

民事訴訟法研究會

民事訴訟法之研討
(二)



民事訴訟法研究會

民事訴訟法之研討
(二)



翻印必究

中華民國七十六年九月初版
中華民國七十九年十月再版

民事訴訟法之研討（二）

平裝定價新臺幣叁佰伍拾元整

精裝定價新臺幣肆佰元伍拾整

著 作 人
發 行 人

民事訴訟法研究會

張特生 史錫恩 王甲乙 楊建華

曹鴻蘭 陳榮宗 陳石獅 駱永家

陳計男 邱聯恭 范光群

（依年齡先後序·參與研討人）

總 經 銷

三民書局有限公司

地址：臺北市重慶南路一段六一號

郵政劃撥帳戶0009998-5號

印 刷 者

文滙印刷資訊處理有限公司

前 言

民國六十九年初，在國內各大學講授民事訴訟法之陳珊、李學燈、姚瑞光、張特生、楊建華、陳榮宗、陳石獅、駱永家、陳計男、邱聯恭、范光群諸先生（依年齡先後序），鑑於我國民事訴訟法之理論及實務水準亟待提昇，追求學問之道，貴在時相切磋琢磨，定期性、經常性法學研究會有待倡行，乃於同年二月二十四日商定自同年六月起每隔三個月舉辦民事訴訟法研討會一次，各自選定題目輪流提出研究報告，進行研討，並予錄音紀錄，然後將其內容整理成文，依次發表於法學叢刊。循此方式，經第一輪次以後，史錫恩、王甲乙、曹鴻蘭等先生（依年齡先後序）相繼參加。

爲防免資料散佚，特將上開研討紀錄，依次輯爲單行本，公諸於世。本書收錄第十四次至第二十四次研討紀錄共十一篇次，並逐篇於文前列明研討會次別，於文後註明原刊載之期別及年月，命名爲「民事訴訟法之研討(二)」至於以前各次研討紀錄，已於民國七十五年十月輯爲「民事訴訟法之研討(一)」出書。

關於歷次研討紀錄之發表，多承法學叢刊社之協助，其內容之錄音整理，悉賴擔任紀錄諸君（詳如本書各篇文前所載）之辛勞，而本書之編校，則承李昆南、陳世寬、陳瑞進、蔡建賢、李蓓蔚、陳毓秀、蘇珍芬、黃雯敏、李懿哲諸君之協助，特併此誌謝。

民事訴訟法研究會

七十六年九月

於臺北市

民事訴訟法之研討(二)

目 錄

- ✓代位訴訟既判力之研究……………陳榮宗…… 1
- ✓訴訟標的外之和解與繼續審判……………陳石獅……45
- 就若干訴訟實例談民事訴訟法第五十六條第一項
的適用……………楊建華……87
- ✓判決理由之效力……………王甲乙… 135
- ✓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……………駱永家… 193
- 如何加強我國民事第三審法院的功能……………史錫恩… 237
- 民事法院與行政法院的權限衝突問題……………張特生… 289
- 基於錯誤所為捨棄上訴權之效力問題
——以其捨棄是否得撤銷或無效為中心……………曹鴻蘭… 337
- ✓裁判的脫漏……………范光群… 375
- ✓訴訟法理與非訟法理之交錯適用
——從民事事件之非訟化審理及訴訟化審理
論程序保障之機能——……………邱聯恭… 427
- ✓分割共有物之訴之審理及其裁判之效力……………陳計男… 513
- ※附錄：「民事訴訟法之研討(一)」目錄

代位訴訟既判力之研究

陳 榮 宗 等

研 討 次 別：民訴法研究會第十四次研討紀錄

報 告 人：陳 榮 宗

時 間：民國七十三年四月廿二日上午九時至十二時

地 點：司法官訓練所

主 持 人：王 甲 乙

參加討論人：邱聯恭 陳計男 楊建華 范光群 陳石獅

史錫恩 王甲乙（依發言先後序）

紀 錄：汪其苓 湯錦文

- 一、債權人對第三債務人起訴後，因第三債務人否認債務人之權利時，債務人可否參加債權人之訴訟？債權人可否於債務人同意之條件下，追加債務人爲共同原告？
- 二、債權人對第三債務人起訴後，債務人可否於債權人之訴訟以外，另行對第三債務人起訴？債權人之訴訟與債務人之訴訟可否併存？
- 三、債權人對第三債務人提起之訴訟經判決確定時，其既判力是否及於債務人與其他債權人？判決既判力所及之人，是否因原告之判決勝訴或敗訴而不同？

