

析 研 題 問

民 事 訴 訟 法

(二)

著 原 華 建 楊
訂 增 弘 心 陳

中 華 民 國 九 十 九 年 十 月 印 行

析 研 題 問

民 事 訴 訟 法

(二)

著 原 華 建 楊
訂 增 弘 心 陳

中 華 民 國 九 十 九 年 十 月 印 行

中華民國十九年十月出版

問題
研析

民事訴訟法(二)

定價新臺幣陸佰元整

(著者不自銷售)

發行人：洪

惠

慈

總經銷：三民書局有限公司

地址：臺北市重慶南路一段六一號

郵政劃撥帳戶〇〇〇九九九八—五號

印刷者：汎宇印刷設計有限公司

台北縣中和市永和路三三三巷一三號五樓

電話：(〇二)二二二六—七六一七

有 著 作 權

體例

楊老師原著「問題研析——民事訴訟法」，源起於民國七十年初發表於司法週刊上，是依問題發現之先後為文，十餘年間四百多篇，期間引述學說理論、實務見解、外國法例等浩瀚無邊；若僅處理增補修正之條文，難免影響整篇文章之佈局結構，稍加說明當屬必要，但若深入詳述，則恐影響老師原意，茲事體大。

因此，設若所討論的問題，因為法令修正的結果而解決，則該篇章原則上不另修正，僅作為訴訟法理之參考；若所討論之篇章，僅有部分的內容因修正的結果而告釐清，則僅該部份之內容敘明修法之影響，而盡量保持老師文章之原意。此外，和民事訴訟法相關之實體法如民法、商法，程序法如強制執行法或非訟事件法，近十餘年來多有修正，對民事訴訟之問題容有或多或少之影響，也援引上開處理之模式比照辦理。法律與時俱進，實務問題也是因應當時之法制規範結構而生，在未必一致的法規範基礎下，問題解決自當有更多元的思考。而且老師所引述之書籍文章多屬年代深遠，有些已修正，有些則無；而就注釋而言，為求完整表達老師之原意，盡量維持原狀，部分民事訴訟法學者之相關著作如經修正，如吳明軒先生、姚瑞光先生、陳計男先生等，都盡量查考渠等修正後相關意見供參。外國立法例除德國法、日本法之外，較難全面逐一追索查考，修正之幅度難免受制，特將老師原著發表之時間，附於各該篇章之末，以供讀者自行了解原文。

之背景時空。各自篇章中難免有參考本書其他篇章之內容者，均於注釋中載明重編後之總號次及篇名，對照本書逐頁側緣，即得快速查考，均此敘明。

相關注釋所以引用有關民事訴訟法之書籍，概以簡稱代之，以節篇幅。敬請自行參酌，如：

石師志泉著民事訴訟法釋義（簡稱石著）。

余覺先生著民事訴訟法（簡稱余著）。

吳明軒先生著中國民事訴訟法（簡稱吳著）。

姚瑞光先生著民事訴訟法論（簡稱姚著）。

陳計男先生著民事訴訟法（簡稱陳著）。

黃亮、黃棟培先生合著民事訴訟法釋論（簡稱黃著）。

曹偉修先生著民事訴訟法釋論（簡稱曹著）。

張學堯先生著中國民事訴訟法論（簡稱張著）。

駱永家先生著民事訴訟法（簡稱駱著）。

蔡章麟先生著民事訴訟法（簡稱蔡著）。

王甲乙、楊建華、鄭健才合著民事訴訟法新論（簡稱合著）。

楊建華著、鄭傑夫增訂民事訴訟法要論（簡稱楊著）。

問題 研析 民事訴訟法(二) 目錄

第四節 訴訟程序之停止

玖玖、訴訟繫屬中當事人死亡及於訴訟程序之影響	五七七
壹零零、裁判送達後訴訟程序之當然停止	五八三
壹零壹、訴訟程序之一部停止	五九〇
壹零貳、以法律關係應由法院以外之機關確定為裁定停止之原因	五九五
壹零參、刑事訴訟之裁判牽涉民事訴訟裁判之裁定停止	六〇二
壹零肆、明示合意停止行為之性質、方式與時期	六〇八
壹零伍、擬制的合意停止訴訟程序	六一四
壹零陸、合意停止與共同訴訟	六二〇
壹零柒、合意停止與客觀訴之合併	六二六
壹零捌、合意停止之效力	六三三

