

序 言

本書輯錄有關民事程序制度目的、機能之論文，命名「程序制度機能論」，而編為「民事程序法之理論與實務」系列書之首卷，是由於認知：

程序制度目的、機能論之倡言、拓深，不僅裨益於凸顯、揭示民事程序法之理念、目標，且可藉以認明學問研求之方針、導向，對於其理論構築、立法設計及實務運作，恒能發揮相當之指標作用，恰如本書內論文所驗證。在此意義上，以程序制度目的、機能論為民事程序法系列研究之先導，既有助於學問體系之塑造、開展，亦可循以深植相關各論之法理根基。

再者，民事程序法學原屬最需兼顧理論與實務妥為銜接、呼應之一門學問體系，而致力謀求此二者間之交滙、貫通，乃斯學論者所無從旁貸之使命。因此，試自本卷始，敢將「民事程序法之理論與實務」列為系列研究之對象範疇，實為藉此自我確認學究之職責，並企盼法界先進續賜教益，策勵作者善用多年之審判實務經驗及理論鑽研心得。

基上認知，本書之收輯特著眼於，如下各文主旨所具目的、機能上環扣連結關係：

一、「值得當事人信賴的真實」一文係基於防止發生突襲性裁判之獨自觀點，新倡信賴真實主義，闡論民事訴訟事實審理制度之目的，藉以一方面檢討，向來我國審判實務上頻生突襲及學說上忽略事實認定對訴訟勝敗所具決定性意義等缺失；一方面批判，德、日等國民事程序法學界百年來先後奉為通說之形式真實主義及實體真實主義。

二、「程序保障之機能」一文係基於民事事件類型審理必要論及程序法理（訴訟法理與非訟法理）交錯適用肯定論之觀點，始倡程序保障

具有銜接、統合訴訟程序與非訟程序之機能，而批判向來通說所持程序法理二元分離適用論之妥當性，藉此嘗試從根本上確立全面性改革民事程序法制之前導理論。

三、「民事訴訟之目的」一文乃脈承於上開信賴真實主義，對於德、日等國法學界長年熱烈爭議至今，且部分被移用於我國之民事訴訟制度目的論（權利保護說、權利保障說、紛爭解決說、依法解決紛爭說、私法秩序維持說、多元說及程序保障說等），提出批判性觀點，同時新倡法尋求說，並舉消費者保護訴訟為其活用事例，試加析論。

四、「新世紀民事程序法建制之基本課題」一文係立足於上開目的、機能論，嘗試整理、析論新世紀民事程序法建制所將面對且待克服之基本課題，並闡述可得循以評估民事訴訟法修正取向之指標性觀點，供為展望新世紀民事程序法制理想狀態之準據、參考。

五、「法曹養成教育之課題與展望」一文闡論：程序制度之目的達成、機能發揮及其相關課題之克服，除有賴於配備可資因應時代推移、社會變遷之法制客體面以外，尚須正視傳統上欠缺法律家主體性教育之實態，同時致力於健全、充實法制主體面，而借重程序運作主體（法官、律師）發揮應有之機能，始克為功。

一九九六年四月十日

邱聯恭

目 錄

值得當事人信賴的真實

——基於防止發生突襲性裁判之觀點批判形式的及實

體的真實主義——1

程序保障之機能

——基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適

用肯定論之觀點——61

民事訴訟之目的

——以消費者保護訴訟為例——147

新世紀民事程序法建制之基本課題

——評論民事訴訟法修正走向之基本觀點——197

法曹養成教育之課題與展望

——從律師養成教育應有之改革取向談起——247

《附錄》

事項索引369

值得當事人信賴的真實

——基於防止發生突襲性裁判之觀點

批判形式的及實體的真實主義——

壹、緒言	3
貳、重新檢討事實審理制度目的論之基本觀點	5
一、突襲性裁判之主要型態	5
(一)發現真實的突襲	5
(二)促進訴訟的突襲	6
二、基於防止突襲之觀點重新檢討事實審理制度目的論之必要性	8
三、信賴程序——審理狀況之預測手段	12
(一)訴訟主體間爭點整理之必要	12
(二)信賴程序之意義及功能	14
參、值得當事人信賴的真實之確定	16
一、探討對象之特殊性	16
二、真實之確定過程——心證形成作業過程解析	17
〔例一〕	
〔例五〕	
三、程序要素之揀出及綜合探討	37
(一)實體上及程序上利害之比較衡量機會的保障	37
(二)對客觀的真實追求之執著度的固定化程序	38
(三)心證公開及表明法律見解之必要	39
(四)真實概念之定義	
——形式的及實體的真實說所忽略之程序功能	42
肆、結語	45
※註釋	46

壹、緒 言

凡從事法律實務工作者，幾無不認事實認定（註一）之重要性。尤其，不少法學者及富有經驗之實務家一再強調，民事訴訟之勝負及其命運多繫於事實認定，而非取決於單純之法律解釋（註二）。由此可以察知，當事人對於判決中有關事實認定部分之不滿，實多於對其中有關單純的法律判斷部分之不服。又，倘實際上在事實審欠缺足以消除該不滿之合理而有效的方法，則當事人難免動輒假借上訴第三審理由之形式，而將既經事實審判決之紛爭事件，復提請法律審再予審理。換言之，當事人對於事實認定有所不滿時，往往假借指摘適用法規錯誤或不當等方式，撰成其上訴第三審之理由，以避開採取正面批評事實認定本身錯誤之方法。而且，當事人爲達到改變下級審事實認定之目的，每提出或引用長篇大論之上訴第三審理由書，以主張該認定違反經驗法則等，致加重最高法院之額外負荷（註三）。

然而，向來法律學之研究工作，多將精力集中於法律之應如何解釋，而漠視事實認定過程之應如何妥善運作（註四）。不僅如此，關於事實認定，我民訴法第二二二條第一項規定：「法院爲判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽」，此外，正如同德（§286 I ZPO）、日（民訴法第一八五條）法制，就「真實」概念之內容，則未予明定（註五）。

往昔，在採法定證據主義、當事人宣誓（Parteieid）制度之時代，曾被認爲：法院所確定之真實，係指所謂法定的真實（gesetzliche Wahrheit）（註六）。其後，德國自一八七七年隨著自由心證主義之採用，原則上，將關於證據價值（Beweiswert）之確定，委

諸法官之自由心證 (freie Beweiswürdigung, freie Überzeugung)，而不復受法定證據法則之拘束 (註七)。尤其，自一八八〇年代，關於民事訴訟所確定之真實，究何所指，有所謂形式的真實主義 (das Prinzip der formellen Wahrheit) (註八)，及實體的真實主義 (das Prinzip der materiellen Wahrheit) (註九) 相繼被倡，互為對立，至於今日。

按形式的真實說係認為：在辯論主義 (Verhandlungsmaxime) 下，訴訟資料 (Streitstoff) 之範圍及證明之必要性，既繫於當事人之行為，實體的真實之確定充其量僅屬民事訴訟之從屬的目的或偶然的結果，並非所應追求之目標 (註一〇)。而實體的真實說則認為：倘使民事裁判不追求實體 (客觀) 的真實，則將與民事訴訟之本質相背反，而因其放棄理想，尤難免動搖國家所負文化任務即司法 (Rechtspflege) 之威信，因此，民事訴訟應以客觀的真實之確定為其制度理念 (註一一)。

本來，在訴訟前或訴訟外某一時點已經發生之客觀的事實即「真實」，照理應僅有一個。因此，形式的真實與實體的真實之區別，甚至於被認為僅屬虛有其表，並非完全相反 (註一二)。惟不論其為形式的真實抑為實體的真實，首應探究者為其真實性之證明基準是否明確，及如何使其更明確客觀之問題。亦即，心證之程度應經由何等程序，於達到何種程度時，始應該且能夠認為真實性業經證明之問題。又，該真實性之證明活動即「真實」之確定作業，究竟在事實審理過程上，應該且可能受何等關連而必要的程序因素之影響一事，亦屬問題。此等問題之探討，將直接有助於理解民事訴訟究應以追求確定何種意義之真實為目標。此乃涉及事實審理制度目的論之根本問題，本文係基於筆者獨自之觀點，擬經由就該等問題之探討，一方面對形式的與實體的真實說間爭論對立之實益性加以檢討並批判，一方面則嘗

試重新確立現代的民事訴訟事實審理制度之目的，期能藉以充實上述法學研究上之貧乏，並改善有關事實認定之程序內容。

貳、重新檢討事實審理制度目的論之基本觀點 ——突襲性裁判之徹底防止

一、突襲性裁判之主要型態

一般認為，真實之發現與訴訟之促進係民事訴訟所追求之二大目標，由於兩者處於二律背反之緊張關係，因此如何決定其優劣順位，乃成為運作民事訴訟制度之基本課題 (註一三)。實以非惟正確而慎重之裁判應為民事審判之基本要求，迅速而低廉之裁判亦屬同然 (註一四)。再者，突襲性裁判 (Überraschungsentscheidungen) 之發生，固肇因於未能使當事人充分利用程序法所提供之攻擊防禦機會，而其足以嚴重危害當事人 (人民) 對於司法之信賴，尤為識者所同認 (註一五)。

基於此等基本認識，筆者曾以法院經由心證形成活動確定真實之事實審理過程為中心，分析突襲性裁判之主要型態如下，並認為在民事審判過程上，應適時徹底防止發生此等突襲性裁判 (註一六)。

(一) 發現真實的突襲

此種突襲性裁判之發生係基因於：未使當事人在言詞辯論終結前，充分認識、預測法院有關發現真實之心證形成活動，致當事人就發現真實 (確定某事實之存否)，未盡充分攻擊防禦或陳述必要意見之能事。此種突襲性裁判尚可細分為下述型態：

1. 認定事實的突襲

此種突襲性裁判之發生係基因於：未使當事人在言詞辯論終結前充分認識、預測法院所要認定之事實或該事實之具體內容，致當事人在未能就不利於己之事實為充分攻擊防禦之情況下，受法院之裁判（註一七）。

向來德、日學說，基於民事訴訟採辯論主義之認識者，往往僅強調此種型態之突襲，且偏重於由對造當事人之主張或舉證活動所造成之突襲（註一八）。而未充分注意：(1)縱使一造之行爲未造成對他造之突襲，在事實審理過程仍可能由法院之心證形成活動導致發生突襲性裁判。(2)下述之「推理過程的突襲」及「促進訴訟的突襲」（註一九）。

2. 推理過程的突襲

此種突襲性裁判之發生係基因於：未在言詞辯論終結前，使當事人充分預測法院就某事實存否之判斷過程（對於有關某事實存否或真偽不明之心證形成資料，法院所得之理解、判斷），致當事人在未能適時提出充分之資料或陳述必要之意見（含證據分析）等情況下，受法院之裁判（註二〇）。

此種突襲性裁判通常係發生於法院所為三項判斷過程，即：就某事實之存否，法官所為(1)關於心證度之判斷或其過程；(2)證明度之判斷或其過程；(3)心證度已否達到證明度之判斷或其過程。

(二)促進訴訟的突襲

此種突襲性裁判之發生係基因於：未適時使當事人預測法院之裁判內容或判斷過程，致當事人在不及提出有利資料或意見，以避免程序上造成勞力、時間、費用之不必要支出或不該有之節省等情況下，受法院之裁判。蓋因在審判過程上，如不必更支出一定之勞力、時

間、費用即可發現真實或達到正確裁判時，應儘可能節省此等不必要之支出；反之，如再支出一定之勞力、時間、費用將更能接近（甚至發現）真實或達成正確裁判時，則不應無故（如：非為實現程序上正義之要求，而就隨時提出主義予以合理的限制）（註二一）節省該等必要之支出。因此，倘不使當事人適時預測法院之裁判內容或判斷過程，則當事人將因未能及時促使法院節省不必要之支出或使其為必要之支出，而遭受程序上不利益或實體上不利益（即由於未為程序上之勞費支出致未能實現之實體利益）。

通常，促進訴訟的突襲固往往隨伴於上述發現真實的突襲而同時發生（註二二），但亦有不隨伴於發現真實的突襲而獨立發生者。例如：在訴請償還借款事件審理中，(1)消費借貸不成立、(2)清償及(3)免除等抗辯競合而各成為當事人間之爭點，且就該(1)部分經提出證據A，而關於(2)及(3)部分則經提出有證據B，此時，倘法院就證據A為調查後，已得肯定該借貸不成立之心證K，竟未使當事人預測此心證，並進而為判斷清償事實及免除事實之存否。在未使當事人認識、預測到何以有調查證據B之必要等情況下，逕為證據B之調查，致支出勞力、時間、費用，然後始在辯論終結前，使當事人認識、預測心證K，且使其就此為辯論，並認定以心證K為內容之推定事實。此時，當事人既已在辯論終結前預測到該認定事實而有陳述意見之機會，不生發現真實的突襲，惟法院既早經得有心證K，則應無再命調查證據B之必要，其竟為之，致造成不必要之支出，即屬對當事人獨立發生促進訴訟的突襲。

以上係應本文論述之需要，就突襲性裁判之主要型態，以與事實認定有關者為中心，予以簡述。茲須附言者，此處所謂與事實認定有關之突襲型態，並非即意味係指與法律見解無關連之突襲型態而言。其實，在從事心證形成活動的事實審理過程上，法官往往係一方面解

釋實體法律並注意何者為所應適用之要件事實（法律事實），而另一方面則從當事人所主張之一系列的事實中，檢取該當於要件事實之具體事實，進以認定事實。職是，發現真實的突襲之發生，並非與當事人難以預測到法院之法律見解一事全無關涉。不過，於此特須強調者：未使當事人在言詞辯論終結前認識、預測法院之法律見解時，特易導致發生促進訴訟的突襲，蓋因於此情形，當事人就原審法院適用法律之錯誤或不當，為謀求救濟，往往設法採取上訴手段以到達第三審，致造成不必要之浪費，而且，該第三審法院縱能救濟原審之法律上錯誤，亦無從補救自原審判決後，已發生之程序上浪費。因此，論述並強調「促進訴訟的突襲」概念，自具有喚起注意充實訴訟程序制度，俾使當事人並能適時預測法院之法律見解，竭盡攻擊防禦之能事，以避免不必要之程序上浪費等意義與作用。尤其，防免發生促進訴訟的突襲所可確保之程序利益，既屬該事件訴訟當事人之利益，而對其他諸多現正或即將使用訴訟制度求得正確、慎重且迅速、低廉的裁判之人而言，亦屬一般國民及法院之利益，不可不察。由此觀之，德、日向來學說，幾未充分認識並論及「促進訴訟的突襲」概念與充實防止其發生之制度的必要性（註二三），洵屬憾事。矧迅速而低廉之裁判原亦屬運作民事訴訟制度之基本要求，有如上述。

二、基於防止突襲之觀點重新檢討事實審理制度目的論之必要性

向來，有關如何判定事實之真實性即心證所應到達之證明度，曾被提出有多種基準，據以說明。諸如：「接近於確實之蓋然性」，「殆可謂其為確實之真實性（die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit）」、「通常人所不置疑之高度蓋然性」、「社會生活

中所應通用之真實性或通常人所不置疑而能寄予信賴的程度之真實」、「近於真實之確信」、「優越的蓋然性（überwiegende Wahrscheinlichkeit）」、「70%~80%之心證」（註二四）等等，不一而足。此等說明，固非全不能提示一項大致的基準，俾據以為真實之確定或事實之證明。然而，在具體適用時，各該基準究竟係指如何程度之心證而言，實未必相當明確，則屬難以否認之事（註二五）。良以各該基準仍不免失之籠統，當實際適用時，尚可能導致紛歧不一之結論（註二六），應予留意。

再者，在事實審理過程上，法院能否形成如何程度之心證及其到達一定證明度之可能性大小，往往受種種因素之影響，諸如：在個別具體的事件為認識事實所使用的手段之多樣性、各該社會所能利用的心證形成資料之質與量、對於及時發現並改正心證形成活動之誤謬有未充實必要之制度、在運作訴訟制度之過程上法官所扮演的角色是否積極及其心態如何、其有關審判之素養經驗及審判觀（註二七）等等。由於此等因素多在法院就某事實之真實性達成確信之過程發生作用，因此，如何充實有關制度，以健全形成該確信之過程，實具有決定性之意義。

職是，關於真實之確定，最重要者應非法院目前已否就某事實之真實性有所結論（判斷）本身，較此更為重要而先決的前提問題應是：在法院就某事實之存否達成結論（就某事實之真實性達成確信）之判斷過程，即在真實之確定過程，就對於提高心證形成活動或其結果（註二八）之真實接近度、正確度（註二九）與迅速性、經濟性（註三〇）有助益之資料，是否已善盡提出、蒐集、利用之能事？亦即，在真實之確定過程，倘賦與提出、蒐集、利用該等資料之機會，將更能提高該真實接近度、正確度時，究竟有未充分賦與此機會？又，若賦與防免支出更多勞力、時間、費用之機會，將更能提高該迅

速性、經濟性時，到底已否充分賦與此機會？蓋以此等機會之有無利用，將直接左右該等資料之多寡及質量，進而對上述真實性之判斷及確信發生影響。因此，如何保障該等機會，自屬在探討如何健全真實之確定過程時，所不可不加考慮者。此由防止發生突襲性裁判之觀點言之，實即，法院是否使當事人充分預測審理活動之真實接近度、正確度及迅速性、經濟性等問題。易言之，此乃法院是否盡徹底防止發生「發現真實的突襲」及「促進訴訟的突襲」之能事等問題。足見，防止發生突襲性裁判之觀點與探討真實之確定過程應何所適從一事，關係綦密。前者對於後者實有決定性之支配作用。析言之，基於徹底防止發生突襲性裁判之觀點，探討真實之確定，無異係以思考如下問題為主要旨趣。即：真實接近度、正確度是否隨突襲性裁判之徹底防止度（註三一）發生變動？所謂「無突襲的事實認定」——在徹底防止發生突襲性裁判之情況下所為之事實認定——所確定之真實，是否意味客觀的真實本身？如不然，則在此情況下所確定者究竟應屬何種意義之真實？對此等問題之思考，實即如何使「真實」概念具體明確化之探討工作，均屬基於徹底防止發生突襲性裁判之觀點，重新檢討事實審理制度目的論之根本作業。經由此種作業，將可明瞭心證形成作業所應追求之目標何在。

另者，辯論主義固亦屬有助於防止發生突襲性裁判之一原則（註三二）。但，即使在採職權探知主義（Untersuchungs-oder Amtsermittlungsgrundsatz）（註三三）、自由心證主義或就訴訟指揮承認法院之裁量權等情形，並非即意味，可對發見真實的突襲及促進訴訟的突襲，不加聞問。良以該等制度之運作，均不應有害於當事人之實體利益（在接近甚至符合於客觀的真實之情況下，因實體權利之實現所可獲得之利益）及程序利益（在程序上因勞力、時間、費用之節省所可獲得之利益），而兼顧維護此二利益，尤屬國家依司法

制度所應善盡之文化任務。且如上所述，向來並未充分認識促進訴訟的突襲及推理過程的突襲等概念。在此情況下，試從徹底防止發生突襲性裁判之觀點，思考其與「真實」概念之關連，尤有助於深入瞭解應如何充實事實審理制度，以改善真實之確定過程。

此外，自與事實審理方式之關連而言，不可不特予指明者：與採徹底集中審理主義之英美法系制度不同，在大陸法系之事實審理方式下，訴訟遲延現象屢發生於法院受理訴訟時起至宣示終局判決時之間（註三四）。因此，從防止發生突襲性裁判（尤其是促進訴訟的突襲）之觀點，探討心證形成主體即受訴法院之事實審理活動（如：是否或應否命為改期、查報證據、或闡明等等），在何等相關條件下，可能對真實之確定發生何等影響一事，實為瞭解如何緩和或排除該訴訟遲延現象將導致之實體上及程序上不利益時（註三五），所必要之前提作業，此其一。又，與英美法系事實審理方式比較言之，在大陸法系事實審理方式下所為認定事實之過程，就個別證據之信憑性，往往有探究不徹底之缺失（註三六）。而且，一般認為所要求之心證程度，在後者較在前者方式下為低（註三七）。為此，基於徹底防止發生突襲性裁判（尤其是推理過程的突襲）之觀點，檢討其可能對真實之確定發生何等影響，亦屬重要，此其二。以美國法為例，其聯邦民事訴訟規則（Federal Rules of Civil Procedure）所採用以開示（discovery）為中心之制度，既有助於事先限定並明瞭當事人間之主要爭點，且可同時藉以探查與該等爭點有關係之事實及證據方法（註三八）。在未採該制度，而言詞辯論之準備制度又不完全之大陸法系國家，非僅對當事人之證明或法院之心證形成活動重要之間接事實，甚且法律（要件）事實，每至於受訴法院為證據之調查時，始被提出或出現（註三九）。由於此現象之發生，實即意味在事實審理過程對當事人（尤其是基於該事實之認定將蒙受實體上或程序上不利益者）

造成突襲（註四〇），其與事實審理制度之應如何改進，具有不容忽視之關連（註四一），乃屬必然。且以上述事實既屬心證形成及裁判所必要之基礎資料，其蒐集、掌握是否合乎迅速、經濟之要求，及其質量如何，均將直接決定法院所確定之真實的內涵，此其三。由於現今之民事審判實務，多於期日僅使當事人交換書狀，致言詞審理主義（Mündlichkeitsprinzip）未能發揮其應有之功能，幾至於成為有名無實之存在，頗受非議（註四二）。職此，如何促使闡明權之行使，能真正有助於充實審理內容，藉以及時保護當事人之實體上及程序上利益，乃亦成為重要課題。因此，基於防止發生突襲性裁判之觀點，探求充實審理內容之必要方策，對於圖謀言詞審理主義之甦生及闡明權行使方式之健全，具有極其實際之意義，此其四。另須附言者，上舉各項，既均涉及心證形成資料之提供及蒐集活動，足見基於防止發生突襲性裁判之觀點，探討如何充實訴訟程序，對於使直接審理主義及自由心證主義之運用健全化，將有助益。

三、信賴程序——審理狀況之預測手段

(一)訴訟主體間爭點整理之必要

通常，倘當事人之一造，至言詞辯論期日，始突為某事實之主張或一定證據之提出，則將使他造處於未必能即提出必要資料為充分攻擊防禦之狀態，致對其造成突襲。為防止發生此種基因於對造活動之突襲，固可藉事先就當事人間有關於事實、證據或法律上爭點予以整理（以下略稱為當事人間之爭點整理）之方法（註四三）。惟基因於對造活動之突襲，與在上所述之突襲係基因於法院之審理及裁判活動者有別，僅當事人間之爭點整理並非防止發生突襲性裁判之充足手段，亦即突襲性裁判之防止，另有待於藉法院與當事人間之爭點整理

（下述）始能奏效。蓋以突襲性裁判之是否發生，乃繫於受發現真實的或促進訴訟的突襲之當事人，在辯論終結前是否得有機會，能藉以適時預測到法院之審理活動將導致一定的實體上或程序上不利益一事，而非取決於法院之判斷（如就某事實所形成之心證結論或判決）本身是否正確無誤或是否合乎迅速、經濟之要求一事。為使當事人得能預測該等不利益，法院與當事人間之爭點整理，乃為必要。

析言之，1.為防止發生認定事實的突襲，有使當事人在辯論終結前（判決前），預測到法院對主張事實（當事人所主張之事實）及認定事實（被法院列為判決基礎而予認定之事實）所為理解或判斷之必要。2.為防止發生推理過程的突襲，有使當事人在辯論終結前，預測到法院對有關某事實存否之心證形成資料所為理解或判斷之必要。3.適時踐行上述1及2之預測程序，將使當事人同時預測到法院審理活動（含有關要否為某證據之調查，及對其難易程度之判斷）之迅速性、經濟性，此為防止發生促進訴訟的突襲所必要之手段。在踐行此等程序之過程，當事人於預測法院之審理狀況以後，可進而向法院提出有利資料或陳述意見，甚至可能適時指明法院所為理解或判斷，在其對真實接近度、正確度（註四四）或迅速性、經濟性（註四五）上，存有誤謬或缺失。藉此程序（以下略稱為預測程序），1.法院可與當事人就有關同一資料（訴訟資料或證據資料）所為理解或判斷之不一致所在——爭點——予以整理，此即法院與當事人間之爭點整理，乃為由法院主導防止發生突襲性裁判所必要。此所以特別強調該爭點整理之重要性者，主要係基於下列理由。亦即，當事人間之爭點整理，充其量僅對防止發生基因於對造活動之突襲有其實益，而且，倘僅限於論及此項爭點整理之必要性，輒難免以充實有關整理當事人間爭點之制度為滿足。成為其整理爭點手段之闡明制度，將未必以預測程序為內容。反之，倘並重視法院與當事人間爭點整理之必要性，

則有助於充分認識充實必要制度，藉以使當事人在辯論終結前，能預測法院所為理解或判斷。此時，其所探求之整理爭點手段，如非並以預測程序為內容，將不為功。2.當事人經由預測程序而得悉其與法院之爭點以後，可獲得進而主動提出資料或陳述意見之機會，藉以在各該審級，及時當場促請法院提高或改善其理解、判斷所具有之真實接近度、正確度或迅速性、經濟性（以下略稱此種當事人之活動為催促活動）。此項催促活動，乃為維護當事人之實體上及程序上利益所必要。

晚近，論者有鑑於審判實務過分偏重書狀審理，竟至於僅在書狀上記載要證事項及其與證據方法之關連性等陳述，致無從節省勞力、時間、費用並發現事實，乃強調為使事實關係明確化，法院應與當事人以言詞討論並溝通意見（註四六）。此種見解，肯定法院與當事人間爭點整理之必要，固值讚賞。惟如其非以使當事人並能預測法院之心證或判斷內容為言詞討論之前提基礎，則對當事人之催促活動尚無直接助益，仍難謂為充分之爭點整理手段。

(二)信賴程序之意義及功能

近代法治國家之審判制度，係以適用議會制定之法律而裁判，為其基本要求。人民據此得能預測裁判內容，以謀求其權利之保障，營其安定之社會生活。而憲法上訴訟權之確實的保障，則端賴具備且健全人民所容易親近使用之審判制度，與乎充實訴訟過程之程序保障內容，並均使達於最大限度（註四七）。關於程序保障之諸制度（註四八），尤以言詞辯論之保障，亦即，平等賦予雙方當事人在法官面前均有充分攻擊防禦之機會一事，係屬審判所以成其為審判之最基本要素。此為要求當事人接受法院判決所不可或缺之基礎，並為贏得當事人對裁判寄予信賴所不可欠缺之過程（註四九）。再者，本來，杜絕

人民請求保護權利之途，而招致其對審判之不滿與不信賴，將造成否定司法制度之後果（註五〇）。以故，如何充實程序內容，藉以就法院之審理過程與判斷，說服當事人且使當事人表示信服，乃屬近代裁判所不得不苦心焦慮之課題（註五一）。

基此認識，足知如何充實言詞辯論之程序內容，俾能提高當事人對裁判內容之預測可能性，並經由說服當事人且使當事人對裁判表示信服之過程，贏得當事人對裁判之信賴，乃為當今構築訴訟理論及實際運作審判制度時，所應刻意完成之要務。上述之預測程序有助於確保當事人之催促活動，能發揮如下之二重功能，堪認為係有助於達成上述目標，而為贏得當事人對裁判之信賴，所必要之信賴程序。亦即：

一者，此程序具有使當事人在判決前表明其對審理活動（含心證形成活動）及判斷之信服度、信賴度的功能，可成為當事人表明該信服度、信賴度之手段。因在此程序，當事人得有機會，可於預測審理狀況後言詞辯論終結前，對審理活動及法院判斷之真實接近度、正確度或迅速性、經濟性，提出有利資料或陳述意見，以表明是否信服、信賴及其程度，供為法院取捨之資料。再者，該程序並可成為法院在判決前預先主動確認上述信服度、信賴度之手段，進以自行檢視判斷過程及內容有無誤謬、缺失。

於此特須強調者，從實質上充分保障訴訟當事人參與審理程序之機會一事，乃為當今審判制度之最基本要求，而當事人有未充分參與程序，將對裁判之正當性及訴訟當事人對裁判之滿足，產生重要之影響（註五二）。因此，在信賴程序運用上述信服度、信賴度表明手段或確認手段，實具有促使當事人充分參與審理程序，以貫徹審判制度基本要求之積極功能。向來為說服當事人並獲得其對裁判之信賴，論者每強調將法院判斷（得心證）理由記載於判決書之功用（註五三

）。實者，此項功用，就獲得當事人對裁判之信賴言，既僅能見於辯論終結以後，而無從使當事人充分參與判決前之審理程序，顯難與上述信賴程序之積極功能相比。矧踐行信賴程序，賦與當事人充分之攻擊防禦機會，為徹底防止發生突襲性裁判所必要。此外，信賴程序賦與當事人為催促活動之機會，另具有如下功能：1.對於下級審法院之事實認定，如單憑上級審（尤其是第三審）法院之事後審查，每有難為適時且充分救濟之憾。就此，信賴程序對於催促活動之保障，能發揮予以改進之功能（註五四）。2.以信賴程序保障當事人之催促活動，將有助益於使職業法官之判斷民主化（democratize）。在不採陪審制度之情況下，如何針對法官之職業性偏向，改善其判斷中隱存之恣意、武斷，原為課題（註五五）。實以陪審制度一方面被認為有助於維護個人自由及民主主義（註五六），有其長處（註五七），一方面則因其存有短處（註五八），而隨著非陪審事件之增多，陪審制度之特殊程序並有緩和之勢，此事被評為係對大陸法系審理方式之接近現象（註五九）。因此，經由信賴程序之踐行，加強當事人參與訴訟審理過程之方式，誠不失為可採之途，藉此將有助於在少蒙受陪審制度之弊害下，達成使職業法官判斷民主化之目的。足見，踐行信賴程序與否，乃為決定審理活動及法院判斷，堪否認為值得當事人信賴之存在的基本要素。

參、值得當事人信賴的真實之確定

一、探討對象之特殊性

向來，不論形式的或實質的真實說，固然均未基於各自的立場，

進一步詳細分析並論證各該學說內容，究與事實審理程序內之法官心證形成作業，具有何等具體的推論關連。而在自由心證主義下，心證形成過程一向被目為係屬所謂神聖不可侵犯之領域，既非法官以外之人所得干預，又難從外界把握該過程之實情。因此，對於心證形成過程之法律學上研究，乃成為相當困難之事。加以心證形成之作業過程，通常係經由訴訟指揮而行之於實際的實務過程，每難僅從判決內容窺其全貌，第三審之判決更然。並且，如何形成心證，關涉事實審法院之專屬權限範圍，與動態的審理活動密接而不可分，其分析探討，絕非僅以靜態而抽象的訴訟理論（含涉此之判決先例）為對象，所能竟其功（註六〇）。

足見，從訴訟法學理探討真實之確定過程，實具有相當特殊性。此處擬採取經由分析具體事例之方法，探討心證形成之作業過程，藉以論證信賴程序之有未踐行與真實之確定間，究有何等關連。再者，徹底防止發生突襲性裁判，係據以解析之基本觀點，職是，在此研討之基本方向及內容為：就心證形成之作業過程，先探尋隱存其中之不同的突襲型態，及各該突襲型態相互間之緊張或矛盾關係，並進而明瞭何者為有助於其調和之程序要素，然後，就在該調和點上所確定之真實，從民事訴訟法學理，予以定義。

二、真實之確定過程——心證形成作業過程解析

〔例一〕在X（原告＝出租人）對Y₁（被告＝承租人＝自稱轉租人）Y₂（被告＝自稱次承租人）訴請確認租賃關係不存在之事件中，當事人間之爭點為就轉租曾否得到承諾（註六一），而涉及如下各事實是否均宜或應成為法院之認定事實（要認定事實）：

A事實＝相當於明示承諾之一定事實

＝在特定的時日、場所，X曾表示承諾之事實。

B事實＝相當於默示承諾之事實＝難特定其時日、場所之事實

B₁事實＝X曾代Y₁從Y₂受領一定金錢，而相當於Y₁應支付X及Y₂應支付Y₁的租金額之事實

B₂事實＝X曾代Y₁向Y₂請求支付一定金錢，而相當於Y₂應支付Y₁的租金額之事實

B₃事實＝X、Y₁、Y₂間曾在Y₂使用原租賃標的物之期間內，商談提高租金額之事實

此時，應予分析、探討之問題為：

(一)如踐行信賴程序，而為法院與當事人間之爭點整理後，一致認為僅A事實存否係當事人間之爭點，乃選定A事實為要認定事實（判決基礎事實）。此情形，較諸因不經由信賴程序，而併以B事實為要認定事實之情形，在心證形成作業過程上，將更不隨伴發生促進訴訟的突襲。蓋因：1.B事實之證明、認定，往往需費較多勞力、時間、金錢，以查明有無多數之徵憑（Indiz）如B₁、B₂、B₃等事實存在，倘在未使當事人預測亦有認定B事實存否之必要以前，逕併以B事實為判決基礎事實，則法院之判斷及心證形成作業，忽視將B事實排除於判決基礎事實以外，而能更迅速、經濟確定之真實，亦可能為當事人所希求者。此真實乃存在於真實之發現與訴訟之促進等二基本要求之調和點上之事實，此與就A事實存否及B事實存否均予確定時所意味之客觀的真實，不盡相同。2.由於事實認識手段的有限性（註六二），無從斷言可保證只要付出勞力、時間、金錢，恆能達成符合於客觀的真實之認定。上述心證形成作業，未能事先充分顧慮訴訟經濟，

致逸失在使當事人能預測下不就B事實為證明、認定，以節省勞力、時間、金錢之機會。

足見，法院愈執著於所謂承諾事實存否之認定，恆非包括A及B事實存否之認定在內不可，則承諾事實存否之認定，將愈難合乎迅速、經濟之要求。而且，並不能擔保就B事實之存否，必能達成終局的肯否判斷，其在空費勞力、時間、金錢以後，竟仍不得不以存否不明之認定而終者有之。

(二)經由信賴程序，賦與當事人機會，藉以比較衡量因該訴訟之遂行所能獲得之實體利益及程序利益一事，於當事人、於法院，均有實益。譬如Y₁、Y₂鑑於就承諾事實之存在，被告負有證明責任，乃主張X在Y₁為轉租前曾預就轉租為承諾之表示，而舉在該表示現場見聞者K為證人。同時，Y₁、Y₂亦主張，在Y₂就原租賃標的物為使用中，X確曾另為默示的承諾而有B事實存在，並陳述B₁、B₂、B₃等事實，但以此等事實之立證需多花費，就其調查之結果又無自信，而對此，X則否認一切承諾事實。在此情形下，B事實之不存在，可能使X之訴成為有理由，對X有實體上利益，但，就B事實為證明之過程，Y₁、Y₂將難免蒙受程序上不利益。職是，不該斷言，不論為多大經濟上支出，均非證明並認定B事實存否不可一事，對法院及當事人恆有實益。為此，從事前考慮訴訟經濟的觀點言，法院與當事人將有如下選擇之必要，亦即：究竟認為承諾事實係包含B事實在內，而追求此意義下的真實之確定？抑或將B事實除外，僅就A事實之存否使為證明（訊問K）並予以認定，而甘心忍受較合乎迅速、經濟意義的真實之確定？此項選擇之實益，尤其如法院能與當事人在訴訟前階段，儘早經由信賴程序把握案情全貌，而預測到B事實之證明及認定將需花費相當多時，更能顯知。此時，因B事實之證明所將導致之實體上利害（轉租權存否）與為B事實之證明所將蒙受之程序上利害（

支出勞力、時間、費用與否），係處於緊張狀態，在心證形成作業過程上，使二者調和，將即直接成為法院及當事人的利害。

可知，踐行信賴程序，保障當事人比較衡量上述二種利害，並有就上述二種意義的真實之確定，予以擇一之機會，乃所必要。因藉此可使當事人，面對心證形成作業，為充分攻擊防禦，而在防止發生突襲下，確定真實。

(三)與(一)之情形不同，如經踐行信賴程序以後，法院與當事人間，未能一致選定A事實為判決基礎事實，而且，為承諾事實存否之認定，當事人仍堅持除A事實外，併求法院認定B事實之存否。此時，當事人因已預測到不僅A事實，B事實亦同包含於要認定事實內，將得有機會，可更進一步併提出有助於證明B事實存否之資料或陳述意見。此項預測機會之保障，就當事人能預測B事實亦屬判決基礎事實言，係認定事實的突襲之防止；就當事人因能預測B事實存否之證明必要性，而更能進而考慮到併提出或證明B₁、B₂、B₃……等事實存否之重要性言，則屬推理過程的突襲之防止。易言之，倘未踐行信賴程序，則有關於B事實之判決，將成為發現真實的突襲。不僅如此，當事人經由信賴程序，預知因B事實存否之認定將不得不付出相當勞力、時間、費用。此就當事人能預測到程序上之利害言，乃屬促進訴訟的突襲之防止。在此情形，當事人亦得有比較衡量實體上利害（因併為B、B₁、B₂、B₃等事實存否之認定將導致轉租權有無之結論）與程序上利害（因併為B、B₁、B₂、B₃等事實存否之認定是否將不得不隨伴經濟上支出）之機會，法院所追求者，乃屬存在於二者之調和點上的真實。

(四)在法院與當事人最後選定B事實為主張事實即要認定事實，而將A事實排除於判決基礎事實以外之情形，上述分析說明之旨趣，亦同有其適用。亦即，在此情形下，為證明、認定B事實，就B₁、B₂、

B₃等事實之全部或其一，踐行信賴程序，亦有實益。換言之，為證明、認定B事實，就有關於B₁、B₂、B₃等各事實之實體上利害及程序上利害，賦與當事人預測機會，而選定其中一部分事實或其全部，以進行心證形成作業，對於該二利害之調和，亦有實益。蓋因，此時B事實存否之認定，可能定著於不同意義的真實之一：1.就B₁、B₂、B₃……等事實存否均予確定時所意味之真實；2.僅就該等事實中之一部分（如僅就B₁、B₂或僅就B₃）予以確定時所意味之真實。從B、B₁、B₂、B₃等事實全部或一部分存否之認定，係判定轉租權有無之關鍵而言，追求1.或2.所意味之真實，均與當事人之實體利害有直接關連。而且由於此事另涉及在程序上節省或支出一定的勞力、時間、費用等問題，自與法院及當事人之程序上利害亦有直接關連。其應比較衡量之利益狀態及所涉防止發生突襲性裁判之問題，亦同於(一)至(三)就A與B事實間所為探討。

(五)應附言者，循信賴程序就A、B、或B₁、B₂、B₃等事實為一定事實之選定或不選定以後，則爭點所在已明，此事將有助於貫徹合理限制隨時提出主義（參照民訴法第一九六條二項、第二七六條）之要求，以實現程序上正義。例如：本例中，設X既訴請確認X與Y₁間之租賃關係不存在，亦同時訴請確認X與Y₂間之租賃關係不存在。第一審法院踐行信賴程序而確知X與Y₁、Y₂間之爭點，自始僅在A及B事實之存否。詎就此進行多次期日之辯論以後，Y₁、Y₂竟在第一審將終結辯論時或遲至第二審突主張該當於租賃權轉讓之事實C，此時通觀該訴訟進行之全部過程，將更容易判定C事實之提出，係為意圖延滯訴訟。蓋在信賴程序，法院與當事人間，實際上能預測對方之認識、理解及判斷時，則就事實之新提出，究係因應心證形成作業之變動上必要，或係另有他圖一事，將較諸未踐行信賴程序之場合，更容易判定。前者如：經選定A事實為判決基礎後，因訴訟或證據資料發

生變動，有更列B事實為認定事實之必要。後者如：在上述情況下，提出C事實。

〔例二〕在X（原告＝被害人）對Y₁（被告＝加害人＝司機）、Y₂（被告＝Y₁之僱用人）之損害賠償事件中，X主張其受損害係因Y₁之過失所致。於事實審理過程從事心證形成作業時，涉及下列事實。

A事實＝駕車前或駕車時Y₁曾飲酒多量之事實

B事實＝駕車中Y₁曾轉頭往旁處看之事實

C事實＝Y₁操作汽車方向盤有錯誤之事實

D事實＝Y₁超速行車之事實

E事實＝車上安全設備（剎車器等）的檢查整修欠周之事實

F事實＝駕駛中Y₁與其助手邊談笑之事實

G事實＝Y₁忽視交通信號之事實

在此情形，應分析、探討：

(一)法院於訴訟前階段，儘早把握案情全貌後，如認為A事實存在之可能性不大，且為證明、認定A事實存否，將支出相當之勞力、時間、費用，乃經由信賴程序，將此法院之認識、判斷及其理由向當事人表明。由於X亦不認為A事實有存在可能（如：因為肇事時，X與Y₁同坐而知其可能性等），而對該法院判斷，表示信服，乃一致將A事實除外，僅選定B、C、D、E、F、G等事實之一部分或全部為判的基礎事實，進行心證形成作業。此時，選定一定事實為要認定事實，所應比較衡量之利害及涉及防止發生突襲性裁判之問題狀況，與在〔例一〕(一)、(二)、(三)、(四)所為分析、探討，並無不同。又，踐行信賴程序後，如未能一致選定判決基礎事實，而併將A事實列為要認定

事實時，則適用在〔例一〕(三)之說明旨趣。

(二)在此特須強調者，因該當於過失要件事實存否之證明、認定，固然即成為判定有無損害賠償權利之一關鍵，惟過失有無之認定，可能涉及多種意義之真實：1.在未使當事人預測（未踐行信賴程序）下，法院逕就A、B、C、D、E、F、G……等一切可能存在的事實存否，均予一一查明後，始予確定之真實。2.在踐行信賴程序後，始就該等可能存在的事實均予查明，而確定之真實。3.由於事先為訴訟經濟上考慮，經踐行信賴程序後，僅限定就該等事實中之一部分（如：僅就A、B或G事實）存否，予以確定的真實。

如法院竟追求1.意義下的真實，其心證形成作業及認定，依上（貳一）說明，係屬突襲性裁判，無待贅言。如基於2.意義下所確定之實體的真實而判定有無損害賠償權利，固然可謂最能精確貫徹實體權利。但此事充其量僅屬實體利益之追求而已。問題是：為追求確定此種客觀的真實，所不得不付出之經濟上犧牲，是否恆為當事人（尤其是希求早日實現權利之債權人）所甘心忍受？如不然，則該當事人應經由信賴程序，而得有選擇請求法院追求3.意義下的真實之機會。又，在合理限制隨時提出主義之要求下，即使一造（尤其意圖延滯訴訟的債務人）願受該經濟上浪費，亦非所許。換言之，此乃屬貫徹民訴法第一九六條第二項或第二七六條之意旨為處理，或如何改進此等制度，以合理限制該主義之問題。

(三)按A、B、C、D、E、F、G等各事實，係就過失之有無為判斷時，成為其對象之事實。向來，在辯論主義下，關於應如何主張過失等不特定概念（Unbestimmte Rechtsbegriffe）（註六三），在學界就如下問題多有爭論。即：究竟其主要事實係指不特定概念（如過失）本身？抑或指成為其判斷對象之具體的事實（如A、B、……等個別事實）？是否只要當事人主張「有過失」等不特定概念本身，法

院即可將各該具體的事實列為判決之基礎，而無待當事人就此為主張？為處理此等問題，向來爭論之焦點，係在於當事人主張之要否，亦即就何範圍之事實須待當事人主張，始得成為判決基礎事實，就何範圍之事實則非然（註六四）。惟依本文之基本觀點言，上述爭論焦點，縱經解決，仍有須再進一步解決如何防止發生突襲性裁判之問題。換言之，1.在採取當事人祇要就過失（或其他不特定概念，如：正當理由、權利濫用、違反誠信原則等）為主張，法院即可列各該具體的事實（A或B……等事實），為判決基礎事實之見解下，法院倘不將其實際上列為判決基礎之具體的事實（如A事實），經由信賴程序，使當事人預測到，仍將難免發生突襲性裁判（以認定事實的突襲為主，而隨伴發生推理過程及促進訴訟的突襲。）2.在採取就各該具體的事實之全部或一部分，仍有待於當事人之主張，始得成為判決基礎之見解下，法院若不將有關於該事實（經當事人主張之A事實）存否之心證形成活動，踐行信賴程序使當事人（尤其是因A事實存否之認定而受不利益者）預測到，則最少將發生推理過程的突襲及隨伴發生之促進訴訟的突襲。不過，他事實（B事實）之提出，是否基於合理限制隨時提出主義之要求，而被駁回，則屬別一問題。

〔例三〕在X（原告＝貸與人）對Y（被告＝借用人）請求償還借款事件中，Y否認債務成立時，下列事實與心證形成作業有關：

A₁事實＝就一定金錢曾為返還的約定，並予授受之事實

A₂事實＝支付一定金錢而為清償之事實

B事實＝該當於判斷「債務不曾成立」所必要之事實

就此，應為如下分析、探討：

(一)倘法院就A₁、A₂事實，均得有積極的心證，而擬以A₁、A₂事實為判決基礎。此時，在審理中判決前，法院如不使當事人預測到該暫定的心證，則Y將不能獲得充分的判斷資料，據以向法院表明其無主張A₁、A₂事實之意思，而因此喪失提出其他資料，促使法院就B事實形成積極的心證之機會。亦即，該暫定的心證（就A₁、A₂事實所得積極的心證）雖對Y有利，但法院經由信賴程序，對Y確認其有無主張A₁、A₂事實之意思及是否信服該心證一事，仍有實益及必要。蓋因在未踐行信賴程序之情形下，基於下述理由，對Y發生突襲性裁判，即：以該暫定的心證為基礎之判決，係對Y有利的勝訴判決，而且A₁事實與B事實係處於二者擇一的關係，僅X在判決後提起上訴時，Y方能另提出資料，支出勞力、時間、費用促使上級審法院形成正確之心證（使法院以B實為判決基礎）。此事意味：如不踐行信賴程序，則不但就A₁、A₂事實，並且就B事實，均不能謂已充分審理，Y在原審受有促進訴訟的突襲及發現真實的突襲。

足見，法院就實體權利義務（Y有無償還借款債務）所為判斷本身，雖未必即對當事人發生實體上不利益（不論就A₁、A₂事實或另就B事實得積極的心證均不即有害於Y之實體上利益），仍可能在程序上有害於該當事人甚至法院之利益。

(二)依上說明，信賴程序之踐行，既有助於就A₁、A₂及B事實均予充分審理，乃為使原審審理成為真正的一審級所必要。是信賴程序之踐行並意味：在嚴格的條件下（嚴密的審理後）始承認喪失審級利益。因為：由於以上述暫定的心證（就A₁、A₂事實之積極的心證）為終局的心證之判決，係對Y有利，及不承認Y就B事實有自行提起上訴之利益。而此種利益之喪失，原係以在原審已就訴訟權（受慎重、正確且迅速、低廉的審判之權利）予以實質的保障為前提。因此，就特定爭點之審理予以充分的程序保障言，信賴程序實具有充足

該前提之作用。在此意義下，信賴程序不但對於爭點效否定說（註六五），即使對於其肯定說（註六六）亦屬必要。尤其是依肯定說而承認上訴利益時，信賴程序之踐行，可提高當事人對原審判決之信服度，將有助於防免無益的上訴。

（三）倘法院於踐行信賴程序，使Y就上述暫定的心證為催促活動以後，仍堅持該心證不應動搖，而且，Y依然表示僅有意主張B事實時，則法院所為否定B事實存在或其存否不明之判決，對當事人（尤其是Y）已非突襲性裁判。蓋以此時Y已能預測到，如固執於B事實之主張，將隨伴於其在上訴審之提出，發生程序上不利利益，但如甘心忍受該暫定的心證，則可避免發生該不利利益。並且，Y已得有為催促活動之機會，可藉以陳述意見或為證據分析，說服法官就B事實形成積極的心證。

若Y於預測該暫定的心證以後，竟仍不主張A₂事實，則嗣後（如在上訴審）所為A₂事實之提出，將可能因其係為意圖延滯訴訟而遭駁回。此意味：信賴程序能一方面保障審級利益（保障由上訴審確定B事實是否如當事人所主張之機會），而一方面避免發生訴訟不經濟（在上訴審始提出A₂事實時將導致的浪費），並在調和實體上利害及程序上利害之過程，確定真實。

（四）反之，Y於預測該暫定的心證及其理由以後，認為其程序公正可以信服，雖確信B事實在客觀上存在，但窮於舉證，或預慮B事實之證明將花費不貲（基於程序經濟上考慮），乃表示甘心忍受該暫定的心證之情形，亦非無可能。此時，以該暫定的心證為終局的心證之判決，雖未必符合客觀的真實，但係在調和真實之發見與訴訟之促進等二要求以後，所確定的真實。

〔例四〕在X（原告＝貸與人）對Y（被告＝借用人）請求返還借款

一二三萬元之事件中，X主張：約於五年前曾貸與Y三五〇萬元，嗣從Y或受其託之友人，先後共約數十次分別受零量的清償及代物清償，至起訴時，尚有餘額一二三萬元未還。對此，Y則主張：確曾向X借用三五〇萬元，可是已經返還全部欠款，否認X之請求。在審理中，法院形成以「未還借款餘額八〇萬元」為內容之暫定的心證。

由於事實認識手段之有限性，且當事人未必不能再提出資料或為證據分析，以改善法院之心證內容。因此，無從斷言，縱法院踐行信賴程序，使當事人預測上述暫定的心證，並使其表明對該心證之信服度以後，該心證絕無動搖可能。基此，應分析之情形如下：

（一）倘X、Y在信賴程序，預測到該暫定的心證以後，對心證度已達到證明度之法院判斷，表明信賴。在此情形，該法院之判斷，既已得到當事人之信賴，則不論逕以此為基礎下判決，或據以勸使成立訴訟上和解，可謂：X、Y對於心證形成活動所表明之信服度、信賴度，完全反映為法院對於客觀的真實追求之執著度，使暫定的心證固定化為終局的心證。此時，X、Y不受有發現真實及促進訴訟的突襲，至為明顯。反之，如X、Y未能預測該暫定的心證，則受有該等突襲，蓋X、Y喪失在原審法院判決以前，適時（無待上訴）提出資料或陳述意見以改善該心證之機會。

在此須特予說明者，X、Y之表明信服，可能係基於訴訟經濟上考慮，而未必因該暫定的心證已符合於客觀的真實，且既有此表明，法院已無再事追查餘額八〇萬元之判斷，究竟確否符合客觀的真實之必要，縱欲更予查究，亦無當事人所提出之進一步資料可用。例如，X或Y雖認為因該暫定的心證將受實體上不利利益（如認為餘額實為九〇萬元或七〇萬元），且與客觀的真實不符，惟經考慮證明該實體利

益（另有或無一〇萬元）所將蒙受之程序上不利益（如約需支出相當於一〇萬元以上之勞力、時間、金錢），可能超過期待獲得之實體利益以後，乃對該暫定的心證不再為催促活動（不為證據分析或提出資料使該心證發生變動），任其固定為終局的心證（註六七）。

(二)倘X或Y於預測上述暫定的心證以後，未表明信服，而另為催促活動，但法院仍以該心證為是，而以之為終局的心證。此時，法院以「餘額八〇萬元」為真實之事實認定，係在賦與當事人充分的攻擊防禦機會後所為，非屬突襲性裁判。不論其是否確與客觀的真實相一致，較諸在當事人未有該機會下所為真實之確定，更屬值得當事人信賴。而且，在此情形，當事人經由信賴程序表明其信服度（對暫定的心證不信服之程度及意見）一事，乃是使暫定的心證固定化為終局的心證之程序要素。其所確定的真實，與欠缺該要素而逕形成終局的心證時所意味之形式的真實，殊不相同。蓋因是否為突襲性裁判，乃以有未保障上述機會為判斷基準，非以法院是否獨以為其認定必屬正確為斷。

(三)倘X或Y於預測上述暫定的心證，並為催促活動以後，法院對該心證發生動搖，而重新形成心證。此時，不論新心證為「餘額九〇萬元」或「餘額七〇萬元」，經踐行上述(二)之程序後，即因其非屬突襲性裁判而可據以確定真實，成為值得當事人信賴之認定，並且同具有(二)所述之意義。

依上分析不難察知，在經由信賴程序以確定真實之過程，法院對於客觀的真實追求之執著度，係受當事人對心證形成活動或其結果所表明的信服度、信賴度之影響。而當事人在表明此信服度、信賴度時，往往先比較衡量其實體上利害及程序上利害之輕重。

應特予強調者，法院關於心證程度所達成之確信或判斷，即使可予以理解為在社會通念上存在的正義感情或法律感情（註六八），惟

從防止發生突襲性裁判之觀點言，重要的是，在法院達成一定的確信之過程，是否賦與當事人提出有關該判斷的資料或陳述意見之機會。至於法院實際上是否獨認為，縱未使當事人預測其判斷過程亦可得該確信或下該判斷，尚屬次要事。蓋以法院為心證度、證明度及心證度是否達到證明度等判斷，均應以資料為憑，且受其基礎資料之質、量所左右，當事人是否得有預測該判斷之真實接近度、正確度、及迅速性、經濟性，以提出資料並陳述意見之機會，可能直接影響該等判斷之結論，而關涉當事人之實體利益及程序利益。

〔例五〕在X（原告＝貸與人）對Y（被告＝借用人）訴請償還借款及利息之事件中，當事人就曾成立消費借貸一事，雖無爭執，但就約定按月支付利息一千元事，則有爭執，關於判斷此爭點事實之心證形成作業，可能涉及下列事實：

A事實＝X曾經從Y每月受領一千元之事實

A₁事實＝該一千元係他筆借款的利息之事實

A₂事實＝該一千元係做為贈與而受授之事實

A₃事實＝在X・Y間授受該一千元當時，X曾向Y為遲付利息表示道歉之事實

B事實＝Y曾至X處商請本月份利息允予寬限之事實

C事實＝Y曾對X承認除本件借款外，二人間別無他項債務之事實

D事實＝Y曾以Z（X之另一債務人）之代理人的身分到X處為遲付利息而道歉之事實

就有關此事例之心證形成作業，可為如下解析：

(一)當認定A、B、C三事實均存在而相互補強時，就本件爭點事

實可導致肯定的心證形成結果（＝曾約定支付利息），固別無問題（註六九）。成為問題的是，從C事實分離而僅以A、B二事實為前提事實，就爭點事實已形成某程度之肯定的心證（暫定的心證）時，可否即以此暫定的心證為終局的心證一事。就此情形之處理，論者以為：應等待Y就A₁事實所為反對主張及舉證，而以其證明之成敗為準，判定該暫定的心證之心證度要否變動，倘至訴訟終結迄未提出A₁事實，則推定A₁事實不存在，以補強該暫定的心證，使此心證固定為終局的心證。因為，在辯論主義及證明責任分配原則之背後，存在有如下經驗法則，即：「若屬自己曾經關涉之事，照理自己應能證明且主張，在相反的情形道理亦同。」此項經驗法則可成為確定A₁事實不存在之根據（註七〇）。

但，從防止發生突襲性裁判之觀點言，上述見解未能充分意識信賴程序之決定性功能，尚有缺憾。亦即，如未踐行信賴程序，致Y不能預測法院就A、B事實所形成之上述暫定的心證，則僅憑「C事實可為補強，或至訴訟終結時未主張、證明A₁事實」云云，即遽使該暫定的心證正當化（認C事實存在而以A、B事實為補強對象）為終局的心證（爭點事實即利息約定事實存在），將無異於意味容許對Y為發現真實及促進訴訟的突襲。此時，當事人未被賦與對該暫定的心證，為催促活動之機會，以此為基礎之事實認定，尚不足認屬值得當事人信賴。其理由為：1.對於有關A或B事實存否之心證形成資料，當事人可能與法院為不一致的認識、理解、判斷，而法院之所為，未必在真實接近度、正確度上恆無缺失。若未踐行信賴程序，逕認C事實可補強A、B事實，則此種認定將成為對Y之推理過程的突襲。例如，法院認為依某收據所記載就A事實，而依某證言內容就B事實，各可形成肯定的心證時，Y可能認為照理應形成否定的心證為是，此時，賦與Y預知法院之心證而有為證據分析或陳述意見之機會，乃為

使其信賴法院判斷之必要程序。2.Y研判該等書證及證言之內容後，可能判斷為照理法院應形成對已有利之心證，而以為無提出A₁或D事實之必要。基此，殊不該據以速斷Y係出於未能證明A₁或D事實，或知其有提出之必要竟故不予主張。職是，縱Y不為A₁事實之主張及舉證，亦不應謂即可導致適用論者所援引之經驗法則而認定A₁事實不存在的結果。矧Y只由於不能預測法院之暫定的心證，致未充分注意提出A₁或D事實之情形，亦非全無發生之可能。3.倘Y能預測該暫定的心證，而為催促活動，該暫定的心證非全動搖之可能。即，該肯定的心證可能改變為否定的心證，果真如此，則A₁或D事實之主張、舉證，將無必要而可避免。因此，未賦與Y就該暫定的心證為催促活動之機會以前，遽要求其就A₁或D事實為主張及舉證，自有害於Y之程序利益。換言之，催促活動有使該肯定的心證改變為否定的心證，進而防免不必要的浪費（不必為證明A₁或D事實而在原審較後的階段或上訴審支出勞力、時間、金錢）之可能性，所以未保障催促活動機會，乃屬對Y之促進訴訟的突襲。

足見，就上述暫定的心證，保障催促活動機會，應成為適用補強法則以確定事實之程序上前提，並有助於提高心證形成活動之真實接近度、正確度及迅速性、經濟性。

(二)通常，如Y能證明D事實存在，則B事實喪失推定力，上述暫定的心證（根據A、B事實之複合就爭點事實所形成之肯定的心證）將不得不發生動搖。此時，非不能推測A事實所涉金錢係為贈與而授受（A₂事實存在），因此，C事實縱與A事實複合，亦無從遽以認定爭點事實存在。足見，使Y能預測就B事實所得心證並為催促活動，即係使其預測D事實之主張、證明必要性及檢視C事實之重要性。倘不使Y預測及此，而逕將該暫定的心證固定化為終局的心證，則在爭點事實的證明度之判斷過程（真實確定過程），不能謂已賦與Y充分

的攻擊防禦機會。此事意味：即使依主張責任原則，X已主張利息約定之事實（爭點事實），Y已非全不能預知其防禦目標，惟當B、D、C等間接事實，在心證形成作業上亦發生作用，而對該爭點事實存否之判斷，具有關鍵性影響時，使Y並能預測及此，乃為使Y能充分攻擊防禦，以保障其實體權利所必要。因該等事實之存否判斷，將即直接影響實體法律效果及權利義務有無之判斷，不可漠然處之。

(三)為更深入明瞭信賴程序及催促活動對於真實之確定（利息約定有無之認定），究竟發生何等具體的影響，擬再就如下三種情形加以分析。此將有助於確知真實之確定到底如何依附於法院對客觀的真實追求之執著度，而此執著度與當事人對法院判斷之信服度、信賴度具有何等關係。

1.經於辯論終結前預知上述法院之暫定的心證以後，Y或因自以為A₁或D事實客觀上不存在，或因考慮A₁或D事實之立證上困難及不經濟，乃不進行使該心證之心證度發生變動之主張、舉證活動，而對該心證結果逕予表明信服。

在此情形，由於Y係在就A₁或D事實為舉證活動以前，預知該暫定的心證，致能及時避免因該舉證活動造成浪費。此時，因心證形成作業過程，對當事人未發生促進訴訟的突襲，從訴訟經濟之要求言，其所確定真實，比未使Y預測該心證之情形，自較能獲得當事人之信服、信賴。至於從Y同時得有就該暫定的心證之真實接近度、正確度為催促活動之機會言，其亦未受有發現真實的突襲，而在維護實體利益上，該確定的真實並能獲得當事人之信服、信賴。

是即，法院如仍執著於客觀的真實之追求，照理應續進行蒐集有關A₁、D事實存否之心證形成資料，茲在滿足程序利益之要求下，不再進行此事，而使其對客觀的真實之執著度，隨同當事人對心證結果之信服度、信賴度發生變動（不變動），並固定化。此時，真實之確

定實依附於該信服度、信賴度及執著度。

2.Y在辯論終結前預測該暫定的心證以後，未表明信服，但或因其未提出A₁、D事實，或由於其就A₁、D事實之證明未能成功，致法院認定A₁、D事實不存在或存否不明。

在此情形，信賴程序之踐行使該暫定的心證之心證度提高，而到達於適合於本事件（個別具體的事件）之證明度，此程度之法院確信（認定A、B事實及利息約定事實存在）始堪謂為值得當事人信服、信賴。蓋因，Y已能預測法院就A、B事實所形成之肯定的心證，有提出資料或陳述意見之機會，此時，其主張、舉證A₁或D事實之必要性始現實化，而適用(一)所述經驗法則之時機也才能謂已成熟（不發生(一)所述之突襲）。

倘法院在形成該暫定的心證後，不儘早使當事人預測該心證，而竟僅繼續等待Y就A₁、D事實為主張、舉證，則自法院開始如此等待之時起至辯論終結時止，其間將造成不必要的程序上支出，且此種浪費原非不能經由預測程序防免。在大陸法系所常見的分割審理方式下，該浪費之大，每易嚴重危害法院及當事人之程序利益，應予留意。反之，倘Y雖經預測該心證，但仍不主張A₁、D事實，或就此等事實之舉證已確定失敗以後，法院竟認為以A、B二事實之複合推認利息約定事實存在，尚不符合客觀的真實，而執著於追求此種意義的真實，繼續觀望、等待關於A₁、D事實之更多舉證活動，或等待有利於Y的其他事實（A₂事實）之主張、舉證，此時，亦將造成不必要的經濟上浪費。因在此情況下，信賴程序之踐行，已充足上述經驗法則之適用要件，可確定值得當事人信賴的真實，不該執著於客觀的真實之追求，致蒙受程序上不利益。

特須強調者：在上所謂A₁或D事實之舉證未能成功，非當然意味，A₁或D事實在客觀上絕不存在，換言之，非即意謂依據A、B

二事實的複合所推認之利息約定事實在客觀上絕對存在。由於事實認識手段有限性，法院與當事人（Y），縱舉全力以赴，亦難能蒐集充分的心證形成資料以證明 A₁、D 事實之情形，既屬可能發生，則基於程序經濟利益之事前考慮，降低對客觀的真實追求之執著度，原有實益。此在信賴程序上，賦與 Y 比較衡量實體上利害（因爭點事實存否而判定之利息債務的有無）與程序上利害（是否阻礙 A、B 二事實之複合推認而支出）之機會，使表示其對心證結果之信服度時，更能顯見。此時，法院對客觀的真實追求之執著度，亦隨同當事人對法院判斷之信服度、信賴度而變動。

3.Y 預測該心證後，在辯論終結前，批評並指出隱存於心證形成過程之誤謬、缺失，致就 A、B 事實所形成之肯定的心證往不利於 X 之方向動搖（註七一），或因此而使法院就 A₁ 或 D 事實形成肯定的心證，而終於就 A 或 B 事實形成否定的心證。

在此情形，Y 於信賴程序上所為催促活動，能及時防免發生二種不利益。即，如 Y 不能在辯論終結前預測該暫定的心證時所將造成之不利益：(1)由於未能治癒該隱存於暫定的心證之誤謬、缺失或因 A₁、D 事實之未被證明，所將導致之「利息債務存在」（實體上不利益）；(2)為救濟、排除此不利益所將招致之程序上不利益，亦即，為爭執原審法院判斷（「利息債務存在」）而提起上訴時，或因在原審前階段未能預測該心證，致不得不在其後階段暗中摸索以從事不必要的舉證活動時，所各蒙受之程序經濟上損失。易言之，如未踐行信賴程序，則 Y 將不能適時獲得充分機會，致無從為防免發生此二種不利益而提出必要資料或意見。果然，則 Y 將受發現真實及促進訴訟的突襲。

此時，法院係經考慮當事人對暫定的心證之信服度、信賴度以後，方使該心證動搖。足見其對客觀的真實追求之執著度亦受當事人

之信服度、信賴度影響。此乃踐行信賴程序所導致之結果。此真實確定，亦依附於該信服度、信賴度及執著度。倘未得信賴程序之助（即訴訟指揮之助），則當事人將難為催促活動，而無從促使法院之心證更接近於客觀的真實（提高其真實接近度、正確度）。果不能如此，則法院只得以踐行信賴程序以前之心證（就 A、B 事實所形成而隱存有誤謬、缺失之心證）為判決內容而自足。換言之，對於在暗中摸索間從事舉證活動之當事人（Y），法院如未依信賴程序給予助力，將僅以踐行信賴程序以前當事人所提出之資料為基礎形成心證，而滿足於所謂形式的真實之確定。此項確定之過程，即隨伴發生上述突襲，又錯失接近客觀的真實之良機（不盡力保護實體權利），實有缺憾。

再者，在當事人預測心證且為催促活動以後，由於 X 就 A 或 B 事實所為舉證失敗，固然已不能據此二事實之複合推認利息約定事實存在。但，此事並非恆意味該事實在客觀上絕不存在。蓋此時該事實或 A、B 事實之未能證明，可能受 X 對實體上利害（隨該等事實存否而判定利息債權之有無）與程序上利害（是否為證明該等事實而支出）所為比較衡量的結果及法院蒐證手段上限制等之影響，亦如上述 2 之說明。職此，法院所為以「利息約定事實不存在」為內容之認定，由於業經保障當事人之催促活動機會，固應認為值得當事人信服、信賴，但不必具有超越於此之意義（非意味必與客觀的真實相一致）。

然而，此時若法院竟仍執著於非追求客觀的真實絕不罷休，則一如 2 所述，因其置當事人之信服度、信賴度於度外，將招致程序經濟上浪費，實所必然。

(四)另須特予指明者，在信賴程序，心證形成活動所準據之證明度（以下略稱為值得信賴的證明度）具有特殊意義。亦即，如上分析，為防止發生突襲性裁判，以 A、B 二事實之複合推認利息約定事實存

在一事，並非僅以A₁或D事實之單純的不主張、不證明為條件。因此，不經踐行信賴程序，而僅以該等事實之不主張、不證明為條件時所意味的證明度，非屬值得信賴的證明度，此其一。又，經賦與當事人催促活動機會，而可依A、B二事實之複合推認利息約定事實存在時，法院即不應仍執著於就A₁、D、A₂等事實存否均再事進行心證形成作業，且無如此之必要。職是，不經信賴程序，而以並就A₁、D、A₂等事實存否均予查明為條件時所意味之證明度，亦非屬值得信賴的證明度，此其二。

從反面言，在信賴程序，既非以上述意義的證明度為必要，自難謂係以客觀的真實之追求為第一目標。蓋因A₁事實之不主張、不證明，非即同時表示D、A₂或足以使A、B事實喪失推定力之一切其他事實亦均不存在。而且倘非就此等事實存否一一形成心證，焉能謂其心證結果，已到達客觀的真實判斷所必要之證明度。又，由於D真實存在而使B事實，或因A₂事實存在而使A事實，各喪失推定力之情形，亦屬可能。果然，在信賴程序，D或A₂等事實分別未經主張、證明時，依A、B二事實複合所推認以「利息約定事實存在」為內容之終局的認定，亦均非依據客觀的真實判斷所必要之證明度。反之，由於法院就A₁或D事實形成肯定的心證，致B或A事實喪失推定力，而不能依A、B二事實複合為推認，遂就爭點事實形成「利息約定事實不存在」之終局的認定時，該心證形成活動亦非依據客觀的真實判斷所必要之證明度。良以此時，B或A事實尚可能與重新經法院肯定的其他事實（如A₃事實）相複合，而導致肯定「利息約定事實存在」之終局的認定。

(五)又，設第一審法院已使Y預測暫定的心證以後，Y竟未提出A₁或D事實，亦不努力於動搖該心證。對於此情形，第二審法院將比第一審未踐行信賴程序之場合，更有正當理由，可駁回Y在第二審所為

A₁或D事實之提出，此將有助於貫徹合理限制隨時提出主義之要求。因第一審法院既已賦與催促活動機會，該駁回並不違反當事人之信賴。

而且，若基於駁回提出A₁或D事實之結果，法院僅以經提出之其餘資料為基礎確定真實，則此真實之確定過程，實節省不必要的支出（因A₁或D事實之證明活動所隨伴之程序上浪費），而屬兼顧程序利益之處置，對當事人（Y）非為突襲，應堪信服。在此所確定之真實，亦屬存在於真實之發現與訴訟之促進等二基本要求之調和點上。

三、程序要素之揀出及綜合探討

(一)實體上及程序上利害之比較衡量機會的保障

實現實體權利之程序過程，既涉及實體上利害，亦動輒與程序上利害密切關連，而就其對當事人的經濟利益之得失言，孰輕孰重，殊未可必。職是，無從斷言祇要實體權利終受肯定（實體權利之有無終經判決確定），當事人恆應或均願甘心忍受程序上不利益。因此，民事審判程序，不僅應實現實體上正義，並且該追求程序上正義。此時，從保護當事人之經濟利益言，首應顧慮者，厥為如何防止發現真實及促進訴訟的突襲之問題，倘竟然在未盡力謀求充實程序制度以防止此等突襲以前，即認實體的真實之追求恆優先於訴訟經濟（註七二），或逕肯定訴訟之促進常優先於真實之發見（註七三），均非的論。前者有過分犧牲程序利益之虞，而後者難免使實體利益蒙受不應有之損失。

基於此認識，信賴程度之踐行，可賦與當事人比較衡量實體上與程序上利害之機會（如〔例一〕(二)(三)(四)、〔例二〕(一)、〔例五〕(三)），有助於提高心證形成活動之真實接近度、正確度及迅速性、經濟性，應為兼顧實現實體上及程序上正義所必要。

再者，向來論者強調：主張責任原則之運用可使對造之防禦目標具體明確，有防止突襲之功能（註七四）。此在基於辯論主義為事實審理之程序上，固然不無一面之理。惟自本文之觀點而言，除出於對造活動之突襲外，尤應注意防止發生基於法院活動之突襲性裁判。據以推認主要事實之間接事實，每有複數存在可能，法院進行心證形成作業時，究竟憑何關鍵性間接事實以推認主要事實存否，並進而判定實體權利，往往非當事人所能預測。因此，倘非並使當事人預測到未經主張之其他關鍵性事實及有關實體權利之判斷，仍難免招致推理過程及促進訴訟的突襲（如：〔例一〕(三)四、〔例二〕(三)、〔例五〕(二)(三)）。足見，主張責任原則之運用，並非防止突襲之充足手段。易言之，除主張責任原則外，為防止發生突襲性裁判，猶有保障上述比較衡量機會之必要，而僅就如何界定主要事實與間接事實之區別基準煞費苦心，究仍難以充分賦與攻擊防禦機會。準是以觀，信賴程序能經由保障上述衡量機會，以防止突襲性裁判，實具有緩和辯論主義僵化（僅憑辯論主義難能徹底防止發生突襲性裁判）之功用。

(二)對客觀的真實追求之執著度的固定化程序

在循信賴程序確定真實之過程，當事人經比較衡量實體上利害與程序上利害以後，可為催促活動，而對法院心證形成活動或其結果表明信服度、信賴度。法院對客觀的真實追求之執著度係隨此信服度、信賴度發生相對的變動，而固定化成為終局的判斷（如：〔例四〕(一)(二)(三)、〔例五〕(一)(三)）。此時，法院心證所到達之證明度，係指在既無發現真實的突襲，且不隨伴促進訴訟的突襲等情況下，所形成之確信或法律（正義）感情而言，並非意味其已到達可謂為與客觀的真實相一致時所必要之證明度。尤非意味在當事人邊暗中摸索心證活動邊提出資料下，法院所達成之形式的確信（如：〔例四〕(三)、〔例五〕

(三)四))。

申言之，一般為真實之確定時，固應到達所要求之證明度（如：「通常人所不置疑之高度蓋然性」等——參照貳二）。此由本文之基本觀點言，對於該一般的證明度概念，僅為抽象的理解，仍有未足。更重要的是，如何為適應於各該個別事件之特徵（如：〔例一〕(一)、〔例四〕(一)、(三)），而健全將該概念予以具體化之過程。經由信賴程序及當事人催促活動所具體化之證明度或就此所為之法院判斷，因不隨伴發現真實及促進訴訟的突襲，自較諸未經踐行該程序而逕將上述一般的證明度予以降低（註七五）或升高之情形，更值得當事人之信服、信賴。前者賦與當事人充分攻擊防禦的機會，可藉以提高心證形成活動之真實接近度、正確度及迅速性、經濟性（適時減少其誤謬、缺失），非但無背於自由心證主義，實更有使其運用健全化之作用（註七六）。

(三)心證公開及表明法律見解之必要

依上論述，信賴程序及當事人催促活動機會之保障，有助於①賦與當事人比較衡量實體上利害及程序上利害之機會，進而保護實體利益及程序利益，②健全心證形成作業，達成值得當事人信賴之心證結果等，而為防止發生發現真實及促進訴訟的突襲所必要。此項程序係以使當事人能預測法院之審理狀況（含心證形成作業），並進而表明當事人之信服度等為主要程序內容。是即，信賴程序之充實，應以基於心證公開（Überzeugungsaussprechen, Offenbarung der Beweismwürdigung）之討論及法官表明法律上見解後之法律上討論（Rechtsgespräche）為必要前提。

在我國，法官多不公開心證且不表明法律見解，習以為常。依上論述，此種審判實務，動輒對當事人造成發現真實及促進訴訟的突

襲，有害於當事人之實體利益及程序利益（甚至法院即國家之程序經濟），致難以提高當事人（人民）對裁判之信服度、信賴度，應屬顯然。為經由徹底防止發生突襲性裁判，以樹立司法威信，今後法官實有厲行心證公開及表明法律見解之必要。惜我國向來的訴訟理論，就此尚未予以正面肯定，不無有待於他日深入探討之問題。在此，僅就先就論述本文基本方向所必要者為限，說明如下：

1. 憲法上有關保護訴訟權及設立司法機關之規定，僅屬對國家之最低限度的要求。更進一步健全法院組織使不形同虛設，並充實程序制度內容使當事人有充分陳述意見之機會，方屬實質上真正保障人民權利之要務。而突襲性裁判之發生，足以剝奪當事人對於裁判結果之預測可能性，其徹底防止乃訴訟法上之基本要求，應為運用訴訟指揮權之根本方針。且，訴訟指揮權之行使，非僅對各該事件之審理，並對訴訟制度之運作，均將發生影響作用。其應顧慮訴訟當事人甚至一般人民對於裁判之信賴，尤所當然。職此，為達成上述目標，法院依據訴訟指揮，在言詞辯論終結前，適時向當事人表明其心證及法律上觀點，既有必要，亦所應為。矧法律上並無禁止法院為此等表明之明文。

2. 按突襲性裁判之發生，向為西德審判實務所切忌。為此，在西德，法律見解表明義務之法理，固早經判例法所肯認（註七七），而心證公開尤素為實務所頻繁採行，著名的Stuttgarter Verfahren即其範例（註七八）。最近更制定「審判程序簡化促進法（Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren, BGBl 1976 I 3281）」，於其第二七八條將上述法理予以明文承認，要求法院就事實關係及爭點為概要說明，聽取到場當事人本人之意見（註七九），並必須與兩造當事人（註八〇）進行討論；就當事人所忽略或認為不重要之法律觀點，應賦與陳述意見之機會以後，始

得據為裁判理由。姑不論此項立法例（註八一），將可在何等條件下，為我國倣效，猶待探討。然而藉此比較法上之證驗，應可肯認：心證公開及法律見解之表明，均屬有助於防止發生突襲性裁判之重要且有效的制度，在予以實定法化以前，先自審判實務及判決先例起步，考慮我國實情，逐漸予以具體化、體系化，應屬必要（註八二）。尤其，最少當法院就有關訴訟勝負之決定性重要事項（含間接事實及法律上見解），進行心證形成作業或有所認識、判斷時，應儘早在訴訟前階段，最遲亦應在辯論終結前（註八三），使當事人預測其事，藉以防止發生認定事實、推理過程及促進訴訟的突襲，促使言詞審理及直接審理主義之功能復甦，並使自由心證主義之運用更健全。此乃真正加強下級審法院認定事實功能之捷徑。而且，當事人對裁判信服以後，必能減少上訴，甚至成立和解（註八四）。如此方屬減輕訟源及上級審法院負擔之正途（註八五）。

3. 依上所述，非以心證公開及表明法律見解為內容之程序，固不足以徹底防止發生突襲性裁判。惟信賴程序既以公平賦與兩造均有充分之攻擊防禦機會，保護其實體利益及程序利益為主旨，應屬實質上堅持、貫徹法院之中立性，而與一般闡明權之行使，在理念上縱無大異，在方法上則不盡相同。例如，心證公開顯較下述闡明方式（姑不論各該闡明是否為法所許）更堅持法院之中立性，亦即：法院對當事人，在〔例五〕之情形，不表明得心證之理由而逕命就A₁或D事實為主張、舉證。又如，在〔例三〕之情形，為「除A₂及B事實之外，可以另主張罹於消滅時效事實（或提出抵銷或撤銷權行使之事實）」等積極闡明。蓋因信賴程序中之心證公開及表明法律見解，並非積極直接指示當事人提出某事實，而係表明法院就當事人之主張所形成之心證、判斷，藉以博得其信服、信賴（註八六），對兩造公平為之。此與違反辯論主義而擴大積極的闡明並偏頗於一造之情形，殊不相同。

何況法律之解釋、適用及事實認定之推理過程，係屬法院之職權事項，倘在法院為解釋、適用及認定以前，要求當事人必妥適確定其法律上觀點及提出完整之心證形成資料，則不無強人所難之嫌。此對遭突襲而蒙受實體上或程序上不利益之當事人，實為不公平之至。因此，從強化訴訟制度解決紛爭之功能（註八七）及貫徹公平之理念而言，賦與當事人充分提出法律上意見及心證形成資料之機會，頗有必要。

(四)真實概念之定義

——形式的及實體的真實說所忽略之程序功能

綜上所述，足知在信賴程序確定真實之過程，當事人得有比較衡量實體上及程序上利害之機會，且法院對客觀的真實追求之執著度，係隨當事人對心證形成活動或結果之信服度、信賴度，而發生變動並固定化。藉此可以擔保心證形成作業之健全，使其不招致發現真實及促進訴訟的突襲。法院與當事人循此程序，兼顧實體利益及程序利益，就不同意義的真實（參照〔例一〕(二)(四)、〔例二〕(二)、〔例五〕(三)3之說明），進行選定所追求之目標。在此情況下，所追求確定者，係存在於真實之發現與訴訟之促進等二要求之調和點上的真實（如：〔例一〕(一)(三)(四)、〔例三〕(三)(四)、〔例五〕(五)之說明）。申言之，基於防止發生突襲性裁判之觀點，法院之真實確定活動，須考慮當事人對心證形成活動及其結果之信服度、信賴度，而在此範圍內，固定法院對客觀的真實發現之執著度。事實審理制度，應要求法院踐行信賴程序，在充分保障攻擊防禦機會下，以不隨伴任何突襲而值得當事人信賴之真實的確定，為其追求之首要目標。唯有要求達成此目的，方能經由心證公開及催促活動等程序，發揮如下功用：①緩和或消除辯論主義之僵硬化現象。蓋因該程序能使當事人不再處於暗中摸索法

官心證形成活動之領域，避免強令當事人從事對其期待不可能之主張及舉證活動，進而使其提出必要而更適切的心證形成資料。②使自由心證主義之運用更健全。因該程序（尤其是催促活動）有助於提高心證形成作業之真實接近度、正確度及迅速性、經濟性，避免對法官之能力（事實認識手段之有限性）寄予過大期待。

基此，形式的真實主義僅依據「訴訟資料之範圍及證明之要否係繫於當事人之行為」等認識，而滿足追求形式的真實之確定，有如下缺失：就真實之確定言，此說忽略心證公開及催促活動等程序之上述功能。析言之，倘不經由心證公開使當事人預測心證，則無異於剝奪當事人提出有利的心證形成資料之機會，而僅能以踐行信賴程序以前所提出之資料為基礎形成心證、認定事實。此種心證形成作業及認定，對當事人言，乃屬發現真實的突襲及促進訴訟的突襲（並回顧在〔例四〕(二)(三)、〔例五〕(三)3之說明）。亦即，形式的真實說，未能充分意識突襲型態之多樣性及其防止之重要性，致忽略：改善當事人在心證形成作業過程上所處不安定地位（暗中摸索心證形成活動以從事主張及舉證等期待不可能之情事），並緩和或消除辯論主義之僵硬化現象等事之必要（註八八）。又，如屬非經預測心證將難期待當事人提出之資料，則於心證公開後所為該資料之提出，應無遭駁回之理。此時，心證形成資料之範圍及證明之要否，並受法院活動之影響，而非僅繫於當事人之行為，自與形式的真實說所指之資料範圍，互不一致。此時既不隨伴任何突襲，不論其所確定之心證度、證明度或真實，均與形式的真實說所意味者異。

再者，實體的真實主義係以客觀的真實之發現為法院之職責，難免如下批評。即：①此說有招致促進訴訟的突襲，強使當事人或法院造成程序上浪費之虞。蓋由於事實認識手段之有限性，並非只要為程序上勞費支出，即能保證必可發現客觀的真實。無條件要求法官恆以

發現客觀的真實為首務，自易招致程序上損失（並參照〔例二〕（二）、〔例五〕（三）^{1,2}）。②如上所述，在當事人循信賴程序為催促活動之過程，法院對客觀的真實追求之執著度，應隨同當事人對心證形成活動之信服度、信賴度而發生變動。此時，既然係在當事人信服、信賴之範圍內為真實之確定，則其所求確定之真實已難謂為必與客觀的真實相一致者。實體的真實說忽略上述催促活動之功能，過分強調實體利益之保護，而未能充分兼顧程序利益及認識上述意義之真實。③實體的真實說過分忽略程序法上要素，致另有阻礙合理限制隨時提出主義之危險。如上所述（〔例一〕（五）、〔例二〕（三）、〔例三〕（三）、〔例五〕（五）），信賴程序有助於判定當事人在訴訟程序後階段是否為意圖延滯訴訟而提出資料，利於隨時提出主義之合理限制（註八九）。倘要求法院過度執著於客觀的真實之確定，將難免使法官對該合理限制之努力，猶豫不前，致不能充分發揮心證公開之功能。

不過，特須強調者，追求值得當事人信賴的真實，並非根本否定客觀的真實之確定可能性。毋寧說，值得信賴的真實與客觀的真實相吻合之情形，應屬不少。蓋以在信賴程序，常能期待當事人為充分之攻擊防禦，法院恆得質、量均高之心證形成資料，因此，謂其所確定之真實，係與客觀的真實最接近、一致者，亦無不可。然而，在此意義下所為客觀的真實之確定，並不隨伴促進訴訟的突襲。從防止此種突襲之必要性而言，客觀的真實之發現，不該成為首要之追求目標。亦即，真實之確定，只須不發生發現真實及促進訴訟的突襲，即屬無妨，亦為已足。最關緊要者，厥為信賴程序保障之有無，其保障愈厚，則確定值得當事人信賴的真實之可能性亦愈大。至於經由此過程所確定之真實，實際上究竟僅達到形式的真實說所指之真實，或已至於客觀的真實說所希求者，則非所問。從而，自踐行信賴程序以徹底防止發生突襲性裁判之觀點言，形式的與實體的真實說之對立、區

別，並無實益。

最後，一般認為，形式的真實說係以自由主義的訴訟觀（liberalistische Prozeßauffassung）為背景（註九〇），而實體的真實說則被第一次大戰末期以後新興的社會的訴訟觀（sozialthische Auffassung vom Prozeß）之支持者所贊同（註九一）。惟從本文之基本觀點論之，民事訴訟之運作，除對實體權利外，並應對程序利益，予以充分顧慮，強調民事訴訟之社會化者，尤不該任使當事人遭受促進訴訟的突襲，致有造成逾於系爭實體利益之程序上損失的危險。何況程序利益同時亦為法院即社會全體之利益。上述訴訟觀，均不足以成為否定防止突襲性裁判之必要性的根據。毋寧說，果真左袒社會的訴訟觀，則本文所倡「信賴真實說」方屬其所應認同。

肆、結 語

本文基於徹底防止發生突襲性裁判之觀點，經探討真實確定過程之結果，認為民事事實審理制度，應兼顧當事人之實體利益及程序利益（含法院即國家之程序經濟），以確定值得當事人信賴的真實為首要目的。而達成此目的之可能性，則繫於信賴程序之充實及踐行的程度。形式的及實體的真實說未能充分意識及此，致向來之事實審理制度目的論，僅止於就真實之意義為抽象性的概念說明，未能進而落實為促使程序制度改革之基本方針。今後如何為實現重新確立之上位目標，從現行法之解釋運用及立法上，就訴訟程序內容為全般性之檢討，乃為一大課題。本文倘能有助於其前導理論之構築，則幸甚。

其實，人民對裁判之信賴，乃司法制度之生命及其存在意義所依附。充實信賴程序，廣開當事人參與審理過程之途，以增大其對裁判

內容之預測可能性，強化人民對司法之信賴，將有助於促使司法、法律與人民生活相結合。能如此，則法官之形象將為之丕變，成為民主而值得信賴之存在。與此有關而特須強調者，厥為第二次大戰以後在西德所進行之改革，非無值得吾人借鏡之處。亦即，該國以實務為中心所進行之民事訴訟制度大改革及法官民主形象之確立（註九二），實意味法院與當事人（訴訟代理人）協同時代之來臨。在協同主義（Kooperationsmaxime）時代，民事訴訟應已非僅憑長年沿襲的職權主義或辯論主義云云所能盡其底蘊（註九三）。重要的是，如何健全司法制度，充實訴訟程序，俾能在審判過程，尊重人之尊嚴，並避免法官之官僚化及程序之形式化。為此，防止發生突襲性裁判之觀點，乃有益而不可或缺，本文基此所為論述僅屬開其端。

〔註釋〕

註一：本文所謂事實認定，固有別於單純的實體法規之判斷，惟並非必指與實體法規之解釋全無關連者而言。

註二：松田二郎「私における裁判と理論」（商事法研究会，一九八一年）五六頁；川島武宜「法律学の現代的問題点(4)」（法学セミナー一四九号，一九六八年）一八頁；村松俊夫「民事訴訟における理論と実践」（実務民事訴訟講座Ⅰ，一九六九年）（以下略稱為「理論と実践」）一四頁；熊谷 弘「事實認定雜感」（判例タイムズ三二三号，一九七五年）四七頁；フランク（古賀正義訳）「裁かれる裁判所(上)」（一九六三年）四九頁；田辺公二「米国における事實認定の研究と訓練」（事實認定の研究と訓練，一九六五年）（以下略稱為「研究と訓練」）一頁；ジョージ・平野龍一・田宮 裕「経験法学入門」（一九六六年）一七八頁；安倍治夫「裁判の科学的規制について」（法律時報二九卷四号，一九五七年）一八頁。

註三：此種實情，在日本，固早經實務家依實態分析指明。參照坂井芳雄「民事

上告理由の実態」（民事訴訟雜誌第一〇号，一九六三年）一四〇、一五〇頁。在我國，則可參照「台灣高等法院暨所屬分院六十九年一至六月及七至十二月份民事裁判被廢棄原因分析表」，詳載司法院「民事裁判發回更審要旨選輯(一)」二三八頁以下（一九八一年）。由該分析表可知，在全年被廢棄一五〇一件中，除三九五件係以法律見解違誤為廢棄原因外，其餘事件之廢棄原因則直接、間接與事實認定有關。

註四：碧海純一「法学における理論と実践」（一九七五年）一九四頁；倉田卓次「交通事故訴訟における事実の証明度」（民事交通訴訟の課題，一九七〇年）（以下略稱為「証明度」）一二七頁；村松俊夫「事實認定について」（民事訴訟雜誌九号，一九六二年）三頁；賀集 唱「民事裁判における事實認定をめぐる諸問題」（民事訴訟雜誌一六号，一九七〇年）七三頁；馬場英彦「事實認定の諸問題」（実務民事訴訟講座Ⅰ，一九六九年）二七一頁；田辺公二「事實認定の研究と将来」（事實認定の研究と訓練，一九六五年）二七〇、二七二頁。

註五：Maassen, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975, S.23.

註六：Nagel, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, 1967, S.89.

註七：Creizenach, Verhandlungen des 5. DJT. Bd. II, 1864, S. 27ff., 30；Kuchinke, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellung in der Revisionsinstanz, Bielefeld 1964, S. 176；Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., 1969, §113 VI 1；Heincheimer, Die Freiheit der richterlichen Überzeugung und die Aufgaben der Revisionsinstanz, Festschrift für Franz Klein zu seinem 60. Geburtstag, Wien 1914, S. 134；Thomas/ Putzo, Zivilprozeßordnung, 8. Aufl., München 1975, 2a zu § 286 ZPO；Stein/ Jonas/ Schonke/ Pohle, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1 bis 2, 19. Aufl., 1964, I zu §286 ZPO.

註八：Vgl. Wash Vorträge über die Reichszivilprozessordnung 1879. S. 149；Baumann, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien Zivilprozeßrechts, 1970；Fezer, Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß und im Strafprozeß 1970, S. 12；Spindler, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeßrecht, 1927, S. 27,52；金子文六「当事者主義の一断面」（吉川大二郎博士還暦記念保全処分の体系下，一九七〇年）（以下略稱為「当事者主義」）一〇一二頁；後藤 勇「民事裁判における事實認定と経験則(一)——その実証的考察——」（判例タイムズ三〇〇号，一九七

四年)一四頁,似亦採同說。

註九: Vgl. von Canstein, Die Grundlagen des Beweisrechts, ZZP Bd. 2 (1880), S. 307; Baur, Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht. Summum ius ... summa iniuria, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 9, 1963, S. 104; Nagel, a.a.O. (Anm. 6), S. 83ff; Bernhardt, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, Beiträge zum Zivilprozeßrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg (1949), S. 11ff; Henckel, Prozessrecht und Materielles Recht, 1970, S. 144; Pawlowski, Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80, S. 345ff; Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168, 53; Polyzogopoulos, Parteianhörung und Parteivernehmung in ihrem gegenseitigen Verhältnis, 1976, S. 20; 菊井維大「民事訴訟法(下)」補正版(一九六九年)三〇二頁;三ヶ月 章「民事訴訟法」(有斐閣一九五九年)(以下略稱「民訴法」)一五八頁;中務俊昌「民事訴訟の動向」(岩波講座現代法(5)「現代の裁判」,一九六五年)六七頁;兼子 一「民事訴訟法体系」(以下略稱爲「体系」)(一九七〇年)二〇〇頁。按實體的真實說,乃目前德、日之通說。

註一〇: 參照註八。

註一一: 參照註九。

註一二: Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., 1977, S. 406; 石井良三「民事裁判における事実証明」(民事法廷覚え書合本版,一九七五年)(以下略稱爲「事実証明」)一六七、一七七頁。

註一三: 新堂幸司「民事訴訟法」(一九七四年)(以下略稱「民訴法」)三二九頁;畔上英治「西ドイツ民事訴訟の實際(一)——迅速處理の面から」(法曹時報一五卷二號,一九六三年)(以下略稱爲「西ドイツの實際(一)」)四七、五一頁;村松俊夫「現行準備手續と訴訟の遲延」(民事裁判の研究,一九五五年)(以下略稱爲「準備手續」)一一三頁;同「理論と實踐」四二一頁;宮川種一郎「準備手續制度の問題点」(判例タイムズ二〇一號,一九六七年)一二九頁;G・バウムゲルテル(木川統一郎訳)「口頭主義とその改革の試み、とりわけシュトゥットガルト・モデルについて」(比較法雜誌八卷一號,一九七四年)(以下略稱爲「口頭主義の改革」)九七頁;江藤价泰「民事訴訟法」(法律時報三七卷五號,一九六五年)一四一頁;関東有志「民事裁判における適正と迅速」(関東有志裁判官による合同報告,判例時報七九六號,一九七六年)一二頁;賀集 唱「民事裁判における訴訟指揮——とくに運用上の具体的方策——」(法曹時報二四卷四號,一九七二年)(以下

略稱爲「訴訟指揮」)二七頁;川上 泉「アメリカ民事訴訟における Pre-trial Conference」(岩松裁判官還曆記念論集「訴訟と裁判」,一九五六年)三四一頁;吉村徳重「西ドイツにおける各種訴訟促進案とその問題点」(法政研究三六卷二〜六合併號,一九七〇年);又關於真實發見與適正程序間之緊張關係參照Cappelletti, Social and political Aspects of Civil Procedure — Reforms and Trends in Western and Eastern Europe, 69 Michigan L. Rev. (1971), 863, 865.

註一四: 三ヶ月 章「裁判を受ける権利」(演習民事訴訟法上,一九七三年)一八頁;同「訴訟——その本質的限界の究明と現状の点検ならびに改革の方途の探求——」(民事訴訟法研究五卷,一九七二年)一五六頁。

註一五: Kubisch, Überraschungsentscheidungen im Zivilprozeß, NJW Heft 29 (1965), S. 1316.

註一六: 見邱聯恭等「突襲性裁判」(法學叢刊第一〇二期,一九八一年)九五頁以下〔收錄於民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討(一)」(一九八六年)三九頁以下〕,於該處,筆者在一九八〇年十二月曾提示基本觀點及簡要之研究報告。在此,爲本文論述方便起見,僅摘述其中相關要項。

註一七: 此型態之例,請參照前揭筆者報告(見註一六)九五頁。

註一八: 田辺公二「反對論として——契約が代理人によって成立したことの主張を要するか——」(近藤完爾・浅沼 武「民事法の諸問題 I」,一九六五年)八四頁;新堂幸司「演習」(法學教室二期三號,一九七三年)一六五頁;同「民訴法」二八八頁以下;竹下守夫「弁論主義」(演習民事訴訟法上,一九七三年)(以下略稱爲「弁論主義」)三三五頁以下;村松俊夫「間接事實の意義と価値」(上智法學論集二、三號,一九七〇年)(以下略稱爲「間接事實」)二五頁;山木戸克己「自由心証と舉証責任」(大阪学院大學法學研究一卷一、二號,一九七六年)(以下略稱爲「自由心証と舉証責任」)一〇七頁;佐々木平伍郎「利益衡量と民事訴訟との交錯について」(山形大學紀要四卷三號,一九七三年)二四頁;篠田省二「權利濫用、公序良俗違反の主張の要否」(新實務民事訴訟講座2,一九八一年)四九頁;Schneider, Die richterliche Aufklärungspflicht (§139 ZPO), MDR 9 1968, S. 725. Rosenberg/Schwab, ZPR¹² (Anm. 12), S. 408; Wiczorek, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 2 Aufl., (1976) BIII 62 zu §139.

註一九: 在筆者爲上述分析(參照註一六)後,高橋宏志「不意打防止のシステム」(法學教室No19,一九八二年)七一頁亦言及「突襲」包含有二方面之問題,即一者爲因於對造當事人之突襲,另者爲因於法院之突襲,可評之爲同屬分析手段上之前進。惟論者仍未能充分意識到推理過程的突襲及促進訴訟的突

襲等概念。

註二〇：此型態之例，請參照前揭（註一六）筆者報告九六頁。

註二一：隨時提出主義固然與言詞辯論一體性原則互為表裡，但由於被認為辯論一體性甚至包含第二審（事實審）在內，致擴大隨時提出之餘地，造成當事人延緩提出攻擊防禦之結果，甚至將審理重點移向第二審，助長輕視第一審之風氣（參照三ヶ月 章「民事訴訟法」（一九七九年）三八六頁）。而且，無限制的隨時提出，更將被利用為一造對他造突襲的手段。因此，如何合理限制隨時提出主義，乃屬重要課題。

按第一審係與發生紛爭事實之歷史時點最接近的審級，最能有效蒐集利於心證形成之資料（如：記憶猶新的鑑定人、證人供述、書證之蒐集較易等），就發現真實並據以迅速、正確貫徹實體規範言，謂第一審之重要性超越上訴審，亦不過言。無奈我國目前民事審判實務及司法行政措施，多有輕視第一審之傾向。例如：依筆者一九八〇年實態調查，1.幾未見有適用民訴法一九六條二項及二七六條之情形，亦無予以改進之動向，顯過分放任隨時提出。2.在律師代理事件，未充分發揮闡明處置（民訴法二〇三條一款、二六九條一款）之功用，致不能在訴訟前階段，儘早把握案情全貌及爭點所在，以擬定審理方針及計劃。3.任由經大量錄取而僅受短期內容貧乏的實習教育之新進法官，獨擔第一審審判重職……。凡此均有礙於確實實現權利。

註二二：其例請參照前揭筆者報告（註一六）九六頁。

註二三：見註一八所列各文獻。

註二四：Nagel, a.a. O. (Anm.6), 83; Maassen, a.a. O. (Anm. 5), 38-39, 53ff., 菊井維大「民訴法（下）」三〇二頁；兼子 一「經驗則と自由心証」（民事法研究二卷，一九五〇年）一九一頁；同「体系」二五三頁；三ヶ月 章「民訴法」四〇一頁；新堂幸司「民訴法」三三八頁；倉田卓次「損害賠償における証明度」（民事交通訴訟の課題，一九七〇年）（以下略稱為「損害賠償証明度」）一六七頁；石井良三「事實証明」一七八、一八四頁；田中和夫「証拠法」（一九五七年）三五頁；中島弘道「舉証責任の研究」九五頁；村上博巳「民事裁判における証明度」（司法研修所15周年論文集上，一九六二年）二二九頁。

註二五：此外有以為可依事物之性質或實體法之旨趣，將證明度予以降低者。Walter, Freie Beweiswürdigung (1977), S. 191ff.

