債務人乙起訴時，可能因甲於勝訴確定後對乙強制執行無結果，而請求丙履行保證債務，故於甲乙間之訴訟，丙即具法律上之利害關係。若甲對丙起訴時，因丙清償保證債務後，依民法§749 乃承受甲對乙之權利而得對乙求償，故乙亦具法律上利害關係。又如本案例為確認抵押權存在者，則就抵押權之設定，提供抵押物之所有權人亦為§58 有法律上利害關係之第三人。

#### (五) 信用卡交易之三面法律關係

##### 【**案例 5**】



【**案例 5**】乃關於發卡銀行甲請求持卡人乙給付信用卡之簽帳款之案例。就實體法之層次而言，甲乙間係委任契約之法律關係，其委任之內容係當持卡人與特約商店發生買賣契約之關係時，發卡銀行對於特約商店有給付價金之義務。而特約商店對發卡銀行之給付請求權乃基於僅須持卡人簽名於帳單，發卡銀行即應支付款項之擔保契約而來<sup>4</sup>。而甲依民法§546 請求乙償還代墊簽帳款之訴訟中，若持

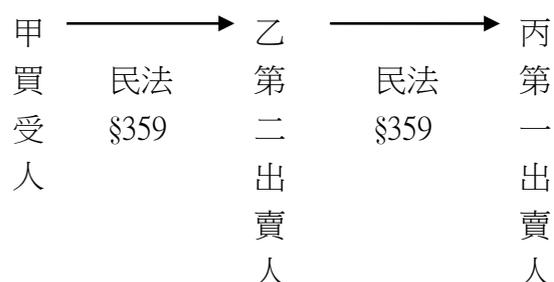
<sup>4</sup> 關於信用卡三面關係可參照：楊淑文，信用卡交易之三面法律關係，收錄於新型契約與消費者保護法，第 45 頁以下。楊淑文，信用卡冒用風險與舉證責任，收錄於台灣本土法學第 9 期，第

卡人乙主張該消費簽帳所使用之信用卡乃偽卡而拒絕支付，致甲敗訴者，亦將令甲得對丙主張民法§179 之不當得利返還請求權，故於該訴訟中，丙亦為§58 有法律上利害關係之人。

## （六）第二出賣人要求第一出賣人保證其商品之品質

### 【案例 6】

甲為外國客戶，乙為出口商，丙為貨源



【案例 6】中，乙因客戶甲身處國外，為避免商品瑕疵，索賠不易，故乙要求丙保證品質，而若甲乙因商品之瑕疵涉訟，丙亦將因此而受影響，蓋乙若敗訴，須對乙負擔保責任。故於甲乙間之訴訟，丙係屬有法律上利害關係之人，得為訴訟參加，於訴訟中為攻擊防禦，以保護其權益。

## 二、輔助一造為參加

### （一）§58 規定之利害關係第三人，係為輔助其中一造而為訴訟參加

由上可知，本訴訟之勝負結果將影響原被告對有法律上利害關係第三人之請求權行使可能性。因而§58 規定：「就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，得為參加。」亦即：

1. 規定之用意在於提供日後有可能因該爭議而受原被告主張請求之第三人參與兩造訴訟之可能性。
2. §58 雖僅規定「法律上有利害關係之第三人」，惟於解釋上並不侷限於私法上之利害關係，公法上（刑法上）之利害關係亦包含在內<sup>5</sup>。
3. 其次，由「為輔助一造起見」之規定可知，該第三人僅得選擇原告或被告其中一造輔助之。

63 頁以下。

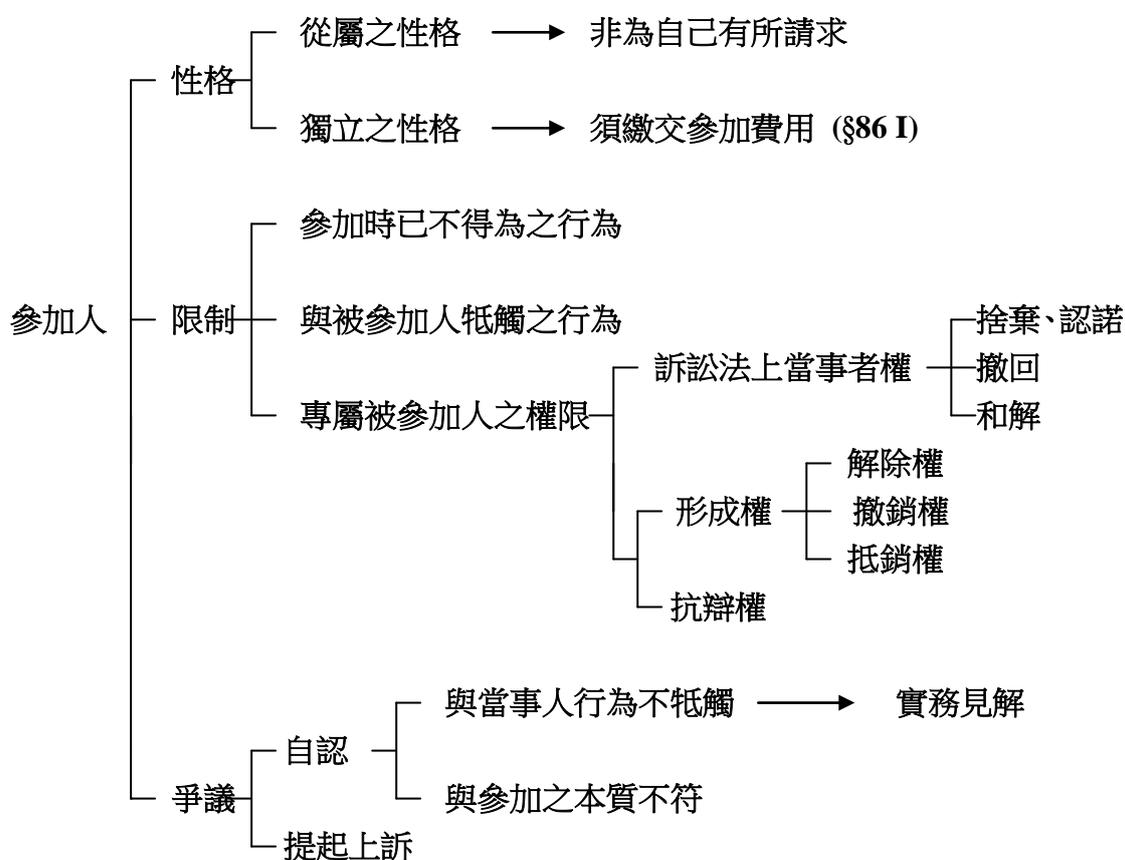
<sup>5</sup> 認法律上利害關係包含公法上之利害關係者有駱永家，參閱民事法研究（三），第 183 頁。認為僅包含私法上利害關係者有楊建華，參閱輔助參加人承擔訴訟，問題研析民事訴訟法（四），第 98 頁之見解。目前學者大多數認為應包含公法上之利害關係。

## 貳、訴訟參加之程式

### 一、第三人訴訟參加之程式

§58 II：「參加，得與上訴、抗告或其他訴訟行為，合併為之。」§59：「參加，應提出參加書狀於本訴訟繫屬之法院為之。參加書狀，應表明：一 本訴訟及當事人。二 參加人於本訴訟之利害關係。三 參加訴訟之陳述。」§60：「當事人對於第三人之參加，得聲請法院駁回。但對於參加未提出異議而已為言詞辯論者，不在此限。」當事人此一第三人訴訟參加駁回聲請權乃基於處分權主義而來，使其得自由決定是否使第三人參加訴訟或接受其輔助。

### 參、參加人之權限



### 一、參加人之從屬性與獨立性

參加人非訴訟上當事人，故其權限勢必無法等同於原被告。§61 規定：「參加人得按參加時之訴訟程度，輔助當事人為一切訴訟行為。但其行為與該當事人之行為牴觸者，不生效力。」因此，理論上參加人雖得為一切訴訟行為，惟該訴訟行為除須與當事人之行為不生牴觸外，尚須符合參加人之本質。而因參加人並非為自己而有所請求，故其原則上具有從屬之性格；惟另一方面，參加人亦具有獨立之性格，蓋依§86 I，參加人必須繳交一定之訴訟費用。

## 二、參加人訴訟行為之限制

而參加人訴訟行為之限制，就三方面分述如下：**1.參加時，依當事人之訴訟程序，參加人已不得為之訴訟行為；2.專屬於被參加人之權限；3.與被參加人牴觸之行為。**

### (一) 參加時，依當事人之訴訟程序，參加人已不得為之訴訟行為

例如於第三審始為訴訟參加，而因第三審乃法律審，原則上不作事實認定（§476），於第三審不得主張新事實為攻擊防禦方法，僅能主張判決之違背法令，故依民訴法§61，參加人於第三審已不得再為事實之主張。

### (二) 專屬於被參加人之權限：訴訟法上當事者權

#### 1. 參加人得以本人名義提起上訴

較無爭議者乃上訴之部分，即參加人雖非訴訟上原被告，惟仍得以本人之名義提起上訴。惟須本人未捨棄上訴權，參加人始得以本人之名義提起上訴，若本人已捨棄上訴權，參加人又為上訴者，則參加人之行為即與本人有所牴觸而不生效力。再者，僅須將所輔助之人列為上訴人，毋庸再令該當事人簽名，亦即僅須有參加人的簽名即可。實務亦同此見解：**【20 上 1301 判例】**<sup>6</sup>『參加人本於自己法律上利害關係獨立為其所輔助之當事人提起上訴，只須在該當事人未有反對之陳述...列名被輔助人為上訴人，只須有參加人之簽名...』。

#### 2. 參加人得否提起反訴、再審之訴？

反訴依實務【23 抗 1066 裁定】<sup>7</sup>見解認為係專屬於訴訟上當事人之權利，故參加人不得提起。至於再審之訴過去實務依【68 第 10 次民庭決議(二)】見解認為再審之訴須有原被告積極之行為，故參加人亦不得提起。惟於此次民事訴訟法修正增定 58 III 規定「就兩造之確定判決有法律上利害關係之第三人，於前訴訟程序中已為參加者，亦得輔助一造提起再審之訴。」，乃允許於前訴訟程序已為參加之參加人及受訴訟告知人得提起再審之訴。理由乃在於，若不允許前訴訟程序之參加人提起再審之訴，對其程序保障不周。至於雖有法律上利害關係但未於前訴訟程序參加之人，為維持裁判安定性，則不許其提起再審之訴<sup>8</sup>。

<sup>6</sup> 【判例字號】20\_上\_1301 【裁判日期】20/01/01

從參加人本於自己法律上之利害關係，得獨立為其所輔助之當事人提起上訴，只須該當事人未有反對陳述，則其因輔助當事人而提起之上訴，即應認為有效。

<sup>7</sup> 【判例字號】23\_抗\_1066 【裁判日期】23/01/01

對於原告提起反訴，惟被告始得為之，參加人雖得輔助被告為一切訴訟行為，但提起反訴則已出於輔助之目的以外，自非法之所許。

<sup>8</sup> 民事訴訟法第 58 條第三項增定理由：依實務見解有認為參加人就兩造之確定判決縱有法律上利害關係，亦不得為其輔助之當事人提起再審之訴，對於參加人程序上權利之保障，尚嫌欠周。爰增訂第三項，規定參加人於此種情形，得輔助其於前訴訟程序中所輔助之一造當事人提起再審

### 3. 參加人不得為捨棄、認諾、和解

捨棄與認諾（民訴§384）乃訴訟法上當事人之權利，除將使為捨棄、認諾之人受訴訟法上敗訴之結果、不得再行起訴主張外，尚導致其實體法上之權利不存在<sup>9</sup>。至於訴訟法上和解，亦產生民法§739 上和解契約之效力（即當事人原來實體法上權利義務消滅，並創設形成新實體法上權利義務之效果）。此為不利於當事人之訴訟行為，於六十一條之立法理由中亦明示參加人不得為之。

補充：若因捨棄而造成敗訴判決確定者，儘管捨棄不等同於免除，惟仍應類推適用免除之法理，使其產生實體法上債務免除之法律效果。而連帶債務之情形，則須回歸民法§275 之規定觀察。於訴訟上對連帶債務人中之一人為捨棄，相當於對連帶債務人中之一人為免除，依民法§276 I規定，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。除該債務人應分擔之部分屬非基於個人關係之事項外，其餘僅為個人關係事項，不對他連帶債務人發生效力。因此僅於被捨棄之人應分擔部分始生債務消滅之效果，而非對連帶債務人中一人捨棄即得直接依§56 第二款規定，視為對全體連帶債務捨棄。

### 4. 實體法上形成權之行使？

#### (1) 符合民法§242 之要件時，參加人始得行使專屬於被參加人之實體法上權限

實體法上專屬於被參加人之權限，最重要者乃形成權。形成權係當事人以意思表示使其法律狀態發生創設、變更或消滅之法律效果，主要有解除權、撤銷權、抵銷權及抗辯權等類型。原則上本於私法自治原理，權利是否行使應由權利人自行決定，惟由第三人主張在實體法上並非無可能性，例如代位權之行使，實體法上得否代位行使形成權頗有爭議，惟我民法代位權之規定乃承襲自日本法而來，而日本法上肯認形成權亦得為代位權行使之內容，故應認形成權亦得為代位之標的。至於考量訴訟上參加人得否行使專屬於本人之實體法上權利，則應類推民法§242 代位權行使之規定，亦即僅於符合民法§242 之要件時，參加人始得行使專屬於被參加人之實體法上權限。再者，另有本於實體法之規定，參加人得行使被參加人形成權之情形，例如保證人依民法§742-1 得以主債務人對債權人之債權主張抵銷（類似規定：民法§277，連帶債務人得以他

---

之訴。至於前訴訟程序中未參加於訴訟之第三人，則不許其於判決確定後參加訴訟同時提起再審之訴，以維持確定判決之安定性。又受訴訟告知之人雖未為參加或參加逾時，如其依第六十七條之規定視為已參加訴訟者，當然有本項規定之適用，無待明文

<sup>9</sup> 因訴訟有確定當事人私權關係之效果，若原告於訴訟中敗訴，無論基於任何理由，其實體法上權利即確定不存在。

連帶債務人應分擔之部分抵銷之)，因此若保證人為參加人時，自得行使被參加人（主債務人）之抵銷權。

## （2）抗辯權與抗辯

抗辯權（如：撤銷、解除、抵銷……等）與抗辯（時效抗辯、同時履行抗辯……等）亦專屬於實體法上權利人，僅於本人行使後，參加人始得援引以為攻擊防禦。

## （3）民法§742-1 與民法§744 規定相異之處

民法§742-1 規定：「保證人得以主債務人對於債權人之債權，主張抵銷。」此規定與民法§744 之規定：「主債務人就其債之發生原因之法律行為有撤銷權者，保證人對於債權人，得拒絕清償。」有所不同。民法§744 之規定係使保證人享有一時之抗辯權，意即得暫時拒絕清償。惟民法§742-1 則係使保證人得代替主債務人向債權人主張抵銷，類似於民法§244 代位權之規定，並非一時之抗辯。

## （三）與被參加人牴觸之行為<sup>10</sup>及不利於被參加人之行為

### 1. 參加人自認是否為與被參加人相牴觸之行為？

最有爭議者乃自認，實務見解【70.9.4 廳民一字 0649 號函】<sup>11</sup>認為自認並不直接導致敗訴之結果，其效果僅係免除他造之舉證責任，僅係使自身處於法律上較不利之地位，因此僅須被輔助之當事人事前未為相反之陳述，參加人亦得就他造主張之事實為自認。例如於【**案例 4**】中，若甲對丙請求履行保證債務，此時參加人乙（主債務人）得自認自己在借據上之簽名為真。

### 2. 日本學說則認參加人不得自認

然而於日本法上則有學者認為由於參加之目的在於輔助被參加人，所謂

<sup>10</sup> 關於抵觸行為之認定，駱永家老師在「輔助參加與告知訴訟」一文中表示，被參加人僅消極的不為任何行為時，參加人所為之行為縱使違反被參加人之意思，亦非當然無效。亦即，所謂抵觸行為係指參加人之行為與被參加人之積極行為違反者。詳細內容請參閱民事法研究（三），第 186 頁。

<sup>11</sup> 發文字號：司法院 (70) 廳民一字第 0649 號（節錄）

發文日期：民國 70 年 09 月 04 日

資料來源：民事法律問題研究彙編 第 1 輯 148 頁

相關法條：民事訴訟法 第 61 條

法律問題：參加訴訟之從參加人為輔助一造，於訴訟繫屬中，自認他造主張之事實而所輔助之當事人並無反對，此項訴訟行為，有無發生效力？

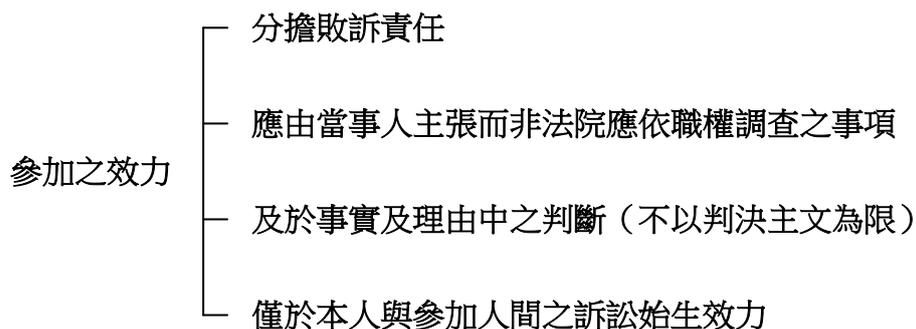
司法院第一廳研究意見：按民事訴訟法第六十一條但書規定，參加人行為與該當事人之行為牴觸者，不生效力，茲所謂當事人之行為，專指當事人積極之行為而言，若當事人所未為之行為，而由參加人代為者，不得以牴觸論（參見最高法院十九年上字第一九五號判例），本件參加人於訴訟繫屬中，自認他造主張之事實，其所輔助之當事人既無反對，自不生牴觸問題，其所為自認之行為，自可發生效力，本件研討 結果採乙說，並無不合。

「輔助」即「幫助」之意，故參加人之行為須有利於被參加人，而行為是否有利於被參加人亦須從寬認定，自認之效果雖不會直接導致敗訴之結果，惟自認將免除他造原應負擔之舉證責任，使被參加人處於較不利之地位，故輔助人為自認者，對本人而言係屬不利之行為，與訴訟參加輔助被參加人之本質有所扞格，故輔助人不能為自認<sup>12</sup>。

### 3. 評釋

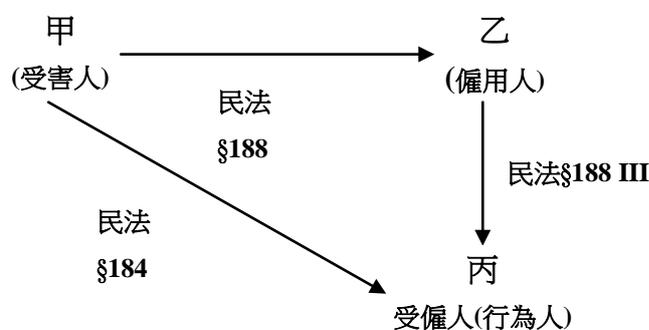
訴訟上當事人負有真實陳述之義務，不得為拖延訴訟，而就真實存在之事實強要對造負舉證責任，據此，真實陳述義務乃成參加人自認之法源根據，一客觀事實之存在，縱參加人不真實陳述（自認），最終法院仍將就此為認定，故自認並非導致敗訴之原因，僅須不與被參加人之行為抵觸，自認既得使訴訟審理迅速，應允許參加人為之。

## 肆、參加之效力



### 【案例 7】交通事故

案例事實：甲主張丙為乙之司機，因丙駕車不慎發生車禍導致甲受有傷害，甲訴請乙應依民法§188 規定負連帶損害賠償責任，訴訟中丙乃為輔助乙而參加訴訟，而經法院審理後為甲勝訴之判決。



<sup>12</sup> 駱永家，前揭文，民事法研究（三），第 187 頁。

## 一、參加效力之範圍

### (一) 參加效力之規範目的在於考量參加人與被參加人間之公平性

§63 I 本文規定：「參加人對於其所輔助之當事人，不得主張本訴訟之裁判不當。」又本次修正增定 63 II 規定：「參加人所輔助之當事人對於參加人，準用前項之規定。」<sup>13</sup>此即參加效力之規定。因參加人被賦予參與本人之訴訟且一起為訴訟行為，參加人與被參加人為訴訟之結果共同努力，若被參加人敗訴，基於參加人與被參加人間之公平考量，不能僅由被參加人承擔敗訴之結果，參加人亦應分擔敗訴之。亦即，參加效力之目的在於使參加人與被參加人公平分擔敗訴結果。

惟應予注意之處為：(1)參加效力與既判力不同，意即參加效力不屬§249 之訴訟合法要件，並非法院應依職權調查之事項。須於參加人與被參加人間之後訴訟，由被參加人或參加人有所主張或援引為抗辯時，法院始有調查之必要。(2)參加之效力不以判決主文（訴訟標的）為限，亦及於事實與理由中之判斷。(3)參加人與被參加人不得主張本訴訟之裁判不當，所謂本訴訟，僅限於本人與參加人間之訴訟，並不包含他造當事人與參加人間之訴訟。

### (二) 他造當事人與參加人間之後訴訟並不受本訴訟判決主文或事實理由判斷之參加效力所及

例如於【**案例 7**】中，若甲已提出證人，而參加人丙有主張其他證人之可能而並未主張；或甲提出受僱人交通違規（闖紅燈或超速）之鑑定報告，且丙就此並未爭執，而訴訟結果係僱用人乙敗訴者，則事後乙對丙再依民法§188 III 規定求償而為之訴訟，丙不得再主張有其他之證人可證明或是對鑑定報告有所爭執，而主張其並未超速或闖紅燈。亦即，乙得對丙主張丙為參加效力所及，丙須受前訴判決主文理由及事實判斷之參加效力拘束。相反而言，若甲對丙另外再依民法§184 請求損害賠償而起訴時，則此一訴訟中並無§63 適用之餘地，故丙得再主張其他證人或對鑑定報告中其闖紅燈與超速之事實有所爭執。意即，他造當事人與參加人間之後訴訟不受本訴訟判決主文或事實理由判斷之參加效力所及。同理於【**案例 4**】中，倘消費借貸款項為 100 萬元，甲對丙起訴主張其應履行保證契約，判決勝訴後保證人被執行之部分乃 50 萬元，而當保證人依民法§749 規定對主債務人求償該 50 萬元時，主債務人即不得再對保證人爭執該債務是否存在。惟若甲復對乙起訴主張其應負消費借貸款之返還責任時，乙即毋庸於此受前訴訟中關於消費借貸契約是否有效存在之事實認定所拘束，意即乙仍得爭執消費借貸契約有無效之原因。其理由在於參加效力之目的僅在使參加人與被參加人分擔敗訴責任，故僅及於參加人與被參加人間之訴訟，而不

<sup>13</sup> 民事訴訟法第 63 條第二項增定理由：參加人所輔助之當事人對於參加人引用本訴訟之裁判時，可否主張該裁判不當，現行法並無明文規定，為免爭議，爰增設第二項，以臻明確。

及於參加人與他造當事人之訴訟。

### 同前述【案例 6】

案例事實：丙工廠製造 A 商品，出售予商人乙，乙將 A 商品出售於消費者甲。甲主張 A 商品物有瑕疵，依民法§359 對乙解除契約，訴請乙應依民法§259 返還買賣價金。



於甲獲得勝訴後，乙即得對丙主張物之瑕疵擔保及不完全給付之權利，故丙對此訴訟有法律上利害關係，得為訴訟參加。若丙參加甲乙之訴訟後，法院判決理由認定 A 商品具有物之瑕疵，甲有解除契約之權利而得請求返還價金。而於後訴乙對丙主張權利時，丙即不得主張 A 商品不具瑕疵，因所謂不得主張本訴訟不當，除判決主文（訴訟標的）外，事實及理由之判斷(A 商品是否具有瑕疵的判斷)亦包含在內。

## 二、參加效力之排除

參加效力之排除(§63 但) — 參加之程度 (ex: 第三審始參加訴訟)  
— 當事人之行為 (ex: 捨棄、認諾)  
— 當事人故意或重大過失不用參加人不知之攻擊防禦方法 (ex: 時效抗辯)

### (一) §63 但書規定之三種情形

原則上依§63 本文規定，參加人須與本人共同承擔敗訴之結果，亦即「參加人對於其所輔助之當事人，不得主張本訴訟之裁判不當」。惟於例外之情形下，亦即§63 但書所定者，參加人事後得主張其不受參加效力所及。**(1) 參加人因參加時訴訟之程度所不能用攻擊或防禦方法；(2) 因該當事人之行為，不能用攻擊或防禦方法；(3) 當事人因故意或重大過失不用參加人所不知之攻擊或防禦方法者，即不得對參加人主張參加之效力。**

### (二) §63 但書「因參加時訴訟之程度」：第三審時始訴訟參加

因參加之程度所不能為之攻擊防禦方法，典型之案例乃參加人於在第三審始為訴訟參加。於【案例 4】中，債權人對保證人起訴請求履行保證債務，若主債務人於第三審始為訴訟參加，由於此時主債務人已無法提出攻擊防禦方法，故主債務人仍得於他訴訟中對保證人之求償權主張有無效或得撤

銷之原因。例如約定利息過高而被認定因違反公序良俗而無效<sup>14</sup>時，若主債務人於第三審始為訴訟參加，未及主張其債務係違背公序良俗而有無效之原因，則於事後保證人對主債務人起訴求償時，主債務人得援引§63 但書「因參加時訴訟之程度」規定對保證人主張其主債務因違背公序良俗而無效，故不負有給付之義務（即毋庸承擔敗訴之結果）。

(三) §63 但書「因該當事人之行為不能用攻擊或防禦方法」：當事人為捨棄或認諾

因當事人之行為，參加人不能用攻擊或防禦方法，例如當事人為捨棄或認諾之情形是。於【**案例 4**】中，保證人對債權人為認諾，法院即應判決保證人敗訴，主債務人即無從再提出新攻擊防禦方法，故事後保證人再對主債務人另行起訴求償時，主債務人仍得就主債務是否存在、保證人是否有求償權等等事項，對保證人有所爭執，不受§63 本文之限制。此外，撤回、和解亦屬此情形，當事人若和解由被參加人賠償 100 萬元，參加人亦不受其限制。

捨棄或認諾類似於實體法上拋棄權利、債務免除或債務承認，惟其係訴訟法上之行為，乃適用當事人處分權主義，法院須直接依當事人之捨棄或認諾而為敗訴之判決，無論當事人是否主張事實、有無盡其舉證責任。故於私法自治原則下，當事人在得為捨棄或認諾之範圍之內為捨棄或認諾時，法院須受當事人意思之拘束，直接為其敗訴之判決（無自由心證之適用）。

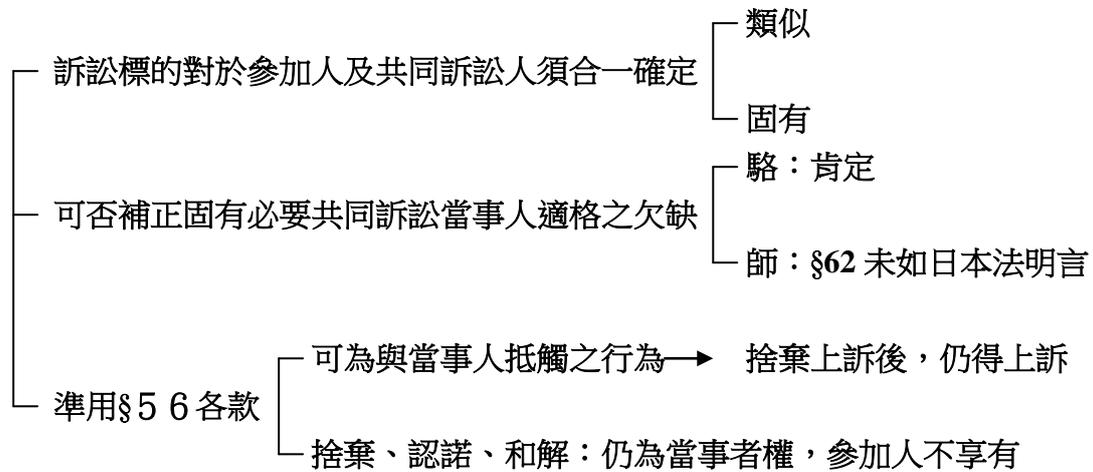
(四) §63 但書「當事人因故意或重大過失不用參加人所不知之攻擊或防禦方法」

於【**案例 4**】中，若保證人因被詐欺而締結保證契約，則保證人應於本訴訟中主張詐欺或錯誤<sup>15</sup>。但保證人是否被詐欺或有錯誤，事實上僅保證人知情，若保證人因故意或重大過失而不於本訴訟中為詐欺或錯誤之主張者，則事後保證人對主債務人求償時，主債務人得主張§63 但書「當事人因故意或重大過失不用參加人所不知之攻擊或防禦方法」規定，主張本訴訟之裁判不當，不受參加效力所及。

<sup>14</sup>民法§205 規定雖然規定為「約定利息超過百分之二十時，債權人對超過部分無請求權」，若債務人支付全部利息時，債權人受領仍不構成不當得利。然而若約定利率過高，例如超過百分之三十五時，則會與刑法上重利罪相當，將被認定違反公序良俗而無效。

<sup>15</sup>於訴訟上保證人主張詐欺或錯誤之勝訴可能性非常小，蓋縱債權人未提供保證人資訊，致使保證人對主債務人已陷於清償困難之情形仍不知情，因此而訂立保證契約通常亦不被認為錯誤。而若事實上債務人已陷於清償困難，惟債權人告訴保證人謂債務人之債信情況良好，僅暫時需要對保，保證人根本不用負保證責任等語，則保證人主張被詐欺之勝訴可能性亦非常小。

### 第三款 獨立參加（特種參加）<sup>16</sup>



### 壹、獨立參加之要件、法律效果

#### 一、獨立參加不使第三人因參加而成為當事人

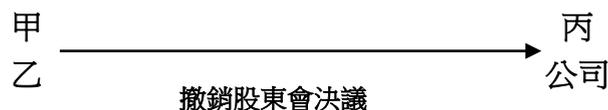
##### （一）獨立參加仍係訴訟參加，參加人仍非訴訟上之當事人而僅為參加人

獨立參加準用民訴法§56 之規定，是否使參加訴訟之第三人成為訴訟當事人，於我國學說乃有所爭議，少數說（駱永家）概括援用日本法「共同訴訟參加」之規定<sup>17</sup>，認我國§62 之規定可使訴訟標的合一確定之人參加成為當事人。惟多數說認為，§62 係規定於訴訟參加一節之中，而訴訟參加之定義依§58 規定，為輔助一造進行訴訟，因此參加人仍係第三人，不因依§62 準用§56 規定而有所不同。據此，獨立參加不使第三人因參加而成為訴訟當事人<sup>18</sup>。

#### 二、獨立參加之適用

##### 【案例 1】

案例事實：甲主張丙公司決議方法違反法令，提起公司法§189 撤銷股東會決議之訴。乙亦為出席股東會並對決議方式違法表示異議之股東（亦有§189 之原告適格），乃參加甲對於丙之撤銷股東會決議之訴。



##### （一）於類似必要共同訴訟中，具當事人適格之人為訴訟參加者，無追加當事人

<sup>16</sup> 固有必要共同訴訟需一同起被訴，當事人不得援引第五八條為之參加，但於類似必要共同訴訟之情形則可，如雇用人、保證人之案例。

<sup>17</sup> 詳細內容會在下述之「共同訴訟參加與共同訴訟輔助參加中」有所介紹。

<sup>18</sup> 參閱楊建華，獨立之輔助參加，收錄於問題研析民事訴訟法（四）第 90 頁以下。

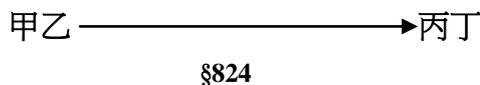
之效果，僅準用§56 之規定而已。

如上所述，依§62 規定為參加時，並不使參加之第三人成為訴訟上之當事人，因此於【**案例 1**】中，甲提起撤銷股東會決議之訴，而乙參加於該訴訟，原則上其仍為參加人，僅依§62 準用§56，若甲捨棄上訴，乙仍得以參加人之地位為甲提起上訴。此與一般訴訟參加，參加人不得為與本人相抵觸之行為不同，§62 為例外規定，因訴訟標的對參加人有合一確定之必要，故該參加人於法律上關係影響更為重大（例如參加人會為既判力所及），故準用§56 之規定，僅須參加人之行為有利於被參加人與參加人，縱與被參加人之行為有所抵觸，亦生效力。

惟於駱永家老師所稱之「共同訴訟參加」下，此時乙係以當事人之地位參加於訴訟，得成為訴訟上之原告、被告，此與我國§62 之獨立參加即有所不同，蓋§62 獨立參加之情形，第三人係以參加人之地位參加於訴訟，而駱老師之「共同訴訟參加」係以當事人之地位參加，本質上類似我國法之當事人追加。

#### 【**案例 2**】

案例事實：甲乙丙丁共有一物，甲乙僅列丙為被告，漏未列丁為被告，依民法§824 之規定請求分割共有物。



#### (二) 獨立參加無法補正固有必要共同訴訟當事人適格之欠缺

分割共有物之訴為固有必要共同訴訟，須以全體共有人為原告或被告，否則即欠缺當事人適格。於【**案例 2**】中，若未將丁列為被告，即不符合固有必要共同訴訟當事人全體須一同起訴、被訴之原則。而依照§62 獨立參加之規定，即使丁作為參加人，然其究竟非原告、被告，故仍有固有必要共同訴訟因數人未一同起訴或被訴而當事人不適格之情形。

惟於駱老師所稱之「共同訴訟參加」，丁係以當事人之地位參加訴訟，經由參加而為訴訟上之原被告。故共同訴訟參加其性質事實上等同於當事人之追加（訴之追加）。依駱老師之見解，若丁為共同訴訟參加，其即成為訴訟上之原告、被告，因此即符合固有必要共同訴訟之數人必須一同起訴與被訴之情形，而補正其當事人適格之欠缺。

而我國實務則認為，得於訴訟中依§255 I 第五款為訴之追加。若追加丁為被告，則毋須得其同意；惟若追加丁為原告，則需經其同意（尊重原告之處分權），而丁若不為同意，則該訴訟即當事人不適格而應予駁回，如此對全體共有人而言，實非公平，故應依§56-1，逾期未為追加，視為已一同起訴。

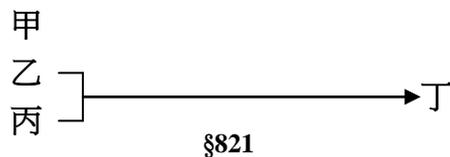
總而言之，於固有必要共同訴訟當事人未一同起訴被訴之情形，若不為原告、被告之追加，而僅為§58 訴訟參加，因該人實非當事人，判決效力無法及之，無法達成法律上合一確定之要求，應認如此無法補正固有必要共同訴訟當事人適格之欠缺。

### (三) 共同訴訟參加與我國民訴法之獨立參加性質不同

綜上所述，共同訴訟參加與§62 之獨立參加仍有不同，§62 之獨立參加係以參加人之地位參加，駱老師所指之「共同訴訟參加」則係以當事人之地位參加，得用以補正固有必要共同訴訟數人未一同起訴與被訴之重大瑕疵。

### 三、獨立參加之參加人權限

**【案例 3】**甲乙丙共有一物，乙丙依民法§821 之規定起訴請求丁返還占有物，而甲參加於該訴訟。



#### (一) §62 準用§56 之結果：參加人得為牴觸本人意思但有利於本人之行為

§56 第一款「一人之行為有利益於全體時，效力及於全體；不利於全體時，對全體不生效力」之情形，於獨立參加中，準用之結果即為：參加人仍得為牴觸被參加人之意思，惟有利於參加人與被參加人之行為。於【案例 3】中，若判決結果乃乙丙敗訴，乙丙當庭表示捨棄上訴權，則此時若係一般之訴訟參加，參加人甲即不得再為牴觸乙意思之行為而提起上訴。然而，此時訴訟標的對於甲乙丙有合一確定之必要，因此依§62 準用§56 第一款之結果，縱乙丙已表示捨棄上訴權，甲仍得基於參加人之地位，以乙丙之名義提起上訴<sup>19</sup>。

