

實例研析系列

2020年修訂四版

民事訴訟法 第二冊

Code of Civil Procedure

| 李淑明 著 |

The civil law system, also known as the continental system, is used in many more countries than the common law. The prototypical civil law country is France, followed by Germany and Italy.

The essence of the civil law is that every law of the country is "codified," or written in law. Codification is the responsibility of the legislative body. The judges' role is limited to the application of the law to the facts of a given case. For years, scholars believed that a judge was not ever allowed to interpret the law. If a judge heard a case for which there was no law, he/she was obligated to refer the case to the legislative body, who would then make the law to deal with the circumstances of the case. Unlike the common law, then, the civil law apparently had no "judge-made," or common, law. This lack of judicial precedent was designed to restrict the power of the judicial branch. Prior to the French Revolution, the power of the bench had been overwhelming. Therefore, one of the main points of the French Revolution was the restriction of judicial power.



元照

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/11865>

民事訴訟法

第二冊

李淑明 著



元照出版公司 搶先試閱版

改版序

自從這套民事訴訟法系列叢書「民事訴訟法（第一～四冊）」問世以來，讀者們以銷售數字給予筆者直接又熱情的迴響，除了讓筆者好生感動之外，更重要的是～您的肯定傳達了最直接的訊息，告訴筆者：這套系列叢書的解說方式，是有幫助的！這套系列叢書的撰寫方式，是值得繼續努力的！這一刻的心情是感恩的，感謝上天讓我透過文字，找到許多一同努力求知求真的知音；這對筆者來說，意義重大！

今年打從開年以來，大小風波不斷，而且不是僅侷限於一個地方、某個國家，而是實實在在的驗證人類生活的世界，早已是個「地球村」，任何人都不能置身事外。

這段期間，讓每個人都有機會成為災難電影裡的男、女主角，身歷其境的體會那種恐懼、無助，卻又同時展現人之所以為人的意志力。想想，不免長嘆一句～人生真難！

相較之下，「考試」這檔事兒，真的是容易多了，至少是願意付出努力的人，一定會有收穫，是自己可以掌控的。只要能「操之在我」，就算不上什麼困難的事兒。真的！真是如此！

雖說「民事訴訟法」是讓許多法律人第一次踢到鐵板、垂頭喪氣的科目，但這真有這麼難懂、難學嗎？老實說，和天馬行空、似有若無的民法理論比起來，民事訴訟法的思考模式，單純許多，爭議型態也較為固定，實在不應該讓這麼多法律人，總在遇到民事訴訟法時栽了個大跟斗才是。當然，筆者也是過來人，深知各位心中的苦～不是民事訴訟法的理論艱澀難學，而是民訴學者們各說各話的盛況，就算不是空前絕後、也絕對算是法學界的奇觀！各位不單單要應付百家爭鳴的學說爭辯，還得在看似差不多、卻又不盡相同

的學說論述裡，了解那幾個專有名詞究竟是以什麼樣的規則進行排列組合。麻煩事兒還不只於此，除了得理解抽象的理論、知道什麼時候該祭出哪些專有名詞外，更重要的是～得學會將這些抽象的理論運用到實務案例。到此為止，不知筆者可有真實地點出了各位的苦處？

其實，法律的學習方式，大同中只有小異之處。相同的是～別老想著一步登天，更不要以為有什麼捷徑。要想成為一位成功的法律人，除了要發自內心的喜歡法律之外，還要願意付出所有的努力，只為了紮紮實實的學、徹徹底底的懂。

有了您對法律的破釜沉舟的決心作為後盾，筆者的工作和這本小書的任務，即是以淺顯易懂的文字，將多年學習心得和各位分享。若說筆者有什麼「過人」之處，大概除了熱忱之外，就是「年紀」吧！經過這麼多年的時間累積，筆者看過的、經歷過的實務案例，著實不少，而「法律」這門學科又是極度仰賴時間的體會、經驗的累積，筆者撰寫本系列叢書的目的，正是在記錄、紀念，進一步分享這麼些年的學習心得。

該怎麼個寫法呢？這是筆者首先面臨的考驗，如果只是把民事訴訟法的理論，以「白話文」重新敘述一遍，對於找不到學習方向的法律人來說，幫助有限。大多數法律人的單門，倒不是看不懂這些理論，而是不知該如何將抽象的理論運用到實務案例。於是，筆者列了三大「指導原則（寫作方針）」，開始動筆寫下心目中最理想的那一套民事訴訟法教科書：

- 一、按訴訟進行流程，架構本書體系。
- 二、以近千個案例，說明民事訴訟理論的運用方式。
- 三、以全真考題，驗收學習成果。

一如以往的，每次改版，絕不會只修改幾個字就交差了事。除了更正上一版的謬誤之處外，同時補充直至2019年為止的國家考試

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/11865>

題目及最新公布的實務見解；當然，學者們的心血之作，經過筆者重新詮釋之後，按照體系納入適當章節。所以，您可以透過本書新版的內容，輕輕鬆鬆地了解過去這一年來實務與學說精華。

再次謝謝您這麼些年來的支持，希望也相信本系列叢書的新版內容，會得到您再次的肯定。儘管筆者已盡最大的努力精進本書的品質，但仍然謬誤難免，期待您不吝給予指正，更期待您繼續給予支持，謝謝！

