

民事訴訟法

通常訴訟程序(上)

李淑明 著

元照出版公司

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

PHYSICS 354

PROBLEM SET 1

WINTER 2004

改版序

～謝 辭～

首先，真心的感謝讀者們一直以來的支持，尤其是對這本小書的肯定。這本小書自問世以來，短短半年內即可推出新版，對筆者來說，意義重大！

法律，尤其是民事法，該怎麼學，才能學到～好像武林高手一樣，不管是多麼亂糟糟又糾葛難解的法律問題，總能在談笑間，雲淡風輕地把那個藏得極深的死結打開呢？這的確是只有極少數的法律人才能達到的境界，可越是困難、越是個值得挑戰的目標，不是嗎？

民事訴訟法，是讓許多法律人第一次踢到鐵板、垂頭喪氣的科目。究竟是什麼原因讓法律人這麼受挫折呢？民事訴訟法真有這麼難懂、難學嗎？老實說，和令人捉摸不定的民法比起來，民事訴訟法的爭議型態較為固定、思考模式也來得單純許多，實在不應該讓這麼多法律人，總在遇到民事訴訟法時栽了個大跟斗才是。您看到這兒，可能又要搖頭嘆氣，以為筆者不知道您心裏的苦！非也！非也！筆者也是過來人，也是個總在不斷思考改進學習方法、總在設法突破盲點的法律人，所以，就算您嘴上不說，還是可以感同身受的了解您的沮喪。

其實，法律的學習方式，大同中只有小異之處。之所以拿到一則實例問題不知該從何下手，全是因為不知爭點為何（說得白話一點，也就是不知道題目究竟在問什麼）的緣故；之所以學了半天，還是沒辦法一眼看出爭點何在，這得怪坊間教科書的內容全在學說爭議裏打轉；轉了半天，除了看到那幾個專有名詞用不同的順序重

新排列組合外，實在看不出其他名堂。於是，當民事訴訟法的學習總走不出抽象的理論框架時，要想找出一則實務問題的爭點，並且知道用哪一個或哪些理論解開這個死結，當然是難上加難。

於是，在寫完一整套民法教科書後，筆者有了撰寫民事訴訟法的念頭。

該怎麼個寫法呢？這是筆者首先面臨的考驗，如果只是把民事訴訟法的理論，以淺顯易懂的文字重新敘述一遍，對於找不到學習方向的法律人來說，幫助有限。大多數法律人的單門，倒不是看不懂這些抽象的理論，而是不知該如何將抽象的理論運用到實務案例；各位所面臨的困難，其實和民法沒有太大的不一樣。而民法的學習方法，拜王澤鑑老師引進案例式學習法之賜，這麼多年來，以案例為導向的學習方法早已經是那麼的理所當然；儘管民事訴訟法是公法、程序法，和民法不盡相同，可談到學習方法，大可不必如此大小眼地差別待遇。於是，筆者開始動筆寫下心目中最理想的那一套民事訴訟法教科書！

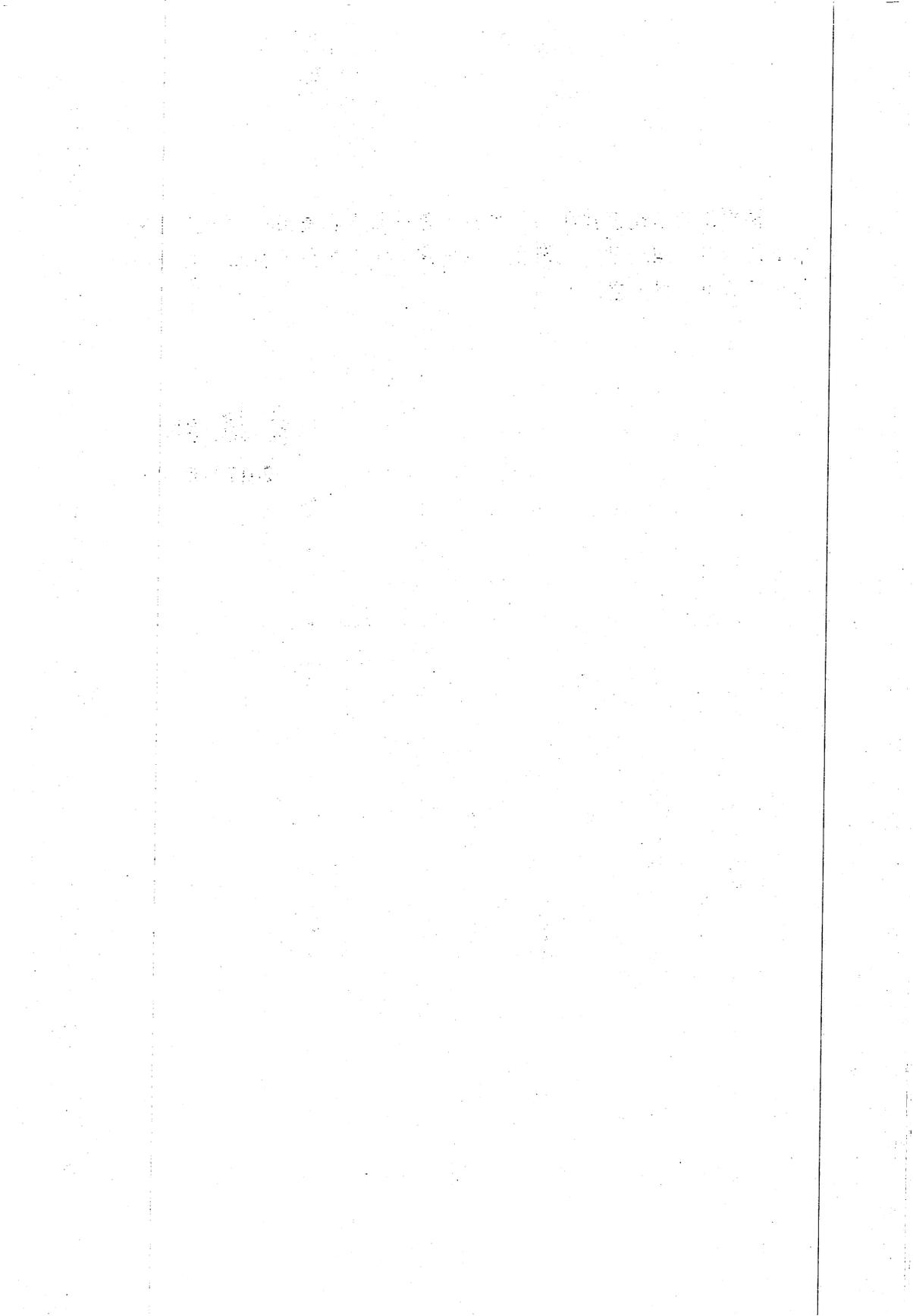
自從這本小書，還有她的姐妹作～民事訴訟法—通常訴訟程序（下）問世後，讀者們以銷售數字給予筆者直接又熱情的迴響，除了讓筆者好生感動之外，更重要的是～您的肯定傳達了最直接的訊息，告訴筆者，我的學習方法是對的！這本小書的解說方式，是有幫助的！這套叢書的撰寫方式，是值得繼續努力的！這一刻的心情是感恩的，感謝上天讓我透過文字，找到許多知音、一同努力求知求真的知音。