#### (二) 本人自認之內容與事實不符，參加人得依§279 III 規定撤銷之

又依§279 規定：「當事人主張之事實，經他造…自認者，無庸舉證。」若本人就是否有故意過失之事實為自認時，則依本條規定，他造無庸負舉證責任。此時參加人亦得違反被參加人之意思，而適用§279 III 規定：「自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始

<sup>19</sup> 至於 56 條各款是否皆可準用，學者見解不同。楊建華認為第一款、第三款可準用，但因獨立參加人並非共同訴訟人，對造不能對之為訴訟行為，因此並不準用第二款規定。請參閱楊建華，獨立之輔助參加，收錄於問題研析民事訴訟法（四），第 90 頁以下。但亦有學者認為僅準用 56 條第一款，第二款、第三款並不準用，因為若認為他造對參加人之訴訟行為如果效力及於全體共同訴訟人，對共同訴訟人顯屬不公平，且若認為有當然停止原因而全面停止時，會延滯訴訟，並無必要。請參閱范光群，訴訟程序之停止，收入於中興法學 36 卷（81.9）第 63 頁註 5。

得為之。」證明被參加人自認之內容與事實不符，撤銷該自認。

(三) 依§62，參加人就訴訟標的法律關係有與本人合一確定之必要時，參加人得違反本人之意思，獨立提起上訴

在一般輔助參加中，參加人不得為與本人行為有牴觸之行為，因此若本人已有捨棄上訴權之表示時，則參加人不得再違反本人之意思而提起上訴(但若本人並未捨棄上訴權時，則參加人得獨立提起上訴，不須本人之同意<sup>20</sup>)。惟於§62 規定獨立參加之情形，由於參加人就該訴訟標的法律關係有與本人合一確定之必要，因此縱被參加人已捨棄上訴權，參加人仍得違反其意思，獨立提起上訴。

(四) 專屬於被參加人當事者權之部分，縱準用§56，參加人亦不得為之。

至於專屬於訴訟當事人享有之訴訟權能，例如基於處分權主義所生之捨棄、認諾、撤回、和解等，參加人不得為之，因此該等行為並非涵蓋於§62 之規定範圍內<sup>21</sup>。

(五) 於選定當事人後，脫離訴訟之當事人得否為訴訟參加？

如選定當事人之部分所述，選定當事人制度本質上為意定之訴訟擔當，於選定人選定後，選定人即脫離訴訟，至於脫離訴訟之當事人得否參加該訴訟，則有疑義，學說尚有認為，此時脫離訴訟之當事人仍得參加訴訟<sup>22</sup>，惟當事人選定制度之目的乃在於減少訴訟上原被告人數，故應例外禁止選定人於選定後，復以參加人之地位輔助參加。

## 貳、共同訴訟參加與共同訴訟輔助參加<sup>23</sup>

### 一、共同訴訟參加與共同訴訟輔助參加之定義

#### (一) 日本法之共同訴訟參加與共同訴訟輔助參加之區別

日本法上有共同訴訟參加與共同訴訟輔助參加之區分。共同訴訟參加係指受該判決效力所及且具當事人適格之第三人，自行以當事人之地位參加於該訴訟，而與先前當事人之一造成為共同原告或被告，以維護其利益。而共

<sup>20</sup> 理由為所謂的抵觸行為是指和參加人之積極行為相抵觸。請參閱駱永家，輔助參加與告知訴訟，民事法研究（三），第 186 頁。相關實務見解：19 上 195 判例：以抵押權擔保之債權，除有特約外，其利息當然受抵押權之擔保。當事人所未為之行為而由參加人代為者，不得以抵觸論，故當事人雖未提起上訴，亦可由參加人提起之。

<sup>21</sup> 楊建華前揭文第 93 頁至第 94 頁。

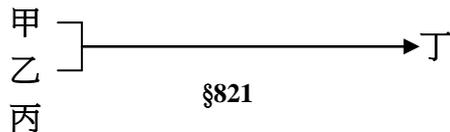
<sup>22</sup> 採此見解者例如邱聯恭，口授講義（一），1999 年版，第 258 頁。2002 版，第 299 頁。依邱聯恭之見解認為，此時參加人並非參加全部程序，僅就和自己相關之部分為參加，例如調查證據時參加訴訟程序，因其對於事實較為瞭解，且此部分和其利害關係最為密切，故無不許其參加之理。

<sup>23</sup> 駱永家，共同訴訟參加與共同訴訟的輔助參加，民事法研究（三），第 199 頁以下。

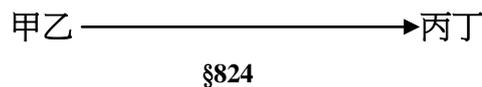
同訴訟輔助參加則係受判決效力所及，惟欠缺當事人適格之第三人參加於訴訟之情形，而因此種輔助參加人就本訴訟之利害關係較一般參加人為大，故當其成為輔助參加人時，應較一般參加人有較多之權限。上述二者之區別在於，共同訴訟參加人具本訴訟之當事人適格，而共同訴訟輔助參加人則否。

## 二、共同訴訟參加

【**案例 1**】甲乙丙共有一物，甲乙依民法§821 之規定請求丁返還占有物。



【**案例 2**】甲乙丙丁共有一物，甲乙以丙丁為被告，依民法§824 之規定請求分割共有物。



### (一) §62 之規定於固有必要共同訴訟適用上之爭議

§62 規定：「訴訟標的，對於參加人及其所輔助之當事人必須合一確定者，準用第五十六條之規定。」所謂「訴訟標的對於參加人及其輔助之當事人必須合一確定」主要存在於必要共同訴訟之類型中。類似必要共同訴訟中，共同訴訟人毋庸一同起訴被訴，因此其中部分人究同為訴訟上原告、被告，抑或參加該訴訟，皆為法之所許。例如【**案例 1**】中，共有人甲乙丙中之乙丙對丁起訴主張共有物回復請求時，因訴訟標的就甲乙丙三人而言有合一確定之必要，惟甲乙丙三人毋庸全體一同起訴被訴，故若僅有乙丙二人起訴，則甲亦得為輔助乙丙而參加訴訟，且適用§62 獨立參加之規定。較有爭議者乃固有必要共同訴訟之情形，如【**案例 2**】中，共有人為甲乙丙丁四人，甲乙以丙丁為被告，起訴請求分割共有物，是否准許甲以丙丁為被告而單獨起訴，乙事後以獨立訴訟參加之方式進行訴訟（即是否因乙之訴訟參加而補正固有必要共同訴訟中原告適格之欠缺），學說與實務則如前所述，有不同見解<sup>24</sup>。

## 三、共同訴訟的輔助參加

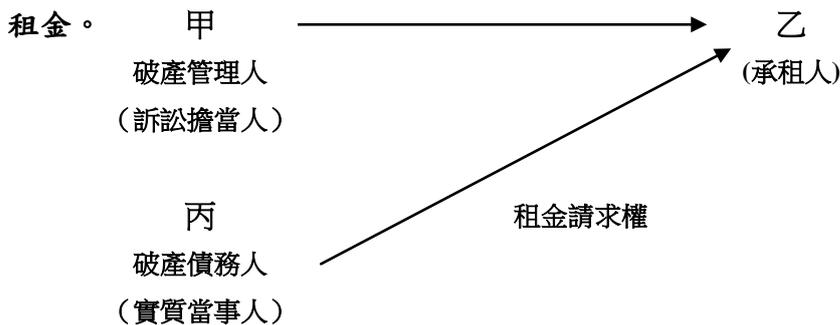
### (一) 共同訴訟的輔助參加之意義

<sup>24</sup>師認為需思考參加人為第三人之認定問題：若為訴訟上之實質當事人是否得為參加？萬一實質當事人去輔助對造時，將產生何種問題？為了避免法律解釋之混亂，師認為第三人應是指訴訟上原被告及實質當事人以外之人。

雖為實體法上之權利義務主體，惟欠缺訴訟法上當事人適格而不能為原被告之人，仍依§401 II規定為判決效力所及，故日本法上有學者<sup>25</sup>認為，此種為判決效力所及之第三人參加訴訟時，因參加人無法主張參加效力之排除規定(因當然為既判力所及)，應類推相當於我國民訴法§56之規定處理，對其利益始為充分之保障。

### 【案例 3】

案例事實：甲為破產管理人，丙為破產債務人；乙丙間有租賃關係存在，丙對乙之租金債權已列入破產財團中。因乙逾期未支付租金，破產管理人對乙起訴請求租金。



#### (二) 共同訴訟輔助參加使不具當事人適格之人為參加，有助於事實釐清

於【案例 3】中，實體法上當事人丙已喪失訴訟實施權限，而須由甲為訴訟上原被告，惟判決效力依§401 II仍及於丙。此時因破產管理人僅係被授予訴訟實施權限之人，而對於訟爭法律關係，實質當事人丙則勢必較為清楚，故於此情況丙雖不具該訴訟之原告適格，惟仍得輔助參加該訴訟。此種參加之型態，駱永家老師認為係「共同訴訟輔助參加」；惟楊師則認為，§62 所謂“訴訟標的必須合一確定”者，包含判決效力及於第三人，及為他人而為原告被告之情形，亦即訴訟擔當亦有適用。今丙既為既判力所及，即有§62 之適用，若乙不為上訴，丙得準用§56，以乙之名義提起上訴。

## 第四款 參加人承當訴訟 (§64)

### 壹、§64 之參加人承當訴訟，為訴訟擔當之型態

§64 I規定：「參加人經兩造同意時，得代其所輔助之當事人承當訴訟。」承當訴訟意指參加人代替被參加人成為訴訟上之當事人，被參加人脫離訴訟，惟依§64 II但書之規定，本案判決對於脫離之當事人，仍有效力。§64 規定使原非訴訟法上當事人之參加人於承當訴訟以後，成為訴訟上之原被告；然就實體法之角度而言，參加人仍非該權利義務之主體。通說認為§64 I參加人經兩造同意後之承當訴

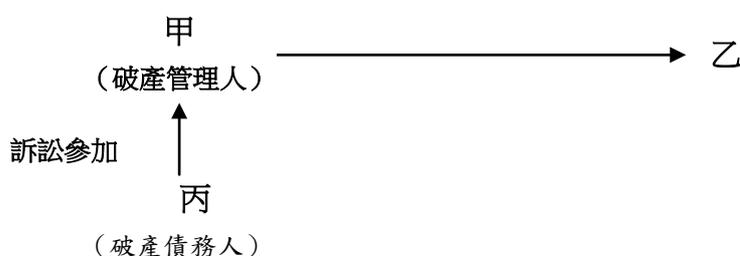
<sup>25</sup> 日本民事訴訟法僅規定有共同訴訟參加，而未規定共同訴訟輔助參加。因此若為判決效力所及之第三人以從參加方式參加訴訟時，應類推相當於我國§56之規定。

訟，乃任意訴訟擔當之型態<sup>26</sup>，被參加人仍係實體法上之當事人，依 64 II 但書規定仍為判決效力所及。縱無 64 II 但書之規定，因承擔訴訟之參加人乃為他人而為原告或被告之人，依 401 II 規定，亦使脫離訴訟之被參加人為判決效力所及。惟楊師則認為，此處訴訟實施權限之授與乃基於法律之規定，故應將之視為法定訴訟擔當較妥（雖係由當事人合意，惟仍須符合法律之規定，始取得訴訟實施權）。

## 貳、參加人承擔訴訟之限制

### 【案例分析】

案例事實：甲為破產財團丙之管理人，因乙丙間之法律關係而對乙起訴，丙則以實體法上當事人身份主張有法律上利害關係參加訴訟，則其得否依§64 承擔該訴訟？



於此種法定訴訟擔當中，原則上應無適用§64 之餘地。蓋此種法定訴訟擔當之立法目的在於當事人本身就系爭實體法上權利義務關係較小，而他人之利害關係則較大，故剝奪實體法上當事人之訴訟實施權限。就此立法目的而言，須對該參加人承擔訴訟之權限予以限制，故丙先藉由訴訟參加成為參加人，再依§64 經兩造（甲、乙）同意承擔成為訴訟上原被告者，將使上開立法意旨經此方式而為規避（脫法行為），此時應排除§64 之適用。

## 第五款 告知訴訟（§65～§67-1）

### 壹、訴訟告知

#### 一、一般訴訟告知

§65 規定，「當事人得於訴訟繫屬中，將訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人。受訴訟之告知者，得遞行告知。」所謂告知訴訟即將訴訟繫屬之事實，告知就當事人間訴訟結果有法律上利害關係之人，通知其參加訴訟。

自§66 之規定可知，法院受當事人聲請為訴訟告知時，原則上僅得依§58 規

<sup>26</sup> 請參閱楊建華，輔助參加人之承擔訴訟，收錄於問題研析民事訴訟法（四），第 96 頁以下。

定判斷該第三人是否因雙方當事人之訴訟結果而有法律上利害關係，若確定其為有法律上利害關係之第三人，法院則應依§65 規定告知第三人參加訴訟。當事人聲請告知訴訟時，第三人即無法自行決定是否參加訴訟，若第三人被告知而不為參加者，依§67 準用§63 規定，亦須承擔當事人間訴訟之結果。

告知訴訟之目的在使當事人間之紛爭儘量於同一訴訟程序解決(紛爭解決一次性)，故「強制」<sup>27</sup>受告知之第三人參加訴訟。第三人受通知而不為參加，當事人即可主張依§67 準用§63 規定，對已為通知但未參加訴訟之第三人發生參加效力。

## 二、法院職權告知

民事訴訟法於此次修法時增訂§67-1，引進法院職權告知制度。§67-1 I規定「訴訟之結果，於第三人有法律上利害關係者，法院得於第一審或第二審言詞辯論終結前相當時期，將訴訟事件及進行程度以書面通知該第三人。」立法目的的主要在於：1.為使有法律上利害關係之第三人能知悉訴訟而有及時參與訴訟之機會，2.避免第三人嗣後再提起第三人撤銷之訴，以維持確定裁判之安定性，3.貫徹一次訴訟解決紛爭之原則，應賦予法院適時主動將訴訟事件及進行程度通知有法律上利害關係第三人之職權。第三人於受通知後得視其情形自行斟酌是否參與訴訟及參與之方式，第三人得依§54 提起主參加訴訟，或依§58 為訴訟參加，甚至追加為當事人，或依其他法定程序行使、防衛其權利。又訴訟之結果涉及多數利害關係人者，法院亦得斟酌情形，分別予以通知，如受通知人知有其他法律上利害關係人，亦得向法院陳明，由法院斟酌是否一併通知。

依§242 II 規定，第三人欲為§242 I 利用訴訟文書之請求者，須先經當事人同意或釋明有法律上之利害關係，並經法院裁定許可，始得為之。為便利受通知人瞭解有關訴訟資料，俾能迅速決定如何參與訴訟以保護其權利，故§67-1 II 規定「前項受通知人得於通知送達後五日內，為§242 I 之請求。」，不受該條§242 II 之限制。

至於受法院職權通知之人如得依§58 參加訴訟，而不為參加或參加逾時，仍應使其發生一定之效力，始能貫徹法院職權通知之立法目的。故§67-1 III 規定此種情形準用§67 訴訟告知之規定，視為於得行參加時已參加於訴訟，進而準用§63 之規定，使生參加訴訟之效力。

---

<sup>27</sup> 並非真正強迫受告知人參加訴訟，受告知人仍有不參加訴訟之自由。僅於告知人敗訴時，受告知人亦為參加效力所及。

## 第三章 訴訟代理人

### 第一節 律師強制代理主義概說

#### 壹、律師強制代理主義之法理基礎

律師強制代理制度於德國法上係與當事人處分主義及辯論主義相互配合。基於私法自治原則，訴訟法上賦予當事人自由權，令當事人於訴訟提起、訴訟進行、訴訟終結時享有自由決定之權利，惟若欲實現當事人自由（私法自治）原則，需以當事人具有充分專業知識作為前提，始可能為下列決定：

- 一、就實體法層面而言，當事人須有充分之法律知識，始得知悉是否起訴（實體上是否有理由），以何人為原告被告（實體法上之義務人為何人），實體法上之代理人、利害關係人、債務使用人及輔助人……等為何人。
- 二、就訴訟法層面而言，當事人須有充分之法律知識，始得於起訴後瞭解對造所請求之範圍（訴訟標的之範圍），及知悉應提出何種攻擊防禦方法。

故強制律師代理主義即與當事人處分主義及辯論主義結合，由具有法律專業知識之人代理當事人進行訴訟。

#### 貳、律師強制代理制度之目的及優點

一、保護當事人之利益。

二、促進訴訟之終結（訴訟經濟）：

因律師具有法律專業知識，知悉何為法律上具爭執之部分，並對之提出攻擊防禦方法，如此可達訴訟經濟且促進訴訟終結，提高司法運作效率。有稱律師為在野法官，得協助法官迅速且正確地適用法律及認定事實的（簡化司法運作程序）。

三、預防當事人之紛爭：

當事人若有紛爭，得經事前之法律諮詢，知悉其於法律上是否有理由，起訴是否得以獲得勝訴判決。

四、簡化司法運作程序，維持公正性：

律師可對法院之裁判監督，於三級三審之制度下，除賦予當事人充分之審級救濟途徑外，惟有律師之專業知識，始能知悉法院之判決是否符合正確法律解釋及適用，以確保司法之公正。

五、建立一般國民較明確的權利義務觀念，提高國民守法意識：

透過事先預防及諮詢，使一般國民明確了解私法關係上之權利界線及應遵循之義務範圍。民事訴訟法之目的主要在於使國民實現其權利義務，令其權利義務意識較為明確，提高其守法意識。蓋權利義務若為明確，則國民可知何

為自己之權利，以貫徹實現；何為自己之義務，以為遵循。

## 六、法律之繼續發展：

辯論主義下，當事人所未主張之事實，法院不得斟酌作為判決之基礎。而於若干新型社會紛爭中，律師若未為當事人提出主張，則法律之繼續運作與發展即受影響。新修訂之法律或新型態之契約，或國外法已趨成熟之學說理論，若未於辯論主義中由律師代當事人提出，法院即無從採為判決之基礎，事實上影響法律之繼續發展。

## 參、比較法

### 一、概念釐清

律師強制代理制度與本人訴訟不同，蓋民事訴訟基於私法自治原則，當時立法時為避免於當事人處分主義與辯論主義下，因當事人專業知識不足而無法獲得勝訴判決，故基於武器平等權之考量，令當事人聘請具專業知識之律師代理訴訟，以補救缺點。當初德國民事訴訟立法時即將當事人處分權主義、辯論主義與律師強制代理主義結合，而我國法繼受時因當時並無採行律師強制代理制度之社會條件，且因律師人數有限，故未採之。

除此之外，另一補救辯論主義之手段為審判長之闡明義務。惟律師乃立於法律諮詢者之角色，使當事人於紛爭發生後，得取得較為有利之法律地位；而審判長乃中立第三人之角色，為闡明時不得逾越該客觀地位，不得與法律諮詢者之地位混淆。

### 二、立法例

如前所述，德國法原則上採律師強制代理制度，僅於四級三審最下級之職務法院始毋庸律師強制代理。日本法則係採一般代理制度，而代理人原則上委任律師充任，惟未如德國法般採取律師強制代理制度。而我國民事訴訟法§68 I 規定，「訴訟代理人應委任律師為之。但經審判長許可者，亦得委任非律師為訴訟代理人」未強制律師代理，則與日本立法例相同。

## 第二節 我國法之第三審律師強制代理

一、民事訴訟法修正時，於§466-1 規定，法律審改為律師強制代理制度。「對於第二審之判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。」但設有例外情形，例如上訴人、其法定代理人或一定親等之親屬具有律師資格者，或上訴人為法人、政府機關內部設有專任法制人員，經法院認為適當者，亦得為訴訟代理人。其主要立法理由乃在於法律審之訴訟代理較須具備法律專業知識。

- 二、§466-2 規定上訴人若無資力委任訴訟代理人，得依「訴訟救助」規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。訴訟救助於§107 以下規定，當事人無資力支出訴訟費用者，法院應依聲請，以裁定准予訴訟救助。而效力依§110，得暫免繳交訴訟費用及律師酬金。
- 三、§466-3 規定，第三審律師之酬金，因律師強制代理，故屬訴訟費用之一部，並限定其最高額。選任律師為訴訟代理人辦法及酬金支付標準，則由最高法院核定辦法。
- 四、依§466-3 II 及 III，現已有『最高法院選任律師為訴訟代理人辦法』以及『第三審律師酬金支給標準』，無資力選任律師，且依訴訟救助規定聲請由最高法院為其選任者，依該辦法§2 規定須由執行職務五年以上之人當中選任。至於第三審律師酬金則規定於該辦法§8，民事財產權訴訟為 3% 以下，最高不得超過 50 萬元；非財產權訴訟，原則上不得超過 15 萬元，而若財產權與非財產權之訴訟合併者，至多不得超過 50 萬元。

## 第三節 訴訟代理人之委任方式、權限及其效力

### 壹、契約性質

選任律師代理屬民法上之委任契約（民法§528 以下），依民法§533、§534 V 之規定，其委任狀須表明特別授權。選任律師為訴訟代理，因其契約性質為委任而非承攬，並非須完成一定工作始有權受給付，故當事人間不得為僅於勝訴時始給付（全數）酬金之約定，否則將被認為違反公序良俗，違反職業道德，且有包攬訴訟之虞。至於此一違反公序良俗之約定，當事人並無法律上請求權，惟他方當事人為給付後，亦無不當得利返還請求權。

### 貳、委任方式、權限及其效力

- 一、委任方式依§69 規定，應提出委任書或言詞委任經法院書記官記明筆錄，且委任須於每一審級為之。
- 二、至於訴訟代理人權限則規定於§70，原則上訴訟代理人有為一切訴訟行為之權。惟依§70 I 但書，捨棄、認諾、撤回、和解、提起反訴、上訴或再審之訴及選任代理人等行為，因其對當事人權益事關重大，故未經當事人之特別委任（授權），訴訟代理人不得為之。依§70 III，當事人亦得限制訴訟代理人為訴訟行為之範圍，惟應於委任書或（言詞辯論）筆錄內載明，始得對法院及他方當事人生限制之效果。

- 三、考量訴訟程序之安定，§71 規定，訴訟代理人有兩人以上者，均得單獨代理當事人，此與民法§168「代理人有數人時，除另有約定外，須共同代理」之規定不同。若各訴訟代理人所為之行為相互牴觸者，因各訴訟人皆得單獨代理，故解釋上應認以先發生效力者為準，即以先發生效力之意思表示為準。
- 四、§72 規定，訴訟代理人事實上之陳述，經到場之當事人本人即時撤銷或更正者，不生效力。訴訟代理人之目的主要乃在彌補當事人處分權主義、辯論主義下因當事人法律專業知識不足所生之流弊，故原則上訴訟代理人之效用主要是集中於法律適用之部分。惟事實之認定亦將影響法律之適用，而就事實之部分而言，當事人本人自較為清楚，故§72 規定到場之當事人得為撤銷或更正。§72 所針對者為到場當事人之撤銷、更正，若當事人未到場，事後即無法依§72 為撤銷、更正。當事人未當場更正，事後補具書狀更正時，若與訴訟代理人所為之陳述或行為有矛盾者，應由法院依自由心證斟酌認定之。
- 五、§73 規定，訴訟代理權，不因本人死亡、破產或訴訟能力喪失而消滅。授權後本人死亡或破產而有承受訴訟之必要，此時為求訴訟程序之安定，令此一審級之訴訟代理權仍為存在。此與民法§550 之規定不同，民法委任契約係以當事人權利能力存在為前提，故委任關係除契約另有訂定外，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。訴訟程序上考量程序之安定，避免訴訟代理人於此一審級所為各種訴訟行為之效力受影響，故當事人死亡時本依§168，訴訟程序應當然停止，惟依§73，訴訟代理人之訴訟代理權既仍為存在，故§173 即規定，當事人死亡時而有訴訟代理人者，不適用上開當然停止之規定，仍得由訴訟代理人代理，繼續進行訴訟。
- 六、除民事訴訟法之特別規定外，訴訟代理人與當事人間之法律關係原則上仍適用民法委任契約之相關規定，例如費用預付、費用償還及酬金等，適用民法§545 與§546 之規定，除此之外，自亦有民法§544 受任人損害賠償責任規定之適用。例如訴訟代理人於進行訴訟程序時，如有故意或過失而使當事人受有損害（因故意或過失令當事人受敗訴之判決），本人得對訴訟代理人依民法§544 或不完全給付之相關規定請求損害賠償。關於訴訟代理人之律師之損害賠償責任，於德國實務上係以其是否援引 Palandt 註釋書（Palandt Kommentar，記載主要法院及學說見解之法條註釋書）為主張而定。我國因採傳統訴訟標的理論，故若訴訟代理人未主張某一訴訟標的（實體法請求權），例如得主張不當得利返還請求而不為，令當事人之請求權時效消滅，致無法獲得勝訴判決者，原則上應認當事人得主張民法§544 之損害賠償請求權，惟實務上相關案例甚少。

# 第三編 訴訟客體論

## 第一節 訴之種類

### 第一款 訴訟客體概說

壹、訴訟客體牽涉：**起訴** → **審判** → **既判力**

#### 一、訴訟客體：法院審理裁判之對象

訴訟客體乃原被告爭執之事項，經法院審理後，依不同種類之訴訟，具不同之效力。

#### 二、起訴

原告依§244 第一項，基於處分權主義，其請求法院審理裁判之對象為何，應載明於訴狀：(1)當事人及法定代理人、(2)訴訟標的及其原因事實、(3)應受判決事項之聲明。而訴之種類（確認、或請求給付假金、或請求酌減）亦由訴之聲明中得以觀之。

- (一) 確認之訴：請求法院就當事人間法律關係是否存在為審判。
- (二) 給付之訴：請求被告為一定行為或不行為。
- (三) 形成之訴：實體法上賦予當事人一定形成訴權，當事人起訴請求由法院斟酌裁量，令其法律關係發生變動者。

#### 三、審判

審判之客體（訴訟標的）為何，確認買賣關係不存在並請求返還已付定金 10 萬元，該事件究為一審判客體，抑或二審判客體（客觀訴之合併），牽涉訴訟標的之認定，就此實務與學說爭議甚大。

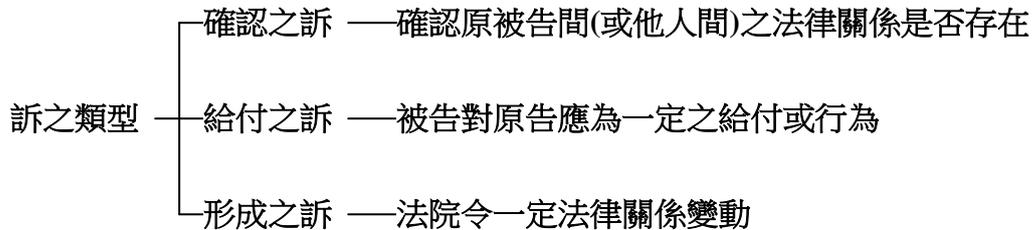
至於訴訟繫屬中，若當事人欲請求法院審判之客體由原先之（A）確認買賣法律關係不存在，轉變為（或增加）（B）若契約有效存在，請求給付買賣價金；或（C）若契約給付不能，則請求依民法§266 損害賠償；抑或（D）解約後請求回復原狀，即屬訴之變更（追加）之問題，亦涉及訴訟標的之認定。

#### 四、既判力

裁判確定後，何部分將生所謂既判力而令當事人不得另行起訴，亦牽涉訴訟客體之認定。

由上可知，訴訟客體（訴訟標的）牽涉甚廣，如何認定（特定）即為重要之問題。

## 第二款 訴之種類概說



### 壹、由原告訴之聲明內容觀之，訴訟事件得區分為三種類型

§244 I 所定起訴狀應記載之事項，包含當事人、訴訟標的、訴之聲明，此為訴之三要素，判斷向法院先後或同時提起之數訴訟是否為相同而違反重複起訴禁止原則時，即應檢視此三要件是否相同，若相同則為同一事件，後訴訟之提起違反§253 而非合法；而上述若其中任一要件不相同者，則為不同事件，後訴訟之提起為合法。又由當事人所表明之訴之聲明，得將訴訟事件區分為給付之訴、確認之訴與形成之訴。

#### 一、給付之訴

訴之聲明態樣為「被告對原告應為一定之給付」者，即為給付之訴<sup>1</sup>。給付之訴與其他訴之類型最大之差異在於，法院就給付之訴所為原告勝訴之裁判乃賦予原告一定之執行力，令原告得以勝訴判決為執行名義，依強制執行程序實現權利。故強制執行法§4 I 第一款之「確定終局判決」所指者僅限於給付之訴之原告勝訴判決。蓋法律規定人民除依民法§151 之自助行為外，原則上不得以私力實現自己之權利，即「法律保護國家壟斷原則（自助行為禁止原則）」，故國家乃設立給付訴訟及強制執行程序，使人民於他方不履行義務之時，得藉由國家強制力加以實現，防止私力橫行而有害國家社會秩序。

#### 二、確認之訴

訴之聲明態樣為「確認原被告間（或他人之間）之法律關係是否存在」者，即為確認之訴<sup>2</sup>。確認之訴僅係確認該特定之權利義務存否，而未賦予原告任何執行力，故確認之訴解決紛爭之方式乃由法院確認該法律關係存在與

<sup>1</sup> 詳參邱聯恭，口授講義（二），1999 年版，第 300 頁。

<sup>2</sup> 詳參邱聯恭，口授講義（二），1999 年版，第 304 頁。

否，而於裁判確定後，當事人間即不得再對該權利義務之存否有所爭執。據此，確認之訴對紛爭之解決乃具根本性特徵，若當事人間所確認之法律關係為基礎法律關係時，因派生之法律關係以基礎法律關係存在為其前提，因此僅須確認基礎法律關係存在與否，派生法律關係之紛爭即相當程度亦隨同解決<sup>3</sup>。例如確認租賃之法律關係存在，則以租賃關係存在為前提之相關紛爭諸如租金請求權、租賃物修繕、費用償還等等，相當程度上亦部分解決。確認之訴通常於國民守法意識高之國家較常使用，蓋於法院判決確定後，當事人即主動遵守判決內容而履行義務；惟於守法意識較為薄弱之國家，法院判決確定後當事人無意主動履行，須由當事人另依給付訴訟，獲得國家強制力之賦予始得實現權利，國民自然較不願利用不具強制力之確認訴訟。

### 三、形成之訴

形成之訴其特徵在於，實體法賦予當事人以訴訟方式變動其法律關係之權利，法院之確定判決將使當事人間之法律關係直接產生變動。意即原告主張欲使某法律關係發生變動（根據一定法律之要件之法律狀態應該變動），且請求法院為形成判決（使權利義務發生變動之判決），以此二點為內容之訴訟即為形成之訴<sup>4</sup>。於形成之訴中，因係以法院公法上之意思表示變動當事人間之法律關係，故於原告勝訴判決確定後，法律關係立即發生變動，無庸當事人為任何行為。如民法§1052 之裁判離婚、民法§824 之分割共有物之訴，皆為形成訴訟，於原告勝訴確定以後，因婚姻而生之身分關係、因共有而生之所有權狀態即為變動，無庸至戶政機關為離婚登記或至地政機關為土地移轉登記。

## 第三款 給付之訴

### 壹、給付之訴原告勝訴之確定判決得為執行名義

如前所述，給付之訴其最大特徵即在於原告勝訴之確定判決乃具執行力，該確定判決係強制執行法§4 之執行名義，得依強制執行法之相關規定對債務人執行之，而關於強制執行之方式，簡介如下。

強制執行法§31 以下乃關於金錢之執行（參與分配之規定），係採債權平等原則，而強制執行法§45 以下係關於動產之執行；強制執行法§75 以下，為拍賣之規定；強制執行法§115 條係關於其他方法之執行；強制執行法§123 規定交付動產之執行方法；而強制執行法§124 則係關於點交不動產之執行方法。

又強制執行法§127 係關於行為不行為之執行，如：無權占有建物之拆除，得由第三人拆除，再令債務人付費。強制執行法§128 規定他人無法代為履行時，應定執行期間命債務人履行，若仍不履行則得將之拘提管收。交付子女得依此方式

<sup>3</sup> 邱聯恭，口授講義（二），1999 年版，第 305 頁至第 306 頁。

<sup>4</sup> 邱聯恭，口授講義（二），1999 年版，第 308 頁。

強制取交予權利人，如當年巴西混血兒吳憶樺案即依此為之。然應注意者係，此規定於同居義務不適用之，配偶不履行同居義務，僅得構成惡意離棄而為裁判離婚事由，不得依此強制之。

另強制執行法§130 則係關於意思表示之執行方式，債務人不為意思表示者，於判決確定之時，即視為債務人已為意思表示，如：出賣人不為物權讓與之意思表示者，買受人得單獨持該確定判決向地政機關辦移轉登記<sup>5</sup>。

## 第四款 確認之訴

### 壹、確認之訴之性質及要件

#### 一、確認之訴之性質、要件及其類型

確認之訴與給付之訴及形成之訴間之差異在於，確認之訴並未賦予原告執行力，亦不變動當事人間任何法律關係狀態，僅確認當事人間法律關係之存否。而依§247 I 規定：「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；確認證書真偽或為法律關係基礎事實存否之訴，亦同。」，提起確認之訴其前提為須具確認利益之存在。由§247 亦可知我國民事訴訟法承認之確認之訴類型有三：1.確認法律關係存否之訴；2.確認文書真偽之訴；3.確認法律關係基礎事實之訴。

#### 二、確認之訴之確認標的原則上以「法律關係」為限，例外始特別承認「事實」得為確認之標的

一般而言確認之訴之確認標的為法律關係，且以現存之法律關係為限，理由在於：1.民事訴訟之目的在圖解決現存之紛爭（現存之法律或權利關係之對立主張），而欲解決現存之紛爭，以探求法律關係之存否為最直接且有效，過去之事實及法律關係僅不過係現在法律關係之基礎，蓋過去之事實及法律關係乃隨時間進展及新事實之發生而有變動，對過去事實及法律關係為確認，對紛爭之解決並無任何幫助。2.確認之訴之對象有無限擴大之可能，故不得不有所限制<sup>6</sup>。例外之情形下得以事實為確認之標的，例如確認文書真偽之訴，及於民國 89 年民事訴訟法修正後新增之確認法律關係基礎事實之訴。確認文書真偽之訴其價值在於，若文書之內容得證明法律關係者，其真偽對解釋法律關係存否之爭執即有幫助。又確認文書真偽之訴僅確認文書製作過程之相關事實是否真實，至於證書記載之事實是否與客觀事實相符則為另一問題，並非確認文書真偽之範圍所得涵蓋<sup>7</sup>。民國 89 年增定之「確認法律關係基礎事實」存否之訴，立法目的在於擴大民事訴訟制度解決紛爭之功

<sup>5</sup> 雖有強制執行法第一三〇條，但仍不失為給付之訴，非民法第七五九條，民法第七五九條所指涉者為確定之形成判決。

<sup>6</sup> 詳參駱永家，確認對象之適格與重複起訴之禁止，民事法研究（一），第 19 頁以下。第 23 頁之部分。

<sup>7</sup> 詳參陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），第 347 頁。

能，惟因法律關係基礎事實眾多，未必皆對紛爭解決有所助益，故於§247 II 設有限制，須以原告不能提起他訴訟者為限，意即此種確認事實之訴乃具補充性。若原告得提起他種訴訟（給付、形成之訴或得對因該事實而生之法律關係提起確認之訴）以為救濟者，法院應盡闡明義務，曉諭當事人為訴之變更或追加（不當聲明之除去）<sup>8</sup>。

### 三、確認之訴之主要爭議問題

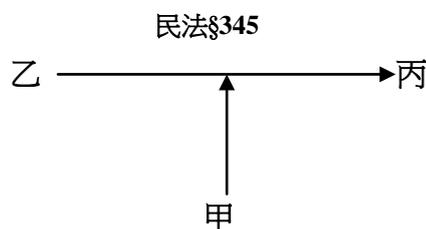
確認之訴之爭議問題，大多與確認利益相關，而何謂確認利益？確認利益為權利保護要件抑或起訴合法要件？確認利益與固有必要共同訴訟之關係為何？皆有必要探討，詳述如下。

## 貳、確認利益

### 一、確認利益之意涵

#### 【案例 1】

案例事實：甲主張其為乙之債權人，乙丙通謀虛偽訂立之買賣契約，應依民法§87 為無效（例如丙將一文不值之破銅爛鐵以 100 萬元出賣予乙），起訴確認乙丙間之買賣關係不存在。