註二六：關於證明度判斷之主觀性，參照Maassen, a.a. O. (Anm. 5), S.52; 山木戶克己「自由心証と舉証責任」八三、一一二頁。

註二七：田辺公二「英米型事實審理と大陸型事實審理」（民事訴訟の動態と背景，一九六四年）（以下略稱為「英米型と大陸型審理」）七八頁。

註二八：亦即：關於1.能否謂已主張某事實？2.就某事實能認為真實之程度（心證度）如何？3.就某事實之認定所應形成之心證程度（證明度）如何？4.心證度已否到達證明度等問題，法院所為之判斷活動或其結論。

註二九：指法院所為上述判斷活動或其結論接近、符合於客觀的真實之程度而言。

註三〇：指法院所為上述判斷活動或其過程符合迅速、經濟之要求之程度而言。

註三一：發現真實的突襲及促進訴訟的突襲經徹底防止之程度。

註三二：三ヶ月 章「民事裁判における訴訟指揮」（判例タイムズ三七一号，一九七九年）一三頁；又，就辯論主義之根據採多元論者，更以突襲之防止為其根據，參照竹下守夫「弁論主義」三三四頁。

註三三：如：民訴法第五七五條第二項及五九五條第二項。

註三四：アーサー・T・ヴァンメーレン（von Mehren, Arthur Taylor）「米国の民事訴訟と独逸の民事訴訟」（司法研修所報二〇号，一九五七年）三八頁。

註三五：例如，訴訟愈緩慢，可能導致蒐證愈困難，或使心證形成所必要之證物愈喪失、證人之記憶愈淡忘。此等情形均足以造成判決中對事實及實體權利存否之判斷愈難期其正確，此為實體上不利益。至於訴訟遲延可能在程序上造成勞力、時間、金錢等之浪費，為程序上不利益，尤不待言。

註三六：Kaplan/von Mehren/Schaeffer, Phases of German Civil Procedure, 71 Harv. L. Rev. (1958), 1236-7.

註三七：田辺公二「英米型と大陸型審理」七七頁。

註三八：J. Murphy, in Hickman V. Taylor, 329 U.S. at 500, 507 (1947); Holtzoff, A., Instruments of discovery under Federal Rules of Civil Procedure, 41 Mich. L.R. 205-206.

註三九：此非即意味，縱在踐行證據裁定（Beweisbeschluß）之程序，亦應於為該裁定時，並將決定訴訟勝負之間接事實示知於當事人或證人等，蓋關於此問題，有從防止發生串證或偽證等弊害之觀點，另加探討之餘地。

註四〇：木川統一郎「交互訊問制度の運用と将来」（新實務民事訴訟講座2，一九八一年）七九頁。

註四一：Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, 1961, S.113.

註四二：新堂幸司「民訴法」三一頁；野間 繁「弁論の集中」（民事訴訟講座二卷，一九五四年）三九八頁；畔上英治「口頭主義・直接主義」（法律時報三九卷七号，一九六七年）（以下略稱為「口頭・直接主義」）七三頁；同

「民事訴訟における口頭主義の実践」(判例タイムズ一五〇号,一九六三年)(以下略稱為「口頭主義の実践」)九頁;岡垣 学「口頭弁論の形骸化」(ジュリスト別冊法学教室第二期五,一九七四年)六六頁以下;村松俊夫「準備手続」一三八頁;P・カラマンドレー「訴訟と民主主義」(小島武司/森 征一訳,一九七六年)一一八頁;バウムゲルテル「口頭主義の改革」一〇三頁;畔上英治「西ドイツの実際(二)」一三頁。

在我國實務上,於辯論期日,往往僅以「聲明及事實理由如起訴狀、準備書狀」一語代記載內容之言詞陳述,而滿足於形式的言詞審理主義;又,辯論或準備期日,每僅成為書狀交換期日,致徒費當事人(律師)往返及庭期,亦屬民事審判實務上周知之缺失。至於實務上長年沿襲之送閱制度(見司法院所頒之「高等法院及其分院處務規程」第二二條及「地方法院及其分院處務規程」第二七條),非惟違背言詞審理主義之本旨,且有損傷直接審理主義、自由心證主義、公開主義、審級制度等基本原則之虞。

註四三:有關當事人間之爭點整理所可採用之手段,或善為運用現行法上之準備程序、闡明處置等制度,或有待於從立法上予以改進,乃屬別一問題。

註四四:參照註二九。

註四五:參照註三〇。

註四六:近藤完爾「心証形成過程の説示(以下略稱為「心証形成過程」)(9)」(判例タイムズ三二八号,一九七六年)七頁、一五頁;同「証拠の選択」(判例タイムズ六〇号,一九五九年)(以下略稱為「証拠の選択」)四五、四六頁;畔上「口頭・直接主義」七三頁;同「口頭主義の実践」一四頁;武藤春光「民事訴訟における訴訟指揮について」司法研修所論集第五六号,一九七六年)七七頁;賀集「訴訟指揮」一四頁;金子「当事者主義」一〇二三頁;Arens, Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß, 1971, S. 10; Brüggemann, Judex Statutor und Judex investigator, Untersuchungen zur abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteifreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozeß, Bielefeld 1968, S. 335; Fezer, a.a.O. (Anm. 8), S.9ff.; Baumgärtel/Mes, Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (erste Instanz)——Modell einer Gesetzesvorbereitung mittels elektronischer Daten Verarbeitungsanlagen——(木川統一郎/鈴木重勝紹介,法学新報八〇卷四号,一九七三年)九七頁。

註四七:筆者在研討會之發言,見中國比較法學會「我國現行法院審級制度之檢討與改進座談會會議紀錄」(一九八〇年)一〇頁;筆者前揭報告(參照註一六)九七頁;新堂幸司「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか(一七)」(法学教室No.17, 1982年)(以下略稱為「目的論」)六一頁。

註四八:如:必要的言詞辯論、直接審理主義、公開主義、嚴格的調查證據程序、審級制度等。

註四九:新堂「目的論」六二頁;シンポジウム「訴訟機能と手続保障」(民事訴訟雜誌二七号,一九八一年)谷口發言。

註五〇:筆者前揭報告(參照註一六)九五頁;龍崎喜助「市民のための民事訴訟(上)」(判例タイムズ四五〇号,一九八一年)七頁。

註五一:強調就當事人對訴訟程序之信賴感,有予以確保之必要者,如:近藤「心証形成過程(一)」(判例タイムズ三一六号,一九七五年)六八頁以下;棚瀨孝雄「裁判イメージと訴訟体験」(私法三八号,一九七六年)二一七、二二二頁;同「裁判受容過程の構造分析(5)」(京都大学法学論叢一〇九卷二二二号,一九八一年)一頁。

註五二:棚瀨孝雄「裁判受容過程の構造分析(4)」(京都大学法学論叢一〇九卷一〇号,一九八一年)三一頁以下。

註五三:近藤「心証形成過程(一)」六八頁;石井良三「いわゆる“民事判決書の簡易化”のための一文」(民事法廷覚え書,一九七五年)(以下略稱為「民事判決書の簡易化」)三四四頁;鈴木忠一「民事判決の事実摘示に関する問題(下)」(判例時報八八九号,一九七八年)一三一頁;紺谷浩司「民事手続における審問請求権(Anspruch auf rechtliches Gehör)について——西ドイツ基本法第103条第1項に関して——(二)」(広島大学政経学会政経論叢一八卷三、四号,一九六八年)一二六頁。

註五四:有關心證形成之法官判斷,往往處於難受外界批判之狀態,而此項缺陷,並非僅期待法官之自省,所能完全彌補。因此,論者以為,就該判斷,有予以適度節制之必要,如何擴大此節制可能性,乃屬課題。參照渡辺洋三「裁判過程における事実認定」(潮見俊隆/渡辺洋三編「法社会学の現代的課題,一九七一年)三二二頁;Maassen, a.a.O. (Anm. 5), S.52ff.

註五五:田辺「研究と訓練」一一〇頁。

註五六:Frank, Courts on Trial (1963), 109.

註五七:田中英夫「合衆国憲法における陪審審理を受ける権利の保障」(菊井先生獻呈論集・裁判と法下,一九六七年)七三八頁。

註五八:Simon, The Jury System In America (1975), 176.

註五九:田辺「英米型と大陸型審理」三七頁。

註六〇:倉田「証明度」一二七頁亦言及:事實認定問題具有相當之重要性,但由於其性質之特殊,往往未被法律學者列為研究對象及法律學系之課程講授內容。甚至於照理應該提供資料予學者之法官,亦不無將事實認定當成奧秘事,而存有不受任何干涉之權威心態者。

註六一：由於轉租之承諾，亦可由出租人或其代理人以口頭為之（參照最高法院三二年上字第五八九九號判例），且承諾事實之主張，係包含明示的承諾事實與默示的承諾事實在內，因此，關於承諾事實之證明及認定，在心證形成作業過程，多有問題值得探討。

註六二：指：法官非神，亦有人性弱點，無法超越時、空間限制，在審理過程，難免遭遇對過去事實之認識手段窮於利用等情形，並請參照筆者前揭報告（註一六）九三頁。

註六三：Greifelds Rechtswörterbuch, 1968, S. 1055.

註六四：參照：兼子「體系」一九九頁；三ヶ月「民訴法」一五九頁；村松「間接事實」九頁；村上博巳「一般條項の證明責任」（民事裁判における證明責任，一九八〇年）一二七、一三八頁；山內敏彦「一般條項ないし抽象的概念と要件事實（主張立証責任）」（民事実務ノート三卷，一九七一年）六頁；小沢文雄「直接事實・間接事實」（法学教室I 三號，一九七五年）六六頁；石井「民事判決書の簡易化」五一頁；三井哲夫「要件事實の再構成(二)」（法曹時報二七卷一一號，一九七五年）四一頁；田尾桃二「主要事實と間接事實にかんする二、三の疑問」（兼子還曆裁判法の諸問題(中)，一九六九年）二七一頁以下；倉田卓次「一般條項と證明責任」（法学教室II 五號，一九七四年）七一頁；竹下「弁論主義」三三五頁以下；小林秀之「民事訴訟における訴訟資料、証拠資料の収集3」（法学協會雜誌九七卷八號，一九八〇年）一一六三頁以下。

註六五：如：三ヶ月 章「既判力の客觀範圍」（ジュリスト三〇〇號，一九六四年）二六三頁；倉田卓次「いわゆる争点効理論について」（民事法の諸問題III，一九七一年）三一五頁；伊東 乾「判決の争点効」（実務民事訴訟講座2，一九六九年）一〇二頁。

註六六：如：新堂幸司「既判力と訴訟物」（法学協會雜誌八〇卷三號，一九六三年）二九五頁；同「條件付給付判決とその効果」（民事訴訟雜誌一〇號，一九六三年）一頁；同「民訴法」四三七頁。

註六七：此種情形之發生存在可能性及為此充實程序制度之實益，可基於如下理由，得到肯定：1.訴訟當事人之舉證能力，往往或多或少受各該社會之現實條件（如科學進展程度、查證制度之充實度、證人之心態、書證交易習慣之有無等）所限制，非恆能期待其運用自如。2.應要求之心證的程度，受可能使用之證據資料的質、量所影響（參照田辺「英米型と大陸型審理」七八頁）。

註六八：在德、英、美等國，有認為依法律感情判定證明度者。Vgl. Maassen, a.a.O. (Anm.5), S. 38, 45, 152; Simon, Judges' Translations of Burdens of Proof into Statements of Probability (1969), S. 103, 112.

註六九：圓山雅也「民事裁判における推定について」（司法研究報告書八輯六號，一九五五年）（以下略稱為「推定」）七六頁；岩村三郎／兼子 一編「法律実務講座民事訴訟篇第四卷（一九六七年）」（以下略稱為「実務講座4」）七五頁；倉田「証明度」一四一頁。

註七〇：倉田「証明度」一四頁、一三六頁；圓山「推定」一二一頁。

註七一：關於心證度、證明度或心證度到達證明度等三項判斷，有部分或全部均發生此種動搖之可能。

註七二：如：Schmidt, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, 1973, S. 8ff.

註七三：如：Deubner, Über Maßnahmen zur Beschleunigung des Zivilprozesses... eine Stellungnahme zu den einschlägigen Vorschriften des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung, ZZP 82. Band Heft (1969) S. 260.

註七四：新堂「民訴法」二九〇頁。

註七五：Massen, a.a. O. (Anm.5), S. 54; 倉田「損害賠償証明度」一六七頁。

註七六：以客觀且精密的一定蓋然性證明度為準據而確定真實，並不違反自由心證主義。Vgl. Maassen, a.a. O. (Anm.5), S. 53, 194.

註七七：Hinz, Verbesserter Schutz vor Überraschungsentscheidungen im Zivilprozeß—eine unnötige Reform? NJW 1976, S. 1187; Deubner, a.a. O. (Anm.73), 274; Schneider, Die richterliche Aufklärungspflicht, MDR 1968, S. 721.

註七八：Bender, Die "Hauptverhandlung" in Zivilsachen, Driz 1968, S. 163; dieselbe, Beschleunigung ist kein Selbstzweck, DRiZ, 1971 S. 368; dieselbe, Beschleunigt die "Beschleunigungsnovelle"! , ZPR Heft 3 (1969) S. 58ff.; Baur, Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß, 1966, S. 19ff.; Merkel, Gute oder Schnelle Justiz, Anw B1 1969, S. 275ff.; Arens, a.a. O. (Anm.46), S. 33-34; Bender「訴訟促進」（木川統一郎／伊藤瑩子訳，ジュリスト四七七號，一九七一年）一二五頁以下；Rudolph「シュトットガルター方式の経験」（木川統一郎／伊藤瑩子訳，ジュリスト四七七號，一九七一年）一三〇頁；木川統一郎「西ドイツ民訴法改正問題と三カ月裁判」（ジュリスト四四六號，一九七〇年）八七頁以下；同「口頭主義の現状と将来——弁護士立場からみた」（別冊判例タイムズ三號，一九七七年）一一四頁；同／馬越道夫「西ドイツにおける大司法改革と集中審理方式」（ジュリスト五〇六號，一九七二年）七

○頁以下；井上正三「弁論の集中」（演習民事訴訟法（上），一九七三年）五五八～五五九頁；バウムゲルテル「口頭主義の改革」一〇三頁以下；小山昇「シュツットガルト方式口頭弁論見聞報告」（ジュリスト四六三號，一九七〇年）九五頁以下；吉村徳重「西ドイツにおける各種訴訟促進案とその問題点」（法政研究三六卷二～六合併号，一九七〇年）三二八頁以下；上田徹一郎「ドイツにおける証人制限論の再抬頭とその原因」（山木戸克己教授還暦紀念論集「実体法と手続法の交錯（上）」，一九七四年）二〇三頁；宮崎公男「『シュツットガルト方式』を見聞して」（司法研修所論集1976-I 五七号，一九七六年）（以下略稱為「シュツットガルト方式」——一頁。

註七九：在西德，現行法及審判實務上均甚重視當事人本人供述（Parteiaussage）之功能，但在吾國，不但實務多未充分發揮民訴法二〇三條一款及二六九條一款之效用（參照註二一），現行法且非若德、日另明定當事人訊問（Parteivernehmung）制度，未承認當事人本人可為證人，可是當今學說則更有予以強化之傾向。就此，筆者「当事者尋問の補充性」（別冊ジュリスト民事訴訟法判例百選，一九八二年）二一七頁，曾指出該制度之主要問題所在，而對德、日現制有所批評，主張為健全自由心證主義並促進訴訟，在法制上應比目前更強化當事人訊問制度。關於當事人本人供述之功能，筆者擬基於防止發生突襲性裁判之觀點，另文詳論。

註八〇：按德國係採律師強制（Anwaltszwang）之原則（§78I ZPO）。

註八一：該法被稱為世紀性的大改革（Putzo, Die Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, S. 1），係以訴訟程序之簡化及促進為主要目的，為解決訴訟緩慢問題所採措施有如：1.著重第一次言詞辯論期日之充分準備（§§272, 273），以使言詞辯論發揮其原來之功能（Grunsky, Die Straffung des Verfahrens durch die Vereinfachungsnovelle, JZ 1977, S. 201）；2.以裁定期間（die richterliche Frist），促使當事人於期間內提出資料，否則發生失權之結果（§296）；3.加重提出攻擊防禦方法（尤其是主張、否認、抗辯、抗辯權、證據方法、證據抗辯）之責任（§282），承認一般訴訟促進義務（Allgemeine Prozeßförderungspflicht）。因此，隨時提出主義大受修正（Bender/Belz/Wax, Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht, 1977, S. 27）。固然，對該法之全般性評價，尚有待於另行分析詳論，但對其所顯示之立法動向，則應先予注目。因我國實務上殘存不少與此有關之缺失，如：註二一、註四二所述。

註八二：究竟法院應於何等情況下，在訴訟程序之何時點（階段）為心證公開及表明法律見解，亦屬問題之一，倘能就此為更精密之實務上、實定法上分析，固然非無實益。惟在此應特指明：1.此事與個別事件之具體而千變萬化的訴訟

狀態如何進展，具有密切不可分離之關連，欲獨立於進展中之訴訟狀態以外，為其預先確立抽象的一般基準，實際上固屬難能，而在性質上尤非適宜。自此角度觀之，期待判例法及實務慣行之形成，至屬必要。2.在事實審理過程，除發現真實的突襲外，尚有促進訴訟的突襲之問題，而在下級審法院既經浪費之勞力、時間、費用絕非上訴審（尤其是第三審）之事後審查所能救濟。因此，除期待各審級（尤其下級審）法官，隨時配合訴訟中具體的變動情況，以徹底防止不同型態之突襲為念，因時因地制宜以外，並應在制度上加強當事人本人及律師在法庭上之功能。此事並與提高法官、律師之素養、倫理及全般性的法律教育之水準等有關。3.經由法院與當事人（代理人）之法庭上討論，以強化後者參與審判過程之機會，既屬防止發生突襲，提昇裁判品質所必要，則今後在判例法之形成過程，甚至立法上，加強法官行為義務化之傾向，應屬必要。

註八三：近藤「証拠の選択」四二頁亦指出：如當事人能在一審判決前預知有關間接事實重要性之法院見解，將可防止因提起上訴所造成之浪費。又，Lepa, Rechtsgespräch im Zivilprozeß, DRiZ 1969, S. 7ff.亦強調公開證據評價之必要性。

註八四：在陳石獅等「訴訟標的外的和解」（登載法學叢刊第一〇七期，一九八二年）一〇六頁以下〔收錄於民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討（一）」（一九八六年）一三五頁以下〕，筆者於一九八一年民訴法研究會先後二次之發言內，曾依據個人從事審判實務及臨床法學教育之經驗說明：心證公開有助於獲得當事人對審理活動之信服及進一步成立和解。此種和解，與未表明心證而逼使當事人成立和解之情形，具有互不相同之意義。又，以心證公開為中心之討論式的審理，在西德審判實務，多有促成和解之情形，且其比率相當高。此種實態，非惟有屢次報告可按，並得多數實務家及學者所稱道。參照上述註七八內所列文獻，及木川統一郎「西ドイツ民訴簡素化法実施の一断面」（判例タイムズ四五二號，一九八一年）六頁。

註八五：在陳計男等「民事第三審上訴制度之檢討」（法學叢刊第一〇四期，一九八一年）一〇五、一〇六頁〔收錄於民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討（二）」（一九八六年）七八頁以下〕，筆者曾於民訴法研究會表明：加強限制人民提起第三審上訴，應以1.下級審法院之功能實際上業經加強；2.人民之權利意識已相當成長；3.在制度上律師之素質業經提高，其功能已受重視等為必要前提。否則只圖一時減輕第三審負荷之便，而遽採限制上訴措施，將有阻礙國家現代化之虞。

註八六：就此而言，信賴程序（心證公開及表明法律見解）具有與判決理由相同之功能，因此，信賴程序之強化，將有助於簡化判決書（理由記載）。

註八七：就既經開始之訴訟，儘可能充實其程序內容，期能經由一次訴訟徹底解

決紛爭，以防止浪費該事件訴訟主體之勞力、時間、費用，並增大法院解決紛爭之可能性，以應其他將要或正在使用法院之人民的需求，俾能多得使用訴訟制度請求保障權利之機會，提昇裁判及國家文化任務之品質。

註八八：在現行制度下，為掌握案情真相，並避免審理之僵化，不宜將主張之整理階段與心證形成之作業階段完全分離，而應承認在調查證據以後可為主張之補正。強調此事之重要性者如：田辺「英米型と大陸型審理」八頁；近藤「心証形式過程の說示(七)」(判例タイムズ三二六号，一九七五年)六頁；同「當事者の主張しない事実(八)」(判例タイムズ三四五号，一九七七年)八頁。

心證公開有助於達成上述目的，但形式的真實說卻忽視其必要性。此說難免輕易放棄提高真實接近度之譏，對於實體權利之保護，殊嫌不周。

註八九：此項成果已見於西德實務，參照宮崎「シュツットガルト方式」一一九頁。

註九〇：Wassermann, Der soziale Zivilprozeß — Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat — 1978, S. 36.

註九一：Polyzogopoulos, a. a. O. (Anm. 9), S. 20, 86; Wassermann, a. a. O. (Anm. 90), S. 52.

註九二：Wassermann, a. a. O. (Anm. 90), S. 63係以Stuttgarter Modell為例證，按此審理方式之主要程序內容為：由法官、訴訟代理人（律師）與當事人本人三者，就法院所表明之心證及法律見解進行討論，而後成立和解或下判決。參照註七八之文獻。

註九三：Wassermann, a. a. O. (Anm. 90, S. 109; 惟氏係以民事訴訟之目的在於確定實體的真實為其立論之前提 (S. 57)。此見解亦難免上述 (參三四) 之批評。本文以為：應立足於確定值得當事人信賴的真實之目的論，理解協同主義，較為妥當，蓋突襲性裁判 (在此，尤其與促進訴訟的突襲有關) 之徹底防止，乃屬更基本之要求。

補註：本文於一九八二年四月完稿後付印期間，接伊藤 眞「学説史からみた手続保障(-)」(法学教室No. 21, 一九八二年六月)，讀後益覺採本文所倡「值得當事人信賴的真實 (以下略稱為信賴真實) 說」之立場及防止突襲性裁判之觀點，將更有助於程序上基本概念之闡明。在此特先指出：

1. 向來係以使當事人有辯論、主張、舉證及爭執證據之證明力等機會為程序保障之主要內容，而在訴訟法學史上，程序內容有漸趨豐富化之傾向 (伊藤，前揭二八、二九頁)。在此情勢下，防止突襲性裁判之觀點，具有促使程序內容具體化、實用化之積極意義。防止發生推理過程的突襲之觀點，使能更充分意識到以心證公開為內容之信賴程序的必要性，直接有助於充實上述論者所指之程序保障內容。尤其就爭執證據之證明力言，更為顯然。

2. 論者有以程序保障為追求客觀的真實之手段者 (伊藤，前揭二八頁，以下略稱為客觀說)。此見解未充分意識防止發生促進訴訟的突襲之必要性，難免偏失之譏，有如本文所論述。尤其，倘於賦與當事人比較衡量實體上及程序上利害之機會以後，始達到一定證明度之確信並為真實之確定時，則所追求者乃為值得當事人信賴的真實，蓋在此情形，事前的程序經濟上考慮，已屬在真實確定過程發生作用之一要素，該真實是否符合於客觀的真實，並非主要的關心事。

3. 論者鑑於上述客觀說未能圓滿說明，訴訟之終了除因於以客觀的真實為基礎之判決以外，尚有因於訴訟上和解及以訴訟外和解為基礎的訴之撤回等情形，乃認為應將程序保障本身並列為判決程序的目的之一，俾能統一說明此等情形 (伊藤，前揭二九頁)。姑不論視程序保障本身為目的之見解，能否贊同，尚有待於進一步探討。茲僅就論者所述與本文有關者言之，倘以信賴真實之追求為上位目標，進以理解程序保障之功能或意義，將可圓滿統一說明上述三種訴訟終了之情形，而無如客觀說之難點。蓋在循本文所述之信賴程序以確定信賴真實之過程，非惟足以達成值得當事人信賴之判決，並且有助於減少無益的上訴及促成和解 (參照本文參三(三)2及註八四)，以兼顧程序利益之保護。亦即，若不僅以實體利益之實現為首務，即無上述難點。從而，應提示防止促進訴訟的突襲之觀點，以促使充實程序內容，並以基此之程序保障為追求信賴真實之手段。

【原載台大法學論叢第十一卷第二期，一九八二年】

程序保障之機能

——基於民事事件類型審理必要論及
程序法理交錯適用肯定論之觀點——

壹、緒言	63
貳、民事事件類型之多樣化對程序法理交錯適用之需求	65
一、程序法理之機能	
——著重其與程序法上基本要求之實現的關聯	65
(一)正確而慎重的裁判之達成	66
(二)簡易、迅速而經濟的裁判之達成	68
(三)合目的性、妥當性、展望性或創設性裁判之達成	71
(四)其他關聯機能	75
二、民事事件類型多樣化之需求	75
(一)對民事事件分類標準不明確性之省思觀點	75
(二)民事事件類型之多樣化及其需求適用之程序法理	76
參、程序保障在程序法理交錯適用過程之機能	89
一、程序法理交錯適用過程之態樣	89
(一)事件單位型	89
(二)個別事項單位型	90
(三)程序階段單位型	94
二、程序保障之機能	95
(一)程序保障方式之多樣化、類型化	95
(二)實質的程序保障	97
(三)銜接、統合程序之機能	103
(四)確保裁判公正性、信賴性之機能	108
肆、結語	111
※註釋	112

壹、緒 言

民事事件之審理，應追求真實之發見及程序之促進，達成符合正確而慎重及經濟而迅速的裁判。並且，於追求實現此等基本要求之過程，應儘可能充實必要之程序制度，以確定值得當事人信賴的真實，謀得該等基本要求之相互調和，緩和因偏重其一所可能造成之負面影響（註一）。此外，民事程序制度之運作及其理論之構築，尚應兼顧程序保障（Verfahrensgarantie）及擴大程序制度解決紛爭功能等基本要求。此時，基於尊重人之尊嚴（Menschenwürde）的原則及訴訟權保障之基本權性，尤不應忽視程序保障之優位性及指導原理性（註二）。是項觀點對民事程序法學之進展為有益而不可欠缺，此從德、日學界熱烈倡言重視程序保障之情勢，應可察知（註三）。

不少民事程序法學者，晚近相繼從各種不同角度，釋論程序保障，而且，隨著程序保障論之漸趨深入化，吾人可認識：程序保障論勢必涉及訴訟制度之許多基本問題，諸如：訴訟要件論、訴訟主體（當事人資格）論，共同訴訟論，訴訟參加論、訴訟標的論、事實認定過程論、主張及舉證責任論、訴訟費用論、判決效力論、上訴制度論、再審制度論、以及訴訟審理之基本原則論等各種問題層面之研討（註四），均無不與程序保障論之趨向，互有關聯。鑑於此，部分學者特指明：不論在何時代，程序保障均屬民事訴訟之基本要求，究明當今程序保障之意義並評估其機能，乃學界全體共同而最基本之課題（註五）。

不僅如此，學界更進一步認識，關於程序保障機能之評估，不應局限於其與訴訟程序內制度之關聯，而應併致力擴大視野於訴訟以外

之程序制度，進行多角度之分析，諸如：就程序保障之理念或內容，探討民事訴訟與其他紛爭解決制度之相互關係或連接性（註六），甚至就程序保障對政策形成過程之作用，併加研析（註七）。是即意味，與往昔不同，有關民事紛爭解決制度之研究，除涉及訴訟制度本身外，應併以訴訟程序與其他程序制度之關聯性為探討對象，此種關聯性之探討，亦同屬民事程序法學之基本課題。

可是，因民事訴訟法與非訟事件法在形式上之分立，關於由法官運作之民事程序，在外觀上，分離而併存著訴訟事件程序與非訟事件程序（Verfahren außer Streitsachen, Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit）。而且，與此對應，有關法官審理民事事件之基本原理，亦被區劃為訴訟法理與非訟法理，前者就訴訟事件，後者就一般非訟事件，分別支配各該審理程序（註八）。此種程序功能二元分立及程序法理二元分離適用之立場，在審判實務上經長年沿襲，習以為常，以至於今。或導因於此，向來學界鮮少將該二程序之關聯性及該二法理之互動關係，列為議論之對象（註九）。

基於如上認識，本文擬立足於筆者獨自之觀點，探討橫跨於訴訟程序與非訟程序間之下列基本問題，嘗試提示解決問題之方案，期能藉此踏進民事程序法學之未開拓領域，稍事墾植（註一〇）。亦即，本文擬探討：面對著各種民事事件，何項程序法理（訴訟法理或非訟法理或其中之某部分法理）之適用較有助益於滿足程序法上基本要求之何者（如：正確而慎重、經濟而迅速、具體妥當性、擴大程序制度解決紛爭功能或程序保障等要求）？將程序法理之適用程序截然分離為訴訟程序與非訟程序，使彼此互不相涉，對於程序法上基本要求之滿足，有無負面影響？訴訟程序與非訟程序間是否應具有相當之關聯性？訴訟法理與非訟法理間應否具有交錯互動之關係？此等關聯性或交錯互動之關係，對於促成程序法上基本要求之實現，應否或能否發

揮相當作用？倘經肯定此作用，則在其發揮作用之過程，有無兼顧調和上述諸基本要求之功效？此時，應重視程序保障之何種機能（註一一）？

貳、民事事件類型之多樣化對程序法理交錯適用之需求

一、程序法理之機能

——著重其與程序法上基本要求之實現的關聯

向來，一般固然將民事程序法理大別為訴訟法理與非訟法理，而認為前者適用於被列為應循訴訟程序處理之民事事件，後者則適用於被列為應循非訟程序處理者（註一二）。可是，民事事件之種類繁多，而民事程序制度之運作必須面對滿足程序法上諸基本要求之課題，並且，各種民事事件對程序法上基本要求所需求滿足之程度也未必相等（註一三）。因此，在檢討何類事件著重需求何項程序法上基本要求之滿足及其需求之程度如何以前，應先探究：何項程序法理（即訴訟法理或非訟法理或其中之某項法理）之適用較有助益於滿足何項程序法上基本要求？此時，係重視該程序法理之何項機能？

不僅如此，最近，部分學者重視判決程序（訴訟程序）與裁定程序（含非訟程序），係分別由不同之程序要素所組成，而主張：為因應社會生活之複雜化及民事紛爭解決方法之多樣化，應檢討重新組合該程序要素之可能範圍，使判決程序與裁定程序互相交錯，藉以構成新的審理方式（註一四）。此說係止於強調不同的特定程序相互間之機能分擔及肯定二程序之交錯現象，而非進一步正面指明在同一程序

之前後階段或就不同事項，應該或可能交錯適用對立之程序法理（如：職權探知主義與辯論主義、裁量性與聲明之拘束性）。正因如此，且其認為特定程序法理（如：公開辯論）自某程序之始至該程序之終，均支配該程序就同一事件之審理，並未另顯示其意識到就同一事件之審理，在同一程序之前後階段可能遭遇不同之情況（如：就某事項始末爭執，後為爭執），並可能以各種性質不同之事項（如：有特別需求擴大裁量權之事項，有不竟然者）為審理之對象，以致其未進一步論及，為充分因應此等審理狀況之多樣化、複雜性，應否一併探討就同一事件之審理，在同一程序之前後階段，有無分別交錯適用相對立的程序法理之必要性及可能性。在此情況下，為評估其說之妥當範圍，亦須先行析述各項程序法理之機能，俾能利用對其機能之認知，進行上述探討工作。

為此，在本文論述之必要範圍內，以下特闡述程序法理之主要機能。

（一）正確而慎重的裁判之達成

論者著眼於向來的訴訟程序之審理受支配於處分權主義、辯論主義、言詞（審理）主義、直接（審理）主義、一般公開主義及嚴格證明等程序法理，而非訟程序之審理則在該等主義受限制或採相對立的原則之下進行，乃以為訴訟程序之審理較非訟程序之審理更為慎重（註一五）。此種態度係就訴訟程序與非訟程序之全審理過程，予以分別觀察，而以不同的數程序法理所組合成的二個各別的程序整體為單位，加以對比。亦即，其說之著眼點較偏向於該不同的組合體即該二程序之各別整體的機能，而未一併兼重評析各程序法理（訴訟法理或非訟法理中之特定項目）之獨特機能。因此，為更明確了解各程序法理有利於達成正確而慎重的裁判之程度，尚須析述各該程序法理之獨

自的機能。

（1）傳統上被組合成為訴訟法理之上述各項程序法理，並非全屬發現真實以達成正確裁判之最有效而充足的手段。固然，言詞主義與直接主義經結合為蒐集心證形成資料（訴訟資料、證據資料）之手段，有助於確保心證之新鮮度、自然性及正確性，對於發現真實並達成正確的裁判，具有相當重要之作用（註一六），而嚴格證明原則最能擔保心證形成之客觀性，為促使裁判過程更加慎重之有效手段（註一七），亦有其一定之作用。

至於辯論主義雖被認為係發現客觀的真實之捷徑（註一八），但當實際運用時，每受限於周邊制度等諸多因素（註一九），如不與闡明權之活用相配合，能否真有助於發現真實及達成正確的裁判，實非無疑（註二〇）。何況，論者每強調職權探知主義之採用，係基於發現實體的（客觀的）真實之理由，而不將此項非訟法理排除於追求真實的手段以外（註二一）。因此，倘從追求真實之目的言，如何設法調整此二長久以來被認為對立的法理（辯論主義與職權探知主義）之適用範圍（註二二），或重新確立事實審理制度之目的論（註二三），應屬民事程序法學上之新課題。其僅執意於固守沿革上之態度者，既僅片面強調辯論主義為發現真實之捷徑，豈能濟事。

尤其，基於法治國家之原則，不僅在採當事人主義之情形，即使在職權探知主義所支配的審理過程，亦要求賦予相當之當事者權（註二四）。此時，辯論權、在場見證權及發問權之行使，均被認為兼有發現真實之作用，可為達成正確的裁判之有效手段，不因其行使於訴訟程序抑非訟程序而異（註二五），此事對於探尋二程序之共通要素，測知二者之連接可能性，具有重要之意義。

此外，一般公開主義（註二六）、處分權主義（註二七）等原則之採用，雖另有其機能，尚難認其與發現真實及達成正確的裁判之

間，具有直接而必然的手段與目的之關係，無從斷言此等程序法理之採用係因重視其屬達成正確的裁判之有效手段。

(2)上述各項程序法理，並非必須被組合於同一程序內，始能發揮助益發現真實及達成正確的裁判之作用。雖然，在近代的民事訴訟制度之確立期，一般對於由上述程序法理組合而成之訴訟審理方式，抱持高度之確信，以致將絕大部分民事事件均儘可能列入應循此種方式處理之範圍，以因應當時重視人民個別權利及強調契約自由之思潮，是有其時代背景（註二八）。可是，姑不論此項時代理念於今已遭若干修正（註二九）。事實上，自當時起已另承認併採用不同的組合為審理方式，在人事訴訟程序併用職權探知主義（註三〇），而在非訟程序兼採書面及言詞審理主義（註三一）等情形，均屬適例。不僅如此，即使時至今日，學界仍多主張：為因應情勢變遷之需，應該且可能改變向來之組合方式，並重視各程序法理之獨自機能（註三二）。此項表明應受積極之評價，因其正面認知：在法政策上，重新組合個別的程序法理之障礙並不存在，亦無不得將部分程序法理由訴訟程序調配於他一程序（即通常訴訟程序以外之程序，如非訟程序或人事訴訟程序）之理。亦即，一度被組合於同一訴訟程序之上述諸法理，並無恆須為同樣組合之理論上及法政策上必然性。

(二)簡易、迅速而經濟的裁判之達成

一般強調非訟程序特別有助於達成簡易、迅速而經濟的裁判（以下略稱為簡速裁判），其立論之根據在於非訟程序修正訴訟程序所採用之一般公開主義，言詞主義及直接主義（註三三），而改依簡易主義（註三四）及職權進行主義（註三五）等非訟法理為審理。關於此等非訟法理在何範圍內有助於滿足達成簡速裁判之基本要求，尚須析述：

(1)以書面審理及裁定方式為內容之簡易主義，就特定事件之審理（註三六），有助於達成簡速裁判之要求，正如向來一般所重視，固不容疑（註三七）。惟此事非即意味其所兼採之言詞主義對該項要求之滿足，並無助益。事實上，就事實關係複雜而難從書面理解案情之事件，言詞主義之運用，在審理程序之前階段可資為整理事實、證據及擬定審理方向、計劃之重要手段，藉此避免因不必要之審理造成浪費，有助於把握事實、過濾證據。此為言詞主義助益精簡審理內容，確立審理方向之機能（註三八）。

此外，由於言詞主義與職權進行主義之結合併用，法院經由對程序關係人（含當事人、鑑定人等）之訊問及闡明，往往容易儘早蒐集到相當資料，供為判斷有無造成程序拖延之情事，藉以決定何者為待認定之事實、何者為待調查之證據。此項言詞主義促進程序之機能，即使在非訟程序，就特定非訟事件之審理，亦屬不容忽略。例如在聲請指定或選定監護人事件（參照非訟事件法第七二條以下）之審理程序，及時訊問未成年人或禁治產人，聽取其意見，了解有關監護之利害狀況，將有助於儘早把握審理方針，為有利於未成年人之裁定。在此情形，程序之促進並非單憑書面審理所能竟其功。尤其，在法律未明文要求法院應訊問該未成年人或禁治產人之狀況下，特需依職權主義之運用（裁量）發揮言詞審理之功用。至於此項審理程序之踐行，同時有助於蒐集有關發現真實之心證形成資料，並賦予該實質上當事人（未成年人或禁治產人）受當事者權保障之機會，足以彰顯言詞主義具有多重的機能，亦不容忽視（註三九）。

(2)由上述有關併用言詞主義、書面主義及職權主義（裁量性）的事例可知，為達成簡速裁判，實際上有交錯適用二項以上的程序法理之可能性及必要性。並且，不僅就類型不同的事件，即使就同一事件之審理，在其前後不同的程序階段，亦可肯定該交錯適用的可能性及

必要性，並不因其為訴訟程序抑屬非訟程序而異。此事意味妥當的程序運作有賴於具彈性的審理方式，要在如何善為行使裁量權，充分發揮各該程序法理之長處，此乃相對性的問題（註四〇），此項認識對於重新評估各該程序法理之機能分擔的妥當性及再組合的可能性，具有重要之意義。

抑有進者，上述程序法理交錯適用之容認同時意味：裁定程序解決紛爭之功能有擴大之可能性，以及除「判決」外，「裁定」亦有與訴訟法理相結合之可能及必要。亦即，由於在非訟程序（裁定程序）兼採書面主義及言詞主義、一般公開主義及不公開原則，並應適當保障當事者權（註四一），因此，經由裁量權之運作，就特定同一事件之審理，裁定方式有與言詞主義、一般公開主義及當事者權保障程序之踐行等程序法理相結合之可能，倘其結合之程序越接近於該等程序法理在訴訟程序（判決程序）與判決方式相結合之程度，而至於滿足承認實質上拘束力所必要之前提程序要素時，則越可能承認該裁定具有該項拘束力，而發揮相當於判決所能發揮之解決紛爭功能。此時之裁定，比裁定方式未與上述程序法理（承認裁判具有實質上拘束力所必要之訴訟法理）相結合時之裁定，更擴大其解決紛爭之可能範圍（註四二）。並且，不容忽視的是，對於涉及實質上爭執而又需求迅速作成終局性解決之紛爭事件的處理（註四三），上述程序法理（一般公開之踐行、含辯論權在內之當事者權的保障）與裁定方式相結合之場合（下稱第一場合），較諸該等程序法理與判決方式結合之場合（下稱第二場合），更有利於達成簡速裁判之要求（註四四）。

亦即，裁定程序較諸判決程序更具簡易性，在裁判書之制作內容、聲明不服之期間，聲明不服之理由及審級救濟程序等方面（註四五），包含著更多有利於達成簡速裁判之程序要素，並且，此等程序要素尚有依實際需求，酌予調整充實之可能（註四六）。因此，在第

一場合與第二場合實際上均滿足承認裁判具有實質上拘束力所必要之共通的前提程序要素時，第一場合除了發揮與第二場合同樣的解決紛爭之作用（滿足法的安定性之要求）以外，較諸第二場合更可能同時有助於滿足達成簡速裁判之要求。基此認識，今後的課題是，立足於肯定交錯適用程序法理之上述實利的觀點，檢討如何一方面保留或繼續改進第一場合有助於達成簡速裁判之程序要素，同時，一方面探尋第一場合與第二場合間共通的、承認裁判發生實質上拘束力所必要的程序要素，並促使此程序要素具體化為程序制度，以便藉此儘可能避免強求當事人及法院就同一事件之解決，必須分別進行訴訟與非訟等二道程序，致違反程序經濟（註四七）。

(三)合目的性、妥當性、展望性或創設性裁判之達成

與當事人主義（當事人處分權主義、當事人進行主義及辯論主義即當事人提出主義）所主導之審理程序（下稱當事人主導方式）相對比，適用職權裁量法理（職權主義）之審理方式（下稱職權主導方式）突顯此項法理具有助益達成合目的性、妥當性、展望性或創設性裁判之特殊機能。析言之：

(1)在職權主導方式下，關於請求（聲請）及審理的範圍之特定，限制或排除當事人處分權主義之適用，而承認聲明之非拘束性及自由裁量性。其結果，即使當事人就請求裁判之範圍有所特定，亦不當然拘束法院，法院不妨為與當事人所特定者不同之裁判（逾當事人所特定之範圍為裁判）。並且，即使當事人之聲明未限定請求裁判之範圍，法院仍非運用其裁量權為妥當裁判不可。由於此項法理之適用，比諸當事人主導方式，在職權主導方式下，法院更可能除顧慮當事人所請求者外，同時一併審酌其未請求之相關資料，主動考量形成他種裁判內容之可能性，創設較妥當的裁判內容，而不致因囿於當事人聲

明之特定範圍，無從機動追求更大可能之妥當性。例如，在選（指）定監護人事件（註四八），即使當事人（利害關係人）表明求為選（指）定某人為監護人或排列求為審理之先後順位，法院並不當然受其拘束。為充分保護、增進受監護人之利益，符合監護制度之目的，兼顧公益，此類事件需求國家積極為照護的活動，由法院發動職權裁量酌定適當者為監護人，而形成合目的性、妥當性、創設性、展望性、裁量性之裁判，並使此種裁判具有對世的效力（註四九）。

更有甚者，在請求或裁判之內容具有多重可能的事件，倘仍固執於採行當事人主導方式，而認為當事人所未聲明請求者，法院即不得為合目的的裁判，則當事人為避免因其請求未被容認致遭駁回，勢將不得不為二重以上之聲明，法院亦因此非就多重順位之請求分別一一均為審理裁判不可，實有背於程序經濟。例如，在裁判分割共有物事件，就有關分割方法之聲明，經適用職權裁量法理，而承認聲明之非拘束性及自由裁量性的結果，較採當事人主導方式，更能形成合目的性、妥當性的裁判（註五〇）。

此種訴訟化事件之職權裁量法理的適用同時意味：達成上述合目的性的性裁判之可能性，係因職權裁量法理之適用所促成，而非由於訴訟程序（以訴訟法理組合成之程序）所導致。並且，雖然在非訟程序因適用職權裁量法理之結果，亦可能如上述選（指）定監護人事例，達成合目的性裁判，但非僅在非訟程序始可能促成該項裁判。亦即，該項裁判之達成，係賴於職權裁量法理之機能發揮所致，而與形成該項裁判之程序名為訴訟程序抑非訟程序，並無直接關係。

(2)在職權主導方式下，原則上，當事人不主導裁判基礎資料之蒐集與證據之提出，不負主張及舉證之責任，法院可依裁量權之運用，決定是否蒐集特定之事實或調查某證據，依職權探知裁判基礎資料。其結果，採用職權主導方式之法院，較可能就個別具體的事件，一方

面探尋各該事件之合目的性之所在，一方面配合此目標，主動調查必要之證據，蒐集相關之心證形成資料，據以作成合目的性、創設性裁判，而形成（發生、變更、消滅）特定之法律關係或法律狀態。反之，在當事人主導方式下，受限於私法自治、處分權主義及當事人提出主義，法院無從運用較大之自由裁量權機動配合各該具體事件之合目的性所在，調查或蒐集當事人所未提出之證據、事實，以致較職權主導方式更難促成合目的性裁判。

例如，在上述選（指）定監護人事件，為貫徹監護制度之目的，充分保護受監護人之利益，並兼顧公益，受理法院依職權主導方式，較可能主動蒐集充分資料，據以判斷除當事人所請求指定之人以外，何人更適合於任監護人，而不致因採當事人主導方式，法院受限於當事人所主張之事證範圍，難以形成更妥當之裁判。他如，在聲請指定親屬會議會員事件（參照民法第一一二九條、第一一三二條），倘依當事人主導方式受限於事件聲請人（利害關係人等）所主張之事證範圍，將較採職權主導方式，更有形成偏利於該聲請人的裁判之虞。

(3)向來，由於過度強調傳統的當事人主導方式之結果，造成程序進行之緩慢，減低審判制度解決紛爭之效率，終至成為訴訟事件非訟化之一因（註五一），晚近，乃有轉向於兼採職權裁量法理之趨勢，是即重視該法理之適用具有促進程序之機能（註五二）。並且，職權主導方式下所採用之職權進行主義具有助益達成合目的性裁判之機能。亦即，在職權主導方式下，法院運用職權裁量法理，較諸採當事人主導方式，更能配合個別具體事件之目的追求，根據職權探知所得資料，判斷程序應如何進行，避免造成違反事件目的之程序緩慢，而有助於形成合目的性裁判。此項機能對於處理特別需求簡速裁判之事件，具有決定性之作用。

例如，在指定監護人事件之審理程序進行中，涉及前提身分關係

之爭執時，法院為達成監護制度之目的，可依職權裁量於有關該身分關係之訴訟終結以前，不停止指定監護人事件之審理程序，適時作成合目的性裁判。

要之，如上所述，職權裁量法理之適用，在請求（裁判）範圍之特定、裁判基礎資料之蒐集及程序進行之緩急等方面，均有助於達成合目的性、妥當性、展望性或創設性裁判，特別適合於需求此種裁判之事件。不過，職權裁量法理之適用，並不意味在其適用程序上，無須賦予相當之程序保障。毋寧是，於重視職權裁量法理之機能的同时，應併兼顧當事者權之保護（註五三）。為此，應正視職權裁量法理與有助於踐行程序保障之程序法理等二者交錯適用的必要性，並探究程序保障在此交錯適用過程之機能。

(4)除裁判前之上述情形外，即使在法院為裁判以後，職權裁量法理之適用亦有促成合目的性裁判之機能。亦即，在法院下裁判以後，為繼續保持上述裁判之妥當性、合目的性，往往有承認基於職權裁量之裁判變更可能性的必要。經如此承認，法院始能以其依職權探知所得之事實及證據為判斷之基礎資料，於認為原裁判自始係屬不當、不合目的時，或因裁判後之情事變更足認該裁判已成為不當、不合目的時，在一定條件下，將該裁判予以撤銷或變更，藉以貫徹追求合目的性、妥當性裁判之旨趣。在承認此種裁判變更可能性之制度下，職權裁量法理之適用有助於達成合目的性、妥當性裁判（註五四），尤以對於有關繼續性的法律關係之裁判為然。屬於此類之事件，例如，法院為選任財產管理人之裁判以後，發現該人確不適任，而原裁判於為裁判時即屬不當，或該裁判經宣示或送達後情事發生變更，足認該人不適任等情形；又如，在扶養費請求事件，裁判內容定有扶養的程度、方法，於裁判後因當事人間諸情況的變更，該裁判內容已非妥當而不能達扶養目的等情形（註五五）。

(四)其他關聯機能

關於諸程序法理之機能，除以上說明者外，尚可從其他多種角度分析。諸如：一般公開（法庭公開）主義之運用固然有助於確保裁判之公正性（註五六），惟就特定家事、身分關係事件或涉及營業秘密事件之審理，倘無限制採行一般公開（法庭公開）之方式，難免將事件之內容細節過分暴露於無關之第三人，致造成侵害隱私之情事，實非所以尊重人權之道（註五七）。因此，對於此種事件之審理，不公開之方式具有保護隱私之作用。不過，程序法理之機能多屬各別存在，對於一般公開之限制，並不當然意味其他程序法理之機能或程序法上基本要求（如當事者權之保護）也應隨同受限制。在理論上或法政策上，為達成特定目的，尚可能基於其他理由，使不公開方式與其他程序法理（如言詞主義、直接主義）結合併用於同一程序。

就類此之他項程序法理機能，此後當視本文論述之必要，另加闡述。

二、民事事件類型多樣化之需求

(一)對民事事件分類標準不明確性之省思觀點

雖然一般認為訴訟事件應循訴訟程序依訴訟法理，而非訟事件則應循非訟程序依非訟法理，分別處理（註五八）。可是，關於此二種事件之區別標準，學說紛歧，有目的說、對象（客體）說、手段（方法）說、民事行政說及實定法說等並存，至今尚無定論（註五九）。在此情形下，當處理特定民事事件時，即使遭遇窮於論斷究竟應根據訴訟法理抑適用非訟法處理之境況，亦不足奇。事實上，民事事件之種類繁雜，欲網羅所有事件，然後從其中抽取出任何的非訟事件所共

通的特性，並就具有此特性之事件，均一律全面依同一法理處理，確極困難。於此現狀下，從理論上探究非訟事件之本質特性何在，對於判斷就特定種類事件之處理應如何制定或修正相關法律、應如何解釋適用民事程序法等事，固然仍有相當實益（註六〇）。更重要的是，正視各種類型互異之民事事件，往往各有其不同之個性、特徵，而且因其個性、特徵之差別，各該事件需求滿足之程序法上基本要求亦未必相同。為追求各該事件審理方式之具體妥當性，應從利益衡量之觀點（註六一），就各該基本要求之重要性與相關程序法之機能對達成該等要求之實用性等關聯事項，加以比較衡量，藉以重新探尋解決問題之基本方向，並把握有關特定類型民事事件之審理應如何適用程序法理（訴訟法理或非訟法理或其中何項法理）之判斷標準。

基此，以下特選取若干類型不同之事件為素材，析述其個性・特徵之異同、其因此著重需求何項程序法上基本要求之滿足及何種程序法理之適用。

(二)民事事件類型之多樣化及其需求適用之程序法理

(1)權利義務確定追求型

民事訴訟事件之固有的典型事件係以權利義務之確定為內容。亦即，此類事件係由訴訟法院循判決程序確定當事人（原告）以訴所特定之實體法上法律關係（原告之權利及被告之義務）。其裁判程序之主要特徵是，法院應認定對立當事人間所主張之事實（過去事實、要件事實）的真偽，並適用法律而為裁判（存在於當事人間的法之確證及裁判）。例如，與事件類型A相類之事件屬之，其對立當事人間爭執之法律要件為何〔見附表內事件類型A(b)所示關聯事實〕，通常明定於實體法上，可經由解釋明確預測得知，就此受訴法院並無自由裁量之餘地，與事件類型D、F的情形大不相同。與此關聯，在事件類

型A的情形，著重需求有助於貫徹私法自治、實現處分權能以及嚴密判斷法律（要件）事實存否的程序法理（註六二）。質言之，關於此類事件之審理，較他類事件，更需求適用向來支配固有的訴訟程序之訴訟法理及二當事人主義（Zweiparteienprinzip）等法理〔見附表內事件類型A(d)〕（註六三），而不需求在上述認事用法的範圍內交錯適用職權裁量法理。

〔附表〕

事件類型		個性、特徵 (a)	判斷關聯 事實資料 (b)	主要基本 要求 (c)	主要程序 法理 (d)
A	確認所有權事件	△過去事實之認定 △法律之適用 △權利存否訟爭對立性 △權利確定目的性	△該當於取得權利之事實（不動產登記完成、動產占有移轉、取得時效完成、繼承或善意取得……等事實）	△正確而慎重的裁判→應與迅速而經濟的裁判調和	△全面性訴訟法理→處分權主義 辯論主義（主張、舉證責任等） 言詞主義 直接主義 一般公開 嚴格證明 二當事人主義 當事人進行主義
B	登記事件	△簡速性 △公益性 △預防性（預防紛爭、侵害） △民事行政性 △非私權確定目的性	△形式審查所必要之資料（無關實質審理之事實）	△簡速處理	△簡易主義 △職權主義 △書面主義 △間接主義 △不公開
C	監護事件	△合目的性、妥當性、裁量性、展望性、創設形成性 △公益性 △繼續性 △迅速性	△有關適任與否（當否）等資料 △（非過去、要件事實）	△合目的性、妥當性裁判	△職權裁量法理
D	請求扶養事件	△裁量性、展望性、創設性、形成性（私權之形成） △繼續性法律關係 △關於扶養方法、程度，法未明定標準→非權利義務確定性 △利害調整性 △訟爭性（就扶養之方法、程度）（民法第一一〇條） △迅速性 △公益性（弱者保護） △隱私性	△關於當事人之資力、扶養必要性、程度、一般社會經濟情況水準等資料→非純屬法定要件事實之判斷→預測、斟酌未來可能情況	△合目的性、妥當性裁判 △簡速裁判	△就扶養之順位、資力、必要程度等現在及未來可能情況，依職權裁量法理。 △緩和處分權主義、辯論主義（緩和協力義務） △就訟爭部分依直接主義、言詞主義（辯論） △不公開原則
E	公賠司償機查關定損事害件	△集團處理需求 △迅速性 △訟爭、對立性（公司法第三五四條五款）	△該當於發生權利義務之事實	△簡速裁判	△簡易主義 △職權進行主義與職權探知主義 △限制處分權主義 △言詞主義、直接主義
F	定份公價格收事買件股	△裁量性 △形成性 △迅速性 △利害調整性 △訟爭對立性（公司法第一八六、一八七條）	△與成立契約有關聯之事實——妥當形成公平價格之關聯事實	△簡速裁判 △妥當性裁判	△職權裁量法理 △就訟爭部分言詞辯論

G	聲命請令發事支付付	△簡速性 △非訟爭性→隱存的訟爭對立性 △權利確定目的性（民訴法第五〇八條） △大量事件處理性	△該當於發生權利之原因事實 △階段化顯現的權利存否事實	△簡速裁判	△前階段→書面主義、不公開 △後階段（訟爭性顯現時）→與類型A(d)同
H	本追票索票款件	△簡速性 △隱存訟爭對立性 △隱存權利確定目的性（自爭執時始顯現訟爭性及權利確定目的）	△行使票據權利之事實 △階段化顯現的權利存否事實	△簡速裁判	△前階段同上→G(d) △後階段就訟爭部分依職權進行主義及訴訟法理→準用A(d)

不過，訴訟之促進亦屬程序法上之基本要求，為促使此項要求與發現真實之基本要求相調和，於訴訟程序內（不在非訟程序內），即使關於權利義務確定型事件之審理，在一定情況下，亦有交錯適用職權裁量法理或書面主義之必要及可能（註六四）。

另一方面，與事件類型G（聲請發支付命令事件）及事件類型H（本票票款追索事件）比較而言，雖同屬或隱或現的具有私權確定之目的性〔見附表內事件類型G(a)、事件類型H(a)〕，但事件類型G及事件類型H對於簡速裁判之基本要求的需求度，遠高於事件類型A（確認所有權事件）對於該項基本要求的需求度，終至於在事件類型G的情形，需求將主張權利之程序分成前後二階段，而使前階段採行非訟法理（簡易書面）依非訟化方式處理。又，在事件類型H的情形需求依非訟化方式審理實質事項（權利義務存否），而於程序後階段當訟爭性顯現時，循非訟程序依部分訴訟法理（處分權主義、直接審理、言詞辯論等）處理〔請參照下述(6)關於訟爭對立性階段化顯現型之說明〕，猶如抵押權實行事件所需求者然（註六五）。要之，屬於事件類型A之事件與屬於事件類型G、H之事件雖同樣具有權利確定目的性（均需求獲得具有既判力之終局性裁判），但因各自對於簡速裁判之需求度有所不同，其分別需求適用之程序法理亦隨之發生差異。藉此，在事件類型G、H之情形並可活用各該程序利於達成簡速

裁判之方式（如：就事件類型H依非訟法所定之抗告方式而不依上訴方式救濟；就事件類型G依民訴法所定督促程序之簡便方式主張權利），而在事件類型A之情形，則另可善用利於達成慎重裁判之聲明不服方式（依上訴方式而非依抗告方式），分別因應各該類事件之特徵，滿足各自的特殊需求，追求達成具體妥當性。

(2)古典的非訟事件型

非訟事件之古典的領域（das klassische Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit）係以監護事件（含監護人之選任解任、離婚後親權人之指定等）、遺產事件（含繼承之拋棄、遺產之分割等）、登記登錄事件（含公益法人登記、夫妻財產制登記等）為主，而尚包含收養事件、戶籍事件、船舶抵押事件、商事事件（含檢查人之選任解任、商業登記等）、物之保管及證書之作成事件等類在內（註六六）。此類事件，固然在特徵上互有或多或少之差異，可是其間主要共通的特性是：需要法官之裁量、具有繼續性而需要依情況變遷撤銷變更裁判、特需迅速處理及具有濃厚的公益性等（註六七）。此等特性著重需求適用職權主義等非訟法理為處理，如以附表內事件類型B（登記事件）為例觀察，而重視此類事件自始不以私權之確定為目的等性質，其處理程序應不需求適用訴訟法理。

再者，與事件類型E（公司機關損害賠償查定事件）、事件類型F（定股份價格事件）及事件類型H（票款事件）比較而言，雖同屬需求循非訟程序處理之事件，但屬於E、F及H類型之事件，原均有相當程度之訟爭、對立性存在，係基於追求簡速裁判之理由而被（或強烈需求）非訟化審理〔請參照以下(5)、(6)之說明〕，關於此類事件之非訟化審理過程，較有關屬於事件類型B之事件（古典的非訟事件）的通常審理，更需求在適用非訟法理（有助於簡速裁判的職權主義）之同時，也交錯適用訴訟法理（言詞辯論等）。

(3)合目的性、妥當性判斷追求型

與上述(1)的權利義務確定追求型不同，另有法律要求法院作成合目的性、妥當性判斷的事件類型。在此情形，法官被賦與相當大的裁量權，於其審理過程，非若上述(1)的事件類型應依法律明定的要件事實作成劃一的裁判，而是要求或期待法官應衡量當事人之個別具體情況，配合各該事件之實際目的需要，作成合目的性、妥當性裁判。屬於此種類型的事件，例如：財產管理人之選任或解任等財產管理事件（非訟事件法第二節）、關於定分割方法之裁判分割共有物事件（註六八），附表內事件類型C（監護事件）、D（請求扶養事件）及F（定股份價格事件）。

亦即，在財產管理事件，法院應依其制度目的，調查斟酌相關資料情況，作成妥當之判斷（選任或解任管理人，或為必要之處置）。在事件類型C的情形，法律未明定有關監護之要件，而要求法官為實現監護制度之目的，應斟酌受監護人之利益及監護人是否適任等實際關連狀況，形成合目的性、妥當性裁判。達成此項裁判之審理活動係基於該事件之裁量性、展望性、創設性等特徵而進行。與此相類，在事件類型D的情形，法官亦應斟酌扶養人及被扶養人之資力、社會經濟現況及可得預見之未來變動，公平判定扶養之程度及方法，因法律就此並未明確預定而委諸法官之裁量，是為具有形成性的裁判（註六九）。又，在事件類型F的情形，法律（公司法）並未明定形成價格之具體標準，而僅揭示一般性抽象原則，因此，為算定該價格，除了應就該公司之純財產為評價外，尚應斟酌有關之各種資料（如：該公司之營業狀況、分紅可能性等），作成公平的裁量，其裁判亦為具有裁量性、形成性的裁判（註七〇）。

由於具有上述個性、特徵，此類事件就裁判內容之形成而言，較諸事件類型A、G及H的情形，更強烈需求適用職權裁量法理（非訟

法理)，蓋以在事件類型A、G及H的情形，法官就權利內容之判斷，應受限於對法定要件事實之審理〔在事件類型G及H，係於程序後階段當事人爭執實質事項致訟爭性顯現時，始就要件事實等為實質審理及判斷——請參照下述(6)〕，而無如法官在裁判分割共有物事件、事件類型C及F等事件所被賦與之上述裁量權。因此，即使將此類法官有裁量權之事件，列為應循訴訟程序審理之範圍，亦應在訴訟法理之外，交錯適用職權裁量法理，而不應無視此類事件之特殊需求（註七一）、（註七二）。不過，事件類型D及F，除有上述適用職權裁量法理之需求以外，並具迅速性而有簡速裁判之需求，倘著重於滿足此二項需求，則更有將此二類事件予以非訟化審理之正當根據〔請參照下述(5)〕。

另者，屬於本類型而同樣追求合目的性、妥當性判斷的諸種事件，尚可能另有其各自的特性。與上述單純選任適當的財產管理人之情情形不盡同，屬於本類型的部分事件實際上涉及多數利害關係人（當事人）間激烈的利害對立，而具有相當濃厚的訟爭色彩，法院係面對此種對立、訟爭狀況，從中調整其間之利害。此部分的事件屬於利害調整追求型。例如，同屬此類型的遺產分割事件，法律就其分割方法未明定其要件事實，可是，繼承人間就分割方法可能因未達成協議而爭執對立，於當事人請求法院為分割遺產時，受理法院即應以裁判公平調整繼承人間之利害。於此類情形，除了適用職權裁量法理以判定分割方法外，應同時顧慮交錯適用有利於滿足該訟爭對立性的程序法理（如言詞辯論），以提昇當事人對裁判內容之預測可能性，並儘可能確保有關利害調整之裁量權行使的公平與正確。類此之情形如：①在事件類型C，就監護措施於監護人與受監護人間利害關係對立（註七三）時，關於其事之審理過程、②在事件類型D當事人就扶養之方法及程度未能達成協議時（參照民法第一一二〇條），關於此事之審

理過程、③在事件類型F當事人就收買股份價格未能達成協議（公司法第一八七條第二項）時，關於此事之審理過程……等，均需求交錯適用上述的程序法理，以因應此等事件之裁量性與訟爭對立性，初不應因各該事件之審理程序為訴訟程序或非訟程序而異。

此外，事件類型C及D另屬於繼續性的法律關係或法律狀態之事件，基於此特性，固然需求適用職權裁量法理，藉以在裁判後於一定範圍內撤銷或變更原裁判，達成合目的性、妥當性裁判，已如一(三)(4)所述。可是在適用此項職權裁量法理之關連程序上，就涉及此類事件之訟爭對立部分，仍需求交錯適用相應之訴訟法理。

(4)集團處理追求型

在集團的債務處理程序可能附隨衍生若干紛爭事項，關於此類事項之處理，特別需求有助於提昇效率性、迅速性的程序原則（註七四）。例如，附表內事件類型E（公司機關損害賠償請求查定事件）屬之。析言之，此種事件係在公司之清算程序即集團性債務清理過程所附隨衍生的責任問題，其審理原則應能符合該集團性債務處理講求簡易迅速並富機動性之旨趣，始可濟事。為此，固然應明文（公司法第三五四條第五款）承認法院得為查定裁判（處分）以為清理程序之一環，藉以適用非訟法理（簡易主義、職權探知、職權進行主義等）簡易迅速取得債務名義（註七五）。此外，並應顧慮因其係以實體私權（損害賠償請求權）為審理之對象，就權利義務之存否具有強烈之訟爭對立性，需求交錯適用訴訟法理（如：言詞辯論）。至於此類事件究竟應在訴訟程序抑應在非訟程序交錯適用非訟法理與訴訟法理，則涉及其非訟化審理之利弊較量的問題，與下述(5)之說明有關。

(5)簡速裁判強烈追求型

民事事件之審理對於簡速裁判之需求度，可大別為二種態樣：態樣一是，屬於附表內事件類型A即上述(1)（權利義務確定追求型）的

事件之審理，祇需求在訴訟（判決）程序追求達成簡速裁判。此類事件對簡速裁判之需求度，尚未到達需求依訴訟程序以外的簡易程序（如：非訟程序）處理之程度（註七六）。至於態樣二則是，強烈需求循非訟程序處理的事件類型，此類事件需求借重非訟程序發揮簡易主義特別有利於達成簡速裁判之機能（註七七），其對於簡速裁判之需求度已高至於強烈企求不被列歸上述(1)類型。屬於態樣二的事件，除不直接以實體私權之存否為程序處理之對象者（註七八）外，尚包括涉及權利義務存否（實質事項）之爭執的事件類型，例如：附表內事件類型E（損害賠償查定事件）、F（定股份價格事件）、D（請求扶養事件）、H（本票票款追索事件）、共同海損之計算確定事件（海商法第一六一條）、拍賣抵押物聲請事件（民法第八七三條）……。此類事件究竟需求如何適用程序法理，乃本文之關心事。亦即：

①事件類型E涉及損害賠償請求權之存否及範圍，並以此為審理之對象，係有關權利義務之爭執，具有強烈的訟爭對立性，原屬上述(1)權利義務確定追求型之事件（註七九），需求適用訴訟法理。可是，另一方面，此類事件係集團性債務清理過程所衍生之問題，強烈需求交錯適用非訟法理（簡易主義）為簡速裁判，有如上述〔參照(4)〕。尤其，此類事件對簡速裁判之需求，已高達於應循有關裁定之抗告程序（非訟程序）為審級救濟始能獲得滿足的程度，而非僅利用有關判決之上訴程序所能濟事，不適合採行訴訟化審理方式。此項理由足可成為應促使屬於事件類型E之事件非訟化審理的正當化根據。然而，向來關於我國程序法制之探討，非但未及於如何就此類事件在訴訟程序交錯適用非訟法理之問題，在程序法（含實質的程序法）上且未就此種事件之處理程序詳為規定（參照非訟事件法第九六條）（註八〇）。因此，基於上述非訟化審理之需求及根據，應在肯定公司

法第三五四條第五款為非訟化規定性質的同時，進一步具體化其在非訟程序交錯適用訴訟法理（言詞辯論等）時應採之步驟及承認其效力之前提要件，此乃當今之課題。

②如上述(3)之說明，法律就事件類型F，並未明定形成股份價格之具體要件標準，而係以法院之裁量形成裁判及權利內容，此種事件實具有裁量性、形成性，猶若裁判分割共有物事件之有待依裁量定分割方法者然。並且，事件類型F係自始具有訟爭性（公司法第一八七條第二項）。就其具有訟爭性言，非不可予以訴訟化審理，一如向來循訴訟程序處理裁判分割共有物事件。然而，就其另具有裁量性言，則宜採非訟化審理方式，循非訟程序為定股份價格之裁判。而且，不論循何方式（訴訟化或非訟化）審理，由於該二特性之並存，其需求就同一事件交錯適用訴訟法理與非訟法理，乃屬當然。非訟事件法第八九條列之為非訟事件，予以非訟化審理，便利借重職權裁量法理（含聲明之非拘束性、職權探知、職權進行等），從重視此種事件之裁量性言，應屬適切。

尤有進者，股份價格往往隨股市而常生變動，若此種事件之審理程序未能迅速終結，致股份價格遲遲未定，將使公司及股東常處不安定之狀態，此種事件需求特別有助於達成簡速裁判之程序法理，至為明顯。職此，其在借重上述職權裁量法理之同時，更強烈需求利用以抗告方式為內容之審級救濟程序即非訟程序，作為避免因判決（上訴）程序即訴訟程序之利用所可能招致之程序遲緩（註八一）。此項理由誠為促使事件類型F徹底非訟化審理之正當化根據。亦即，應儘可能避免採行分由二道程序處理同一紛爭事件之方式，並同時充實程序內容，在非訟程序就此類事件所涉權利爭執為實質審理，使其裁判具有實質上拘束力，以達成終局性解決紛爭之目標（註八二）。

③共同海損之計算確定事件係依海商法第一六一條及非訟事件法

第九九條被非訟化審理，而以有關共同海損之權利義務（海商法第一五一條以下）為審理對象，屬於實質審理程序。此種事件因利害關係人協議不成而提起，自始具有訟爭對立性，需求適用與其權利義務訟爭對立性相應的訴訟法理（註八三）。另一方面，為圖海運之順暢迅速，免其利害關係人處於不安狀態，此種事件不應久懸不決，特需簡速處理（註八四）。就此而言，此種事件與上述事件類型E及F相同，亦強烈需求利用非訟程序達成簡速裁判之目的，而在此程序交錯適用訴訟法理與非訟法理，使其裁判並具有實質上的拘束力，終局的解決紛爭。

④事件類型D（請求扶養事件）不僅需求適用有助於達成妥當性判斷之職權裁量法理，已如上述〔參照(3)之說明〕，同時由於此種事件之處理，應及時顧慮受扶養人之生活急需，較一般訴訟事件更應儘快終結，並有非訟化審理以借重簡易主義（尤其是抗告程序）之機能的需求。另一方面，此種事件係因當事人間不能達成協議而提起（民法第一一二〇條），自始具有訟爭對立性，需求適用與此相應之訴訟法理（尤其是言詞辯論）。果然，循非訟程序交錯適用非訟法理與訴訟法理處理此種事件，亦有其正當化之根據（註八五）。

⑤為促進本票在交易社會的流通，需有助於本票票款債權迅速實現的程序制度配合。因此附表內事件類型H對於簡速裁判的需求，亦有賴於借重簡易主義（含以抗告方式為程序內容之審級救濟），經由非訟化審理（含職權進行主義之採用）獲得滿足，而非僅憑判決程序之審級救濟方式所可實現，此為與事件類型F及共同海損之計算確定事件等相同之需求。基此，票據法第一二三條及非訟事件法第一〇〇條承認非訟化審理事件類型H之可能性，較諸僅在判決程序要求職權宣告假執行（民訴法第三八九條第一項第四款）之處理方式，更有助於達成簡速裁判。不過，其承認非訟化審理係著眼於此種事件對簡速

裁判之需求，僅在借重簡易主義及職權進行主義所必要之範圍內予以非訟化而已，並不含有逾於此範圍之非訟化意義。例如，就處分權能屬於當事人之法律關係進行非訟化審理時，不應完全無視主張、舉證責任分配等法則，而無條件採用職權探知主義或排除處分權主義之適用。由於此種事件仍不失其為權利義務確定追求型之特性，因此，就追求權利義務之確定部分，仍應自此項確定之需求顯現之時起，在必要之程度內，交錯適用訴訟法理。此事與下述(6)之說明有關。

又為充分發揮抵押制度在交易社會之擔保功能，抵押權實行事件亦特別需求簡速的非訟化審理，是與上述有關本票票款追索事件之情形相同（註八六）。

(6)訟爭對立性階段化顯現型

共同海損之計算確定、附表內事件類型D（請求扶養）及F（定收買股份價格）等類事件，係因其當事人或利害關係人間協議不成而提起，自始具有訟爭對立性。因此，各該事件通常均自程序之前階段（程序開始時）起，需求適用對應該訟爭對立性之訴訟法理，並且在此類事件另需求適用非訟法理之情形（如：就扶養之方法、程度為判斷或就股份價格為酌定之範圍內），係自該程序之前階段起即交錯適用二項程序法理。

與此不同，在事件類型H（本票票款追索事件），於其依上述(5)⑤之說明為非訟化審理時，因當事人間未必自始爭執實質事項，所以在程序之前階段未必即顯現有關權利義務存否之訟爭對立性，因此其時尚不需求適用對應於該特性之訴訟法理（如：處分權主義、一般公開、言詞辯論等法則）。毋寧說，如上(5)⑤所述，此種事件係基於對簡速裁判之強烈需求乃被非訟化，倘在該項訟爭對立性尚未顯現時（前階段），竟強求適用上述訴訟法理，將反而招致程序緩慢致違其所以非訟化審理之旨趣。反之，倘在該程序進行中（程序之後階段），

因當事人爭執實體私權之存否，致上述訟爭對立性具體顯現時，竟在已開始之非訟化審理程序以外，再事要求當事人開始另一訴訟程序以審理該實質爭執事項，又有背於為達成簡速裁判而非訟化審理之上開旨趣。質言之，於當事人爭執實質事項的情況下，屬於事件類型H的事件實需求自該階段起在適用非訟法理（簡易主義）之同時，就訟爭對立之事項，交錯適用相應之訴訟法理，藉以終局的解決紛爭。亦即，僅在程序中（後階段）訟爭對立性具體顯現時，始以訟爭之範圍為實質審理之對象，並於此範圍內需求交錯適用訴訟法理，就其適用訴訟法理之結果承認相當之效力。如程序中未生實質上爭執致未顯現該訟爭對立性，則既不以實質事項（權利義務存否）為審理之對象，無需適用實質審理所必要之訴訟法理，亦不應承認其裁判具有相應於適用該法理之效果。

與此相若，事件類型G（聲請發支付命令事件）係依債務人提出異議之有無及其提出之前後，分別適用不同之程序法理，亦即在其異議提出以前適用非訟法理，而自異議提出（爭執）時起，因視其支付命令之聲請為起訴（民訴法第五一九條第一項）之結果，乃依實質審理之必要適用訴訟法理。此事意味，訟爭對立性較微弱之簡易事件特需簡速處理，對非訟化審理之需求度較高，為滿足此特性之需求，乃於此種事件之前階段在訴訟程序上適用非訟法理（簡易主義），迨至訟爭對立性因債務人之提出異議而激烈化之後階段，始自此時起就同事件在同一程序上適用對應於該特性之訴訟法理（通常確定權利義務存否所必要之法理）。正因其於前階段未適用完全的訴訟法理，法律基於政策上考量，不賦予相應於適用訴訟法理之全部效果，而僅承認其處理之結果發生片面之效力（駁回聲請時不生與確定判決相同之效力，參照民訴法第五二一條）。

綜上所述，可見，不僅在理論上、法政策上應該是認，即使在現

行法上亦已認知：於民事事件審理過程，交錯適用程序法理之障礙並不存在，而且不同的民事事件類型有不同的個性、特徵，往往分別需求在訴訟程序或非訟程序適當交錯適用不同的程序法理（訴訟法理與非訟法理），並經由不必全同而具有彈性的審理方式，兼顧程序法上諸基本要求。

參、程序保障在程序法理交錯適用過程之機能

一、程序法理交錯適用過程之態樣

(一)事件單位型

當某種事件依其個性、特徵，特別著重需求達成某程序法上基本要求，而且為此特別需求就全事件適用某程序法理（訴訟法理或非訟法理或其中某項法理）時，應該且可能以該事件為單位，在其處理程序（訴訟程序或非訟程序）適用該項訴訟法理或非訟法理，並交錯適用為滿足其他程序法上基本要求所必要之他項程序法理。以附表內事件類型H本票票款追索事件為例，依上〔貳二(二)(5)〕所述，此種事件屬於簡速裁判強烈追求型，因其對簡易主義之適用有特殊需求，為滿足此項需求，非訟事件法第一〇〇條乃從程序上予以非訟化審理。其結果，非訟化係要求以該事件為單位，就該事件之全部審理過程，在非訟程序適用簡易主義（循抗告方式謀求救濟等）。可是，由於該事件同時屬於權利義務確定追求型〔參照貳二(二)(1)之說明〕，並需求適用訴訟法理以確定權利義務存否（票款債權存否）。此時，基於該事件對適用簡易主義之全面性需求，其權利義務存否之審理程序全部固然已被非訟化成應受簡易主義之支配，至於此外之非訟法理（如職權

裁量法理)並不當然也支配該事件全部,所以未必不許非訟法院循非訟程序適用確定私權所必要之訴訟法理(如:處分權主義、主張責任、舉證責任、公開辯論等),進行實質審理。他如共同海損之計算確定事件,亦屬於此種交錯適用之態樣。

在此種交錯適用之態樣,應以事件為單位,就所適用之各特定程序法理,分別判斷其交錯適用之法律上效果。例如,在非訟法院依上述方式為審理而裁判以後,如有不服,就全事件應循非訟程序之抗告方式請求救濟,並且在此程序內得提出實質抗辯事項,請求法院為實質審理,而不應要求循判決(上訴)程序救濟,此乃全事件適用簡易主義之結果。另一方面,非訟法院適用上述訴訟法理進行實質審理,而就票款債權存否或共同海損之存否範圍為裁判以後,對其裁判應承認相應於該訴訟法理之適用所應發生之效力。例如,倘經適用承認發生某實質上拘束力所必要之訴訟法理,則其適用之結果(非訟裁判)可能具有該項拘束力(註八七)。

與上對照,雖然如上(貳二(二)(3))所述,在裁判分割共有物事件,關於分割方法之判定,交錯適用非訟法理(聲明之非拘束性、自由裁量性等)(註八八)。可是,由於立法者認為有關分割方法之判定,對於當事人之利害關係重大,其重要性甚至不亞於有關持分權存否之判斷,乃著眼於此種事件對慎重裁判之需求度逾於對簡速裁判之需求度,遂從法政策上予以訴訟化審理(民訴法第一〇條第一項)。其結果,如對其裁判(依非訟法理定分割方法之判決)有所不服,即應循上訴程序請求救濟,此乃就該事件全部(以該事件為單位)不適用簡易主義之當然結論。

(二)個別事項單位型

當某事件所涉及之特定事項,特別需求滿足某項程序法上基本要

求,而且為此特別需求就該事項之審理適用某項程序法理時,應該且可能以該個別事項為單位,在其關連之審理過程適用該項程序法理,並交錯適用為滿足其他程序法上基本要求所必要之他項程序法理。

(1)關於如附表內事件類型D(請求扶養事件)之審理,倘在法政策上認為尚無需著重追求達成簡速裁判乃未採用上述意義之簡易主義(未從程序上予以非訟化審理),而仍利用訴訟程序予以審理(如目前我國之審判實務)。於此情形,為因應此種事件在扶養之程度及方法方面之特性,就此個別事項之審理,有適用職權裁量法理(緩和的處分權主義)之必要(註八九)。同時,因為此種事件自始具有訟爭性,需求適用訴訟法理(直接主義、言詞辯論等),設由於事關私生子之扶養請求權而涉及隱私,另又特別需求就其與生母之關係的審理不適用一般公開主義。此時之審理係就該等個別事項交錯適用各該程序法理,應就該等個別事項分別判斷或承認相應於適用各該程序法理之效果。亦即,原告所為有關扶養之程度及方法的聲明,既不當然拘束法院,法院可判定與聲明所示不同的扶養方法,以達成合目的性、妥當性裁判〔參照上述貳二(二)(3)〕,而不構成訴外裁判,即使法院認為原告聲明之扶養方法為不足取,亦不應以其訴為全無理由而予駁回,是為承認適用職權裁量法理(非訟法理)之結果。另者,由於其審理應適用上述訴訟法理,倘訴訟法院竟違反直接主義並未予當事人言詞辯論機會,逕依書面審理(非訟法理)為判決,其判決即屬違法(參照民訴法第二二一條)。並且,訴訟法院就涉及隱私之特定事項不於公開法庭進行辯論,應依法院組織法內相關之規定判斷其效力。其是否屬於不應公開而竟予公開審理以致影響裁判之結論而構成違法,亦應依所涉個別事項為判斷。此外,就特定事項(如:有未清償)之審理需求適用某項程序法理(如:辯論主義、主張責任、舉證責任分配法則)時,則法院自不應適用他項程序法理(如:職權探知主

義)。要之，在此種交錯適用態樣，應以個別事項為單位，分別判定適用各該程序法理之法律上效果。

(2)關於裁判分割共有物事件之審理，由於就分割方法之判定程序適用職權裁量法理（聲明之非拘束性等）之結果，訴訟法院適用此法理審酌應有部分之比例並據以判定分割分法，固為所許，而應發生行使裁量權之效果（註九〇）。然而，在其審理過程關於應有部分之存否及其比例（持分權）之判斷，是否發生實質上拘束力（如：是否承認其具有既判力或判決理由中判斷之拘束力），則應視該判斷之程序過程，有未交錯適用發生該項效力所必要之訴訟法理（如：處分權主義、辯論主義、言詞辯論等），蓋因此時其審判係以屬於權利義務確定追求型〔見貳二(二)(1)〕之事項為對象，非經交錯適用上述訴訟法理即不應發生相應於其適用之效力。容認此等訴訟法理與上述非訟法理之交錯適用（註九一），使有關上述個別事項（分割方法之劃定、持分權之存否比例）之裁判可發生各應發生之效力（拘束力），固有助於擴大此種事件之審理的解決紛爭功能，但其畢竟係以個別事項為單位進程序法理之交錯適用，並據此標準判定其效力範圍，不可不察（註九二）。

(3)關於附表內事件類型F（定公司收買股份價格事件）之審理，係全事件採部分的簡易主義。亦即，一方面要求就全事件循非訟程序（含裁定、抗告方式、職權進行等）處理（非訟事件法第八九條第一項）以達成簡速裁判；另一方面就裁定內容部分則要求應附理由（同條第四項），採較近於判決（訴訟）之程序法理。至於就股份價格之判斷的形成，則係採職權裁量法理，以追求達成妥當性裁判〔參照同條第二項及上述貳二(二)(3)之說明〕。此外，倘於此種事件之審理中，涉及股東地位、股數等前提事項之爭執，則因此等事項係有關於權利義務或法律地位之存否，應適用相當之訴訟法理（如：處分權主義、

直接主義、言詞辯論、主張・舉證責任法則等）始可作成終局的確定。問題是該訴訟法理之適用究應於訴訟程序為之，或可在非訟程序為之而同樣發生終局的確定力？從此種事件係採上述意義的簡易主義之觀點言，假使堅持必須採行循訴訟程序（含判決、依上訴救濟等程序）適用訴訟法理審理前提事項之方式，則無從貫徹此種事件因強烈追求達成簡速裁判而被非訟化審理之上述旨趣。為貫徹此項旨趣，應承認非訟法院除就股份價格之判斷的形成應適用上述職權裁量法理外，並得在非訟程序交錯適用上述訴訟法理裁判上述前提事項，而且其裁判在一定條件下，可能發生終局的實質上拘束力。在承認此種交錯適用程序法理的過程，係以上列個別事項為對象，分別交錯適用不同的程序法理（非訟法理與訴訟法理）。亦即，就裁定方式及不服救濟方式等項係全事件適用上述意義的簡易主義（抗告程序），就股份價格的酌定部分則適用職權裁量法理，而就前提事項之終局性確定則適用訴訟法理，並分別按個別事項定其因各該法理之適用所應發生之效力。如果非訟法院未適用訴訟法理即逕行判斷有爭執之上述前提事項，並未停止有關定股份價格之程序，則其有關該前提事項之判斷縱有助於定股份價格事件之終結，仍不能發生終局的確定該前提事項（法律關係存否）之實質上拘束力。此時之程序運作方式，實未充分致力於擴大程序制度解決紛爭之功能，蓋因當事人為取得對前提事項具有實質上拘束力之裁判，勢非在上述非訟程序外，另開訴訟程序不可，徒增當事人（利害關係人）及法院之額外負擔。尤其，當利害關係人就私益性較濃的事項均一致希求利用簡易程序（上述意義的非訟程序）達成終局性解決紛爭之目的時，如仍固執不許採行上述的程序法理交錯適用方式，實非所以便利迅速保護權利之道（註九三）。

(三)程序階段單位型

屬於訟爭對立性階段化顯現型之事件〔如附表內事件類型G（聲請發支付命令事件）及H（本票票款追索事件）——請參照上述貳二(二)(6)之說明〕，係以訟爭對立性顯現之時點為準，於此時點以前之程序（程序前階段）適用非訟法理，而自該時點以後之程序（程序後階段）則就權利義務存否之審理適用訴訟法理〔並參照上述貳二(二)(1)之說明〕。於此情形，既係以程序階段之前後為單位交錯適用不同的程序法理，自應以此為準分別判斷其程序法上之效果。亦即：

在事件類型H的情形，該票款追索事件係為追求達成簡速裁判而被非訟化審理〔見上述貳二(二)(5)之說明〕，於程序前階段就程序之進行係著重適用簡易主義，因訟爭對立性尚未顯現，所以並未適用訴訟法理就票款債權之存否等實質事項為審理，也無從承認其發生適用訴訟法理之效力。可是，在訟爭對立性因當事人或利害關係人（實質上當事人）（註九四）爭執實質事項而顯現之程序後階段，非訟法院應適用訴訟法理審理實質爭執事項（票款債權之存否等），此時，應依其適用訴訟法理之程度範圍承認相應之效力。例如，就非訟法院適用訴訟法理（辯論主義、言詞辯論等）就發票人所抗辯之清償或罹於消滅時效等事項為審理而有所裁判時，應該且可能承認以該實質事項為判斷對象之裁判發生相應之實質上拘束力。不過，此項效力卻無從發生於在程序前階段所下之裁判，因在程序前階段僅適用非訟法理。

又，關於事件類型G之審理，在程序前階段亦因訟爭對立性未顯現而祇適用非訟法理，至債務人提出異議而顯現訟爭對立性時起，始在程序後階段另交錯適用訴訟法理審理實質爭執事項。正因其程序前階段之審理過程未適用訴訟法理，所以未能以訴訟法理（言詞辯論等）之適用為根據承認其審理具有相應之效力，法律考量債務人曾被賦予提出異議之機會（民訴法五一五、五一六條），而受有某程度

之程序保障，乃特別從政策上承認支付命令具有片面之效力（民訴法第五二一條）（註九五）。與此不同，在程序後階段，則依一般原則承認適用訴訟法理之效果（註九六），無待乎另行特別承認。可見，在程序之前後階段可交錯適用不同的程序法理，並應就各該階段所適用之程序法理分別判斷其效果。

又如，依上〔(二)(3)〕所述，在定收買股份價格事件承認非訟法院可以審理前提事項之情形，自開始為該項實質審理之時起，除已在程序前階段為達成妥當性裁判而適用非訟法理外，應在程序後階段交錯適用訴訟法理以確定私權，終局的解決紛爭。

由上說明可知：在名為非訟程序之程序上，除在前階段適用非訟法理外，亦可能有適用訴訟法理之程序後階段。重要的是，考量究竟應在特定程序之何階段適用訴訟法理以達成確定私權之目的，而在何階段適用非訟法理以達成簡速裁判或妥當性裁判等目的，至於該程序是否名為訴訟程序並非首要之事（註九七）、（註九八）。

二、程序保障之機能

(一)程序保障方式之多樣化、類型化

在傳統的民事程序法理論中，程序保障並非經明確定義而常被使用的概念。惟時至晚近，由於學界陸續從多種角度探討程序保障（程序權保障、當事者權保障）之必要性，程序保障卻隨之被賦予多樣的意義及目的，而且，因論者立足點的差異，也在解釋論上造成種種嚴重的對立（註九九）。在此，尚無評述該等對立見解之必要及餘裕。與達成本文之目的有關，想指明：所謂程序保障，廣義言之，應係保障一般人民有接近並容易使用司法制度之機會。為此應採取必要之措施，健全、充實司法制度，其涉及之範圍甚廣。狹義言之，程序保障

應是對程序關係人（當事人）保障其有適時適式參與審理程序，提出攻擊防禦方法之機會。為此，由法官運作之民事程序制度（民事訴訟法、非訟事件法、強制執行法、破產法等）固然明定有種種程序保障方式，而基於學理之補強，亦在不斷累積。諸如：程序（期日等）之告知、送達、移送、迴避、在場見證權、卷宗紀（筆）錄閱覽權、陳述意見之機會、責問權、發問權、異議權、聲明不服（抗告、上訴、再審）之機會、代理人之委任、訴訟救助、遲誤期間時之聲請回復原狀、訴狀之送達、裁判之送達、裁判理由之記明、闡明權、心證及法律見解之表明、言詞辯論、一般公開……等，均為有關之方式，誠屬多種多樣，且可能隨時代社會之變遷而更易（註一〇〇）。今後，為追求具體的妥當性，重要的是，在兼顧對裁判之預測可能性及程序安定性等要求下，儘可能因應事件類型之個性、特徵，就個別的場合選用適合而有助於滿足其特性、需求之程序保障方式（註一〇一），應非無視其特性、需求，就類型不同的事件或個別事項均一律套用相同之方式，止於追求形式的一貫性。

例如，對於簡速裁判強烈追求型的事件〔參照貳二(ㄅ)(5)〕，應儘可能提供實現權利之簡易途徑，並承認其得利用較簡易之聲明不服方式（如：考慮以抗告取代上訴作為救濟方式）；對於訟爭對立性濃厚而特別需求慎重裁判的事件〔參照貳二(ㄅ)(1)〕，應設法為確保對立當人間之實質的平等，賦予真能公平辯論之機會；對於妥當性裁判追求型的事件〔參照貳二(ㄅ)(3)〕，在擴大適用職權裁量範圍之同時，也儘可能賦予當事人有預測審理狀況並陳述意見之機會，藉以確保裁判之妥當性；對於同一事件之審理，應考量在訟爭對立性尚未顯現之程序前階段與其已顯現之程序後階段〔參照貳二(ㄅ)(6)及參一(ㄅ)〕，分別採用不同的程序保障方式，藉以便利迅速解決紛爭，儘量避免因程序內情況之變動，要求另開一道程序處理，造成不必要之浪費……等等。

是即意味，多樣化的事件類型對於程序法上基本要求，各有不同的需求滿足的程度，此事也促使程序保障方式不得不趨向於多樣化、類型化。

其結果，設特定事件雖屬於權利義務確定追求型，但因其亦屬於簡速裁判強烈追求型，而且其需求循裁定（抗告）方式處理之程度逾於需求循判決（上訴）方式處理之程度。此時，即應儘可能設法為其提供適合於該需求度之程序保障。例如，前述附表內事件類型H（本票票款追索事件）、E（公司機關損害賠償查定事件）及共同海損之計算確定事件等屬之。此類事件較著重需求適合於循非訟（裁定）程序賦予之程序保障方式，換言之，需求被賦予比形式的訴訟程序（判決程序）所承認之程序保障，更對於達成簡速裁判有助益的程序保障（註一〇二）。反之，另有特定事件雖非屬權利義務確定追求型，但著重需求被賦予對於達成慎重裁判有助益之程序保障。例如，裁判分割共有物事件〔參照叁一(一)〕係因重視慎重裁判之達成而被訴訟化審理，此種事件需求循判決（上訴）方式處理之程度逾於需求循裁定（抗告）方式即非訟程序處理之程度。

果然，其次應一併探討：滿足上述有關程序保障方式之多樣化、類型化的需求並使其具體化為程序制度，在現行法上有無障礙存在？

(二)實質的程序保障

關於固有的訴訟（權利義務訟爭）事件之審理及終局的裁判，憲法並未宣明其應遵循之程序保障方式，亦未限定其須經由若干審級。因此，究應採用何項程序法理，循何種審理方式裁判確定實體私權之存否，要屬立法政策之問題。為審理固有的訴訟事件，法律係採直接主義、言詞辯論、判決方式（民訴法第二二一、二一一條）及一般公開主義（舊法院組織法第六五條即新法第八六條前段）等原則（註一

○三)，但也另承認若干例外，其與本文之論述較具關連者例如：對於法律上顯無理由之訴訟，得不經辯論逕行判決（民訴法第二四九條第二項）；為維護公序良俗之必要得限制一般公開（舊法院組織法第六五條即新法第八六條但書）；對於需求簡速處理之特定事件（民訴法第五〇六條，即上述附表內事件類型G）允許得僅依書面審理（同法第五一一、五一二條），作成與確定判決具有同一效力之裁定（同法第五二一條）。

由上開規定可知：①憲法未限制或禁止依事件之個性、需求選用適合的程序法理及程序保障方式，據以審理訟爭事件並作成終局的裁判，而且，其審理程序並不限於形式上稱為訴訟程序者。②法律原則上係採用以公開辯論及直接審理為內容之程序保障方式（以下略稱為原則性模式），除非另設例外規定，就固有的訴訟事件之審理均應踐行此原則性模式，而且未限定祇得在訴訟程序上踐行之。③法律實際上已明認得適用非訟法理（書面審理）處理隱存有訟爭對立性之事件〔參照貳二(二)(6)及參一(三)〕，而具有相當之解決紛爭效力。④立法者承認督促程序係表示其從政策上考量之結果，認為應設簡易之程序處理附表內事件類型G之事件（屬於簡速裁判強烈追求型事件），而就程序保障之賦予不完全採用原則性模式所包含之程序法理。基於此等認識，可肯定：在現行法制上，對於繼續充實制度以滿足上述程序保障方式之多樣化需求，並無障礙存在。

其實，上述理解同時意味：是否採用原則性模式，係屬法政策上考量之範圍，法律（如：非訟事件法、公司法、票據法、民法等）不妨承認可在非訟程序上踐行原則性模式或僅適用其中部分程序法理，以賦予實質的程序保障。亦即，設非訟事件法（含實質的非訟事件法）認為，屬於權利義務確定追求型之特定事件（固有的訴訟事件）同時屬於簡速裁判強烈追求型之事件，乃基於追求達成簡速裁判之理

由，將該種事件予以非訟化審理（註一〇四）。此時，倘其就程序保障方式未另作例外規定，即應循非訟程序（含裁定及抗告）踐行原則性模式（訴訟法理）為審理，經如此賦予程序保障而作成裁判以後，始能且應發生相應的確定私權之效力，以貫徹追求達成簡速裁判之旨。蓋以在此情形，法律係為滿足該種事件對簡速裁判之特殊需求，而僅於此範圍內採用有利於簡速裁判之非訟法理（裁定、抗告方式），而非就審理權利訟爭另行例外規定程序保障之方式，尚無緩和踐行原則性模式之意旨，亦非有意對特別需求簡速之訟爭事件加多其確定私權之程序（於非訟程序外，追加訴訟程序），使其紛爭之解決更形緩慢。

例如，共同海損之計算確定事件屬於簡速裁判追求型，係為滿足其對簡速裁判之特殊需求而被非訟化審理〔貳二(二)(5)③〕，倘不認依此項審理所下之裁判具有實質上確定力，將無從終局的解決紛爭，與法律將其非訟化審理之旨趣不符。反之，倘認其無須賦予相當之程序保障即發生實質上確定力，則難免對於受此效力拘束者（受該非訟裁判之不利益影響者）造成突襲。可是，非訟事件法除為非訟化之規定（同法第九九條）外，並未進一步就此明定其應踐行之程序保障方式，由於此種事件屬於權利義務訟爭事件，於未例外規定程序保障方式之情形，應依一般原則，踐行原則性模式，始能使其裁判發生相應之實質上確定力，而貫徹上述非訟化審理之旨趣。此與民訴法就聲請發支付命令事件之處理所採態度不同，因同法五一二條規定應不訊問債務人，藉以明示不應辯論之意；又於其第五二一條明示其裁判效力之發生，不以踐行原則性模式（訴訟法理）為前提。因此，在法律就共同海損之計算確定事件未另設如民訴法五一二條、五二一條之類規定以前，不應認為關於該事件之非訟裁定，即使在未踐行原則性模式之下，亦具有實質上確定力，而與訴訟法院在踐行該模式下所為

判決相同。不過，關於共同海損之計算確定事件，當事人間自始訟爭對立，非不應負主張及舉證等責任（註一〇五），通常，於其主張、舉證活動之過程，因當事人在裁判法院之面前互為攻擊防禦及公開辯論，實際上往往已踐行上述原則性模式，而到達賦予實質的程序保障之程度（註一〇六）。於此情形，該非訟裁定應能發生相當於踐行同一原則性模式之判決的效力，不應認為該非訟裁定絕無實質上確定力，而要求已受實質的程序保障之當事人就同一紛爭另行起訴或應訴，致違背上述非訟化之旨趣。當然，倘在法政策上已至於認為無需要踐行上述原則性模式之地步，非訟事件法非不得為其他明確規定，此乃另一問題（註一〇七）。

再者，上述原則性模式之踐行，實即訴訟法理（直接主義、一般公開及言詞辯論）之適用，並在其適用之範圍內被評價為實質的程序保障，具有相當於適用同樣訴訟法理之訴訟程序上程序保障之效力。因此，當判斷特定情形是否應被評價為已受有實質的程序保障時，應考慮該特定情形究竟屬於何種程序法理交錯適用之態樣。上述有關共同海損計算確定事件之說明，係屬於事件單位型〔參一(一)〕之適例。次之，在個別事項單位型〔參一(二)〕之情形，則應視其就何個別事項踐行原則性模式為定。例如，假設在定公司收買股份價格事件之審理中〔參一(二)(3)〕，當事人間爭執特定股東地位，而非訟法院亦僅就此爭執事項（前提事項）之審理踐行原則性模式，此時，有關該事項（股東地位存否）之審理即屬受有實質的程序保障。當然，在賦予當事人此項程序保障之同時，尚應在非訟程序上適用有關審理該事項所必要之其他訴訟法理（如防止發生突襲所必要之處分權主義、辯論主義、主張・舉證責任等），始能使有關該事項之非訟裁判發生相當於適用同樣訴訟法理所下判決之效力，而拘束後程序（後訴訟）之當事人及法院（註一〇八）。至於在程序階段單位型〔參一(三)〕之情形，

