

新民事訴訟法之理論與實務 第六卷

# 訴訟理論 與 審判實務

許士宦 著

 元照

ISBN 978-957-41-8717-1



9 789574 187171



5D211GA

定價：600元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

國立臺灣大學法學叢書(203)

新民事訴訟法之理論與實務 第六卷

# 訴訟理論與審判實務

---

許士宦 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

訴訟理論與審判實務／許士宦著. -- 初版.  
-- 臺北市：許士宦出版：元照總經銷，2011.12  
面：公分. -- (國立臺灣大學法學叢書；  
203) (新民事訴訟法之理論與實務；第六卷)  
ISBN 978-957-41-8717-1 (精裝)

1. 民事訴訟法 2. 民事審判 3. 論述分析 4. 文集

586.107

100023860

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

新民事訴訟法之理論與實務 第六卷  
**訴訟理論與審判實務**

5D211GA

2011年12月 初版第1刷

作者	許士宦
出版者	許士宦
總經銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址	<a href="http://www.angle.com.tw">www.angle.com.tw</a>
定價	新臺幣 600 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 978-957-41-8717-1

# 序 言

台灣廿一世紀初之民事訴訟法修法，為因應我國社會獨特之時代需求，已擺脫二十世紀前葉所採抄襲性繼受模式，而改向更具本土性、在地化之制度創設。此項新立法不僅明認民事訴訟法與民法同時並立，各成獨立體系，祛除將前者視為後者助法之思想窠臼，而且吸收我國近三十年來民事訴訟法學之獨創性理論，增訂德、奧、日等諸外國立法例所未有之程序制度。因此於新法面世後，新民事訴訟法學之方法論應配合調整，藉以闡釋新法所彰顯之價值理念，開展其應有之解釋論，進而申論新法走向之妥當性，建構其所需之立法論。茲將本書各文要旨說明如下：

第一篇旨在解明民事訴訟法學之方法論：新法就有關程序制度之設計，既併立足於實體法觀點及訴訟法觀點，致力保護實體利益及程序利益、維持訴訟經濟，且制訂多項異於舊法或外國法之新規定，平衡各項實體法及程序法之基本要求，謀求實現多元價值理念，則在新法施行後當前民事訴訟法學及實務界之課題是，關於新法規定之解釋論及運作論，應以貫徹上開立法旨趣為首務，重新建構其應有之訴訟理論及審判實務，不宜如往昔般逕將外國法規定或其相關理論、實務牽強比附於我國新法為解釋，或墨守舊法當時所持論據以從事新法之解說、應用。

第二至四篇旨在解明民事訴訟上當事人之權利、自由及義務、責任：新法一方面強化當事人之程序主體地位，平等保障兩造之處分權、辯論權及證明權，賦予平衡追求實體利益及程序利

益之機會，另一方面課以當事人訴訟促進義務及具體陳述義務，敦促其協助司法，以利集中審理。審判實務認知此等立法旨趣，乃從應徹底防止發生突襲性裁判之觀點，要求法官在爭點整理、證據調查過程厲行法律見解表明及心證公開等闡明，並兼顧實體法及訴訟法觀點，公平分配舉證責任於兩造間，避免證據偏在、舉證困難導致當事人之舉證負擔上不平等。為維持司法制度之效率及保護當事人兩造之權益，在立法論上應進一步思考，事實審如何依訴訟程序種類、訴訟事件類型及審級制度級別等不同，循序引進律師強制代理制度。

第五至七篇旨在解明訴主、客觀合併之類型及內容：新法施行後之審判實務已非如向來之訴訟理論，僅自實體法觀點，視審判客體之諸權利間或訴訟主體之多數當事人間權義在實體法上是否競合、併存或互斥，以固定化合併型態及內容，而併從訴訟法觀點，依各該合併型態於提訴者之實體利益或程序利益有無助益、於他造防禦權是否遭受妨礙，倘未影響訴訟經濟或他造之程序權保障，即應尊重提訴當事人行使程序處分權所為之意思決定，以利其選用妥適之主、客觀合併型態及內容，而平衡追求實體利益及程序利益，俾落實適時審判請求權之保障。

第八至十篇旨在解明確定判決效力所擴及之特定繼受人範圍：不應如新法施行後之審判實務及向來之訴訟理論，僅自實體法觀點，視繼受人所受讓者為訴訟標的法律關係或訴訟標的物、訴訟標的之權利屬性係物權或債權、受讓人是權利善意或惡意而定，應兼從訴訟法觀點，依繼受人之受讓係基準時前或後為之、前者之讓與事實已否呈現於訴訟上而斷。蓋為統一解決兩造當事

人及受讓人三人間紛爭、維持訴訟經濟、保護實體利益及程序利益，本訴訟之確定判決效力均應擴張於該受讓人，且為顧慮該受讓人之固有利益及程序權保障，亦應設法使其得在事前或事後參與本訴訟，以資平衡兼顧擴大訴訟制度解決紛爭功能及聽審請求權保障等要求。

二〇一一年六月二十五日

許士宦

## 目 錄

序 言 .....	I
○ 民事訴訟法學之制高點 .....	1
○ 民事訴訟上當事人之權利及義務 .....	43
民事訴訟上當事人之自由及平等 .....	65
民事訴訟事實審引進律師強制代理制度之立法論 .....	113
從重疊合併到選擇合併 .....	155
訴客觀預備合併之二種類型 .....	215
訴主觀預備合併之法律構造 .....	275
判決效力及於訴訟繫屬中系爭物之善意受讓人 .....	305
既判力及於訴訟繫屬中從原告受讓系爭物 之第三人 .....	343
既判力及於言詞辯論終結後從原告受讓 系爭物之第三人 .....	397
事項索引 .....	433
最高法院裁判・決議索引 .....	441



# 民事訴訟法學之制高點

## 目次

壹、緒言.....	3
貳、併立足於實體法上觀點及程序法上觀點，致力保護 實體利益及程序利益、維護訴訟經濟.....	5
一、訴訟標的範圍大小之擇定.....	5
二、第二審程序時效抗辯之失權.....	9
三、既判力對言詞辯論終結後系爭物受讓人之擴張.....	15
參、平衡兼顧各項程序法上基本要求，謀求實現多元之 價值理念.....	23
一、訴主觀預備合併之容許.....	23
二、判決效力對訴訟繫屬中系爭物善意受讓人之 擴張.....	28
三、合夥所受判決執行力客觀範圍之擴張.....	34
肆、結語.....	41