李淑明

2020年8月



元照出版

搶先試閱版

序 言

～新的挑戰之再接再厲篇～

「民事訴訟法——通常訴訟程序（上）」，那本樓梯響了很久、總算在今年七月問世的小書，得到讀者們非常熱情的迴響和支持；有了這份肯定，筆者真的是～傾注了「洪荒之力」啊！繼續焚膏繼晷，絲毫不敢懈怠的完成這本小書～「民事訴訟法——通常訴訟程序（下）」。回頭看看這些年來的心血，總算可以捧在手心裡，這樣的真實感，真好！

為什麼民事訴訟法，總是名列法律人最畏懼科目的第一名呢？

「文人相輕」的現象，大概在民事訴訟法領域裡，最為顯著。十位學者大概有八種不同的看法，而這八種不同的看法，全都是抽象的理論說明，看完了密密麻麻的文字說明，實在不知道～如果將這些不同的理論放在實務案例裡，究竟有何不同呢？

還有，坊間教科書大多載滿了非常形而上、挑戰法律人閱讀能力的理論說明，卻總是少了點實務案例的印證；就算有實例解說，也多停留在相當制式、又嫌太過簡略的例題說明。單單是「甲向乙借了新臺幣100萬元」、「甲請求乙拆屋還地」這樣簡單的例子，就可以從「管轄權」直達「既判力」；就算讀者們辛辛苦苦讀完全書，大概除了這些在實務上幾乎不可能發生的簡單例子之外，遇到其他實務案例，還是只能繳械投降！

於是，筆者在寫了一整套民法教科書之後，開始著手撰寫民事訴訟法教科書，並同時發下宏願：要寫，就要寫最好的！這必須是一套能清楚說明民事訴訟法的基本概念、又能完整囊括百家爭鳴的學說見解、還要能一針見血的指出學說差異，更重要的是～要能與

民法相互呼應，兼容各種實務案例解析的教科書。希望您在看過「民事訴訟法——通常訴訟程序（上）、（下）」兩冊之後，會以肯定的語氣告訴筆者：以上看似不可能的「宏願」，這兩本小書都做到囉！

本系列叢書的撰寫架構及風格，是筆者在您翻到第一頁之前，必須趕緊說清楚、講明白的，因為啊～這些設計和巧思，可以幫助您以最輕鬆的方式學習民事訴訟法喔！

一、按訴訟進行流程，架構本書的體系

如果您已經讀過「民事訴訟法——通常訴訟程序（上）」，應該已經了解～民事訴訟法的學習，不能按照條文編排順序，更不能按章按節的就每一個條文予以說文解字。民事訴訟法乃是程序法，學習和思考的方式，怎麼能不按照訴訟程序實際進行的順序及流程，一個步驟、一個步驟地，循序了解每一個階段的重要觀念、學說爭議、實務見解等？

為此，筆者將通常訴訟程序分成五個階段，上冊已經從起訴前的準備工作（第一階段）到訴訟程序正式開始後的審理原則（第三階段），依照程序的進行，清楚的說明每一個階段特有的議題。本書則是再接再厲地從言詞辯論程序的重頭戲——證據調查程序開始談起（第三階段），次談民事訴訟程序的變化（第四階段），最後在第五階段則以大量的案例說明最為重要的確定判決之效力。

直到第五階段結束，筆者已經將整套民事訴訟程序，完整的說明完畢了！但筆者想說的故事還沒有完喔！第六階段再來一個「大結局」。第六階段選錄了八個您不可以不會的案例，從起訴要件談到判決效力作連貫式的說明，務求您對這八個案例有完整的認識。



元照出版

搶先試閱版

二、以近千個案例，說明民事訴訟規範的運用方式

大多數法律人學習民事訴訟法的難處是～這些抽象的理論，該怎麼用啊？不同於多數教科書之例題太少、太過簡單或制式化的缺點，筆者在每一階段均設計了大量的例題，用以解說～倘若原告這樣主張、那樣聲明，會產生什麼樣的訴訟法上的效果？法院這樣判決、那樣認定，又會帶來什麼樣的後果？有了這些案例解說，相信民事訴訟法之於您而言，是套有生命力又實用的社會科學。

三、以全真考題，驗收學習成果

相信許多正在翻閱這本小書的您，都有著通過國家考試的理想。儘管筆者將本書定位為教科書，但收錄全真考題作為練習題，不但能驗收您的理解程度，還可以讓讀者們對於可能出現的考題，心裡有個底，相互為用、事半功倍。

民事訴訟法，範圍極廣，筆者擬以四本書完整的呈現。希望您在看完這本小書，還有它的姐妹作「民事訴訟法——通常訴訟程序（上）」之後，您會以不一樣的態度、截然不同的學習方法，重新面對、認識「民事訴訟法」。

李淑明

2016年9月



元照出版

搶先試閱版

總目錄

民事訴訟法（第一冊）

第一講 第一審訴訟程序

第一階段 準備開跑——起訴前

備戰篇——幫您作好起訴前的準備

- 第一章 向誰提起訴訟？——法院
- 第二章 由誰提起訴訟？——當事人
- 第三章 多數當事人——共同訴訟
- 第四章 其他訴訟主體
- 第五章 訴訟代理人與輔佐人

