

民事訴訟法實務問題研究

楊建華著

中華民國七十四年八月印行

民訴法實務問題研究

楊建華著

中華民國七十四年八月印行

中華民國七十四年八月版

民事訴訟法實務問題研究

定價新臺幣貳佰伍拾元正

直接函購八折二百元（掛號另加郵資十元）
郵政劃撥〇一六六六〇三一四 洪惠慈戶

著作人：
兼發行人：楊

建華

臺北郵政信箱四四一二五號

總經銷：三民書局有限公司

地址：臺北市重慶南路一段六十一號
郵政劃撥賬戶〇〇〇九九九八一五號

印刷者：廣益印書局

臺中市北屯路二九六號
電話：二三三五六八六號

民事訴訟法實務問題研究目錄

第一編 總則	一
第一章 法院	一
第一節 管轄	五
第二節 法院職員之迴避	二〇
第二章 當事人	二七
第一節 當事人能力	三〇
第二節 當事人適格	四一
第三節 選定當事人	四九
第四節 訴訟能力	五二
第五節 特別代理人	五九
第六節 法定代理人	六一
第七節 共同訴訟	六四
第八節 訴訟參加	七六
第九節 訴訟代理人及輔佐人	八一

第三章 訴訟費用·····	八八
第一節 訴訟費用之負擔·····	八八
第二節 訴訟費用之擔保·····	九一
第三節 訴訟救助·····	九四
第四章 訴訟程序·····	九七
第一節 當事人書狀·····	九七
第二節 送達·····	一〇〇
第三節 期日及期間·····	一〇七
第四節 訴訟程序之停止·····	一一一
第五節 言詞辯論·····	一二八
第六節 裁判·····	一四〇
第二編 第一審程序·····	一五五
第一章 通常訴訟程序·····	一五五
第一節 起訴·····	一五五
訴訟成立要件·····	一五七
權利保護要件·····	一八三

附帶民事訴訟·····	一八九
一事再理之原則·····	一九七
訴訟繫屬·····	二〇九
客觀訴之合併·····	二一三
訴之變更追加·····	二三七
反訴·····	二四三
訴之撤回·····	二四五
第二節 言詞辯論之準備·····	二五三
第三節 證據·····	二五五
第四節 和解·····	二七八
第五節 判決·····	二八三
判決之範圍·····	二八七
捨棄、認諾判決·····	二九三
一造辯論判決·····	二九五
假執行判決·····	三〇一
履行期間·····	三〇九

判決之確定時期·····	三一
判決之既判力·····	三一五
第二章 調解程序·····	三三〇
第三編 上訴審程序·····	三三八
第一章 第二審程序·····	三三八
第二章 第三審程序·····	三六六
第四編 抗告程序·····	三七〇
第五編 再審程序·····	三七六
第六編 督促程序·····	三八九
第七編 保全程序·····	三九二
第八編 公示催告程序·····	四〇四
第九編 人事訴訟程序·····	四〇九

民事訴訟法實務問題研究

第一編 總 則

第一章 法 院

壹、何項私法上關係，不得提起民事訴訟？何項公法上關係，得提起民事訴訟？

按民事訴訟之目的，在確定當事人私權，所謂私權，除包括特定之私法上權利外，凡有保護必要之私法上利益，均在其內。例如確認證書真偽之訴及消極確認之訴，其所保護者，均爲私法上利益。是。國家保護私權或保護私法上利益，固不以民事訴訟爲限，惟有關私權或私法上利益爭執之確定，則均應以民事訴訟程序行之，人民依法定程序向國家司法機關請求確定其私權或私法上利益時，爲國家司法機關之法院，不得予以拒絕。惟法律如有特別規定，不得提起民事訴訟者，自應從其規定；例如依保險法第一百一十七條第一項規定，人壽保險契約之保險費，不得以訴訟請求給付。蓋以人壽保險之保險費，固爲私法關係，惟因其具有儲蓄之性質，如不給付保險費，可以催告與停止契約效力之方式處理之，無提起民事訴訟請求給付之必要（參考拙著商事法要論四五一頁）。此外尙未發現有其

