

序 言

我國之民事紛爭解決法制，於世紀末之最近五年間，有空前之重大變革。此係直接顯現於相關民事程序法之根本性、全般性陸續增修施行，且涵蓋面廣及：一般仲裁程序之擴充、調解程序、簡易訴訟程序之修正、小額訴訟程序之創設、通常訴訟審理原則之重建或精緻化，以及審理模式之改造。

面對於此，企圖活躍於新世紀之研究者及實務家，已然從新法所呈內容及立法意旨察悉，其係要求程序運作應致力保障程序權、賦予程序選擇之機會，而兼顧實體利益及程序利益。於是，論者相繼提問：前導新法走向之思想背景為何？其前導理論是否亦含有本土性，而有異於繼受外國法制之往昔？新法何以刻意擴大當事人選擇諸程序之可能範圍？有何前導法理可資循以開展今後之解釋論或立法論？

有鑑於此，為應時需，並便利思考如何擬定處理問題事項之方針，著者不揣疏淺，特就歷年所發表相關論稿，適度對照新法走向，調整、補加部分內容、註釋，輯錄於本書付梓，以就教於理論、實務界先進。為此，並著眼於所錄如下各文主旨具有關聯性、互續性，乃將本書編為「民事程序法之理論與實務」系列書之第二卷，而命名為「程序選擇權論」。

一、「程序保障論之新開展」一文評析：多年來持續開展於我國之新程序保障論，倡言程序保障之賦予係為追求確定，存在於實體利益及程序利益之平衡點上「真實」、「法」；其立論係脈承於信賴真實主義及法尋求說等制度目的論，在學說變遷史上具有獨特性。

二、「程序選擇權之法理」一文闡論：為實現憲法上價值理念，應肯認當事人有程序選擇權，為此民事程序制度之創設及運作，須指向於兼顧實體利益及程序利益、賦予選擇優先追求其中何者之機會，並應從此程序選擇權論，構築新世紀之民事程序法學、重新界定實體

法與程序法之應有關係。

三、「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」一文評析：此等審理原則，係被新法企求發揮平衡實體利益及程序利益之機能，且須呼應新程序保障論及程序選擇權論所指向之目的追求。

四、「心證公開論」一文闡述：心證公開程序之適時踐行，乃保障程序權、兼顧實體利益及程序利益之必要手段，法官應藉此協同事人貫徹集中審理主義之精神，實現新程序保障論及程序選擇權論所持改革理念，而促使上開審理原則充分發揮防止突襲之機能。

五、「調解程序之新變革」一文闡述：新法有關調解程序之變革，係正面認知程序選擇權之法理，並準此賦予當事人更多機會，俾其用以選擇循訴訟程序、調解程序或仲裁程序尋求「法」之所在，平衡追求實體利益及程序利益。

六、「仲裁契約之妨訴抗辯效力」一文係基於程序選擇權之法理，倡言有關選用仲裁程序之合意，應屬平衡追求實體利益及程序利益之程序選擇行為，兼含實體法上及程序法上要素，應準此建構仲裁法制，並解決有關仲裁契約存在抗辯之問題。

七、「民事訴訟法學之回顧與展望」一文評述：我國之民事訴訟法學理論已有異於德、日之獨創性新開展，此即始倡新程序保障論、信賴真實主義及法尋求說等理論體系，以實現憲法上價值理念為指標，喚起重新認知民事訴訟法與憲法之應然關係。

二〇〇〇年八月二十二日

邱 聯 恭

本書之校勘及事項索引之作成，多承台灣大學法律學院許士宦助理教授及士林地方法院邱璿如法官之協助，併此誌謝。

目 錄

程序保障論之新開展

——評析其在我國之獨特性—— 1

程序選擇權之法理

——著重於闡述其理論基礎並準以
展望新世紀之民事程序法學—— 23

處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變

——著重於評析其如何受最近立法走向所影響
及相關理論背景—— 79

心證公開論

——著重於闡述心證公開之目的與方法—— 137

調解程序之新變革

——評析其相關民事訴訟法修正之
走向及前導法理—— 179

仲裁契約之妨訴抗辯效力

——評最高法院八十一年度第三次
民事庭會議決議—— 215

民事訴訟法學之回顧與展望

——為驗收民事訴訟法研究會之成果——	263
《相關圖表》	295
《附錄》	
附錄一 民事訴訟法新舊部分相關條文對照表 (民國八十八年二月三日公布)	306
附錄二 民事訴訟法新舊部分相關條文對照表 (民國八十九年二月九日公布)	336
《事項索引》	393

程序保障論之新開展 ——評析其在我國之獨特性——

壹、緒言	3
貳、程序保障論之新意涵、新定位	4
一、我國程序保障論之主旨	4
二、我國程序保障論之獨特性	5
(一)植基於憲法之法理基礎論	5
(二)目的之重新認知・設定	6
參、程序保障論之應用事例	8
一、依循程序保障論之事件類型審理劃分標準	8
二、依循程序保障論之裁判效力正當化根據論	9
(一)劃定裁判效力客觀範圍之標準	9
(二)擴張裁判效力主觀範圍之根據	12
肆、結語	14
※註釋	15

壹、緒 言

在我國之法學研究史上，民事訴訟法研究會之成立及其長逾十五年之經常性、定期性運作，係一件劃時代的大事。（註一）在此段期間內，「程序保障（或程序權保障）」頻頻被刻意適用為闡述民事程序法學理及評論審判實務之指標性概念，且逐漸促成相當程度之學問體系，以致「程序保障論」被認為必將對於我國民事程序法學之今後開展趨向，發生全面性・決定性之影響作用，而儼然成為民事程序法學界空前受注目之焦點。（註二）到底此種學界所持關心態度，在學說發展史上，是否具有相當之意義？有無其應然或不得不然之道理？意識著此類問題，本文擬析述、探討：程序保障論所及於我國民事程序法學與審判實務之影響為何？

不過，程序保障論所可能關涉之民事程序法上問題層面既多且廣，已如歷年來數十次民事訴訟法研討會之討論內容所驗證（註三），本文並無予以一一詳論之餘裕。於此，想僅選取若干較具基本上重要性之事項作為例示，嘗試一方面解析程序保障論對向來民事訴訟法上問題解決之取向及相關學說之推演，已然提出何等批判性觀點；一方面評估其對今後民事訴訟法學說之形成或再構築，將可能具有何程度之先導作用？藉此對於有意觀測民事程序法學未來容貌之讀者，提供必要之資訊。

貳、程序保障論之新意涵、新定位

一、我國程序保障論之主旨

在我國，程序保障論係發端於一九八〇年所始倡之突襲防止論（註四），並自同年代以後，經陸續拓深、擴展成為全面性指引處理民事訴訟法上諸個別問題之上位指標（註五）。其論旨為：基於國民主權的原理、法治國家原理及尊重人的尊嚴之原則，並依憲法上保障訴訟權、平等權、生存權、財產權、自由權等基本權之旨趣，任何人均應受尊重其人格；對於關涉其權益、地位之事項，均應受保障有容易接近法院、平等使用司法救濟程序之機會或權利；又，對於關涉其權益、地位之審判，均應受尊重為程序之主體，享有程序主體權，並應被賦予參與該審判程序為充分攻擊防禦、陳述事實上、法律上意見或辯論等機會，藉以影響裁判內容之形成，而避免受對造所突襲及防止發生來自法院之突襲性裁判，俾不致在該程序上被處遇為受支配之客體。此項基於憲法上保障旨趣所承認之程序主體性原則，對於立法者、法院及程序關係人（含當事人），在程序之前階段應成為行為規範、在程序之後階段則應準為評價規範，分別發生作用。（註六）

循此方向，我國之程序保障論倡者又申論：為貫徹憲法不僅保障系爭實體權益，且亦同時保障系爭外財產權、自由權或生存權等基本權之旨趣，應承認上開程序主體權者在程序上，既可請求法官實現系爭實體利益，亦得請求維護其所涉程序利益，而應被賦予平衡追求此二種利益之機會，藉以確定存在於此二者之平衡點上真實。從而，訴訟審理制度之建構及運作，應致力於防止發生發現真實的突襲及促

進訴訟的突襲，平衡滿足發現真實之要求及促進訴訟之要求，而不應無限制執意於以發現客觀真實為首務。在此目標追求下，所謂程序保障應兼具有兩方面之意涵，而通於聽審請求權所應被承認之內容：其一是，有關追求發現（客觀）真實即達成慎重而正確的裁判之程序保障，俾程序主體得藉此防免遭受發現真實的突襲，而有機會獲得更慎重、正確之裁判，以追求實體利益；其二是，有關促進訴訟即達成迅速而經濟的裁判之程序保障，俾程序主體得藉此防免遭受促進訴訟的突襲，而有機會獲得更迅速、經濟之裁判，以追求程序利益。（註七）

二、我國程序保障論之獨特性

相較於德、日之學說狀況及一九八〇年代以前之我國一般論述，自同年代新開展於我國之上開程序保障論（下稱「新程序保障論」），實具有相當之獨特性，對於引導新學說之形成或學界史之變遷，將成為關鍵性之推動力，殊值珍視。以下特就其理論所具獨特性，試析述其主要者。

(一)植基於憲法之法理基礎論

在我國，向來有關民事訴訟法之立論，並未充分意識到應同時探討其與憲法之應有關聯，以致不盡符合立憲主義之精神，而含有基本原理上缺漏。（註八）在此狀態下，論者縱亦認為在程序上應使當事人盡攻擊防禦之能事，或依然沿襲日本學者在一九五〇年代之舊說，仍揭示正確、公平、迅速、經濟作為民事訴訟制度之理念，並列明其程序內容包含聲明不服權之保障、公開審理之踐行、裁判預測可能性之確保、兩造聽審主義及辯論主義等原則之採用在內（註九），而具有類同於上開程序保障論所闡述者（註一〇），卻未同時闡述其論據

是否關涉憲法上基本權保障規定，遑論探尋其法理基礎於憲法上要求或基本理念。

從此角度言，新程序保障論，能擺脫向來之窠臼，將民事訴訟之目標追求提昇至立憲主義之精神層次上，而嘗試尋求其立論之法理基礎於憲法上要求及基本理念，在學說變遷史上，實具有突破性意義。再者，除如德、日論者般亦立足於憲法上有關系爭權益之保障規定以外，此項新論尚併將視野擴展於憲法同時保障系爭外財產權、自由權等基本權之旨趣，而意識到平衡兼顧程序利益之必要性，藉此致力於防免系爭中及該等系爭外權益無端遭受耗損、侵害，是迥異於德、日論說未能如此周延涵蓋必要論點之情形（註一一），頗具比較法上獨特性。

(二)目的之重新認知・設定

相較於向來之論見，新程序保障論在程序制度目的之認知・設定上，頗富創新性。亦即，其說承上開論旨（請回顧「一」之說明）所為推演，係就事實審理之目的論新倡信賴真實主義（註一二）、就民事訴訟制度之目的論則提倡法尋求說（註一三），循此認為：民事訴訟制度之設計、運作及使用，應以追求確定存在於實體利益與程序利益之平衡點上「真實（信賴真實）」及「法」為首要目的，而以程序保障為其目的達成之手段。

此項目的之認知・設定，不僅為我國學界向來所未曾意識（註一四）；且與日本之程序保障論大異其趣。亦即，從日本學說變遷史上觀察所獲知，在其程序保障論之初期，將上訴權及事證主張機會之保障列為程序保障之主要內容者，就事實審理之目的論，係認同客觀真實說，而以賦予程序保障作為發現客觀真實並基此達成正確裁判之手段。此事被認為係該階段日本之程序保障論所具重要特徵，乃顯現自

當時將辯論主義定性為客觀真實發現手段之思考模式中。（註一五）相對於此，我國之新程序保障論，如上所述，既係從信賴真實主義之立場將程序保障定性為確定信賴真實（存在於實體利益與程序利益之平衡點上的真實）之手段，而指向於批判客觀真實說，實另有其準以省思辯論主義根據論之獨特觀點，終於併成為就此項根據論新倡「信賴真實協同確定說（新突襲防止說）」之前導。（註一六）

