

民事程序法之 問題及發展

范光群 著

民事程序法 之問題及發展



范光群 著



新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事程序法之問題及發展／范光群著．--
版．--臺北市：新學林，2007〔民96〕
面；公分

ISBN 978-986-7160-71-3（精裝）

1. 民事訴訟法-論文. 講詞等

586.107

96002639

民事程序法之問題及發展

作 者：范光群
出 版 者：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市信義路三段106號6樓之4
電 話：(02) 27001808
傳 真：(02) 27059080
網 址：<http://www.sharing.com.tw/>
總 經 理：毛基正 總 編 輯：田金益
主 編：林靜妙 版 權 部：林靜妙
製程管理：浩瀚

出版日期：2007年3月 一版一刷
郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司
劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元
定 價：500 元

ISBN 978-986-7160-71-3

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換
門市地址：台北市信義路三段106號6樓之4
團購專線：(02) 27001808 分機18
讀者服務：law@sharing.com.tw
電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

作者簡介

范光群

1939 年生新竹縣人

現職：司法院秘書長(2003-)

財團法人民事訴訟法研究基金會董事長(2003-)、
董事(1998-)

國立台北大學(原國立中興大學法商學院)財經法學系
兼任教授(1994-)

學歷：國立台灣大學法學士

美國哥倫比亞大學法學碩士
司法官訓練所第六期結業

經歷：臺灣省政府主席(2002-2003)

行政院客家委員會主任委員(2001-2002)

總統府國策顧問(2000-2001)

中華民國律師公會全國聯合會理事長(1996-1998)

台北律師公會理事長(1993-1996)

司法院民事訴訟法研究修正委員會研究委員(1988-2003)

美國 University of the Pacific, McGeorge School of Law
講座(1988-1999)

萬國法律事務所創所律師暨資深合夥人(1974-2001)

台北地方法院法官(1966-1971)

台中地方法院法官(1965-1966)

自序



1972 年自美國留學回國，辭卸法官職務轉任國立中興大學法商學院（現改制為國立台北大學）法律系擔任民事訴訟法教席，轉眼已三十餘載，至今未曾間斷。於任律師期間曾受 McGeorge School of Law, University of Pacific 之邀，前往奧地利薩爾斯堡（Salzburg）擔任多年的講座。雖然人生中大部分的時間都在從事司法實務工作，但教學及研究依然是我最喜愛且不願割捨的工作。

本書集結個人多年對民事程序法研究，所發表於國內外法律期刊的論文。過去擔任法官、律師及 2003 年起進入司法院服務的經歷，豐富了文章的內容，所討論的題目也較能切中實務運作上所生的問題。而當時文中的立法建議，許多都於 1999 年至 2003 年民事訴訟法幾次重要修正中獲得採納。讀者從這些文章，可窺見民事程序法的諸多問題及法律發展的脈絡。

延宕二十多年的出版計畫，總算付梓，要感謝所有曾經引發我動筆靈感的實務界與學界朋友，還有教學中參與了腦力激盪的學生，以及親人的支持。希望本書能激發更多民事程序法的探討，同時也為法律發展的軌跡做見證！

范光群 謹識於司法院

2007 年 3 月

* 本書之成，要特別感謝愛妻古節美女士的鼓勵與支持，司法院秘書長室主任張世潔先生用心安排出書及校對。

目 錄

主觀預備合併之訴在我國的發展	1
訴訟移送有關問題之研究	75
判決之更正	95
裁判之脫漏	117
訴之變更追加之研究	133
訴訟程序之停止	171
外國人之訴訟能力	221
法院「不能行使職權」、「不能執行職務」、與「不 能行審判權」之概念	231
何人得為訴訟告知及告知之效力	241
公示送達之方式及其效力發生時期	245
附帶民事訴訟之移送及民事庭之審理	253
本於數個原因終止租賃關係請求返還租賃物之訴 重疊合併？——訴訟標的之數攻擊方法？	261
請求權是否得為確認之訴的訴訟標的	269