他法律亦有類此規定。

民事訴訟係確定私權或私法上利益爲目的，如係公法上法律關係之爭執，除在一定之條件下，得提起行政訴訟外，不得提起民事訴訟。惟依憲法第一百三十二條後段規定，選舉訴訟，由法院審判之。因之，各項公職選舉法規均規定選舉訴訟，由普通法院準用民事訴訟程序審判之，但此非爲固有之民事訴訟，僅係在便宜上準用民事訴訟程序而已。

貳、甲無權占有乙之土地，經判決甲竊佔罪確定，乙依據此項判決，聲請法院民事執行處強制執行，法院應如何處理。

民事訴訟以確定私權爲目的，刑事訴訟以實行國家刑罰權爲目的，雖民事訴訟於確定私權之外，亦有維持社會秩序之意義，刑事訴訟在實行國家刑罰權之外，亦有保護私人權利之作用，惟私權關係之確定以至實現，乃爲民事訴訟（確定）與民事強制執行（實現）之範圍，均非刑事訴訟所得代替。雖刑事訴訟認定之犯罪事實，與民事訴訟之私權有關，但在法律上兩者並無相互拘束力，刑事訴訟認定有侵權行爲者，在獨立之民事訴訟，祇得作爲證據資料之一種，如自行調查認定之事實，與刑事訴訟作不同之認定，亦非法所不許（參照最高法院二十九年上字第一六四〇號判例）。

本問題某甲無權占有某乙之土地，經刑事訴訟程序判決某甲竊佔某乙土地罪刑確定，縱令其犯罪事實認定該項土地所有權爲某乙所有，某甲占有土地無任何權原，惟關於此項私法上法律關係之確定，則非刑事判決之效力所及，更非強制執行法第四條一項列舉之執行名義。某乙如須收回該項土

地，仍應依民事訴訟程序起訴，取得確定判決爲執行名義，聲請強制執行，茲某乙依刑事判決聲請強制執行，法院民事執行處應認其無執行名義駁回其強制執行之聲請。

叁、何謂非訟事件？左列情形，法院在程序上應如何處理？

(一) 甲執有乙爲發票人之本票一紙，聲請法院裁定強制執行，乙抗辯甲係惡意取得票據。

(二) 抵押權人甲聲請法院裁定拍賣抵押物，債務人乙主張抵押權之設定，乃通謀虛偽表示。

(三) 就已消滅時效債務聲請強制執行，債務人爲時效抗辯。

按民事訴訟係以確定私權爲目的，雖與私權有關，且由司法機關踐行之程序，如非以確定私權爲目的，仍非民事訴訟程序，在該程序中即不得爲私權存否之判斷，縱爲私權存否之判斷，亦不發生確定私權之效力。非訟事件程序即爲與私權有關而非確定私權之程序；何謂非訟事件，過去之見解，均認爲係以預防私權發生爭執爲目的，惟衡諸目前各種法律規定，非訟事件已非僅以預防私權之爭執爲唯一目的，例如法人設立登記，係法人取得法律上人格之要件，選任監護人事件，係在解決未成年人之監護問題，故非訟事件乃係確定私權以外與私權有關之事項，由國家機關以公權力干預之事件。非訟事件有廣義狹義之別，廣義之非訟事件，包括行政機關處理之非訟事件與司法機關處理之非訟事件，前者如土地登記、商標註冊、專利權之取得等項，至法院處理之非訟事件，有規定於非訟事件法者，有規定於其他法律者，如公證、提存等事件，亦有規定於民事訴訟法者，如調解事件、保全程序、禁治產事件程序、公示催告程序、宣告死亡事件程序。

