

民事訴訟法研究會

民事訴訟法之研討 (一)



新學
社
PDG

翻印必究

中華民國七十五年十月出版
中華民國八十二年十一月五版

民事訴訟法之研討（一）

平裝定價新臺幣叁佰元整

精裝定價新臺幣肆佰元整

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 陳 珊 李學燈 姚瑞光 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。本書收錄第一次及第三次至第十三次研討紀錄共十二篇次（因錄音失誤，第二次研討紀錄未經作成），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(一)」以後各次研討紀錄，當適時陸續編輯出書。

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，則承許士宦、呂銘華、洪永毅、陳世杰、黃憲男、方錫勳、陳箐、陳美女、陳賢哲諸君之協助，特併此誌謝。

民事訴訟法研究會

七十五年十月

於臺北市

民事訴訟法之研討(一)

目 錄

法院裁定有無既判力·····	陳榮宗·····	1
突襲性裁判·····	邱聯恭·····	27
民事第三審上訴制度之檢討·····	陳計男·····	63
離婚之本訴與反訴·····	駱永家·····	111
訴訟標的外的和解·····	陳石獅·····	135
預備訴之合併在實務上值得研討的幾個問題·····	楊建華·····	175
民事訴訟法當事人能力問題·····	張特生·····	211
類似必要共同訴訟問題之研究·····	姚瑞光·····	255
第三審上訴理由之表明·····	陳 珊·····	289
民事訴訟審理方式之檢討·····	邱聯恭·····	333
——從審理集中化方案論如何加強事實審功能——		
假執行宣告失效與回復原狀損害賠償·····	陳計男·····	393
判決之更正·····	范光群·····	439

鄧平舫學
PDG

民事訴訟法之研討(一)

目 錄

法院裁定有無既判力·····	陳榮宗·····	1
突襲性裁判·····	邱聯恭·····	27
民事第三審上訴制度之檢討·····	陳計男·····	63
離婚之本訴與反訴·····	駱永家·····	111
訴訟標的外的和解·····	陳石獅·····	135
預備訴之合併在實務上值得研討的幾個問題·····	楊建華·····	175
民事訴訟法當事人能力問題·····	張特生·····	211
類似必要共同訴訟問題之研究·····	姚瑞光·····	255
第三審上訴理由之表明·····	陳 珊·····	289
民事訴訟審理方式之檢討·····	邱聯恭·····	333
——從審理集中化方案論如何加強事實審功能——		
假執行宣告失效與回復原狀損害賠償·····	陳計男·····	393
判決之更正·····	范光群·····	439

法院裁定有無既判力

陳 榮 宗 等

研 討 次 別：民訴法研究會第一次研討紀錄

報 告 人：陳 榮 宗

時 間：民國六十九年六月一日上午九時至十二時

地 點：臺大法學院研討室

主 持 人：陳 珊

參加討論人：陳計男 張特生 楊建華 陳石卿 范光群

邱聯恭 姚瑞光 駱永家 李學燈

(依發言先後序)

紀 錄：劉 志 鵬

壹、民事訴訟之裁判區分為判決與裁定，其目的何在？

貳、判決之效力是否強於裁定之效力？

參、確定判決有既判力，確定之裁定是否亦有既判力？

(一)法院對於實體問題之裁判，不論判決或裁定，均具既判力。

(二)非訟事件程序不以判決為裁判，而以裁定為裁判之理由。

肆、建議於非訟事件程序之裁定，如必須就實體問題為判斷始能正確之情形，其審理程序應於形式審理之外，兼採實體審理，避免鋸箭法之不當現象。

陳 璠：

今天是民事訴訟法研討會的第一次，我們討論的題目是，民事訴訟法（以下簡稱民訴法）上有關裁定之既判力的問題。這是陳榮宗教授的大作，這問題在此時此地有高度研究的價值。

裁定與判決都是裁判，裁判是司法機關的意思表示，裁判所處理的事務有訴訟上及訴訟以外的事務，訴訟上事務用判決來表示，也用裁定來表示，而訴訟以外的事務，只以裁定來表示，沒有以判決來表示。判決的目的在確定私權，因此在訴訟法上規定，凡有訟爭，就用判決，且爲了防止私權不能確定，因此在訴訟法上明定判決有確定力，其意思是說，一事只能一判，不能再判，假如再判的話，就失去判決的效力，因此確定力只有判決有之。至於裁定有無確定力，有研究的價值。

