

特定領域專題報告

論移審效和上訴審理範圍於我國之適用—聚焦於訴之預備合併

研究生：林冠德

中華民國一一四年八月

目錄

壹、前言

一、研究動機

二、研究目的

三、研究方法

四、問題討論

(一)是否要承認移審效之適用

(二)若承認移審效之適用，則移審範圍是否等於審理範圍

貳、正文

一、附隨一體性和移審效

二、學理對移審效和審理範圍之觀點

(一)客觀預備合併之訴

(二)主觀預備合併之訴

三、移審效和審理範圍於實務之不同

(一)客觀預備合併之訴

(二)主觀預備合併之訴

參、結論

一、問題討論之辨析

肆、參考資料

壹、前言

一、研究動機

在民事訴訟法的課程修習中，訴訟標的章節和訴之客觀合併章節，一直是困擾著許多同學的部分，尤其二者間常常會有相關的概念延伸、參照、互動，因此可說是民訴修習者必須要克服的主題。

而本文的討論重點會著重於訴之預備合併，除了較為常見的客觀預備合併之訴，另因學說和實務上對於主觀預備合併之訴的看法頗為分歧，因此想一併於文中討論究竟主觀預備合併和移審效之間的關係為何，俾能於我國訴訟實務的發展上，更有所了解。

二、研究目的

本文希冀藉由對學說上不同聲音的分析，研究其背後所主張之論點為何，並且更能理解到各個出發點是站在哪一方之立場，如原被告之紛爭一次解決、防禦任何一方當事人遭突襲、法院和當事人間訴訟經濟、避免裁判間之矛盾等想法，唯有真正理解各家主張之背後理由等，才能權衡個理由之間究竟何人更應該受保護，也才能將民事訴訟此一解決私權紛爭制度，有更好的理解和運用。

三、研究方法

本文藉由學說上之文獻探討，以及實務見解之觀察，二者相互對比、分析等，而完成本篇專題之研究。

四、問題討論

(一)是否要承認移審效之適用

從文獻上和實務的實際運作上，我們可以看到在上訴二審時若屬於訴訟合併之情形，多數皆有移審之適用，然而其原因為何？倘若不採移審效之見解又會有何影響？

(二)若承認移審效之適用，則移審範圍是否等於審理範圍

又在實務見解上有所謂「移審範圍不等於審判範圍」，若將移審範圍等於審判範圍是否會和民事訴訟之法理相違背？則移審效和審判範圍當真不能有相同結局和命運嗎？

貳、正文

一、附隨一體性和移審效

在討論附隨一體性的前提，應以「上訴不可分原則」為前提，此原則係指稱當事人就一部訴訟標的為上訴，則就位上訴之他部分，亦會一併移審，而不會先行確定，因此其發生「阻斷效」和「移審效」¹。

而基於此上訴不可分原則，導出「附隨一體性」之理論，其內涵為因備位請求並非完全獨立之個別請求，係附隨於先位請求，二者成為一體，因此無論係原告抑或是被告對於先位請求之上訴，備位請求亦會一併移審至二審。而移審其實係基於上述之上訴不可分和附隨一體性所產生之效果，學說和實務上稱此為「移審效」。

而移審效之所以有其重要性，係因在預備合併之訴中，有贊成發生移審效和反對發生移審效之見解，其亦因此影響到究竟是否有上訴不可分和附隨一體性之效果存在，進一步需要討論究竟法院的審理範圍為何者。

二、學理對移審效和審理範圍之觀點

（一）客觀預備合併之訴

多數學者認為上訴皆會產生上訴不可分及移審效之效果²，然而上訴審之範圍須從「上訴效力之範圍」、「上訴聲明之範圍」二者做嚴格區別，前者係移審效及阻斷效之範圍；後者則係指上訴審法院得審理裁判之範圍，並且將其嚴格限縮在上訴聲明之範圍內³。

惟學說上另有不同意見，其指出並非一整個訴訟事件皆發生移審效力，從移審效與上訴不服利益結合觀察，移審效範圍只在聲明不服範圍內，而無不服利益部分即不生移審效力，此亦為預備合併之訴之新說⁴。此處之新說和多數學者所採之上訴不可分原則，其最大區別即為前述「阻斷效」之作用範圍，後說偏向係依上訴審判範圍決定移審效範圍，而未上訴部分似乎即無移審效和阻斷效之作用，進而先行一步確定。