對數連帶債務人所發支付命令是否因債務人中一人 之異議而告全部失效？	275
適用法規顯有錯誤再審期間之起算	285
論大陸公文書在民事訴訟之證據力——評最高法院 八十年度台上字第九三三號判決	291
海峽兩岸婚姻制度及相關民事裁判的相互承認問題 探討.....	297
大陸「仲裁法」的評介及其與台灣商務仲裁制度的 比較.....	313
大陸地區商務糾紛調解、仲裁、訴訟之問題與解決 途徑.....	345
仲裁制度與工程合約糾紛之解決	361
仲裁契約之效力是否及於代位權人、契約承擔人、 債權受讓人及債務承擔人	391
The Enforcement of Foreign Judgments in Taiwan	405

主觀預備合併之訴 在我國的發展



壹、前言

主觀預備合併之訴應否准許？如認應該准許，先位之訴及後之訴之關係、先後位訴訟當事人間以及其與他造當事人間之關係如何？均為訴訟學界及實務界頗多爭論之問題。此等問題，德日學者眾說紛紜，而在法院實務方面，德國雖少見判例，但日本則有正反不同的判例，我國學者已多所介紹¹，本文不擬贅述。至於我國，不但學者見解不一，法院實務亦仍紛雜，尚無定論。司法院民事訴訟法研究修正委員會（以下簡稱「民訴法研修會」）曾於民國八十一年十二月一日及同月八日

* 本文於 1996 年 6 月 30 日民事訴訟法研究會第 60 次研討會中發表，研討會紀錄載於民事訴訟基金會出版之「民事訴訟法之研討(七)」；全文另載於「中興法學」第 43 期（1997 年 12 月）。

¹ 關於德日學說及法院實務判例的介紹，請參閱鄭有田著「訴之主觀的預備合併」，刊載六十二年六月一日司法通訊第六〇二期第二頁；陳榮宗著「主觀之預備合併之訴」，原刊載於六十六年六月法律學刊第四期，收載於陳榮宗著「舉證責任分配與民事程序法」第二冊第一三五頁至第一五二頁；駱永家著「訴之主觀的預備合併」，刊載六十八年十二月法學叢刊第九十六期，收載於駱永家著「民事法研究」一書第一五一頁起至第一六八頁；呂太郎著「主觀的訴之預備合併之再構成」，刊載七十四年一月一日軍法專刊第三十一卷第一期第三十頁至第四十二頁。

第四二八次及第四二九會議（以下簡稱「第四二八次會議」、「第四二九次會議」），討論是否於現行民事訴訟法增訂主觀預備合併之訴之規定，結果贊成者四人，反對者六人，通過之決議為：「客觀的預備訴之合併現行法尚無明文，僅增訂主觀的預備訴之合併，尚非所宜，並有立法技術問題有待克服，目前時機尚未成熟，仍留待實務上運作，暫不增訂條文。」²

然而，由於我國實務上已發生多起不同型態之主觀預備合併之訴訟，而法院裁判，見解仍多歧異，有採肯定說者，有採否定說者，有因上下級法院見解不一，而致訴訟拖延數年者，當事人之訴訟權益乃因此而犧牲，法院裁判彼此一再歧異，亦導致司法信譽的損傷。法院實務運作如此雜亂之情況，上開「仍留待實務上運作，暫不增訂條文」之決定，是否確屬妥適，顯非無可置疑，應予檢討。

本文擬就主觀預備合併之訴在我國之發展狀況，先從學說及實務分別加以介紹，就此種型態之訴之合作，其問題及利弊所在以及如何解決加以檢討，並進一步探討是否應加以承認，甚至增訂條文，以立法方式明確釐清並解決有關主觀預備合併之訴是否應予准許及其相關之問題。希望本文之探討，對主觀預備訴之合併在我國的發展，有所助益。

² 兩次會議之內容，參見「司法院民事訴訟研究修正資料彙編(九)」第一一四二頁起至第一一八九頁。

貳、主觀預備合併之訴在我國發展之狀況

一、學界看法

我國學者關於主觀預備合併之訴的介紹，迭有論述。茲依各學者論述發表的先後，介述其論點如下：

(一)王甲乙先生

王先生於民國五十六年發表「共同訴訟」一文中，就主觀預備合併之訴有所引述³，其主要論點為：

1. 依現行民事訴訟法，因採共同訴訟人地位獨立之原則，對於各普遍共同訴訟人之裁判，不必同時為之，其內容亦不妨彼此歧異。預備合併之觀念，既求審判之統一，如欲貫徹其目的，即必須修正共同訴訟人地位獨立之原則，並認共同訴訟人間當然具有從參加之關係。然參加人之地位及裁判之參加效力，須有明示之參加或告知訴訟等訴訟行為，始能發生是項效果，若無此種行為，而貿然認為當然具有從參加之關係者，勢必破壞訴訟程序之安定性。
2. 如准許為主觀的預備之合併，而原告之主聲明或預備聲明有理由為勝訴之判決後，就令敗訴之被告提起上訴，其上訴力並不及於其他共同訴訟人，裁判之統一無從保