則以實際上經踐行原則性模式之程序後階段為準，視該階段之程序為實質的訴訟程序，而將當事人在該階段所受之程序保障評價為實質的程序保障，再依上述說明，就訴訟法理所適用之範圍判斷其效力。例如，在本票票款追索事件之審理過程〔貳二(二)(5)(6)及參一(三)〕，倘發票人於程序後階段（如：抗告時）提出清償或消滅時效之抗辯，非訟法院（含抗告法院）乃踐行原則性模式審理該抗辯事項，並適用其他必要之訴訟法理（如：主張・舉證責任等）。此時，實質的程序保障之賦予係在審理清償或消滅時效等抗辯之程序後階段上，而非於此等抗辯被提出以前之程序前階段上，因此，有關該等事項之非訟裁判對於受有該程序保障之當事人（含實質上當事人）（註一〇九），應發生相當於踐行同樣程序保障之判決的效力。可是，此種裁判之效力並不同樣發生於根據程序前階段之審理內容所下之裁判，蓋以在程序前階段僅適用非訟法理，而未曾交錯適用訴訟法理（含未踐行原則性模式，致未賦予實質的程序保障）。

綜上以觀，倘無例外規定，可在非訟程序踐行原則性模式。在非訟程序交錯適用訴訟法理與非訟法理之過程，由於踐行原則性模式，賦予實質的程序保障之結果，非訟程序（非訟裁定）乃有連續於訴訟程序（判決）之可能性。基於此項連續可能性，特定事件（如：屬於簡速裁判強烈追求型之固有的訟爭事件）始能經由非訟化審理滿足其對簡速裁判之特殊需求。並且，為因應程序保障方式之多樣化需求，法律可再修正原則性模式，減少適用或變換其中所包含之訴訟法理（直接主義、言詞辯論、判決方式、一般公開）。例如，為滿足特定事件之需求可由法律承認以書面審理取代言詞辯論；或以當事人公開取代一般公開；或以裁定方式（非訟程序）取代判決方式（訴訟程序）。此事意味：固守著不得在非訟程序而僅在訴訟程序踐行原則性模式始得確定私權之態度（註一一〇），對於滿足民事事件類型之多樣

化需求及達成追求簡速裁判之目的，為有害而無益，為達成此目的，應重視實質的程序保障之機能。

以上認識，對於今後從立法論及解釋論處理特需非訟化審理之權利訟爭事件，為必要而有益。例如，公司機關損害賠償查定事件（附表內事件類型E）（註一一一）自始具有權利訟爭性，而特別需求簡速裁判，此類事件之審理，能否真正有助於達成非訟化之目的，端視有未充分認知在非訟程序賦予實質的程序保障之可能性及必要性，此從上述有關共同海損計算確定事件之說明，應可得知。此外，對於特需簡速處理之妥當性裁判追求型事件，實質的程序保障之概念亦屬必要而有益。例如，在法律將請求扶養事件（附表內事件類型D）予以非訟化審理，而未同時就程序保障方式設例外規定之情形，不應認為在非訟程序無賦予實質的程序保障之必要。亦即，在此情形，法律並非於利用非訟程序（含裁定、抗告方式等）追求簡速裁判及妥當性裁判之目的以外，另有減損程序保障內容之意旨，不應認為非訟法院因此即可不必踐行原則性模式，致當事人（利害關係人）減少或喪失利用同一道非訟程序徹底解決紛爭之機會。並且，亦不應認為此時非訟法院之所以全無踐行原則性模式之必要，係由於法律在為上述非訟化審理之規定時，另承認或要求當事人可或應重新開始訴訟程序，藉以獲得訴訟法院踐行原則性模式之利益，並終局的解決紛爭云云，蓋以迅速而經濟的裁判之達成，亦屬程序法上之基本要求，無端要求分開二道程序解決同一紛爭事件，非所容許，而應盡量避免。因此，設法（註一二）在非訟程序賦予實質的程序保障，使此程序連續於訴訟程序，乃屬解決問題之關鍵。如此始能在追求達成簡速裁判之同時，並可兼顧程序保障之基本要求。至於就請求扶養事件之非訟化審理，應否放寬原則性模式（如：以當事人公開取代一般公開）或強化審級救濟（如：比一般非訟事件更擴大其抗告可能範圍使接近於對判決之

上訴可能性），則屬立法政策上之另一問題（註一一三）。其他可訴訟化審理亦可非訟化審理之同類訟爭對立性事件（註一一四），亦屬同論。

（三）銜接、統合程序之機能

向來我國的民事程序理論及審判實務（註一一五），並未充分認知在非訟程序踐行實質的程序保障之可能性及必要性，而不以為非訟法院在非訟程序亦得公開辯論，直接審理實質事項，確定權利義務之存否。又，有關程序保障之理論，多偏重於以辯論權為中心，評估其機能，並且，即使部分論者已留意程序保障之連續性問題（註一一六），卻仍未能充分意識到應從程序法理交錯適用肯定論、事件類型審理之必要性及程序保障需求之多樣化等角度，就訴訟程序與非訟程序之銜接可能性，探討程序保障之機能。

其實，如上所述，在非訟程序有交錯適用公開辯論及直接審理等程序法理，踐行原則性模式之必要及可能。並且，由於承認非訟法院得對當事人（利害關係人）賦予實質的程序保障之結果，非訟裁判應該且可能發生相當於在訴訟程序適用同樣程序法理之效力，藉以在其效力所及之範圍內終局的解決紛爭，避免另開訴訟程序。此事意味：在訴訟法理（以原則性模式為主要內容）與非訟法理（以簡易主義為主要內容）交錯適用之過程，於特定情形，程序保障具有銜接訴訟程序與非訟程序，並促成此二程序統合為一之機能（以上略稱為銜接統合機能）。

就此，應再闡述：

（1）銜接統合機能之發揮實即增多人民接近、使用審判制度（司法制度）之機會，從實質上保障人民之訴訟權，而與程序權擴張原理相關連（註一一七）。亦即，非訟法院在適用相關之訴訟法理而賦予實

質的程序保障之後所作成的裁判，具有相當於由訴訟法院在訴訟程序適用同樣法理所作成之裁判的實質上拘束力，而且，在其拘束力所及之範圍內，無需另開訴訟程序。其結果，該拘束力所及之人可利用非訟程序，以簡速方式就同一事件取得有助於解決紛爭之裁判，防免再支出勞力、時間、費用另開訴訟程序，此無異於擴大利害關係人（註一一八）使用法院之可能性（註一一九）。為達成簡速裁判之目的，容許當事人於程序後階段要求非訟法院為實質審理之情形，即屬適例。

(2)就非訟化審理之結果，於一定範圍內承認非訟裁判具有實質上拘束力，係以在其裁判形成之過程已就特定事項賦予實質的程序保障為前提，而以程序過程（前程序，非訟程序）之攻擊防禦狀況為判斷非訟裁判之遮斷效或失權效的準據。亦即，在非訟化審理過程，就特定權利義務紛爭對立事項，亦應適用有關主張、舉證責任（協力義務）等訴訟法理（註一二〇），進行攻擊防禦，此項攻擊防禦越充分則越可能承認有關該事項之非訟裁判有拘束後程序（訴訟程序）當事人及法院之效力（註一二一）。此事意味：對於銜接統合機能之認知實與程序保障之裁判效力範圍調整原理相關連（註一二二）。可是此種非訟裁判之效力範圍的調整或擴張，係經由非訟化審理所促成，而以追求簡速裁判為目的，借重非訟法理（簡易主義）之優點，此與在訴訟程序調整或擴張上述效力之情形畢竟不同。蓋以在訴訟程序係就紛爭對立事項之審理適用訴訟法理（含判決、上訴方式等），而未交錯適用簡易主義（含裁定、抗告方式等），不足以充分因應特定事件對簡速裁判之需求。因此，論者不應根據在非訟程序踐行實質的程序保障，將因辯論費時致拖延程序之終結，而減損非訟化審理之實益等理由，無視程序保障之銜接統合機能。不過，此項機能之發揮並非無其一定之界限。例如，在涉及利害對立但非屬權利義務確定追求型之一

般非訟事件的審理過程，即使非訟法院依職權裁量踐行辯論程序並直接審理（註一二三），亦無就權利義務存否發生實質上確定力之可言，此時，程序保障之銜接統合機能無發揮作用之餘地。

(3)除就權利義務確定追求型之事件外，就妥當性判斷追求型之事件，程序保障亦具有銜接統合機能。亦即，在特定事件（註一二四）既屬簡速裁判強烈追求型又屬妥當性判斷追求型，乃被非訟化審理之情形，非訟法院係依職權裁量法理形成裁判內容。於其審理過程，為防止發生突襲性裁判，並使當事人之行為責任範圍明顯化，不僅應儘可能使其預測到職權裁量法理之運用狀況，亦應賦予對立當事人辯論之機會。此種程序保障之賦予乃為確保當事人之程序主體地位所必要，不應因就該類事件為非訟化審理或為訴訟化審理而生差異。並且，前者（就上述事件之非訟化審理）所賦予之該種程序保障的程度越接近於後者（就同一事件之訴訟化審理）所賦予之同種程序保障的程度時，越應承認前者之裁判具有同於後者之裁判的效力。蓋以此時之非訟化審理係為達成追求簡速裁判之目的，而承認發生該項效力乃所以避免再度利用訴訟程序致違反該目的。況且，因其賦予同樣程序保障之結果，已滿足發生上述效力之前提，而予以正當化。在此情形，程序保障亦發揮銜接非訟程序與訴訟程序，並予以統合之機能，就此而言，與非訟化審理權利義務確定追求型事件之情形，並無二致。此項機能之認知，有助於促使重新檢討上述事件類型（註一二四）之非訟化審理的必要性，對於今後從解釋論或立法論充實此類事件之審理程序內容，並機動調整訴訟化審理與非訟化審理之範圍，具有相當積極的意義。

(4)通常，祇要在非訟化審理過程就同一事件或特定實質事項之審理交錯適用與其訴訟化審理時同質的程序法理，程序保障即可發揮銜接、統合訴訟程序與非訟程序之作用。為因應事件類型及程序保障之

多樣化需求，既可能從法政策上就諸程序法理為各種不同的組合，而就不同的事件類型踐行不同的程序保障方式。例如，上述附表內各事件類型所需求適用之程序法理並不盡同，其審理過程所應踐行之程序保障方式亦可能隨之而異。因此，以法庭公開辯論及直接審理為內容之原則性模式並非恆不可變易，亦非可無視於事件類型之個性需求而任意抽換其程序法理。基此，相關民事程序理論之構築不應仍因襲傳統，而受限於訴訟程序與非訟程序互不相涉之絕然二分論，今後如何重新評估各種程序法理對民事程序制度所可發揮之機能，乃屬民事程序法學之基本課題（註一二五）。

(5)就屬於簡速裁判強烈追求型之訴訟事件而言，非訟化審理係借重以簡易主義為主要程序內容之審理方式，發現真實確定私權或作成妥當性裁判。此種審理方式較循訴訟（判決）程序之審理，更有利於滿足該類事件對迅速而經濟的裁判之需求，更能兼顧真實之發現與程序之促進等二項基本要求。於此情形，容許就該類事件為非訟化，實即賦予利害關係人有使用簡速程序之機會，藉以防免蒙受程序上不利利益（勞力、時間、費用之犧牲），而兼顧實體利益與程序利益之調和（註一二六）。此項調和之實益（即賦予上述機會之必要性），於利害關係人均主動表明其意願時，可得明顯察知。例如，在上述附表內事件類型H（本票票款追索事件）之審理中，當聲請人（執票人）與相對人（發票人）均表明有意請求非訟法院循非訟程序為實質審理以作成迅速的終局裁判時，倘竟仍置之不理，而囑其另開訴訟程序，實無異強使犧牲程序利益。尤其，法官負有為當事人之利益而運作程序行使職權之義務（註一二七），要求非訟法院留意賦予上述機會，以謀求實體利益與程序利益之調和，應屬必要。此時，法律係為追求簡速裁判而要求法院適時賦予當事人受促進程序之程序保障，而非如向來論者所強調，僅以程序保障作為發現真實之手段（註一二八）。準

此以觀，在程序保障之銜接統合機能發揮作用致避免另開訴訟程序之範圍內，該銜接統合機能具有促使實體利害（為達成發現真實確定私權之目的而利用較嚴密的訴訟程序所可能取得之實體利益及循非訟程序追求同一目的所將蒙受之實體上不利利益）與程序利害（利用簡速的非訟程序所可能取得之程序利益及另開訴訟程序所將蒙受之程序上不利利益）相調和之功效。亦即，該項機能之發揮有調和處於緊張狀態之程序法上基本要求（慎重而正確的裁判與迅速而經濟的裁判，真實之發現與程序之促進等要求）的積極作用。此事意味：對於銜接統合機能之認知，直接有助於克服民事程序法學上最基本的課題。

(6)在非訟程序與訴訟程序均由法官運作之情形，基於此二者所賦予之程序保障的同質性，較諸在非由法官運作程序（如：由公證人、仲裁人或鄉鎮調解委員會所運作之程序）之情形，對於銜接統合機能之認知應有更充足之正當化根據。尤其，在前者的情形，就權利義務之確定程序言，即使其為非訟程序（實質上訴訟程序），亦與其為形式上訴訟程序時同，均具維持憲法上法官獨立審判原則之前提。在此前提下，重要的是，由同資格之法官善為運作程序，機動追求兼顧不同的程序法上基本要求（尤其是慎重裁判及簡速裁判之要求），落實訴訟權之憲法上保障（註一二九）。其無視一定類型事件對簡速裁判之特殊需求，而排拒認知銜接統合機能者，實難免未充分體認訴訟權保障真義之批判。

(7)銜接統合機能係在紛爭對立性顯現存在之範圍內，就經賦予實質的程序保障之特定紛爭事件或實質事項，發揮其作用，亦即在該範圍內，使有關該事件或事項之非訟裁判具有相當於有關同一事件或事項之訴訟法院所下判決之效力，以擴大程序制度解決紛爭之功能。為充分發揮此項程序保障之機能，得就屬於簡速裁判強烈追求型之訴訟事件（同時屬於權利義務確定追求型事件，如：附表內事件類型E（

公司機關損害賠償查定事件)〕，斟酌其特性需求，立法要求或授權非訟法院在非訟程序為公開辯論及直接審理（註一三〇）。在已立法要求依非訟化程序處理特定固有的訴訟事件，卻怠於同時要求非訟法院必須採行公開辯論等原則性模式之情形，非訟法院應善用程序指揮權，依事件審理之實際狀況需求，準用民事訴訟法（註一三一）踐行原則性模式。此項裁量權之行使，原屬非訟法院已得立法者授權之範圍內。例如，非訟法院得依非訟事件法第一八條之授權，就程序法理交錯適用態樣中屬於事件單位之事件〔如：共同海損之計算確定事件，參照上述參一(一)〕或就屬於個別事項單位型或程序階段單位型之事件〔如：上述附表內事件類型H（本票票款追索事件），參照參一(二)(三)〕，分別於訟爭對立之範圍內，依兩造聽審原則，使當事人進行同於訴訟程序之公開辯論，踐行原則性模式，藉以發揮程序保障之銜接統合機能。在此程序過程，為防止發生突襲性裁判，並為便利他日在後程序（後訴訟）評價前程序（上述非訟化審理程序）之裁判對象及效力範圍，應運用程序指揮權促使當事人間之攻擊防禦目標明確化，此乃當然之程序上要求，而同於一般形式的訴訟程序（註一三二）。

(四)確保裁判公正性、信賴性之機能

在程序法理交錯適用過程，不論其屬何種態樣，程序保障之賦予均具有確保裁判公正性、強化裁判信賴性及使裁判之結果正當化等機能。

(1)在非訟化審理權利義務訟爭事件（如：自程序前階段存在訟爭對立性之共同海損事件，在程序後階段顯現訟爭對立性之本票票款追索事件）或妥當性判斷追求型事件〔如：附表內事件類型D（請求扶養事件）、F（定收買股份價格事件）〕之過程，為因應基於其訟爭

對立性之需求，有賦予當事人互為辯論之機會的必要，此項程序保障特別有利於防止發生來自對造的突襲，具有確保裁判的公正性及強化其信賴性之機能。就一般權利義務訟爭事件或不必要保密之妥當性判斷追求型事件（上述事件類型F）而言，以公開辯論及直接審理為內容之程序保障，具有提昇裁判對真實之接近度、防止不正、確保裁判之公正性、強化人民（含當事人）對裁判之信賴性及使裁判之結果正當化等機能，此等機能並因上述銜接統合機能之發揮而從同於形式的訴訟程序之程序保障的機能（註一三三），其中問題之進一步探討非屬於本文觀點所擬深論之範圍。其次，關於特需保密之事件（如：涉及隱私之家事事件或上述請求扶養事件、有關營業上或企業上秘密事件），法庭（一般）公開非但不利於真實發現，且有害於人格之尊重及正當企業活動之保護，如仍採公開審理，將反而有害於人民對裁判之信賴。因此，為追求裁判之正確性（正義），尊重個人之尊嚴並保障人權，藉以強化人民對裁判之信賴性，關於程序保障之內容應以辯論及當事人公開為主要內容，而修正上述一般公開原則（註一三四）。

(2)在訟爭對立性尚未顯現之程序前階段〔參照貳二(二)(6)、參一(三)〕，非訟法院應適用非訟法理儘可能賦予利害關係人相當之程序保障，此時之程序保障雖不以當事人間之辯論為內容，亦具有助益防止不正、確保裁判之公正性、強化當事人（利害關係人）對裁判之信賴性等機能。亦即，對於性質上不需求公開辯論之特定事件，也應確保其裁判之公正性及信賴性。為此，法律或要求非訟法院應該或授權其就一定事項（事件）賦予特定人相當之程序保障。在此情形，係重視程序保障具有上述機能。例如，在非訟化審理附表內事件類型F（定收買股份價格事件）之過程，於利害關係人尚未訟爭其前提事項（如股東地位、股數）之前階段，非訟法院即應訊問公司負責人及為聲請之股東（非訟事件法第八九條第一項）。此時，即使不以辯論而僅以

訊問為內容之程序保障的踐行，亦有助於防止發生來自法院活動的突襲，提昇非訟裁判對真實之接近度，使該等利害關係人經由意見之陳述或此項陳述機會之取得，參與並影響裁判之形成過程，而發揮上述機能。他如，在非訟化審理本票票款追索事件（附表內事件類型H）之程序前階段，非訟法院得依法律之授權，行使裁量權決定訊問利害關係人（如：聲請人即執票人、相對人即被指為發票人者、或已知悉之本票受讓人即實質上當事人）；即使其未踐行此項訊問程序，亦應將非訟裁定書送達利害關係人，使其知悉裁判之內容並及時獲得提起抗告之機會，以保障其當事者權。在此等情形，踐行以訊問或送達為內容之程序保障，亦賦予利害關係人參與程序並影響裁判形成之機會，具有發揮上述機能之作用。尤其，依程序前階段審理此種事件之結果所下准許本票執行之裁定，具有執行力可據為執行名義，而足以直接影響相對人（被指為發票人者）之財產權。在此程序階段之裁判需求發揮上述程序保障之機能，實不亞於在程序後階段所為具有既判力或其他實質上拘束力之裁判所需求者。不過，在此程序前階段，紛爭對立性尚未顯現，乏實質爭執事項成為當事人間之攻擊防禦目標及非訟法院之實質審理對象，不應認為於此情形下形成之非訟裁判具有發生實質上拘束力之正當化根據，如此始不致對於受該裁判不利影響之人造成突襲性裁判。

在此類情形之程序保障，均不以踐行原則性模式（公開辯論及直接審理）為內容，不具有上述銜接統合機能，而且與聲請發支付命令事件（附表內事件類型G）之情形亦有所不同。關於聲請發支付命令事件之審理，法律另基於法政策上考量之結果，明認以裁定之送達及賦予提出異議要求辯論之機會為內容（民訴法第五一二、五一五、五一六條）之程序保障，具有使其裁定內容在一定範圍內銜接於判決之作用（同法第五二一條）。

肆、結 語

依本文分析、論證之結果得知：為因應多種多樣的民事事件類型之特性需求，追求具體的妥當性，應該且可能在訴訟程序或非訟程序分別交錯適用不同的程序法理（訴訟法理與非訟法理），組成多樣類型的程序保障方式，而講求具有彈性之審理方式。其中，在非訟化審理過程交錯適用訴訟法理，踐行同質於在訴訟程序所賦予之程序保障，對於充分活用非訟程序特別有利於達成簡速裁判之優點，為必要而有益，並可促使非訟程序與訴訟程序相銜接，及時避免另開訴訟程序招致浪費。此時，該項程序保障之踐行確能發揮銜接、統合程序之機能，藉以調和真實之發現與程序之促進等程序法上基本要求。然而，向來的學說及判例（註一三五）均未充分意識及此，民事程序法學理論之構築及審判實務運作方針之設定，往往無端分離訴訟法理與非訟法理之適用程序，動輒過分倚重形式的訴訟程序，並未充分認知程序保障之機能，以致始終難能機動提高運作民事程序制度之效率、擴大其解決紛爭之功能，而無從滿足社會對司法救濟程序迅速經濟化之迫切需求。

尤其，隨著時代之變遷，需求非訟化之範圍愈益擴大。在實體法方面，殷切需求善用職權裁量法理，以順從一般條項（不確定概念）或空白法規漸形增加之趨勢（註一三六）；在程序法方面，則亟待適當擴大依非訟化程序處理之範圍，以因應社會對簡速裁判之強烈需求。面對此等情勢，今後關於民事紛爭解決制度之充實及民事事件審理方式之探求，視野不應局限於僅在判決程序內絞盡腦汁圖謀改進（註一三七），而必須與此項努力並進，更擴大於重新檢討裁定程序（

非訟程序)及其他程序制度(註一三八)之改革可能性。此時,基於程序權保障要求之優位性,上項檢討作業之成敗實繫於已否充分認知並發揮程序保障之機能,是乃今後為追求達成簡速裁判之目標,從解釋論及立法論,全面性改革民事程序法制之關鍵所在。

〔註釋〕

註一:邱聯恭「值得當事人信賴的真實——基於防止發生突襲性裁判之觀點批判形式的及實體的真實主義」(法學論叢第十一卷第二期,一九八二年)(以下略稱為「信賴的真實」)一八二頁以下(本書五頁以下),探討關於訴訟事件之審理,應如何致力於調和發現真實之要求與促進訴訟之要求。

又,三ヶ月一章「紛争解決の一回性と再施可能性」(民事訴訟法研究第八卷,一九八一年)(以下略稱為「再施可能性」)一三頁亦指明兼顧迅速裁判的要求與慎重裁判的要求之重要性〔關於其所提示之達成目標的途徑,另涉及對程序法理交錯適用論認知之問題,請參照參一(三)及註九八之說明〕。實以權利行使過程之過度勞費,難免對當事人造成種種有形無形之不利,此無異於不當限制實體權利之行使,違反保障財產權之憲法上規定,而且,憲法保障人民之訴訟權,係對國家課以充實程序制度之義務,要求其確保人民受適時審判之權利。關於人民有受適時審判之權利,參照中野貞一郎「民事裁判と憲法」(講座民事訴訟(1),一九八四年)(以下略稱為「裁判と憲法」)一八頁以下;Kloepfer, Verfahrensdauer und Verfassungsrecht, JZ 1979, S. 209 ff.

註二:關於民事程序法上諸基本要求之列述及對比,並非本文之主要目的。至於有關程序保障之優位性、指導原理性及其與擴大程序制度解決紛争功能間之互動關係,涉及民事程序制度之諸多層面,請參照:邱聯恭「突襲性裁判(Überraschungsentscheidungen)」(法學叢刊第一〇二期,一九八一年——於一九八〇年發表報告)九〇頁以下即民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討(-)」(一九八六年,以下略稱為研究會「民訴研討(-)」)二七頁以下;同「民事訴訟審理方式之檢討——從審理集中化方案論如何加強事實審功能」(以下略稱為「審理方式之檢討」)(法學叢刊第一一五期,一九八四年——於

一九八三年報告)一七五頁即研究會「民訴研討(-)」三五六頁。又,自一九八〇年初我國成立民事訴訟法研究會以來,筆者在其歷次研討會之分析發言,屢論及程序保障之上述特性,諸如:就非訟裁定有無既判力之判斷,見法學叢刊第九九期一二一頁(一九八〇年)即研究會「民訴研討(-)」一八頁;對於非法人團體所下判決之效力與其構成員之關係,見法學叢刊第一一一期一一六頁(一九八二年)即研究會「民訴研討(-)」二四八頁;就訴訟上和和解制度之運作,見法學叢刊第一一八期一六七頁(一九八四年)即民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討(二)」(一九八七年,以下略稱為研究會「民訴研討(二)」)七五頁以下;就代位訴訟之既判力及有關請求返還共有物訴訟(民法第八二一條但書)之判決效力等問題,見法學叢刊第一一八期一四九頁(一九八四年)即研究會「民訴研討(二)」三七頁;就判決之形成力、對世效及利害關係第三人參與程序機會之保障等問題,見法學叢刊第一一九期一四五頁以下(一九八四年)即研究會「民訴研討(二)」一二二頁以下;就判決理由中判斷有無拘束力,見法學叢刊第一二〇期一三二頁以下(一九八四年)即研究會「民訴研討(二)」一六〇頁以下;就涉及複數紛争關係人事件,如何對該等人保障參與程序之機會等問題,見法學叢刊第一二一期一二四及一三二頁(一九八五年)即研究會「民訴研討(二)」二一七及二三五頁;就審判權有無欠缺之判斷過程應如何防止突襲之問題,見法學叢刊第一二三期一三八頁以下(一九八五年)即研究會「民訴研討(二)」三二五頁;就分割共有物訴訟之審理及當事人恒定主義之運用應如何兼顧程序保障,見法學叢刊第一二七期一四五頁以下(一九八五年)即研究會「民訴研討(二)」五五五頁以下。

值得特別注目的是,與往昔未充分意識程序保障之優位性及指導原理性者異,最近在我國學界,處於重要地位之學者及實務界先進,以程序保障為構築訴訟理論之指標者漸增,依高見發表之先後言,如:王甲乙「民事判決理由之效力」(法學叢刊第一一四期,一九八四年)一〇頁即「民訴研討(二)」一三五頁以下,就判決理由中判斷之拘束力問題;駱永家「否認子女之訴」(司法周刊第二三六期,一九八五年)二頁即同「民事法研究(二)」(一九八六年)一三一頁以下,就對於否認子女之訴所為判決之效力問題;姚瑞光「民事訴訟法論」(一九八六年)四五〇頁以下,關於判決理由中判斷拘束力之立法論;楊建華「部分共有人請求回復共有物之判決及於他共有人之效力」(司法周刊第二七三期,一九八六年)三頁,就有關請求回復共有物(民法第八二一條但書)訴訟之判決效力問題;同「爭點效理論在實務上之採用」(司法周刊第二八九、二九〇期,一九八六年)三頁,就承認爭點效之前提要件問題。

可知,程序保障論對我國民事程序法學之進展,已生相當程度之催化作用。

註三：日本民事訴訟法學會曾就程序保障與訴訟制度之功能，舉辦大規模之研討會，請參照シンポジウム「訴訟機能と手続保障」（民事訴訟雜誌二七号，一九八一年）（以下略稱為「機能と保障」）一三三頁以下；中野貞一郎「裁判と憲法」五頁以下；吉野正三郎「手続保障における裁判官の役割」（立命館法学一七九号，一九八五年）（以下略稱為「手続保障」）一頁以下；其餘有關文獻尚多，當視此後行文之必要，隨時另加介評。

在西德，係以其基本法第一〇三條第一項所明認之法定聽審請求權（Anspruch auf rechtliches Gehör）為程序法上之基本權利（verfahrensrechtliches Grundrecht），據此就各該民事事件（含在訴訟程序、非訟程序、調解程序等訴訟以外之紛爭解決程序）依具體情況，探討應否或如何對與該程序有利害關係之任何個人賦予程序保障。Vgl. Baur, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153, 1954, S. 393；Stürner, Die Einwirkung der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß, NJW 1979, S. 2334, ders., Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 648 ff.；Prütting, "Schlichten statt Richter?", JZ 1985, S. 270；Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 13 Aufl., 1981, § 85；フリッツ・パウアー「ドイツ法における審尋請求權の發展」（鈴木正裕訳，神戸法学雜誌一八卷三、四合併号，一九六九年）五一二頁以下；紺谷浩司「民事手続における審問請求權（Anspruch auf rechtliches Gehör）について——西ドイツ基本法第103条第1項に関して——」（政経論叢一八卷一・二號，一九六八年）（以下略稱為「審問請求權」）五一頁以下；同「審問請求權の保障とその問題点」（民事訴訟雜誌一八号，一九七二年）（以下略稱為「審問請求權の問題点」）一四三頁以下；同「口頭弁論の必要性」（演習民事訴訟法，一九八七年）四一五頁以下；Peter Gottald（森 勇訳）「裁判と合理的な論議」（判例タイムズNo. 600，一九八六年）二三頁以下；シュワーブ/ゴットヴァルト（Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald）（石川明/出口雅久訳）「憲法と民事訴訟」（判例タイムズNo. 613，一九八六年）二二二頁以下。

註四：參照註三所列文獻，以及佐上善和「非訟事件における手続權保障と関係人の事案説明義務」（吉川大二郎博士追悼論集「手続法の理論と実践」下卷，一九八一年）（以下略稱為「手続權保障」）三七頁，同「家事審判における当事者權」（新實務民事訴訟講座(8)，一九八一年）（以下略稱為「家事審判」）七六頁；鈴木正裕「非訟事件と形成の裁判」（新實務民事訴訟講座(8)，一九八一年）（以下略稱為「形成の裁判」）一八頁；河野正憲「形成權の機能と既判力」（講座民事訴訟(6)，一九八四年）一二二頁；上田徹一郎

「既判力の客觀的範圍と一回的解決要求・手続保障要求」（同上吉川追悼論集下卷）二九六頁；谷口安平「手続的正義」（基本法学8，一九八三年）三五頁以下；田中成明「法哲学・法律学・法実務——法的議論と裁判手続の理解をめぐる」（長尾龍一/田中成明編「現代法哲学3」，一九八三年）（以下略稱為「法的議論」）一四頁以下；同「裁判の正統性——實體的正義と手続保障」（講座民事訴訟(1)，一九八四年）（以下略稱為「裁判の正統性」）一〇一頁以下；カペレッティ（小島武司/大村雅彦訳）「手続保障の比較法的研究」（一九八二年）（以下略稱為カペレッティ「手続保障」）四〇頁；新堂幸司「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか(15)」（月刊法学教室No.15，一九八一年）七二頁以下；井上治典「民事訴訟——対論手続としての観点から」（長尾龍一/田中成明編「現代法哲学3」，一九八三年）（以下略稱為「対論手続」）二三四頁以下；吉村徳重「既判力の第三者への拡張」（講座民事訴訟(6)，一九八四年）一四三頁以下；高田裕成「集団的紛争における判決効」（講座民事訴訟(6)，一九八四年）一九一頁；井上正三「既判力の客觀的限界」（講座民事訴訟(6)，一九八四年）三二一頁以下。

註五：新堂幸司「提出責任効論の評価」（法学協会百周年記念論文集三卷，一九八三年）二七八頁；シンポジウム「機能と保障」一三六頁；吉野正三郎「手続保障」二頁；田中成明「手続の価値について」（判例タイムズNo.531，一九八四年）七頁以下；井上治典「対論手続」二三六、二五〇頁以下。

註六：新堂幸司「訴訟と非訟」（ジュリスト増刊民事訴訟法の争点，一九七九年）一二頁以下；佐上善和「利益調整紛争における手続權保障とその限界」（法律時報五二卷七号，一九八〇年）（以下略稱為「利益調整紛争」）二七頁以下；ゴットフリート・パウムゲルテル（佐上善和訳）「貧困者のための裁判外の法律助言——リーガル・エイドの一側面——」（民商法雜誌八四卷五号，一九八一年）六三六、六五六頁；内田武吉「わが国における訴訟援助の發展とその動向」（早稲田法学五八卷二號，一九八三年）二頁；山木戸克己「裁判手続の多様性——第三の裁判手続論に関連して」（講座民事訴訟(2)，一九八四年）（以下略稱為「裁判手続の多様性」）八九頁；木川統一郎/吉野正三郎「法律相談と法律扶助」（判例タイムズNo. 471，一九八二年）三九頁；萩原金美「民事調停における当事者權の保障」（別冊判例タイムズNo. 4）三九頁以下；吉村徳重「裁判外紛争処理の動向とその分析」（法政研究第五一卷第三・四合併号，一九八五年）二七四頁以下。

註七：田中成明「裁判の正統性」一〇五頁；新堂幸司「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか(9)」（月刊法学教室No. 9，一九八一年）四六頁以下。

註八：向來一般認為，訴訟法理（即審理訴訟事件之基本原則）與非訟法理（即審理一般非訟事件之基本原則）互有差異，其詳細說明，請參照：邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用——從民事事件之非訟化審理與訴訟化審理論程序保障之機能——」（以下略稱為「法理交錯適用」）（一九八六年民事訴訟法研究會第二十三次研討紀錄，法學叢刊一二六期，一九八七年）一二六頁即研究會「民訴研討(二)」四三四頁以下；鈴木正裕「訴訟与非訟」（演習民事訴訟法(上)，一九七三年）二〇頁以下；三ヶ月 章「訴訟事件の非訟化とその限界」〔民事訴訟法研究五卷（一九七二年）（以下略稱為「非訟化の限界」）〕五六頁以下〔實務民事訴訟講座七卷（一九六九年）九頁以下〕；林屋礼二「判決手続と決定手続の交錯——各審理方式の機能分化」（講座民事訴訟(4)，一九八四年）（以下略稱為「判決と決定の交錯」）四七頁；鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」（一九六一年）一〇頁以下；入江一郎／水田耕一／関口保太郎「条解非訟事件法」（一九六三年）（以下略稱為入江一郎等「条解」）一五頁以下；Fritz Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1955, S. 168 ff.; Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts 2, Aufl., 1974, S. 163ff; Walther J. Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7 Aufl., 1983, S. 127 ff.; Hans - Armin Weirich, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1981, S. 53 ff. 為便利了解本文之論述，以下摘述向來一般所認有關訴訟法理（程序）與非訟法理（程序）之主要差異：

(1)在訴訟程序原則上採處分權主義，但在非訟程序，該主義則受限制或排除。

(2)在訴訟程序採辯論主義，在非訟程序則採職權探知主義。

(3)在訴訟程序採一般公開主義，在非訟程序則不採必要的公開，是否公開審理，委諸非訟法院之自由裁量。

(4)在訴訟程序採言詞審理之原則，並且為徹底防止發生突襲性裁判，充分賦與程序保障，言詞審理主義之活用對真實之確定，具有重要意義（併參照邱聯恭「信賴的真實」一九二頁以下（本書一四頁以下）；同「突襲性裁判」九〇頁以下即研究會「民訴研討(一)」二七頁以下）。可是，在非訟程序則兼採言詞及書面審理。

(5)在訴訟程序貫徹直接審理主義，在非訟程序充其量祇採緩和的直接審理主義。

(6)關於進行程序之主導權，在訴訟程序並未貫徹職權進行主義，在非訟程序則採職權進行主義，較借重非訟法院之裁量權。

(7)關於蒐集證據之程序，在訴訟程序原則上採嚴格的證明，在非訟程序則寬認自由的證明。

(8)在訴訟程序，係經由必要的言詞辯論，而以必附理由之判決方式為裁判，其救濟程序則循上訴方式為之，審級保障較周全。與此不同，在非訟程序係採簡易主義，以裁定方式為裁判，且非必全附理由，其救濟程序則循抗告方式為之，特別強調簡易迅速，以節省勞力、時間及費用。

(9)在訴訟程序，因係由法院基於公權確定對立當事人間所爭執之私權的存否，所以採雙方當事人對立之原則及當事人恆定主義（參照民訴法二五四條及四〇一條）。然而，在非訟程序，該二原則並不支配一般非訟事件，形式上欠缺相對人之事件亦多有之（參照非法一四條），而且，倘係受裁定內容影響之利害關係人，即使其非聲請人，亦有抗告權能（非訟法二四條）。此外，尚承認有非訟法院依職權將利害關係人（Beteiligte）引進程序之情形（例如：非訟法五一條、六九條二項）。

(10)在訴訟程序，判決經宣示或送達以後，對於下判決之法院發生羈束力（民訴法二三一條）。可是，在非訟程序，為配合彈性運作程序之特殊需求，非訟裁定之羈束力（自縛性）則被緩和或排除（非訟法二三條）。亦即，非訟裁定縱經宣示或送達於受裁判者，非訟法院在一定情況下，可依原裁定時已存在或事後始發生之違法或不當事由，將該裁定予以撤銷或變更。

除以上所述者外，一般認為訴訟與非訟在程序之基本結構上，尚多差異，值得說明，此後，當視本文論述之必要性，另行闡述。

註九：在我國，不僅就民事訴訟法與非訟事件法之銜接問題，即使有關非訟事件法本身之研究，亦屬尚未開拓之領域。我國之非訟事件法遲至一九六四年五月始制定實施，較諸德、日各早於一八九八年五月即已有之者，相差近七十年。向來，國內涉及德、日非訟法理之介紹者，早期似僅有蔡章麟「論非訟事件之審理原則及其程序」（法令月刊第七卷第五期，一九五六年）五至七頁，具啓蒙性意義。其後，蔡章麟「論訴訟行為與法律行為、行政行為、非訟行為之關係」（社會科學論叢二〇輯，一九七〇年）一六九頁以下；劉初枝「論非訟程序之原則——以西德非訟事件為例」（輔仁法學三期，一九八四年）三二七頁以下亦介紹相關法理。又，楊建華「淺論我國非訟事件法與民事訴訟法」（法學叢刊一二四期，一九八六年一〇月）一六頁以下，則以現行民事訴訟法與非訟事件法之規定內容為主，加以對比闡述。

可是，向來，不論學界或實務界多祇在訴訟程序與非訟程序之體系分立的前提下，各別立論，至於有關應否及如何連接此二程序或交錯適用訴訟法理與非訟法理等問題，則幾未有加以探討者。關於其狀況，請參照上述文獻及民訴法研究會第一次研討紀錄討論內容（法學叢刊九九期，一九八〇年）一一七頁以下（即研究會「民訴研討(一)」六頁以下）。迨至一九八四年八月及一九八六年六月筆者先後陸續提倡程序法理交錯適用肯定論，並據此為評析之觀點，請

參照邱聯恭「聲請拍賣抵押物及本票執行事件之非訟化處理——非訟程序原理之運用對民事執行程序之影響」(載司法院編「民事法律專題研究(四)」三〇頁以下)及民訴法研究會第二十三次研討紀錄即邱聯恭「法理交錯適用」(研究會「民訴研討(二)」四三一頁以下)。

註一〇：在我國，由於向來有關非訟事件法之研究極為欠缺，今後亟需重新檢討如何活用程序法理，就民事程序法制功能之全般性關聯，加以探討。與此有關之問題，為數不少，諸如：

(1)非訟事件法第一條明定「法院管轄之非訟事件，除法律另有規定外，適用本法之規定。」就此，首先成為問題的是，其所謂非訟事件究指具有何種特性之民事事件而言？循訴訟程序審理之民事事件中，是否亦有該當於同條規定所指之非訟事件，而應該適用非訟法理之一部或全部？

(2)強制執行法第四四條(「強制執行程序，除本法有規定外，準用民事訴訟法之規定」)及破產法第五條(「關於和解或破產之程序，除本法有規定外，準用民事訴訟法之規定。」)是否意味，囿於各該規定之形式，就強制執行事件或破產事件絕無適用非訟法理之餘地？事實上，目前，關於執行事件或破產事件在性質上究屬訴訟事件抑屬非訟事件，在論者之間存有爭議〔參照鈴木正裕「破產手続は訴訟手続か非訟手続か」(演習破產法，一九七三年)四二頁；中野貞一郎「民事執行法(上)」(一九八三年)七一頁以下〕。倘不能完全否認二者均難免含有非訟事件之性質，則應否及如何就各該事件交錯適用訴訟法理與非訟法理，即屬有待解決之問題。自反面言之，果在學理上應肯定該二法理交錯適用之必要性及可能性，則是否仍可執上開規定之形式，以為排除就各該事件適用非訟法理之論據？

(3)在依商務仲裁條例第三五條(「法院關於仲裁事件之程序，除本條例另有規定外，適用非訟事件法之規定，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法之規定。」)為審理時，就同一事件如有同時適用非訟法理與訴訟法理之情形，應如何界定其間之分際？

註一一：在日本，自第二次世界大戰結束，其最高裁判所(法院)成立以後二十多年間，處理有關是否違憲之判例，最多涉及之問題為如何界定訴訟事件與非訟事件之審理對象。其爭論之重點在於，依不經公開法庭辯論之非訟程序，就訟爭事件為裁判，是否侵害其憲法第三二條(規定任何人有受法院裁判之權利)、第八二條(有關保障法庭上公開對審之規定)所定之基本權利？亦即，就訟爭性濃厚之事件或固有的訴訟事件(求為確定實體上權利義務存否之事件)之終局的實體裁判，應賦與當事人何程度之程序保障，始符其憲法之要求？該項裁判之達成是否以踐行訴訟上之程序保障為必要？抑僅循一般非訟程序為審理即足？由此項爭論可知，在日本，探究訴訟程序與非訟程序之功能上關聯，

係有關如何賦與程序保障之憲法上問題。關於此，請參照鈴木正裕「訴訟と非訟」二五頁以下；同「形成の裁判」九頁以下；飯倉一郎「所謂真正訴訟事件について」(法学志林第五八卷第二号)(以下略稱為「真正訴訟事件」)一五三頁以下；山木戶克己「借地借家訴訟の構想」(契約法大系Ⅲ，一九六三年)三五四頁；小島武司「非訟化の限界について」(中央大学法学部八〇周年記念論文集，一九六五年)(以下略稱為「非訟化限界」)三〇二頁以下；吉村德重「民事事件の非訟化傾向と当事者權の保障」(一九六六年)(以下略稱為「非訟化傾向」)一七頁以下；佐上善和「利益調整紛争」二八頁以下；同「家事審判」七七頁以下；中野貞一郎「裁判と憲法」二頁。

德國除於其法院組織法外，並無如日本在憲法設有保障法庭上公開審理(辯論)之規定，其聯邦憲法院認為非訟事件亦應受憲法所定之程序保障，而與上述日本之問題狀況有所不同(vgl. Peter Schlosser, Der aktuelle Stand der deutschen Wissenschaft vom Zivilprozeß, 1986)。在此狀態下，就訴訟程序與非訟程序，應分別賦與何等內容之程序保障，為程序法學上有待探究之問題。

在我國，保障訴訟權是否意味在非訟程序無賦與程序保障之必要及可能？固屬問題。有關法律上訟爭事件或其他民事事件之審理，應循何項程序(訴訟程序或非訟程序或其他程序)賦與何種內容之程序保障，並重視其何項機能，亦為尚待解決之課題。

註一二：參照註八。

註一三：有關需求程序法上基本要求之滿足的程度，可能因民事事件之類型的不同而有所差異，請參照次項「貳二」之說明。

註一四：林屋礼二「判決と決定の交錯」五一頁以下。

此項主張強調應針對不同的紛爭類型講求審理方式，追求具體的妥當性，與筆者之所見有相同之一面，請參照邱聯恭「法理交錯適用」法學叢刊一二六期一三七頁以下(研究會「民訴研討(二)」四五六頁以下)。不過，其說未進一步論及就同一事件在同一程序是否也應重視對立的程序法理之功能分擔。

註一五：三ヶ月一章「非訟化の限界」五七頁以下。

註一六：邱聯恭「審理方式之檢討」三三九頁；同「信賴的真實」一九〇頁即本書一二頁；畔上英治「民事訴訟における口頭主義の実践」(判例タイムズ No.150, 一九六三年)一〇頁；同「口頭主義・直接主義」(法律時報三九卷七号，一九六七年)七三頁；金子文六「当事者主義の一断面」(吉川還暦「保全処分の体系」下卷，一九七〇年)一〇二三頁；日本全国裁判官懇話会「民事裁判における適正と迅速」(判例時報七九六号，一九七六年)一五頁；近藤完爾「直接主義復習」(民事訴訟雜誌三号，一九五六年)六七頁以

下：同「口頭主義の反省」（岩松還曆「訴訟と裁判」，一九五六年）二一七頁；同「心証形成過程の説示(九)」（判例タイムズNo. 328，一九七六年）六頁；Adolf Homburger, Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure, 9 Buffalo Law Review (1970), 35; A. Wach, Die Civilprozessordnung und die Praxis, 1886, S. 54 ff; Leonhardt, Die bürgerliche Proceßordnung und deren Nebengesetze, S. 1; Gerhard Fezer, Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und im Strafprozess, 1970 S. 30 ff.

註一七：嚴格證明程序之原則（Grundsatz des Strengbeweisverfahrens）係以證據方法之限定及調查證據方式之法定為內容，而此法定調查證據程序則以當事人平等主義、當事人公開主義、言詞主義及直接主義等原則為基礎。因此，緩和嚴格證明而寬認自由證明（Freibeweis），將招致上述各主義發生萎縮的後果，非所以貫徹程序保障之道，不可不慎。有關對自由證明採消極態度者，vgl. Egbert Peters, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, 1962, S. 61 ff; Rosenbert/Schwab, Zivilprozeßrecht, 13 Aufl., 1981, S. 654; Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2 Aufl., 1974, S. 438 ff; Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19 Aufl., 1972, vor § 355 III 2.

註一八：部分學者認為：基於合目的及技術上的考慮，民事訴訟採用辯論主義為手段，藉以利用當事人追求私益之利己心，提高發現客觀的真實之效率。是即就辯論主義之根據贊同手段說者之見解，請參照菊井維大「民事訴訟法(上)」（一九六八年）一六一頁；三ヶ月一章「民事訴訟法」（法律學全集，一九五九年）一五七頁；同「非訟化の限界」六二頁；斎藤秀夫「民事訴訟法概論」（一九七〇年）二一三頁；同編「注解民事訴訟法(2)」（一九七一年）二一〇頁。

事實上，關於民事訴訟採辯論主義之根據何在，學者間見解相當紛歧，另有本質說，突襲防止說、程序保障說、多元說及法探索主體說〔參照小林秀之「弁論主義の現代的意義」（講座民事訴訟(4)，一九八五年）九一頁之介紹〕等主張對立。在此，尚無詳加評論之必要及餘裕，不過，為助益了解本文之旨趣，想說明：

訴訟權之保障，除了應滿足慎重而正確的裁判之基本要求以外，也應同時兼顧達成迅速而低廉的裁判之基本要求，因此，應充實程序內容兼謀防止發生促進訴訟的突襲及發現真實的突襲，而不應僅以防止發生「發現真實的突襲」為關心事，並且，民事事實審理制度之運作，首應追求確定存在於客觀的真實之發現與訴訟之促進等二要求之調和點上的真實，而非客觀的真實（詳情參照邱聯恭「信賴的真實」二一六頁以下，即本書四二頁以下）。對此，應認為辯

論主義係防止發生上述意義的突襲及確定上述意義的真實之一手段，並且，為達到此項目的，應適當行使闡明權或為訴訟指揮，而與辯論主義共同發揮賦與程序保障之作用。

註一九：要使當事人真能及時提出有利於發現真實及促進訴訟之資料，健全辯論主義之適用，固然應致力於改善訴訟審理制度本身，例如，增大當事人對審理狀況之預測可能性，藉以防免或緩和辯論主義之僵化（參照邱聯恭「信賴的真實」一九〇頁、二一一頁以下，即本書一二頁、三八頁以下）。此外，有關其周邊制度（如：法律扶助制度等）之配合改善，對於促使辯論主義之健全化，亦屬相當重要。例如，在當事人之間，實際上往往存在著法律知識上或社會經濟上的種種差距，以致當事人就裁判所必要之事實及證據的蒐集、主張或舉證，未能處於真正的平等地位，無從貫徹武器對等原則（vgl. Hans-Willi Laumen, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 122 ff.）。在此類情況下，向來的辯論主義豈仍屬絕不容變易之原則，如何從政策上重新加以考量，應為今後之課題。

註二〇：闡明權之行使係基於防止發生突襲之基本要求，而此所謂突襲不僅指來自對造行為的突襲，尤其是包含起因於法院活動的突襲，此項突襲係由於當事人未能充分預測到法院之審理狀況所造成。此時，闡明權之行使，除了為防止發生「發現真實的突襲」以外，同時也由於意識到防止發生「促進訴訟的突襲」之必要性（參照邱聯恭「信賴的真實」一八四頁，即本書六頁以下）。此立場既兼顧追求發現真實及促進訴訟等二基本要求，又因其除了意識到防止起因於法院活動的突襲以外，也同時致力防止來自對造的突襲，並有助於實現當事人平等原則。

關於法院行使闡明權而介入蒐集訴訟資料之根據何在，論者有認為係為達成合乎案情真相之妥適的裁判者〔奈良次郎「訴訟資料収集に関する裁判所の権限と責任」（講座民事訴訟(4)，一九八五年）一三一頁〕，另有就該根據求諸於貫徹實質的當事人平等原則者〔上田徹一郎「当事者の訴訟上の地位」（講座民事訴訟(3)，一九八四年）一一頁；中野貞一郎「釈明権」（小山昇／中野貞一郎／松浦馨／竹下守夫等編「新演習民事訴訟法」，一九八七年）三九二頁〕。前者未充分意識到防止發生「促進訴訟的突襲」之必要性，而後者則因其著重於維持當事人間之平等，難免造成忽略致力防止來自法院活動的突襲之後果，均不夠周延。

其他，關於闡明權與辯論主義之關係，請參照鈴木忠一「民事訴訟に於ける当事者自治の限界と実務上の問題」（新実務民事訴訟講座(1)，一九八一年（以下略稱為「當事者自治の限界」））一一八頁以下；中野貞一郎「弁論主義の動向と釈明権」（ジュリストNo. 500，一九七二年）三五〇頁；熊谷弘

「民事訴訟と真実發現四」(法学協会雑誌一八卷九号,一九四〇年)二九頁。

註二一：參照鈴木忠一「当事者自治の限界」一〇四頁；同「非訟事件の裁判の既判力」六八頁；岡垣 学「人事訴訟手続法」(一九八一年)二頁；飯倉一郎「真正訴訟事件」一六一頁。又，カペレッティ「手続保障」五四頁以下則介紹：諸國法制多擴大法官權限以追求真實，促進審判制度運作之效率。

註二二：鈴木正裕「弁論主義に関する諸問題」(司法研修所論集七七号,一九八六年)三頁以下指出：Gönnér氏以德國普通民事訴訟法為素材，整理既存之制度內容之結果，於一八〇一年，予以命名為「弁論主義」。沿革上，關於今日所謂之辯論主義，在該普通民事訴訟法中，原有若干例外，而承認法院可依職權蒐集訴訟資料，亦即辯論主義並非不容例外之原理原則。

又，基於妥善運作程序制度之實際需要，強調應適當組合、併用辯論主義與職權主義之見解不少，如：菊井維大「民事訴訟法(上)」補正版(一九六九年)一六二頁；山木戶克己「弁論主義の法構造——弁論權および当事者責任との関連における試論——」〔中田還曆記念「民事訴訟の理論(下)」，一九七〇年〕(以下略稱為「弁論主義」)一一頁；三ヶ月 章「弁論主義の動向」(民事訴訟法研究第一卷,一九六二年)七一頁以下；千種秀夫「証拠調をめぐる諸問題」(實務民事訴訟講座1,一九六九年)三二四頁；關於諸國立法例，vgl. Walther J. Habscheid, Richtermacht oder Parteifreiheit, ZZP 81, 1968, S. 176; Heinrich Nagel, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, 1967, S. 40 ff.

此外，即使在採職權探知主義之人事訴訟或非訟程序，為發現真實，實際上，亦往往有需借助當事人或關係人之某程度的協力，參照有紀 新「非訟事件における手続関係人の手続協力義務(事案解明義務)」(青山法学論集一四卷四号,一九七三年)一四頁；吉岡 進「民事法講話(上)——事實認定について」(判例時報一〇四七号,一九八二年)一三頁。

目前，德國之審判實務傾向於採行協同主義(Kooperationsmaxime)，而與固守著嚴格的當事人主義或辯論主義之訴訟法理論有所遠離。最近，此現象頗受學界重視，而廣受議論，實值注目。關於此方面之探討，請參照吉野正三郎「西ドイツにおける弁論主義論争」(判例タイムズ五〇七号,一九八三年)一八二頁以下；同「手続保障」二九頁以下；Peter Gilles/井上正三/小島武司「協働主義(Kooperationsmaxime)をめぐって——新たな弁論モデルの模索——」(上)、(中)、(下)(判例タイムズ五三三号、五三四号、五三五号,一九八四年)三二頁以下、三三頁以下、五五頁以下；Wassermann, Der soziale Zivilprozeß——Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im

Sozialen Rechtsstaat, 1978, S. 97 ff.; Prütting, Die Grundlagen des Zivilprozess im Wandel der Gesetzgebung, NJW 1980, S. 361; Leipold, Zivilprozeßrecht und Ideologie, JZ 1982, S. 441.

註二三：參照邱聯恭「信賴的真實」一八二頁以下，即本書五頁以下。

註二四：邱聯恭「信賴的真實」一八八頁，即本書一〇頁；同「法理交錯適用」一三〇頁(研究會「民訴研討(二)」四四四頁)；中野貞一郎「裁判と憲法」一五頁；上田徹一郎「当事者の訴訟上の地位」(註二〇)一一頁；飯塚重男「非訟事件の当事者」(實務民事訴訟講座7,一九七一年)七五頁；吉村徳重「非訟化傾向」一四頁；同「訴訟事件と非訟事件」(法学教室第二期2,一九七三年)六六頁；鈴木忠一「非訟事件における正当な手続の保障」(「非訟・家事事件の研究」一九七一年)(以下略稱「正当な手続」)二九一頁、三〇〇頁以下；山木戶克己「訴訟における当事者權——訴訟と非訟の手続構造の差異に関する一考察」(「民事訴訟理論の基礎的研究」一九六一年)六五頁以下；同「弁論主義」四頁以下；紺谷浩司「審問請求權の問題点」一五四頁；伊東 乾/三井哲夫「注解非訟事件手続法(一九八六年)(以下略稱為「非訟」)二二六頁；Fritz Baur, a.a.O. (Anm.3), S. 393; Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 11 Aufl., §12 Anm. 70ff.; Zeuner, Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen, 1974, S. 15; 又，德民事審判制度修正準備委員會一再指明：即使在依職權探知主義為審理之非訟程序，也應講求適合於該程序之方法，賦與法定聽審的機會，vgl. Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgeben vom Bundesjustizministerium, 1961, S. 380 ff.; Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, herausgeben vom Bundesministerium der Justiz, 1977, S. 94 ff.

註二五：Jansen, Wandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1964, S. 34 ff.

註二六：鈴木忠一「正当な手続」二七〇頁及新堂幸司「訴訟と非訟」(ジュリスト増刊民事訴訟法の争点,一九七九年)一四頁指出：就特須守密的事件或家事事件，採一般公開(法庭公開)主義，難免反而有招致妨礙發現真實之虞。

註二七：一般認為，處分權主義(Dispositionsmaxime od. Verfügungsgrundsatz)之採用，無非係為貫徹私法自治原則(契約自由原則)，藉以反映當事人對實體權利之支配權能〔參照三ヶ月 章「非訟化の限界」六二頁；鈴木忠一「当事者自治の限界」九一頁；Lent/Jauernig, Zivilprozeßrecht, 15 Aufl., S. 60; Rosenberg/Schwab, ZPR¹³ (Anm. 17),

S. 443〕。因此，在該原則或權利之行使（處分）應受限制之情形，處分權主義之適用範圍亦隨之可能受限制。

處分權主義有防止發生突襲性裁判之作用，請參照註五三。

註二八：三ヶ月 章「非訟化の限界」五八、六二頁；同「決定手続と抗告手続の再編成」（吉川追悼論集「手続法の理論と実践(上)」，一九八〇年）（以下略稱為「手続の再編成」）三〇九頁。

註二九：關於私權之社會化，請參照洪遜欣「中國民法總則」（一九七六年）一八頁；王伯琦「近代法律思潮與中國固有文化」（一九八一年）四一頁以下；我妻 榮「新訂民法總則」（一九六五年）三二頁以下。

至於有關當事人主義等近代法上諸審理原則之修正，則與民事事件之非訟化現象有關，請參照邱聯恭「法理交錯適用」一三一頁以下（研究會「民訴研討(二)」四四五頁以下）；小島武司「非訟化限界」二〇頁；吉村德重「非訟化傾向」五頁；同「訴訟事件と非訟事件」六六頁；Bärmann, Echtes Streitverfahren in der fG. AcP 1955, S. 390.

註三〇：參照三ヶ月 章「非訟化の限界」七二頁。

註三一：Vgl. Baur, a.a.O. (Anm. 8), S. 165；德、日及我國之非訟事件法均於書面主義外，兼採言詞主義，而委諸法院之自由裁量。此事具有重視言詞審理利於發現真實，便利運用自心證之實際效用。

近藤完爾「直接主義復習」（註一五）六六頁從沿革上說明：直接主義與言詞主義並無應結合於同程序之必然，書面主義與直接主義，或言詞主義與間接主義相結合之立法例，在德、日均屬存在。

註三二：三ヶ月 章「非訟化の限界」六三頁；同「手続の再編成」三一八頁；近藤完爾「直接主義演習」六七頁；小島武司「非訟化限界」三〇九頁；林屋礼二「判決と決定の交錯」六〇頁；佐々木吉男「紛争の類型化と訴訟制度の対応」（民事訴訟雜誌一七号，一九七一年）七四頁以下。

又，中野貞一郎「裁判と憲法」一三頁表明：言詞主義與書面主義長短互見，依各種程序之不同，選擇併用適合的程序原則，應非憲法之所不許。此項見解意識到迎合時代潮流重組程序法理之必要及可能性，應受相當之評價。

此外，並請參照註一四及註二二。

註三三：鈴木忠一「正当な手続」二七〇頁；三ヶ月 章「非訟化の限界」五八頁。

註三四：參照邱聯恭「法理交錯適用」一二八頁（研究會「民訴研討(二)」四三九頁）及註八。

註三五：參照邱聯恭「法理交錯適用」一二九頁（研究會「民訴研討(二)」四四〇頁）。

註三六：事證較簡明而僅為形式審查即可了事之非訟事件，適合於循書面程序迅速審理。例如，普通抵押權人提出土地登記文件聲請拍賣抵押物事件屬之。至於有關未經登記之法定抵押權的實程序，則未必能為相同的處理。

註三七：書面主義對於訴訟審理之特定的情形或階段，特別有利於達成簡易、迅速之要求，例如，關於上訴理由書狀之強制提出、法律審之審理。參照小室直人「口頭主義の限界」（民事訴訟雜誌七号，一九六一年）九〇頁以下；村松俊夫「民事裁判の研究」（一九七三年）一三二頁。

註三八：活用言詞主義整理爭點、促進訴訟之必要性，已受普遍之肯定，請參照邱聯恭「信賴的真實」一九〇頁，即本書一二頁；同「審理方式之檢討」三三九頁；木川統一郎「西ドイツにおける口頭弁論集中への努力」（「比較民事訴訟政策の研究」一九七二年）一三〇頁以下；同「西ドイツ一九七〇年民訴法改正草案の訴訟政策的評価」（「比較民事訴訟政策の研究」一九七二年）七〇頁；畔上英治「西ドイツ民事訴訟の實際(二)」（法曹時報一五卷二號，一九六三年）一四頁；近藤完爾「当事者の主張しない事実(五)」（判例タイムズ No. 279, 一九七二年）二六頁；同「口頭主義の反省」（註一六）二一七頁；高桑 昭/荒井史男/稻葉威雄「準備手続の実務上の諸問題」（司法研修所報三四号，一九六六年）六二頁；賀集 唱「民事裁判における訴訟指揮」（法曹時報二四卷四號）一四頁；Peter Arens, Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß, 1971, S.27ff.; Jürgen Baumann/Gerhard Fezer, Beschleunigung des Zivilprozesses, 1970, S. 27 ff.; Bericht, a.a.O. (Anm. 24), S. 177; Leonhardt, Die bürgerliche Prozeßordnung und deren Nebengesetze, S. 1.

註三九：非訟事件法就聲請指定監護人事件，非若同法第六九條第二項就指定共有物證書保存人事件、第八一條第二項就公司解散命令事件及第八九條第一項就收買股份價格裁定事件，分別明文要求應訊問特定人（共有人、利害關係人或公司負責人等），亦異於日本家事審判規則第五四條就指定監護人事件定為應訊問已滿十五歲之子女。在我國此種現狀之下，如何健全職權主義之運用（裁量權之行使），不論對當事者權之保障、真實之發現或程序之促進而言，均具有決定性之影響。

註四〇：關於言詞主義或書面主義之選用應為合目的的考量，係屬相對性問題，請參照三ヶ月 章「民事訴訟法」（法律学全集）三三五頁；近藤完爾「口頭主義の反省」二三七頁；小室直人「口頭主義の限界」六三、七〇頁以下；竹下守夫「口頭弁論の歴史的意義と将来の展望」（講座民事訴訟4，一九八三年）二四頁；岡垣 学「口頭主義の形骸化（法学教室第二期5，一九七四年）六八頁；Jake I. H. Jacob, Accelerating the Process of Law, in "The

Reform of Civil Procedural Law” (1982), 99-100.

又，田辺公二「英米型事實審理と大陸型事實審理」(民事訴訟の動態と背景，一九六四年)四三頁指明：關於言詞主義與書面主義、直接主義與間接主義之適宜併用，德、奧之審理方式較英美之審理方式更具彈性。

註四一：參照註二四。

註四二：關於在非訟程序(裁定程序)，亦可能踐行使當事人就實質事項為公開辯論之程序，並應承認以此程序之踐行為基礎之裁定具有相當於判決之效力，請參照邱聯恭「法理交錯適用」一三五頁以下(研究會「民訴研討(二)」四五四頁以下)。

又，此項論述並不意味：(1)裁定在未與上述訴訟法理結合時，絕不可能基於其他法政策上考量另被承認具有相當之實質上拘束力。(2)不可能基於其他理論或法政策上考量，承認未經踐行公開辯論之判決具有實質上確定力。

亦即，本文之論述並不排斥就諸如下列情形，可能依其他理論或法政策上考量，另行論斷其妥當性：未經提出異議之支付命令是否具有實質上確定力；應否如德國民訴法(§128 III ZPO)承認就非強制律師代理之小額事件，在一定情況下，可依職權決定單憑書面審理，而不踐行言詞辯論逕為判決；或在未經言詞辯論時，以起訴顯無理由判決逕予駁回(我國民事訴訟法第二四九條第二項)。

註四三：就特定情形(如§128 III ZPO或我國民訴法第二四九條第二項之情形，參照註四二)，承認可不經公開辯論而逕行判決(即承認必要的公開辯論之訴訟法理與判決方式可能分離)，固然亦不失為達成簡速裁判的方案之一(參照三ヶ月 章「手續の再編成」三三四頁以下)。惟此種方案不適合於處理當事人間就實質事項有爭執而又需求迅速作成終局性解決之事件。通常，當事人爭執實質事項且因需求簡速裁判乃被非訟化之事件多屬此類。例如：(1)自始因就共同海損協議不成乃求為計算確定之事件(海商法第一六一條、非訟事件法第九九條)；(2)關於拍賣抵押物聲請事件涉及實質上爭執而當事人間急需迅速求得終局性解決紛爭之情形(參照邱聯恭「法理交錯適用」一四〇頁即研究會「民訴研討(二)」四六二頁)；(3)當事人爭執實質事項(有人的或物的抗辯)而需求貫徹票據迅速流通性之票款請求事件……。就此類事件之審理，不如採用裁定方式(非訟程序)與上述訴訟法理結合之程序為之，較可兼顧辯論權之保障及滿足簡速裁判之要求。

註四四：如何建構或充實程序制度，使裁定方式得能與判決方式並列，依事件類型或審理狀況之不同，各別發揮獨立的解決紛爭之功能，乃屬民事程序法學上之時代性基本課題。

關於此項課題之解決方向，三ヶ月 章「手續の再編成」三三一頁以下提

示：應妥為評估判決程序與裁定程序之長短，重新調整應採行於各該程序之審理原則，選定適合於不同的情況之程序保障內容，使有關裁判方式(判決方式或裁定方式)之利用更富彈性，甚至探尋承認具有多樣程序內容(含聲明不服方法)的各種裁判(判決或裁定)方式存在於典型的判決(以必要的公開言詞辯論為程序內容之判決)與典型的裁定(如：有關訴訟指揮而附隨於判決程序之裁定)之間的可能性，藉以改變向來輕視裁定方式而過分偏重使用判決方式之態度……。

註四五：就現行法而言，較諸判決方式，非訟裁定書之制作具彈性而可能依個別事件之需要簡略化(比較民訴法第二二二條第二項、第二二六條與非訟事件法第二一條)、對非訟裁定之聲明不服期間較短(比較民事訴訟法第四四〇條與非訟事件法第二八條準用民訴法第四八七條)、對於非訟裁定可據以抗告之範圍較小(依非訟事件法第二八條，有關對於判決之上訴程序的規定不準用於非訟裁定)、關於非訟裁定之抗告及再抗告受較大限制(非訟事件法第二七條)致事件可能儘早確定、非訟裁定之形成較具機動性而有助於達成簡速裁判(非訟事件法第二三條、二八條準用民訴法第四九〇條、四九一條)。

註四六：為因應特定事件類型之需求，尚可依該事件之個性、特徵，妥為運作或修正現行法制，例如，就對立訟爭性較強而又需求迅速解決致被非訟化的事件，(1)為使攻擊防禦及審理(含抗告法院之審理)之目標更加明確，以防止發生突襲性裁判，並充實抗告法院之審理內容，可致力於加強裁定應附理由之要求。為此，除依職權就爭執較烈之情形，在裁定內詳附理由外，並可考慮就特定情形，增列如非訟事件法第二九條第二項、第八九條第四項、第九一條第二項等明文要求應附理由的規定。

(2)可檢討如何在一定範圍內更擴大對立當事人請求法律審救濟(Rchtsbeschwerde)之範圍。就此而言，非訟事件法第二七條第一項(又，德國非訟事件法亦同，見§27 FGG)承認以違背法令為理由之再抗告，具有相當積極的意義。此種救濟範圍之擴大，對獨立於民事訴訟法以外之非訟事件法，較諸對民事訴訟法上之抗告程序，更具有可能性(參照三ヶ月 章「手續の再編成」三二四頁；Stein/Jonas, ZPO 19 Aufl. vor §567 III)。

(3)可考慮，即使就得抗告之聲請事件，在一定條件下(如：在當事人適時以抗告提出實質抗辯之情形)，允許原裁定法院得基於對抗告之審理的結果，撤銷或變更原裁定(修正非訟事件法第二三條第三項)，藉以廣開迅速而終局的解決紛爭之途徑(此種審理方式，有助於迅速解決有關抵押權實行事件之實質上爭執，請參照邱聯恭「法理交錯適用」一三九頁以下即研究會「民訴研討(二)」四六三頁以下)。

註四七：基於簡化權利主張程序之要求，就同一事件之解決，應儘可能設法防免

造成必須由非訟法院與訴訟法院分別各為裁判之事態。此不但應為運作（解釋）現行法之指針，同時亦為立法之原則，德國民事審判制度修正準備委員會報告書亦特別揭示斯旨，vgl. Bericht, a.a.0. (Anm. 24), S. 333.

註四八：參照民法第一〇九四條、第一一一一條、兒童福利法第二一條第一項、非訟事件法第七二條、第七三條。

註四九：關於如何妥當指定未成年子女之監護人，涉及種種審理程序上問題，我國之非訟事件法制尚待充實者不少。有關日本制度之運作狀況，請參照沼邊愛子「子の監護、引渡しおよび面接交渉に関する家裁の審判権」（新實務民事訴訟講座8，一九八一年）一三三頁以下；同「子の監護をめぐる諸問題」（法曹時報二四卷一二期，一九七二年）一頁以下；安倍嘉人「離婚と子の監護をめぐる諸問題」（法律のひろば三二卷七号，一九七九年）一九頁以下。

註五〇：參照邱聯恭「法理交錯適用」一四七頁（研究會「民訴研討(二)」四七五頁）。

此外，關於遺產分割事件，亦涉及同類問題，請參照佐上善和「利益調整紛争」三〇頁。

註五一：參照三ヶ月 章「非訟化の限界」九四頁；吉村德重「非訟化傾向」五頁；邱聯恭「法理交錯適用」一三二頁（研究會「民訴研討(二)」四四五頁）；Bärmann, a.a.0. (Anm. 29), S.390 ff; Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S.9.

註五二：一九七七年德國依審判程序簡化促進法案，明定當事人之一般訴訟促進義務，修正向來的隨時提出主義，課法院促使程序集中化之義務，此乃對職權裁量法理之重視。關於其內容，請參照邱聯恭「信賴的真實」一文內註八一之說明（本書五六頁）；同「審理方式之檢討」三四六頁以下；ハンス・ファッシング/木川統一郎「西ドイツにおける民事訴訟促進政策について」（判例タイムズNo. 456，一九八二年）二六頁；木川統一郎/吉野正三郎「西ドイツにおける民事訴訟促進政策の動向(下)」（判例タイムズNo. 353，一九七八年）三五頁以下；Dieter Leipold, Prozeßförderungspflicht der parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93, 1980, S.237.

應附言者，在此指明職權裁量法理之機能及其有關法制發展之趨勢，並不暗示筆者係主張將該法理無條件適用於任何類型之民事事件。

註五三：關於在適用職權探知主義之程序亦應同時賦予程序保障，請參照註一七、註一八、註二二及註二四。

依處分權主義由當事人提示請求審判之範圍，作為法院審理活動之目標、界限，並使當事人間攻擊防禦之焦點，比未為該項提示時，更為集中、明確，具有防止發生突襲性裁判及踐行程序保障之功能。反之，限制或排除處分權主

義之適用並擴大法院之自由裁量權，則使當事人更難預測審理內容，有增大招致突襲性裁判之危險。因此，在承認擴大裁量權之同時，也應隨之充實程序制度，賦予相當之程序保障。關於裁判分割共有物事件之審理，亦涉及此項問題，請參照民事訴訟法研究會第二十四次研討紀錄內筆者之分析（載法學叢刊第一二七期一四二頁以下即研究會「民訴研討(二)」五五一頁）。

關於職權進行主義之運用，應同時顧慮實質的當事人平等原則，請參照上田徹一郎「当事者の訴訟上の地位」（註二〇）九頁。

註五四：仿德國非訟事件法第一八條及日本非訟事件程序法一九條之規定，我國非訟事件法第二三條亦承認在一定條件下，非訟法院得於裁定後撤銷或變更原裁定。關於此規定與職權裁量法理之機能上關連，應先說明：

(1)除承認依上述規定撤銷或變更原裁定外，尚有承認基於情事變更（wegen veränderter Umstände）事由撤銷或變更原裁定之必要及可能。此二者均有關於裁判在事實認定或適用法律等方面為不當（含不合法）時之撤銷或變更。前者主要係以原屬不當之裁判為對象，而後者則為處理裁判原屬正當，但因裁判後（裁判經告知於當事人或利害關係人後）之情事變更致裁判成為不當之情形。後者之承認係由於重視非訟裁判之合目的性及非訟法院就非訟事件應盡之監護照顧任務而然。不過，基於非訟裁判追求妥當性、合目的性、簡易性等考慮，是否不應認為前者（依上述明文規定之撤銷或變更）也該包含因裁判後之情事變更致原裁判成為不當之情形在內，仍有進一步探討之餘地。

(2)依上述規定，非訟法院固有為撤銷或變更之權限，惟在其所定要件具備之情形，基於非訟裁判之妥當性、合目的性、簡易性等要求，應認為非訟法院負有為撤銷或變更裁判之義務，此亦為重視職權裁量法理之機能所應然。

關於上述規定或法理之適用範圍，尚涉及其他多方面問題，有待深入探討。Vgl. Baur a.a.0 (Anm. 8), S. 243 ff.; Walther J. Habscheid, a.a.0. (Anm. 8), S. 195 ff.; 鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」九五頁以下；飯倉一郎「非訟事件の裁判の變更性と形式的確定力」（国学院法学八卷三号，一九七一年）二四七頁以下；林順碧「非訟事件の裁判の取消・変更」（實務民事訴訟講座7，一九七一年）七九頁以下。

註五五：關於此種事件，在日本係依家事審判程序（日本家事審判規則第九六條、民法第八八〇條）處理，重視非訟裁判之妥當性、合目的性追求。在德國則與如何運用其民訴法第三二三條所承認之變更之訴（Abänderungsklage）有關。Vgl. Hahn und Mugdan, Materialien Bd. 8, S.103; Rosenberg/Schwab, ZPR¹³, S.965, 1070 ff; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO Bd. II, §323, I. 1, II. 1.

在無此類規定之我國，如何考量職權裁量法理之機能，兼顧債務人異議訴

訟（強制執行法第一四條）、確認訴訟、再審（法的安定性與具體妥當性之調和）等制度之妥善運用，並配合民法第一一二條所定（依情事變更請求變更扶養之程度及方法）制度旨趣，建構有助於達成妥當性、合目的性裁判之程序制度，應屬今後之課題。

註五六：邱聯恭「法理交錯適用」一二八頁；シュワープ/ゴットヴァルト「憲法と民事訴訟」二四〇頁。

註五七：參照註二六引用之文獻。

此外，一般認為不公開方式之採行，亦基於達成簡速裁判之理由（參照伊東 乾/三井哲夫「非訟」一五〇頁；鈴木忠一「正当な手続」二七〇頁）。

註五八：參照註八所列文獻。

註五九：Vgl. Baur, a.a.O. (Anm. 8), S. 27 ff.; Stein/Jonas, ZPO¹⁹, S. 100 ff.; 中島弘道「裁判の創造性原理」（一九四一年）三〇五頁；同「非訟事件手続法論」（一九二二年）七頁以下；入江一郎等「条解」三頁以下；鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」七頁以下；伊東/三井「非訟」三頁以下；兼子 一「民事訴訟法体系」（一九六五年）四〇頁。各說主張之要旨略為：

目的說（Die Zwecktheorien）尚分為私法秩序形成說及預防說，前者認為：訴訟事件係以私法秩序之維持及確證為目的，依訴訟程序審理之結果發生私權之確定，而非訟事件則以私法秩序之形成（設定、變更、終了）為目的，非訟程序係為明示私權之所在，避免發生私權所在不明之情形。至於預防說則認為：訴訟事件係以被破壞之私法秩序的回復為目的，而非訟事件則以預防將來可能發生之侵害為目的。

對象說（客體說）（Die Objekttheorien）認為：訴訟事件係以「紛爭」（即有爭執之權利的確定及實現）為對象，而非訟事件則以無爭執之權利（即無紛爭的生活關係）之保全為對象。

手段說（方法說）（Die Mitteltheorien）認為：訴訟事件係以私權之具有既判力的確定及強制的實行為方法，而非訟事件則無關於私權之確定，其裁判非被強制的遂行。

實定法說（法規說）（Die Positivistischen Theorien）認為：由立法者在形式上列為應依訴訟程序處理者屬訴訟事件，而列為應依非訟程序處理或劃歸職司審理非訟事件之國家機關管轄之事件，均屬非訟事件。此說為德、日之多數說，係鑑於非訟事件所包含之範圍甚廣且多種多樣，無從尋求共通的實質上特徵，乃斷念於從本質上探究非訟事件與訴訟事件之區別，而改依現行法規定之形式為判斷標準。

民事行政說認為：在訴訟事件之裁判係適用抽象的法規以解決紛爭，屬於民事司法，而在非訟事件則由國家介入於私人間之生活關係為命令處分，屬於

民事行政。

以上各說均有難點，而未能周延說明範圍廣泛、幾至包羅萬象的民事事件〔請參照前揭文獻及鈴木正裕「訴訟と非訟」二四頁；齋藤秀夫「民事訴訟法概論」（一九七〇年）二八頁〕。因此，當實際運作或制定民事程序制度時，究竟民事事件之何者應適用訴訟法理，而何種事件應適用非訟法理處理？其標準何在？仍屬有待研究之課題，本文之嘗試，係因意識及此。

註六〇：參照鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」一三頁以下；入江一郎「条解」二一頁以下。

從理論上探究非訟事件之本質的實益是：

(1)就特定事項究應依非訟事件法之規定處理，或依其他程序法處理，倘法律上欠缺明文規定時（非訟事件法第一條「……除法律另有規定外……」中所指之「法律」未為明定時），不應無解決之方法，此時，依理論上探究非訟事件之本質所得結論，可供為決定應如何適用程序法之判斷標準。

(2)程序上判斷應否及如何就某類事件在一定範圍內為不同之處理時，上述非訟事件之本質論可資為判斷標準。例如，在訴訟程序上之所以應就請求裁判分割共有物事件為不同之處理，即係基於此種判斷之結果〔並請參照邱聯恭「法理交錯適用」一四七頁即研究會「民訴研討(二)」〕四七五頁；陳計男「分割共有物之訴之審理及其裁判之效力」（研究會「民訴研討(二)」）五一八頁以下〕。

(3)在制定新法或了解現行法以擬定立法政策時，立法者應審慎考慮某種事件究屬訴訟事件或非訟事件。此時，非訟事件之本質為何，乃判斷之準據。

至於有關一般非訟事件之特性的闡明，參照邱聯恭「法理之交錯適用」一三一頁（研究會「民訴研討(二)」四四五頁）；鈴木正裕「訴訟と非訟」二三頁；新堂幸司「民事訴訟法」二〇頁；入江一郎等「条解」二六頁以下；吉川大二郎「保全手続の訴訟性と非訟性」（民商法雜誌二一卷一～四合併号，一九四六年）五頁。

註六一：在立論之觀點（程序法理交錯適用肯定論之觀點）、對象及內容等方面，雖與本文有所不同，晚近，基於利益衡量論主張依事件類型請求審理方式者漸多，參照新堂幸司「訴訟と非訟」一五頁；同「民事訴訟法」二〇頁；小島武司「非訟化限界」九頁以下；林屋礼二「判決と決定の交錯」六〇頁以下；同「非訟化」九一頁；紺谷浩司「民事手続における審問請求権について（その2）」（政経論集一八卷三・四号，一九六八年）（以下略稱為「審問請求権(2)」）一一八頁；山木戸克己「裁判手続の多様性」九六頁以下。

註六二：三ヶ月 章「非訟化の限界」六二頁以下；同「再施可能性」三七頁以下；伊東/三井「非訟」七頁。

註六三：筆者在國內自一九八〇年起主張：在權利義務確定型之判決程序，為防止發生突襲性裁判，追求確定值得當事人信賴的真實，法院應在言詞辯論終結以前向當事人公開心證、表明法律見解（請參照邱聯恭「突襲性裁判」載研究會「民訴研討(二)」四五、四六頁；同「信賴的真實」一八二頁以下，即本書五頁以下）。其後，在日本，中野貞一郎「裁判と憲法」（一九八四年）一四頁以下及伊東/三井「非訟」八頁（一九八六年）亦認為：開示請求權之保障（當事人應可隨時向法院請求表明法律見解）應屬審理訴訟之基本原則。此類訴訟法上之原則，亦應適用於附表內事件類型A之審理程序。

註六四：關於為達成促進訴訟之目的，有致力於緩和辯論主義之僵化及限制隨時提出主義（強化職權進行主義）之必要及可能，請參照註一八、註一九、註五二。

註六五：關於拍賣抵押物事件之非訟化審理，請參照邱聯恭「法理交錯適用」一三九至一四二頁（研究會「民訴研討(二)」四六一至四六九頁）。

註六六：此類事件係自一八九八年德、日制定非訟事件法當時被列為非訟事件依非訟程序處理之範圍。Vgl. Walther J. Habscheid, a.a.O. (Anm. 8), S. 35; 鈴木正裕「訴訟と非訟」二二、三四頁；鈴木忠一「正当な手続」二七二頁。

註六七：鈴木正裕「訴訟と非訟」二三頁。

註六八：關於裁判分割共有物事件之特徵，請參照邱聯恭「法理交錯適用」一四七頁（研究會「民訴研討(二)」四七五頁）。

註六九：參照鈴木忠一「扶養の審判に関する問題」（「非訟・家事事件の研究」，一九六八年）（以下略稱為「扶養の審判」）一五八、一六一頁。

註七〇：鈴木忠一「株式買取請求手続の諸問題」（「非訟・家事事件の研究」，一九六八年）（以下略稱為「株式買取請求」）二三一頁以下、二三六頁。

註七一：在裁判分割共有物事件為有關定分割方法之審理時，涉及多種法理交錯適用問題。關於此方面之分析，請參照筆者在民事訴訟法研究會第二十四次研討會之發言（載研究會「民訴研討(二)」五五〇頁以下）。

註七二：由於請求扶養事件需求適用職權裁量法理以達成妥當性裁判，在我國，即使不仿日本現制依非訟程序處理（參照註五五），而循訴訟程序為審理，亦應限制或緩和處分權主義（訴訟法理）關於聲明拘束性之適用範圍〔vgl. Stein/Jonas, a.a.O. (Anm. 17), S. 993 ff.〕，扶養請求權人無須於起訴時具體表明扶養之程度及方法，可僅聲明請求形成法院認為相當之扶養費並命為給付，縱然請求權人表明扶養之程度及方法，受訴法院亦不當然受其拘束，而可為與其所聲明者不同的裁判（不構成訴外裁判），正如同在裁判分割共有物

事件關於分割方法應採行之聲明方式（關於裁判分割共有物事件允許此種聲明方式之實質理由，請參照邱聯恭「法理交錯適用」一四七頁即研究會「民訴研討(二)」四七五頁）。在此情形，該扶養請求權人勝訴的判決，應屬形成性的給付判決〔參照筆者在民事訴訟法研究會第二十四次研討會之發言（載研究會「民訴研討(二)」五五八頁）；鈴木忠一「扶養の審判」一六二頁〕。

德、日之學說承認裁判之種類中，有所謂隱存的形成裁判，可說是一種形成的給付裁判。亦即，指先形成給付義務，然後於主文命為給付之情形。Vgl. Peter Schlosser, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, 1966, S. 132 ff.; Habscheid, a.a.O. (Anm. 8), S. 262; 鈴木忠一「夫婦同居等の審判に関する諸問題」（「非訟・家事事件の研究」一九六五年）六五頁；同「非訟事件の裁判の既判力」五六、五七頁。

註七三：參照三ヶ月 章「非訟化の限界」六八頁。

註七四：參照三ヶ月 章「非訟化の限界」九一頁。

註七五：此項有關事件類型E之裁判，係由法院就既存之損害賠償義務予以確定，然後命為給付，應屬確認性的給付裁判之一種，與上述就事件類型F之裁判係屬形成性裁判者不同。在事件類型E之審理，法院就損害賠償債務及其數額並無裁量權，而在上述事件類型F之審理，係由法院斟酌諸種資料，就公司收買股份之價格為裁量。惟鈴木忠一「正当な手続」二七三頁認為有關事件類型E之裁判係屬確認裁判。

註七六：此處所指之權利義務確定追求型事件不包含聲請公示催告（民訴法第八編）、禁治產宣告（同法第九編第三章）等類實質上一般非訟事件。關於此類事件之處理程序雖經定於民訴法中，但有其沿革上原因。亦即德國於一八七七年先於實體法而制定民訴法，因當時其非訟事件法尚未制定（該法制定於一八九八年），便宜上乃將上述非訟事件編入民訴法中，我國民訴法係受此種沿革之影響（參照三ヶ月 章「非訟化の限界」六一頁）。

註七七：請併參照註四五、註四六之說明。

註七八：例如：屬於上述(2)（古典的非訟事件型）之事件。

註七九：認為公司機關損害賠償查定事件在性質上屬於訴訟事件者如：鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」六一頁；飯倉一郎「非訟事件の変遷とその分析」（国学院法学第五卷第四号，一九六八年）二〇六頁；同「真正訴訟事件」一五六頁；佐上善和「家事審判」八七頁。

註八〇：日本商法第三八六條第六款、第三九四、三九五條及非訟事件手続法第一三五條之五〇就此種事件之審理設有較我國詳細的規定，係明文承認利害關係人（公司及債務人）可對查定損害賠償之裁定，在受通知之日起一個月內提起異議之訴，於其訴遭駁回確定時，該裁定具有與確定判決相同之效力。

註八一：並請參照註四五及註四六。

註八二：鈴木忠一「非訟事件之裁判の既判力」五九頁認為在定股份價格事件之審理過程，涉及有關股東地位、股數等之爭執時，應另循訴訟程序審理此類實質事項，充其量此類爭執祇得成為停止定股份價格事件之程序的事由云云。

論評此項見解之妥當性，固與日本憲法究竟要求賦予何種程度之程序保障及應依何種審理方式賦予程序保障一事有關，有待另行探討。惟論者是否充分意識到其立論應以已經盡力設法避免分開二道程序處理同一紛爭事件為前提，始符貫徹簡速裁判之旨趣，仍非無疑。

註八三：事件類型E及共同海損之計算確定事件，均以權利義務之確定為目的，就此法院非為裁量性、形成性判斷。因此，即使循非訟程序審理此類事件，較審理事件類型F之情形，應使當事人負更重之協力義務（如：主張、舉證責任等），而適用更廣範圍之訴訟法理。蓋以就事件類型F之審理，法院為達成合目的性、妥當性裁判（參照上述(3)有關合目的性、妥當性判斷追求型之說明），應為裁量性、形成性判斷，在此範圍內，當事人所負協力義務亦隨之減輕。

註八四：當評估此種非訟化審理之正當化理由時，應特別留意：海商法第一六一條同時承認利害關係人並得請求商務仲裁協會仲裁，而對於紛爭之解決，商務仲裁程序具有不亞於非訟程序之經濟、迅速性，商務仲裁人之判斷有同於法院之確定判決的效力（商務仲裁條例第二一條）。

註八五：最高法院四五年台上字第三四六號判例示明：「扶養方法……經親屬會議仍不能議定時究應如何辦理，雖無明文規定，惟參酌立法先例及學說，應解為由法院予以裁判」等旨，不排斥其所謂「法院」包含非訟法院在內之可能性，即使實際上由訴訟法院為審理，亦不應無視此種事件基於裁量性、展望性、創設形成性等特性之需求，而應依上說明交錯適用非訟法理，形成妥當性裁判。關於此，並請參照註七二。

註八六：參照註六五。

註八七：最高法院判例認為：非訟法院就本票票款追索事件在非訟程序僅得為形式上審查，而不得審理實質爭執事項（私權之存否），其裁判無確定實體私權存否之效力，如當事人就票款債權之存否有爭執時，應另行提起訴訟，循訴訟程序求得解決云云（五六年台抗字第七一四號及五七年台抗字第六七號判例）。

然而，非訟事件法第一〇〇條之立法意旨果如判例所說，則為解決實質爭執事項，必要求當事人就同一票款追索事件進行二道程序，此舉將違背簡速裁判之基本要求，無視此種事件基於其個性、特徵之特殊需求。例如，在依同條規定而開始之非訟程序（含抗告程序）進行中，倘發票人有權利且有意提出清償或消滅時效（參照票據法第二二條第一項）等抗辯，依上述判例見解，即無

在非訟程序主張該抗辯之可能。縱使承認關於此項抗辯之提出，有強制執行法第一四條之適用（類推適用），發票人亦勢必在不得不冒遭受強制執行之不利利益的情況下，另行提起同條之債務人異議訴訟，並依同法第一八條聲請停止執行，如此將徒增當事人之煩擾及法院之負擔。尤其，在執票人與發票人均有意就實質爭執事項求得迅速而終局的解決之情形，依上述判例處理，將使當事人之不利益擴大發生。果然，非訟事件法第一〇〇條將反而成為貫徹訴訟經濟原則之障礙，此豈為立法旨趣之所在。矧在不許發票人根據消滅時效抗辯事由提起消極確認訴訟之實務見解（最高法院七五年台上字第一六五二號判決，載司法院公報第二八卷第一期；七九年台上字第一九一九號判決，載司法院公報第三二卷第一期）下，採判例所示處理方式，將使發票人主張權利之途更形艱難，豈屬公平。

更甚者，上述判例對於同條規定之理解，不足以保護急需求得救濟之特定消費者，尤值留意。亦即，當今之交易社會，常見消費者從事分期付款買賣時，每應出賣人（企業廠商）之要求，簽發本票作為償付價金之方法，並於其上約定分期付款而同意如一或二期不履行即視為全部到期。在此情形，倘事後出賣人（執票人）根據該本票依同條開始非訟程序，對此，消費者（買受人）認其行為違反民法第三八九條，而有意在該執票人行使追索權之非訟程序主張該實體法上之違法事由。此時，倘依上開判例所採取之方式處理，將造成消費者先遭受執行，而無從及時獲得救濟之不利益。果如此，豈不悖逆保護消費者之潮流。

從此角度觀察，最高法院倘能修正上述態度，改為重視非訟事件法第一〇〇條所認制度特別利於達成簡速裁判之功能，以之作為解決大量紛爭事件（頻發的消費者紛爭事件）之有效手段，則尚可期待該制度在達成簡速裁判方面，發揮不亞於依督促程序發支付命令制度之作用。蓋以對於支付命令提出異議後係循判決程序處理，而應依上訴方式救濟，此種方式較諸對本票執行裁定之不服，依抗告方式救濟之情形，更不利於簡速裁判之達成。

不過，以上說明並不意味有關本票票款追索事件之裁判，無條件對本票票款債權之存否發生全面性的實質上確定力。關於非訟事件法第一〇〇條可能運用為終局的解決紛爭之手段及其程序前提，另請參照以下〔參一(三)、二(二)〕之說明。

註八八：並請參照註七一。

註八九：參照註七二。

註九〇：關於定分割方法之裁量權的行使，涉及上訴可能範圍之問題，請參照民事訴訟法研究會第二十四次研討紀錄內筆者之發言（載研究會「民訴研討(二)」五五五頁）。

註九一：參照註七一。

註九二：林屋礼二「判決と決定の交錯」六〇、六一頁主張：應按事件之類型，就特定種類的事件，採擇其應適用之程序原則，就特需保護隱私的事件採不公開但使互為辯論之判決方式；而就特需簡速處理之事件，則採不公開不使互為辯論之裁定方式，分別審理裁判，藉以經由判決程序與裁定程序（非訟程序）之交錯，因應現代紛爭類型之多樣化，而不應仍如向來論者所主張，於進行將訴訟事件予以非訟化之作業時，僅考慮將傳統的非訟法理即「不公開、不辯論、裁定」的方式作整套的採擇。

此項見解主張按事件類型採擇審理方式，利於追求具體妥當性，富有啟發性，應受相當之肯定評價。可是，其說偏重於以事件為單位之程序交錯（訴訟程序與非訟程序之交錯），而未充分意識到以個別事項為單位及以程序階段為單位（下述）分別交錯適用程序法理之必要性及可行性，對於民事事件類型審理論之拓深，尚嫌不足。

註九三：此處係強調：定股份價格事件對簡速裁判之需求度高於對慎重裁判之需求度，為滿足其需求，應寬認利用同一簡易程序（以上述意義的簡易主義為內容之非訟程序）迅速解決更多紛爭之可能範圍。此項主張並不意味，非訟法院在處理上開事件之過程恆須就任何前提事項均為實質審理。亦即，可能承認非訟法院得運用其程序指揮權，審酌相關資料（如：主張之原因事實、當事人或利害關係人抗辯之內容、程序進行之實際狀況、當事人或利害關係人之意願等），裁量決定為特定前提事項（如：股東地位之有無、股數之多寡）之裁判，是否停止定股份價格事件之程序留待訴訟法院審理，或由非訟法院逕行就前提事項為實質審理及裁判。此外，法律亦不妨提示若干可資遵循之明確標準，例如，明定當涉及一定前提事項（如：股東會決議是否違反法令或章程、有無得訴請撤銷其決議或其他無效之情事，參照公司法第一八六、一八九條等）時，非訟法院在撤銷股東會決議之訴（或其決議無效之訴）判決確定以前，應停止定股份價格事件之進行。何去何從要屬立法政策之問題，而立法政策之運用則應以承認在非訟程序得交錯適用非訟法理與訴訟法理（交錯適用程序法理之理論上及法政策上障礙並不存在）為前提，就不同的事件類型衡量其係著重需求何項程序法上基本要求（簡速裁判或慎重裁判或妥當性裁判），而以需求度較高者為主要追求目標，採擇並組合必要之程序法理，藉以追求具體之妥當性。此項基本認識亦應成為解釋法律之方針。

並且，在承認特定關連事件均由相同之民事法院審理之法制下，較諸在未為如此承認之法制下，上述程序法理交錯適用之方式能有更大之活用餘地。例如，德、日承認由簡易法院或家事法院處理特定非訟事件，與我國有所不同，因此，在我國法制下，上述程序法理交錯適用方式有更廣範圍之活用空間，更

能助益於依各種事件或事項對程序法上基本要求之需求程度，機動調整各基本要求應獲滿足之優劣順位。不過，縱使在設有簡易法院之法制下，隨著簡易法院之事物管轄範圍的擴張，運用上述交錯適用方式之可能性也將更為增大。飯倉一郎「真正訴訟事件」一六七頁認為除狹義的真正訴訟事件仍依非訟程序處理外，即使在特須國家照顧而應依非訟程序處理之事件（如：家事事件等），當其涉及權利義務存否之爭執時，就此爭執部分，應與其他有關法律關係存否確定之事件（非行政性真正訴訟事件，即非屬新權利之形成或處分的事件）同，均另開訴訟程序處理。此項見解未意識及於探討在非訟程序交錯適用訴訟法理之必要性及可能性，依上說明，尚有商榷之餘地。

註九四：在本票票款追索事件之程序進行中，可能發生第三人從執票人受讓本票之情事。此時之第三人即屬該事件之利害關係人，為實質上當事人，是否對其賦予程序保障一事，與應否承認該事件之裁判對其發生效力一事互有關連，請參照民訴法研究會第二十四次研討紀錄筆者之說明（載研究會「民訴研討(二)」五〇七頁）。

註九五：林屋礼二「判決と決定の交錯」六四頁認為：在督促程序雖然形式上有對立的當事人存在，但非屬以當事人間之權利為審判對象而加以確定之程序，因此，採用「不公開、不辯論、裁定」之方式處理。

此項見解正面認識在程序前階段係適用非訟法理解決紛爭，具有一面之正當性。可是，其未更進一步分析，在程序後階段為處理隱存於程序前階段之紛爭對立性，適用其他程序法理（訴訟法理）等現象，對於非訟法理與訴訟法理交錯適用方式之實踐意義，不無認知未足之憾。

註九六：關於既判力之發生，請參照民訴法第四〇〇條；關於判決理由中判斷有無拘束力，參照民事訴訟法研究會第十七次研討紀錄（載研究會「民訴研討(二)」一三六頁以下）。

註九七：(1)在聲請拍賣抵押物事件之審理過程，為充分利用同一程序滿足此種事件對簡速裁判及對慎重裁判（私權確定）之需求，亦可能且應該承認就全事件予以非訟化審理，而按實質爭執之個別事項及程序階段之前後，交錯適用非訟法理與訴訟法理。其分析說明請參照邱聯恭「法理交錯適用」一三九頁以上即研究會「民訴研討(二)」四六一頁以下。

(2)從本文之觀點而論，商務仲裁條例將有關仲裁判斷之聲請執行（同條例第二十三條）與有關仲裁判斷之訴請撤銷（同條例第二十三條、第二十四條）予以截然分由二道程序處理，亦有可議之處。今後應從解釋論及立法論，設法容許相對人（執行聲請人之相對人）於該項執行聲請之裁定程序上或對該裁定為抗告時，得主張撤銷事由求為裁判，並自其主張（訟爭）之時起，改用訴訟法理（如：實質審理、言詞辯論）或轉換為判決程序而適用訴訟法理，藉以兼

顧此類事件對程序保障之多樣化需求（又，參照註一三八）。

事實上，立論之觀點雖未必盡同於本文所述，德國有關仲裁法之改革走向，亦有類於本文之值得參考處。亦即，德國於一九二四年修正民事訴訟法時，為圖謀仲裁判斷之執行能更加簡速，曾採用裁定程序取代向來的判決程序，以便僅就仲裁判斷是否違反強制法規加以審理（此即採用執行認可宣示制度）；可是，至一九三〇年修正為現行法時，則引進混合程序（gemischtes Verfahren），一方面維持該種裁定程序，一方面同時容許相對人得在該裁定程序主張撤銷事由（德民事訴訟法第一〇四二條a第二項），或自相對人對裁定提起抗告時起，轉用判決程序以便進行實質審判（德民事訴訟法第一〇四二條c第二項）。

註九八：三ヶ月 章「再施可能性」一二至一五頁主張：在經由慎重的程序追求貫徹紛爭解決一回性之原則的過程，難免招致迅速的要求被過分犧牲的後果，因此，應同時承認紛爭再施可能性，以兼顧迅速的要求。亦即，將同一紛爭之解決，分成二回合處理，第一回合的程序制度（如：保全程序）用以實現迅速的要求，而第二回合的程序制度（如：本案訴訟程序）則用以實現慎重的要求，在此種重疊的制度配備之下，係先期待經由第一回合的制度之利用，處理相當大部分的紛爭，藉以滿足迅速的要求，倘其紛爭真未獲得解決，始行利用第二回合的制度為審慎處理。

此項見解致力於提升簡速裁判之要求應獲實現之位次，頗具積極意義。惟其仍不排除分用二道程序處理同一紛爭之可能，而未著重於一併探討利用同一程序之前後階段交錯適用不同的程序法理，以兼顧簡速裁判與慎重裁判之必要性及可能性，仍殘留若干課題。

註九九：參照註四及註六所列文獻。

註一〇〇：新堂幸司「民事訴訟法」八四頁；兼子 一/松浦 馨/新堂幸司/竹下守夫「条解民事訴訟法」（一九八六年）一〇二頁；竹下守夫/谷口安平「民事訴訟法を学ぶ」（一九八一年）六頁；紺谷浩司「審問請求權(2)」九四頁以下；同「審問請求權の問題点」一五五頁以下；中野貞一郎「裁判と憲法」一四頁以下；高橋宏志「不意打防止のシステム」（月刊法学教室No. 19, 一九八二年）六七頁以下；梅本吉彦「不意打防止と訴訟法理論」（月刊法学教室No. 33, 一九八三年）二九頁以下；中野貞一郎/松浦 馨/鈴木正裕「民事訴訟法講義」（一九八〇年）一九四頁；邱聯恭「信賴的真實」二一二頁，即本書三九頁；同「法理交錯適用」一三〇頁（「民訴研討(二)」四四四頁）；伊東/三井「非訟」二三七頁。

註一〇一：參照註六一；又，三ヶ月 章「非訟化之限界」九七頁特別根據德、日法制比較研究之結果，強調應謀求定型的、個別的程序保障。

註一〇二：向來，或由於對客觀的真實主義寄予過度信賴之結果，往往未充分致力於謀求真實之發現與程序之促進等二項基本要求之調和，因此，也未進一步從此觀點謀求充實程序保障之方式，終致一般每偏向於認為程序保障之賦予係為追求客觀的真實並確定私權之存否，以達成正確而慎重的裁判。其實，不僅在運作訴訟程序時，即使在探討訴訟程序與非訟程序之關聯性時，也應致力於調和上述二項基本要求（參照註一）。

註一〇三：關於德、日之問題狀況請參照註一一。

註一〇四：通常，特定事件越需求迅速解決則越合乎非訟化之標準。其他有關非訟化標準之說明，請參照邱聯恭「法理交錯適用」一三七頁即研究會「民訴研討(二)」四四五頁。

註一〇五：參照註八三。

註一〇六：在審理過程，不但可依法院之主導，也可能經由當事人之主導，實際上踐行程序保障，前者係由法院行使程序指揮權積極介入程序，而後者則藉當事人主義之運用充實遂行程序之內容。並請參照吉村德重「訴訟機能と手続保障」（民事訴訟雜誌二七号，一九八一年）一六五頁。

註一〇七：依憲法以外之論據，亦可能賦予程序保障。例如，德國非訟事件法雖有意不就法官之迴避為規定，可是其聯邦憲法法院卻基於法官中立性之司法概念，承認在非訟程序亦應遵循迴避原則（BVerfGE 21, 139.）；又，德國之學說、判例認為就真正訴訟事件之審理，可根據有關審判程序之一般法律思想，將民訴法之規定準用於非訟程序，而無待乎非訟事件法之明文規定（參照鈴木忠一「非訟、家事事件の研究」三六七頁）。

註一〇八：例如，倘肯定前訴訟之判決理由中判斷於具備一定要件時，對後訴訟之當事人及法院具有拘束力，則在此拘束力肯定論下，應將非訟法院踐行上述訴訟法理就特定前提事項（如：股東地位存否）所進行之審理程序，評價為實質的訴訟程序，而該當於拘束力肯定論所指之前訴訟。並參照註九六。

註一〇九：參照註九四。

註一一〇：最高法院於處理本票票款追索事件（參照註八七）、根據普通抵押權聲請拍賣抵押物事件（四〇年台抗字第八〇號、五一年台抗字第二六九號及五八年台抗字第五二四號等判例）及承攬人實行法定抵押權事件（五五年台抗字第六一六號判例、七六年台抗字第一四三號裁定）時，先後表示非訟法院不得審查實質爭執事項，其裁判無確定實體私權存否之效力。

此項見解未充分認知在非訟程序踐行實質的程序保障之可能性。依本文所述，應理解為：最高法院之真意係指非訟裁判之形成過程未經踐行實質的程序保障之情形而言，似難認為其亦表示非訟法院不得在非訟程序踐行原則性模式，賦予實質的程序保障。因此，在非訟法院經踐行原則性模式並適用必要之

訴訟法理以後，始就實質事項為裁判之情形，其裁判仍可能發生確定實體私權之效力。

註一一一：參照上述貳(二)(5)①、註七五及註七九。

註一一二：此處之「設法」意指：在法律尚未就特定事件為非訟化審理之規定時，由立法者「設法」；在法律已為此種規定，但未明定應踐行之程序保障方式時（如：上述之共同海損計算確定事件、本票票款追索事件等情形），則由非訟法院「設法」，亦即由非訟法院善為行使程序指揮權，防止發生突襲（促進程序之突襲，即賦予當事人有利用同一非訟程序終局的解決紛爭之機會，以避免無端另開訴訟程序，造成勞力、時間、費用之額外支出）。

註一一三：非訟事件法已有專為特定事件或事項規定程序保障方式之情形，例如：同法第六九條第二項、第八一條第二項、第八九條第一項。

註一一四：例如：遺產分割事件（民法第一一六四條）、夫妻間請求負擔生活費用（民法第一〇四八條）或請求履行同居事件（民法第一〇〇一條）、夫妻財產分配事件（民法第一〇三〇條之一）、定船舶財物救助撈救報酬額事件（海商法第一四五條）……

註一一五：參照民事訴訟法研究會第二十三次研討紀錄內討論內容（載研究會「民訴研討(二)」四八六頁以下）、註八七、註一一〇、最高法院六一年台聲二八號、六一年台抗五一二號、六二年台抗四一〇號、六七年台聲六〇號、七〇年台抗一九七號、七〇年台上一八七六號、七二年台抗二〇五號、七三年台抗六二號、七三年台抗九九號等裁判。

註一一六：佐上善和「家事審判」九一頁以下。

註一一七：人民不論貧富均有平等使用法院，請求司法救濟之權利，此乃憲法所承認之機會均等原則，而為訴訟權保障之實質化。為此，應儘可能減輕人民在行使權利過程之負擔，充實有助於便利人民接近、使用法院之程序制度，例如簡便的程序制度、法律扶助或訴訟救助等制度之充實均屬之〔參照五十部豊久「裁判へのアクセス」（講座民事訴訟(1)，一九八四年）一一五頁以下；福山達夫「訴訟の費用・法律扶助」（同上）一四七頁以下；棚瀬孝雄「司法運営のコスト」（同上）一九一頁；小島武司「紛争処理制度の全体構造」（同上）三五五頁以下；同「民事裁判における憲法的保障」（「民事訴訟法を学ぶ」一九八一年）一三頁以下；中野貞一郎「裁判と憲法」一九頁以下；小島等「手続保障」四〇頁以下；シュワープ/ゴットヴァルト「憲法と民事訴訟」二二七頁以下；カペレッティ/新堂幸司/小島武司/谷口安平/六本佳平「憲法と民事訴訟法——正義へのアクセス」（月刊法学教室No. 83，一九八七年）六頁以下〕。

從此角度觀察，程序保障乃促使確保人民獲得司法救濟機會之原動力，而

被理解為程序權擴張原理〔參照吉野正三郎「手続保障」六頁；井上治典「手続保障の第三の波(一)」（月刊法学教室No. 28，一九八三年）四六頁〕。

註一一八：向來認為非訟程序主體概念具有特殊性，係採二元主義，即含形式的關係人（die formellen Beteiligten）及實質的關係人（die materiellen Beteiligten）在內，而實質的當事人概念具有重要作用（例如，我國非訟事件法第二四條第一項關於抗告權之賦與，係併以實質的關係人為準）。此與訴訟程序係以形式的當事人概念為主之情形，有所不同。我國非訟事件法並未就程序主體確立統一用語，或稱非訟事件關係人（第六條）、關係人（第四條第一項、第九條），或稱聲請人及相對人（第八條、第一四條、第一八條、第二四條第二項），或稱被告（第二條第二項），頗不一致。此現象與德、日向來之情形，並無不同，請參照飯塚重男「非訟事件の当事者」（註二四）六三頁以下。鑑於上情，與其稱謂「非訟當事人」以對應於「訴訟當事人」之概念，寧取「非訟關係人」之用語，以示非訟程序之特性，便於概括實質上利害關係人。

此外，另有將非訟事件之利害關係人分為主關係人（Hauptverfahrensbeteiligte）及從關係人（Nebenverfahrensbeteiligte）者，vgl. Hanswerner / Müller, Verfahrensbeteiligte in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, NJW 1954, S. 868; Kollhossner, Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1971, S. 346.

