

民事诉讼法 要论

ESSENTIAL DISCUSSION
OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

杨建华◎原著
郑杰夫◎增订



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

杨建华民事诉讼法学作品

自序

建华在各大学法律学系讲授民事诉讼法课程,迄逾 25 载,平日授课,并未指定专用课本,意在鼓励同学博览群书,不拘泥于一家之言。十余年前有某校同学将建华授课之笔记,印刷成册,名曰“杨氏民诉笔记”,自行出售营利,因其既无著作权,亦无出版权,于是更有多人继续将之翻印销售,在大力保障著作权之际,自非所宜。建华每年授课内容,未必全部相同,偶阅该“笔记”内容,又多错误,因之,从速撰写可供个人授课用之参考书,以责无旁贷。

建华于 1960 年曾与甲乙、健才二兄共撰《民事诉讼法新论》一书,历年修正,现仍发行中。近十年来就民事诉讼法中可能有争议之问题,在《司法周刊》连续为文研析,深受各方重视,经撰编陆续发行者已有 4 册。本书则系以适于法律学系初学者参考为目的,以精要为主,故称为“要论”,若须较深入了解,可参考上述著作,就问题研析部分,本书在适当处所特以括号加注[(三)321 即指《问题研析民事诉讼法》(第三册)第 321 页]*,并将总目录附于本书之后,以便读者需要时便于参考。

本书承“司法院”林科长月娥帮忙校对,内子洪惠慈女士缮校整理,均并附记致谢。

杨建华

1993 年 8 月于“司法院”

* 《问题研析民事诉讼法》于 2009 年依法条次序重新排印,本书配合修正,括号内改列总目录之序号。

增订版序

吾师杨建华先生，为台湾地区民事诉讼法权威，兼通理论与实务，著作等身，名望士林，其中《民事诉讼法要论》一书，言简意赅，不但为法律学系初学者主要参考著作，台湾地区有关民事诉讼法论著，亦莫不以为重要参考。杰夫于大学时期，蒙范光群教授引导入民事诉讼法领域摸索，而于司法官训练所第二十期受训时忝列先生门下，开启民事诉讼法新视野。先生授课时，声如洪钟，剖析透彻，学子请益疑难，均能循循善诱，杰夫自司训所结业分发后，坚守民事审判工作二十载有余，对民事审判实务问题，若有薄具心得，应拜先生教诲之赐。

先生因公务及教学两忙而积劳成疾，身体日渐衰弱，于1997年2月28日，来电要杰夫暂代文化大学法律系民事诉讼法课程，杰夫深知自己才德不足授业解惑，然为使先生静心调养，乃遵先生之命至文化大学代课。其时，先生仍抱病综理文化大学法学院院务，并继续研究民事诉讼法理论与实务问题，一有心得，即对杰夫谆谆教导。嗣先生健康状况持续恶化而入台大医院诊治，当时先生主持之“民事诉讼法修正草案”即将完成，先生自忖已无精神体力修正《民事诉讼法要论》一书供莘莘学子参考，于住院期间再三交代杰夫于法律修正后，按修正意旨增补修订本书。杰夫不才，原未敢承此续貂之任，终因师命不敢违，决意勉力为之。

先生谢世之后，“民事诉讼法”分别于1999年、2000年及2003年2月大幅修正，杰夫遵先生遗愿，先后于1999年、2001年、2003年增补修订本书，其经修正之条文，依修正意旨酌为必要之变更说明，并自行加注若干大法官解释、“最高法院”判例、决议及有参考价值裁判之字号供读者参考。未修正之条文，则仍以先生之原著排印为原则。2012年1月，公布“家事事件法”，并自2012年6月1日起施行，该法与“民事诉讼法”第九编“人事诉讼程序”规定内容与原则有诸多差异，虽然“民事诉讼法”第

2 民事诉讼法要论

九编未同时废除,惟审判实务基于特别法优于普通法原则,有关家事诉讼及非讼事件,应自2012年6月1日起适用“家事事件法”规定,乃再检视全书,将人事诉讼相关内容部分全数删除,以符体制。先生原著体大思精,杰夫学浅识薄,如有错误,当自负其责。

本书重行付梓,校对由克仁师兄负责,并附记致谢。

郑杰夫

2012年9月15日

于“最高法院”民四庭

目 录

绪 论

第一章 民事诉讼	3
第一节 民事诉讼之目的	3
第二节 民事诉讼之界限	3
第三节 民事诉讼之理想	4
第四节 民事诉讼程序之种类	6
第二章 民事诉讼法	8
第一节 民事诉讼法之意义	8
第二节 民事诉讼法之性质	8
第三节 民事诉讼法之效力	9
第四节 民事诉讼法之沿革	10
第五节 民事诉讼法之立法原则	11
第一项 公开审理主义与不公开审理主义	11
第二项 言词审理主义与书状审理主义	12
第三项 直接审理主义与间接审理主义	13
第四项 两造审理主义与一造审理主义	13
第五项 处分权主义	14
第六项 辩论主义	15
第七项 当事人进行主义与职权进行主义	15
第八项 自由顺序主义、法定顺序主义与适时提出主义	16
第九项 集中审理主义与并行审理主义	17
第十项 律师代理主义与当事人本人诉讼主义	17

本 论

第一编 总则	21
第一章 法院	21
第一节 管辖	22
第一项 土地管辖	23
第一款 普通审判籍	23
第二款 特别审判籍	25
第二项 专属管辖	33
第三项 管辖之竞合	33
第四项 指定管辖	33
第五项 合意管辖	35
第六项 管辖权之调查	37
第七项 诉讼之移送	38
第八项 管辖错误之效果	40
第二节 法院职员之回避	40
第一项 自行回避	41
第二项 申请回避	43
第三项 同意回避	46
第四项 法院书记官、通译及司法事务官之回避	46
第二章 当事人	47
第一节 当事人之意义	47
第二节 当事人之认定	49
第三节 当事人能力	50
第四节 选定当事人	55
第五节 特殊形态之选定当事人	59
第六节 诉讼能力	62
第七节 代理人	65
第一项 法定代理人	65
第二项 特别代理人	68

第三项 诉讼代理人	71
第八节 辅佐人	81
第九节 共同诉讼(主观的诉之合并)	82
第一项 共同诉讼之意义	82
第二项 共同诉讼之必要	83
第三项 共同诉讼发生原因	83
第四项 共同诉讼之要件	84
第五项 共同诉讼之种类	86
第一款 共同诉讼之分类方法	86
第二款 普通共同诉讼及其处理程序	87
第三款 固有必要共同诉讼及其处理程序	89
第四款 类似必要共同诉讼(或特殊形态之共同诉讼)及其处理程序	93
第五款 以诉讼系属中两造为被告之共同诉讼(主参加诉讼)	94
第六款 预备的共同诉讼(主观的预备合并)	96
第十节 诉讼参加(辅助参加、从参加)	97
第三章 诉讼标的价额之核定及诉讼费用	105
第一节 诉讼费用规定之必要	105
第二节 诉讼费用之范围	106
第三节 免征裁判费之例外规定	107
第四节 诉讼标的价额之核定	109
第一项 核定诉讼标的价额之机关	109
第二项 核定诉讼标的价额之标准	110
第三项 各种诉讼标的价额之标准	112
第四项 上诉审程序计征裁判费之标准	114
第五项 再审程序计征裁判费之标准	115
第六项 申请之裁判费计征标准	115
第七项 诉讼费用溢收之退还与裁判费之加征	117
第五节 诉讼费用之负担	117
第一项 诉讼费用负担之标准	117
第二项 诉讼费用负担之裁判	120
第三项 诉讼费用额之确定	121
第四项 诉讼费用之预纳及其计算	122

第五项	诉讼费用负担规定之准用	123
第六节	诉讼费用之担保	123
第一项	诉讼费用担保之必要	123
第二项	诉讼费用担保之要件	124
第三项	诉讼费用担保之裁判	124
第四项	不依法院裁判提供担保之效果	125
第五项	诉讼费用担保之方法及对担保物之权利	125
第六项	担保物之返还	126
第七项	担保物之变换	128
第八项	诉讼费用担保规定之准用	128
第七节	诉讼救助	129
第一项	诉讼救助之必要	129
第二项	诉讼救助之要件	129
第三项	诉讼救助申请之程序	130
第四项	诉讼救助之效力	131
第五项	诉讼救助之撤销	132
第六项	诉讼救助暂免费用之征收与归还	132
第四章	诉讼程序	134
第一节	当事人书状	134
第二节	送达	137
第三节	期日及期间	144
第一项	期日	144
第二项	期间	145
第四节	诉讼程序之停止	149
第一项	诉讼程序之当然停止	149
第二项	诉讼程序之裁定停止	153
第三项	诉讼程序之合意停止	155
第四项	诉讼程序停止之效力	156
第五节	言词辩论	157
第一项	言词辩论之意义及种类	157
第二项	当事人在言词辩论中所为之行为	158
第三项	审判长于言词辩论中得为或应为之行为	162

第四项	法院于言词辩论中得为或应为之行为	166
第五项	言词辩论笔录	170
第六节	裁判	173
第一项	裁判之意义	173
第二项	判决	174
第三项	裁定	182
第四项	法院书记官之处分	183
第七节	司法事务官之处理程序	183
第八节	诉讼卷宗	185
第二编	第一审程序	188
第一章	通常诉讼程序	188
第一节	诉之基本观念	188
第一项	诉之意义	188
第二项	诉之要素	189
第三项	诉之种类	189
第四项	诉讼标的	191
第五项	同一诉讼事件认定之标准	193
第六项	诉之利益	195
第七项	诉权学说	195
第二节	起诉程序之合法要件	197
第三节	权利保护要件	199
第一项	诉讼上权利保护要件	199
第一款	当事人适格之要件(主观的诉之利益)	199
第二款	保护必要之要件(客观的诉之利益)	202
第二项	实体上权利保护要件	204
第三项	诉讼上权利保护要件与实体上权利保护要件之辨别	204
第四项	权利保护要件之调查	205
第四节	起诉	206
第一项	起诉之程序	206
第二项	起诉之审查	209

6 民事诉讼法要论

第三项	起诉(诉讼系属)之效力	210
第五节	客观诉之合并	213
第六节	诉之变更或追加	219
第一项	诉之变更或追加之意义及辨别	219
第二项	诉之变更或追加之要件	221
第三项	诉之变更或追加在管辖与适用程序上之限制	223
第四项	诉之变更或追加之程序及其裁判	224
第七节	反诉	225
第一项	反诉之意义	225
第二项	反诉之要件	226
第三项	提起反诉之程序	228
第四项	反诉之审理	228
第八节	诉之撤回	229
第一项	诉之撤回之意义	229
第二项	诉之撤回之要件	229
第三项	诉之撤回之程序	231
第四项	诉之撤回之效力	232
第九节	言词辩论之准备	233
第一项	准备书状	233
第二项	法院于言词辩论前之处理	236
第三项	准备程序	236
第十节	证据	241
第一项	概述	241
第二项	证据之对象(客体)	243
第三项	举证责任	244
第一款	主张责任与举证责任	244
第二款	举证责任之分配	245
第三款	举证责任之例外	248
第四项	证据程序	252
第五项	人证	257
第六项	当事人讯问	267
第七项	鉴定	272

第八项	书证	277
第九项	勘验	287
第十项	证据保全	288
第十一节	和解	293
第一项	和解之意义	293
第二项	和解之要件	294
第三项	和解当事人及和解范围	296
第四项	和解之程序	296
第五项	和解之效力	298
第六项	和解之继续审判	299
第十二节	判决	302
第一项	判决之范围	302
第二项	终局判决与中间判决	305
第三项	舍弃或认诺判决	308
第四项	一造辩论判决	309
第五项	宣告假执行之判决	312
第六项	定履行期间之判决	318
第七项	变更原有效果之判决	319
第八项	判决确定之效力	320
第一款	判决之形式确定力与判决确定之时期	320
第二款	判决之既判力	323
第三款	判决之形成力(创设力)	331
第四款	判决之执行力	332
第九项	台湾地区外法院确定判决之效力	332
第二章	调解程序	336
第一节	调解之事件	336
第二节	调解之申请与法院调解程序之实施	340
第三节	调解成立与不成立	344
第四节	调解成立之无效或撤销	346
第三章	简易程序	348
第一节	适用简易程序之范围	348
第二节	简易程序之进行	350

第三节	简易程序之转换与诉之合并、变更、追加或提起 反诉	353
第四节	简易程序之判决	355
第五节	简易程序裁判之上诉或抗告	356
第六节	简易程序裁判之再审	359
第四章	小额诉讼程序	360
第一节	适用小额诉讼程序之范围	360
第二节	小额诉讼程序之进行	361
第三节	小额诉讼程序之转换与诉之合并、变更、追加或提起 反诉	364
第四节	小额诉讼程序之判决	365
第五节	小额诉讼程序裁判之上诉或抗告	366
第六节	小额诉讼程序裁判之再审	368
第三编	上诉审程序	370
第一章	第二审程序	372
第一节	第二审上诉程序上之要件	372
第二节	第二审上诉程序合法要件之调查与处理	378
第三节	第二审之言词辩论	380
第四节	第二审诉之变更、追加或反诉	382
第一项	诉之变更、追加	382
第二项	反诉	383
第五节	第二审之判决	384
第六节	第二审关于假执行之裁判	389
第七节	附带上诉	391
第八节	第二审之调解程序	393
第九节	第二审诉讼程序之终结	393
第二章	第三审程序	394
第一节	得上诉第三审法院之判决	394
第二节	第三审上诉程序上之要件	397
第三节	原判决法院在程序上之处理	402

第四节	第三审法院之审理	402
第五节	第三审之判决	405
第六节	第二审程序之准用	408
第四编	抗告程序	409
第一章	抗告程序之要件	410
第二章	原法院或审判长之处理	413
第三章	抗告法院之处理	415
第四章	对于裁定之异议	418
第五章	再抗告	421
第五编	再审程序	424
第一章	再审之诉之性质	424
第二章	再审之诉之要件	425
第一节	再审之诉之程序上合法要件	425
第二节	再审之诉再审理由之要件	429
第三章	再审之诉之审理	435
第一节	再审之诉合法要件之审理	435
第二节	再审之诉再审理由之审理	436
第三节	本案之审理	437
第四章	再审之诉提起之效果及其判决之效力	439
第五章	确定裁定之申请再审	440
第五编之一	第三人撤销诉讼程序	441
第一章	概说	441
第二章	第三人撤销诉讼之要件	442
第三章	第三人撤销诉讼之管辖	444
第四章	提起第三人撤销诉讼之效果	445
第五章	第三人撤销之诉之审理与裁判	446
第六章	再审规定之准用	447

第六编 督促程序	448
第一章 依督促程序申请支付命令之要件	449
第二章 支付命令申请之审理与裁判	451
第三章 支付命令之送达与异议	454
第四章 支付命令确定之效力	456
第七编 保全程序	457
第一章 假扣押程序	458
第一节 假扣押申请之要件	458
第二节 假扣押申请之审理与裁判	461
第三节 假扣押裁定之撤销	463
第四节 假扣押裁定之抗告	466
第二章 假处分程序	468
第一节 请求标的之假处分	468
第二节 自助行为之申请处理程序	471
第三节 定暂时状态之处分	472
第一项 申请定暂时状态处分之实质要件	472
第二项 申请事件之处理	473
第八编 公示催告程序	476
第一章 公示催告之意义	476
第二章 公示催告之客体	477
第三章 一般公示催告程序	478
第四章 宣告证券无效之公示催告程序	484
附录 《问题研析民事诉讼法》总目录	487

绪 论

第一章 民事诉讼

第一节 民事诉讼之目的

民事诉讼之目的,固有权保护说、纷争解决说、私法维持说之不同,实则保护私法上权利,有赖于私法之适用,而适用私法以保护私法上权利,又必须在当事人私法上权利有纷争时,司法机关始有依请求而为保护之必要,故上述各说,应均为民事诉讼之目的。申言之,民事诉讼之目的,在于保护私法上权利,于当事人间私法上权利有纷争时,得请求司法机关确定其私法上权利存否,以达维持私法秩序之作用。

第二节 民事诉讼之界限

一、民事诉讼与刑事诉讼

刑事诉讼之目的,在于实现刑罚权,与民事诉讼之目的,在于确定当事人间私权者有异。惟刑事诉讼亦恒涉及私法上之法律关系,例如在侵害财产法益之犯罪,必须认定私法上权利之归属。惟刑事判决认定有关私权事项,在独立之民事诉讼,并不受其拘束。因民、刑诉讼之目的不同,所采取之原则多有相异之处,民事诉讼采处分权主义、辩论主义为原则,刑事诉讼则采职权主义、干涉主义为原则。

二、民事诉讼与行政诉讼

行政诉讼系就公法上纷争,请求行政法院依行政诉讼程序为裁判,以保护人民在公法上权利义务。行政诉讼在英美法系系由普通法院审判,

大陆法系则由特设之行政法院审判,台湾地区现制系由特设之行政法院审判。因两者之目的及裁判系统不同,虽行政诉讼有时亦涉及私法上权利之认定,例如必须认定财产权之归属,始能判断财产税之课征是否违法,但其主要作用,仍在判断公法上之争执。其诉讼程序所实行之原则,理论上应不同于民事诉讼(一)。

三、民事诉讼与仲裁程序

当事人约定其相互间有关私权之纷争,选定法院以外之第三人为判断,并同意受其判断之拘束者,谓之仲裁。仲裁人非为司法机关,其判断之权力乃由双方当事人合意授予,其判断亦非以适用法律为必要,故与民事诉讼系由司法机关基于公权力依法而为判断者尚有不同。惟仲裁判断,法律亦赋予民事诉讼确定判决之同一效力(“仲裁法”第37条第1项)。

