

國立政治大學法學叢書62

訴訟理論新思潮與實務

陳計男教授七秩華誕祝賀論文集

陳計男教授七秩華誕祝賀論文集編輯委員會



元照

國立政治大學法學叢書 62

訴訟理論新思潮與實務

陳計男教授七秩華誕祝賀論文集



元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

訴訟理論新思潮與實務：陳計男教授七秩華誕祝賀論文集／陳計男教授七秩華誕祝賀論文集編輯委員會主編．-- 初版．-- 臺北市：元照，2010. 12

面；公分

ISBN 978-986-255-087-8（精裝）

1.訴訟法 2.論述分析 3.文集

586.07

99019729

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

陳計男教授七秩華誕祝賀論文集

訴訟理論新思潮與實務

1D163GA

2010年12月 初版第1刷

主 編 陳計男教授七秩華誕祝賀論文集編輯委員會

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 620 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-087-8

感謝的話

歲月在不知不覺間飛逝，踰還曆之日已越三年。憶三年多前，許多好友、過去的同事及同學就發起出版對本人的祝賀論文集。個人以人生雖已虛度半個多世紀，卻無實行而盜虛聲，祝賀之事實愧不敢當。故而曾阻諸友好意，事情好像也停靜下來。不意好友、同學的熱心依然默默地在進行，還發動多位學者前輩、實務界及同學，惠賜鴻文，並組成委員會從事編輯。復得政治大學前法學院陳院長惠馨、現任方院長嘉麟及政大法學評論社諸老師的允諾及指導，東吳大學法學院多位教授的協助，元照出版公司慨諾出版，終使這本冊子能和大家見面。此對個人而言，意義極為重大，且係對畢生的鼓勵，日後更當努力，以不負大家的期待。對於賜稿的諸教授、好友，並藉此深表謝忱，對於參與編輯等工作的同學深表謝意！祝福 大家！

陳計男 敬上

2010年8月

編者序

自從在司法院開始工作起，即親眼看到陳大法官計男除釋憲案之工作外，幾乎每日致力於法律著作或專書之寫作，同時不忘學校之法學教育及參與相關領域之修法工作。

轉眼間，大家出國深造的出國深造，變換工作或場所的也各自分奔東西，然大法官持續研究與著書的習慣，十數年如一日未中斷，而每位曾在國外留學或正在留學的學生，相信也都幾乎曾受大法官之託，蒐集購買最新的法學參考書籍寄回台灣，供大法官著書參考，由此可見大法官對法學研究之認真與嚴謹。

四年前知大法官即將迎接古稀之年，曾受大法官照顧的學生們即積極主動提出要幫大法官出古稀祝賀論文之構想，以表示對大法官長年以來對司法之貢獻與法學豐富研究之敬意。然因故論文集之製作有所停頓，幸而去年由學界、司法實務界及行政實務界之成員再度組成編輯委員會，大家百忙之中抽空定期開會討論，決定大法官祝賀論文集之製作、邀稿名單，並分配工作內容，而專書之出版亦受到政治大學法律系與元照出版公司之大力支持。更令人高興的是受邀之學者、實務界大前輩

們均慷慨允諾，且一年來均配合編輯委員會及出版公司所要求之時程進度，終使因故延遲之祝賀論文集順利付梓出書。在此謹對所有參與之師長、編輯委員會委員及出版公司致上最深之感謝，並以此書向大法官致上最高之敬意。

編輯委員會

2010年10月

目 錄

感謝的話

編者序

◎民事訴訟篇

- 訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張……………許士宦… 3
- 主觀的舉證責任……………呂太郎… 45
- 占有物返還請求之當事人恆定與當事人追加——以最高法院九十四年度台抗字第八二八號裁定為楔……………黃國昌… 65
- 國際債務清理事件之撤銷訴訟……………沈冠伶… 101
- 由案例探討祭祀公業之當事人能力……………王聖惠… 143

◎行政訴訟篇

- 從財產權保障觀點論公用徵收之意義……………葉百修… 161
- 新行政訴訟法回顧——疑難案件評析……………劉鑫楨… 255
- 行政訴訟制度新展望……………藍獻林… 303
- 人事行政行為之暫時權利保護——以停、免職與職務調整競爭為重心……………陳正根… 319

- 行政程序中的社會權利實現——德國社會法地位回復請求權制度之形成初探……………邵惠玲… 357
- 具第三人效力行政處分之訴訟參加……………吳東都… 381

◎其 他

- 海上貨物運送人責任國際立法之重大變革及其比較……………楊仁壽… 405
- 再論婚生否認之訴……………林秀雄… 447
- 論「超級免責」——從「超級免責」角度出發看將來我國破產體制的全面發展……………鄭有為… 477