³ 載法學叢刊四十六期第五十一頁。

障，更不符合共同訴訟之構造，例如主聲明有理由，為准許其請求之判決，此項請求之對造亦即受敗訴判決之被告，縱令提起上訴，預備聲明之被告既未受不利之判決，依法不得提起上訴，自不生全部訴訟移審之效力，最多亦只限於第一審承認主觀的預備之合併。若是，勉強承認此種預備之合併，殊無實益。

3. 最成問題者，預備之被告，其訴訟上之地位頗不安定，預備之被告，關於對自己之請求何時進入審判，無任何保障，故須始參與言詞辯論，惟對主被告之請求審理中，無從為訴訟行為，又如對主被告之請求准許者，預備之被告終局歸於無參與之必要。

基上論點，王先生認：「承認主觀的預備之合併者僅求原告之方便，而完全忽視在訴訟上應保護被告之立場。」⁴「因此筆者左袒否定說。」民國八十一年在「民訴法研修會」第四二八次會議時發言：「本席之該篇文章（按：即指上開『共同訴訟』一文）約在民國五十幾年間所寫，當時是否定主觀預備合併，否定之主要意見是以被告地位不安定，無法確保上訴審審判統一等理由……。本法中究竟應否訂定條文？本席較傾向否定說由實務上解決較好。」⁴王先生採否定說之見解，似無改變。

（二）鄭有田先生

鄭先生於民國六十二年發表「訴之主觀的預備合併」一文⁵，該文主要是介紹日本裁判所就是否准許主觀預備合併之

⁴ 參見註二。

⁵ 載於民國六十二年六月一日司法通訊第二頁。

訴所作之正反判決及其理由，作者本人並未表示其個人之見解。

(三)陳榮宗教授

陳教授於民國六十六年發表「主觀之預備合併之訴」一文⁶，該文首先就德日學說之狀態，分別就肯定說及否定說為介紹，並就實務判例詳加說明，然後就主觀預備合併之訴是否合法，加以檢討並提出作者個人之見解。其主要見解為：「主觀之預備合併之訴是否合法問題，應採取肯定說之態度。惟對於主觀之預備合併之法律構造，必須放棄通說所謂附解除條件之說明，並嚴格定其可為主觀預備合併之訴訟條件。」即：

1. 主觀之預備合併之訴，其主位請求與預備請求，在性質上必須因為主位被告與預備被告之適格要素，而具有真正不能並立之關係者始可。凡不具備此種關係之要件者，不得合法提起主觀之預備合併之訴。
2. 主張肯定說者一般均認為，原告提起主觀之預備合併之訴時，主位請求與預備請求同時發生訴訟繫屬，但是預備請求附有解除條件，於原告之主位請求獲勝訴判決時，預備請求失其訴訟繫屬之效力，法院不得就預備請求為判決。竊認為此種法律構造之理論，並非確論。主位請求與預備請求之關係，既然立於對立關係無法同時並存，於判決之際，自不能放置預備請求之部分而不為判決。法院對於主位請求為原告敗訴判決時，固應就預備請求為判決，對主位請求為原告勝訴判決時，亦必須同時就預備請求為敗訴判決。

⁶ 載於民國六十六年六月法制學刊第四期。

3. 對於主觀之預備合併之訴，法院既然必須同時就主位請求及預備請求為裁判，上訴時，只要敗訴當事人之一方為上訴，第一審之判決全部發生移審之效果，第二審法院得就兩者之判決為審判，不發生裁判之統一無法維持問題。
4. 在此種預備合併之條件下，由於實體上兩請求無法並存之性質，共同訴訟當事人獨立之原則不能為適用，所以主觀之預備合併之訴，應解釋為類似之必要共同訴訟，從而依類似之必要共同訴訟之原理，適用其判決之效力。
5. 基於主觀之預備合併之訴，應嚴其訴訟要件之理由，解釋上應認為多數原告之預備合併為不合法，原被雙方均為多數之預備合併亦應認為不合法，否則其訴訟關係過份複雜，就訴訟實務上言之，亦無實益可言，故主觀之預備合併之訴，其預備合併之訴訟要件，應僅限於被告多數之場合。