### 摘 要

我國向來學說及實務將訴訟視為實體權利之行使，認為程序法係實體法之助法，僅屬手段性、技術性規定；並因一九三〇年代之民事訴訟法立法多繼受德、奧、日等國法制，以致常沿襲該等外國之民事訴訟法規定或其學說、實務論見原樣比附套用於我國法。惟二〇〇〇年新修正民事訴訟法之立法者，已認明民法與民事訴訟法係同時分別並立，而各成體系，不宜將後者認屬前者之助法而附從之，故就相關程序制度之設計，併立足於實體法上觀點及程序法上觀點，致力保護實體利益及程序利益、維護訴訟經濟，且擺脫抄襲性繼受模式，改向更加本土化立法，吸納我國近三十年來民事訴訟法學上獨創性理論，制訂多項異於上述外國法之新規定，以平衡兼顧各項程序法上基本要求，謀求實現多元之價值理念。為此，如何立基於上述之制高點，建構新法應有之訴訟理論與審判實務，乃當前新民事訴訟法學之解釋論、運用論甚至立法論上課題。

**關鍵詞：**民事訴訟法學、方法論、程序法上觀點、程序法上  
基本要求

## 壹、緒言

民事訴訟法學係研究民事訴訟，特別是探究民事訴訟制度及民事訴訟法規定之過去歷史上制約、析出其現在之問題點及指引其將來動向之學問體系。民事訴訟法於一九九九年至二〇〇三年間，經三次大幅度修正（下稱修正後條文為「新法」，修正前條文為「舊法」），已完成其自一九三〇年及一九三一年公布施行七十年來之全面性、根本性修正作業。於新法面世後，民事訴訟法學所須面對、克服之課題是：就新法規定為整體性觀察，闡釋其所彰顯之價值理念，以開展其應有之解釋論，進而申論新法走向之妥當性，以建構其所需之立法論。此從民事訴訟法學係屬從事於批判、前導實務運作或立法取向之學而言，乃所應然<sup>1</sup>。

由於民事訴訟為訴訟法與實體法綜合發生作用之場域，亦為法院與當事人、當事人相互間之訴訟行為與法律行為交錯發展之過程，訴訟法與實體法之應有互相關係為何，乃是民事訴訟法學之最大課題。我國學說及實務向來將訴訟視為實體法上權利之行使，認為程序法為實體法之助法，僅屬手段性、技術性規定；但民法與民事訴訟法係同時分別並立，而各成獨立體系，所以不宜將後者認屬前者之助法而附從之。其實，新法之立法者為克服上該課題，就相關程序制度之設計，不僅從實體法上觀點（私法上面向），致力保護實體利益，亦立足於程序上觀點（公法上面

<sup>1</sup> 邱聯恭「民事訴訟法修正後之程序法學」『程序利益保護論』（二〇〇五年）一三九頁。

向），致力謀求公益維護層面上訴訟經濟及保護程序利益<sup>2</sup>。所以新法施行後之解釋論上課題，即係探討如何具體落實該項立法意旨，而不應如舊法時代般忽略上述程序法上觀點、要求<sup>3</sup>。

新法之修正走向已擺脫二十世紀前葉所採抄襲性繼受模式，而改向更加本土化，以因應我國社會獨特之時代需求。同時於其橫亘二十年之長期修法期間，我國民事訴訟法學亦已呈現理論進展上之獨創性，而有自德、奧等母法國斷奶化之新容貌。其不僅建構立基於憲法上價值理念之程序權保障論、公正程序請求權論、適時審判請求權論及程序上平等權論<sup>4</sup>，而且更加積極擴大訴訟制度解決紛爭之功效（統一解決紛爭、紛爭解決一次性），並追求訴訟程序之安定性。此等新創理論亦已成為修法之理論支柱及前導理論<sup>5</sup>。因此，新法施行後就其相關規定之解釋方法，不宜再介紹或沿襲外國之論見原樣比附套用於我國新法，而應留意探求上開立法之目的、意旨<sup>6</sup>，以平衡兼顧諸程序法上價值理念或基本要求。

本文基於上述認知，擬列舉數則議題，從兼顧實體法上觀點及程序法上觀點與平衡諸程序法上基本要求之制高點，檢視新法

---

<sup>2</sup> 邱聯恭，民事訴訟法研究會第一〇八次研討會之書面報告，〈法學叢刊〉二二〇期（二〇一〇年）二二三頁至二二四頁。

<sup>3</sup> 邱聯恭『程序利益保護論』（二〇〇五年）七四頁、三一七頁。

<sup>4</sup> 邱聯恭「民事訴訟法學之回顧與展望」『程序選擇權論』（二〇〇〇年）二六七頁至二七四頁。

<sup>5</sup> 邱聯恭『口述民事訴訟法講義(一)』（二〇一〇年）一〇八頁至一三二頁；許士宦「新修正民事訴訟法上程序保障之新聞展」『程序保障與闡明義務』（二〇〇三年）三頁。

<sup>6</sup> 邱聯恭，前揭書（註3）一四二頁。

施行之後審判實務及學說理論對其所為之處理方式或提出之解決方向是否存有問題，及宜如何予以克服，據此開展新法之下應有之解釋論，期有助於建構新民事訴訟法學。

## 貳、併立足於實體法上觀點及程序法上觀點，致力保護實體利益及程序利益、維護訴訟經濟

### 一、訴訟標的範圍大小之擇定

原告於起訴時如何特定、表明訴訟標的？最高法院之判例向來雖認為：「所謂訴訟標的，係指為確定私權所主張或不認之法律關係，欲法院對之加以裁判者而言。至法律關係乃法律所定為權利主體之人，對於人或物所生之權利義務關係。」（同院六一年台再字第一八六號判例）此係以實體法上權利義務關係作為訴訟法上訴訟標的；但亦有判例認為：「不當得利返還請求權與損害賠償請求權，法律上性質雖有未同，但二者訴訟上所據之事實如屬同一，則原告起訴時雖係基於侵權行為之法律關係，然在訴訟進行中於他造為時效之抗辯後，亦不妨再基於不當得利之請求權而為主張。」（同院五六年台上字三〇六四號判例）斯則不當然以每一實體法上請求權在訴訟上均成為一訴訟標的，所以原告將侵權行為損害賠償請求權之主張改成或補充不當得利返還請求權之主張，並不構成訴訟標的（訴）之變更或追加。而在新法施行後，亦有判決判示：「基於民事訴訟採處分權主義之原則，當事人就其請求之事項欲主張何種法律關係，以及提起何種訴訟型態，應由當事人自行決定之，以尊重其程序主體權及程序處分

權。本件上訴人於原審主張：『將不當得利之法律關係及民法第二百五十九條更正為二不同之攻擊防禦方法』……，則其所提起之訴訟型態似已成為單一之訴而非訴之客觀合併。」（同院九七年台上字一八八五號判決）該裁判意旨更明白承認在處分權主義下，原告得將實體法上權利主張作為法律上攻擊方法，而非必以權利作單位而特定訴訟標的。從上述諸裁判例觀之，審判實務就訴訟標的範圍大小之判定，似未完全站在舊訴訟的理論之立場，反而承認原告對訴訟標的範圍大小（是否以權利為單位特定訴訟標的）有程序處分權<sup>7</sup>。