這次改版的重點，除了更正上一版的誤寫、誤繕之外，同時還補充了最新公布的105年國家考試題目。儘管參加及通過國家考試，不是學習法律的目的，但終究是多數法律人無可避免的宿命，因而在讀完每個章節之後，透過【全真考題】驗收學習成果，未嘗不是個實用的學習方法。

再次謝謝您這麼些年來的支持。儘管筆者已盡最大的努力精進本書的內容，但仍然謬誤難免，期待您來信不吝給予指正，更期待您繼續給予支持，謝謝！

李淑明

2017年元月



序 言

～新的挑戰的開始～

還記得第一次穿著律師袍，單槍匹馬的上陣，第一次站在訴訟代理人的位置，有些手足無措，第一次高聲地說出訴之聲明時的激動、欣喜、不安……，那一刻心裡糾結的情緒，何止是「五味」雜陳而已。

唯有等到真正從事實務工作，才知道～民事訴訟法這些看似教條式又毫無生命力的法文字，究竟是什麼意思、該如何運用、有何重要性。不懂得訴訟實務、不知如何擬定完整的訴訟策略，所有實體法的知識，真的都只是「紙上談兵」。

於是，筆者在寫了一整套民法教科書之後，開始有了撰寫民事訴訟法教科書的想法。

這絕對不是「忽發奇想」的偶然之作。除了因為之前的實務經驗帶來的啟發之外，讓筆者有了更強動力的原因是～國考趨勢的改變。民法與民事訴訟法綜合題，一個值得極力肯定的考試方向，提醒著法律人在學習過程中，應時時不忘將實體與程序結合，以求融會貫通。

但翻遍坊間教科書，能將民法概念真正融入民事訴訟法裡，以真實又有深度的案例，解說民事訴訟程序規範的教科書並不多見；再加上民事訴訟法大約是所有法科裡，歧見最大的學科，從民事訴訟之目的、本質開始，學者們即已不同調，更別說其他更為技術性的法律爭議，那簡直就是～所有法律人的夢魘。單單是民事訴訟法的爭議問題，就已經搞不定了，再把民法問題加進來，恐怕各位還沒有和「融會貫通」沾上一點邊之前，就已經棄械投降了。

那麼，該如何寫一本民事訴訟法教科書，既能清楚說明民事訴訟法的基本概念、又能完整囊括百家爭鳴的學說見解、還要能與民法相互呼應……這～是不是有些太貪心了呢？也因為這個貪心的目標，讓筆者單單為了構思架構、寫作風格、案例呈現方式，花了整整一年的時間，一改再改，直到找出方向後，這才正式動筆。希望您在看過這本小書之後，再回顧檢視一下這篇序文，會以肯定的語氣告訴筆者：以上看似不可能的目標，這本小書都做到囉！

這本小書有以下的幾個特點，是筆者希望在您閱讀本書之前，先偷偷告訴您，提醒您注意的，因為啊～這些設計和撰寫方式的巧思，可以幫助您以最輕鬆的方式學習民事訴訟法喔！

一、按訴訟進行流程，架構本書的體系

如果各位曾經讀過筆者另一系列的小書——民法案例研析（元照），肯定對筆者這樣的寫作方式不會感到陌生。民法的學習，不能按照條文編排順序、按章按節的，就每一個條文予以說文解字；同樣的道理也適用於民事訴訟法。

尤其是，民事訴訟法乃是程序法，學習和思考方式，怎麼能不按照訴訟程序實際進行的順序及流程，一個步驟、一個步驟，循序了解每一個階段的重要觀念、學說爭議、實務見解等？因此，筆者將通常訴訟程序分成五個階段，從起訴一直到判決確定，逐一剖析每一階段特有的議題。最後在第六階段，再來一個「大結局」！筆者選了八個您不可以不會的案例，就每一種題型，從起訴要件談到判決效力，務求您對於這八個案例有非常完整的認識。希望這樣的撰寫方式，能幫助您將零散的觀念，依時間歷程有條理的串起。

二、以近千個案例，說明民事訴訟規範的運用方式

大多數法律人學習民事訴訟法的難處，多半是不知道該如何將抽象的理論運用到實務案例；這可能是因為坊間多數教科書，太著

重於抽象理論的說明，即便穿插著若干案例研究，但例子不是太少，就是太過簡單或制式化，使得法律人在拿到國考題目或真實案例時，還是一臉的茫然，不知該從何開始思考、從哪一點著手分析。

法律的學習，永遠離不開實務的運作。因此，筆者配合民法實例問題及常見的實務案例，設計了大量的案例，用以解說：倘若原告這樣主張、那樣聲明，會產生什麼樣的訴訟法上的效果？法院如果這樣判決、那樣認定，又會帶來什麼樣的後果？有了案例解說，民事訴訟法才有生命力，才會變成一套實用的社會科學。

三、以全真考題，驗收學習成果

民事訴訟法是法律學科裡，較為進階的科目，所以，相信正在翻閱這本小書的您，都有著通過國家考試的理想。儘管筆者將本書定位為教科書，但以全真考題作為練習題，不但能驗收您的理解程度，還可以提供學習方法，讓您對於可能出現的考題，心裡有個底。全真考題的收錄，不但不會混亂本書的體例，還有上述一舉數得的好處，相信您也會喜歡的。

民事訴訟法，範圍極廣，筆者擬以四本書完整的呈現。在第一冊即將付梓之際，寫下這篇序言，為自己過去幾年努力的小小成果，留個紀念。希望這本小書，能讓您對「民事訴訟法」這個怪物，有了完全不一樣的看法；希望這本小書，能讓您知道～原來，民事訴訟法應該這樣學。

李淑明

2016年6月

1. 關於「...」...

