

民事訴訟法研究會

民事訴訟法之研討 (三)



翻印必究

中華民國七十九年八月初版

中華民國八十二年三月再版

民事訴訟法之研討（三）

平裝定價新臺幣伍佰元整

精裝定價新臺幣陸佰元整

發行人 財團法人 民事訴訟法研究基金會
（民事訴訟法研究會）

著作人 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）

總經理 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（西元一九八〇年）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。

為防免資料散佚，特將上開研討紀錄，依次輯為單行本，公諸於世。本書收錄第二十五次至第三十五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，命名為「民事訴訟法之研討(三)」至於以前各次研討紀錄，已於民國七十五年十月將第一次至第十三次研討紀錄輯為「民事訴訟法之研討(一)」；繼於民國七十六年九月將第十四次至第二十四次研討紀錄輯為「民事訴訟法之研討(二)」分別出書。

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，則承林望民、楊碧惠、邱璿如、沈冠伶、王皇玉、蔣廣書、葉晉源、詹駿鴻、張在增、邱瀚模諸君之協助，特併此誌謝。

民事訴訟法研究會

民國七十九年八月
於臺北市

民事訴訟法之研討(三)

目 錄

中美反訴制度之比較·····	駱永家·····	1
不作爲請求之特定·····	陳石獅·····	39
非法人團體之權利能力論·····	陳榮宗·····	89
不必要證據之處理程序問題·····	曹鴻蘭·····	197
重疊（競合）訴之合併與選擇訴之合併·····	楊建華·····	253
自由順序主義之檢討·····	王甲乙·····	331
中共法院民事判決之承認與執行問題·····	張特生·····	395
簡易訴訟程序之研究·····	史錫恩·····	463
訴之變更追加之研究·····	范光群·····	537
當事人本人供述之功能		
——著重於闡論其思想背景之變遷·····	邱聯恭·····	615
民事調解之效力·····	陳計男·····	687
※附錄：「民事訴訟法之研討(一)」及「民事訴訟法之研討(二)」之目錄		

訴
訟
學
研
究

PDG

中美反訴制度之比較

駱 永 家 等



研 討 次 別：民訴法研究會第二十五次研討紀錄

報 告 人：駱永家

時 間：民國七十六年三月八日上午九時至十二時

地 點：司法官訓練所

主 持 人：楊建華

參 加 討 論 人：陳榮宗 王甲乙 陳計男 陳石獅

范光群 曹鴻蘭 邱聯恭 史錫恩

楊建華 （依發言先後序）

紀 錄：陳瑞進 涂秀蕊

壹、序說

貳、美國法上反訴制度之特點

參、我國法上反訴制度之特點

肆、兩者之比較

伍、結語

楊建華：

駱教授、諸位教授先生，今天是我第三輪次第四次的研討會，輪到駱永家教授報告，駱教授選的題目是「中美反訴制度之比較」。大家知道美國民事訴訟制度和大陸法系的民事訴訟制度不完全相同，但是其中亦不乏可供我們參考的，關於集體訴訟、交互訴訟、第三人訴訟及反訴制度等，是可以提供我們立法上的參考，駱先生今天選了這個題目加以分析研究，相信對我國民事訴訟制度的改進，一定有很大的收穫。現在不耽擱時間，請駱教授報告。

一、序 說

駱永家：

謝謝楊先生剛才的介紹，今天是輪到我報告中美反訴制度之比較，我國民事訴訟法或者是日本民事訴訟法大部分都是繼受歐陸法，較少從英美法引進新制度，學者們對於大陸法系如德國之民事訴訟法的研究較多，而對英美民事訴訟法的研究起步也較晚，戰後才有較多的學者對美國的民事訴訟法加以研究，想作一個比較或想辦法引進他們制度上的優點。國內雖然也有英美法的課程，也許有些學校有開美國民事訴訟法這門課，但教的人本身對我國民事訴訟法未必肯作較深刻的探討，所以直到目前也很少有人就這兩個國家的民事訴訟法作一個比較，而一般讀法律的人對於美國法律素來比較不去注意，所以今天就選了這個題目。這題目也是我近幾年來去探討美國民事訴訟法的一個初步成果，倒不敢講是有很好的成果，也許我在整個研究英美法過程當中的一個中間報告，希望各位多多指教。