不僅如此，在日本之學說變遷史上，其程序保障論被認為尚呈現著二方面之性格及發展階段：其一是，認為程序保障之賦予應可成為使裁判正當化及判決效力擴張之根據；其二是，認為程序保障之賦予本身即為民事訴訟之本質、目的，而民事訴訟制度係為使當事人間得能盡實質上平等之論爭云云（註一七）。於此項定性・發展之過程，並未見有主張應平衡兼顧程序利益之觀點，尚未意識到有必要同時採認達成迅速而經濟的裁判之程序保障。因此，其說在立論之周延性上，實與我國之新程序保障論之間，存有相當程度之差異。此項差異，在新時代之學說變遷過程，是否將成為彼我間相關各論之分際，而各產生不同程度之前導作用，甚值觀察。（註一八）

例如，以新程序保障論為基礎所延伸形成之上開相關法理，除已前導重新認知辯論主義根據論有上述以外，尚成為指引再檢討訴訟標的論及小額訴訟程序論之新指標。亦即，對於繼受自德、日之訴訟標的新・舊說，提出批判性觀點而被始倡於我國之訴訟標的相對論（註一九），係與新程序保障論脈絡相承，同以保障當事人有機會平衡追求實體利益與程序利益為指標。（註一九之一）又，達成簡速裁判之程序保障要求及信賴真實主義，亦已被準以指引小額訴訟程序之理論建構及立法取向（註二〇），且由司法院民事訴訟法研究修正委員會研擬增訂成民事訴訟法修正草案第四三六條之八至第四三六條之三五。（註二〇之一）

參、程序保障論之應用事例

一、依循程序保障論之事件類型審理劃分標準

向來，關於訴訟與非訟之區分，一般論者及審判實務係從所謂程序法理二元分離適用論，認為：法院在訴訟程序應僅能適用訴訟法理、而在非訟程序則應僅能適用非訟法理，分別審理民事事件，其依非訟程序所下裁定，就私權之存否，恒不具實質上確定力（既判力）云云。（註二一）此說並未意識到：為因應特定民事事件類型之特性，不僅有時需求在訴訟程序交錯適用可資達成迅速・經濟裁判的非訟法理，且有時需求在非訟程序交錯適用可資達成慎重・正確裁判的訴訟法理，而宜肯定各該裁判在一定範圍內可能具有實質上確定力。其結果，該說始終未能正視：就程序保障之內容及方式，有依事件類型之特性・需求為彈性設計、組成之必要及可能。（註二二）

意識及此，新程序保障論者認為：民事事件類型之個性・特徵不一，應依事件類型需求之不同，分別採擇其所適宜之程序保障內容，循此承認多樣化之程序保障方式。例如，對於簡速裁判強烈追求型的事件，應偏重賦予有助於達成迅速而經濟的裁判之程序保障（如：適用以簡易主義為內容之非訟法理），而對於權利義務確定追求型的事件，則應偏重賦予有助於達成慎重而正確的裁判之程序保障（如：適用以公開言詞辯論為內容之訴訟法理）；又，對於訟爭對立性階段化顯現型的事件，應於程序前階段先行賦予可資達成簡速裁判之程序保障，而於程序後階段始賦予可資達成正確裁判之程序保障。之所以應如此容許彈性設計、組成程序保障之內容及方式，而對其據此所為裁

判均承認應有之實質上確定力，乃為兼顧各該事件類型所涉實體利益及程序利益之平衡追求。（註二三）

此項立論，係依循新程序保障論所示程序保障之二面意涵（請回顧「貳、一」之說明），採用利益衡量方法，追求具體妥當性，重整事件類型審理之劃分標準，是大異於審判實務上長年所持程序法理二元分離適用論仍囿於形式一貫性要求之情形，實為訴訟法學方法上之一大前進。抑有進者，此種依循新程序保障論所倡導有關訴訟程序與非訟程序究應如何區劃及互動之省思觀點，係與信賴真實主義同其立論之基本理念，均涉及如何借重「達成迅速而經濟的裁判之程序保障」概念，重新構思如何選用平衡追求程序利益之手段等問題（註二四），宜持續被準以闡釋訴訟（裁判）程序與訴訟外紛爭處理程序之相對、選擇關係，前導探討如何全面性改革民事程序法制（註二五），而有關於依程序選擇權之法理，併將程序保障之賦予亦理解為程序選擇之手段。（註二六）

二、依循程序保障論之裁判效力正當化根據論

（一）劃定裁判效力客觀範圍之標準

關於當事人何以須服於裁判、及其所以對當事人有拘束力（如：既判力）之正當化根據為何，我國學界向來並未意識到應從程序保障論之角度加以解說。（註二七）可是，自筆者在民訴法研究會第一次研討會從程序保障論之新觀點試加探討以來，有關裁判效力正當化根據論之冰凍狀態，於是開始溶解（註二八），終致帶動而形成此方面程序保障論之巨流（註二九）。

此項省思觀點，雖受日本有關裁判效力正當化根據之程序保障論所啟示（註三〇），卻另立足於我國之新程序保障論重新出發，主張：

就既判力客觀範圍之判定而言，當事人係依處分權主義在以訴訟標的所特定凸顯之攻擊防禦目標下，負提出相關攻擊防禦方法之責任，藉此防止發生突襲性裁判，使既判力及於當事人一事取得正當化根據。準此，與訴訟標的有關卻未經當事人提出之攻防方法，原則上均發生失權（遮斷）效，但為貫徹防止突襲之要求，就難期待當事人提出以致其未受程序保障之攻防方法，則例外認為其不被遮斷。其次，就前後二訴訟互不同其訴訟標的之情形而言，非屬有關前程序上訴訟標的之攻擊防禦方法，僅於已受前訴訟法院之實質判斷而足認其不致造成突襲性裁判之範圍內，始可承認就爭點事項所為裁判（判決理由中判斷）對當事人具有拘束力。（註三一）

上開主張因係本於新程序保障論所提出，相對於上述日本之所論，顯示著下述之新開展性：

第一，就既判力客觀範圍之劃定而言，日本之程序保障論者係以新、舊訴訟標的論所認既判力客觀範圍與訴訟標的大小乃恒相一致之思考模式為前提，所以從舊訴訟標的論者之角度觀之，既判力客觀範圍恒限於其說所謂之訴訟標的（特定實體權）；若從新訴訟標的論者之立場觀之，則既判力客觀範圍恒以其說所謂之特定紛爭（地位）為準定之，均不認為可任由當事人（原告）視其優先追求系爭實體利益或所涉程序利益之需要，彈性以特定實體權或以特定紛爭為單位，分別就個別事件擇定訴訟標的之大小，並準此劃定既判力客觀範圍。與此不同，我國之新程序保障論者在批判新、舊訴訟標的論含有未能充分顧慮防止突襲性裁判等缺失之同時，係主張應依循訴訟標的相對論，原則上承認原告得基於源自程序主體權之程序處分權及實體處分權，或以特定實體權或以一個特定紛爭為單位，分別擇定訴訟標的之大小，而準此預告，劃定既判力客觀範圍。（註三二）此項立論，實質上係批判訴訟標的論新、舊說均未對當事人賦予充分之程序保障，可謂具

有再拓深程序保障論之意義。蓋以：在原告認為有關某特定實體私權之審判將因事證準備尚不充足而招致實體法上不利利益，乃為防免蒙受此項不利利益，有意將該私權排除於本案審判對象範圍之外（如：無意將實體法上相競合之數請求權均列入訴訟標的範圍內，而僅有意列其中某請求權為本案審判對象）時，不容許如此排除之新訴訟標的論者（如：受訴法院），對於依處分權主義應有權（程序處分權及實體處分權）限定訴訟標的之原告，實未賦予達成慎重而正確的裁判（平衡追求實體利益）之程序保障。又，在原告難就其請求權為實體法上定性，而有意將一個紛爭列為單一訴訟標的，以便利用一道訴訟程序徹底予以解決，追求程序利益之情形，不容許如此劃定本案審判對象即預告既判力客觀範圍之舊訴訟標的論者，亦未充分保障程序處分權，而未賦予可資平衡追求程序利益之程序保障。

第二，就承認判決理由中判斷對當事人有拘束力或爭點效之前提要件為何而言，我國之新程序保障論者，係以該判斷不致對當事人（因爭點效之承認而蒙受不利利益者）發生突襲一事作為可能承認該項效力之前提，且此處所謂之突襲係含來自受訴法院之突襲性裁判在內，而非僅指兩造相互間之突襲而已（註三三），是為日本之程序保障論者及爭點效肯定論者所未充分意識探討之觀點，更非僅如其新近所謂第三波程序保障說般止於促使當事人間盡實質上平等之論爭（其說係將判決效力之基礎置於當事人之行為，而予以理解為一種基於行為責任之效力）（註三四）。此項我國新程序保障論之觀點，可資喚起一般論者進一步留意究明，如何責由法官踐行心證公開程序以防止當事人遭受法院突襲。從此角度言，該項觀點之提出，對於促使承認上開效力之要件更加具體明確化，應有相當之意義。（註三五）

(二)擴張裁判效力主觀範圍之根據

在特定紛爭涉及多數人，卻僅由其中一人或一部分人成為訴訟當事人，就該紛爭事件遂行訴訟，而獲得判決之情形，為滿足統一解決紛爭、擴大訴訟制度解決紛爭功能及紛爭解決一次性等要求，如何將該判決之效力（如：既判力、爭點效或反射效）擴張及於該多數人中未成為該訴訟之當事人者全體（訴外第三人），係有待探討、解決之問題。關於此類問題之處理，在一九八〇年代以前，我國學界並未意識到應從程序保障之觀點加以探討；即使就代位訴訟之判決，肯定擴張其判決效力於訴外債務人（第三人）之見解，亦未曾認真探討應否將賦予該第三人相當之程序保障一事，列為承認判決效力擴張之前提。

（註三六）可是，此種態度，自一九八四年在民訴法研究會第十四次研討會遭受來自新程序保障論者之嚴厲批判以後，已有重大變化。（註三七）並且，此項批判論，隨著新程序保障論在我國學界之拓深、擴展，已愈益呈現法理基礎深化而探討對象廣化之情勢。（註三八）

析言之，此方面程序保障論之新開展，主要觸及下述問題層面，就其相關事項，具有促動形成新論說之學界史上意義：

第一，喚起學界致力探討：在程序保障之要求與諸如統一解決紛爭等訴訟法上要求或理念係處於緊張關係之場合，應如何構築程序理論始克平衡兼顧之？應否及如何優先顧慮程序保障之要求？關於此問題層面，現階段之程序保障論者，在不否定程序保障具優位性之前提下（註三九），係認為：在強烈需求經由判決效力之擴張以統一解決多數主體間紛爭之事件類型，應致力於一方面充足效力擴張之前提要件，一方面對於受效力擴張者（第三人）賦予應有之程序保障，以資予以平衡兼顧。為此，第三人訴訟參與制度之重新定位及充實，應屬具關鍵性之措施。（註四〇）

第二，促使學界認真探討：有關判決效力主觀範圍擴張之根據論，宜否僅仰賴於當事人適格擴大論之開展？此二者間之關係為何？為此方面問題之解決，當事人適格擴大論是否有一定界限？關於此項問題層面，目前之新程序保障論係認知：為強化判決效力之正當化根據，首須慎選當事人適格者，由立法者或法院，依紛爭事件類型之特性，需求，擇定利害關係最為顯烈且具代表者，然後承認其當事人適格，使其成為本訴訟之當事人，藉以促其為較充分之攻擊防禦。並且，為保護在本訴訟未成為當事人之訴外第三人（利害關係人）所享源自程序主體權之程序處分權及實體處分權，應設法對於該第三人就本訴訟（因當事人適格被擴大而成為形式上當事人者所進行之訴訟），賦予事前的或事後的程序保障。（註四一）

第三，程序保障論者之問題關心亦及於：處分權主義之緩和適用或職權探知主義之酌採，是否足以保護將受判決效力擴張者之權益？關於此方面問題之處理，新程序保障論者係認為：縱使基於保護公益之必要，在一定範圍內有必要酌行擴大法院職權（裁量權），並不意味其時即可否定利害關係人（上開第三人）之程序主體權，而無須儘可能設法對該人賦予應有而相當之程序保障。（註四二）為此，在容許職權擴大之同時，應併針對事件類型之特性，需求，構思，設計其所適宜之程序保障方式，是即何以尚有需復將「程序保障」細分為「事前的程序保障」概念及「事後的程序保障」概念之原由。（註四三）循此，程序保障論所發掘而投送給學界之新課題是：今後宜遵循事件類型審理之法理（請回顧上述「參、一」之說明），依各該紛爭事件類型之需求，從立法論及解釋論上，判定對何類事件宜賦予「事前的程序保障」，而對何類事件則宜賦予「事後的程序保障」。在此意義上，民事訴訟法修正草案增訂第六七條之一承認職權通知制度，以充實事前的程序保障；又，增訂第五〇七條之一採第三人撤銷判決之訴，

