



# 近年修正民事 诉讼法总评


姚瑞光 著



姚瑞光作品系列



中国政法大学出版社



· 姚瑞光作品系列 ·

# 近年修正民事 诉讼法总评

姚瑞光 著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

近年修正民事诉讼法总评 / 姚瑞光著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2010. 7

ISBN 978-7-5620-3677-7

I. 近… II. 姚… III. 民事诉讼法-中国-文集 IV. D925.104-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第126681号

---

本书源自2005年5月在台湾地区出版发行的同名繁体版图书

书 名 近年修正民事诉讼法总评

JINNIAN XIUZHENG MINSHI SUSONGFA ZONGPING

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088

邮箱 academic.press@hotmail.com

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908437 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787×960mm 16开本 13.25印张 200千字

版 本 2011年1月第1版 2011年1月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3677-7/D·3647

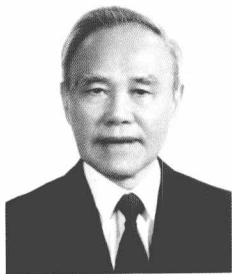
印 数 0 001-3 000

定 价 21.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

# 姚瑞光



姚瑞光（1919年11月25日—），广西蒙山县人，著名法学家，台湾地区前“司法院”大法官。1942年毕业于中央政治学校（台湾政治大学的前身）法律系，师从梅仲协先生。先后任台湾地区新竹地方法院法官、高等法院法官、“最高法院”法官。1976年出任台湾地区“司法院”第四届大法官，历时9年，于1985年辞职。曾在司法官训练所、台湾大学、政治大学、东吴大学、辅仁大学、中国文化大学任教。姚先生担任法官38年，从事法学研究已逾72年。至今，虽已年过九旬，仍继续在东吴大学教授民事诉讼法，授课之外仍潜心于民法总则和民法物权的研究，笔耕不辍。

## 序 言

著者自任职于“最高法院”（一九五五）后，有缘在司法官训练所、台大、政大、东吴、辅仁、中国文化等大学讲授民事诉讼法（一九五六迄今），以“最高法院”民庭代表资格，参与民法总则之修正（一九七四～一九七九），受司法官训练所聘为民法物权讲座（一九六四～一九七九）。对此三门法学，长期历久钻研，兼顾理论与实务，将思考及经验，撰著成书，深入浅出，易读易懂。惟两岸法制不同，文字表达方式，亦有出入。读者如能备有台湾版之六法全书（各种法律条文）及法学辞典，则更易了解。著者生平事迹，曾经同班同学中国社会科学院法学研究所终身教授谢怀栻先生于一九九九年以寿辰贺辞方式简介（附后），请读者参阅，不赘。

姚瑞光

二〇一〇年六月十四日于台北市寓所

# 前 言

民事诉讼法系于1935年2月1日公布，同年7月1日施行，1945年12月26日第一次修正三十七个条文，均系基于实务上之需要，能解决问题之修正，列举数例如下：

一、于第二十八条第一项增入“或依职权”四字，使原告之诉不致因法院无管辖权而被裁定驳回，解决原告起诉，因管辖错误而须另行起诉之问题。

二、于第二四九条创设他国立法例未有之第二项“原告之诉，依其所诉之事实，在法律上显无理由者，法院得不经言词辩论，径以判决驳回之”。使（一）对于当事人显不适格之诉，（二）无私法上之请求权而提起之给付之诉，（三）无确认之法律上利益而提起之确认之诉，（四）依法不必起诉行使之形成权而提起之形成之诉，（五）依所诉事实，其请求与实体法不合或相反之诉，得不经言词辩论而径以判决驳回，省时、省事，数十年来，法官受用无穷。