2. 關於「...」...

3. 關於「...」...

4. 關於「...」...

5. 關於「...」...

6. 關於「...」...

7. 關於「...」...

總目錄

第一講 通常訴訟程序（上）

第一階段 準備開跑——起訴前

備戰篇——幫您作好起訴前的準備

- 第一章 向誰提起訴訟？——法院
- 第二章 由誰提起訴訟？——當事人
- 第三章 多數當事人——共同訴訟
- 第四章 其他訴訟主體
- 第五章 訴訟代理人與輔佐人

第二階段 訴訟程序開始囉！

拉開序幕——拿著地圖，為您導覽一下！

- 第一章 民事訴訟之兩大磐石
- 第二章 民事訴訟審理之客體
- 第三章 訴訟型態與訴訟標的
- 第四章 如何提起合法的訴訟？

第三階段 民事訴訟之審理

實戰篇——緊張！訴訟攻防戰開始了！

- 第一章 民事訴訟審理之基本原則
- 第二章 訴訟行爲
- 第三章 言詞辯論前之準備
- 第四章 言詞辯論程序

第一講 通常訴訟程序（下）

第三階段 民事訴訟之審理

第五章 證據調查程序

第六章 特殊訴訟型態之審理原則

第四階段 民事訴訟之變化

兵不厭詐—千奇百怪的訴訟招數

第一章 訴之合併

第二章 訴之變更追加

第三章 反 訴

第五階段 民事訴訟之終結

曲終落幕—該是揭曉勝負的時候了！

第一章 裁 判

第二章 確定判決之效力

第三章 訴訟上和解

第四章 訴之撤回

第六階段 案例綜合討論

題型1 因「合夥」而生之訴訟

題型2 因「公寓大廈管委會」而生之訴訟

題型3 一部請求（一部訴求）

題型4 代位訴訟

題型5 撤銷詐害債權之訴

題型6 因「共有」而生之訴訟

題型7 因「連帶債務」而生之訴訟

題型8 因「保證契約」而生之訴訟

目 錄

改版序

序 言

第一講 通常訴訟程序（上）

【第一階段】準備開跑——起訴前

備戰篇——幫您作好起訴前的準備

第一章 向誰提起訴訟？——法院

第一節 審判權	8
案例1	8
一、什麼是「審判權」？	8
二、普通法院vs.行政法院	9
三、普通法院vs.智慧財產法院	15
第二節 管轄權	18
案例2	18
一、管轄權vs.程序權之保障	18
二、管轄權之認定標準	21
三、Important！——共同訴訟之管轄權、訴之客觀合併 之管轄權	40
四、管轄權對訴訟程序之影響	47

第三節 法官之迴避	54
一、制度之目的與理由.....	54
二、何謂「前審」？.....	55
三、新舊法之適用疑義.....	60
四、比較整理.....	60
第二章 由誰提起訴訟？——當事人	
第一節 誰可以成為當事人？	64
案例3	64
一、當事人之確認.....	65
二、當事人能力.....	74
三、訴訟能力.....	86
第二節 誰可以成為適格當事人？	93
第三節 「另類的」當事人——訴訟擔當	94
案例4	94
一、什麼是「訴訟擔當」？.....	96
二、法定訴訟擔當.....	98
三、意定訴訟擔當——選定當事人.....	99
四、現代型紛爭之訴訟擔當.....	108
第三章 多數當事人——共同訴訟	
第一節 什麼時候可以提起共同訴訟？	119
一、何以有「共同訴訟」的設計？.....	119
二、形成共同訴訟之事由.....	121
三、若干程序上應注意事項.....	125

第二節 共同訴訟之類型	127
案例5	127
一、問題之源起——合一確定	127
二、普通共同訴訟vs.必要共同訴訟	133
三、固有必要共同訴訟vs.類似必要共同訴訟	139

第四章 其他訴訟主體

第一節 導讀——為什麼有這麼多「當事人」？	159
第二節 主參加訴訟	160
案例6	160
一、制度之緣起	161
二、構成要件與類型	162
三、主參加訴訟之審理	166
第三節 訴訟參加	169
案例7	169
一、輔助參加（從參加訴訟）	170
二、獨立的輔助參加	176
三、訴訟參加之程序	184
第四節 訴訟告知	186
一、訴訟告知的要件與程序	187
二、訴訟告知之效力	191

第五章 訴訟代理人與輔佐人

第一節 導讀——訴訟代理人與輔佐人之角色定位	193
一、訴訟代理人之類別	193
二、本章架構說明	194
第二節 訴訟代理權之取得	194
一、法定代理人	195
二、訴訟代理人	198
第三節 訴訟代理權之範圍	202
一、法定代理人	202
二、訴訟代理人	203
第四節 訴訟代理權之消滅	208
一、法定代理人	208
二、訴訟代理人	208
第五節 輔佐人	211

【第二階段】訴訟程序開始囉！

拉開序幕——拿著地圖，為您導覽一下！

第一章 民事訴訟之兩大磐石

第一節 處分權主義	219
案例8	219
一、第一層意義——訴訟程序的始終，由原告決定	220
二、第二層意義——審判對象之範圍，由原告決定	223

第二節 辯論主義	229
案例9	229
一、辯論主義與處分權主義的區別	230
二、古典辯論主義	231
三、修正辯論主義	232
四、什麼是「協同主義」？	237
五、綜合評析——談辯論主義的界限	245

第二章 民事訴訟審理之客體

第一節 法院究竟在審理什麼？	260
一、訴之三大要素——主體、客體、聲明	260
二、訴訟標的理論究竟在處理什麼問題？	262
第二節 訴訟標的理論	263
案例10	263
一、舊訴訟標的理論（權利單位型）	264
二、新訴訟標的理論（紛爭單位型）	266
三、訴訟標的相對論	272
四、新實體法說	276
五、現行民訴法採行之訴訟標的理論及實例研究	278
第三節 訴訟標的理論之影響	291
一、訴訟標的理論之四個試金石	291
二、訴訟標的理論之進階應用版	294

