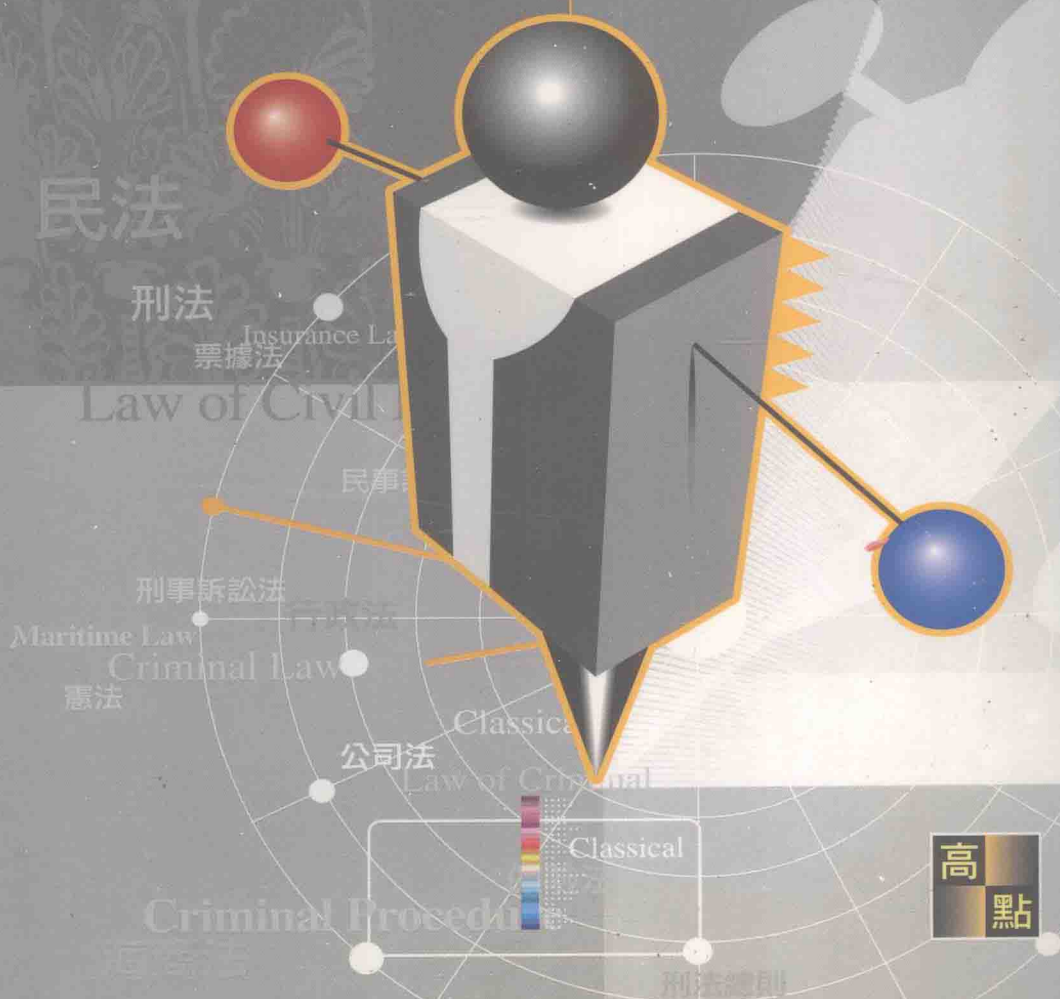


民事訴訟法 I

喬律師 編著



律師・司法官・法研所必備用書

民事訴訟法 I

重點整理

喬律師 編著



來勝 (License) 證照考試系列

民事訴訟法 (I)

編著者：喬律師

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

2007 年 8 月六版

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 500 元

著作權所有・翻印必究

51ML102006

ISBN 957-814-545-4

六版序

時序又進入夏季，在一陣兵荒馬亂中，本書也更新至六版。

本次修正同樣秉持著以往修正的精神，總要給不論老讀者或新讀者一點新的東西跟新的想法，所以在期刊論文的補充上新增至96年6月，並增加了96年各校的研究所考試題目解析及近年來比較重要的實務見解。也同步的刪除掉一些不重要的議題及篇幅，希望不要讓資訊過度的爆炸。