第二階段 訴訟程序開始囉！

拉開序幕——拿著地圖，為您導覽一下！

- 第一章 民事訴訟之兩大磐石
- 第二章 民事訴訟審理之客體
- 第三章 訴訟型態與訴訟標的
- 第四章 如何提起合法的訴訟？

第三階段 民事訴訟之審理

實戰篇——緊張！訴訟攻防戰開始了！

- 第一章 民事訴訟審理之基本原則
- 第二章 言詞辯論前之準備
- 第三章 言詞辯論程序



元照出版

搶先試閱版

民事訴訟法（第二冊）

第一講 第一審訴訟程序

第三階段 民事訴訟之審理

第四章 證據調查程序

第五章 特殊訴訟型態之審理原則

第四階段 民事訴訟之變化

兵不厭詐——千奇百怪的訴訟招數

第一章 訴之合併

第二章 訴之變更追加

第三章 反 訴

第五階段 民事訴訟之終結

曲終落幕——該是揭曉勝負的時候了！

第一章 裁 判

第二章 確定判決之效力

第三章 訴訟上和解

第四章 訴之撤回

第二講 簡易、小額與調解程序

第一階段 簡易訴訟程序

化繁為簡——「窮則變、變則通」的簡易程序

第一章 簡易程序開始囉！

第二章 簡易程序之進行與變化

第三章 簡易程序之終結

搶先試閱版

第二階段 小額訴訟程序

勿以善小而不為——別讓您的小權利睡著了！

- 第一章 小額程序之開啟
- 第二章 小額程序之進行與變化
- 第三章 小額程序之終結

第三階段 調解程序

退一步海闊天空——試試調解吧！

- 第一章 調解程序之啟動
- 第二章 調解程序之進行
- 第三章 調解程序之終結及效力

民事訴訟法（第三冊）

第三講 救濟程序

第一階段 第二審程序

我不服！——第二審程序總論

- 第一章 先從主體談起
- 第二章 次談上訴之客體
- 第三章 進行第二審程序
- 第四章 第二審程序之變化
- 第五章 第二審程序之落幕



元照出版

搶先試閱版

第二階段 第三審程序

法律戰登場！——第三審程序總論

- 第一章 先從主體談起
- 第二章 次談上訴之客體
- 第三章 進入第三審程序
- 第四章 第三審程序之落幕

第三階段 再審程序

背水一戰！——再審程序總論

- 第一章 先從主體談起
- 第二章 次談再審之客體
- 第三章 進入再審程序
- 第四章 再審程序之落幕

第四階段 抗告程序

另類的抗爭手段——抗告！

- 第一章 先從主體談起
- 第二章 次談抗告之客體
- 第三章 進入抗告程序
- 第四章 抗告程序之落幕
- 第五章 再抗告&異議&準再審

第五階段 其他救濟程序

還有幾件未竟之事——談簡易、小額事件與第三人的救濟之道

- 第一章 簡易事件之救濟程序
- 第二章 小額事件之救濟程序
- 第三章 第三人撤銷訴訟程序



元照出版

搶先試閱版

民事訴訟法（第四冊）

第四講 督促&保全程序

第一階段 督促程序

快速實現權利的捷徑——談支付命令

第一章 支付命令之聲請、審理與裁判

第二章 支付命令之效力與失效

第二階段 保全程序

先下手為強——談訴訟程序的前哨戰

第一章 假扣押

第二章 假處分

第五講 家事事件程序

第一階段 民事程序法的新篇章

洗腦篇——談家事事件的特殊性

第一章 家事訴訟事件vs.家事非訟事件

第二章 家事調解程序之先行

第二階段 清官可斷家務事

喬不攏，只好……法院見！

第一章 向誰提起訴訟或請求？

第二章 由誰提起訴訟或請求？

第三階段 家事訴訟事件

兵戎相見篇——訟爭性高的家事訴訟事件

第一章 家事訴訟事件之類型

第二章 審理原則

搶先試閱版

第四階段 家事非訟事件

短兵相接篇——變化多端的家事非訟事件

第一章 家事非訟事件類型

第二章 審理原則

第五階段 家事事件之統合處理

再來一記變化球——談「統合處理」

第一章 同種事件之統合處理

第二章 不同種事件之合併

第六階段 家事程序之終結與救濟

歡喜落幕篇——從勝負揭曉到權利救濟

第一章 家事事件程序之終結

第二章 救濟程序

第六講 案例綜合研討

題型1 因「合夥」而生之訴訟

題型2 因「公寓大廈管委會」而生之訴訟

題型3 醫療訴訟

題型4 代位訴訟

題型5 撤銷詐害債權訴訟

題型6 因「共有」而生之訴訟

題型7 因「連帶債務」而生之訴訟

題型8 因「保證契約」而生之訴訟

題型9 親子關係訴訟事件

題型10 扶養請求事件



元照出版

搶先試閱版

目 錄

改版序

序 言

第一講 第一審訴訟程序

【第三階段】民事訴訟之審理

第四章 證據調查程序

案例18.....	3
第一節 「證據調查程序」之體系位置.....	4
一、爭點整理程序vs.證據調查程序.....	4
二、「證據調查程序」之體系總覽.....	5
第二節 證據調查程序.....	12
一、證明之客體——要證事實.....	13
二、聲明證據與摸索證明.....	20
三、證據之取捨.....	23
四、人證之調查程序.....	25
五、物證之調查程序.....	37
第三節 舉證責任論.....	49
◎步驟一：舉證責任思考流程.....	51
一、從「主觀舉證責任」到「客觀舉證責任」.....	51
二、本證vs.反證.....	53
三、當事人之陳述與舉證責任.....	54
◎步驟二：舉證責任分配法則.....	55
一、規範說（法律要件分類說）.....	56