四、民事诉讼与非讼事件

由权力机关以公权力参与私法上权利之形成,或防止私法上权利发生争执,而预以公权力干预之程序,谓之非讼事件。非讼事件与民事诉讼同为处理私法上权利有关事项,原则上,非讼事件之处理应以无争讼之事件(如法人之监督、法人登记)为限,其有私权争执者,则应循民事诉讼程序解决(二至四),但“家事事件法”或其他非讼性质法律(如“破产法”)别有规定时,若干得由法院依职权介入之私权争执事件,仍得依非讼程序处理。

第三节 民事诉讼之理想

民事诉讼系保护私法上权利,解决当事人间纷争与维持私法秩序为目的,欲求完满达到此项目的,必须循下列原则行之:

一、正确

当事人将其私法上权利之纷争,请求法院裁判,其所企求者,为裁判结果之正确,亦即事实之认定,应与真实情形相符,而法规之适用应为正当;民事诉讼之合议审判制度(“法院组织法”第3条)、上诉制度(第437、

464 条)、再审制度(第 496 条)、言词辩论主义、直接审理主义(第 221 条),均为实现此一理想之方法。

二、公平

民事诉讼程序虽有原告、被告或上诉人、被上诉人之别,但在诉讼法上之权利义务,应属平等,法院对两造之处遇亦应公平处理,期使当事人对法院裁判之正确性,无所怀疑。法院职员之回避(第 32、33 条)、审判之公开(“法院组织法”第 86 条)、两造审理主义(第 192—195、251、386 条)、辩论主义(第 196、388 条)、诉讼程序之停止(第 168 条以下)、第三人诉讼之参加(第 58 条)、鉴定人之拒却等(第 331 条),均在希望当事人信赖法院之公平性。

三、迅速

诉讼如有迟延,虽获得胜诉结果,但迟来的正义,对当事人之权益必有减损,尤其在货币价值有变动时为甚,如何使诉讼程序能迅速进行,使当事人早日获得确定私权之判决,亦为民事诉讼所应追求之目标。职权进行主义之兼采(第 154、381 条)、言词辩论之准备(第 265 条)、逾时攻击或防御方法之限制(第 196 条)、任意变更期日之限制(第 159 条)、宣示判决期日之规定(第 223 条)、定调查证据之期间(第 287 条)、假执行之宣告等(第 389 条以下),均为达到此一目的而设之规定。

四、经济

以较少之人力、物力进行诉讼程序,即能获得正确、公平而又迅速之裁判,自为理想之事;诉讼法上当事人之选定(第 41 条)、诉之合并(第 53 条以下、第 248 条)、责问权之丧失(第 197 条)、不合法瑕疵之补正(第 249 条但书、第 442 条)、简易程序及小额诉讼程序之规定等(第 427 条以下、第 436 条之 8 以下),均系基于诉讼经济之原则。

以上各项原则,均为民事诉讼之理想,为达到此项理想,除有赖法律之周详规定外,正确而公平之裁判,仍须有考选合格训练有素,精干正直之法官,而诉讼程序之迅速与经济,又必须有充分人力与设备,始克竟其全功,司法行政上之配合,亦为重要之因素。

第四节 民事诉讼程序之种类

民事诉讼程序之种类,依现行“民事诉讼法”规定,可分为主要诉讼程序、特别诉讼程序、附随程序、其他程序,分述如下:

一、主要诉讼程序

民事诉讼之主要程序,如就审级区别,有第一审程序、第二审程序、第三审程序,前者为起诉程序,后二者为上诉程序。如就践行之程序是否简捷进行区分,有通常诉讼程序(第 244 条)、简易程序(第 427 条)与小额诉讼程序(第 436 条之 8)。

二、特别诉讼程序

特别诉讼程序,系指下列各种诉讼程序而言:

(一) 督促程序

以给付金钱或其他代替物或有价证券之一定数量为标的,依债权人之申请,不讯问债务人,即对之发附条件之支付命令,在债务人无异议之情形下,该支付命令即与确定判决有同一效力者,谓之督促程序(第 508、512、514、521 条)。

(二) 再审之诉程序

再审之诉虽系对于已确定判决不服之程序,实质上为前诉讼程序之续行,但在形式上则系以形成之诉之方式,另行提起新诉,应属特别诉讼程序之范围。

三、附随程序

为使诉讼程序能妥适进行,在判决程序以外,常附随各种程序,例如申请指定管辖(第 23 条)、申请法官回避(第 33 条)、申请选任特别代理人(第 51 条)、诉讼参加异议之裁定(第 60 条)、申请确定诉讼费用额(第 91 条)、申请命提供诉讼费用担保(第 96 条)、申请诉讼救助(第 107 条)、申请证据保全(第 368 条)、申请调解(第 405 条)、抗告程序(第 482 条)、申请假扣押、假处分(第 522、532 条)等,均系由前述诉讼程序所滋生之各项附随程序。

四、其他程序

本质上非为民事诉讼,但因立法上之便利,而规定于民事诉讼法者,尚有下列程序:

(一) 调解程序

当事人就私法上权利义务之争议,于起诉前或起诉后,经由法院调停排解,达成合意,避免以裁判终结诉讼程序,而以和谐自治方式解决纷争之制度,谓之调解程序。

(二) 公示催告程序

法院依当事人申请,以公示方法催告不明之利害关系人申报权利,如在公告期间内未申报权利者,即生失权效果之程序,谓之公示催告程序(第539条)。

第二章 民事诉讼法

第一节 民事诉讼法之意义

民事诉讼法有形式与实质二义,形式意义之民事诉讼法系指以民事诉讼法为名之法典。实质意义之民事诉讼法,则指有关民事诉讼制度之各种法规,包括法院之权限、组织、管辖、当事人能力、诉讼关系之发生与诉讼程序进行各规定。此等事项,除规定于民事诉讼法者外,有时散见于其他各种法规中:如法院组织法中有关法院之组织与法庭之开闭及秩序、法院之用语、裁判之评议(“法院组织法”第84条以下);民法有关经理人代理商号为诉讼之规定、各项撤销诉权当事人适格之规定(“民法”第555、74、244、245、989、990、991、995条);重整期间诉讼程序停止之规定(“公司法”第294条);船员法及海商法有关船长举证责任与碰撞诉讼管辖之规定(“船员法”第67条、“海商法”第101条);民用航空法有关航空事件管辖之规定(“民用航空法”第97条);专利法中有关诉讼程序停止之规定(“专利法”第90条)等,均为实质意义之民事诉讼法。2012年6月1日开始施行之“家事事件法”,关于家事诉讼事件之规定,应属民事诉讼法之特别法。

第二节 民事诉讼法之性质

一、民事诉讼法为公法

民事诉讼法所规定者,为法院基于公权力,就当事人间私法上之纷争,行使裁判权所施行之程序,与规定私人间权利义务之私法不同,故为公法。

二、民事诉讼法为程序法

民事诉讼法系规定以如何程序确定当事人间私法上权利义务之法律,为程序法,与规定权利义务关系之存否、性质及其范围之民法,为实体法者不同。

三、民事诉讼法为强行法

民事诉讼法乃法院基于公权力所施行之程序,原则上不得依当事人合意而排除其适用,故为强行法。惟民事诉讼法之目的,系在确定私法上权利,民事诉讼法又采当事人进行主义,故在有特别规定之情形下,亦允许当事人合意行之;如合意管辖、合意停止诉讼程序、合意适用简易程序、合意适用小额诉讼程序(第24条、第189条、第427条第3项、第436条之8第4项)。

第三节 民事诉讼法之效力

一、关于时之效力

程序法关于时之效力,所适用之原则,与实体法尚有不同,在实体法原则上应适用行为时法,如溯及的适用,有侵害当事人既得利益之虞,而程序法就此顾虑较少,故于法律有修正时,以适用新法为原则,此即“实体从旧,程序从新”之原则。民事诉讼法有施行法,于法律有修正时,仍应注意施行法之规定。

二、关于地之效力

民事诉讼系法院基于公权力施行之程序,应适用法庭地法,因之,民事诉讼法自应适用于台湾地区司法权得行使之领域内。惟亦非无例外之情形(第46条、第295条第2项、第402条)。

三、关于人之效力

凡受台湾地区法权支配之人,均应适用民事诉讼法以解决其私法上权利之纷争。有“治外法权”之人不受台湾地区法权支配,自不适用民事

诉讼法。唯此等人如为原告或自愿为被告,自仍非不得对之为诉讼行为。

第四节 民事诉讼法之沿革

考台湾地区法制史,程序法之发达远逊于实体法,而在程序法规中,民事诉讼法规,又较刑事法规落后。历次律典所定断狱诉讼诸篇,不特与实体法之规定相混杂,且大多为刑事诉讼而设,唯以之准用于民事诉讼而已。前清末季,光绪三十二年(1906年),修律大臣沈家本、伍廷芳,提出诉讼法草案,然犹民刑不分。直至宣统二年(1910年)12月,民事刑事诉讼法草案相继告成,中国始有独立之民事诉讼法规,但未全部公布施行。1921年,北京政府及广东军政府,先后颁行《民事诉讼条例》及《民事诉讼律》,中国方有施行之独立民事诉讼法规。1927年北伐成功,南北统一,乃由国民政府于1930年及1931年分两次公布统一之民事诉讼法,1932年5月20日起施行,嗣复以该法颇有不合实用之处,遂于1935年2月1日,另行修正公布,于同年7月1日施行。其间唯于1945年略加修正而已。抗战胜利后,为适应复员时期之特殊情况,又曾于1945年12月18日公布施行《复员后办理民事诉讼补充条例》一种,与民事诉讼法相辅而行,嗣因施行期满失效。1952年底“立法院”曾函请“行政院”将现行“民事诉讼法”全部检讨修正,“行政院”乃转命“司法行政部”提出修正草案,经“立法院”十余载之审查,于1968年1月9日三读通过,同年2月1日公布施行。至1971年11月2日“立法院”又三读通过修正其中部分条文,同年11月17日公布施行。而由于国际环境、社会结构、经济发展及人民观念快速变迁,人际关系益趋复杂,民事纠纷亦呈多样化,原有民事诉讼制度已不符现实需要,“司法院”乃于1983年7月1日成立“民事诉讼法研究修正委员会”,将原民事诉讼法做通盘检讨,逐条讨论,历经17年余,完成关于财产权诉讼部分修正草案,其间为求逐步改革诉讼制度,并顾及法律修正时效性,于1983年11月9日、1984年6月18日配合“民法”总则修正与提高上诉第三审之利益额而修正;1986年4月25日配合“民法”亲属编之修正,就人事诉讼程序作适当修正;1990年8月20日就调解程序、简易程序作较大幅修正;1996年9月6日增加准文书之相关规定;1999年2月3日再就调解程序为大幅修正,并增订小额诉讼之相关规定;2000年2月9日则为促进审理集中化,贯彻直接审理主义及言词审

理主义之精神,并发挥各审级应有之功能,健全诉讼制度,进而提升裁判质量及司法公信力,对本法为大幅度修正及增订;其余部分如落实选定当事人制度、扩大诉讼参加、充实诉讼代理制度等修正草案,则于2003年1月14日经“立法院”修正通过。

经此漫长之修正,台湾地区民事诉讼制度可谓符合世界潮流,并切合台湾地区社会实际需要。因2003年1月之修正,有漏列条文项次,又未修正之条文中亦有若干文字未加统一,以及所引述条文已有所修正而未配合情事,乃于2003年2月7日及同年6月25日再为部分条文修正。嗣为强化调解,扩大强制调解事件及合意移付调解范围,于2007年3月21日修正调解程序若干条文。同年12月26日修正第77条之23第3项条文,以为剩余预纳诉讼费用返还依据。2009年1月6日就法院管辖相关程序规范及诉讼费用等,修正第77条之19等条文,增订第31条之1至第31条之3等条文。同年7月8日为配合“民法”总则编及亲属编之修正,除修正第九编“人事诉讼程序”第三章章名为“监护及辅助宣告事件过程”,并就相关条文为修正并增订。2012年1月11日公布“家事事件法”,该法自2012年6月1日开始施行,“民事诉讼法”第九编“人事诉讼程序”相关条文未随同“家事事件法”公布或施行而删除,虽属立法怠慢,但依特别法优先适用原则,家事事件之处理仍应先依“家事事件法”之规定。

第五节 民事诉讼法之立法原则

第一项 公开审理主义与不公开审理主义

法院于行言词辩论时,不特定人得至法庭旁听者,谓之公开审理主义。否则,为不公开审理主义。所称诉讼之辩论,应包括准备程序与调查证据程序在内。公开审理,有监督司法程序公正进行之功能,“法院组织法”规定“诉讼之辩论及裁判之宣示,应公开法庭行之”,即明示此项原则(“法院组织法”第86条前段),但诉讼事件之内容有妨害公共安全、公共秩序或善良风俗之虞时,法院得决定不予公开(“法院组织法”第86条但书);又为保护隐私权或营业秘密,法院得以不公开方式调查为证据之文书,或不公开审判(第344条第2项、第195条之1)。至财产权诉讼,当事人得合意不公开审判(第195条之1后段),乃基于尊重当事人程序处

分权,而调解程序得不公开(第410条第2项),则系基于事件性质与一般民事诉讼不同之故。

审理是否公开,为言词辩论笔录应记载之事项,并专以笔录证之(第212条第5款、第219条)。违背言词辩论公开之规定者,其判决当然违背法令(第469条第5款),得为上诉第三审之理由。

第二项 言词审理主义与书状审理主义

法院作为裁判基础之诉讼资料,专以当事人及诉讼关系人言词陈述为据,谓之言词审理主义。若以当事人及诉讼关系人书面陈述之诉讼资料,作为裁判基础者,谓之书状审理主义。言词审理主义与公开审理主义及直接审理主义常相并存,公开审理必借言词审理以达其公开之目的,直接审理亦以言词审理为其直接体验诉讼数据之方法。言词审理主义,法院能实时知悉当事人之主张及陈述,其有不明了或不充足者,得实时行使阐明权,使之叙明或补充,易得完全之诉讼资料;在未采律师代理主义之诉讼制度,当事人本人非必均有能力以书状作适当完全之陈述,行言词审理者,纵当事人不善言词,仍得以审判长之阐明权使之尽攻击或防御之能事,此亦为言词审理主义之优点。惟言词审理在内容复杂之诉讼事件,法官及当事人对于陈述之内容难免遗忘,法院书记官笔录之记载,又未必完整周详,书状审理主义对于诉讼数据之完整提供,仍非无其存在价值。故采言词审理主义之判决程序,仍要求当事人提出准备书状,记载其所用之攻击或防御方法及对于他造并攻击防御方法之陈述,提出于法院,并以缮本或影本直接通知他造(第265条),以补充言词审理主义之不足。

民事诉讼法在判决程序以言词审理主义为原则(第221条),裁定程序则行任意之言词辩论(第234条),当事人之声明及事实上与法律上之陈述,均应于言词辩论期日以言词在法庭为陈述(第192条以下)。惟若干诉讼行为或在性质上不得于言词期日为之,或为诉讼制度所应然,或在事实上无此必要者,例外须依书状为之;如起诉、上诉、再审之诉、抗告之提起,均为开始诉讼程序之行为,无从于言词辩论期日行之(第244、441、470、488、501条)。原告之诉依其所诉之事实,在法律上显无理由者,得不经言词辩论以判决驳回之(第249条第2项);第二审法院在程序上废弃原判决者,得不经言词辩论(第453条);小额程序之第二审判决,经两造同意或依上诉意旨足以认为上诉为无理由者,得不经言词辩论(第436

条之 29) ;第三审法院认为不必要时,不经言词辩论即为判决(第 474 条第 1 项但书);再审之诉显无再审理由者,得不经言词辩论(第 502 条第 2 项),均基于诉讼经济之原则所作例外规定。

第三项 直接审理主义与间接审理主义

由参与裁判该诉讼事件之法官,直接参与辩论,耳闻目睹两造之陈述及各项诉讼数据,作为裁判之基础,谓之直接审理主义。若参与裁判之法官,并未耳闻目睹两造之陈述及各项诉讼资料,而以他人认知之诉讼资料作为裁判之基础者,谓之间接审理主义。直接审理主义,系由言词辩论主义而来,若采书状审理主义,即无从采取直接审理主义。直接审理主义,使法官所得诉讼数据,均从亲自体验而得,察言观色,易于获得事实真相,形成正确之心证。本法原则上采直接审理主义,故在判决程序,当事人须在法官前行言词辩论,法官非参与为判决基础之言词辩论者,不得参与判决(第 221 条);证据之调查,应由受诉法院于言词辩论期日行之(第 209、286 条)。惟参与言词辩论之法官有变更时,如仍须重新调查辩论,又未免与诉讼经济之原则有违,故仅须由当事人陈述以前辩论之要领或令书记官朗读前次之言词辩论笔录代之(第 211 条),以缓和严格之直接审理主义。又在证据之调查,或为诉讼之便利,或为事实上所必要,或经当事人两造同意,得由受命法官、受托法官或台湾地区外机关及驻在台湾地区外之台湾地区“大使”、“公使”或“领事”为之,乃采间接审理主义之例外(第 270、290、295 条)。惟于受诉法院外调查证据者,当事人仍应于言词辩论时陈述其调查证据之结果或令书记官朗读调查证据笔录或其他文书代之(第 297 条第 2 项),使以间接方式调查之证据,亦能显示于言词辩论期日。

第四项 两造审理主义与一造审理主义

法院之裁判,应当事人之言词辩论,更应使各当事人皆有于公开法庭平等的陈述意见之机会,此为两造审理主义。若仅以当事人一造之陈述即得为裁判者,为一造审理主义。民事诉讼法采言词辩论主义,于言词辩论期日,必须通知两造当事人到场为事实上及法律上陈述,并声明证据(第 192 条以下),然后始得据为判决。惟某造当事人经合法通知,无正当理由不到场者,亦得依到场当事人一造之申请,或依职权由一造辩论而为