隨著周遭生活環境的轉變，經歷了更多複雜的人事變化，使我在心態上也產生了不知是好是壞的調整，但不論如何，我還是希望能秉持自己最初的心情，不論是面對各類的人或挑戰，還是面對本書的讀者。對於這兩本小書，我還是希望它們能夠一方面扮演引領初學者入門的工具，一方面也能充當進階者充實自己的助手。也許結果不是太完美，但總是希望一直往這方面努力。

這次的修正特別要謝謝小天使琬渝，在我十分忙碌的時候充當我的助手，給我及這本書十分大的幫助。

最後，借用第十八屆金曲獎最佳女演唱人蔡依林的話，感謝那些幫助我及關心我的人，因為有你們我可以過得更自在；感謝那些傷害我及貶低我的人，因為有你們我才會更努力。（這次走一個充滿哲理的路線啊XD～）

喬律師

2007.Nov于台北

自序

民事訴訟法，在國家考試裡面算是一門大科，獨占了一百分。但是因為訴訟法本身的程序性，所以不像民法、刑法等實體法那般的好理解，尤其大家都是從大三才開始接觸程序法，頂多念個一兩年就要上陣考試了，不像從上大學後就開始念的實體法那樣來得熟悉；況且還是有很多人抱著念實體法的方式來理解程序法，更會造成事倍功半的效果。

尤其這一科因為民事訴訟法研究會固定的開會，逼使老師們必須不斷地吸收新的東西，這樣的吸收反映在考試上，使得考生在準備民訴此科時不得不比其他科目來得辛苦許多。所以，常見很多考生乾脆就直接放棄，實在很可惜！

雖然現在民事訴訟法百家爭鳴，但在準備考試上仍有一定的脈絡可循，也就是注意三個方向：**傳統學說、實務見解、及邱說**。

傳統學說及實務見解是構成以往民事訴訟法這一科的主流方向，也就是將注意焦點放在一定的議題上：當事人、共同訴訟、訴訟標的理論、舉證責任、既判力之作用及範圍等等，相信只要念過民事訴訟法的考生，不論熟悉與否多多少少總會讀過。而這部分雖然每個老師對於細微之處可能尚有爭議，但是大體上的體系架構是相同的。

邱說的部分是指以邱聯恭老師為首的理論架構，邱老師近年來主導民事訴訟法的修法及立法方向，同樣地也影響了考試界；而且邱老師的理論，雖也是針對民事訴訟法，但是其著眼點與思考方向卻與一般的通說迥然不同，導致民事訴訟法這科考試準備上的一個很特殊現象，就是如果沒有對邱老師的見解有初步的理解，則根本無法言之有物的解出答案。如此更加深了本科考試準備上的困難度。

在這樣明明是同一科的考試，卻要分成兩邊不同的學說加以準備，且在考試時還不能隨便誤用到不同的學說見解，也因此相信很多考生更加不

喜歡民事訴訟法。不過考試還是要考的，因而才開啓了筆者編寫本書的動機。

在國家考試的準備上，強調的是「一本書主義」，當然不是指每一科只念一本書，而是每一科至少都要有一本「底本書」，方便建立統一的架構、及補充不足或未盡的學說實務見解。這樣的一本書找到並整理起來後，在考試上就可以發揮最大的功用，當然建立統一的基礎概念及學說架構不用多說，更重要的是在考試臨頭的短時間內，只要將這一本書的內容念完，便可以跟自己說我已經把這科準備過一次了，這種安定神經的作用，在離考試越近，才越能知道其重要性。

所以接下來就是如何去選擇這一本書。當然除了價格及包裝外，最要考慮的是：這本書的波長跟我合不合。所謂的波長，泛指這本書翻開來後它的排版、字體大小、裡面的用字遣詞及其整個編排的架構，是不是容易閱讀甚至引發閱讀的興趣。每一本書的架構、學說論述方法及試題的解析不盡相同，所以選一本內容充足、及適合自己的書才是最重要的。