二、其他實務見解——消極事實、變態事實	63
三、消極確認之訴之舉證責任	74
四、行為責任說	76
◎步驟三：舉證責任之減輕	78
一、基本觀念之釐清	79
二、舉證責任減輕之法基礎	79
三、舉證責任減輕之類型化	80
四、起訴前～舉證責任之減輕	80
五、起訴後～舉證責任之減輕	82
◎步驟四：舉證責任之轉換	86
一、什麼是舉證責任之「轉換」？～談思考步驟	87
二、舉證責任轉換之法律依據	87
三、舉證責任之轉換——法律別有規定	88
四、舉證責任之轉換——顯失公平	94
五、舉證責任之轉換——契約責任	95
第四節 自由心證主義	100
一、什麼是「自由心證主義」？	100
二、心證形成過程	106
三、自由心證主義之限制	109
四、自由心證主義之擴大	124
第五節 證據保全程序	137
一、從制度的緣由談起	137
二、聲請保全證據之要件	139
三、聲請保全證據之程序	140
四、證據保全程序之進行與效力	142
五、證據保全協議	142



第五章 特殊訴訟型態之審理原則

案例19	147
第一節 共同訴訟之特殊審理原則	147
一、普通共同訴訟	148
二、必要共同訴訟	150
三、主參加訴訟	153
第二節 訴訟擔當之特殊審理原則	156
一、簡述「訴訟擔當」	156
二、被擔當人之訴訟實施權	157
三、訴訟擔當人之訴訟實施權	158
第三節 訴訟參加之特殊審理原則	161
一、輔助參加（從參加）	161
二、獨立的輔助參加	164

【第四階段】民事訴訟之變化

兵不厭詐——千奇百怪的訴訟招數

第一章 訴之合併

案例20	173
第一節 訴之主觀合併	175
一、共同訴訟	175
二、主觀選擇合併	176
三、主觀預備合併	179
第二節 訴之客觀合併	182
一、訴之客觀合併的共通要件	182
二、單純合併	185

三、重疊合併（競合合併）	187
四、選擇合併	189
五、預備合併	195
六、訴之客觀合併之新定位	199

第二章 訴之變更追加

案例21	209
第一節 訴之變更追加之意義與態樣	209
一、從「紛爭集中審理主義」談起～	209
二、態 樣	210
第二節 訴之變更追加之要件	213
一、客觀之變更追加	213
二、主觀之變更追加	225
第三節 訴之變更追加之發動、程式與裁判	233
一、訴之變更追加之發動	233
二、訴之變更追加之程式	235
三、訴之變更追加之裁判與法律效果	235

第三章 反 訴

案例22	241
第一節 反訴之意義與性質	241
一、再從「紛爭集中審理主義」談起～	241
二、意義與性質	242
第二節 反訴之要件	243
一、形式要件	243
二、實質要件	243



第三節 反訴之發動、程式與裁判	250
一、反訴之發動	250
二、反訴之程式	251
三、反訴之裁判	251

【第五階段】民事訴訟之終結

曲終落幕——該是揭曉勝負的時候了！

第一章 裁 判

第一節 總 說	260
第二節 判 決	261
一、Why～When～What～	261
二、判決之種類	264
三、判決之成立與生效	290
四、有瑕疵判決之救濟～談判決之更正與補充	292
第三節 裁 定	296
一、Why～When～What～	296
二、裁定之效力與救濟	298

第二章 確定判決之效力

第一節 總說——確定判決具有哪些效力？	302
一、判決什麼時候確定？	302
二、確定判決之效力——羈束力	303
三、確定判決之效力——確定力	304
四、確定判決之效力——形成力	305
五、確定判決之效力——執行力	308



元照出版

搶先試閱版

第二節 既判力（實質上確定力）	310
案例23	310
一、什麼是「既判力」？	311
二、時間範圍（遮斷效）	316
三、主觀範圍	321
四、客觀範圍	360
五、綜合整理與評釋	375
第三節 爭點效（判決理由中判斷之拘束力）	380
案例24	380
一、談「爭點效」之源起	381
二、爭點效之要件	382
三、爭點效vs.爭點整理程序	384
四、爭點效之法律效果	387
第四節 反射效	391
案例25	391
一、談「反射效」之源起	391
二、「反射效」之意義、性質與範圍	393
三、重要案例研究	396
第五節 對參加人之效力	404
案例26	404
一、輔助參加（從參加）	405
二、獨立的輔助參加	416