如前所述，非訟事件程序不能判斷私權之爭執，縱為私權存否之判斷，亦不發生法律上確定私權之效力，因之：

(一) 本票執票人依票據法第一百二十三條向法院聲請裁定強制執行事件，既為非訟事件（非訟事件法第一百條），執票人是否為惡意取得，乃屬私權存否之實體問題，即非非訟事件之裁定程序所得判斷，此際，為裁定之法院，祇得就就本票作形式上之審查，如本票在形式上並無不合，即應為許可強制執行之裁定，票據債務人對此有爭執者，應另提起民事訴訟，請求為確定私權之判決。

(二) 抵押權人依民法第八百七十三條規定，聲請法院拍賣抵押物，亦為非訟事件（非訟事件法第七十一條），法院祇能就抵押權之登記情形，作形式上之審查，如抵押權已經合法登記，債權已屆清償期，即應許可為拍賣抵押物之裁定，其抵押權設定之原因，有無瑕疵，乃屬私權關係實體上判斷事項，亦非聲請拍賣抵押物之裁定程序所得審究，茲債務人在此程序中主張抵押權之設定為通謀虛偽表示，仍應由債務人另行提起民事訴訟請求為確定私權之判決。

(三) 強制執行程序與民事訴訟程序雖同為保護私權之程序，惟前者係實現私權之程序，後者為確定私權之程序。實現私權之程序，係依據執行名義實施強制執行，性質上亦為非訟事件，不僅就執行名義之內容，不能另作判斷，即執行名義成立後，有無消滅妨碍債權人請求之事由發生，亦非非訟事件之強制執行程序所能判斷，因之，債務人在執行程序中主張時效消滅，如係前訴訟程序事實審言詞辯論終結前所得主張之事由，應受既判力之拘束，原不得再行提出，若係前訴訟程序事實審言詞辯論終結

後始得主張之事由，乃爲消滅債權人請求之事由，應依強制執行法第十四條規定另行提起債務人異議之訴。

第一節 管 轄

肆、審判權與管轄權有何不同？

審判權者，乃指普通法院所職掌審判民事訴訟案件之權限及其範圍。管轄權者，乃指將應由普通法院審判之案件，依法律規定分配於各法院。前者爲普通法院之權限問題，後者爲普通法院相互間事務分配問題，亦即特定法院辦理訴訟事件之範圍問題。故必須先有審判權，而後始有管轄權之問題。審判權之有無，以原告主張之訴訟標的是否爲私權爭執爲斷，管轄權之有無，則依民事訴訟法有關管轄之規定決之。無審判權者，法院應以其訴不合法裁定駁回之，無管轄權者，以不能移送他法院者爲限，始得以其訴不合法以裁定駁回之（二八、二四九條一項二款）（參閱拙著四、一二、二五一頁）。

伍、民事訴訟法以原就被之原則有無例外，普通審判籍與特別審判籍有何不同？

審法賦與人民起訴自由權（憲一六條），原告就應由普通法院審判之事項，向法院起訴，法院即有審判之義務，至其起訴是否合法而有理由，乃爲另一問題，訴訟程序因原告向法院起訴而開始，即應發生訴訟繫屬之效力，法院應爲完結該訴訟之行爲。爲防止原告濫行起訴，兼維被告之權益，故訴

訟以由被告住所地之法院管轄爲原則，此即所謂以原就被之原則，亦即爲普通審判籍（一、二），惟堅守此項原則，有時對當事人亦有不便之處，證據之調查亦每感困難，爲兼顧兩造之利益與訴訟程序進行便利，我民事訴訟法又設有若干例外之規定（四至二五），此即特別審判籍之規定。

以被告之人與法院管轄區域之關係爲標準，作爲法院分配訴訟事件之範圍者，爲普通審判籍；被告在某法院有普通審判籍者，就一切訴訟事件有受該法院審判之權利與義務（一、二）。以特種法律關係爲訴訟標的定管轄區域之標準，作爲法院分配訴訟事件之範圍者，爲特別審判籍。被告在某法院有特別審判籍者，僅就某種訴訟事件，有受該法院審判之權利與義務（三至二十）。普通審判籍與特別審判籍如有競合之情形，此際，除專屬管轄外，原告得任向其中一法院起訴（二二）（參閱拙著一四、二八頁）。