然而在學說上卻有論者認為，關於訴訟標的範圍大小之決定，審判實務係採舊訴訟標的理論，新法之增修亦係以該理論為基礎所建構。因民事訴訟之目的既在於私權之保護、實現，則為審判對象之訴訟標的，自不應脫離實體法上之私權法律關係，在我國未採律師訴訟主義下，為保護原告之利益計，應以上開理論為可採。如採新訴訟標的理論，於原告不主張特定私法上請求權，而以其主張之原因事實為訴訟標的之情形，倘法院未能盡闡明之能事，將來因既判力之擴張，對原告可能產生不利<sup>8</sup>。不過，此項見解具有下列疑義：

第一，以實體法上權利義務或法律關係特定訴訟標的之舊訴訟標的理論，僅立足於實體法上觀點而忽略了下述訴訟法上觀

<sup>7</sup> 詳見許士宦「實體法與程序法之關係」『訴訟參與與判決效力』（二〇一〇年）二〇一頁至二〇六頁。

<sup>8</sup> 陳計男『民事訴訟法論（上）〔增訂三版〕』（二〇〇四年）二二四頁至二二五頁；吳明軒『民事訴訟法（中）』（二〇〇九年）六六八頁至六七頁。

點：①在無礙於當事人利益之保護及程序權保障之要求時，亦應致力於滿足紛爭解決一次性之要求。②處分權主義之適用及其所衍生程序處分權之行使具有保障原告平衡追求實體利益及程序利益之機會等機能，為保障此項受尊重之程序處分權，應賦予原告有選擇紛爭單位型之訴訟標的之機會，否則，當事人將受促進訴訟的突襲。③此類突襲亦可能伴生於原告就某事實難於起訴時預測法院所採見解、審理狀況之變動或對之有所誤認，卻依上開理論不能不以原告所臆測或誤認者貿然特定訴訟標的而起訴之情形。④認為應一律要求原告明示實體權或容認原告予以分段起訴之上開理論<sup>9</sup>，較諸不採該理論之情形，將更加阻礙無能力為該項明示之原告行使訴訟權或額外增添被告應訴之煩，並有害於公益維護層面上訴訟經濟、司法資源之合理分配及當事人程序利益之保護<sup>10</sup>。

第二，新法於簡易及小額訴訟程序明定，原告於起訴時就同法第二四四條第一項第二款所定事項，得僅表明請求之原因事實（同法四二八條一項、四三六條之二三）。其立法理由為：依上開規定，當事人於起訴時應表明其訴訟標的。惟簡易及小額事件，當事人往往自為訴訟而未委任律師為其訴訟代理人，如一律要求原告於起訴時即應明確表明其所得主張之法律關係，未免過苛，故增訂原告起訴時得僅表明請求之原因事實<sup>11</sup>。據此規定，

<sup>9</sup> 認實體法上有數權利者，即得先後提起數訴。姚瑞光『民事訴訟法論』（二〇〇四年）三五九頁。

<sup>10</sup> 邱聯恭『口述民事訴訟法講義(二)』（二〇一〇年）一六四頁。

<sup>11</sup> 司法院編『民事訴訟法、民事訴訟法施行法、非訟事件法部分條文對照表暨相關法規』（一九九九年）四二頁及七二頁。

原告於起訴時就訴訟標的之表明，可就請求之原因事實或法律關係二者自由擇定其一予以特定為訴訟標的，求法院進行本案審理。蓋以，在上開事件，原告自己未必有能力於起訴時就其請求為實體法上定性，表明其係依據何項權利起訴，如要求當事人必須委任律師以特定實體法上法律關係為訴訟標的，將違反費用相當性原理，可能超過所追求之紛爭實體利益，以致得不償失。鑑於此等事件訴訟程序之當事人多未能委任律師，而由自己進行（本人訴訟），並為彌補其法律知識之不足，新法乃設此規定。因此，原告於起訴時表明請求之原因事實，其起訴即屬合法，至於所表明之原因事實，該當於何項權利義務或法律關係，乃屬法官依職權適用法律之範圍，不能因原告未主張特定權利，即不依其主張之事實以判斷何項權利存在，而違反法官知法原則。至於原告如自願表明特定之法律關係或權利義務，而據以為訴求審理之對象，自無不可，因此乃其得選擇決定者<sup>12</sup>。

新法雖於起訴狀應記載事項中，就訴訟標的部分增訂「及其原因事實」（同法二四四條一項二款），但未要求必須記載「實體法上某一法律關係」。所以上開賦予原告就特定訴訟標的有選擇權以減輕起訴負擔之意旨，應該且可能適用於通常訴訟程序。因為，訴訟標的為特定之實體法上法律關係或特定之原因事實，應該由原告決定，而非由法官或學者決定。在保護基本人權之憲法體制下，審判對象為何，應期待原告行使程序處分權予以決定，如此始合乎處分權主義採用之旨趣、機能。至於原告明示以

---

<sup>12</sup> 邱聯恭「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能」『程序選擇權論』（二〇〇〇年）九五頁至九六頁。



某原因事實特定訴訟標的，而未爲此表明某實體法上權利之情形，倘受訴法院賦予程序權保障後所爲確定之終局判決，係以原告無任何權利可主張爲由駁回其訴時，原則上就原告對被告並無基於原因事實之如何權利（法律關係）一事發生既判力。此係基於尊重原告行使程序處分權、程序選擇權，使其就行使結果自負責任，而非如新訴訟標的理論所主張般，一律以紛爭事實特定訴訟標的，未以原告行使上開處分權、選擇權爲前提<sup>13</sup>。司法院大法官釋字第五九一號解釋文闡釋「基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既爲私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有程序處分權及程序選擇權」，在訴訟標的範圍大小之劃定上，亦應貫徹斯旨，乃屬當然<sup>14</sup>。

## 二、第二審程序時效抗辯之失權

被告於第一審程序即得爲消滅時效之抗辯而未爲之，至第二審程序始提出該抗辯，此項抗辯是否發生失權效果，抑或如不許其提出顯失公平？關此，台灣高等法院相當多之裁判認爲：按民法上私權之行使，固應尊重當事人之意思，惟如權利人長期不行使權利或知他人侵害其權利而不加以排除，勢將造成新的事實狀態，影響原有法律秩序之正當維持，故法律上認權利人長期在權利上睡眠者，即不值得再加以保護。況時效完成僅屬程序事項，債務人是否援用拒絕給付抗辯權，是否享受時效完成的利益，或

<sup>13</sup> 邱聯恭，民事訴訟法研究會第七八次研討會後補註，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討(出)』（二〇〇三年）五七頁至五八頁。