首先，讓我先說明為什麼要有反訴制度，舉個例子來講，A開的車和B開的車兩車相撞，互相主張對方有過失而自己沒有過失，如果

A先提起本訴告B請求損害賠償時，假設B欲主張A才有過失而B無過失，反向A請求損害賠償時，如不能以反訴的方式來提起，而須以別訴、另外一個單獨的訴、也就是本訴的方式提起，各位想想看，這是同一個交通事故，如果當場有人看到，看到的也就是那幾個人，如將分別提起兩個各別獨立的訴訟，則法院對於有否車禍發生這個事實及那一方有過失或雙方均有過失等，必須分別在兩個訴訟中都加以審理，而在各別的訴訟中審理這些相同的事實的法官未必是同一個法官（獨任制時）或同三個法官（合議制時），如此一來，不同的法院就同一件事實須重複審理、重複調查證據、重複傳訊證人，同一證人出現於法院的次數增加，這件訴訟他須要出來作證，那件訴訟他也須要出來作證，會增加證人的麻煩，當事人亦然，你告我的時候我得出庭，我告你的時候你也得出庭，當事人麻煩法官也麻煩。

剛才說到如果把它當作兩個個別的訴訟來審理的話，審理的法官又可能是不同的人，於是乎就證據的評價便會有高低，因為是自由心證，證據價值由法官自由衡量，有的法官分數打得嚴一點、有的法官分數打得寬一點也有可能，萬一證人在這個地方講的話和在那案件講的話又不一樣的話，也可能影響到法官的心證，如此一來就同一個事實的事實認定可能會有出入，兩個判決也就可能會有抵觸，縱使證人講的話完全一樣，法官的評價也可能會不一樣，也有發生裁判矛盾的可能性。因此，如果没有反訴制度的話，由前述檢討的結果，可知會導致審理的重覆、訴訟不經濟、甚至於有發生判決抵觸矛盾的可能性，因而須有此種反訴制度較為方便，A告B的時候B可以利用本訴訟的程序提起反訴來告A，本訴和反訴合併審理，將來也可以合併裁判，同一法官（獨任制）或同三個法官（合議庭）來審理判決，當事人及證人祇要在同一個訴訟裡頭出現即可，不要兩次、兩地跑，由同一

法官或同三個法官就本訴和反訴下判決，也不至於在本訴和反訴間的事實認定及判決上發生互相牴觸矛盾，此乃反訴制度之優點也是其制度上的意義之所在。

二、美國法上反訴制度之特點

接著要說明美國法上的反訴制度，也許就是今天的重點所在。美國法當然是非常複雜，不是說一個人花兩三年三四年就可以研究得很徹底，在座也有到美國留學過的，我想他也會同意我這句話才對。美國法律的複雜、龐雜，不是去那邊研究一兩年、兩三年或者四五年甚至於拿得一個博士學位就一定能夠研究得很徹底的。我在這裡只是作一個中間報告，在說明之前我們先要了解，美國法律有所謂聯邦法和各州的州法，以民事訴訟法言，聯邦有一個統一的民事訴訟規則外，各州還有自己州的民事訴訟法或民事訴訟規則，因此說美國法上的制度如何如何，須先要有個觀念：你講的是美國的聯邦法、還是某一州或它們大體上共同的規定，不可以偏概全，如果是完全沒有受到美國法薰陶的人，可能會以為美國跟我們單一國如中華民國、日本一樣，全國的法律都是同一的，其實不然，他有兩個系統，有聯邦法及各州法，我們今天所要講的主要的是聯邦法以及有一部分的州所採取的制度、有一部分的州模仿聯邦法所採用的制度，而不是說各州都是如此，這是一個準備知識，先向各位說明。