然而其在後續之處理上似乎又回歸和上訴不可分相同之處理方式⁵，究其根本，若未上訴部分先行確定，然而後續出現先位請求和備位請求（二者不相容）皆有理由，致使先備位請求皆勝訴之情況，將出現裁判上之不合理、扞格，故此預備合併之新說，似乎只是較下述之實務見解「移審範圍不等於審判範圍」精簡，惟處理上之區別相差甚微。若本說於阻斷效之處理上和上訴不可分原則不相同，則似乎較有其特色存在。

¹ 沈冠伶，民事訴訟法(上)，第1版，2024年9月，頁419-420。

² 姜世明，民事訴訟法(上冊)，第9版，2023年10月，頁382；邱聯恭講述，許士宦整理，口述民事訴訟法講義(二)，2012年，頁233-237。

³ 沈冠伶，前揭註1，頁419。

⁴ 魏大曉，民事訴訟法，第1版，2015年7月，頁155-156。

⁵ 右田堯雄，上訴提起の效果，新堂幸司編，講座民事訴訟(7)，1985年，頁130。

(二)主觀預備合併之訴

主觀預備合併之訴一向是主觀合併之訴中，最引起各方學界及實務界有不同觀點之訴訟類型，其爭議點來自主觀合併牽扯到當事人雙方，其不似客觀合併只會影響到訴訟標的此一要件，更是因主觀合併可以是原告方之合併類型，亦可能係被告方之合併類型造成百家爭鳴。在學說方面，多數文獻之觀點認同原告方之主觀合併⁶，惟僅有少數之文獻對於被告方之主觀合併採肯定見解⁷，然而亦有部份學者對於主觀預備合併之訴，從一開始即採取完全反對之看法⁸，所持觀點有從判決效力範圍分歧出發，亦有從保護被告地位不確定性出發。然而雖說學界對於主觀預備合併歧異甚大，仍有部分文獻對於上訴二審，和移審效之相關討論。

部分文獻從必要共同訴訟之審理原則出發，其認為敗訴方提起上訴時，上訴效力應及於全部⁹。另外則是有文獻指出，主觀預備合併之裁判，因在先後位二主體間，因呈現與客觀合併相似之附條件關係，故於二審部分應注意移審效之問題¹⁰，然而似乎對於此情況說明較少。對此移審效之觀點，更多觀點是從先位之訴勝訴「確定」為備位之訴之解除條件，然而其係指判決確定，而非單純有先位請求原告勝訴判決，未待確定，後位請求之訴訟繫屬即歸消滅¹¹，因此僅有一審判決根本非屬「確定」，因而有共同移審之效力。從上述分析亦可知，學界對於主觀預備合併此制度本身，多數係持肯定看法，但其於實務之操作上卻因先位勝訴，使備位之訴訴訟繫屬消滅¹²之適用方法不盡人意。

但從反對主觀預備合併方之觀點出發，其對於上訴二審和移審效之討論可說是大為批駁，在共同訴訟當事人獨立原則上，在上訴時根本無從繼續維持其預備合併之關係，因民事訴訟法第55條即明定共同訴訟人彼此間並不會互相影響¹³，則其於上訴時根本無從得出會有共同移審之效力。而此處之所以會有二者截然不同之結論，其根本原因係究竟應適用民事訴訟法第55條抑或是第56條¹⁴，屬於獨立原

⁶ 呂太郎，民事訴訟法，第3版，2021年3月，頁145-146；楊建華原著，鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，第1版，2022年7月，頁102；范光群，主觀預備合併之訴於我國的發展(上)，萬國法律雙月刊，第88期，1996年8月，頁15-22。

⁷ 呂太郎，同前註，頁145；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，第7版，2010年5月，頁269。