王甲乙：

各位先生、各位女士、今天是第十四次民訴研討會。所討論的題目為：「代位訴訟既判力之研究」。各位手裏已有陳教授過去發表的文章及題目大綱。此問題牽涉之範圍很廣，尚無定論，討論起來大家意見很多。

時間方面的控制：先請主講的陳教授發言，最好於一小時內完成，其次再由列席的諸位先生發言，每位十分鐘。最後還要請陳教授對所提之意見加以說明，預定在十二點以前結束討論會。

陳榮宗：

主持人，各位先生、各位女士，今天要談代位訴訟的既判力。這問題的範圍很廣，我先扼要加以說明，次述每一問題國外學者研究的意見如何，最後再說一下我個人的看法。

一、問題提示

我國民法第二百四十二條及第二百四十三條規定，乃學理上所謂債權人代位權。若債務人對於債權人之權利已負遲延責任而債務人又怠於行使其對第三債務人之權利情形，債權人因保全其債權，得以自己之名義，行使債務人對於第三債務人之權利。債權人爲行使此種債權人代位權，以自己爲原告，而以第三債務人爲被告，必要時以債務人爲共同被告，提起訴訟。請求法院判令第三債務人應對債務人爲一定之給付，此種訴訟乃學說上所謂債權人代位訴訟。

債權人代位訴訟所涉之法律問題，計有下列各問題：第一、訴訟之原告及被告應列何人？第二、應以何種權利主張爲代位訴訟之訴訟標的？第三、原告應如何聲明其應受判決事項？第四、代位訴訟之判決既判力範圍如何？

本次法律座談會之討論重點，以代位訴訟之判決既判力範圍為問題，尤其專以代位訴訟之判決既判力主觀範圍為討論研究。至於其他問題，由於時間限制，不列為討論主題。民國六十八年五月，軍法專刊第二十五卷第五期第二十頁至第三十頁刊載報告人之論文一篇，題目為「債權人代位訴訟與既判力範圍」，在座各位可參考。

最高法院六十七年度第十一次民事庭推總會議，曾經討論有關代位訴訟之判決既判力主觀範圍之問題，並作成決議。該法律問題云：甲起訴主張乙將某地應有部分出賣於丙，經丙將其轉賣甲，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前，丙已對乙提起上開土地所有權應有部分移轉登記之訴，問甲代位丙行使權利有無理由？

不同見解計有下列三說：

甲說：債權人依民法第二百四十二條規定行使代位權時，債務人行使自己之權利不因而受何限制，甲之債務人丙既於第二審法院言詞辯論期日以前，對乙提起土地所有權應有部分移轉登記之訴，其怠於行使權利之情事，已不復存在，即與民法第二百四十二條規定之要件不合，甲之起訴非有理由。

乙說：債權人既經行使代位權，債務人之行使權利即應受相當限制。現債權人為行使代位權而起訴在先。除其代位權不成立者，不生既判力外。如就債務人之權利存否經裁判者，其既判力應及於債務人（參照民事訴訟法第四百零一條第二項），如債務人更行起訴，即屬違背民事訴訟法第二百五十三條之規定，債務人之起訴在後，債權人之起訴在先，倘債權人之起訴係符合行使代位權之要件，其合法繫屬之訴訟尤不得因債務人在後之起訴而謂有瑕疵。

丙說：債務人行使其自己之權利，固不因債權人依民法第二百四

十二條規定行使代位權而受限制。惟債權人既經起訴行使代位權，除其代位權不成立者，不生既判力外，如就債務人之權利存否經裁判者，其既判力應及於債務人，則債務人既無再行起訴，行使其自己權利之必要。如竟起訴，即屬欠缺權利保護要件中關於保護必要之要件，其起訴為無理田，並不影響債權人起訴在先之訴訟繫屬。

民事庭推總會議決議認為：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（參照本院第二十六年該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。

上述民事庭推總會議決議之結論是否可採，是為本座談會應行討論研究之重點之一。為使討論有秩序起見，將討論之法律問題綱要簡化如下：

- (一)債權人對第三債務人起訴後，因第三債務人否認債務人之權利時，債務人可否參加債權人之訴訟？債權人可否於債務人同意之條件下，追加債務人為共同原告？
- (二)債權人對第三債務人起訴後，債務人可否於債權人之訴訟以外，另行對第三債務人起訴？債權人之訴訟與債務人之訴訟可否並存？

