

最新版 2006

高點法學錦囊叢書系列

民事訴訟法 II

邱林 宇俐

編著

來勝 (License) 證照考試系列

民事訴訟法(Ⅱ)

編著者：邱宇·林俐

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7月初版

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

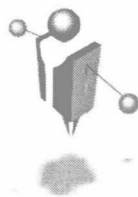
著作權所有·翻印必究

51ML200701

ISBN 957-814-720-1

高點律師、司法官系列用書

法學界的品質圖騰



二十一世紀資訊化時代來臨的同時，法律應用也將是時代的趨勢，無論是管理、行銷等商業行為，或是教育、生活的秩序建構，「完全法律人」的重要性與日俱增。

因此，高點開辦「律師、司法官班」的初衷，即啓始於未來世紀的宏觀視野。動員了聞名全國的高點研究室菁英體系，以全國首屈一指的氣勢，開創出令人震撼矚目的堅強輔考實力。這是高品質的圖騰象徵，在師資、設備、考情、出版……優勢整合的工作上，都是經得起挑剔的。

高點的出版亦是如此，這一套「律師、司法官考試專用叢書」，創新及實用的編輯新意，在法律權威專家的積極參與下，讀者將感受到前所未有的閱讀樂趣。舉凡簡明式綱要表解、重點提示、考情分析、內容說明等，研讀的便利性與有效性，自是不言而喻。同時這一系列叢書廣錄相關重要考試之歷屆試題，實戰演練、鑑往知來的效應當能事半功倍；全書系的索引功能，也是讀者可善加利用的特性之一。

「高點與高點賽跑」，向來是我們在考試出版領域自我鞭策淬礪的動力，堅持高品質的作法，以及對每一位讀者閱讀的尊重，亦是高點亟欲樹立典範的用心。我們常以爲：當您翻開這一本書時，一種由信任而產生的關係已經開始建立。歡迎您領略我們的用心與專業，期望您因此而成就高點！

自序

民事訴訟法經過三次大修正後，已經呈現它十分本土化的面貌，也就是除了原本繼受自外國法的架構外，增加了許多回應台灣社會實際法律運作及法院實務需求的規定，其目的不外乎為了增加人民使用、親近法院的動機、有效利用有限的司法資源以及提高人民的司法裁判的信服度。

其實，在大幅修正後，民事訴訟法的學習相對於其他還在變動中的法律，已經相對穩定，在學習及準備考試上的不確定感也相對比較低，因此對於準備國家考試的同學們來說，是更值得投資的一個科目。這從近兩年的國家考試題目可以很清楚看出來，國家考試的考點已經不像以前那麼的難以捉摸，對考生的挑戰反而在於是否對於法條的內容、修法的目的夠熟悉，可以在短短的二十五分鐘之內回答數個小題。沒錯，這種考試方式很殘忍，簡直就是在寫字比賽，可是這是非常典型的法律考試，全世界都一樣，法律人就是必須有能力在「短時間」內「有條理」地寫出你的意見。

這樣的趨勢反應在國家考試的準備上，就是必須反覆熟讀重要法條、修正理由，並且搭配相關的實務見解。要知道民事訴訟法一科四個題目，大致上是總論、第一審程序、救濟程序、特別程序各一題，而且通常兩題由學界出題，兩題由實務界前輩出題，除非是準備研究所需要，否則學習的重心仍然應該放在這幾年修正法條的理由及運用上。也唯有熟稔這些內容，才能在讀完題目後，馬上看出考點所在，然後鋪陳相關規定與應用。

本書為了反應這樣的學習需求，特別根據民事訴訟法最新的修正

內容寫作與編輯。總論與第一審程序證據程序以前為第Ⅰ冊，第一審程序終結、其他救濟程序與特別程序為第Ⅱ冊。通常在學校上民事訴訟法，老師可以教到第一審程序終結就算厲害了，因此考生常常對後面兩題的內容一知半解，所以如果準備時間充分，當然還是要從總論念起，畢竟許多基本概念還是要先瞭解才能融會貫通，但是若已經對前半部的內容有一定的熟悉度，此時可以考慮多花一點時間在救濟程序跟特別程序上，這兩題的報酬率通常都不低。