判决(第385条、第386条、第433条之3、第436条之23),此为两造审理主义之例外。惟一造审理之判决,仍依已有之诉讼数据为裁判,非必为该不到场当事人不利益之判决。至裁定程序,原则上系对诉讼程序上事项所为之意思表示,采任意的言词辩论,是否行两造审理,由法院斟酌定之(第234条)。

第五项 处分权主义

当事人是否将其私权之争执,请求法院裁判,其请求法院裁判之范围如何?均依当事人自己之意思者,谓之处分权主义。民事诉讼以确定当事人间私法上权利义务为其目的,依私法自治之原则,私法上之权利人是否行使其权利,行使之范围如何,或竟抛弃其权利,均委诸权利人之自由意思。私法上权利义务既得由当事人自主解决,其欲借诉讼程序以解决之者,自亦当本此原则行之。民事诉讼程序之处分权主义、辩论主义、当事人进行主义,均系基于此一原则所生。

辩论主义从广义言,原包括处分权主义。台湾地区学者多从广义,将处分主义有关事项,合并于辩论主义中说明。惟分别说明,在概念上较为明确。两者区分,应以其是否为诉之要素(当事人、诉讼标的、诉之声明)直接有关之事项,或仅为事实认定之事项为断,前者为处分权主义之范围,后者为辩论主义之范围。

处分权主义既系基于私法自治之原则,若其事有关公益,例如关于诉讼程序事项、当事人适格事项、保护必要事项,则应依职权调查,乃属例外情形。

原告起诉或撤回起诉之行为,包括其起诉之声明(第388条),均应依当事人自由意思定之。受不利判决当事人之上诉或撤回上诉之行为,包括其上诉之声明,亦应本诸当事人之意思定之。诉讼上和解(第377条),原兼具私法上和解决约之性质,有使当事人所抛弃之权利消灭及使当事人因和解而取得权利之效力;为诉讼标的之舍弃或认诺者,法院应本于舍弃或认诺,为该当事人败诉之判决(第384条),均为处分权主义之当然结果。形成权是否行使(如抵消抗辩)?抗辩权是否主张(如时效抗辩)?在诉讼程序中亦为处分权主义之范围(九十二)。

第六项 辩论主义

狭义之辩论主义,仅指认定事实有关之诉讼资料而言。其仅以当事人提出之事实证据,为裁判之基础,当事人所未提出之事实证据,概不得加以斟酌者,即为辩论主义之原则。若法院应依职权收集诉讼资料以认定事实,不论当事人提出与否,均得作为裁判之基础者,乃为职权探知主义。为诉讼标的之法律关系,既得由当事人自由处分,其提供何项事实证据,作为裁判之基础,自亦应尊重当事人之意思,且当事人对于诉讼之胜败具有最密切之关系,事实状态亦最知之深切,命其负主张事实与声明证据之责任,亦最适当。惟某一事实应由何造当事人负主张及举证责任,不能不有所分配,此为主张责任及举证责任分配之问题,若当事人对于不利于己之事实自认或不争执者,他造当事人即无须举证(第279条)。惟辩论主义仅及于为诉讼标的法律关系要件之主要事实,与自由心证主义有关之补助事实与间接事实,则不包括在内;于法院已显著或为其职务所已知之事实,虽未经当事人提出,法院亦应依职权斟酌之(第278条);此外,法院应依职权调查事项之有关事实,有不适用辩论主义之例外。

在辩论主义下,一方面,一般当事人每因缺乏诉讼经验与法律知识,未能提出适当之诉讼资料,另一方面,亦有当事人于诉讼程序中故为虚伪陈述,使裁判发生不正确之结果,甚或两造故为虚伪诉讼,通谋为自认之行为,以取得法院裁判为方法,侵害第三人之权利,此均为辩论主义之缺失。如何补救此项缺失,则有赖法院善于运用阐明权(第199条),必要时得依职权调查证据(第288条),对于违背真实及完全陈述义务之当事人,于依自由心证判断事实时,应斟酌其违背义务之情形而为判断(第222条),在特定情形,亦得对故意为虚伪陈述之当事人科处罚鍰(第367条之2第1项)。

第七项 当事人进行主义与职权进行主义

诉讼程序之开始、进行与终结,以当事人意思为准者,谓之当事人进行主义。若不问当事人之意思如何,由法院依职权开始进行与终结者,谓之职权进行主义。诉讼程序因起诉而开始,起诉行为涉及当事人是否将其私法上权利义务之争执,请求法院为裁判之意愿,乃为处分权

主义之范围;而上诉、和解与撤回起诉或上诉之行为,虽亦涉及诉讼程序之进行与终结,但均与确定私法上权利义务有直接影响,亦与处分权主义有关。若仅就诉讼程序开始后终结前之进行而言,言词辩论期日之指定、变更或延展,言词辩论之开闭与指挥,命为分别辩论、合并辩论、限制辩论,诉讼文书之送达,阐明权之行使,逾时提出攻击或防御方法之驳回,裁定停止与撤销停止之裁定,诉讼应于何时达于可为裁判之程度等事项,均系由法院依职权行之,而非依当事人之自由意思,其因当事人之自由意思而影响于诉讼进行者,仅有合意停止诉讼程序之规定,但视为合意停止时,法院仍得依职权续行诉讼(第191条),故谓现行民事诉讼程序开始后终结前采职权进行主义为原则,当事人进行主义为例外,亦无不可(九十二)。

第八项 自由顺序主义、法定顺序主义与适时提出主义

当事人之攻击或防御方法,得于言词辩论终结前随时提出而不加限制者,谓之自由顺序主义,或称为随时提出主义。若当事人攻击或防御方法之提出,必循一定之顺序,违反法定顺序,则不生提出之效力者,称为法定顺序主义。如再将当事人提出之各个攻击或防御方法与证据之声明,分为两个阶段,必须为事实上之主张后,始得有举证之行为者,谓之证据分离主义;反之,则为证据结合主义。

法定顺序主义,当事人未在某一阶段为某诉讼行为者,在诉讼法上即发生失权之效果,固可防止程序混杂,使诉讼迅速进行,但如确有影响裁判结果之诉讼数据,因程序上之不合顺序而不能提出,使某造当事人受不利益之裁判,亦非公平。

自由顺序主义,法院虽能获得较多之诉讼资料,但因当事人在事实审言词辩论终结前,得随时提出攻击或防御方法,每致诉讼延滞,浪费司法有限资源。为保障当事人诉讼上权利并调和法定顺序主义及自由顺序主义优缺点,通常诉讼程序或简易诉讼程序,宜采限制的自由顺序主义或称适时提出主义,攻击或防御方法,应依诉讼进行之程度,于言词辩论终结前适当时期提出(第196条第1项)。本法第196条第2项规定:当事人意图延滞诉讼,或因重大过失逾时始行提出攻击或防御方法,有碍诉讼之终结者,法院得驳回之,在行准备程序之事件,其未于准备程序提出之攻击或防御方法,因而未记载于准备程序笔录者,同法第276条规定,嗣后

于言词辩论时不得主张之,乃是规定未于适当时期提出攻击或防御方法之失权效果。在小额事件,为贯彻小额程序之简速性,避免因当事人于上诉程序提出新事实及证据而延滞诉讼,则采法定顺序主义精神,当事人于第二审程序不得提出新攻击或防御方法(第436条之28)。

第九项 集中审理主义与并行审理主义

法院对其受理之多数诉讼事件,逐案集中审理,就某一诉讼事件继续审理终结至宣示判决后,再审理另一诉讼事件者,谓之集中审理主义,或称为继续审理主义。若法院对其受理之多数诉讼事件,同时并行审理,于每一庭期指定多数事件为言词辩论期日,何者达于可为裁判之程度,何者未达于可为裁判之程度,分别处理,谓之并行审理主义。集中审理主义符合直接审理主义之精神,惟法院受理诉讼事件繁多,必待此一案件审理完毕,再审理他案,他案不免迟延。台湾地区实务上向采并行审理主义,多数案件可同时进行而不必等待,惟法官同时审理多数案件,对案情记忆较易模糊,而当事人又多于期日始提出准备书状,不利他造攻防且使法官无法于期日深入调查,而须一再改期,造成程序浪费。为弥补并行审理主义之缺失,宜实行集中审理主义精神,课当事人善尽协力迅速进行诉讼义务,促使当事人将其所掌握之事实、证据及相关诉讼资料尽早提出,并扩大法官阐明义务,以便法官及当事人能及早了解案情并整理、确定及简化争点,使言词辩论集中而有效率,贯彻直接审理主义及言词辩论主义之精神。

第十项 律师代理主义与当事人本人诉讼主义

诉讼行为仅得由具有律师资格之人,代理当事人为之者,谓之律师代理主义。若诉讼行为得由当事人本人或其法定代理人为之者,谓之当事人本人诉讼主义。民事诉讼具有高度技术性,如由具有法学素养并熟谙诉讼程序之律师为诉讼行为,诉讼之进行必能流畅,对当事人之权益亦有较多保护。惟律师代理诉讼,当事人须支付报酬,在律师为平民服务尚未普及完满之际,尚非完全适宜。现行制度,在第一、二审程序,认为当事人有委任诉讼代理人之权利,并无委任诉讼代理人之义务,但若委任诉讼代理人者,则应委任律师为之,其委任非律师为诉讼代理人者,应经审判长许可(第68条),当事人委任诉讼代理人后,其本人仍得自为诉讼行为,

并不因已有诉讼代理人而不得自为诉讼行为；至第三审系法律审，上诉理由必须具体指摘第二审判决有如何违背法令之情形，一般当事人恒不明了第三审程序之性质，提起上诉时未能依法表明上诉理由，致被驳回，为贯彻第三审法律审功能，并保障当事人权益，第三审上诉采律师代理制度（第466条之1第1项）。

本 论

第一编 总 则

第一章 法 院

一、法院之意义

法院有广狭二义,广义之法院,系指以法院为名之某司法机关总称,不限于办理审判事务之法官,含有司法行政上之意义;狭义之法院,则专指办理审判事务之独任法官或某合议庭之组织而言,仅具行使裁判权之意义。何者系指广义法院,何者系指狭义法院,在民事诉讼法则视各该条文之性质定之;例如关于管辖之法院,系指广义而言(第1条),以原告起诉不合法为由,裁定驳回原告之诉之法院则为狭义之法院(第249条)。惟民事诉讼法系以裁判当事人纷争为目的之程序法,绝大部分条文所称法院,均系指由法官组成之狭义法院而言。

二、法院之组织

狭义法院之组织,有独任制与合议制之别,其由法官一人行使审判权者为独任制,其由法官3人或5人行使审判权者为合议制;第一审法院以独任制为原则,合议制为例外,上诉审法院则均采合议制(“法院组织法”第3条)。两制何者为优,虽不无仁智之见,就案件之裁判妥慎言,以合议制为宜,就案件之处理迅速言,以独任制为先,妥慎重于迅速,当以合议制为优。

三、法院之审级

依“法院组织法”之规定,普通法院有地方法院、高等法院、“最高法院”三级,通常诉讼事件与人事诉讼事件以地方法院或其分院为第一审、高等法院或其分院为第二审、“最高法院”为第三审。一般民事诉讼事件

均得上诉于第三审法院。但对于财产权上诉之第二审判决,如因上诉所得受之利益,不逾新台币(下同)100万元者,不得上诉于第三审,此项数额并得依“司法院”之命令减至50万元或增至150万元(第466条),而“司法院”已于2002年1月29日依上述规定,提高上诉第三审之利益数额为150万元,并自同年2月8日起实施。适用简易程序事件,以地方法院简易庭独任法官为第一审(第436条),地方法院合议庭为第二审,如其上诉利益逾本法第466条所定之额数者,得以适用法规显有错误,并具有原则上重要性,经许可后对第二审判决上诉于第三审法院(第436条之1至第436条之3)。一般上诉第三审法院非以第二审判决违背法令为理由不得为之(第467条),故第三审法院或称为法律审。适用小额程序事件,以地方法院简易庭独任法官为第一审(第436条之23准用第436条),并仅得以第一审判决违背法令为理由,上诉于第二审管辖之地方法院合议庭(第436条之24)。地方法院分院或高等法院分院在司法行政系统上虽隶属本院,但在诉讼审级制度上其职掌与本院相同。

第一节 管 辖

受理民事诉讼之法院,系分布于台湾地区各县市,如何将一定之诉讼事件,以适当之标准分配于各法院,即为诉讼之管辖。依法律规定之标准,某法院得就某诉讼为审判者,谓之管辖权。管辖权与审判权之意义不同,诉讼事件是否属于普通法院审判,为审判权问题(第249条第1项第1款);诉讼事件虽属普通法院审判,但是否归某特定法院审判,则为管辖权问题。前者为普通法院之权限问题,后者为广义法院相互间事务分配问题。

关于各法院相互间事务分配之标准,其以职务行为种类定之者,为职务管辖,如第一审、第二审、第三审。其以土地关系定之者,为土地管辖。其依上级法院裁定指定者,为指定管辖。其许当事人合意而定者,为合意管辖。本法规定之诉讼程序有通常诉讼程序、简易程序及小额诉讼程序,其是否为事务管辖,尚有不同见解,实务上采否定说,认为系法院内部事务分配问题。

第一项 土地管辖

同种类职务管辖之诉讼,以土地为标准,分配于多数同级法院管辖者,谓之土地管辖。某诉讼事件于某法院有土地管辖之关系者,该事件之被告,即有受该法院审判之权利义务,学说上称之为审判籍。以某特定人为被告时,得向某法院提起一切诉讼者,谓之普通审判籍。仅限于某种类内容之诉讼事件,得向某法院起诉者,谓之特别审判籍。普通审判籍与特别审判籍竞合时,除专属管辖外,特别审判籍并非优先于普通审判籍,而系由原告选择其中一法院起诉(第 22 条;1974 年台上字第 1863 号判例)。

第一款 普通审判籍

人民依“宪法”赋予之诉讼权,有向法院提起民事诉讼之权利,其起诉有无理由,则有待法院之裁判,为防止原告滥行起诉,并顾及被告应诉之便利,故以被告之住居所或事务所、营业所定其普通审判籍,此为“以原就被”之原则。

一、自然人之普通审判籍

(一) 依住所之普通审判籍

住所为自然人生活中心点,依被告住所定普通审判籍,最符“以原就被”之原则(第 1 条第 1 项前段)。

(二) 依居所之普通审判籍

1. 住所地之法院不能行使职权者

被告住所地之法院,不能行使职权者,由其居所地之法院管辖(第 1 条第 1 项中段)。

2. 以居所视为住所者

被告在台湾地区现无住所或住所不明者,以其在台湾地区之居所,视为其住所(第 1 条第 1 项前段)。

(三) 依最后住所视为住所之普通审判籍

被告在台湾地区无居所或居所不明者,以其在台湾地区最后之住所视为其住所(第 1 条第 2 项后段)。

(四) 以“中央政府”所在地视为住所之普通审判籍

在台湾地区外享有“治外法权”之台湾地区人,如不能依前述各规定定其普通审判籍者,而该国或地区法院又因其有“治外法权”之故,不能对之行使审判权,则对其人之私法上争执,将无从取得确定裁判,自非合理,遇此情形,即以“中央政府”所在地视为其住所地(第1条第3项)。

二、法人及非法人团体之普通审判籍

(一) 公法人之普通审判籍

公法人亦得为私法上财产权之权利义务主体,受私法之支配,如与他人发生民事纷争时,其普通审判籍,由其公务所所在地之法院定之(第2条第1项前段)。“政府”、自治团体或法律赋予公法人资格者(如“农田水利会组织通则”第1条)均为公法人。关于公法人之诉讼,由管理该财产之“中央”或地方机关为当事人(第40条第4项),以“中央”或地方机关为被告时,则由被告机关所在地之法院管辖(第2条第1项后段)。

(二) 私法人之普通审判籍

法人之事务所或营业所,为法人之业务中心点,故对于私法人之诉讼,应以其主事务所或主营业所所在地之法院管辖(第2条第2项;1929年上字第1720号判例)。私法人如有分事务所、营业所者,关于该分所之业务涉讼,另有特别审判籍之规定(第6条)。

(三) 非法人团体之普通审判籍

本法第40条第3项承认非法人团体得为民事诉讼当事人,其普通审判籍,亦以其主事务所或主营业所所在地定之。

(四) 台湾地区外法人或其他得为诉讼当事人团体之普通审判籍

台湾地区外法人亦得在台湾地区为民事诉讼之当事人(“民法总则施行法”第12条、“公司法”第375条),其普通审判籍应以在台湾地区之主事务所或主营业所所在地定之(第2条第3项)。台湾地区外之非法人团体亦得为民事诉讼之当事人,其普通审判籍亦以在台湾地区之主事务所或主营业所定之。

第二款 特别审判籍

一、诉之原因事实发生于被告住所地之特别审判籍

关于管辖,本法采“以原就被”原则,以被告住所地之法院为其普通审判籍法院。惟人民之乡土观念浓厚,多不愿废止祖籍所在地之住所,然事实上却常于就业所在地设有居所,如关于其人之诉讼,仍必须以其住所地之法院起诉,对当事人反有不便,乃规定诉之原因事实发生于被告住所地者,亦得由其居所地之法院管辖(第1条第1项后段),惟如被告于其居所地发生诉之原因事实后,在起诉前已离去并废止该居所,则该原因事实发生地于起诉时已非被告居所地,该地法院自无本项之管辖权。