<sup>14</sup> 新法施行後應採何項訴訟標的理論，參見許士宦「民事訴訟法修正後之訴訟標的理論」『審判對象與適時審判』（二〇〇六年）一三一頁。

願意拋棄既得利益，則與公益無直接關係，法律宜尊重當事人意思而不應強制其享受利益，而單純不行使抗辯權不得解釋為拋棄時效利益，是以當事人於第一審法院未拋棄其時效利益，僅單純不行使抗辯權，如於第二審法院不許當事人為時效抗辯，顯與前開說明有違，且債務人是否得為時效抗辯攸關其是否應給付，如不許提出，對當事人之攻擊或防禦方法有顯失公平之虞（同院九二年台上字一〇〇五號判決；九二年台上字七二八號判決；九三年台勞上字九號判決；九三年台勞上字十七號判決；九三年台上字四七九號判決；九三年台上易字九一一號判決、九四年台上字二五七號判決；九四年台上字三七九號判決）<sup>15</sup>。最高法院亦有判決判示：「上訴人於原審主張：本件違約金債權罹於短期消滅時效之主張如不許於原審提出者，則上訴人就八十四年十一月十五日起至八十七年三月四日止已罹於消滅時效而無請求權之違約金高達二百零六萬三千八百四十四元……仍得列於分配表內，致與實體正義不符。法院既須依法審判，且審判所追求者乃公平正義之實現，即不得駁回上訴人所為之時效抗辯，以確保法院判決結果與當事人間實體權利義務相符等語……。可見上訴人於原審已釋明被上訴人所請求之該違約金部分已罹於短期消滅時效之攻擊方法，如不許提出，有顯失公平之情事，原審卻謂上訴人未釋明該事由，而就上訴人此項防禦方法不予斟酌，於法亦有未洽。」（同院九五年台上字一一二六號判決）上述諸裁判意旨均認為仍應許當事人在第二審程序提出時效抗辯，否則，不許其提出顯失公平。

<sup>15</sup> 台灣高等法院編『九十五年法律座談會彙編』（二〇〇七年）一四四頁至一五四頁。

在學說上亦有論者認為，審判之目的在於力求公平正義之維護與實現，如依各個事件之具體情形，不許當事人提出新攻擊防禦方法顯失公平者，例外准許之。例如關於消滅時效之抗辯，如不許當事人於第二審提出，有顯失公平之情形是。因給付判決確定者，被告不但不得否認債務之成立，即在該確定判決言詞辯論終結前，雖因消滅時效完成等而生債之關係消滅，亦不得再否認該給付之義務，而為遮斷效所及；非若於第二審未行使同時履行或抵銷權抗辯者，得另行請求對待給付或自動債權之給付<sup>16</sup>。不過，此項見解與上開裁判意旨相同，依下述理由，均有待商榷。

第一，上述見解認為請求權已罹於消滅時效之債權人在法律上不值得加以保護，因時效而取得拒絕履行抗辯權之債務人有行使該抗辯權之自由，即使其在第一審程序未予行使，於第二審程序仍得行使，否則，限制債務人合法權利之行使，將使其受不利判決而應為給付，對其顯然不公平。此項見解可說純粹從實體法上觀點賦予根據。姑且不論消滅時效制度只賦予債務人抗辯權，而非使債權人之權利或請求權當然消滅（民法一四四條一項），僅讓債務人有選擇是否拒絕履行之機會，究竟實現原來之權利或使其請求權消滅何者較為公平、符合實體上正義。在訴訟上債務人為時效抗辯之情形不一，其就債權人之權利存在或予爭執或予自認；而債權人對該抗辯之陳述亦不一，或予自認或予爭執甚或再抗辯時效中斷。於此等情形，有需要法院就當事人所為時效抗辯是否成立、有無理由加以調查、審理者，亦有不需為此再費

<sup>16</sup> 王甲乙「民事訴訟法第二審程序之修正」司法院編『民刑事訴訟新制論文集』（二〇〇三年）一八頁。

勞時予以審理者。如他造予以爭執或再抗辯而需要法院加以調查、審理，即將增加二審法院及他造之勞力、時間、費用上負擔或付出。而此項負擔、付出之減免正是新法限制更新權所要達成之目標。上開見解忽略此項程序法上觀點，似不符新法之立法旨趣，蓋如後述（第二），當事人違反訴訟促進義務而逾時提出新攻擊或防禦方法（至第二審程序始為時效抗辯），若遭失權制裁，當會對其實體權義發生影響（他造之請求權未消滅，仍應負給付義務）。此種效果毋寧係失權效之具體的遲延排除機能。在此情形，促進訴訟之要求優先於發現真實之要求。不管債務人在訴訟外是否已行使拒絕履行之抗辯權或於訴訟上始第一次行使該權利，均因法院予以駁回（新法四四七第三項）而於裁判時不斟酌該時效抗辯，致該裁判可能與客觀事實不相符合，或與實體法秩序相背。如此對該受失權制裁之當事人而言，不能逕謂不公平，因其係為保護他造之程序利益及其他正在或即將使用訴訟制度者之利益（合理分配司法資源）<sup>17</sup>。

第二，新法限制當事人之更新權，原則上不許其於第二審程序提出新攻擊或防禦方法，僅於所定六種情形始例外允許之（同法四四七第一項）。其立法理由示明，採行修正之續審制後，仍無法避免及改正當事人輕忽第一審程序，遲至第二審程序始提出新攻擊防禦方法之情形，不但耗費司法資源，且造成對造當事人時間、勞力及費用之浪費，亦無法建構完善之金字塔型訴訟制度。為改正上述缺點，合理分配司法資源，乃修正為原則上禁止

<sup>17</sup> 許士宦「第二審程序時效抗辯之失權」『集中審理與審理原則』（二〇〇九年）三一九頁至三二〇頁。

當事人於第二審提出新攻擊防禦方法<sup>18</sup>。據此，如台灣高等法院九三年上字第四八七號判決所示：新法第四四七條對於當事人未盡適時提出攻擊防禦方法之協力義務，課以失權效果之目的，乃為充實第一審之事實審理功能，以期建立金字塔型訴訟制度，及合理分配司法資源，以維護當事人之程序利益，則當事人違反此規定而遭法院不准提出新攻擊防禦方法時，必然對當事人之實體上權利義務關係產生某程度影響。如倒果為因，以當事人之實體權利將受限制或剝奪而認為其顯失公平，即准當事人提出新攻擊防禦方法，上開規範目的及功能將成為空談。是故，當事人既無第四四七條第一項第一款至第五款事由，致其未能於第一審提出時效抗辯，自不得再因其不得主張時效抗辯所生之實體上不利益有顯失公平之虞，而認其符合同條項第六款規定<sup>19</sup>。

新法規定如不許當事人於第二審程序提出新攻擊或防禦方法，顯失公平者，仍應許其提出之（同法四四七條一項六款）。其立法理由雖然表明，審判所追求者為公平正義之實現，如依各個事件之具體情事，不准當事人提出新攻擊或防禦方法，顯失公平者，應例外准許當事人提出之，否則法院之裁判殆失其意義<sup>20</sup>。但公平與否係不確定法律觀念，須依個別具體事件權衡各項利害而予以類型化、具體化，斯則有待判例法之形成。上述立法理由所強調之審判應實現公平正義，該公平正義包括實體上及