第三章 訴訟上和解

案例27	421
第一節 訴訟上vs.訴訟外和解	421
一、先從民法和解契約談起	421
二、次談訴訟上和解之意義與性質	423
第二節 如何達成訴訟上和解？	428
一、程序要件	428
二、實體要件	431
三、訴訟上和解之啟動	431
第三節 訴訟上和解之效力	433
一、羈束力	434
二、確定力	434
三、形成力？	433
四、執行力	436
五、對第三人及訴訟標的外之法律關係的效力	437
第四節 訴訟上和解之救濟	438
一、基本觀念解說	438
二、訴訟上當事人之救濟方式	440
三、訴訟外第三人救濟方式	443

第四章 訴之撤回

第一節 概 說	449
一、訴之撤回之意義	449
二、訴之撤回vs.捨棄vs.認諾	449



元照出版

搶先試閱版

第二節 如何撤回起訴？	450
一、任意撤回	450
二、擬制撤回	452
第三節 撤回起訴之效力	454
一、訴訟法之效力	454
二、實體法之效力	455

第二講 簡易、小額與調解程序

【第一階段】簡易訴訟程序

化繁為簡——「窮則變、變則通」的簡易程序

第一章 簡易程序開始囉！

第一節 談簡易事件之管轄權	465
一、第一審——地方法院簡易庭	465
二、地方法院簡易庭與普通庭間之關係	465
三、誤用程序之處理	466
第二節 應適用簡易程序之事件	468
一、依訴訟標的之金額或價額	468
二、依事件之性質	468
三、依當事人之合意	473
第三節 起訴程式之簡化	477
一、得以言詞起訴	477
二、得僅表明請求之原因事實	478



元照出版

搶先試閱版

第二章 簡易程序之進行與變化

第一節 言詞辯論程序之簡化	481
一、就審期間的縮短	481
二、準備程序之簡化	481
三、言詞辯論程序之簡化	482
四、證據調查程序之簡化	483
第二節 訴之變更追加與反訴	483
一、變更追加之新訴及反訴為簡易事件	484
二、變更追加之新訴及反訴非簡易事件	484

第三章 簡易程序之終結

第一節 簡易程序判決之特別規定	487
一、一造辯論判決	487
二、依職權宣告假執行	488
第二節 判決書之製作與簡化	489
一、判決書之簡化	489
二、得僅記載主文之判決書	490

【第二階段】小額訴訟程序

勿以善小而不為——別讓您的小權利睡著了！

第一章 小額程序之開啟

第一節 談小額程序之管轄權	495
一、第一審——地方法院簡易庭	495
二、誤用程序之處理	496
三、管轄權	496



元出版

搶先試閱版

第二節 應適用小額程序之事件	499
一、依訴訟標的之金額或價額	499
二、依當事人之合意	500
三、一部請求	503
第三節 起訴程式之簡化	504
一、起訴程式之表格化	504
二、其他簡易程序規定之準用	504
第二章 小額程序之進行與變化	
第一節 言詞辯論程序之簡化	505
一、得於休息日或夜間進行	505
二、證據調查程序之簡化	505
三、其他簡易程序規定之準用	505
第二節 訴之變更追加及反訴	506
一、變更追加之新訴及反訴為小額事件	506
二、變更追加之新訴及反訴非小額事件	507
三、比較——簡易程序vs.小額程序	508
第三章 小額程序之終結	
第一節 小額程序判決之特別規定	511
一、一造辯論判決	511
二、自動清償而免除部分給付之判決	512
三、遲誤履行期或分期給付之加給	512
四、訴訟費用之裁判	513
五、依職權宣告假執行	513
第二節 判決書之製作與簡化	515



【第三階段】調解程序

退一步海闊天空——試試調解吧！

第一章 調解程序之啟動

第一節 因當事人之聲請	526
一、聲請之程式	526
二、管轄法院	527
三、誰來主持調解程序？	527
第二節 擬制聲請調解	528
一、擬制聲請調解之事由	528
二、強制調解事件	529
三、管轄法院	535
四、誰來主持調解程序？	535
第三節 起訴後移付調解	535
一、意義與聲請要件	535
二、管轄法院	536
三、誰來主持調解程序？	536

第二章 調解程序之進行

第一節 調解聲請之駁回	538
一、概說	538
二、民訴法第406條	538
第二節 調解程序之進行與處置	541
一、調解程序之指揮	541
二、法官或調解委員得為之處置	541
第三節 調解條款或解決方案之提出	545
一、調解之成立	545

二、調解條款之酌定	546
三、解決事件方案之提出	549

第三章 調解程序之終結及效力

第一節 調解之成立	554
一、調解成立之原因	554
二、調解成立之效力	555
第二節 調解不成立	556
一、因當事人之聲請	556
二、擬制聲請調解	557
三、起訴後移付調解	558
第三節 調解之救濟	559
一、任意聲請&擬制聲請 ——宣告調解無效或撤銷調解之訴	559
二、起訴後移付調解——請求繼續審判	564
三、第三人之救濟方式	565



