

法學叢書

程序法之研究 (四)

陳計男 著

法學叢書

程序法之研究(四)

陳計男 著

國家圖書館出版品預行編目資料

程序法之研究(四) / 陳計男著. — 初版一刷. — 臺
北市：三民，2005
面；公分. — (法學叢書)
ISBN 957-14-4151-1 (平裝)

1. 訴訟法—中國—論文, 講詞等

586.07

93021996

網路書店位址 <http://www.sanmin.com.tw>

◎ 程序法之研究(四)

著作人 陳計男
發行人 劉振強
著作財產權人 三民書局股份有限公司
臺北市復興北路386號
發行所 三民書局股份有限公司
地址 / 臺北市復興北路386號
電話 / (02)25006600
郵撥 / 0009998-5
印刷所 三民書局股份有限公司
門市部 復北店 / 臺北市復興北路386號
重南店 / 臺北市重慶南路一段61號
初版一刷 2005年1月
編號 S 585350
基本定價 捌 元
行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

ISBN 957

(平裝)

自序

民國四十五年考入臺大開始作法律新鮮人，五十年司法官特考及格，進入司法官訓練所第五期受訓，成為司法官新鮮人，五十一年底結訓，五十二年元月奉派臺灣臺北地方法院候補推事（法官），開始成為司法新兵，迄去年（九十二）年九月底，四十一年來迄未離開司法崗位。其間在地方法院來回審檢，擔任偵審工作；在第二審期間，擔任一年刑事審判外，均擔任民事審判。六十六年調行政法院（現最高行政法院）評事（法官），翌年調最高法院擔任民事庭推事，迄七十四年調行政法院庭長。在最高法院任職期間，就受命事件所為裁判中，幸被採為判例者，有二十七例^①。在行政法院擔任庭長九年，迄八十三年十月被任命為第六屆大法官止。在擔任審判長期間，本庭對人權保障，諸如外界所謂「黑名單」入出境事件，行政行為是否合乎平等原則、比例原則、信賴原則，有無權利濫用，有無遵守法定程序，均於裁判中加以闡析作成若干原則，以為審理準則^②。擔任大法官後，更是戰戰兢兢，期不負自己之職責。

公餘之暇，於兼課之時，喜歡將讀書及辦案心得與學生分享，寫成幾本教科書，發表若干不成熟之報告。近年因受邀作新民事訴訟法及行政訴訟法之報告，遂將其累積成冊，作為《程序法之研究(四)》。惟關於民事訴訟法部分，於八十九年及九十二年二月及六月三度修正，故文內之討論，係以報告時之條文規定為準。再者，第六屆大法官任期已屆，九年期間作成之解釋中，個人贊成者，固屬多數，但亦有不贊同，而作成不同意見書，或雖贊同解釋結論，但不贊同理由而作成協同意見書者。因為數僅有二十五篇，故列為本書附錄，作為此一階段之自我評鑑。謝謝三民書局劉振強董事長應允出版，更期待法學先進及讀者不吝指教！

著者於澄清廬舍

2004，教師節

① 係依據七十八年十二月初版《最高法院判例要旨》（上冊），最高法院六十九年至七十七年案例要旨審議經過概述之說明，非個人之統計。

② 相關案號未經行政法院公布，未便列出。

程序法之研究(四)

目 次

自 序

修正民事訴訟法對於審判實務之影響	1
修正新民事訴訟法之實務研討	25
集中審理與訴訟指揮權之行使	45
民事訴訟法第三百四十條規定修正後之若干疑義	57
法院對於民事事件與行政事件審判權衝突之解決上若干 問題之檢討	63
行政訴訟上「訴之撤回」之諸問題	83
我國行政訴訟制度改革之動向與運用狀況	99