<sup>18</sup> 司法院『民事訴訟法、民事訴訟法施行法部分修正條文對照表暨總說明』（二〇〇三年）二三六頁至二六九頁。

<sup>19</sup> 台灣高等法院編，前揭書（註15）一四五頁至一四六頁、一四九頁至一五〇頁。

<sup>20</sup> 司法院，前揭書（註18）二六八頁至二六九頁。

程序上之公平正義。因此，是否顯失公平之判斷應考量第二審提出新攻擊或防禦方法之當事人，其未於第一審提出之可歸責程度（包括有無故意或重大過失、輕過失）、其蒐集事證之能力及手段之強弱（包括有無律師代理；他造、第三人或法院之協力程度）、逾時提出致訴訟程序遲延之程度（包括輕微或甚為嚴重）、如許當事人提出，他造對該新攻擊或防禦方法進行攻防之程序權保障程度（包括就其為爭執或抗辯之主張、舉證可能性），以及為此所可能增加之程序上不利益程度（包括勞力、時間、費用上負擔程度、額度）、如不許當事人提出，其所可能遭受之實體不利益程度等諸多因素。以消滅時效之抗辯為例，不允許其提出是否顯失公平，應為下列利益之衡量：不許提出所保護之利益是否大於提出所保護之利益。就前者而言，包括法院及他造之勞力、時間、費用，從法院所代表之公益來說，此涉及司法資源之節省、其他事件當事人或潛在當事人平等使用法院之機會及納稅人之負擔減輕；從他造之利益來說，此涉及不必要勞力、時間、費用之減免，保護其程序利益，此亦涉及辯論權之保障，因須以此為前提，而為充分賦予程序權保障，始致勞力、時間、費用之付出。就後者而言，包括當事人因該提出被採納時所將獲得之實體上利益，及法院予以審酌後所為裁判之真實接近程度。從法院所代表的公益來說，發現真實以為正確裁判，亦屬司法受人民信賴之所繫；從當事人之利益來說，時效抗辯被採納，其將免為給付，有助於其實體利益之維持，惟此以其得就該抗辯予以主張為前提，故亦涉及其提出權等程序權之保障。只有在經過上述利益權衡之後，判斷結果不許提出所失利益顯然大於允許提出所失利益之情形，始可謂為該當於不許提出顯失公平之情形，而

有必要准許提出<sup>21</sup>。

### 三、既判力對言詞辯論終結後系爭物受讓人之擴張

既判力是否及於事實審言詞辯論終結後從原告受讓系爭物之第三人？例如X依所有物返還請求權訴請Y返還房屋，Y為基於債權占有之抗辯，經法院認定Y抗辯屬實而判決X敗訴確定後，X將系爭房屋讓與Z，Z乃對Y提起後訴，依所有物返還請求權請求Y返還系爭房屋。前訴X、Y間確定判決之既判力是否擴張於Z？關此，最高法院曾有判決表示：「按確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，亦有效力，民事訴訟法第四百零一條第一項定有明文。所謂繼受人，如確定判決之訴訟標的為對世效力之物權關係者，依法律行為受讓該訴訟標的物之人，雖應包括在內，惟該項規範之目的，並非在創設或變更實體法上之權利義務，故讓與人因一己事由受不利益之確定判決，而該事由於實體法上受讓人並不受其拘束時，原確定判決之效力即不及於該受讓人，以避免因訴訟法上之規定，變更實體法上之權利義務關係。查系爭房地之讓與人X前雖曾本於民法第七百六十七條規定，起訴請求Y遷讓返還系爭房屋，經法院認定Y係經訴外人W指示占有系爭房屋，W則係基於與X間債之關係而占有系爭房屋，Y非屬無權占有等情，而判決X敗訴確定；惟債之關係僅在特定當事人間發生效力，於實體法上既無拘束Z之效力，依上說明，該確定判決之效力即不及於Z。Z提起本件訴訟，自不違背民事訴訟法第四百零一條第一項、第二百四十九條第一項第七款規

<sup>21</sup> 許士宦，前揭文（註17）三二六頁至三二七頁。

定。」（同院九七年台上字一八四二號判決）但亦有判決表示：「按民事訴訟法第四百零一條第一項所謂繼受人，包括因法律行為而受讓訴訟標的之特定繼承人在內。而所謂訴訟標的，係指為確定私權所主張或不認之法律關係，卻法院對之加以裁判者而言。至法律關係，乃法律所定為權利主體之人，對於人或物所生之權利義務關係。其中對物之關係，指依實體法規定為權利主體之人，基於物權，對於某物得行使之權利關係而言，此種權利關係，具有對世效力與直接支配物之效力，如離標的物，其權利失所依據，其以此項對物之關係為訴訟標的時，所謂繼受人，固包括繼受該法律關係中之權利或義務人及受讓標的物之人（本院六一年度台再字第一八六號判例意旨參照）。惟倘繼受人未繼受存在於特定之債權人與債務人間（對人關係）之權利義務關係，而僅受讓標的物之所有權，並依實體法規定成為權利主體之人者，自己合法取得其固有之物權（如移轉登記、土地法第四十三條、民法第八百零一條、第八百八十六條、第九百四十八條）。於此情形，為調和實體法與程序法所規範之法律狀態，前案確定判決對於該標的物繼受人之既判力客觀範圍，應祇以該判決事實審言詞辯論終結時原告所主張之權利義務關係（即訴訟標的）本身之存否，經於判決主文對其所為之判斷者為限，即繼受人不得反於前案既判力，主張其前手對於前案被告仍享有對物之權利，至於該判決事實審言詞辯論終結後，始受讓標的物之所有權者，既在上揭既判力客觀範圍之外，自非不得基於實體法所取得之固有物權，為自己對其前手之前案被告提起後訴訟。查本件前案確定判決之訴訟標的，係該案X本諸其就系爭房屋之所有權，依民法第七百六十七條規定，對該案Y所主張之所有物返還請求權，法院



審理結果，並未否認X對系爭房屋之所有權，僅認該案Y所為其係經W指示而占有，W乃基於與X間之買賣關係而占有，其非無權占有之抗辯為有理由，判決X敗訴確定，故『X與Y間之系爭房屋所有物返還請求權，於該案事實審言詞辯論終結時並不存在』一事，始為該前案確定判決既判力之客觀範圍。嗣Z於前案確定判決後，始經合法之物權移轉登記而取得系爭房地所有權，依上說明，Z取得系爭房屋所有權之物上請求權，因與前案確定判決既判力客觀範圍所示之權利主體不同，非在前案既判力客觀範圍內，Z自得本於其對系爭房屋自己之所有權，併同未經裁判之系爭土地所有權提起前訴訟程序之後訴訟。」（同院九八年台再字三五號判決，即上一判決之再審判決）儘管上述二判決之結果並無不同，但前一判決似認X、Y間確定判決之既判力不及於系爭房屋之受讓人Z，而後一判決則肯認之，惟二者均以最高法院六一年台再字第一八六號判例意旨之見解為前提則無不同。上述見解，存有下列疑義，宜再加思考。

