

學說論著精要解讀系列

民事訴訟法 下

依最新法條並針對最新
論著及教科書精要編整
而成，著重學理精華之
論述及體系概念之架構
內容完整清晰。

高
點

許律師 編著

學說論著精要解讀系列

民事訴訟法 下

依最新法條並針對最新
論著及教科書精要編整
而成，著重學理精華之
論述及體系概念之架構
內容完整清晰。

高
點

許律師 編著

來勝 (License) 證照考試系列

民事訴訟法（下）

編著者：許律師

出版者：高點文化事業有限公司

郵 撥：15834067高點文化事業有限公司

電 話：(02)2381-5766

傳 真：(02)2388-0876

網 址：www.get.com.tw

E-mail：publish@mail.get.com.tw

2006年12月二版

行政院新聞局出版事業登記證局版臺業字第4833號

建議售價 450 元

著作權所有・翻印必究

51ML400402

ISBN 957-814-615-9

<上冊>

前 言

第一編 民事訴訟法總論

第一章 緒 論

專題研究(一) 不起訴協議

專題研究(二) 訴訟行為意思瑕疵之處理

第二章 法 院

第一節 管 轄

專題研究 合意訂外國法院為管轄法院

專題研究 管轄考題之解題觀念

第二節 法院職員之迴避

第三章 當事人

第一節 當事人之認定

第二節 當事人能力

第三節 當事人適格

第四節 共同訴訟

第五節 訴訟擔當

專題研究 消保訴訟之探討

專題研究 專論本節中九十二年新法修訂特色

第六節 訴訟參加

第七節 主參加訴訟

第八節 訴訟能力

專題研究 民事訴訟法上無訴訟能力人之「代理人」

第九節 訴訟代理人及輔佐人

第四章 訴訟費用

- 第一節 訴訟費用總論
- 第二節 訴訟費用之擔保
- 第三節 訴訟救助

第五章 訴訟程序總論

- 第一節 當事人書狀
- 第二節 期日期間
- 第三節 送 達
- 第四節 訴訟程序的停止
- 第五節 民事訴訟之審理原則

專題研究 處分權主義與辯論主義之新容貌與機能

專題研究 民法第二百十七條與有過失之事實是否須適用辯論主義（民事訴訟法第七十五次研討會節錄）

第六節 言詞辯論

專題研究 協議簡化爭點程序之運用（民訴§268-1）

第六章 判決概論

- 第一節 判決之意義與內涵
- 第二節 判決之更正與補充
- 第三節 一部請求之研究

第二編 第一審程序

第一章 起 訴

第一節 起訴之程式

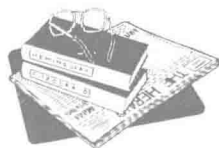
專題研究 訴訟標的理論之再構成

第二節 訴之審理（訴權學說之探討）

專題研究 民事訴訟法第二百四十九條第一項之探討

第三節 起訴之效力

第四節 準備程序



<中冊>

前 言

第二編 第一審程序

第二章 訴之種類

第一節 給付之訴

第二節 確認之訴

第三節 形成之訴

第三章 訴之客觀合併

第一節 概 論

第二節 各種訴之客觀合併型態

專題研究(一) 邱聯恭教授客觀合併之體系

專題研究(二) 民事訴訟法上一部判決與全部判決之概念

第四章 訴之變更、追加

第五章 反 訴

第六章 訴之撤回

專題研究 其他常見爭議問題之探討

第七章 證 據

第一節 證據概論

第二節 自 認

第三節 舉證責任

專題研究(一) 票據法律關係之舉證責任

專題研究(二) 不當得利請求中「無法律上原因之舉證責任」

專題研究(三) 不完全給付之舉證責任

專題研究(四) 違反告知義務解除保險契約之舉證責任
(保 § 64 II)

