

大學用書

增訂版  
二〇〇九年

# 民事訴訟法 基礎論

姜世明 著



# 民事訴訟法基礎論



姜世明 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事訴訟法基礎論／姜世明著. -- 三版. --

臺北市：元照，2009.09

面；公分

參考書目：面

ISBN 978-986-255-003-8 (平裝)

1. 民事訴訟法

586.1

98015166

# 民事訴訟法基礎論

1C047PC

2009年9月 三版第1刷

作者 姜世明  
出版者 元照出版有限公司  
100 臺北市館前路 18 號 5 樓  
網址 [www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)  
定價 新臺幣 400 元  
專線 (02)2375-6688  
傳真 (02)2331-8496  
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-003-8

# 修訂三版序

民事訴訟法之理論建構及實務運作，關涉人民實體及訴訟權利至鉅，近年來民事訴訟法為此而修正頻繁，致部分規範內容與本書有少許落差。據此，復因二版已無餘書，對於本書之修正，似已取得其合理性。

本次增訂，除因應民事訴訟法之新近修正內容外，另部分內容乃作者於授課時之發覺或感想，為使學生於使用此書時，能有更便捷方式理解問題所在，乃增補若干問題或解說於各章節中，用供參考。

姜世明

2009年8月5日

## 增訂二版序

自本書初版問世，迄今已年餘，期間，作者復對於若干民事訴訟程序基礎論，述作文章數篇，茲因初版已無庫存，爰決定增補文章四篇，並對初版部分重新檢視闕漏誤植，予以更補。特以增訂版付梓，供學習者於研讀其他學者教科書或講義後補充之用。

對於民事程序法理之理解，可能存在不同思考角度，對此，學者可能提出不同見解，學習者若能自人性出發，以同理心觀照，或可有更多體會。而對於學說差異，溯其本源，知其所以，始克有功。希勿盲目背誦、囫圇吞棗，以致喪失領略程序法利益權衡美麗之機會。

在學習民事訴訟法之旅途上，感謝有諸多前輩指引及協助，心中充滿感恩。目前，謹以更大的努力，報答師恩。

姜世明

2008年5月19日

# 序 言

本書各文已發表在近年來月旦法學教室中，為免學生影印之煩累，特為部分內容修正增補後，集結成冊。

本書係為補充上課筆記之不足，惟對於問題提出及重點提示，僅點到為止，故非學術專論；而因內容亦僅對於民事訴訟法為部分之討論，非屬完全之作。對於民事程序學理之變遷，本書僅供提示問題之用，並無解決所有問題之企圖心。希讀者注意及之。

民事訴訟法之學理發展變動至為迅速，其對於教學者及學生均為一大挑戰，惟誠謹面對自己之有限及不足，或較可能稍對於相關學理能得點滴之心得。

以此自勉之。

姜世明

2006年9月3日

# 目 錄

修訂三版序

增訂二版序

序 言

## 第一篇 民事訴訟法總論

### 第一章 建構及解釋適用民事訴訟法之基本考量要素

壹、前 言	4
貳、民事訴訟之目的論	4
參、民事訴訟之基本理念	9
肆、憲法之因素考量	12
伍、結 論	19

### 第二章 處分權主義

壹、概 說	21
貳、對於訴訟開始之主導權	22
參、對於訴訟對象、範圍之決定權	26
肆、對於訴訟終結之決定權	35
伍、處分權主義被架空之危機 ——當事人之程序或法官之程序？	37
陸、處分權主義之界限	39
柒、結 論	40

### 第三章 辯論主義

壹、前 言	41
-------	----

貳、辯論主義之意義及其意識型態關聯 .....	42
參、辯論主義之具體內容 .....	47
肆、辯論主義之修正 .....	53
伍、結論——辯論主義作為中流砥柱？或明日黃花？ .....	60

#### 第四章 訴訟主體論

壹、前言 .....	64
貳、法院 .....	64
參、當事人 .....	71
肆、第三人之參與 .....	82
伍、訴訟代理人 .....	84
陸、結論 .....	87