第一，最高法院之上開判例似無從據以解決既判力是否擴張於言詞辯論終結後從原告受讓系爭物者之問題。因為依上開判例之意旨難以處理判決效力是否及於從原告受讓系爭物之特定繼受人。該判例認為：受讓訴訟標的物之人是否該當於民事訴訟法第四〇一條第一項所定之特定繼受人，係依作為訴訟標的所主張法律關係之實體法上權利屬性而定。倘以對人關係為訴訟標的，因其係為權利主體之人得請求特定人為特定行為之權利義務關係，此種權利義務關係僅存在於債權人與債務人之間，故必繼受該法律關係中之權利或義務人始足當之，僅受讓訴訟標的物者並不該當於特定繼受人；倘以對物關係為訴訟標的，因其係為權利主體

之人，基於物權對某物得行使之權利關係，此種權利關係，具有對世效力與直接支配物之效力，如離標的物，其權利失所依據，故以對物關係為訴訟標的時，凡受讓標的物之人均包括在內云云。據此，該判例所憑以擴張判決效力於該受讓人者，全依實體法上對人關係及對物關係之相對效、行為效及對世效、追及效。不論此項只有實體法上觀點之論據是否充足，將其用以決定從義務人受讓系爭物者是否該當於特定繼受人，固不失為一種標準；但將其適用於判定從權利人受讓系爭物者是否該當之，則無從據以解決。蓋以系爭物之讓與人對於受讓人，並無所謂對人效或對世效之可言。為此，宜再探究判決效力主觀範圍擴張之法理根據或理論基礎為何。

第二，既判力主觀範圍之擴張不會變更實體法上法律關係之屬性。因為前訴判決之既判力所確定者僅限於前訴訴訟標的之法律關係（即前訴當事人兩造間之權利義務關係），即使該既判力擴張於單純受讓系爭物之第三人，亦不致使受讓人與前述當事人間之權利義務關係亦因該既判力而告確定。前訴判決之既判力擴張於該第三人時，其所受拘束力僅係於其與前訴當事人間之後訴訟上，就既判力所判定之權利義務關係不得再事爭執而為不同之主張，後訴法院亦應以之為判決前提而不得為相互矛盾之判斷。易言之，既判力制度之旨趣及作用，係在前訴與後訴之關係上，於後訴維持前訴確定判決之公權判斷，以確保法的安定性而已。前訴確定判決認定原告對於被告之權利存在或不存在，並不因其既判力擴張於上開系爭物之受讓人，即使受讓人對於被告之權利亦生既判力而確定存在或不存在。無論前訴確定判決係認定原告對於被告之物上請求權或債權請求權存在或不存在，均不會因該

判決之既判力擴張於系爭物受讓人之結果，即使其對於被告之物上請求權或債權請求權存在或不存在亦生既判力。易言之，作為訴訟標的所主張法律關係之實體法上屬性為何，不影響既判力主觀範圍擴張之效果。上述最高法院前一判決認為「讓與人因一己事由受不利益之確定判決，而該事由於實體法上受讓人並不受其拘束時，原確定判決之效力即不及於受讓人，以避免因訴訟法上之規定，變更實體法上之權利義務關係」，似有誤解。蓋以讓與人與他造間之債權關係，其效力是否及於受讓人，原應依實體法規定予以判斷，此與訴訟法上既判力主觀範圍之擴張無關，因該認定讓與人與他造間債權關係存在而否定原告之物上請求權存在之原確定判決，於其既判力擴張於受讓人時，即使認其就該債權關係之判斷亦有既判力或準既判力（爭點效），至多僅係受讓人在其與他造間之後訴訟上不得對之再加爭執而已，不會因該效力擴張之結果，即使受讓人繼受讓與人與他造間之債權關係或於其間發生同一債權關係，從而並無「因訴訟法上之規定，變更實體法上之權利義務關係」之狀態、現象發生。此一判決效力擴張之作用、效果，與上述對訴訟標的所為判斷之既判力主觀範圍擴張之情形無殊。或許正因為如此，上述最高法院後一判決始認為「前案確定判決對於標的物受讓人之既判力客觀範圍，應祇以該判決事實審言詞辯論時原告所主張之權利義務關係（即訴訟標的）本身之存否，經於判決主文對其所為判斷為限，即繼受人不得反於前案既判力，主張其前手對於前案被告仍享有對物之權利，至於該判決事實審言詞辯論終結後，始受讓標的物之所有權者，既在上揭既判力客觀範圍之外，自非不得基於實體法所取得之固有物權，為自己對其前手之前案被告提起後訴訟」，以「調

和實體法與程序法所規範之法律狀態」。究竟在界定既判力之主觀範圍時，實體法與程序法之相互關係為何，成爲亟待解決之課題。

新法係以程序權保障之有無，作爲界定既判力之範圍大小及判定其發揮作用是否具正當性之基礎，並在此基礎上，平衡兼顧法的安定性、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。就確定判決之效力擴張於訴訟繫屬後之繼受人而言，增設職權通知制度及第三人撤銷訴訟程序（新法二五四條四項、五〇七條之一），係賦予事前的程序保障及事後的程序保障之配套制度，一方面充足判決效力主觀範圍擴張於該繼受人之正當化基礎；一方面容許該第三人在保障其程序權所必要之一定範圍內，可選擇是否起訴以動搖確定判決所生效力。依此等新法之立法意旨，本訴訟之判決效力原則上於該判決確定時點即擴張於訴訟繫屬後之繼受人，而僅於保障其程序權及固有權利所必要範圍內，始例外承認該第三人事後起訴，聲明請求爲判決排除或限縮上開判決效力之一部或全部（同法五〇七條之四），並於第三人撤銷訴訟判決容認之範圍內，於此判決確定之時點始排除上開擴張之效力<sup>22</sup>。

不過，上述規範意旨係指繼受人之繼受發生於事實言詞辯論終結前之情形；如該繼受發生在該基準時後之情形，則於事前的程序保障方面，幾乎難以賦予繼受人本身參與本訴訟之機會；且

<sup>22</sup> 邱聯恭『口述民事訴訟法講義(二)』（二〇一〇年）二八二頁至二八四頁；許士宦，前揭文（註7）二一四頁至二二〇頁。

其於受本訴訟確定判決之既判力所及時點係繼受之時（於該判決確定後始繼受之情形）而非該判決確定時點。因此，似無從以事前的程序權保障，作為該既判力擴張之正當化根據。不過，由於繼受人在前訴訟（本訴訟）當時尚未存在，且該訴訟係由其前手（前訴當事人）遂行，則其從前手傳來取得之紛爭對象利益，如經前手在實體法上已予處分該利益，從實體法上依存關係之原則觀之，繼受人原應予甘受；而且前手既具紛爭主體地位，居於訴訟當事人而受程序權保障，其遂行訴訟結果法院所為判決內容亦具相當之正當性，從而難謂繼受人全未獲某程度之程序保障。至於既判力擴張時點之延後須視其繼受時點而定，乃屬當然。蓋正因此繼受，本訴訟之確定判決效力始擴張及之，故擴張時點以繼受時點為準。並且繼受人因繼受所取得之固有利益，不因該既判力之擴張而受影響。因為前訴訟之確定判決效力之基準時係該訴訟事實審言詞辯論終結之時點，故該判決既判力客觀範圍亦限於其對訴訟標的（即訴訟當事人間權利義務關係）之存否所為判斷，並不及於該基準時後所生之新法律關係，尤其是繼受人因繼受系爭物而非訴訟標的之法律關係所生之新權利義務，並不因該既判力而被遮斷或生失權效。