不過，為加強對程序主體之程序保障，使其範圍更為明確化，晚近有主張改採形式的關係人概念為原則之議，此可參照西德之改革案，即：(1)一九七二年之非訟事件法草案（Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 28, 4, 1972）第一二條及第一三條及其理由（vgl. Begründung zu dem Entwurf eines Allgemeinteils für ein Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, S. 26 ff.）；(2)一九七七年非訟事件改革委員會報告書（Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1977）所提出之非訟事件法草案（Entwurf einer Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit）第一〇條及第一一條。至於對此議之批評意見則認為，應經由學說解決因主體概念所生問題，而不應以法律明採形式的關係人之概念，vgl. Baur, Bemerkungen zur Reform des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Festschrift für Bosch, 1976, S., 27.

註一一九：請參照註八七、貳二(二)(5)及參一(三)所舉相關事例之說明。

註一二〇：參照上述貳二(二)(5)有關權利義務確定追求事件之非訟化審理的說明及

註八三。

註一二一：關於是否承認就一般非訟事件亦可能發生失權效（Praklusionswirkung），學者間尚有爭論。否定說（Keidel, Kommentar, 6 Aufl., 1954, § 18, I, 66, S. 210, 213）認為在職權主義所支配之非訟程序，裁判基礎資料之蒐集乃法院之職責，就當事人未主張之事實不應承認失權效。反之，肯定說（Habscheid, ZZP 66, S. 203）則認為即使於職權主義之下，當事人亦應就事實之提出對法院負協力義務，據此應承認發生失權效之可能。

可是，依本文所述非訟化審理權利義務訟爭對立事件之情形，係交錯適用訴訟法理（當事人主義——處分權主義、主張及舉證責任等），在有關該訟爭對立事項之審理過程，當事人仍負協力義務，對之可能發生失權效，與審理一般非訟事件之情形不同。

在德國，較具影響力之學說認為：應依成為非訟裁判的對象法律關係之性質，判定非訟裁判有無既判力（materielle Rechtskraft）。Vgl. Baur, a.a.O.（Anm. 8）S. 266 ff.; Habscheid, a.a.O.（Anm. 8）S. 203 ff.; Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A mit Erläuterungen Ausführungs- und Ergänzungsvorschriften, 11 Aufl., 1978, S. 773 ff.

註一二二：晚近，不少學者主張在前訴訟之過程是否賦予充分的程序保障乃判斷前訴判決之遮斷效或失權效範圍之準據〔例如：上田徹一郎「既判力の客觀的範圍と一回的解決要求、手続保障要求」（註四）二九六頁以下；同「遮斷効と提出責任——標準時後の形成権行使の場合を中心に——」（民商法雜誌第七八卷臨時增刊号3，一九七八年）二三六頁；吉村德重「既判力の第三者への拡張」（註四）一三九頁以下〕，另有強調程序保障具有調整判決效力範圍之作用者〔如：水谷 暢「後訴における審理拒否」（民事訴訟雜誌二六号，一九八〇年）五九頁以下；井上正三「一部請求の許可をめぐる利益衡量と理論構成」（法学教室第二期八号，一九七五年）八三頁〕，亦有認為程序保障乃既判力正當化之根據者（新堂幸司「民事訴訟法」四〇六頁）。關於判決理由中判斷有無拘束力與防止突襲之關連，請參照筆者在民事訴訟法研究會第十七次研討會之分析（載研究會「民訴研討(二)」一六〇頁以下）。

註一二三：有關財產管理之事件、禁治產宣告事件及監護事件（上述附表內事件類型C）等，均可能在利害關係人間隱存相當程度之利害對立，而無關於權利義務存否之訟爭。在此情形，使利害關係人進行法庭辯論並為直接審理，對於達成妥當性裁判，非無助益。

註一二四：如：附表內事件類型D（請求扶養事件）、F（定股份價格事件）。

註一二五：中野貞一郎「裁判と憲法」一二頁以下探討憲法與民事訴訟之關連性，認為如何確立、運用程序法上諸原則多屬法政策上考量之問題。

註一二六：關於如何在判決程序內賦予程序保障兼顧實體利益與程序利益，請參照邱聯恭「信賴的真實」二一六頁即本書四二頁。

註一二七：依公正程序請求權（Recht od. Anspruch auf ein faires Verfahren），法官應為程序參與人之利益而運作審判業務，此項權利根源於法治國家原理，係屬基本的程序保障。Vgl. Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, 1983, S. 28；中野貞一郎「公正な手続を求める権利」（民事訴訟雜誌三十一号，一九八五年）一六頁；シュワープ/ゴットヴァルト「憲法と民事訴訟」二一七頁。

註一二八：論者往往偏重於強調程序保障為發現真實之手段，例如：小林秀之「弁論主義の現代的意義」九五頁；佐上善和「家事審判」七八頁。

本文認為：就特定事件（簡速裁判強烈追求型事件），應賦予利害關係人在一定情形下有使用簡速程序之機會。例如：就涉及私益之事件在當事人一致同意時，允許其選用裁定、抗告方式取代判決、上訴方式。此時，係認知程序保障亦為促進程序之手段，藉此當事人可防免蒙受程序上不利利益。

註一二九：長久以來，學界並未重視探討民事訴訟法與憲法之關係，此方面之研究係屬尚待拓深之領域。Vgl. Bettermann, Jur. Blätter, 1972, S. 57 ff.

最近，シュワープ/ゴットヴァルト「憲法と民事訴訟」二四四頁以下強調：民事訴訟與憲法之關係對國家秩序的質，具有根本性的意義。

註一三〇：關於此方面之德、日立法例，請參照鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」六八頁以下。

註一三一：參照邱聯恭「法理交錯適用」一三三頁以下（研究會「民訴研討(二)」四四九頁以下）。

註一三二：例如，在非訟化審理過程，以言詞闡明或於筆錄內記明當事人間之實質爭執事項及法院實質審理（心證形成）之對象事項。又，請參照註一一二、註一二七。

註一三三：新堂幸司「訴訟と非訟」一四頁；林屋礼二「判決と決定の交錯」五八頁；山木戸克己「裁判手続の多様性」九一頁；鈴木忠一「正当な手続」二七九頁。

晚近，關於以當事人間在訴訟程序上之對立辯論為內容之程序保障，論者或認為其屬當事人間自律性的程序形成之實現〔井上治典「對論手続」二四六頁以下；同「民事訴訟の役割」（基礎法学(8)，一九八三年）一六六頁以下〕，或基於實踐哲學之立場認為：該種內容之程序保障係形成裁判之正當性基礎的前提條件（田中成明「裁判の正統性」八五頁；同「法的議論」一四頁以下）。

註一三四：鈴木忠一「正当な手続」二八〇頁；林屋礼二「判決と決定の交錯」

五九頁；中野貞一郎「裁判と憲法」二一頁。

註一三五：大法官會議釋字第一八二號解釋亦未充分意識到在一定範圍內（非訟化需求存在時）有統合訴訟程序與非訟程序之必要性。關於其值得疑問之處，請參照邱聯恭「法理交錯適用」一四二頁（研究會「民訴研討(二)」四六八頁）。

註一三六：在固有的訴訟程序，裁判之基本型態係認定事實適用法律（實體法）之過程。在此程序上，有關要件事實之規定越明確，則法官在適用法律時亦越無裁量之餘地。可是，隨著有關要件事實之規定的概括化、抽象化（如：「過失」、「正當理由」……），在裁判過程法官之裁量可能範圍也越形擴大。因公害等問題所引發之所謂現代型訴訟，被認為亦有裁量範圍擴大之現象。由於此種訴訟之事實爭點涉及諸多應考慮之複雜的判斷要素，而不僅限於當事人間之情事，在其法律適用之過程，實際上是否不得不對法官承認相當之裁量權，又，隨伴於此，如何確保當事人對裁判之預測可能性，合理分配主張、舉證責任，而使程序保障具有實質作用，從實質上恢復武器平等原則，均屬課題（參照新堂幸司「現代型訴訟」三一八頁以下）。此外，由於此種訴訟所費不貲，動輒有長期化之現象，能否及時救濟事關被害者之生存權利及生活環境品質，其救濟措施之採擇，復與本案審理密切關連，如何利用同一程序，在本案審理之前階段，交錯適用適當之程序法理，容認必要且能應急之暫行措施（有關制止公害續發之假處分或制止命令等），亦屬民事程序法上之緊要課題。此類紛爭事件涉及諸多問題層面，其與固有的訴訟事件異同何在、類型化審理之可能範圍為何、其概念是否已趨明確等等，均有待深入探討。請參照シンポジウム「機能と保障」一九九頁、二〇三頁以下；吉野正三郎「手續保障」三九頁以下；田中成明「裁判の正統性」一〇七頁；同「裁判による法形成」（新実務民事訴訟講座(1)，一九八一年）四九頁以下；同「法的議論」三二頁；伊藤真「学説史からみた手続保障(一)」(月刊法学教室No. 21, 一九八二年)二九頁；井上治典「訴訟の役割」一六〇頁以下；內田 貴「民事訴訟における行為規範と評価規範」(月刊法学教室No. 75, 一九八六年)七四頁。

註一三七：關於如何在判決程序內充實制度調和真實之發現與程序之促進等基本要求，涉及重新檢討事實審理制度目的論之問題，請參照邱聯恭「信賴的真實」一七九頁以下即本書一頁以下。

註一三八：例如：(1)破產法院對於有關破產債權之加入或其數額之異議為裁定（參照破產法第一二五條）之過程，倘在破產程序交錯適用訴訟法理（主張、舉證責任等），而踐行原則性模式（公開辯論、直接審理）賦予利害關係人實質的程序保障，已防止突襲，則應可借重程序保障之銜接統合機能，發生相當於判決之實質上確定力，藉以滿足簡速處理破產事件之特殊需求（非訟化處理之

需求），而避免另開訴訟程序造成浪費。此時係以認知程序保障之銜接統合機能為前提，承認該項確定力。因此，其無條件肯定或否定該裁定之實質上確定力者，均難免無視程序保障機能之批評，應非的論。判例（最高法院五十六年台抗第五八號、六十六年台上第一〇九一號）所持否定見解之妥當性，有待重新評估。此外，另亦可能以上述程序保障機能之認知為基礎，從立法上考慮修正上述原則性模式（如：以保障提出異議或請求辯論之機會為足），明認該裁定具有實質上確定力。

(2)在仲裁判斷執行聲請事件之審理過程（參照商務仲裁條例第二一條、第三五條），倘民事法院就特定爭執事項（參照同法第二二條第一款、第二三條第一款、第二款）為裁定以前，曾依職權主導或依當事人之一致請求踐行辯論程序，賦予相當之程序保障防止突襲，而同質於在訴訟程序所賦予者，此時，是否不應認為就該事項所為裁定對後程序（如：撤銷仲裁判斷之訴訟或其他有關仲裁判斷標的內容之訴訟程序）之當事人具有實質上拘束力，而在該裁定程序所賦予之程序保障有促使該裁定程序銜接於後程序之機能？亦屬值得從立法論或解釋論，更進一步探討之問題。關於此，併請參照上述註九七內(2)之說明。

【原載台大法學論叢第十七卷第一期，一九八七年】

民事訴訟之目的

——以消費者保護訴訟為例——

壹、緒言	149
貳、消保訴訟之問題狀況及其異於固有訴訟之特殊性	150
一、消保訴訟事件之特殊問題	
——當事人間攻擊防禦能力之明顯差距及訴訟程序上地位・武器之不平衡	150
二、消保法所引發之結構性問題	154
參、民事訴訟及消保訴訟之目的、機能	156
一、民事訴訟制度目的論之憲法上法理基礎	
——法尋求說之提倡	156
二、消保法上損害賠償請求程序之目的・功能	164
三、消保團體不作為訴訟之定位	169
肆、結語——目的論之活用例	173
一、制度目的之重新認知	173
二、活用事例	175
※註釋	181

壹、緒 言

在現代社會，隨著科技進展、大量生產、大量廣告及大量消費等市場構造之變遷，已然衍生如何救濟消費者因欠缺充分商品知識而受害之問題。為此，民事訴訟法學所必須面對的基本課題之一是，探討究應如何構築程序理論、制訂法律及運作審判實務，始能合理解決其相關諸問題，而確實保護普遍存在於社會之消費者？（註一）面對此項課題，在立足於市場經濟之德、日、美等國，為調整消費者與企業間所存結構上勢力優劣之過大差距，已將有關私法上權利之集團保護及團體訴訟之探究等項，列為學問上之重要關心事，經長年鑽研，迄今不絕。（註二）

處此情勢中，在我國，近二年來，除司法院所公布之民事訴訟法修正草案（以下略稱為「民訴法修正草案」）（註三）增設若干有關保護消費者之制度規定外（註四），於一九九四年一月十一日經公布施行之消費者保護法（以下略稱為「消保法」）特設專章即第五章規定有關消費爭議之處理程序，為民事程序法之特別法；而其中第二節係就消費訴訟設特別規定。（註五）在我國，此等新規定，乃向來及目前有關消費者保護訴訟（下稱「消保訴訟」）之最新而最重要之訴訟法，已引起社會一般民衆及司法實務界之關注。（註六）尤其，最近民事訴訟法研究會特舉辦研討會，就新法所引發之民事訴訟程序上問題，進行熱烈之討論，而有相當之問題整理，多值深思（註七）。

在此項研討之過程，受其內容所啟發，吾人意識到：在消保法除上開特別規定外，並未另就有關消保訴訟之實務運作法則詳加細定之現狀下，今後，為妥善解釋、適用消保法有關消保訴訟之規定，俾發

揮民事審判實務之應有功能，須探究：消保訴訟制度係為處理何等問題、克服何種社會生活上困難，達成何項目的而設？其法理基礎何在？其制度目的之定立，是否亦應受向來有關民事訴訟之目的論所規制，而與之相關涉？為追求達成民事訴訟之制度目的，消保訴訟之審理，究應循何方針、依何等原則為之？其相關民事程序法之解釋及實務運作，究應準據何類前導法理、應滿足何等基本要求？

究其實，此等問題，在基本上，係有關於現行民事訴訟法上規定及既存之相關原則・原理，在何範圍內應該或可以適用於消保訴訟？有無必要為適度之調整？倘有此必要，則可資以調整之具體方法為何？質言之，應從根本上再度省思：就程序法理之採擇・適用而言，消保訴訟事件（類型）是否應有所別於固有・傳統的訴訟事件（類型）（下稱「固有訴訟」）？此亦即是新世紀民事程序法建制之一項基本課題。（註八）

鑑於此類問題之探討、解決具有基本上重要性及急需性，在消保法方經公布施行之今日，為此後能妥為解釋・適用有關消保訴訟之民事程序法計，本文擬就上開相關問題，試加探討。

貳、消保訴訟之問題狀況及其異於固有訴訟之特殊性

一、消保訴訟事件之特殊問題——當事人間攻擊防禦能力之明顯差距及訴訟程序上地位・武器之不平等

為妥善構築消保訴訟所應有且必要之程序法理論，俾準以前導實務運作所需之解釋論及其相關立法論，宜先明瞭此類訴訟事件類型所

牽涉之程序上問題為何。亦即，宜認識：向來的民事訴訟制度係以固有訴訟事件為主要之適用對象，而採行當事人有主導權之原則（如：處分權主義・辯論主義）。此種制度設計，乃以當事人間地位・武器之平等為前提。可是，在救濟小額・多數消費者受害時，每遭遇下列訴訟程序方面之困難問題，而顯現當事人間攻擊防禦能力之明顯差距及程序上地位・武器之實質上不對等，有待處理、克服。（註九）

(一)勞費上障礙、程序利用上風險

由於消費者之受害額多較微小，其所可得之賠償金每難能抵補因訴訟所蒙受之程序上不利益即所需勞力、時間或費用（如：裁判費、律師報酬、程序之準備・進行所需勞費、鑑定費、因訴訟拖延所隨伴之花費等），以致訴訟程序之利用對其成為不合經濟效益之救濟手段。並且，受害之一般消費者既多欠缺有關訴訟遂行之經驗、知識，而往往處於若不挪用其系爭外生活費為支應，將難利用訴訟程序以實現權利之境遇。可是，其對造即企業經營者（下稱「企業」）不僅多有富訴訟所需經驗、知識之法務人員或法律顧問，且備龐大資金供為準備訴訟之需。此項資金之投入額，常以其從訴訟上防禦所可得之實體利益（即涉訟消費者全體所主張之被害額）為採算之基準，係隨請求損害賠償之消費者人數及金額而遞增；可是消費者經由起訴所可得之實體利益，則限於其個人之被害額。因此，企業所投入於訴訟之成本實遠超過於消費者所為，其超過額甚至可能高達數百或數千萬倍以上，二者間差距之大，著實驚人。何況，企業尚可能將其訴訟上花費，經由商品價額之改定予以轉嫁。（註一〇）面對此類現實，如何致力擴充相關制度（如：法律扶助、訴訟救助、權利保險、消保訴訟事件之優先審理、簡化程序、法官之職權保護或當事人主義之適度修正等），彌補消費者之知識、能力或經驗上不足，而減免其勞費負擔

及訴訟上風險，係亟待解決之問題。

(二)案情資訊之缺乏及舉證之困難

通常，為主張損害賠償請求權，在訴訟上應先主張其該當之要件事實，並證明系爭事實。就消保訴訟而言，常應主張・證明有關企業廠商對消費者之加害行為存在、損害發生以及其間因果關係存在等類事實。可是，由於為此種主張・舉證活動時所需用之資訊・情報或相關專門技術上知識，多偏在於企業經營者所控制・支配之領域內，以致消費者縱使毅然決然起訴，亦多難免遭敗訴判決之危險。此種危險亦存在於，消費者對企業之證明為反對事實之證明時。因此，如何致力從立法論、解釋論上擴充消費者資以查明案情關係所必要之制度（如：擴充情報請求權、加重文書提出義務及強化證據保全程序之事證開示機能等）（註一一），並設法減輕消費者在舉證方面之負擔，乃成為重要課題。並且，此事另涉及如何與有關保護營業秘密之要求取得平衡之問題，處理非易。（註一二）

(三)訴訟遂行資格之不全

在消費者係散發性小額受害之情形，如何於現有之簡易訴訟程序以外，另為其特設小額訴訟程序，固屬重要課題。（註一三）至於在消費者係大量（多數）小額受害之情形，則應探討如何為其備置可資以一舉同時實現多數小額權利之集團救濟程序。亦即，此類消費者往往基於上開勞費上障礙或舉證上困難等考量，為避免蒙受額外之程序上不利益或實體上不利益（如：困難能證明系爭事實致遭敗訴判決時所付出之勞費或所未克實現之權利），不得不斷念於個別起訴。為克服此種實現權利之困難性，應設置可用以代替個別起訴之制度，擴充能為處於同狀況之多數受害消費者迅速・妥當遂行訴訟之適格者。換

言之，應緩和加諸於多數小額權利人集團遂行訴訟之不便或資格上限制。為此，應探究之問題如：在何範圍內或條件下，併可寬認第三者或消費者保護團體（下稱「消保團體」）有當事人適格，俾藉此為處境相類之多數消費者，就其個別之損害賠償請求權遂行訴訟程序，或起訴為制止侵害行為之請求？

又，在認為應承認消保團體有此類當事人適格之情形，為減免其於證明個別權利（要件事實）時所可能蒙受之程序上不利益，可否認為該團體所主張者係集團性請求權（集團性利益），而非僅為個別請求權之合併主張？此外，有無在一定範圍內酌採美國的集團訴訟（class action）或德國的團體訴訟（Verbandsklage）之必要及可能？（註一四）

(四)管轄制度之缺漏

消費訴訟事件如必歸由與消費者住居地遠隔之法院管轄，則將對消費者之起訴或應訴造成不便或增添勞費負擔，以致其難免蒙受之程序上不利益動輒超過其從訴訟遂行所可能獲得之小額實體利益。此種利益失衡之結果，終使消費者不得不放棄起訴或應訴以主張應有權益之機會。在此情形，消費者無異於被逼放棄在訴訟程序上平等提出攻擊防禦方法之機會，而未受應有之程序保障。

導致此種消費者所處地位實質上不對等之原因有種種，例如，有關管轄之現行法上規定，將「以原就被」予以過分唯一原則化之結果，有意起訴或應訴之消費者往往基於其成本過高而不合經濟效益之考量，終於斷念使用訴訟制度。又如，企業利用買賣契約條款，與乏法律上交易經驗之消費者成立管轄之合意，圖使消費者非遠至企業營業所所在地之法院即無從起訴或應訴。在此類情形，由於起訴或應訴之成本過高，消費者除非另受相當之救濟，亦常受訴訟程序上不公平

之處遇。(註一五)

二、消保法所引發之結構性問題

(一)消保團體賠償訴訟之問題

消保法第四九條及第五十條承認在一定要件下，消保團體得為消費者提起損害賠償訴訟（下稱「消保團體賠償訴訟」）。其規定係要求消保團體於受讓各消費者之個別損害賠償請求權後，始得提起訴訟為總括請求，乃以「擴散損害」為處理之對象，而不逕行承認「集團性損害賠償請求權（為受害消費者全體而享有之權利）」或「團體之損害賠償請求權（消保團體所獨自享有之集合性權利）」，尚存有如下問題：

(1)讓與之抉擇困難

由於上開規定要求消保團體賠償訴訟以「受讓」損害賠償請求權為要件之故，此種訴訟能否發揮其應有之機能（權利受害之救濟、違法行為之制裁等），遂繫於消費者是否容易為讓與之抉擇。就此而言，重要而關鍵性的問題是，如何提供充足的資訊，俾消費者能迅速、容易知悉並認明：其有何可為讓與之損害賠償請求權、其金額應為若干、何一消保團體以何原因事由對何企業經營者向何法院起訴、其訴訟進行程度為何等各節。如未能提供此等方面之資訊，則消費者將難抉擇是否讓與請求權，終使消保團體賠償訴訟因無從滿足起訴要件致不能發揮其制度機能。因此，在消保法未能同時充實有關蒐集、提供上開資訊、情報等制度之狀態下，如何經由實務運作儘可能活用有助於擴充事證開示之制度（如：寬認命提出文書、擴充實現情報請求權等之可能範圍），應屬課題之一。(註一六)

(2)隨伴於讓與之程序繁雜化

消保法要求消保團體就每一損害賠償請求權為受讓之結果，將難免招致程序之繁雜化，而有滋生紛爭之虞。蓋以：因缺陷商品而受害者為何人、發生各該請求權之要件事實（商品缺陷之存在、損害之發生、缺陷與損害間因果關係存在等）、訂約情況、如何為購買之決定或所為讓與之始末等各節，往往按請求權之不同而互有差異；且隨著所主張受讓之請求權之不同，將被認為分別構成訴訟標的，以致訴訟繫屬中就其他消費者（非自始因讓與而已起訴者）之請求權所為追加，難免牽扯較難處理之有關訴之追加之程序事項（參照民訴法第二五五條），而不易貫徹統一解決紛爭或紛爭解決一次性等要求。因此，除另研討是否修法予以補救外，如何經由審判實務之運作，儘可能單純化消保團體訴訟之審理程序，亦成為課題。

(3)證明困難之倍增

因消保團體係受讓個別請求權，所以在消保團體賠償訴訟之本案審理程序上，受訴法院應就各該受讓之請求權，個別判斷・認定商品缺陷之存否、損害是否發生以及缺陷與損害間因果關係存否等事實。其結果，相較於消費者個人分別各自起訴之情形，在消保團體訴訟之事實證明程序，隨著其所集合消費者人數之加多，將倍增證明上勞費，以致減失自始承認消保團體賠償訴訟之價值。蓋以立法採用消保團體賠償訴訟之目的，本亦應為緩和個別起訴時所難免遭遇之證明上困難，而節省勞費，平衡追求程序利益。亦即，此項立法應亦係有鑑於：各消費者考量其所受損害多屬輕微而擴散者，自行起訴實不合經濟效益，以致幾乎不自行起訴或鮮少如此決意，乃有需為其設消保團體賠償訴訟之制度，藉以緩和證明之困難及減免勞費負擔，而達成迅速救濟權利被害、制裁違法等目的。基此認識，一方面應繼續探討如何修法補救，例如，探討：可否採用集團性損害・集團性請求權之概念，而認為祇要依統計上方法證明該等消費者全體之損害已發生，以

及其與商品缺陷間有因果關係即足？（註一七）另一方面，則應妥為運作審判實務，儘可能緩和證明活動之困難；且就既經進行之審理活動及已遂行程序之結果，宜盡力予以維持，以符訴訟經濟及程序安定性之要求，而減輕消費者之勞費負擔。

（二）選定當事人訴求賠償之問題

消保法第五四條第一項及民事訴訟法修正草案第四四條之二均新訂明文承認，因同一消費關係而被害之多數消費者，得經由其中部分消費者進行中訴訟之受訴法院所踐行之一定程序，成為該訴訟之選定人（實質上當事人），藉以主張各自之損害賠償請求權。（註一八）此項新規定雖擴充現行民事訴訟法上選定當事人制度之適用可能範圍，具有值得肯定之一面（併請參照下述「參、二、（二）」之說明），惟因係以每一消費者個人之損害賠償請求權分別構成訴訟標的為前提，自仍殘留有如「（一）」所述，因資訊不足、證明困難及勞費負擔過重等類情事所引發之問題。

參、民事訴訟及消保訴訟之目的、機能

一、民事訴訟制度目的論之憲法上法理基礎 ——法尋求說之提倡

（一）法尋求說之指標性·前導法理性

關於民事訴訟制度之目的為何？又，其目的論在民事訴訟法上是否足以成為立法論、解釋論之指標？乃民事訴訟法學界向來所爭論，且為今日仍待面對、克服之課題。（註一九）晚近，論者雖亦有就目

的論在立法及法律解釋上之效用持懷疑態度者（註二〇），惟訴訟制度目的之定立，實有益於提示立法及法律解釋上之理念，並為賦予制度設計、理論構築及實務運作上之指標所必要，不宜輕忽。（註二一）就有關消保訴訟之法律解釋層面而言，問題是：訴訟制度目的論是否亦應對消保訴訟之審理發揮一定之效用？何項目的論對其相關民事程序法之解釋論較具導引作用，而有所助益於個別具體問題之合目的性解決？關於此方面問題，論者因著眼於消費訴訟等類現代型訴訟事件所具異於固有訴訟事件之特性（註二二），遂強調：當今民事訴訟之最大課題應為，致力探究如何救濟（中間）團體（如：消保團體）之權利·利益，而非可僅滿足於討論國家權益與個人（如：消費者個人）權利·利益間之優劣；因此，能為此項緊要課題之克服提供基礎理論，俾資以對於個人及團體為司法救濟之民事訴訟目的論，始為現代社會所切需；不宜僅將民事訴訟之目的泛論為解決紛爭或保護權利或維持法秩序云云。（註二三）此項主張，就有關消保團體所提訴訟而言，尚牽涉如下之問題事項，併值探討。亦即：有關消費者保護之訴訟，是否有必要承認消保團體於程序上得享一定之權利·利益或資格？倘認為有此必要，其法理根據為何？是否與民事訴訟之目的論相關連？如認為該團體得享有一定之集團性權利·利益，其所享集團性權利·利益是否恒獨立於消費者個人之權利·利益以外（註二四），並有所別於向來一般所謂之公益（公共利益——如：以全國納稅人為主之訴訟制度使用者全體之利益）？又，在肯定上開團體得於一定範圍內享有權利·利益或資格之情形，其權利·利益或資格之行使·享用，是否亦有應以無害於消費者個人之權利或利益為前提者？

意識著上開問題，關於民事訴訟之目的為何，筆者係主張法尋求說（註二五），而認為應從此說之觀點，解釋·運用有關消保訴訟之法律及闡述其相關法理。質言之，憲法在承認國民主權之同時，亦保

障人民享有自由權、財產權及生存權等基本權；並且，為保障・實現此等基本權，又承認人民有訴訟權，設司法（行使司法權之法院）使其依「法」裁判當事人（利害關係人）間之法律上訟爭。亦即，為發揮此項司法作用，乃設立民事訴訟制度，委由國家機關即法院運作之。在此意義上，於當事人間就特定利益（「法」所承認之利益），權利義務或法律關係之存否有所訟爭，而互不確知應準以判定其存否之「法（以憲法為基本在其體制內所承認之法規範）」為何時，恒可利用訴訟制度求法院提示該「法」之所在及其內容為何，使之經由裁判獲得實現。準此，民事訴訟制度之目的應是：「法」之尋求・發現・提示。而且，其所尋求的「法」係指存在於實體利益（如：因特定實體法上權利經裁判為存在，即特定實體法規範被適用時所可能獲致的利益）與程序利益（如：因程序之使用或減免使用所可能獲致之勞力、時間或費用之節省）之平衡點上的「法」，而非僅指在訴訟外從客觀上據以判定某私權存否時所適用之實體法規範而已，尚有所不同於向來有關民事訴訟制度目的之權利保護說為判定其認為應受保護之權利是否存在時（過去某一歷史上時點——侵害行為發生時）所準據之實體法。蓋以：民事訴訟制度之設計、運作或使用，倘在追求保護系爭實體利益之同時，未能併行留意或致力於防免造成程序上不利利益（勞力、時間或費用之額外付出），則不僅對於系爭之實體利益，也將對於系爭標的外之財產權、自由權或生存權等，有所減損、消耗或限制，均有害於憲法所保障之上開基本權。（註二六）因此，民事訴訟制度之設計、運作及使用應兼顧實體利益及程序利益，予以等量齊觀，而不該如權利保護說般僅以追求系爭實體權利之保護（實體利益之追求）為第一層次目的（請再參照下述「二」之說明）。否則，當事人之系爭外財產權、自由權甚至生存權等，將難免因其就系爭標的使用訴訟制度之故，反而遭受減損、限制或危害，實有背於憲法同

時保障上開系爭外諸基本權之旨趣，亦不符尊重人的尊嚴之原則及法治國家之基本原理（註二七），應非所以設立訴訟制度之目的。

要之，設立民事訴訟制度之目的，不僅係基於實體法上觀點，為保護系爭之特定權利（實體私權），以貫徹有關於此之憲法上保障規定；同時亦從訴訟法上觀點，為平衡追求程序利益，以符相關之憲法上一併保障系爭外諸基本權之上開旨趣。因此，法院行使司法權解決當事人間之具體訟爭時所適用之「法」，係經由程序之踐行而尋得，乃存在於上開意義之實體利益與程序利益之平衡點上，雖基於上述實體法上觀點而亦關涉實體法規範之適用（兼以實體法規範作為形成裁判之一項規準），惟由於兼顧上述訴訟法上觀點之結果，已未必全同於客觀上存在於訴訟外・起訴前紛爭發生時所應準以判定系爭權利義務存否之實體法規範。

循上所論，僅就訴訟制度目的論對於有關消保訴訟之法律解釋是否具相當之前導作用一事而言，應解為：為充分保障消費者平衡追求上開程序利益之機會，基於上述訴訟法上觀點，應可立法對具備一定要件之消保團體或具代表性之消費者，承認其有為消費者集團或其他消費者個人權益遂行訴訟之權能（當事人適格），藉以使消費者更容易使用訴訟制度，而尋求・發現解決消費者紛爭所需「法」之所在及其內容，並使之實現。（註二八）並且，法律為保護消費者亦可承認特定消保團體得享一定權利・利益，而上開訴訟遂行權能即當事人適格之法律上賦予，非必恒以先承認該團體得獨立享有完整而可自由處分的實體法上權利為前提。（註二九）

實際上，上述「法尋求說」之立論，較諸向來有關民事訴訟之諸目的論，就消保訴訟之立法論・解釋論而言，實更具有準為指標之正當化基礎。蓋以：向來有關民事訴訟之目的論，不僅幾乎未正面觸及其與憲法之關係，實不盡符合立憲主義之精神（註三〇）；並未充分

意識到程序利益之追求亦與系爭實體私權之保護，同為保障憲法上相關基本權所必要。尤其，由消費者據以主張或起訴者多屬小額權利，隨伴於此類實體權利之訟爭程序所難免發生之程序上不利益（勞費付出），不僅動輒耗損消費者因系爭權利之實現所將取得之實體權利，且可能同時減少或危害消費者所享系爭外基本權，倘任使訴訟制度造成此類結果，終將逼使消費者無從平等使用法院，而違反憲法保障上開基本權及平等權之旨趣。亦即，在消保訴訟，對消費者而言，相較於實體利益，程序利益所占應優受保護之比重恒屬更大。易言之，較諸固有訴訟事件，程序利益之追求，對防免消保訴訟所保護之小額權利即系爭實體權利遭耗損，顯更具重要性。（註三一）對照於此，在固有訴訟事件或其他非屬消費訴訟之事件類型，較諸程序利益之追求，雖有應置更大比重於實體利益之追求者，但均應在此二種利益追求之間求得相當程度之平衡一事，則並無不同；所不同者為，此二種利益追求於各類型事件之比重有大小而已。在此意義上，法尋求說植基於前述憲法上有關基本權之保障規定，特別強調應平衡追求程序利益一事，自較能兼顧多元觀點（亦從訴訟法上觀點，不侷限於實體法上觀點），而更周延闡明有關消保訴訟之立法論、解釋論。至於就各種類型事件之處理程序，究應如何分別經由程序法理之採擇、交錯適用（如：隨時提出主義之限制程度或所認失權效之寬嚴強弱、覆審制之採否、審級之多寡、職權裁量法理之認否程度等訴訟法理、非訟法理之採用方式、程度），使上述實體利益與程序利益所占比重具體化，則屬立法論、解釋論上之課題。

抑且，基於平等權及訴訟權等憲法上保障規定，固然亦應肯定民事司法社會化之必要性，並須為此充實消保訴訟制度，藉以確保普天下之人均有同樣可資實現、防禦權利之救濟手段，而不應僅滿足於實體法上地位之平等處遇（實體法之社會化）。可是，即使如此致力於

確保救濟手段，亦應如上所述同時兼顧實體利益與程序利益之平衡追求，俾系爭實體權益及系爭外諸基本權（自由權、財產權、生存權等）不致因消保訴訟制度之利用遭受不應有、不必要之耗損或限制。易言之，縱然從滿足民事司法社會化之需求立論，在立憲保障上開諸基本權之大前提下，仍不得不將視野併擴展於系爭外諸基本權之兼顧必要性，而應以尋求存在於實體利益與程序利益等二者之平衡點上「法」為其追求達成之上位目的。

（二）省思諸目的論對消保訴訟之指標性（註三二）

（1）關於權利保護說

權利保護說係認為：國家因禁止自力救濟之故，乃設民事訴訟制度作為代償，使其承負依客觀實體法盡保護私權之任務云云。（註三三）此說因係以實體法規範之實現為首要著眼點，充其量僅立足於實體法上觀點，以致忽略訴訟制度之使用及裁判之形成常受相當勞費付出（程序上不利益）所制約、所左右等現實面。其結果，依權利保護說所設計之程序制度，將有招致額外而不必要之程序上不利益之虞。此項不利益係因依其說論旨一味追求發現客觀真實（以保護私權為首要目的）所伴生，於其逾於所追求之實體利益時，不僅造成目的反被手段所破壞之矛盾，同時必將動輒耗損或限縮系爭外財產權、自由權等權益，致悖逆憲法保障基本權之旨趣。因此，其說實難免遭受同於指向客觀真實說（實體真實發現主義）之批判。（註三四）就其是否足為消保訴訟之指標而言，權利保護說縱然亦主張為保護消費者之小額權利，應設特別之程序制度（如：引進集團訴訟或新設小額訴訟程序），每僅以不使系爭實體私權（該小額權利）腐蝕以致成為有名無實而形同畫餅為主要目的，卻未能以自說為論據同時要求就相關程序制度之設計或運作，亦應以平衡追求程序利益為目的，藉此防免危害

系爭中及系爭外諸權利。因此，依其說旨趣所設計之程序制度，尚不足以克服消保訴訟事件所遭遇如何就程序利益優加保護之特殊難題（請回顧上述「貳、一」），而每被小額受害之消費者所排拒不用，終於喪失訴訟制度之存在意義，無以充分發揮其應有功能。（註三五）由於程序上不利益之防免發生，充其量僅被權利保護說認屬劣後於實體利益追求之副次性目標或應另尋求根據於其他法理（如：為保護他人提訴機會所認公益保護之要求）。（註三六）從憲法係同等保障系爭中及系爭外同類權利之角度觀之，其說實欠缺作為制度目的論之周延性，尚難全面準為設計、運作或使用消保訴訟制度之指標。

(2)關於權利保障說

類於上開權利保護說，最近（一九九四年）日本論者所新倡之權利保障說，亦有從憲法上權利保障之層次，闡述民事訴訟之目的者。其出發點及關心事近似於筆者近年來所據以申論之立足處（註三七），固值注目。不過，其說雖認為：訴訟制度基於憲法所保障者為實體法上實質權而已，權利保護說尚含有未能就實質權與請求權之機能上不同嚴加區分之缺點，以致仍將此二者合成之實體法上權利，併列為民事訴訟制度所應保護之對象；事實上，其中「請求權」乃屬實現「實質權」之救濟手段，僅其中實質權之保障始為民事訴訟之目的云云（註三八），卻依然執意認為實體法上實質權（如：債權、物權）之保障即實體法規範之貫徹應為民事訴訟之首要目的，而未將視野併擴展於上開訴訟法上觀點，以致未能認知應同時立足於此觀點平衡追求程序利益，等量保障系爭外諸權利或儘量避免其受耗損。因此其說亦如同上述權利保護說般欠缺周延性，猶有商榷之餘地。

(3)關於紛爭解決說

紛爭解決說認為：即使在私法尚未發達之時代，亦有以裁判解決紛爭之必要，所以私法乃為經由裁判統一、合理解決紛爭所漸發展形

成者，難謂民事訴訟係貫徹私法之手段，因此民事訴訟之目的應為紛爭之強制性解決，而非依實體法保護私權云云。（註三九）此說由於未引據實體法規範作為定立訴訟制度目的之基礎，尚與近代法治國家原理有所不符，已為識者所指明。（註四〇）就此而言，其說忽視本文所論上開實體法上觀點致未將實體私權（實體利益）之保護列入民事訴訟之目的範圍內，既不合憲法保障系爭實體私權（財產權）之旨趣，不宜準為設計或運作程序制度以利保護消費者個人權益（實體法規範所承認者）之指標。況且，其說亦未充分認知：上述程序利益之追求係關涉系爭外基本權之保障，應併成為要求民事訴訟加以達成之目的範圍內事。就此點而言，倘依其說設計或運作程序制度，將有趨於默認實體私權動輒遭受程序上不利益所耗損或危害之虞。在此意義上，不宜以其說作為運用消保訴訟制度之前導理念。

(4)關於依法解決紛爭說

依法解決紛爭說認為：民事訴訟係以要求法院依私法法規裁判而解決紛爭為制度目的，如此始能避免如上述紛爭解決說般違反法治國家原理；而且，就裁判係適用客觀法言之，不妨認為民事訴訟乃為私法之維持而設云云。此說亦如上述權利保護說及紛爭解決說般，忽略程序利益之平衡追求係與實體私權之保護，同樣具有憲法上之法理基礎。

(5)關於私法秩序維持說

私法秩序維持說認為：國家為維持其所制訂之私法秩序，並確保其實效性，乃設立民事訴訟制度云云。此說將私法秩序之維持列為民事訴訟之首要目的，實有背於保障個人基本權之憲法理念，既忽略上開應平衡兼顧實體利益與程序利益之基本權保障上必要性，亦與應承認當事人享有程序主體權（含：程序處分權、實體處分權等）之旨趣不合。（註四一）倘依此說旨趣設計，運用有關消保訴訟之程序制

度，將難免導致消費者個人所應有實體處分權或程序處分權（如：程序選擇權）動輒遭漠視或未獲充分保障之虞。

(6)關於多元說

多元說之主張略為：不妨以紛爭之解決、私法秩序之維持及權利之保護等均為民事訴訟制度之目的，而就此等處於對立・緊張關係之諸價值，依個別具體問題之不同，分別擇定各該價值所應占之比重，此乃有關民事訴訟法之立法論、解釋論上課題云云。此說因將紛爭解決說、私法秩序維持說及權利保護說所分別著重之價值觀均併列為訴訟制度所應分別追求達成之目的，自亦忽略各該說所未涵蓋之上開觀點，難免遭受同樣之批評。

(7)關於程序保障說

程序保障說之主張略為：民事訴訟係以程序保障之賦予為目的，亦即設訴訟制度係為實現當事人相互間在程序過程可得確保實質上平等之行為責任分配規則，循此當事人間乃能盡實質的論爭，然後據以處理紛爭云云。此說疏未認知民事訴訟制度之目的定立與憲法上基本權保障規定之間所應然之關連性，以致忽略實體利益與程序利益之平衡追求在貫徹憲法理念上之重要性，亦難免同受如上所述加諸於各種目的論之批判。

二、消保法上損害賠償請求程序之目的・功能

(一)消保團體賠償訴訟

依上開有關訴訟目的之闡論，在認為有必要保護消費者所應享實體利益或程序利益之範圍內，應可立法承認特定消保團體得享有・行使特定之集團性利益・權利，或就消費者個人權利為訴訟擔當（得立法特別承認訴訟信託）。準此，應肯定消保法第四九條承認特定消保

團體有為消費者提起損害賠償訴訟之當事人適格一事，實具有圖謀便利消費者平衡追求上述程序利益之意旨；此項法理應成為此後解釋相關規定之指針。換言之，今後有關同法之解釋、運用，應同時兼顧保護消費者之程序利益等訴訟法上觀點，而不該自限於實體法上觀點，以致僅滿足於保護其實體權益。

於此，想特別指明：消保團體賠償訴訟之新設特別有利於節省勞費付出，滿足消保訴訟事件對平衡追求程序利益之殷切需求。質言之，其制度之新設所可發揮之簡化程序等功能是：對被害之消費者個人而言，可利用同一程序，就相同之事實問題，統一進行事證蒐集、爭點整理、訴訟準備及審理，藉以節省各自分擔的勞力、時間及費用；並使法院無須開多道程序分別審判多數事件，全面性減輕其業務負荷。抑且，由消保團體起訴，較個別起訴之情形，除有助於過濾不必要或不應有之起訴以外，更能施加壓力於企業，並強力訴諸社會輿論，藉以促成訴訟外合意解決紛爭，減免遂行訴訟之勞費（此亦即在實體利益與程序利益之平衡點上尋得紛爭當事人間所願遵循的「法」）。此等功能，在消保團體之組織健全而獲社會信賴，以致能誘使較多消費者委其起訴而不提個別訴訟時，應可更加一層發揮。

不過，同法第五十條第一項及第二項之規定，一方面要求消保團體應先行受讓消費者個人之損害賠償請求權，而不認為僅要求消費者為訴訟遂行權能之授與即足；一方面卻復要求該團體將訴訟結果所得賠償金於扣除費用後始交付消費者，此事難免增添僅有小額權利之消費者實現權利之不必要煩瑣（併請參照上述「貳、二」之分析），且有使其因蒙受高額程序上不利利益（如：該團體為召募・集合請求權讓與者所支廣告費、為蒐證・準備訴訟所付勞費等）致耗盡原債權（實體利益）或減少・限制系爭外權利之虞，係不盡利於保護消費者之立法，將使消保團體難充分發揮其為消費者平衡追求程序利益之應有功

能。其所以致此，是否導因於對上開法理認知之不足，值得檢討。其實，通常，可認為以保護一般消費者為目的而成立之消保團體，縱使就非屬其社員之消費者之權利行使，亦有法律上值得保護之利益。又，在該團體所主張之損害賠償請求權係屬其社員所有之情形，常可依該團體之章程，認為該社員就有關該請求權之訴訟遂行，對該團體已有默示授權。此時，似無須由該消費者對該團體再行授權。

關於此，宜併留意：①Gilles教授曾指明：德國有關消費者訴訟之不正競爭防止法修正草案認為限於團體受讓消費者個人所屬請求權時始得以團體之名行使之一節，係誤解程序原則，而無視訴訟擔當或純為收取之授權等制度之機能云云。（註四二）上開我國消保法上要求「受讓」之規定，是否因受德國草案所影響致亦基於同一誤解，值得檢討。②異於德國民事訴訟法，我國民事訴訟法係併採用選定當事人制度，其選定即訴訟遂行權能之授與並不以讓與債權或其所生請求權為必要。為謀求與此方面法理相調協・呼應，消保法似不宜全仿德國上開草案所採要求讓與之方式。就此而言，相較於固有訴訟事件可逕選定當事人以遂行訴訟而無須讓與實體法上權利之情形，在強烈需求使用簡速程序以利平衡追求程序利益之消保訴訟事件，因消保法要求為煩瑣之讓與（請回顧上述「貳、二」之分析）之故，消保團體賠償訴訟所應有為消費者平衡追求實體利益及程序利益之功能，難免反遭限縮。③在德國，其法律諮詢法(Rechtsberatungsgesetz)第一條規定：他人債權或以收取為目的而受讓之債權之收取，僅得由經主管機關許可之業者為之等旨，而禁止無律師資格者為法律助言，藉以保護平民。為配合此規定，乃被認為有必要特別明定先由消保團體受讓權利。可是，在我國，上開消保法條文同時明定：消保團體賠償訴訟應委任律師代理始可，其起訴應經消費者保護官同意；且消保團體須為法人，而以保護消費者為其法人設立登記之目的，常可被認為就消

費者所享損害賠償請求權之行使具有相當之共同利益。在設有此類限制及保護措施之情況下，為賦予消費者有平衡追求程序利益之機會，以符設立消保訴訟之目的，宜僅要求消費者為遂行訴訟之授權即足，而無更強制其先讓與請求權之必要。何況，在德國，法律就小額之損害賠償請求，竟要求踐行煩瑣之書面讓與方式一事，被認為將成為使消費者減少利用團體訴訟之一因。（註四三）

要之，上開規定之立法者就消保訴訟之目的定立，似未充分認知：此種訴訟具有異於固有訴訟之特殊性，（併請參照上述「貳、一」之說明），乃屬強烈需求程序利益厚受保護，始能與所涉實體利益之追求，取得平衡之事件類型。因此，當今之計，應重新認明並肯定此項目的達成所具指標作用，然後準以解釋、運用相關民事程序法，以盡可能彌補上開立法上疏漏，緩和其所加諸於消保團體賠償訴訟之功能上限縮。準此，依上述消保法之所以設消保團體訴訟應係同時為使消費者得能平衡追求程序利益等旨趣，應解為：我國消保法上消保團體之所以受讓請求權，係以起訴救濟消費者之權利被害為主要目的，乃基於消費者之意思，受法律所承認之特別訴訟信託。亦即，該團體主要係被賦予行使債權之救濟手段即訴訟擔當者之地位而已，並非受讓債權本身。（註四四）

（二）選定當事人訴訟

消保法第五四條第一項規定：「因同一消費關係而被害之多數人，依民事訴訟法第四十一條之規定，選定一人或數人起訴請求損害賠償者，法院得徵求原被選定人之同意後公告曉示，其他之被害人得於一定之期間內以書狀表明被害之事實、證據及應受判決事項之聲明，併案請求賠償。其請求之人，視為已依民事訴訟法第四十一條為選定。」等內容。此項規定適與民事訴訟法修正草案第四四條之二第

一項所規定之旨趣相同，均有關於致力克服消保訴訟所遇勞費上障礙及訴訟遂行資格上短缺等難題（請回顧上述「貳、一」之說明）。此種立法走向，實具有重視平衡追求程序利益之意義，值得肯定。蓋以：此項規定係要求受訴法院，應更積極對於因同一消費關係而被害之多數利害關係人，賦予相當機會，俾其得能及時參與訴訟程序（利用選定形式上當事人之方法，使自己成為進行中訴訟之實質上當事人），以防免自行起訴時所可能蒙受之程序上不利（如：避免付出因自己成為原告行舉證活動時所需勞費——此項勞費付出之防免即程序利益之追求），而平衡追求實體利益（即：倘其無同條項所增訂之選定當事人制度可資利用，將斷念於起訴主張而終致遭腐蝕之實體利益）。在此意義上，可評價為：上開立法尚能指向追求達成上開民事訴訟所應有之制度目的（請回顧上述「一」之說明）〕，法院應準此目的追求為訴訟指揮（為同條項所定「徵求」及「曉示」）。換言之，應該且可以理解為：上開制度目的，已某程度被同條項之立法及準此應然之審判實務所認知。

要之，此處所擴充之選定當事人制度實具有代表訴訟之實質作用，可某程度發揮如同上述消保團體賠償訴訟所具有簡化程序以平衡追求程序利益等功能，值得肯定。並且，此類訴訟方式與消保團體賠償訴訟之制度上併存，另亦擴充消費者選擇程序之機會，可被評價為同時具有認知程序選擇權法理之意義。（註四五）

不過，上開新規定，係仍以每一消費者個人之損害賠償請求權分別各構成訴訟標的為前提，因此其受訴法院依然應就各該請求權，分別判定相關之事實（如：商品缺陷與損害發生間之因果關係存否等）。就此點而言，其立法是否已充分意識到同時緩和有關小額債權所涉證明上困難，以追求程序利益（減免勞費付出）之必要性（請回顧上述「貳、二」之說明），尚非令人無疑。從而，在此問題層面上，

如何繼續致力於貫徹上開民事訴訟所應有之制度目的，仍屬課題。

三、消保團體不作為訴訟之定位

消保法承認保護官或經其同意之消保團體各有資格提起不作為訴訟，得向法院訴請停止或禁止企業為重大違法行為（第四九條第一項、第五三條第一項，下稱「消保團體不作為訴訟」）。在此情形，以自己之名義提起訴訟之保護官或消保團體係依同法被賦予原告適格，居於法定訴訟擔當者之地位，為保護消費者集團之利益而遂行訴訟。此種集團利益(Gruppeninteresse)係包含實體利益及程序利益在內，而歸屬於包含一切消保團體及消費者在內之消費者集團，且非以消保團體為其獨立之歸屬主體。事實上，晚近，在消保訴訟，德、日學者亦漸多認為有必要承認集團利益之概念（註四六）。可是，其立論並未充分意識到應同時兼顧程序利益之平衡追求，尚有異於筆者之主張。如此理解，始符法律特別承認此種訴訟之目的，而較能發揮保護消費者集團之制度機能。其理由為：

第一，同法第五三條第一項規定之主旨係在於承認保護官及特定消保團體，就企業違反消保法有關保護消費者之行為，各有提起不作為（制止）請求訴訟之原告適格，乃有關於訴訟法上提訴權何屬之明文，而非同時承認僅消保團體為該訴訟所保護之權益之歸屬主體。毋寧是，由同條項所指「就違反本法有關保護消費者規定之行為」觀之，其所保護者係消費者全體依同法所享有之集團權益，應以消費者集團為其固有之歸屬主體，既與消費者個人所享利益（私益）有別，亦與向來一般所謂之公益（指：由包含企業者在內之全國人民所共享之利益）不盡相同。抑且，揆諸消保法所直接保護者為消費者，而非消保團體本身；消費關係乃存在於消費者與企業間，就此關係所生訴

訟（消費訴訟）始被列為消保團體之一項任務；而此種團體及保護官之設均以保護消費者為目的等制度旨趣（參照消保法第二條第三、五、六款、第二七條第二項、第二八條第八款、第三九條、第四一條第六款及第四九條第一項），法律承認上開不作為訴訟之目的，應係為保護可能受企業違法行為所直接影響之特定消費者集團之權益，而以授與消保團體提訴權為救濟手段，要難謂該團體即是該權益之直接而固有的歸屬者。不過，該類團體亦可能有法人格（同法第二七條第一項），在其遂行保護消費者之任務所必要之範圍內（同法第二八條），認其亦與消費者同享有上開權益（循不作為訴訟主張制止請求即訴請停止或禁止企業之違法行為時所受保護之權益），既屬必要，且不背理。在此意義上，可理解為該項權益之歸屬主體係含消費者全體及一切消保團體在內之特定消費者集團。而且，合乎法定要件之消保團體畢竟係為消費者全體而享有該權益，充其量僅是消費者集團之代表，而就該權益有依法為第三者即消費者集團遂行訴訟之權能，乃居於法定訴訟擔當者之地位；於行使此項權能時，既不必顧慮特定消費者個人之被害程度，亦無須先得消費者之授權或受其個人意願所左右。（註四七）又，在同一法理基礎上，應理解為消保法第五三條第一項承認保護官亦得提起不作為訴訟，係使其以職務當事人之地位，為該權益之歸屬主體即特定消費者集團遂行訴訟。此時，尤不能認為該保護官係該權益之歸屬者。至於法律規定保護官亦得起訴以及消保團體之提訴應先經保護官同意一節（同法第四九條第一項），是否足以充分保護消費者之權益？應否重新檢討其妥當性？如何防免其濫用或誤用同意權等事，則屬另一涉及立法政策或法律解釋論上之問題。

第二，法律承認上開消保團體不作為訴訟，係為保護特定消費者集團之實體利益及程序利益所必要且有效之救濟手段，屬於此集團之消費者除該團體之構成員外，尚包含非屬其構成員之其他消費者在內

（參照同法第二八條、第四九條第一項第一款）。亦即，倘放任企業為違反消保法之行為而不適時加以制止，則因其侵害行為之擴散，將有招致消費者權益被害之虞。而且，由於此類被害或多屬相當輕微，或每非消費者個人所易察覺，以致消費者個人常無意、無力或不知獨自起訴；縱使承認其得獨自起訴，亦難各為有效率之訴訟遂行，且有引發濫用或造成程序紊亂、煩瑣之危險。有鑑於此，承認具法定要件之特定消保團體始得提起該種訴訟之法律，從平衡追求程序利益之要求而言，應值肯定。易言之，消保法以特定消保團體為法定訴訟擔當者，使其就第三者即特定消費者集團所屬權益，為該第三者遂行訴訟一事，從實體法上觀點而言，乃所以保護消費者之實體利益（如：因企業被制止為違法行為以致消費者能防免財貨受損所可得之利益）；另從訴訟法上觀點而言，則係為便利消費者平衡追求程序利益（如：消費者獨自遂行訴訟時所將隨伴發生的額外勞費之防免、因企業違法行為被制止以致消費者無需為救濟權利受害或解決紛爭付出勞費時所可得之利益）。在此意義上，上開訴訟擔當資格之賦予，能兼顧訴訟法上觀點，實符合要求平衡追求實體利益與程序利益之訴訟制度旨趣（請回顧上述「一」之說明）。於此前提下，可認為：消保法承認上開法定訴訟擔當資格一事，係使消費者與企業遵循經由特定消保團體居於訴訟擔當者（原告）地位為遂行訴訟後所尋得的「法」，此種「法」係有所不同於由消費者個人分別獨自或集合起訴而遂行訴訟時所尋得的「法」。因為，相較於前者，在後者之情形，「法」係尋得於消費者個人蒙受更多程序上不利利益，以致其系爭外財產權、自由權或生存權等受較大耗損或限制之狀態下。準此而論，主張：倘不認為消保團體係上開權益之歸屬主體，即無從認其有遂行該種訴訟之權能（無原告適格）云云之見解，難免遭受未能充分顧慮上開訴訟法上觀點之譏評，欠缺對基本權保障之周全性，尚有商榷之餘地。

第三，主張制止請求權（請求停止或禁止企業為違法行為之權利）係歸屬於特定消費者集團，而非為消保團體所固有一事，有助於貫徹訴訟經濟之要求。蓋以：依此主張而論，基因於某企業之同一違法行為所發生之制止請求係屬單一，所以倘某消保團體就此事件已提起制止請求訴訟（前訴），則他一消保團體就該違法行為所提起之訴訟（後訴），係與前訴同其訴訟標的，如前訴仍繫屬中，將受重複起訴之抗辯（民訴法第二五三條）；如前訴已經判決確定，除前訴原告係受敗訴判決，而提起後訴之團體在前訴審理中並未受應有之程序權保障等類情形外，將受既判力之抗辯（民訴法第四〇一條），藉此可避免無實益之後訴提起。此項立論，係為貫徹訴訟經濟之要求，應值肯定。可是，倘認為上開制止請求權係歸屬於消保團體（註四八），所以多數消保團體各可就同一違法行為分別同時或先後提起不作為（制止）請求訴訟，而互異其訴訟標的，均不受重複起訴或既判力之抗辯云云，則其主張乃立足於不符訴訟經濟之基礎上，有默認發生裁判牴觸之嫌，難謂考量周延。縱使其說同時認為可以欠缺權利保護必要為由駁回後訴等旨，仍含有不拒引發多數消保團體各行起訴或分別試圖準備起訴，以致難免造成不必要之程序上不利益等類說理上瑕疵，似非的論。何況，其說既然承認多數消保團體分別各有制止（不作為）請求權於先，卻復恒否定其中部分團體之受保護利益於後，似不無立論上自我前後矛盾之嫌。

肆、結語——目的論之活用例

一、制度目的之重新認知

綜上所論，可知：為貫徹憲法上有關諸基本權之保障規定，並發揮司法之作用，乃設立民事訴訟制度，委由法院運作之。在此前提下，民事訴訟制度之首要目的是：兼顧追求憲法體制下所承認、保障之實體利益及程序利益，且於此二者之平衡點上確定真實、尋求「法」之所在及其內容為何。此項制度目的論，具有憲法上法理根據，應成為設計、運作消保訴訟之基本理念，準以前導、建構其相關立法論及解釋論。因此，在消保法就消保訴訟僅設若干特別規定，而未進一步同時具體定明其程序運作法則之現狀下，今後關於消保訴訟之審理及相關民事程序法之解釋，其運作者（法官、消費者保護委員會、保護官）均應準據上開目的論為前導法理，循以平衡兼顧當事人之實體利益及程序利益。並且，由於消保訴訟係屬強烈需求就消費者及消費者集團所享程序利益厚加保護之事件類型，所以在為訴訟審理及解釋其相關法律時，應充分兼顧訴訟法上觀點以便平衡追求程序利益（防免招致程序上不利益），而不應將視野侷限於實體法上觀點，以致僅將實體利益之追求列為首務。

不過，如上所論，既非認為消保法無其他宜重新檢討之可議處，亦不否定固有訴訟及消保訴訟之設計、運作各可能另有其副次性目的（如：因訴訟遂行所得判決或所成立和解導致私法秩序之維持、紛爭之解決、私權獲保護……）。毋寧是，在致力達成上開首要目的（上位目標）之同時，亦應留意：①在不違背首要目的之範圍內，亦可能從立法政策上，考量消保訴訟事件之特性、需求，併定立其副次性目

標（如：基於統一法令而形成消費者保護政策之必要，特許就一定情形得上訴於最高法院，以使發生更強之波及效，向社會廣眾昭示該時期所應遵循之法規範內容）。同理，相較於消保訴訟事件，固有訴訟事件係屬更需求就實體利益厚加保護，始能與其對程序利益之追求取得平衡之事件類型。就此種訴訟所為制度設計、運作，雖亦應致力達成上開植基於憲法理念之首要目的，但亦可能從立法政策上，針對固有訴訟事件之特性、需求，同時定立其副次性目標（如：在特定情形，許當事人得合意就通常訴訟事件選用簡易程序；於兩造未如此選用時，許其使用較多之審級或其他較有助於達成慎重而正確的裁判之程序。）。②上開目的之定立，毫不意味將消保訴訟一概排除於一般所認民事訴訟法上原理、原則之適用範圍外。其實，此類原理、原則或程序法上基本要求（如：處分權主義、辯論主義、自由心證主義、武器平等原則、防止突襲之要求、程序安定之要求……），原各有其法理上根據，應為達成上開目的而被運用，並應準此拓深相關解釋論之法理基礎。尚且，為滿足消保訴訟事件之特性、需求，應該且有必要酌採適宜之程序法理為合乎上開目的達成之適用。例如：為保護消費者集團之權益，就特定事項在一定條件下，限制訴之撤回、捨棄或自認之容許範圍（如：就甲消保團體所提不作為訴訟，在其審理中，於將該訴訟繫屬通知其他消保團體而使其有參與程序之機會以前，限制甲團體為訴之撤回、捨棄或自認）；或酌採職權裁量之法理，以便視案情需要，依職權通知尚未成為原告之其他消保團體參與訴訟程序，藉此滿足程序權保障之要求。（註四九）③上開目的論，係從原則上提示理論構築及制度設計、運作所必要之指針，藉此表明除非另有正當化之根據，否則不應忽視上開目的之貫徹達成。從此而言，所論並不具有不得為維護公益（如：為制止訴權濫用）而限制特定訴訟行為之意義。

二、活用事例

要之，在認知並鎖定上開制度目的之前提下，今後應準據此項目的論作為解釋、適用消保法及相關民事程序法之前導法理，而予以活用於個別、具體事項。其活用事例之列舉及一一分別探討，固非屬本文之目的，亦無在此併予全部處理之餘裕。惟為便利探索問題事項、開展解決問題之思路，特暫就消保法所殘留或可能引發之問題，予以例示而解析，闡述其解決所應循之方針，供為參考。

〔例一〕關於訴之聲明方式

在消費者或消保團體因舉證困難以致無從確知受害額，請求賠償額為何之情形，應容許其於起訴為聲明時，得不具體特定請求賠償之金額，而將之委由法院裁量，藉以減輕原告（受害人）所負特定聲明範圍之責任。此即為因應消保訴訟之特性、需求，使其審理能兼顧實體利益與程序利益之平衡追求，乃調整、緩和處分權主義之適用場合，而酌採職權裁量之法理，委由法院根據所蒐集證據之質、量及所得心證形成資料之多寡，尋求該二種利益之平衡點所在。（註五〇）此項聲明方式之容許，固有所異於固有訴訟之審理係恒要求特定聲明範圍之情形。可是，通常，在固有訴訟事件，縱使原告所為訴之聲明係以其所自稱之客觀真實為根據，惟於本案審理中，隨著適用辯論主義以防止發現真實的突襲及促進訴訟的突襲之結果，其所應確定之真實亦係以存於實體利益與程序利益之平衡點上者為歸趨，宜併加留意。（註五一）

〔例二〕關於是否喪失當事人適格之審理

在某消保團體受託為二十人以上消費者主張損害賠償請求權，而以其團體名義起訴為該等消費者進行訴訟中，其部分（一人或二人以

上)消費者即受害人依消保法第五十條第一項終止委託時,為兼顧其實體利益與程序利益之平衡追求,貫徹消保法特別保護消費者之意旨,應認為:終止委託之消費者得比較衡量該程序進行所涉實體利益與程序利益之大小輕重,然後選擇改用自己名義續行訴訟〔在其第一審言詞辯論終結前許其變更原告為自己,並不致特別有害於被告之防禦及訴訟之終結(參照民訴法第二五五條第一項);在第二審許為如此變更而不逕以當事人不適格為由予以駁回,亦使被告得有表示同意其變更(參照民訴法第四四六條第一項),而同獲選擇程序之機會。〕,藉以維持該訴訟(由消保團體為該消費者所提起之原訴訟)進行之結果,追求實體利益(如:因該項起訴所生之時效中斷利益)與程序利益(如:因已進行調查證據等程序所能節省之勞費),達成消保團體賠償訴訟之制度目的(請回顧本文「參、二(一)」)。為充分保障此項選擇程序之機會(遵循程序選擇權之法理),法院應為適當之闡明(如:於受終止委託之通知時,受訴法院應向該消費者即終止委託者曉諭上開利益之存在或選用程序之可能),以防止發生突襲。總之,不應遽以該消保團體所提起之訴係欠缺當事人適格為理由,逕駁回該部分之訴(為該消費者即終止讓與者所提原訴訟)。況且,倘如此駁回,將亦違背訴訟經濟、程序安定性等基本要求。

於此,想特別指明:①就上開情形,認為應逕以欠缺(喪失)當事人適格為由,駁回該部分起訴(前訴)云云之見解,不僅違背消保訴訟之制度目的(特設消保團體賠償訴訟以使消費者平衡追求實體利益及程序利益之旨趣),且有害於訴訟經濟。因為,其訴遭駁回之消費者,仍未獲本案判決,而未受應有之救濟及解決紛爭機會,倘其另行提起訴訟(後訴),勢必又增加法院再為審理之負擔,非僅前訴之受訴法院所已支用之勞力、時間因前訴遭駁回而化為烏有而已。何況,民事訴訟法之所以承認當事人適格為訴訟要件之一,原係為了避

免作成無實益之判決(避免由欠缺當事人適格者遂行訴訟以致作成對真正權利人不生效力之判決)。此項旨趣,並不致因賦予上開程序選擇機會而被違反。蓋以上述程序選擇機會之賦予,並不等於承認可對欠缺當事人適格者為本案審理或判決。

②在終止委託者即該消費者對原所委託之團體已不復信賴,卻仍有意維持原訴訟進行結果,而改用自己名義續行原訴訟等類情形,依上本文所論,儘量賦予該消費者有選擇維持原訴訟進行結果之機會一事,實為貫徹消保訴訟之制度目的所須為,至於因此亦有助於滿足訴訟經濟或程序安定性等要求一事,則屬次要,充其量僅能謂為此處審理所達成之副次性目的而已。因為,消保法第四九條第一項後段係為保護消費者乃容許其得自行較量所涉利害之大小(實體利益與程序利益之何者為輕何者為重),決定是否終止委託,不應含有不許維持原訴訟進行結果之意旨。況且,消保訴訟制度係以平衡保護消費者之實體利益及程序利益為首要目的,採如上所述之處理方式(賦予程序選擇機會之方式),乃達成制度目的所應然,雖其亦可借助於程序安定性等要求獲得相當程度之論據上補強,要難謂為倘不再事尋求其正當化根據於程序安定性等要求,即不為功。

③尤其,該消費者在其認為相關事證(有關其損害賠償請求權之事實、證據)尚未蒐集齊全之情形,亦可能有於他日再行起訴之需求,而無意維持原訴訟。在可能存有此類不同情形之前提下,對該消費者而言,究竟維持原訴訟續行係有利於其追求實體利益,或較有利於其追求程序利益,原未可必。因此,為達成設消保訴訟制度之目的(即:為特別保護消費者使其有平衡追求該二種利益之機會),重要的是,應賦予該消費者有上述選擇程序之機會,而不得認為受訴法院恒應以消費者已終止委託為由逕駁回原訴訟,使其繫屬消滅。其結果,在該消費者認為另行起訴始能有助於其詳為蒐證,遂無意續行原

訴訟之情形，倘竟認為可優先依程序安定性之要求維持原訴訟進行結果，而不許該消費者另有所選擇，則不盡符合上開制度目的。在此意義上，訴訟經濟或程序安定性之要求亦有與該訴訟制度目的相牴觸或處於緊張關係，而應有所退讓於目的貫徹之場合。在此場合，能否認知該項制度目的即具有決定性之意義。要之，基此認知，應認為有必要賦予該消費者上述選擇程序之機會。此時，認為應保障此項機會之結論，係以上開目的論為指針所導致。

應附言者，在消保法要求該團體先受讓「請求權」，然後應將訴訟結果所得賠償金交付讓與者之前提下（參照同法第五十條第四項），該讓與者係仍為「債權」之保有者，且該團體就該債權，除為該讓與者遂行訴訟有必要者外，並無完全、自由之處分權能。於此意義上，該團體據以提訴之「請求權」乃一方面概括包含於該讓與者所保有之「債權」內，而一方面則繫屬於該團體所提訴訟中成為其訴訟標的，所以該讓與者在上開程序上為變更原告時，並不同時發生訴訟標的變更之問題（請留意：即使其係由該團體及消費者個人各別起訴，各該訴訟之本案審理，實關涉相同之要件事實——如：損害之有無、因果關係之存否、消滅時效已否完成或是否因起訴而中斷等）。退一步言，縱然認為存有此項訴訟標的變更之問題，依上述有關應容許變更原告之法理，亦應為同結論之處理。

〔例三〕關於起訴特別要件之審理

在消保團體依消保法第五十條第一項受讓請求權而提起之訴訟進行中，部分消費者依同項後段規定終止委託（終止讓與請求權），以致其訴訟未終止委託之消費者不足二十人時，除有濫用權利（訴權）等類特殊情形外，原則上受訴法院應就消保團體為此等人所提起之訴（下稱「餘訴」）續行本案審理，不得逕以餘訴欠缺訴訟要件為由予以駁回。如此解釋，始符為保護消費者，應便利彼等平衡追求實體利

益及程序利益之制度目的；且可防止少數消費者輕率或濫權（如：受被告企業所收買或操縱等）阻礙餘訴之續行，避免對其餘消費者造成額外之程序上不利益（使彼等因程序之進行所已付出之勞費歸於徒然）及實體上不利益（如：因起訴所生時效中斷利益之喪失）。此等不利益之避免，亦可維護該消保團體為該等消費者所取得有關遂行訴訟之集團性利益、地位。況且，如認為餘訴不應繼續維持，則較諸未利用消保團體賠償訴訟制度之情形，餘訴之消費者將因使用該程序制度反而蒙受更大之程序上不利益，此不但將減消該制度之使用價值及存在意義，且亦悖逆程序安定性、訴訟經濟及保護程序信賴等要求。

上述應維持餘訴續行之結論，係為達成消保團體賠償訴訟之制度目的所應然，非必另尋求其正當化根據於程序安定性等要求。不過，此等要求，對該項結論之導致，亦有補強其正當化根據之相當作用。關於此，併請參照上述就〔例二〕情形所為解說。

〔例四〕關於管轄權有無之審理

消保法中有關管轄規定之缺漏，應循保護消費者之制度旨趣，再加彌補。亦即，為賦予消費者應有之程序保障，防免其蒙受顯不相當之程序上不利益，本應考慮從立法上就消費訴訟之管轄，酌採「以被就原」之原則、限制成立管轄合意或許為有利於消費者之移送管轄，藉以改變現行民事訴訟法上所定不利於消費者之管轄制度。（註五二）可是，消保法之立法者並未充分留意及此，尚存有立法上缺漏（併請回顧本文「貳、一、（四）」，參照同法第四七條）。因此，如何修法加以彌補，仍屬今後之課題（另請參照民事訴訟法修正草案第二八條第二項所為相關修正）。

當今之計，為盡可能保護消費者，應從解釋論上，致力貫徹消保訴訟之制度目的，為有利於消費者之必要運用。（註五三）例如，不應認為民訴法上有關合意管轄之規定，仍可無限制適用於消費者與企

業所訂管轄合意。爲此，宜分別情形之不同爲處理：在以定型化契約條款訂立管轄合意之情形，應適用消保法第十一條及第十二條之規定，就違反誠信原則而對消費者顯失公平者，認定其合意爲無效。爲此項認定時，應併從訴訟法上觀點兼顧消費者之程序利益，而不該僅留意其實體利益之保護。易言之，倘因企業與消費者所訂管轄合意，致使該消費者非遠至該經營者之所在地法院即無從起訴或應訴爲攻擊防禦，而被阻礙平等利用訴訟制度之機會時，該消費者縱使勉爲起訴或應訴，亦將導致程序上不相當之勞費付出。此項勞費付出之避免即屬該消費者之程序利益，應可採用否定該項管轄合意效力之方法而獲致。此外，在上開管轄合意非以定型化契約條款所訂立之情形，則應類推適用相關規定爲處理。例如，亦可類推適用民法第七四條之規定，將企業乘消費者之急迫、輕率或無經驗所訂管轄合意予以撤銷；或逕認定該項合意有違反誠信原則之情事，使歸無效。（註五四）在有此類原因事由存在卻爲消費者所未察覺之情形，受訴法院應適時（如：在其爲本案辯論前）爲闡明而曉諭消費者，使知得衡量實體利益及程序利益之大小輕重，並爲必要之主張或抗辯。

其結果，在企業與消費者合意以法定管轄法院中之一或非法定者爲管轄法院（專屬的即排他的合意管轄法院）之情形，消費者或爲其起訴之消保團體如認爲（有意主張・證明）該項合意存有上述無效或得撤銷之原因時，得逕向其他（該所合意者以外）法定管轄法院提起損害賠償之訴，俟被告企業在其程序上以有管轄合意（專屬的合意管轄）爲由，提出受訴法院無管轄權之抗辯後，始就上開無效或得撤銷之原因事實爲主張・證明，此係適用辯論主義爲審理之結果。（註五五）

〔註釋〕

註一：關於消費者保護問題之提出、探討，在我國，請參照楊建華「消保團體爲消費者提起損害賠償訴訟在訴訟實務上運作之研究」（法學叢刊第一五六期，一九九四年）一文及其中註一內所引用之文獻；邱聯恭「社會、法律與法律人」（台大法學院法律服務社編「別讓您的權利睡著了」①）一九八二年）二六頁；民事訴訟法研究會第八次研討會之發言・討論——載於民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討(一)」(一九八六年)〔以下略稱爲「民訴研討(一)」〕二四八頁以下；邱聯恭「司法之現代化與程序法」(一九九二年)(以下略稱爲「司法現代化」)一一頁、一四頁、八七頁及二六二頁以下；同「第一審程序修正草案之析述」(最高法院學術研究會編「最高法院學術研究叢書」)，一九九三年)(以下略稱爲「草案析述」)一八二頁以下；同「新世紀民事程序法建置之基本課題」(以下略稱爲「基本課題」)本書一九七頁以下。

又，關於比較法上問題之提出、探討，請參照竹內昭夫「消費者保護」(現代法學全集五二「現代の經濟構造と法」，一九七五年)三頁以下；新堂幸司「現代型訴訟とその役割」(基本法學8，一九八三年)三一頁以下；同「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか」(同「民事訴訟制度の役割」一九九三年)一九五頁以下；松本博之「消費者訴訟の事實認定をめぐる問題点」(法律時報四六卷一一号，一九七四年)五二頁；同「消費者クラス・アクション——アメリカ合衆国における消費者被害救済の手段」(関西消費者協会「消費者保護と法」一九七六年)一五三頁以下；小島武司「攻撃的・防禦的消費者訴訟」(一九八八年)四九頁以下；同「消費者訴訟の問題点」(ジュリスト増刊民事訴訟法の争点，一九七九年)三八頁；萩原金美「消費者保護と民事訴訟」(同上・新版，一九八八年)三六頁；松浦馨「民事訴訟とは何だろうか」(判例タイムズ八〇六号，一九九三年)一二頁；竹下守夫「民事訴訟法学のこれからの課題」(月刊法學教室一〇〇号，一九八九年)一〇五頁；Manfred Wolf, Entwicklungstendenzen im Zivilverfahrensrecht, ZRP 1979, S.175ff.

