

伊薩法學系列（二十一）

民事訴訟法 《下冊》

Zivilprozessrecht II

修訂二版

姜世明 著

關於本書 ▶▶

本書係民事訴訟法之教科書，其論述範圍自民事訴訟法第二七七條以下至除權判決等特別程序，至於家事事件程序，因作者已另出版家事事件法論一書，其篇幅非少，可供參考，故在此暫時不論。本書對於作者長年著力頗多之證據法有較深刻之介紹，可使讀者與先進國家及我國證據法之新近發展脈動同步。至於救濟程序部分則引介諸多實務及學說見解，應對於學習者或實務工作者具有參考之價值。

 新學林出版股份有限公司
地址：台北市和平東路二段339號9樓
TEL：2700-1808 FAX：2705-9080
郵政劃撥：19889774 新學林出版股份有限公司
E-mail：law@sharing.com.tw



002EB311402

ISBN 978-986-295-298-6



9 789862 952986



00670

伊薩法學系列（二十一）

民事訴訟法

下冊

姜世明◎著



新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事訴訟法 / 姜世明著. -- 二版. -- 臺北市 :
新學林, 2013. 10-214. 02
冊 ; 公分. -- (伊薩法學系列 ; 20-21)
ISBN 978-986-295-260-3 (上冊 : 平裝). --
ISBN 978-986-295-298-6 (下冊 : 平裝)

1. 民事訴訟法

586.1

102018823

民事訴訟法 (下冊)

作者：姜世明

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：台北市大安區和平東路二段339號9樓

電話：(02) 2700-1808

傳真：(02) 2705-9080

網址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正

副總編輯：林靜妙 責任編輯：鄭珮言

副理：許承先 內文編排：陳怡君

出版日期：2013年5月 一版一刷

2014年2月 二版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元加收郵資50元

定價：670元

ISBN 978-986-295-298-6

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市大安區和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 2700-1808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>



二版序

近年來我國民事訴訟法之理論及實務上發展乃呈現多元而爭議之狀況，此一發展情境，在法學發展高度之國家，毋寧係正常之景象，不足為奇。尤其在民事訴訟法之理論開展脈絡中，若過於執意於程序法上之需要，而忽略憲法基本權維護或實體法上價值預設，自會遭遇持不同價值體系之觀察者為不同之評價，實屬當然。

多年以來，法院每因立法粗率或怠慢而背負不正義之原罪，但法院體系對於立法不正確性不具備檢驗能力及突破之良知良能，其被檢討亦屬合理。法官固應守法，但民事法官對於不正義法，仍應服從於良知之法為先，而不應拘泥於現行制度，僵化固守而自以為是。例如近日媒體及部分學者所談及支付命令是否淪為詐欺集團所濫用等類，若實務界能對於訴訟詐欺類型承認得以侵權行為加以撤銷等類，或許面對外界之指責能獲得若干舒緩。而此類實務上以正義為名，走在學界文章之前，其在德國法之實務發展上，存在不少事例，值得我國實務借鏡。

本書對於證據法、判決效力、支付命令及第三撤銷訴訟補入若干學理發展及實務見解，以免疏漏，並供學習者參考。

姜世明

21.01.2014 在家中

序

本書係接續去歲完成之民事訴訟法上冊之連體作，因讀者年來每有詢問下冊進度，因而為使此一著作體系得以完全，雖個人家事及公事繁忙，且年近半百，體力漸衰，仍勉力行文，累積時日，並得多方協助，始克有成。其用意不過為上課時有所本，而學習者得有溫習素材之便而已。

雖本書對於部分重要議題，基於個人所持修正辯論主義之理念下，固有一貫性之見解，但對於學者諸多重要見解，仍認有其重要參考價值，均並予援介，期讀者於學習或研究上得有多方關照視野之基礎。尤其本書對於實務見解之蒐集著力甚深，應亦具實用價值。

歲月如斯，研究著作過程，或因學藝不精，或急切行文，難免有誤植缺漏之處，每因讀者不吝來函指正，得以使作者相關著作漸次改正之機會，對此個人均銘感在心。

本書若無出版社之支持，實亦難以成就，特予致謝。

姜世明
政大法學院
18.04.2013

目 錄

二版序	I
序	III
第二編 通常訴訟程序	1
第十章 證據學	3
壹、基本概念	3
一、主張責任與舉證責任	3
二、證明與釋明	4
三、嚴格證明與自由證明	4
四、直接證據與間接證據	5
五、間接本證與間接反證	6
六、證據能力與證據價值	6
貳、證明之客體（對象）	6
一、當事人主張之事實	6
二、法院應依職權調查之事項	7
三、法院所不知之習慣、地方法規、外國法	7
四、經驗法則	8
參、事實	8
一、直接事實	8
二、間接事實	8
三、補助事實	9
肆、舉證必要性之排除	9

VI·民事訴訟法 下冊

一、於法院已顯著之事實或法院職務上已知之事實	9
二、自認與擬制自認	10
(一) 自認	10
(二) 擬制自認	15
三、推定之事實	40
伍、自由心證	43
一、自由心證主義之意義	43
二、自由心證主義之內容	43
(一) 全辯論意旨之涵義	44
(二) 調查證據結果之涵義	45
(三) 證據方法之自由評價	46
(四) 證據能力之自由評價	46
(五) 證據力(價值)之自由性	46
(六) 證據共通之原則	47
三、自由心證之限制	47
(一) 證據契約	47
(二) 論理法則	51
(三) 經驗法則(Erfahrungssätze)	52
(四) 證明預斷禁止	63
(五) 違法取得證據之可利用性	65
(六) 刑事判決之影響	69
四、對自由心證之法律審審查	70
陸、證明度	73
柒、舉證責任論	78
一、舉證責任	78
(一) 舉證責任之基本法理	78
(二) 舉證責任分配法則之體系建構	82
二、舉證責任減輕——民事訴訟法第 277 條但書	88
三、舉證責任分配法則在我國運用之特殊性	94

(一) 主觀舉證責任與客觀舉證責任在我國法之意義	94
(二) 欠缺規範理論思維之法條結構對舉證責任分配 法則之影響	96
(三) 辯論主義修正對於舉證責任法理之可能衝擊	97
(四) 對於實務適用舉證責任分配法則之操作建議	98
(五) 遺留之困難	99
四、損害賠償數額之確定	99
五、證明妨礙	104
(一) 法理基礎	105
(二) 客觀要件	108
(三) 主觀要件	111
(四) 法律效果	112
(五) 部分爭議問題	117
六、表見證明	124
七、事案解明義務一般化或例外化之爭論	127
八、證據調查論	134
(一) 聲明證據	134
(二) 摸索證明	141
(三) 調查證據	151
九、證據保全程序	153
(一) 證據保全制度之意義	153
(二) 證據保全之種類	154
(三) 證據保全之程序	161
十、證據方法論	165
(一) 人證	165
(二) 文書	180
(三) 鑑定	196
(四) 勘驗	205
(五) 當事人訊問	207

第十一章 訴訟終結論	211
壹、撤回	211
一、意義	211
二、訴之撤回與其他行為之概念區別	212
(一) 上訴之撤回	212
(二) 訴訟標的之捨棄	212
(三) 實體權利之拋棄	213
(四) 撤回訴訟之合意	213
三、訴之撤回之要件	214
(一) 訴之撤回係由原告為之	214
(二) 訴之撤回須在判決確定前，向法院為之	214
(三) 被告已為本案之言詞辯論者，原告撤回訴訟， 應得被告同意	215
四、一部撤回之相關問題	216
五、訴之撤回之程序與法院之審查	218
六、訴之撤回之效力	220
(一) 原告之訴溯及於起訴時消滅	220
(二) 私法上形成權之行使與程序上之主張	220
(三) 經本案終局判決後撤回訴訟，禁止再行起訴	221
(四) 意思表示之瑕疵與撤回或同意之效力	222
七、訴之撤回之擬制	222
貳、訴訟上和解	223
一、意義	223
二、要件	225
(一) 實體要件	225
(二) 程序要件	226
三、程序	227
(一) 類型	227
(二) 和解筆錄之作成	230