陸、國家爲民事訴訟之當事人，其普通審判籍如何決定？

國家爲公法人，不僅爲公權力之主體，於私經濟關係上亦爲私權之主體，受私法之支配，有時自不免因私權爭執而爲訴訟當事人，故亦應定其普通審判籍。依本法第二條第一項規定，公法人以私權主體之資格被訴時，由其公務所所在地之法院管轄，所謂公務所所在地，類於自然人之住所，乃爲公法人活動之中心場所，國家活動之中心場所爲中央政府所在地，理論上原應以該地爲其普通審判籍。惟目前關於國家爲訴訟主體之訴訟，實例上均以國家機關爲訴訟當事人，且概認國家機關所在地之法院有管轄權（參照十八年上字第三〇五號判例）。例如國家將國有財產讓售與人民，人民訴請移

轉所有權登記時，得不以國家爲被告，而逕列國有財產局某地區（非中央政府所在地）辦事處爲被告起訴，並以該辦事處所在地，爲其普通審判籍。

國家機關除國有財產局外，他如省、縣、鄉鎮等自治團體、公立學校等，其普通審判籍依其公務所所在地定之，如其公務所不止一處者，比照第二條第二項規定，應以其主公務所所在地爲其普通審判籍（拙著一六頁）。

柒、寄寓地與居所所在法律上如何區別？

依民法學者之通說，無久住之意思，而有暫住事實之處所，謂之居所。至寄寓地之意義，乃係民事訴訟法第四條就特別審判籍所作之規定，實體法上並無類此規定。寄寓地之意義如何，學者間有不同之解釋；（一）所謂寄寓地指性質上須長期滯留必有終時，非若設法定住所有永住之意思（石著一七頁，張著二四頁）。（二）所謂寄寓地，乃指寄居於住所以外之地，非居所而寄寓有相當時間而言，可謂乃介於住所與現在地之中間觀念，與居所之意義相近（姚著五八頁）。（三）所謂寄寓地，乃爲寄人籬下，無可以自主使用之房屋而言（黃著三一頁）。（四）寄寓地均有一定之寄寓原因，亦即有其特定生活目的，而居所則未必有其附隨原因，故寄寓地較居所之範圍狹（拙著一九頁）。

前述（一）見解，未將寄寓地與居所明確加以劃分，（二）或係從客觀上（寄寓處所）觀察，或係從主觀上研求（寄寓原因），實則，寄寓地管轄之規定，乃係便利原告起訴而兼顧被告利益，與居所固難爲顯著之劃分。惟本法第四條之規定，係將生徒、受僱人與寄寓人併舉，前兩者爲列舉規定，後者

爲概括規定，解釋概括規定，應參酌列舉規定，吾人仍贊成前述第四說。

捌、甲股份有限公司原設臺中，嗣經董事會決議遷移臺北，其普通審判籍是否隨之變更爲臺北？

對於私法人之訴訟，由其主事務所或主營業所所在地之法院管轄（二二），甲公司之主事務所原設臺中，其普通審判籍應在臺中，雖經董事會決議遷移臺北，亦不當然隨之變更。蓋以本公司所在地，爲章程絕對必要記載事項，變更主事務所爲變更章程，應經股東會之特別決議，且應變更登記始得對抗第三人（公司一二九、二七七、一二條），非董事會所得決議。故該公司普通審判籍仍在臺中（參考十八年上字第一七二〇號判例）。

玖、甲住基隆，乙住臺北，丁住新竹，丙住臺中，乙向甲借款三萬元，由丙丁爲連帶保證人，約定應在臺北清償。嗣乙未能如期清償，因乙無財產可供執行，甲乃向新竹地方法院訴請乙、丙、丁連帶清償，新竹地院應如何處理？