#### (一) 確認利益之定義

一般而言，原告之權利或法律上地位，存有危險或不安定，且於原告與被告間請求法院為裁判，即得適當排除該危險或不安定者，即有確認利益<sup>9</sup>。確認之訴得確認自己與他人間之法律關係，亦得確認他人彼此間之法律關係。確認自己與他人間之法律關係，於一般情形下，須對方對自己之權利或法律上地位之有無有所爭執，始得為之。惟於固有必要共同訴訟中，亦應考量當事人間有一同起訴被訴之必要，不得僅以當事人不爭執而認其不具確認利益，不得以之為原告或被告。對於他人間之法律關係確認其存否，

<sup>8</sup> 對於法律關係基礎事實可否為確認之訴之標的，於民事訴訟法修法前，學說上有認為，對現在之權利或法律關係為認定，無法根本解決紛爭時，若得就過去法律關係基礎事實之存否為確認，對紛爭之解決即有實際效用，且對過去事實為確認對紛爭之解決最為適當時，應允許對該事實提起確認之訴。詳參駱永家，確認對象之適格與重複起訴之禁止，民事法研究（一），第 19 頁以下。第 23 頁至第 24 頁之部分。邱聯恭，口授講義（二），1999 年版，第 383 頁。

<sup>9</sup> 詳參邱聯恭，口授講義（二），1999 年版，第 381 頁。

僅須原告對此法律關係有利害關係，即得為之。例如於【**案例 1**】中，甲因其係乙之債權人，而乙丙間之買賣關係存否，攸關乙之責任財產額度（甲債權清償之可能性），故甲對乙丙間買賣關係<sup>10</sup>之存否乃具確認利益。

## （二）確認違章建築所有權與確認利益

### 【**案例 2**】違章建築所有權之確認

案例事實：甲為違章建築 A 屋之原始建築人，後將 A 屋出賣予乙，並於乙買受後提起確認之訴確認甲對 A 屋有所有權。



於【**案例 2**】中，因違章建築不符合建築法規及都市計畫法規之規定，不得為保存登記，因此無從依民法§758 之規定移轉所有權。買受人因無從依民法§758 之規定取得所有權，故違章建築之所有人仍為完成此建築之原始建築人（不動產起造之原始取得）。若此時出賣人對買受人起訴確認該違章建築所有權屬出賣人時，依【**48 台上 1812 判例**】<sup>11</sup>，出賣人事後利用違章建築不能登記之弱點，主張所有權為其原始取得提起確認之訴者，為保護交易安全，出賣人對違章建築所有權之存否無確認利益。惟該實務見解有其可議之處：1.未對當事人間之紛爭加以解決：違章建築之原始起造人為法律上之所有權人，買受人是否依買賣契約而有權占有該違章建築，為實體法上之問題。以程序法上不具確認利益為由加以駁回，並未對此實體法上之爭議加以處理，未解決當事人間之紛爭（違章建築所有權之歸屬），並不妥適。2.將實體問題與程序問題混為一談：且於本案例中，出賣人將違章建築出賣後，利用違章建築不能登記之弱點提起確認之訴，應認原告之行為為權利濫用<sup>12</sup>，應認其主張違反誠信原則而以訴無理由加以駁回，並非確認利益具備與否之問題，即上開實務見解將訴訟法上有無釐清權利存否之必要性（有無確認利益）與實體法上權利主張是否違背誠信原則（權利濫用）混為一談。

## （三）買賣標的物所有權移轉與確認利益

### 【**案例 3**】雙重買賣

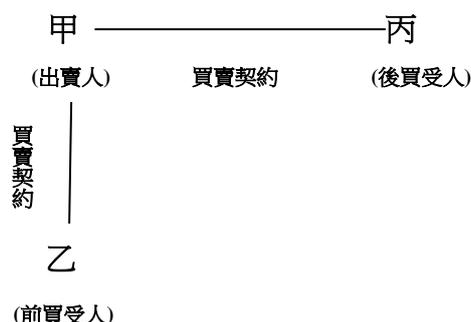
案例事實：甲將 A 屋出賣予乙後，復將 A 屋出賣予丙並完成所有權移轉登記。

<sup>10</sup> 此案確認之標的為買賣之法律關係，並非買賣契約，買賣契約為法律關係基礎事實，又關於此一紛爭得提起確認法律關係存否，故依§247 II 並不能提起確認之訴。

<sup>11</sup> 【判例字號】48\_台上\_1812      【裁判日期】48/12/10      【案由】執行異議  
違章建築物雖為地政機關所不許登記，但非不得以之為交易之標的，原建築人出賣該建築物時，依一般法則，既仍負有交付其物於買受人之義務，則其事後以有不能登記之弱點可乘，又隨時隨意主張所有權為其原始取得，訴請確認，勢將無以確保交易之安全，故此種情形，即屬所謂無即受確認判決之法律上利益，應予駁回。

<sup>12</sup> 史尚寬先生亦認為，此時違章建築所有人為所有權之主張，為權利濫用。請參閱史尚寬，民法總論，民國 64 年 10 月，台北二版，第 231 頁，註 1 內文。

乙乃以丙為被告，起訴確認 A 屋所有權仍屬於甲。



於雙重買賣中，出賣人將買賣標的物所有權移轉予其中一買受人時，他買受人起訴確認所有權屬出賣人者，依【76 台上 457 判決】<sup>13</sup>，若其中一買受人已取得標的物所有權時，他買受人起訴確認所有權屬出賣人，有無即受確認判決之法律上利益，尤非無疑。意即，實務見解似認，於【**案例 3**】中，乙向丙起訴確認甲為所有權人之訴，欠缺確認利益。

然而，乙得否依其與甲之買賣契約請求甲將 A 屋所有權移轉予己，係以甲乃所有權人為前提，否則將因給付不能而敗訴。而丙已完成所有權移轉登記，將使乙是否仍得請求甲為移轉登記一事有所爭議，致其私法上地位有受侵害之虞，且此一危險得以確認甲為 A 屋所有權人而除去，應有即受確認判決之法律上利益（確認利益）<sup>14</sup>。再者，認乙有確認利益，亦並不代表其訴有理由。若法院依言詞辯論之結果，認甲丙移轉 A 屋所有權之物權行為並無瑕疵時，甲已非 A 屋之所有權人，此時應以乙於實體法上訴無理由駁回之，不得認為其欠缺確認利益<sup>15</sup>。

而【76 台上 457 判決】認為此時出賣人形式上已移轉不動產於其中一買受人時，他買受人所提起之確認所有權屬出賣人之訴乃欠缺確認利益，此一見解實有待商榷。蓋若他買受人雖不否認出賣人與另一買受人間有移轉物權之形式，惟爭執該物權移轉行為實體法上之有效性時，如仍以欠缺確認利益駁回，將使他買受人無從對所有權移轉行為是否有效為實體上之爭執，使其合法權義顯無救濟之途<sup>16</sup>。

補充：乙所提起的後訴可能有不同的聲明

(1) 乙對丙 — 聲明：確認所有權不屬於丙

<sup>13</sup> 【裁判字號】76\_台上\_457【裁判日期】76/03/09【案由】所有權移轉登記

許○清先後分別將系爭房屋出賣被上訴人及上訴人，是為一物兩賣，先後兩個買賣契約均屬有效。上訴人既已另案訴求許○清移轉系爭房之所有權，於獲得勝訴判決確定後，據以申請地政機關辦理所有權移轉登記完畢，因而取得系爭房屋之所有權，似難認被上訴人仍有與之對抗之權利。果係如此，被上訴人提起本件確認之訴，有無即受確認判決之法律上利益，尤非無疑。

<sup>14</sup> 詹森林，雙重買賣中標的物所有權之移轉與買賣契約之效力，民事法理與判決研究（二），第 234 頁。

<sup>15</sup> 詹森林，雙重買賣中標的物所有權之移轉與買賣契約之效力，民事法理與判決研究（二），第 234 頁至第 235 頁。

<sup>16</sup> 詹森林，雙重買賣中標的物所有之權移轉與買賣契約之效力，民事法理與判決研究（二），第 235 頁至第 236 頁。

原因事實：所有權仍屬於甲

乙對丙就該標的物有無所有權有所爭執，即具確認利益，§247 應從此概念理解，而不得自實體法之角度認所有權已移轉予丙，乙即無確認利益，且不生既判力之問題。

於此可能產生之問題乃在於，乙得否確認他人（甲丙）間之權利義務？乙既非權利義務之主體，而物權雖係對任何人皆可主張，惟仍需具備利害關係始得為之，德國法上亦認不得對不特定之人提起確認之訴。因此利害關係應包含於確認利益之認定，就此案例而言，若乙僅係第三人，非另一買受人，就甲丙間法律關係存在與否無利害關係，則不得提起該確認之訴。

- (2) 乙對甲丙
- 聲明一：確認甲丙之間之買賣契約不存在
  - 聲明二：所有權屬於甲
  - 原因事實：§87

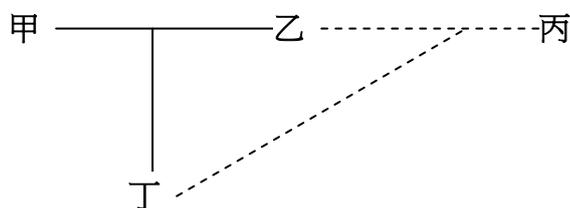
聲明一之情形：他人間法律關係成立與否，就第三人而言，應有利害關係始得確認之。

聲明二之情形：確認所有權屬於甲，丙非權利義務主體，若僅以丙為被告，此即當事人（被告）不適格（以形式判斷之）。

#### (四) 婚生否認相關問題

##### 【案例 4】婚生推定

案例事實：甲男乙女為夫妻，乙生有一子丁，其受胎期間乃於甲乙婚姻關係存續中。而丙男主張，丁為乙和丙婚姻外性行為所生，丙為丁之真正生父，起訴確認丙丁間父子關係存在，試問法院應否允許之？



##### 1. 婚生子女否認之訴性質為形成之訴

【案例 4】中當事人間實體法上之權利義務關係為，生母乙與丁之親子關係係依民法§1065 II 規定，視為婚生子女。至於甲丁間之親子關係，因丁之受胎係於甲丙婚姻關係存續中，故依民法§1063 I 規定，推定丁為甲之婚生子女。如欲推翻甲

丁親子關係之推定，則須依民法§1063 II規定，提起婚生子女否認之訴<sup>17</sup>。而因：1. 實體法中有形成權主體之限制：婚生子女否認之訴之提訴權人於法律上有所限制（夫、妻及繼承權受侵害之人）；2. 為使法律關係安定故設有除斥期間，提訴期間亦限制為自知悉子女非自夫受胎之時起一年內為之；3. 以法院之公法上意思表示，變更當事人間法律上地位或法律關係，否認之訴裁判效果為使婚生子女溯及於出生時為非婚生子女。故婚生子女否認之訴，其性質為形成之訴。

## 2. 實務見解認為得對親子關係提起確認之訴，惟不得對被婚生推定之子女起訴確認親子關係存否。

得否對親子關係提起確認之訴，實務見解於【63年3次民庭】<sup>18</sup>認親子關係為法律關係，自得以之為確認標的提起確認之訴；例如§589條之母再婚後確定生父之訴，及生父認領後生父否認親子關係存在，得提起確認親子關係存在之訴等情形。惟對於已經婚生推定之子女可否對其身分提起確認之訴，例如於【**案例4**】中，丁並非形成權人，不得提起§1063 II婚生子女否認之訴，此時丁可否提起確認甲丁間親子關係不存在之訴，或確認丙丁間親子關係存在之訴，實有疑問。對此實務大多採保留之見解。【77年密台廳（一）字1876號函】<sup>19</sup>認為，此時應認於未提起婚生子女否認之訴或否認之訴未獲勝訴判決前，該子女已受婚生推定，任何人不得再為否認，故欠缺提起確認之訴之確認利益<sup>20</sup>。

<sup>17</sup> 關於婚生子女否認之訴之詳細介紹，請參閱，駱永家，否認子女之訴，民事法研究（二），第123頁以下。

<sup>18</sup> 會議次別：最高法院62年度第3次民庭庭推總會會議決議（八）

會議日期：民國62年10月30日

資料來源：最高法院民刑事庭會議決議彙編（上冊）第436、684頁

相關法條：民事訴訟法第589條

提 案：院長交議：親子身分可否提起確認之訴？有甲、乙兩說：

決 議：民事訴訟法第五百八十九條規定有就母再婚後所生子女確定其父之訴，即為確認身分之訴，而二十三年上字第三九七三號判例且明認非婚生子女經其生父撫育，視為認領而取得婚生子女之身分後，如其身分又為其生父所否認，無須再行請求認領，如有提起確認身分之訴之必要，可隨時提起。故就親子身分關係，得提起確認之訴。按本院二十三年上字第三九七三號判例所謂「確認身分之訴」意即指「確認親子關係存在或不存在之訴」而言。與四十八年台上字第九四六號判例意旨，並無衝突。

<sup>19</sup> 【今函字號】77年度秘台廳（一）字第1876號

【發文日期】77/09/02

【相關法條】民法親屬編一千零六十三條(0740603) 民事訴訟法第二百四十七條(0750425)

全文內容：按妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女，受此推定之子女，如夫妻之一方能證明妻自夫受胎者，得提起否認之訴，惟應於知悉子女出生之日起，一年內為之（民法第一千零六十三條參照）。如夫或妻均未於知悉子女出生之日起一年內提起否認之訴，或雖提起而未受有勝訴之確定判決，則該子女在法律上不能不認為夫之婚生子女，無論何人，皆不得為相反之主張（最高法院二十三年上字第三四七三號判例參照）。換言之，夫與該子女之父子關係即屬確定，無即受確認判決之法律上利益，任何人依法均不得提起確認該父子關係不存在之訴或確認該子女為第三人之子女之訴（民事訴訟法第二百四十七條、最高法院五十二年台上字第一二三七號判例參照）。

<sup>20</sup> 駱永家和日本學者採取相類似見解，認為在親子關係可以提起他種訴訟之時，因為其他身分關係之訴訟各有其獨自之目的，故必須以該訴訟目的不相抵觸者為限提起確認之訴，亦即認為此時確認之訴具有補充性。請參閱，確認親子關係存否之訴，民事法研究（二），第135頁以下。

3. 楊淑文老師則認為生父丙提起確認丙丁親子關係存在之訴，生父具有確認利益，為進入實質審理後，因丁受婚生推定，法院應下丙敗訴判決，生既判力，以防重覆提起。

若生父丙係提起否認之訴，則基於形成訴訟法定原則，丙非具形成權之人，法院應以民訴第二四九第一項第六款，訴不合法駁回。

若生父丙係提起確認生父生子之基礎事實之訴，惟民訴第二四七條基礎事實需為法律關係之前提要件始得提起，而法律上之父子關係非以真實血統為必要。故不許之。

生父丙可否提起甲丁親子關係不存在之訴？師認為此際既有爭執存在，即有確認利益。

## 二、確認利益之地位（權利保護要件抑或訴訟合法要件）

### （一）具體訴權說認確認利益為權利保護要件

確認利益為權利保護要件抑或訴之合法要件，因所採訴權理論<sup>21</sup>之不同而有差異。目前我國實務及日本通說所採之具體訴權說，認訴權之性質為公法上請求權<sup>22</sup>，蓋民事訴訟之目的在於保護當事人之私法上權利，而訴權乃要求法院為自己勝訴判決之權利，又稱權利保護請求權說<sup>23</sup>。此說將訴訟要件區分為訴訟合法要件及權利保護要件，所謂訴訟合法要件一般係指§249 I所列舉之事項，為訴訟之成立要件，若不具備則法院應以訴不合法駁回之。至於權利保護要件則區分為：1.當事人適格；2.保護之必要；3.為訴訟標的之法律關係。若不具權利保護要件者，法院應以訴無理由駁回之。其中當事人適格及保護必要要件為訴訟法上之權利保護要件，因未對本案之部分（原告實體法之請求有無理由，勝訴與否之部分）為任何審理，故法院就其所為之裁判，對本案之部分不生既判力。訴訟標的法律關係之要件，乃審核本案是否符合實體法上權利義務存否之要件，為實體法上之權利保護要件，故法院就其所為之裁判即有既判力<sup>24</sup>。就此而言，確認利益於具體訴權說下，為權利保護要件中之保護必要要件<sup>25</sup>，應以判決駁回之，

---

特別在 138 頁之部分。

<sup>21</sup>關於訴權理論之詳細內容，請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），第 95 頁以下。楊建華，當事人不適格或無保護之必要與訴權學說，問題研析民事訴訟法（二），第 105 頁以下。邱聯恭，口授講義（二），1999 年版，第 389 頁以下。

<sup>22</sup>我國實務和日本採取之訴權概念為「具體訴權說」，依學說之見解，為公法性質之訴權，而非私法性質之「私權說」。

<sup>23</sup>楊建華，前揭文，第 106 頁之部分。

<sup>24</sup>對於具體訴權說之內容有詳細描述之文章，請參閱楊建華，當事人不適格或無保護之必要與訴權學說，問題研析民事訴訟法（二），第 105 頁以下。特別在第 106 頁至第 109 頁之部分。

<sup>25</sup>參閱楊建華，即受確認判決之法律上利益與訴訟標的之捨棄或認諾，問題研析民事訴訟法（四），第 244 頁以下，246 頁之部分。

且就本案之部分不生既判力<sup>26</sup>。

## (二) 司法行為請求權說認為確認利益為訴之合法要件

現今德國之訴權通說為「司法行為請求權說」，認訴權為任何人對國家司法機關之法院請求裁判之公法上權利，其理論基礎在於憲法§16 所保障之訴訟基本權。蓋國家禁止人民以私力解決紛爭（自助行為禁止原則），因此須提供司法制度以解決當事人間之紛爭，而於法治國家中，憲法保障任何人均得請求法院為司法保護，此種司法保護當然包含對私權為司法保護之請求，故訴權性質上為司法請求權<sup>27</sup>。於司法行為請求權說下，確認之訴之確認利益關係當事人間有無紛爭需要解決，故為訴之合法要件，因此欠缺確認利益提起確認之訴時，法院應依§249 I 第六款規定，以起訴不具訴之合法要件為由，以訴之不合法裁定駁回之。

## 三、確認利益與固有必要共同訴訟間之關係<sup>28</sup>

### (一) 確認之訴若本質上同時係固有必要共同訴訟，則確認利益之有無將與全體一同起訴、被訴有所衝突

固有必要共同訴訟中，全體實體法上當事人應同為原告或被告，惟【76年 第 7 次民庭決議】<sup>29</sup>於確認共有物通行權存否之案例中認為，縱實體法上權利人之權利義務乃屬共同，惟若僅部分人對該權利義務有所否認者，因確認之訴須以否認之人為被告始具確認利益，故無須以全體人為被告。

然而，就土地有無通行權之負擔，對全體共有人而言，不得作相歧異之判斷。亦即，全體共有人就共有物通行權之有無須合一確定；且除有特別規定外<sup>30</sup>，既判力僅具有相對效力，不及於訴訟當事人以外之人；上開實務見解適用之結果，將導致於該訴訟未被列為被告之共有人於嗣後有爭執時，因未受該訴訟之既判力所及，而仍得就通行權之有無提起後訴爭執之，後訴法院即可能為與前訴不同之裁判，導致前訴未被列為被告之人，與前訴已被列為被告之人，就該法律關係無法合一確定，而形成裁判矛盾之情形。

<sup>26</sup> 對於具體訴權說的缺陷，請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），第 97 頁以下。

<sup>27</sup> 關於司法保護請求權說之詳細內容，請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），第 99 頁以下。

<sup>28</sup> 關於固有必要共同訴訟和確認利益之關係，於本共筆「共同訴訟」之部分有詳細討論。

<sup>29</sup> 決議內容：請求確認就共有土地有通行權存在之訴，僅須以否認原告主張之共有人為被告，無以共有人全體為被告之必要（本院六十二年度台上字第九六五號判決），本院三十一年九月二十二日決議下段之見解「供役地或需役地為數人共同共有時，確認地役權存在與否之訴，應由數人一同起訴或一同被訴。惟共同共有人中之一人，如得共同共有人全體之同意，亦得單獨起訴」，應予變更。

<sup>30</sup> 例如訴訟法或實體法上有既判力擴展之規定，或者形成之訴之形成判決之情形，始能使既判力擴展及於訴訟上當事人以外之人。關於既判力相對性原則，請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（中），修訂三版一刷（以下簡稱「新版」），2004 年，第 644 頁。關於既判力擴展，請參閱陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），新版，第 654 頁至第 655 頁。

因此，於決定確認之訴之當事人時，不應僅以有無確認利益（是否否認該法律關係）判斷之。如法律關係於數人間不得為相歧異之判斷，且既判力擴展之特別規定存在時，縱其中部分人不否認該法律關係而令原告對之無確認利益，仍應將該不否認之人列為共同被告，否則即有裁判矛盾之虞。

## 參、確認之訴是否具補充性

### 一、確認之訴之補充性

確認之訴補充性之意涵為，若得提起他種訴訟以為救濟者，即不得提起確認之訴。學說上有認為確認之訴具補充性，故於得提起他種訴訟之情形，即欠缺確認利益，不得提起確認之訴。例如於買賣之法律關係，出賣人依民法§367之規定對買受人有價金請求權，此時出賣人因得就買賣價金請求權提起給付之訴，即不得就該法律關係提起確認之訴。惟我國法僅於§247 II之確認法律關係基礎事實存否之訴中，始有確認之訴補充性之規定（因對法律關係基礎事實為確認者，對紛爭之解決最不具實益，且為避免濫訴，故有此一補充性之規定）。惟於其他類型之確認訴訟（確認法律關係、確認文書真偽）並無類似 247 II之規定，故不得認為於他種確認之訴亦有補充性之適用。又確認之訴有提昇人民守法意識之作用，得提昇人民對法規範之認識及其守法精神，故僅須當事人對法律關係之存否有所爭執者，即應認其具確認利益，得提起確認之訴。就此而言，我國實務擴張確認利益之範圍，於得提起他種訴訟之情況下，即認原告不具有確認利益而駁回其請求，顯非恰當。

### 二、訴權理論與確認之訴之補充性

就訴權理論無論採具體訴權說抑或司法行為請求權說，於審核具備確認利益與否時，皆不對本案訴訟標的為審理，故本案之部分不生既判力，當事人間之紛爭未為解決。於「司法行為請求權說」下，當事人有紛爭存在即有訴權存在，因此亦有權利請求法院為審判，故【案例 4】中雖係得提起形成之訴之情形，惟不具實體法上形成權之丙、丁並非無紛爭存在，既有紛爭存在，即應有訴權存在得起訴以為救濟。故於此不得因確認之訴無形成力或執行力，即以可提起他種訴訟為由而認其無確認利益存在。

## 第五款 形成之訴

### 壹、形成之訴之意義與特徵

#### 一、形成之訴之意義及目的

形成之訴係原告主張其本於一定之形成權或形成要件，為使法律關係發生變動，請求法院以判決宣告法律關係變動之訴。形成之訴之目的在於利用法院之判決，改變已存在之法律狀態。原告之勝訴判決即形成判決，於判決確定

時，無待強制執行即自動發生法律狀態之變動<sup>31</sup>。實體法上之形成權，原則上由形成權人以意思表示行使後，即發生法律關係變動之效力。惟於若干情形，因法律政策上之特別原因，例如公益之考量或法律關係安定性之要求較大時，法律即規定該形成權之行使須以訴為之，藉由法院之積極參與，劃一地變動法律狀態<sup>32</sup>。立法者創設形成之訴之目的，主要在使法律狀態之變動效果，得對一般第三人明確且劃一地發生效力。因此，形成訴訟之提起，以法律特別規定者為限，且勝訴之形成判決具絕對效力，得及於一般第三人<sup>33</sup>。

## 二、形成之訴之類型

形成之訴之分類，一般依其所形成者為實體法之法律效果或訴訟法之法律效果，區分為實體法上形成之訴與訴訟法上形成之訴<sup>34</sup>。實體法上形成之訴有撤銷詐害債權之訴（民法§244）、分割共有物之訴（民法§824）、裁判離婚之訴（民法§1052）、婚生否認之訴（民法§1063）等。訴訟法上之形成之訴則有再審之訴（民訴法§496）、撤銷仲裁判斷之訴（仲裁法§40）、債務人或第三人異議之訴（強執法§14、§15）等。而因訴訟法上形成之訴乃牽涉許多程序法上相關制度，於此討論不甚恰當，故以下乃僅以實體法上形成之訴為探討。

形成之訴依法律有無明確規定形成之法律效果，又可區分為一般形成之訴與形式形成之訴。形式形成之訴法律並未明確規定供法院為形成判決之具體標準，而係委由法院自由裁量為適當之判斷<sup>35</sup>，例如分割共有物之訴（民法§824）、土地經界訴訟（§10 I）。此類形成之訴本質上係非訟事件，惟因所牽涉之權利義務關係重大，應給予當事人辯論之機會，故法律規定以訴訟之程序處理<sup>36</sup>。因而於此種訴訟中，法院不得為原告本案敗訴之判決，而應為解決當事人間紛爭之法律關係變動、形成判決<sup>37</sup>。

<sup>31</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國90年，第348頁。

<sup>32</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國90年，第348頁；駱永家，形成訴訟判決之效力，民事法研究（三），第62頁。

<sup>33</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國90年，第348頁。法律關係變動後，如第三人仍得對該其爭執，將陷於不安定。故縱使在無既判力擴展之明文下，亦應認為形成判決之形成力及於任何第三人，即形成判決之對世效力。請參閱駱永家，形成訴訟判決之效力，民事法研究（三），第62頁。

<sup>34</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國90年，第349頁；駱永家，形成訴訟判決之效力，民事法研究（三），第62頁至第64頁；王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國90年8月，第220頁。

<sup>35</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國90年，第351頁；駱永家，形成訴訟判決之效力，民事法研究（三），第63頁；楊建華，分割共有物之訴成立訴訟上和解之效力，問題研析民事訴訟法（三），第310頁。

<sup>36</sup> 邱聯恭，口述民事訴訟法講義（三），1999年版，第19頁。亦即，法院所決定之分割方式，對當事人關係重大，有時甚至比判斷其有無所有權更為嚴重。因此於立法政策上，將之列為訴訟事件。邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），2003年版，第20頁。

<sup>37</sup> 駱永家，形成訴訟判決之效力，民事法研究（三），第63頁。

### 三、法律明文規定形成權須以訴為之者

#### (一) 民法§74 當事人急迫輕率無經驗

如：高速公路拖吊要求一萬元（原本只需二千元）。

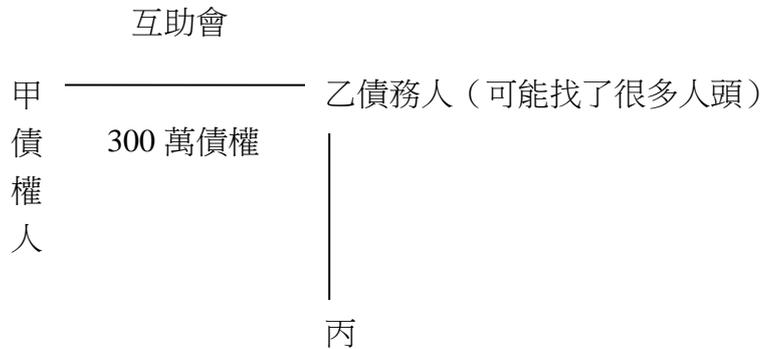
實體法上若干規定皆以“輕率無經驗”為其法理，如：推銷、訪問買賣，德國法上亦有門前交易解約法。於此等情境中，因交易原本多係出於買受人之需求（主動），進而比較後始為購買（契約自由），意即原則上當事人本無購買之意思，僅因出賣人之不當行銷而為之，故消保法§19 賦予消費者解約權，其立法意旨即係自§74 衍生而來，認消費者同為輕率無經驗，且資訊不透明，消費者不明瞭何為合理之價格。

至於國外之無條件解約法，亦係自輕率無經驗而來，如：德國民法§355 之無條件解約權，與我國法不同之處大略在於，我國消保法之解約權行使期限，由商品交付後起算，契約經營者有告知之義務；而於德國、歐盟之法律規定，企業經營者雖同樣負告知義務，惟消費者之解約權行使期限則係自企業得證明其已告知買受人時起算。

#### (二) 民法§244 撤銷詐害債權

此處應注意修法後第三項之規定，非以財產為標的之情形，不得為撤銷，就此，則“債務人拋棄繼承權”之行為得否撤銷，頗有疑義，楊師認為，權利拋棄乃權利人之自由，惟不得損害他人，故此處恐將涉及權利濫用。

#### 【案例 1】



若乙將價值一千萬元之房子以七百萬元賣予丙，並為移轉登記，此時債權人得主張民法§87，或依民法§244 以乙丙為被告，撤銷該法律行為，惟其間具買賣契約之債權行為，及移轉登記之物權行為，而民法§244 規定文字為“有償契約”，似僅指債權行為，此應係立法不精確所致。

1. 聲明中得主張撤銷乙丙間之買賣契約，且同時撤銷所有權移轉登記。惟撤銷後，丙仍為登記名義人，故仍需請求返還，甲得依民法§242 代位乙對丙主張塗銷登記，訴訟標的為民法§767 之給付之訴。

2. 若僅撤銷債權行為，則撤銷後甲代位乙對丙起訴請求返還，而此一訴訟之訴訟標的為何，牽涉物權行為無因性理論及其緩和。於傳統物權行為無因性理論下，該買賣契約經撤銷後，所有權之登記乃無法律上原因受有利益，故甲應代位乙本於§179 請求塗銷登記；惟於學說所採之無因性相對化理論下，債權行為撤銷後，依共同瑕疵說，物權行為亦同為撤銷，故甲應代位乙本於民法§767 請求塗銷登記。

### (三) 其他須以訴行使之形成權

民法§252 違約金額過高之酌減、民法§824 分割共有物、民法§1052 離婚事由、民法§1063 第二項婚生否認之訴。

## 四、形成之訴之特徵

形成權為以單方之意思表示，使當事人間法律關係狀態發生變動之權利。因形成權行使後，將使法律關係產生變動，而影響第三人，亦即形成權之行使可能令法律關係陷於不確定之狀態，而影響其安定性，因此於實體法上形成權之規定，通常皆規定形成權主體、除斥期間（提訴期間）、形成權效力（無溯及與否），藉由限縮形成權之範圍及效力，以確保法律關係之安定。形成之訴之標的既為以訴訟方式行使之形成權，故得由提起訴訟所主張之實體法依據，有無提訴主體、提訴期間等限制，判斷其是否屬於形成之訴。形成之訴一般而言，有以下限制：

1. 提訴權人：形成權主體之限制。
2. 提訴期間：性質為除斥期間，逾期不行使則該形成權消滅。因形成權之行使將變動當事人間之法律關係，故法律乃限定權利人於一定期間內行使，以避免法律狀態長時間不安定。
3. 形成權以訴行使之：若形成權行使所導致之法律狀態變更，對私法關係影響較小者，一般以意思表示為之即可。若當事人已有效行使形成權，則因法律關係已經發生變動，故提起之訴訟則依當事人間法律關係而為給付之訴或確認之訴，並非形成之訴。而若所形成之法律關係重大者，則法律一般規定應以訴為之，賦予法院審查形成權要件之權限，以示慎重。
4. 形成權行使之效力：原則上形成權行使有溯及效力（撤銷權：民法§114 I），惟立法者於若干情形，為顧及當事人之權利義務已存續相當之時間，為減少衝擊，故限制形成力之範圍，使形成效力不溯及既往。例如民法§998 規定，婚姻撤銷效力不溯及既往，德國法上婚姻無效之訴亦同。至於公司法§189 撤銷股東會決議之訴，公司法並無明文，公司法學者認應視公司於決議撤銷前，依股東會決議所為之行為而定<sup>38</sup>。

<sup>38</sup> 亦即若該行為不以股東會決議為有效要件者，則該行為效力不受撤銷影響。若該行為係以股東會決議為有效要件者，應視有無影響交易相對人之權益而定。若涉及交易相對人之權益時，則

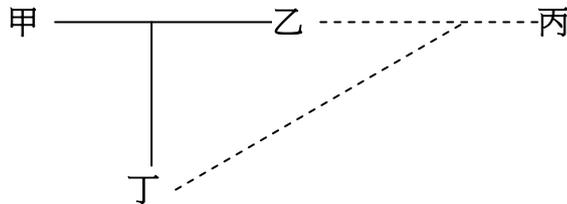
#### 四、形成之訴與確認之訴之區別

形成之訴如前所述，係以訴訟之方式行使實體法上形成權，以變動原有之法律關係。而確認之訴則係在法律關係狀態不明之情形下，藉由訴訟之方式以確認法律關係之狀態，並不改變該法律關係。亦即，於確認之訴中，當事人之權利義務客觀上係處於存在（或不存在）之狀況，僅當事人主觀上對其存在與否有所爭執，故藉由法院之判決以確定權利義務是否存在，並不變更法律關係狀態。例如確認所有權之訴中，當事人於主觀認知上，對所有權之歸屬認知不一而有所爭執，惟客觀上原告對物之所有權是否存在乃為明確，法院所為之判決僅在確定客觀之法律狀態，以解決當事人主觀上認知不一而生之爭執，而不使所有權發生變動<sup>39</sup>。而於形成之訴中，當事人對實體法上權利義務狀態並無爭執，起訴之目的乃在請求法院將法律關係變更，於法院形成判決確定後，將使權利義務關係直接發生變動。此與確認之訴僅在確認法律關係，而不變更法律關係不同<sup>40</sup>。

##### （一）婚生子女否認之訴之性質

###### 【案例 1】

案例事實：甲男乙女為夫妻，乙生有一子丁，受胎期間於甲乙婚姻關係存續中。惟甲發現乙所生之丁係受胎自丙男，丙為丁在血緣上之生父。嗣後丙以乙丁為被告，依民法§1063 II 規定提起婚生子女否認之訴。



如前所述，確認之訴之功用在於確定主觀上不甚明瞭之法律關係，未就任何法律關係為變動；而形成之訴則係以法院之判決改變原有法律關係。至於民法§1063

---

為保護交易安全，應認此撤銷不得對抗善意第三人。請參閱柯芳枝，公司法論（上），2002 年 11 月版，第 278 頁。

<sup>39</sup> 但因民事訴訟法採取辯論主義，而且證據資料有時無法反映出事實，故審判結果未必會符合客觀真實。因此在確認之訴中，若判決之結果和客觀權利狀態不符時，在既判力的作用下，除有再審原因外，當事人不得再行爭執，因而在實質上可能發生權利變動之效果。但此種因判決錯誤，並不影響確認之訴之目的在於確認法律關係，而非變動法律關係之本質。

<sup>40</sup> 除此之外，形成判決具形成力，得將法律關係狀態變更，故判決效力及於任何第三人。而確認判決則僅有既判力，判決效力除有既判力擴展外，僅及於當事人（既判力相對性原則）。關於形成力與既判力之區別，請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（下），民國 90 年，第 839 頁至第 840 頁。

婚生否認之訴，其究屬確認之訴抑或屬於形成之訴？

民法§1063 I 規定：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」意亦即僅須妻之受胎於夫妻婚姻關係存續中者，不問子女與夫事實上有無血緣關係，一律推定為夫之婚生子女。婚生推定並非訴訟上舉證責任轉換，而係具有實體法上之效力，故子女受婚生推定後，法律上即與母之夫產生親子關係。而民法§1063 II 之婚生否認之訴，將使前述婚生推定之效果消滅，亦即於法院判決確定後，使子女溯及喪失婚生子女之身分。此即係以法院判決變動實體法法律關係，故婚生否認之訴應屬於形成訴訟<sup>41</sup>。

除此之外，婚生否認之訴乃具許多確認之訴所無之限制。一般而言，確認之訴僅須符合§247 之規定，具確認利益即得提起，而無提訴權人及提訴期間之限制。惟民法§1063 II 之婚生子女否認則有以下限制：

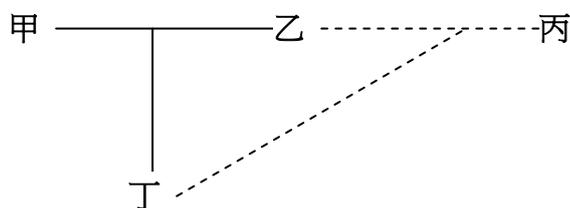
1. 提訴權人：限於夫、妻（民法 1063 II）及繼承權受侵害之人（民訴§590）。
2. 提訴期間：若由夫妻提起者，為知悉子女出生後一年；繼承權受侵害之人提起者，則為被繼承人死亡後六個月內。此提訴期間性質上屬除斥期間，若逾期不提起者，將使否認權消滅，目的在於避免親子關係長時間處於不安定之狀態。
3. 行使方式：以訴為之。賦予法院審查之權限，以示慎重。

