

新民事訴訟法之理論與實務 第一卷

程序保障 與 闡明義務

許士宦 著

國立臺灣大學法學叢書（143）
新民事訴訟法之理論與實務 第一卷

程序保障與闡明義務

許士宦 著

學林文化事業有限公司

著者簡介

許士宦

現職：國立臺灣大學法律學院助理教授

學歷：國立臺灣大學法學士、法學碩士
法學博士

經歷：律師（1986 年～2000 年）

主授：民事訴訟法、強制執行法、破產法

程序保障與闡明義務

新民事訴訟法之理論與實務 第一卷

著 作 者：許士宦

出 版 者：學林文化事業有限公司

台北市重慶南路一段 13 號 5 樓

電話：(02) 23141078 傳真：(02) 23319972

E-mail：law@sharing.com.tw

責任編輯：林靜妙

登 記 證：局版北市業字第 1190 號

一 版：2003 年 12 月

郵撥帳號：19168499 學林文化事業有限公司

定 價：新台幣 600 元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

ISBN 986 - 7697 - 18 - 9 (精裝)

程序保障與闡明義務：新民事訴訟法之理論與
實務。第一卷／許士宦著。——一版。——
臺北市：學林文化，2003〔民92〕
面；公分

ISBN 986-7697-18-9（精裝）

1. 民事訴訟法

586.1

92015693

序言

民事訴訟法於最近五年內經過三次大幅度修正，已完成二十世紀前葉所繼受民事紛爭解決法制之全面性、根本性翻新作業。此項新制如何利用運作，以發揮其應有之機能，是當前民事訴訟法學及審判實務須共同面對之新課題。本書所收錄諸文即在開展相關程序制度規定之解釋論及運用論，期能助益於該課題之克服、解決。

前二篇旨在闡述，程序保障論及公正程序論為新修正民訴法創制之基礎理論及法理根據，應循以解釋、運用諸程序規定；其次三篇旨在敘明，當事人兩造公平獲有機會，將關連紛爭及牽連紛爭於同一訴訟程序一舉、統一解決，彼等應善用該機會，法院亦應賦予該機會；再次二篇旨在解明，當事人在訴訟上應適時提出攻防方法，法院亦應保障其適時提出權；又次二篇旨在解說，當事人已獲接近法院、受本案判決及公平進行攻防之機會，法院負有排除本案解決障礙及公平分配舉證責任之義務；最後一篇則旨在闡論，為貫徹程序保障及公正程序，原判決違反斯等保障者，構成上訴第三審之理由。

本書闡釋新修正民訴法一方面保障人民均有平等使用法院、選擇審判法院之權利，公平賦予當事人在訴訟上調整審判對象、提出事證及適時進程序之機會，使享有程序的保障、程序權保障及公正程序之保障；一方面要求法官善盡闡明義務，提供相關資訊，以利當事人衡量其實體利益及程序利益，而決定是否提訴、訴變更、追加或提出事證。此等保障，乃所以正當化當事

人主義之採行，俾當事人確居程序主體之地位，並就其自主決定遂行訴訟結果負自己責任，真正建立自由、公正、開放社會之民事紛爭解決法制。

二〇〇三年十二月二十日

許士宦

目 錄

序言	I
新修正民事訴訟法上程序保障之新開展	1
民事訴訟上之公正程序請求權	35
訴之變更、追加與闡明	63
反訴之擴張	173
重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍	225
逾時提出攻擊防禦方法之失權	297
第二審程序新攻擊防禦方法之提出	347
接近正義與闡明義務	395
審判法院之選擇與舉證責任之分配	441
第三審上訴理由	495
《事項索引》	553

新修正民事訴訟法上程序保障 之新開展

——以民事訴訟法總則編之修正為中心——

目 次

壹、緒言	3
貳、平等接近法院之保障	4
一、法院接近權之實效化	4
二、訴權之擴充	11
參、程序參與權之充實	18
一、當事人程序進行權之賦予	18
二、利害關係人程序保障之充足	24
肆、結語	31