(四)黃教範先生

黃先生於民國六十八年發表「主觀預備合併之訴」一文⁷。此文係對最高法院六十六年台上字第一七二二號判決（以下簡稱「第一七二二號判決」）所做之評釋⁸。其論點：

贊同最高法院上開判決就主觀預備合併之訴採肯定說之立場，但不贊同最高法院上開判決「法院認為先位之訴為有理由時，不必更就預備之訴審判，即以先位之訴有理由，為預備之訴之解除條件，預備之訴遂因解除條件之成就而失其效力，亦

⁷ 載於民國六十八年七月法律學刊第十一期第七十七頁至第八十三頁。

⁸ 此判決刊載於司法院公報第二十卷第九期。

即該部分之訴訟繫屬因解除條件之成就而歸於消滅。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，不得更以在第一審預備之訴未受裁判之當事人為當事人。」之見解。其所持理由：

既然承認主觀預備合併之合法性，則當上訴時，基於「訴訟一體性」之原則及基於訴訟經濟之要求及防止裁判發生矛盾等理想，預備之訴雖未經上訴，亦繫屬於上訴審法院。

(五)駱永家教授

駱教授於民國六十八年十二月發表「訴之主觀的預備合併」一文⁹，該文係對上開最高法院第一七二二號判決所做之評釋。駱教授先就主觀預備合併之訴肯定說、否定說及肯定說之修正各說，詳為介紹，進而對最高法院前開判決加以批評。其主要論點為：

1. 本件最高法院判決肯定訴之主觀的預備合併之合法性，其所持理由僅係「本於民事訴訟法採辯論主義之立法精神，尚非法所不許。」但是，訴訟行為，例如聲明原則上不得附條件，因如得附條件，則將使整個程序陷於不安定。但訴之客觀的預備合併，其預備的聲明雖亦係以先位的聲明被採納為解除條件，惟因其無使訴訟程序陷於不安定之虞，從原告的方便及訴訟經濟上的考慮，學說及判例上一般均承認其合法性。因此，訴之主觀的預備合併是否合法，不應僅考慮可給原告帶來之方便，亦

⁹ 載於法學叢刊第九十六期。

應就被告地位是否不安定，以及裁判是否能維持統一等點，就其利弊得失，詳為斟酌，然後為判斷。本件最高法院判決就此均未論及，率爾即欲創設判例，其所持理由似嫌空洞而缺乏說服力。

2. 本件最高法院判決對於訴之主觀的預備合併之性質或法律構成，亦有誤解。如前所述，後位請求（預備之訴）係因先位請求（先位之訴）原告勝訴判決「確定」，其訴訟繫屬始歸於消滅，並非一有先位請求原告勝訴判決，未待確定，後位請求之訴訟繫屬即歸於消滅（此點幾為談論主觀的預備合併者之公認前提）。本件最高法院判決誤以為先位請求在第一審原告獲得勝訴判決尚未確定，後位的請求之訴訟繫屬即歸於消滅；進而認為先位被告提起第二審上訴尚未確定，原告更以後位被告為對造提起訴訟，並不違反民事訴訟法第二五三條禁止重訴之規定，其弊害殊甚！無疑將倍增後位被告應訴之麻煩，浪費其時間費用；且有產生裁判矛盾之可能，肯定說所強調之裁判統一之目的，根本不能達到。
3. 對於應否承認主觀預備合併之訴，駱教授認為肯定說所持承認主觀預備合併之訴之優點及否定說所指摘之缺點，實各有所據，如果確能如肯定說之修正說，存主觀預備合併之訴之優點而去其缺點，既對原告便利又能真正維持裁判之統一，且又不致於使被告地位處於不安定、不利益，「當無為吾人所反對之理」¹⁰，基此，駱