綜合以上各點，婚生子女否認之訴為形成之訴而非確認之訴。

### 補充：婚生否認之相關問題

#### 【案例 2】

案例事實：甲男乙女為夫妻，乙生有一子丁，其受胎期間於甲乙婚姻關係存續中。惟丙男主張，丁為乙與丙婚姻外性行為所生，丙始為丁真正之生父。



根據民法§1063，乙妻於受胎期間有婚姻關係存在，則丁子將與其配偶推定法律上父子關係。而於此案例，解決之途徑可能有：

<sup>41</sup> 請參閱駱永家，否認子女之訴，民事法研究（二），第 124 頁；陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（下），民國 90 年，第 1213 頁至第 1214 頁。不同意見則認為婚生否認之訴為確認之訴，請參閱王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 734 頁；楊建華，民法親屬編否認子女部分之修正及於程序法之影響，問題研析民事訴訟法（二），第 442 頁。

1. 甲、乙得於知悉一年內依民法§1063 II 提起否認子女之訴。
2. 惟若甲、乙未提起該形成訴訟，或起訴時已逾一年，則：
  - (1) 甲、乙得否另行提起確認甲丁親子關係不存在之訴？
  - (2) 丁得否提起否認之訴或確認甲丁親子關係不存在之訴？
  - (3) 丙可否提確認甲丁親子關係不存在之訴，或確認丙丁血緣存在之事實？

楊老師評論：

1. 大法官釋字 587 號公布前，實務見解認若未以§1063 II 之形成訴訟推翻婚生子女之推定，則親子關係即為確定，故日後甲乙丙丁均不得再為爭執。若又提起確認之訴以為爭執，則多以欠缺確認利益駁回<sup>42</sup>。然而，此種見解將過度擴張確認利益。
2. 法律關係基礎事實應為法律關係成立不成立之前提，而丙丁間有無血緣關係，與丙丁間法律關係存在與否，並無直接相關性，即丙丁間之血緣關係，並非丙丁間父子關係之前提要件，故應非法律關係基礎事實。
3. 釋字五八七號肯認子女得於成年後一年內提起訴訟為爭執，而民法§1063 II 未認第三人丙（實際上之生父）有提訴權，並未侵害其訴訟權，須另立法制訂再為考量（法律安定性及生父是否願意與自己骨肉相認之考量）。又該號解釋僅承認子女成年後得依§1063 II 提起否認之訴，並未肯定其得提起確認親子關係不存在之訴，故坊間見解認得舉重明輕推論大法官肯認確認親子關係之訴，並非恰當。

## 五、形成之訴與給付之訴之區分

形成之訴為請求法院以判決變更法律關係狀態之訴訟類型，於法院為形成判決確定後，法律關係立即發生變動，無庸藉由強制執行實現當事人之權利。而給付之訴則係請求法院以給付判決命令被告為一定之行為或不行為（給付或意思表示），於被告拒絕時，原告得以該勝訴判決為執行名義，聲請法院強制執行，以實現其權利。亦即，形成之訴於法院判決後即發生法律關係變動之效力，而給付之訴則須藉由強制執行制度以實現權利。

<sup>42</sup> 【令函字號】77 年度秘台廳(一)字第 1876 號

【發文日期】77/09/02

【相關法條】民法親屬編一千零六十三條(0740603) 民事訴訟法第二百四十七(0750425)  
 全文內容：按妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女，受此推定之子女，如夫妻之一方能證明妻自夫受胎者，得提起否認之訴，惟應於知悉子女出生之日起，一年內為之（民法第一千零六十三條參照）。如夫或妻均未於知悉子女出生之日起一年內提起否認之訴，或雖提起而未受有勝訴之確定判決，則該子女在法律上不能不認為夫之婚生子女，無論何人，皆不得為相反之主張（最高法院二十三年上字第三四七三號判例參照）。換言之，夫與該子女之父子關係即屬確定，無即受確認判決之法律上利益，任何人依法均不得提起確認該父子關係不存在之訴或確認該子女為第三人子女之訴（民事訴訟法第二百四十七條、最高法院五十二年台上字第一二三七號判例參照）。

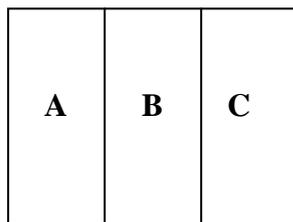
給付之訴既為原告主張其對被告有特定給付請求權存在，請求法院判令被告為給付之訴送型態<sup>43</sup>，故給付判決乃包含以下內容。**1.確認原告對被告之實體法上請求權存在**，此部分具確認判決之性質；**2.賦予原告執行名義，使原告得藉由國家強制力實現權利**。於所有訴訟類型中，僅給付之訴之勝訴判決得為執行名義以聲請強制執行，形成之訴毋庸藉由強制執行實現權利，確認之訴則僅在確認法律關係存在與否，亦無賦予執行力之必要。

### 【案例 3】

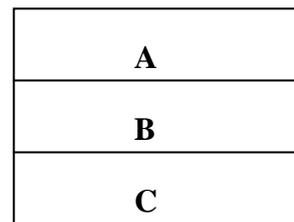
案例事實：甲乙丙共有土地一筆，甲依民法§824 向法院起訴請求如左圖所示方式分割共有物，由甲乙丙分別取得 A、B、C 部分進行。

1. 法院判決依照右圖之方式分割共有物。
2. 法院判決中，因 C 地臨接道路，市價較高，故認取得 C 地之丙，應補償取得 A、B 地之甲、乙各 50 萬元。

聲明：



判決：



甲 —————> 乙丙

民法§824

#### (一) 分割共有物之訴

分割共有物之訴之性質究屬單純之形成之訴，抑或同時亦帶有給付之訴之性質，國內學說對此則有歧見。傳統見解認為，分割共有物之訴為單純之形成之訴<sup>44</sup>；而晚近有認為，分割共有物之訴除具有形成之訴之性質外，亦帶有給付之訴之性質<sup>45</sup>；亦即，分割共有物之訴其判決先以形成力形成給付義務後，復宣示給付義務之內容<sup>46</sup>。二見解中何者較符合分割共有物

<sup>43</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 336 頁。

<sup>44</sup> 詳參楊建華，分割共有物判決關於分割登記與交付分得之效力，問題研析民事訴訟法（五），第 89 頁以下。

<sup>45</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 351 頁至第 352 頁；邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），2003 年版，第 20 頁至第 23 頁。

<sup>46</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 351 頁。而邱聯恭教授認為，分割

之訴之性質，詳述如下。

### 1. 協議分割

因共有物分割所生之爭議而提起之訴訟性質究竟為何，應視協議分割抑或裁判分割而定。於協議分割中，當事人相互協議決定分割方法，法律性質上屬於債權契約<sup>47</sup>。而基於該分割協議，各共有人得請求他共有人履行並辦理分割。分割為處分行為，於動產須經交付，不動產須經登記，始生效力。於不動產之情形，若他共有人拒絕偕同辦理分割登記者，當事人僅得請求其履行該登記義務<sup>48</sup>。因此於各共有人協議分割之情形，若其他共有人拒絕履行分割協議者，應提起給付之訴。

### 2. 分割共有物與訴外裁判

共有物之分割原則上依共有人協議為之，僅於共有人間不能協議時，始得請求法院裁判分割。民法§824 II 規定：「分割之方法，不能協議決定者，法院得因任何共有人之聲請，命為左列之分配……」意即分割共有物之訴中，法院得選用民法§824 II 所列舉之分割方法，斟酌當事人之利益為適當之分配，不受原告訴之聲明所拘束。民事訴訟採處分權主義，法院原則上須按原告所提訴之聲明進行裁判，不得超出訴之聲明為訴外裁判 (§388)。惟於分割共有物之訴中，法院對分割方法有其裁量權，毋庸依當事人聲明之分割方法為之。當事人提起分割共有物訴訟後，除當事人未為協議或有民法§823 不得分割之限制以外，法院皆應為分割之判決，不得駁回原告訴訟。縱法院判決分配之方式與原告聲明內容不同，亦不構成訴外裁判。故於【**案例 3**】中，雖法院判決分割之方法與甲之聲明內容差距甚遠，亦不違§388 訴外裁判禁止之規定。因此通說認為分割共有物之訴為形式的形成之訴，係非訟事件訴訟化之情形。

### 3. 分割共有物之訴是否具給付之訴之性質

通說見解認為，分割共有物之訴於法院判決確定後，當事人間之權利義務關係由共有變為分別所有（原物分配）或價金請求權（變價分配），亦即以判決直接將當事人間之權利義務關係變動，故分割共有物之訴為形成之訴<sup>49</sup>。且因法院對分割之方法有其裁量權，不受原告聲明分割之方式所拘

---

共有物之訴中，原告起訴係要求法官，1.請求法官行使裁量權，使權利義務發生變動，此部分具有形成之訴之性質及內容；2.要求法官命其他共有人移轉應有部分所有權及占有於原告，此部分具有給付之訴性質。請參閱邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），2003年版，第21頁。

<sup>47</sup> 王澤鑑，民法物權第一冊，通則·所有權，2001年10月修訂版，第366頁。

<sup>48</sup> 王澤鑑，民法物權第一冊，通則·所有權，2001年10月修訂版，第367頁。

<sup>49</sup> 但是邱聯恭教授認為，單獨所有權於法院判決確定後立即取得之見解有問題，因為分割判決內容中可能附帶有相互給付補償金之請求權，此時不宜認為補償金義務人已取得受分配部分之單獨所有權。請參閱邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），第2003年版，第22頁。但是此一見解不為物權修正草案所採。民法物權修正草案第824條之2第四項規定，於原物分配附有補償金

束，故分割共有物之訴乃具非訟事件性質之形式形成之訴。

惟學說上亦有由共有物所有權移轉、金錢補償義務（民法§824 III）及分得部分之點交（強執法§131 I）出發，認分割共有物之訴具給付訴訟之性質者<sup>50</sup>。然而，分割共有物之訴於法院判決確定時，各共有人即已取得各分得部分之單獨所有，而毋庸各共有人再行為所有權移轉之行為，此為通說及實務見解所肯定<sup>51</sup>。共有人向地政機關申請登記，係以依分割共有物形成判決所已取得之權利為基礎，無庸他共有人之協力<sup>52</sup>。至於點交與補償金請求權之部分，並非所有分割共有物之訴中，皆有點交及補償金請求權。若共有人占有之部分與其所分得之部分一致時，即無庸再行點交；若分得之部分與其應有部分一致時，即無補償金請求權之存在。因此無從藉由點交以及補償金請求權推論分割共有物之訴皆帶有給付之訴之性質。據此而言，分割共有物之訴僅為單純之形成之訴，僅解除共有關係而成為單獨所有，對他共有人占有其所分得之部分，並未賦予執行力，理論上仍須另行提起給付之訴，請求占有該部分之共有人交付所分得之部分。然而，此種方式對共有人而言甚為不便，故強制執行法§131 I 規定例外賦予其執行力，使共有人無庸另行提起給付之訴為請求。此相當於所有人確認所有權存在後，仍須提起給付之訴，始得對無權占有人強制執行之情形。強制執行法§131 僅係例外地使共有人無庸另行提起給付之訴，而賦予形成判決有執行力，仍不得依此認為分割共有物之訴具給付之訴之性質<sup>53</sup>。

## （二）依情事變更原則請求法院增減給付之訴訟性質

### 【案例 4】

時，如所分割之共有物為不動產時，補償金請求權人於補償義務人所分得之不動產，有抵押權。亦即，在民法物權修正草案中認為，此時共有人已經取得所分得部分之單獨所有，但為了保障補償金請求權人之權益，而在補償義務人所分得之不動產中有抵押權。若解為於履行補償金義務前，仍屬於分別共有狀態，則抵押權勢必存在於補償義務人之應有部分上。若對該抵押權聲請強制執行，由他人取得該應有部分所有權。因拍賣價金清償補償金，故補償義務人取得其他共有人對其分得部分之應有部分。如此將造成補償義務人和拍定人共有之情形，使法律關係更行複雜，創造新的紛爭，似乎和立法意旨不符。

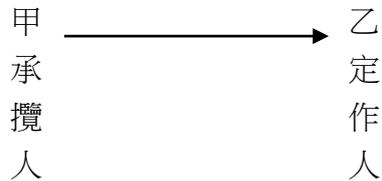
<sup>50</sup> 邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），第 2003 年版，第 21 頁以及第 22 頁至第 23 頁之部分。

<sup>51</sup> 一般認為民法§759 規定因法院判決於登記前已取得不動產物權，係指形成判決而言，因而認為分割共有物之訴屬於形成之訴，於判決確定時即已取得單獨所有權。不過此種說法可能為主張具有給付之訴性質者認為有循環論證之虞，因純為形成之訴之性質以為其所質疑，自然推論認為依民法§759 取得單獨所有權亦會有所疑問。但是在民法物權修正草案中，對於共有物分割則採取於判決確定時即已取得單獨所有權之見解（請參閱§824-2 第四項條文）。

<sup>52</sup> 楊建華，分割共有物判決關於分割登記與交付分得之效力，問題研析民事訴訟法（五），第 91 頁。

<sup>53</sup> 分割共有物之訴不具給付之訴之性質，理由歸納如下：1. 訴之類型由訴之聲明內容判斷之。分割共有物之訴因法院有極大的裁量權，而不受當事人聲明之拘束，故於起訴時並無法特定給付內容，無法以之作為訴訟標的；2. 點交為強制執行法§131 特別規定所致，並不能由此導出分割共有物之訴當然有給付之訴之性質；3. 若分得之部分已為所分得之共有人占有時，並無點交之必要，此時即無法由強執法§131 I 解釋分割共有物有給付之訴之性質。

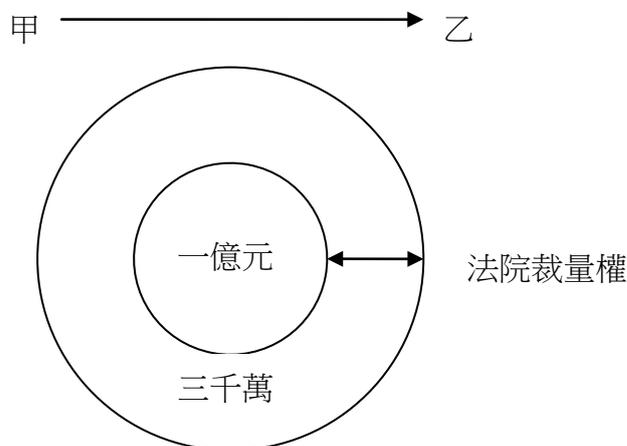
案例事實：921 地震後，建築房屋所需之鋼骨結構，因東南亞鋼價上揚，故每噸由九千元漲至一萬六千元；契約原本載明之一億元報酬已不足夠。



民事訴訟法§397 I 於民國 92 年修法前規定：「法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由，致情事變更非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，法院應依職權公平裁量，為增減給付或變更其他原有效果之判決。」此為情事變更原則。此一規定性質上屬實體法之事項，國內見解多認為應規定於實體法中較為適當，故於民法債編修正時增訂§227-2 規定，並於 92 年民事訴訟法修正時將§397 修正。就此楊師以為，舊法之規定其請求基礎為民法§148 誠信原則，依德國法見解，誠信原則下，所謂情事變更之法律效果，乃自動因客觀情勢之不同而有所改變，於【案例 4】中，於情事變更事由發生之同時，給付內容即自行增加，變更為一億三千萬元，故當事人得提起給付之訴，請求相對人增加該給付；亦得提起確認之訴，確認給付增加至多少數額，而無待提起形成之訴，由法院斟酌之。然而，我國舊有之§397，制定時未考量其實體法之性質，而規定當事人得以起訴之方式請求增減給付，反而改變其原貌而為形成之訴。

### 1. 認舊法§397 為形成之訴之問題

- (1) 我國舊§397 規定，法院有增減給付之裁量權，若所有具體個案都須由法院裁量，當事人間法律關係始為變動，則反而限制當事人直接請求相對人增加給付之可能，限縮民法§148 誠信原則解釋適用之範圍。且若當事人不起訴為之，該權利義務即無變動之可能，對當事人而言不甚便利。



(2) 無提訴期間之規定，則何時得提起該形成之訴即有疑義。

如【**案例 3**】中，乙已支付甲契約原定之一億元，則其債務即因清償而消滅，抑或甲仍得提起情事變更之訴？提訴期間有無限制？對此有認原則上適用各該權利之消滅時效，惟消滅時效係針對請求權之部分，上圖原本之一億元報酬請求權之部分自適用消滅時效，惟增加三千萬元之部分其依據並非請求權，無法適用消滅時效之規定。

(3) 訴訟性質究為形成之訴抑或給付之訴

國內多數見解認為，情事變更原則命增減給付或變更其他原有效果，乃將當事人間原法律關係之效果予以變更，此項變更依民法§227-2 規定，須由法院公平裁量，並以判決行之。而以法院判決創設、變更、消滅當事人間之私法上權利義務關係，自具形成判決之性質<sup>54</sup>。

惟依情事變更原則請求法院增減給付之訴訟性質如何，仍應回歸實體法之規定，判斷是否有須以訴行使之實體法上形成權存在，始能斷定訴訟性質是否屬於形成之訴。為避免法律關係長期處於不安定之狀態，故法律對形成權之行使多設有除斥期間（提訴期間）之限制，惟情事變更原則請求法院增減給付並無提訴期間之規定<sup>55</sup>。再者，情事變更原則起源於德國帝國法院判決，為解決第一次世界大戰後之通貨膨脹問題而來。亦即情事變更原則，乃締約時為契約基礎之事實，有未能預見之巨幅變動發生，若當事人仍信守當初之諾言，勢將蒙受過度不利，故賦予其撤回權或修改權<sup>56</sup>。據此，情事變更原則之依據乃係誠信原則，基於誠信原則法律關係於情事變更之時即當然發生變動，無庸法院為判決。而當事人間法律關係既於起訴前即已變更，故當事人所應提起之訴訟應屬於給付之訴或確認之訴，絕非形成之訴。因實體法律關係已發生變動，故法院於當事人起訴後，無庸由當事人主張情事變更之事實，而應依職權適用該規定。最高法院近年來亦有判決採相同見解，認為情事變更原則毋庸以訴主張之<sup>57</sup>，惟此一見解尚未成為最高法院之統一見

<sup>54</sup> 楊建華，增減給付或變更法律行為效果之訴之性質，問題研析民事訴訟法（二），第 197 頁至第 198 頁。

【裁判字號】91\_台上\_386【裁判日期】91/03/07【案由】請求所有權移轉登記事件  
民事訴訟法第三百九十七條所謂依職權裁量，應在當事人訴之聲明增減之範圍內為之。且增減給付之判決，非全以物價變動為根據，並應依客觀之公平標準，審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形，以定其增減給付之適當數額。

參考法條：民事訴訟法 第 397 條 (89.02.09)

<sup>55</sup> 這僅僅是大多數形成之訴的特徵，並不代表所有的形成權都設有除斥期間的規定。例如民法第 824 條之分割共有物之訴，雖然亦屬於形成之訴，為使共有關係能夠早日解消，提升物之經濟效用，使共有人隨時得提起，故未設有除斥期間。但是否設有除斥期間，仍然可以作為判斷訴訟性質是否為形成之訴的初步判斷標準。

<sup>56</sup> 請參閱黃立，民法債編總論，2000 年 9 月，第 83 頁。

<sup>57</sup> 【裁判字號】90\_台上\_1657【裁判日期】90/09/20【案由】請求所有權移轉登記事件  
情事變更原則之規定，乃私法上之原則，當事人於訴訟外或訴訟上為主張，均無不可，其於訴訟上主張者，不論以訴為請求，抑以抗辯權行使，皆為法所許，且情事變更之事實，祇須在事實審言詞辯論終結前發生，法院即應依職權公平裁量為增減給付或變更其他原有效果之判決，

解。

## 2. §397 之修正

現行民事訴訟法§397 I 規定：「確定判決之內容如尚未實現，而因言詞辯論終結後之情事變更<sup>58</sup>，依其情形顯失公平者，當事人得更行起訴，請求變更原判決之給付或其他原有效果。但以不得依其他法定程序請求救濟者為限。」學者稱之為變更判決之訴。依此規定，變更判決之訴限於原判決已確定，惟其內容尚未實現，且基於最後言詞辯論終結後所變更之事實，始得更行起訴。就此而言，我國法上變更判決之訴係類似於再審之訴，為推翻原判決既判力之例外救濟手段，訴訟標的僅為單一，惟具雙重性。關於原判決尚未實現之不利部分，基於言詞辯論後變更之事實，請求予以撤銷變更，在此範圍內原判決失其效力，具程序法上形成之訴之性質。另一方面，原告仍依原訴訟之本案請求，在原判決被廢棄之範圍內，請求法院命被告為一定之給付，此即具有給付之訴之性質<sup>59</sup>。

對此楊師認為，新法似亦具有實體法之性質，其規定「確定判決內容尚未實現」，應帶有給付之訴之性質，例如：請求所有權移轉登記，惟事實審後，因地震倒塌或被徵收而成給付不能，此時當事人得依損害賠償或代償請求而為主張，惟終究屬於少數情形。又第二審終結後之情事變更，將使實體法上請求權亦隨同變更，於傳統訴訟標的理論下，乃不同訴訟標的，縱該訴訟之裁判確定，亦不受其既判力所及，本得提起後訴以為請求。

又若被告未履行原判決中所命之定期給付，就起訴時已到期而尚未給付之部分如有情事變更之情形，宜限於請求溯及增加給付，而不得請求溯及減少給付，否則可能使債務人怠於履行債務，而不符「顯失公平」之要件<sup>60</sup>。

---

毋庸由當事人另行起訴。

參考法條：民法 第 227-2 條 (89.04.26)

<sup>58</sup> 按：此處言詞辯論應認為係事實審言詞辯論，而不包含§474 第三審（法律審）之言詞辯論。

<sup>59</sup> 沈冠伶，變更判決之訴，月旦法學教室第 6 期（2003 年 4 月），第 14 頁至第 15 頁。

<sup>60</sup> 沈冠伶，變更判決之訴，月旦法學教室第 6 期（2003 年 4 月），第 15 頁。

## 第二節 起訴

### 第一款 同一事件與重複起訴禁止

#### 壹、概說

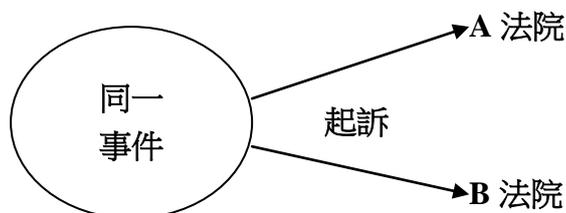
##### 一、起訴範圍特定

###### (一) 起訴範圍之特定目的與同一事件

我國民事訴訟法採處分權主義，故關於訴訟之提起、應以何人為被告、法院審理之客觀範圍，皆由當事人之原告特定，法院亦僅就其特定之起訴範圍為審理判決。就此，§244 I 乃就原告應於起訴時表明之事項為規定：亦即當事人（原告及被告）、訴訟標的及原因事實、訴之聲明，使法院審判時有所依循。又基於訴訟經濟、處分權主義及訴訟紛爭解決之功能，民訴法上設計若干制度，諸如訴之客觀合併（§248）、重複起訴禁止（§253）、訴之變更追加（§255）、訴外裁判禁止（§388）、既判力之客觀範圍（§400）...等，此些規定皆以是否屬於同一訴訟事件作為適用與否之判斷標準<sup>1</sup>。故§244 I 實為貫穿整體民事訴訟制度之規定。

##### 二、重複起訴禁止

###### 【圖一】



###### (一) 重複起訴禁止之意義及目的

§253 規定：「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴。」訴訟一經提起，即生訴訟繫屬之效力，於未終結前，原告或被告不得更以他造為被告，就同一訴訟標的，於同一法院或他法院，提起新訴或反訴，學說上稱此為重複起訴禁止（訴訟中一事不再理）原則<sup>2</sup>。其立法目的在於避免法院就同一訴訟重複審判，造成訴訟不經濟與裁判矛盾之結果，且亦為保護被

<sup>1</sup>例如訴之客觀合併、訴之變更追加皆以非屬於同一事件為其前提；重行起訴禁止、訴外裁判禁止、既判例之客觀範圍，則是以前後兩訴是否屬於同一事件來判斷

<sup>2</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 251 頁。

告，避免一再重複被迫為不必要之訴訟進行<sup>3</sup>。

當事人所提起之訴訟如已繫屬於某法院時，法院即應開始對該事件為審判，以解決當事人間之紛爭。若當事人於訴訟繫屬中，再次就該訴訟事件向同一法院或其他法院起訴，且法院復就該事件進行審判，將使國家訴訟資源重複利用於同一紛爭上而造成浪費。訴訟乃集團之現象，訴訟資源為全民共享且數量有限，任何訴訟事件皆會佔用有限之訴訟資源，影響其他人利用訴訟制度解決紛爭之可能性，因此，重複提起之訴訟實屬不必要而應予禁止之。

## (二) 重複起訴與否之判斷標準

§253 禁止就已起訴之事件重複起訴，而是否重複起訴，應判斷起訴之事件是否與訴訟繫屬中之事件屬於同一事件而定。亦即判斷前後二訴訟之當事人、訴訟標的是否相同，訴之聲明是否相同、相反或可代用<sup>4</sup>。

國內學說將有無違反§253 重複起訴禁止之判斷歸納如下：**1.須前訴於訴訟繫屬中；2.須前後二訴當事人相同**：所謂訴訟上請求係指原告對特定被告所主張之法律關係，而此法律關係存否，僅須於當事人間獲得相對解決即可，因此若當事人相異時，縱前後訴訴訟標的相同，亦不生重複起訴問題<sup>5</sup>，惟**當事人是否同一，應以實質當事人判斷之**；**3.須前後二訴訟之訴訟標的相同**：若彼此間僅具前提因果關係，並非訴訟標的同一；**4.須前後二訴訟所請求之判決內容（訴之聲明）相同、相反或可相互代用**<sup>6</sup>。

## 三、同一事件之判斷標準

### (一) 當事人

「當事人」乃依§244 I 第一款規定，原告起訴狀應記載之事項。而“當事人”之判斷則牽涉訴訟擔當、當事人恆定及既判力之主觀範圍。

1. 於訴訟擔當之案例中，有訴訟上之原被告（形式當事人）以及實體法上權利義務主體（實質當事人）是否同一之問題。
2. 而當事人恆定則係指，實體法上權利義務主體變更，對訴訟上當事人並不影響。

訴訟擔當與當事人恆定共同之處乃在實體法上權利義務主體與訴訟上之原被告並非同一，而可能發生實體法上當事人得否可重行起訴（是否屬於同一事件），及是否為既判力主觀範圍所及（§402）之問題。

<sup>3</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（下），民國 90 年，第 471 頁；王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 251 頁。

<sup>4</sup> 陳榮宗教授認為，二訴訟之聲明相同、相反或可代用之情形不得重複起訴，實際上為訴訟標的相同之結果，因此於其理論並未如同多數見解般，加上此一要件。請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（下），民國 90 年，第 475 頁。

<sup>5</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（下），民國 90 年，第 472 頁。

<sup>6</sup> 請參閱王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 252 頁至第 253 頁。

## (二) 訴訟標的

訴訟標的於德國法中稱為爭議客體，即當事人起訴請求法院審理判決之對象。惟學說與實務就訴訟標的之判斷與認定有不同見解，進而亦影響前後二訴是否同一事件之結果。各訴訟標的理論對訴訟標的之判斷標準簡述如下：

1. 傳統（舊）訴訟標的理論：

又稱舊實體法說，以實體法上請求權基礎為判斷基準。

2. 新實體法說：

亦以實體法上請求權基礎為判準，惟配合修正後之請求權基礎理論，認僅得處分一次、受領一次者，其請求權基礎僅為單一。

3. 二分肢說：

綜合原因事實及訴之聲明判斷。

4. 一分肢說：

以訴之聲明為主，原因事實僅作為輔助之判斷標準。

5. 流動的概念（流動論）：

依規範目的判斷是否屬於同一事件。

(1) 訴訟審理階段 (§253、§248、§255)：

著眼於紛爭一次解決、避免裁判矛盾之需求，擴張訴訟標的範圍而採一分肢說。

(2) 判決確定階段 (§400)：

為求當事人之程序保障，故限縮訴訟標的之範圍於法院實際審理之部分，使未經實際審理之部分不為既判力所及。

6. 訴訟標的相對論：

原告基於其程序主體之處分權，得以其意思自由決定以實體法上個別權利為訴訟標的，抑或以給付之地位（受給權）為訴訟標的<sup>7</sup>。

上述各理論得區分為實體法說及訴訟法說。傳統訴訟標的理論（舊實體法說）及新實體法說係以實體法上請求權基礎為判斷標準，故屬實體法說。而二分肢說、一分肢說、流動論、訴訟標的相對論，係以訴訟法上之概念作為訴訟標的之判斷標準，則屬訴訟法說。流動論及訴訟標的相對論更革命性地認為

<sup>7</sup> 附帶一題，本說認原告於起訴時雖得自由決定以實體法請求權基礎、原因事實、紛爭事實為訴訟標的，惟為兼顧兩造實體利益及程序利益，訴訟標的之範圍將隨同法院闡明權之行使及當事人之訴訟行為發生變化。訴訟中訴訟標的範圍之變動方式為，在訴訟上審理到本案件相關之紛爭時，於法院闡明後，藉由原告訴之追加或被告提起反訴變更。若經法院闡明後，雙方當事人皆未為訴之追加或提起反訴，仍然就該紛爭進行實質的攻擊防禦，法院基於公益之立場，不受當事人此一矛盾行為拘束，逕行認為該紛爭為訴訟標的，而使該紛爭為既判力之客觀範圍所及【詳參，黃國昌，新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成(上)——以法官之闡明義務、當事人之程序利益與證明困難之交錯為中心——，臺灣本土法學雜誌第44期（2003.3），第48頁以下之部分】。然而，此說實際上迴避了訴訟標的概念定義問題，其所討論者實際上係訴訟標的應如何特定之問題。蓋當事人起訴後，法院本應行使闡明權以協助當事人特定訴訟標的，且原告被告於訴訟中提出之各種攻擊防禦方法，法院闡明其是否欲以之為訴訟標的時，仍應尊重當事人之處分權，不得為求訴訟經濟，而將與本案相關之紛爭皆一概列入訴訟標的中。

訴訟標的不須於任何訴訟階段範圍皆屬相同<sup>8</sup>。

## 貳、當事人

### 一、代位訴訟之性質

#### (一) 當事人同一之判斷標準

前已論及，訴訟上之請求係原告對特定被告所主張之法律關係，此項法律關係僅須於該原告與被告間獲得相對之解決即可，縱前後二訴訴訟標的相同，若前後訴訟當事人不同時，亦非同一事件，不生重複起訴之問題<sup>9</sup>。而當事人是否同一，應採實質判斷標準。亦即，雖形式上當事人不同，惟實質上相同者，仍屬當事人同一之情形<sup>10</sup>。亦即於訴訟擔當之案例中，形式之當事人與實質之當事人分離，此時是否當事人同一，應由被擔當人（實質當事人）判斷之。

#### 【案例 1】

案例事實：甲於民國 91 年 1 月 1 日向丙購買 A 屋，而 A 屋為民國 90 年 2 月 1 日由丙向乙所購買，至今乙尚未交付並移轉所有權予丙。甲為取得 A 屋之所有權，故以乙和丙為共同被告，起訴請求：

1. 丙應履行民法§348 之交付及移轉所有權之義務。
2. 甲依民法§242 規定代位丙對乙主張民法§348 之交付及移轉所有權之義務<sup>11</sup>。



#### (二) 代位訴訟法律關係分析

於【案例 1】中，甲提起二訴訟：1. 甲基於買賣契約對丙行使民法§348 之交付及移轉登記請求權；2. 甲因丙怠於行使自己之權利，依民法§242 之規定代位丙對乙行使民法§348 之交付及移轉登記請求權。首應釐清者為被告乙與丙間之關係，因對丙之訴訟係基於甲對丙之移轉登記請求權（民法§348）而來，而對乙之訴訟係基於丙對乙之移轉登記請求權（民法§348）而來，二者

<sup>8</sup> 本段關於訴訟標的理論之簡介以及訴訟標的理論之分類，係整理自楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 197 頁以下。

<sup>9</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（下），民國 90 年，第 472 頁。

<sup>10</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（下），民國 90 年，第 472 頁。

<sup>11</sup> 按：此時丙非 A 屋之所有權人，因此若不代位丙對乙主張權利，將會使丙無法履行交付及移轉所有權之義務，而陷於給付不能，而使甲對丙之訴訟敗訴。

為個別存在之權利，雖具牽連關係，惟並無合一確定之必要<sup>12</sup>，亦即甲對丙之移轉登記請求權是否存在，與丙對乙之移轉交付請求權是否存在，並無必然之關係，故應為普通共同訴訟<sup>13</sup>。

### (三) 代位訴訟之法律性質—(法定) 訴訟擔當

於【**案例 1**】中，甲代位丙起訴後，丙可否再以自己為原告，對乙起訴主張同一移轉登記請求權，即成問題。此時主要審查之重點在於，丙所提起之後訴是否違反§253 重複起訴禁止之規定。

於訴訟標的是否同一之部分，雖甲係依民法§242 之規定提起代位訴訟，惟代位訴訟中所審理之權利義務為丙對乙之移轉登記請求權（民法§348），訴之聲明為「乙應將A屋移轉登記於丙」，因此無論採取何種訴訟標的理論，皆應認訴訟標的為丙對乙之法律關係民，而非民法§242<sup>14</sup>。而丙對乙所提起之後訴，亦係審理丙對乙於 90 年 2 月 1 日訂定之買賣契約所生移轉登記請求權存在與否，應認其訴訟標的與甲所提起之代位訴訟相同。

而於當事人是否同一之部分，雖代位訴訟形式上係以甲乙為當事人，惟如前所述，所爭執者為乙丙間之法律關係，且民法§242 行使後之法律效果係歸屬於被代位之債務人（丙），故性質上應屬授與訴訟實施權限予他人之訴訟擔當，因此實質當事人為乙、丙。而丙所提起之後訴其形式及實質當事人亦為乙、丙。

據此，應認前後兩訴當事人同一、訴訟標的同一，屬於同一訴訟事件。若不作此解，則可能發生前後二訴對乙丙間之法律關係為不同之認定，發生裁判矛盾，而悖於§253 之立法意旨<sup>15</sup>。

### (四) 實務對代位訴訟之見解

惟【**67 年第 11 次民庭決議**】<sup>16</sup>卻認為：1.甲代位丙對乙起訴之訴訟標的為

<sup>12</sup> 必要共同訴訟為共同當事人間有同勝同敗之必要，為擔保能夠同勝同敗，故適用民訴法第 56 條之規定。若無同勝同敗之必要，而僅為勝敗有因果關係，抑或通常皆為同勝同敗，則非必要共同訴訟，不適用民訴法第 56 條之規定。

<sup>13</sup> 相同見解，參照楊建華，債權人代位起訴之訴訟標的，問題研析民事訴訟法（三），第 360 頁。

<sup>14</sup> 楊建華老師認為，債權人代位訴訟中，代位權僅為債權人對於債務人和第三人間之權利義務關係，有無實施訴訟權能之問題，屬於當事人適格之問題，而非構成訴訟標的之事項。因此法院於判決理由中判斷債權人對債務人有無債權，債務人是否負遲延責任，對債務人不生既判力。請參閱氏著，債權人代位起訴之訴訟標的，問題研析民事訴訟法（三），第 361 頁至 362 頁。

<sup>15</sup> 楊建華老師亦認為，債權人代位債務人起訴，所行使者為債務人對第三債務人之權利，就訴訟標的而言，仍係為債務人為原告，應認為實質當事人相同，而為同一事件。請參照氏著，代位訴訟繫屬中債務人得否自行起訴，問題研析民事訴訟法（三），第 282 頁。

<sup>16</sup>會議次別：最高法院 67 年度第 11 次民事庭庭推總會決議（節錄）

會議日期：民國 67 年 09 月 26 日

資料來源：最高法院民刑事庭會議決議彙編（上冊）第 62、782 頁

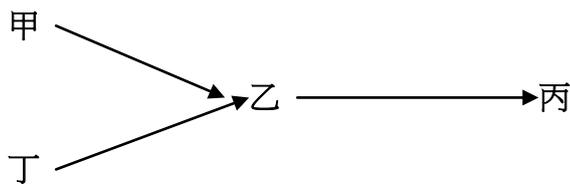
相關法條：民法 第 242 條

提 案：院長交議：甲起訴主張乙將某地應有部分出賣與丙，經丙將其轉賣與甲，由於丙怠於行使權利，因而代位訴求乙應將某地所有權之應有部分移轉登記與丙。惟於第二審言詞辯論期日