民事訴訟之審理

第四章 證據調查程序

- 第一節 「證據調查程序」之體系位置
- 第二節 證據調查程序
- 第三節 舉證責任論
- 第四節 自由心證主義
- 第五節 證據保全程序

第五章 特殊訴訟型態之審理原則

- 第一節 共同訴訟之特殊審理原則
- 第二節 訴訟擔當之特殊審理原則
- 第三節 訴訟參加之特殊審理原則



元照出版

搶先試閱版

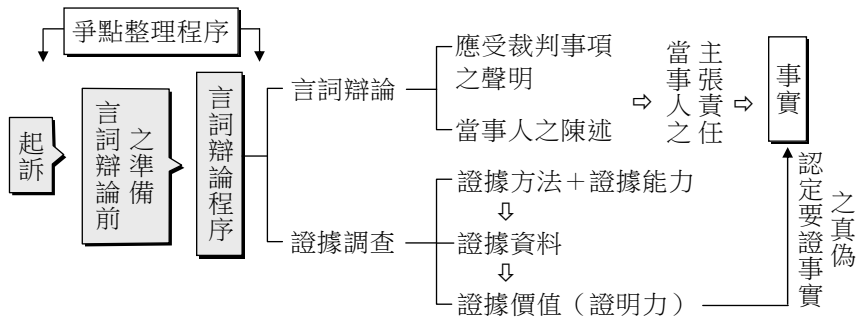
第四章 證據調查程序

案例18

甲起訴主張伊於民國102年3月5日向乙購買一機器，交付使用後發現功能似與乙工廠展示不盡相同，乃於102年4月12日以電話向乙表示其所購買機器有瑕疵，請求協助處理。其後甲事忙，擱下此事，直至103年5月5日乙始收到甲主張依債務不履行及物之瑕疵擔保請求損害賠償等之起訴書，其中並聲請法院命乙提出系爭機器原型供比對鑑定等言。乙於答辯狀中陳稱該機器原型已於102年11月20日以高價出售予馬來西亞廠商，無法提出之。甲乃要求法院據此作對於甲所主張瑕疵存在相關事實之有利認定。問：甲之主張是否有理？（106政大）



流程圖



元照出版

搶先試閱版



觀念解析

第一節 「證據調查程序」之體系位置

先來整理一下您目前所在「位置」，您可以一邊看著前面的【流程圖】，一邊讀著本段的說明，就不會迷失方向囉。

一、爭點整理程序vs.證據調查程序

(一)爭點整理先於證據調查

在原告提起訴訟而開啟了民事訴訟程序後，為了達成「爭點集中審理主義」的理想，法院應將審理程序分成「爭點整理」及「調查證據」兩個階段；這是筆者從第三章開始即不斷反覆提到的觀念。

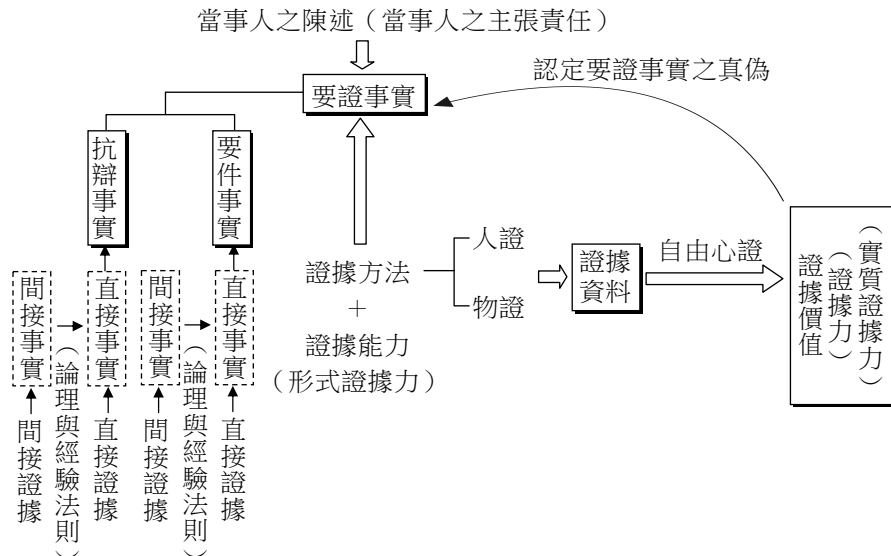
為了進行「爭點整理」，法院從言詞辯論前的先程序（即第三章所論述的「書狀先程序」、「準備程序」、「準備性言詞辯論期日」等）開始進行爭點整理，包括事實上及證據上的爭點。「爭點整理」不是在上開程序完結後，任務就終了了，即便進入「言詞辯論程序」，法院仍應時時地善用訴訟指揮權，尤其是闡明義務，進行爭點整理。

(二)集中調查以促進訴訟

那什麼時候該啟動證據調查程序呢？「證據調查程序」其實是廣義的言詞辯論程序的一部分。依民訴法第296條之1第1項規定：「法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人。」依此，在調查證據之前，法院應先命兩造當事人為真實完全且具體的陳述，以釐清爭點；找出爭點（尤其是事實上爭點）之後，即可開始進行證據的調查。

進入調查證據程序後，依民訴法第296條之1第2項規定：「法院訊問證人及當事人本人，應集中為之。」所謂「集中為之」，意指就同一爭點，應儘量於同一期日調查，以利審理的集中化。同時，為了落實對當事人之聽審請求權的保障，民訴法第297條第1項乃規定：「調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論。」