陳計男大法官簡歷

民事訴訟篇



- | | |
|--|-----|
| ◎訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與
判決效擴張 | 許士宦 |
| ◎主觀的舉證責任 | 呂太郎 |
| ◎占有物返還請求之當事人恆定與當事人追加
——以最高法院九十四年度台抗字第八二八號
裁定為楔 | 黃國昌 |
| ◎國際債務清理事件之撤銷訴訟 | 沈冠伶 |
| ◎由案例探討祭祀公業之當事人能力 | 王聖惠 |

訴訟繫屬中系爭物移轉之 當事人恆定與判決效擴張

許 士 宦**

目 次

壹、緒 言

貳、訴訟繫屬中系爭物移轉之當
事人恆定

一、訴訟標的權利、義務移轉
之適格當事人

二、訴訟標的物移轉之適格當
事人

參、本訴訟之判決效力及於系爭
物受移轉人

一、既判力主觀範圍之擴張

二、執行力主觀範圍之擴張

肆、結 語

* 本文曾於2010年6月12日在民事訴訟法研究會第108次研討會提出報告，
進行共同討論。

** 台灣大學法律學院教授。

壹、緒 言

於訴訟繫屬中，訴訟標的之法律關係移轉於第三人之情形，對訴訟有無影響，我國民事訴訟法（下稱民訴法）採行當事人恆定主義，明定其於訴訟無影響（同法第二五四條第一項）¹，且本訴訟之確定判決對於該訴訟繫屬後為當事人之繼受人者亦有效力（同法第四〇一條第一項）。在上述規定之下，最成為學說及實務上爭議者係，第三人單純受讓訴訟標的物，而未同時受讓訴訟標的之權利、義務時，是否有當事人恆定制度之適用²？例如〔事例一〕買受人甲訴請出賣人乙移轉A屋所有權，於訴訟繫屬

¹ 此係1935年修正後之條文規定。1930年公布之民訴法係規定「訴訟拘束中訴訟標的之權利義務，移轉於第三人者，法院因當事人之聲請，得以裁定命第三人承當訴訟。」（同法65條1項），關此，有論者認其係仿日本立法例採訴訟承繼主義，參見楊建華『問題研析民事訴訟法（三）』（1988年）290頁。惟同法亦規定「確定判決，對於當事人及訴訟拘束發生後為當事人之承繼人者，有效力。」（同法391條1項）。依此等規定，法院命該第三人承當訴訟，須經當事人之聲請始得為之，如當事人不為該聲請，續行訴訟，法院對本案請求所為確定判決之效力仍及於該第三人。故難謂上開立法已全仿日本立法例而採行訴訟承繼主義，毋寧應認其係以當事人恆定主義為前提，始符該等配套規定之立法意旨。參見菊井維大·兼子一『中華民國民事訴訟法第一編』（1934年）122頁至123頁。

² 孫森焱「論確定判決效力所及之特定繼承人」〈法學叢刊〉46期（1967年）80頁；王甲乙「既判力所及之特定繼承人」〔原載〈司法通訊〉298至300期（1967年）〕『民事暨行政訴訟研究』（1996年）213頁；駱永家「既判力、執行力與繼受人」〔原載〈台大法學論叢〉2卷1期（1972年）〕『既判力之研究』（1975年）101頁；同「既判力之主觀範圍」〔原載〈台大法學論叢〉5卷1期（1975年）〕『既判力之研究』115頁；最高法院六一年度第二次民庭庭長會議紀錄，〈司法院公報〉14卷8期；同院六一年度第四次民庭庭長會議紀錄，〈司法院公報〉15卷2期。

中，出賣人乙將該屋以買賣為原因而移轉所有權登記於第三人丙時，是否適用上開規定？就本訴訟所為確定判決之效力是否及於該第三人丙？就此，最高法院作成判例認為，倘以對人關係為訴訟標的，必繼受該法律關係中之權利或義務人，始足該當於民訴法第四〇一條第一項所謂繼受人，同法第二五四條第一項亦指此項特定繼受人而言；如以對物關係為訴訟標的時，凡受讓標的物之人，均包括在繼受人之內³。不過，此項見解被批評為過於重視訴訟標的之實體上權利屬性，僅具實體法上觀點，而忽略當事人恆定及判決效力乃訴訟法之制度，應兼顧訴訟法上觀點，且即使以債權（請求權）為訴訟標的，其判決效力亦有擴張於單純受讓訴訟標的物（含占有）者⁴。

民訴法於二〇〇〇年及二〇〇三年修正時（以下稱修正後之條文為「新法」，修正前之規定為「舊法」），既就當事人恆定制度為重大修正（新法第二五四條），並對判決效力所及之繼受人賦予事前及事後的程序權保障（新法第二五四條第四項、第五〇七條之一以下）⁵。惟於新法施行後，在學說上有論者指摘其