當然這樣的一本書，可以選擇老師的教科書，也可以選擇參考書；不過如上所述，現今民事訴訟法學說分歧，又考量到學者的性格，不太可能一本老師的教科書便足以應付全部的考試。有鑑於此，本書便試著替考生們作一個整理歸納及建立架構的工作，想辦法在這種特殊的學說分歧及考試文化下，替各位考生擔任這一本書主義的角色。事實上這也是筆者的心願，希望能藉由本書的出版，為各位彙整列舉現今考試上在民事訴訟法這一科的主流學說，並且選擇有道理且體系一貫的部分作為論述的基礎，成為考生準備的底本書，使考生不用特別再花費功夫去蒐集相關資料、或要對不同的學說囫圇吞棗。筆者的目標是：只要看熟這一本書，便足以應付考試（當然只有應付考試啦，研究學問的話絕對是萬萬不足）。

寫這本書的目的，其實是爲了給當初參加考試的自己，在沒有一本足夠當作一本書主義下的底本書時，寫一本自己覺得準備考試便已足夠使用的一本書。所以應試後便發下大願，要好好的來編寫這樣的一本書。原本沒有出書的計畫，只是寫給自己念的，所以一切都隨隨便便，但之後因緣際會下決定要出書後，才經歷一段非常艱困的編寫過程，除了每個所整理

的內容都要找出原典外，還要考慮從不同的讀者角度會不會有不同的想法，另外在整個體系的架構及標題的呈現都煞費苦心。一切的一切，只希望使用本書的考生能夠在漫長的國家考試旅途中，節省一點功夫，少走一點冤枉路。

當然因為筆者的智慮淺薄、加上個性任性，所以錯誤之處在所難免，更不用提那種文字的脫漏錯誤。本書也絕對無法應付如潮水般湧來的新學說及新實務的見解；所以關於新的學說、實務及老師的期刊論文，就請各位考生自行補充在本書適合的地方。另外對筆者有任何批評或建議之處，也請不吝指教。

最後再補充一句：國家考試雖然重要，但畢竟只是一段過程，不要因為一個考試而扭曲自己的性格及價值觀，套句某學長的話：國家考試，永遠只是一個選項，而不是必然的宿命。祝福各位！

喬律師

2004.June 于台北

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，必依法追究。

《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。
- 七 未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者。

前項第七款之行爲人，採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，爲具備該款之意圖。

《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。

本書精華要點指引

現今應付民事訴訟法此科考試有三大準備方向：傳統學說、實務見解與邱說。本書主要以一般通說為基本架構，在必要處輔以實務見解與邱師之特殊見解，並於最後附論中專題討論邱師全盤理論中的基礎問題。而本書相關體例之說明如下：

一、本書特色

(一)學說分流敘述，有條不紊：

本書爲了因應民事訴訟法學說的分歧性，所以在編排上特別將傳統通說及邱說分為不同的章節。這兩個部分，尤其對初學者而言，實在分歧太大；如果硬要將兩部分湊在一起閱讀，最容易發生的狀況是：不但沒搞懂邱老師在講什麼，連通說的見解也會忘光或弄混了。如最基本的辯論主義，通說著重的是直接討論下位的內容；而邱老師著重的是從辯論主義的法理基礎出發，再導出為何要有這樣的內容，而且在內容上與通說也有很大的歧異。連對一個民事訴訟法最基本的概念都有這麼大的不同，更枉論下位的具體問題了。

所以本書原則上在前面章節中，不特別去強調邱老師的理論（當然該臚列的還是會列上，並在相關處特別標示【邱師學說重點】），而統一在最後一章的附論中，將邱老師的理論從最上位的法理基礎開始，從頭到尾的說明邱老師思考的過程及邏輯。讀者一開始閱讀正文的時候也不需要先去特別研究邱老師的特殊見解，只要有個概念知道邱老師在這裡有點意見即可；但是在念完最後一章附論後，記得要再回過頭來看正文中邱老師的特殊見解，並思考為何邱老師有這樣不同的意見、其想法是從何處出發。希望透過這樣的方式，比較不會使讀者混淆。

