

口述 民事訴訟法講義(一)
二〇一五年 筆記版

邱聯恭 講述
許士宦 整理



口述民事訴訟法講義 二〇一五年筆記版

2015年9月補訂

著 作 者 邱 聯 恭
發 行 人 林 雅 英
經 銷 處 元照出版有限公司
網 址 www.angle.com.tw
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
分 銷 處 台灣大學法律・社會科學院圖書部
電 話 (02)23949278
傳 真 (02)23410070
定 價 (一)至(三)全套700元
版權所有 翻印必究

凡 例

一、法規、條文

△本講義內所引法條條號，未於其前示明法規名稱者，均指現行之民事訴訟法；謂「新法」者，係指一九九九年（民國八十八年）至今先後公布、施行之民事訴訟法新增修條文；稱「舊法」者，係指其前之民事訴訟法條文；又，稱「家事法」者係指二〇一二年一月十一日公布之家事事件法。

二、文獻略稱

△本講義內多次引用之主要文獻及其略稱如下：

- 「司法現代化」
 - 邱聯恭·司法之現代化與程序法（一九九二年，台灣大學法學叢書七二）
- 「程序制度機能論」
 - 邱聯恭·程序制度機能論（一九九六年，台灣大學法學叢書五二）
- 「程序選擇權論」
 - 邱聯恭·程序選擇權論（二〇〇〇年，台灣大學法學叢書一二六）
- 「爭點整理方法論」
 - 邱聯恭·爭點整理方法論（二〇〇一年，台灣大學法學叢書一三〇）
- 「審理集中化」
 - 邱聯恭·民事訴訟審理集中化之理論與實務（司法院編印，二〇〇〇年）
- 「程序利益保護論」
 - 邱聯恭·程序利益保護論（二〇〇五年，台大法學叢書一五〇）
- 「民訴研討(一)」
 - 民事訴訟法研究會編·民事訴訟法之研討(一)（一九八六年）
- 「民訴研討(二)」

- 同上研究會編・民事訴訟法之研討(二)(一九八七年)
- 「民訴研討(三)」
 - 同上研究會編・民事訴訟法之研討(三)(一九九〇年)
- 「民訴研討(四)」
 - 民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討(四)(一九九三年)
- 「民訴研討(五)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(五)(一九九六年)
- 「民訴研討(六)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(六)(一九九七年)
- 「民訴研討(七)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(七)(一九九八年)
- 「民訴研討(八)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(八)(一九九九年)
- 「民訴研討(九)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(九)(二〇〇〇年)
- 「民訴研討(十)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(十)(二〇〇一年)
- 「民訴研討(十一)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(十一)(二〇〇三年)
- 「民訴研討(十二)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(十二)(二〇〇四年)
- 「民訴研討(十三)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(十三)(二〇〇六年)
- 「民訴研討(十四)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(十四)(二〇〇七年)
- 「民訴研討(十五)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(十五)(二〇〇八年)
- 「民訴研討(十六)」
 - 同上基金會編・民事訴訟法之研討(十六)(二〇〇九年)

➤「民訴研討(十七)」

→同上基金會編・民事訴訟法之研討(十七)(二〇一〇年)

➤「民訴研討(十八)」

→同上基金會編・民事訴訟法之研討(十八)(二〇一二年)

➤「民訴研討(十九)」

→同上基金會編・民事訴訟法之研討(十九)(二〇一三年)

➤「民訴研討(二十)」

→同上基金會編・民事訴訟法之研討(二十)(二〇一四年)

△ 其他引用之文獻及其略稱如文內所示。

口述民事訴訟法講義(一)

二〇一五年 筆記版

邱聯恭講述

許士宦整理

目 錄

導 論	1
一、民事訴訟法與民事實體法之研習方法有何不同？	1
二、漫談民事訴訟法學	27
壹、緒論	35
一、人性與民事訴訟法	35
二、憲法上理念之實現與民事訴訟之功能	40
三、紛爭之解決手段	48
(一)和解	52
(二)調解	57
(三)仲裁	60
(四)非訟程序是否為紛爭解決之手段	67
四、民事訴訟法之意義及特性	74
五、民事訴訟法之理念暨程序法上基本要求	93
(一)保障平等使用訴訟制度之要求 — 武器平等原則	93
(二)發現真實之要求	95
(三)訴訟經濟、促進訴訟之要求與程序利益保護原則	97
(四)適時審判請求權、程序選擇權之法理	103
(五)程序主體權、聽審請求權、程序權保障之要求	105