以擴充事後的程序保障，均可被評價為程序保障論之立法上新開展，各值注目。

肆、結 語

向來，民事程序法學界及審判實務界往往集中精力於，僅就民事訴訟法條文為整合性、形式觀念性之解釋、運用，且一般論者多動輒認為：法院運作訴訟制度為裁判，係本於源自國家法之強制力，初無須多事深論如何尊重當事人身為訴訟制度使用者之立場，更不必多費心思於重新檢討法院與當事人間之應有關係；何況，兩造當事人間原處於利害對立之狀態，法官之裁判或程序運作縱使引發一造當事人之不滿，亦不足引以為奇，何必予以介意云云。處此狀態中，近十數年來，新程序保障論頗能凸顯、確立當事人所應有之程序主體地位，準此正視法院（國家）與當事人（利害關係人）間向來已然之關係，重建其間所應然者，並不斷延伸其適用範圍，大為改變學界之研究取向、重新啟發實務界之問題關心，終於推演成為民事程序法學之核心論題。從此角度觀之，程序保障論之倡言及拓深，實具有推動學說變遷史前進之重大意義。

於跨世紀之現階段，當一邊回顧上述開展，一邊前瞻程序法學之未來時，毋寧應謂，程序保障論已然成為民事程序法學之新據點，其相關學說發展史正將再行啟動。為此，在與程序保障論之關聯上，民事程序法學須再面對、克服之課題尚多，諸如繼續究明：到底程序保障之要求與其他程序法上基本要求（如：保障公正程序請求權之要求）間所應有之對應、互動關係為何？又與程序選擇權之法理互有何等關聯？為貫徹程序保障之要求，應否採用以受訴法院踐行心證公開（含：

表明法律見解）程序為內容之審理方式？在與程序保障論之關係上，該種審理方式究應如何定性、定位？在此類程序上，當事人應否負一定之行為責任？此項責任應以何者（對造當事人或法院即國家）為其對象？

〔註釋〕

註一：關於民事訴訟法研究（基金）會之成立緣起，及其所具法學研究方法史上意義之重大性，請參照邱聯恭「富有生命力的民事訴訟法學」（月旦法學雜誌第五期，一九九五年）四六頁；同「民事訴訟法學之回顧與展望」（法學叢刊社編，當代法學名家論文集，一九九六年）一五一頁以下（收錄於本書第二六三頁以下）；同「民事程序法學之回顧與展望」（台大法學基金會，一九九五年刊，一九九六年）二八頁；民事訴訟法研究（基金）會編，「民事訴訟法之研討(一)至(四)」(一九八六年、一九八七年、一九九〇年、一九九三年、一九九六年)(以下分別略稱為「民訴研討(一)」至(四))之前言。

註二：關於程序保障論如何在我國被提倡及所涉問題層面之廣大，請參照邱聯恭·前揭「民事訴訟法學之回顧與展望」一五五至一五七頁；同·司法之現代化與程序法（一九九二年）（以下略稱「司法現代化」）一一六頁以下；同「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——」（初出於一九八七年，收錄於程序制度機能論——民事程序法之理論與實務第一卷，一九九六年）（以下略稱為「程序制度機能論」）六三頁。

註三：關於程序保障論所關涉之個別問題，請暫先參照邱聯恭·前揭「民事訴訟法學之回顧與展望」（見註一）一五五頁以下。

註四：請見筆者在民訴法研究會第一次研討會之發言及第三次研討會之論文報告即邱聯恭「突襲性裁判」（「民訴研討(一)」）一八頁、二七頁以下。

註五：請參照上述註三所引用之文獻。

註六：請見邱聯恭「突襲性裁判」（「民訴研討(一)」）四三頁、同「司法現代化」八六頁以下、一一一頁以下；邱聯恭·前揭「程序保障之機能」六三頁以下、九五至九六頁。

註七：請見邱聯恭「值得當事人信賴的真實——基於防止發生突襲性裁判之觀點

批判形式的及實體的真實主義——」（初出於一九八二年，收錄於「程序制度機能論」）五頁以下；同・前掲「程序保障之機能」五頁以下；同・「司法現代化」一二〇頁以下、一二六至一二九頁；邱聯恭在民訴法研究會第三十二次及第四十二次研討會之析述（「民訴研討四」）四九〇頁、五一八至五二〇頁；「民訴研討四」三九七頁、四一〇頁）；邱聯恭「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」（同「司法現代化」）二六九頁；同「簡易訴訟之基礎理論」（同書）三二二頁以下。

註八：向來，我國民事訴訟法學界多欠缺應有之憲法上問題意識。關於此，請併參照邱聯恭・前掲「民事訴訟法學之回顧與展望」（見註一）一五四頁以下。

又，民事裁判之憲法化已成為晚近之世界性趨勢。關於此，請參照中野貞一郎「憲法と民事訴訟法——ゲルハルト・リュッケ教授の所説に即して——」（同教授退官記念論文集・民事手続法の改革，一九九五年）三頁以下。

註九：屬於此類沿襲日本四十年前舊說〔即兼子一・民事訴訟法体系（一九五六年）三四頁〕之我國論者有如：駱永家・民事訴訟法上（一九七六年）一二至一三頁；陳計男・民事訴訟法論（一九九四年）一〇至一二頁。

註一〇：請參照邱聯恭・前掲「程序保障之機能」九六頁；同「司法現代化」一二九至一三二頁。

註一一：德、日有關程序保障要求或聽審請求權之立論，係僅將其論據求諸於憲法上有關系爭權益之程序上保障規定或自己決定原則〔請參照新堂幸司「手続保障論の生成と發展——民事訴訟法学の最近の動向——」（同・民事訴訟制度の役割——民事訴訟法研究第一卷，一九九三年）三二二頁；伊藤真「学説史からみた手続保障（一）（法学教室二一號，一九八二年）二七頁；邱聯恭「司法現代化」一二三至一二五頁；中野貞一郎・前掲（見註八）六頁以下〕，並未充分意識到平衡追求程序利益以同時兼顧系爭外權益之基本權保障上必要性。

註一二：請見邱聯恭・前掲「值得當事人信賴的真實」四二頁以下；同「司法現代化」一二八頁。

註一三：請見邱聯恭「民事訴訟之目的——以消費者保護訴訟為例——」（程序制度機能論）一五六至一六四頁。

註一四：在我國學界，向來並未深論民事訴訟之目的為何，其左袒權利保護說所為立論，則同遭指向於實體真實發現主義之批判。關於此方面之評析，請見邱聯恭・前掲「程序制度機能論」，一六一頁及一九三頁內註三二之說明。

註一五：請見伊藤真・前掲（見註一一）二八頁；山木戶克己「弁論主義の法構造」〔中田還曆論文集（下），一九七〇年〕一頁以下。

註一六：關於信賴真實協同確定說（新突襲防止說）之論旨及其指向於其他辯論主義根據論之批評，請見邱聯恭「司法現代化」二二一至二二六頁；同・前掲

「程序保障之機能」一二〇至一二一頁內註一八之闡述；邱聯恭在民訴法研究會第三十九次研討會之析論〔「民訴研討四」二二一至二二四頁內註四〕

註一七：請參照伊藤真・前掲（見註一一）二八頁。

註一八：關於晚近被倡言於日本之程序保障說（認為程序保障之賦予本身即為民事訴訟之目的云云之見解），有何等應受批判之處，請見邱聯恭・前掲「值得當事人信賴的真實」五八至五九頁內補註之論評；同前掲「民事訴訟之目的」一六四頁。

註一九：關於訴訟標的相對論之主旨及其加諸於訴訟標的論新・舊說之批評，請見邱聯恭在民事訴訟法研究會第四十一次研討會之論述（「民訴研討四」三二三頁以下、三二九至三三四頁）；同「司法現代化」二一一至二一七頁。

註一九之一：新修訂（二〇〇〇年二月九日公布後施行）之民訴法第四二八條第一項就有關簡易訴訟事件之訴訟標的表明，增訂「原告於起訴得僅表明請求之原因事實」之規定；此項規定並經同法第四三六條之二三規定為準用於小額訴訟程序。此類規定內容，亦可被評價為出自訴訟標的相對論所闡述之法理。此項新法，不要求原告須於起訴時就其請求先為實體法上定性以特定訴訟標的，實有助於保護簡易輕微事件之權利人，賦予其受相當之程序保障，藉以獲得平等使用訴訟之機會，應值肯定。因為，該類權利人在資力上或法律知識上，未必常有能力依舊訴訟標的理論為實體法上定性，而難自為訴訟標的之特定，終將因採該理論之結果致有被阻絕提訴機會之危險。況且，該理論不容許原告選擇以紛爭（可能涉及或不涉及數請求權競合之原因事實）之個數為單位特定訴訟標的，將使原告不得不將一個紛爭按其所涉實體法上觀點之不同，予以分段一再多次起訴，致蒙受額外之程序上不利利益，實不足以保障權利人平衡追求程序利益之機會。在此意義上，上開立法走向可謂亦係受我國之新程序保障論所影響。關於此，除前掲文獻外，併請參照「民訴研討四」四〇三頁；本書所收錄「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」一文內「貳、二、(一)(4)」之析論（本書九五頁至九六頁）；林望民「小額訴訟程序論之新開展」（月旦法學雜誌第十九期，一九九六年）四〇頁。

註二〇：自一九八〇年以來，筆者一再提倡信賴真實說，主張事實審理制度應以確定存於發現客觀真實與促進訴訟等二基本要求之平衡點上真實（值得當事人信賴的真實）為首務，不應仍如向來通說般固執於發現客觀（實體）真實〔請參照邱聯恭・前掲「值得當事人信賴的真實」一頁以下；同「司法現代化」一二八頁；邱聯恭在民訴法研究會第四十二次研討會之闡述——載「民訴研討四」三九七頁〕。此項立論不僅一方面可據以闡釋訴訟程序與非訟程序或訴訟外紛爭處理程序等互相間之相對、選擇關係〔請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之分析發言及其補註一、註二、註四之說明——載「民訴

研討(三)」七二七頁以下；邱聯恭·前揭「程序保障之機能」六一頁以下；同「台灣における民事訴訟法改正の動向——日本法との主な相違点を中心にして」(ジュリスト九九九号，一九九二年)一二二頁至一二三頁；同「司法現代化」一三九頁、一四一頁；另一方面亦應據以拓深一般簡易程序及小額事件處理程序之法理基礎〔參照邱聯恭「司法現代化」二六九至二七〇頁、三二二頁以下；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十二次研討會之分析發言及其補註六之說明--載「民訴研討(三)」四九〇頁以下〕。

其後，巧合於上開筆者之立論(認為：小額事件程序之法理基礎不應在於追求發現客觀真實等內容之主張——前揭「司法現代化」二六九頁以下、三二二以下)，最近日本有關研究小額事件程序之論者，已改變向來之見解，亦認為：就小額事件不應採用適合於發現客觀(實體)真實之審理方式，以免增多程序上花費云云〔請見平手勇治=高世三郎=若生朋美「小額事件の簡易迅速な処理に関する研究」(司法研修所編，一九九一年)三頁以下〕。

註二〇之一：我國係自一九八〇年代以後，倡議並開始研擬民事訴訟法修正草案增設小額訴訟程序，而完成該草案第四三六條之八至第四三六條之三五，關於其過程請參照邱聯恭·前揭「司法現代化」二六一頁以下；同「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」〔(一九八九年初出，載於司法院編·民事法律專題研究七(一九九一年))一〇〇頁以下；司法院編·司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(四)(一九九六年)五〇六頁至一〇七五頁。該等草案經完成立法程序後，增訂為民事訴訟法第四三六條之八至四三六條之三二，於一九九九年二月三日公布，其立法旨趣請參照本書附錄一。

註二一：參照楊建華「淺論我國非訟事件法與民事訴訟法」(法學叢刊一二四期，一九八六年)一六頁以下；民訴法研究會第一次及第二十三次研討會與會者之發言內容、旨趣，載於「民訴研討(一)」六頁以下、「民訴研討(二)」四八六頁以下。

註二二：關於程序法理二元分離適用論應受批判之缺失，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)」)四二九頁以下；同·前揭「程序保障之機能」六四頁以下。

註二三：請見邱聯恭·前揭「程序保障之機能」六五頁以下；同「司法現代化」二六六頁以下、三二二頁以下。關於民事事件類型審理必要論，併請參照本書所收錄「程序選擇權之法理」一文內註二之說明。