民法§242 之代位權，而丙對乙起訴之訴訟標的為丙對乙之民法§348 移轉登記請求權，二者訴訟標的並非同一；2.因允許對同一實體法上之爭議重複起訴，可能導致裁判矛盾，故認二訴訟結果為一勝一負時，當事人得持勝訴之判決為執行名義聲請強制執行；3.判決之利益皆歸屬於被代位之債務人丙。學者間對此決議多所批評，首先，同一事件不得重行起訴，其立法目的在於避免法院對實體法律關係之判斷歧異。因此於判斷是否為同一訴訟時，應考量實體法上法律關係是否同一而定<sup>17</sup>，而【67 年第 11 次民庭決議】卻謬誤地以形式當事人作判斷標準，且將民法§242 認為係訴訟標的，與丙對乙之請求權基礎不同，而認係不同事件。再者，其認二訴訟僅須其一為勝訴，即得以該勝訴判決為執行名義聲請強制執行，令效果歸屬於實質當事人，雖顧及實質當事人之利益，卻忽視被告亦有因原告敗訴判決而確定權利義務不存在之利益，有違原被告間之公平<sup>18</sup>。

## 二、代位訴訟當事人間之關係

### 【案例 2】



案例事實：債務人乙欠甲及丁各 100 萬元，乙對丙有 200 萬之債權已屆清償期而怠於行使。甲已代位乙對丙起訴請求，則乙之另一債權人丁得否再依民法§242

前，丙已對乙提起上開土地所有權應有部分移轉登記之訴。則甲代位丙行使權利有無理由？  
議：甲起訴主張乙將某地應有部分出賣與丙，經丙將其轉賣與甲，由於丙怠於行使權利，因而代位訴求乙應將某地所有權之應有部分移轉登記與丙，於第二審言詞辯論期日前，丙復對乙提起上開土地所有權應有部分移轉登記之訴，似此情形，甲（債權人）代位丙（債務人）對乙（第三債務人）提起之訴訟，與丙自己對乙提起之訴訟，並非同一之訴（參照本院二十六年渝上字第三八六號判例）。又甲前既因丙怠於行使權利而已代位行使丙之權利，不因丙以後是否繼續怠於行使權利而影響甲已行使之代位權，故甲之代位起訴，不限制丙以後自己之起訴，而丙自己以後之起訴，亦不影響甲在前之代位起訴，兩訴訟判決結果如屬相同而為原告勝訴之判決，甲可選擇的請求其代位訴訟之判決之執行或代位請求丙之訴訟之判決之執行，一判決經執行而達其目的時，債權人之請求權消滅，他判決不再執行。兩訴訟之判決如有歧異，甲亦可選擇的請求其代位訴訟之判決之執行或代位請求丙之訴訟之判決之執行，其利益均歸之於丙。

<sup>17</sup> 如前所述，在判斷是否屬於同一訴訟事件，會牽涉到民訴法第 253 條、第 255 條、第 388 條、第 400 條等規定之適用，亦即在訴訟中涉及到當事人所主張者為訴訟標的抑或攻擊防禦方法，於判決確定後則會涉及到既判力之範圍以及判決之執行，因此應慎重為之。不宜因為在個案中為了顧及未實際進行攻防之實質當事人，而忽視整個訴訟制度之連慣性以及對造當事人之利益。

<sup>18</sup> 楊建華教授亦認為，【67 年第 11 次民庭決議】之見解可能會有 1.對同一法律關係重複為攻擊防禦，有違訴訟經濟；2.若不能合併辯論判決，則可能導致兩判決結果對同一實體法之法律關係裁判矛盾；3.第三債務人將可能受到多重追迫，且判決結果若為一勝一敗，可擇一執行，所獲勝訴結果等於白費。詳參氏著，代位訴訟繫屬中債務人得否自行起訴，問題研析民事訴訟法（三），第 281 頁至第 282 頁。

## 之規定代位乙起訴行使同一債權？

### (一) 對債務人之訴與對第三人之訴二者間之關係

於【**案例 2**】中，若甲（債權人）對丙提起代位訴訟之同時，亦對乙（債務人）起訴，則乙與丙並非必要共同訴訟人之關係，蓋通常情形下，甲提起之代位訴訟獲得勝訴判決後，其對於乙之訴訟雖亦會獲得勝訴，惟甲對丙之代位訴訟係以乙、丙之法律關係為訴訟標的，此與甲對乙之訴訟係以甲、乙之法律關係為訴訟標的有所不同，雖兩訴之勝敗於邏輯上或有因果關係，惟仍無法律上合一確定之必要。

### (二) 代位訴訟之性質與多數債權人間之關係

學界通說認為，類似必要共同訴訟係指訴訟標的之法律關係對數人而言有合一確定之必要，惟其中一人起訴或被訴時，依法律之規定判決效力將及於未為訴訟之人，故數人毋庸全體一同起訴或被訴<sup>19</sup>。而於代位訴訟中，債權人有數人時，法律並不要求全體債權人須一同提起，然若數債權人同為起訴者，仍有合一確定之必要，則得否因此而認代位訴訟多數債權人間為類似必要共同訴訟之關係？

如前所述，不應將民法§242 認為係代位訴訟之訴訟標的，而應認其係訴訟擔當，故若同時有數債權人先後依民法§242 代位債務人向第三人提起訴訟時，則因該法律關係已訴訟繫屬，故後訴違反§253 重行起訴禁止之規定，應以起訴不合法駁回。同理，判決確定後，因既判力及於債務人，故其他債權人亦無法基於同一法律關係代位債務人提起同一訴訟<sup>20</sup>。惟若多數債權人共同提起代位訴訟者，因此時債權人所代位者為債務人之同一權利，自不得為相歧異之裁判，故有合一確定之必要，而應適用民訴法§56 之規定，然此時數債權人間乃共同訴訟擔當，而並無部分債權人所進行之訴訟既判力擴展及於他債權人之情事，故應非所謂類似必要共同訴訟<sup>21</sup>。

<sup>19</sup> 請參閱楊建華，共同訴訟分類方法之檢討，問題研析民事訴訟法（一），第 55 頁。關於類似必要共同訴訟之意義，傳統見解多認為無庸數人一同起訴或被訴，若數人一同起訴被訴時，該數人間必須合一確定，並無提及既判力擴展之問題，請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 242 頁；王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 280 頁。但晚近見解認為雖然類似必要共同訴訟（德國學說稱為「因訴訟法原因之必要共同訴訟」）不須全體多數人共同進行訴訟，但訴訟標的之裁判效力必須對於進行訴訟之全體多數人合一確定，請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 244 頁。

<sup>20</sup> 除此之外，於債權人代位起訴後，債務人怠於行使權利的情況以不存在，其他債權人自無從符合民法第 242 條之規定提起訴訟。若債權人因實體法之原因敗訴後，則債務人即無怠於行使之權利存在，故亦不具備代位訴訟之要件。

<sup>21</sup> 惟對類似必要共同訴訟之定義不同，結論亦隨之不同。若認數人不須一同起訴被訴，若數人一同起訴被訴時，有合一確定之必要者，為類似必要共同訴訟者，則多數人債權人共同依民法 242 提起代位訴訟之情形即屬類似必要共同訴訟。請參閱王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 280 頁。

### (三) 代位訴訟與債務人之程序保障

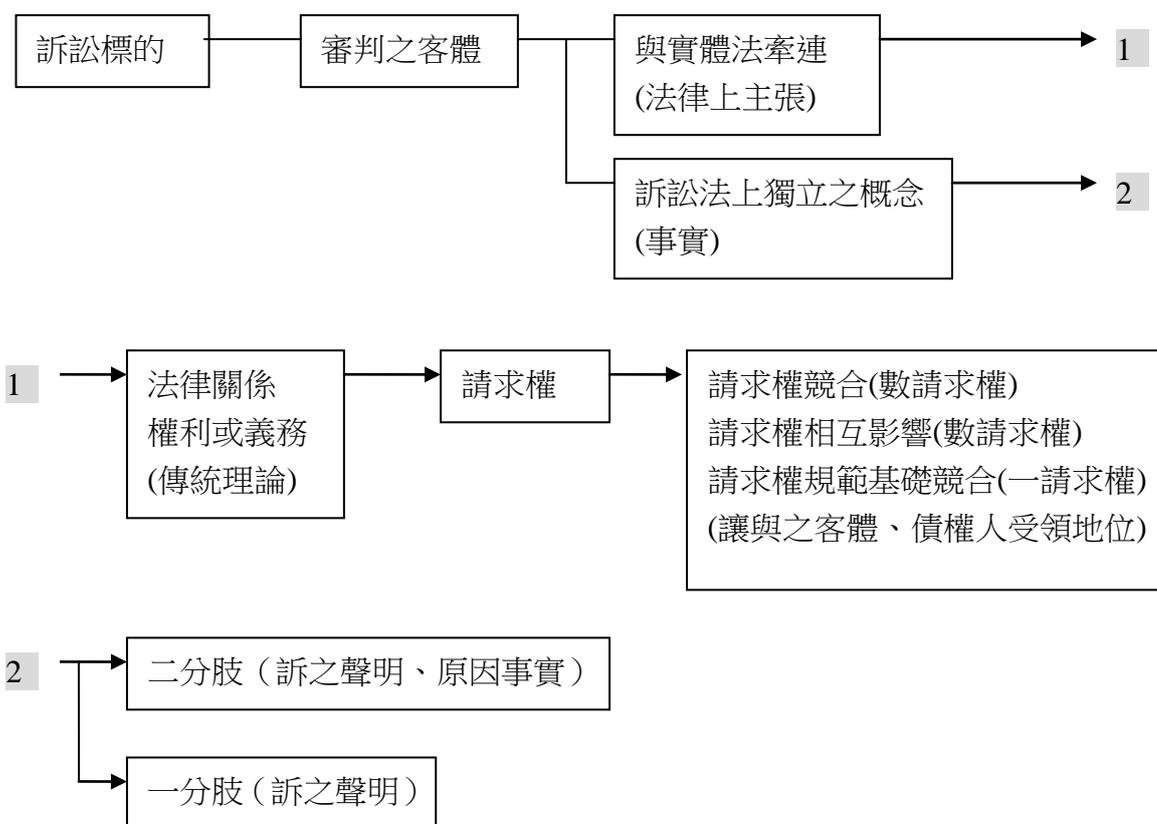
若認民法§242 為訴訟擔當之規定者，債權人依§401 II 規定，其所受之確定判決，對被代位之債務人亦有效力。於【**案例 2**】中，甲依民法§242 規定代位乙對丙提起訴訟，獲得之確定判決，無論勝敗，皆依§401 第二項規定，效力及於乙。對此有認為債務人未於訴訟上為當事人，若其又未參加訴訟者，即無法於訴訟中提出有利於己之攻擊防禦方法，而未被賦予充分之程序保障，若債權人敗訴，而使既判力及於債務人，並非妥當。

就此而言，基於憲法所賦予之訴訟基本權，應予當事人充分之程序保障，惟於立法者衡量實體法上權利人及其他利害關係人之利益後，認他人對該權利之利害關係較實體法上權利人為大者（例如破產之情形，債權人對財產之利害關係較債務人為大），即特別由法律規定賦予利害關係人訴訟實施權限，使其得以自己名義起訴被訴，此即法定訴訟擔當。亦即此時實體法上權利人之程序保障須有所退讓，僅得尋求訴訟參加或其他方式以滿足之<sup>22</sup>。實務或為保障債務人與其他債權人之利益，而允許債權人敗訴後，得由債務人或其他債權人另行提起同一訴訟，故承認債權人之代位權與債務人之權利乃不同訴訟標的，且各債權人之代位權亦為不同之訴訟標的。惟如此之見解恐將導致同一事件多次提起訴訟，數訴有裁判矛盾之虞，且破壞第三債務人獲得確定勝訴判決之利益。然而，在§67-1 增定法院職權告知訴訟之規定後，實體法上權利人完全未被賦予程序保障之情形應可有所減少。

---

<sup>22</sup> 我國民法關於代位權之規定，是繼受自日本民法，而日本民法則是由法國民法所繼受而來。法國法採取代位權之制度之理由，在於補充其強制執行制度之不備，因法國強制執行制度對於不動產請求權之執行方法規定闕如，故以民法代位權之規定加以補充。因此代位權制度於強制執行方法完備之國家，並無承認之必要（例如德國）。但日本有完善之強制執行制度，仍然於民法中採取代位權制度，其理由有二：1.代位權不須執行名義，較強制執行簡便；2.強制執行僅限於請求權，而代位權及於一切權利，範圍較強制執行為大。請參閱胡長清，中國民法債編總論，第324頁。

## 參、訴訟標的



### 一、訴訟標的之意義及功用

#### (一) 訴訟標的之意義

訴訟標的即原告起訴請求法院審判之客體，故其原告之聲明及訴訟原因事實不可分。既為法院審判之客體、對象，即得以之決定法院審判之範圍，而依處分權主義，該範圍乃由原告特定、確定（邱師的用語為“劃定”），重複起訴禁止(§253)與否由此判斷，訴之合併、變更或追加(§248、§255)亦由此判斷，訴訟既判力(§400 I)之範圍，亦由此判斷，因此，若訴訟標的不明，訴訟甚難順利進行，故法官應依§199 闡明當事人特定之。

#### (二) 訴訟標的與請求權競合

就訴訟標的之判斷基準而言，學說與實務有不同之見解。傳統見解採傳統訴（舊）訟標的理論，以實體法上之權利為訴訟標的之判斷基準。惟此一見解於請求權競合時產生困境，蓋請求權競合時，當事人僅得受領給付一次、處分權利一次，然而於傳統訴訟標的理論下乃認為係二不同之訴訟標的，而得對其提起數次訴訟，造成多重審理及裁判矛盾。因此，訴訟法上乃產生其他訴訟標的理論，實體法上亦對請求權競合理論進行檢討及修正。

### (三) 請求權競合理論

若單一具體事實同時具備數實體法請求權之構成要件時，各請求權規定相互間之關係為何，學說上乃有不同理論，分述如下<sup>23</sup>：

#### 1. 請求權競合理論：

其認為應就各規範分別判斷，所生之數請求權亦為獨立存在。而於請求權競合理論中，又區分為請求權自由競合說與請求權相互影響說。

(1) 請求權自由競合說認為，此時數請求權獨立並存，無論成立要件、舉證責任、請求範圍、抵銷、時效等，均就各請求權各別判斷之。權利人得擇一行使，其中一請求權若已因達成目的而消滅者，則其他請求權亦隨之而消滅，惟若因達成目的以外之原因而消滅者，其他請求權仍為存續<sup>24</sup>。

(2) 請求權相互影響說雖然亦肯定數獨立之請求權存在，惟若完全依其一之要件行使，將架空其他請求權之規範目的者，此時為顧及其他請求權之規範目的，應令其規定得適用欲該請求權之中。此說目的在於克服承認數獨立請求權所生之不協調與矛盾<sup>25</sup>。

#### 2. 特別規範說：

亦即數請求權基礎間有特別規定與普通規定間之關係，例如物之瑕疵擔保與不完全給付，德國法上認物之瑕疵擔保為特別規定，故債各買賣邊之相關規定應優先適用。

#### 3. 請求權規範基礎競合說：

此說強調一具體生活事實符合多數實體法上請求權基礎之構成要件時，並非產生多數獨立存在之請求權。論其本質，實僅產生一請求權，惟同時有數法律規範基礎（理由或依據）存在爾。因於同一事實具備數請求權之構成要件時，義務人並非負有數個義務，其仍僅負單一義務，故僅有一請求權存在，僅得一次履行、一次起訴、一次讓與。惟某一請求權基於某法律規範基礎而不成立者，原則上並不排除依其他法律規範基礎成立之可能，但若該法律規範基礎之立法目的將因而不能實現者，此一原則將受影響<sup>26</sup>。此理論符合當事人之利益，亦實踐法律規範之目的，使實體法之請

<sup>23</sup> 此處主要在討論請求權競合理論與訴訟法上訴訟標的演進之關係，故省略「法條競合說」之見解。

<sup>24</sup> 王澤鑑，契約責任與侵權責任之競合，民法學說與判例研究（一），第402頁至第403頁；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2000年9月增定版六刷，第89頁。

<sup>25</sup> 王澤鑑，契約責任與侵權責任之競合，民法學說與判例研究（一），第403頁至第404頁。但在氏著之侵權行為法第一冊中關於請求權競合理論，並未將此說列入。

<sup>26</sup> 請求權規範基礎競合說見解下，權利人僅有一請求權存在，惟該請求權具有多個規範基礎。原則上各規範基礎得個別適用，互不影響，惟於某一規範基礎之立法目的因其他規範基礎之適用而無法達成者，其他規範基礎於適用時即須考量該規範基礎之構成要件。此關係即如同請求

求權概念與新訴訟標的理論趨於一致，頗值重視<sup>27</sup>。

就此問題，我國通說與實務現採請求權競合理論，認單一事實同時符合多數請求權基礎之法律構成要件時，有數請求權存在。原則上採請求權自由競合說，認各請求權依其個別之構成要件成立，互不影響，而其中一請求權因達成目的而消滅者，其他請求權始為消滅。但為貫徹某一法律規範之立法目的時，則採請求權相互影響說之見解，其他請求權基礎之構成要件受該規範之要件影響。

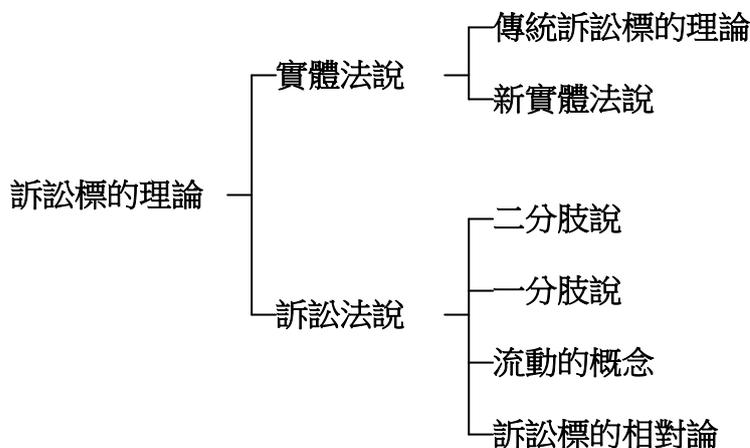
然而，同一事實符合多數請求權基礎構成要件之情形，權利人實際上僅得受領一次、處分一次，不應認有多數請求權存在，因此，實應採請求權規範基礎競合說較為妥適。

## 二、訴訟標的理論

### (一) 討論實益

探討訴訟標的理論之重點主要有二，一為如何解決民法上之請求權競合與訴訟標的之單複數問題，另一為訴訟標的於何種情形始為特定之問題<sup>28</sup>。關於各學說對於訴訟標的的概念之異同，析之如下。

#### 【表一】訴訟標的理論一覽



權競合說下之請求權自由競合與請求權相互影響說之關係，僅係請求權競合說認此時有數請求權存在，請求權規範基礎競合說則認請求權僅為單一。

<sup>27</sup> 王澤鑑，契約責任與侵權責任之競合，民法學說與判例研究（一），第 404 頁至第 406 頁；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2000 年 9 月增定版六刷，第 89 頁。

<sup>28</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 358 頁。

### 【案例 1】

案例事實：甲所有之 A 車於民國 90 年 1 月 1 日為乙所竊，2 個月後為警查獲，甲向乙起訴請求返還 A 車。訴狀上記載如下：

原因事實：甲所有之 A 車於民國 90 年 1 月 1 日為乙所竊。

訴之聲明：被告應將 XX 色 XX 型車返還給原告。

甲 —————→ 乙

### (二) 傳統訴訟標的理論（舊實體法說）

傳統（舊）訴訟標的理論亦稱舊實體法說，認訴訟標的乃原告於訴訟上所為一定具體實體法之權利主張，故判斷訴訟標的乃以實體法所定之權利為標準<sup>29</sup>。例如於【案例 1】中，雖僅有乙竊甲車之單一事實存在，惟甲對乙可能有民法§767 所有物返還請求權、民法§179 不當得利請求權、民法§184 I 前段侵權行為損害賠償請求權、民法§962 占有回復請求權等四個請求權併存，而依傳統訴訟標的理論之見解，此時甲若對乙起訴主張上述四實體法請求權，則構成四訴訟標的。

然而，此為實體法上請求權競合之情形，若甲受領一請求權之給付即獲滿足者，其他請求權即為消滅，故此說實無法說明為何原告於實體法上僅得受領一次，惟訴訟上卻有數訴訟標的併存，而得提起多次訴訟<sup>30</sup>。

### (三) 新實體法說

本說乃源自於對民法請求權競合理論之修正，認為本於同一事實關係而發生以同一給付為目的之數實體法上請求權，不應於實體法上將其視為數請求權並存之競合，僅應認有一實體法上之請求權存在<sup>31</sup>。至於真正請求權競合之情形，應係指本於數不相同之事實關係而發生之數請求權，惟其給付目的相同者<sup>32</sup>。亦即採請求權規範基礎競合理論，認此時該請求權雖有數規範基

<sup>29</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 358 頁。

<sup>30</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 359 頁。又王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論之附錄（二）—民事訴訟標的之新舊理論中，亦歸納了傳統訴訟標的理論之優缺點。傳統訴訟標的理論之優點有：1. 便於法院裁判；2. 便於當事人之攻擊防禦；3. 既判力之客觀範圍客觀明確。優點皆在於傳統訴訟標的理論以實體法上權利作為訴訟標的，使審判範圍、訴訟爭點明確而來。而其缺點則有：1. 增加當事人之訟累；2. 增加法院之案件；3. 減損民事訴訟之功能：因法院僅關心結案與否，而非人民紛爭之解決；4. 實質上同一事件可能有數判決併存。缺點之發生主要係因於實體法請求權競合之情況下，仍以實體法之請求權為訴訟標的，產生數訴訟標的，導致同一紛爭不能一次予以解決所致。請參閱王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 773 頁至第 776 頁。

<sup>31</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 362 頁；楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 233 頁。

<sup>32</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 362 頁；楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 230 頁。例如簽發票據清償買賣價金，此一情形為新債清償，新債務不清償，舊債務不消滅。又因為票據具有無因性，和原因關係（即

礎，然亦僅單一請求權存在，權利人僅得受領一次，於訴訟上主張者其訴訟標的亦僅為單一，不能認為係數事件<sup>33</sup>。故於【**案例 1**】中，甲對乙之返還請求權僅能受領一次、處分一次，此時應認甲乙間僅單一請求權存在，故於訴訟上主張時，亦僅有一訴訟標的。

此說自修正實體法之請求權競合理論出發，進而修正訴訟法之訴訟標的理論，惟仍係以實體法上請求權解釋訴訟法上訴訟標的之概念<sup>34</sup>。

然而，若當事人起訴請求實體法上不存在之權利，則依此說仍無法判斷訴訟標的為何，且法院不得因此拒絕審判，故此說仍有其缺失，進而有訴訟法上之訴訟標的理論產生。

#### (四) 訴訟法說一二分肢說

訴訟法說主要係將訴訟標的之概念與民法實體權切離，純就訴訟法之立場，利用原告於起訴狀所表明之訴之聲明及事實理由，構築訴訟標的之概念與內容，將實體法上權利義務之主張降為當事人攻擊防禦方法之層次或法院為裁判時之法律觀點地位<sup>35</sup>。亦即，訴訟標的為法院審理判決之客體與範圍，不必然須與實體法上請求權有必然之關係，故訴訟標的應於訴訟法上有其獨立之概念而獨立判斷之，毋庸與實體法之權利有所關連。

訴訟法說因究應以訴狀上之何種記載作為訴訟標的判斷標準之不同，又區分為二分肢說與一分肢說，前者以原因事實與訴之聲明為認定標準，後者則純以訴之聲明作為認定標準。

二分肢說認為，訴訟標的之概念係由原告所為訴之聲明及其所陳述之原因事實所共同決定，原因事實與訴之聲明二者共同構成訴訟標的之重要要素<sup>36</sup>。

因此原因事實與訴之聲明二者其一相異時，訴訟標的即有所不同。特別於金錢請求之訴中，因訴之聲明皆為給付一定金額之金錢，更須透過原因事實以認定數訴是否同一訴訟標的。例如原告對被告有買賣價金債權及租賃契約之

---

買賣價金債務)切離，故認為屬於不同事實關係。又票據債權可以和價金債權分離讓與。因此，此時認為有兩個個別請求權存在。但新債清償，新債清償後，舊債務亦消滅，故可認為給付目的相同。此種情形屬於真正之請求權競合。

<sup>33</sup> Henckel 認為，若同一原因事實下同時符合數個實體法上請求權之構成要件時，若以請求權之經濟作用觀之，權利人僅能將競合之請求權視為單一之處分客體而為處分讓與，僅能認為僅有單一之請求權。請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 363 頁至第 364 頁；楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 233 頁。但 Henckel 之見解很難說明離婚訴訟中，不同法律事由係由不同之生活事實所構成，如何屬於「具有不同法律理由之單一請求權」？請參閱楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 233 頁。

<sup>34</sup> 但值得一提的是，新實體法說並非不區分實體法上請求權與訴訟標的兩者之概念。此說僅在便是訴訟標的的擔負異同之標準方面，不走訴訟法極端之途徑，同時兼顧實體法與訴訟法兩者之密切關係，其目的在於化解舊實體法說與訴訟法說之正面衝突。請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 364 頁。

<sup>35</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 359 頁至第 360 頁。

<sup>36</sup> 楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 230 頁；陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 360 頁。

租金請求權，金額皆為 100 萬時，因二者之原因事實不同（分別係買賣契約及租賃契約），雖原告訴之聲明皆為 100 萬元，惟仍屬不同訴訟標的。應注意者為，此處之事實理由係指不以實體法加以評價之自然事實關係而言<sup>37</sup>。於【**案例 1**】中，甲起訴之原因事實為乙竊取其所有之A車，訴之聲明為請求返還A車，因此縱使實體法上同時符合數請求權之構成要件，訴訟標的仍僅單一。

### 【**案例 2**】

**案例事實：**乙向甲購買汽車一輛，價金 100 萬元，乙為清償買賣價金簽發面額 100 萬元之支票一紙，甲於票載發票日向銀行提示，因乙存款不足而無法兌現。甲提起訴訟向乙請求支付 100 萬元。

甲 —————→ 乙

民法 367 條

請求支付票款

### （五）訴訟法說——分肢說

二分肢說雖解決實體法上請求權競合之問題，惟於數生活原因事實係以同一給付為目的時，此說亦遭遇實體法說相同之困境<sup>38</sup>。於【**案例 2**】中，甲對乙之 100 萬元請求係依據甲對乙之買賣價金請求權及支票票款請求權（追索權）。乙簽發支票之目的在於清償買賣價金債務，性質為民法§320 之新債清償（間接給付），支票票款債務經清償，則買賣價金債務亦隨之消滅，甲僅得受領一次之給付。然而，買賣價金請求權與支票票款請求權，乃屬二不同之原因事實<sup>39</sup>，依二分肢說對訴訟標的之判斷標準（原因事實與訴之聲明），應屬二不同之訴訟標的。惟如前所述，甲僅得受領一次清償，即其受領地位僅為單一，聲明亦為單一，原因事實雖有所不同，然因簽發票款之目的本即在清償價金債權，故兩者間有密切牽連，依二分肢說認此時有二訴訟標的，顯有不當。

至於一分肢說則係認為，事實理由對訴訟標的之概念而言，並無重要性，訴訟標的之異同標準，以訴之聲明為唯一之標準<sup>40</sup>。因原告提起訴訟，其目的即在於法院能如起訴之聲明為判決，故訴之聲明方為訴訟標的之核心，當事人於訴訟中所爭執者、法院於訴訟中所審理者，皆為原告訴之聲明之准許與駁回而已。據此，僅以訴之聲明判斷是否同一訴訟標的，實為最為方便且明確之方視。

<sup>37</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 360 頁；楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 230 頁

<sup>38</sup> 楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 230 頁。

<sup>39</sup> 票據屬無因債權，其債權和原因關係乃為切斷，故與原因債權認為不同之原因事實。

<sup>40</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 360 頁至第 361 頁。

然而，訴之聲明是否同一，易生疑義。例如於金錢債權訴訟中，債權額相同之情況下，是否為同一訴之聲明，則須透過生活事實之觀察始能得知。依此說之見解，生活原因事實僅為解釋訴訟標的是否同一時應予考量之因素之一，於判斷是否為同一訴訟標的時，並不具有與訴之聲明等值之地位<sup>41</sup>。亦即，訴訟標的應由訴之聲明為判斷之標準，原因事實對於訴訟標的之判斷並無決定性之地位，僅為輔助之判斷標準。因此於【**案例 2**】中，買賣價金請求權與票款請求權雖屬不同之原因事實，惟甲訴之聲明同一（請求乙給付 100 萬元），且乙簽發支票之目的乃在清償價金債務，甲僅得受領一次之給付，仍應認訴訟標的僅為單一<sup>42</sup>。

#### （六）流動的概念（流動論）

一分肢說以訴之聲明為判斷訴訟標的之標準，優點在於得避免訴訟審理過程中當事人向其他法院就同一請求提起後訴所形成訴訟不經濟與裁判矛盾之可能。惟一分肢說並未顧及此時原因事實並不全然相同，且因其訴訟標概念較為擴張，於原因事實不相同之情況下，僅須訴之聲明相同，即認屬同一訴訟標的，則若當事人於訴訟中漏未主張其他事實，導致法院對該部分事實並未審理，於判決確定後依§400 之規定（既判力之客觀範圍），未經審理之事實仍為既判力所及，致當事人不得另行起訴，對當事人之程序保障顯有不周。基此，德國法上乃產生流動的訴訟標的概念，亦即訴訟標的概念之認定，應考量訴訟不同階段之需求及其功能與任務而為決定。依此說之見解，訴訟標的於訴訟審理階段與判決確定後之階段應為不同之認定。

1. 訴訟審理階段中判斷同一事件是否已繫屬於法院、當事人是否為訴之變更或訴之追加等，應採一分肢說，以較擴張之訴訟標的概念，使同一原告與被告間盡量利用同一訴訟程序解決紛爭。亦即此時程序之主要需求在於紛爭解決一次性，故令訴訟標的之範圍較廣，使案件得盡量於同一程序處理。例如於【**案例 2**】中，若當事人已依票款請求權起訴，而欲再就價金請求權另行提起新訴者，因聲明同一，訴訟標的同一，後訴訟即違反§253 之規定而非合法。
2. 判決確定後之階段，應採二分肢說判斷訴訟標的（既判力之客觀範圍）。未經當事人主張，法院亦未審理判斷之不同原因事實，不為既判力之效力所及，當事人仍得就此更行起訴。亦即此時對訴訟標的採取較限縮之概念，限於當事人提起訴訟之原因事實，以賦予當事人充分之程序保障。

由上可知，流動論將訴訟標的之概念依訴訟審理階段與判決確定階段之不同，分別採一分肢說與二分肢說。於訴訟審理階段適用一分肢說，以訴之聲

<sup>41</sup> 楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 231 頁

<sup>42</sup> 附帶一題的是，國內有學者有認為二分肢說是修正一分肢說而來的見解。請參閱邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），2003 年版，第 132 頁至第 133 頁。但實際上二分肢說（1930 年代）出現早於一分肢說（1950 年代），怎麼可能先出現之學說目的在於修正後出現之學說。

明為訴訟標的之認定標準；於判決確定階段適用二分肢說，以訴之聲明及原因事實作為訴訟標的之認定標準。於我國原則上採本人訴訟之制度下，訴訟由不具有法律專業知識之當事人進行，更有採取此說之必要，蓋可能發生當事人因疏忽而漏未主張部分原因事實，而應予其另行起訴之權利，以顧及其程序保障。除此之外，因於判決確定後之階段採二分肢說，認原因事實不同則訴訟標的不同，為儘量避免與以裁判確定之前訴訟矛盾，當事人得援引先前法院之確定判決，供後訴法院為裁判之參考，以儘量避免裁判矛盾之情形發生。

### (七) 訴訟標的相對論

此說基於當事人處分權主義，認原告得以實體法上個別權利為基準，亦得以其所求為給付之地位（受給權）為基準，決定訴訟標的為何。訴訟標的應依何者為基準，應由原告起訴處分之意思，相對地予以決定，即訴訟標的相對論<sup>43</sup>。

然而，此說並未說明訴訟標的之判斷標準究屬實體法上請求權基礎、訴訟法上原因事實或訴之聲明，實際上迴避訴訟標的理論之主要問題。例如於【**案例 2**】中，若甲基於買賣之原因事實於 92 年 1 月 10 日向台北地方法院起訴，又於 92 年 1 月 20 日以支票之原因事實向桃園地方法院起訴，此時後訴是否違反§253 規定？仍舊回歸「應以原因事實或訴之聲明為訴訟標的判斷基準」之問題。此說既對此有所迴避，則使此一案例是否違反§253 即無法解決。又其認應尊重當事人之程序處分權，使當事人得自由決定以實體法上之個別權利或其受領給付之地位為訴訟標的之判斷基準，惟若當事人將事件割裂於不同法院起訴者，是否仍應尊重當事人之處分權，亦有疑義。例如於【**案例 1**】中，原告於台中地方法院起訴時，決定以侵權行為損害賠償請求權（民法§184）為訴訟標的，後復於台南地方法院以所有物返還請求權起訴，此時若尊重當事人意思以實體法上請求權為訴訟標的，將造成實質上同一事件於不同法院審理，而有訴訟不經濟及裁判矛盾之可能，顯非恰當。

實際上，訴訟標的相對論並非建立訴訟標的區分判斷之標準，而係著重於如何經審判長之闡明，發現原告所請求者為何，惟此須以原告本身具專業法律知識為前提，蓋原告具專業法律知識，始可能主張對自己較為有利之方式，即處分權主義仍繫於實質平等之地位，始有意義。總而言之，此說並不實質涉及訴訟標的區分之標準。

### (八) 聲明具體化之疑義

於【**案例 1**】中，甲聲明乙應返還汽車，涉及聲明具體化之問題，即甲應表明得使其聲明具體化之原因事實。除此之外，其是否有表明“法律上主張”之義務？亦即，侵權行為之構成要件事實如下：

<sup>43</sup> 楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 237 頁。

不法行為 + 損害 + 因果關係 + 可否歸責

而甲除表明原因事實外，是否仍須將各事實剪裁成上述要件，並標明法律依據為民法§184 I 前段？又若被告乙提出消滅時效之抗辯者，原告須自己另行主張民法§767 所有權，抑或法院得為告知？而若原告未就此為主張，法院得否審理？

亦即新舊訴訟標的理論實質上之差異，主要乃涉及當事人有無為“法律上主張”之義務，即當事人須否具體指稱所適用之法條依據？

就此，實務慣採傳統訴訟標的理論，以實體法上權利為訴訟標的之判斷基礎，即係認當事人須先於法院表明應適用之法條依據，如此則法官毋庸具備法律專業知識，僅須被動地審理當事人主張之法律適用正確與否即可；且若當事人未為主張，法官亦毋庸對之審理。事實上，僅須係當事人於聲明中已具體化之原因事實，法官皆有必要予以審判，實務此種見解並非恰當。

## 肆、訴之聲明

### 一、訴之聲明與同一事件之關係

#### (一) 訴之聲明相同、相反、可代用

如前所述，同一事件牽涉到訴之客觀合併 (§248)、重行起訴禁止 (§253)、訴之變更追加 (§255)、訴外裁判禁止 (§388)、既判力之客觀範圍 (§400) 等規定之適用。而是否屬於同一事件，無論採何種訴訟標的理論，於判斷上皆牽涉訴之聲明是否同一。就此，我國學說及實務認為，二訴於當事人相同、訴訟標的相同之情形下，若訴之聲明相同、相反或可代用時，即為同一事件<sup>44</sup>。

#### 【案例 1】

案例事實：甲以乙為被告，起訴請求確認其就 A 地有所有權，於訴訟程序進行中，乙以下列聲明提起反訴：

1. 確認 A 地所有權屬乙。
2. 確認 A 地所有權不屬甲。

甲 —————> 乙

#### (二) 相反之聲明

<sup>44</sup> 詳參民國 72 年 06 月 17 日司法院(72)廳民一字第 0382 號函；駱永家，確認之對象適格與重複起訴之禁止，民事法研究（一），第 26 頁。但陳榮宗教授認為，訴之聲明相同、相反、可代用時，實際上係訴訟標的相同之情形。請參閱請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（下），民國 90 年，第 475 頁。