陳榮宗：

主席、各位先生、同學，今天在此作此法律座談會，由我來報告「裁定之既判力」的問題，兄弟有點感觸，面對着國內最有權威的民訴法界學者，令我十分惶恐。這種場面使我聯想起以往類似的經驗。第一次是我在慶應大學拿碩士學位時，面對着年紀高，學問深的學者，要發表自己研究的看法，接受許多意想不到之學理上的攻擊；第二次是在德國拿博士學位時，那種場面與今日特別類似，先由我講半小時後，再由在座教授，研究法學的專家發問，問題很不容易回答。

今天我發表這篇文章，可以說是對目前司法院解釋，最高法院的若干判例的挑戰。在此，我不擬重覆我的論文，而希望多接受各位的指教。

本來這個問題，很久以前在我授民訴法課程時，就已經有了問題意識，只是未決定執筆寫爲論文而已，等到我看到司法行政部所載之

六十六年十二月份花蓮地方法院司法座談會的記錄，才下決定寫這篇文章。該法律問題是，有一本票執票人已依非訟事件法第一百條程序，對發票人取得法院許可強制執行之確定裁定，後來又另行起訴請求發票人給付票款。發票人於訴訟中以執票人已得本票強制執行之裁定，沒有必要再提起訴訟作抗辯，法院應如何處理？該座談會中，大致有三種意見 ①依非訟事件法所作之裁定無既判力，不能與民訴法§400 §401 相提並論，故裁定確定後，法院亦可以重新審理②裁定、判決俱是法院的裁判，沒有區別其效力之必要③原告之訴與既判力無關，僅係原告權利保護要件的欠缺，逕予駁回即可。而司法行政部民事司的結論，則認為依非訟事件法所為裁定，無既判力，故本案的執票人可以另行起訴。綜歸本題目之問題重點計有下列各端：

第一，裁定有無既判力？

第二，判決效力是否真的比裁定強？換句話說，判決可推翻以前所作之裁定嗎？如果裁定之效力較判決遜色，那麼有個問題吾人無法理解，即在破產程序中，已依債權人、債務人之聲請而為破產裁定後，債務人可否另行再起訴，求得一勝訴判決，來推翻該裁定？這種權利保護的要求應否准許？

第三，如裁定效力較判決效力遜色，為何不全部改用判決？而且依非訟事件法所作者皆為裁定？

以上的問題，國內並無文獻可供參考，倒是德國 Rosenberg—Schwab 之民事訴訟法教科書提到「裁定並不是全部沒有既判力」，這句話給我很大的啓示。Baur 的書中也有類似的說明。隨後又參閱日文資料，也談到某些裁定有既判力。兄弟將司法院解釋，最高法院見解加以整理，從學理、訴訟經濟檢討後，發現有很多問題。在此我再把問題濃縮為：

- ①爲什麼依非訟事件法所爲之裁判，不用判決，而用裁定，立法用意何在？
- ②實務界認爲，當事人在非訟及其他裁定程序中，不得以實體理由作抗辯，這種見解理由何在？依據何在？
- ③司法院解釋，最高法院判例認爲法院作裁定時，不可就實體事項加以審理，其理由何在？
- ④最高法院五十九年臺抗字第三八七號判例云，聲請拍賣抵押物係屬非訟事件，依非訟事件法並無再審及準用民事訴訟法關於再審之規定，因此對聲請拍賣抵押物所爲之裁定，亦不得聲請再審。此判例頗有值得檢討的地方。

上述法律問題我已於法學叢刊第九十七期發表，在此不準備重覆其內容。以下我僅簡述結論：

- ①法院依法所作之裁定確定後，是否有既判力？本問題應考慮該裁定是否針對當事人間之實體法關係而發。假如裁定之客體是以實體法關係爲內容時，該裁定就有既判力，故當事人就不可另行起訴；如裁定不以實體法關係爲內容，則無既判力。換言之，裁定有無既判力，與該裁定是經非訟程序抑或經民訴程序所爲，無必然之關係。
- ②否定裁定有既判力者，以爲在非訟事件中因法院不採言詞辯論之故，若冒然承認裁定有既判力，會損害當事人之審級利益，這種看法不妥當。
- ③司法院及最高法院認爲，法院依非訟事件法爲裁定時，僅得從形式審查，而不得爲實體審查，這種見解實無任何明文根據，僅係該等院之一種見解而已。若遵循該等院之見解，會造成訴訟不經濟，爲了使非訟事件能更合理，這種見解應有所改變！

