

目 錄

第一篇 司法之現代化與律師之任務	1
※細目	2
壹、問題背景	3
貳、司法裁判之機能轉變	8
參、司法現代化之要素	17
肆、現代律師之使命、任務、功能	177
伍、結語	255
第二篇 小額訴訟制度與簡易訴訟程序法	259
※細目	260
壹、緒言	261
貳、小額輕微事件處理程序之法理基礎	266
參、小額輕微事件之審理程序	277
肆、修正後簡易訴訟程序法之功能界限	297
伍、展望	305
第三篇 簡易訴訟之基礎理論	311
※細目	312
壹、問題狀況	313
貳、簡易訴訟之程序法理	315
參、立法論及解釋論之前景	335
附錄：	
第一篇文內註一至註一〇一之頁碼索引	348
事項索引	349
原文索引	361

第一篇

司法之現代化與律師之任務

壹	問題背景	3
貳	司法裁判之機能轉變	8
	(一) 法的主體性	8
	——法的歷史=裁判的歷史=法律家的歷史	
	(二) 近代之裁判機能觀	9
	——裁判之解決紛爭機能	
	(三) 現代之裁判機能觀	11
	——裁判之形成政策機能、波及效果	
參	司法現代化之要素	17
	(一) 尊重人的尊嚴之指導原理性及國民之法主體性	19
	(二) 對審判機關之民意監控可能性	22
	(三) 司法權獨立之貫徹	45
	(四) 法官獨立之原則	60
	(五) 保障平等使用法院之機會	86
	(六) 程序主體地位之承認與強化	111
	(1) 程序主體權之保障	111
	(2) 公開心證及表明法律見解請求權之承認	113
	(七) 司法預防紛爭功能之並重	156
	(八) 其他——以「審判受公評之必要性及可能性」為例	169
肆	現代律師之使命、任務、功能	177
	(一) 所謂「保障人權、實現社會正義」之現代意義	177
	(二) 促使形成政策之任務	202
	(三) 律師即法之協同探尋者	206
	——協同防止發生突襲並探尋「法」之功能	
	(1) 訴訟基本結構與律師功能之關係	206
	(2) 言詞審理主義訴訟構造下之律師功能	209
	(四) 律師即紛爭預防者、生活策劃者	249
伍	結語	255

壹 問題背景

在我國的傳統文化歷史上，「法」被認為是統治者的工具，所謂「法」的推行者、推動者只不過是權力者的手段，而附從於為政者。（註一）因此，在我國傳統上欠缺推動「法」前進的法律家階層（Juristenstand），而沒有具主體性的法律家（lawyer, Jurist）——在傳統上沒有律師這種專門職業（profession）。這樣的歷史背景，與歐洲社會有重大的不同，在歐洲社會，「法」的歷史就是法律家（legal profession）的歷史（註二），而以神父（牧師）、醫師及律師為代表的專門職業，被認為是與純屬謀生手段的其他營利性職業（occupation），截然不同，廣受尊敬。並且，在我國的傳統社會裏，不但有所謂「以和為貴」、還有所謂「訟終凶」——也就是，宋朝朱柏廬先生所說的「居家戒爭訟，訟則終凶」——等觀念，流傳於民間；清朝康熙時代且曾頒下令旨，要求凡是忠臣良民，如果遇到紛爭，最好都循和解方式解決，其不如此而竟然提訴興訟者，都當作頑劣尋釁之徒加以看待。這樣的歷史文化背景及傳統觀念，壓抑了人民權利意識的健全發展、挫折了人民提起訴訟主張權利的鬥志（註三），其所以致此，是不是也因為在傳統上司法制度不夠健全、不便人民使用所使然（註四）？於今應如何予以改善，才不致對民主法治觀念的推展，造成不利的影響？這是通常應該會有的疑問之一。

另一方面，在一八七〇年代也就是清朝末年，德國著名的法學家葉陵（Rudolf von Jhering）在他的「為權利而奮鬥（DER KAMPF UMS RECHT）」這本名著裏面，曾經對中國人有所批評。其大意略為：中國人由於欠缺足以抵抗強權、勇敢主張權利的情操，以致於雖然擁有數億的人口，在國際上所受尊敬的地位恐怕連小國瑞士都不如。這樣的評論，是不是也含有幾分的真理？有無值得我們虛心善自

省思的地方？在身處倡行法治的現在，這是應該有的另一個疑問。也就是說，難道鼓勵人民主張權利，責由律師為人民伸張正義，果真是確保國民尊嚴的重要手段？這是今天要一併加以思考的。（註五）

不僅如此，在民國初年，有所謂律師制度存廢的論爭。那時持廢止論者（註六）說：殺了人，就是死刑，就是應該受處罰，幹什麼還要容許他聘請律師辯護？律師應該沒有存在的價值云云。對於這樣的評論，我們難免要懷疑：這樣主張的人士到底有沒有人權意識？是否欠缺法治方面及訴訟法上最基本的知識？在上述的傳統背景下，或許也可說，有這樣的看法出現並不足奇？

接著，縱使時至最近，在我們的社會、法界，到底已經充分地認清司法及律師的任務、功能沒有？也是值得懷疑的。因為，在現行的律師法並沒有一條明文規定律師這種專門職業的使命何在？其任務為何？又未規定律師懲戒委員會應由占相當比例的律師及社會公正人士組成之（參照律師法第四十二條、第四十四條）。並且，在六年前即一九八四年間竟然還由法務部提出律師法修正案，經由立法院通過增訂當時的律師法第五十條第二項，規定「律師管理規則由法務部擬訂，報請行政院核定之。」記得當時，本人也被邀到全國律師聯合會參與研討，而提出若干檢討意見，終於使該項規定在增訂未幾以後，就被刪除。從發生這件事以後到現在，個人常常疑問：難道認為應該如此提案、如此規定的見解是認為律師可以像攤販一樣地管理嗎？認為可授權由行政機關片面決定如何規範律師活動的想法，究竟視律師的功能為何？它豈真全不認知律師的任務與行政權的行使可能處於對立、緊張的關係？民國以來有關律師制度的政策判斷難道沒有嚴重的瑕疵、錯誤？這是身處現代社會的法律人必然抱持的重大疑問。

意識著上述的問題狀況，以下想嘗試探討：在我國的歷史文化背景之下，到底在目前及今後的社會，律師有沒有、應不應該有其活動

的空間？其使命、任務、功能為何？關於這個問題，本人認為應該從司法的現代化究何所指這個角度來思考。為此，應同時探討：司法究竟為誰而存在？其論據何在？如今，法官及律師是否不應仍如往昔從屬於為政者（權力者）？在現代，應如何為律師定位？

〔註釋〕

註一：關於省思「法（Recht）」與「權力（Macht）」之應有關係，先應認識：為了使法——法律、法規——能施行於社會，以實現其維持人世的秩序及平衡，而避免弱肉強食等理想，法不得不具有二重構造。亦即，一方面，法固然必須與權力相結合，始能藉此發揮其實現上述理想之作用；可是，另一方面，由於權力常有動輒被恣意濫用之危險，為防免權力者獨斷造成偏頗，法必然與權力相對立，而須具有制衡、公平、公正、客觀性等屬性，是即法係以正義（justice, Gerechtigkeit）之實現為理念。基此認識，必須面臨的課題是：應設置可資以運用來實現法之理想的機構，同時也應配備可藉以防止其運用者獨斷偏頗，而促使其作成客觀判斷之制度〔參照三月 章「法學入門」（一九八二年）七頁以下〕。

註二：Pound, R., *The lawyer from antiquity to modern times*, 1953, preface.

註三：在西歐社會，通常所謂「權利（Recht）」係與法、法院、法官、正、直等意相通，保護權利並無異於實現正義，而所謂*Rechtsweg*（權利救濟方法、法律上救濟）則意含向法院訴請救濟權利侵害之途徑。因此，移植西歐法制於我國以來，對於依法主張權利、爭取利益者，已不宜且不應仍帶著傳統世俗上蔑視「唯利是圖」或「爭權奪利」者之眼神目之。尤其，在我國社會，目前仍殘存著權利義務觀念混淆不清等非近代化的社會現象，為圖有所改善，當創

設或運作司法制度（含律師制度）時，更不應過分力勸甚至逼使權利受侵害者忍受犧牲而成立和解，以避免壓抑國民權利意識（法意識）之健全發展〔參照邱聯恭「社會、法律與法律人」（台大法學院法律服務社編「別讓您的權利睡着了①」，一九八二年）二八頁以下；同「律師與國民生活」（同社編「別讓您的權利睡着了②」，一九八五年）二七五頁以下〕。

不過，應特予指明的是，在此強調應保護權利以實現正義，並非意謂權利之主張必循訴訟（裁判）之方式為之，尤無鼓勵儘可能提起訴訟主張權利之意。事實上，解決紛爭、實現權利之方式原有種種，除訴訟之方式以外，他如：(1)和解、調解、仲裁等紛爭處理方式，亦各有其一定之功能，不容忽視〔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——載同研究會編「民事訴訟法之研討(三)」（一九九〇年，以下略稱為「民訴研討(三)」）七二七頁及七四二頁即法學叢刊第一三九期第一三六頁及一四三頁以下〕。(2)自律性、自主性交涉方式亦可用以實現權利或使權利具體化。此種方式係由權利被害人（個人、企業團體或消費者團體）直接與加害人（個人、企業團體或各級政府機構）進行交涉，而在交涉過程調整彼此間之利害關係，認知互相間的權利義務之存否及其範圍，甚至形成新權利。此種自主性交涉方式雖多少含存著自力救濟之色彩，可是，在法意識（權利意識）之發展相當健全之現代社會，仍應肯定其可發揮某程度之解決紛爭功能。因為，國民之法意識愈高且愈健全，則愈可期待紛爭當事人間進行理性的對話，藉以相互認知彼此間之權利義務範圍。關於此，另可參照井上治典「民事訴訟——對論手續としての觀點から」（現代法哲學3，一九八三年）二五一頁。(3)參加政策形成之方式則係循請願、陳情之途徑或經由諸如壓力團體的活動，向各級政府主管機關要求採取積極的立法上或行政上措施，以達到

改善社會福利或生活環境、規制經濟活動或都市計劃等目的。關於此種方式之學理上分析，請參照田中成明「裁判をめぐる法と政治」（以下略稱為「法と政治」）（一九七九年）二二九頁以下。

雖然如此，特別值得注意的是，與上述各種主張權利或解決紛爭之方式相比較而言，訴訟（裁判）方式因具有強制性（可強制審判權所及之任何個人或團體參與訴訟程序，使其服於法院之裁判——如：在公害紛爭事件，強制不自動理賠之企業，受判決效力之拘束）、判斷基準之明確預測可能性（原則上以實體法規範為判斷之準據）、程序保障之嚴密性（賦予較充分之攻擊防禦機會）及普遍利用可能性（權利受侵害之任何人均有主張使用訴訟制度之權利）等特徵，對於貫徹權利之實現，可發揮其獨特之功能，應受相當之重視。為此，如何健全司法，以減少或排除使用訴訟制度主張權利之障礙，乃成為重要之課題。

註四：在我國之社會傳統上，係以刑法為主，且由於民事訴訟法之欠缺、司法審判制度之不健全，以致民眾厭惡或不能循正常的司法救濟途徑主張權利、謀求解決紛爭，而不得不仰賴於和解、調解等方式。造成這種現象的原因有種種，諸如：(1)職司裁判之衙門太少，且遠離民眾所居住的村落，致訴訟所費時間、金錢過鉅，人民多難以提起訴訟。(2)由掌管縣政之行政官吏兼事裁判，此等官吏並非受過專業教育訓練的職業法官，容易流於武斷、感情用事，而作成不公正之判斷，致未能取信於民。(3)與裁判有關的其他官吏因欠缺應有的素養，在裁判過程甚至對當事人及證人妄加需索或刑求，而對當事人造成種種額外的煩擾。(4)傳統上律師職業之不存在及紛爭當事人之知識不足，係產生「訟棍」之溫床，亦為司法腐敗、不公之源。〔參照 Jerome Alan Cohen, Chinese Mediation on the Eve of Modernization, 54 California Law Review (1966), 1210-1215；大木雅

夫「日本人の法觀念」(一九八三)一四〇頁以下；邱聯恭·前揭「律師與國民生活」二七九頁以下)。

註五：如今，在德國，比諸其他紛爭解決方式，雖然訴訟所需費用(含裁判費，律師報酬等)仍屬較高，可是其國民大多仍有求法院解決紛爭之意向，此事一方面被認為係由於其所施法意識(權利意識)教育(教育國民自覺其為社會之一成員)之成功所致，另一方面亦被評論為應歸因於其律師制度及審判制度均相當健全，而未抑制國民之法意識使然。[參照中野貞一郎「實務の繼承」(實務民事法No.3，一九八三年)二二頁；ウィルム・ゲック著(慶大司法制度研究會譯)「西獨における法曹教育と裁判所構成法」(一九八〇年)一一五頁；林屋禮二「民事訴訟の現況の日獨比較」(法曹時報第四〇卷第一〇號，一九八一年)四頁。]此項評析應非無值得借鏡之處。

註六：見戴季陶「戴天仇文集」第一六七頁以下；陳天錫編「戴季陶先生文存再續編」第七四頁至七五頁。

貳 司法裁判之機能轉變

(一)法的主體性——法的歷史=裁判的歷史=法律家的歷史

從法的發展史可以得知法的主體、法的主人是社會上每一個人。以魯濱遜漂流記為例，如各位所知道的，當魯濱遜一個人在孤島時，縱使他仍保有其自我要求的道德規範或宗教信仰，但他在島上為所欲為或享有全島的東西，則與他人不相關涉，既無對人之關係可言，也就不需要以法作為生活的準據。但是，等少年佛萊德出現以後，他們之間就發生了人與人的社會關係，而有需要規範彼此間生活的法。這表示法是為人而存在的。誠如法諺所云「有社會斯有法(Ubi

societas, ibi jus)」。既然法是為社會上的人而存在的，則社會成員的你需要過什麼樣的生活，你就要去推動法的改革、前進。這種以人為主體的法意識——法的主體性——正是支撐著「法」的主柱，並且，法既是為社會而生成，自也應為社會之利益而發展。

此外，在法的發展史上，尤其是在我國目前司法、訴訟制度所做效的西歐社會，所謂法的歷史即是裁判的歷史；也就是說，先有審判程序存在，然後當人們發生紛爭時，審判機關才加以裁判，並經由裁判先例的累積而形成法。這正表示法的推動者(法的推動主體)及推動法的程序乃法所不可缺的屬性，法的歷史亦即法的推動者(法律家)的歷史，審判程序乃產生法的母體，法與法律家是同時存在，而密切不可分離的。這是從沿革上可以看出來的。因此，法的推動者愈是對法的理念有所自覺，並愈有予以貫徹的使命感及熱情的話，則也就愈可能有所奉獻於正義之實現，而加深社會對法的信賴(註七)。

[註釋]

註七：參照三ヶ月 章·前揭(見註一)一八·一〇六頁以下；同「弁護士」(現代法6，一九六六年)三一頁；兼子 一「實體法と訴訟法」(一九五七年)一二頁以下。

(二)近代之裁判機能觀——裁判之解決紛爭機能

與上述裁判先於法(實體法規範)而存在的歷史沿革有所不同，近代法治國家的裁判是遵循所謂依法裁判的原則，亦即，在此時，裁判是適用法律而宣示法之所在及其內容的司法作用。也就是說，司法運作須根據立法機關所制定的法律為裁判，採三段論法或涵攝模式來具體宣示法之所在及其內容(註八)。此種裁判係透過判決的既判

力，在對立的訴訟當事人之間，就特定的個人之自由、財產、經濟上利益或身分地位關係，發揮解決紛爭的機能。

在近代社會，這種機能的發揮是相當重要的，因為，此時主要係期待經由裁判解決紛爭，以實現形式的正義；法只要能發揮制止人民之侵權行為及公權力之濫用等消極的作用，即為已足；裁判原則上是為了對於個別的權利侵害，給予事後的救濟或制裁，而非被當做國家積極介入人民生活的重要手段。

不過，以判決之既判力及於當事人的方法，是否真能徹底解決現存於社會上的紛爭？還涉及如何使判決內容真能獲得當事人之信服、信賴，而被其接納等基本問題，這是談論如何使司法現代化時，應一併處理的事。

〔註釋〕

註八：在採用判決三段論法（Urteilssyllogismus）的涵攝（Subsumtion）模式之下，裁判係以法規為大前提、事實為小前提，將法規範圍適用於事實而導出結論（判決）之過程。此種方式之採用使一般人及當事人更容易預測判決之內容，而有益於確保法律適用過程之公平性及判決之正當化，固然為一般所肯定，且仍適用於現代。可是，認為裁判係司法權之作用，而應受拘束於立法機關所制定之法律，並非即意味法官於就具體個別事件為審判時，應服於立法機關之指示。尤其，法律既經制定以後，關於其如何解釋適用，已屬受訴法院職權範圍內之事，並非立法機關所得任加干預。就此而言，如何確保裁判過程（含上述事實之確定過程及法之解釋適用過程）之客觀性，使裁判獲得人民及當事人的信賴，猶屬要事。

值得注意的是，上述涵攝模式，係就發生於過去特定時點的具體紛爭，在事後（裁判時）予以個別之解決。因此，究竟應如何調整

紛爭當事人間之今後利害關係、或應如何措定今後對其他多數人之利害影響等事，均非為該裁判時所主要關心者。而且，在此種裁判之過程，係依舉證責任分配之原則，確定過去事實之存否，並據以判斷權利義務之有無及其範圍，所以，在原理上通常不容許以交涉或妥協之方法調整當事人間之利害。〔參照田中成明「法的思考と正義・裁判——レ・オウペールの分析圖式について」（法學論叢一〇二卷三・四合併號，一九七八年）一〇七頁以下。〕

（三）現代之裁判機能觀——裁判之形成政策機能、波及效果

時至現代，由於社會經濟的發展日漸複雜化，生活趨於多樣化，以致難免遭遇法律制定當時預料所不及的情況。為了因應社會情勢的變遷，在法律制度方面也隨著發生兩個重要的現象。第一是，在實體法上增多了空白法規、一般條項、不確定概念。也就是說，要求法官在立法者所授權的一定範圍內，運用其裁量權，作成合目的性、具體妥當性的裁判；讓法官經由裁判的作成扮演相當的政策性角色。這也是一種非訟化的現象，為此，在程序上，往往特別需求法官妥善運用程序指揮權。在這種情形下，受訴法院的法官係被期待或要求為政策性的價值判斷，而代立法者為某程度的利害衡量。

第二個重要的現象是所謂現代型紛爭的發生。像消費者保護的紛爭、公害紛爭、交通事故紛爭、勞資紛爭、有關產品製造者責任或跨國際交易的紛爭等都屬於這類的紛爭型態。這類紛爭事件如何獲得權利救濟或妥當解決，往往攸關整個社會的生活環境品質，或者影響多數被害人的生存權利，事屬非常重大。而且，這種紛爭事件的事實爭點常牽涉到許多複雜的因素，應同時就諸間接事實一併予以考量，始能作成判斷。譬如，在請求制止噪音侵害之類的所謂生活妨害制止請

求事件，實體法上既沒有規定，也很難具體而明確地規定，在何處發出多大的噪音就構成應負責的要件事實。所以法官要考量到諸多各該行為的態樣、受害利益的性質內容、加害人的主觀性、行為的地域性（如：在住宅區或工業區）、避免發生侵害的可能性等等因素，然後下判斷。此項判斷大多也有關於應如何防止今後繼續發生侵害，而涉及被告企業活動的公共性——某企業活動的禁止對社會一般第三人可能造成的不利益程度。另一方面，在此種事件，由於證據偏在於被告所支配之領域等原因，原告即被害人就其爭點事實之主張、舉證往往遭遇相當大的困難。這些都是與上述近代的依法裁判有所不同的，因為在近代的裁判，通常法官所審理的是所謂固有的訴訟事件，原則上可責由當事人主張、舉證該當於某法規之要件事實（主要事實）曾否發生過，法官也只要就此事實，循三段論法為裁判即可，而不必像審理現代型訴訟事件般，考量上述種種因素。這顯示有擴大法官裁量權的需要，通常要求法官應綜合其所蒐集或當事人所提出的許多間接事實來形成心證，然後下一個公平合理的裁判。（註九）

這種裁判除了在各該事件之當事人間具有解決紛爭之機能以外，更可發揮如下的形成政策機能或波及效果。亦即：該裁判一方面可成為同類事件之裁判先例，而對於該事件當事人以外的社會上一般人以及準司法機關或準行政機關之程序關係人，提供類似於確立法規範的效果，以作為此後從事社會經濟活動的準繩；另一方面，其裁判之內容及結論通常可能被當作已經獲得公認的特定社會價值，而對於當時之政治境況造成某程度之壓力，或促使發動立法權、行政權，以調整或形成公共政策。這種形成政策機能的發揮顯示，經由裁判之作成、宣示，司法之作用已非僅僅限於就具體的紛爭事件，為事後的、個別解決而已，而是超越於各該具體個別事件，對於一般社會主體之利害取向或價值關心，造成實際上之波及、影響。在此種情形，法官係

被期待、被要求在獨立的狀況下（在保障法官不受社會、政治勢力所干預的狀況下），從事於有關開展法秩序的創造性活動，藉以確立公正而能因應社會新需求之政策形成體系。（註十）

可是，隨著上述法官權限的擴大，實際上也增加了對於裁判內容即法的內容之預測困難。因此，如何確保當事人對於裁判之預測可能性（Berechenbarkeit），並賦予其有充分參與程序以影響形成裁判內容之機會，乃成為重要的課題。為克服這個課題，應認真重新檢討：在法的發現或續造過程，法官、律師及當事人本人究竟各應該且可能如何分擔何種任務？還有，為配合此等任務之完成，應充實、健全何等周邊制度——例如，應如何革新或創設包含行政訴訟、憲法訴訟在內之司法制度？如何改進律師制度？

基於以上的認識，下面想就司法應如何現代化及律師在現代社會的任務、功能為何，分別加以探討。

〔註釋〕

註九：在固有的（傳統的）民事訴訟事件，通常係以當事人間特定的權利義務之存否及其範圍為審判對象。可是，在現代型訴訟事件（有關現代型紛爭的訴訟事件），受侵害之權利能否及時獲得救濟，每攸關整個社會之生活環境品質或影響被害人之生存權利，而且有關如何制止侵害續發之判斷，動輒涉及企業活動之公共性，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。關於此種事件之定義、概念界定，於今雖尚未有明確之外延，但一般認為，其典型事件通常仍具有相當的共通特徵，亦即：

(1)就當事人之特殊性而言，其原告往往為權益受侵害之多數平民（如：特定地區之多數住民、消費者），而且在程序形式的背後，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（含蒐證等）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為主，此等被告常擁有龐大之資力及豐富之知識、經驗，非少數人或個人之原告所能獨立與之抗衡。因此，有需借重法官之積極活動，以匡正當事人間之能力上差距，而維持其間之實質上平等。並且，也需求充實程序制度，承認具一定要件之平民團體（如：住民團體或消費者團體），得為保全其成員之共通權益，請求以裁判（判決或假處分裁定）制止特定企業可能招致危害之行為。

(2)就訴求之內容而言，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，將不足以充分保護原告之權益。在此種情形，為了促使裁判真能發揮抑制侵害行為續發之效用，必須要求、允許或期待法官經由審理過程妥為裁量酌定相當之賠償方法、金額，或考量諸相關要因，為展望性、創設性之判斷。準此，其事件之特性實需求法院於審理中預估下裁判或命為保全處分以後，所採以制止侵害續發之方法是否真能達成救濟侵害之目的。

(3)由於主張、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，係在被告企業之工廠內），而且，其爭點事實之判斷多需借助於科技新知，非原告自力之所能。因此，如何強化法官之職權，以減輕或緩和原告所負之主張、舉證責任，而改善其蒐集事實、證據之能力，事關當事人間武器對等（Waffengleichheit）之實質上保障，亦不容輕忽。〔關於如何就訴求之特定，在心證形成過程容許為彈性處理，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第二十六次研討會之分析——載「民訴研討(三)」七六頁以下。就其餘說明，請另參照同書七四、七五頁；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——」（以下略稱為「程序保障之機能」，載臺大法學論叢第十七卷第一期，一九八七年）二三七頁（註一三六）及其中所引用之文獻；小島武司「現代型訴訟の役割と特質」（民事訴訟法の爭點，一九八八年）二八頁以下；竹下守夫「民事訴訟法學のこれからの課題」（法學教室No.100，一九八九年）一〇五頁；大澤秀介「現代型訴訟の日米比較」（一九八八年）一三頁以下；松浦 馨「環境權侵害差止假處分訴訟における當事者適格と合一確定の必要性」（山木戸還曆論文集（上），一九七四年）二八三頁以下。〕

註十：在現代社會，隨著社會經濟情勢之急劇變化及價值觀之多元化，有關社會上價值、利益之分配、對立狀況亦益趨於複雜化、流動化；而且，期望從法律上重新調整彼此間權利義務關係之需求，也更形顯現。在立法及行政之運作越不夠健全或效率越低，致尚未能公正合理滿足該項需求之社會，對於價值、利益之立法上或行政上分配、調整措施有所不滿之人們，越轉而希求將涉及此項價值、利益之紛爭，提訴於司法機關以謀求確保或實現其價值、利益，應屬常態。

於此情形，人們多係期待借助司法裁判修正、變更既存之法規範，發揮形成政策之機能，影響立法或行政機關，以達成強化權利救濟之目的。並且，縱使其訴求終未能獲得容認（勝訴）之判決，亦可能經由訴之提起、理論構成縝密之法庭上公開辯論等過程，凸顯系爭事項之重要性，以贏取社會輿論（民意）之支持，進而施壓於當時之社會政治境況，促使立法機關或行政機關形成合時宜的公共政策。要之，此時，人們並非止於期待法官僅以既存法規為準據作成裁判，以解決個別紛爭而已。〔關於此方面問題之較詳細分析，請參照田中成明·前揭（見註三）二頁以下。〕

又，在此值得留意的是：與向來訴訟上所指的「紛爭」不盡相

同，在重視裁判之形成政策機能時，係含有擴大「紛爭」概念之意圖，因為，其係將當事人未求為判決之社會上的紛爭，併認為在各該訴訟上亦屬存在，而應同時予以顧慮，並非僅就當事人所聲明之紛爭事項，在該當事人間為相對的解決。面對此種「紛爭」概念被擴大之情勢，今後應從解釋論及立法論探討：其「紛爭」概念之擴大應有何種界限？隨伴於此，應如何重新分配法官、律師與當事人本人在訴訟程序上之任務？除了充實、修正向來的訴訟程序本身之內容以外，應如何擴充第三程序或中間程序制度。例如：擴充行政訴訟制度之可能範圍為何？有關交錯適用程序法理之基本理論應如何構築？就此，另請參照註四十五；邱聯恭在民事訴訟法研究會第二十次研討會，就有關「民事法院與行政法院之權限衝突問題」所為之分析說明——載同研究會編「民事訴訟法之研討(二)」(以下略稱為「民訴研討(二)」)三二八、三三四頁即法學叢刊(一九八六年)第一二三期一四〇頁以下。

不過，關於上述形成政策機能之定位，尚涉及其與立法作用之競合或協力關係，有待進一步探討。例如，在有關規範社會主體互相間之法律成為系爭事項時，立法機關倘認為裁判所宣示之法規範有所不當，自可循制法之途徑予以匡正；至於在承認違憲審查權之法制下，就系爭之憲法解釋事項，應如何促使法官慎重行使違憲審查權，仍屬課題。

其他，關於裁判之形成政策機能、法官造法之可能性及其界限等問題，另可參照棚瀨孝雄「裁判の政策形成機能と紛爭處理機能」(民商法雜誌七五卷一號)五一頁以下；同·「裁判をめぐるインフルエンス活動」(法社會學講座5，一九七二年)三〇六頁以下；中村治朗「裁判の客觀性をめぐって」(一九七〇年)四五頁以下；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十一次研討會之說明及其中所

列諸文獻(「民訴研討(三)」四三六頁、四四三頁至四四五頁)；Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975.

叁 司法現代化之要素

社會既然需求司法裁判發揮上述的機能，那麼到底司法應該具備何等要素才能夠談得上是現代化的司法？為了明瞭司法改革應有的取向，以下想嘗試就這方面的問題，加以闡釋。

現代的憲法在規定主權歸屬於國民(承認國民主權)之同時，都宣明保障人民有平等權、自由權、生存權、財產權及訴訟權等基本權利。根據這些保障規定，並且依照尊重人的尊嚴之原則(註十一)及法治國家基本原理(註十二)，司法的現代化必須包含如下所述的基本要素。這些原理、原則也是省思律師任務的指標。

[註釋]

註十一：往昔，所謂「人的尊嚴(humandignity, Würde des Menschen, dignitas hominis)」被理解為係指唯人始有之特殊價值。後來，康德認為唯人有其尊嚴(Würde)，非若一般事物可以價格(Preis)評估之，並無代替物。依此思想，人具有自律性及自我目的，因此，不應以人為單純的手段(支配的客體)。如今，「尊重人的尊嚴」之原則乃法律上相當重要之指導原理，而為世界人權宣言(Universal Declaration of Human Rights; die Allemeine UN-Erklärung der Menschenrechte)及聯合國憲章所採用。此之所謂「尊嚴」應與「尊敬」加以區別，例如，通常，吾人對於殺人犯罪之壞人固然不予「尊敬」，而且，可限制或剝奪罪犯之自由或生

命，此事顯示，尊重「自由」或「生命」的原則可能有例外之情形。可是，「尊重人的尊嚴」之原則並無例外可言，任何人均具有完全相同之尊嚴，而且無論在何時皆屬平等，無質、量等差之分。〔參照ホセ・ヨンバルト「人間の尊嚴と個人の尊重—法哲學と實定法學の對話」(法學教室No.88,一九八八年)五〇頁〕因此，該罪犯在其受審判之司法程序上，亦應被當做人處遇，而同有應受尊重之人的尊嚴。通常，人的「自由」與「生命」之所以應受尊重，乃根源於該「自由」、「生命」之主體(人)有其應有之尊嚴。

註十二：現代，所謂法治國家(Rechtsstaat)係指立憲而保障個人權利之國家，亦即，此種國家體制係以憲法上諸基本規定規律國家權力之行使，並保證國民及國家機關(任何的國家行為)均遵守法律；而且，確立有權力分立、制衡之原則，國家機關就其違法行為應負賠償責任。

在此種體制下，其國家形象之塑造主要係經由審判程序之創設、充實及對於司法之重視而達成。換言之，其司法組織及法院對國民之權利保障，乃整個國家社會秩序之根本，憲法上有關司法救濟之諸規定及其相關基礎法理，則對於訴訟參與者或其利害關係人，賦予法治國家應有之公正程序。

不過，持自由主義國家觀之西方諸國，固然以人的尊嚴及個人權利之保護為其司法之上位目的，但此非即意味完全不顧及其他之目的追求。毋寧是尚認為，訴訟亦有助於客觀的法律秩序之維護、法的和平之保障、法的確實性之創造以及客觀的真實之發現。〔參照Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald(石川 明等譯)「憲法と民事訴訟(Verfassung und Zivilprozess)」(判例タイムズ六一三號，一九八六年)二四〇頁〕

(一)尊重人的尊嚴之指導原理性及國民之法主體性

當今，人的尊嚴之尊重、基本人權之保障已成為人類世界的普遍化思想，而且是應共同追求之目標。為達成這個理想目標，如何致力於建立溫暖而富有人性之司法、訴訟制度，無論對於開發中國家或已開發國家而言，都是緊要的課題。在宣明保護生存權、自由權及平等權等基本權的憲法體制之下，固然應肯定個人做為人之價值，而各可追求其幸福、利益，各有應受保障之基本人權。另一方面，在承認國民主權的大前提下，基本人權之實現及具體化，則委諸於國民全體，而為全社會共同且永久的利益。因此，司法之組織及運作必須以尊重人的尊嚴為指導原理，並且應該正面肯定國民之法主體性。在這個指標之下，國民的意志是決定「法」應該如何形成及繼續發展的原動力；而國民是抉擇如何組成、運作司法制度的主體。(註十三)

事實上，在汲汲於黨利黨略、多數決專橫、壓力團體或議事妨礙橫行的議會，民衆的權利、尊嚴或弱勢團體的利益，往往動輒無端慘遭漠視或否定，以致難能期待議會及其所制定的法律發揮應有而正常的保障人權之機能。這種人權遭殃的現象，在行政權過度肥大的國家，更是變本加厲。(註十四)處於這種情境的人民，為維護其應有之尊嚴，益加期待司法扮演更積極的角色，以避免因行政、立法之政黨化或多數決專橫等所造成的危害，而保障人權。可見，尊重人的尊嚴之原理，對於指引司法作用，導向制衡國家權力、保障人權，實屬不可欠缺。(註十五)

不僅如此，司法機關在各該社會所處之地位為何；又，法官是否真能因致力於謀人民之福祉而博得人民之尊敬與信賴，實際上還深受法曹之素養、正義衡平感及其所受教育之質量等因素所影響，而非僅

取決於司法制度之外觀。從這個角度而言，尊重人的尊嚴之原理，也應該是指導法曹養成教育及國民之法意識教育所必要的，因為遵循這種指導原理，才能有助於促使司法與民衆的生活相結合，而確保、維繫司法之存在意義。（註十六）

〔註釋〕

註十三：對於基本人權之保障乃為了鞏固尊重人的尊嚴之礎石。關於基本人權之觀念及其與國民全體之關係，請參照高柳信一「近代國家における基本的人權」（東大社研編「基本的人權(1)」，一九六八年）三頁以下；小林直樹「現代國家と人權——立憲制の人權保障機能の検討」（同研究所編「基本的人權(1)」）一三三頁以下；團藤重光「法學入門」（一九七三年）三頁以下；李鴻禧「保障基本人權思想之本質與變異之研究分析」（同「憲法與人權」，一九八五年）二四五頁以下；H. Maier, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat (1973); B. Schwarz, The Great Rights of Mankind—A History of the American Bill of Rights(1977).

註十四：關於社會福利國家之正面肯定論、其所導致之行政權肥大現象、以及社會國家（Sozialstaat）與法治國家之對立現象或結合可能性，請參照小林直樹·前揭（見註十三）一四七頁以下。

註十五：往昔，在專制國家體制下，欠缺權力分立之觀念，司法與行政不分，人民祇是統治之客體，法及司法裁判均屬便利統治之工具而已。可是，如今，在承認國民主權之民主國家，人民乃以主權者之地位自行決定如何統治，而重視法對於統治之抑制、約束機能。另一方面，民主國家之憲法宣明保障人民固有之基本權利，並在此等權利獲得保障之範圍內，承認多數決支配之原理。在此種憲法基礎上所施行之法治，實際上往往導致多數黨以統治者自居，而將少

數黨或弱勢團體當成被統治者予以支配之境況。為維護、尊重人的尊嚴，自應致力於避免因強凌弱、眾暴寡而成弱肉強食之反人性社會。為此，應健全司法，以防止、排除多數決原理之濫用，並妥為監視、判定立法及行政是否合憲、合法。於是，人民實殷切企盼司法能真正擔負保障憲法所定人民基本權利之使命，此乃民主法治國家之司法所應然。

田中成明·前揭（見註三）一八八頁亦論證、強調：在採用民主制及權力分立制之今日，法院倘未能抑制、救濟人民所受來自立法或行政之權利侵害，司法機關將無從繼續保持其權威，並獲得人民之信賴。

應併此指明的是，於司法扮演積極角色的過程——裁判形成過程，法官除奉守尊重人的尊嚴之原則以外，同時也應遵循以民主體制的憲法為準據之法秩序及諸價值理念。關於此，另請參照 Rudolf Wassermann, Die richterliche Gewalt, 1985. S. 18ff.

註十六：一般而言，法意識（law consciousness, Rechtsbewusstsein）係指稱人就法所抱持之觀念、信念、態度、知識、感情、感覺或意見等，乃一綜括性用語。通常，各該社會往往有其特有之法意識，並隨著其社會內部之階層、地域、世代等等之不同，形成或存在有種種的法意識，當制定法規範或設立制度之際，每規定了其法規範或制度之應有內容，並影響、顯現於該規範或制度之運用上；另一方面，該既存之規範或制度也可能對於國民之法意識發生造形之作用。（參照竹內昭夫／松尾浩也／鹽野宏編「新法律學辭典」一二七九頁。）

法官既與一般社會人同樣營其日常之社會生活，亦有其認為在法領域內應然或不得不然之法意識。此種法意識——法官之全人格——往往對於裁判主文（結論）之形成，具有決定性之影響作用。亦

即，達成判決主文之真正理由，並非僅存在於判決理由所示明者；毋寧是，潛存於判決理由背後之法官所持法意識（綜合判斷標準），對於事實之認定及法之解釋——對於判決主文之形成，實具有決定性之意義。通常，法官之法意識係由多種要素所形成，諸如：法官所受之教育、所處之社會經濟上地位、所體驗之法律上或政治上經歷、所涉及之家族或親友關係、平日所見聞之知識或具有之性格傾向等等。因此，為改革司法，也應致力於法官之法意識調查，並予以科學上之分析研究，此乃我國向來尚未開拓之領域。關於此，另請參照齋藤秀夫「裁判官論」（一九八五年，增補版）八二頁以下；石村善助「裁判官の判決行動のための枠組」（法社會學第二六號，一九七三年）三頁以下；Jerome Frank（古賀正義譯）「裁かれる裁判所（Courts on Trial）」（一九七〇年）二四三頁以下；Benjamin N. Cardozo（守屋善輝譯）「司法過程の性質（The Nature of the Judicial Process）」（一九七二年）一七七頁以下。

基上認識，依循尊重人的尊嚴之原理，在一般之法律教育及法曹養成教育過程，大力充實包含人權意識及憲法意識在內之法意識教育內容，實為促進司法現代化所必要。畢竟，具有形式外觀之法院組織充其量僅粗備司法之骨架而已，苟非由有靈魂之法律家予以運作，仍難謂其為血肉俱全之有機體，自無從發揮司法應有之作用。

（二）對審判機關之民意監控可能性

在揭櫫保障人權而承認多元價值的民主社會，處於平等地位並過著多樣化生活的各個國民，難免因主張權利、利益發生紛爭。這種利

益的衝突，尤其頻頻發生於社會急劇變動的時期。通常，這類紛爭、衝突是一種鬥法的現象，而取決於法院的裁判——也就是取決於職司裁判的法官，因為法的內容為何，是由法官予以宣示的。從這個角度來看，法律主治可說就是法官主治，預測裁判就是預測法的內容；人民信賴裁判就是信賴法官，假使人民對法官不予信賴，則將疏離法官。其結果，裁判就難以發揮應有的作用，人民將傾向於自力救濟或使用暴力解決紛爭，社會也將陷於不安。由此可見，設法使國民信賴法官是非常重要的，而且，國民控制了法官，才算是控制了社會，假使對於法官的控制，不是以民意為基礎的話，社會就容易走向獨裁、專制。

除此以外，由於社會隨時不斷的變遷、發展，法的解釋、運用也必須因應社會的新需求，而不應該違反時代的潮流。因此，法的解釋者、運用者即法官，必須有敏銳的時代觸感，而以嶄新的社會意識為基礎，來靈活運用法律，才能滿足人民的新需求。從這個角度來看，應致力於使民意能隨著時代的變動，適度反映於司法，而讓國民能直接、間接監控審判機關。這樣做，是為了貫徹國民主權的原理所必要的。這是有關於如何促使司法民主化、如何以民主的方式來產生法官的課題。

不過，如上所說明，現代的司法也負有公正監視政黨鬥爭或救濟少數人遭受多數意思所危害的使命。因此，司法運作者即法官之遴選、任命或法院之組成，亦不宜完全採用多數決方式來處理。這可說是司法的民主化所面臨的進退兩難之境。（註十七）

為了合理解決司法組織民主化的問題，今後應該就相關的各種制度，分別探討其利害得失，而有所取捨。關於這方面，可供研究的制度例如：法官民選制（註十八）、法官任期制或法官遴選之國民審查制或法官人事諮詢制（註十九）、法曹一元制（註二十）、陪審制（註

二十一)、參審制(註二十二)等等。探討這些制度在何等範圍內或何種條件下,是否值得部分或全部採用,是司法改革的課題。

[註釋]

註十七:為減少或防止法官之遴選、任命被恣意濫用,致悖逆司法民主化之精神,可考慮採行之措施有種種,例如:(1)在法官之選任係採用官僚制模式之情形(此種模式係指:關於法官之選任,僅顧慮法官對於依民主程序所定法規之忠誠,而不論其思想。在此,係依法定之法規適用能力判定標準,遴選法官而任用之),可預先循民主程序,就任命權(任命法官之權)之行使,訂定明確之準則,以防杜任命權者上下其手、恣意任命。(2)在法官之選任係採用法曹一元制模式之情形(此種模式係指:由律師團體——法律家團體——選出法官,此之法官乃法律家,其據以裁判之法係以其良心從理論上探求而得之自然法),則可由律師團體(律師公會)循民主程序推舉法官。在其推舉之過程,亦可在一定條件下,委由法律專家學者參與遴選法官適格者,以資推舉。(3)在法官之選任係採用政治模式之情形(此種模式係指:在選任權者可能負政治責任的前提下,考慮法官之思想而予任命,其法官為政治家、裁判準則係以政見約束為基礎。在此種模式之下,制度上採民選制較諸採任命制,更具民意監控之色彩、要素),則可循民主程序追究選任權者之政治責任。例如,在由最高法院法官會議行使任命權之國家,可設法使公開該會議之情況,並可經由國民對該會議之成員(參與會議之法官)為信任投票或依國會之彈劾,使政治責任明確。〔參照所 一彦「裁判の民主的統制と獨立——複數モデルによるアプローチの試み—」(法社會學第二六號,一九七三年)七頁以下。〕

註十八:為避免裁判疏離民意,由人民以選舉之方式,依一定程序選

出法官,被認為係最民主的方法。法國大革命後,曾採用此種方式。當今,在美國,許多州係由國民從律師之中選出法官;在瑞士,大部分的州亦採選舉方式,可選出非律師擔任法官。

徵諸美國經驗,法官民選方式之弊害為:

(1)由於法官職務之性質、內容具技術性、專業性,選民往往欠缺足夠而相當的預備知識,致無從判斷候選人是否具有適任法官之能力,難為審慎之選擇。此亦為民眾常不關心法官選舉之一因。其結果,有關選舉之資訊多得自政黨之提供,不易選出具有獨立性之法官。(2)在選舉過程,每多受具有政治上影響實力之人或政黨所操縱(在一黨獨大之地區,由其領導者指定;在多黨相抗衡之地區,則基於政黨協商產生);或受大眾傳播所左右,致未必真正基於民意為選擇。因此,即使真有才能之法官適任者,由於難耐選舉活動之煩瑣或花費,每望而卻步,而未能當選;其出而候選之人,則可能因激烈之參選活動終致損傷司法威信。又,其因得助於政治勢力而當選之法官,於就任以後,難免復有受制於政治上因素為不公正裁判之危險。(3)為探求民意所必須採行之改選或較短任期制,常對於法官活動造成不利之影響,且使法官地位處於不安穩的狀態。因此,有才能之律師多不願輕易離去已具堅實基礎之律師事務,而斷念於候選。——參照J. Hall, *The Selection and Retirement of Judges*, 37 OHIO Bar Ass'n Proc. 139(1915), [quoted in M. Pirsig, *Cases and Materials on Judicial Administration* 678-680(1946)]; J. Peltason, *The Missouri Plan for the Selection of Judges* [University of Missouri Studies, Vol.20, No.2]65-66(1945); A. Vanderbilt(ed.), *Minimum Standards of Judicial Administration* 12-15(1949); John V. Lindsay, *The Selection of Judges*, 72Case & Comment 24(1967); Glenn R. Winters and Robert E. Allard, *Judicial Selection and*

Tenure in the United States, in Harry W. Jones(ed.), *The Court, the Public and the Law Explosion* 156-162(1965).

此外，瑞士之所以能持續採行法官民選制，一般認為係得助於其人民有高度之民主素養，且其國內之黨派對立並不激烈等客觀條件〔按：在瑞士，其聯邦最高法院法官係經由聯邦議會之選舉而被任命；其大部分州之州法院法官及院長則經由人民直接或州議會之選舉產生，多為法律外行人，往往適用活生生作用於實際社會之法規範為裁判，帶有濃厚的仲裁法官（Schiedsrichter）之色彩，而非國家的官僚；其任期不長，雖可連任，但非為終身職〕。〔參照 Uhrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, S. 115 ff. Reichel, *Bestellung und Stellung der Richter in der Schweiz und im künftigen Deutschland*, S. 1ff.〕在欠缺此類條件之社會，宜否遽採全面性法官民選制，仍多疑問。如此觀之，法官民選制既然存有種種缺失，為兼顧或鞏固司法之民意基礎，如何改革法官民選制或彌補其缺陷，乃成為課題。關於此之改革方案例如：

可併採諮詢委員會制及國民審查制。亦即，先由最高法院法官、律師公會推荐之律師及一般公正人士（非法律專家）等各若干人（三—五人）組成法官遴選諮詢委員會，繼由同委員會在不競選的情況下，遴選律師中具相當資格、能力之人為法官候選人，推舉於任命權人（如：在美國為州長）任命之。然後，於被任命為法官者任職經相當期間時，再由民眾循一定程序，為審查投票（信任投票），以表明對於該法官是否信任、應否留任。此無非是任命制與民選制之妥協、折衷。——參照上揭文獻及 A.Kales, *Methods of Selecting and Retiring Judges*, 11 J. Am. Jud. Socy 133(1928).

此種選任法官之方式，一方面有助於避免上述政治性選舉活動之弊害；一方面人民對於法官之選任尚保有否決權，可某程度將民

意反映於司法。此制與如下——註十九——所述之國民審查制，倘能妥予規劃或改造，亦可轉用於採考選、任命制之國家（如我國），資以對任職中之法官（含行政法院評事），為相當之評鑑；又，可對於大法官定期為信任審查，以實質上發揮民意監控司法機關之作用。

應附言者，法官民選制或上述信任投票制（國民審查制）之採用，對於促進有法令審查權或違憲立法審查權之法官（大法官）更加靈活行使該權能，以反映較確實之民意，固然多有助益，此亦為向來贊成法官民選制之多數論者所強調者。可是，此等制度之功能發揮，與法院是否被賦予違憲審查等權能之間，尚非有必然而不可分之關連。在急速不斷變遷的社會，職司裁判的法官常須保有嶄新的社會意識及敏銳的時代觸感，始能有助於作成足以迎合人民新需求之裁判。為此，基於國民主權之原理，應認真繼續探討如何酌採上述的法官選任諮詢委員會制、國民審查制或法官評鑑制，使其發揮防止法官之意識僵化、悖逆民意或時代潮流，並促進司法新陳代謝之功能。此項探討工作尤應推動於：法官之任免、轉任、遷調較易受黨政勢力所控制、影響的社會；因採法官終身職，以致法官之知識能力容易陷於停滯不前的社會。蓋以在此類社會，主權者即國民之尊嚴、權益常有無端遭受犧牲，致司法漸失其存在意義之危險。

註十九：關於民意直接、間接監控審判機關之方式，在日本，就最高法院法官之任命係採國民審查制（依日本憲法第七九條、裁判所法第三九條等規定，由國民循一定程序對於內閣所任命之最高法院法官，於其初任後及每任職十年，投票表示是否信任；亦即對於經內閣任用為法官者，審查是否應予罷免或使辭職。此對於受信任之法官而言，則無異於投票補強其民意基礎，猶如法官民選者然）；就下級法院法官之選任則採任期制（依日本憲法第八十條、裁判所法第四十條之規定，其下

級審法院法官之任期為十年，經再任命之程序得續任），藉以兼顧國民監控司法之要求及排除法官不適任者之要求（遴選能力勝任者為法官之必要性）。在此雖無詳論其制度內容及運作狀況之餘裕，但關於其制度之功能及法理基礎，須特予指明的是：

就國民審查制而言，具影響力之學者認為：該制度縱使在運作之方法細節上，尚有待改進之處，但因其係反映民意於法官人選之重要手段，實為貫徹國民主權之原理所必要。尤其，此種必要性應隨法官權限之增大而提高（按：依日本憲法第七十七條、八十條、裁判所法第十四條等規定，最高法院所掌司法權包含違憲立法審查權、有關規法官、檢察官、律師之規則制訂權、對下級法院法官之人事權、廣範圍之司法行政權及法官、律師培訓養成教育之掌管等）；在法官民選制之弊害尚難去除，而不宜遽採其制之狀況下，國民審查制實有助於促進司法之民主化，經由對法官之業績審查以確保其有較高之能力水平及防止形成司法的寡頭制（judicial oligarchy）或司法獨裁。——參照兼子 一＝竹下守夫「裁判法」（一九七八年）二一一頁；田中英夫「英米の司法」（一九七三年）四二二頁以下；小林孝輔「最高裁判所裁判官國民審查制論」（利谷信義等編「裁判と國民の權利」，一九七八年）一一七頁以下；平野 武「裁判官の任免制度と國民審查」（法律時報第五三卷第三號，一九八一年）六五頁。

又，就任期制而言，其反對論者或法官終身職肯定論者係以保障司法或審判之獨立為論據，主張法官身分繼續之原則；對此，任期制肯定論者則強調：為防止司法之停滯，應預設排除不適任法官之道，使主權者之國民在法官被任命以後，如發現其欠缺法律家能力時，有予以直接或間接監控之可能云云（參照田中英夫·前揭四三六頁以下及其中所引用之諸文獻）。不過，所謂司法或審判之獨立，乃為達成司法保障人權之使命而被承認，係指獨立於阻礙達成此項

使命之其他權力或干預而言，絕非意味司法可獨立於民意監控之外，更非即明認司法之獨裁。因此，問題似在於是否備有民意監控審判機關之制度，以及如何予以充實，使其臻於健全；亦即，不應僅斤斤於爭論究應採法官任期制或終身職制。

基上認識，縱使在原則上承認法官終身職制之前提下（如：在我國），亦不應無視國民主權之原理及據此是認民意監控審判機關之必要性。為達成此目標，國民審查制或任期制均屬值得供為探討其採用可能性之一種手段而已，不應全然否定另外或同時充實其他制度之可能。並且，在法官考選、任用制度不夠健全之社會；或在法官之學識能力水平難免因終身職制之採用致陷於停滯之社會，為因應現代社會對司法裁判之新需求，尤須併將視野擴展於裁判機能論〔見本文「貳(二)、(三)」及註九、註十〕，為其預備民意監控司法之制度，而不宜僅留意純憲法理論以立言。

果然，關於法官（含行政法院評事）之任免、轉任、遷調、考核或獎懲，是否能有助於發揮司法裁判之現代機能，而無悖於國民主權之原理，並非取決於形式上有無設置人事審議委員會（如：我國之司法院組織法第二十條所定者）或是否承認上級法院法官對法官人事有參與之地位。重要的是，有關法官人事職掌者（該類委員會成員）之產生程序及其審議運作之程序，是否在客觀制度上足以讓國民（或：可認為代表國民之通常意識觀念者）相信其遵循國民主權之原理——國民監控可能之要求（如：無導致司法寡頭制之虞）、公開之要求（如：程序處於可受檢驗之狀態）、平等之要求（如：禁止以黨政上之理由為差別處理；非處於可能受特定黨政勢力控制、影響之狀態）、公正之要求（如：對於受差別處遇者，賦予請求救濟之機會）及確保法官適才適任之要求（如：法官之任用、法院首長之選任係以確保司法權之獨立及法官之獨立為著眼點——以社會人民之需求為標準，

此項標準非單由可能受黨政勢力影響之司法官係所擬定)等。

為此，今後可探討解決之問題如：應如何設置司法或法官人事諮詢委員會，而以相關各階層之代表者為其成員？[如：由法院院長、法官團體所選出之法官代表、律師團體所選出者、學術機構所推舉者等組成之。要之，其成員須非由有任命權者指派。此類委員會之設置，有助於實現如下——註二十——所述法曹一元制之精神、理念，而避免因司法官係之專擅、獨「善」，招致司法疏離國民。在日本，社會一般早已形成共識，認為法官連任制度之運作，特須廣徵法界各方之意見。為此，其法界乃決議成立司法協議會，由法官、律師及法學界公正人士共同參與推動法官連任制度之健全運作，並促進司法之民主化——兼子=竹下，前掲二〇四頁；ジュリストNo.307（一九六四年）二三頁以下、七五至七六頁。反觀我國，目前，社會對於提昇司法威信之企求，實有過於日本而無不及，且無如日本設有國民審查制及任期制。因此，在我國，亟應該設置上述諮詢委員會，以贏取國民對法官連任之信賴。此種企圖改革之意念，豈有反較日本微弱之理？]又，應探討：如何賦予該委員會之議決對於任命權者具有相當的拘束力（如：任命權者僅得從該委員會所議決推舉之法官中連任之）？在承認人事審議委員會或上級法院法官會議對法官人事有決定權之情形，除考慮同時設置上述諮詢委員會協同運作以外，該審議會之成員是否應由法官所選出之多數代表充任？

與此有關，在德國，依其法官法第四十九條以下之規定，除法官考選委員會（Richterwahlausschuß）外，尚設有法官任用陞遷諮詢會議（Präsidentialräte），藉以避免基於政治上理由連任法官。晚近，此項避免政治干預法官人事之旨趣，更為一般所強調，而傾向於認為應由法官以秘密投票方式產生代表，參與連任法官[參照ウイラム・ゲック，前掲（見註五）一二二頁以下、一三七頁]。此類制度

措施亦有助於因應目前我國國情之需要，蓋以在我國之歷史、文化背景上，司法動輒受制於黨政勢力，此乃健全民主法治之一大阻礙，因此，為長治久安計，社會對於排除該阻礙之需求，實逾於德國。

以上有關健全法官人事制度之說明，亦有益於從制度上促使國民相信司法及法官為獨立，並可提供相當之評估標準，藉以測定對法官之職務監督（如：對法官之考核）在何前提下始可能尋得其正當化之根據。亦即，越是常處於可能受黨政勢力左右致有害於法官獨立或非民意所易監控其所為之狀態者，就越不應該且不適宜成為有職務監督權之人。準此以觀，就有關法官之考核而言，重要的是，應致力於設法排拒處於上述狀態者掌職務監督權或法官人事權。至於有關法官考核制度應存應廢之探討，似非解決問題之關鍵。因此，他國（如：日本）亦設有法官考核制度一事，並不足以成為我國制度無須改弦更張之論據。（關於日本司法制度之官僚性及其重點批評，請參照平凡社百科年鑑一九八七年版二四一至二四二頁）又，在法官民選制或任期制之下所主張之法官考核制度否定論，亦不當然可全面適用於終身職制下之我國現狀。

綜上所述，司法院組織法第二十條之規定及其相關司法人事行政措施，應有重新檢討修訂之必要。

註二十：關於法官之連任，英美向來係採用所謂法曹一元制（指：按法官之職缺需求，遴選業經相當歷練而學驗俱豐之律師充任法官，並無陞遷、調任之制度）。在日本，法界朝野早已達成之共識認為：此制度之採用，有其應先具備之前提條件，非一蹴可幾，但其制度之精神、理念在於貫徹司法裁判之民主化，值得共同追求，並應以此為指向，致力於改善其屬大陸法型之職業法官制（指：自始即從律師界以外之一般社會考選儲訓候補法官，而後予以任用為法官，並隨年資而

陞遷、調任之制度——我國向來亦採之。)縮短制度之理想與現實間之差距，以減少或排除民眾對法官之不信賴。〔參照我妻 榮=鈴木竹雄=兼子 一=平野龍一=加藤一郎=三ヶ月 章等「臨時司法制度調查會意見書について」(ジュリストNo.307,一九六四年)一〇頁以下、七三頁；兼子=竹下・前掲(見註十九)二〇三頁、三三九頁；田中英夫・前掲(見註十九)二六〇頁；同「法形成過程」(一九八七年)二二五頁；利谷信義「司法修習における裁判官像」(法社會學第二六號,一九七三年)三五頁；大阪弁護士會「法曹一元運動の歴史と現代的意義」(「自由と正義」一九七六年一月號)二一頁以下；樋口俊二「先人に學ぶ法曹一元の現代的課題」(「自由と正義」,一九八八年二月號)三二頁以下；同「民主的司法と法曹一元」(東京弁護士會編「司法改革の展望」,一九八二年)二一五頁以下；潮見俊隆「司法の法社會學」(一九八二年)一九八頁以下；荻原金美「法曹一元(論)の試論的検討」(神奈川大學研究所研究年報4,一九八三年)一頁以下；下村幸雄「法曹一元について考える」(「自由と正義」一九八八年二月號)五四頁；橫山晃一郎「誤判構造と法曹一元」(同上)五九頁以下；谷口正孝等「いまなぜ法曹一元か」(同上)四頁以下。〕

為便利省思今後應如何遴任法官，改革現制，始能有助於司法之現代化，以下想在本文論述所必要之範圍內，就法曹一元之若干論點，略加闡釋：

(1)關於法曹一元之意義，向來每因論者之異而為不盡相同之指稱。亦即，其意義之第一種指：儘可能從律師、檢察官遴任法官；或同時亦從律師遴任法官及檢察官，使其間互相交流。第二種指：法官、檢察官及律師均自覺負有司法制度運作者之共同使命，而互相了解，尊重彼此之職責，本於三者間之親密感、整體感，同心協

力善為運作司法制度。第三種指：就法官、檢察官及律師等三者之最初養成階段，予以統一，此乃起步階段的法曹一元。第四種指：專從具有律師經驗者之中，遴任法官或併行遴任檢察官；或專從具有律師、檢察官等經驗者之中，遴任法官。

就我國目前之狀況而言，第一種意義的法曹一元，在制度上係屬可能，但受限於公務人員任用資格等現實條件(見司法人員人事條例第九條第一項第三款、公務人員任用法第三十二條但書及司法院訂頒之「遴選律師充任法院推事要點」)，其運用之成效未必能預期。第二種意義的法曹一元，係有關於司法制度運作之精神、理念方面，其主張應屬當然，今後如何從教育上予以加強，乃另一問題。第三種意義的法曹一元，係我國向來所忽視；尤其，非若日本(自第二次大戰以後，日本係由最高法院合一培訓法官、檢察官及律師，為期至少二年，其經費由國庫支應——依裁判所法第六七條)，我國向來之司法改革論者，鮮少充分留意於致力規劃律師職前教育之必要性及重要性，為一缺憾。不過，在日本，法官、檢察官及律師之合一考訓，曾導致司法研修所之結業者多志願從事律師業務，而較少志願成為法官或檢察官等現象，其政府乃有將律師志願者予以分開培訓之議(參照朝日年鑑一九七一年版三二三頁)。此議雖因律師界等方面之反對而未付諸施行，其間問題之解決，仍有待第三種意義的法曹一元論者預為之謀。又，近年來，日本司法研修所之結業學員中，志願成為檢察官者日少，例如，一九八七年之結業者四百四十二人中，經任用為候補法官者六十一人，檢察官僅三十七人(見一九八七年四月四日讀賣新聞或法學教室No.80第一五四頁)。

至於第四種意義的法曹一元，則係與向來所採之職業法官制相對立，在制度上涉及較多問題，仍待審慎探討、評估其得失。關於此，我國之問題狀況多與日本相類，以下之分析、說明，可供參

考。

(2)與職業法官制相比較而言，法曹一元制具有如下之主要長處：①為貫徹民主法治之精神，須讓國民有司法乃其自有之意識，並進而使民意能反映於司法運作。平日，律師既然較職業法官更常與民眾接觸，為民眾之友，對於民眾需求之熟知程度，遠超過於自始並無深厚之人生社會體驗即被任用為職業法官者。因此，倘能遴選律師為法官，當可使司法裁判與國民生活之血脈相通，達成上述司法民主化之目標，並鞏固以國民為基石之法官遴任制度。②與職業法官不同，律師之人格情操、學識經驗、能力信譽等係經社會（當事人雙方、律師同業、法官、法學者及一般人民）之長期間不斷批評、考驗，始凝聚成定論。因此，遴選富經驗之律師從事審判，實即意味使具有開闊視野之識者運作司法，自屬大有益於作成切合社會實情真相之裁判，並增強國民對司法之信賴。③律師經由其長年之當事人活動，可先體驗到被裁判之感受，更能孕育與職業法官所體認者異質而堅實的人權意識，洞察人性事理，了解民眾之疾苦，而不沾染官僚習氣。此種特質，誠非僅憑特（高）考合格及受短期司法官訓練即被任用為候補法官者，所易修得。④為提昇司法運作之效率、健全妥善行使訴訟指揮權之環境，應先排除法官與律師之對立感，積極培養法官與律師為實現正義而協力之主動心態。此目標之達成，實有賴於法曹一元制之確立，並非單靠職業法官之努力所能竟其功。⑤……

對此，職業法官之肯定論者卻指述，法曹一元制含有如下之主要缺點：①與律師所經驗者每偏向於維護當事人利益之情形有異，職業法官較易修得基於公正、中立之立場，為安定性判斷之能力。②比諸法曹一元制，職業法官制較適合於培養法官具公平、廉潔之美德，並且宜於將具有相當素質、能力水平的法官，公平分派於全

國各地。③職業法官仍可能獲得國民對裁判之信賴，未必較有律師經驗之法官更不民主。④除了社會經驗以外，律師之其他方面學識能力往往不比職業法官更豐富。

其實，上述之法曹一元消極論，亦未否定司法民主化之必要性及促使國民信賴法官裁判之根本上重要性。處此多元價值之社會，司法裁判之作成須兼顧多方觀點，並審慎考量各該時地之國民生活實情。就此而言，上述法曹一元肯定論實屬不容漠視。為此，應立定短、長程之目標，致力於充足其制度實現之前提條件，而在其條件充足之範圍內，儘可能併遴選學驗俱豐之律師擔任法官，此乃司法現代化途上之要務。

(3)關於實現法曹一元制所必要之前提條件或應採、宜採之關連措施，其主要者是：

①應計劃性增加律師名額，並設法鼓勵、誘使具有優秀資質、潛能之人才應徵（考），以充實法官供給源之量與質。〔關於各主要法治國之法律家（在此指法官及律師）人數，請參照〔附件一〕及〔附件二〕之比較圖表——引用一九八六年五月之日本最高裁判所「裁判所便覽」〕為此，一方面應徹底檢討向來之考選方式（應設計相當之考選方法，據以判定應考人是否具有法律思維能力、說服力、獨創力、分析力、剛正不阿性、堅韌性、開闊的視野……等法律家應備之資質），重新研擬具前瞻性之法官遴任制度；另一方面，應擴大國民對律師業務之需求量，改善律師業之生態環境。（關於德國律師過剩現象之實態調查研究，請參照Dieter Strempe/Heinz Lanfermann, Nach Rach Richterforschung nun Anwaltsforschung, Untersuchungen über Tätigkeit und Situation der Rechtsanwälte, DRiZ Februar 1986, S. 75, 76.）

②應健全、強化國民之法意識（見註十六），加深國民對司法

裁判機能、法官及律師之職務、使命等之認識與了解，以促使國民普遍認知循司法程序救濟權利侵害、解決紛爭之重要性。如此，始能有助於強化國民對法律家之親近感及信賴。

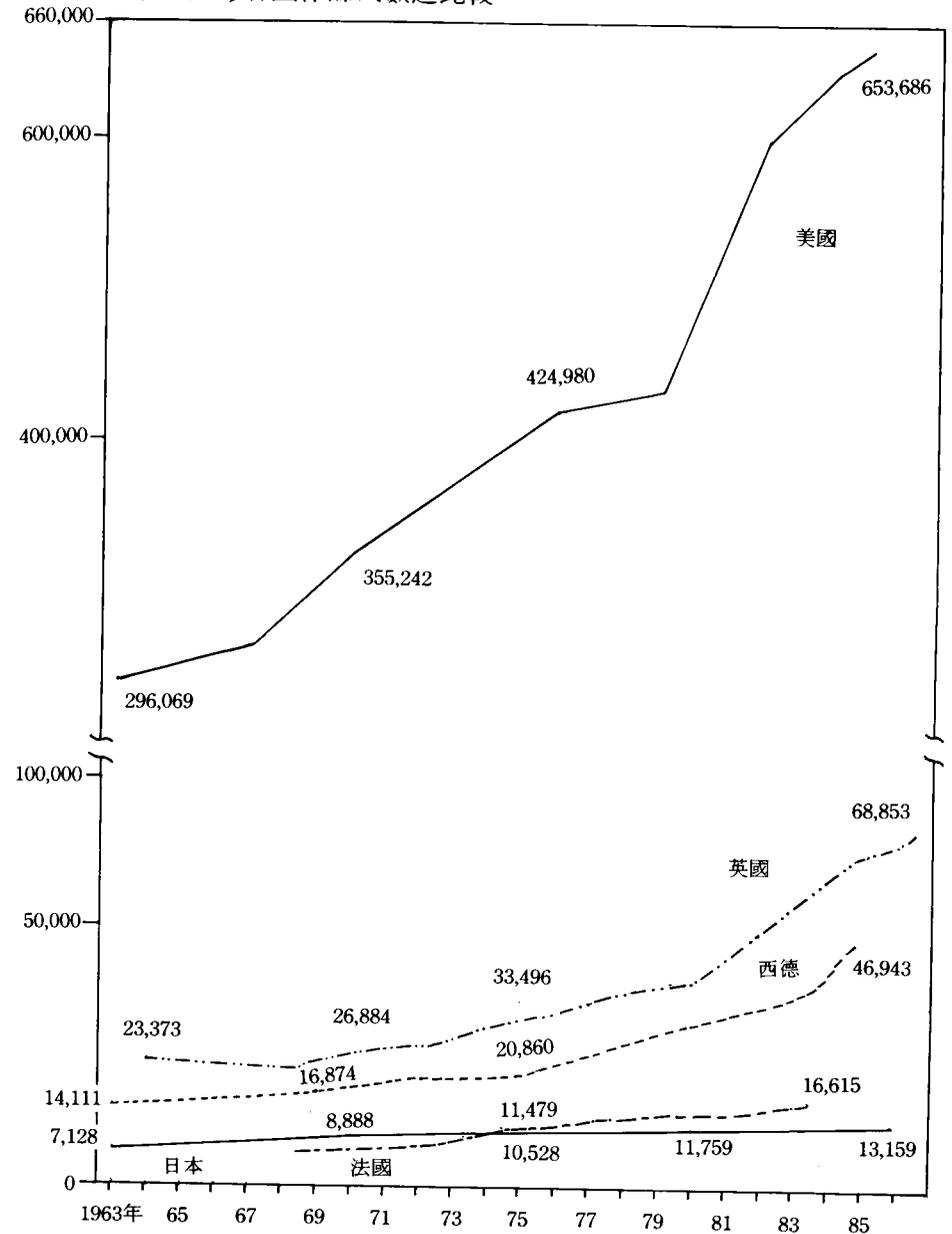
③就法官之任用方式及待遇，應另設異於一般公務員之特別規定或條例（應修訂上述有關司法人事之法規），對於經遴選為法官之律師應給予較優厚之待遇，並為之設立異於一般之退休、優遇制度；又，應徹底改革訴訟程序制度、探討設立司法輔助官（法務官）制度之可行性等，以減輕法官之負荷，改善其工作環境。如此始能有助於誘導人品學驗俱優而已有相當業務基礎之律師（如：已執業十年以上之律師）積極應徵為法官。

④應設法使律師平均分散於各地，勿集中於大都市，求得城鄉法律服務之質量的平均化，便利人民使用法律制度，全面性活絡律師業。為此，應考慮：責由律師團體要求律師負有依議決在特定地區服務相當期間之義務；擴充地區分屬制；責由地方政府或律師團體提撥一定經費或基金，對於報酬收入未達一定金額之特定地方律師，給予合理之補助等等。

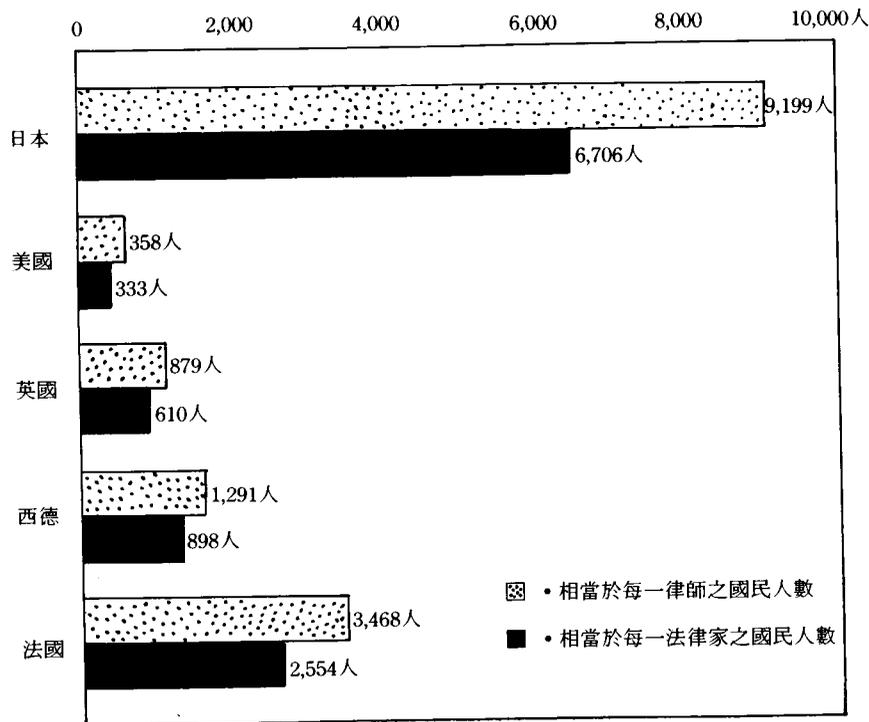
⑤在交通事業已相當發達的今日，應考慮兼採巡迴法庭之方式，由富律師經驗之法官職司審判，且可使其參與運作新設之簡易訴訟制度，以充實審理之內容，而收提昇裁判品質之效，然後以此作為限制上訴第三審之正當化根據，全面性減輕法院之工作負荷。就此類事件，倘能同時考慮改採覆審制，則收效必更宏大。（關於簡易事件應由經驗豐富的法官處理及應重視覆審制之功能，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十二次研討會之分析、說明——載「民訴研討(三)」四九二頁、五二九至五三〇頁。）

⑥應健全律師公會之功能，使其負強化律師之倫理及繼續（在職）教育等責任，以普遍提昇律師之平均素養水準，利於從中

〔附件一〕各國律師人數之比較



〔附件二〕各國法律家人數之比較（相當於每一律師之國民人數）



遴選質優之法官。

⑦推廣並強化律師聯合事務所之組織，並責其培育富學養之優秀律師，供為遴選法官之用。……

註二十一：陪審制度發源於英國，而傳於美國，在此制度下，法院係由法官與陪審員（法律外行人十二名）所組成，而由陪審為事實認定（如：在刑事案件，認定犯罪事實之有無），然後由法官為法律判斷（在刑事案件，由法官量刑）。由於司法裁判程序直接涉及國民之生命、身體、自由、財產或法律地位，如完全委由法律專家即法官控制運作，而一概不容許一般國民參與，自未能貫徹國民主權之原理及司法民主化之精神。因此，探討採用陪審制之可行性，應亦屬司法改革之一課題。

陪審制曾被當成司法民主化之手段，引進於歐洲大陸，例如，法國係於革命當時採之，而德國、義大利則在十九世紀予以引進，後來，法西斯政權基於政治上理由廢除意國之陪審制；德國已全面性改採參審制。在英美，關於陪審制之運用亦多受批判，而且就民事審判，已漸不採陪審方式。於今，尚採行陪審制之主要國家有英、美、加拿大、瑞士、比利時、挪威等。至於在我國及日本，晚近，若干論述仍陸續對於陪審制之採否，表示相當之關注。〔就此，請參照中原精一「陪審制度と憲法論の輪廓」（法律時報第六一卷第二號，一九八九年）七〇頁以下；櫻田勝義「アメリカ陪審裁判の實證的考察」（法律時報第三〇卷第六號，一九五八年）四三頁以下；田中英夫「アメリカの社會と法」（一九七二年）二三〇頁以下；同・前掲「法形成過程」二三一頁；兼子=竹下「裁判法」二八頁；小島武司「陪審制度の改革」（「民事訴訟の新しい課題」，一九七五年）二五頁，Rudolf von Laun, The Rise and Fall of Trial by Jury in Germany（北大法學論集第三九卷第一號，一九八八年）二一〇頁；三宅省三

「陪審」(東京弁護士會編「司法改革の展望」,一九八二年)一四一頁以下;利谷信義「戰後改革と國民の司法參加」(「戰後改革4」,一九七五年)七七頁以下;米田樹一「アメリカのPL訴訟と陪審」(アメリカ法1990-2)一六九頁以下;丸田 隆「アメリカ陪審制度研究」(一九八八年)一五頁以下;同「民事陪審をめぐる神話と現實:なぜ民事陪審制度が必要か」(アメリカ法1990-2)一七九頁以下;朱石炎「論陪審制度」(法令月刊第三四卷第五期,一九八三年)一一頁以下;邱聯恭「談司法首長會議關於送閱制度及兩階段分案之決議」(萬國法律三二期,一九八七年)五一六頁;藍瀛芳「也談法國的陪審制度」(司法周刊三五八期,一九八八年)二頁。]

關於陪審制之贊否論據,略為:

其贊成論之理由是:(1)國民經由陪審直接參與司法運作,可貫徹國民主權之原理,此為司法民主化之捷徑而有助於抑制官僚主義之擴張,在審判制度內發揮權力制衡之功效。(2)由於國民以陪審員之地位所作成之事實認定,係將社會正義反映於紛爭解決過程,而對於被告之命運發生決定性之效力,此種體驗具有相當重要之教育功能,可加強國民協力於健全法律(司法)制度之責任感及使命感。(3)陪審員既為多數民眾,且與被告(敗訴者)具有社會地位上之同質性,可在法的形成、判斷過程表達生活共同體的價值觀,其判斷較諸單由職業法官所下裁判,更能獲得當事人之信服。(4)陪審制度之採用有助於發揮言詞審理主義之功能,使刑事被告能徹底為獲得無罪之判決而爭。因此,在受有罪判決以前,係實質上推定刑事被告為無罪。(5)就較難期待職業法官為有罪或無罪判斷之情形(如:猥褻等應依社會一般通念為判斷之犯罪、牽涉國家政策之政治性犯罪),較適宜於委由陪審判斷。(6)陪審制有助於追求達成具體妥當性之裁判,非若職業法官之裁判過分偏重法的安定性。(7)因陪審之判斷無

須附理由,所以在起訴不當之情形,即可為無罪之判決。

至於陪審制反對論之理由則是:(1)國民在已習慣於職業法官制之情形下,難能適應由自己行使職權為專門技術性之事實認定。(2)源於判例法國家之陪審制,不適合採用於成文法之國家。(3)除了重視具體妥當性之追求以外,法的安定性及預測可能性之追求亦屬裁判所不可欠缺之目標,此為陪審制度所不易達成。倘因採用陪審制之結果,造成過多無罪判決,將使社會秩序陷於難以維持之狀態。(4)陪審制不適宜於「以和為貴」之民族性。(5)不具理由之判決不足以說服當事人;尤其,因社會生活複雜化之結果,人民間之思想、信仰、觀念亦趨於多元化,甚至互相尖銳對立。在此情形下,似不易求得國民間之共通意識,作為陪審認定事實之基礎。(6)能否避免陪審員感情用事,而為情緒化之裁判,亦屬疑問。尤其,像選舉之類的案件,倘委由陪審審判,將難免引發派系之爭,而作成黨派性裁判,反而有不公正之虞。(7)涉及高度技術性的民事訴訟事件,顯較適合於由職業法官為審判。何況,就一般事件而言,陪審員未必有充分的事實認定之能力與知識訓練。(8)因陪審之審理可能招致勞力、時間及金錢上大量浪費,將此浪費轉嫁於一般人民(納稅人),殊非公平。

陪審制之長、短,俱如上述,乍見之下,其取捨似非容易。可是,紛爭、案件之類型原有多種多樣,而各有其特性需求。其中,有特別需求作成慎重而正確之裁判者;有偏重需求作成迅速而經濟之裁判者;此外,對於達成具體妥當性、法的安定性或預測可能性的裁判之需求,也可能因紛爭、案件類型之不同而異其程度。有鑑於此,為滿足各種類型不同的紛爭、案件之特性需求,今後應探討採用陪審制之可能範圍及其前提條件,為此應致力於篩選適合且需求採用陪審制之紛爭、案件類型,而為其設置可資利用之陪審制,

並依其類型之特性、需求，改造並充實必要之制度內容。此猶如亦應為適合且需求採用職業法官制之紛爭、案件類型，充實其必要的制度內容。在此，係承認陪審制與職業法官制可能且有必要為制度功能之分工、併存，以分別滿足各該時、地類型互異的紛爭、案件之不同需求。此種類型功能論之拓深，應為今後立法之前導。〔與此處之理論體系相通的紛爭事件類型審理必要論，請參照邱聯恭·前揭（見註九）「程序保障之機能」一七一頁以下。〕

不僅如此，基於國民主權之原理及國民之法主體性，應認知司法制度係為國民而存在，應為便利民眾之使用而設計。基此，在一定範圍內（如：在司法政策上，認為可容許國民對程序制度有某程度處分權能之情形），應考慮設置選擇可能之二種或二種以上的制度，供當事人或一般民眾，依紛爭、案件類型之需求的不同為選用。例如，容許當事人就某類型紛爭可選用仲裁制度或僅由職業法官運作之審判制度；另者，就他種類型之紛爭，則容許其選用由陪審認定事實之審判制度（如：就特定類型案件，在刑事，於被告為請求時，在民事，於雙方合意時，許其選用陪審制）。能如此，其裁判將更能獲得為選擇而遭敗訴判決者之信服，國民就較可受完整的訴訟權之實質上保障，而有助於促使司法真能成為國民之所有。〔關於類此之程序選擇權論，請參照下述註五十九內(3)之說明；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之分析、論述——載「民訴研討(三)」(一九九〇年)七二八頁及七四五頁以下即法學叢刊第一三九期一三六頁以下〕

註二十二：與陪審制有所不同，在參審制度之下，法律外行人之參審員（參審法官——Schöffe[n]，亦即名譽職法官——ehrenamtlicher Richter）係與職業法官（Berufsrichter）一同組成合議庭而為其庭員，雖不得成為審判長，但就事實問題及法律（適法、量刑等）問題均參與裁判，而有同等參與評議之權限、地位，藉此可反映平民之

法意識於司法裁判中，並提昇人民對裁判之信賴。此外，參審制之採用，另被驗證為可能發揮教育民眾之功能。此種參審制始見於往昔之日耳曼法，而自一九二〇年代為德國所採用。現在，義大利、瑞典、冰島、丹麥、芬蘭、蘇聯及中國大陸等均採參審制，法國則於九名陪審員為評議時，加入三名法官參與裁判，是一種帶有參審色彩的陪審制。又，比利時、挪威、奧地利等歐洲諸國所採行之陪審制，尚與英美之陪審制在態樣上有所不同。例如，奧地利刑事訴訟法（第三二四條）承認法官得於陪審員為評議時在場，並由陪審員與法官共同就量刑為判斷（同法第三三八條）。瑞士日內瓦所採陪審制亦然。日本既無陪審制亦未採參審制，此為造成國民生活與法律疏離之一因，乃其司法制度之一大缺陷，屢遭批評。〔如：利谷信義「國民生活と法律のへだたり」（時の法令No.1236，一九八五年）二四頁〕如今德國已大為擴充參審制，而普遍採用於其五系列法院（普通法院、社會法院、勞工法院、行政法院及財務法院）（vgl. E. Klaus, Ehrenamtliche Richter, 1972, S. 74; Hauser, Am Ende von Schwur- und Geschworenengericht?, Schultz-Festschrift, 1977, S. 275 ff.; Eduard Kern-Manfred Wolf, Gerichtsverfassungsrecht, 5. Aufl. 1975, S. 150ff.）

以德國為例言之，係於區法院附設區參審法院；而於地方法院視實際需要設參審法院，置民事庭、刑事庭（含大、小刑事庭），且得置商事庭。在刑事審判，區參審法院及小刑事庭各由職業法官一名、區參審員二名；大刑事庭由職業法官三名、參審員二名分別組成。又，在民事審判，僅於地方法院之商事庭置職業法官一名及外行人法官（Laienrichter）二名；至地方參審法院則有職業法官三名、參審員六名。此外，勞工及社會法院各由職業法官一名（在聯邦法院為三或六名）、外行人法官二名（在此二種法院多有由法律家充任

之情形；關於外行人法官之名額，在聯邦法院為二或四名）；行政法院由職業法官三名、外行人法官二名，分別組成。

由於在審判過程，法律問題與事實問題往往互相關連且牽扯難分，應就二者進行充分之討論審理〔參照註六十三之分析說明：邱聯恭「當事人本人供述之功能——著重於闡論其思想背景之變遷」（「民訴研討(三)」（一九九〇年）六二四頁以下），參審制既係由法律外行人之平民與職業法官共同構成審判庭，而同時審理事實及法律問題，有利於充分發揮合議制審理之功能，自較陪審制更切合審判之實態。何況此種制度尚有益於反映民意、兼顧較多觀點，以因應現代多元價值的民主社會之需求。為此，今後應重視參審制有助於實現司法民主化，並提昇人民對裁判之信賴度等功能特徵，準於如上——註二十一——所述之類型論及程序選擇權論之觀點，考慮酌予採用。要之，此種對國民承認程序制度選擇權之法理，係以尊重人的尊嚴之原則、國民之法主體性、國民主權之原理及訴訟權之實質上保障為其根據，此乃向來論者所未充分意識者。今後應基於此項觀點，進一步拓深司法制度論之法理基礎，並在承認原則上國民於一定範圍內，有權選擇使用諸審判制度或諸紛爭解決制度之前提下，依紛爭事件類型之特性需求，就職業法官審判、參審、陪審、仲裁、和解、調解……等制度，分別劃定其所適用之紛爭事件類型，而承認制度之併存可能性。（關於刑事事件之調解，請留意鄉鎮市調解條例第一條第二款以下之規定。）

又，以法律外行人為法官一事，並無任何憲法上之障礙，因為，憲法既未規定且無須訂明，其所謂「法官」究應具備何程度之法律專業知識。因此，自得經立法政策上之考量，承認循一定之民主程序（如設諮詢委員會及審議委員會，從地方自治團體、人民團體或職業團體之推薦名單中為選任），遴選具有各該時代、社會一般法意

識及相當學歷之國民充任參審法官（參審員），以便與時俱進，發揮各該時代、社會所需求之司法裁判機能。並且，為貫徹其制度之精神，並應該且可以依憲法所定國民主權之原理及上述法理根據，以法律規定：參審法官任滿一定期間（如：二年至五年）者應停止職務，但得依法律再予選任。當然，在憲法上增訂得設有任期參審法官制之規定，亦屬可行。

(三)司法權獨立之貫徹

向來，一般人談論司法的時候，往往強調「司法獨立」或「司法權獨立」的重要性；並且也曾經有過將司法權的獨立僅理解為「法官的獨立」之類的現象。其實，司法獨立應該包含兩方面的基本觀念：其一是，指與「權力分立」的思想相結合時所謂的「司法權獨立」，這是著重於「權力」面的觀察；另一是，指「法官獨立」，這是著重於司法的「裁判」面的理解；亦即保障個別的裁判或從事各該裁判的法官不受任何外力、權勢干涉的制度上基本要求。（註二十三）為了說明的方便，關於後者即「法官獨立」，想在稍後另列一項，加以闡述。在這裏先指明，前者即「司法權獨立」的貫徹，是現代化的司法所不可或缺的要素。

要是我們再次回想一下的話，應該會記憶到，自一七八九年八月二十六日法國的人權宣言以來，權力分立的思想乃是近代憲法的原則之一。依照這樣的思想、原則，為了維護人民的諸項基本權利、自由，應使審判權——司法權獨立於行政權及立法權。（註二十四）時至今日，司法的獨立已經被西方各國及第三世界的許多國家所普遍肯定。可知，一般都不得不承認，為了履踐尊重人的尊嚴之原則並確保法治國家之實現可能性，必須採行權力分立制而貫徹司法權獨立等手