(三)債權人對第三債務人提起之訴訟經判決確定時，其既判力是否及於債務人與其他債權人？

(四)判決既判力所及之人，是否因原告之判決勝訴抑或敗訴而不同？

二、管 見

(一)對於第一問題，債權人對第三債務人起訴後，因第三債務人否認債務人之權利時，債務人可否參加債權人之訴訟？債權人可否於債務人同意之條件下，追加債務人爲共同原告？

債權人對第三債務人起訴之訴訟標的爲代位權及債務人對第三債務人權利存在之主張兩者。債權人與債務人間共同利害一致對抗第三債務人者，爲債務人對第三債務人權利存在之主張。至代位權存否問題，債權人與債務人間利害自相對立，不能成爲債務人參加債權人之訴訟共同對抗第三債務人之事項，因爲債權人主張代位權以對抗第三債務人時，係主張債權人對債務人有權利存在，且債務人已負遲延責任及怠於行使權利之事實爲內容，但此三種事實之主張，就債務人之立場而言，債務人不能苟同債權人，債務人勢必爲相反之主張，認爲債權人對其無任何權利存在，更無負遲延責任之可能及怠於對第三債務人行使自己權利之問題，由此可知債務人無法參加債權人主張代位權爲內容之訴訟。債務人既然無法就債權人代位權之訴訟爲參加，當然亦無法參加債權人所主張債務人對第三債務人有權利存在之訴訟，因爲後者權利之有理由必須以前者（代位權）之有理由爲前提。債務人既對代位權之原因事實不能承認有理由，後者權利之主張即無附麗之基礎。故於學理上言之，債務人無法利用參加債權人之訴訟，俾以對抗第三債務人。

次就債務人可否被債權人追加為共同原告，與債權人成為共同原告對第三債務人起訴之問題為觀察。債務人由於就代位權存否主張之問題，與債權人處於利害對立之立場，欲對債權人之訴訟為參加，既然在理論上為不可能，債權人就代位權欲與債務人成為共同原告之情形，更為不可能，從而欲就債務人對第三債務人之權利主張成為共同原告情形，亦不可能。

(二)債務人既然不能參加債權人之訴訟，亦不能成為共同原告對抗第三債務人，然則，債務人可否於債權人之訴訟以外，另行對第三債務人起訴？債權人之訴訟與債務人之訴訟可否並存？上述民事庭推總會議之不同見解及決議之見解，計有四說，茲將各說分別檢討，並表明管見。

第一說主張，債務人得自己對第三債務人起訴，不受債權人行使代位權而起訴的限制，此際，債權人先行之起訴，因債務人後行之起訴而其訴訟無理由，僅能准許債務人之訴訟，而債權人之訴訟不得繼續並存。此說主要論據為，債務人既然於第二審言詞辯論終結前，對第三債務人起訴行使其權利，民法第二四二條所定債務人怠於行使權利之情事已不復存在，故債權人之訴訟無繼續存在之理由。

第二說認為，債權人之代位訴訟若符合行使代位權之要件者，債務人之起訴應受限制，依民事訴訟法第二百五十三之規定，債務人不得就已起訴之訴訟更行起訴。此說主要論據係認為，債權人之訴訟若符合代位權成立之要件情形，其訴訟標的與債務人起訴之訴訟標的相同，且依民事訴訟法第四〇一條之第二項規定，對於為他人而為原告或被告之確定判決，對於該他人亦有效力。債權人代位訴訟之提起係屬民事訴訟法第四〇一條第二項之情形，對其債權人之既判力既然亦能及於債務人，債務人自無須更行起訴，故應受不得更行起訴之約束。

第三說亦認爲，若債權人之代位訴訟符合代位權成立要件時，債務人之起訴應受限制，依欠缺權利保護要件中關於保護必要之要件，債務人之起訴應認爲無理由，僅得維持債權人之訴訟。此說之論據與第二說相同，均以對債權人之既判力可同時及於債務人爲理由，認爲債務人無就同一訴訟起訴之權利保護必要。

第四說認爲，債務人之訴訟，可於債權人代位權訴訟起訴後另行提起，而且兩訴訟可同時並存而分別獲得其相異之判決。此說係最高法院民事庭庭推總會決議之見解，其主要論據爲債權人之代位權訴訟與債務人之訴訟，兩者並非同一訴訟。債權人因債務人怠於行使權利而行使代位權之結果，不受債務人以後是否繼續怠於行使權利之影響，故債權人代位權訴訟可繼續存在。又債務人行使其權利之權，亦不受債權人代位權訴訟之起訴而受限制，債務人得獨立起訴。如兩訴訟之判決結果均爲原告勝訴判決，債權人可選擇請求以其代位訴訟之判決爲執行，或代位請求債務人獲得之判決爲執行。如兩訴訟之判決結果相異時，債權人亦得擇一而請求爲執行，其利益均歸債務人。