在準備時，建議讀者可以先根據本書每章節一開始所附的體系表，瞭解每個章節的內容概要，建立體系概念，然後再研讀內容。記得在研讀內容時除了畫重點，還要把重要段落用自己的話寫在旁邊，這樣才能真正把書上的東西轉換為你自己的東西。還有，每個科目的學習都是一樣的，練習解題、熟悉考古題的重點是一定一定要做的功課，因此建議讀者可以利用每章最後的試題精選，檢測自己對於爭點的敏感度，如果能搭配高點出版的民事訴訟法經典試題，學習 IRAC (Issue, Rule, Apply, Conclusion) 的解題模式，相信更可以幫助讀者建立解題信心，真正把所讀的東西反映在解題的功力上。最後，考前可以將體系表當作複習之用，測驗自己對於內容的瞭解，更重要的是喚起記憶，讓你在考場能夠火力全開！

最後，祝福所有讀者一舉高上！

邱宇、林俐

2006 年春於台北

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、公开展示、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。

目 錄

自序

< 第 II 冊 >

第五式 通常訴訟程序

第八章 依當事人行為之訴訟終結 5-3

第九章 依判決之訴訟終結 5-37

第六式 調解程序

調解程序 6-1

第七式 簡易訴訟程序

簡易訴訟程序 7-1

第八式 小額訴訟程序

小額訴訟程序 8-1

第九式 第二審程序

第一章 第二審上訴之概念 9-3

第二章 第二審上訴要件之審查及上訴不可分 9-25

第三章	第二審之審理	9-41
-----	--------	------

第四章	第二審之裁判	9-61
-----	--------	------

第十式 第三審程序

第一章	第三審上訴概念	10-3
-----	---------	------

第二章	第三審上訴之提起	10-25
-----	----------	-------

第三章	第三審之審理與判決	10-35
-----	-----------	-------

第十一式 抗告程序

抗告程序	11-1
------	------

第十二式 再審程序

第一章	再審之訴	12-3
-----	------	------

第二章	第三人撤銷訴訟程序	12-41
-----	-----------	-------

第十三式 督促程序

督促程序	13-1
------	------

第十四式 保全程序

保全程序	14-1
------	------

第十五式 公示催告程序

公示催告程序	15-1
--------	------

第十六式 人事訴訟程序

第一章	婚姻事件程序	16-3
第二章	親子關係事件程序	16-27
第三章	禁治產事件程序	16-61
第四章	宣告死亡事件程序	16-73

目 錄

＜第 I 冊＞

第一式 基礎理論

第二式 法院

第三式 當事人

第四式 訴訟程序

第五式 通常訴訟程序

第 五 式

通常訴訟程序

(第一至七章置於第I冊)

- 第八章 依當事人行為之訴訟終結
- 第九章 依判決之訴訟終結

第八章 依當事人行為之訴訟終結

●體系表

◎訴之撤回

- 意義：向法院不再請求判決之意思表示
- 性質：單方意思表示之訴訟行為
- 要件
 - 原告為撤回之意思表示
 - 書狀撤回為原則，言詞撤回須送達筆錄
 - 任何訴均得撤回
 - 起訴後、判決確定前均得為訴之撤回
 - 不得附條件或期限
 - 被告已為言詞辯論應得其同意
 - 原告於期日為訴之撤回
 - 被告在場同意
 - 被告在場未為同意與否之表示
 - 被告不在場送達筆錄
 - 原告以書狀撤回
 - 向現在訴訟之繫屬法院為之
- 共同訴訟之訴之撤回
 - 普通共同訴訟、類似必要共同訴訟：其中一人為訴之撤回或對其中一人為訴之撤回，對其他共同訴訟人不生影響
 - 固有必要共同訴訟
 - 原告為數人：非由全體原告為訴之撤回，不生撤回效力
 - 被告為數人
 - 對被告一人撤回訴，對全體發生效力
 - 被告其中一人已為本案言詞辯論，撤回訴須得全體同意
 - 原告對其中一被告撤回訴，不應准許