段。因為，唯有如此，始能有助於經由權力的制衡，避免其任何一種權力因擁有壓倒性威勢，致侵犯人的尊嚴及危害法治國家的形成或存在。（註二十五）何況，正如在「貳(三)」所說明的，於現代社會，人民對於司法裁判機能之期待，已經有所遞變，而企求司法機關能經由裁判過程，確立有助於因應現代社會新需要的政策形成體系。在這種情況之下，真能獨立於立法權及行政權之司法權，尤其是社會所迫切需求。（註二十六）

基於這樣的認知，為了達到司法現代化的目標，應充實、健全有益於擔保、貫徹司法權獨立之相關制度。例如：應基於司法權之自主性，循司法自治之原則建立制度，使司法行政不受行政機關之干預或牽制（註二十七）；應制訂足以確保司法預算獨立的法律或進一步尋求建立其憲法上基礎，而不應僅滿足於行政機關（行政院）之承諾（註二十八）；應探討就有關訴訟之進行及司法事務之處理，如何在一定範圍內承認司法機關有某程度之規則制訂權？為此，應著力於充足何等前提條件（註二十九）；司法人事及法官養成教育應獨立於行政機關以外（註三十）；在審（判）檢（察）分立已然實現之今日，應該重新檢討法官與檢察官對調制度是否仍有存在或多用之必要。（註三十一）

〔註釋〕

註二十三：在歐洲，固然多有使用「法官之獨立（die Unabhängigkeit der Richter, the independence of the judges）」的語法，而少見有「司法權之獨立」的說詞；而在第二次世界大戰以後的日本，亦幾乎多將「司法權之獨立」理解為「法官之獨立」，或有將此二語混為一談，而未嚴加分別說明者。關於此之事例，見兼子＝竹下・前掲「裁判法」一〇四頁以下；團藤重光「法學入門」（一九

七三年）一七五頁以下；小島武司編「現代裁判法」（一九八七年）五九頁以下；上田勝美「裁判官の獨立——司法權の獨立と裁判官の憲法意識」（判例時報五七六號，一九七〇年）八頁。

關於將司法權獨立（或法院獨立）與法官獨立予以分別說明者，請參照長谷川正安「司法權の獨立」（利谷信義＝小田中聰樹編「裁判と國民の權利」）（一九七八年）四九頁、五二頁；江藤价泰「規則制定權の本旨と運用の實態」（前掲法學セミナー増刊特集）一〇五頁。

註二十四：關於法官所行使之審判權（la puissance de juger）與司法權之關係，宜先認明的是：司法機關——法官係於行政機關以外獨立行使國家之審判權，此項獨立於行政權的概念，對於司法權而言，乃構成司法權的本質，而非僅係其屬性或特徵而已。通常，司法權之具體內容固然多受各該國法制之歷史、背景所規定，其範圍之大小未必相同。可是，晚近一般認為，就諸種制度所共通者言之，委諸於司法權之主要職務事項，通常具有下列的基本要素或特性：

(1) 司法權之行使係以發生於社會上具體的紛爭為主要對象，而以解決此種紛爭為主目的。準此，法院之任務是，就該種紛爭，於當事人為訴求時，居於超然而公正的第三者之地位，經由適法（認事用法）之活動予以裁判。至於其他紛爭仍停留於抽象的階段或尚屬假設性者，均非司法權之對象。此外，如德、義等國之立法例，則另設有憲法法院，使其有權也在無關於具體的訟爭事件之情況下，就涉及憲法之問題為解釋判斷。此種活動並非屬於司法權之主要特性。就我國所設之大法官會議，亦可從此種角度為了解。

(2) 學術、藝術或體育競技等方面的紛爭，因非屬宜於由法院以適法活動處理者，並不成為司法權行使之對象。

(3)純屬有關思想、信仰的紛爭、或純委諸於特定自律團體(如：宗教團體)循團體內部自治(自律性法規)為處理之紛爭(如：有關於宗教團體內部之宗教上事項之紛爭)，均非直接涉及具體的法律上權利義務關係之紛爭，不宜成為司法權行使之對象。[參照野坂泰司「團體の内部自治と司法権」(法學教室一一〇號，一九八九年)三一頁；佐藤 功「法律上の争訟と司法権の限界」(民事研修二三七號，一九七七年)一二頁以下；藤井俊夫「政黨の内部自治と司法権」(ジュリスト九三八號，一九八九年)三九頁；小泉洋一「フランスにおける教會の内部規律に對する裁判所による統制」(宗教法6，一九八七年)八一頁以下；Koji Shindo, Disputes within religious organizations and the adjudicatory power of courts, Law in Japan 20 (1987), PP.213-222]

(4)法院之行使審判權具有被動性，亦即無訴即無裁判、無訴求者即無法官(Nemo iudex sine actore)；並且，其審判以有對立之兩造當事人為前提，而採取二當事人對立之原則(Zweiparteienprinzip)，藉以確保審判權行使之公平性、公正性，貫徹適當程序、程序保障等基本要求。在此原則下，於刑事訴訟係由檢察官或自訴人與被告對立；於民事訴訟尚可能另承認三方當事人對立之訴訟型態(三面訴訟)。

(5)原則上採用當事人主義，但為兼顧保障平等權、訴訟權及生存權等基本要求，非不得在一定程度內兼採職權主義。[參照邱聯恭·前揭「程序保障之機能」(見註九)一七一頁以下；團藤重光·前揭(見註二十三)一七九頁]

註二十五：請併參照註十一至註十三、註十五之說明，ゲック·前揭(見註五)一〇〇頁以下；シュワープ=ゴットヴァルト「憲法と民事訴訟」(判例タイムズ六一三號，一九八三年)二四二頁。

註二十六：請併參照上述註十之說明。

又，由於現代社會正面對著未曾有而涉及整體社會生活、生存的大挑戰——即公害紛爭應如何妥為處理之課題(請併參照註九之說明)，以此為例，頗能說明司法權獨立之現代意義。如所了解，造成公害發生之背景係因於從事生產社會所需要之財貨，以提供僱用機會，而增加所得等經濟活動。在現代，有關於此之企業活動，常在行政權之某程度干預(如：支援、指導或規制)下進行，而且，因偏向於追求其所謂「公益」之結果，往往動輒寬容加諸於更大公益即自然環境之破壞——此乃有關人類永久性生存條件之侵犯。因此，從獨立於行政權而不受其干預的地位，經由依起訴而進行之裁判過程，對於企業與行政機關所串同推行的體制性價值活動，加以相當之檢視、督促或抑制，乃成為司法機關應有之重要任務。[參照高柳信一「現代民主主義における司法権の役割」(前掲「裁判と國民の權利」)七九至八〇頁；利谷信義「市民の權利保障における裁判所の役割」(法學セミナー増刊「現代の裁判」總合特集27，一九八四年)九一頁]

為追求達成此項目標，基於前述貫徹國民主權等原理，應致力於鞏固司法權之獨立，並擴充訴訟制度之利用可能範圍(如：增設憲法訴訟制度、擴大提起行政訴訟之範圍、強化有助於便利使用民事訴訟制度之措施等等)。

註二十七：參照大須賀 明「裁判官の再任と身分保障」(前掲「裁判と國民の權利」)一八八頁；潮見俊隆「日本の司法制度改革」(「戰後改革4」，一九七六年)三頁。

註二十八：司法預算(經費)之多寡及其制度上保障之有無，具有直接左右並界定審判效率高低及司法行政成敗之作用，對司法功能之消長有其不容忽視之重大影響。此項現實之認識，亦可得自對各國

審判制度史之細心觀察。以第一次世界大戰後之法國、德國為例，其因預算短缺招致司法受限於人力、物力，而難能充分發揮效用，終為有才能者所敬遠等史實，已為識者所指明。〔參照三ヶ月章「裁判所制度——比較司法制度論の立場からの一考察——」（同・「民事訴訟法研究第四卷」，一九六六年）二六〇頁以下〕

尤其，涉及我國之觀念變革，在此應特別強調的是：審判程序改革論之成敗，實深受司法預算之能否確保所左右；其認為改革訴訟或審判程序本身即足以言司法改革，而無須多談確保司法預算之必要性者，並非的論。例如：為突破民事司法改革之瓶頸，應儘速適度採用律師強制主義（強制律師代理訴訟之制度—參照下述註七十九內(2)②），可是，此制之採行倘未能預先獲得國庫之相當支援，將不為功。質言之，較諸當事人本人訴訟主義，律師強制主義可發揮抑制輕率或濫行起訴，並充實辯論之內容、改善本案審理程序等功能；特別是，在第三審採用其制，必有助於制止提起不必要或濫冗之上訴。此等功能之發揮，不但可維護當事人之實體利益及程序利益，並且直接有益於大為減輕法院之負荷，進而促進法律審發揮應有之制度功能，藉以緩和或消除審判程序上遭長年垢病之流弊。然而，隨伴於強制律師代理制度之採用，當事人必然減少自行進行訴訟之可能，因此也應建立制度承認律師報酬為訴訟費用之一部分，而責由敗訴者負擔；同時，另應增設律師扶助制度，在一定要件下，由國庫全額代付或暫行墊付律師報酬，以扶助無資力支付律師報酬之正當權利主張人。如此，始不致於因訴訟程序之變易（如：為減輕法院負擔，在程序上採取限制上訴之措施），導致自力救濟之頻發，而危害全社會之安定。果然，始可謂為已更周延評估審判制度之社會成本效益。

可見，志於改革司法者倘僅從事於審判程序之充實，而未能併

致力於獲得、確保必要之司法預算經費，則難免遭受方法論上誤差之害。要之，司法預算之確保，係以國家財政支援貫徹司法權獨立之大政方針，乃國家建設中所不可欠缺之重大投資，而非僅屬行政機關與司法機關應如何會商折衝之事項。準此認知，今後如何使其產生啟蒙效應，進而贏得社會輿論之普遍支持，以落實為具體的法制，乃屬法界責無旁貸的課題。身為在野法曹之律師，平日既然多與民衆接觸，而堪為重要之輿論代表，挺身擔任上述認知之啟蒙運動者，亦屬適當而光榮之角色扮演。

關於司法預算之編列、概算及審議提案權，各國之法制固未必盡同，有承認司法機關之提案權者〔關於美國、巴西，請參照シュワープ＝ゴットヴァルト・前掲（見註二十五）二四一頁〕；有非然者（如：日本係在其裁判所法第八三條、財政法第十七條至第十九條，以法律為保障規定；另參照兼子＝竹下・前掲「裁判法」一一九頁至一二〇頁）。雖然如此，依上所述，司法預算必須受法制上之保障，應無容疑。

註二十九：規則制訂權（rule-making power）係向來英美法系對於司法機關所承認之程序規則制訂權能，具有立法作用之性質。此種制度原為大陸法系所未認知，可是，第二次世界大戰以後，日本憲法第七七條卻仿效美國部分州憲法，對於最高裁判所（法院）賦予該項權能，使其得就包含有關訴訟程序在內之司法業務事項，制訂具有相當於法律效力之規則，據以拘束關係人。〔參照兼子＝竹下・前掲「裁判法」一一一頁以下；小島編・前掲「裁判法」六一頁以下；早川武夫「裁判所規則制定權の歴史」（法律學體系第二部，法學理論篇一四一，一九五二年）六頁以下；同・「アメリカ連邦最高裁判所」（法學セミナー増刊「今日の最高裁判所」，一九八八年）二二〇頁；伊藤正己「裁判所規則の形式的效力——アメリカにおける最近の動向

に關連させて」(「憲法の研究」一九六五年)二七九頁以下；J.B.ワ
インスタイン(Jack B. Weinstein)・小島武司=椎橋邦雄譯「裁判所
規則制定過程の改革(Reform of Court Rule-making procedures)」
(一九八一年)三頁以下或比較法雜誌十四卷三號二一九頁以下；江藤
价泰・前掲(見註二十三)一〇〇頁以下；大須賀 明・前掲(見註二
十三)一八八頁；田中英夫・前掲(見註十九)「英米の司法」三一三
頁、四二一頁；同・前掲(見註二十)「法形成過程」二二九頁；Van-
derbilt, Minimum Standards of Judicial Administrations, 1949. PP.
91-136]

在此，為便利了解規則制訂權與司法運作之關係，以為供今後
改革我國司法制度之參考，以下特就其制度之旨趣、背景、內容、
效力等，略為說明、評述。

(1) 制度之旨趣、根據、背景

一般認為，日本憲法之所以明認最高裁判所有規則制訂權，係
基於對司法自主性、司法自治之尊重，藉以確保司法權獨立。至於
其制度被認為有助於司法運作之實質上理由則為：有關司法業務之
程序事項多涉及高度之專業技術性，若使其必一一等待國會之立法
始得為規範，將難免發生因國會未必能充分理解實務狀況，致有無
從因應實際需求之虞；當實務上有新需求時，倘認為其非等待國會
修正法律即不得有何作為，則將因修法之曠日廢時，致使司法運作
減失彈性，難求至當；其甚者，不合理之法律規定亦可能被利用為
間接干涉司法之手段，為免致此，應許由司法機關以規則制訂權予
以適度之調整。

事實上，以美國有關規則制訂權之制度沿革而言，其授權法
(法律)係於一九四三年就民事訴訟程序、繼於一九四〇年就刑事訴
訟程序，陸續引進英國之制度，而對於聯邦法院賦予規則制訂權；

並且，在諸州亦漸多為同樣之賦予。雖然其議會尚擁有修正或拒絕
法院所訂規則之權限，但是，其演變之結果，從聯邦、州至地方之
法院殆各有其規則制訂權，而以此方式訂定有關程序基本事項之法
域，乃隨之增多。於今，採用聯邦民事訴訟規則之全部或一部分
者，已逾二十州，並有繼續增加之趨勢。一小部分的州(如：紐約
州)則合併採用議會所制訂之法律與司法機關所制訂之規則。司法
權之支配範圍遂因之擴大。一般認為，形成此一動向之社會背景或
原因情事有種種在，諸如：為了提昇曾經低落的司法效率；為了節
省法官、律師之勞費，減少訴訟程序上之額外負擔；為了制御巨大
的企業勢力或立法活動，社會需求擴大法院之權限；由於社會、技
術等方面之變化迅速，內部勢力多相對立的立法機關難能迅速、有
效採決足以因應社會新情勢之措施，致民眾需求法院介入為法之調
整；就個人力量難能解決之問題，民眾於先期待政府、立法機關為
之解決卻未能如願以償之際，乃轉而期待法院能有所作為；其最高
法院及其他聯邦法院較少發生貪瀆情事，因此獲得民眾較深厚的信
賴，成為落難民眾希望之所寄……等等。再者，關於規則制訂權之
根據，大多數的州認為，對於由法曹一元的法官所組成之司法機關
而言，規則制訂權係屬司法權所內含之固有權(inherent
power)。可是，有另採基於制定法承認以及由州憲法賦予之方式
者。

(2) 規則制訂權之內容、範圍

以日本所採用者為例言之，其規則制訂權之內容、範圍包括：
①關於民事、刑事、行政訴訟及非訟事件(含：調解、家事審判)等
程序之事項。其中，所謂關於訴訟程序之事項，主要係指有關自起
訴至終局裁判之過程，法院、當事人(含檢察官)及其他關係人之訴
訟行為的方式、時期等。因此，在訴訟法所規定者，例如：法院權

限（如：管轄），與裁判之實體形成有直接關連之事項（如：證據法則）、當事人之訴訟參與能力（當事人能力、訴訟能力）等類事項，不被認為屬於訴訟程序。又，在刑事程序，其起訴前之搜索程序或刑之執行程序，除有關其聲明異議程序外，亦被列為非屬訴訟程序之範圍。

②關於平日進出法院之律師處理事務之事項，亦即，就此類律師與法院有關連之範圍內事項，得由最高法院制訂規則規範之。例如，規定一般律師得參與特定法院程序之資格及其職務內容。

③關於法院之內部規律事項，此為屬於法院內部行政上管理監督之事項。例如，就勤務時間、法官會議之議事、所屬職員之配置、任免或懲戒等類事項，得制訂規則。

④與司法業務之處理有關之事項。此非指審判業務本身，而係指就其附隨或前提之事項，須預為規定者。例如，有關事務分配、開庭時日、訴訟卷宗之保管等類事項。

上述內容之規則制定權係以最高法院為主體，而由其法官會議經議決行之。不過，在其實際運作之過程，則另置有多種規則制訂諮詢委員會協助。

(3)效力——規則與法律之關係

依法制訂之規則通常與法律之適用同樣，有拘束法院所屬職員、當事人及訴訟關係人等之效力；在有關參與法院運作之程序上，亦適用於檢察官。成為問題的是，規則與法律在內容上有所抵觸時，何者具有優位之效力。就此，在美國有基於規則制訂權乃司法固有權能之思想，主張若非憲法另有積極規定，規則應較優位者；此外，尚有如上(1)所述有關美國諸州略況之說明。

在日本，除規則係基於法律之委任所制訂或憲法上設有在法律所容許範圍內得制訂規則等情形以外，則仍多爭論。其中，①主張

規則優位說者認為，規則制訂權既係憲法對司法機關所承認者，在其獨占執管之範圍內，法律僅於規則未經制訂之情形，始屬有效，而容許二者之競合存在，否則，應以規則為優先。②通說即法律優位說則主張，國會乃代表國民之原則上立法機關，其所制訂之法律應優先於規則，後者僅於法律之範圍內，具有補充效力，如此始符民主國家之精神。③主張同位說者認為，法律與規則既為憲法所承認，在形式上應屬對等關係，倘二者之內容有所抵觸時，應依後法優於前法之原則解決處理。

值得注意的是，上述法律優位說尚認為：雖然就一般情形，法律應優先於規則，可是，憲法既明認最高法院（裁判所）為最高司法機關，而為總括掌管司法權者（參照日本憲法第七六條第一項），則就司法權之行使及其組織，除憲法委任法律為規定者外，應屬最高法院得自行決定之事項範圍；在此範圍內，法律無當然拘束最高法院之效力。因此，最高法院制訂有關其本身之規則，應優先於法律。（參照兼子=竹下·前掲一一七頁及一三五頁。按：上開條項同時規定，其下級法院係依法律規定所設置，而擁有司法權。）

(4)評論、展望

有關司法、審判業務之事項，多涉及專業知識及技術性，而且，為了滿足實務運作上之新需求，其規範之修訂宜富有彈性，並應顧慮迅速處理、容易修正等要求。從此角度觀之，寬採法院制訂規則之方式，確較循法律訂定之方法，更有益於使司法之運作臻於妥適、順暢。尤其，在承認司法權獨立之法制下，一概不認或過分限制司法機關之規則制訂權，將有導致司法運作動輒受立法或行政機關之掣肘，而未能充分確保司法權獨立之虞。因此，在我國，致力於充實司法機關之規則制訂權制度，亦為促進司法現代化所必要。

不過，此項目標之追求、達成，在我國仍有其須具備之前提或應先排除之阻力，亦即：①關於規則制訂權之主體，成為問題的是，在訂明司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟等審判之憲法體制下（憲法第七十七條），理應以司法院為規則制訂權之主體。可是，觀諸當今制度運作之實際，從事審判而行使司法權之機關乃另設之最高法院（見法院組織法第一條、第四十七條以下），而非司法院本身。在此狀態下，倘將規則制訂權歸由司法院，而非委由最高法院行使，則能否貫徹上述規則制訂權之制度旨趣，實值疑問。為解決此問題，宜併認真考慮如何修法使司法院最高法院化——使二者趨於合一化，以貫徹上開有關最高司法機關（司法權）之憲法上規定的精神。其時，宜準上說明，併探討：現行法院組織法第七十八條有關由司法院定各級法院處務規程之規定，是否有再加斟酌之必要；又，為避免導致規則之紊亂，固然不宜委由下級法院制訂之，至於在以最高法院法官為規則制訂權之主體時，則應同時健全其法官會議之議事規律及民意基礎。為此，應考慮併設規則制訂諮詢委員會，並明訂應舉辦聽證會。其諮詢委員會之委員應含學者專家及由律師團體依民主程序所選派之代表。此項反映民意之程序充實，不應因規則制訂權係源於憲法或得自法律委任而有所不同。

②就行使規則制訂權之民意基礎言，與法律係由人民之代表即國會所制訂者異，如何使規則之制訂程序不違背國民主權之原理，亦屬要事。換言之，如上所述（見註十七至註二十三），在欠缺法曹一元制之傳統，而且司法機關之民意基礎及人民對司法之信賴尚未鞏固的我國社會，如何避免或排除司法機關出於專擅、獨「善」制訂不合民意之規則，猶屬應先克服之課題。因此，縱使賦予司法機關有規則制訂權，也應充分保障人民之預測可能性，並在一定範圍

內，保留民意代表機關之修正、補訂權。例如，立法機關為匡正不合民意之法庭秩序規則，得制訂法律予以廢止或限制；又如，為小額權利之保護，得制訂法律要求小額法庭於夜間或假日開庭審理，而使其具有優先於不同內容的規則之效力〔關於保護小額權利之法理基礎，請參照邱聯恭「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」（載本書第二篇）。又，關於美國之法院規則制訂權，其今日之問題關心在於，該權能是否具排他性或係與立法權相競合。就此，請參照早川·前掲「裁判規則制訂權の歴史」三九頁以下；伊藤·前掲二七九頁以下。〕

③關於規則制訂權之法源根據，在無如英美法系傳統之我國（英美在傳統上認為該權能乃司法權之固有權），涉及增修憲法上有關司法規定之問題。因為從此層次解決，較能有助於確保司法權獨立。雖然亦可根據法律之授權，使法院制訂部分規則，但宜留意：司法權獨立之貫徹，應非僅循法律委任之方式（如：上述法院組織法關於制訂處務規程之授權），即足以濟其事。（與此有關，菲律賓憲法在承認司法機關有規則制訂權的同時，亦保留得以法律予以修正之可能，可供參考。）

註三十：關於如何健全法官之人事制度及養成教育制度，涉及民意對審判機關之監控可能性及對法官施以憲法、人權意識教育之必要性等基本問題，關於此方面之闡述，請參照上述註十至註二十二之說明。

於此，想再強調的是，在朝野均渴望且聲言尊重司法權獨立之今日，應全民言行一致儘速促成司法官訓練機構獨立於行政機關（行政院、法務部）以外，而使其歸屬於司法機關職掌，並使在野法曹之律師團體亦能參與其事，藉以兼顧司法權獨立、社會多元價值及民意反映等基本要求。良以除上述各註內所闡明之理念以外，並宜留意：法官之養成教育，一方面固然應以訓練法官學員之處理實

務能力，使其習得審判之技術為目的，可是，另一方面，尤應同時培育其具有維護司法獨立之精神氣質，而不該使其身處易受官僚習氣沾染之機構，從事研習；如此，始能有助於培養法官擁有奉獻於民主法治建設之情操（關於此，日本之制度有值得參考之處，亦即，其最高法院職掌司法權係包含對法官之人事權及有關法官、律師之培訓養成教育等在內——參照上述註十九。）

抑且，法官訓練機構之獨立——行政機關干預法官訓練之排除，在維持職業法官制且採終身職制之我國現狀下（關於職業法官制之維持在司法民主化過程之問題狀況，請參照上述註二十至註二十二之說明），特別具有重要之意義。因為，在司法官訓練期間對學員所評定之成績，不僅係決定各該學員應如何分發派任為候補法官（或候補檢察官）之基礎，並成為擔任法官職以後之永久性重要經歷資料，其影響不可謂不深遠。此種成績評定既係在行政機關干預下所作成，自難免因此更加濃化職業法官之官僚性及從屬性格，而有害於其司法獨立意識之培育。何況，其間所採訓練方針、計畫以及講座之遴聘，係在行政機關干預下所擬定，能否充分貫徹司法獨立意識教育之旨趣，並滿足社會之多元需求，實難令人民無疑。

基上認識，司法人員人事條例第二十七條第二項及其相關規定，應有重新檢討修正之必要。

註三十一：在高等法院及地方法院尚隸屬於司法行政部（法務部前身）之時代，推事（法官）與檢察官互調（對調）乃司空見慣、習以為常之現象。其時，在制度上所謂權力分立或司法權獨立固為難以想像之事。可是，該種長年沿襲之互調舊習，竟然成為如今之經常性制度（見司法人員人事條例第十七條及法官檢察官互調辦法——載司法院公報第三十二卷第九期第八頁）。此種互調制度之多用，必將損傷權力分立之原則，對於司法權獨立之鞏固，多有負面之影響，應

設法嚴加限制，並重新檢討其制度存在之價值及範圍。其理由是：

(1)互調制度違反權力分立之精神，在法國被認為係司法之恥[參照日本弁護士連合會「西歐諸國の法曹養成制度」（一九八七年）一七頁]，於民主法治之傳統薄弱、尚乏足以確保檢察官獨立及法官自治等制度之我國社會，互調制度之運用尤須審慎。

(2)習於追訴犯罪之檢察官經由互調制度成為法官以後，難免殘留或多或少之官僚習氣，此將對於中立而公正的法官形象及其人權保障者之角色扮演，造成不利之影響，終使職業法官制下原有之官僚性變本加厲。而且，其曾擔任檢察官代表國家追訴犯罪之經歷，易使國民懷疑其變身為法官所下之判決偏袒行政機關（政府），致難信賴司法裁判。

(3)互調可能造成司法機關與行政機關之人事融合，其結果，將導致司法行政化或法官行政官化，使司法權與行政權之行使界線混淆，而萎縮司法權制衡、監督行政權之功能，形成法治建設之阻力。

(4)檢察官曾為刑事訴訟原告之當事人活動經驗與律師之當事人活動經驗（參照上述註二十內(2)有關法曹一元制長處之說明^③之說明），在本質上尚有差異，非可遽予比擬。因此，不應僅以檢察官亦有當事人經驗乙事為論據，從追求實現法曹一元之觀點，使互調制度正當化。亦即，法曹一元制之精神係源於司法民主化之理念，律師因當事人活動所培養之人權意識，與檢察官之當事人活動所沾染之官僚色彩，原有性質上之不同。在遴選律師為法官之法曹一元制尚未普遍化以前，尤不應頻用法官與檢察官之互調制度，以免悖逆司法民主化之目標追求。

四) 法官獨立之原則

由於司法權的獨立並不當然意味審判必不會遭受來自司法機關內部或其他社會勢力的不當影響，所以除了貫徹如上所說明的司法權獨立以外，還必須保障法官在從事個別裁判時，不受任何有形無形的不當干涉。（註三十二）如此才能指望法官作成獨立自由的判斷，而有助於促使當事人及一般人民信賴裁判的公正性、中立性，鞏固司法的基礎。這就是有關應如何堅持並實現法官獨立原則之問題。

這裏所說的法官獨立之原則，係源於法律主治之原理及法治國家之精神，其承認乃是為了客觀的正義、法的實現、法的安定、法的和平之保障以及法秩序之開展。從這個角度來看，也應該可以說，法官獨立之原則是保障國民的基本權利及貫徹國民主權的原理為終極目的，而且絕非承認法官個人、法官階層全體或司法機關內部享有任何特權。在這樣的大前提下，悖逆此項目的追求之法官、司法行政機關或其他社會勢力的行為——作為或不作為，都可能因為其違反法官獨立之原則而不被容許。（註三十三）

通常，在學理上，可從三方面來了解並保障法官獨立。第一方面是所謂法官之職務上獨立（*die sachliche, amtliche oder funktionelle Unabhängigkeit des Richters*）。這是指法官就其裁判行為不但有行動的自由，也有不受他人指示或命令的自由。至於此類指示或命令究竟來自政府、國會等國家機關，或政黨、經濟企業單位、大眾傳播機構等其他社會機關團體，則均非所問，而都是憲法所一律禁止的。即使上述機關為統一法律之解釋所頒布的一般施行細則或命令（*generelle Ausführungsordnungen*）亦無當然拘束法官之效力。因為法官係依據法律獨立審判，僅應該受法律拘束，而就此為適用、解釋。（註三十四）

第二方面是所謂法官之身分上獨立（*die persönliche Unabhängigkeit des Richters*），意指：除非依法律規定，禁止在未經法官本人同意之情況下，變動其身分地位或予以轉調他職等。承認保障這種身分上獨立之目的是為了排除對於審判之間接影響或干預，藉以確保上述法官之職務上獨立。（註三十五）

此外，也應該致力於強化並維護法官之內心的獨立（*die innere Unabhängigkeit des Richters*），喚起並促使法官刻意成為自我之批判者，嚴格防免其一己之恣意、武斷或主觀好惡影響裁判之客觀性，俾其於審判過程盡力探求現代法之精神、追求法的實現及客觀的正義（註三十六）。

如上所述，法官獨立之原則既然是基於法治國家的精神所承認的，而且是為了追求達成法的實現、保障國民之權利等重大目標，因此，今後應該在這樣的目標指向之下，致力於充實相關法制。諸如：**健全職務監督制度**，以促使法官克盡其依法保障國民權利之義務（註三十七），並**追究法官違背義務時應負之責任**（註三十八）；有關司法行政制度的建立及司法行政權的行使，應排拒黨、政勢力之影響，而取向於循法院自治之方式，來維護、強化法官獨立，並防止因審判機關之拒絕或延滯裁判致發生侵害國民權利之情事（註三十九）；關於法官人事行政之運作應以鞏固並避免侵犯法官獨立為念，在不受政治勢力左右的制度設計基礎上，委由法官依民主程序所組成之委員會主導（註四十）；應加強法律（權利）意識教育，使法官及社會大眾普遍認知法官獨立之意義、作用，並協力於確保法官之內心的獨立（註四十一），充實並改革程序法制，使其有助於保障上述意義的法官獨立，以確保裁判之客觀性……

律師平日進出法院，與法官之審判活動多相關涉，本於如上說明的認知，在審判程序之內外，應該且能夠有所貢獻於司法及法官之獨

立，乃是相當顯然的事。

〔註釋〕

註三十二：此處所謂「法官之獨立（die Unabhängigkeit des Richters）」尚有與所謂「法院之獨立（die Unabhängigkeit der Gerichte）」相區別之實益及必要，而且僅言「審判之獨立」固尚不足以釐清存於合議制審判與獨任制審判間之問題層面，尤不宜在此改用「法院之獨立」的概念。按：德國之法院組織法（Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877）第一條固然明定司法權（richterliche Gewalt）由獨立之「法院（Gerichte）」行使，而與其基本法第九十二條、第九十七條等規定以「法官（Richter）」之獨立指稱者或其法官法（Deutsches Richter-gesetz）第一條謂職業「法官」及名譽「法官」等情形，有所不同；此外，並有主張宜使用「法院之獨立」一詞之論者〔如：Heinsheimer, Von der Unabhängigkeit der Gerichte und dem kategorischen Imperativ des Richteramtes, 1929, S. 21，對此，鈴木忠一「裁判官の獨立とその問題」（兼子博士還曆記念「裁判法の諸問題（中）」，一九六九年）一〇頁則認為，應以「法官之獨立」，而非以「法院之獨立」為問題對象。〕不過，在此須特別強調應優先保障者乃「法官」之獨立，而不應僅滿足於保障「法院」之獨立，此二概念仍有區分之必要。其理由是：

如僅滿足於保障「法院」之獨立，而未著重於強調保障「法官」之獨立，則在合議審判時，將難免造成但須合議庭未受庭外因素干涉其審判即足濟事之誤解，而發生動輒寬容其審判長干預或不積極促使庭員（法官）參與陳述意見及自由判斷之情事，殊違合議審判確保裁判客觀性之旨趣〔參照邱聯恭「突襲性裁判」（民事訴訟法研

究會編「民事訴訟法之研討（一）」，一九八〇年）（以下略稱為「民訴研討（一）」）三三頁、三六頁〕，並且難真正發揮評議過程法官在機能上分工平等之制度精神（參照法院組織法第一百零四條、第一百零五條）。尤其，制止此類情事之發生，對於我國之司法改革，具重要之作用。因為，在我國向來之合議審判實務上，陪席法官每未能充分參與，致評議往往徒具形式，而實際上受制於審判長。在此情況下，自難謂其庭員（法官）已充分發揮職務上獨立之功能。針對此現象，最近司法院雖訂頒「加強第一、二審法院合議制功能實施要點」（載司法院公報第三十一卷第七期第四四頁），試圖促其有所改善，但在未同時從根本上改革訴訟法制以資配合以前，其加強合議制功能之措施能否如期獲有成效，仍非令人無疑，而有待觀察。何況，由於充審判長之庭長（見法院組織法第四條第一項，法官法草案第四十七條）對於庭員（法官）有實質上人事考績權及職務監督權之故（參照高等法院及其分院處務規程第十五條第四款、地方法院及其分院處務規程第二十條第五款——載司法院公報第三十二卷第四期），審判長之意見陳述往往同時對庭員之內心的獨立，造成實質的負面影響。

可知，為貫徹憲法上保障法官獨立審判之意旨，非惟須著重於強調保障「法官之獨立」逾於「法院之獨立」，同時也應該適當處理或重新調整職務監督權、人事考核權之行使與法官獨立之保障等相互間之緊張、拮抗關係。此外，應認知：為了貫徹法官獨立之原則，一方面於制訂法官法時，固然亦有必要明文保障「法官」獨立審判，且應適度節制庭長即審判長對庭員之人事行政權及考核權，使同審級法官（含合議庭之審判長及庭員）之地位趨於完全平等。亦即，承認同審級法官相互間祇有審判機能上之角色分配，而無人事地位上之等差。為圖保障法官之真正獨立，不宜承認院長、庭長無

須經由民主程序之權限賦予，即可在人事上當然處於上位。準以此觀，無條件賦予非經民主程序產生之法院院長或參與合議審判之庭長有考績權之規定〔如：今年（一九九一年）二月方完成之法官法草案初稿（見「附錄」所示，以下同）第四十七條〕，因不合憲法保障法官審判獨立之精神，尚有商榷之餘地——雖未必如筆者係基於發揮合議制功能之觀點立論，但在結論上同樣主張同審級法官之地位應平等者如：著名的鮑爾（Fritz Baur）教授；此項見解並為當今德國所致力實現者〔關於此，請參照Fritz Baur, Justizaufsicht und Richterliche Unabhängigkeit（「司法監督と裁判官の獨立」），Law Journal of the Legal Training and Research Institute（「司法研修所論集」）（1959-II），S. 79〕。

另一方面，應同時致力改革訴訟程序使合議審判之評議真能發揮有助於確保裁判客觀化之功能。——有益於達成此目標之措施可能有種種，例如，倘以訴訟法要求或期待合議庭，應將其就訴訟勝負之關鍵事項所持見解，在踐行審理中評議後言詞辯論終結以前，於公判庭向訴訟當事人（含成為訴訟代理人或辯護人之律師）表明，使為辯論，則必能發揮督導陪席法官於言詞辯論或審判期日以前詳細閱卷、積極參與聽訟審判之作用，以助益徹底保障當事者權〔請參照邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」（「民訴研討(二)」，一九八六年）四四〇頁以下；本文參(六)(1)及註五十二之說明〕，防止發生突襲性裁判（並請參照邱聯恭·前揭「突襲性裁判」；本文註五十三）。

又，以上說明，尚涉及合議制對於保障法官之內心的獨立，可能發揮相當功能，請參照註三十六之說明。

註三十三：關於法治國家之基本原理，請參照註十二及註十之說明。

又，此項原理係包含要求法官之獨立性、中立性在內，而此種要求乃與「法官」及「法院」等概念具有密不可分之關係，唯在承

認此種要求並予以保障之國家，始有法治之可言；並且，法官之獨立唯在有益於保障法的實現及法的和平等目的之前提下，始被正當化。關於此，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十一次研討會之說明及其中所引用之文獻——載「民訴研討(三)」（一九九〇年）四四一頁、四五七頁；ペーター・アレンス（P. Arens，石川 明譯）「民事訴訟法の基本原理解」（民事訴訟雜誌第二七號，一九八一年）一三頁；鈴木忠一·前揭（見註三十二）四頁；長谷川正安「司法權の獨立」（見註二十三）五〇頁以下；Wassermann, Der soziale Zivilprozess, 1978, S. 77 ff; Baur, aaO.(Anm.32), S. 70; ders., Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, 1954, S. 17; Heinsheimer, aaO. (Anm.32), S. 22; Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatliches Problem, 1960, S. 92.

註三十四：憲法規定法官須依據法律獨立審判不受任何干涉，即係宣示學理上所謂法官之職務上獨立應受保障。同內容旨趣之規定亦見於德國基本法第九十七條第一項（訂明：「法官為獨立，僅受法律拘束」），且與日本憲法第七十六條第三項所規定之內容旨趣（訂明：任何法官均依其良心獨立行使職權，僅受本憲法及法律拘束」），並無大異。〔參照小林直樹「裁判官の任務と良心——職業倫理の課題」（利谷信義=小田中聰樹編「裁判と國民の權利」，一九七八年）一七一頁；清宮四郎「憲法」（法律學全集）二九〇至二九一頁〕在此種保障規定之下，侵害或客觀上可能影響於審判獨立之外在的勢力或行為（作為或不作為），均屬違反憲法而為其所禁止。對於此類行為，司法院——最高法院基於正當防衛之理由，應該且可以為相當之意思表示，以要求行為人停止其行為或予以制止、排除。

具體言之，法官之職務上獨立係指：第一，獨立於任何來自他人的指示、命令、人情關說或要脅勒索，是即法官有不受人指令

的自由 (Weisungsfreiheit, Befehlsfreiheit) ; 第二, 法官就其裁判行為 (rechtssprechende Tätigkeit) 有行動的自由 (Handlungsfreiheit), 獨立於社會上各種權勢 (Mächte), 不受來自政府 (Staatsregierung)、議會、憲警、政黨、人民或其他任何機關團體等之妨害; 第三, 除因符合國家賠償法、冤獄賠償法之規定致牽涉國家賠償問題, 或因法官故意之枉法、歪曲法律 (vorsätzlicher Rechtsbeugung), 而違反職務上義務, 致其個人可能依法負責 (參照下述註三十八) 以外, 就裁判之內容, 法官受無責任原則 (Unverantwortlichkeit) 之保護, 並不僅因裁判內容不正確或與上級法院之見解相左等理由, 即負有民事、刑事或懲戒上責任。[vgl. Paul Gülland, Dienstaufsicht über Richter und die Unabhängigkeit der Gerichte, 1932, S. 145ff.; Kern Wolf, Gerichtsverfassungsrecht, 5. Aufl., 1975, S. 125ff.; Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsreimer, aaO. (Anm.32), S. 27; Baur, aaO. (Anm.33) S. 33; Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I, 2. Aufl., 1976, Nr. 476; シュワープ=ゴットヴァルト・前掲 (見註二十五) 二四一頁; 鈴木忠一・前掲 (見註三十二) 三八至三九頁; 下山瑛二「國家補償法」(一九七三年)二四六頁; 遠藤博也「國家補償法上卷」(一九八一年)二九九頁; 齋藤秀夫「裁判官論」(一九八五年)三六〇頁以下; 同「裁判官の國家賠償責任」(別冊ジュリスト「續判例展望」, 一九七三年)一八六頁以下; 藤谷正博「裁判と裁判官の國家賠償責任」(ジュリスト臨時増刊七九二號, 一九八二年)四五頁]。

另一方面, 從追求貫徹司法權獨立之同時, 也須強調保障法官獨立之角度而言, 應認明: 即使在司法機關內部亦須尊重法官獨立之原則, 而不得加以侵犯, 是與上述其他國家機關不得如此之情

形, 並無稍異。要之, 綜上所述, 法官獨立之憲法上保障係要求: 在審判過程須排除隸屬性(盲從上級)、官尊民卑、因循傲慢或徒重形式等等官僚習性(官僚主義)。至於有關在司法機關內部應如何致力保障法官獨立之問題, 除於合議審判時不應僅滿足於保障狹義的法院獨立乙節, 已如前述(見註三十二之說明)以外, 為貫徹憲法上保障法官獨立之精神、理念, 在此, 想再指明:

(1)就法官獨立原則與判例之關係言, 不應認為最高法院之判決先例(判決及其中經依法院組織法第五十七條編成之判例), 對下級法院法官具有法律上當然之拘束力。否則此種拘束力之承認將阻礙法官之職務上獨立, 而不合憲法上保障法官獨立審判之旨趣, 應非所許。亦即, 該憲法上保障之旨趣, 係要求審判各該系爭事件之法官, 唯憲法、法律是從, 盡其全人格之所能, 從事認定事實並解釋、運用法律, 而不受任何他人、外力之影響, 以作成裁判。準此而言, 最上級法院(含最高法院或最高審級之行政法院)就另案事件所表示之見解或已作成之判決先例, 對審理系爭不同事件之法官, 並不具有法律上當然之拘束力。法院組織法第五十七條係規定如何將最高法院裁判編為判例之程序, 尚不足以成為其判例對下級法院法官有拘束力之法源依據, 尤無變易上述憲法上保障規定之作用。至於特定判決先例因其係由最上級法院所作成, 具實務上權威性, 且其內容有相當之說服力, 乃被下級法院法官在認事用法過程所認同、採用、遵循, 而能發生某種程度之實際上影響力, 則屬別一問題[關於判例之拘束力在我國之問題狀況, 另請參照王澤鑑、楊日然、黃茂榮、駱永家、吳明軒等座談會「判例之拘束力與判例之變更」(載台大法學論叢第九卷第一、二期, 一九八〇年)第一頁以下]。

又, 法律之所以設上訴制度, 係著眼於下級法院法官亦屬能力有限之人, 其認識、判斷難保絕無違誤, 為對於因其違誤致受不利

裁判之當事人，賦予相當之程序保障，以盡國家所負保護國民權利之責，遂藉上訴制度補救法官能力之窮，並儘可能謀求判例之統一、兼顧法的安定性。〔關於上訴制度與程序保障論之關連，請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十二次研討會之分析——載「民訴研討(三)」四九〇頁、五一八頁以下〕從此而言，毋寧說，以憲法第八十二條為依據之審級制度——上訴制度乃所以補法官獨立原則之不足，而非其限制，是與法院組織法第五十七條規定之依據，尚有不同。準此意旨，法律雖規定就同一事件所為上級審之裁判對下級審有拘束力（如：民事訴訟法第四七八條第三項），或要求為發回裁判之上級審法院，亦應受其自身先前表示之判斷所拘束〔兼子一「上訴審の裁判の拘束力」（「民事法研究第二卷」，一九六九年）九九頁；加波真一「破棄判決の拘束力」（「民事訴訟法の争點」，一九八八年）三二七頁；兼子＝竹下・前掲（見註十九）一二五頁；Schröder, Die Bindung an aufhebende Entscheidungen in Zivil- und Strafprozess, Festschrift für Nikisch, S. 207ff.〕，其用意亦係基於達成上訴制度（審級制度）救濟特定系爭事件之目的。亦即，之所以承認發回判決之拘束力，乃係為了充分發揮審級制度之機能、效率，以避免因下級審法官之再度違誤，致同一事件不斷往返於上下級審法院之間。職此，尚難據以認為上級法院之判決先例，對於審理另案事件之下級法院法官有當然之法律上拘束力。

在實務上，雖然受不利裁判之當事人，往往以該裁判違反判例為契機，指摘其亦同時違背法令，而依法律（如：民事訴訟法第四七六條）有關上訴之規定，提起上訴請求救濟；並且，其請求亦有終經最高法院基於對該判例所為法律解釋之認同，而被容認之情形；又，鑑於此，下級審法院法官為避免其裁判因違反判例致遭最高法院變更、廢棄或撤銷，而增添當事人之勞費，固然常以依從判例下

判斷為上策，致使判例發生實際上之拘束力。〔團藤重光「現代社會における判例の任務」（法學教室四二號，一九八〇年）七頁及塚本重頼「裁判制度の國際比較」（法曹時報四〇卷五號，一九八八年）二二頁雖亦指明，判例具有此方面之實際上拘束力。惟其立論似均未充分顧慮該拘束力之強弱與法官獨立原則之關係，並未周延考量如下諸關連因素。〕可是，下級法院要否採取此種判例是從之態度，實深受多項因素所左右，諸如：最高法院是否常有輕易變更判例之態度；特定判例所持見解是否在不同一而同類之事件中，經最高法院再三引用宣示；其法官之素養水平是否常能帶動提昇其判例論旨之說服力；判例之論旨切合於學問上通說之程度；隨著各該社會變遷之急劇化、複雜化，特定判例仍能有助於因應人民生活新需求之程度等等因素，均可能對於下級法院法官取捨最高法院判決先例之態度，發生或多或少之影響。可見，縱使肯認判例擁有上述意義之拘束力，其對下級法院法官之影響力實具有相當之流動性、相對性，而非屬法律上當然發生之拘束力。何況，在下級法院法官憑其全人格之確信認為特定判例並不符合或未充分貫徹法律之旨趣，而且據此不足以保護當事人之權利——不足以實現具體的正義時，應無強使該法官昧於良心，屈從該判例之理。反之，即使下級法院法官認同判例而為裁判，此項歸結畢竟係各該法官本於獨立審判之職權，依相關原則〔如：衡平、具體妥當性之要求、程序保障之要求、形式的正義及平等處理之要求——參照田中英夫「判例による法形成」（法學協會雜誌九四卷六號，一九七七年）七五九頁；田中成明・前掲（見註三）「法と政治」三三六頁以下〕，自行解釋法律之後所導出者，並非僅因其認為判例具有同於憲法第八十條所指法律之拘束力所使然。

綜上所述，不應該認為上級法院之判決先例對於審判另案事件之下級法院法官，當然具有阻礙或限制其獨立審判（認事用法）之效

力。同理，為貫徹法官獨立之原則，不應僅以法官違反判決先例作為其應受懲戒之事由。

(2)就法官獨立原則與司法行政權範圍之關係言，在此想先指明：①應不容許以司法行政（Justizverwaltung）之監督權，對於訴訟繫屬中有關審判程序之行為（含：有關準備程序之行為、審理中之行為及裁判宣示後之行為等）或裁判之內容，加以指示、干預、影響或批評〔參照法院組織法第一一四條，鈴木忠一·前揭（見註三十二）四〇頁；Günther Schmidt-Räntsch, Richterergesetz, §25 Rn. 8 S. 174〕。例如，除法官有拒絕裁判等類違反義務之情事應受職務監督（Dienstaufsicht）以外，不得以司法行政權對法官指示調查證據、指定期日、再開辯論（參照院解第三四四七號）、伸縮期間、指定承辦法官、和解之成立、更正裁判或為其他訴訟指揮。其實，此事涉及司法監督（Justizaufsicht）與法官獨立之間所存在之緊張、拮抗關係，如何劃定二者間之界線，並非易事。尤其在委由司法行政首長（如：司法院院長、各級法院院長）行使司法行政上監督權之法制下（如：在我國，參照法院組織法第一一〇條），遠較將之歸由法官會議行使的情形（如：日本），上項緊張關係之尖銳程度更為明顯嚴重。根本上，此問題乃導源於政治與司法、權力與法之間的緊張關係〔參照註一之說明及鈴木忠一·前揭（見註三十二）三〇頁；又，在德國，屢經指明：此種緊張關係每招致解決問題之困難。關於此，請參照ゲック·前揭（見註五）一三三頁；Baur, aaO. (Anm.32), S.70ff.; Karl-Hainz Dinslage, Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht, DRiZ 1960, S. 201〕。

面對此種現實，應先認明：法官獨立原則係以保障國民之權利為目的，固如上述（參照註三十三）；又，基於法治國家原理及憲法上保障訴訟權之基本要求，國家對國民應負有裁判給付義務

（Justizgewährungspflicht），就此，應制訂審判程序法、設立法院並配置相關職員等；同時，國民對國家則有裁判行為請求權（Justizgewährungsanspruch），為此，法官負有依法律為裁判之義務，而對國民之權利訴求不得拒絕或拖延裁判。此種裁判給付義務乃對於審判事務之司法行政上監督權的根據所在——該監督權的根據並非在於國家之司法權（Justizhoheit）本身，因為倘依司法權，則僅可謂國家須設立、維持司法制度而已〔vgl. Baur, Justizaufsicht (Anm.33), S. 24ff〕。職此，司法行政權之行使，一方面應負有致力於維護、強化法官獨立之職責，而另一方面則同時應本於職務監督權，盡其監督法官迅速、妥適運作審判權之義務，俾防止審判機關發生拒絕或拖延裁判等侵害國民之權利的情事。此種職責、義務係為保障國民之權利而存在，自不因是否將司法行政權之行使委由法院自治而有所不同；並且，當得否對法官行使職務監督權發生疑義時，為確保、提昇國民及當事人對司法之信賴，貫徹法官獨立審判之憲法上保障，司法行政權之主體應避免冒侵犯法官獨立原則之危險，而自行節制行使監督權。

應附言者，我國審判實務上長年沿襲採用之所謂「審閱或送閱制度」（要求法官須將裁判書送由庭長、院長審閱，並容許庭長、院長對裁判內容表示意見之方式），除不符言詞審理主義、直接審理主義、公開審理主義等程序法上基本原理以外〔參照邱聯恭「值得當事人信賴的真實」（台大法學論叢第十一卷第二期，一九八二年）一九〇頁以下〕，依上說明，在容許庭長、院長干預裁判內容的情形下，不論其係要求法官於裁判宣示之前或後送由庭長、院長審閱，均顯然違反憲法所保障之法官獨立原則及審級制度之旨趣（並請參照上述(1)之說明）。為洗刷此種司法之恥，並使人民由衷相信黨、政等外在勢力未經由對院長、庭長之遴任、關說、串通等途徑干預審判，應儘

早重新檢討廢止其相關之辦法規定——即「高等法院及其分院處務規程」第九條第二款；「地方法院及其分院處務規程」第十六條第二款、第二十條第三款以及「法院辦案書類及文卷審查實施要點」（載司法院公報第三十一卷第五期第二三、二四頁）。如此改革，亦將較能有助於法官在平日工作中培育內心獨立的人格情操，避免挫折獨立奮鬥的心志，而排除其每於送閱時對庭長、院長所可能懷有之種種疑慮（如：是否會被「出賣」之疑慮）。

②在特定具體事件之審理程序終結或確定以後，就其審理程序會否違法或裁判內容當否，不應容許基於司法行政權對法官為批評、調查或追究責任。因為認事用法乃法官固有之任務，若容許司法行政權為該等行為，難免有導致司法行政主體試圖統制將來有關同類事件或情況的裁判內容之虞；甚至有造成法官就同類事件或情況，在審理中因預慮可能受該種調查而先採迎合行動之危險；亦即，縱使司法行政機關無上述統制裁判之意圖，其所為亦難免造成裁判實際上受統制，致法官淪於行政官僚化之不良結果，均有害於法官之職務上及內心的獨立。不過，如此維護法官獨立之原則，並非意味法官無須就其違法之程序或裁判負責。毋寧是，倘法官有此類違法而違反職務上義務之行為（參照下述註三十八之說明），仍應負相當責任而受追究。祇是關於其有無違背義務之調查、確定及處罰，應委由司法行政主體以外之其他中立的主體，循法定之程序處理，要非司法行政權所應及之。例如，就法官枉法裁判之刑責循刑事訴訟程序、就其他違背職務上義務之責任循為法官而設之懲戒程序，分別處理。

準此，依司法院組織法第二十條所設置之人事審議委員會，因其委員多係由司法行政首長（司法院院長）所指派，而非循法定之客觀標準且民主之程序所產生，其性質、職權仍屬司法行政體系，不

宜成為調查、確定法官應否負上述違法責任之主體（併參照上述註十九之說明）。又，即使將其事歸由另設之委員會（如：公務員懲戒委員會）處理，其懲戒程序之構成亦須以維護法官獨立原則及保障國民之基本權利為理念，不應單從便利黨、政操作或行政管理為出發點（並請再度回顧本文壹「問題背景」及其相關各註之說明），以充分顧慮法官職務之特殊性，而有所異於一般公務員之懲戒程序（含救濟程序）。基此認識，法官法草案第四十三條僅略為規定有關司法院人事審議委員會如何移付公務員懲戒委員會之程序，似尚有斟酌之餘地。

③就無關於特定具體事件，但牽涉某類事件之處理方式或某種法規之解釋適用，司法行政主體不宜對一般法官有所指示或見解表明，縱使其為此類指示、解釋，對法官亦無拘束力可言。因為，依憲法既須使法官獨立解釋法律，自不應容許基於司法行政權（含各法院之行政會議、庭務會議等）為法律之統一解釋。至於如何獎勵舉辦司法業務研究活動、發給各種國內外法令、判決先例集或學術研究資料，又如何從根本上改進大學法學教育、法官之考選方式、養成教育及繼續教育等，則屬另一問題。

(3)就司法行政權之歸屬主體而言，為避免司法之運作有常受黨、政勢力所左右，致人民動輒懷疑司法之超黨派性、中立性等危險，應將司法行政權委由職司審判之法院自治，而以最高司法審判機關為中心，分層依次行使之。此時，應以其法官會議為司法行政權之行使主體；同時為減輕其法官之負擔，防免彼等因事務之過分繁忙致妨礙本來承負之審判任務，可考慮在其法官會議之下，設置承其命協助處理司法行政事務之單位（其名稱究為司法行政廳或…均無不可，惟此非解決問題之關鍵），藉以循法官自治之方式，兼籌並顧，貫徹法官獨立之憲法上保障。倘將此項理論付諸實行，則應將

目前司法院所掌理有關民刑審判之司法行政業務改隸於職司審判權的最高司法機關即最高法院之法官會議（或依民主程序產生之法官代表會議），而使司法院最高法院化（此事另涉及規則訂權之歸屬問題，就此，請參照上述註二十九內(4)①之說明），以符合憲法第七十七條規定之形式及實質——規定之內容、旨趣。至於如何經由修正法院組織法及司法院組織法等相關法律之途徑，同時將最高法院改稱為司法院，並將司法院之組織、職務、職掌重編，則屬應一併考慮之另一問題。當然，為達成同樣之實質目的，循修憲之方式，將司法院改稱為最高法院，亦屬理論上可行，惟程序較繁，阻力較大。

此外，在德國，具影響力之學者基於對司法行政超黨派性之認同，甚至強調法務部長（其司法行政首長）應選派不具黨政色彩之專家擔任〔Baur, aaO.(Anm.32), S. 77.〕。

註三十五：有關法官身分保障之憲法規定，即係宣明保障學理上所謂法官之身分獨立。此種意義之法官獨立，實具有保障法官之職務上獨立（即固有意義的法官獨立）之作用，因此，有將「身分上獨立」稱為「職務上獨立之保障（die Garantien od. Ergänzung der sachlichen Unablässigkeit）」，以示其重要性者。因為若無身分上獨立之保障，則將可能發生以免職、停職、轉調他職或減俸等為手段，間接干涉法官審判之情事；而且，無身分上獨立保障之現實狀態，亦難免對法官之內心的獨立造成消極、負面的影響，以致在審判時，就裁判內容對法官形成間接、無形的壓力；終使一般國民對裁判本身抱持疑念，而減低其對司法之信賴。〔vgl. Kern-Wolf, aaO.(Anm.34), S. 134ff; 鈴木忠一·前掲（見註三十二）五頁；ゲック·前掲（見註五）一三四頁〕

關於如何保障法官之身分上獨立，尚待深入探討之問題不少，

在此並無一一詳論之餘裕。以下僅在本文論述所必要之範圍內，依上述旨趣，就若干原則性事項，加以說明：

(1)人事行政(Personalpolitik)係屬司法監督中特別重要之部分，應以法官為其主要之運作主體，始能有助於避免受黨、政勢力之影響（含國會議員之干預），而貫徹司法自治之精神，強化法官之獨立性、中立性。為此，應設相關之委員會，由各審級法官依民主程序產生足以主導之代表組成之；並依實際情況，酌設法官考選委員會、法官任用陞遷諮詢委員會，使法官成為主體，參與主導人事行政（請併參照上述註十九之說明）。可是，此類憲法上的理念，却未能藉法官法草案第七條得到落實。因為同條既未訂明法官代表之人數須逾各相關委員會委員二分之一，亦未明文保障法官代表之產生應合乎民主程序。如此情況下，在修正該草案及司法院組織法第二十條之規定內容，使相關制度符合上述旨趣以前，依同條規定所設置之司法院人事審議委員會自不適合於就法官之人事扮演決定性角色。從而，法官法草案第二十三條、第二十五條、第二十九條及第四十三條等有關法官選任、移付懲戒之規定；又，司法官候補規則第十一條第二項及司法官試署服務規則第十一條（一九八〇年十月三十日，載司法院公報第三十二卷第十二期）等有關候補法官及試署法官人事之規定，對於同委員會，皆賦予決定性權限、地位，似均尚有商榷之餘地。

(2)在尚未能依上述旨趣由法官主導人事行政之情況下，尤其應採法官地位平等之原則。例如，高等法院法官與地方法院法官之間、或同審級之院長、庭長與法官之間，地位完全互為平等，僅有職務機能上之不同，而無上下地位之區分。如此當較能助益於避免法官為達成一己之陞遷，於審判時為附和的裁判或於平日為從屬性活動。因為，期待或殷望陞遷之法官，將難免發生如下情事：在依

法官法草案第二十五條委由上級審法院庭長就下級審法官升任候選人為投票之情形，該下級審法官難免作成迎合上級審庭長法官之意的判決；在依同條由司法院人事審議委員會為連任該候選人之情形，因該委員會並非循民主程序產生委員而組成之故，下級審法院法官將難免於平日活動或為裁判時傾向於附和特定之政治性影響力。（在德國，此類傾向屢經識者指明，在我國，尚乏此方面之制度運作經驗，更不可不慎。關於此，參照ゲック・前掲一三七頁）

不過，在採終身職制之我國，倘循法官地位平等之方式辦理，則在因此致使陞遷之誘因消失之同時，應另在制度上設計有助於確保法官「持續進取」之誘因，藉以使其對平日業務仍能或不得不保有相當程度之熱意或企圖心。為此，除了從精神、物質等方面，充實、改善相關制度以外，也應同時致力於改革訴訟程序及其周邊制度，以減輕法官之工作負荷。其關連課題之一是：探討如何健全律師制度，以充分發揮律師與法官間之協力、互動功能。在此，想一併強調：為保護國民之權利、全國性減輕法官之負擔，應特別重視第一審之功能發揮，並提昇其法官之能力、素養水平；不應過分偏重於有關上級審法官遴選之人事行政。〔請參照邱聯恭「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」（「民訴研討(-)」，一九八四年）三五四頁以下〕

(3)基於貫徹維護法官獨立原則及分權制衡等旨趣，應考慮就法官之懲戒、彈劾，設中立而公正之特別程序（含程序主體之構成、救濟程序），儘可能排除司法行政權之介入，而有所別於有關一般公務人員之程序。又，撤職乃最重之懲戒處分，且成為免職之事由（參照法官法草案第三十五條、第四十條、第四十二條），為貫徹憲法第八十一條規定之精神，應考慮在法律上就撤職之該當事由為較具體之限定（如：限於有重大之違法或對於司法造成重大妨害等情形）。

(4)當然，法官之遴選、任用等人事制度，尚涉及司法民主化等類根本性問題。就此請參照註十七至註二十二之說明。

註三十六：憲法要求法官依據法律獨立審判，不受任何干涉之意旨，係宣示除保障法官之外在的職務上獨立以外，也要求法官於審判時必須保持其自主獨立性，即保障法官之內心的獨立。換言之，當為審判時，法官須自我抑制並獨立於其自己個人之主觀的思想、信仰、世界觀、道德觀、或好惡之念等，而唯憲法及法律（含習慣法及基於法律授權所制定之規則等）是從。因為，此等法規在社會上具有一般妥當性，乃實現客觀的正義、形式的正義及確保法的安定性等所必要，應予遵循而排除法官之恣意，以確保裁判之客觀性——使裁判具有不因何人為其法官，何者為其訴訟當事人而受左右之客觀性。〔參照鈴木・前掲（見註三十二）二一頁以下；小林・前掲（見註三十四）一七一頁；田中耕太郎「裁判官の良心と獨立について」（法曹時報七卷一號，一九五五年）一七頁以下；兼子=竹下・前掲（見註十九）一〇四頁以下；ペーター・ギレス「労働事件におけるいわゆる組合所屬裁判官をめぐる司法上の問題點——西ドイツにおける議論の現状と比較法的概観——」（小島武司編譯「西獨訴訟制度の課題」，1988年）二七九頁以下；Konrad Zweigert, Zur inneren Unabhängigkeit des Richters, Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 711; Eichenberger, aaO. (Anm. 33), S. 50ff.〕

不過，在現代，隨著社會上價值觀之多元化及政治上見解之對立複雜化，呈現於訴訟上之主張對立亦更不單純（請併參照本文貳(三)及註十之說明）。因此，如何確保裁判之客觀性乃成為重要課題。基此認識，在致力於保障法官之職務上獨立及身分上獨立的同時，尤不應忽視保障其內心的獨立之重要性。固然，從上述說明（見註三十四及三十五）亦可察知，對於職務上獨立及身分上獨立之保障，亦同

時多有助於法官之內心的獨立。在此，鑑於其問題之現代重要性，想就有關保障法官內心之獨立，再略述若干基本事項如下：

(1)法官內心的獨立對於貫徹法官獨立原則，亦具有決定性之作用，不應僅以充實有關職務上獨立及身分上獨立之制度為滿足。為此，法官之養成或繼續教育應著重於培育自主性、主體性、抗拒干涉審判之膽識、人權意識及憲法意識（併參照註十六之說明），使其悟知所負社會使命之重大性，並在職司裁判以保護國民權利之過程，真能感受到身為法官的自負、生活喜悅及人生樂趣。對應於此，尤不宜藉司法行政之運作，以行政權者之意，圖謀統一法官之意識，以避免其形成對黨、政勢力或特定利益誘惑，動輒屈服之隸屬性心態。此亦係為了尊重法官的尊嚴。

併值注目的是，一九八三年在加拿大蒙特婁所舉行有關司法獨立之世界會議，曾決議發表有關司法獨立之世界宣言（World Conference on the Independence of Justice. Universal Declaration on the Independence of Justice, Montreal/Canada 1983.）。其中特宣示：法官必須積極主動保持其職務之清高及司法之公平、獨立；唯在不悖反此原則之範圍內，法官始有信仰、言論及集會結社等自由可言。而且，法官不得成為政黨之積極性成員，亦不得位居政黨之指導性地位；並不得參與審判其將被合理懷疑為持有偏見之事件。

(2)應重視合議審判具有排除主觀的功能。就案情複雜或對立爭執激烈之事件，儘可能厲行或活用合議制審判，使法官常有機會經由評議過程，培養、訓練其抑制各自之主觀、反省思考之偏向等能力、素養。〔關於合議審判制所遭遇之問題及其改善之道，請參照西理「民事裁判における訴訟運営の理論と實際（下）」（判例時報一一〇六號，一九八四年）三頁、九頁；倉田卓次「裁判内容の形成と判決書」（講座民事訴訟⑥，一九八四年）四三頁以下〕

(3)隨著社會生活之複雜化、價值體系之多元化，資以認定事實之經驗法則亦趨於多樣化；而且應適用於系爭事件之法律解釋也益困難。為因應此種情勢，應加強法官認事用法之能力，以擔保裁判之客觀性。為此，除活用上述合議制審判外，應致力於：①就有實質爭執之事件，要求法官附理由於裁判，藉以使其價值選擇及判斷經由辯證過程獲得論證——是為相對的論證，亦即在此過程，較量、檢討對立的二種判斷之利弊得失，以證明其中一項判斷之相對的優位〔參照中村治明「裁判の客觀性をめぐって」（一九七〇年）七七頁以下；園部逸夫等「裁判の客觀性について」（ジュリスト四八七號，一九七一年）六七頁以下。又，鑑於判決附理由之要求具重要之意義（具有防止法官恣意之功能等），義大利甚至以憲法明予保障——參照G. Gorla, “Civilian Judicial Decisions, A Historical Account of Italian Style” 44 Tulane L. Rev. 470(1970)。此外，亦有認為在法的續造過程，法官尤有於裁判附理由之義務者——參照ハンス・ゲオルグ・レーザ（山本克己等譯）「立法者としての裁判官？」（民商法雜誌九八卷六號，一九八八年）七〇八頁。〕

②加強法官之繼續進修教育、在職教育，以開闊其視野，充實其從多角度觀察事物之能力素養，使其得能不斷掌握新的法精神、法理論。〔關於日本之法官、檢察官及律師之繼續教育概況，請參照ジュリスト七〇〇號「日本の法律家」（一九七九年）一三〇頁至一四五頁；關於美國之律師繼續教育，請參照鈴木正貢「弁護士研修制度」（「司法改革の展望」，一九八二年）五五五頁以下〕

③應從制度上使律師充分發揮防止發生突襲性裁判的功能（即：要求法官在辯論終結以前，公開心證並表明法律見解，使律師對之為必要之辯論，以助益確保裁判之客觀性）。此項功能在現代具有極重要之意義，卻為我國向來之司法運作所漠視。就此，擬另於本文「肆」

中間論。

(4)減輕法官之業務上負擔，以消除、緩和其日常之工作壓力，此事亦為保障法官內心的獨立所必要。因為，過分的勞累，必然剝奪其用以舒暢身心之時間上餘裕，終將減失其內心的自由，而致其難以持續保有內心的獨立。為此，應在減輕法官案件負荷的目標追求之下，致力於從根本上改革法院之組織、程序制度及其周邊制度。例如，針對事件類型之不同需求及特徵，考慮：紛爭預防制度及各種訴訟外紛爭解決制度之擴大活用（參照下述「叁七」及「肆四」之說明；筆者在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之分析——載「民訴研討三」七四二頁以下）；法院組織之重編（含設置法官助理制度之可能性、另請參照上述註二十及註二十二之說明）；訴訟程序之徹底簡化（含重視簡易訴訟程序所具有之過濾功能）及審級制度之重新調整（含律師強制代理上訴、覆審制之採用——參照筆者在民事訴訟法研究會第三十二次研討會之說明——載同會編·前揭書五二九頁以下）；……

(5)大眾傳播媒體之報導、訴訟支援團體之示威活動等，在一定情況下，亦可能成為不當的壓力，而對法官之內心的獨立，發生相當之影響。此事之處理尚牽涉如何與憲法上有關言論自由等保障求得平衡之問題，因其宜於另以專題論述，且非屬目前論點之主要關心事，除請參照註七十七之說明以外，在此不予深入探討。

註三十七：職務監督權的根據為何及其行使不應有害於法官獨立等事，已如上述（見註三十四）。於此，想就職務監督之對象、方式等，在與法官之職務上獨立有關之範圍內，再舉例略加說明：

通常，對於法官之職務監督（行政監督）可分為二階段：第一是監察作用（Beobachtungsfunktion），此即對於法官是否依外在的規定執行職務，加以視察之權限；係以視察法院之一般事務、視察

法庭旁聽事項、查看卷宗筆錄或要求提出報告等類方式為之。因為如此始能有助於國家盡其對國民所負之裁判給付義務，並使懲戒權等之發動成為可能。至於監察主體也應同時充分尊重法官之獨立或有所節制，自不待言，就此，於註三十四亦已有所說明。上述的監察行為或出於司法行政權者之主動；或肇因於不服事務處理人的申訴。因其係僅就法官之活動為監察，以監視職務之遂行並防止發生瑕疵之行為，所以常無害於法官之獨立。不過，倘法官之活動係有關於判斷之形成、評議或裁判內容之形成等類者，而非僅屬形式上外在的行為，則仍不得成為監察之對象。

第二階段是導正作用（Berichtigungs- oder Korrekturfunktion），此係有關於依上述監察之結果所採取之對應措施或處分等。通常從監察之結果得知，而可督促法官注意並予導正之情形如：並無特殊理由竟然遲遲不指定期日、已辯論終結卻拖延不宣示裁判或遲不交付判決原本等類裁判之拒絕、於法庭上對訴訟關係人之態度、舉動出於粗暴或不著法服等等。〔參照鈴木忠一·前揭（見註三十二）四二頁以下；兼子=竹下·前揭（註十九）一二三頁；野間 繁「司法裁判と司法行政」（民事訴訟雜誌二號，一九五五年）四四頁以下；Baur, aaO. (Anm. 33), S. 15〕

問題是，法官之特定活動究竟是否屬於監督之對象，有時其判斷並非容易。例如，就具體事件究應花費多少時間為審理，常須由法官獨立判斷、決定，非必均可指其為延滯裁判。可是，倘法官就中度繁雜之特定具體事件，竟花費一年中的絕大部分時間予以審理，卻置其他事件於不顧或僅予漫不經心之處理，則不應謂職務監督不可及之。（基於程序保障之基本要求，法官也應顧慮程序上勞費之節省即程序利益之追求，而且，此項利益亦有應與實體利益之追求等量齊觀之情形。關於此請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十次、第三十

二次及第三十四次研討會之分析——載「民訴研討(三)」三七四頁、四九〇頁及六二七頁以下)

面對此類監督對象劃定非易之情形，為保障法官之職務上及內心的獨立，應如何避免司法行政權者濫用監督權（藉職務監督為手段）以干涉審判；又，當是否構成監督權之濫用（審判獨立是否受實質干涉），於法官與司法行政權者之間發生爭議時，應如何使能作成公正而無害於法官獨立原則之判定，均屬緊要之課題。基此認識，下列涉及法官草案第三十三條、第三十四條及第四十三條等規定內容之問題，仍有待進一步探討：

(1)在法官認為其獨立審判之權限受職務監督之侵害，乃聲明異議時，其異議之受理者（同草案第三十四條之司法院）究應以何項標準為判定之根據？此乃有關能否就法官獨立與行政監督之界限，從實質上為較具體之訂明之問題。

(2)在司法院院長亦屬職務監督權者之情形下（參照法院組織法第一百十條第一款），逕以司法院為受理上述異議之主體，是否能無慮官官相護？是否足以貫徹憲法保障法官獨立之精神？又，在該法官係以司法院本身之職務監督為異議對象之情形，倘不賦予該法官有向非職務監督權者，請求公正判定之機會，是否違背程序保障之基本原理？此事涉及是否應同時或另行訂明：司法院應如何組成受理異議之委員會？其委員之人數及產生是否應循能維護法官獨立原則之民主程序？按：關於依現行法設置之司法院人事審議委員會宜否主導人事行政之問題性，已於上述註三十四及註三十五中言及。從而，即使認為在我國目前不宜做德國設職務法庭（Dienstgericht）以受理法官之異議（參照德國法官法第二十六條第三項），似亦應致力消除上述問題性。

註三十八：懲戒之原因事由為何係牽涉法官之自由與責任應如何分界

的難題。就此，除在註三十四及註三十七所已說明者以外（如其中說明：判決先例之違反不應成為懲戒之原因事由；不宜由司法行政權者，而應由較具中立性、公正性者判定有關職務監督權者與受監督法官之間所發生的爭議；應提昇懲戒程序之中立性、公正性），認為下列情形均構成懲戒原因之有力見解[vgl. Baur, aaO.(Anm. 32), S. 73]，可供為檢討或了解法官法草案第四十一條之參考：

(1)無視當事人依合法方式所為之事實上或法律上陳述，而其無視為不當者。

(2)不適用或誤用法規係屬不當者。

(3)在容許裁量之情形，基於與事件本質無關之動機為裁判者。

(4)不當延滯裁判者。

(5)不當拒絕進行審理程序及裁判者。

(6)違反法官之一般義務者。

註三十九：請併參照上述三十四、註三十七及註三十八之說明。

註四十：請併參照註三十五及註三十六之說明。

註四十一：請併參照註十六及註三十六之說明。

[附錄]：法官法草案初稿關係條文（司法院、民國八十年二月）

△第七條（人事審議委員會應有法官代表參加）

司法院人事審議委員會審議本法有關法官之事項時，應有法官代表參加，其名額不得少於委員總額三分之一。

△第二十三條（初任法官之試署）

（第一項略）

（第二項略）

試署法官規則及辦案書類與服務成績審查辦法由司法院定之。

△第二十五條（第二、三審法官候選人之推薦）

高等法院或其分院法官候選人之推薦，由地方法院及其分院於每年開始前，依規定標準造具名冊，送由高等法院或其分院庭長法官會議，以無記名投票方式，決定候選人次序，彙由高等法院轉送司法院人事審議委員會，以為遴任之依據。

最高法院法官候選人之推薦，由高等法院及其分院於每年度開始前，依規定標準造具名冊，彙由高等法院轉送最高法院庭長法官會議，以無記名投票方式，決定候選人次序，提送司法院人事審議委員會，以為遴選任之依據。

前二項造具名冊之標準由司法院定之。

△第二十九條（行政法院、公務員懲戒委員會首長、法官、委員資格及任用之準用）

行政法院院長、法官、公務員懲戒委員會委員長、委員之資格，行政法院法官及公務員懲戒委員會委員候選人之推薦，地區行政法院庭長之遴任及院長之任期準用第三章第四章之規定。

△第三十三條（職務監督之限制及範圍）

法官於其獨立審判不受侵害之限度內，受職務監督。

前項職務監督，包括制止法官違法行使職權及督促法官依法迅速執行職務。

△第三十四條（不服職務監督之救濟）

法官認為職務監督侵害其獨立審判之權限時，得以書面敘明具體事實，向司法院聲明異議。

△第三十五條（實任法官免職之限制）

實任法官非有左列原因之一，不得免職：

（第一至第二款略）

三、受撤職之懲戒處分者。

（餘略）

△第四十一條（法官懲戒之事由）

法官有廢弛職務、侵越權限或行為不檢情節較重者，得予懲戒。

裁判上法律見解之歧異，不得據為法官懲戒之事由。

△第四十二條（法官懲戒之種類）

法官之懲戒以左列處分之一為限：

- 一 撤職
- 二 休職
- 三 減俸
- 四 記過
- 五 申誡

△第四十三條（法官懲戒之程序）

法官之懲戒，除監察院彈劾移送懲戒者外，應由司法院人事審議委員會審查決議後，送公務員懲戒委員會審議。

前項司法院人事審議委員會所為移付懲戒之決議，應於決議後通知受移付之法官，受移付之法官得於通知送達後二十日內附具理由，向該委員會聲請覆議，但以一次為限。

試署法官之懲戒準用前二項之規定，其記過、申誡處分得由司法院決定發布之。

△第四十七條（事實審法官考績之人員）

高等法院以下各級法院法官之考績，由左列人員分別考評，總合計算之：

- 一 法官所屬法院之院長。
- 二 法官所屬法院之庭長、法官。
- 三 直屬上級法院之庭長、法官。

前項第二款及第三款各組之考績人，各為三至七人，由各該法院庭長、法官以無記名投票選舉之。

(五)保障平等使用法院之機會

基於尊重人的尊嚴之原則，並為了貫徹保障平等權、訴訟權、生存權、財產權等憲法上基本要求，應賦予普天下之人民，不論貧富均有平等接近、使用法院，以請求司法救濟的機會。此項機會的充分保障，是司法的現代化所必須。而且也屬於廣義的程序保障中所謂之「程序的保障」——亦即，保障接近法院之權利。為此，應健全、充實必要的程序制度，以保障人民均能容易接近法院、使用司法制度，而不應僅以在訴訟程序上賦予「程序權保障」為滿足。這是涉及如何使司法救濟機會普遍化的基本課題。（註四十二）

其實，在人類的歷史上，權利侵害之所以未能及時得到應有的救濟，往往是自始肇因於受害人被杜絕了走向法院、接近法官的途徑，而無法求得司法的援助；其次才涉及審判程序上之聽審機會遭剝奪的問題。有鑑於此，世界人權宣言、條約及許多國家的憲法，乃特別明示保障任何人均有請求受法院審判之基本權利。（註四十三）

當然，這裡所謂保障接近法官、使用法院的機會，是意味保障人民得能容易向法院提起訴訟而成爲原告之同時，也保障任何人在其不當被訴時，有充分應訴以行使其防禦權之可能。國家唯有不斷地致力於充實制度，以賦予人民有提訴及應訴的機會，才能避免憲法所保障之基本權利成爲有名無實。尤其，在現代，國家既然禁止自力救濟（Selbsthilfe），而獨占行使審判權，自應負有司法行爲義務，亦即應承認人民對國家有請求保護權利、解決紛爭之權利及司法行爲請求權（司法保障請求權——Justizgewährungsanspruch）。（註四十四）從這個角度觀察，司法係爲人民，非爲法官、律師而存在；爲了保護人民的權利，應繼續不斷充實、健全訴訟制度，減少人民走向法院的負

擔、困難或障礙。這樣做是避免社會上發生暴力所必要的，也是鞏固民主法治基礎及促進社會福祉的捷徑。

關於如何廣闢人民實現權利之道，並使法院之門恆向民衆開放，今後應該可以從許多方面著手努力¹。例如：第一，在已經提起訴訟於法院以主張正當權利的情形，應儘可能使提訴者有補正程序上瑕疵、欠缺，以獲得受本案實質審理之機會，不應動輒從嚴解釋或制定起訴之要件，而輕易以欠缺形式要件或訴訟要件爲由逕予駁回起訴。如此始能避免輕率或無端將提訴者阻擋於法院門前。在此，應再確認的是：主張正當權利之人在提訴當時，實際上所受的處遇爲何，將左右人民今後是否信賴司法，使用法院之意願，此事對於司法的存在價值及整個法律制度的未來，必會產生決定性的影響。爲此，應深入探討如何重新構築訴訟理論，並改革涉及起訴階段審理程序之審判實務。諸如：不應僅立足於法官之觀點，而應併從司法制度使用者即提訴者之立場，檢討審判權審理程序之妥當性——解決民事訴訟審判權與行政訴訟審判權之衝突問題（註四十五）；檢討如何重新調整定管轄之原因（註四十六）；檢討如何妥爲分配國際審判管轄權（註四十七）……

第二，對於有意步向法院主張權利，但實際上尚未提起訴訟之人，應給予必要之支援，以促使其提訴或應訴成爲可能。亦即，對於這類人，應事先設立制度爲其排除提訴或應訴的種種困難或障礙。諸如：健全法律扶助、訴訟救助及法律諮詢等制度，以排除有意主張正當權利者之訴訟必要費用上或法律知識上障礙，而縮小、消除當事人提訴或應訴的能力上差距（註四十八）；充分考慮各種事件類型之特性需求，並遵循費用相當性原理，設立足以保護小額權利人或一般消費者之紛爭事件處理制度（註四十九）；就大量受害或集團性紛爭事件，爲因應提起新型態訴訟以保護集團利益之需求，應尋求爲其設立

特別的訴訟方式之道，以濟助固有的訴訟方式之窮（註五十）……

此外，就整體的制度充實而言，基於保障人民提訴機會的觀點，致力擴充行政訴訟制度之範圍，並探討創設憲法訴訟制度之必要性及可能性，均屬今後之重要課題。

〔註釋〕

註四十二：為了貫徹憲法保障上述人民諸基本權之旨趣，廣義言之，程序保障可再細分為「程序權保障」與「程序的保障」等二種概念，而且此二者之相互間實具有密切的關係，應予並重。

所謂「程序權保障」係指：在起訴以後之訴訟程序上或特定非訟程序上，保障當事人或利害關係人，均有在法官面前充分陳述意見、辯論及提出攻擊防禦方法的機會，此類機會之保障係屬對於當事者所承認之程序權。關於此方面之問題探討，擬另列一項於後加以說明——本文參(六)。至於在此所謂「程序的保障」，係意指：保障走向法院、接近法官之機會、權利（司法制度使用權、程序參與權），為此，應充實各種程序制度及其周邊制度，以賦予包含訴訟當事人及其利害關係人在內之一般人民，均有接近法院、使用司法制度之機會。〔參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）二一九頁至二二〇頁、二二八頁；住吉 博「民事訴訟による救済と既判力」（「訴訟的救済と判決効」，一九八五年）二七三頁；Baur, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153, 1954, S. 396 ff.—“Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht” 1983 S. 83 ff.]