第五節 言詞辯論

壹零玖、訴訟標的於言詞辯論時之陳述	六四〇
-------------------	-----

壹壹零、適當行使闡明權探求當事人真意以補救訴訟標的傳統理論之缺失……………六四五

壹壹壹、命分別辯論……………六五二

壹壹貳、命合併辯論……………六五七

壹壹參、命限制辯論……………六六六

壹壹肆、民事訴訟法上之法院、審判長、陪席法官、受命法官……………六七二

第六節 裁判

壹壹伍、判決書不合法定程式之效力……………六七八

壹壹陸、可分之債判決主文之記載……………六八五

壹壹柒、連帶之債判決主文之記載……………六九〇

壹壹捌、不可分之債判決主文之記載……………六九四

壹壹玖、不真正連帶債務判決主文之記載……………六九七

壹貳零、判決正本誤載上訴有關事項之處理……………七〇三

壹貳壹、公告或以明信片郵告裁判主文在法律上之效力……………七〇九

壹貳貳、判決之更正與判決之補充不可相互爲用……………七一五

壹貳參、上級法院就訴訟標的之一部漏未裁判未聲請補充判決之效果……………七二〇

壹貳肆、訴之要素相互間之關連性與補充判決……………七二六

壹貳伍、當事人之一部裁判有脫漏時之補充判決·····	七三二
壹貳陸、客觀訴之合併裁判有脫漏時之補充判決·····	七三八
壹貳柒、假執行、訴訟費用之補充判決·····	七四九

第二編 第一審程序

第一節 起訴

壹貳捌、訴訟標的在訴狀上之表明·····	七五八
壹貳玖、訴訟標的與起訴之原因事實·····	七六三
壹叁零、欠缺訴訟成立要件之裁定與「訴訟判決」·····	七六八
壹叁壹、不屬行政法院權限又非普通法院權限而向普通法院起訴時之裁判·····	七七三
壹叁貳、地政機關之調處對於民事訴訟之影響·····	七七八
壹叁叁、「職權調查」與「職權調查證據」·····	七八六
壹叁肆、撤銷公司股東會決議之訴，是否爲非財產權之訴訟·····	七九二
壹叁伍、債權人代位起訴之訴訟標的·····	七九六
壹叁陸、各審級之訴訟繫屬·····	八〇二
壹叁柒、訴訟繫屬與訴訟標的價額之恆定·····	八〇七

壹叁捌、當事人不適格或無保護之必要與訴權學說	八一二
壹叁玖、當事人適格與管理權、處分權	八一八
壹肆零、當事人不適格與爲訴訟標的法律關係存否之判斷	八二二
壹肆壹、撤銷股份有限公司股東會決議之訴之原告	八二七
壹肆貳、股份有限公司解任董事或監察人之訴之原告	八三八
壹肆叁、股份有限公司解任董事或監察人之訴之被告	八五〇
壹肆肆、股東代位公司對董事或監察人起訴之原告	八五六
壹肆伍、股東代位公司對董事或監察人起訴關於訴訟之進行	八六二
壹肆陸、股東請求董事會停止其違法行爲之訴之性質與當事人適格	八六八
壹肆柒、關係企業之從屬公司請求控制公司賠償損害之訴之原告	八七四
壹肆捌、關係企業之從屬公司請求控制公司賠償損害之訴之被告	八七八
壹肆玖、宣告財團法人董事行爲無效之訴之當事人適格	八八二
壹伍零、將來給付之訴	八八八
壹伍壹、請求計算及因該法律關係應爲給付之訴之合併	八九六
壹伍貳、確認法律關係「成立或不成立」與「存在或不存在」應如何區分	九〇二
壹伍叁、股東會決議無效得否爲確認之訴之對象(客體)	九〇九

