

法律學實例研究叢書⑪

林紀東 主編

吳明軒 編著

民事訴訟法

五南圖書出版公司 印行

D
W

⑪ 書叢究研例實學律法

法 訟 訴 事 民

著編 軒明吳

事推院法高最

行印 司公版出書圖南五

民 事 訴 訟 法

中華民國 70 年 10 月初版
中華民國 72 年 1 月再版
中華民國 75 年 12 月三版
中華民國 77 年 2 月四版

著作者 吳 明 軒
發行人 楊 榮 川
發行所 五南圖書出版公司

局版臺業字第 0598 號
臺北市銅山街 1 號
電話：3 9 1 6 5 4 2
郵政劃撥：0 1 0 6 8 9 5-3
印刷所 茂榮印刷事業有限公司
板橋市双十路 2 段 46 巷 22 弄 11 號
電話：2 5 1 3 5 2 9

基本定價： 3.56 元

法律學實例研究叢書

書目及撰著者

本叢書聘請

林紀東先生擔任主編，分別敦聘權威學者，各就專攻，撰寫各書。書目及作者姓名如左：

一、憲法 李鴻禧教授

二、行政法 城仲模教授 古登美教授

三、民法總則 鄭玉波教授

四、民法物權 楊與齡教授

五、民法債編 王澤鑑教授 楊敦和教授

廖義男教授

六、民法親屬與繼承 戴東雄教授 劉得寬教授

七、刑法總則 陳樸生教授 洪福增教授

八、刑法分則 梁恒昌教授 林山田教授

九、公司法與票據法 梁宇賢教授（公司法）

王仁宏教授（票據法）

一〇、刑事訴訟法 蔡墩銘教授 朱石炎教授

一一、民事訴訟法 吳明軒教授

總序

——中國法律學新里程的開始——

弘揚法治，以鞏固國權，保障民權，不僅是政府的施政方針，亦是全國人民一致的要求。欲弘揚法治，要有良好的法律，識法守法的公務員和人民，也要有良好的法律書籍，闡述法律的理論，和實用的情形，以引導之。俾立法機關能夠制定良好的法律，公務員和人民都能識法守法，以收弘揚法治的效果。

我國法學一向不受重視，在大陸淪陷以前，因國家多故，出版業不甚發達，法律學書籍，並不甚多。所出版的法律書籍，又多為對於現行法的註釋，其中固然有很多佳作，但一般而論，尚欠詳密與深入。至於註釋現行法條文以外的書籍，更不多見，有志於法律學深入之研究者，咸感失望。良好法律書籍的刊行，既然是弘揚法治的基礎之一，而其情形如此，自難望法治

臻於健全，所以識者對於良好法律學書籍的撰述和刊行，多寄以厚望！

所幸近二十年來，由於經濟的發達，社會的安定，給學人一個安心著作的環境，也給出版家一個良好出版的機會。而國人熱望法治之殷，和政府厲行法治之切，更感到法律知識的需要。於是法律學書籍大量出版，各科法律的教科書，日臻齊全。這是前所未有的現象，是法律文化上的盛事，也是國家法治進步的象徵，令人欣喜！

不過現代社會現象複雜，為社會生活規範的法律，內容亦日見繁多，且有許多專門性、技術性的規定，法律學的研究，亦有更求深入細密的必要，固然不能只就法條的規定，為咬文嚼字的探討，粗知各種法律的原理原則，和略悉其解釋判例，亦未盡法律學研究的能事。於是法律學研究的方法，應該如何改變？法律學研究的目標何在？乃為學者所聚訟的問題。各家說法，雖有見仁見智的不同，但主張把理論和實例連成一氣，以研究法律學，不專注意抽象的理論，亦不專注意現有的實例，則為多數學者所公認。因為法律是社會生活的規範，法律學是以各種社會生活規範，為其研究對象的科學，

既然是一種科學，自然有其繁複的理論，假如於研究某種法律之際，不注意其有關的理論，則於法律產生的背景，條文的含義，和立法的得失，均難獲澈底的認識。但法律又因其為社會生活規範之故，以現實的社會生活為其研究對象，並非不食人間烟火，遺世而獨立者，故法律學的研究，不能只徘徊於理論的境界，亦應注意實際的情形。所以多數學者，都主張法律學的研究，應該把理論和實例，連成一氣，融會而貫通之，纔能獲得豐富的成果。從而合理論與實際為一體的法律書籍，是對於學法律者，幫助極大，需要甚切的書籍。

五南圖書出版有限公司，近年出版法律書籍甚多，法學界多予讚美。發行人楊榮川先生，得此鼓勵，且鑒於上述書籍的重要，乃於刊行各種法律教科書之外，更進一步，邀約各科專家，編印法律學實例研究叢書，分別就憲法、行政法、民法、刑法、商法、民刑訴訟法各種法律，為深入的研究和敘述。其內容則如凡例所云：『本叢書旨在求法律理論與實際之貫通，融法律於實例之中，於事例之中瞭解法律理論與概念，期使學者於研讀法學專書之