談到美國聯邦州法，以及若干州的州法上之反訴制度，特點就是它有強制反訴（compulsory counterclaim）和任意反訴（permissive counterclaim）的區別，二者如何區別呢？它說如果本訴被告的請求與本訴原告的那個請求、那個訴訟的訴訟標的由來於同一的交易（transaction）、同一的行為、或者是同一的事件（occurrence）的話，被

告對原告的請求，就必須以反訴的方式提起，不能以他訴、別訴、獨立的訴的方式來提起，此即所謂強制反訴。強制反訴以外的，就是說本訴被告對本訴原告他有一個請求、有一個權利、或有一個債權，但是他請求的這個債權和本訴原告對本訴被告的這個請求，不是出自於同一的行為或同一的事故時，本訴被告對本訴原告也可以以反訴的方式來提起，但也可以不以反訴而以別訴、獨立之訴的方式來提起。本訴被告對原告所採的反訴不是出自於同一行為、交易或事故的時候，就可以這樣子，這個是強制反訴和任意反訴的區別。最後一點，如果是屬於強制反訴，在本訴繫屬中固然不可以他訴方式來提起，如果在本訴繫屬中沒有提起，本訴被告對本訴原告的這個權利或請求以後就不能夠再主張，以後不能夠再提起訴訟，也就是說等於失權，強迫著你要利用本訴訟的程序來提起訴訟，你不能另起爐灶提起別訴，你也不能在本訴終結以後再慢條斯理、珊珊來遲再來主張，有這一個失權的效力，我認為這是美國法上反訴制度的特色。

第二點，在美國法上對反訴可以提起反訴，它是明文也是判例上所承認的，原告對被告提起一個本訴，被告對原告提起一個反訴，原告再對被告即本訴被告提起一個反訴的反訴是可以的。我國民事訴訟法上明文規定說對於反訴不得再行提起反訴，關於此點，國內學者可以分為兩派，有一派說對於反訴不可以提起反訴，有一派主張說對反訴還可提起反訴，這一派說我國之反訴要限於有牽連關係才可，因而對反訴提起反訴也不會引起太大的問題，有這兩種不同見解。但在美國法上，對於反訴可以提反訴，明文規定、實務上也是如此，沒有什麼爭論，此點也和我們條文上規定有不同之處，值得注意。

第三點，就是說如果是屬於強制反訴，當事人沒有以反訴方式提起而以他訴方式提起的話，此時法院可命將這兩訴合併審理、合併裁

判，當事人也可以變更為以反訴方式來提起，使兩個訴訟能儘量合在一起審理，這一點和我們有若干不同的地方。我們教科書上說反訴是什麼呢？它是本訴被告對本訴原告所提起的，共同當事人間不能提起反訴即共同原告間共同被告間不能提起反訴，在美國法上，反訴固然是被告對原告提起，這一點沒錯，但在們他法律上面，共同原告間可以提起訴訟，共同被告間也可以提起訴訟，譬如說X告Y1、Y2，Y1、Y2之間可以再互相提起訴訟，這在我國法上是看不到的，這就是所謂的交互訴訟或交叉訴訟（cross claim）。

其次談到另外一個美國法上的特點，要講到這個特點以前先要有一個交代，在美國法上有所謂第三當事人訴訟（Third party practice），譬如說X到Y所開設之餐廳吃了罐裝火腿肉，以致健康受到損害，X乃告Y，在訴訟繫屬中，Y可以把製造或販賣該罐頭之A引進來，亦即可以告A，這時候Y是本訴被告及第三當事人訴訟的原告，A為第三當事人訴訟的被告。這個第三當事人訴訟Y告A，其請求須本於X對Y之請求之同一事件才可以，不是亂七八糟地引進，A這個第三當事人訴訟的被告可以對Y提起反訴，第三當事人被告A也可以對X提起反訴。

