

民事訴訟法研究會

民事訴訟法之研討
(二)



翻印必究

中華民國七十九年八月初版

中華民國八十二年十一月三版

民事訴訟法之研討（二）

平裝定價新臺幣叁佰伍拾元整

精裝定價新臺幣肆佰伍拾元整

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 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。本書收錄第十四次至第二十四次研討紀錄共十一篇次，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(二)」至於以前各次研討紀錄，已於民國七十五年十月輯爲「民事訴訟法之研討(一)」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，則承李昆南、陳世寬、陳瑞進、蔡建賢、李蒨蔚、陳毓秀、蘇珍芬、黃雯敏、李懿哲諸君之協助，特併此誌謝。

民事訴訟法研究會

七十六年九月

於臺北市

H/W(27)/02

民事訴訟法之研討(二)

目 錄

代位訴訟既判力之研究·····	陳榮宗·····	1
訴訟標的外之和解與繼續審判·····	陳石獅·····	45
就若干訴訟實例談民事訴訟法第五十六條第一項 的適用·····	楊建華·····	87
判決理由之效力·····	王甲乙·····	135
從主參加與獨立當事人參加之比較論獨立當事人 參加訴訟制度之引進·····	駱永家·····	193
如何加強我國民事第三審法院的功能·····	史錫恩·····	237
民事法院與行政法院的權限衝突問題·····	張特生·····	289
基於錯誤所為捨棄上訴權之效力問題 ——以其捨棄是否得撤銷或無效為中心·····	曹鴻蘭·····	337
裁判的脫漏·····	范光群·····	375
訴訟法理與非訟法理之交錯適用 ——從民事事件之非訟化審理及訴訟化審理 論程序保障之機能——·····	邱聯恭·····	427
分割共有物之訴之審理及其裁判之效力·····	陳計男·····	513
※附錄：「民事訴訟法之研討(一)」目錄		

代位訴訟既判力之研究

陳 榮 宗 等

研 討 次 別：民訴法研究會第十四次研討紀錄

報 告 人：陳 榮 宗

時 間：民國七十三年四月廿二日上午九時至十二時

地 點：司法官訓練所

主 持 人：王 甲 乙

參加討論人：邱聯恭 陳計男 楊建華 范光群 陳石獅

史錫恩 王甲乙（依發言先後序）

紀 錄：汪其荅 湯錦文

- 一、債權人對第三債務人起訴後，因第三債務人否認債務人之權利時，債務人可否參加債權人之訴訟？債權人可否於債務人同意之條件下，追加債務人爲共同原告？
- 二、債權人對第三債務人起訴後，債務人可否於債權人之訴訟以外，另行對第三債務人起訴？債權人之訴訟與債務人之訴訟可否併存？
- 三、債權人對第三債務人提起之訴訟經判決確定時，其既判力是否及於債務人與其他債權人？判決既判力所及之人，是否因原告之判決勝訴或敗訴而不同？

王甲乙：

各位先生、各位女士、今天是第十四次民訴研討會。所討論的題目為：「代位訴訟既判力之研究」。各位手裏已有陳教授過去發表的文章及題目大綱。此問題牽涉之範圍很廣，尚無定論，討論起來大家意見很多。

時間方面的控制：先請主講的陳教授發言，最好於一小時內完成，其次再由列席的諸位先生發言，每位十分鐘。最後還要請陳教授對所提之意見加以說明，預定在十二點以前結束討論會。

陳榮宗：

主持人，各位先生、各位女士，今天要談代位訴訟的既判力。這問題的範圍很廣，我先扼要加以說明，次述每一問題國外學者研究的意見如何，最後再說一下我個人的看法。

一、問題提示

我國民法第二百四十二條及第二百四十三條規定，乃學理上所謂債權人代位權。若債務人對於債權人之權利已負遲延責任而債務人又怠於行使其對第三債務人之權利情形，債權人因保全其債權，得以自己之名義，行使債務人對於第三債務人之權利。債權人爲行使此種債權人代位權，以自己爲原告，而以第三債務人爲被告，必要時以債務人爲共同被告，提起訴訟。請求法院判令第三債務人應對債務人爲一定之給付，此種訴訟乃學說上所謂債權人代位訴訟。

債權人代位訴訟所涉之法律問題，計有下列各問題：第一、訴訟之原告及被告應列何人？第二、應以何種權利主張爲代位訴訟之訴訟標的？第三、原告應如何聲明其應受判決事項？第四、代位訴訟之判決既判力範圍如何？

本次法律座談會之討論重點，以代位訴訟之判決既判力範圍爲問題，尤其專以代位訴訟之判決既判力主觀範圍爲討論研究。至於其他問題，由於時間限制，不列爲討論主題。民國六十八年五月，軍法專刊第二十五卷第五期第二十頁至第三十頁刊載報告人之論文一篇，題目爲「債權人代位訴訟與既判力範圍」，在座各位可參考。

最高法院六十七年度第十一次民事庭推總會議，曾經討論有關代位訴訟之判決既判力主觀範圍之問題，並作成決議。該法律問題云：甲起訴主張乙將某地應有部分出賣於丙，經丙將其轉賣甲，由於丙怠於行使權利，因而代位訴求乙應將某地所有權之應有部分移轉登記與丙，惟於第二審言詞辯論期日前，丙已對乙提起上開土地所有權應有部分移轉登記之訴，問甲代位丙行使權利有無理由？

不同見解計有下列三說：

甲說：債權人依民法第二百四十二條規定行使代位權時，債務人行使自己之權利不因而受何限制，甲之債務人丙既於第二審法院言詞辯論期日以前，對乙提起土地所有權應有部分移轉登記之訴，其怠於行使權利之情事，已不復存在，即與民法第二百四十二條規定之要件不合，甲之起訴非有理由。

乙說：債權人既經行使代位權，債務人之行使權利即應受相當限制。現債權人爲行使代位權而起訴在先。除其代位權不成立者，不生既判力外。如就債務人之權利存否經裁判者，其既判力應及於債務人（參照民事訴訟法第四百零一條第二項），如債務人更行起訴，即屬違背民事訴訟法第二百五十三條之規定，債務人之起訴在後，債權人之起訴在先，倘債權人之起訴係符合行使代位權之要件，其合法繫屬之訴訟尤不得因債務人在後之起訴而謂有瑕疵。

丙說：債務人行使其自己之權利，固不因債權人依民法第二百四

十二條規定行使代位權而受限制。惟債權人既經起訴行使代位權，除其代位權不成立者，不生既判力外，如就債務人之權利存否經裁判者，其既判力應及於債務人，則債務人既無再行起訴，行使其自己權利之必要。如竟起訴，即屬欠缺權利保護要件中關於保護必要之要件，其起訴為無理田，並不影響債權人起訴在先之訴訟繫屬。

民事庭推總會議決議認為：甲（債權人）代位丙（債務人）對乙（第三債務人）提起之訴訟，與丙自己對乙提起之訴訟，並非同一之訴（參照本院第二十六年該上字第三八六號判例）。又甲前既因丙怠於行使權利而已代位行使丙之權利，不因丙以後是否繼續怠於行使權利而影響甲已行使之代位權，故甲之代位起訴，不限制丙以後自己之起訴，而丙自己以後之起訴，亦不影響甲在前之代位起訴，兩訴訟判決結果如屬相同而為原告勝訴之判決，甲可選擇的請求其代位訴訟之判決之執行或代位請求丙之訴訟之判決之執行，一判決經執行而達其目的時，債權人之請求權消滅，他判決不再執行。兩訴訟之判決如有歧異，甲亦可選擇的請求其代位訴訟之判決之執行或代位請求丙之訴訟之判決之執行，其利益均歸之於丙。