後，能學以致用。故各書一律由具體事例出發，進而闡述事例中所蘊藏之法律問題。『觀此說明，足見這是一部合理論與實例為一體的書，使讀者於實例中，了解有關的理論；又從有關的理論上，知道某些有關的事例，應該怎樣得到妥切的解決。這種寫法，和只就現行法條文，註釋評論者，固不同；跟只以判例解釋為題材，略加分析評論者，亦大有差異。而是依照多數學者所主張的法律學研究方法，撰寫而成者，自是對法律學貢獻甚大的一部好書。

尤其可貴者，撰寫本叢書各科的作者，都是各大學的教授，各該科的專家。各位作者，本其多年研究的心得，駕輕就熟，精選實例，詳析理論，而後成書。他們所提供於讀者者，讀者於本叢書所得者，不僅是各書的內容，而且是各位專家的觀點，敘事論斷的方法，倘能慎思明辨，舉一反三，讀後當有更多的收穫。

總之，本叢書是約集各科專家，就各種法律，合理論和實例為一體，撰寫而成的。不但對讀者有許多裨益，其體例之新，冊數之多，均為前此法律

書籍所鮮見。它的出版，使我國法律學進入新的里程，於我國法治的弘揚，亦必有所貢獻。我因從事他書的寫作，未克參加本書作者的行列，但曾受榮川先生之託，共同決定書目，洽商體例，邀請作家，於本叢書之成，亦得追隨諸君子之後，共與其盛，至為欣喜，故於付印之時，略述所見於此。尤盼我國的法律學，由此新里程的開始，進入更完美的境界，各科專家，更多精采的著述，出版家，刊行更多的好書，以供各方閱讀，而共赴於弘揚法治的大道。

中華民國七十年四月廿二日

林 紀 東
序於臺北念菴書室

凡 例

一、本叢書旨在求法律理論與實際之貫通，融法理於實例之中，於事例之中瞭解法律理論與概念，期使學者於研讀法學專書之後，能學以致用。故各書一律由具體事例出發，進而闡述事例中所蘊藏之法律問題。

二、本叢書各書先就各該科之重要內容，選出二十至三十則單元課題，然後就每一單元課題，構設事例，闡析內涵。

三、本叢書各書每一單元課題，均包括下列各項：

(一)單元名稱：每科以二十至三十則單元為原則，務期包含各該科實用上之重要內容，力求周遍。而其順序，則盡量配合法典及教科書章節之順序排列，俾使學者對照閱讀。

(二)事例：每一單元，分別擬構一件具體「事例」，作為引導。此項具體事例之擬構，盡量以社會生活中可能發生或經常發生者為主，其情節除配合該單元內涵外，並旁及他法、判解，或法理上之論爭，避免過於單純，一見即知，俾於錯綜複雜之事例中，訓練學者分析問題、適用法條之能力。

(三)法律問題：就具體事例之各種情況，提出數則法律問題，作為探討解說之綱領與脈絡。

(四)解說：針對所列「法律問題」，逐一闡述其主要論點，有關之法令規定、學說判解，並附己

凡

見。必要時，並就有關之判解學說，加以評論，以引導學者作深入分析。

四、本叢書各書每一單元之後，均附列相關例題三、四則，以啓發讀者之思索。各例題所述之事件，如何適用法律，亦有一簡單之提示，以引導學者探索之方向。

例

五、本叢書各書引用法規時，其條、項、款及判解之表示如下：

條：一、二、三……

項：I、II、VII……

款：1. 2. 3. ……

但書規定：但

前段：前

後段：後

司法院三四年以前之解釋例：院……

司法院三四年以後之解釋例：院解……

大法官會議解釋：釋……

最高法院判例：……台上……

行政法院判例：行……判……

民刑庭總會決議：民刑議……

民事訴訟法 目次

1 法院之管轄·····	一
2 推事之聲請迴避·····	一九
3 當事人能力·····	三五
4 訴訟能力·····	五一
5 訴訟代理人·····	六七
6 訴訟救助·····	八三
7 起訴應俱備之程式·····	一〇一
8 重訴之禁止·····	一一九
9 客觀的訴之預備合併·····	一三一
10 主觀的訴之預備合併·····	一四一
11 固有的必要共同訴訟·····	一五五
12 訴之變更或追加·····	一六九

13	反訴	一八七
14	訴之撤回	一九九
15	繼續審判之請求	二一三
16	一造辯論判決	二二九
17	假執行判決	二四三
18	判決之確定	二五九
19	上訴之合法要件	二七五
20	再審之訴之審判	二九七

1 法院之管轄

中國人甲向美國人乙訂購玉米一批，並約定將來因此項買賣關係發生訴訟時，合意定美國法院為管轄法院；嗣甲主張乙違約，而向中國法院提起損害賠償之訴，乙以兩造已合意定美國法院為管轄法院而為抗辯。

問 題

一、甲、乙二人合意定美國法院為管轄法院後，是否得向中國法院起訴？

二、甲、乙二人共有建地一塊，位於A法院管轄區域以內，甲以乙為被告向B法院提起請求分割共有物之訴，經B法院為准予分割共有物之判決，乙對之提起上訴，第二審法院是否得以B法院無管轄權而廢棄原判決？