二、「證據調查程序」之體系總覽



承前所述，法院和當事人通力合作，就爭點整理至一定程度之後，法院即可開啟證據調查程序。「證據學」是門相當抽象又複雜的科學，因此在正式解說各種證據法則之前，實有必要先介紹整個證據調查的流程，給各位一個鳥瞰式的說明。再次提醒各位的是，在閱讀以下說明時，務必時時參照前面的【流程圖】，才能真正了解各個法律概念應有的位置。

（一）當事人所陳述之事實

民訴法的兩大磐石之一：辯論主義，說穿了，正是用以分派法院和當事人之任務的指導原則，前已多次提及。不論是採修正的辯論主義還是協同主義，以下這個前提是不會變的：未經當事人主張的事實，法院不得作為裁判的基礎；此即為學說所稱之「當事人之主張責任」。經當

6 ● 民事訴訟法（第二冊）【第一講 第三階段】

事人主張某事實之後，下一步即應聲明並請求法院調查證據，以證明該事實是否為真，法院再按照調查證據的結果（證據資料）據以形成心證，並作成判決。從上面的說明可知，證據是用來證明當事人所主張的「事實」¹。這是相當重要的基本觀念喔！

(二)證據方法vs.證據能力

1. 證據方法

所謂「證據方法」，意指用以證明要證事實的手段和方法。依民訴法規定，證據方法共有兩種（也只有這兩種），一是「人證」，包括證人、鑑定、當事人訊問；另一則是「物證」，包括書證及勘驗。舉例來說，甲以乙為被告，起訴主張：乙向甲購買其所有的房地，約定價金為2千萬元。於清償期屆至時，乙尚有750萬元未能給付，故而提起本件訴訟。被告乙則抗辯甲曾經點頭表示同意將750萬元轉為借款，借款的清償期尚未屆至。為了證明乙提出的抗辯事實（即「甲曾經點頭表示同意將750萬元轉為借款」），乙提出了當時在場、親眼看到甲點頭的丙作為證人。「證人丙」即為證據方法裡的「人證」，乙以「人證」作為證據方法，證明抗辯事實存在。假設當時乙曾經書立借據，並經甲簽名蓋章以示同意，乙當然也可以提出該借據（文書），以「書證」（物證）作為證據方法。

2. 證據能力

常和證據方法混用的是「證據能力」。所謂證據能力，意指能夠成為證據方法的資格（亦有稱之為「形式證據力」或「證據適格」）。

是不是有些繞口難懂呢？您不妨和民法的「權利『能力』」、「行為『能力』」及民訴法之「當事人『能力』」、「訴訟『能力』」作個

¹ 其實，從中文的語法來說，這兒用「事實」二字，有很大的語病，因為，事實，意謂著事情的真實狀態，如果不真實的話，不能被稱以「事實」；既然已是「事實」，還需要證明嗎？哈哈！建議各位將「事實」了解為：statement or expression，也就是客觀的陳述或說明，但內容是否為真？還有待證據加以證明之。

聯想。在法律學上，「能力」二字指的是條件、資格；權利能力意指成為民法之權利主權的條件與資格；行為能力則是指具備獨立有效完成法律行為的條件與資格。來到了民事訴訟法也一樣，證據能力，指的正是得以成為法律所承認之「證據方法」，而為法院調查並進而採為證據的條件與資格。

(三)嚴格證明vs.自由證明

所謂「嚴格證明」，意指凡與訴訟標的法律關係有關的要件事實，應以民訴法所承認的證據方法（包括人證與物證）、依民訴法所定證據調查程序證明之，民訴法第24條第2項規定即為適例：「前項合意，應以文書證之。」如果當事人沒有文書，卻以人證來證明有管轄合意，該人證於合意管轄事項，是沒有證據能力的，說得白話一點，該人證沒有「資格」用來證明當事人間有管轄合意存在，不生證明的效力。

與「嚴格證明」相對的概念則是「自由證明」，意指法律並未就「證據方法」及「調查證據程序」設有限制，當事人可自由地提出各種不同的證據方法、法院亦可自行決定調查的程序。應特別澄清的是：「自由證明」和本章第四節所討論的「自由心證主義」無關喔！

我國民訴法就證據方法及調查證據程序，多設有詳細的規範，亦即採「嚴格證明」的立法例；本章第二節即要開始介紹這些繁瑣的程序。惟如法律未設規範者，像是外國法、地方法令、特殊的習慣法或經驗法則之證明等，則可依自由證明原則，利用法律所承認之證據方法以外的其他方法證明之。²

想想看

1

談到「證據能力」，不能不談談違法取得之證據。試問：違法取得之證據，是否具有證據能力？



元照出版

搶先試閱版

² 姜世明著，民事訴訟法（下冊），頁4、5，2014年2月版。

8 ● 民事訴訟法（第二冊） 【第一講 第三階段】

Handy Tips

違法取得之證據，例如：私自裝設錄影機或監聽器而錄取的畫面或對話，是否具有證據能力？這個問題不單單是在刑事訴訟程序有其重要性，在民事訴訟程序也遭遇同樣的問題；而這個問題，可從以下幾個層次來思考。³