二、因财产权涉讼之特别审判籍

(一) 对于在台湾地区无住所或住所不明之人因财产权涉讼之特别审判籍

对于在台湾地区现无住所或住所不明之人,因财产权涉讼者,得由被告可扣押之财产或请求标的所在地之法院管辖(第3条第1项)。所谓在台湾地区现无住所或住所不明之人,应不论其“国籍”,并包括法人在内,非法人之团体,应解为亦得类推适用。所谓财产权,不以有经济上之价值者为限。所谓可扣押之财产,系指得依强制执行程序查封拍卖者而言。所谓请求标的,系指原告对之主张权利之物或其主张之权利而言,如依给付之诉请求交付某特定物,或依确认之诉请求确认某债权。

被告之财产或请求标的如为债权,以债务人(第三债务人)住所或该债权担保之标的所在地,视为被告财产或请求标的所在地(第3条第2项)。

(二) 对于寄寓人因财产权涉讼之特别审判籍

对于生徒、受雇人或其他寄寓人,因财产权涉讼者,得由寄寓地之法院管辖(第4条)。所谓生徒,如学校之学生或工商业者之学徒。所谓受雇人,系指依雇佣契约为他人服劳务之人。所谓其他寄寓人,系指类于生徒、受雇人之寄寓人而言,如“立法委员”在“中央政府”所在地参加会议、病人因治疗疾病住居医院等情形。凡因某特定生活之目的,寄寓他人之处所,而非短期之滞留,均为寄寓地(八)。

（三）对于现役军人或海员因财产权涉讼之特别审判籍

对于现役军人或海员因财产权涉讼者，得由其公务所、军舰本籍或船籍所在地之法院管辖(第5条)。所谓现役军人，指现在营服役之陆海空军军人及依法视同陆海空军军人而言。所谓海员，指在海上航行及在与海相通水面或水中航行之船舶上服务之人员而言(“海商法”第1、2条)。所谓公务所，指军人在陆上服役之处所而言。所谓军舰本籍，指该军舰所属之军港，必要时亦得征询“国防部”之意见。所谓船籍所在地，指船籍港所在地(“船舶法”第11条)，必要时得向航政主管机关查询之。

三、因业务涉讼之特别审判籍

对于设有事务所或营业所之人，因关于其事务所或营业所之业务涉讼者，得由该事务所或营业所所在地之法院管辖(第6条)。所谓事务所，指设有一定场所从事非营利之事业者而言，如律师、会计师、医师。所谓营业所，指设有一定之场所，从事营利之事业者而言，如工商事业之机构等。

四、因船舶涉讼之特别审判籍

（一）因船舶或航行涉讼者

对于船舶所有人或利用船舶人因船舶或航行涉讼者，得由船籍所在地之法院管辖(第7条)。所谓船舶及船籍之意义，从海商法及船舶法之规定(“海商法”第1条，“船舶法”第1、11条)。所谓船舶所有人，指依法取得船舶所有权者而言。所谓利用船舶人，指以他人之船舶供自己利用者而言，如依据租赁或借贷关系，利用他人船舶营运等情形。所谓因船舶涉讼，指因船舶本身之权利义务关系涉讼，如确认船舶所有权之诉讼，因船舶买卖、租赁之诉讼。所谓因航行涉讼，指因船舶航行有关之权利义务事项涉讼，如海上运送契约之争执，船舶所有人或利用船舶人与船员雇佣契约之诉讼，船长、船员于航行中于法定权限范围内所生债权债务之纠纷等情形。

（二）因船舶债权涉讼者

因船舶债权或以船舶担保之债权涉讼者，得由船舶所在地之法院管辖(第8条)。所谓船舶债权，指因船舶本身关系而发生之债权，如“海商法”第24条所定得就第27条标的物受优先清偿之债权。所谓以船舶担

保之债权,指以船舶为担保之抵押债权(“海商法”第33条以下)。所谓船舶所在地,系指在提起民事诉讼时,该船舶现在停泊之所在地而言(第27条)。

(三) 因海上事故涉讼者

因船舶碰撞或其他海上事故请求损害赔偿而涉讼,得由受损害之船舶最初到达地或加害船舶被扣留地或其船籍港之法院管辖(第15条第2项)。所谓船舶碰撞,除两艘以上船舶相互碰撞外,船舶与埠头设置及浮标等碰撞,亦为船舶碰撞。船舶碰撞之地点,虽非在海上发生,而系发生于内河,亦包括在内(“海商法”第3、94条)。所谓其他海上事故,指船舶碰撞以外之其他海上事故,被害人基于侵权行为所提起之损害赔偿诉讼而言。因船舶碰撞或其他海上事故,常在公海发生,故规定本审判籍,以便原告选择起诉。

此外“海商法”第101条并就船舶碰撞之诉讼另规定特别审判籍法院,得与本法之规定选择适用。

(四) 因海难救助涉讼者

因海难救助涉讼者,得由救助地或被救助之船舶最初到达地之法院管辖(第16条)。所谓海难救助,指海商法中对人或对物之救助及捞救(“海商法”第102、103条),请求给付报酬有关之诉讼,包括施救人请求给付报酬、被救助人确认报酬义务不存在、确定报酬数额或其分配比例等诉讼。所谓救助地,指在台湾地区海域内实施救助或捞救之行为地或其救助结果发生地。所谓被救助之船舶最初到达地,指遭遇海难后,该船舶第一次到达之台湾地区处所。

五、因团体事件涉讼之特别审判籍

因团体事件涉讼者,其诉讼资料之搜集,以由该团体之主事务所或主营业所所在地之法院管辖最为便利,故公司或其他团体或其债权人对于社员,或社员对于社员,于其社员之资格有所请求而涉讼者,得由该团体主事务所或主营业所所在地之法院管辖。此项规定,于团体或其债权人或社员于团体职员或已退社员有所请求而涉讼者准用之(第9条)。

六、因不动产涉讼之特别审判籍

(一) 专属不动产所在地之法院管辖者

因不动产之物权或其分割或经界涉讼者，专属不动产所在地之法院管辖(第10条第1项)。不动产涉及土地，土地由不动产所在地台湾地区法院管辖。其情形如下：

1. 因不动产物权涉讼者

所谓不动产物权涉讼，如确认所有权、地上权等诉讼，固为因不动产物权涉讼。其基于物权所生之物上请求权(“民法”第767条)，通说认为亦应包括在内(1985年台上字第280号判例)。至基于债之关系，如基于买卖、赠与关系请求为所有权移转登记者，系以债权所生之请求权为诉讼标的，应非专属管辖。

2. 因不动产分割涉讼者

所谓不动产分割，系指共有之不动产共有人不能协议分割，依“民法”第824条第2项诉请法院判决分割而涉讼之情形。遗产之分割，涉及不动产者，亦为专属管辖。

3. 因不动产经界涉讼者

依实务上之见解，认为所谓因不动产经界涉讼，系指定不动产界线或设置界标之诉，若原告请求确定至一定界线之土地属于自己所有者，为确认不动产所有权之诉，不得认为不动产经界之诉(1938年上字第1451号判例)。

(二) 得由不动产所在地之法院管辖者

1. 其他因不动产涉讼者

因不动产物权或其分割或经界以外事项涉讼而与不动产有关者，得由不动产所在地之法院管辖(第10条第2项)。原告究向被告普通审判籍之法院起诉，或向不动产所在地之法院起诉，由其自由选择(第22条)。所谓其他因不动产涉讼，例如有关不动产占有之诉，基于债之关系请求交付不动产或请求移转登记之诉。

2. 因债权及担保该债权之不动产物权涉讼者

以不动产为标的之抵押物权因与其所担保之债权，有主从之关系，如对于同一被告因债权及担保该债权之不动产物权合并起诉，得由不动产所在地法院合并管辖(第11条)。

七、因契约涉讼之特别审判籍

因契约涉讼者,如经当事人定有债务履行地,得由该履行地之法院管辖(第12条)。契约之意义,从民法之规定(“民法”第153条),本审判籍不包括法定履行地。当事人定有两个以上之履行地者,各该履行地法院均有管辖权。所谓因契约涉讼,包括以该契约有解除、撤销、终止为原因,所生法律上效果之诉讼,或因债务不履行而生之损害赔偿等有关之一切诉讼。但为保障小额事件之经济上弱势当事人权益,避免其因附合契约条款而需远赴对造所预定之法院进行诉讼,小额事件当事人以附合契约条款约定债务履行地之情形,不适用本条特别审判籍之规定,即仍应以被告普通审判籍所在地法院为管辖法院,但如两造均为法人或商人者,两造经济上地位相等,则仍有此项特别审判籍规定之适用(第436条之9)。

八、本于票据涉讼之特别审判籍

本于票据有所请求而涉讼者,得由票据付款地之法院管辖(第13条)。所谓票据,指票据法所称之本票、汇票、支票;并专指执票人依票据法规定行使票据上权利之诉讼而言,如执票人请求付款或行使追索权之情形。其他因票据资金关系、票据原因关系、票据上权利消灭后请求返还所受利益等诉讼,均非本于票据有所请求而涉讼,不适用此特别审判籍。所谓票据付款地,在票据上有记载时,以票载为准,其未记载者,票据法上拟制之付款地亦包括在内(“票据法”第24条第6项、第120条第5项)。

九、因财产管理涉讼之特别审判籍

因关于财产管理有所请求而涉讼者,得由管理地之法院管辖(第14条)。所谓财产管理,系指由于本人之授权或基于法律之规定,为本人管理财产之人,其相互间发生之诉讼者而言。所谓管理地,指现在或曾经实施管理行为之中心地。

十、因侵权行为涉讼之特别审判籍

因侵权行为涉讼者,得由行为地之法院管辖(第15条第1项)。侵权行为之意义,依“民法”第184条以下规定,并不包括因债务不履行之损害赔偿。特别法中如有类于侵权行为之规定者,如无特别规定,亦适用之。

所谓行为地,并包括结果地在内(1967年台抗字第369号判例)。

十一、因空中事故涉讼之特别审判籍

因航空器飞航失事或其他空中事故请求损害赔偿而涉讼者,得由受损害航空器最初降落地,或加害航空器被扣留地之法院管辖(第15条第1项)。所谓航空器、飞航失事,依“民用航空法”第2条各款规定。所谓其他空中事故,指上述事故以外之事故而言,如自航空器中落下物品,致损害于他人之情形而言。所谓航空器最初降落地,指失事之航空器于失事后最初降落之地。所谓被扣留地,指加害航空器经依法被扣留之所在地而言,包括依刑事程序之扣押,依民事执行程序之查封,或依行政处分予以扣留等情形而言。

此外民用航空法就航空事件,在该法第97条另规定损害赔偿之特别审判籍,得与本法之规定选择适用。

十二、因登记涉讼之特别审判籍

因登记涉讼者,得由登记地之法院管辖(第17条)。私法上权利义务之得丧,须经登记者,不论为登记要件主义或登记对抗主义,均以由登记地之法院管辖为便。所谓因登记事项涉讼,应包括请求为创设登记、移转登记、变更登记、涂销登记等情形在内。所谓登记地,因登记之处所均为该事项之主管机关,故即为主管该登记事项政府机关所在地。

十三、因死亡而生效力有关事项涉讼之特别审判籍

因遗产之继承、分割、特留份或因遗赠或其他因死亡而生效力之行为涉讼者,得由继承开始时被继承人住所地之法院管辖(第18条第1项)。所谓因遗产之继承涉讼,包括继承权之有无、应继分之比例、继承权被侵害之恢复等有关事项涉讼。所谓因遗产之分割涉讼,指对于共同共有之遗产请求分割之诉讼,惟涉及不动产分割者,应仍有本法第10条第1项专属管辖之适用。所谓因特留份涉讼,指因被继承人生前以遗嘱处分其遗产,有无违反法定继承人得扣减之特留份之事项涉讼(“民法”第1225条)。所谓因遗赠涉讼,如受遗赠人请求交付遗赠物或继承人请求受遗赠人履行遗赠所附义务之诉。所谓其他因死亡而生效力之诉讼,如因死亡

因赠与契约而生之诉讼。所谓继承开始时被继承人住所地,即被继承人死亡时之住所地。如被继承人住所地之法院不能行使职权,或诉之原因事实发生于被继承人居所地者,得由其居所地之法院管辖。被继承人为台湾地区人,于继承开始时在台湾地区无住所或住所不明者,以其在台湾地区之居所视为其住所,无居所或居所不明者,以其在台湾地区最后之住所视为其住所;若在台湾地区外享有“治外法权”之台湾地区人不能依住所或居所确定管辖法院者,以“中央政府”所在地为其住所地(第18条第2项)。又此等诉讼,属“家事事件法”第3条丙类家事诉讼事件,其管辖依同法第5条规定,应优先适用“家事事件法”第70条之规定,唯该条规定甚为简陋,不如本法严谨。

十四、因遗产上之负担涉讼之特别审判籍

因遗产上之负担涉讼,如其遗产之全部或一部分于继承开始时在被继承人住所、居所地法院管辖区域内者(包括第1条第1项及第2项、第3项之居所、最后住所、“中央政府”所在地),得由该法院管辖(第19条)。所谓因遗产上之负担涉讼,指因被继承人在继承开始前所负债务,或继承开始后所发生应由遗产负担之债务而言,如“民法”第1150条规定关于遗产管理、分割及执行遗嘱之费用,权利人以继承人、遗产管理人、遗嘱执行人等为被告提起之诉讼,均得因遗产之全部或一部分,在本法第18条所定法院等管辖区域内,向该法院起诉。但如该财产已因分割或已移转而丧失遗产之性质者,自无本审判籍之适用。

十五、诉之合并之特别审判籍

(一) 主观诉之合并

共同诉讼之被告数人,其住所不在一法院管辖区域内者,各该住所地之法院均有管辖权(第20条)。被告有二人以上,住所不在同一法院管辖区域内,如无其他特别审判籍时,则将因无管辖权而无从利用诉之合并程序,故有此项共同诉讼管辖之规定;此对于未在其住所地法院起诉之被告而言,未免与“以原就被”之原则不符,是以本法第20条但书例外规定,如有第4条至第19条之共同管辖法院者(本法第3条系以现无住所或住所不明为前提,故不包括在内),由该法院管辖。所谓由该法院管辖,仅系规定不再适用该条以各该被告住所地管辖法院而已,非可解为系专

属管辖,而排斥合意管辖规定之适用(第 24、25 条)(十)。

共同诉讼如为诉讼标的之权利或义务系同种类,而本于事实上及法律上同种类之原因者,则以被告之住所在同一法院管辖区域内或有第 4 条至第 19 条之共同管辖法院者为限,不适用本审判籍之规定(第 53 条第 3 款)。

(二) 客观诉之合并

如其中一诉讼标的某法院有管辖权,而他诉讼标的某法院无管辖权者,则将无从为客观诉之合并,故本法第 248 条规定,对于同一被告之数宗诉讼,除定有专属管辖外,得向就其中一诉讼有管辖权之法院合并提起。

十六、确定管辖地跨散在数法院管辖区域内者之特别审判籍

被告住所、不动产所在地、侵权行为地或其他据以确定管辖法院之地,跨连或散在数法院管辖区域内者,各该法院均有管辖权(第 21 条)。例如被告住所房屋建在两法院管辖区域之界限上;或在甲法院管辖区域发生车祸,冲至乙法院管辖区域内致人死伤等情形。所谓其他据以确定管辖法院之地,如请求标的所在地、寄寓地、公务所、事务所、营业所等均可能有跨连或散在数法院管辖区域内之情形。

十七、其他特别审判籍

(一) 主参加诉讼之特别审判籍

主参加诉讼由本诉讼系属之法院管辖(第 54 条)。

(二) 诉之变更或追加之特别审判籍

诉之变更追加由原诉讼系属之法院管辖(第 255、446 条)。

(三) 反诉之特别审判籍

反诉由本诉系属之法院管辖(第 259、446 条)。

(四) 再审之诉之特别审判籍

再审之诉专属为判决之原法院管辖为原则(第 499 条)。

(五) 强制执行程序涉及诉讼事件之特别审判籍

如强制执行法有特别规定者,从其规定(“强制执行法”第 15 条)。无规定者,仍适用民事诉讼法之规定(二十)。

第二项 专属管辖

依法律之规定某诉讼事件专属某法院管辖者,谓之专属管辖。法律规定专属管辖者,原告就某诉讼事件,仅得向该法院起诉,不得由当事人合意由他法院管辖,法院如误为移送,受移送之法院不受其羁束(第26条、第30条第2项)。违背专属管辖之规定为判决者,第二审法院应将原判决废弃,移送于其专属管辖之法院,如第二审疏未注意,其判决为当然违背法令,得为上诉第三审之理由(第452条第1项但书、第469条)。在本法定有专属管辖者,有因不动产物权涉讼(第10条)、再审之诉(第499条)、支付命令(第510条)。惟事实上有两个以上专属管辖法院,如被告之住所或不动产所在地跨连或散在数法院管辖区域内者,则原告仍得选择其中一个专属管辖法院起诉。

第三项 管辖之竞合

民事诉讼之管辖权,除普通审判籍外,尚有极广泛之特别审判籍,其目的均在便利起诉或应诉。因之,同一事件常有审判籍相互竞合之情形;例如得由寄寓地之法院管辖,更可以由被告住所地法院管辖,如其侵权行为地散在数法院管辖区域内者,复有该数法院可以管辖,在此数法院管辖权相互竞合时,依本法第22条规定:“同一诉讼,数法院有管辖权者,原告得任向其中一法院起诉”;即依原告意见选择定之,并无特别审判籍优先普通审判籍适用之问题(1933年抗字第531号判例)。

第四项 指定管辖

指定管辖者,乃于有法定原因时,由上级法院就特定具体之诉讼事件,以裁定指定某特定法院为其管辖法院。

一、指定管辖之原因

(一)有管辖权之法院因法律或事实不能行使审判权,或因特别情形,由其审判恐影响公共安全或难期公平者

所谓有管辖权之法院不能行使审判权,系指构成法院全体之法官均不能行使审判权而言。所谓因法律不能行使审判权,如有管辖权之法院全体法官依法均有法定自行回避原因(第32条),或均经裁定有回避原