2 口述 民事訴訟法講義(一)

(六)防止發生突襲性裁判之要求	109
(七)紛爭解決一次性、擴大程序制度解決紛爭功能、統一解決 紛爭或統合處理事件之要求	110
(八)公正程序請求權之法理	114
(九)程序安定之要求	116
六、訴訟觀之變遷	119
七、民事訴訟制度之目的	120
八、民事訴訟法規之分類及其解釋	124
九、民事訴訟法之效力上界限	131
貳、訴訟主體論	135
一、法院	135
(一)民事審判權	135
1.人之界限	136
2.物之界限	138
3.地之界限（地域上界限）	143
(二)法院之意義、組成	146
(三)管轄	150
1.意義	150
2.種類	151
3.定管轄之時	185
4.訴訟之移送	188
(四)迴避制度	191
二、當事人	193
(一)當事人概念	193
(二)當事人意義之多元化、相對性	200
(三)當事人之確定	208
(四)當事人之補正	219
(五)當事人之調查	221
(六)當事人能力	223

1.意義.....	223
2.有當事人能力者.....	224
3.訴訟法上效果.....	246
(七)當事人適格.....	247
1.意義.....	247
2.當事人適格之一般範圍.....	251
3.訴訟擔當（訴訟信託）.....	259
(1)意義、基本概念.....	259
(2)種類.....	260
a.法定訴訟擔當（法定訴訟信託）.....	261
b.任意訴訟擔當（任意訴訟信託）.....	270
c.選定當事人制度.....	276
d.任意訴訟擔當團體訴訟.....	299
e.法定訴訟擔當團體訴訟.....	307
4.固有必要共同訴訟之當事人適格.....	316
5.當事人適格在訴訟上之處理.....	319
(八)訴訟能力.....	321
1.意義.....	321
2.有訴訟能力者、無訴訟能力者及限制訴訟能力者之範圍.....	324
3.訴訟能力欠缺時之處理.....	330
(九)辯論能力.....	331
三、當事人之代理.....	332
(一)訴訟上代理之意義、基本概念.....	332
(二)訴訟上代理人之種類.....	334
1.法定代理人.....	334
(1)特別代理制度之應用方針.....	334
(2)共同代理之問題處理.....	340
2.訴訟代理人.....	342
(1)訴訟代理制度之承認目的、旨趣.....	342

4 口述 民事訴訟法講義(一)

(2)訴訟代理制度與律師制度之功能發揮上關連.....	344
(3)訴訟代理權之特性.....	345
(4)訴訟代理權之範圍.....	346
四、輔佐人	354

導 論

一、民事訴訟法與民事實體法之研習方法有何不同？

(一)序 說

各位從大學一年級以來修習了很多民法的課程，講述的都是實體法，還停留在實體法的世界。從實體法的世界轉到程序法的世界，有一點很重要，就是民事訴訟法（下稱民訴法）的研習方法與實體法的研習方法大不相同。這一點沒趕快了解的話，民訴法絕對學不好。向來國內民訴法學落後德國與日本，不少學者跟我一樣所接受的是民事訴訟法研究會尚未成立以前的大學法學教育，很多想法僅是偏重民法（實體法）的想法，以致對於訴訟法未能真正了解。向來的司法改革工作也遭遇這類問題，有些支持或主張要司法改革的人所抱持的觀念多與司法改革的理想不盡符合，因為他們沒有充分認知民訴法與實體法到底有什麼不同。