#### 第五章 訴訟要件論

壹、前言 .....	89
貳、訴訟要件之意義 .....	90
參、訴訟要件之種類及內容 .....	93
肆、訴訟要件之審查 .....	98
伍、欠缺訴訟要件之效果 .....	104
陸、結論 .....	105

#### 第六章 訴訟行為論

壹、前言 .....	108
貳、意義與種類 .....	108
參、訴訟行為基本問題 .....	113
肆、訴訟契約 .....	118
伍、訴訟行為之瑕疵與治癒 .....	121
陸、結論 .....	125

#### 第七章 舉證責任法

壹、前言 .....	128
貳、舉證責任法之基本問題 .....	129
參、舉證責任分配法則之體系建構 .....	132
肆、結論 .....	146



## 第八章 裁判論

壹、前言	150
貳、裁判之種類	151
參、判決之作成及其瑕疵	156
肆、判決之效力	159
伍、結論	169

## 第二篇 各級審級程序

### 第九章 第一審程序論

壹、前言	174
貳、訴之變更、追加及反訴	175
參、集中審理之理想與實踐	185
肆、結論	193

### 第十章 上訴審

壹、前言	196
貳、第二審	197
參、第三審	207
肆、結論	212

### 第十一章 再審與第三人撤銷之訴

壹、前言	213
貳、再審	214
參、第三人撤銷之訴	222
肆、結論	230

### 第十二章 人事訴訟

壹、前言	232
貳、基本法理	232
參、類型	238

肆、部分重要制度內容解析.....	242
伍、結 論.....	250

### 第十三章 簡易訴訟程序及小額訴訟程序

壹、前 言.....	251
貳、基礎法理.....	252
參、基本制度簡介.....	259
肆、部分實務上爭議問題提示.....	268
伍、結 論.....	269

### 第十四章 裁定及抗告程序

壹、前 言.....	271
貳、裁定概論.....	271
參、抗告及再抗告程序.....	278
肆、結 論.....	287

### 第十五章 假處分程序

壹、前 言.....	289
貳、假處分之目的與類型.....	290
參、要 件.....	291
肆、假處分聲請之裁定.....	295
伍、效力及撤銷.....	299
陸、定暫時狀態假處分.....	302
柒、結 論.....	313

### 第十六章 督促程序與公示催告程序

壹、前 言.....	315
貳、督促程序.....	316
參、公示催告程序.....	327
肆、結 論.....	333

### 參考文獻

# 第一篇

## 民事訴訟法總論



- 第一章 建構及解釋適用民事訴訟法之基本考量要素
- 第二章 處分權主義
- 第三章 辯論主義
- 第四章 訴訟主體論
- 第五章 訴訟要件論
- 第六章 訴訟行為論
- 第七章 舉證責任法
- 第八章 裁判論



# 第一章

## 建構及解釋適用民事 訴訟法之基本考量要素



### 基本問題

1. 甲以乙用三字經辱罵伊，至感屈辱，起訴請求乙應賠償新台幣一元，問：若法院認為此一案件如為實質審理，傳訊證人，多次傳喚開庭，訴訟成本與起訴金額可能不成比例，可否認為此一事件欠缺訴之利益？法院在審理此類事件時，應注意何等法理之衝突及權衡？
2. 我國曾承認在一定條件下當事人可合意選定法官，此一制度之基本法理基礎為何？其是否違反何等憲法原則或程序法理？
3. 在我國判決書中經常出現「本案事證已臻明確，兩造其餘主張陳述及所提之證據，已不足影響本院心證，爰不予逐一審酌論列，附此敘明。」此一判決書之記載是否違反何等程序法理？試評估之。
4. 甲法官在某醫療糾紛之證據保全程序中，無視聲請人合併請求保全證據類型及確定事、物現狀類型，而以被告○庚醫院為大型醫院，無竄改病例之虞，而駁回聲請人證據保全之聲請，是否合乎法理？
5. 甲與乙間之侵權行為訴訟，被告乙於二審始提出消滅時效抗辯，甲未提出中斷時效事由，法院仍以失權為由駁回乙之時效抗辯，是否與法理有違？