摘 要

民訴法繼一九九九年及二〇〇〇年為修正後，於二〇〇三年又為大幅度修正，已完成其自一九三〇年制定施行以來之首次全面性、根本性修正。此等修正不僅擺脫二十世紀前葉所採抄襲性繼受模式，改向於更加本土化，以因應我國社會獨特之時代需求，而且汲取我國近二十年來民事程序法學理論進展之成果，將諸多新創理論實定法化，實具有異於德、日等國之立法上獨特性。本文即析述新程序保障論於新修正民訴法上之開展。就程序的保障而言，新修正民訴法改革管轄制度、降低裁判費徵收、擴大訴訟救助之對象及範圍、增訂強制引進拒絕共同起訴者制度、擴張當事人適格團體，以保障人民，不論其是本國人或外國人，亦不論其貧或富，均有平等走向法院，接近法官，請求司法救濟之機會、權利；就程序權保障而言，新修正民訴法改善送達制度、賦予程序續行選擇權、增訂法院職權通知制度、創設第三人撤銷訴訟制度，以保障當事人或利害關係人，在起訴以後或後訴之訴訟程序上，均有在法官面前適時充分陳述意見、辯論及提出實體及程序的攻擊防禦方法，而保護其實體利益及程序利益之機會。

關鍵詞：新程序保障論、法院接近權、強制引進訴訟制度、當事人適格團體、現代型訴訟、程序選擇權、當事人進行主義、職權通知訴訟、第三人撤銷訴訟制度、事前的程序保障、事後的程序保障

壹、緒言

民事訴訟法繼一九九九年及二〇〇〇年二次修正之後，又於今（二〇〇三）年為大幅度修正（以下稱此新修正條文為新法，之前條文為現行法），此次修正終於完成一九三〇年制定民事訴訟法以來關於財產權訴訟部分之全面性、根本性修正。此項民事紛爭解決法制之通盤性再檢討及徹底性修正作業，主要係由司法院於一九八三年成立之民事訴訟法研究修正委員會負責，其一方面蒐集國內外諸國的立法例及學說，一方面參酌各方之修正意見，將現行法作通盤檢討，逐條討論，並縝密研修，歷經十七年餘，始作成財產權訴訟部分之修正草案。為求逐步改革訴訟制度，並顧及法律修正之時效性，司法院乃分成三次提案¹，先後送經立法院審議通過，茲已完成民事訴訟制度之世紀性大變革。

我國民事訴訟法之修正走向已擺脫二十世紀前葉所採抄襲性繼受之模式，而改向於更加本土化，以因應我國社會獨特之時代需求。同時於其橫亘二十年之長期修法期間，我國民事程序法學亦已呈現理論進展上之獨創性，而有自母法國斷奶化之新容貌²，此等新創理論亦多成為修法之理論支柱或前導理論³。本文擬

¹ 立法院議案關係文書，院總第二四三號，五頁。

² 邱聯恭，民訴法研究會第六六次研討會後補註，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（八）』（一九九九年）二三二頁。

³ 闡述新程序保障論、適時審判請求權論、程序選擇權論等為我國民事訴訟法改革之前導理論，並將其持與日本新民事訴訟法之修法理論互相比

從程序保障論之觀點，解說新法之規定內容。此係鑑於，在我國，程序保障論已然全面性成為指引處理民事訴訟法上諸個別問題之上位概念、前導法理，是與向來持以面對問題之思考方式大有所異。並且，相較於德、日等國之理論狀況，我國之程序保障論頗具獨特性，其係兼含有關達成慎重而正確的裁判之程序保障及有關達成迅速而經濟的裁判之程序保障等兩面意義，而不只談論有關追求發現真實的程序保障。甚至，晚近於重視事前的程序保障之同時，視野亦已擴展於強調事後的程序保障對賦予程序參與機會之重要性⁴。惟囿於篇幅，本文探討範圍主要以民事訴訟法總則編之修正為限。