如前所述，若前後二訴當事人相同，訴訟標的相同，訴之聲明相反者，亦為同一事件。若當事人於前訴訴訟繫屬中提起後訴者，將違反§253 之規定<sup>45</sup>。

1. 於【**案例 1**】中，甲起訴請求確認 A 地屬其所有，乙提起反訴請求確認 A 地所有權屬乙所有。此時二聲明內容於邏輯上雖係相互排斥，惟並非立於相反之關係。雖 A 地屬甲單獨所有時，即不可能為乙所有，故於甲勝訴之情形，乙即不可能勝訴；惟若 A 地不屬甲所有，亦未必當然為乙所有，而可能為與訴訟全無關之第三人丙所有，因此此二聲明內容並非相反，乙得提起此一反訴。
2. 惟若乙提起之反訴係請求確認 A 地所有權不屬甲者，因 A 地所有權要不屬甲，否則即不屬甲，二者於邏輯上不可能併存，故係內容相反之聲明。亦即，積極確認之訴與消極確認之訴<sup>46</sup>，二者之聲明乃屬相反<sup>47</sup>。

### 【案例 2】

**案例事實：**甲起訴請求乙給付 90 年 1 月 1 日至 90 年 12 月 31 日之租金 30 萬元。乙於訴訟進行中以下列聲明提起反訴。

1. 確認甲乙間租賃關係不存在。
2. 確認甲對乙之 90 年 1 月 1 日至 90 年 12 月 31 日租金債權 30 萬元不存在。

甲 —————→ 乙

民法§439

### (三) 可代用之聲明—給付聲明與確認聲明間之關係

給付之訴其內容為原告請求法院確認其實體法上請求權存在，且就該請求權賦予執行力。由此觀之，給付之訴本質上即帶有確認之訴之性質，給付聲明得代用確認聲明<sup>48</sup>。因此若已提起給付之訴者，即不得就同一法律關係提確

<sup>45</sup> 【判例字號】40\_台上\_1530 【裁判日期】40/10/19 【案由】確認土地所有權不存在  
已起訴之事件，在訴訟繫屬中，該訴訟之原告或被告不得更以他造為被告，就同一訴訟標的提起新訴或反訴，為民事訴訟法第二百五十三條所明定。所謂就同一訴訟標的提起新訴或反訴，不僅指前後兩訴係就同一訴訟標的求為相同之判決而言，其前後兩訴係就同一訴訟標的求為相反之判決，亦包含在內。故前訴以某法律關係為訴訟標的，求為積極之確認判決，後訴以同一法律關係為訴訟標的，求為消極之確認判決，仍在上開法條禁止重訴之列。

【判例字號】29\_上\_1030 【裁判日期】29/01/01

上訴人於被上訴人對之提起本件消極確認之訴後，亦以反訴主張該法律關係成立，求為積極確認之判決，不得謂非違背民事訴訟法第二百五十三條之規定。

<sup>46</sup> 陳榮宗教授認為，當事人間之同一法律關係或同一債權，訴訟標的應為相同，不得因同一債權以積極確認形式或消極確認形式提起即認為兩者訴訟標的不同。詳參陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（下），民國 90 年，第 475 頁。

<sup>47</sup> 【判例字號】29\_上\_1030 【裁判日期】29/01/01

上訴人於被上訴人對之提起本件消極確認之訴後，亦以反訴主張該法律關係成立，求為積極確認之判決，不得謂非違背民事訴訟法第二百五十三條之規定。

<sup>48</sup> 德國通說認為，訴訟標的之概念包含權利保護形式之要素，因此對同一債權之給付之訴與確認之訴，訴訟標的不同。不過若是先提給付之訴後提確認之訴時，確認之訴將欠缺權利保護利益

認之訴。於【**案例 2**】中，甲提起給付之訴向乙請求租金 30 萬元，乙提起反訴請求確認甲乙間租賃關係不存在，此時實務認為，因租賃關係（民法§421）僅係租金請求權（民法§439）之前提，二者法律關係並不相同，非屬同一事件<sup>49</sup>。惟若乙所提起之反訴為確認甲對乙 30 萬元租金債權不存在者，則因其所確認者為租金請求權，與甲起訴之租金請求權法律關係相同，故應屬同一事件。

早期實務見解對確認之訴與給付之訴是否同一事件乃採取較為廣泛之見解。於【**46 台上 1295 判例**】<sup>50</sup>中，當事人達成和解之前訴訟為分割共有物訴訟，另行提起之後訴訟則為確認共有權存在，而最高法院認兩訴可相互代用，屬同一事件。就此見解而言，共有權存在為共有物分割之前提法律關係，若嚴格遵循傳統訴訟標的理論，分割共有物之訴可代用者應為確認民法§824 分割共有物之形成權不存在，而非該案例之情形。

### 【**案例 3**】

**案例事實：**甲乙為夫妻，甲主張乙有通姦、對甲為不堪同居之虐待，向法院提起離婚之訴；乙主張甲惡意遺棄乙，向法院提起反訴。

---

為由而被裁定駁回。但陳榮宗教授認為，此時應屬於同一訴訟標的。而給付訴訟經法院為實體判決者，無論原告勝訴或敗訴，該判決包含確認判決在內，因此在推理上，給付訴訟與確認訴訟具有全部與一部之範圍關係。因此給付之訴提起後，不得再行提起確認之訴。原告若要於提起確認之訴後再提起給付之訴，應認為訴訟標的同一，必須先行撤回確認之訴再提給付之訴；原告提起消極確認之訴後，被告欲提起給付之訴的反訴時，基於民訴法第 259 條反訴制度之目的在於避免訴訟拖累及預防裁判矛盾，應認為提起反訴為合法，但不得另行提起訴訟。關於給付之訴與確認之訴之關係，請參閱請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（下），民國 90 年，第 473 頁至第 477 頁（特別為第 475 頁至第 476 頁之部分）。

<sup>49</sup> 台北地院 90 年簡抗字 26 號同此，其判決理由摘錄如下：

三、查：依卷附台灣高等法院八十九年度上字第七 0 七號判決所示，相對人係以其曾於民國八十七年七月二十九日向抗告人為終止租約之意思表示為由，向本院提起確認系爭租賃契約法律關係不存在之訴，並經本院以八十八年度訴字第四 0 0 七號案件判決在案；經審相對人所提之該案件訴訟標的為「確認租賃關係不存在」，與前案抗告人獲得勝訴確定判決之訴訟標的「租金給付請求權」並非同一；且前開案件並無違反重複起訴禁止原則等情，復經載明於上開台灣高等法院判決第十三頁第五行以下，是抗告人稱相對人前揭所提之確認系爭租賃關係不存在之訴乃重複起訴云云，即顯無理由；次查：前開台灣高等法院八十九年度上字第七 0 七號案件尚未確定等情，又有本院書記官查註紀錄在卷可按，則於相對人合法提起（不論有無理由）確認租賃關係不存在之訴尚繫屬於法院之情形下，依民事訴訟法第二百五十三條之規定並參諸首揭所述最高法院四十年台上字第一五三 0 號判例之意旨，抗告人本件確認租賃關係存在之訴部分，即明顯有違重複起訴禁止之規定，原審逕為駁回抗告人該部分之訴訟，即符法制而無不當，是抗告人關於原審駁回其該部分訴訟之抗告即顯無理由，而應予駁回。

<sup>50</sup> 【判例字號】46\_台上\_1295 【裁判日期】46/08/08 【案由】確認共有權存在

上訴人前就乃父所遺系爭各項不動產謂有四分之一繼承權，對被上訴人訴求照額分割，在上訴第二審中既經當庭為分割之和解已告成立，依民事訴訟法第三百八十條第一項，該和解即與確定判決有同一之效力，乃和解後更就同一當事人，同一法律關係，求為確認共有權屬己，按諸同法第三百九十九條（舊）之規定，顯難調合，蓋前後兩訴雖有分割、確認名稱上之不同，而兩者之內容既可以代用，仍不能不受該條項所定一事不再理之限制。



事人於無理由駁回確定後相牽連事件另行起訴之權利。

#### 【案例 4】

案例事實：甲乙丙丁共有 A 土地，甲向乙丙丁依民法§824 之規定，提起分割共有物之訴，於第一審終局判決後，甲撤回起訴。其後，乙丙亦依民法§824 之規定，提起分割共有物之訴。

#### 1. 前訴：

甲 —————→ 乙丙丁  
民法第 824

#### 2. 後訴：

乙丙 —————→ 甲丁  
民法第 824

### 三、形成權主體與形成之訴訴訟標的之關係

如前所述，於傳統訴訟標的理論下，形成之訴之訴訟標的為原告所主張於裁判上行使之形成權。因此於形成權主體不同之形，因每一形成權主體所有之形成權各異，故訴訟標的亦有所不同。例如於【案例 4】中，前訴由甲所提起，後訴由乙丙提起，兩者是否屬同一事件，而依§263 II 規定，後訴不得提起，頗有疑義。實務見解認為，於裁判分割共有物之訴中，各共有人皆有請求法院為分割判決之形成權，而因起訴之形成權主體不同，所依據之形成權不同，故為不同訴訟標的，前後二訴即非同一事件<sup>54</sup>。惟姚瑞光教授認為，

<sup>54</sup> 發文字號：司法院 (72) 廳民一字第 0382 號（節錄）

發文日期：民國 72 年 06 月 17 日

座談機關：台灣台南地方法院

資料來源：民事法律問題研究彙編 第 3 輯 391 頁

相關法條：民法 第 823、824 條

民事訴訟法 第 263 條

法律問題：分割共有物之訴，第一審為本案終局判決後，原告於第二審訴訟中撤回第一審之訴，茲原告中之一人與被告中之一人共同以前訴訟之其餘當事人為被告，就同一共有物起訴請求分割，其訴是否合法。

司法院第一廳研究意見：

一、按民事訴訟法第二百六十三條第二項規定「於本案經終局判決後將訴撤回者，不得復提起同一之訴」，其所謂「同一之訴」，係指前後兩訴之當事人相同，訴訟標的相同，所請求判決之內容相同或正相反對或可以代用者而言。

二、分割共有物之訴，可分為兩類：

(一) 民法第八百二十四條第二項確定分割共有物方法之訴。此種事件，共有人對於共有物之分割並無爭執，惟就分割方法不能協議決定，而請求法院依適當方法而為分配，具有非訟事件之性質，此觀該條規定「法院得因任何共有人之聲請，命為左列之分配」自明（參照黃右昌著「民法物權詮釋」一九〇頁、倪江表著「民法物權論」一三二頁、史尚寬著「物權法論」一五四頁註二）。其與一般民事訴訟原被告間對立關係，同一造之當事人其利害關係，恒為一致者，尚有

因分割共有物之訴屬固有必要共同訴訟，全體共有人僅有一請求分割共有物之形成權，不生形成權主體不同之問題，至於分割方法係法院職權為之，亦不生聲明不同之問題，因此應認前訴與後訴屬同一事件<sup>55</sup>。

然而，此處應以新訴訟標的理論（一分肢說）為訴訟標的之判斷標準較妥。亦即，因共有關係僅單一存在，法院僅得裁判分割共有物一次，且當事人訴之聲明皆為請求分割某共有物，故於同一共有關係下不應認裁判分割共有物之數訴有數訴訟標的<sup>56</sup>。若【**案例 4**】中前後二訴被認為不同訴訟標的，則於甲提起分割共有物之訴後，乙丙亦得於訴訟繫屬中另行提起分割共有物之訴，兩訴若分別審理判決，即可能有各判決分割內容不同之裁判矛盾情形發生。

除此之外，【**案例 4**】亦涉及§263 II 立法不當之問題。§263 之目的在於防止當事人濫訴，於法院已為本案終局判決後，禁止當事人另行起訴。然而基於憲法上所賦予之訴訟權，國家須建立訴訟制度以為人民解決紛爭之途徑，而§263 II 則為避免濫訴而排除人民使用訴訟制度之權利，是否違反比例原則，頗值深思。

## 第二款 當事人恆定

### 壹、當事人恆定之意義與繼受人承當訴訟

#### 一、當事人恆定之意義

當事人恆定，係指訴訟繫屬後，當事人將訴訟標的之法律關係，移轉予第三

---

不同。

(二) 民法第八百二十三條第一項請求分割共有物之訴，即請求分割共有物之部分共有人，對於不同意分割之部分共有人起訴，求為准予分割之判決，通常為與上述定分割方法之訴，一併提起，性質上當然為民事訴訟，具為固有之必要共同訴訟，應由同意分割之共有人全體共同起訴，而以反對分割之其他共有人全體為共同被告。其訴訟標的，對於共同訴訟之各人，必須須合一確定，亦即共同訴訟之各人為一體，與他造間僅存一個訴訟，法院就該訴訟標的所為之判決，對於所有共同訴訟之當事人不許有歧異。此種分割共有物訴訟之同一造之當事人，其利害關係，亦非永遠一致。

三、基上分析，可知分割共有物之訴，同一事件之認定標準，自不可與一般民事訴訟相提並論。且不論為請求分割共有物之訴或確定分割共有物方法之訴，均為當事人求為判決，以發生共有物分割之效果，屬於形成之訴。凡以形成權為訴訟標的者，因行使形成權之主體不同，其訴訟標的即屬不同。本件分割共有物之訴，於第一審法院為本案終局判決後，原告全體撤回訴訟，嗣原告中之一人與被告中之一人共同以前訴訟之其餘當事人為被告，就同一共有物起訴請求分割。後訴之原被告既有部分與前訴不同，即行使形成權之主體已有不同，其訴訟標的自亦與前訴不同，前後兩訴應非同一事件。研討意見以甲說為當。

<sup>55</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，民國 88 年 11 月，第 318 頁；陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 452 頁。

<sup>56</sup> 相同見解，陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 452 頁至第 453 頁。

人，惟不因而喪失實施訴訟權能而言<sup>57</sup>。即§254 I 前段所定：「訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。」之情形。起訴後除經保全程序者外，並未禁止當事人就訴訟標的之法律關係為移轉。若因實體法上法律關係之移轉，影響訴訟上當事人實施訴訟之權能，自有礙於訴訟程序之安定性，且對他造當事人生不利之影響，故有當事人恆定之立法模式，令實體法上權利義務之移轉，對訴訟程序不生影響，原已繫屬之訴訟仍由原當事人繼續進行，不生當事人不適格問題<sup>58</sup>。亦即，當事人恆定之立法目的在於維繫訴訟程序之安定，避免當事人之一造任意處分變更訴訟標的法律關係之歸屬，而影響訴訟之進行，故§254 規定，縱實體法上權利義務已為變更，仍不改變訴訟上之法律關係<sup>59</sup>。此時即生實體法上權利人與訴訟上當事人不一致之情形，而亦為法定訴訟擔當之態樣。

而為使原訴訟當事人所進行之訴訟有其實益，故§401 I 規定：「確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，亦有效力。」使既判力及於訴訟繫屬後為當事人繼受人之人，與當事人恆定之規定相互配合<sup>60</sup>。若非如此，縱以當事人恆定之規定使原訴訟上之原被告繼續進行訴訟，惟他造當事人仍須對繼受人起訴，始令繼受人受判決之拘束，原先進行之訴訟將無意義。

## 二、繼受人承當訴訟與訴訟繫屬之通知

當事人恆定之立法目的在於維持訴訟程序安定<sup>61</sup>，保障他造當事人之利益。亦即如令該訴訟之既判力不及於繼受人，則他造當事人須對繼受人另行起訴，此時該當事人須於後訴中再次主張攻擊防禦方法，法院亦須再次審判，有礙訴訟經濟。惟令繼受人當然為既判力所及，若不使其參與訴訟程序，對其程序保障顯有不足。且於訴訟標的法律關係移轉後，繼受人為實體法上權利義務主體，對訴訟標的法律關係利害關係頗大，故應擴大繼受人承當訴訟之可能性，使其得以自己為當事人進行訴訟，因此§254 I 後段規定，允許繼受人得兩造同意後承擔訴訟。且§254 II 規定，若僅有他造當事人不同意時，法院得以裁定使繼受人承擔訴訟。於繼受人承繼訴訟後，因繼受人本為實體

<sup>57</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 250 頁。

<sup>58</sup> 楊建華，當事人恆定與實體法上全力之移轉，問題研析民事訴訟法（一），第 191 頁。

<sup>59</sup> 關於當事人於訴訟繫屬中，得否將訴訟標的法律關係移轉及其對訴訟之影響，有不同立法例。早期有禁止讓與主義與訴訟犧牲主義，而現今立法例則有當事人恆定主義（德、奧、我國）與訴訟承繼主義（日）。關於各種立法與立法主義，詳參楊建華，當事人恆定與原當事人之處分權，問題研析民事訴訟法（三），第 289 頁至第 290 頁；陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 300 頁至第 305 頁；駱永家，訴訟繫屬中訴訟標的法律關係之移轉，台灣本土法學雜誌第 19 期（2001.2），第 1 頁以下。

<sup>60</sup> 楊建華，當事人恆定與實體法上全力之移轉，問題研析民事訴訟法（一），第 191 頁至第 192 頁。

<sup>61</sup> 若訴訟進行中實體法法律關係移轉，將使原當事人喪失當事人適格，而無權為訴訟行為。則法律關係移轉後，原當事人所為之訴訟行為將會無效，而使已經進行之程序不合法，而有礙訴訟程序安定。

法上權利義務主體，對訴訟標的自有訴訟實施權能，係為自己而為原告或被告<sup>62</sup>。

又繼受人未必知悉所繼受之權利義務乃有訴訟繫屬中，即無從依承擔訴訟或參加訴訟之方式保障其權益，故§254 IV及§254 V規定，法院如知悉訴訟標的有移轉者，應以書面將訴訟繫屬之事實通知繼受人；若訴訟標的法律關係所屬權利，屬依法取得、設定、喪失、變更須經登記之財產，法院應核發已起訴之證明予當事人，使其持之向登記機關為已起訴之登記。亦即藉由對繼受人之通知及登記之公示，使繼受人於繼受時得知悉該法律關係有訴訟繫屬中，而得參與訴訟程序以保障其權益<sup>63</sup>。

如前所述，§254 II規定於他造當事人不同意時，繼受人得藉由法院裁定承擔訴訟，惟若不同意承當訴訟者乃原當事人者，如何處理即有疑問。原則上，對法律關係之移轉無任何爭執時，原當事人應會同意繼受人承繼訴訟；而若原當事人否認移轉之事實，而拒絕繼受人承當訴訟，此乃對另一法律關係之爭執，原法院不得判斷之<sup>64</sup>。此時繼受人對相對人與原當事人皆有請求，得依§54提起主參加訴訟<sup>65</sup>。

## 貳、訴訟繫屬中移轉之法律關係

### 一、§254「訴訟標的之法律關係」之意義

訴訟繫屬中當事人得移轉者為實體法上法律關係，並非訴訟法上之訴訟標的。實體法之權利義務與訴訟標的二者概念不盡相同，訴訟標的係原告主觀上之權利主張，僅得成為法院判斷之對象，非可成為當事人與第三人間移轉之客體，當事人於訴訟外移轉者，為實體法上之權利義務，並非訴訟標的<sup>66</sup>。就此而言，§254「為訴訟標的之法律關係」之意義，乃指成為訴訟標的內容之實體法上法律關係而言。

而為訴訟標的之法律關係，依權利狀態不同而可區分為債權、物權或其他財產權。物權之法律關係乃依附於物而存在，隨物之消滅而消滅，隨物之移轉而移轉，故取得物權之人或占有標的物之人即為法律關係之繼受人<sup>67</sup>。債權

<sup>62</sup> 楊建華，受移轉訴訟標的之第三人承擔訴訟，問題研析民事訴訟法（四），第 251 頁至第 252 頁。

<sup>63</sup> 按：若法院未依民訴法第 254 條第四項規定對繼受人為通知，或依民訴法第 67 條之 1 規定職權告之訴訟，以致繼受人無法提出足以影響判決結果之攻防方法，而受有不利判決時，如繼受人非因故意或過失而不知訴訟繫屬之情事，則得依§507 之 1 以下規定，提起第三人撤銷之訴，排除判決效力。

<sup>64</sup> 楊建華，受移轉訴訟標的之第三人承擔訴訟，問題研析民事訴訟法（四），第 253 頁。

<sup>65</sup> 舊法§254 II規定：「第三人如經訴訟之他造當事人同意得代當事人承當訴訟，或依第五十四條之規定起訴。」然而，第三人本得依§54提起主參加訴訟，毋庸當事人同意，自無於此規定之必要，故現行§254 II乃刪除得提起主參加訴訟之規定。

<sup>66</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 308 頁至第 309 頁。

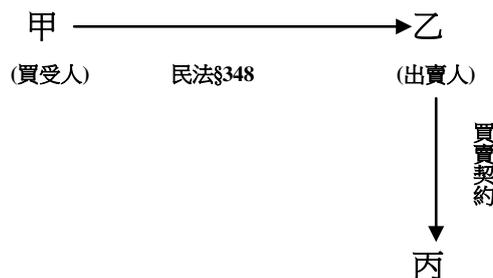
<sup>67</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 309 頁。

為請求特定人為特定行為之權利，僅得向債務人主張（債之相對性），故債權之法律關係乃依附於債權人及債務人，須為債之關係之繼受人，始得認為係法律關係之繼受人<sup>68</sup>，一般乃指債權讓與或債務承擔之情形而言<sup>69</sup>。

### （一）債權之法律關係

#### 【案例 1】

案例事實：甲主張乙出賣其所有之 A 地予甲，民法§348 起訴請求乙交付並移轉 A 地之所有權。惟於訴訟進行中，乙將 A 地出賣予丙，並移轉所有權。



如前所述，債權為請求特定人為特定行為之權利，僅得向債務人主張（債之相對性），故債權之法律關係乃依附於債權人及債務人，須為債之關係之繼受人，始能認為係法律關係之繼受人。而雖債權之給付有時以物之交付或移轉為其內容，惟此僅債權所欲滿足之內容，並非債權存在之基礎，不得認為係債權之法律關係本身<sup>70</sup>。因此若當事人與第三人另外訂定契約，縱與為訴訟標的內容之債權標的物相同，該第三人亦非繼受人，須以債權讓與或債務承擔等方式，繼受原有債權債務關係之人，始為當事人之繼受人<sup>71</sup>。

例如於【案例 1】中，丙取得 A 地之所有權，係基於乙丙間之買賣契約，而

<sup>68</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 312 頁。

<sup>69</sup> 【判例字號】61\_台再\_186 【裁判日期】61/12/15 【案由】訂立契約

民事訴訟法第四百零一條第一項所謂繼受人，依本院三十三年上字第一五六七號判例意旨，包括因法律行為而受讓訴訟標的之特定繼承人在內。而所謂訴訟標的，係指為確定私權所主張或不認之法律關係，欲法院對之加以裁判者而言。至法律關係，乃法律所定為權利主體之人，對於人或物所生之權利義務關係。惟所謂對人之關係與所謂對物之關係，則異其性質。前者係指依實體法規定為權利主體之人，得請求特定人為特定行為之權利義務關係，此種權利義務關係僅存在於特定之債權人與債務人間，倘以此項對人之關係為訴訟標的，必繼受該法律關係中之權利或義務人始足當之，同法第二百五十四條第一項亦指此項特定繼受人而言。後者則指依實體法規定為權利主體之人，基於物權，對於某物得行使之權利關係而言，此種權利關係，具有對世效力與直接支配物之效力，如離標的物，其權利失所依據，倘以此項對物之關係為訴訟標的時，其所謂繼受人，凡受讓標的物之人，均包括在內。本件訴訟既本於買賣契約請求辦理所有權移轉登記，自係以對人之債權關係為其訴訟標的，而訴外人某，僅為受讓權利標的物之人，並未繼受該債權關係中之權利或義務，原確定判決之效力，自不及於訴外人某。

<sup>70</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 312 頁。

<sup>71</sup> 【裁判字號】78\_台上\_2168 【裁判日期】78/11/03 【案由】所有權移轉登記

民事訴訟法第二百五十四條第一項及第四百零一條第一項所謂訴訟標的之繼受人，倘以對人之關係為訴訟標的者，必繼受該法律關係中之權利或義務之人，始足當之，法院就該債權關係所為判決之效力，並不及於僅受讓該權利標的物而未繼受該債權關係中之權利或義務之人（六十一年台再字第一八六號判例參照）。

非基於甲乙間之買賣契約。雖甲乙之買賣契約與乙丙之買賣契約皆以 A 地為標的物，惟其法律關係並不相同。故丙雖由乙取得 A 地，並不能認為其係訴訟標的法律關係之繼受人。惟若丙承擔乙對甲之債務時，則丙係此一債權法律關係之債務人，即為訴訟標的法律關係之繼受人。

### 1. 法定債之移轉與訴訟標的法律關係之繼受

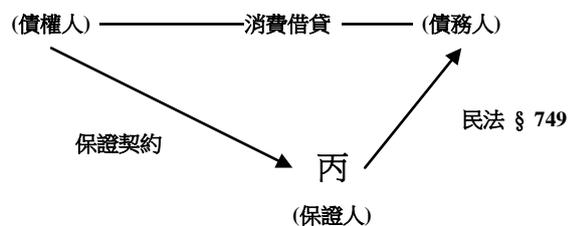
債權之法律關係因係依附於債權人及債務人，故於判斷是否為當事人之繼受人時，應以是否發生債之移轉為準。而債之移轉方式，除意定債之移轉外，亦包含法定債之移轉。例如民法§749 保險人之代位權，保險法§53 保險人代位權等規定。此處所稱之「代位權」與民法§242 之「代位權」名同而意異。民法§242 之「代位權」，為債權人代替債務人行使權利，故債權人代位後，不改變債務人為權利主體之事實。惟於民法§749 及保險法§53 之「代位權」，則係代位人取得原權利人之實體權利，為法定債之移轉，與民法§242 之代位權僅取得代為行使權利之權限者有所不同。民法債編修正時，為使二者有所區分，乃將法定債之移轉於文義上改稱為「承受」。

#### (1) 法定債之移轉—保證人求償權

#### 【案例 2】

案例事實：乙向甲借款 100 萬元，以丙為連帶保證人，惟屆期未清償。

1. 於甲尚未對乙起訴前，丙向甲清償 100 萬債務。
2. 於甲對乙起訴後，丙向甲清償 100 萬元。



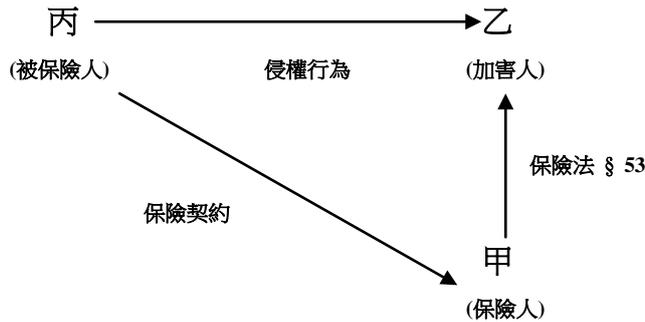
於【案例 2】中，依民法§749 規定，僅須保證人對債權人為清償後，保證人即當然取得債權人對債務人之債權，而發生債之移轉。又此係依法律規定而生，非當事人間之讓與合意，故屬法定債之移轉。若丙於甲向乙起訴前，即對甲清償 100 萬元，則此時甲對乙之 100 萬元消費借貸債權即移轉至丙，使丙成為債權人。此時甲主張其為債權人而對乙請求之訴訟，因欠缺實體權利，將被法院以訴之無理由敗訴駁回。惟若甲對乙起訴後，保證人丙始對甲為清償。雖於實體法上，丙亦依民法§749 規定取得甲對乙之債權，惟因§254 之規定，此時甲之訴訟實施權限不受影響，然其已轉而為丙對乙之債權為訴訟。

## (2) 法定債之移轉—保險代位

### 【案例 3】保險代位

案例事實：甲以其所有之 A 屋向丙產物保險公司投保火災保險，其後乙因過失造成火災，導致 A 屋燒毀。

1. 於甲尚未對乙提起訴訟前，保險人丙已向甲為保險理賠。
2. 甲向乙提起訴訟後，保險人丙向甲為保險理賠。



於【案例 3】中，保險人甲於保險理賠後，依保險法§53 規定取得丙對乙之侵權行為損害賠償請求權<sup>72</sup>。此即保險代位權，與民法§749 保證人之代位權同屬法定債之移轉。若保險人甲於被保險人丙起訴前已為給付，**1.因債權已於起訴前移轉予甲，故丙對乙無債權存在，該訴訟將因實體法律關係不存在，而被法院以訴無理由駁回；2.因法律關係於起訴前已移轉，而非訴訟繫屬中始為移轉，故無§254 當事人恆定之適用。惟被保險人丙主張自己為權利人，本有訴訟實施權限，乃具原告適格；3.此時若保險人甲提起訴訟向乙請求，則因前後二訴當事人不同，非同一事件，不違反重複起訴禁止原則。惟若被保險人丙對乙起訴後，保險人甲始對丙為理賠，1.此時因丙對乙之債權於訴訟繫屬中移轉予甲，故保險人甲為訴訟標的法律關係之繼受人，依§254 規定，丙仍具訴訟實施權限，其原告適格；2.此時實體法上權利人為保險人甲，訴訟上當事人為被保險人丙，屬訴訟擔當之情形，法院所審理之法律關係為甲對乙之債權，若乙對丙構成侵權行為時，甲對乙之債權存在，法院應為丙勝訴之判決；3.因甲為法律關係之繼受人，係丙乙間訴訟之實質當事人，且依§401 I 規定，為判決效力所及，故甲若於丙起訴後對乙提起訴訟，即違反重複起訴禁止原則<sup>73</sup>。**

<sup>72</sup> 就理論而言，保險代位制度源自於損失填補原則，故必屬損失填補保險始有其適用。我國保險法第 103 條規定排除人壽保險行使代位權，並於健康保險、傷害保險、年金保險準用之，亦即人身保險排除保險代位規定之適用。但有見解認為，此一規定範圍過廣，因人身保險中之信用壽險、限額型醫療費用保險、限額型失能給付保險在性質上屬於損失填補保險，在法理上應有保險代位之適用。請參閱梁宇賢、劉興善、柯澤東、林勳發合著，商事法精論，民國 90 年 10 月修訂版，第 723 頁。

<sup>73</sup>發文字號：司法院 (72) 廳民一字第 0382 號 (節錄)

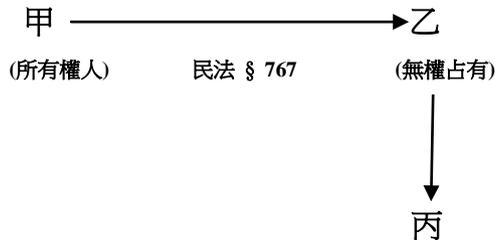
發文日期：民國 72 年 06 月 17 日

座談機關：臺南地方法院□

## (二) 物權之法律關係

### 【案例 4】

案例事實：甲主張乙無權占有其所有之 A 地，依民法§767 起訴請求乙返還。於訴訟繫屬中，乙將 A 地交付予丙。



物權之法律關係係依附於物而存在，隨物之消滅而消滅，隨物之移轉而移轉，故取得物權之人或占有標之物之人即為法律關係之繼受人。而物權之作用對第三人而言，係利用物上請求權為手段始能發揮，物上請求權與物權有不可分之關係。因此於訴訟上，若當事人之訴訟標的以物上請求權為其內容時，物權讓與移轉，同時亦帶動物上請求權之讓與移轉<sup>74</sup>。物上請求權之義務人，亦隨占有之變動而變動。因此於【案例 4】中，乙無權占有 A 地，甲對乙有物上請求權（民法§767），而乙將 A 地交付（占有移轉）予丙，則丙成為物上請求權之義務人，丙為乙之訴訟標的法律關係之繼受人。

---

資料來源：民事法律問題研究彙編 第 3 輯 307 頁

相關法條：民事訴訟法 第 254 條

保險法 第 53 條

法律問題：保險人於給付賠償金額後，依保險法第五十三條之規定，得代位行使被保險人對於第三人之損失賠償請求權，設被保險人丙已先對第三人乙起訴，嗣保險人甲再對乙起訴甲之訴是否適法？

司法院第一廳研究意見：

一、被保險人丙向應負損害賠償責任之第三人乙提起損害賠償之訴後，保險人甲始對乙起訴請求賠償。甲之訴是否違反一事不再理原則，應分二種情形說明之：

(一) 丙對乙起訴前，已受領保險給付者：按保險給付請求權之發生，係以定有支付保險費之保險契約為基礎，與因侵權行為所生之損害賠償請求權，並非出於同一之原因。後者之損害賠償請求權，殊不因受領前者之保險給付而喪失，此為最高法院六十八年台上字第四二號判例所持之見解。依學者通說，保險法第五十三條第一項所定保險人之代位權，係權利之法定移轉，甲雖起訴在丙之後，惟其所行使之權利，係在丙起訴之前，早已因法定移轉而取得者，並非在丙起訴之後，方繼受取得之權利，與民事訴訟法第二百五十四條第一項當事人恒定之規定情形不同，應不生一事不再理之問題。至丙所提起訴訟，是否欠缺訴訟標的法律關係要件，係屬另一問題。

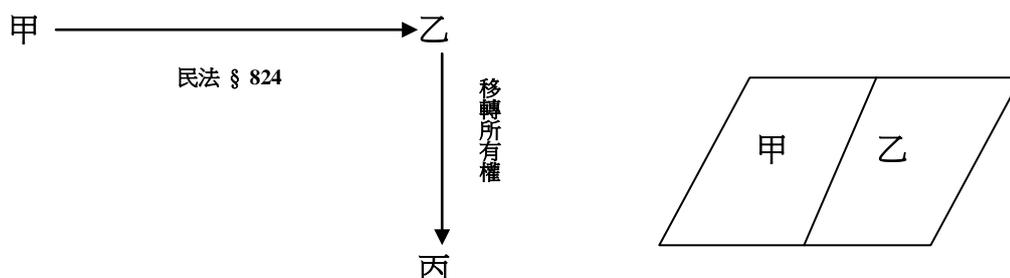
(二) 丙對乙起訴後，始受領保險給付者：此際係訴訟繫屬中，為訴訟標的之法律關係，即丙對於乙之損害賠償請求權發生法定移轉，即有當事人恒定原則之適用，甲如欲為訴訟，僅能依民事訴訟法第二百五十四條第二項規定，經乙之同意，代丙承受訴訟，或提起第五十四條之主參加訴訟，其對乙提起獨立之新訴，即屬違背一事不再理原則，應不合法。

<sup>74</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 309 頁。

## 1. 物權法律關係—分割共有物

### 【案例 5】分割共有物

案例事實：甲乙共有土地一筆，甲依民法§824 起訴請求分割共有物。訴訟繫屬中，乙將其應有部分出賣予丙並移轉所有權（已登記）。嗣後法院判決甲取得 A 部分之單獨所有，乙取得 B 部分之單獨所有。

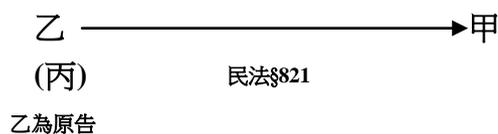


共有之法律關係亦係物權法律關係，亦隨應有部分之移轉而變動。【案例 5】中，乙於分割共有物訴訟繫屬中，將共有物之應有部分移轉予第三人丙，此時丙即為乙之訴訟標的法律關係之繼受人，依§401 I，丙受甲乙間分割共有物之訴判決效力所拘束。又分割共有物判決為形成判決，於判決確定後即發生所有權之變動，無庸經民法§758 之登記，故於分割共有物判決確定後，甲即得主張其取得土地 A 部分之單獨所有，丙為乙之繼受人而取得土地 B 部分之單獨所有，得單獨持判決向地政機關登記，而該登記性質上屬民法§759 之登記，為物權之處分要件而非變動要件。

## 2. 物權法律關係—共有物回復請求權

### 【案例 6】

案例事實：乙丙共有 A 地，現為甲無權占有。乙依民法§821 規定，起訴請求甲將 A 地返還予乙丙（民法§767）。訴訟繫屬中，甲向丙購買其對 A 地之應有部分，成為 A 地之共有人。