上述民事庭推總會議決議之結論是否可採，是為本座談會應行討論研究之重點之一。為使討論有秩序起見，將討論之法律問題綱要簡化如下：

(一)債權人對第三債務人起訴後，因第三債務人否認債務人之權利時，債務人可否參加債權人之訴訟？債權人可否於債務人同意之條件下，追加債務人為共同原告？

(二)債權人對第三債務人起訴後，債務人可否於債權人之訴訟以外，另行對第三債務人起訴？債權人之訴訟與債務人之訴訟可否並存？

(三)債權人對第三債務人提起之訴訟經判決確定時，其既判力是否及於債務人與其他債權人？

(四)判決既判力所及之人，是否因原告之判決勝訴抑或敗訴而不同？

二、管 見

(一)對於第一問題，債權人對第三債務人起訴後，因第三債務人否認債務人之權利時，債務人可否參加債權人之訴訟？債權人可否於債務人同意之條件下，追加債務人為共同原告？

債權人對第三債務人起訴之訴訟標的為代位權及債務人對第三債務人權利存在之主張兩者。債權人與債務人間共同利害一致對抗第三債務人者，為債務人對第三債務人權利存在之主張。至代位權存否問題，債權人與債務人間利害自相對立，不能成為債務人參加債權人之訴訟共同對抗第三債務人之事項，因為債權人主張代位權以對抗第三債務人時，係主張債權人對債務人有權利存在，且債務人已負遲延責任及怠於行使權利之事實為內容，但此三種事實之主張，就債務人之立場而言，債務人不能苟同債權人，債務人勢必為相反之主張，認為債權人對其無任何權利存在，更無負遲延責任之可能及怠於對第三債務人行使自己權利之問題，由此可知債務人無法參加債權人主張代位權為內容之訴訟。債務人既然無法就債權人代位權之訴訟為參加，當然亦無法參加債權人所主張債務人對第三債務人有權利存在之訴訟，因為後者權利之有理由必須以前者（代位權）之有理由為前提。債務人既對代位權之原因事實不能承認有理由，後者權利之主張即無附麗之基礎。故於學理上言之，債務人無法利用參加債權人之訴訟，俾以對抗第三債務人。

次就債務人可否被債權人追加為共同原告，與債權人成為共同原告對第三債務人起訴之問題為觀察。債務人由於就代位權存否主張之問題，與債權人處於利害對立之立場，欲對債權人之訴訟為參加，既然在理論上為不可能，債權人就代位權欲與債務人成為共同原告之情形，更為不可能，從而欲就債務人對第三債務人之權利主張成為共同原告情形，亦不可能。

(二)債務人既然不能參加債權人之訴訟，亦不能成為共同原告對抗第三債務人，然則，債務人可否於債權人之訴訟以外，另行對第三債務人起訴？債權人之訴訟與債務人之訴訟可否並存？上述民事庭推總會議之不同見解及決議之見解，計有四說，茲將各說分別檢討，並表明管見。

第一說主張，債務人得自己對第三債務人起訴，不受債權人行使代位權而起訴的限制，此際，債權人先行之起訴，因債務人後行之起訴而其訴訟無理由，僅能准許債務人之訴訟，而債權人之訴訟不得繼續並存。此說主要論據為，債務人既然於第二審言詞辯論終結前，對第三債務人起訴行使其權利，民法第二四二條所定債務人怠於行使權利之情事已不復存在，故債權人之訴訟無繼續存在之理由。

第二說認為，債權人之代位訴訟若符合行使代位權之要件者，債務人之起訴應受限制，依民事訴訟法第二百五十三之規定，債務人不得就已起訴之訴訟更行起訴。此說主要論據係認為，債權人之訴訟若符合代位權成立之要件情形，其訴訟標的與債務人起訴之訴訟標的相同，且依民事訴訟法第四〇一條之第二項規定，對於為他人而為原告或被告之確定判決，對於該他人亦有效力。債權人代位訴訟之提起係屬民事訴訟法第四〇一條第二項之情形，對其債權人之既判力既然亦能及於債務人，債務人自無須更行起訴，故應受不得更行起訴之約束。

第三說亦認爲，若債權人之代位訴訟符合代位權成立要件時，債務人之起訴應受限制，依欠缺權利保護要件中關於保護必要之要件，債務人之起訴應認爲無理由，僅得維持債權人之訴訟。此說之論據與第二說相同，均以對債權人之既判力可同時及於債務人爲理由，認爲債務人無就同一訴訟起訴之權利保護必要。

第四說認爲，債務人之訴訟，可於債權人代位權訴訟起訴後另行提起，而且兩訴訟可同時並存而分別獲得其相異之判決。此說係最高法院民事庭庭推總會決議之見解，其主要論據爲債權人之代位權訴訟與債務人之訴訟，兩者並非同一訴訟。債權人因債務人怠於行使權利而行使代位權之結果，不受債務人以後是否繼續怠於行使權利之影響，故債權人代位權訴訟可繼續存在。又債務人行使其權利之權，亦不受債權人代位權訴訟之起訴而受限制，債務人得獨立起訴。如兩訴訟之判決結果均爲原告勝訴判決，債權人可選擇請求以其代位訴訟之判決爲執行，或代位請求債務人獲得之判決爲執行。如兩訴訟之判決結果相異時，債權人亦得擇一而請求爲執行，其利益均歸債務人。

個人認爲第一說之見解爲是。債權人代位訴訟雖爲訴訟擔當之一種情形，債權人之代位權卽爲其訴訟實施權，但此種訴訟實施權之性質不能與破產管理人之訴訟實施權同視，因爲債權人之訴訟實施權，不僅債權人有之，債務人亦有之，且債權人之訴訟實施權係以債務人不行使其訴訟實施權爲存在前提。換言之，債務人一旦行使其訴訟實施權，債權人之訴訟實施權卽無繼續並行存在之必要。但於破產管理人之訴訟實施權，却不發生破產人亦有訴訟實施權之情形。所以不生同一訴訟實施權由不同之人爲行使之現象，從而亦不生破產管理人之訴訟實施權受破產人排斥之問題。但債權人之訴訟實施權，却有受債務人行使其訴訟實施權而排斥之現象。故在結論上，不能如同第二說

及第三說直接將民事訴訟法第四〇一條第二項之既判力擴張規定，亦同時用以作為解釋債權人代位訴訟實施權之論據，蓋債權人與債務人之間，就代位權之有無問題為觀察時，其利害並非一致，所以債權人代位權訴訟之判決，其既判力並非如同破產管理人與破產人間之關係可及於債務人。論者將債權人之訴訟實施權與破產管理人之訴訟實施權在性質上同視，此乃觀察上之錯誤。

債務人既已行使其對第三債務人之權利，且該權利之歸屬概歸債務人，債權人於實體法上即無與債務人競爭行使其權利之必要。何況對於債權人最重要之事項，於此際，應係債權人應設法對債務人取得執行名義之問題，因為對於第三債務人之權利已由債務人行使，債權人不虞其權利無受保全之情形。第二說及第三說將債務人之起訴排斥，此種結論，個人無法贊同。再說以債務人怠於行使權利作為債權人代位權行使之要件，由於債務人之起訴行使權利而不具備，債權人之訴訟實施權在實體上已失其依據，債權人之訴訟已無繼續進行之理由。更何況，若債務人對於債權人就其所負對債權人之債務有所爭論，或就所負遲延責任有無之事實發生爭執之情形，債務人豈能容許債權人代位行使其對第三債務人之權利而不許債務人自己行使權利？第二說及第三說之結論係喧賓奪主之理論，其說不足採。自第四說之說理為觀察，其說忽略：為訴訟標的之權利，如於實際上係同一權利時，即使因債權人有訴訟實施權而起訴，其訴訟與債務人起訴之訴訟，在學理上對同一被告而言，均為同一權利而起訴之情形。蓋債權人所行使之權利與債務人所行使之權利，其內容相同也。若允許債權人與債務人同時並存對第三債務人行使同一權利而進行二重訴訟，第三債務人將受不當之應訴損害。更何況就同一權利，對第三債務人言之，僅有一次給付義務，何以應受雙重之給付判決？就債權人之保全利益及

第三人債務人之利益，兩者比較以觀，應以保護第三債務人爲重，不應偏重於保護債權人而加害第三債務人也。可知第四說認債權人之訴訟與債務人之訴訟係各別不同之訴訟，其觀察並非正確。其說所論兩訴訟可同時並存及雙重判決之結果，亦不足採。

在結論上應認爲，債務人可於第二審最後言詞辯論終結前，獨立對第三債務人起訴，而且債務人之訴訟有排除債權人代位權訴訟之效力，兩訴訟不能同時並存，亦無同時允許爲雙重判決之理由也。法院於此種情形，應將債權人之訴訟以不合法駁回之。

