

### 民事诉讼法之研讨(三)前言

【分类】民事诉讼法之研讨(三)

【作者】民事诉讼法研究会

【出处】民事诉讼法之研讨（三）

民国六十九年(西元一九八〇年)初,在国内各大学讲授民事诉讼法之陈珊、李学灯、姚瑞光、张特生、杨建华、陈荣宗、陈石狮、骆永家、陈计男、邱联恭、范光群诸先生(依年龄先后序),鉴于我国民事诉讼法之理论及实务水准亟待提升,追求学问之道,贵在时相切磋琢磨,定期性、经常性法学研究会有待倡行,乃于同年二月二十四日商定自同年六月起每隔三个月举办民事诉讼法研讨会一次,各自选定题目轮流提出研究报告,进行研讨,并予录音记录,然后将其内容整理成文,依次发表于法学丛刊。循此方式,经第一轮次以后,史锡恩、王甲乙、曹鸿兰等先生(依年龄先后序)相继参加。

为防免资料散失,特将上开研讨记录,依次辑为单行本,公诸于世。本书收录第二十五次至第三十五次研讨记录共十一篇次,并逐篇于文前列明研讨会次别,于文后注明原刊载之期别及年月,命名为[民事诉讼法之研讨(三)]至于以前各次研讨记录,已于民国七十五年十月将第一次至第十三次研讨记录辑为[民事诉讼法之研讨(一)];继于民国七十六年九月将第十四次至第二十四次研讨记录辑为[民事诉讼法之研讨(二)]分别出书。

关于历次研讨记录之发表,多承法学丛刊社之协助,其内容之录音整理,悉赖担任记录诸君(详如本书各篇文前所载)之辛劳,而本书之编校,则承林望民、杨碧惠、邱睿如、沈冠伶、王皇玉、蒋广书、叶晋源、詹骏鸿、张在增、邱瀚模诸君之协助,特并此致谢。

民事诉讼法研究会  
民国七十九年八月  
于台北市

### 民事诉讼法之研讨(三)目录

【分类】民事诉讼法之研讨(三)

【作者】民事诉讼法研究会

【出处】民事诉讼法之研讨（三）

中美反诉制度之比较.....	骆永家...1
不作为请求之特定.....	陈石狮...39
非法人团体之权利能力论.....	陈荣宗...89
不必要证据之处理程序问题.....	曹鸿兰...197
重叠(竞合)诉之合并与选择诉之合并.....	杨建华...253
自由顺序主义之检讨.....	王甲乙...331
中共法院民事判决之承认与执行问题.....	张特生...395
简易程序之研究.....	史锡恩...463
诉之变更追加之研究.....	范光群...537
当事人本人供述之功能	

-----著重于单论其思想背景之变迁.....邱联恭...615  
民事调解之效力.....陈计男...687  
※附录：[民事诉讼法之研讨(一)]及[民事诉讼法之研讨(二)]之目录

## 中美反诉制度之比较

【分类】民事诉讼法之研讨(三)

【作者】骆永家等

【出处】民事诉讼法之研讨（三）

研讨次别：民诉法研究会第二十五次研讨记录

报 告 人：骆永家

第 1 页

时间：民国七十六年三月八日上午九时至十二时

地 点：司法官训练所

主 持 人：杨建华

参加讨论人：陈荣宗 王甲乙 陈计男 陈石狮 范光群 曹鸿兰 邱联恭

史锡恩 杨建华(依发言先后序)

记 录：陈瑞进 涂秀蕊

壹、序说

贰、美国法上反诉制度之特点

叁、我国法上反诉制度之特点

肆、两者之比较

伍、结语

第 2 页

杨建华：

骆教授、诸位教授先生，今天是我们第三轮次第四次的研讨会，轮到骆永农教授报告，骆教授选的题目是[中美反诉制度之比较]。大家知道美国民事诉讼制度和大陆法系的民事诉讼制度不完全相同，但是其中亦不乏可供我们参考的，关于集体诉讼、交互诉讼、第三人诉讼及反诉制度等，是可以提供我们立法上的参考，骆先生今天选取了这个题目加以分析研究，相信对我国民事诉讼制度的改进，一定有很大的收获。现在不耽搁时间，请骆教授报告。

一、序说

骆永家：

谢谢杨先生刚才的介绍，今天是轮到我报告中美反诉制度之比较，我国民事诉讼法或者是日本民事诉讼法大部分都继受欧陆法，较少从英美法引进新制度，学者们对于大陆法系如德国之民事诉讼法的研究较多，而对英美民事诉讼法的研究起步较晚，战后才有较多的学者对美国的民事诉讼法加以研究，想作一个比较或想办法引进他们制度上的优点。国内虽然也有英美法的课程，也许有些学校有开美国民事诉讼法这门课，但教的人本身对我国民事诉讼法未必肯作较深刻的探讨，所以直到目前也很少有人就这两个国家的民事诉讼法作一个比较，而一般读法律的人对于美国法律素来比较不去注意，所以今天就选了这个题目。这题目

也是我近年来去探讨美国民事诉讼法的一个初步成果，倒台不敢讲是有很好的成果，也许是我在整个研究英美法过程当中的的一个中间报告，希望各位多多指教。

首先，让我先说明为什么要有反诉制度，举个例子来讲，A开的车和B开的两车相撞，互相主张对方有过失而自己并没有过失，如果

### 第 3 页

A 先提起本诉告 B 请求损害赔偿

偿时，假设 B 欲主张 A 才有过失而 B 无过失，反向 A 请求损害赔偿时，如不能以反诉的方式来提起，而须以别诉、另外一个单独的诉、也就是本诉的方式提起，各位想想看，这是同一个交通事故，如果当场有人看到，看到的也就是那几个人，如将分别提起两个各别独立的诉讼，则法院对于有否车祸发生这个事实及那一方有过失或双方均有过失等，必须分别在两个诉讼中都加以审理，而在各别的诉讼中审理这些相同的事实的法官未必是同一个法官(独任制时)或同三个法官(合议制时)，如此一来，不同的法院就同一事实须重复审理、重复调查证据、重复传讯证人，同一证人出现于法院的次数增加，这件诉讼他需要出来作证，那件诉讼他也需要出来作证，会增加证人的麻烦，当事人亦然，你告我的时候我得出庭，我告你的时候你也得出庭，当事人麻烦法官也麻烦。

刚才说到如果把它当作两个个别的诉讼来审理的话，审理的法官又可能是不同的人，于是乎就证据的评价便会有高低，因为是自由心证，证据价值由法官自由衡量，有的法官分数打得严一点、有的法官分数提得宽一点也有可能，万一证人在这个地方讲的话和在那案件讲的话又不一样的话，也可能影响到法官的心证，如此一来就同一个事实的事实认定可能会有出入，两个判决也就可能会有抵触，纵使证人讲的话完全一样，法官的评价也可能不一样，也有发生裁判矛盾的可能性。因此，如果没有反诉制度的话，由前述检讨的结果，可知会导致审理的重复、诉讼不经济、甚至于有发生判决抵触矛盾的可能性，因而须有此种反诉制度较为方便，A 告 B 的时候 B 可以利用本诉讼的程序提起反诉来告 A，本诉和反诉合并审理，将来也可以合并裁判，同一法官(独任制)或同三个法官(合议庭)来审理判决，当事人及证人只要在同一诉讼里头出现即可，不要两次、两地跑。

### 第 4 页

由同一法官或同三个法官就本诉和反诉下判决，也不至于在本诉和反诉间的事实认定及判决上发生互相抵触矛盾，此乃反诉制度之优点也是其制度上的意义之所在。

#### 二、美国法上反诉制度之特点

接着要说明美国法上的反诉制度，也许就是今天的重点所在。美国法当然是非常复杂，不是说一个人花两三年三四年就可以研究得很彻底，在座也有到美国留学过的，我想他也会同意我这句话才对。美国法律的复杂、庞杂，不是去那边研究一两年两三年或者四五年甚至于拿得一个博士学位就一定能够研究得很彻底的。我在这里只是作一个中间报告，在说明之前我们先要了解，美国法律有所谓联邦法和各州的州法，以民事诉讼法言，联邦有一个统一的民事诉讼规则外，各州还有自己州的民事诉讼法或民事诉讼规则，因此说美国法上的制度如何如何，须先要有个观念：你讲的是美国的联邦法、还是某一州或它们大体上共同的规定，不可以偏概念，如果是完全没有受到美国法熏陶的人，可能会以为美国跟我们单一国如中华民国日本一样，全国的法律都是同一的，其实不然，他有两个系统，有联邦法及各州法，我们今天所要讲的主要是联邦法以及有一部分的州所采取的制度、有一部分的州模仿联邦法所采用的制度，而不是说各州都是如此，这是一个准备知识，先向各位说明。

谈到美国联邦法，以及若干州的州法上之反诉制度，特点就是它有强制反诉(Compulsory counterclaim)和任意反诉(Permissive counterclaim)的区别，二者如何区别呢？它说如果本诉