註二四：日本在此方面之問題關心，亦可供為參考。請參照伊藤 真·前揭(見註一一)三〇頁。

註二五：請見邱聯恭在民訴法研究會第四十二次研討會之析述(「民訴研討(四)」三九七頁、四〇九至四一〇頁內註三)；同·前揭「程序保障之機能」一一一

至一一二頁、一四四至一四五頁內註一三八。

註二六：關於如何依程序選擇權之法理，評估裁判外紛爭處理方式代替裁判方式之可能範圍，請見邱聯恭「程序選擇權之法理——著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程序法學」(「民訴研討(四)」五八五頁以下(收錄於本書第二三頁以下)；同「仲裁契約之妨訴抗辯效力」(台大法學論叢第二二卷第一期，一九九二年)三二三頁以下(收錄於本書第二一五頁以下)。

註二七：在一九八〇年所辦民訴法研究會第一次研討會上，報告人(陳榮宗)及與會者就裁定有無既判力所為報告及發言，可謂係學界向來未曾對程序保障論有所認知之總說明、整理。關於此，請參照「民訴研討(一)」一頁以下。

註二八：請見「民訴研討(一)」一四至一八頁。

註二九：請參照王甲乙「判決理由之效力」(「民訴研討(二)」)一三五頁以下及民訴法研究會第十七次研討會之研討內容(前揭書一五二頁以下)；邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」(「民訴研討(二)」)四五一頁以下、四八一頁及民訴法研討會第二十三次研討會之研討內容(前揭書四八六頁以下)；許士宦「基準時後之撤銷權行使與遮斷效」(法學叢刊第一六三期，一九九六年)一二九頁以下及民訴法研究會第五十八次研討會之研討內容(同·一四四至一四五頁)(收錄於「民訴研討(六)」三三三頁以下)；民訴法研究會第二十四次、第二十五次、第二十九次、第三十三次及第三十六次研討會之研討內容——分別載於「民訴研討(二)」五六〇頁、五七八頁；「民訴研討(三)」二八至二九頁、三二三頁內註八、六一四頁；「民訴研討(四)」六三頁及本文內上述註二所列文獻。

註三〇：有關裁判效力正當化根據之日本程序保障論，請見新堂幸司·前揭(見註一一)三四〇頁、三四四頁；同·民事訴訟法(一九七四年)四〇六頁；伊藤 真「學說史からみた手続保障(二)」(法學教室二二號，一九八二年)二三頁以下；福永有利「紛争解決と民訴法学五〇年」(法學教室一七九號，一九九五年)三四至三五頁。

註三一：請參照註二九所列文獻中，新程序保障論者在歷次研討會之闡述。

註三二：見註一九所引文獻。

註三三：見邱聯恭「突襲性裁判」(「民訴研討(一)」)三九頁以下；同·前揭「值得當事人信賴的真實」五頁以下、二五至二六頁；同「司法現代化」一二一頁；邱聯恭在民訴法研究會第十七次研討會之評析(「民訴研討(二)」一六一頁以下)。

註三四：參照高橋宏志「既判力(一)」(法學教室一四一號，一九九二年)九一頁以下。

註三五：最高法院有關判決理由中判斷具拘束力(爭點效)之判決先例，亦有宜

20 民事程序法之理論與實務(一)

從新程序保障論者所提防止突襲之觀點，重新評估其妥當性或射程距離者。以最近新出同院八四年度台上字第二五三〇號判決（載司法院公報第三八卷第四期一二〇頁）為評析例而言，關於其所示「法院於確定判決理由中，就訴訟標以外當事人主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果，已為判斷時，除有顯然違背法令之情形，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外，應解為在同一當事人就與該重要爭點有關所提起之他訴訟，法院及當事人對該重要爭點之法律關係，皆不得任作相反之判斷或主張，以符民事訴訟上之誠信原則。」等判旨，尚有從下述角度加以評析之必要：

該判旨所謂「本於當事人辯論之結果，已為判斷時」之「判斷」，是否應限於「對當事人不隨伴發生突襲之判斷」，而不包含突襲性判斷在內？為貫徹防止突襲性裁判之要求，在受訴法院之「判斷」內容雖係本於兩造辯論之結果，卻採用辯論中兩造所忽略之法律觀點時，法院基此所下「判斷」既屬法律適用的突襲，是否不應對當事人發生如上開判旨所示效力？

為防止該類突襲性裁判，以充足承認上開效力（爭點效）之前提要件，應否要求受訴法院於辯論終結前，踐行公開心證（表明法律見解）之程序？應否以此項程序之踐行，作為承認法院「判斷」具有上開效力之要件？

為處理上述問題，請併參照邱聯恭「心證公開論」一文（收錄於本書）。

註三六：從民訴法研究會第十四次研討會（一九八四年）之報告人（陳榮宗）及與會者就有關代位訴訟之判決對債務人有無既判力之報告、發言（「民訴研討(一)」四頁以下、二五頁、三二頁、四〇頁），亦可察知：向來學界及實務界均未正視應從程序保障之觀點，探討判決效力主觀範圍擴張之問題。此項疏漏省思觀點之現象，且延續至民訴法研究會第三十六次研討會（一九九〇年）報告人（陳榮宗）及多數與會者就婚姻無效與股東會議決無效之判決效力可否擴張於訴外人一事所為論文報告及研討中（「民訴研討(四)」三頁以下）。

註三七：關於新程序保障論者所指向於向來論說之批判，請見邱聯恭在民訴法研究會第十四次研討會之闡述（「民訴研討(一)」三三頁以下）。

註三八：關於此種批判論如何由新程序保障論者逐步拓深，又如何隨著多次民訴法研討會之舉辦而急速擴大其問題探討之層面及批判對象各節，請見邱聯恭在第八次、第十六次、第十八次、第二十四次、第三十六次、第四十八次、第五十一次及第五十四次研討會之析論，分別載於「民訴研討(一)」二四八頁、「民訴研討(二)」一二二頁、一二六頁、二一八頁、二三五頁、五五五頁；「民訴研討(四)」三四頁、三七頁以下、七四三頁以下；法學叢刊第一五七期一三〇頁以下（收錄於「民訴研討(五)」二二一頁以下）、法學叢刊第一五九期一五八頁（收錄於「民訴研討(六)」七〇頁）。

又請參照王甲乙「當事人適格之擴張與界限」（法學叢刊第一五九期，一

九九五年）一二六頁（收錄於「民訴研討(六)」一頁以下）；許士宦民訴法研究會第四十次研討會之發言（「民訴研討(四)」七三七頁）。

註三九：併請參照邱聯恭·前揭「民事訴訟法學之回顧與展望」（見註三）一七三頁；同「新世紀民事程序法建制之基本課題」（程序制度機能論）二二九至二三〇頁內註二八之說明；「民訴研討(四)」七六一頁內註一之分析。

註四〇：請見邱聯恭·前揭「程序制度機能論」，二三〇至二三五頁；同「第三人訴訟參與之多重功能」（「民訴研討(四)」）七六一至七七一頁。又，立論之基本觀點雖與筆者不盡相同，亦就第三人訴訟參與制度加以探討之論文，請參照陳計男「第三人訴訟參與之研討」（「民訴研討(四)」）七〇九頁以下）。

註四一：關於此方面當事人適格擴大論與程序保障論之關係，請參照邱聯恭「當事人適格擴大論所涉程序法上問題層面」（法學叢刊第一五九期，一九九五年）一五八頁（收錄於「民訴研討(六)」八八頁以下）。

註四二：請參照邱聯恭「司法現代化」一二三頁、一三二至一三三頁。

註四三：請見邱聯恭·前揭（見註四一）一五九頁；邱聯恭·前揭「程序制度機能論」二三一至二三二頁。

【原載月旦法學雜誌第十九期，一九九六年。收錄於本書時，經補加部分註釋。】

程序選擇權之法理

——著重於闡述其理論基礎並準以
展望新世紀之民事程序法學——

壹、緒言	25
貳、民事程序制度健全化・現代化之指標	26
一、正視紛爭事件類型之多樣化及裁判機能觀之遞變	26
二、提昇使用者對程序制度內容及其運作之信賴度・ 信服度・接納度	28
三、追求確定發現真實與促進程序之平衡點上「真實」 即「法」	30
參、程序選擇權之法理基礎	33
一、程序選擇權之根據	33
二、程序選擇權係確定「真實」・發現「法」之手段	35
肆、程序選擇權論之指導原理性及運用	39
一、評估裁判外紛爭處理方式代替裁判方式之可能範圍	40
(一)擴充仲裁程序之適用範圍	40
(二)擴充其他紛爭解決方式	42
二、合意選擇法官之必要性及可行性	42
三、關於本案訴訟審理之程序選擇	43
(一)容許合意選擇審理之基本原則	43
(二)前導訴訟指揮及闡明活動	47
(三)賦予選擇管轄法院之機會	50
(四)前導採擇認定事實之方式	53
伍、結語	54
※註釋	58

壹、緒 言

在即將進入二十一世紀的現代，應如何重新檢討向來的民事程序法學理論、如何改革民事程序法制並健全其相關之實務運作，始能因應今後社會生活之多樣化・快速化・資訊化及價值觀多元化等需求，已然成為緊要的課題。為克服此類課題，應探討：在紛爭處理・解決過程（如：訴訟程序、仲裁程序、交涉談判過程或調解程序），勞力・時間・費用之節省或避免付出，對紛爭當事人、其代理人（含：訴訟代理人）、程序關係人（如：證人、鑑定人）及程序制度運作（如：法官、仲裁人、調解人）等而言，在民事程序法學上具有何種意義、作用？其所及於程序保障論或訴訟審理制度目的論之影響為何？

在利用民事程序制度以實現私權（貫徹實體法規範）、解決紛爭之過程，向來有所謂發現真實（獲取實體利益）與促進程序（就訴訟審理程序而言謂為促進訴訟、獲取程序利益）等基本要求。由於此等基本要求往往處於二律背反或緊張而互為消長之關係，所以在強調應設法滿足此等要求之同時，也應探討：究竟在何情況下應優先滿足其中之何者？是否應先致力於謀得該等要求之平衡？對於其間優劣順位之擇定，應否及如何賦予紛爭當事人參與其事之機會？此時，應否及如何重新檢討・調整實體法與程序法之關係？為滿足上開基本要求所設立或供為使用之程序，是否恒應以客觀實體法為準據？其程序所應準據或所應發現之「法」及所尋求之「正義」究何所指？

另一方面，自由心證主義自一八七七年經德國引進於其民事訴訟法中，而於其後被移植於我國民事訴訟法以來，有關法官心證形成過程・事實認定過程之研究，至今仍是相當不充分。亦即，正如從各家

的教科書或論著所可窺知般，向來有關民事程序法學、民事法學的研究，每偏重而集中於就解析表一中 a、b 系列所例示之權利為抽象性的論述，而殊少深入探討：如同表中 c、d、e、f 系列所示事實、證據與 a、b 系列權利之關連性及其間之互動關係等事項。可是，實際上，在適用自由心證主義為審判之過程，經驗法則每發揮決定性之作用。亦即：經驗法則雖非法律，卻在解釋、適用法規、闡明法概念時，發揮媒介結合法規（大前提）與事實（小前提）之重要作用。又，在事實認定過程，就主要事實、間接事實之推定（推認）、證據方法之取捨、證據資料所具證明力之判斷等場合，經驗法則均發揮相當之作用。因此，應探討：在經驗法則之選用過程及「法」之尋求、發現、適用過程，應否及如何保障當事人有相當之參與機會？此亦為二十世紀所殘留下來，而為二十一世紀的民事程序法學所必須面對的基本課題。

貳、民事程序制度健全化・現代化之指標

一、正視紛爭事件類型之多樣化及裁判機能觀之遞變

隨著社會經濟情勢之急速變遷，民事紛爭事件之質、量亦多異於往昔，且在型態、內容上益趨於多樣化、複雜化。此種變化，不但實際上擴大了紛爭解決過程之困難度；同時，由於一般國民之權利意識已然更為高漲，終於也導致民事訴訟事件之激增，而加重了法院之業務負荷。（註一）面對於此，為將有限之司法資源公平分配於各種或個別之民事事件，合理減輕法官之工作負擔，並避免權利人因程序制度之使用致蒙受難與其所追求之實體利益（因客觀真實之確定、系爭

