

民事訴訟法研究會

# 民事訴訟法之研討 (一)



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

1114.277/01

# 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

數字  
化  
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 陳石獅 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 瓊：**

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



## 民事訴訟法之研討(一)

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？均宜探討。

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

產事件既然已經為破產裁定，且已確定，是不是還可以另一裁定說不破產？當然不能，那就是因為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，法律規定以裁定為之，當時立法據我了解，並不是因其簡單、迅速能確定私權，而是為了提倡本票的使用，立法者並無以本票之強制執行事件較為簡單，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，認為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為慎重，我的結論是，確定私權與同一事件經裁定後不得再為同一裁定，應分別以觀。

至於本票強制執行之裁定有無既判力？我認為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。

我認為裁定有確定力，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。個人以為，既判力必是對私權之存否及其範圍，經過慎密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，以為實體上之解決，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，究尚未為判斷，故不能說程序上借用的結果，就認為裁定就票款債權之存否有既判力。

④法院所為許可和解或認可和解之裁定有無既判力，陳文認為一般以其有既判力，因為如果沒有，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為辯論。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，我認為應先解決。

⑤陳文中謂裁定效力較判決遜色，我不以為然。裁定有裁定要解

決的對象，判決有判決要解決的對象，是各自發揮功能，而非何者效力較優於或較遜之問題。

- ⑥陳文中批評為何司法院解釋，最高法院判例，均認為對非訟事件只為形式審查，而不為實體審查。我認為這還是涉及到討論層次的問題，因為如認為非訟事件法所欲解決之法律問題不涉及實體既判力之問題的話，那非訟事件法所能審究的也就不是實質問題了。因此討論本問題還是要就司法論與立法論嚴予區分。如果在現行法上可找出裁定就實體法律關係之存否有既判力的話，我就可以同意陳教授的看法。如果不能找出現行法律上的依據，我則不贊成陳文之純以立法論上之理由，批評司法院解釋，最高法院判決為不當。因為這是屬於司法論層次的問題。

**陳榮宗：**

范先生之問題有必要予以回答，您認為本票執票人可否起訴？

**范光群：**

這是個艱難回答的問題。我以為如認為裁定就票款請求權之存否有既判力，則違反一事不再理，如認為裁定無此既判力，則僅發生當事人是否有保護必要之問題，是否應予判決駁回之問題。

**陳榮宗：**

范律師認為執票人起訴，由於認為裁定無既判力，因此以欠缺權利保護要件，將之駁回。如果發票人提出消極確認之訴時，又要如何處理呢？是不是也要以欠缺權利保護要件而駁回？此情形發票人顯然有權利保護利益。

**范光群：**

於此情形有一點是可明白的，就是法院不可以原裁定有既判力，

而以違背一事不再理加以駁回。

**陳榮宗：**

那就假設為裁定無既判力好了。

**范光群：**

這個問題還要考慮，我不敢即席隨便回答這個問題。

**陳榮宗：**

這牽涉到一個很基本的問題，這不是涉及到當事人有無權利保護利益的問題，而是到底裁定有無既判力的問題。如認為裁定有既判力，則判決不能推翻裁定；如認為裁定無既判力，則判決可推翻裁定，那就是說判決比裁定強。我的邏輯就是如此，不知范律師認為如何？

**陳計男：**

我想有點要澄清的，非訟事件法上之裁定，只是對本票票面上記載事項為審查而已，該裁定並未就當事人兩造之本票法律關係存在、不存在為判斷。所以我想假如本票債務人提起一消極確認之訴，確認債權不存在，此是就當事人間之實體法律關係為裁判，這裁判的本身並沒有說依非訟事件所為之裁定失效。

**陳榮宗：**

我的論點，誠如剛才范先生所講，從立法論的觀點，為了訴訟經濟，及防止裁定與判決矛盾，應承認裁定有既判力。另外我再補充一點，對所謂立法論的看法，我以為立法者在立法時是否真的了解非訟事件程序？我國非訟事件法多抄自德日，因此我想是可追溯德日之立法例，作為我們解釋之參考。另外，就破產事件已為破產裁定，能否再提起確認之訴呢？如能提起，我認為那應是形成之訴，乃破產人不服破產宣告而起訴請求法院判決宣告撤銷該破產宣告之裁定。