被告的请求与本诉原告的那个请求、那个诉讼的诉讼标的由来自于同一的交易(transaction)、同一的行为、或者是同一的事件(occurrence)的话。

#### 第 5 页

被告对原告的请求，就必须以反诉的方式提起，不能以他诉、别诉、独立的诉的方式来提起，此即所谓强制反诉。强制反诉以外的，就是说本诉被告对本诉原告他有一个请求、有一个权利、或有一个债权，但是他请求的这个债权和本诉原告对本诉被告的这个请求，不是出自于同一的行为或同一的事故时，本诉被告对本诉原告也可以以反诉的方式来提起，但也可以不以反诉而以别诉、独立之诉的方式来提起。本诉被告对原告所采的反诉不是出自于同一行为、交易或事故的时候，就可以这样子，这个是强制反诉和任意反诉的区别。最后一点，如果是属于强制反诉，在本诉系属中固然不可以他诉方式来提起，如果在本诉系属中没有提起，本诉被告对本诉原告的这个权利或请求以后就不能够再主张，以后不能够再提起诉讼，也就是说等于失权，强迫着你要利用本诉的程序来提起诉讼，你不能别起炉灶提起别诉，你也不能在本诉终结以后再慢条斯理、珊珊来迟再来主张，有这一个失权的效力，我认为这是美国法上反诉制度的特色。

第二点，在美国法上对反诉可以提起反诉，它是明文也是判例上所承认的，原告对被告提起一个本诉，被告对原告提起一个反诉，原告再对被告即本诉被告提起一个反诉的反诉是可以的。我国民事诉讼法上明文规定说对于反诉不得再行提起反诉，关于此点，国内学者可以分为两派，有一派说对于反诉不可以提起反诉，有一派主张说对反诉还可提起反诉，这一派说我国之反诉要限于有牵连关系才可，因而对反诉提起反诉也不会引起太大的问题，有这两种不同见解。但在美国法上，对于反诉可以提反诉，明文规定、实务上也是如此，没有什么争论，此点也和我们条文上规定有不同之处，值得注意。

第三点，就是说如果是属于强制反诉，当事人没有以反诉方式提起而以他诉方式提起的话，此时法院可命将这两诉合并审理、合并裁判，

#### 第 6 页

当事人也可以变更为以反诉方式来提起，使两个诉讼能尽量合在一起审理，这一点和我们若干不同的地方。我们教科书上说反诉是什么呢？它是本诉被告对本诉原告所提起的，共同当事人间不能提起反诉即共同原告间共同被告间不能提起反诉，在美国法上，反诉固然是被告对原告提起，这一点没错，但在他们法律上面，共同原告间可以提起诉讼，共同被告间也可以提起诉讼，譬如说 X 告 Y1、Y2、Y1、Y2 之间可以再互相提起诉讼，这在我国法上是看不到的，这就是所谓的交互诉讼或交叉诉讼(Cross claim)。

其次谈到另外一个美国法上的特点，要讲到这个特点以前先要有一个交代，在美国法上有所谓第三当事人诉讼(Third party practice)，譬如说 X 到 Y 所开设之餐厅吃了罐装火腿肉，以致健康受到损害，X 乃告 Y，在诉讼系属中，Y 可以把制造或贩卖该罐头之 A 引进来，亦即要以告 A，这时候 Y 是本诉被告及第三当事人诉讼的原告，A 为第三当事人诉讼的被告。这个第三当事人诉讼 Y 告 A，其请求须本于 X 对 Y 之请求之同一事件才可以，不是乱七八糟地引进，A 这个第三当事人诉讼的被告可以对 Y 提起反诉，第三当事人被告 A 也可以对 X 提起反诉。

#### 三、我国法上反诉制度之特点

以上是简单地说明美国民事诉讼法上反诉制度的特点，接着谈我国民事诉讼法上反诉的特点：我国民事诉讼法第二六〇条规定，反诉标的要与本诉标的或其防御方法相牵连才可以提起，有这么一个限制，如果没有相牵连的话就不能提起。所谓反诉标的与本诉标的相牵连者，譬如说对离婚的本诉提起离婚的反诉，由于系同一婚姻关系，其相牵连即可理解，又如原告对被告提起确认甲地所有权之诉，

## 第 7 页

本诉被告对本诉原告提起就同一土地确认租赁权存在之诉。所谓反诉标的和本诉防御方法相牵连者，例如 X 告 Y 请求返还手表，Y 是修理手表的老板，说你修理费不给我我手表不还给你，主张有留置权而提出抗辩，同时他又提起反诉请求给付修理费，即该留置权所担保的修理费，须有这种牵连关系才可以提起反诉，若无牵连关系就不能够提起反诉，此为我国法上反诉制度的第一个特点。

第二点，在我国法上条文规定对于反诉不能再提起反诉，这个刚才我已经说过。

第三点，在我国法上于本诉讼中固然也可以合并审理或合并裁判，但是不强调合并审理合并并裁判，它规定说本诉及反诉得为分别辩论(民事诉讼法第二〇四条)、可以先就本诉或反诉为一部判决(同法第三八二条)。我们知道如果分别辩论或分别判决时，将来判决确定的时间不一样，一个上诉一个没有或上诉移审的时间早晚不一，一个在第二审一个在第一审，将来即使都在第二审，第二审审理这两个诉讼的法官也不一定一样，若一部判决则又可能导致判决的抵触矛盾，本来反诉制度的目的，就是要达到诉讼经济避免裁判矛盾，若分别辩论分别裁判、先下一部判决，这样确定的时间不一样、移审的范围、时间也不同，同样又会导致判决的矛盾、诉讼不经济，而这两个条文是这么样子规定的。大家知道我国民事诉讼法上的反诉，限于有牵连关系才可以，没有牵连关系的不可以，不像美国 Permissive counterclaim 没有牵连关系的也可以提起。没有牵连关系为分别辩论分别裁判我们当然可以了解，如果先在前项限于有牵连关系的才可以提起反诉，却又分别辩论分别裁判，是不是将来又会导致诉讼不经济、是不是又会导致裁判矛盾呢？殊值探讨。

再者，我们刚才说过，我国法上没有交互诉讼的制度，

## 第 8 页

也没有第三当事人诉讼制度，所以没有由共同诉讼人间彼此提起的诉讼，也没有由第三当事人被告提起的反诉。

### 四、两者之比较

由以上的说明，如果我们就两个国家的反诉制度来做一个比较的话，可分述如下：

第一点，我国法上没有强制反诉和任意反诉的区别，我国法上的反诉限于有牵连关系，也就是说只有美国法上的强制反诉的情形才可以在我国提起反诉，但我们不叫做强制反诉，没有牵连关系的则不能提起。

第二点，我国法上的反诉通属于任意反诉，虽然限于有牵连关系，但是被告要否提起反诉任其自由，你提也好不提也好，不提也可以等到本诉讼终结以后再提，即原告对被告有一个请求，被告对原告有一个请求，而又有牵连关系的也不一定要以反诉的方式来提起，以他诉的方式来提起也可以，此与美国法上凡有牵连关系的话就一定须以反诉提起，而且原则上要合并辩论合并裁判，你不提的话后不能再主张，我国法上本诉与反诉不太强调合并辩论合并裁判，二者有很大的区别。

### 五、结语

为想早一点听听各位宝贵的意见，兹作结语如下：在美国法上，不仅要求本诉讼原被告间有牵连关系的纠纷，一定要在同一程序里解决，就是没有牵连关系的请求，也可以顺便利用本诉讼程序来提起反诉，现在既然 X 告了 Y，那么 Y 对 X 如有与本诉有牵连关系的请求则一定要利用本诉讼程序告 Y。没有牵连关系的，既然将来也得跑法院，

## 第 9 页

那么为什么不能利用本诉讼程序来告 X，要跑法院就作一次跑。如果没有牵连关系的不能作一次跑的话，那么 Y 应付本诉讼的时候我得跑法院，以后 Y 要告 X，须别以他诉提起，甚为不便，故就两造当事人间所有的纠纷，如果当事人愿意，即可利用同一程序起诉解决。不仅如此，若 XY 之外还有另外的第三人 A 牵连纠纷里头，亦即是在多角化的纠纷之情形，

可于本程序将第三人引进来，而该第三人可能也对反诉被告的有请求要主张，也可利用该一程序为之，而本诉原告 X 也可能对第三当事人 A 有请求要主张，亦可利用此诉讼程序为之，所以此三人间的很多纠纷，特别是有牵连关系的纠纷，甚至于没有牵连关系的纠纷，都可以在这个程序里面来解决。

由此看来，这涉及一个诉讼功能的问题。如果没有诉之客观合并，没有诉之主观合并的制度，这是最单纯的，只能由一个原告告一个被告，能够解决的纷争就是一个，后来有诉之客观合并，例如 X、Y 间的几个纠纷就可以凑起来一并起诉，解决纷争的功能就较大，另有诉之主体的多数之诸制度出现，例如有共同诉讼，则 X1、X2、X3 和 Y1、Y2、Y3 间的纠纷，就可以以一个判决来解决，不仅如此，现在尚可利用本程序把第三人引进来，在你告我我告你当中，将该三面，三重的纠纷的在同一程序予以解决，这样子将来判决下来，解决纷争的功能就很大，有这种多角性纠纷在，你不能蒙起眼睛来说没有这种复杂的纠纷在。要是不能利用同一诉讼程序，各别告各别下判决，各该判决所能够解决纷争的功能便很小。以电脑的发展为比喻，电脑刚发明时其处理能力低，其后其处理功能渐渐提高，发展到今日所谓超级电脑，诉讼也是这样子，本来几百年前，一个诉讼所能解决的功能只有一点点，只能由一个原告对一个被告就一个请求提起诉讼，情况很单纯，但是工商业社会发达以后，纠纷复杂化，有公害、消费者保护、

#### 第 10 页

商品瑕疵责任等等问题出现，如此复杂之实体权利的纠缠，如限制只能个别的利用一个诉讼来解决，则诉讼解决纷争的功能很少，如能利用同一诉讼程序来解决，则诉讼解决纷争的功能较大。