（一）考量因素——合憲性控制

按司法權乃國家公權力的一環，一旦法院採用違法取得之證據，即屬對於人民之基本權利的干預，甚至造成侵害。更何況，發現真實固為民事訴訟程序之目的之一，但不是唯一的目的，且須受處分權主義、辯論主義及誠信原則等之制約。法院如採用違法取得的證據，是否合於誠信原則？以及是否有侵害人民依憲法應受保障之權利？難免受到質疑。

（二）審查方式

大多數學者認為：無須一概否認違法取得證據之證據能力，至於審查標準何在？學者姜世明老師的說明最為詳盡，茲整理如下：

1. 實體法之違法行為（即違法取得之證據）與程序法之可利用性（即證據能力的評價），應分別予以觀察。

2. 應先確定當事人所違反之法律性質為何，以及其所違反的法律是否有違憲法之基本價值。倘若違反憲法之核心價值，如：隱私權之保障，原則上不應承認此等證據之證據能力。

（三）事例說明

1. 違法取得通姦之證據而提出離婚或損害賠償訴訟

通姦乃民法所定裁判離婚事由（民 § 1052 I ②），為了蒐集通姦的證據而侵害他人之隱私權、秘密通訊權等，此等基本人權之法位階

³ 關於違法取得證據之證據能力，學者姜世明老師著有兩篇專文討論之，詳可參見氏著，民事證據能力及違法取得證據之可利用性（上），頁186~204，月旦法學雜誌第215期，2013年4月；同氏著，民事證據能力及違法取得證據之可利用性（下），頁124~140，月旦法學雜誌第217期，2013年6月。

應凌駕於婚姻及配偶之身分法益之上，故不得以蒐集通姦證據為由而加以侵害。因此，於自家或相姦人之住處裝設竊聽器、錄影機所取得之證據，均不具有證據能力。惟可依類似正當防衛或自助行為之法理，以跟蹤的方式，於公共場所攝影、拍照而取得證據。若有必要進入他人住宅或旅館，對造卻拒不開門者，則可以「證明妨礙」之法理（請參見第四節）規範之。

2. 竊聽、竊錄他人談話

竊聽他人談話內容乃屬隱私權的侵害，原則上，除非得他方明示或默示同意，或為了維護更高的法益（如：蒐集重大刑案的證據），否則竊聽之人不得為證人。但倘若電話對談的場合在公司或營業處所，且談話內容非關乎個人隱私，而是與業務有關，甚至於談話之人是使用免持聽筒的電話機，旁人可以輕易獲知談話內容者，則因偷聽行為的可非難性較低，或可承認其得為證人。

3. 違法取得他人之日記或書信、偷拍照片及竊錄影像

同理，他人私密的日記、書信以及肖像，均屬「隱私權」所保障之範圍，以違法手段取得者，除非有上述 2. 所示的例外情形，否則不具有證據能力。

（四）從「證據資料」評斷「證據價值」

法院就當事人所提出之證據方法（包括人證及物證），依法定的調查證據程序予以調查後所得到的資料、結果，稱之為「證據資料」。以人證為例，舉凡證人的「證言」、依訊問當事人（民訴 § 367-1）程序取得之當事人的「陳述」、鑑定意見的內容，均屬證據資料；而在物證方面，文書的內容、勘驗某個物體或場所之後所了解的該物之特徵、場所的狀況等，也是「證據資料」的一種。

法官手上握有這麼多的證據資料，哪些可以百分之百的證明待證事實存在？哪些又只具有50%的可信度？法官於審查證據資料後，依自由心證就證據資料的可信度所形成之評價，是為「證據價值」（亦有稱之為「實質證據力」或「證據力」）。

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/11865>

國家圖書館出版品預行編目資料

民事訴訟法／李淑明著．-- 四版．-- 臺北市：

元照， 2020.09

冊； 公分

ISBN 978-957-511-296-7（第 1 冊：平裝）

ISBN 978-957-511-376-6（第 2 冊：平裝）

1.民事訴訟法

586.1

109002901

民事訴訟法第二冊

5P026RD

作 者 李淑明

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 28 號 7 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 680 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

出版年月 2016 年 11 月 初版第 1 刷

2020 年 09 月 四版第 1 刷

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-376-6

Code of Civil Procedure

民事訴訟法

這是一本為民法、民訴搭起橋樑的教科書！

- 體系架構：按訴訟進行流程，循序為階段式說明。如果您對民事訴訟法的認識，仍然停留在「點」的觀念、沒有「線」的連結，本書的階段式說明法，為您將零散的觀念，依序串起。
- 案例解析：以訴訟法爭點為主軸、民法實例為藍本。如果您看到實例問題，總是找不到爭點，本書透過大量案例解說，示範如何運用民事訴訟法抽象的觀念，解析繁複的實例問題。
- 全真考題：收錄國家考試試題，詳實解說破題要領。如果民事訴訟法是您通過國考的致命傷，本書嚴選經典試題，依各派學說示範解題技巧，民事訴訟法將成為幫助您跨過國考門檻的利器。
- 修法趨勢：時時留意修法動態、處處反映立法趨勢。如果民事程序法的「詭譎多變」，讓您摸不著頭緒，本書獨特的體系及比較式解說法，絕對是您掌握最新修法走向的必備寶典。



定價：680元



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw