

伊薩法學系列（二十）

# 民事訴訟法 《上冊》

*Zivilprozessrecht I*

姜世明 著

伊薩法學系列（二十）

# 民事訴訟法

上冊

姜世明◎著



新學林出版股份有限公司

## 國家圖書館出版品預行編目資料

民事訴訟法 / 姜世明著. -- 一版. -- 臺北市 :  
新學林, 2012. 11-  
冊 ; 公分

ISBN 978-986-295-145-3 (上冊 : 平裝)

1. 民事訴訟法

586.1

101021378

## 民事訴訟法 (上冊)

作 者：姜世明

出版者：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市大安區和平東路二段339號9樓

電 話：(02) 2700-1808

傳 真：(02) 2705-9080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正

副總編輯：林靜妙 責任編輯：鄭珮言

副 理：許承先 內文編排：陳怡君



出版日期：2012年11月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元加收郵資50元

定 價：680 元

ISBN 978-986-295-145-3

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

團購專線：(02) 2700-1808 分機 18

讀者服務：[law@sharing.com.tw](mailto:law@sharing.com.tw)

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

## 序

愚捨法官職而就教席，講授民事程序法各科已逾十載，歲月如斯，惶惑仍難免。其中得堪慰者乃得秉志自強、教學不息、文章不輟，而得與知音同好分享切磋、與學生共同成長。其中偶有新發現而得被實務部分判決所採用，亦感有鄰不孤之喜；即有不同見解之發聲，亦對於我國能於相關議題得有多元見解之深度，同感悅然。

本書係愚多年上課講義之彙整，多沿襲國內程序法方家之高見，整理分析，遇有爭議，並略予提示拙見。希供國內對於民事訴訟法之學習有興趣者，得有我國民事訴訟法殿堂之入徑，並能獲得較廣及多元之比較視野。

值得提醒者係，民事訴訟法係與意識形態相牽動之法律，對於民事訴訟法之建構及解釋，不能脫離一國一地之現時社會共識及實存之社會條件。欲取得一可實踐之程序法學，對於程序主體之人性需求，應多予關照。而在公正誠信原理下，尋得義理之實踐。

本書內容自總則而迄於準備程序，至於民事訴訟法第 277 條以下程序，則待下冊處理。本書作成，對於多年來助理之努力，近來且由歐陽儀及杜春緯二人作最後結尾工作，須特予致謝。

自此，生活可平淡些，找一條人煙稀少的路，欣賞孤獨的風景。既已到不惑之年，便希望不要再當沙丁魚，也許未來不可測，但選擇了離群，便應享受海闊深藍，無怨無悔。

姜世明  
政大法學院  
10.12.2012

## 目 錄

序	I
<b>第一編 導 論</b>	1
壹、民事訴訟之定義	3
一、民事訴訟之定義	3
(一) 民事訴訟係解決民事糾紛之程序	3
(二) 民事訴訟係民事法院依當事人之請求所進行之程序	3
(三) 民事訴訟係民事法院必要時得利用國家權力強制解決糾紛事件之程序	3
二、民事事件與其他事件之區別	4
(一) 民事事件與刑事事件之區分	4
(二) 民事事件與行政事件之區分	4
(三) 民事訴訟事件與非訟事件之區分	5
貳、民事訴訟法之意義、性質及法源	6
一、民事訴訟法之意義	6
二、民事訴訟法之性質	6
(一) 公法	6
(二) 程序法	7
(三) 民事訴訟法為國內法	7
(四) 強行法	7
(五) 民事訴訟法是否為助法？	7
三、法源	8
參、民事訴訟之目的及基本理念	9

## IV·民事訴訟法 上冊

一、民事訴訟之目的	9
(一) 不同學說見解	9
(二) 本書見解	9
二、民事訴訟之理念	11
(一) 慎重而正確之裁判	11
(二) 公正裁判	11
(三) 迅速	12
(四) 訴訟經濟	12
(五) 擴大訴訟制度解決紛爭、避免裁判矛盾	13
三、意識型態與民事訴訟法	14
肆、民事訴訟之主體與法律關係	14
一、民事訴訟之主體間關係	14
二、民事訴訟之法律關係	15
(一) 訴訟法律關係說	15
(二) 訴訟法律狀態說	15
(三) 新訴訟法律關係說	15
伍、民事訴訟法之解釋	16
一、民事訴訟法規之種類	16
(一) 強行規定	16
(二) 任意規定	17
(三) 訓示規定	17
(四) 區分標準	17
(五) 任意訴訟之禁止及解禁之發展	18
二、民事訴訟法之解釋方法	20
(一) 文義解釋	20
(二) 目的解釋	20
(三) 訴訟基本原則、理念於解釋上之指導性	20
(四) 類推適用	20
(五) 其他	21