第四節 證據程序

第五節 證據方法

專題研究 私鑑定之證據能力及證據價值

專題研究 鑑定人之責任

專題研究 勘驗協助義務

第六節 證據保全

第八章 訴訟上和解

專題研究 形成之訴可否成立訴訟上和解

第九章 判 決

第一節 判決之範圍

第二節 判決之種類

第三節 假執行之宣告

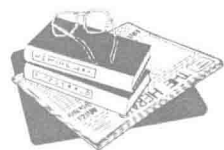
第四節 判決之效力

專題研究 確定判決之反射效力

第五節 外國確定判決之效力

專題研究 詐騙取得確定判決之效力

專題研究 既判力擴張之協議與拘束力之協議



著作權／不容侵犯

下列文字爲著作權法之部分條文，仁人君子敬請自重，凡侵犯著作權者，必依法究辦。

《著作權法》第六章 權利侵害之救濟

■第八十七條

有下列情形之一者，除本法另有規定外，視爲侵害著作權或製版權：

- 一 以侵害著作人名譽之方法利用其著作。
- 二 明知爲侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者。
- 三 輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物者。
- 四 未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。
- 五 以侵害電腦程式著作財產權之重製物作爲營業之使用者。
- 六 明知爲侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布者，或明知爲侵害著作財產權之物意圖散布而公開陳列或持有者。

《著作權法》第七章 罰 則

■第九十一條

擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。

意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。

以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。

著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。

■第九十二條

擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。

前言

民事訴訟法一科，不僅為考生準備考試時最頭痛之科目，亦為各大專院校之教授及補習班之講師最感到「棘手」之科目，其根本之原因在於各家學派山頭林立，各有各自之見解及立場，形成了百家爭鳴，互不相讓的局面，其結果，往往使初學者一頭霧水，不知從何下手，此種情形，隨著八十九年及九十二年民事訴訟法之大幅修正益為明顯，曾經對照整理過各家學者教科書及文獻專論的考生不難發現，民事訴訟法一科「各說各話」之程度大概是所有國考科目之冠，也正因如此，常見到「一個條文，各自表述」之奇特現象，筆者在課堂上亦常見同學下課時帶著疑惑的眼神問道：「老師，我們學校老師講的跟大講義不一樣耶」，或是「老師，我們學校老師說婚生否認之訴是確認之訴」等等。

各式各樣之問題，要徹底解決學習上的困擾，除了基本觀念必須具備外，最好的方式當然就是「廣讀詩書，盡曉諸子百家之言」，才能確保考場上不被獨門暗器所傷，以避免「突襲性分數」之發生，惟考生們在國考繁重之壓力下，想要自己一人獨自把各家之言整理並吸收，恐怕亦是心有餘而力不足矣！因此，筆者乃嘗試地將歷年來在高點上課時所收集之資料及教學心得匯集成冊，期望能減少考生自行研讀摸索之時間，並對民事訴訟法上常考焦點及重要之基本觀念、學說爭議有完整而清晰之瞭解，以下即就民事訴訟法一科之命題方向、準備方法、學習態度及本書之特色約略說明如下，以供考生準備考試時之參考。

一、命題方向

民事訴訟法自民國八十二年以後之考題分布型態，基本上已經脫離早期「重點章節式」之命題方法，亦即幾乎每個條文都有「中獎」的機會，且分布愈來愈平均，甚至有「專門」針對冷門章節出題之現象發生，因此在以往的考試中，考生往往僅須針對幾個重要章節（幾乎都集

中在一審程序以前)加以熟讀即可掌握八成以上之考題，但現在時代不同了，歷屆考題中考到保全程序、督促程序、再審程序等後半段章節之機率愈來愈普遍，甚至連「撤銷死亡宣告」及「宣告證券無效之公示催告程序」都已經粉墨登場的出現在國家考試的舞台上了，因此在命題多元化之潮流下，考生們須揚棄以往「跳躍式」之準備方法，不可只挑重點章節研讀而完全捨棄冷門章節，否則將無法充分掌握命題之趨勢，而在翻開考卷之一剎那會有遭受「突襲」之感。