特應留意的是，任何人苟未受有上述意義之「程序的保障」，必將無從接近法官、使用法院，而登場於訴訟程序上取得其程序主體之地位（亦即，無從就當事人之地位），致未能在實際的訴訟程序上享有上述意義的「程序權保障」，事甚明顯。因此，「程序權保

障」之實現固然應以「程序的保障」之賦予為前提；而且，在致力於充實相關制度以賦予「程序的保障」之同時，也必須健全有關「程序權保障」之諸制度，以使登場於訴訟程序上之人，均能平等獲得訴訟權及平等權之真正保障，避免「程序的保障」之目的追求落空。

註四十三：例如，聯合國第三次大會在一九四八年十二月十日所決議通過的世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights: die Allgemeine UN-Erklärung der Menschenrechte）第十條及其後的歐洲人權保護條約（die Europäische Menschen rechtskonvention）第六條第一項（有關保護人權及基本自由的條約，一九五〇年十一月四日簽署，一九五三年九月三日生效）均宣示：任何人，當判定其民事上權利義務或刑事上責任之際，均有受獨立而公平的法院為公正且公開的審理之權利。〔參照橫田喜三郎＝高野雄一編「國際條約集」（一九八一年）四二頁、五七頁〕其中所宣示之保障範圍係同時包含一般人在訴訟繫屬以前有接近法院之基本權利，而非僅限於已繫屬於法院之情形。

又，德國之基本法第一百零三條第一項亦明文保障任何人（jedermann）有請求法院聽審之權利，是即有關法定聽審請求權（Anspruch auf rechtliches Gehör）之規定，據此承認每一個人均應有受法院的（gerichtlich）聽審之機會。〔參照三ヶ月 章「裁判を受ける權利」（小山 昇＝中野貞一郎＝竹下守夫編「演習民事訴訟法上」，一九七三年）一三頁；邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）一七三頁內（註三）；Baur, aaO. (Anm. 42), S. 398]

其他，以憲法明文保障人民有接近法院之權利的國家不少，諸如：巴西第一五三條第四項、墨西哥第十七條、荷蘭第一六七條、希臘第二十條第一項、義大利第二四條第一項、土耳其第三六條、

西班牙第二四條、蘇聯第五七、五八條，其未有此類憲法上規定之國家，亦多實際上承認人民有自由接近法院之權利或司法請求權（Anspruch auf Justizgewährung），如英、美或德國皆然。〔參照シュワープ=ゴットヴァルト·前掲（見註二十五）二三〇頁以下〕

在我國，憲法承認國民主權之同時，既宣示保障人民之平等權、自由權、生存權、財產權及訴訟權等基本權利，為落實並貫徹此等權利保障規定，國家自應負保護人民權利、為其解決紛爭之義務及司法行為義務，而人民則對國家有請求保障權利、解決紛爭之權利及司法行為請求權，得據此訴求法院為本案判決，以解決紛爭。換言之，苟不認為人民根據訴訟權之保障規定，對於國家享有該等請求權，則上述憲法所保障的諸基本權利，將有隨時遭受侵害之虞，且於人民之權利已被侵害或有此危險而發生紛爭時，將無從獲得及時而有效的適當救濟或保護，終至使正當權利成為泡影，而有名無實。何況，國家既採法治原則、禁止自力救濟，並獨占最後之審判權，尤必須由國家負司法行為義務，盡其為人民解決紛爭之任務。從而，國家設置並健全司法、訴訟制度供人民實現權利、解決紛爭之用，乃是為了盡其國家法上及訴訟法上義務所應然，並非出於為政者之德意或恩惠。

基上認識可知，司法行為請求權及權利保護請求權，乃所以保障人民對國家享有循公正程序獲得有效的法律上救濟（Rechtsweg）之權利。為此，國家應廣開通向法院之途徑，並常開啟法院之門，受理起訴，使人民容易接近法官，獲得適時適式之審判。〔併請參照本文〔參六〕（2）及邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）一七二頁內註一之說明〕是即，依司法行為請求權，國家對人民不但有使其得能接近、使用法院之職責，亦負有裁判給付義務；而人民則對法院有裁判給付請求權。在此前提下，法院既不得拒絕裁判，自應致

力於防止發生異常之訴訟拖延，以免造成如同實質上拒絕裁判之結果。

當然，如上之闡釋，既不表示法院可自行探尋案源逕加裁判（關於審判權之被動性，請參照上述註二十四之說明），亦不意味人民可濫行或無條件任意提起訴訟。實際上，此事在民事訴訟法學上，乃另牽涉有關訴訟要件論及訴權論之大問題。此類問題之探討並非本文之主要關心事，且無在此詳予申論之餘裕。茲為窺知今後學理推展應有之取向，特指明其所涉基本問題如下。

在民事訴訟法上，基於種種理由，為滿足未必全同的基本要求，承認有諸多訴訟要件，以為當事人請求法院下本案判決時所應具備之前提。例如：為保障當事人之程序參與權設訴訟能力、代理權等要件；為保障防禦權、貫徹當事人間公平或追求作成迅速、正確的裁判，設管轄權、提供訴訟費用擔保等要件；為確保判決效力之正當性，設當事人適格之要件；為不逾越司法權應有之對人、對物的界限，除設有審判權、國際審判管轄權等要件外，並不得就非屬司法作用之事項求為判決（參照上述註二十四之說明）；基於尊重當事人自治之必要，以仲裁契約或不起訴合意之不存在為要件；為排除無實益之提訴，並使訴訟制度之使用、運作合乎迅速、經濟等基本要求，設訴之利益或權利保護利益等要件；……

要之，此等要件之設，各有其訴訟法上之存在理由；承認人民對法院有權利保護請求權乙事，並不意味起訴不須具備訴訟要件。不過，以欠缺特定之訴訟要件為由駁回原告之訴，將導致其不能獲得本案判決，致無從實現權利、解決紛爭的結果，此對正當權利人之影響不可謂不重大。因此，法官在判斷是否受理訴訟之階段，就訴訟要件為何之解釋，應以便利正當權利人接近法官為念，而充分顧慮訴訟制度使用者之立場，不應動輒為嚴格之解釋，致杜絕人民走

向法院之途。〔關於特別指明訴訟要件論之構築，應顧慮訴訟制度使用者之立場，參照新堂幸司「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號，一九六七年）三一頁以下〕例如，關於某非法人團體有無訴訟當事人能力之審理判斷（參照民事訴訟法第四十條第三項），應併立足於便利起訴主張權利之觀點——考量訴訟法上要素，從寬解釋其該當要件，而改變長年沿襲之不利於起訴的處理方式。亦即，不應一味使關於訴訟要件之判斷恆追隨於實體法上標準，致阻礙因該團體活動所取得之權利的實現。（關於此之詳細說明，請參照筆者在民事訴訟法研究會第八次及第二十七次研討會之分析、說明——載同研究會編「民訴研討(一)」二四四頁以下；同「民訴研討(三)」一六二頁以下、一七八頁以下）其他，有關充分顧慮便利提訴之事例，再請參照下述註四十六及註四十七之說明。

不僅如此，基於同上之顧慮，在有關訴訟要件之審理程序，法官另應致力防止其判斷對當事人造成突襲，對於因其判斷可能蒙受不利益（可能喪失求得本案判決機會）之當事人，賦予應有之程序權保障——就特定訴訟要件之審理判斷，賦予該當事人有陳述意見、提出必要資料之機會。例如，在審判權有無之審理程序，應防止發生突襲，即其適例。（關於此，請參照筆者在民事訴訟法研究會第二十次研討會之闡述——載同研究會編「民訴研討(二)」三二七頁及三三二頁內註六之說明）

註四十四：請參照四十三之闡釋。

註四十五：在有關民事或行政訴訟審判權有無之審理程序，受訴法院倘未能兼顧司法制度使用者即人民（含訴訟當事人）之立場，將有造成杜絕或阻礙其接近法官、實現正義（權利）之危險。關於此，宜先認識：

(1) 法理複合現象所衍生之問題

在現代，由於行政活動之複雜化，其目的、對象、內容及手段等方面也越趨於多種多樣化。例如，土地法或其特別法、租稅法、醫事法、教育法、勞工法及環境法等許多法律領域，往往各由種種法律原理複合而成，甚難論斷其究僅屬於公法或單與私法有關，且不問其為有關權力行政（如：醫師執照之核發、違章建築之拆除等）或非權力行政（如：商品之採購、私有物之租借、郵政事業等），均難免或多或少存在著多種法律原理複合之現象。況且，涉及公、私法區別之議論每具錯綜複雜性，常因各該實定法之解釋運用者（學者、法官）所持社會觀或國家觀之不同，而可能就其屬公法或私法乙事，導致互不一致之論斷。

有鑑於此現象之存在，晚近法律學者漸多採取歸納的、具體的方式為處理。亦即，就特定法律關係之處理，認為：不應仍固執於採用傳統的公、私法二分論或行政公法論；換言之，不該照向來之處理方式先決定某法律關係究為公法關係或私法關係，然後，就該公法關係以公法，就該私法關係以私法之規定，分別為全面性之適用。此種演繹的、抽象的方法，已不足以因應社會之需求，而欠缺具體的妥當性。為了妥當處理上述現象，應採用更具彈性之處理方式。例如，關於公營建物之使（租）用或公用徵收等關係，就所涉及之各個系爭事項，綜合考慮其相關規定之旨趣，針對該系爭事項之實態，進行法律之解釋與適用，以論斷其究有何項具體的權利義務，而不預先將該系爭問題，自始即劃分為公法關係或私法關係。

為了因應上述有關實體實定法之解釋運用的發展趨勢，訴訟理論之構築及審判實務之運作亦應作適當之調整、配合。在此，首須顧慮的是：在上述行政法現象趨於錯綜複雜化之情況下，應如何為有意主張正當權利之提訴者，預先排除其在起訴階段可能遭遇之選擇提訴方式的危險，以使其就某法律關係究為公法關係或私法關係

的判斷，不致僅因其於起訴之初有所誤認，或因其就此所持見解與訴訟制度運作者（即實定法之解釋者——行政法院或民事法院）之看法未盡相同，乃被完全阻擋於請求司法救濟之門外；亦不致於因同一事由延緩其請求救濟之時機，而有害於程序上正義（程序利益）。蓋以在上述行政法現象之下，某權利究為公權或私權（某法律關係究為公法關係或私法關係）之判定標準，並非恆屬相當明確，以致就該項判斷，提訴者難免與訴訟制度運作者（法院）所持見解有所出入。就此，倘不為其預設補救之道，則提訴者將常有遭遇被指為起訴不合法（被法院認為無審判權而予以駁回）之危險。事實上，此項危險既係起因於上述行政法制本身，對正當權利之主張者而言，乃屬一種社會危險，若要求其必於提訴前或起訴階段先行獨力排除該危險，實為期待不可能之事。因此，為便利身處上述狀態下之正當權利主張人，不論行政法院或民事法院均應在訴訟前階段，就合法要件（審判權之有無）為判斷時，從寬允許原告就某法律關係（權利）究為公法關係（公權）或私法關係（私權），不必為多餘之論斷，而不遽認為其起訴欠缺審判權。如此始能對於提訴者主張權利之機會，給予更充分之保障，使其得能合法起訴，獲得本案實質審理。當然，如此寬認起訴之要件，毫不意味當然亦容認於訴訟後階段為本案審理及判決時，可就具體權利義務之存否為不嚴密之判斷。毋寧是，在為本案判決時，始就原告有無其所主張之權利義務關係，加以判斷。並且，此時，重要的是，祇要具體判定其權利義務存否即可，至於該權利究屬公權（公法關係）或為私權（私法關係），已無斤斤計較之必要。

(2)重新檢討審判權有無之審理程序

依上說明可知，在起訴階段不應將公、私法難以明確劃分的危險，責由有意提訴主張正當權利的當事人負擔。為落實訴訟權之保

障、便利起訴，而避免杜絕接近法官之途，應賦予當事人在行將起訴之時，有選擇所向起訴之法院（民事法院或行政法院）的機會，並且，縱使當事人之此項選擇有誤，也應承認其在一定範圍內有請求補救之可能。亦即，應修正向來認為審判權欠缺的程序瑕疵係屬不得補正而應逕予駁回之訴訟理論及審判實務（參照民事訴訟法第二百四十九條第一項第一款、辦理民事訴訟事件應行注意事項六）。更具體言之，在審理起訴合法要件的階段，應允許原告就審判權之裁判得合併提起預備或選擇之主張。例如，就審判權之判斷，准許原告在起訴時先位主張：請求民事法院以某訴訟標的及訴之聲明為準，審理其有無審判權；而備位主張：如果民事法院認為其無審判權，則請求保留至原告另向行政法院請求裁判而有結論以後，民事法院始為準駁之裁判。此外，原告亦得就特定訴訟標的及訴之聲明，向民事法院（或行政法院）起訴主張：民事法院或行政法院之一有審判權；或主張：如果民事法院（或行政法院）認為其本身有審判權，則應為本案審理及判決，若其認為無審判權則留待原告向行政法院（或民事法院）請求救濟而有結論以後，民事法院（或行政法院）始為準駁之裁判。（關於此種程序之踐行，尚涉及防止發生突襲性裁判之法理、承認當事人得要求受訴法院聲請大法官會議解釋以資救濟之必要性、以及承認中間程序而交錯適用程序法理等問題，詳請參照筆者在民事訴訟法研究會第二十次研討會之分析——載同研究會編「民訴研討(二)」三二〇頁以下）

其實，採行此項審理程序之根據，亦可求諸於公正程序請求權之法理及防止發生突襲性裁判之基本要求。按：公正程序請求權（Recht od. Anspruch auf ein faires Verfahren）之法理係源於憲法所保障之訴訟權及法治國家基本原理，而成為當今立法及適用法律之指針；除立法者應予相當之顧慮以外，法官亦應準以行使訴訟

指揮權，而將程序之運作導向於保護當事人之利益（實體利益及程序利益），從實質上確保使用訴訟制度之可能性。準此，應容許當事人有補正程序欠缺之機會，而不應強求訴訟關係人（含當事人）具有超越於法官之法律知識，亦不應苛求當事人遵守對其期待不可能之訴訟行為方式或期間，否則即難免程序不公正之責難（關於公正程序請求權之程序法上性質，以及訴訟指揮權之行使應以防止發生突襲為指針，請參照筆者在民事訴訟法研究會第二十八次及第三十三次研討紀錄內之說明——載同研究會編「民訴研討(三)」二四四頁以下、五九五頁至五九七頁）。

註四十六：關於如何改革管轄制度，以免其成為正當權利人接近法院之障礙，宜先認識：

對於經濟上弱者或欠缺法律上交易經驗者而言，如將其涉訟之事件歸由與其住居地遠隔之法院管轄，將使提訴或應訴不便且多所勞費，致其可能蒙受之程序上不利益（因程序之進行所支出之勞力、時間、費用）與可能獲得之實體上利益（因實體法上權利之主張或抗辯所可能獲得之利益）失衡而不合採算。在此情形，由於其實際上難為攻擊防禦而未受應有之程序權保障，致處於不得不放棄主張權利（含抗辯權等）或應訴機會之狀態。因此，應從程序保障之觀點，重新檢討如何適當修正有關管轄制度之規定或公平調整定管轄之原因事由。

一般，造成管轄上及程序保障上不當之原因可能有種種，例如，因將「以原就被」（參照民訴法第一條）過分唯一原則化之結果，有意成為原告之小額權利人或一般消費者，由於對程序上勞費支出之採算上考慮，不得不斷念於遠赴被告企業廠商之營業（事務）所所在地提訴；買受人係經濟上弱者或一般消費者，於日常之交易生活上，與經濟上強者或企業廠商（即出賣人）以普通契約條

款（如：分期付款買賣契約等），成立有關管轄之合意或債務履行地審判籍之合意，致買受人就有關其債務履行之紛爭事件，基於勞費支出之考量，實際上即使具有正當之抗辯權，亦難能遠至該出賣廠商之營業所所在地，向該合意管轄之法院應訴而為攻擊防禦。由於此類原因情事之存在，小額權利或經濟上弱者往往非經付出採算上顯不相當之勞費，即無從循提訴或應訴之途徑為攻擊防禦，其提訴或應訴實際上係在付出顯與其實體利益不相當之程序上不利益的情況下所為，仍難認為其已受應有的程序保障。

為免致此，可考慮採行如下措施：就特定紛爭事件，明定由經濟上弱者住居地法院專屬管轄（如：有關分期付款買賣之紛爭事件，管轄買受人住居地之法院有專屬管轄權），或在一定情況下（如：於買主為抗辯或聲請時）得依職權移送於上述法院；就小額事件酌採「以被就原」之原則，並允許在一定情況下（如：為避免訴訟延滯、發生損害或於法院認為適當時），得依職權移送管轄；適當限制上述之管轄合意（如：承認基於誠信原則判定管轄合意為無效之可能；訂明在企業廠商或法人為原告之情形，得因被告債務人之異議或聲請，依職權移送於債務人住居地之法院管轄。關於管轄之立法趨勢，可另參看德國之立法例，如§§29, 38 ZPO; §6a AbzG）。

此外，關於一般票款事件之管轄，亦有值得檢討修正之處，為向來所忽略。亦即，票據屬流通證券，可能流通至執票人之住居地乃屬常事，而一般執票人例經由其住居地之銀錢業者代為交換以求兌現。因此，倘不承認執票人住居地之法院就票款事件亦有管轄權，不但將不足以貫徹票據在社會上之流通功能，對於有意實現票據權利之執票人，亦將造成預期外之勞費（因其不得不依現行法遠至發票人住居地或付款地提訴，致蒙受程序上不利益），殊非所以貫徹賦予程序保障之道。

註四十七：如何從保障我國人與外國人均能平等使用法院之觀點，重新檢討定國際審判管轄權之標準，亦屬司法現代化之課題。按：民事紛爭牽涉當事人之國籍、住所、系爭法律關係之國際性等國際上要素時，如何決定何種情形應由我國法院審判之問題，即屬所謂國際審判管轄權（internationale Zuständigkeit）之問題。在關涉複數國之涉外民商事件，究應由其中何國行使審判管轄權，係不同於就國內事件定國內管轄之問題，而至今尚未確立有明確之國際法上原則，為有待解決之問題。在尚未明文制訂國際民事訴訟法規以便就系爭事件定國際審判管轄之現狀下，實際上不得不依據法理——法理上之國際民事訴訟法，處理該問題。有關國際審判管轄權之決定標準，在學說上，有所謂國家主義或屬地主義與國際協調主義或普遍主義相對立，向來雖採重視國家主權之國家主義為處理之準據，惟晚近則多認為應採普遍主義或國際協調主義，亦即認為：在國際社會原併存著多樣內容的法秩序，為確保國際社會之法的安定性，互相間必須儘量協調處理，當各主權國家行使司法權之際，應顧慮涉外事件之特殊性，而不應因偏重程序法之嚴格性及劃一性，致仍固守屬地主義。〔參照澤木敬郎「國際私法と國際民事訴訟法の關係」（澤木敬郎／青山善充編「國際民事訴訟法の理論」，一九八七年）一五頁以下〕。

關於如何定國際審判管轄之問題，傳統的民事訴訟法學說係將之理解為有關國家主權之一作用，而屬審判權（Gerichtsbareit）之對人的、對物的界限之問題，可由各國在行使其審判權之範圍內，自行決定處理原則。據此，向來採所謂逆推知說，認為可依甲國民事訴訟法有關土地管轄之規定為逆向推知，倘普通審判籍或特別審判籍在甲國內，則視為其係以甲國有國際審判管轄權為前提，應反過來推知甲國之國際審判管轄權；倘普通籍或特別審判籍均不

在甲國，則否定甲國之國際審判管轄權〔參照兼子一「民事訴訟法體系」（一九七〇年）六六頁；菊井維大／村松俊夫「民事訴訟法（全訂I）」（一九七八年）四三頁；齊藤秀夫編「注解民事訴訟法(1)」（一九六八年）六五頁〕。

對此，晚近，國際私法上之學說則多認為：應基於追求達成裁判之妥適正確、迅速、經濟及當事人間之公平等訴訟制度理念，將國際審判管轄之問題本質理解為屬於由關連各國協力分擔審判機能之問題，而循此為國際間之土地管轄的分配，當為分配之際，應綜合審酌上舉諸理念為具體的判定。實以涉外民事事件牽涉訴訟程序之不同、準據法之差異、到庭之困難、移送制度之欠缺等因素，而與純粹的國內民事事件有所不同，自應在參酌或類推適用民事訴訟法規定之同時，亦併從國際協調之觀點，依實際需要之程度為適當之修正，而有不宜全面適用民訴法規定之情形。是即所謂管轄分配說，此說且已在民事訴訟法學上多獲贊成。〔參照池原季雄「國際的裁判管轄權」（新實務民事訴訟法講座(7)，一九八二年）一六頁；渡邊惺之「財產關係事件の裁判管轄權」（國際私法の争點，一九八〇年）一四九頁；同「國際裁判管轄」（民事訴訟法の争點，一九八八年）五八頁；兼子一・松浦馨／新堂幸司／竹下守夫「條解民事訴訟法」（一九八六年）二九頁以下；青山善充「國際的裁判管轄權」〔民事訴訟法の争點（舊版），一九七九年〕五〇頁；同「國際裁判管轄」（新版民事訴訟法演習I，一九八三年）一二頁以下；高橋宏志「國際裁判管轄」（澤木／青山・前掲）三二頁；松岡博「國際裁判管轄」（小山昇等編「演習民事訴訟」，一九八七年）一四八頁以下。又，就其據以分配管轄之標準或方法的不同而言，尚可細分為修正逆推知說、修正類推說及利益衡量說等，關於此，請參照渡邊惺之「國際訴訟」（ジュリス卜九七一號，一九九一年）二二八頁〕

上述學理上之新趨向，對於經由合理定國際審判管轄，以保障外國人亦同有平等使用法院之機會，實現正義，誠具有相當重要之意義。何況，在國際交流日繁，紛爭漸趨國際化之今日，該項學理發展除可循以補濟法規欠缺之窮以外，尚可成為立法論之前導，助益從基本上安定急速發展之國際交流生活，促成普天下之人均可平等使用法院，受尊重其應有之人的尊嚴。就此而言，司法審判制度之現代化取向，亦不容無視人民生活之國際化現象。〔在德國，認為基於憲法上平等權之規定，應不分本國人與外國人均予平等處遇之思想，已漸呈支配國際民事訴訟法之勢，而被評為與其憲法保障權利保護請求權（Anspruch auf Rechtsschutz）之旨相符。就此，參照データー・ライポルト（池田辰夫譯）「ドイツからみた國際民事訴訟法の今日の狀況」（民事訴訟雜誌三十五號，一九八九年）九二頁；又，關於國際審判管轄等涉及國際民事訴訟法之立法論問題，另請參照小林秀之「國際化の中の日本の裁判制度——現状の問題點と立法論的提言」（ジュリスト九七一號，一九九一年）五二頁以下〕

準此以觀，如下所述定國際審判管轄權之標準，對於保障平等使用法院之機會，應屬必要而有益：

(1) 為賦予實質上平等使用審判制度之機會，以保護弱者之權利，當決定國際審判管轄時，應就個案為利益衡量而考慮；不應因國際審判管轄之否定，致造成對於經濟上或地理上處於劣勢之人，難能期待其至國外進行訴訟之狀況。例如，在飛航事故之受害人（旅客或其家屬）、外國廠商之產品消費者或勞工，有意以外國公司為被告，提起訴訟之情形，即應為如上之考慮〔併參照石黑一憲「涉外訴訟における訴え提起」（講座民事訴訟②，一九八四年）四頁以下。〕

(2) 系爭物之所在地、容易蒐集證據之地或當事人據以生活或從

事經濟活動之地等均可為定國際審判管轄之標準；亦即，管轄各該地之國有國際審判管轄權。基此，民事訴訟法第六條、第十條第二項、第十五條、第十六條、第十八條第一項等規定，原則上可類推適用於定國際審判管轄權。蓋以據此所定之管轄，有助於較充分保障當事人之訴訟活動，藉以使法院得為較正確之事實認定，滿足達成妥當正確的裁判之基本要求。準此，例如，外國空運飛機在國內發生飛航事故時，其受害人之家屬訴請判令製造該飛機之外國廠商賠償損害之事件，可認為其屬侵權行為、製造地或結果發生地（飛航事故發生地）之法院均有國際審判管轄權。至於就外國所屬飛機發生於國外之飛航事故，住所設於國內之受害人之家屬，對於飛機所屬外國航空公司，在國內法院訴請賠償損害之事件，可否肯定國內法院之國際審判管轄權，係屬有待解決之問題。在此種情形，似非不得考量：該家屬是否已喪失維持生計之憑據致其遠在外國起訴成為重大負擔、是否因該外國（事故發生地國）對航空公司設有特別保護法令致其賠償受有限制、該被告航空公司在國內有無與請求全額相均衡之財產（如：該外國公司在國內設有營業所，而其飛機在國內為繼續性航行等業務活動）等背景因素，衡度原告需求受國內法院保護權利之必要程度，於認為其必要程度相當高時，視該事故為對該家屬之延續性跨連兩地的侵權行為，而以該家屬之生活根據地即國內為侵權結果之發生地（即侵權行為地），使其與定管轄之原因相結合，以肯定國內法院之審判管轄權。

(3) 依被告住所地原則，同法第一條第一項（被告之住所地）、第二條第二項（被告為法人時，其主事務所、營業所之所在地）可成為定國際審判管轄之標準。蓋以此項標準能顧慮到原告通常已為相當準備而起訴及被告係處於可能因被訴而受突襲等利害，如此顧慮始符合當事人間之實質上公平及實現權利之方便。不過，在特殊

情形，倘嚴格貫徹被告住所地原則，將導致實質上否定原告受救濟機會之結果時，亦應考慮原告所蒙受之不利益，另行探求被告住所地以外之定管轄標準。例如，在私人係以從事國際交易活動之大企業公司為相對人，訂立附合契約（保險契約、旅客運送契約）之情形。

(4)為提高涉外事件之審判的效率及迅速性，也應考量程序進行之難易及判決之實際效用（強制執行之可能性）。準此，民訴法第三條第一項後段（請求標之物之所在地）、第八條、第九條、第十一條（擔保物之所在地）及第十七條亦可類推適用於國際審判管轄。不過，鑑於涉外事件，權利人之權利實現往往倍加困難而處於不安定狀態，特有就債務人存於國內之財產，獲得清償之需要。因此，將同法第三條第一項前段（可扣押財產之所在地）在一定要件下，類推適用於定國際審判管轄，非全無實益。關於此，除考慮以請求金額與債務人在國內之財產的均衡為承認管轄之要件以外，為避免導致頻發一部訴求，似可另考慮在國內有可供執行之財產時，以該財產經假扣押而被固定為要件，承認管轄。（參照渡邊·前掲）

應附言者，鑑於台灣海峽兩岸之社會，分別併存著內容不同之法秩序，且從地域上之隔離及社會經濟上之差異觀察，其民事紛爭事件涉及兩地人民間者，較諸僅單純涉及台灣地區人民間者，實具涉外因素而有其特殊性，此與上述採行普遍主義所重視之對象事項，多相類似。並且，上述定國際審判管轄之標準，係以追求滿足程序上基本要求為主要旨趣，實無關於對特定政權之承認與否。因此，如上闡釋之法理，今後應有類推適用於處理海峽兩岸人民間紛爭事件之必要及可能。〔關於此之理論基礎，請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十一次研討會之分析及其註釋說明——載同研究會編「民訴研討(三)」四三四頁以下〕

註四十八：一般認為，法律扶助制度（指包含民事訴訟法上之訴訟救助或律師救助、刑事訴訟法上之公設辯護、一般法律諮詢等在內，為廣義的法律扶助），係接近正義（access to justice）所必要。晚近（尤其是一九六〇年代以降），包含英、美、德、法、荷蘭、瑞典、芬蘭、加拿大等在內之歐美諸國，多正視如何從實質上保障接近法院之權利的問題——如何對於無相當資力者，從實質上保障其亦有平等請求法院救濟權利受侵害之問題，而致力於相關制度之改革、充實。在本文，雖無就此詳加介紹、評析之篇幅及必要，惟鑑於其問題之處理在司法現代化過程，實具原則上重要性，於此，特就其與司法現代化應有之取向相關之基本事項，舉若干事例，略予說明：

(1)此等國家多自覺於其身負福利國家之使命、任務，而採行有關改革法律扶助制度之立法措施，藉國家之財政上支援，一方面排除無資力者之訴訟費用上障礙（尤其是為之克服支付律師酬金的障礙），使其容易接近法院；一方面則設置可資解決其法律疑難之制度。此種改革係揚棄向來所持期待民間慈善團體從事之陳舊觀念，而改以福利國家任務之自覺為出發點，認為法律扶助乃屬社會福利措施之一部分。因此，其改革動向顯具有追求滿足憲法上基本要求之重大意義，自應從憲法層次予以定位。

就其所涉及之訴訟上保障範圍、項目言之，除小額事件之處理非必以律師代理為重要之程序內容以外（參照邱聯恭「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」（見本書第二篇「叁-(一)(5)」）），上述諸國所據以改革之觀點容有所異（例如，基於自由主義之觀點者如：美國、加拿大；著重於社會權之要素者如：巴西、義大利、西班牙；強調平等處遇之觀點者如：比利時、瑞士；重視社會國家原理者如：德國、奧地利、希臘、土耳其），要均顧慮到對無資力者之訴訟費用的資助、委任律師的必要性、以及依救助之必要允許就訴訟上期間為回復原狀等。關

於此，奧地利固以法律明定，提訴期間因訴訟救助之聲請而停止進行；在德國，判例雖曾認為當事人所應遵守之提訴期間並不因訴訟救助之聲請而停止云云，可是，其憲法法院則變更此項判例；並另就徵收之補償事件，亦對於法人准許訴訟救助。凡此皆屬致力於改進舊有訴訟救助制度之動向，均值注目。尤其，至一九八〇年德國更進一步改善向來之訴訟救助制度，制定訴訟費用扶助法（Gesetz über die Prozeßkostenhilfe vom 13. 6. 1980）及法律諮詢扶助法（Beratungshilfegesetz），分別就訴訟費用之救助大為放寬其要件，並設訴訟程序外之免費法律諮詢制度。又，以具有法律扶助傳統的英國為例言之，至一九八八年其一年間由國庫支用之法律扶助金額達三億五千萬英鎊（一九九〇年至一九九一年約為五億六千萬英鎊——Legal Aid Board 1990-95年度報告）；其國民有百分之七十成為受扶助之對象；所扶助之事件分別為法律諮詢一百零七萬件、民事扶助事件為二十四萬件、刑事扶助事件為四十萬件。〔參照ペーター・シュロッサー——（Peter Schlosser）「法律扶助の多様な方法と西ドイツの選擇」（自由と正義三六卷五號，一九八五年）一三頁以下；小島武司「裁判手續の創造における人權衝突の調整と最高裁判所の役割」（法學セミナー増刊，今日の最高裁・一九八八年）三七頁；同編「各國法律扶助制度の比較研究」（一九八三年）二頁以下；同「法律扶助の將來」（自由と正義三三卷五號，一九八二年）三四頁以下；邱聯恭「律師與國民生活」（見註三）二八八頁以下；Earl Johnson, Jr／田中英夫・小島武司「法律扶助をめぐる新しい潮流」（ジュリスト六七七號，一九七八年）一五頁以下；福山達夫「訴訟の費用・法律扶助」（講座民訴①，一九八四年）一四七頁以下；石川明「訴訟救助の考え方」（判例タイムズ六〇一號，一九八六年）二七頁；佐川孝志「法律扶助の現状と新たな動き」（法學教室一二〇號，

一九九〇）九頁；六本佳平「日本の法律扶助」（法學教室一一八號，一九九〇年）八六頁以下；マウロ・カペレッティ＝小島武司＝谷口安平等「裁判・紛争處理の比較研究（上）」（一九八二年）一頁以下；Rudolf Wassermann, Der sozial Zivilprozeß, S. 186ff.〕

與上述世界性改革動向難以比較，在我國，向來卻未能充分認識法律扶助制度之健全化，在一定範圍內係屬憲法上之基本要求——法律扶助制度之確立與擴充具人民之權利性而非僅屬為政者之恩惠等原理，以致在觀念上呈嚴重之落後現象，而鮮有此方面之制度上具體改革措施。今後，為遵守憲法上有關訴訟權、平等權、生存權等諸基本權之規定，貫徹其保障旨趣，自應先制定法律扶助基本法，並同時致力確保相當之國家預算，始能有助於司法之現代化，鞏固社會安全保障之基石。

(2)上述認知應成為運用現制之基點，據以解釋現行法。例如，關於訴訟扶助要件之判斷——當事人有無資力支付訴訟費用之認定（參照民事訴訟法第一〇七條、第一一〇條），應解為：其所謂訴訟費用係指因各該事件之訴訟遂行所必要之費用而言，亦即，除法定之裁判費、送達所必要之費用、應付予證人及鑑定人之費用等以外，應併包含當事人為準備提起訴訟所必要之蒐集事證的費用及其通信交通費用——權利之主張及防禦所必要之費用、當事人因訴訟上必要而自行選任律師或會計師等專門知識或特殊技能者所支付之酬金或費用。

又，最高法院六十七年一月十七日第一次民事庭庭推總會決議、六十九年一月二十二日第二次民事庭會議決議及二十八年抗字第一二一號判例（認為：當事人對於駁回訴訟救助聲請之裁定，提起抗告時，原法院以裁定所命補繳裁判費之期間，並不因該抗告而停止進行，原法院得以抗告人逾期未繳裁判費為由駁回上訴云云），似與訴訟

法上訴訟救助規定之旨趣不符，而有害於對該當事人之程序保障，應予變更。而且，依法官獨立之原則，此項判例並無拘束下級法院之效力〔請參照註三十四內(1)之闡釋〕。

要之，訴訟救助制度之設，既係為實現權利之必要，而非僅因於救貧之目的，關於有無資力之認定，自應以主張權利之必要性為準，而不應單憑救助聲請人是否屬於「貧民」為斷。因此，縱使其屬中產階級，亦可能在難以個人資力支付鉅額訴訟費用（含上述諸費用）之情況下，獲准受救助，以提起有關公害紛爭之生活妨害制止請求或交通事故之損害賠償請求訴訟。基於同上之認知，今後另應從立法論，設定相當要件，在某範圍內，容許免除一部或全部費用，而非僅許其暫免。

(3)應本於上述之制度精神，並參考相關之立法例，修正現行法。例如，為保障外國人亦有平等接近法官之機會，以因應人民生活國際化之新時代需求，應修正民事訴訟法第九十六條以下有關提供訴訟費用擔保之規定，使外國人在合理範圍內受平等之處遇。譬如，考慮修正為：在外國人之原告無資力時始得命其提供擔保；或在該原告為有資力且在我國有足夠財產之情形，似無使其就訴訟費用負提供擔保義務之必要。如此主張亦因鑑於在國際交流相當頻繁之日本，已多有被告每執同上之規定（日本民事訴訟在第一〇七條）為妨訴抗辯，以阻礙外國人之原告提起訴訟主張權利等情事，屢遭識者之批評〔參照成田信子「民訴法一〇七條の擔保提供義務」（判例タイムズ五三四號，一九八四年）七八頁以下；小林秀之・前掲（見註四十七）五六頁〕。在我國，為期促進並安定人民間之國際交流生活，似應預為之謀。

此外，民事訴訟法第一〇八條有關限制外國人受訴訟救助之要件，有無必要酌予修正，亦屬應依上述制度精神，並兼顧其他程序

法上基本要求，繼續探討之問題。關於此，德國在一九八〇年已對於外國人之訴訟救助要件，廢止採用相互主義，可供參考。〔併請參照データー・ライポルト・前掲（見註四十七）九三頁〕

(4)法律扶助制度之健全化尚與律師之功能發揮，具有相當密切之關係。關於此，擬另於本文「肆」內詳論之。

註四十九：小額訴訟制度之創設在我國司法民主化過程係屬重要而基本之課題。關於如何保障小額權利人有平等使用法院之機會，涉及憲法上訴訟權、平等權等保障規定、程序保障論、費用相當性原理、民事事件類型審理必要論及程序法理（非訟法理與訴訟法理）交錯適用肯定論等諸多程序法學上基本問題，且與簡易訴訟程序應如何充實有關。就此，筆者已另有較詳細之論述，請參照本書第二篇「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」乙文。

註五十：如何因應政策形成訴訟、現代型紛爭事件之特性需求，為其設立相當之程序制度，亦為當今程序法學上之重要而基本之課題〔參照本文貳(三)、註九及註十之說明；筆者在民事訴訟法研究會第二十六次及第三十七次研討會之分析、闡述——載同研究會編「民訴研討(三)」七二頁以下及法學叢刊第一四二期所載該次研討會紀錄內邱聯恭補註一及註二之說明；竹下守夫・伊藤真等「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）一九〇頁以下；高田裕成「訴えの利益・當事者適格——集團の利益をめぐる訴訟に焦點をあてた覺書き」（同上）二一三頁以下；新堂幸司「クラス・アクション・アレルギーの予防のために」（鈴木古稀文集「現代商法學の課題」，一九七五年）四九九頁以下；竹內昭夫「消費者保護」（現代の經濟構造と法，一九七五年）一四九頁以下；上原敏夫「集團の救濟制度の基礎的研究」（一橋大學研究年報法學研究一一號，一九七九年）一〇五頁以下；高橋宏志「紛爭解決過程における團體」（基本法學2，一九八三

年)二九五頁以下；松本博之「消費者保護と民事訴訟」(小山昇等編「演習民事訴訟法」，一九八七年)六六頁以下；太田勝造「新しいタイプ訴訟の出現と民事訴訟制度」(ジュリスト九七一號，一九九一年)五八頁以下；谷口安平「集團訴訟の諸問題」(新實務民事訴訟法講座3，一九八二年)一五七頁以下)。其所牽涉之問題層面甚廣，不適合於在此詳加論列。茲僅就其關涉目前論點(保障平等使用法院之機會)之原則性部分，略舉一、二，以為今後擬定解決問題方向之參考。

(1)不應僅從減輕法院負擔之角度，而應兼顧便利紛爭當事人集團提訴求得本案判決之觀點，重新檢討、測定向來的當事人適格論及訴之利益論之妥當性及射程距離，而嘗試構築足以因應現代型紛爭事件之程序理論及程序制度。質言之，自十九世紀以來，在民事訴訟法學上，有關訴之利益及當事人適格之理論，係偏重於採用泛實體法之方法，原則上以原告對被告所主張之實體法上權利或應受保護之利益為準，判斷訴訟要件之存否(有無訴之利益、當事人適格)。在現代，此種傳統的方法論，是否足以因應上述新型態紛爭類型之特性需求，頗值疑問。蓋以在現代社會，多元化的價值觀及多樣化的社會需求(參照本文貳(三)及其註釋之說明)，漸呈超越既存的實體法所認權利項目之情狀。為滿足此類社會新需求，法院勢不得不採取異於向來而更積極的態度，且須某程度改以「紛爭」為對象，而不應仍如傳統依然純以「權利」為準，判定有無訴之利益或當事人適格。一般可認為屬於此之所謂「紛爭」者，例如有關「擴散利益」之紛爭即是。

換言之，在現代型紛爭事件，其紛爭係肇因於被列為被告者(如：製造產品之企業廠商、公害發生源之工廠—參照註九)之活動，對於廣範圍之社會大眾，造成同態樣之利益侵害，由於此種利益

(「擴散利益」)之內容為何及其歸屬主體之外延，每未必明確之故，倘仍採傳統的方法以「權利」為判斷標準(就此權利之內容及歸屬主體之判定，常有較明確之標準可循)，則往往難認其具有訴之利益或當事人適格。在此種情況下，為救濟該類利益侵害，保障該等社會大眾均有平等接近法院之機會，究應循何標準，對何者(個人或團體)賦予提訴資格、法院應於何範圍內進行本案審理而以判決回應起訴者之請求，乃成為程序法學上之課題。因其事關憲法上基本權(訴訟權、平等權、生存權等)之保障問題，自不得無視於訴訟制度使用者(即訴權者)之立場。為此應從保障人民平等使用法院之機會的觀點，尋求解決問題之方向。可是，我國向來有關訴之利益論、當事人適格論及相關外國法制(德國之團體訴訟或美國之集團訴訟)之移植論者，似未充分意識及此，難謂其已充分留意處理從憲法上保障層面所衍生之基本問題。

(2)為達成上述目標，應參考美國之集團訴訟(class action)及德國之團體訴訟(Verbandsklage, action collective)等制度，檢討其利弊得失，以為取捨之憑據。其理由是：在現代型紛爭事件，當事人間存有相當大之資力上差距及事證資料掌握之不均等(參照註九之說明)，此類差距及不均等愈未能縮小、緩和或排除，則其多數受害人將愈無從提起足以遂行目的之訴訟，致難以接近法官、實現正義。為此，自應尋求保障當事人間對等化之道。固然，存在於訴訟外之受害人團體及其支援團體，亦可能有助於提升當事人間之對等化。可是，美國的集團訴訟及德國的團體訴訟等制度，均可能發揮緩和上述差距之功能。此事對於克服涉及訴之利益及當事人適格的難題，亦應有相當之助益，值得從上述觀點，評估其移植之可能範圍、條件。

按：所謂集團訴訟係指在制度上承認：屬於特定集團(class

——如：受害之多數消費者或住民等集團）之人，得自稱代表該集團，為其集團所屬全體人之利益，就彼等之權利義務，提訴或應訴。對此，法院應就該人之成為代表人以及用團體訴訟之方式處理該紛爭等事之適當性，加以判斷。並且經將其涉訟之事通知於該集團所屬之其他人以後，對於有意脫離該訴訟或無意被代表之人，賦予得脫離該集團之機會及權利。至於未藉此聲明脫離之人，則為判決效力之所及。此種制度有利於零星而多數之受害人，就彼等所共通的請求，結合各人之權利，為較經濟而有效率之訴訟遂行，避免因個人力有未逮致難能使用法院。不過，上述適當性之判斷係委諸於法院依個案為裁量，並非必有明確之標準，此為其制度移植上有待先予克服之難點。此外，也宜探討：為避免上開代表人所受敗訴判決之效力過度擴張於實際上未參與該訴訟之人，應以何方式在何範圍內保障其程序權及權利處分權？應如何處理個別爭點（非屬該集團之共通爭點）？應循何種迅速而經濟的方法確定其集團所屬各人之損害金額並予分配？

又，德國之團體訴訟則係在制度上對於具備一定要件之團體，賦予提訴權。亦即，以立法方式依團體（如：消費者團體、為增進營業上利益所成立之團體、商會或手工藝公會等）之設立目的及其平日的活動業績，先選定特定團體，在個別的法律中，對於該團體賦予實體權，使其據以提訴（以妨害制止請求為主——如：制止使用有害於消費者之契約條款或廣告），但並不代個別之受害人行使損害賠償請求權。

基於上述，為充分保障多數受害人之使用法院機會，今後，除認真探討立法之可行性以外，亦應儘可能活用我國現有之非法人團體訴訟當事人能力制度（參照上述註四十三之說明及其中所引用之民事訴訟法研究會第八次、第二十七次研討紀錄）、任意的訴訟擔當制

度（含選定當事人制度）及共同訴訟制度。

(3)應致力於充實起訴前之事證蒐集制度及假處分（保全處分）制度，以利有意提訴之受害人為充分之訴訟準備〔參照筆者在民事訴訟法研究會第二十八次及第三十七次研討會之分析說明——載前揭「民訴研討(三)」二二七頁、二四八頁以下；法學叢刊第一四二期一五八頁所載同研究會第三十七次研討紀錄內邱聯恭補註三之說明〕。又，強化受害人蒐集事實、證據之能力，必有助於獎勵、促使其更積極參與追訴、制裁違法侵權者，進而裨益法秩序之維持。此事具有強化民間執法之意義與作用，值得留意。例如，對於公害發生源之企業、公平交易法或證券交易法之違反者，受害人有意起訴主張制止請求權或損害賠償請求權時，每遭遇蒐證上困難，致無從迅速證明權利主張所必要之事實。為制裁違法而貫徹立法之目的，自應充實事證蒐集制度，或擴充假處分制度以防免侵害擴大。〔參照棚瀨孝雄「法化社會と裁判——國際化時代の日本の裁判」(ジュリスト九七一號，一九九一年)七七頁；田中英夫=竹內昭夫「法の實現における私人の役割」(一九八七年)三頁以下〕。

(六)程序主體地位之承認與強化

(1)程序主體權之保障

這十年來，在民事訴訟法研究會所舉辦的近四十次研討會上，有關提倡程序保障論並強調其指導原理性的主張、闡論，多達三十次以上，幾乎已牽涉民事程序法學的各主要分野及諸多基本課題；並對於我國程序法學的進展，產生相當程度之催化作用。（註五十一）此種提倡、主張是基於如下的認知，亦即：司法裁判程序的構成及運作，

須以保障受裁判者之程序主體權即程序上基本人權為必要內容（註五十二）；不論立法者或法院均應致力於充實諸程序制度（含民、刑事及行政等訴訟制度），鞏固審判程序上當事人及利害關係人之程序主體地位；在各該司法裁判上，其裁判所涉及之當事人及利害關係人應受尊重為程序之主體，而不應僅被當成程序之客體來處遇或支配。因此，在各該審理過程，應對於其程序主體賦予充分參與程序，為攻擊防禦、陳述意見或辯論等機會，以防止來自法院的突襲，而避免發生突襲性裁判（Überraschungsentscheidung）。（註五十三）

此種認知的法理基礎是：依循尊重人的尊嚴之原則及貫徹國民主權的原理，並基於有關自由權、訴訟權、財產權等憲法上保障規定，任何人民均應受人格的尊重，對於關涉其利益、地位、責任或權利義務的審判，應均有參與程序以影響裁判形成之權利、地位；而且，在裁判作成以前，應適時被賦予陳述意見或辯論的機會；並不許其權利遭受法院之審判活動所侵害。亦即，在未經賦予該項機會的情況下所蒐集的證據及事實，均不得成為法院作成裁判之基礎。（註五十四）這種根據憲法上保障規定所認知的**程序主體性原則**，不僅須成為立法者、法院及程序關係人（含當事人）間此後活動之指導原理及行為規範；亦應準以在各該程序之後階段，判斷彼等行為之效果，而作為評價規範，分別發生作用。（註五十五）

準此，應承認人民有**聽審請求權**（請求法院聽審之權利）。藉此，在程序上，其程序主體一方面可請求法官實現其實體法上權利而保護實體上利益，一方面可請求維護其程序上利益，避免不必要或不應有之勞力、時間或費用的支出，使程序運作不致於消耗其所追求之實體利益或侵害系爭標的以外之財產權、自由權。亦即，為保護程序主體之**實體上利益**（因實體法上權利、地位之實現所可獲得的利益），受訴法院應賦予程序主體上述參與程序為攻擊防禦之機會，以作成慎重而正

確的認事用法（認定事實及適用法律——即裁判）；否則，未賦予此項機會之法院審理，即造成發現真實的突襲或達成正確裁判的突襲。此時，不能謂當事人已被賦予有關達成慎重而正確的裁判之程序保障，應非法所允許。換言之，由於在此係要求賦予當事人機會，使其提出有利於達成慎重而正確的裁判之攻擊防禦方法，所以也可稱之為賦予「達成慎重而正確的裁判之程序保障」。又，為維護程序主體之**程序上利益**（因程序進行未招致勞力、時間及費用之額外支出時所可獲致的利益或所避免的不利益），受訴法院亦應賦予相當之參與程序機會，使程序主體能藉此陳述意見或為攻擊防禦，以作成迅速而經濟的認事用法；否則，未賦予此項機會之法院審理，就造成促進訴訟的突襲，亦屬法所不應容認。此時，由於係要求法院賦予當事人相當機會，使其得提出有利於節省勞費之攻擊防禦方法或陳述相關意見，所以亦可謂其係賦予「達成迅速而經濟的裁判之程序保障。」（註五十六）

並且，這類機會的賦予，在當事人雙方對立的訴訟程序上，固然原則上應併以辯論的方式獲得保障（註五十七）；縱使在未有當事人對立的情形（如：在無當事人對立的非訟程序或抗告程序），也應依其事件類型之特性需求，受相當的顧慮。（註五十八）

(2) 公開心證及表明法律見解請求權之承認

根據上開法理基礎，為了保障並強化如上所闡述的程序主體權，以通常的民事訴訟程序為例而言，於採行**處分權主義**之範圍內，原則上應承認當事人就各該程序所涉及之實體上利益及程序上利益，有相當之自由處分權。為此，應在一定範圍內承認程序主體享有**程序處分權**，可據以選用較不致隨伴發生程序上不利利益之程序。準此，應要求立法者及法院提供相當機會，使當事人能用來平衡追求該二種利益，避免其因程序制度之利用，蒙受難與系爭實體利益取得均衡的程序上

不利益，或招致系爭標的外之自由權、財產權或生存權受害的結果。（註五十九）此事應如何妥為處理，尚與事實審理制度目的論有關，而為訴訟法學上的基本課題。（註六十）

由於在上述程序上，係要求受訴法院不僅應使當事人有機會追求實現實體上利益，同時也應兼顧其程序上利益，以謀求此二者應有之平衡；所以也可以說，一般人民及各該程序之當事人，基於其程序主體地位，對國家應有適時審判請求權，須被賦予受法院適時審判之機會。（註六十一）這種機會的賦予，係屬訴訟制度之本質上基本要素，而為遵循法治國家基本原理所應然，也是為了保障任何人均有受法院公正審判之基本權——公正程序踐行請求權（Anspruch auf faire Verfahrensführung）。因為，在法院未賦予程序主體相當機會，使其用以追求實體上利益及程序上利益的情況下，實難謂其審判係屬公正。此項公正審判之要求，乃世界人權宣言及國際人權保護條約所一再宣示的共識。（註六十二）何況，依法官獨立原則，法官固然係根據法律獨立審判，而不受外力之干涉。可是，此項原則畢竟係以保障國民的基本權利及貫徹國民主權的原理為終極目的，絕非承認法官之特權（參照本文「叁四」之說明）；尤不意味排除當事人對審判程序之參與權。

因此，應在承認法官獨立運作審判程序之同時，也賦予其程序當事人或利害關係人，在法官認定事實、適用法律之過程，有參與程序陳述意見並提出資料之權利地位，這樣做才能有助於司法民主化。從實踐的觀點而言，為了充分保障當事人有陳述意見並提出資料之機會，以徹底防止發生突襲性裁判，原則上受訴法院應在言詞辯論終結以前，就影響訴訟勝敗之事實上及法律上觀點或判斷，於法庭上向當事人公開心證及表明法律見解，使兩造互相辯論或與法官進行討論。如此才真能凸顯當事人之程序主體地位，俾其能參與法官形成心證及

適用法律之過程，協同法官尋求所應遵循的「法」之所在，而不致流於成為受支配之客體。此種程序乃所以確保當事人參與「法」的具體形成過程之機會，而有助於貫徹國民的法主體性之精神，自與僅滿足於任由法官片面解釋「法」之內容並認定事實等情形，大有所異。（註六十三）亦即，準據上開法理，應認為受訴法院負有如上公開心證及表明法律見解之義務，而當事人則有如此請求之權利；並且，對於法院違反此項義務而作成之裁判，蒙受不利益之當事人應可指摘其程序含有瑕疵即違反闡明義務，提起上訴。（註六十四）

值得注意的是，在法官公開心證及表明法律見解的程序上，較諸在未踐行此項程序的情形，律師將更可運用其專業知識，充分發揮促使審判趨於公正的功能，而有益於提升當事人及一般人民對法官及律師的信賴。這表示，為了鞏固當事人的程序主體權，也應承認其有選任律師為代理人或辯護人之基本權利，前述法理及憲法上規定，正也是保障律師選任權的根據。在此前提下，應認為選任律師的費用，是實現權利所必要，應責由權利侵害人負擔，並應為社會、經濟上的弱者設立律師扶助制度。（註六十五）

當然，隨著社會的變遷，為滿足人民的新需求，除上述的以外，今後應繼續從多方面強化程序當事人及其利害關係人之程序主體權，以貫徹上述諸原理及憲法上保障之旨趣。例如，除向來對當事人所承認的各種權利（註六十六）以外，也應承認證據提出權或證明權等等，以加強當事人之蒐證能力。（註六十七）不過，向來訴訟法尚承認有其他諸主義、原則或基本要求，而各有其所本，非可遽然偏廢或偏重。因此，今後的課題是，在致力於強化上述程序主體地位的同時，也應究明：訴訟法上諸主義、原則或基本要求中之何者係被憲法所固定而不容妥協、變易？何者係為鞏固程序主體地位所必要？其不可欠缺之程序內容為何？該等主義、原則或基本要求互相間，倘存有

緊張關係，則應循何標準，如何定其優劣順位或謀求其平衡點？

〔註釋〕

註五十一：在我國，關於程序保障論之提倡、開展及拓深，可溯尋於民事訴訟法研究會之成立、發展過程。自一九八〇年同研究會舉辦研討會起，於其第一次至最近之第三十九次研討會中，筆者曾經使用保障程序上基本人權或當事者權或防禦權、防止突襲、防止發生突襲性裁判、承認程序主體地位或主體性、賦予接近或使用法院的機會（權利）、程序的保障、程序（上）保障、程序參與權（機會）及程序權保障等用語，從諸多角度，就涉及程序保障論之問題層面，分別加以整理、提出、申論並展望。

更具體言之，其論述所已涉及者如：非訟裁定有無既判力之判斷（同研究會編「民訴研討(一)」一八頁）；防止發生突襲性裁判之基本要求及其基本法理（「民訴研討(一)」二七頁以下）；國民使用法院機會之保障（「民訴研討(一)」七九頁）；訴訟標的外和解之效力範圍（「民訴研討(一)」一五二頁以下）；訴之預備合併的審判範圍（「民訴研討(一)」二〇六頁以下）；對非法人團體所下判決之效力與其構成員之關係（「民訴研討(一)」二四八頁）；類似必要共同訴訟之審理程序（「民訴研討(一)」二七六頁）；限制上訴第三審之正當化根據（「民訴研討(一)」三二一頁）；加強事實審功能之必要前提（「民訴研討(一)」三三九頁以下）；判決之更正（「民訴研討(一)」四七五頁以下）；訴訟上和解制度之運作（同研究會編「民訴研討(二)」七五頁以下）；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（「民訴研討(二)」三七頁）；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（「民訴研討(二)」一二二、一二六頁）；判決理由中判斷有無拘束力（「民訴研

討(二)」一六〇頁以下）；就涉及複數紛爭關係人事件，如何對該等人保障參與程序之機會等問題（「民訴研討(二)」二一七及二三五頁）；審判權有無欠缺之判斷過程（「民訴研討(二)」三二五頁）；捨棄上訴權之效力判斷（「民訴研討(二)」三六五頁以下）；裁判有無脫漏之判斷（「民訴研討(二)」四一三頁）；非訟程序之當事者權（「民訴研討(二)」四四〇頁以下、四八三頁）；裁判分割共有物事件之審理及當事人恆定主義之運用應如何兼顧程序保障（「民訴研討(二)」五五頁以下）；失權的根據（同研究會編「民訴研討(三)」二八頁以下）；生活妨害制止請求之特定（「民訴研討(三)」七七頁）；非法人團體訴訟當事人能力之判定程序（「民訴研討(三)」一六四頁）；證據提出權及爭點整理程序（「民訴研討(三)」二二四頁以下、二四三頁）；訴之客觀合併態樣及審理順序之排定（「民訴研討(三)」二九五頁以下）；隨時提出主義之合理限制（「民訴研討(三)」三七三頁以下）；外國法院判決之承認（「民訴研討(三)」四四一頁以下）；簡易程序之基本法理（「民訴研討(三)」四九〇頁以下）；訴之變更追加之許否判斷（「民訴研討(三)」五七二頁以下）；當事人本人供述之功能論（「民訴研討(三)」六二七頁以下）；訴訟外紛爭解決制度之定位及法院調解之效力範圍（「民訴研討(三)」七三〇頁以下）；公司訴訟及身分關係訴訟所及於訴外第三人的效力（法學叢刊第一四〇期一六五頁以下、一七四頁註二）；訴訟標的論及既判力客觀範圍之省思（「民訴研討(二)」五六〇、五七八頁、「民訴研討(三)」三二三、六一四頁、法學叢刊第一四〇期一八一頁）；不作為請求及生活妨害制止請求之保全程序（法學叢刊第一四二期一四八頁以下所載民事訴訟法研究會第三十七次研討會紀錄內本人之發言及補註一及註三之闡述）；經驗法則之適用程序（同研究會第三十八次研討會紀錄——刊載法學叢刊第一四三期一七四頁以下）；闡明權之行使方式（同研究會第三十九次研討會紀錄——

刊載法學叢刊第一四四期一一〇頁以下)。

此外，關於程序保障之機能論及其所牽涉之其他基本問題，請參照邱聯恭「值得當事人信賴的真實」(見註三十四)一八二頁以下；同「程序保障之機能」(見註九)一七一頁以下。

註五十二：關於程序保障概念之廣狹、其用語之多樣、以及程序權保障與當事者權保障、程序上基本人權保障之同義性等，請參照上述註四十二之說明；「民訴研討(二)」四四〇頁；本間靖規「對世的判決效擴張と手續保障」(民事訴訟雜誌三三號，一九八七年)五〇頁；住吉博「民事訴訟における當事者權」(演習民事訴訟法，一九八七年)七七頁以下；吉野正三郎「民事訴訟法における手續權保障」(民事訴訟法の争點，一九八八年)八八頁以下。

於此，值得併加留意的是，特別使用「當事者權」一語以示身為程序主體者所可以享有或應該被賦予之諸權能——程序主體權，而不一律僅予以稱呼為「當事人權」，係為了刻意涵蓋對於訴訟程序主體所承認之Parteirechte及對於其他諸程序之關係人而非訟程序主體者所承認之Beteiligtenrechte(參照「民訴研討(二)」四四〇頁)，並兼顧除訴訟法上通稱之當事人(原告及被告，不論其為自然人、法人、非法人團體)以外，其他尚多有應被賦予程序主體之權利地位者，是與基於日本憲法要求就訴訟為公開辯論之規定，而著重強調訴訟上當事人權之情形[見山木戶克已「訴訟における當事者權——訴訟と非訟の手續構造の差異に関する一考察！」(「民事訴訟理論の基礎的研究」收錄，一九五九年初出)五九頁以下]，尚不盡同。[關於此方面之憲法上規定，我國、德國與日本之間並非全同，請參照邱聯恭「程序保障之機能」(見註九)一七八頁註十一之說明。]例如，雖非訴訟當事人，但在訴訟程序上應被賦予相當之程序主體地位者有：可能接受裁判之參加人[最高法院七十九年度台上字第一〇三

四號判決(法令月刊第四十一卷第十一期)認為應將辯論期日通知參加人。]；在有關拒絕證言或拒絕具結之裁判程序上的證人或鑑定人；有關文書提出命令程序之第三人(參照民事訴訟法三四七條、三四九條及第三五一條)；對於裁定得提起抗告者，或其利益可能因抗告審之裁定內容而直接受害者(參照同法四八二條、四八八條第二項。按：抗告權亦屬當事者權之一部分)；在調解程序參加調解之第三人或對於調解方案得提出異議之利害關係人(參照同法四一二條、四一八條第一項、第三項)；判決之對世效所及之第三人(參照筆者在民事訴訟法研究會第三十六次研討會之分析——載法學叢刊第一四〇期一六六頁及一七五頁內註三)。

此外，在非訟程序上，其程序主體概念具有特殊性，就其稱謂，不論在我國或德、日等國，雖均未經確立有統一之用語[參照邱聯恭「程序保障之機能」(見註九)二二八頁至二二九頁內註一一八]，但其程序主體仍應受相當之程序保障，而有藉當事者權、聽審請求權或程序主體權等概念予以闡釋之必要；並且，此類保障之賦予亦為立法例之趨勢。[併參照「民訴研討(二)」四四一頁以下；青山善充「訴訟手續と非訟手續」(法學教室一二七號，一九九一年)一〇一頁；Friz Baur, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153, 1954, S. 401ff.]其適例如：「因裁定而權利受侵害者」，均有抗告權(非訟事件法第二十四條第一項)；利害關係人或親屬會議受陳述意見機會之保障者(如：同法第五一條、第六十條、第六九條第二項、第八一條第二項、第八三條第二項)，並不以其自始係形式上當事人為限。又，在非訟事件，除使利害關係人以言詞或書面陳述意見外，亦可由非訟法院裁量命行辯論。例如，在兒童福利主管機關以父母濫用親權等為理由，聲請為未成年子女指定監護人事件(參照兒童福利法第二十一條第一項，非訟事件法七十二條)，為保障聽審請求權，

非訟法院得命被指為濫用親權者與聲請人即該主管機關進行言詞辯論，亦得聽取該未成年子女之意見（併請參照註五十八之說明）。

註五十三：在德、日、法等國學界及審判實務上，防止發生突襲及突襲性裁判，乃民事訴訟法上最基本的要求；此為當今一般所同認且奉守不渝的重要原理。可是，關於其所謂突襲之型態為何、究應如何予以防止以及其與程序保障論之關連何在等問題，向來則少有深入之探討，猶待解決〔參照山本克己「民事訴訟における“Rechtsgespräch”について」(四)（法學論叢一二〇卷一號，一九八六年）四一頁〕。

意識及此，筆者自一九八〇年以來，一再主張為保障程序上基本人權、賦予程序保障，不但應防止當事人一造對他造之突襲，尤須防止發生來自法院的突襲性裁判〔見民事訴訟法研究會第一次研討紀錄（載「民訴研討(一)」第十八頁）及其後之歷次研討內容（參照註五十一內所引用之各該次研討紀錄）〕；並為探求防止突襲之對策，特就突襲性裁判之發生型態，加以分析、論證，而指明德、日等國學說理論之缺陷〔見同研究會第三次研討報告即參照邱聯恭「突襲性裁判」（「民訴研討(一)」，一九八〇年）三九頁以下；同「值得當事人信賴的真實」（見註三十四）一八二頁以下〕。其後，日本論者亦多認為：在審理過程賦予當事人充分之攻擊防禦機會，以防止裁判對當事人造造成突襲，乃屬程序保障所不可欠缺的內容〔井上治典「手續保障の第三の波」（法學教室二八號，一九八三年）四一頁以下；梅本吉彥「不意打防止と訴訟法理論」（法學教室三三號，一九八三年）二九頁以下；山本和彥「民事訴訟における法律問題に関する審理構造(一)」(法學協會雜誌一〇六卷四號，一九八九年)五二三頁；高橋宏志「弁論主義について」（法學教室一二二號，一九九〇年）八二頁以下〕。惟其間之論說並未充分意識到，如下所述之促進訴訟的突襲或推理過程

的突襲〔如：高橋宏志「不意打防止のシステム」（法學教室一九號，一九八二年）七一頁；紺谷浩司「口頭弁論の必要性」（「演習民事訴訟法」，一九八七年）四一五頁；栗田陸雄「裁判官の法見解および心証の披瀝」（民事訴訟法の争点，一九八八年）二三四頁〕

為彌補向來有關突襲性裁判研究之缺陷，筆者經嘗試就民事訴訟事實審理過程，加以研析之結果，認為突襲性裁判之主要型態如下：

(1)發現真實的突襲：此種突襲裁判之發生係基因於：未使當事人在言詞辯論終結以前，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以前，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己之事實為充分攻擊防禦之情況下，受法院之裁判。

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，且偏重於處理由對造當事人之主張或舉證活動所造成之突襲。而未充分注意：①縱使一造之行為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」。

②推理過程的突襲

此種突襲性裁判之發生係基因於：未在言詞辯論終結以前，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。

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④關於心證度之判斷或其過程；⑤證明度之判斷或其過程；⑥心證度已否達到證明度之判斷或其過程。

(2)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、費用之不必要的支出或不該有之節省等情況下，受法院之裁判。亦即，因未使當事人適時預測法院之裁判內容或判斷過程之結果，致當事人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支出致未能實現之實體利益）。

須留意者，以上所述之突襲型態，並非僅指與法官之法律見解無關連之情形。蓋以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），而一方面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，進而認定事實。因此，所謂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。在有此種關涉之情形，法官就法律問題所為判斷（法的評價），亦可能造成法律適用的突襲，而與上述不同型態的突襲相競合。何況「法官知法」的原則，非即意味不須賦予當事人就法律之解釋適用，有辯論之機會。在未賦予此項機會的情形，縱使是單純的法律適用，也可以造成對當事人的突襲。

又，論述並強調「促進訴訟的突襲」，實具有喚起注意充實程序制度，俾使當事人能適時預測法院之心證及法律見解，以盡攻擊防禦之能事，而避免不必要之程序上浪費等意義。事實上，防免發

生促進訴訟的突襲所可確保之程序上利益，既屬該事件訴訟當事人之利益，而對其他現正或即將使用程序制度求得正確而慎重且迅速而經濟的裁判之人而言，亦屬一般國民及法院（納稅人之代表）之利益。就此言之，德、日向來學說未充分認識及此，致未形成「促進訴訟的突襲」概念，並未論及其與事實審理制度目的論及程序保障論之關係，應屬憾事。（詳請參照邱聯恭·前揭「突襲性裁判」及「值得當事人信賴的真實」）

再者，關於審判之對象範圍之劃定、訴訟要件之存否、審理順序之排定或應受裁判事項之判斷等種種審理活動，亦可能發生突襲性裁判，應設法予以防止。〔其適例甚多，請參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）一九四頁內註五三之說明；本文註五十一內所引用筆者在民事訴訟法研究會歷次研討會之論述；尤其例如其中第二十四次、第二十九次（載「民訴研討(二)」五六〇頁、五七八頁以下、三二七、三三二頁）、第二十九次（載「民訴研討(三)」三二一頁）及第三十七次（見法學叢刊第一四二期所載同次研討紀錄內註二有關假處分程序之闡述）等研討會中之說明。〕

註五十四：當事者權保障或聽審請求權保障之原則（Grundsatz der Gewährleistung des Anspruchs auf rechtliches Gehör）係第二次世界大戰以後，在德國、日本所發展、形成之訴訟原則，而通用於包含採用職權調查主義或職權探知主義（Untersuchungsmaxime, Untersuchungs- oder Amtsermittlungsgrundsatz）在內之任何種類的程序（含非訟程序），藉以保障當事人或受裁判影響者之程序主體性，並防止發生突襲性裁判。〔併參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）一八四頁內註一七、註一八、註二二及註二四之說明〕

在此原則下，一般認為聽審請求權乃程序基本權〔參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）一七三頁內註三之說明〕，不僅成為解

釋訴訟法上個別規定之指針，且在未有法律規定之情形，具有補充法律漏洞之機能。關於其承認之根據，在日本，一般多求諸於其憲法有關尊重個人（第十三條第一項）、保障任何人均有受法院裁判之權利（第三十二條）及要求裁判應基於兩造之公開辯論（第八十二條）等規定〔三月 章「裁判を受ける権利」（見註四十三）三頁以下；新堂幸司「訴訟と非訟」（民事訴訟法の争點，一九七九年）一二頁；山木戸克己「訴訟における當事者權」（見註五十二）；鈴木忠一「非訟事件に於ける正當な手續の保障」（「非訟、家事事件の研究」，一九七一年）二六二頁；紺谷浩司・前掲（見註五十三）；小島武司「證據保全の再構成」（自由と正義二九卷四號，一九七八年）二九頁；同「民事裁判における憲法的保障」（竹下守夫・谷口安平編「民事訴訟法を學ぶ」，一九八一年）一二頁以下；中野貞一郎「民事裁判と憲法」（講座民事訴訟①，一九八四年）一四頁；同「民事訴訟における憲法的保障」（「民事訴訟法の争點」，一九八八年）一三頁〕又，在德國，則求諸於法治國家原理或尊重人的尊嚴之原則（德國基本法第一條）。其中，德國傳統的見解係求其根據於法治國家原理，認為：裁判係以實現實體的正義為目的，自應正確適用法律於客觀的真實；此種真實之發現，唯在對一切程序參與人為聽審的情況下，始可能獲致；因此，保障聽審請求權乃所以助益實現正義、使裁判正當化。（Haraid Schwartz, *Gewährung und Gewährleistung des rechtliches Gehörs durch einzelne Vorschriften der Zivilprozeßordnung*, 1977, S. 11f.）另者，晚近，求其根據於尊重人的尊嚴之見解則認為：須尊重個人各有其人格，不許以之為審判之客體；因此，應承認人均有其陳述意見之基本權利，得據此影響程序進行之過程及結果。循此見解，則追求正確的裁判乙事，尚不足以成為承認聽審請求權之正當化根據。（Dürig, *Der Grundrechtssatz von der*

Menschenwürde, AöR 81, 1956, S. 128; Brüggermann, *Rechtliches Gehör im Zivilprozeß*, JR 1969, S. 361; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, *Grundgesetz*, III Bd. Art 103 Abs. 1, RZ 5; Rosenberg-Schwab, *Zivilprozeßrecht*, 13 Aufl., 1981, S.461; BVerfGE 9, 95; 7, 279)

註五十五：在德國，有關聽審請求權之論說，向來係以追求在程序上實現憲法所保障之權利為目標，因此較著重於探討如何在國家運作司法權之過程中，確保當事人或就程序有利害關係者之主體性。與此有關之制度如：依職權通知（*Ladung*）或必要的傳喚（必要的引進，*notwendige Beiladung*）等制度（參照筆者在民事訴訟法研究會第三十六次研討會之分析及其註釋之說明——載法學叢刊第一四〇期一六七頁以下及其註二、註五、註六）；協同主義（*Kooperationsmaxime*）之強調〔就審理過程之任務分配，強調法官與當事人間應協力——vgl. Wassermann, aaO. (Anm. 48) S. 109; 邱聯恭「值得當事人信賴的真實」（見註三十四）二一九頁〕；法官與當事人間法律上討論（*Rechtsgespräch*）之踐行（Hans-Willi Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß*, 1984, S. 243ff.）。

至於在日本，其初期有關當事者權之論述，固然近似於上述德國之情形〔參照山木戸克己・前掲及鈴木忠一・前掲（均見註五十四）〕，惟其後之程序權保障論，則另有趨向於主張其係為規律當事人間程序上行為之見解〔參照井上治典・前掲（見註五十三）〕，而非仍僅限於法官與當事人間而已。

註五十六：程序權保障究應具有何等內容，固屬程序法學上必須解決之基本問題。為此，應先認明：如何滿足發現真實與促進訴訟等二基本要求，乃民事訴訟法學上雖舊猶新之永遠課題。所謂訴訟之促進（*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，以減少在程序上付出勞力、時間或費用而言，並非意味致力於促使當事人或一般人民儘量提起訴訟或設法多使用訴訟程序。[關於促進之意義與訴訟促進義務之關連，另可參照Leipold, Prozeßförderungspflicht der parteien und richterliche Verantwortung. ZJP 93, 1980, S. 239ff.又，關於訴訟促進之基本要求乃法治先進諸國所承認及其根據為何等事，請參照筆者另在民事訴訟法研究會第三十次及第三十二次研討會之說明一載「民訴研討(三)」三七四頁、五一八頁；シュワープ=ゴットヴァルト「憲法と民事訴訟」(見註二十五)二一八頁]

雖然如此，向來，一般論程序保障者，卻往往偏重於強調有關追求發現真實(即：達成正確裁判以追求實體利益)之程序保障，而未同時認知有關追求促進訴訟之程序保障(即：有助於節省勞力、時間、費用之程序保障)。其實，為貫徹尊重人的尊嚴之原則，依訴訟權、平等權、生存權、財產權、自由權等憲法上保障規定及法治國家原理，應認為程序保障須兼具兩方面之內容，亦即：

第一是，有關追求達成慎重而正確的裁判之程序保障，此乃有助於發現真實，以追求實體上利益之程序保障(以下略稱為「發現真實之程序保障」)。為賦予此意義之程序保障，立法者或法院應對於當事人提供較嚴密的程序，使當事人有機會受較嚴密而慎重之審理，以防止發生發現真實的突襲(見註五十三)，作成更正確之裁判，而獲取實體上利益(因實體權利之實現所可取得之利益)。

第二是，有關追求達成迅速而經濟的裁判之程序保障，此為有助於促進程序，以追求程序上利益之程序保障(以下略稱為「促進訴訟之程序保障」)。為賦予此意義之程序保障，立法者或法院應對於當事人提供可資以節省勞力、時間、費用之機會或簡化之程序，以使當事人有機會經由迅速而有效率之審理，在程序進行之過程，避

免付出不必要或不合算之勞力、時間及費用等程序上不利益(即追求程序上利益)。固然，在訴訟程序上，於起訴時，乃以追求實體上利益(以訴訟標的及訴之聲明為上限，經由真實之發現所獲致之實體法上利益)為原始目的，亦即程序乃追求實體上利益之手段。此目的與手段之間，在事理之本質上，原本必須具有手段不得消耗、破壞目的之合理關係。倘隨伴於程序之進行所付出之勞費(程序上不利益)，近於或逾於其所追求之實體上利益，則產生手段消耗、破壞其目的之矛盾。為免致此，自應賦予借助該手段之程序主體(當事人)有避免付出不必要勞費之機會。否則，程序之進行將另亦對於其系爭標的以外之財產權甚至自由權造成侵害，終將導致有意避免遭受該種侵害之人民(當事人或利害關係人)，不得不放棄平等使用法院之權利、機會。為防免發生此類悖反基本權保障之情事，法院自應防止對於程序主體之當事人，發生促進訴訟的突襲(見註五十三)，而賦予相當之機會，使其可用以追求程序上利益。肯定賦予此項機會，實即意味必須承認「促進訴訟之程序保障」，並使其與「發現真實之程序保障」間取得平衡。

根據同上之理由，應認為聽審請求權亦須具有二方面之內容，亦即：關於攻擊防禦或陳述意見等機會之賦予，不僅就其有助於發現真實以達成正確之裁判者、同時就其有助於促進訴訟以達成迅速(效率)之裁判者，已成為當事人之程序主體或其利害將因程序之進行而受影響者(如：裁判效力所及之第三人等)，均應有請求法院聽審之權。此事對於制度運作者即法院而言，係指其被要求：應保障該等涉及程序之利害關係者，有提出助益於達成正確裁判及迅速裁判等二方面資料或意見，而受聽審之機會。(其與裁判效力相對化論等之關係，請參照民事訴訟法研究會第三十六次研討紀錄內邱聯恭之補註二之說明——載法學叢刊第一四〇期一七四至一七五頁)

不過，由於實體利益之追求與程序利益之追求恆處於緊張關係，所以民事程序制度應以致力於調和該二種利益，而追求二者之平衡點上利益為首務。為達到此目標，應設立程序制度，使當事人在一定條件下，有機會較量該二種利益之大小，並擇定其所欲優先追求之利益。此乃牽涉事實審理制度目的論之基本問題。

按：關於民事訴訟事實審理制度之目的論，向來（百年來）有所謂形式的真實（發見）主義（形式的真實說）與實體的真實（發見）主義（實體的真實說），而「實體的真實說」是目前德國、日本的通說。其中，形式的真實說係認為在辯論主義支配下，事實證據的提出既屬當事人之責任，受訴法院自僅須以當事人所提出之事證為基礎作成裁判即可，非必追求確定客觀的真實。又，實體的真實說則認為受訴法院須追求確定客觀的真實，始能達到國家所負保護實體權利等司法裁判之任務。對此，筆者係採取批判之態度，而提倡「信賴的真實說」，認為：關於實體權利（實體上利益）之實現，應正視其在起訴以後所面臨的現實狀況，係與起訴以前之情形有所不同。亦即，雖然在起訴以前或在訴訟外，實體權利為何，恆可以客觀的真實（實體權利之前提事實為何，在客觀上係屬不變之歷史上靜態事實）為準，想像或判定其內容範圍。可是，自起訴以後，在訴訟程序上，則由於程序係以時間之經過為重要因素，且受限於發現事實真相手段之有限性，以致在訴訟上所追求發現之「真實」或「實體事實關係」常具不確實性；並隨著程序上所顯現之資料或蒐證手段之質量為何，具可變性；其程序之進行動輒隨伴發生程序上不利利益（勞力、時間及費用之支出）。面對此種現實，為界定訴訟程序上所追求之「真實」究何所指，自必須顧慮實體上利益與程序上利益之平衡追求，以免因訴訟程序之進行所隨伴發生之程序上不利利益，加害於系爭實體利益以外之財產權（因程序上不利利益之發生致該財產

權減少）。從而，事實審理制度之首要目標，應是在賦予「發現真實之程序保障」及「促進訴訟之程序保障」等二方面內容的程序上，兼顧發現真實的突襲及促進訴訟的突襲之防止，而追求確定實體利益與程序利益等二者之平衡點上的真實。能如此，其裁判始堪成為當事人所信服者，是即追求確定值得當事人信賴的真實。〔詳請參照邱聯恭「當事人本人供述之功能」（「民訴研討(三)」）六二七頁至六三一頁；同「值得當事人信賴的真實」（見註三十四）〕

註五十七：舉例言之，言詞辯論方式之踐行，有助於下列程序法上原則之貫徹及基本問題之妥善處理：

(1) 貫徹兩造聽審主義（Prinzip des beiderseitigen Gehörs）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，而為古今中外共通之法理。就其起源而言，固然可追溯於羅馬法諺“Audiatur et altera pars, etsi sit pessima”；可是，另一方面，或許亦可從論語顏淵篇內「子曰，可片言以折獄者其由也與。子路無宿諾」等語之闡釋或背景評析，獲得相當之印證。

此項原則與言詞辯論方式之踐行具有重要之功能上關連，須加留意。亦即，雖然僅對兩造分別為聽審，而未使彼等互為言詞辯論，亦難謂其非屬兩造聽審。然而，踐行使兩造當事人為言詞辯論之方式，乃審判之所以成其為審判之基本要素，通常亦最能有助於發現真實，滿足上述原則之要求。因為：

言詞辯論與公開（審理）主義、直接（審理）主義相結合之審理方式（民事訴訟法第二二一條、二一一條、二九七條及法院組織法第八六條），有助於保障辯論權，而為判決程序所採行之原則上模式。

在此模式之採用下，聽審請求權將更可貫徹兩造聽審主義之精神，而保障當事人得基於程序主體之地位，參與法官發現「真實及法」之過程，防止發生突襲性裁判。[vgl. Laumen, aaO. (Anm. 55), S. 243ff.]另一方面，即使在裁定程序，如有兩造之對立，亦可依法院之裁量行言詞辯論（民事訴訟法第二三四條第一頁）。此時之言詞辯論有助於補書面審理之不足，亦可發揮其闡明事實或法律關係以防止突襲之功能。[參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）二二一頁以下；同「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」（「民訴研討(二)」）四四一頁]

(2)補強辯論主義（Verhandlungsmaxime）防止突襲之功能

依向來一般所認之辯論主義（亦稱「當事人提出主義——Beibringungsgrundsatz」），裁判基礎資料即事實、證據之蒐集及提出乃當事人之責任、權能，原則上受訴法院不得以當事人未提出之事實或證據作為裁判之基礎，且須斟酌當事人所已提出者。（vgl. Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 13 Aufl., §78; Jauernig, Zivilprozeßrecht, 19 Aufl., §25 III 2IV; Stein-Jonas-Pohle, ZPO 19 Aufl., vor§128 VII 1）此種原則，係將法院作成裁判之基礎資料限定於當事人所已主張之範圍內，自較諸未如此限定之情形（如：在採職權探知主義之情形），更不致發生突襲性裁判。因為，在未如此限定之情形下，法院有更大空間，可能以未經當事人提出之資料為裁判基礎。在此範圍內，法院之裁判亦較有對當事人造成突襲之虞，更須另謀防止發生突襲之道。可是，縱使其為採用辯論主義之情形，倘法院係在未使一造預知他造所提出之事證為何之狀態下，逕以該事證作為裁判之基礎（如：法院未將他造以書面提出之資料提示或送達此造以前，逕以該資料為裁判基礎），則仍將對未能預知該事證之當事人發生突襲，而違反聽審請求權（程序權）保障之要求。可知，辯論主義

之採用雖有助於防止發生突襲，但尚非其防止之充足手段。[關於辯論主義之根據及其與防止突襲之關係，請參照下述註八十九之說明；邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）一八一至一八二頁內註一八]

為滿足此種防止突襲之需求，言詞辯論之踐行乃必要而有益。亦即，使兩造進行言詞辯論之方式，在採用辯論主義之程序上，具有助益、補強防止發生突襲之功能，須加重視。蓋以狹義之言詞辯論係指兩造當事人對席以言詞向受訴法院為本案之聲明，並提出成為其根據之攻擊防禦方法的行為（即：其相關之法律上陳述、事實上陳述及證據聲明等）；而廣義言之，則指彼等之辯論及受訴法院之調查證據等行為。在踐行此類言詞辯論之程序上，通常兩造當事人已獲賦予機會，可藉以在言詞辯論中互知對造所提出之事實、證據為何，並知有所回應。從此角度觀之，辯論權之保障係有助於防止當事人間相互突襲之手段，應為聽審請求權之必要內容。從而，在未經賦予辯論機會之情形下所作成之裁判，應屬侵犯聽審請求權（程序基本權），而違背民法第一九九條第一項規定，得構成提起第三審上訴或聲請再審之理由（除依第四六八條外，可準用或類推適用民法第四六九條第四款、第四九六條第一項第五款——併參照筆者在民事訴訟法研究會第三十六次研討紀錄內補註八之解釋論——載法學叢刊第一四〇期一七八頁）

至於應循何種程序方式保障辯論權，始能有助於防止來自法院的突襲，提昇當事人對裁判之信賴，則仍屬尚待進一步探討之問題。（另請參照註六十四之說明）。——此方面之問題，乃向來我國有關言詞辯論功能之論者所未意識。在日本，肯定聽審請求權之論者[如：紺谷浩司「口頭弁論の必要性」（見註五十三）四一六頁]，尚有未如前述，就言詞辯論之功能，細予分別論斷之缺失。

應附言者，「言詞辯論」雖亦有略稱為「辯論」之情形（如：民

訴法第一九九條第一項、第二〇七條、第二〇八條），但畢竟非屬於規律當事人就裁判基礎資料之提出應否負責或有無權能之原則，尚與「辯論主義」即「當事人提出主義」之概念有間。而且，在民事訴訟法上，非無雖採用辯論主義，卻不必踐行言詞辯論方式之情形（參照同法第二三四條、第二四九條第二項、第四七四條、有關保全程序之第五二二條及第五三二條等規定）。在此類情形，原應分別言詞辯論與辯論主義等二概念之不同，始能為適當之解說，自不宜任意將此二者互相代用。（另請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十七次研討紀錄之補註一內(2)之闡述——載法學叢刊第一四二期一五五頁至一五六頁）

(3)職權探知程序上之程序主體權保障

由於法官職權之擴大，非即意味不須顧慮滿足程序權保障之要求，因此，縱使在受職權探知主義支配之程序（如：人事訴訟程序、非訟事件程序或行政訴訟程序），為保障當事人或利害關係人等之程序主體權（當事者權、聽審請求權），亦應認知上述言詞辯論之功能，而致力於踐行足以發揮其功能之程序。（參照註五十四及其中所引用之文獻；「民訴研討(二)」四三七頁）

(4)訟爭性非訟事件及保全程序之辯論權保障

具有訟爭性之非訟事件往往需求交錯適用訴訟法理與非訟法理。〔參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）一七九頁以下〕在此類事件之審理程序，除如向來採用以書面審理、裁定及抗告等為內容之程序以外，亦有須同時踐行言詞辯論，以兼顧其裁判對利害關係人影響之重大性者。例如，在有關公害紛爭等生活妨害制止請求之保全程序——定暫時狀態假處分聲請事件之審理程序，即有應使為辯論以求其裁判正當性之情形。在此情形，係重視辯論權之保障具有確保裁判之正當性，並提昇當事人對裁判之信賴，以滿足多樣化

之程序法上基本要求等作用。（參照民事訴訟法研究會第三十七次研討紀錄內筆者之補註三——載法學叢刊第一四二期一五八頁以下）

(5)關於言詞辯論與律師功能論之關係，請參照下述註九十一之說明。

註五十八：由法院為訊問，或使以言詞或書面為陳述等方式，雖非屬言詞辯論，但為因應個別情況之不同或事件類型之特性需求，亦可能作為保障聽審請求權之必要手段，而有助於防止突襲。例如：

(1)在非訟程序上，為適當保障當事者權——聽審請求權，通常多採辯論以外之方式。其中，因事件類型之不同，有由立法者對法院課以訊問之義務者（如非訟事件法第五十一條、第六十九條第二項、第八十一條第二項）；有就是否為訊問委諸於法院之裁量者（如：同法第六十條、第八十三條第二項）；有委諸於法院裁量決定以書面或以言詞使為陳述者（同法第十三條、第六十條）。屬於此類情形之事件甚多，例如，在養子女於養父母死亡後聲請許可終止收養事件（依同法第七五條之一、民法第一〇八〇條第五項提起之聲請），雖因無當事人之對立而無從使兩造為辯論，且適用職權探知主義（非訟事件法第十六條），惟為保障聽審請求權，非訟法院仍須使利害關係人（如：被收養人、其本生父母等）以言詞或書面陳述意見。（併參照註五十二之說明）〔關於辯論權在非訟程序上是否受保障，請參照「民訴研討(二)」四四一頁〕

(2)在民事訴訟法上，除判決程序之當事人以外，應受聽審機會之保障者亦多，上述註五十二內所列舉者即是。

在上述情形，聽審請求權保障之法理係立法者制訂法律及法官行使程序指揮權（裁量權）之指導原理，應準以強化程序主體地位或擴充其內容。

註五十九：在民事訴訟法上，處分權主義（Dispositionsmaxime od.