三、于第三八〇条创设第二项“和解有无效或得撤销之原因者，当事人得请求继续审判”。解决于发生各该情形时，无法律依据处理的困扰。

四、于第三八五条第一项创意增设后段“不到场之当事人，经再传而仍不到场者，并得依职权由一造辩论而为判决”。解决无人声请而诉讼终结迟延之问题。

因此，1946年7月12日，当时之司法行政部顾问，美国哈佛大学教授著名法学家罗斯科·庞德(Roscoe Pound) 称誉为“中国法典的制定是很好的。民法及民事诉讼法足以跻于最优良的现代法典之林”(The Chinese Codes are well done, The Civil Code and the Code of Civil Procedure will rank with the best of modern codes, 载中华民国民法制定史料汇编下册第九四三页)。近年来之修法者不知我民事诉讼法，在现代法典中已有之优越地位，于修正总说明认为我民事诉讼法“仍难符社会需要……将现行民事诉讼法做通盘检讨，逐条讨论，并缜密研修……藉以健全我民事诉讼制度，使……符合世界潮流，并切合我社会实际需要”。试问1945年12月26日修正后之民事诉讼法，哪一部分难符社会需要？哪一部分制度不健全（有弊

病、有缺点)? 哪一部分不合世界潮流? 哪一部分不切合社会需要? 而经过号称十七年余缜密研修之民事诉讼法条文, 大部分与上述所指摘或自矜者, 恰恰相反。(一) 小额程序之夜间、星期日、休息日开庭(四三六之十一), 早已无疾而终。大力推行之“集中审理”, 自为诉讼之当事人无能力适应, 律师无意配合, 法官多不愿行, 实施已经五年(计至2004年12月31日), 我们地方法院行此制审理者, 平均仅百分之二十四点七一, 有三个法院在百分之十以下(最少者宜兰地院仅百分之五点二四) 显系不符社会需要之增、修。(二) 声明证据应表明之事项, 原条文已有规定(二九八I、三二五、三四一、三六四), 竟增设第二八五条第一项内容全同之规定, 粗疏至极。于第二七七条增入“或依其情形显失公平者”一句, 因找不到有必要而合适之理由, 竟捏称“‘最高法院’于判例中, 即曾依诚信原则定举证责任之分配”制造乱源。审判长系审判时资深法官, 并非法院首长, 无“员”可派, 竟修改规定“审判长……派员提解到场”, 一似无脑者然, 显系“缜密研修”之反。(三) 将有诉讼能力之法人(第四十五条之原始立法理由载明“中国法人, 则因其有行为能力, 亦有诉讼能力”) 之代表人, 规定为“关于法定代理之规定, 于法人之代表人……准用之”。又将第一一七条当事人或代理人应于书状内签名之规定, 增入“或盖章”三字, 显系不“符合世界潮流”(使本法倒退了一个世纪)。(四) 第四四一条第一项第四款既增设第二审上诉, 应表明“上诉理由”, 为“上诉之必要程式”(见修正理由)。所谓必要程式, 当然系指提起上诉之上诉人必须遵守, 不可或缺之范式而言。如有不备此项程式之上诉, 理应即以上诉不合法驳回之(四四四I、四七一I)。当时之第四四四之一条第五项(第四四二条之修正理由载“未具上诉理由者……另有第四四四条之一之特别规定”故不由原法院裁定驳回) 系就当事人逾期提出书状, 法院命其说明理由而为之规定, 非就未表明上诉理由之上诉所为处置之规定。2003年2月修正之第四四四条之一第五项虽加入“未依第一项提出上诉理由书”一语, 亦非对于不合程序之上诉, 作如何实际上裁判之规定, 仅虚设得准用第四四七条之规定(不得提出新攻、防方法) 或于判决时依全辩论意旨斟酌之。殊不知此种确定的不合程序之不合法的上诉(不可能变为合法的上诉), 既无提出新攻、防方法之可能, 又无受“判决”之机会, 则所谓准用第四四七条或于“判决”时斟酌之, 不过欺人而已。又指定期日, 系审判长之职权(一五四), 不可能因委任而移转于外人, 第四〇七条竟规定“其续行之调解期日……得委由调解委员(非法院之人) 定之”, 实在不成体统。再者, 有诉讼, 始有诉讼之辩论及判决(参看四一九I、II); 无诉讼, 即无命为诉讼之辩论及判决之可言。第四三六条之十