註二：有關消費者保護訴訟及其集團救濟手段等問題之比較法上探討，請參照データー・ライポルト(上田徹一郎訳)(ドイツ連邦共和国における最近の民事法上の消費者保護(民商法雜誌七六卷四号，一九七六年)五八二頁；谷口安平「クラス・アクション」(北川善太郎等編「消費者保護法の基礎」一

九七七年)三四六頁以下;ゴットフリート・バルムゲルテル(竹下守夫訳)「団体訴訟」(民事訴訟雜誌二四号,一九七八年)一五四頁;ペテル・アーレンス(霜島甲一訳)「消費者保護における団体訴訟」(民事訴訟雜誌二四号,一九七八年)一八三頁;上原敏夫「集团的救済制度の基礎的研究」(一橋大学研究年報・法学研究一一号,一九七九年)一〇五頁以下;佐上善和「西ドイツにおける消費者団体訴訟」(ジュリスト増刊・消費者問題)三〇一頁;納谷広美「現代型訴訟の特殊問題」(中野貞一郎編「現代民事訴訟法入門」,一九八五年)一四〇頁;高田昌宏「消費者団体に原告適格——西ドイツ不正競争防止法上の消費者団体訴訟の理論的展開を手がかりとして——」(早稲田法学六一卷二號,一九八六年)六五頁以下;赤松美登里「消費者損害の集团的救済に関する一考察(上)(下)」(判例タイムズ七八三號、七八四號,一九九二年)二六頁、二五頁;マンフレート・ヴォルフ(井上正三=佐上善和訳)「ドイツ連邦共和国における団体訴訟の理論と実際(一)(二)(三・完)」(民商法雜誌八〇卷三號、四號、六號,一九七九年)二五三頁、三九六頁、六八六頁;ペーター・ギレス(小島武司=上原敏夫訳)「西ドイツにおける消費者保護者団体訴訟をめぐる新たな政策と訴訟理論(上)(下)」(ジュリスト七五〇號、七五一號,一九八一年)一四〇頁、九六頁;高橋宏志「紛争解決過程における団体」(基本法學2,一九八三年)三〇〇頁以下;藤倉皓一郎『大規模被害訴訟における「確定できない原告」——エイジェント・オレンジ訴訟の和解判決から』(名城法学三八卷別冊本城還暦記念,一九八九年)五一六頁;マティアス・ライマン「ドイツ法とアメリカ法の比較における製造物責任訴訟手続の役割」(石部雅亮・松本博之編「法の実現と手続」,一九九三年)一七一頁以下;ミシェル・モロー(吉田克己訳)「消費者保護とフランス契約法」(ジュリスト一〇三四號,一九九三年)八九頁;松浦・前掲(見註一);福永有利「消費者被害の救済と民事訴訟法」(私法四〇號,一九七八年)四一頁;同『新訴訟類型としての「集団利益訴訟」の法理——環境保護訴訟・消費者保護訴訟についての一考察』(民事訴訟雜誌四〇號,一九九四年)六一頁以下。

註三:司法院係於一九九二年十二月公布「民事訴訟法修正草案初稿條文暨說明」。關於其內容之析述,另請參照最高法院學術研究會編「民事訴訟法修正草案之析述與研討」(最高法院學術研究會叢書(三)),一九九三年)。

註四:民事訴訟法修正草案所增訂之若干條文(如:第二八條第二項、第四四條之一、第四四條之二、第七七條之二、第二二二條第二項、第二四四條第四項、第二七七條但書、第四六六條之六),係有關於保護社會・經濟上弱者之規定,以下僅在本文論述所必要之範圍內,酌加析述。

註五:關於消費者保護法之規定內容,請參照總統府公報五八一九號。

註六:最近社會對消保法之關注有如:吳忠吉「消費者保護法的經濟分析」(律師通訊一七五期,一九九四年)一二頁以下;劉紹樑「法律移植與社會變遷」(同上)八頁以下;一九九四年九月一日中國時報第五版。

註七:於一九九四年六月二十五日,民事訴訟法研究會曾就消保法所牽涉之民事訴訟程序上問題進行研討。關於其詳細之內容紀錄,請參照楊建華・前揭論文(見註一)及同研究會第五十二次研討紀錄(載於法學叢刊第一五六期一〇八頁以下)。

註八:民事事件類型審理之必要,乃新世紀民事程序法建制之一項基本課題。關於此,請參照邱聯恭「程序保障之機能」(台大法學論叢十七卷一期,一九八七年)一九八頁以下即本書七六頁以下;同・前掲「基本課題」(見註一)即本書二〇〇頁以下及同・前掲「草案析述」(見註一)之說明。

註九:於程序方面,消保訴訟事件所顯現之困難問題多為現代型訴訟事件所共通,就此,請參照邱聯恭「司法現代化」一三至一四頁;新堂幸司・前掲「目的論」(見註一)二四七頁以下;納谷広美・前掲(見註二)一二八頁以下;小島武司「消費者紛争と民事訴訟」(北川善太郎等編「消費者保護法の基礎」,一九七七年)三三二頁以下。

此外,關於消費者保護之困難問題,亦有發生・存在於牽涉實體法方面者,如懲罰(制裁)性賠償制度之不健全即屬其一。關於此,除留意消保法第五條所已新設之相關規定外,其所涉問題狀況,可再參照竹內・前掲(見註一)一四六頁以下;小島武司「制裁(懲罰)的賠償の法理」(訴訟制度改革の理論,一九七七年)三四頁以下;同「民事制裁としての損害賠償——民事訴訟の機能向上のために——」(民事訴訟の新しい課題,一九七五年)一〇七頁;竹下守夫「救済の方法」(基本法學8,一九八三年)一九二頁以下;小林秀之「製造物責任訴訟」(一九九〇年)一二三頁以下;浦川道太郎「損害論」(一九九〇年私法学会報告者グループ編「製造物責任の現状と課題」)六四頁以下;經濟企画庁国民生活局消費者行政第一課編「製造物責任法の論点」(一九九一年)一一三頁;酒井一「米国懲罰的賠償判決の承認と執行(一)」(民商法雜誌一〇七卷三號,一九九二年)三五五頁以下;道垣内正人「懲らしめとしての損害賠償」(月刊法学教室一五四號,一九九三年)六五頁以下;濱野 惺等「アメリカにおける民事訴訟の運営」(一九九四年)六五頁以下。

註一〇:商品價額之決定,實際上係受供・需關係所影響。因此,在市場充分競爭之情形下,企業亦須適度負擔消費者勝訴之風險・花費,進以開發更安全之產品,而非必予以全部轉嫁為產品價額之提高。關於此,請另參照宮沢健一編

「製造物責任の経済学」(一九八二年)二〇頁以下; Robert D. Cooter Thomas, S. Ulen 共著(太田勝造訳)「法と経済学」(一九九〇年)五〇頁; 小林秀之/神田秀樹「法と経済学入門」(一九八六年)一〇八頁以下。

註一一: 在高度産業化之現代社會, 由於有關商品安全性之資訊, 常偏在於企業而為其所獨占, 以致消費者於為損害賠償請求時, 每難證明商品之缺陷存在及其與損害間有因果關係, 終於無從獲得應有之救濟(勝訴判決、防免蒙受程序上不利)。鑑此, 應設法防免企業隱匿相關資訊以逃避其所應負之賠償責任。例如, 應考慮增訂明文, 授權受訴法院得依當事人(起訴之消費者或消保團體)之請求, 於認為適當時, 命企業提出有關商品缺陷或因果關係存否之特定文書或其他應存置備查之證物; 又, 於企業不從該項提出命令時, 得認該缺陷或因果關係為存在。

本來, 不僅就現代型訴訟事件, 縱使就固有訴訟事件而言, 應如何擴充事證開示制度, 始能有助於平衡追求實體利益及程序利益, 亦屬民事訴訟法學上仍待克服之一項基本課題(請併參照筆者在民事訴訟法研究會第四十七次及第五十次研討會之發言・討論, 載於「民訴研討四」七〇七頁及法學叢刊第一五五期(一九九四年)一四八頁以下; 竹下守夫「製造物責任と救済手続」(私法三八号, 一九七六年)一〇六頁以下)。在我國, 「民訴法修正草案」增設若干規定, 擴充有關事證蒐集、審理集中化、整理爭點及準備言詞辯論期日等之手段(關於其析述, 請參照邱聯恭・前揭「草案析述」(見註一)二〇四頁以下), 此項立法措施是否足以因應新世紀之社會需求, 已然成為當今法學界及司法實務界所關心、議論之重要問題。此時, 在與我國民訴法同其法系淵源之日本, 巧亦於一九九三年十二月公布「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」(以下略稱為「要綱試案」, 載於法務省民事局參事官室編「民事訴訟手続に関する改正試案」, 別冊NBL二七号, 一九九四年), 其中增設相當規定, 試圖充實現行法上所欠缺之事證開示程序。此項意圖且已顯示於一九九一年十二月為徵求社會各方意見由同一機關所公開提出之「民事訴訟手続に関する検討事項」, 而因此引發相當熱烈之討論, 其問題關心及論點尚涉及德、英、美等國有關事證開示程序之新近立法動向, 併值供為參考〔參照柳田幸三「民事訴訟手続に関する検討事項の公表について」(NBL四八九号, 一九九二年)六頁以下; 柳田幸三等「民事訴訟手続に関する検討事項の解説(2)(3)」(NBL四九一号及四九二号, 一九九二年)三一頁以下及一四頁以下; 日本弁護士連合会「民事訴訟手続に関する検討事項に対する意見書」(一九九二年)五二頁以下; 山田幸彦「民事訴訟法改正につき考えること」(自由と正義四三卷一二期, 一九九二年)二〇頁; 柳田幸三等「民事訴訟手続に関する検討事項に対する各界意見の概要(4)」(NBL五一五号, 一九九三年)

二二頁以下; 柳田幸三「民事訴訟法の改正検討作業の現況について」(ジュリスト一〇一六号, 一九九三年)一〇九頁; 小山 昇「民事訴訟法改正の基本方向について」(判例タイムズ七九五号, 一九九二年)一三頁以下; 吉野正三郎「民訴法改正につきドイツ簡素化法が示唆する事項」(自由と正義四三卷一二期, 一九九二年)七五頁; 民事訴訟法研究会「民事訴訟手続に関する検討事項についての意見(二)」(法学研究六六卷三三, 一九九三年)一〇一頁以下; 座談会「民事訴訟法改正の中間展望」(ジュリスト一〇二八号, 一九九三年)二〇頁以下; 長谷部由起子「証拠収集手続のあり方」(ジュリスト一〇二八号, 一九九三年)一〇三頁以下; 田辺 誠「民事訴訟における秘密保護」(ジュリスト一〇二八号, 一九九三年)九三頁; ミニ・シンポジウム「民事訴訟法の改正に向けて」(民事訴訟雑誌三九号, 一九九三年)一四九頁以下; 山下孝之「民事訴訟法改正の方向」(同上)一一九頁以下; 伊藤真「事実・証拠の収集と開示」(同上)一〇八頁以下; 同「開示手続の理念と意義(上)」(判例タイムズ七八六号, 一九九二年)六頁以下; 同・「営業秘密の保護と審理の公開原則(上)」(ジュリスト一〇三三号, 一九九三年)八一頁; 春日偉知郎「証拠収集手続——係争事実をめぐる情報の開示と証拠の収集——」(判例タイムズ八二九号, 一九九四年)二六頁以下; 小林秀之「民事訴訟法改正とアメリカ法の示唆」(自由と正義四三卷一二期, 一九九二年)八一頁; 高橋宏志「争点整理手続立法序説」(民事訴訟雑誌四〇号, 一九九四年)九四頁以下)。

有鑑於此, 除「民訴法修正草案」已留意・採用者以外, 以下特再列明若干有關事證開示程序之應充實事項, 就如何修正或增訂其相關法律規定, 加以解說:

(1) 有關文書、人證及勘驗物之資訊開示制度

應增設文書目錄提出制度, 俾當事人利用此項文書目錄蒐集有關係爭事件之資訊・情報, 藉以判斷其預定提出之書證為何。此項有關文書之特定所必要之資訊開示制度之增設, 有助於儘早在訴訟程序之前階段整理爭點、限縮爭點, 並防止一造當事人對他造當事人之突襲。因為倘於審理程序經進行至較後階段時, 一造始提出新書證, 則難免對他造當事人造成突襲, 而不得不重新整理爭點, 以致拖延訴訟之終結。為免致此, 且為克服因證據偏在於一造當事人(一造獨占使用特定文書)所致他造舉證之困難, 以貫徹武器平等原則, 宜考慮規定為) 法院得依職權或聲請, 定相當期限, 命當事人提出擬作為書證聲明之文書之目錄, 並載明該文書之名稱及制作者等必要事項。但與該事件無關或無必要者不在此限。

基於同上所述理由, 就所擬聲明之人證及勘驗物, 亦宜考慮增訂相關資訊

開示制度。例如，就所擬聲請訊問之證人，使負提出載明其姓名及住居所等必要事項之義務，以利準備訴訟，而防止一造突襲他造。

又，為促進程序之進行，避免不必要之勞費，亦可考慮併予規定為：當事人應於收受答辯狀之日起一定期限內，提出上開文書、證人或勘驗物之目錄。

至於有關違反上開命令者之制裁方法，宜考慮規定為，得擬制其對造所主張之應證事實為真實。此種強化效力之規定，已見諸於民訴法修正草案第三四五條第一項，其中對違反提出文書義務者之制裁，已將現行法上同條後文所定「法院得認他造關於該文書之主張為正當」修正為「法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實」，可供參考。在立法例上，英國所採事證開示制度，係要求當事人在兩造訴訟代理人間交換記載有關各該事件之文書目錄，並容許閱覽、抄錄文書；而對於違反提出義務者，則為駁回抗辯或為原告勝訴判決之命令〔參照住吉 博「文書証拠とinterests of justice」（比較法雜誌八卷二號・通卷一九號，一九七五年）一三頁以下；長谷部由起子「訴訟における事実および証拠の収集——イングランドの開示手続を手がかりとして——」（民事訴訟雜誌四〇號，一九九四年）二三七頁以下；益田洋介「英國の司法制度と民事訴訟の概要」（法の支配八七號，一九九二年）五五頁〕。

其實，在執有文書之一造當事人違反文書提出義務時，法院究僅得認他造（舉證人）所主張之文書內容為正當，抑亦得認他造所主張依該文書應證之事實為真實，原屬立法政策上有待抉擇處理之問題。關於此問題之處理，實際上可能遭遇之情況不一，原非可一概而論。在舉證人與文書之作成過程或文書之內容事實，於物理上或社會上相當接近，而客觀上可期待該舉證人知悉或推察該文書所記載之具體內容等類情形，為避免舉證人取得逾於文書經提出後所得之利益，致失公平，於執有文書之一造不從文書提出之命時，似應止於擬制舉證人（他造）所主張之文書內容為真實即足，而不應擬制其主張之應證事實為真。可是，在舉證人與文書所記載之內容事實相距較遠，而客觀上難期待該舉證人知悉或合理推知該文書之具體內容等類情形，如不逕認得擬制舉證人所主張之應證事實為真實，將無以對拒不提出文書者，發揮有效制裁之作用，而有損於公平。蓋因在此類情形，舉證人每僅能就文書所載內容為抽象而不特定之主張，倘認為僅得擬制舉證人所主張之文書內容為真實，將未必直接有助於應證事實存否之認定，是無異於對違反舉證協力義務之文書執有人，寬不施加應有之制裁。

(2)當事人間直接查詢或律師查證制度

為便利當事人研判如何選擇解決紛爭之方式（如：是否成立和解、是否改變訴訟上主張之方式），並為使當事人於有意起訴解決紛爭時，得能事先蒐集

有關其主張或舉證所必要之事證資訊，藉以比較衡量其事件所涉實體利益及程序利益之大小輕重，助益形成共識（此亦為兩造因司法資源之有效率利用所可能獲致之共益），宜參考美國所設對當事人之質問狀（interrogatories to the parties）制度及日本之律師查證制度（其弁護士法第二三條之二），酌設當事人間直接查詢制度或律師查證制度。亦即，應考慮增訂規定：

a.允許當事人在訴訟繫屬中，為準備其主張或舉證之必要，得以書面定相當期間，向他造查詢相關事項。又，為防免此種直接查詢制度（不經由法院命令之方式）遭濫用，宜考慮同時設若干除外之情形。關於此，日本「要綱試案」可供參考，其中除不設制裁規定外，同時承認下列應予排除適用之情形：非屬具體、個別之查詢、侮辱或困擾他造之查詢、重複之查詢、僅求為表示意見之查詢、將使他造蒙受不相當勞費始能回答之查詢、就存有與拒絕證言相同事由之事實為查詢等。

b.不僅基於上開理由，並鑑於律師職務之公共性（參照拙著「司法現代化」一八四頁），應承認：律師得就受託事件，經由所屬律師公會之認可，向機關或團體為必要之查證；除受法令限制者外，並得請求各該機關或團體交付文書之原本或複（謄）本。

(3)公證人面前具結陳述書或證言錄取書

從美國的deposition所可獲得之另一啓發是，應認真考慮增訂相當規定承認：當事人本人、證人或鑑定人，在一定條件下，可在公證人（法院公證人或司法院公證法研究修正委員會所決議採用之民間公證人）面前經具結後，就所見聞、知悉之特定事實，為證言或陳述，據以作成公、認證書。如能在公證法中增訂此類規定及有關偽證（虛偽陳述）處罰之規定，將可發揮如下之功用：

a.就簡易事件及小額事件（其審理程序正由司法院民事訴訟法研究修正委員會研議中）之審理而言，倘能配合上開公證法上增訂規定，同時修正民事訴訟法第四三三條第二項及第三項規定，將更能貫徹費用相當性原理（參照拙著「司法現代化」）二七二頁以下及三一八頁以下）。

b.就通常訴訟事件之審理而言，其本案訴訟之受訴法院可在程序之前階段，參酌當事人所提出之上開具結陳述書或證言錄取書，進行爭點整理、掌握案情，以利審理集中化。此外，倘能在為上開公證法上增修之同時，併於同法或民事訴訟法中，配合增訂：於兩造當事人合意時或兩造均委任律師為訴訟代理人到場（到公證人面前）時，在公證人面前所作成之上開公證書得據為本案裁判之基礎（作為認定事實之基礎資料）；或併容許由律師或公證人就相關事實（與應證事實具關連性之事實）為訊問，然後予以紀錄作成公、認證書，並得作為本案裁判之基礎。

在此，之所以認為應該且可以承認此類制度，除基於事證開示制度之充實

乃為追求確定信賴真實（存在於實體利益與程序利益之平衡點上真實）所必要等理由以外，並為兼顧程序選擇權之法理及保障當事人之在場見證權（請參照筆者在民事訴訟法研究會第四十六次及第二十三次研討會之論文報告——載於「民訴研討四」五六九頁以下及「民訴研討二」四四一頁以下）。

(4) 擴充情報請求權及滿足性假處分之事證開示機能

在向來不採用美國式的事證開示制度之德國，多有重用事證開示機能之立法趨向，值得注目、參考。亦即，最近其有關專利法（第一四〇條b）、著作權法（第九七條第一項）、商標法（第二五條）、半導體保護法（第九條第二項）及環境責任法（第八條、第十條）〔Gesetz über die Umwelthaftung vom 10. Dezember 1990 (BGBl. IS. 2634)〕等之立法措施，均擴充、借重向來實體法上所定情報（報告）請求權（Auskunftsanspruch），藉以發揮其事證開示機能，而補充文書提出命令及證據保全制度之不足（關於德國向來之裁判先例已然重視此項機能，請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十次研討會之發言——載於「民訴研討三」三七九頁及三九三頁內註一七之說明）。更具體言之，其立法係承認：在一定要件下，情報請求權亦可行使於：對原無法律關係存在之第三人，為蒐集有關權利存在之基礎資訊時。並且，在具備相當性（Verhältnismäßigkeit）要件時，得以滿足性假處分迅速實現情報請求權（關於滿足性假處分所涉及之本案化問題，請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十七次研討會之分析——載於「民訴研討四」一〇四頁以下）。

以其修正後之專利法第一四〇條b之規定為例，就容許為迅速實現實體法上情報請求權得利用滿足性假處分程序而言，係定為：①「受害人對於違法使用專利發明者，除欠缺相當性之個別情形外，得請求迅速提供有關製品來源及販賣途徑之資訊、情報；②情報提供義務者，應報告有關物品製造人、供給人及其他前占有人之姓名及住所、顧客、訂製人之姓名及住所、所製造、販賣、保管或訂製之物品數量等情報；③情報請求權人於其權利明顯受侵害時，得請求對負情報提供義務者，命為民事訴訟法上假處分……。」依此規定，情報請求權人於釋明其權利明顯受侵害，或併供法院所命擔保後，在必要範圍內得以所獲准之滿足性假處分迅速實現其權利。一般，行使情報請求權所須具備之要件為：①在當事人間存有契約關係或法律上給付請求權、②難能期待情報請求人盡一己之力取得情報、③就未能取得或保全情報一事無可歸責於請求人之事由、④相對人係容易提供情報者。此中②至④係有關上開「相當性」之判斷事項（vgl. Helmut Köhler, Der Schadensersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht, NJW 1992, 1480ff.）。宜併加留意的是，德國民事訴訟法委員會認為，滿足性假處分之應否准許須依循所謂相當性原理為判斷，亦即，唯於可能招致不相當之不利益時，始准許為滿足性假處

分。此項原則之適用，乃對於民事審判程序上國家（法院）權力之行使及當事人所為訴訟上權利之行使，加以限制（Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, 1977, S.215; BVerfGE 23, 133-NJW 1968, 979; BVerfGE 38, 302-NJW 1975, 1265）。

受此項德國有關強化、擴充事證開示程序之動向所啟發，為使當事人更有相當資訊藉以平衡追求實體利益與程序利益，而判斷、選擇解決紛爭之方向，或為較充分之訴訟準備，今後我國有關同類程序制度之變革，宜從二方面著手。亦即，一方面就解釋論而言，除配合階段訴訟（Stufenklage, 德國民訴法第二五四條、我國民訴法第二四五條）之規定為運用外〔關於日本未採階段訴訟所造成之問題狀況，請參照小林秀之「手續法からみた民法序論」（三ヶ月先生古稀祝賀上，一九九一年）九六頁以下〕，應再活用有關定暫時狀態假處分之規定（民訴法第五三八條），寬認利用此種程序實現報告（情報）請求權（如：民法第五四〇條、第六八〇條所定委任對受任人、合夥人對執行合夥事務人之報告請求權）之必要性及可能性（關於定暫時狀態假處分之特殊性等事，請參照前揭民事訴訟法研究會第三十七次研討會中筆者之分析），重視其所可能發揮之事證開示機能。另一方面，就立法論而言，鑑於情報請求權恒需求獲得迅速之保護，為此，有關其權利實現之程序亦有本案化、非訟化審理之需求；且上開假處分程序特有助益達成迅速而經濟的裁判之機能，所以應致力進行立法上調整〔關於此，請參照邱聯恭·前揭「程序保障之機能」（見註八）一七一頁以下、二三六至二三七頁，即本書第六一頁以下、一一一至一一二頁〕。

(5) 認知證據保全程序之事證開示機能

紛爭當事人如能於訴訟外或起訴前查明案情，將更能獲得相當資訊，用以認明自己所處法律狀態，及時防止紛爭擴大；並資以較量其紛爭所涉實體利益與程序利益之大小輕重，達成和解，而防止濫訴、避免不必要之爭訟，或資以判斷、選擇解決紛爭之方式。為此，亦應重新檢討、擴充證據保全程序，使其同時發揮爭點開示之機能，而更有助於當事人平衡追求該二種利益，尋求存於此二者之平衡點上真實即值得當事人信賴的真實。

基此認知，民訴法修正草案第三六八條增訂「就確定事物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得向法院聲請保全證據」一節，與奧地利民訴法第三八四條第二項及德國修正前民訴法第四八五條等規定之旨趣相同，值得肯定。不過，德國於一九九〇年十月修正同條規定（翌年四月施行）再予相當之擴充，承認不僅於訟爭程序（Streitverfahren）繫屬中，且於訟爭程序外，亦得聲請調查證據，並得聲請為書面鑑定（同條第二項），以便當事人藉此更能查明案情，早日達成和解於尚未涉訟以前。此項增修，已不復仍將保全證據之目的局

限於如向來（舊法）般僅為避免訴訟上證據利用之困難；而且新法容許於該調查證據之程序上，亦得成立和解（同法第四九二條第三項），為此法院並得於可期待當事人達成合意（Einigung）時，通知當事人到場進行言詞討論（mündliche Erörterung）（同條第三項）。其結果，在當事人間僅以特定事實問題為爭點之情形，得依上開規定聲請書面鑑定，藉以蒐集有關案情之資訊，而進行訴訟外（起訴前）和解。此種具有事證開示機能之獨立的證據調查程序，多有可能及必要被活用於特需借重法律外專業知識（如：科技知識等）以解決紛爭之事件類型（如：有關承攬建築工程、醫療事故、汽車產品瑕疵、公害、藥害等類紛爭事件），值得重視〔關於此類事件所涉及之經驗法則適用上問題，請參照筆者在民訴法研究會第三十八次研討會之分析（載於「民訴研討四」一六二頁以下註八之說明）〕。鑑於此，筆者在民事訴訟法研究會第四十七次研討會曾提議增訂有關書面鑑定之明文（參照「民訴研討四」七〇七頁），此係以追求確定實體利益及程序利益之平衡點上真實為立論之基礎，併此敘明。

註一二：在訴訟程序上，事證開示之要求與營業秘密保護之要求等二者間係處於緊張關係，究應如何尋求二者間之平衡點，為仍待克服之課題。關於此方面問題之分析，請參照筆者在民事訴訟法研究會第四十四次研討會之說明〔載於「民訴研討四」〕五一七至五一八頁。

註一三：請參照邱聯恭「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」（同「司法現代化」）二五九頁以下。

註一四：關於集團訴訟或團體訴訟之問題探討，請參照邱聯恭「司法現代化」一〇九至一一〇頁；田中英夫・竹內昭夫「法の實現における私人の役割」（法学協會雜誌八九卷三號，一九七二年）二〇頁以下；竹內昭夫「消費者・投資者の保護とクラス・アクション——賠償請求訴訟の掛け算——」（ジュリスト五二五號，一九七三年）四〇頁以下；同・前掲「消費者保護」（見註一）一五三頁；新堂幸司「クラス・アクション・アレルギー予防のために」（鈴木古稀記念・現代商法学の課題（上），一九七五年）五〇七頁以下；小島武司「消費者訴訟の法理と課題」（ジュリスト増刊総合特集一三號，一九七九年）二七九頁；同「消費者訴訟の問題点」（民事訴訟法の争点，一九七九年）三八頁；同「代表当事者訴訟の実態と理論」（民事訴訟の基礎法理，一九八八年）一五四頁以下；小林秀之／神田秀樹・前掲（見註一〇）一三六頁以下；松本博之「消費者保護と民事訴訟」（小山 昇等「演習民事訴訟法」，一九八七年）七一頁；萩原金美「消費者保護と民事訴訟」（新版民事訴訟法の争点，一九八八年）三七頁；納谷広美・前掲一四〇頁。

註一五：關於管轄制度之缺漏對消費者所造成之不平等・不公平，可再參照邱聯

恭「司法現代化」九六頁以下；河野正憲「民事訴訟へのアクセスと審理の充実」（民事訴訟雜誌三九號，一九九三年）一〇四頁；五十部豊久「債權取立てと督促手続」（「消費者信用と民事司法」，一九八八年）八八頁以下；徳田和幸「管轄に対する当事者支配とその規制」（ジュリスト一〇二八號，一九九三年）四八頁。

註一六：關於事證開示制度之擴充可能性及其相關問題，請參照註十一。

註一七：鑑於就消費者個別損害為一一認定・加算實有相當之困難，宜考慮在一定條件下酌採集團損害之賠償方法，藉以算定訴訟之被害者全體之損害總額，而避免一一個別認定時所隨伴之額外勞費付出（程序上不利益・欠缺效率）。關於其相關問題之分析・探討，請參照赤松美登里・前掲（下）（見註二）三五頁以下；藤倉皓一郎・前掲（見註二）五一六頁；マンフレート・ヴォルフ・前掲（三）（見註二）六八九頁以下。

註一八：民訴法修正草案第四四條之二之內容如下（一九九四年十一月司法院民事訴訟法研究修正委員會決議）：

因公害、交通事故、商品瑕疵或其他本於同一原因事實而有共同利益之多數人，依第四十一條之規定選定一人或數人為同種類之法律關係起訴者，法院得徵求原被選定人之同意，或由被選定人聲請法院認為適當時，公告曉示其他之共同利益人，得於一定期間內以書狀表明其原因事實、證據及應受判決事項之聲明，併案請求。其請求之人，視為已依第四十一條為選定。

其他有共同利益之人，亦得聲請法院依前項規定為公告曉示。

前項併案請求之書狀，應以繕本、影本送達於兩造。

第一項之期間，至少應有十日，公告應黏貼於法院公告處，並登載新聞紙，其費用由國庫墊付。

註一九：參照松浦・前掲（見註一）九頁以下；三ヶ月章「民事訴訟之目的」（同・民事訴訟法研究第八卷，一九八一年）四三頁（初出一九七九年）；竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」（民事訴訟雜誌第四〇號，一九九四年）一頁；新堂幸司「民事訴訟制度の目的論の意義」（同「民事訴訟制度の役割」一九九三年）四七頁、一〇一頁、三七四頁；同「民事訴訟の目的・訴訟觀」（新堂幸司・小島武司編「注釈民事訴訟法(1)」，一九九一年）八頁；高橋宏志「民事訴訟の目的論について(1)及(2)」（月刊法学教室一〇三號及一〇四號，一九八九年）六四頁及五二頁；木川統一郎「訴訟制度の目的と機能」（講座民訴①，一九八四年）二九頁以下；住吉 博「民事訴訟の目的」（三ヶ月古稀文集中，一九九一年）六七頁；山本和彦「民事訴訟の目的と機能」（ジュリスト九七一號，一九九一年）二〇六頁；中村英郎「民事訴訟制度の目的について」（木川古稀論集（上），一九九四年）一頁。

註二〇：如：高橋・前掲「目的論(2)」五三、五四頁。

註二一：參照竹下・前掲（見註一九）五頁；新堂幸司・前掲（註一九）「民事訴訟的目的・訴訟觀」一六至一七頁。

註二二：有關現代型訴訟事件之特性，請參照邱聯恭「司法現代化」一三至一五頁。

註二三：松浦・前掲（見註一）一一至一五頁。

註二四：對於此類團體權利之承認持懷疑論者如：竹下・前掲（見註一九）三一頁內註一六所述。

註二五：筆者所倡法尋求說涉及民事程序法建制之基本課題。關於此，請參照邱聯恭「程序選擇權之法理——著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程序法學」（民事訴訟法研究基金會編「民事訴訟法之研討四」，一九九三年）〔下稱「民訴研討四」〕五八〇頁；同・前掲「基本課題」（見註一）即本書二〇一頁以下「參」之闡述。

註二六：此方面相關法理之闡述，請參照邱聯恭・前掲「程序選擇權之法理」（見註二五）五七六頁以下、六四四頁內註十四之說明。

註二七：與此相關之理論問題，另請參照邱聯恭「司法現代化」一二四頁。

註二八：併請參照邱聯恭「司法現代化」一〇八至一〇九頁；筆者在民事訴訟法研究會第四十三次研討會之發言——載於「民訴研討四」四四七至四四八頁。

註二九：在此範圍內，認為必對該團體承認完全獨立於消費者個人的實體法上權利云云之見解（參照松浦・前掲（見註一）一五頁），似尚有商榷之餘地。

註三〇：近年來，筆者一再基於憲法上基本權保障規定之旨趣，闡論有關程序保障之原理、事實審理制度及民事程序制度之目的為何〔請參照邱聯恭「司法現代化」一一二頁、一二六至一二九頁；同・前掲「程序保障之機能」（見註八）一七一頁以下（本書六一頁以下）及上述註二五所引用之文獻〕。同此方向，最近日本論者亦有從立憲主義之精神評述民事訴訟之目的者〔竹下・前掲（見註一九）二頁〕，固值肯定，惟其所倡權利保障說，則尚有如本文所述待商榷之處。

註三一：自一九八〇年以來，筆者一再提倡信賴真實說，主張事實審理制度應以確定存在於發現（客觀）真實（追求實體利益）與促進訴訟（追求程序利益）等二基本要求之平衡點上的真實（值得當事人信賴的真實）為首務，不應仍如向來通說般固執於發現客觀的（實體的）真實〔請參照邱聯恭「突襲性裁判」（「民訴研討(一)」）四五頁至四六頁；同「值得當事人信賴的真實——基於防止發生突襲性裁判之觀點批判形式的及實體的真實主義」（台大法學論叢十一卷二期，一九八二年）一七九頁以下即本書一頁以下；同「司法現代化」一二八頁；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十次、第三十四次等多次研討會之闡述。〕

此項立論不僅一方面可據以闡釋訴訟程序與非訟程序或訴訟外紛爭處理程序等互相間之相對、選擇關係〔請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之分析發言及其補註一、註二、註四之說明——「民訴研討(三)」七二七頁以下；邱聯恭・前掲「程序保障之機能」（見註八）一七一頁以下即本書六一頁以下；同「台灣における民事訴訟法改正の動向——日本法との主な相違点を中心にして」（ジュリスト九九九号，一九九二年）一二二頁至一二三頁；同「司法現代化」一三九頁、一四一頁〕；另一方面亦應據以拓深一般簡易程序及小額事件處理程序之法理基礎〔參照邱聯恭「司法現代化」二六九至二七〇頁、三二二頁以下；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十二次研討會之分析發言及其補註六之說明——載「民訴研討(三)」四九〇頁以下〕。

其後，巧合於上開筆者之立論（認為：小額事件程序之法理基礎不應在於追求發現客觀的真實等內容之主張——前掲「司法現代化」二六九頁以下、三二二頁以下），最近日本有關研究小額事件程序之論者，已改變向來之見解，亦認為：就小額事件不應採用適合於發現客觀的（實體的）真實之審理方式，以免增多程序上花費云云〔請見平手勇治＝高世三郎＝若生朋美「少額事件の簡易迅速な処理に関する研究」（司法研修所編，一九九一年）三頁以下〕。此種有關小額事件程序之法理上認同，應有助於促使今後在比較法上，從兼顧平衡追求程序利益之出發點著手建構相通之理論架構。

註三二：關於德、日等國之民事訴訟目的論，請參照上述註一九所引用之文獻。

在我國，向來論者鮮少就民事訴訟之目的為何加以深入探討，尤未見有基於憲法上基本權保障規定而從立憲主義之精神，正面闡述其與民事訴訟目的論之關係者。一般而言，關於民事訴訟之目的，向來之教科書於緒論中有明言其係為確定而保護私權者〔如：張學堯「中國民事訴訟法論」（一九五七年）一頁；石志泉「民事訴訟法釋義」（一九六〇年）一頁；同書增訂版（一九八二年，楊建華增訂）一頁；王甲乙・楊建華・鄭健才「民事訴訟法新論」（一九六八年）一頁；吳明軒「中國民事訴訟法」（一九九三年）一至三頁〕；有曰其係為解決有關私權之紛爭者〔如：曹偉修「民事訴訟法釋論(上)」（一九七二年）一至二頁；有認為其既為保護私權，亦具維持國家秩序之意味者〔如：姚瑞光「民事訴訟法論」（一九六六年）一至二頁〕；亦有謂其係為解決私權紛爭並保護私權者〔如：姚瑞光「民事訴訟法論」（一九八六年）一頁〕。

註三三：權利保護說被認為係德國目前之通說。

註三四：請再參照上述註三一之說明；邱聯恭「司法現代化」一二八至一二九頁及其中所引用之文獻。

註三五：對於小額訴訟制度所應有之分析觀點，請參照邱聯恭「司法現代化」二五九頁以下；三ヶ月 章「少額裁判の理想型」（民事訴訟法研究八卷，一九

八一年)二四七頁以下;小島武司「簡易裁判所の改革と消費者保護」(北川善太郎等編「消費者保護法の基礎」一九七七年)三五〇頁。

註三六:木川・前掲(見註一九)四九頁係立足於權利保護說之觀點,僅另從保護公益之要求論促進訴訟,卻忽略程序利益之追求同為保護請求救濟權利侵害者(尤其是消費者)所必須。

註三七:參照上述註三〇之說明。

註三八:請見竹下・前掲(見註一九)二六頁以下。

註三九:紛爭解決說被認為係日本目前之通說。

註四〇:參照山木戶克己「訴訟法学における權利既存之觀念」(同「民事訴訟理論の基礎的研究」,一九六一年)二一頁;山本 弘「權利保護の利益概念の研究」(「法学協會雜誌」一〇六卷三號,一九八九年)四〇〇頁。

註四一:關於程序主體權之保障,請參照邱聯恭「司法現代化」一一一頁以下。

註四二:參照ペーター・ギレス・前掲(見註二)一四四頁。

註四三:參照Urbanczyk, Zur Verbandsklage im Zivilprozeß, S.245, 249ff., Schulte, Die kollektive Geltendmachung von Verbraucherschäden im UWG, 1982, S.79.

註四四:一般而言,債權(如:因買賣契約而生之債權、租賃權)與請求權(如:買賣標的物交付請求權、租賃物交付請求權或其修繕請求權等)之間原存有相當之機能上區別,前者係屬實質權(第一次權),亦可稱為廣義的請求權或包括性請求權;而後者(請求權)則為狹義的請求權,乃生自債權,而屬手段權(第二次權)[參照奧田昌道「請求權概念的生成と展開」(一九七九年)二三一頁以下]。亦即,請求權係以債權即實質權為基礎,乃實現債權之救濟手段,據此可對債務人請求為一定之行爲(作為或不作為),並得在訴訟上行使。準此而論,消費者依消保法第五十條第一項所讓與者既係「請求權」,而非「債權」本身,自可肯定該消費者仍保有債權;而該團體則取得在訴訟上求法院為裁判以救濟該債權之適格,乃同法所特別承認之訴訟擔當者;此項資格之取得雖以該債權為基礎,且以該團體受讓請求權為要件事實,究難謂該團體已因該項讓與而取得完全之債權。

註四五:關於程序選擇權之法理,請參照邱聯恭「程序選擇權之法理」(見註二五)五六九頁以下;同・「司法現代化」一三九頁以下。

註四六:請參照福永有利・前掲(見註二)七三頁以下;ペーターギレス・(見註二)一四三頁以下;Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände, 1971, S.16

註四七:ペーター・ギレス・前掲(見註二),雖亦將同類消保團體定位為法定訴訟擔當者,但既不將該團體同列入權益歸屬者之範圍,亦不同時以程序利益之追求必要性為立論基礎,是與筆者所論,尚不盡同。

註四八:在德國,認為受法律保護之集團利益屬團體所固有之見解,曾受相當強烈之批評。關於此,請參照高田・前掲(見註二)七九頁;福永・前掲(見註二)七七頁;Reinel, Die Verbandsklage nach dem AGBG, S.114.

註四九:就法定訴訟擔當者(如:依消保法第五三條提起不作為訴訟之消保團體——請回顧本文「參、三」之說明)所提起之訴訟,尚應克服之課題有如:如何平衡兼顧統一解決紛爭之要求與程序權保障之要求[如:對於將受判決效力擴張者(如:未提起不作為訴訟之其他消保團體或一般消費者),應如何滿足程序權保障之要求]?關於此方面問題之分析、探討,請參照筆者在民事訴訟法研究會第四十八次研討會之發言(載於「民訴研討四」七四四頁、七六一頁以下)。

註五〇:容許原告得於訴之聲明不具體特定請求賠償之金額,而將賠償額委諸於法院之裁量乙事,有助於減輕受害人所負特定訴訟標的及訴之聲明之責任,可某程度因應損害賠償事件所常遭遇之舉證困難等特性、需求。因此,今後應一方面設法防止該種聲明方式被濫用致生弊害,一方面應積極探討其可容許之範圍及必要條件。基此認識,以下特先指明若干關連事項,供為參考:

(1)不具體特定請求額之聲明可能有之態樣是:①聲明中雖未具體表明請求額,但於「事實理由」內有關請求原因(Klagegrund)之陳述中,則表明某近似額(Großenordnung);②於聲明中表明「至少〇〇元」,以示求法院裁量之下限;③未表明任何數額於聲明中,僅陳述法院之裁量判斷所必要或相關之原因事實。

在德國,雖然其民事訴訟法第二五三條第二項第二款明文要求原告應以訴狀記載請求之標的物及原因之一定表示,並表明一定之聲明。可是,由於其民事訴訟法第二八七條規定「就損害之有無發生及其損害額或應賠償之利益額,於當事人間有爭執時,法院得斟酌一切情狀,依自由心證為判斷……」等內容,其判例及審判實務向來卻承認上開未於起訴時特定請求額之聲明為合法。此係就損害額之調查,賦予法院廣泛之裁量權,而較諸同法第二八六條有關自由心證主義之規定,預設更低之證明度[關於證明度之意義,請參照民訴法研究會第三十八次研討紀錄中本人之補註四之說明——載於「民訴研討四」一六〇頁以下。又,訴訟上勞費付出之多寡及原告所冒訴訟風險之大小,係受證明度之基準寬嚴所左右——參照レントツカール・フリードリッヒ「未來法(2)」(「法学」第五五卷一號,一九九一年)九八頁以下。],藉以減輕被害人有關損害額之舉證負擔。此項措施及上開第二八七條之規定,對於面臨舉證困難之被害人即原告,頗可發揮避免蒙受程序上不利益(防免不必要之勞費付出)以救濟權利受侵害之功用,值得肯定、參考。

在我國,為平衡追求程序利益,如何從立法論予以適度引進,以因應一般

損害賠償事件之特性，需求，固屬今後之課題。在引進該類立法例以前，從解釋論探討在現行法下承認上開聲明方式之可能範圍，亦屬要事。例如，在上開聲明態樣②之情形，原告於有關請求原因之陳述中，已示明近似額，法院非不得在其後審理中相當時期，經由闡明定原告所請求之限額。在此種下限額經表明之狀況下，原告之訴求及法院之審理均已限定於一定之範圍，對於被告之防禦權行使，已不甚妨礙，應可認其屬合法之起訴方式。倘法院能更進一步善用訴訟指揮，致力防止發生突襲，該類聲明方式之採行，尤無不許之理。要之，倘原告已於訴之聲明中表明其請求之最低額，並陳述或提出得據以認定損害額之必要基礎資料時，則其起訴尚無違反民事訴訟法第二四四條第一項第一款及第二款之可言，法院不應以原告未具體特定所請求之金額全部為由，認其起訴不合法。至於在上開聲明態樣③之情形，如於審理中相當時期（如：事實爭點整理後，證據調查開始前），能經由闡明使表明請求額，亦屬可許。

上開說明，係有關於筆者在民事訴訟法研究會第四十一次研討會，就一般損害賠償請求事件所為分析（載於「民訴研討四」三四頁以下）。惟就消費者或消保團體為其起訴請求賠償損害之事件而言，亦同樣遭遇舉證困難而待克服之課題，應可根據同上所述法理予以援用。並且，循同一方針，其後司法院民事訴訟法研究修正委員會已擬成具體條文（民訴法修正草案第二四四條第四項、第二二二條第二項），對外公佈。此類立法動向，可被評價為係認知平衡追求實體利益及程序利益之必要性。

(2)在容許採用上開聲明方式起訴之情形，對法院之容認額未能滿足之原告，於何範圍內得提起上訴，將隨同成為問題。關於上項問題之解決，今後尚有另從實質不服說及形式不服說之觀點，分別加以論斷之餘地（vgl. Albrecht Zeuner, Unbezifferter Klageantrag und Beschwer, Festschrift für Fritz Baur, 1981, S.741ff.）。於此，想先指明：在法院之容認額未達原告所表明請求之最低額或近似額時，如原告主張判決法院有關金額確定之評價或裁量權之行使含有瑕疵，而有所不服時，應得提起上訴請求救濟。

註五一：在民事訴訟，辯論主義之所以被採用，乃係為確定、尋求存在於實體利益與程序利益之平衡點上的真實、「法」。關於此，請參照邱聯恭「司法現代化」二二一頁以下。

註五二：參照邱聯恭「司法現代化」九六至九七頁

註五三：併參照邱聯恭「司法現代化」三〇五頁

註五四：併參照邱聯恭「司法現代化」二六四頁

註五五：併請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十三次及第四十三次研討會之闡述——載於「民訴研討(三)」五八七頁及「民訴研討(四)」四五八頁）。

【原載台大法學論叢第二十四卷第一期，一九九四年】

新世紀民事程序法建制之基本課題

——評論民事訴訟法修正走向之基本觀點——

壹、顧慮二十世紀繼受西方法制之異質性	
——以律師功能是否受重視為例	199
貳、因應紛爭事件類型之多樣化・複雜化	200
參、正視裁判機能觀之遞變並省思訴訟制度目的論	201
肆、提昇使用者對程序制度內容及其運作之信賴度・信服度	
・接納度	205
伍、保障程序主體權・追求確定發現真實與促進訴訟之平衡點上	
「真實」・「法」	207
陸、促成審理集中化	210
柒、徹底改革周邊司法制度・充實法之主體面	219
※註釋	221

壹、顧慮二十世紀繼受西方法制之異質性

——以律師功能是否受重視為例

我國在二十世紀前葉制訂之民事訴訟法，同於日本的民事訴訟法，均深受歐洲大陸法（德、奧等國之民事訴訟法）所影響，係由國家所指導之抄襲性繼受。此項移植大業，尚殘留著繼受西方法制不盡徹底之下述問題事項，有待於如今之修法者，加以顧慮、彌補：

第一是，在法的客體面存有繼受不足之問題。亦即，由於在繼受德、奧等國之民事訴訟法時，未及一併採用其相關之周邊制度，以致於我國民事訴訟法，在外觀形式上，縱然多有類如德、奧等國民事訴訟法之規定，卻在法之運作功能上仍難發揮同於母法之成效、作用。例如，在民事訴訟法上同時採用律師強制代理之法制，實異質於未同時如此採用之情形（註一）。由於我國民事訴訟法並未同時繼受德國自一八七七年以來所採用之律師強制代理制度，以致在運作訴訟法時，與德國存有功能上之重大差異。因為，律師強制代理制度之善用，在國民實現權利之過程及訴訟程序上，可發揮種種重要之功能，諸如：預防不必要或無實益之提訴、抑制不諳法律或缺乏訴訟經驗者之輕率提訴、就需要提訴之事件為較充分之事前準備以利達成迅速而正確之審判、就進行中之訴訟踐行其實效之陳述・辯論以利促成周詳之審理、促使法院進行公正審判而維護當事人或一般人對司法裁判之信賴……。（註二）著眼於此，應認真探討：在現階段之我國社會情勢下，究宜於何審級法院，如何強化律師代理之功能？又，應為此如何充實相關之周邊制度（如：法律扶助、律師酬金、律師養成教育等類制度）？

第二是，由於繼受外國民事訴訟法之際，未同時繼受其審判實務上之慣行及相關細則，以致如何彌補此方面之缺漏，亦成為二十世紀所殘留之課題。此類實務上慣行・細則，係與訴訟法典之運作密切關涉，並為使其發揮應有功能所必需。因此，在未併同訴訟法典予以移植之我國，如今之修法工作亦應致力於架設相當的橋樑，以使繼受自外國之法典得能銜接於我國情、水土之上，而避免其間之隔閡、游離。（註三）此項課題能否被克服，亦將對於修法之周全程度，發生相當之影響。

貳、因應紛爭事件類型之多樣化・複雜化

在二十世紀末之今日，人民之社會生活已然趨於多樣化・快速化・科技資訊化・國際化及價值觀多元化。此種趨向，亦將延續於二十一世紀之社會。隨著此類社會・經濟情勢之急速變遷，民事紛爭事件之質・量已多異於往昔，且在型態・內容上益趨於多樣化・複雜化。此種變化，不但實際上擴大了紛爭解決過程之困難度；同時，因為一般國民之權利意識已然更為高漲，終於也導致民事訴訟事件之激增，而加重了法院之業務負荷。（註四）

面對於此，為將有限之司法資源公平分配於各種或個別之民事事件，藉以合理減輕法官之工作負擔，並避免權利人因程序制度之使用致蒙受難與其所追求之實體利益（因客觀真實之確定、系爭實體法上權利・地位之實現所可獲得之利益）相均衡之程序上不利益（因程序制度之利用所額外支出之勞力、時間或費用），如何針對事件類型之特性・需求，依其究屬權利義務確定追求型、合目的性・妥當性判斷追求型、集團處理追求型、簡速裁判強烈追求型、法律外專業知識判

斷追求型或和諧關係維持追求型等等，分別妥為建構、選用各該類型事件所適合之程序制度・程序法理，並循以修正民事訴訟法，俾其能因應二十一世紀社會之需求，乃成為緊要之課題。是即有關如何準據民事事件類型審理必要論，從事修正民事程序法之問題（註五）。諸如：除繼續改革通常訴訟程序及簡易訴訟程序外，應為小額事件及一般消費者保護事件，創設符合費用相當性原理之程序制度；應適度擴充調解、仲裁等裁判外紛爭處理程序之適用範圍；應檢討如何重新調整審級制度及限制第三審上訴之可能範圍；為滿足涉外事件之特殊需求，應健全有關定國際審判管轄權、寬認境外法院裁判等程序制度；針對家事事件之特性，為其採擇適合之程序法理，而設置異於一般財產權紛爭事件之程序法制；……。

參、正視裁判機能觀之遞變並省思訴訟制度目的論

社會經濟情勢之變遷，另亦引發裁判機能觀之遞變。亦即，在現代，人民不僅止於期待・要求民事裁判發揮解決紛爭之機能；並也需求其發揮一定程度之形成政策機能。（註六）此事意味：如今，關於民事程序制度及紛爭解決方式之省思，已不應仍如往昔，僅將視野侷限於固有的訴訟事件類型（如〔圖表一〕所示），且不應單從近代之裁判機能觀，將法院定位為純解決紛爭之國家機關。而應同時正視新生之現代型事件類型（如〔圖表三〕所示），併立足於現代之裁判機能觀，認明法院同時亦扮演政策形成者之角色。（註七）蓋以就近代法治國家而言，裁判乃是適用法律而宣示「法」之所在及其內容為何之司法作用，係以固有的訴訟事件為主要對象。在此種裁判之過程，

法院所運作之審理方式，原則上祇要其能有助於法官循三段論法的涵攝模式，責由當事人主張・舉證該當於某實體法規之要件事實（如〔圖表二〕內c系列所示主要事實）存否，並在兩造所爭執的範圍內，以之為爭點事實而據以裁判，即屬已足。可是，時至現代，在程序法上或實體法上經非訟化（擴大法官裁量權）之情形及就現代型訴訟事件而言（註八），由於其相關事證之蒐集多有困難或需多勞費，其爭點事實之掌握或裁判之作成，如不選用可資以蒐得諸多相關間接事實（如〔圖表三〕內d系列所示）或有助於節省勞費之程序制度，將動輒招致程序上不利益，而難作成足以保障如下「五」所述程序主體權之裁判。

其實，縱使在上述適用法律為裁判之情形（如近代法治國家之裁判然），由於「法」與「事實」原常牽連難分（註九），以致受訴法院常須一面解釋實體法，一面認定事實而同時適用法律。並且，在此種審判過程上，法官往往須利用如〔圖表二〕內d系列所示間接事實（徵憑、情況證據）始能推定（推認）其中c系列所示主要事實（要件事實）之存否或阻止其推定。因此，受訴法院於為本案審理時所應掌握者，除上述要件事實以外，每亦及於關連之間接事實。此事尤以第一審法院之審理為然，因為其乃最接近於發生紛爭事實之時點，較諸上級審，更可能且更適宜蒐得有利於發現真實並促進訴訟之事證。否則，該事件之審理將難達成迅速而正確之裁判，難免動輒引發提起上訴，終致加重上級審法院之負擔，而阻礙或減少真正需要者使用法院之機會。何況，隨著社會生活之複雜化，不僅就現代型訴訟事件，即使就固有的訴訟事件而言，其相關之間接事實（事實群）或經驗法則已然越呈現多樣化之形貌，以致因其掌握非易，而有動輒造成程序上不利益之危險。為防免、減輕此類危險害及當事人之系爭中及系爭外財產權・自由權等，如何充實・選用有助於達成該項目的之程序制

度或紛爭處理方式，而準以修正相關程序制度，亦屬重要課題。

於此，想併指明，隨著上開裁判機能觀之遞變，紛爭之當事人及利害關係人就所應準以生活或處理・解決紛爭之「法」為何，往往有利用訴訟制度求法院經由裁判予以提示之需求，且此項需求每因社會變遷趨於急速化及生活複雜化而益加殷切。此時，在經法院為宣示以前，每難確知「法」之所在及其內容。為此，今後應省思向來所持民事訴訟制度目的論，再檢討其妥當性，而重新確立可準以前導革新有關如何發現・提示「法」之程序制度。事實上，關於民事訴訟制度之目的為何？又，其目的論在民事訴訟法上是否足以成為立法論・解釋論之指標？乃民事訴訟法學界向來所爭論，且為今日仍待面對、克服之課題。（註一〇）與此方面問題相關，論者因著眼於公害紛爭事件、消費者訴訟等類現代型訴訟事件所具異於固有訴訟事件之特性，遂強調當今民事訴訟之最大課題應為，致力探究如何救濟（中間）團體（如：環境保護團體、消費者團體）之權利・利益，而非可僅滿足於討論國家權益與個人（如：受公害之人、被害之消費者個人）權利・利益間之優劣；因此，能為此項課題之克服提供基礎理論，俾資以對於個人及團體為司法救濟之民事訴訟目的論，始為現代社會所切需；不宜僅將民事訴訟之目的泛論為解決紛爭或保護權利或維持法秩序云云（註一一）。

意識著此類問題，在遵循國民主權原理及立憲主義之今日，為貫徹保障國民基本權之憲法理念，應基於其相關保障規定，探討民事訴訟制度所由設之司法權作用究應何去何從，並檢視向來有關民事訴訟制度目的之權利保護說、紛爭解決說、依法解決紛爭說、私法秩序維持說、多元說、程序保障說及權利保障說等理論有何被懷疑之處。（註一二）為克服此方面課題，似應從筆者所倡「法尋求說」之觀點設計・運作訴訟程序制度。亦即，此說認為：由於憲法在承認國民主權

之同時，亦保障人民享有自由權、財產權及生存權等基本權；並且，為保障、實現此等基本權，又承認人民有訴訟權，設司法（行使司法權之法院）使其依「法」裁判當事人（利害關係人）間之法律上訟爭。亦即，為發揮此項司法作用，乃設立民事訴訟制度，委由國家機關即法院運作之。在此意義上，於當事人或利害關係人間就特定利益（「法」所承認之利益）·權利義務或法律關係之存否有所訟爭，而互不確知應準以判定其存否之「法」（以憲法為基本，在其體制內所是認之法規範）「為何時，恒可利用訴訟制度求法院宣示該「法」之所在及其內容為何，俾使之經由裁判獲得實現。準此，民事訴訟制度之目的應是：「法」之尋求·發現·提示。此種訴訟制度目的論所特別強調的是：其所指應尋求的「法」係指存在於實體利益（如：因特定實體法上權利經裁判為存在，即特定實體法規範被適用時所可能獲致的利益）與程序利益（如：因程序之使用或減免使用所可能獲致之勞力、時間或費用之節省）之平衡點上者，而非僅指在訴訟外從客觀上據以判定某私權存否時所適用之實體法規範而已，尚有所不同於向來有關民事訴訟制度目的之權利保護說為判定其認為應受保護之權利是否存在時所準據之實體法。要之，設立民事訴訟制度之目的，不僅係基於實體法上觀點為保護系爭之特定權利（實體私權）以貫徹有關於此之憲法上保障規定；同時亦係從訴訟法上觀點為平衡追求程序利益以符相關之憲法上一併保障系爭外諸基本權之旨趣。因此，法院行使司法權解決當事人間之具體訟爭時所適用之「法」，係經由程序之踐行而尋得，乃存在於上開意義之實體利益與程序利益之平衡點上，雖基於上述實體法上觀點亦關涉實體法規範之適用（雖兼以實體法作為裁判規範之一），惟由於兼顧上述訴訟法上觀點之結果，已有所異於客觀上存在於訴訟外·起訴前紛爭發生時所應準以判斷系爭權利義務存否之實體法規範。例如，依此項訴訟法上觀點，應該且有必要立法

承認特定團體（如：環境保護團體或消費者保護團體）得成為權利受害人之訴訟擔當（訴訟信託）者，而非必以該團體受讓該權利之全部為前提要件，藉以為權利受害人平衡追求程序利益（減輕受害者個人蒐證辯論時之勞費負擔、增強遂行訴訟能力）。（註一三）又，此方面課題之處理，尚與下述「五」之闡論有關。

肆、提昇使用者對程序制度內容及其運作之信賴度·信服度·接納度

向來，一般論者或多認為，紛爭之訴訟上解決係因法院所下裁判具有源於國家法之強制力（對於訴訟當事人甚至一般第三人之拘束力）所獲致，初不必深論其當事人或關係人（尤其是因裁判之結果受不利影響之人）是否滿足於裁判內容，判決本身恒可發揮解決紛爭之功能；何況，法院之裁判原以兩造當事人間存有對立之利害及互不相容之主張為本案審理之前提，進而駁斥其中一造並容認他造之利益主張，在此種制度構造下，縱其隨伴引發一造當事人對裁判之不滿現象，亦屬人情之常，何足為奇，應無須為此多費心思探究如何消除程序制度使用者（指：訴訟當事人或一般國民即全國納稅人）對裁判之不滿云云。可是，此類見解，並未同時擴展視野於下述論點，尚有商榷之餘地。

亦即，事實上，人民對於裁判制度越感不滿，則將越趨向於逃避其使用。此種現象之增多，必將阻礙裁判制度之安定或健全發展，終將造成其解決紛爭功能萎縮、法院之存在意義逐漸減低或喪失等結果。（註一四）並且，誠如歷來之實務驗證所顯示，訴訟當事人對於其曾親自參與之裁判過程越能信服·滿足，則其自動自發順從裁判內

容所示紛爭解決方案之機率亦恒屬愈高，此乃當事人愈能接納裁判結果之表徵。其適例如：在下級審（尤其第一審）法院之程序運作，能使敗訴者信服於裁判之範圍內，其提起上訴之比率恒屬較低；又，在法院能使當事人間心甘情願達成和解之情形，較諸經判決之場合，其自動履行率常屬更高。（註一五）何況，再以給付判決之情形為例而言，如僅動輒強調其終可成為執行名義，而據以強制未必信服於裁判者為履行，則難免因採行執行程序之故，致更增多勞力、時間、費用之額外付出，並加深關係人間之不必要摩擦、衝突。其程序之採行，實同時意味該裁判尚難謂已圓滿實現權利・正義。此類情事之發生，存在，正顯示其紛爭仍不能在平和中獲得解決，其受訴法院所為審判程序之運作，畢竟尚未能謂已到達法律制度之理想狀態。（註一六）因此，在構思如何修正訴訟法以充實程序制度之際，自不應僅以本案判決可能具有執行力或既判力為由，遽認為訴訟制度已充分發揮其解決紛爭之機能。換言之，致力於經由程序制度之設計及運作，促使當事人更加信賴・信服・接納裁判或其他紛爭處理之結論，進而自動自發順從其中所示內容為履行，仍屬值得追求達成之目標。

基此認識，為提昇裁判制度或其他紛爭解決制度之使用者對裁判或紛爭處理過程及其結果之信服度・接納度，並使程序制度充分發揮其應有之機能，追求達成其理想目標，今後除應探討裁判形成過程之特質，以便更深入了解程序制度使用者對裁判之滿足度，究竟與程序制度之機能發揮，尚有何等本質上關連以外，也應從實踐的觀點，認真檢視向來的程序制度存有何種未能充分獲得使用者信賴之缺失，進而予以彌補，並增設、充實有益於促使當事人接納・信賴之訴訟程序內容及其他紛爭解決方式。（註一七）

伍、保障程序主體權、追求確定發現真實與促進訴訟之平衡點上「真實」・「法」

憲法在承認國民主權之同時，亦保障國民享有自由權、訴訟權、財產權及生存權。依據此等基本權之保障規定，在一定範圍內，應肯定國民之法主體性，並應對於當事人及程序之利害關係人賦予程序主體權（程序主體地位）。此即所謂程序主體性原則，乃立法者從事立法活動、法官運用現行法、及程序關係人（含訴訟當事人）為程序上行為時，均須遵循之指導原理。在適用此項原理之程序上，其程序之當事人及利害關係人，不應淪為法院審理活動所支配之客體。準此原理，應賦予對程序之進行有利害關係之人相當之程序保障。亦即，就關涉該人利益、地位、責任或權利義務之審判程序，應從實質上保障其有參與該程序以影響裁判形成之程序上基本權；而且，在裁判作成以前，應保障該人得能適時・適式提出資料、陳述意見或為辯論之機會；在未被賦予此項機會之情況下所蒐集之事實及證據，應不得逕成為法院作成裁判之基礎。（註一八）

據上開原則，以訴訟程序之運作為例而言，訴訟當事人即程序主體不僅可請求受訴法院實現其實體利益；亦可請求法院維護其（當事人）程序利益（因簡速化程序之利用或避不使用煩瑣・乏實益之程序，所可節省之勞力、時間或費用）。亦即，法院之審理活動應以能兼顧滿足發現真實與促進訴訟等二基本要求為追求之理想目標。（註一九）為此，受訴法院對於當事人一方面應賦予發現真實（追求實體利益）之機會，一方面則應同時賦予其有促進訴訟（追求程序利益）之機會。倘法院未賦予當事人相當之機會，俾其得能藉以提出有助於

發現真實之攻擊防禦方法，則該審理活動即屬對該當事人（因未被賦予該項機會致蒙受實體上不利益之當事人）造成發現真實的突襲。又，倘法院未賦予當事人相當之機會，使其可用以提出助益促進訴訟之資料，則該審理活動即屬對該當事人（因未被賦予該項機會致遭受程序上不利益之當事人）造成促進訴訟的突襲。此類突襲之發生，均有害於當事人之程序主體地位，應設立並運用相當之程序制度予以防止。是即所謂防止發生突襲性裁判之基本要求，應準以前導立法者及法官之職務活動。（註二〇）

應特別指明者，訴訟程序之進行倘未能及時避免發生程序上不利益，而造成勞力、時間或費用之額外付出，則不僅對於系爭之實體上利益，同時也將對於系爭標的外之財產權或自由權等，有所減損、消耗或限制，均有害於憲法所保障之基本權，應非所許。因此，受訴法院於運作訴訟程序時或立法者在設計程序制度時，必須兼顧當事人之實體利益及程序利益，予以等量齊觀，並致力賦予當事人有平衡追求此二利益之機會。在此意義上，發現真實之要求並非恒處於最優位，受訴法院之審理活動應以追求確定發現真實（客觀真實）與促進訴訟等二者之平衡點上的「真實」，「法」為首要目標。（註二一）是乃事實審理之制度目的。在追求達成此項目標之過程，立法者及法院既然均被要求應致力於謀得上述二種利益之平衡，此事同時意指：應肯定一般人民及訴訟當事人對國家有適時審判請求權，應被賦予受適時、適式審判之機會；並且，在無害於公益（全國納稅人之利益）之一定範圍內，應被承認程序選擇權，得據此選用較有助於平衡追求實體利益及程序利益之程序。（註二二）

要之，上述程序主體性原則及事實審理制度目的論，因其法理基礎具有基本權性，除應據以調整向來有關直接、間接審理、言詞、書面審理、公開審理與否等諸主義之適用範圍並建構訴訟審理方式以

外，同時也應準以省思、設計、運作其他紛爭解決制度（如：仲裁、調解、和解……）。亦即，關於民事程序制度之構成及運作，應致力使其具有助益於保障當事人平衡追求上開二種利益之程序內容，而在此前提下合目的性決定訴訟審理主義之支配範圍。並且，應準照上開觀點，重新檢討實體法與程序法在今後社會之對應、互動關係，而不宜無條件將系爭實體私權之保護列為民事訴訟制度運作之唯一、首要目的。從而，未充分顧慮當事人之程序利益及選擇程序之意願，竟片面認為恒應優先追求發現客觀真實（獲得實體利益）之見解（註二三）；又，未充分兼顧當事人之實體利益及選擇程序之意願，一味強調促進訴訟應優先於發現客觀真實之態度（註二四），均難令人無疑。

此外，上開二種利益相互間之優劣輕重，尚有依事件類型審理論，視各類事件之特性、需求，分別予以判定而均衡追求之必要。（註二五）析言之，就強烈需求簡速裁判之事件（如：小額輕微事件或一般簡易事件）而言，依費用相當性等原理（註二六），不僅為當事人之私益，尤其為公平賦予其他一般人（含：全國納稅人）亦有平等使用程序制度之機會，在維護此類公益所必要之範圍內，促進程序之要求有應優先於發現真實之要求者。例如，民事訴訟法第四二七條第三項、第四項寬認適用簡易程序之可能範圍以優先追求促進訴訟，即其一例。可是，與此類事件相較，就固有的訴訟事件類型（如：〔圖表一〕所示）而言，則不竟然。亦即，關於此種事件之審理，除非當事人間有選用簡易程序之合意，原則上宜優先適用較有助於發現客觀真實（達成正確裁判）之通常訴訟程序。同時，在審理此類事件之程序上，尚應依上開保障程序主體地位、適時審判請求權等法理，賦予當事人有平衡追求實體利益（發現客觀真實）與程序利益（促進訴訟）之機會。（註二七）

宜併留意者，關於發現真實與促進訴訟等二基本要求在訴訟程序

上應如何定位，尙涉及此二者經與其他法律上基本要求或原理相較量之結果，是否應有所退讓之問題。例如，鑑於訴訟之集團・大量現象（*Massenerscheinung*），為滿足程序經濟・擴大程序制度解決紛爭功能之要求或貫徹合併審判・統一解決紛爭之目標，亦有必要致力於使此類目標達成與上開有關發現真實或程序選擇機會之保障相調和（註二八）。此種調和之必要性，每存在於需求將可能受裁判影響之訴外紛爭第三人引進訴訟程序或寬認訴之追加等情形。又如，應否在一定範圍內，從立法論上或採用形成判例之方式，禁止使用以顯然違反公序良俗或違法（憲法、一般實體法）之方法所蒐集之證據，亦屬當今訴訟法上之一項課題。更具體言之，偶有舉證人為獲得利己之事實認定，竟提出其以反社會性之不正當手段所蒐集之物件（如：因侵害隱私權而竊聽盜錄之錄音帶、因妨害通訊或侵犯居住自由而竊取之文書）。在訴訟法上，允許採用此類物件為證據方法，固然有利於發現客觀真實或促進訴訟，惟在實體法上，該類物件之取得既係以侵害他人之人格權、隱私權等為手段，畢竟具有違法性，不宜全被容許作為證據使用。在其不被容許之範圍內，發現真實及促進訴訟之要求即有退讓之必要。另一方面，如舉證人所採以蒐集證據之手段僅具有低度之違法性，並有比對造更應受保護且較優越的正當利益時，似無須一概否定該證據之證據適格。

陸、促成審理集中化

訴訟之本案審理應儘可能使程序集中化（*Konzentrierung*），並以開一次言詞辯論期日即可終結為理想，此即所謂集中審理（集中辯論）主義（*Konzentrationsmaxime*）之要求。循此項原則所採行

之審理方式，係為達成短期間內終結某一事件之目標，就該事件之辯論，或集中於一次言詞辯論期日一舉為之，或繼續開數次言詞辯論期日而不予時間上隔離，且於該數次期日之間不審理其他事件。在此種情形，從法院繼續審理某一事件觀之，係於該事件經繼續不斷審理而終結以後始移向審理他一事件，故亦稱其原則為繼續審理主義。相對於此，所謂併行（合併）審理主義則指法院併行審理多數事件，而容許就有關某一事件之言詞辯論予以期間上間隔而為斷斷續續之審理・辯論。在此種情形，由於法院係將某同一事件予以時間上分割，而於其間分別開多次期日為審理，所以亦稱為分割審理主義。我國向來之審判實務，在隨時提出主義下，多有慣行合併（分割）審理之現象。

通常，在訴訟之審理過程，調查證據係較需花費勞力、時間之程序部分，尤以調查證人及訊問當事人本人為然。因此，為提高訴訟程序運作之效率，如何改進相關之審理方式（含調查證據之方式），以利集中調查證據（集中於一次調查證據期日或儘量縮小調查證據期日之間隔，以便在短時間內對必要之證人等為調查證據），乃成為影響集中審理主義能否貫徹之重要關鍵。（註二九）

準上以觀，為實現集中審理主義之理念，應致力於促使審理集中化。亦即應儘量緊縮審理期日而減少開庭次數（減少調查證據期日及言詞辯論期日）。在此意義上，審理集中化方案之充實乃實現集中審理主義之必要前提，而審理集中化方案之充實度也規定了集中審理主義之貫徹度。當今，審理集中化乃美、德、日等各國，於建構訴訟審理方式或運作現制時所共同追求達成之目標。（註三〇）此種取向之理由，主要係重視集中審理具有如下所述之優點，而可發揮種種功能（註三一）：

第一，有利於節省勞費，避免招致程序上不利益。亦即，集中審理可避免審理及調查證據之重複，且法官及當事人（含訴訟代理

人——律師)均不必於逐次開言詞辯論期日前,一再重複研閱筆錄案卷。如果採行分割審理方式,則於每次期日前,為期日之準備,基於回憶或確認既經進行之程序內容(已主張或調查之證據內容)等需要,當事人及訴訟代理人往往不得不按次重複研讀已有之筆錄或附卷之資料;其不如此者,亦須按每次期日自作備忘錄應用,以致均將造成不必要之勞費,成為彼等之重大負擔。況且,在分割審理之情形下,於每次期日開始前,為喚起當事人及關係人之記憶,難免有重複為引導訊問或陳述之必要。此事亦將延緩審理之進行,招致額外花費。此類重複之勞費付出,常可藉集中審理予以及時防免。至於集中審理可使當事人本人及其代理律師減少到庭次數,且節省等候開庭之時間。此種便民措施,有利於防免人民疏離法院,甚為明顯。從此角度言之,審理集中化實具有促進訴訟之功能。

第二,有利於提昇裁判(事實認定)之正確性。因為,在集中審理時,法院可集中於特定之爭點事實,一舉訊問具關連性之證人或併調查其他必要之證據,行綜合之分析論辯,藉此蒐集新鮮之心證形成資料(含全辯論意旨及調查證據之結果),以利形成自然而正確之心證(註三二)。與此不同,如為分割審理,則由於二次期日之時間上隔離,難免在目前所開期日,發生遺忘、淡忘先前期日中證人所供述或當事人、關係人所陳述等類情事,並可能因此另招致法庭上不必要之對立狀況(當事人間、關係人間、彼等相互間或與法官間之誤會、對立)。此類情事之發生,存在,均頗不利於形成正確之心證,而有害於發現真實。可是,倘踐行集中審理,在當事人與關係人等同庭會面而均仍記憶新鮮之狀態下,法院每較容易化解彼等間或其與法院間之誤解、誤認,藉此可及時儘量避免誤判。可知,審理集中化可發揮助益發現真實之功能。

第三、有利於賦予當事人平衡追求實體利益及程序利益之機會,

並提昇當事人及關係人對裁判之信服度、接納度。因為,於集中審理之法庭上,在場之當事人本人、其代理律師、程序上關係人及一般旁聽者,常能親眼察視同一事件審理過程之始末。此種情境,正如同觀看一幕戲劇般,較可能使彼等在相當自然之氣氛下掌握事件全貌,而與受訴法院法官形成共同或相近之心證、判斷。如採行分割審理,則因其潛存著造成上述誤會、對立之危險,恒較難使彼等間獲得自然而相近之心證。因此,較諸分割審理而言,受訴法院在集中審理之程序上所達成之結論,不管其屬暫定的心證或終局的判斷,常更能贏得當事人及一般人之信服。

尤其,就該事件所涉實體利益與程序利益之大小(如:因舉證之難易或證言之值否採信所牽涉之利害得失),每較易達成相近之衡量、判斷。此時,倘受訴法院以其已形成之判斷結論為基礎,能一面踐行公開心證(如:向當事人表明「剛才在場之某證人或鑑定人證稱……」)或表明法律見解之程序(註三三),一面勸使當事人就地衡量該事件所涉實體利益與程序利益之輕重得失,將更有達成和解之可能(註三四);縱使未能致此,該項程序之踐行,亦有助於促使當事人(律師)進行證據分析,然後就事實及法律問題,基於集中審理中所得共同認識,排除、限縮有害於其利益追求之不必要爭點,或及時匡正法官因於職業上偏向可能為之證據評價。何況,此類共同認識之促成,較諸未然之情形,有利於減少提起上訴之機率常屬更大。

要言之,在上述範圍內,集中審理應有益於提昇當事人及關係人對裁判之過程及內容之信服度、接納度(參照上述「四」之說明),且可發揮平衡追求實體利益與程序利益之機能。在重視此項機能之前提下(參照上述「五」之闡述),應肯定:審理集中化對於確定發現真實與促進訴訟等二要求之平衡點上真實,係屬必要而有益。

第四,有助於貫徹言詞審理主義、直接審理主義及公開主義等原

則，促使各該原則發揮應有之作用。亦即，較諸分割審理之情形，於集中審理之程序上，受訴法院常更可能利用當事人、訴訟代理人（律師）及關係人尚在同辯論庭上且記憶均猶新的機會，當場為闡明並與彼等對話，藉以更充分發揮直接審理主義（註三五）、言詞審理主義及兩造聽審主義（註三六）之應有機能。此類作用之發揮，尤以法院同時踐行上述公開心證之程序時為然。而且，此類程序之踐行，除有助於從實質上貫徹當事人公開之原則以外（註三七），亦使法庭上旁聽者同處於更可能了解案情全貌及審判過程之狀態，實大有益於強化國民對審判之信賴感、貫徹法庭（一般）公開主義之精神（註三八）。

第五，有助於提昇審理之計畫性，促使法院及律師之業務管理均更加合理化。質言之，審理集中化之目標追求，必然促使律師（當事人）與法官均須致力為充分之期日前準備。就律師業務之合理化而言，為滿足審理集中化之要求，律師常須事前更周詳聽取當事人本人之意見及蒐集相關之事實證據，而為較審慎之研判。此項作為將有益於抑制不必要之提訴或爭辯，節省勞費而平衡追求程序利益。並且，律師就某一事件因集中審理所節省之勞力、時間或費用，常可再轉用於就其他事件為較充分之準備。此事不但對於律師酬金及事務所業務管理之合理化，可能導致正面影響（註三九），且亦有益於其他事件之審理集中化。又，為達成審理集中化之目標，法官須於期日前詳研案情，預為相當之準備，並責由書記官等業務相關人員與之配合。如此作為，不但可促使法官更加留意事先妥為擬定審理計畫；且能使書記官節省不少重複準備期日及一再制作筆錄之勞費，謀得法院一般業務更加合理化（註四〇）。

〔圖表一〕

事件類型	事件之特性	判決之基礎事實	主要審理方向	主要程序法理
確認所有權事件	△過去事實之認定 △法律之適用 △權利存否 △權利確定目的性	該當於取得權利之事實（如：不動產登記完成、動產占有移轉、取得時效完成、繼承或善意取得……等事實）	掌握成為爭點之要件事實→需求有助於此之審理方式	△處分權主義 △辯論主義（主張、舉證責任等） △言詞主義 △直接主義 △公開主義 △嚴格證明 △二當事人主義
請求履行買賣契約或確認買賣關係事件	△過去事實之認定 △法律之適用 △權利存否 △權利確定目的性	該當於發生請求權及買賣關係之要件事實（就買賣標的物及價金額意思表示一致之事實等）	掌握成為爭點之要件事實→需求有助於此之審理方式	△處分權主義 △辯論主義（主張、舉證責任等） △言詞主義 △直接主義 △公開主義 △嚴格證明 △二當事人主義

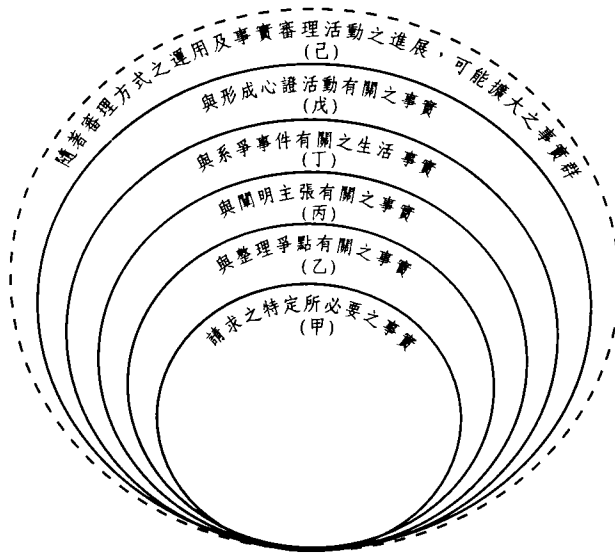
〔圖表二〕

當事人	訴之聲明 →a	權利之主張、爭執 →b	與事實審理活動有關之事實、資料			
			c (推定事實、主要事實)	d (前提事實、間接事實)	e (補助事實)	f (證據)
甲→原告 乙→被告	甲：乙應將A地返還予甲 乙：駁回甲之訴	△甲：甲對乙就A地有所有物返還請求權 △乙：乙就A地對甲有租賃權	c ₁ → 甲、乙間曾約定就A地之使用收益，乙按月支付甲一定對價之事實 c ₂ → 甲、乙間曾約定由乙就A地為使用收益，而乙應於使用後返還A地予甲之事實 c ₃ → 甲將A地交付乙之事實	d ₁ → 訴外人丙曾聽聞乙表示有意向甲商用A地 d ₂ → 乙曾交付相當現金予甲之事實 d ₃ → 甲曾託人向乙催討相當於租額的金錢之事實 d ₄ → 甲曾見聞乙使用A地，卻未表示反對之事實 d ₅ → 甲曾同意承租A地之事實 d ₆ → 戊曾見聞：甲於獲丁通知已將A地租賃權讓與乙一事以後，曾向乙表示同意之事實 d ₇ → ……	e ₁ → …… e ₂ → …… e ₃ → …… e ₄ → ……	f ₁ → …… f ₂ → …… f ₃ → …… f ₄ → ……

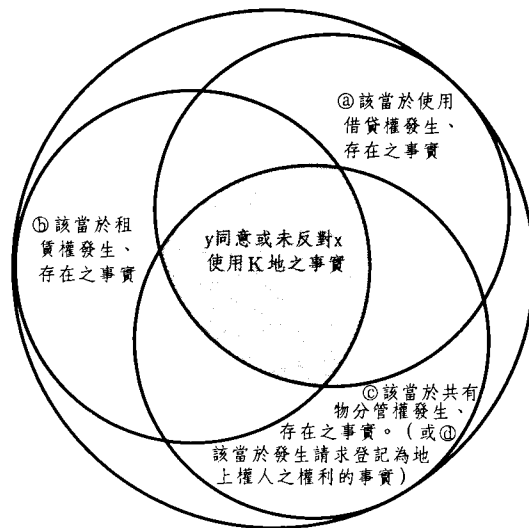
〔圖表三〕

當事人	訴之聲明 →a	權利之主張、爭執 →b	與事實審理活動有關之事實、資料			
			c (推定事實、主要事實)	d (前提事實、間接事實)	e (補助事實)	f (證據)
甲→原告 乙→被告	甲：乙不得使其所有(屬)某處機器運轉、操作所發噪音及震動，超過自每日上午七時至下午九時間噪音○○分貝、震動每秒○○毫米；又，上午六時至七時及下午九時至十二時間噪音○○分貝、震動每秒○○毫米，侵入如圖表所示甲之住居地內。 乙：駁回甲之請求	△甲：生活妨害制止請求權	d ₁ → 有關受害狀況之事實 d ₂ → 有關妨害人乙主觀上惡性之事實 d ₃ → 有關妨害態樣之事實 d ₄ → 有關妨害發生之地域性、公共性等事實 d ₅ → 有關能否防免損害發生之事實 d ₆ → 有關許否制止請求所可能導致之利害大小等事實 d ₇ → ……		e ₁ → …… e ₂ → …… e ₃ → …… e ₄ → ……	f ₁ → …… f ₂ → …… f ₃ → …… f ₄ → ……

〔圖表四〕



〔圖表五〕



柒、徹底改革周邊司法制度・充實法之主體面

本世紀中，在我國社會，因受戰亂、戒嚴、政治腐化等諸多社會不安因素所影響，國民之道德意識・正義情操已然遭受異常之扭曲・損傷；而運作民事程序制度之司法，始終未能博得人民之信賴。此種現象，在汲汲於黨利黨略之環境下，即使時至最近，仍未獲應有之改善，以致司法裁判屢遭輿論所詬病，而瀕臨嚴重之危機。（註四一）因此，如何培育・健全國民之法意識；又如何徹底改革司法，鞏固以運作民事程序法制之基石、確立國民對司法裁判之信賴、恢復並維繫國民與法秩序間應有之正常關係，均成為跨世紀之重大課題。（註四二）其克服實有關於如何建立溫暖而富有人性之訴訟制度，以及如何促使再度認知司法之運作應以確保、伸展國民之法主體性為使命。（註四三）

事實上，法官及司法裁判是否真能贏得國民之信賴，係深受法曹之素養、正義衡平感及所受教育之質、量等諸多因素所影響。又，即使形式上存在著壯觀之法客體，倘未同時配備力能予以靈活運用之主體，畢竟終難有效發揮法制應有之機能。因此，須正視我國傳統上並無法律家主體性教育之缺陷，而認真檢討二十世紀中所施全民法律教育、大學法學教育及法官・律師等法律專家之養成教育存有何等缺失，進行全面性改革。（註四四）是即有關如何克服我國在二十世紀前葉繼受歐陸民事訴訟法以後所殘留，應如何彌補「法的主體面」缺漏之課題。（註四五）

至於所謂司法改革，實具有多義性，且所涉層面不一，除包含本文如上所論程序法改革以外，尚有司法大改革、司法小改革、司法行

政改革、技術上司法改革等。所謂「司法大改革」係指有關法院之設置・組成、審級及法官之員額・養成・遴選任用・人事等方面之改革。所謂「司法小改革」則指有關法官職能活動之變易以及將其部分權限委由司法法務官（Rechtspfleger）、法官助理（Richtergehilfe）或書記官等其他司法人員處理，以減輕法官負擔等方面之改革。此外，「司法行政改革」係有關於司法預算・經費之編列・支應及其他人物設施・配備等方面之改革；而「技術上司法改革」則指有關新技術・器具等之引進・善用等方面之改革而言。（註四六）由此觀之，有關民事程序法建制之周邊司法改革，實牽涉諸多層面之問題，非全屬本文所擬詳予論列之範圍。關於此，除筆者曾以「司法之現代化與程序法」為名，就保障平等使用法院之機會（司法之社會化・現代化）等制度上要求，專書有所闡論（註四七），或可先供參考外，茲為便利今後進一步研擬司法改革方案之細節，特參照德國民事審判制度修正準備委員會從自由而獨立之立場，經多年研議後於一九六一年所提出之報告書（Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit），就我國目前所應然之主要關心事，再補述司法改革之若干原則性重點目標及應有取向，附於文末，以資省思我國司法變革究應何去何從：

（一）司法及法官未能博得國民之信賴，乃司法審判制度之最重大缺陷，必須予以徹底消除。為此，應先促使制度運作者（法官、律師等法律專職者）均能充分悟知所負司法使命之重大性，並自覺為此奉獻恆須優先於一己私利之追求。

（二）司法改革應以能有所貢獻於促使「法」活生生結合於國民生活中為目標。為此，應盡力培育・健全國民之法意識（權利・義務意識）；使全體國民確信基本人權均應受尊重・保障，而任何人均不得超越於法之上，且司法絕不偏頗於任何黨派。

（三）司法改革必須盡力確保司法權所應有之憲法上地位，並強化法官職務之權威性及尊嚴。

（四）司法改革必須以致力養成・徵募稱職而優秀之人材充任法官為首務。為此，應竭盡所能改善或創設其目標達成所必要之環境・條件，以遴任或養成具相當人格感化力且所為裁判真能使人心悅誠服之法官，並消除敗類，而不應僅以充任法官者已熟練・專精於法律適用之技巧且能勤勉從事審判為滿足。否則，將難經由法官之裁判或訴訟程序之運作，將「法」之精神深植於國民之意識中，亦無從使社會一般人活生生感受到「法」之作用。

（五）……

〔註釋〕

註一：關於民事訴訟法有未同時採用律師強制代理制度之異質性，請參照三ヶ月章「民事訴訟法研究」第四卷（一九六六年）四九頁。

註二：關於律師強制代理制度之功能，請參照邱聯恭「司法之現代化與程序法」（一九九二年）（以下略稱為「司法現代化」）一八六頁以下。

註三：關於日本繼受歐洲大陸民事訴訟法以後所殘留之同類課題，請參照中野貞一郎「司法改革的軌跡」（三ヶ月先生古稀論集上，一九九一年）七頁以下。

註四：關於我國法院受理、終結事件之實際情況，請參照司法院「民事法律專題研究（七）」一四頁以下及司法院「司法案件分析（中華民國七十六年）」二頁以下。相較於德國聯邦普通法院（BGH）之廢棄率為21%、日本最高法院之廢棄率為1.7%等民事審判實務狀況〔參照岩佐善已等「民事訴訟のプラクティスに関する研究」（以下略稱為「プラクティス」）（一九八九年）二頁以下；林屋礼二「西ドイツの近年の民事裁判統計」（民事訴訟雜誌三五号，一九八九年）二一頁以下；石垣君雄「民事訴訟の現状と運営の動向」（以下略稱為「民事訴訟の現状」）（民事訴訟雜誌三八号，一九九二年）五一頁以

下〕，在我國，第三審之廢棄率及發回更審之比率恒屬偏高〔約占終結件數之30%強〕，而據以發回更審之原因事由，歷年來多集中於原審法院未盡調查證據之能事及事實認定錯誤等，其所占發回件數之比率均頗高〔除上開資料外，併請參照司法周刊第二八九期一頁〕。又，在上開統計資料所示年代，西德之人口約為五千七百萬，其上訴第二審之件數，實低於我國〔在同年代最高法院係受理人口約二千萬人所發生之事件〕。此類現象意味：向來，當事人對於事實審理及事實認定之信服度・接納度仍相當低，已成爲嚴重問題。爲此，如何因應事件質・量之變化，積極改革・健全民事程序制度及其周邊制度，充實事實審理之內容，以提昇當事人及一般人民對裁判之信服度・接納度，應屬急務。

註五：關於民事事件類型審理必要論，請參照邱聯恭「程序保障之機能——基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論之觀點——」（台大法學論叢十七卷一期，一九八七年）一九八頁以下（本書六一頁以下）。

註六：近代之裁判機能觀與現代之裁判機能觀係併存於現代社會，而分別對法官之審判活動，需求不盡相同之程序內容及審理方式。關於此，請參照邱聯恭「司法現代化」九頁以下。

註七：向來有關民事審判制度之改革論，有較強調探討如何發揮其解決紛爭機能者。例如，西理「民事裁判における訴訟運営の理論と實際(上)」（以下略稱為「運営の理論と實際(上)」）（判例時報一一〇二號，一九八四年）三頁以下；佐々木茂美「民事訴訟の審理を充実させるための方策案と實務における実施経験」（以下略稱為「民事訴訟の審理」）（民事訴訟雜誌三六號，一九九〇年）二四一頁；岩佐善巳等「プラクティス」（見註四）一頁以下；西野喜一「民事集中審理の問題点」（判例時報一三四一號，一九九〇年）三頁。

註八：在固有的（傳統的）民事紛爭事件，通常係以當事人間特定權利義務之存否及其範圍爲處理對象，而具有類如〔圖表一〕所示之事件性質、程序特徵。可是，在現代型紛爭事件，其爭點往往具公共性而社會化、政治化，此間實交錯著公的因素與私的因素之緊張關係。此種事件之共通特徵有：

(1)就當事人之特殊性而言，其有意主張權利者往往爲權益受侵害之多數平民，而且另尚潛存著許多實質的利益主體（尚未以形式上當事人之地位出現於程序表面之被害人），具有集團性或擴散性。此等人每欠缺足以獨立起訴主張權利（含蒐集事實證據等）之資力、知識及經驗。可是，其被告則以大企業機構或公共團體爲主，此等被告常擁有龐大之資力及豐富之知識、經驗，非受害之個人所能獨立與之抗衡。因此，有需設立相當之程序制度，以匡正當事人間之能力上差距，而維持其間之實質上平等。

(2)就請求之內容而言，除請求賠償已經發生之損害以外，往往非併請求制

止妨害續發，將不足以充分保護受害人之權益。在此種情形，爲了達成抑制侵害行爲續發之目的，程序制度之設立及運用須能有助於裁量酌定相當之賠償方法、金額，或考量諸相關要因，爲展望性、創設性之判斷。

(3)主張、證明權利所必要之事實、證據，大多偏在於被告所支配獨占之領域（如：有關生產、製造過程等公害發生源之資料，係在加害者即企業之工廠內），而且，其爭點事實之判斷多需借助於科技新知，非受害人自力之所能。因此，如何採擇適合之程序制度，以減輕或緩和受害人之主張、舉證責任，而改善其蒐集事實、證據之能力，乃屬要事。〔併請參照邱聯恭「司法現代化」一三、一四頁；新堂幸司「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか」（民事訴訟制度の役割，一九九三年）一五三頁以下〕

註九：在民事審判過程「法」與「事實」常牽連難分一事，係有關於法官與當事人（律師即訴訟代理人）應如何分別發揮功能、分擔任務等基本問題。請參照邱聯恭「司法現代化」一四三頁以下、二二三頁。

註一〇：參照松浦 馨「民事訴訟とは何だろうか」（判例タイムズ八〇六號，一九九三年）九頁以下；竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」（民事訴訟雜誌第四〇號，一九九四年）一頁以下；新堂幸司「民事訴訟制度の役割」（一九九三年）四七頁以下；一〇一頁以下；三七四頁以下；同・「民事訴訟の目的・訴訟觀」（新堂幸司・小島武司編「注釈民事訴訟法(1)」，一九九一年）八頁以下；高橋宏志「民事訴訟の目的論について(1)及(2)」（月刊法学教室一〇三號及一〇四號，一九八九年）六四頁以下及五二頁以下；木川統一郎「訴訟制度の目的と機能」（講座民訴①，一九八四年）二九頁以下；住吉博「民事訴訟の目的」（三ヶ月古稀祝賀文集中，一九九一年）六七頁以下。

註一一：松浦・前掲（見註一〇）一一至一五頁。

註一二：向來有關民事訴訟之目的論，不僅幾乎未正面觸及其與憲法之關係，實不盡符合立憲主義之精神〔同論參照竹下・前掲（見註一〇）二頁〕；並未充分意識到程序利益之追求亦與系爭實體私權之保護，同爲保障憲法上相關基本權所必要。在此意義上，法尋求說植基於前述憲法上有關基本權之保障規定，特別強調應平衡追求程序利益一事，自較能兼顧多元觀點（亦從訴訟法上觀點，不侷限於實體法上觀點），而更周延闡明訴訟制度之立法論・解釋論。要之，對於向來有關民事訴訟制度之諸目的論，尚存有多項疑問。關於此，請參照本書一六一頁以下之評論。

註一三：關於「法尋求說」如何前導解釋、運用有關消費者保護訴訟之程序法，請另參照筆者在民事訴訟法研究會第五十二次研討紀錄內補註一之說明（刊載於法學叢刊第一五六期）。

註一四：就私人間民事紛爭之解決，是否訴求法院為裁判，依處分權主義及司法之被動性（無訴求即無法官）等原理（參照邱聯恭「司法現代化」四八頁、一三五頁以下）係委諸於當事人之自主判斷，而非受國家所強制。在此項使用法院基於自發性之前提下，人民對裁判愈感不滿，則將愈逃避使用法院，終使審判制度應有之機能趨於萎縮。因此，訴訟制度使用者對裁判之滿足度，應成為測知訴訟制度問題所在之尺度。參照棚瀬孝雄「裁判受容過程の構造分析(一)」(京都大学法学論叢一〇八卷二號，一九八〇年)二頁以下。

註一五：訴訟上和解具有下述之機能，值得重視，並可準以省思民事程序制度之妥當性：

(1)解決紛爭之機能

訴訟上和解在法律（民事訴訟法第三八〇條）賦予其具有與判決相同效力之範圍內，可發揮解決紛爭之作用。就此而言，訴訟上和解與調解係植基於同類之法理基礎。〔依事件類型之不同，可能對於不同的紛爭解決制度，承認其各具有相當之解決紛爭效力。關於此，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之說明——載民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討(三)」(一九九〇年)〔以下略稱為「民訴研討(三)」〕七三一頁以下；邱聯恭「程序保障之機能」(見註五)一七一頁以下(本書六一頁以下)〕。

從民事審判實務之比較觀之，在我國，訴訟上和解所占終結件數之比率分別為：在高等法院約為百分之十八〔請見司法院「民事法律專題研究(七)」一六頁〕、在地方法院約為百分之十七〔請見司法院「民事訴訟法研究修正資料彙編(五)」一三九五頁〕，可知訴訟上和解實際上發揮著一定之解決紛爭作用。在日本，一九八四年前後其第一審通常訴訟事件之終結件數中，經成立和解之比率則約占百分之三十二；但交通庭之和解率則有高達百分之五十九左右者〔法曹時報三六卷一一號、三七卷一一號及四一卷一〇號等所載其最高裁判所發表之民事事件概況；岩佐善巳等「プラクティス」(見註四)一四三頁；田中豐「民事第一審訴訟における和解について」(民事訴訟雜誌三二號，一九八六年)一三四頁〕。又，在德國，其一九八三年、一九八四年第一審（含地方法院、區法院）訴訟事件之終結件數中，經成立和解之比率約占百分之十五、百分之十四，而捨棄、認諾判決約占百分之二十一；至於在採用以公開心證為程序內容之司徒加特（Stuttgart）地方法院，和解率則占百分之三十四〔參照林屋礼二「西ドイツの近年の民事裁判統計」(民事訴訟雜誌三五號，一九八九年)三〇頁；岩佐善巳等，前揭「プラクティス」一四七頁〕。

(2)探尋、創設「法」之機能

在法（實體法）標準不盡明確時，受訴法院可審酌衡平之法理，調整當事人間之利害，勸使成立和解。於此，法院與當事人所進行之和解程序，實具有

協同探尋「法」所在之意義；而和解之成立則發揮了形成權利、創設當事人間所願意遵循的「法」之機能〔併參照後藤 勇＝藤田耕三編「訴訟上の和解の理論と実務」(一九八七年)一三頁〕。

(3)確定信賴真實之機能

法院依紛爭之內容、態樣或舉證之難易程度等為判斷之結果，認為成立和解較切合當事人間之實情或較可節省勞力、時間或費用之支出時，如能勸使當事人成立和解，則法院與當事人均可能因此獲得程序利益，而與實體利益之追求相平衡。在此情形，其所成立之和解內容，係同時確定發現真實與促進訴訟等二要求之平衡點上的真實，此即值得當事人信賴的真實〔參照邱聯恭「司法現代化」一二八頁；同，「值得當事人信賴的真實——基於防止發生突襲性裁判之觀點批判形式的及實體的真實主義——」(台大法學論叢十一卷二期，一九八二年)二一五頁，即本書四〇頁〕。

宜留意的是，和解之成立使受訴法院無須續為審理、判決，固有利於促進訴訟、減輕法院之負擔。可是，和解係以有關平衡追求實體利益與程序利益之當事人意願為基礎，而尋得、確定客觀真實之發現與訴訟之促進等二者之平衡點上真實。在此意義上，不應僅片面強調和解具有促進訴訟之機能。

(4)助益行使程序選擇權之機能

當事人可利用訴訟上和解程序，作為斟酌選擇成立和解或以判決程序或訴訟外解決紛爭方式來處理紛爭之手段。例如，為配合訴訟外之交易行為或自主性交渉談判〔關於其亦屬實現權利、處理紛爭之手段，請參照拙著「司法現代化」六頁〕，當事人可活用訴訟上所得知之資訊，經由訴訟上和解程序，判斷、採擇究竟採上開方式之何者處理、解決紛爭。此種採擇係程序選擇權之一種行使型態，在採用處分權主義、辯論主義之範圍內，應屬可許。通常，經當事人為如上之選擇時，訴訟上和解多可發揮助益選擇紛爭處理程序之機能，藉此因應不同的事件類型及程序階段之需求。此時，訴訟上和解可成為當事人行使程序選擇權之一種手段。

註一六：當事人對於裁判內容及其形成程序之公正性愈感滿足，則遵從裁判內容為履行之機率亦愈高。因此，致力於健全審理程序，以謀求提昇當事人對裁判過程、內容之滿足度，常有助於促進裁判內容之拘束力、強行性，而收真正解決紛爭之用。參照棚瀬孝雄，前揭（見註十四）一八、二〇頁；E. Allan & Tom R. Tyler（菅原郁夫紹介），The Social Psychology of Procedural Justice, 1988（民事訴訟雜誌三六號，一九九〇年）二五六頁。關於導致人民對審判制度有所不滿、疏遠之歷史傳統上原因，請參照邱聯恭「司法現代化」七頁內註四之說明及八六頁以下。

註一七：民事裁判之理想論、機能論雖然可能受各該社會之歷史上、文化上或地

理上背景、因素所影響，而呈現互不盡同之內涵。可是，在當今諸國間，實際上或多或少併存著下述諸觀點，值得於構思訴訟審理方式時予以兼顧。亦即：

(1)認為應以經由訴訟達成正確而迅速的判決為理想之觀點。此乃向來最廣受認同者。通常有關民事訴訟制度之理想論，多係立足於此項觀點。

(2)認為促成和解應優於達成判決之觀點。此乃傳統上多數法官所支持者。

(3)晚近，部分論者認為：「訴訟」本身擁有其自我目的，適當程序之保障始屬判決及和解之源；訴訟充其量只不過是當事人間紛爭・交涉過程之一段插曲而已，訴訟之審理過程應非判決及和解之準備階段云云。此項觀點係發端於程序保障論，且對於著重判決之論見，表示相當之懷疑。

關於民事裁判之理想論，請參照三ヶ月章「紛爭解決規範的多重構造」(法学協會百周年記念論文集一卷，一九八三年)四六九頁以下；井上治典「裁判手續の手軽な利用のために」(竜崎還曆論文集，一九八八年)五〇頁以下；新堂幸司=小島武司編「注釈民事訴訟法(1)」(一九九一年)二二頁以下。又，關於民事事件類型審理必要論，請參照邱聯恭「程序保障之機能」(見註五)一七一頁以下(本書六一頁以下)。

註一八：關於程序主體權、程序主體性原則及程序保障等法理之意義、根據及其所關涉之問題層面，請參照邱聯恭「司法現代化」一一一頁以下之闡釋。

註一九：所謂訴訟促進(Prozeßförderung)係指當事人或程序關係人或法官致力於促使程序之利用、進行或運作更有效率、更加迅速，以利減少在程序上付出勞力、時間或費用而言(參照邱聯恭「司法現代化」一二五至一二六頁)。因此，促進訴訟一事，並非意指促使當事人或一般人民就其所涉紛爭之處理或解決，儘量提起訴訟或使用訴訟程序。而且，訴訟之促進乃屬當事人與法院應共同面對之現實，要非僅屬法院職權範圍內之事。

其實，訴訟進行過程之過度勞費支出或訴訟拖延，對於請求救濟權利受侵害者、其對造當事人或其他程序關係人而言，乃屬加重不必要之額外負擔。此事不但將使系爭實體利益之實現漸失其意義，且無異於耗損系爭外之兩造財產權，並有造成無端限制彼等自由行使權利之虞。此種現象之頻發，終將阻絕有效救濟權利受害以實現社會正義之途，且可能導致人民疏遠司法之惡果。循此而論，訴訟之促進，既屬當事人之利益(私益)、亦屬國家社會之利益(公益)，向來僅片面從擴大法院權限以圖促進訴訟而維護公益之論見，似尚不盡周延。

基上認識，當事人本人、訴訟代理人(律師)、其他程序關係人(如：證人、負有提出文書義務之第三人)以及程序制度之運作者即法院，均應各按其分共同協力於促進訴訟，不得僅以課當事人負促進訴訟義務為滿足，也須構思防免法官審理活動招致訴訟拖延之道(vgl. Fritz Baur, Einige Bemerkungen

über > Zeit < im Zivilprozeß, in Festschrift für Gottfried Baumgartel zum 70. Geburtstag, 1990, S. 1ff)。從而，為充分兼顧當事人之實體利益及程序利益而鞏固其程序主體地位，亦應要求法院致力於防止其審理活動招致程序上不利利益，以避免害及當事人之程序基本權。此從貫徹公正程序請求權之法理言之，亦所應然。〔關於公正程序請求權之法理，請參照邱聯恭「司法現代化」九五頁以下；邱聯恭在民事訴訟法研究會第二十八次及第三十三次研討會之闡述——載「民訴研討(三)」(見註一五)二四四頁以下、五九五至五九七頁〕

準此，為避免人民游離司法裁判，而發揮審判制度應有之功能，今後應重新認明)訴訟之促進具有上開意義及目的，應循以改革、充實訴訟審理方式及相關程序制度。同時，法院應儘可能踐行適宜之審理方式，兼顧當事人平衡追求程序利益之必要性及意願，而不應無條件認為發現客觀真實乃法院所須達成之至上目標。晚近，論者於探討如何改革程序制度時，亦多認知程序上勞費支出之擴大・加重實為社會全體之損失，並強調現代社會需求迅速・經濟裁判之殷切性，認為此乃促動改革程序制度之導因或動機〔見竹下守夫「民事訴訟の改善と新たな審理モデルの模索」(自由と正義四〇卷八号，一九八九年)九七号；佐々木茂美「民事訴訟の審理」(見註七)二四一頁；田村洋三「民事集中審理について——その実務的経験から——」(判例時報一三八三号，一九九一年)三頁；石垣君雄「民事訴訟の現状」(見註四)五二頁；中野貞一郎「司法改革の軌跡」(見註三)二四頁〕。此項論見，尚能正視促進程序之緊要性，值得注目、肯定；惟其是否已充分意識到上開關涉促進訴訟之意義・目的、程序法上問題層面、以及平衡追求實體利益與程序利益之基本權上重要性，則仍非令人無疑。

註二〇：突襲性裁判之防止乃民事訴訟法上之基本要求。關於審判程序上應防止發生突襲性裁判之主旨及型態，請參照邱聯恭「司法現代化」一二一至一二三頁、本書五頁以下。

註二一：關於民事訴訟事實審理之目的為何，以及其與他項審理原則(如：處分權主義、辯論主義等)之關係，筆者已另有較詳細之分析說明。請參照邱聯恭「值得當事人信賴的真實」(見註一五)一七九頁以下，即本書一頁以下；同「司法現代化」一二八至一二九頁、一三四至一三五頁、二二一至二二六頁；同「台灣における民事訴訟法改正の動向——日本法との主な相違点を中心にして」(ジュリスト九九九号，一九九二年)一二二頁以下。又，於筆者為上開立論以後，在日本，就小額事件之審理亦有表明持同類見解者。關於此，請參照筆者在民事訴訟法研究會第四十二次研討會之說明(載法學叢刊第一四七期一七八至一七九頁內註三——經收錄於民事訴訟法研究基金會編「民事訴訟法之研討(四)」(一九九三年)(以下略稱為「民訴研討(四)」)四〇九至四一〇

頁)；平手勇治＝高世三郎＝若生朋美「少額事件の簡易迅速な処理に関する研究」(一九九一年)三頁以下。

註二二：關於適時審判請求權及程序選擇權之法理，詳請參照邱聯恭「司法現代化」一一四、一三六及一三九頁以下；同・「仲裁契約之妨訴抗辯效力」(台大法學論叢第二十二卷第一期，一九九二年)三二〇頁以下；同・「涉外仲裁契約有無妨訴抗辯之效力？」[最高法院學術研究會叢書(二)，一九九二年]三〇九頁以下；同・「程序選擇權之法理」(筆者在民事訴訟法研究會第四十六次研討會之報告，刊載於「民訴研討四」)五六九頁。

註二三：關於從優先追求發現客觀真實之觀點，探討民事訴訟審理方式(含爭點之整理方法)者，例如：大西勝也等「民事訴訟遲延の原因と対策について」(以下略稱為「原因と対策」)(司法研究報告書二七輯一號，一九七六年)二〇頁；伊藤 眞「民事訴訟における争点整理手続」(法曹時報四三卷九號，一九九一年)(以下略稱為「争点整理手続」)三頁；同「訴訟による紛争解決——国民が民事裁判に期待するもの」(井上治典＝伊藤 眞＝佐上善和共著「これからの民事訴訟法」一九八四年)三七〇頁；座談会「民事訴訟法改正に何を望むか」(ジュリスト九七一號，一九九一年)一七九頁(伊藤眞發言)；田中成明「裁判の正統性——実体的正義と手続保障——」(講座民事訴訟①，一九八四年)九八頁；加藤新太郎「真實義務と弁護士の役割」(判例時報一三四八號，一九九〇年)三頁以下；田村洋三「民事集中審理について(上)」(見註一九)三頁；西野喜一「民事集中審理の問題点」(見註七)五頁；竜崎喜助「民事訴訟の言語と闘争」[三ヶ月 章先生古稀祝賀文集(上)，一九九一年]六六頁；佐々木茂美「民事訴訟の審理」(見註七)二四一頁；Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 28ff.; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß——Zur Theorie und Praxis des Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat——1978, S. 57.