Verfügungsgrundsatz) 係指就程序之開始、對象、範圍等事承認當事人有主導權、處分權之原則。此項原則固然已具體表現於若干現行法之規定內容(其重要者如：民訴法第二四四條、第三八八條、第二六二條、第三八〇條、第三八四條、第四三九條、第四四五條第一項、第四五九條、第四七五條第一項、第五〇三條。此外，併請參照註二十四之說明。)可是，關於其承認之根據為何、其承認能否在憲法上尋得基礎及應如何在程序法上諸基本要求中予以定位等事，則為向來尚未詳加探究而仍待面對之課題。[關於德、日等國亦鮮少詳論此方面問題之指摘，請參照石川 明「處分權主義と憲法」(判例タイムズ四九八號，一九八三年)四九頁；Rolf Stürner, *Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung*, Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 650]。

其實，根據國民主權及國民的法主體性等原理(見本文「貳(一)」[參(一)])，人民應亦是經由訴訟程序形成、解釋及適用「法」的主體，據此應承認訴訟當事人在該程序上有相當之主導處分權，而非僅屬受程序支配之客體。並且，程序主體權之承認既係以人格尊重之原理及憲法上有關訴訟權、財產權、自由權、生存權等保障規定為基礎，不僅為了保護系爭之實體利益，也為了避免因程序上不利利益之發生(程序上勞力、時間或費用之額外支出)致減損系爭標的外之財產權、自由權。基於此項法理，受訴法院於審理過程必須兼顧當事人之實體上利益及程序上利益，並賦予其有平衡追求此二利益之機會。亦即，基於程序主體權，當事人不僅應有實體法上處分權，並應被肯定享有相當之程序法上處分權(程序處分權)，藉以一方面基於其實體法上處分權，決定如何處分各該系爭之實體上利益(實體權利)；而另一方面則本於其程序處分權，在一定範圍內決定如何取捨程序上利益，以避免因其程序之進行招致減損系爭實體上

利益或系爭標的外財產權、自由權之結果。蓋以程序上不利利益之發生，實無異於消耗系爭之實體上利益，並減損系爭標的外之財產權，而有害於行使權利之自由，自應設法予以防免(併請參照上述註五十六之說明)。

從而，為了保障並強化當事人之程序主體地位，使其有機會避免或減輕因系爭事件之審理招致上述不利利益，應認為：承認處分權主義之目的，非僅為了貫徹當事人對系爭實體權即財產權之支配權能[此乃向來一般所認者——參照邱聯恭「程序保障之機能」(見註九)一八四頁內註二七之說明及其中所引用之文獻]，亦係為了使當事人有機會藉此追求程序上利益(有機會利用處分權主義致力於減少發生上述程序上不利利益)，以同時維護其受憲法所保障之系爭外財產權、自由權等。在此意義上，不應認為處分權主義之採用僅係基於私法自治原則之貫徹，而應同時尋求其採用之根據於上述程序主體權(源於國民主權等原理及有關訴訟權、財產權、自由權、生存權等憲法上保障之程序基本權)。就此而言，處分權主義乃確保程序主體權之一手段。至於在貫徹憲法上其他保障規定或程序法上其他基本要求所必要之範圍內(如：為了排除對社會秩序或公共利益之妨害所必須之範圍內；或為了保護他人平等使用訴訟制度之機會，以因應訴訟集團現象所必要之範圍內)，處分權主義可能例外受相當之限制，則屬另一問題。

準此，向來認為僅應求處分權主義之根據於私法自治原則之一般見解(見前揭文獻)，以及認為不應求其根據於憲法上財產權及自由權之見解[如：中野貞一郎「民事裁判と憲法」(見註五十四)一三頁]，均有值得商榷之餘地。不僅如此，求處分權主義之根據於有關財產權、人格尊重、自由權等憲法上保障規定之論者(如：石川明·前揭；Stürner, aaO. (Anm. 48), S. 651)，並未如上所述充分意

識到應將視野擴展於兼顧系爭外財產權、自由權等之保護必要性，致未留意上述程序上利益之追求（程序上不利益之避免）亦屬處分權所能及之範圍，尚有論點不夠周延之憾。

綜上所述，為確保程序主體權，國家（含立法者及法院）必須對於當事人賦予適當之機會，俾其能經由處分權主義之適用或程序處分權之行使，平衡追求發現實體真實（即實體上利益）與促進訴訟（即程序上利益）；而不應僅以能使當事人有機會追求實體上利益為滿足；尤不該一味強調優先追求實體利益。在此意義上，實即同時承認：當事人對於國家及法院有適時審判請求權；而且，與起訴前之實際社會上客觀真實恆屬只有一個之情形不同，在訴訟程序上，因受制於發現事實真相手段之有限性（併參照註五十六之說明），適時審判請求權之保護，不應以主張優先追求實體上利益（發現實體真實即正確裁判）為前提。換言之，在此想強調：囿於上開手段之有限性，實體真實之確定即實體利益之追求既非必可得，自不應無視於程序進行常隨伴發生勞費支出之現實；因此，應以追求達成能平衡實體利益與程序利益之裁判為首務，而不應因過度執著於追求系爭之實體利益，致造成難以與之取得均衡之程序上不利益（此係包含對於系爭標的外財產權、自由權之危害在內，已如上述）。當然，此非意謂法院恆應從起訴時自始完全斷念於追求實體利益（即達成正確裁判），可是，衡度上開訴訟之現實，畢竟不應無條件恆以達成正確裁判為程序追求之最高目標。蓋以在起訴前或訴訟外將實體法規範適用於所設定或想像之特定過去（歷史）事實的情形，實與在訴訟程序上認事用法之情形，有所不同。亦即，在訴訟程序上，裁判每受制於種種可變因素（如：法官之職務上獨立或內心的獨立未必無瑕、當事人及其訴訟代理人之蒐證能力或辯論能力未必恆屬充足、證言或鑑定意見未必常可資以確定客觀真實），難免動輒招致程序上不利益，是

與純在起訴前或訴訟外抽象論斷實體私權存否之情形，互有所異，不可不察。準此而論，以無條件優先追求正確裁判為前提，承認適時審判請求權之見解〔如：中野貞一郎「民事訴訟における憲法の保障」（見註五十四）一五頁〕，尚難令人無疑。

基上認識，為確保、強化當事人之程序主體地位，如何從立法論及解釋論，重新檢討處分權主義之適用方式、範圍，以及充實程序主體權之內容，誠屬程序法學之現代課題。以下特舉若干相關事例，試加申論：

(1)客觀合併型態與程序主體權、處分權主義

為保障當事人平衡追求上述程序上利益及實體上利益之機會，以貫徹處分權主義之精神、確保程序主體權及適時審判請求權，訴之客觀合併的型態、內容為何，原則上應以當事人以訴（訴訟上請求）所排列之順序為準，依其行使程序處分權之意思定之，並進行審判，而不應僅受拘於其所主張之請求權在實體法上屬何性質、內容或型態（如：請求權是否競合或相排斥等）。循此，應認為：①就互相獨立、競合或非互相排斥之複請求，亦得提起預備合併之訴。以此而言，向來認為限於就相排斥之二請求，始得為預備合併之見解，有修正之必要。②就相排斥而不能並存之二請求或互不關連之複請求，均得提起選擇合併之訴。在此範圍內，向來認為僅限於就請求權競合之情形，始得為選擇合併之見解，應重新檢討。③就請求權競合之情形，不但得以單一聲明，求為對各請求權均一一加以審判；且亦得以單一聲明求受訴法院選擇其中一請求權加以審判（即：為選擇合併）。與此不同之最高法院見解，尚有商榷之餘地。

要之，不論在我國或日本，向來有關客觀合併之理論及審判實務（如：最高法院七十一年台上字第二一一三號、七十一年台上字第二三八八號及七十二年台上字第一八八二號等判決），似均未充分認知

確保程序主體權、適時審判請求權及平衡追求程序上利益之必要性等觀點[晚近，在日本，言及處分權主義及當事人之主體性，卻未意識到涵蓋上述平衡追求程序上利益等觀點之必要性者如：榊原 豐「複數請求の定立と規制」(講座民訴②，一九八四年)三〇七頁以下]。因此，今後應基於此項觀點，重新檢討訴之客觀合併論，並省思其相關問題處理之妥當性。關於上述說明，筆者在民事訴訟法研究會第二十九次研討會中曾有較詳細之分析、論證，請參照同次研討紀錄(載「民訴研討(三)」二九四頁以下，尤其是三〇二至三一頁、三一八頁至三二三頁)。

(2)裁量權之擴大與處分權主義

法官裁量權之擴大固然不即意味不須防止發生突襲(見註五十四之說明及其中所用之文獻)；而處分權主義之適用亦具有防止發生突襲性裁判之作用[參照邱聯恭「程序保障之機能」(見註九)一九四頁內註五三之說明]。因此，在承認聲明非拘束性(訴之聲明非必對受訴法院有完全之拘束力)之情形，受訴法院應行使闡明權，使當事人能預測到有關定審判範圍之裁量活動，如此始能有助於保障當事人之程序主體地位，而防止在此類情形因處分權主義受限制所可能發生之突襲。屬於此類之情形例如：①在裁判分割共有物事件，因非訟化需求乃承認有關分割方法之自由裁量性(參照民事訴訟法研究會第二十三次研討紀錄內筆者之分析——載「民訴研討(二)」四三六頁至四三七頁、四七六頁)。②在生活妨害制止請求事件，因其事件之特性需求，就有關制止妨害之方法，承認聲明得保留某程度之抽象性(參照民事訴訟法研究會第二十六次研討紀錄內筆者之說明——載「民訴研討(三)」八四至八五頁)。③在請求扶養事件，因其事件之特性需求，就扶養之程度、方法，承認聲明之非拘束性——法院自由裁量性(參照邱聯恭·前揭「程序保障之機能」二〇四頁內註七二)。

(3)程序選擇權之承認與處分權主義

為賦予當事人平衡追求程序上利益之機會，尚有在一定範圍內承認當事人雙方以合意或由其一方選擇程序之必要。此項程序選擇權之承認，亦可被評價為係源於上述意義之處分權主義及程序處分權之法理，而有益於強化程序主體權，應成為立法者制定法律及法官行使訴訟指揮權(裁量權)之指標。此種承認程序選擇權之法理，有已經具體化為現行法之明文者；有因於向來對其理論基礎之認知有所不足，以致猶待進一步從立法政策上予以採擇者。亦即：

①現行法明認之程序選擇權：在共同海損計算確定事件，法律承認有爭議之一方當事人得憑自己比較衡量實體利益與程序利益之結果，選用仲裁程序、非訟化程序或訴訟程序，而各可能在一定條件下發生終局的解決紛爭之效力[見海商法第一六一條、非訟事件法第九九條，並請參照邱聯恭「程序保障之機能」(見註九)二〇八頁、二〇九頁內註八四、二二三頁；又，邱聯恭在民訴法研究會第三十二次研討會之分析——載「民訴研討(三)」四八八、五二七頁]。

在聲請發支付命令事件，法律承認當事人得以其間訟爭性之強弱為基礎，較量該事件所涉實體上利益與程序上利益之大小，分別選用較有利於追求實體利益之通常訴訟程序(為偏重追求發現實體真實以達成慎重裁判乃適用訴訟法理之程序)，或選用較有利於追求程序上利益之督促程序(為偏重追求程序上勞費之節省乃適用非訟法理之程序)。亦即，基於上述較量，聲請人即債權人得選擇或逕起訴使用通常程序，或直接聲請發支付命令以使用督促程序；另一方面，相對人即債務人則可決定是否提出異議，以選擇仍續使用督促程序或改用通常程序[見民訴法五一九條，並請參照邱聯恭「程序保障之機能」(見註九)二〇〇頁、二一一頁]。

在聲請裁定准許就本票票款執行事件，倘採用依非訟化審理之

法理，認為發票人得在該非訟程序上提出原因關係之抗辯，且受理法院即非訟法院應為實質審理，以作成具既判力之終局裁判，則亦可解為係類於上述聲請發支付命令之情形，有助於平衡追求程序上利益。（參照邱聯恭·前揭「程序保障之機能」二〇〇、二〇九頁）

除上述承認一方當事人有程序選擇權之情形以外，法律承認當事人得以合意選擇程序，以減少勞費而追求程序上利益之情形如：民事訴訟法第四二七條第三項、第四三二條及第四三五條各規定當事人得合意選擇使用簡易訴訟程序，求為審理原應屬於通常訴訟程序之事件；又依同法第四五一條第二項，當事人得合意選用第二審程序，以避免因將含有程序上瑕疵之事件發回第一審，致造成程序上不利利益。此等明文，應均可從強化程序主體權、保障平衡追求程序上利益之機會及適時審判請求權等觀點，獲得相當之肯定。不僅如此，倘運用裁量權之法院亦能充分認知此項觀點所涵蓋之基本權性，則當其依同法第四二七條第四項規定，對於當事人改用通常訴訟程序之聲請，為裁量判斷時，應較能善解並尊重兩造當事人行使程序處分權之合意。亦即，基於上述認知，較諸僅由一造當事人聲請改用該程序之情形，在當事人兩造係以合意為該聲請之情形，法院應儘可能尊重此項合意准如所請，而不宜動輒輕視其合意，以其聲請為不當予以駁回。蓋以當事人基於其程序主體地位，應有平衡追求實體上利益與程序上利益之權利，並就何種狀態下之審判始堪謂為「適時」之審判，應被賦予陳述意見之機會。當然，對於違反訴訟促進義務者之聲請，得加以相當之限制，以兼顧訴訟之集團、大量現象（Massenerscheinung），而維護法院所代表之公益（訴訟制度設立者即全國納稅人之利益）。〔此係另涉及訴訟觀之問題，請參照邱聯恭「當事人本人供述之功能」（見註五十六）六八〇至六八一頁；筆者在民事訴訟法研究會第三十次研討會之闡述。——載「民訴研

討(三)」三七六頁；又，Wassermann 倡「社會的民事訴訟」說時，係肯定其乃以當事人之處分自由為要素，並且在訴訟上之處分權利自由應同於在實體法上。關於此，請參照 Wassermann, aaO. (Anm. 48), S.86]

②關於程序選擇權之立法論

鑑於程序主體權具基本權性，除上述現行法所已承認者外，今後如何從立法上，藉擴大處分權主義及程序處分權法理適用範圍之方式，更加予以強化，亦屬課題。關於此之適例如：為賦予當事人較多機會，俾其用以追求程序上利益或追求此項利益與實體上利益之平衡，應認真考慮：①承認飛躍上訴第三審（Sprungrevision）制度。亦即，容許當事人對於第一審法院所下終局判決，得以合意逕向第三審法院提起上訴，以避免經由第二審法院審理所將蒙受之勞費損失即程序上不利利益。（此類立法例有：日本民事訴訟法第三六〇條第一項但書及第三九三條第二項、德國民事訴訟法五六六條之一）

②在一定要件下，就特定類型事件（如：小額輕微事件，或當事人住居遠離法院之地而顯難到庭之情形），容許當事人得以合意請求法院命為書面審理，以代替原則性言詞審理。（立法例參照德國民事訴訟法第一二八條第一項、第二項）

③就需求循非訟化審理以追求程序上利益、達成簡速裁判之事件（如：票款請求事件），容許當事人得以合意選用非訟程序，進行實質審理，而取得具有既判力之本案終局裁判。又，除此項立法論以外，亦可從解釋論，准許當事人依循非訟化審理及程序處分權之法理，訂立訴訟契約達到同一選用非訟程序之目的。（請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之解說——載「民訴研討(三)」七四六至七四七頁）

④為保障當事人之辯論權，並充實其程序主體權之內容，應修正民事訴訟法四七四條有關第三審判決不經言詞辯論之原則，許

當事人得以合意決定是否請求法院踐行言詞辯論程序，以提升人民對第三審判決之信賴。

註六十：請參照註五十六。

註六十一：請參照註五十九。

註六十二：請參照註十一、註十二及註四十三。

註六十三：法官獨立原則之承認係以保障國民之基本權利為目的；為貫徹此項原則並為確保裁判之客觀性，固須使當事人及其所委任之律師有參與審判程序陳述意見之機會，以防免裁判出於法官之恣意、武斷。（參照本文「叁四」及註三十六之說明）。

又，被大陸法系諸國以為自明之理而沿襲承認之「法院知法（Jura novit curia）」、「當事人所持法律見解對法官之非拘束性」或「適用法律乃法官之職責（專權）」等原則（併參照法國民訴法第十二條、瑞士民訴法第五七條第一項、德國法院組織法第一條——見註三十二），縱使具有免除當事人證明「法」存在之責任，或排除其因舉證困難招致喪失權利之危險等作用，畢竟毫不意味可無視當事人之程序主體地位及聽審請求權。亦即，上開原則之採用並不具有在審判過程不必使當事人預測到法官之法律觀點或不應致力於防止其法律上判斷對當事人發生突襲等意義。

毋寧是，為防止發生突襲性裁判、強化當事人之程序主體地位並保障其聽審請求權，受訴法院應賦予當事人相當之機會，俾其能預測到法官之心證及法律見解，而更充分參與認定事實適用法律之過程，以謀求獲得適時之審判。關於此，可更具體闡述：

(1) 當事人協同法官在「依法裁判」過程尋求「法」之所在

從近代之裁判機能觀或法官獨立原則而言，法官固須依「法」裁判（參照本文「貳(二)」之說明）。可是，此時必然遭遇「法」在何處、「法」與「事實」是否恆易截然劃分、「法」之適用難道與

「事實」不相牽連等問題。究其實，裁判所應準據的「法律」係因裁判基礎資料之質、量為何，隨著審判過程之進展而漸漸具體形成；在審判程序上，「法」或「法律」往往係得自於「事實」，其間每牽連難分；而「事實」之所在恆即「權利」即「法律」即「正義」之所在。因此，使當事人預測到法官之「法律」見解為何，常可連帶使其同時預知應提出何項事實或證據；而賦予其有提出事實證據之機會實即保障尋求「法律」即「權利」即「正義」之可能。蓋以：

向來固然將「裁判」理解為三段論法的涵攝（Subsumtion）過程（將實體法規範適用於所確定的「事實關係」以導出結論的涵攝過程），而此種方式有助於便利預測判決之內容，確保法律適用過程之公平性及判決之正當化，亦有值得肯定之一面。可是，在實際的審判程序上，法官的思考過程即其適用法律之過程，則具有「法」與「事實」二者相牽連而難明確區分之特徵〔訴訟法學者及實務家多指明，在審判程序適用法律時，「法」與「事實」常係牽連難分。關於此，另請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第十次研討會之分析——載「民訴研討(一)」三一八頁至三一九頁；Kuchinke, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, 1964, S. 61 ff.; Scwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 1960, S. 26 ff.; Laufs, Gehör zu Rechtsfragen im Zivilprozeß, JR 1967, S. 180; 小室直人「上訴制度の研究」(一九六一年)二〇〇頁；同「上告理由」(講座民訴⑦, 一九八五年)二六九頁以下；花村治郎「上訴審の審理構造」(講座民訴⑦, 一九八五年)一六三頁；井上治典「民事訴訟——對論手續としての觀點から」(現代法哲學3, 一九八三年)二四七頁；同「訴訟の役割」(基本法學8, 一九八三年)一七五頁以下；楠本安雄「損害賠償請求訴訟の訴訟物」(新實務

民事訴訟講座4，一九八二年）三一頁；ペーターギレス／井上正三／小島武司「弁論主義とリラチオーンス・テクニク（上）——實務教育のあり方をめぐって——」（判例タイムズ四九一號，一九八三年）二五頁；山本和彦「民事訴訟における法律問題に関する審理構造(二)」（法學協會雜誌一〇六卷九號，一九八九年）一一一頁。

析言之，在審判實務上，如[圖表一]內「事件類型」(1)及(2)所示，法官（受訴法院）應係一面解釋實體法、一面認定事實而同時適用法律，亦即從d系列事實（間接事實）推認（推定）c系列事實（主要事實），而就c系列事實（法律事實——要件事實）是否該當於構成b系列權利，為「法」的評價判斷。並且，在此過程中，法官係從如[圖表二]所示與系爭事件有關之一系列生活事實中（事實羣），揀出d及c系列事實，以為上述「法」的評價判斷之對象、基礎。同時，就當事人而言，其事實主張唯於與權利主張有相當關連時，始能在訴訟上具有意義；而此項權利主張，則係依實體法規就特定事實關係為定性而得，其間具有密切之關連。可知，在涵攝過程，常存在著法律問題與事實問題相牽連、交錯的現實，不容無視。加以發生紛爭的原因情事常屬多種多樣，以致據以認定事實所必要之資訊情報或呈複雜化或欠缺不全。因此，事實存否之判斷、確定，實際上每受制於當事人有無適時提出事實證據之機會及裁判基礎資料（證據等）之質、量，並因此導致涵攝過程（事實之確定過程及「法」的評價判斷過程）之不確實性。在此情況下，縱使當事人僅係就過去某一時點所訂立之一個契約發生訟爭，亦可能由於法院予以認定成與當事人所判斷或預測者不同的事實，以致可能適用與當事人所認識者不同之另一個法律。換言之，若就各該事件所應適用之法規為何，當事人與法院所持法律見解互有差距，則當事人實難提出法院認為必要或充足之事實證據，法院在此情形下所為裁

判，將難免對當事人造成突襲。

以[圖表三]所示為例，就以斜線部分事實為中心而包含可能分別該當於a或b或c或d在內之同一事實羣，原告x於起訴時雖認為其屬該當於b而適用有關b之法律；可是法院卻可能予以認定為該當於a或c或d而適用另一個不同之法律（分別有關於a或c或d之實體法規範）；而被告y亦可能另有其不同之認識、判斷。其間，x、y之認識、判斷及法院之思考、評價，係呈現著「法律問題」與「事實問題」之牽連交錯。此時，當事人若未能預測到法院之法律見解，則難預知法院究以何項「事實」為該系爭事件之關鍵事實而對於事實認定（裁判）具有決定性之作用者，自無從適切提出法院所認為重要而關鍵之事實（要件事實或與待證事實關連之間接事實）。抑且，倘法院未使當事人能如此預測，以致當事人未及主張該項事實與相關證據，則法院所認定之「事實」、所適用之「法律」及所判定之「權利」，將可能導致不同於使能為該種預測時之結論。如此觀之，該事件所應準據之「法」係存在於當事人所提出之必要事實即裁判之基礎事實中，而隨著審判過程之進展狀況漸漸具體形成。並且，賦予當事人預測法院所持法律見解之機會，實有助於使當事人預知如何提出對裁判具決定性意義之事實、證據，而防止發生突襲；此項機會之賦予，乃保障當事人之聽審請求權及證據提出權所必要。在賦予此項機會之程序上，法官係致力於經由防止發生法律適用的突襲，來促使當事人進行必要而更充分的辯論，以協同尋求、發現「法」即「權利」之所在；亦即，法官依憲法所應準據之「法律」，應在使當事人能預測法官之法律見解，以利提出重要事實的審判程序上，由法官與當事人協同尋求、發現之，是與下述(2)之情形同，均可謂為「法」協同探尋之法理。在此種非任由法官獨占支配法律適用領域之程序上，所謂「你（當事人）給我

(法官)事實,我給你法律(權利)——da mihi factum, dabo tibi jus」的法諺,豈應復具有排拒當事人參與法適用過程之原則性。[關於此方面的論述,另請參照邱聯恭·前揭「當事人本人供述之功能」(見註五十六)六二四頁至六二七頁]

(2)現代裁判機能觀對法院見解之預測需求

在法院應以裁判為政策性價值判斷而發揮形成政策機能之場合(參照本文「貳(三)」之說明),如何使當事人能在審判程序上,適時預測到法院所認為對裁判重要之事實及「法」的內容為何,亦屬要事。

析言之,就有關不確定概念(如:權利濫用、誠信原則、公序良俗、正當事由……等)之裁判而言,由於實體法並未明示其概念之具體內容或要件事實,以致必須在個別的訴訟中,依其與諸種具體的事實之關係,個別判定、形成其內容——亦即不得不依個案情事之特性,分別為價值判斷而進行價值填充。又,就現代型紛爭事件而言,由於在實體法上亦多難定明該當於發生權利(如:生活妨害制止請求權)之要件事實,以致當為裁判時,必須考量諸多間接事實,資為判定侵害行為是否出於過失或有無因果關係之基礎——如[圖表一]「事件類型(4)」內所示,以其中d系列事實之複合推認c事實存否。

在此類訟爭之情形,因擴大法官裁量權且欠缺明確要件事實之故,當事人常難預測法院所認為對裁判重要之事實及「法」之內容各為何,致每有遭裁判突襲致難保程序主體地位之危險。因此,為使當事人有提出必要的事實、證據之機會,保障其聽審請求權而防止發生突襲性裁判,法院應使當事人能在訴訟程序上,預測到法院所認為對裁判重要之事實及其判斷內容為何,以利當事人及時提出必要之事實、證據,協同尋求、發現「法」之所在。亦即,在此種

程序上,法院裁判所應準據之「法」,亦如同上述(1)所說明,係被尋求、發現自當事人所提出而成為裁判基礎之事實羣([圖表一]「事件類型」(4)內以d系列事實為中心之事實羣及其相關證據)。尤其,倘著眼於此類紛爭型態,因上述裁量權擴大及要件事實未明確化之故,實較諸(1)所述「依法裁判」之情形,更呈現對「法」的內容之預測困難現象,則當可察知:其裁判所應準據之「法」,勢不得不責由法官促使當事人協同其在審判程序上發現而具體形成之。從此角度言,為尋求、發現「法」之所在,必須保障當事人有充分蒐集並提出事實、證據之機會。

(3)應使當事人參與經驗法則之選擇、判斷程序

經驗法則之誤選、誤用將導致事實認定之違誤,而終致造成「法」之發現即有關「權利」存否之判定的誤差。因此,為防止發生突襲性裁判,保障聽審請求權及證據提出權,應賦予當事人有參與選擇、判斷經驗法則之機會。在此,為便利今後掌握解決問題之基本方向,特以[圖表一]內「事件類型」(2)為例,試加解析:

①在法院僅就d₁或d₂事實形成肯定的心證(認為d₁或d₂事實存在),而就d₃或d₄等其他事實均尚未得心證之情形,如法院竟然認為可據以推定c事實存在,則其有關蓋然度、證明度之判斷,即屬違背經驗法則。因為,在有d₁、d₂、d₃等三個事實互相補強,且無d₄事實之主張、證明時,始常足以認已到達可推認c事實存在之蓋然度。此時係同時適用「若屬自己曾經關涉之事,照理自己應能主張、證明」的經驗法則。在上述情形,如法院於根據上開判斷認定事實以前(言詞辯論終結以前),未使y預測該判斷,致y不知且未能就d₄事實有所主張、證明,則上開違背經驗法則情事之發生,乃發現真實的突襲(推理過程的突襲),係同時由於法院未盡闡明義務所招致,而有害於辯論權及證據提出權之保障。此

時，Y 除可主張該項違法以外，亦可主張法院有違背經驗法則之違法。因此，為上開事實認定之法院，於言詞辯論終結前，應經由公開心證之方式，向當事人表明上開訴訟勝敗所繫事實存否之判斷內容，使其有就 d₃、d₄ 事實之存否為主張、證明之機會。此項機會之賦予係有助於防止誤用經驗法則（在經驗法則之適用程序上防止發生突襲），且為保障聽審請求權及證據提出權所必要之程序。

②在法院就 d₁、d₂ 及 d₃ 等事實均形成肯定的心證（認為該等事實存在之心證），並將此心證向當事人公開，可是，Y 卻未主張或未能證明 d₄ 事實存在之情形，若法院據此綜合推定 c 事實存在，並使當事人得預測其事的話，其事實認定係符合心證補強律，自無違背經驗法則之可言；且已賦予當事人就有關經驗法則之判斷內容為辯論之機會，不得謂其適用經驗法則之程序有未盡闡明義務之違法。相反的，在同上的情形，若法院卻認為 c 事實不存在（不推定 c 事實存在），則其未依心證補強律所為之事實認定，係違背經驗法則。

要之，假使 d₄ 事實存在，則因其與 d₃ 事實不能並立之故，d₃ 事實即無從與 d₁、d₂ 事實結合來推定 c 事實存在。因此，應由法院將有關 d₁、d₂ 及 d₃ 事實存在之心證，向當事人表明，藉以使 Y 有主張、證明 d₄ 事實之機會。此項機會之賦予係防止對 Y 發生突襲，以保障其聽審請求權及證據提出權所必須，而為經驗法則之選用、判斷所必要之程序。亦即，在法官依自由心證主義選用經驗法則之程序，也應保障當事人有參與其程序的機會。

其次，同理也可以用來說明〔圖表一〕內「事件類型」(3)及「事件類型」(4)的事例。亦即，以〔圖表一〕「事件類型」(3)而言，在法院除就其中 d₁、d₂、d₃ 等事實以外，也就 d₄ 事實形成肯定的心證之情形，由於 d₅ 係可能與 d₄ 並立之事實，假使 Y 不能證明 d₅ 事

實存在，則法院應該且可以結合 d₁、d₂、d₃ 及 d₄ 等事實推定 c 事實存在。否則，其事實認定即違反具高度蓋然性之經驗法則。反之，Y 如能證明 d₅ 等類特別情事存在，則法院就 c 事實所形成之肯定的心證將生動搖，而成為真偽（存否）不明之狀態。因此，法院應在言詞辯論終結以前向當事人（Y）公開該項肯定的心證，藉以使 Y 能及時就 d₄ 事實之不存在或 d₅ 事實之存在為主張、證明之活動。又，以「事件類型」(4)而言，在法院就其中 d₁、d₂ 及 d₃ 等事實形成肯定的心證之情形，亦應將其心證予以公開，使 Y 就間接事實 d₄ 知所主張、證明。此項程序之踐行，牽涉蓋然度高低的判斷，而為經驗法則之適用過程所必要。

關於此方面問題之評述，另請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十八次研討會之分析（載於法學叢刊第一四三期一七四頁以下）。

註六十四：依有關闡明權之規定（民訴法第一九九條），法院應使當事人有機會為適當完全之辯論，並為必要之聲明、陳述及提出必要之事實、證據，此在一定範圍內乃屬法院之義務。矧法律之所以要求法院應對當事人為闡明，並非僅如向來一般論者所強調係為了維持當事人間之平等而已，實亦係為了防止發生突襲性裁判，尤其是為了防止發生來自法院之發現真實的突襲及促進訴訟的突襲，藉以平衡追求實體利益與程序利益，而確定值得當事人信賴的真實。從此而言，不應立足於實體的真實說（如：中野貞一郎「釋明權」（小山昇等編「演習民事訴訟法」，一九八七年）三九二頁；Wassermann, aaO. (Anm.48), S. 52) 了解法院闡明之根據。〔關於其根據何在，向來德、日論者有僅求諸於貫徹實質的當事人平等原則者；有僅求諸於發現實體真實者，似均尚有值得商榷之餘地。就此，併請參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）一八二頁內註二十之說明。〕

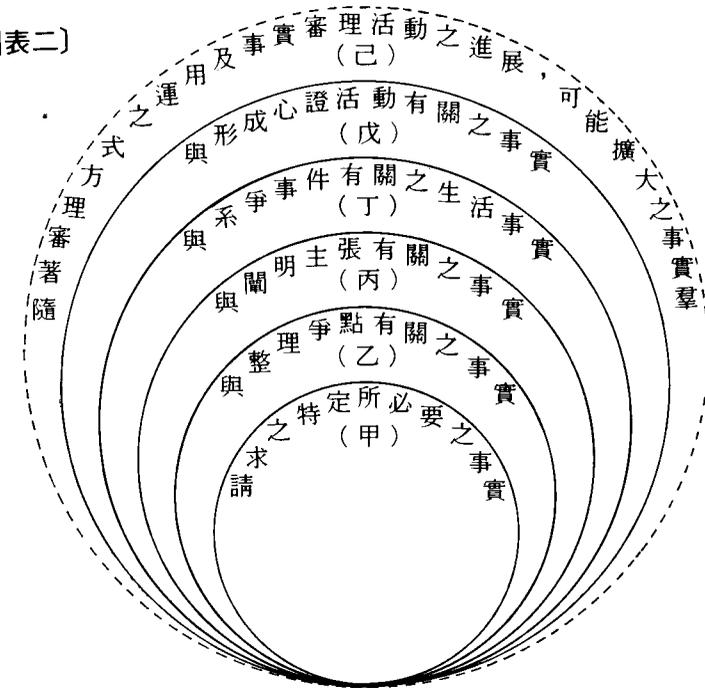
準此，依〔圖表一〕「問題探討」內之說明及〔圖表二〕、〔圖表三〕之析述，法院如未在言詞辯論終結以前，將其影響訴訟勝敗之事實上及法律上觀點，於法庭上向當事人公開心證及表明法律見解，即屬違反闡明義務。

此項法院之闡明不僅有關於訴之聲明及訴訟標的之特定，而涉及處分權主義之運用；並且亦與當事人如何依辯論主義主張事實、提出證據有關。由於其所牽連之問題範圍甚廣，除如〔圖表一〕至〔圖表三〕所析述、說明及援用之資料，可供參考以外，尚無在此詳加探討之餘裕及必要。此亦係有關律師功能論之問題，請參照註九十一及註九十四之說明。

不過，宜併加留意的是，為避免引發解釋論上不必要之爭議，如何基於貫徹保障聽審請求權之旨趣，進一步從立法論更具體訂明法院負有公開心證及表明法律見解之義務，亦屬課題。〔併請參照邱聯恭「值得當事人信賴的真實」（見註三十四）一七九頁以下；同·「當事人本人供述之功能」（見註五十六）六五二頁以下；筆者在民事訴訟法研究會第三次、第十一次、第二十八次及第三十九次研討會之分析——載「民訴研討(一)」二十七頁以下、三五四頁以下、三八五頁以下；「民訴研討(三)」二四六頁以下及法學叢刊第一四四期一〇〇頁所載同民訴法研究會第三十九次研討會紀錄；本文註九十三之說明；蔡志方「從司法的現代化論我國憲法關於司法制度的改革方向」（律師通訊一三九期，一九九一年）三二頁至三三頁。〕又，關於闡明權之根據與律師功能論之關係，請參照註八十八之說明。

就此，德、法等國之立法例可供參考，亦即：關於闡明義務之加重，德國民事訴訟法除於第一三九條設一般規定外，更於第二七八條第三項制訂明文，要求法院應表明其法律上觀點，以使當事人得有機會就其所忽略之觀點陳述意見，藉此與法官進行法律上討

〔圖表二〕



※事實審理過程之特徵：

△事實問題與法律問題之牽連難分。

△涵攝過程之不確實性招致多樣化突襲之可能性。

△當事人本人、律師及法官之角色功能上互動並存。

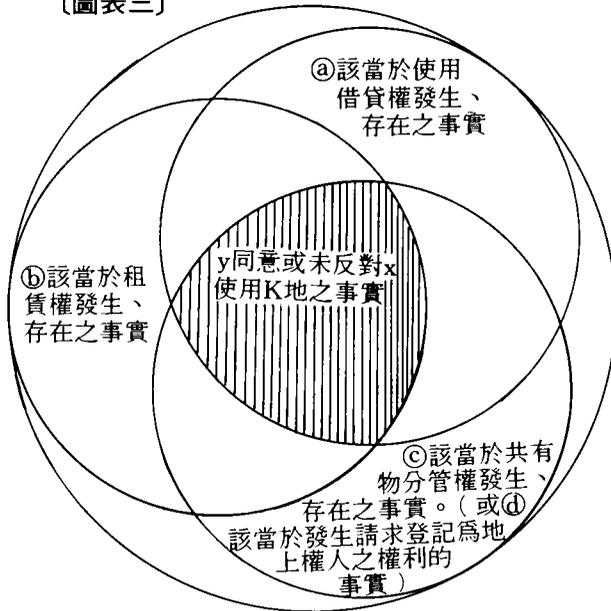
※以〔圖表三〕所示事件類型為例，探討應如何充實闡明之方式並發揮其功能：

(一)斜線部分係原告x為特定訴訟標的，於訴狀上所表明之事實→〔圖表二〕(甲)部分事實

(二)設原告x訴之聲明為「確認x就K地對y之租賃權存在」，或基於租賃權聲明：「y應將K地交付予x。」在此情形，倘受訴法院經整理爭點而掌握如〔圖表二〕(乙)或(丙)或(丁)或(戊)部分之事實(即以其甲部分事實為中心之事實羣)，並為適用實體法時(在涵攝過程)，認為其非屬b之事實，而應屬a或c或d之要件事實。於此，涉及如下問題事項：

①若未使當事人(尤其是x)預測到法院之該項心證及法律見解，則難謂法院已盡闡明之能事→難謂已使當事人為適當完全之辯論及賦予補提事證之機會→可能發生突襲性裁判，而違反民訴法第一九九條之規定。

〔圖表三〕



- ②倘法院為盡其闡明能事，乃將上述心證公開並向當事人表明該項法律見解，則對應於此，應允許x以法院所為上述闡明為契機或基礎，訂正、擴張、變更或追加其訴訟標的或訴之聲明→依上方式為闡明權之行使，有益於訴訟標的及訴之聲明之訂正、擴張、變更或追加；亦有利於x陳述意見，並及時維護原訴求，而避免法院誤判。
- ③在上述闡明程序（以法院公開心證、表明法律見解為程序內容之過程），隨著突襲性裁判之防止之徹底程度，新、舊訴訟標的理論，亦消滅其爭論之實益。
- ④對於辯論主義所支配之此類事件，上述闡明方式之踐行，乃為防止發生突襲性裁判所必要，應循此方向就辯論主義重新加以定位。（參照本文下述註八十九之說明；邱聯恭「值得當事人信賴的真實」→載台大法學論叢第十一卷第二期第二一九頁至二二〇頁）
- (三)在原告x於起訴時係以a或c或d之事實為基礎，而為訴之聲明並表明訴訟標的之情形，亦同有如上(二)內所析述之問題事項。
- (四)關於以上說明，併請參照民事訴訟法研究會第三次、第二十三次、第二十八次、第三十三次、第三十四次研討紀錄〔載「民訴研討(一)」二十九頁以下；「民訴研討(二)」五七八至五七九頁；「民訴研討(三)」二四七頁至二四八頁、六一三頁至六一四頁、六六〇頁以下〕。

論。此係有關保障聽審請求權之重要規定。

此外，在法國，本來其通說及審判實務一向認為：當事人所引用之法規範為何（當事人之法評價），並無當然拘束法官之效力（當事人之法律上陳述即有關「法」之攻擊防禦方法並不適用所謂處分權主義及辯論主義）；法官得依職權將其所認為適切之法規範適用於當事人所提出的事實，但必須受當事人之合意、對席辯論主義、保障防禦權之原理及其有關之闡明義務等所制約。職此，法官在認為以適用當事人所未論及之法規範為妥當，或以違背當事人之原意或變更其有關於事實或行為之法的定性為適當等場合，應負有向當事人問明其意見之義務。此即法官所負尊重對席辯論及防禦權等原理之義務，而與處分權主義（處分原理）並列成為法國近代民事訴訟法之二大支柱。如今，該國之民事訴訟法第一六條更明確規定：法官必須遵循對席辯論主義，並且必須先促使當事人就法官依職權所認之法律上觀點陳述意見以後，始得據以判決等旨。此亦係為了貫徹防止突襲之基本原理，並保障當事人之防禦權。〔參照ロジェ・ペロ／北村一郎譯「對審の原理と判事による法的攻撃防禦方法の職權摘示」（ジュリスト九二九號，一九八九年）九九頁以下；堤龍彌「法領域における當事者權—フランス及びわが國における理論狀況の素描—」（神戸學院法學一五卷二號，一九八四年）二八頁以下〕

註六十五：請併參照註四十八之說明。

註六十六：參照註五十二、註五十七及註五十八之說明；邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）二二〇頁。

註六十七：參照筆者在民事訴訟法研究會第二十八次研討會之闡述（載「民訴研討(三)」二二四頁、二二九頁以下）。

(七) 司法預防紛爭功能之並重

向來，社會上一般人對司法的關心，每偏重於探討其能否就已經發生的權利侵害或紛爭事件，作成正確、迅速而公正的裁判；亦即，偏向於談論如何就權利侵害為事後的救濟。事實上，祇有此方面的關心及努力，對於司法的現代化而言，是不夠充足的。在此，想同時指明並重司法預防紛爭功能的必要性，這是有關於如何健全所謂預防司法（vorsorgende Rechtspflege）的基本課題。

通常，訴訟的進行往往要支出相當的勞力、時間或費用。這種事象的發生，是因為受訴訟審判制度本身的內在制約，而有其不得已的原因情由所致。亦即，在審判程序上，為了追求達成發現真實、正確裁判、賦予程序保障、確保訴訟程序之安定及法官之中立性等目的，乃不得不承認種種原理原則，而嚴格要求法官及當事人必須遵守，是即所謂「嚴守法定程序之要求」。（註六十八）正因如此，訴訟的進行就難免要花費相當的勞力、時間或費用；並且，另由於種種原因造成了訴訟進行的緩慢拖延，也更加重了當事人在循訴訟方式解決紛爭過程的不必要負擔，以致其花費有變本加厲之虞。（註六十九）此類花費、負擔乃人民依「法」過社會生活（含：依法從事交易行為及依法定程序起訴請求救濟權利侵害等）時所可能遭遇的風險，實質上係額外限制、減少或消耗了當事人及一般人民受憲法所保障之財產權或自由權。其中之甚者更可能危害當事人之生存機會（生存權）；其輕微者亦不利於當事人或一般人民（全國納稅人）所需求之法生活的安定、和平，而不符憲法要求國家應圖謀增進國民福利之宗旨。在此狀態下，國家縱已致力保障人民有平等提起訴訟使用法院之機會，倘不同時為人民設置可資以平等選擇避免蒙受上述危害或不利之預防紛爭制度，則仍難謂已充分保障人民有平等接近「法」與「正義」之機會。

此時，放任其事態續發之司法，既尚未盡其保護「法」與「權利」之職責，亦難謂已充分貫徹尊重人的尊嚴之原則、平等原則及國民主權之原理。總之，基於此等原理及上開諸權利之保障規定，國家應負有設立並充實預防紛爭制度之義務，此即消滅人民依法過生活時所可能遭遇的風險（以下略稱為「法生活的風險」）之義務。為克盡此項義務，自不得忽視司法所應發揮之預防紛爭功能。（註七十）

準此而論，有關司法之運作及其制度之充實，不僅應致力於避免因紛爭擴大致加重當事人之勞費負擔，也應以設法預防發生紛爭為要務。為此，除繼續改進既存的公證制度（註七十一）及非訟程序制度（註七十二），以便利人民選用來防免發生紛爭以外，可同時探討採用的步驟、措施實不一而足，諸如：

首先，應提昇人民對法律、司法之理解能力及對其內容之預測可能性，以減少發生紛爭及隨伴於此之「法生活的風險」。因為既然遵循法治國家原理，要求人民依法生活，自應使其隨時隨地預知法之內容為何。為此，應促使法制平民化、法律規定單純化以及法律條文白話文化。同時，也應基於同觀點，加強權利意識、法意識教育，使人民不但習於尊重他人之權利，也能認真保全自己的權利，而防止發生紛爭；並準此省思律師應如何發揮協助民衆預測「法」之內容的功能。

與此項努力有關，應經常公布、刊載各級法院（尤其是最高法院）具有原則性意義的裁判先例，以便人民預測裁判之內容即法的內容為何，作為防免發生紛爭之資訊；並據此評論悖逆人民生活需求之裁判，以利主權者即國民監控法院或促成修正法律而反映民意。（註七十三）

其次，在法的內容為何未必恆屬相當明確，但其所引發的紛爭卻動輒波及多數民衆利害或牽涉重要法原則之情形（請併參照本文「貳

(三)之說明)，其利害關係人亦常遭遇「法生活的風險」。為減除此項風險，應肯定試驗訴訟或示範訴訟所具有之預防紛爭功能，並從法之解釋論及立法論上充實其制度內容。亦即，在類如多數消費者受侵害，而處於同樣法律狀態的情形，為了減免因就全部事件起訴所可能蒙受的勞費損失，並為預先探知彼等應準以解決紛爭或防止紛爭擴大之法內容（法律上標準）為何，應在相當範圍內，允許其利害關係人先就一部分事件起訴，藉此求得法院以裁判表示相關之事實上判斷或法律見解，而對同類之其他事件發生一定的拘束效力，憑此作為決定就其他同類事件是否起訴或如何循訴訟外方式解決紛爭或預防紛爭擴大之準據、參考。此種訴訟之容許，既可能有助於提昇人民對法的內容之預測可能性，並消滅其遭受「法生活的風險」，應值得更進一步拓深其理論基礎、強化其實用性。（註七十四）

〔註釋〕

註六十八：基於法治國家或法律主治之原理，含我國在內之多數國家認為，原則上法官及當事人均應嚴格遵守法定之程序、方式，以運作、進行訴訟程序，是即所謂程序法定之原則或嚴守法定程序之要求（程序方式嚴格性之要求），而與任意（便宜）訴訟禁止之原則相通。此項原則之遵循有其一定之目的、功用，乃訴訟制度之構成上所應然之理。

亦即，準此，有關法院組織、管轄、提起訴訟之方式、各種訴訟要件、送達、言詞辯論之方式、調查證據之方式（嚴格證明之程序）、舉證責任之分配、裁判之方式、裁判之效力、上訴之方式及審級制度等事項，多經法定有相當明確之內容。其結果，上開原則之承認可發揮種種功用，例如，有助於：發現真實而作成較正確之裁判；確保當事人對審判程序之預測可能性；促使訴訟程序之進行

更順暢、迅速，而維持程序之安定性；確保法官之中立性及一般人對審判制度之信賴等。〔參照シュワーブ＝ゴットヴァルト・前掲（見註二十五）二三三頁；永井博史「民事訴訟における方式嚴格性とその緩和——訴訟行為の瑕疵とその治癒——」（民事訴訟雜誌三四號，一九八八年）一九七頁以下；Baur, Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht; in Summum ius summa iniuria, S. III; Benda und Weber. Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht, ZZP 96, S. 291〕

不過，另一方面，依上開原則嚴格要求遵守法定程序、方式之結果，也往往不得不隨伴支出某程度之勞力、時間或費用，成為當事人之額外負擔及不利益，甚至於限制或剝奪了特定情況下之一般人（如：無相當資力、知識者）平等使用訴訟制度之機會。因此，多數國家就特定之事件類型或情況（如：就小額事件或我國民事訴訟法第一百九十七條所定得放棄責問權之情形），另亦承認在某範圍內（如：在處分權主義、辯論主義支配之範圍內），得排除上開原則之適用。此外，尚有類如下述的課題亟待克服。例如，如何在一定範圍內緩和程序方式之嚴格性，並容許依法官之裁量彈性運作訴訟程序〔請參照上述註五十九內(3)有關程序選擇權之說明；小島武司・前掲「裁判手續の創造における人權衝突の調整と最高裁判所の役割」（見註四十八）三四頁〕；如何謀求訴訟之促進（參照註五十六之說明）；又，如何依費用相當性原理致力於保障平等使用法院之機會（參照本文「叁(五)」及其註釋之說明）。

意識及此，探討如何預防紛爭以避免額外支出勞費，應亦屬勢必面對之課題。

註六十九：向來，以德國為中心之大陸法系事實審理方式，每引發嚴重的訴訟緩慢遲延現象，終致加重了法院及當事人之勞費上負擔，成為大事修法以圖有所改進之導因。一般認為造成此現象之主要原

因有：欠缺周全的期日前準備程序制度及事證蒐集制度、當事人習於先後分成多次零零散散或逾時提出訴訟資料、延展期日或延長期間之聲請過度輕率頻繁致徒費預定之期日、未能有效制止當事人意圖拖延訴訟之行為、律師之懈怠或對程序之促進未能盡力協助配合、法官之處務效率太低或能力不足、司法行政上未能提供足夠配合的人力或物力上設備、律師欠缺堪耐審理集中化之制度體系及經濟基礎、法曹（含律師、法官）之意識變革不足以因應促進訴訟之時代需求、實體法上要件事實之抽象化及概括化（不確定概念化）導致法官須為審理廣範圍之事實多所勞費。[vgl. Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, 1961, S.178ff.; Baur, Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess, 1966, S. 10ff.; 柏木邦良「訴訟促進と西ドイツ民訴法改正の動き」（ジュリスト四四九號，一九七〇年）九八頁以下；井上正三「弁論の集中」（小山昇等編「演習民事訴訟法（上）」，一九七三年）五五三頁以下；西理「民事裁判における訴訟運営の理論と實際（下）」（判例時報一一〇六號，一九八四年）六頁以下；小山稔「わが國における民事訴訟促進方策の歩み」（判例タイムズ六〇一號，一九八六年）一九頁以下；同・「民事訴訟制度改革の軌跡——訴訟の迅速化を中心に——」（自由と正義四〇卷八號，一九八九年）三二頁以下；中本源太郎「民事訴訟審理の改善策をめぐって」（自由と正義四〇卷八號，一九八九年）五四頁以下；稻葉威雄「民事訴訟手續における紛争解決のあり方——その实效性の確保への努力」（ジュリスト九七一號，一九九一年）二四一頁以下；邱聯恭「民事訴訟審理方式之檢討」（「民訴研討(一)」）三三三頁以下；邱聯恭在民事訴訟法研究會第二十八次研討會之分析發言——載「民訴研討(三)」二二七頁以下。]

可見，造成訴訟遲延的原因頗具複雜性，並非短期內所得完全消除。基因於此，為解決紛爭所進行之訴訟常不得不隨伴相當之資本投入，而成為試圖求得解決紛爭者之花費、負擔。有鑑於此，如何減輕紛爭當事人在解決紛爭過程之花費投入，乃成為程序法學上重要之課題。為克服此項課題，值得探討的事項不少，諸如：探討如何促進訴訟（參照上開文獻及本文註五十六之說明）、如何充實裁判外紛爭解決制度（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——載「民訴研討(三)」七二七頁以下、七四二頁至七四三頁）、如何適當分配司法運作過程之花費負擔（參照和田仁孝「司法運営のコスト」（ジュリスト九七一號，一九九一年）七九頁以下）等。

本於同樣的問題意識，為減免當事人之勞費支出，其上策應該是致力於同時探討如何充實預防紛爭發生之制度。

註七十：晚近，所謂預防司法或司法預防紛爭之功能，固然已漸受學界所重視；並有從法治之原理試圖就預防司法與訴訟之關連為綜合闡釋者，具相當之啟發性。[參照住吉博「比較予防司法法律家論——法の支配を貫徹するために」（法學セミナー増刊特集二四號，一九八三年）一二頁以下；江藤价泰「日本の法律家——その特質」（同上特集）五頁以下；小島武司「法的予防システム」（基本法學8，一九八三年）二六九頁以下；同・「現代裁判法」（一九八七年）二七七頁]可是，論者似尚未充分意識到，能否及應如何從憲法層次予以定位之問題。

現在，既知適可尋得其法理基礎於憲法上保障規定，今後自當準此法理從立法論及解釋論，充實其相關之制度內容。

註七十一：公證制度（Beurkundungswesen）係特殊性之公務，與登記制度等同屬於裁判程序之前衛的司法，既不能列入「裁判」之概念中，亦不宜認屬純「行政」之概念。關於如何擴充公證制度，以

強化其預防紛爭功能，宜先認識：

(1)就強化公證制度之預防紛爭功能而言，不僅應留意修正公證法，也應與之配合同時適當修正實體法等其他相關法律。質言之，公證人基於當事人或其他關係人之請求，就法律行為或其他關於私權之事實所作成之公證書，或就涉及私權之文書所作成之認證，一般均具有訴訟法上之證明力（就公證而言，係對於公證人在作成公證書時所知覺之當事人的同一性、其意思表示的時地及內容，賦予公證力、證明力，但就其意思表示與真意之一致性及有效性則不予證明。又，就認證而言，則係對於公證人在認證時所知覺之簽名人或簽名承認者的同一性及私文書之簽名係由該人所自為或所承認等事，賦予公證力、證明力，但就有關其書面記載內容之正確性及意思表示之有效成立或簽發之時地等事，則不予證明。）；另於具備一定要件時，公證書則併可能具有執行力。此種公證書所具有之效力，通常固然係在日後就法律行為發生紛爭時，各發生其應有之作用。可是，不容忽視者，在其紛爭尚未發生以前，已經作成有公證書面的事實之存在，往往發揮督促債務人不為無益之爭執或進而自動履行債務等功能，此即公證制度所具有之預防紛爭功能，而成為預防司法的重要部分。並且，縱使竟然發生紛爭，在其解決過程，事前作成之公證書面則常可發揮促進程序而助益節省勞費之作用。鑑於此項功能之發揮，確具有助益避免紛爭節省勞費等重要意義，今後在準上認知研修公證法之同時，也應全面檢視相關實體法規，修法促使或便利當事人、利害關係人，就特定交易事項或私權事實，儘可能請求公證人作成公證書面，藉以擴充預防司法之功能，並促進法之安定。

例如，應探討：如何放寬得請求公證之要件、範圍，或得在公證程序成為見證人之資格或人數，以利迅速作成公證書（此係有關研修公證法第二十一條、第二十五條、民法第一千一百九十一條、第一千

一百九十八條等類規定之問題——探討是否應修正為：僅於遺囑人為請求時始須指定見證人、請求公證之當事人得放棄由他人見證之機會、須用見證人時以一人為足。）；如何就有關建物區分所有人間所訂立之規約或有關公司設立之章程事項，強化其請求作成公證書面之必要性；應否就有關租賃權或使用權對抗效力之發生（涉及民法第八百六十六條有關存在於抵押物上之租賃權，應在何條件下始得對抗抵押權人等類問題）；就有關夫妻財產制之契約，是否須經作成公證書面。……

(2)為便利各地民眾利用公證制度以預防發生紛爭，有必要在法院公證人以外，另增設健全的民間公證人制度，並使其普設事務所於各鄉鎮市區。同時，應提高公證人之素養學識，使其具有不低於一般法官、律師之處務能力及見識。蓋以公證事務（Beurkundungstätigkeit）具有相當之創設性（協助當事人創設新的法律關係或法律狀態），為充分發揮公證人應有之功能，常須使其力能協助當事人或關係人面對未來擬定顧慮周全的生活藍圖或交易行為計劃。因此，除法律知識外，公證人每兼需有關社會、經濟、經營或生活管理等多方面之知識見聞。

註七十二：由法院所處理之非訟事件種類繁多，有具有某程度訟爭性者即真正訟爭事件（echte Streitsachen），亦多有非然者〔參照邱聯恭·前揭「程序保障之機能」（見註九）一九六頁以下〕。在法律係以預防權利受侵害或保全無爭執的權利等為目的，乃將特定事務劃歸法院或司法法務人員依非訟法理處理之情形（如：財產登記、法人登記等），非訟程序亦具有預防紛爭之功能，而屬於預防司法之一環；其相關制度之充實，亦為司法之現代化所必要，不容忽視。

關於此，值得探討的問題甚多，就應如何減輕法官負擔並推展預防司法之功能而言，宜先探討：宜否或應否於法官以外另設司法

法務官 (Rechtspfleger) 等類官員，使其運作上開有關預防司法之非訟程序？應如何擴大此類非訟程序之適用範圍？

註七十三：法院之裁判先例，雖不當然具有法律上之拘束力，並無礙於法官之獨立審判職權。可是，在大多數國家，裁判先例——尤其是最高法院之裁判先例，常受相當之尊重，而發揮實際上影響力。亦即，由於最高審級法院法官本於其開闊的視野及權威性所為之裁判，常被社會信賴為具有妥確解釋適用法律之機能。〔參照上述註三十四內(1)之說明；塚本重賴「裁判制度の國際比較」(法曹時報四十卷五號，一九八八年)六九七頁〕因此，倘能經常將其裁判先例予以公布刊載，使人民容易預知其具體內容，則對於謀求法的安定性及預防紛爭之發生，必有相當助益。

應併此特別指明的是，審判程序所判定之「權利」為何即「正義」何在，往往牽涉事實與法律等二方面難分之間題(參照上述註六十三內(1)之說明)；又，對於最高法院裁判的內容及其射程為何之正確理解或評論，倘不將其裁判內容與其下級審法院之裁判內容及當事人據以指摘之上訴理由，加以互相比對辯證並綜合判斷，常不為功。因此，應將最高法院之裁判先例，連同其下級審法院之裁判內容(含事實記載)及當事人所提出之上訴理由，一併刊載於公報，始能濟事。至於如此作為，必更有益於學界及律師界對裁判(含事實認定)之評釋研究，促進法學，尤不待言。準此以觀，向來最高法院在司法院公報所採行之刊載方式，應有重新檢討之必要。

此外，關於裁判先例之編輯刊行方式及對其功能之重視程度，在英美等國與德、法等國之間，傳統上係採取不盡相同之態度。就此，請參照アーサ・T・ヴァンメーレン(A. T. von Mehren)／伊藤正已譯「司法過程——その比較法的分析」(法學協會雜誌七三卷五號，一九五六年)五四九頁以下。

註七十四：試驗訴訟或示範訴訟(Musterprozess)具有求得法院以判決宣明當時應有之法律生活標準(即確立「法」的內容標準為何)或就某共通爭點事實應如何認定之機能。在既存的法律理論體系不夠完備或其與社會生活的現實狀況之間發生難以整合，以致造成社會主體間利害有所衝突而發生紛爭時(如：於消費者紛爭或公害紛爭等事件中之企業廠商與消費者或住民間)，上開訴訟方式實有助於其多數利害關係人經由裁判先例之取得，預知何種內容之行為有無違法及法的內容為何，藉以決定如何預防紛爭之發生或擴大。例如：可準以修正或重新訂立契約條款，或決定是否就其餘同類事件提起訴訟、是否成立和解、是否循訴訟以外之其他方式處理。〔參照小島武司·前掲(見註七十)二七九頁以下；同·「試驗訴訟の實態と動向」(判例時報一〇八六號，一九八三年)一七頁以下；Peter Arens, Das Problem des Musterprozesses, in Friedman/Rehbinder(Hrsg.), Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band 4) S. 334ff.〕

不過，今後若想要使此類訴訟方式之機能充分發揮，尚需從現行之解釋論及立法論，充實其關連之諸程序或周邊制度。為此，下述例示方向可供參考：

(1)此種訴訟之概念並非法律所明定，而係訴訟理論及審判實務上所可能承認之訴訟類型。提起此類訴訟之誘因主要係在於勞費之節省，為此應從減輕當事人之訴訟費用負擔及寬認提訴資格等方向，充實相關制度，便利零星受害之人、權利保護團體或經濟上弱勢團體(消費者團體、住民團體等)提起訴訟。例如：應充實法律扶助制度(見上述註四十八之說明)、重新檢討有關當事人適格及訴之利益等之制度理論(見上述註五十之說明)。

(2)應設法使此類事件有機會上訴至最高法院，以便獲得較具權

威性或影響力之裁判宣示（就此，併請參照上述註七十三之說明）。為此，應善用最近經增列通過施行之第三審上訴許可制，並於今後繼續充實此方面之相關制度。亦即，民事訴訟法第四百三十六條之三規定：訴訟事件所涉及之法律見解具原則上重要性者，對於簡易訴訟程序之第二審裁判，得經原裁判法院（地方法院合議庭）之許可，提起第三審上訴或抗告。此項制度規定應可寬用於涉及多數人（多數消費者或住民）利害，但僅就其一部分事件提起試驗訴訟或示範訴訟之情形。蓋以此類事件既多波及訴外多數第三人之利害，其所涉經濟上價值，實遠超過其訴訟標的價額，常多具有法原則上重要性。同理，宜考慮另再採用第三審特許上訴制度，亦即增設規定：在高等法院依通常訴訟程序所為之第二審判決，因受限於上訴利益額致不得上訴於第三審之情形，如該裁判涉及重要的法原則時（其法律上判斷具原則上重要性者），得經第三審法院之特許提起第三審上訴。

又，在現代型紛爭事件，為保全生活妨害制止請求權所聲請之假處分，對於防止紛爭之發生或擴大，常具決定性作用，且有本案化之現象（參照筆者在民事訴訟法研究會第三十七次研討會之分析——載法學叢刊第一四二期一四六頁以下、一五八頁內註三之論述）。鑑於此，並基於同上之理由，應另從立法論，就此類假處分裁定，承認第三審抗告許可制或採用許其抗告於最高法院之原則，以利同類事件之關係人預知最高法院之見解。

(3)應改進審級制度，促進訴訟，並充實第三審審理辯論之內容，以利減少當事人因須經多審級上訴致可能蒙受之勞費損失，且提昇最高法院之裁判品質。例如，應從立法論，增訂規定承認飛躍上訴制度及第三審法院言詞辯論原則（見上述註五十九內(3)②③④之說明）。

(4)在處分權主義、辯論主義所容許之範圍內，應依訴訟契約之原理，寬認：法院就試驗訴訟或示範訴訟之訴訟標的或其所涉特定爭點事實所下裁判或事實認定，得經由同類其他事件當事人之合意（在該裁判之前或後訂立契約），對此等當事人發生相當之拘束力（非既判力之擴張）。如此處理，從確保程序主體權及貫徹處分權主義之旨趣觀之，應亦無背理之可言（參照上述註五十九之論述）。

(5)依德、日、美等國之審判實務所顯示，上開訴訟方式可能運用於許多紛爭事件型態，而各發揮其節省解決紛爭之勞費、預防紛爭之發生或擴大等功能。為便利了解其實用性，於此特取其中若干案例為素材，略加評述：

①因包機發生空難致受害而死亡者之親屬自為原告，列航空公司為被告，主張死者對原告負有扶養義務，為此訴求賠償因死亡所發生及將來可能發生之損害。此訴訟之結果，終於導致其他七十四名受害人（未成為上開訴訟之當事人者）之請求，亦同時獲得處理之基本方向。

於此，其訴訟之判決對於具有同一或同種事實基礎之其他事件羣，提示有關事實關係之明確的判定方向，而發生相當影響力，防免訟爭擴大。

②某空難事件造成許多乘客死亡，終於由多名受害人分別成為原告訴求賠償損害，被告則為美國聯邦政府及某航空公司。當初，原告等與被告均認為，倘就各該請求分別重複進行事實審理將顯不經濟。於是彼等間乃約定僅以原告甲所訴求之事件作為示範訴訟，而此訴訟之結果有關被告責任之判決，對於其餘原告之訴求，就該爭點均有拘束力，藉以節省個別遂行訴訟所可能造成之勞費。此項約定終獲法院之承認，在該示範訴訟未判決以前，其餘事件均不進行審理。並且，其法院認為：處理甲事件之律師，雖與其餘事

件之當事人間未有委任關係存在，基於衡平法理，仍對於因該示範訴訟而受利益之其餘事件當事人，有請求給付相當報酬之權利。

於此情形，上開合意（上開示範訴訟以外之事件的當事人間所成立之合意）實具有擴張甲事件判決之效力於其餘事件，而防免訟爭擴大之作用。並且，從保障當事人有程序選擇權及追求程序上利益之機會而言（請參照上述註五十九內(3)之說明），亦應承認上開合意具有程序法上之效力。在此種程序過程，律師係同時扮演促成上開合意以防免訟爭擴大之角色，而非僅如向來一般所認就特定標的為訟爭辯論而已。

③原告某著作權協會以某大公司為被告，起訴請求支付著作使用費，主張該公司擁有全國最大的內部圖書館，經常出借圖書，應負著作權上的給付義務。此時，該項義務之有無乃其訴訟之爭點。其判決對於全國其餘四百多處設有同樣內部圖書室者，發生實際上影響力。

於此，其訴訟係以要求法院宣示或形成法原則為目標，而對之所下判決則具有成為先例（原則性裁判）之重要意義及價值。

(6)除上述者外，在奧地利，其有關最高法院之聯邦法第八條承認所謂原則性裁判（具原則上意義之裁判——Grundsatzentscheidung）制度。此種判決每成為下級審法院之根據，具有試驗訴訟之機能，而多被利用成為處理或預防紛爭之指標。實際上，此種訴訟尤其常就關於保險法、勞工法及僱傭法等方面問題，有益於處理紛爭或修訂契約條款以預防紛爭。

(八)其他——以「審判受公評之必要性及可能性」為例

司法的現代化到底應包含何等要素，且受何種條件所制約，往往也因各該社會之歷史文化背景及社會、政治、經濟等環境之差異，隨著社會的變遷，而可能有不盡相同的內容。今後必須致力的是：以尊重人的尊嚴並貫徹國民主權之原理為基點（參照上述「叁(一)」之說明），繼續充實司法現代化之內涵，拓深其相關之理論基礎，而促使其具體化、豐富化。從此角度而言，以上所列舉闡釋的，只不過是構成現代化的司法所必須有的最低限度基本要素，而未必即係其充足的內容。因此，立足於上開基點，不斷探求司法現代化之要素，乃是此後的課題。例如，探討審判應受公評之可能範圍，便是其適例之一。

亦即，是否允許一般國民或輿論，以社會運動或個別的方式，在訴訟繫屬中，對於審判過程或裁判內容施加評論或批判，係屬仍有爭議而猶待解決的問題。向來，其消極論者每認為：容許一般國民或輿論批評審判過程或裁判內容，將有害於司法之獨立及審判之公正性云云。（註七十五）對此，其積極論者則強調：為了實現司法民主化之目標及貫徹言論自由之保障，應踐行審判之公開，而容許為上開批評，藉以使民意得能充分反映於裁判內容，並確保審判之公正性等旨。（註七十六）其實，在基於國民主權之原理肯定國民監控審判機關之必要性及可能性的前提下（參照上述「叁(二)」之說明），誠然也有正當之理由，得據以承認審判受公評之必要及可能。可是，司法及法官獨立之原則，亦係以保障國民的基本權利及貫徹國民主權的原理為目的（參照上述「叁(三)、(四)」之說明），倘因寬認輿論、大眾傳播媒體等外力得經由評論審判等方式干預審判，將難免導致審判之動盪不安及社會對司法之不信賴，亦非所宜。

面對於此，如何致力探求其間之平衡點，自屬司法現代化過程難

以逃避之課題。為克服此項難題，今後應認真探討：如何創設相當制度，容許訴訟當事人（訴訟代理人或辯護人）以外之第三人或訴訟支援團體，得循法定程序在一定範圍內，向受訴法院提出有關訟爭事件之資料或陳述意見，以影響裁判內容之形成。（註七十七）此項探討工作之推動完成，就重視現代之裁判機能觀而言，對於維護受裁判波及效所影響之一般社會主體的利益（參照上述「貳」之說明），尤其意義，不容忽視。其時，在上開制度運作之過程，律師應可活用其法律專業知識，扮演應有之角色，併值注目。

〔註釋〕

註七十五：對於繫屬中事件或裁判之評論、批判，採取否定之見解者如：鈴木忠一·前掲（見註三十二）一二頁以下；田中館照橘「憲法第七六條第三項の『この憲法及び法律にのみ拘束される』の意味」（法律學の爭點シリーズ2，一九八五年）二〇五頁；田中耕太郎「裁判と世論」（利谷信義編「法と裁判」，一九七二年）三三四頁以下；齋藤秀夫·前掲（見註三十四）五七頁；津田正良「裁判批判覚え書（上）」（判例時報一一二七號，一九八四年）六頁以下；尤英夫「報紙審判之研究」（一九七〇年）一一六頁以下。

此項否定見解所持之理由略為：倘容許一般人得利用形成輿論以施加壓力於法官之方式，來影響裁判內容之形成，則將有害於司法之獨立；訴外第三人即一般國民僅憑片斷不全之資料，而未審酌各該訴訟程序上經依法提出之全部資料，即遽對其事件之裁判加以評論，將難免引發社會對司法裁判之疑念，而斷傷審判之公正性。

註七十六：肯定國民監視並批評審判之意義、作用者如：小林直樹·前掲（見註三十四）一六七頁；小田中聰樹「續現代司法の構造と思想」（一九八一年）三二頁以下；宮内 裕「裁判と民主主義」

（現代法6，一九六六年）四一九頁以下；利谷信義·前掲（見註二十六）九一頁；長谷川正安·前掲（見註二十三）六一頁；家永三郎「素人は黙すべきか」（利谷信義編「法と裁判」，一九七二年）三五七頁以下；長谷川正安「司法權の獨立」（同上）四一頁以下。

此項肯定見解所持之理由略為：國民或大眾對於審判活動或裁判內容之評論或批判，係基於國民主權及保障人權等觀點，就訴訟程序上行為之全部或一部，以說服法官盡力保障國民權利為目的，而主張其行為之可否，依循正當手段所採取之督促行動。此種行動乃國民參與司法之一種型態，實有助於促進司法之民主化，而防止司法之官僚化；尤其，在司法運作動輒漠視國民需求、疏離民意之社會，容許批評審判，將可喚醒法官之人權意識及憲法意識，開闊其視野，而防免其裁判流於武斷、偏頗，確保審判之公正性。此類批判行動倘能獲得律師之法律專業知識上助力，將更能使審判復歸於民意主控之下，必更有益於司法之民主化。

宜併予留意的是，一般公開（法庭公開）主義之採行，固然為便利國民（含大眾傳播媒體）監視審判、確保其公正性而提昇國民對裁判之信賴所必要，應為司法民主化之要素。可是，(1)此項原則之承認並不同時意味可不須兼顧人權之保障、人格之尊重、公序良俗之維持及個人隱私或企業上秘密之保護。毋寧是，在保障此等基本要求所必要之範圍內，亦有得例外限制法庭公開之情形。(2)應著眼於事件類型之特性、需求，決定在某類事件（如：刑事事件）應較貫徹上開原則，而就特定類型事件（如：一般非訟事件或特需保護隱私權之事件），則宜承認較大之例外。〔參照邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」，「民訴研討(二)」四三八頁至四三九頁；同·「程序保障之機能」（見註九）一七八頁、一八四頁；鈴木忠一·前掲（見註五十

四)二七九頁；鈴木正裕『「弁論兼和解」方式について』(民事訴訟雜誌三六號，一九九〇年)四二頁以下)(3)宜認知：縱使在採用法庭公開之情形，倘法官未同時踐行公開心證並表明法律見解之程序，仍難謂當事人之聽審請求權已受充分之保障(參照本文「叁(六)(2)」之說明)；而且，此時，法庭上旁聽者或一般國民之「知的權利」所受保護之程度，以及律師所可能發揮之功能，均將遭受負面影響，不可不察。

註七十七：關於如何使涉及審判之輿論批評適度反映於訴訟程序上，並影響裁判內容之形成，可參考美國傳統上所承認的「法院之友(法院之建言者，amicus curiae)」制度，以為構思、採擇。此項制度係承認受訴法院得使民刑事訴訟當事人及參加人以外之第三人或特定團體，就繫屬中之事件，提出資料或陳述意見(提出有關事實或法律之意見書)，作為審酌裁判之基礎。此項制度對當今大陸法系審判制度具有相當之啟發性，已受學界之積極評價。為此，以下特述評其制度之旨趣、機能等，供為參考。[參照兼子=竹下·前掲「裁判法」四六頁；森川全壽「裁判の民主的コントロール」(兼子還曆記念「裁判法の諸問題(上)」，一九六九年)二六五頁以下，伊藤正己「Amicus Curiae について——その實際と評價——」(荊井獻呈論集「裁判と法(上)」，一九六七年)一三一頁以下；小島武司「裁判所の友——訴訟の社會的性格の一断面——」(同「民事訴訟の新しい課題」，一九七五年)六一頁以下；同「公共訴訟の理論」(民事訴訟雜誌二三號，一九七七年)二五頁]

(1) 制度之旨趣、內容

①容許「法院之友」參與程序之理由：在沿革上，往昔或認為上述第三人即「法院之友」乃純屬法院之建言者，處於中立之地位，負有就法官所不詳知或容易忽略之事項提供相當建言之任務；

或認為其任務是：協助法院防免發生裁判違誤，以保護觸犯重大罪刑並無辯護人為其辯護之刑事被告。可是，於今法官助理(law clerk)制度大備，而且辯護人選任權及上訴權既受相當之保障，已無純為上開目的求助於「法院之友」之必要。

在現代，之所以依然容許「法院之友」參與程序，主要係根據如下理由：第一，第三人或特定團體(即「法院之友」，以下同)雖就該訴訟之結果有利害關係，惟尚未至於充足訴訟參加要件之程度，無從以訴訟參加人之地位參與程序。此時，為使其有保護自己利益之機會，乃以之為「法院之友」。第二，在裁判將成為先例發生相當作用之體制下，為防免發生誤判，並為提昇社會大眾對裁判之信賴度，應由法院聽取通情達理者即「法院之友」之意見。此項作為實乃維護社會公益所必要。第三，在當事人之能力有所未逮或因彼等之串通、自私致難能蒐集到必要資料之情形，使「法院之友」參與程序，必有益於確保裁判之正確性。一般認為，「法院之友」係就有關事實、法律或社會上事項、狀況，提供非經其參與將為法院所難知悉之意見。

②程序上地位及許否之標準：「法院之友」係以建言者之地位協助法院，而非訴訟當事人，亦非參加人(intervenor)，不受判決之既判力及參加效力所拘束。因此，「法院之友」仍得就其曾經參與之事件所涉及之同一爭點，另行提起訴訟，成為當事人。此時，前訴訟之裁判對後訴訟僅成為先例發生作用。

通常，第三人祇要就訴訟之結果有些許之利害關連，即得成為「法院之友」參與程序，而不必如參加人須就訴訟有法律上直接利害關係。例如，在乙事件處理與甲事件同種爭點問題之律師，得就繫屬中之甲事件訴訟成為「法院之友」。他如，為保護某未成年人之財產或某刑事被告之利益、或為避免串通訴訟等，均得成為「法

院之友」。又，第三人之所以能成為「法院之友」參與程序，係基於特權，而非因其享有權利。因此，其參與須先經法院裁量准許，並且，縱其有意成為「法院之友」之聲請遭駁回，亦不得對之聲明不服。不過，法院如認為有聽取某人或特定團體之意見，得主動求其陳述意見，使其成為「法院之友」。實際上成為「法院之友」者，雖多屬律師等法律專家，但並不以具有此類資格者為限。一般，在某訴訟事件牽涉重要之公益上問題，且經受訴法院認為保護其利益宜使其參與程序提供意見等情形，即可能獲得裁量准許成為「法院之友」，而不必然受阻於兩造當事人之反對意見。

(2) 制度之運用狀況

準上所述，在特定訴訟事件帶有社會性而涉及重要的社會事實，且其裁判難免論斷可能影響訴外第三人之法原則等類情形，往往需求「法院之友」登場於其程序上，扮演重要之建言者角色。諸如：涉及保護消費者、保障人權、消除種族歧視或救援社會經濟上弱者等類問題之訴訟事件，均屬之。

實際上，「法院之友」係在類如下述的場合，發揮參與審判過程影響形成裁判內容之作用：其一是，法院依職權命為「法院之友」的情形，此係經法院認定為期能作成適確之裁判，宜使熟諳其情事者即訴外第三人參與程序之場合。其二是，政府機構基於維護公益之必要，乃成為「法院之友」參與程序之情形。其三是，第三人因關心公益，乃基於公正之立場而非必為利己之目的，參與訴訟之情形。其四是，就訴訟之結果與有特殊之利害關係者，為保護其利益乃成為「法院之友」之情形。

可知，「法院之友」可能進行活動之場合相當廣，而且，以各種社會運動團體或政治、經濟上支援團體為後盾之人或其代表人，亦有成為「法院之友」之適格。何況，此類第三人之成為「法院之

友」而獲得參與程序之機會，在當事人之一造因欠缺充分之知識或資力致乏攻擊防禦能力等類情形，往往可發揮助益貫徹當事人間武器平等原則之效用，誠屬不容忽視。

(3) 制度之機能

「法院之友」之活動主要係以提出意見書的方式行之。通常其中述及法院所易忽略之事實或社會情狀，或提供法院可能發生誤解之法適用上觀點。經由此項審判程序之參與，「法院之友」可能發揮如下種種機能、功用。

亦即，①就制度之一般社會上功用言之，其資料之提供，有助於開闊法官之視野，據以作成裁判，可凸顯潛在於訴訟事件背後所牽連之各種社會上利害關係，使法官意識到其裁判對社會所將造成之衝擊影響為何；由政府機構指明訟爭問題之困難性及現實面，作為較廣泛之政策判斷基礎；提供有關政治方面之資訊，使法官能為較均衡的考量，使法官更能預測人民廣眾對於裁判之反應。

②就該參與者即「法院之友」本身而言，其制度機能是：可促進其對司法程序之參與意識，使其獲得滿足感、信服感；並且，藉此促使其重新認識審判制度之存在意義，俾其能更積極參與有關健全發展司法制度之活動。

(4) 評論、展望

依上說明可知，上開意見書係涉及未必直接有關於各該訟爭事件爭點之事實資料，其提出亦難免有招致訴訟資料膨脹、加重法院負擔之虞。並且，其制度亦有被濫用之危險，亦即，黨派性利益之主張者亦可能偽裝為「法院之友」，而從事類如壓力團體之活動，行施加壓力於法官之實，致妨礙審判程序之正常運作。因此，如何在重視上述制度機能而正面採用其制之同時，併謀求相當之防弊措施，乃屬課題。

就此，可致力充實之制度措施有如：關於成為「法院之友」提出意見書之容許要件，可設定為須經當事人之書面同意；或要求其應釋明僅憑當事人之能力難為充分攻防而有容許「法院之友」參與程序之正當理由，並經法院准許；可要求運用訴訟指揮權，就「法院之友」所提意見書之重點或字數等，加以適當之限制。

較諸上述，就建立制度原則而言，更重要的是，關於「法院之友」制度之評析，宜先認明：

①應以伸展國民之法主體性為評析、省思之基本觀點（見本文「叁(一)」之說明）。亦即應先認知，為貫徹國民主權之原理，如何充實審判制度，以使國民得能充分參與司法過程即「法」之具體形成過程，乃屬當今之基本課題。承認社會輿論得經由「法院之友」參與「法」之具體形成過程，協同法官尋求國民應遵循的「法」之所在，對於鞏固並伸展國民之法主體性，避免法官之獨斷及官僚化，實屬饒富深意。何況，其制度之運作與任由一般傳播媒體就繫屬中事件或審判活動施加批評之情形，並不相同。因為在後者之情形，由於其據以評論之資料每片斷不全，且散見於社會各處，非必均成為受訴法院於程序上可得審酌之基礎，以致難免發生違背法官獨立原則之情事，並傷害國民對司法裁判之信賴感，顯不若經由「法院之友」提出之意見書，可具體成為裁判基礎資料之情形，有助於司法之健全化。

準此以觀，就助益反映平民之法意識於裁判中，以提昇人民對司法之信賴而言，「法院之友」制實與參審制或陪審制之採用，有其相通之意涵。（併請參照本文註十六、註二十一及註二十二之說明）

②應從訴訟事件類型審理必要論之觀點〔參照上述註二十一之說明及邱聯恭，「程序保障之機能」（見註九）〕，探討如何採擇、取捨「法院之友」制。亦即，由於紛爭事件之類型繁多，且各有其特性

需求，為其滿足，應按事件類型之不同，採用不盡相同之審理方式。例如，其屬特別需求簡速裁判之事件類型者（如：一般票款請求事件等），固多不宜於依循詳求「法院之友」提供意見之慎重程序為審理。可是，如上舉事例所示，（參照上述(1)②之說明）倘其訟爭事件涉及社會大眾之公益或難免論斷重要之原則性問題事項，則有必要借助「法院之友」所提意見，以兼顧社會上多元價值觀點，而防免忽略辯證過程之踐行，進以確保裁判之客觀性（請參照上述註三十六內(3)之說明）。

③應兼顧現代之裁判機能觀，並為使其能落實，探討如何採擇「法院之友」制。亦即，如本文「貳(三)」所述，在現代型紛爭事件，其裁判往往波及社會大眾之利益，且又不得不擴大法官之裁量權。可是，正因其如此，卻也造成社會一般人對於其裁判內容即「法」的內容之預測困難，而必須賦予將受該裁判波及之人有適當參與程序以影響形成裁判內容即「法」的內容之機會，始能有助於貫徹保障程序主體權之原理（併請參照本文「叁(六)」之論述）。由於將受裁判波及效影響之訴外第三人，可經由「法院之友」參與程序陳述意見，以強化其程序主體性，因此，「法院之友」制之酌採，對於其程序主體地位之保障，應屬必要而有益。

肆、現代律師之使命、任務、功能

(一)所謂「保障人權、實現社會正義」之現代意義

在社會上，尤其在律師界，關心律師制度的人士，往往強調說「保障人權、實現社會正義」是律師的使命。這也是立法院審議中的律師法修正草案第一條所揭櫫的制度理念。面對著這樣的理念宣示，

爲了認明其應有的內涵爲何；也爲了資以探究今後應該如何予以具體化，使之落實爲個別的制度內容，必須再進一步追問：難道這是專屬於律師的使命？立足於此種律師使命觀之法理基礎何在？其正當性是否可在司法現代化的目標追求之下，獲得充分的肯定？

向來，有不少人認爲：律師的任務應該是僅就其受委託經辦的事件，盡力保護當事人的權利、伸張正義；並且也應該從此角度談論如何改進律師業務云云。其實，從司法現代化的觀點而言，律師所承擔的任務範圍應該是更廣的；其所負的使命應該還有不同層次的；其被期待或要求發揮的功能應該是更積極的。實質上，此乃有關於律師應如何定位的基本課題。以下想闡釋律師在充足司法現代化要素之過程，究竟應處於何種地位、負有何項使命。

第一、爲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（參照本文「叁(一)及(六)(1)」所述）。在此基礎上，律師亦係爲國民而存在；其相關制度之創設、形成，乃是建立溫暖而富有人性的司法之一環。本此認識，可以說律師係與法官（檢察官）肩負著相同的使命。（註七十八）不過，在此所強調的律師使命，與法官所承擔者比較而言，實另具有其特別的意義。亦即：律師的使命應兼含有制衡法官對公權力的行使，並將人民的需求及意願反映於司法過程，以凸顯國民之法主體性等意義。這不但是基於國民直接、間接監控審判機關的必要性所應然（參照本文「叁(二)」之說明）；也是在法官獨立原則之下，爲了確保裁判之公正性、客觀性並消滅法官之官僚性所必須的。（參照本文「叁(四)」）從這個角度來看，律師除了與司法審判機關同樣受公共性之制約以外，也應具有自由、獨立於司法審判機關之特性，而非僅是其從屬者而已。可知，法官與律師所負「保障人權、實現社會正義」的使

命畢竟有其不盡相同的意涵，這也是今後思考應如何爲所謂「律師自治」定位，並界限其可能範圍的基點。（註七十九）

第二、所謂「保障人權、實現社會正義」的使命，係同時意味：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。爲此，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。因爲：在依法生活的社會裡，要使社會構成員即社會利益主體之間均能互相尊重人的尊嚴，而實現社會正義，通常係以各該人依法應受保護之權利能夠平等獲得確保、實現爲前提。此時，所謂社會正義實無異於平等保護、實現國民之權利。在此狀態下，想要享受權利的人，爲了獲知其權利即「法」的較明確內容爲何，大多需求借助於律師即法律專家。何僅如此，於現代社會，隨著社會結構之複雜化及社會上價值觀之多樣化，所謂「權利」或「正義」等概念已然越趨於抽象化；面對此種情勢，有意利用訴訟制度主張權利者，爲明瞭其應在何範圍內如何有效實現權利，也越加殷切需求獲得律師之助力。可知：在現代社會，接近律師常即意味接近權利亦即接近實現正義；爲了保障人民均有平等使用法院的機會（參照本文「叁(五)」之說明），必須同時致力確保人民皆能平等接近律師、容易使用其相關制度。此亦爲探討律師制度今後應何去何從的指標。（註八十）

鑑於律師所負使命之重大性以及使其便利人民利用之緊要性，今後有關律師制度及其周邊制度之改革、充實，應導向於保障人民均有平等且容易接近、使用律師之可能。爲達成此項目標，值得探討之問題事項甚多，不適合在此細加論列。此時，爲助益認識解決問題應有之取向，姑予例示而言，今後宜探討之事項如：適度增加律師之人數並使其平均分布於全國各地（註八十一）、律師報酬之合理化與明確化（註八十二）、充實律師扶助制度及有關利用律師之權利保險制度（註八十三）、健全律師業務廣告制度（註八十四）……

〔註釋〕

註七十八：關於司法所負保障人權之使命，請參照註十二及註十五之說明。

註七十九：一般而言，所謂「律師自治」係指律師（律師公會）對於有關律師之資格賦予（認可、登錄）、規律、監督、懲戒、酬金標準之訂定、律師公會之運作及其會員之強制入會或律師考訓等權限、事項之全部或一部，擁有自治權（自律權），並不受國家機關（行政或司法機關等）之權力介入者而言。

各國對於「律師自治」之認否程度，往往多受其各自的社會、經濟、政治等因素或司法制度史所影響，而各具特徵，非必同然。約略言之，例如：向來，在英國，其 barrister（法庭律師——僅經由 solicitor 始受託得在法庭參與辯論之律師）於法曹一元制之下，有相當廣範圍之自治權；惟其 solicitor（事務律師——直接受當事人之委託，為其制作法律文書、提供法律諮詢服務之律師）則為法院之從屬機關受法院之監督，少有自治權。又，在美國，有關律師之資格賦予、懲戒等權限掌管，係在法曹一元制之下，近似於英國的 solicitor；其律師自治之特徵係偏重於律師之職業倫理、職業教育等方面。在德國，其聯邦律師法第一條宣明律師係獨立的「司法機關之一（ein unabhängiges Organ der Rechtspflege）」，而由其司法行政機關（各邦之司法行政部或聯邦之司法部長）主掌有關律師資格之賦予、懲戒等權限（關於律師之資格，採認可制而非登錄制；其懲戒則由國家機關即三審級之懲戒法院管轄），強調律師之公共性及對司法機關之從屬性，以致律師自治多受限制。至於日本，在第二次世界大戰以前，其律師係受國家機關之全面性控制，近似於上述德國之現況；可是時至戰後，隨著諸制度之民主化改革，其新頒布

施行之律師法，在第一條揭示律師係以擁護基本人權、實現社會正義為使命等旨之同時，並承認相當高度的律師自治權，而排除國家機關介入於律師之資格賦予、監督、懲戒等事，實與上述諸國之法制狀況大有所異。

實際上，「律師自治」之認否程度（律師職務之自由、獨立性及在野法曹性之濃淡）與律師對司法機關之從屬性（律師有無司法機關之屬性、律師職務之公共性）強弱，係處於緊張關係。基因於此，關於如何決定其相互間之輕重、消長，每可能引發論者間之爭議。有鑑於此，為因應現實社會對保障國民權利之需求，如何從司法現代化之理念，闡明律師制度及律師自治之法理基礎，準以適度調和上開緊張關係，應屬課題。為此，以下想在目前論題關心之範圍內，略予闡論：

(1) 律師制度之法理基礎

與憲法明文規定司法機關及法官之情形不同，在其未明認律師制度之狀況下，到底此制度之設及律師「保障人權、實現社會正義」的使命能否在憲法上尋得應有之法理基礎，乃值得探討的問題。

如本文「參(六)(1)及(2)」所述，任何人民基於程序上基本人權，對於關涉其利益、權利、地位或責任的審判程序，應均有參與之權利、地位；在各該程序上均應被尊重為程序之主體，而受聽審請求權之保障，是即所謂程序主體性原則。此項權利、原則之承認乃源自國民之法主體性，係以國民主權之原理、尊重人的尊嚴之原則、法治國家原理以及有關平等權、自由權、訴訟權、財產權、生存權等憲法上諸保障規定為其法理基礎。本於此，不論立法者或法院均應致力於充實相關制度以鞏固當事人及利害關係人之程序主體地位，維護其實體上利益及程序上利益。為充實此類相關制度，並不以設立民、刑事及行政等訴訟程序制度為足，律師制度亦屬其所應