第三章 訴訟型態與訴訟標的

第一節 民事訴訟之型態	298
一、給付之訴vs.形成之訴vs.確認之訴	298
二、學習重點說明	299

第二節 給付之訴與訴訟標的	303
案例11	303
一、什麼是「給付之訴」？	305
二、訴之利益與當事人適格	306
三、將來給付之訴	311
四、給付訴訟判決之效力	326
第三節 形成之訴與訴訟標的	329
案例12	329
一、什麼是「形成之訴」？～兼論「訴之利益」	331
二、訴訟標的與當事人適格	334
三、形式形成訴訟之基本概念	336
四、形式形成訴訟之態樣	340
五、形成訴訟判決之效力	352
第四節 確認之訴與訴訟標的	355
案例13	355
一、什麼是「確認訴訟」？～兼論「確認利益」	357
二、確認訴訟之訴訟標的	363
三、確認訴訟之態樣	379
四、確認訴訟判決之效力	384
第四章 如何提起合法的訴訟？	
第一節 起訴之方式與要件	388
案例14	388
一、訴訟要件之類型化	389
二、訴訟要件之體系位置	391
三、訴訟要件之審查步驟	392
四、送 達	429

第二節 起訴的效果	442
案例15	442
一、訴訟繫屬	442
二、管轄恆定原則	443
三、當事人恆定原則	444
四、重複起訴禁止原則	455

【第三階段】民事訴訟之審理

實戰篇——緊張！訴訟攻防戰開始了！

第一章 民事訴訟審理之基本原則

案例16	480
第一節 當事人進行主義	481
一、意義	481
二、相對概念——職權進行主義	482
第二節 言詞審理（言詞辯論）主義	482
一、意義	482
二、相對概念——書面審理主義	483
第三節 直接與公開審理主義	484
一、直接審理主義	484
二、公開審理主義	484
第四節 集中審理主義	487
一、民事訴訟審理原則之新變革	487
二、現行民訴法所採行之「集中審理主義」	488
三、集中審理與訴訟促進義務之關聯性	490

第二章 訴訟行為

第一節 訴訟行為之概說	499
一、意義與要件	500
二、態 樣	501
第二節 訴訟契約	503
一、意義與要件	503
二、態 樣	503
三、效 力	504

第三章 言詞辯論前之準備

案例17	507
第一節 （準備）書狀先行程序	509
一、哪些訴訟得適用書狀先行程序？	509
二、書狀先行程序之目的及得為之訴訟行為	509
第二節 準備程序	511
一、哪些訴訟得適用準備程序？	511
二、準備程序之開啓	511
三、準備程序之目的及得為之訴訟行為	511
四、準備程序之終結	514
第三節 準備性言詞辯論期日	518
一、哪些訴訟得適用準備性言詞辯論期日？	518
二、準備性言詞辯論期日之目的及得為之訴訟行為	519
第四節 談「爭點整理」	523
一、爭點整理方法論之全貌	524

二、爭點整理之步驟解說	526
三、爭點簡化協議	539
四、實例解說	544

第四章 言詞辯論程序

案例18	557
第一節 訴訟之審理	558
第二節 當事人於言詞辯論時之訴訟行為	560
一、應受裁判事項之聲明	560
二、事實上及法律上之陳述	561
三、當事人之陳述義務——談「真實完全」與「具體陳述」義務	578
四、當事人之訴訟促進義務——談「適時提出主義」與「失權效」	582
五、責問權	586
六、聲明證據	588
第三節 法院於言詞辯論時之訴訟行為	588
一、開閉及指揮言詞辯論、宣示裁判	588
二、為便利訴訟進行得為之處置	589
三、闡明義務（闡明權）	591
四、法官於各訴訟階段應為之闡明	605

1. The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions and activities. It emphasizes that this is essential for ensuring transparency and accountability in the organization's operations.

2. The second part outlines the specific procedures and protocols that must be followed when conducting financial transactions. This includes the requirement for proper authorization and documentation of all payments and receipts.

3. The third part addresses the issue of budgeting and financial planning. It stresses the need for a clear and realistic budget that is regularly reviewed and updated to reflect changes in the organization's needs and circumstances.

4. The fourth part discusses the role of internal controls in preventing fraud and other financial misstatements. It highlights the importance of a strong internal control system that is designed to detect and prevent any irregularities.

5. The fifth part covers the topic of financial reporting and disclosure. It requires that the organization provide timely and accurate financial statements to its stakeholders, including investors, creditors, and regulatory authorities.

6. The sixth part discusses the importance of maintaining up-to-date financial records and ensuring their security. It emphasizes the need for a robust data management system that can protect sensitive financial information from unauthorized access and loss.

7. The seventh part addresses the issue of financial risk management. It requires that the organization identify and assess its financial risks and implement appropriate measures to mitigate them.

8. The eighth part discusses the role of the board of directors in overseeing the organization's financial performance. It emphasizes the need for the board to actively monitor and report on the organization's financial health and to ensure that management is acting in the best interests of the organization.

9. The ninth part covers the topic of financial audits and the role of external auditors. It requires that the organization undergo regular audits by independent auditors to ensure the accuracy and reliability of its financial statements.

10. The tenth part discusses the importance of financial literacy and training for all employees. It emphasizes the need for the organization to provide ongoing education and training to its staff to ensure they have the necessary skills and knowledge to manage the organization's finances effectively.