(二)債權人對第三債務人提起之訴訟經判決確定時，其既判力是否及於債務人與其他債權人？對於此一問題，日本之學說及判例演變情形，值得參考，應先觀察日本之學說及判例情形，最後再表明管見。

1. 日本之學說內容及其演變

第一說謂，判決僅於訴訟當事人之間發生既判力，所以債權人代位訴訟之判決，僅於債權人與第三債務人之間有效力，債務人及其他第三債權人，除因參加訴訟，不得對抗其所輔助之當事人之外，不受該訴訟結果之拘束，此乃因爲判決既判力之相對性使然。日本大正十一年八月三十日大審院判例民集第一卷第五〇七頁，即採此見解而成爲當時之日本通說（註一）。我國民法學者胡長清，亦採此說（註二）。

第二說認爲，債權人代位權訴訟之判決，其既判力除債權人及第三債務人應受拘束外，對於債務人亦有效力。此說起於民事訴訟法學者兼子一對於昭和年間大判昭和十四年五月十六日民集第一八卷第九號第五五七頁之判例評釋。兼子一於該判例評釋中贊同大審院見解，

認爲債權人提起代位權訴訟之後，債務人不得於其訴訟中另行起訴。從而進一步認爲債務人應爲債權人代位訴訟之判決拘束。依兼子一之說明，債權人代位訴訟屬於法定訴訟擔當之一種情形，債權人行使代位權進行訴訟，實乃訴訟擔當之當事人行使訴訟實施權，依日本民事訴訟法第二〇一條第二項規定（相當於我國民事訴訟法第四〇一條第二項規定），債權人代位訴訟之判決結果，效力當然及於債務人，昔日之通說實乃不知有民事訴訟法第二〇一條第二項規定存在而發生之見解。又於實體法上，由於債權人代位行使債務人權利之效果概歸債務人，所以始稱謂行使債務人權利。於訴訟上提起債權人代位權訴訟，如亦具有行使債務人權利之意義，必須其訴訟之效果亦能及於債務人始足當之，若訴訟效果不及於債務人，則不能謂有行使債務人之權利。再說，債權人於訴訟外代位行使債務人權利之結果，無論對債務人是否不利，在解釋上其權利行使效果既然概歸債務人，於訴訟上債權人代位行使債務人權利之結果，亦應作相同之認定，不能認爲債權人敗訴結果使歸債務人是苛酷的，因而否定判決效力可及於債務人。債權人之敗訴，如係因未盡善良管理人之注意義務所致者，債務人儘可向債權人請求損害賠償爲補救，但債權人敗訴之效力仍然應及於債務人。又自第三債務人之立場視之，若債權人代位訴訟結果不能拘束債務人，債務人勢必一再起訴，第三債務人亦必一再被迫而應訴，其地位不能安定，對於第三債務人之保護不週（註三）。

自從兼子一之學說出現以後，日本學者無論爲民法學者或民事訴訟法學者，紛紜從同因而成爲日本學者現在之通說。不久，大審院昭和十五年三月十五日民集第十九卷第八號第五八六頁判例開始改變昔日之見解，改從兼子一之學說，肯定債權人代位訴訟之判決，有民事訴訟法第二〇一條第二項之適用，債務人應受其判決既判力之拘束（

註四)。

我國民法學者史尚寬，於債法總論中冊第四五四頁，採取兼子一之學說見解。民事訴訟法學者姚瑞光，於民事訴訟法論第四二四頁，王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法論第五一六頁，均採兼子一之理論。

第三說認為，債權人代位訴訟，若債權人獲勝訴判決者，其既判力及於債務人，若遭敗訴判決者，既判力不及於債務人(註五)。

昔日主張此說之學者認為，債權人代位權係為保全其債權而存在，所以債權人代位行使債務人權利，僅能於可增加債務人財產之場合始得為之，不能如同破產管理人對破產財團行使管理處分權情形，得酌量各種情況而行使之。債權人代位行使債務人之權利，既然並非無限制，其訴訟結果之判決既判力，亦不能如同對破產人之情形，得毫無限制對債務人發生效力。所以債權人代位訴訟之判決既判力，僅於債權人勝訴之場合始及於債務人，於債權人敗訴情形，其既判力不及於債務人，從而債務人得更行起訴。何況，於實際上有關訴訟之有力證據多在債務人之手，債權人多因無有力證據而遭敗訴判決，若於此種敗訴情形，亦要求債務人受該判決既判力之拘束，未免對債務人太苛酷(註六)。

日本戰後，於一九六五年，民事訴訟法學者三ヶ月章，開始對於兼子一之現在通說表示對立態度(註七)。三ヶ月章主張，債權人代位訴訟遭敗訴判決之情形，其既判力不及於債務人，僅於債權人其判決獲勝訴時，既判力始能及於債務人。三ヶ月章之見解主要論據有二，第一為基於比較法制度之觀察，第二為基於公平之理由。三ヶ月章認為，債權人代位權制度係法國民法之產物，此制度為德國民法所無

，但於程序法方面，德國民事訴訟法却有擴張判決效力之法定訴訟擔當制度，而此種擴張判決效力之制度，於法國民法之債權人代位權制度毫無所知。兼子一之學說係將法國民法之債權人代位權視為德國民事訴訟法上訴訟擔當人之訴訟實施權，從而混淆加以繼受之產物，其結果，形成以德國法之制度用以解釋法國法之代位權制度之混亂現象。其實，破產管理人與破產人之間，並無利害對立之關係，但債權人與債務人之間，其關係却有利害之對立，兩者之關係顯然不同。前者之訴訟，屬於吸收型之訴訟擔當，而後者屬於對立型之訴訟擔當，論者不察，竟將兩者同視，因而誤解，債權人代位訴訟相當於破產管理人之訴訟，從而以為破產管理人之訴訟，其判決效力既然依民事訴訟法第二〇一條第二項規定可及於破產人，債權人代位訴訟之判決，同理，亦應對於債務人發生既判力。其實，此乃觀察上之重大錯誤。債權人代位權制度既然與破產管理人之訴訟擔當制度顯然有異，自不能將民事訴訟法第二〇一條第二項之效力，毫無保留直接適用於債權人代位訴訟以解釋既判力之主觀範圍。更何況，若依兼子一之通說，則債務人亦將因不知有債權人代位訴訟之起訴而喪失起訴行使權利之當事人適格，由此可知對債務人顯欠公平。三ヶ月章引用德國民事訴訟法學者 Rosenberg 之既判力對第三人擴張效力之特殊見解，認為既判力擴張於第三人時，必須顧及其對第三人有利或不利之情況分別為決定，並非一律不分有利不利而全部適用。基於對債務人之公平起見，債權人代位權訴訟之既判力，僅能作片面有利於債務人之擴張。換言之，債權人獲勝訴時既判力始及於債務人，而債權人遭敗訴時既判力不能及於債務人（註八）。

2. 代位之訴訟判決既判力範圍之管見

債權人代位訴訟雖為訴訟擔當之一種型態，但此種訴訟擔當屬於

債權人（訴訟擔當人）與債務人（權利人）利害對立之訴訟擔當型態，因此，不能將其視為利害一致之訴訟擔當而作完全相同之處理。故，於債權人代位訴訟之情形，債權人之起訴不影響債務人就同一請求另行對第三債務人起訴，此際，法院應將債權人之起訴以不合法駁回之。

又債權人對第三債務人起訴時，債務人得參加第三債務人之訴訟，單就代位權存否之問題，輔助第三債務人對債權人為爭執。此種情形係因債權人與債務人之間利害對立而然，但於破產管理人所進行之訴訟，却無破產人參加於對造之現象，此乃因破產管理人與破產人，就對第三人而言係利害一致也。更何況，債務人與債權人之間，就債權人對債務人之債權存否問題，亦得另外獨立成為訴訟而爭執。另一方面，第三債務人與債務人之間之單就債務人對第三債務人有無權利存在之問題，亦能各別成為訴訟。可知，債權人、債務人、第三債務人三者之間，係互相對立之三角法律關係，並非單純兩邊對立之法律關係。此種債權人代位訴訟之構造情形特殊，不能與利害一致之訴訟擔當構造相提並論，視為同一類型。

債權人代位訴訟既然有上述特性而有三方當事人利害對立之現象，個人認為，債權人對第三債務人之訴訟結果，依判決既判力之相對性原理，該確定判決無論原告勝訴或敗訴，原則上均不能對債務人發生既判力。換言之，債權人對第三債務人之訴訟結果，無民事訴訟法第四〇一條第二項既判力擴張之適用。於債權人敗訴情形，債務人固然得以第三債務人為被告起訴請求第三債務人對其為給付，若債權人獲勝訴情形，第三債務人亦得以債務人為被告，提起確認債權不存在之訴。蓋債務人與第三債務人之間，就債務人對第三債務人有無權利存在之問題，在訴訟上，不受債權人與第三債務人間訴訟結果之拘

束，此乃因各訴訟之當事人不同，訴之聲明內容不同，各得獨立成爲訴訟也。故，債權人代位訴訟之結果，原則上僅能拘束債權人與第三債務人互相之間，該判決對於債務人與對第三債務人而言，並無既判力之拘束。在此值得特別注意者，於債權人獲勝訴判決確定時，該判決所確認之權利歸於債務人，表面上對於債務人並無不利，惟若深入觀察，債權人之勝訴判決，並非完全對於債務人有利。因爲債權人代位訴訟之債權人勝訴，係以債務人對債權人負債務且其債務已有遲延爲判決之前提，此外，亦以債務人對於第三債務人之權利有怠於行使權利之事實爲條件。於此情形，債務人因利害相關，不能不對債權人就其對於債權人有無債務存在問題爲爭執也。可知在學理上並無正當依據可認爲，債務人應受債權人代位訴訟結果之拘束也。於此種瞭解之下，債權人代位訴訟，若僅以第三債務人爲被告單獨起訴情形，在訴訟上毫無實益可言。債權人欲使債權人代位訴訟之結果獲得實際意義，必須於對第三債務人提起債權人代位訴訟之外，同時由債權人對債務人提起給付之訴，且必須兩種訴訟均獲勝訴判決，始有實益可言。

（註一）：參考兼子一，判例民事訴訟法第一〇三頁。我妻榮，債權總論（民法講義IV）舊版（昭和三十七年版）第九九頁。三ヶ月章，既判力の主觀的範圍，載於別冊ジュリスト一九六五年民事訴訟法判例百選第一五六頁。

（註二）：見胡長清，中國民法債篇總論第三三四頁。

（註三）：見兼子一，判例民事訴訟法第一〇三頁以下。

（註四）：民法學者，我妻榮，債權總論新版（昭和三九年）第一七一頁改從兼子一之學說。加藤正治，民事訴訟法（新法學全集）第二六二頁，松坂佐一，債權者代位權の研究第一四六頁以下，後來分別改從兼子一之學說。

- (註五)：昔日提倡者，加藤正治，法學協會雜誌第四十一卷第十號第一二五頁以下。松坂佐一，「債權者代位權判例と理論」載京城帝大法學會論集第八册第一三五頁。
- 最近，由三ヶ月章，重行提倡。見三ヶ月章「わが國の代位訴訟、取立訴訟に於ける特異性とその判決の效力の主觀的範圍」；載民事訴訟法研究第六卷第一頁以下。
- (註六)：參照，松坂佐一，債權者代位權の研究第一四五頁以下。
- (註七)：見三ヶ月章「既判力の主觀範圍」，別冊ジェリスト一九六五年民事訴訟判例百選第一五六頁以下。同，「わが國の代位訴訟、取立訴訟の特異性とその判決の效力の主觀的範圍」，民事訴訟法研究第六卷第一頁以下。
- (註八)：見三ヶ月章，「わが國の代位訴訟、取立訴訟の特異性とその判決の效力の主觀的範圍」民事訴訟法研究第六卷第四八頁以下。

〔討 論〕

王甲乙：

我們謝謝陳教授作了一篇精闢而簡要的報告，現在，就請各位發表意見。

邱聯恭：

由於今天出席的人數較少，我想是不是鼓勵大家作兩次發言，如此也較合乎先進國家在舉行學術研討時之慣例……。

剛才陳教授提到日本民訴法學會正在開大會，情況如何尚不知道……；但有一點很重要，就是陳教授今天報告的文章係發表於一九七九年，所引的主要為日本文獻，並且都是很簡單的。而在一九七九年

以前的文獻，爲什麼沒有詳予引用？其次，自一九七九年發表文章至今，這期間亦出現了爭論的意見……，陳教授今天仍以舊的文章作爲報告，那麼是否也應對這些爭議加以批評？！因爲既然引用日本文獻，則對上述的問題應該有所說明，否則很可能對我國學界發生誤導的作用。

自一九七九年陳教授的文章發表之後，有所謂利益衡量論被提出，對此，可否請陳教授先加以說明一下，以便等一下大家進行討論。

陳榮宗：

第一點是這樣的，事實上日本關於討論這個題目的文章還是很有有限。在一九七四年，日本民事訴訟法雜誌曾刊載天野弘的一篇文章，這文章我看過，但讓我可以參考引用者並不多，所以我未加引用。至於其他文章的情形也大致如此，所以我未加援用，並非我沒讀到……。

第二個問題，自一九七九年以後所發表的文獻是否應加批評云云……。我想，雖然我讀的雜誌可能沒有像邱教授那麼多；但在臺大法律系的其他教授中可能是訂購雜誌最多的一個。……但最近並未看到有新的資料發表過……。

而我很驚訝的發現，日本至今尚無人討論代位訴訟之訴訟標的問題。五年前我所發表的文章有兩個重點，一個便是專門討論代位訴訟之訴訟標的問題。因爲若訴訟標的不明，如何去講既判力？……所以我那篇文章的重點是側重在訴訟標的部分，把它弄清之後才有辦法討論既判力。故而對邱教授的第二個問題，除了文獻有限之外，復以我所考慮的方向和他們的不大一致，所以沒有採用那些文章。

那麼，終局因爲我求理論之一貫，也是當然有利益衡量的問題，所以最後就下了結論。

由於時間關係，只有這樣簡略地回答邱教授所提的三個問題。

陳計男：

在研究了陳教授的論文之後，我有幾點感想和疑問，想請教陳教授。

論文中關於最高法院民刑庭推總會決議有所批判……，而我拜讀論文之後，發覺最高法院的決議非常可愛。……不過，這其中有幾點問題，我想先提出來。

第一，雖然陳教授剛才說今天討論的重點不在訴訟標的……，但若不討論訴訟標的，那麼對既判力的問題也沒有辦法討論，所以我想對訴訟標的之問題我們還是要先提一提。

陳教授認為代位訴訟標的有代位權與債務人對第三人的債權這二個訴訟標的。假定代位權不成立的話，就要以訴不合法駁回。若債權不存在，我對此有點疑問，因為：

一、若訴訟標的是二個，法院已就訴訟標的為裁判，則什麼叫做訴不合法？

二、既然構成訴訟標的，為何法院對代位權這個訴訟標的勝訴無答案，敗訴就有答案？在再審之訴中，係採二個訴訟標的，一為前訴訟之訴訟標的，一為可行使再審理由之訴訟標的……但在代位權訴訟中對於代位權之訴訟標的，勝訴的話並無判決，如此，若我們認為係二個訴訟標的的話，代位權之訴訟是否為訴之客觀合併之訴抑單一訴訟？在此我要提出個人粗淺的看法：代位權之訴訟標的，是不是該解為債權人對於債務人之債務人有代位請求權？以此作為訴訟標的。其中之構成要件有二：①即指債權人對債務人有權利②債務人對第三人有權利。所以將來我的結論：債務人對第三人之權利只是構成代位權訴訟之基礎法律關係，而非訴訟標的本身。若我的理論可以成立，則後面的問題就容易解決……。

陳教授對最高法院總會之決議可能有所誤解：因為決議內容並未說到民訴法第四〇一條第二項之問題，所以代位訴訟既判力要及於債務人或第三人，我們並沒有這樣說……。我想我很同意陳教授的意見，代位訴訟判決既判力並不及於債務人或其他債權人。

最近我買了一本石川明教授寫的判例民訴法，其中錄有日本昭和四十五年六月二日的判例。謂收取命令的訴訟和代位訴訟係可並存的二個訴訟。所以若我的理論可以成立，則此二個訴訟也可並存，因為其訴訟標的本不相同！

不知我個人的淺見可否引發諸位新的想法?!謝謝。

陳榮宗：

陳推事談到訴訟標的之概念很重要，我也同意！債權人對第三債務人提起訴訟，此時應如何為訴之聲明？我想先請教陳推事。

陳計男：

關於這點，我們最高法院有一判例，謂非第三人直接給債權人，而是要表明由債務人來受理……。後來由於有人對前面的判例有所誤解，故六十四年臺上字二九一六號就特別說明：債權人代位債務人起訴請求給付者，須聲明被告（第三債務人）應向債務人為給付，並就代位受領為訴之聲明。

陳榮宗：

此時是否要把債務人列為共同被告？

陳計男：

不必要……。

陳榮宗：

如此，則當判決勝訴時，第三債權人可否對訴訟中的權利有所主張？

王甲乙：

記名債權可參與分配……。

陳榮宗：

若為特定物呢？

陳計男：

特定物通常不會這樣判……

陳榮宗：

你說訴訟標的應該是代位權。而代位權的概念，除債務人對第三人之權利外，還要債權人對債務人有權利，且須有二四三條遲延債務的情形。這些在訴訟上全為構成事實，但這全部的構成事實你說它成爲一個訴訟標的，這訴訟標的就是代位權？

陳計男：

不是，是代位人可對他請求的權利……

王甲乙：

我看是否先請暫停討論這個問題，否則今天的討論會無法繼續……。

楊建華：

主席、陳教授、各位教授：陳教授今天報告的文章，在幾年以前即已拜讀。最近五南圖書公司出版一本民訴法的論文集，我在序言裏說：最近一、二十年以來由於留學德日的各位教授回國，諸如陳榮宗先生、駱永家先生、邱聯恭先生等回來以後，對我國民事訴訟的學術，的確有很大的刺激作用，我個人非常的欽佩，而且也從他們三位的論文或報告中得到很多的啓發。

前天看到報上，薩孟武先生去世，有人說薩先生曾說過：「如果沒有偏見，就沒有學術」，實際上應該是沒有不同意見，就沒有學術

，陳教授也常常對民事訴訟法的通說提出批判，亦曾引起若干爭執，這批判的本身，不論為多數說或少數說，在學術上即具有重要價值，非常欽佩。

今天討論的這個問題，我個人還是贊成通說，在研究學術立場，我個人不拘泥於舊說，但亦不迷於新說，如何折衷至當，應為最佳選擇。

今天研究的這個問題，首先我們要考慮，在原則上是否應承認民法二四二條代位權係包括代位訴權？假使是肯定的話，我們對代位訴權的行使，即應賦予它相當的法律上效果，如果不然，則一方面承認債權人可代位債務人行使訴訟法上的權利，一方面又對其效果盡量收縮，這會造成訴訟的不經濟，且使法律的紛爭更趨複雜。基於訴訟經濟的原則，對於紛爭的解決。拿新訴訟標的理論專家們的話來說：「一件事情，一次解決」，由此原則來看，我們應該貫徹代位訴權的各項法律效果，不知道這種想法與德國、日本文獻所發表的理論，有無相同之處？本問題首先要研究的，是代位行使訴權之訴訟標的為何？這其中包含兩個法律上的權利，一個是債權人代位債務人的代位權，一個是債務人對第三債務人的權利，究竟二者何者為訴訟標的？或二者僅為一個訴訟標的？在此項訴訟中如僅為一個訴訟標的，此一標的究為代位權呢？還是債務人對第三債務人的權利？剛才陳教授的意思是將此二者合而為一，在陳教授的論文內，並認為以裁判結果決定何者為訴訟標的，並非僅以債務人對於第三人之權利為訴訟標的。

我個人看法，行使代位訴權之訴訟標的，應為債務人對於第三人之權利，也就是債務人對於第三債務人所得主張之權利義務關係，才為訴訟標的。代位權僅為原告起訴的地位而已，這個說法是比較趨向於傳統的訴訟標的理論，因為訴訟標的在起訴時就應該決定，不能以

裁判結果來決定。

陳榮宗教授是新訴訟標的理論的專家，但我不了解陳教授主張兩者均為訴訟標的，在新訴訟標的立場？究為一分肢說？二分肢說？新實體法說？或另有解說？亦即在新訴訟標的立場，將代位權與債務人對第三人的權利均作為訴訟標的時，究採那一種說法？

訴之聲明型態很多，各位在討論時多以給付之訴為例，實際上代位訴權行使債務人之權利，也可能包含形成之訴，也可能包含確認之訴。在形成之訴的場合，債權人為原告來起訴，其訴之聲明恐怕就沒有所謂「受領」的問題，例如債務人對第三人有撤銷權（民七四），債權人起訴請求法院判決撤銷債務人與第三債務人法律的關係，債務人及第三債務人一定是共同被告，這種關係可能較給付之訴的問題少。因為債務人已作為共同被告。然究竟訴訟標的為何？我想這是一個基本觀念。因後面講到既判力，能不能再起訴，都與新、舊訴訟標的的理論有關。陳教授如果能再寫一篇文章，從新舊訴訟標的理論來看代位訴訟之訴訟標的，可就此問題做根本之解決。不曉得邱教授及各位留學外國的一定資料很多，也可能已有人寫過這樣的文章。以上，是我的基本看法。

其次，再就今天陳教授提出的四個大綱，表示我一點看法，因為基本觀念有一點差異，結論可能與陳教授之意見有點不同。

一、陳教授說債權人對第三債務人起訴以後，因為第三債務人否認之權利，債務人可不可以參加債權人之訴訟？陳教授的意見認為是不可以參加，因為債務人與第三債務人在此情況下，為對立狀態。可是在實務上亦不盡然，有時債務人與第三債務人並不對立，而處於消極狀態，債務人以為若對第三債務人行使權利。則左手拿過來，右手又要交給債權人，並無實益，因此常有不積極爭取情形，在代位請求

移轉登記的時候，債務人甚至根本不管，實務上更有對債務人爲公示送達者，故債務人並非概與第三債務人爲對立之地位。亦有債務人根本否認債權人之權利，而與第三債務人採同一立場者。在金錢給付亦會有這種情形，因爲在債務人已倒閉時，縱使向第三債務人取得給付，亦要交付債權人，因此聽任債權人自己去爭取，此時債權人與債務人是否在對立地位，亦很難說。

照民訴第五十八條法規定，第三人對訴訟有法律上之利害關係，即可爲輔助參加，同法六五條規定更可爲告知參加，只要是因自己敗訴而有法律上利害關係者，都可告知參加。因此自條文的規定來看，債務人依法當然可以參加債權人與第三債務人之代位訴訟，因爲所行使的爲訴訟標的之實體法上權利，就是債務人的權利，訴訟的勝訴與敗訴，對債務人當然有法律上利害關係。若認其不得參加，則法院在程序上應如何處理？且對於民訴法五八條、六五條又作如何之解釋？

我覺得，債權人對第三人起訴後，不論第三債務人有無否認債務人之權利。債務人都可以根據民訴第五十八條規定參加訴訟，惟究係輔助債權人？或輔助第三債務人，當因本訴原被告之主張不同而有異。而債權人或第三債務人亦可依據第六十五條告知參加的規定，通知債務人參加訴訟。

其次，陳教授在論文中說，若認爲債權人代位權不存在，可以起訴不合法駁回。其真意不知是否係指當事人不適格，可從程序上駁回。這與目前實務上處理方式不一樣，實務上對於當事人不適格，係認原告之訴無理由以判決駁回。

又債權人可否經債務人之同意下，追加債務人爲共同原告？我想原論文真意是否係指爲原告之債權人請求債務人自行追加爲共同原告而言。命題本身有一點疑問，因爲是不是要列名爲原告，要出於原告

者自己的意思。在處分主義的原則之下，不可能由此一原告，追加另一原告。因此債權人縱令在債務人同意之下，程序上可否由原告追加原未為原告之債務人為共同原告？或僅得由債務人自己請求追加為原告，非無疑義。