**邱聯恭：**

首先對陳教授提出這個問題，予以很高的評價，提出問題，不管有沒有解決，對社會是一貢獻。

訴訟法之研究所以難於實體法，乃因實體法往往只注重衡量當事人間之利害關係，而訴訟制度之運用除了以實體法為其裁判規範時，應為同樣之衡量外，還要將勞力、時間、費用等訴訟法上之因素考慮在內，並兼顧許多人亦將使用訴訟制度，此與民事訴訟之非訟化不無關連。剛才所說到之當事人間實體上的權利義務關係，固然也是在考慮應否發生既判力時，所應加以注意的因素，但除此以外，尚應為訴訟法上之考慮。因為對於實體上之權利義務關係而言，在某意義上，既判力等於對之宣布死刑一樣，所以也必須要慎重考慮是否對當事人程序上之基本人權予以充分的保障。這種看法在德日已成為必然的見解，這也和德國的非訟事件法有關。當初德國制定非訟事件法時，採取職權調查主義是有其歷史上背景的，因為一八九八年德國制定非訟事件法之前，是採古典非訟事件法立場，亦即由國家立於保護之立場來處理監護、公證事件，而於該年制定非訟事件法時，立法者猶持著這種想法。當時自由主義（當事人主義）已經在民事訴訟法上抬頭，可是在非訟事件法上，却未考慮到是否應予當事人程序上之保障，其後日本於同年，繼受德國非訟法，我國則到1964年始公布施行非訟事件法，也採職權調查主義。然而，最近德日訴訟法有一傾向，即重視保護當事人程序上的基本人權，基此理由，如果非訟事件法或其特別法容認法院就實體問題為判斷時，那麼我們憑什麼去排除其可能性呢？因此，問題就變成，不是判決或裁定是否應有既判力的問題，而是法院是否予當事人在程序上有充分的保障？此乃剛才陳石獅先生所說要界定裁定之既判力時，應再加以考慮的一個因素。

陳文中有一很重要的關鍵，即何謂「訟爭性」？非訟事件中也含

有所謂「真正的訴訟事件」，戰後，尤其最近在日本，固有所謂民事訴訟之非訟化，譬如，因租賃關係中，轉租須得原出租人之承諾，承諾與否，是有訟爭性，本來應經費時之言詞辯論才能判斷，但現在則以非訟事件來處理。「訟爭性」在德國也有種種不同學說，陳文對「訟爭性」如能予更明確的界說，對於今後國內實務、學說的發展，會有更大的貢獻。

另有個問題想請陳教授確認一下，俾展開我的看法，您的論文中是不是認為拍賣抵押物之裁定有既判力？

**陳榮宗：**

是。

**邱聯恭：**

另外關於拍賣抵押物之裁定，其既判力之人的、物的範圍，剛才有位先生提過，陳教授能否作個簡單的說明？因為非訟事件法第十四條規定，非訟事件不一定要列相對人，不列入相對人不算違法，那麼如果下裁定後，應向誰送達呢？另外物的範圍，因抵押權有附從性，如被擔保債權消滅時，抵押權也會消滅；而且依民法規定，抵押權擔保範圍及於利息等，究竟物的範圍如何？再者，陳文中言詞辯論主義及辯論主義究何所指呢？言詞辯論主義是指言詞審理主義呢？還是一般之辯論主義呢？陳文第三十一頁，似乎在指稱同一事情，而用語不盡相同。最後，當事人若未為抗辯，法院可否逕依非訟事件法第十六條為職權調查？若法院已為充分調查，並予當事人以程序上保障後，可否對該裁定賦予既判力呢？

**陳榮宗：**

物的範圍，民法有明文，當事人如無特別約定，應及於原債權、利息、遲延利息、拍賣費用。至於人的範圍，如是由債務人提供擔保

物，則較為簡單明確；如果第三人提供擔保物，則因抵押權與債務人之債務有利害關係，但第三人也因拍賣而喪失所有物，因此是不是以第三人及債務人為共同相對人較為圓通？如果僅以其中一人為相對人，則可能涉及既判力的擴張，這個問題與代位訴訟之當事人一樣。第三個問題，我論文中強調的是與職權調查主義相對之當事人辯論主義，因為非訟事件法以採職權調查主義為原則，但並不排除辯論主義。至於有關非訟事件法第十六條的問題，可否請邱老師說清楚些？

邱聯恭：

非訟事件法第十六條，與德日皆同採職權調查主義，日本學者稱職權探知主義，我的問題是當事人未為抗辯時，法院可否逕行職權調查？是不是將我們的討論集中於拍賣抵押物之裁定呢？

陳榮宗：

這個問題也可回答剛才有二位先生所提之問題，剛才二位先生言外之意以為，只有民訴法上才有予當事人口頭或言詞辯論之機會，非訟事件則只依職權調查，因此依非訟事件法所作之裁定的真實性較低。我的想法相反，蓋不論是用辯論主義或職權調查主義，其目的均在求真，問題是採何種主義可較接近真實呢？職權主義也不一定就馬馬虎虎，仍然要看證據如何而定。否則，刑事訴訟法怎麼辦？非訟事件法之所以採職權調查主義之理由有二：一為求快，二為證據明確，當事人已無爭執，故不能認為非訟事件法採職權調查主義，就認為其不能接近「真實」。

邱聯恭：

我把最後一個問題具體地講，例如，被擔保債權已全部或一部消滅時，法院可否逕依非訟事件法第十六條為職權調查呢？亦即非訟程序中未經當事人提出為攻防目標之事實（債權、利息之有否），是

否亦可予以調查？

**陳榮宗：**

如已由債權人聲請有其聲明範圍，而債務人抗辯已為部份清償債務，此時，法院實不應只依債權證明書為裁定，而棄債務人之抗辯不顧。

**邱聯恭：**

我請問的不是債務人有抗辯，而是無抗辯時，法院能否加以調查？

**陳榮宗：**

我想可以。

**邱聯恭：**

我想展開我的看法，我把問題具體一點，如抵押權所擔保的債權是由消費借貸關係而生，因消費借貸是要物契約，依民法第四七四條它含有二個要件，一、當事人之間對返還一定金錢有合意，二、交付一定金錢，如此消費借貸才成立，抵押權擔保之債權才可成立。但如果當事人未曾提到已為交付一定金錢或返還一定金錢之合意，則法院於依非訟事件法第十六條為職權調查，並為裁定時，此時當事人並未預料到法院會對消費借貸之成立要件為判斷，如此對當事人產生一surprise，日文稱作「不意打」，此時就不是職權主義或辯論主義的問題，而是法院是否充分保障當事人程序上之基本人權了。

因時間關係，我把問題作個歸納，第一、陳文就有既判力之裁定，當事人在程序上是否應負舉證責任，似宜交待清楚，第二、假如當事人不依法定程序，例如，應提出資料而未提出時，法院可否以其延滯訴訟而予駁回？此時，會牽涉到判決之結論是否係在攻擊防禦不充足的情況下作成，這又會牽涉到既判力。如認當事人所未主張之各實體上要件事實（如利息約定之有無），法院也予調查，則恐將反而增

加法院在時間、勞力、費用上之負擔，所以當事人是否負有協力義務的問題，似亦有關。

姚瑞光：

茲將本席對於今天座談的問題，表示個人的意見如下：

一、首先須確定「裁定之既判力」的意義。

「既判力」一詞，並非我國民事訴訟法上之用語，亦非德國民事訴訟法上之用語，而為日本民事訴訟法上之用語。指確定終局判決之判斷內容，有拘束當事人及法院，此後於有關之別訴，不得為與確定終局判決相矛盾之主張及判斷之效力而言。在日本，一般學者於討論判決之既判力時，雖必論及裁定，並認裁定如就事件之實體關係為終局的判斷時，亦有既判力。但在我國，「既判力」一詞，既非法條上之用語，而「判決」又與「裁定」顯然有別，自不生得稱「裁定之既判力」之問題。如果「裁定之既判力」，實際上係指裁定之實質的確定力而言，則陳先生大作的題目，似宜改為「裁定之實質的確定力之研究」。

二、有實質的確定力之判決，在立法例上並不禁止更行起訴。

我國之民事訴訟律，第四百八十一條規定：「終局判決中，於其訴或反訴所主張之請求，已經裁判而確定者，有既判力。」德國民事訴訟法第三百二十二條第一項規定：「判決，就以訴或反訴提起之請求，經裁判部分為限，有確定力。」日本民事訴訟法第一百九十九條第一項規定：「確定判決，以主文所包含者為限，有既判力。」均未明定「不得更行起訴」，故判決雖已確定，而判決之原本及正本均已滅失，當事人原來起訴之目的尚未達到者，學者間一致承認得更行起訴。又因確定判決主文不明確，無法執行者（例如判決主文命交還之土地，無實測圖，位置不明），執行法院亦有指示當事人更行起訴之



實例（臺灣臺北地方法院64、訴、九四七六號）。可見有實質的確定力之判決，並非當然不得更行起訴，於有更行起訴之利益與必要時，在法理上應得更行起訴。陳先生之大作論及「在訴訟法上，有禁止其他法院就相同之當事人間之同一事件另行爲審判之必要」，就法理言，不無商榷之餘地。且裁定確定後，如何能提起同一訴訟，本席亦有懷疑。例如准許拍賣抵押物之裁定（抵押人可能非債務人）確定後，何能禁止債務人對於債權人（抵押權人）提起確認債權不存在之訴？何能謂聲請拍賣抵押物事件與確認債權不存在事件，係「相同之當事人間之同一事件」？

### 三、訴訟事件非訟化後，是否仍爲訴訟事件。

陳先生剛才說過，不得望文生義，認爲非訟事件就是非訴訟事件，近年已有訴訟事件非訟化的趨勢。這種說法，雖是事實，我國非訟事件法中，卽有這種規定。例如非訟事件法第九十九條規定之海商法第一百六十一條所定共同海損之計算確定事件是。依海商法第一百六十一條規定：共同海損之計算，由全體關係人協議定之，協議不成時，得聲請法院定之。所謂協議不成，當指各利害關係人彼此對於共同海損之計算發生爭執而言，將此項有爭執卽有訟爭性之事件，規定於非訟事件法中，卽爲訴訟事件非訟化之適例。惟訴訟事件既經非訟化而規定於非訟事件法中，卽應依非訟事件法之規定處理，而不得仍按民事訴訟程序處理，亦卽不得認爲仍係民事訴訟事件。

四、對於陳先生大作批評最高法院59年臺抗字第三八七號判例爲不當之意見。

陳先生謂「非訟事件法之審級制度，如同通常訴訟程序，係以第一審及第二審爲事實審，第三審爲法律審，此可於非訟事件法第二十四條及第二十七條之規定中知之。……當事人對於確定之裁定聲明不服

而有民事訴訟法第四百九十六條第一項或第四百九十七條之再審原因情形者，依非訟事件法第二十七條之立法意旨推之，應無拒絕再審制度之餘地。……最高法院 59 年臺抗字第三八七號判例之法律見解，宜有修正之餘地。」云云。但本席認為最高法院上開判例，並非如陳先生所謂之「此種法律見解，於法無據」，而是有其法律上之理由的。

首先我們知道：在裁定程序，僅有為裁定之法院（簡稱裁定法院），抗告法院及再抗告法院之稱（參閱民事訴訟法「抗告程序」之規定），並無第一審、第二審、第三審法院之用語。自不可能「以第一審及第二審為事實審，第三審為法律審」。而且在抗告程序，抗告法院（包括再抗告法院）原則上應自為裁定（民事訴訟法第四九二條第二項），故不論抗告或再抗告，均得提出新事實及證據，由抗告或再抗告法院自行調查（參閱民事訴訟法第四百八十九條），根本無事實審及法律審之分，非訟事件法第二十八條明定：抗告及再抗告，準用民事訴訟法關於抗告程序之規定。如何可謂「非訟事件法之審級制度，如同通常訴訟程序……第三審為法律審」？

其次，在法理上及立法技術上，如果非訟事件之各項程序，全部準用民事訴訟法有關之規定，則僅須以一個條文作概括的準用之規定為已足，殊無於非訟事件法第六條（當事人能力及訴訟能力規定之準用），第七條（訴訟代理人及輔佐人規定之準用），第八條第二項（有相對人者，訴訟費用負擔規定之準用），第十條（共同負擔訴訟費用規定之準用），第十五條（送達、期日、期間、證據、釋明規定之準用），第二十條第二項（更正錯誤、補充判決、裁定應附理由規定之準用），第二十七條第二項（違背法令規定等之準用），第二十八條（抗告程序規定之準用）第三十條（訴訟卷宗規定之準用）……，

