

主觀預備合併之訴承認與否

世新大學法律系 朱韋儒

目錄

壹、研究動機與目的

貳、研究方法與過程

參、案例事實說明

肆、爭點

伍、案例分析

一、主觀預備合併之訴概說

二、主觀預備合併之訴類型

三、主觀預備合併之訴承認與否

(一)肯定說

(二)否定說

(三)折衷肯定說

(四)本文見解

陸、結論

壹、研究動機與目的

訴之主觀預備合併在民事訴訟法上並無明文規定，而學說及實務上對於訴之主觀預備合併之承認與否亦尚有爭論，並未有統一之見解出現，因此學生想藉由學說及實務見解各持之肯、否看法中，探討我國關於訴之主觀預備合併的承認與否。

貳、研究方法

學生將先舉與訴之主觀預備合併有關之案例，再透過各教科書、參考書中學說及實務見解的探討，最後提出學生對於訴之主觀預備合併在我國民事訴訟法上應否承認之拙見。

參、案例事實說明

甲將乙列為被告，於民國 101 年 7 月 15 日起訴請求該管法院判決命乙應給付甲新臺幣 420 萬元，其陳述之事實及理由略為：甲將其所有之 A 屋出租給乙開設 B 診所，雙方約定：「一、租期自 98 年 1 月 1 日起至 102 年 12 月 31 日止；二、租金每月 10 萬元，乙應於每月一日給付；三、如因乙違約而經甲合法終止租約時，乙應立即返還 A 屋，如有遲延，乙應給付甲每月 30 萬元之違約金」。詎料乙自 100 年 1 月間即開始未繳納租金，甲於 100 年 6 月 15 日發存證信函，促乙於同年 6 月 30 日以前繳清全部積欠租金，否則將自同年 6 月 30 日起終止租約。惟乙仍置之不理，故

兩造間之租賃契約已於 100 年 6 月 30 日終止，至乙於 101 年 7 月 1 日返還房屋之日止，乙應給付甲租金 60 萬元及違約金 360 萬元，合計共 420 萬元云云等語。乙則請求法院駁回原告之訴，並辯稱：A 屋係承租為開設由乙、丙、丁三人合夥經營之 B 診所，而由乙出面代表全體締約，故租金非應由乙一人負擔；況且，甲終止租約不合法，兩造係合意於 101 年 7 月 1 日提前終止租約，故不應有違約金。至於租約終止前之租金 180 萬元，由於 A 屋漏水嚴重，經多次促甲修繕均無結果，故乙只好自行僱工整修，已支出費用 100 萬元，且因漏水造成診所醫療器材設備受損，估計已高達百萬元，經與租金抵銷後，甲應不得對乙再為請求云云等語。問：甲、乙間就 B 診所是為獨資或合夥經營如有爭執，而甲希望能利用此訴訟一次解決紛爭，遂於第一審訴訟繫屬中，追加 B 診所為預備被告（乙為 B 之法定代理人），是否合法？¹

肆、爭點

甲得否以乙為先位被告，另以 B 診所為備位被告，於法院認為甲對乙先位訴訟之請求無理由時，進而請求法院審理甲對 B 診所之備位訴訟？即本案有無主觀訴之預備合併之適用。

伍、案例分析

¹ 題目改寫自 101 年司法官考試第二試試題。

一、訴之主觀預備合併概說

訴之主觀預備合併或稱主觀的訴之預備合併，係指在原告或被告方面，起訴時或訴訟中將原告方面列先位及備位，或在被告方面列先位、備位，請求法院在認為先位主體之請求有理由時，則不須對備位主體加以裁判，而若認為對先位主體之請求無理由時，則應對備位主體之請求加以裁判。²

換言之，即以先位請求無理由，為備位請求裁判之停止條件；先位請求有理由，為備位請求裁判之解除條件。

二、訴之主觀預備合併類型

（一）原告之主觀預備合併

訴之主觀預備合併中，有原告之一造形成預備型態者，如：請求給付償金之訴中，債權人 Y 將債權讓與 X，並由 X 對債務人 Z 提起先位訴訟，而恐 X、Y 間債權讓與效力生有瑕疵，另以 Y 為備位原告，若法院認 X 未受讓債權而先位訴訟無理由時，再請求法官審理 Y、Z 之備位訴訟。