法律是一种社会规范，法律制度的产生有其历史背景、社会背景、思潮背景隐藏在后面，法律制度并非孤立于社会历史之外，亦非孤立于思潮之外，诉讼法规不是纯粹的一种技术法规而已，而是隐藏着历史、社会及思潮的背景。今天不想提出我个人主观的主张或见解如何，我只是将客观上两个国家的反诉制度作一个客观的报告，请各位多多指教，谢谢各位。

#### 【讨论】

杨建华：

谢谢骆教授就中美反诉制度之比较，提出非常精要的报告，他讲到反诉制度，也牵涉到交互诉讼及第三人诉讼的问题。今天未到会的张教授特生，因有事到高雄去不能来参加，要我向大家致歉。听完骆教授精辟的报告，现在就请各位发言。

陈荣宗：

骆先生的这个报告，在台湾来讲可说是很有参考价值的一个报告，很感谢他。关于此一个问题，我翻了一些文献，在日本研究的也很少，我看到一篇论文和骆先生提出的一样，最近就很少见着。关于今天的报告，我只是利用骆先生报告的这个机会，提供我所知道的一些反诉有关制度或法律见解来作参考，并没有什么批判性的问题。

第一个是强制反诉的问题，也就是美国联邦民事诉讼法第一三条规定的制度。我们固然无此制度，但如民事诉讼法第五七二、五七三条之规定，在婚姻事件诉讼中就同一婚姻关系，也可以撤销婚姻、离婚等等，

#### 第 11 页

如果被告也要解消婚姻关系或对方要求离婚而被告也可要求离婚这一类的情形，若不利用反诉的机会来提起的话，将来一旦下判决，有可能就没有机会再主张。在像原告提起离婚、被告也主张其有权利离婚等这一类问题，法律效果上，会造成本来应可以另外独立起诉的，若不利用反诉的机会，会造成没有机会的结果，由此以观，虽然并非强制你一定要提起反诉，但你可以利用该机会好好提起而不提起的话，将来就有可能遭受不利的命运，从以后没办法再有独立起诉机会这一点来看，也有类似于强制效果的一面，如果不利用的话就会有不利的

效果，这个是我个人所想到的一点。骆先生写过一篇离婚之诉的反诉有关的论文，该文中就有类似于此的问题。

第二个就是牵连的问题。反诉制度如果从立法制度来看，可以说几百年前都有，只是成为条文的制度在立法例上曾经有过两个制度，一个是说本诉和反诉于原因事实上不须有牵连关系，亦即任意的反诉，日本旧民事诉讼法即采此制度，后来日本新的民事诉讼法则改成须有牵连关系，故于制度上，有一种是任意反诉，可不必有牵连关系，另一种则一定有牵连关系，有这样子不同的立法例。关于立法的得失利弊，限于时间无法作说明，惟可知牵连关系此一问题与立法制度的问题有关，有的认为有牵连关系可以省掉很多东西，有的认为不尽然，究竟如何，只是提供大家作参考。

关于反诉制度，我国是规定在民事诉讼法第二五九、二六〇条，日本是规定在民事诉讼法第二三九条以下，德国则规定在民事诉讼法第三三条，当然其他地方也有，但主要的是第三三条。

第三点，我想特别强调此点，是有关反诉当事人扩张的问题，因为最近写了一篇论文，和骆先生的报告也有一点关系，所以趁此机会讲一讲，大概下星期可交给杂志社发表，为什么拿它当题目写了这篇论文呢？

#### 第 12 页

那是因为见到最高法院六九年一月八日第一次民事庭会议决议的法律意见，觉得有很大的问题，因此动笔写了这篇论文。最高法院上述决议所提的问题是，本诉原告对本诉被告起诉之后，被告提起反诉，而提该反诉时除本诉原告外，还将另外的第三人也列为反诉原告，亦即反诉原告除原当事人外，另有第三人成为共同的反诉原告，就此种反诉是否合法的问题加予讨论。结果有两个见解，一个认为合法，一个认为不合法，决议采取认反诉不合法的见解，理由是，反诉的提起仅限于原本诉被告与原告间，不能在原当事人外将第三人拉进来当作反诉原告、共同当事人或反诉被告，后来还请了几个推事就此问题作研究，研究结果之补充说明也是主张说那样的反诉不合法，我觉得它的说明很牵强，我愿在此提供一个新的资料，很肯定的，德国这几十年来最新的判例跟我国最高法院的上述解释刚刚相反，而且德国这几十年来有很多人讨论此一问题并讨论得很彻底，结论也大多跟我们最高法院的见解相反，就是因为有这样一个重大的变化，所以我觉得这些论文、法律见解都很值得介绍给国内来参考而写了这篇论文。

据我所知，反诉当事人可以把第三人也当作当事人来提起反诉这个情形大概可以分为三种类型，第一种类型是在本诉原来的当事人之外，另加上第三人当作反诉原告或被告，亦即原来当事人再加上第三人作共同原告、共同被告的这一种反诉。第二种类型就是去掉原来的本诉原告，而由第三人来作反诉被告，亦即由反诉原告以原当事人以外的第三人当作反诉被告、不包含原来之本诉原告的这种类型。最后一种类型，是与此相反的、反诉原告不包含原本诉被告、而以第三人当作反诉原告的类型。德国联邦最高法院，就第三人成为反诉当事人的此种情形，认为第一种类型的反诉合法，第二、三种类型则认为不合法，但学者的见解中也有很多赞成第二、三种类型之反诉是合法的，由于时间关系无法多作说明，只是给大家一些资料的提示。最后，我愿意就第三个问题，提供一些个人的看法。关于反诉当事人可否扩张到第三人的这个问题，我觉得前述最高法院民事庭会议决议里边那个未被采纳的见解，倒是很值得采取。我认为在几个一定的条件下是可以采取，当然不是没有条件的采取的：第一点，如果这个反诉的当事人，不论是反诉原告或被告，若第三人和原有的诉讼当事人间有必要共同诉讼当事人的特殊法律关系时，此种第三人可允之成为反诉当事人，因为该必要共同诉讼当事人并非与这个诉讼完全无关；第二点，如果这个第三人是将会受到这个本诉讼判决或者是反诉判决的既判力之拘束、或者是受到这个既判力的效果的这种特殊的人的话，我想也允许把他扩张使成反诉当事人，我想这也是一个标准。我为什么说最高法院的没被采纳的见解

可取呢？在此有几个补充的理由，第一，反诉虽然是利用本诉的诉讼程序，但是它在诉讼性质上是独立一个诉讼，并不因本诉撤回、败诉，反诉诉讼程序即不存在，即承认其独立存在的诉讼，则当事人于必要的情形有增加或减少诉讼当事人的自由，因此没有理由说不能将有一定的必要共同诉讼关系的人拉进来成为诉讼当事人。其次，正如骆先生刚刚讲的一样，如果允许第三人成为诉讼当事人的话，有其诉讼经济的一面，甚至可避免判决矛盾的现象，我想后者也是一个考虑，不知道最高法院这几个法官为何很固执的采取说不能将反诉当事人扩张到第三人的见解，依我推测，可能这些法官仅仅去找过日本的参考文献来看，我所看到的日本文献，千篇一律，直到目前为止没有任何一篇论文一个举例出现这个问题，所有的书和文献都千篇一律地认为说，反诉原告跟被告仅限于原来的本诉原告和被告，认为理所当然，没什么进一步的怀疑，因此日本文献中你

#### 第 14 页

找不到有如此问题的提出或写这种情况的论文，只有在德国的文献你才可能发现。我最近写论文，手里有很多论文资料谈这个问题，很感谢骆先生提出这个问题，引发了我的兴趣，我去找文献把它找出来，而在今天不谋而合地和美国的第一 0、七四条所讲的 *third-party practice* 的规定，虽不尽相同但也有很多关联之处。我的结论是：关于反诉当事人可否扩张到第三人的问题，个人认为最高法院上述决议的法律见解，恐怕得找个机会好好地修正过来。谢谢各位。

王甲乙：

今天我们听到骆教授精辟的介绍，很感谢。骆教授的大纲里包括美国最高法院民事诉讼规则第十三条的反诉及交互诉讼，第十四条的第三人诉讼，骆教授因限于时间，大部分都花在反诉方面，有机会我们希望听到骆教授，关于交互诉讼、第三人诉讼的见解，因为后面的问题，在民事诉讼法研修会还没有定论。

关于反诉，刚才骆教授谈起有任意反诉和强制反诉。除了骆教授大纲里所提出的例子以外，我举个例子。甲是汽车的生产商，跟乙订立汽车买卖契约，出售计程用的汽车十辆给乙。汽车交付以后，甲诉请支付汽车的价款；乙反诉，甲出售的汽车没有达到安全保证的标准。这个反诉被认为是强制反诉。但如果乙提起反诉的请求，系基于另一个买卖契约所引起的问题，则认为是任意反诉。骆教授谈过强制反诉和任意反诉不同，强制反诉发生失权的效果；任意反诉，不发生失权的效果，二者效果不同。因此，我们如何来判断何者为强制反诉或何者为任意反诉，恐怕将来问题很多。当然，在美国他们在处理实务时，则以较实证的方法来解决，用逻辑的关系来推论，但是，总是相当困难的问题。这一方面，骆教授不晓得有什么精辟的区别方法。

此外，刚提到的没有主张强制反诉的失权效果。当事人有强制反诉事由，在本诉程序中，如果也提起反诉，那么将来通常不可以在其他诉讼程序，提出相同的请求，这是基于禁反言的原理原理。但是，这个原理，有时候也不是完全千篇一律，通通适用于所有的案例里面，根据他们的说明，在本诉讼当中，被告的防御如完全操纵在保险公司的手里，其本人对本诉讼内容及可不可以提起反诉，毫无所知者，就不可课予上面所讲的法律失权效的义务。他们民事诉讼规则第十三条(A)项就有四种例外的情形。当然，这也涉及刚说明的这样复杂的区别，能不能够适用于我们大陆法系的国家。

另外，我看到他们介绍英美法的反诉制度，是起源于英美法两个原则，扣除程序和抵销程序，慢慢地到十九世纪，变为反诉制度取代之。抵销和扣除程序，二者相近。因此，英美法系和大陆法系反诉制度的渊源相当一致。罗马法从纪元第七世纪，在一定条件下，承认的销抗辩之反诉，这样想是从抵销慢慢演变过来，故两法系的反诉制度的沿革大致一样的。为什么大陆法系发展的结果，反诉从罗马法固有的反诉，到现在的反诉，从德国法、日本法到我国现行法，都是全面性，恐怕这里面是不是牵涉到诉讼程序的不要太复杂，复杂的结果，



对当事人、诉讼标的、诉之声明，追加那么多，诉讼程序中要解决那么复杂的情形，如果合并辩论、合并裁判、诉讼终结反而迟缓。还有，既判力的范围，很难认定。关于民事诉讼法第二五三条是不是更行起诉的认定，都是相当复杂的问题，并不是只有几个条文就可以解决的。其次，美国最高法院民事诉讼规则第十三条有所谓反诉的相对人，提起反诉，其对造必须是本诉本诉讼的原告；反过来，反诉的原告，应该是本诉的被告才可以，如果当事人一造不同的话，那么这不是反诉，而是交互诉讼。他们举一个例子，甲起诉主张因为连环车祸受伤，请求两位车方乙及丙赔偿损害。这个时候，乙丙都对甲提起反诉，都主张甲有过失，这两个反诉都符合反诉相对人的要件。但是，如果乙对丙请求赔偿时，并不是反诉，因为乙丙两人为共同被告，这就变成交互诉讼。所以在美国最高法院民事诉讼规则第十三条来讲，反诉也是本诉被告对于本诉原告才可以提起，其他的应该提起交互诉讼或第三人诉讼来解决。我们民事诉讼法第二五九条第一项规定，被告在言词辩论终结前，得在本诉讼法院提起反诉。也是限于被告，并没有说被告及第三人。我不是反驳骆教授的高见，是因为现行法第二五九条规定，被告才能提起反诉，所以，最高法院六十九年一月八日民事庭决议，才有本诉被告，不得将本诉原告与第三人列为共同被告而提起反诉，这是基于法律的限制。德国民事诉讼法第三十三条规定反诉管辖，当然，他们学者之间，认为第三十三条不只是反诉管辖的规定，也是反诉要件的规定。另一说认为只属反诉管辖的规定。有两种说法。现在学者和实务上的见解，一致认为是包括反诉要件的规定。德国法第三十三条规定，其条文的意义如何我没有深入研究，如跟我们的第二五九条是相同的，是不是从这方面我们一起研究。

此外，我们目前的反诉，都采任意的反诉，没有强制的反诉。从第二五九条、第二六〇条规定为[得]可知。民事诉讼法第五七三条，对人事诉讼虽然有特别规定，但从第五七二条的规定：[婚姻无效或撤销婚姻与确认婚姻成立或不成立及离婚或夫妻同居之诉，得合并提起，或于第一审或第二审言词辩论终结前，为诉之变更、追加或提起反诉。]放宽为诉之变更、追加、提起反诉的要件不要夫妻为了婚姻事件，一次、两次的打了那么多的诉讼，所以才放宽。因此，第五七三条从反面将提起独立之诉加以限制。第五七三条第二项，[以反诉提起前项之诉，因无理由被驳回者，受该判决之被告，不得援以前得作反诉原因主张之事实，提起独立之诉。]

#### 第 17 页

假如被告没有提起反诉，不能适用第五七三条第二项加予限制，表示是任意反诉，不是被告一定要提起反诉。虽然人事诉讼有特别规定，但也是任意反诉，并不是强制反诉。这涉及刚才所讲的，是不是因为诉讼程序的保障，诉讼程序的畅通，既判力的问题，才有这种规定。

关于的抵销的抗辩，我们诉讼法上及实务上认为不提起反诉也可以为抗辩，并没有限制一定要反诉，要不要的抵销抗辩，也是让被告任意为之。所以，我想是不是因为我们大陆法系，为了诉讼程序的保障；骆教授介绍的美国制度，是与大陆法系不同的。

另外，假如我们采取强制反诉制度，刚才我所讲的问题，如何来克服。还有，我们并没有采取律师强制的代理制度。而强制反诉发生这么大的失权效果，对当事人诉讼程序权的保障是不是有影响。此外，我们法律文化没有提高前，能不能贸然在采取这种强制反诉的美国制度，让它发生失权的效果。

其次，骆教授没有谈到的，能不能提起预备的反诉。我们实务上，还没有碰到过。有本诉的预备，便反诉能不能预备的声明，将来恐怕仍然要从理论上、实务上来解决这个问题。在日本是承认的。

对牵连性的问题，有法律牵连说，有事实牵连说，但我认为既然第二六〇条规定，反诉的标的和本诉的标的或其防御方法相牵连，则不管是法律上的牵连，事实上的牵连，只要从具体的判断，认为有牵连，例如诉讼标的相同，或基于同一事实关系，同一法律关系，或有

先决关系，与攻击防御方法相牵连，同一法律效果之形成目的的相牵连，都应该放宽认为有相牵连关系，在现行法体制下来解决反诉问题。

陈计男：

主讲人，各位教授。刚才听到骆教授的报告，非常精简，这里有几点感想提出来就教。假定我们从现行法来比较中美的反诉制度，

#### 第 18 页

会有刚才所说的。不过，如果从另一个角度，就是从美国的反诉制度，来考虑现行的反诉制度，是不是可以作若干的修正，这方面，也许我们可以尝试一下。美国的反诉制度，据我的了解，原来的 Common Law 是没有的，到 Equity 后才慢慢形成，一直到最后联邦民事诉讼规则第十三条制定出来时，已作过若干的修正。这里我想到的一个问题是，假定这是美国强制反诉有引进的价值，当然，我想某方面是非常有价值的，比方，从纷争的一次解决，诉讼经济，裁判冲突的避免，各方面有它若干存在的价值。不过，现在问题的困难是这个制度引进以后，是不是能够圆满的进行，达到我们原来预期的目的。我想从美国制度的演进，来考量这个问题。

第一，我想可能考虑的是范围的问题。如果采取强制反诉的话，如刚骆教授所说的强制反诉，限于 transaction or occurrence，但是 transaction or occurrence 的范围？这里条文中所谓的交易或事件，是指同一个交易行为或同一契约，是怎样的范围？我看到一九七七年一个案件 [Warshawsky & Co.v.Arcata Nat.Corp.,552F.2d.1257,1261(7th Cir1977)] 里面也在讨论，最高法院似乎提到要提起反诉，只要是与本诉的 transaction or occurrence 理论上有关连性即可。这是相当宽的，但是这正确吗？用语没有 transaction or occurrences，所以就发生，所谓两个诉讼事件有牵连，牵连到什么程度。假定是单一的事实或者是同一个契约而发生的诉讼，那我想问题比较少；假设不是，比如今天我们民事诉讼法所说的牵连关系，包括攻击防御，可能攻击防御的法律关系跟本诉讼标的的法律关系是相关很远的。在这样的情形下，假如也认为是相牵连，而命强制反诉，否则要丧失权利，恐怕是一个很大的问题。当然，这部分也许骆教授因为时间的关系，没有作较深入的讨论。我想我们很愿意看到骆教授写出来的 paper 里，

#### 第 19 页

这一部分可以给我们更多的启示。

另外，在我国民事诉讼上有所谓一部请求的问题。假如我们承认一部请求的制度，在一部请求制度之下，可能就同一个请求作两次的诉讼，此时，强制的反诉该在什么时候提起。当然，一部请求在大陆法系，现在有很多争论，不过，要解决强制反诉时，是不是也一并要解决一部请求的问题，这里也有若干的牵连。我个人粗浅的看法，是不是有一个可能性，就是在一个裁判，顾及诉讼的经济，裁判的不冲突，纷争尽可能一次解决，对于理论上有一确定须要的诉讼，让它有强制的可能。

第二种情形是，在我们将来修正的民事诉讼法中，规定某些情况应该强制。比方说，原告提起给付价金的诉讼，另外，被告对原告在另一个地方也提起诉讼，还是本同一契约请求给付买卖标的物，这两个诉讼可能紧属在两个不同的法院，也可能紧属在两个不同审判推事上，都是同一个买卖契约所产生的权利义务，这时，透过强制辩论、判决的方法，来解决强制反诉的问题，这是不是一个途径？这是听了刚报告后直接的反应，是不是可以呢？因为假定我们把范围扩大，除了理论上必须合一确定以外的事项，都认为可以提起反诉的话，我想过份复杂化的诉讼，可能会引起的一个后果是这个制度的滥用，会使一个事件，本来很快就可以获得权利的实现，因为当事人利用这种的制度而拖延。现在诉讼实务上所遇见的情形是，很多当事人想尽方法，利用诉讼程序来拖延诉讼。假定我们这个制度范围太大的话，比

方说，扩大到强制反诉不只是原告对被告，甚至把第三人(Thire-party practice)引进来。在我们审判里头所谓案子让它开花，开花以后就很难做出一个裁判的结果。当然，我们一方面要让人民很容易来利用这个制度，但是，如何防止老百姓对制度的滥用，我想，

#### 第 20 页

这是不是在我们讨论时应该考量的问题。我没有讲出自己肯定的意见，只是临时想到这些若干的问题请教骆教授。

陈石狮：

各位教授。今天骆教授许多问题，我觉得对于我们民事诉讼法现行的规定是一个很大的启示。因为从诉讼制度演变的过程来说，原来的诉讼制度，它的诉讼程序、诉讼型态是比较不复杂，慢慢演变的结果诉讼程序和诉讼型态也就构成了。它是应付慢慢复杂化的社会生活所必要的。

我们从诉讼制度演进过程来看，诚如刚才王教授所提起的，反诉制度，从第七世纪的罗马法时代就有。不过，这个反主扩制度比较起来是较单纯的，只有在可以抵销的范围内，准许提起反诉。这个反诉没有强制的问题，所以从骆教授的分类来看，是属于任意的反诉。这个制度到德国，好像德国也是继承罗马法的。不过，到了十六世纪以后，他们好像采取意大利的学理，把它改变成目前的制度，也就是要求提

起反诉时，反诉的请求标的和本诉的请求标的是相牵连的关系，现在德国的现行法继承了这个制度。因此，从演进的过程来看，反诉制度还是比较单纯简单的诉讼型态，渐渐演变成复杂的诉讼形态，这是为了适应复杂化的社会生活，解决更多的社会问题。所以，对于英美法有这种任意的反诉或强制的反诉或其他教科书中第三人诉讼制度，这些都有它演进的背景，我们相信这也是为了应付慢慢复杂化的法律生活所衍生的。

我们现行的民事诉讼制度，可以说是继受德国的民事诉讼法规定，第二五九条、第二六〇条规定提起反诉，要跟本案的诉讼有相牵连的关系。至于相牵连的情况如何，怎样的情况才算做相牵连，这就没有具体的规定。在学理上，我们不妨说为了

#### 第 21 页

应付现在较复杂化的法律生活，我们不得不把解释稍微扩张一下，尽量能够解决更多的纠纷。就像刚才陈计男教授提到，就目前现有的规定，如果没有经过立法上的改革，可不可以用扩张解释的方式，放宽相牵连的范围，使这个反诉的制度，可以应用到更多的社会生活，解决更多的问题。在这个情况下，我们可以得到几个利益。可以得到诉讼经济的利益，可以得到避免诉讼相抵触的目的。刚才陈荣宗教授提到六十九年有一个最高法院民事庭的决议，这是强烈否定扩张反诉范围的。照这个解释的内容来看，应该符合刚才骆教授所提的反诉的范围，或是至少可以认为这是强制反诉，一次可以解决与第三人有关连的诉讼竞合。这是我个人所想到的的第一点。

第二点，是现行法的解释问题。我们在解释现行民事诉讼法立法的精神时，似乎也可以容许这种立法精神扩张的解释。比如说刚才王教授提到有关现行民事诉讼法第五七二、五七三条。没有错，这是任意反诉，不是强制反诉。不过，在这里有个很重要的观念，我们似乎可以用到反诉上面。就是说在第五七二、五七三条规定有一个强制起诉的效果，也就是在婚姻诉讼，当事人在一个诉讼里头，可以主张好几个诉讼标的，如果他不同时主张的话，将来在本案诉讼败诉确定时，这些没有主张的诉讼标同时受既判力的拘束。这个制度，我们在婚姻诉讼里面是明文规定的。如果说把这个立法的精神扩张到其他的诉讼形态，如参加诉讼，这样的话，就跟骆教授刚刚所介绍的反诉制度，马上有比较广泛的适用，可以相接近。我想说明的是，第五七二、五七三条是规定强制起诉，对于同一类诉讼起诉的拘束。如果把把这个范围扩大到反诉方面的话，就与英美的反诉制度接近，可以说没有什么缺点，这是个人的一点意见。

范光群：

第 22 页

我对于骆教授提出中美反诉制度的比较，从不同法制做比较，探讨这样的题目，非常的钦佩。因为，能在互相比较之中，保留自己的长处，取人之长补自己之短，获得进步。

首先，一谈到两个法制的比较研究，从比较严谨的学术观点来看，应该是对于两个制度都要有充分的了解和研究，才能够作比较确切而且深刻比较。如果只是对于一方的制度有充分的了解，对另一方的制度没有足够的了解，比如说，我们对中国的制度了解，对美国制度只有粗略的了解，而没有深刻的研究的话，那比较起来，我觉得是危险的。我讲这话的意思是说，骆教授专程去美国研究，当然对美国制度下的反诉制度，一定有深刻的了解。不过，今天座谈中，就我本人来讲，对美国反诉制度，只有粗略的了解，从今天资料里也没有办法得到比较深切的了解，所以，我以下所讲的，可以说是具有高度的危险性。骆教授说他抛砖引玉，我觉得这是他谦虚的客气话。当然，骆教授今天提出的是大纲，报告的时候，也没有作很深入的介绍，很多内容还在他的葫芦里边，因此，一定要等到读过骆教授的大作以后，才能有比较成熟的意见。其次所要表明的，我想再强调一下：我下面所说的，才是真正的抛砖引玉，具有高度危险性的意见。

骆教授提到中美反诉制度一个很大的不同点是，美国反诉制度中，有所谓强制反诉和任意反诉之分；而我国反诉制度只有任意的反诉，没有强制的反诉。对于强制的反诉是不是宜采取，或在我们的法制下，有没有参考或作适当的引用的必要，这是个问题。我粗浅的想法是，承认反诉的立法，其立法目的究竟是什么？刚才骆教授和各位教授都提到过，如果采肯定的看法，其目的不外乎是诉讼经济，纠纷的一次解决，避免裁判的矛盾。这三个目的，就我个人来看，跟要不要采取强制反诉

有关连的，倒不是诉讼经济的问题，因为任意反诉也是

第 23 页

基于诉讼经济的考量，所以，诉讼经济的考量，不是重要的因素。至于一次纠纷一次解决，可以归纳在诉讼经济里面。比较有关连的是避免裁判矛盾。事实上，对于裁判矛盾避免的考量，在我们诉讼法其他各个制度里面，很多都列入考虑，问题倒是考虑的重要性要强调到什么程度的问题。比如说，刚才王教授、陈教授都提到过，承认的抵销的反诉。诉讼上要提出的抵销的抗辩，这一点来讲，要防止裁判的矛盾的需求度跟预备合并里，尤其是具有排斥性，非 A 即 B 的这种诉讼形态，其防止裁判矛盾的需求，可能高过一般性的反诉。因为一般反诉要求的条件并不严，就像英美法的情形，也不过是具有同一事件或同一契约关系等等，就可以归为强制反诉。所以，它的范围还是很宽，因此，在反诉的制度，防止裁判矛盾的需求性并不高。这一点，在我们的法制上，若考虑到要不要引进这类制度时，可能对于抵销的抗辩，用来的抵销的请求权，要不要强制反诉，以及对于预备合并这类诉讼，要不要规范在强制反诉的范围，要一并观察。

另外，反面考虑的话，要考虑采用强制反诉，会发生如果没有提出反诉，就要发生失权的效果，这是对于个人权利行使的限制，除非是真的很有必要，亦即要强制反诉的考虑因素，确实是超过对于个人权利行使自由的比重以后，才适合来肯认强制反诉。这是我觉得要注意的。

第四点，骆教授在比较时，提到我国法上的反诉，不太强调合并并辩论及合并裁判；美国法上之强制反诉制度，则颇强调合并辩论及合并裁判。当然，我国为什么会被认为不太强调合并辩论、合并裁判呢，那是基于骆教授也提到的：法院本来就得分别辩论，也得一部裁判。至于，美国具体运作怎样我不知道，但是，我这里所能得到的资料，就是美国联邦民事诉讼规则，第十三条(I)规定有 separate trial,

第 24 页

separate judgement (分开审判,分开判决),这里面引到说,如果适于规则第四十二条(1)所定得 separate trial,separate judgement 时,可以 separate trial,separate judgement;规则第四十二条(1)规则:当法院认为可以加快诉讼审理和诉讼经济的话,对于一般请求权诉讼,可以就其一部分开来裁判.分开裁判是规定在规则第十四条(1).因此,表面上来看,好像中美两方面法院,都可以对本诉与反诉分开来裁判.因此,对于美国是如何比我们更强调合并辩论及合并裁判,可能不能光看这些条文,要看他们的 practice 如何。当然,这方面我没有研究。所以,我也希望骆教授在大作里,能对这方面作更详尽的分析,使我们对两国法制真正运作的情形,能有精确的了解,从而使更确实的比较。

曹鸿兰:

各位教授,今天骆教授报告这个问题,非常值得参考。因为我们国内民事诉讼法上,是属于大陆法系。在大陆法系,一般对英美法系的研究很少,可能是跟现实主义或功利主义有关系,因为要用的一定是大陆法系的,英美法要拿到国内,不见得适用。由于这种关系,所以从事英美法的研究很少,看得也很少,有的话,大概都是证据法方面比较多。所以,从这个观点来讲,骆教授曾经到美国研究民事诉讼法好几年,我们很希望他多提供关于这方面的文章和资料,给我们作参考。刚才范教授也说,事实上我们对大陆法系比较熟,对英美法系看的机会也比较少,尤其是实务方面,我们实在是不大懂。何况,他们是联邦制度的国家,虽有联邦的民事诉讼法,但是每一个州,有他自己的法律。因此,要彻底去了解,可能很难,刚才骆教授有讲过。因此,我们今天可以得到的资料,大部分是联邦民事诉讼这方面的。

听了刚才诸位教授的报告以及看了几篇的论文,我们粗浅的看法是,

#### 第 25 页

英美法系反诉制度,今天为什么会发展跟我们不一样,跟大陆法系出入很大的结果,那是因为英美法对法律研究的想法和大陆法系很不一样。大家都知道,英美法系是现实主义 realism,尤其现在是新现实主义 new realism, 近来,更主张重视功利主义 pragmatism。因为工商业发达,每件事情从马上要得到有效的结果这方面去想。因此,他们的诉讼制度,当然随社会变迁的需要,制度也就如此。像反诉制度,在联邦民事诉讼规则第十三条的规定,就是一个例子。另外,他们有所谓 class action,也是配合时代的需要,符合他们现实主义、功利主义想法。他们民事诉讼规则第十三条的规定,不像我们大陆法系已经把内容抽象化、体系化、理论化,规定为诉讼标的、攻击防御,因此,条文的内容可能不是学法律的一般人看得懂的。我们在审判实务上看到,审判推事问当事人,你的诉讼标的是什么,当事人弄不清楚,因为条文抽象化、概念化的缘故。而英美法的想法是比较具体的,配合具体的事实来规定,所以,他们第十三条,规定 it arises out of transaction or occurrence 指的是一个具体的交易,没有所谓诉讼标的,大家看了,也可以懂。当然,所谓具体与否,也有程度的问题。刚才有几位教授也报告过了,所谓一个交易的行为,究竟要包括到那些范围,或同一事件,应该包括什么范围。假如区分研讨的话,可能还有争执的余地,但总比我们什么诉讼标的、攻击防御要具体。

刚才王院长也报告过,反诉制度一样是从的抵销发展出来的,大陆法系为什么与英美法有不同的结果,其根本的区别,在于一个认为是具体、现实、功利主义;一个是抽象化、概念化、体系化。我们大陆法系发展到现在,六法体系理论已经很完整、很进步,但是,往往法律发展很体系化、抽象化,结果演变成受到这些理论原理原则的拘束,没有办法发展。这一点,因为英美是 case law 的国家,

#### 第 26 页

他们是配合事实上的需要,慢慢形成起来的,因此,比较切合于实际。所以,他们规定同一交易或同一事件,是很具体的概念。我想我首先要报告的,就是因为英美法跟我们不一样,他们受现实主义、功利主义的影响,有关问题想把它一次解决的想法比我们强。

关于英美法反诉的制度，大家要讨论的还有很多。不过，很多问题关系到这个制度，是不是可以直接引进来。其中很多细节，或许可以作为我们条文解释或修改时的参考，比如第三人加入做为反诉的被告或原告，这点日本最近来的新堂先生也提到是可以采的。因此，我觉得不是完全不能采，不过，也不能全部引入过来，

一定要把其中一个问题研究检讨之后，配合我们国内法后，才可以采用。以上，我作简单的说明。

邱联恭：

今天骆教授的报告这个题目，具有重要的意义。骆教授是我们想要向他学习的我国目前重要的学者。今天提出这个比较法上的问题，应该可以期待给我们今后一种领导性、启发性的作用。基于这样的期待，下面想提出一些个人在今天看到骆教授的大纲以及从精要的报告里所得到的一些感想。

首先，想要表示非常佩服骆教授向一个艰巨的工作挑战。因为我国法学，尤其是民事诉讼法，是从西洋移植过来的，所以，比较法的研究，在我国这样的社会，应该具有特别重要的意义。法律制度的移植，也就是外国法律制度的继受，有一个非常艰巨的作业，那就是架设桥梁的工作，亦即除介绍外国的制度外，其同时应解决的问题是，如何设定移植他国法律制度到我国来所必要的前提要件，并加以分析。这种工作，不是一般研究工作者所易完成的，这是相当艰巨的一个工作，期待骆教授今后来做这个工作，应该是适当的，因为骆教授在

#### 第 27 页

我国是处于领导地位的学者。换句话说，也正如范教授所提到的，是不是可以进一步再让大家能够更深一层了解到，关于美国的反诉制度，如果要移植到我国来的话，应该牵涉到并且应该充实那些周边制度，以及其前提要件为何。当然，今天的题目既是只就中美的反诉制度作比较，所以，今天的报告是切题的。但是，由于有上面所说的期待，下面提出一些问题来请教：

【反诉制度之旨趣】关于反诉制度的目的，我想除了刚才多位所提到的，是为了防止矛盾的裁判等以外，还有一个非常重要的目的或旨趣，就是谋求维持当事人间之公平性。因为一方(原告或被告)可以为诉之提起、变更、追加，那么他方(被告或原告)也应该公平的给予反诉(或起诉)的机会。这个基本观点是不是对于我们要如何了解美国之所以采取强制反诉的制度，有某程度的背景上关连？

【失权的根据与程序保障之要求】在这样的认识之下，首先想要知道的问题是，关于何以承认强制反诉所发生的失权效果，亦即，或者就美国的制度也好，就一般制度本身的理论而言也好，不提起反诉的话，将来就不能再主张某些权利了，承认这样失权的效果，理论上的根据何在，法律性质何在的问题。这是不是单纯的禁反言原则？是否只是前后行为举动矛盾的禁止原则问题？或者也是所谓权利失效(Verwirkung)的问题？依权利失效的法理处理，是不是跟依禁反言的原则处理在要件上有所不同？这跟将来认定失权的效力范围及要件，应该有某程度关系的。譬如说，认为是权利失效的法理所由然的话，那么其失权的要件是否应该是：被告在原告的本诉讼没有提起反诉一事，在本诉讼已经使原告对该程序过程，曾寄予某程度的信赖，在这样的情况(原告对被告之不提反诉已经产生信赖等情况)之下，才承认对该被告生失权的效力，藉以保证原告的信赖。此外，被告在前诉

#### 第 28 页

讼(原告的本诉)里，是否已充分认识到应该就什么范围的权利，提起反诉，是重要的关连，这就是应重视当事人对程序信赖的要件问题。而且这与诉讼程序应如何运作有密切的关系，属于怎样判断是否失权的问题。关于此事，是不是跟法官的诉讼指挥有密切的关系？是值得探讨的。亦即，法官在前(本)诉讼根据诉讼指挥，是不是在他认为被告如果不提起反诉，将会丧失某些权利的情况之下，应该设法让当事人(被告)预测到这种情况的存在？如果没有

让他预测到，是不是会违反程序权的保障之基本要求。也就是宪法第十六条诉讼权保障的问题。这里又碰到我这几年来，一再提到的程序保障问题。那么在原告的本诉讼之过程中，关于攻击防御目标明显的程序及密度如何，就牵涉到判断强制反诉的效力范围，以及这个制度运作或建立的可能性等问题。

【与公平性及诉讼标的范围之关连】其次，关于美国承认的反诉制度，骆先生是根据联邦民事诉讼规则说明。但是，事实上，美国有半数的州，并没有采取这样的制度。采取强制性的反诉制度的条件，也各州多不一样。比方说，有些州并没有明显采取必要(强制)反诉的制度，而是课予被告在某情形之下，应该可以提起反诉，如他竟然不提起，将来他要负担某种费用。以这种方式某程度也可以达到强制的目的。像印第安那(Indiana)州等好几州是这样的。这是强制反诉的直接强制性、间接强制性等程度的问题，也有值得再加探讨的必要。并不是都像联邦民诉规则那样的强制反诉制度，也有像加州所采取的那种强制反诉制度，只是有些州的强制性是相当彻底的。但是，重要的是，有没有认识到基于公平性的原则：是否因为在他们的诉讼制度上，已经要求(强制)原告必须彻底的提出主张(合并请求)，才也强制被告提起反诉。这跟他们的诉讼标的概念理论有关，比如说，他们所说的 cause of action,到底范围是不是跟我们一样？他们有诉讼原因禁止分割的原则(rule against split in a cause of action),那么据此既然要求原告尽可能在一个诉讼程序，必须尽全力一并解决相关的纷争，在这个关连之同时，也要求被告必须提起强制反诉(或称为必要的反诉)。也就是说，已强制原告尽可能的以比我国或大陆法系国家更广泛的诉讼标的，作为审判的对象，正因为实际上对于原告有这样的要求，才很容易承认强制被告也必须提起反诉，以符公平。关于这一点的探讨，是不是很重要？这一点另牵涉到一个基本原理，就是我国或大陆法系的处分权主义，跟美国的处分权主义，是不是有所不同？尤其是在审判的范围限定上，以及诉讼标的概念方面。这个问题，终究是和行使权利的自由有关，而牵涉到宪法财产权自由权的问题。就此，似乎也探讨是不是立法政策上或诉讼政策，已经达到必须或可以无条件的限制或强制被告行使权利的状态或阶段。例如，被告或许也很想起诉主张权利，只是怕原告主张时效抗辩；而被告认为他有中断时效的事由存在，但证据的搜集还没有相当把握的时候，他不一定马上要提起反诉行使权利。类此的情形，都是属于权利行使自由的问题。

换句话说，应该先行的作业是，对于向来大陆法系的处分权主义以及诉讼标的理论，怎么样跟英美法加以对比，并且研究其背景，界定其范围，然后来设定法律制度移植的必要前提。

此外，跟美国联邦民诉规则第九条有关系，而须一提的是：关于其诉讼标的构成(其同一性之判定)，在美国似乎是承认法官有相当大的裁量权范围，不局限于声明之范围内。也就是我国的法官，在法律上或审判实务的实际运作上，到底能期待他发动多少可以界定审判范围的裁量权，这是不是也成为应探究的课题。

### 第 30 页

【其他关连问题之探讨必要性】又，以下的这些问题如何解决，也有关连：美国没有采取强制反诉的那些州，其未采用之理由何在？不管我们赞成或反对，是不是也有加以分析看看的必要，有没有值得我们借镜的地方。比如说，纽约州反对采用，立法当时之所以没有采取的情况如何、理由何在？