要之，在新法增設相關配套制度之下，有關第四〇一條第一項所定基準時後當事人之繼受人，應解為其係有鑑於將確定判決之效力擴張於繼受人，有助於統一解決兩造當事人與繼受人等多數人間之紛爭，並達到合理節省司法資源，貫徹公益層面之訴訟經濟，保護當事人（特別是移轉者之他造）之程序利益等要求之目的。然為達到此等目的，同時須慮及特定繼受人所應享正當利益之保護。此項正當利益，自訴訟法上觀點而言，即係指應使該

特定繼受人之固有利益（例如所有權移轉、善意取得）應受保障。雖然確定判決之效力擴張於基準時後繼受人之規定，係為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，確保、提升判決所具解決紛爭之實際效用，及貫徹程序利益保護原則而設，依此訴訟法上觀點所為判決效力主觀範圍之擴張，原則上並不考慮該判決係以物權係或債權關係為訴訟標的、繼受人所繼受之標的為物權、債權或其標的物，且不以本訴訟程序已賦予該繼受人實際上獲有事前的程序保障為前提；但為保障該受判決效力擴張的繼受人之程序權保障及固有利益，仍應賦予事後的程序保障，使其有提出足以保護其權益的攻防方法之機會。亦即，繼受人有固有利益受本訴訟判決之不利影響時，其亦得為主張此項權益而提起訴訟或抗辯，以限縮或排除本訴訟之確定判決對其所擴張之效力，藉此獲得事後的程序保障。就繼受人因基準時後之繼受所取得之固有權益而言，其自始不在該判決既判力之客觀範圍，自得於後訴訟提出主張或抗辯，而不受該既判力所排除或限定；但就繼受人因基準時前所存在而有利於其權益保護之事證，則受本訴訟確定判決之既判力客觀範圍所及，除非其該當於再審事由，否則原當事人已不得再事主張，而受該既判力擴張所及之繼受人，如知悉該既判力（確定判決）存在，而猶從原當事人繼受，自亦不得再事爭執；否則，繼受人就其未於前訴訟（本訴訟）提出即係不可歸責於己之事由，得據以提起第三人撤銷訴訟（新法五〇七條之一），謀求救濟。因此，新法係立足於兼顧訴訟法及實體法之觀點為有關判決效力主觀範圍之制度設計，以平衡兼顧程序權保障及統一解決本訴訟兩造當事人與繼受人間所有紛爭等訴訟法上要求，並在此範圍內保護實體法所認固有利益，平衡追求程序利益及實體利益。

## 參、平衡兼顧各項程序法上基本要求，謀求實現多元之價值理念

### 一、訴主觀預備合併之容許

訴主觀預備合併型態是否合法？於新法施行後最高法院之少數裁判持否定見解，不論是原告或被告方面之主觀預備合併，均以下述一般性理由否定後位訴訟之合法性。亦即認為：「主觀預備合併訴之合併，因法院審理此種訴訟時，仍應就各該訴訟全部辯論，僅於先位之訴有理由時，無庸再就後位之訴裁判，是後位當事人可能未獲任何裁判，致後位當事人地位不安定，與訴之安定性原則有違，且先位當事人與他當事人間之裁判，對後位當事人並無法律上之拘束力，徒使後位當事人浪費無益之訴訟程序。又如適用民事訴訟法第五十五條共同訴訟人獨立原則，於一被告（原告）上訴時，其效力不及於其他被告（原告），亦難免有裁判矛盾之可能。」（同院九一年台上字二三〇八號判決、九六年台抗字六三二號裁定）但大部分裁判則持肯定見解。就原告方面之預備合併，認為：「原告多數的主觀預備合併之訴，如先、備位原告之主張在實質上、經濟上具有同一性（非處於對立之地位），並得因任一原告勝訴而達訴訟之目的，或在無礙於對造防禦而生訴訟不安定或對造甘受此『攻防對象擴張』之不利益情形時，為求訴訟之經濟、防止裁判矛盾、發現真實、擴大解決紛爭、避免訴訟延滯及程序法上之紛爭一次解決，並從訴訟為集團現象暨主觀預備合併本質上乃法院就原先、備位之訴定其審判順序，及基於辯論主義之精神以觀，自非不得合併提起。」（同院九四年台上字二八三號判決、九四年台上字一〇七八號判決）就

被告方面之預備合併，認為：「此種主觀的預備訴之合併，縱其先、備位之訴之訴訟標的容或不同，然二者在訴訟上所據之基礎事實如屬同一，攻擊防禦方法即得相互為用，而不致遲滯訴訟程序之進行。苟於備位訴訟之當事人未拒而應訴之情形下，既符民事訴訟所採辯論主義之立法精神，並可避免裁判兩歧，兼收訴訟經濟之效，自為法之所許。」（同院九〇年台抗字五三七號裁定、九四年台抗字九八〇號裁定、九八年台抗字四五號裁定及九八年台上字一八四六號判決）並且認為，於此等情形，因先位之訴有理由，為備位之訴之解除條件，其解除條件應以先位之訴判決確定時，始為其條件成就之時，第一審如就先位之訴為原告勝訴判決，在尚未確定前，備位之訴其訴訟繫屬並未消滅，且在第一審所為之訴訟行為，於第二審亦有效力（民事訴訟法四四八條），是該備位原告（被告），縱未經第一審裁判，亦應解為隨先位之訴繫屬於第二審而生移審之效力，即原告先位之訴勝訴，備位之訴未受裁判，經被告合法上訴時，備位原告（被告）之訴即生移審之效力（同院九四年台上字二八三號判決、九八年台上字一四八六號判決）。

在新法施行後之學說上，有論者參酌德國通說之見解而認為，相較於先位請求，後位請求所附之條件為訴訟外條件，而非訴訟內條件，此使後位請求之訴訟繫屬與否懸而未決或當事人之角色陷於不確定之狀態，不僅違反訴訟關係之明確性要求，連該後位之請求之合法性均成為問題；並且認為，原告方面之主觀預備合併可以經由訴訟地位之承受而達到相同目的；被告方面之主觀預備合併則可以利用訴訟告知制度，達到一致評價訴訟程序之目的。如原告已提起不合法之後位之訴部分，可解釋為合法之訴



訟告知，透過訴訟告知與參加效力，即可解決當事人不確定及避免發生裁判矛盾等問題，故實際上亦不需要該項合併<sup>23</sup>。不過，此項見解與上述採否定說之裁判所持一般性反對訴主觀預備合併型態之理由，忽略新法之相關規定及其立法意旨，仍有待商榷。