二、準備方法

(一)先以通說見解為骨幹，勿直接以特殊見解為入門

民事訴訟法一科，考生在學習上最常犯的致命錯誤便是「未學走，先學跑」，也就是明明基本觀念都還未具備，就迫不及待想直接唸出題教授的「特殊見解」，以為這樣一來才是「最節省時間、投資報酬率最高」之方法，殊不知此種做法反而是最沒有效率之方式，因為一開始就唸特殊見解，不但無法架構完整之體系，而且亦無法深入瞭解該見解之真正內涵及所欲表達的重點，蓋既稱為「特殊」見解，表示其論述相對於目前實務見解或多數學說看法而言，具有顯著之不同，或者係針對現行通說見解有所批判，因此考生若對於實務看法或通說見解根本一無所知的話，如何能夠精確地瞭解該特殊見解之內涵？況且以通說見解為入門，亦較能掌握整體基本觀念之全貌，對於體系之架構而言較有幫助，否則極易淪為片斷式之瑣碎記憶，甚至是囫圇吞棗的死記強背，反而費時費力且不容易持久性地將其內容停留在腦海中。而欲建構通說體系之基本觀念，筆者建議以駱永家教授及楊建華教授之論述為主軸，至於教科書之部分，各家學者所著各有特色，考生可自行挑選合適自己「胃口」之版本研讀。

(二)留意新法修正之內容

民事訴訟法歷經八十九年及九十二年兩次大修正後，新法之內容當然成為考題上之常客，故考生對新法之內容須熟讀，尤其立法理由的說明亦不可忽略，兩相搭配之下，方能對新法何以修正之前因後果及其與舊法之異同點有較深入之瞭解。

(三)勤作考古題

民事訴訟法上抽象之法學概念，最困難之處不在於理解，而是在於如何「具體應用」在考試卷上，相信許多考生都有一個共同的經驗，那就是「我知道什麼是舉證責任的轉換」，但是「我看不出來這一題在考舉證責任之轉換」，以致於明明平日苦讀時已累積相當之實力，但於考場上卻不知如何將其應用在具體考題之解答上，若係因此種「非實力因素」所致之落榜將令人十分惋惜，而此種「從題目抓爭點」之功夫（俗稱「法感」，又稱為「考試的慧根」），乃是考試致勝與否之重要關鍵，切莫輕忽，欲培養出一身的好「法感」，惟一的方法，便是透過勤作考題，以熟稔各種基本觀念具體命題之方式為何，從中擷取心得及增加經驗，將來才能在考場上減少「看不懂題目在問什麼」的情形發生。

(四)多閱讀期刊論文

近年來國家考試之考題中，除了基本觀念題型之外，偶爾也會零星的出現一些「純理論型」之考題，例如九十一年律師高考中要求考生說明何謂「仲裁鑑定契約」即為最典型之例，此種型態之考題，考生就算把教科書翻上十遍，甚至是將法條背得滾瓜爛熟，在考場上也只有坐在椅子上發呆的份，而閱讀期刊論文，一方面能熟知各派學者之不同見解，另一方面亦可節省摸索重點之時間，蓋命題教授之研究重點及命題主軸，多半係在考前一年內所發表之文章，考生對之加以閱讀，不僅可節省在茫茫書海中「猜測」考題何在之時間，亦可對該名學者個人見解有較深入之瞭解；除此之外，

最重要的一點即在於前述「純理論型之考題」，多出現在學者們所發表之期刊論文中，一般教科書上甚少對此有所有著墨，因此若能熟讀之，無異是一舉三得，更能增添考場上「臨場應敵」之勝算，考生切莫輕忽。

至於應讀之重點期刊論文，筆者以為「月旦法學教室」及「台灣本土法學雜誌」當然係「必備聖經」，準備考試上應以此為主，若行有餘力者，可就法學叢刊雜誌及各大學法律系出版之法學論叢擇其要者加以研讀。

(五)勿忽略冷門章節

如同前述(一)命題方向中所提及者，近年來考題之命題已朝多元化之方向發展，以往被打入冷宮之章節亦早已「鹹魚翻身」，不能再像以往般加以輕忽，或許有些考生心中的想法是：「我時間有限，如果把心力多花在常考之重要章節，投資報酬率比較高」，此種想法基本上並不能說有錯，但是在現今之命題趨勢下恐怕仍須做若干之修正，蓋冷門章節不考則已，一旦考出，幾乎都只是要求考生針對基本條文解釋及基本觀念加以回答而已，既無複雜之學說爭議，亦不須將繁瑣的論理過程表現於答案卷上，故作答及準備起來反而簡單，與其將時間過度投注在熱門章節中（有時還不一定拿到分數，因為有可能你所採的立場和命題老師要的結論不一樣），不如將時間稍微分配給其他章節，投資報酬率有時反而更大。