陸、實體法與程序法之關係	21
一、區分	21
二、交互作用	22
(一) 目的論	22
(二) 解釋論	22
(三) 訴訟行為與實體行為之效力交錯	22
(四) 訴訟法之獨立發展	22
三、程序法獨大論之反思	23
柒、憲法與民事程序法之關係	23
一、概論	23
二、合法聽審	24
(一) 可能權利人之具體範圍	24
(二) 合法聽審權之基本內容	25
三、武器平等	27
(一) 憲法基礎	27
(二) 程序法上意義	28
(三) 發展之評估	29
四、公正程序	30
五、有效權利保護請求權 (Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz)	31
六、其他	32
(一) 比例原則	32
(二) 法定法官	33
(三) 民主原則	34
捌、民事訴訟法之基本原則	35
一、處分權主義	35
(一) 處分權主義之概念內容	35
(二) 處分權主義之緩和與發展	36
二、辯論主義	37

## VI·民事訴訟法 上冊

(一) 原則	37
(二) 辯論主義的緩和與突破	38
(三) 我國學理新近發展之特殊性——修正辯論主義與協 同主義之論爭	41
三、言詞主義	43
四、直接審理主義	44
五、公開審理主義	44
六、當事人進行主義與職權進行主義	46
七、對席判決主義與缺席判決主義	46
八、本人訴訟主義與律師強制代理主義	47
九、集中審理主義	48
十、自由心證主義	48
十一、適時提出主義	49
玖、與非訟法理之交互作用	49
拾、其他民事紛爭之可能解決途徑	51
一、私人和解	51
二、政府機關或人民團體之調解、調處	51
(一) 職業團體之調處	51
(二) 政府機關之調解或調處	51
(三) 鄉鎮市公所調解委員會、耕地租佃委員會、勞資爭 議調解委員會之調解或調處	52
(四) 政府機關之裁決	53
(五) 公共工程採購爭議之調解	53
(六) 金融消費評議中心之調處與評議	54
三、法院之調解、訴訟上和解	54
(一) 法院之調解	54
(二) 訴訟上和解	54
四、仲裁	54



第二編 通常訴訟程序	57
第一章 管轄權	59
壹、管轄權與審判權	59
一、定義	59
(一) 管轄權之意義	59
(二) 審判權之意義	59
二、普通法院與行政法院之權限定位	61
三、民事法院與智慧財產權法院	64
(一) 智財法院之地位	64
(二) 專屬管轄或優先管轄	64
四、國際管轄權	66
(一) 國際管轄權之概念	66
(二) 國際管轄之決定標準	66
(三) 國際管轄之合意	67
(四) 國際民事訴訟之競合	69
貳、管轄權之種類	71
一、土地管轄	71
二、職務管轄	71
三、事務管轄	72
四、法定管轄、指定管轄、合意管轄、應訴管轄	72
五、專屬管轄、任意管轄	72
六、選擇管轄、優先管轄	73
參、普通審判籍	73
一、自然人之普通審判籍	74
二、法人及其他團體之普通審判籍	75
肆、特別審判籍	78
一、基本規定	78

## VIII·民事訴訟法 上冊

(一) 對於在中華民國現無住所或住所不明之人，因財產 權涉訟之特別審判籍	79
(二) 對於寄寓人，因財產權涉訟之特別審判籍	80
(三) 對於現役軍人或海員，因財產權涉訟之特別審判籍	80
(四) 對於設有事務所或營業所之人，因關於事務或業務 涉訟之特別審判籍	80
(五) 對於船舶所有人或利用船舶人，因船舶或航行涉訟 之特別審判籍	81
(六) 因船舶債權或以船舶擔保之債權涉訟之特別審判籍	82
(七) 公司、團體、社員於其社員之資格有所請求而涉訟 之特別審判籍	82
(八) 契約涉訟之特別審判籍	83
(九) 票據涉訟之特別審判籍	84
(十) 關於財產管理涉訟之特別審判籍	85
(十一) 遺產繼承事件涉訟之特別審判籍	86
(十二) 遺產上負擔涉訟之特別審判籍	87
(十三) 因登記涉訟之特別審判籍	87
(十四) 因船舶碰撞或其他海上事故請求損害賠償涉訟之 特別審判籍	88
(十五) 因海難救助涉訟之特別審判籍	88
(十六) 因空中事故請求損害賠償涉訟之特別審判籍	89
二、侵權行為與共同訴訟之管轄權	89
(一) 因侵權行為涉訟之特別審判籍	89
(二) 共同訴訟之特別審判籍	91
伍、專屬管轄權	96
陸、合意管轄	99
一、合意管轄之要件	100
二、應訴管轄之要件	104
三、合意管轄與應訴管轄之效力	105

