

好書搶鮮閱

新法定代理人承受訴訟後，原訴訟代理人代理權何去何從？

——以政治內鬥之實例為探討中心

Q 3-1

某K黨於驢主席時代，因不爽資深大老—公道哥，於是進行惡鬥，以考紀會方式開除黨員公道哥。公道哥提起訴訟確認其黨籍存在，而驢主席因此委任甲律師為訴訟代理人進行訴訟。然而，第一、二審法院均判決公道哥勝訴，驢主席心有不甘執意上訴第三審。好景不常，驢主席因K黨於首都選戰中慘敗給不知打哪來的怪醫柯比，因而被要求辭去黨主席負責，改由當時僅存聲望較高的邦伯2.0—小朱接任。由於K黨之法定代理人變更，審理本件之最高法院發函K黨，請新的法定代理人小朱承受訴訟，並補具訴訟代理人之委任書。小朱主席為展現K黨「團結一心、沒有分裂本錢」的目標，一方面為不打臉前任驢主席，另一方面又希望拉攏公道哥，因此，對外聲明以迂迴的「不承受訴訟、不委任訴訟代理人」之策略，使該事件得以圓滿落幕，以便使其能專心完成「更換黨部的梁柱」、「拔掉柱（編按：蛀）牙」的任務。最高法院裁定新的法定代理人小朱應承受訴訟，但因K黨仍未補正訴訟代理人，違反第三審律師強制代理而裁定駁回上訴，本案確定。問：法人變更法定代理人後，「新法定代理人承受訴訟時，原訴訟代理人之訴訟代理權是否消滅」¹？

（筆者夢到之案例）

Hint

小朱主席對外說「不承受訴訟」，有學過民訴的讀者們，想必內心的反應都是「我聽他在放X啦！作秀！」痾痾痾……不是不是！一定是「小朱不小心誤解法律了啦！」法院還是可以依民訴法第178條裁定命小朱承受訴訟。但是小朱死都不委任訴訟代理人，這最高法院就沒轍了！

因此，最高法院用了92台抗396裁定的見解認為，原訴訟代理人甲的訴訟代理權已經消滅，基於第三審必須律師強制代理，小朱也不補正欠缺訴訟代理人的程序瑕疵，只好裁定駁回

1 主題3整理自：吳從周，法人之新法定代理人承受訴訟，原訴訟代理人代理權消滅？—從王金平黨籍案評析最高法院九十二年度台抗字第三九六號裁定之見解，月旦裁判時報，第34期，2015年4月。

上訴！但，原訴訟代理人甲的訴訟代理權，真的會因為新法定代理人承受訴訟後消滅，而不能繼續訴訟嗎？以下就是吳從周老師想探討的！

(一)混合說²：

依民訴法第73條，於法定代理人變更之情形，新法定代理人尚未承受訴訟前，訴訟不當然停止，該訴訟代理人仍得進行訴訟。惟若新法定代理人承受訴訟時，該訴訟代理人之原訴訟代理權即當然消滅，此觀該條及同法第170條、第173條規定自明。

(二)不消滅說³：(吳)

1. 民訴法第73條、第170條、第173條之規範目的不同：

民訴法第73條，係在規定法定代理人變更時，原訴訟代理人之訴訟代理權並不消滅。而民訴法第170條、第173條係訴訟程序何時當然停止之規定。兩者對象、目的、效力完全不同，何以得將完全不同之規定，推導出「新法定代理人承受訴訟後，法定代理人之訴訟代理權消滅」之見解？⁴

2. 不當類比學說對於「本人破產而訴訟代理人之訴訟代理權消滅」之見解。

2 92台抗396裁：「按民事訴訟法第七十三條所稱之訴訟代理權不因本人之法定代理有變更而消滅者，係指新法定代理人尚未依法承受其訴訟以前而言，此時訴訟程序固不因之而當然停止，該訴訟代理人自仍得本於訴訟代理權繼續代理訴訟。惟若新法定代理人已依法承受訴訟時，該訴訟代理人之原訴訟代理權即當然歸於消滅，此觀該條及同法第一百七十條、第一百七十三條規定自明。」

3 91台上418決：「未查上訴人於原審委有訴訟代理人，由該訴訟代理人代理上訴人為訴訟行為，雖上訴人之法定代理人有變更，惟依民事訴訟法第七十三條、第一百七十三條前段規定，訴訟代理權並不因此而喪失，訴訟程序在新法定代理人承受訴訟以前亦不當然停止。又上訴人新法定代理人於訴訟繫屬原審時，已向原審聲明承受訴訟，原審於判決書記載原法定代理人為上訴人之法定代理人，仍不生所踐行之訴訟程序或判決違背法令之問題……。」