（二）被告之主觀預備合併

訴之主觀預備合併中，亦有由被告之一造形成預備型態者，如：契約之相對人為法人或個人不明確，為請求履行該契約內容之訴時，

² 參閱姜世明，民事訴訟法上冊，修訂 6 版，頁 256。

原告甲先位以該法人乙為被告、備位以該法人之代表人丙為被告，請求法院若認契約相對人非為乙而判決甲、乙先位訴訟敗訴時，續而對甲、丙備位訴訟為裁判。³

三、訴之主觀預備合併承認與否

訴之主觀預備合併較於客觀預備合併更易造成程序之不安定，使得備位當事人是否將受法院審判陷於不確定，因此關於訴之主觀預備合併在學說及實務上是否合法、應否承認仍有爭論。故學生將於下文探討關於學說及實務上肯、否二說以及折衷肯定說之見解，並且提出學生之拙見。⁴

(一) 肯定說

1. 學說

有學者肯認主觀預備合併之訴，其理由為避免原告陷於自相矛盾之窘境、防止被告推諉責任、符合訴訟經濟之原則、防止法院裁判之歧異、防止訴訟之延滯、當事人利益之保護。⁵

亦有學者肯認主觀預備合併之訴，惟其認為必須放棄附解除條件之說明，並嚴格定其主觀預備合併之訴訟條件。即法院對於先位請求為原告敗訴判決時，固應就預備請求為裁判；對於先位請求為

³參閱喬律師，民事訴訟法上，17版，頁5-74、5-75。

⁴參閱喬律師，民事訴訟法上，17版，頁5-76至5-79。

⁵參閱姜世明，民事訴訟法上冊，修訂六版，頁258。吳明軒，主觀訴之預備合併-兼評最高法院66台上字第1722號判決之貢獻，月旦法學雜誌，第117期，2005年2月，頁174~183。

原告勝訴判決時，亦必須就備位請求為敗訴判決。如此一來，上訴時，只要敗訴當事人之一方為上訴，第一審判決全部發生移審之效果。第二審法院得就兩者之判決為審判，不發生裁判統一無法維持問題。⁶

2. 實務見解

實務上亦有採肯定見解者，如參照最高法院 66 年度台上字第 1722 號判決意旨，「所謂主觀的預備合併，即在共同訴訟，或由共同原告對於同一被告為預備之合併，或由同一原告對於共同被告為預備之合併。前者原告甲預慮其對於被告之訴(先位之訴)無理由時，請求法院就原告乙對被告之訴(預備之訴)審判。後者原告預慮其對於被告甲之訴(先位之訴)無理由時，請求法院就其對於被告乙之訴(預備之訴)審判。關於主觀的訴之預備合併，實係法院依原告所為先位聲明及預備聲明定審判之順序。本於民事訴訟法係採辯論主義之精神，尚非法所不許。此種訴訟，法院認先位之訴為有理由時，不必更就預備之訴審判；即以先位之訴有理由，為預備之訴之解除條件，預備之訴遂自解除條件之成就失其效力，亦即該部分之訴訟繫屬，應因解除條件之成就而歸於消滅。此後，雖先位之訴受敗訴判決之當事人提起上訴，於備位之訴已消滅之訴訟繫屬不生影響。

⁶參閱民事訴訟法研究基金會，民事訴訟法之研討(七)，民訴法研究會第六十七次研討紀錄，陳榮宗教授，頁 69-70。

在第二審程序中，除有訴之追加之情形外，不得更以第一審預備之訴未受裁判之當事人為當事人。原審既謂另案第一審法院認上訴人（某銀行）對於甲公司之先位聲明有理由，而未就上訴人對於被上訴人（乙公司）之預備聲明審判，此項預備聲明應因解除條件之成就而歸於消滅。從而上訴人於另案預備之訴之訴訟繫屬消滅後，更對於上訴人提起本訴，自不受民事訴訟法第二百五十三條禁止重訴規定之限制。」