註二四：向來之訴訟促進優先論，有僅著眼於減輕法官之工作負荷者〔如：田中耕太郎「訴訟促進の論理」(法曹時報四卷一號，一九五四年)一一頁以下〕；有偏重於為謀求法的安定者〔如：H. W. Fasching(森 勇訳)「Das Neuerungsverbot des österreichischen Zivilprozesses als Modell für die Gestaltung eines konzentrierten Rechtsmittelverfahrens (オーストリア民事訴訟における更新禁止——上訴手続集中化の一つのモデル——)」(民事訴訟雜誌二九號，一九八三年)一一四頁以下〕；有僅從維護公益之立場，在尋求失權(因於逾時提出攻擊防禦方法之失權)之正當化根據時，就促進訴訟加以定位者〔如：石渡 哲「訴訟手続の形成をめぐる裁判所と当事者の役割」(講座民訴④，一九八五年)二三二、二三四頁〕。

註二五：片面強調客觀真實之發現應優先於訴訟之促進，或主張後者恒應優先於前者之見解，均未充分意識到本文所闡述之問題及論點，固尚有商榷之餘地(併請參照註二一所引用之文獻)。況且，除就通常判決程序應有如上本文所述之考慮以外，關於發現客觀真實之要求並非對於促進程序(訴訟)等其他程序法上基本要求恒處於優位，以及其間互有何等相對關係等問題，另尚涉及事件類型審理必要論、程序法理交錯適用肯定論以及裁判(訴訟)制度與裁判外紛争處理制度間之功能上關聯等事，在立法論上或現行法之解釋論上，均屬相當重要之課題。關於此方面之理論闡述，另請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十二次研討會之說明——載「民訴研討(三)」四九〇頁、五一四頁以下；又，筆者在同研究會第三十五次研討會之分析——載「民訴研討(三)」(見註一五)七二七頁、七四二至七四四頁；邱聯恭「程序保障之機能」(見本書六一頁以下)；同「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」(同「司法現代化」)二六九頁以下；同「簡易訴訟之基礎理論」(同「司法現代化」)三二八頁以下；同「台灣における民事訴訟法改正の動向」(見註二一)一二三頁。

註二六：關於所謂「費用相當性原理」，請參照邱聯恭「司法現代化」二七二頁。

註二七：究竟應承認實體利益之追求與程序利益之保護等二者中之何者處於優位；又，就何種類型之事件及何種程序事項，應對於當事人即程序主體權者，承認何程度之程序處分權等事，係屬解釋論上(法官運作程序制度時)及立法論上之課題。關於此方面之程序法學理論架構及立法政策上闡述，請參照邱聯恭「台灣における民事訴訟法改正の動向」(見註二一)一一八頁、一二二頁至一二三頁。

註二八：在民事訴訟法之學理上及審判實務上，隨著訴訟法學及訴訟制度之長年演進，與如何兼顧發現真實之要求及促進訴訟之要求(訴訟經濟之要求)有關，尚承認有種種之原則或基本要求，諸如：程序(權)保障之要求、防止發生突襲之要求、具體妥當性之要求、程序公正之要求、保護隱私或營業秘密之要求、擴大訴訟(程序)制度解決紛争功能之要求、統一法律見解之要求、統一裁判或合併審判或紛争解決一次性之要求、武器平等原則、費用相當性之原理、……等等，不一而足。此等原則或要求，雖未必均見諸於民事訴訟法之條文上，卻在沿革上各有其淵源或法理根據，而對於程序制度之運作或其相關理論之構築，發揮一定程度之前導或指標作用。

此等原則、要求相互間往往處於緊張或矛盾之關係，以致在適用於處理現實問題時，該類緊張或矛盾關係每對於立法者或法官造成相當之困擾，而難以取舍。因此，如何調和該等原則、要求，而予以平衡兼顧或定其間之優劣順位並有所增損修正，乃今後之立法論及解釋論上基本課題。關於此，筆者在民事

訴訟法研究會第十四、十六、十七、十八、三十六、四十八等次研討會中，已先後指陳多次（見：「民訴研討(二)」三四、一二六、一七三、二一八、二三五至二三六頁；「民訴研討(四)」三四頁以下、七四三頁以下）。在此，為便利深入探索問題之存在層面及解決方向，特舉強烈需求統一解決紛爭之事件類型為例，析述如何平衡兼顧統一解決紛爭要求與程序權保障之要求。亦即：在強烈需求擴張判決效力於特定訴外第三人，以統一解決或合一確定多數主體間紛爭之事件類型，須先致力克服之課題是：為滿足此類事件之特性、需求，應設計相當之程序制度，藉以一方面對該類第三人賦予應有之程序權保障，一方面充足擴張判決效力於該第三人所必要之前提要件。亦即，在設計有關此類事件之審理程序時，應致力於儘可能先謀求兼顧統一解決紛爭（合一確定）之要求與程序保障之要求，而非自始斷念於達成統一解決紛爭之目標（不宜無條件放棄擴張判決效力所可能及之範圍）；亦不應忽視程序權保障之要求，僅一味強調該項目標之追求達成。在此意義上，論者因著眼於紛爭之個別解決具有使訴訟形態單純化、審理程序簡易化等長處，而多數主體間紛爭之統一解決含有易致訴訟複雜化、程序煩瑣化等缺點，乃認為紛爭之個別解決恒較優於統一解決云云之見解〔如：田尾桃二「紛争の一回の挙的解決ということについて」（民事訴訟雜誌四〇号，一九九四年）五五頁以下〕，實未能充分認知事件類型審理之必要性（請回顧本文「貳」之說明），尚有商榷之餘地。通常，屬於上述強烈需求統一解決紛爭之事件類型有如下：

(1)代表訴訟

公司法第二一四條第二項容許股東個人在一定情形下以自己之名代公司對董事提起訴訟，行使公司之權利。此類代表訴訟，乃屬第三人訴訟擔當（法定訴訟擔當）之一種型態。在此種訴訟事件，為謀求公司業務運作之安定、其紛爭處理之劃一，於起訴者（股東）、其他未起訴之股東與公司等三者間，以及彼等與該本訴訟之對造當事人（董事）間，就成為本訴訟審判對象之權利存否，實有必要合一確定，且需求擴張其判決效力於未起訴者即公司及其他股東（參照民事訴訟法第四〇一條第二項），藉以統一解決紛爭，兼顧訴訟經濟而避免裁判矛盾。

另一方面，為保障程序主體權、聽審請求權，對於可能受裁判之不利影響者，應賦予相當之程序保障，俾其得及時參與裁判之形成過程（關於此方面之法理依據，請參照拙著「司法現代化」一一一頁以下）。準此，程序參與機會之賦予，應為擴張判決效力所及範圍之前提。可是，就上開代表訴訟之進行，公司法並未就如何為訴訟參加、對公司及未提訴之其他股東應為訴訟告知、於該訴訟經判決確定以後公司或該其他股東得根據特定事由（如：其訴訟存有串通、詐害事由）提起再審或撤銷判決之訴等事項，加以訂明，以致難

謂已對公司或其股東賦予相當之事前的程序保障及事後的程序保障（有關股東會議爭議事件所涉及之事前的程序保障與事後的程序保障等問題，另請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十六次研討會之分析說明——載於「民訴研討(四)」三七頁以下）

在上述狀態下，統一解決紛爭之要求與程序權保障之要求，係處於緊張之關係，而有失衡之現象存在。因此，應如何謀求此二訴訟法上基本要求間之平衡點，係屬有待解決之問題。為此，第三人訴訟參與機會之賦予，應可發揮一定之功能。亦即，於上開代表訴訟進行中，如法院適時（在第三人可能及時參與本訴訟程序，以陳述意見、提出資料或為辯論時）依職權或因聲請，將本訴訟進行之程度狀況，以適當方式（如：送達書面或為相當公告，以使受通知人能及時參與程序，為有效之攻擊防禦或陳述意見），通知公司及未起訴之其他股東（以下略稱為「通知程序」），則可保障此等有法律上利害關係者之聽審請求權，藉此賦予事前的程序保障（即事前的程序參與——事前的第三人訴訟參與），並使對於該等利害關係者（本訴訟之第三人）之判決效力擴張，更具有正當之法理基礎。此時，其所擴張者係可能包含判決之既判力（如：發生於未起訴之股東、公司與被告董事間之判決效力。尤其，未起訴之其他股東亦有與提訴股東處於利害對立之情形，在此情形，尤有必要許由法院依職權對其他股東踐行公告、通知之程序。）在內，而非僅屬向來一般所謂的參加效力（發生於參加人或受訴訟告知者即公司與被參加人即原告股東間之效力——參照民事訴訟法第六十三條、第六十七條）。在此意義上，對該第三人通知本訴訟進行一事，係同時為了賦予受通知者參與程序（本訴訟）之機會，以保護其實體利益及程序利益，並擴大訴訟制度統一解決紛爭之功能，而有所不同於向來的訴訟告知制度（參照民事訴訟法第六十五條以下規定）。因為向來的訴訟告知係由當事人而非依職權為之，且著重於為了對受告知者發生參加效力，以保護本訴訟當事人（告知者）之利益。同時，上開通知程序之踐行，亦具有防免該第三人提起撤銷判決之訴或再審之訴等類作用。析言之，依保障程序主體權之原理，為貫徹程序權保障之基本要求（參照前揭拙著），在本訴訟經作成判決而告確定以後，對於受此判決不利影響，卻未曾在該判決之形成過程被賦予程序參與機會之人（該判決程序之第三人——利害關係人），應賦予事後的程序保障（事後的程序參與）。亦即，應容許該第三人在後程序上主張不受前訴訟判決之效力所及；或併應為此類第三人設立特別的再審之訴或第三人撤銷判決之訴等類事後救濟制度，俾其得用以主張不可歸責於己致未參與前訴訟（本訴訟）之事由，而訴請撤銷原判決（本訴訟之判決）對其不利之部分。在設有此種制度之情形下，受原判決不利影響之第三人，可利用提起撤銷判決之訴的方式，事後請求撤銷、變更原判決中對已不利之部分，藉以事後參與本訴訟程

序。此項程序，可謂為「事後的第三人訴訟參與」，而有所別於上述「事前的第三人訴訟參與」之情形，惟此二制度之設，均係為了確保、鞏固法律上利害關係人（受本訴訟判決影響之人）之程序主體地位。

要之，應從程序主體權論・程序保障論之觀點，省思、闡述第三人訴訟參與制度（在此，特別指將本訴訟進行情形通知與其有法律上利害關係者之程序制度）之目的、功能。其結果，通知程序之踐行（即第三人訴訟參與機會之賦予），可充足判決效力擴張之要件，而在滿足程序權保障要求之前提下，擴大訴訟程序統一解決紛爭之功能（為追求達成統一解決紛爭之目標，有必要適度強化訴訟指揮並使依職權通知利害關係人。關於此方面之問題提出，請參照筆者在民事訴訟法研究會第十八次研討會之分析——載於「民訴研討(二)」第二三五至二三六頁）。由此可知，通知程序所應該且可能發揮之作用，並非僅限於為參加人所輔助者（被參加人即本訴訟當事人）之利益。從而，向來論者所持訴訟告知目的論（認為：由於第三人之參加，係對其所輔助之當事人有利益之事，為此乃設告知訴訟之制度，以使受告知者同受參加效力所拘束云云之見解），以及不以對第三人賦予程序參與機會為前提，而片面主張擴張判決效力之見解，均不無自我侷限視野之嫌，難免觀點不盡周延之批評。準此而論，現行法對訴訟告知之方式（採用僅因聲請而不許依職權為通知之方式）及效力所加限定（僅承認對於受告知人及參加人片面發生參加效力，而未併認知得循上述通知程序擴張既判力之態度），應有重新檢討修正之必要。

(2)請求返還共有物之訴

民法第八二一條容許共有人之一（原告），得為其他共有人全體起訴，請求判令其所主張無權占有共有物者（被告）返還共有物，是亦為法定訴訟擔當之一種型態。在此種訴訟（本訴訟）之情形，應由法院踐行通知程序，將本訴訟進行狀況通知於未起訴之其他共有人（本訴訟之第三人），以賦予參與本訴訟之機會。因為，此項通知程序之踐行即第三人訴訟參與機會之賦予，可發揮如下功能：①增大利害關係人即受通知人參與程序之可能性，有利於充分蒐集判決之基礎資料，裨益發現真實；②對本訴訟之利害關係人即第三人（未起訴之其他共有人）賦予事前的程序保障；③藉此充足本訴訟判決效力（既判力）擴張之前提，亦即，不論原告受勝訴或敗訴之判決，使其均可依民事訴訟法第四〇一條第二項擴張效力於該第三人，而具正當化根據；④如此擴張本訴訟判決效力之結果，相較於未如此擴張之情形，更能顧全對被告之公平，亦即在原告敗訴時可適時保護被告之程序利益（被告不必再度於後訴訟為應訴，而付出勞力、時間、費用），避免被告再度被訴致遭受不公平處遇之危險；⑤如此擴張判決效力於兩造當事人與該第三人（受通知人）間，可統一解決存在於彼等間之同一個紛爭（該第三人有無使用系爭共有物之正當權源），而在無背於程

序權保障之前提下，貫徹訴訟經濟・紛爭解決一次性之要求（併請參照筆者在民事訴訟法研究會第十四次研討會之分析）——載「民訴研討(二)」三七至三八頁）。

準此，以上述通知程序為內容之第三人訴訟參與制度，於當事人與受通知者即第三人間，具有兼顧多項訴訟法上基本要求之功能，而可均衡保護相關之多方面利益。此種程序制度，既未限定該第三人必居於輔助參加人之地位，且非僅為告知人之利益而設計，自有所異於向來一般論者依現行法（民事訴訟法第五十八條、第六十三條、第六十五條及第六十七條）所認訴訟參加及訴訟告知之效力、功能。

(3)代位訴訟

準據同於如上(1)及(2)所述之理由，在債權人之一（原告）依民法第二四二條對第三債務人（被告）提起代位訴訟（本訴訟）之情形，應要求受訴法院追求達成之首要目標是：儘可能將本訴訟進行狀況通知於被代位之債務人（對本訴訟與有利害關係之第三人），以收兼顧訴訟法上諸基本要求之宏效。易言之，在此種訴訟之情形，應併從訴訟法之觀點，同時顧慮訴訟法上諸基本要求之均衡滿足，而不應僅立足於實體法之觀點；又，不應僅強調滿足訴訟法上某一基本要求（如：統一解決紛爭或紛爭解決一次性之要求），而忽略兼顧其他相關基本要求（如：程序權保障之要求）〔雖非必肯認依職權踐行通知程序之必要性，但有認為應兼顧公平及訴訟經濟等要求云云、以及主張應以訴訟告知之有無為準決定判決效力是否擴張、或應檢討向來的訴訟告知對既判力之擴張究竟具有何等效用云云等見解，請參照新堂幸司・民事訴訟法一九四頁；池田辰夫「債權者代位訴訟における代位の構造」（判例時報九九九号）一五頁以下；齋藤秀夫編「注解民事訴訟法(3)」三七四頁（小室直人）；上原敏夫「取立訴訟の判決の債務者に対する効力」（民事訴訟雜誌二八号）一四八頁；筆者在民事訴訟法研究會第十四次研會之問題提出——載「民訴研討(二)」三六頁）。因此，不宜僅將問題關心或爭論焦點集中於：代位訴訟是否非屬訴訟擔當之一種〔如：福永有利「當事者適格理論之再構成」（山木戸遷「実体法と手続法の交錯(上)」）三四頁以下〕；是否僅以保護第三債務人利益為理由，即得無條件依我國民事訴訟法第四〇一條第二項即日本民事訴訟法第二〇一條第二項擴張判決效力於被代位之債務人及其他未起訴之債權人〔如：竹下守夫・判例批評（金融商事判例二三七号）五頁〕；應否以代位訴訟係屬對立型訴訟擔當為理由，否定擔當者所受不利判決對被擔當者之擴張可能性〔如：三ヶ月 章「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」（民事訴訟法研究六卷）一頁以下；同「取立訴訟」（鈴木＝三ヶ月編「注解民事執行法(4)」，一九八五年）五九三頁〕；是否僅從實體法上觀點

即可斷言，有關代位訴訟之判決，不論原告勝敗，均不及其效力於被代位之債務人〔平井宜雄・債權總編二〇八頁以下〕。

應附言者，關於上述(1)至(3)之通知所涉程序要素之構成，宜留意：就特定事件判斷是否宜將本訴訟進行狀況通知法律上利害關係人時，常須審酌各該本訴訟之審判究應兼顧何等訴訟法上基本要求而定，非可一概而論。因此，宜在一定範圍內，授權法官依職權裁量判定，就各該事件是否宜對特定第三人為通知〔關於有必要考慮依職權使第三人參與本訴訟，另請參照筆者在民事訴訟法研究會第十八次研討會之分析——載「民訴研討(二)」二二〇頁以下、二三五頁至二三六頁〕。在法律要求或容許受訴法院職權裁量對何人為通知之情形，其行使職權時所應考量的因素為：有關係爭標之本訴訟審判所將及於該第三人之法律上利害影響；本訴訟進行之歸趨對該第三人之程序權保障（攻擊防禦機會之保障、突襲性裁判之防止）所可能導致之妨害程度；因該第三人之參與所可能提供之裁判基礎資料，將使本訴訟之進行蒙受何等實體利益（因提昇裁判之正確度所可能獲得之利益）及程序利益（因提昇裁判之迅速性・經濟性或統一解決紛爭或避免二重起訴之結果所將節省之勞費付出）；因第三人之參與所致本訴訟拖延之危險性高低；不使第三人參與本訴訟一事對於本訴訟當事人（如：上開事例中之被告）所可能造成之不公平。

再者，為儘量確保程序關係人對程序之信賴及預測可能性，並期貫徹程序安定性之要求，宜責由法院以書面通知：關涉受通知人之本訴訟訴訟標的及其請求之原因、訴之聲明、其相關之爭點及攻擊防禦方法等本訴訟進行狀況，或併告知得閱覽本訴訟案卷之方法・期限。此種內容之通知，乃為便利受通知人準備決定以何方式參與或是否參與本訴訟，而達成賦予程序參與機會之目的。此外，鑑於事件類型趨於多樣化之現象，為因應特定事件類型之特性・需求（如：在上開代表訴訟或公司股東會決議爭訟事件，由於強使採用書面方式對散處各地之股東為一一通知，往往難免遭遇事實上困難，且不合訴訟經濟之要求），宜併容許法院得採行其認為適當之其他方法（如：為適當之公告）為通知，藉以增大法律上利害關係人參與本訴訟之可能性，強化第三人訴訟參與制度之功能發揮。

(4)發生對世效之其他事件類型

在本訴訟之判決係可能對訴外第三人發生對世效之事件類型，另有關涉如何充實第三人訴訟參與制度以保障聽審請求權之下列問題，值得今後從解釋論及立法論分別深入探討：應循何標準判定何範圍之第三人應被賦予參與本訴訟之機會（如何界定應受本訴訟參與機會保障者即第三人之範圍）？可要求何種第三人須忍受本訴訟當事人遂行訴訟之結果（所得本訴訟判決）？第三人對本訴訟之參與利益（實體利益或程序利益）與本訴訟當事人之利益（實體利益或

因避免訴訟拖延所可得之程序利益）等二者間，應如何求得平衡點？使該第三人參與本訴訟之目的究係著重於充實本訴訟審理內容之必要性、或偏向於為顧慮本訴訟判決所及於該第三人利害影響之重大性、或著眼於該第三人參與程序以監控本訴訟當事人適格者之必要性（彌補本訴訟當事人適格薄弱之必要性）？該第三人應或得以何種型態（以何種參加人或當事人之地位）參與本訴訟？該第三人參與本訴訟為攻擊防禦，是否亦多有為導致本訴訟當事人之一造獲得有利判決，而未必為該第三人自己對本訴訟當事人提出獨立請求？倘本訴訟判決係在未賦予第三人相當程序參與機會之情況下所為時，是否應認為該判決僅生相對效而不當然對該第三人發生拘束力、抑應賦予該第三人事後的程序保障？（關於此方面問題之探討，併請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十六次研討會之分析說明）。

註二九：參照西野喜一「民事集中審理の問題点」（見註七）三頁；田村洋三「民事集中審理について(下)」(判例時報一三八四號，一九九一年)一三頁；那須弘平「集中審理再生のために」(判例タイムズ六六五號，一九八八年)一五頁；木川統一郎「訴訟遅延とその対策」(ジュリスト「民事訴訟法の争点[新]」一九八八年)四〇頁；岩佐善已等「プラクティス」(見註四)一二八頁以下；最高裁判所事務総局「東京地方裁判所における民事訴訟の審理充実方策に関する研究結果報告書」(一九九〇年)二一頁；大西勝也等「民事訴訟遅延の原因と対策について」(以下略稱為「原因と対策」)(司法研究報告書二七輯一號，一九七六年)八五頁。

註三〇：Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, 1961, S. 194ff.; 木川統一郎＝吉野正三郎「西ドイツにおける民事訴訟促進政策の動向(上)」(判例タイムズ三五二號，一九七七年)二五頁以下；那須弘平・前掲(見註二九)二〇頁以下；ハロルド・ヴィエター「アメリカ民事訴訟における訴訟促進策——トライアル・ジャッジの視点——」(判例時報一三三四號，一九九〇年)三頁以下；定塚 誠「アメリカ合衆国における民事訴訟の合理化・迅速化への施策(上)」(判例時報一三三一號，一九九〇年)三頁以下。

註三一：邱聯恭「民事訴訟審理方式之檢討——從審理集中化方案論如何加強事實審功能」〔民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討(一)」，一九八六年〕〔以下略稱為「民訴研討(一)」〕三四四至三四五頁；田村洋三・前掲(見註二九)一七頁以下；西野善一・前掲(見註七)四、一〇頁；沢 栄三「民事における集中審理の経験」(法曹時報二三卷六號，一九七一年)二頁；木川統一郎「訴訟遅延とその対策」(見註二九)四〇頁；那須弘平・前掲(見註二

九)二〇頁以下；竹下守夫・前掲(見註一九)一〇〇頁；石垣君雄「民事訴訟の運営改善に関する最近の動向について」(判例時報一三八四号，一九九一年)一〇頁；伊藤 真「争点整理手続」(見註二三)三四頁。

註三二：在英美法系的集中審理方式下，法官(美國之陪審員)往往較偏向於採直觀型事實認定，而有所不同於向來大陸法系的分割審理方式下，法官所偏採之分析型事實認定。亦即，從心證形成之時間上進展加以觀察，裁判上之事實判斷有對於證據全部為直接綜合反應而形成判斷作用者，此即直觀型的事實認定，乃英美法系的集中審理方式下所採行。另外，有就該種反應逐一加以推理分析・整理檢討而形成判斷作用者，此即所謂分析型的事實認定，乃大陸法系的分割審理方式下所偏採。〔參照後藤 勇「民事裁判における事実認定」(司法研修所論集八三號，一九九〇年)一九頁以下；田辺公二「民事訴訟の動態と背景」(一九六四年)八二頁以下)〕。

在上開直觀型的事實認定模式下，由於較少為精密的分析判斷，以致難免有陷入粗糙推理或於心證形成中摻雜較濃之主觀感情上因素等危險。可是，其審判者在徹底的集中審理運作下，每較能經由綜合判斷之過程，掌握事件之全貌真相。此項特色之形成，實亦多受英美傳統上較徹底的當事人主義之訴訟結構所影響。亦即，於其公判庭，當事人(律師)常進行相當徹底的證據分析，此事亦大有助於審判者之綜合判斷。(關於英美法系當事人主義之發展漸有趨近於大陸法系之一面，請參照邱聯恭「司法現代化」二一九至二二〇頁之說明及其中所引用之文獻。)

至於在分析型的事實認定模式下，由於其係偏重於就證據(含證人之證言、當事人本人之供述)一再反覆為分析檢討，並多次研閱有關調查證據之筆錄，然後依經驗法則為推理判斷，所以較適宜於就案情複雜之事件所涉間接事實與主要事實之關連性，進行詳細之事實審理。不過，由於其事實判斷過分熱中於再三反覆分析之故，難免同時招致易於忽略事件全貌(見樹不見林)而陷入猶豫寡斷等弊害。此種弊害且有隨著分割審理所造成之記憶淡忘、喪失而致加厲之虞。復以其證據分析係由法官積極主導，且其法官在大陸法系國家(尤其在我國及日本)係依職業法官制所產生，以致難免發生或多或少之職業上偏向。因此，如何緩和・排除其實事認定受該種偏向之負面影響(如何確保事實認定之客觀性)，亦屬要事(關於如何珍視得自於法曹一元制之啓發，而致力於緩和・排除職業法官制之缺失，請參照邱聯恭「司法現代化」三一頁以下)。

為改革向來存在於上開審理方式(分割審理方式及徹底的集中審理方式)下之缺失，筆者認為：應一方面致力於促使審理集中化，一方面踐行以公開心證・表明法律見解為內容之程序。關於此，尚請參照下述註三三之說明。

註三三：為避免遭受分割審理之弊害，固然應致力於促使審理集中化。同時，為彌補集中審理可能造成之證據分析不足(參照註三二之說明)，應踐行公開心證(表明法律見解)程序。此項程序之踐行，在由職業法官認定事實之審理模式下，具有直接促使當事人及律師參與法官形成心證及探尋「法」之過程等重要功能，乃受訴法院依其所負闡明義務，為防止發生突襲性裁判所應為(其相關分析請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十九次研討會之分析——載「民訴研討四」二〇三頁以下及其中註十九之說明)。蓋以在受訴法院踐行上開程序以後，當事人及其代理律師將有機會針對法官之事實判斷及證據評價，進行更充分之攻擊防禦或為必要之意見陳述(含證據分析)，甚至與法官進行法庭上對話、討論，使期日之辯論活性化。此項程序踐行及功能發揮之必要，尚非前述有關集中審理與分割審理之優劣比較論者(請見註三二之說明)所充分意識到，值得更進一步深入探討。

在此，為理解上述踐行公開心證並為討論的審理方式，究係本於何項法理以及可發揮何等功能，宜先認明其具有下列特徵：

(1)基於信賴真實說之觀點，而非從德、日論者依向來的實體真實說(實體真實發現主義)立論。亦即，公開心證及表明法律見解係為保障聽審請求權……程序主體權，平衡追求實體利益(客觀真實的發現——慎重而正確的裁判之達成)與程序利益(訴訟的促進——迅速而經濟的裁判之達成)，以確定值得當事人信賴的真實、獲致值得當事人信賴的裁判為首要目標，而不應單成為固執於發現客觀(實體)真實之手段(關於此項立論之較詳細說明，請參照邱聯恭「司法現代化」一二五頁內註五十六之闡述)。向來有關集中審理與分割審理之優劣比較論，並未意識到此項觀點之重要性，多偏向於從發現客觀真實或形式真實之立場為解說。

(2)與突襲性裁判之型態有關，除致力於防止「認定事實的突襲」及「法律適用的突襲」以外，同時著力於防止「推理過程的突襲」及「促進訴訟的突襲」等，並儘可能予以等量齊觀，平衡處理。如此立說之必要性及重要性，尚非向來論者所充分意識及之。其中，有關英美德集中審理之分析論者(如：上開註三十二所列文獻)似僅以處理兩造當事人相互間之突襲為主要關心事，而未同時充分顧慮防止來自法官審理活動的突襲。

(3)正面認知：當事人基於其程序主體地位可能享有相當之程序處分權，藉以選用較不致隨伴程序上不利利益之程序；為此項權利地位之保障，應借重公開心證及表明法律見解之闡明方式，使當事人得資以較量實體利益與程序利益之大小輕重，而有所抉擇處分。〔關於此方面之申論，請參照邱聯恭「司法現代化」一一三頁以下之闡述。〕

(4)認知：公開心證及表明法律見解之程序踐行，對於裁判機能觀之深化，

具有決定性之意義。亦即，不僅對於「依法裁判」之近代裁判機能觀，尤其是對於需求以裁判為政策性價值判斷之現代裁判機能而言，踐行公開心證及表明法律見解之闡明方式，均屬促成當事人參與「法」之尋求，發現及具體化過程所必要。此項程序之踐行，實直接有益於確保當事人對裁判內容即「法」內容之預測可能性，鞏固其程序主體權（聽審請求權）及國民之法主體性。〔關於近代之裁判機能觀與現代之裁判機能觀各何所指，請參照本文「壹、三」及註六之說明；又，關於裁判機能觀之落實與公開心證，表明法律見解之程序踐行等相互間，具有密切之關連，請參照邱聯恭「司法現代化」一四二頁內註六十三之分析說明。〕

註三四：訴訟上和解可能發揮種種重要機能，應受相當之重視，已如上述（見註一五之說明）。

在此想指明，於一定範圍內，公開心證對於勸使成立和解具有積極、正面之作用。此項結論不僅為筆於任職法官從事審判時所驗證，且已為德、日等國之審判實務所肯定〔併參照田村洋三「民事集中審理について(上)」(見註一九)一〇頁；西理「民事裁判における訴訟運営の理論と實際(中)」(判例時報一一〇四号，一九八四年)一二頁〕。除上述（註一五內所述）德國之和解率確因公開心證而提昇以外，關於此方面之日本實況，有如下全國性問卷調查所得資料可供參考〔參照岩佐善巳等「プラクティス」(見註四)一七三頁以下〕：

(1)勸使和解時曾踐行公開心證之法官占88%，其中積極公開心證而提示和解案者為27%；依情況之不同而公開心證者為61%。其餘12%法官則屬於僅從道義上或基於一般預估勸使和解，而儘可能不表明心證者。

(2)於當事人堅持其自我主張、或當事人求法院公開心證、或依情況之必要認為宜基於心證積極提示和解案等類情形，贊成在和解程序公開心證之法官所占比率高達96%。

(3)關於公開心證之方法，認為宜表明其為暫定的心證，而避免為斷定性表示的法官占85%。又，其於公開心證時，通常係考慮事件之內容、當事人本人、訴訟代理人之人品及公開心證所具有之價值等項。

雖然如此，鑑於和解具有多種機能（見註十五之說明），且紛爭事件之類型不一，其特性需求容有所異，為具體妥當運作和解程序，尚有必要著眼於此類問題事項，從多角度進行較深入之探討，自屬當然。

註三五：直接（審理）主義（Unmittelbarkeitsgrundsatz）係要求受訴法院法官須自行直接調查證據、聽取辯論，而不得委由其他法官（其他第三人）為之（相關現行法條：民事訴訟法第二一一條、第二二一條、第二七〇第二項、第二〇九條、第二九〇條）。一般言之，此項原則與言詞審理主義之採用具有密

切關係，均以發現真實、保護當事人之利益為主要目的，而同為自由心證主義之支柱〔參照春日偉知郎「自由心証主義の現代的意義」（講座民事訴訟⑤，一九八三年）五六頁以下〕。

通常，直接主義之具體內容係包含：①本案判決法官須自行直接取得證據資料。為此，該法官應親自調查證據。②須直接參與辯論（就調查之證據為辯論）程序之法官始得下本案判決。為此，應使辯論之終結與判決之宣示在時間上儘量密接（民事訴訟法第二二三條第二項及第三項即係其具體化規定）。③應儘可能利用與待證事實相關連之證據方法，並從其中取得證據原因，藉以把握正確之證據價值而認定事實。

準此而論，集中審理主義既係要求本案判決法官集中調查證據，使辯論集中化，並當場直接形成新鮮之心證，自有利於發現真實，而較諸採行分割審理之情形，更能充足直接主義之內容、回應其要求。

不過，涉及直接主義之立法論及其相關規定之解釋論，尚宜留意此原則應如何與其他程序法上原理取得平衡、有無應退讓於其他程序法上基本要求之情形等問題。例如，為保障程序主體權以及基於此之程序選擇權，而賦予當事人優先或平衡追求程序利益之機會，藉以確定值得當事人信賴的真實（參照本文「伍」之闡述及相關註釋），應容許在一定範圍內（如：在當事人兩造合意時）得緩和或放棄適用直接主義。在此情形，發現客觀真實（追求實體利益）之要求係受某程度之抑制，而不具最優先性〔參照邱聯恭「台灣における民事訴訟法改正の動向」（見註二一）一二三頁〕。此乃我國向來有關直接主義之論者，尚未顧慮之觀點。又如，依民事事件類型之特性需求，就一般非訟事件亦有應緩和直接主義之情形〔參照邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」（「民訴研討(二)」）四三九至四四〇頁〕。

註三六：集中審理不但有助於充分發揮言詞（審理）主義（Mündlichkeitsprinzip）之功能，並可更加貫徹兩造聽審主義（Prinzip des beiderseitigen Gehörs）之精神。因為在兩造當事人本人或其代理律師間以集中調查之證據為基礎，進行集中辯論之程序上，最有利於促使當事人間之紛爭實態自始至終活生生地呈現於法庭上，藉此，較諸在分割審理之情形，本案判決法官將更能基於其對期日中諸陳述（含證據分析、辯論內容）之新鮮印象，確切掌握兩造間之真正爭點及事件全貌，而作成較迅速、正確的裁判。於此，為深入認識集中審理對言詞主義、兩造聽審主義等原則之功能上關連，想再闡釋：

(1)集中審理促進言詞審理之功能

通常，言詞審理之主要功能是：①在審理過程由法官以言詞闡明，可發揮確定訴訟關係及事實關係的功能。亦即，就有關於法律上、事實上或證據上之

爭點，法官得運用言詞審理加以整理，以利訴訟程序的進行，使容易擬定明確的審理方針，而提高裁判之效率，追求程序利益。②以言詞審理作為調查證據、訊問證人、提示證物的手段。亦即，經由言詞審理得了解當事人的陳述內容及真意、直接聽取證人的證言，以確認其正確性、完整性、自然性及可信度為何，藉此發現真實、追求實體利益。③經由言詞審理賦予當事人平等的攻擊防禦機會，藉以防止發生突襲性裁判，充實審理的內容，提昇當事人對審判過程之信服度。此乃經由法官運作訴訟指揮權所促成。尤其，在委任有律師為訴訟代理人之情形，法官可藉言詞審理，使雙方當事人於律師協助下，更充分參與法院之裁判形成過程，避免不公正的裁判，而強化當事人對裁判的信賴，最後達成司法民主化的理想。在集中審理之期日，既係由本案判決法官直接踐行上述①之闡明、②之調查，且原則上係於兩造當事人或其代理律師及關係人均在場的狀態下，為該等審理活動，自較諸在分割審理之程序上，更能達成上開③所述防止突襲之目的。

特別是，本案判決法官在集中審理之言詞弁論期日，倘能踐行以公開心證及表明法律見解為內容之闡明方式，則更可充實上開言詞審理之內容，並促使律師發揮協助防止突襲之功能。蓋以在此種審理程序上，法官係經由公開心證並表明法律見解之方式，使律師認識審理之狀況及心證之內容，以便其判斷是否對裁判表明信服或再提出相當資料說服法官。在其程序上，律師才能與法官進行較充分的法律上討論，並隨時預測到法官的審理狀況；另一方面，法官也可運用訴訟指揮權，在心證形成的過程，催促律師自程序開始以後，隨時反省其所為訴之聲明或攻擊防禦之正當性，或有無改變、修正之必要。此種程序內容包含：法官努力於提示審理狀況使代理律師及當事人本人信服的程序、律師及當事人本人盡力說服法官的程序、律師勸使當事人信賴裁判的程序、兩造及其代理律師互相間為辯論的程序。此乃使信服與說服之活動相交錯的「信賴程序」。如此運作審判程序，才能更充分發揮言詞審理的功能、保護聽審請求權，而能有助於提昇國民及當事人對裁判的信服度、接納度〔請併參照本文「肆」之說明〕。

(2)集中審理助益貫徹兩造聽審主義之精神

民事訴訟法係採兩造聽審主義，即要求法院須就當事人之聲明及主張，對兩造為聽審以後始得下裁判。此原則係基於當事人間平等、公平之要求所承認，乃古今中外共通之法理（參照邱聯恭「司法現代化」一二九頁）。此項原則在集中審理之言詞辯論中最能被貫徹，特別是，於本案判決法院同時踐行公開心證並表明法律見解之情形為尤然。因為，在踐行此種辯論之程序上，較諸在分割審理之情形，兩造當事人實被賦予更充分之機會，可藉此不僅互知對造所提出之事實、證據為何，防止來自對造的突襲；並能基於各自察知之案情全

貌，預測法院如何形成裁判，而有所回應，以充實聽審之內容，防止來自法院的突襲。

要之，在集中審理時，兩造係循對席辯論之方式主張活生生之事實，既非僅屬經法的評價之要件事實，亦非各以單方面行為（eine einseitige Handlung）提出裁判基礎資料，頗可凸顯其言詞審理具有辯論之同時性（die gleichzeitige Verhandlung）。識者每強調：兩造言詞辯論之方式，提供了辯證法的思考過程，可資以止揚兩造當事人互相間之緊張、對立、矛盾關係；並經由此項過程發現真實，是乃言詞辯論之重要機能云云〔竹下守夫「言詞弁論の歴史的意義と將來の展望」二二頁以下〕。其實，此項言詞辯論之機能，唯在以公開心證並表明法律見解為程序內容之集中審理程序上，始得徹底發揮。而且，此種程序恒較能使兩造聽審主義之精神發揮得淋漓盡致。

當然，如上之闡述，並不意味言詞審理毫不含有缺點，尤不即認為在訴訟審理過程無須同時仰賴書面（審理）主義之功能發揮。例如，除下述註三八內(2)①②就言詞主義、公開主義同受限制之情形所說明者以外，就案情繁雜之訴訟事件，應如何活用準備書狀之功能，進行言詞辯論前之準備，亦屬課題。

註三七：為鞏固當事人之程序主體權（當事者權——Parteirechte），須從立法論及解釋論，確保當事人得有機會積極參與涉及其利害之裁判形成程序。為此，應肯定其有在場見證權及紀錄（案卷筆錄）閱覽權，是即有關當事人公開主義（Parteiöffentlichkeit）之保障。此項保障係為充分賦予辯論之機會所必要〔參照邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」（「民訴研討(二)」）四四一頁以下；同「司法現代化」一一八頁以下〕。

此所謂在場見證權係指當事人為盡充分辯論之能事，得要求充分認識判決法院之審理狀況，並得在法院為一切審理時，到場見證而參與程序等權利。準此，受訴法院進行調查證據時，應賦予當事人有參與其程序之機會，使其得知調查證據之結果，並可隨時主張自己之實體利益及程序利益。此項程序權保障，不獨於受訴法院調查證據時應被賦予，縱使許由受命法官或受託法官調查證據時，亦應如此。此種當事人及其代理人所應享有之在場見證權，已然成為當今證據法上重要基本原理之一〔參照石川 明「証拠に關する當事者權——証拠へのアクセス——」（講座民事訴訟⑤，一九八三年）二〇頁以下；邱聯恭在民事訴訟法研究會第二十八次研討會之發言——載「民訴研討(三)」二二九頁以下。不過，另有當事人公開應否在一定範圍內受限制之問題，請見下述註三十八內(2)③之說明。〕

相較於分割審理之情形，在集中調查證據並集中辯論之程序上，當事人既常更能掌握事件全貌，自較有助於從實質上保障在場見證權，並促使其依紀錄閱覽權所蒐集之資料，得能更加發揮助益充分辯論，而貫徹兩造聽審主義之功

用。

註三八：為了解集中審理與公開主義（Öffentlichkeit）之關連性・互動關係，宜先認明：

（1）公開主義之功能

公開主義即法庭公開（公眾公開、一般公開）主義，亦屬我國民事訴訟法所採原則之一（參照法院組織法第八十六條）。此項原則發源於十九世紀歐洲社會之改革運動，係為防免專斷裁判（Kabinettsjustiz）而被採用，乃促使國民信賴審判之手段，具有擔保審判公正・公平之機能。藉此，國民即主權者得監控法官之法適用過程，促進司法民主化，貫徹保障公正程序請求權之法治國家原理（vgl. Rolf Stürner, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 659 ff.; 林屋礼二「判決手続と決定手続の交錯——各審理方式の機能分化——」（講座民事訴訟④，一九八五年）五八頁）。又，審判公開另有助於確保國民之知的權利，並貫徹司法權之作用〔請參照船田三雄「裁判の公開、知る権利と公正な裁判の実現（上）」（判例時報一三一九号，一九八九年）四頁以下；佐藤幸治「公開裁判原則と現代社会」（法学教室一四五号，一九九二年）七八頁以下〕。此外，審判公開亦可使一般大眾在較能見聞審理程序之狀態下，更容易認明存在於社會之多樣文化及多元價值，進而更積極參與形成・創新法規範〔參照Resnik, Due Process: Public Dimension, 39 U. Fla. L. Rev. 405, 417-420（1989）〕。

通常，相較於分割審理之情形，在公開法庭上集中審理之場合，一般國民（旁聽者）常更可能直接理解案情全貌及審判之全過程，藉以督促法官為更正之審判。尤其，於集中審理時，大眾傳播媒體更可能為審判過程之全幕報導，此項報導在無礙於審判獨立之範圍內，可促使公開主義之運用更有利於國民監控審判〔關於應確保國民對審判機關之監控可能性以及審判受公評之必要性等事，請參照拙著「司法現代化」二二頁以下、一六九頁以下〕。在此意義上，對於需求循公開主義之旨趣進行法庭辯論之訴訟事件，集中審理實具有強化貫徹其旨趣・功能之作用。

（2）公開主義之限制必要性、可能性與審理集中化之促成

上述論旨，並不同時意味公開主義絕無應受限制・排除之情形。毋寧是，為貫徹法律上其他基本要求，在相當範圍內，就特定民事訴訟事件之審理，亦有應該且可能限制或排除法庭公開之場合，原不以經法院組織法第八十六條但書所已明文承認之例外情形為限。又，聯合國第二十一次大會於一九六六年十二月十六日所決議通過之國際人權規約第十四條第一項亦承認：在保護公益或當事人私益所必要之一定範圍內，得不公開審理〔關於公開審理之保障，我國

與德、日等國所涉問題狀況尚不盡同，就此請參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註五）一七八頁，即本書一一八頁內註一一之說明〕。關於公開審理之限制或例外，可能有如下多種情形：

①依程序主體權及程序選擇權之法理，在不特別有害於公益之範圍內，應容許當事人得合意選擇不公開審理之方式。因為公開主義常須與言詞審理程序相結合始克發生作用，可是，此種程序較諸利用書面審理程序之情形，有較花費勞力、時間或費用以致造成程序上不利之虞。為避免致此，並為賦予當事人有平衡或優先追求程序利益之機會，應容許當事人得基於兩造之合意選擇利用書面而不公開之審理程序〔關於程序主體權及程序選擇權之法理，請參照拙著「司法現代化」一一一頁、一三九頁以下。又，雖非基於筆者所闡述之程序選擇權法理，在結論上認為應容許當事人合意放棄公開審理之見解亦多有之，例如：上原敏夫「弁論兼和解方式をめぐる論点の整理」（民事訴訟雜誌三七号，一九九一年）七八頁；竹下守夫「民事訴訟の改善と新たな審理モデルの模索」（見註一九）一〇〇頁；座談會「民事訴訟法改正に何を望むか」（ジュリスト九七一号，一九九一年）一八四頁（鈴木發言）；中野貞一郎「司法改革の軌跡」（見註三）二六頁〕。此係強調：在不特別有害於其他公益，而難認為藉公開主義所保護之利益恒優位於循程序選擇權所保護之利益時，縱使適度限制公開主義，亦無背理之可言（如：容許當事人合意選擇有利於促進訴訟之程序，可能導致全面性減輕法院負擔之結果，此無異於增多一般人民使用法院之機會，難謂其非亦屬公益之一種）。何況，誠如德國民事審判制度修正準備委員會之報告所指明：當事人間往往也關心於不使其私爭呈現於廣眾之耳目，倘將此項關心與國家對於程序公開之關心試加較量，當可察覺較諸刑事審判而言，其對於私權紛爭之關心每更為淡薄。易言之，國民實際上多未監控民事審判，縱使民事審判庭上之旁聽者，亦常未對於其中系爭之問題多所關心。可是，該訴訟之當事人間卻可能因其家庭內或職業上隱私被暴露於法庭上，致蒙受相當大之不利。此即德國民事訴訟法第一二八條第二項何以容許當事人間得合意要求採書面程序而不公開審理之一項重要原由（vgl. Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, 1961, S. 180）。不過，訴訟事件之紛爭類型不一，倘某事件之紛爭內容涉及多數民衆之利害，而為一般國民所關心者，亦別有不應禁止公開審判之情形。此時，宜另授與法院相當權限，俾其得命行公開審判，而駁回當事人不公開之聲請。應認為屬於此類情形者，例如：社會名人所涉非僅有關其個人隱私而為廣眾關心・注目之事件、以公司之發起人為當事人之訴訟、廣眾（如：多數股票持有人）與有重大利害之商事紛爭事件等類情形〔關於公司股東會決議紛爭事件，有應對於形式上當事

人以外之第三人賦予程序保障，且於審理程序宜適度擴大法官職權而限制處分權主義等情形，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十六次研討會之闡述——載「民訴研討四」四一頁〕。

②基於事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論之法理，為滿足一定事件類型之特性需求，有宜限制或緩和受公開主義之支配者。例如，就小額事件之審理，基於費用相當性原理及該類事件對於達成迅速而經濟的裁判之強烈需求，宜授予受訴法院相當之裁量權，許其得視實際情況之需要（如：當事人到庭之難易（花費之大小），改採書面而不公開辯論之審理方式，以資因應〔關於上開諸法理之闡釋，請參照拙著「司法現代化」三一八至三三〇頁〕。此類法理基礎，亦可準以理解德國民事訴訟法第一二八條第三項規定旨趣之妥當性（同條項係明文容許法院就非屬律師代理而訴訟標的金額低於一千二百馬克之小額事件，在實際上難期待當事人到庭之場合，得依職權命令改用書面審理；但於當事人之一造有所聲請或其到庭為查明案情所必要時，則得撤銷該項命令）。

依上說明可知，就特定事件類型（需求促進訴訟、追求程序利益逾於期待受公開審理之事件），促進訴訟之要求有應優先於公開主義而受顧慮之情形。亦即，就此種事件，應容許受訴法院（訴訟制度運作）為滿足促進訴訟之要求，得在一定條件，改採不公開審理之方式。職此，在未對其他法律上原則另有違背之前提下，為滿足促進訴訟之要求，法院所採用之審理集中化措施，並非恒須以公開審理為其不可或缺之程序內容。易言之，在一定範圍內（如：在兩造合意時、為審理小額事件而認為有必要時），為達成審理集中化之目標，適度限制法庭公開，既屬可能，亦不背理。

③為尊重人的尊嚴及保障財產權等基本人權，在一定範圍內，是否尚有對公開主義加以相當限制之必要及可能，仍屬今後之課題。例如，在當事人間之訴訟關係涉及某項企業秘密時（如：可供為證據之賬簿若經公開將有導致產業秘密外洩於第三人之虞時），為保護該企業秘密，似應在一定條件下容許限制法庭公開。又，在當事人間係處於企業上競爭關係，以致如於其間進行調查證據或辯論，有造成產業秘密外洩於對造之虞時，宜探討：是否應容許法院將該項涉及產業秘密之證物（如：賬簿、產銷計畫書），僅交由公正人士（如：法院所選任之中立會計師、經法院選任而非由當事人自行委請之律師）閱覽或查核？在此範圍內，是否可同時限制、禁止當事人之在場見證權（即當事人公開，關於其意義，請參照註三十七之說明）？此類問題應如何解決，因另尚涉及如何妥為調整多項基本人權保障要求間之緊張關係，並尋求其間之平衡點等事，定論非易。有關於此，瑞士民事訴訟法之規定（同法第三十八條規定：為保護當事人或第三人之營業上秘密認為必要時，法官應排除他造或兩造當事

人，就其相關之證據方法形成心證）似可供參考。（其相關問題之探討，請參照田辺誠「訴訟手続における企業秘密の保護」（民事訴訟雜誌三七号，一九九一年）一三五頁以下；研究会「民事訴訟法改正の検討事項をめぐって」（ジュリスト九九六号，一九九二年）二八頁以下；小橋馨「營業秘密の保護と裁判公開の原則」（ジュリスト九六二号，一九九〇年）三八頁以下；井上治典＝高橋宏志「裁判の公開」（法学教室一四四号，一九九二年）六二頁以下）。

註三九：律師亦負有促進訴訟之任務，應協同法院及當事人平衡追求實體利益與程序利益。關於此，請參照邱聯恭「司法現代化」二〇八、二二三頁以下。

註四〇：如何就日趨多樣化之法院事務內容，重新劃分法官與書記官之職務範圍，並適度擴大書記官之權限，亦屬省思訴訟審理方式時必須面對之課題；且有關於如何減輕法官之業務負荷、促進程序。關於此，日本近年來有所謂書記官權限獨立化之趨向，值得注目〔其相關問題之指明，請參照中野貞一郎・前掲（見註三）一六頁以下〕。

註四一：分析司法裁判在本世紀中未能博得國民信賴之原因所在，並非本文之主要目的。不過，在此，為喚起正視一般民眾對司法多不信任及社會輿論嚴重關切黨政干預或破壞司法中立、公正形象等現實，以下特摘錄最近報刊雜誌上所指述之若干事象、情節：

(1)指責執政黨高層黨官擔任司法行政首長，或直接干涉審判者，請參照「台北律師公會聲明——反對司法院院長兼任國民黨副主席」（律師通訊第一六九期，一九九三年）一頁以下；司法改革委員會「如何使司法院審判機關化」（同上）六八頁以下；林永謀等法官「司法現代化宣言」（律師通訊第一五三期，一九九二年）一二頁；萬國法律「社論」（萬國法律第七二期（一九九三年）及第七三期（一九九四年））。

(2)引據多項民意調查報告等資料，分析四十年來司法未能獲得人民信賴係受戒嚴、反常政治、行政、金錢私利或詐騙等諸多因素影響所致者，請參照高瑞錚「全面革新司法已刻不容緩」（律師通訊第一七二期，一九九四年）一頁以下；座談會「司法改革與修憲」（律師通訊第一七七期及第一七八期，一九九四年）七一頁以下及六四頁以下；一九九三年十二月十七日、一九九四年四月五日及同年六月十日中國時報；公聽會「修憲與司法改革」（一九九四年四月十七日自立晚報）。

(3)指述人情關說、司法人事不公、賞罰不明而姑息敗類以致敗壞風紀者，請參照一九九四年七月十四日中國時報之深度報導。

(4)描述目擊大法官係如何在拉票、請託等現實政治生態下產生，以致大法官之人品、風骨受懷疑，而有損於司法公信者，請參照一九九四年九月三日

中國時報之焦點新聞：法治斌「大法官提名審查後的感想」（一九九四年九月四日中國時報）。

(5)報導全國法官就操守、行政能力、學識及對於審判獨立之尊重程度等方面，評鑑各地方法院官派院長之結果，其總成績為不及格者，請見一九九四年九月二十七日中國時報之社會新聞。

註四二：在德國，於第二次世界大戰以後，為重整其受獨裁政治及戰事所損傷之政治・道德意識，改革司法（改革法官）被認為係極其重要之課題。關於此方面之議論，請參照Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, 1961, S. 63ff.; 木佐茂男・人間の尊厳と司法権（一九九〇年）一九二頁、四〇一頁以下。

註四三：關於司法之使命係為確保、伸展國民之法主體性等原理，請參照邱聯恭「司法現代化」一九頁以下。

註四四：關於我國傳統上欠缺法律家主體性教育及其改革之應有取向，請參照邱聯恭「律師養成教育之課題與展望」（律師通訊一五六期，一九九二年）一二頁以下，即本書二四七頁以下。

註四五：在具有同樣法制繼受沿革・背景之日本，彌補「法的主體面」缺陷之緊要性，已屢為識者所重視・強調。關於此，請參照三ヶ月 章「法の客体的側面と主体的側面」（同・民事訴訟法研究第四卷，一九六六年）一頁以下〔初出：尾高追悼文集「自由の法理」（一九六三年）二五七頁以下〕；中野貞一郎・前掲（見註三）七頁以下；兼子 一＝竹下守夫・裁判法（一九九四年）三九〇頁。

註四六：關於司法改革項目之分類，參照中野貞一郎・前掲（見註三）三頁以下。

註四七：請參照邱聯恭「司法現代化」一頁以下。

【原載律師通訊第一八〇期・第一八一期，一九九四年。本文係作者為析述民事訴訟法修正草案，於一九九三年在最高法院之講稿，先發表於「最高法院學術研究會叢書（三）」，後經調整題名及部分內容而成。】

法曹養成教育之課題與展望

——從律師養成教育應有之改革取向談起——

壹、回顧與前瞻之契機	249
貳、律師養成教育之沿革上缺陷	254
一、傳統上法律家主體性教育之欠缺	254
二、廿世紀繼受西方法制所遺留之課題	255
參、律師養成教育之指針	260
一、制度理念	260
二、教育目標	262
肆、二十一世紀社會對律師知能之多樣化需求	265
一、協同探尋「法」之知能	267
二、促使形成政策之知能	268
三、策劃生活、調整利害之知能	270
四、裁判外紛爭處理者之知能	274
五、滿足國際化生活需求之知能	279
伍、律師養成教育之未來	285
一、基礎教育階段	286
二、專業教育（職前研修）階段	306
三、繼續教育（再教育）階段	351
陸、結語	364
※參考文獻	366

壹、回顧與前瞻之契機

在我國，向來社會上一般人或部分法界人士往往認為，律師的主要業務活動是從事於與法庭上訴訟行為有關的，因此，律師應該並且只要接受與訴訟審判實務有關之技術教育即可，亦以此為足。這種觀念或許是由於向來在我國傳統上欠缺律師此種行業，或者也由於修正前律師法第十九條規定「律師受當事人之委託或法院之命令，得在法院執行法定職務並辦理其他法律文件。律師依特別法之規定，得在軍事或其他審判機關執行職務。」等內容之關係所造成的。可是，在即將進入廿一世紀，而慶祝第四十五屆律師節以檢討過去展望將來之今天，我們不禁要提出一個疑問，到底這樣的觀念能否滿足廿一世紀新時代的需求？能否因應社會的變遷？還有，在目前立法院審議中之律師法，雖然對於上開律師法第十九條之規定有所修正，於其草案第廿一條規定「律師受當事人之委託或法院之指定，得在法院執行法定職務，並辦理其他法律文件。律師依特別法之規定，得在軍事或其他審判機關執行職業。律師得辦理商標、專利、工商登記、土地登記及其他依法得代理之事務。律師辦理前項事務應遵守有關法律規定，如有違反，應依有關法律處理。」但此種條文規定是否有助於改變或修正向來一般人所抱持的上開觀念？這依然是今天應有之疑問。亦即，於目前法律修正之作業上，是否已經事先或同時充分認知，在即將到來的廿一世紀或新的社會環境中，律師所被期待、要求之角色扮演、功能發揮為何，是值得疑問的。

鑑於解決紛爭的方式除了訴訟以外，還可能有種種——例如和解、調解、仲裁或交渉談判等等〔參照拙著「司法之現代化與程序

法」(一九九二年,以下略稱為「司法現代化」)第六頁),我們不禁要問到底在循調解、仲裁等等訴訟以外其他解決紛爭方式處理之過程,或在平日的社會生活中尚未發生紛爭時,律師是否亦應該被期待甚至於被要求扮演相當積極的角色?若然,則律師所應該接受之養成教育或者所須具有之專業知識,不應該仍如同上述一般人向來所認為般,只限於與訴訟審判實務有關之技術教育或擁有此方面之知識即為已足。毋寧是,除此之外,尚須加強或充實其他養成教育之內容。這是在廿世紀末之今天,應該對於向來一般人所抱持有關律師養成教育觀念的妥當性,從新加以確認或檢討的時機。

其實,現在的律師法從民國三十年(一九四一年)施行以來已經五十年了。五十年來,我國的律師養成教育與司法官養成教育有一重大不同。亦即,對於律師之養成,並無所謂職前訓練或養成教育此一部分,欠缺如同司法官目前應受一年半訓練教育的制度上設計。姑且暫不談論該項司法官訓練教育尚多有應予改進之處,在此情況下,我們應該懷疑關於律師養成教育,僅僅依賴四年的大學法學教育是否足夠?就司法官之養成教育而言,實際上從民國三年(一九一四年)到民國十年(一九二一年)之間設有司法講習所;民國十五年(一九二六年)有司法儲才館、法官學校等設施;從民國十八年(一九二九年)到民國三十二年(一九四三年)之間設有法官訓練所。然後迄民國三十八年(一九四九年)為止,另設有中央政治學校法官訓練班;又從民國三十九年(一九五〇年)到民國四十三年(一九五四年)之間設有司法人員訓練班;從民國四十四年(一九五五年)一直至現在則設有司法官訓練所,前階段隸屬於司法行政部,後階段隸屬於法務部,都是在行政院所屬的部之下設立司法官訓練所。姑不論其制度設計及隸屬關係實背於司法獨立之精神,為害相當深遠(參照拙著「司法現代化」第五七頁以下),畢竟其已留意到,就法官的養成,除了

大學教育之外,還有另設養成教育設施的必要。可是,就律師的養成卻未有同樣的認識。因此,在我國有關律師養成教育之沿革上,是否已充分認明律師功能的重要性,是令人懷疑的。譬如,從遜清末年認識了變法圖強之重要性以來,雖然亦注意到採用律師制度之必要,但是並沒有進一步規劃如何充實有關律師養成教育之制度或措施。在光緒三十二年(一九〇六年)修吏大臣吳廷芳、沈家本等先生編定刑事民事訴訟法時,曾經在奏文中提到有需要採用律師制度、培養律師人才,然後加以考試,給予文憑,使其執業。但是,此種建議並未具體化成為律師養成制度。還有,民國初年定有律師暫行章程,雖然也規定在大學法政科三年畢業以後,可以免試取得擔任律師之資格;民國三十年開始施行之律師法,規定要取得律師資格應該經過考試,並有其他一些規定,但均未特別認識到,到底是否應該同時建立或充實律師養成教育有關的制度,沿襲迄今。

可是,相對於我國之狀況,在主要的先進諸國,關於律師之養成教育制度,向來則有比較周全的設計。例如,在日本,自一九三三年(昭和八年)起設候補律師制度,規定律師資格之取得除應經考試及格外,須再受實務實習教育一年半;自第二次世界大戰結束後,其律師資格的取得,除了接受大學法學教育,經考試及格以外,還要與一般的法官、檢察官一樣,在司法研修所同時接受二年的研修、實習教育。在德國,向來的法曹養成教育係分成二階段來完成,其第一階段須接受四年的法學教育,經第一次考試及格以後,則進入第二階段之實務實習(Vorbereitungsdienst)最少二年半(一九八一年以前為二年),而且包含律師、法官、行政法律家及經濟法律家等在內,均須具備這種養成教育之過程。法學教授除經歷此過程外,尚須另有學問上業績。在美國係採取所謂法曹一元制,亦即,法官是從執業律師經過相當年限具備相當條件之律師予以遴選(參閱拙著「司法現代

化」第三一頁至第三九頁之說明)。於此制度下，在其法律學校(law school)法律人同時受相當之實務教育而畢業以後，才經由各州的律師考試，取得資格從事律師事務，而要進入法律學校之前，通常均已在大學的一般科系畢業取得學位。美國在此種法曹一元制之下，又非常重視取得律師資格以後的繼續教育。並且，其法律學校之畢業生能參加律師考試者，必須該法律學校的設施已達到一定的標準，例如其師資、圖書設備均須合乎相當的水平。此外，其法律學校之教育科目且經常作不斷的改進。當取得律師資格以後，有很多州還強制性要求律師接受繼續教育(在職教育)。至於法國，其律師通常是已經取得法學碩士或法學博士學位以後再參加律師考試，律師考試及格之後則接受律師研修教育總共三年，與司法官係於大學畢業經考試及格以後進入司法學院之情形，分開養成。

不僅如此，雖然已有上述律師養成教育制度，可是，像德國從一九五〇年代以後，更不斷探討、研究到底其法曹養成教育制度是否應該再有所改革？有無可採用之更經濟、更迅速、更有成效的養成教育方式？另一方面，在日本，這二十多年來，關於律師養成教育應如何改革，包含大學的法學教育以及律師、司法官研修教育的方式、內容，到底應該如何再加以改革等問題，也不斷進行討論，而與德國同樣，都有相當多的文獻涉及此方面改革論之問題。

再者，如果著眼於律師亦從事於法庭上訴訟活動這一點來看，也有值得留意的事。亦即，律師在從事法庭上種種活動之過程，必然與訴訟法本身有非常密切之關係——與訴訟法規定內容以及訴訟制度功能之關係相當密切。從這個角度來看，吾人也應該同時留意到，我國與日本之民事訴訟法均已施行逾五十年，這五十年以來，社會情勢之變遷都相當大，而訴訟法的思潮亦大多與往昔有所不同。因此，德國固然已經在一九七七年就民事訴訟法進行本世紀以來最大幅度之修

正，日本也從前年(一九八九年)七月開始著手研修民事訴訟法，預定五年以內完成。我國民事訴訟法之研修工作亦已經進行多年，並且修正草案之初稿已大致完成，其內容與現行法相當不同，在初稿中，就第三審上訴制度採取律師強制代理制度(關於此制度之意義、功能等事，請參閱拙著「司法現代化」第一八五頁至一八七頁)。在這樣的訴訟法修正工作進行之下，我們也應該注意到一個問題。亦即，即將修正通過之民事訴訟法，是在廿一世紀開始階段要施行的法律，為了配合此民事訴訟法之修正以及訴訟制度功能之發揮，到底律師養成教育，是否也應該作相當的配合？往何等方向來充實律師養成教育，才能配合即將到來的廿一世紀所要施行之訴訟制度，而使其發揮應有之功能，並協同其解決所將遭遇的問題？何況，除民事訴訟法外，刑事訴訟法以及行政訴訟法亦均在研修中。配合此等程序法之修正工作，為使新的程序法均能充分發揮應有之機能，似乎也應該在即將進入廿一世紀之此階段，探討到底律師養成教育應該往何等方向予以改革。

當然，要預測未來，並非容易。因為未來所可能發生之各種影響因素係多種多樣，常難準確預測得到。可是，在廿世紀末之現在，如果能夠回顧一世紀以來有關律師制度或律師養成教育施行之狀況，並且作某程度前瞻性之檢討與規劃，應該是必要而有益的。要之，與德、法、日、美等國比較而言，在廿世紀中我國不論在制度規章上或在論者之間，似乎多未充分意識到充實律師養成教育之重要性。而獨偏重於任由行政機關，主管司法官訓練教育(有如上述)，馴至助長司法官官僚化。因此，為貫徹司法民主化的法曹養成教育理念，如何在廿一世紀即將到來的今日，就律師養成教育作相當之檢討、回顧與展望，應該是非常有意義而重要的。

貳、律師養成教育之沿革上缺陷

一、傳統上法律家主體性教育之欠缺

首先要認明的是，在我國傳統的文化歷史上，「法」被認為是統治者的工具，所謂「法」的推行者只不夠是權力者、為政者之手段而已。因此，在我國傳統上本來即欠缺推動「法」前進、「法」形成之法律家階層，亦即欠缺具有主體性的法律家，而沒有律師這種職業，所以，當然更談不上律師養成教育。還有，雖然到宣統二年（一九一〇年），曾經由兩廣總督袁樹勛在其奏文中建議開律師班，結果並未被採納。並且，如上所述，縱使時至民國（一九一一年）以後，在沿革上、制度上也沒有重視過律師養成教育。在上面這種歷史文化背景之下，可說欠缺法律家主體性教育，亦即，既然無推動「法」前進、形成「法」的內容之法律家（律師）存在，當然不會具有此方面之教育。這種傳統上的缺陷，可說是一種（如日本三ヶ月 章教授所說的）「法的主體面」之欠缺。從此角度來看，為彌補上開沿革上之缺陷，今後有關律師的養成教育，應該從二方面使其健全：

第一方面是，對於全民的法律教育，要作觀念的變革，著重培養人民有健全的法意識、權利意識。充實此方面之教育，使國民能夠認識清楚，律師及其養成教育在現代法治國家之機制、功能。使一般的國民認為，由律師協助人民推動「法」的前進、形成「法」的內容，實現其權利，乃是現代法治國家所必要的觀念，應該有的作為。另一方面是，對於律師或將要成為律師之法律人，應該施予「法主體性」的法學教育，亦即應該讓他們深切認識到，律師負有推動「法」前

進、協助國民形成其所需要的「法」之使命與任務。易言之，要有隨著社會的變動、時代的需求，去形成國民所需要的「法」之使命觀。此點是有關於律師所負形成政策的任務以及協同探尋「法」的功能等方面之重要事。亦即，律師應隨時尋求國民的意願、社會的新需求為何，然後準以促使相關之國家機關形成政策，具體化為法律。且因律師照理應具有相當之法律專業知識、法律思維能力及辯論能力，熟諳訴訟審判實務，由其協助當事人遂行訴訟，較諸當事人本人獨自參與程序，更能發揮防止遭受對造訴訟行為及法院審理活動所突襲之功能，而在審判過程言詞辯論中，協同具體形成「法」即「權利」即「正義」之內容。（詳請參閱拙著「司法現代化」第二〇二頁以下及第二〇六頁以下）。

針對前開沿革上之欠缺，今後有關律師養成教育之理念、主旨，應該是要讓全國的國民以及將成為律師的法律人認識到，「法」的形成及法律制度之建立不應該僅任由為政者主導，而應該由律師協助國民基於法的主體性原理，來自主性形成人民所需要的法律制度及「法」的內容。唯有此種律師養成教育的理念（併參照下述「參」之說明），才能夠使律師逐漸得到國民的信賴，使國民能夠容易接近律師、使用律師制度。此事對於彌補我國傳統上的缺陷，實具有特殊意義。

二、廿世紀繼受西方法制所遺留之課題

在此要特別強調的是，廿世紀我國繼受西方法制（歐洲大陸法），在下述方面，實際上殘留其繼受不夠徹底的問題。第一方面是，在法的客體面有繼受不足的問題（在日本，中野貞一郎教授亦指明，就繼受德國法制而言，日本也有同類問題）。以訴訟法而言，廿世紀我國

之民事訴訟法與日本的民事訴訟法同樣深受歐洲大陸法（德國、奧地利）之影響，甚至於可說是一種由國家所指導的抄襲性繼受。此際殘留一問題，即在法的客體面仍然有繼受不夠充分之處。例如，德國一八七七年的民事訴訟法所採律師強制代理制度，並未同時被繼受過來。按：律師強制代理制度有其相當重要之功能，諸如：預防不必要訴訟、抑制不諳法律而缺乏訴訟經驗之當事人本人輕率提起訴訟、避免無實益的起訴或無受容希望的上訴；事先為徹底的準備，以達成訴訟事件受充實、迅速審理的成果；避免繁瑣的程序方式使有助於程序之自由構成；簡易化法院事務以促進程序；踐行有實效的言詞辯論，為周詳之審理，並使當事人兩造受公平之處遇；掌握案情，維護法院主持辯論的誠摯性及品格，以達成足以確保對審判制度信賴的裁判等功能（參閱拙著「司法現代化」第一八六頁以下）。此等功能之發揮，係以健全的律師養成教育為必要前提。正因如此，一八八八年（明治二十一年）日本之法律調查委員會在研議如何移植德國民事訴訟法時，反對採律師強制代理主義者乃以律師之資質及人數尚有未逮為其論據之一。由於我國民事訴訟法並未同時將德國之律師強制代理制度一併移植過來，以致於在訴訟法運作之功能發揮或成效上，與德國存有重大的不同。亦即，同時予以採用之訴訟制度與沒有同時予以採用之訴訟制度可說是異質的制度（參閱三ヶ月 章「民事訴訟研究」第四卷第四九頁）。在外觀上，雖然我國民事訴訟法之許多規定係與德國向來的民事訴訟法很相近（應留意德國於一九七七年已多所修正），但是，因為未同時採用律師強制代理制度，所以在運作成效上及訴訟制度功能之發揮上，就會發生相當的不同。從此點來看，可說是一種法的客體面繼受之不足。

在我國未採用律師強制代理制度之情況下，或者在上述所提及的，我國民事訴訟法目前的修正草案係就第三審採用律師強制代理制

度但就第一、二審還未採用之狀況下，如何健全律師制度並充實律師養成教育，以為將來採用健全的律師強制代理制度作準備，且彌補因未採用此制度以致訴訟制度尚難充分發揮功能之缺失，亦成為相當重要的課題。此處所謂充實律師養成教育，當然牽涉到律師養成教育的內容、施教對象即律師人數應如何擬定等多方面之問題。關於此點，實際上亦與上述我國在沿革上欠缺法的主體面之教育有關。易言之，雖然繼受了德國的訴訟法，但是如果沒有受過相當的教育而有能力運作此部訴訟法、予以推動而使其發揮功能之律師，則還不一定能夠發揮與德國同樣的功能。要之，雖然繼受了法的客體面，若未同時充實法的主體面，仍然很難發揮所繼受法的客體面應有之功能。此點從法制史上亦可舉例說明：以前德國繼受羅馬法時代，是由一批有強烈求知慾之德國人，越過阿爾卑斯山脈、橫渡萊茵河到義大利，然後再回到德國，進行、完成其法的繼受事業。從此事可知，法的主體面之充實，是與法的客體面繼受及其功能發揮之間具有密切關係，不容忽視。此項有關律師養成教育的重要性之認識，對於致力彌補我國法制沿革上的缺陷，頗具重要性。

第二方面，我國雖然繼受了歐洲大陸程序法之相當部分，但是並未同時繼受外國的審判實務，就此而言，也有繼受不夠充足的問題。因為，通常一部法典要發揮其應有的功能，往往還有賴於與此法典有關係之各種實務上慣行（訴訟習慣）或其他細則等等。審判實務上之慣行或細則等等如果有所不同，雖然法典完全一樣，亦不一定能發揮相同的功能作用。就此點來看，我們不能忽略一課題，亦即如何為從外國繼受之法律架設相當的橋樑，使其銜接到我國的國情、水土之上，此工作亦是相當重要。雖然不一定要在繼受外國法典之同時也完全繼受外國的實務習慣或相關施行細則等等，但是，最少也要在實務上將所繼受的外國法典與我國的國情為適當的銜接，而儘量避免因所

繼受之外國法典與我國國情發生過份的游離或水土不合所可能造成之惡果。

從上述問題之提出，可知在廿世紀我國繼受西方法制以後，殘留一課題是與此處的論題有關的。亦即，在充實律師養成教育時，應該著重於或同時兼顧使律師具有如下的能力：即相當的法律思維能力，使其能夠協助法官塑造、形成適合於我國國情以及國民需求之實務上慣行。易言之，使其具有相當之能力，能夠協助將繼受自外國之法律（例如訴訟法），重新加以改造或修正，形成適合我國國情及國民需要之審判實務，達成此種不會發生水土不合之運作結果。此亦係要充實律師養成教育時，從廿世紀我國的法繼受過程上所整理出來的，應該努力加以克服之課題。為克服此課題，至少要從下述二方面著手：

①不應該如向來般認為，律師僅受過訴訟審判實務教育，只要有運作訴訟實務之技術即為已足，而應該認識程序理論與實務係相輔相成，而有互補之作用，所以應該使律師亦同時具有能夠貫通理論與實務之基本知識、素養，擁有此方面之法的思維能力。此係在繼受外國法的我國特別需要顧慮之問題。不應認為律師是從事實務工作的，即不需要施予法的理論上訓練。更重要的是，應該探討如何充實能兼顧理論與實務之教育。就此點特別值得注意的是，在法律制定越不周全之社會，或法的客體面越不健全的社會，通常其審判實務或法律運作實務越需要依賴學說、理論予以補充。就此而言，如果在德國已經認為其律師養成教育應該兼顧理論與實務，則在繼受外國法的我國，比德國更加一層需要充實能兼顧理論與實務之教育。這表示今後探討如何充實能兼顧理論與實務的教育，是我國律師養成教育的一基本課題。

實際上，由於社會不斷變遷，律師在處理事件的過程，難免會遭遇到事先沒有預測到之狀況，或者就現行法（即從外國繼受之法典）

應該如何解釋、運用面臨沒辦法處理之狀況。當發生此類情況之際，理論、學說往往即成為非常重要之指針。如果平時未受相當的法思維能力之訓練，未受過學說、理論上思考之教育，即難有足夠之知識、能力、資訊，來面對而處理因社會的變遷或複雜化所遭遇之事先不能預測的狀況。對於此種狀況，如果置之不理，或予以草率處理，即無法針對社會的變遷，將現行法運用成能夠合乎人民生活的新需求，以致律師難能獲得社會的信賴而漸漸被人民所疏遠。易言之，從學說理論上所已經明確化而建立起來之基本原理，往往可提供律師作為處理新生問題時之重要參考。基於此種需要，律師之養成教育亦應該同時兼顧到有關基礎理論方面的思維能力之訓練，此項課業的完成，對於繼受外國法的我國是特別重要的。

②在律師養成教育過程，亦應該設法傳授、研習比較法上的知識。亦即，顧慮如何充實律師之比較法知識的課題，對於繼受外國法的我國是相當重要的。關於此，特別要說明兩點：其一是在，繼受外國法的我國，比較法的知識可以幫助律師，了解我國所繼受的外國法之旨趣、立法目的及功能之所在，以便於作為解釋、運用我國所繼受外國法即現行法之重要參考或指針。其二是，從相關各國法之比較以及對於各國法之批評所得到的法或法理，通常對於運用我國的法律具有提示今後發展方向之作用。亦即提示今後我國法的運用、理解，應該往何方向發展才是比較理想的。因為從相關諸法之比較與批評所獲得之法或法理，往往可說是現代文明的人類社會之共通法，此種「法」經由比較法之研究以及比較法知識之獲得，即可對於我國之學說及實務運作發生一定程度的前導功能。此事對於從事實務工作之律師為發揮其應有之功能固然重要（併請參照下述「肆」之說明），對於職司法律適用權的法官更然。蓋律師與法官均同樣面對不斷變遷的社會狀況，往往必須處理新發生的事態，當然需要此方面知識。此對

繼受外國法的我國來講，是非常重要之事；也是為克服廿世紀我國繼受外國法過程所殘留之課題，今後應有之取向。何況，今後的國際間交流將愈趨於頻繁，二十一世紀的人民生活將更加國際化，世界各國相互間之利害關係及協同關係必然益加密切，應互相研習、認知對方國家之法制，以實現人類普遍的正義，此事不以曾繼受外國法之國家為獨然〔併參照下述「肆、五」之說明〕。例如，從比較法上研習外國之法曹一元制、陪審制、或參審制，對於省思如何改革我國之司法、健全律師制度並充實律師養成教育，具有相當重要之意義。

想併此強調的是，較諸十九世紀及二十世紀之前半葉，由於世界性流通之迅速及資訊化時代之來臨，二十一世紀將更容易就比較法為學問與實務上之局部性、混合性繼受，而有所異於二十世紀前半葉在國家指導下之繼受。

參、律師養成教育之指針

一、制度理念

一般而言，要想促使法律制度充分發揮其應有之機能，並順利圓滿因應新的社會變遷、新的社會需求，除了有完備的法律制度本身以外，還必需其運作者具有相當的素養、人格品質、能力以及學識經驗，才可能獲致。這也是有關律師養成教育的制度理念為何，以及如何努力始能實現此種制度理念之基本問題。關於此點，應該從律師制度的存在意義、律師的使命、功能、任務為何這個角度來思考。關於律師之使命、功能、任務等等，本人已在另文有所闡釋（拙著「司法現代化」第一七七頁以下）。亦即，律師是在國民主權的原理以及法

治國家的基本原理之下，為了確保、伸展國民之法主體性而活動。此乃律師存在意義之法理基礎，所以也應該從此觀點來了解律師養成教育之制度理念。易言之，律師養成教育所應該根據之制度理念是：培養有助於確保、伸展國民之法主體性且溫暖而富有人性之律師，使一般的平民都很容易接近、信賴的律師，而不是妄自尊大、疏遠人民的律師。

詳言之，為維護國民之法主體地位乃承認律師制度，而課求律師負「保障人權、實現社會正義」的使命，此項使命係源於國民主權、法治國家原理、尊重人的尊嚴及訴訟權保障等原理。律師應致力於讓普天下之人均有平等接近正義、同受人權保障之機會。為此，律師也應致力於使普天下之任何人都同樣有容易接近、使用律師的可能。律師職務具有相當的公共性，亦具有促使司法現代化之職責，應追求達成促進社會全體之利益及國民之福祉等終極目的，不該僅為了謀取私利。在平日的社會生活上，律師須扮演紛爭預防者、生活策劃者的角色，消除或減少人民遭遇法生活的風險（關於「法生活的風險」究何所指，請參照拙著「司法現代化」第一五七頁、一八二頁）。在此等基本原理解之指引、前導之下，律師養成教育之制度理念，當然亦包含人權意識的教育，憲法意識的教育在內。這樣的教育理念，實際上可說是促進司法現代化所必要的。在此想特別強調的是，僅僅具有形式外觀的法律制度或司法組織，充其量只粗備司法的骨架而已，如果沒有具備相當的人格品質、能力、素養及靈魂的律師、法官予以運作，仍難發揮法律制度應有之機能。不過，要附帶說明的是，上述制度理念，實際上不僅是律師的養成教育，在國民主權原理之下，並且是相關的法律專門職業所共通的制度理念。所謂法律專門職業，除了律師以外，諸如司法官（法官、檢察官）、公證人、行政法律專家（如：法制人員、法務人員）、經濟法律專家（如：金融法務人員、公平交

易管理人員)等等亦是。有關此等法律專家的養成教育，在民主法治社會之下，都應該追求實現共通的制度理念。上述的制度理念，既然是各種法律專門職業所共通的，則牽涉到上述養成教育理念之追求，是否應從大學的法學教育階段即予開始的問題。縱使將來考慮種種因素以後，認為應該將律師養成教育分成大學法學教育以及律師職前研修教育等二階段，亦應該認為上面所述之制度理念，是此二階段所共通必須的。

二、教育目標

律師養成教育所應追求之目標，是在於培養律師能夠具有完成律師之使命、任務，而發揮其應有功能所必要的知識、能力、情操。亦即，律師之使命、任務、功能既然是保障人權、實現社會正義、促使形成政策、協同探尋「法」之所在、預防紛爭、策劃生活等等（併請參照下述「肆」之說明），則使律師能夠發揮此等功能所必要的知識、能力之培養、傳授、訓練，應是律師養成教育所須追求之具體目標。讓將成為律師之人，能夠具有此等知識、能力、素養，然後據以負責執行其業務，以便其能滿足社會多方面的需求、因應社會的變遷，而適格於促使發揮「法」及法律制度應有之功能。易言之，律師養成教育必須追求之目標是，傳授給將成為律師、將取得律師資格以執行律師業務之法律人，在變動的社會中所必要的法律專業知識、執業所需的活動能力。此亦即讓其認識「法」之所在，有能力去認識「法」、適用「法」，甚至於形成「法」。

不過，值得注意的是，上面提過，關於法律專門職業並不僅限於律師這一種，有上述之司法官、公證人、行政法律專家、經濟法律專家等等。這些職務實際上多多少少是某程度互相關連的，所以牽涉一

問題，即律師之養成教育是否亦須留意到上述這些專門職業間互相轉用的問題。亦即，從某一法律專門職業可能轉到另一法律專門職業。例如，從律師專門職業基於種種需要可能轉到公證人專門職業、或者公證人專門職業轉到律師專門職業。為了便利從某一法律專門職業能夠轉到另一法律專門職業，律師養成教育應予某程度考慮。詳言之，就現代的法治國家來看，並且從實體法、程序法之關係以及從「法」的整體機能來看，上述法律專門職業彼此間具有某種程度之關連。

此點牽涉「法」在現代社會的目的、機能之關連性問題。一般而言，「法」的目的、機能大略分別來看，第一方面是社會的規制、調整，第二方面是紛爭之解決、處理。全部的法律專業活動，特別關涉二方面，一者是，有關於紛爭的預防；另一則是，有關於紛爭之解決。上述的各種專門職業或者偏重於其中一面，或者偏重於另一方面，其實互相之間是有關連的。律師養成教育所要追求之目標為何，亦應考慮到在現代社會中「法」的機能，除了紛爭的解決以外，也牽涉到紛爭的預防，使各種法律專門職業都能夠在這二個「法」的機能、目的之下，靈活發揮其應有之作用。律師養成教育在此方面，亦應有所考慮。此即要考慮到統一的法律專業教育之優點，便利各種法律專門職業的共通問題。若然，律師之養成教育，除了應該追求或充實律師此種專業所必要的知識、能力之教育，而在此方面為專門化設計以外，還要留意到有關各種法律專門職業之共通素養教育。就此點而言，將來不是只專門為律師設計法學教育即為已足，還須考慮到各種專門職業之特殊性。在制度上各種法律專門職業所共通必要之教育內容、目標，常較適合於在大學階段來完成，而律師業務所特別需要的部分則宜於留到取得律師資格階段或其職前教育階段來追求。如此分成二個階段予以進行，在經濟上、成效上比較適宜。換一角度來看，在大學的法學教育不應該偏向於只是為了訓練法官或律師而傳授

成為法官或律師所必要之知識，或者僅偏重於傳授成為行政法律專家、經濟法律專家、公證人或者成為學者所必要的法律知識。不應該僅偏重於任何一方。

在此項認識之下，其次再來配合上述目標的追求，思考、檢討到底各種法律專門職業共通需要的教育目標為何。舉例言之，各種法律專門職業所共通需要的知識、能力，如果範圍相當廣，則在大學的法學教育階段要全部追求，即可能要花費相當的期間。此際，大學法學教育裡面，如果只培養傳授各種法律專門職業所必要的共通知識、能力，期間已相當緊湊、就不得不再設第二個教育階段。例如，在大學法學教育之外又設另一階段，以專門為律師此職業充實其所必要的知識、能力。像法國一樣為律師另外設立律師訓練所，與司法官之訓練分開；或者像日本一樣將律師之養成與司法官之養成均同樣在司法研修所進行，亦即除了大學以外另外設立司法研修所之類的機構，而分成二個教育階段。就各種法律專門職業所共通需要的知識、能力來說，在下述「伍」還想加以說明，不過這裡先舉例說明。譬如培養法律思維能力，可說是各種法律專門職業，不論要成為律師、法官、或其他法律專業人員，所共通必要之能力。

綜上所述，值得特別在此強調的是，上開有關律師養成教育之理念追求，從長遠來看，可說也有助於實現法曹一元制的理想，而與司法民主化的理念相通。亦即，上述律師養成教育的理念追求，乃是為了厚植法曹一元制之根基所必要，實際上與法曹一元制之理念追求是相通的。如果能夠依照上面的目標來健全律師養成教育，則法曹一元制之理想將更容易實現。因為上面的理念追求，實際上有益於普遍提昇將來供遴選為法官的律師之平均水準。因此，也可說這樣的努力工作就是正在塑造法曹的原型。依照上述理念從事律師養成教育至相當程度以後，法曹一元制的理想也就比較容易實現了。由於這樣的律師

養成教育實際上就是在充實作為法官供給源的質與量，將來比較能儲備更高的知識、能力及人格品質而合乎司法民主化理想的律師，可供給作為遴選法官之對象（此外，有關法曹一元制之優點、其實現所必要之前提條件以及其與律師養成之關係，請參照拙著「司法現代化」第三十頁以下以及第三四頁至三五頁之說明）。

當然，在上開理念追求下，所謂律師養成教育也應該包含律師倫理教育在內，或者說上述理念追求本身也就是律師倫理教育之基礎。律師倫理教育並不是只在講述不應該敲詐、不應該協助貪污等等枝節的問題，因為這些事情本來即不應該為之。更重要的是，如果能夠養成律師有上面的人格情操、追求上面的理念，則此種律師之人格、品質素養，自然不會作出類似一般人所謂詐騙金錢的事情。所以，律師倫理教育應植基於上述有關培養律師之人權意識、憲法意識及致力協助伸展國民的法主體性等情操之上。

肆、廿一世紀社會對律師知能之多樣化需求

由於未來的社會情勢變化，通常是受著陸續發生的各種事態、因素所影響、左右，因此，想要在現階段精確預測社會的未來，誠然非屬容易之事。不過，在廿世紀末的現在，根據目前所可能掌握的社會狀況及時代需求，儘可能評估廿一世紀社會所將面對的問題以及社會情況、需求，並不是絕對不可能之事。這樣做，對於反省過去、檢視現況、而預先妥為規劃設計今後的制度興革，應該是有益而必要的。基此認識，為了展望、規劃律師養成教育之未來，也有必要先嘗試預測、評估新世紀的社會將需求律師扮演何等角色，藉以了解、認明其角色扮演所需要之知識、能力為何。

尤其是，律師如果未能具有足以因應時代、社會變遷之知識、能力、素養，則律師遲早將喪失其在社會的存在意義。易言之，如果律師的養成教育竟然不能夠培養、充實社會變遷、時代推移所需求於律師之知識、能力、素養，則人民在未來社會的實際需求，將因為律師知識能力、素養之不足，以致於未能獲得滿足。這將不是人民所願意看到而承受之結果。這表示人民恆需求足以培養律師具有能因應時代社會變遷之知識、能力、素養的養成教育制度。

總括地說，隨著今後社會生活的更加多樣化、複雜化、技術高度專門化發展、人民生活越趨於國際化等情勢變遷，可以預測到廿一世紀開始的階段，社會所需求於律師的知識、能力、素養，應該是具有更高深的法律理論、技術專門化的知識、能力以及國際化的素養。易言之，需求律師與法官具有能夠因應社會事態變遷所必要的知識、能力、素養，而可藉以分析、洞察社會情勢的變化需求。關於此，首先要認識的是，現代社會從以前廿世紀鄉村社會漸漸地轉變為大眾社會，以致造成生活環境的擴大及複雜化，並且一般民衆的權利意識也逐漸地高漲。又，隨著生活方式的變化，傳統的價值觀、價值標準已經沒有辦法周全處理新社會所發生的事態。譬如，由於大量生產、大量消費，造成生產手段、流通手段的發達以及社會生活的資訊化，並且由於技術的革新造成產業結構的大變動，因此連帶導致社會各階層之間利益衝突更加激烈化，而社會上價值利益的分配與對立的狀況也益趨於複雜化、流動化。在這樣的情勢下，社會上一般人往往期盼能夠從法律上重新調整彼此間之權利義務關係。在此種社會裡，將頻發各種需求解決的法律問題。此種法律問題的發生，也可說是今後社會環境所將不斷發生的法的需求。這類法的需求，在許多方面可說指向於律師，而對律師需求其充實具備多樣化的知能。以下想就此事，從若干角度，舉例加以分析說明。

一、協同探尋「法」之知能

第一是，今後的社會將更加需求律師發揮協同探尋「法」之功能，亦即，期盼律師扮演協同當事人本人及法官去探尋「法」所在的角色，並具有此方面的知識、能力。這樣的需求，在紛爭已經發生而需要循訴訟審判程序予以解決之情形，顯得特別重要（關於律師協同探尋法之功能，詳請參照拙著「司法現代化」第二〇三、二〇九頁以下之說明）。要之，今後的社會，基於人權保障的基本要求，人民將特別需求其程序主體權、聽審請求權等等基本權能獲得保障。此種保障需求，對於律師而言，是需求其扮演「法」協同探尋之角色，而對於法官則期盼其重新認明所謂「法官知法」原理的現代意義。易言之，在今後的社會，由於法官就法律問題之判斷（即法的評價），也可能發生法律適用上的突襲，為了防止此種突襲，人民尤其是訴訟當事人，除了期盼法官妥為運用其訴訟指揮，防止發生法律適用上的突襲性裁判以外，同時也需求律師能夠協同法官防止發生突襲性裁判，並探尋法之所在（關於此點，還可參照拙著「司法現代化」第二〇七頁以下之分析、說明）。

此表示，在廿一世紀的社會所謂「法官知法」的原則並不意味著，不需要賦予當事人就法律之解釋、運用為辯論、陳述意見之機會。當事人基於程序主體權、聽審請求權保障的原理，通常都需求律師的協助。律師在法官從事審判並探尋法之所在的過程，亦即在解釋法律、適用法律作法的評價之過程，人民尤其是訴訟當事人需求律師能夠基於其法律專業知識，來協同探尋「法」之所在。

從這角度來看，為了充實律師具有此方面的法律專業知識，以便於充分發揮其功能，以確保程序主體權、聽審請求權，而伸展國民之

法主體性，今後的律師養成教育，即不應該僅僅如向來般偏重於傳授律師實務上的技術而已，而應該一方面著重有關整理爭點及認定事實之訓練；一方面也兼顧理論與實務之銜接、貫通，以使律師能夠受有相當程度的法律理論訓練，資以在法庭上有能力與法官進行必要的法律上討論，而促使法官作成能夠平衡程序利益（如：因不調查某證據或不主張某事實以致在程序上所可能節省之勞力、時間、費用）與實體利益（如：因主張某事實或調查某證據以證明某事實存在所能取得之實體法上利益）而可靈活因應社會變遷之法的適用（此處所指之法的適用，往往與事實認定有密切關係，因為在審判過程，法與事實往往牽連難分。關於此點，詳請參照前揭「司法現代化」第一四三、二二三頁之說明）。

二、促使形成政策之知能

第二，在新世紀的社會，律師也被社會期待扮演促使形成政策的角色，此事與充實律師養成教育之間具有相當的關係。亦即，由於生活環境遭污染破壞、公害、交通事故、消費者保護、產品製造責任、勞資爭議等種種問題，往往引發新型態之紛爭，而此種紛爭每形成嚴重的社會、政治問題。為了解決此類問題，社會往往需求律師發揮促使形成政策的功能。此類問題，雖然也是屬於法的爭點，但是與通常的民刑訴訟事件所牽涉之法的爭點有所不同，因為此種法的爭點，每牽扯到政治、社會、經濟或道德等方面。

牽涉到這麼多方面的爭點所具特徵是，在其正義實現過程往往也要同時利用交涉、談判、妥協的方法，來調整各相關利益主體間的利害。因此，律師為了完成其被期待的促使形成政策之任務，往往需要某程度有上開各方面的基礎知識。易言之，必須具有關於政治、社

會、經濟或道德等方面的基本知識訓練，否則將因欠缺開闊的視野以致無法順利完成其任務。就此點來看，單憑向來傳統上所施大學法學教育以及法曹養成教育是不足的。因此，關於律師養成教育，今後如何兼顧此方面之問題，而檢討、改進律師的養成教育與繼續教育，使律師能夠具有上開相關的知識、能力，即成為構思律師養成教育制度時之重要課題。

事實上，上述律師所扮演促使形成政策之角色，並不是僅僅循有關立法、行政之途徑完成其任務而已。在循立法、行政途徑無法達成客觀形成政策之目的時，律師往往也可能意識到利用訴訟裁判之過程，以發揮其影響政策形成之作用。尤其是，在律師本身已受到比向來法庭實務所必要者更廣泛的知識教育之情形，律師往往有比較開闊之視野，能夠挖掘出存在於社會的問題，而經由法庭上訴訟審判活動，行使其發言權。亦即，律師如果越有關涉到法的經濟學上、政治學上或社會學上等多方面的知識，就越可能經由訴訟裁判過程充分發揮其促使政策形成之功能。此種功能之發揮，除了上面所舉的例子以外，其他如在藥害訴訟、國家賠償請求訴訟等之處理過程，社會大多有所期盼、需求於律師。於此等方面，其發揮功能雖然是經由訴訟裁判過程而達成，但是值得注意的是，在這些情形律師除了具備向來的訴訟審判實務上法律技術以外，還需要更廣範圍的、多方面的知識、能力、素養。這表示，為了培養律師具此方面能力，需要有相當的律師養成教育制度，才可能使律師發揮上述的功能。在此方面，未來的社會也要求重新檢討、充實律師養成教育之內容。因此，在施予律師養成教育的過程，如何充實律師法律專業知識以外有關社會、政治、經濟等方面之知識，使其能夠因應社會的需求，來影響必要的政策形成，即成為健全律師養成教育之重要課題。

為了克服此課題，首先需要的觀念變革是，不應該如向來般僅將

律師的法庭活動侷限於特定請求權存在與否的訴求，而應該同時將視野放大於系爭請求權以外之政策形成。亦即，應該將視野擴展於更廣範圍的政策形成所及於社會之影響。從此角度來看，可說今後律師的活動應該是比向來更積極的，因此也更迫切需求充實律師養成教育的内容，藉以使律師更充分發揮上述的功能。

三、策劃生活、調整利害之知能

第三是，社會需求充實有關使律師成為紛爭預防者、生活策劃者的教育。在此要強調的是，廿一世紀的社會將比廿世紀的社會，更加強烈需求律師從事預防紛爭發生的活動，而在此種活動過程扮演策劃性、創造性的角色。為了促使律師能夠充分發揮此方面的功能，社會將強烈需求經由律師養成教育，也同時傳授律師或將成為律師之法律人訴訟審判實務以外的知識、能力、素養。這也是今後對於律師養成教育的迫切需求。易言之，在此方面需求律師能活用其所有法庭活動以外之專門知識、能力或素養，來從事廣範圍的預防紛爭或策劃未來生活內容之活動。

關於此點，可從不同角度舉例加以說明。其一是，對於一般民衆而言，由於訴訟具有相當的風險，難免要花費一定的勞力、時間、費用，為了避免遭遇僅僅少數有足夠金錢、時間的人始能接近正義、受法律保護之情勢，一般人往往需求律師提供預防紛爭的活動。譬如，在訂定買契約或作成遺囑時，就需求律師提供相關的專業知識，以便訂立不致發生紛爭的契約、遺囑，避免因為契約、遺囑之條款含有不明確等等而造成紛爭、引起訴訟，以致浪費勞力、時間及費用。其二是，在與相對人已訂定契約之後，就契約之解釋發生紛爭時，也需求律師的介入，藉此提供相關的知識，使紛爭當事人能夠儘可能避免紛

爭的擴大，防免付出不必要的勞力、時間、費用。再就一般的契約而言，在從事交易行為，甚至於有關重要的工廠設備交易之情形，往往需求律師活用其與法律專業知識有關的企業經營等方面知識，來避免發生不必要的風險，造成額外的花費。

在此等方面，可說社會係需求律師能夠有所貢獻於交易生活的安定，比紛爭發生以後才來解決紛爭之情形，律師實更積極從事活動、發揮功能。在此類情形，使律師成為紛爭預防者或生活策劃者而發揮其功能之需求，實際上存在於一般人民的生活中或廠商企業間的交易等各種方面。此類需求的範圍，甚至於可說遠大於需要律師發揮功能來協助循訴訟方式解決紛爭的場合，而使律師能對人民生活或交易秩序之安定，有更顯著的貢獻。如果此方面之功能能夠充分發揮，也相對可以減少不必要的訴訟提起，而減輕、緩和了法官之負擔，這應該是社會所更迫切需求於律師的活動。

尤其是，廿一世紀的社會是資訊化的時代，由於資訊科技化之結果，律師往往可以利用豐富的資訊來預測裁判。正因為律師可能利用資訊，協助一般的民衆或從事交易的當事人，預測到裁判之內容或交易行為所可能牽涉之風險，所以社會也更需求律師提供其相關的專業知識，包括法律知識以外之社會、經濟、經營等等各方面知識，以避免不必要的紛爭、不必要的訴訟。因為訴訟之結果如果愈能夠被預測得到，則不必要而無實益的訴訟提起，也事先愈可能加以避免。

以上這種律師的角色扮演，實際上也可見諸有意訂定契約之當事人需求律師扮演中立交易律師之情形（關於中立交易律師之功能發揮，請參照「司法現代化」第二五一頁以及第二五三頁至第二五四頁之說明）。

在此還要加以說明的是，律師參與為雙方當事人作成比較不致發生紛爭或擴大紛爭之契約內容等活動時，實際上是被社會需求扮演雙

方利害調整的角色。此際，律師必須具有 deal maker 之素養與訓練。此種素養與訓練是向來的律師養成教育或通常的法學教育所未充分意識到的事項。既然需求律師扮演此種角色，也要重新檢討向來以訴訟代理為中心所設想之律師職業倫理教育問題。亦即，將來在訴訟代理之情形固然禁止雙方代理，但是，如果需求律師扮演雙方利害調整之角色，向來所謂的律師倫理觀也應該作某程度的調整。這是以前的律師倫理、律師養成教育所未充分考慮之問題，而是今後的社會所需求於律師養成教育、律師倫理教育或律師倫理規範之問題。其實，此種調整利害的角色，縱然不是在訴訟外，而是在紛爭已經發生而進入訴訟程序時，為了促成訴訟上和解，也往往需求律師扮演同樣的角色。換言之，需求律師能夠具有關於交涉、談判、說服等方面的技術、知識、能力，然後來調整雙方之利害關係，而促成訴訟上和解。因此，如何充實律師此方面之能力，即成為律師養成教育必須克服之課題。關於此方面律師養成教育內容的充實，晚近美國法學教育有一新趨向是值得參考的，亦即重視培養法律人能夠成為發揮交涉、談判者之角色。這是有關重視法的交涉、談判學之一種實踐性教育動向。這種重視經由交涉、談判來處理紛爭、解決紛爭之實踐性教育，將越來越重要。為了滿足人民對律師發揮上述功能的需求，應該充實律師養成教育，使律師具備應有之交涉、說服的知識、技能。為此，也應該重新檢討律師養成教育。

以上是關於需求律師在潛存著對立的利害關係雙方當事人之間，扮演調整者的角色，此時律師被需求可能代理利害相對立的雙方當事人。在此情形，應有所變革傳統的律師養成教育內容。另一方面，從企業對律師角色扮演之需求來看，今後的社會也同時需求律師扮演一種企業內律師或企業顧問律師（house counsel）或經營律師之角色。經由此種角色扮演，律師介入於廠商、企業之法務活動。在此方

面，律師可能從幾個途徑來扮演其企業內律師之角色而從事活動。例如，法律人取得律師資格以後，始至企業就職，成為企業顧問律師；或已經任職於企業法務部門之法律人，在任職期間取得律師資格而繼續任職於企業。此外，律師也可能經由成為公司企業之董事等類重要職務，來發揮其企業內律師之功能。不論律師經由上述任何途徑參與企業活動，都需要向來訴訟實務以外之知識、能力。就此點而言，向來的律師養成教育是否能夠充分滿足因應社會之新需求，值得檢討。因此，如何吸收有此方面才能之人成為律師養成教育之對象，亦成為問題。

關於此方面，有無必要經由如美國法律學校（law school）般之教育過程以養成律師，是值得檢討的。例如，在美國，其法律學校學生有相當比例是已經在心理學、經濟學、統計學或社會學等方面社會科學取得碩士學位或博士學位，或在數學、工學等自然科學方面取得學位以後，才入學研習。或者有部分學生已在企業或一般行政機關任職過而有相當的任職經驗，甚至於也體驗過社會運動、政治運動等等以後，始進入法律學校。在此種情形所養成之律師，相較於我國向來的情形（亦即僅高中畢業經由大專聯招，然後進入大學受法學教育，經過律師考試及格即從事律師業務，並無充分機會接受有關上開知能訓練教育之情形），我國向來的律師養成教育顯然比較難以應付廿一世紀的社會需求。

因此，如何基於上開認識，重新檢討律師養成教育，也成為重要的課題。亦即，今後的律師養成教育，不僅應該重視法律實務上知識、能力之傳授，也應該同時養成使具備有關社會科學、自然科學等等與法律學相鄰接的各種科學領域之知識。如何充實、傳授此等相鄰接科學方面之知識、能力，將成為重要的課題。如果此課題無法同時克服，將很難因應新世紀、新社會之人民需求。易言之，是否應該考

慮到在傳統的法律學以外，還能多充實相關的科學教育內容。最少，也應該使律師能夠具備其他某一特定領域而比較深入之專門知識（例如，企業經營方面的知識或不動產投資方面的知識等等），才能夠滿足社會的需求。

四、裁判外紛爭處理者之知能

第四是，社會需求充實律師養成教育，以使律師具備成為調解人、仲裁人等類裁判外紛爭處理者、紛爭解決者的知識能力。就此宜先留意，目前有一世界性趨勢，即重視裁判外紛爭解決制度，而且此趨勢在今後有更加高漲之可能。這是因為裁判外紛爭解決制度具有種種長處。亦即，與經由訴訟裁判相比較而言，裁判外紛爭制度具有的優點是：程序之簡易迅速性、費用之低廉性、切合個案實情而不過分受限於法規之紛爭解決可能性……（參閱民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討(三)」第七四二至七四三頁）。由於裁判外紛爭解決制度有這些優點，且紛爭之種類有多種多樣，並非所有的紛爭類型均需求適用裁判的方式予以解決。所以，不適合於循訴訟裁判方式解決的紛爭類型事件，即轉而需求利用裁判外紛爭解決制度予以處理。還有，由於民事紛爭或刑事上告訴乃論之事件，也有某程度相類似的契機，在一定範圍內，需求選擇使用訴訟外紛爭解決制度。以民事事件為例而言，民事事件多屬於當事人自治之領域，在處分權主義所適用之範圍內，原則上應該且可能承認當事人有程序選擇權，當事人可以根據此選擇權，選擇使用訴訟裁判以外之紛爭解決制度。

基於以上理由，於一定限度內，以裁判外紛爭解決方法來代替裁判的方式，也就漸漸受到重視。這是從三個觀點來評價裁判外紛爭解決方法。其一是，擴大接近正義的可能性之觀點。對於不適合使用訴