5-4 民事訴訟法（Ⅱ）

- 效果
 - 訴訟繫屬消滅及消滅
 - 視為未起訴
 - 終局判決前撤回
 - 終局判決後撤回
 - 輔助參加訴訟告知效果消滅
 - 禁止再訴：本案終局判決後撤回訴者禁止再提起同一之訴
 - 訴訟費用之負擔
 - 已有終局判決：法院依聲請定之
 - 未有終局判決
 - 原則：原告負擔
 - 例外：被告負擔
 - 言詞辯論終結前：原告得聲請退還二分之一
 - 不生時效中斷之效果，喪失遵守除斥期間之效力
 - 訴訟上行使形成權
 - 催告、解除不受影響
 - 抵銷因訴之撤回而失效
 - 意思表示有瑕疵得否撤銷（實務否定，駁肯定）
 - 實務見解：不當剝奪原告訴訟權，衡量雙方利益應採肯定說
- 爭執撤回之效力與程式
 - 聲請定期日
 - 法院依職權調查訴訟是否仍有繫屬
- 訴之撤回之擬制
 - 明示合意停止
 - 擬制合意停止
- 訴訟外撤回起訴之合意
 - 私法行為
 - 拒絕履行：法院應以欠缺權利保護必要不合法駁回
- 觀念區別
 - 訴之撤回與訴訟標的之捨棄
 - 訴之撤回與上訴之撤回

◎訴訟上和解

- 意義
- 與民法上和解的差異
 - 方式
 - 效果

- 性質
 - └私法行為
 - └訴訟行為
 - └兩行為併存
 - └兩性說
- 要件
 - └訴訟繫屬
 - └合法與否在所不同
 - └訴訟能力、特別代理權之具備
 - └在受訴法院、受命、受託法官前為之
 - └訴訟標的法律關係適於依互相讓步而解決
 - └婚姻事件、親子事件：不得成立
 - └離婚（有爭議）
 - └和解內容確定、可能
 - └得附條件
- 和解之實施
 - └隨時為之（§ 377）
 - └定和解方案（§ 377之1）
 - └提出和解方案（§ 377之2）
- 效果
 - └終結訴訟
 - └實體法上效果
 - └確定法律關係
 - └有償、雙務契約之效力
- 訴訟上和解不履行之效果
 - └聲請強制執行
 - └遲延損害賠償
 - └解除契約＋損害賠償
- 第三人及訴訟標的外法律關係加入和解
 - └第三人參加和解
 - └發生執行力之範圍
 - └得否請求繼續審判
 - └訴訟上和解之本質並非裁判，而較偏向為當事人之私法行為
 - └執行力
- 訴訟上和解有無既判力
 - └肯定說
 - └否定說

5-6 民事訴訟法（Ⅱ）

- 訴訟上和解有瑕疵之主張方法
 - 以既判力之有無為準
 - 既判力肯定說：再審
 - 既判力否定說：請求繼續審判
 - 民事訴訟法第三百八十條之規定
 - 與確定判決有同一效力
 - 指既判力
 - 終結訴訟之效力及執行力
 - 有瑕疵之主張方法：請求繼續審判
- 觀念區別
 - 訴訟上和解與訴訟標的之捨棄、認諾之差異
 - 訴訟上和解與訴之撤回之差異

◎訴訟標的之捨棄、認諾

- 概說
 - 訴訟標的之捨棄
 - 意義
 - 與訴之撤回不同
 - 對象不同
 - 效果不同
 - 一部請求
 - 請求可分、可為一部捨棄
 - 一個請求金額減少：減縮應朋判決事項
 - 訴訟標的之認諾
 - 意義
 - 與自認不同
 - 對訴訟標的本身為權利自認：構成捨棄或認諾
 - 對訴訟標的之前提為權利自認：該權利之原因事實無庸舉證
- 性質
 - 私法行為說
 - 訴訟行為說
 - 兩性說
- 要件
 - 訴訟標的須得依辯論主義、處分權主義審理
 - 訴訟標的乃現行法承認的權利關係
 - 訴訟能力、特別代理權之具備
 - 訴訟要件之具備

- 訴訟標的之捨棄須於被告為駁回原告之訴之聲明後
 - 須無條件承認對造之請求
 - 須於言詞辯論時向法院為之
 - 普通共同訴訟之共同訴訟人之一可為捨棄或認諾；必要共同訴訟須全體為之
- 效果
- 法院本於捨棄或認諾為該當事人敗訴判決
 - 簡化判決書
 - 合併記載事實及理由
 - 記載言詞辯論筆錄
 - 捨棄判決、認諾判決有既判力、執行力、形成力
 - 法院應依職權宣告假執行