103台抗314裁：「惟按訴訟代理權不因當事人之法定代理人有變更而消滅。當事人有訴訟代理人者，訴訟程序不因當事人法定代理人之法定代理權消滅而當然停止，此觀民事訴訟法第七十三條、第一百七十三條規定即明。查抗告人於收受原法院判決後之一〇三年一月十日委任律師為第三審訴訟代理人，有委任書可稽（見原法院卷一四一頁）。斯時鄭貴春仍為抗告人之法定代理人，該律師自有為抗告人提起上訴之訴訟代理權。抗告人之法定代理人於一〇三年一月十六日變更，該律師之訴訟代理權不因而消滅，訴訟程序亦不當然停止，期間不停止進行。則該律師於同日為抗告人提起第三審上訴，難認不生效力。」

4 **觀念解讀**

吳從周老師的意思就是，各位看看民訴法第73條「訴訟代理權，不因法定代理有變更者而消滅」，而民訴法第170條、第173條是在規定「訴訟什麼時候當然停止」的問題，跟訴訟代理人代理權的消滅有什麼關係？怎麼會推導出「新法定代理人承受訴訟以後，訴訟代理人的訴訟代理權就消滅」的見解？因此，老師才說，此見解根本就是混合說，混了兩個法條的規定，就莫名其妙冒出一個奇特的、超出文義範圍的見解出來！



作者的話

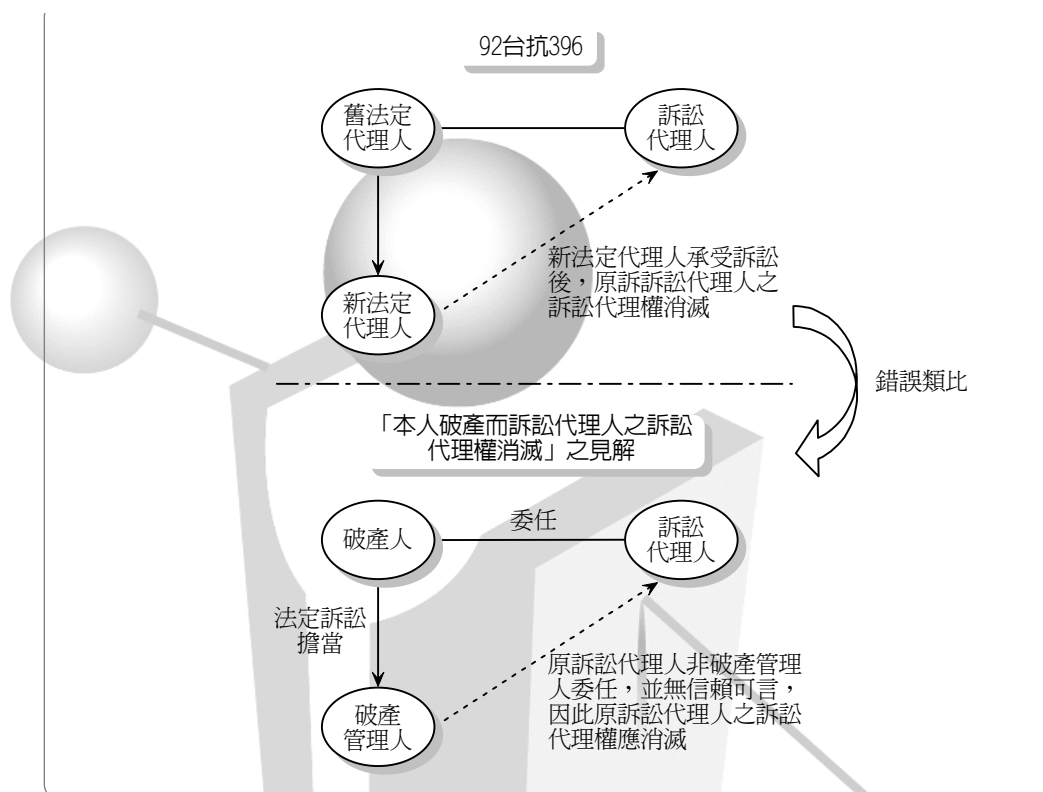
看看民訴法第73條，本人如果破產，訴訟代理人的訴訟代理權是不會消滅的！但吳從周老師跟吳明軒老師都認為，這是錯的！錯的原因是，民訴法第73條立法目的就講了，這條是抄德國法的。但是德國法在破產的情形，訴訟代理人的訴訟代理權就消滅了。為什麼要消滅？因為破產管理人依照破產法為破產人法定訴訟擔當，那破產管理人對於原本破產人委任的訴訟代理人，根本沒有信任關係，因此，要求訴訟代理權不消滅讓原本的訴訟代理人可以繼續進行訴訟，這是不合理的！（請參見下頁圖示）