二、債權人對第三債務人起訴，債務人可否就債權人訴訟以外，另行對第三債務人起訴？即與債權人之訴訟可否併存？

此一問題最高法院民刑庭會議曾有決議。我覺得最高法院議程中所列各說，任何一說都可以採，就是最高法院決議的那一說不能採，基於剛才所說的基本觀念，既然承認代位訴權的訴訟，就應基於訴訟經濟的原則，賦予相當的法律效果，不能將其弄得很複雜。

最高法院的決議，可能參考史尚寬先生債法總論的四五五頁，不過史先生說，於此情形在起訴時可為妨訴抗辯，而最高法院把妨訴抗辯那一段省略。我個人的意見，覺得最高法院認為兩訴可以併存，完全違背訴訟經濟原則，決不適當。另外各說，一是認起訴不合法，一說是認在言詞辯論終結前債務人既已行使權利，債務人即無怠於行使權利之情形，債權人於債務人起訴後，其訴即沒有保護的必要。前者，因債權人乃為債務人起訴，其為訴訟標的法律關係，又是債務人對第三債務人的權利。實質上乃為同一事件，後者債務人已自行行使權利，債權人已沒有代位行使的必要。這兩說都可以採取。但基於訴訟經濟原則，不能認為仍得另行起訴，否則，訴訟已打到第一審、二審，或經三審發回好多次，豈非浪費無益程序。

債權人代位債務人行使權利以後，債務人對該項權利是否仍有處分的權利，實體法上有不同意見。若承認可以再起訴，如債務人於起訴捨棄其為訴訟標的之法律關係？此對於債權人極為不利。亦值考慮。

三、債權人對第三債務人提起的訴訟確定以後，其既判力是否及於債務人？及其他債權人？

四、既判力應否因判決結果不同而有異？

這兩個問題，我認爲民訴四〇一條第二項的規定，在這個地方應可適用，當然這種情形與破產管理人的起訴不大一樣，但法律上既承認代位訴權，就應該賦予相當之法律效果，換句話說，如果認債務人及其他債權人都可另外起訴，不受既判力拘束，對於第三債務人是非常不公平的，因爲如此，第三債務人可能有多次應訴之煩，不僅債務人可重複起訴，如債務人有五百個債權人，這五百個債權人若個個都可以提起代位訴訟，則第三債務人豈不疲於奔命？而判決結果可能矛盾，衝突更難解決，顯然不合「一個爭執，一次解決」的原則，因此，我認爲判決效力應及於債務人。其他債權人亦因一債權人起訴判決確定，不得更行起訴。當然，敗訴也及於債務人，債務人如未參與訴訟，對債務人來說，未應訴而敗訴有些不公平，這點是否應在立法上用強制參加訴訟的方式來解決。

陳榮宗先生是民事訴訟法前瞻性的學者，主張不論勝訴敗訴，均不及於債務人，較三ヶ月章先生所說的勝訴或敗訴，應有不同效果，更進一步，但就訴訟經濟原則來說，有無作此解釋之必要？

個人以爲，代位訴權裏頭隱存著一個權利，就是債權人對債務人之權利，因債務人不是當事人，債權人對債務人本身的那個權利應僅爲攻擊防禦方法，爲債權人有無訴訟實施權的問題，不能有既判力，而有既判力者只限於債務人對第三人之權利。

范光羣：

陳教授的大作我拜讀了，非常的敬佩，亦增進了一些新知。拜讀之餘，我先提出一個總觀感。就債權人之代位訴訟，其中牽涉有關者

有三，即債權人、債務人及第三債務人，這三方面的關係錯綜複雜，不是訴訟法上先建立了理論，才有債權人之代位訴訟，而是先有了債權人之代位訴訟，然後訴訟學者就已既成的制度，來探討如何在訴訟理論上，使其週延。但是正因為本身就是一個先於理論而存在的東西，沒有辦法擺得很好，因此各說事實上，只能解決一部份問題而已。在無一說可解決全部問題時，只好看那一個學說比較能夠解決最多的問題，且弊端較少。我以這觀點來提出個人之意見。

在讀完您的大作以後，我還是贊成剛才楊大法官所說的，即通說或兼子一說為主體，而三ヶ月章教授的意見，在我看來，是不是妥善的意見，我不敢說。勝訴時，既判力及於債務人，敗訴時則不及於。我覺得三ヶ月章教授的修正說，頗有可採，但仍以兼子一說為主體。首先，就站在第三債務人之立場來看，何以要一而再，再而三的被起訴？似乎應考慮第三債務人的立場。另外亦應站在保護債務人之立場，而考慮到，何以自己的權利，在沒有受到正當防禦的情形下，就被剝奪。若判決採當事人進行主義，債務人在沒有防禦的情況之下，就被剝奪了，而債權人的攻擊防禦是否得當，將影響債務人的權利，即債務人之權利會因他人，而被處分掉，我想這在債務人之立場也應該予以注意。在債權人之立場，我想在訴訟上來說，可能要解決的就是訴訟標的，總而言之，包含了債務人對第三債務人之債權。如果無此代位制度，債權人起訴則可能當事人不適格，何以債權人就他人的權利可以自己起訴？這應先解決何以債權人就債務人的權利有訴訟實施的權能這一問題。我想能夠解決上列大部分問題者，仍為兼子一說。

兼子一說的缺點，就是債務人的地位未能充分考慮，也就是說，債務人的權利會在自己沒有防禦機會的情況下，被處分掉，此即為其缺點。此缺點好像是三ヶ月章先生，所修正的——勝則可，敗則不

可。

在此前提下，對債權人權利的保護也照顧不到，所以在基本上，我的看法是如此。加上楊大法官所說，訴訟程序儘量單純化，也是與新訴訟標的的儘可能做到一次紛爭，一次解決，因為債權人之代位，既然是代債務人行使權利，則債務人對於第三債務人之權利，到底存否，在債權人、債務人及第三債務人間乃一回事，至於有無代位權又係另一問題。故在代位權問題解決以後，牽涉到債務人及第三債務人的權利關係是否存在，就三方面來說乃只是一個問題而已。因此就建立體系的觀點上言，若能一次解決，許多不必要的麻煩，就可以免除掉。就此點來說，兼子一說亦有其特點，因為自其整個說法上，債權人行使代位權起訴，其既判力原則上亦及於債務人。債務人亦不能另外起訴，這些都可以將其單純化，因此，日本通說有採此見解的趨勢，亦有其道理。但就對於債務人權利之保護言，則有其缺失，因此三ヶ月章說有其可採之處？但如採三ヶ月章說，變成效力及不及於債務人，要看勝訴、敗訴確定判決之結果，才能決定。這又回到剛剛的問題，即債權人代位起訴了，在有確定判決前，債務人能不能重行起訴？若認不能起訴，這個理論體系又好像被打破了，在此我僅提出問題而已，因我也無法解決。第二點，今天討論大綱的幾個問題，嚴格說都是相關連的，我採兼子一說，大家都清楚了，第二點請教的是，債權人行使代位權的訴訟，其訴訟標的到底為何？當然也是首先要決定的中心問題。從您的大作中，關於訴訟標的提出了三部份，一個是代位權，若把債務人列為共同被告，即共同的訴訟標的，第二個，債務人對於第三人的權利。若以債務人為被告，就債權人及債務人之間尚存有訴訟標的，即債權人對債務人之權利，此為第三個訴訟標的，但若將代位權列為訴訟標的，包括你們所介紹兼子一的學說，是把代位

權解釋作，爲什麼債權人可以以自己的名義，就債務人之權利來起訴，即解決實施訴訟權能的問題，既然把代位權之有無，解釋作是實施訴訟權能之有無的問題，即不應該認係訴訟標的本身，而僅是對於訴訟標的之訴訟實施權能的問題，而僅係當事人是否適格的問題，而非本案標的有無之問題。因此在這個中間，好像無法一方面說代位權爲本案訴訟標的，同時又爲另一個訴訟實施權能的問題。這點在訴訟解釋上是否有矛盾？若認爲沒有代位權，而把代位權認爲係實施訴訟的權能，則有欠缺時，應以當事人不適格判決駁回，此時，並非本案實體的判決。這是提出的第一個問題。與第一個問題相關者，你的大作一八三頁所列的第三部分，債權人併列債務人爲共同被告時，你以債權人對債務人的實體上的權利爲訴訟標的，此點同時又列代位權就是實施訴訟的權能，此二者要如何關聯？