備置者之一。換言之，律師制度之設，對於鞏固上開意義之人民及當事人的主體地位，乃屬必要而有益，且係植基於上開法理之上。因此律師須以伸展國民之法主體性、當事人之程序主體地位、促進司法甚至社會之民主化為其使命，即所謂「保障人權、實現社會正義」是。〔有認為律師職務之憲法上基礎係在於保障人民有受裁判之權利者（見小島武司「正義へのアクセスと弁護士活動」——「法律扶助・弁護士保険の比較法的研究」三九六頁）。依上論述，此項見解似有不夠周延之嫌。〕

尤其，亦如上述（請參照註六十三之說明），法官依據憲法所應準據為裁判規範之「法律」，常須人民所能預測者始可當之；並且，於審判上，應在當事人能預測法官之法律見解以利提出必要資料或進行辯論的狀態下，由法官與當事人協同探尋「法」之所在。此事意味：為濟助當事人及人民對法律之預測能力、並為使上述人民之主體地位不致成為有名無實，應同時保障當事人及一般人民均有利用律師即法律專家之可能性及機會。亦即，律師制度之創設及健全化，係為因應現代社會之法治生活上實際需求、法治國家原理所應然。何況，依本文「叁(七)」所闡述，國家亦應盡力健全制度，供人民預防紛爭之用，而負有消滅人民所受「法生活的風險」之義務；此項義務之課，亦有關於上開法理之貫徹。從此而言，為克盡該義務，國家亦有必要設律師制度，以便利人民利用律師來預測「法」之內容，而預防發生紛爭。

(2) 律師職務之兩面性——律師自治之根據

① 自由獨立性

依上所述可知，律師不僅應就特定受委託事件保護其委託人，亦應致力於鞏固、伸展國民全體之法主體性及程序主體地位，以免當事人及人民在程序上及社會上成為受支配之客體。在此意義

上，律師實負有為人民面對國家權力之行使，而加以監督、制衡、批評及促使改革之任務。為此，律師職務應具有相當之自由獨立性，不應完全從屬於國家機關（司法或行政機關等）；而且，應在一定範圍內承認律師自治。此就司法運作而言，律師應致力於制衡法官，防免其公權力之行使有所怠慢、不當或濫用，藉以維護當事人及國民之利益。又，律師為克盡其所負伸展國民法主體性即「保障人權、實現社會正義」之使命，應同時致力於促使相關之國家機關準據國民之需求、意願，廢止惡法而制訂新法。質言之，律師為克盡上開使命亦應經常探求國民全體之新時代需求、意願，準以促成改善、改革法律制度，而不應止於維護既存之法律制度及社會秩序。〔與筆者之上開論旨雖不盡同，認為在律師階層與法官階層之間，有必要維持相當的「對立」、「對抗」關係之見解如：伊東 乾「裁判における裁判所と弁護士のあり方」（講座民訴①，一九八四年）三三四頁；小島武司·前掲「裁判法」一七二頁；古賀正義「弁護士制度の基礎理論(一)——弁護士制度研究の前進のために——」（判例タイムズ四〇一號，一九八〇年）五頁以下；小田中聰樹「弁護士法改正問題の背景と本質」（法律時報五一卷三號，一九七九年）一八頁；宮原守男「弁護士の使命と職業倫理の基本問題」（講座「現代の弁護士①」，一九七二年）一二七頁。〕

準此以觀，立法院審議中之律師法修正草案第一條第二項未同時規定律師應致力「改善」法律制度，似欠周延。同理，該草案第十七條規定為「律師公會除左列事項外，不得提議或決議……」係對於律師之功能發揮加以限縮，亦有待商榷。與此不同，日本弁護士法（律師法）第一條第二項係明文要求律師須致力「改善」法律制度。此項規定被識者評價為符合律師自治之精神，頗能助益於促進律師擁護基本人權之活動即公共之福祉。〔參照利谷信義「弁護士自

治について」(法學セミナー増刊特集二一號,一九八二年)六三頁至六四頁]

除上述者外,另可尋求律師自治之基礎於律師所具有之如下專門職業性。亦即:④律師之職務活動係本於其特殊的知識、技能,因此律師屬應用科學之專家,其學識須經嚴格之磨鍊始能獲得;⑤律師係為社會全體之利益而存在,須回應社會上一般人之具體需求,負有將自己所具備之高度學識、技能運用於社會公益之職責;⑥律師係屬團體性存在,應經由專門職業團體之組成,獲得社會之承認,藉以證明其有存在價值。基於此等專門職業性,律師乃被賦予關涉市民隱私之特權(以國家及律師團體所賦予、公認之資格為前提的獨占性特權);同時,為使其特權得能正當化,並對律師要求非常嚴格之自律及職業倫理,責由其所屬職業團體(律師公會)施予監督、懲戒等。此即律師自治之所由承認的基礎。[參照利谷信義·前揭六五頁;邱聯恭·前揭「律師與國民生活」(見註三)二七三頁;石井成一「職業としての弁護士とその使命」(講座「現代の弁護士」①,一九七二年)七二頁以下。此外,關於律師自治之沿革、制度比較,請參照古賀正義「弁護士自治序説——弁護士自治の起源」(法學セミナー増刊特集二一號,一九八二年)六九頁以下;同·「弁護士の自治と役割」(法律時報五三卷三號,一九八一年)五二頁以下;辻誠「弁護士自治——諸外國の比較を中心にして——」(東京弁護士會編「司法改革の展望」,一九八二年)三〇三頁以下。]

②公共性

另一方面,對於律師課求或賦予上述的使命、任務及特權,係為達成促進社會全體之利益及國民之福祉等終極目的,並非僅為了使律師個人或其所屬階層可藉以謀取私利。因此,律師職務實具有相當之公共性;律師亦負有促使司法現代化之職責,應與法官、檢

察官等分擔追求完成共同的使命——「保障人權、實現社會正義」。從此而言,律師不得視「法律」為自己之「玩弄物」,除應為其當事人即委託人盡保護權利之義務以外,也負有協力於司法之健全運作、其威信之維護及司法制度之改善等義務。為克盡此義務,律師應嚴守其職業倫理,而確立、維持其與法院間之信賴關係。[關於特別強調律師職務具公共性之見解,請參照三ヶ月章「現代の法律家の職能と問題點——弁護士」(現代法⑥,一九六六年)二〇四頁以下——同·「民事訴訟法研究第六卷」三一五頁以下。]

基於上開律師職務之特性,律師既然應係為社會公益而存在,自負有回應、滿足社會需求之職責,應致力於避免因與人民生活疏離而導致人民權利難能受保護之結果。換言之,律師制度之使用者即人民,根據上開律師職務之公共性,得要求律師盡其係維護社會公益者之職責;並且,在確保、促進人民利益所必要之範圍內,律師自治應受相當之制約。職此,應使主權者即國民之意願能適時反映於律師制度之運作過程,而成為制約律師自治之契機;在謀求國民福利所必要之範圍內,其代言者(如:國家機關)應亦有適度介入律師自治、促使其善加反省之可能。(參照利谷信義·前揭六八頁)

事實上,強調律師職務具公共性之論者,每援用德國律師制度所具有之司法機關性為論據。[如:三ヶ月章·前揭;同·「外國の弁護士制度の實態と日本の弁護士制度の問題點」(民事訴訟法研究第四卷,一九六九年)三四三頁以下]亦即,德國在其聯邦律師法第一條規定律師為獨立的司法機關之前提下,為進一步擔保律師與法官之間得能維持協力關係,並凸顯律師職務之公共性,乃同時採用律師強制(Anwaltszwang)主義及分屬主義(Lokalisierungsprinzip)等諸種相關制度。

析言之,④德國民事訴訟法第七十八條規定所採用之律師強制

代理制度，係要求在地方法院及其上級審法院，當事人應以受訴法院所許可之律師（durch einen bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt）為代理人，使為訴訟代理〔是即所謂「律師訴訟（Anwaltsprozeß）」〕；就家事法院所管轄之特定身分關係事件（如：婚姻事件、附隨於離婚事件之事件等）亦同。此種律師強制（代理）之原則係自一八七七年制訂民事訴訟法時被採用，而至於今。其所以採用此原則之理由是：第一，律師強制代理可抑制不諳法律且缺乏訴訟經驗之當事人本人輕率提起訴訟，對於司法、遂行訴訟之當事人及國家之福祉，均有助益〔是即律師強制對訴訟之預防機能（Präventivfunktion）〕。第二，為充分達成重要訴訟事件所預期之成果，常有事先為徹底準備之必要，此種準備苟非有相當之法律知識及經驗，將不為功。第三，愈有意使當事人能自由面對其在訴訟上行使處分權，以排除法院之介入保護，則愈有必要將訴訟之遂行委由在學識、地位等方面具有同於法官之能力者即律師，使其對當事人為相當於法官所能為者之保障，如此始能有助於程序之自由構成，而儘量放棄繁瑣之程序方式。第四，律師具備有言詞辯論所必要之法律知識以及將有關訟爭之事實上、法律上關係內容全部提示於法院之能力，此項能力乃踐行有實效的言詞辯論所不可欠缺。第五，在基於辯論之直接性（採用直接審理主義）所進行之訴訟程序上，倘不能獲得深諳法律者即律師之輔助，將難免因當事人之欠缺法律知識或激動情緒，導致案情之模糊不清，終使對於法的認識、發現益形困難，而有危害法院主持辯論的誠摯性及品格之虞。第六，除上述立法當時所舉理由以外，其後，於一九六一年德國民事審判制度修正準備委員會之報告書更表明應繼續維持律師強制制度之意旨，而強調：律師應可貢獻於抑制無實益的起訴、欠缺根據的抗辯或無受容希望的上訴，並使當事人兩造受公平之處遇、周詳

之審理；為了藉當事人利益之保護、法院事務之簡易化以及程序之促進等，達成足以確保對審判制度之信賴的裁判，絕對有必要由律師代理當事人進行訴訟云云。〔參照三月 章等「各國弁護士制度の研究」（一九六五年）一六六頁以下；Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgeben vom Bundesjustizministerium, 1961, S. 274ff.〕

於此，值得注意的是，上開採用律師強制之理由中，晚近係特別強調該制度可發揮抑制無益訟爭、促進程序及提昇審判運作之效率等功能。此係重視律師職務具公共性之表徵，不容忽視。不過，應附言者，在此指明律師強制制度之功能，固然有意強調應否及如何採用其制，乃屬今後值得探討的重要課題，但並非意味當然贊同應即全面性採用其制。蓋以其採用尚涉及如何先健全諸多周邊制度之問題，諸如：如何先充實律師之人數，使其分布全國各地；如何同時充實包含律師扶助在內之法律扶助制度；如何使勝訴者所支付之律師報酬費用在合理的範圍內歸由敗訴者負擔……等。倘未能先充實此類有助於使用律師之周邊制度，使其到達相當健全之程度，竟遽然全面採用律師強制主義，則將有造成人民因無力委請律師代理訴訟致放棄請求保護權利之危險。（關於法律扶助制度，請併參照註四十八之說明）

①其次，以德國所採分屬主義（分屬制、地區性原則）與律師職務特性之關係為例言之。與日本承認律師得自由在任何法院所在地受理訴訟事件之情形不同，而近似於我國（限制律師得在二地方法院及其直接之上級高等法院或分院聲請登錄——現行律師法第五條、其修正草案第七條第一項），德國所採之分屬主義係強制律師應分屬於區法院（Amtsgericht）、地方法院（Landgericht）、高等法院（Oberlandgericht）或聯邦普通（最高）法院（Bundesgericht-

shof) 之任一法院〔即所謂分屬強制 (Lokalisierungszwang)〕；亦即，原則上限制律師僅得在其自行選擇登錄之特定法院承辦訴訟事件，而且僅得向一個法院聲請認可登錄（參照其聯邦律師法第十八條、第十九條、第二十五條、第二十七條）。尤其，與我國現制不同，德國之律師分屬制更具重要性者，乃是其聯邦普通（最高）法院（BGH）所屬律師之認可登錄制。亦即，其所屬律師係限於由特別組成之律師考選委員會經法定程序所選出者（約二十名，其候選人須為年滿三十五歲、曾繼續執行律師職務滿五年者）。此類分屬制被採用之實質上理由，亦與律師職務之公共性有關。亦即：第一，倘不強制律師分屬於特定法院，則律師將具移動性，以致為不同事件而來往奔走於不同法院間，縱使法院預定審理期日，亦難期訴訟關係人均能到場，而不得不再三延展期日，終於造成訴訟遲延，甚不利於請求保護權利之當事人及司法運作。第二，分屬制可使法院與律師結合為統一體（Einheit），經由其間平常之互動交流可為密切之協力作業；苟廢止其制，將難免有導致事件之委任集中於少數律師之虞。第三，上開民事審判制度修正準備委員會報告書，在表明應維持分屬制之同時，更強調：為期能適切代理訴訟，第三審上訴之提起確有必要限由具特別資格、經驗的律師代理；在其他法院，分屬制則有利於法院與律師間對於有關期日之指定或延展等事項就近溝通意見，而予以迅速處理，避免律師常為預留出庭時間所困，致浪費時間；並可防止傾向於不適宜之書面審理；此外，分屬制有助於促使律師自行負責處理事件，而不致形成如美國般的大法律事務所多假手於其事務員。（參照前揭文獻）

要之，在德國，分屬制之採用亦係為了強化法院與律師之協力關係，而著眼於律師職務之公共性。可是，處於交通、電訊等事業已甚發達之今日，在無大礙於法院與律師相互溝通之範圍內，適度

緩和律師分屬之強制性，以便利當事人選擇諮詢律師及出庭律師，亦屬值得考慮之事。此即為了便利使用者即人民，尚有必要探討承認重疊認可（Simultanzulassung）之可能性，以使律師得同時向少數幾個法院登錄，而非僅予以限定為單一法院。

(3) 律師職務與律師自治之未來關係

綜上闡述可知：律師不僅應係其委託人利益之保護者，並應成為社會全體利益之維護者、促進者，而負有協同伸展國民法主體地位之使命。同時，律師職務所具有之兩面性即自由獨立性與公共性，係常處於緊張之狀態。意識及此，如何一方面正視此項現實狀態，一方面兼顧並重其兩面特性，而致力謀求其間之平衡，應屬今後之基本課題。此項觀點，係為貫徹律師制度之理念所必須，應準以省思律師職務與律師自治之未來及其間之關係。從而，片面強調律師職務之自由獨立性，而完全否定律師自治受國家機關制約之必要性者；又，片面刻意凸顯律師職務之公共性，而根本不認律師亦應有其自律自治之空間者，均難謂已充分顧慮主權者即國民之利益，焉能獲得社會之支持？

準此以觀，與律師制度及其周邊制度相關，而有待探討之問題事項應屬不鮮。於此，為便利今後深入認識問題之所在及其解決方向，特先舉述如下事項：

① 律師自治之容許度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

如上所述，律師制度既係為保障國民權利而被承認，自亦僅在保障國民權利所必要之範圍內，始有肯定律師自治而排除國家權力介入之可能；而且祇在該範圍內，始有容許國家以國民代言人的地位對律師自治加以制約之必要。同時，主權者即國民係依其需求保障權利之程度，決定其對律師自治之容許度；此項容許度可能隨著

各該時代、社會之國民需求而變動。因此，不應認為徹底的律師自治乃律師制度之本質上絕不可稍減的要素。

不過，在維護司法之健全化及促進社會全體之利益所必要之限度內（如：為維護審判之公正性所必要之範圍內），國民不但恆要求律師於執行職務時應超然獨立於其個人及委託人之利害，不得任受其指使；並且亦常要求律師應自由獨立於法官所行使之公權力，加以相當之監督、制衡，而不得動輒屈服於其不當威壓。在此意義上，國民係恆需求、容許律師（律師階層）保有相當程度之自治權，而排除國家權力之干預。準此，現行律師法及其修正草案均應另增訂「律師公會為法人」之規定，俾律師團體得能保持應有的獨立性，而提昇自治能力。又，以有關對律師的懲戒權之行使為例言之，該項懲戒權之行使主體即律師懲戒委員會之成員，實不宜全部或大部分由具法官身分者充任之。亦即，為貫徹上開監督、制衡法官行使公權力，以保障國民權利之制度旨趣，宜由法官、律師以及經律師團體依民主程序參與推薦之社會公正人士等，各按相當比例組成律師懲戒委員會，始較能贏得國民對司法之信賴。職此，規定由法官主導律師懲戒委員會之現行律師法第四十二條、第四十四條及律師法修正草案第四十四條、第四十六條，均尚不足以貫徹同草案第一條第一項就律師使命（「保障人權、實現社會正義」）所規定之制度精神，仍有商榷之餘地。〔按：同草案第四十四條規定為：「律師懲戒委員會，由高等法院院長、庭長與推事（法官）五人及律師三人（依現行法第四十二條為一人）組織之；以院長為委員長。」又，其第四十六條規定為：「律師懲戒覆審委員會，由最高法院院長、庭長與推事各四人及律師四人（依現行法第四十四條為二人）組織之；以院長為委員長。」〕

同理，在律師之自治能力已相當提昇之前提下，未保障律師公

會有參與權，而完全委由法務部辦理律師職前訓練之規定即律師法修正草案第七條第三項，亦有重新檢討之必要。此外，在同一前提下，有關對於律師與律師團體之監督權限及其歸屬等規定（現行律師法第十條、第十三條、第十六條、第十七條、第十八條及律師法修正草案第十二條、第十五條、第十八條、第十九條、第二十條），均有再加以調整之必要。尤其，為了貫徹司法權獨立之原則，上開諸權限均應劃歸最高司法機關（最高法院或經最高法院化之司法院）主掌並保障律師公會基於自治權得隨著其自治能力經提昇之程度參與之；而不應依然由行政機關（如：法務部、其他社會行政主管機關等）職司其事。（請併參照上述註十九、本文「叁(三)」及其中註三十之說明）。

當然，律師能否因應、滿足上開國民對律師自治之需求，常以律師（公會）有無自治能力及其能力是否獲得社會之肯定為斷。倘未能致此，則國民為防免其權利受危害（如：基因於法官未能受相當之監督、制衡所引發的危害），將不得不另事他求。其結果，隨著律師自治能力難滿足國民需求之程度，律師職務亦將漸消滅其對國民應有之吸引力，終有喪失其存在價值之虞。繼續不斷強化、提昇律師之自治能力，以獲得社會之信賴與肯定，乃確保律師自治權，並藉以擴大其可能範圍所必循的途徑。

②律師強制代理制度之階段性採用

如上所述（參照(2)②①），律師強制代理制度之採用，係受其周邊制度之充實度為何所左右。以我國目前律師之質量水平、律師酬金制度（公定制·敗訴者負擔制）及法律扶助制度，均尚不夠充實、健全等狀況而言，應先考慮在法律審即最高法院採行律師強制代理制度，而不宜遽然予以推行至各下級審法院。因為向第三審法院提起上訴與通常向第一審法院起訴有相當之差異，亦即，通常之起訴係對他造之攻擊；可是，提起第三審上訴則係對於原判決之攻擊，

此項判決既係由原審法官即法律專家所作成，則需具有法律專業知識者始能攻擊之；何況第三審係法律審，宜由具有辯明法律見解之律師充任訴訟代理人，始能濟事，因此特需就第三審上訴採律師強制主義。

就此，宜併留意：關於採用此制度之目的論，應同時兼顧其制度亦有益於保障適時審判請求權之觀點（見本文「叁(六)(2)」），亦即，應重視經由該制度之妥善運用，可使當事人不提起無實益之上訴，以免其蒙受額外之程序上勞費；此即意味該制度亦可能發揮為當事人獲取程序上利益，以使其與當事人所追求之實體上利益相均衡等作用。因此，不應仍如向來論者所見，每多僅著眼於該制度有助於減輕法院負擔。基此認識，當構思、設計其相關制度時，不應僅從減輕法院負擔之意圖，而應同時兼顧保護當事人之觀點，儘量備置足以減少其程序上不利益之周邊制度，並平衡律師職務之自由獨立性及公共性。為此，在採用律師強制代理制度於第三審法院時，也應認知支付律師費用乃國民主張權利所必要之觀念（參照上述註四十八之說明），而且，應本於此項觀念一併設立能顧慮上開律師職務特性之登錄認許制、律師報酬公定制、律師費用敗訴者負擔制及律師扶助制度等。

例如，宜以法律明文授權最高法院制訂規則，在保障律師公會及社會公正人士得參與的前提下，就有關認許第三審法院所屬律師之登錄、律師酬金額之決定標準及其在何範圍內應由敗訴者負擔等事項，訂定辦法、付諸施行。因為，此等事項多涉及專業知識及技術性，且其規範之修訂宜具有相當之彈性，始能便利隨著社會情況之變遷為迅速、妥適之處理，自以採用承認最高法院有規則制訂權之方式為當（參照註二十九內(4)之說明）；並且，該類事項關涉人民使用訴訟制度之權益、司法運作之效率以及律師之利益與功能發揮

等問題，倘任由最高法院片面決定其應如何處理，殊難謂已充分兼顧律師職務之自由獨立性及公共性。又，在第三審設立一般法律扶助或律師扶助之制度時，應同時留意：當事人提起第三審上訴時，如無資力委任律師，得聲請第三審法院為其選任經認許之律師為訴訟代理人。並且，在上訴非顯無理由，或原判決因適用法規顯有違誤致被廢棄等情形，常可認為律師酬金之支付係同時肇因於可歸責於原審法院之事由，因此，應於一定範圍內，許由應負擔訴訟費用（含律師酬金）之當事人，得聲請第三審法院裁定由國庫支付律師酬金之全部或一部。諸如此類之顧慮，均所以表示重視、期待律師發揮匡正法院判決之違誤、制衡法官對公權力之行使、促進審判之效率、協同探尋「法」之所在等多項功能，而以保障國民權利（含當事人之實體上利益、程序上利益）、實現社會正義為終極目的。為此，須正視其具有事關律師存在價值及司法能否充分現代化之重大性；而不應依然仍採向來所沿襲之態度，或誤以為上開制度設計僅事涉末節、或率以減輕法院負擔為主要著眼點。

註八十：為實現謀求全民福利的國家理念，應先保障全民均有平等受法律服務以接近正義的機會，此即法律服務普遍化之基本要求。此項要求係源自近代民主主義。基此，能否保障平民均有接近律師之機會，實與民主制度之存廢息息相關。為此，應先認知：「接近律師即接近正義」。事實上，猶如識者所指明，所謂 equal access to justice 已屬歐美諸國之共同關心事。〔參照 P. カラマンドレーイ（小島武司／森 征一譯）「訴訟と民主主義」（一九七六年）一一三頁；小島武司「弁護士の社會的役割」（法學セミナー増刊特集二〇號，一九八二年）四六頁；同・「弁護士」（一九八一年）六三頁；同・「正義へのアクセスと弁護士活動」（見註七十九）〕

在我國，為貫徹上開理念，使平民容易接近律師即接近正義，

今後不僅應對於前來求助之當事人即委託人，提供其容易委聘律師之客觀條件；同時亦應由律師個人及其所屬律師公會，積極、主動探求潛存於社會之法律服務需求，排除其疏遠律師之導因，強化其對律師之信賴感，俾其認知接近律師即屬接近實現權利而受尊重其身為人的尊嚴。為此，今後應認真探討：為確保國民之法主體地位及程序主體權，如何在一定範圍內（如：就重大刑事案件、身分關係事件等），保障人民及當事人之律師選任權（right to a lawyer）。並且，應檢討向來阻礙平民接近、使用律師的諸因素為何，以便謀求予以消除之道。

譬如，就排除平民疏遠律師之導因而言，首應正視社會上仍難免殘存著律師乃「訟師」或「訟棍」之傳統上落伍觀念，進而設法經由諸制度之健全化及律師之業績表現，逐漸改變陳舊觀念，並重塑律師之形象為富有人性而溫暖的人權鬥士、法官的協助者、督促者及人民生活決策的顧問、紛爭的預防者。為能致此，應以健全人民、律師及法官之法意識、權利意識為要務。〔參照註二及註十六之說明。又，關於社會上殘存有律師乃「訟師」或「訟棍」之觀念及其指明，請併參照尤英夫「中國律師制度概論」（一九七二年）七頁；邱聯恭、許士宦等在國立台灣大學法學院法律服務社所辦「律師與國民生活——從別讓權利睡著了談起——」座談會之問題提出及評析——載前揭·「別讓您的權利睡著了②」（見註三）二四二頁以下。另者，在日本，社會對於律師未寄以充分信賴，亦被認為係阻礙民眾接近律師之原因。關於此，請參照荻原金美「弁護士論の今日的課題」（別冊判例タイムズ三號，一九七七年）三二頁。〕

註八十一：與各主要國家之律師人數（見註二十內(3)①之附件一、二即圖表）比較而言，我國之律師人數可謂偏低，今後如何予以充實應屬課題。又，我國之律師人數亦多集中於大都市，今後固然亦可期待

運用分屬制為某程度之調整（參照註七十九內(2)②⑤之說明。按：在向來不採德國分屬制之日本，常被認為分屬制之採用，必將有助於消除律師過分集中於大都市所衍生之問題）。不過，重要的是，應更就律師人數之多寡與社會經濟結構、律師業務範疇等因素之關連性及其間之對應關係，加以分析、檢討，而為相當之規劃，不宜僅取決於國民人口與律師人數之單純比較。其時，亦應評估、考量：律師與土地代書、公證人、公司企業機構之法務人員等間，究宜如何在社會上各別發揮應有之法律服務功能？其各應完成之任務品質為何？律師之素質能力為何？

註八十二：律師酬金常佔訴訟所需費用或其他程序費用（指：權利之實現或紛爭之預防等程序上花費）之大部分，因此其負擔方式為何及是否健全，對於平民易否接近、使用律師，實具有決定性之影響。以下就此方面之問題事項，略加整理並予重點評述：

(1) 律師酬金之明確化、預測可能性

一般人當決定是否委請律師時，每有「到底應支付多少報酬？其數額或許相當可觀！」等類的不安，此種不安往往成為阻礙其接近律師的主要原因之一。因此，在有意委託者尚未趨訪律師事務所以前，應由律師主動設法消除此項一般人的疑慮、不安。

關於其方法或許有認為可任由律師各自就其服務內容及酬金額之計算方法，予以廣告、宣傳者。此種方式雖有利於有意委託者就近獲知其可能之花費；可是，卻有在律師間造成獨占「傾銷」或競爭等情事，致違反律師倫理規範之虞，尚不宜於無條件採行。鑑於律師業務內容之複雜性及其型態具特殊性，而其報酬額之決定常須考量：依訴訟標的價額所顯示之系爭利益（委託人的利益）、依所用時間之量及事件難易之質所顯示之勞費大小、事件之輕重緩急程度、委託人之資力、與委託人有無特殊關係、償付報酬之確實性、

是否為經常性委託及其他相關事項等諸因素，想要訂定統一而明確之報酬決定標準，本非易事。因此，今後似可嘗試經由律師公會按各該時地之具體案情狀況等，儘可能通報相關資訊、藉以提昇一般人對律師酬金之預測可能性。

以上所述，係以律師酬金委由律師公會自律規制為前提而言（參照現行律師法第十四條第六款、其修正草案第十六條第六款）。此外，有關決定律師酬金額之立法例，德奧等國所採法定主義、美國所採自由契約主義或英國所採法院監督制等均具特色，各有何可供取捨參考之處，亦值今後從便利國民使用律師、保障權利之觀點，併予探討。

(2) 律師酬金之低廉化、負擔分散

其次，想要保障人民均有平等、容易使用律師之機會，亦須克服如何使律師酬金低廉化或負擔分散之課題。一般而言，律師所提供之法律服務，固然由於難如經營商業般採用大量生產、薄利多銷的方式，致不得不維持某程度之「高價位」；可是，此事卻可能導致中、低收入者難能接近律師之後果。因此，為貫徹上述律師制度之理念並重視其公共性，尚須謀求律師酬金之低廉化及負擔分散。

為此，今後應充實、擴充法律扶助制度，使中、低收入者或中產階級在一定要件下，均能受費用之救助，而資以接近律師。關於此方面之世界性動向及其制度充實之法理基礎，已如本文「叁(五)」所述（尤其請參照其中註四十八之說明）。

除此以外，尚可探討擴充權利保險、法律費用保險或使用律師保險等類制度之可行性，嘗試藉制訂法律扶助法或法律諮詢法，以責由國庫負擔一定保險費之方式，分散平民因訴訟及訴訟外法律諮詢所需之律師酬金負擔，使其亦能容易使用律師。綜上所述，現行律師法第十四條第九款及其修正草案第十六條第九款雖要求律師公

會章程應規定「平民法律扶助之實施辦法」，在未另制訂法律扶助法以資配合以前，自仍難充分保障平民有接近律師之機會。以德國為例而言，其有關低收入者之法律助言及代理之法律（Gesetz über Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen vom 18. Juni 1980）明定得聲請法律諮詢援助者之範圍及其要件，使其與民事訴訟法上訴訟救助之規定相配合。依其規定，律師負有承辦法律諮詢之義務，其酬金由國庫償付。〔vgl. Baur, “Armenrecht und Rechtsschutzversicherung”, JZ1972, S. 75ff.; Werner Pfennigstorf（福山達夫譯）「リーガル・サービス・プラン」（法學志林七六卷四號，一九七八年）八八頁以下；G・バウムゲルテル（梅善夫譯）「裁判の機會均等は、強制權利保護保險によるべきか、訴訟救助によるべきか——同時に訴訟費用の機能についての考察——」（法學研究五一卷二號，一九七八年）八三頁以下；同（佐上善和譯）「貧困者のための裁判外の法律助言——リガル・エイドの一側面——」（民商法雜誌八四卷五號，一九八一年）六三七頁以下；木川統一郎／吉野正三郎「法律相談と法律扶助——西ドイツ法律相談援助法を中心に——」（判例タイムズ四七一號，一九八二年）四二頁以下；中野貞一郎「訴訟外紛争處理（ADR）の活用と弁護士の役割」（自由と正義四一卷四號，一九九〇年）五一頁。〕

(3) 律師酬金敗訴者負擔

一般而言，在完全不責由敗訴者負擔對造即勝訴者所付律師報酬之情形下，每易產生種種弊害，諸如：易誘使義務人不自動履行債務，藉以造成對其有利之調解或和解之條件，終於導致實體法秩序之貫徹遭受阻礙之後果；有誘發濫行提起訴訟、上訴或為不必要爭執之虞，因此將加重法院之負荷，招致訴訟拖延，而減少正當權利人使用法院之機會；因權利人須獨自負擔高額律師報酬之結果，

其使用訴訟制度將益形困難，而易被誘致走向自力救濟，此事有害於國民權利意識之健全發展。

鑑於此，為充分發揮律師之功能，應適度修正現行法，除特應保護或鼓勵提起訴訟之情形（如：有關勞工訴求、環境保護之訴訟等）應另設法處理以外，在一定範圍內，原則上宜酌採律師酬金敗訴者負擔制，將勝訴者所付律師酬金，在公平的限度內，併計入為訴訟費用之一部分。通常，在決定敗訴者負擔律師酬金額度時，應留意：以能防止濫行上訴為要、以保護或助益必要之起訴或提起正當之上訴為度、以防免導致訴訟（上訴）投機或逃避司法救濟為念、不宜責由敗訴者負擔勝訴者所付律師酬金全額（勝訴者依契約對律師仍應該可能自行負擔部分酬金支付義務）、有資力而勝訴者所付律師酬金不宜由國庫全額負擔等必要考量因素。同時，為使敗訴者負擔額之決定標準趨於公平合理，其所負擔律師報酬額之決定，應受相當之規制，是與採用律師強制代理制度時之情況相若，而涉及律師法修正草案第十六條第六款有關定律師酬金標準之適用範圍（請參照上述註七十九內(3)②之說明）。為此，關於敗訴者負擔律師酬金之決定程序，可考慮兼採法定與法院裁量查定等方式，而以聽取律師公會之意見為必要。

要之，除健全的法律扶助、律師費用保險等制度以外，合理的律師酬金敗訴者負擔制度，亦屬平民委託律師代理之誘因，其採行之可能範圍值得探討。關於此，向來採用此類制度的德國、英國、奧、義大利等國之實情，應可供為研究、參考。〔參照松代 隆「弁護士報酬合理化の方角」（東京弁護士會編「司法改革の展望」）四一一頁以下；荻原金美・前掲（見註八十）；小島武司・前掲（見註七十九）四〇二頁以下；中野貞一郎「弁護士費用の敗訴者負擔」（「過失の推認」，一九七八年）二五五頁以下；霜島甲一「訴訟費用保險と弁

護士の職域擴大」（法律時報五三卷二號，一九八一年）五四頁以下；田邨正義「弁護士費用」（實務民訴講座②，一九六九年）一五三頁以下；邱聯恭「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」（本書第三篇）；內田武吉「訴訟費用」（小山 昇等編「新演習民事訴訟法」，一九八七年）一一〇頁以下。〕

註八十三：請參照註八十二內(2)之說明。

註八十四：諸國之律師倫理規範固然多在一定範圍內，禁止律師各自為業務之廣告、宣傳。不過，一般人難能獲知各律師之業務內容，常亦成為阻礙接近律師之一因。為排除此項原因，今後可考慮允許：在不違反律師倫理之前提下，經由律師公會在其所發行之刊物上按一定程序為適當之業務廣告；或預先限定得為廣告之項目（如：業務之項目、時間、外語能力）、所得用以廣告之媒體等。在日本，向來就應否放寬禁止律師個人為業務廣告一事，亦多爭論；至一九八七年其律師連合會臨時總會決議予以放寬，而列明得為廣告之十一項目即姓名、所在地、所屬律師公會、學位、執務時間、業務項目、面談費等，但仍不許廣告於電視、廣播電台、公共汽車、電車等處，且不得採用霓虹燈等有害於律師品位之方式。〔參照大野正男「わが國弁護士の業務廣告問題とその意義」（「弁護士倫理の比較法的研究」（一九八六年）二八頁以下；法學教室八〇號（一九八七年）一五四頁。〕

〔附錄〕律師法修正草案關係條文（立法院審議中）：

△第一條

律師應以保障人權及實現社會正義為使命。

律師基於前項使命應忠誠執行職務，以維護法律制度及社會秩序。

△第七條

律師得向二地方法院及其直接之上級高等法院或分院聲請登錄。

律師應完成職前訓練，方得登錄。但曾任推事、檢察官、軍法官者，不在此限。

律師職前訓練辦法，由法務部定之。

△第十一條

律師非加入律師公會，不得執行職務；律師公會亦不得拒絕其加入。

地方法院登錄之律師，滿十五人者，應於該法院所在地設立律師公會，並以地方法院之區域為組織區域；其未滿十五人者，應暫時加入鄰近地方法院所在地之律師公會，或共同設立之。

各地方律師公會，得以七個以上之發起，及全體過半數之同意，組織全國律師公會聯合會。

在同一組織區域內之同級公會，以一個為限。

△第十二條

律師公會之主管機關為社會行政主管機關。但其目的事業，應受法務部及所在地地方法院檢察處之指導、監督。

△第十五條

律師公會應訂立章程，報請所在地地方法院檢察處層轉法務部核准，並應於核准後報請所在地社會行政主管機關備案；章程有變更時，亦同。

全國律師公會聯合會應訂立律師規範，提經會員代表大會通過後，報請法務部備查。

△第十六條

律師公會章程應規定左列事項：

(略)

六、律師承辦事件之酬金標準及其最高額之限制。

七、律師風紀之維持方法。

八、開會及會議事項之通知方法。

九、平民法律扶助之實施辦法。

十、其他處理會務之必要事項。

△第十七條

律師公會除左列事項外，不得提議或決議：

一、法律、命令、律師規範及律師公會章程所規定之事項。

△第十八條

律師公會舉行會議時，應陳報所在地社會行政主管機關及地方法院檢察處。

前項會議，社會行政主管機關及地方法院檢察處得派員列席，並查閱議事錄。

△第十九條

律師公會違反法令或律師公會章程者，社會行政主管機關得分別施以左列之處分：

一、警告。

二、撤銷其決議。

三、整理。

四、解散。

前項第一款、第二款之處分，所在地地方法院檢察處或其上級法院檢察處亦得為之。

△第二十條

律師公會應將左列各款事項，陳報所在地之社會行政主管機關及地方法院檢察處：

(略)

地方法院檢察處應將前項陳報層轉法務部備查。

△第二十二條

律師應於執行職務之地方法院管轄區域內設事務所，並報告法院及檢察處。但同一地方法院管轄區域內，不得設二以上之事務所，並不得在任何地區另設其他類似名目。

△第四十三條

律師應付懲戒者，由高等法院或其分院或地方法院檢察處依職權送請律師懲戒委員會處理。其因辦理第二十一條第三項事務應付懲戒者，由各該主管機關逕行送請處理。

律師公會對於應付懲戒之律師，得經會員大會或理事、監事聯席會議之決議，送請律師懲戒委員會處理。

△第四十四條

律師懲戒委員會，由高等法院院長、庭長與推事五人及律師三人組織之；以院長為委員長。

△第四十六條

律師懲戒覆審委員會，由最高法院院長、庭長與推事各四人及律師四人組織之；以院長為委員長。

(二)促使形成政策之任務

受著裁判之形成政策機能所引導，對應於法官所扮演的政治性角色（參照本文「貳(三)」之闡述），律師在社會上也負有相當的政治性任務，而有關於其「保障人權、實現社會正義」的使命。亦即，律師經由其所關涉或處理之事件，往往較諸一般人，更能體認到單憑既存之法規實難公正而有效地保護、實現該事件當事人或其同類關係人之利益。此種體認尤其常可得自於現代型紛爭事件或其他新型態紛爭事件之處理過程，而使律師對於立法或行政的怠慢、疏失或濫權有所感

受。

基於此類體認、感受，律師或由其自身或結合其所組成之團體，為了有效救濟或防免國民之利益受侵害，不僅必須認真進行公開法庭上之訴訟活動，以促使法官變更裁判先例、作成符合社會新需求之形成政策裁判；而且也應該與其訴訟活動並進，努力於面對相關之各級政府、立法機關或企業機構等，進行交涉談判。同時，為達成同一目的，律師也應該且可能直接、間接經由喚起形成輿論、推展社會運動等方式，促使行政或立法機關採取必要而有效的救濟措施、廢止惡法或制訂新法，藉以充分反映國民之意願需求。律師從這方面積極參與批判政治官僚、促成社會民主改革，正是為了完成「保障人權、實現社會正義」的使命，也屬於市民參與公共政策及「法」的形成之一種方式。此類活動對於彌補傳統上「法」僅被當成統治工具而無主體性法律家的缺失（請回顧本文「壹」有關問題背景之說明），實具有不容忽視的意義，應受相當之肯定。（註八十五）

要之，在多元價值併存的現代，為因應社會生活的複雜化、人民需求的多樣化，律師不僅應仍如向來得成為民事、行政訴訟之代理人或刑事訴訟之辯護人，扮演法庭律師（trial lawyer）的角色，並且也應在社會上成為法主體即國民探尋及創造「法」的協助者。基於此地位，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，而有所貢獻於法律制度之進化。

事實上，在政治已然滲透於民衆日常生活各個角落之今日，「法」也常隨之成為政治的一種表現型態，而介入於人民社會生活的諸場合。正因如此，各種社會問題可說或多或少均與法律問題相關涉，以致於律師每有機會本於其身為或試圖成為社會菁英之自負與「保障人權、實現社會正義」的使命感，一方面經由提起訴訟（含：

民事、行政訴訟或可期待制度化之憲法訴訟等)之方式，在法庭上進行相當之政治批判；一方面則提示具體的政策方案，直接或間接向國家機關要求予以實現。於此，宜併予留意的是，在上開活動的過程，律師之所以甚至將其就各該社會上重要事件之經濟上收益的大小，一概置諸度外，而毅然積極從事於政策批判，實亦多受影響於各該社會之政治官僚組織的閉鎖性、政策形成過程之獨占性、律師具有不亞於政治官僚之能力、聲望、引導社會改革之菁英意識以及此類律師之集中於大都市等諸因素。(註八十六)

〔註釋〕

註八十五：在現代社會，律師係被期待完成促使形成政策的任務，以致其所負任務較諸向來傳統上社會所希求者，有更形擴大且多樣化之趨勢。此種社會對律師之期待、希求，乃與本文「貳(三)」所述裁判之形成政策機能或波及效果有關，且相呼應，值得特別注目。

更具體言之，在現代社會，由於環境保護、公害、交通事故、消費者保護、產品製造責任、勞資爭議等問題每引發新型態(現代型)紛爭，且有愈形增多之情勢。隨伴於此，如何妥適且迅速處理，解決其紛爭、調整其所涉關係人間之利害、裁判彼等間之權利義務範圍或立法予以規制等，乃成為漸形嚴重之社會、政治問題。為面對此類問題，社會所期待、要求於律師發揮功能者，亦漸形擴大，且趨於多樣化。亦即，面對著上述問題，律師係被其使用者即社會一般平民期待、要求以建言者或代言人之身分，參與交涉談判、仲裁、起訴請求或促使形成政策等過程。此際，就具有社會上、政治上重要意義之紛爭事項，社會係對於律師期待、要求其完成如下兩方面任務：一方面以促使法官作成足可發揮形成政策之裁判為目的，提出構思嚴密而具說服力之理論根據，從事法庭上訴訟

活動(亦即，其訴訟活動之目的包含：促使法官以裁判確立相當之規準供訴外一般人作為社會活動之準繩或影響立法、行政機關調整公共政策——併參照本文「貳(三)」之說明)；另一方面，以協助促使廢止惡法、制訂新法或採取、調整行政措施等為目標，或利用訴訟之提起及法庭上當事人間之公開辯論為社會改革之戰略，或經由推展社會運動、形成輿論、借助傳播媒體之報導等方式，提起問題、公開資訊或凸顯爭點，而施壓於立法機關、中央或地方政府。

在此，人權之保障及社會正義之實現，係得自於律師根據平等主義，將其平日承辦事件或接觸民眾時所體認、感受之立法、行政上疏失、缺陷等，予以整理為社會、經濟、政治上弱者或受害者的利益主張，而反映於有關之企業機構或國家機關，終於促使形成為具體政策，付諸實施。此時，律師所據以實現社會正義之「法」爭點，係摻雜著牽扯政治、社會、經濟、或道德等方面之爭點，其正義之實現過程兼具有以交涉談判、妥協之方法，調整相關利益主體間之利害等特徵。就此而言，單憑傳統的大學法學教育及法曹(法官、檢察官及律師)養成教育方式，是否足以培養具相關知識而力能勝任其事之律師，誠非令人無疑。蓋以僅具有法律專業知識而欠缺上開諸方面之基本知識訓練者，在處理其事之技術、知能上，尚不能謂已當然具有對其他職業階層之優越性。從而，今後的課題是：為使律師力能完成其促使形成政策之任務，應重新檢討、改進律師之養成教育及繼續(在職)教育。律師公會能否在此方面證明其自治能力，亦有關於律師之社會地位能否提昇及律師之存在價值可否更加獲得社會之肯定，均值省思。

又，在上述實現社會正義的過程(律師經由完成其所負「促使形成政策之任務」以實現社會正義的過程)，律師係擴大視野於相關的政治、社會、經濟或道德等方面之爭點，而併予列入考量之範圍。

其思考模式實與向來所沿用者有所不同，因為後者係屬三段論法的涵攝模式。〔參照田中成明「法律家の役割の擴大とそのディレンマ——法的思考の再構成のための素描——」（ジュリスト七〇〇號，一九七九年）二四七頁以下；同・「民事紛争解決における弁護士の役割」（判例タイムズ五八八號，一九八六年）二頁以下；本文「貳(二)(三)及註八——有關近代之裁判機能觀與現代之裁判機能觀的比較說明〕

註八十六：律師之集中於大都市，對律師之社會功能的擴大及其政策批判活動的展開，可能發生相當之積極作用，關於此方面之法社會學上分析，請參照棚瀨孝雄「弁護士の大都市集中とその機能的意義——職域擴大と社會的役割の轉換——」（別冊判例タイムズ第三號，一九七七年）四五頁以下；六本佳平「弁護士の地域分布の業務形態」（法學教室一一五號，一九九〇年）八一頁以下。

(三) 律師即法之協同探尋者——協同防止發生突襲並探尋「法」之功能

(1) 訴訟基本結構與律師功能之關係

在受當事人主義所支配的訴訟審理構造之下，當事人如果未能依特定之「法規範」表明其所訴求之內容或提出相當之事實上或法律上主張，常難使受訴法院依該「法規範」為裁判，終將無從獲得或維護應有的權益。因此，除極少數特殊情形以外，在訴訟程序已然趨於複雜化、專門化的今日社會，律師即法律專家固然較當事人本人更具有遂行訴訟之能力；而不常涉訟的一般人如果未能得到律師之助力，常難獨自遂行訴訟，致無從實現權利、保護應有之利益。換言之，由於

訴訟之審理採用當事人主義及訴訟相關法規之專門化等原因，在訴訟程序上當事人本人往往力不足以自行預測或尋得法規所在，而難能為充分之攻擊防禦、舉證及辯論，致有遭受突襲之危險；為排除減少此種危險，訴訟當事人常需求、期待律師能參與訴訟程序，發揮協同防止發生突襲並探尋「法」之功能。

更具體言之，在民事訴訟上運用處分權主義及辯論主義的過程，每可明顯察知律師確可發揮協同防止發生突襲並探尋「法」之功能。亦即，在依處分權主義表明訴之聲明及特定訴訟標的的階段，律師可活用法律專業知識，以訴訟代理人之地位基於當事人本人即程序主體之程序處分權（見：本文「叁(六)(2)」），為其在法律所容許之範圍內（如：依民事訴訟法第二百四十四條第一項第二款、第三款），選擇有助於平衡追求實體上利益及程序上利益之訴訟上請求方式，藉以防免因訴訟上請求方式之誤用或不當使用導致突襲（法律適用的突襲、發現真實的突襲或促進訴訟的突襲）。例如，當事人為擇定根據何種實體權利或採取何種訴之聲明內容，提起訴訟，常需借助於律師。（註八十七）

尤其，我國之裁判通常係依據以成文法為主要內容之實體法，在此制度前提下，更需要由律師為當事人本人分析證據、間接事實與法律事實（實體法上要件事實）之關連性，並予以法律上構成，而整理出其該當之要件事實以及可據以主張之法律關係，作為提出於訴訟程序上請求審判之對象（客體）、範圍。此種解說，正可呼應於近代的裁判機能觀（參照本文「貳(二)」）。此外，與現代的裁判機能觀有關（參照本文「貳(三)」），在實體法規範為何未必相當明確或呈現多義性或存有法律漏洞，以致於有賴法官之解釋或造法活動等類情形，訴訟當事人亦有需要律師本於法律專業知識協助其蒐集相關資料，並從法的觀點加以思索、整理及價值判斷，然後據以提出可主張之法律關

係於訴訟程序上，作為請求審判之對象、範圍。

上開有關法的整理、評價之活動，不但恆有助於促進訴訟（提昇審判運作之效率——節省本案審理活動之勞力、時間、費用），減輕法院負擔；並且對於訴訟當事人維護或取得應有之程序上利益及實體上利益，均屬必要。倘使訴訟當事人未能獲得律師之該項助力，則在處分權主義及辯論主義所支配的訴訟審理構造之下，由於法官（受訴法院）就審判對象之劃定及事實證據之提出非扮演主導的角色，且其闡明權之行使亦有一定界限之故，勢必增大訴訟當事人遭受突襲性裁判之危險。（註八十八）在此意義上，律師常可為其委託人發揮防止發生來自對造及來自法院的突襲、確保程序主體性及協同預測、嘗試探尋「法」之內容等功能。此項律師活動既同時有利於審判效率之提昇，也值得併從其有益於減輕法院負擔、協同實現社會正義之角度，加以重視。

其次，在當事人依辯論主義主張事實、提出證據的階段，隨著審理狀況之進展，律師更能針對個別案情之特性，協助其委託人提出與系爭待證事實有關連之必要事實、證據，平衡追求實體上利益及程序上利益；並協同法院確定發現真實與促進訴訟等二基本要求之平衡點上的真實。亦即，在此審理階段，律師也可發揮協同防止發生突襲並探尋「法」之功能。因為，在法官適用法律之過程，「法」與「事實」既然常牽連難分，事實存否之判斷每受制於當事人有無充分提出事實、證據之機會及裁判基礎資料之質、量。（註八十九）正由於受此種事實審理之特性所制約，訴訟當事人苟欠缺相當之法律知識，常難適切判斷應否及如何提出特定事實或證據，而有借助於法官或律師之需求。但是，在法官應遵循中立性原則且其闡明權的行使原有一定界限之前提下，訴訟當事人所需求於律師之助力者，實更屬殷切。可知，在事實審理過程，訴訟當事人若無律師之協助，常難僅憑獨自的

能力主張有助於追求實體上利益與程序上利益之事實、證據，致有遭受突襲性裁判之虞。

其實，縱使在承認法官之自由裁量性、處分權主義受限制或採用職權探知主義之程序上，上開律師之功能，亦屬非常重要。因為在此類程序上，亦恆存在有「法律」與「事實」牽連難分之現象，有關究竟宜提出何項事實或證據之判斷，如不同時準照所預測之實體法規範，將不為功；而且若當事人不積極主張、舉證必要之相關事實，將亦有蒙受實體上不利益或程序上不利益之危險。何況，隨著在其程序上法官裁量權或事證蒐集權限之擴大，當事人越難充分預測「法」之內容、裁判之對象範圍以及審理狀況，因此也越需要獲得律師之相當協助，藉以適切選用訴訟上請求方式，並因應可能來自法院審理活動的突襲，而協同尋求「法」之所在。（註九十）

(2)言詞審理主義訴訟構造下之律師功能

在上開當事人提出事實、證據或由法官（受訴法院）指揮訴訟而從事整理爭點的階段，縱使其為了防止發生突襲，已在法庭上對訴訟當事人有所闡明，甚至已公開心證並表明法律見解，通常仍難期待一般之訴訟當事人具有足可當面獨自以言詞匡正法官之判斷內容及法律見解的能力，而有待於律師之協助。因為，律師具有法律專業知識、法律思維能力及辯論能力，且熟諳訴訟審判實務，較諸當事人本人顯更可發揮防止遭受法院審理活動所突襲之功能。（註九十一）

又，在「法」與「事實」常牽連難分以致「事實」之所在常即「權利」即「法律」即「正義」之所在的情況下，律師在言詞審理主義所支配之程序上，發揮上開功能，實即意謂由其當庭以言詞協同訴訟當事人及法官探尋「法」之所在。從此角度觀之，律師亦可能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，對於確保訴訟當事人之程序主體地位，應屬必要而有益。這是一個在法庭上由律師努力說服法官，並由法官致力促使律師（當事人）信服審判活動之信賴程序。（註九十二）

而且，此類律師活動係有助於彌補國民之能力，俾其更有參與「法」之形成過程的機會，自亦同時有利於伸展國民之法主體性。在此意義上，謂應該且可以期待、要求律師扮演積極協同創造「法」之角色，亦屬妥當。基於此項認知，如何繼續不斷健全律師制度，充實律師之知識能力並提昇其職業倫理水平，使人民容易使用律師；又，如何在一定範圍內承認當事人有律師選任權，均屬今後之基本課題。

想特別強調的是，不論其訴訟程序是否適用當事人主義，爲了使律師得充分發揮上述協同防止發生突襲並探尋「法」的功能，應儘可能採用由法官與律師（當事人本人）進行法律上及事實上討論（Rechts- und Tatsachengespräch）的審理方式。（註九十三）亦即，就決定訴訟勝敗或程序上利害之關鍵事項，由法官於法庭上在言詞辯論終結以前，適時公開心證並表明法律見解，然後與律師進行討論，以徹底防止發生突襲性裁判。（註九十四）在受訴法院踐行此項程序之過程，當事人始真能受尊重其程序主體之地位，而獲得應有之程序權保障——聽審請求權之保障。循此程序所達成之判決，始堪謂爲值得當事人信賴的裁判。並且，此項程序之踐行，直接有益於辯論之活性化，可促使言詞審理主義充分發揮其應用的機能。（註九十五）唯其如此，始能真正助益於確保律師在法庭上有充分發揮協同探尋「法」的功能。就此而言，律師係實質上被賦予參與形成心證、適用法律等裁判形成過程；其活動具有消滅法官之官僚化、彌補職業法官制之缺失、並吸取法曹一元制之長處等作用。在此意義上，認知律師可發揮協同防止發生突襲並探尋「法」之功能，實乃邁向司法民主化之一大步。

〔註釋〕

註八十七：律師功能論既與如何擇定訴訟上請求方式有關，且涉及訴訟標的論及訴之聲明功能論等基本問題。晚近，論者亦認為：在主張權利者基於特定之實體法上利益擇定救濟方式之過程，爲適切調整既存之實體法及程序法，律師參與其事必有相當助益云云。〔谷口安平「弁護士と法・事實——民事訴訟における弁護士の役割——」（民事訴訟雜誌三四號，一九八八年）五六頁。〕此項見解正面認知律師在擇定救濟方式時可發揮一定之功能，固然值得肯定、重視。不過，其說似未充分意識到：訴訟上請求方式之擇定不但應顧慮平衡追求實體上利益與程序上利益之基本要求，並且涉及向來的訴訟標的論之妥當性，而有關於律師如何發揮其應有之功能。

析言之，在訴訟程序上，爲追求實體上利益，原告固然應表明訴訟標的及訴之聲明。可是，爲避免發生不必要之勞力、時間或費用，以平衡追求程序上利益，倘不允許原告得在一定範圍內不將可能招致程序上不利益之事項（如：較難證明之權利）列爲訴訟標的或訴之聲明，則難免有害於主張權利者之程序處分權及系爭外財產權、自由權等權益（併請參照本文「叁(六)(1)」及其中註五十六之說明）。因此，應認為：原則上，主張權利受侵害之原告在一定範圍內（如：在無害於對造行使防禦權之範圍內），得衡量實體上利益與程序上利益之大小輕重，然後擇定其訴訟上請求方式，求受訴法院進行本案審理。此項擇定作業，常涉及實體法與程序法上之諸多因素（如：證據與事實之關連性及其如何取捨、實體法上要件事實應如何構成、某事實是否該當於發生某權利或使其消滅之要件事實、對於訴訟審判實務狀況之預測可能性等），以致多需求得助於律師之法律專業知識。因此，由律師參與訴訟上請求方式之擇定程序，必有助於當

事人平衡追求實體上利益及程序上利益。此方面律師功能之發揮，尚與所謂新、舊訴訟標的理論之運用程序有關，而有待於分別探討其理論之妥當範圍。

就傳統的訴訟標的論（舊說）與律師功能之關係而言：由於舊說〔認為原告須各自為法的定性（Qualifikation）、法的評價，而僅以其所表明之實體權利為準定訴訟標的及訴之聲明云云之見解〕係要求原告應自為法的評價，並提示特定實體權利（Anspruch des materiellen Rechts）為訴訟標的，所以原告若欠缺相當之法律知識，勢必無從盡其法的評價之能事，以致難能在起訴階段表明具體之實體權利作為其據以訴求之訴訟標的。在採用舊說之前提下，原告可能因其法的評價與法官所為者不一致，而蒙受須另起訴或變更追加其訴等類程序上不利益。亦即，舊說難免使原告冒相當之訴訟上風險，為減少此項風險，原告於起訴時，常需求借助律師之專業知識以特定、表明訴訟標的為何。倘無此項助力，則將有蒙受上述程序上不利益之虞。在此範圍內，律師固可發揮協助其委託人面對該項風險，而減少遭受法院突襲之功能。可是，律師未必恆能確保其在起訴時所採法的評價定將與受訴法院所認者相一致，且未必常可自力預知法官究竟對於同一起訴事實之法的評價將採取何項法律觀點，以致也難知應提出何項法院認為必要之事實、證據。在此狀況下，倘使原告雖受助於律師，卻仍就其法的評價無確切的把握，或依然苦於表明其據以起訴之實體權利時，則舊說所加於主張權利者即原告之上開風險，已非僅憑律師之功能發揮即足以完全消除。此項缺陷，係由於其說未意識到應容許主張權利者基於程序處分權另行選擇其他訴求方式（如：改用下述訴訟標的相對論所認之起訴方式，並要求法院應於審理中適時表明法律見解）所招致。通常，在原告係有意主張社會上尚屬形成中之新權利或就現代型紛爭事件有意主張權利等類情

形，因其權利之內容為何，於本案審判前尚未必具體化、明確化，苟仍一味要求原告必依舊說具體表明實體權利作為訴訟標的，將非所以充分保障請求救濟機會之道。以此類情形為例而言，舊說所含上開缺陷更屬顯然。

另就新訴訟標的論與律師功能之關係而言：認為應以原告所主張受給付之地位，而非以個別的實體權利為準定訴訟標的，且準此定判決效力客觀範圍云云之見解（下稱新說），如不併重律師協同防止發生突襲之功能而以此為其立論之一項前提，則將難免有招致當事人頻受法院審理活動所突襲之危險。亦即，在採用新說之情況下，當事人常需求借助律師之法律專業知識，始較有可能周全提出與其訴之聲明有關之各種法律觀點即諸權利主張。否則，縱使經法院在審理中表明法律見解以後，對於此項法律專家之觀點，當事人亦常乏足以與之匹敵的法律知識致難為適切之法律上陳述，而較有遭受突襲性裁判之虞。可見，為防止發生突襲，新說之採用恆應以律師可參與程序而發揮協同防止突襲之功能為必要。不過，在當事人獲得律師之助力以後，認為就該當於發生某權利（有關支持其訴之聲明的某項權利）之事實，存有舉證上困難，因此為避免遽然在訴訟上主張該權利致蒙受程序上不利益（不必要之勞費），宜在起訴時將該權利排除於審判對象範圍以外等類情形，倘依然貫徹上開新說之立場，則無異於漠視律師可能發揮之促進訴訟的功能，並有害於當事人之程序處分權（參照註五十九之說明）。此乃新說所含之缺陷。

鑑於向來的訴訟標的理論各含有如上所述之缺陷，為予以克服，宜從訴訟標的相對論之觀點，容許原告擇定訴訟上請求方式，並得借重律師之功能。按：訴訟標的相對論乃筆者於一九九一年九月十四日在民事訴訟法研究會第四十一次研討會中所提倡，係著眼於保障請求救濟權利受侵害者之程序處分權，俾賦予其有平衡追求

實體上利益與程序上利益之機會，並兼顧訴訟標的之特定所具有之防止對被告發生突襲等機能。其論旨略為：原告起訴處分之意思（選擇決定訴訟上請求方式之意思），既得以個別權利為基準，亦得以其所求為給付之地位為準，決定其訴訟標的為何；究依前者（舊說）或後者（新說）之基準，應依原告起訴處分之意思而定，係屬相對性問題，而不能仍全面依上開舊說及新說為處理等意。準此，在依循訴訟標的相對論運作程序之情形，將較諸在全面採用上開向來的舊說或新說之狀況下，律師必更可能協助維護、伸展當事人之程序主體地位及程序處分權，而發揮協同防止發生突襲之功能。蓋在起訴選擇訴訟上請求方式之階段，律師可活用其專業知識，於當事人可能蒙受上開舊說缺陷之危害或不利益時，向當事人分析相關利害，協助其衡量實體上利益與程序上利益之大小，俾其更能得求法院依新說方式決定訴訟標的，而妥為行使程序選擇權，確保程序主體地位。同理，在當事人行將蒙受上開新說缺陷之危害或不利益時，律師亦可為同樣之協助，俾當事人更能得求法院依舊說方式決定訴訟標的。當然，要使此項協助更加發揮防止突襲之宏效，應由法院在審理中踐行表明法律見解之程序；此項程序踐行之必要性，乃基於「法」協同探尋之法理所應然（參照註六十三之說明），卻被向來我國之訴訟標的論者所忽視。

要之，民訴法第二四四條第一項第二款及第三款規定係要求原告應表明訴訟標的及訴之聲明，而承認原告得依其處分權選擇決定請求之方式及範圍，並未限定其必須表明之內容，尤未授權法院得強制或限制原告必循新說所主張之方式、內容或舊說所主張之方式、內容起訴。因此，原告在上開法律所容許之範圍內自得選擇決定依新說方式定訴訟標的求為審判，而非法院得任採舊說予以不認或變動；又，原告亦得擇定循舊說方式定訴訟標的，並非法院得任

採新說予以不認或變動。原告在此範圍內所擇定之訴訟上請求方式，既係其處分權之行使所應然、所得然，且為上開規定所容許，自無違反任意訴訟禁止原則之可言。毋寧是，倘法院要求原告必依新說或舊說之一所主張之方式起訴，則法院之所為係任意變更上開規定之方式，難免違背任意訴訟禁止原則之批評。（關於此原則之妥當範圍，請參照註六十八之說明）

在此，為便利了解訴訟標的相對論之概要，藉以更深入認明律師可發揮協同防止發生突襲並探尋「法」之功能，特就「訴訟標的相對論之架構」摘要表述於下：

※訴訟標的相對論之架構

論點	要旨·論據	相關說明
	<p>△在訴訟程序上，訴訟標的及訴之聲明具有提示、限定審判對象範圍之機能、凸顯攻擊防禦目標之機能及預告既判力客觀範圍之機能。因此，訴訟標的之特定乃防止發生突襲所必要。</p> <p>△在程序之後階段或後訴訟，訴之聲明及訴訟標的係為判定在前程序防止突襲之徹底度所必要，具有回顧、測定前訴訟之攻擊防禦目標及審判之對象範圍，以評價前判決效力範圍之機能。</p> <p>△為追求實體上利益，原告固然需要提示訴之聲明及訴訟標的；可是，為避免不必要之勞費，以追求程序上利益，原告則需求不將可能招致程序上不利之事項（如：較難證明之權利）列為訴之聲明或訴訟標的。因此，不應忽視訴之聲明及訴訟標的之劃定，不僅具有追求實體上利益之機能，亦可發揮追求程序上利益之機能及平衡追求該二種利益之機能。</p>	<p>△參照邱聯恭在民訴法研究會第二十四次研討會之分析——載「民訴研討(二)」五六〇頁以下、五七六頁。</p> <p>△關於處分權主義具有防止突襲之機能，參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註九）文內註五三之說明。</p> <p>△向來未充分意識：訴訟標的之劃定應顧慮平衡追求實體上利益與程序上利益之問題。</p> <p>△關於突襲之型態，請參照本文內註五十三之說明。</p>

△判定基準：

以原告之訴就同一社會紛爭事實（如：某一侵權行為事實）所表明、特定之處分對象、範圍為準，按各該事件分別具體決定其訴訟標的為何。亦即，原告起訴處分之意思既得以個別實體權利為基準，亦得以其所求為給付之地位（受給權）為基準，決定其訴訟標的為何；究依前者或後者之基準，應依原告起訴處分之意思而定，係屬相對性問題。如此處理之理由為：(1)有助於發揮上述訴訟標的應有之機能；(2)可使原告得有機會基於程序處分權，衡量各該事件所涉實體上利益與程序上利益之大小，而經由訴訟標的之劃定，平衡追求該二利益（避免因有關特定權利之舉證上困難等致付出不必要勞費）。此項機會之賦予，乃保障程序處分權並貫徹防止突襲之原理所必要，不僅對於一般事件類型，尤其對於動輒遭遇舉證上困難或花費之損害賠償事件，應屬切需。

△例示說明：

(1)在a與b等二請求權競合（如：損害賠償請求權與不當得利返還請求權競合、或基於侵權行為之損害賠償請求權與基於債務不履行之損害賠償請求權競合）而只有一個五十萬元給付內容之情形，x（原告）起訴時可選擇表明如下之一方式：

①以該侵權行為事實（某一社會紛爭事實）為單位特定五十萬元為訴訟標的，但未主張具體權利而求為審判。此時，法院應依x所提出之事證整理爭點而為審理，在審理中應將其所為「法」之定性（法律評價）之結論或其涵攝過程所持法律見解，向當事人表明使為辯論，以協同尋求發現「法」之所在。

一、於民訴法研究會歷次研討會中，筆者曾指明：在防止突襲之基本要求下，訴訟標的論之新、舊說少有爭論之實益；且任由法官依新說審理而不以要求其表明法律見解為必要前提，將難免頻生突襲。（參照「民訴研討(二)」五七八至五七九頁、「民訴研討(三)」二九九頁、六一三至六一四頁內註十五之說明、第三十九次研討紀錄內筆者之發言及其補註十六之說明——載法學叢刊第一四四期）。此外，併參照本文內下述註九十四之分析。

二、認為原告須自行為法的定性、法的評價，而必僅以其所表明之實體權利為準定訴訟標的之見解（傳統的訴訟標的論即舊實體法說＝舊說），使原告冒過大之訴訟上風險（原告因其法的評價與法官所為不一致時所可能蒙受之不利利益），有違「法」協同探尋之法理（參照本文內註六十三）。何況，求法院貫徹紛爭解決一次性之理念，乃訴訟制度使用者全體及當事人之程序上利益，因此，應許原告得基於程序處分權，選擇依(1)①或③之方式求為審判。就此而言，舊說似僅著眼於系爭實體法上處分權，而未同時意識到上述程序處分權之法理〔參照本文(六)(2)及其中註五十九之說明〕。此項權利係源於當事人之程序主體地位，在未遭濫用之情形下，豈能被自由主義的訴訟觀之支持者所漠視。

三、認為在「法官知法」的原則下，僅得以受給付之地位為準定訴訟標的之範圍，而不許原告採用(1)②之方式，以個別實體權利為訴訟標的之見解（即：認為僅得循(1)①所示方式起訴之新說＝訴訟法說），在不要求法官履行表明法律見解之狀態下，常有使當事人遭受突襲（法律適用的突襲以及隨伴於此之發現真實的突襲或促進訴訟的突襲）之危險，

②僅以a請求權為訴訟標的，訴求五十萬元。此時，b請求權不當然成為審判之對象。

如法院審理之結果所持法律見解與x所主張者不一致，而認為a不存在，但b存在時，為防止突襲，應表明其法律見解，使當事人有為辯論以說服法官修正違誤；或使x有追加或變更為b之機會。

③以上開紛爭事實（如：侵權事實）特定五十萬元之給付為訴訟標的，並主張a及b權利。此時，有關a及b之主張乃屬二個法律觀點之提出，非屬客觀合併。在此情形如法院經審理後認為c權利存在，而a及b等權利均不存在時，為防止突襲，應表明其法律見解使當事人有為辯論或使x有補充法律上陳述之機會。

(2)在容許原告選用循新實體法說所主張之方式，將發生於複數法規下之一個生活事象認屬一個包括性請求權而僅構成一個訴訟標的之情形；或在認為法條競合時僅構成一個訴訟標的之情形；法院亦均應遵循「法」協同探尋之法理，致力防止發生法律適用的突襲及隨伴於此之發現真實或促進訴訟的突襲。

亦有背於「法」協同探尋之法理。何況，在請求權競合而就關於其中特定權利之事實有舉證上困難之情形，應容許原告得在起訴時將該權利排除於訴訟標的範圍外，以避免因該項舉證困難蒙受程序上不利利益。就此而言，上開新說並未充分遵循程序處分權之法理。此項權利既係源於程序主體權，豈容左袒社會的訴訟觀者所輕視。

四、在(1)③之情形，為使訴訟審理單純化並具彈性，原則上應僅構成一個訴訟標的，但在顧慮當事人追求程序上利益或實體上利益所必要之範圍內，則應尊重當事人（原告）依處分權主義所排列之審理順序。就單一聲明主張競合請求之情形，法院何時應受原告所排列審理順序之拘束，何時非然；又，關於攻擊防禦方法之審理，亦有應按一定順序為之，以顧全當事人之實體上及程序上利益者。就此，請參照民訴法研究會第二十九次研討會紀錄內筆者之分析——載「民訴研討(三)」二九八頁、三〇二頁、三〇六頁、三一八至三二一頁。

五、在容許原告循(1)②或③之方式起訴之情形，就未被其列為訴訟標的之部分，應寬認原告為追加或變更之可能，以貫徹合併審判之制度旨趣（關於此，請參照民訴法研究會第三十三次研討紀錄即「民訴研討(三)」五七〇頁以下、六一四頁）。惟在(1)②之情形，經依法追加以後，即與(1)③之情形相應受其係為一個給付而利用同一訴訟程序之性質上制約，應準於上面所述(1)③之情形為審理。

六、法官未在言詞辯論終結以前表明法律見解，可能構成違反闡明義務。——參照民訴法研究會第三十九次研討紀錄內筆者之闡述。

註八十八：律師功能論與闡明權（Aufklärungsrecht, clarification power）之根據亦有相當關係，值得留意。亦即：依循尊重人的尊嚴之原則、有關訴訟權、平等權、財產權及自由權等憲法上保障規定，為貫徹程序權保障、聽審請求權及防止發生突襲性裁判等基本要要求，法院在一定範圍內對當事人應負有闡明義務（Aufklärungspflicht, duty of clarification）。在此前提下，法院之闡明不僅係為了維持當事人間之平等或防止一造被他造所突襲而已，尤其亦係為了防止當事人遭受來自法院之發現真實的突襲、促進訴訟的突襲或法律適用的突襲等，藉以兼顧當事人之實體上利益及程序上利益，追求確定「發現真實」與「促進訴訟」等二基本要求之平衡點上的真實——值得當事人信賴的真實。此即從信賴真實說之觀點，闡述法院闡明之根據。（請參照本文「叁(六)(1)(2)」及其中註五十三、註五十四、註五十六、及註六十四之說明；筆者在民事訴訟法研究會第三十九次研討會之分析發言及其補註二——載於法學叢刊第一四四期一〇頁以下）

準此，縱使在兩造各委請有能力均等的律師分別為訴訟代理人之情形，法院亦負有相當之闡明義務。因為，於此情形，律師為其委託人所提出之法律見解或事實上主張，仍有被法院所誤認或誤判之可能，以致法院之審判活動對當事人有造成突襲之虞。為防止發生此類突襲，一方面應要求法院依有關闡明之規定（如：民訴法第一百九十九條），以表明法律見解等方式，向律師（當事人）有所闡明；一方面則應期待、要求律師本於其法律專業知識，就法官即法律專家所表明者，為當事人陳述必要之法律上觀點或進行相當之辯論，藉以協同防止發生突襲並探尋「法」之所在，而維護當事人之程序主體地位。並且，依上說明，此項律師功能係包含協同防止發生促進訴訟的突襲之功能在內。從此而言，上開信賴真實說之觀點

頗有助於合理解說：律師為協助其委託人平衡追求實體上利益與程序上利益，亦常被期待、要求宜隨時向當事人分析續行訴訟之利害（如：因舉證上難易所可能招致之勞費多寡——程序上利益或不利益），勸使其成立和解（含：訴訟外及訴訟上和解）或為權利自認或知所以宜斷念於無實益之爭訟。此即正面認知律師應該且可以發揮防止發生促進訴訟的突襲之功能。之所以對於此項律師功能有所認知，實係由於對如上所述闡明之根據有所認同，而非得自於向來德、日學界所倡之實體真實說或平等說（見上述註六十四）。

此外，晚近，另亦有論者認為應尋求法院闡明之根據於程序權保障，而主張：在求辯論主義之本質於私法自治原則的前提下，闡明權應係以實質保障當事人提出訴訟資料之權能為目的云云〔吉野正三郎「訴訟審理における裁判官の権限と責任」（立命館法學一九七號，一九八八年）二七頁及三九頁〕。此項見解並未意識到防止發生「促進訴訟的突襲」之基本問題，以致未能正面認知：法院之闡明不僅為了賦予當事人有追求實體上利益之機會，也應係同時為了保障其有平衡追求程序上利益之可能。因此，難謂其說已充分意識到應併從防止發生促進訴訟的突襲之觀點，省思律師在審判過程之功能。

事實上，為處理因訴訟事件之增加及複雜化所引發之問題，並由於隨著社會的訴訟觀在奧、德等國之普獲認同，法官闡明權能之強化，已成為大陸法系與英美法系之共通趨勢。要言之，即使在採adversary system〔抗爭主義或論爭主義，包含當事人提出（party-presentation）原則及當事人遂行（party-prosecution）原則在內〕而屬於較徹底的當事人主義之美國，自本（二十）世紀以來，其曾居於支配地位之自由主義的訴訟觀或訴訟競技觀〔sporting theory——將訴訟譬喻為競技賽，認為法官乃賽場裁判（umpire），僅屬旁觀者而

不得協助一方競賽云云之訴訟觀]，已屢受識者所批判；如今，以促進訴訟為主目的，其法官已然更積極行使闡明權及從事訴訟之管理指揮，而不復仍如往昔僅屬旁觀者形象，以致法官積極主義 (judicial activism) 有漸趨優勢之狀。另一方面，類此之擴大法官權能及修正自由主義訴訟觀的現象，亦發生於當事人主導型的法國。[參照田邊公二「民事訴訟の動態と背景」(一九六四年)三三九頁；邱聯恭在民事訴訟法研究會第二十八次研討會之說明——載於前揭「民訴研討(三)」三八六頁；同·前揭「當事人本人供述之功能」(見註二十二)六三六頁以下；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號，一九七九年)一二頁以下；安達榮司「アメリカ合衆國における審理の充實と訴訟促進の動向(一)」(民商法雜誌一〇三卷五號，一九九一年)七三六頁以下；江藤价泰「フランス民事訴訟法研究」(一九八八年)八頁、一四頁以下；ロジェ・ペロ／北村一郎譯「對審の原理と判事による法的攻撃防禦方法の職權摘示」(ジュリスト九二九號，一九八九年)九九頁以下；M・ローゼンバーク「二一世紀のアドヴァサリ手續」(同「民事司法の展望」，1989年)二五頁以下；小島武司「民事訴訟改革の基本問題」(法曹時報四十三卷三號，一九九一年)三頁；James/Hazard, Civil Procedure, 3rd ed., 1985, 5; Langbein, 52 Chicago L. Rev. 823, 861(1985); Schlesinger, Comparative Law, 4th ed., 1980, 492.]