參照最高法院 94 年度台抗字第 980 號民事裁定意旨，「查被告有二人以上，於同一訴訟程序被訴，原告慮其於先位被告之訴為無理由時，始請求對備位被告之訴為裁判，此即為複數被告之主觀的預備訴之合併。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卻而應訴之情形下，既符民事訴訟法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。」

參照最高法院 94 年度台上字第 283 號民事判決意旨，「按訴之預備合併，有客觀預備合併與主觀預備合併之分，主觀預備合併並有原告多數（共同原告對於同一被告為預備之合併）與被告多數

（同一原告對於共同被告為預備之合併）之類型，其在學說及實務上，固因具體個案之不同，各按其性質而持肯定說與否定說互見。惟其中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在對造甘受此攻防對象擴散之不利益情形時，為求訴訟之經濟、防止裁判矛盾、發見真實、擴大解決紛爭、避免訴訟延滯及程序法上之紛爭一次解決，並從訴訟為集團之現象暨主觀預備合併本質上乃法院就原告先、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。於此以先位之訴判決確定時，始為其解除條件成就之時。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（民事訴訟法第 448 條），是該備位原告之訴，縱未經第一審裁判，亦應解為隨同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，備位原告之訴即生移審之效力。上訴審若認先位之訴無理由時，即應就備位原告之訴加以裁判。」

參照臺灣臺北地方法院 109 年度重訴字第 791 號民事判決意旨，認為「本件原告起訴之目的係為請求履行協議，而將被告張輝

鵬列為先位被告，被告王永玉列為備位被告，得因任一先備位之訴勝訴而達原告訴訟之目的，使紛爭一次解決，且因先備位之訴之訴訟資料及證據均基於原告主張之同一協議文書，具有共通性，不致於延滯訴訟，亦無礙於被告之防禦及使其訴訟地位不安定之情，依上開說明，應認本件原告採取主觀預備合併，應屬合法。」

另外，臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會民事類提案第 25 號(民國 95 年 12 月 13 日)之法律問題：主觀預備合併是否屬合法之訴之合併之形態？研討結果採甲說(肯定說)，亦認為「如先、備位訴訟標的在訴訟所據之基礎事實屬同一，且主觀預備之被告未拒卻而應訴，即應認為合法(最高法院 94 年度台抗字第 980 號裁定要旨參照)。原告多數之主觀預備合併，如先、備位原告之主張在實質上、經濟上具有同一性，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在對造甘受此攻防對象擴散之不利益情形時應認為合法。(最高法院 94 年度台上字第 283 號、94 年度台上字第 1078 號判決、90 年度台抗字第 537 號裁定要旨參照)」

(二) 否定說

1. 學說

有學者認為承認主觀的預備合併者僅求原告之方便，而完全忽

視在訴訟上應保護被告之立場，因預備被告，其訴訟上地位頗不安定，關於對自己之請求何時進入審判，無任何保障，故須始終參與言詞辯論，惟對主(先位)被告之請求審理中，無從為訴訟行為，又如對主(先位)被告之請求准許者，預備之被告終局歸於無參與之必要。⁷

亦有學者認為肯定說所期待之統一裁判，如適用共同訴訟當事人獨立之原則，於上訴時，無法繼續維持其預備合併之關係，亦無從確保先位訴訟與備位訴訟兩者之統一裁判。

還有學者認為一旦允許主觀之預備合併之訴，原告必為貪圖便利濫用此種預備合併方式起訴。且當事人收集訴訟資料之責任，於訴訟開始前之階段亦有之。原告應盡其謹慎起訴之義務，若主觀之預備合併方法成為合法，原告反而易有濫訴，而牽連第三人進入訴訟之可能。⁸

2. 實務見解

實務見解亦有採否定之看法者，參照最高法院 91 年度台上字第 2308 號判決意旨，認為「所謂主觀預備訴之合併，因在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，無庸再就後位之訴為裁判，是後位當事人可能未獲任何裁判，致後位