四、效力	231
(一) 形式之效力	231
(二) 實質之確定力	231
(三) 執行力	231
(四) 形成力	232
五、訴訟和解之無效、撤銷與其救濟程序	233
(一) 無效或得撤銷之原因	233
(二) 法院繼續審判之程序	235
六、第三人撤銷訴訟	236
參、裁判斷	237
一、概說	237
(一) 裁判之意義	237
(二) 裁判之種類	237
二、判決程序	238
(一) 判決之種類	238
(二) 假執行判決	247
(三) 判決之程式、內容及瑕疵	259
(四) 判決之宣示與送達	264
(五) 判決之更正與補充	265
三、判決之效力	268
(一) 意義	268
(二) 種類	268
(三) 判決之確定	270
(四) 既判力	272
(五) 執行力	299
(六) 形成力	301
四、外國判決之承認	304
(一) 概說	304
(二) 承認外國判決之要件	305

(三) 大陸地區民事判決之承認與執行	309
肆、裁定程序	312
一、概說	312
二、裁定之成立與效力	312
(一) 裁定之成立	313
(二) 裁定之效力	314
三、司法事務官之處分	315

第十二章 調解、小額及簡易程序 317

壹、調解程序	317
一、調解之意義及法理依據	317
(一) 意義	317
(二) 法理依據	318
二、調解事件	318
(一) 強制調解事件	318
(二) 任意調解事件	321
三、調解程序之聲請與實施	321
(一) 調解之聲請	321
(二) 調解程序之進行	324
四、調解程序之終結	329
(一) 調解成立	329
(二) 調解不成立	330
(三) 調解聲請之撤回	331
五、調解之救濟	332
六、調解筆錄之製作與送達	334
七、調解費用	334
貳、小額程序	335
一、基本法理	335
二、適用小額訴訟程序之事件	336

(一) 依法律應適用小額訴訟程序之事件	336
(二) 依當事人合意適用小額訴訟程序之事件	336
三、第一審之小額訴訟程序	337
(一) 起訴	337
(二) 程序進行	339
(三) 第一審之判決	341
四、小額訴訟程序之第二審	342
(一) 管轄法院	342
(二) 抗告或上訴之事由	343
(三) 訴之變更、追加或提起反訴之禁止	343
(四) 提出新攻擊或防禦方法之限制	344
(五) 言詞辯論之例外	344
(六) 程序之續行	344
(七) 其他程序規定之準用	345
五、小額訴訟事件之再審程序	346
參、簡易程序	346
一、程序法理特色	346
二、適用簡易訴訟程序之事件	347
(一) 依訴訟標的之金額或價額之規定者	347
(二) 列舉規定	349
(三) 依當事人之合意所定者	352
(四) 得依當事人聲請改用通常訴訟程序之例外規定	353
(五) 程序之轉換	354
三、簡易訴訟之第一審程序	356
(一) 起訴與調查證據	356
(二) 言詞辯論與裁判	357
四、上訴及抗告程序	359
(一) 第二審上訴與抗告	359
(二) 第三審上訴與抗告	360