個人認爲第一說之見解爲是。債權人代位訴訟雖爲訴訟擔當之一種情形，債權人之代位權卽爲其訴訟實施權，但此種訴訟實施權之性質不能與破產管理人之訴訟實施權同視，因爲債權人之訴訟實施權，不僅債權人有之，債務人亦有之，且債權人之訴訟實施權係以債務人不行使其訴訟實施權爲存在前提。換言之，債務人一旦行使其訴訟實施權，債權人之訴訟實施權卽無繼續並行存在之必要。但於破產管理人之訴訟實施權，却不發生破產人亦有訴訟實施權之情形。所以不生同一訴訟實施權由不同之人爲行使之現象，從而亦不生破產管理人之訴訟實施權受破產人排斥之問題。但債權人之訴訟實施權，却有受債務人行使其訴訟實施權而排斥之現象。故在結論上，不能如同第二說

及第三說直接將民事訴訟法第四〇一條第二項之既判力擴張規定，亦同時用以作為解釋債權人代位訴訟實施權之論據，蓋債權人與債務人之間，就代位權之有無問題為觀察時，其利害並非一致，所以債權人代位權訴訟之判決，其既判力並非如同破產管理人與破產人間之關係可及於債務人。論者將債權人之訴訟實施權與破產管理人之訴訟實施權在性質上同視，此乃觀察上之錯誤。

債務人既已行使其對第三債務人之權利，且該權利之歸屬概歸債務人，債權人於實體法上即無與債務人競爭行使其權利之必要。何況對於債權人最重要之事項，於此際，應係債權人應設法對債務人取得執行名義之問題，因為對於第三債務人之權利已由債務人行使，債權人不虞其權利無受保全之情形。第二說及第三說將債務人之起訴排斥，此種結論，個人無法贊同。再說以債務人怠於行使權利作為債權人代位權行使之要件，由於債務人之起訴行使權利而不具備，債權人之訴訟實施權在實體上已失其依據，債權人之訴訟已無繼續進行之理由。更何況，若債務人對於債權人就其所負對債權人之債務有所爭論，或就所負遲延責任有無之事實發生爭執之情形，債務人豈能容許債權人代位行使其對第三債務人之權利而不許債務人自己行使權利？第二說及第三說之結論係喧賓奪主之理論，其說不足採。自第四說之說理為觀察，其說忽略：為訴訟標的之權利，如於實際上係同一權利時，即使因債權人有訴訟實施權而起訴，其訴訟與債務人起訴之訴訟，在學理上對同一被告而言，均為同一權利而起訴之情形。蓋債權人所行使之權利與債務人所行使之權利，其內容相同也。若允許債權人與債務人同時並存對第三債務人行使同一權利而進行二重訴訟，第三債務人將受不當之應訴損害。更何況就同一權利，對第三債務人言之，僅有一次給付義務，何以應受雙重之給付判決？就債權人之保全利益及

第三人債務人之利益，兩者比較以觀，應以保護第三債務人爲重，不應偏重於保護債權人而加害第三債務人也。可知第四說認債權人之訴訟與債務人之訴訟係各別不同之訴訟，其觀察並非正確。其說所論兩訴訟可同時並存及雙重判決之結果，亦不足採。

在結論上應認爲，債務人可於第二審最後言詞辯論終結前，獨立對第三債務人起訴，而且債務人之訴訟有排除債權人代位權訴訟之效力，兩訴訟不能同時並存，亦無同時允許爲雙重判決之理由也。法院於此種情形，應將債權人之訴訟以不合法駁回之。

(三)債權人對第三債務人提起之訴訟經判決確定時，其既判力是否及於債務人與其他債權人？對於此一問題，日本之學說及判例演變情形，值得參考，應先觀察日本之學說及判例情形，最後再表明管見。

1. 日本之學說內容及其演變

第一說謂，判決僅於訴訟當事人之間發生既判力，所以債權人代位訴訟之判決，僅於債權人與第三債務人之間有效力，債務人及其他第三債權人，除因參加訴訟，不得對抗其所輔助之當事人之外，不受該訴訟結果之拘束，此乃因爲判決既判力之相對性使然。日本大正十一年八月三十日大審院判例民集第一卷第五〇七頁，即採此見解而成爲當時之日本通說（註一）。我國民法學者胡長清，亦採此說（註二）。