- ④如法院之裁定以實體為內容而有既判力時，雖然非訟事件法未明文規定有再審程序之準用，但仍應解釋為，對非訟事件之確定裁定，得聲請再審。

〔討 論〕

陳計男：

陳教授的大作（以下簡稱陳文）提到，法院就實體關係所為之裁定，應有既判力，陳文中也提到本票裁定強制執行的問題，均有深刻的見解。不過依非訟事件法，裁定後二十日內當事人未提起抗告者，該裁定就確定了，那為什麼又可提起確認之訴呢？此是否立法者明文否認裁定有既判力呢？

陳榮宗：

非訟事件法第一百零一條規定，裁定後二十日不變期間內，可提起確認之訴，此條與普通裁定只有十日抗告之不變期間，兩者相對以觀，應可視為是一特別規定，此乃因若不允許抗告，則對發票人而言很嚴重，故立法者乃特予延長十日，故不可拿該條來否定裁定有既判力。

張特生：

首先對陳教授具有敢向司法院、最高法院權威挑戰的勇氣，表示敬佩。

我的看法是，能否將裁定有無既判力加以普遍化generalization？是有疑問的。如單就民訴法第五百二十一條之支付命令而論，因法律有明文規定其有既判力固無疑義，但可否就因此認為其他裁定都有既判力？則殊成問題。

再者如陳文中所論，就非訟程序之爭執事項所為之裁定有既判力

，而程序事項之裁定都無既判力，這樣的結論本身是值得商榷的。比如說宣告破產、許可和解或認可和解條件之裁定，像這類的裁定，只對債務人之財產為總的清算，或債權人之債權為總的強制執行，使債權得以滿足，這些都屬程序性之裁定，同時亦多為就當事人有爭執之事項所為裁定，如謂其有既判力，則究竟是對應否宣告破產或應否和解有既判力，還是對債權債務之法律關係有既判力？亦是個問題，當然，在理論上說絕對不是對當事人間之債權債務關係有既判力。另外，陳文就本票之裁定認有既判力，我不同意。因為非訟事件本來的目的在追求迅速，若還要就其本票債權是否存在，本票是否有偽造、變造情事，或債權已否清償等實體關係為審查。則與訴訟程序無異，那就有違反非訟程序之目的了。因此我的結論是應就個別情形認定，不可概括地說裁定有無既判力。

又如承認裁定有既判力，則既判力之人、時、物的範圍如何認定？亦有待探討，就物的範圍而論，以破產事件為例，由於沒有訴訟標的，且表現在主文上的只「破產」二字，則是否可說聲請宣告破產人之債權存在？或其他法律關係因宣告破產之裁定而確定？均值探討。

陳榮宗：

一般人往往忽略非訟程序，這種看法是不對的，實際上非訟程序與民訴程序是平行的。

非訟事件的立法理由，依我看來約有以下幾點：

①沒有必要將所有的民事爭執完全交由民事訴訟程序為之。因為有時當事人對法律關係並無爭執，而僅因一時無力償還債務，像這樣的問題就有必要利用非訟程序。

②形式證據已存在之事件，例如票據或抵押等事件，除非當事人另有抗辯，否則用非訟程序。

③訴訟有「非訟化」的趨勢。爲求迅速解決問題，不將民事糾紛全交由法院進行訴訟，而用非訟事件之裁定來處理。非訟程序原則上不開言詞辯論，而只由法院依職權調查證據。例如督促程序是屬非訟事件，但並不因規定於民訴法，而就變成民訴事件。

公司重整也是依非訟方法處理。至於既判力的範圍，不論是由債權人債務人聲請宣告破產，該破產裁定的既判力應止於債務人有無破產原因，而不是債權人之債權範圍如何。同樣的，也不能籠統地說，破產法上債權人之債權數額都可因許可和解之裁定而具體確定。在此，我想反問一個問題，若將宣告破產改由判決爲之，則其既判力之範圍如何呢？我想應是與裁定作同樣的認定。