壹伍肆、親屬會議不成立或無效得否提起確認之訴……………九一六

壹伍伍、即受確認判決之法律上利益與訴訟標的之捨棄或認諾……………九二二

壹伍陸、爲形成之訴訟標的之形成權……………九二八

壹伍陸之壹、否認子女之訴應爲形成之訴……………九三三

壹伍柒、確定不動產經界之訴……………九三九

壹伍捌、親屬會議決議撤銷之訴……………九四二

壹伍玖、職業團體社（會）員大會之決議違法，得否提起撤銷之形成之訴……………九五〇

壹陸零、違約金之核減得否提起形成之訴……………九五七

壹陸壹、代位訴訟繫屬中債務人得否自行起訴……………九六四

壹陸貳、以不同原因事實提起撤銷股份有限公司股東會決議之訴……………九七〇

壹陸參、當事人恆定與實體法上權利之移轉……………九七六

壹陸肆、當事人恆定與原當事人之處分權……………九八〇

壹陸伍、受移轉訴訟標的之第三人承當訴訟……………九九〇

壹陸陸、客觀訴之合併之型態……………九九六

壹陸柒、重疊訴之合併？選擇訴之合併？……………一〇〇一

壹陸捌、重疊訴之合併之類型與裁判……………一〇一二

壹陸玖、競合(重疊)訴之合併之裁判	一〇一八
壹柒零、預備訴之合併起訴不合法時之裁判	一〇二三
壹柒壹、預備訴之合併因起訴不合法裁定駁回提起抗告時之處理	一〇二八
壹柒貳、預備訴之合併先位之訴一部無理由時之裁判	一〇三三
壹柒叁、預備訴之合併之第二審上訴 (一)	一〇三八
壹柒肆、預備訴之合併之第二審上訴 (二)	一〇四四
壹柒伍、預備訴之合併之第三審上訴(上)——第一審認先後位之訴均無理由時——	一〇四九
壹柒陸、預備訴之合併之第三審上訴(中)——第一審認先位之訴有理由時——	一〇五四
壹柒柒、預備訴之合併之第三審上訴(下)——第一審認後位之訴有理由時——	一〇五九
壹柒捌、類似的預備訴之合併(不真正預備訴之合併)	一〇六四
壹柒玖、類似預備的訴之合併(不真正預備合併)之裁判與上訴	一〇七〇
壹捌零、代償請求爲何類客觀訴之合併?	一〇七六
壹捌壹、客觀選擇訴之合併	一〇八二
壹捌貳、客觀選擇訴之合併第三審之上訴	一〇八七
壹捌叁、單純訴之合併與他種類型客觀訴之合併之混合	一〇九一
壹捌肆、當事人之變更或追加與訴之變更或追加	一〇九六

壹捌伍、減縮應受判決事項之聲明與訴之一部撤回·····	一一〇二
壹捌陸、訴經變更後原訴發生撤回之效力·····	一一〇八
壹捌柒、訴之變更與訴訟標的之捨棄·····	一一一四
壹捌捌、訴之變更、追加經裁定駁回，抗告法院認抗告有理由時之處理·····	一一一八
壹捌玖、對於反訴之反訴·····	一二二四
壹玖零、對於離婚本訴提起離婚之反訴·····	一二二七
壹玖壹、離婚本訴與離婚反訴之審理與裁判·····	一二三三
壹玖貳、離婚本訴與離婚反訴第一審判決之上訴與確定·····	一二三七
壹玖參、離婚本訴與離婚反訴第二審判決之上訴與確定·····	一二四〇
壹玖肆、駁回反訴裁定經抗告時之處理·····	一二四四
壹玖伍、言詞撤回起訴被告當場不表示同意與否時之處理·····	一二五〇
壹玖陸、附條件或期限撤回起訴之效力·····	一二五四
壹玖柒、本案終局判決後撤回起訴再行起訴之限制·····	一二五九
壹玖捌、視為撤回其訴或上訴有爭執時之裁判·····	一二六六
壹玖玖、共同訴訟之撤回起訴·····	一二七一

第二節 言詞辯論之準備

貳零零、準備程序失權之效果·····	一一七六
--------------------	------

玖玖、訴訟繫屬中當事人死亡及於訴訟程序之影響

問題

訴訟繫屬中當事人死亡，是否概應於依法承受訴訟後始得進行其訴訟程序？

一、當事人死亡與當事人自始不存在係屬兩事

有權利能力者，有當事人能力。人之權利能力，始於出生，終於死亡。惟胎兒關於其可享受之利益，有當事人能力（四〇I II、民六）。在自然人之當事人能力，既以有「出生」、「死亡」或「胎兒」之事實爲必要，無此事實，則非當事人能力問題，而爲當事人不存在。當事人不存在，乃因自始無此權利主體。例如實無其人，而以其名義起訴或被訴，或並未懷孕，而以胎兒名義起訴，則爲當事人不存在，當事人能力欠缺與當事人不存在，雖均爲起訴程序不合法，應以裁定駁回原告之訴，但兩者在法律上觀念有別，實務上前者應依民事訴訟法第二百四十九條第一項第三款駁回原告之訴，後者則應依同條項第六款裁定駁回原告之訴。

自然人之姓名依姓名條例之規定，應使用戶籍記載之本名，惟自然人除本名以外，或有筆名、藝名、別號等作爲其符號，於爲實體上法律行爲時，亦有以非戶籍上之本名行之者，如因該法

律行爲發生爭執時，實務上亦有以非戶籍上之本名起訴者，此種情形，當事人既實有其人，自非當事人不存在，僅爲表示當事人之符號不同，法院應於行使闡明權後，同時表明其本名（本書拾柒、當事人之認定），如藝名曉雲，本名張秋華，即在當事人欄表明「張秋華即曉雲」。如法院疏未查明，仍對「曉雲」爲判決，其判決對張秋華仍生確定私權之效力。於有爭執時，得視情形提起消極確認之訴，或於債權人聲請強制執行程序中，就對張秋華是否有執行名義，依強制執行法第十二條聲明異議程序解決之（註一）。