附 錄

著者於司法院第六屆大法官任期中提出之不同意見書及協同意見書	131
-------------------------------------	-----

修正民事訴訟法對於審判實務之影響

要 目

第一單元 集中審理

〔壹〕概 說

〔貳〕集中審理之方式及方法

第二單元 爭點之整理及協議爭點

〔壹〕概 說

〔貳〕爭點整理之程序上方式

第三單元 訴訟指揮與集中審理

〔壹〕概 說

〔貳〕關於闡明部分

〔參〕關於訴訟進行之指揮

第四單元 適時提出主義與限制的續審主義

〔壹〕概 說

〔貳〕適時提出主義

〔參〕限制的續審主義

第五單元 第二審訴訟程序之互動

〔壹〕關於第一審訴訟程序規定之準用

〔貳〕第二審上訴狀對於上訴理由記載之明定

〔參〕上訴理由書強制提出主義

〔肆〕 命被上訴人提出答辯狀及命上訴人就答辯狀提出書面意見

〔伍〕 限制的續審主義

〔陸〕 第二審訴之變更或追加及反訴

〔柒〕 更審之辯論

〔捌〕 當事人或法定代理人虛偽陳述處罰之撤銷

（本文係八十九年民事訴訟法施行之初，臺高院舉辦座談會之講詞大綱，九十二年二月及六月民事訴訟法又有重大修正，故內容與現行法有若干出入）

修正民事訴訟法對於審判實務之影響

第一單元 集中審理

〔壹〕概 說

(一)所謂集中審理，係指於言詞辯論期日前，盡速整理爭點及證據，並將爭點之確切調查予以集中之審理方式而言^❶。但所謂集中審理並不限於一次的調查證據期日。

(二)對向來五月雨（梅雨）式審理方式的反省——大陸法系傳統併行審理方式的全盤修正。

〔貳〕集中審理之方式及方法

(一)日本新民事訴訟法之相關規定簡介

1.準備性言詞辯論：裁判所於進行整理爭點及證據而認有必要時，得依本款（指其第二編第二章第三節第一款）之規定，行準備性言詞辯論（§164）。

a.與當事人間確認依其後證據調查所應證明之事實（§165 I）。

b.審判長認為適當者，得於準備性言詞辯論終結時，令當事人提出準備性言詞辯論中爭點及證據整理結果之摘要書面（§165 II）。

c.準備性言詞辯論終結後，提出攻擊防禦方法之限制（§167）。

2.辯論準備程序：於進行整理爭點及證據而認有必要時，得聽取當事

❶ 參照小林昭彥著〈民事集中審理の實務〉（《ジュリスト》1997.3.15. 1108 期）。新堂幸司著《新民事訴訟法》第424頁（弘文堂、平成十年）。

4 程序法之研究(四)

人之意見，將事件移付辯論準備程序 (§168)。

a. 令當事人提出準備書狀 (§170 I)。

b. 為有關聲請證據之裁判，其他於言詞辯論期日外得為之裁判，及文書物件之證據調查 (§170 II)。

c. 得以由裁判所及當事人雙方依聲音之接收發送方式而得同時通話之方法於辯論準備程序期日進程序，但以當事人之一方於該期日到場之情形為限 (§170 III)。

d. 令受命法官行辯論準備程序 (§171)。

e. 於辯論準備程序終結後提出攻擊或防禦方法之限制 (§174)。

f. 辯論準備程序之終結、撤銷移付辯論準備程序之裁判 (§172)。

g. 當事人於言詞辯論中，應陳述辯論準備程序中之結果 (§173)。

3. 書面之準備程序：

a. 對於居住在相隔遙遠之地當事人或其他認為相當之情形時，得聽取當事人之意見，將事件移付書面之準備程序 (§175)。

b. 由審判長進行，但於高等裁判所，得命受命法官行之 (§176 I)。審判長或受命法官應定書面狀提出之期間 (§176 II)。

c. 審判長等認有必要時，得依最高裁判所規則之規定，以裁判所及當事人雙方依聲音之接收發送方式而得同時通話之方法，就有關整理爭點及證據事項或其他為準備言詞辯論必要事項，與當事人為協議 (§176 III)。於此情形，得令裁判所書記官記錄協議之結果。

d. 裁判所於書面準備程序終結後之言詞辯論期日，應與當事人間確認其後應依證據調查證明之事實 (§178)。

e. 於書面之準備程序終結後提出攻擊或防禦方法之限制 (§179)。

(二)修正民訴法關於集中審理之規定

修正民訴法為促進民訴之審理，亦仿日本集中審理制，期民事事件得以迅速、有效率地審結。故修正民事訴訟法作相當配合性的修正，包括起訴前起訴狀表明方法，起訴後起訴狀之審查、書狀先行程序，準備書狀、準備程序——協議簡化爭點及證據等。分述如下：

(甲)起訴狀表明方法之修正

一、起訴狀除應表明訴訟標的外，更應載明訴訟標之之原因事實。蓋訴訟標的必須與原因事實相結合，始能確定審判之範圍。使法院於收受訴狀後，即能瞭解原告訴訟之原因事實，進而決定訴訟之方向，準備訴訟之審理。→涉及訴訟標的之相對理論、程序選擇權的問題^②。