首先要知道，在近代的法治國家要求國民必須依法生活，也要求法官在解決紛爭時要依法裁判。憲法第八十條規定法官「依據法律獨立審判」，此即照良心、法律，不受任何黨政勢力及金錢的介入，法律怎麼規定就照法律的規定裁判。所以第一個努力的措施就是制定實體法—民商法，規定具備那些「要件」，誰對誰就享有權利，誰對誰就負有義務。例如，開那一種票據就要負什麼票據責任。也就是，要求任何人都要認識到：合乎民商法所規定的什麼要件，誰就有什麼權利、誰就負什麼義務。這些規定就是實體法。然後，如果兩邊當事人發生紛爭，一個說伊有權利，一個說自己不負義務，而引起紛爭，到法院提起訴訟，要去取得本案判決時，法官要依法裁判，看他可主張什麼樣的請求權。例如，在原告起訴主張侵權行為損害賠償請求權之情形，就要去看民法第一八

四條規定的要件（故意或過失加害於他人的行為、損害發生、相當因果關係等等要件）是否具備。此時，當法官判斷誰有權利、誰負義務的時候，須先看民法規定的要件是什麼，因為法官要依據法律獨立審判。法官不能說，我看你很可愛所以判你贏。還有，關於物權取得，物權法有規定時效取得動產所有權的要件，法官不能說立法院很差勁，怎麼定其期間為十年，我很喜歡原告所以改成三年，公然占有三年就判他時效取得所有權。法官應該依據法律獨立審判，這樣才像法治國家。這告訴我們，當兩造當事人發生紛爭，一個是原告，另一個是被告，稱為訴訟當事人。當原告、被告提起訴訟想要取得本案判決時，法官就要依據法律獨立審判，依據實體法加以裁判。這時，實體法是法官下本案判決的「裁判規範」，法官應該遵守實體法予以裁判。也就是，法官在下本案判決的時候，也要遵守實體法－民法、商法等等，作為裁判規範，不僅原告、被告等當事人要遵守而已。任何人不能違反民法第一八四條的規定，加害於他人，否則應負損害賠償責任。這對任何人都同樣要求，任何人都須遵守該規定。可是當一個紛爭發生了，一造說：「你有加害我」，一造卻說：「沒有啊！」，而紛爭發生，要提起訴訟，取得本案判決的時候，法官也要引據這些規定作為裁判規範，如此才合乎現代法治國家的基本原理。

法官下本案判決的過程，包括調查證據、辯論，要審理到底該當於某一損害賠償請求權的要件具備沒有？這是要件事實存在不存在的審理。法官先審理該當於某一實體法上所規定的權利發生要件存在不存在，才能判斷原告所主張的權利存在不存在，也才能下一個本案判決。本案判決確定以後，今後當事人才能以此作為生活的標準。換句話說，法官要下本案判決以前先要審理該當於系爭的實體法上權利發生的要件存在不存在，為了調查這些要件存在不存在，就需要審理。審理兩造所爭執的實體法上權利義務存在不存在的審理通常稱為「本案審理」，也就是審理該當於發生實體法上權利義務的要件事實存在不存在所必要的審理。可是，民法未必都有規定明確的要件事實，也有無明確的要件者，例如權利濫用、誠信原則等等。權利濫用、誠信原則是不確定法律概念。關於這種概念的該當性之判斷，法官的權限很大，需要法官去填充，一定要借重訴訟法予以彌補。何謂權利濫用，民法沒有規定什麼情形該當於權利濫用，在紛爭發生時，最後要由法官判斷。

現在的法治國家，規定比較詳細的民商法體系，要求當事人、法官、全國的國民都遵守。這樣就可以讓全國的國民預測他的生活未來，例如開快車撞傷人可能要負損害賠償責任。大家都可以預測到他的生活，社會才能在一個法律的規範之下過得很安定。此外，又制定程序法，其中一個就是民事訴訟法，當訴訟的時候，要求法官審判須遵守一定的法律規定作成裁判。法官不可以作恣意的裁判，應該遵守民訴法的規定下本案判決。這樣才符合法治國家的要求。本課程就是要去學習民訴法有那些規定或原理、原則，是要求法官在下本案判決以前，本案審理時所要遵守的。那麼訴訟法和實體法之間有什麼重大不同？

