

問 題 研 析

民 事 訴 訟 法

(三)

楊 建 華 著
陳 心 弘 增訂

中 華 民 國 九 十 九 年 十 月 印 行

析 研 題 問

民 事 訴 訟 法

(三)

著 原 華 建 楊

訂 增 弘 心 陳

中 華 民 國 九 十 九 年 十 月 印 行

中華民國九十九年十月出版

問題
研析

民事訴訟法(三)

定價新臺幣陸佰元整

(著者不自銷售)

發行人：洪 惠 慈

總經理：三民書局有限公司

地址：臺北市重慶南路一段六一號
郵政劃撥帳戶○○○九九九八一五號

印刷者：汎宇印刷設計有限公司

台北縣中和市永和路三三三巷一三號五樓
電話：(〇二)二二二六—七六一七

體例

楊老師原著「問題研析——民事訴訟法」，源起於民國七十年初發表於司法週刊上，是問題發現之先後為文，十餘年間四百多篇，期間引述學說理論、實務見解、外國法例等浩瀚無邊；若僅處理增補修正之條文，難免影響整篇文章之佈局結構，稍加說明當屬必要，但若深入詳述，則恐影響老師原意，茲事體大。

因此，設若所討論的問題，因為法令修正的結果而解決，則該篇章原則上不另修正，僅作為訴訟法理之參考；若所討論之篇章，僅有部分的內容因修正的結果而告釐清，則僅該部份之內容敘明修法之影響，而盡量保持老師文章之原意。此外，和民事訴訟法相關之實體法如民法、商法，程序法如強制執行法或非訟事件法，近十餘年來多有修正，對民事訴訟之問題容有或多或少之影響，也援引上開處理之模式比照辦理。法律與時俱進，實務問題也是因應當時之法制規範結構而生，在未必一致的法規範基礎下，問題解決自當有更多元的思考。而且老師所引述之書籍文章多屬年代深遠，有些已修正，有些則無；而就注釋而言，為求完整表達老師之原意，盡量維持原狀，部分民事訴訟法學者之相關著作如經修正，如吳明軒先生、姚瑞光先生、陳計男先生等，都盡量查考渠等修正後相關意見供參。外國立法例除德國法、日本法之外，較難全面逐一追索查考，修正之幅度難免受制，特將老師原著發表之時間，附於各該篇章之末，以供讀者自行了解原文

之背景時空。各自篇章中難免有參考本書其他篇章之內容者，均於注釋中載明重編後之總號次及篇名，對照本書逐頁側緣，即得快速查考，均此敘明。

相關注釋所以引用有關民事訴訟法之書籍，概以簡稱代之，以節篇幅。敬請自行參酌，如：

石師志泉著民事訴訟法釋義（簡稱石著）。

余覺先生著民事訴訟法（簡稱余著）。

吳明軒先生著中國民事訴訟法（簡稱吳著）。

姚瑞光先生著民事訴訟法論（簡稱姚著）。

陳計男先生著民事訴訟法（簡稱陳著）。

黃亮、黃棟培先生合著民事訴訟法釋論（簡稱黃著）。

曹偉修先生著民事訴訟法釋論（簡稱曹著）。

張學堯先生著中國民事訴訟法論（簡稱張著）。

駱永家先生著民事訴訟法（簡稱駱著）。

蔡章麟先生著民事訴訟法（簡稱蔡著）。

王甲乙、楊建華、鄭健才合著民事訴訟法新論（簡稱合著）。

楊建華著、鄭傑夫增訂民事訴訟法要論（簡稱楊著）。

問題 民事訴訟法(三) 目錄

第三節 證據

貳零壹、證據共通原則·····	一八七
貳零貳、消極確認之訴之舉證責任·····	一九三
貳零叁、職權調查證據·····	一九八
貳零肆、虛偽自認之效力·····	二〇四
貳零伍、錄音、錄影等是否爲準文書·····	二〇九