另外，个人在本研究会报告的[民事诉讼审理方式之检讨]一文中(载本会编[民法之研讨(一)]三三三页以下)，有关如何促成集中审理主义实现的说明里，提到的一些问题，好像渐渐要实现了，比如说，送阅制度似乎渐渐要废掉了，但是心证公开还没有。不过，这次司法首长会议既想促成当庭宣判，我想好像走向要求公开心证才较能济事，因为就特殊类型或重大的诉讼标的，亦即就可能司法黄牛会活动的重大案件，可能只有借助律师制度的功能，或践行公开心证、表明法律见解，才容易取得信赖达成当庭宣判的目标，也未可知。和这样

的问题有关，在上述的报告里面，我曾经提到，美国的 trial 以前的准备制度，这类制度是不是对于其要求强制反诉或要求原告尽可能一次彻底解决纷争，具有相当的前提要件性的周边制度功能。就是说因为他们有比较完整的准备程序制度，所以，才可能或应该要求尽量利用一次的诉讼程序，解决更多纷争，像 Discovery 等制度，我在该文中曾提过。

其次，是陪审制度的问题。因为陪审制度的关系，没有办法经常像大陆法系的一再改期审理、分割审理，而采取比较彻底的集中审理主义，经此作为背景，要求比大陆法系更不同的审理方式，尽可能在同一次程序来解决纷争，或者在主要言词辩论期日以前，先把争点 (issue) 整理清楚，是不是这些也和今天讨论的问题之解决有关系。

并且，美国的律师，在传统上受到比较严格的训练，而且像 lawfirm 的

#### 第 31 页

完备及充实的社会经济基盘(像较健全的保险制度等)，都尽可能配合在一次的诉讼程序解决纷争。在这样的制度之下，是不是比较不容易发生突袭性裁判，因为争点已某程度确定、明确化，而搜集有关争点的攻击防御方法的准备制度，也比较完整。这样的话，就比较不会在没有充分的攻击防御下来作裁判，这方面的问题是不是也值得一并检讨？

有助于问题的解决，以下两件事情，是不是也要分开来加以思考：尽可能在原告的本诉讼之过程，充实审理的内容，使被告处于很愿意或自动自发不得提起反诉一事，和无条件强制被告提起反诉一事是不同的。换句话说，如果在原告的本诉讼过程，已经充实好审理的内容，被告也认识到，他很多纷争需要利用这个诉讼程序来解决，对于被告本人，才比较能够节省劳力、时间、费用的话，纵然，法官不劝他提起，他也很愿意提起。这比抽象地，一般论地强制被告提起反诉，是不是更为有益？假使这两件事情是不同的话，那么在我国目前的状况之下，怎么样发挥法官的诉讼指挥，来充实审理的内容，似乎是很重要的。关于这一点，个人在民事诉讼法修正委员会，曾经从怎么样让当事人有充分的攻击防御机会的保障之观点，探讨新旧诉讼标的理论之争论的实益何在，而说明过：该机会之保障越充分，则该争论之实益越少。那么，这牵涉到将来未能预测到应不应该提起反诉这件事情，到底是可归责于被告的事由，还是可归责于法官诉讼指挥的原因，该项预测之可能性与反诉提起之期待可能性是互有关连的。

另外，到底应以那个时点为标准，来决定应不应该提起反诉，也须先予界定。因为依我国的审理方式，在诉讼审理的过程中，攻击防御的资料是可能继续增加、变动的，是不是可以像美国一样以 pleading 为中心来想，似有疑问，由于在大陆法系采分割审理方式，

#### 第 32 页

随时都可能提出新的攻击防御方法，这样在攻击防御方法可能继续膨胀的状况下，所要设计的反诉制度，跟不大可能那样膨胀的法制情况下所设计的反诉制度，是否应该有所不同？这是有待探讨的问题。

其次，关于抵销的问题，因为牵涉到形成权的行使，不是属于今天的主要关心。不过，跟反诉制度问题有关的，因为民事诉讼法第四 00 条承认有关抵销之裁判的既判力。在这个规定的前提下，如果承认在原告的本诉讼中，被告就抵销的反对债权，想要提起诉讼的话，必须以反诉的方式来提起。这种意义的强制反诉，和下面的情形似可作不同的处理，亦即，假使被告就据以主张抵销的反对债权，在原告的本诉讼过程，没有提起反诉时，是不是一定要禁止该本诉被告在原告的本诉讼之判决确定以后，提起另外的诉讼？此二情形之处理标准似可不同。这也涉及该第四 00 条有关抵销裁判的既判力规定之射程距离的问题。在这里是不是可以让反诉制度的设计，从比较一般化的、抽象的标准订立，转变为依具体情况之不同而作个别的、比较精密的妥当性追求。

又，刚才几位教授提过的，民事诉讼法第五七二条、第五七三条第二项，有关婚姻事件之反诉的问题。事实上，这些规定之运用本身的妥当范围是不是还有加以检讨的必要，例如



前诉讼原告提起离婚无效的诉讼，是否由于在这个诉讼，被告有或没有提起离婚的反诉，就当然认为该前诉讼的判决确定以后，被告必不可以或可以另外提起离婚之诉，而不须另以有无程序保障为前提。这牵涉到这两个条文应该怎么运用，才对于原来诉讼的被告，不致造成剥夺其程序保障的后果。

至于有关对于第三人起诉的问题，其牵涉的范围较广。记得在骆教授上一次(本会第十八次研讨会)报告时，本人曾经提出关于被滥用

#### 第 33 页

来拖延诉讼的危险应如何设法防止，以及程序保障和其他诉讼法上基本要求应怎样加以定位等问题(载法学季刊第一二一期一二四页及一三二页)。那些说明也与今天这个问题有关，在此，就思考方向向我想提出的，就借用那一次的。(本会编[民法之研讨(二)]二一八、二三五页)最后，陈荣宗教授在刚才发言的最后提到，关于第三人反诉问题在日本没有人提出来介绍过。实际上，例如有一位佐野(Sano)氏就曾经介绍过，假使陈教授没有资料，我可以借给您，谢谢各位。

史锡恩：

今天，我们听到骆教授介绍美国联邦法的反诉制度，其他各位教授对这个问题，也提供了很多资料，使我们对这个问题的研究，扩大了领域。我国在实务上，反诉的案件过去不算多，不过，由于今后社会情况的变迁，我想将来反诉案件可能会增加。因为大家都希望，纷争能够在一个诉讼里面解决，这是普遍的要求。为了因应未来的情况，本席非常欢迎各位教授先生，多多研究反诉制度或其他有关的新理论，使法学界对此问题有更多的了解。其次，就反诉制度来说，在本席的办案经验上，由于现在对这方面的研究还不多，论文也写的很少，条文也没有几条，在实务上感觉到资料不够。而且我们的律师制度，还须要进一步的检讨。因为，我们现在律师的来源，并不是像英美等国家的律师，有一定的培养和考试体系，我们有很多取得律师资格的先生们，他们很少有办理民事诉讼的经验，对于民事诉讼的程序比较生疏。如果再把反诉的范围扩大，可能将来对当事人权益保护更不周到。所以，最高法院六十九年一月八日所作的决议，采取严谨的态度，对当事人的权益的保证比较有利。

刚才几位教授也提到的，我们司法实务上也不应固步自封。最近，大家都欢迎学术界提出新理论，而且愿意采纳，表现在这次司法院

#### 第 34 页

首长会议上，也是很充分的。

本席因为是值月大法官的关系，也代表参加的。大家一致的对于学术界各位教授的意见，都非常尊重。我们在会议上当研究关于加强审判制度，以及美国的陪审制度与德国的参审制度，是否可在我国试办？大家都很有兴趣来研究。我觉得一个法官，每个月承办几百件案子，从认定事实到制作裁判，完全由他一人包办，如果没有充分的人力配备，的确是很难周详。我希望各位教授多多提供信息。

杨建华：

因为时间的关系，我想利用几分钟的时间，表示个人的看法。照本会的传统，主席还是可以表示意见的。

第一：对于骆教授提出的问题，我表示非常的钦佩。因为我个人一贯主张，[诉讼经济和防止裁判的矛盾]，在诉讼法上，应该是努力的目标。但在诉讼经济和防止裁判矛盾的大原则下，同时也要注意诉讼程序进行的流畅。因为假使诉讼程序的进行不能流畅的话，反而丧失了诉讼经济的目的，我们为了诉讼经济的目的，可能最后使得诉讼不经济，这是第一点。

第二：在防止裁判矛盾的原则下，要注意到处分权主义，是不是应该要加以修正。因为在强制反诉的情形，无疑地对于我们民事诉讼所采的分权主义或辩论主义，有若干的改变，

因为它使当事人有失权的效果。处分权主义辩论主义是当事人未提出的事项，我们不能加以裁判，不能够让他丧失权利。进一步的说，会影响当事人诉讼权的行使。所以，假使我们能够兼顾诉讼程序的流畅，也能兼顾处分权主义这个大的原则，我觉得这个制度我们是拿来折衷以后，加以采用。