五、再審之訴或聲請再審 367

第三編 救濟程序 369

壹、上訴 371

一、概說 371

(一) 上訴之意義 371

(二) 上訴制度之目的 372

(三) 上訴利益與不利益變更禁止原則 372

(四) 其他 379

二、第二審上訴 381

(一) 概說 381

(二) 第二審上訴之合法要件 383

(三) 提起第二審上訴之效力 400

(四) 附帶上訴 404

(五) 第二審之訴之變更、追加或提起反訴 410

(六) 法院對於上訴第二審之處理 417

(七) 第二審法院之言詞辯論 418

(八) 第二審法院之判決 426

(九) 第二審法院關於假執行之裁判 430

(十) 第二審法院程序之終結 432

三、第三審上訴 433

(一) 審級特性與功能 433

(二) 第三審上訴之限制 435

(三) 第三審上訴之合法要件 437

(四) 第三審上訴之上訴理由 442

(五) 第三審上訴之程序 464

(六) 第三審法院之裁判 471

(七) 第三審法院所為廢棄判決之拘束力 482

貳、抗告	485
一、概說	485
(一) 概念	485
(二) 抗告與上訴及異議之區別	485
(三) 抗告之種類	486
(四) 準用之規定	487
二、抗告之合法要件	488
(一) 對法律准許抗告之裁定，始得抗告	488
(二) 抗告人未喪失抗告權	491
(三) 抗告須符合法定程式	492
三、對於抗告之審判	493
(一) 原法院或審判長之審判	493
(二) 抗告法院之審判	494
四、再抗告	495
(一) 意義	495
(二) 再抗告之要件	495
(三) 再抗告之程序	496
五、抗告之效力	496
參、再審	498
一、概說	498
(一) 基本概念	498
(二) 再審之訴與上訴之區別	498
(三) 再審之訴之構造	498
(四) 再審之訴之訴訟標的	499
二、再審之合法要件	499
(一) 再審之客體	499
(二) 再審之當事人	503
(三) 再審期間	504
(四) 再審之管轄	510

(五) 提起再審之訴之程式	513
三、再審事由	517
(一) 概說	517
(二) 第 496 條及第 497 條所規定各款之再審事由	518
四、再審之訴之審判	535
(一) 合法性之審查	535
(二) 有無再審事由之審查	537
(三) 本案之審理	540
(四) 再審判決之效力	542
五、準再審	543
肆、第三人撤銷訴訟	545
一、意義	545
二、體系功能	546
三、第三人撤銷訴訟之要件	547
(一) 第三人撤銷訴訟之原告當事人適格	547
(二) 第三人撤銷訴訟之專屬管轄法院	558
(三) 提起第三人撤銷訴訟之不變期間	560
四、第三人撤銷訴訟之程序	560
五、第三人撤銷訴訟之起訴效果與判決效力	562
(一) 第三人撤銷訴訟之起訴效果	562
(二) 第三人撤銷訴訟之判決效力	563

第四編 特殊程序 565

壹、督促程序	567
一、概說	567
二、聲請發支付命令之要件	567
(一) 債權人請求之給付，須係以金錢或其他代替物 或有價證券之一定數量為標的者	567

(二) 債權人須無尚未履行之對待給付之義務	568
(三) 支付命令之送達，須非應於外國為之或依公示 送達為之者	568
三、債權人聲請發支付命令之程序	568
(一) 管轄法院	568
(二) 聲請之程式	570
(三) 債權人聲請支付命令之效果	573
四、法院對聲請支付命令之審理程序	574
(一) 法院審理方式	574
(二) 法院發支付命令之裁定	575
(三) 支付命令之送達	575
五、債務人對支付命令之異議	575
(一) 異議之方式	576
(二) 異議之期間	576
(三) 異議之效力	576
六、支付命令確定之效力	578
貳、保全程序	579
一、總說	579
(一) 保全制度之意義與立法目的	579
(二) 保全程序之性質	580
(三) 保全事件之程序標的	581
二、假扣押程序	581
(一) 聲請之要件	582
(二) 管轄法院	584
(三) 假扣押聲請之程式與其效力	585
(四) 法院對假扣押聲請之審查及裁定	587
(五) 假扣押裁定之撤銷	591
三、假處分程序	596
(一) 假處分之目的與類型	596