(二)實體法的規制對象具有多樣性，而訴訟法則以單一的審判程序為其規制對象

實體法有一個特徵，其所規制（處理）的對象是具有多樣性的，而訴訟法所要規制的對象是以單一的審判程序（有關本案判決的程序）作為對象。實體法以民法為例，有民法總則篇、債篇、物權篇、親屬篇、繼承篇，包羅很廣。買車子時何時取得所有權、或建造房屋時所有權屬誰？判斷這些問題時不需要去研究婚姻成立的要件是什麼、繼承何時發生。要去處理誰取得物權的實體法，通常與親屬篇的規定沒有必然的關係。要去了解債的契約何時成立，與親屬篇怎麼規定通常也沒有關係。所以實體法所規制的對象有多樣性，很多實體法規制的對象互相之間不必然發生關連性。因此，當研習實體法時，通常可以用累積的方法獲得。今年都研習債篇，不理親屬篇及物權篇，對學習沒有重大的妨礙，因為它每一部分往往是個別獨立的規定。由此可知，民法法典的體系也左右作學問的體系。例如，有人對親屬篇很有研究，但對債篇卻可能不懂。

但是，程序法所規制、處理的對象是單一的審判程序，因此只有了解民訴法的一部分規定，還不能夠了解整個問題的全貌。舉例來說，〔設例一〕甲與乙發生紛爭，甲說：乙對他有加害行為，甲與乙的車子在民國九十九年八月三十一日於台大法律學院門口相撞，乙是有故意或過失的，應該賠償甲八十萬元。這是涉及民法債篇的問題，只要將民法第一八四條的規定研究透徹，大概問題就可獲解決，通常不需要了解將來當事人死亡時怎麼繼承。可是，在民訴法上，

只講第一條到三一條之三有關管轄的規定，或說車子相撞於辛亥路台大法律學院門口，依第十五條第一項規定：侵權行為地之法院有管轄權，所以由台北地方法院管轄云云。問題解決了沒有？甲到台北地方法院，向法官說：「我的車子被撞到」，法官說：「你照民訴法第二四四條第一項提出起訴狀，依第一款要寫原告、被告。」原告甲說：「我不曉得被告是誰，因為乙撞我時，我沒有問他名字。」第二四四條和第十五條差那麼遠，沒有同時了解第二四四條也就沒有辦法得到本案判決。為什麼要有第二四四條第一項的規定？如果該項未規定要寫明原告、被告，將來東西掉了，全國人民都去找法官，要求法官找出小偷是誰，法官說大家都這樣的話，你們每個月薪水八萬元繳稅捐七萬元好了。幾萬名的法官包括偵探社的工作都要作，有此可能嗎？所以要了解為什麼第二四四條第一項第一款規定起訴狀要寫明原告、被告（當事人）是誰。第二款規定要寫明訴訟標的是什麼。什麼是訴訟標的？民訴法沒有一個條文定明什麼是訴訟標的。有的學者說是應依新訴訟標的理論，有的說是應依舊訴訟標的理論。德國、日本向來有新訴訟標的理論及舊訴訟標的理論，兩者爭論的很激烈。在幾年前本人批評德國、日本爭論六十年以上的兩種學說都有問題，提倡我國的理論是「訴訟標的相對論」，第二四四條第一項第二款的訴訟標的應該照本人所講的標準來決定才合乎人性的尊嚴。將來說不定會又提出另一個學說。第二四四條第一項規定：「起訴，應以訴狀表明下列各款事項」，既是應該，如果沒有表明，而只是記載：「原告李大同，被告請法官查明」，法官就限定原告於一定期間內查出其認為被誰撞傷，如查不出來，縱然原告在實體法上有損害賠償請求權，也不可以利用訴訟制度（第二四九條第一項第六款）。那麼原告要怎麼辦？回家蓋棉被哭？為此，也要了解第二四四條第一項第二款為什麼這樣規定？

現在跳到第二七七條，該條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」李大同當原告寫被告為王小異，主張訴訟標的為民法第一八四條所規定的損害賠償請求權。法官就問王小異：「李大同要你賠他五萬元，怎樣？」王小異說：「台大法律學院在哪我都沒去過，怎麼會撞傷他？」法官說：「李大同你主張被告王小異加害於你，依照民訴法第二七七條規定你要舉證。」李大同說：「我怎麼舉證！我事先沒有準備照相機，就被撞斷大腿了。怎麼還要舉證才可以賠償，這算什麼國家！」法官說：「且慢！如果你不證明王小異有加