(六)答題及唸書技巧之掌握

此部分一言難盡，限於篇幅，僅將筆者在班內上課時常發現考生觀念上錯誤之處加以指明，簡單地說，在準備考試上，不論是任何一科，有一個基本觀念請同學們一定要有，那就是「廣度恆重於深度」，也就是說寧可每個章節都唸，只唸五分熟，略有印象，也絕對勝過於只挑某些特定章節反覆唸，唸到十分熟這樣的準備方式來的好，同樣地在考卷上解題時亦然，理由很簡單，因為考卷上一

個題目只有不到半小時的作答時間，平均也只有二十五行的作答空間（當然啦，前提是你四題都想寫，如果只會一題，只打算寫那一題的話則另當別論），在時間及作答版面皆有限的情形下，考卷上其實很難讓你去發揮多少的「實力」，只能擇其要的將重點點到為止而已，因此得高分的關鍵，往往取決於是不是能夠把相關爭點點出（代表考生知道本題在考什麼）及針對該爭點扼要說明結論，而不是在於長篇大論，洋洋灑灑的做深入的分析，蓋在時間及空間皆有限之情形下，對一個點做過度的論述，勢必壓縮到其他相關爭點之解明，而且一個題目中每個爭點的配分都是固定的，寫得再好也就只能拿到該爭點所占的最高分數而已，因此，「唸的精不如唸的多，寫的深不如寫的廣」這個大方向，請考生諸君們切實掌握。

(七)勤問同學師長

遇到不懂之處，請勿囫圇吞棗或「不好意思」詢問他人，在學校可詢問任課教授，在補習班亦可詢問老師，千萬不要有「我的問題很笨，怕被人家笑」的心態存在，因為透過詢問之方式，是最節省自我摸索時間，亦最能抓住重點之學習方式，試想想，如果被人家取笑可以換來一個基本觀念的理解甚至金榜題名，這筆「生意」還是划算的，不是嗎？記住，在這個現實的法律圈考試文化裏，沒有笨跟聰明的區別，也沒有程度好跟程度不好的差異，只有考得上跟考不上的分別而已！因此，多看多問對實力的提昇絕對有助益，考生切莫因自己心態之錯誤而平白喪失能唸好民事訴訟法的機會。

三、本書特色

本書共分上、中、下三冊，第一冊為總論部分，第二冊為第一審程序，第三冊為上訴審程序以後之各編，而書籍之編排方式及寫作之內容，具有如下特色：

(一)以最完整之資料做最詳細之整理說明

本書乃是筆者將多年來於班內教授民事訴訟法之心得及所彙整之資料做綜合整理而成，重要之實務見解、各家學者之論述精華、常見之學說爭議等等與考試較有關聯之部分幾乎皆有收錄，希望透過這樣的書籍，能減少考生收集資料及自我摸索的時間，並降低在學習過程中所可能發生之錯誤。

(二)不採綱要式之文字敘述方式

一改傳統補習班用書為精減篇幅或便於速讀之目的，而刻意僅就標題為條列而未將內容併為說明之編排方法，以避免內容過度簡化之結果使得閱讀上產生空洞化、無法精確掌握其內涵之弊端，故本書在內容之撰寫上，儘量就重要法學概念做完整之說明與分析，期待能使考生於閱讀本書時，除了有復習之效果外，亦能兼顧教學之功用，以達成自習自修之目的，而非僅是花錢買了一本有骨架但沒有血肉之大綱式講義。

(三)加強實例題之比重

為強化考生就抽象概念法學具體應用之能力，本書中除針對基本之條文、法學理論及學說爭議有完整之說明外，亦將歷年法研所、國家考試之考題予以綜合整理分類，歸入各該相關之概念說明下，以提供考生練習之機會，並藉由實例之演練，以求能更強化考生對各該章節內容之瞭解及熟稔度，進而提昇自己之「法感」，以避免發生臨場應考時空有滿腹經綸卻無法盡情發揮之憾。