因(第33条),或因部分法官有回避原因而不能组成合议庭之情形。所谓因事实不能行使审判权,如有管辖权之法院因天灾、战乱、病疫或其他事故,事实上不能行使审判权之情形。其因环境上之特别关系,由原有管辖权之法院审判,有足以危害公共安全或难期公平之虞者,亦宜另行指定其管辖法院以资因应。至本法第1条第1项所谓法院不能行使职权,则系泛指某法院事实上已停止办公之情形,与本条规定并不相同。

(二) 因管辖区域境界不明致不能辨别有管辖权之法院者

所谓管辖区域境界不明,系指法院之管辖区域相邻接,而不明其界线所在,例如某县市改制,两县市之间就某处土地之界址,尚未划分明确,据以确定管辖法院之地,恰在此未定界线之上,致究应由何一县市之地方法院管辖发生疑义等情形。

二、指定管辖之申请或请求

指定管辖依当事人申请或受诉法院之请求为之(第23条第1项)。原告申请得在诉讼系属前为之,亦得在诉讼系属后为之。被告申请当在诉讼系属后。指定管辖于诉讼系属后并得由受诉法院请求。由当事人申请者,并应就指定管辖之原因事实负举证责任,但如该事实于法院已显著或为法院职务上所已知者,自毋庸再负举证责任(第278条第1项)。当事人申请,任得以书状或言词为之,受诉法院之请求,应依一般公文程序行之。

当事人之申请,得向受诉法院或直接上级法院为之,其向受诉法院为之者,受诉法院应将其申请转报诉讼管辖之直接上级法院。如直接上级法院亦不能行使职权者,其申请应向再上级法院为之,或经由受诉法院转报再上级法院为之(第23条第2、3项)。直接上级法院所能指定者,应为其诉讼管辖区域内之法院,如系指定直接上级法院管辖区域以外之法院者,解释上亦应由再上级法院指定之。

三、指定管辖之裁判

上级法院就当事人之申请或受诉法院之请求,应调查有无法定指定管辖之原因及有无其他不合法之情形。此项调查,并得行任意言词辩论(第234条)。如认为其申请或请求有理由者,即就该特定诉讼事件以裁定具体指定某一法院为其管辖法院,其指定之法院,虽可参考当事人之申

请或请求法院之意见,但仍应斟酌双方当事人之住居所之远近与诉讼进行便利等客观情形定之。如受理该申请或请求之法院认为其申请或请求为不合法或无理由者,则应以裁定驳回。

指定管辖之裁定,系对于原无管辖权之法院赋予管辖权,有创设之效力,经指定后,当事人、受诉法院、被指定法院均应受其拘束,当事人对指定管辖之裁定,不得声明不服(第23条第4项、第438条)。指定管辖之申请或请求被驳回者,当事人得依一般规定提起抗告(第482条)。请求之受诉法院,则无抗告之余地。

第五项 合意管辖

民事诉讼系判断当事人间私法上权利之争执,故法律许可当事人以合意确定管辖法院。合意管辖由于当事人双方同意者,为明示的合意管辖,由于被告不抗辩法院无管辖权而为本案言词辩论以其法院为有管辖权之法院者,为拟制的合意管辖,兹分述之:

一、明示的合意管辖

(一) 须有当事人之合意

合意管辖为诉讼法上双方行为,当事人双方意思表示一致,即生合意管辖之效力。合意管辖法律虽规定应以文书证之(第24条第2项),然此仅系规定其举证方法,非可认为合意管辖系应以书面为之之要式行为。合意管辖事实上当事人恒系于为实体法上之法律行为时,同时约定就该法律行为如有争执,由某法院管辖;然如在诉讼系属前另行约定亦无不可,即在原告向无管辖权之某法院起诉后,被告向该法院表示,愿受该法院之审判,经书记官记明笔录者,亦应认为有管辖之合意,并应解为毋庸再以文书证之。惟该法院如原为有管辖权之法院,则不得于起诉后合意变更(第27条)。合意管辖本质上仍为诉讼行为,适用诉讼法之规定,例如限制行为能力人经法定代理人之同意,虽不妨为有效之法律行为,但因其无诉讼能力,如径与他人为管辖之合意,则不生诉讼法上之效力。管辖之合意于诉讼系属前者,固非不得再以合意变更,但于诉讼系属后因有管辖恒定规定之适用(第27条),应不得再以合意变更(1930年抗字第16号判例)。

(二) 须所定者为特定之第一审管辖法院

第二审之管辖法院应依第一审法院之审判系统定之,职务管辖涉及审级制度,当事人均不得合意定之。

(三) 须由一定之法律关系而生之诉讼

合意管辖之诉讼,虽不限于具体特定之诉讼标的,但必须由一定法律关系而生之诉讼,亦即本于一定权利义务关系所生之诉讼,若广泛而抽象地约定某特定当事人间之私法上争执,均由某一法院管辖,其约定应为无效。所谓一定法律关系而生之诉讼,不仅及于该法律关系之本身,由该法律关系所生之各种权利义务均包括在内。

(四) 须非专属管辖

专属管辖之规定,事涉公益,故不许当事人合意变更(第 26 条)。民事诉讼采处分权主义为原则,当事人在程序上既得将其私权争执,合意由第三人仲裁,而不请求法院判断,依同一法理,自亦应承认其得合意由台湾地区外法院管辖,但以该法院亦承认合意管辖者为限。否则,将无法院可为审判,自影响人民诉讼权之行使(十二)。

二、拟制的合意管辖

拟制的合意管辖(或称为默示的合意管辖、应诉管辖),须具备下列要件(第 25 条):

(1) 须原告向无管辖权之第一审法院起诉。

(2) 须被告不抗辩法院无管辖权。

(3) 须被告已为本案言词辩论。必须被告积极地就本案为言词辩论。所谓本案言词辩论,系指关于诉讼标的之辩论(包括在准备程序中之陈述)。既为本案之辩论,即系对于实体上事项为应诉行为,故学说上称为应诉管辖。惟管辖权之有无,法院本应依职权调查之,于法院疏未注意为管辖权之调查者,当事人始有就本案诉讼标的为辩论之机会。

(4) 须非专属管辖(第 26 条)。

三、合意管辖之效力

当事人以合意就一定之法律关系确定某第一审法院为其管辖法院,或原告向无管辖权之第一审法院起诉,被告不抗辩该法院无管辖权,而为本案之言词辩论者,即以其法院为有管辖权之法院;除有专属管辖之情形

外,该法院即应受其合意或不抗辩之拘束,不得以该诉讼为无管辖权移送于他法院或以其欠缺诉讼成立要件(第249条第1项第2款)驳回原告之诉。在已有明示的合意管辖,如原告仍向有法定管辖权之法院起诉,该法院应依本法第28条规定移送于其合意管辖之法院。惟如被告并不就此抗辩且为本案之言词辩论,则该法院又因第25条之规定,取得应诉管辖权,而不得再行移送。

在现代交易形态,享有经济上优势之当事人,往往利用定型化契约条款与经济上弱势之当事人预定管辖法院,此种合意管辖之约定固难谓绝不生效力,惟经济上处于弱势之当事人为维护其诉讼上权益,却因定型化契约条款需远赴对造预定之法院进行诉讼,必然增加其劳费与时间,实质上更不利于经济上弱势之当事人。为防止合意管辖条款滥用,保障经济弱势当事人之权益,其当事人一造为法人或商人,依其预定用于同类契约之条款而成立之合意管辖,于通常或简易事件,如按其情形显失公平者,他造于为本案言词辩论前,得申请法院移送于其管辖法院;其法定管辖法院为多数时,被告并无选择管辖法院之权,应由受诉法院斟酌个案具体情形,移送于适宜之法院;于小额事件,则不适用合意管辖之规定,即仍以被告普通审判籍所在地之法院为管辖法院(第28条第2项、第436条之9)。但如两造均为法人或商人者,两造之经济上地位相等,则仍得以定型化契约条款合意管辖法院(第28条第2项但书、第436条之9但书)。

第六项 管辖权之调查

管辖权之有无,为绝对诉讼成立要件之一,毋庸当事人抗辩,法院应依职权调查。管辖权之事实,如需依证据认定者,原则上应由原告负举证责任,但法院认为有必要时,自亦得依职权调查证据(第288条)。

管辖权之调查,仅应在认定管辖权有无之程度范围内行之(1976年台抗字第162号判例),如涉及本案诉讼标的时,则依原告主张之事实从形式上认定,不得将属于程序上管辖权事项与属于实体上权利义务事项相互混淆(三)。

确定法院之管辖以起诉时为准,此为管辖恒定之原则,起诉后确定管辖之事实有变更者,不影响于诉讼系属时已有之管辖权。惟起诉时虽无管辖权,如法院未移送于有管辖权之法院前,因情事变更而成为有管辖权之法院者(如被告于起诉时在某法院管辖区域内本无住所,诉讼进行中新

设定住所于该法院管辖区域内),为求诉讼程序之安定,应认为该法院为有管辖权之法院,不得再移送于他法院。

法院依职权调查结果,认为无管辖权者,应移送于其管辖法院(第28条),其不能为移送者,应以裁定驳回原告之诉(第249条第1项第2款)。就管辖权之有无,被告发生争执而法院认为无管辖权者,固得依上述规定处理,如认为有管辖权者,得以中间裁定或于终局判决理由中宣示其旨(十三)。

第七项 诉讼之移送

法院对于无管辖权之诉讼,不得为实体上之辩论裁判,如概以其欠缺诉讼成立要件以裁定驳回,对于原告殊多不利,如原告之请求权时效系因起诉而中断,若因程序不合法驳回其诉,即生时效不中断之效果(“民法”第131条)。故本法设有诉讼移送之规定,兹分述之:

一、诉讼移送之原因

诉讼之全部或一部分,法院认为无管辖权者,依原告申请或依职权以裁定移送于其管辖法院(第28条第1项)。惟因诉之合并均有其特别审判籍(第20、248条),其中一部分有管辖权者,除专属管辖外,他部分均随同取得管辖权,故一部分移送适用之范围不多。

二、移送诉讼之程序

因法院无管辖权而为诉讼之移送,系依原告申请或依职权行之。被告申请法院移送,仅有促请法院为职权发动之作用。原告为申请者,应以书状或于期日以言词为之。法院对于原告申请,得行任意的言词辩论,如认为其申请为有理由者,应为移送之裁定;如认为其申请为无理由者,应即以裁定驳回之。管辖权常有相竞合之情形,于为移送之裁定时,究移送于何一管辖权之法院,依本法第22条立法意旨,原告如有陈明者,应参酌原告之意思而为移送。

被告以定型化契约条款合意管辖法院显失公平为由,亦得申请合意管辖法院将该事件移送于其他有管辖权法院。其申请应于本案言词辩论前,以书状或以言词为之。

移送诉讼之裁定,当事人对之不服,得依一般规定抗告(第482条),

但移送诉讼之申请被驳回者,不得声明不服(第 28 条第 3 项),亦即不仅不得抗告,将来亦不得随同终局判决并受第二审法院之裁判(第 438 条但书)。

移送前所追加之诉或反诉或依第 54 条规定提起之共同诉讼,应随同一并移送,但所追加之诉或反诉或该共同诉讼,系专属于为移送之法院者,不得并为移送。

三、移送诉讼之效力

(一) 移送诉讼前之处分

法院既认为诉讼之全部或一部分为无管辖权,应移送于其有管辖权之法院,本应停止诉讼程序,待移送后由受移送之法院继续其程序,但卷宗送交受移送法院前,若有急迫情形,必须实时为必要处分者,如亦待移送后行之,则将坐失时机,影响当事人之权益。故移送诉讼前如有急迫情形,应依当事人申请或依职权为必要处分(第 29 条);例如有即将灭失之证据先为调查,请求标的之现状即将变更先为保全(第 522、532 条)等情形。但关于假扣押假处分之保全程序,法院尚不得本于职权行之。

(二) 对于受移送法院之羁束力

民事诉讼之管辖,乃法院相互间事务分配问题,由此一法院管辖,或由彼一法院管辖,均系适用相同之实体法与程序法,纵令移送错误,除专属管辖涉及公益外,对于当事人权益影响不多,如允许受移送之法院得再移送于他法院,反足使诉讼延滞,影响当事人之权益。因之,移送诉讼之裁定确定时,受移送之法院应受其羁束,除专属管辖外,不得将该诉讼再移送于他法院(第 30 条)。

(三) 诉讼系属时期之拟制

诉讼系属系诉讼存在于法院之事实状态,不以起诉程序合法为必要,原告向无管辖权之法院起诉,亦生诉讼系属之效力,惟如已将该诉讼移送于他法院,就移送之法院言,其诉讼系属状态固不存在,但就整个诉讼观察,其诉讼系属并未消灭,因之,本法特规定移送诉讼之裁定确定时,视为该诉讼自始即系属于受移送之法院(第 31 条第 1 项);亦即在移送法院所为之诉讼行为,发生之程序法上(如毋庸再缴裁判费)或实体法上(如中断时效遵守除斥期间)之效力,均视同在受移送之法院所为。受移送之法院,除因法官变更,应由当事人陈述在移送前言词辩论之要领或审判长令

书记官朗读以前笔录外(第 211 条),应继续以前之诉讼程序进行诉讼。

(四) 诉讼卷宗之送交

移送诉讼之裁定,系得抗告,在未确定前对于受移送之法院并无羁束力,故移送诉讼之裁定,必待确定后,始得由书记官将裁定正本(原本由移送之法院保存)附入卷宗,送交受移送之法院,如为一部分移送者,将该部分之卷宗送交,或参酌第 443 条第 3 项之规定,由移送法院就其所需要之部分自备缮本(影本)或节本。

第八项 管辖错误之效果

诉讼事件究由何一法院管辖,乃法院相互间事务分配之问题,就台湾地区司法制度而言,任何法院管辖,均适用相同之程序法与实体法,其裁判结果从理论上言之,应无不同。因之,无管辖权之法院如已就本案为实体上判决,若因管辖权之问题,得由上级法院废弃第一审判决,再移送于有管辖权之法院重为辩论裁判,使原法院及两造当事人所为之诉讼行为,归于徒劳,殊失诉讼经济原则。因之,本法第 452 条第 1 项本文规定,第二审法院不得以第一审法院无管辖权而废弃原判决。亦即第一审法院管辖权纵有错误,已因第一审为实体判决治愈其瑕疵,于第二审法院不得再为争执,第二审法院亦不得再以职权调查第一审法院有无管辖权。案件上诉第三审时,亦不生判决违背法令问题。惟专属管辖,事涉公益,依同条但书规定,不在此限。如有违背专属管辖之规定者,第二审法院仍应废弃原判决,将该事件移送于有专属管辖权之法院(第 452 条第 2 项),第二审法院未如此处理者,该判决为当然违背法令(第 469 条第 3 款)。惟如已判决确定,应不得作为再审原因(十三)。

第二节 法院职员之回避

民事诉讼均由法院法官依法独立审判,不受任何干涉,其执行职务理当公正无私,力求裁判结果之正确。惟人类为感情动物,法官审理案件难保绝不受感情因素之影响,其与特定诉讼有利害关系者,又难免考虑其本人或亲属之利益。且在有此关系之情形下,纵令确系公正审判,就事论法,当事人亦难免怀疑其偏颇。若为表示本身公正,故将与其亲属或本人有利害关系之诉讼,作不利益之裁判,矫枉过正,亦非法律之所企求。于

此情形,该事件自以分由他人办理为宜,故法律设有回避制度。回避制度,固以法官为主,但书记官、通译之职务,亦常与判决结果有关,亦应并予准用。

第一项 自行回避

一、自行回避之原因

法官有下列各款情形之一者,应自行回避,不得执行职务(第 32 条):

(一) 法官或其配偶、前配偶或未婚配偶,为该诉讼事件之当事人者
法官自为该诉讼事件之当事人、已离婚之配偶或已与法官订定婚约之人,为该诉讼之当事人者,均以回避为宜。

(二) 法官为该诉讼事件当事人八亲等内之血亲,或五亲等内之姻亲,或曾有此亲属关系者(1934 年抗字第 2503 号判例)

血亲姻亲等之计算,从民法之规定(“民法”第 967 条以下)。曾有血亲、姻亲关系,嗣后已消灭者,如拟制血亲收养关系之终止(“民法”第 1080 条、第 1080 条之 1、第 1080 条之 2、第 1081 条)、婚姻之撤销与离婚(“民法”第 998、1050、1052、971 条)均为曾有此亲属关系之事例。

(三) 法官或其配偶、前配偶或未婚配偶,就该诉讼事件与当事人有共同权利人、共同义务人或偿还义务人之关系者

所谓共同权利人,例如就为诉讼标的之法律关系为共有人、连带债权人、不可分之债债权人;所谓共同义务人,如连带债务人、不可分之债债务人;所谓偿还义务人,如无限公司之股东、合伙团体之合伙人、保证人、票据债务之前手等。

(四) 法官现为或曾为该诉讼事件当事人之法定代理人或家长、家属者

家长、家属之意义,从民法之规定(“民法”第 1086、1098、1132 条)。法人之代表人、非法人团体之代表人、管理人,应均认为系本款之法定代理人。

(五) 法官于该诉讼事件现为或曾为当事人之诉讼代理人或辅佐人者

诉讼代理人或辅佐人均系为本人之利益为诉讼行为之人,自不宜就同一事件再为法官参与该诉讼事件之裁判。

(六) 法官于该诉讼事件曾为证人或鉴定人者

法官就同一事件曾经到场为证人或鉴定人,唯恐受其证言或鉴定意见之影响,以自行回避为宜。

(七) 法官曾参与该诉讼事件之前审裁判或仲裁者

本款规定法官回避之原因,有下列两种情形:

1. 法官曾参与前审之裁判

所谓参与前审裁判,系指同一法官,就同一事件,曾参与下级审之裁判者而言(1941年抗字第103号判例),并应包括中间判决在内,但不包括其他程序上之裁定。盖以法官既已在下级审法院参与裁判,如在上级审法院仍参与同一事件之裁判,当事人难免疑其具有成见,中间判决应并受上级法院之裁判(第438条),自亦应包括在内。所谓“前审”,依通说,应包括“前前审”之第一审裁判。曾经参与经第三审废弃发回重审前第二审裁判之法官,在第三审法院复就同一事件参与裁判,因该裁判已废弃而不存在,故实务上见解,认为未参与重审判决之法官,不具有回避之原因。“司法院”大法官会议释字第178号就刑事诉讼所为之解释,理由书中虽认为贯彻法官回避制度之目的,如无事实上之困难,该案件仍应改分其他法官办理。尚不能因此解释,即认为此种情形,为具有法定自行回避之原因(十四)。

撤消除权判决之诉对于除权判决程序、再审之诉对于原确定判决程序,虽为同一审级,但实质上均在审查前程序裁判之当否,有法律上同一理由应自行回避(释字第256号解释)。

2. 法官曾参与仲裁者

由当事人合意选定第三人,判断其相互间私权之争执,并自愿接受其判断者,谓之仲裁。仲裁有民事仲裁、劳工仲裁、海事仲裁,现行法律,有仲裁法及劳资争议处理法有关仲裁之规定。因仲裁人就当事人之私权争执有判断之权,既经参与判断,如该当事人提起撤销仲裁判断之诉(“仲裁法”第40条),或因仲裁决议应视同契约,而就该契约涉讼时(“劳资争议处理法”第35条),其曾参与仲裁之人,自不宜再参与有关民事诉讼程序,故并列为自行回避之原因。

前述第一种情形,原则上应兼指裁定在内(第31—36条)。

二、自行回避之程序及效力

法官有无自行回避之原因,为法院随时应依职权调查之事项,其就特定诉讼有自行回避之原因者,应不待当事人之申请与法院之裁判,就该案件当然不得执行职务。本法第 38 条第 1 项规定,该法官所属之法院或兼院长之法官,如认为法官有自行回避之原因者,应依职权为回避之裁定。此项裁定不得抗告(第 483 条)。法官自认为有自行回避之原因,应参酌上述第 38 条第 1 项之规定,由该法官所属法院或兼院长之法官认定之,如认为确有自行回避之原因者,即依年终事务分配之代理顺序,分配于次一顺序之法官办理(“法院组织法”第 79 条),如认为并无自行回避之原因者,自得决定不予回避,以免法官遇有繁难案件,借词变更法院事务之分配(1941 年声字第 70 号判例)。上述决定,应属司法行政事务之处理,非为诉讼法上之裁定,该法官自无声明不服之问题。若当事人认为法官应自行回避,则为后述申请回避之原因。

法官有自行回避之原因,应不得就该诉讼事件执行职务,否则,所进行之诉讼程序为当然违背法令(第 469 条第 2 款)。若判决确定,其判决应有再审之原因(第 496 条第 1 项第 4 款)。本法第 37 条第 2 项之必要处分,乃系就申请回避所为之规定,在自行回避应无适用之余地。

第二项 申请回避

一、申请回避之原因

法官有下列各款情形之一者,当事人得申请其回避(第 33 条):

(一) 法官有自行回避之原因,而不自行回避者

法官有法定自行回避之原因,本应自行回避或由其所属之法院或兼院长之法官依职权为回避之裁定(第 38 条第 1 项),若该法官仍继续执行职务,不论由于不知,或系出于误解,均许当事人申请回避,以维护审判之公平。

(二) 法官有自行回避以外之情形,足以认为其执行职务有偏颇之虞者

法官虽无列举之自行回避原因,而有其他情形足以认为其执行职务有偏颇之虞者,为增进当事人对法院之信赖,防止可能不公平之裁判,故

以之作为申请回避之原因。所谓有偏颇之虞,应就具体事实作客观认定(1960年台抗字第36号判例),不能以当事人在主观上疑其不公,即认为有回避之原因;例如法官与当事人一造原有密切交谊或本有嫌隙(1938年抗字第552号判例),或该诉讼标的与该法官有特别利害关系(1980年台抗字第457号判例)等情形,客观上足疑其可能为不公平之裁判者而言。对于法官指挥诉讼之当否、晓谕发问之多寡、申请调查证据之准驳、诉讼进行之迟缓、参与同一当事人他事件之裁判,依实例上之见解,均不认为有申请回避之原因。

二、申请回避之时期

申请法官回避,如系以法官有自行回避之原因而申请者,不论诉讼进行至如何程度,随时均得为之,且不因当事人无异议而为本案言词辩论受有影响(第197条),若以法官执行职务有偏颇之虞为原因而申请回避者,除该回避之原因发生在后或知悉在后者外,应就该诉讼未有所声明或陈述前为之,以避免当事人借词延滞诉讼,于此兼采法定顺序主义之原则,予以限制(第33条第2项)。

三、申请回避之程序

当事人申请法官回避,应举其原因向法官所属法院为之(第34条第1项)。其申请得以书面或言词为之。法官回避之原因,应自为申请之日起,于3日内提出可供实时调查之证据以释明之。如有第33条第2项但书发生在后或知悉在后之情形,亦应并为释明。惟上述3日之期间并非不变期间,虽有迟误,如在法院未裁定前已为释明者,仍应予以斟酌。法官回避之原因,恒涉及法官个人,故被申请回避之法官,得提出意见书,以供参考。若该法官在意见书中认为确有回避原因者,则毋庸裁定,应即回避(第35条第3项)。

四、申请回避之裁判

申请法官回避,除被申请回避之法官,认为该申请为有理由,应即回避,毋庸裁定外,应由该法官所属法院以合议裁定之。被申请回避之法官不得参与此项裁定,俾期裁判之公平。如该法院因不足法定人数不能行合议者,由兼院长之法官裁定之。如并不能由兼院长之法官裁定者,则由

直接上级法院裁定之(第35条第3项)。

受理申请之合议法院或兼院长之法官或直接上级法院,就回避之申请,得行任意之言词辩论或命关系人以书状或言词为陈述后裁定之(第234条)。其认为申请为不合法或无理由者,应以裁定驳回之。此项裁定,原申请人得为抗告。若认为其申请合法并有理由者,应即为法官回避之裁定。此项裁定,相对人不得声明不服(第36条),被申请回避之法官,亦无不服之余地。

五、申请回避之效力

申请法官回避,在该申请事件未经裁定认为有理由前,原不发生回避之效力,唯恐该事件确有回避原因,如任由原法官继续执行职务,甚或进而为本案判决,使回避之申请,有名无实,自非所宜,故法官被申请回避者,在该事件确定前,应停止诉讼程序(第37条),待该申请事件决定回避与否之裁定确定后,再继续进行诉讼程序(1989年台上字第1943号判例)。但在停止诉讼程序中如有急迫情形,仍应为必要之处分(第37条第2项),例如调查即将灭失或碍难使用之证据,或因保全强制执行依申请为假扣押或假处分之裁定;此项处分,只限于中间行为,不能为终结诉讼之行为,且不包括本法第383条之中间裁判在内。试行和解,既无急迫情形,应亦不得为之。上述急迫处分,既系法律许可之行为,纵令将来回避之申请,经裁定为有理由,亦不能使原来之合法行为变为违法行为,其急迫处分之效力,应不因此而受影响(十)。

法官被申请回避者,在该申请事件终结前,原则上固应停止诉讼程序,但有下列情形之一者,为防止当事人借回避申请延滞诉讼,不在此限(第37条第1项但书)。

(1) 当事人就该诉讼有所声明或陈述后,始认为法官执行职务有偏颇之虞而申请法官回避,且无发生在后或知悉在后之情形者。

(2) 申请法官回避未列举其原因向法官所属法院为之者,或不予3日内释明申请回避之原因,及释明回避之原因发生在后或知悉在后之事实者。

(3) 显系意图延滞诉讼而为者。

(4) 有紧急处分必要者(第37条第2项)。

第三项 同意回避

法院院长虽由法官兼任,但系司法行政之职务,在诉讼法上原无地位可言,但院长对于法官,依法有司法行政监督之权(“法院组织法”第13、110条),在法官有自行回避之原因,既得依职权为回避之裁定,则在法官自认为执行职务可能有偏颇之虞,而当事人又未申请其回避时,自亦得由兼院长之法官本于司法行政监督权同意其回避,此项同意,乃系行政上之允许,并非诉讼法上之裁定,当无依诉讼程序声明不服之余地(第38条第2项)。

第四项 法院书记官、通译及司法事务官之回避

法院书记官在民事诉讼程序中,有制作各项笔录、送达各项文书、发送及保管卷宗之职掌,对于诉讼之进行具有影响;而编制内非临时选任之通译,职司语言或文字传译,公正与否,亦有影响审判结果之可能,故法院书记官及通译之回避,准用法官回避之规定。但书记官与通译并不参与裁判,法律所谓准用,自仅限于性质相当者始得准用,例如本法第32条第1款至第6款及第33条第1项第2款之回避原因,固应准用。第32条第7款之参与仲裁亦得准用,但关于参与前审裁判则不在准用之列。

2003年本法修正时,增列司法事务官处理程序,使司法事务官得处理依法律移办事件,关于其办理事务之回避,亦应准用法官回避之规定(“司法事务官办理事务规范要点”第7条)。

第二章 当事人

第一节 当事人之意义

当事人者,特定诉讼关系之主体,以自己名义请求法院解决私权争执之人及其相对人。析其义如下:

(一) 当事人为特定诉讼关系之主体

民事诉讼之主体,包括当事人两造及处理该诉讼事件之审判机关。两造互为攻击防御,法院则主持该诉讼之进行,并判断其私权之争执,而同为诉讼程序之主体。惟民事诉讼之主体,因有特定诉讼之存在而存在,故当事人应为特定诉讼关系之主体。

当事人为特定诉讼关系之主体,就通常情形言之,当亦为原告所主张为诉讼标的之法律关系主体,两者相互一致;如原告请求被告给付借款,当必主张其自己为该借款之请求权人(债权人),而以被告为给付义务人(债务人)。然有时当事人虽为诉讼程序之主体,但非为实体法上法律关系之主体,而系基于法律特别规定,就该为诉讼标的之法律关系,有实施诉讼之权能者;例如破产管理人就应属破产财团之财产(“破产法”第75、90、92条)、强制执行程序强制管理债务人财产之管理人(“强制执行法”第104、109条)、代位行使债务人权利之债权人(“民法”第242条)、有权处理遗产之遗产管理人、遗嘱执行人(“民法”第1179、1215条)、失踪人之财产管理人(“家事事件法”第142条、“民法”第10条)、以债权为质权标的之债权人(“民法”第906条)、选定当事人(第41条)等,均各得以自己名义在诉讼程序中为当事人,但在实体法上则非全为诉讼标的法律关系之主体,而系为他人原告或为被告,仅其判决效力仍及于该他人(第401条第2项)。

(二) 当事人系以自己名义为诉讼行为之人

以自己名义在诉讼程序中为诉讼行为者,不论其是否为诉讼标的法律关系之主体,均为当事人。虽为诉讼标的法律关系之主体,如未在诉讼程序中以自己名义为诉讼行为者,非为当事人。当事人之法定代理人或法人之代表人,非以自己名义为诉讼行为之人,自非当事人。诉讼参加人、诉讼代理人、辅佐人虽并规定于当事人一章内,仍非此所谓当事人(有认为参加人为广义当事人者)。依本法第 54 条提起诉讼之人,系以自己之名义为原告,自为当事人。

以何人名义为当事人,何人即为该特定诉讼关系之主体,法院判决之效力,原则上仅及于名义上之当事人,亦唯有名义上之当事人得在该诉讼程序为诉讼行为。但在例外情形,判决效力有时亦可及于当事人以外之人(第 401、582 条)。在诉讼程序上应依当事人决定之事项,则概以名义上当事人为准,如依住所地决定之审判籍(第 1 条)、应否命提供诉讼费用之担保(第 96 条)、回避原因之有无(第 32 条)、得否拒绝证言(第 307 条)、诉讼程序之当然停止(第 168、170、174 条)、诉讼系属效力之发生(第 253 条)等,均应以名义上之当事人定其诉讼法上之法律关系。

(三) 当事人系请求法院解决私权争执之人及其相对人

特定人间有私法上权利之争执,请求法院以公权力予以保护,不仅该请求之人为当事人,其相对人亦为当事人。从狭义言之,若非请求解决私权争执之人及其相对人,虽亦以自己名义参与诉讼程序,如辅助参加人、证人、鉴定人等,均非当事人(本法第一编第二章所称之当事人意义较广)。

民事诉讼因有相对立之当事人互为攻击防御,构成诉讼程序。此对立之状态,自诉讼系属时起,至诉讼终结时止,必须继续保持,如起诉时无此对立状态者,诉讼关系自始不能存在,法院应以其诉不合法驳回之(第 249 条第 1 项第 6 款后段)。如诉讼系属中此对立状态消灭者(如原告法人与被告法人合并),诉讼关系即不能继续,法院亦应以其诉不合法驳回之。

当事人在诉讼法中之称谓,因审级或各项程序种类不同而有异,在判决程序中称为原告、被告,在第二审、第三审程序中称为上诉人、被上诉人(原告、被告之地位仍继续存在),在督促程序及保全程序中称为债权人、债务人,在抗告程序中称为抗告人、相对人,在再审程序中,称为再审原

告、再审被告,在其他程序中称为申请人、相对人。

第二节 当事人之认定

就特定诉讼事件,究以何人为当事人?关系诉讼程序应对何人行之,确定判决效力应及于何人等问题,故以何人为当事人,法院应依职权调查并认定之。惟认定当事人之标准,有下列三说:

(1) 表示说:此说认为当事人之认定,应就原告之起诉状作全体观察,从客观上判断何人对何人请求确定私法上权利义务关系。

(2) 意思说:此说以原告或法院之意思,欲以何人为当事人者,即以该人为当事人。

(3) 行动说:此说以现实上有当事人之行动者,即以之为当事人。

按原告提起诉讼,应依第 244 条向法院提出诉状,而当事人之记载,为同条第 1 项第 1 款之法定程序,当事人为何人,自应依诉状之记载为认定标准,诉状之记载不明确时,则应综合该诉状全体记载意旨探求原告之真意认定之。故当事人之认定标准,原则上采表示说,如不能为明确之认定时,则兼采意思说。又在诉讼程序得为诉讼行为者,原不限于当事人,诉讼代理人、参加人、辅佐人均得为之,以有当事人行动为认定标准之行动说,显不可采。

何人为当事人,在自然人应以其姓名表示之,在法人或非法人之团体应以其名称表示之。自然人之姓名,依姓名条例之规定,固应使用户籍记载之本名,其未使用本名者,依同条例第 4 条规定,有关财产权之取得、设定、变更或其他登记时,产权登记机关不得予以核准;此虽为行政法上之规定,但民事诉讼系确定私法上之权利义务,涉及应经登记之事项不少,实务上如未以本名起诉,但已足识别何人为当事人时,虽不能以当事人不存在驳回原告之诉,但仍应查明其本名在判决当事人栏同时表示之。又在自然人可能有姓名相同之情形,亦不妨在裁判文书记载其性别、年龄、身份证号码、营利事业统一编号等项,以便认定当事人为何人。若依裁判记载不能为明确之认定,而他方当事人对于姓名相同之第三人主张裁判之效力者,该第三人自得提起消极确认之诉,以除去其危险,其涉及强制执行程序者,并得主张对之无执行名义依“强制执行法”第 12 条声明异议,以资解决(十七)。

冒用他人真实姓名起诉,被冒用人既无起诉之意思,冒用人固亦非以诉讼代理人之地位为之,惟仍以未经被冒用人授予诉讼代理权,以裁定驳回原告之诉(第 249 条)。至本无其人捏名起诉,无从识别其为何人者,则为当事人不存在,应以其诉不合法以裁定驳回之(第 249 条第 1 项第 5 款)。

第三节 当事人能力

一、当事人能力之意义

于民事诉讼程序得以自己名义,为确定私权之请求或为其相对人之资格,谓之当事人能力。诉讼法上之当事人能力,虽相当于实体法上之权利能力,原则上亦系以有实体法上权利能力者,为有当事人能力,但当事人能力,乃系得在民事诉讼程序为当事人之资格,为诉讼法上之观念,并非实体法上之事项。当事人能力乃一般得为民事诉讼当事人之资格,为任何人均得发生之问题,非系就各个事件观察,亦与特定之诉讼标的无关,故与就特定诉讼标的得以自己之名义为原告或被告之资格,得受本案判决之当事人适格问题乃属两事(关于当事人适格,本书系在第一审程序叙述)。

当事人能力有实质当事人能力与形式当事人能力之别,有实体法上权利能力者,为实质当事人能力;无实体法上权利能力,而有当事人能力者,为形式当事人能力。后者仅为诉讼上之便利,承认其有当事人能力,通说作此区分,亦有其法律上意义存在。

二、实质当事人能力

有权利能力者,有实质当事人能力(第 40 条第 1 项)。下列情形,为有实质当事人能力:

(一) 自然人

自然人之权利能力,始于出生,终于死亡(“民法”第 6 条),其当事人能力之始终,亦与实体法权利能力相同。台湾地区外自然人于法令限制内有权利能力(“民法总则施行法”第 2 条),是否亦应于法令限制内有当事人能力,学者不一其说,依据本法第 40 条第 1 项条文解释,固以应受限

制说为妥。惟如依此说,则欲否定权利能力受限制之人在实体法上之权利时,则无从取得有既判力之确定判决(第400条)。故仍以不受限制说,使权利能力应否受限制之实体上纷争,可作实体上无理由之判决(二十八)。

(二) 胎儿

为配合民法规定,本法第40条第2项规定,胎儿关于其可享受之利益,有当事人能力。故以胎儿为当事人时,只在其享受利益之范围内(如确认继承权存在)有当事人能力,如对胎儿请求连带清偿债务,则无当事人能力。胎儿为当事人时,应记载“某某(母)之胎儿”,并以其母为法定代理人(“民法”第1166条第2项)。如于诉讼系属中出生非死产者,则应改以一般自然人为当事人。出生时为死产或未出生流产,诉讼仍在系属中者,则应以当事人能力欠缺,驳回原告之诉(第249条第1项第3款)。以胎儿为当事人者,法院应依职权调查是否有此胎儿存在,如无此胎儿存在,则为当事人不存在(十八)。

(三) 私法人

私法人之成立,采登记要件主义(“民法”第30条),故其权利能力系以登记为始,解散并清算完毕为终(“民法”第40条),法人于法令限制内有享受权利负担义务之能力,于此范围内有当事人能力。

台湾地区外私法人须经依法认许,始于法令限制内与同种类之台湾地区法人有同一权利能力(“民法总则施行法”第12条、“公司法”第375条),自亦于此范围内有当事人能力。未经认许之台湾地区外法人,不能取得民法上之权利能力,惟未经认许之台湾地区外法人以其名义与他人为法律行为者,其行为人就该法律行为应与该台湾地区外法人负连带责任(“民法总则施行法”第15条);实务上因而认为未经认许之台湾地区外法人,可以之为非法人之团体,依本法第40条第3项认为其有当事人能力,且不以在台湾地区设有事务所或营业所者为限(1961年台上字第1898号判例)。

私法人之分支机构,是否有当事人能力?严格言之,法人为权利主体与自然人相同,其人格应属单一,其分支机构为该法人之一部分,自无独立之人格;惟实务上则承认分公司有当事人能力(1951年台上字第39号判例)。以分公司为当事人者,在法理上仍应认为其系以公司法人之整体为当事人,故对分公司取得之确定判决,其效力当然及于该整体法人,而

分公司有关业务事项,自更得以总公司名义起诉。以分公司名义起诉,诉讼中改为总公司者,应非诉之变更,唯有不同见解(1951年台上字第105号判例)。分公司以外之私法人之分支机构,是否得比照分公司之例认为具有当事人能力,则应从严处理,但实务上仍有认为电力公司各地管理处(非分公司)、台糖公司之糖厂有当事人能力者,理论上均非妥适(二十一、一)。

法人之人格为一整体,已如前述;因之,法人之董事会、股东会或法人内部之某单位,均无当事人能力。清算中之法人在清算范围内有当事人能力(“民法”第40条第2项)。重整中之公司,仅改由重整人为其法定代理人,公司人格仍为存续,其当事人能力自仍存在(“公司法”第293条)。宣告破产之法人,于破产程序进行中,在破产目的范围内具有权利能力而得为权利主体,法人人格在破产目的范围内,仍应视为存续,而有当事人能力。至于破产财团之诉讼,由破产管理人为当事人者,乃当事人适格问题,并非当事人能力问题(二十三)。设立中之法人尚未取得法人人格,固无实质当事人能力,但得视具体情形,认为其为非法人团体而有形式当事人能力。

(四) 公法人

公法人亦得为私经济行为而为民法上之权利主体,如有私法上之争执,亦应循民事诉讼程序请求普通法院裁判,在公法人有私权争执时,实务上一向认为“中央”或地方机关基于法律之授权执行其职务,皆系以其机关名义在私法上行使权利或负担义务,而“国家赔偿法”规定有赔偿义务机关,“土地法”第68条亦有登记错误之损害赔偿由地政机关负责之规定,为因应实务上之需要,于是明定“中央”或地方机关,有当事人能力(第40条第4项)。在地方自治团体或其他依法设立之公法人,自亦可比照办理。“中央”或地方机关为当事人时,必须其机关能独立对外者而言,如为机关之内部单位(例如某部总务司),不能独立对外者,仍应认为无当事人能力(二十)。

台湾地区外之公法人无服从台湾地区法权之义务,不能认为有当事人能力(或认为台湾地区法院对该公法人无审判权较为妥适),惟如该公法人,自愿服从台湾地区司法权愿为民事诉讼当事人者,应解为有当事人能力。台湾地区外之国家或地区在台湾地区法院起诉,以其国家或地区为原告者,得以驻台湾地区“大使”或“公使”为法定代理人。至该国或地

区之政府机关,其职掌非台湾地区法院所得了解,是否有权代表其国家或地区起诉,或专设有为其起诉或应诉之机关,非必与台湾地区相同,应以实际情形定之。

三、形式当事人能力

民事诉讼之目的,原在确定实体法上之权利义务,故民事诉讼上当事人能力之观念,本由实体法上权利能力观念而来,唯因事实上有若干团体,虽未取得法人资格,而以其团体名义与他人为法律行为者,所在多见;如不认为其在诉讼法上具有当事人能力,实际上极不便利,故承认非法人之团体,例外有当事人能力。因其未具有实体法上权利能力之故,称为形式上当事人能力。此种形式上当事人能力,法律仅有“非法人之团体,设有代表人或管理人”之规定,并未明示其他要件,适用时从宽从严,将有不同结果。惟既称为团体,自应有一定目的及组织,且有继续之性质;参照本法第2条第2项、第3项,第116条第1款,第226条第1项第1款各规定,并应有一定之名称及设有事务所或营业所,始足当之。又因其系在自然人、法人以外,承认其有当事人能力,故该团体之财产必须与其构成员或原捐助人之财产可以区分,否则,即无认为其有当事人能力之必要。

法人有人的结合之社团法人与财产集合之财团法人,非法人团体是否亦兼指上述两种情形,或仅指人的结合社团性质之非法人团体,学者间虽有不同见解,惟参酌“司法院”1939年院字第1926号解释,有“非法人之财团”之用语,同院1934年院字第1080号解释,亦谓私立学校如已组织而未依法取得法人资格亦为非法人团体。实务上认为非法人之团体,系兼指社团与财团两种情形而言,就法律上之规定言,既未限制仅以社团为限,应认为包括财团在内(二十五)。实例上承认为非法人之团体者,如律师公会(1934年院字第2030号解释)、同乡会(1950年台上字第1227号判例)、寺庙(1954年台上字第143号判例)、村里办公处(1954年台上字第1064号判例)、未经认许之台湾地区外法人(1961年台上字第1898号判例)、未经登记之公司[1969年8月25日第一次民刑庭总会会议决议(三)]、合伙(1952年台上字第1040号判例)。至于独资商号,实例上则否认其为非法人团体(1953年台抗字第12号、1955年台上字第271号判例)。

合伙是否为非法人团体,学者间虽有不同见解,惟合伙乃系以经营共

同事业为目的而成立之人的结合体,依“民法”第681条之规定,合伙财产不足清偿合伙债务时,各合伙人对于不足之额负连带责任(于此情形,如径以合伙人为被告,径行请求给付合伙债务,反值研究);同法第682条第1项规定,合伙人于合伙清算前,不得请求合伙财产之分析。实体法上亦系将合伙财产与合伙人之其他财产作明显之划分,合伙具有团体性,可以肯定。承认合伙为非法人之团体有当事人能力,应无不妥。

以往实务认为祭祀公业仅属于死亡者后裔共同共有祀产之总称,尚难认为有多数人组织之团体名义,故除有表示其团体名义者外,纵设有管理人,亦非本法第40条第3项所谓非法人团体,自无当事人能力,然“祭祀公业条例”施行后,祭祀公业经登记为法人者,当然有当事人能力;祭祀公业尚未登记为法人者,实务认为属非法人团体,仍有当事人能力,应列管理人为其法定代理人;如管理人依以往实务见解,记载以自己名义为祭祀公业任诉讼当事人者,只需当事人栏内予以改列,借资更正,不生当事人能力欠缺之问题(2008年8月12日第二次民事庭会议决定)。

非法人团体虽在诉讼法上有当事人能力,惟究无实体法上之权利能力(1978年台上字第865号、1979年台抗字第82号判例),民事诉讼之目的,乃在于确定私法上权利义务之关系,非属实体法上权利主体,对之确定私法上权利义务,自难免有不能配合之处;故非法人之团体为当事人时,仍视为诉讼标的之法律关系以确定能否对之为实体上判决,如已对之为实体上判决,其权利义务仍归属于其构成员(社团),或其捐助人之受托人(二十六、二十七)。

四、当事人能力之调查及其欠缺之效果

当事人能力为诉讼成立要件之一,于案件起诉后不论诉讼进行至如何程度,法院均应依职权调查之,如认为当事人之一造欠缺当事人能力者,应认为其起诉为不合法,以裁定驳回之(第249条第1项第3款)。生有中间争执,法院认为当事人能力并无欠缺者,得以中间裁定諭示其旨(第383条第2项),或于终局判决中并为说明。

诉讼进行中当事人能力丧失者(如自然人死亡、法人合并),诉讼程序当然停止,由依法得承受诉讼之人承受其诉讼(第168、169条)。其为诉讼标的之法律关系为不得承受者,如原告诉请被告为某特种技艺之给付,该被告死亡,其继承人即无从承受诉讼,法院仍以当事人能力欠缺驳

回原告之诉(1940年上字第1572号判例)。

当事人能力有欠缺者,得否命为补正或追认,学者间虽有不同见解,惟本法第48条之追认或补正,系泛言能力,而非仅限于诉讼能力,此与《日本民事诉讼法》第53条、第54条明示仅限于诉讼能力者不同。本法既承认无权利能力之非法人团体,为有当事人能力,“中央”或地方机关亦有当事人能力,若以实体法上权利能力亦不能补正,因而认为当事人能力不能补正之说,显有欠妥。在私法人为当事人时,如其内部单位为当事人(如某股份有限公司董事会),亦非不得命补正以法人本身(某股份有限公司)为当事人,是以当事人能力有欠缺,应非全部而绝对的不得追认与补正。

如前所述,当事人能力有欠缺,依其情形可以补正者,审判长自得定期命为补正,如恐久延致当事人受损害时,并得许其暂为诉讼行为(第49条)。经取得当事人能力之本人,承认前此所为之诉讼行为者,并溯及于行为时发生效力(第48条)。

法院就当事人能力有欠缺之诉讼事件,误为实体上之判决者,其判决自属违背法令,得为上诉第三审之理由(第468条),如经判决确定者,亦得以为再审之原因(第496条第1项第1款)。其未经再审程序废弃前,原则上不生确定私权之效力。惟仍应视具体情形决定之,例如非法人团体无事务所、营业所者,虽欠缺当事人能力之要件,但该团体如确系存在,在具体法律关系之判断,其确定判决自仍得对该团体发生之效力。

第四节 选定当事人

一、选定当事人之意义

私法上法律关系之争执,常涉及多数当事人,故在民事诉讼法有共同诉讼制度,惟在人数过多之共同诉讼,每导致程序迟滞与辩论混杂,此际如能共同委任诉讼代理人,固亦可达到诉讼程序单纯化之目的,惟委任之诉讼代理人仍以当事人之名义为诉讼行为,原当事人并不脱离诉讼,且得自为诉讼行为;若能由多数当事人之中选定其中一人或数人,在诉讼上出名为当事人,其余当事人不参与诉讼程序,而确定判决之效力,仍及于全体,自较共同委任诉讼代理人更能符合诉讼经济之原则,此选定当事人制

度所由设也。

选定当事人系由原应为当事人之人,将诉讼实施权授予其中一人或数人,为诉讼的任意担当(非由于本人意思,得以其名义为诉讼行为者,为诉讼的法定担当,如破产管理人承受破产人之诉讼),应为诉讼行为,其效力依诉讼法规定决之,故无诉讼能力人选定当事人者,应由其法定代理人为之。选定行为须经选定人之同意,故在选定人间,应为诉讼上之合同行为,但在选定人与被选定人间为何项性质?有单独行为说、诉讼信托行为说,本书以为选定当事人授予诉讼实施权,在选定人与被选定人内部间之法律关系,须经被选定人之同意,应为委任行为,而在诉讼上则因选定之行为,使被选定人取得诉讼实施权,与诉讼代理权之授予,同应解为系诉讼法上之单独行为(二十九)。

二、选定当事人之要件

选定当事人,依法应具有下列要件(第41条第1项):

(一) 须有共同利益之多数人

所谓多数人,认为有二人以上即得选定当事人,关于共同利益之认定,参考本法第53条规定定之,为诉讼标的之权利或义务为其所共同,或为诉讼标的之权利或义务,本于同一之事实上及法律上之原因者,固得认为有共同利益,即为诉讼标的之权利或义务,系同种类,而本于事实上及法律上之同种类之原因者(1940年沪上字第112号判例),如于诉讼结果有影响之争点,均有利害关系,而主要之攻击防御方法有共通者,依本书见解,亦得选定当事人(二十九之二)。

(二) 须非为设有代表人或管理人非法人团体

非法人之团体得以团体名义为原告或被告,无选定当事人必要(1939年上字第385号判例)。但非法人之团体在实体法上无权利能力,在某种情形,无从对之为实体上之裁判时,仍有选定当事人之必要,例如以合伙名义向他人买受不动产,由全体合伙人选定其中一人或数人为当事人,诉请出卖人将所有权移转登记为全体合伙人共同共有(“民法”第668条)。

(三) 须由多数人中选定其中一人或数人

选定当事人必须由有共同利益之多数人中选定之,不得选定有共同利益多数人以外之人,此与委任代理人有别。选定当事人之人数,并无限制,惟被选定人过多时,即减损选定当事人之实益。

选定当事人之制度,在求诉讼程序之便利,故选定当事人之一造,无须全体一致为选定行为,应许共同利益人分组选定不同之人,或仅由部分共同利益人选定一人或数人而与未参与选定之其他共同利益人一同起诉或被告。

三、选定当事人之方式

选定当事人为诉讼行为,法律虽未规定其应遵守一定之程序,惟必须以文书证之(第42条),所谓以文书证之,即不许以文书以外之方式,证明有选定之事实,只须为文书,不论为共同出具之同意书,分别出具之同意书,选定人共同会商之决议录,甚或由选定人分别致被选定人之函件,均无不可。被选定人之更换、增、减,亦须以文书证之。该文书之形式证据力如何,涉及当事人是否适格,法院自当依职权调查之(三十一之一)。

四、选定当事人之时期

当事人之选定,在原告方面,得在诉讼系属前或系属后为之,在被告方面,当以在诉讼系属后选定为常态。其在诉讼系属前选定者,即得提出选定之文书,以被选定人之名义提起诉讼。其在诉讼系属后选定并已提出文书为证者,即专由被选定人为诉讼当事人,其余当事人脱离诉讼(第41条第2项)。

五、被选定人之更换、增、减

被选定人基于有共同利益之多数人之选定,取得诉讼实施权,自亦得因为选定之有共同利益多数人之同意,随时更换、增、减。被选定人之更换、增、减,就形式观之,本为当事人之变更、追加与诉之一部分撤回,但因本法第41条第3项之规定,不适用本法诉之变更、追加与一部分撤回之规定(第255、256、262条),只需通知他造即生效力(第41条第3项)(三十之三)。

六、选定当事人之效力及被选定人之权限

有共同利益之多数人,于合法选定当事人后,该被选定人就有关共同利益之事项,即取得诉讼实施权,得以自己之名义,为原告起诉或为被告应诉,于该诉讼为适格之当事人。诉讼系属后选定者,其他当事人脱离诉

讼(第41条第2项)。如被选定人不止一人时,因其诉讼实施权,属于数被选定人全体,必须共同行使之,其诉讼标的在数被选定人间有合一确定之必要,而有本法第56条第1项之适用。因之,被选定之当事人有数人者,必须一同起诉或被诉,否则其当事人为不合格。被选定人之资格,乃基于选定之信赖关系,有专属性,故被选定人有因死亡或其他事由丧失其资格者,不发生继承问题,他被选定人既仍得为全体选定人为诉讼行为,在此范围内,亦不生诉讼程序之停止问题(第43条、第56条第1项第3款)。但若被选定人全体丧失资格者,除委任有诉讼代理人者外,诉讼程序在选定人全体或新选定为诉讼当事人之人,承受其诉讼以前当然停止(第172条第2项、第173条)。

被选定人既因诉讼的任意担当,得以自己名义,有实施诉讼之权能,在诉讼程序上自得为选定人为包括舍弃、认诺(第384、439条)、撤回(第262、264、459条)或和解(第377条)之一切诉讼行为,而与一般当事人同。但其诉讼实施权,究系由其他共同利益人所授予,故选定人自得限制被选定人为舍弃、认诺、撤回或和解之行为(第44条第1项)。选定人所为限制,无须全体一致,其中一人所为限制,其效力不及于他选定人(第44条第2项)。而对被选定人行为之限制,必须于选定当事人之文书表明,或另以书状提出于法院(第44条第3项)。

当事人经选定后,在该诉讼判决确定前,除经选定人全体同意更换、增、减者外,继续有其效力,毋庸于每审级再为选定行为,此与诉讼代理人应于各审级分别委任者尚有不同。再审之诉实质上为前诉讼之再开或续行,被选定人亦当然有提起再审之诉之权限,毋庸另为选定行为[最高法院1942年9月22日决议(六)]。

被选定人系以自己名义为原告起诉或为被告应诉,其自己并为共同利益人,但实际上则系兼为他人(选定人)为原告或为被告,故就同一事件在诉讼系属中不得再行起诉(第253条),其判决确定之效力,当然及于全体选定人(第401条第2项)(三十一之二)。