柒、競合管轄、移送管轄與指定管轄	107
一、審判籍因牽連或競合情形之解決方法	107
二、訴訟之移送	107
(一) 訴訟移送之意義及原因	107
(二) 訴訟移送之程序	108
(三) 法院裁定移送訴訟之效力	109
三、指定管轄	110
(一) 指定管轄之意義與原因	110
(二) 指定管轄之程序	111
捌、管轄權之審查與違反效果	112
一、管轄權之調查及管轄權恆定	112
二、管轄權恆定原則	113
三、法院無管轄權之效果	114
(一) 原則	114
(二) 違背專屬管轄之上訴審之處理方式？	114
(三) 違背專屬管轄得否提再審之訴？	115
<b>第二章 訴訟主體論</b>	117
壹、法院	117
一、法院之意義	117
二、審判與司法行政	117
三、法院之審級與權限	118
四、審判獨立	118
五、法官	120
(一) 職業法官	120
(二) 獨任與合議	121
(三) 法官之迴避	122
六、司法事務官、書記官及其他司法人員	130
(一) 司法事務官	130

## X·民事訴訟法 上冊

(二) 書記官 .....	132
(三) 其他司法人員 .....	132
貳、當事人 .....	132
一、當事人意義 .....	132
二、兩造當事人對立原則 .....	133
三、當事人之確定 .....	134
(一) 概說 .....	134
(二) 確定當事人之學說 .....	134
(三) 實務見解 .....	137
四、當事人能力 .....	138
(一) 當事人能力之意義 .....	138
(二) 有當事人能力主體之類型 .....	139
(三) 爭議問題 .....	151
(四) 當事人能力欠缺時之處理及法律效果 .....	154
五、訴訟能力 .....	156
(一) 訴訟能力之意義 .....	156
(二) 訴訟能力有無之判斷 .....	156
(三) 欠缺訴訟能力之效果與其處理 .....	159
六、當事人適格 .....	160
(一) 當事人適格之概念 .....	160
(二) 當事人適格之認定基準 .....	163
(三) 部分當事人適格之個案 .....	169
(四) 訴訟擔當 .....	170
(五) 民事訴訟法第 44 條之 3——公益團體請求不作為 訴訟 .....	192
(六) 消費者保護法第 53 條——消保團體不作為訴訟 .....	196
(七) 股東代表訴訟 .....	200
(八) 消費者保護法第 50 條——消保團體損害賠償訴訟 .....	202
七、其他——辯論能力（陳述能力） .....	208

參、複數當事人	209
一、共同訴訟概說	209
(一) 意義	209
(二) 制度目的	209
(三) 共同訴訟之一般要件	210
(四) 分類	213
二、普通共同訴訟	214
(一) 普通共同訴訟之意義	214
(二) 普通共同訴訟人獨立原則	214
(三) 普通共同訴訟人獨立原則之突破	216
三、必要共同訴訟	221
(一) 概念	221
(二) 「合一確定」之理論爭議	221
(三) 固有必要共同訴訟	223
(四) 類似必要共同訴訟	231
(五) 必要共同訴訟之效果	241
四、主觀預備合併	248
(一) 概說	248
(二) 主觀預備合併之許可性	249
肆、第三人程序參與	252
一、2003 年保護固有必要共同訴訟原告行使訴訟權之 立法修正	253
二、訴訟參加	255
(一) 輔助參加(從參加)	255
(二) 獨立之輔助參加	263
三、主參加訴訟	266
(一) 意義	266
(二) 類型	267
(三) 要件	267