(四)就若干抽象法學概念及常考之命題型態作專題式之獨立說明

民事訴訟法之基本架構，雖然係以條文之內容及順序為論述主軸，但仍會穿插著許多與法條無直接關聯性的專有名詞及學理論述，例如「一部請求之概念」、「訴訟契約之意義」、「仲裁鑑定

契約之內涵」等相關概念，體系上有時甚難將之歸入某一特定條文內，因此本書特別針對此部分以專題之方式呈現，做較獨立之介紹與說明，以使考生能對這些較偏學理性之概念有初步之認識，透過這些專題之搭配研讀，當更有助於考生在考試上能做更週延之準備，蓋一般教科書及補習班講義，均係以既有條文為編排上論述之重點，對於此種與民訴有關之衍生理論與概念往往未加說明，以致於考生常感陌生，不知其所云為何，為避免考生在考場上遭到突襲，亦為求增加考生之實力及對民事訴訟法認識之廣度，故本書特闢專題加以說明，以便利考生之閱讀。

(五) 著重新法之闡述說明

針對八十九年及九十二年二次大規模之修法，本書除針對新法內容有所說明外，對若干較為重要之條文，亦一併將舊法內容之沿革及所涉及之爭議附帶提及，作較為周延之對照比較，以期能使考生就新法何以修正之來龍去脈有更為深入之瞭解，藉此強化考生之問題意識。

(六) 強化冷門章節之相關解說

民事訴訟法第三百七十七條以後之章節，就筆者教學之經驗而言，幾乎是所有考生共同的「記憶模糊地帶」，在大學時代正規課程的八學分，通常都只教到一審程序的證據章節而已，能從管轄一路到人事訴訟程序全數都教完的學校少之又少，來到補習班亦然，正規的二十二堂到二十四堂課的安排，亦甚難就後半段章節多所著墨，因此考生們就民事訴訟法一科普遍都存在著「前熟後生」之現象，例如談到共同訴訟或舉證責任時，大致都能有基本之瞭解，稍微用功者甚且還能夠把各家學說高談闊論一番，但是如果問到提起再審的事由應該怎麼解釋，或是保全程序中假扣押在何種情形下要負賠償責任時，大部分的人恐怕都是一問三不知，慙慙不出聲了，因此，為了使考生能夠以自習的方式就後半段之章節加以補強，以

充實自己之實力，避免考場上一考到後半段的條文時就只能舉白旗投降，本書特別就後半段之章節在第三冊中有較完整細部之說明，而非草草帶過，以供考生參考，使考生能在短時間內建立答題時之基本觀念。

最後，當然還是得感謝所有曾經幫忙試讀、校稿的法研所眾學弟妹們，以及「官」字輩的諸位熱心朋友們，沒有大夥的鼎力相助，這本書恐怕無法趕在農曆年前問世，又民事訴訟法學之領域博大精深，筆者雖已盡心竭力，但疏漏謬誤之處亦在所難免，尚祈讀者見諒，若因本書之出版可對於考生們準備民事訴訟法一科有所助益者，則筆者甚感榮幸！也希望所有考生在國考這條不歸路上，能早日解脫，衷心的祝福大家！

許律師

2005年1月25日 謹識



目 錄



前 言

第三編 上訴審程序

第一章 上訴審概論	1-1
專題研究 違式裁判之救濟	1-7
第二章 第二審程序	2-1
第一節 二審程序之構造	2-3
第二節 二審程序之上訴合法要件	2-7
專題研究 不上訴之合意	2-19
專題研究 上訴法院對於起訴合法要件之審查	2-22
第三節 二審程序之審理	2-26
專題研究 附帶上訴	2-36
第四節 二審程序中訴之變更、追加、反訴與撤回	2-55
第五節 二審之判決	2-87
第六節 二審程序中假執行之裁判	2-99
第三章 第三審程序	3-1
專題研究 發回判決之拘束力	3-65
專題研究 再審事由可否作為上訴第三審之事由	3-68

第四編 抗告審程序

第一章 抗告	4-1
--------------	-----