## 壹、前言

民事程序法係國家任務之實現及國家力量介入私權紛爭之體現，因涉及國家之權力行使，其制度發展乃受意識型態、社會發展及國家學理論所影響。近年來，我國民事訴訟法已經歷巨大之變革，而其修法之指導原理，主要係基民事訴訟法之目的觀、民事訴訟法之基本理念及憲法基本原則等，足見上開建構民事訴訟法之指導原理，勢將成爲爾後解釋及適用我國民事訴訟法制度之重要依據。

另關於建構及解釋適用民事訴訟法之考量因素，在以憲法爲依據下之程序法原理，亦係重要之考量因素。其中關於辯論主義、處分權主義之立法政策決定，對於民事訴訟法之制度建構及解釋適用之法理發展，其影響尤其深遠。但基於行文之合目的性，關於辯論主義及處分權主義之修正與變遷，乃擬於其後章節論述；至於更高階段對於意識型態與民事訴訟法學發展之檢討，亦有待來者。本文乃僅就民事訴訟之目的論、民事訴訟法之基本理念及憲法對於民事訴訟法之影響等三者加以探討。

## 貳、民事訴訟之目的論

### 一、基本學說概論

國家設立民事訴訟制度之目的固可能因時代背景與法律思想之差異，而存在不同之觀察角度，亦即，在基於自由主義民事訴訟觀、社會民事訴訟觀與納粹之民事訴訟觀等在歷史上曾發生或在發展中之訴訟制度，各有其制度目的論，或基於個人權利角度出發、或自公益需要層面觀察，亦有欲求個人權利與公益之兩全者，不一而足。關於民事訴訟制度目的論之討論，其主要功能乃在於加強對訴訟制度建構（立法）及其解釋適用時之思考與理解之方向感及提

問之敏感度。

關於民事訴訟制度之目的論，在學理上有頗多討論，有主張權利保護說者、權利保障說者、紛爭解決說者、法和平維持說、私法秩序維持說者、程序保障說者、社會形成說者、多元說及法尋求說者等。<sup>1</sup>就此一目的論爭議，其爭議之發生，可能係基於以下因素：其一、民事訴訟制度在立法形式表現，多不限於以實體判決作為唯一結果或發現之形式，例如亦承認訴訟上和解、調解（德國於其民事訴訟法且規定仲裁）等制度，因而僅自實體法角度出發之見解，對於若干亦在形式上被認為係屬於訴訟制度一環者，難以適切說明。其二、民事訴訟制度本身可能基於伴隨實務運作而發生若干獨立於實體法之需要，尤其司法制度人力、物力之擴充亦有其極限，在極限之外，即為基於公益角度訴訟觀之發展基礎，而此亦造成訴訟制度目的難以僅自實體法觀點詮釋之原因之一。其三、基於時代背景、時代精神及意識型態之發展，均可能影響當時論者對於民事訴訟制度目的之認知。

民事訴訟之目的是否可自單一取向獲致完整之理解，實存在疑義。我國目前關於民事訴訟制度目的論之有力說乃「法尋求說」，該說認為：民事訴訟制度之目的應是「法」之尋求、發現、提示。而且，其所尋求之「法」，係指存在於實體利益（如因特定實體法上權利經裁判為存在，即特定實體法規範被適用時所可能獲致之利益）與程序利益（如因程序之使用或減免使用所可能獲致之勞力、時間或費用之節省）之平衡點上之「法」，而非僅指在訴訟外從客觀上據以判定某私權存否時所適用之實體法規範而已。<sup>2</sup>此一將實體利益與程序利益進行平衡，並以程序保障作為其理論正當性之前提，在我國近年來於學界、立法及部分實務見解已發揮一定之影響。

<sup>1</sup> 相關見解介紹、論述及批評，參閱邱聯恭，程序制度機能論，1997年，頁161以下。

<sup>2</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，1997年，頁158；程序選擇權論，2000年，頁276。