至於本票之執行名義，自可依其形式、表面證據作裁定，而勿庸要求法官去對當事人未抗辯之事項爲調查，我所要強調的是，於當事人有抗辯時，推事就應認真調查，不得拒絕調查，有時還要舉行言詞辯論。最後，判決之時的既判力既可認定，則裁定之時的既判力也無不可認定之理。

楊建華：

我的想法是確定私權之既判力，與同一事件裁判後不得再請求裁判，是否可以分別以觀呢？我國民事訴訟法第四百條規定：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，除法律別有規定外，當事人不得就該法律關係更行主張。」一般講判決之既判力，都是以此條作根據。爲什麼裁判確定以後不能夠更行起訴呢？因爲當事人已利用過國家所踐行之有關程序了。而所謂確定私權之請求，則是就當事人間實體法上之法律關係而言。因此在形式上不得更行請求裁判之程序事項，與確定私權之效力，是否可以分開以觀呢？剛才陳教授所講的也對，破

產事件既然已經爲破產裁定，且已確定，是不是還可以另一裁定說不破產？當然不能，那就是因爲此裁定已利用了國家所踐行的程序。可是有關實體法上私權之確定是否係另一問題，而應分別以觀？

本票之強制執行，法律規定以裁定爲之，當時立法據我了解，並不是因其簡單、迅速能確定私權，而是爲了提倡本票的使用，立法者並無以本票之強制執行事件較爲簡單，而以此程序確定私權之意。第二、關於非訟事件法上之本票強制執行，在該法公布後的幾次修訂，起草工作我都參加了，當時立法者的意思仍是以傳統的看法，認爲實體法上之法律爭執，應由民事訴訟程序來解決，不可依裁定程序來確定私權，所以才在非訟事件法第一百零一條規定，本票有偽造、變造之爭執時，應提起民事之確認之訴。另外公司法當時個人曾建議修正，關於公司法第二百九十九條第三項規定，就重整債權或股東權有實體上之爭執者，應由有爭執之利害關係人，另提起確認之訴，其立法意旨也是以確定私權關係應依民事訴訟程序較爲慎重，我的結論是，確定私權與同一事件經裁定後不得再爲同一裁定，應分別以觀。

至於本票強制執行之裁定有無既判力？我認爲是就已經聲請法院裁定過的事項，有其形式確定力，不得再聲請裁定。裁定有實質既判力者，常由於法律有明文規定，例如民訴法第五百二十一條規定，債務人對於支付命令未於法定期間提出異議者，支付命令與確定判決有同一的效力，但若是法律未有明定，是否當事人在實體法上的權利可因裁定確定而確定呢？果如此，將使非訟事件與訴訟事件很難分別。同時，非訟事件法上那些條文可準用民訴，是由該法明定，而民訴法第四百條並不在該法準用之列。

我認爲裁定有確定力，已受裁定之事項，不得再提請裁定。但當事人間實體上的爭執，恐怕還是屬民訴法上的問題，至少在現行法上

，對本票裁定強制執行事件，如果說已裁定過的事項，就不能再起訴，那麼非訟事件法第一百零一條之規定就無從解釋。

在我國現行法，理論上是否可認裁定有實質既判力，固尚待研究，而在訴訟法上之通說，則認為確定私權之請求，應經民事訴訟程序為之。陳教授之意見，立法論上固為值得研究之問題，不過在現行法上，關於裁定在實體法關係上有無既判力，我覺得十分值得商榷。

陳石麟：

個人原則上認為裁定可有既判力，不過這種看法，從立法論及司法論上應有不同之結果。

民訴法與非訟事件法都是用來解決私權上之糾紛。民訴這部機器，其發動及進行由當事人按鈕來決定，非訟事件之當事人按鈕發動後，程序上有些就不能由當事人來決定了。個人以為，沒有必要以這兩種機器之設計，結構有何不同，就論斷機器作出來之成果不同。