訟裁判制度解決紛爭的事件類型，如果能夠擴大使用裁判外紛爭解決制度之可能性，則對於此等類型事件，亦相對地等於擴大了其接近正義之機會與可能性。其二是，合理分配司法資源之觀點。這是因為擴大了裁判外紛爭解決制度之利用可能性，相對地減輕了法院法官的負擔，有利於適當調整司法資源之分配，使司法資源能夠合理分配於其他更需求循裁判方式解決紛爭之事件類型。其三是，謀求具體妥當解決紛爭之觀點。亦即，適度擴大裁判外紛爭解決制度之利用可能性，對於一些不適合於利用訴訟裁判而比較適合於循裁判外紛爭解決方法處理之事件類型而言，可說賦予其有具體妥當解決紛爭的機會。並且，正因為上述所提及的，裁判外紛爭解決制度具有節省勞力、時間、費用之長處，就特定的紛爭類型即需求利用裁判外紛爭解決制度處理之紛爭類型而言，也可說賦予相關的當事人達成迅速而經濟的解決紛爭機會之程序保障。此即，不僅強調慎重而正確的程序保障而已，而是同時賦予迅速而經濟地利用程序制度之程序保障。從上述三個觀點來綜合評價、發揮裁判外紛爭解決制度之機能，這件事，越來越成為新世紀的世界性趨勢。

這類已經漸漸受重視之裁判外紛爭解決制度的型態、種類，可能有各種各樣，假使大概試加分類的話，可說有司法型、行政型以及民間型。屬於司法型的，例如訴訟上和解或法官面前之調解，是民事訴訟法所規定的。屬於行政型的，例如有關公害紛爭之調處委員會、有關建築紛爭之調處委員會、或勞資爭議調處委員會等等均是。屬於民間型的裁判外紛爭解決機構，例如由商務仲裁協會運作之仲裁制度。此處，雖然還可從各種角度來說明裁判外紛爭解決制度之重要性，可是如僅就與今天論題有關的加以說明，值得注意的是，裁判外紛爭解決制度有特別需求律師參與的必要情形。亦即，因為在裁判外紛爭解決制度之使用過程，是不完全受實體法規所限制的，有可能採用不完

全受限於實體法規之方式來解決紛爭，亦即可能追求切合於個案實情而不過分受限於實體法規之解決紛爭。正因為不完全受實體法規之拘束，所以如果由未受過法律專業教育，或未受過如司法官訓練、律師訓練等類教育之人運作，或者甚至於由身分上未受特殊保障之人運作的話，就比較有作成恣意的或獨斷的判斷之虞。因其可能比較容易作成恣意的、獨斷的判斷，就難免有違反正義解決紛爭之危險。或者因其運作者（如仲裁人、調解人等等運作裁判外紛爭解決制度者）未受過相當的法律專業訓練，以致於欠缺某程度的法律專業知識，而可能造成一種結果：即雖然外觀上已經處理、解決了紛爭，可是事後往往容易發生紛爭之再燃，較可能引發請求確認和解無效訴訟、撤銷調解或仲裁判斷等類訴訟；甚至於，在當事人間殘留下以債務人異議訴訟等類方式再燃紛爭之火種，造成紛爭解決不夠徹底之後果。這可說是裁判外紛爭解決制度的短處。爲了彌補此種短處，使紛爭再燃的事態儘可能避免或減少發生，由受過相當教育訓練的律師參與是重要的，是即有需求律師參與運作裁判外紛爭解決制度之必要。如何充實養成教育使律師具有相當知能來參與裁判外紛爭解決制度之運作，也就成爲課題。

宜併留意的是，上述律師可能成爲裁判外紛爭解決者的範圍是相當廣的，譬如，就其成爲仲裁人而言，這裡所謂的仲裁，除機構仲裁[institutional arbitration，指：約定依既存的仲裁機構（如：我國之商務仲裁協會、日本之海運集會所或國際商事仲裁協會）所訂仲裁規則爲仲裁之情形]及正式仲裁[即成文法上仲裁，arbitratoriale，指：依有關仲裁之法律（如：我國之商務仲裁條例，日本及德國之民事訴訟法中有關仲裁之規定）爲仲裁之情形]以外，尙包含個別仲裁（ad hoc arbitration，指：不屬於上開機構仲裁之情形）或非正式仲裁（即自由仲裁，arbitrator irrituale，指：相對於上開

正式仲裁之情形）在內。在此等廣範圍的仲裁制度之運作過程，律師均被期待、需求具有相當知能以便成爲仲裁人，而發揮處理解決紛爭之功能。

基於以上的認識，今後之律師養成教育，也應該注意到如何因應新世紀社會對律師參與運作裁判外紛爭解決制度的需求。雖然在我國，向來也一再呼籲利用調解制度，但是往往只是從偏重於疏減訟源減輕法院負擔的角度予以強調，並未同時兼顧上面所述之三個觀點來重視裁判外紛爭解決制度之機能。尤其是，並未如德國、日本般重視仲裁制度之功能，在我國民事訴訟法中並無關於仲裁之一般規定，而商務仲裁條例之規定也僅限於商務紛爭類型而已，不能說已充分重視仲裁制度之機能發揮。因此，爲了因應新時代之新需求，應從律師養成教育著手來培養、傳授、訓練律師之知識、能力、素養等等，使其適格於成爲調解人、仲裁人，並強化律師之中立性、公正性以提升人民對於律師成爲調解人、仲裁人之信賴，然後願意進而基於此信賴，樂於使用裁判外紛爭處理制度。如果能從此角度來合理分配司法資源，而減輕法官之負擔，使其精力可以集中於真正需要使用訴訟裁判解決紛爭之其他事件，則律師在社會受重視、受尊重、受需求之程度，將相對提高。此亦即從強化律師養成教育著手，來促進擴大裁判外紛爭解決制度，發揮其應有之機能。

爲了再稍微凸顯強調此方面律師角色、知能之重要性，還可舉例加以說明。例如，前年（一九九〇年）甫經增訂而於去年施行的德國民事訴訟法，即新設第一〇四四之二條，承認所謂律師和解之制度。依其規定，在律師面前成立之和解，經當事人以及律師簽名以後，也賦予執行力。此即重視律師促成和解以解決紛爭之功能，而以律師之知識、能力、素養已經到達相當程度爲基礎，認爲其值得信賴，然後賦予重要之任務。事實上如果真能促使當事人基於自由意思成立和

解，則往往可發揮其應有之下述功能：(1)可以避免訴訟之拖延，或減輕、緩和隨伴於訴訟所可能發生之勞力、時間、費用。此點是與訴訟程序嚴格性原理有關。因為訴訟程序嚴格性之要求或任意訴訟禁止之原則等原理存在，以致於訴訟往往不得不隨伴發生一定的勞力、時間、費用，和解可以減輕或減少此等花費。(2)經由和解較諸循裁判程序更可期待當事人自動履行債務，何況訴訟所可能造成之社會上心理上負擔，也可以利用和解予以避免。(3)和解可達成當事人所信賴的解決紛爭結果，尋得雙方所信服的「法」，而避免訴訟結果之不確實性。(4)儘可能防止當事人間不必要之感情破裂，作成適合個案實情之解決，而維持當事人之間的和諧。(5)節省律師進程序之時間，增大律師處理其他事件數量之可能範圍。因為和解有上述多種長處，而且如果律師已到達相當可受信賴之程度，其知識、能力、素養能經由養成教育制度得到相當的充實，則採取類如德國新法律所認律師和解制度之可能性，就大大提高了。

總之，如何經由律師養成教育之充實、加強，增進律師參與、介入裁判外紛爭解決制度之運作可能性，以滿足社會對於上述裁判外紛爭解決制度發揮應有機能之需求，也成為今後一個重要的課題。為克服此項課題，在這裡要再強調的，也是在上述第三點已提及的，對於將成為律師之人，宜施加相關各種社會科學（例如涉及法律之交涉、談判、磋商等方面社會科學）知識、能力之訓練。此乃有助於律師成為調解人、和解人、仲裁人，使具有進行說服、交涉之技術、能力，來促成調解、和解（當然，此和解包含仲裁程序上和解在內）。從上面的說明可知，律師養成教育，不應僅僅偏重於訴訟實務技巧之傳授、訓練，否則律師將不足以因應今後的社會變遷，而難以滿足今後的社會需求。要之，上面所強調的是，經由律師養成教育，以培育、訓練律師具有相當的知識、能力、素養，進而使其公正性、中立性能

夠獲得社會大眾的肯定與信賴，而使律師基於此等知識、能力、公正性、中立性等等，成為裁判外紛爭解決制度之健全的運作者，來擴充裁判外紛爭解決制度之利用可能性，便利人民的選擇，以滿足其新需求。

此種觀點之提出，係基於必須確保程序選擇權並鞏固其所由生之程序主體地位等認知，藉此省思律師養成教育之理想狀態。亦即，應經由律師養成教育之充實，促使律師在知識、能力、素養、中立性、公正性等各方面能增進或強化，並提升律師之倫理，以獲得人民、社會對律師之信賴，進而擴充裁判外紛爭處理制度之利用可能範圍。如此就可讓人民有更充分之機會，用以平衡追求程序利益與實體利益，而選擇使用比較不致於花費勞力、時間、費用（即比較能夠滿足程序利益之追求）的裁判外紛爭解決制度，或者選擇比較能夠滿足其對於慎重而正確的紛爭解決之需求（即有關於實體利益之追求）。讓人民有平衡追求實體利益與程序利益之機會，乃在確保人民有如下之機會：循訴訟亦即裁判程序來確定、探尋「真實」即「法」，或循裁判外紛爭處理程序來確定、探尋「真實」即「法」之機會。此即，經由律師養成教育之充實，使人民更有充分機會來確實行使程序選擇權，藉以確保國民能有更確實參與「法」探尋過程之機會，並經由此種機會之確保來伸展國民之法主體性。於此情形下，國民才更可能充分參與「法」之探尋過程，來協力決定「法」之所在以及「法」的內容為何。這種觀點，應該成為省思律師養成教育應何去何從之指標。

五、滿足國際化生活需求之知能

第五是，生活國際化對律師知能之需求。晚近，由於政治、社會以及經濟交易生活之國際化，導致新的涉外法律問題。這類法律問題

在廿一世紀將有更加增多之可能。這種因為生活之國際化所可能頻發的法律問題，通常可分成二方面的形態。其一是，涉外紛爭之多樣化、複雜化。這是有關於國際間的交流生活已經發生紛爭，而其紛爭內容所涉及的人、事在質、量上較諸廿世紀所發生的情形更加複雜、更加頻繁。其二是，有關於如何預防發生涉外紛爭於未然的問題。一般人，尤其是企業廠商，在從事交易以前或開始為交易行為時，往往需求相當的法律資訊，來預測其行為的結果，並預防紛爭之發生於未然。易言之，隨著國際交流生活之頻繁（例如，商品之互相銷售，或各國人民互相間之觀光、旅行或留學等交流生活），導致了涉及法的紛爭或其預防活動也趨於國際化，不僅需求在法律制度本身能夠有所因應，同時亦需求律師能提供相當的法律諮詢意見，以便作為解決紛爭或預防其發生的參考、指針。

這種對律師的需求，也隨著國際交流生活之頻繁而多樣化，其需求有越來越增大之趨勢。為了滿足這類需求，律師自然必須預先對於外國法即外國法制以及其相關的理論或實務，具有某程度之知識及理解能力。亦即，律師應具有足以因應上開法律問題國際化之法知識、法意識。譬如，有關於國際民事訴訟法、涉外仲裁法、或有關於國際經濟、國際交易等之法知識。此等需求是存在於交往諸國相互之間，因此，不僅繼受他國法制之國家，縱使未繼受他國法制之國家，亦均不宜完全否定外國法之存在，而應該對於主要外國之法知識有相當的認識及了解。此種需要，對於律師是相當迫切的。因為律師平日直接對社會提供法律服務，在一般人或企業廠商面對上述法律問題時，通常是最先想到要向律師請求提供法律諮詢意見的。所以，律師需要有某程度的外國法知識，才能夠滿足社會之需求，完成其法律服務之任務，並強化其競爭能力。為此，今後的律師養成教育也應該有所配合，以便傳授律師處理涉外事件所必要之相當知識、能力。

關於律師今後處理涉外事件所必須具備之外國法知識，本來可從各種不同之角度加以說明，現在僅於涉及此處問題關心的範圍內，舉例加以闡述。例如，在處理涉外紛爭事件時，要面對，如何比較依外國法制或依我國法制之何者來提起訴訟始較有利的問題。就有關產品製造物責任事件之處理而言，如果此種事件涉及美國法時，即要考慮到美國的訴訟制度或律師制度與我國制度的不同所在，然後據以判斷在何處起訴對原告比較有利。譬如，考慮到在美國律師酬金是採取成功報酬制（contingent fee，委託人在委託律師時，無需先支付費用之制度），還有美國有事證開示制度（discovery，當事人可在主要之審判期日為事實審理以前，預先探索、蒐集與系爭事件具有關連性之事實資料，藉以掌握真正之爭點，便利遂行訴訟，參照民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討(三)」第二四九頁之說明。），在蒐集證據上有更大之可能等等。因此，在處理涉外事件時，不宜只將視野限定於我國法上，而應該同時考慮外國的法制，作多元的思考。

另外，關於社會需求律師充實、具備相當程度的外國法知識乙事之重要性，可從是否或於何種範圍內，應該承認外國律師在我國執行業務等角度來了解。亦即，就涉外事件之處理，相關當事人及社會人民通常對於律師需求品質相當高之服務，希望律師所提供之法律諮詢意見的服務品質，能到達或接近可與相對國的律師相競爭之程度。易言之，在涉外事件，人民或相關企業所需求律師提供的外國法知識或諮詢意見之品質，通常是期待其能達到與所涉該外國一般水準以上律師可提供者相對等之程度，如此始能有助於該涉外事件在該外國進行處理時，不致於遭受額外而不必要之不利益。因此，如從此種社會需求的角度來省思，我國的律師是否亦應該隨著上述法律問題國際化之需求，充實而具備相當的外國法知識等事，將會得到一結論。亦即，如果人民因為上述法律問題國際化之結果，迫切需求我國律師提供外

國法知識，可是我國的律師竟然未能滿足此種需求（假使我國律師所具備外國法知識之質的水平，或者此種知識之律師人數，越不能夠滿足人民生活國際化之需求），則人民需求允許外國律師在我國處理涉外事件之需求度就隨著越大，而有待於從制度上予以滿足。換言之，我國的律師如果越因為欠缺外國法知識，以致於未能滿足上述法律問題國際化之需求，則社會需求允許外國律師在我國執行涉外事件之程度將越高。這表示，隨著法律問題之國際化，我國律師在今後的時代，於廿一世紀將面臨與外國律師競爭之情勢。此係基於社會、人民之需求所不得不然之趨勢、結果。今後律師為了堂堂正正與外國律師競爭，來滿足社會、人民之需求，亦需要具備相當的外國法知識或予以理解之能力。廿一世紀的律師養成教育，也必須充分顧慮到此問題。關於上述問題，如換一角度說明，可說越擴大容許外國律師在我國執行業務之可能範圍，則越刺激我國律師亦儘量致力於充實必要的外國法知識，促使從律師的人數及所得知識之質、量等方面，來充實處理涉外事件之知識、能力。

事實上，近年來，在一定條件下承認外國律師得在國內執行業務、處理涉外法律事務，已經漸漸成為主要諸國之共同趨勢。例如，一九八〇年德國修正其法律諮詢法（Rechtsberatungsgesetz）擴充設立有關外國法諮詢之法律專家（Rechtskundiger）制度，據此規定外國律師可就外國法律問題之諮詢取得該項資格。到一九八九年另修正聯邦律師法，設外國律師（Rechtsanwalt aus anderen Staaten）制度。在採相互主義之下，限定就該律師所屬國之法律，可開業律師。到一九八七年日本也施行外國律師處理涉外法律事件之規定。雖然，其與德國間之要件並不完全相同，且尚有種種問題存在，但是，已經可看出共同的趨勢。又如，在歐洲共同體（EC）內，各國間正擴充相關制度來承認律師資格之共通化。譬如，法國律師祇要在德國

接受以德語進行的有關德國法一般知識之簡單測驗經及格者，也可以取得德國律師之資格。至於對EC以外國家之律師，則以相互主義為要件而在相當的監督之下，承認外國律師處理涉外事件之可能。此種世界性趨勢，可讓我們認識到，因為法律問題之國際化，亦即隨著涉外法律問題發生頻率之提高，社會對於律師具有外國法知識或予以理解之能力之需求度，也越來越高。這是在廿世紀末之今天，探討如何充實律師養成教育時，不得不同時面對而預先加以顧慮之課題。

為了克服上開課題，今後關於律師養成教育之制度構思或內容充實，也應該顧慮到上述社會生活國際化之需求、趨勢。例如，應該認真探討：在大學法學教育之階段，如何加強有利於將來了解外國法知識之基礎教育。還有，如果將來認為應該另外分成一階段，來施予律師職前教育（例如，設立律師訓練所或律師研習所等等，有如上述提及法國或日本之情形），則亦可在此階段，基於志願或依派遣方式，使相當人數的律師能到國外的律師事務所或特定之研究機構，研修或實習相當期間，並予算入實習教育之一部分加以承認。或者在律師取得資格執業以後之繼續教育階段，由律師公會來主導，利用今後資訊化時代之方便，對於外國法制或外國法知識，作學問上或實務上之研修甚至於繼受等等。

當然，要求每一位律師均能同時具備相當高的外國法知識或予以理解之能力，在社會需求上或經濟效益上是否有其必要性，也不是完全令人無疑的。如果考慮到這一點，將來也可以從聯合法律事務所型態之充分運作，來解決問題。易言之，例如，在聯合法律事務所中，只有部分律師特別對於外國法制有較深入之理解力或有較充分之外國法知識，則同一聯合法律事務所就有能力同時處理涉及複數的外國法領域之問題，而因應社會、時代之新需求。上述所謂聯合法律事務所是指由我國律師所組成的，而其中部分律師對於特定的外國法具有相

當的知識或理解能力之情形而言。從長遠來看，也可考慮到是否宜在一定條件或相當監督之下，容許由我國律師與具有各該外國法知識之外國律師，成立聯合法律事務所之可能性（目前，在日本，並不承認處理外國法之外國律師與日本律師共同成立聯合事務所）。值得一併留意的是，其成員有熟諳外國法知識之律師的這種聯合事務所，在廿一世紀之社會，將被期待發揮相當重要的功能。因為廿一世紀之社會，世界性都市將會越來越多，在此種世界性都市執業之律師，往往要面對著同時適用複數的、多重的法律領域之問題，必須因應世界性都市社會上有關牽涉複數的、多重的法領域之問題，始能滿足社會之需求。

綜合上述的說明可知，廿一世紀的社會將需求律師發揮多元化、多樣化的任務、功能，為此也需求律師具有多樣的知能。為滿足此等需求，律師制度及律師養成教育亦應該有所改進、配合、因應。如何充實多樣化的養成教育內容，使律師均能獲得充分的研修機會，乃是今後的課題。為了實踐、落實此等律師養成教育應有之改革取向，也為了克服上面課題，應該先認明：從確保人民程序選擇權以伸展國民之法主體性的觀點，來了解上述教育取向所具意義之重大性。詳言之，培育律師具有多樣化之知能，乃是為了使人民有更充分適宜的機會，選擇律師，藉以使普天下之人都有受法之保護、過健全的法律生活、而平等接近正義之機會。此種教育指針，應前導充實多樣化的律師養成教育內容、培養律師具有多樣知能。這表示其教育之終極目的是，要使人民能有普遍受法律服務之機會，有更充分的選擇使用律師之可能性。今後應該在此種目的追求之下，檢討改進大學的法學教育、律師考選制度、律師研習教育及繼續教育。此等教育過程及考選方式愈能培養律師具有多樣化之知能，人民才可能受更具豐富內容之法律服務，並獲得更多且更確實之選擇機會。

另一方面也要同時考慮到，在難能使每一位律師均具有各方面知能之情況下，最少也應該使每一位律師均各有其專門領域之知能，而同時改進律師制度，使具有不同類專門知識之律師，能夠協同滿足上開社會對律師法律服務之需求。易言之，多樣化、普遍化而選擇可能之法律服務，其實現之相關具體步驟，可能有種種。例如，在不降低律師知能上素質水平之前提下，也要增加律師之人數，使具有多樣化知能之律師能夠平均存在於社會上各角落，並且也致力於建立健全的聯合法律事務所，使各別具有專門知能之律師，能夠在健全的制度設計及運作之下，開設聯合法律事務所，以便機動性提供社會多樣化的法律服務，滿足其多樣化的生活需求。

唯有在如上所述多方面顧慮、多方面努力、多樣化教育內容之充實下，才能養成可滿足多樣化社會需求，而為人民所信賴、所容易親近之律師。最後才能確實證明律師在廿一世紀之存在價值，以及大有貢獻於人類社會之可能性。

伍、律師養成教育之未來

為了因應、滿足今後社會對律師功能、任務及知能之多樣化需求，並一邊彌補傳統上有關律師養成教育之缺陷（參照「壹」、「貳」之說明），一邊促使「法」充分發揮其在多元價值社會所應有之機能，藉以伸展國民之法主體性（參照「參」之說明），今後有關律師養成教育之設計、運作及其內容之充實，應涵蓋如下之教育階段。其一是基礎教育階段，這是第一階段；其二是專業教育階段，即律師職前研習階段，此為第二階段；第三是繼續教育階段，這是再教育階段。以下想就這三個教育階段所應有之取向、內容等事項、問

題，分別加以說明。

一、基礎教育階段

(一)教育之基本方針

律師也是法律人，應該具有同於一般法律人所應具備之基礎知能，也應該接受此方面的共同基礎教育。此事是有關於大學的法學教育，亦即大學法律學系或法律學院之教育目的應如何設定之基本課題。關於大學法學教育之目的論，大別之向來有二種比較常見之見解：其一認為，大學法學教育應該重視法律技術面；其二認為，大學法學教育應該重視傳授一般的法學理論素養。論者有認為大學法學教育之任務，應該以理論方面的法學教育為主，偏重於此方面之教育內容，而像司法官研習所或律師研習所則應該以實務教育為主，偏重於有關司法、律師業務之實務教育。採取此種見解之主要理由是認為，大學並沒有傳授有關法官及律師業務上所需實務知識之職責及餘裕，因此不必將實務知識之傳授認為是大學法學教育之目的。另外論者亦有主張，大學或法律學院應該改變向來的理論傳授之方式，而限定於培養法曹（法官及律師）。此種見解認為，大學法學教育應該以傳授與實務有關之法律技術為主。此種論者所持主要理由是：如果要求大學之法律系或法律學院教育有志於成為法官或律師者之同時，也要教育志不在此者（不想成為法官或律師者），將不能達到所期待之應有效率，對於其中之任何一方（有志於成為法官、律師之一方，或無意於成為法官、律師之他方），均是不利。因此，應該將大學之法學教育集中在僅以教育有志於成為法官、律師者，而以此作為其教育目標，予以改變成能達到此種目標之法律學院。至於非以法官、律師為志業者，應該為其增設或重新設立能給予培養機會之院系，例如對於

有志於從事涉及公司、廠商之等企業法務活動者，則為其設立企業經營管理學院或經濟學院；對於有志於法務行政者，則在政治學系或行政學系、政治學院或行政學院分別加以教育、養成等旨。諸如此類之見解，實際上牽涉一根本問題，亦即大學的法律學系或法律學院應該如何加以定位？其目的為何？關於此問題，應該從法律學到底是何門學問之角度，來加以思考。吾人認為應該正視法律學是一門不能夠離開社會現實之科學。法律學是現實科學，而不是純粹的規範科學。應從此角度來構思、檢討法律人之養成過程該何去何從。

因為法律學是一門無法離開社會現實之科學，所以關於這門學問之研究、學習及教育，即不應該無視於多樣化的社會現象，而應該同時兼顧多樣化的社會需求，來作多元化的設計。此時首先要考慮的是，不管法律人將來有志於成為律師或法官，或有志於到行政機關或企業機構就業服務，畢竟他們都應是某方面的法律專家。因此，首先要面對的問題是，各種法律專家是否應該具有一基礎的素養？而此基礎的素養是否為各種法律專家所須共同具備的一般法律素養？然後再面對各該法律專家所必要的個別專業素養為何此一問題。其實，各種法律專家都應該具有其共通的基礎素養，均應該認識「法」在社會應有之機能為何，而就其相關問題，有相當的知識能力加以分析判斷。亦即，在有能力認識「法」對社會應發揮何種機能之前提下，就所面對之具體問題加以分析判斷。換言之，各種法律專家都應該具有法律思維能力（legal mind），這是其共同的基礎素養。律師是法律專家之一種，也應該具有此共同的基礎素養。這種共同的基礎素養，應該在養成各種法律專家之第一階段加以教育。為了培育此種共同必要的素養，使律師與其他法律專家均接受共同的基礎教育，首先應該且可以期待或要求大學的法學教育來完成此部分之任務。易言之，大學法學教育應該完成之第一項任務，是養成具有法律專家共同基礎素養的

社會人。其次才是在修業年限、設備、師資等人力、物力所容許之範圍內，進而傳授或培育各種法律專門職業所必要的基礎知能。

基於此種認識，應該可知大學之法學教育的首要任務，並不是祇為了養成律師或法官，而是要培養法律人能夠認識、理解「法」在社會應有之機能為何，使其在面對具體問題時，有予以分析、判斷之能力，這就是培育法律專家所共通的基礎素養——法律思維能力。此種能力之培養，可說是為一切法律專門職業、任何法律專家作準備，而施予之基礎教育，藉此使法律人可能成為各種法律專業人材。所以，大學法學教育之第一層次先位目的，不應是僅偏向於養成律師。假如經考量上述人力、物力之結果，認為大學教育階段之設備等項還有餘裕的話，才某程度使其教育內容更加一層專門化。例如，增設比較多之選修課目，以便於法律人作重點性之學習。但是，那是次要的目的。亦即，必須在致力培育上開法律思維能力有關的知識以後，認為尚有餘裕時，始從事第二層次之目的追求。如此為目的追求之設定，亦可說是由於認識了律師或法官不應該僅僅是狹義的法律技術專家，而是應該同時具備各種法律專家所須有之共同基礎素養，亦即，都要以具有法律思維能力，作為從事各該專門職業之前提。

上面之所以特別指明大學法學教育應該以教育法律人之共同基礎素養即法律思維能力為首要目的，乃是想要強調，縱然認為法學這門學問先天性的以法律實務為素材加以研究學習，並且提供作為法律實務之用，也應該認識到法學教育本身並不完全等於法律實務教育或法律技術教育。所以，大學法學教育之先位目的，應該是使法律人學習法律思維能力。這是有關法律人共同的精神氣質、能力素養為何及如何予以培育之基本問題。亦即，大學法學教育之主要目的應是在於培養法律人所必須具有之共通的精神氣質及能力素養，使其具有此精神氣質及能力素養，而以此為基礎從事於各種法律專門職業，來滿

足、回應社會多樣化的需求。在共同的精神氣質、能力素養之上，再加添各種法律專業所必要之實務知識，而後從事法律服務，始可免於導致法的格言所謂之「法律家是壞鄰居」等類結果。

此處所謂法律思維能力，是指有為如下諸事之能力：探尋、挖掘相對立利益所牽連的基礎事實，然後予以精確掌握，並分析各該利益所關涉的種種社會背景，藉此判斷如果採取某種見解、態度，何種利益將受到肯定，進而以此種判斷來說服對立之當事人及其相關之社會一般人。亦即，在法律學中所考慮之利益、所面對之問題，常牽扯種種社會現象，而關涉諸多社會背景，因此，有關於現行法律規定之解釋、適用，或有關於如何制定、修正法律，並不是僅僅從形式邏輯上來解釋法律，然後將之套用於特定的事實，就能夠說已經完成應盡之責任。法律之解釋、運用、理解，並不是僅就法律加以形式上解釋，然後套用於事實之作業程序，而是需要以開闊的視野為綜合性價值判斷之一種作業程序。亦即，關於法律之解釋適用，乃是如下之價值判斷作業：判斷何種利益應該如何加以保護；如何調和相對立之利益，並使之平衡。這需要以寬廣、開闊之視野，進行綜合性價值判斷之作業過程，法學教育首先要以培養法律人具有此種綜合判斷能力為目的。為了實現此種目的，一方面固然應該對法律人施予嚴格而有關於實證法的訓練。可是，僅此猶為不足。如果僅就現行法規本身，在各個法律領域內進行技術性操作，將難免導致以偏概全之結果。因此，為了培養法律人具有綜合性判斷之能力，即必須採行如下之教育階段或教育步驟：例如，要培養法律人就事物有為合乎邏輯之思考及分析之能力，藉以尋求其想法、分析思考之根據，而可依此下判斷。事實上，要具備有上開綜合判斷之能力，只有依賴法律學之研究、學習是不夠的，往往也需要同時具有相當程度之社會學、政治學、經濟學、法社會學、心理學等等與法律學相鄰接的各種科學上知識；甚至

於也需要有某程度的比較法、法制史、法哲學等各種基礎法學上素養。要具有此類素養、能力、知識，始能為上述之綜合判斷，亦即需要有法學及與其相鄰接的各種學問之綜合訓練，才能竟其功。

要達到此種訓練目的，實際上首先能夠想像得到的就是充實、活用大學法學教育之相關設備、措施。更具體言之，要使法律人具有上述綜合判斷能力，就同時需要使其具備與法律學中各個領域相關之知識，而不可偏廢。例如，不應只偏重於理論而無視於實務狀況。為此，應教育法律人使其某程度同時具備訴訟理論與審判實務之知識；還有，要同時具備實體法與程序法之知識。並且，要使法律人具有某程度將理論與實務予以架橋、貫通之能力、知識，也要有將訴訟法與實體法加以銜接、結合之能力、知識。要之，必須具備此方面的知識、能力，才能有助於進行上述的綜合判斷。換句話說，大學法學教育之目的，首先應該培養法律人有為實質的利益衡量、判斷之能力。例如，就某一特定紛爭之處理或解決，應該採取何種步驟，或對於解決之成果（如：裁判），應該承認其有何項效力、其效力範圍為何等等，往往要考慮到實體法上觀點與訴訟法上觀點、要考慮到實體利益與程序利益、具體的妥當性與法的安定性如何協調、以及程序保障之基本要求所涉諸種利益狀態等類問題。又如，想要充分認識、了解公司法上股票、股份之制度機能的話，往往也需要有某程度之證券投資方面或經濟法的知識。總之，要進行上述之綜合判斷，除了要有法律學中各學科互相間關連性為何之知識以外，也需要就有關法律學之周邊科學方面，具有相當之知識。此種知識、能力，亦是律師為了發揮其多樣化的功能，完成其多樣化的任務，來滿足社會對律師之多樣化需求所必要的。因此，律師養成教育也必須有上開基礎教育階段。

基於上開認識，就律師資格之賦予或律師考選之標準而言，應該設法選拔具有上述知識、能力之人或受過上述基礎教育之法律人為律

師，這是其取得律師資格所應有之最低限度條件。因此，縱然在律師考試之科目中沒有列入上述之相關科目，也應該依上開說明設定最低限度之標準，例如宜在考選規定中訂明：考生應已修習其中科目幾項以上，而要求應考人提出其已選修及格或到達一定標準之證明文件，作為報考之資格。同時，律師考試或司法官考試，不應該僅採用測驗考生累積了多少知識之方法，而應該採用相當之方法，測驗其是否具有上述分析與綜合判斷之能力、是否有深入思考問題之能力；應該選拔具有此等知識能力之人始承認律師資格或法官資格。並且，應該從這角度重新檢討、改進向來的律師考試方式。

準上說明，我們如果試將向來的律師專門職業考試及司法官特種考試之題目作一整理、分析，不難發現向來我國律師及司法官考試制度，實際上存在著很嚴重之問題。例如，其中不少考題是死背、暗記式的，祇能用來測驗考生之知識累積而已，根本沒有辦法因應即將到來之廿一世紀社會變遷、時代需求。還有，縱然認為經由檢定方式也可以取得報考律師之資格（承認其他沒有受過上述大學法學教育內容的人也可經過檢定考試取得報考資格），也應該設定相當的方法，要求其證明具有上述知識、能力而到達相當之程度，或應使其有選修補救的機會。因為上述知識、能力，乃是成為律師所必要的基本素養；有此種能力素養的人，在面對處理特定的法律問題或法的紛爭時，才較可能考慮到種種之利益狀態，而加以均衡顧慮。例如，較能夠從伸展國民之法主體性的角度，考慮各種有助於滿足社會多元價值及人民多樣化需求的諸因素，加以衡量，然後為如上所述之綜合判斷，而不是僅偏向於實務技術之操作而已。

(二)基礎教育之主要內容

依照上述教育方針，檢討我國向來之大學法學教育及司法官・律

師養成教育之第一階段，應該可以發現種種的缺失存在，有待於改進。例如，向來的教育內容，並未充分兼顧理論與實務之貫通，且未同時著力於使實體法與程序法相銜接。還有，教育之內容也難免有偏離了社會現實，而偏重於抽象理論等缺失。亦即未能同時兼顧到「法」所關連之社會現實以及「法」發生作用、發揮機能之社會條件。此外，在法學教育界，向來也存在著未能同時重視法律學的周邊科學（與法律學相鄰接的社會科學）等類現象，均有待於改進。

其實，此等大學法學教育上之部分缺失，也被認為或多或少存在於德國之法學教育中。基勒(Gilles)教授就曾經特別批評說，德國的法學教育過份偏向於養成法官、律師之教育，也過份偏離了社會的現實等等。其所提出的許多例證，也有值得我們參考之處。在此僅提出其中一例予以說明，其他事例則於必要時，再利用別的機會作較詳細之補充。亦即，律師在民事訴訟程序上，實際上扮演著非常積極之角色，甚至於可說是訴訟程序之主角，這也是由於訴訟基本結構的特殊性所不得不然（請參照拙著「司法現代化」第二〇六頁以下之闡述）。可是，有關於訴訟程序上律師之權限、功能為何，向來卻祇從現行法所規定之形式面來加以了解、論斷，並沒有就律師在訴訟程序上之功能、權限等等，與下列諸因素之關連性為何加以研習：例如，律師之社會地位、身分保障、律師倫理、律師互相間的同業意識、有關於律師犯罪等事項所及於訴訟上律師活動、行為之效力，以及其與律師功能之關係為何等等，向來並沒有被當作問題予以處理。因此，今後也有必要就牽涉律師執業活動的各種社會事實、背景等，作相當之研習、教育。就有關民事訴訟法之教育而言，向來可說是幾乎只以認識、理解如何達成判決為主要之教育目的，而偏向於研習如何作成判決等類純粹法的形式適用面而已。實際上，只這樣做是不夠的，也應該同時研習、教育有關於法官之程序指揮行為、勸告成立和解行為、

從事調解活動之行為，或有關如何扮演仲裁角色之行為。

例如，依照我國民事訴訟法第四百十七條所為調解程序中之裁定（解決事件方案之提示），實際上是具有仲裁之色彩（請併參照本人在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之分析——載於同會編「民事訴訟之研討(三)」第七三四頁），可是向來就此種仲裁性的行為並沒有作深入之研習及教育。由於向來疏未研習、教育上述的仲裁行為、調解行為、勸告和解行為、程序指揮行為等等，以致其教育內容含有相當程度的缺失，而導致各該制度未能充分發揮其所應發揮的社會機能，成為司法改革成效難以彰顯的原由之一。因此，今後法學教育內容，也應該包含有關此類行為、活動的研習、教育在內。此外，教育內容也應該包含有關律師執業行為之整體或公證人之執業行為，使其儘可能涵蓋「法」之全機能，亦即包含紛爭解決之機能及預防紛爭之機能等在內。

由於向來德國的法學教育過份偏向於以養成法官、律師為中心目標，而有如 Gilles 教授所指明之上述缺失存在，所以經由有關法學教育改革的長期論爭之結果，乃於一九八四年七月廿五日德國修正其法官法，並在同年九月十六日開始施行。其間特別強調法學教育應兼顧理論與實務之銜接，以及實體法與程序法之關係，並要顧慮到「法」的社會現實面、「法」發揮作用的社會條件等等。其相關立法理由特別強調，理論與實務不應該對立，而應該互相銜接之法學教育觀。並且說明，法學教育應該從「法」之實踐意義面開始，同時必須顧慮為認明「法」之意義、功能所必要之周邊科學及其相關基礎科目。至於其實務實習則應該涵蓋司法、行政以及法律諮詢實務等等在內。這是值得注目的一個動向。

另外，向來美國法律學校（law school）之法學教育，也被認為是以養成法庭實務家即律師作為中心的（請留意美國是採法曹一元制

的)，其教育之最後目標是，要使受過法學教育之學生接受律師考試而及格取得律師資格。為達到此目的，在法學教育過程，還編入相當比重的有關訴訟實務科目，作為訓練之手段。因此，如果從上面所述有關律師養成教育方針來思考，美國向來法學教育之重點，與德國向來法學教育實際上運作之偏重點（即一九八四年修正法律加以強調以前之偏重點），並不是都沒有應受批評之處，非百分之百均可效法的。可是，宜留意的是，晚近美國法學教育也有新的動向，值得注目。例如，晚近的美國法學教育有漸漸更加趨向於多樣化、學際化之動向。具體言之，譬如重視下面的教育內容。亦即，對於裁判外紛爭解決制度的關心度已然更加提高，而正視循和解解決紛爭方式之利用、重視律師作為談判者、交涉者之角色，而針對此類角色關心，嘗試著充實其角色扮演所必要之實踐性教育內容。並且，為此更加擴充法學教育之內容與相關社會科學教育之內容，使能了解法與經濟學等間之關係、普及電腦教育等等。值得併加留意的是，與我國的情況比較起來，在美國，其法律學校學生之學歷過程，是有所不同的。因為其學生是在一般大學的學部畢業以後才取得法律學校的入學資格，於入學時往往已經具備相當程度的經濟學、社會學或自然科學等類素養，甚至有些學生已經取得有關於心理學、經濟學、統計學、社會學等等的碩士或博士學位。並有已經在社會上參與、經驗過各種社會運動才入學的。在此等條件之配合下，其法律學校的法學教育內容又增多了有關社會科學的科目，可說較諸我國向來的教育內容，更能獲得大成效。

基於以上之認識，關於今後大學法學教育科目之編設，可能涉及之範圍相當廣。如照上述方針、說明來檢討、思考，則大學法學教育之科目內容，應該是多種多樣的。其同時，當然也牽涉到客觀的教育制度之調整或人力、物力（如師資、設備等）是否可能配合之問題。

因此，今後應該努力的方向應該是：在教育制度、人力、物力等條件能夠配合之範圍內，儘可能充實以下各方面之教育科目、內容。

第一，充實有助於銜接、統合理論與實務之課程科目。為設計此種科目，例如，可以採用在大學法學教育之較後階段，安排與民事訴訟法、刑事訴訟法或行政訴訟法等課程演習之同時或在其後，開設相關連之實習課程。此種實習課程之科目，也可考慮在一定範圍內，利用暑假期間來進行。但是，要注意的是，為了使其實習成效能夠達到使理論知識與實務知識相貫通、銜接之教育目的，參與指導課程之教授最好是能夠兼具有比較深入的理論素養及實務經驗者。由兼具這兩方面知識、經驗者來指導，比較能夠達到預期的傳授、研習、銜接、統合理論與實務等方面知識之目的。此項實務實習，也應該涵蓋法院或各種主要行政機關、特定律師事務所之實習在內。並且，其實習所得結果，應由兼具實務經驗及理論基礎之教授，或由具有相當實務經驗者與具有相當理論知識者共同來參與指導：而合開研討會進行討論、講評。經由此種課程之研習，學生將更加能夠在接受法學教育之前階段，提昇其對於法律學之興趣，而收到宏大的教育成效，藉以避免發生理論與實務游離之現象。此外，例如，還可開設有關於國際交易契約如何製作、訂定之課程。此種課程應該也包含諸如參觀證券交易過程之實際調查、實習等等在內。其他，除繼續開設向來的一般法律基本課程以外，為達成上開目標，應增設諸如：法律實務、法律實習、民事法實例研究、商事法實例研究、行政法實例研究、刑事法實例研究等類綜合性課程、科目，使其內容涵蓋實體法與程序法、理論與實務。並且，不採取向來的通常上課方式，而改採討論、講評的方式。

第二，增設有關統合法律學與其周邊科學或相鄰接科學（如：政治學、經濟學、社會學、歷史學、人類學等）之課程科目。此種教育

內容之目的是要使法律人研習有關於學際的綜合知識。例如，經濟學、經濟政策、經營學、統計學、心理學、司法裁判社會學、立法過程論、都市行政論、資本主義之發展與契約之自由等類科目，不一而足，可依各該社會、時代之變遷需求，來探討、執行其科目設計之必要性。關於與法律學相鄰接之科學科目也有各種各樣。像奧地利、瑞士等國在相當多年以前，已經增加開設此類學科。瑞士甚至於將此等科目之選修，在一定範圍內，當作律師資格取得考試之應考要件。在德國，於二階段法學教育之方式下，亦有認為參加第一次國家考試時，須提出證明曾經選修過特定科目作為應考要件之情形，與瑞士之情形相類似。當然此等科目之何一部分適合列為大學的必修科或選修科等問題，還有待進一步檢討。在此處要再一次指明的是，開設此類統合法律學與其周邊科學的課程之目的、作用，是要讓學生從各該社會之經濟、歷史、文化等基礎上，來了解、認識「法」之機能、「法」在各該時代、社會所處之地位、「法」與國家、社會間之關係以及相互作用、互動關係為何等等。此類科目設計與向來不同，它並不是以法典為標準予以設計，而是以社會、經濟之機制及機能等為標準來構成其教育內容。經由此類科目設計及研習，通常期待養成與向來不同形象、功能之法律專家，使「法」與社會、政治、經濟等具有更緊密之關係，對於社會之改革、「法」之機能發揮，產生積極促進的作用。

第三，增設有關各國間比較的科目。例如，國際交易法、國際經濟法、有關於多重國際企業之問題或比較憲法等等，有種種科目可以設計。

第四，增設有關於處理新的法現象、法領域之教育科目。例如，環境法、經濟法、審判法、教育法等等。

(三) 關連問題

經由大學法學教育內容、科目之設計，到底能否滿足律師基礎教育之需求及其能滿足之程度為何，實際上還受著上述以外的其他多種因素所影響，是沒辦法一概論斷的。這問題之解決，可說不但牽涉到律師基礎教育在大學法學教育過程如何定位之問題，同時也有關於大學法學教育在整個社會所需求於其他方面大學教育之質、量等等中，應該如何定位之問題。因為大學之法學教育只是大學教育中之一部分而已，社會對於法學以外的學問還有多種多樣的需求，不僅涉及人文社會科與理工科之間如何分配社會教育資源之問題，也牽涉到同樣是社會科內各種科系互相之間如何分配資源、如何定位等全面性問題。因此，有關律師養成基礎教育之充實，到底能依賴大學法學教育之充實來達到目的之可能性為何，就全社會的需求而言，是相對的。基於此種認識，在此只能說，為了滿足今後社會之多樣化需求，應該在社會教育資源所容許之範圍內，儘可能擴充律師基礎教育之可能性，使律師具備足可因應今後社會多樣化需求所必要之知識、能力。在此前提下，關於律師基礎教育之內容編排及科目設計，以下想就其所必須考慮之牽連問題、事項，再舉若干實例，稍加闡明。

(1) 如何在教育大眾化、多樣化趨勢中定位

關於構思如何設計律師養成之基礎教育階段，應考慮到：大學教育之大眾化、多樣化趨勢，並在此種趨勢之下，為大學法學教育及律師基礎教育加以定位之問題。如果在某一特定時期，社會需求於經由大學法學教育養成之法律人，並不是只期待養成少數的社會菁英，而使其成為法官或律師，則比較上特別牽涉到法官或律師職務之專門知識科目，即不宜放太大比重於大學法學教育階段來進行，而應將此類科目移至以下所要講的專業教育（職前教育）階段予以完成。例如，在特定時期，假使大學法律系畢業生之絕大部分均是被社會需求就職於法官、律師以外之行業（如企業機構等等），則有關於大學法學教

育科目之設計，即應該偏向於此方面之教育內容。易言之，雖然都是有關於法律人基礎素養之科目，也應該照上述需求之程度，劃分其輕重緩急。基於此種考慮，要設計基礎教育之內容時，上述所提為數甚多之各種各樣科目內容，如果在特定階段，人力、物力上無法全部容納，則須分其先後緩急。因此，為了設計之需要，應該隨時了解、調查、分析、研究法律系畢業生的出路即社會之需求趨向如何，然後依照社會需求程度之不同，作多樣化的設計。此外，也應該考慮到可承認不同的大學法律系各具有其所強調之特色。為使教育內容多樣化，也可考慮到隨著人力、物力能夠配合之程度如何，採行諸如承認輔系制度、增加選修科目或充實分組內容之可能性等方法。從此角度來使大學法學教育之科目、內容多樣化。其結果，有些大學法律系之法學教育內容、科目可能比較偏向充實法律人之一般素養；有些可能比較偏向於養成具有特殊法學素養之社會人；有些比較著重養成法律專門職業人才；有些偏向於養成理論性學問研究之法律人才。要之，就此類各種不同之著重點，適當分配安排其比重，而承認各有其特色。

接著是，應再進一步面對廿一世紀社會之多樣化需求變遷之問題。假使有朝一日社會需求，縱使在公司企業、廠商服務之法務人員，亦均需具有律師資格以及與其資格相適稱之特定知識、能力，則在此階段社會環境需求之下，其相關大學基礎教育科目、內容之著重點，也應隨著該種需求程度之變動來調整其比重。因為只有不斷回應社會之需求、因應時代之變遷，才能夠使法律人不被社會所摒棄。

(2)關於修業年限之延長

關於基礎教育內容、科目之設計以及各科比重之調配，也應該考慮到在各該階段之社會環境、教育條件之下，延長大學法學教育修業年限之可能性。就延長修業年限而言，首先要認識的是：隨著社會之複雜化、需求之多樣化，學問領域也趨於更加高度之發展及多樣化，

為了避免發生受教育之法律人沒有辦法在有限之期間內消化掉所增加之教育內容，以致於造成知能、學力之不充足等類情事，如何延長修業之年限，亦是應該考慮的一項問題。亦即，為了使學生充分消化、吸收日益趨於複雜、龐大的教育科目、內容，也應該在修業年限等方面有所配合。

事實上，由於社會之高度發展、國家機能之擴大，在立法、司法、行政等各方面，需求相關知識之質、量，也越來越趨於複雜。為此，應該教育之法律學科及其相關學識領域之內容，也有越來越擴大，且越高度發展之趨勢。從而，如何使學生能夠充分消化、吸收如此豐富或趨於複雜化之教育內容，乃成為不得不克服之課題。何況，如上(一)及(二)所說明的，為了培養法律人的綜合判斷能力，使其具有必要的法律思維能力，所要教育之內容、科目本來就相當多。從此而言，也要考慮到如何使學生能夠充分消化教育內容之問題。

此時，須併予考量的一個問題是，教育之修業年限到底要延長至什麼程度，始能確保、維持其對於優秀人才之吸引力。此外，也要顧慮因年限之延長所可能對學生家庭造成的經濟上負擔。如果因為此種經濟上負擔之加重，以致於只有相當資力之人、相當富裕家庭之子女才可能成為法律專家，亦即倘使由於修業年限之延長，終於招致低收入或經濟上比較不富裕階層之人，減少了成為法律專家之機會，則對於社會科學此類學門而言，並非適宜的設計。這是有關於應致力確保人民均有平等成為法律家之機會等基本問題。因此，這種修業年限延長之設計，也要同時考慮到各該社會進展階段之經濟狀態或獎助學金等類制度之健全程度等問題。

其次是，為了促使學生儘可能消化掉內容趨於豐富化、複雜化的教育內容，也可以考慮到如何擴充研究所碩士班之教育階段，是否可在一定範圍內，使其也發揮補充法律專門教育不足之功能。同時，另

可以考慮的一個方法是，就所招收學生之資格，是否也可能某程度使其多樣化。易言之，除了向來的大學法學教育以外，是否也可能在教育條件所容許之範圍內，兼設如美國 law school 般之課程，使已經在社會上從事社會活動而有相當社會人生體驗之人，或已經在法律系以外科系畢業之人，也能有接受法律學專門教育之機會。因為誠如上面所提過的，法律學及其所鄰接周邊科學相關知識之具備，對於培養法律思維能力是必要的。使具有此方面種種不同文化、社會背景的學生入學接受法學教育，對於法學教育之成效，也可以發揮相當之刺激作用。此事對於滿足大學法學教育之多樣化需求，應該也有相當助益，所以也是值得一併考慮的改革取向。亦即，宜同時探討如何增設學士後法律教育課程的問題。此種制度設計、取向，從長遠的社會發展角度來看，將來也有可能會進展到要考慮，是否僅僅限於受過研究所之教育而取得法學碩士學位以上之人才，可報考律師或法官。如上述所提及的，法國律師制度、律師資格之取得有其特殊性，從長遠來看，我國也可能進展到此一階段。換言之，從長遠來看，研究所之教育，除了養成研究人才以外，在一定範圍內，亦可能將其活用於養成具有高度法律專門知識、能力之法律家（例如律師）。當然，此處牽涉到大學制度之功能與法律家之養成目的相互間之關連性，應如何加以評價之基本問題，這是有關於如何就教育制度與司法制度之關連性或互動關係，作相當的基本性改革之問題。

(3)關於如何充實師資之問題

教師之質、量能夠配合之程度與律師養成基礎教育之充實程度，亦有重要而密切的關係。例如，上面已提及的，在律師養成之基礎教育階段，要培養法律人之法律思維能力，為此應該傳授有助於兼顧理論與實務而使二者相銜接之知識。此項目的之達成，牽涉到此方面之師資應該如何由大學教授與實務家（如：法官、律師）分擔或協同完

成任務之基本問題。此問題之解決，當然亦與所教育之科目內容為何有關。不過，以民事訴訟法、刑事訴訟法此類科目為例而言，在日本即有論者強烈主張，大學教師之資格必須限定於曾經任職法官、律師而有實務經驗之人始可。但是，此種見解亦被批評為，如果僅有實務經驗而欠缺理論方面的高深素養或訓練，是否力能兼顧理論與實務，也是值得懷疑的。因此，如何適當協調或促進實務家與大學教授間之協力關係，來完成上開兼顧理論與實務相銜接之教育目的，也是應該認真加以思考之問題。

關於此問題之解決，Gilles 教授曾說，大學教授而無相當的實務經驗固屬缺憾，可是假使為其解決乃承認實務家如法官、律師或行政官僚等人士不經過嚴格的資格審查就可主持大學法學教育，也是有問題的。因為，固然由有相當經驗且在學問上亦受相當評價之實務家參與設計大學教育之內容、科目，並從事此種教育工作，對於實務與理論之銜接是有相當幫助的，可是，如果考慮到大學自治與學術獨立等重要的基本原則，則允許法官、律師或行政官僚可以大規模成為大學教授，將是相當危險的事。因此，他所提出之解決辦法是，不使實務家直接參與大學教育內容之設計與推動，而是由大學教師以兼職的方式到高等法院參與審判工作以獲得實務經驗。Gilles 此種見解，讓沒有經過相當實務經驗之大學教師去從事審判工作，在我國並非全無問題，因為，德國之大學教師均有法官資格，受過某程度的實務實習教育，然後又有學問上業績表現，才被賦予大學教師之資格，與我國之情況並不是完全一樣。可是，大學自治與學術獨立等基本原則，還是應該予以相當的顧慮、尊重。尤其是，因為正如上面所提過的，必須培養法律人之法律思維能力，要給予此方面之訓練與教育，為此種法律思維能力之培養、訓練，以使學生能考慮到各種社會、經濟上相關之利益狀態，而為綜合的價值判斷。為達成此種教育目標，應該先保

有大學自治與學術自由獨立之環境，否則將難能收到應有之成效，而違背大學教育之精神。因為除了教育專門的職業知能以外，探究宇宙人世的真理及教養、培育有思想的人材，都是大學的重要使命。爲了達成探究真理的使命，大學的研習、教育內容難免有與當權者，爲政者的利益正相違反之情形，可是堅持貫徹大學的使命，對於開展全體國民及人類的未來前途，畢竟是必要而有益的。就此角度來講，於大學自治、學術自由獨立受保障之大學機構，來從事培養、訓練法律人之法律思維能力，應該是比較合乎大學法學教育之精神、理念。何況，第二階段專業教育機構（如隸屬於司法官僚或行政官僚機關之律師研習所或司法官訓練所等類機構）之講授教師，倘使是由該機構所隸屬的司法機關或行政機關遴任的，其教育內容之設計、教育科目之安排，在制度旨趣、精神上，先天性較不適合於培訓法律思維能力，至少也比起受大學自治、學術自由獨立所保障之大學環境，更不適合培養健全的法律思維能力。基於此種認識，如何由具有大學自治、學術自由獨立精神傳統之大學，來培養法律人之自由獨立思考能力，而又能夠兼顧傳授有益於銜接理論與實務之知能，即成爲課題。

因此，今後爲克服上述兼顧理論與實務銜接之課題，似乎可作如下之考慮：例如，就某些特別需要謀求兼顧實務與理論相銜接之科目（如：民事訴訟法、刑事訴訟法、行政法、保險法、刑事學等類科目），可設計由具有大學教師資格之大學教師與實務家共同開課。在共同開課的情形，也應同時改進其教育方法，例如應儘可能採用共同研討的方式，不宜僅輪流分別講授。又，關於教育課程之設計主導權仍然應保留在大學教授這邊，以兼顧大學自治、學術自由獨立之原則。當然，此處參與共同開課之實務家，應該具備在學問上能夠受相當肯定評價之條件。

其次，爲了加強提高學問研究之成效，進而充實法學教育內容，

並用以兼顧理論、實務，今後還可採取種種辦法。諸如：建立共同研究制度，舉辦定期性、經常性研究會，由大學教師與實務家共同參與研討，從制度設計上多予鼓勵，甚至於強制性加以要求。關於此點，我國之民事訴訟法研究會已經舉辦了十多年的定期性共同研討會，並將其研討成果刊登於法學雜誌後收錄於專書數卷，可說對於法學教育之現代化，發揮了相當重要之功能。

涉及我國大學法學教育之制度設計及內容充實，向來主管機關的作爲、措施，亦有值得商榷、改進之處。以向來行政院國家科學委員會之獎勵措施爲例而言，其是否已充分顧慮到上開法學教育方面之新時代需求，固然是值得懷疑的。尤其是，從教育部所舉辦之全國各大學評鑑標準來看，像今年（一九九二年）八月廿五日中國時報所登載教育部在今年（一九九二年）八月廿四日所公布之評鑑結果，在法學教育、法學研究方面，也有若干問題存在。例如，就我國大學法學師資之充實而言，教育部大學評鑑係以教師是否具備博士學位作爲評鑑之主要標準，此項標準設定即有不夠周延之處。換言之，從我國是移植西歐法制，而有如上所述的法繼受現象而言〔參照本文「貳(二)」之說明〕，法學研究在我國固然還有值得從比較法上學習外國法，以探究比較法上知識之需求。如從此角度來看，關於大學法學教師之評鑑以曾經在外國取得博士學位作爲標準，是某程度有其作用的。可是，從兼顧理論與實務此種社會需求、法學教育內容上之現實必要性等方面來看，該項評鑑標準是不夠充分的。況且，大學法律學系、所之設施也要考慮到，是否有相當的設備能滿足兼顧理論與實務之需求。此外，各個大學之法律系、所既也須同時從事有關法律學的周邊科學之研究、教育，並應採用下述的教育方法，卻未被上開教育部之評鑑標準所充分顧慮。至於由教育部評鑑各大學之事，與大學自治及大學法學教育之多樣化需求間之關連性，也有值得探討的問題存在。因爲，

大學法學教育之多樣化需求，是否適合於由教育部訂定一律之標準加以統一，仍有值得再進一步加以探討之處。

(4)關於如何改進教育方法之問題

法律思維能力之培養、訓練，實與所採行之教育方法為何有密切關係。在此，想特別強調的是，要放棄填鴨式的教育方式，改為同時或較多採用判例、實例、案例等進行解析、演習、討論的方式，讓學生先有預備、思考之時間，然後給予報告、討論之機會，藉此使法律人留意探究各該事件處理及裁判所必要之關連事實或背景。爲了達到此目的，也應該改進大教室講課之方式，而採用在小教室從事密度比較高的講授，且讓學生有機會接受個別指導，而進行雙向或多向討論之教育方式。爲了達到此目的，也不宜僅採用體系性著作當作教科書之方式，而應該設計、編纂能夠使學生先自行思考問題之教材，供給學生使用。此外，可能採用來配合的措施還有種種，例如，考試方式應該儘量避免採用僅能測知死背、暗記能力的考題。

還有，在經費容許之範圍內，將來也應該設計、選擇適當的案例，利用拍攝電影、錄影帶等設備，使學生經由像看電影般觀察紛爭發生處理過程之始末。例如，使察看訂立契約終至發生紛爭之前後；造成車禍或發生侵權行爲之前後過程；甚至於包含當事人間在發生紛爭以後之交涉、談判狀況及訴訟階段。看過此種內容的電影以後，由學生針對所親身看過，正如同親自體驗過之事實，進行從實體法及程序法、理論及實務等多角度之分析，並且參考各相關理論、實務之論文加以討論。此種教育方法，對於理論及實務銜接教育之充實，也是有相當助益的；並且，對於訓練法律人如何掌握社會事實之真相而加以分析、適用法律，也是有必要的訓練方式。其實，此種教育方法，也有助於彌補在律師事務所等處實習之不足。因爲，在法律服務社或在律師事務所之實習，往往偏向於掌握當事人片面的資料而已，而剛

才此種方式，教育之成本雖然較高，卻可以讓學生同時觀察到紛爭對立當事人間之一連串相關事實真相，有益於操練如何兼顧多種利害狀態爲適當之衡量、思考，這是訓練法律思維能力所必要的。

在此，有一點還要補充：爲了使大學法學教育即司法官・律師養成之基礎教育能夠不脫離社會現實，需要有相當之法律實務實習，以兼顧理論與實務之銜接。此目的之達成可能性及其達成程度，既是受師資能否具備及其能配合之程度所影響，所以，也要考慮到隨著師資配合可能性之大小，採取程度不同之各種教育方法或內容予以充實。例如，可設法使學生能夠到各個實務機構學習，諸如：到法院、檢察署、證券交易所、保險公司或其他政府行政機關等等，並且由適當之教師指導（包括由大學教師及實務家共同指導）。同時，還可以且應該就其所參與處理之實務上問題，從學問的角度加以挖掘、探討、研究。其他還可能隨著師資所能配合之程度，選擇採用各種適合的教育方法。例如，除了民法實例研究及民事訴訟法實例研究等類科目以外，爲了充實兼顧理論與實務、實體法與程序法之知識，更應開設民事事實例研究、法律實習、法律實務等類課程，而以紛爭當事人間交易過程、交涉過程、律師處理過程及各審法院審判過程之全部資料作爲教材，從理論與實務、實體法與程序法等方面作多角度之分析、研究、討論、講評（目前台大法律系本人所開之「法律實務」課程即是採取此種方法）。此種教育方法，頗有助於使學生認明、掌握社會生活上、紛爭過程上及訴訟上所出現的多項利害對立觀點及事實上、法律上爭點，進而嘗試、操練，習得如何調整多種不同之見解，以導致具有說服力且值得信服的結論。這種方法的採用，對於培育促進政治、司法民主化所必要之法律人，是相當重要而有益的。在這種教育過程所培育的法律人，不僅較能具有靈活運用「法」的技術、知能，而且較能以開闊的視野，包容多樣的觀點、充分考量對立的利害狀

況。當然，此事牽涉到各該大學之設備（包含師資）能夠配合之程度，所以成效難免有所不同。

總之，經由上述的教材運用以及互相發問、討論等過程，一方面可以加強學生掌握問題重心，進行解析、討論，並面對問題加以解決之能力。而另一方面，此種教育過程，可以提昇學生將抽象的理論知識適用於實際事例之能力，培養、訓練法律人從實體法及程序法、理論及實務等各方面知識進行多角度分析、考量、判斷之能力。此類能力都是身為律師的法律人，為處理問題、解決紛爭、預防紛爭所必要的。當然，其他有關之圖書、設備等等應該也同時配合，自不待言。

二、專業教育（職前研修）階段

（一）職前研修教育之目的

通常，法律制度要想能夠充分發揮其應有之機能，並因應社會之變遷、滿足時代之新需求，除了應該先有比較健全完備的法律制度以外，同時也必須法律制度之運作者具有其運作所必要而相當之素養、學識經驗及知識能力。因此，為了充分發揮法律制度應有之機能，就必須研究、探討如何遴選、培訓其運作者。就與此處論題有關的而言，即是探討如何對於被賦予律師資格而將執行律師業務之人，施予相關職前教育的問題。亦即，為了充分發揮律師制度之機能，使律師能夠完成其被社會所期待的任務、使命，就必須探討如何對於即將執行律師業務之人，施予應有之教育，使其成為具有靈魂且有相當之知識能力，足以勝任其職務，完成其使命之法律專家。

從此角度來看，在這裡我們有必要再一次確認律師的使命、功能、任務為何以及社會對律師之需求為何，然後才針對所確認、認知的律師之使命、功能、任務以及社會之需求，探討律師執行職務所必

須具備的素養以及知識能力為何，準此設計律師職前教育之內容及方法。誠如上面（即本文「參」）所提到的，現代社會之所以承認律師制度是為了維護、伸展國民之法主體性，而課求律師擔負保障人權、實現社會正義之重要使命。事實上此種律師使命觀，與司法官的使命是相通的，因此，律師養成教育之充實與法曹一元制之理念應是相通的。另一方面，今後的廿一世紀社會對於律師之知能有著多樣化需求，期待、要求律師能夠具有多樣化的知能，來發揮多樣化功能、完成多方面的使命，而滿足人民多樣化的生活需求（以上請參照本文「肆」之說明）。可是，大學法學教育由於不但受人力、物力及時間上之種種限制，並且也受著法律專家多樣化的社會需求所制約（亦即社會需求包含律師此種法律專家在內的各種法律專家，而不是只有需求律師此種法律專家而已），以致於無從在大學法學教育階段對於將來要執行律師業務之法律人，充分施予律師職務所必要的法律專業知能及素養。換言之，大學法學教育對於傳授各種法律專門職業所共通必要的基礎知能而言，尚有所不足。在此種制度現實之下，於法律人取得律師資格而即將開始執行律師職務之階段，如何施予必要的職前研修教育，乃是相當重要之事。這是為了使律師真能完成其使命、發揮其功能，而滿足社會需求所必要的教育階段。

基於以上認識，律師職前研修教育之目的應該是，一方面使律師能夠認明、理解其所負社會使命、任務、所應該發揮之功能為何，而喚醒、培育並強化其在此方面之自覺；另一方面則是經由律師職前研修教育之施行及強化，使律師具有堪於勝任其職務之基礎知識、技能。更具體言之，律師職前研修教育之目的是為了：第一，培育、確立並強化律師執行獨占性法律專門職務所必要的責任感、使命感，鞏固其完成上開使命所必要的倫理精神基礎。就這點而言，律師職前研修教育可說是為了延續並強化法學教育所開始施行的基礎教育，而具

有與其他專門職務（如法官等及其他法律專門職務）共通的一面。尤其對律師職務而言，這種教育階段是有關於如何培育律師對於確保、伸展國民之法主體性，能夠有敏銳而具有深度之認知，並且培養其保障人權、實現社會正義的魄力。這樣的培育工作，在律師辦理登錄手續而開始執行律師職務以前是特別重要的。當然，在律師執行業務以後，如何繼續培育維護這方面的情操，也與以下另外要說明的繼續教育問題有關係。

第二是，培養律師具備執行其職務所必要的相當基礎知識及能力，俾其能自行開始處理律師業務，而達到社會所需求、期待的應有水平。就此方面而言，在這裡特別要強調、指明的是，律師業務活動是直接與一般人民及委託人的日常生活有關，所以通常必須直接去面對、處理社會上活生生的事實。這些社會事實往往也帶著濃厚的社會文化色彩，而律師則必須具有相當的知識能力，就此種活生生的社會事實進行法的構成、處理。因此，律師職前研修教育就必須培養、訓練律師具有調查、認識、分析、判斷社會上事實關係，然後予以法律構成之知識及能力。亦即，應使律師能夠對於動態的社會事實加以掌握，然後從法的觀點加以分析，作法律上之構成，而決定所應採取的處理方針。如果律師未能具有此方面的知識、能力，將無法去處理其所面對的新社會事象，而無從發揮律師應有的功能。

第三是，在職前研修教育階段也應該留意使律師具有相當的知識、能力，於一定範圍之內可能處理專門領域之特殊法律問題。例如經由研修教育之充實，使律師能夠處理勞資糾紛、醫療糾紛、稅務紛爭、公司破產或其財產整理、公害紛爭、有關智慧財產權侵害之紛爭，或有關於公平交易方面的紛爭等等。這些特殊領域的專門知識、能力，在向來的大學法學教育階段，或在律師資格取得考試即律師考選的階段，多沒有辦法充分要求律師必須具備的。可是，當律師執行

業務以後，其如何處理此類特殊專門領域的法律問題，將會對於社會發生相當大的影響，而其處理之結果為何將會左右一般人對於律師這種行業的評價、觀感以及信賴度。因此，最少也應該在相當範圍內，使將來有意從事於處理特殊領域（例如稅法之法律問題）的律師，能夠具有各該專門領域所必要的、比一般更高度的專門知識、能力。何況，隨著社會生活的複雜化，以致於各種知識趨於專門化之結果，社會也增加了需求一部分的律師具有特定專門領域之知識、能力。爲了滿足這方面的社會需求，律師職前研修教育也應該提供修習此方面知識的相當機會，設計相當的實習教育內容。

第四，應該培養、強化律師的一般性事務處理能力、表達能力、說服能力以及說服技巧等一般的能力。因爲這方面的能力也是執行律師業務所必要的，而這方面的能力越充足，律師就越有妥善處理其他相關法律問題的餘裕及可能性。

第五，應該提供相當的資訊及機會，使律師對於目前法律以外的一般現存社會問題以及將可能面對的社會問題，能夠有更深入的了解，俾便於律師在開始執行業務之階段，能夠事先調整其應有的心態、認知。如果律師具有相當的知識、能力，而能夠更深入了解一般社會所已經存在或將面臨的法律以外之社會問題，應該會比無此方面深入認識之情形，更可能洞察、分析社會上紛爭之所以發生的原因、背景所在。這方面的修習也是律師實踐其法律思維能力所必要的。可是向來的大學法學教育階段，由於欠缺充分的實務實習機會，以致於一般法律人無從充分或深入認識社會問題之所以發生的背景。在此情況下，上開律師職前教育就顯得愈有需要。當然，今後也可能隨著大學法學教育之充實程度如何變動，再加以調整。

除上述以外，事實上，在承認國民主權原理，並宣明保障平等權、訴訟權、自由權、財產權、生存權等基本權之憲法體制下，以上

開律師使命、任務、功能為內容之律師制度，本來即具有憲法上之法理基礎（請參照拙著「司法現代化」第一八一頁以下之闡述）。因此，可以說上面所論律師職前研修教育之目的亦有其堅強的法理基礎，應該成為立法以及運作司法制度之前導原理。在此意義上，應該從如下的二方面了解律師研修教育之應該何去何從：其一是，關於律師研修教育內容之充實及其相關教育制度之建構、運作，應該先認知律師之主體性。詳言之，一方面承認律師研修教育應該以律師為其主體；在教育的過程，應尊重實習律師之主體性。律師研修教育之內容應以說明律師之存在價值，使其能完成上開使命、發揮上開功能，滿足上開社會需求為目標。研修教育之內容，應以實習律師之需要為何作為指標。因為律師的需要也就是人民的生活上需求。因此，尊重實習律師之主體性，是辦理律師職前研修教育之一項原則。換言之，律師研修教育內容之編排設計，或其教育方法之採用，不應該僅以為政者（如行政機關之法務部）之主觀判斷來擬定或進行。這是有關應如何在研修教育實施過程，儘可能聽取律師界之意願，來加以充實、調整之基本問題。關於此方面的立法例可介紹的是，法國的律師訓練所就有關律師訓練的法律規定。法國在司法官研修教育以外，另外設立律師研修所。在其律師研修過程，法律明文承認實習律師（研修學員）可以選出代表參與研修委員會，提出意見進行討論，供為擬定研修教育內容之基礎。並且，在實習律師之懲戒委員會中也有代表研修學員之委員參與。此類規定，被認為是為了培育具有獨立自主精神之律師所必要。亦即，在實習律師接受研修教育之過程，儘可能尊重其主體性，才能培養其獨立自主的精神，而最後當其執行律師職務以後始能本著自由獨立之精神，發揮律師制度的功能。如此尊重律師自主性的教育方式，向來受一般司法制度、律師制度教育論者相當高的評價，而具有相當程度的啟發性，值得作為我們的參考。

其二是，上開的法理也應該為準為修訂律師法的前導。關於這點，在去（一九九二）年十月十二日經立法院三讀通過的律師法（以下略稱為新律師法），已經有了某程度的具體化規定，相當值得肯定。這也是關於「律師職前訓練（職前教育）辦法」應如何定位之問題。以下想就此點做進一步說明。

(二)「律師職前訓練辦法」之應有取向

——律師專業教育制度之運作主體

相較於舊律師法（去年十月十二日立法院三讀通過修正以前所施行之律師法），新律師法可說更能夠認知律師之使命，而較有試圖因應現代化社會需求之意念，所以更有助於維護、伸展國民之法主體性。亦即，新律師法中的若干重要規定，可以說正面肯定了上開律師研修教育之目的。例如，其第一條規定「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命。律師應基於前項使命，誠實執行職務，維護社會秩序及改善法律制度。」此條文乃舊律師法所未有，而其中所規定的促進民主法治之使命以及改善法律制度之職責等部分，也是原來的律師法修正草案所沒有的（關於該草案及舊律師法未設如新律師法之上開內容規定係屬不當乙事，請參照拙著「司法現代化」第一八三頁以下之批評）。又新律師法第二條增訂「律師應砥礪品德、維護信譽、遵守律師倫理規範、精研法令及法律事務。」基於此等新律師法所規定之精神、旨趣，可要求辦理律師職前研修教育來追求達成上述「(一)」所說明之目的，使律師具有上開知識、能力及責任感、使命感等等，應該是當然的解釋。因此，在新律師法設上開規定以後，如何進一步為貫徹其旨趣、精神，而創辦、充實職前研修教育，就成為非常重要的課題。

基於此項認識，新律師法第七條第二項規定「律師應完成職前訓

練，方得登錄。……」第三項規定「律師職前訓練辦法，由法務部定之。」均具有劃時代的意義，應受積極肯定之評價。舊律師法未設有此類規定，以致於數十年來在我國，律師職前教育的重要性，都沒有受到應有的重視，且無具體的職前教育制度措施，而不可說律師已經能充分發揮其應有的功能、滿足人民的需求。上開第七條有關要求律師應完成職前訓練之規定，是爲了貫徹同法第一條及第二條之立法旨趣、目的而設。在這樣的前提之下，就我國今後應如何辦理律師研修教育，應該做如下的了解。

新律師法第一條既然正面肯定律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治爲使命，應該可予以理解爲，新律師法是開宗明義地要求律師應以維護、伸展國民之法主體性爲其使命。爲此，律師當然需要先具備有處理社會事實、認明社會正義所在的知識、能力。亦即，應該先培育律師具有相當的知識、能力，俾使其藉以完成應負的使命。此種規定，也可以說是尊重律師主體性原則的具體化明文。因此，雖然同法第七條第三項規定由法務部擬定律師職前訓練辦法，可是在第一條規定的前開旨趣之下，法務部所擬定的律師職前訓練辦法也應該尊重律師主體性的原則。基於此項認知，律師職前訓練辦法應明文規定，保障由律師公會經由民主程序選派代表參與研議、擬定律師研修教育之政策、研修教育之內容以及教育之方法等等。並且，由於律師職務具有自由獨立性及公共性等兩面性，而此種自由獨立性也是律師自治之法理根據（關於律師職務之自由獨立性及公共性，請參照拙著「司法現代化」第一八二頁以下之說明），所以，關於如何擬定律師研修教育之政策、內容、方法以及實施步驟等等，應該於律師職前訓練辦法明定須組織研修教育委員會，其成員應該包括上開律師代表。亦即應該包含代表律師界之委員、法官之代表、法務部之代表以及教育界之公正人士在內，來決策、推動上開第七條第二項、第三

項所規定的有關職前訓練教育的工作。何況，該法第七條第三項只規定由法務部擬定律師職前訓練辦法，並未明文規定律師之職前訓練必須全部由法務部辦理。因此，關於律師職前訓練教育應如何實施，當然應該遵循同法第一條、第二條所規定的旨趣、精神。不過，從長遠的制度設計而言，如何隨著律師自治能力以及國民對於律師職務之信賴度的提昇（關於律師自治的容許度乃繫於律師階層有無自治能力之程度及國民對於律師職務之信賴度，請參照拙著「司法現代化」第一八九頁以下之說明），再度修正該第七條第三項的規定，或加以補訂爲應成立符合上開旨趣之研修委員會，以貫徹律師職務所具有自由獨立性及公共性，則是一個今後有待繼續克服的課題。

實際上，對於這種律師職務兩面性的重視，在新律師法中可說也已經做了相當的努力，是值得肯定的。亦即，新律師法第四十一條有關律師懲戒委員會的組成，規定由高等法院法官三人、高等法院檢察署檢察官一人及律師五人組織之，委員長由委員互選之。又第四十三條規定律師懲戒覆審委員會，由最高法院法官四人、最高法院檢察署檢察官二人、律師五人及學者二人組織之；委員長由委員互選之等內容。因爲在舊律師法並沒有此類較重視上開兩面性的規定，以致不能謂其已顧慮到律師自治的原理（按：舊律師法第四十二條係規定爲，律師懲戒委員會由高等法院院長、庭長與法官五人及律師一人組織之；以院長爲委員長。第四十四條規定律師懲戒覆審委員會，由最高法院院長、庭長與法官各四人及律師二人組織之；以院長爲委員長等內容。關於舊律師法及律師法修正草案並未充分顧慮到律師自治之原理，請參照拙著「司法現代化」第一九〇頁）。此亦即說，新律師法增訂第一條、第二條，甚至於第十五條第二項（規定全國律師公會聯合會應訂立律師倫理規範）、第十六條第七款（規定律師公會章程應規定律師風紀之維持方法）、還有第四十一條、第四十三條（有關律

師懲戒委員會的規定)等等,可謂比舊律師法或舊律師法之修正草案更加一層肯定律師自治的原理,兼顧律師之自由獨立性及公共性。

根據此種認知,應承認上開委員會的組成必要性。此種精神、旨趣,似乎也應該同程度地貫徹於其他一般律師研修教育的相關措施。不僅如此,如果在上開研修委員會的研議過程,也能夠經由律師職前訓練辦法的擬定,適度保障實習律師可以選出相當的代表,參與研議,則更能像上述法國的律師訓練所辦理研修教育般,更加一層地尊重律師之自主獨立性,使實習律師的意願、需求,也能適度反映到律師研修教育的政策形成、內容擬定以及教育方式的採擇等方面。

不過,在此想特別予以強調的是,關於律師專業研修教育制度之運作主體何屬之問題,除了上述的律師研修委員會或律師專業教育指導委員會的組成以外,還要考慮以下幾件事項,而併予列為今後必須同時或繼續克服的課題。

第一,在新律師法剛公布施行的現在,由於各種準備籌劃工作尚未就緒而不充分,於此階段,在擬定律師職前訓練辦法時,固然不妨暫以成立上開委員會的方式,來推動律師職前教育的工作,可是也應該同時留意到,此種委員會應該設計為一種常設的組織,以便於擬定、實施有規模、有計劃的教育政策以及研修內容。如此也才能使有關律師職前專業教育工作有經常性、繼續性的籌劃、實施及推動。因此,上開委員會不應該被設計為與向來一般委員會般,僅是一種臨時性、短暫性的委員會,並且在該委員會之下應該常設有相當的事務人員、研究人員等等,以利於推行相關的教育、訓練活動。其實,正如同以下「三」所將要再加以說明的,關於律師養成教育除了專業教育階段以外,還需要對律師施予繼續教育(再教育),為此也需要一個常設的組織來推動。

依上開說明來看,法務部所擬「律師職前訓練辦法(草案)」似

有重新檢討之必要。因為,同辦法第六條僅責由該部所轄司法官訓練所得徵求律師公會之意見後研擬每期律師訓練計劃,並予以陳報該部核定;卻未規定應成立具有上述屬性的委員會,難謂符合新律師法第一條、第二條所揭示的立法目的;也不足以貫徹律師自治的原理。

第二,基於同樣的理由,並且為了使律師研修教育能夠更加健全,而確實達成上述「(一)」所舉研修教育之目的,今後應該繼續朝著促成能夠設立律師研習所(或律師訓練所)之類的方向來努力,然後在律師研習所從事於律師職前專業教育以及對律師的繼續教育等工作。並且,隨著今後律師自治能力經提昇的程度,以及人民對律師及律師團體(律師公會)信賴程度的提昇,也應該同時考慮如何為了尊重律師自治的原則,在兼顧律師之自由獨立性及公共性等前提下,決定律師研修教育的運作主體何屬的問題。亦即,決定到底對於律師公會或全國律師聯合會,應該承認其就律師研習所擁有何種程度的運作主導權。與此種努力取向有關,如何在一定條件之下,承認律師公會為法人,以利於律師職前教育工作的推動,也是今後的重要課題(關於為了尊重律師團體的自由獨立性,提昇其自治能力,有必要在律師法增訂律師公會為法人之規定乙節,請參照拙著「司法現代化」第一九〇頁)。

第三,為吸取法曹一元制之精神,借重其制度之優點,也應同時考慮到,如何使律師的職前研修實習儘可能與司法官的研修、訓練教育互相呼應、配合的問題。關於此問題的解決,也牽涉到應該同時考量:在何種條件下、何種範圍內,可能使律師的職前研修教育與司法官的職前研修訓練教育能夠合併進行或合辦乙事。此亦即說,如何考慮除了像法國般專設律師研修所以外,是否在一定範圍內也應該酌採日本的司法研修制度,在追求貫徹法曹一元的精神、理念之下,將律師及司法官的職前研修教育合併為一。此種制度的優點是否有可供我

們採取之處，是值得認真探討的。當然，不管採用上述何種努力的方向，都應該留意不宜將律師研修教育的主導權全部委諸於行政機關的法務部或司法院，而應該兼顧遵循律師自治的原理，決定律師研修教育主導權的歸屬。因為律師自治的原理是有關於人權保障以及人類未來發展的重大事，正如同大學自治也應該受相當的尊重一樣，都是會影響人類未來發展的。所以在構思律師研修教育時，也應加以相當的顧慮及保障。

關於律師與司法官的職前研修教育，應該從長考慮使其能夠互相呼應，或合併辦理等事，在此還想特別強調，它對於鞏固法曹一元制的基礎是具有相當重要性的。亦即，為了吸取法曹一元制的精神、理念，發揮其優點，今後應該努力的方向是，考慮合辦律師職前教育與司法官職前教育，並委由一個比較超然的、獨立的機構或委員會主導此種研修教育。此事具有下述重要的意義，亦即，律師與司法官（包含法官、檢察官）合併接受職前研修教育所具有之優點為：其一是，可抑制滋長特權意識，避免僅僅對於法官或檢察官施予特殊意識形態的教育。在合併接受研修教育的過程，不管將成為司法官者或成為律師者都可以平等按照一定比重，就有關審判業務、檢察業務、律師業務等不同而相關連且互動的分野，接受同等的教育，而保持一定的均衡。從此點而言，其教育過程較有益於貫徹司法官與律師所同樣應致力的保障人權、實現社會正義而伸展國民之法主體性等基本理念，因為，就如何維護、伸展國民之法主體性，並保障國民的基本人權而言，不論是司法官或律師都需要具有同樣開闊、宏觀的視野，同等豐富的知識、能力。讓他們合併接受實習教育，可以使此種視野的開展以及豐富的知識、能力之培養達到相當的平衡點，取得適度的均勻。如果將他們分開施予實習教育，即律師接受專為律師設計的職前研習教育，而司法官接受司法官的研習教育，則難免導致不能充分互相了

解彼此立場的結果，而含有下述缺點。亦即，雖然同是要去發揮司法制度功能、完成司法使命的律師與司法官，竟然對於他方的立場卻無法作充分的互相了解。其二是，可緩和、避免法院及檢察署的官僚性，使法官及檢察官也同時能夠較充分意識到保障人權的重要性，而緩和、避免其動輒趨向於左袒官僚主義，減少其職務執行之官僚色彩。因為在合併接受研修教育的過程，不管將要成為律師者、將要成為法官者或將要成為檢察官者，都要分別在律師事務所、法院及檢察署等機關接受實務實習教育，較諸沒有接受此種教育的情形，更能夠同時體驗代表國家行使公權力者的立場以及代理當事人或為當事人辯護者的立場，而比較可能培養出人權意識、憲法意識，也比較能夠體會出國民參與司法程序的意義、作用。其三是，將成為法官或將成為檢察官者，如果也同時能夠在律師事務所接受相當期間的實務教育，將有相當的機會在成為法官、檢察官以前就與國民直接接觸，此事對於培養法官、檢察官的民主情操是有益而必要的。另一方面，對於將成為律師者而言，使其同時有機會在法院及檢察署接受相當期間的實務實習教育，將會加深其對司法運作過程的實態了解，這方面的體驗、知識、能力，對於開展律師的寬廣視野，以便其完成使命，應該有相當大的助益。其四是，經由合併接受研修教育的過程，也可以培養法官、檢察官及律師的整體觀，同樣認知彼等均應完成人民所期待、要求之司法使命。在此前提下，讓他們培養一種三者平等的觀念及一體感，此事對於培養三者完成司法任務的使命感及共識是有益而必要的。何況利用同一研修教育訓練設施，尚有助於避免造成人力、物力的浪費，可提昇研修教育的品質。

雖然如此，法務部所擬「律師職前訓練辦法」並未設有關涉上開論旨之規定，其是否已充分意識到上述問題，尚非令人無疑。

基於以上的認識，縱然受限於人力、物力等主、客觀因素，在短

期間內沒辦法使要成為律師者及要成為司法官者合併接受研修教育，也應該在單獨對律師施予職前教育訓練的階段，先做相當教育內容之編排設計，使實習律師也有機會在實務實習上接觸、了解相當的審判業務及檢察業務。並且，縱然分開訓練司法官，也應該讓將成為司法官者有相當的機會能就律師業務作相當期間的實務實習。藉此修習過程促進三者互相之間更深一層的了解，俾彼此均有應共同致力於完成司法使命的共識。

第四，應該由國家負擔相當的經費支援。因為律師職務也具有公共性，律師制度是否健全，也會影響到司法制度能否充分發揮功能，以及民主法治是否能夠落實等等國家之重大關心事，所以也應該認知律師研修教育的推動及其健全化也是國家的任務。尤其，在律師自治能力、律師公會的經濟條件還不夠充足的情況下，這方面的國家支援是特別重要的。律師職務的公共性以及其對司法制度功能發揮所具有的重要性，也是在構思、設計律師職前專業教育制度內容時所應該加以充分顧慮的。準照此種顧慮，在研訂律師職前訓練辦法時，目前最少應該先考慮到二個問題。其一是，有關於強制要求實習律師接受律師職前研修訓練教育的期間多久之問題；其二是，在其職前研修的階段，是否應該發給相當的薪資，或其薪水是否應該由國家負擔或給予相當支援的問題。以下想分別就這二個問題加以探討：

關於職前研修教育的期間，為了促使較充分達成上述「(一)」所舉職前研修教育之目的，宜定為最少一年。因為向來大學法學教育，仍然相當的不充分，而律師的考選制度也仍然不夠健全，經由向來此等制度的運作，尚未能使律師具有充分的知識、能力，來發揮其應有的功能、完成其應有的使命、任務。並且，正如同上面所已提及的，今後社會需求律師具備多樣化的知能，雖然這些知能的充實，也有待於對律師要求其接受繼續教育，可是，此種多樣化的知能在職前教育階

段應該先予以基礎上的訓練。亦即，在職前研修教育階段，最少應該先給予律師日後能因應社會需求的基礎知能（請參照上述「(一)」之說明），這並非在短期間內所能達成的；以目前來看，最少應該有一年的期間。何況，律師法第一條第二項也要求律師應該致力於改善法律制度，基於此種要求，也應該使律師具有相當的能力，以便深入認識、洞察、分析有關於法律問題的各種社會事象。為滿足此種需求，應該有比較充分的時間，提供律師作為職前研習的機會保障。實際上，縱使在大學法學教育具頗長歷史而且已經到達相當充實程度的法國，亦規定其實習律師在律師研修所的期間為一年；並且，律師除了接受一年的研修教育以外，還須經二年的候補律師期間，亦即，應該依照其律師研修所所訂的計劃，以候補律師的地位再繼續修習二年。候補律師於負有此種義務之下，在此二年間，以候補律師的地位，一方面繼續研習，一方面執行律師職務，而經過審查合格，認為其已盡應有的義務以後，始正式頒予結業證書，承認其成為正式的律師。在日本，其律師在司法研修所的職前修習期間則是二年。這也是值得參考的。

其次，就實習律師的薪資而言，這牽涉到國家如何編列司法預算的問題；亦即，有關於如何為法治國家之維持而編列國家預算、進行投資的問題。就此問題之處理解決，宜於採取的方向，可舉例加以說明如下：以德國統一前之西德為例而言，其包含將成為律師、司法官者在內之修習學員總共約為一萬五千人，都由國家每個月發給薪水，並且其薪水之多少，是按年齡分成二類。其中占較大部分者是二十六歲以上的，每個月可領取大約四萬元的新台幣；而二十六歲以下的實習學員，則每個月可領取大約新台幣三萬多元，並且也有年終獎金或婚姻、分居等補助費。除此之外，對於為數有四百名的指導法官及指導律師，也都發給相當的指導費（相當於我國向來一般所謂的鐘點費

等類)。當然，德國並無像日本般司法研修所之制度，所以其修習學員是分組接受實務實習教育的。通常，每一組大約有十名到二十名左右，而由民事庭法官、刑事庭法官、檢察官或律師分別擔任導師，負責實習指導。這些導師一方面領取其本職的薪俸，一方面也領取指導費。從此等數目可以知道，德國所投資於司法研修教育之國家預算是占相當大的數目，他們認為這是為了維持法治國家所必要的經費。因此，在德國，縱使這些研修學員將來並不是全部要成為法官或檢察官，而是有到公司企業法務部門就業的，也是由國家負擔修習的教育費用。他們認為此種費用的負擔、司法資源的分配，是國家為了養成法律專家所應盡的責任。換言之，由國家編列預算來養成對於法治建設、維持法治國家所必要的法律專家，乃是國家的任務。不過，在德國因為沒有像日本的司法研修所此種充實的教育機構，就這點而言，其司法官及律師職前實務教育方面的充實，似乎還有值得檢討之處。亦即，日本司法研修所的教育制度，就律師研修教育內容的充實，可說有比較穩固的基礎，頗具發展的前瞻性。

再以法國為例而言，其律師研修所被定位為一種公益設施，在財政上接受國家的支援，有一半的預算是由國家負擔。至於日本的情形，因其設有司法研修所而合併對於將成為律師及將成為司法官之修習生進行司法研修教育，所以在二年的研修期間內，研修學員都是從國家領取薪水。並且在四個月被分發到各地律師公會、律師事務所從事有關律師業務實習的階段，指導律師也是由國家發給一定的報酬。不過，這種報酬因為金額不大，一般認為應該予以提高，如何提高此種指導報酬乃成為改革律師職前研修教育的一項課題，其克服是為了促使指導律師能更有餘裕、更專注於指導工作。

參考上面這些立法先例來看，基於維持民主法治國家的必要性，並為貫徹新律師法第一條、第二條規定之精神，原則上應認為不該要

求實習律師自行繳付全部費用接受職前研修教育。否則，將不符合於法治國家的基本原理以及律師所負使命對於司法功能的發揮具有不可欠缺性等基本特質。不過，國家所要完成的文化任務是有種多樣的，關於國家經費的分配，也有應如何依照國家所必須完成的諸項文化任務之輕重緩急，予以合理運用等類問題存在。因此，如果因為國家經費分配上的問題未能完全克服，以致於國家無法全部負擔實習律師的薪水支付，也應該在這方面有某程度的支援。例如，可以先考慮採用所謂全額或半額貸款的制度，這也是基於所謂受益者負擔主義的一種構想。亦即，在實習律師接受職前專業教育的階段，由國家按月貸與實習律師一定的金錢，使其能夠維持一般正常的生活，而在安定中接受職前研修教育。然後於其開始執業律師以後一定期間內（如：自執業滿五年之日起十年內），要求其按期攤還所向國家借用的金錢。此種辦法是在國家司法預算尚不夠充分的情形下，可以考慮採行的一種折衷方案。如果認為對於實習律師全面採用全部或部分的貸款制度，仍確實有所困難，也應該考慮訂定相當的標準，對於成績（如：律師考試成績、實務實習成績）合乎一定標準的實習律師，採用貸款制度或僅對於成績比較優秀的一定名額的律師發給薪水而無需償還，亦即設立相當於獎助學金等類制度。如果能夠考慮到這方面的各種因素，應該可以減少來自於輿論方面、主計或財政等主管機關的反對阻力。

從上述觀點來看，法務部及台北律師公會所擬有關經費之訓練辦法，似均難貫徹上述新律師法之精神，尚有值得商榷之餘地。因為法務部所擬「律師職前訓練辦法」第十七條第二項僅規定「實務訓練所需費用，由指導律師負擔。」又，台北律師公會所擬「律師職前訓練辦法（草案）」第六條卻規定「見習律師研修期間薪資，由指導律師與見習律師合意約定之，但不得低於學習司法官薪資。」

(三)職前研修教育之主要內容及實施步驟

(1)研修階段之劃分

經律師考試及格取得律師資格而尚未登錄執業之實習律師，絕大部分均未曾有過實務經驗。在向來大學法學教育尚不夠充實的狀況下，這些實習律師一般只對法律做過抽象的、觀念性的學習、了解，而往往比較偏向於僅學習理論性的、體系性的法律而已。可是，律師業務通常是要面對、處理在社會上所現實發生的活生生事象。此種事象每發生自複雜的社會生活關係。因此，律師必須具有理解、掌握並判斷活生生社會事實關係的知識、能力。何況所謂實務本來就是一種實踐的活動，是有關於精確地理解、把握發生於活生生社會現實中種種事件之實體，並且針對各該具體的案情，或者適用法律或者提出、研擬具體解決事件方案的一種實踐活動。基於此種認識，律師職前教育、職前訓練的核心課題應該是，對於尚未有實務經驗的實習律師，提供相當的機會、安排適當的課程，使其有接受實務修習的機會，藉此能夠學得運作實務的知識、能力，然後運用到其所從事執行的律師職務，處理社會事件。這也就是施予職前研修教育，使實習律師能夠經由對現實事件之處理，具體地理解如何運用法律、如何處理具體的特定事件。

不過，由於今後社會對於律師知能有多樣化的需求（參照本文「肆」之分析說明），所以如何使律師具有充分的執行職務、發揮其應有功能所必要之知識、能力，本來就是如何喚醒律師或使律師能夠不斷地自行充實或接受繼續教育，始能予以克服之課題，並非短期間的職前訓練所能夠做得到的。何況如何使律師具有執行職務所必要而充足的知識、能力，實際上也牽涉到各種知識、能力的專門化、共同化等等問題（關於此事請參照上述「肆」最後之說明）。因此，律師

職前研修教育對於執行律師職務而言，可說只是一種最基礎而必要的知識、能力之修習階段而已。這種最基礎的知識、能力之研習，可說僅是為了使實習律師具有相當的基礎能力，可藉以在今後開始執行律師業務以後，能更加予以擴展、拓深。換言之，在知識膨脹、資訊爆炸的今後時代，律師職前研修教育應該對於律師，施予有關執行律師業務所必要而最基礎的知識、技能及所必要的情操、素養等等，使其在開始執行律師職務以後，可以在此基礎上，繼續拓深、擴充其知能領域。因此，一方面不應該對於律師職前研修教育給予過大的期待，另一方面也不應該給予過小的評價，以致於不能夠使實習律師學得應有且最低限度的知能、素養。在此前提下，如何使律師職前研修教育能夠發揮最大效用，乃成為重要的課題。

考慮到上述種種因素，以我國現階段的情況而言，律師職前研修教育期間最少應有一年。並且，宜將此一年以上的期間分成以下三個階段來實施研修教育。其中第一階段及第三階段宜占全期間大約三分之一，而其餘三分之二期間則作為第二階段研修教育之用：

a. 第一階段教育

此階段也就是前期的研修教育，是作為職前研修教育的準備來用，所以也可稱為準備階段。設這個階段之目的是，要使實習律師有機會先接受有關律師職務活動之實務入門教育，使其先學得一些預備知識，了解有關律師業務活動之實務上基本概念，以便作為基礎來提高第二階段實務實習之成效。從此角度來看，第一階段之準備教育對於律師職前研修教育之核心階段即第二階段之教育而言，具有一種架設橋樑以利提昇實務實習成效的重要功能。利用這個第一階段的準備教育，也可以某程度彌補實習律師所受比較偏向於抽象性、觀念性的向來大學法學教育與比較偏向於具體、實踐性的實務實習教育等二者間之差距，而具有銜接作用。因此，第一階段職前研修教育期間之長

短以及研修內容之編排設計，應該並且可能隨著大學法學教育所能夠涵蓋實務教育的充實程度如何，加以適度機動性調整。如果大學的法學教育，已經能夠充實到涵蓋相當程度有關律師業務的實務教育內容，則律師職前教育的第一階段研修期間或教育內容也可以隨著做某程度的調整。就此點來看，也可說第一階段研修教育具有使實習律師在開始接受律師職前研修教育的起點，先互相確認一下今後所要追求達成的目標、方向為何等重大意義。

為了達成此階段之目的，由於接受職前研修教育之實習律師人數相當可觀，應該採取集中研修的方式，就律師實務上通常比較容易面對的各種實務上基本問題，選取具代表性而類型相當不同的案例、文書、紀錄等資料，針對實務上運作狀況，加以介紹、說明、講評並相互研討，使實習律師能夠就實務運作的理想狀態以及其所應有的心態等，得到相當程度的認識、理解。例如，就律師成為民事事件代理人之情形而言，應該選擇代表性的適當案例資料，對實習律師說明、講解，從受理事件開始到假扣押、假處分等保全處分之聲請或提起訴訟，然後從起訴到判決為止的全部實務上程序進行過程；就訴訟代理人之立場加以講解，使實習律師能夠就其在取得律師資格以前或受大學法學教育階段所學到的各種程序法上基本原則到底於實務上具有何種意義、如何運用等等，得到相當程度的了解，使發揮一種銜接的功用（把以前學到的與實務所運用的情形能夠銜接起來）。同時，也應該講解，根據訴訟法上基本原則，在實務上應如何查明案情事實，以及在審判實務上事實認定過程的基本構造為何。

其次、以律師成為刑事案件辯護人的情形為例而言，也應該選取適當的案例資料，對實習律師講解，從提起公訴或從自訴開始到判決為止，如何就起訴的事實為陳述、證據聲請、詰問、辯論及最後陳述等等。關於此方面的說明，在下述「(2)」修習之項目及方法部分，還

要另外加以說明。

不過，在此特別需要強調的是，為了提高第一階段研修教育的成效、縮短其期間，避免浪費不必要時間，應該成立研修課程編訂委員會，由相關科目課程的專家進行研議、編纂教材，就各項課程科目分配適當的學分或時程。這種委員會研議之必要性，對於擬定下述第二階段及第三階段研修教育之方針、內容，也是很有必要的。

b. 第二階段教育

此階段是實務實習階段，宜占職前研修期間全部約三分之二的期間，乃是律師職前教育、訓練的核心階段、最重要的部分。在這階段所宜採取的研修方式，應該與上述第一階段以及下述第三階段的研修所採取的集中研修方式有所不同。亦即，在第二階段的實務實習階段，應該採取個別修習或分組修習，將實習律師分成五人或十人一組，由特定的指導律師或由如下「(2)」所述修習審判、偵查業務時之指導法官或指導檢察官等來指導。設此實務實習教育階段之目的，是要使實習律師能夠認識到律師業務、民事審判、行政爭訟、刑事審判以及檢察業務等之實務運作狀況；利用此實習教育階段，將實習律師分發到律師事務所或擔任指導的機關單位（例如法院、檢察署），使實習律師能夠徹底認識、理解、學習到如何以活生生發生於社會的具體事件為對象，依照各該具體事件的個性、特徵等等，加以分析、掌握其事實真相所在以及擬定如何處理的方法、步驟。

在此一實務實習的階段，實習律師是處於與指導律師、指導法官或指導檢察官等進行直接的溝通、討論、請益及交流的狀態，所以指導律師、指導法官或指導檢察官等，對於實習律師的心態、人格、情操或其就司法制度功能發揮的想法、認知等等，可能發生相當重大的影響，而有薰陶的作用。所以，此階段的教育具有非常重要的意義。因此，如何設定遴選導師（指導律師、指導法官或指導檢察官）的標