三、我國法上反訴制度之特點

以上是簡單地說明美國民事訴訟法上反訴制度的特點，接著談我國民事訴訟法上反訴的特點：我國民事訴訟法第二六〇條規定，反訴標的要與本訴標的或其防禦方法相牽連才可以提起，有這麼一個限制，如果沒有相牽連的話就不能提起。所謂反訴標的與本訴標的相牽連者，譬如說對離婚的本訴提起離婚的反訴，由於係同一婚姻關係，其相牽連即可理解，又如原告對被告提起確認甲地所有權之訴，本訴被

告對本訴原告提起就同一土地確認租賃權存在之訴。所謂反訴標的和
本訴防禦方法相牽連者，例如X告Y請求返還手錶，Y是修理手錶的
老闆，說你修理費不給我我手錶不還給你，主張有留置權而提出抗辯
，同時他又提起反訴請求給付修理費，即該留置權所擔保的修理費，
須有這種牽連關係才可以提起反訴，若無牽連關係就不能夠提起反訴
，此為我國法上反訴制度的第一個特點。

第二點，在我國法上條文規定對於反訴不能再提起反訴，這個剛
才我已經說過。

第三點，在我國法上於本訴訟中固然也可以合併審理或合併裁判
，但是不強調合併審理合併裁判，它規定說本訴及反訴得為分別辯論
（民事訴訟法第二〇四條）、可以先就本訴或反訴為一部判決（同法
第三八二條）。我們知道如果分別辯論或分別判決時，將來判決確定
的時間不一樣，一個上訴一個沒有或上訴移審的時間早晚不一，一個
在第二審一個在第一審，將來即使都在第二審，第二審審理這兩個訴
訟的法官也不一定一樣，若一部判決則又可能導致判決的牴觸矛盾，
本來反訴制度的目的，就是要達到訴訟經濟避免裁判矛盾，若分別辯
論分別裁判、先下一部判決，這樣確定的時間不一樣、移審的範圍、
時間也不同，同樣又會導致判決的矛盾、訴訟不經濟，而這兩個條文
是這麼樣子規定的。大家知道我國民事訴訟法上的反訴，限於有牽連關
係才可以，沒有牽連關係的不可以，不像美國permissive counterclaim沒
有牽連關係的也可以提起。沒有牽連關係為分別辯論分別裁判我們當
然可以了解，如果先在前提上限於有牽連關係的才可以提起反訴，卻
又分別辯論分別裁判，是不是將來又會導致訴訟不經濟、是不是又會
導致裁判矛盾呢？殊值探討。

再者，我們剛才說過，我國法上沒有交互訴訟的制度，也沒有第

三當事人訴訟制度，所以沒有由共同訴訟人間彼此提起的訴訟，也沒有由第三當事人被告提起的反訴。

四、兩者之比較

由以上的說明，如果我們就兩個國家的反訴制度來做一個比較的話，可分述如下：

第一點，我國法上沒有強制反訴和任意反訴的區別，我國法上的反訴限於有牽連關係，也就是說祇有美國法上的強制反訴的情形才可以在我國提起反訴，但我們不叫做強制反訴，沒有牽連關係的則不能提起。

第二點，我國法上的反訴通通屬於任意反訴，雖然限於有牽連關係，但是被告要否提起反訴任其自由，你提也好不提也好，不提也可以等到本訴訟終結以後再提，即原告對被告有一個請求，被告對原告有一個請求，而又有牽連關係的也不一定要以反訴的方式來提起，以他訴的方式來提起也可以，此與美國法上凡有牽連關係的話就一定須以反訴提起，而且原則上要合併辯論合併裁判，你不提的話嗣後不能再主張，我國法上本訴與反訴不太強調合併辯論合併裁判，二者有很大的區別。

五、結語

為想早一點聽聽各位寶貴的意見，茲作結語如下：在美國法上，不僅要求本訴訟原被告間有牽連關係的糾紛，一定要在同一程序裡解決，就是沒有牽連關係的請求，也可以順便利用本訴訟程序來提起反訴，現在既然X告了Y，那麼Y對X如有與本訴有牽連關係的請求則一定要利用本訴訟程序告Y。沒有牽連關係的，既然將來也得跑法院