二、對於請求金錢賠償損害之訴，全部請求或最低金額之表明及補充 (§244 IV) 與所適用訴訟程序之確定 (§244 V)：

1. 並非應受判決事項聲明之不確定。

2. 並非一部請求。

3. 須於第一審言詞辯論終結前補充（並非擴張聲明）。審判長應告以得為補充——新程序保障論^③。

(乙)起訴後起訴之審查

法院收受訴狀後，審判長應速定言詞辯論期日。但應依前條之規定逕行駁回，或依第二十八條之規定移送他地方法院，或須行書狀先程序者，不在此限（第二百五十條）。為達訴訟早日終結，避免拖延，審判長固應從速指定言詞辯論期日。惟訴訟能否順利進行而終結，並非單靠言詞辯論期日之指定，而應先就原告提起之訴作審查，以便決定進行訴訟之方向。故審判長於受理訴訟，首須審查原告之起訴是否合於訴訟要件，若原告之訴有第二百四十九條第一項所定之情形而可以補正，自應即裁定限期命為補正，若逾期不補正或不能補正，即由法院以裁定駁回原告之訴，而終結訴訟。法院對於事件無管轄權者，依第二十八條規定，將事件裁定移送有管轄權之法院。原告之訴雖具訴訟要件，但依其所訴之事實法律上顯無理由者，亦不必行言詞辯論，由法院以判決駁回之 (§249 II)。原告之訴合於訴訟要件且非顯無理由時，審判長應斟酌原告訴狀記載之內容、案情繁雜之程度，採取下列步驟：

② 邱聯恭著〈處分權主義・辯論主義之新貌及機能演變〉《法學叢刊》177 期 89.1 版，下稱邱文）第 133 頁。

③ 邱文第 132 頁。

一、指定言詞辯論期日

二、行書狀先行程序

三、行準備程序

(丙)書狀先行程序

一、第二百六十五條所定準備言詞辯論之事項，宜於訴狀內記載之 (§ 244 III)。

二、攻擊或防禦方法，除別有規定（如 §276、§447）外，應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前適當時期提出之。→適時提出主義。

1. 當事人意圖延滯訴訟。

2. 因重大過失，逾期始行提出攻擊或防禦方法。

3. 攻擊或防禦方法之不明瞭，經命其敘明而不為必要之敘明者。→法效果：法院得駁回之。

三、書狀之交換：

1. 除原告之起訴狀已依第二百四十四條第三項就言詞辯論之事項，已有充分之記載，由法院將訴狀繕本送達被告，被告依第二百六十七條提出答辯狀，使兩造互為攻擊防禦 (§267)。

2. 審判長如認言詞辯論之準備尚未充分，得定期間命當事人依第二百六十五條至第二百六十七條之規定，提出記載完全之準備書狀或答辯狀，並得命其就特定事項為表明或聲明其所用之證物 (§268)。

3. 為期書狀先行程序進行之順利，當事人之準備書狀或答辯狀，得以繕本或影本直接通知他造 (§265 I、§262 III、§267 II、III)。他造就曾否受領上述書狀繕本或影本有爭議時，由提出書狀之當事人釋明之 (§265 II)。

4. 準備書狀、答辯狀、再為主張或答辯之準備書狀提出之期間 (§267)。

5. 準備書狀、答辯狀應記載之事項、方式及所添具書證之相關規定 (§ 266)。

6. 行書狀先行程序後，法院應使當事人整理並協議爭點 (§268-1 II)，審判長於必要時，得定期間命當事人就整理爭點之結果提出摘要書狀 (§ 268-1 III)，此項書狀，應以簡明文字，逐項分段記載，不得概括引用原有

書狀或言詞之陳述 (§268-1 IV)。

7.當事人不依第二百六十七條、第二百六十八條、第二百六十八條之一第三項之規定提出書狀或聲明證據者，法院得依聲請或基於職權命該當事人以書狀說明其理由。當事人未依命說明者，得準用第二百六十七條之規定（失權效），或於判決時依全辯論意旨斟酌之 (§268-2)。