第四節 和解

貳零陸、第三人參加和解之效力·····	二一二
貳零柒、訴訟上和解既判力之認定·····	二一七
貳零捌、和解所生相類既判力效力之基準時·····	二二三
貳零玖、分割共有物之訴成立訴訟上和解之效力·····	二二九
貳壹零、和解之繼續審判，是否應另有其訴訟標的·····	二三七
貳壹壹、和解成立經聲請繼續審判者與執行力之影響·····	二四四

貳壹貳、和解繼續審判與訴之變更、追加、提起反訴或撤回起訴·····	一二四八
貳壹參、訴訟上和解除原因時之處理·····	一二五三
貳壹肆、未請求繼續審判之無效和解·····	一二五八
貳壹伍、訴訟上和解除有實體法上無效原因未請求繼續審判，當事人有爭執時之處理·····	一二六四
貳壹陸、訴訟上和解除有實體法上撤銷原因未請求繼續審判，在實體法上效力之疑慮·····	一二七一
第五節 判決	
貳壹柒、中間判決制度之檢討·····	一二七七
貳壹捌、中間判決之判決書制作程式·····	一二八三
貳壹玖、裁判之對象與判決主文之記載·····	一二八九
貳貳零、判決理由非全為得心證之理由·····	一二九四
貳貳壹、分割共有物之訴，未依原告聲明之方法為分割時之裁判·····	一二九八
貳貳貳、撤銷股份有限公司股東會決議之訴與處分權主議·····	一三〇三
貳貳參、一造辯論判決與共同訴訟·····	一三〇九
貳貳肆、為他人而為原告或被告時（訴訟擔當）得否捨棄、認諾、撤回、和解·····	一三一七
貳貳伍、為他人而為原告或被告時他造當事人在訴訟上得否主張抵銷·····	一三二五

貳貳陸、第二審廢棄第一審一部分假執行宣告，應同時就第一審命供擔保之金額爲

變更之裁判

一三三三

貳貳柒、願供擔保請宣告假執行或免爲假執行

一三三八

貳貳捌、假執行宣告失效回復原狀之管轄法院

一三四三

貳貳玖、假執行宣告之失效

一三五〇

貳叁零、假執行宣告失效後供擔保提存物之返還

一三五八

貳叁壹、假執行宣告失效及於強制執行程序之影響

一三六二

貳叁貳、宣告假執行之本案判決失效之回復原狀及損害賠償聲明在程序上之性質

一三六六

貳叁叁、宣告假執行之本案判決失效之回復原狀及損害賠償請求權在實體法上

之性質

一三七二

貳叁肆、宣告假執行本案判決失效之回復原狀等聲明程序

一三七八

貳叁伍、宣告假執行之本案判決失效回復原狀等聲明之審理與裁判

一三八三

貳叁陸、宣告假執行之本案判決失效回復原狀等聲明判決之既判力與上訴

一三八九

貳叁柒、假執行宣告之本案判決或該宣告有廢棄或變更時與強制執行之關係

一三九五

貳叁捌、以假執行判決爲執行名義，債務人得否提起異議之訴

一四〇一

貳叁玖、上訴不合法與判決確定之時期

一四〇九

貳肆零、判決確定時期與在途期間·····	一四一五
貳肆壹、同時履行抗辯經裁判之效力·····	一四二〇
貳肆貳、抵銷抗辯尚未裁判確定前，得否再行起訴·····	一四二六
貳肆參、訴訟中主張抵銷得否中斷時效·····	一四三二
貳肆肆、抵銷抗辯之上訴與所涉及之既判力·····	一四三七
貳肆伍、如何於判決書中認定既判力之客觀範圍·····	一四四八
貳肆陸、「爭點效」理論在實務上之採用·····	一四五四
貳肆柒、代位訴訟確定終局判決效力及於人的範圍·····	一四六四
貳肆捌、部分共有人請求回復共有物之判決及於他共有人之效力·····	一四七〇
貳肆玖、分割共有物判決關於分割登記與交付分得之效力·····	一四七六
貳伍零、對死亡之人為判決在法律上之效力及其處理或救濟程序·····	一四八一
貳伍壹、第三人信賴確定裁判之保護·····	一四八七
貳伍貳、事實審言詞辯論終結前得以意思表示行使而未行使之形成權，應否受既判力之拘束·····	一四九二
貳伍參、增減給付或變更法律行為效果之訴之性質·····	一五〇三
貳伍肆、外國法院確定判決消極要件之認定·····	一五〇八