在德國，關於民事訴訟制度之目的觀，固存在不同之見解。惟其首要者應係「實體權利之確認與實現」，此一認為民事訴訟目的應為私權保護之見解，乃植基於其以私權保護作為國家任務之觀點。亦即，個人受實體法所保護之私權，因相對人惡意或無資力，或因事實與法律關係不明，以致未能獲得實現時，國家如為避免私人間以原始之自力救濟方法解決，則有必要設立民事訴訟程序以釐清當事人間之實體權義關係。但依民事訴訟法及其相關法規所規定之訴訟制度觀察，僅將民事訴訟制度之目的定位在私權保護說，可能過於狹隘。因在民事訴訟中有所謂團體訴訟制度（關於一般交易條款及不正競爭法等相關規定），乃具有公益追求之意義存在；而在民事訴訟法中又承認訴訟上和解等制度，其自亦具有紛爭解決之意義存在。<sup>3</sup>此外，論者亦有提出民事訴訟制度之「社會形成」功能，亦即經由訴訟制度而以法續造及法官裁量權之介入，以型塑當事人間之法律關係（尤其係具有展望性及弱勢者保障之法律關係），而與一般民事訴訟以確認過去發生事實與法律關係者，有所不同。<sup>4</sup>

雖關於民事訴訟制度之目的論具有高度之爭議，但值得思考者係，未能發現真實以實現實質正義之訴訟程序，果能維持私法秩序或恢復法和平及滿足當事人之正義法感需求？又雖紛爭解決說及社會形成說等於部分訴訟法上制度可能具有說明之功能，但能否成為訴訟制度之主要目的，可能仍有疑惑。例如雖承認訴訟上和解，但其實乃對於實體法上私法自治原理之尊重及重申，並不當然可認為民事訴訟制度可完全忽略對於真實之追求，而以紛爭解決為主要目的。<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993, Rdnr. 3 m.w.N. 其並認為所謂客觀法維持說，乃訴訟程序當然結果，而法和平恢復則係私權確認之結果，均非獨立之訴訟目的。

<sup>4</sup> 相關介紹，Schilken, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 2000, Rdnr. 16 m.w.N.

<sup>5</sup> 此部分理解嚴重影響對於訴訟制度建構之認知，是否將訴訟程序轉向強調和解



## 二、實體權利實現說之相對化現象

基本上，越強調個人私權保護者，對於訴訟制度之建構即越會以「發現真實」為指標，並對於當事人地位、權能、法官之闡明義務、證據程序、當事人真實義務等制度進行合目的性之規制。而此一合目的性規制之選擇，在不同法社會，有不同之思考基礎及存在於歷史上某特定時期之政策決定，不一而足。但對於因追求真實發現所可能導致之當事人在程序上之不利益（過度勞力、時間、費用之支出），在制度目的論之思考上應置於何地位，則為難題之所在。據此，私權保護說所追求之實質正義之實現，基於程序上之考慮，有必要被衡量及作適度之退讓。

此一將私法權利實現主義之相對化現象，在我國近年來備受關注。在制度建構上，關於審級制度<sup>6</sup>、簡易及小額程序、和解及調解制度之加強、消費者訴訟等固與私權保障說予以相對化有關<sup>7</sup>；即關於當事人訴訟促進義務之加強、第一審及第二審關於攻擊防禦方法失權制度之強化，及在舉證責任制度上強化對當事人證明妨礙之制裁，亦與民事訴訟制度目的論之走向有關。

私權保護說相對化之現象，有基於事件類型特性之本質者、有基於司法制度建構失能之法實證因素者、有基於私法自治及國民主權之相對應訴訟建制考量者，不一而足。但應注意者係，若不將實體權利之確認及實現說（私權保護說）作為主要之訴訟目的，而將其他基於訴訟上考量（程序利益立論者）或基於私法自治在訴訟制度上之呈現（紛爭解決論者），作為與實體權利之確認及實現目的

---

機制之利用，在德國及我國之新修正法，均帶有此一色彩，但對於實質正義及客觀真實之追求強度，可能有所不同。

6 應注意者係，在德國新近修法已將第二審改為瑕疵控制及排除之審級特性，惟其修法目的乃基於為達人民於實體權利之滿足度升高及持續加強法律和平，參閱拙著，民事程序法之發展與憲法原則，2003年，頁403以下。足見在德國於追求訴訟效率時，對於實體私權之實現，仍多所注意。

7 關於消費者保護訴訟與民事訴訟制度目的論關係，參閱邱聯恭，程序制度機能論，1997年，頁149以下。