二第一项竟规定应行调解之小额事件，“经合法通知无正当理由而不予调解期日到场，法院得……命即为诉讼之辩论，并得……为判决”，真是不可思议。似此诸多差错，能说“藉以健全我民事诉讼制度”吗？从上可知，近年来增、修之本法，十之七八系误修、乱修、不必修者（增设之条文亦同），并有应修而不修者，兹特对近年（1997年、1990年、2003年）民事诉讼法之修正，依编章条文先后，择要评论（着墨于2003年者较多）。





# 目 录

◎ 序 言 .....	1
◎ 前 言 .....	2
◎ 一 不应删“法官曾参与更审前之裁判”应自行回避 之规定 .....	1
◎ 二 不应规定“被选定人有为选定人为一切诉讼行为 之权” .....	2
◎ 三 法人之社员(构成员),不得选定非社员之法人为被 选定人而起诉 .....	3
◎ 四 被选定之当事人无同意或声请法院公告晓示其他 共同利益人得并案请求判决之权 .....	4
◎ 五 公益社团或财团经主管机关许可,得对侵害多数 人利益之行为人,提起不为之诉,系一切皆空, 行不通之规定 .....	5
◎ 六 法院无依声请为被选定人选任律师为诉讼代理人 之必要 .....	6
◎ 七 规定法人之代表人为诉讼行为,准用关于法定代 理之规定,非常不当 .....	7
◎ 八 将原第五十六条第二项移列于第五十四条第二项, 系对于第五十四条之诉,无审判经验之结果 .....	8
◎ 九 必要共同诉讼之起诉,不生其中一人或数人拒绝 同为原告之问题。法院命未起诉之人同为原告, 亦非诉之“追加”。第五十六条之一之增设,系 全无诉讼法知识及审判经验之人所为人之作 .....	9

◎ 十	判决确定后,原参加人不得辅助一造提起再 审之诉 .....	11
◎ 十 一	将诉讼通知有法律上利害关系之第三人,避 免嗣后提起第三人撤销之诉,或“依第二 五条、第四三六条之一第二项、第四四六条 第一项之规定为当事人之追加”,均属舛误 .....	13
◎ 十 二	当事人延请律师代理诉讼,代理权之取得及 代理任务之辞退,非基于委任契约之订立及 终止 .....	14
◎ 十 三	审判长为当事人选任律师代理诉讼,既非授 予代理权,亦非成立委任处理诉讼事务之 契约 .....	15
◎ 十 四	分割共有物或性质(非讼性)相类事件,无特 别的归责事由,不应命胜诉之当事人负担部 分诉讼费用 .....	16
◎ 十 五	不应将废止七十年之“诉讼标的价额之核定” 拾废作宝,翻旧作新,规定于本法 .....	17
◎ 十 六	增、修后有关费用之不当的规定 .....	20
◎ 十 七	增设第一〇二条第二项害人而不便利 .....	23
◎ 十 八	依据错误之判例,删去“请求救助之事由, 应释明之”,改为“无资力支出诉讼费用之 事由,应释明之”。并增设于抗告中不得驳 回不缴裁判费之诉,系改对为错、横蛮的 修法 .....	25
◎ 十 九	诉讼行为须支出费用者,当事人不遵命预纳, 他造亦不为垫支时,不应规定“视为合意停 止诉讼程序” .....	27
◎ 二 十	法定代理人有二人以上者,诉讼文书之送达, 不应改为“应向其全体法定代理人为之” (原条文“送达得仅向其中一人为之”) .....	28
◎ 二十一	将“受寄存机关”误规定为“寄存机关” .....	29