第二章 調解程序

貳伍伍、鄉鎮市調解與民事訴訟法之關係·····	一五一三
貳伍陸、宣告鄉鎮市民事調解無效或撤銷其調解之訴·····	一五二〇
貳伍柒、調解不成立之視為起訴·····	一五二六
貳伍捌、調解成立既判力範圍之認定·····	一五三〇
貳伍玖、宣告調解無效或撤銷調解之訴之必要性·····	一五三四
貳陸零、法院宣告調解無效或撤銷調解如何就原聲請調解事件為裁判·····	一五四〇
貳陸壹、調解有無效或得撤銷原因時就原解調事件起訴與裁判程序在立法上之修正·····	一五四六
貳陸貳、調解不成立後訴訟繫屬之時期·····	一五五二

第三章 簡易訴訟程序

貳陸叁、如何核定訴訟標的金額或價額，以決定應否適用簡易訴訟程序·····	一五五八
貳陸肆、依法律關係定簡易訴訟程序適用之若干疑義·····	一五六四
貳陸伍、簡易訴訟程序是否為事物管轄？有爭執時在第一審法院應如何處理？·····	一五七〇
貳陸陸、簡易訴訟程序與訴之合併·····	一五七六
貳陸柒、簡易訴訟程序與訴之變更、追加或提起反訴·····	一五八二

貳陸捌、簡易訴訟程序與通常訴訟程序之轉換·····	一五八七
貳陸玖、因訴之變更、訴之一部撤回或一部起訴不合法，由通常訴訟程序轉換為簡易 訴訟程序·····	一五九三
貳柒零、確實闡明原告主張之訴訟標的，決定是否適用簡易訴訟程序·····	一六〇〇
貳柒壹、簡易訴訟程序之起訴與審理·····	一六〇五
貳柒貳、簡易訴訟程序之判決·····	一六一一
貳柒參、簡易訴訟程序與依職權宣告假執行·····	一六一八
貳柒肆、誤用簡易訴訟程序或誤用通常訴訟程序之上訴·····	一六二四
貳柒伍、再論誤用簡易訴訟程序或誤用通常訴訟程序之上訴·····	一六二九
貳柒陸、簡易訴訟程序與分別辯論、合併辯論·····	一六三四
貳柒柒、簡易訴訟程序與對待給付、抵銷抗辯·····	一六三九
貳柒捌、補充判決、一部終局判決與簡易訴訟程序·····	一六四四
貳柒玖、假執行宣告失效回復原狀等聲明程序與簡易訴訟程序·····	一六四九
貳捌零、宣示判決筆錄之記載與簡易程序宣示判決筆錄之更正·····	一六五四
貳捌壹、簡易訴訟事件得否上訴第三審之上訴利益有爭執時之裁判·····	一六五九
貳捌貳、對於簡易程序確定判決提起再審之訴之限制·····	一六六四

貳捌叁、簡易訴訟程序相關裁定在程序上之處理·····	一六六九
----------------------------	------

第三編 上訴審程序

第一章 第二審程序

貳捌肆、提起上訴效力發生之時期·····	一六七四
貳捌伍、因不合法駁回起訴或上訴之裁定送達前補正欠缺之效力·····	一六七八
貳捌陸、上訴聲明不明確時下級審法院應如何命補繳裁判費·····	一六八六
貳捌柒、下級法院爲終局裁判後，尚未繫屬於上級法院前，得爲之訴訟行爲·····	一六九〇
貳捌捌、第二審上訴之利益·····	一六九六
貳捌玖、上訴法院對於起訴程序合法要件之審查·····	一七〇四
貳玖零、上訴程序不利益變更禁止與利益變更禁止之原則·····	一七〇八
貳玖壹、變更訴之聲明與變更上訴之聲明·····	一七一三
貳玖貳、擴張訴之聲明與擴張上訴之聲明·····	一七一八
貳玖叁、第二審訴之變更對於原判決之影響·····	一七二三
貳玖肆、於第二審擴張或減縮起訴之聲明·····	一七二七