七、被选定人资格之调查补正、追认及欠缺之效果

被选定当事人资格之有无,涉及就为诉讼标的之法律关系有无实施诉讼之权能,其资格有欠缺者,为当事人不合格。当事人合格与否,为法院应依职权调查之事项,故被选定人资格是否欠缺,不问他造当事人有无

抗辩,诉讼进行至何种程度,法院均应随时依职权调查之,并调查有无文书证明其有选定之事实。如为舍弃、认诺、撤回、和解之行为者,更应调查有无受限制,而决定其行为之效力。

被选定人资格有欠缺,为当事人不合格,惟依本法第 50 条准用第 48 条、第 49 条之规定,其欠缺可以补正者,审判长应先定期间命其补正,如恐久延致多数有共同利益人受损害时,并得许其暂为诉讼行为(第 49、50 条)。若嗣经合法选定并经合法追认前此之诉讼行为者,其原来诉讼行为之瑕疵,即因追认而补正,溯及于行为时发生效力(第 48、50 条)。

被选定人资格有欠缺,经命其补正而不遵行,或依其情形不能补正者,该被选定人就该特定事项,即无实施诉讼之权能,法院应以当事人不合格为理由,以判决驳回原告之诉。惟该共同利益之事项,在各该多数人间如并非必须一同起诉或一同被诉之合一确定情形,被选定人就其自己部分,即非无实施诉讼之权能,此际法院只应驳回其为他共同利益人为原告或为被告之部分,其自己有实施权能部分,不得并予驳回(1991 年台上字第 1828 号判例)(三十之四、五)。

被选定人经限制为舍弃、认诺、撤回或和解,乃竟仍为上述诉讼行为,应不生该行为之效力。

选定当事人之裁判效力,及于为选定行为之多数人,并生既判力与执行力,故法院所作成之判决书中,依其记载必须足以认定判决效力所及于人之范围(“最高法院”2001 年 12 月 18 日第十五次民事庭会议决议)(三十一之三)。

法院误对被选定资格有欠缺之人为判决者,其判决应属当然违背法令(第 468 条),得为上诉第三审之理由,纵经判决确定,对于未授予诉讼实施权之人,亦不生法律上之效力,其为形成判决者,对于第三人亦不生形成力。

第五节 特殊形态之选定当事人

近代科技发达,工商业进步,因同一原因事实而生之争执,往往牵涉众多人之权益,若逐一起诉,自不符诉讼经济原则,实有统一解决纷争之必要,新法扩大选定当事人制度,使多数共同利益人得选定公益法人为当事人或并于其他已选定当事人案件中为选定人遂行诉讼。兹分述其情形

如下：

一、选定公益社团法人为当事人

多数有共有利益之人如为同一公益社团法人之社员者，为求诉讼经济，并便利各社员行使权利，许其于章程所定目的范围内，选定该法人为选定人起诉（第44条之1第1项）。一般选定当事人，被选定人亦同为实体法上之权利义务人，惟此处公益社团法人为被选定人时则否，仅选定人即该法人之社员为实体法上之权利义务人，故被选定之法人，仅得为选定人即其社员起诉。

法人被其社员选定为当事人，所提诉讼种类，并无限制，然系本于社员之请求为之，故法院判决时，仍须逐一审核各社员请求权存在与否及其范围，但于提起金钱赔偿损害之诉时，如受害社员人数众多或各社员受害数额难以一一证明，为符合诉讼经济要求，选定人全体倘以书状表明愿由法院判定被告应给付选定人全体之总额，并就给付总额之分配方法达成协议者，法院即得斟酌事件内容，不分别认定被告应给付各选定人之数额，而仅就被告应给付选定人全体之总额为判决（第44条之1第2项）。

选定法人为当事人遂行诉讼行为，应以文书证明选定之事实，又对于被选定人权限之限制，亦应于上述文书内表明或另以书状提出于法院（第44条之1第3项），并应证明被选定之社团法人为公益社团，选定人确具有该社团社员等事实。

二、他共同利益人之并案请求或审理

因公害、交通事故、商品瑕疵或其他本于同一原因事实而有共同利益之多数人，如已依第41条之规定选定一人或数人为同种类之法律关系起诉者，法院于征求原被选定人之同意后，或由被选定人申请而法院认为适当时，得公告晓示其他本于同一原因事实而有共同利益人，得于一定期间内以书状表明其原因事实、证据及应受判决事项之声明，并案请求，其请求之人，视为第41条之选定人（第44条之2第1项）。

为增加前项公告晓示制度之适用机会，其他本于同一原因事实而有共同利益之人，亦得申请法院为公告晓示，如法院认为适当并征得原被选定人同意，即得为公告或晓示，使其他有共同利益人得并案为选定人（第44条之2第2项）。

并案请求之书状,应以缮本或影本送达于两造(第44条之2第3项)。公告期间至少应有20日,以便其他共同利益人得有从容时间提出请求,公告应粘贴于法院公告处,并登载公报、新闻纸或其他相类似之传播工具,以便公众周知,其费用由“国库”垫付,待案件终结后,由败诉当事人负担(第44条之2第4项)。

如原被选定人不同意其他共同利益人加入为选定人时,为便利其他共同利益人利用同一诉讼程序,避免裁判两歧,达到诉讼经济目的,法院得依职权公告晓示其他共同利益人自行遂行诉讼程序而由法院并案审理(第44条之2第5项)。

三、公益法人排除侵害之诉

因公害、商品瑕疵或其他事故所生之危害,有时具继续性、隐微性或扩散性,其受害人个别力量,实难于周旋,而有以公益法人借集体力量加以排除必要,故赋予以公益为目的之社团法人或财团法人,经其目的事业主管机关许可,于章程所定目的范围内,得对侵害多数人利益之行为人,提起不作为诉讼之权(第44条之3第1项)。

公益法人提起不作为诉讼,如获胜诉,被告负有一定之不作为义务,甚至包括停止营运、生产在内,对被告利害关系影响相当重大,为防止滥诉,本法采起诉许可制,其许可及监督办法,由“司法院”会同“行政院”定之(第44条之3第2项)。公益法人未获许可而起诉者,应认为起诉不具备其他要件,以裁定驳回(第249条第1项第6款),而公益法人未获主管机关许可时,得依行政诉讼程序救济。

上述三种特殊形态之选定当事人制度,其对造当事人恒为庞大组织体,经济力量强大,得委任大量律师保护其程序利益,原告极易处于劣势,为期两造程序上实质对等,法院得于原告伸张或防卫权利必要范围内,于起诉前或起诉后,依申请为原告选任律师为诉讼代理人(第44条之4)。该诉讼代理人既经法院选任,自毋庸由当事人另行提出委任书(第69条第1项但书),其律师酬金则由法院定之,并作为诉讼费用之一部分(第77条之25)。

第六节 诉讼能力

一、诉讼能力之意义

具有当事人能力者,如何得以自己之行为不须法定代理人之代理,有效地为诉讼行为或受诉讼行为,乃诉讼能力问题。故诉讼能力者,乃当事人得有效为诉讼行为或受诉讼行为之能力。当事人能力与诉讼能力,相当于实体法上之权利能力与行为能力之关系,而诉讼能力之有无,原则上亦系以实体法上行为能力有无为基准(第45条),惟诉讼能力乃诉讼法上之观念,与实体法上之行为能力在法理上仍为两事。实体法上行为能力系采三分法,分为有行为能力人、限制行为能力人、无行为能力人,而诉讼法上之诉讼能力,则采有诉讼能力人与无诉讼能力人二分法,并无限制诉讼能力人。诉讼法上规定诉讼能力之着眼点,乃在于当事人在诉讼程序中如无主张权利或为防御之能力,于采处分权主义之原则下,易受败诉判决,故设诉讼能力规定,以保护其利益。

诉讼能力不限于在诉讼程序开始后或诉讼程序中有其适用,在诉讼程序开始前或诉讼系属中在诉讼外所为之诉讼行为,如管辖之合意、当事人之选定、诉讼代理权之授予等行为,均应具有诉讼能力,始生诉讼法上之效力。

二、诉讼能力与陈述能力

当事人具有诉讼能力者,固得于诉讼程序有效地为诉讼行为或受诉讼行为,惟在具体诉讼事件有无在法官前为陈述之能力,则为陈述能力(或称为辩论能力),欠缺陈述能力者,该期日得禁止其陈述,除已有具陈述能力之诉讼代理人或辅佐人到场,得有效为诉讼行为者外,应延展辩论期日,如新时期到场之人再经禁止陈述者,得视同不到场,并得依法一造辩论而为判决(第208、385条)。惟本法不采律师代理主义,所谓陈述能力,乃指欠缺一般的陈述能力者而言,例如酒醉之当事人到场,其陈述有不知所云之情形。若因知识程度较低,不知为必要之声明或陈述者,则为行使阐明权之范围(第199条),不得认为其欠缺陈述能力。但如该当事人系经常心神丧失而欠缺意思能力者,此为诉讼能力之有无问题,亦与陈

述能力无关。

三、诉讼能力之要件

能独立以法律行为负义务者,为有诉讼能力(第45条)。何种情形,为能独立以法律行为负义务,则从实体法之规定。兹分述之:

(一) 自然人

满20岁之成年人有行为能力(“民法”第12条),未成年人已结婚者,有行为能力(“民法”第13条),各均得独立以法律行为负义务,自有诉讼能力。未满7岁之未成年人(“民法”第13条)、受监护宣告之人(“民法”第15条)均无行为能力,不能独立以法律行为负义务,自无诉讼能力。胎儿虽有当事人能力,但无诉讼能力。限制行为能力人在实体法上为意思表示及受意思表示,应得法定代理人之事先允许,或事后承认(“民法”第79条),既尚不能独立以法律行为负义务,自无诉讼能力。因在诉讼法上并不承认有限制诉讼能力人存在,故亦不得经法定代理人允许或承认,而为诉讼行为。此外限制行为能力人关于纯获法律上利益之行为、依其年龄及身份日常生活所必需之行为、用诈术使人信其已得法定代理人允许之行为、法定代理人允许限制行为能力人处分财产之行为(“民法”第77、83、84条),在实体法上固为有效,但因各该行为诉讼时,仍无诉讼能力(1940年上字第280号判例)。法定代理人允许限制行为能力人独立营业者,依“民法”第85条第1项之规定,为有行为能力,故就其营业有关之诉讼,为有诉讼能力[1975年7月8日第五次民庭庭推总会决议(三)]。受辅助宣告之人为诉讼行为前,应经辅助人同意(“民法”第15条之2第1项第3款),未得辅助人同意,受辅助宣告人仍无诉讼能力。辅助人同意受辅助宣告人为独资或合伙营业,受辅助宣告人,关于其营业,有行为能力(“民法”第15条之2第3项),故就其营业有关之诉讼,为有诉讼能力。

自然人之诉讼能力,系基于实体法上之行为能力,而实体法上之行为能力,则以有意识能力为前提,故虽非无行为能力人,而其意思表示系在无意识或精神错乱中所为者,在实体法上亦为无效(“民法”第75条)。就诉讼法言之,有完全行为能力之自然人,如经常在心神丧失状态或精神错乱中,而无意识能力者,纵未为监护之宣告,亦应认为无诉讼能力。惟在间歇性之精神障碍,其在精神障碍中所为之诉讼行为,亦应认为其欠缺

意思能力而不生效力。其仅系精神耗弱尚未完全欠缺意思能力,则为是否欠缺陈述能力问题,由法院酌予依法禁止陈述(第 208 条)。

(二) 法人

法人有无诉讼能力,与法人之本质有关。采法人拟制说者,认为法人非真实存在,自无诉讼能力;采法人实在说者,认为法人系真实存在之有机体或组织体,应有诉讼能力。台湾地区民法采法人实在说,认为董事为法人之代表人,代表人之行为即为法人之行为,故法人在实体法应有行为能力,在诉讼上亦应有诉讼能力,仅其诉讼行为应由法人之机关代表为之。本法关于法定代理人之规定,已经详尽,故于法人之代表人准用之(第 52 条),现行实务上概称为“法定代理人”,尚有不妥(三十三),将来在裁判上应称为代表人,使之名实相符。而“中央”或地方机关,既有当事人能力,该机关长官代表该机关为诉讼行为或受诉讼行为时,自亦有法定代理人规定之准用(第 52 条)。

(三) 非法人之团体

非法人之团体在民法上无行为能力,自无诉讼能力。惟非法人团体设有代表人或管理人者,有当事人能力,以非法人之团体为当事人时,其代表人或管理人亦准用法定代理人之规定(第 52 条)。

(四) 台湾地区外之人

人之行为能力,依其本国和地区法。台湾地区外之人依其本国和地区法无行为能力,或仅有限制行为能力,而依台湾地区法律有行为能力者,就其在台湾地区之法律行为,视为有行为能力(“涉外民事法律适用法”第 1 条第 3 项)。民事诉讼法基于相同原则,亦规定台湾地区外之人依其本国和地区法律无诉讼能力,而依台湾地区法律有诉讼能力者,视为有诉讼能力(第 46 条)。

四、诉讼能力之调查、补正、追认

诉讼能力乃有效为诉讼行为之能力,不论当事人有无争执,审判长应随时依职权调查之,调查结果认为其诉讼能力有欠缺而可以补正者,应定期间命其补正。如恐久延致当事人受损害时,得许其暂为诉讼行为(第 49 条)。起诉时原告诉讼能力欠缺者,固命实际提起诉讼行为之人补正,被告诉讼能力欠缺者,亦系命原告补正,而非命被告补正,盖以原被告诉讼能力有欠缺,均为原告起诉程序要件有欠缺,法院应以原告之诉不合法

以裁定驳回之(第249条第1项第4款)。诉讼进行中诉讼能力丧失者,诉讼程序当然停止,应由法定代理人或取得诉讼能力之本人承受,但有诉讼代理人时,原则上不停止诉讼程序(第170、173条)。

诉讼能力有欠缺人所为之诉讼行为,得由取得诉讼能力之本人或其法定代理人之承认,溯及于行为时发生效力(第48条),例如未成年人已达于成年或由补正后之法定代理人,承认前此所为之诉讼行为,此项承认(追认),只需向法院为之,法律未规定其方式,书状或言词,均无不可。其承认之时期,依通说亦无限制,上级审或再审程序均得承认前此所为之诉讼行为,使无效之诉讼行为成为有效之诉讼行为。惟其承认,除系单纯诉之合并或普通共同诉讼得就其中一诉为承认外,应就全部诉讼行为为之,不得为一部分之承认。

五、诉讼能力欠缺之效果

无诉讼能力人所为之诉讼行为,或对于无诉讼能力人所为之诉讼行为,均为无效。惟诉讼行为无效与实体法上行为无效,尚有不同,在实体法上行为无效,原则上系自始确定的不生效力,而欠缺诉讼能力之行为无效,得经合法承认,溯及于行为时发生效力(第48条)。基于诉讼能力欠缺之人所为之诉讼行为,如法院已据以为裁判,其裁判固属违背法令,得为上诉第三审之理由(第469条第4款)。但非当然无效,如经判决确定,仍应提起再审之诉(第496条第1项第5款),以谋救济(六十八)。

第七节 代理人

以当事人之名义为诉讼行为或受诉讼行为,而其效果直接归属于当事人者,为诉讼法上之代理人。诉讼法上之代理人有法定代理人、特别代理人、诉讼代理人,兹分述之:

第一项 法定代理人

一、法定代理人之意义

依本法第47条之规定,关于诉讼之法定代理及为诉讼所必要之允许,依民法及其他法令之规定。故诉讼法上之法定代理,系指其代理权由

于法律规定而产生者属之。

二、法定代理人之产生

民事诉讼法上之法定代理,原系针对无诉讼能力人为诉讼行为或受诉讼行为所为之规定,故在无诉讼能力之人为诉讼行为或受诉讼行为,均须由法定代理人代为之;否则,其诉讼程序为不合法。何人为何人之法定代理人,乃实体法上之事项,应依民法及其他法令之规定,如父母或监护人为未成年人之法定代理人(“民法”第1086、1091、1094、1098条)、胎儿以其母为法定代理人(“民法”第1166条)、受监护宣告之人以监护人为法定代理人(“民法”第1113、1098条)(三十五)。

法人有行为能力,应有诉讼能力,其诉讼行为应由其代表人为之,法人之代表人,准用本法关于法定代理之规定(第52条)。法人应由何人为其代表人起诉或被诉,自亦应从民法及其他法令之规定。一般而言,法人由其董事(理事)对外代表法人(“民法”第27条),其设有董事长(理事长)者,由董事长代表该法人(“公司法”第108条、第208条第1项)、法令另有规定者,从其规定,例如无限公司、两合公司代表公司之股东(“公司法”第56、115条)、公司清算程序中之清算人(“公司法”第85条)、公司重整程序中之重整人(“公司法”第293条)、公司与董事间诉讼之监察人(“公司法”第213条)。法人之代表人代表法人为诉讼行为者,尚须斟酌该代表人之代表权限与为诉讼标的之法律关系,以决定其能否为合法之代表人,如私立学校校长依“私立学校法”第51条之规定,有综理校务之权,就一般诉讼固有代表学校为诉讼行为之权,惟如学校董事以因董事之身份与学校发生私权争执时,校长即无权为代表人起诉或应诉,而应由董事长为其代表人(七十一、七十二、三十三)。

三、法定代理人之权限

法定代理人代理本人为诉讼行为或受诉讼行为之权限如何?本法未说明文规定,应理解为一切诉讼行为均得为之,舍弃、认诺、撤回、和解亦无特别限制。同一当事人有数法定代理人时,究应共同代理或单独代理,亦应依民法及其他法令之规定决之。