鑑於此種趨向，繼續拓深上開律師功能論，探討律師在法官闡明之過程究應如何發揮促進訴訟之功能，應屬無從逃避之課題。為此，應先認識：訴訟過程之過度勞費支出(訴訟拖延等)，乃請求救濟權利受侵害者之額外負擔；此現象之頻發終將成為民眾疏遠司法、阻絕實現社會正義之導因。律師應協同排除此項導因，致力於改革訴訟實務，否則即屬違背其所負「保障人權、實現社會正義」

之使命。[關於同類問題之指明，請參照那須弘平「弁護士の多樣化と業務の改革・擴充」(ジュリスト九七一號，一九九一年)一五二頁；小島武司「訴訟制度改革の理論」(一九七七年)二一頁；田中成明「民事紛争解決と弁護士の役割」(自由と正義四一卷四號，一九九〇年)九頁。]

註八十九：[辯論主義之根據與律師功能論]辯論主義之根據為何，對於律師功能論之內容、取向，亦具相當之前導性。可是，關於辯論主義之根據為何，目前在學者間卻仍多爭論[參照竹下守夫「弁論主義」(新演習民事訴訟法，一九八七年)三七五頁以下；吉野正三郎「訴訟における裁判官の權限と責任」(立命館法學一九八八年一號)九頁以下；小林秀之「弁論主義の現代的意義」(講座民訴④，一九八五年)六一頁以下；Weyers, Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß, Josef Esser Zum 65. Geburtstag, 1975, S. 193ff.]。以下試就此略加述評，並闡論其與律師功能之關係。

(1) 信賴真實協同確定說

對於有關辯論主義根據之學者間論說，筆者前曾約略表示批判性意見而認為：辯論主義之採用應係同時為了防止發生來自對造當事人及法院的突襲，而且，不但要防止發生發現真實的突襲，也要防止發生促進訴訟的突襲；乃追求確定值得當事人信賴的真實之手段[請見邱聯恭·前揭「程序保障之機能」(見註九)一八一頁至一八二頁內註一八之說明]

詳言之，在訴訟上，當事人係處於程序主體之地位，享有相當之程序主體權及程序處分權，可據此比較衡量實體上利益與程序上利益之大小，並進而決定是否或如何提出特定事實、證據，協同法院尋求「法」之所在，以平衡追求該二種利益。此種意義之當事人主體地位，尚非僅憑據私法自治原則所能盡其底蘊(請見本文「叁(六)

(2)] 及其中註五十九、註六十三之說明)。準此，之所以認為依辯論主義，法院不得以當事人所未主張之事實作為判決基礎，係為了防止一造當事人遭受他造當事人突襲之同時，也為了防止來自法院的突襲，藉以保障當事人在一定範圍內可能享有之程序處分權。就此而言，訴訟當事人在程序上所處地位，係同時關涉程序上利益之追求、處分可能在內，而非僅以系爭之實體上利益為其對象內容。

從而，應從信賴真實說即信賴真實協同確定說之觀點，闡述辯論主義或協同主義之根據（併請參照註五十六之說明）。亦即，辯論主義之所以被採用，應係為了追求確定值得當事人信賴的真實。在此目標追求之下，辯論主義之運用，應與自由心證主義之運用相銜接配合，而指向追求達成既無發現真實的突襲、又無促進訴訟的突襲之事實認定。在此種程序上，係由法院與當事人協同確定發現真實與促進訴訟等二基本要求之平衡點上的真實，即：循此協同尋求、發現「法」之所在。而且，此之所謂「法」乃係存在於實體上利益與程序上利益之平衡點上，縱其多有切合於客觀存在之「法」的可能，究非自始以此意義之「法」為尋求、發現之首要目標。蓋在其程序上，法官與當事人已充分同時衡量程序上利益與實體上利益之大小輕重，而非自程序之始專以追求實體上利益為首要任務。又，於此種程序上，當事人應係在受保障對於法院審理活動（含心證及法律見解）之預測可能性的狀態下，於一定範圍內可自行決定是否或如何提出事實或證據，並決定其究要偏重於追求實體上利益（如：因當事人針對法官所公開之心證或法律見解，更提出事證致法院就某待證事實形成較正確心證所可能取得之利益），抑優先追求程序上利益（如：當事人於預測法官之心證或法律見解以後，乃提出可資迅速裁判之資料或未再提出事證時所獲致的勞費節省）。因此，法院係在當事人受充分的聽審請求權保障之程序上即在值得當事人信賴的

程序上，認定事實，並尋求、發現、適用法律。在此意義上，謂其程序上所採用之辯論主義即為協同主義，亦屬無妨，且所應然；祇是此之所謂協同主義，既然成為追求確定上開意義的真實即信賴的真實之手段，自與固守著實體真實說之德、日論者所採為手段之協同主義（Kooperationsmaxime），互不同其目的、機能。

上述立論，係同時正視在裁判過程「法」與「事實」常係牽連難分等現實，並著眼於此而探討法官、律師及當事人本人在審判過程各應如何發揮功能。就此而言，法官及當事人係處於應協同防止發生突襲並探尋「法」與「事實」之關係、地位（參照註六十三之說明）。在此前提下參與訴訟程序之律師，自亦被期待、要求指向同一目標而發揮協同防止發生突襲並探尋「法」之功能。此由律師職務之兩面性（參照本文「肆(一)」及其中註七十九內(2)之說明）觀之，亦所應然。基此認知，律師之功能發揮，應以兼顧發現真實及促進訴訟等二基本要求為要務，而以協同追求確定值得當事人信賴的真實為首要目標。為達成此項目標，律師應同時致力於協同防止發生當事人間之突襲及來自法院之發現真實、促進訴訟及法律適用等方面的突襲；而不應僅偏重於防止其中之一項突襲，尤不應僅以防止來自其委託人之對造的突襲為關心事。此種立論係有異於片面從實體真實說之立場[如：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)六頁以下]或僅從形式(相對)真實說之觀點[如：渡部吉隆「訴訟の實態と弁護士の役目」(法曹時報四二卷六號，一九九〇年)七頁以下]，解說律師功能之見解。此類見解均未意識到防止上開諸型態的突襲之必要性，對於當事人之程序主體地位及聽審請求權等之保障，殊欠周全，均不足取。

至於有關當事人本人所可發揮之功能，請另參照邱聯恭·前揭「當事人本人供述之功能」(見註二十二)六一七頁以下。

(2)本質說(私法自治說)

此說係尋求辯論主義之根據於私法自治之原則即實體法上處分權(尊重當事人對於財產權之處分意思),而認為辯論主義乃保障當事人對於訴訟上事實資料有處分自由之原理(允許當事人自主解決有關財產權紛爭之原理)。

此說過分偏向於強調保障實體上利益,而未充分意識到亦應同時保障上述程序上處分權及平衡追求程序上利益之機會,尚有商榷之餘地。因此,其說尚不足以充分解說律師可能發揮上述多方面之功能。

(3)手段說

此說認為辯論主義乃係利用當事人利己心以發現客觀真實之有效手段,因為當事人對其自身之財產權紛爭最具利害關係,責由其提出事證較能盡力;而且如其因未盡力提出事證致遭敗訴,亦不致責怪法院之不公平云云。此種見解存有未同時兼顧充分保護追求程序上利益及防止發生促進訴訟的突襲等之缺失,與有關事實審理制度目的論之實體真實說有同樣值得疑問之處(參照上述註五十六之說明)。

就此而論,尚難準據其說肯認應同時要求或期待律師致力於發揮促進訴訟、協同防止發生此方面突襲並平衡追求程序上利益等功能。

(4)突襲防止說

此說認為辯論主義之採用係為了防止來自對造的突襲,所以未經當事人主張之事實不得作為裁判之基礎云云。其說係著眼於防止一造當事人受他造當事人所突襲,並未同時留意處理如何致力於防止來自法院的突襲及促進訴訟的突襲等基本問題。因此,尚難謂其說已認知應該且可以要求或期待律師發揮防止來自法院之發現真

實、促進訴訟或法律適用等方面突襲的功能。

(5)多元說

此說係主張應同時求辯論主義之根據於上開諸說(2)至(4)所述者,並應以裁判之公平為其基礎云云。其立論因難免同受指向於上開各說之批評,自亦如上述三說然,不足以周全闡釋律師之功能。

(6)法探索主體說

此說認為當事人在訴訟上係法探索之主體,對「法」自有其價值判斷權,因此其所主張者係經其自行法評價以後之事實,而非活生生的生活上具體事實云云。此說忽略在訴訟上當事人所提出之事實未必均經其自為法評價者;且於其程序中,當事人係同時一方面衡量程序上利益與實體上利益之大小,而一方面與法院協同探尋「法」之所在等現實。

其結果,此說尚難準以肯定律師可發揮協同在審判過程衡量程序上利益及實體上利益之大小,然後資以探尋存生於該二者間之平衡點上的「法」等功能。

(7)程序保障說

此說認為辯論主義係為保障當事人之攻擊防禦機會所承認之原理云云。其說所謂攻擊防禦機會之保障,係以賦予有關發現真實的程序保障為著力點,並未同時從賦予有關促進訴訟的程序保障之觀點,兼顧保護程序上利益之平衡追求,實有忽略促進訴訟的突襲及來自法院的突襲等問題之嫌。

因此,其說亦難合理解說律師應該且可以發揮協同平衡追求程序上利益、防止促進訴訟的突襲及來自法院的突襲等功能。

(8)法探索協同說

此說係以協同主義解說法官與當事人在訴訟上之關係,認為在程序上係先由當事人依其對實體法規之自行判斷(法的評價),基於

私法自治原則，提出利己且該當於構成法規所定要件之事實；終由法官與當事人進行法律上討論，此乃根據「法官與當事人共同知法」之原則云云。此項見解正面肯定法官與當事人協同發現「法」之重要及可能，對於聽審請求權之保障及當事人程序主體地位之強化，確屬必要而有益，值得積極贊同。

可是，其說係以貫徹實體法規及片面遵循私法自治原則為首要理念，仍未完全擺脫上開實體真實說之陰影，不能謂已充分意識到：須同時防止促進訴訟的突襲，以保障當事人有平衡追求程序上利益之機會。其結果，準據此說所踐行之公開心證或表明法律見解等程序，充其量僅屬發現客觀真實之手段而已，尚未必被意識成為同時用以防止促進訴訟的突襲之手段。從此角度觀之，上開法探索協同說與部分主張應採協同主義而倡導社會的訴訟觀之論者〔Wassermann, aaO. (Anm. 48) S. 109〕，均未充分顧慮平衡追求程序上利益之基本權上重要性，亦即未充分兼顧當事人因訴訟之促進所應得之利益〔關於此方面之評析，另請參照邱聯恭「值得當事人信賴的真實」(見註三十四)二一九頁至二二〇頁〕。

準此而言，其說既未充分意識保障程序處分權之問題，亦難被循以申論律師應該發揮協同平衡追求程序上利益及防止促進訴訟的突襲等功能。

想附言者，在刑事訴訟上，被告之辯護人選任權係為有效保障被告得能受公正審判所不可欠缺，而具有強化當事人主義之作用。因此，辯護人應發揮保障被告所享有辯護權之功能。律師即辯護人應如何發揮功能，亦涉及其訴訟構造採職權主義抑受當事人主義(形式的當事人主義或實質的當事人主義)所支配、是否認同實體的真實主義抑優先尊重程序權保障之基本要求或 due process of law 等問題。〔關於此，可參照田宮 裕「刑事弁護序說」(兼子還曆「裁

判法の諸問題(下)一九七〇年)六二頁以下；鴨 良弼「國選弁護人の法的性格」(ジュリスト四八七號，一九七一年)九九頁。〕

註九十：在處分權主義、辯論主義受限制或採用職權探知主義之程序上，律師亦常可發揮協助當事人適切選用訴訟上請求方式(表明訴之聲明及特定訴訟標的)、協同防止發生突襲並探尋「法」等功能。

在此類程序上，雖然依職權探知主義，容許法院得採用當事人所未主張之事實為判決基礎，並得調查其所未提出之證據，但此項容許並不即意味當事人不得或無須提出有利於己而該當於發生系爭權利或法律地位之事實、證據。毋寧是，縱使在其程序上，倘當事人未能適切提出該類事實並予舉證，實際上仍可能因此蒙受程序上不利益或實體上不利益。何況，此等事實亦常與「法」之問題相牽扯而難截然分離，若能得助於律師之法律專業知識，常較諸僅憑當事人一己之力，更能適切主張並證明上開事實，而有益於確保當事人之程序主體地位、防止發生突襲及保障聽審請求權。此項基本權之應受保障，原不因某程序係採用職權探知主義而有所異(參照本文「叁(六)(1)」及其中註五十四、註五十六之說明)；且為提昇當事人對法院審理狀況之預測可能性所必要。(關於隨著法官權限之擴大，也越加需求在訴訟程序上保障當事人對審理狀況之預測可能性，請再回顧上述註五十七內(3)、註五十九內(2)及註六十三之說明)

為便利更深入了解上開闡述並予以活用於訴訟實務，以下試就〔圖表四〕及〔圖表五〕之示例，再加解析：

(1)關於〔圖表四〕所示公司股東會決議瑕疵爭訟事件

此類事件具有：原則上應擴張其判決效力於訴訟當事人以外之全部股東，以求劃一處理其間之紛爭，並應適度賦予此等人程序保障等特殊性質；而且為了防止串通訴訟，也需求在一定範圍內限制處分權主義(關於捨棄、認諾、和解之限制)、限制辯論主義即酌採職

權探知主義（關於自認或訴訟契約之限制）（參照筆者在民事訴訟法研究會第三十六次研討會之分析——其紀錄載於法學叢刊第一四〇期一六四頁以下）。就此類事件，律師可發揮如下功能：

①擇定訴訟上請求方式

由於如〔圖表四〕所示④決議無效係指股東會決議之內容有瑕疵者，⑤決議不存在係指其決議程序之瑕疵嚴重者，⑥決議撤銷則指其程序有法定之一般瑕疵者而言，以致此三者間之原因事實難免存在著互相連接、重疊之情形。在此情形下，有關股東會決議之某項瑕疵事實究竟該當於其中④或⑤或⑥之何者，在現實社會上未必恆屬明確，以致難精準掌握，其間實具有相當之流動性。處於此種現實之下，有意就決議之瑕疵擇定訴訟上請求方式之原告，將難免遭遇苦於表明訴之聲明或特定訴訟標的致無從妥為解決紛爭之危險情勢（參照前揭研討會紀錄內補註一五之說明）。

此際，律師之功能應可發揮於：運用其專業知識，就該項決議瑕疵之事實及相關證據，準照實體法規（公司法）試予法的評價，判斷其對於④或⑤或⑥之關連性、該當性之強弱大小，然後據此項評價判斷，並依照其所預知之訴訟審判實務狀況，為其委託人擇定訴訟上請求方式。亦即：

在律師認為法院係採用訴訟標的相對論之情形（參照註八十七之說明），從其所容許之方式中，依上開法的評價判斷之結果，為委託人擇定較適切之方式起訴；並就其所擇定者，分別照下述新舊說所容許之方式處理。

在律師認為法院係採用傳統的舊訴訟標的論（舊說）之情形，則依上開法的評價判斷，為委託人適切擬定客觀訴之合併方式。例如，在認為決議瑕疵之事實對於④、⑤、⑥之關連性、該當性係屬均等時採用選擇合併之方式、在認為其關連性、該當性之強度依序

為④、⑤、⑥時則選用預備合併方式而以④為先位、以⑤或⑥依次為備位之訴。（就實體法上非屬相競合之請求或非屬相排斥之請求，亦可能基於程序上利益等考量，分別為預備合併或選擇合併。關於此，請參照上述註五十九內(1)之說明）

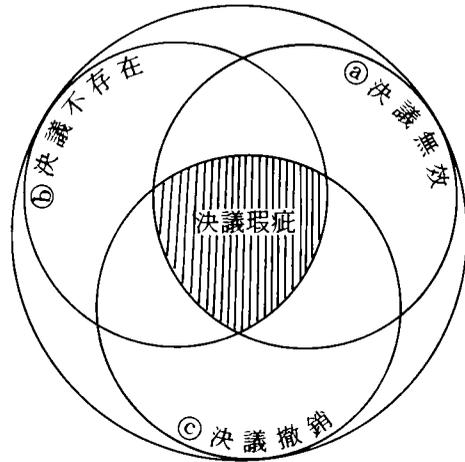
在律師認為法院係採新訴訟標的論（新說）之情形，則依上開法的評價判斷，向法院表明求為宣示否定特定股東會決議效力之判決，而以上開關連性、該當性之強弱為先後序，提出事實上及法律上主張（攻擊防禦方法），而以附圖所示斜線部分事實特定其單一訴訟標的，藉此兼顧程序上利益及實體上利益之追求。當然在此情形，尚應依註八十七所述程序防止發生突襲。

在難預測法院究將採舊說或新說之方式為審理之情形，可循上開訴訟標的相對論所闡述之法理，依律師所為法的評價（關於上開關連性、該當性之判斷），於起訴時並列上開新、舊說之方式或予以排定先後順序，向法院表明求為審判。例如，倘律師認為依所蒐集之事證研判，④之該當性較強時，可循舊說之方式表明以④為審判對象，同時表明：如④未獲法院容認，則請求就否定決議效力之訴之聲明，循新說之方式並踐行防止突襲之程序為審判。

②整理提出必要之事實、證據

不僅為了上開請求方式之擇定，並且也為了支持所擇定之訴訟上請求方式，以獲得有利之本案判決，當事人均須整理、提出具關連性、必要性之事實。此類事實之整理、提出恆與實體法、程序法之解釋運用相牽扯，而有賴於相當之法律專業知識。並且，當事人為防止遭受法院職權活動所突襲，亦需求獲得律師之協助。實際上，當事人獲有此項協助之場合，常較諸未然者，更能適切為提出事實、證據所必要之法的評價，而兼顧實體上利益及程序上利益。

〔圖表四〕



△三訴求之共通目的、功能⇨求為宣示否定公司股東會決議之效力。

△a⇨該當於充足決議無效之事實羣

△b⇨該當於充足決議不存在之事實羣

△c⇨該當於充足決議撤銷之事實羣

互具相對性、流動可能性
、重疊可能性。

△斜線⇨a、b及c之重疊部分⇨可能因案情全貌之掌握、法官與律師間之爭點整理及法律上討論使辯論活性化，而擴大為該當於充足a或b或c之要件事實羣。

△就a、b及c所為訴之聲明雖可能互不相同，但據以特定訴訟標的之原因事實羣則可能流動、重疊或同一。因此，有容許就訴之聲明為預備或選擇合併之基礎→有待於律師協同提出必要事實證據以利防止發生突襲並探尋「法」之所在。

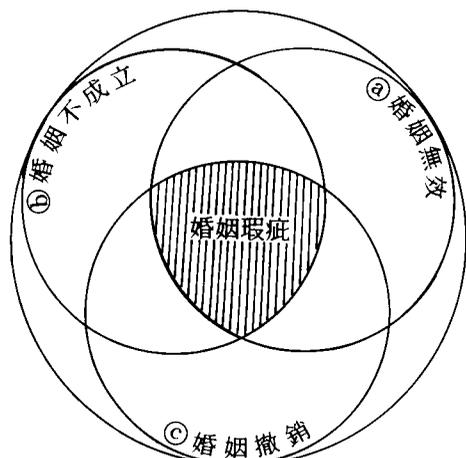
(2)關於〔圖表五〕所示婚姻瑕疵爭訟事件

此類事件之審理雖適用職權探知主義（民訴法第五七五條第一項），但此係意謂法院為發現真實得發動職權蒐集當事人所未提出之事實為裁判基礎資料而已；並非表示當事人不得主張事實、提出證據，尤不應據此認為當事人縱不協力於該等事證資料之蒐集亦不致蒙受實體上或程序上不利益之裁判。何況，由於法院之能力（人力、物力）有限，難保其有關蒐集事實之審理活動不會對當事人造成發現真實或促進訴訟的突襲。

為防止發生此類突襲，依程序權保障（聽審請求權）之原理，固須要求法院在裁判前使當事人對於依職權蒐得之事實能有辯論之機會（見民訴法第一九九條第一項，並參照本文「叁(六)(1)」之說明），而無待乎另設規定（如：同法第五七五條第二項）。可是，法官乃法律專家，對於其依職權解釋適用法律而蒐得之事實，縱其另有所闡明，非屬法律專家之當事人常欠缺充分之辯論及主張事實的能力。在此項現實狀況下，自亦需求律師在該程序上發揮協同防止發生突襲並探尋「法」之功能；此項功能之發揮對於維護當事人之程序主體地位，亦屬必要而有益。

準此，在〔圖表五〕所示之情形，亦類如上述(1)所述，在擇定訴訟上請求方式及整理、提出必要事實、證據之程序上，律師也常可發揮上開功能。亦即，律師可憑其法律專家而受委託之地位，協助當事人就如〔圖表五〕中斜線部分所示婚姻瑕疵之事實（如：涉及無結婚意思之婚姻、同性婚、受脅迫婚……等之事實），為法的評價，並判斷其對於a、b、c之關連性、該當性各為何，然後準以擇定訴訟上請求方式及提出事實、證據，藉以防免當事人遭受突襲，而兼顧實體上利益及程序上利益（併參照上述(1)之分析）。

〔圖表五〕



△比照〔圖表四〕之說明

(3)此外，縱使就其他適用職權探知主義之事件（如：離婚事件、親子關係事件）而言，當事人為避免實際上蒙受實體上或程序上不利利益，亦同樣有為上述法的評價、判斷之必要，而有借助於律師發揮上述功能之需求。

要之，縱使在處分權主義受限制或採用職權探知主義之程序上，「法」之所在亦常受制約於所擇定之訴訟上請求方式及所蒐得裁判基礎資料之質、量為何。在此種程序上，律師亦可經由協助訴訟當事人擇定訴訟上請求方式及提出事實證據等過程，協同防止發生突襲並探尋「法」之所在。

註九十一：不僅在主要之言詞辯論期日（參照下述註九十二及註九十

四）；即使在事實審理之前階段為爭點整理時，律師亦可發揮協同限縮爭點、促進訴訟或防止突襲之功能，而與法官共同探尋「法」之所在。亦即，由於事實認定多與實體法之解釋密切牽扯，而難截然劃分法律問題與事實問題，以致法官在心證形成作業過程，往往一面解釋實體法，一面為事實之認定（併請參照上述註六十三內(1)之分析說明）。面對此種現實，為防止發生突襲，充實程序權保障之內容，應有借助律師專業知識之必要。以下試分析律師在法官整理爭點時所可發揮之功能。

通常，民事審判係經由本案判決之作成，確定原告所主張之訴訟標的的權利義務（法律關係）存否，藉以解決紛爭。為達成此目的，一般係先認定該當於導致發生特定法律效果（造成上述法律關係之發生、阻礙其發生或使其消滅之法律效果）之要件事實是否存在，並且，在認定此要件事實（具體的事實）存否所必要之範圍內，亦應先判斷有助於其推認之間接事實是否存在。

可是，由於當事人本人多不深諳法律（實體法、程序法及此二者間對具體紛爭事件之處理的相關性），而向來我國對於律師並未施以應有而充分之事實認定（舉證活動）教育（含理論及實習教育），以致在審判業務之運作過程，常見當事人（律師）於起訴狀、準備書狀或期日中之陳述，難免欠缺頭緒而未能井然有序地說明該當於發生當事人所主張之法律效果的要件事實，或摻雜入法律上非屬必要之事實（非屬上述要件事實或有助於推認此要件事實之間接事實）。凡此現象，均不利於掌握何項事實（主要事實——要件事實或間接事實）為系爭之待證事實，致有礙於理解其與證據方法間之關連性及應為何程度之證據調查（證據調查之必要性）。

抑且，我國之審判實務向來未踐行足以使系爭要件事實明確化之證據裁定程序，又不強制性要求當事人在起訴或主張事實之階

段，應就紛爭之歷史事實依照連續陳述故事之方式，併敘明資以判斷其主張或否認成為有理由所必要之間接事實或微憑（參照民訴法第二四四條第二、三項）。因此，在其後階段為事實審理之過程，當事人基於舉證活動之需要，隨著證據調查之進況，往往前後分散而陸續提出與證據調查相關而必要之間接事實。就此等事實，倘受訴法院不回應其提出而為必要之證據調查，即遽為終局性認定（裁判），將難免對當事人（尤其是他造）造成突襲（尤其是認定事實的突襲），反之，倘法院在未經充分整理爭點（事實上或證據上爭點），亦未掌握待證事實與證據調查之關連性及必要性等情況下，概准如當事人所請，就其事實主張均一律更支出勞費為進一步之證據調查，則難免背反促進訴訟之要求，亦有招致突襲（促進訴訟的突襲）之虞。

為因應上述實況，應謀求改進訴訟指揮之運作方式，並活用律師之專業知識，而期待並要求法院應依案情之需要，就何者為待證事實及其與證據方法之關連性等，儘可能與律師（訴訟代理人）及當事人進行言詞討論，藉以整理爭點。由於此項討論係為掌握當事人所欲主張之要件事實為何，而與實體法之解釋運用直接關涉，所以在討論過程，法院應將其法律見解（有關判斷某具體事實與特定法律效果之該當性的法律見解）適時向律師表明，以利了解當事人是否已適切述明（提出）該當於發生成為其（原告）訴訟標的或其（被告）據以抗辯之法律關係的要件事實。為此，特別值得強調的是：在上述討論過程，法院應留意當事人所主張之具體的事實與其權利主張之間的對應關係，換言之，縱使當事人以書狀或言詞就某項權利為抽象的主張，法院亦尚應再查明當事人是否已提出（主張）有關於該權利之發生所必要之具體的要件事實（主要事實），藉以探明該當事人真正有意主張之權利為何，此時，應審查或闡明有關於該權利之

原因事實為何及是否經當事人提出，並試將當事人在實體法上「應主張」之事實與其「已主張」之事實，加以對比，以資判斷，而避免發生法院所認識者（法院所認為當事人欲主張之權利）非屬該當事人所真正有意主張者（非其真意所欲主張之權利），致在審理過程頻生突襲。

例如，就註六十三所附〔圖表三〕（第一五五頁）之案例而言，(1)在原告X對被告Y訴請判決確認X就K地之使用權存在，而Y卻不認X有該使用權的情形，或(2)在Y對X基於無權占有訴請返還K地之程序中，X抗辯其就K地有使用權的情形。關於兩造所爭執之X使用權存否的審理，為了解並把握X真正有意主張之權利究係基於使用借貸關係、或租賃關係、或因設定或時效取得之地上權、或……，應審明X除上述使用權之主張外，是否存在書狀或以言詞併陳述其他具體的要件事實或原因事實，倘X另併陳述Y之所以同意X使用K地係由於X允諾付予Y一定稻穀或金錢（對價）等事實，則X係提出該當於發生租賃權之具體的事實。此時，在上述(1)的情形，法院應進一步留意闡明X之真意是否訴請確認其對K地之租賃權存在，又，在上述(2)之情形，則應留意闡明X有無為主張正當使用權源而提出租賃權之抗辯的真意。此類闡明活動係為了解該當於發生租賃關係之要件事實（約定支付一定對價之事實即同圖表中①所示事實）是否為本件之待證事實及有無為該事實之證明調查特定證據之必要（按：使用借貸關係之發生係以當事人間未有約定支付一定對價之事實為前提，而基於地上權之使用則非必以支付一定對價為前提，均非必有支付對價事實之主張，亦非必以此事實為待證之主要事實），而且係屬必要之爭點整理活動。尤其，成為X使用權的基礎之法律關係為何（究為租賃關係？或為使用借貸關係？或為地上權？或……），直接關涉當事人之權利內容，而與當事人所主張之法律效果及各該實

體法之解釋運用，密切關連。當法院為上述闡明活動之際，就事實主張與權利主張之對應關係，如不同時表明法院之心證及法律見解，而與律師進行相當之討論，將難期待當事人集中於法律上、事實上及證據上爭點，盡攻擊防禦之能事，致有發生發現真實的突襲，促進訴訟的突襲或法律適用的突襲之危險。因此，參與其法律上討論之律師，常可在此項爭點整理程序上，發揮協同防止上開突襲之功能。

關於律師在法院整理爭點之階段可發揮促進訴訟、防止突襲等功能，尚可參考美國之預審制度，加以印證。亦即，晚近，美國特強化其預審程序，以促進訴訟並充實審理之內容。在其預審（審判期日前）協商會議（pretrial conference），法官與訴訟當事人、兩造代理律師，經由非正式開審判庭之方式，一方面由當事人以言詞說明案情全貌，一方面與法官為深入之討論，藉此整理事實上及證據上爭點，而進行協商，並經達成協議，以限縮爭點。此項程序之踐行係以法官之公開心證及其與當事人（律師）間之法律上討論為要領〔參照安達榮司「アメリカ合衆國における審理の充實と訴訟促進の動向（二）」（民商法雜誌一〇三卷六號，一九九一年）九二八頁；同·前掲（見註八十八）七五二頁。〕並且，為避免其主要辯論期日之審判（trial）過分浪費勞力、時間，一九八三年修正之聯邦民事訴訟規則第十六條更具體揭示：以促成自主的和解為預審協商會議之主要目的，而非仍如舊法僅在原則上認為和解係屬協商會議之副產品。又，為防止發生因法官疏於監控事件致造成訴訟遲延，法官自預審協商會議開始時，即應監控事件之進行，而不許協商會議流於僅屬當事人間之協議處所而已。此外，法官在以會議或郵電與代理律師及未委任律師代理之當事人協商之後，應儘早就當事人之追加、訴狀及準備書狀等（pleadings）之補正、聲明之提出送達、事證開示

程序之終結等項，發令定其日程（期限），並要求於預審協商會議到場之律師中應有為自認或合意之權限。

上述有關整理爭點及限縮爭點之預審協商程序，有利於避免審理之散漫化，對於節制隨時提出主義適用範圍之過度擴大，藉以促進訴訟，有相當助益。探討此類程序在何範圍內可為大陸法系之我國所做效，實為今後之課題。在此，想先指明：除經由立法強化以外，在我國現制下，從法之解釋運用上，先致力於改善並充實法官及律師之培訓養成教育之內容，使其習得靈活運用整理並協議簡化事實上及證據上爭點之知識技巧，對於合理限制隨時提出主義，仍具有相當之可能性及必要性。又，當事人得其代理律師之協助就爭點限縮所達成之協議，在處分權主義及辯論主義之支配下，可予以評價為訴訟契約之一型態，且可依程序處分權之法理（參照上述註五十九之說明），承認其合法成立生效。並且，以防止發生突襲為指針之訴訟指揮，在訴訟程序之前階段，尤應著重於整理爭點並促使當事人在律師協助下協議簡化爭點，藉以適當避免當事人在訴訟程序之後階段任意擴散爭點提出，致有害於審理集中化及訴訟之促進。此項以訴訟指揮主導之整理並協議簡化爭點之程序，不僅可由行合議審判之受命法官在準備程序，亦可由行獨任審判之法院在準備性言詞辯論期日，分別踐行，實為改進我國民事審判實務應即採行之重要措施，可予以評價為係在一定範圍內對同時提出主義（Eventualmaxime）之接近。不過，由於此項程序之成效，難免受限於事證蒐集制度之健全程度，所以如何充實律師可資利用之事證蒐集手段，併屬今後之課題。〔另請參照上述註五十內(3)說明〕

綜上所述，在採用合併（分割）審理方式之我國現狀下，為使律師充分發揮協同整理爭點、促進訴訟（促進審理集中化）而防止發生突襲等功能，在有關證據方法與待證事實（事實爭點）之關連性的

判斷程序上，法院應儘量於事實審理之前階段，與律師進行法律上討論，以利整理證據上及事實上爭點。

註九十二：言詞（審理）主義（Mündlichkeitsprinzip）之功能發揮與律師功能論亦有相當密切之關係，詳言之：

(1)言詞審理之功能及其空洞化現象

依民事訴訟法第二百二十一條「判決……應本於當事人之言詞辯論為之。推事（法官）非參與為判決基礎之辯論者，不得參與判決」之規定，係採言詞審理（辯論）主義。即法官在為裁判前須經必要的言詞辯論，並且僅當事人以言詞陳述者始可為判決之基礎。一般而言，言詞辯論主義所欲達成之目的與直接審理主義、自由心證主義、公開主義、辯論主義等原則皆有密切的關係，因言詞辯論主義有助於此等主義之發揮功能。就公開主義而言，在沿革上原有其理念存在，即認為在公開的法庭進行審理乃為了使全國的人民能旁聽，以監督法官，藉以確保審判的公正性，防止法官的恣意。如今，在公開法庭的審判係為配合言詞辯論主義的功能發揮，使審理的狀況能直接被當事人所見聞，促成有助於讓當事人信服的裁判。換言之，言詞辯論與公開主義相配合，使可發揮重大的功用。

通常，言詞審理在民事訴訟過程之主要功能是：①在訴訟過程發揮闡明或確定訴訟及事實關係的功能，就有關於法律上、事實上或證據上之爭點，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，追求程序上利益。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，經由言詞審理得達到下列目的：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。③經由言詞審理賦予兩造當事人取得平等的攻擊防禦機會，以防止發生突襲性裁判，充實審理的內容。這

是由法官訴訟指揮權的運作所促成，使雙方當事人在律師協助下能充分參與法院審理的過程，避免造成不公正的裁判，維護當事人對裁判的信賴，最後達到司法民主化的理想。〔參照邱聯恭「民事訴訟審理方式之檢討」（「民訴研討」），見註三十五）三三九頁〕

此外，關於兩造間之言詞辯論有助於貫徹兩造聽審主義之精神、保障聽審請求權、補強辯論主義防止突襲之功能等，請參照上述註五十七之說明。

可是，上述言詞審理的功能在我國向來的民事審判實務上並沒有充分發揮，此係因言詞審理主義在我國審判實務上的空洞化現象所導致。譬如，在言詞辯論期日為訴之聲明時，審判長常問：「你所要請求判決的是否均如同起訴狀上所記載？」或代理律師往往謂：「訴之聲明及事實理由如起訴狀及準備書狀所記載」。易言之，以形式的言詞審理來滿足實質的言詞審理，以致在公開法庭上旁聽者無從了解審判的對象內容及其過程，而難發揮上述循公開主義監督法院的功能。正因為未依言詞審理，所以很多代理律師從第一審到第三審，深怕以前提出的準備書狀所載要項，未獲法官審閱過並作為裁判基礎資料，於是其後每逢開庭一有機會，往往將自以為最重要之爭點一再寫明於書狀，終致加重法官之工作負荷、侵犯當事人之言詞辯論權及抑制公開主義之功能發揮。在此種運作情況下，加以我國審判實務上曾經長年全面性實行所謂「審閱制度」（參照上述註三十四內(2)之附帶說明）也使言詞審理空洞化的現象益形嚴重，且阻礙了直接審理主義及自由心證主義的運用之健全化。尤其，在向來的實務上，法官多隱藏心證且多不表明法律見解，致當事人及律師不得不一邊暗中摸索審理狀況，一邊進行攻擊防禦，此又使言詞審理的空洞化現象，更形惡化。（參照邱聯恭·前揭三四〇頁）

(2) 律師功能之萎縮及其復甦策

上述言詞審理空洞化的現象同時造成了律師功能的萎縮，因為在上述的審判實務運作情況下，律師往往到法庭上交換準備書狀，而形同充任「郵差」，致難以利用言詞審理程序，憑其專業知識發揮如下功能。亦即：①協同整理爭點的功能難以發揮——原告與被告間爭點之所在，本可以用言詞加以整理、使其簡化，現卻難由律師在法庭上，經由言詞溝通予以獲致。②督促法官提昇有關證據調查程序之合法性、心證形成過程之正確性、效率或經濟性——促進訴訟等功能無法充分發揮，因此造成律師無法善盡代理當事人為攻擊防禦之能事，致使其難以協助法官及當事人平衡追求實體上利益及程序上利益。

面對於此，除依上述註九十之說明，在整理爭點時應借重律師之協同防止發生突襲等功能以外，在主要之言詞辯論期日法院亦應善加闡明，並適時向代理律師公開心證及表明法律見解，以促使其發揮協同防止發生突襲並探尋「法」之功能。關於此，請再參照下述註九十四並回顧上述註六十三之分析說明。

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，以使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，律師才能較充分的與法官進行法律上討論，也可隨時預測法官的審理狀況；而法官也運用訴訟指揮權，在心證形成的每一相當時點，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方法之正當性或有無改變修正的必要。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，而有助於提昇國民及當事人對裁判的信賴度。〔請併參照邱聯恭·前揭「當事人本人供述之功能」（見註二十二）六五七頁以下；同·「律師在民事訴訟過程之功能」（萬國法律二八期，一九八六年）三頁以下〕

假使能踐行如上的程序，則律師之功能將得以復甦，且對於今後律師新形象之確立，具有決定性的作用。屆時，律師應不再僅固執於其自始所提出而不具說服力的權利主張或訴之聲明，也不該是將錯就錯或無端堅持自己見解而輕率提起上訴的形象。在訴訟程序上，律師的功能應該而且勢將轉變為：說服法官的功能、督促法官平衡追求實體上利益與程序上利益的功能、適時對法院的裁判表明信服與否及其程度的功能、強化當事人的程序主體地位並使當事者權的內容更具體化等功能。要之，此即律師協同防止發生突襲並探尋「法」之功能。此等功能之充分發揮，將對下級審法院內容的充實，直接有所助益，其結果，即使不多設上級審法院，亦能獲得人民對裁判的信賴，實際上走向廢除上訴審或減輕其負擔之目標。可惜，向來的民事審判制度改革論，並未充分意識此方面律師功能的重要性。

註九十三：筆者所主張之討論的審理方式，固然係以法院公開心證（Überzeugungsaussprechen, Offenbarung der Beweiswürdigung）及表明法律見解為程序內容，但其法理基礎及功能則具有如下特徵，而有所異於德、日等國之論見：

(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，平衡追求實體上利益（客觀真實的發現——慎重而正確的裁判之達成）與程序上利益（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的實體真實之手段。（關於此項立論，請參照上述註五十六之說明。）

(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。（關於此，另請參照註五十三之說明。）

(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上利益與程序上利益之大小輕重，而有所抉擇處分。（關於此方面之申論，請參照本文「叁(六)(2)」之說明。）

(4)認知：公開心證及表明法律見解之方式踐行，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觀而言，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「貳(二)(三)」；又，關於裁判機能觀之落實與公開心證及表明法律見解之程序踐行等相互間，具有密切之關連，請參照上述註六十三之分析說明。〕

註九十四：為驗證法律上討論方式之必要性及可行性，並為便利律師了解如何在言詞辯論中請求法院公開心證及表明法律見解（參照本文「叁(六)(2)」），以下特借用〔圖表三〕（載於本書一五四頁）所示案例，

就闡明方式與辯論主義、處分權主義之關係，加以解析。

設X聲明求為判決「確認X就K地對Y之租賃權存在」，並為特定其訴訟標的陳述（在訴狀上表明）如斜線部分所示事實（以下略稱「斜線事實」）。在下列各情形，律師均可根據訴訟代理人之地位或協同當事人本人與法官進行討論或有所請求、主張。

(1)倘法院經審理以後認為，依X所提出之事實證據尚不足以使法院形成「斜線事實」存在之心證，此時法院應將其心證向當事人公開表明，若其未踐行此項程序，就判決駁回X之訴，即屬未盡闡明之能事，而為突襲性裁判。因為該項心證係其訴訟勝敗之所繫，X可能自以為其所提事證已足，如其在言詞辯論終結以前未能預測該心證，將不知陳述可資及時匡正該心證違誤之相關意見（如：對經驗法則之選用指明法官之違誤——參照上述註六十三內(3)之說明；民事訴訟法研究會第三十八次研討會中筆者之分析——載於法學叢刊第一四三期一七四頁以下）或補提事證（如：間接事實或其相關證據方法），難謂其已被賦予適當完全之辯論及補提事證之機會。

(2)倘法院經審理以後認為，X所提出之事實（以「斜線事實」為中心之事實羣）不該當於b所示事實（不該當於發生租賃關係之事實），而僅該當於a所示事實（該當於發生使用借貸關係之事實），則應將此項在涵攝過程所得心證及法律見解向當事人公開表明，使X有經由律師之協助訂正聲明或追加、變更其訴之機會。亦即，在代理X之律師認為法院之心證或法律見解有違誤之情形，可憑法律專業知識提出相關之意見或事證，使法院重新檢討並適時改正其判斷內容。

至於在X之代理律師認為法院之心證及法律見解值得信服之情形，則可減縮其聲明為「確認X就K地對Y之使用權存在」。此時，倘法院採舊訴訟標的論之立場認為，包含「斜線事實」在內之

b事實所該當發生之權利與包含「斜線事實」在內之a事實所該當發生之權利，應分別構成互不相同之訴訟標的，則應准許X為訴之變更或追加；亦即，應准許X變更其訴為「確認X就K地對Y之使用借貸權存在」；或追加此項請求為備位，而以原來之請求（即「確認X就K地對Y之租賃權存在」）為先位聲明，以利用同一程序合併審判。於此，宜留意：在X認為其租賃權存在之訴求縱被容認，其所可能獲得之實體上利益已低於其不再為證明曾有對價約定事實所將節省之勞費（即所將獲得之程序上利益）之類情形（例如：租賃期限所剩無幾或應支付之租金額相當多，以致其租賃權存在之主張縱被法院容認，亦難獲得多大之實體上利益，可是為證明雙方曾有給付租金之對價約定事實，卻尚需為蒐證及到庭等付出勞費致蒙受更鉅之程序上不利時），X多有為上述訴之變更的利益需求。因為，在此情形，X已滿足於法院認為a事實存在即其使用借貸權存在之上開心證及法律見解（信賴該程度之「真實」即「法」），而不願再為證明b事實（雙方曾有給付租金之對價約定事實）蒙受不合算之程序上不利；換言之，X經衡量上開法院之心證及法律見解之說服力及信賴度以後，認為其為證明租賃權存在所將蒙受之程序上勞費即不利，不僅大於其因被判使用借貸權存在所可得之實體上利益，更遠大於其因被判租賃權存在所可能取得之實體上利益時，國家（法院）自應賦予其有經由上開訴之變更程序以平衡追求該二種利益之機會，始符保障適時審判請求權及聽審請求權之旨。（併請參照本文「參(六)(2)」之說明）何況，在上述情形，兩造係就以「斜線事實」為中心之事實羣及法院對此所公開之審理狀況，進行政策防禦及辯論，准許X為上述訴之變更，並不特別有礙於Y之防禦權及訴訟之終結。毋寧是，倘於此情形下，法院竟然在判決駁回X所為確認租賃權存在之請求的同時，並責令其另行起訴求為判決確認使用借貸

權存在，則其審判運作實違促進訴訟、擴大訴訟制度解決紛爭功能等基本要求，而悖逆合併審判制度之精神。（關於合併審判之制度旨趣，請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十三次研討會之分析說明——載於「民訴研討(三)」五九三頁以下）。同理，亦應准許X為上開訴之追加。

應合此特予指明的是，正由於受訴法院踐行以公開心證及表明法律見解為程序內容之闡明方式，且也由於獲得律師之助力，乃能使X知所以平衡追求實體上利益與程序上利益，並為上開訴之變更、追加；而且也因此擴大了訴訟制度解決紛爭的功能，獲致全面減輕法院負擔之效用，不使同一紛爭（「斜線事實」存否即X就K地對Y有無使用權之紛爭）輾轉於不同法院之間受不必要之重複審判。唯其如此運作闡明制度，始能有助於徹底防止突襲，消除基因於對審理活動之預測困難所產生之處分權主義及辯論主義之僵化現象，進而確實保障當事人之程序主體地位。準此而論，要求踐行上開闡明方式，實具有修正向來的舊訴訟標的論之作用，而有助於促使持其論之法官隨時指向追求實現新訴訟標的論之理念精神——紛爭解決一次性、擴大訴訟制度解決紛爭功能等要求。（關於舊訴訟標的論之省思，請併參照上述註八十七之說明）。

(3)何僅如此，另一方面，對於新訴訟標的理論之疑念或不安，亦可能隨伴於對踐行上開闡明方式之必要性認知。析言之，倘法院採新訴訟標的論並予以極端化或左袒爭點效理念之結果認為：X所主張之「斜線事實」（Y同意X使用K地之事實）部分及其對K地有「使用權」乙節，係屬a、b、c等所共通之部分（爭點事項），就此部分不應容許在兩造間請求法院為重複之實質審判，如就此部分（即X之使用權存否）已為判決而告確定，即應發生實質上拘束力（既判力或爭點效）；並且，X可自始以抽象的權利主張為訴訟標的

訴求判決確認——X得僅求為判決「確認X就K地對Y之使用權存在」，亦即縱其未予以法的定性，而未具體表明其所求為確認者究為a所該當之「租賃權」或b所該當之「使用借貸權」或c所該當之「分管權」等實體法上具體權利，仍不因此欠缺訴之利益云云（併參照前揭「民訴研討(三)」二四七至二四八頁），在此前提下，若法院經審理以後認為，X所提出之事實（以「斜線事實」為中心之事實羣）雖屬存在，但不該當於b事實（不該當於發生租賃關係之事實）而不能認為租賃權存在時，法院不應未經踐行公開心證並表明法律見解（認為「斜線事實」存在的心證及此事實所該當發生之「使用權」存在的法律見解）之程序，即以判決駁回X之訴（駁回確認租賃權存在之請求），否則，將對X造成突襲（法律適用的突襲），應非法所允許（參照民訴法第一九九條）。因為，在此情形，X由於未能預測法院心證及法律見解，致未被賦予類如得及時為下列行為之機會：陳述意見或提出事證匡正法官之誤認或誤判，以使其判定租賃權存在；將訴之聲明減縮為僅求判決確認「使用權」存在，而不仍求為確認「租賃權」存在之機會；在經審理後可認為X主張之事實應屬該當於a事實或c事實而應認為使用借貸權或分管權存在時，說服法院適用有關各該權利的法律之機會。此類機會之利用，常以當事人能預知法院之上開法律見解，並資以較量實體上利益與程序上利益為前提；而且，倘能獲得律師即法律專家成為訴訟代理人之協助，必將更能予以善用。

如上之說明意指：不以受訴法院應表明法律見解為必要程序內容之訴訟標的論，將頻頻造成突襲性判決，致有害於當事人之程序主體地位。因此，為保障當事人之程序主體權，以「法院知法」或「你（當事人）給我（法官）事實，我給你法律（權利）」等為原則性前提之新訴訟標的論者，豈不應有所修正，而認同法官與當事

人（律師）應協同尋求「法」之所在的原理。（併請參照上述註九十三內(4)之說明及註八十七內有關新訴訟標的論之省思；「民訴研討(二)」五七九頁；「民訴研討(三)」六一三頁至六一四頁、六八三頁）當然，如此論斷實毫無忽視新訴訟標的論所揭櫫的理念之意。毋寧是，想強調：其理念價值應厚受肯定之同時，與之相較，防止突襲性裁判之基本原理實更具優位性，應先予遵循、貫徹。〔此所謂「突襲」係指包含發現真實的突襲、促進訴訟的突襲及法律適用的突襲等型態在內，是與向來德、日有關於此之理解，尚不盡同，宜加留意。——就此，請參照上述註九十三內(2)及註五十三之說明〕

註九十五：辯論之活性化、訴訟之促進及審理內容之充實均係近年來日本學界及實務界之重大關心事，而有關於如何致力充分發揮言詞辯論之實質效用，排除言詞主義之形式化、空洞化等問題。其論點主要係探究：應如何進行言詞辯論始能提昇其說服力，使一般人容易了解訴訟、信服並接納裁判，而縮短人民與司法間之距離。其探討之內容實際上不但涉及法官應在言詞辯論中如何指揮訴訟；且與律師應如何在辯論中發揮功能有關。〔參照新堂幸司「弁論の活性化」（ジュリスト七八〇號，一九八二年）一四頁以下；竜寄喜助「弁論士からみた弁論の活性化」（同上）一六頁以下；棚瀬孝雄「弁論の活性化と訴訟機能」（同上）一九頁以下；吉村德重「弁論の活性化と訴訟促進」（同上）二四頁；研究會「弁論の活性化」（同上）三〇頁以下；橋元四郎平『「弁論の活性化」と「市民のための民事訴訟」私見』（判例タイムズ五三八號，一九八四年）七頁以下；座談會「訴訟促進・審理の充實問題の展開方向」（ジュリスト九一四號，一九八八年）四頁以下；竜寄喜助「訴訟促進・審理の充實と市民」（同上）一一〇頁以下；井上治典「審理の充實・促進と和解」（同上）一〇三頁以下；表久雄「弁護士業務の改善と民事訴訟の促進」（同上）七二

頁以下；上原敏夫「訴訟促進・審理の充實問題と展望」（同上）九六頁以下；同・「訴訟の促進と審理の充實」（ジュリスト九七一號，一九九一年）二二〇頁以下。]

其中，涉及本文目前所關心之律師功能者，在此想特予指明之論見趨向是：

(1)法院之公開心證（含表明法律見解），必有助於儘早掌握實質上爭點、促進訴訟，且為使辯論活性化並確保裁判之公正性所必要。如今，法官多改變向來所沿襲之隱匿心證的態度，而公開心證程序之踐行已然成為審判實務上之趨勢。[按：此項論見已成為當今日本學界及實務界之主流。關於此之文獻甚多，請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十九次研討紀錄中補註一之介評——載法學叢刊第一四四期一二二頁以下]

(2)法官應在法庭上公開心證以後，與兩造之訴訟代理人即律師進行活潑之互相討論，為深入之闡明。在此種程序上律師始可能經由熱烈、認真而活性化之辯論，使當事人信服審判過程，而真正發揮言詞主義及直接（審理）主義之精神、功能。

(3)在上開程序上，律師可藉以發揮功能之審理型態有：①律師代表型——受當事人委託並聽取其意見或自行調查事證而了解案情以後之律師，係獨自擬定訴訟戰術並主導進行舉證、辯論。就此，當事人本人僅屬其「觀客」而已。正由於其未實際參與辯論，所以如何促使其信服、接納裁判之形成過程及內容，乃成為法官及律師勢必面對之問題。②當事人本人訴訟型——如德國之審理方式然，當事人本人係親自在辯論期日到庭，而由其代理律師協同參與程序。此種審理方式之採用，係因鑑於當事人本人對系爭事件具有固有之利害關係；使其參與程序陳述意見，乃所以並重其可在同一程序上扮演程序主體及證人等雙重角色，而有助於充分蒐集相關之心

證形成資料。此種方式之採用，較能使當事人本人參與司法審判之欲求獲得滿足而有助於強化其對法官及律師之信賴感。[另請參照邱聯恭「當事人本人供述之功能」（見註二十二）六一七頁以下]

基上認識（併參酌上述註九十二之闡述），如何充實相關之程序制度，使律師更能用以在言詞辯論中發揮協同防止突襲等功能，應屬今後之課題。例如，應認真探討：①修正有關當事人及律師發問權之規定，以利律師致力於充實辯論之內容，促使辯論活性化。為此，宜將民事訴訟法第三百二十條第一項修正為：「聲明證人之當事人向審判長陳明後得自行發問，於其發問後他造當事人得向審判長陳明後自行發問。」並增訂「律師為訴訟代理人而陳明自行發問者，審判長不得拒絕。」②為貫徹直接審理主義之精神，應修正民事訴訟法第二百七十條，訂明調查證據原則上應由受訴法院為之，僅於例外之情形始得由受命法官行之。③有關要求法院公開心證及表明法律見解之解釋論及立法論，請參照上述註六十四之說明。④

……

(四)律師即紛爭預防者、生活策劃者

為了確保普天下之人均有接近正義之機會，滿足法律服務普遍化之基本要求，並貫徹「接近律師即接近正義」之理念（註九十六），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。這樣的角色扮演應該也是司法預防紛爭功能的一環，而對於消除或減少人民遭遇「法生活的風險」，並減輕法院之負荷以增多一般人使用法院之機會，係屬必要而有益。（註九十七）

更具體言之，由於受訴訟制度上不得不然的制約，以致人民在循訴訟方式解決紛爭的過程，難免要付出相當的勞力、時間或費用；其

花費即其所蒙受的程序上不利甚至超過其所追求的實體上利益之虞。果真陷入此種情境，則其所請求救濟之權利已成為有名無實。因此，對於一般平民而言，事先協助其預防發生紛爭以避免涉訟於未然，才是保障其能充分接近正義之真諦。是即所謂預防紛爭勝於訴訟治療。在此意義上，律師係處於應該且恰可成為紛爭預防者、生活策劃者之地位，顯較諸受理訴訟之法官，更具實現社會正義之「適格」。

在此方面，律師活動所追求達成的目標應該是：協助其委託人在平日生活中或從事交易行為時，避免此後遭遇捲入紛爭的風險或將可能遭遇的風險減至最低；並為其策劃應付既經發生的風險之道。此類律師活動係有關於對未來事態進展的預測，並提昇其預測可能性的角色扮演，實具有相當之展望性；其判斷內容係有關於形成新的法律關係，含有相當之創設性。此時律師係「法」的創造者，而非僅屬法的協同探尋者，自有異於進行一般訴訟活動之情形。例如，試以簽訂契約而言，律師應協助委託人預測今後可能有之事態發展，並預先踐行全方位的綜合判斷。此時，其判斷作業往往不僅涉及純法律上事項之評價，同時也難免或多或少需要考慮到有關社會、經濟、政治或企業經營等多方面的因素，而須同時活用此等方面某程度的基礎知識，始能妥為處理。為此，律師若未具備此類綜合判斷能力，將難成為稱職的紛爭預防者、生活策劃者，是與進行訴訟時所需求之律師能力不盡相同。因為，在進行訴訟以求得裁判之程序上，多以律師力能就特定事件所涉事實（如：契約之一部分事實）踐行法的評價為已足。從此角度觀之，為使律師克盡其紛爭預防者、生活策劃者的角色，今後應致力於檢討改進律師之養成教育及繼續教育、擴充律師聯合事務所、並發揮其所屬律師能力互補之功用……。

何僅如此，在紛爭已然發生之情形，其當事人逼於眼前亟需解決

紛爭之現實，對於尋求律師協助，雖然較常採取積極的態度。可是，在紛爭尚未發生之平日交易生活中，當事人卻常未能充分意識其交易行為所隱存紛爭問題之嚴重性，以致對於尋求律師參與其交易過程，每採取消極的態度。此種律師制度使用者之認識不足，亦為阻礙法律服務普通化之一因。鑑於此，律師制度之運作者即律師及其所屬律師公會，為貫徹上開「接近律師即接近正義」之理念，且為滿足法律服務普遍化之基本要求，也應有所反省於如何擴充法律服務之質量，並致力於對平民之啓蒙，提升其法意識之水平，使其認知並信賴律師乃人民之法治生活的策劃者、紛爭預防者，而主動企求律師成為其生活顧問。為達成此目的，應再採行有助於便利平民接近律師並縮短其間距離之其他各種具體措施。諸如：由律師（律師公會）主動積極探求社會上一般人之生活需求，並將法律服務之內容為何廣為告知民衆、擴大服務資訊之流通管道，而不應僅消極等待使用者來訪；設立且健全公益律師制度；責由律師公會對於律師課以相當之受託義務，要求其一定範圍內，非有正當理由不得拒絕接受事件之委託（現行律師法第二十三條及其修正草案第二十五條僅規定「律師接受事件之委託後，非有正當理由，不得終止其契約，……」），藉以改進人民對律師之親近感及接近可能性；……（註九十八）。

此外，為了使律師更有機會扮演其身為紛爭預防者、生活策劃者的角色，使其充分發揮應有的功能，今後還須擴充法律服務的型態，使其多樣化。例如，除了繼續普及向來部分律師所從事的協助委託人簽訂契約的業務以外，應該可以探討擴充的相關制度或服務型態還有：促進採用「中立交易律師」模式——亦即律師在雙方當事人間以中立的角色，參與交易行為之談判交涉，並為雙方調整契約的內容（註九十九）；參與準司法機構或準行政機構之活動——亦即，律師在訴訟程序外，參與斡旋、調解、仲裁等有關利害調整之程序或法庭

外紛爭處理程序（註一〇〇）；……

最後，就有關律師功能的展望而言，值得併加留意的是，隨著現代社會生活之複雜化及新類型紛爭的陸續發生、增加，人民對律師所需求的法律服務型態及律師可能扮演的角色，也有越趨於多樣化、多元化之勢。亦即，在現代社會，由於環境保護、公害、交通事故、消費者保護、產品製造責任、跨國際交易紛爭及勞資爭議等類問題，每有引發新型態紛爭且其紛爭事件有越形增加之虞。（註一〇一）面臨此種情勢，社會對律師所期待、需求的，除了完成促使形成政策的任務（參照本文「肆(二)」）以外，也包含扮演紛爭預防者、生活策劃者的角色在內。換言之，可能被捲入上開紛爭者（如：企業廠商、一般民衆、特定地區住民），爲了避免因紛爭之發生或擴大致蒙受難以預測之額外損失，多希求律師也能某程度參與其生產或生活之策劃過程，藉以儘可能防止發生紛爭於未然。爲因應此類社會新需求，今後也應致力充實律師之知識、能力，使其除法律知識以外，同時修得能勝任扮演上述角色的其他相關知識。唯有如此，律師的存在價值性才能禁得起新時代的考驗。

〔註釋〕

註九十六：關於法律服務普遍化之基本要求，請參照本文「肆(一)」及其中註八十之闡釋；小島武司·前掲「法的予防システム」（見註七十）二七三頁；同「紛爭解決・法的予防における法曹役割とその養成」（法律時報六〇卷七號，一九八八年）五二頁以下；田中仙吉「弁護士業務の改革と問題點」（「司法改革の展望」，一九八二年）三七四頁以下。

註九十七：關於人民在循訴訟方式解決紛爭之過程所可能遭遇之「法生活的風險」，請參照本文「叁(七)」之說明；六本佳平·前掲（見

註八十六）八六頁；棚瀬孝雄·前掲「弁護士の大都市集中とその機能的意義」（見註八十六）七一頁。

註九十八：普及律師法律服務的方法，尚可能有種種。例如：可再擴充多數委託人集體使用律師之制度，此即由需求同種類法律服務之委託人，集體向律師尋求協助之方式。倘能設法促使採用此種方式，則一方面委託人集團可活用其團結力，爭取較有利之服務條件，而另一方面律師將可對之提供定型化的服務內容，藉以節省勞費，並減輕委託人之費用負擔、助長早日使用律師服務之可能態勢。促進此類方式之採用，必有助於確保平民獲得較多受預防紛爭服務的機會，使其與企業機構所得受者，取得某程度的均衡，而有益於達成保障平民亦有同等接近正義之目標。因為，企業機構或廠商，平時利用其內部常設的法務單位或顧問律師制，通常已受有相當周全而繼續性的預防紛爭服務。與之相較，未受同樣服務的平民，在從事交易行為時顯處於劣勢地位，以致難以維持其間對等交涉談判之公正性，而有背於保障平等接近正義之理念〔參照小島武司·前掲「法的予防システム」（見註七十）二九二頁以下〕。

此外，關於如何排除法律服務普遍化之障礙，另請併參照上述註八十二及註八十四之說明；小島武司·前掲「弁護士」（見註八十）六四頁以下；田中仙吉·前掲（見註九十六）三七五頁以下。

註九十九：中立交易律師（neutral transaction counsel, middle counsel）模式係指：有意訂立契約之當事人，先進行準備性洽商，然後往訪雙方所合意選定之律師，並委託其從法律上評估該項交易契約行為。而且，經律師研擬該契約之草案交由雙方當事人再度洽商以後，雙方當事人即進一步與律師商議。在彼等商議中，律師係居於中立的地位，為雙方解說各自的契約上權利義務內容及可能有之危險性等，於雙方滿意時正式簽立契約書〔參照小島武司·前掲

「紛爭解決・法的予防における法曹の役割とその養成」(見註九十六)五四頁]。

此種模式，常可採用於簽訂較簡單或標的金額較小的契約，而有益於預防紛爭、節省勞費。倘當事人間日後竟然發生爭執，該中立律師可根據其在參與商議訂約時所得資訊，從中調整當事人間之利害；於涉訟時，則可據以作證。其證言因常具較高的證據價值，頗有利於發現真實、促進訴訟。

註一〇〇：律師積極參與訴訟外(法庭外)解決紛爭或預防紛爭等活動，必有益於減少或避免人民間之不必要訟爭，增進民眾對律師之親近感、信賴感，並凸顯、強化律師之中立公正形象、厚植律師職務在社會上之根基。

尤其，隨著社會生活複雜化而多樣化之紛爭，亦多有不宜於循訴訟方式解決、處理者。為此類紛爭之解決或其發生之預防所設置、擴充之準司法機構或準行政機構，如能由律師參與或主導其運作，將可發揮彌補司法審判制度功能上不足之作用，值得重視。〔關於探討訴訟制度與訴訟外紛爭解決制度互相間功能上關聯性之必要，請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之分析說明——「民訴研討(三)」七二七頁以下。又，關於強調該二類制度在功能上具關聯性及其間律師應扮演重要角色之論見，請參照中野貞一郎·前掲(見註八十二)五〇頁；田中成明「現代日本法の構圖」二六二頁以下；青山善充「裁判外紛爭處理機關の現状と展望(下)」(自由と正義三二卷一三號，一九八一年)一〇二頁以下〕。

有鑑於此，今後除由律師個別積極參與訴訟外之調解、仲裁及上開機構之活動以外，也應正視責由律師公會主導其事之必要性及可能性。例如，可視律師公會之組織經健全化之程度、其自治能力已提昇之程度等，創設律師公會主導型調解、仲裁等制度，使其發

揮類如鄉鎮市調解委員會或商務仲裁協會之功能。亦即，容許、鼓勵或強制律師公會常設諸如有關交通事故、小額紛爭或消費者救濟等之調解調處委員會或仲裁委員會，並在一定條件下承認其處理之結論具有相當之法定拘束力(如：公證力、執行力等)。

註一〇一：參照田中成明·前掲「法律家の役割の擴大とそのディレンマ」(見註八十五)

伍、結語

在現代，基於國民主權的原理、尊重人的尊嚴之原則、法治國家基本原理以及有關平等權、自由權、生存權、財產權與訴訟權等憲法上諸保障規定，必須肯定並確信：國民是形成「法」的主體、是促使「法」前進的原動力，而不僅是被統治的客體。因此，國民的意願才是決定如何構成有關司法及律師等制度內容的根據。

基此認識，應知：訴訟制度、法官及律師都是為實現國民的權利、確保並伸展國民的法主體地位而存在；在運作訴訟制度及其周邊制度時，法官與律師如果未能獲得國民的信賴，終必喪失其存在價值。此項信賴，才是判定司法威信存否及其程度為何的準據。在此意義上，法官與律師各有其源自主權者即國民的主體性，均應致力於將訴訟制度及律師制度開放予人民平等使用；而且皆負有推動「法」前進的職責，並非僅是附屬於為政者之工具而已。從而，國民應有權要求保障其得能充分參與「法」形成過程的機會；而法官與律師均應是溫暖且富有人性的存在，同以追求具體形成國民所需求的「法」為使命。

為促其完成此項使命，在「法」的具體形成過程，就司法之組成

及運作而言，應致力於確保國民對司法及法官之控制可能性（掌控權）；又，就有關訴訟審判程序之理論構築及實務運作而言，應確立程序主體性原則，保障訴訟當事人及利害關係人身為程序主體之地位，俾其有機會充分參與具體形成裁判內容即「法」的內容，藉以維護其主權者之地位。此項程序主體地位之肯定承認，實具有保障基本權之重大意義（參照本文「叁(六)」），並應準此為律師制度定位。

可惜，向來有關司法、律師、訴訟等制度之改革論及有關國民主體性之強調論，並未同時充分意識探討：在前述法理基礎上確立程序主體性原則之緊要性、此原則所具有之基本權性、其對訴訟法理論建構之指導原理性、以及其所需制度前提之充足必要性等基本問題；馴至造成當事人之實體上利益或程序上利益每未能獲得充分保護，致危及其程序主體地位之後果。

有鑑於此，今後應準據依上論證所認知之法理，省思向來的法院（法官）功能論、律師功能論及訴訟法理論之妥當性，並認真檢討各該周邊制度及相關實務運作之得失。要之，如今，已不須再度質疑：「到底法院、律師及訴訟制度係為誰而存在？」。真正重要的是：應該立足於上開法理基礎，鎖定法院、律師及訴訟制度均係為國民而存在的明確目標，隨時不斷致力於充實、改進程序制度，以便利國民容易使用律師、接近法官，並減免在實現權利過程付出不必要之勞力、時間或費用。在此項目標追求之下，國民才有機會親身驗證：人的尊嚴之維護實有賴於健全的司法及律師制度；法官及律師確有其應該受尊敬的存在價值。至於國民是否應該依然執念於「訟終凶」或「和為貴」的傳統觀，難道還有對立爭論的必要？難道國民是否培育有健全的權利意識、法意識，不也是司法能否現代化的重要關鍵？

〔本文係一九九〇年九月九日在第四十三屆律師節慶祝大會之講稿，經補加註釋而成；曾自一九九〇年十月至一九九一年十二月，連載於律師通訊

第一三三期至第一三四期、第一三七期至第一四〇期、第一四三期至第一四七期。〕

第二篇
小額訴訟制度與簡易訴訟程序法

壹、緒言	261
貳、小額輕微事件處理程序之法理基礎	266
(一)拓深程序權保障法理之必要性	266
(1)保障平等使用訴訟制度之機會	267
(2)平衡「慎重裁判之程序保障」與「簡速裁判之程序保障」	269
(二)遵循費用相當性原理之必然性	272
參、小額輕微事件之審理程序	277
(一)審理程序之要素、內容	277
(1)審理對象之篩選	277
(2)管轄之調整	280
(3)程序轉換之需求	281
(4)職權裁量法理之適用	284
(5)律師之功能	288
(6)其他	290
(二)救濟程序之特殊性	292
(1)上訴審之構造型態	292
(2)再審之許否	294
(三)強制執行之確保	295
肆、修正後簡易訴訟程序法之功能界限	297
(一)小額訴訟制度特別立法之要否	297
(二)修正後簡易訴訟程序法之彈性運用及功能界限	299
(1)簡易事件之範圍限定問題	299
(2)非訟法理與訴訟法理之交錯適用可能性	300
(3)救濟程序之運用	303
(4)其他	305
伍、展望	305

壹、緒言

各位法官：今天司法院希望我就簡易訴訟程序法與小額訴訟制度之關連性向各位說明。在此要講述的是關於這兩個制度間之法理上關連性為何，及其制度功能之取代可能性；亦即想藉此了解簡易訴訟程序法經修正以後，究竟其是否即可代替在外國向來被認為相當重要之所謂小額訴訟制度，有無取代小額訴訟制度之功能存在？也可利用此機會互相確認一下，簡易訴訟制度修正之精神或立法旨趣為何，而以此旨趣所顯示之法理，作為今後運作簡易訴訟制度之參考，或甚至據以測定其可能有助於解決小額輕微紛爭事件問題之界限。基於此認識，今天我想比較偏向於就此二制度在基礎法理上，有那些共通面與關連性來加以說明。

司法院也許認為自從完成簡易訴訟程序法修正草案及去年召開了司法會議以後，仍殘留一課題——即小額訴訟制度應否制定？應如何制定？今天也可利用這次的研討，和各位一同思考，將來該往何方向來修訂或運作這方面的法律。為此，今天所要講述的，將偏向於與小額輕微事件訴訟審理程序有關之基本法理，至於涉及小額輕微事件之其他訴訟外處理方式或解決方案（例如行政救濟、和解、仲裁、調解或法律諮詢服務等等），今天想予以全部省略不論。今天既然是以其訴訟審理之基本法理為講述的中心，想也可以作為今後運作簡易訴訟制度或繼續修正改善此制度，以及研究制定小額訴訟制度之參考。於此方向下，可順便確認一件事，即此次簡易訴訟法修正理由之說明中提及，此次簡易訴訟程序之修正曾參考某些外國之小額訴訟制度等語。此種說明是否即表示經修正以後的簡易訴訟程序已經可取代小額訴訟制度？或許有持此想法者亦未可知，今天也想一併就此問題與各位一起研究。

事實上，目前於世界先進國之中，民事訴訟制度面臨兩個涉及紛爭之集團化、大量化的基本課題：其一為現代型紛爭應如何處理之問題，亦即如公害紛爭這一類現代型紛爭事件，應該包含何種程序法理之訴訟制度予以處理解決之問題，因為公害紛爭事件如沒好好處理，會影響到整個社會人民之生存環境，司法將漸被人民所漠視，由於其不能解決生存上所必要之基本問題；另一為小額輕微事件應如何解決之問題，現在日本亦將之列為目前及今後民事訴訟法學上最基本的課題之一，此乃因於複雜的現代生活及民主法治社會中，小額之紛爭、零星之權利受侵害後需求得到救濟之現象相當頻繁，社會上每一個人均為消費者，其因商品之品質或瑕疵之關係，多少會遭遇零星權利有否受到侵害之紛爭問題。此種問題實占整個社會紛爭問題之絕大部分，因為一個人一輩子很難得有機會打幾百萬元之官司，但每個人每天都多少有可能遇到自己所買的東西或所交易的事物有無瑕疵之問題。由於擔心發生此類問題，在我們的社會，往往先於從事交易時採取討價還價的方式，對於開價兩萬元的就想辦法要求打折扣一萬五，而非馬上很安心的買下東西，造成這種現象的原因，也在於對有瑕疵的商品，欠缺能夠助其利害關係人很迅速解決小額紛爭的訴訟制度。此乃牽涉到如何設法提昇人民日常生活品質的基本問題，這是現今社會非常重要之問題。此問題能否解決又涉及整個民主法治之根基能否鞏固之問題，目前之訴訟法學都已漸有此共識，認為小額紛爭事件倘未能合理解決，想使法治在一個社會中生根是相當困難的，因人民難以將訴訟制度、司法裁判或法律制度當成生活之一部分。亦即小額事件如何處理將是直接決定人民信賴司法與否之重要關鍵，如果小額紛爭沒有處理，人民將會漸漸懷疑連生活上每天很需要的問題都無法解決，如此之司法、訴訟制度或法律又有多大益處？因此，人民基於與其生活有密切關係之認識，亦迫切需要設立小額訴訟制度，以便為其

處理零星的權利救濟問題，此乃牽涉如何防止、避免人民生活與司法、訴訟制度發生疏離現象之大課題。於此問題認知之下，亦如一般所承認，向來我國簡易訴訟制度鮮少被使用，而小額輕微事件更難有可資處理之訴訟制度。此正顯示，在我國社會中，人民與司法制度已有相當嚴重之游離現象，這種現象在無形中已漸漸對全人民之守法觀念或法意識之健全化造成負面影響，使人民往往認為生活與司法之步調不一定須完全趨於一致，而難對法律制度認同或寄以信賴。欲解決本問題，首須探討造成小額輕微事件少有使用法院之機會的原因。其原因有種種，主要的是，由於訴訟之技術性及嚴格性（訴訟制度有須遵守一定方式之嚴格要求），使小金額權利人在想要利用訴訟制度時，常立即發生其能力或法律知識上不充分之困擾，連起訴狀都不知如何撰寫，並且，既屬小額之權利受害，自亦無法為此小利益（實體利益）支出許多程序上費用或報酬金（程序上不利利益）來委任律師為訴訟代理人；何況，訴訟技術中有許多程序上制度多非一般人所易瞭解，不僅限於撰擬起訴狀一事而已。例如，訴訟上之舉證法則等，也阻擾了人民使用訴訟制度。

此外，阻礙了人民使用訴訟制度之其他原因尚有多種，例如法律扶助制度、法律諮詢機構之欠缺等等。因此縱然小金額權利人欲主張權利，亦不知應如何著手，假如其委任法律專業人員等所花費之代價（程序上不利利益）竟然高於為實現小權利後所可取得之實體利益，則包括在座各位在內，幾乎所有的人都將會放棄實體利益之追求，此乃因欠缺周邊制度之配合所致。他如律師報酬額太高或不明確或程序上費用之負擔過重，都是阻礙實現小權利的原因。例如，某人喝了一瓶有瑕疵的牛奶以後拉肚子，想要請求販賣或生產的廠商賠償，也可能牽涉到須支付相當費用為鑑定，以判斷製造或推銷過程有無瑕疵的問題，就此而言，為了舉證的花費就已超過其所欲實現之實體利益好幾

倍以上；又如管轄制度之不健全也可能成爲實現正當權利的障礙，許多分期付款之買賣契約即合意以廠商之總公司所在地之法院爲管轄法院，我們可以發現如果一個居住屏東的消費者與台北的廠商透過分公司或代理商訂立此種契約，幾乎無一消費者會遠從屏東搭車至台北主張其所買受之瑕疵商品的賠償等等，因其不但提起訴訟不易，即使應訴亦頗困難，縱其有法律上正當的抗辯權，亦多無充分或合算之勞力、時間、費用予以提出。諸如此類原因事由，均或多或少阻礙了人民迅速使用訴訟制度行使權利，實不應任其繼續存在。欲克服此類實現權利的困難，目前可知有許多方面之措施可以採行，從便利主張權利之觀點，重新檢討管轄制度即是其一。例如從現在之國際交流趨於頻繁著眼，應重新調整修正以前所謂定國際審判管轄權之標準，以前往往僅立於國家主權觀念以決定何國有審判管轄權，然晚近之觀念已有所改變，例如籍屬泰國之勞工到台灣，因其在台灣之僱主未給付其應得之工資報酬，甚至被趕回國，此時由於履行地係在台灣，顯然該勞工在經濟能力上已無法從泰國再到台灣提訴請求給付工資，因此，晚近一般多趨向於認爲泰國之法院就此事件亦有國際審判管轄權；又如前往阿拉伯之某勞工屬我國籍，而遭遇同一問題時，亦同樣承認我國之法院有國際審判管轄權，諸如此類之問題即往著便利主張權利提起訴訟之方向解決之。再如就合意管轄之成立生效而言，已漸漸走向爲保護小權利人而限制管轄之合意；甚至於將消費者所在地之法院定爲專屬之管轄法院，亦即只要消費者欲主張權利，即當然以消費者住居地之法院爲專屬管轄法院，德國亦有此立法趨勢。若消費者與廠商訂一合意管轄之契約，亦可能認爲此種契約係乘消費者之急迫、輕率或無經驗所訂立，屬顯失公平之契約，可類推適用民法第七十四條之規定予以撤銷；甚至認爲其契約之訂立違背誠信原則，應屬無效，以恢復爲由便利小權利人提出抗辯機會之法院管轄。像這方面

的事例，均著眼於不合理的管轄制度可能阻礙使用法院之機會，因而乃透過立法、透過法之解釋運作，來保護提訴或應訴機會。

另如，欲協助人民使其易於爲主張權利而使用法院、進行訴訟，在德國、瑞典尚強調訴訟保險制度，亦可借參考。因爲鮮有人於出門前先放一筆錢於口袋內，以備搭車時若被撞傷可作爲進行訴訟之費用，在此社會中每一個人均可能遭遇此類危險，自應將此危險分散於社會中。因此，現代化之國家爲健全法治及社會安全保障制度，也應考慮適度採取訴訟保險制度，以強化使用法院之可能性，避免非必要之自力救濟。

其他造成人民不容易使用法院之原因也有各位較熟悉的，例如司法政策無法及時變換，往往也因人力、物力之限制使然，亦即因多數國民之認識不足，有關司法之國家預算編列太少，法官、律師之員額不夠，無法設立足夠多的法院。並且，由於向來對程序制度之意識變革不充分，也成爲寬容訴訟程序過於繁雜之原因，不僅是因爲訴訟程序過分講求原理原則以致訴訟容易拖延而已，凡此都造成了勞力、時間、費用之浪費，以致許多民衆往往視訴訟爲一件苦差事，終於與法院漸漸疏離，不認爲法官是保護權利所最需要的。欲克服上述幾種原因，實非簡化訴訟程序（如：筆錄之簡化、酌許書面審理、略式判決、改造審級制度等）不爲功。這些原因之所以不能儘快去除，實際上尚涉及一個基本問題，亦即向來對於整個訴訟制度運作之法理基礎的探究及認識不夠充分，其法理基礎爲何？稍待我會向各位提出來說明，亦即，應探討向來對於賦予使用法院之機會或確保憲法所定之訴訟權，到底是採取何種態度？其妥當性爲何？此即有關於檢視何以簡化訴訟程序或協助人民儘可能利用法院、接近法院之努力，均無法落實之主要原因。我認爲其乃因爲向來對於整個訴訟制度之法理基礎認識不足有以致之，關於此點我想將之移到第二部分才加以說明。

基於上述認識，今天要探討的問題是，何以應為小額輕微事件制定特別的程序制度（有關訴訟或非訟程序等制度）？其法理基礎何在？接著，應探討假使要為小額輕微紛爭事件設定特別的程序制度的話，此種制度應包含那些程序之要素、內容？為小額紛爭事件而設之特別程序究應與通常訴訟程序有何應有之差異，此亦為今天講述的主要內容。然後，基此認識，再評估、了解或確認一下，向來我國的簡易訴訟制度或此次修正之簡易訴訟程序制度能否滿足小額輕微事件之特性需求？最後則是要了解此次簡易訴訟修正法案之活用可能性（活用以解決小額事件之可能範圍）為何，此乃關涉其功能界限之問題。

貳、小額輕微事件處理程序之法理基礎

（一）拓深程序權保障法理之必要性

關於小額輕微事件處理程序之法理基礎何在之問題，首先須強調的是，對其法理基礎之認識須從拓深程序權保障之法理著手了解。各位一定也注意到憲法第十六條明文規定人民有訴訟權等基本權利，關於此訴訟權與訴訟法之關係，在國內憲法的書裡幾乎都沒有幾行說明之，而向來民事訴訟法的書或有關民事訴訟法學之討論，也甚少將訴訟權或程序權保障列為指導原理，以構築程序法之理論或運作審判制度。

我國民事訴訟法研究會自民國六十九年即西元一九八〇年開始舉辦研討會，而陸續提出程序（權）保障的問題及理論以後（歷次研討會紀錄分別刊載法學叢刊第九十九期以下各期，並編輯為同研究會編「民事訴訟法之研討」（一）、（二）、（三）等各單行本，以下略稱為「民訴研討」），即漸漸對於民事訴訟法學的研究取向引起相當不同的變化，且有漸漸被

注意之趨勢，例如大法官會議解釋或司法院之解釋向來很少將訴訟權當作討論或處理之對象，但這幾年來已有大變化，其中大法官會議解釋第一百八十二號、第二百二十號、第二百二十四號、第二百二十九號、第二百三十號、第二百四十號等多在這兩三年左右作成的，無論其在結論上承不承認某行為有無侵害人民之訴訟權，至少均於其解釋內，將訴訟權之保障當成一個指導原理加以探討。除發生如此重大之變化以外，究竟其尚未認知的部分為何以及仍殘留何種問題，這才是我們目前所最關心的事。向來均認為所謂「訴訟權之保障」或「保障人民有使用訴訟制度、使用法院之機會」，乃是指儘可能多予人民利用傳統的訴訟程序或由法院使當事人為嚴密的攻防、辯論或賦予更多的審級救濟等之保障，認為如此方為程序保障。換言之，向來均將程序保障或訴訟權之保障偏向於認為僅是有關於發現客觀的真實或達成慎重而正確的裁判之保障。可是，於此有一問題存在，因審級之救濟往往無法救濟法院或當事人在下級審所為違反訴訟經濟的行為，如下級法院已經浪費勞力、時間或費用而有所處理，即使賦予上訴機會而受審級保障，也只不過愈是浪費勞力、時間、費用。故於基本法理上值得探討：所謂訴訟權之保障是否僅僅保障人民追求慎重而正確的裁判之程序保障而已？如認為訴訟權只是保障這個，則難免動輒僅往增加辯論機會或審級救濟的方向以解決問題。然問題並非如此單純，問題之思考似應分從兩方面進行：一方面是有意主張實體法上權利之人，在其想要提起訴訟以前的階段可能遭遇何種問題，另一方面是他提起訴訟以後，在訴訟程序上將會遭遇何種問題。從這兩方面來思考時，即會得知解決問題的方向，而牽涉到以下種種問題。

（1）保障平等使用訴訟制度之機會

先要想看看的是，權利受侵害而有意請求救濟的人，於提起訴訟

以前，會否因其資力不足、欠缺法律知識或程序上花費過鉅而不合算，以致不得不放棄使用法院主張權利，造成無法受到憲法所定訴訟權以及平等權之保護，甚至於使其生存權遭受威脅、影響。從此角度來看時，重要的是，在提起訴訟以前應保障一般人民及請求救濟的權利人有接近、使用紛爭解決制度之機會。紛爭解決制度有種種，向來認為有訴訟制度與訴訟以外之紛爭解決制度〔如：仲裁、調解等——請參照民事訴訟法研究會第三十五次研討會紀錄內本人之分析、說明，載「民訴研討(三)」七二七頁以下〕。在起訴以前要設法防止人民之權利成為有名無實，亦即，假使某人之權利，在民法中亦可尋得其請求權基礎何在，但卻於起訴之前即遭遇上述情況時，他實際上並未獲得平等使用法院之機會，其實體私權就成為有名無實。因此，為了解決此問題，晚近一般認為要充實訴訟救助（廣義言之，係指法律扶助）制度，我國律師法亦規定律師要從事平民法律扶助工作，然均未落實。但在德國，則法律要求由國庫撥固定之經費來做法律扶助之工作，認此為社會安全保障之必要條件，如無法做到這點，這個社會不能說是真正安定，因為它隨時都有可能發生自力救濟，社會秩序將漸漸無法維持。此係為了在提訴以前保障人民均有平等使用法院之機會。方才所提到的訴訟保險制度之設立，亦與此旨趣相通。依同旨趣，也應對於小額輕微事件之權利人，賦予相當之救濟機會——使用紛爭解決制度之機會。

再其次，起訴以後，訴訟法上有所謂「武器均等原則」或「當事人對等原則」，此為法官行使訴訟指揮權及闡明權之指導原理，例如當事人一造並未委任律師為訴訟代理人時，法官就有義務協助此一造，使原告、被告雙方之攻擊防禦能力儘可能處於平等的地位，此乃基於保障平等權之要求使然，並且，從法治國家之基本原理來看，也必須承認提訴前及提訴後之上述平等原則。因為既然禁止自力救濟，

就應健全程序制度，以便利救濟權利受侵害。平等原則係要求立法者及司法機關對於任何人或程序主體，不得為恣意之處理，而應致力於使雙方當事人在實質上相對等的條件下，參與進行程序。此外，訴訟法上所謂武器平等原則，除方才所說明者外，還有關於所謂程序權保障之基本要求，亦即，廣義言之，應使人民都有平等使用法院之機會，而確保人民於起訴前有此種機會，也是程序權保障之一部分內容。至於在起訴後，除應承認人民及當事人有機會受慎重而正確的裁判之程序保障以外，尚應承認其有受簡速裁判之程序保障的機會，以下還要論及此問題。

(2)平衡「慎重裁判之程序保障」與「簡速裁判之程序保障」

向來此方面之認知存有差距，向來往往僅強調民事訴訟制度之運作是為了要保護私權，打開我國民事訴訟法的教科書多是如此。其實，想要保護私權的話，就先要認定客觀的真實存在不存在，欲認定損害賠償請求權是否存在就先要判斷被告究有否過失等要件事實，故愈強調保護私權就愈偏重於重視「慎重而正確的裁判」之要求，為了得到此種意義的裁判往往偏向於強調承認審級救濟，認為愈多之審級就愈能助其實現權利，此乃因其認為追求私權（即實體利益）之保護係民事訴訟制度之目的使然，故其所謂之程序保障往往僅指給予當事人有提出助益達成慎重而正確的裁判之攻擊防禦的機會，此種意義之「慎重而正確的裁判之程序保障」為向來所偏重的一面。關於此方面，向來所適用之程序法理已相當嚴密，例如向來所採用之訴訟法理即屬此，亦即除審級救濟外，在訴訟上採取嚴格的證明，且適用處分權主義、辯論主義使攻擊防禦之目標及審理之對象均能集中，以避免偏離正確裁判之方向，又，訴訟法理中最被強調的是言詞辯論，認為給予愈多辯論之機會，愈容易發現客觀的真實，故在強調保障辯論機

會之背後，實際上所強調的是想要得到慎重而正確的裁判。要之，向來所了解的程序保障，可說是偏向於爲了作成正確的裁判，認爲爲達到此目的，應賦予當事人有更多之機會，以提出攻擊防禦方法來發現客觀的真實。

自法國大革命後，近代民事訴訟制度「黎明期」開始即深信訴訟之固有型態是「解析表一」中之A類型，A類型之特徵可由其中(a)、(b)欄所示得知，即先認定過去事實（要件事實）之存否，然後判定權利義務關係存在與不存在，爲達此目的乃貫徹所謂「訴訟法理」——亦即處分權主義、辯論主義或審級救濟均是爲了滿足A類型事件之需求，該表中A(d)欄內所示者均是，其中還包含要在公開法庭審判之法理——即法庭（一般）公開主義，這些便是A類型即所謂固有訴訟型態的特徵。

可是，時至今日，依方才之說明，因訴訟制度也很花費勞力、時間、費用，所以另外尚應強調賦予「簡速裁判之程序保障」，也就是說，立法者或法院應對當事人提供簡易化的程序或審理方式（例如：採行委由職權裁量之證據調查方式或不以踐行公開辯論爲必要之程序法理），以使人民或當事人有機會追求比較節省勞力、時間及費用的裁判，此亦應爲憲法第十六條訴訟權保障之內容，因爲如果只提供一個花費勞力、時間、費用相當大，甚至超過其所欲實現之實體利益的程序的話，則其實體法上權利即被訴訟程序進行中花費之勞力、時間、費用所消耗，這無異另又對主張權利之人造成財產權的侵害，已不能說是對訴訟權之保障，此時訴訟制度反而變成陷害當事人之陷阱，會發生如此不應有之結果（請參照民事訴訟法研究會第三十二次研討會紀錄內本人之發言及其補註六之說明——載「民訴研討(三)」四九〇頁以下）。因此憲法第十六條所謂訴訟權之保障仍須講求給人民有選擇較不會花費勞力、時間及費用之程序保障的機會，此種程序保障之基本要求爲

向來之民事訴訟法學所未充分意識到（關於此，另應省思事實審理制度之目的論，其闡述請參閱民事訴訟法研究會第三十四次研討會本人之報告貳二——載「民訴研討(三)」六二七頁）。

上述二方面之程序保障可說都是訴訟權保障之必要內容，故何者應予優先乃成爲運作民事程序制度時所面臨之基本課題。然而，當要解決其中何者應予優先之問題時，至少應先承認人民或想要主張權利之人有被賦予某程度的選擇機會之必要，亦即讓他有機會決定到底實體上利益或程序上利益之何者應優先追求，例如以主張本票票款債權爲例，應考慮承認在其債權人（原告）、債務人（被告）均願意時，除了提起訴訟以外，也可以選擇使用非訟程序聲請裁定准許本票強制執行，並承認循此程序最後也可以在一定要件下發生既判力（請參照民事訴訟法研究會第二十三次研討會之報告——載「民訴研討(二)」四三一頁以下）。可是，向來之判例卻認爲本票之裁定並無既判力，縱使雙方當事人合意時亦尚無予以明認之例。如果某銀行與客戶均有意求法院儘快決定一個輸贏以便報帳，兩方均願意使用非訟程序來做一個具有既判力之裁判，照目前的審判實務並沒有給他機會。這讓我們想到一個問題：難道民事程序制度不應該提供人民有追求實體利益與程序利益間的平衡點之利益的機會？亦即有無在賦予其有追求達成慎重裁判之程序保障的機會以外，亦同時賦予其有追求達成簡速裁判之程序保障的機會？如依方才所述目前的實務現況而言，此爲一個尚待解決的問題。可是，上述機會的賦予即程序選擇權之承認，在理論上是可能而必要的，也有現成的制度可供印證。例如，就共同海損計算確定事件（請參照「解析表二」第(8)種事件類型）而言，依海商法第一百六十一條與非訟事件法第九十九條等規定，係允許訟爭當事人之一方可選擇循非訟程序或仲裁程序或訴訟程序解決紛爭。如此，紛爭當事人就上述實體利益與程序利益之平衡即有更廣泛之選擇權，惟如承認仲裁

判斷就共同海損之確定有既判力時，為何在其選擇非訟程序來確定共同海損時不應承認裁定也具有既判力，否則，即會遭遇此等利害不平衡之問題。他如，民事訴訟法第四百二十七條第三項則承認當事人雙方可合意選擇適用簡易程序來優先追求簡速裁判。此種例子讓我們認知，除了賦予當事人有追求達成慎重裁判之機會以外，也有必要在一定範圍內承認其有優先追求達成簡速裁判之機會。為避免其實體利益為程序過程之浪費所犧牲，應肯定承認賦予當事人有追求達成簡速裁判之機會，此種機會之賦予也應該是程序保障之必要內容，而與下面要談的遵循費用相當性之原理也有關係（關於程序選擇權肯定論，請參照民事訴訟法研究會第三十五次研討會紀錄內本人之發言及其中註四之說明——載「民訴研討(二)」七二八頁以下；本書第一篇內註五十九中(3)之說明）。

(二) 遵循費用相當性原理之必然性

所謂費用相當性原理是指：在使當事人利用訴訟程序或由法官運作審判制度之過程中，不應使法院（國家）或當事人（人民個人）遭受期待不可能之浪費或利益犧牲，否則，顯受如此浪費或犧牲之人即得拒絕使用此種程序制度，此即費用相當性之基本原理，應為制定或運作程序制度時所遵循。

以費用相當性原理作為省思民事程序制度之基準來看時，程序制度之運作應致力於謀求提昇權利保護過程之效率，而有效率之權利保護主要是保障提訴之機會，此並不當然意謂上訴機會之保護，非指不論任何事件類型均採三審制，因為上訴機會之保護愈多愈可能要支出或浪費勞力、時間、費用，假設將現制改為八個審級或五個審級，恐怕更多人便會放棄經由提訴主張權利之途徑，而乾脆想辦法採訴訟以

外的方式解決紛爭。由於就小額輕微事件而言，現行的三審制已有很多人覺得很麻煩，所以此方面之訴訟制度使用機會的保障，應非意謂著須採取多審級，更重要的是如何達成有效率之裁判，解決問題的方向應是講求如何充實下級審審判之過程及內容。何況在憲法上，找不到須設立三級三審制之條文，此表示到底要設幾個審級係授權以立法政策依具體狀況需求決定之，假使百年或數十年以後我國之司法已相當受到全人民之認同、信賴，很多人民都願意只受一審級審判就終局解決紛爭，他只求儘速決定輸贏而已，則就某些類型的紛爭事件，僅設一或二審即足。在美國曾發生過這樣的事例：於遭遇交通事故後，兩方當事人都說對方有過失而爭執不休，於是便在一位公正人士面前，合意決定採用擲銅板的方法來定勝負，亦即，如是正面，則由甲方賠多少錢，如是另一面則由乙方賠多少錢，他們只是為了要儘快決定一個權利義務的範圍而已。因為一如「解析表一」中A類型事件的審理一樣，須要先認定過去的事實才能下裁判，在因於交通事故的損害賠償事件之情形，誰有過失行為乙事，在碰撞之瞬間均已成爲過去的歷史事實，恐非僅增加審級之審理所能查明解決，通常愈高審級（如：最高法院或高等法院）愈比下級法院（如：地方法院）更離開歷史事實的發生時點，所以愈難查明案情之真相，也愈花費勞力、時間及費用。

此事應為省思如何改善訴訟制度之基點，據此，應重視最初審級法院的功能，而從此來觀察小額訴訟制度或小額輕微事件程序之使用者具有那些需求特徵。就此而言，小額權利人可說都是零星之權利人，散佈在社會每一角落，諸如修理汽、機車或在商場購物受損等情形，此類小額之零星權利人包括社會上必須靠食衣住行才能生活下去之活生生的每一個人，是每天為生活奔忙的平凡人，其存在如動輒被漠視，這個社會即漸漸會變成一個不尊重人性、失去溫暖的社會，因

到處都互不信任，購物時互相猜忌。所以如何維護活生生之每一個平凡人的存在價值與尊嚴，最重要的是對其零星之小權利受害加以迅速救濟，使他每日的生活都很安心，不會認為買東西當然要考慮到必有瑕疵之問題，而是認為縱然買到有瑕疵之商品也必然會得到迅速而應有的救濟。為此，須特別留意的是，由於其權利是小金額的，所以假使對其權利侵害之救濟程序增加審級或拖延時間作成裁判，即不能使其獲得應有之相當補償，此即違反「費用相當性之原理」，終於造成小額權利人不願請求司法救濟的後果，因為沒有人權利被侵犯未得到相當補償卻仍想到法院白費勞力地捐一筆錢。

由此方面言之，健全小額訴訟制度也是為了特別照顧一般平民或薪水階級，因其為整個社會之絕大部分，依據費用相當性原理，應確保小額權利人之提訴與應訴之機會。亦即，如其有請求權或抗辯權應使其有迅速提出主張之機會，為此須保護其提訴及應訴之機會。此與方才所提之管轄問題也有關，在此，應思慮：倘使類此之零星權利人仍須依通常訴訟程序或相當花費勞力、時間、費用之程序方得請求救濟的話，他豈非勢必不得不放棄其實體法上權利以及提訴或應訴之權利，他可能認為只好也想辦法在他自己工作崗位上也製造瑕疵之工作成果以求自保。此即從費用相當性之原理來看，小額訴訟制度之使用者所具有之特殊性。從此可知，其制度上需求平民可輕易接近、使用的、合算的、人性化而溫暖的程序結構。

〔解析表一〕

事 件 類 型	個性、特徵 (a)	判斷之關聯事實資料 (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	聲請發支付命令事件 △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
C	本票票款追索事件 △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性）	△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→B(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)

[解析表二]