，那麼爲什麼不能利用本訴訟程序來告X，要跑法院就作一次跑。如果沒有牽連關係的不能作一次跑的話，那麼Y應付本訴訟的時候我得跑法院，以後Y要告X，須另以他訴提起，甚爲不便，故就兩造當事人間所有的糾紛，如果當事人願意，即可利用同一程序起訴解決。不僅如此，若XY之外還有另外的第三人A牽進糾紛裡頭，亦即是在多角化的糾紛之情形，可於本程序將第三人引進來，而該第三人可能也對反訴被告有請求要主張，也可利用該一程序爲之，而本訴原告X也可能對第三當事人A有請求要主張，亦可利用此訴訟程序爲之，所以此三人間的很多糾紛，特別是有牽連關係的糾紛，甚至於沒有牽連關係的糾紛，都可以在這個程序裡面來解決。

由此看來，這涉及一個訴訟功能的問題。如果沒有訴之客觀合併，沒有訴之主觀合併的制度，這是最單純的，只能由一個原告告一個被告，能夠解決的紛爭就是一個，後來有訴之客觀合併，例如X、Y間的幾個糾紛就可以湊起來一併起訴，解決紛爭的功能就較大，另有訴之主體的多數之諸制度出現，例如有共同訴訟，則X1、X2、X3和Y1、Y2、Y3間的糾紛，就可以以一個判決來解決，不僅如此，現在尚可利用本程序把第三人引進來，在你告我我告你當中，將該三面、三重的糾紛在同一程序予以解決，這樣子將來判決下來，解決紛爭的功能就很大，有這種多角性糾紛在，你不能矇起眼睛來說沒有這種複雜的糾紛在。要是不能利用同一訴訟程序，各別告各別下判決，各該判決所能夠解決紛爭的功能便很小。以電腦的發展爲比喻，電腦剛發明時其處理能力低，其後其處理功能漸漸提高，發展到今日所謂超級電腦，訴訟也是這樣子，本來幾百年前，一個訴訟所能解決的功能祇有一點點，只能由一個原告對一個被告就一個請求提起訴訟，情況很單純，但是工商業社會發達以後，糾紛複雜化，有公害、消費者保護

、商品瑕疵責任等等問題出現，如此複雜之實體權利的糾纏，如限制只能個別的利用一個一個訴訟來解決，則訴訟解決紛爭的功能很少，如能利用同一訴訟程序來解決，則訴訟解決糾紛的功能較大。

法律是一種社會規範，法律制度的產生有其歷史背景、社會背景、思潮背景隱藏在後面，法律制度並非孤立於社會歷史之外，亦非孤立於思潮之外，訴訟法規不是純粹的一種技術法規而已，而是隱藏著歷史、社會及思潮的背景。今天不想提出我個人主觀的主張或見解如何，我祇是將客觀上兩個國家的反訴制度作一個客觀的報告，請各位多多指教，謝謝各位。

【討 論】

楊建華：

謝詒駱教授就中美反訴制度之比較，提出非常精要的報告，他講到反訴制度，也牽涉到交互訴訟及第三人訴訟的問題。今天未到會的張教授特生，因有事到高雄去不能來參加，要我向大家致歉。聽完駱教授精闢的報告，現在就請各位發言。

陳榮宗：

駱先生的這個報告，在台灣來講可說是很有參考價值的一個報告，很感謝他。關於此一問題，我翻了一些文獻，在日本研究的也很少，我看到一篇論文和駱先生提出的一樣，最近就很少見著。關於今天的報告，我祇是利用駱先生報告的這個機會，提供我所知道的一些反訴有關制度或法律見解來作參考，並沒有什麼批判性的問題。

第一個是強制反訴的問題，也就是美國聯邦民事訴訟法第一三條規定的制度。我們固然無此制度，但如民事訴訟法第五七二、五七三條之規定，在婚姻事件訴訟中就同一婚姻關係，也可以撤銷婚姻、離