另外，對於債務人起訴時，其訴訟標的爲單一的話，究竟爲何？共同也是一樣，牽涉到債權人對債務人的權利到底有無的問題。這是當事人間有爭執的地方，若在此情況，訴之聲明把債務人列爲共同被告時，那時訴之聲明是否要有所變更。若仍保持對於第三債務人的訴之聲明一樣，債務人加進來與否，訴之聲明是否仍維持一樣？你大作中並未提到。若未有其他特別之聲明。就可能發生以債務人併列爲共同被告時，債務人如果另案對於債權人提起確認債權人對債務人的債權不存在，則是會發生民訴法第二五三條重行起訴的問題？

您的大作中，以第三債務人爲被告時，你採否定說，認爲判決效力不及於債務人，但是若併列債務人爲被告時，既判力又如何？

簡單的說，今天沒有列債務人爲被告，債務人提起代位之訴之判決，債務人對於第三債務人的債權存在與否，關於此訴訟標的的判斷，您採否定說，但若將債務人併列爲被告，則同一的訴訟標的，其效

力可否及於債務人？若認為及於債務人其依據為何？因若及於債務人，就不能向第三債務人起訴，而若不及於債務人，則債務人就可重行另外起訴，這個應如何解決？最後您採否定既判力及於債務人，您的大作，一方面認為債務人列為被告時，非既判力所及，但是對於如此之判決，又說債務人勝訴時可以以債務人自己名義聲請強制執行。您舉的例子是第三人給付之訴，甲與乙成立第三人利益契約，今天甲以契約當事人起訴，請求乙給付給丙，此判決當中，丙不是當事人，丙可引用此判決之既判力來強制執行，以此理論來支持，債務人，就債權人與第三債務人所提起代位之訴的判決，仍為既判力所及，在訴訟法上一方面否認既判力，另一方面又主張可以引用對自己無既判力的判決來強制執行，這點應如何解決，方不致理論上有矛盾，亦是有待解決的問題。

陳石獅：

主席，各位先生，個人對於這個問題提出一些看法。

討論大綱所列的四個問題，個人認為，不要與「代位權」的訴訟標的牽扯在一起。不論為訴訟參加也好，或二個訴訟可否併存，或既判力可否相及，這些問題，都與訴訟標的有關，我個人覺得似乎應自民法第二四二條之體制上着手，民法二四二條所規定債權人的代位權，我們將它看成實體法上的權利，也未嘗不可，因為其畢竟規定在民法（實體法）中。

若實體法上的權利包括代替債務人起訴，則行使訴權的問題，就恐怕不能把這個結論，包括在民法二四二條所規定代位權之範圍。行使代位權應不限於債權人代替債務人行使債權，尚可以行使其他私法上或公法上保護債務人或保護債權人之各種權利在內。

即以限制在代替行使訴權的範圍來說，我們是否可以把代位權看

作實體法上，程序性質的規定，亦即在民法二四二條當中，規定債權人可代替債務人行使訴權的條件。合此條件的債權人就可代替債務人行使債務人對於第三債務人的訴權。

若此想法成立的話，代位訴訟訴訟型態的訴訟標的，應限於債務人對於第三債務人的實體法上的債權，至於債權人可不可以代替債務人行使權利？乃債權人代位行使債務人之債權的訴訟條件。亦即權利有無保護之必要，或當事人適格之要件有無欠缺。

若這樣想，以下很多問題似可得到適合於傳統訴訟標的之解決方法。我同時想到代位訴訟的法律關係的結構，除剛才陳榮宗教授所提的破產管理人，與破產債務人間的訴訟型態比較相近以外，似乎還有二個情況：

第一個是強制執行法§一二〇規定的收取訴訟，另一個為民法§二六九第一項，第三人利益契約的訴訟。在收取訴訟中，債權人對於債務人之債權已判決確定，經過執行法院發給收取命令，然後才對於否認債務的第三債務人起訴，這種訴訟型態與民法§二四二之代位訴訟不同，原告（債務人），可請求判令第三債務人對於債權人給付，而不是對債務人給付，其中不同之關鍵，在於有一個收取命令在那兒。

關於第三人利益契約，債權人請求法院判決命債務人對第三利益人給付，此訴訟型態就與民§二四二之訴訟型態有一點類似，當然其解決問題的辦法與民§二四二之規定並不相同，謹供各位參考。

基於以上想法，我對於陳榮宗教授所提四個問題，提出個人的看法請教各位：

第一個問題，根據民事訴訟法§五八、§六五，我認為債務人有權參加訴訟，不過這個參加訴訟，究竟是參加於原告（債權人）或參

加於被告（第三債務人），我覺得，債務人對這兩邊都有利害，因此都可以參加。換句話說，若否認債權人對債務人權利存在，則可對於第三債務人那方面為訴訟參加，而若承認對於第三債務人的債務存在，當然就可對債權人為參加，但對於參加的效果應作不同的論斷。

關於下一個問題，債權人可否在債務人同意的條件下追加債務人為共同原告？此在當事人進行主義下，我個人不大同意這個說法。

對於第二個問題，債權人對於第三債務人起訴以後，債務人可否在債權人訴訟以外，另行對第三債務人起訴？對於這個問題，我採否定的看法，當然其他理論根據，我贊成楊教授的看法，即無起訴之必要，因為從權利保護之觀點，債務人對第三債務人之權利既然已有債權人代為起訴行使，債務人即無再重覆行使之必要。若准許重覆起訴，就有使二案件之判決結果發生兩歧的危險。

最高法院在六十七年所為民事庭決議，對此問題曾提出解決辦法，但我覺得這個辦法不很圓滿，它說，債權人對第三債務人起訴後，不妨由債務人另案就同一訴訟標的，對第三債務人起訴，因當事人不同，並非同一事件，若二案判決結果兩歧的話，債權人可選擇行使對自己有利的判決結果來執行。這是完全站在債權人之立場說話。若在第三債務人之立場來說，這樣作法對第三債務人顯然很不公平，因為在兩歧的二案判決，同樣是一勝一敗，憑什麼債權人就可選擇有利自己的判決執行，第三債務人就不可以？如果第三債務人也可以選擇有利自己的判決，拒絕給付，憑什麼債權人選擇的有利判決執行力就比較大？上揭決議，似難自圓其說。因此，此決議採併存說，我覺不太妥當。個人認為：債務人之訴權，若在債權人已行使之後，就不要再准許債務人另行起訴行使，但在理論上可以不說他起訴不合法。債權人起訴以後，債務人再另外起訴，此二訴訟的當事人雖然不同，其所

行使債務人之權利則為同一，因此既然債務人之權利已合法行使，就不需要債務人再重覆起訴，所以我個人是採取否定的看法。

第二個問題後段，債權人之訴訟與債務人之訴訟可否併存？當然與我個人最初看法有關，即要不要把代位權看成是實體上的權利，若將代位權看成是實體上的權利，則應按傳統的訴訟標的理論，看成是一個獨立的訴訟標的，而把代位訴訟的訴訟型態看作兩個訴訟標的，但如果把這個代位權看成是債權人行使債務人對第三債務人訴權的條件，似乎不必將此代位權看成是實體法上的權利。所以我個人比較偏向於此二訴訟並不一定要併存的說法。

第三個問題，債權人對於第三債務人提起的訴訟，經過判決確定，既判力是否及於債權人或其他債務人？我個人較偏向於通說，即若債權人勝訴確定，則判決效力應及於債務人，其理論根據我引用民訴四〇一Ⅱ之規定，至於是否及於其他債權人，就有點疑問，因為將前述看法貫徹之結果，應可得一個結論，即及於其他債權人，例如，原告（債權人）代位行使債務人對第三債務人的債權，例如債權人對債務人的債權為十萬元，債務人對第三債務人之債權為一百萬元，在此情況下，債權人行使對債務人十萬元債權的效力，是否及於全部一百萬元債權，似應依一部請求的法理來解決。如果此際另外有一第三債權人對於債務人有二十萬元債權，而另案代位債務人向第三債務人起訴。此時，甲債權人行使的十萬元債權與乙債權人對債務人另外行使的二十萬元債權，係不同的兩個債權，當然其代位行使之債務人對第三人之債權乃相同的一百萬元債權。但此二個代位行使的債權並無衝突。