¹⁰ 參前揭駱文結語：「由上面之論述，吾人可知持肯定說係有鑒於如不能以預備的合併之形態，提起先位請求與後位請求，而必須先後或同時分別提起時，對原告不便且有使實有權利，而在論理上可就先位請求或後位請求

教授認新堂教授之見解¹¹，最能達成上述目標，也最忠實於「預備」之法律構造，乃以新堂教授之見解為前提採肯定說。

(六)吳明軒先生

吳先生於民國七十年十月發表「主觀的訴之預備合併」一文¹²。該文主要係對最高法院第一七二二號判決為評釋並對駱永家教授之前文（以下稱「駱文」）為回應¹³。其主要論點：

之一獲勝訴者，兩遭敗訴之可能，對其未免過酷，且亦產生裁判矛盾之情形。此點固亦為持否定說所不敢否認，持否定說者之所以反對其合法性者，一則以其亦未能維持裁判之統一，再則以其僅顧及原告之方便，而未顧慮被告地位之不安定、不利益。其所指摘亦非無據；因此，持肯定說者乃紛紛作若干修正說明，以期能存其優點而去其缺點，既能對原告便利，又能真正維持裁判之統一，並不致於使被告地位處於不安定、不利益。果能如此，當無為吾人所反對之理。」

¹¹ 新堂教授之見解，詳見駱文肯定說之修正(8)（見第二十八頁），即認：一、先位之訴之判決理由中的判斷（例如：認債務承擔為有效），就備位之訴言有「爭點效」；在原告多數之情形，後位原告即以預備（後位）的請求，對被告表示如先位之訴判決勝訴，即將自己之請求撤回，嗣後如再主張債權讓與為無效，則屬違反禁反言，不應准許，如此後位被告之訴訟上地位不致於不安定；三、先位請求原告勝訴之判決，性質上為終結全部訴訟之判決，因對此提起上訴而使後位請求生移審之效力。又原告先位請求經本案判決駁回而後位請求勝訴時，後位被告若上訴，可擬制先位之訴亦上訴，再者，先位原告之訴敗訴而後位原告之訴勝訴，而被告提起上訴，此時亦可擬制先位原告就先位之訴有上訴，如此則可以維持裁判之統一。

¹² 載於法律學實例研究叢書(11)吳明軒著「民事訴訟法」第一四一頁至一五四頁，五南圖書出版公司印行，民國七十年十月初版，七十二年一月再版。

¹³ 吳明軒先生為最高法院庭長，為參與第一七二二號判決之法官，請參見註二彙編第一一四四頁前揭「民訴研修會」第四二八次會議吳先生之發言紀錄。

1. 主觀預備合併之訴有四優點，即：(1)避免原告陷於自相矛盾之窘境；(2)防止被告推諉責任；(3)符合訴訟經濟之原則；(4)防止裁判之歧異；(5)防止訴訟之延滯。故認一七二二號判決採肯定之見解，尚稱允當。

2. 對於駱文則為如下之回應：

(1)關於駱文所指主觀預備合併，雖合乎訴訟經濟，對原告較為方便，但被告之地位不安定之論點，則認「主觀的訴之預備合併，計有複數原告之預備合併及複數被告之預備合併兩種；其中複數原告之預備合併，預備之訴原告地位之不安，係出於其自願，當無保護之必要。即在複數被告之預備合併，法院如認先位之訴為無理由，仍須對預備之訴之被告進行審判，不生被告地位不安定之問題；只有在法院認先位之訴為有理由時，無須對預備之訴之被告進行審判，始足釀成被告地位之不安；易言之，其弊害僅止於此而已。」

「且預備之訴被告地位之不安，法院得在審判技術上減至最小限度，即法院得依民事訴訟法第二百零四條規定，就先位之訴命先為辯論；如認先位之訴為有理由，則無須就預備之訴進行審判，以節省預備之訴被告無益之勞費。綜上所述，主觀的訴之預備合併既屬利多弊少，在實務上仍有存在之價值。」

(2)關於駱文採新堂教授見解，認先位請求原告勝訴之判決，性質上為終結全部訴訟之判決，因對此提起上訴而使後位請求生移審之效力之論點，則認「駱文既非難主觀的訴之預合併未顧慮被告地位之不安，復主張對於先位請求原告勝訴之判決提起上訴，預備之訴亦