92台抗396裁定似乎就是認為，「你看我們現在換了新的法定代理人了！是不是就很類似破產程序中破產管理人法定訴訟擔當！那既然破產程序裡面訴訟代理權消滅了，這個類似的法定代理人變更的情形，在新的法定代理人承受訴訟後，照理訴訟代理權也要消滅才對！」（請參看下方圖示）

但吳從周老師認為這種想法，根本就是沒搞清楚當事人的關係！破產管理人法定訴訟擔當是自己依照破產程序開啟另一個訴訟，但是變更法定代理人的情形，原本委任的訴訟代理人仍然是由該法人委任的，也就是讀者們可以想像成下圖中，其實最左半邊還有一個未畫出來的「法人」，而訴訟代理人其實是由這個「法人」委任的，只是因為法人無法執行職務，因此由法定代理人來幫他執行。所以，縱使變更了法定代理人，這個訴訟代理人的委任，仍然還是法人做的阿！怎麼會說因為新法定代理人沒有信任關係，所以訴訟代理權就應該消滅呢？

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！



3. 我國法規定與德國法不盡相同。而且德國法下，「訴訟代理人於訴訟停止後為承受人進行訴訟者，應提出承受人之委任書」此規定，亦非認為應由新的法定代理人重新委任，此規定僅在澄清承受人並未撤回訴訟代理權而已。
4. 民訴法第73條之立法目的是著眼於保護對造當事人、訴訟經濟的公益性以及「訴訟代理人本身之利益」，因此，不該反過來保護新承受人。
5. 若新法定代理人對於原訴訟代理人不信任，僅能以終止委任關係之方式為之，始能消滅原訴訟代理人之訴訟代理權。

【高點法律專班】

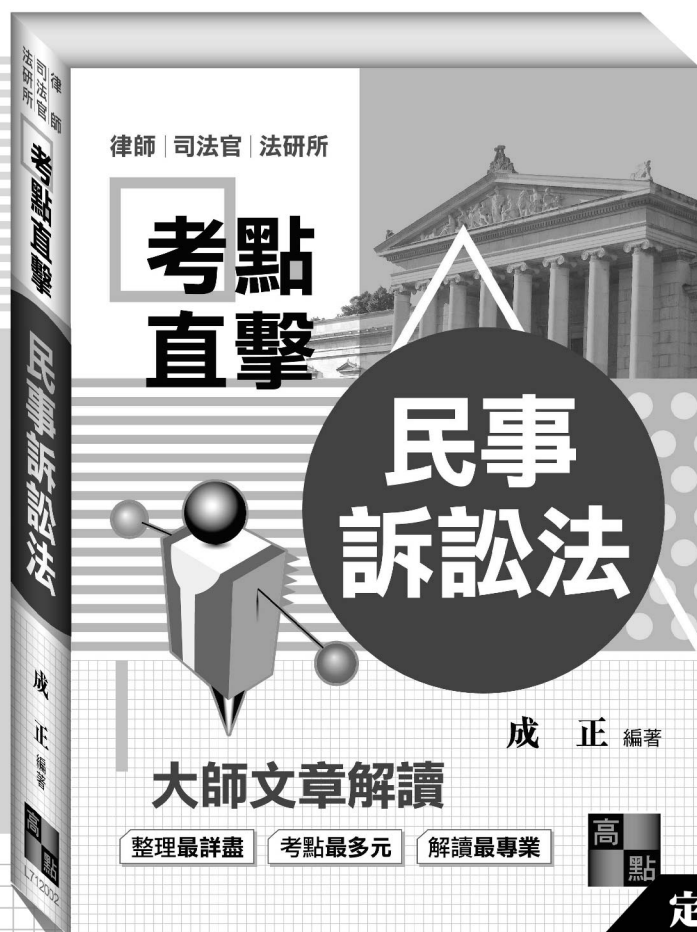
版權所有，重製必究！

只有速覽還不夠！

本書讓你文章一讀就通，考點一手掌握

考點直擊 大師文章解讀

民事訴訟法



大師文章薈萃

以文為本，整理並領讀最經典、最新法學大作

爭點多元論證

精選重要爭點，彙整各家學理，讀出廣度，寫出深度

解讀大師觀點

忠於原著，輔以實務，用法律白話文理解大師邏輯脈絡

律師、司法官、法研所適用

定價520元



高點文化事業

publish.get.com.tw