⁷ 參閱民事訴訟法研究基金會，民事訴訟法之研討(七)，民訴法研究會第六十七次研討紀錄，王甲乙先生，頁 67-68。

⁸ 參閱陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，2010 年，5 月，頁 268。

當事人地位不安定，與訴訟安定性原則有違，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之原則，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。本件上訴人對被上訴人教育部起訴，固屬合法，惟上訴人對後位體委會之訴訟部分，應認其起訴與否屬不確定狀態，自不應准許。」又最高法院 96 年度台抗字第 632 號民事裁定意旨亦採取相同之否定見解。

另外，司法院第十六期司法業務研究會期（民國 78 年 12 月 1 日）關於訴之主觀預備合併法律問題：「甲為乙公司之法定代理人。甲與丙為買賣行為，究係以乙公司之法定代理人身分為之，或甲自行為之，事實不明，嗣因甲未交付價金，丙乃以乙公司與甲為共同被告，先位請求乙公司給付價金，如認對乙公司請求無理由時，則請求判令甲給付，問在程序上法院應如何處理？」研究結論及司法院第一廳研究意見均採取乙說（否定說），此說亦認為「主觀預備訴之合併，在法院審理時，仍應就各該訴訟全部辯論，僅於先位之訴有理由時，無庸再就後位之訴為裁判，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，與訴訟安定性原則有違，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之原則，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，故就現行之規定，尚難承認此種訴訟型態。題示情形，丙對乙公司起訴為合法，法院就此部分，應依法判決，丙對後位甲之訴訟部分，應以其起訴與否屬不確定狀態，認其起訴不合法，依民事訴訟法第二百四十九條第一項第六款裁定駁回此部分之訴。」

（三）折衷肯定說⁹

1. 學說

針對否定說，有學者尚有進一步就其理由為進一步修正，而肯認訴之主觀預備合併，其認為理由如下：

（1）賦予備位當事人於先位請求中之程序保障，即備位當事人與先位請求所進行之結果，具有法律上利害關係，先位當事人除得依本法第 65 條之訴訟告知外，法院亦得為第 67 條之 1 職權通知，使備位當事人受事前程序保障。（2）以爭點效、禁反言之效果避免備位當事人再遭提起後訴訟，即於被告方面之預備合併，除應認原告與先位被告對判決理由中所為爭執對原告與備位被告間生爭點效外，避免備位被告再遭原告提起後訴，應解為原告於提起前訴訟之主觀

⁹ 參閱喬律師，民事訴訟法上，17 版，頁 5-77、5-78。

預備合併時，先位請求被容忍，便無意求為審判備位請求，若原告復對備位被告起訴，應依禁反言原則，認後訴訟欠缺訴之利益(權利保護必要)予以駁回。(3)先、備位當事人間應適用必要共同訴訟之規定，即應適用或類推適用本法第 56 條第 1 項必要共同訴訟之規定，若一當事人上訴時，其他請求亦併予移審至上級審，上級審亦應為主觀預備合併之審理。(4)以紛爭類型審理必要論及程序保障論作為肯定說之前提，即若已實際賦予先、備位當事人充分之程序保障即相當之攻擊防禦機會者，備位被告亦不會遭受額外之不利益，或基於公平之觀點，有時使備位被告處於不安定之地位亦屬不得不然者，即可採取肯定說。¹⁰(5)依本法沿革及修正意旨，係以肯認其適法性為前提，本法已增修如裁定追加必要共同原告(第 56 之 1 條)、擴大反訴被告之範圍(第 259 條)、法院職權通知(第 67 之 1 條、第 254 條)、第三人干預訴訟(第 54 條)、訴訟參加(第 63 條)、第三人撤銷訴訟(第 507 條之 1)等合併審判相關制度，並擴大當事人程序處分權、程序選擇權，承認原告或兩造在一定範圍內就審判對象提示、紛爭解決之方式具有相當之處分權及選擇權，以便當事人抉擇如何平衡追求實體及程序利益或優先追求程序利益。故立法沿革及修法意旨觀之，應是肯認主觀預備合併制度之合法性為前提，使審判實