### 民事訴訟法之研討(一)

作個別列舉的規定之必要。基於此項理由，非訟事件法準用民事訴訟法之規定者，既已一一列舉，則不在列舉準用條文範圍外之聲請再審，當然不在準用之列。何況在訴訟事件漸趨非訟化之今日，非訟事件貴在簡易迅速，如果非訟事件之法律救濟程序，全與訴訟事件相同，亦有違非訟事件法立法之本意。故本席認為最高法院59年臺抗字第三八七號判例認對於聲請拍賣抵押物之非訟事件，不在得依民事訴訟法有關聲請再審之規定聲請再審之例，有其法理上及立法技術上之依據。陳先生僅依非訟事件法第二十七條第二項（何謂違背法令等事項，與得否聲請再審毫無關係）之推理，而批評上開判例不當，理由殊欠充分。

五、陳先生之大作，如擬作為出席國際民事訴訟法會議報告之用，尚須慎重考慮。

據聞陳先生擬將本件大作，於赴日本出席民事訴訟法會議時，作為提出報告之用。因日本一般法律水準較我國為高，陳先生以專家學者身分，提出論文報告，不應在民事訴訟法用語上，尚有瑕疵存在。陳先生撰寫本件論文，固然極費心思，但如上述之「非訴訟事件之審級制度，如同通常訴訟程序……第三審為法律審」，以及大作中之四、(二)部分（基於當事人無就實體問題進行言詞辯論機會為論據），將「辯論主義」與「言詞辯論主義」混用，實為民事訴訟法學者不應有之瑕疵（二者係完全不同之觀念）。至於民國二十年司法院院字第六四六號解釋所用准許拍賣抵押物之「決定」一語，係當時施行中之民事訴訟律之條文用語（當時北京政府地區施行之民事訴訟條例則稱為「裁決」），與現行民事訴訟法所稱之「裁定」，因時代不同，法律不同，無混淆之可能，陳先生對於上開司法院之解釋，何以將「裁定」稱為「決定」，似亦尚未探究明白。故陳先生本件大作，如擬作為出

國報告之用，本席坦誠建議，須先自行詳加檢討，不必一味指摘司法  
院之解釋及最高法院判例之法律見解失當，以顧全國家整體之利益。

謝謝各位。

駱永家：

因為時間關係，我所提到的幾個問題只能點到為止：

- ①陳文之題目為「法院依法所為裁定之既判力」，則法院不依法  
所為之裁定有無既判力？例如，我聯想到確定之給付判決或確  
認判決而有再審事由存在時，該判決有無既判力？
- ②法院之裁判，究竟用判決或裁定之方式，就同一事項而言，立  
法例有所不同，例如原告之訴不合法，以訴訟要件不備而駁回  
時，在日本是以訴訟判決駁回，我國民事訴訟法第二百四十九  
條則規定應以裁定駁回。在日本通說，認為確定之訴訟判決就  
訴訟要件是否具備所為之判斷，有既判力。合法駁回之確定裁  
定，在此範圍內亦應認有既判力。又裁定如係在就以該裁定  
終結該事件之實體為終局的判斷時，亦應認為有既判力，例如，  
訴訟費用之裁定（民事訴訟法第九一條第一項）。而確定判決  
亦有不具既判力者，例如確定經界之訴的判決，學界通說認該  
判決無既判力，因為其本質係非訟事件，是一種形式的形成訴  
訟。這樣看來，似不宜以裁定有無既判力之角度來探討問題。
- ③陳文似乎應以「非訟事件之裁判有無既判力」為題來討論比較  
適當，這並非沒有先例，在德日討論此等問題都是如此，在我  
得到的資料中，日本學者飯倉一郎——非訟事件の裁判の既  
判力について民事訴訟法雜誌18號一頁以下，鈴木忠一「非  
訟事件の裁判の既判力」（弘文堂，昭和三六年初版）Sigert,  
Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen der frei—

wililigen Gerichtsbarkeit ZZp Bd54. 均係由此角度來討論問題，一般成爲問題的是非訟事件之裁判有無既判力？現在學說對此有不同看法。