(丁)準備程序

1.行準備程序之事件，不以行合議審判 (§270 I) 者為限。於行獨任制度之審判，亦得準用之 (§271-1)。→得不於公開法庭整理及協議簡化爭點。

2.準備程序原則上以闡明訴訟關係為止。例外經法院命於準備調查程序者，亦得為之 (§270 II)。

3.受命法官行調查證據，以下列情形為限，用達直接審理主義之理想 (§270 III)：

(1)有在證據所在地調查之必要者：如 §305。

(2)依法應在法院以外之場所調查者：如 §304。

(3)於言詞辯論期日調查，有致證據毀損、滅失或礙難使用之虞，或顯有其他困難者。

(4)兩造合意由受命法官調查者。

為保障被告程序利益，並準用第二百五十一條第一項、第二項之規定，訴狀應與期日通知書一併送達被告，並予被告就審期間。

4.受命法官得不用公開法庭形式，闡明訴訟關係，其闡明範圍如下 (§270-1)：

(1)命當事人就準備書狀記載之事項為說明→不明瞭、不完足之說明與補充。

(2)命當事人就事實或文書、物件為陳述→陳述事實並提出文書、物件。

(3)整理並協議簡化爭點→受命法官為使訴訟順利進行，對於當事人提出之各種錯綜複雜之訴訟爭點，先行加以整理，如認其中有重複或不必要之爭點，亦得由當事人協議簡化。

(4)其他必要事項。

(戊)言詞辯論之實施

修正民事訴訟法，為使民事審判更有效率，於行言詞辯論前，有書面先行程序，簡化爭點或準備程序，使兩造於言詞辯論時，集中就爭點為辯論，期能於一次或少數幾次言詞辯論期日，即能終結訴訟。又改採適時提出主義，使不於適當時期提出攻擊或防禦方法者，發生一定失權效果，庶不致影響訴訟之終結，復採限制的續審主義，使事件不致拖延不確定，均係針對時弊所為之修正。值得注意之點如下：

一、法院收受訴狀後，除應依第二百四十九條逕行駁回原告之訴，依第二十八條裁定移送他法院，或行書狀先行程序或準備程序外，審判長應速定言詞辯論期日 (§250)。一般就審期間十日，曾行準備程序之事件五日 (§251)。

二、行書狀先行程序之事件，於第一次言詞辯論期日，應使當事人整理並簡化爭點 (§268-1 II)。審判長於必要時，得定期間命當事人就整理爭點之結果，提出摘要書狀 (§268-1 III)，此項書狀審判長宜告知「應以簡明文字，逐項分段記載，不得概括引用原有書狀或言詞之陳述」 (§268-1 IV)。「如不依規定提出書狀或聲明證據者，法院得依聲請或依職權命該當事人以書狀說明其理由。其未依規定說明者，法院得準用第二百七十六條規定或於判決時依全辯論意旨斟酌之」 (§268-2)，以促當事人注意。

三、其行準備程序者，於言詞辯論時，當事人應陳述準備程序之要領，但審判長亦得令書記官朗讀準備程序筆錄代之 (§275)。當事人所應陳述之要領，其內容包括整理爭點之結果。

四、法院因使辯論易於終結，認為必要時，得於言詞辯論前，為第二百六十九條之處置。

五、法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點（包括未經或已經整理協議簡化之事實上爭點、法律上爭點、與訴訟有關之各種證據爭點、及其他攻擊或防禦方法），曉諭當事人 (§296-1 I)。使兩造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關聯後，始進行證據之調查。又為迅速發見真實，並達審理集中化之目標，法院訊問證人及有依第三百六十七條之一規定同時訊問

當事人本人必要時，應集中為之 (§296-1 II)。

六、調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論。於受訴法院外調查證據（例如受命法官、受託法官、或囑託其他機構團體調查證據）者，當事人應於言詞辯論時陳述其調查之結果，但審判長得令書記官朗讀調查筆錄或其他文書代之 (§297)。

七、當事人係依第二百四十四條第四項規定，僅表明其全部請求之最低金額者，審判長於言詞辯論終結前，應告以得為補充。

八、審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論 (§199 I)。審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述，聲明證據或為其他必要之聲明或陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或完足者，應令其敘明或補充之 (§199 II)。

九、依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之 (§199-1 I)。被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之 (§199-1 II)。

十、訴訟達於可為裁判之程度者，法院應為終局判決 (§381 I)。當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額 (§222 II)，不得拖延不結或逕予駁回。

第二單元 爭點之整理及協議爭點

〔壹〕概 說

一、修正民事訴訟法，為達集中審理之目的，於言詞辯論期日前，須先整理爭點並協議簡化爭點，使訴訟關係透明化、簡易化，俾經言詞辯論後，迅即終結訴訟。

二、此所謂爭點，包括：

1. 事實上之爭點
2. 法律上之爭點
3. 各種證據上之爭點
4. 其他各種攻擊或防禦方法之爭點

訴訟程序上之爭點，以法律上允許當事人處分之爭點為限 (§197)，其他不屬於當事人得處分範圍之程序上爭點，非此之爭點。

〔貳〕 爭點整理之程序上方式

修正民事訴訟法關於爭點整理之程序方式，仿德國法例，就第一審訴訟程序之方式言，有書面先行程序 (§250、z.p.o. §276)，第一次期日型程序 (§268-1 II、z.p.o. §275)，及準備程序 (§270-1 I ③)。至採何方式進行，由審判長決定之。