第二說認爲，債權人代位權訴訟之判決，其既判力除債權人及第三債務人應受拘束外，對於債務人亦有效力。此說起於民事訴訟法學者兼子一對於昭和年間大判昭和十四年五月十六日民集第一八卷第九號第五五七頁之判例評釋。兼子一於該判例評釋中贊同大審院見解，

認爲債權人提起代位權訴訟之後，債務人不得於其訴訟中另行起訴。從而進一步認爲債務人應爲債權人代位訴訟之判決拘束。依兼子一之說明，債權人代位訴訟屬於法定訴訟擔當之一種情形，債權人行使代位權進行訴訟，實乃訴訟擔當之當事人行使訴訟實施權，依日本民事訴訟法第二〇一條第二項規定（相當於我國民事訴訟法第四〇一條第二項規定），債權人代位訴訟之判決結果，效力當然及於債務人，昔日之通說實乃不知有民事訴訟法第二〇一條第二項規定存在而發生之見解。又於實體法上，由於債權人代位行使債務人權利之效果概歸債務人，所以始稱謂行使債務人權利。於訴訟上提起債權人代位權訴訟，如亦具有行使債務人權利之意義，必須其訴訟之效果亦能及於債務人始足當之，若訴訟效果不及於債務人，則不能謂有行使債務人之權利。再說，債權人於訴訟外代位行使債務人權利之結果，無論對債務人是否不利，在解釋上其權利行使效果既然概歸債務人，於訴訟上債權人代位行使債務人權利之結果，亦應作相同之認定，不能認爲債權人敗訴結果使歸債務人是苛酷的，因而否定判決效力可及於債務人。債權人之敗訴，如係因未盡善良管理人之注意義務所致者，債務人儘可向債權人請求損害賠償爲補救，但債權人敗訴之效力仍然應及於債務人。又自第三債務人之立場視之，若債權人代位訴訟結果不能拘束債務人，債務人勢必一再起訴，第三債務人亦必一再被迫而應訴，其地位不能安定，對於第三債務人之保護不週（註三）。

自從兼子一之學說出現以後，日本學者無論爲民法學者或民事訴訟法學者，紛紜從同因而成爲日本學者現在之通說。不久，大審院昭和十五年三月十五日民集第十九卷第八號第五八六頁判例開始改變昔日之見解，改從兼子一之學說，肯定債權人代位訴訟之判決，有民事訴訟法第二〇一條第二項之適用，債務人應受其判決既判力之拘束（

註四)。

我國民法學者史尚寬，於債法總論中冊第四五四頁，採取兼子一之學說見解。民事訴訟法學者姚瑞光，於民事訴訟法論第四二四頁，王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法論五一六頁，均採兼子一之理論。

第三說認為，債權人代位訴訟，若債權人獲勝訴判決者，其既判力及於債務人，若遭敗訴判決者，既判力不及於債務人(註五)。

昔日主張此說之學者認為，債權人代位權係為保全其債權而存在，所以債權人代位行使債務人權利，僅能於可增加債務人財產之場合始得為之，不能如同破產管理人對破產財團行使管理處分權情形，得酌量各種情況而行使之。債權人代位行使債務人之權利，既然並非無限制，其訴訟結果之判決既判力，亦不能如同對破產人之情形，得毫無限制對債務人發生效力。所以債權人代位訴訟之判決既判力，僅於債權人勝訴之場合始及於債務人，於債權人敗訴情形，其既判力不及於債務人，從而債務人得更行起訴。何況，於實際上有關訴訟之有力證據多在債務人之手，債權人多因無有力證據而遭敗訴判決，若於此種敗訴情形，亦要求債務人受該判決既判力之拘束，未免對債務人太苛酷(註六)。

日本戰後，於一九六五年，民事訴訟法學者三ヶ月章，開始對於兼子一之現在通說表示對立態度(註七)。三ヶ月章主張，債權人代位訴訟遭敗訴判決之情形，其既判力不及於債務人，僅於債權人其判決獲勝訴時，既判力始能及於債務人。三ヶ月章之見解主要論據有二，第一為基於比較法制度之觀察，第二為基於公平之理由。三ヶ月章認為，債權人代位權制度係法國民法之產物，此制度為德國民法所無