大致可分爲四派，

a 基本上否定有既判力。

b 基本上肯定有既判力。

c 有訟爭性之非訟事件之裁定，有既判力；無訟爭性者，無既判力。

d 應依各別情形，具體認定之，不可概括地說非訟事件之裁定有既判力與否。

**李學燈：**

現因時間將屆，擬讓主席及報告人作綜合陳述。惟因同仁期以各人均須有所表示，祇得簡單陳述幾點。各位所已表示的意見，擬不贅陳。

①判決與裁定之分類，是立法上的問題。這種分類固有其好處，但非天經地義，有何絕對兩分法的標準，今日世界各國，關於法院所爲之意思表示，並不一定都以判決及裁定來分類。即以我國現行法言之，審判長等所爲意思表示，用其它名稱的亦所在多有。

②判決與裁定的效力，法律上有的大致相同，有的未必相同，有的其效力由法律明白爲不同之賦予。譬如有的裁定，法律明文規定具有確定力，甚至羈束其他法院。故能否將判決與裁定的效力概括分類，等量齊觀，似有許多問題。

③所謂既判力，尚非現行法律上之名詞，民事訴訟法第四百條之規定，原係就終局判決而言。如何類推於裁定，是否可請再作

補充說明？

- ④如果裁定與判決皆能採取辯論主義，那麼裁定程序將與判決程序無殊，姑不問是否可行，要之二者（判決與裁定）在根本上已沒有加以分類區別的必要。

**陳 璜：**

本人還有點意見，裁定有無既判力或非訟事件法上之裁定有無既判力？如就法言法，這是立法論上問題，而非司法論上的問題，陳文在立法論上建議較多，頗值我們參考。

今天的討論會到此結束，謝謝各位先生、同學的光臨、謝謝。

〔原載法學叢刊第九十九期、一九八〇年九月〕



# 突襲性裁判

邱聯恭等



研討次別：民訴法研究會第三次研討紀錄

報告人：邱聯恭

時間：民國六十九年十二月七日上午九時至十二時許

地點：司法官訓練所

主持人：姚瑞光

參加討論人：范光群 張特生 楊建華 陳珊 陳計男  
陳榮宗 李學燈（依發言先後序）

紀錄：蔡志方 陳惠平

#### 壹、發掘問題之今日背景及意義

- (一)審判過程之重要性
- (二)確保判決客觀性之必要
- (三)認識手段的有限性
- (四)現行制度功能之極限

#### 貳、問題狀況

#### 參、突襲性裁判之型態

- (一)發現真實的突襲
- (二)推理過程的突襲
- (三)促進訴訟的突襲

#### 肆、基本觀點

#### 伍、心證公開——突襲性裁判之防止

#### 陸、展望

姚瑞光：

各位教授先生、各位來賓，今天是本會舉行的第三次研究會，輪由本席主持，本席對於邱教授所要報告的題目「突襲性裁判」究竟是何意義，因為以往沒有閱讀和涉獵過這一類的論文或著作，所以無法正確的做概括而扼要的介紹，只能對於這個題目做一個猜想，有誤之處，尚請邱教授及諸位先生原諒和指正。首先本席對於邱教授所要報告的題目，感到新奇和興趣，在國內可能是第一次出現的題目。就德文及日文的意義來看，本席猜想，可能是「出人意料的裁判」的意思，是否猜得對，過幾分鐘就可揭曉。

現在就根據剛才的猜想，作一個簡單的說明，本席認為裁判官（推事）要想得到能使當事人以及訴訟代理律師折服的裁判，首先須認定事實正確無誤，其次是適用法律的妥當，其中最重要是要使當事人均能盡攻擊防禦之能事，然後憑裁判官（推事）的學識、經驗和智慧作正確的認定和判斷，才不至於作成「出人意料的裁判」（料應勝訴而受敗訴之判決或料應敗訴而受勝訴之判決），才能使當事人及訴訟代理律師折服，惟如何才能達到這種境界，自有待於裁判官始終不斷的求知、體會、檢討、改進和努力，希望邱教授憑其在實務上的經驗以及多年深入之研究，在今日的報告能做有效的、具體的建議，以供裁判官（推事）們的參考。