按共同訴訟之被告數人，其住所不在一法院管轄區域內者，各該住所地之法院俱有管轄權。亦即原告得任擇其中一法院提起訴訟。惟若有本法第四條至第十九條之共同管轄法院者，由該法院管轄，此爲民事訴訟法第二十條之規定。本問題所示之原告即債權人甲，以債務人乙未能如期清償，又無財產可供執行，乃向連帶保證人丁住所地之法院（新竹地方法院），訴請乙、丙、丁（丙爲另一連帶保證人）連帶清償，原可適用本法第二十條本文之規定，認其係向有管轄權之法院起訴，但因借貸契約中約明「應在臺北清償」，臺北即爲其債務履行地（本法第十二條），依第二十條但書之規定，該訴

訟之管轄法院應屬債務履行地之臺北地方法院，而非新竹地方法院。今甲誤以新竹地方法院爲管轄法院而向之起訴，則新竹法院原則上應依民事訴訟法第二十八條之規定，依職權將該事件裁定移送其管轄法院之臺北地方法院。

關於該案之移送，究僅乙、丙部分一部移送（丁部份不移送），或應全部移送，不無疑義，有以爲法律規定由該法院管轄，自應將之全部移送，或主張現行民事訴訟法第二十條但書，並非專屬管轄之規定，除本法第十條第一項之專屬管轄情形外，其餘各條之特別審判籍，均非專屬管轄，非專屬管轄之特別審判籍，僅得由該法院管轄而已，並非必由該法院管轄，就本題而言，應僅將乙丙部分一部移送，丁部分仍有管轄權應不予移送。就理論言之，後說固非無據，但就現行法條文字解釋，既曰「由該法院管轄」，仍不得不採前說，惟乙丙如不抗辯法院無管轄權而爲本案之言詞辯論，則新竹地方法院依本法第二十五條規定，仍爲有管轄權之法院。

拾、甲住臺中，與住所在基隆之某乙訂立座落臺北之不動產買賣契約，因乙延不辦理所有權移轉登記，甲乃向基隆地方法院起訴請求判決爲所有權移轉登記，基隆地方法院有無管轄權？

因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄，其他因不動產涉訟者，得由不動產所在地之法院管轄（十）。所謂不動產物權，指民法物權篇所規定者而言。本題所示原告請求判決爲所有權移轉登記，係基於買賣契約債之請求權，即民法第三百四十八條第一項：物之出賣人負交付其物於買受人並使其取得該物所有權之義務所生之請求權；並非本於不動產物權有所請求，

茲甲爲土地質受人，乙爲出賣人，因出賣人不履行協同辦理所有權移轉登記之義務，甲根據此項法律關係請求，並非因不動產物權涉訟，僅係其他因不動產涉訟，自不在專屬管轄範圍內，基隆地方法院應有管轄權。

拾壹、依據民法第九百六十二條行使不動產占有返還請求權，是否爲專屬管轄？

民事訴訟法第十條第一項規定：「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄」。所謂因不動產物權涉訟者，指因不動產物權發生爭執之訴訟。占有是否爲物權？學說固有爭執，立法例亦不一致，德民法認爲係事實狀態，故稱「占有」，日民法認屬權利，故稱「占有權」，我民法對占有之原立法理由，則謂：「民法稱占有有爲占有，而非占有權」，故我國民法認占有並非權利，而僅爲一事實狀態，民法物權編除占有外，其他均稱「權」；如質權、抵押權、留置權等，故通說均認爲占有並非權利，最高法院四十四年臺上字七二一號判例亦認占有並非權利，僅爲對物事實上有管領力；自無本法第十條第一項專屬管轄之適用（拙著二三頁）。

拾貳、甲已將高雄之土地以買賣爲原因移轉爲乙所有，嗣因買賣契約解除，向臺南地方法院（乙住所）

訴請塗銷所有權登記，臺南地方法院有無管轄權？

按以契約解除爲原因，請求塗銷不動產所有權移轉登記，雖與不動產所有權有關，但其爲訴訟標的之法律關係，係解除契約之回復原狀請求權，並非所有權本身，不能認爲係屬民事訴訟法第十條第一項因不動產物權涉訟，非爲專屬管轄之範圍，僅屬同條第二項之特別審判籍，原告不向高雄地方法