第三：我觉得我们要采取强制反诉的制度，它的范围大小也值得研究。强制反诉的制度，照骆先生的意见，一定是在同一个交易或同

#### 第 35 页

一事件。也有人说应该是在一个法律行为或基于同一原因事实。这个范围，跟我们现在反诉的范围，究竟是那一个大，那一个小，也是很值得研究的。反诉的范围，(1)反诉的标的和本诉的标的相牵连，基于同一法律行为或基于同一原因事实所生之权利义务关系，通常认为与本诉的标的相牵连。但是(2)我们反诉的提起，也承认反诉的标的和本诉攻击防御相牵连。究竟那一个范围大，照我的看法，好像是我们得提起反诉的范围，是不是比美国强制反诉范围还要大？采取强制反诉，是不是以现在提起反诉的范围为限呢，或是扩大它的范围，还是减少它的范围。在我个人的看法，如果采取强制反诉，恐怕其范围要比现行反诉制度的范围缩小比较适宜。

第四：采取强制反诉的结果，发生失权的效果。前几次讲既判力的范围时曾讲过，使当事人发生失权的效力，与宪法上所保障的[诉讼权]关系很大。当事人没有起诉，没有经过法院裁判，就丧失了可以起诉的权利，这个关系太大了。我常常想为什么我们民法第五七二条，对于诉之变更、追加和反诉，是采取同等的待遇；而我们第五七三条第一项第二项却作不同的处理，也就是说第五七三条第二项，是曾经提起反诉的人才受限制，与第五七三条第一项就诉之变更追加作不同的规定。也就是说没有在前诉提起反诉的话，就不受第五七三条第二项的限制。为什么要跟第一项诉之变更追加作不同的处理？我想值得我们就这个问题来考虑。所以，在失权的这一方面，我想我要做周详的考虑才适宜。我们没有采律师代理制度，当事人是否知道应提起反诉。如果我们采强制反诉的制度，应该把第一九九条阐明权的范围扩大，告知当事人提起反诉，甚至于要仿效假执行回复原状的制度，被告未声明者，应告以得为声明，同时告知如不提起反诉，将来就有失权的效果。一定要在有这种规定，采强制反诉才能对当事人的

#### 第 36 页

权益，保护比较周到，不然，就会发生如邱教授所说[突袭性的不利益]、[突袭性的失权]。

第五：照现行法的规定，诉之变更、追加、反诉，于一定条件下，可以在二审法院提起。强制反诉是不是也可以在二审提起，也就是事实审言词辩论终结前均可提起强制反诉？这个问题也是我们值得研究的。我的观点也许不被多数人所接受。我始终认为在二审让当事人为诉之变更、追加、提起反诉对当事人的审级利益影响很大。因为二审为诉之变更、追加、提起反诉，所追加的新诉或变更的新诉或所提起的反诉，减少了一个审级，如不得上诉第三审，则一审终结，使得当事人丧失救济的权利。我想这也是值得考虑的问题。

第六：如果我们采取强制反诉的制度，我们的目的是为了诉讼经济和防止裁判的矛盾，一定要明文规定必须合并辩论、合并裁判，不能够分别辩论、裁判，使得强制反诉原来预期的功能丧失，这是我个人的意见。

我对这个问题的原则，原则上是偏向于赞成。但对于各种有关的问题，能够相互配合的情形之下，我想这个制度也不妨采行。有关如何配合，我想骆教授在他的大文里，会有更高明的看法。我耽搁一点时间，非常抱歉。骆教授要不要作简单的说明？谢谢！

骆永家：

因为时间的关系，作个简单的说明，没有办法一一回答各位的问题。

头一点我说明的是，范教授的严谨态度，认为对于美国法律没有做深入彻底的了解以前，

就中美两个法律作比较，具有高度的危险性，这一点我是意识到的。虽然，我在出国前，念了点美国法，到美国一年的时间，几乎全花在图书馆，回国来有二、三年时间，虽继续研读，但不敢写文章发表。就是我深深知道有这一点危险性存在，不敢一知半解的写文章发表。但是，如果我迟迟不写的话，莘莘学子想看一点东西，就少在要等到何年何月何日了。学生对老师的压力也是相当大的，常常学生催我：最近有没有写什么东西。这是学生善意的期待我写点东西以满足他们的求知欲。何况今日我只是做一点中间报告而已。

第二点，邱教授讲到昨天的司法首长会议决议所通过的二段分案法，已有一点趋向于心证公开。我想这二段分案法，不是走向心证公开，相反地，是走向心证隐密。第一段调查证据，第二段谁来审理当事人完全不知道，这怎么是心证公开，这是隐密。

第三点，刚才有很多谈到五七二、五七三条婚姻诉讼。婚姻诉讼文字上那样的表示，跟日本学者的见解不太一样。日本条文文字跟我们一样，背景完全相同，但日本学者谈婚姻诉讼有两个原则，一个是别诉禁止主义，一个是确定判决失权效，这样的了解，跟各位不太一样。日本学者认为离婚诉讼之被告，不问有无提起离婚之反诉，均不得援以前得作反诉原因主张之事实，提起独立之诉。反与刚才陈荣宗教授所说的相同。

当然，在美国法上，什么叫做同一 transaction 亦有疑义的地方，就如同我们什么叫作[相连接]，什么叫法律上牵连，什么叫事实上牵连一样，也不无疑义。因此，文字再如何表达，不管那一个国家或那一个法系也好，通通会存在这样的问题，不是我们今日讨论美国法上反诉制度所特具的问题。

最后，刚才邱教授对个人有很多[过奖]的地方？！我不敢当，我能力也没有那么强。但我认为，学术研究不是单靠一个人写论文就能济事的，总要大家共同努力，没有理由，对我有特别的期待与责难。

【原载法学季刊第一二八期、一九八七年】

不作为请求之特定

【分类】民事诉讼法之研讨(三)

【作者】陈石狮等

【出处】民事诉讼法之研讨（三）

研讨次别：民诉法研究地第二十六次研讨记录

报告人：陈石狮

时间：民国七十六年六月十四日上午九时至十二时三十分

地点：司法官训练所

主持人：曹鸿兰

参加讨论人：范光群 陈荣宗 张特生 陈计男 杨建华 王甲乙 邱联恭

骆永家 曹鸿兰(依发言先后序)

记录：翁昭蓉 杨纯华

壹、序言——讨论之问题范围

- 貳、不作为请求诉讼之法律性质
- 叁、不作为请求权之构成要件
- 肆、不作为请求诉讼之诉讼标的之特定
- 伍、不作为请求与强制执行

## 六、结语

曹鸿兰：

各位教授、来宾，今天本研究会轮到陈石狮教授担任报告。陈教授所要发表的题目是[不作为请求的特定]。这个题目以我国目前的经济社会状况以及将来发展趋势来看，都是很值得研究的。因为人口增加和经济发展的结果，带来社会构造及组织的复杂化和高度化，某一人或某些人的某一经济或社会行为往往会直接、间接地侵害到他人的身心健康、财产安全与价值、或污染环境，这些行为随着工商业的发展与科学的进步，发生的频率也越来越多。近来我国也先后发生多件：如新竹化工厂的污水排放问题、启达公司在南港工厂的排放浓烟等。我国对这些案件迄今多以自力救济或行政处分等方法来解决，很少有采取司法途径解决。

关于[不作为请求的特定]在先进国家有不少学者发表论文，也有判例，但反观国内则似尚阙如，因此，实值吾人深入探讨研究。

陈教授在实务界服务多年，相信关于不作为请求的案件已有相当的经验及研究，因此陈教授今天的报告必定很精彩，现在就请陈教授开始报告。

陈石狮：

各位教授，各位先生，我今天选择这个问题，觉得有点不自量力，因为，这个问题，在国内很难得搜集到相当的资料，就是在日本这方面的研究专论也不是很多，我今天提出这个题目，可说是顺便请教各位，提供我自己没有办法了解的许多问题。

### 一、序 言——讨论之问题的范围

今天讨论这个问题，诚如刚才主席所说的，因为工业技术的发达、社会生活的演进，法律生活方面也复杂化。那么，原来设计的法律

#### 第 41 页

结构是不是能够适合或足以解决随着社会的复杂化所引起的许多法律问题，是值得探讨的。这些问题的发生是从工业技术的发达引起的，比如说，是像公害或者是其他范围比较广泛的一般侵害行为，如果照传统的作法，就是等到侵害或损害结果发生了，然后再来算一算受多少损害，而根据法律请求补偿，或排除已经发生的侵害。照传统的这个作法，可能并不是对于当事人或广泛的国民的正当法益所应该采取的适当保护方法。倒不如在侵害还没有发生以前，允许将受害之人可以请求设法侵害不要发生。是这样的话，以后就不必请求除去侵害或为损害赔偿之计算或分担。也就是能够防止损害于未发生之先，这时候必须考虑的是，这样的请求权存在不存在，如果这个请求权存在的话，如何把这个请求权界定？在什么样的情况下，可以认定这个请求权成立？如何根据这个请求权来对可能发生损害的对方要求不作为？这是我今天要请教的问题的重点。我把讨论的范围局限于预防的请求。本来这个权利的保护很难界定，而跟社会的经济生活相关连，在从前经济生活的主要架构是依着土地，所以很多法的结构就是有关土地所有权的维护以及其使用、收益的保障。比如说，在罗马法时代是这样的情况，对于不作为的请求似乎局限于有关所有权的保障。那就是一种否认诉讼，对象局限于所有权。主要的是对于所有权的侵害，譬如无权占有或相邻关系，越界或噪音或水流等从相邻关系所引起的各种型态。德国民法一千零四条或我国民法七百六十七条也都承继这个想法。但是，在社会生活变化之后，只靠对于所有权保障的方法，已觉得不够用。由于工业技术的发达，生产技术的演进，侵害发生的态样、范围日渐增大。在这种情况下，如果只从所有权的观念及物上请求权的本质来类推适用，或者当其他正当法益被侵害时，给与防止或除去或预防的请求，这种类推适用的技术总是有缺陷，这样的方法不是