貳玖伍、於第二審擴張起訴聲明其判決主文之記載·····	一七三二
貳玖陸、於第二審減縮起訴聲明其判決主文之記載·····	一七三八
貳玖柒、捨棄上訴權與撤回上訴之判決確定時期·····	一七四三
貳玖捌、上訴權之一部捨棄或上訴之一部撤回與判決確定·····	一七五〇
貳玖玖、訴訟外撤回上訴之合意·····	一七五八
叁零零、於第二審訴之追加後撤回上訴之效果·····	一七六六
叁零壹、於第二審爲訴之變更後得否撤回上訴·····	一七七一
叁零貳、對待給付判決之上訴·····	一七七七
叁零叁、第二審法院得否準用第二百四十九條第二項不經言詞辯論而爲判決·····	一七八五
叁零肆、附帶上訴與撤回起訴·····	一七九二
叁零伍、附帶上訴與第二審訴之變更追加或提起反訴·····	一七九七

貳零壹、證據共通原則

問

原告甲將其所有某處鄰接之店面房屋二間分別出租與乙、丙二人經營商業，適該處修築地下道，管制交通，至乙、丙營業不振，未付租金。甲乃起訴請求乙、丙分別各給付其欠租六十萬元。乙抗辯甲因上述房至不能為通常使用，曾向之表示願減免半數租金。並舉證人丁為證；丙雖亦作相同抗辯，但並未舉證證明。法院可否斟酌丁之證言，為有利於丙之認定？

題

一、當事人聲明之證據，得據以為有利於他造或共同訴訟人事實之認定，為證據共同之原則

當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任（二七七），未盡舉證責任之當事人，將受有不利益敗訴危險之負擔。原則上有舉證責任之當事人所舉之據證，法院認為可予採信者，必從其主張為有利於該當事人之認定，認為不可採信者，則不從其主張而為其不利之認定。若當事人所舉之證據，不僅不能為該當事人有利之認定，反而足以證明他造當事人之主張，法院即據以引為他造當事人有利之認定者，此為固有的證據共通原則。

在普通共同訴訟，依民事訴訟法第五十五條共同訴訟人獨立之原則，共同訴訟人中一人之行為及關於其所生之事項，其利害原不及於他共同訴訟人，故共同訴訟人一人提出之證據，或

他造對於共同訴訟人一人提出之證據，如依此原則，本與他共同訴訟人無關。若法院將共同訴訟人中一人所提出之證據，或他造對於共同訴訟人中一人提出之證據，據以引爲他共同訴訟人有利或不利之認定，學者亦認爲係證據共通原則。

二、證據共通原則在法理上之依據

有舉證責任之當事人所舉之證據，通常情形，均係就有利於該當事人之考慮而提出，惟當事人聲明證據，僅係提出證據方法（證人、鑑定人、文書、勘驗），事實之真偽，非係依證據方法判斷，而係依法院調查證據方法結果所得之資料爲判斷（證人之證言、鑑定人之意見、文書記載之內容、勘驗標之物之狀況），證據資料如何判斷，乃證據之評價問題，在自由心證主義之下，當事人提出之證據應如何評價，乃法院自由裁量之權，法院在引用證據資料時，應不受是否對於舉證人有利或對他造有利，以及他造曾引用該項證據之限制；舉證之當事人亦不得限制法院僅能引爲對自己有利之認定，不得引爲對他造有利之認定，否則，即違背自由心證主義。故證據共通原則，係置於自由心證主義之下（註一）。