第一，關於後位之訴之合法性，主觀預備合併之訴與客觀預備合併之訴相同，後位請求於合併起訴時，均發生訴訟繫屬之效力，僅將先位請求有理由確定作為後位請求訴訟繫屬之解除條件而已，前者（主觀預備合併）亦如後者（客觀預備合併）般，其條件之成就與否係繫於同一訴訟程序內之事實，難謂僅前者後位請求之起訴本身處於不確定之條件下，後位當事人與他造間之訴訟法律關係只有先位請求無理由時始發生。

第二，關於後位當事人（後位原告或被告）之地位不安定或不利益方面，姑且不論在原告方面之預備合併情形，即使居於後位原告之地位可能遭致程序上不利益，此亦因其行使程序處分權而起訴成為後位當事人之結果，基於自己責任原則，原應甘心忍受，何況未必如此。由於後位當事人就先位請求所進行本訴訟之結果，具有法律上利害關係，所以除非其已受訴訟告知（民事訴訟法六五條），否則受訴法院宜將本訴訟進行程度（含爭點整理結果）通知之（新法六七條之一第一項），使其受事前的程序保障。據此，即使後位當事人未受裁判，法院就先位請求所為本案確定判決之效力亦擴張及於後位當事人與他造間及其與先位當事人間。此蓋新法有關職權通知、訴訟告知、判決效力主觀範圍擴

<sup>23</sup> 吳從周「接續觀察主觀預備合併在我國之發展」『民事法學與法學方法四』（二〇一〇年）三六二頁至三六七頁。

張及第三人撤銷訴訟等制度之配套設計，係指向於盡可能平衡兼顧統一解決三面紛爭（多數人間紛爭）、程序權保障（事前的或事後的程序保障）、法的安定性及具體妥當性等要求，而不僅從實體法上觀點（私法面向），致力保護實體利益，亦立足於程序法上觀點（公法上面向），致力謀求公益層面上訴訟經濟及保護程序利益。從而，在後位當事人經由上開程序踐行而獲參與先位之請求之審理程序時，有關先位請求之確定判決，不論其屬原告勝訴或敗訴者，均對原告、先位及後位當事人發生拘束力，藉此統一解決該三人間有關上開紛爭。此項拘束力自新法採用上開配套制度後，實與一般訴訟告知及訴訟參加之效力相當，而有異於未踐行上開通知程序之情形<sup>24</sup>。

第三，訴訟告知制度仍不能取代訴主觀預備合併而否定其必要性。因為，其一，即使訴訟告知就後位請求具有中斷時效之效力（民法一二九條二項四款），仍無遵守除斥期間之效果，是於後位請求有除斥期間規定之情形，仍必須提起別訴為之，否則難以避免二重敗訴之危險。因此，單憑訴訟告知無法確保當事人之實體利益。其二，訴訟告知並未使原告對受告知之後位被告取得執行名義，因此於原告對先位被告敗訴確定後，如後位被告不自動履行，原告仍須對之訴訟。為此，比起一開始即提起預備合併之訴情形，原告可能付出更多之勞力、時間、費用，致其遭受程序上不利益，不能貫徹程序利益保護原則<sup>25</sup>。

<sup>24</sup> 邱聯恭，前揭書（註10）三〇八頁至三〇九頁。

<sup>25</sup> 許士宦，民事訴訟法研究會第六〇次研討會之發言，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討(七)』（一九八八年）一五〇頁至一五一頁。

於新法之修正草案研擬過程，司法院民事訴訟法研究修正委員會曾經提及並討論是否及如何就主觀預備合併之訴予以明文化，最後作成決議：「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。」<sup>26</sup>此項決議係有鑑於在特定條件下，應准許提起主觀預備合併之訴，利用同一訴訟程序一舉、統一解決多數人間之紛爭，以保護當事人之實體利益及程序利益，並擴大訴訟制度解決紛爭之功能，助益於維持公益層面之訴訟經濟。原告依處分權主義有權決定被告、審判對象及順序，並有受適時審判之權利，且訴訟指揮權之行使應顧慮公正程序請求權之保護。因此，除非特別有害於被告之利益及防禦權，為維持公平及賦予程序權保障等限制原告程序處分權、選擇權之正當化根據外，應遵循此等主義、原則，准許原告採用此類合併型態。要之，應否准許採用主觀預備合併之方式，係屬應依上述法理個別判定之問題，予以全面否定或全面肯定之見解均非所宜<sup>27</sup>。因此，最高法院於新法施行後就主觀預備合併之訴應否承認，其民事庭會議決定：「應依具體個案之類型，按其性質決定之。」（同院九四年十月十八日民事庭會議決定）符合上述立法意旨。

<sup>26</sup> 司法院民事訴訟法研究修正委員會第四二八次及第四二九次會議紀錄，司法院編『民事訴訟法研究修正資料彙編(九)』（一九九三年）一一四二頁至一一八九頁及一二〇一頁。

<sup>27</sup> 參見司法院編，前揭書（註26）一一五四頁至一一五五頁。關於新法之下，訴主觀預備合併之合法性，參見許士宦「訴主觀預備合併之法律構造」〈台灣法學雜誌〉一五九期（二〇一〇年）三五頁至五〇頁〔本書二七五頁〕。

## 二、判決效力對訴訟繫屬中系爭物善意受讓人之擴張

判決效力是否及於訴訟繫屬中從被告善意取得系爭物之第三人？例如X主張某地為其所有，遭Y偽造出賣證書及印鑑章，將之移轉登記予Y所有，經其提起塗銷移轉所有權登記之訴，如於訴訟繫屬中Y竟將系爭土地移轉登記予善意之Z，則本案判決之效力是否及於Z？關此，最高法院曾有裁定判示：「民事訴訟法第四百零一條第一項所稱之繼受人，如其訴訟標的為具有對世效力之物權關係者，依法律行為受讓該訴訟標的物之人，應包括在內。但該條規範之目的，並非在或變更實體法上規定之權義關係，有關程序法上規定之『既判力之主觀範圍』本不能與土地法及民法有關實體法上之重要權義關係規定相左，為確保交易安全，倘受讓該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，因受土地法第四十三條及民法第八百零一條、第八百八十六條、第九百四十八條規定之保護，其『既判力之主觀範圍』，基於各該實體法上之規定，即例外不及於該受讓訴訟標的物之善意第三人，否則幾與以既判力剝奪第三人合法取得之權利無異，亦與民事訴訟保護私權之本旨相悖，此參酌德國民事訴訟法第三百二十五條第二項規定其民法保護由無權利人取得權利之規定準用之，以限制第一項所定既判力繼受人之主觀範圍自明。」（同院九六年台抗字四七號裁定）該裁判意旨係認以物上請求權為訴訟之訴訟標的，法院對其所為確定判決之既判力例外不及於訴訟標的物（系爭物）之善意受讓人。

在新法施行後，不僅審判實務之上述最高法院裁定，而且學說中亦有論者引用德國民事訴訟法第三二五條第二項（「民法上