實體法上權利・地位之實現所可獲得之利益）相均衡之程序上不利益（因程序制度之利用所額外支出之勞力、時間或費用），如何針對事件類型之特性・需求，依其究屬權利義務確定追求型、合目的性、妥當性判斷追求型、集團處理追求型、簡速裁判強烈追求型、法律外專業知識判斷追求型或和諧關係維持追求型等等，分別妥為建構、選用各該類型事件所適合之程序制度・程序法理，乃成為緊要之課題（註二）。

再者，社會經濟情勢之變遷，另亦引發裁判機能觀之遞變。亦即，在現代，人民不僅止於期待・要求民事裁判發揮解決紛爭之機能；並也需求其發揮一定程度之形成政策機能。（註三）此事意味：如今，關於民事程序制度及紛爭解決方式之省思，已不應仍如往昔，僅將視野侷限於固有的訴訟事件類型，且不應單從近代之裁判機能觀，將法院定位為純解決紛爭之國家機關。而應同時正視新生之現代型事件類型，併立足於現代之裁判機能觀，認明法院同時亦扮演政策形成者之角色。（註四）蓋以就近代法治國家而言，裁判乃是適用法律而宣示「法」之所在及其內容為何之司法作用，係以固有的訴訟事件為主要對象。在此種裁判之過程，法院所運作之審理方式，原則上祇要其能有助於法官循三段論法的涵攝模式，責由當事人主張・舉證該當於某實體法規之要件事實（主要事實）存否，並在兩造所爭執的範圍內，以之為爭點事實而據以裁判，即屬已足。可是，時至現代，就實體法上經非訟化之情形及現代型訴訟事件而言（如解析表二）（註五），由於其相關事證之蒐集多有困難或需多勞費，其爭點事實之掌握或裁判之作成，如不選用可資以蒐得諸多相關間接事實或有助於節省勞費之程序制度，將動輒招致程序上不利益，而難作成符合費用相當性原理之裁判。

其實，縱使在上述適用法律而為裁判之情形（如近代法治國家之

裁判)，由於「法」與「事實」原常牽連難分（註六），以致受訴法院常須一面解釋實體法，一面認定事實而同時適用法律。並且，在此種審判過程上，法官往往須利用間接事實（徵憑、情況證據）始能推定（推認）主要事實（要件事實）之存否或阻止其推定。因此，受訴法院於為本案審理時所應掌握者，除上述要件事實以外，每亦及於關連之間接事實。否則，將難達成迅速而正確之裁判。何況，隨著社會生活之複雜化，不僅就現代型訴訟事件，即使就固有的訴訟事件而言，其相關之間接事實（事實群）已然越呈現多樣化之形貌，以致因其掌握非易，而有動輒造成程序上不利利益之危險。為防免、減輕此類危害及當事人之財產權、自由權，如何充實、選用有助於達成該項目的之程序制度或紛爭處理方式，亦屬重要課題。

二、提昇使用者對程序制度內容及其運作之信賴度・信服度・接納度

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

亦即，事實上，人民對於裁判制度越感不滿，則將越趨向於逃避

其使用。此種現象之增多，必將阻礙裁判制度之安定或健全發展，終將造成其解決紛爭功能萎縮、法院之存在意義逐漸減低或喪失等結果。

（註七）並且，誠如歷來之實務驗證所顯示，訴訟當事人對於其曾親自參與之裁判過程越能信服・滿足，則其自動自發順從裁判內容所示紛爭解決方案之機率亦恒屬愈高，此乃當事人愈能接納裁判結果之表徵。其適例如：在能使敗訴者信服於裁判之範圍內，其提起上訴之比率恒屬較低；又，在當事人間達成和解之情形，較諸經判決之場合，其自動履行率常屬更高。（註八）何況，再以給付判決之情形為例而言，如僅動輒強調其終可成為執行名義，而據以強制對於裁判未能信服者為履行，則難免因採行執程序之故，致更增多勞力、時間、費用之額外付出，並加深關係人間之不必要摩擦、衝突。其程序之採行，實同時意味該裁判尚難謂已圓滿實現權利・正義。此類情事之發生，存在，正顯示其紛爭仍不能在平和中獲得解決，其受訴法院所為審判程序之運作，畢竟尚未能謂已到達法律制度之理想狀態。（註九）因此，在構思如何充實程序制度之際，自不應僅以本案判決可能具有執行力或既判力為由，遽認為訴訟制度已充分發揮其解決紛爭之機能。換言之，致力於經由程序制度之設計及運作，促使當事人更加信賴・信服・接納裁判或其他紛爭處理之結論，進而自動自發順從其中所示內容為履行，仍屬值得追求達成之目標。

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

內容及其他紛爭解決方式。(註一〇)

三、追求確定發現真實與促進程序之平衡點上「真實」即「法」

憲法在承認國民主權之同時，亦保障國民享有自由權、訴訟權、財產權及生存權。依據此等基本權之保障規定，在一定範圍內，應肯定國民之法主体性，並應對於當事人及程序之利害關係人賦予程序主体權（程序主体地位）。此即所謂程序主体性原則，乃立法者從事立法活動、法官運用現行法、及程序關係人（含訴訟當事人）為程序上行為時，均須遵循之指導原理。在適用此項原理之程序上，其程序之當事人及利害關係人，不應淪為法院審理活動所支配之客體。準此原理，應賦予對程序之進行有利害關係之人相當之程序保障。亦即，就關涉該人利益、地位、責任或權利義務之審判程序，應從實質上保障其有參與該程序以影響裁判形成之程序上基本權；而且，在裁判作成以前，應保障該人得能適時、適式提出資料、陳述意見或為辯論之機會；在未被賦予此項機會之情況下所蒐集之事實及證據，應不得逕成為法院作成裁判之基礎。(註一一)

準據上開原則，以訴訟程序之運作為例而言，訴訟當事人即程序主体不僅可請求受訴法院實現其實體利益；亦可請求法院維護其（當事人）程序利益（因簡速化程序之利用或避不使用煩瑣、乏實益之程序，所可節省之勞力、時間或費用）。亦即，法院之審理活動應以能兼顧滿足發現真實與促進訴訟等二基本要求為追求之理想目標。(註一二)為此，受訴法院對於當事人一方面應賦予發現真實（追求實體利益）之機會，一方面則應同時賦予其有促進訴訟（追求程序利益）之機會。倘法院未賦予當事人相當之機會，俾其得能藉以提出有助於

發現真實之攻擊防禦方法，則該審理活動即屬對該當事人（因未被賦予該項機會致蒙受實體上不利利益之當事人）造成發現真實的突襲。又，倘法院未賦予當事人相當之機會，使其可用以提出助益促進訴訟之資料，則該審理活動即屬對該當事人（因未被賦予該項機會致遭受程序上不利利益之當事人）造成促進訴訟的突襲。此類發現真實的突襲及促進訴訟的突襲之發生，均有害於當事人之程序主体地位，應設立並運用相當之審理程序予以防止。(註一三)

應特別指明者，訴訟程序之進行倘未能及時避免發生程序上不利利益，而造成勞力、時間或費用之額外付出，則不僅對於系爭之實體上利益，同時也將對於系爭標的外之財產權或自由權，有所減損、消耗或限制，係有害於憲法所保障之基本權，應非所許。因此，受訴法院於運作訴訟程序時，必須兼顧當事人之實體利益及程序利益，予以等量齊觀，並賦予當事人有平衡追求此二利益之機會。在此意義上，發現真實之要求並非恒處於最優位，受訴法院之審理活動應以追求確定發現真實（客觀真實）與促進訴訟等二者之平衡點上的「真實」即「法」為首要目標。(註一四)是乃事實審理之制度目的。在追求達成此項目標之程序上，法院既然被要求應致力於謀得上述二種利益之平衡，實即同時意指：應肯定一般人民及訴訟當事人對國家有適時審判請求權，應被賦予受適時、適式審判之機會；並且，在無害於公益（全國納稅人之利益）之一定範圍內，應被承認程序選擇權（併請參照下述「參」之闡述），得據此請求法院選用較有助於平衡追求實體利益及程序利益之程序。(註一五)

又，上述程序主體性原則及事實審理制度目的論，因其法理基礎具有基本權性，除應適用於建構訴訟審理方式以外，同時也應準以省思、設計、運作其他紛爭解決制度。例如，上開立論，一方面應準以闡釋、檢討訴訟程序與非訟程序或其他（訴訟外）紛爭處理程序（如：

仲裁程序)等互相間之相對・選擇關係;另一方面亦該據以拓深小額事件處理程序之法理基礎。

要之,今後,關於民事程序制度之構思、設計及運作,應致力使其具有助益於保障當事人平衡追求上開二種利益之程序內容。並且,應準照上開觀點,重新檢討實體法與程序法在今後社會之對應・互動關係,而不宜無條件將系爭實體私權之保護列為民事訴訟制度運作之唯一・首要目的。從而,未充分顧慮當事人之程序利益及選擇程序之意願,竟片面認為應優先追求發現客觀真實(獲得實體利益)之見解(註一六);又,未充分兼顧當事人之實體利益及選擇程序之意願,卻一味強調促進訴訟應優先於發現客觀真實之態度(註一七),均難令人無疑。何況,上開二種利益相互間之優劣輕重,尚有依事件類型審理論,視各類事件之特性・需求,分別予以判定而均衡追求之必要。(註一八)例如,就強烈需求簡速裁判之事件(如:小額輕微事件或一般簡易事件)而言,依費用相當性等原理,不僅為保護當事人之私益,尤其為公平賦予其他一般人(納稅人)亦有平等使用程序制度之機會,在維護此項公益所必要之範圍內,促進程序之要求有應優先於發現真實之要求者(併參照民事訴訟法第四二七條第三項(容許合意選用簡易程序以優先追求程序利益)及第五項(就案情非繁雜或訴訟標的金額不鉅之事件,不容許其改用通常程序)之立法旨趣——寬認適用簡易程序之可能範圍以優先追求促進訴訟之立法目的)。可是,與此類事件相較,就固有的訴訟事件類型(如:有關不動產所有權存否之確認訴訟)而言,則不盡然。亦即,關於此種事件之審理,除非當事人間有選用簡易程序之合意,原則上宜優先適用較有助於發現客觀真實(達成正確裁判)之通常訴訟程序。同時,在審理此類事件之程序上,尚應依上開保障程序主體地位、適時審判請求權等法理,賦予當事人有平衡追求實體利益(發現客觀真實)與程序利益(促進訴

訟)之機會。(註一九)

參、程序選擇權之法理基礎

一、程序選擇權之根據

依上所述國民之法主體性、程序主體性原則及程序主體權等原理,紛爭・程序當事人即程序主體,亦應為參與形成、發現及適用「法」之主體;應受適時審判請求權及公正程序踐行請求權之保障,俾其實體利益及程序利益不致受程序制度之運作、使用或未能予以使用所減損、消耗。因此,立法者及法官均應對於程序關係人,就關涉該人利益、地位、責任或權利義務之程序利用及程序進行,賦予相當之程序參與權及程序選擇權,藉以實現、保障程序關係人之實體利益及程序利益。亦即,程序制度之制訂者(立法者)及運作者(如:法官),不僅應致力於保障程序關係人之實體利益,也應防免對其造成程序上不利利益(因未獲有相當機會使用簡速化或避不使用無實益之程序制度所額外付出之勞力、時間或費用),藉此使其有平衡追求實體利益及程序利益之機會,而避免發生減損其系爭財產權、系爭標的外財產權或無端限制其自由權等情事。此項機會之賦予,實為貫徹程序保障之基本要求所必須。

基於上開法理,成為程序主體之當事人,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舍程序利益,以避免因其程序之使用・進行招致減損・消耗、限制

系爭實體利益或系爭標的外財產權、自由權之結果。蓋以程序上不利益之發生，實無異於消耗系爭之實體利益，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。（註二〇）

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益，應認為：民事訴訟法承認處分權主義之目的，非僅為了貫徹保障當事人對系爭實體權即財產權之支配權能；亦係為了使當事人有機會藉此追求程序利益（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。就此而言，處分權主義乃確保程序主體權之一手段。（註二一）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。

循此而論，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，以及認為不應求其根據於憲法上財產權及自由權之見解，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，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。並且，在保障、鞏固上述程序主體地位所必要之範圍內，應適度緩和、調整向來所謂之任意訴訟禁止原則。（註二二）（註二二之一）