害於你，那麼王永慶的財產就會被搬光。誰沒有錢就將王永慶列為被告，法官都判他敗訴，他的錢沒有多久就被搬光了，那還算什麼法治國家？所以第二七七條也有它的道理。你說有損害賠償請求權，就要證明被告王小異有該當於民法第一八四條所定侵權行為的要件事實存在。」最後法官判決原告敗訴，因其未舉證被告有何故意或過失，判決確定就發生既判力（第四〇〇條第一項），等於宣示原告對被告永遠沒有損害賠償請求權可主張。

後來，李大同又起訴主張債務不履行的損害賠償請求權，被告就說：「我一天到晚挨告，我就不能生活了！請法官判他敗訴，因為已經發生既判力。」原告說：「我原先告的是侵權行為的損害賠償請求權，還沒有主張過債務不履行的損害賠償請求權，這是不同的請求權。」到底前訴訟判斷李大同的侵權行為損害賠償請求權不存在的本案判決的既判力有無及於後訴訟？後訴訟是主張債務不履行的損害賠償請求權，將其當成第二四四條第一項第二款的訴訟標的。訴訟標的簡單的講是「請求法官進行本案審理而下本案判決的對象即審判對象」。侵權行為的損害賠償請求權與債務不履行的損害賠償請求權，兩者的構成要件事實有相當不同，前者要證明有故意或過失，後者則不必證明；還有消滅時效期間不同，前者是短期的，後者則是長期的。主張兩個不同的請求權，法官需要審理的要件就不一樣，影響當然重大。如果被告主張短期消滅時效，因原告主張侵權行為的損害賠償請求權，其請求權於可行使後三年才提起訴訟，就可能遭到敗訴的判決，因為罹於民法第一九七條短期的消滅時效。如果原告主張債務不履行的損害賠償請求權，前訴訟就侵權行為的損害賠償請求權所下的本案判決，其判決效力是否及於後訴訟？如果受效力所及的話，就要引用第四〇〇條，然後引用第二四九條第一項第七款「其訴訟標的為確定判決之效力所及者」，不可再提起訴訟，法院會以裁定加以駁回。因此，要解決這個問題，從訴訟法的角度來看，比民法複雜多了。關於民法，只要把第一八四條的要件曉諭當事人，就大概知道有無損害賠償請求權，但是在民訴法，從第一條到第十五條的管轄、到第一九九條之一第一項及第二四四條第一項第二款所定提起訴訟要如何表明、特定訴訟標的，又到第四〇〇條所定判決效力的範圍如何判斷，然後回到第二四九條第一項第七款不可就同一訴訟標的又提起後訴訟等等，就牽涉好幾個條文的規定。這些條文的規定都是要規制單一的判決程序，也就是

要判定甲對乙可不可以請求五萬元這個紛爭。這些條文的規定都與這個同一紛爭能得到怎樣的本案判決有關，所以想了解民訴法須就有關同一紛爭或訴訟事件的相關各規定作整體的了解。

如果原告不是李大同，而是木柵動物園跑出來旁聽民訴法課的猩猩自稱邱壯壯，也懂得腿被撞斷了可以提出訴訟，起訴狀寫原告邱壯壯來自木柵動物園，其可以當原告嗎？外國人在台灣挨打受傷，可以當原告嗎？這些涉及怎樣才是當事人？將來動物可不可以當原告？應該如何處理？民訴法規制單一的判決程序，因此要作整體的了解，只有讀管轄的規定，沒有辦法處理這些問題。這是與民法非常不同的地方。