準備開跑——起訴前

備戰篇——幫您作好起訴前的準備

第一章 向誰提起訴訟？——法院

第一節 審判權

第二節 管轄權

第三節 法官之迴避

第二章 由誰提起訴訟？——當事人

第一節 誰可以成爲當事人？

第二節 誰可以成爲適格當事人？

第三節 「另類的」當事人——訴訟擔當

第三章 多數當事人——共同訴訟

第一節 什麼時候可以提起共同訴訟？

第二節 共同訴訟之類型

第四章 其他訴訟主體

第一節 導讀——爲什麼有這麼多「當事人」？

第二節 主參加訴訟

第三節 訴訟參加

第四節 訴訟告知

第五章 訴訟代理人與輔佐人

第一節 導讀——訴訟代理人與輔佐人之角色定位

第二節 訴訟代理權之取得

第三節 訴訟代理權之範圍

第四節 訴訟代理權之消滅

第五節 輔佐人

THE HISTORY OF THE

REPUBLIC OF THE UNITED STATES

OF AMERICA

FROM 1776 TO 1863

BY

W. H. RICHMOND

NEW YORK

1863

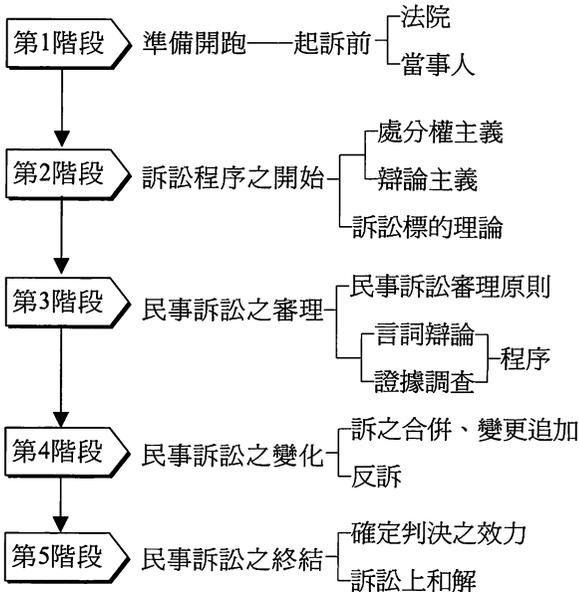
THE HISTORY OF THE

REPUBLIC OF THE UNITED STATES

OF AMERICA

FROM 1776 TO 1863

備戰篇——幫您作好起訴前的準備



任何一位法律人初次接觸民事訴訟法（以下簡稱「民訴法」）時，莫不懷著誠惶誠恐、戒慎恐懼的心情！民訴法這麼「可怕」又「難懂」嗎？和其他學科比起來，民訴法的理論、體系，倒也談不上多麼複雜深奧，可是，百家爭鳴的盛況，就算稱不上空前，也絕對是首屈一指。

整部民訴法，說穿了，就是一部「行為規則」，規範著法院和當事人之訴訟行為，法院和當事人可以或不可以作哪些訴訟行為？如果可以，這些訴訟行為會發生什麼樣的法律效果？等等。

既然民訴法是以規範法院和當事人之訴訟行為為核心，而這些訴訟行為，從起訴、言詞辯論、證據調查到判決，連成一氣。為了避免片斷式的學習，更為了避免只知抽象的概念、卻不知該如何將500餘個條文

4 ● 民事訴訟法—通常訴訟程序(上)【第一階段】

逐一串起並知所運用，筆者擬依照自己一貫的學習方法，按照時間發展的歷程，而不是依循法條編排的順序，從「起訴」開始，逐一解析在每一個階段，法院或當事人所為之每一個訴訟行為之意義及法律效果。您可以回頭看看前面的【流程圖】，筆者將整部民訴法區分為五個階段：起訴前的準備→訴訟程序的開始→民事訴訟之審理→民事訴訟之變化→民事訴訟之終結；這五個階段完整地囊括了通常訴訟程序中的第一審部分。至於特殊訴訟程序及上訴審等，筆者將留待【第二講】以後再作說明。

萬丈高樓平地起！【第一階段】先來介紹說明起訴前的準備工作，包括以下五個重點：

一、法院

既然決定走向起訴一途，當然得先弄清楚：該向哪一個法院提起訴訟？第一章從法院的審判權談起，歸納整理決定管轄權之標準，並說明負責審理的法官，在如何情況下應予迴避，以維護裁判的公正性。

二、當事人——原告、被告

誰有資格擔任原告及被告？這個看似簡單的問題，在您拿到狀紙的第一瞬間、正要下筆的那一剎那，可能會有些猶豫喔！絕大部分的案子，「適格」當事人（包括原告及被告）的判斷，並不困難；可是部分較具難度的訴訟案件，從「原告」該由誰任之？就是個大學問。第二章先從基本的「當事人能力」談起，再依序介紹聽起來十分陌生又不易理解的「訴訟擔當」及「訴訟參加」制度。

三、當事人——共同訴訟

訴訟上兩造當事人，不論是原告或被告，均以單數為常態，但也不排除一造、甚至兩造當事人均有多數人的情形；這就好比法律行為的當事人，以單數為常態，但也不排除仍會有「多數債務人與債權人」的情