貳、平等接近法院之保障

一、法院接近權之實效化

（一）管轄法院之擴大及合意管轄之限制

較，而凸顯我國民事訴訟法理論及立法之獨特性者，見邱聯恭「台灣における民事訴訟法の改革とその先導理論——日本の新法との比較考察」新堂幸司古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築（上卷）』（二〇〇一年）二四五頁。

⁴ 邱聯恭「民事訴訟法學之回顧與展望」同『程序選擇權論』（二〇〇〇年）二七〇頁。關於我國新程序保障論之內容及其開展，見邱聯恭「程序保障論之新開展」同書一頁。

關於如何改革管轄制度，應避免其成為正當權利人接近法院之障礙。因為，對於經濟上弱者或欠缺法律上交易經驗者而言，如將其涉訟之事件歸由與其住居地遠隔之法院管轄，將使提訴或應訴不便且多所勞費，致其可能蒙受之程序上不利益與可能獲得之實體上利益失衡而不合採算。在此情形，由於其實際上難為攻擊防禦而未受應有之程序權保障，致處於不得不放棄主張權利或應訴機會之狀態。為此，應從程序保障之觀點，重新檢討如何適當修正有關管轄制度之規定或公平調整定管轄之原因事由⁵。

造成管轄上及程序保障上不當之原因可能有幾種，其一是，因將「以原就被」過分唯一原則化之結果，造成有意成為原告之正當權利人，基於程序上勞費支出之採算上考量，有時不得不斷念於遠赴被告之所在地提訴。新法鑑於現行法為保護被告利益，防止原告濫訴，採「以原就被」之原則，以被告住所地之法院為管轄法院，例外則以被告居所地、最後住所地、中央政府所在地之法院為其補充之管轄法院，惟若堅持以住所為定自然人普通審判籍之原則，以我國人鄉土觀念深厚，多不願廢止其祖籍所在地之住所，而事實上因社會結構之改變，又多離去其住所，在其就業所在地設有居所，如關於其人之訴訟，仍須於其住所地之法院起訴，對於當事人反有不便，故為便利當事人遂行訴訟，解決實際問題，增訂訴之原因事實發生於被告居所地者，該地之法院亦取得管轄權（同法一條一項後段、十八條二項）。此項規定，緩和「以原就被」原則，使被告居所地於一定情形亦為普通審判籍，增多原告選擇管轄法院之機會，自有助於原告起訴之便宜，

⁵ 邱聯恭『司法之現代化與程序法』（一九九二年）九六頁。

保障其接近法院之權利。惟定法院之管轄，應以起訴時為準。如被告於其居所地發生訴之原因事實後，在起訴前已離去並廢止該居所者，則該原因事實發生地於起訴時已非被告之居所地，該地法院即無上述之管轄權。

其二是，當事人之一造為一般消費者或其他經濟上弱者，另一造為法人或商人時，法人或商人等經濟上強者常濫用定型化契約約定債務履行地或定合意管轄條款，致他造經濟上弱者就有關其債務履行事件往往非經付出採算顯不相當之勞費，即無從循提訴或應訴之途徑為攻擊防禦。新法為保障經濟上弱勢當事人之權益，避免其因附合契約條款而需遠赴對造所預定之法院進行訴訟，續於一九九九年限制小額事件有關管轄或債務履行地審判籍之合意（同法四三六條之九），擴大就簡易訴訟事件及通常訴訟事件之管轄合意為限制，明文規定當事人之一造為法人或商人，於其預定用於同類契約之條款以合意定第一審管轄法院，按其情形顯失公平者，他造於為本案之言詞辯論前，得聲請法院將系爭訴訟移送於其法定之管轄法院（同法二八條二項）。雖然法定管轄法院為多數時，被告並無選擇管轄法院之權，究以移送其中何一法院為宜，應由法院斟酌個案具體情形定之。但此際移送管轄既係用以保障經濟上弱勢者接近法院之機會，上開裁量自應顧慮被告應訴之便利，以確保其程序權。