(二)附註參考文獻，提供完整資訊來源：

另外，各位會發現本書相較於其他的參考書，每個章節都有很多

註釋。這些註釋中，有泰半是參考文獻的引用；參考文獻的引用出現在這種考試用書下好像有點怪，不過這是筆者的堅持。因為筆者當初在準備考試的時候，最討厭的是參考書上永遠不會跟你說這樣的肯定說、否定說從何而來，甚至有些只說「通說認為……」，也不知道是哪來的通說，搞不好只是隔壁老王講的哩？所以將參考文獻附註在每個相關的內容底下，一方面使讀者知道這樣的論述是有憑有據的，二方面讀者若對該議題有興趣，亦找得到老師的原典。

這裡要附帶提到的是，雖然本書的目標是成為考試的一本書主義，但不代表本書可以完全取代老師所著的原典；有些東西要完整的弄懂，一定要去參考老師所著的教科書。畢竟參考書做得再精美、編寫的再詳細，仍然只是二手的資料，很多部分都加上了編者的闡述，所以要正確理解該學說，務必要加以閱讀老師的原著。另外本書既然是考試用書，也就請容許筆者不採「前揭註」的引註方式，以免大家需要來回翻閱的麻煩。

本書所引用之期刊論文，大體上隨每次改版而有所增列，另因期刊論文的大量出現，故本書之文獻蒐集標準大致有幾個：一為該文獻內容之考相，即該文章所討論的問題在考試上的頻繁度及重要度如何；二為該文作者的份量，當然所有老師的努力都值得我們肯定跟效法，但是既然是考試用書嘛，就容許筆者功利的以有出題可能的老師所寫的文章優先；三是該文獻內容的獨特性，基本上如果僅是重複以往的討論或只是整理的文章，本書多不再重複引用；四就是筆者的任性啦，也就是以筆者看的順眼或私心偏見所挑選的為準。而本書所引之教科書著作，若係不會有改版問題者則直接於註釋中加以說明，而有改版之虞的教科書，本書所用的版本及全名如下：

- 1.楊建華，民事訴訟法要論：楊建華原著、鄭傑夫增訂，民國91年10月版。
- 2.三人合著，民事訴訟法新論：王甲乙、楊建華、鄭健才著，民國92年8月版。
- 3.駱永家，民事訴訟法 I，民國88年3月修訂九版。

4. 姚瑞光，民事訴訟法論，民國90年10月版。
5. 陳榮宗，民事訴訟法（上）（下）：陳榮宗、林慶苗著，民國90年9月版。
6. 邱聯恭，口述講義(一)、(二)、(三)：邱聯恭講述、許士宦整理，口述民事訴訟法講義(一)、(二)、(三)。

除了參考文獻之引用外，其餘的隨文註釋均為筆者念書的心得、此議題的一些衍生感想、或準備考試的方向。這本書不但是參考書，也是筆者在研讀民事訴訟法一科時的讀書心得，有時候會以口語化的方式表現，各位可以當作是個參考或是思考方向。尤其是在有「關於○○之問題，請參閱○○章」者，讀者也不一定要直接翻到該章，但在心中要稍微有個概念，這邊的議題是與前後的章節有相關連的。如本書第一章的序言所說的，基於程序法的特性，民事訴訟法是一個流動性的科目，所以有時候難免說到前面時要提到後面的程序內容，而為了要表達這樣的流動性，所以採用這樣的論述方式。

(二)模擬試題之新設，跨章節綜合討論：在本書最新的版本中，在第二冊的附論中新增數個筆者自行設計的模擬試題，將各個章節中考試裡曾經出現的重要議題加以統整。就這個部分請各位有個基本概念時作為測驗自己實力的工具，也因為這是筆者設計出來的題目，所以每個小題內含很多爭點，各位也不用像寫一般考古題一樣限制自己時間和篇幅，重要的是當作測試自己能否從題目中找出爭點的能力。而筆者也不會作完整的解答，只會約略的提示相關爭點為何而已，對於詳細的解說和相關的內容，本書裡一定找的到答案。