形出現。爲此，民訴法第53條以下即在規範應符合什麼樣的要件，才可同時以多數人爲當事人而形成「共同訴訟」。第三章即統合地就共同訴訟，爲您詳細說明。

四、參加人

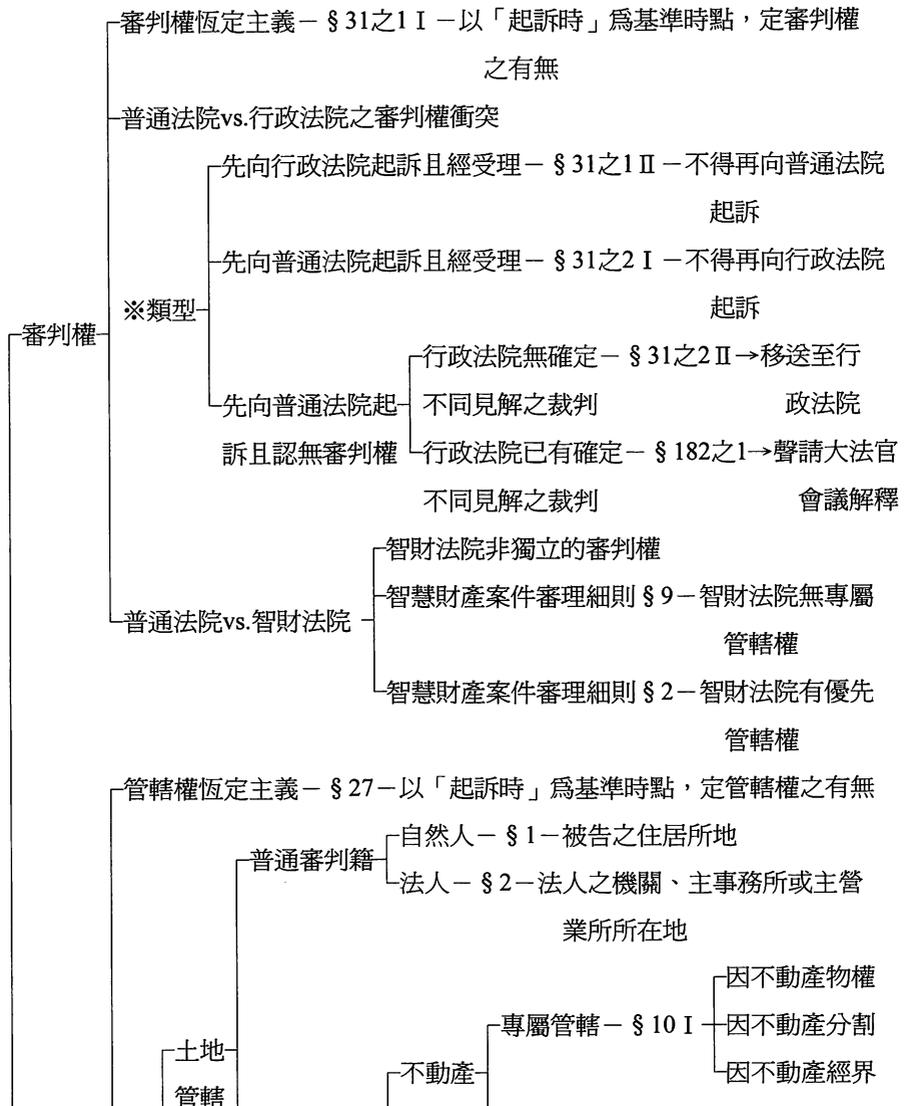
筆者在第四章第一節的導讀裏，直接了當地道出了各位的心聲：民事訴訟程序，怎麼會有這麼多「當事人」啊？除了原告、被告、訴訟擔當之外，還有「參加人」！「參加人」是誰？別人家的訴訟，他來湊什麼熱鬧啊？「訴訟參加」和「訴訟告知」的確是民事訴訟程序特有的議題，在前面三章的基本功夫都穩當之後，第四章再添點新元素，爲您介紹誰是「參加人」。

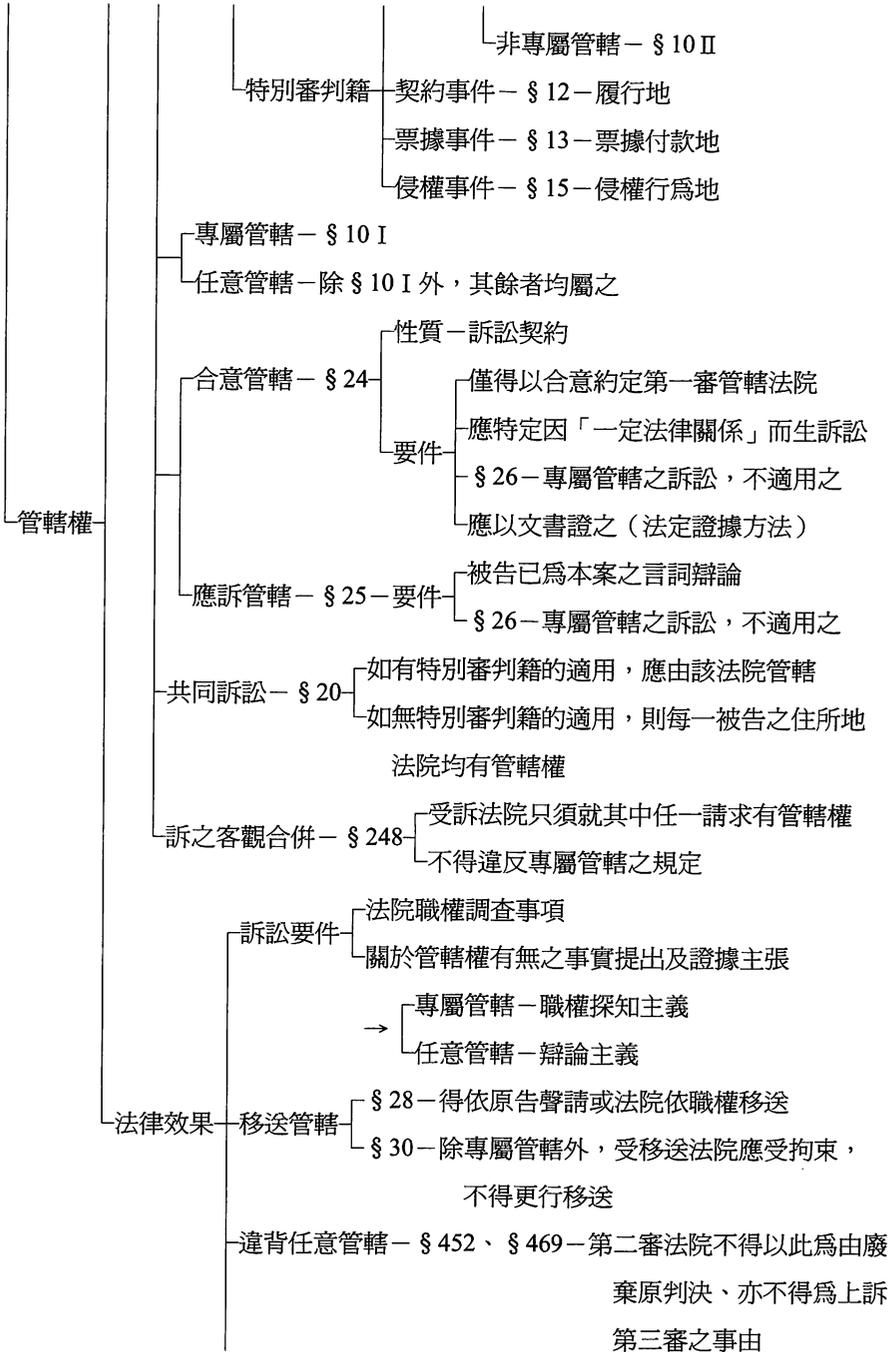
五、訴訟代理人

儘管律師強制代理制度僅適用於第三審上訴（民訴§466之1），但「律師」，或者更精確一點地說——訴訟代理人，若出現在第一審訴訟程序中，究竟扮演著什麼樣的角色？其所爲之訴訟行爲又會發生什麼樣的效力？這就好比民法裏的「代理」制度一般，是在「當事人」的課題裏，絕對不容忽視的問題。第四章即爲您整理說明之。