二、當事人死亡因訴訟程序進行階段之不同，而有相異之處理程序

(一)起訴前死亡者 當事人能力爲起訴程序之合法要件，法院應依職權調查，如起訴時當事人已死亡者，爲當事人能力之欠缺，依其性質乃屬無從補正之事項，法院應依民事訴訟法第二百四十九條第一項第三款以裁定駁回原告之訴。惟在法院未依上述規定裁定駁回原告之訴前，且尙未將訴狀繕本送達於被告，而將已死亡之當事人變更爲生存之當事人者（例如變更爲其繼承人），乃爲訴之變更，依民事訴訟法第二百五十五條第一項前段規定，應爲法之所許，縱在訴狀繕本送達後，如經被告同意或不甚礙被告之防禦及訴訟之終結前，依上開法條後段之規定，亦得許爲訴之變更，而不再以裁定駁回原告之訴，以符訴訟經濟之原則。

(二)起訴後言詞辯論終結前死亡者 當事人能力非僅爲起訴之程序要件，於訴訟程序進行中隨時應依職權調查之，當事人如於訴訟程序進行中死亡，依民事訴訟法第一百六十八條規定，其訴

訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前，訴訟程序當然停止。惟依法律關係之性質，無從承受或無人承受時，則或視為當然終結，或應以當事人能力欠缺，裁定駁回原告之訴，前者如人事訴訟程序中夫妻同居之訴等情形（五〇八、五八八、五九六、六一四、六二四III），後者如請求某演員為拍攝某影片之行爲，特別注重個人因素者。雖有認為在無從承受或無人承受時，概應解爲訴訟當然終結，無庸以裁定駁回者（註二），惟上述除人事訴訟程序法律有特別規定外，訴訟終結與否應使他造當事人有知悉之機會，或於他造當事人有爭執時，有依抗告程序聲明不服之機會，故爲駁回訴訟之裁定，應仍有其必要性。尤其在已上訴至上級法院，已有下級審實體上之判決存在，上級法院若不以裁判表示係因當事人能力欠缺從程序上駁回原告之訴，則下級審判決是否存在？或係仍在未確定之狀態？於下級審有假執行之宣告時，其假執行部分之裁判，是否當然失效，更難以解決，若上級審法院以裁判表示係從程序上駁回原告之訴，則下級審判決已不存在，在實務處理上較爲明確。

訴訟代理權不因本人死亡而消滅（七三），當事人死亡委任有訴訟代理人者，其訴訟程序固僅得裁定停止，而不當然停止（一七三），惟依法律關係之性質，訴訟程序無從承受，或無人可承受時，訴訟進行已無實益，縱有訴訟代理人，仍應依法終結其訴訟，或從程序上駁回原告之訴。

（三）言詞辯論終結後，宣示判決前死亡者 依民事訴訟法第一百八十八條第一項但書規定，訴訟程序雖有當然停止之原因，但因當事人死亡而當然停止者，本於其辯論之裁判得宣示之。惟既

係「得」宣示，法院仍應斟酌情形決定應否宣示，例如該訴訟因當事人死亡而應當然終結，或為訴訟標的之性質，無從由他人承受者，自不得予以宣示。如係不得上訴之判決，因此宣示即生判決確定之效力，與應承受該為訴訟標的之法律關係之人，影響重大，依本文意見，法院宜再開言詞辯論，而於合法承受訴訟後，再對承受訴訟之人為辯論裁判，兼顧承受訴訟人程序上之利益，以不逕行宣示判決為妥。上述再開辯論之裁定，應解為不受民事訴訟法第一百八十八條前段之限制。

(四)宣示判決後，送達判決正本前死亡者 法院宣示判決後，法院書記官本應作成判決正本送達當事人，於得上訴之判決，即起算上訴期間，但因訴訟程序當然停止間，法院及當事人均不得為本案之訴訟行為，除有訴訟代理人外，在未承受訴訟前，應不得送達判決正本，因當然停止係全部程序停止，故此項不得送達應解為包括他造當事人在內。惟不得上訴之判決，已因宣示而判決確定，應得對未死亡之當事人為送達，已死亡之當事人仍於合法承受訴訟後再為送達。

(五)送達判決正本後死亡者 判決正本送達後，受不利判決之當事人之上訴期間本應開始起算，但依民事訴訟法第一百八十八條第二項規定，訴訟程序當然停止者，期間停止進行，自停止終竣時起更始進行。故判決正本送達後當事人死亡者，應自有合法承受訴訟時起，重新起算其上訴期間，不得將停止前已進行之期間與承受訴訟後之期間合併計算。此在死亡當事人之承受訴訟，固應如此，他造當事人之上訴期間是否亦應更始進行，依本文見解，訴訟程序當然停止，既為全