婚等等，如果被告也要解消婚姻關係或對方要求離婚而被告也可要求離婚這一類的情形，若不利用反訴的機會來提起的話，將來一旦下判決，有可能就沒有機會再主張。在像原告提起離婚、被告也主張其有權利離婚等這一類問題，法律效果上，會造成本來應可以另外獨立起訴的，若不利用反訴的機會，會造成沒有機會的結果，由此以觀，雖然並非強制你一定要提起反訴，但你可以利用該機會好好提起而不提起的話，將來就有可能遭受不利的命運，從以後沒辦法再有獨立起訴機會這一點來看，也有類似於強制效果的一面，如果不利用的話就會有不利的效果，這個是我個人所想到的一點。駱先生寫過一篇離婚之訴的反訴有關的論文，該文中就有類似於此的問題。

第二個就是牽連的問題。反訴制度如果從立法制度來看，可以說幾百年前都有，祇是成為條文的制度在立法例上曾經有過兩個制度，一個是說本訴和反訴於原因事實上不須有牽連關係，亦即任意的反訴，日本舊民事訴訟法即採此制度，後來日本新的民事訴訟法則改成須有牽連關係，故於制度上，有一種是任意反訴，可不必有牽連關係，另一種則一定要有牽連關係，有這樣子不同的立法例。關於立法的得失利弊，限於時間無法作說明，惟可知牽連關係此一問題與立法制度的問題有關，有的認為有牽連關係可以省掉很多東西，有的認為不盡然，究竟如何，祇是提供大家作參考。

關於反訴制度，我國是規定在民事訴訟法第二五九、二六〇條，日本是規定在民事訴訟法第二三九條以下，德國則規定在民事訴訟法第三三條，當然其他地方也有，但主要的是第三三條。

第三點，我想特別強調此點，是有關反訴當事人擴張的問題。因為最近寫了一篇論文，和駱先生的報告也有一點關係，所以趁此機會講一講，大概下星期可交給雜誌社發表，為什麼拿它當題目寫了這篇

論文呢？那是因為見到最高法院六九年一月八日第一次民事庭會議決議的法律意見，覺得有很大的問題，因此動筆寫了這篇論文。最高法院上述決議所提的問題是說，本訴原告對本訴被告起訴之後，被告提起反訴，而提該反訴時除本訴原告外，還將另外的第三人也列為反訴原告，亦即反訴原告除原當事人外，另有第三人成為共同的反訴原告，就此種反訴是否合法的問題加以討論。結果有兩個見解，一個認為合法，一個認為不合法，決議採取認反訴不合法的見解，理由是說，反訴的提起僅限於原本訴被告與原告間，不能在原當事人外將第三人拉進來當作反訴原告、共同當事人或反訴被告，後來還請了幾個推事就此問題作研究，研究結果之補充說明也是主張說那樣的反訴不合法，我覺得它的說明很牽強，我願在此提供一個新的資料，很肯定的，德國這幾十年來最新的判例跟我國最高法院的上述解釋剛剛相反，而且德國這幾十年來有很多人討論此一問題並討論得很徹底，結論也大多跟我們最高法院的見解相反，就是因為有這樣一個重大的變化，所以我覺得這些論文、法律見解都很值得介紹給國內來參考而寫了這篇論文。

據我所知，反訴當事人可以把第三人也當作當事人來提起反訴這個情形大概可以分為三種類型，第一種類型是在本訴原來的當事人之外，另加上第三人當作反訴原告或被告，亦即原來當事人再加上第三人作共同原告、共同被告的這一種反訴。第二種類型就是去掉原來的本訴原告，而由第三人來作反訴被告，亦即由反訴原告以原當事人以外的第三人當作反訴被告、不包含原來之本訴原告的這種類型。最後一種類型，是與此相反的、反訴原告不包含原本訴被告、而以第三人當作反訴原告的類型。德國聯邦最高法院，就第三人成為反訴當事人的此種情形，認為第一種類型的反訴合法，第二、三種類型則認為不