實體法可以用累積的方式學習，程序法就必須作整體的了解。帶各位進入程序法的世界，也就是喚起同學儘可能擺脫僅受向來所學民法、商法這些實體法的研究方法所糾纏，而也要留意到訴訟法的研究、學習具有相當大的不同。如上所述，實體法的學習與訴訟法的學習有重大不同，實體法可以採用累積的方式，累積的越多就越有學問，不一定前後連貫來學。在讀物權法上時效取得的要件時，民法第七六八、七六九條都有規定，這時候不需要去了解親屬法所規定訂婚的要件是什麼，也不需要去了解繼承的問題，只要去判斷時效取得的要件就可以；或者，要看有沒有取得損害賠償請求權，只要判斷民法第一八四條的要件具備與否，就可以解決這個實體法上權利存在不存在，即損害賠償債權發生與否的問題。所以你今年學習民法債篇，等五年後再學習親屬法也沒有關係，可以分段學習，累積多少就算多少。因為實體法規制的對象有多樣性，包含各種各樣，債權、物權、親屬、繼承等等。

可是，民訴法所規制的對象是單一的審判程序，為了就同一紛爭事件達到本案判決作成的目的。原告為了獲得本案判決就提起訴訟，從法院的角度來看，法院為了使原告、被告等當事人能夠得到本案判決，就要作本案審理。要怎樣作本案審理、作成本案判決，就要規定一系列的程序。上面提到的，從第一條到第三一條是有關管轄的規定，然後第四十條是有關當事人能力的規定，第二七七條是有關舉證責任的規定，第四〇〇條是有關判決效力的規定，還有第二四九條第一項第七款是有關當事人對已經判決發生既判力的訴訟標的又要起訴時如何以裁定予以駁回的規定。這些條文就同一事件的審理都各有作用、功能，

需要融會貫通。

法官為了達到本案判決的目的，就要判斷兩造所爭執的系爭實體法上權利義務存在不存在，例如為了判斷損害賠償請求權存否，就要審理、判斷到底該當於民法第一八四條所定發生損害賠償請求權的要件具備不具備。所以，判斷該當於系爭損害賠償請求權要件存在不存在的審理，就是本案審理。為規範本案審理如何審理，例如，法官可不可以對被告說，我們上陽明山，一邊爬山一邊審判？法官開庭的時候，可不可以說原告可以講話，被告不可辯論？都要有一定的規定！這就是訴訟法。訴訟法原則上是在規範法官、當事人以及訴訟關係人的訴訟活動。例如證人作證以前要具結或宣誓，如講假話，就須接受刑法第一六八條偽證罪的處罰。也就是，民訴法是規律、規範有關達到本案判決所需一系列法院、當事人以及關係人所為活動的法律。正因為民訴法規律與本案審理、本案判決有關的法院、當事人以及訴訟關係人的一系列活動，而規定依照什麼程序進行，所以，訴訟法的學習就要整體了解，只有了解損害賠償請求的訴訟要向哪一個法院起訴是不夠的，還要了解最後得到本案判決的效力到底是僅及於侵權行為的損害賠償請求權而已，或者也及於債務不履行的損害賠償請求權？前面所舉案例是兩部車相撞，不會發生債務不履行的損害賠償請求權。但是，案例如改成：甲買公車票上公車，乙司機將公車開到崎嶇不平的道路上或有其他不謹慎開車的情形，結果與其他車碰撞，則因買公車票上公車，成立債的契約而有債務履行的問題，也會發生債務不履行的損害賠償請求權。例如公車司機開快車，或開車沒有兩眼平視，轉眼亂看，結果發生碰撞，車上的乘客手斷了，除可能構成侵權行為的損害賠償請求權外，也可能構成債務不履行的損害賠償請求權。這時有請求權競合的可能，情況就不一樣（參照民訴法第一九九條之一第一項）。另外，要了解訴訟上的原告資格，例如木柵動物園的猩猩邱壯壯跑出來玩被撞傷，牠列原告為『邱壯壯』，住台北市木柵動物園，牠能不能當原告？要看民訴法第四十條。又如只有十六歲的人，可以當原告而獨自進行訴訟嗎？或須二十歲以上才可以自己進行訴訟，不需要法定代理人代理？這些涉及同法第四五條以下的規定。判決以前要調查什麼證據？同法第二七七條以下有規定。然後判決下來，判決的效力要及於哪些實體法上請求權？又牽涉到第四〇〇條的問題。所以要了解訴訟法，只有了解管轄的規定是不足的，另