二、本書體例

(一)程序定位：

在更新的版本中，本書於每章節前附有**程序定位**。即先確定該部分的議題在整個民事訴訟法的流程裡處於什麼樣的定位，除一方面便利讀者建構體系外，更能使讀者注意與前後議題間的關係。畢竟訴訟

法是個程序法，所以比較起實體法來更要注意整個程序的進行流程及體系定位。

(三)本章綱要：

本書每個章節前均有**本章綱要**，主要用意是要特別強調本章裡的體系思考邏輯層次為何。本書中的每一章每一節每一個標題，都是筆者費盡苦心決定的，也希望透過這樣的體系標題列表，能使讀者注意到本章所要建構的體系為何。一再強調，體系的建立在民事訴訟法一科中是非常重要的，希望透過這樣一個表列的方式使讀者有初步的瞭解。另外值得一提的是，該綱要並不單純只是個目錄，筆者會依照內文的重要性來決定什麼要特別強調。各位實際對照該體系表及內文的大小標題即可發現。

(三)新舊法爭議釐清與新制度之創設：

民事訴訟法於88年、89年及92年分別作了很大幅度的修正，尤其是92年的修正，在考試上特別重要。因此本書針對92年的修正，特別設計有「92年新制度之創設」、「新舊法爭議釐清」單元，讓使用本書的讀者能特別對新法有個印象並加以與舊法內容對照瞭解。另外，本法雖然在96年有小幅修正，但此修正在考試上就比較不重要一點，故只在相關部分略作說明。

(四)專題研究，延伸相關論述：

本書除正文外，尚有所謂的**專題研究**。這部分是因為民事訴訟法的流動性而來，所以有些東西明明重要，但是不知該放在何處、或者跟很多地方均有關連，筆者特別將之獨立占一個篇幅。專題研究多半跟其前後的論述有關，可能是整理、也可能是衍生問題，總之是需要特別拿出來詳述比較的。

(五)觀念補給站，綜合比較相關概念：

另於文內的論述中，若有須與其他觀念併同比較對照者、或有學習上一些衍生的想法者，會在相關部分獨立成一「觀念補給站」，用以處理並比較一些較為細瑣的相關問題。讀者亦得順帶思考，這樣一

個制度可能跟其他制度有什麼相同及不同之處。

(六)範題精選，掌握解題方向：

本書正文所用的文字不像註釋般白話，有時候還蠻文言的。這是因為考試上，考生畢竟不能用太口語化來解答問題，所以有時要講究一下法律的專門用字遣詞。因此，在正文部分筆者也希望模擬出一些適合用於考試上的語氣及文句，有興趣的讀者可以稍微注意並模擬一下。

每章之後均有**試題與其解析**。當初筆者也曾想過將試題分散在正文相關的部分中加以討論，但最後考慮到整體的體系性，還是決定將試題全部集中於各章之後。不過在正文的部分，若有涉及相關的考題，仍會於註釋中說明。關於試題的分析，原則上筆者會於每一章選擇一到兩題加以擬答，比較重要的題目則為分析，不甚重要者則只列題目。當然在本書的試題解析中，答案並不是重點；因為每個題目各位讀者均可以從坊間的歷屆試題中找到答案。

本書所要強調的是：1.在看到題目時應該如何審題、要從哪個方向下手；2.解答的鋪敘及撰寫時，應該注意到的層次、架構及正反學說的表現方式。也就是，本書的試題解析強調的是解題的技巧，而非答案之正確與否（不過當然答案還是正確的啦，只是不是重點而已）。

(七)☆及★之區別：

書中所看到的☆及★兩種符號，打☆的部分，是表示此為重要的問題，越多顆越重要；打★的部分，則是相反的意思，越多顆越不重要。當然會有人問不重要幹嘛寫？主要是呈現出完整的層次架構，加以☆及★區別，讓讀者更能明瞭孰重孰輕，不致將重心放錯。

(八)學說爭議並陳，區分甲乙說：

本書與一般參考書一樣，會在學說有爭議處列出甲乙說。關於會以甲乙說列出的爭議，當然表示學說在此處會有不同之見解，而讀者在考試上遇到相關議題時，也就有必要列出甲乙兩說。另外，除非爭議問題後筆者有加註特別建議參考哪說外，其餘關於學說之選擇上，