又，民事訴訟事件亦有因環境上特別關係，由原有管轄權之法院審判，有足以危害公安或難期公平之虞者。為此，新法另外增訂，因特別情形，由管轄法院審判恐影響公安或難期公平者，得為指定管轄原因（同法二三條一項一款），以提升人民對裁判之信賴度。

（二）訴訟費用徵收之遞減及訴訟救助範圍之擴大

現行法關於訴訟標的價額之酌定，訴訟費用之計算及徵收，係規定於民事訴訟費用法。惟訴訟標的價額之核定，不僅與訴訟費用之計算有關，更涉及訴訟程序之適用及上訴利益之核算，體例上以於民事訴訟法總則內專設章節規定為妥，故將該法廢止，並於新法設訴訟標的價額之核定及訴訟費用專章規定上開事項。由於訴訟標的之價額，關係訴訟程序事項，法院如不能依當事人之主張舉證而得有心證者，應得依職權調查證據；且訴訟標的價額之核定，牽涉當事人之利益甚鉅，當事人對於法院之核定應得為抗告，故新法分別明定之（同法七七條之一第三項、第四項）。後者之增訂，已改變實務所持見解，因為最高法院判例向來認為，法院就訴訟標的價額所為核定及命當事人補繳裁判費之裁定，均係訴訟程序進行中所為之裁定，既無准許抗告之特別規定，依法（同法四八三），當事人不得對之抗告（同院三七年抗字第一五〇五號及二九年抗字第一二七號判例），司法院大法官會議亦認為，最高法院二九年抗字第一二七號判例，雖認為法院命補繳裁判費之裁定不得抗告，但法院如以未繳裁判費，認原告起訴不合法，為駁回其訴之裁定，原告以裁判費數額有爭執為抗告理由時，抗告法院仍需就該項事實及命補繳裁判費之裁定當否一併審究，於人民訴訟權之行使並無影響，從而該判例乃在避免訴訟程序進行之延滯，無礙人民訴訟權之適當行使（釋一九二號解釋）。茲新法明定當事人就法院對於訴訟標的價額之核定得為抗告，即係特別規定，以及時保障當事人就該核定聲明不服之權利。再者，訴訟費用如因誤會或其他原因而有溢收情事者，應返

還之。爲此，新法增訂法院應依聲請並得以職權裁定返還之（同法七七條之二六第一項）。惟爲使當事人間有關訴訟費用之賠償額早日確定，上開聲請返還訴訟費用之期間宜加限制，故新法明定該聲請至遲應於裁判確定或事件終結後三個月內爲之（同條第二項）。

現行民事訴訟費用法規定，因財產權而起訴，其訴訟標的金額或價額在銀元一百元以上者，不問其金（價）額高低，一律按百分之一比例徵收裁判費，將使訴訟標的金（價）額較龐大之當事人負擔過高之裁判費，非惟有失公平，甚至致當事人因不堪負荷鉅額裁判費而放棄使用訴訟制度，於當事人財產權、訴訟權之保障，自嫌欠周。新法爲貫徹憲法保障人民平等權、財產權及訴訟權之精神，改採分級累退計費方式，將訴訟標的金（價）額超過新台幣十萬元之部分，分五級遞減其裁判費徵收比例。亦即，除將貨幣單位修正爲新台幣外，並規定訴訟標的金（價）額在新台幣十萬元以下部分，徵收一千元；逾十萬元至一百萬元部分，每萬元徵收一百元；逾一百萬元至一千萬元部分，每萬元徵收九十元；逾一千萬元至一億元部分，每萬元徵收八十元；逾一億元至十億元部分，每萬元徵收七十元；逾十億元部分每萬元徵收六十元（同法七七條之十三），以減輕人民之負擔，便利其使用訴訟制度。又，法官、書記官、通譯、執達員等法院職員出外調查證據、送達文書或爲其他訴訟行爲之食、宿、舟、車費，如由當事人另行支付，常引起當事人對於法院公正性之懷疑，新法爲提升司法威信，將上開費用包含於裁判費之中，而不另徵收（同法七七條之二三第三項）。爲配合此等費用項目之取消，乃刪除原有關於裁判費起徵點之規定，明定訴訟標的之金（價）額在新台