⁸ 王甲乙，共同訴訟，法學叢刊第12卷2期，1967年4月，頁51。

⁹ 魏大曉，前揭註4，頁83。

¹⁰ 姜世明，前揭註2，頁293。

¹¹ 范光群，前揭註6，頁18。

¹² 參照最高法院66年度台上字第1722號判決。

¹³ 楊建華，論特殊形態之共同訴訟，法學叢刊第29卷1期，1984年1月，頁22。

¹⁴ 沈冠伶，前揭註1，頁578。

則或係合一確定之區別。

三、移審效於實務之適用

(一) 客觀預備合併之訴

實務上對於客觀預備合併之訴之觀點，多數判決皆認為其具有上訴附隨一體性和移審效之適用。依據 110 台上 1582 號判決指出：「上訴之提出，依上訴不可分原則，原判決之全部均生移審效及遮斷效，惟此原則仍受上訴聲明之拘束，非於上訴審中擴張不服聲明或附帶上訴，上訴審法院不得就未聲明不服部分為審判，並受不利益變更禁止原則拘束。上訴不可分原則，固認一部上訴全部移審，但移審範圍並不等於審判範圍。亦即，言詞辯論應在上訴聲明範圍內為之，判決不得逾越上訴聲明範圍」，其固認為一上訴不可分原則而有移審效，惟「移審範圍不等於審判範圍」，因此上訴審法院仍僅能就上訴聲明範圍內為裁判。

而移審效於此處之重要性，管見以為係出於「遮斷效」之緣故，其可阻斷原判決全部的確定效果，又因若不發生一併移審之效力，將會造成先位請求和備位請求分別於不同審級有確定力，其實質上將可能造成不相容納之二請求皆有理由而其效果卻互相扞格，因而此處就須有一併移審之效果，阻斷原審全部的確定力。實務上有採此見解並予以補充者係在先位無理由且備位有理由之情況，僅有被告就備位有理由提起上訴，因上訴審言詞辯論終結之前，原告仍可對之提起附帶上訴，因此難認原告先位之訴已先行確定，此處固係肯定發生阻斷效之見解；惟其於後述卻又提及，若是原告未附帶上訴，而由第三審法院發回或發交第二審法院之情形，因原告依民事訴訟法第 460 條第 1 項已不得附帶上訴¹⁵，管見解讀文獻之看法係此處既已不得附帶上訴，而先位之訴似乎已告確定，然而卻忽略遮斷效應適用於整個判決，造成遮斷效可能被割裂適用。

另外於 72 年度第 8 次民事庭庭推總會決議(二)採取之結論¹⁶亦持合上述 110 台上 1582 號判決相同看法，惟本文認為此決議之意見三¹⁷有其可討論之處，因原審既未就備位之訴為本案判決，則於原

¹⁵ 楊智守，民事一部上訴第二審之效力範圍，月旦法學教室，第 250 卷，2023 年 8 月，頁 38。

¹⁶ 七十二年八月十六日七十二年度第八次民事庭會議「關於客觀預備合併之訴，後位訴移審力之問題」

二、訴之客觀預備合併，原告先位訴勝訴，後位訴未受裁判，經被告合法上訴時，後位訴生移審力，上訴審認先位訴無理由時，應就後位訴加以裁判；若後位訴同時經原審判決駁回，原告未提起上訴或附帶上訴時，因後位訴既經裁判而未由原告聲明不服，上訴審自不得就後位訴予以裁判。本院六十五年五月四日民事庭會議決議(二)應予補充。

¹⁷ 七十二年八月十六日七十二年度第八次民事庭會議「關於客觀預備合併之訴，後位訴移審力

告未為附帶上訴或聲明不服時，其仍舊停留於原審法院，因此二審法院對先位請求為敗訴判決時，即達成備位之訴之停止條件，而應由一審法院進行裁判。若是直接由上訴審法院直接為裁判，相當於在二審法院對備位請求作第一次判決，似乎實質上已剝奪當事人之審級利益，因而意見三似非無其實益。

（二）主觀預備合併之訴

實務見解對於主觀預備合併之訴亦類似於學界分歧的觀點，從最早期實務所持的肯定觀點，一路慢慢發展，其中當然也有不少的研討會意見，然而就是沒有將此制度實際制訂於法條當中。到了晚近的實務見解，則是兩說的相互競爭，且實務見解對於二說也無一致看法，因此茲就二說不同觀點作介紹，而最重要的仍是其和移審效之關聯。