依上認知，民事程序制度之創設、擴充及運作，必須兼顧程序關

係人之實體利益及程序利益，予以等量齊觀，並賦予當事人有平衡追求此二利益之機會。在此意義上，民事程序制度應以追求確定存在於實體利益與程序利益之平衡點上的「真實」即「法」為首要目標，並應在無害於公益（全國納稅人使用程序制度之利益）之一定範圍內，賦予人民及程序當事人有程序選擇權，俾其得有機會選用較有助於平衡追求實體利益及程序利益之程序制度（紛爭解決制度）（註二三），而確保、鞏固其程序主體地位。

綜上說明，程序選擇權之承認，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。此項程序選擇權之法理，應成為立法者制訂程序法及法官解釋現行法、運作程序制度之前導。並且，程序選擇機會之賦予，實即意味保障人民及當事人更有機會參與程序以影響「真實」之確定、「法」之發現及裁判之形成，藉以伸展國民之法主體性。在此意義上，國家應充實、健全相關之程序制度，俾使紛爭當事人不致於為了追求確定客觀真實而不得不蒙受過大之程序上不利益，並使其於發現真實、尋求「法」所在之過程，獲得相當之機會，可藉以避免或表明如何防止過大或不甘願之勞費付出。

二、程序選擇權係確定「真實」、發現「法」之手段

事實上，現行法上已有種種制度設計，可被評價為上述意義的程序選擇權法理之具體化，卻未為向來之程序理論所充分認知。以法律（如：仲裁法第一條以下、證券交易法第一六六條）所承認之正式仲裁程序為例而言，其賦予紛爭當事人有合意選用仲裁制度或訴訟（裁判）制度之機會，實即保障當事人得選擇循訴訟程序或仲裁程序確定「真實」、尋求發現「法」。並且，在法官非必恒較仲裁人受當事人信賴之情形，或就特需憑法律以外之專門知能為判斷之某些類型事件

（如：涉及證券交易、國際貿易或科技產品瑕疵之紛爭事件），法官非必常較仲裁人具有處理該類事件所需要之知能等情形，倘強求當事人循訴訟程序解決紛爭，將非必恒有助於當事人追求實體利益（發現真實、正確裁判）及程序利益（促進程序、迅速裁判）。（註二四）毋寧是，在程序選擇權獲得保障之前提下，循仲裁程序所尋得的「法」（由仲裁人憑其非必同於職業法官之專業知能所確定存在於實體利益與程序利益之平衡點上的「真實」、「法」），較諸在未賦予該項保障之情況下，令使當事人循訴訟程序所尋得的「法」（由職業法官憑其法律專業知識所確定之「真實」、「法」），更具有期待、要求當事人接納、信守之法理基礎。蓋因前者（循仲裁程序所尋得的「法」）係以當事人選擇程序之意願為基礎，較能平衡兼顧當事人之實體利益及程序利益，而有助於鞏固當事人之程序主體地位及保障適時審判請求權。

申言之，一般當事人之所以選擇循仲裁程序而放棄循訴訟程序解決紛爭，常由於有意借重仲裁具有較切合、較能滿足其個案需求之機能，此類機能每較有助於追求程序利益或作成較具合目的性、妥當性之判斷。（註二五）亦即，當事人為達成仲裁合意，實際上已先較量仲裁程序與訴訟程序所涉實體利益及程序利益之大小輕重，終於有所取捨而作成決定。此種合意，係兼以程序之選擇、處分為對象內容，而含有處分程序之性質、作用，並非僅以系爭標的（財產權）為其處分之對象。此種捨訴訟而取仲裁為解決紛爭手段之行為，在民事訴訟法採用處分權主義並就程序之開始承認當事人進行主義等前提下，原為法所容許，且符合無訴即無裁判、無訴求即無法官之原理（註二六）。此種有關選用、進程序之合意，乃國家法即程序法所認程序處分權（程序法上處分權）之一種行使形態，非僅就系爭標的（實體私權）行使實體法上處分權而已。此時，當事人間之合意，係屬平衡

追求實體利益與程序利益之行為，兼含有實體法上要素及程序法上要素，且同時併以顧全系爭標的（財產權）外之財產權、自由權等（不使此等權利受減損）為其目的，自不宜僅立足於保障系爭標的財產權之觀點加以評價、論斷。蓋以：當事人係一方面將系爭法律關係交付仲裁判斷，以追求實體利益（因系爭法律關係存否所可能取得之利益）；另一方面，則係試圖借助於仲裁程序，避免蒙受因利用訴訟程序所可能造成之程序上不利利益（逾於利用仲裁程序所將隨伴付出之勞力、時間或費用），並使不致額外減損系爭之實體利益及系爭外之財產權、自由權等（含：因其他交易機會之確保所可能取得之利益）。（註二七）就此而言，仲裁契約係植基於上開意義之程序處分權及程序選擇權。

又，程序選擇權之法理，亦可謂已具體化為民事訴訟法第四二七條第三項之規定，此即承認紛爭當事人就通常事件得合意選用簡易程序之情形。在此情形，經成立該種合意而利用簡易程序之當事人，一方面係將系爭法律關係提請依簡易程序審理，以追求因該法律關係經判斷為存否所可取得之實體利益；另一方面則係同時放棄使用通常程序而選擇循簡易程序解決紛爭，藉以平衡或優先追求程序利益（因不使用通常程序所可節省之勞力、時間或費用）。此事意味：立法者賦予紛爭當事人相當之程序選擇權，使當事人較諸在未被如此賦予之場合，更能據以參與「真實」之確定及「法」之發現等過程。其結果，當事人係基於程序選擇權，循簡易程序法理尋得，發現存在於實體利益與程序利益之平衡點上的「真實」及「法」（經考量程序上利害而與其取得均衡之情況下所尋得的「法」）。此種意義的「真實」及「法」，縱使有時非若循通常程序法理所尋得，發現者接近於客觀的「真實」及實體法（在未經考量程序上利害之情況下或於過去某一發生侵害實體私權之時點上所存在之實體法），卻因較能與程序利害取

得均衡，並以尊重當事人行使處分權之意願為依據，所以常更具有獲得當事人信服・接納之法理基礎。不僅如此，與上述情形相類同，民事訴訟法第四三二條、第四三五條等規定，亦均容許當事人為平衡追求程序利益，得合意選用簡易程序。在此類情形，立法者亦肯認得經較量實體上利害與程序上利害之大小輕重以後，追求確定未必全同於循通常程序所確定之「真實」、「法」。

此外，現行法另承認紛爭當事人之一方得憑自己比較衡量實體利益與程序利益之大小輕重，選用仲裁程序、非訟化程序或訴訟程序，而均可能在一定條件下發生終局的解決紛爭之效力。例如，海商法第一二一條及非訟事件法第九九條就共同海損之計算確定事件所承認者即是。在此種紛爭事件，由於各該程序所採用之程序法理並不盡同（如：審級之多寡、職權或當事人主義、直接或間接主義、公開主義等程序內容・成分之濃淡厚薄不一），以致於循各該程序所追求獲得之實體利益與程序利益可能互有輕重大小之異，而非均以同程度之利益追求為選用程序之目的。換言之，就所確定之「真實」對於客觀真實（於過去某一時點，客觀上因海難所發生之損害）之接近度・切合度而言，在循仲裁程序所確定者、循非訟化程序所確定者與循訴訟程序所確定者等三者間，係可能互有所異，是為立法者所容認。此時，立法者就紛爭事件類型之特性・需求為政策上考量之結果，認為各該程序未必均須互以確定同程度之真實為追求之目標，而允許當事人得較量各該事件所涉實體利益及程序利益之大小輕重，然後為程序之選用。在此意義上，立法者係以追求確定上開二種利益之平衡點上的「真實」即「法」為首要目標，而非固執於不惜蒙受任何程序上不利益均必發現切合客觀真實之實體法。

其他，調解（如：法官面前之調解、鄉鎮市調解委員會之調解）及訴訟上和解等制度（註二八），亦均承認程序當事人得較量各該事

件所涉實體利益與程序利益之大小輕重，合意選擇使用訴訟（裁判）制度或裁判外紛爭解決制度；均不問其解決紛爭之結果（調解或和解所成立之內容），是否切合於客觀的「真實」即實體法（如：在過去某一時點，就請求償還借款事件而言，調解相對人或被告是否在客觀上確曾向調解聲請人或原告借用某金額而尚未償還；就請求賠償事件而言，相對人或被告是否在客觀上確曾不法加害於聲請人或原告等）。

要之，準上所論，就如何釐清程序（訴訟）法學與實體法學之相互關係而言，在此想指明：客觀真實之發現並非恒屬訴訟審理制度所應追求到達之首要目標；不應認為程序法係僅以實現實體私權或貫徹實體法規範為目的。從而，訴訟法應非僅屬實體法上權利之實現法。今後，有關民事程序法學之研究，應致力於探討：如何構築相當之程序理論並充實相關之審判實務，俾有利於經由程序制度之使用・運作來尋求・發現・形成「法」。訴訟法學應屬研究有關如何尋求・發現・形成「法」之學問領域，而與實體法學並列於法律學體系中，均具有同等之基本上重要性。

肆、程序選擇權論之指導原理性及運用

程序選擇權之法理，既有如上所述之憲法上法理基礎，而具程序法上基本權性，自應成為建構民事程序法制及運作審判實務之指導原理。為確保・鞏固紛爭當事人之程序主體地位，並伸展國民之法主體性，今後應繼續拓深程序選擇權論，並準以開展立法論及解釋論，前導變革程序法制。為此，以下試例示相關之程序事項，從法制之新創及運用等方面，分別加以探討、評估。

一、評估裁判外紛爭處理方式代替裁判方式之可能範圍

從擴大接近正義之可能性、合理分配司法資源、謀求具體妥當解決紛爭及基於程序選擇權伸展國民之法主體性等觀點，分別評估裁判外紛爭解決方式代替裁判方式之必要性及可能性。（註二九）

(一) 擴充仲裁程序之適用範圍

〔例一〕除有關商務紛爭之現行正式・機構仲裁外，再就其他財產權紛爭事件，增訂仲裁法（普通法），開設此方面之正式・機構仲裁程序。（註三〇）（註三〇之一）

由於法官所能認知有關科技或其他特殊專門知識之經驗法則，多不同且遠遜於科技等方面（如：建築工程、醫學、公害、國際貿易……等方面）專家所知者，所以仲裁制度之擴充，實即意味確保當事人得有機會，依各該具體事件之特性，委請具有其事件所需經驗法則之專家，參與解決紛爭、實現權利之過程。此事無異於實質上賦予紛爭當事人及一般人民相當之機會，俾彼等得藉此參與選用經驗法則及尋求・發現「法」所在之過程。（註三一）

〔例二〕增訂相關仲裁法規，承認得在律師公會或消費者團體等民間組織成立仲裁機構（委員會），並賦予仲裁契約具妨訴抗辯效力（註三二），且使仲裁判斷在一定範圍內具有同於判決之效力。（註三二之一）

以制訂法律要求在各地律師公會設立仲裁委員會等類制度為例而言，隨著律師質、量的提昇及其功能發揮之加強，此類仲裁機構如能為機動性運作（如：平日經常責由律師仲裁人輪值，以便隨時受理事件之仲裁），將有助於在最接近發生紛爭事實之時點，利用證據尚相

當保全之狀態下，進行仲裁判斷（如：在發生交通事故之現場，就地面對當事人為仲裁判斷）。果然，其仲裁判斷，相較於法院之裁判，必更接近於發生紛爭之歷史時點，而更能兼顧實體利益及程序利益之平衡追求。相較於法院之審理多未能及時蒐得質、量俱佳之現場證物作為裁判基礎而言，上開情況下之仲裁判斷，自屬更能實現正義。同理，倘能立法承認具備相當條件之消費者團體所設仲裁機構，在比法院審理更容易掌握案情事證之狀態下，得為具有同於法院裁判效力之仲裁判斷，必將亦有助於平衡追求實體利益及程序利益。

〔例三〕考慮增設片面仲裁制度

就特定類型事件，為了貫徹當事人間之實質上平等，保護特定當事人（如：消費者等類社會經濟上弱者），可增設片面仲裁制度。例如，為了保護消費者，宜考慮經由立法承認特定仲裁機構（如：律師公會、具備超然、中立性等相當要件之消費者團體所設仲裁機構），得依受害人之聲請，以特定企業廠商（如：交通公司、保險公司）為相對人，開始仲裁程序而作成仲裁判斷。對於命相對人為給付之仲裁判斷，在一定條件下（如：已賦予該相對人參與程序之機會時），不許相對人表示異議；反之，對於依廠商之聲請而開始之仲裁程序，則可由消費者表示異議。