準，慎重從事，乃是非常重要之事。關於此方面所涉及之問題，以下還想另設一項加以說明。〔請參照下述「(3)b」之說明〕

宜留意的是，實務實習是要訓練實習律師如何受理現實發生於社會的活生生事件，而就其事實關係予以精確的掌握，並正確判斷事實、適用相關的法令。由於實習律師在這種實務實習的過程，是一邊接觸現實發生於社會的事件，同時也一邊接受經遴選出來比較優秀的實務專家就個別具體問題所為指導，因此，實習律師所可能學到的，不應該只限於有關法律實務運作的技術而已，也照理應該能夠比大學法學教育階段，更加一層深入切身體驗到法律實務家的使命是如何完成的。亦即，向來保障人權、實現社會正義等律師的使命，在實務運作過程，是應該經由或實際上是經由何等過程得到何種結論，或應往何一方向始有辦法予以實現；就此等律師使命、任務的完成、功能的發揮，在其實踐過程所應該採行的實際步驟，讓實習律師能夠體認、洞察其所牽涉的問題背景，學得其處理所必要的知識、能力及訣竅。

不過，在實務實習階段，由於將實習律師分發到不同指導律師所主持的法律事務所，或相關的實習單位如法院、檢察署等處，來從事修習，所以，可能因為各該實習場所或導師等等個別狀況之不同，造成實習成效的差異或低落，以致於實務實習呈現散漫而缺乏效率的狀況。預慮到此類情事發生的可能，宜同時留意：第一，應該同時考慮採用指導律師複數制（遴選二人以上的指導律師，使指導同一實習律師或同一組的實習律師）。如此做對於因應、滿足社會對律師知能之多樣化需求也是有幫助的，並且是有必要的。因為個別不同的律師，其所專精的領域或有不同，或其在實習律師實習期間所處理的事件可能有限或侷限於特定類型的事件，比較難在有限的實習期間中使該實習律師學得多樣化的知能，滿足其多樣化的修習需求。為此，原則上

宜儘量避免僅由一個指導律師指導一個或一組的實習律師，否則，在實習成效上是有問題的。要之，應該採取指導律師複數制，由具有不同特長、不同專精的律師二人以上，就其所經辦的、體驗的不同事件類型，根據其不盡同的專門領域指導同一名或同組的數名實習律師。如此也可增加實習律師向具有多方面知識、能力或有多方面體驗的複數指導律師請益、討論，而收集思廣益的成效、價值。有關酌採指導律師複數制的理由，是為了要避免受限於實習期間的短促，或受律師業務種類、性質上所制約。因為律師在業務的性質、種類上，不可能或實際上並未受理那麼多種類的事件，以致於造成其所受理的事件有不均衡的狀況，此在實務上是難免的。可是，另一方面卻有需要在實務實習期間能夠讓實習律師就特定比較典型的、重要的代表性事件，親自處理、體驗。因此，自應考慮到，多有可能發生某實習律師被分發的特定律師事務所，在同一實習期間內並無該類事件的情形。為了彌補此類情形所造成實習成效的低落、不足，應有需要斟酌採用指導律師複數制。

可是，法務部所擬「律師職前訓練辦法」，是否已充分意識到設上開指導律師複數制之必要性，仍值疑問。因為該辦法第九條僅規定，法務部司法官訓練所得依學習律師之意願，推薦指導律師，且允許學習律師得自行擇定指導律師；又，同辦法第十條則限制每位指導律師所得指導之學習律師人數，卻均未進一步規定有關指導律師複數制之事項。

第二，要顧慮因實習場所或指導律師之不同（在不同的律師事務所實習），可能造成實習成效之差距問題。不同的律師事務所，往往有其不同的特徵。有些律師事務所比較偏向於處理較多的刑事案件；有些律師事務所比較偏向於處理較多的非訟事務（如專利、商標、公司登記等等），而有些律師事務所則比較集中於處理有關民事訴訟事

件。在此種不同的事務所實習就可能發生效用上之差距。對於想要就各個部門都能夠學到基礎知識的實習律師而言，即可能造成實習成效之不充分、低落。所以也應該考慮到在實務實習階段，適當地由不同事務所互相之間採用集體指導或交叉指導的方式，或允許實習律師可以在一定範圍或一定期間之內選擇到不同的律師事務所，接受不同指導律師的指導；或在實習律師特別想要修習特定部門的專門知識時，允許其在一定範圍之內，可以選擇比較長時間到具有特殊專門知識能力的特定指導律師處接受指導。如此做，即比較能夠充分尊重實習律師之主體性，滿足其修習上的需要。

第三，要考慮到如何滿足社會對部分律師具有特殊專門知能的需求。例如，爲了滿足社會的需要，必須也養成對專利、商標等類特定方面具有專門知能的律師。爲了養成此種律師，應該允許實習律師在一定範圍之內（即不會特別對於實習律師在接受職前教育階段，學得最低限度的專業基礎知識、能力，造成負面影響的範圍內），也允許實習律師採取選修的方式，選擇在一定的時段到具有某方面特長的指導律師處接受實習教育。又如，爲了滿足社會對國際化生活的需求〔參照上述「肆、五」之說明〕，也可容許符合一定條件的實習律師（如：曾經撰寫某方面論文或到過某一國家留學而取得一定學歷證明或學位的實習律師），在認爲其可能在特定方面發揮特長之情況下，於一定範圍內，可選擇到外國具有相當規模設備的外國法律事務所去學習，而可抵充實務實習階段某部分的職前教育內容，而承認其已完成新律師法所要求接受某部分職前訓練的義務。

此種在一定範圍之內允許律師選修的方式，也可以運用到律師事務所、法院或檢察署等通常所預定實習單位以外的實習教育上。例如，到勞資爭議處理機構、鄉鎮調解機構、仲裁機構、立法機構、或其他具有特殊設備的機構（如大學中特殊專門實習單位），去接受實

務實習教育，而在一定範圍內均可承認其已經盡了新律師法所要求職務訓練教育之一部分義務，作爲判斷實習律師職前訓練是否合格的一項基礎資料。當然，其所容許選擇的實習場所，也可能包含特定的行政機構（如：經濟部、稅務機關等等相關的行政機關）或其他社會安全保障機關，甚至於會計師事務所或保險公司等類特定企業的法律相關部門。在法國，除了由律師研修所的理事會聽取律師公會方面的意見以後，讓實習律師到指導律師處實習以外，也另有六個星期讓實習律師到其他各種機關（甚至包括一般的企業部門）去實習。在我國，關於這點，當然是與今後律師實習期間如何設計或可否適度延長等等考量有關係。

c. 第三階段教育

此階段是以集中研習的方式進行綜合性總整理的研修教育，可說是一種綜合研修階段。此階段的教育，係對於已經接受過第二階段個別實務實習的律師，就其所學得有關實務運作的理論、知能，加以總整理，使綜合研修，而補強今後執行律師職務時所必要的知識、能力。之所以有必要設第三階段的職前研修教育，主要的目的是爲了補充個別研修的不足。因爲在個別研修階段，難免由於實習律師被分發到不同的指導律師處實習，由不同的律師指導，以致於可能造成實習成果的零散，爲了予以相當的彌補，應有需要就個別實習所得到的知識加以相當的互相調整。並且，爲了補充或提供在個別實習階段，比較難學習到的有關於特別法或特定事項之基礎知識，也有必要設第三階段的集中研修。何況，在第二階段的個別實習過程，實習律師已學到某程度的實務上知識、技能，經由其各自思考的結果難免存有相當的疑問，有待於解答、整理、探討，爲此也應該提供給實習律師相當的機會。所以，在第三階段採用集中研修方式進行綜合整理，如果能夠配合適當的教育方法，應該可發揮重大的作用，可使實習的成效提

高到相當的程度。例如，可由研修指導委員會，就各地實習的狀況加以綜合研判、互相研議，針對個別實習所不容易顧慮到的問題事項，加以整理成綜合的教材，利用第三階段研修教育期間，使實習律師有提出問題、發表意見而進行討論的機會。同時，一方面由集中研修時的講座二人以上擔任講評，一方面與實習律師進行共同的討論。如果能夠如此做，將會大大地提高實務實習的成效。因此，第三階段的研修教育也是相當重要的，應該分配相當的期間供用。

想附帶說明的是，第三階段的綜合研修教育，可能採取二個方向進行。其一是，如果將來各地的律師公會隨著其自治能力以及研修指導實力的提昇，在其實力、設備所容許之範圍內，也可能將人數相當可觀的實習律師分組分發到各地的律師公會，例如，除分發到台北律師公會以外，又分發到高雄、台中、台南等律師公會，由各該律師公會決定遴選適當的指導律師，進行第二階段實務實習的指導，然後又分配相當的時段，由各該地律師公會選擇適當的場所，統籌辦理某程度的綜合研修，進行總整理。當然，此種方式之採用，必須在將來有朝一日，各地律師公會的研修水準已到達相當程度，具有值得信賴的研修指導實力等前提下，才可能達到預期的成效、目的。除了此種對將來的期待可能以外，以我國目前的狀況而言，比較能夠達到第三階段所預期的綜合研修目的之方式，是將實習律師全部，或在人數太多的情形再予以分組分批集中於如律師訓練所或律師研習所等類場所、設備中，施予為達成上開目的所必要之第三階段綜合研修。因為，如此做比較可能由全國性的律師職前研修教育指導委員會做綜合性教育課程的設計及推動，所以比較可能得到更大的研修成效。

(2)修習之項目、方法

為追求達成職前研修教育之目的〔參照上述(一)之說明〕，並同時考慮到向來大學法學教育尚有所欠缺、不足，而有待於再加補充其內容

等事，律師職前研修之項目，應包含①有關法庭訟務有關的職務活動；②法庭外職務活動；③律師倫理教育之研修等在內，而不應該僅限於向來所比較被強調的有關法庭訟務技巧之研修。

並且，就其中有關訴訟職務活動的研修，還應該包含下述多方面項目之修習在內。其一是，有關律師成為民事事件及行政爭訟事件之代理人時所涉職務活動事項之研修。此處所謂民事事件是包含民事訴訟事件及非訟事件在內。又，也應研習有關律師成為刑事案件辯護人時之職務活動事項。其二是，有關審判業務活動之研習。此處所謂審判業務應包含民事訴訟審判、民事非訟裁判、行政爭訟裁判及刑事審判等業務在內；並且，也應該包含刑事偵查業務。

以上所述有關訟務活動的研習，到底應該再包含那些詳細具體的項目內容、應如何編定細目課程，還有待於斟酌本文所述相關的各種因素，並評估我國目前可供使用之人力、物力，加以研擬。為進行此項工作，另有需要成立教育課程內容研究編定指導委員會之類的組織，予以推動。在這裡僅就現階段我國的需求狀況，例示若干有關修習項目之應著重點，加以說明如下，供為參考：

a. 各階段教育之呼應、配合

在編排研習項目及課程內容時，應留意使實習律師能夠就其在第一階段職前研修教育及以前大學法學教育階段所學得之知識、能力，有利用第二階段的實務實習加以印證、確認、強化之機會。賦予實習律師能夠獲得此種機會，才能使律師職前教育的第二階段實務實習，與在此階段以前其所接受的教育（包含第一階段職前研修教育及大學法學教育階段所學習的知識、能力），互相呼應配合，充分利用以前既經學得的知識、能力，而擴大向來學習的成效，利於縮短第二階段實務實習的期間，而提高其實習成效，以免浪費向來國家及實習律師個人所已經投入的教育資源。

基於此種認識，在第二階段的實務實習教育，應該儘可能避免與第一階段研習及大學法學教育階段所受教育內容發生重複的情形。例如，在第二階段，不應該重複使律師研習有關判例的內容為何。因為關於判例的內容為何，自大學法學教育階段開始，往往已經多多少少獲得研習的機會；再者，如果實習律師為準備律師考試照理也都應該已經做過相當程度的準備、整理的話，則更不應該在受律師職前教育階段（包含第一階段或第二階段），又將重點放在判例內容為何等方面的學習。何況，通常關於判例內容為何，多可期待或要求實習律師自行加以研究、閱覽。至於特定判例如何妥當適用於具體的個案，則與如何對於各別具體的案情加以分析、研判、評估而整理事實爭點、證據爭點等等問題有關，以下還要加以說明。此方面訓練在實務實習階段還是相當重要的。亦即，上面是強調：不應該在律師職前研修教育的階段，再把一般性的或抽象的判例內容為何，作為修習的重要項目。

b. 事證之蒐集、整理

其次是，應著重訓練有關如何處理發生於現實社會的活生生事實，而使實習律師學得相當的知識、能力，知道如何蒐集事實、證據並加以整理；且知道如何針對個別的案情加以分析、研判、評估。因為律師的職務上行爲，通常是去處理發生於現實社會的活生生事實，然後設法擬定解決紛爭或避免紛爭擴大或預防紛爭所必要的方案，所以需要上述的修習項目。就此點而言，律師平常職務的性質是與法官不盡相同的，律師可說是一種創作人，他必須提出上述的方案，而法官往往比較偏向於是一種批評（判）家，就律師所提出來的方案，加以批評。例如，律師所提出的，如果是有關於訴訟活動的方案（例如，由律師所選擇使用的訴訟上請求方式），法官祇是從批評的觀點加以裁判，但是律師從頭開始即須以創作人的角色作積極的活動。從

此角度來看，律師的職務性質甚至可說比法官職務更富有挑戰性、積極的意義。在採用當事人主義的訴訟架構下，對律師特別有此方面角色扮演訓練的強烈需求（關於訴訟基本結構與律師功能之關係，請參照拙著「司法現代化」第二〇六頁以下之說明）。又，律師功能論是與如何擇定訴訟上請求方式之間有密切關係，並且也有關於處分權主義、辯論主義等訴訟程序基本結構（就此請參照同書第二一一頁以下之闡述）。

律師最需要的知識、能力之一就是，如何將委託人所陳述、提出的一系列事實或沒有頭緒的事實，加以整理成在法律上具有意義的事實，然後又把整理過的這些事實，有效率地從追求實體利益、程序利益的觀點提示於對造當事人及法官，加以論證、說服。這方面的知識、能力對於律師是非常重要的。因此，上開的修習項目是不可欠缺的。

從此角度來看律師職前研修教育的話，就應該留意到，在第一階段的研修教育過程上，縱使要使用既成的紀錄或事案卷宗等作為教材，訓練律師如何撰寫民事或行政訴訟起訴狀，也應該儘可能篩選其紀錄卷宗的內容還保留著委託人即當事人原來陳述形貌或表意狀態者，以利於訓練實習律師有機會更接近發生於現實社會的活生生事實。除此以外，尤其重要的是，應該偏重於在第二階段的職前修習教育過程上，儘可能由實習律師參與直接聽取委託人就案情所為之陳述，使實習律師親自接觸到當事人提出資料的行爲（實際掌握事實關係的行爲），然後使其就所聽取委託人陳述的事實內容及其提出之證據等資料試加整理、分析、研判，並且就該個案所涉法律上、事實上及證據上之問題所在，提出重點報告說明，接著由導師（如指導律師）加以指點、批改，並且接受發問而互相討論。此時，如果能同時採取就實習律師分成小組施教，而就指導律師則活用複數制的研習方

式，則可能進行多向的討論，其成效將是相當宏大可觀的。因此，律師之職前研修教育應該儘可能避免採用，我國向來一般的訓練機構那種僅由講座教師以口頭單方演講的上課方式。其實，採用上述的雙方或多向的討論方式，才比較能夠有利於貫徹上面已經提過的尊重實習律師主體性的研修教育方針。

在此處特別要強調、指明的是，在實務上事實與「法」往往是牽扯難分的，事實之所在往往就是「法」之所在，而事實真相為何，則通常是要以證據加以判斷的。因此，在實務上可說，應該有一分證據才講一分話，事實上主張及法律上主張通常是應該以證據作為基礎的。從這角度來看，擅長於一邊探究事實查明真相，一邊解釋、適用法律的律師，通常可說是優秀的律師。基於此種認識，應該致力於訓練、教育實習律師如何掌握案情或紛爭的全貌，如何調查事實以及如何判斷應該調查何項事實。為達到此目的，應該訓練、教育實習律師，如何去蒐集事實、證據，然後加以整理，並從所蒐集、了解、掌握的案情全貌、事實真相之中進行法律的構成，而尋求對於解決所面對的事件或所處理的紛爭最適切的法律構成。因此，應教育、訓練實習律師避免一眼讀到相關卷宗紀錄文書以後，馬上就作成法律的判斷，而應該先了解案情的全貌，然後再從事於法的構成，提出法律上的主張。也就是說，要一面掌握事實真相，一面尋求「法」之所在。這種尋求「法」的過程，也比較容易同時掌握到各該事件或各該紛爭所涉社會、經濟、政治的背景事實，然後才可能綜合此種背景事實，加以較量而進行法的構成、尋求「法」的所在。如此就比較能夠有利於貫徹新律師法第一條要求律師完成保障人權、實現社會正義的使命。並且，如此做，才真能夠使律師有相當的知識、能力，在實務上貫徹新律師法第二十三條規定的立法旨趣，此規定要求律師應該忠實搜求證據，探究案情。

如果能依照上述的重點來訓練、教育實習律師，而得到應有的成效，則將來當受過此種訓練的律師執行職務時，其為委託人提起訴訟的行為，就比向來實務上所採用的方法，更能在起訴階段依照發生紛爭之時間上歷程，來陳述案情的全貌，並整理、掌握爭點。換言之，隨著上述教育成效之提高，受訴法院也更可能在審理訴訟事件的前階段，儘早掌握到案情全貌及爭點之所在。此種律師職前訓練，終將有利於審理集中化，對於司法裁判功能的充分發揮，必然有相當大的助益。因為，審理集中化具有種種優點，例如有利於節省勞力、時間、費用，追求程序利益；又有利於提昇事實認定及裁判之正確性，追求實體利益；有助於發揮言詞審理主義、直接審理主義及公開主義等原則之長處、功能；有助於提昇審理之計劃性，促使法院及律師的業務管理都更加合理化等等。從此角度來看，循上開方式訓練、教育律師，可說直接有關於法律制度的改善，這應該也是為了貫徹新律師法第一條第二項要求律師應致力改善法律制度之立法目的。

綜上所述，為達成上開研習目的，應該編設如「訴訟之準備」此類修習項目，而在此修習項目之下，教育實習律師如何接見委託人、如何聽取事實陳述、如何蒐集證據並為保全證據之聲請、如何研判某證人或特定文書之提出與待證事實之關連可能性、如何整理證據、事實及法律上爭點、如何閱覽文書。最後則根據所蒐集之事實、證據，選擇決定訴訟上請求的方式，並熟練如何撰寫訴之聲明及事實理由等等。此種教育過程，實際上是以教育如何綜合銜接實體法與程序法、如何貫通審判實務與程序理論等為教育內容，培養實習律師具有透視、分析案情全貌、處理整個事件而預測未來、掌握現況的能力，擁有展望事件未來的視野。如果能夠接受此種訓練，並有掌握案情全貌而動態尋求「法」之所在的能力，則律師在面對活生生的社會上紛爭而加以處理之過程，縱然終於未必決定提起訴訟來主張權利，也因其

有相當能力掌握案情全貌之結果，常較可能採取更有利於迅速保護權利或防止紛爭擴大或避免紛爭發生的其他措施。例如，在掌握案情全貌以後，採取必要的假扣押、假處分的聲請等等，或決定不提起訴訟，而採用其他處理紛爭方式，為當事人平衡追求實體利益與程序利益。

c. 事實認定之過程

再其次，不應該僅偏重於演習如何撰寫書狀，而應該同時重視有關事實認定、心證形成過程的教育。因為在經由訴訟、審判來實現權利的過程，律師的職務活動是整理並提出切合於法官形成心證為事實認定所必要的事實、證據，然後進行具有說服力的法律構成。為使律師能夠勝任此方面的職務活動，而發揮其應有的功能，就應該對於實習律師施予有關法官形成心證、認定事實的教育。

這方面的法曹養成教育內容，實際上是向來所比較欠缺的。正因為如此，在向來的訴訟實務上，律師及法官有關整理爭點、蒐集事實、證據的知識、能力多仍不足，以致訴訟審判業務長年未能得到人民社會的充分信賴。因此，今後有關律師的職前實務實習教育，不應該只從形式上講解、演練如何撰擬書狀，而應該針對具體的事實關係，分析、講解有關法官為事實認定、形成心證的過程，然後針對心證形成過程的實際必要，演習如何整理相關而重要的事實、證據，並提出法律觀點，使法律觀點的提出能夠與事實認定過程之實際狀況，發生密切的結合關係。

為了達到上開研修教育的目的，應該使實習律師有機會演習如何掌握與案情有關的事實羣，再從相關的事實羣，整理、分析主張權利所必要的要件事實及相關間接事實，然後就所掌握、認識的要件事實、間接事實，運用經驗法則來識別、釐清那一部分對於權利主張是重要的事實，那一部分是不必要、不重要的事實；接著，基於這種經

過識別、釐清的事實，進行舉證的活動，而作為主張權利的基礎（關於經驗法則之選擇、適用，對於適用法律、推認主要事實、間接事實、引導調查證據之取向、擬定訴訟審理之方針及整理爭點、助益審理集中化等事項，具有相當重要之決定性作用、功能，請參照本人在民事訴訟法研究會第三十八次研討會之分析說明——刊載於法學叢刊第一四三期第一八六頁以下，即民事訴訟法研究基金會編「民事訴訟法之研討(四)」第一三五頁以下）。此種研習教育也就是在訓練、培養律師具有相當的知識、能力，能夠從一系列的紛爭事實羣，尋求「權利」之所在即「法」之所在就是「正義」之所在，亦即使律師具有相當的知識、能力，能夠從證據羣（例如一系列的人證、物證）中整理法律上主張權利所必要的事實，據以尋求、論證「權利」也就是「法」也就是「正義」之所在。為了充實此方面的實習教育內容，提昇實務實習的成效，應該同時篩選基本的案例資料作為教材。例如，可以並且應該篩選在各個審級曾經就同一事件或同類事件作成不同的事實認定及不同的裁判之案例，然後分析、探討、講評、討論各該審級之所以導致不同的裁判結論之過程及其原因為何。尤其是，最好能篩選具有社會上、經濟上、政治上等背景而在各審級作成不同的判斷，並曾經招致當事人一再聲請再審的事件，加以分析或開實習法庭然後進行分析、討論。經由此種教育過程，培養有關事實認定之知識、能力、法庭上訴訟指揮的方法以及舉證活動的技術，並檢討律師、法官或檢察官在參與訴訟審判過程之應有心態及作為或不作為。如果此種研習能夠採用在複數的指導律師、指導法官共同參與、指導之下，與實習律師共同進行多方向的研討，則同時也可以培養、訓練實習律師的法庭分析、表達、批判等方面的能力。

想併此指明的是，對於事實認定的重視狀況，在德國、日本的審判實務上及法曹職前研修教育過程，也可以窺知其一、二。可是，向

來我國在法曹教育或者司法官訓練過程，並未充分給予應有的重視，而一直欠缺律師職前研修教育；且在大學法學教育階段也沒有充實好此方面的教育內容，這都是今後應該予以改進使其健全的。更稍加說明的話，在德國，其實務上往往從起訴的階段，就經由律師代理當事人，於起訴狀上詳細記載有關的間接事實及情況證據。律師在這方面的知識及活用能力，不僅有利於發現真實而追求實體利益，並且同時有利於促進訴訟而追求程序利益，對於事實審理制度的功能發揮，確實具有相當重要的意義、作用，值得參考。另一方面，在日本，其司法研修所，向來就非常重視要件事實教育，因此甚至於被認為要件事實教育就是司法研修教育的代名詞，而司法研修所一般也有所謂要件事實研修所的綽號。

不過，在形成心證、認定事實的過程，法官通常是一邊解釋法律、了解要件事實，一邊依經驗法則，來採用證據而推認特定待證事實（主要事實或間接事實）是否存在，所以不應該僅片面強調要件事實（主要事實）或間接事實的重要性，而應兼顧防止突襲的觀點，同時探討：該等事實在法官就個別事件形成心證、認定事實的過程，各可能發揮何種具體的作用以及其所以如此發揮作用的理由。為此，法曹養成教育的內容編排，也應有相當的呼應、配合，才能有助於健全司法裁判的機制。

基於上開認識，今後不應該只教育法官如何按一定的格式撰寫判決書，而應該使實習法官、實習律師先認識如何形成心證、如何認定事實，而學得有關心證形成、事實認定過程的基本原理（此項基本原理是向來大學法學教育所未充分傳授的知識）。然後在追求法曹一元的理念之下，使實習法官及實習律師根據有關形成心證及事實認定過程的基本原理，習知為何判決書應該如此制作、到達判決結論的過程是包含何等基本要素，所以應該如何撰寫準備書狀及判決書。又，不

應該認為僅教育實習律師照一定的格式撰寫起訴狀就已充足，而應該使其學得有關形成心證及認定事實的基本原理，學習為何起訴狀的訴之聲明、訴訟標的以及要件事實、間接事實應該如何特定、整理及加以舉證證明。亦即，使實習法官及實習律師以所學得有關心證形成及事實認定的基本原理作為基礎，來撰寫判決書或起訴狀，而不應該如向來那樣只教育實習法官或實習律師依照定型的格式練習撰寫判決書或起訴狀，不應該認為如此即為已足。

本於同樣的認識，不應該教實習法官或實習律師，僅憑證人訊問筆錄或鑑定意見，練習依照卷宗筆錄撰寫判決書或準備書狀，而應該更深入使其學到如何針對證言及鑑定意見，分析其信憑性。亦即，使其練習如何分析、判斷證言及鑑定意見等之可採用程度、可信性如何，以及其所以認為可信之理由及根據，而不應該僅僅使其練習就卷宗筆錄進行形式的觀察而已。在這裡之所以特別強調此點，是因為向來有關於如何形成心證、認定事實的知識，往往大部分都依賴從事審判實務的法官之經驗而獲得，所以關於此方面的知識，在法官及律師之職前教育訓練的第二階段即實務實習階段予以研習，目前是最恰當的，也最能夠達到學習的目的。換言之，有關心證形成及事實認定的技術，多是要從法官、律師的實務經驗去學習的，因此實務實習階段是特別重要的。不過，事實認定過程，並非僅是單純解釋、適用法規的過程而已，實際上，其中相當部分也牽涉到法律學以外的學問領域，而不是僅僅有關於向來法律專家所學習的領域而已。例如，事實認定往往也要借用證言心理學、社會學等其他科學的知識，才比較能夠在科學上真正了解心證形成及事實認定的過程。因此，如果能夠在實務實習的階段，同時對於實習法官或實習律師，傳授或使其有機會探討此類涉及事實認定過程的周邊科學知識，則將更可以使實務實習獲得更宏大的成效。

要之，事實認定乃是訴訟審判實務的核心部分，也是法官業務的中心部分，因此，事實認定教育的最重要場所，應該是在第二階段之實務實習教育階段，至於第一階段教育則應該只當作第二階段教育的準備階段而已。如果將事實認定教育都放在第一階段的教育，甚至於僅在教室內採用講課方式進行事實認定的教育，就相當有問題。並且，如果律師能夠接受這種訓練，則其在撰寫起訴狀、準備書狀或答辯狀時，將比較有能力分辨、釐清何者為系爭的重要事實而何者非屬重要的事實，然後根據其辨識的結果來進行訴訟程序，如此就更可以達到發現真實、促進訴訟，而保護、實現權利之目的，發揮律師應有之功能。

d. 審判、偵查等業務

為了貫徹新律師法第一條規定之目的，使律師能更深入認明其所負保障人權、實現社會正義及促進民主法治之使命，並且學得如何實現、完成此項使命，應該提供給實習律師相當的機會，藉以不但歷練有關民事審判及行政爭訟審判等業務，同時也接受有關刑事審判及偵查業務（檢察官及警察機關偵查犯罪業務）等方面的實習。並且，應該篩選有關於造成冤獄、因再審而無罪、涉及非常上訴、誤判等的案例資料，作為教材，使實習律師能夠認識到造成冤獄或誤判之原由，而進行研討、分析。在此種研習過程，實習律師常能夠較深入地思考犯罪偵查、刑事審判或公權力行使與有關人權保障的律師職務活動等相互間，具有何等密切之關係，也可以更切身體驗到律師職務活動所應追求達成的理想目標。此類教育項目，對於培育律師之憲法意識、人權意識，並提昇其對於律師職業倫理信念之執著度，應該會發生相當重要的作用。如果在此類教材中，也能夠同時採用一些有關憲法上問題或人權保障問題，而含有比較複雜且涉及政治、經濟、社會上背景的行政爭訟事件、公害事件或勞工事件等類案例；或使實習律師實

際有機會旁聽或參觀此類事件之處理過程，或能夠利用視聽教育設備，選播、放映以此類事件為內容之電影、錄影帶等等作為基本教材，進行分析、討論、講評，使實習律師進行共同研討，則將更能培養其自主意識、獨立的判斷能力，促使其憲法意識、人權意識更加穩固。除此以外，也應該由全國律師公會聯合會或相關的重要律師公會主導，遴選曾經處理過或現在正在處理上開類型案件的律師為指導者，然後分發實習律師去接受有關於該類事件處理過程的指導。如果正在進行該類事件，則允許實習律師陪同正在處理該事件之律師參與其處理過程，藉此機會使實習律師能夠深入了解保障人權的具體方法。這樣做，也可以避免導致如下的結果。亦即，部分實習律師由於從實務實習開始階段，被分發到不同的指導律師之下接受個別指導，以致往往難免造成未能充分實習上開事件處理過程的結果。此類結果情事的發生，常意味著實習律師未能研習到具有基本上特別重要意義的案件處理過程，而不符新律師法第一條要求律師完成上開使命的旨趣。

還有，為了充實上開涉及人權保障的偵查業務之實習內容，應該提供相當的機會，使實習律師可利用來了解，檢察官業務與政治、行政之間的實際上關連性，以及檢察官是否受來自於政治、行政等方面的干涉。此乃涉及檢察的獨立性之問題。在有關於此方面的實習過程，也應該讓實習律師能與實習司法官同樣認識到，檢察官及警察在現實的政治、社會環境中所處的關係為何。並且也應該讓彼等有機會實際了解，刑事犯罪偵查中之羈押及經判決確定以後罪刑之執行等實際狀況；或少年犯罪、有關依照檢肅流氓條例之執法等實情。如此做，實習律師就比較能夠深入認識到，保障人權及實現社會正義的整個過程及其所關連的層面。

總之，不應該僅使實習律師到律師事務所實習，因為如果律師職

前訓練辦法只有規定使實習律師到律師事務所接受實習，而未同時要求應使其接受有關審判業務及偵查業務等實務狀況的實習，則不能說是符合律師法第一條開宗明義所宣示而要求於律師的使命。此種律師職前訓練辦法自無從貫徹新律師法的精神、旨趣。從此觀點來看，台北律師公會及法務部所分別擬訂的「律師職前訓練辦法」均有值得商榷之處。因為其中僅要求實習律師應在指導律師之指導下從事實務實習，而未併規定應提供上開有關審判、偵查等業務之實習機會。

在這裡想同時強調，由於人權的保障與社會秩序的維持等要求之間，往往也會處於相當的緊張關係，假使律師對於審判、偵查及警察等業務工作，沒有相當的了解，就難期待實習律師在其執行律師職務時，充分具有調查事實所必要的知識及有關人權保障的訴訟上技能。正由於在保障人權的過程，會遭遇上開緊張關係，所以律師是否有保障人權之耐力、氣魄等等，也成為人權保障是否能夠真正落實的一項重要關鍵。因此，應提供上開的實務實習機會，使實習律師能夠比較全面性地深入了解，人權保障所處的客觀環境及可能採行的保障人權措施。實際上，在上述的實務實習過程，實習律師通常是比較能夠深入了解，犯罪嫌疑人或刑事被告所處的現實環境為何，以及運作偵查制度的檢察官、警察所據以執行職務的心態為何。在此種過程中，實習律師就比較能夠培養洞察人性、了解人的知識、能力，並且從其中能夠親身體驗到作為一個保障人權、實現社會正義的律師所遭遇的苦惱、所面臨的挑戰以及所能感受到的人生樂趣或喜悅。此種教育過程，對於培養律師具有宏觀的視野，實在是非常重要的。

e. 職業倫理教育

律師職業倫理也應列為重要之職前修習項目，俾使律師能夠充分體認，其在現實社會裡，所應發揮之功能、所應完成之使命為何以及社會所期待於律師完成之任務何在，藉以培育實習律師實現社會正

義、保障基本人權之勇氣及志節。在此，之所以特別強調律師職業倫理教育的重要性，是基於以下的種種理由：亦即，基於律師職務之特殊性，應要求律師嚴守律師職業倫理規範，此種規範是與一般的道德規範或通常的刑法規範不完全一樣的，而是對於律師職業所特別要求的一種倫理規範。因為，律師的職務活動是在律師與當事人間進行，不是經常可以由當事人以外的第三人加以監督，而且由於當事人即委託人通常並沒有充分的法律專業知識，無從充分督促其所委託的律師之活動。另一方面，律師因受委託人之委託，通常往往較有機會熟知委託人的底細、隱私，因此如果沒有辦法確保一般人對於律師職務寄以高度的信任性，則律師制度甚至於法律制度將無從獲得一般人的信賴，以致於無從發揮或維持其應有的機能作用，而終將難免走向整個制度趨於崩潰的命運。因此，嚴格要求律師遵循律師倫理就成為相當重要的事。

何況，律師制度是僅對具有一定的知識、能力之人，始承認其可取得律師資格，而成為一種排他性的、獨占性的業務執行。在此種前提之下，一般的委託人通常是不容易，也沒有充分的知識、能力，來識別該律師是否恆維持一定水準的專業知識及能力，因此特別需要強調律師倫理，使律師的專業知識、能力及其對職務執行的誠實度，恆能被一般人所相信，而讓社會信賴律師不會有害於委託人的利益或社會的利益。在此種前提之下，有需要經由律師倫理教育之施行，來促使律師的職業倫理常能維持一定的水平，甚至於不斷予以提昇；同時，也可以經由律師倫理教育，使一般人對於律師職務之信賴，恆可維持在一定的水平，甚至繼續提昇此種信賴度。

從此種角度來看，律師倫理教育，實際上對於律師職業活動具有一種統制規範的意義、作用，並不是僅要求律師遵守一般的社會上道德倫理水平而已。此種律師倫理教育，是回應社會對於律師功能、任

務、使命的殷切需求所必要的，同時也是促使社會繼續不斷需求、期待於律師發揮其應有之社會功能所必要的。

爲了達到上開教育目的，一方面應該編輯律師倫理實例之類的教材（篩選具體的事例，當作職業倫理教育的教材），一方面應該遴聘可以作爲律師典範的人士，擔任實習律師的導師或指導律師、指導法官，以發揮身教的實際作用，使實習律師能夠從先進而可爲人師的導師處，親身體驗、感受到身爲律師的使命感、責任感及榮譽感。關於此點，尙與如何遴聘指導律師或導師有密切的關係，以下還想改列一項予以說明〔請參照下述「(3)b」之說明〕。在此想就律師倫理教育之應有取向略加闡述：亦即，在保障人權、實現社會正義、伸展國民之法主體性、促進民主法治等律師使命觀、律師功能觀的指引之下，律師倫理教育的內容，應該涵蓋人權保障之奮鬥史、律師制度的歷史、沿革、律師自治的基本精神、法曹一元的理念等項目在內，使實習律師能夠認清其所學得的實務技術，到底是爲完成何種使命、任務所必要的手段，而實務技術的學習本身並不是唯一的目的。在此種教育過程，培養實習律師之自由獨立的人格，並促使其能繼續予以伸展。

至於就倫理教育的細目而言，應該可從多方面編纂相關的教材。例如，選取具體的事例，使實習律師能夠體認到其所負對社會及對委託人的誠實義務。又如，以防止突襲爲教育之指導原理，然後篩選有關於造成突襲或致力於防止發生突襲的事例，與實習律師一同加以研討、講評、討論；教育律師應該致力於防止法院依訴訟指揮權所定言詞辯論期日造成浪費。爲此應該作充分的言詞辯論期日以前之準備活動，不應該從程序一開始就想要利用不充分的辯論準備作爲手段，然後在辯論期日對他造加以突襲；也不可以意圖造成訴訟的拖延，使言詞辯論期日白白浪費掉。還有，例如，選取適當的教材，與實習律師進行共同討論，促使其認明不該僅利用訴訟的提起作爲威脅或困擾對

造的手段，而不是真正爲了解決紛爭；或使實習律師研習，在委託人明知對造當事人之主張爲真實，竟然還想要加以爭執的情況下，受委託的律師應如何採取因應的態度；對造所提出的文書並無偽造的嫌疑，可是委託人卻想要加以否認或爲不知其真偽的陳述時，應該如何因應、處理。此外，也應該對實習律師講解或與其討論，在何種情形應該拒絕接受事件之委託，例如，當事人即委託人是爲了達到不法的目的而想要委託時；爲恐嚇或威脅對方而想要提起訴訟時；律師已經接受對造之委任或因接受對造之法律諮詢而知悉對造之底細時；對造當事人與律師之間有密切的親友關係等特別利害關係時。在諸如此類情形，律師應該如何拒絕接受事件處理的委託，也有必要在職前教育階段，獲得相當的研習機會。

除了以上所說明的以外，由於律師報酬的約定、授受，往往也牽涉到複雜的律師倫理問題，這是向來在社會上所容易察覺到的一個現象。因此，律師倫理教育也應該將律師報酬與律師職務的關係列爲重要的研習項目。利用此種教育項目，與實習律師一起探討律師應該如何與其委託人約定或授受律師酬金，而加以說明、講解，甚至於使實習律師有機會參與見習關於律師酬金之約定、授受到底應該考慮何等相關因素，避免造成委託人甚至於社會上一般人對於律師職務莊重性、神聖性的誤解；並且促使律師的品位、情操維持在一定水平之上。因爲律師職務既不是一種單純的慈善事業，也不是以賺錢爲唯一最高目的；律師職務具有崇高的地位，但是律師也要維持、滿足其事務所及生活上一定的需求。所以應該冷靜地正視律師酬金與律師倫理的關係，而將其列爲律師倫理教育的重要內容，這是一個相當現實的問題。關於律師倫理與律師酬金約定、授受之間的關係，應該對實習律師講解或與其討論，如何在律師事務所的經營線上與人民對於律師職務的期待、需求以及律師功能的認知等相關因素之間，尋求一個相

當的平衡點。

諸如此類般，律師倫理教育的內容，應該儘可能避免採用抽象性的、觀念性的說教方式，而應該蒐集並篩選具體的事例，作為教材；而且也在實務實習的過程，與實習律師進行討論、講評，使其深切體認到律師職務的嚴肅性以及使命的重大性。

想附帶提到的是，以上的說明是廣泛地就律師倫理教育的應有取向而言，在此也應同時留意，新律師法第十五條第二項以及第十六條第七款、第二十三條、第二十九條、第三十七條、第三十九條第三款等規定，乃是有關於律師所應遵守最低限度之法律上要求。如果違反此種法定最低倫理規範要求，固然可能受相當的制裁，可是不應該忽略，這種法定的倫理規範祇不過是最低限度的要求而已。除了這些以外，律師倫理還存在於諸如上述所舉事例中各種律師執行職務所可能面臨的問題上。亦即，法定的律師倫理規範只是一個最低限度的要求，除此以外，基於律師使命的重大性，律師還應該遵守其他種種的倫理規範，而此種倫理規範的遵守是基於律師職務的特殊性所被要求的，上面所舉的事例只是其中的一部分而已。今後應該認知，律師的崇高地位、受尊敬的程度以及律師存在的價值，將因律師對於上開使命已認知、自覺的程度，受社會信賴的程度如何所影響。此項認識，應該成為從事律師倫理教育的一個基本出發點。雖然這樣，如何儘速依照新律師法第十五條第二項等規定，訂頒律師倫理規範，作為全國律師共同遵循的依據，仍然是強調、主張律師自治的律師團體所不能旁貸的責任。況且，經由律師團體、全國律師公會聯合會依照民主的程序所制訂的律師倫理規範，將成為全國法曹倫理的法源、根據，其重要性是不容忽視的。例如，德國之聯邦律師公會就制定了律師倫理綱則（*Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts*）。此全國性律師倫理規則多達九十條的規定，係就下列與律師職務有關的種種事項

加以規範。諸如其中規定：有關於律師職務行為上的一般義務；廣告宣傳的禁止；如何在大眾面前從事活動；如何不得經由電視、廣播等途徑提供法律諮詢以協助不正的法律事務；禁止擅自錄音、竊聽；禁止接受委託人違反律師倫理的指示；律師對於法院及相關官署所應有之態度；律師對於同業所應有之態度；律師對於委託人所應有之態度；律師與委託人之間的關係（例如，保守祕密、信賴或提出說明、維持獨立性等關係）；約定酬金時所應遵循的規範（例如，不允許約定成功報酬的範圍、如何在不影響律師的品位、風格之下收取律師酬金）等等。其他，如美國法曹協會所制訂的律師職務行為模範規則（*Model Rules of Professional Conduct*）等相關規定，則規範：律師與委託人、其他第三人之關係、法律諮詢、訴訟程序上職務行為、公益上服務事項、業務廣告、職務之廉正性及懲戒等事項，都對於律師職業倫理的確保、維持及其水平的提昇，發揮相當程度的作用，而具有職業倫理教育的重要意義。

f. 法庭外執務活動之知識

為了充實律師從事於法庭外活動的知識、能力，以便於因應社會對律師功能之多樣化需求，應該提供實習律師有接受如下實務實習教育的機會。例如：如何撰擬一般的契約書、公證書；有關於公司企業如何清理財產；有關於如何採用其他訴訟外紛爭處理方式。這些方面的知識、能力，對於律師發揮其預防紛爭的功能，是相當有必要的。為此，也應該讓律師有機會研習如何就相對立的利害關係進行調解、仲裁等相關的知識、能力，使律師也能從事於調整利害的對立。又如，有關從事協助議會議員立法活動的知識、能力；使律師也有機會學得相當的知識、能力，用來為主權者的國民督促行政機關的活動，使法律制度的運作過程儘可能公開於一般人民。

其他，為了滿足本文內「肆」所提到的廿一世紀社會對律師知能

的多樣化需求，也應該在律師職前教育階段，人力、物力上所允許的範圍內，儘量提供實習律師有獲得此等多樣化知能的機會。如果人力、物力上並不寬裕或所不許，也可採用增設選修科目的方式來進行，或將有關此類多樣化知識、能力的修習，適當地調整到對於律師繼續教育的階段來施行。關於此方面，在以下「三、繼續教育階段」部分中，再加以說明。如果律師的職前訓練教育階段期間是相當的有限，則想要連同如何去處理涉外事件或國際貿易事件等相關的知識、能力之充實，都要期待在此階段來完成，實際上是有困難的，也不一定那麼迫切需要。因為上面曾經提過，設律師職前教育階段，是要使律師能夠學得執行律師職務所必要最低限度的基礎知識，以此種最低限度基礎知識的研修作為主要目的，當然不可能要求在此階段排定太多的研修項目。

(3) 研修教育之實施步驟

a. 研修指導委員會之常設

律師職前研修教育之成敗，對於律師制度之健全與否，具有相當重要的意義。為達成職前研修教育之目的，應該設立研修教育委員會。並且在研修教育委員會之下，另外設立研修指導委員會或其他負責執行的小委員會，甚至於也可分門別類設數個小委員會，來推動律師職前研修教育。研修教育委員會應該採用合議方式運作，其成員應該由律師界代表、法務部代表、司法院代表以及法學教育界代表共同組成。其任務是擬定職前研修教育的基本方針、基本政策。

至於其他較小的指導委員會則負責編定教材或篩選代表性的案例；擬定具體的教育方法；交換教育的心得，整理職前研修教育過程所遭遇之問題，然後加以分析，提示解決問題的方向；編定指導律師、指導法官等適任者的名簿，並加以推薦，而參與遴選導師；同時經常聽取實習律師的意見，而與實習律師溝通交換意見，作為推動、

改進研修教育，擬定教育方案的參考；推動集中研修教育彌補個別研修之不足；隨著時代社會的變遷，適時研擬修習項目及教育內容的改進方案。

律師職前教育應該如何推動、進行，所牽涉的範圍相當廣，既有關於律師自治、律師團體如何運作；也有關於審判業務而涉及司法院的司法行政職權事項；也有關於檢察業務而涉及法務部的主管事項；同時也牽連如何與大學的法學教育分擔責任及分配教育資源等問題。因此，為了擬定切合實際而具有前瞻性的、比較周延的職前研修教育之方針及內容，自應成立上開常設的委員會，配置相當的事務人員，集思廣益，推動相關的工作。這樣做，也較能兼顧律師職務所具有的兩面性（自由獨立性及公共性）。準此而論，法務部所擬「律師職前訓練辦法」未訂明應成立具有上開屬性、功能的委員會，尚有可議之處。

b. 導師之遴選

能否遴選到素質高而優秀的導師（含指導律師、指導法官等），是個別研修成敗的最重要關鍵。關於導師的遴選、遴聘，也應該慎重從事，並且應該預先擬定比較具體、嚴格的遴選、遴聘標準，使遴選工作之進行能夠有所遵循，俾不致浮濫。

就適合於擔任個別指導之導師遴選標準而言，可以考慮列入以下的標準，規定於有關遴選程序之遴選辦法中。亦即，導師應該從具有如下的資格、條件者遴選之：人品、情操上及實務經驗上有值得作為實習律師典範的具體事蹟表現者；對於律師的使命能引以為豪者；對於律師養成教育有相當之熱情、對律師實務實習教育的精神、理念有相當的認同者；對民主法治的精神、理念有相當具體的認知，而視野開闊者；就人權保障之貫徹有相當具體的事蹟表現者；實務經驗在五年至十年以上而有具體之優良事蹟表現者；具有相當之社會名望，可

能獲得實習律師之相當信賴，值得成為實習律師之典範者；具有堅強而高度之憲法意識、人權意識，有健康的體魄而人生態度相當積極樂觀，並有相當的人生體驗，且對於實習律師具相當吸引力者；積極參與律師團體活動，而與律師團體保持相當密切之聯繫，能進行意見溝通者；對於法曹一元制之精神理念，有相當認知，能兼顧律師、法官及檢察官等三者之觀點、立場，無特別偏向而能夠採取均衡的思考者，亦即能從伸展國民之法主體性、保障主權者國民此一角度，對於法官、檢察官及律師等三者的觀點、立場，有平等、公正的理解者；對於目前司法制度運作的現狀，有相當理解，而對於社會的未來前途發展關心度相當高，並非自私自利者；對於實習律師的人格能給予相當的尊重，而認同實習律師乃職前研修教育之主體，即能夠尊重實習律師之主體性者。

又，由於我國向來的大學法學教育，對於律師專業知識、能力的傳授、培養，還不是很充分，所以在遴選導師的問題處理上，也應該顧慮到如何使大學的法學教育與律師的職前研修教育能夠互相銜接。此種銜接的工作，如果沒有辦法全部期待於指導律師完成，也應該可以考慮到：採用由大學教授與指導律師在一定範圍內共同指導；或由大學教授、指導律師、指導法官或指導檢察官等二人以上，在一定範圍內共同指導實習律師等方式的可行性。

至於有關導師的遴選程序，則宜留意下列事項、步驟。亦即：對於導師的遴選推薦，應該根據具體的事實，而不應該使導師的遴選、遴聘淪為酬庸的工具，或派系鬥爭的手段，或謀取私利、借機宣傳的工具。在遴選過程應儘可能讓實習律師有表達意見的機會，並且，在每一階段完成以後，對於接受過指導的實習律師，應該進行客觀的問卷調查或意見聽取，作為評鑑的參考。再者，在一定條件之下，考慮允許實習律師選擇導師的可行性、可能範圍；也應該考慮採行指導律

師複數制，以補充個別指導之不足；應制作導師適任者名簿，在其中登載、記錄其相關的背景、資料（例如：年齡、登錄律師的年月日、專長、其事務所處理事件之種類、特徵等）；在分發實習、指定導師以前，儘可能先聽取實習律師及導師的意見，了解彼此之間的意願。

至於應該對於指導律師等導師給予相當的報酬，並且在實習律師接受職前教育期間，如何解決彼等的薪水問題，已經在上面提過，在這裡不再重複（請參照上述(二)之說明）。

總而言之，由於導師遴選之成敗，對於律師職前研修教育之成效影響非常重大，因此，關於導師的遴選，應該由上開的研修委員會或設一個專責的委員會，經過嚴格的審查程序，不應該草草了事。可是，就上開重要事項，法務部所擬「律師職前訓練辦法」並未設有原則性的規範，似尚有待於進一步的探討、補訂。尤其，該辦法第九條第一項及第十條既訂明「學習律師得自行擇定指導律師」，又容許每位律師每期得指導多位（五人以下二人以上）學習律師，卻未就指導律師之資格、條件加以較具體客觀的規定，並未明認指導律師複數制，均有導致實務實習成效不彰之虞。

三、繼續教育（再教育）階段

(一)繼續教育之必要性及其法源根據

律師除了在基礎教育階段接受大學的法學教育、在專業教育階段接受職前研修教育之外，應該在繼續教育階段接受再教育。亦即，律師在登錄而執行律師業務以後的相當時期，必須再接受教育。並且，如果由於大學法學教育的內容及在學期間將來可能作某程度的充實、調整，則上開的基礎教育階段，在一定範圍之內，可能代替專業教育的內容，而縮短律師接受職前研修教育的階段。可是，基於以下所述

的理由，律師在比較長的執行職務期間中，應該適時接受再教育，則是不容易被上述前二階段的教育所完全代替的，而具有相當的重要性，應該也屬於一種生涯教育。具體言之，要求律師應該接受繼續教育的理由如下：

第一，正如同在上述本文「肆」有關社會對律師知能多樣化需求的項目中所已經提到的，隨著今後社會生活的複雜化、多樣化，技術的高度專門化發展，以及人民生活也趨於國際化等等社會的變遷、時代的推移，人民往往需求律師具有更高深的法律理論、更專門化知識、技能，而隨時認明多樣化的價值標準。這表示人民生活上不斷地需求，律師具有能夠因應社會變遷、時代推移所必要的多樣化知識、能力。因此，縱使在開始執行律師職務以後，也應該再適時接受必要的研修教育，才能夠如期完成其所負的任務、發揮應有的功能。不然，律師將隨著歲月的變遷而逐漸縮小其發揮社會功能的餘地，減低其在社會上被需求的存在價值。

尤其是，由於律師接受職前教育的期間太短，或由於向來並沒有律師職前教育以及在職繼續教育等類制度，律師根本沒有辦法在其登錄執行律師職務以前的階段，就學到執行律師職務所必要的一切知識、能力。因此，就必須有繼續（再）教育的制度，始能滿足人民對律師發揮其應有功能的需求。何況，本來職前研修教育及大學基礎教育階段，主要是為了使律師在開始執行職務以前能夠具有最低限度的基礎知識、能力。這是前二教育階段的主要目的，超過此範圍的知識、能力之傳授、充實，就有需要委諸於繼續教育制度來完成。況且，有關於特別專門化的知識、能力，也有不適合於在職前教育階段使律師完成研修的情形，就應該另外設繼續教育制度，才能夠提供給律師相當的研習機會。

簡單言之，隨著社會的不斷變遷、時代的繼續推移，所謂「法」

為何也隨著具有相當程度的流動性、可變性。因此，律師為了完成其協助確保、伸展國民之法主體性的任務使命，就應該隨時充實因應社會變遷、時代推移所必要的知識、能力，藉此為國民尋求「法」之所在及其內容。從此角度來看，新律師法第一條可說是要求律師接受繼續教育的前提規定，因為該條規定正面要求律師應該完成「促進民主法治」，並且「改善法律制度」的使命，此項規定，應該是以要求律師繼續研修、繼續充實上開因應社會變遷、時代推移所必要的知識、能力作為前提的。假使欠缺這個前提，律師怎麼可能完成其被同條規定所課求的任務、使命。

第二，律師的繼續研修教育，是為了強化、鞏固律師自治的原理，貫徹其理念所必須的。因為，律師自治是為保護國民之權利、維護社會的利益而被承認的。律師自治的正當化基礎，是國民對於律師職務的信賴（請參照拙著「司法現代化」第一八二頁以下的說明）。為了貫徹律師自治的理念，律師本身應該先經由其知識、能力的不斷充實，來獲得社會、國民對於律師的信賴。也就是說，律師必須經由繼續不斷的研修、充實，來提昇其知能及職業倫理素養，才能夠得到社會繼續不斷的信賴。這是貫徹律師自治的理念所必要的。

第三，律師必須不斷地研習並接受繼續教育乙事，應該認為是屬於律師職務的行為規範，來加以貫徹。因為，如同上面所說明的，律師如果不繼續不斷地研習，以提昇其知識、能力，就沒有辦法完成其被人民所期待、要求的使命、任務，而不能夠發揮應有的社會功能。在此意義上，律師必須繼續地研修，甚至於要接受繼續教育，才能夠成為稱職的律師。這是律師執行職務所應該遵遁的一種規範，也是隨著社會變遷、時代推移而導致律師業務形態、業務內容上變化的結果。換言之，由於社會對律師業務形態、內容、功能等的需求趨向多樣化的結果，律師也不得不隨時充實其知識、能力，並接受繼續教

育，如此才夠得上是稱職的律師，才能夠更適切執行其職務。從此角度來看，沒有繼續研修、沒有接受繼續教育的律師，如果仍然繼續執行職務，就不能稱職地執行其職務。

從此角度來看，新律師法第二條規定「律師應砥礪品德、維護信譽、遵守律師倫理規範、精研法令及法律事務」，不但可成為應該設立律師繼續教育制度的法源根據，同時也可說是要貫徹律師自治理念所必要的。這樣的要求，不應該被理解為僅是單純的訓示性規定。而繼續研習並接受繼續教育，可說是想要繼續執行律師職務的律師所應該奉守的行為規範。今後應該從此角度，來重新認知、界定律師倫理規範的時代意義。亦即，不應該僅像向來般，將律師的職業倫理限定於諸如：僅以訴訟事務為中心，認為律師對於法院、委託人負有誠實的義務，對於委託人負有守祕密的義務（參照刑法第三百十六條），或認為律師不可朦騙或欺誘委託人、法院、檢察機關或司法警察機關（參照新律師法第二十八條）；律師不可有毀損名譽、信用的行為（參照同法第二十九條）；不可有招搖、恐嚇的行為（參照同法第二十九條）等等。不應該仍然墨守著向來那樣的觀念來認識律師的職業倫理為何，而應該改為重新依照律師功能的多樣化及本文所闡明的律師使命觀認為，律師在登錄而執行律師職務以後，還應該繼續研修並接受繼續教育，這是律師必須同時奉守的行為規範。律師的職業倫理應該包含此種職務行為規範在內，才能因應現代社會的需求。簡言之，有關於律師職業倫理，不應該僅消極地要求律師不可為妨害其職業榮譽的行為。亦即，不應該從閉鎖性的觀點，以向來的職業道德觀，來理解律師的職業倫理，而應該從現代社會的需求，要求律師積極地繼續研習，並為充實因應社會變遷、時代推移所必要的知識、能力而接受繼續教育。這是執行律師職務的律師所必須修行的課業。未能接受並完成此項修行課業的律師，就是沒有遵守律師職務的行為規範。

從此觀點來看，新律師法第十五條第二項要求全國律師公會聯合會應該訂立律師倫理規範，固然有其積極正面的意義，應該受到相當的評價。此處所謂的律師倫理規範，如從廣義加以理解，應該也包含要求律師必須繼續不斷地修行，以完成其使命、任務，發揮其應有的功能這件事在內。由於為了促使律師發揮其應有的功能，完成其所負的使命、任務，應該將繼續研修乙事，包含在律師倫理規範之內，所以今後應該也可將上開規定所謂的「律師倫理規範」修正為「律師行為規範」，而使它除了向來所認上述職業倫理以外，也包含繼續研習並接受繼續教育，來積極充實律師自己的知識、能力，滿足社會、時代的新需求。認為這件事也是律師應該奉行的行為規範，似乎比較能切合現代社會所需求於律師的使命觀、功能觀。

關於這一點，美國有關制訂、修正律師倫理規範的沿革，似乎值得參考。亦即，美國在一九〇八年當時由法曹協會所制定的律師倫理規範，到一九六九年被同協會所制定的律師責任典範所取代；又至一九八三年經過重新檢討以後，則制定律師職務行為典範規則。此種從倫理規範而改為行為規範的沿革，實表達了相當程度的時代意義，值得深思而作為展望今後制度興革的參考。

第四，從借重競爭原理的作用，以健全律師制度、司法制度的功能發揮此角度來看，也有設立律師繼續教育制度的必要。亦即，應該在一定範圍內、一定條件之下，要求律師繼續研習並接受繼續教育，來不斷地提昇其作為律師所必要的知能、素養之水準，藉此對於法官、律師，甚至對於其他從事立法、行政活動的人員給予相當的刺激，使此等參與法律事務的人員互相之間，形成競爭的環境氣氛。此種制度設計，有益於促使實務的運作、判例的形成、行政及立法的相關活動，更加活潑，而終將直接有益於改善律師制度、司法制度，並促成全般法律制度的進步。如此做，也是貫徹新律師法第一條要求律

師應該致力於改善法律制度之規定旨趣所必要的。這也就是嘗試經由繼續教育制度的建立及其教育內容的充實，來促使從事有關法律職務的人員，能經常不斷地確認自己的使命何在，省思自己是否已經盡力完成其被人民所期待、要求的任務，同時也繼續不斷地探討其職務執行所應追求的理想狀態為何。

其實，此種繼續教育之目的追求，對於全般法治水平的提昇，是具有重要意義的。因為，一個社會、國家的民主法治水準，是不可能超過該國法律人的平均水準以上的，所以，經由繼續不斷的教育，來提昇法律人的平均水準，最後必然會促成提昇全國的民主法治水平。倒過來看，如果沒有嚴密的教育制度設計，或沒有充實好教育的內容，就會使法律制度的改善停滯下來，造成法律制度的落後。因此，從競爭的原理來重視律師繼續教育的功能，也是相當重要的。

綜上說明可知，律師繼續教育制度是相當重要的，應該被當作律師養成教育制度的一環，而與大學的法學教育、律師的職前訓練教育受相同的重視；並在此三者間的互動關連上加以定位及分擔其功能。新律師法第七條第三項雖然明文要求制定律師職前訓練辦法，但是也應該同時留意，在新律師法中仍然可能並且應該引據同法第二條（有關要求律師修行精研的規定）、第一條（有關律師使命的規定）以及依上面說明所瞭解的同法第十五條第二項（有關訂立律師倫理、行為規範的規定）等條項，作為建立律師繼續教育制度，並充實其教育內容的法源根據。而且，也可以根據同樣的旨趣，今後再修改同法第七條第三項等相關規定，將律師職前訓練辦法補訂修正為律師研習教育辦法，或表明包含繼續教育在內，以便對於律師養成教育作全方位的省思、全面性的制度建立，內容充實。此種研習教育辦法，是否應該由法務部單獨主導，其所牽涉的問題層面為何，已經在上面說明過，在此不再加以重複（請參照上述伍、二、（二）「律師職前訓練辦法之應

有取向——律師專業教育制度之運作主體」中之說明）。

（二）繼續教育之主導者

如上所述，新律師法第二條等相關諸規定，乃設立律師繼續教育並充實其教育內容的法源根據。在此等規定及律師自治原理的支配下，應該認為，律師團體是推動律師繼續教育工作的主導者。就整體律師制度的健全化、新律師法第十一條要求成立全國律師公會聯合會、以及第十五條要求全國律師公會聯合會（下稱「全聯會」）制定適用於全國律師的律師倫理規範等相關規定的旨趣來了解，應該認為全聯會是積極推動律師繼續教育的主導單位。

不過，由於律師職務除了具有自由獨立性以外，也具有公共性，應受全體國民的督促；而且律師制度應為保障國民的權利而運作。因此，其制度運作的理想方式，應該是在全聯會的主導之下，成立律師繼續教育委員會此類的組織，而像律師職前教育階段所成立的職前研修教育委員會般，由多方面的成員組成。至於委員會之下，還可以依照需要設各種專門性而比較小的研修委員會，分別推動律師繼續教育的工作，乃屬當然。

在此之所以就律師繼續教育的主導者作如上的解釋、主張，其主要的理由以及所牽涉的相關事項如下：

第一，由於社會對律師知識、能力的需求是多樣化的，並且由於社會的急速變遷及學識、技能的高度專門化，要想期待或要求律師，僅憑其個人的努力，在圖書館或自己的事務所、自己家裡進行研修，將難充分達到繼續教育的目的。亦即，由全國性的律師團體，就律師繼續教育活動，進行集中籌劃，能收集思廣益之效，可就研修教育的內容、方法作有計劃的、長遠的設計，藉此比較容易克服人力、物力上的困難。譬如，較能聘請到有能力的講座，或較容易與律師團體以

外的相關機構、單位作具有規模的接觸、交流。

第二，由全國性的律師團體來主導律師繼續教育，對於提昇人民、社會對於整體律師制度的信賴，比較能夠獲得大的成效。因為這樣做，比較能夠向全社會展示，律師界全體對於重視律師在社會上多樣化功能的發揮，有相當堅強的決心。並且，因為是全國性團體所推動，社會比較能夠對整個律師界寄予信賴；在制度健全化的能力、組織、成效等等方面，比由律師個人自行研修，更有助於提昇律師界整體的社會地位。

第三，由全國性的律師團體推動繼續教育工作，不但比由律師個人，也比由各地的律師公會或律師公會成員所自行組織的聯誼性團體進行該項工作，更不會造成人力、物力上的重複浪費，及教育內容的混亂。這樣比較可能促使有關繼續研修教育的資訊充分流通，而提供予處於同樣需求的全體律師成員，達到集思廣益的效果。

第四，新律師法第二條規定，要求律師應該遵守律師倫理規範、精研法令及法律事務，此項規定，並不僅僅是一種訓示性的，而是有關於律師繼續教育的一個強制性要求。根據此規定，由全聯會來推動繼續教育的工作，比較能夠使全國的律師基於同樣規定，在同樣要求之下，公平獲得接受同樣繼續教育內容的機會。在此點上，如果就律師制度的使用者即全國國民或整個社會來看，也就是使一般民衆比較能有平等受到同樣法律服務的機會。易言之，由於全國律師都獲得同等繼續教育的機會，以致於全國的律師制度使用者即人民，也隨著比較能夠實質上平等地受到具有同質量的律師服務機會。這樣做，可以說是經由全國性同質量律師繼續教育機會的提供及確保，來制約律師法律服務的質與量。因為律師法律服務的質及量，實際上是被其所受教育的質與量所制約、所規定的。何況，社會上一般人通常並無充分的法律專業知識能力來識別：從外觀上看去，均同樣具有律師資格的

執業律師，到底何者較具有能夠因應社會變遷、時代推移所必要的知識、能力。因此，爲了保護律師制度的使用者、消費者即人民，也應該由全國性的律師團體推動全國性的律師繼續教育，在同樣的前提下，提高律師服務的質量。

當然，此處強調由全國性的律師團體主導律師繼續教育，並不意味著此種繼續教育工作的推動，不可以與其他教育機構合作，或利用其他教育機構的人力、物力予以完成。同時，也不意味著不需要得到國家在經費上提供相當的援助。毋寧說，由於律師的繼續教育也牽涉到人民所受法律服務品質的提昇，而會影響到民主法治的建設及法律制度的改善，所以爲了其目標的達成，國家也應負相當的責任，而不是僅由律師負責。從此角度來看，國家對於全國性律師團體所推動的律師繼續教育工作，不但不應該加以阻擾，更應該予以成全，而提供相當的支援。尤其是，在律師自治能力尚不夠充足的狀況下，更應該如此。

爲了達成上述目標，應該先健全律師團體的組織結構，並同時充實實際負責繼續教育的單位。例如，應該儘快修正新律師法，承認律師公會、在一定條件之下，有法人資格，使其組織更加健全化。並且，也應該朝向設立律師訓練所或律師研習所等類機構、組織來努力。

(三)繼續教育之內容、方式及關連課題

由於律師職務兼具有自由獨立性及公共性，而社會對於律師的知識、能力，又有多樣化的需求，因此，關於律師繼續教育的內容、方式，也應該兼顧這些基本要求。在此種認知之下，律師繼續教育的目標，應該是提供律師有吸收新知識、能力的機會，使其知識、能力維持在一定的水準以上，使能隨著社會變遷、時代推移經常省思律師的

使命、任務、功能，而繼續不斷確保社會人民對於律師的信賴。在此項目目標指引下，宜留意、處理以下所述的原則性基本事項。

第一，就繼續教育的課程、內容應如何編排、設計而言，應該注意的是：①要評估今後相當期間（如數年間）的社會需求，作具有計劃性、前瞻性、繼續性的課程編排及設計。應該評估今後相當期間社會對律師職務的需求，準以編排、設計具有計劃性、前瞻性、繼續性的教育課程內容。②應該尊重律師的主體性，使教育課程內容的編排、設計，對律師能夠有相當的吸引力，滿足其業務上的需要，助益提昇其多樣化法律服務的品質、水準。③宜考慮律師登錄執行職務以後年資的深淺長短，適當地分別編設不同的教育課程內容。例如，按照執業年資未滿三年、未滿五年、未滿十年或二十年，分別編設適當的課程。尤其是，對於登錄執業未滿三年或五年的律師，可以提供機會，使能用來補充其在職前教育階段所受教育的不足；或解決執業以後幾年間所遭遇的實務上問題；或就執行業務所感受到的問題狀況，讓資淺的律師補強執行業務所需要的基本知識，並交換執業心得，④可以編設相當的教育課程內容，探討有關特定專門領域的知識，或實務上所面臨的特定課題，提供給有需要的律師來選修。⑤設相當的教育課程，以傳達、解說、探討各該時點新修正的法令內容、新判例或社會變遷的新動向等等。

第二，就繼續教育的方式而言，宜留意的是，為了尊重律師的主體性，應該儘可能採用研討會的方式，增加律師發問、討論的時間、機會，而不應該僅僅採用由講座單方演講、上課就了事的方式。如此也可以刺激律師的求知興趣，滿足其接受繼續教育的慾求，增強其接受繼續教育的意願。此外，也可以斟酌實際的需要，採用使接受繼續教育的律師與其他法律專家聯合舉辦研討會的方式。例如，使律師與法官、檢察官或其他法律從業人員或大學的法律學者、專家、研究者

等聯合舉辦研討會。並且，在採用此等方式的同時，也可以斟酌實際的需要，就有關特定領域的知識、能力的傳授、探討，委由特定專門機構、研究機構或擁有某部分專門學問領域專家的大學來辦理。這一點，實際上也和如何遴選聘請律師繼續教育的講座、講師有關。關於擔任繼續教育的講座、講師的聘請，除了採用上述就特定專門領域委由特定的專門機構或大學合作辦理的方式以外，也可以從律師界聘請就特定專門領域有特別研究心得的律師，擔任講座、講師。採取此種方法進行之結果，在律師團體所屬的會員之中，有各種各樣專門領域的專家律師存在之情形，律師互相之間，可以說有些律師一方面成為講師，同時又成為接受繼續教育的學員。這樣做，可以使律師繼續教育收到更大的成效。

第三，由於顧慮到律師職務具公共性之結果，也同時為了保護律師制度的使用者、消費者，應該認真考慮在一定範圍之內，採用強制性繼續教育的可行性及必要性。尤其，在我國，向來並無律師職前研修教育制度，大學法學教育且不是相當充實，而律師資格取得制度也不是很健全，在此種實際狀況之下，今後很有需要適度考慮強制性繼續教育的可行性、必要性。

此處所謂的強制性繼續教育，可能想像有多種的方式、內容：①原則上由律師自動自發地參與接受繼續研修教育，然後對於已經接受繼續教育的律師，發給特定的證明書，證明其所接受過的教育科目內容。亦即，就其所接受過的教育科目、內容、期間或所選修的學分、科目、內容、期間，加以認證，發給相當的證明書。這種方式可以說是一種認證的方式，有益於鼓勵律師接受繼續教育。②設各種各樣的研修教育課程，任由律師選修，而由全國律師公會聯合會在相關的繼續教育規則中規定，最少應該修滿幾項課程、幾個小時或幾個學分以上才算合格。例如最少要修十學分或二十小時等等，才算合格。用這

種方式，漸進地進行強制性的繼續教育。其中還可將特別需要研修的若干課程列為必修的教育課程內容。例如，在社會上、實務上律師界遭遇到新發生涉及重要律師職業倫理的問題時，將之列為一部分的課程內容，而要求律師必須選修此種課程內容，進行討論，作為律師強制性繼續教育內容的一部分。③由全聯會設一定的基本條件、範圍，要求各地的律師公會分別舉辦律師繼續教育，而就各地律師公會所舉辦繼續教育的內容、成果，加以比較，給予相當的評價。利用此種方法，使各地律師公會互相間能夠有競爭的機會。經由此種教育方式的設計，對於各地的律師公會加以評鑑，而提昇各該律師公會及其所屬會員律師受社會信賴的程度。還有，也可以採用像美國的一些州，例如加州般，有所謂專家律師證明制度。亦即，對於接受特定領域（如：刑事法、身分法、勞工法或稅法等有關特殊專門領域）的繼續教育而經認定合格的律師，就發給他該特定領域的專家證明書；或者律師受過特定的繼續教育，達到一定的時間數，或修完幾個學分及格時，在相當嚴格的條件限制下，發給特定領域的專家證明書，例如稅法方面的專家律師證明書。並且，也可以就同一律師所能取得之專家證明書的專業領域數目，加以適度的限制。例如每一律師最多可以取得三個或五個專門領域的專家證明書。以此種方式，來同時兼顧律師接受繼續教育的自主性及律師職務的公共性。同時，為了確保、維持此種專家律師制度的水準，也可以規定取得此種證明書的律師，每年或每隔二年或每隔三年，就應該繼續接受有關該專門領域的繼續教育課程幾個小時以上或選幾個學分以上，才能繼續維持其所獲此方面專家律師的資格。

最後，關於其他可能採取的方式，也不妨考慮到，合乎一定條件的律師（如：執行律師業務滿三年或五年或十年的律師），負有接受特定繼續教育課程的義務。例如，就特定涉及律師職業倫理的教育課

程，或特定有關新法令的課程，要求該類律師必須去接受教育。譬如在民事訴訟法、民法經過相當大幅度而全面性的修正以後，就由全聯會規定一定的基本教育課程，要求合乎一定條件的律師，必須接受此種教育，修習幾個小時、幾個科目或幾個學分以上。如果不合格，就可能列為懲戒的事由之一。關於移付懲戒的要件，可以規定為合乎特定要件的律師，在收受律師公會所發應該接受繼續教育的通知之後，幾個月以內應該履行接受繼續教育的義務，如果超過這個期間，還沒有接受繼續教育的話，就應該受到一定的處分。用此種方法，強化律師接受繼續教育的義務，提高律師的知識、能力及職業倫理素養的水平，確保社會對於律師的信賴，保護律師制度使用者即全體國民的利益。

當然，要採用強制性的繼續教育制度，必須先充足其採用的前提要件。例如，健全的律師公會組織、其運作的方式；教育的設施已能相當充實；辦理繼續教育的經費來源也某程度得到確保。此等繼續教育的設施、內容越充實，即越可能強制地要求律師接受繼續教育，俾其有所貢獻於維持、提昇人民對律師整體的信賴。

除了以上所說明的以外，關於律師繼續教育的方法，還可能從其他方面加以充實。例如，可以由律師團體、全聯會發行相關的機關雜誌或其他刊物、專論、著作等等的書刊，經由此等出版品、著作物的刊行，推動律師繼續教育的工作。或設各種獎勵的措施，獎勵律師個別從事繼續研修，汲取新的知識、能力，自行提昇知識、能力、素養的水準。關於這一點，近年來臺北律師公會所發行的律師通訊以及各種委員會所舉辦的研討會，實具有重要的意義，如果今後能夠再加以繼續充實其內容、提昇其品質，都可能發揮律師繼續教育的重要功能，所以也是值得重視的。

陸、結語

律師養成教育制度應何去何從的問題，實際上還牽涉其他諸如司法制度應如何興革、律師資格考選制度應如何改進等多方面的問題，有待於今後繼續作進一步的探討。例如，就律師資格賦予制度或律師考選制度而言，在我國向來的考選方式上，也有種種值得檢討的問題存在。今後應該檢討律師的人數與國民對於法律服務需求程度之間的相對關係，並且從此種相對關係及法學教育的內容，判斷律師的錄取人數應該如何加以決定才能質、量均衡發展而妥當。還有，應該在律師養成教育的何一階段（例如於大學的何一時點，在何種條件之下），經由何種考選的方式，來判定是否應該賦予律師資格？並且，也要檢討大學法學教育的理想狀態與律師考選制度之間的關係為何？又，就細節的問題而言，例如也要檢討：到底考試的科目應該包含那些？考試的方式應該如何變革？接受律師考試的應考次數或應考年齡是否應該加以某程度的限制？如果將考試的方式，分成二試以上，而第一試是以測驗題的方式作初步的篩選，如何避免造成富有分析能力、綜合判斷能力等法律思維能力的考生被淘汰的結果？如何防止發生流弊？

此外，還牽涉到：律師的考選是否應該與司法官的考選合併舉行，還是仍然維持向來般，將這二項考試分開舉辦？有關於一般素養的科目，是否應該列入考試的範圍，還是應該僅委諸大學的教育來完成、要求？將一般素養的科目增列為律師資格考試的科目，會不會過分增加考生的負擔？有無增列的必要？諸如此類的問題，都是值得今後從律師養成教育的理想狀態與律師考選制度的關係上，重新加以檢

討。

在此想特別強調，法律能否及如何發揮作用，乃繫於法官及律師如何作為；如果沒有優秀的法官及律師，就無從使法律制度發揮應有之機能。並且，律師所受養成教育的質量為何，將直接影響到人民所受法律服務的質量為何，而最後將決定人民所尋求、所形成的「法」的內容為何。因此，今後的重要課題是，從增多人民使用律師制度來參與「法」的發現、尋求、形成過程，而伸展國民的法主體性此觀點，不斷地健全、充實律師養成教育的內容，並隨著社會的變遷、時代的推移，繼續檢討律師養成教育制度何去何從。此事可以說也是，如何經由律師養成教育制度的不斷檢討改革，來促使法律制度進化的基本課題。在此意義上，如何塑造新世紀的國民形象、氣質，將同時受律師養成教育的質量所制約。

【本文係應台北律師公會之邀稿，為慶祝第四十屆律師節，由作者口述、經許士宦律師整理而成，曾自一九九二年九月至一九九三年四月連載於律師通訊第一五六期至第一五七期、第一五九期至第一六三期。】

【參考文獻】

△本文中引用者

- △邱聯恭・司法之現代化與程序法（一九九二年）（略稱為「司法現代化」）
- △尤英夫・中國律師制度概論（一九七二年）
- △茅彭年＝李必達・中國律師制度研究（一九九二年）
- △日本弁護士連合会編・司法修習白書（一九七四年）
- △日本弁護士連合会編・法曹養成白書（一九七九年）
- △三ヶ月 章・法学入門（一九八二年）
- △三ヶ月 章「法学教育」（三ヶ月 章・民事訴訟法研究第九卷，一九八四年）
- △三ヶ月 章「法の客体的側面と主体的側面」（同・民事訴訟法研究第四卷，一九六九年）
- △新堂幸司「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」（判例タイムズ二二一号，一九六七年）（同・民事訴訟法研究第一卷）
- △中野貞一郎「司法改革の軌跡」（三ヶ月 章先生古稀祝賀論文集上，一九九一年）
- △ペーター・ギレス・（松浦 馨・上野 泰訳）法曹教育と民事手続法（一九九一年）
- △ウィルヘルム・k・ゲック・（慶応義塾司法制度研究会編訳）西独における法曹教育と裁判所構成法（一九八〇年）
- △日本弁護士連合会編・西欧諸国の法曹養成制度（一九八七年）
- △棚瀬孝雄・現代社会と弁護士（一九八七年）
- △法務大臣官房人事課編・司法試験改革を考える（一九八七年）
- △田中英夫・英米の司法（一九七三年）
- △田中成明「法律家の役割の拡大とそのディレンマ——法的思考の再構成のための素描」（ジュリスト七〇〇号，一九七九年）
- △田中成明「民事紛争解決と弁護士の役割——法曹一元制に向けて——」（自由と正義四一卷四号，一九九〇年）
- △釘沢一郎「弁護士養成と教育」（ジュリスト六一一号，一九七六年）
- △遠藤光男「司法研修所における民事弁護修習カリキュラムの実態」（自由と正義三五巻一号，一九八四年）
- △松本重敏「司法研修所における民事弁護教科の問題と改善策」（自由と正義

三五巻一号，一九八四年）

- △稲守孝夫「民事裁判教科よりみた民事弁護教科の問題点」（自由と正義三五巻一号，一九八四年）
- △堀野 紀「最近における司法研修所の民事弁護修習のあり方について」（自由と正義三五巻一号，一九八四年）
- △座談会「司法研修所における民事弁護教育の問題点とその改善策」（自由と正義三五巻一号，一九八四年）
- △木川統一郎「法曹養成制度への具体的提案」（法学セミナー増刊，「今日の最高裁判所——原点と現点」，一九八八年）
- △畠山保雄「研修所における民事弁護教育」〔法学セミナー 増刊，総合特集シリーズ20，「現代の弁護士（市民篇）」，一九八二年〕
- △利谷信義「司法修習における裁判官像」（日本法社会学会編・裁判官論，一九七三年）
- △萩原静夫「研修所における刑事弁護教育」（日本法社会学会編・裁判官論，一九七三年）
- △橋本公亘・松井康浩「法律家の養成」（岩波講座・現代法6・現代の法律家，一九六六年）
- △染野義信「法学教育の現代的課題」（法律時報五五巻五号，一九八三年）
- △松浦 馨「法学部におけるカリキュラムの再構成について」（法律時報五五巻五号，一九八三年）
- △座談会「法曹養成・法律家をめぐる現状と課題」（法律時報六〇巻七号，一九八八年）
- △堀野 紀「法曹懇意見書の問題点と課題」（法律時報六〇巻七号，一九八八年）
- △木内宜彦「大学教育と法曹養成」（法律時報六〇巻七号，一九八八年）
- △上柳敏郎「司法研修所民事裁判教育の実態と問題点」（法律時報六〇巻七号，一九八八年）
- △小島武司「紛争解決・法的予防における法曹の役割とその養成」（法律時報六〇巻七号，一九八八年）
- △堀 龍児・鎌田 薫「企業からみた法曹養成・法学教育」（法律時報六〇巻七号，一九八八年）
- △資料「法曹基本問題懇談会における意見」（法律時報六〇巻七号，一九八八年）
- △小島武司・藤倉皓一郎「法曹教育の現在と将来——ポル・キャリントン教授に聞く」（ジュリスト一〇一三号，一九九二年）

- △小倉 顕「司法研修所における民事裁判教育と大学における法学教育についての若干の所感」(ジュリスト七五六号,一九八二年)
- △斎藤諦淳「変わりゆく法学部」(月刊法学教室六一号,一九八五年)
- △星野英一「日本の法学部教育——その諸前提と改革の種々相——」(月刊法学教室六一号,一九八五年)
- △座談会「実務家からみた法学教育」(ジュリスト三九五号,一九六八年)
- △座談会「司法修習生の生活と意見」(ジュリスト三九五号,一九六八年)
- △大野正男「司法研修所教育の問題点——その“体験的告白”——」(現代社会と弁護士,別冊判例タイムズ三号,一九七七年)
- △石井成一「弁護教官の選任・待遇」(現代社会と弁護士,別冊判例タイムズ三号,一九七七年)
- △釘沢一郎「実務修習の問題点」(現代社会と弁護士,別冊判例タイムズ三号,一九七七年)
- △エドワード・I・チェン「一外国人の見た日本の法曹教育制度」(ジュリスト九七一号,一九九一年)
- △石川 明「法学部における民事訴訟法の教育はどうあるべきか」(ジュリスト九七一号,一九九一年)
- △井上治典「法学部における民事訴訟法の教育はどうあるべきか」(ジュリスト九七一号,一九九一年)
- △吉野正三郎「法学教育の現状と改革」(ジュリスト九七一号,一九九一年)
- △小津博司「司法試験改革の現状」(ジュリスト九七一号,一九九一年)
- △渥美東洋「司法試験の改革」(ジュリスト九七一号,一九九一年)
- △那須弘平「弁護士に多様化と業務の改革・拡充——これからの弁護士及び弁護士業務」(ジュリスト九七一号,一九九一年)

《附 錄》

——事項索引——

一畫

一般訴訟促進義務……………56

二畫

二當事人主義……………77

人的尊嚴……………46,63,159

——之尊重與公開主義……………244

人權意識與法曹養成教育……………340

三畫

大陸法系事實審理方式……………11

大學自治與法曹養成教育……………301

大學法學教育

——之目的……………286,288

——之任務……………287

——之多樣化需求……………297,300

——之修業年限……………298

——之缺失……………292

——之實務教育……………324

——之方法改進……………304

——之科目多樣化……………298

——科目編設……………294

——與輔系制度……………298

——教師評鑑……………303

大學教育之精神、使命……………302

大學教師參與審判工作……………301

小額事件程序與實體真實之確定……………193

小額權利之集團救濟程序……………152

四畫

不作為請求訴訟之原告適格……………169

不特定概念……………23

公司機關損害賠償請求查定事件

……………80,83

公平之理念……………42

公正程序請求權……………143

公示催告……………133

公益與集團利益之區別……………157,169

公開(一般公開)主義……………67

——之運用與裁判公正性……………75

——之功能、限制必要性……………242

公開原則之修正、可變易性……………106,109

公證人面前之具結陳述書……………187

分割審理之弊害……………237

分割審理方式……………33

心證公開……………39

——及法律見解表明之時點……………56

——與討論之審理方式……………237

——與和解之促成……………57,238

心證形成活動……………9

心證形成過程之教育……………336,338,340

心證度……………6

心證與證明度之判斷……………38

支付命令聲請事件……………79,88,94

文書提出義務之違反與消費者保護訴

訟……………186

比較法之教育科目……………296

五畫

世界性都市與律師功能……………284

主要事實……………38

主張責任原則……………32,38

主體性的法律家……………254

代位訴訟與法定訴訟擔當……………233

代表訴訟與法定訴訟擔當……………230

古典的非訟事件……………80

司法改革之多義性、目標……………219,220

司法制度

——之生命及存在意義……………45

——與教育制度之關連性……………300

司法法務官……………220

司法資源之合理分配……………200

司法資源合理分配之觀點……………275

司法預算與法曹養成教育……………319

外國律師在我國之執業……………281

平等成為法律家之機會……………299

平等接近正義之機會……………284

平等賦予攻擊防禦機會……………14

本票票款追索事件……………79,87,94

正義接近可能性擴大之觀點……………274

正確而慎重的裁判……………5,66

民事司法社會化……………160

民事行政說……………130

民事事件之類型……………201

民事事件類型審理必要論與民事程序

法之修正……………201,209,230

民事紛爭事件之多樣化現象……………200

民事訴訟目的論……………157-164

——與基本權保障……………158

民事訴訟法之教育……………292

立憲主義與訴訟制度目的論……………203

六畫

仲裁判斷之聲請執行與仲裁判斷之訴

請撤銷……………137

仲裁性調解行為……………293

共有物分割事件……………81,91

——之聲明非拘束性及自由裁量性

……………72

共有物返還之訴與法定訴訟擔當……………232

刑事審判及偵查業務之實習……………340

合目的性、妥當性、創設性、展望

性、裁量性裁判……………72

合目的性、妥當性判斷追求型事件	81
合意選用非訟化審理・裁定方式	106,143
在場見證權	241
自由心證主義	3,10,17,41
——之運用	43
自由主義的訴訟觀與形式真實主義	45
自由證明	120
七畫	
判決書記載得心證理由	15
判決理由中判斷拘束力肯定論	139
判決程序與裁定程序之交錯	65
利害調整追求型事件	82
利害關係人	117
利益衡量・判斷之能力與法曹養成教育	290
利益衡量論	76,131
形式一貫性	96
形式上(的)當事人概念	141
形式的言詞審理主義	52
形式的真實	28,35
形式真實(發現)主義	4
——之缺失	43

形式真實說與自由主義的訴訟觀	45
形成性的給付判決	133
妥當性裁判	72
扶養請求事件	74,80,81,91
——與聲明之拘束性	132
言詞(審理)主義	12,41,239
——之運用	69
——促進程序之機能	69
——與職權進行主義之結合	69
言詞辯論一體性	50
迅速・低廉裁判之要求	5
迅速・經濟解決紛爭之程序保障	275
迅速而經濟的裁判	68

八畫

事實認定教育	336,338,340
事實認定模式	
——分析型	236
——直觀型	236
事實審理制度目的論與立法論	208
事證開示程序之充實與消費者保護訴訟	184,185,189
事證蒐集、整理教育	332,334
兩造聽審主義	239
具體妥當性	76,80,96,136
——與法的安定性之協調	290

具體妥當解決紛爭之觀點	275
制止請求訴訟	169,172
協同主義	46,122
固有的訴訟(事件)程序	77,97
所有權確認事件之程序法理	79
抵押權實行事件	79
武器對等原則與辯論主義之僵化	121
法之實踐意義	293
法在現代社會之目的、機能	263
法定的真實	3
法定訴訟擔當之型態、事例	230
法定證據主義	3
法定聽審請求權	114
法官中立性	139
法官之官僚化	46
法官民主形象之確立	46
法官助理	220
法官法(德國)	293
法官知法原則之現代意義	267
法官獨立審判原則與簡速裁判之要求	107
法所關連之社會現實	292
法治國家原理	67
法的主體性與法學教育	254
法的主體面	254
——之健全化與司法改革	219

法的客體面	257
法的流動性、可變性	353
法律人平均水準之提昇	356
法律人的共同精神氣質、能力素養	288
法律上討論	39
法律見解	
——之表明	39,56
——之預測必要性	8
——表明義務之法理	40
法律事實	8
法律服務社之實習	304
法律思維能力	258,287,289,300,305,309
法律專門職業共通需要之知識、能力	264,287
法律學之周邊科學	289,292,295
法律學研究所碩士班之擴充	299,300
法律學院之定位	287
法院之中立性	41
法院之存在意義與使用者對裁判之信服度	206
法國的律師訓練所	310
法曹一元制之理念、精神	307,315
法曹之民主情操、整體觀	317
法曹考選之標準、方法	290,291

法曹研修教育之實施步驟	348	近代法治國家之審判制度	14
法曹研修階段之劃分	322	非訟化審理	79,80
法曹倫理教育之法源根據	346	非訟化審理	
法曹養成教育		——之正當化根據	84
——之各階段	285	——之旨趣與實質的程序保障	
——之綜合研修階段	329		99,102
法曹職前研修教育之目的	306	——之結果	104
法尋求說之指標性・前導法理性		——與當事人之行為責任範圍	105
	156,171	非訟事件之古典的領域	80
法意識	254	非訟事件	
——之健全化與司法改革	219,220	——之本質	76
法與事實之牽連難分與法曹養成教育		——本質論之實益	131
	202	——與訴訟事件之區別	130
法與國家、社會間之關係	296	非訟事件法與民事訴訟法之形式上分	
法學教育之現代化	303	立	64
爭點效	26	非訟法理	64
爭點整理	12	——之特徵	117
法院與當事人間——	12	非訟程序主體概念	141
當事人兩造間——	12	非訟裁判	
直接(審理)主義	12,41	——之既判力、遮斷效或失權效	
——之具體內容	238,239		104
直接審理之可變易性	106	——之變更可能性與職權裁量法理	
社會多元價值	291		74
社會的訴訟觀與實體真實主義	45	——有無既判力	142
股份價格酌定事件	80,81,92	非訟裁定之撤銷或變更	129
近代民事訴訟制度之確立期	68	非訟關係人	141

九畫

信賴真實說(信賴真實主義)	45
信賴程序之意義及功能	14
促進訴訟的突襲	6
客觀(的)真實	23
——追求之執著度固定化程序	38
——優先追求論	228
律師人數之增加	285
律師之「法」協同探尋角色	267
律師之主體性、自主性	310
律師之外國法知識	281
律師之多元化、多樣化任務	284
律師之預防紛爭功能	347
律師之談判者、交涉者角色	294
律師公會法人化	315,359
律師自治	313
律師制度之法理基礎	261,310
律師查證制度	186
律師研修教育	
——內容之編排設計	310
——之運作主體	315
律師倫理教育之基礎	265
律師倫理規範之時代意義	354
律師參與運作裁判外紛爭解決制度之必要	276

律師基礎教育之內容編排及科目設計	
	297
律師專業研修教育之課題	314
律師強制代理制度之功能	199,256
律師報酬與律師職務的關係	345
律師養成教育	
——之目標	262
——之制度理念	260
——之沿革	251
律師職前研修教育	
——之目的	307
——之核心課題	322
——委員會	312
——指導委員會	330
——期間	323
——與司法官職前研修教育之合併	
	315,316
律師職前訓練辦法之定位	311
律師職前專業教育制度	318
律師職務	
——之自由獨立性及公共性	
	312,349
——之行爲規範	353
律師職業倫理教育	340-346
律師繼續教育	
——之內容、方式	359

——之主導者	357
——之法源根據、理由	351,352
指導律師、指導法官或指導檢察官之遴選標準	325 - 326,344,349
指導律師複數制	326,333
相當性原理與滿足性假處分	188
突襲	12
促進訴訟的——	6
推理過程的——	5
發現真實的——	5
基因於對造活動的——	12
認定事實的——	6
突襲防止	
——的觀點與法曹養成教育	338,344
——與立法論	208
突襲性裁判	
——之主要型態	5
——之防止與非訟化審理程序	108
美國法律學校學生之學歷過程	294
美國法學教育之動向	294
美國律師職務行為典範規則	347,355
英美法系事實審理方式	11
要件事實	8
——之掌握與法曹養成教育	336,338

重複起訴禁止與消保團體之制止請求權	172
-------------------	-----

十畫

值得信賴的證明度	35
個別修習或分組修習	325
書面審理	69
消保團體	
——不作為請求訴訟	169
——之法定訴訟擔當者資格	171
——制止請求訴訟與既判力	172
——損害賠償訴訟之目的	164
——損害賠償訴訟之程序上問題	154
——損害賠償訴訟與程序安定性	179
消費者之勞費上障礙	151
消費者之管轄合意	153,180
消費者之舉證上負擔	152
消費者集團及其代表	170
消費者保護事件	
——之程序法上特殊問題	150
——與訴之撤回、捨棄或自認	174
消費者保護官之職務上當事人地位	170
消費者保護訴訟與訴之聲明方式	175

消費者終止委託與當事人適格	176
涉外紛爭	280
展望性裁判	72
真實之確定過程	9,44
真實接近度	10
真實發現優先論	37
真實概念之定義	42
破產程序之交錯適用訴訟法理	144
財產管理人選任之裁判	74
財產管理事件	81
送(審)閱制度	52
迴避原則	139
特別訴訟信託與消保訴訟	167

十一畫

國民的法主體性	279,284
——與法曹養成教育	307,353
國民參與司法程序的意義、作用	317
國際化生活引發的法律問題	280
專家律師之認證、證明制度	361 - 362
情報請求權	188
推理過程的突襲	6
教授與實務家之協同任務	301,302
混合程序	138
理論與實務之架橋、銜接	

258,290,293,295,300,305,335	
現代型紛爭事件之共通特徵	222
現代型訴訟	144
第三審上訴之限制	57
處分權主義	67,123
——之功能	128
訟爭對立性階段化顯現型事件	87
陪審制度	16

十二畫

統一解決紛爭之要求與程序權保障之要求	230
發現真實的突襲	5
程序上不利益	7,168
程序之形式化	46
程序主體地位	279
程序主體性原則	207
程序安定性之要求	96,156,179,234
程序(上)利益	8,10,158,204,207
程序制度解決紛爭功能之擴大	93
程序法上諸基本要求之調和・平衡兼顧	210
程序法理二元分離適用論	64
程序法理之主要機能	66
程序法理交錯適用之觀點	71
程序保障	14,25,63,108

——與裁判效力範圍調整原理	104	訴之聲明不具體特定請求賠償額	195	訴訟權保障之實質化	140	當事人雙方對立之原則與非訟法理之特徵	117
——與裁判公正性	108	訴訟上和解之長處	278	開示	11	當事人恒定主義與非訟法理之特徵	117
——之銜接統合機能	103	訴訟上和解之機能	224	間接事實	38	——之掌握必要性	202
——之優位性	63	訴訟之促進	5,226	——與法曹養成教育	336,338	當事者權	67
——方式之多樣化、類型化	95	訴訟之準備與法曹養成教育	335	集中研修方式	324,329	禁治產宣告	133
——的意義	95	訴訟化事件	72	集中審理(集中辯論)主義	11,210	經驗法則	30
促進程序之——	106	訴訟制度目的論		——之優點、功能	211,236,239	——之多樣化	202
程序保障論之趨向	63	——與立法論	203	——與公開主義之關連性	242	補強法則	31
程序集中化	210	——與消保訴訟之法律解釋	159	集團利益	169	預測可能性	15
程序經濟	34,40,71,72	訴訟制度解決紛爭功能之擴大	42	——與公益之區別	157,169	預測程序	13
程序選擇權	279	訴訟法上觀點與實體法上觀點之兼顧	160,171,290	集團處理追求型事件	83	十四畫	
——之法理與立法論	208	訴訟法理	64	集團訴訟	153	團體訴訟	153
——之保障與律師知能多樣化需求	284	訴訟法理(程序)與非訟法理(程序)之主要差異	116	集團損害之賠償方法	191	實例研究課程	295,305
——與消保團體損害賠償請求訴訟	168,176	訴訟促進優先追求論	228	集體指導或交叉指導	328	實定法說(法規說)	130
——與訴訟上和解	225	訴訟促進優先論	37	十三畫		實務家與教授之協力關係	301,302
程序權擴張原理	103	訴訟指揮	17,35	債權與請求權之機能上區別	194	實習法庭	337
裁判之預測可能性	96	訴訟指揮權	40	新生活現象、法領域之教育科目	296	實習律師主體性之尊重	328,334
裁判外紛爭解決制度		訴訟參與機會	15	當事人之催促活動	14	實習課程	293,295
——之型態	275	訴訟程序與非訟程序之關聯	118	當事人主導方式	71	實質上當事人概念	69,141,168
——之優點、缺點	274,276	訴訟程序與訴訟外程序制度之關聯性	64	當事人平等原則	121	實質的程序保障	98
裁判機能觀之遞變	201	訴訟經濟	18,19,27,32,156,172	當事人本人供述	56	實證法的訓練	289
裁定與訴訟法理之結合	70	訴訟遲延現象	11	當事人宣誓	3	實體(的)真實	23
裁量權	10	訴訟權	14,25	當事人訊問	56	實體上不利利益	7
裁量性、創設性裁判	72			當事人對裁判之信賴	15,205	實體利害及程序利害之比較衡量	

.....	19,37
實體利益	10,158,168,204,207
實體利益與程序利益	
——之平衡追求	279
——之兼顧與立法論	171,208
實體法上觀點與訴訟法上觀點之兼顧	160,171,290
實體法	
——與訴訟法之銜接	290,305,335
——與民事訴訟之目的	158~159
實體真實主義	
——之缺失	43
實體真實說與社會的訴訟觀	45
對世效之發生類型	234
滿足性假處分	
——與相當性原理	188
——之事證開示機能	188
監護人選(指)定事件	72
監護事件	81
綜合性價值判斷之操作程序	289
綜合性課程	295
蓋然性	8
認定事實的突襲	6
輔系制度與大學法學教育	298

十五畫

審判實務之繼受外國	257
審級利益	26
審理集中化之優點	211,335
德國律師倫理綱則	346
徵憑	18
歐洲共同體之律師資格共通化	282
確認性的給付裁判	133
適時審判請求權與立法論	208

十六畫

學士後法學教育	300
學術獨立與法曹養成教育	301
憲法意識與法曹養成教育	340
整理爭點之手段	14
機會均等原則	140
親屬會議會員指定事件	73
選定當事人訴訟與消保法上損害賠償請求	156,167
遺產分割事件	82
隨時提出主義	21,50,56
——之合理限制	23,44,50

十七畫

檢察官之獨立性	341
---------	-----

營業秘密之保護

——與事證開示	190,244
——與裁判之公正性	75
聲明之非拘束性及自由裁量性	71
舉證活動教育	337
隱私之保護	75

十八畫

簡易主義	68
簡速裁判強烈追求型事件	83
職業法官判斷之民主化	16
職權主義之運用	69
職權主導方式	71
職權探知主義	10,67
職權裁量法理	72
——與程序保障	74
職權進行主義	68,73,86

十九畫

證明度	6,8,35,39
證明責任分配原則	30
證據保全程序之事證開示機能	189
證據裁定	51
證據價值	3

二十畫

嚴格證明原則	67,120
闡明方式	41
闡明權	12
——之活用	67
——之根據	121
繼續性法律關係與非訟法理	83

二十一畫

辯論主義	4,6,10,23,30,,38,67
——之根據	120
——僵化現象之緩和或消除	42

二十二畫

權利意識	254
權利義務確定追求型事件	76

二十三畫

羈束力(自縛性)與非訟法理之特徵	117
變更判決之訴	129