幣十萬元以下部分，一律徵收一千元（同法七七條之十三）。

包含訴訟救助在內之法律扶助制度，乃接近正義所必要，係對於無相當資力者，從實質上保障其接近法院之權利，使有平等請求法院救濟權利侵害之機會。法律扶助制度之確立及擴充，具人民之權利性，而非僅屬為政者之恩惠。為遵守憲法上有關訴訟權、平等權、生存權等基本權之規定，貫徹其保障旨趣，除應制定法律扶助法外，亦應充實訴訟救助制度⁶。新法為落實訴訟救助制度之功能，貫徹憲法保障人民訴訟權、財產權、平等權之精神，避免當事人因支出訴訟費用致生活限於困窘，難以維持自己及其共同生活親屬之基本生活，甚至放棄使用訴訟制度，並避免當事人對於駁回救助聲請所提起之抗告並不停止命補繳裁判費裁定期間之進行，而有害於訴訟當事人之程序保障，於二〇〇〇年修正時已分別明定：法院於認定當事人有無資力支出訴訟費用時，應斟酌當事人及其共同生活親屬基本生活之需要（同法一〇七條二項）；駁回訴訟救助聲請之裁定確定前，第一審法院不得以原告未繳納裁判費為由駁回其訴（同法一〇九條之一）⁷。

新法本於上述之制度精神，為保障外國人亦有平等接近法院之機會，以因應人民生活國際化之新時代需求，不僅修正有關提供訴訟費用擔保之規定，使外國人在合理範圍內受平等之處遇，

⁶ 邱聯恭，前揭書（註5），六七頁以下。

⁷ 關於此等修正改變向來實務所持何項見解，最高法院依該等修正規定作成何項新裁判及決議，見許士宦「接近正義與闡明義務」〈台灣本土法學雜誌，2001年實務見解回顧〉三八期（二〇〇二年）七二頁以下〔本書三九八頁以下〕。

亦即規定原告於中華民國雖無住所、事務所及營業所，但在中華民國有資產，足以賠償訴訟費用者，亦毋庸提供訴訟費用之擔保（同法九六條二項），而且對於外國人之訴訟救助要件，亦緩和採用相互主義，即增訂對於外國人准予訴訟救助者，包括中華民國人在其國依協定或其本國命令或慣例得受訴訟救助之情形，而不限於依條約或該外國人之本國法者（同法一〇八條），以避免依目前外交實務，我國與無邦交國家間多僅締結協定，未若與有邦交國家間能締結條約，如依原規定即有所欠周，且易致解釋為限於成文法律，不包括命令及慣例情形，是不足以保障外國人之平等接近法院之權利。

此外，新法更進一步充實訴訟救助制度。詳言之，其一，明定聲請訴訟救助，當事人於訴訟繫屬前亦得為之。惟當事人既尚未起訴，法院並無起訴狀或其他資料認定其訴是否顯無勝訴之望，而為准駁救助聲請之裁定，故增訂於訴訟繫屬前聲請訴訟救助者，並應陳明關於本案訴訟之聲明及其原因事實（同法一〇九條一項）。不過，無論於訴訟繫屬前或繫屬後聲請訴訟救助，聲請人僅須就無資力支出訴訟費用之事由負釋明責任，至於非顯無勝訴之望，則毋庸釋明（同法一〇九條二項）。其二，明定准予訴訟救助，於訴訟終結前，有下列之效力：1.暫免裁判費及其他應預納之訴訟費用。此項暫免之訴訟費用，由國庫墊付，以利訴訟進行；2.免供訴訟費用之擔保；及 3.審判長依法律規定為受救助人選任律師代理訴訟時，暫行免付酬金（同法一一〇條一項、二項）。其三，明定經准予訴訟救助者，於訴訟終結後，第一審受訴法院應依職權以裁定確定訴訟費用額，向應負擔訴訟費用之當事人徵收之；其因訴訟救助暫免而應由受救助人負擔之訴訟費