此類制度之創設，將有助於兼顧貫徹費用相當性原理並從實質上保障特定當事人之程序參與權，值得進一步探討其可行性（註三三）。

〔例四〕容許合意選擇仲裁程序之內容

為使當事人能機動・充分因應各該事件對於平衡追求實體利益與程序利益之需求，應容許當事人得視個別案情之必要，合意擬定各該仲裁程序所應遵循之仲裁規則，然後交由仲裁人準以進行仲裁程序。（註三三之一）此項容許性，係源自程序主體權、程序處分權及程序選擇權等法理，乃貫徹仲裁制度之本旨所必要。一九八五年聯合國國

際商務仲裁模範法仍嚴守「程序依法庭地法」之原則（註三四），而未正面肯認上開容許之可能，似不夠周延。（註三五）

（二）擴充其他紛爭解決方式

〔例五〕考慮增設律師面前之和解制度

今後的社會將越發需求律師積極參與裁判外紛爭處理制度之運作，並同時扮演紛爭預防者及生活策劃者等多樣角色。（註三六）為此，宜考慮增設律師面前和解之制度。例如，設相當規定，就特定類型事件，承認紛爭當事人得在律師面前成立和解，而在一定要件下（如：經聲請法院為執行裁定後）使其發生執行力。此種制度已經德國於一九九〇年增訂民事訴訟法第一〇四四之二條予以新設，而且我國仲裁法亦承認有仲裁人面前之和解、調解等制度，均可供參考。（註三六之一）

二、合意選擇法官之必要性及可行性

〔例六〕在一定範圍內，容許當事人得合意遴選職業法官組成受訴法院。此項表意具有表明對裁判之信賴度及評鑑法官等功能。（註三六之二）

〔例七〕在一定要件下，容許當事人得合意遴選非職業法官（如：律師或科技專家等）為陪席法官組成受訴法院，使其審判特定類型事件。此類方式之採行，具有吸取法曹一元制、參審制之精神、優點，並容許當事人參與選用經驗法則及尋求、發現「法」所在等深義（註三七）。

〔例八〕就特定類型事件之審判，併設陪審制、參審制及職業法官制，供紛爭當事人選用，以因應新時代之多元價值需求（註三八）。

三、關於本案訴訟審理之程序選擇

（一）容許合意選擇審理之基本原則

〔例九〕合意放棄直接審理，選擇依間接主義及書面主義為審理相較於間接審理及書面審理，循直接審理為裁判，常更有利於發現客觀真實、追求實體利益。因此，向來一般認為民事訴訟法之所以採用直接審理主義，係為了貫徹法治國家之原理。可是，在特定情形，採行間接、書面審理，可節省、避免不必要之勞費付出，而利於追求程序利益。此事係有助於維護系爭標的外之財產權、自由權，並避免耗損系爭之實體利益。此等權益之保障，應亦為貫徹法治國家原理所必要。為此，在相當範圍內，應容許當事人得合意選擇改用間接審理或書面審理，以利其平衡追求實體利益及程序利益。（註三八之一）

〔例十〕合意選擇採行集中審理方式

相較於分割審理，在採行集中審理方式之程序上，當事人每更能察視事件審理之全部過程始末及案情之全貌，而更容易與受訴法院法官形成共同或相近之認識（心證）、判斷。此事有益於兩造當事人就該事件所涉實體利益與程序利益之大小輕重（如：舉證之難易或證言是否值採所涉利害得失），達成相近之較量、判斷，並提昇成立和解之可能性。因此，為平衡追求實體利益與程序利益，在一定情形（如：在當事人合意與受訴法院共同擬定審理方向及失權範圍之情形下），應承認當事人得合意要求受訴法院採行集中審理方式。

〔例十一〕合意放棄公開審理之必要及可能

關於民事程序制度之構成與公開主義之關連性，在此想指明：

（a）公開主義之功能

公開主義即法庭公開（公眾公開、一般公開）主義，亦屬我國民

事訴訟法所採原則之一（參照法院組織法第八十六條）。此項原則發源於十九世紀歐洲社會之改革運動，係為防免專斷裁判（Kabinettsjustiz）而被採用，具有如下之機能：①促使國民信賴審判，擔保審判公正、公平之機能。藉此，國民即主權者得監控法官之法適用過程，促進司法民主化，貫徹保障公正程序請求權之法治國家原理。②審判公開另有助於確保國民之知的權利，並貫徹司法權之作用。③審判公開亦可使一般大眾在較能見聞審理程序之狀態下，更容易認明存在於社會之多樣文化及多元價值，進而更積極參與形成、創新法規範。

(b)公開主義之限制可能性

為貫徹法律上其他基本要求，在相當範圍內，就特定民事事件之審理，亦有應該且可能限制或排除法庭公開之場合，原不以經法院組織法第八十六條但書所已明文承認之例外情形為限。又，聯合國第二十一次大會於一九六六年十二月十六日所決議通過之國際人權規約第十四條第一項亦承認：在保護公益或當事人私益所必要之一定範圍內，得不公開審理。關於公開審理之限制或例外，可能有如下例示之多種情形：

①依程序主體權及程序選擇權之法理，在不特別有害於公益之範圍內，應容許當事人得合意選擇不公開審理之方式。因為公開主義常須與言詞審理程序相結合始克發生作用，可是，此種程序較諸利用書面審理程序之情形，有較花費勞力、時間或費用以致造成程序上不利之虞。為避免致此，並為賦予當事人有平衡或優先追求程序利益之機會，應容許當事人得基於兩造之合意選擇利用書面而不公開之審理程序。亦即，在不特別有害於其他公益，而難認為藉公開主義所保護之利益恒較程序選擇權之行使所追求者為優位時，縱使適度限制公開主義，亦無背理之可言（如：容許當事人合意選擇有利於促進訴訟之程序，可能導致全面性減輕法院負擔之結果，此無異於增多一般人民

使用法院之機會，難謂其非亦屬公益之一種）。何況，誠如德國民事審判制度修正準備委員會報告書所指明：當事人間往往亦關心於不使其私爭呈現於廣眾之耳目，倘將此項關心與國家對於程序公開之關心試加較量，當可察覺較諸刑事審判而言，其對於私權紛爭之關心每更為淡薄。易言之，國民實際上多未監控民事審判，縱使民事審判庭上之旁聽者，亦常未對於其中系爭之問題多所關心。可是，該訴訟之當事人間卻可能因其家庭內或職業上隱私被暴露於法庭上，致蒙受相當大之不利益。此即德國民事訴訟法第一二八條第二項何以容許當事人間得合意要求採書面程序而不公開審判之一項重要原由。（註三八之二）不過，訴訟事件之紛爭類型不一，倘某事件之紛爭內容涉及多數民眾之利害，而為一般國民所關心者，亦別有不應禁止公開審判之情形。此時，宜另授與法院相當權限，俾其得命行公開審判，而駁回當事人不公開之聲請。應認為屬於此類情形者，例如：社會名人所涉非僅有關其個人隱私而為廣眾關心、注目之事件、以公司之發起人為當事人之訴訟、廣眾（如：多數股票持有人）與有重大利害之商事訟爭事件等類情形。

②基於事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論，為滿足一定事件類型之特性需求，有宜限制或緩和受公開主義之支配者。例如，就小額事件之審理，基於費用相當性原理及該類事件對於達成迅速而經濟的裁判之強烈需求，宜授予受訴法院相當之裁量權，許其得視實際情況之需要（如：當事人到庭之難易、花費之大小），改採書面而不公開辯論之審理方式，以資因應。（註三八之三）此類法理基礎，亦可準以理解德國民事訴訟法第一二八條第三項規定旨趣之妥當性（同條項係明文容許法院就非屬律師代理而訴訟標的金額低於一千二百馬克之小額事件，在實際上難期待當事人到庭之場合，得依職權命令改用書面審理；但於當事人之一造有所聲請或其到庭為查明案情

所必要時，則得撤銷該項命令）。

依上說明可知，就特定事件類型（需求促進訴訟・追求程序利益逾於期待受公開審理之事件），促進訴訟之要求有應優先於公開主義而受顧慮之情形。亦即，就此種事件，應容許受訴法院（訴訟制度運作者）為滿足促進訴訟之要求，得在一定條件，改採不公開審理之方式。職此，在未對其他法律上原則另有違背之前提下，為滿足促進訴訟之要求，法院所採用之審理集中化措施，並非恒須以公開審理為其不可或缺之程序內容。（註三八之四）又例如：在兩造合意時、為審理小額事件而認為有必要時，為達成審理集中化之目標，適度限制法庭公開，既屬可能，亦不背理。

③為尊重人的尊嚴及保障財產權等基本人權，在一定範圍內，是否尚有對公開主義加以相當限制之必要及可能，仍屬今後之課題。例如，在當事人間之訴訟關係涉及某項企業秘密時（如：可供為證據之賬簿若經公開將有導致產業秘密外洩於第三人之虞時），為保護該企業秘密，似應在一定條件下容許限制法庭公開。（註三八之五）又，在當事人間係處於企業上競爭關係，以致如於其間進行調查證據或辯論，有造成產業秘密外洩於對造之虞時，宜探討：是否應容許法院將該項涉及產業秘密之證物（如：賬簿、產銷計畫書），僅交由公正人士（如：法院所選任之中立會計師、經法院選任而非由當事人自行委請之律師）閱覽或查核？在此範圍內，是否可同時限制・禁止當事人之在場見證權（即當事人公開）？此類問題應如何解決，因另尚涉及如何妥為調整多項基本人權保障要求間之緊張關係，並尋求其間之平衡點等事，定論非易。有關於此，瑞士民事訴訟法之規定（同法第三十八條規定：為保護當事人或第三人之營業上秘密認為必要時，法官應排除他造或兩造當事人，就其相關之證據方法形成心證），似可供參考。

(二)前導訴訟指揮及闡明活動

〔例十二〕前導促成限縮爭點之協議

在甲訴請判令乙清償債務，而涉及A事實（如：已罹於消滅時效之事實）及B事實（如：已清償之事實）等抗辯事實之情形，於本案審理中，當事人甲與乙得經法院賦予機會衡量證據之質、量及證明之難易以後，協議限縮爭點於A事實，而將較難證明之B事實（因證明活動可能造成過度勞費之事實）予以排除，不以之為爭點事實（不求法院以之為調查證據之應證事實），藉以避免因爭點過度擴散造成審理（調查證據）之不集中，致蒙受程序上不利益（與其所追求之實體利益不相稱或不合算之勞費支出）。此項程序上經濟效益之追求，基於程序選擇權之法理，應由法院於本案審理過程上，運用訴訟指揮（闡明權之行使）予以顧慮。亦即，法院應儘可能採用相當之審理方式，以便賦予當事人有達成上開協議之機會。

析言之，在平衡追求實體利益與程序利益之上開審理程序上，受訴法院與當事人並非自程序之始，恒應以發現客觀真實為追求之目標；亦非僅憑法院之意思即可無限制優先追求訴訟之促進。當事人特將B事實排除於爭點事實以外，係基於平衡追求該二種利益之考量，而斷念於無限制優先追求實體利益（斷念於不惜蒙受任何程序上不利益以發現客觀的真實——B事實之真實性）。如此進行審理活動，並不當然意味B事實絕非客觀真實。在此，當事人係被賦予相當機會選擇不以B事實為爭點之審理方式，而受適時審判（在不因B事實之審理招致程序上不利益之情形下受審判）。此種意義之適時審判，較能有助於促進訴訟並平衡追求上開二種利益，自有異於未對當事人賦予上開選擇機會（使能優先追求程序利益而將B事實排除於爭點事實以外，或為平衡追求該二種利益而限縮爭點於A事實之機會）之情形。蓋以不認為法院應賦予該項機會之審理方式，縱使其仍致力於促進訴訟以

作成較迅速而經濟之裁判，畢竟依然係以客觀真實之發現及源於此之實體利益為優先追求之目標，尚難免使當事人蒙受不必要之程序上不利利益（諸如：就B事實逕行調查證據，而未適時限縮爭點於A事實時所付出之勞力、時間或費用），實有減損系爭權利（實體利益）或系爭標的外財產權之虞，而背於程序選擇權之法理。宜留意者，在上開情形，僅以A事實存否為判決基礎所尋得的「法」，未必同於併以A及B等二事實存否為判決基礎所尋得的「法」。前者雖非若後者接近・切合於客觀的「真實」即實體法，卻較後者更不隨伴造成程序上不利利益（不發生促進訴訟的突襲），而較具有期待、要求當事人信服之法理基礎。