一、書面先行程序

法院於收受訴狀後，除應依第二百四十九條規定駁回原告之訴，或依第二十八條裁定移送他法院者外，審判長得不指定言詞辯論期日，行書面先行程序，依當事人間書狀之交換，而行爭點之整理 (§265~267) →對於他造主張之事實及證據為承認與否之陳述，如有爭執，其理由 (→ §266I ③、II ②)，依第一百六十五條規定：當事人就其提出之事實，應為真實及完全之陳述。對於他造提出之事實，應為陳述。對於他造主張之事實，得為自認、爭執 (§279) 或不爭 (§280 I)；自認之附加或限制，或對他造主張之事實為不知或不記憶陳述，審酌後心證之適度公開，有助簡化或協議爭點。

二、第一次期日型程序

法院於行書狀先行程序後，無論指定行言詞辯論期日或準備程序期日，於第一次期日，應使當事人整理並協議爭點 (§268-1 III)。蓋此時，法官依先行程序之書狀，已能掌握事件之全貌，為使當事人整理並協議爭點，法官原則上可採用事實摘示型方法^④，將事件之重要事實（主要事實及重要

間接事實)與非重要事實(無關聯性事實)予以區分,並就重要事實區分為爭執之事實與不爭執(包括自認)之事實,依其爭點決定舉證責任之所在及關於證據或其他攻擊防禦方法之爭執。在此階段,法院僅在使當事人整理及簡化爭點而已。審判長於必要時,得定期命當事人就整理爭點之結果,提出摘要書狀,以便言詞辯論時,得以集中審理 (§268-1 III)。

三、準備程序

受命法官得不用公開法庭之形式,整理並協議簡化爭點 (§270-1 I ③)。受命法官於整理並協議簡化爭點時,得採:

1. 事實提示型方式,作成爭點整理案,開示案情,確實把握之爭點,以便於證據之調查。

2. 證據的開示(書證之提出、預定證人之開示),例如於契約書成為爭點之情形,須要求提出契約書,並就簽名、蓋章為認否或其情事之開示,為爭點整理所不可缺。有時因真實證據之提出而解消爭點,故除彈劾證據外,證書之提出對於爭點之整理相當有助益。

3. 法官適當心證的公開及法律見解的開示^④,亦有助於爭點之整理與協議簡化爭點。

4. 受命法官為整理及協議簡化爭點,認為適當時,得暫行退席或命當事人退庭,或指定七日以下之期間命當事人就雙方主張之爭點,或其他有利於訴訟終結事項,為簡化之協議,並共同向法院陳明。但指定期間命當事人為協議者,以二次為限 (§270-1 II)。

5. 準備程序筆錄應記載下列各款事項:

- (1) 當事人之聲明及所用之攻擊或防禦方法。
- (2) 對於他造之聲明及攻擊或防禦方法之陳述。

④ 參照小林文第 73 頁。

⑤ 參照阿多麻子著〈法的觀點指摘義務〉(《判夕》1004 期 1999.9.15),松浦正弘著〈心證の開示〉(載於《辯護士からみたドイツ民事訴訟法の實態》,第 167 頁以下,成文堂)。

(3)前條第一項所列各款事項及整理爭點之結果。

6.準備程序至終結時，應告知當事人，並記明於筆錄 (§274)。

7.協議爭點之效力 (§270-1 III)：

當事人主張之爭點，經依：

(1)第二百七十條之一第一項第三款協議者（包括協議簡化、確認）。

(2)第二百七十條之一第二項命當事人為協議，經共同向法院陳明者。

當事人應受協議拘束。但經兩造同意變更，或因不可歸責於當事人之事由或依其他情形協議顯失公平者，不在此限。

8.未於準備程序主張之事項，除有下列各款情形之一者外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之 (§276)：

(1)法院應依職權調查之事項。

(2)該事項不甚礙延滯訴訟者。

(3)因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者。對於不可歸責之事由，應釋明之^⑥。

(4)依其他情形顯失公平者。

怠忽之責任與失權效果間，是否合乎比例原則 (Verhältnismässigkeit) 問題。

第三單元 訴訟指揮與集中審理

〔壹〕概 說

修正民事訴訟法，為提高民事審判之效率，增強人民對於民事審判之

⑥ 修正第二百八十四條但書規定：「但依證據之性質不能即時調查者，不在此限」。於認定證據調查之即時性時，應斟酌證據之性質，而為妥適之判斷。例如依事件之性質認為適當，且不致延滯訴訟時，法院得展期日而為調查。或允證人或當事人提出書面陳述以代到庭作證是。