最早期實務見解對於主觀預備合併係採取肯定之看法，然而其適用論述亦被學界所詬病，依據最高法院 66 年度台上字第 1722 號判決：「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，請求法院就原告已對於被告之訴（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。……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，預備之訴遂因解除條件之成就而失其效力，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，於預備之訴以消滅之訴訟繫屬不生影響。在第二審程序，除有訴之追加之情形外，不得更已在第一審預備之訴位受裁判之當事人為當事人。」其中被學界所最為詬病之爭議點即是「預備之訴之訴訟繫屬歸於消滅」，將和前述所提及預備合併之訴皆具有之移審效概念大為衝突，因此處將造成主觀預備合併之訴先位請求有理由之適用僅在於一審審判中，惟上訴審即因未同受移審效力所及而失其合併意義，此處似乎也代表最高法院對於移審效之適用如午後雷陣雨般，時有時無。

而到了晚近之實務見解中，肯否二說亦是皆有所見。就否定說之最高法院 91 年度台上字第 2308 號民事判決表示：「所謂主觀預備訴

之問題」

三、訴之客觀預備合併，原告先位訴勝訴經被告合法上訴時，除原告就後位訴依法提起上訴或附帶上訴外，上訴審不得就後位訴審判，該後位訴停滯於原審（原審就後位訴裁判時，該裁判為訴外裁判，當事人不受拘束，參看前揭判例）。上訴審判決先位訴勝訴確定時，後位訴之繫屬因解除條件成就而溯及起訴時消滅；上訴審判決先位訴敗訴確定時，原審應即就後位訴審判。

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。」從此處亦可知和前述學界對於此制度所提出之質疑類似，如先位之訴勝訴，對於備位之訴當事人來說，既可能浪費時間對「潛在的」訴訟做出攻防而浪費時間，同時又因先位之訴「既判力」不及於備位之訴，使備位之訴當事人亦可能再次面臨遭起訴之危險，可說對其保護相當不周延；另則是究竟是否適用民事訴訟法第 55 條之共同訴訟人獨立原則，從此判決意旨觀察，當然為肯定，因此因對於備位之訴當事人之程序安定性和可能為無益之訴之觀點，此實務見解根本不同意主觀預備合併之訴。

另外則是採肯定說並對早期實務見解修正之晚近肯定見解，其主張「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（民事訴訟法第四百四十八條），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¹⁸。」其很大一部分即修正早期實務見解對於備位之訴繫屬消滅而不生共同移審之效力，否則即無預備合併之必要，且亦會如部分見解所持主觀預備之訴應僅能存在於一審法院中。因而此實務見解可說是具相當重要之修正，既合理解釋主觀預備之移審效力問題，亦將訴訟之經濟、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¹⁹之權能發揮至最大。

參、結論

一、問題討論之辨析

（一）是否要承認移審效之適用

¹⁸ 參照最高法院 94 年度台上字第 283 號民事判決。

¹⁹ 同前揭註。

關於此題目之討論，從上述學界及實務界之多數觀點觀察，幾乎皆認為上訴二審時，所有之請求皆會發生移審之效力，其考慮觀點或許是無移審效之適用將會造成判決之一部份內容先行確定，發生二審裁判其歧異之問題；惟若從僅上訴部份發生移審效，未上訴部分先行確定之界分，倘若二審真認定先行確定部分有違誤，其或許可透過廢棄原判決之方法達成判決一致之功能。然而此時就牽涉到民事訴訟法處分權主義之原理相悖問題，處分權主義是民事訴訟法一個極重要之原理原則，其在審理範圍之內涵係指當事人有權決定其起訴之內容與範圍，法官應受當事人聲明拘束，不能訴外裁判²⁰，若法官就上訴人之未上訴部分（此處未發生移審效之部分）因和二審法院之判斷相左，而其直接將原審判決廢棄，似乎即和處分權主義相違背。