邱聯恭：

主席！各位先生、同學，今天輪到我來擔任研究報告，個人實在有不少感觸。我離開司法界已經有好多年，在東京大學進修期間，常常懷念我國司法界。去年秋天，我回國服務，很高興今春就看到成立民訴法研究會，此對促進今後我國法學的進步，將有長遠的貢獻。因有此機會，才能在母所——司法官訓練所——舉行與審判實務及訴訟

理論有關係之題目的研討，藉以向法界諸位先進提出讀書報告，希能多得一些指教。

去秋回國時，因在國外時間不短，對有些朋友來講，我的回國似是「突襲性的回國」。他們說有人爭著出去，爲什麼你在此時回來！像鼓勵我回國的姚瑞光老師和臺大王澤鑑教授，經常和我聯繫，就曉得我定會回國，因爲他們知道我的意見，但是一些和我無意見上交流的朋友可能判斷我不會那麼快回國，這是一種「突襲性的判斷」。因假使放棄回到自己國家，對一個人是侮辱的話，似應先讓我有表示意見的機會，這種突襲性的判斷，雖不若民事裁判即影響個人財產，但却與人生的信念有關。似此「突襲性的回國」、「突襲性的判斷」，其發生係起因於判斷者和受判斷者間缺少意見溝通。

我因在司法界有頗長時間，所以在身體的血液裏，可說常流著司法界的血液，縱想洗也洗不清，所以有時我所提出的問題，對司法界若有所批評，實是以檢查自己身體的心態而爲，絕無壞意，敬希各位善解，目的是希望促使我們的司法及社會能像先進國家一樣，其國民一聽到司法官，馬上肅然起敬。

## 壹、發掘問題之今日背景及意義

今天的報告題目是“Überraschungsentscheidungen”日文是「不意打裁判」或「不意打判決」。在我國似乎還未被提到，此處暫譯爲「突襲性裁判」。如下所述，「突襲性裁判」之防止爲一基本要求，所以此問題之繼續討論對司法審判業務及訴訟制度理論之改革是很重要的。因事關已否使當事人盡攻擊防禦之能事的問題。

今天在報告的內容方面，想照事先發給各位的綱要上順序，做簡要說明，重點則放在個人的思考、想法，至於細節，則等各位先生提

出指教後，再補充報告，因為事實上其牽涉範圍相當廣，在短時內，難一一說明。又，除報告過程的需要外，想先引用預先發給各位先生的概述中所提的基本方向，不再重述。從德國和日本訴訟法學文獻裏，可知學說判例上，認為運作民訴制度時應顧慮下述基本要求：發現真實以達到正確的裁判，當事人和法院的勞力、時間、費用的有效率使用，維持當事人間的公平，訴訟進行應有計劃以及「突襲性裁判」之防止。所以，在很多文獻中往往說某種審理或裁判對當事人發生突襲而為突襲性裁判，應非所許云云，因為他們認為這是一種當然的基本要求。至於就「突襲性裁判」的具體型態、內容等，則少更進一步詳論。在實際的研究方面，專以「突襲性裁判」為題的文獻，也相當有限。然而在討論辯論主義、其他訴訟法上制度及如何善用訴訟指揮權時，在論文中某些處所則常有提到「突襲性裁判」者。為了探求徹底防止「突襲性裁判」的方策，固然須先分析「突襲性裁判」如何發生及其型態如何，不過，在進行此分析前，擬先說明研究，發掘此問題的今日背景和現代意義。

#### (一)審判過程之重要性

首先要說明審判過程的重要性。如各位所知，在「概念法學」的立場，是以客觀上經過確定的事實為它的當然前提，就事實認定的困難及事實的多樣性，並未多予考慮，在三段論法，大前提是法規，小前提是事實，結論是判決。不過在「自由法學」或「利益法學」的立場，一方面批評「概念法學」而強調事實的多樣性，並重視審判過程。因其考慮在審判過程，由於證人之有無、記憶如何、有無偽證、律師的巧拙、法官有無偏見等等因素，致經認定的事實可能發生變化，可能不同。但是，我們現在欲說明者，不論「概念法學」、「自由法學」或「利益法學」的何一立場，難道能否認在到達事實認定（就某