- ◎ 二十二 不能依第一四五条第一项嘱托送达时,不应规定得将文书以双挂号邮寄送达 ..... 30
- ◎ 二十三 第一四九条第一项第二款(于有治外法权人住所为送达而无效),应删而未删 ..... 31
- ◎ 二十四 有法定公示送达之事由,而无人声请者,不应规定“得依职权命为公示送达” ..... 32
- ◎ 二十五 行政争讼程序,不可能“确定法律关系是否成立”,不应规定为裁定停止之原因 ..... 33
- ◎ 二十六 行政法院裁判确定不属其权限之事件,当事人向民事法院起诉,如认为不属其权限时,不应规定“应以裁定停止诉讼程序”。更不应规定“如……两造合意愿由普通法院为裁判者,则……有审判之权限” ..... 34
- ◎ 二十七 第一八二条之二之增设,系修法者造出理由,无事生事之作 ..... 35
- ◎ 二十八 不以事件性质定审判得不公开之标准,而以攻、防方法涉及隐私、业务秘密定其标准,并不恰当 ..... 36
- ◎ 二十九 仅无异议而仍有所声明、陈述者,并非“默示之无异议” ..... 37
- ◎ 三十 关于阐明权之规定,有应修而不修,不应设而设者 ..... 39
- ◎ 三十一 以一诉主张数项标的,纵有牵连或本诉与反诉,均得命分别辩论 ..... 41
- ◎ 三十二 命合并辩论,不必“其诉讼标的相牵连” ..... 42
- ◎ 三十三 当事人确受损害,而不能证明其数额者,非自由心证之问题 ..... 43
- ◎ 三十四 一造辩论判决及全部自认之判决,其事实及理由,非“得简略记载” ..... 44
- ◎ 三十五 驳回声请更正之裁定,无改为得抗告之必要 ..... 46
- ◎ 三十六 裁判有脱漏者,无改为应依职权补充之必要 ..... 47
- ◎ 三十七 司法事务官不得为依法应由法官所为之裁定 ..... 49

◎ 三十八	有关阅、抄、摄卷内文书之声请许否事务， 不属法官应裁定之职责 .....	50
◎ 三十九	裁判草案或评议文件，于裁判确定前，不可 能有法律规定得交人阅、抄、摄之除外句法 .....	51
◎ 四十	诉状记载请求金钱赔偿之声明无“最低金额” 之可言，其后增加金额，亦非“补充”声明 .....	53
◎ 四十一	关于将来给付之诉之规定，系倒退之修改 .....	54
◎ 四十二	修正第二四七条后，如何情形，得提起确认 之诉，仍属模糊 .....	56
◎ 四十三	曾行准备程序之辩论期日，毋须再留至少五 日之就审期间 .....	58
◎ 四十四	第二五四条有不当的，应修而不修的，不应 修而修的瑕疵 .....	59
◎ 四十五	误修、滥修有关诉之变更、追加之规定 .....	61
◎ 四十六	提起反诉，无须规定“对于原告及就诉讼标 的必须合一确定之人”为之 .....	64
◎ 四十七	关于反诉之条文，尚有应修而不修，应删而 删去之理由有误者 .....	65
◎ 四十八	关于诉之撤回规定之不当的修正 .....	67
◎ 四十九	关于“准备书状”之评论 .....	68
◎ 五十	关于“准备程序”之评论 .....	70
◎ 五十一	关于审理集中化之评论 .....	72
◎ 五十二	关于举证责任之规定，虽设有“但书”（增设）， 但系空文，毫无实益 .....	76
◎ 五十三	声明证据，应表明应证事项，本法已于各证 据方法之首条或次条明定，修法者再抄袭日 本旧民事诉讼法第二五八条第一项，于第二 八五条增设第一项规定应为该事项之表明， 系毁法而非修法 .....	79
◎ 五十四	有关法院“得依职权调查证据”规定之评论 .....	80
◎ 五十五	证人结文，原条文之文字甚为精练，修正 后之文字，或文理不通或画蛇添足 .....	82