完全委諸於各位讀者的自由心證，筆者不加干涉。不過通常列有甲乙說者，筆者都會比較贊成較後列出的學說，僅供大家參考。

(九)實務見解之解析：

在最新的版本中，本書增加了**實務解析**的新單元，將內文中有出現且重要的實務見解加以臚列並作了簡單的評釋。不過雖然如此，筆者還是秉持著「希望不要增加考生負擔」的立場，故也可以**先看筆者所為之解析**，再回頭看所引用的實務內容；而該見解中重要的語句，亦以**粗體字**方式表明，請各位酌量服用。另外在附錄中新增大法官解釋的整理，請參照。

(十)邱師學說重點：

在更新的版本中，本書除在附論中有專題討論邱聯恭老師的學說精要外，另外也在本論中相關部分邱老師與傳統學說意見不同且較有**考相之處**，增列【**邱師學說重點**】的標記。使初學或尚未理解邱老師學說特性的同學，可以先知道那部分屬於邱老師特別重視的東西，當然這些部分都會和附論中的大架構有關係，建議將本書附錄唸完後，再回過頭來特別注意這些散居在各個篇章中的學說重點。

目 錄

CONTENTS

民事訴訟法（I）

五版序

本書精華要點指引

第一章 民事訴訟法總論	1-1
第二章 訴訟主體論(一)	2-1
第一節 法院	2-1
第二節 當事人	2-40
第三章 訴訟主體論(二)：共同訴訟	3-1
第四章 訴訟程序(一)：訴訟程序通則	4-1
第五章 訴訟程序(二)：言詞辯論階段及裁判通則	5-1
第一節 言詞辯論階段	5-1
第二節 裁判通則	5-25
第六章 訴訟客體論(一)	6-1
第一節 訴訟上請求	6-1
第二節 起訴階段	6-30
第七章 訴訟客體論(二)：訴之客觀合併	7-1
第八章 訴訟客體論(三)：訴之變更追加與反訴	8-1
第九章 訴訟程序(三)：證據調查階段	9-1

《專題研究》索引

- 有關處分權主義、辯論主義之綜合問題 1-14
- 法院之先程序後實體審理模式 2-5
- 確認之訴之消極性及確認利益 2-59
- 消費者保護法規定之任意訴訟擔當 2-84
- 訴訟標的之認定與訴訟擔當 2-89
- 民事訴訟制度下難免裁判矛盾之本質 3-13
- 民事訴訟法 § 589之1之建議修正方式 3-59
- 民事事件與行政事件審判權衝突之處理 4-69
- 判決補充與判決更正之相關問題 5-51
- 與一部判決具相同性質之其他制度 5-53
- 訴訟中重要的事實群內涵及其存在目的 6-35
- 預備合併之判決結果與上訴處理模式整理 7-16
- 代償請求之起訴方式 7-18
- 當事人之變更追加 8-19
- 民事訴訟法中違法取得證據之可利用性 9-32
- 當事人之訴訟上陳述與舉證責任分配 9-49
- 實務上採取之舉證責任分配原則——以票據債權與不當得利之
舉證責任為例 9-53
- 民事訴訟法上之推定概念與舉證責任 9-70
- 新法架構下之訴訟促進義務 9-100



第一章



民事訴訟法總論

本章綱要

- 序言：民事訴訟法之學習
- 民事訴訟之流程
 - 民事訴訟制度之目的
- 民事訴訟程序之基本原則
 - 民事訴訟法之理念及程序法上基本要求
 - 民事訴訟法之審理基本原理（各種主義）
 - 處分權主義
 - 辯論主義
 - 【專題研究】
 - 有關處分權主義、辯論主義之綜合問題
 - 公開主義
 - 直接審理主義
 - 言詞審理主義
 - 適時提出主義
 - 集中審理主義
 - 自由心證主義
- 訴訟程序與非訴訟程序
 - 事件性質及審理程序法理之差異
 - 基於民事事件類型多樣化而生之程序法理交錯適用論
 - 訴訟事件非訟化、非訟事件訴訟化