簡易事件所需求之類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論：

程序特徵	程序轉換需求之有無	程序法理之交錯	因由(例示)	對管轄之需求	對律師代理需求之強弱	審級需求	第二審結構	對程序方式之其他特殊需求
事件類型	由簡易程序轉換為通常訴訟程序→依合意聲請或職權⇨○	△程序前階段→非訟法理→基於簡速需求之非訟化 △程序後階段→訴訟法理	何以需求轉換程序？ 何以需求交錯適用程序法理？	應修正「以原就被」原則，限制合意管轄等⇨○	宜寬認本人訴訟，但不必排除律師功能⇨○	不宜寬認上訴三審⇨○	改採覆審制之必要性⇨○	
(1)一般簡易事件(除下列外之民訴法四二七條一、二項事件)	○	○	訟爭性顯現、烈化	○(裁量移送可)	○	○(統一法令非目的)	○	
(2)小額事件(約新臺幣十萬元以下金錢或動產請求)	○	○	案情複雜性之顯現	○(裁量移送可)	○	○(一審原則)(統一法令非目的)	○	△費用之低廉性→合算性 △依職權運作程序→程序方式之自由裁量性 △非職業法官運作可能性→衡平法理、非必依實體法理 △執行之確保
(3)經界確定事件	○	○	所有權範圍為爭點					
(4)一般票款事件	○	○	原因關係存否為爭點	○(裁量移送可)	○			△兼採酌定擔保之假執行 △停止執行制度之修正配合
(5)本票票款追索事件(票據法一二三、非訟法一〇〇條)	○	○	非訟化需求	○(裁量移送可)	○	非訟化審理	非訟化審理	
(6)利息請求事件	○	○	基礎關係(消費借貸)存否為爭點					
(7)發支付命令事件(民訴法五〇八條)	○	○	訟爭性顯現	○(裁量移送可)	○			
(8)共同海損事件(海商法一六一、非訟法九九條)	(事先選用程序)		非訟化需求					△自始協議不成而訟爭，依真正訴訟事件審理程序 △明認兼用仲裁程序→非訟裁判之效力不應亞於仲裁判斷之效力

叁、小額輕微事件之審理程序

(一)審理程序之要素、內容

(1)審理對象之篩選

試根據上述之法理，檢視小額訴訟制度之審理程序所應具備之要素或內容的結果，先要確認清楚的是，不需求循通常訴訟程序審理而可謂為小額輕微事件者所具備的共通點是：其一，非屬涉及身分關係之事件，此因身分地位關係之存否、發生或消滅等紛爭往往非以財產價值所能評估，不應以費用相當性原理為準；其二，原屬應由民事法院第一審處理之事件，此類事件特別需要得到具有充實、健全的程序內容之第一審來審理，而不是借重上訴審之功能發揮，因為審級之增加將造成不經濟，而終使小額權利之實現變成有名無實，所以是屬於難耐三審拖延的事件類型；其三，係屬需求循特別程序處理之特定類型的小額輕微事件（petty litigation, small cases, small claims, Bagatellsachen），此類事件不宜於程序方式之複雜化、嚴格性（如：嚴格的法定管轄、訴狀之撰擬、嚴格的證據法則）；不適合於全面採行訴訟法理（含辯論主義、處分權主義、必要的公開法庭辯論等在內之程序法理）；無法忍受高額的勞力、費用、時間之支出。因為愈嚴格要求遵守程序方式或程序愈複雜，則其所須花費之勞力、時間或費用也愈多，如因此可能招致特定類型事件難以得到有效率的司法救濟之後果的話，對於此類事件之審理程序或方式，即應緩和其嚴格性或複雜化，以免此類事件有待救濟之權利價值會被消磨掉，所以其需求較簡單化之程序方式。

由此角度觀之，有關小額輕微事件之程序對象的篩選——決定是否要將何種事件作為小額輕微事件審理程序之對象，依「費用相當性

之原理」為標準來想時，可大別為二大類：第一類是輕微事件，乃屬案情輕微但其訟爭標的未必小金額之事件類型。此種事件係以「解析表二」內所示事件類型(1)之一般簡易事件為主，其特徵是特別強烈需求為簡速之裁判，其金額雖不一定很小，但其案情往往比較輕微，因為其案情輕微之機率較高，如仍依通常訴訟程序之法理進行審理，將是相當不經濟；由於此類事件之當事人間為實質上訟爭之機率較低（如：票款請求事件之當事人提出原因關係抗辯之機率並不高）所以就其事件之性質而言，特需以簡化之程序處理，以迅速實現權利。

第二類是所謂小額事件，其訴訟標的之金額（價額）特小，但不一定僅限於金錢之請求。例如請求交付機車等特定動產之情形，亦可能係小額事件。此種標的金額特別小的事件常是平民間所頻生而與日常生活有密切關係者，尤其，此種事件之權利主張者一般無法支付高金額之律師報酬，亦無法忍受訴訟之拖延而造成勞力、時間、費用之浪費。

可知，以廠商企業為原告之收取金錢債務事件不宜或不應列屬於小額事件之範圍，美國某些企業廠商因見小額事件之程序進行速度很快，乃設法多用之，致其小額法院被部分廠商濫行作為大批討債之用，而有失設立小額訴訟制度之本旨，因此，小額訴訟制度之設也應考慮到如何限制原告適格之問題，亦即，原則上應將廠商排除於可當原告之範圍外，故此種事件通常應是平民互相間有所請求或平民為原告之事件。再者，與此有關者為如何劃定「小額」之問題，亦即究應以五萬元或十萬元為「小額」？此涉及社會經濟之實際水平現況，如「解析表二」內事件類型(2)所示即係參酌此項標準所擬定。其次，所謂「小額」之判斷亦可考慮：其訴訟標的之價額是否已小到無法忍受依通常訴訟程序（應循嚴格之訴訟法理為審理之程序）支付報酬委由律師進行訴訟之程序，倘屬責由起訴者選任律師為訴訟代理人係不合算

之事件，則可列為小額事件之範圍，此亦可為一個標準，此係以勞力、時間、費用上合算與否為斷；另外，如在這社會上薪水、勞工階級較多時，則以薪水、勞工階層全國每一個月薪水之平均數額為準定之，也是一個方法。總之，此乃涉及立法政策之問題。

不過，值得併予留意的是，如果小額的權利受害是大量（多數）發生的情形，則牽涉宜另循集團訴訟（class action）的方式處理之問題，未必適合於列入上述小額事件的範圍，一般的小額訴訟程序係為處理少數發生且屬小額的事件。依上述標準，更具體言之，小額事件之種類可能包括下列種種：例如各種小額的損害賠償事件——以通常交通事故之損害賠償為例來說明的話，譬如往往會聽到有人坐公車腳摔壞了，往往都懶得提起訴訟，這也是由於小額訴訟制度不健全所導致的權利受害未獲救濟。在此情形，如果受害人有辦法將坐在旁邊之乘客都請到公證人面前作成公證書，然後拿著公證書到小額法院來，為了有效率的救濟權利受侵害，難道不應制定法律容許法官馬上判決受害人勝訴？法律就此類情形，並應考慮允許立刻依職權開始強制執行或通知車主，限其於兩個星期內賠償損害，不賠時可酌加罰兩倍。如為了安定社會、提高司機之注意程度以提高生活品質，應考慮採行此類措施。

其他如：通常生活上所發生之押租金、租金或工資等請求、小金額之消費性融資、借貸、零售商之價金請求、通常消費交易之產品瑕疵的救濟、利息或涉及利息最高限制額之權利救濟（如：訴請裁判確認就特定借貸關係超過若干金額以外之利息債權不存在之情形）、相鄰人間無法成立調解時所必要之相鄰關係權利義務之劃定、平日一般醫療費或小工程之承包或修理（廚房或車庫等之裝修）等工程款之給付請求等等，均可列屬小額輕微事件。總之，何種事件應列為小額輕微事件，實際上當然是參照上述之基本認識，依立法政策、訴訟政策決定

之問題。如整個社會對於上述之法理基礎均有相當之認識，則認識之程度愈提高，其對於設立小額訴訟制度之需求也將愈為迫切，而也因此影響及立法政策與訴訟政策之共識形成。

接著，牽涉到這些小額事件到底應適用含有那些要素、內容之程序法理（亦即與通常訴訟程序不同的程序法理）為審理之問題，以下先從管轄的調整問題加以說明。

(2)管轄之調整

管轄之調整可分兩方面說明，其一是，應適度調整定管轄之原因事由：方才在「壹、緒言」部分也當做例子提過此事，例如應就小額輕微事件酌予修正「以原就被」之原則，承認小金額權利人住居所所在地之法院有專屬管轄權，酌採「以被就原」之原則，而非一味依照現行民事訴訟法第一條或第二條定管轄。德國關於通訊教育之法律即設有此類規定，在此類規定下，譬如訂閱「空中英語教室」之類廣播教材的聽眾或讀者，雖然從其住處台東匯錢給設於台北之公司或出版社，而依該出版公司的要求，約定將來發生紛爭時，要到公司所在地台北來起訴或應訴，縱有此契約，法律卻明文規定專屬於通訊教育收聽者住居所地之法院管轄，以保護收聽者。在此情形，假使有時發生不公平，或可認為係乘消費者（小權利人）之急迫輕率或違反誠信原則時，另可再承認法官可依職權裁量或因小權利人之聲請，移送該事件於對雙方比較公平之法院管轄；此外，亦可訂明：在以企業廠商或法人為原告之情形，得因被告債務人之聲請或異議，由法院依職權移送於債務人住居地之法院管轄，藉以通權達變解決問題。經依如上調整定管轄原因之結果，小額權利人或經濟上弱者，即可不必支出採算顯不相當之勞費，而能受應有之程序保障（參照民事訴訟法研究會第三十二次研討會紀錄內本人之補註六——載「民訴研討(三)」五一八頁以下）。

關於管轄權的抗辯或有無之爭執，應儘可採取強化闡明權或依職權調查證據之方法解決。向來我國實務上或教科書中多泛言管轄權之有無是職權調查之範圍，實際上這樣並未解決問題，而應依管轄之種類、性質及功能之不同，分別處理。就通常訴訟程序而言，在任意管轄等偏重私益之情形，係允許當事人來決定管轄法院的，此時雖說管轄之有無是職權調查事項，但應非屬職權探知主義所適用之範圍，而應依辯論主義蒐集判斷有無管轄權之資料。但是，與此不同，在小額事件因其權利人之攻擊防禦能力較為薄弱，倒應該或可以允許法官某程度強化職權調查事證之權限——從立法論上酌予擴大職權探知或裁量之權限，以助小權利人為管轄之抗辯，而彌補民訴法第二十八條未承認被告有移送管轄聲請權之不足。

其他，例如就票款請求之情形，也有酌予調整定管轄原因之必要，現行民事訴訟法僅規定付款地之法院有管轄權，但並未規定執票人所在地之法院有管轄權，此實不無違背票據流通性原則之嫌，因為一張票據在台北發票，輾轉流通到台東、花蓮、屏東等各地，乃屬票據應有之功能，而且，實際上無一執票人是從屏東、花蓮等地遠至付款地台北來領錢，幾乎都是委由當地銀行交換，為配合此種票據功能，也應承認執票人住居地之法院有管轄權，以利執票人實現票據權利，像這類情形也可以根據管轄原因之決定會否阻礙迅速實現權利之觀點，加以調整管轄之問題。因此，僅將票款請求事件列為應依簡易程序處理之範圍（如：民訴法第四百二十七條第二項第六款），而未同時採調整管轄之措施者，仍難謂已賦予充分之程序保障機會。

(3)程序轉換之需求

為了因應程序保障之多樣化需求，並兼顧滿足達成慎重而正確的裁判之基本要求及達成簡速裁判之基本要求，如在上面貳(-)(2)所述，

應設法使當事人有機會選用以訴訟法理為主要內容之程序或兼採非訟法理為內容之程序。此外，與如何構成小額輕微事件之審理程序內容有關，也應承認其有轉換、改用程序之需要，因為上述屬於小額輕微事件類型的事件，通常之主要需求固然是迅速處理，但偶而亦可能涉及實質上爭執，且案情複雜之情況，此時如能許其得聲請改用程序——即由簡易之小額訴訟程序變換使用通常訴訟程序，則更可兼顧上述兩種基本要求及多樣化的程序保障需求。例如票款請求事件通常固然需求簡速裁判，但如涉及原因關係抗辯，則在當事人間可能有改換為使用通常訴訟程序之需要，以便借助於以訴訟法理為主要內容之程序，而受較慎重而正確的裁判。承認此種轉用程序之制度比沒有如此承認，將更能貫徹憲法第十六條訴訟權之保障所必須具備的上述兩方面的程序保障之基本要求，此點係向來程序法學上較未充分注意到的，而此次之簡易訴訟程序法修正案已於第四百二十七條第四項有此類規定，誠屬進步之立法，頗值得肯定。

小額事件有時亦牽涉到複雜的實質上爭執，亦應循此方向，於將來創設制度時，考慮在一定要件下，亦使其有選用或聲請轉換程序之機會。當然此另牽涉到待會要說明的其上訴審是否採覆審制以及要承認幾個審級之問題，非謂僅可轉用為以三審為內容之通常程序。如果照下面個人所主張，小額事件之審理程序採兩審即可，其第一審之小額法庭為相當簡化的程序，以不必開庭公開辯論，而得書面審理（採非訟法理）為原則，其上訴審則採覆審制，由地方法院之合議庭行必要之公開辯論，裁判之基礎資料重新徹底審理即使其判決確定。此種方式可在第一審迅速過濾許多無實質上爭執之事件。以向來及目前之審判實務言，往往在上午九時至九時零三分之間排了許多票款事件，這是因為受訴法官也有其不得已的情況，因他不確知應否或可否為一造辯論判決，若合法送達、一造無實質爭執而未到庭，則依一造辯論

判決，兩三分鐘內終結多件非不可能，因其筆錄由書記官於退庭後緩行製作即可，形式上只須點名而已。然若當事人間有原因關係之抗辯時，其後預定的各事件之庭期即會全部受影響，對各該當事人及律師均生浪費。像此類可以一造辯論判決的事件——預定在兩、三分鐘內可為判決的機率相當大之事件，應可設法先以書面審理過濾之，真有必要時才開庭為實質審理，那時有需要的話再將之轉換為通常訴訟程序也無不可。此種無實質爭執之事件的過濾，似為簡易程序很重要之功用，在設計小額輕微事件的審理程序時，為值得考慮之問題。

與此種准許為轉換程序之觀念有關者是，關於方才所提本票裁定強制執行事件，是否要改變向來之判例、實務的處理態度，或另外立法，正面承認在其裁定後相對人提出實質之抗辯時，從那時開始，不要求其重新提起訴訟，而就在非訟程序進行實質審理、辯論並承認其裁定有既判力。如能這樣處理也可以達到程序轉換之目的、功能，因在其程序之前階段可以過濾無實質爭執之本票事件，當其有實質爭執時，則在程序之後階段即開始慎重審理（依嚴格之訴訟法理為審理——〔解析表一〕內A事件類型(d)欄所示原則處理）。小額輕微事件之審理程序似亦應作此類考慮。

此種法理實際上已存在於目前的法律上，例如，在聲請發支付命令事件之程序上，已有此種程序轉換之制度存在，只是向來未從學理上加以分析、認知而已。亦即，於其債務人提出異議以前，可說那就是一個不公開辯論而為書面審理之非訟程序，經異議後即轉換為通常訴訟程序。不過，此種督促程序尚不能用以解決小額事件問題，因為現行的督促程序並未禁止或限制企業廠商當原告，與上述限制原告資格之法理需求不合，兩者之性質有異。

關於程序轉換所牽涉之審級制度問題，尚與究竟轉換為一般簡易程序（小額事件程序以外之簡易事件程序）或轉換為通常訴訟程序乙事

有關。目前之簡易訴訟程序修正法係採用第三審上訴許可制，如果將來設立之小額訴訟制度只獲承認可轉換為此種簡易訴訟程序，而未被承認可轉換為向來之通常訴訟程序，則當事人未必能受到三審級之慎重審理的保護，但較可免受因經三審所可能造成之勞力、時間、費用的浪費，而較合乎費用相當性原理。故轉換之後之程序究採幾個審級，可能會影響轉換之功能，就此，應如何委由法官靈活運用也是一個關鍵。

(4)職權裁量法理之適用

職權裁量法理之適用是指改變如〔解析表一〕中A事件類型(d)欄所示那些法理（訴訟法理），而關於程序之運作及進行則擴大法官之裁量權。在小額事件之審理程序，應酌採職權裁量法理即所謂非訟法理之一部分，以促進作成簡速裁判，而節省勞力、時間、費用，此乃根據費用相當性之原理所應然。在此程序上，應允許受理之法官可依其裁量決定要以書面或言詞為審理，倘法官依原告起訴時所提出之資料認為其本人之供述已得到某程度之心證，則不開言詞辯論立即予以判決亦無不可。俟對造上訴時，再送由第二審合議庭詳細慎重審理。亦即此之第一審程序係兼採書面審理主義與言詞審理主義，何種情形或事件須要以言詞或書面為審理，係委由法官依職權裁量。類此之立法例如德國民訴法第一百二十八條第三項之規定即是。其規定之內容為：就訴訟標的價額在五百馬克以內之財產關係事件，如非須由律師代理者，法官於認為此事件之當事人因路途過於遙遠或有其他重大事由存在致不能期待其到庭時，得依職權命不開言詞辯論而直接以書面審理。此項規定係以「費用相當性原理」為其立法之根據，因為就五百馬克以下之事件，如仍要求必等當事人從路途遙遠之地方到庭參與訴訟程序後始得判決，根本是得不償失的。

另外，在小額事件之審理程序，應許由法官裁量採用自由的證明程序，而不一定要遵守訴訟法所規定之嚴格證明程序。例如，關於證據調查不一定都要經提示之程序，當事人如到庭固要提示，但有時非必如此；又，應明文承認：假使證人在遙遠之地方到庭非易，而可提出其在公證人面前作成之認證書，或事先根據法官之指示，已依法官所要訊問之事項在公證人面前作成供述書時，受理小額事件之法院或簡易法院均可根據此種公證書面即下判決，而不必一定要通知證人到庭訊問。否則，如果證人一經領取旅費時就會超過小額之權利金額，若無此制度，小額權利人因顧慮要花費證人旅費之結果多將放棄主張權利。韓國之民訴法修正案甚至就非小額事件也提到此方案。亦即，縱使在通常訴訟程序亦可考慮酌採此方案，而授權法官決定，於法官認為沒必要通知證人到庭時，可指示想要訊問之事項，命證人直接到當地公證人處作證，而後將公證書面提出於法院。通常程序可如此，小額事件更然。所以公證法也應配合此需要修正。尤其，研修中之我國民事訴訟法第三百二十條若就通常訴訟事件（非小額而特需慎重審理之一般事件），將來更強調加強當事人或律師之發問權，則就特需簡速裁判的小額事件，依上述公證書面來採證之可能性即愈須加強，因屆時愈依通常程序即可能愈花費勞力、時間、費用。

至於小額訴訟之提起，其起訴狀除允許當事人利用例稿外，應從寬承認法官可以幫助當事人修正起訴狀中之訴之聲明及事實理由之記載，如此小額權利人方能得到真正之救濟。甚至在法律上允許書記官能就訴之聲明，參照法官之提示，予以修改或補充事實理由等等，而非僅憑當事人之言詞聲明作成筆錄而已。

當然，如上所述，職權裁量法理之另一內容是，要否於公開法庭開庭亦由法官決定之，正如同非訟事件之法院要否在公開法庭為審理也是由法官決定。在此特須說明的是，關於要求在公開法庭為審判乙

事原有其歷史背景，亦即，在十九世紀初期要求須在公開法庭審判係爲了要得到人民對司法裁判的信賴，乃由人民在公開法庭監督法官，而作爲一種政治上之訴求手段。可是，晚近已非認爲就任何事件均須如此，認爲就某些類型的事件之審理，只要保護當事人間有充分的攻擊防禦之機會即足——亦即，保護當事人互相間之公開，使其能充分閱卷，充分辯論即可。關於在公開法庭審理之保障就特定事件並沒有很大需要，在我國較易解決，因爲在日本其公開審判是規定在憲法，而我國與德國之公開審判是規定在法院組織法，故較易於從立法政策上解決此問題。因此，就小額事件之審理程序而言，是否在公開法庭審理，可由法官依職權裁量法理決之，能如此，則將來可視都市之需要，甚至於由法官決定在夜間或假日開庭或開巡迴法庭等，以利對於小額權利之救濟作成迅速而經濟的裁判。

再應予指明的是，小額事件之事實認定及裁判，未必完全受拘於實體法規範，應容許法官審酌各種情況，依衡平之法理爲裁判，此即承認其有實體法上非訟化之情形，使實體法上要件事實抽象化、概括化，而擴大法官之裁量可能範圍。亦即，就固有的通常訴訟事件而言，其審理程序例應先認定要件事實存在與否，譬如在訴請確認所有權存在之情形，應先就〔解析表一〕中A事件類型(b)欄所示有無時效取得之事實加以認定，如此往往須花費許多勞力、時間、費用，此乃因要嚴密遵守實體法所不得不然，因所有權之有無取得於當事人間有爭執時，一定要審理其取得所有權之要件事實存否。但是，在小額事件，爲了滿足簡速裁判之基本要求，並顧及費用相當性原理，應允許法官不一定要依實體法規範來審理，而兼採衡平法理於認爲公平時即可裁判（關於非訟化現象，請參照民訴法研究會第二十三次研討會紀錄內本人之報告說明——載「民訴研討(二)」四四五頁以下）。因爲要認定過去之要件事實往往須花費勞力、時間、費用，小金額權利實無法忍受此

種花費，故由法官依衡平法理而不一定依實體法之規範來判斷，因此，就小額的損害賠償請求之審理，不一定要就其所涉過去事實爲嚴密的調查證據，於第一審法官依自由的證明形成某程度心證（確信）時，即可酌定適當之金額而爲裁判，藉此可節省勞力、時間、費用。

與此種證明之程序有關，應承認就小額事件之審理須擴大職權探知主義之適用可能範圍，亦應設如非訟事件法第十六條依職權調查證據之規定，而某程度修正舉證責任分配之原則。雖然當事人爲得到勝訴之判決，如其不認真提出資料，實際上將有遭受不利益裁判之危險，爲了要避免此種危險當事人多會認真舉證，不過，此爲另一回事。在此所要強調的是，就小額事件之審理，爲充分顧慮舉證能力之不均衡、保護弱者，原則上應承認法官可依職權蒐集形成心證之裁判基礎資料，此亦爲適用衡平法理所必要。如此之處理即相當具有仲裁之性質，仲裁之理念與小額法庭之理念有相通之處。美國之小額法院固然相當強調此方面之性質，而澳大利亞就小額事件之處理，亦承認有此種法理之適用。因爲小金額權利忍受不了多所勞費而慢慢去認定事實。除此之外，例如也應擴大闡明權之範圍，方才已提過；又應盡可能一庭辯論終結，然究應開期日一次或兩次是訓示性規定，重要的還是予法官自由裁量。

又，小額事件之證明程序應同時考慮容許降低證明度。在通常的訴訟事件之事實認定，心證之程度要到達客觀之證明度才能認爲某事實爲真或是存在的，而非屬真偽不明。在小額事件如爲了要達到相同之證明度而多花費相當勞力、時間、費用去蒐證，將有不合費用相當性原理之虞，因此，應適當降低證明度，只要心證之程度到達低度之證明度時，即可認爲法官已得心證而可下裁判。

而且，應容許小額法院之判決書可引用起訴狀上記載之事實，或當原告委任有律師爲訴訟代理人時，可由法官在律師寫好之判決書上

簽名作成之。此種方法尤其適合採用於一造辯論判決或缺席判決之情形。諸如此類方式之採行，均可授權法官依具體狀況裁量決定之，以便利徹底簡化程序。至於其他省略判決理由、省略言詞辯論筆錄之記載等，此次修正簡易訴訟程序法也已顧慮及之，現在不再說明。至於原告訴之聲明所請求給付之金額，在上述衡平法理所適用之範圍內，應允許原告聲明為：判令被告給付法官認為適當之金額予原告，或在一定金額內請法官決定適當之金額命被告給付。要之，不應僅因原告在起訴時未表明金額就馬上認為其起訴不合程式，或於命其補正後逕將之駁回，而應有經闡明權或裁量權之行使予以補正之機會。此種聲明方式於德國實務上，就有關損害賠償請求之通常訴訟程序已被允許，因為，就此種非因交易行為所生紛爭，由於證據上不充分或對於法官所得心證當事人無法在起訴時充分預測到，故允許當事人於一定要件下，在通常程序亦可聲明請求受訴法院判決命被告給付法官認為適當之金額，以符對原告之期待可能性。小額事件更可允許做此方式為訴之聲明。

綜上所述，關於小額事件之審理程序，可謂應予法官相當大之裁量權始能濟事，至於也應賦予相當之程序保障，乃屬當然的另一回事。因此，今後重要的是，審理小額事件之法官，最好或必須由有相當豐富之實務經驗的法官充任之，因這樣才有辦法運用相當簡化之程序交錯適用訴訟法理與非訟法理，發揮通權達變之功能。

(5) 律師之功能

關於通常訴訟事件之審理，律師之參與可發揮抑制不必要紛爭、提昇審判效率、促使裁判公正等等功能，因此，有認為應將現行民訴法所定委任非律師為訴訟代理人時法院可加以禁止之內容，予以修正者。研修中之草案認為應予修改為事先須經審判長許可。但是，值得

同時認清的是，假使律師制度或法律扶助制度尚未健全的話，愈要求當事人於起訴時須使用律師制度，將難免愈造成使其不得不放棄起訴主張權利的後果，此對法治建設必有負面的影響，不可不慎，因為當事人經思慮委請律師並不合算以後將只好斷念於起訴。故如要強制當事人使用律師制度一定要配合以同時或事先健全其周邊制度，例如律師之報酬金應為社會上一般人所能預測到，若其無明確之標準，則很多人就不願意委請律師，終使上述之律師功能無從充分發揮作用，法官之負擔也就難能減輕。此外，先健全好法律扶助制度（如：經由法定之國庫補助，健全律師對平民之扶助制度或金錢扶助等），也是強制性要求使用律師的必要前提。

基於此項基本認識，如從費用相當性原理考量小額事件之特殊性，不難認知小額事件之程序須允許本人訴訟。此與方才說明的職權裁量法理亦有密切關係，因為在本人訴訟，由於當事人對法律知識較為欠缺，自需要獲得更大範圍的法官闡明權之相助，此亦待於較有素養、經驗之法官方能勝任，以真正達到過濾訴訟事件而發揮全面減輕法官負擔之作用。不過，小額事件並非均不允許律師參與之，如將來認為法官之員額一下子要增加不易時，尚可在法律上規定，允許由法官選任律師為仲裁人或為調解委員等，以為仲裁判斷或提供解決紛爭之方案；或強化其提供法律諮詢服務；在此等方面律師亦可能扮演重要之功能。值得併予注目的是，日本之簡易事件（簡易法院所受理之事件）中，未由律師代理的件數占百分之七十八點六（我國並未為此統計工作），由如此高之比率可論證，就小額事件將更需要許由當事人本人進行訴訟。反之，德國區法院（Amtsgericht）所受理之輕微事件中有百分之九十均係由律師代理，此乃因為德國有較健全的訴訟救助制度及訴訟保險制度，主張權利之當事人每可依法無償或領取保險金以委任律師為訴訟代理人。如此經律師之處理，通常可發揮減輕法

官負擔之功能，因律師已將法律關係整理清楚。在法國亦多由律師代理參與小額事件程序。這些表示要看各該社會之周邊制度健全與否始能判斷，不可一概而論。惟以我國法治建設之程度觀之，現在要設訴訟保險制度，恐非三、五年內所能完全做到。在我國，關於小額事件程序，將仍以當事人本人訴訟為中心，而在此種可預見的狀況下，致力於健全法官闡明權之行使以為補充，方為捷徑。當然，律師界尚可能做些其他工作，例如律師公會可成立**仲裁委員會**，並立法承認小金額紛爭事件可由律師公會所設立之**仲裁委員會**仲裁，然後承認其仲裁判斷發生與判決相同之效力等；或充實各種**法律諮詢機構**（如：各大學或地方自治團體之法律服務社等）或透過消費者團體督促處理，亦有可行性。

(6)其他

關於小額事件之審理程序，其他尚可補充說明者還很多，雖然限於時間無法盡述於此，現再舉述一、二：例如在通常訴訟程序要否允許當事人本人可當證人（可為證據方法），固屬要事。在英美法中當事人本人係最重要之證人，有其值得肯定之處，因為律師與法官通常都比當事人本人更遠離紛爭事實發生之時點，而較不知事實之真相為何。一般，當事人本人係於遭遇紛爭而看到事實真相並解決不了紛爭以後，才委任律師準備起訴，此時已經過數天或幾個星期甚至幾個月或幾年了，等其起訴以後，受訴法院距該時點就更遙遠了，故法律專家是離開事實真相較遙遠的人。鑑於此，奧地利、德、日、瑞典、丹麥、芬蘭等許多國家均在一定條件下承認當事人本人可成為證人，以利發現真實之制度（詳請參照民事訴訟法研究會第三十四次研討會紀錄內本人之報告——載法學叢刊第一三八期，收錄於「民訴研討(三)」六四二頁至六五一頁）。此種重要之證據法制至今尚非我國民訴法所採納。可

是，個人以為縱使認為現尚非採此制於通常程序之時機，至少在構想中的小額事件程序裡，應可先明予承認當事人本人可以當證人，以利儘速審理小額事件，一八七三年奧國亦始用於此（參照前揭報告內參二(二)之說明）。亦即，在小額事件，如無法迅速得到其他資料時，根據原告或被告本人之證言如已可得到某程度之心證，應可據以認定事實並為裁判。

又如，應變革向來之觀念以處理裁判費、訴訟費用之問題。亦即，關於裁判費、訴訟費用，應規定為就小額事件在特定情況下可**免予徵收費用**或比通常訴訟程序所收取之比率更少，此係根據如下之基本觀念：使用法院時向當事人（原告）徵收裁判費，應非使其負擔使用公權力之對價，而是為了要防止他濫訴（濫用訴訟制度）。基此觀點，小額訴訟有關的**強制執行聲請費亦應減免**，或**擴大訴訟救助**之可能範圍。甚至，應設法責由地方政府或中央政府固定撥置相當之基金，以彌補此方面費用之不足。此外，若真要建立小額訴訟制度並使其健全落實，更可考慮採**程序費遞增制度**，即起訴主張之標的金額或價額愈多則對其徵收之費用也比率愈高。如此，原告就會考慮到他真正的權利有多大，更會據實以告，因起訴請求的金額愈多不一定就全可獲得勝訴，但其訴訟費用、裁判費受損的可能性則愈大。

他如，於簡易庭內設**小額法庭**，設許多庭或按區設庭或另設置巡迴法庭等等，這一類考慮也應以便利主張小額權利為著眼點。此與方才所說要由經驗豐富、能力素質較高之法官擔任小額法庭之法官，亦有觀念相連之處，而也為了補充程序簡化或程序保障不足所可能造成之不利益。基於同一類理由，應避免由法務官、法務人員或法官以外之人擔任小額法庭之法官，因為小額事件與人民之每日生活有密切關係，是提昇人民對司法信賴之最佳機會、場所，故應儘可能提高其裁判品質，使人民相信小額訴訟制度及司法。

另外，上面亦略談到，應限制成爲原告者之資格，必合乎一定要件時才可成爲原告，廠商不宜無限制成爲原告，固已如上述。其他，受讓債權之人也應受某程度之限制，在美國就有律師專門受讓許多小額權利，匯集變成大權利，然後專門以進行此種訴訟爲能事，如對於此類受讓債權之人全不限制其成爲原告之資格，或毫不限制其提訴之次數（以電腦設備即易於查出），將難免發生濫用小額訴訟制度之情事，違背其制度之旨趣。

(二)救濟程序之特殊性

(1)上訴審之構造型態

關於小額輕微事件之審理，特須探討：是否應允許提起第三審上訴？究應允許幾個審級之救濟？是否宜如同現行民事訴訟法仍採取續審制？抑應改爲覆審制等問題。探討此類與審級救濟制度有關之問題時，先要確立之基本觀點或應有之基本認識是：憲法並未就訴訟事件之審判明定應採用幾個審級，亦未規定一定要採三審級，而是允許從立法政策上考量權衡的；又，基於訴訟經濟、費用相當性之考慮，必須留意審級愈多對小額權利之救濟愈不經濟，終必造成無法實現其權利之後果。依此想法即不應立於向來之前提下處理有關上訴審構造型態之問題，亦即不應仍如向來那樣認爲審級愈多即屬程序保障之賦予。爲了滿足簡速裁判之要求，關於小額事件之審理，應特別強化下級審法院之功能，不應仍然沿襲著向來實務上輕視第一審之態度。如上主張應由富經驗之法官職司此類事件之審理，即係基於此理。在德國地方法院下之區法院，其法官之資歷與第二審法院並無差別待遇，可供參考。將來我國法官之升遷或待遇應以年資等項而不應以法院之

審級爲準定其高低（併請參照本書第一篇註三十五內(2)之說明），俾促使許多優秀而能力强之法官都留任第一審成爲審理小額訴訟之法官，以符設立小額法庭之本旨，而鞏固法治之根基。倘再從此觀點視之，應可知小額事件之審級宜儘可能減少，此次民訴法修正時就簡易訴訟制度所採取之「裁量上訴」——對於第三審上訴之提起，非由最高法院決定受理與否，而由地方法院決定許可與否之制度（民訴法第四百三十六條之三），不宜採行於小額事件，其理由有多項（請參照前揭民事訴訟法研究會第三十二次研討會紀錄內本人之補註六中之說明及分析）：例如，採用此制度之德國的背景與我國有別，該制度係以其訴訟事件所涉法律見解具有原則上重要性作爲許可上訴之要件，因當事人對此項標準之預測困難，將增添其實現權利過程之額外負擔，不合其程序費用應特別低廉之需求；小額權利人往往欠缺使用此制度之充分的法律知識，難與其被告廠商處於對等利用上訴制度之地位，該廠商反而易藉機利用其已有之法律專業人員來拖延訴訟之終結……。因此，小額事件之審級制度至多只宜採取二審制或第二審上訴許可制（Zulasungsberufung），倘能徹底充實第一審之審理內容，則只採一審即可，事先發給各位的〔解析表二〕內事件類型(2)是如此主張。

關於小額事件之審級制度的第二個問題是，其上訴審要否仍採續審制？或應重新採用覆審制？簡易訴訟程序修正法除特別規定者外，均是準用通常訴訟程序，其第二審上訴可說仍採續審制。可是，續審制有種種缺失，特別不適合採用於小額事件（關於續審制之缺失，請參照民事訴訟法研究會第三十次研討會紀錄內本人之補註十一——載「民訴研討(三)」三八八頁以下），尤其，對於小額事件而言，續審制有害於其簡速裁判需求之滿足，例如，第一審法院因預慮其判決將受上訴審之重新審查，勢將多費心力於一審判決之作成，乃於第一審即不敢放心爲簡速裁判（並請參照民事訴訟法研究會第三十二次研討會紀錄內本人之

補註十二——載「民訴研討(三)」五二八頁以下)。如採取覆審制，則第二審法院可獨立於第一審判決資料之外，重新蒐證判決，如此將比採續審制之情形，第一審更可徹底簡化，故採覆審制似為就小額訴訟事件能否徹底簡化第一審程序以過濾無實質爭執事件之重要關鍵(參照前揭研討紀錄內同註之分析)。向來，關於通常訴訟事件之審理，我國與德、日等國因採續審制之結果，已造成延滯訴訟終結之問題，如何合理限制隨時提出主義(自由順序主義)以避免浪費一個審級，已是今日之課題，當建立小額訴訟制度之際，尤應就此有所斟酌取捨。

此外，另可採行的途徑是：就小額事件之審理，乾脆採一審制，而均由富經驗而能力强之優秀法官審判，然後一概不允許對其判決提起第二審上訴，惟為救濟較重大之判決違誤，另在一定範圍內從寬允許提起再審，讓再審程序在某程度兼有上訴審法院之功能，使其更能配合小額事件之經濟價值。如允許其上訴於第三審或第二審，且又承認其得聲請再審，則對小額權利人而言，將造成難以忍受之經濟上磨損，頗不合費用相當性原理，關於此點，此次之簡易訴訟程序修正法似尚有值得商榷處。

(2)再審之許否

關於如何解決對小額事件應否認得聲請再審之問題，須有如下的基本認識：依上所述為斟酌取捨之結果，越認為要採取限制提起上訴而減少上訴審之方式，則越須在一定範圍內寬許聲請再審，以利救濟較嚴重之裁判違誤，而賦予受不利裁判者較充分的程序保障，兼顧裁判之正當性要求，尤其，如循上述方向採一審制，則更應擴大准許聲請再審之範圍。

有關不許提起上訴，但容許以聲請再審作為聲明不服之特別救濟手段者，有德國原來的民訴法五一〇條之三的立法例可供參考。此

類規定有助於避免因頻頻提起通常上訴致違背小額事件之簡速裁判要求，不無值得肯定重視之長處。此外，在奧國，為因應配合其所採限制通常事件提起第二審上訴之措施，亦有擴張再審事由範圍之例(請參照前揭民訴法研究會第三十次研討會紀錄內本人之補註十一之說明)。由此亦可察知，期待再審制度功能之活性化，並非不可能。

(三)強制執行之確保

從制度上確保小額權利終能獲得執行之成果，實乃小額訴訟制度能否成功之一大關鍵，因為該權利人並不是想要拿到一張判決書放在客廳當裝飾品而已，其制度之目的乃是為了要迅速實現權利的內容，以資生活，能如此其制度才有意義，故強制執行之確保甚至可說比方才所說明的程序簡化需求更重要，如此才不致於使上述「職權裁量法理」之適用所要追求之目標或簡化訴訟程序之理念全部落空。

關於探討如何擬定確保小額權利之強制執行的可行方案，首應留意致力於使法院在判決宣示之同時，即刻或儘速對小額權利人所取得之勝訴給付判決賦予執行之實際效力。有助於此之方案可能有種種，例如：在被告為企業廠商之情形，為了保護經濟上弱者即小權利人，應擴大依職權宣告假執行之範圍或寬許免供擔保之假執行，且要求法官於為裁判時依職權在判決中，同時確定訴訟費用額並命付律師之報酬金，使其一併取得執行名義，而不必再另循所謂「確定訴訟費用額」之程序處理；又，在一定條件下，應可允許由下判決之法院依職權逕開始強制執行程序，此點較類似於承認由非訟法院就其自為之保全處分(如：在有關於女監護事件之審理中，有時非訟法院為保護未成年之孤兒小孩，需要為假處分)直接為執行；還有，聲請強制執行之費用似應改為向執行債務人收取，而非在為執行之聲請時先行向執行債權

人收取；爲此，對執行機關應特別寬列相當之經費預算，以爲救濟小權利之資。

再者，對於特定債務人之廠商或被告爲執行時，如其營業係屬應由政府主管機關發給執照之情形，可考慮允許由執行法院裁量以吊銷執照作爲強制執行（間接執行）之一種手段，亦即於一定要件下，得由執行法院通知廠商所屬營業主管機關，囑其於法院所通知於債務人之一或二個星期之賠償或給付期限內仍不自動履行時，停止該債務人一定期間之營業或吊銷其執照，藉以減少執行債權人（小權利人）受不必要之犧牲或浪費；就強化其他可配合實現小權利之措施言，可在相關之法令訂明要求對社會上之小權利比較可能發生糾紛之廠商或較可能成爲被告之人，應於交易有關之收據上（統一發票上）標明其營業負責人之姓名、住所等等，以便利小權利人爲追究責任提起訴訟時列明被告；其他，也可考慮訂立適當的制裁方法，例如規定債務人於受通知一定期間後故意不履行時，執行法院有權決定科處一定金額之罰鍰等，此時係由執行法院兼司判決法院之某程度功能，亦屬非訟化處理之一方式（本人另曾主張採用非訟化審理方式處理生活妨害制止請求事件之執行問題，此即經由立法授權執行法院可在一定範圍內確定生活妨害制止請求權之範圍及內容，俾使主張該權利之受害人不必再重新起訴，避免勞費負擔。關於此，請參民事訴訟法研究會第二十六次研討會紀錄內本人之發言及補註十之說明——載「民訴研討(三)」七八、八八頁）；再如，另考慮設補償金制度，由政府機關固定提撥相當經費以爲補償基金，對於合乎一定要件之小額權利人，於其不能得到強制執行之效果時，可從補償金提撥一些錢給予補償。設此種制度之根據爲：消費者買到有瑕疵之東西，係一種社會危險所造成，應讓它分散到整個社會上公平負擔，這是爲了促成人民都守法而過法治生活所必要的。

除上述者外，也應預留若干空間，便利因應各種事件類型或不同

情況之需求，譬如，就票款請求事件是否應從寬授權法官改變向來民訴法第三百八十九條所定必依職權宣告假執行之方式，而承認要宣告何種條件之假執行由法官依具體情形決定之，在就票款請求提出原因關係抗辯之機率較高時，甚至可不宣告免供擔保之假執行，或在強制執行階段由法官斟酌依職權決定應否停止強制執行。

如上所述各種方案之採用，能否獲得社會之普遍贊同、支持及其程度爲何，實牽涉整個社會之意識變革成敗之問題。面討我國社會之特殊文化背景，倘認同健全法律意識（權利意識）之必要性者愈多，則循上述方向建立小額訴訟制度之可能性也隨著提高。因此，先於探討小額訴訟制度之程序構造或與之同時，致力於提昇全民之法律意識，乃屬至要之事。

肆、修正後簡易訴訟程序之功能界限

(一) 小額訴訟制度特別立法之要否

認識小額訴訟程序之特徵、要素及內容以後，接著須要探討的問題是，以現行法上之通常訴訟程序或其他訴訟制度是否能夠滿足小額事件審理程序之上述特殊需求？當然，從上述分析亦可察知，通常訴訟程序係爲處理固有的訴訟事件爲主要目的，乃以適用嚴格的訴訟法理爲內容（參照〔解析表一〕內事件類型A之說明），此種程序顯然不合於特需適用相當大部分非訟法理之小額事件。其次，有關處理票款請求事件之訴訟制度亦與小額事件之程序制度有所不同，不可說有票據訴訟制度存在，即可不必另設小額訴訟制度，因爲票據訴訟之原告可能是經濟上強者之企業廠商，就原告之資格、地位未加限制而言，與督促程序近同，不可因此二程序均具簡速性（參照〔解析表一〕事件類

型B、C），即遽認為可代替小額訴訟制度之功能，況且，督促程序一經債務人異議即變成通常訴訟程序，實未顧慮到小額事件所特別需求的上述程序內容；而在督促程序，如裁定駁回支付命令之聲請時，並不發生既判力，此對於紛爭之解決尚未徹底，與迅速而終局的解決小額紛爭之要求，亦不符合；又，新修正之民訴法第四百二十七條第一項所定金額固不能謂屬小額，而其第二項中，雖另將票款請求列入簡易事件之內，依據方才之說明，對於解決小額事件並非有很大助益，尤其因為票款請求之標的金額可能高達數百萬或幾千萬元，而非必屬小額請求，亦與小額事件之特徵有異。總之，修正後之簡易訴訟程序法內所採之法理及其所要處理之事件類型，如與剛才第三部份所說明的那些小額訴訟制度所需求之程序法理相比較，尚有相當大之差距，自不能說可用簡易訴訟程序之修正法直接來解決小額事件之問題。因此，應有另訂小額訴訟制度之必要。

問題是，如採第一種方法設立小額法院，會牽涉到如何增加法院設備（要蓋那麼多法院）之問題，勢必遭遇人力、物力上之限制，一時恐不易獲得國家經費預算之支援。因此，為處理小額事件另設小額法院之構想，在目前似較為困難。其次，在民事簡易庭內設小額法庭之構想是實踐可能的方案，此藉新修正的法院組織法第十條之靈活運用應可達成，因為同條訂明「地方法院得設簡易庭，其管轄事件依法律之規定」，自可於民訴法或其他有關小額事件之特別法中，詳細訂明簡易庭兼管小額事件及其所適用之特別程序。至於第三種可能方法則為在向來或修正後之簡易訴訟程序內，另設若干有關小額事件之特別規定，而以保護小額權利為主旨。其他在民事訴訟法簡易訴訟程序以外，特別制定小額事件法，訂明有關之訴訟程序內容，亦屬可行。此係以制定特別法之方式承認小額訴訟制度，其規定之內容除包含審理程序之內容以外，並可涉及執行上之特別規定，可行性頗高。

不過，上述各節都不是解決問題之關鍵，其關鍵應在法律所定審理小額事件之程序內容，是否依上述「貳」部分所分析之法理基礎，包含「參」部分所說明的那些程序法理，因為根據此等法理才能真正救濟零星之小權利。

(二)修正後簡易訴訟程序法之彈性運用及功能界限

(1)簡易事件之範圍限定問題

由以上之分析，既知修正後之簡易訴訟程序還無法解決小額事件之審理程序猶待解決之問題，而事實上小額事件比一般簡易事件更亟需獲得迅速而經濟的救濟，在此自也須進而一併思考：在依「貳」、「參」所述之法理就有關小額事件之處理制定特別法以前，第一審法官如何充分活用修正後之簡易訴訟程序規定，來儘可能因應小額事件之部分特性需求？此亦係有關於順便檢視修正後之簡易訴訟程序規定對於簡易事件之範圍限定是否妥適之問題。

成為問題的是，修正後之民訴法第四百二十七條第一項是以金額為適用簡易程序之標準，而且係呼應限制上訴第三審之金額而設之規定，其立法之精神旨趣，難謂全無配合實現限制上訴第三審之目的，實與應設小額訴訟程序之意旨，有頗大之差距。此外，其規定尚殘留一問題，即屬於通常訴訟程序處理對象以外之訴訟事件之訴訟標的金額或價額，是否要採二元化之問題，亦即銀圓十萬元（新台幣三十萬元）以下之標的金（價）額是否還要分成二個不同等級，各循不盡相同之程序處理。由於同條項未將小額事件分列出來，所以可謂其並未充分特別考慮小金額事件之特性需求。因此，「簡易事件中訴訟標的金額二元化之制度應否採用」之課題依然存在，須再進一步依上述

「費用相當性原理」及各該類事件所具有之小額事件特性之強弱（需求受簡速裁判之程度的強弱），重新加以探討、解決。此事固然係涉及立法論、立法政策之問題，但從立法上予以探討、解決以前，亦有運用訴訟指揮就現制、實務盡力予以改善之必要及可能，此時，費用相當性原理及所具有之小額事件特性之強弱，應成爲行使訴訟指揮權之指針。

基於此種認識，即使在修正後依簡易訴訟程序爲審理時，就具有如「叁-(1)」所述小額事件之特徵者，應活用訴訟指揮及闡明權，使其審理活動儘可能迎合如上「叁」所述之法理，例如，對於原告爲小權利人而以廠商爲被告之情形，應多予補正聲明及事實理由之機會；應寬許小權利人所爲訴訟救助之聲請，以便利其起訴主張權利；在簡易庭所受理係小額事件時，應優先進行迅速而經濟之審理，以避免加重原告之負擔，致磨損小權利僅有之價值；於解釋適用民訴法第四百三十三條第一項但書准許證人以書面陳述之際，應併參酌證人是否居住遠地，到庭有無困難及對小額權利之實現在經濟上是否合算等情，以判斷其書面陳述之可信度；依同法第四百三十三條之二省略筆錄應記載之事項或依同法第四百三十四條記載判決主文或事實理由之要領時，可視實際情況之需要，酌予引用當事人訴狀或準備書狀之記載……。

當然，根本解決之道，應根據有關小額事件之法理，儘早制定特別法或特別規定。

(2)非訟法理與訴訟法理之交錯適用可能性

其次，修正後之民訴法第四百二十七條第四項承認可改用通常訴訟程序（轉換程序）係正面肯定非訟法理與訴訟法理之交錯適用可能，乃舊法所未有之規定。此從程序保障之觀點來看，應屬進步之立

法，因爲，經由其制度之活用可兼顧追求達成迅速裁判與慎重裁判等二項要求，讓法官依裁量權靈活運用，以因應民訴事件類型之多樣化需求，此等多樣化需求之滿足，僅憑立法上的努力既有一定界限，而難一一預先明定何種事件必依通常程序適用訴訟法理來滿足慎重裁判之要求，故最後只好某程度授權法官自由裁量，法官之裁量會影響到程序轉換前與後之不同的審級制度之使用。

其轉換程序以前之階段係偏重適用非訟法理，其後之階段則偏向適用訴訟法理，此爲採用法理交錯適用法理之新開始，應是一件大事。其成敗之關鍵乃在訴訟指揮權、裁量權之能否善加運用，爲此，特就其如何運用之例，舉一、二請各位指教：

例如在票款請求事件，執票人依新增訂之民訴法第四百二十七條第二項第六款，循簡易訴訟程序提起訴訟後，於審理中，若被告僅提出票據法第二十二條之消滅時效抗辯時，即較不適合准予改用通常訴訟程序，因爲此時之票款請求事件仍不失其需求簡速裁判之特性。可是，如被告是提出一般的原因關係之抗辯時，則適合於轉換爲通常訴訟程序，因爲一般的原因關係原則上本來屬於須依通常訴訟程序判斷、確定其存在與否之範圍，亦即同屬於〔解析表一〕內A事件類型，如求爲判斷一般買賣關係存在不存在等均是。誠如各位所知，對於票款請求程序，如被告提出原因關係之抗辯時，則其主要之爭點往往即在於該原因關係之存否，而以此決定勝負，此時依訴訟經濟之要求，「一個紛爭一次解決之理想（紛爭解決一次性之原理）」或判決理由中判斷，在未發生突襲性裁判之前提下，也應承認其有實質上拘束力等法理，實不宜也不應將原因關係之部分與票款請求之部分分依二道程序（通常訴訟程序與簡易訴訟程序）審理，而原因關係部分係需求依通常訴訟程序慎重審理，故很適合在此情形下將涉及一般原因關係抗辯之票款請求事件全部改用通常訴訟程序。至於爲了貫徹第四百二十

七條第四項允許改用通常程序以兼顧追求慎重裁判之旨趣，應如何與之配合修正或删除現行法第四百六十六條第四項（限制就第四百二十七條第二項之事件提起第三審上訴之規定），尚屬應克服之課題。另一方面，其所抗辯之原因關係如屬於小額事件之範圍（參照參(一)(1)之說明）或屬於修正後之民訴法第四百二十七條所列事件範圍等情形，則連同票款請求多屬性質上不需求依通常訴訟程序為審理之範圍，仍應以滿足其對簡速裁判之需求為重，不宜轉換為使用通常訴訟程序。此為有關如何轉換訴訟之裁量權運用之一例。

又如，在依同條第二項第八款提起之租金請求事件，亦有同類問題，亦即，其被告單純提出短期消滅時效之抗辯時與提出租賃關係（基礎法律關係）存在與否之抗辯時，亦可能分別為不同之處理，此可比照方才有關票款請求之說明，考慮許其改用通常訴訟程序。另如，經界確定事件，如僅求為確定界址、界標而不涉及所有權之爭執時，固然較不適於改用通常訴訟程序，但若其當事人也有涉及所有權範圍之爭執，為併予判定、確認所有權之存否及範圍，應准許一併改用通常訴訟程序。

此外，裁量權之運用還會遭遇到宜否在第二審寬許改用通常訴訟程序之問題。由於經此次修正簡易訴訟程序以後，其第一審將來是地方法院的獨任制，而第二審亦在地方法院但為合議制（參照民訴法第四百三十六條之一）。其時，改用通常訴訟程序之聲請可能在第一審，也可能在第二審，如其係在第二審始為聲請時，應否准許其改用之聲請？如予准許，究應改用成為通常訴訟程序之第一審（地方法院）或第二審（高等法院）？如認為應改用成通常訴訟程序之第一審則其程序即變成四個審級。此種問題之解決，於民事訴訟法修正條文並未同時限制在簡易程序不得聲請改用通常程序之狀況下，似應依裁量權之運用，視其時之改用聲請有無延滯訴訟程序之虞以為斷（參照

同法第四二七條第四項但書），至於判斷有否延滯程序之虞時，自應考慮到其當事人之防禦權有無受妨害之問題，此項考慮實與程序保障之理念相通，所以也可以說應視程序改用對程序保障會發生多大影響來判斷會不會延滯訴訟，因為容認延滯訴訟本身無異表示容許緩和追求簡速裁判之目標，當然與賦予追求達求慎重裁判之程序保障有關。不過，為了符合費用相當性原理，顧慮小額事件不需求經三個審級等特徵，簡易庭實不應多容許將具有小額事件特性之事件改用通常程序。

(3)救濟程序之運用

如上所述係說明在簡易訴訟程序修正後，有關小額事件之特別法制定以前，法官應如何善用修正後之簡易訴訟程序，盡力配合滿足此類事件對簡速裁判之特殊要求，縱然如此努力只能某程度有助於救濟小額權利，但是其所能發揮之作用還是相當有限，仍有待於另從立法上解決。於此認識之下，可採行的努力改善措施還有：探討如何善用修正法上之救濟程序，來減輕小額事件之勞費負擔等課題。亦即，修正法第四百三十六條之一雖承認向同一審級（地方法院）之另一法院（合議制法官）上訴，此對於向來的觀念是一個很大的突破，向來認為如上訴則必向高等法院為之，如此才算上訴。可是這次這樣修正具有很重要的意義，因其向前進一步認為，同審級之地方法院即可分成兩個審來施以救濟。向來為何均認為要上訴到高等法院、最高法院來救濟才可？其原因之一是，認為上級審之裁判品質較高，現既改採此種立法，當然就要健全、提昇地方法院法官之素質與能力，並充實其審理之程序內容，促使一般人建立信心認為，縱然地方法院為第二審，也會得到相同之裁判品質。如此才有辦法真正突破向來之觀念，使人認為上訴不一定要上訴到高等法院去，高等法院應留給其他有特別激烈的實質爭執或訟爭價額較鉅之訴訟事件去使用，而後可上訴到

最高法院。這就是說，第四百三十六條之一這樣的立法，在催化變革向來沿襲之觀念及促使更加健全、充實下審級法院之審理內容，提昇其裁判品質等方面，具有深義，應善加運用。

其次，關於修正法所採用之許可上訴制（民訴法第四百三十六條之三），地方法院也應儘可能善予運用來兼顧輕微事件之特性需求，以減少法制不全（尚未另制定小額事件法）之危害。本來，地方法院於判斷是否許可上訴至最高法院時，是以有無涉及原則上重要性法律問題為標準，此為抽象、不確定概念，自與裁量權之行使應遵循何種方針有關。在採此種裁量上訴制度之德國，其實際運用時之融通性很大。亦即其所採取之第三審上訴受理制，係由最高法院裁量決定要否允許上訴到最高法院，當實際為判斷時，最高法院甚至考慮到當時最高法院全部受理案件之負擔重否等因素，然後，靈活運用裁量上訴制度所賦予法官之裁量權，為最後之判斷。在我國，如今修正法既以採用上訴許可制之方式，承認裁量上訴制，則於小額訴訟制度尚未完成立法前，法官（地方法院）如遭遇到所受理者係金額較小或案情較為輕微之事件，自應活用裁量權，儘量不要許可上訴至最高法院，以真正減輕最高法院之負擔，使其更有時間審理其他案情複雜或金額較鉅而須賦予追求慎重裁判的程序保障之紛爭事件。何況，從整面來看，地方法院如此運用，終將也是減輕了其自身及全法院之負擔，因為，由於其運用之結果，高等法院、最高法院才更就特需受慎重裁判之事件為詳細審理，也才不會一再將事件發回更審，致造成惡性循環而加重下級法院之負擔，尤其，倘地方法院就所受理之輕微事件未詳為審理或寬予許可上訴至最高法院，則將嚴重危害其權利人之利益，既違反費用相當性之原理，且不符公正程序請求權之旨趣（關於公正程序請求權，請參照民事訴訟法研究會第三十三次研討會紀錄內本人之補註五——載法學叢刊第一三七期一五三頁以下即「民訴研討(三)」五九五頁以下）。要

之，為貫徹此等原理、旨趣，就上開有關上訴許可之規定，應作限縮之解釋運用，始能有助於顧慮輕微事件之特性需求。此固為一個可努力看看的方向，然根本之途應該還是從立法論解決，此即關於應就小額事件之審理改採覆審制，或採取程序內容充實的一審而從寬承認再審等問題，此已於上面說明過。

(4)其他

除上述以外，簡易訴訟修正法中未解決而有待補訂之程序法理仍多，其可依如上「叁」部分之說明加以比照而予酌採者，例如：就小額事件之審理，重新檢討證據法則之立法修正，而考慮採用當事人訊問制度及承認證人可提出公證書代到庭陳述；酌採非訟事件第十六條之職權調查、職權探知之規定；不要求必於公開法庭為審判，而許依裁量採行當事人公開；緩和處分權主義或予以適當之限制，就原告所請求之範圍，允許法官加以補充修正；就管轄之合意，或其有關規定，為利於保障小權利之解釋運用；……其他可採用來救濟小額輕微事件權利人之措施尚多，非今天所能一一說明，今後當以貫徹「費用相當性原理」為念，從法之解釋論及立法論，陸續加以探討改進。

伍、展望

對於以上所強調的確實保護小權利之論旨，或許有人會提出疑問說：究竟小額訴訟制度設立以後，會不會過份增加法院之負擔？引發多餘的訟源？個人以為，從長遠來看，應該積極肯定健全小額訴訟制度來有效救濟小權利，對於鞏固法治之根基，是必要而有益的，因為小權利實占民衆日常生活內容之絕大部分，保護小權利最有助於博得

人民對法律及司法制度之認同，而促使人民培育健全的法意識、法觀念，養成守法的習慣，其後，不必要的紛爭自會減少。縱然發生了紛爭，在一個有健全的法意識之民主法治社會裡，權利還是要保護的，因為每一個人都有其應受尊重的人之尊嚴與價值。由此來看，小額訴訟制度正是爲了提昇人民的生活品質，不得單以訟源會不會增加來衡量其制度功能；更何況法院是爲人民而存在，等人民都能習慣於過法治生活以後，案源及法院之負擔將會維持在一個固定的水平上，此方爲真正的全面性減輕法院的負擔，爲了建設一個能尊重人的尊嚴的現代國家，十年、二十年算是短期間，值得嘗試投資創設此制。

再其次，簡易程序可發揮過濾事件的功能，是值得重視的，因爲如上所述，交錯適用非訟法理之簡易程序，有助於迅速將無實質上爭執之事件過濾掉，此事有助於滿足特定類型事件對簡速裁判之強烈需求；另一方面，經如此過濾以後，既可藉地方法院之合議制或程序轉換或覆審制之採用，適用訴訟法理來滿足特定事件對慎重裁判之需求，尤其可以兼顧人民對程序保障之多樣化需求。今後如何從此角度，繼續重新檢討向來之實務並構築程序理論，則屬殘留之課題。

總之，改進並充實有關處理簡易事件之程序制度，以確實保護小權利，使其真能滿足民衆生活之需要，才是實體法規範、實體法秩序（民、商法等私法秩序）之貫徹。要能到達此目標，關鍵似在於整個社會之意識變革，這是受全民之法律意識水平所規定的。小額訴訟制度之創設正是爲了證明司法制度是爲人民而存在的，難道這是一個容許無故反對追求的目標？謝謝各位。

[本文係一九八九年十一月三十日在司法院司法業務研究會（第十六期）對在職法官之錄音講稿，原載司法院「民事法律專題研究(七)」及律師通訊第一三五期、第一三六期]

【參考文獻】

△本文中引用者

△司法院民事訴訟法研究修正資料彙編

△中場嘉久二「英米法における少額裁判制度の研究」（一九五七年）

△三ヶ月 章「裁判所制度——比較司法制度論の立場からの一考察——」（宮澤俊義還曆記念「日本國憲法體系第五卷」，一九六四年）

△小島武司「アメリカ合衆国における少額裁判所の實情」（ジュリスト四四九號，一九七〇年）

△小島武司「少額裁判制度の課題——アメリカ合衆国における改革の方向——」（法學新報七九卷三號，一九七二年）

△小島武司「少額請求部設置の提唱」（判例時報六八四、六八六號，一九七二～一九七三年）

△小島武司「少額執行改革への提言——ニューヨークの改革案を手がかりとして——」（判例タイムズ三四〇號，一九七七年）

△小島武司「岐路に立つ簡易裁判所」（ジュリスト四六九號，一九七一年）

△宮本康昭「簡易裁判所論——簡易裁判所の現状と改革の方向」（法律時報四四卷一〇號，一九七二年）

△日本弁護士連合會編「簡易裁判所——庶民の裁判所をめざして」（一九七六年）

△棚瀬孝雄「少額裁判所へのアクセスと弁護士の役割」（民商法雜誌七六卷一、二號，一九七七年）

△小島武司「スモール・タウンの少額請求法廷」（比較法雜誌一〇

卷二號，一九七七年)

△三ヶ月 章「少額裁判の理想型——日本における簡易裁判所の經驗に照らして——」(判例タイムズ三〇卷六號，一九七九年)

△山内敏彦「少額事件の手續の特質——簡易裁判所の訴訟實態——」(吉川大二郎追悼論集「手續法の理論と實踐(上)卷」，一九八〇年)

△石井芳光「少額裁判所」(東京弁護士會創立百周年記念論文集「司法改革の展望」，一九八二年)

△五十部豊久「少額訴訟の處理」(「新・實務民事訴訟講座(3)」，一九八二年)

△伊藤 真「少額裁判手續の比較法的研究——兩カンザス市(カンザス州およびミズリー州)を材料として」(判例タイムズ五五五號，一九八五年)

△マウロ・カペレッティ編(小島武司/谷口安平編譯)「裁判・紛争處理の比較研究(下)——アクセス・トゥ・ジャスティス・プロジェクト」(一九八五年)

△シンポジウム「少額事件仲裁制度導入に関するシンポジウム——少額事件處理の現状の改善策を考える」(判例タイムズ七二一號，一九九〇年)

△ Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgeben vom Bundesjustizministerium, 1961.

△ Bericht der Kommission für des Zivilprozeßrecht, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 1977.

△ Mauro Cappelletti & Bryant Garth, ACCESS TO JUSTICE : THE NEWEST WAVE IN THE WORLDWIDE MOVEMENT

TO MAKE RIGHTS EFFECTIVE, 27 Buffalo Law Review 181
—292 (1978)

第三篇
簡易訴訟之基礎理論

壹、問題狀況	313
貳、簡易訴訟之程序法理	315
(一)認知國民之法主體性與確保平等使用訴訟制度之機會	315
(二)費用相當性原理、公正程序請求權及適時審判請求權	318
(三)達成簡速裁判之程序保障	322
(四)非訟化審理之需求	326
(五)事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論	328
(六)程序選擇權之法理	332
參、立法論及解釋論之前景	335
(一)立法論之展望	335
(二)解釋論之未來	336
(1)制度運作者之配置	336
(2)審理程序之充實及健全化	336
(3)簡易訴訟程序與通常訴訟程序之關連、轉換	340

各位法官：今天，在簡易訴訟程序法甫經大幅修正施行的時候（按民事訴訟法第二編第三章第四百二十七條以下有關簡易訴訟程序之規定，係於民國七十九年即西元一九九〇年八月二十日經修正公布施行），來向各位講述有關簡易訴訟程序法之基礎理論，實具有特別重要的意義。因為，各位正在第一線從事民事審判工作，可說經常有解釋、運用新修正法的機會，今後到底根據何等基礎理論，如何形成裁判先例，將會對於一般人民產生相當的引導作用，而且會對於我國訴訟制度的運作及司法制度的興革，發生重大的影響。

事實上，有關簡易訴訟程序法的理論上問題，本人在最近這幾年內，另也曾曾經直接或間接公開闡述過幾次。例如，在司法院司法業務研究會第十六期即上一期的研究會，講述「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」（刊載司法院「民事法律專題研究(七)」一〇〇頁以下，以下略稱為「民事專題(七)」——經收錄為本書第二篇）；在民事訴訟法研究會第二十三次研討會，闡論「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」（刊載同研究會編「民事訴訟法之研討(二)」四二七頁以下；以下略稱為「民訴研討(二)」）；在同研究會第三十二次研討會論述涉及簡易訴訟程序之若干基本問題（刊載同研究會編「民事訴訟法之研討(三)」四八六頁以下，以下略稱為「民訴研討(三)」）。不過，由於當時簡易訴訟程序法尚未經立法院審議通過，所以較少論及如何解釋、運用法律規定之內容等類問題。如今，該法已經通過施行，情況既然有所不同，自需要更進一步也談論一下，到底應該基於何種基本原理來運用簡易訴訟程序法。

壹、問題狀況

自從簡易訴訟程序法修正以後，在法界，包括法院、律師界以及

相關學術研究機構，均難免存有若干疑問。亦即，為何要修改簡易訴訟程序法？而且做如此大幅度的修改，其理由何在？為何在通常訴訟程序以外還要強調簡易訴訟程序法？通常訴訟程序法與簡易訴訟程序法有何重大之不同？何以此二者之間應該有所不同？應憑何標準來判定何種事件在其審理過程應適用簡易訴訟程序法？其適用之效果為何？除了這些以外，一般還會遭遇到的問題是：在簡易訴訟事件審理過程，是否無適用通常訴訟程序法理之餘地？相反地，在通常訴訟事件審理過程，是否亦完全沒有適用簡易訴訟程序法理之可能性及必要？又，依簡易訴訟程序法處理之結果，到底與依通常訴訟程序法處理之結果，在那些點上會有所不同？是否應該有那樣的不同？這類問題如何解決，必會牽涉到今後應如何妥為解釋、運用民事訴訟法第四百二十七條以下的規定。

在此種問題狀況下，為了便利今後因應多樣的事件特性、需求，並妥當處理可能發生的種種個別問題，而形成具有示範性的裁判先例，在程序法剛做重大變革的今日，重要的應該是先有多元價值的認識，而不是僅留意著手統一見解。為此，基礎理論的闡釋應是特別重要。因為，此項闡釋，有助於達成下列目的：亦即，其一是，為了提供相當之前導原理，以便掌握如何適用修正法之基本方向。其二是，為了瞭解簡易訴訟程序法修正以後，是否尚有須予彌補的缺點？或還殘留下來等待克服之課題？如果有之，則今後當運作簡易訴訟程序法時，是否可能盡量從法的解釋論加以填補。其三是，假使從解釋論亦無法予以補充，則須知如何妥為形成判例，以提供認識將來應從何方向再作立法修正之參考。

其實，基礎理論之闡釋應具有促使形成前瞻性裁判先例之作用。自從簡易訴訟程序法修正以後，由於其擴大法官之裁量權（按：擴大適用法官職權裁量之法理，乃非訟事件審理程序中最重要之法理之一，係屬

非訟法理——參照非訟事件法第十六條；「民訴研討(二)」四三五頁以下；「民事專題(七)」一二六頁以下即本書第二篇內「叁-(4)」)，也隨伴產生應循何標準，如何妥為行使裁量權之問題。為其解決，應先認識相關之基礎理論，而非漫無準則。例如，民事訴訟法第四百二十七條第四項規定，法院得就某事件裁量改用通常訴訟程序，經此項裁量權的行使，其事件不論是由原法官或由另一法官改循通常訴訟程序繼續處理，將連帶對該事件之審級利益的保護也會發生大影響。因此，裁量權如何行使須相當慎重，以免誤導整個程序之進展方向。此時，就須先認清有關轉換、改用程序之基礎理論，始能有所遵循。又如，民事訴訟法第四百三十六條之三既採用第三審上訴許可制，則法官當知應在何要件下予以許可或不許可上訴至第三審？此時，其裁量權的行使，亦應參酌有關之基礎理論。總之，類此之規定均是訴訟法上空白法規，為抽象的不確定概念，需要法官發揮智慧形成判例，而累積成為今後遵循之準則。在此重大使命之下，到底運作簡易訴訟程序之基礎理論為何？其前導原理為何？就成為非常重要之事。

然而，由於有關簡易訴訟之法律規定不少，一一加以註釋說明，既非今天講述的目的，也不是此次有限的時間所容許。以下僅在闡述基礎理論所必要的範圍內，舉若干原則性事例及相關規定內容，加以說明。

貳、簡易訴訟之程序法理

(一) 認知國民之法主體性與確保平等使用訴訟制度之機會

簡易訴訟之程序法理即是運作簡易訴訟程序時必須根據的基礎法理，係有關整個簡易訴訟程序之精神、理論之問題。其中，首先要提

出來說明的是，應認知國民之法主體性，並確保人民平等使用訴訟制度、接近法官的機會等法理。

在現代，人的尊嚴之尊重及人的價值之肯定，已成為人類社會共同追求的理想。當今的世界，不論是已開發國家或開發中國家，都共同致力於追求建立溫暖而富有人性的司法制度、訴訟制度。同時，在宣明保護生存權、自由權、訴訟權、財產權及平等權等基本權的憲法體制之下，固然應肯定個人做為人之價值，而各可追求其幸福、利益，各有應受保障之基本人權。而且，在承認國民主權的大前提下，基本人權之實現及具體化，則委諸於國民全體，而為全社會共同且永久的利益。因此，一方面，司法之組織及運作必須以尊重人的尊嚴之原則為指導原理，並且應該正面肯定國民之法主體性。在這個指標之下，國民的意願是決定法應該如何形成及繼續發展的原動力；而國民是抉擇如何組成、運作司法制度的主體。

基於此項認識，應承認司法制度之組成或設立，都要以國民之意願、需求為根據；並且也要保障人民有充分的參與司法過程之權利，在法的形成過程則應保障人民有參與程序的機會。就此而言，除了法官獨立審判時所應依據的法律，必須是經由人民選出的代表即立法院通過的法律以外，也應同時保障該法律不致於在司法審判過程走樣，否則即無法貫徹民主法治之理想。因此，亦應儘可能讓人民有參與司法運作過程之機會，使民意可適度反映到司法過程、裁判過程。這是世界法治先進諸國所共同追求之目標。其相關制度例如：英美的陪審制度、德國的參審制度〔即除職業法官外，尚有法律外行人的法官一同組成合議庭，參與評議——請參照本書第一篇「司法之現代化與律師之任務」內註二十一及註二十二之說明〕、以及所謂法曹一元制（即：自優秀之律師中遴任法官之制度——請參照同文內註二十之說明）

另一方面，為了貫徹上述憲法上基本要求，也應賦予普天下之人

民，不論貧富均有平等接近、使用法院，以請求司法救濟的機會。此項機會的充分保障，是司法的現代化所必須，而且也屬於廣義的程序保障之必要內容。事實上，從人類的歷史過程來觀察，權利的侵害之所以未能及時得到應有的救濟，往往是自始肇因於受害人被杜絕了走向法院、接近法官的途徑，而無法求得司法的援助；其次才涉及審判程序上之聽審權利遭剝奪的問題。有鑑於此，世界人權宣言、條約及許多國家的憲法，乃特別明示保障任何人均有請求受法院審判之基本權利。

尤其，現代的國家既然禁止自力救濟，而獨占行使審判權，自應負有司法行為義務，亦即應承認人民對國家有請求保護權利、解決紛爭之權利及司法保障請求權（Justizgewährungsanspruch）。從這個角度觀察，司法係為人民，非為法官、律師而存在；為了保護人民的權利，應繼續不斷充實、健全訴訟制度，減少人民走向法院的負擔、困難或障礙。這樣做是避免社會上發生暴力所必要的，也是鞏固民主法治基礎及促進社會福祉的捷徑。為此，對於有意走向法院主張權利，但實際上尚未提起訴訟之人，應給予必要之支援，以促使其提訴或應訴成為可能。亦即，對於這類人，應事先設立制度並妥善行使訴訟（程序）指揮權，為其排除提訴或應訴的種種困難或障礙。諸如：健全法律扶助、訴訟救助及法律諮詢等制度，以排除有意主張正當權利者之訴訟必要費用上或法律知識上的障礙，而縮小、消除當事人間提訴或應訴的能力上差距；充分考慮各種事件類型之特性需求，適度簡化訴訟程序，並設立足以保護小額輕微事件之權利人或一般消費者之紛爭處理制度。從這裡，特別著重追求簡速裁判的簡易訴訟程序制度，正也可以且應該尋得其源於上述憲法上保障的法理依據。

(二)費用相當性原理、公正程序請求權及適時審判請求權

費用相當性原理是簡易訴訟程序法上相當重要之一原理，而為制定訴訟制度（立法論）或解釋訴訟法（解釋論）時之指導原理。也就是說，在當事人利用訴訟程序之過程，或法官指揮訴訟從事審判之過程，不應使國家（即法院）、亦不應使人民（當事人）遭受期待不可能的利益犧牲。在運作訴訟制度時，法院可說是代表全國的納稅人，所以應同時顧慮到公益的要求即所有納稅人之要求，而非基於法官自己之方便，來解釋法律、運作程序。在此原理下，如果訴訟程序之推行對當事人造成期待不可能之利益犧牲，當事人可拒絕該程序之使用（併請參照「民事專題(七)」一一四頁以下即本書第二篇內「貳(二)」）。

就一般財產權紛爭事件而言，假使當事人想要主張十萬元之損害賠償請求權（實體法上利益——略稱為實體利益），卻要求花費超過或近於該十萬元實體利益之勞力、時間或費用，則人民將漸漸放棄使用法院，終將使法院喪失其存在的意義。這種勞力、時間、費用的支出可稱為程序上的不利益，而在程序上節省勞力、時間、費用可稱為追求程序利益。在制度理論上應如何顧慮此項程序利益之追求，實與我國整個民事訴訟法學之發展有相當之關係。因為，現在的一般民事訴訟法教科書，大多開宗明義的說民事訴訟制度之目的是為了保護私權，此從費用相當性原理加以省思的話，尚有值得檢討的問題。亦即，值得疑問的是：如果法官僅為了保護私權，竟然一再改期為本案調查審理，而不管系爭之實體利益即本案請求標的金額如何，均採取同樣之審理方式，此是否妥當？難道可以不論事件類型之特性需求為何，都一律依照向來所採用的言詞審理主義、法庭公開審理主義或辯論主義等原則，來訊問證人或調查證據，而絕不容許在一定範圍內利用其他較便捷之方式（諸如使用傳真機、書面作證等）來代替或輔助？

在保護系爭的實體利益（私權）之程序上，難道不應同時致力於避免該實體利益或系爭標的外之財產權遭受上述程序上不利益之發生所耗損？

費用相當性原則一方面限制國家權力之行使，另一方面也限制當事人在訴訟上行使權利。也就是說，在訴訟上行使權利，與在一般交易社會上行使權利是不完全一樣的，因為除了本事件之原、被告以外，尚有成千上萬的人正在使用法院（訴訟制度）或即將使用法院，所以不應為了某一事件之審理花費過多之勞力、時間或費用，以致阻礙了其他訴訟事件之進行。否則，要是法院之效率太差的話，權利侵害就難能得到適時而有效的救濟。其結果，整個社會的實體法秩序就會隨著漸漸無法維持，甚至趨於崩潰。因此，除了立法者以外，法院也應遵循費用相當性原理來行使訴訟指揮權，運作訴訟程序。並且，費用相當性原理在一定要件下，也限制當事人在訴訟上行使權利，要求他不能像在訴訟外行使權利那麼自由，譬如，不得將五萬元之借款債權分成一萬次來起訴請求，至於是否可分成二次起訴請求，則尚有依具體情況之不同，予以准許之餘地，此乃牽涉一部訴求理論及法官裁量權等問題，不是此處所要探討的。〔關於使用訴訟制度實現私權，係與在訴訟外行使權利之情形有所不同，尚涉及訴訟之集團、大量現象（Massenerscheinung）及訴訟觀等問題，另請參照本人在民事訴訟法研究會第三十四次研討會之說明——載「民訴研討(三)」六八〇頁以下。〕

實際上，在德國，其民事訴訟法上的許多規定，可說是遵循費用相當性原理所制定的。例如：有關財產權之紛爭事件，其上訴利益額未達七百馬克（約為台幣一萬五百元，又按：此項上訴利益額經於一九九〇年十二月修正提高為一千二百馬克）者一審終結，不得上訴於第二審（同法第五百十一條之一）；上訴利益額未逾四萬馬克（約合台幣六十萬元）者，以其事件所涉法律見解具原則上重要性而經許可時始得

提起第三審上訴（同法第五百四十六條第一項）；在地方法院原則上採合議制之情況下，如果法院認為系爭事件並不繁雜而無特殊困難，可交由獨任法官審判，以節省不必要之勞力、時間或費用（德國民事訴訟法第三百四十八條第一項）——因為法官之養成不易，不是複雜困難的事件，何必勞煩三位法官開合議庭；訴訟標的金額在五百馬克以下者（按：此項金額已於一九九〇年十二月經修正提高為一千二百馬克），法官可考慮當事人到庭之困難，改採書面審理方式，而不必踐行言詞辯論審理（同法第一百二十八條第三項）；在認為徹底或詳細查明事實，將導致與系爭額不相當之浪費時，受訴法院得審酌一切情事，依自由心證（法官鑑定）定損害賠償之債權額，藉以節省勞費（同法第二百八十七條第一、二項）。此外，費用相當性原理尚且被德國民事訴訟法修正委員會據為修正證據法則之指導原理。亦即，準此判定在何範圍內，須強制證人於言詞辯論期日到庭，在何情況下可改以書面作證。（vgl. Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 1977, S. 135）

併須留意的是，法官在行使訴訟指揮權時，除了遵循費用相當性原則以外，同時也應顧慮公正程序請求權及適時審判請求權等法理。所謂公正程序請求權（Recht od. Anspruch auf ein faires Verfahren）之法理係源於憲法所保障之訴訟權及法治國家基本原理，乃當今立法及適用法律之指針；除立法者應予相當之顧慮以外，法官亦應準以行使訴訟指揮權，而將程序之運作導向於保護當事人之利益（實體利益及程序利益），從實質上確保使用訴訟制度之可能性。準此，應容許當事人有補正程序欠缺之機會，而不應強求訴訟關係人（含當事人）具有超越於法官之法律知識，亦不應苛求當事人遵守對其期待不可能之訴訟行為方式或期間，否則即難免程序不公正之責難（關於公正程序請求權之程序法上性質，請參照本人在民事訴訟法研究會第

三十三次研討紀錄內之說明——載「民訴研討(三)」五九五頁至五九七頁）。又，所謂適時審判請求權係指人民（當事人）依上述憲法上保障規定，有權請求國家為適時、適式之裁判；準此，立法者及法院須因應各該事件之特性需求，設立相當之程序制度或賦予當事人相當之機會，使其可資以平衡追求實體利益與程序利益。（參照邱聯恭「程序保障之機能」（台大法學論叢第十七卷第一期）一七二頁內註一之說明；本書第一篇「司法之現代化與律師之任務」一文內參(六)(2)之闡述及其中註五十九之說明）

依照上述原理來檢討簡易訴訟程序修正法的話，似乎仍難免令人存有若干疑問。亦即，修正法似乎尚有未貫徹上述原理之處。例如，修正法設民訴法第四百三十六條之三，就上訴利益額在三十萬元以下之事件，不採權利上訴制，而採第三審上訴許可制，固然非不可謂其已多少顧及費用相當性原理。可是，此項制度對於小額輕微事件之處理將仍難免有未充分貫徹費用相當性原理、公正程序請求權及適時審判請求權等法理之嫌。因為，小額輕微事件之當事人，在法律知識上及經濟上，往往少有爭論原則上重要性法律見解之餘裕（如：無支付高額費用委請律師為該項爭論之餘裕），寬許其在有該爭論之情況下尚可上訴於第三審，且就較小金額（如：十萬元以下）事件，仍許上訴於採續審制之第二審（即：不採覆審制），並又為之設再審程序（見同法第四百三十六條之七），將難免額外增加其程序上不利益，致減損其所追求之系爭實體利益或系爭標的外之財產上利益，不能謂已充分貫徹上述原理。（請參照「民訴研討(三)」五二五頁、五二九頁以下；「民事專題(七)」一三五至一三八頁、一四九頁即本書第二篇內「參(二)(1)」）

(三)達成簡速裁判之程序保障

民事程序法上有一基本而長遠的課題是：如何滿足真實之發現及訴訟之促進等二項基本要求。所謂訴訟之促進（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，以減少在程序上付出勞力、時間或費用而言，並非意味致力於促使當事人或一般人民儘量提起訴訟或設法多使用訴訟程序。

向來，一般論程序保障者，往往偏重於強調有關追求發現真實之程序保障（即：賦予當事人相當機會，使其得藉此提出有助於達成正確裁判以追求實體利益的攻擊防禦方法，或陳述此方面之意見），而未同時認知有關追求促進訴訟之程序保障（即：設立相當之程序制度或賦予當事人相當機會，使其得藉此追求節省勞力、時間、費用，或提出有助於達成此目標之攻擊防禦方法或陳述此方面之意見）。其結果，向來的程序保障論，每強調保障提起上訴之機會，而偏向於增多審級審理之保障。可是，此種見解，實有值得疑問之處。亦即，由於越給當事人更多審級審理或提出攻擊防禦方法來作成正確裁判之機會，就越會導致程序上不利利益，而有礙於當事人對程序利益之追求。固然，為發現客觀的真實，越給當事人時間，就越有機會找資料來認定究竟客觀的真實為何。但是，越賦予此方面的機會，則程序的進行就越可能一再的花費勞力、時間或費用，此中實隱含著重大的問題。

意識到此類問題，為貫徹尊重人的尊嚴之原則，依訴訟權、平等權、生存權、財產權等憲法上保障規定及法治國家原理，應認為程序保障，須兼具兩方面之內容，亦即：

其一是，有關追求達成慎重而正確的裁判之程序保障，此乃有助於發現真實以追求實體利益之程序保障（以下略稱為「慎重裁判之程序

保障」，此即指上述「發現真實之程序保障」）。為賦予此意義之程序保障，立法者或法院應對於當事人提供較嚴密的程序，使當事人有機會受較嚴密而慎重之審理，作成更正確之裁判，而獲取實體利益（因實體私權之實現所可取得之利益）。比諸簡易訴訟程序而言，通常訴訟程序之提供及使用係屬較有助於達成慎重裁判之程序保障。因後者採用公開審理主義、必要的言詞辯論及較多的審級審理等程序法理（訴訟法理）。

其二是，有關追求達成迅速而經濟的裁判之程序保障，此為有助於促進訴訟，以追求程序利益之程序保障（以下略稱為「簡速裁判之程序保障」，此係與上述「促進訴訟之程序保障」相通）。為賦予此意義之程序保障，立法者或法院應對於當事人提供可資以節省勞力、時間、費用之機會或較簡易化之程序制度，使當事人有機會經由迅速、經濟而低廉之審理，在程序進行之過程，避免付出不必要或不合算之勞力、時間及費用等程序上不利利益（即：使當事人有機會追求程序利益）。此種意義的程序保障，係向來所未充分認知，值得特別加以闡釋。（併請參照「民訴研討(三)」五一八頁以下）

亦即，假使程序制度不夠簡化而不能滿足迅速、經濟、低廉等需求，則有意主張實體權利（即追求實體利益）之特定類型事件當事人，將難免因該種制度之使用，致蒙受與其所追求之實體利益不能取得均衡之程序上不利利益，甚至有因此造成其系爭標的外財產權受害（因程序上勞費之付出致減損其他財產）之虞。其結果，該當事人為避免蒙受此類不利利益或危害，勢不得不放棄平等使用法院之權利、機會，終使實體權利成為有名無實〔關於保障接近法院之機會，亦屬程序保障之一種，另請參照本書第一篇「司法之現代化與律師之任務」內註四十二之說明〕。從而，為保障包含系爭標的外財產權在內之上述諸基本權，自應承認賦予「簡速裁判之程序保障」的必要性，並基於此項要

求，充實相關之程序制度，便利當事人資以追求上述實體利益、程序利益或此二種利益之平衡。一般，與採用訴訟法理為內容之通常訴訟程序相比較而言，兼採簡易主義等程序法理（非訟法理）之程序，恆有助於達成迅速、經濟而低廉之裁判，可成為賦予「簡速裁判之程序保障」的有用手段。簡易訴訟程序法既然兼採簡易主義等有益於達成迅速、經濟而低廉之裁判之程序法理（參照民訴法第四百二十八條以下有關程序簡化的諸規定），而多異於通常訴訟程序，自亦可從上述程序保障論——「簡速裁判之程序保障」肯定論之觀點，重新加以定位。〔關於簡易主義等非訟法理之內容及功能，請參照邱聯恭，前揭「程序保障之機能」一七六頁以下；同「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」（載「民訴研討(二)」，以下略稱為「交錯適用」）四二九頁以下〕。