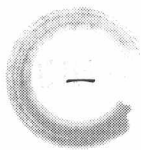
◎ 五十六	看不懂原第三四〇条“嘱托陈述鉴定意见” 之意义,误解为“嘱托为鉴定”而修改之	83
◎ 五十七	关于书证条文之评述	84
◎ 五十八	讯问当事人,不应列为证据方法	89
◎ 五十九	有关证据保全规定之增(含抄袭)、删、修改, 完全门外	91
◎ 六十	关于“定和解方案”之评述	94
◎ 六十一	请求继续审判,不应增设准用第五〇一条 之规定	97
◎ 六十二	就诉讼标的外之事项或第三人加入,而合法 的成立之和解,其效力不应限于“得为执行 名义”	98
◎ 六十三	将程序上之中间争点,改为“得先为裁定”, 系无法律头脑者之所为	99
◎ 六十四	“合并记载”,不生简化之功效。舍弃、认诺 判决之理由,原极简要,无“记载其要领” 之可能	100
◎ 六十五	第三九六条除履行期间之起算外,无规定之 必要	101
◎ 六十六	内容尚未实现之确定判决,因情事变更,得 更行起诉,非“判决”节内应规定之事项	103
◎ 六十七	不应规定法院得依职权宣告被告预供担保而 免为假执行	105
◎ 六十八	确定之终局判决,不可能有不生确定力之除 外情事	107
◎ 六十九	非诉讼标的,而于诉讼中争执之权利义务或 判决之前提事项,经于理由中裁判者,应规 定有确定力	109
◎ 七十	关于调解程序之评论	111
◎ 七十一	对于简易程序之评论	119
◎ 七十二	小额诉讼程序一章不必增设及其违失	124

◎ 七十三	增入除外规定之越级上诉,只言其利,不顾其弊	131
◎ 七十四	提起第二审上诉,上诉状应表明上诉理由,为上诉之必要程式。不表明者,第四四四条之一第五项虽规定“准用第四四七条之规定,或于判决时依全辩论意旨斟酌之”,实为掩饰前次修正之疏失,自欺欺人之说辞	132
◎ 七十五	第四四七条系不合逻辑不知立法技术及立法体例之规定	134
◎ 七十六	修正第四四六条第一项等同虚设,无任何限制诉之变更追加之作用	136
◎ 七十七	仅有相牵连情事,不应得在第二审提起反诉	138
◎ 七十八	第四五四条规定判决书应记载:新攻击或防御方法,理由如有不同者应另行记载,对于提出新攻、防方法之意见应并记载,均系多余	140
◎ 七十九	第三九五条第二项非“第二审法院关于假执行之裁判”	142
◎ 八十	本法无“视为”已提起上诉之词语	143
◎ 八十一	撤回上诉,不可能丧失其上诉权	145
◎ 八十二	以第四六九条所列以外之事由提起第三审上诉,不应规定须经许可	146
◎ 八十三	事件所涉及之法律见解具有原则上之重要性者,不应指“该诉讼事件所涉及之法律问题意义重大而有加以阐释之必要而言”	148
◎ 八十四	第三审法院之判决,无经言词辩论之必要	150
◎ 八十五	原第四七五条甚为正确,修法者不知“上诉声明”与“上诉理由”之不同,而为“第三审法院原则上亦应于上诉声明之范围内,依上诉理由调查原判决有无违背法令”之误修	152