在必要共同訴訟人相互間，因適用民事訴訟法第五十六條第一項第一款及第二款規定，共同訴訟人中一人提出有利益於共同訴訟人之證據，其效力應及於他共同訴訟人，他造對於共同訴訟人中一人提出之證據，其效力亦及於他共同訴訟人，無庸適用證據共通之原則。上述有利益與否，係從形式上觀之，非以審理結果定之（註二）。舉證在形式上係有利益於他共同訴訟人之行爲

，於聲明證據方法時，其效力即及於全體，依調查證據結果所得之訴訟資料，爲共同訴訟人全體不利益之判斷時，仍爲對立之兩造當事人間之證據共通問題。

在普通共同訴訟人相互間，利害關係原本各自獨立，惟事實之真偽，應定於一，自然歷史的事實，僅應有一存在，在同一訴訟程序就同一事實，自應作相同認定，若在同一訴訟人間就同一事實，因各共同訴訟人有無舉證之不同，而作相異之認定，於個別判決中爲兩種不同之判斷，顯非民事訴訟應認定真實事實之本旨，應併適用證據共同原則，方爲合理。

三、當事人聲明之證據，如經調查，即不得再行撤回，否則，即影響證據共通原則之適用

在探處分權主義與辯論主義之民事訴訟，當事人之聲明或陳述，以得隨時撤回其全部或一部爲原則，惟法院已依當事人之聲明爲訴訟行爲後，其撤回每有限制，如法院已就本案經終局判決後將訴撤回者，即限制原告不得復提起同一之訴是。證據之聲明得否撤回其全部或一部，民事訴訟法在證據一節中並無明文規定，惟該法第二百十三條第一項第二款關於言詞辯論應記載之事項，則有「證據之聲明或捨棄」之規定，其中證據之捨棄，即爲證據聲明之撤回，故當事人之證據聲明，以得撤回其全部或一部爲原則。惟證據聲明之撤回，應以該項證據未經調查完畢者爲限，若該項證據業經調查完畢，獲得證據資料，依通說，此際已應由法院依職權斟酌調查證據之結果，不得復行撤回（註三）。既係應由法院依職權斟酌其結果，如允許當事人任意撤回，不僅有違自由心證主義，且將影響證據共通原則之適用（註四）；例如當事人聲明證人爲證據方法，該證

人到場陳述之證言，不僅不能為該當事人有利之證明，反足以為他造有利之證明，如允許該當事人撤回其證據，法院即無從依證據共通原則，為他造有利之認定，故承認證據共通原則，即不得允許當事人於證據調查完畢後撤回其證據之聲明。如同最高法院七十一年臺上字第二八〇八號判例所稱「民事訴訟採辯論主義，舉凡法院判決之範圍及為判決基礎之訴訟資料均應以當事人之所聲明及所主張者為限。審判長之闡明義務或闡明權之行使，亦應限於辯論主義之範疇，不得任加逾越，否則即屬違背法令。故審判長尚無闡明令當事人提出新訴訟資料之義務。又民事訴訟法第二百八十八條規定法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形，認為必要時，得依職權調查證據云者，類因當事人本身之魯鈍或受外物之牽制，不諳或不敢聲明證據等情形，法院為維持裁判上公平與正義所必要，而後為之。其有無不能得心證或有無其他必要情形，非依職權調查證據不可，乃一種事實，法院未為職權調查證據，究不生違背法令問題，非得據為第三審上訴理由。」，而最高法院九十年第三次民事庭會議決議判例前半段因增訂民事訴訟法第一百九十九條之一理論基礎發生動搖，不再援用。足見處於民事訴訟法第一百九十九條之一依原告之聲明及事實上之陳述得主張數項法律關係之情形下，就第二百八十八條規定法院職權調查證據應不限於令當事人提出新訴訟資料之義務，但於民事訴訟法第一百九十九條之一以外之情形，仍應本於辯論主義之精神，認為第二百八十八條職權調查證據，應在闡明權行使後，當事人仍未聲明證據者始得為之。