此處在「以審判決先位請求無理由，備位請求有理由，且僅原告上訴時」，於審理之各種可能性觀察，仍可能有上訴裁判歧異之結果發生，就此實務見解亦有「原審（第二審）若認先位之訴為有理由，自應將第一審判決全部（包括預備之訴部分）廢棄，就先位之訴為被上訴人勝訴之判決。今原審僅將第一審判決關於先位之訴部分廢棄改判，對預備之訴部分置之不論，形成不能併存之先位之訴與預備之訴同時存在之結果，顯有未合²¹」之作法。

管見認為既然最高法院或許可接受此種可能違反不利益變更禁止原則和處分權主義之手段，因此方法將避免裁判歧異和導正錯誤之判決，則「廢棄非上訴部分」就有其存在之價值；此手段即使於「否定移審效」之概念上，亦可比照辦理，因此在移審效之觀點上或許非要絕對肯定其適用。惟目前實務多數仍是支持移審效之適用，因此或許否定移審效是幾乎無人採之概念，其於適用上或許可能還有探究之餘地。

（二）若承認移審效之適用，則移審範圍是否等於審理範圍

從上述討論中可知，可以採否定移審效之觀點，但即使承認之，仍可討論者為「移審範圍和審理範圍之關係」，因基於前述處分權主義之概念，因此實務上才有了移審範圍不等於審理範圍之觀念，然而若是採取移審範圍等於審理範圍之觀點，似乎仍在訴訟上可為操作，既然因為上訴部分之決定恐影響（一、二審）判決歧異的可能性，那何不就上訴時採取全部部分皆上訴之效力，一來不會有判決歧異之疑義，二來全部請求皆為實質審理，不會有漏判或造成訴外裁判之問題；另因前述亦有學說係以上訴部分決定移審效範圍之觀點，確實是將二者綁定觀察，或許是審理範圍的另一種詮釋方法。而上訴不可分

²⁰ 姜世明，前揭註2，頁45。

²¹ 最高法院83年台上字第87號民事判決。

之另一個效力「阻斷效」，本文以為似乎可以和移審效作不同觀察，即只要上訴即應有阻斷效之適用，惟移審效如前所述，並不一定需適用於整個裁判中，假使只有上訴部分發生移審效亦無不可，故二者或者非必須作相同觀察。

然而前述又牽涉到「備位之訴裁判係以先位之訴無理由為其停止條件」此實務上對預備合併之操作方法，但此概念之目的究竟是從何而來令人生疑，若是為了訴訟經濟之目的，則如果到了二審法院反而發生因一審未審理而對當事人不利之情形(有主張一審採合併辯論、實質審理而無剝奪審級利益之情況)，其危害性或許比訴訟經濟追求之目的更為嚴重，但此制度非本文討論內容，故此條件仍屬存在。縱使前述討論到或許移審範圍和審理範圍可能有各種組合，然而基於不利益變更禁止原則和處分權主義，或許審理範圍仍應取決於當事人之聲明部分，才不致發生逸出當事人所預定之攻防方法，而移審之作用和阻斷效之適用，二者亦應分開觀察，概念互不影響，才屬正確之辨析。

肆、參考資料

- 呂太郎，民事訴訟法，第3版，元照出版，2021年3月。
- 沈冠伶，民事訴訟法(上)，第1版，新學林出版，2024年9月。
- 姜世明，民事訴訟法(上冊)，第9版，新學林出版，2023年10月。
- 邱聯恭講述，許士宦整理，口述民事訴訟法講義(二)，元照出版，2012年8月。
- 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，第7版，三民出版，2010年5月。
- 楊建華原著，鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，第1版，三民出版，2022年7月。
- 魏大曉，民事訴訟法，第1版，三民出版，2015年7月。
- 王甲乙，共同訴訟，法學叢刊第12卷2期，1967年4月，頁51。
- 范光群，主觀預備合併之訴於我國的發展(上)，萬國法律雙月刊，第88期，1996年8月，頁15-22。
- 楊智守，民事一部上訴第二審之效力範圍，月旦法學教室，第250卷，2023年8月，頁38。
- 楊建華，論特殊形態之共同訴訟，法學叢刊第29卷1期，1984年1月，頁22。
- 右田堯雄，上訴提起の效果，新堂幸司編，講座民事訴訟(7)，1985年，頁130。