- ◎ 八十六 原审笔录记载陈述之事实,法院未予认定者,  
第三审不得径行斟酌 ..... 154
- ◎ 八十七 增设第四七七条之二,系属多余 ..... 156
- ◎ 八十八 第三审法院废弃原判决时,不可能“原则上  
应自为判决” ..... 157
- ◎ 八十九 于第四八四条增设但书及第二、三项,均属  
谬误 ..... 160
- ◎ 九十 修正第四八六条限制再抗告之规定,极不合  
理 ..... 161
- ◎ 九十一 “提起抗告,应表明抗告理由”之规定,多  
余 ..... 163
- ◎ 九十二 误认当事人有正当理由不到场,法院为一造  
辩论判决确定者,当事人无从依前条规定提  
起再审之诉,而增设有该项情事时,亦得提  
起再审之诉之规定,其用法能力太差 ..... 164
- ◎ 九十三 有法定事由,即得提起再审之诉,不应设已  
经第二审为本案判决者,对于第一审之判决  
不得提起再审之诉之限制 ..... 165
- ◎ 九十四 不可能以同一事由,对于原确定判决或驳回  
再审之诉之确定判决,更行提起再审之诉 ..... 166
- ◎ 九十五 第五〇五条之一无增设之必要 ..... 167
- ◎ 九十六 仅以“为贯彻交易安全之维护”的理由而删  
除第五〇六条“在起诉前”之限制,并不适  
当 ..... 169
- ◎ 九十七 依修法者撰文所举之例,根本没有第三人撤  
销之诉 ..... 171
- ◎ 九十八 债务人对支付命令提出异议,系“得”而非  
“应”,且不必二度规定 ..... 173
- ◎ 九十九 法律规定支付命令与确定判决有同一效力,  
不因而即得提起再审之诉 ..... 174
- ◎ 一〇〇 第五二九条增设之规定,诸多不当 ..... 176
- ◎ 一〇一 误修第五三〇条第一、二项 ..... 179

◎ 一〇二	凡应起诉(含反诉)始能取得之事项,不得告知以“声明”达其目的	180
◎ 一〇三	不可能为准许拘束债务人自由而为假扣押或假处分之裁定	182
◎ 一〇四	定暂时状态之假处分,应无先为紧急处置之事例,若为该处分时,亦非“属中间处分性质”	183
◎ 一〇五	定暂时状态之假处分,非必有“给付”(履行、清偿),若无“给付”者,为该假处分时,无“得命先为一定之给付”之可言	184
◎ 一〇六	定暂时状态假处分之裁定,依第五三一条之规定被撤销者,法院不应依声请减免其赔偿责任	185
◎ 一〇七	扩增第五三六条为三项,并未于原规定之外,增加任何得撤销假处分裁定之事由	186
◎ 一〇八	现行法律,除宣告证券无效外,一般权利无得依公示催告程序而丧失者	188
◎ 总 结		190
◎ 姚瑞光先生八秩寿辰贺辞		196





## 一 不应删“法官曾参与更审前之裁判”应自行回避之规定

本法于1935年公布当时，第三十二条第七款无“曾参与更审前之裁判”应自行回避之规定（1968年修正时增设），有该项事由之法官应自行回避，经大法官释字第256号解释明示“法官曾参与更审前之裁判者，固应自行回避”在案。所谓更审前之裁判，系指发回更审时“最后一次之下级审判而言”（1985年台抗字第二十号，释字第256号解释亦有“法官员额有限……其回避以一次为限”之释示），已无“发回多次……势必发生无法官可执行职务之情形”（见修正理由）。至于第四七八条第四项虽有“受发回发交之法院，应以第三审法院所为废弃理由之法律上判断为其判决基础”之规定，但就实际情形言，第三审之判决，质量不佳，为不应发回之发回，已为公知之事实（院字第一三六九号解释：第三审法院对于不得上诉之上诉发回更审……更审法院自不受其拘束。可证第四七八条第四项之规定，并不能防止不应发回之发回）。日本民事诉讼法第三二五条第四项规定：参与原判决之裁判官，不得参与发回事件之裁判。同条第三项规定：受发回之裁判所应受上告裁判所废弃理由之事实上及法律上判断之拘束。修法者对于上述各情，视而不见，徒以“事件发回多次，……势必发生无法官可以执行职务……受发回发交之法院，应以……废弃理由之法律上判断为其判决基础，故……仍由……前裁判之法官审理，亦不致有所偏颇”等词为理由，将“曾参与更审前之裁判”予以删除，前者（无法官可执行职务）系早已不存在之理由，已如上述。后者（受发回之法院应受发回理由之拘束），系不知徒法不能自行，而幻想其能履行之理由。如此修法，若儿戏耳。