³ 最高法院61年台再字第186號判例。

⁴ 邱聯恭，在民事訴訟法研究會第五次研究會之發言及所提書面意見，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討(四)』（1996年）221頁至223頁、225頁、227頁至228頁；許士宦，在同次研討會之發言，『民事訴訟法之研討(四)』199頁至206頁；同「訴訟繫屬後之繼受人與執行力之擴張」『執行力擴張與不動產執行』（2003年）8頁以下。

⁵ 關於新法受啟發於我國之新程序保障論，增設有關賦予事前的程序保障及事後的程序保障等配套措施，藉以將程序權保障之有無，作為界定判決效力之範圍大小，及判定其發揮作用是否具有正當性之基礎，並在此基礎上，兼顧法的安定性、具體妥當性、擴大訴訟制度解決紛爭功能（紛爭解決一次性或統一解決紛爭）等要求與程序權保障之要求，而謀求其間之平衡，參見邱聯恭『民事訴訟法修正後之程序法學』、『程序利益保護論』（2005年）146頁至147頁；同『口述民事訴訟法講義(三)』（2009

修正未規定轉讓系爭物之效力，以致如〔事例一〕情形，即使買受人甲獲勝訴之判決，其效力亦不及於丙，致甲勝訴結果落空⁶；而在審判實務上有裁判認為，倘受讓訴訟標的物之第三人係信賴不動產登記或善意取得動產者（土地法第四十三條、民法第八〇一條、第八八六條、第九四八條），即使訴訟標的為具對世效力之物權關係，對其所為確定判決之既判力亦不及於該第三人。例如〔事例二〕B地所有權人甲主張其與乙間之B地所有權移轉為通謀虛偽意思表示，依物上請求權訴請乙塗銷B地所有權移轉登記，於訴訟繫屬中，乙將該土地所有權移轉登記於丙之情形，如丙係信賴該登記而善意取得所有權，則甲所獲勝訴判決之既判力，即例外不及於丙⁷。此等見解均以德國民訴法之相關規定為據（德國民訴法第二六五條第一項、第三二五條第二項），而置新法之增修規定於度外。究竟新法所修正之當事人恆定制度是否適用於單純移轉訴訟標的物之情形，以及判決效力所及之特定繼受人是否包括善意取得人，已成為新法施行後亟待解決之問題。

本文係意識到上述問題，擬檢討新法對於當事人恆定制度作何等重大修訂？該等修訂與德國民訴法所定同類制度相較有何異同？如有不同，其所以然之法理根據為何？在新法規定之下，訴訟繫屬中訴訟標的物移轉於第三人之情形，有無當事人恆定制度之適用？是否因有無同時移轉訴訟標的之權利、義務，抑或該權利為物權或債權，甚或第三人有無善意取得而有所不同？法院就

年）277頁至278頁；許士宦「第三人訴訟參與與判決效力主觀範圍（上）」〈月旦法學雜誌〉178期（2010年）109頁。

⁶ 姚瑞光『民事訴訟法論』（2004年）384頁；同『近年修正民事訴訟法總評』（2005年）73頁至74頁。

⁷ 最高法院96年台抗字第47號裁定。

本訴訟所爲之確定判決，其效力是否均擴張及於上開受移轉之第三人？該第三人如有固有利益應受保護，新法係如何賦予程序權保障？其所受事前的程序保障或事後的程序保障各爲何？

貳、訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定

一、訴訟標的權利、義務移轉之適格當事人

新法仍維持舊法所採當事人恆定主義，明定「訴訟繫屬中爲訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。」（同法第二五四條第一項前段）亦即，一方面容許當事人即使於訴訟繫屬中仍得將訴訟標的之權利、義務或其他法律關係移轉於第三人，以避免因訴訟程序存在即限制其實體處分權，而保障交易之自由，另一方面則保障他造當事人之權益，不使訴訟狀態因該移轉而對其爲不利之變更，且維持訴訟之成果，使其進行訴訟所獲判決之效力擴張及於該第三人（同法第四〇一條第一項前段），以保障他造當事人之實體上及程序上利益，安定訴訟程序及維持公益層面之訴訟經濟⁸。

在上開當事人恆定主義之下，即使當事人在訴訟外已將訴訟標的之實體上權利、義務移轉於第三人，其仍得繼續進行訴訟，原訴訟程序不生當然停止之問題。爲移轉之當事人雖已處分其權利或義務，在實體法上並非該權利、義務之歸屬主體，而在訴訟上喪失本案適格，卻仍可並應以原當事人地位繼續遂行訴訟。此項訴訟實施權之取得並非基於受讓該權利、義務者即第三人之授