¹⁰ 另有參閱參閱民事訴訟法研究基金會，民事訴訟法之研討(七)，民訴法研究會第六十七次研討紀錄，邱聯恭教授，頁 77-78。

務得就具體個案為各別審查判定，不宜一概否定其合法性。

2. 實務見解

實務上似有採取折衷肯定說的見解者，參照最高法院 110 年度台上字第 1852 號民事判決意旨，「被告方之主觀預備合併之訴，該預備之訴之被告倘已於第一審應訴，其審級利益已受保護，法院就先位聲明為原告勝訴判決，先位之訴之被告提起上訴，依同一法理，該備位之訴亦生移審之效力。倘第二審法院審理結果，認被告上訴一部有理由、一部無理由，即原告先位之訴為無理由，其備位之訴為一部有理由，一部無理由，且備位之訴對被告方主觀預備合併之訴訟上請求（訴之聲明及訴訟標的）非無同時併存可能，法院亦應就各種不同類型之具體情況，定有無併存可能，並行使闡明權，曉諭兩造為充足之陳述，防免原告債權因程序上之原因，影響其實體權之可以獲得完足受償機會。」

又參照最高法院 103 年度台上字第 93 號民事判決意旨，「被上訴人於第一審敗訴而提起上訴後，於原審提起預備之訴，追加在第一審僅為參加人之上訴人及國產署南區分署為被告，請求法院於其先位之訴請求通行洪千雅、曾聯炎土地及設置管線等為無理由時，就備位之訴為審理。茲因上訴人及國產署南區分署之土地均為系爭土地之周圍地，且該二人已於第一審為訴訟參加，而被上訴人原訴

之主要爭點與追加預備之訴有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，且就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，復無礙於該二人之防禦，故准許被上訴人追加備位之訴，合先敘明。」

(四) 本文見解

學生拙見認為以上三說均有其道理所在，並且各有其值得採取、贊同之理由，但學生仍然較為贊同折衷肯定說。

從學說及實務見解中所採取否定說者觀之，其理由大致可分為三點，即造成備位當事人之程序不安定、使原告易有濫訴牽連第三人之可能、適用民事訴訟法第五十五條共同訴訟人獨立之原則時，於一被告（原告）上訴時，其效力不及於其他被告（原告）難免有裁判矛盾之虞等。

惟若採取折衷肯定說，則可透過本法第 65 條訴訟告知及第 67 條之 1 職權告知訴訟之規定，使備位當事人適時知悉訴訟之情形，此外該備位當事人亦可因與兩造訴訟間有法律上利害關係為訴訟參加，而使備位當事人程序不安定之情形得以緩和。又原告就係以何人為被告有所不明時，賦予原告得利用同一程序列先位及備位之被告，使法院認為對於先位被告之請求無理由時，進而審理對備位被告之請求。如此將有助於避免同樣事實重複審理及相同證據重複提

出，且原告於同一程序中達到其所欲法院審理之請求目的時，即可免於原告因僅得列先位被告而獲敗訴判決後，復對備位被告提起訴訟，雖對於被告而言較為不公，但有助於訴訟經濟、避免濫用司法資源。另外，就適用本法第 55 條共同訴訟人獨立原則之規定，一當事人上訴，效力不及於其他當事人之情形，則可改為適用或類推適用本法第 56 條第 1 項必要共同訴訟之規定，若一當事人上訴時，其他請求亦併予移審至上級審，避免該裁判矛盾之可能。

綜上所述，學生拙見認為應肯定訴之主觀預備合併，因透過本法所訂之告知訴訟、職權告知訴訟、必要共同訴訟等相關規定，使得備位當事人之程序不致不安定，且有利於促進訴訟經濟，又達紛爭一次解決之效果。

關於本案甲得否以乙為先位被告，另以 B 診所為備位被告，於法院認為甲對乙先位訴訟之請求無理由時，進而請求法院審理甲對 B 診所之備位訴訟。對此，應肯認甲得列乙為先位被告，且以 B 診所為備位被告屬合法。

陸、結論

孟德斯鳩在論法的精神一書中說過：「法律，在它支配著地球上所有人民的場合，就是人類的理性。」目前學說及實務見解對於訴之主觀預備合併應否承認仍有爭論，因此在個案中，仍須充分審

酌個案之具體情形，權衡備位當事人之利益以及公益性之考量，適當的在個案之中予以承認或否定訴之主觀預備合併的適用，使雙方當事人間不失公平，進而提升人民對於司法的信賴。