在立法論上我贊同裁定有既判力，但如是屬第三人也可以抗告之裁定，則其既判力之範圍就不限於當事人之間；不過既判力之範圍如何？仍有待整合。在司法論上，認定裁定是否有既判力，問題較多，不能僅僅以民訴法第五〇七條為理由，而普遍地認為所有的裁定都有既判力。

裁定程序與訴訟程序截然不同，在民訴法上是假定每個當事人對自己的權利都是最認真的，會採取最有利之攻擊防禦方法，此方式可使法院達到探討真實的目的。而在非訟事件程序，須爭取時間，無法讓當事人盡情攻擊防禦，而由法院依職權來探討真實；在爭取時間與探討真實之間，往往會犧牲真實。

在此，我認為在司法論上，認定裁定有無既判力，有必要界定其範圍。

范光群：

我有幾點看法，以下逐點說明之：

①在我個人看法，討論這個問題可分為兩個層次，一個是立法論，一個是司法論。如就立法論而言，當然可以不受現行法律規定的限制，從純理論的立場來批評現行法制是否妥當。如落在司法論上而言，似不宜純以立法論上之理由來批判司法論層次上之問題，陳文對此並未嚴格的把握此一分際。因此，有時以立法論來批評純屬司法論層次的問題。

②陳文大致上仍在討論現行實務對裁定有無既判力的看法，因此，我也以司法論的層次來討論這一問題。首先既判力，一般是以民訴法第四百條為依據。陳文中一再以督促程序中之支付命令有既判力，為根據來說明實體上之裁定，亦有既判力，但支付命令之與確定判決有同一效力，乃是特別例外之明文規定，能否據此推論在司法論上，其他有關實體關係之裁定都有既判力呢？個人以為尚值研究。督促程序之支付命令在基本上並未就有訟爭性之實質爭點予以判斷，若於發出支付命令後，債務人對之有異議時，支付命令就失其效力，此時就要回復到普通民事訴訟程序來處理。支付命令只有在債務人無爭議的情況下，始賦予與確定判決同一之效力。因此余以為民訴法第五百二十一條為一例外特別之規定，不能以之認為是裁定有既判力之根據。同理，訴訟上之和解及調解依同一道理，也不宜引為裁定有既判力之論據。

究竟在現行法制之下，立法者就裁定有無既判力這一問題是否作了處理呢？陳文引用本票裁定強制執行及非訟事件法第一百零一條之規定作說明，我則同意陳計男先生之見解，認為非訟事件法第一百零

一條正是立法者明文排斥本票裁定對於票款請求權是否存在此一實體上之爭點有既判力之根據，因如裁定有此既判力，就不能另行提起確認之訴來救濟，這似乎很明顯的事。

③陳文從歷史沿革談非訟事件，這點我未曾涉獵，僅就陳文拜讀。據陳文表示，本來非訟事件法只處理非訟事件，而後來因社會情況不同，有某些事件須要儘速處理，有些則是本來不致有訟爭性者，故也將之納入非訟事件法來處理。個人以爲，既判力必是對私權之存否及其範圍，經過慎重嚴正的法定程序予以審判確定後才賦與的。至於非訟事件，則是以簡明快速的方法解決問題，性質上本不宜就有爭執的實體上私權賦予既判力。以本票裁定而言，若於裁定後二十日內發票人無異議時，始發生相當強之執行力量。反之，若有訟爭，又要回到民訴程序，提起確認之訴，以爲實體上之解決，而原裁定之強制執行，應即停止，以待實體判決之結果。因此本票裁定強制執行事件在性質上可以說是借用非訟事件，在發票人無異議的情況下，以迅捷的程序賦予執行力而已，對於實體上之權利之存否，究尚未爲判斷，故不能說程序上借用的結果，就認爲裁定就票款債權之存否有既判力。

④法院所爲許可和解或認可和解之裁定有無既判力，陳文認爲一般以其有既判力，因爲如果沒有，那不服裁定之人就可以向法院起訴，就有無和解之原因重新爲辯論。這點我不太能理解，如果允許不服裁定之人起訴，則在現行法制之下能否提起確認之訴？如能提起，則其訴之聲明如何？訴訟標的如何？這些問題都與本題有重大的關聯，我認爲應先解決。

⑤陳文中謂裁定效力較判決遜色，我不以爲然。裁定有裁定要解