民法§821 共有物回復之訴，通說認為性質上為訴訟擔當，亦即起訴之共有人，以自己之名義為全體共有人行使民法§767 物上請求權之權利。而民法§767 所有人之物上請求權，屬物權之法律關係，以所有權人為權利人，無權占有人為義務人，故所有權移轉將使權利人變動，占有移轉將使

義務人變動，而令法律關係移轉。於【**案例 6**】中，乙為全體共有人向甲起訴，訴訟繫屬中，共有人丙將其應有部分移轉予被告甲，訴訟當事人之乙共有權並無任何變動，並無訴訟標的法律關係移轉於他人之情形，無§ 254 當事人恆定規定之適用。又被告甲係自丙受讓其應有部分，並非將其占有移轉於他人，亦無§254 之適用。

雖【**案例 6**】中無庸藉由當事人恆定維持當事人之訴訟實施權限，惟因甲取得共有物之應有部分，可能取得對A地之占有本權<sup>75</sup>，例如乙丙間之分管契約可能約定丙對A地有完全使用權，甲繼受丙之應有部分時，依【**48 台上 1065 判例**】及【**釋字 349 號**】之見解，分管契約對甲有效，甲之占有即屬有權占有，亦即此時即乙之主張不符合民法§767 之要件，可能獲敗訴判決。

### 3. 法律關係繼受之例外—善意取得

#### 【**案例 7**】

**案例事實：**甲主張乙無權占有其所有之 A 車，依民法§767 規定起訴請求乙返還。訴訟繫屬中，乙將 A 車出賣予善意之丙並交付之。



於【**案例 7**】中，因物權之法律關係不能脫離物而獨立存在，故丙取得A車占有，即屬乙之繼受人，依§401 規定，既判力應及之。若甲所有物返還之訴有理由時，甲得持該給付判決對丙聲請強制執行。惟實體法上為保護交易安全而有善意受讓之制度，案例中丙為善意受讓人，依民法§948 及§801 之規定，丙善意取得A車所有權，甲不得對丙主張任何權利。此時，民事訴訟法與民法之規定即有所衝突，而因善意受讓為規範物權變動之制度，應認屬特別規定而須優先適用<sup>76</sup>。此時應特別注意者為，善意受讓是否善意

<sup>75</sup> 但共有人逾越其應有部分行使權利時，亦構成無權占有。若共有人對共有物之特定部分占用收益，需徵得他共有人之同意，倘未經他共有人同意而就共有物之全部或一部任意占用收益，即屬侵害他共有人之權利。請參閱王澤鑑，民法物權第一冊，通則·所有權，2001 年 10 月修訂版，第 176 頁。實務見解請參閱 74 年 2 月 5 日【**74 年度第二次民事庭會議決議**】以及 77 年 10 月 8 日【**77 年廳民一字 1199 號函**】。

<sup>76</sup> 當事人恆定制度之目的在於使實體法權利變動後，不影響原來訴訟上當事人之訴訟實施權

之判斷時點，應以受讓人於完成最終取得行為時為準<sup>77</sup>。而§254IV法院對繼受人之通知，須於知悉訴訟標的有移轉時為之，亦即於受讓人受讓後為之，故法院對繼受人之通知，原則上無從使受讓人成為惡意，而排除善意受讓之適用。

## 參、訴訟繫屬之通知與已起訴登記

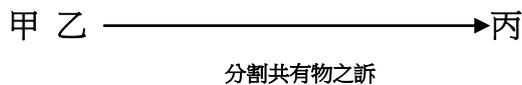
### 一、訴訟繫屬之通知與已起訴登記之目的

§254 當事人恆定之規定下，於訴訟標的法律關係移轉時，原當事人之訴訟實施權限不受影響；而為使原進行之訴訟有實益，故§401 I 規定判決效力及於當事人之繼受人。就此而言，為保護當事人之繼受人，使其有充足之程序保障，應儘量擴大繼受人參與訴訟之可能性。然而，繼受人未必知悉該法律關係正在訴訟繫屬中，進而以參與訴訟程序之方式保障自己之權利。因此§254IV及§254 V 規定，法院如知悉訴訟標的有移轉者，應以書面將訴訟繫屬事實通知繼受人；若訴訟標的法律關係所屬權利，係依法取得、設定、喪失、變更須經登記之財產，法院應發已起訴之證明予當事人，使其持之向登記機關為以起訴之登記。即藉由對繼受人之通知及登記之公示，使繼受人於繼受之時得知悉該法律關係正在訴訟繫屬中，而得藉參與訴訟程序以保障其權益。

### 二、已起訴之登記

#### 【案例 8】

案例事實：甲乙丙共有 A 地，甲乙依民法§824 之規定向丙起訴請求分割共有物。



§254 V 規定，對於取得、設定、喪失、變更依法應登記之訴訟標的權利，法院得發已起訴之證明，由當事人持之向登記機關為已起訴登記。所謂取得、設定、喪失、變更應登記之權利，應指取得、設定、喪失、變更應以登記為其前提要件者而言。於我國法下，僅不動產物權依民法§758 之規定屬之。上

限，因此法院仍應依實體法之實際狀態進行審判。在【案例 7】之中，在實體法上，丙因善意取得 A 車所有權，連帶的使甲喪失 A 車所有權。此時甲非所有權人，其所提起之所有物返還訴訟將會因為其實體法上權利不存在，而遭受敗訴判決。但因民事訴訟採取辯論主義，法院僅能依循當事人所提供之訴訟資料進行審判，若乙未提出善意受讓之事實抗辯，法院自不得審理。如因而導致乙敗訴時，仍會因為善意受讓規定之適用，排除既判力擴展於丙之可能。

<sup>77</sup> 請參閱王澤鑑，民法物權第二冊，用益物權·占有，2001 年 9 月增定版，第 271 頁。

開已起訴登記之目的，在於藉由登記制度之公示，使第三人知悉權利狀態。一方面使繼受人參與訴訟以保障其權益，另一方面得某程度排除第三人因信賴登記簿記載而善意取得之情形（土地法§43）。

惟就文義而言，§254 V 似無法完全達到此一目的。我國法上許多權利登記制度中，登記僅係對抗第三人之要件，而非權利得喪變更之要件<sup>78</sup>，即無法包含於§254 V 之文義中。且不動產物權中，亦有不須經登記即發生得喪變更者。例如於【案例 8】中，分割共有物之訴性質屬形成之訴，法院判決確定後即發生權利變動之效力，而登記依民法§759 僅係處分要件，故此情形即無法包含於§254 V 之文義中。此時應認有法律漏洞存在。如前所述，民訴法§254 V 之立法意旨乃在使繼受人得知悉訴訟標的正訴訟繫屬中，而得為必要之處置，且避免第三人之善意取得，而【案例 8】之情形亦有此考量，應認得類推適用§254 V 之規定，由法院發給已起訴證明，使當事人得持之至登記機關為登記。

再者，於【案例 8】中，兩造當事人皆為權利人，而善意取得係以無權處分為前提，故本案並無善意取得之問題。惟共有人可能將其應有部分讓與第三人，此時為使繼受應有部分之第三人得知悉分割共有物之訴正訴訟繫屬中，進而以參與訴訟之方式保障其利益，仍應認得類推適用§254 V 之規定。

## 第三款 訴之合併

### 壹、訴之客觀合併

#### 一、概說—訴之客觀合併之要件及類型

##### （一）訴之客觀合併之意義

訴之客觀合併，係指同一原告對於同一被告，於同一訴訟程序中，主張數個請求之訴訟<sup>79</sup>。原則上，訴訟係由同一原告對同一被告請求單一訴訟標的，惟當原告對被告有複數請求存在時，若不許原告利用同一訴訟程序，向法院請求合併審理，勢必僅得對同一被告先後提起多數訴訟，浪費法院及當事人之時間、精力與費用。因此立法者基於訴訟經濟之理由，就同一原告與被告間之多數請求，如性質上適合利用同一訴訟程序為合併起訴及審判者，即允許原告得合併起訴，俾能減輕訴訟進行之負擔，避免重複審理相關之事實問題，並於一定情形得防免裁判矛盾<sup>80</sup>。因此，訴之客觀合併為立法者為求訴訟經濟（紛爭一次解決）及避免裁判矛盾所設之制度，

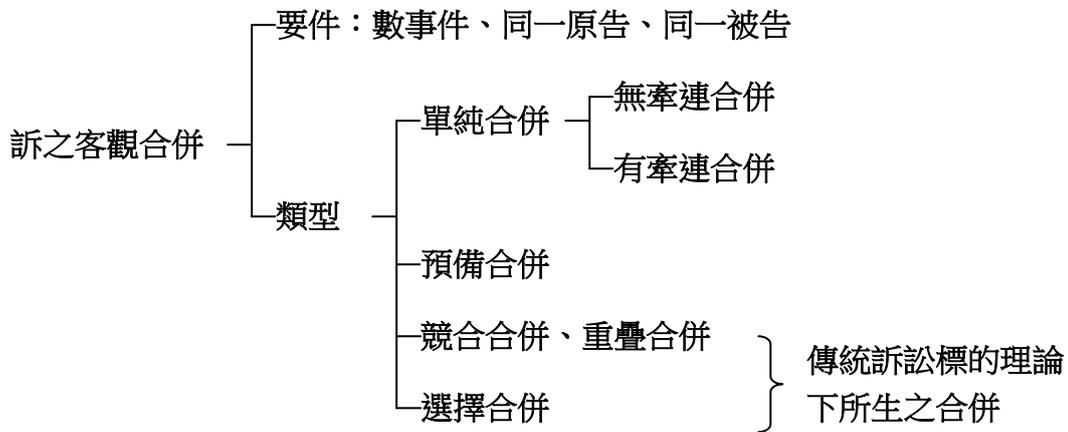
<sup>78</sup> 例如動產擔保交易法第 5 條（動產擔保交易）、海商法第 33 條及第 36 條（船舶抵押），皆以書面為成立要件，僅非經登記不得對抗第三人。

<sup>79</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 258 頁；陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 419 頁。

<sup>80</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 419 頁。

惟若干情形下，允許訴之客觀合併無法達到此一目的，故§248 乃對訴之客觀合併設有要件限制<sup>81</sup>。

【表一】



### (二) 訴之合併之前提：數訴訟事件

訴之客觀合併為數訴訟事件（訴訟標的、請求）之合併，若非數訴訟事件，無合併提起之必要。例如於新訴訟標的理論下，實體法上請求權競合之情形下，各請求權之主張並不被認為係獨立之訴訟標的，而僅為攻擊防禦方法，故無客觀合併之必要。

一般而言，原告主張之數項訴訟標的，不以其間有法律上或事實上相牽連關係者為限，惟若合併辯論，程序有繁雜之虞，或有害於訴訟經濟者，例如原告與被告因買賣契約及租賃契約發生紛爭，並就此二者合併起訴者，因買賣與租賃間相牽連關係甚少，若合併審理判決，即可能有害於訴訟進行之流暢度，故法院得依§204 命分別辯論<sup>82</sup>。據此，法院應斟酌各合併提起之訴訟間之牽連關係，以決定是否合併辯論、合併裁判。

### (三) 不得為訴之合併之情形—不能行同種訴訟程序或有專屬管轄之情事

§248 雖規定，原則上同一原告得對同一被告就數宗訴訟事件向其中一有管轄權之法院合併提起訴訟，惟若有以下之情事者，仍不得合併提起訴訟：  
1.專屬管轄之事件不能脫離其專屬管轄法院而與其他訴訟合併；2.二事件無法進行同種程序者，亦不得合併。

<sup>81</sup> 國內學說多認訴之客觀合併之要件有四：1.同一原告對同一被告於同一訴訟程序同時合併多數訴訟標的起訴；2.受訴法院就該訴訟中之一訴訟有管轄權，但有專屬管轄者，不得合併於其他訴訟中提起；3.除有特別規定允許外，數宗訴訟得行同種訴訟程序；4.數宗訴訟無禁止合併之規定。請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 420 頁至第 421 頁；王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 258 頁至第 260 頁。

<sup>82</sup> 請參閱王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 259 頁。

專屬管轄係基於公益之需求，法律明文規定某訴訟事件屬固定之法院管轄，得排除其他一切之管轄權，不容許法院或當事人任意變更<sup>83</sup>，因此若某事件為專屬管轄之事件者，自不能脫離有專屬管轄權之法院管轄，於其他法院與他訴合併。惟若原告於就該事件有專屬管轄之法院合併提起訴訟者，並不違反專屬管轄之規定，仍應允許之。

再者，訴訟程序有通常訴訟程序、簡易訴訟程序、特別訴訟程序之分，不同之訴訟程序各有其特別規定，受訴法院無法同時進行不同種類之訴訟程序，若勉強法院合併審理，僅徒增審判之混亂及困擾，有害於訴訟經濟<sup>84</sup>。例如通常訴訟程序中採辯論主義，惟人事訴訟程序基於身分關係安定及公共利益等考量則採職權探知主義，二者性質不同，故法律規定不得合併提起。惟§572Ⅲ規定，對於與婚姻事件有關之財產訴訟，得例外將其和婚姻事件訴訟合併提起之。此類財產訴訟，原應依通常訴訟程序提起，惟立法者為使同一婚姻關係所存在之聯關紛爭得於一次訴訟中併予解決，乃例外允許合併提起<sup>85</sup>；除此之外，國內學說見解亦認為，應適用通常訴訟程序之訴，與應適用簡易訴訟程序之訴合併提起者，應類推§435之規定，得合併依通常訴訟程序為審判<sup>86</sup>。

## 二、訴之合併之類型

基於當事人處分權主義，其得以各種形式進行訴之合併，而於傳統訴訟標的理論下，以實體法上權利作為訴訟標的之判斷標準，使請求權競合之情形，當事人若同時依數請求權起訴請求，亦將構成多數事件而為訴之客觀合併，此亦影響訴之客觀合併之型態，詳述如後。

單純合併係指同一原告對同一被告，合併提起得併存之各種請求，要求法院就各請求均為判決之客觀合併型態。單純合併又可依各訴訟標的法律關係牽連關係之有無，而區分為有牽連之單純合併與無牽連之單純合併<sup>87</sup>。

預備合併係指原告預慮其所提起之請求無理由，而同時以不得併存之他請求為合併，並排列先後順序，以備先位之請求無理由時，要求法院就備位請求為裁判<sup>88</sup>之合併態樣。

至於選擇合併與重疊（競合）合併，則係出自於傳統訴訟標的理論下，請求

<sup>83</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國90年，第160頁。

<sup>84</sup> 請參閱陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國90年，第420頁至第421頁；王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國90年8月，第259頁。

<sup>85</sup> 但應注意的是，雖然允許此類財產訴訟合併於婚姻訴訟中提起，但是合併請求後，各該事件仍應適用各自之程序原則及規定，亦即此類財產訴訟仍應適用通常訴訟程序之相關規定，而非人事訴訟之程序。請參閱沈冠伶，離婚訴訟中認諾及自認之效力，月旦法學雜誌第87期（2002.8），第16頁。

<sup>86</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國90年，第421頁；王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國90年8月，第259頁。

<sup>87</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國90年，第422頁；王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國90年8月，第260頁至第261頁。

<sup>88</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國90年，第422頁。

權競合時因認同時有數訴訟標的存在，惟當事人僅得受領一次之問題而來。於新訴訟標的理論下，請求權競合時，各實體法所規定之請求權僅為獨立之攻擊防禦方法，並非訴訟標的，故無此類訴之合併（選擇、重疊合併）態樣存在。

## （一）單純合併

### 1. 單純合併之意義

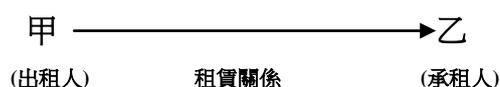
單純合併係指同一原告對於同一被告，合併提起可併存之複數請求，要求法院就各請求均為裁判之合併<sup>89</sup>。單純合併依當事人所提出之數項請求間有無事實上或法律上牽連，又可區分為有牽連之單純合併及無牽連之單純合併。法律上牽連例如基於同一租賃契約，同時請求返還租賃物與給付租金；事實上牽連則例如於同一書面契約中，同時約定買賣不動產契約與租賃動產，而合併於訴訟中請求之情形是。區分之實益在於，若數訴牽連關係重大者，為求訴訟經濟、避免裁判矛盾，法院應命合併辯論；而數訴若無任何牽連關係，合併審判可能影響訴訟進行之順暢者，則應命分別辯論。

### 2. 有牽連之合併—兼論命合併辯論

#### 【案例 1】

案例事實：甲乙間有租賃關係存在，甲以乙為被告起訴：

1. 租賃期間已於 90 年 12 月 31 日時屆滿，請求乙返還租賃物。
2. 乙積欠甲 90 年 1 月 1 日至 90 年 12 月 31 日之租金，請求乙給付租金 24 萬元。
3. 乙於租賃期間屆滿後仍繼續使用租賃物，請求乙支付自 91 年 1 月 1 日起至租賃物歸還為止之相當於租金之不當得利。



於【案例 1】中，若甲同時起訴向乙請求返還租賃物（民法§455）、給付租金（民法§439）、請求相當於租金之不當得利（民法§179），因此三項請求皆與甲乙之間先前存在之租賃契約有所關連，故屬有牽連之合併。原則上有牽連之合併，係以單一之訴訟程序，合併辯論及合併裁判為原則。惟法院為防止訴訟之混雜，除有特別規定外，得基於訴訟指揮權，命分別辯論（§204）。然而，若各訴間其訴訟標的有為一致判決之必要者，法院即不得命分別辯論或為一部判決<sup>90</sup>。於【案例 1】中，合併之各訴有無理由，

<sup>89</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 422 頁；王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 260 頁。

<sup>90</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 266 頁。

皆與甲乙間之租賃關係有關，法院若不合併審理判決，將可能發生各訴對於甲乙間租賃關係有無認定不同，致使各訴結果相互矛盾之情形。

又當事人基於處分權主義，於一定之要件下得自由決定是否將數事件合併，而原則上分別提起之數訴應分別審理、分別判決。惟如前所述，數訴間若有牽連關係存在，而令其分別辯論、分別判決，即須對共同爭點個別認定，不但增加法院與當事人之勞費，且若各法院認定不同時，亦有裁判矛盾之虞，因此，為求訴訟經濟、避免裁判矛盾，民訴法§205 規定，法院得將分別提起之數訴命合併辯論，若兩造當事人相同時，得合併裁判。數訴訟標的一經裁定合併辯論，即形成訴之客觀合併<sup>91</sup>，惟其前提係命合併辯論之數訴繫屬於相同法院，若數宗訴訟非繫屬於同一法院時，自無從命合併辯論<sup>92</sup>。

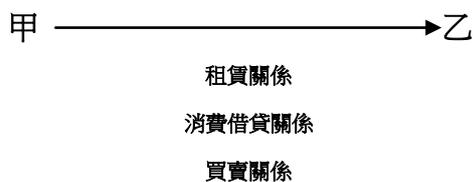
由此可知，無論原告將有牽連之數訴分別提起或合併提起，法律都將使其儘量於同一訴訟程序中進行審判，以求訴訟經濟且避免裁判矛盾，因此，數訴是否合併辯論，主要應視其間是否具相當之牽連關係而定。

### 3. 無牽連之合併

#### 【案例 2】

案例事實：甲以下列原因事實對乙起訴：

1. 甲將其所有之 A 土地出租於乙，租金每月 2 萬元，乙逾期未付租金，甲基於租賃關係之租金請求權，向乙請求支付租金（民法§439）。
2. 甲曾於 90 年 1 月 1 日借乙 100 萬元，清償期已屆至，乙仍未返還借款，甲基於消費借貸之借款返還請求權，請求乙返還借款（民法§478）。
3. 甲於 90 年 2 月 1 日將其所有之 B 車出賣予乙，價金 30 萬元，乙至今仍未付清買賣價金，甲基於買賣價金請求權，請求乙支付之（民法§367）。



無牽連之合併係指各訴皆有獨立之目的，而其間並無任何法律上或事實上牽連之客觀合併型態。例如【案例 2】中，原告合併提起之三訴訟，乃分別基於租賃關係、消費借貸關係及買賣關係，三者間並無任何牽連關係存

<sup>91</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 189 頁。

<sup>92</sup> 【判例字號】19\_抗\_544 【裁判日期】19/01/01

數宗訴訟之當事人兩造或一造相同，得由法院合併審理者，自以該數宗訴訟均繫屬於同一審級之法院時為限。

資料來源：最高法院判例要旨（上冊）第 978 頁

在。如前所述，原告以訴之合併方式提起訴訟時，本應合併辯論裁判，始符訴訟經濟，惟若同時就數訴為辯論，有時反有滯礙，例如【**案例 2**】中，甲對乙之消費借貸關係存否與其對乙之租賃關係並無任何牽連，合併審理判決無法收就共同爭點一併審理之訴訟經濟之效。故法律特設得命分別辯論之規定，除訴訟標的或攻擊防禦方法相牽連者外，法院得於其認為適當之時命分別辯論，以利訴訟之進行<sup>93</sup>。法院於決定是否命分別辯論時，應考量當事人將此數訴訟合併提起所顧及之訴訟經濟，及法院就無牽連關係之數訴訟合併審理，可能會造成之訴訟延滯。於斟酌二者利益後，始為是否應分別辯論之裁定。於法院命分別辯論之後，即應分別裁判，情形與各別提起數訴之情形無異<sup>94</sup>。

## (二) 預備合併

### 【**案例 3**】

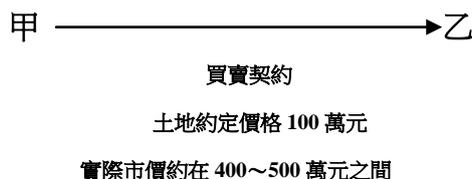
案例事實：

甲主張其向乙購買 A 土地，價金 100 萬元，並以支付價金，但乙遲遲未為所有權移轉登記。在甲起訴前發生下列事實：

1. 乙曾表示出賣時不知地目已由農地變更為建地，致售價大漲至 400~500 萬元左右，並發存證信函通知甲依民法§88 II 物之性質錯誤撤銷買賣契約。
2. 乙以 500 萬之高價將土地出賣與第三人丙。

因此，甲向乙起訴時，將訴訟標的依以下方式排序：

1. 主張買賣契約有效且給付可能，請求乙交付土地並為土地所有權移轉登記(民法§348)。
2. 主張乙給付遲延，甲已依民法§254 催告乙解除買賣契約，依民法§259，請求乙返還已經支付之 100 萬元價金，並請求遲延期間之損害(民法§231)。
3. 主張買賣契約雖仍為有效，惟因乙已將土地所有權移轉予丙，而陷於給付不能，故依民法§226 請求損害賠償。
4. 乙既已依民法§88 II 撤銷買賣契約，故甲欲依民法§179，請求乙返還 100 萬元之不當得利。



<sup>93</sup> 請參閱王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 189 頁。

<sup>94</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法(下)，民國 90 年，第 694 頁。

## 1. 預備合併之意義

預備合併亦稱假定之合併、偶然之合併，一般係指原告預慮其所提起之請求無理由，而同時提起不相同之他請求為合併，以備第一位之請求無理由時，要求就他請求為審判<sup>95</sup>。預備合併與單純合併僅僅單純將數事件加以合併有所不同，乃由原告依利害關係而將數事件加以排序。預備合併通常存在於下列情形：1.事實不明者：原告對事實之經過不甚明瞭，若查明後始起訴，可能延誤起訴時機。例如【**案例 3**】中，甲對乙是否已將A地移轉登記與丙，而陷於給付不能之事實並不知悉，惟若不及早起訴，可能導致時效之消滅。2.舉證困難者：原告就某事實存在，固非不知，惟舉證困難，故以預備合併為之者。例如【**案例 3**】中，甲雖向乙催告解除契約，惟因僅以口頭告知，而對契約是否解除舉證困難之情形。3.判斷不明者：雖事實明顯，惟此事實之法律效果判斷不明，亦得以預備合併處理。例如一方定期支付他方金錢，他方提供土地使用，此土地使用權性質屬地上權或租賃權性質不同，得以預備合併方式提起確認之訴<sup>96</sup>。

## 2. 預備合併審判之條件關係

預備合併係先位之訴與後位之訴間附有條件關係，惟究竟以何種方式相互附條件，尤其係關於先位之訴無理由為後位之訴其審理條件抑或判決條件，國內學說見解有所歧異。

有認為，於先位請求獲有理由判決確定者，預備請求即溯及訴訟繫屬時失其訴訟繫屬之效力，故預備請求所附之條件，係以先位請求有理由判決確定為後位請求訴訟繫屬之解除條件。而自預備請求之審判而言，若法院認原告之先位請求為不合法或無理由者，須同時就其預備請求為審判。足見預備請求所附之條件，係以先位請求不合法或無理由判決為預備請求審判之停止條件<sup>97</sup>。

另有認為，先位之訴有理由乃為後位之訴之解除條件，其解除條件應於先位之訴勝訴判決確定時始為成就，僅第一審就先位之訴為原告勝訴判決，尚未確定者，後位之訴其訴訟繫屬應認尚未消滅<sup>98</sup>，此與前述見解相同，

<sup>95</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 422 頁。至於同時提起之兩訴排有順序且相互間有條件關係者，即接續性聲明（邱聯恭稱之為「重疊合併」，和國內通說所稱之重疊合併名同意異）之情形。接續性聲明為於原告先位之訴有理由後，法院始得就後位之訴進行判決。一般係指原告為節省訴訟費用或證據並不完全充足，將請求之數額區分為兩部，以先位聲明進行試探性之起訴。例如原告對於被告有 100 萬元之請求，先位聲明為請求 20 萬元，後位聲明為剩餘之 80 萬元，若原告先位之 20 萬元勝訴後，法院始得就其餘 80 萬元判決，如此原告敗訴後僅需支付 20 萬元敗訴部分之裁判費。國內多數學說皆將接續性聲明與預備合併為區分。接續性聲明與預備合併之差異在於，接續性聲明於原告先位訴勝訴後始得就後位訴判決，而預備合併則為原告先位之訴敗訴後，法院始得就後位之訴判決。關於接續性聲明（邱聯恭之「重疊合併」）之詳細內容，詳參邱聯恭，口授民事訴訟法講義（二），第 2003 年版，第 195 頁至第 197 頁。

<sup>96</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 263 頁至第 264 頁。

<sup>97</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 428 頁。

<sup>98</sup> 楊建華，預備訴之合併之第二審上訴（一），問題研析民事訴訟法（一），第 228 頁。

惟對於後位之訴之審判而言，則有差異。其認因預備合併於性質上不得分別辯論，亦不得為一部判決<sup>99</sup>，而先位訴有無理由，須於判決後始得明瞭，若須俟先位之訴無理由後，始得就後位之訴辯論，即失合併之意義。且若原告對於敗訴之先位之訴上訴，因後位之訴仍在第一審辯論中，可能造成判決結果相互矛盾之情形，故應認先位之訴無理由，乃後位之訴之裁判條件，而非辯論（審理）條件，二訴仍應合併辯論（審理）<sup>100</sup>。

### 3. 預備合併與訴訟之安定

我國學說上有所謂選擇合併，係原告於同一訴訟程序中主張數訴訟標的，請求法院就其中之一為勝訴之裁判；若其中一訴勝訴者，即無庸對於其他合併之訴為判決。惟此種訴之合併，德國學說見解大多認其屬原告未就訴訟標的特定之情形，因不具訴訟安定性而不合法<sup>101</sup>。

至於預備合併係以原告先位請求無理由為後位請求之條件，於先位訴獲得勝訴後，無庸對於後位訴進行判決。如此是否與選擇合併一般，因訴訟標的未特定而令訴訟程序不安定，則有疑問。

就此而言，實體法上法律行為須確定或可得確定（例如選擇之債）始為合法；同理於訴訟法上，訴訟行為亦須明確。因此於起訴時，原告須就訴訟標的為特定，使法院及被告知悉法院審理判決之對象（訴訟標的）為何。然而，預備合併與選擇合併究有不同，預備合併原告對合併提起之數訴訟標的訂有排序，法院須依據原告之排序進行審判，訴訟標的雖未具體特定，惟仍屬可得確定，法院及當事人皆得預見審判之範圍為何，並未造成訴訟程序之不安定。

### 4. 預備合併中之先備位聲明是否應具備相排斥之關係

預備合併中之先位聲明（請求）與備位聲明（請求），是否應處於相互排斥之關係，於我國學說及實務間有相當大之分歧。實務見解認預備合併（不包含類似預備合併）須以原告先位聲明（請求）與被位聲明（請求）不可併存為必要<sup>102</sup>，國內傳統學說見解亦同<sup>103</sup>。惟晚近學說則認為，預備合

<sup>99</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國90年8月，第268頁。

<sup>100</sup> 楊建華，預備訴之合併之第二審上訴（一），問題研析民事訴訟法（一），第227頁。楊建華教授認為，如此雖可能使後位訴之辯論，浪費於無益之程序中，惟此係預備合併之特性，徹底解決兩造紛爭，仍符合訴訟經濟原則。此處應注意者為，於陳榮宗教授之見解中認屬「審判」之停止條件，而一般認為，審判包含審理及判決。又停止條件依民法§99 I，須於停止條件成就後，始令法律行為發生效力；依陳榮宗教授之見解，似指於先位之訴無理由判決前，因停止條件未成就，而不得對後位之訴進行審理，如此之見解，將可能發生楊建華教授所指出之問題。

<sup>101</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），2005年1月，增訂四版，第341頁；楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第61期（1999.6），第247頁。

<sup>102</sup> 【判例字號】64台上82 【裁判日期】64/01/17 【案由】所有權移轉登記  
所謂訴之預備之合併（或稱假定之合併），係指原告預防其提起之此一訴訟無理由，而同時提起不能並存之他訴，以備先位之訴無理由時，可就後位之訴獲得有理由之判決之訴之合併而言，例如以惡意遺棄為理由，請求離婚，預防該離婚之訴，難獲勝訴之判決，而合併提起同居之訴是。

併為偶然之合併，毋須以先備位聲明（請求）不可併存為必要<sup>104</sup>。就此問題，德國現今通說認為，提起預備合併之訴，限於先位請求與後位請求間有一定之事物關係存在；或二請求間於法律上或經濟上有同一目的存在，始為合法；惟二請求間不以相互排斥為必要<sup>105</sup>。

#### 【案例 4】

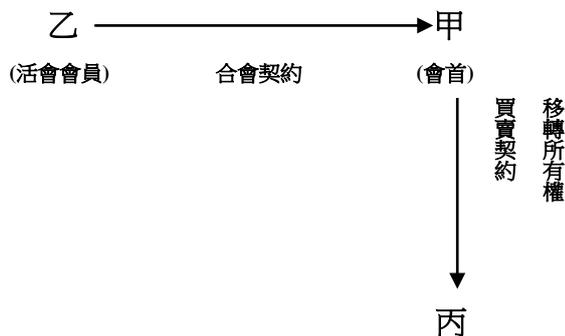
案例事實：乙參加由甲所召集之互助會。甲倒會後，將其所有之唯一財產 A 屋及其基地一併出賣予第三人丙，並移轉所有權。乙對甲有 10 萬之會款債權，乃以甲丙為共同被告，提起訴訟。

##### 1. 先位聲明為：

- (1) 甲丙間 A 屋及基地移轉之物權行為，因甲丙間通謀虛偽意思表示無效，請求確認 A 屋及其基地所有權屬於甲（民法§87）。
- (2) 乙依民法§242 代位甲請求塗銷丙為所有權人之登記（民法§767）。

##### 2. 備位聲明為：

- (1) 主張甲丙間之買賣契約及所有權移轉行為為詐害債權行為，依民法§244 規定撤銷。
- (2) 乙依民法§242 代位甲請求塗銷丙為所有權人之登記（民法§767）。



參考法條：民事訴訟法 第 244 條 (57.02.01)

資料來源：最高法院民刑事判例全文彙編 (64 年~65 年) 第 500-507 頁

最高法院判例要旨上冊 (民國 16-87 年民事部分) 第 1089 頁

<sup>103</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 92 年 8 月，第 305 頁；陳計男，民事訴訟法論（上），第 231 頁；駱永家，訴之客觀預備合併，民事法研究（二），第 90 頁至第 91 頁。楊建華教授更指出，允許不具相互排斥之兩訴訟標的為預備合併之見解，僅認為以先後位訴相排斥為要件欠缺法理依據，並未指出實際上是否有此需要。若先後位訴不具相互排斥關係，可以單純合併或者分別提起訴訟，應無提起預備合併之必要。請參閱楊建華，預備訴之合併先位之訴一部無理由時之裁判，問題研析民事訴訟法（一），第 222 頁至第 223 頁。

<sup>104</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），2005 年 1 月，修訂四版，第 340 頁；邱聯恭，口授民事訴訟法講義（二），第 2003 年版，第 189 頁至第 190 頁。然而，若依楊淑文老師之見解，將接續性聲明列入預備合併中，則將因接續性聲明係以先位聲明有理由為後位聲明接續審判之條件，故先位聲明與後位聲明間，即不具有相互排斥之關係。

<sup>105</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），第 340 頁；陳計男，民事訴訟法論（上），第 232 頁至第 233 頁，註 6。

此為 76 年 9 月 17 日廳民(一)字 2824 號函<sup>106</sup>中所揭示之案例：乙以甲丙為被告，甲為互助會會首，將其財產移轉給丙，乙因此主張甲丙間的移轉為通謀虛偽而無效，或移轉雖為有效，惟係詐害債權而主張撤銷。該函釋認為，此案之聲明定有先後順序，且先後聲明一為無效法律行為，一為有效之法律行為，乃不得併存。然而，實際上本案之聲明僅塗銷登記，並無二聲明存在之情形<sup>107</sup>。

## 5. 預備合併之審理及上訴

預備合併如前所述，不得分別辯論、分別裁判，故法院應就前後訴合併辯論，並於先位之訴無理由時，始就備位之訴為裁判<sup>108</sup>。至於預備合併之上訴應如何處理，此部分除涉及預備合併之性質，亦牽涉上訴審之相關制度及原則，故擬於上訴審之章節再為討論<sup>109</sup>。

## 6. 類似的預備合併與攻擊防禦方法之排序

### 【案例 5】

案例事實：乙將其所有之 A 車出賣與甲，價金 100 萬元。甲乙雙方曾合意解除契約，甲亦曾依民法之規定行使法定解除權，嗣後甲起訴請求返還價金 100 萬元。



傳統訴訟標的理論下，每一實體法之權利主張皆為個別獨立之訴訟標的，因此於請求權競合之情形，雖權利人僅得受領一次、處分一次，惟因實體法上符合多數請求權規範，故若當事人合併於一訴訟程序中請求，即有多數訴訟標的存在而構成訴之客觀合併。此時依當事人合併方式之不同，而

<sup>106</sup> 函釋意見摘錄如下：按客觀訴之合併中之預備之合併，乃原告之請求有不同之數訴訟標的，不同之數聲明，但各聲明有先後順序，請求法院就先順序之請求加以裁判，如無理由，再就後順序之請求裁判，且各請求（法律關係）不能同時並存，其原因事實亦不相同。顯示乙之先位聲明係以通謀虛偽意思表示，依法當然無效，為其原因事實，預備聲明以詐害行為，依法撤銷為其訴之原因事實，其前後請求之原因事實並不相同。而係傳統的訴訟標的理論乙所提之訴，一為基於無效法律關係請求塗銷登記，一為基於得撤銷之法律關係請求塗銷登記，二者請求權不同，訴訟標的即為不同。且先位聲明僅以丙為被告，丙應塗銷抵押權登記，預備聲明卻需以甲丙為共同被告（雙方行為）而為撤銷設定抵押權行為，並塗銷抵押權登記，則其先後位之聲明亦非同一。

<sup>107</sup> 注意：在此僅一個聲明下，所成立者非為預備合併，應為類似之預備合併。

<sup>108</sup> 至於具體案例應如何審判，詳細請參閱楊建華，問題研析民事訴訟法（一），第 211 頁至第 225 頁。

<sup>109</sup> 預備合併之上訴處理方式，詳參：陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），第 344 頁至第 347 頁；楊建華，問題研析民事訴訟法（一），第 226 頁至第 249 頁；駱永家，訴之客觀預備合併，民事法研究（二），第 93 頁至第 96 頁。

有競合合併（重疊合併）、選擇合併及類似預備合併三種型態<sup>110</sup>。傳統見解下適用傳統訴訟標的理論，認預備合併中，先後位聲明須處於相互排斥之情形，始為合法。而類似的預備合併則係指，原告以單一聲明，主張數項訴訟標的且訂有先後裁判順序之合併態樣。傳統見解下一般預備合併有先後位訴訟標的、訴之聲明，且處於相互排斥之關係，而類似的預備合併僅有前後位之訴訟標的，並無前後位訴之聲明，與一般預備合併並不相同<sup>111</sup>。