這些起訴前的基本功，一步步得踏的精實才行！準備好了嗎？深呼吸一口氣，翻到下一頁，熱身賽開始囉！

第一章 向誰提起訴訟？——法院





└ 違背專屬管轄—§ 452、§ 469—第二審法院應廢棄原判決並移送至有管轄權之法院、亦得為上訴第三審之事由

第一節 審判權

案例1

甲受僱於A行政機關擔任工友多年。甲臨屆退休年齡而向A機關申請退休，卻發現A機關短發退休金，乃向臺灣臺北地方法院提起給付之訴，A機關則抗辯此乃行政爭訟事件，臺北地院無審判權。試問：

- 一、面對當事人不同的主張，臺北地院應如何處理？
 - 二、臺北地院如裁定有審判權，行政法院是否應受拘束而不得為相反之判斷？
 - 三、臺北地院如裁定無審判權，而依職權移送行政法院，行政法院是否應受拘束而不得為相反之判斷？
- （改編自102司第一試）



一、什麼是「審判權」？

在所有的訴訟行為開始之前，得先確定法院就該爭訟有審判的權限。所謂「審判權」，乃主權國家基於國家司法權的行使，確定私人間的權利義務關係、刑罰權之有無及範圍、保護人民不受國家行政機關違法處分之侵害，並同時協助人民實現權利；我國憲法第77條以下，就國家之審判權亦設有明文規範。¹

審判權，依其性質，可再區分為民事審判權、刑事審判權、行政審判權、公務員懲戒權等，其中民事與刑事審判權均歸屬於普通法院，而

¹ 姜世明著，民事訴訟法（上冊），頁61，2013年10月版。

人民與行政機關間之公法關係的審判權，則隸屬於行政法院。私法與公法之區辨，對於法律人而言，已屬不易，不難想像的是，人民在面臨法律糾紛時，誤將公法事件向普通法院提起訴訟，或者根本不知有行政法院的存在，所在多有。究竟該如何處理？是否應該直接將原告之訴駁回了事？或者由法院依職權移送，以保護當事人之訴訟權？

除了私法與公法的審判權之爭外，自96年公布施行「智慧財產法院組織法」之後，凡是「依專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、營業秘密法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法所保護之智慧財產權益所生之第一審及第二審民事訴訟事件」（智慧財產法院組織法 § 3①），均由智慧財產法院（以下簡稱「智財法院」）管轄。如原告因不諳法律而就上開事件向普通法院提起訴訟，該如何處理才能兼顧當事人之訴訟權的保障與國家審判權的正確行使？這些問題，可是在起訴之前、首當其衝得先弄清楚的重要課題。

二、普通法院vs.行政法院

(一)審判權恆定主義

誠如前述說明，哪些事件是屬於單純的民事糾紛，應由普通法院審理？哪些又是屬於因行政機關之公法行為所衍生的紛爭，應隸屬於行政法院審理？許多時候並不容易區別。爲了避免因爲這個「技術性」問題，使得系爭事件遊走於普通法院與行政法院之間，甚至遭法院以無審判權爲由而駁回，戕害當事人之訴訟權且無助於解決紛爭，民訴法於98年修正時，乃增訂第31條之1、之2等規範，明定處理方式。

先談談民訴法第31條之1第1項的基本原則：「起訴時法院有受理訴訟權限者，不因訴訟繫屬後事實及法律狀態變更而受影響。」行政訴訟法第12條之1第1項亦有相同規範。依此，審判權之有無，是以「起訴時」作為判斷時點，此即學說所稱之「審判權恆定主義」。同條第2項更進一步規定：「訴訟已繫屬於不同審判權之法院者，當事人不得就同一事件向普通法院更行起訴。」依此，倘若當事人已先向行政法院起訴，即不得再就同一事件向普通法院起訴（反之亦然），否則普通法院應依

民訴法第249條第1項第7款規定，以裁定駁回。

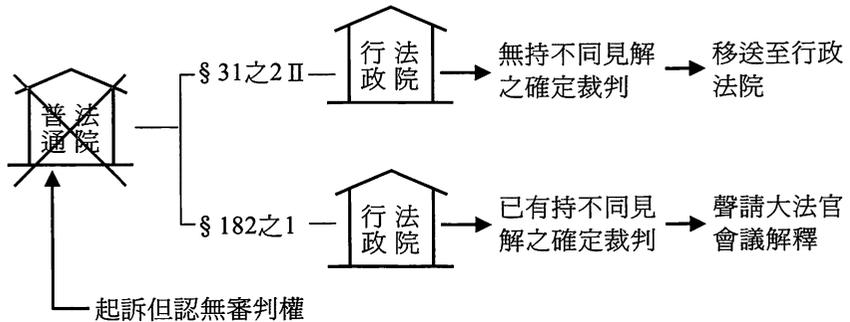
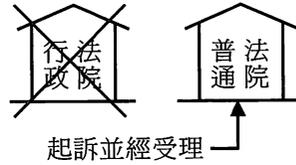
(二) 依受理法院之不同，說明不同的處理方式

當事人間的爭訟，究屬私法事件？還是行政爭訟？區辦不易，如果當事人先向普通法院起訴，而普通法院認為無審判權時，該如何處理？或者，普通法院與行政法院均主張有審判權，又該如何處理？這些問題，單看法條規定，實在不容易了解，倒不如舉幾個例子、再佐以圖型，真相就可以大白了！

《民訴 § 31之1 II》



《民訴 § 31之2 I》



1. 先向行政法院起訴且經受理

倘若原告認為其與被告間的爭執乃行政爭訟，因而先向行政法院起訴並經行政法院受理，依行政訴訟法第12條之2第1項規定：「行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。」同法第12條之1第2項進一步規定：「訴訟繫屬於行政法院後，當事人不得就同一事件向其他不同審判權之法院更行起訴。」民訴法亦有相呼應的規範：「訴訟已繫屬於不同審判權之法院者，當事人不得就同一事件向普通法院更行起訴。」（民訴§31之1Ⅱ）綜上，既然行政法院已經受理了，當事人即不得再就同一事件向普通法院起訴。

2. 先向普通法院起訴且經受理

同理，當原告認為這是民事糾紛而先向普通法院起訴，且經普通法院受理，依民訴法第31條之2第1項規定：「普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。」當事人即不得再就同一事件向行政法院提起訴訟。