若甲債權人對於債務人的十萬元債權，祇是行使債務人對於第三債務人一百萬元債權的條件。乙債權人二十萬元的債權亦為行使債務

人對第三債務人一百萬元債權的條件時，容許第三債權人對第三債務人起訴，依一部請求的法理，亦沒有什麼衝突。

不過若爲如此，此判決亦有兩歧的可能，應如何解決，我個人尙想不出一個適當的解決辦法，還要請教各位。又如果將上述假設條件改換爲：債務人對第三債務之債權祇有十萬元，而二個代位行使訴權之債權人債權金額都超過十萬元時，其結論恐不一樣。此際似不能准許後一位債權人代位起訴。

第四個問題，判決既判力所及之人是否因原告勝訴或敗訴而有不同？我個人覺得應有所不同，剛才說明，若債權人對第三債務人勝訴確定，那麼認爲其確定判決效力及於債務人，似乎可爲圓滿的說法。但若債權人對第三債務人，敗訴確定的話，就要看敗訴確定的理由如何。若因債權人對債務人之債權不存在或債務人未怠於行使權利而敗訴，此乃程序上的判決，不是實體上的判決，這個判決效力應不及於債務人。若敗訴的理由，是因爲代位權存在而認定債務人對第三債務人之債權不存在，這個敗訴的確定判決效力，我覺得應及於債務人，這點與兼子一教授或各位教授看法有一點不同，一併請教各位，謝謝！

邱聯恭：

除了剛才所說的以外，現在想就實質的問題發表一點意見。因爲牽涉的細節很多，所以站在下面的基本觀點來說明：即如果想儘可能就問題做全般性的解決的話，經由學術論文，學者的任務應如何爲之？總括的說，陳教授的報告，牽涉到今後許多研究的基本概念，它雖非訴訟法上全般性的問題，但就理論上來探討，也相當有價值。不過，陳教授所提出的觀點，似乎是違背了當今訴訟法學的思潮。

在近幾年來，我個人參加本研究會，在臺大法學論叢第十一卷第

二期所寫的文章或上課時所強調的是，就目前訴訟法學或審判實務的運作，應顧慮的兩個基本要求。第一是儘可能擴大訴訟制度解決紛爭的功能。也就是說，好不容易當事人，尤其是照理應該代表社會利益的國家（法院），既經花費相當的勞力、時間、費用，就某一個權利或紛爭加以解決而得到結論（以判決所提示的解決紛爭基準），則前此經進行的過程，應儘量不要予以漠視掉。亦即，應儘可能善用既成的結論來解決更多的紛爭。爲滿足此要求，陳教授曾贊成新訴訟標的理論的觀點（即一次紛爭一次解決），應給予很高的評價。但今天的報告竟然倒過頭來，違反一次紛爭一次解決的觀點，似乎應受批評。第二點是個人這幾年來所一再強調的，所謂「程序保障」的基本要求。個人曾經從防止發生突襲性裁判的觀點來說明，這牽涉到憲法第十六條訴訟權的保障。其更窮極的根據或意義是在人的尊嚴之維護。即一個人在未經行使攻擊防禦或被給予陳述意見的機會以前，如竟然判決其實體權利不存在，將無異於剝奪其人生奮鬥的結果或憲法上所保障的財產權，這也可說漠視他做爲一個人的存在即人的尊嚴。程序上的保障，涉及諸多問題。個人提出防止發生突襲性裁判的觀點，只是一個出發點而已。另外，這和對於當事者權（身爲程序主體所享有之權利）的保護也有密切的關係。當事者權之範圍如何，乃解釋論及立法論上之課題，其最主要者爲辯論權，在場見證權及卷宗筆錄閱覽權之保護等等，這些權利的保障都以承認某人在程序上有某程度的主體地位爲前提。

上面所舉的二項基本要求，都是就訴訟程序制度爲實際運作時或理論構築上，所必須儘可能加以兼顧的。假使不幸此二者無法兼顧時，則程序上保障優於紛爭解決一回性的理念（請參照去年六月本人在

本會第十一次研討會之報告)。換句話說，程序上保障是很重要的。根據這裏的說明來思考今天的問題，似乎可找出解決的基本方向。這是在構築訴訟理論時，所不能夠遺忘的。

陳教授的觀點與一般潮流的不同是，許多學者正想設法擴大訴訟制度解決紛爭的功能。但陳教授則是走往予以縮小的方向，這是一個問題，這可從很多方面來說明。

第一個要提到的，依陳教授的論文，何以走向要求第三債務人有應訴二次以上的危險道路？此涉及第三債務人，是否較債務人更應受到保護的問題。第三債務人乃因債權人與債務人之間的糾紛，不幸被牽扯進去。而被拉進去一次已很不幸，但陳教授却要他到法院很多次（被訴）。因此第三債務人是否較債務人更應受到保護？假使結論是肯定的，則何以一而再、再而三的被訴？可曾如何補救第三債務人的不利益，是應解決的問題。第二個問題是說，若祇承認在債權人與第三債務人之間有既判力而已，則對第三債務人之保護有欠周到或不公平之虞，尤其是在第三債務人花費相當多的努力，盡了攻擊防禦以後才得到勝訴判決的情形，倘竟然在效力上未給予充分使用，則是縮小了訴訟制度解決紛爭的功能，亦即，若像所報告，代位訴訟的判決效力完全不及於債務人，這實際上等於破壞代位訴訟制度所運作之成果，而對於債權人、債務人與第三債務人間紛爭的一次徹底解決沒有幫助。而且，將使債權人的地位比其未行使代位權提起代位訴訟以前的狀態更為不利。此可自多方面來觀察：例如，陳教授所說既判力的問題。債務人之訴訟，有排除債權人代位訴訟之效力，二者不能併存，應以不合法駁回起訴在先的債權人之訴。若照此種說法，則難免使債權人的地位相當不安定，因為可能由於債務人的任意行爲，使得債權人遂行訴訟的成果歸於徒勞，使代位權規定更成空洞。若債務人起訴

後，又撤回其訴或因不合法被駁回將如何？此時債權人將不得不另行起訴，其地位似較以前更不安定，且其程序上的利益沒有受充分顧慮到。其已花費許多時間，僅因債務人起訴，而致前功盡棄。違背債權人的程序上的安定，或債權人向來對於司法程序的信賴。何況法院也將因此而就一個債權作反反覆覆的審判，這將更影響到其他想要使用訴訟制度的人的利益。

在上述說明之前提下，若一定仍堅持要站在陳教授的觀點認為二者不能併存，最後一定祇能判其一的話，是否亦應想個方法，考慮將債權人之前訴和債務人之後訴予以合併，或予以移送，而試想能否認為由債權人提起的訴訟，是以債務人之訴的合法存在為解除條件？以這一類的處理方式，避免走向像陳教授那麼極端的方向。

還有一點，陳教授論文主張債權人勝訴時，第三債務人可對債務人提起消極確認之訴。這見解也有問題，因為縱使債權人勝訴了也未必即受清償，不可即謂債權就會消滅，不可說勝訴判決確定，則債權就當然消滅，而無待於履行清償。果然，何可提起消極確認訴訟？這裏似乎還要更嚴謹一點。

根據上述可知，當考慮應如何儘量利用代位訴訟的成果，來擴大解決紛爭的功能時，遇到一個須讓步的要求，即程序上保障的要求。也就是對於實際未參與訴訟程序的債務人，應如何給予程序上的保障？站在此觀點，似不能夠如陳教授所說，縮小或否定訴訟參加的可能性或機會，而是應站在設法類推適用，或絞盡腦汁探求其他可能性，讓他為訴訟參加，來擴大其功能，因為在此程序上保障是優位的。另外，以訴訟告知的方式作為條件的判決效力之擴張，或以催告作為條件的既判力之擴張等制度之可能性，都還有進一步努力的餘地。亦即，嘗試在得到訴訟告知，或受某程度的催告、通知的情況下，儘可能