此種以同一聲明並將訴訟標的加以排序之類似預備合併，於新訴訟標的理論下並不存在。以一分肢說為例，原告訴之聲明僅有單一，故僅有單一之訴訟標的存在，原告實體法上請求權之主張，僅視為訴訟上之攻擊防禦方法，而非訴訟標的，縱當事人將之於訴訟上加以排序，亦非訴之合併，自無「類似的預備合併」態樣存在。於實體法上請求權競合，原告於單一聲明中合併主張數請求權基礎之情形，實務採傳統訴訟標的理論，認此時得對數訴訟標的進行排序，而允許類似之預備合併<sup>112</sup>。

如前所述，於新訴訟標的理論下，原告對多數競合請求權之主張，僅視為攻擊防禦方法之提出。而法院審理順序之決定，早期學說上認為審判長基於訴訟指揮權，得自由決定審理順序，當事人對於攻擊防禦方法之排序，無法拘束法院<sup>113</sup>。惟晚近學說則承認於處分權主義下，當事人有程序處分權，而得於衡量舉證便利等因素後，將攻擊防禦方法加以排序，法院之審理順序原則上受當事人排序之拘束<sup>114</sup>。

### （三）傳統訴訟標的理論下請求權競合所生之合併態樣<sup>115</sup>

<sup>110</sup> 關於此三種傳統訴訟標的理論下所生訴之合併型態之區別，詳參楊建華，類似的預備訴之合併（不真正預備訴之合併），問題研析民事訴訟法（三），第 267 頁至第 268 頁。

<sup>111</sup> 楊建華，類似的預備訴之合併（不真正預備訴之合併），第 268 頁至第 269 頁。

<sup>112</sup> 【裁判字號】82\_台上\_1429 【裁判日期】82/06/17 【案由】請求返還價金契約解除權之行使，依民法第二百五十八條第一項之規定，應向他方當事人以意思表示為之，且依同條第三項規定解除契約之意思表示不得撤銷，故同一契約不可能有二次以上之解除。又契約之合意解除與法定或約定解除權之行使，性質不同，效果亦異。前者為契約行為，即以第二次契約解除第一次契約。後者為單獨行為，其發生效力與否，端視有無法定或約定解除原因之存在，既無待他方當事人之承諾，更不因他方當事人之不反對而成為合意解除。

原告以單一之聲明主張數項訴訟標的而就各該訴訟標的定有先後請求裁判之順序，於先位訴訟標的有理由時，即不請求就備位訴訟標的為裁判者，與預備訴之合併須先位訴之聲明與備位訴之聲明，相互排斥而不相容者，尚屬有間，學說上稱為類似的預備訴之合併。

<sup>113</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 446 頁；駱永家，訴之客觀預備合併，民事法研究（二），第 98 頁同旨。

<sup>114</sup> 詳參邱聯恭，口授民事訴訟法講義（二），第 2003 年版，第 192 頁。

<sup>115</sup> 參考文獻：王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 92 年 8 月，第 303 頁以下；陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），修訂四版，2005 年 1 月，第 339 頁以下；陳計男，民事訴訟法論（上），增訂三版，2004 年 10 月，第 213 頁以下；楊建華，競合（重疊）訴之合併之裁判，問題研析民事訴訟法（一），第 207 頁以下；楊建華，客觀選擇訴之合併，問題研析民事訴訟法（一），第 250 頁以下；楊建華，重疊訴之合併？選擇訴之合併？，問題研析民事訴訟法（三），第 244 頁以下；楊建華，重疊訴之合併之類型與裁判，問題研析民事訴訟法（三），第 254 頁以下；楊建華，類似的預備訴之合併（不真正預備訴之合併），問題研析民事訴訟法（三），

## 【案例 6】

案例事實：甲所有之 A 車於民國 90 年 1 月 1 日為乙所竊，後為警查獲。甲依侵權行為損害賠償請求權（民法§184）、不當得利請求權（民法§179）、所有物返還請求權（民法§767）、占有回復請求權（民法§962）向乙起訴請求返還 A 車。

### 1. 傳統訴訟標的理論下，請求權競合構成訴之合併

傳統訴訟標的理論係以實體法上之權利作為訴訟標的之判斷標準，故於請求權或形成權競合之案例中，權利人就其權利雖僅得行使一次，處分一次，惟訴訟上仍係數訴訟標的，若原告就此一併主張時，將構成訴之客觀合併。而此等情形於新訴訟標的理論中，則因其認僅有單一訴訟標的存在，不聲訴之合併之情形。

而傳統訴訟標的理論下，請求權或形成權競合時，訴訟上僅有單一聲明，惟有多數訴訟標的存在，則可能形成下列三種訴之合併型態：**1.競合（重疊）合併**：原告以一訴主張數訴訟標的，雖僅有單一之聲明，惟就各該為訴訟標的之法律關係，均要求法院為裁判；**2.選擇合併**：原告雖以單一之聲明，主張數項訴訟標的，惟原告並非請求法院就各該訴訟標的均為裁判，而係請求法院選擇其中一為勝訴判決；**3.類似預備合併**：原告以單一聲明，主張數項訴訟標的，惟就各該訴訟標的自行訂有先後裁判順序，於先位訴訟標的有理由時，即不請求法院就後位訴訟標的為裁判<sup>116</sup>。

### 2. 競合（重疊）合併<sup>117</sup>

競合（重疊）訴之合併，係指同一原告對同一被告，有得相互獨立但同一目的之數種權利，基此數權利於同一訴訟程序，以單一聲明，要求法院皆為裁判之情形<sup>118</sup>。於競合（重疊）合併下，原告既請求法院就各訴訟標的皆予裁判，法院自應就各訴訟標的均為判決，不得因僅有單一之「聲明」，即僅就一訴訟標的為判決。其有理由與無理由互見者，仍應就各訴訟標的分別准駁，始為合理，蓋數訴訟標的何者勝訴，何者敗訴，影響其得否對之為上訴及既判力之客觀範圍，如不分別論知，或根本置其餘請求於不顧，自與競合合併之本質有違。至於數訴訟標的皆有理由者，雖得於主文中為單一勝訴判決，惟仍應於判決理由中說明數訴均有理由<sup>119</sup>。

第 266 頁以下；駱永家，訴之客觀合併，民事法研究（二），第 71 頁以下；楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論第 61 期（1999.6），第 197 頁以下。

<sup>116</sup> 參閱楊建華，類似的預備訴之合併（不真正預備訴之合併），問題研析民事訴訟法（三），第 267 頁至第 268 頁。

<sup>117</sup> 學說上亦有將競合合併與重疊合併加以區別，而將接續性聲明稱為重疊合併者（詳參邱聯恭，口授民事訴訟法講義，第 195 頁至第 197 頁），此與一般見解認重疊合併即競合合併不同，應予注意。

<sup>118</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 92 年 8 月，第 304 頁；陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），修訂四版，2005 年 1 月，第 341 頁；陳計男，民事訴訟法論（上），增訂三版，2004 年 10 月，第 234 頁。

<sup>119</sup> 楊建華，重疊訴之合併之類型與裁判，問題研析民事訴訟法（三），第 257 頁。

實務於此認為，重疊訴之合併為以複數法律關係而請求法院就其單一聲明為判決，雖訴訟標的有數項，惟僅有單一之聲明，**法院應就原告所主張之數項標的逐一審判**，如其中一項標的之請求為無理由時，仍須就他項標的之請求審判；**若認其中一項請求為有理由，即可為原告勝訴之判決，就他項標的無須更為審判，法院如就數項標的同時判決，則為法所不許**<sup>120</sup>。且**僅於認原告之主張皆無理由時，始得為敗訴之判決**<sup>121</sup>。

就上開見解而言，法院於其中一訴訟標的有理由時，即對其他訴訟標的不為審判，頗有就當事人已起訴事件漏未審判之虞，且於此當事人得否聲請補充判決亦不無疑問。反之，若法院就複數之訴訟標的均為審判，且皆為原告勝訴之判決者，將生複數執行名義，惟當事人實體法之受領地位僅為單一，賦予其複數執行名義即有矛盾。亦即於無論法院是否就複數之訴訟標的皆為審判，皆生問題，此實係因傳統訴標理論之內在矛盾所致。

至於德國法上所稱之重疊合併則相當於我國法上之單純合併，係指當事人

<sup>120</sup> 【裁判字號】71\_台上\_2388 【裁判日期】71/05/26 【案由】損害賠償

被上訴人本於上訴人無權占用系爭房屋之同一事實，依據侵權行為或不當得利之法律關係，請求上訴人賠償損害或返還不當得利，此種起訴之形態，學者謂之重疊的訴之合併；**訴訟標的雖有數項，而僅有單一之聲明，法院應就原告所主張之數項標的逐一審判，如其中一項標的之請求為無理由時，仍須就他項標的之請求審判；若認其中一項請求為有理由，即可為原告勝訴之判決，就他項標的無須更為審判，法院如就數項標的同時判決，則為法所不許。**

【裁判字號】90\_台上\_1610 【裁判日期】90/09/13 【案由】請求履行契約等（返還不當得利等）事件

被上訴人起訴伊始，即依履行系爭合約及不當得利之法律關係，請求上訴人為上開給付，其訴訟標的雖有數項，惟其僅有單一之聲明，法院於此重疊的訴之合併，若認其中一項請求為有理由，即可為被上訴人勝訴之判決，就他項標的之競合請求無須更為審判。原審就被上訴人所為履行合約之請求審理後，既認為有理由而為被上訴人勝訴之判決，因謂，被上訴人不當得利之請求，無再論述審究之必要云云，自無不合。

參考法條：民法 第 179、199、227 條 (89.04.26)

【裁判字號】91\_台上\_2185 【裁判日期】91/10/31 【案由】請求離婚等

在重疊之訴之合併，其訴訟標的雖有數項，但僅有單一之聲明，法院若認其中之一有理由，而其餘均無理由者，仍應依原告之聲明，為其勝訴之判決，且就無理由部分，不必於判決主文項下，記載駁回，但被告對於該判決提起上訴後，原告所主張之數項訴訟標的全部均生移審之效力。

參考法條：民事訴訟法 第 437 條 (89.02.09)

資料來源：法今月刊 第 54 卷 9 期 102-104 頁

司法周刊 第 1154 期 3 版

司法院公報 第 45 卷 10 期 143-145 頁

<sup>121</sup> 【裁判字號】72\_台上\_1882 【裁判日期】72/05/13 【案由】拆屋還地

查上訴人係本於租賃物返還請求權及所有物返還請求權兩項訴訟標的而請求被上訴人返還同一系爭土地，其**以複數之法律關係而請求依法院其單一之聲明而為判決，即學者間所謂重疊的訴之合併，法院必須認定上訴人所主張之兩項訴訟標的均無理由時，始得為其敗訴之判決。**

【裁判字號】76\_台上\_1857 【裁判日期】76/09/03 【案由】給付票款

重疊合併之訴，原告乃本於相互獨立之數種請求，求為同一之判決，故法院應就其全部請求加以審理，審理結果各請求均無理由時，始得為原告敗訴之判決。

【裁判字號】77\_台上\_1892 【裁判日期】77/09/15 【案由】拆屋還地

上訴人之主張，除租賃關係外，並以被上訴人違背鄉有林地變更工業用地處理辦法，上訴人無續訂租約之義務；本於其就系爭土地之所有權，為其請求之依據，此為請求權之競合，即上訴人為同一返還土地之目的，而主張之數項法律關係，屬重疊的訴之合併，法院應就上訴人所主張之數項請求逐一審判，必至其全部請求均無理由時，始得為上訴人敗訴之判決。

基於同一法律關係，而有不同聲明之情形，如依租賃契約中請求返還租賃物及租賃期限屆滿後所生相當於租金之不當得利之情形。此無論於傳統訴訟標的理論抑或新訴訟標的理論，均為二訴訟標的，且請求間具牽連關係，即我國法上有牽連關係之單純合併。

### 3. 選擇合併

學說上有認為，於選擇之債之情形，雙方當事人間之法律關係雖為單一，且原告亦僅得就其中一給付為滿足，惟就給付請求權而言，被選擇之各請求權乃屬各別。基於於訴訟上主張時，原告之聲明，須將不同內容之聲明為選擇合併，否則原告對被告為強制執行時，無從為選擇執行。因此，法院於選擇合併之情形應同時就二給付請求為裁判<sup>122</sup>。

惟另有認為，原告於同一訴訟程序以單一之聲明，主張二以上得兩立之給付請求權或形成權為訴訟標的，請求法院擇一訴訟標的，為同一內容之給付判決或同一法律關係之形成判決者，始為選擇之合併。前述之選擇合併，乃屬單一之請求，並非對訴訟標的有選擇，而係選擇之債選擇權行使之問題，並無數種權利或法律關係存在，不生訴之客觀合併問題<sup>123</sup>。選擇合併中，如法院就其中一訴訟標的為原告勝訴之判決，他訴訟即毋庸裁判，亦即以一訴勝訴確定為其他訴訟標的訴訟繫屬之解除條件。惟若各訴均無理由時，因條件不成就，法院即須對各訴訟標的為判決<sup>124</sup>。選擇合併與競合合併不同<sup>125</sup>，競合合併原告雖亦主張不同訴訟標的，並為單一之聲明，惟係請求法院就數訴訟標的均為判決，而非請求法院擇其一判決<sup>126</sup>；選擇合併亦與預備合併不同，預備合併雖主張複數訴訟標的，惟原告乃自行訂有先後位之順序，法院亦應依原告所定之順序為裁判，不得擇一為判決<sup>127</sup>。

如前所述，於當事人以單一聲明，主張數請求權規範基礎為訴訟標的時，

<sup>122</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），第 341 頁。

<sup>123</sup> 王甲乙等合著，民事訴訟法新論，第 307 頁；楊建華，客觀選擇訴之合併，問題研析民事訴訟法（一），第 250 頁；陳計男，民事訴訟法論（上），第 233 頁。對於選擇合併看法相似者亦有：駱永家，訴之客觀合併，民事法研究（二），第 80 頁至第 82 頁。

<sup>124</sup> 楊建華，類似的預備訴之合併（不真正預備訴之合併），問題研析民事訴訟法（三），第 268 頁。

<sup>125</sup> 國內學說亦有就選擇合併和競合（重疊）合併不加以區分者，亦即，競合（重疊）合併和選擇合併相同，法院僅需就單一訴訟標的為勝訴判決。請參閱：駱永家，訴之客觀合併，民事法研究（二），第 80 頁至第 82 頁。

<sup>126</sup> 【裁判字號】89\_台上\_602 【裁判日期】89/03/17 【案由】請求所有權移轉登記  
本件上訴人起訴主張依不當得利之法律關係請求返還，嗣又主張依不當得利及買賣之法律關係合併請求。而第一審僅依買賣法律關係之訴訟標的為上訴人勝訴之判決。被上訴人不服上訴原審，則未經第一審裁判之不當得利之法律關係部分，應隨同上訴部分移審於原審。此際，原審審判長應就上訴人究竟係請求就二法律關係均為裁判或擇一而為其勝訴判決，行使闡明權，以了解其真意所在，如屬前者，則為競合訴之合併，如屬後者，則為選擇訴之合併，法院均應就二訴合併審理，於判決時如其中一訴有理由，即無庸就他訴為裁判，如各訴均無理由，則應就各訴均為上訴人敗訴之判決。

<sup>127</sup> 王甲乙等合著，民事訴訟法新論，第 307 頁至第 308 頁。

若採重疊合併之方式，則法院於裁判時將面臨兩難之情形，因此，實務嗣後乃有改採選擇合併之模式處理者，如：(1) 八十九年台上字第六〇二號民事判決<sup>128</sup> (2) 九十一年台上字八三〇號判決<sup>129</sup> (3).九十二年台上字第二五五號判決<sup>130</sup>。

**然而，以同一訴訟程序主張數訴訟標的，請求法院擇一為勝訴判決之選擇合併，德國通說認其顯然違反起訴時就訴訟標的應予確定之原則，為不合法之訴之合併<sup>131</sup>。**

#### 4. 綜合評釋

上開實務見解試圖以選擇合併方式彌補重疊合併中就單一聲明之數項請求權基礎之主張，應為單一或複數判決之兩難問題，並課審判長依§199-1闡明當事人為主張之義務，此項努力殊值贊同。

然而所謂之選擇合併，應以原告於實體法（如民法§208、§210Ⅲ）有數宗給付請求權得行使選擇權為其前提<sup>132</sup>；原告於實體法上並無選擇權，得否就數請求權擇一行使，請求法院判決，則有爭議。國內學者或有從日本

<sup>128</sup> 89年台上字602號判決即謂：「……惟查，本件上訴人起訴主張依不當得利之法律關係請求返還（見第一審卷第四頁），嗣又主張依不當得利及買賣之法律關係合併請求（見第一審卷第四〇頁）。而第一審僅依買賣法律關係之訴訟標的為上訴人勝訴之判決（見第一審卷第一五〇頁）。被上訴人不服上訴原審，則未經第一審裁判之不當得利之法律關係部分，應隨同上訴部分移審於原審。此際，原審審判長應就上訴人究竟係請求就二法律關係均為裁判或擇一而為其勝訴判決，行使闡明權，以了解其真意所在，如屬前者，則為競合訴之合併，如屬後者，則為選擇訴之合併，法院均應就二訴合併審理，於判決時如其中一訴有理由，即無庸就他訴為裁判，如各訴均無理由，則應就各訴均為上訴人敗訴之判決。雖原審審判長曾行使闡明權，然係問上訴人：『根據何法律關係（請求）』，上訴人答稱：『依照原買賣關係而為請求』（見原審卷第八五頁）時，竟未進一步闡明，是否就前述二法律關係均為裁判或擇一而為其勝訴判決，令其為明確之表示，遽依買賣之法律關係為上訴人不利之論斷，而棄不當得利之法律關係於不顧，難謂允當。……」

<sup>129</sup> 91年台上830號判決「……本件被上訴人有關金錢給付請求部分，在第一審所主張之法律關係為『遲延給付之債務不履行損害賠償請求權、侵權行為之損害賠償請求權、不當得利返還請求權』三者（見第一審卷第一宗八、九頁、第二宗三五三、三五四頁），而此三者之法定要件及其得請求之範圍均未盡相同，於法院認定被上訴人之主張成立而需計算上訴人應給付之數額時，即見其差異；且被上訴人為此部分請求之法律關係主張，不僅涉及法院審判之標的、當事人攻擊防禦之方法，並將影響未來既判力客觀範圍之特定，更應慎重求其明確，以利當事人（兩造）之單一紛爭能儘量利用一次訴訟程序予以徹底解決。第一審未究明此三項請求權係何種競合關係，原審仍未為闡明，遽爾判決，自嫌疏漏。……」

<sup>130</sup> 93年台上255號判決「……又當事人之主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之，民事訴訟法第一百九十九條之一定有明文。查蘇○河於起訴時，即主張：被上訴人環境保護局之司機趙○生，於八十五年十月六日上午六時五十分許，駕駛系爭垃圾車，因收集垃圾後，起駛不當，致伊與系爭垃圾車相碰撞，倒地重傷等語（見原審八十六年度重交附民字第二一二號卷第一頁反面）。原審亦認定趙○生為被上訴人環境保護局之司機，於本件車禍發生時，駕駛系爭垃圾車收集垃圾執行職務，則蘇○河除依民法第一百八十六條、第一百八十八條規定請求被上訴人及趙○生賠償外，似非不得併依國家賠償法第二條規定請求被上訴人賠償。乃原審審判長未行使闡明權，曉諭蘇○河敘明或補充完足之，遽而駁回蘇○河對於被上訴人之請求，其訴訟程序非無瑕疵。……」

<sup>131</sup> 楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，第247頁；陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），第341頁。

<sup>132</sup> 姚瑞光，前揭書，第318頁；Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., S.562.

之學說，認此種情形應予肯認得以選擇之方式為訴之合併<sup>133</sup>。惟如前所述，德國通說於此則認原告以選擇之方式為訴之合併，顯然違反起訴時就訴訟標的應予確定（*die Individualisierung des Streitgegenstandes*）之原則，屬不合法之合併。實務見解嘗試以所謂「重疊之選擇合併」解決此一問題。依其見解，雖為重疊之合併，惟「以原告所主張之數請求為有理由，而為勝訴之判決」卻「為法所不許」<sup>134</sup>，且亦「不應將二種法律關係牽混，合併論斷」；此種解決方式，實更凸顯傳統訴訟標的理論內在本質之矛盾<sup>135</sup>。此外，當事人就同一法律關係（如契約關係）亦可能考量其勝訴之可能與請求範圍之多寡或其有利與不利，而主張彼此互為矛盾之部分事實，例如先行主張買賣契約為無效，嗣後又主張買賣契約已撤銷，或買賣契約已經解除。則此種情形下，當事人所主張之原因事實可能該當於其中之一或其中數法律構成要件，其中可能構成要件事實有重大重疊或牽連性（如不完全給付與物之瑕疵擔保責任），亦有彼此相互排斥之原因事實（如通謀虛偽意思表示與撤銷詐害債權）。此種情形實則混合了實務上所稱之重疊、選擇、預備合併之類型。縱經審判長闡明，當事人應如何為訴訟標的之特定與訴之合併，實有疑義。

事實上，採類似之預備合併，甚或允許當事人於傳統訴訟標的理論下，依處分權主義排序其實體法上請求權規範基礎（即於預備合併中不以聲明或請求之原因事實相互排斥為要件，允許當事人於請求權規範基礎要件事實有重大重疊性之情形存在時，就其請求權規範基礎之主張排序），應較能解決上開紛爭事實單一，惟有不同請求權規範基礎存在之爭議問題，以彌補傳統訴訟標的理論之內在矛盾。

#### （四）補充：接續性聲明

**案例事實：**中正機場航站招標，甲廠商得標，惟丙廠商不服，乃四處散發黑函污蔑甲曾於 SARS 期間，因某因素而無法履約他項工程…等，致使乙因此不願與甲進一步締約。甲乃以乙為被告起訴，先位請求乙與甲訂立契約，若有理由，復請求乙交付租賃物。

甲 —————→ 乙

確認甲已得標

1. 乙應與甲訂合約(勝訴則審判接續聲明)
2. 交付租賃物

<sup>133</sup> 楊建華，重疊訴之合併？選擇訴之合併？，問題研析民事訴訟法（三），第 244 頁以下。

<sup>134</sup> 八十七年台上字第二六〇二號判決；八十七年台上字第二四七五號判決。

<sup>135</sup> 王甲乙，訴訟標的舊理論之檢討，司法通訊第二六八期。

按招標得標者，乃工程契約之預約，於此案例中，甲有接續性聲明之需求，蓋訴訟標的的金額龐大，有先為請求之必要性。此種合併態樣邱師稱為重疊合併，於德國法上則屬偶然之合併，乃附條件之合併，而通說與實務既承認以先位聲明敗訴為備位聲明條件之預備合併，自亦應於審判之對象可得而知（考量程序之安定）之情形下，承認此種以先位聲明勝訴作為備位聲明條件之合併態樣。

## 貳、訴之主觀合併

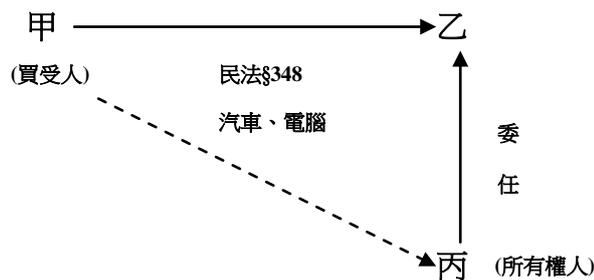
### 一、訴之主觀合併之意義

訴之主觀合併係指，單一原告對數被告，或數原告對單一被告或數被告起訴，而成立多數當事人之訴訟。因主觀合併所生之訴訟，必其當事人一方或雙方為複數，且於同一訴訟程序，要求或被要求為判決，故亦稱共同訴訟<sup>136</sup>。關於訴之主觀合併（共同訴訟），主要內容已於共同訴訟之章節中說明，此處僅就學說上爭議最大之「訴之主觀預備合併」為探討。

### 二、訴之主觀預備合併

#### 【案例 1】

案例事實：丙將 A 電腦與 B 汽車委託乙代其出售。乙覓得買主甲，且與之交涉締約。乙於締約過程中對甲陳述：「A 電腦與 B 汽車目前為丙使用，暫時無法交付。」故甲僅支付部分價金，於乙交付時始支付其餘價金。惟嗣後乙遲未交付 A 電腦與 B 汽車，於甲向其請求時，乙抗辯稱：「此買賣契約乃代理丙與甲訂立，甲應向丙請求。」



訴之主觀預備合併係指，於訴訟中有多數原告或多數被告時，於先位原告之訴無理由者，始就備位原告之訴為判決（原告之主觀預備合併）；或原告對先位被告之訴無理由時，始就其對備位被告之訴為判決（被告之主觀預備合併）之訴訟類型<sup>137</sup>。例如【案例 1】中，乙可能以自己名義締約，亦可能係

<sup>136</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，民國 90 年 8 月，第 269 頁。

<sup>137</sup> 請參閱楊建華，主觀預備訴之合併，問題研析民事訴訟法（一），第 110 頁。

代理丙與甲締約，甲對何人為出賣人之事實並不清楚，此時應以何人為被告始能獲得本案勝訴判決將有問題。再者，縱甲主張乙係代理或以自己之名義締約，法院於事實認定上未必與其看法相同，亦將導致甲敗訴。此時如要求甲對乙獲得敗訴判決後，始得向丙提起訴訟，不但使法院對同一事實關係重複審理，有礙訴訟經濟外及當事人之程序利益，復因既判力原則上僅及於訴訟當事人（甲乙），後訴訟法院亦不受前訴法院認定之拘束，將生裁判矛盾之情事（如前訴認定係代理，後訴則認定非為代理之情形）。且於前訴訟判決確定時，當事人對第三人（丙）之請求權時效亦可能已為消滅<sup>138</sup>。此時允許甲以乙為先位被告，以丙為備位被告，合併提起訴訟，實有其需要，惟此種合併態樣是否合法，學說與實務仍有爭議，為求說明上之方便，以下主要僅就被告方面之主觀預備合併討論之，合先敘明。

### （一）肯定說

肯定說認為，於起訴時不知應對何人提起訴訟始能獲得確定判決之情形確實存在，除【**案例 1**】所示之情形外，亦有法人代表人與他人締結契約，係基於個人身分抑或基於代表人身分締約，此一契約當事人不明之情形存在，此時應允許訴之主觀預備合併，蓋：**1.得避免重複審理及裁判矛盾；2.有助於訴訟經濟，節省勞力、時間、費用；3.對原告較為有利**。如前所述，若要求原告先後提起二訴訟，將使法院對同一事實重複審理，造成訴訟不經濟；且基於既判力相對性原則，前訴訟判決之效力不及於後訴訟，如此將可能發生裁判矛盾，使原告雖有權利卻兩頭敗訴<sup>139</sup>。

實務見解中對訴之主觀預備合併採肯定說者有【**66 台上 1722 判決**】<sup>140</sup>及

<sup>138</sup> 請參閱楊建華，主觀預備訴之合併，問題研析民事訴訟法（一），第 110 頁至第 111 頁；駱永家，訴之主觀的預備合併，民事法研究（一），第 154 頁；陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 327 頁至第 328 頁；范光群，主觀預備合併之訴，月旦法學雜誌第 58 期（2000.3），第 22 頁。

<sup>139</sup> 請參閱邱聯恭，口述民事訴訟法講義，第 2003 年版，第 270 頁至第 271 頁；駱永家，訴之主觀的預備合併，民事法研究（一），第 157 頁。

<sup>140</sup> 【裁判字號】66\_台上\_1722 【裁判日期】66/6/17

按在訴之合併之型態中，有所謂預備之合併，而預備之合併復有客觀的預備之合併與主觀的預備之合併之分。所謂客觀的預備之合併，即同一原告預慮其對於同一被告提起之某訴（先位之訴）無理由，同時提起不能並存之他訴（預備之訴），以備先位之訴無理由時，請求法院就預備之訴審判。所謂主觀的預備之合併，即在共同訴訟，或由共同原告對於同一被告為預備之合併，或由同一原告對於共同被告為預備之合併，前者原告甲預慮其對被告之訴（先位之訴）無理由時，請求法院就原告乙對於被告之訴（預備之訴）審判，後者原告預慮其對於被告甲之訴（先位之訴）無理由時，請求法院就其對於被告乙之訴（預備之訴）審判。關於主觀的預備之合併，實係法院依原告所為先位聲明及預備聲明定審判之順序，本於民事訴訟法採辯論主義之立法精神，尚非法所不許。此種訴訟，法院認為先位之訴為有理由時，不必更就預備之訴審判，及以先位之訴有理由，為預備之訴之解除條件，預備之訴遂因解除條件成就而失其效力，亦即該部分之訴訟繫屬應因解除條件成就而歸於消滅。此後雖先位之訴受敗訴判決之當事人提起上訴，於預備之訴已消滅訴訟繫屬不生影響，在第二審程序除有訴之追加之情形外，不得更已在第一審預備之訴未受裁判之當事人為當事人。原審既謂另案第一審法院認上訴人對於中希公司之先位聲明為有理由，而未就上訴人對於被上訴人之預備聲明審判，此項預備聲明因解除條件成就失其效力，亦即預備聲明部分之訴訟繫屬因解除條件成就而歸於消滅，從而上訴人於另案預備之訴訟繫屬消滅後，更

【90 台抗 537 裁定】<sup>141</sup>，主要乃以「民事訴訟基於辯論主義之立法精神，尚非法所不許」為其理由<sup>142</sup>。

## (二) 否定說

持否定說者不否認肯定說所主張之實務上有必要性、訴訟經濟及原告便利等理由，惟基於以下原因，其認訴之主觀預備合併並非合法。

### 1. 主觀預備合併對於預備被告之訴訟地位並不安定且不利：

主觀預備合併，雖符合訴訟經濟且對原告甚為方便，惟後位被告之地位不安定，對其頗為不利。於主觀預備合併中，若法院對先位請求有理由判決（確定），預備請求訴訟繫屬即溯歸於消滅。惟法院於審理時，須同時對先位請求及被位請求為審理，先位當事人與被位當事人須一同言詞辯論，若先位請求有理由者，將不對備位當事人為判決。且法院對先位請求之判決因既判力相對性原則，並不及於備位當事人，如此將使備位當事人所為之訴訟行為歸於徒勞，使其完全無紛爭解決之機會，有違當事人公平原則<sup>143</sup>。

### 2. 肯定說事實上難以達成裁判統一：

訴之主觀合併目的之一乃在避免裁判矛盾，因此須使全部當事人之訴訟，於其中一人上訴時，皆併移審於上訴審，始能達成此一目的。惟訴之主觀預備合併既於先位當事人之訴無理由時，始須對備位當事人之訴進行裁判，可見先位當事人與被位當事人間並無訴訟標的合一確定之必要，無適用§56 規定之餘地，而應適用§55 之共同訴訟人獨立原則。因此，其中一當事人上訴，效力並不及於其他當事人，其中一當事人有訴訟停止之事由，亦不使全部訴訟程序停止。亦即，於上訴時並無法發揮其統一裁判之功用，且若一人有停止事由時，亦可能導致裁判矛盾<sup>144</sup>。

---

對被上訴人提起本件訴訟，自不受民事訴訟法第二百五十三條禁止重訴規定之限制。

來源：駱永家，訴之主觀的預備合併，民事法研究（一），第 151 頁至第 152 頁；司法院公報第 20 卷第 9 期。

<sup>141</sup> 【裁判字號】90\_台抗\_537(節錄) 【裁判日期】90/10/19 【案由】損害賠償

抗告人於原審追加備位當事人俊樺公司，使成為訴之主觀的預備合併，乃抗告人預慮其對先位之訴當事人台電公司之請求無理由時，請求法院就其對於備位當事人俊樺公司之請求為審判，本於民事訴訟係採辯論主義之立法精神，似無不合。況本件原審已認定抗告人對於先位之訴當事人台電公司之請求為無理由，而維持第一審所為抗告人敗訴判決，駁回抗告人之上訴，基於訴訟經濟原則，是否不得就備位之訴為審判，而仍以備位當事人俊樺公司之地位不確定，逕認抗告人提起之主觀預備之訴不合法，應不予允許，亦非無研求之餘地。

<sup>142</sup> 但此一理由為學說所批判。訴之主觀預備合併則關係應以何人為當事人，應屬於處分權主義之範疇，而非辯論主義之範疇。詳參駱永家，訴之主觀的預備合併，民事法研究（一），第 164 頁。

<sup>143</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 328 頁至第 329 頁；駱永家，訴之主觀的預備合併，民事法研究（一），第 159 頁；楊建華，主觀預備訴之合併，問題研析民事訴訟法（一），第 112 頁；邱聯恭，口述民事訴訟法講義，第 2003 年版，第 271 頁。

<sup>144</sup> 駱永家，訴之主觀的預備合併，民事法研究（一），第 157 頁至第 159 頁；陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 329 頁至第 330 頁；楊建華，主觀預備訴之合併，問題研析民事訴訟法（一），第 111 頁至第 112 頁；邱聯恭，口述民事訴訟法講義，第 2003 年版，第

據此，我國實務見解多數認訴之主觀預備合併之後位當事人欠缺安定性，且無法有效避免裁判矛盾而採取否定說<sup>145</sup>。

### （三）肯定說之修正<sup>146</sup>

訴之主觀預備合併於實務上實有需求，故學說上乃針對前述肯定說進行以下之修正，主要修正重點在於除去其對後位當事人地位不安定之缺陷，並徹底防止裁判矛盾<sup>147</sup>。

1. 主觀預備合併之訴，其先位被告與備位被告二者間之關係須不能併存始為合法。
2. 對於主觀之預備合併之訴，**法院須就先位請求及備位請求皆為裁判**，不得解釋為於先位請求有理由時，法院即不得就預備請求為裁判。
3. 主觀之預備合併，應僅限於被告當事人方面之預備合併，不得於原告當事人方面為主位原告及備位原告之合併。

---

271 頁至第 272 頁。

<sup>145</sup> 法律問題：甲為乙公司之法定代理人。甲與丙為買賣行為，究係以乙公司之法定代理人身分為之，或甲自行為之，適時不明，嗣因甲未交付價金，丙乃以乙公司與甲為共同被告，先位請求乙公司給付價金，如認對乙公司請求無理由時，則請求判令甲給付，問在程序上法院應如何處理？研究意見：研究結論採乙說，尚無不合。（78 年 11 月司法院第十六期司法業務研究會）

甲說：（肯定主觀預備訴之合併）此說認採主觀預備訴之合併，不僅符合訴訟經濟，防止前後兩訴裁判衝突矛盾，且在短期實效情形，亦能避免因其中一人之訴訟確定時，對另一人之時效可能以消滅而影響當事人實體法上之權利。實務上既承認客觀預備訴之合併，本於民事訴訟法採辯論主義之立法精神，自應承認此種訴訟型態。題示情形，丙提起主觀預備訴之合併，在程序上自屬合法。（最高法院六十六年台上字第一七二二號判決，吳明軒著中國民事訴訟法採此說）

乙說：（否定主觀預備訴之合併）此說認主觀預備訴之合併，**在法院審理時，仍應就各該訴訟全部辯論，僅於先位訴有理由時，無庸再就後位之訴為裁判，是後位當事人可能未獲任何裁判，致後位當事人地位不安定，與訴訟安定性原則有違**，且先位當事人與他當事人間之裁判，對後位當事人並無法律上之拘束力，徒使後位當事人浪費無益之訴訟程序。**又如適用民事訴訟法第五十五條共同訴訟當事人獨立原則，於一被告（原告）上訴時，其效力不及於其他被告（原告），亦難免有裁判矛盾之可能**，故就現行之規定，尚難承認此種訴訟型態。題示情形，丙對乙公司起訴為合法，法院就此部分，應依法判決，丙對後位甲之訴訟部分，應以其起訴與否屬不確定狀態，認其起訴不合法，依民事訴訟法第二百四十九條第一項第六款裁定駁回此部分之訴。（楊建華著問題研析民事訴訟法（一）採此說）

<sup>146</sup> 關於修正肯定說之見解，詳參陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），民國 90 年，第 332 頁；駱永家，訴之主觀的預備合併，民事法研究（一），第 159 頁至第 163 頁；邱聯恭，口述民事訴訟法講義，第 2003 年版，第 272 頁至第 275 頁。

<sup>147</sup> 陳榮宗、林慶苗合著，民事訴訟法（上），修訂第四版，第 265 頁。