基上認識，應如何本於並重「簡速裁判之程序保障」的觀點，致力充實相關程序制度，且妥為運作現制，乃成為重要之課題。例如：

就相關制度之充實而言，應正視採用非訟法理之仲裁、調解等裁判外紛爭解決制度，可能具有某程度代替裁判之功能。亦即，包含先進諸國在內之許多國家，眼見訴訟洪水現象造成堆積如山之未結案，使法院不勝負荷，而導致訴訟之嚴重拖延，無從有效實現權利、伸張正義，於是漸重視上開裁判外紛爭解決制度所具有之程序簡速性、費用低廉性等特長，並進而認真探討其對裁判制度之代替可能性及其界限。此事可予以評價為係有利於充實簡速裁判之程序保障手段，另亦涉及應在一定範圍內肯定仲裁及法院之調解具有相當之實質上確定力，以追求程序利益等類問題。（參照本人在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之說明——載「民訴研討(三)」七二九頁以下、七四二頁）

再就簡易訴訟制度之運作亦可成為充實上述意義的程序保障手段而言，修正後之現行法亦有值得受積極評價者。例如，在不採用三審原則，且不認第三審權利上訴（同法第四百三十六條之二、第四百三十

六條之三）之制度前提下，同時容許當事人得以合意選擇採用簡易程序之規定（民訴法第四百二十七條第三項、第四百三十二條、第四百三十五條），即屬之。在此，顯非以較多之審級及較詳盡之審理為程序內容；其對當事人所賦予之機會，應係著重簡速裁判之程序保障，而非僅以賦予慎重裁判之程序保障為關心事。

亦即，簡易訴訟程序法修正之精神是：優先追求達成簡速裁判、促進訴訟，而認為審級之增加未必均有利於簡易事件之權利保護。事實上，由於審級審理越多，所招致的程序上不利益（花費）也越大，所以審級救濟並不能補救下級審法院所已作成之違反訴訟經濟的行為，因此不應動輒採用允許提起上訴或重複審判等方法，來救濟下級審法院的程序上違誤，以免又再增加程序上不利益。例如，在第一審法院即地方法院（普通庭）誤用通常訴訟程序之法理就某簡易事件為審理並下判決之情形，應認為其審判仍具有依簡易訴訟程序為審理之價值，審理該事件之第二審法院不應將之發回第一審之簡易庭，以免因其更加造成程序上不利益，以致違反簡易訴訟程序法之精神。換言之，在此種情形，不應僅以上述誤用為理由廢棄該判決，而應逕以該管之同地方法院之合議庭為同事件之第二審法院，準此決定其應受理上訴之法院，並承認其當事人可逕向該合議庭提起第二審上訴（民訴法第四百三十六條之一第一項、第三項；第四百五十一條）。如此解釋，亦為貫徹公正程序請求權之法理所應然。蓋以依公正程序請求權之法理，在法院違背法定方式為裁判之情形，不應強使當事人承擔法院違誤之結果，致犧牲當事人之程序利益。亦即，在法院誤用裁判之方式時，蒙受其不利益之當事人，可使用對於方式無違誤之裁判所容許之聲明不服方法。是即所謂最惠待遇之原則（Grundsatz der Meistbegünstigung）（參照「民訴研討(三)」五九六頁）。

(四)非訟化審理之需求

向來民事訴訟程序係採用較徹底的當事人主義即處分權主義、辯論主義及當事人進行主義等程序法理（訴訟法理）。承認此等基本原
理，乃是法國大革命以後，受私法自治、契約自由等等之影響所致的。但是到第一次世界大戰以後，其情勢就漸漸發生變化，因為當事人主義之適用另也造成訴訟拖延，而減少或阻礙了其他人使用法院之機會等結果，所以漸漸感到也應加以適度的限制或修正。認為訴訟制度是一集團的現象，使用訴訟制度的人不應有完全的自由，而須同時顧慮到其他許許多多的人尚要使用訴訟制度，因此訴訟當事人負有某程度的協助法院促進訴訟，以節省勞力、時間、費用的義務。這也可說某程度揚棄了自由主義訴訟觀，走向社會的訴訟觀，認為法官須為人民謀福利，應適度擴大其裁量權，以便其可用來對於浪費勞力、時間、費用而使用法院的人，加以適度的抑制，使更多的民衆均有機會使用法院。這樣的制度觀念漸成為大陸法系國家程序法上的共識；並且，即使在屬於英美法系的國家（如：美國），晚近也有強化法官管理訴訟權限的趨勢。（參照；本書第一篇內註八十八之說明；「民訴研討(三)」三八六頁所載民事訴訟法研究會第三十次研討紀錄）

上述擴大法官裁量權的需要係涉及非訟化審理的問題。亦即，擴大法官裁量權限以抑制濫用或誤用訴訟制度，也是一種非訟化的現象。通常，非訟化現象包含下列二種情形：第一是程序法上的非訟化：亦即，將[附表]事件類型欄A所示的訴訟程序法理（略稱訴訟法理）全部或一部改為採用事件類型欄B或C所示的程序法理。其中(d)欄所示的簡易、職權主義等程序法理即非訟法理，有異於A(d)欄所示的訴訟法理。該類非訟法理也表示容許以裁定、抗告等方式，而非以判決、上訴等方式來救濟；又，其中間接主義（如：於法官調動時不必

更新審理）、職權主義、書面主義、不公開等，則較有助於發揮通權達變，節省勞力、時間及費用等功能。例如非訟事件法第九十九條就共同海損計算確定事件，允許當事人可選擇非訟程序或仲裁程序或訴訟程序，如其選擇使用非訟程序即是為了選求達成迅速而經濟的裁判。他如，為使審理集中化，達成促進訴訟之目的，乃要求應以一次期日辯論終結簡易訴訟事件（參照民訴法第四百三十三條之一）；允許法院得以便宜之方法通知證人、鑑定人，而不必送達通知書；或法院得在一定情況下許證人、鑑定人以書狀為陳述（參照民訴法第四百三十三條第一項、第二項）等類情形，也可說是在程序法上擴大法官之裁量權，而屬於非訟化現象。

第二是實體法上的非訟化：亦即，承認法官就權利義務存否及其範圍之判斷有裁量權。通常，在民事訴訟之本案審理程序上，要判斷原告有無損害賠償請求權，係先判斷是否具備實體法上之要件，為此，須先認定其要件事實是否存在。一般，在實體法上明確規定有具體的要件之情形（如：民法第三百四十五條就該當於發生買賣關係之具體要件，有明確之規定），當事人常較容易預測到上項判定要件事實的作業內容。可是在實體法上非訟化的情形，則不相同。所謂實體法上非訟化就是將實體法上之要件予以抽象化、概括化，而授予法官裁量權，由法官來決定權利的內容（參照「民訴研討(二)」四四五頁至四四六頁）。例如，民事訴訟法第三百九十七條規定，法律行為成立後，有情事變更時，法官可依其裁量來決定債權人與債務人間之權利義務內容，以符公平。此時，究竟於何種要件情況下，應判債權債務為若干乙節，同條本身並未予具體規定，僅規定「情事變更」及「公平」等不確定概念，由法官依個別情形之不同，來裁量決定事實之內容。又如，德國民事訴訟法第二百八十七條第一項規定，在當事人間就損害已否發生以及其損害額或應賠償之利益額為何，有爭執時，法官得斟酌

酌一切情事狀況，以自由心證加以判定。此種情形亦屬實體法上非訟化的一種。許多國家就小額事件、簡易事件程序均承認法官在一定範圍內可不必調查證據，而得依衡平法理裁判，以節省勞費。亦即在一定情形下，承認程序法上之非訟化及實體法上之非訟化，以利靈活處理簡易事件、小額事件，由於此類事件如何處理，與人民日常生活具有密切關係，為其社會上所易於碰到的，須能予以有效率的處理，才能促使司法制度與人民生活相結合。

(五)事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論

在簡易訴訟程序法中，另應承認事件類型審理之必要性，並肯定程序法理交錯適用之可能及實益。此乃涉及所謂民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論之問題。亦即，由於民事事件之類型有多種多樣，而有互不相同之個性、特徵，乃分別需求適用內容不盡相同之程序法理；並且由此等法理之交錯適用，始能滿足各該事件類型對程序保障之多樣化需求。譬如，特定類型之事件（如：簡速裁判追求型事件），對於迅速而經濟的裁判（略稱為「簡速裁判」）之需求度特別強烈。因為此項需求度高於該類事件對於慎重而正確的裁判（略稱為「慎重裁判」）之需求度之故，如不在此類事件之審理過程，適用足以達成簡速裁判之程序法理（如：以職權裁量為內容或審級救濟機會較少之非訟法理），將不足以對於此類事件之當事人，賦予以助於追求簡速裁判之程序保障。又，在此類事件之審理程序上，如其當事人間就實體私權之存否或其範圍，發生訟爭對立，則自其時起，因其事件對於慎重裁判之需求度已然昇高，即應另同時適用足以達成慎重裁判之程序法理（如：以踐行公開辯論為內容或寬許提起第三審上訴之訴訟法理），否則，將不足以對此類事件之當事人，賦予有助於追求

慎重裁判之程序保障。至於在該訟爭對立尚未顯現以前，如遽行寬用有關達成慎重裁判之程序法理，則將招致程序上不利益（在程序上支出不必要之勞力、時間、費用），違反此類事件對簡速裁判之需求。要之，就該類事件之審理，通常在其程序之前階段，固以適用可資達成簡速裁判之程序法理為主要程序內容，但隨著訟爭對立性在審理過程之顯現，自其顯現之時起，亦有必要另同時交錯適用可資達成慎重裁判之程序法理。能如此，始真正有助於便利人民使用審判制度，而增多實現權利之機會，實質上保障財產權、訴訟權、平等權等基本權〔參照邱聯恭·前揭「程序保障之機能」一七一頁以下〕

上述理論之闡釋，對於導向健全簡易訴訟程序法，並充實其程序內容，具有相當重要之意義。具體言之，例如：就〔附表〕內E欄「聲請發支付命令事件」言之，此種聲請事件之前階段係採書面審理而不必開庭等方式即非訟法理，可說是非訟程序。在其程序上，待當事人對權利義務有爭執即於債務人表示異議而訟爭時，則自此時起，就由前階段之非訟法理轉換為循訴訟法理為審理，而可能受到嚴密的辯論權及三審級救濟等訴訟法理之保護——適用如同〔附表〕內A(d)欄所示程序法理。此種程序設計係表示，從通常之立法政策上判斷，認為某類事件之當事人，就權利義務之存否為實質上爭執之機率不高者，即在程序之前階段先以非訟法理為內容之程序（如：民訴法第六編之督促程序）進行審理，以利滿足該類事件對簡速裁判之需求。因此，僅限於其當事人提出實質上爭執之情形，始自其時起改用以訴訟法理為內容之通常訴訟程序。這樣做最少可過濾掉許多沒有實質上爭執之事件，並使達成慎重裁判之程序保障與達成簡速裁判之程序保障等二項基本要求得到平衡。

再以簡易訴訟程序法（民訴法第二編第三章）所規定之一般簡易事件為例言之。此類事件之案情輕微，其所訴求之利益額不鉅，性質上

需求自程序之始即適用有助於達成簡速裁判之程序法理即非訟法理，所以不直接在審理之前階段即寬用上述達成慎重裁判所必要之程序法理即訴訟法理。可是，此類事件偶亦可能涉及較複雜之案情，而顯現訟爭對立烈化之情形。就屬於此種情形之事件，應自其訟爭對立顯現時（如：被告提出實質抗辯時）起，依其訟爭對立性之強弱程度，酌許適用有助於達成慎重裁判之程序法理——為慎重處理該項訟爭對立，在一定條件下，允許由簡易訴訟程序轉換為改用通常訴訟程序。其程序所具有之滿足程序保障要求等功能，亦同於如上就聲請發支付命令事件所述之情形。（又請參照「民訴研討(三)」五一六頁以下）

上述程序法理之交錯適用，係有關於在程序之前階段依非訟法理、而在其後階段則循訴訟法理為審理之事例。此外，尚有就同一事件在同一程序階段交錯適用不同的程序法理之情形，例如在〔附表〕內事件類型D請求扶養事件，其本案審理過程係就扶養之順位、資力、程度等適用職權裁量等非訟法理，而就訟爭部分則同時適用言詞辯論、直接主義等訴訟法理。

總之，在上述程序法理交錯適用之情形互相間，固然有所不同；而且其與〔附表〕內事件類型A(d)係全面採用訴訟法理之情形，更大有所異。從此應可得知，重要的是應針對不同的事件類型之特性需求，分別單純適用特定程序法理，或交錯適用機能互異之二種以上程序法理，以組成能切合各該類事件特徵之審理方式，滿足其對程序保障之多樣化需求。又，倘為了及時賦予有關達成慎重裁判之程序保障，確有轉換程序之需求，且不致因程序之轉換致過分延滯程序之進行，則即使在第一審之審理過程，亦有容許就特定事件之審理，由簡易程序轉換為通常程序之可能及必要。

基上說明，今後應以上述民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論為基礎，來解釋、運用簡易訴訟程序法，此亦應為修正

法增訂民訴法第四百二十七條第四項之理論上根據。亦即，同條項規定在適用簡易訴訟程序審理某事件之過程，得基於案情繁雜等理由，予以轉換改用通常訴訟程序。此項規定實即允許在程序之前階段，先適用較能滿足簡速裁判需求之程序法理即部分非訟法理；而在其後階段則改用較有助於貫徹慎重裁判要求之程序法理即訴訟法理。在此，其判斷轉換改用通常訴訟程序之關鍵係在於，該事件之訟爭對立性已然顯現並激烈化，且已至於需求改循如〔附表〕內A(d)所示訴訟法理為審判之程度。

準此，可知某民事事件雖然屬於民訴法第四百二十七條第一項、第二項之簡易事件，而應依簡易訴訟程序為審理，可是判斷其實際上是否果真循此程序審理之標準，主要的應是其所適用之程序法理為何。亦即，該事件縱使被誤分案予地方法院之普通庭，假使其實際上已宣示適用民訴法第二編第三章所定簡易程序法理（含非訟法理），而非循同法第二編第一章之通常程序法理（以訴訟法理為主要內容之程序）為審理，則難指其據此所為之裁判為違法，不應輕易動用同法第四百五十一條之規定廢棄原判決，是與管轄錯誤之情形有所不同，且無關於其起訴是否合法之問題。至於為便利司法行政上之管理，應如何改分案號，則屬另一問題。依同理，某通常事件縱使被誤分案給簡易庭法官，如其於言詞辯論期日，已宣示改依通常訴訟程序法理進行本案審理，亦不得指其程序為違法。要之，普通庭在程序中改依簡易訴訟程序審理原應屬簡易事件之事件（在同程序之前階段被誤為通常事件之簡易事件）；或簡易庭在程序中改依通常訴訟程序審理原應屬通常事件之事件（在同程序之前階段被誤為簡易事件之通常事件）等類情形，均屬有關程序法理之變換適用問題，而與事物管轄問題無涉，且不應僅以之為純屬事務分配問題。此種在同一程序前後階段變換適用程序法理之可能，已為民訴法第四百二十七條第四項規定所明認，且

為滿足諸事件類型對程序保障之多樣化需求，亦有如此明認之必要。此事應求其根據於上述程序法理交錯適用肯定論。

(六)程序選擇權之法理

在保障訴訟權、自由權及財產權等人民基本權的憲法體制之下，為貫徹尊重人的尊嚴之原則及國民主權之原理，在司法審判程序上，應承認各該程序之當事人及可能受其程序影響之利害關係人，均享有程序主體地位——**程序主體權**（參照本書第一篇「司法之現代化與律師之任務」內叁(六)(1)之說明）。根據此項地位，訴訟當事人應受程序上基本人權之保障，並被尊重為程序之主體，而不應僅被當成程序之客體來處遇或支配。亦即，訴訟當事人均應受保障有參與程序，以影響裁判形成之權利及地位。準此，在處分權主義所適用之範圍內，原則上應承認當事人就涉及訟爭事項之實體上利益及程序上利益，有相當之自由處分權；而且應被賦予平衡追求實體上利益及程序上利益之機會。在此限度內，應承認當事人有以合意選擇程序之權利——基於合意之程序選擇權。此項程序選擇權之法理，應成為立法者制定法律及法官行使訴訟指揮權（裁量權）之指標。

事實上，上述法理已為簡易訴訟程序法所採用。例如，民事訴訟法第四百二十七條第三項、第四百三十二條及第四百三十五條各規定**當事人得合意選擇使用簡易訴訟程序**，求為審理原應屬於通常訴訟程序之事件。此等明文，應可從強化程序主體權、保障平衡追求程序上利益之機會及適時審判請求權等觀點，獲得相當之肯定。（參照本人在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之闡述——載「民訴研討(三)」七四五頁）不僅如此，倘運用裁量權之法院亦能充分認知此項觀點所涵蓋之基本權性，則當其依同法第四百二十七條第四項規定，對於當事人改

用通常訴訟程序之聲請，為裁量判斷時，應較能善解並尊重兩造當事人之合意。亦即，基於上述認知，較諸僅由一造當事人聲請改用該程序之情形，在當事人兩造係以合意為該聲請之情形，法院應儘可能尊重此項合意准如所請，而不宜動輒輕視其合意，以其聲請為不當予以駁回。蓋以當事人基於其程序主體地位，原則上享有平衡追求實體上利益與程序上利益之權利，並就何種狀態下之審判始堪謂為「適時」之審判，應被賦予陳述意見之機會。

不過，對於違反訴訟促進義務者之聲請，得加以相當之限制，以兼顧訴訟之集團、大量現象，而維護法院所代表之公益〔訴訟制度設立者即全國納稅人之利益。此係另涉及訴訟觀之問題，請參照邱聯恭「當事人本人供述之功能」（「民訴研討(三)」）六八〇至六八一頁；筆者在民事訴訟法研究會第三十次研討會之闡述——載「民訴研討(三)」三七六頁〕。

準上說明，民訴法第四百二十七條第三項、第四項應為如下之解釋、運用。亦即，同條項基於強調訴訟促進之意旨，僅在一定範圍內承認當事人得以合意使通常事件適用簡易訴訟程序，而不許以合意無限制任將簡易事件改用通常訴訟程序。此可予以評價為立法者係有限度承認當事人之程序選擇權，因此，姑不論其立法政策之當否，倘依該意旨處理，即可能產生不同之結果。例如，就通常事件依例應循通常訴訟程序審理，假使其竟然被簡易庭法官循簡易訴訟程序審理，並且在當事人可得知其程序內容卻未加以責問之情狀下為本案判決，在此情形，應認為當事人間已默示承認本案辯論，即默示同意適用簡易訴訟程序。其結果，縱在第二審始發現其事，且當事人就其程序適用有所爭執，亦應維持原來在兩造默示同意適用簡易訴訟程序之情況下所為之本案辯論結果。如此，亦較能貫徹程序安定性之要求，而無背於當事人對程序之信賴。反之，因法律並未容許當事人得以合意選用通常訴訟程序之結果，在簡易事件被誤為通常事件而適用通常訴訟程

序之情形，即不復可根據默示合意選擇程序之理由為處理。此時，法官應依職權調查，於認為其違背同條第三項不允許當事人就簡易事件選擇適用通常訴訟程序之意旨時，仍應認其程序有違誤。不過，此項違誤尚有依上述達成簡速裁判之立法旨趣及公正程序請求權等法理，加以救濟之餘地〔參照上述(三)之說明〕。

〔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）、三審原則、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 聲請發支付 命令事件	△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
F 本票票款 追索事件	△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性）	△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→E(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)

叁、立法論及解釋論之前景

根據上述基礎理論，從立法、修法之角度及解釋運用之立場，分別再檢討簡易訴訟程序法之妥當性，乃此後之課題。今天因受限於時間，固然無法詳加闡述。除上述「貳」已說明者外，在此，為了便利掌握解決問題之方向，僅再略舉若干相關問題事項，供為參考。

(一)立法論之展望

簡易訴訟程序法經修正以後，到底還殘留那些立法、修法上之課題，係通常應有的疑問。關於此，本人曾經在第十六期司法業務研究會，以「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」為題，另有所說明（詳請參照「民事專題(七)」一〇〇頁以下即本書第二篇）。其所涉及之問題不一，如：

(1)簡易事件範圍之再界定問題，即檢討：如何從民訴法第四百二十七條所列事件中，再列出小額事件，另訂特別程序規定加以規範。

(2)簡易程序內容之再檢討、再充實問題，例如檢討：如何酌採職權裁量法理、調整管轄、容許基於合意之不公開辯論、承認遵循衡平法理為裁判之可能、准許法官簽名於訴狀或支付命令聲請狀上以代判決書之制作（尤其在認諾判決或無爭執事件之一造辯論判決等情形）、以合意為基礎擴大省略判決理由之可能範圍、寬許當事人本人訴訟及酌採當事人本人訊問制度、放寬採證法則（寬認法官鑑定——如上述德國民訴法第二八七條規定之活用）。

(3)程序費用制度及訴訟救助制度之充實問題，例如檢討：宜否使濫行爭執者較自認者或認諾者負擔較高額之訴訟費用、由敗訴者負擔勝訴者所付律師報酬金、擴大訴訟救助之可能範圍（緩和准許救助之

要件，關於此，併參照本書第一篇「司法之現代化與律師之任務」內註四十八之說明）。

(4)上訴及再審制度之再調整問題，例如檢討：採覆審制之可行性、避免再審與上訴之重疊。

(5)強制執行可能性之確保問題。

(二)解釋論之未來

關於如何妥為解釋、適用修正後之簡易訴訟程序法，涉及之問題層面甚廣，於此想先就下列數點，略加說明。

(1)制度運作之配置

就簡易訴訟制度之運作言，應遴選較富學驗之法官擔任簡易程序合議庭之審判。因為，如今既採二審原則而不寬許上訴至最高法院，為顧慮當事人之審級利益，並提昇其對簡易庭裁判之信賴度；避免其於判決後頻頻提出許可上訴或再審之聲請，自應儘可能責由學驗較富之法官為充分之第二審審理。

(2)審理程序之充實及健全化

關於本案審理程序內容之充實及健全化，可從許多方面著手。諸如：

(a)在第一審，如被告受合法通知未到庭時，應儘可能為一造辯論判決，以過濾無實質爭執之事件，發揮促進訴訟之功能。

(b)在第一審應儘量活用經驗法則及全辯論旨趣為事實認定，以達成簡速裁判之目標。應避免不必要之鑑定，以防止造成過分之勞費支出，致背反費用相當性原理。例如，在請求賠償損害事件，其賠償額

之判斷，應儘可能活用法官所應知或可得自由證明之有關當地一般物價或修理費額等社會通常經驗法則，逕予作成認定結論，不宜動輒命為鑑定。在證人已到庭供述部分事實，但陳明其忘記攜帶賬冊或收據等物件到場之情形，應儘可能許其於辯論終結後補呈之（活用民訴法第四百三十三條第一項）。

(c)就當事人間激烈為實質上爭執之事件，應運用訴訟指揮權，致力於促成協議簡化爭點（法律上爭點、事實上爭點或證據上爭點），使當事人成立限縮爭點之訴訟契約，以促進訴訟，防止因審理散漫致增加程序上不利益。（參照「民訴研討(三)」三八六頁至三八七頁）

(d)就通常事件，宜運用訴訟指揮權及闡明權，對於當事人曉諭並使比較衡量實體上利害及程序上利害，藉以促成選擇簡易程序之合意（見民訴法第四百二十七條第三項、第四百三十五條），貫徹促進訴訟之立法旨趣。另一方面，在當事人基於合意聲請就簡易事件改用通常訴訟程序之情形，如其無害於他人使用法院機會及促進訴訟之要求，應儘可能尊重該項合意而依民訴法第四百二十七條第四項裁定准許改用，以符保障程序選擇權之精神。

(e)應儘可能在言詞辯論終結以前，就決定訴訟勝負之關鍵事項，適時向當事人公開心證並表明法律見解，以徹底防止發生突襲性裁判，贏得當事人對裁判之信賴，並減少發生因不服裁判而提起上訴。（參照邱聯恭「突襲性裁判」（「民訴研討(一)」二七頁以下）；本書第一篇「司法之現代化與律師之任務」內「參(六)(2)」之說明）此項程序之踐行，係屬訴訟指揮權及闡明權之行使範圍內事，在不採權利上訴（已改採許可上訴制）之簡易訴訟程序，尤為其第二審法院（地方法院合議庭）所必要。蓋以如此較能充實審理之內容，使該審級真正成為一個慎重裁判之審級，保障當事人之審級利益，賦予限制上訴第三審之制度目的追求，獲得更堅強的正當化根據。

(f)在法院認為訴之變更、追加或反訴之提起，不合訴之變更、追加或反訴之要件，乃予以駁回時，應僅發生不得將新訴合併於舊訴之程序（舊程序）為審理之效果。此時，法院應僅駁回變更、追加或合併於舊程序之聲請，而不應以其起訴不合法為理由（不應依民訴法第二百四十九條第一項第六款）裁定駁回新訴。因為，儘可能使當事人得利用或合併於舊程序求為審判新訴，常有利於促進訴訟及保護當事人基於處分權主義之程序選擇權（選用舊程序求為合併審判以追求程序上利益之權利）。因此，為促成多利用合併審判制度，應致力縮小上開駁回裁定對於提訴者發生不利之效果。（並且，其駁回之裁定主文亦應留意為適當之調整。例如，在駁回訴之追加時，宜使用「原告訴之追加駁回」之類用語，而避免採用「原告追加之訴駁回」等類方式）。反之，如認為應以新訴之起訴不合法為理由予以駁回，則必將因此發生使新訴之訴訟繫屬歸於消滅之結果，致有害於當事人因新訴之提起所取得之諸利益（因新訴之提起已支出之勞費、裁判費，或因新訴之訴訟繫屬而發生之中斷時效、遵守提訴期間等程序上利益、實體上利益），殊背公正程序請求權之法理（關於上述說明，詳請參照本人在民事訴訟法研究會第三十三次研討會之分析——載「民訴研討(三)」第五九〇頁以下註五及第五八六頁註三之說明）。

由於準以要求在通常訴訟程序保障上述利益之法理（促進訴訟之要求、程序選擇權及公正程序請求權等法理），係與簡易訴訟程序法據以立法之基本旨趣及其目的追求相通，自亦應適用於簡易訴訟程序。準此以觀，在簡易訴訟程序上，有關訴變更、追加或提起反訴之處理，宜留意：

在第一審（不論其係在普通庭或簡易庭進行之程序上）所提起之新訴，雖屬民訴法第四百二十七條第一項或第二項之事件，但法院認其不合變更、追加或提起反訴之一般要件（如：有礙被告之防禦及訴訟之

終結，且未得被告同意；或不得行同種程序，見同法第四百三十六條第二項、第二百五十五條以下規定）等情形，法院應另循簡易訴訟程序依法獨立審判新訴，而不應以新訴之提起既不合上開利用舊程序之一般要件即屬起訴不合法為理由，依同法第二百四十九條第一項第六款裁定駁回之。至於新訴是否具備起訴之其他合法要件，則屬應另審理之問題。

在第一審審理舊訴即某簡易事件中，因新訴之提起，致其訴之全部或一部不屬同法第四百二十七條第一項、第二項之範圍等情形，除兩造有明示或默示選用簡易程序者外，依同法第四百三十五條之規定，既不適用簡易程序之規定審理，自發生轉換適用通常程序法理之問題。於此情形，應由同法院自其時起向當事人諭示程序法理轉換適用之旨，而繼續審判，以防止其程序之進行對當事人發生突襲。此時，法院不得駁回新訴乃屬當然。

假設在簡易程序之第二審即地方法院合議庭所進行之程序中，以訴變更、追加或反訴等方式所提起之新訴係屬應適用通常訴訟程序者，而非屬同法第四百二十七條第一項、第二項之事件。就此情形，縱使法院依同法第四百三十六條之一第二項之規定，認為不得為訴之變更、追加或提起反訴，亦僅得駁回其求利用舊程序（該第二審程序）為合併審判之聲請，而不得依同法第二百四十九條第一項第六款（依第四百三十六條之一第三項、第四百六十三條等規定之準用），以裁定駁回新訴。於此情形，利用舊程序之請求雖於法不合致不應獲准，其據以請求利用舊程序之新訴仍屬獨立之訴，應由同地方法院改分案而依通常訴訟程序獨立予以審判，以維當事人因新訴之提起及訴訟繫屬所取得之前述利益。〔持不同之見解者如：司法院訂頒之「法院辦理民事調解暨簡易訴訟事件應行注意事項」第十五則。不過，此項見解並非法律，尚無限制法官獨立審判之效力——參照本書第一篇「司法之現代化與律

師之任務」內「叁(四)」之說明)。

在高等法院審理之第二審程序中，因訴之變更等事由致事件屬於同法第四百二十七條第一項或第二項之範圍者，為貫徹簡易訴訟法追求達成簡速裁判之旨趣，應仍由同法院自其時起諭示改用簡易程序法理為審判；並且，即使其仍適用通常程序法理為審判，其程序可認為係包含有適用簡易程序法理之效果在內（請亦參照下述(3)(c)之說明），該事件仍具簡易事件性質。因此，不論其中何種情形之判決均屬對簡易事件之第二審判決，依同法第四百六十六條之規定應均不得向最高法院提起第三審上訴。於此情形，之所以認為該高等法院應逕為本案之辯論及裁判，而不必他移者，係同時基於程序安定性之要求使然。

其實，在第二審（地方法院合議庭或高等法院之第二審）程序中，依同法第四百四十六條之規定經他造同意後所為之訴變更、追加或提起反訴，常可認為該項同意兼含有表示願由各該第二審法院為裁判之意思在內，此種合意可能或屬於選用法院或屬於選用簡易程序之表示，各可能基於法律之認許（參照同法第四百五十一條第二項或第四百二十七條第三項），分別發生相當之效力；何況因其符合程序選擇權法理，往往尚可認為其無程序上瑕疵可言，值得併加留意運用。

(3)簡易訴訟程序與通常訴訟程序之關連、轉換

(a)事件性質誤認時之處理原則——程序法理轉換說

在此，想先強調的是，應從上述程序法理交錯適用論即程序法理轉換說之觀點（容許在同一程序之前後階段適用不盡相同之程序法理——通常程序法理或簡易程序法理），許由同一法官以變換程序法理之方式，在同程序上繼續審理同一事件（由簡易庭就一度被誤認之通常事件改用通常程序法理為審理；或由普通庭就遭誤認之簡易事件改用簡易程序法理為審理），以解決誤認事件性質（將通常事件誤為簡易事件或將簡易事

件誤為通常事件）之問題。此時，重要的是，受訴法院（狹義的法院）應在程序上向當事人諭示變換改用程序法理之事，此乃同一法官對當事人應如何為訴訟上行為之問題——如何規律受訴法院與當事人間審判上活動之問題，而與單純的事務分配有異。因為該事件是否或應如何改分案及報結，係另涉及法院（廣義的法院）內部不同的法官互相關應如何分配事務之司法行政上問題，不宜與同一訴訟程序上由同一法官變換改用程序法理乙事相混同。因此，即使司法行政上就如何改分案有所規定，亦應配合上述程序法理變換改用之目的，為解釋運用；而不宜單從事務分配說或事物管轄說之角度為處理。要之，採程序法理交錯適用論即程序法理轉換說之觀點為處理，則但須由同一法官當庭宣示變換所適用之程序法理並予記明筆錄即可。如此處理較不致因法官之更換或事件之移送，對當事人造成程序上不利益，而更能充分兼顧程序安定性之要求並貫徹促進訴訟（訴訟經濟）之立法旨趣。尤其，假使所謂事務分配說係意味應以改分案方式即事務分配方式，將特定事件從某法官移由另一法官審判的話，則其處理方式將有招致更大的程序上不利益之虞，此為近於採事物管轄說之不經濟。（關於此二說之評述，另請參照楊建華「簡易訴訟程序是否為事物管轄？」——載司法周刊第四八七期第三版）。不過，於分案之初尚未開始審理之階段，既尚無程序法理變換適用（程序前後階段交錯適用不同的程序法理）之可言，則於審判獨立未受干預之情況下，將分案時所誤認之事件改分案由另一法官審理，多無招致不經濟之虞，亦屬可行。

鑑於上情，為使當事人能預測到各該程序所適用者究屬通常訴訟程序法理抑為簡易訴訟程序法理，以便進行適時適式之攻擊防禦，防止發生突襲，並符公正程序請求權之旨趣，在審理過程，法院應隨著程序進行之必要，適時諭示該事件究屬簡易事件或為通常事件。尤其，在當事人間爭執其事件之類型、性質時，法院應適時向當事人表

明法律見解，使之陳述相關意見或提出必要資料，以利正確判斷該事件究屬簡易事件或通常事件，並經由法院與當事人之討論，助益促成選擇適用簡易程序之合意，以利促進訴訟。

準上說明，第一審之簡易庭可就被誤認為簡易事件之通常事件，在同程序上改用通常程序法理為本案審判，而不應僅以其事件係由簡易庭為裁判一事，即指其含有民訴法第四百五十一條第一項所謂之程序上瑕疵。並且，因其第一審已改用通常程序法理，故該事件之上訴程序應屬通常訴訟程序之第二審程序。又，在普通庭就被誤認為通常事件之簡易事件改用簡易程序法理為審理並為裁判之情形，因其已改循簡易程序法理處理之結果，如其有上訴之提起，則應由簡易程序第二審法院（地方法院合議庭）審判。

至於原屬民訴法第四百二十七條第二項之事件，經依同條第四項轉換改用通常訴訟程序以後，即成為通常事件，已非仍屬同條第二項之事件，應無同法第四百六十六條第四項之適用，而應依同條第一項處理可否提起第三審上訴之問題。（關於同條第四項有無修正之必要，請參照「民事專題(七)」一四六頁即本書第二篇內「肆(二)(2)」）

(b)第一審法院應如何處理有關程序轉換之爭執

在當事人間爭執有無改用通常訴訟程序之必要時，上開防止突襲之程序踐行，對於彌補民訴法第四百二十七條第五項有關程序權保障之不足，實具深義，值得特別留意。亦即，同條項規定，對於准許改用通常訴訟程序之裁定，當事人不得聲明不服。在此項限縮程序權保障之規定下，如不同時充實裁定形成程序之審理內容，以徹底防止其對當事人發生突襲，則難免造成法院裁量權之不當行使，動輒剝奪簡速裁判之程序保障（依簡易訴訟程序受審理之機會）等類惡果，致違反制定簡易訴訟程序法之本旨。同理，在駁回聲請改用通常訴訟程序之情形，如從一般解釋認為此種裁定乃屬訴訟程序進行中所為者，依民

訴法第四百八十三條之規定，當事人不得對之提起抗告云云，則上述防止裁定發生突襲之程序踐行，尚有益於避免發生慎重裁判之程序保障（依通常訴訟程序受審理之機會）遭裁量權之不當行使所侵害，對於彌補因不許抗告所致之程序權保障不充分，亦同具深義。

可知准駁改用程序聲請之裁定是否正當，對於當事人所受程序保障之內容為何（因適用通常程序或簡易程序所涉辯論權、上訴權與審級利益等保障之厚薄，以及隨伴於此之實體上利益、程序上利益之大小），具有決定性之影響。顧慮及此，上述程序之踐行，對於程序權之保障，係屬必要而有益。並且，在愈難期待法官踐行該項程序之實務狀況下（如：在常隱藏心證及法律見解而不予公開表明之審判實務），為保障當事人之程序主體權〔參照本書第一篇「司法之現代化與律師之任務」內「叁(六)(1)」〕，愈有對當事人賦予聲明不服機會（抗告權）之必要。此項必要性，在明認當事人就程序之轉換改用有聲請權而應予保障之前提下（民訴法第四百二十七條第四項），尤屬顯然。準此，一概不許聲明不服之規定（同條第五項），在立法論上，似尚殘留有值得商榷之問題。

基上認識，在現行法下，除踐行上述助益防止突襲之程序以外，如何妥為裁判當事人間關於有無必要轉換改用通常訴訟程序之爭執，仍屬要事。就此，宜先認明：關於案情是否繁雜及有無必要改用通常訴訟程序之判斷，通常係以兩造所提出之攻擊防禦內容及本案審理狀況（如：被告之抗辯事由為何？對於票款請求有無提出複雜的原因關係抗辯、抵銷抗辯；又，對於利息支付請求有無提出本金債權存否之主張……等），作為基礎資料。在採行隨時提出（自由順序）主義之前提下，此類資料之質、量內容乃可能隨著程序之進展狀況而有所變化，自不宜一律僅以起訴時點之資料為準，判定該事件是否適於改用通常訴訟程序。並且，縱使在程序前階段經法院認為無改用通常訴訟程序之必

要者，其後亦可能因兩造實質上爭執內容之複雜化，致於其程序中終認為應准予改用者。（至於可能發生上述兩造間默示同意選用簡易程序之情形，以致多無須在程序後階段始就關於有無必要改用程序之爭執加以裁判，則屬另一事。）因此，應使有關上述爭執（應否改用通常程序之爭執）之裁判具有相當之可撤銷變更性，亦即宜承認為該裁判之法院可基於訴訟程序進行之必要，自行為合目的性之撤銷、變更。為此，該項裁判不宜採中間判決之方式為之。因為中間判決雖無如終局判決之既判力，但其判決主文仍對於下中間判決之法院具有羈束力或不可撤銷、變更性（Unwiderruflichkeit），不宜於採為裁判上述爭執之方式。就此而言，民訴法第四百二十七條第四項規定應以裁定之方式處理有關改用通常程序之聲請或爭執，頗有助於因應上述程序進行對於可撤銷變更性之需求，且具有示明不得以判決方式處理之意義〔按：縱屬關於中間之爭點，倘法律明定應以裁定方式為裁判者，即不得以中間判決為之。可是，另有持不同見解者。如：司法院訂頒「法院辦理民事調解暨簡易訴訟事件應行注意事項」貳三——載司法院「民事調解暨簡易訴訟程序修正條文及關係文書彙編」（以下略稱「簡易彙編」）四九頁、一一八頁〕。此外，為滿足程序保障之基本要求並保障當事人之程序轉換聲請權，在常隱藏心證及法律見解之實務狀況未經改善以前，更須檢討同條第五項（不許聲明不服之規定）之妥當性。並且，縱使將民訴法第三百八十三條修正為得以裁定方式處理有關訴訟程序上之中間爭點，亦仍無從完全克服如何賦予程序保障之課題。（就駁回訴之變更、追加之裁定，亦有宜否明訂較短之抗告期間，而賦予當事人聲明不服權等類涉及程序保障之問題。關於此，請參照「民訴研討(三)」六〇二頁至六〇三頁所載本人於民事訴訟法研究會第三十三次研討會之評論。）

應附言者，倘當事人在程序之前階段已合意選擇適用簡易訴訟程序，則不得於其後再予撤回，以符程序安定性之要求。

(c)第二審法院應如何裁判第一審法院對事件性質之誤認

如當事人在第一審對於被誤認為簡易事件之通常事件，未責問、爭執其程序上瑕疵，而為本案辯論時，依其情形，多可認為彼等已默示合意選擇簡易訴訟程序，此在承認程序選擇權之現制下（民訴法第四百二十七條第三項），係屬可許；且為貫徹程序安定性之要求所應然（參照上述貳(六)之說明）。就此，當事人及第二審法院（地方法院合議庭）自均不得事後再指摘，第一審法院對該事件之誤認係含有程序上瑕疵，因此，不應依民訴法第四百三十六條之一第三項準用同法第四百五十一條第一項規定將事件發回第一審法院。並且，在該第二審審理中（其程序之前階段），亦可能成立上述明示或默示之合意，而不得於事後（其程序之後階段）予以撤回或不認。（司法院「簡易彙編」五四頁、一二〇頁認為：誤用簡易訴訟程序之審理係屬程序上之重大瑕疵云云，其所謂瑕疵應不包含當事人默示合意選擇簡易訴訟程序之上述情形在內，始符程序安定性、訴訟經濟、促進訴訟等要求。）

在第一審簡易庭誤通常事件為簡易事件，對此，當事人曾加以責問，並以此為理由提起上訴於第二審法院即地院合議庭之情形，其第一審程序係有害於該當事人所應受達成慎重裁判之程序保障（適用通常訴訟程序受審判之保障）。為之救濟，依民訴法第四百三十六條之一第三項準用第四百五十一條之規定，該第二審法院得廢棄原判決（簡易庭之判決）；並即由同地方法院改分案為通常事件，而循第一審通常訴訟程序審判。

至於在第一審普通庭誤簡易事件為通常事件之情形，則應著重保護達成簡速裁判之程序保障，以優先貫徹促進訴訟之基本要求即簡易訴訟程序法之立法旨趣為指標，解釋法律；而為與上述著重賦予達成慎重裁判之程序保障之情形，為不同之處理。亦即，從民訴法第二編第三章特別規定兼採非訟化審理，並於第四百二十七條第三項及第四

項不承認當事人可合意選用通常訴訟程序等規定旨趣推之，應可得知：簡易訴訟程序法係在一定範圍內，以優先追求達成簡速裁判為目的。並且，係以上開規定，一方面承認當事人可基於程序選擇權合意選用簡易程序（並參照上述貳(六)之說明），以平衡追求程序上利益與實體上利益，受追求達成簡速裁判之程序保障（參照上述貳(三)之說明）；另一方面則課當事人某程度之一般性訴訟促進義務，據此不許自由選用通常訴訟程序，藉以減輕高等法院及最高法院之負擔，並兼顧保護其他一般人民使用法院之機會。就此而言，有無上述誤用程序之情事，係涉及公益，而屬職權調查事項。（至於此項促進訴訟義務之範圍，今後隨著社會之變遷，是否尚有從強化程序主體權之角度，重加調整之餘地或必要，則屬另一問題。）準此立法旨趣，應認為：不論當事人對於上述誤認事件性質（誤用通常訴訟程序）之瑕疵，有無在第一審加以責問或曾否為本案辯論，且不論當事人有無合意選用通常訴訟程序之表示，該簡易事件均不得適用通常訴訟程序。並且，第一審普通庭誤簡易事件為通常事件而依通常程序法理所為審判，係屬較嚴格之程序，已包含應依較其更簡化之簡易程序法理為審判之內容在內，因此受理其上訴之第二審法院（地方法院合議庭或高等法院）均不應廢棄原判決（地方法院即第一審普通庭之判決）而發回第一審之簡易庭。於此種情形，如當事人係向該地方法院合議庭提起上訴時，該合議庭即應成為該事件之第二審受訴法院，開始其第二審程序。此亦為依公正程序請求權之法理，所應然之解釋（請參照上述貳(三)(三)之說明）。又；如當事人係向上開普通庭之上級審法院即高等法院提起上訴，則該高等法院得移送事件於上開地方法院合議庭，不應以原審法院誤用通常程序為理由廢棄原判決，更不應將事件發回上開地方法院簡易庭。因為，倘廢棄原判決並將該事件發回上開簡易庭，必然更加一層招致程序上不利利益，致違反訴訟經濟之要求，此事對於法律原來要求依簡易

程序審判上開簡易事件時所追求的程序上利益之保護，已毫無救濟之實益，且違背上開立法旨趣。同理，即使認為受理第二審上訴之該高等法院得依一般程序使為本案辯論並下本案判決云云，該法院應係基於最惠待遇原則，為保護當事人之利益乃被視同地方法院合議庭成為該簡易事件之第二審上訴法院，其審判應依有關簡易訴訟程序之第二審程序規定（如：民訴法第四百三十六條之一以下諸規定），而有許可上訴制等之適用，且不得以原判決誤用通常訴訟程序為理由廢棄之，否則即與上述旨趣不符。在此，想特別指明的是，下級審法院違背訴訟經濟作成裁判時，該項既已造成之不經濟即程序上不利利益，常無從以該裁判有違背訴訟經濟之程序上瑕疵為理由，循事後進行之上訴程序予以廢棄之方式獲得救濟，不可不察。正因如此，強調應在各該下級審賦予追求達成簡速裁判之程序保障，益形重要。

以上只是略舉若干事例，來闡釋簡易訴訟之基礎理論，並嘗試為其與審判實務的銜接，架設較寬廣暢通的橋樑。事實上，有關此方面的問題事項尚多，仍有待於此後利用其他機會，再予細加檢討、評析。但願今天所講述的，能成為和各位一齊研究簡易訴訟程序法的起步。謝謝各位。

〔本文係一九九〇年十一月二十日在司法院司法業務研究會（第十七期）對在職法官之錄音講稿，原載司法院「民事法律專題研究(八)」及律師通訊第一四一期、第一四二期〕

第一篇 註釋之頁碼索引

註一…………… 5	註三十五…………… 74	註六十九…………… 159
註二…………… 5	註三十六…………… 77	註七十…………… 161
註三…………… 5	註三十七…………… 80	註七十一…………… 161
註四…………… 7	註三十八…………… 83	註七十二…………… 163
註五…………… 8	註三十九…………… 83	註七十三…………… 164
註六…………… 8	註四十…………… 83	註七十四…………… 165
註七…………… 9	註四十一…………… 83	註七十五…………… 170
註八…………… 10	註四十二…………… 88	註七十六…………… 170
註九…………… 13	註四十三…………… 89	註七十七…………… 172
註十…………… 15	註四十四…………… 92	註七十八…………… 180
註十一…………… 17	註四十五…………… 92	註七十九…………… 180
註十二…………… 18	註四十六…………… 96	註八十…………… 193
註十三…………… 20	註四十七…………… 98	註八十一…………… 194
註十四…………… 20	註四十八…………… 103	註八十二…………… 195
註十五…………… 20	註四十九…………… 107	註八十三…………… 199
註十六…………… 21	註五十…………… 107	註八十四…………… 199
註十七…………… 24	註五十一…………… 116	註八十五…………… 204
註十八…………… 24	註五十二…………… 118	註八十六…………… 206
註十九…………… 27	註五十三…………… 120	註八十七…………… 211
註二十…………… 31	註五十四…………… 123	註八十八…………… 218
註二十一…………… 39	註五十五…………… 125	註八十九…………… 221
註二十二…………… 42	註五十六…………… 125	註九十…………… 227
註二十三…………… 46	註五十七…………… 129	註九十一…………… 232
註二十四…………… 47	註五十八…………… 133	註九十二…………… 238
註二十五…………… 48	註五十九…………… 133	註九十三…………… 241
註二十六…………… 49	註六十…………… 142	註九十四…………… 242
註二十七…………… 49	註六十一…………… 142	註九十五…………… 247
註二十八…………… 49	註六十二…………… 142	註九十六…………… 252
註二十九…………… 51	註六十三…………… 142	註九十七…………… 252
註三十…………… 57	註六十四…………… 149	註九十八…………… 253
註三十一…………… 58	註六十五…………… 155	註九十九…………… 253
註三十二…………… 62	註六十六…………… 155	註一〇〇…………… 254
註三十三…………… 64	註六十七…………… 155	註一〇一…………… 255
註三十四…………… 65	註六十八…………… 158	

事項索引

一畫

一般訴訟促進義務…………… 346
一般條項…………… 11
一造辯論判決…………… 336
一審制…………… 294

二畫

人的尊嚴…………… 17, 18, 46, 100, 181, 178, 179, 194, 218, 255, 316, 332
人格尊重之原理…………… 134, 135, 171
人權意識…………… 4, 22, 34, 78, 171
——教育…………… 57
二當事人對立之原則…………… 48
二審制…………… 293

三畫

三段論法…………… 9, 10, 12, 143
三面訴訟…………… 48
上訴權…………… 172
小額法院(庭)…………… 282, 287, 291, 298
小額事件…………… 97, 103, 159, 278
——之裁判費…………… 291
——法…………… 291
——訴訟制度…………… 107
小額輕微事件…………… 141, 262
小額權利人…………… 96
——之保護必要性…………… 57, 87
——補償金制度…………… 296

四畫

反訴聲請之駁回…………… 338
中立交易律師模式…………… 251, 253
中間判決…………… 344
中間程序…………… 16, 95
公正程序…………… 18, 90
——請求權…………… 95, 304, 318, 320, 325, 328, 334, 341, 246
——踐行請求權(公正審判基本權)…………… 114
公、私法二分論…………… 93
公序良俗…………… 146, 171
公害紛爭(事件)…………… 7, 11, 49
公益…………… 49, 140, 174
公益律師制度…………… 251
公開心證…………… 79, 148, 149, 209, 210, 226, 236, 240, 241, 242, 243, 245, 248, 337
公開心證及表明法律見解之義務…………… 114, 115, 150
公開(審理)主義…………… 71, 129, 171, 238
公證制度…………… 157, 161
——預防紛爭功能…………… 162
手段說(辯論主義之根據)…………… 224
心證補強律…………… 148
心證公開→公開心證
不公開辯論之合意…………… 335
不確定概念…………… 11, 146, 160, 315
分割審理…………… 237
分屬制之採用理由…………… 188
分屬制之緩和採用…………… 189

五畫

正義…………… 5, 6, 9, 34, 100,
109, 124, 143, 156, 164
正義平衡感…………… 20
本人訴訟…………… 289
外行人法官…………… 43, 44
生存權… 17, 19, 48, 86, 90, 105, 109,
114, 126, 134, 135, 181, 255, 316
生活妨害制止請求(事件)…………… 11,
12, 106, 132, 138, 146, 166, 296
——之特定…………… 117
「以原就被」原則…………… 96, 280
「以就被原」原則…………… 280
世界人權宣言…………… 89
主要的言詞辯論期日…………… 232
主要事實與近代之裁判機能…………… 12
正當事由…………… 146
主張責任…………… 14
本質說(辯論主義之根據)…………… 224
示範訴訟…………… 158, 165, 167, 168
平民團體…………… 14
平民疏遠律師之原因的排除…………… 194
平民法律扶助…………… 268
平等權…………… 17, 19, 48, 86, 89,
90, 100, 105, 107, 109,
126, 181, 255, 316, 329
平等原則…………… 157, 269
平等主義…………… 205
平等使用法院…………… 47, 86,
106, 108, 109, 127, 156
平等說(闡明權之根據)…………… 219
司法之中立性…………… 73
司法民主化…………… 23, 24, 28, 30, 34,
35, 39, 40, 44, 58
59, 77, 114, 169, 171
司法權…………… 71

司法人事…………… 46
司法行政
——之主體…………… 71, 72, 73
——超黨派性…………… 74
司法行為請求權…………… 86, 90
司法保障請求權…………… 86, 317
司法行為義務…………… 86, 90, 317
司法自治(自主)…………… 46, 52, 75
司法(權)獨立…………… 28, 29, 31, 45,
46, 47, 49, 51, 52, 55,
57, 58, 60, 62, 66, 169
——之世界宣言…………… 78
——之相關制度…………… 46
司法固有權與規則制訂權…………… 57
司法權之主要職務事項…………… 47
司法獨裁·寡頭制…………… 28, 29
司法監督…………… 70
司法之恥…………… 59, 71
司法制度之主體…………… 19
司法制度之官僚性…………… 31
司法院最高法院化…………… 74
司法裁判機能…………… 8, 35, 36, 45, 46
司法預算…………… 46, 49, 50, 51
司法法務官…………… 36, 163, 164
司法輔助官…………… 36
司法預防紛爭功能…………… 156
民間公證人制度…………… 163
民間執法…………… 111
民事事件類型審理必要論…………… 107
民意監控審判機關…………… 27, 29, 57

六畫

自力救濟…………… 6, 23, 50, 90, 197
自由權…………… 17, 19, 90, 112, 114,
126, 127, 134, 135, 136,
156, 181, 255, 316, 332
自由(的)證明…………… 285, 337

自由裁量…………… 301
自由主義的訴訟觀…………… 219, 220, 326
自由主義的國家觀…………… 18
自由心證主義…………… 148, 222, 238
自律性·自主性交涉方式…………… 6
多元說(辯論主義之根據)…………… 225
多元價值觀(社會)…………… 22, 35, 44, 108
合目的性與裁判之撤銷·變更…………… 344
合意不公開辯論…………… 335
合意請求書面審理…………… 141
合意選用非訟程序…………… 141
合意選擇程序…………… 140
合意管轄→管轄合意
合併審判制度…………… 245, 338
合議制…………… 302, 306
——審理之功能…………… 44, 63, 64, 78
仲裁…………… 6, 44
——法官…………… 26
——之理念…………… 287
任意的訴訟擔當制度…………… 111
任意訴訟禁止原則…………… 158, 215
在野法曹…………… 57
名譽法官…………… 42
同時提出主義…………… 237
再審與小額事件…………… 294
有社會斯有法…………… 8
行政權過度肥大…………… 19
交通事故紛爭…………… 11
交錯適用訴訟法理與非訟法理…………… 16,
132
回復原狀與訴訟救助…………… 103

七畫

住民團體…………… 14
判決之正當化…………… 10
判例之拘束力…………… 69
抗告權…………… 119

抗爭主義…………… 219
巡迴法庭…………… 36, 286
形式的正義…………… 10, 69, 77
形式的真實(發現)主義(形式的
真實說)…………… 128
形成中之新權利…………… 212
形成政策機能→裁判之形成政策機能
私法自治(原則) 135, 219, 221, 326
言詞審理…………… 141
——之空洞化…………… 240
——之功能…………… 238
言詞審理主義…………… 40, 71, 209,
238, 239, 248, 318
言詞辯論…………… 129~133, 141, 186, 269
利益衡量說(定國際審判管轄權)
…………… 99, 100
防止突襲(突襲性裁判)…………… 92, 96,
114, 116, 120, 123, 130, 131, 138,
145, 149, 155, 207, 209, 214, 233, 236
防禦權…………… 155, 303
你給我事實,我給你權利…………… 145, 146

八畫

法…………… 3, 5, 9, 156, 157, 165, 176,
179, 209, 222, 225, 227, 255
法之二重構造…………… 5
法生活的風險…………… 157, 158, 182
法令審查權…………… 27
法的和平…………… 18, 60, 65
法的解釋·運用…………… 23
法的確實性…………… 18
法的歷史…………… 8
法的母體…………… 9
法的主體性…………… 8, 9, 19, 44,
115, 134, 176, 315
法的安定性…………… 40, 41, 60, 68, 77, 98
法的形成…………… 40

- 法的形成之參與…………… 203
- 法官人事…………… 29, 57, 61
- 行政…………… 75
- 審議委員會…………… 29, 72
- 諮詢委員會…………… 30
- 法官之地位平等…………… 64, 75
- 法官之官僚性…………… 58, 59
- 法官之違背義務責任…………… 61
- 法官之中立性…………… 64, 75, 156, 159, 208
- 法官之內心獨立…………… 61, 63, 72, 74, 77
- 法官之身分上獨立…………… 61, 74, 77
- 法官之遴任…………… 24, 35
- 法官之職務上獨立…………… 60, 61, 65, 66, 77
- 法官之職務監督…………… 31, 61
- 法官之繼續進修教育，在職教育…………… 79
- 法官民選制…………… 23 ~ 27
- 法官主治…………… 23
- 法官任用陞遷諮詢會議…………… 30
- 法官任命制…………… 24
- 法官任期制…………… 23, 27, 28, 30
- 法官受懲戒·彈劾之原因事由…………… 76, 83
- 法官行政官僚化…………… 59, 72
- 法官考核制度否定論…………… 31
- 法官考選·任用制度…………… 29
- 法官考選委員會…………… 30
- 法官助理制度…………… 172
- 法官獨立之原則…………… 28, 29, 31, 45 ~ 47, 60, 61, 70 ~ 73, 78, 81, 82, 114, 142, 169, 178
- 與司法行政權之關係…………… 70
- 與法院獨立之區別…………… 62, 63
- 與判例之關係…………… 67 ~ 70
- 法官終身職…………… 26, 27, 29, 58, 76
- 法官評鑑制…………… 27
- 法官會議…………… 30
- 法官管理訴訟權限…………… 326
- 法官與檢察官互(對)調…………… 46, 58
- 法官積極主義…………… 220
- 法官遴任之國民審查制…………… 23
- 法官法草案…………… 83
- 法官造法…………… 16
- 法官訓練機關之獨立…………… 58
- 「法」協同探尋之法理…………… 142, 145, 182
- 法制平民化…………… 157
- 法治國家…………… 9, 18, 20, 21, 45, 46, 61, 320
- 基本原理…………… 17, 60, 64, 70, 90, 95, 114, 124, 157, 158, 178, 181, 182, 255
- 法是為人而存在…………… 8
- 法律上討論…………… 125, 226
- 法律上及事實上討論之審理方式…………… 210
- 法律上救濟…………… 90
- 法律主治(原理)…………… 60, 158
- 法律見解之表明→表明法律見解
- 法律扶助制度…………… 87, 165, 187, 191, 193, 198, 263, 189, 317
- 改革觀點…………… 103
- 法律扶助法之立法必要性…………… 103, 196
- 法律服務普遍化之基本要求…………… 193
- 法律家…………… 3, 9, 35
- 團體…………… 24
- 歷史…………… 8
- 人數之各國比較圖…………… 37, 38
- 法律規定單純化…………… 157
- 法律條文白話文化…………… 157
- 法律複合現象…………… 93
- 法律適用的突襲…………… 122, 142, 218, 242
- 法律諮詢…………… 81, 103, 104, 263, 317
- 立法必要性…………… 196
- 扶助法(德國)…………… 104
- 法律優位說(有關規則制訂權)…………… 55
- 法曹之素養…………… 20
- 法曹養成教育…………… 22, 46, 57
- 法曹一元制…………… 23, 24, 30 ~ 35, 56, 59, 180, 210
- 「法院之友」制…………… 172, 173, 174, 176, 177
- 之旨趣、內容…………… 172
- 之機能…………… 176
- 法院自治…………… 61, 71, 73
- 法院(官)知法…………… 142, 246
- 法庭公開審理主義→公開主義
- 法院審理活動之突襲…………… 213
- 法庭律師…………… 180
- 法探索主體說(辯論主義之根據)…………… 225
- 法探索協同說(辯論主義之根據)…………… 225
- 法意識…………… 6, 8, 9, 21, 22, 35, 43, 44, 45, 157, 176, 194, 306
- 法意識教育…………… 20
- 法與權力…………… 5
- 和解…………… 6, 7, 44
- 和為貴…………… 3, 41, 256
- 波及效(果)…………… 11, 12, 170
- 依法裁判…………… 9, 12, 60, 242
- 拒絕裁判…………… 61, 70, 71, 91
- 具體妥當性…………… 40, 41, 69, 93
- 具體的正義…………… 69
- 空白法規…………… 11
- 官僚主義…………… 67
- 官僚制模式…………… 24
- 協同主義…………… 125, 222, 223, 225, 226
- 爭點效…………… 245
- 爭點之簡化·限縮…………… 233, 337
- 兩造聽審主義…………… 129, 130, 239
- 非訟法理…………… 282, 297, 300, 306, 315, 329, 330, 324, 331
- 非訟化現象…………… 11, 326, 327
- 非訟化審理…………… 296, 326, 345
- 非訟程序之當事者權…………… 117
- 非訟程序之程序主體概念…………… 119
- 非法人團體之訴訟當事人能力…………… 92, 110, 117, 118
- 事務分配說…………… 341
- 事物管轄說…………… 341
- 事務律師…………… 180
- 事證蒐集制度…………… 111
- 事件類型審理必要論…………… 80, 87, 113, 133, 159, 171, 176, 328
- 事實審理制度目的論…………… 114, 128
- 直接(審理)主義…………… 71, 129, 186, 238, 248, 330
- 社會福利國家…………… 20
- 社會國家…………… 20
- 社會的訴訟觀…………… 141, 219, 226, 326
- 社會安全保障…………… 268
- 武器均(平)等原則…………… 14, 175, 268
- 固有的訴訟事件…………… 12, 13
- 近代裁判機能觀…………… 9, 206, 207, 242
- 定管轄之原因之調整…………… 280
- 知的權利與公開心證·表明法律見解…………… 172
- 附合契約與國際審判管轄權之判定…………… 102
- 九畫**
- 保障人權…………… 19, 177 ~ 184, 202 ~ 205, 220
- 客觀的正義…………… 60, 61, 77
- 客觀的真實…………… 18, 124, 128
- 客觀合併型態與程序主體權·處分權主義…………… 137
- 客觀合併型態之選擇與律師功能…………… 228
- 飛躍上訴(第三審)制度…………… 141, 166
- 為權利而奮鬥…………… 3
- 政策形成訴訟→裁判之形成政策機能

- 便宜訴訟禁止之原則…………… 158
 保全程序之辯論權保障…………… 132
 表明法律見解……………79, 171, 209, 210,
 213, 214, 218, 226,
 240~242, 245, 246, 337, 342
 ——請求權…………… 113
 ——與知的權利…………… 172
 促進訴訟…………… 161, 166, 208,
 213, 233, 236, 245, 325,
 327, 337, 338, 341, 345
 ——義務…………… 326
 ——的突襲…………… 113, 120~123,
 127, 129, 218, 219, 222, 242
 ——之基本要求…………… 125, 126
 ——之程序保障…………… 127, 129, 323
 信賴程序…………… 210, 241
 信賴(的)真實說…………… 128, 218, 241
 信賴真實協同確定說(辯論主義之
 根據)…………… 221
 相排斥之複請求與客觀合併型態 137
 突襲性裁判…………… 64, 95,
 112, 210, 213, 238, 242, 243,
 246, 247, 301, 337, 342, 343
 突襲性裁判之主要型態…………… 121
 突襲防止說(辯論主義之根據) 224
 要件事實與近代之裁判機能…………… 12
 律師人數之增加·平均分布…………… 179
 律師之在野法曹性…………… 181
 律師之訴訟外預防紛爭活動…………… 254
 律師之專門職業性…………… 184
 律師之業務廣告…………… 179, 199
 律師之認可登錄制…………… 188, 192
 律師之發問權…………… 249
 律師之養成教育·繼續教育…………… 205
 律師之職業倫理…………… 36, 180
 律師公會…………… 184
 律師公會主導型仲裁·調解制度 254
 律師分屬制(主義)…………… 36, 185,
 187, 194, 195
 律師代表型審理型態…………… 248
 律師功能論…………… 150, 218, 221
 ——與訴訟上請求方式之擇定 211
 律師自治…………… 178, 180, 181
 ——之制約…………… 185
 ——之容許度…………… 189
 ——之根據…………… 182
 律師在爭點整理過程之功能…………… 233
 律師角色之多元化…………… 252
 律師扶助制度…………… 50, 115,
 179, 192, 193
 律師法律服務之普及方法…………… 253
 律師制度之司法機關性…………… 180, 185
 律師制度存廢論爭…………… 4
 律師協同防止發生突襲之功能…………… 207
 律師協同探尋「法」之功能 203, 209
 律師法修正草案…………… 199
 律師促使形成政策之任務…………… 202, 204
 律師酬金…………… 179, 191, 192, 195~198
 律師費用保險…………… 198
 律師訴訟…………… 186
 律師強制(代理)主義…………… 50,
 185~187, 191, 192, 198
 律師強制代理上訴…………… 80
 律師與法官間之協力關係…………… 185
 律師選任權…………… 115, 210
 律師職務之兩面性…………… 223
 律師職務之公共性…………… 180, 182,
 184, 187, 189
 律師職務之自由獨立性…………… 182, 189
 律師懲戒委員會…………… 4, 190
 律師懲戒權之行使…………… 190
- 十畫**
- 紛爭…………… 15, 16, 108
 紛爭解決一次性原理…………… 245, 301

- 紛爭之集團化·大量化…………… 262
 紛爭預防制度…………… 80, 162, 167, 168
 紛爭類型審理論…………… 41, 42, 44
 財產權…………… 17, 86, 90, 112,
 114, 126~128, 134~136, 156,
 181, 245, 270, 316, 329, 332
 書面審理(主義)…………… 141, 265,
 284, 320, 327
 真正訟爭事件…………… 163
 消費者保護事件…………… 11, 14, 87
 原則性裁判…………… 168
 原則上重要性法律問題…………… 304
 訊問當事人…………… 290
 討論的審理方式…………… 241
 海峽兩岸人民間紛爭事件…………… 102
 展望性·創設性之判斷…………… 14
 值得(當事人)信賴的真實…………… 149,
 222, 223, 242
 逆推知說(定國際審判管轄)…………… 98
 修正逆推知說(定國際審判管轄)
 ……………… 99
 修正類推說(定國際審判管轄)…………… 99
 被告住所地原則…………… 102
 追求促進訴訟(程序上利益)之程
 序保障…………… 126, 136, 322
 追求達成迅速而經濟的裁判之程序
 保障…………… 126
 追求發現真實(實體上利益)之程序
 保障…………… 126, 136, 322
 追求達成慎重而正確的裁判之程序
 保障…………… 126
- 十一畫**
- 陳情…………… 6
 訟棍…………… 7, 194
 訟終凶…………… 3
 訟爭對立性…………… 329, 331
 訟爭性非訟事件…………… 132
 專屬管轄…………… 264
 處分權主義…………… 113, 133, 135~139,
 141, 150, 167, 207, 209, 227,
 243, 245, 269, 305, 326, 332, 338
 ——與客觀合併型態…………… 137
 推理過程的突襲…………… 120, 121, 242
 強制執行之聲請費用…………… 295
 票款事件之管轄…………… 97
 情事變更…………… 327
 既判力…………… 9, 10, 141
 產品製造責任紛爭…………… 11
 執行力…………… 162
 執行法院之裁量權…………… 296
 接近法院·法官…………… 86, 88~90,
 92, 96, 103, 109
 接近律師即接近正義…………… 193, 249
 假處分…………… 111, 166
 略式判決…………… 265
 通常訴訟程序…………… 301, 302, 314
 涵攝模式…………… 9, 10
 涵攝過程之不確實性…………… 144
 現代型紛爭(訴訟)事件…………… 11~13,
 107, 108, 146, 166,
 202, 204, 212, 262
 ——之特徵…………… 13, 14
 現代裁判機能觀…………… 11, 146, 170
 177, 206, 207, 242
 第三程序…………… 16
 第三審上訴許可制…………… 166, 284, 293,
 304, 315, 321
 第三審上訴受理制…………… 304
 第三審特許上訴制…………… 166
 第三審權利上訴制…………… 324
 第三審抗告許可制…………… 166
 第三審上訴程序之律師強制代理
 ……………… 192
 第三審言詞辯論原則…………… 166

許可上訴制與簡易程序…… 337
 規則與法律…… 54
 ——同位說…… 55
 規則優位說…… 55
 規則制訂權…… 28, 46, 51~57, 192
 ——與司法運作之關係…… 52
 陪審制…… 23, 39, 43, 176, 316
 ——贊否論據…… 40, 41
 參審制…… 24, 39, 42, 43, 44, 176, 316
 參加政策形成之方式…… 6
 國家主義…… 98
 國際民事訴訟法…… 98
 國際協調主義…… 98
 國際審判管轄權…… 87, 98, 100~102, 264
 國民之法主體性…… 181, 182, 210, 242
 國民之法主體地位…… 178, 189, 194
 國民主權(原理)…… 17, 19, 20, 27, 28, 29, 40, 44, 45, 49, 56, 60, 112, 114, 134, 157, 169, 176, 178, 181, 255, 332
 國民審查制…… 26~28, 30

十二畫

程序上正義…… 94
 程序上利益·不利益…… 113, 128, 134, 135, 140, 181, 192, 208, 212, 214, 219, 229, 241, 271, 318, 325, 332, 337, 341, 346, 347
 程序上基本人權…… 112, 116, 118, 120
 程序安定性…… 333, 340, 341, 344, 345
 程序基本權…… 123, 135
 程序參與權…… 88, 114, 116

程序主體地位…… 88, 111, 114, 115, 118, 130, 133, 135, 137, 140, 142, 146, 182, 214, 241
 程序主體性原則…… 112, 116, 123, 181, 208, 256
 程序主體權…… 111, 113, 118, 119, 132~141, 167, 177, 194, 221, 241, 242, 246, 332, 343, 346
 程序選擇權…… 42, 44, 139, 140, 168, 214, 271, 332, 337, 338, 340, 345, 346
 ——之現行法上明認…… 139
 ——之立法論…… 141
 程序處分權…… 42, 113, 134, 137, 139, 141, 207, 212, 213, 214, 221, 226, 237
 程序法上處分權→程序處分權
 程序法上非訟化…… 326, 328
 程序費用制度…… 335
 程序轉換…… 300, 301, 306, 315
 ——聲請權…… 344
 程序法理轉換(適用)說…… 331, 340, 341
 程序法理交錯適用肯定論…… 95, 107, 328
 程序法之嚴格性及劃一性…… 98
 程序保障論…… 82, 107, 111, 116, 118, 120, 125
 程序上(的)保障…… 86, 88, 89
 程序(權)保障…… 48, 60, 69, 81, 86, 88, 89, 92, 96~98, 106, 118, 120, 130, 156, 219, 231, 266, 300, 303, 342
 程序保障之意義…… 317
 程序保障需求之多樣化…… 306, 328, 330, 332
 程序保障說(辯論主義之根據)

…… 225
 程序費遞增制度…… 291
 間接主義…… 326
 間接事實與現代之裁判機能…… 12
 普遍主義…… 98, 102
 勞資糾紛…… 11
 無訴即無裁判…… 48
 集團訴訟…… 109, 110, 279
 集團利益之保護…… 87
 尊重人的尊嚴之原則…… 17~20, 22, 44, 45, 112, 124, 126, 157, 169
 發現真實的突襲…… 121, 122, 126, 129, 147, 218, 222
 發現真實之程序保障(基本要求)…… 125, 127, 128, 208
 發回判決之拘束力…… 68
 費用相當性原理…… 87, 107, 159, 272, 274, 277, 284, 289, 292, 294, 300, 303, 304, 305, 318~321, 336
 最高法院法官會議…… 24
 最惠待遇原則…… 325, 347
 提訴期間與訴訟救助…… 105
 裁判之統一…… 68
 裁判先例…… 12, 157, 164
 裁判的歷史…… 9
 裁判附理由…… 79
 裁判機能論…… 29, 142
 ——與公開心證·表明法律見解…… 242
 裁判之波及效→波及效
 裁判之客觀性…… 10, 61, 62, 64, 77, 79, 142
 裁判行為請求權…… 71
 裁判之預測可能性…… 13
 裁量權…… 209, 302, 304, 314, 315, 326, 332, 342, 343
 ——擴大與處分權主義…… 138

——與現代之裁判機能…… 12
 裁量上訴制…… 293, 304
 裁判之可撤銷變更性…… 344
 裁判效力相對化論…… 127
 裁判給付義務…… 70
 裁判給付請求權…… 91
 裁判外紛爭解決制度…… 161, 324
 裁判之形成政策機能…… 11, 12, 15, 16
 訴訟觀…… 219, 220, 333
 訴權論…… 91
 訴訟權…… 17, 42, 44, 48, 70, 86, 89, 90, 95, 105, 107, 109, 112, 126, 134, 135, 178, 181, 270, 255, 266, 267, 316, 320, 329, 332
 訴訟方式之特徵…… 7
 訴訟指揮(權)…… 234, 268, 300, 301, 317, 320, 332, 337
 訴訟法理…… 270, 277, 297, 300, 314, 323, 326, 329, 330, 331
 訴訟契約…… 167, 237, 337
 訴訟經濟…… 267, 292, 301, 325, 345~347
 訴訟促進…… 125, 247, 322
 ——義務…… 140, 333
 訴訟延滯…… 91, 97, 159
 訴訟要件論…… 87, 91, 92
 訴訟標的論…… 211
 訴訟標的相對論…… 213~215, 228, 229
 訴之利益論…… 108, 109, 165
 訴之變更…… 243, 338
 訴之追加…… 338
 訴之客觀合併論…… 137, 138
 訴之選擇合併…… 137, 228
 訴之預備合併…… 137, 229
 訴之聲明功能論…… 211
 訴訟之技術性…… 263

訴訟之嚴格性…………… 263
 訴訟費用…………… 295
 ——扶助法（德國）…………… 104
 訴訟救助…………… 87, 103, 104, 268,
 289, 291, 300, 317, 315
 ——要件之判斷…………… 105
 訴訟保險制度…………… 196, 265, 268, 289
 訴訟之集團·大量現象…………… 140, 319,
 326, 333
 訴訟制度使用者之立場…………… 109
 訴訟洪水現象…………… 324
 訴訟外紛爭解決制度…………… 80
 訴訟支援團體…………… 170

十三畫

當事人公開…………… 286, 305
 當事人主義…………… 48, 206, 207, 326
 當事人主導型…………… 220
 當事人本人訴訟…………… 50, 248
 當事人（本人）訊問制度…………… 305, 335
 當事者權…………… 64, 116, 118, 119,
 123, 125, 132, 133
 當事人平（對）等原則…………… 109, 149, 268
 當事人提出主義→辯論主義
 當事人適格論…………… 108, 109, 165
 當事人進行主義…………… 326
 達成慎重裁判之程序法理…………… 328
 達成簡速裁判之程序法理…………… 326
 達成迅速而經濟的裁判之程序保障
 →簡速裁判之程序保障
 慎重裁判之程序保障…………… 113,
 267, 269, 303, 304, 322,
 325, 328, 330, 343, 345
 達成慎重而正確的裁判之程序保障
 →慎重裁判之程序保障
 預防司法…………… 156, 161, 250
 預審…………… 236

——協商會議…………… 236
 預備合併→訴之預備合併
 新訴訟標的（理）論…………… 213, 229, 245
 傳統的訴訟標的論→舊訴訟標的論
 誠信原則…………… 146, 264
 督促程序…………… 297, 298
 試驗訴訟…………… 158, 165, 167, 168
 經驗法則…………… 147~149
 違憲立法審查權…………… 16, 27, 28
 跨國際交易紛爭…………… 11
 溫暖而富有人性的司法…………… 19, 255
 零星的權利之救濟…………… 263
 解決紛爭之方式…………… 6, 7, 8
 解決紛爭機能與裁判…………… 9, 10

十四畫

管轄之合意…………… 97, 264, 305
 管轄制度…………… 96, 264, 274, 281
 管轄錯誤與簡易事件之誤分案…………… 331
 管轄分配說（定國際審判管轄）…………… 99
 實質上平等…………… 14, 102
 實體上利益…………… 112, 113,
 128, 134, 135, 181, 182,
 184, 192, 208, 214, 219,
 229, 241, 271, 332, 346
 實體的正義…………… 124
 實體法上非訟化…………… 286, 327, 328
 實體法上處分權…………… 134
 實體的真實（發見）主義（實體的
 真實說）…………… 128, 149, 219, 226
 實現社會正義…………… 177, 178, 193,
 202, 203, 205, 220
 輕微事件…………… 141, 262, 278
 監察作用（對法官之監督）…………… 80
 團體訴訟…………… 109, 110
 對席辯論主義…………… 155
 認定事實的突襲…………… 121, 242

認諾判決書之簡化…………… 335
 審理集中化…………… 327
 適時審判請求權…………… 90, 114,
 136~138, 140, 192,
 244, 318, 320, 321, 332
 福利國家之使命與法律扶助…………… 103

十五畫

調解…………… 6, 7, 44, 53
 請願…………… 6
 請求權競合與客觀合併型態…………… 137
 審判受公評…………… 168, 169, 170
 審判獨立→法官獨立之原則
 審判權…………… 91, 98
 ——衝突問題…………… 87
 ——與司法權之關係…………… 47
 ——有無之審理程序…………… 92, 93
 審判制度之選擇…………… 42, 44
 審判之原則上模式…………… 129
 審（送）閱制度…………… 71, 239
 審級利益…………… 315, 325, 337
 審級制度…………… 68, 71, 80,
 166, 265, 283
 審級救濟…………… 267, 269
 價值觀（體系）之多元化…………… 15, 57,
 77, 79

十六畫

獨任制…………… 302
 衡平法理…………… 168, 286,
 287, 328, 335
 憲法法院…………… 47
 憲法訴訟…………… 13, 49, 88
 憲法意識…………… 78, 171
 選擇合併→訴之選擇合併
 導正作用（對法官之監督）…………… 81

隨時提出主義（自由順序主義）
 ……………… 237, 294, 343
 ——與客觀合併型態…………… 137

十七畫

隱藏心証…………… 239
 聲明之非拘束性…………… 138
 舉證責任之分配…………… 11, 14

十八畫

簡易主義…………… 324
 簡易訴訟程序…………… 36, 301, 306, 313
 簡易事件之訴訟標的金額二元化…………… 299
 簡速裁判…………… 317, 340, 346
 簡速裁判之程序保障…………… 269, 270,
 322~325, 328, 342, 345~347
 職務法庭…………… 82
 職務監督之對象·方式…………… 80
 職務上獨立之保障…………… 74
 職業法官制…………… 31, 33, 34,
 41, 58, 59, 210
 職權主義…………… 48, 226, 326
 職權通知…………… 125
 職權調查事項…………… 281, 346
 職權探知主義…………… 123, 130,
 133, 209, 227, 230,
 232, 281, 287, 305
 ——與程序主體權·聽審請求權
 ……………… 123, 133
 職權調查主義→職權探知主義…………… 123
 職權裁量法理…………… 284, 285, 295
 314, 328, 330, 335
 職權宣告假執行…………… 295, 297
 覆審制…………… 36, 80, 282, 293,
 295, 305, 306, 321, 336
 舊訴訟標的（理）論…………… 212, 228,

243, 245
 轉換程序之需求····· 330
 擴散利益····· 109
 擴大訴訟制度解決紛爭功能····· 245

十九畫

證明力····· 162
 證明度之降低····· 287
 證明權····· 115
 證據提出權····· 115, 117, 147, 148
 證據偏在····· 12, 14
 證據裁定程序····· 233

二十畫

闡明權····· 117, 138, 149,
 208, 218, 220, 268,
 287, 289, 300, 337
 ——之強化····· 219
 ——之根據····· 149, 150
 ——之行使方式····· 243
 闡明義務····· 115, 148, 155, 218
 ——之加重····· 150
 嚴格(的)證明····· 158, 269
 嚴守法定程序之原則····· 156, 158

二十一畫

續審制····· 293, 294, 321
 辯論權····· 129, 131, 132, 141, 147
 辯論主義····· 128, 130, 132,
 150, 167, 207, 208, 222, 227,
 243, 245, 269, 281, 318, 326
 ——之根據····· 221
 辯論活性化····· 247, 249
 辯論不公開之合意····· 335
 辯護人選任權····· 172, 226

屬地主義····· 98

二十二畫

權力····· 5, 45
 權力分立····· 18, 20, 21, 45, 58, 59
 權力制衡····· 18, 46
 權力與法····· 70
 權利····· 5, 6, 7, 108, 109
 137, 143, 147, 164
 權利上訴····· 337
 權利意識····· 3, 5, 6, 8, 9
 146, 157, 297
 ——教育····· 61
 權利保護請求權····· 90, 91, 100
 權利救濟方法····· 5
 權利保險制度····· 179, 196
 聽審請求權····· 89, 112, 119, 123
 130, 131, 142, 146, 148
 150, 172, 189, 210, 218
 222, 226, 231, 239, 244
 ——之根據····· 124
 ——之內容····· 127
 ——與職權探知(調查)主義 123
 ——與非訟程序····· 133

二十五畫

羈(羈)束力····· 344

原文索引

action collective ····· 109
 access to justice ····· 103
 adversary system ····· 219
 die Allemeine UN-Erklärung
 der Menschenrechte····· 17, 89
 amicus curiae ····· 172
 Amtsermittlungsgrundsatz ····· 123
 Amtsgericht ····· 187
 Anspruch auf Justizgewährung 90
 Anspruch auf rechtliches Gehör 89
 Anspruch auf ein faires
 Verfahren ····· 320
 Anspruch auf faire
 Verfahrensführung ····· 114
 Anspruch des materiellen
 Rechts····· 212
 Anspruch auf Rechtsschutz ····· 100
 Anwaltsprozeß ····· 186
 Anwaltszwang ····· 185
 Audiatur et altera pars, etsi sit
 pessima ····· 129
 Aufklärungspflicht ····· 218
 Aufklärungsrecht ····· 218
 Bagatellsachen ····· 277
 barrister ····· 180
 Befehlsfreiheit ····· 66
 Beibringungsgrundsatz ····· 130
 Beobachtungsfunktion····· 80
 Beratungshilfegesetz ····· 104
 Berechenbarkeit····· 13
 Berichtigungs- oder
 Korrekturfunktion ····· 81
 Berufsrichter ····· 42
 Beurkundungswesen ····· 161
 Beurkundungstätigkeit ····· 163
 BGH····· 188
 Bundesgerichtshof····· 187
 class action ····· 109, 279
 clarification power····· 218
 da mihi factum, dabo tibi jus ····· 146
 Deutsches Richtergesetz ····· 62
 Dienstgericht ····· 82
 dignitas hominis····· 17
 Dispositionsmaxime ····· 133
 due process of law····· 226
 durch einen bei dem prozeßgericht
 zugelassenen Rechtsanwalt ····· 186
 duty of clarification ····· 218
 echte Streitsachen ····· 163
 ehrenamtlicher Richter ····· 42
 Einheit ····· 188
 ein unabhängiges Organ der
 Rechtspflege ····· 180
 equal access to justice ····· 193
 die Europäische Menschen
 rechtskonvention····· 89
 Eventualmaxime ····· 237
 die Garantien od. Ergänzung der
 sachlichen Unablängigkeit ····· 74
 generelle Ausführungsordnungen
 ····· 60
 Gerechtigkeit ····· 5
 Gerichtsbarkeit ····· 98
 Gerichte ····· 62
 Gesetz über die Prozeßkostenhilfe
 vom 13. 6. 1980 ····· 104
 Gesetz über Rechtsberatung
 und Vertretung für Bürger
 mitgeringem Einkommen vom
 18. Juni 1980····· 197

- Grundsatz der Gewährleistung
des Anspruchs auf rechtliches
Gehör 123
- Grundsatz der Meistbegünstigung
..... 325
- Grundsatzentscheidung 168
- Handlungsfreiheit 66
- humandignity 17
- the independence of the judges 46
- inherent power 53
- die innere Unabhängigkeit des
Richters 61
- internationale Zuständigkeit 98
- intervenor 173
- judicial activism 220
- judicial oligarchy 28
- Jura novit curia 142
- Jurist 3
- Juristenstand 3
- justice 5
- Justizgewährungsanspruch
..... 71, 86, 317
- Justizgewährungspflicht 71
- Justizhoheit 71
- Kooperationsmaxime 125, 223
- Laienrichter 43
- Ladung 125
- Landgericht 187
- la puissance de juger 47
- law consciousness 21
- lawyer 3
- legal profession 3
- Lokalisierungsprinzip 185
- Lokalisierungszwang 187
- Macht 5
- Mächte 66
- Massenerscheinung 140, 319
- middle counsel 253
- Mündlichkeitsprinzip 238
- Musterprozeß 165
- neutral transaction counsel 253
- Oberlandgericht 187
- occupation 3
- Offenbarung der Beweiswürdigung
..... 241
- party—presentation 219
- party—prosecution 219
- Personalpolitik 75
- die persönliche Unabhängigkeit
des Richters 61
- Petty litigation 277
- pleadings 236
- Präsidialräte 30
- Präventivfunktion 186
- Preis 17
- pretrial conference 236
- Prinzip des beiderseitigen Gehörs
..... 129
- profession 3
- Prozeßförderung 125
- Qualifikation 212
- Recht 5
- Recht auf ein faires Verfahren 320
- Rechtsbewusstsein 21
- Rechtspfleger 164
- rechtssprechende Tätigkeit 66
- Rechtsstaat 18
- Rechtsweg 90
- Richter 62
- richterliche Gewalt 62
- Richterwahlausschuß 30
- right to a lawyer 194
- rule—making power 51
- die sachliche, amtliche oder
funktionelle Unabhängigkeit des
Richters 60

- Schiedsrichter 26
- Schöffe 42
- Simultanzulassung 189
- small cases 277
- small claims 277
- solicitor 180
- Sozialstaat 20
- sporting theory 219
- Sprungrevision 141
- Staatsregierung 66
- Subsumtion 10, 143
- Überraschungsentscheidung 112
- Überzeugungsaussprechen 241
- Ubi societas, ibi jus 8
- umpire 219
- die Unabhängigkeit der
Gerichte 62
- Universal Declaration of Human
Rights 17, 89
- Untersuchungsmaxime 123
- Untersuchungsgrundsatz 123
- Unwiderruflichkeit 344
- Urteilssyllogismus 10
- Verbandsklage 109
- Verfügungsgrundsatz 134
- Verhandlungsmaxime 130
- vorsätzlicher Rechtsbeugung 66
- vorsorgende Rechtspflege 156
- Waffengleichheit 14
- Weisungsfreiheit 66
- World Conference on the
Independence of Justice 78
- Würde 17
- Würde des Menschen 17
- Zulassungsberufung 293
- Zweiparteienprinzip 48