3. 先向普通法院起訴且認無審判權

比較麻煩是，當事人先向普通法院起訴，但法院認為沒有審判權，此種學說上所稱之「審判權之消極衝突」，究該如何處理？首應強調的原則是，為了保障當事人之訴訟權，**大法官會議第540號解釋表**

* 大法官會議第540號解釋

國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行爲或私法上行爲作為實施之手段。其因各該行爲所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。……中華民國71年7月30日制定公布之國民住宅條例，對興建國民住宅解決收入較低家庭居住問題，採取由政府主管機關興建住宅以上述家庭為對象，辦理出售、出租、貸款自建或獎勵民間投資興建等方式為之。……此等契約即非行使公權力而生之公法上法律關係。……此等涉及私權法律關係之事件為民事事件，該條所稱之法院係指普通法院而言。對此類事件，有管轄權之普通法院民事庭不得以行政訴訟新制實施，另有行政法院可資受理為理由，而裁定駁回強制執行之聲請。事件經本院解釋為民事事件，認提起聲請之行政法院無審判權者，該法院除裁定駁回外，並依職權移送有審判權限之普通法院，受移送之法院應依本院解釋對審判權認定之意旨，回復事件之繫屬，依法審判，俾保障人民憲法上之訴訟權。

12 ● 民事訴訟法—通常訴訟程序(上) 【第一階段】

示：普通法院應依職權移送至行政法院，而非如舊法時期逕以裁定駁回。尤有進者，98年民訴法修正時，就審判權之消極衝突增設若干更為詳實的規範，以下逐一說明之。

(1) 行政法院尚無確定裁判之見解

普通法院認為無審判權者，依民訴法第31條之2第2項規定：「普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。」本條項規定實乃釋字第540解釋的重申。

(2) 行政法院已有確定裁判之見解

不過，上開民訴法第31條之2第2項的適用，只限於行政法院沒有與普通法院相異的見解；倘若行政法院早已明確表示：就同一事件，行政法院並無審判權時，這時候普通法院不能依職權裁定移送，而必須依民訴法第182條之1第1項前段規定，聲請司法院大法官解釋：「普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」第2項更進一步規定：「經司法院大法官解釋普通法院無受理訴訟權限者，普通法院應將該訴訟移送至有受理訴訟權限之法院。」²

² 行政訴訟法亦有相似規範，依該法第12條之2規定：「行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。（Ⅱ）移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。（Ⅲ）受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。（Ⅳ）」

(3)當事人合意選定法院

民訴法第182條之1第1項但書規定，可說是尊重人民之「程序選擇權」³的體現：「但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。」惟多數學者主張，本條項但書僅限於普通法院認為無審判權，且行政法院已有確定裁判認為亦無審判權者，始有適用；⁴換言之，但書的規定是承繼同條項前段而來的。倘若普通法院認為無審判權，但行政法院尚無確定裁判，即屬前述(1)的情形，普通法院應依民訴法第31條之2

* 最高法院92年12月16日第20次民事庭會議
決議

討論事項四：民事訴訟法第182條之1第1項規定：普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。如當事人兩造合意願由普通法院為裁判，是否仍須具備本條項前段所定之要件。

甲說：必須普通法院與行政法院就所受理訴訟事件審判之權限有爭議時，當事人始得合意願由普通法院為裁判。

乙說：雖普通法院與行政法院就所受理訴訟事件審判之權限並無爭議，為尊重當事人之程序選擇權，當事人亦得以合意由普通法院為裁判。

決定：民事訴訟法第182條之1第1項但書之規定，必須普通法院就其受理訴訟之權限，與行政法院確定裁判之見解有異時，始有其適用。

第2項規定移送至行政法院，而不得任由當事人行使本條項之「程序選擇權」，此亦為最高法院92年12月16日第20次民事庭會議決議之見解。

³ 所謂「程序選擇權」，意指基於程序主體性原則，當事人不僅有實體法上處分權，同時亦享有程序法上處分權。民事程序制度之目的，乃是為了追求實體利益與程序利益之平衡點上的「真實」，從而應賦予程序當事人有程序選擇權，使其有機會選用有助於平衡追求實體及程序利益之程序制度（紛爭解決制度），以確保其程序主體地位。詳請見邱聯恭著，程序選擇權論，頁34、35，2001年4月版。

⁴ 黃國昌著，合意決定審判權歸屬之射程，頁15，月旦法學教室第50期，2006年12月。姜世明著，民事訴訟法（上冊），頁64、65，2013年10月版。

全真考題

1

(複選) 關於普通法院之審判權，下列敘述，何者錯誤？

- (A) 受起訴時法院有審判權，不因訴訟繫屬後有關定審判權歸屬之法律狀態有變更而受影響
- (B) 家事法院認其受理之某事件為一般民事訴訟事件時，不論當事人有無合意委由該法院為審判，均應將該事件移送於普通法院民事庭
- (C) 普通法院認其有審判權而為裁判經確定者，行政法院受該裁判之拘束
- (D) 普通法院認其無審判權者，應以裁定駁回原告之訴
- (E) 訴訟已繫屬於行政法院者，當事人不得就同一事件向普通法院更行起訴

(105司律)

Hints & Solutions

(A)選項：依民訴法第31條之1第1項規定：「起訴時法院有受理訴訟權限者，不因訴訟繫屬後事實及法律狀態變更而受影響。」此即為「審判權恆定主義」。故(A)選項為正確。

(B)選項：當家事法院認定系爭事件非家事事件，在移送至普通法院前，應先徵詢當事人的意見。依家事事件法第4條第1項規定，如當事人合意由家事法院處理者，應依其合意。故(B)選項是錯的。

(C)選項：依民訴法第31條之2第1項規定，若普通法院認為「有」審判權，其他法院應受拘束，故(C)選項亦屬正確。值得一提的是，若普通法院認為「無」審判權，且行政法院早已有確定裁判認為亦「無」審判權時，即應依民訴法第182條之1第1項聲請司法院大法官解釋。換言之，行政法院不受普通法院「無審判權」見解之拘束，千萬別弄混囉！

(D)選項：普通法院認定其無審判權者，除非行政法院已有確定且相反的見解，否則應依民訴法第31條之2第2項規定以裁定移送至行政法院，而不得以裁定駁回，以保障當事人之訴訟權。是以(D)選項並不