⁸ 新法第254條第1項之立法理由，說明我國原採當事人恆定主義，其目的在求訴訟程序安定並保護對造當事人。見司法院編『民事訴訟法部分條文對照表暨總說明』（2000年）77頁。

權，而係依上述法律規定，是為法定訴訟擔當之一種型態⁹。為移轉之當事人在訴訟上成為形式當事人，而受移轉之第三人則成為實質當事人，即訴訟上之訴訟遂行者與實體法上權利、義務之歸屬主體兩者分離。

在上述法定訴訟擔當情形，就訴訟標的之法律關係為移轉之當事人為擔當人，受移轉之第三人為被擔當人，擔當人所受判決之效力及於被擔當人（新法第四〇一條第一項前段、第二項）。該第三人既受為移轉之當事人進行訴訟結果法院所為判決之效力擴張所及，即應保障其參與該訴訟程序之機會，始能正當化該判決效力之擴張。因為移轉之當事人之所以為受移轉之第三人擔當訴訟，並未經該第三人之授權，故仍有保障其程序權或聽審請求權之必要。為此，新法增修下列規定：

第一，訴訟繫屬之通知：除為移轉之當事人得對受移轉之第三人為訴訟告知外，新法規定要求法院知悉訴訟標的有移轉者，應即以書面將訴訟繫屬之事實通知該第三人（同法第二五四條第四項）。據此，訴訟標的之法律關係有移轉之事實，如經當事人向受訴法院陳明，或其於法院已顯著或為其職務上所已知者（參照民訴法第二七八條第一項），法院即應通知受移轉之第三人，不得依自由裁量為不予通知之決定，否則即違反職權通知義務，悖逆程序權保障之要求。並且，如後所述（參），此時法院如不將訴訟繫屬之事實通知該第三人，即屬未賦予事前的程序保障，既有引發該第三人提起第三人撤銷訴訟之虞，且未充分保障該第三人及本訴訟當事人之程序利益，亦不符公益維護層面上訴訟經濟之要求¹⁰。再者，新法採行訴訟繫屬登記制度，增訂為訴訟標的之權利，其取得、設定、喪失或變更，依法應登記者，於起訴

⁹ 陳榮宗『民事訴訟法（上）〔修訂4版〕』（2005年）256頁。

¹⁰ 邱聯恭『口述民事訴訟法講義（二）』（2009年）72頁。

後，受訴法院得依當事人之聲請發給已起訴之證明，由當事人持向該管登記機關請求將訴訟繫屬之事實予以登記（同法第二五四條第五項前段）。此項將訴訟繫屬登記於登記簿冊之新制，亦可使欲受讓該權利之第三人有知悉該訴訟繫屬之機會¹¹。

上述職權通知制度乃新法所創設，而為我國舊法及德國同法之當事人恆定制度所無（德國民訴法第二六五條）¹²。此係新法之立法者鑑於向來當事人恆定制度未能充分顧慮受移轉第三人之利益，於現行委諸當事人運用之訴訟告知制度外，另行增訂法院職權介入之訴訟通知制度，避免當事人與受讓移轉之第三人串通，妨礙他造實現權利。因為可能發生他造不知當事人為移轉，而當事人卻不為訴訟告知之情事。並且，如受移轉之第三人已受通知而有參與本訴訟之機會卻任置不理，依自負責任原則，亦可使本訴訟之判決效力擴張及之，而具有正當化基礎¹³。至於該第三人受上開通知後，是否參與本訴訟及其採用何種方式參與（參見後述），則屬其依處分權主義行使程序處分權、選擇權，及有關訴訟類型或表明請求裁判方式之另一事。惟如第三人受該項通知後猶置諸不理，則此項事實可能被用以判定該第三人未參與本訴訟係因於可歸責事由之基礎資料（新法第五〇七條之一）。

第二，承當訴訟之准許：新法同於舊法規定受移轉之第三人如經兩造同意，得聲請代當事人承當訴訟（同法第二五四條第一項但書）。但增訂於此情形，僅他造不同意者，移轉之當事人或該第三人得聲請法院以裁定許該第三人承當訴訟（同條第二

¹¹ 司法院，前揭書（註8）79頁。

¹² 德國民訴法上當事人恆定制度之介紹，參見陳榮宗「訴訟繫屬中當事人讓與系爭物所引發之法律問題」民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討(四)』（1996年）156頁以下。

¹³ 邱聯恭，前揭書（註10）66頁；同，在民事訴訟法研究會第51次研討會之發言，『民事訴訟法之研討(四)』（註4）222頁。