## XII·民事訴訟法 上冊

(四) 主參加訴訟之審理	269
四、訴訟告知	270
(一) 訴訟告知之概念	270
(二) 訴訟告知之要件	270
(三) 訴訟告知之程序	271
(四) 訴訟告知之效力	271
五、職權通知訴訟	272
伍、訴訟代理人與輔佐人	273
一、訴訟法上之代理人	273
(一) 法定代理人	273
(二) 特別代理人	275
二、訴訟代理人	276
(一) 訴訟代理人之意義	276
(二) 訴訟代理權	278
(三) 當事人本人之撤銷更正權	282
(四) 訴訟代理權欠缺之補正及追認	283
(五) 訴訟代理權之消滅	283
(六) 訴訟代理人之義務	284
三、輔佐人	285
(一) 輔佐人之意義	285
(二) 輔佐人行為之效力	285
第三章 訴訟客體論	287
壹、訴訟標的	287
一、意義	287
二、功能	287
三、訴訟標的之認定標準	288
(一) 單一訴訟標的概念論(統一說)	288
(二) 多元訴訟標的概念論(非統一說)	294

(三) 本書見解	297
四、訴訟標的理論在訴訟上之作用	297
五、各種訴訟類型之訴訟標的之特定	300
(一) 通論	300
(二) 部分訴訟類型之訴訟標的判斷	303
貳、訴之客觀合併	317
一、基本論	317
(一) 概說	317
(二) 要件	318
(三) 訴之合併之審判	319
二、訴之客觀合併種類	320
(一) 單純合併	320
(二) 預備合併	321
(三) 重疊合併	335
(四) 選擇合併	344
(五) 附論：對於客觀合併之部分擴張性理解	346
參、訴之變更、追加	350
一、訴之變更或追加之概念	350
二、訴之變更或追加之合法要件	352
(一) 一般要件	352
(二) 特別容許要件	353
三、訴之變更、追加之審判程序	364
四、任意當事人變更	366
(一) 法定當事人變更與任意當事人變更	366
(二) 任意當事人變更之許可性	367
肆、反訴	374
一、反訴之概念與性質	374
二、提起反訴之合法要件	375

(一) 提起反訴，須有原告之本訴繫屬於事實審法院，且限於言詞辯論終結前	375
(二) 反訴事件須非專屬他法院管轄，且得與本訴行同種之訴訟程序	376
(三) 反訴之標的與本訴之標的及其防禦方法之間有相牽連關係	376
(四) 須由本訴之被告對於本訴之原告提起反訴，或對於本訴原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴	378
三、第二審提起反訴之要件	379
四、提起反訴之程序與法院之裁判	380
五、第三反訴	382
(一) 背景與問題意識	382
(二) 可否由本訴被告一人與訴訟標的須合一確定之第三人對本訴原告提起反訴？	383
(三) 可否僅對於本訴原告以外第三人提起反訴？	384
(四) 對於與本訴原告合一確定第三人一併提反訴	384

#### 第四章 訴之開啟 387

壹、訴之意義	387
貳、訴之種類	387
一、給付之訴	387
(一) 概說	387
(二) 不作為之訴	388
(三) 將來給付之訴	389
二、確認之訴	394
(一) 概說	394
(二) 要件論	396
三、形成之訴	407
參、起訴之程式	408



一、起訴之方式	409
二、起訴狀之記載事項	409
(一) 當事人及法定代理人	409
(二) 訴訟標的及其原因事實	409
(三) 應受判決事項之聲明	410
三、實務見解	419
(一) 合夥——最高法院 100 年度台上字第 391 號判決	420
(二) 合夥——最高法院 96 年度台上字第 144 號判決	421
(三) 夫妻剩餘財產分配請求——臺灣高雄地方法院 99 年 度家小上字第 1 號裁定	421
(四) 遺產分割協議——臺灣臺北地方法院 98 年度審補 字第 133 號裁定	421
四、起訴後之法院作業程序	421
肆、起訴之效果	422
一、訴訟繫屬	422
二、重複起訴之禁止	423
(一) 立法目的	423
(二) 重複起訴之判斷標準	423
三、當事人恆定原則	429
(一) 當事人恆定原則與訴訟承繼原則	429
(二) 民事訴訟法第 254 條之規定	430
(三) 要件	431
(四) 法律效果	432
(五) 當事人所為訴訟行為對於特定繼受人之效力	439
<b>第五章 訴訟要件論</b>	441
壹、意義及功能	441
一、概說	441
二、意義	441