三、某乙現住高雄市，無權占有某甲所有坐落台北市之房屋一棟，某甲是否得以某乙為被告，向台灣高雄地方法院提起請求返還所有物之訴？

四、數法院就同一訴訟俱有管轄權，僅其中一法院發生指定管轄之原因，有無關於指定管轄規定之適用？

解
說

在一國之內，幅員廣闊，所發生之訴訟事件，種類既多，件數亦夥，如僅由一法院負責審判，自爲事實所不許；必須在全國普設法院，分任其事，以減輕法院之負擔，並免當事人及其他訴訟關係人長途跋涉之勞。然在一國之內所發生之訴訟事件，究應由何法院負責審判？必須預定明確之標準，按該標準而爲劃分，將全國可能發生之訴訟事件，合理的分配於各法院，使各法院所得審判之訴訟，限在一定範圍以內，是曰管轄。

訴訟事件一旦發生，當事人僅得向有管轄權之法院請求審判；各地法院亦僅得就其所管轄之訴訟事件，行使審判權；訴訟繫屬於法院以後，當事人即有接受管轄法院審判之權利義務。

關於法院管轄之劃分，有橫的劃分與縱的劃分之別：所謂橫的劃分，係將全國發生之訴訟事件，按一定標準分配於各地法院管轄；經橫的劃分決定初審法院後，當事人不服初審法院之裁判，提起上訴或抗告請求救濟時，則須縱的劃分，以決定其上級法院。試將關於法院管轄之規定簡述於次：

(一) 職務管轄

所謂職務管轄，係指以各級法院職務之種類而定之管轄而言。茲分普通職務管轄及特別職務管轄兩方面說明之：

1 普通職務管轄 普通職務管轄，或稱審級管轄，如第一審法院（地方法院）、第二審法院（

3 轄管之院法〔1〕

高等法院）及第三審法院（最高法院）分別受理第一審、第二審及第三審之訴訟事件。

2 特別職務管轄

一般民事訴訟事件，通常係由第一審而第二審，而第三審，按法院之審級依次進行，以免剝奪當事人審級之利益。但基於法律上之特別理由，得以法律規定由第二審以上之法院管轄，是謂特別職務管轄。如再審之訴、主參加訴訟、訴之追加或變更之管轄是（民訴四九九、五四Ⅱ、四四六）。

（一）土地管轄

一國之土地，劃成若干區域，將各該區域分配於各同級法院管轄，再將全國發生之訴訟事件，按各該法院之管轄區域而為分配，凡與該管轄區域有某種關係之訴訟事件，即劃歸該法院審判，是謂土地管轄。因土地管轄使法院就某訴訟事件有管轄權者，該事件之被告，即有受管轄法院審判之權利義務。此項法院與被告及訴訟事件之關係，謂之審判籍。

審判籍有普通審判籍與特別審判籍之分：以被告與法院管轄區域之關係為標準定其管轄者，謂之普通審判籍；以訴訟標的或被告之特殊地位為標準定其管轄者，謂之特別審判籍。

關於民事訴訟之土地管轄，各國立法，皆採「以原就被」之原則。蓋被告居於被訴之地位，應以被告與法院管轄區域之關係決定其管轄法院，始為合理。如以原告與法院管轄區域之關係為決定其管轄法院之標準，在被告之住居處所距管轄法院甚為遙遠之場合，常使被告疲於奔命，遑論原告之訴是否合法或有無理由，尙有待法院之審判！為防止原告之濫訴，並保護被告之利益，故以被告與法院管

轄區域之關係定其管轄法院，是為原則。但法律為謀訴訟程序進行之順利，並兼顧原告之利益，例外規定特別審判籍，或以被告之特殊地位、或以訴訟標的與法院管轄區域之關係為標準，決定其管轄法院，乃在求事理之平也。

民事訴訟法第一條及第二條係規定普通審判籍，此種審判籍，除專屬管轄外，於一切訴訟均有其適用。同法第三條至第十九條係規定特別審判籍，僅就各該條所規定之訴訟定其管轄法院，而非適用於一切訴訟也。

(二) 專屬管轄

專屬管轄者，法律規定某類訴訟事件專屬於一定法院管轄之謂也。專屬之審判籍，不許當事人以合意變更之，亦不容當事人在普通審判籍或非專屬特別審判籍之法院中，選擇其一起訴。雖被告不抗辯法院無管轄權，而為本案之言詞辯論，亦不生應訴管轄之問題。易言之，僅專屬管轄之法院對於該類訴訟享有審判權是也。

關於專屬管轄之立法本旨，或為公益上之要求，或為訴訟事件之性質所使然，皆有助於裁判之正確及訴訟之順利進行也。

所謂專屬管轄，非以法律明定為「專屬管轄」者為限，凡法律規定某類事件僅得由一定法院管轄者，縱未以法文明定「專屬管轄」字樣，仍不失其專屬管轄之性質，試分述之：

1 法律明定「專屬管轄」之事件 民事訴訟法明定為「專屬管轄」之事件如下：(A)不動產物權