在現行法所採處分權主義及辯論主義之範圍內，為防止發生突襲，顧全當事人之實體利益及程序利益，上開審理方式之實務上踐行應屬可能而必要。並且，為貫徹程序選擇權之法理，上開指標，亦應成為立法活動之前導。（註三八之六）

【例十三】前導徹底防止突襲

以附圖及解析表一為例而言，設原告甲列乙為被告，基於所有物返還請求權，訴請判令乙返還A地。於此事件之本案審理中，乙聲明求為判決駁回甲之請求，而抗辯稱：伊曾與甲約定按月支付一定金錢為租金（以下略稱此項「約定付租之事實」為c₁事實）以後，始得甲之同意而使用A地（以下略稱此項「同意使用之事實」為c₂事實），因此就A地對甲有租賃權云云。

設法院經審理之結果得心證認為：c₂事實係屬真實存在，因此應可判定乙基於使用借貸契約對甲有借用權；可是就c₁事實尚難形成肯定的心證，所以還未能判定乙所主張之租賃權存在等情。在此情形下，為徹底防止發生突襲性裁判，使能平衡追求實體利益及程序利益，並盡闡明義務，法院應賦予乙相當之選擇機會，使乙藉此表明究竟滿足

於適用以借用權存在為內容的「法」，抑或執意於適用以租賃權存在為內容的「法」。

因為，在未賦予上開選擇機會之情況下，①倘法院逕認為乙主張之租賃權不存在，而借用權則為乙所未據以抗辯，乃判決甲勝訴（命乙返還A地），則法院係適用以租賃權及借用權均不存在為內容的「法」。此項判決係有害於乙之實體利益（適用以借用權存在為內容的「法」所可獲得之利益），對乙造成法律適用的突襲。②倘法院認為乙雖無租賃權，但有借用權，乃逕以甲之請求為無理由予以駁回，則法院係適用以借用權存在為內容的「法」。此項判決亦有害於乙之實體利益（適用以租賃權存在為內容的「法」所可獲得之利益），對乙亦造成法律適用的突襲。蓋以假使乙能被賦予上開選擇機會，則乙應可比較衡量程序上不利利益（如：為繼續證明c₁事實存在，即為適用以租賃權存在為內容的「法」所將隨伴付出之勞費）與實體利益（因被判決租賃權存在時所可獲得之利益或因僅被判決借用權存在時所可獲得之利益）之輕重大小，然後有所取捨。在乙經衡量該二種利益，乃選擇適用以借用權或下述③所舉其他使用權存在為內容的「法」之情形，其所適用的「法」雖非必切合於客觀的「真實」即實體法（如：以租賃權存在為內容的「法」），卻係存在於上述二種利益之平衡點上的「法」（在不額外蒙受程序上不利利益之情況下所尋得的「法」）。③何況，不論上述①或②所述之情形，乙均可能有權主張：法院認為存在之c₂事實，係該當於發生其他使用權（如：基於地上權之使用權、基於共有人間分管契約之使用權、基於某無名契約之使用權……）之要件事實，應適用以此項使用權存在為內容的「法」。此項實體利益，亦屬應受法院保護者，何得在乙未被賦予上開選擇機會之狀態下被減損或侵害。此項機會之賦予乃防止發生突襲性裁判所必須。④當然，在上述②之情形下，由於就借用權存在之判斷甲亦未被賦予充分辯論

之機會，上開判決對甲亦造成突襲。

依上分析可知，賦予當事人有選擇優先追求實體利益或優先追求程序利益之機會，即係保障其有平衡追求該二種利益之機會。此項選擇機會之賦予，實即保障當事人得有相當機會參與形成判決之內容，此即協同・參與尋求・發現「法」之所在。經由此過程所尋得的「法」，雖非必恒完全一致於以客觀真實為基礎的實體法，卻屬較具有可期待・要求當事人予以信守・接納之法理基礎。因為，踐行此種「法」的尋求・發現程序，較諸一味以追求發現客觀真實（片面偏向實現實體利益）為目的之審理程序，更能不隨伴發生突襲。

(三)賦予選擇管轄法院之機會

〔例十四〕在管轄原因與請求原因相競合時，保障選擇管轄法院之機會

——評最高法院六十五年度台抗字第一六二號判例

同判例宣明：「管轄權之有無，應依原告主張之事實，按諸法律關於管轄之規定，與其請求之是否成立無涉。本件相對人依其主張，既係向契約履行地之法院起訴，按諸民事訴訟法第十二條規定，原第一審法院即非無管轄權。至相對人主張之契約是否真正存在，則為實體上之問題，不能據為定管轄之標準。」等旨。此項見解未能充分認知、顧慮程序選擇權之法理，值得商榷。其理由如下：

設原告甲住居於屏東，列住居於基隆之乙為被告，向屏東地方法院起訴，聲明求為判決命乙賠償損害某元。甲陳述之事實及理由略為：伊於某日在屏東被乙駕車撞傷，發生鉅額損害，為此，基於損害賠償請求權提起本訴云云。對此，乙辯稱：伊未曾對甲有任何侵權行為，應無侵權行為地可言，屏東地方法院自無管轄權，乙並不負損害賠償責任等語。

在上開情形下，設受訴法院即屏東地方法院行多次言詞辯論以後，就乙有無加害於甲之行為一事，已形成心證時，應依其心證判斷之不同，分別採下述方式處理，始符程序選擇權之法理，而不致減損當事人之實體利益及程序利益：

(a)在屏東地方法院所形成之心證係認為乙並無侵權行為時，應以甲之損害賠償請求為無理由判決駁回其訴，並應使乙有機會表明究竟選擇基隆地方法院所隸屬之上級審法院即在台北市之台灣高等法院，或選擇屏東地方法院所隸屬之上級審法院即在高雄市之高等法院高雄分院，為該本案判決之第二審法院。此時，不應依上開判例所示意旨認為依原告甲所主張之事實即屏東係侵權行為地一節，即從起訴時以屏東地方法院為有管轄權之第一審法院，因此亦不得準此恒定其所隸屬之高等法院高雄分院為該判決之第二審管轄法院。換言之，如乙被賦予該項機會而有所表明，法院即應以其所表明者為準定第二審管轄法院處理、進行甲提起上訴時之相關後續程序。因為：①乙既無侵權行為，在甲起訴時，客觀上自無得準以恒定屏東地院為管轄法院之原因事實存在（不應認為得適用民事訴訟法第十五條第一項及第二十七條）。②如認為應依原告起訴時所片面主張之事實，照其主張恒定管轄法院，則有造成原告濫用管轄制度之危險。果然，本件被告乙，在第一審程序之進行中，將難免被逼致不得不為應訴而奔忙於基隆與屏東間；又為其第二審審理往返於基隆與高雄間，均可能蒙受不應有之程序上不利益（如：因其往返所生勞費）及實體上不利益（因較難行使防禦權所可能招致之敗訴危險），殊違管轄制度亦係為便利被告行使防禦權並應兼顧公平等原旨。準此而論，倘依上開判例見解處理，將使被告在上訴審再度蒙受應訴上不利益，不值採取。③以基隆地院（乙之住居所在地法院）為管轄法院之土地管轄規定，係為便利乙行使防禦權而設；又，不以無管轄權之屏東地院（非侵權行為地法院）

為管轄法院一事，則係為避免乙被逼應訴，亦為保障乙之防禦權。此類土地管轄制度所保障之防禦權，均以使乙獲得勝訴本案判決及避免付出不必要之勞費為目的。在屏東地方法院已形成心證得判定乙無侵權行為之上開情形下，要求且容許屏東地方法院為如上所述之本案判決（被告乙勝訴之本案判決），實即實現乙行使防禦權之目的。換言之，管轄制度之目的達成已被吸收於乙（即受管轄制度保護者）所得勝訴判決中。此時，如認為屏東地院應移送該事件於基隆地院（乙住居所在地之法院——參照民事訴訟法第一條第一項）後由該院審判，將對乙造成程序上不利而違反訴訟經濟，且不符上述設管轄制度之目的旨趣。④乙因至屏東地院應訴已付出相當勞費，對於此項勞費付出後所得之成果，乙有予以維持之程序上利益（不必再度付出勞費以獲取勝訴判決之利益），應受保護。為保護此項利益，應逕由屏東地院為乙勝訴之本案判決，而不必使乙復付出勞費至基隆地院應訴。又，依上所述，高雄高分院原非本件之第二審管轄法院，如乙認為其至設於台北之高等法院進行第二審程序，有較大之程序上利益（如：不必遠至高雄進行第二審程序所可節省之勞費），應賦予乙有予以選擇之機會。⑤甲於起訴時，係自行主張屏東地院為管轄法院。因此應認為甲對於乙為如上之程序選擇，並無可資以反對之法律地位。何況，如甲事後竟改稱屏東地院無管轄權而聲請移送於其他地方法院，亦違程序安定之要求及禁反言之原則，應非可許。

(b)在屏東地院經審理後，認為侵權行為地係在他地（如：台中）而非在屏東地院轄區內之情形，屏東地院亦非屬有管轄權之法院，因為於甲起訴時，在客觀上屏東並非侵權行為地（參照民事訴訟法第十五條第一項及第二十七條）。從此而言，亦不應認為僅依原告主張之事實即得認屏東地院為管轄法院。其理由亦如上述(a)①、②之闡述。從而，該院應賦予乙相當之機會，俾其得用以表明究竟選擇屏東地院

或該他地（台中）地方法院為管轄法院（參照民事訴訟法第二十四條、第二十五條），如乙表明選擇該他地法院時，屏東地院應依職權予以斟酌（參照同法第二十八條第一項），藉此保障乙之程序利益，防止對乙造成突襲，以符程序選擇權之法理。

綜上所述，在乙追求實體利益（因其被判決為無侵權行為時所不必負之債務）之程序上，由上述何一法院（屏東地院、高雄高分院、台灣高等法院、台中地院）管轄審判所可能隨伴發生之程序上利益或不利益之程度不一，乙所受便利行使防禦權而提出攻擊防禦之內容亦可能互有差異，因此乙在各該法院所受裁判內容亦難免受影響。於此情形下，由各該法院所發現之「真實」即「法」所接近，切合於客觀真實即實體法之程度非恒必相等。此事對當事人而言，實即意味其實體利益及程序利益之增損得失，而有關於財產權、自由權等基本權之保障，非可輕忽。為此等利益之保護，自應賦予當事人上開選擇管轄法院之機會。

四前導採擇認定事實之方式

〔例十五〕尊重當事人指定鑑定人之合意、承認仲裁鑑定契約

(a)相較於由當事人合意所選鑑定人為判斷之情形（註三八之七），以法院職權所定鑑定人之意見為基礎所為事實認定，非必恒更接近於客觀的真實。何況前者之判斷，係以當事人之合意為基礎，較具值得兩造當事人信賴、接納之法理根據。因為，尊重兩造選定鑑定人之意願，有助於兩造平衡追求實體利益與程序利益，較能提昇當事人對法院所為事實認定之信服度。

(b)關於承認仲裁鑑定（Schiedsgutachten）契約之法理根據及其定性（註三八之八），應亦可從程序選擇權論之觀點，試加闡釋、理解。例如：在當事人就系爭法律關係（訴訟標的）存否所繫前提事實或要

素，約定委由第三人（仲裁鑑定人）為判斷、認定之情形（屬於一般所謂之確認性仲裁鑑定契約之情形，諸如：委由具特殊專門知識經驗而為兩造所信任者判定保險事故之原因或損害額、交通事故之過失原因何屬或因果關係之有無……），倘容許基此契約由該第三人所為判斷、認定，對受訴法院有一定之拘束力（如：就系爭事實之判斷，限制法官之證據評價），則可便利兩造當事人較量，就該項事實或要素委由該第三人為判斷時與求法院為認定時所將各別涉及之實體利益與程序利益之大小輕重，然後據以抉擇解決紛爭，尋求「法」所在之程序方向（抉擇是否全委諸法院認定，抑或兼採仲裁鑑定方式）。循此而論，為使當事人得能容易平衡追求實體利益及程序利益，藉以確保其程序選擇權，應承認當事人得成立仲裁鑑定之合意。此項合意，亦可予以評價為實體上處分權與程序上處分權之表現形態。至於仲裁鑑定契約之態樣不一，其詳論係屬今後之課題。

伍、結 語

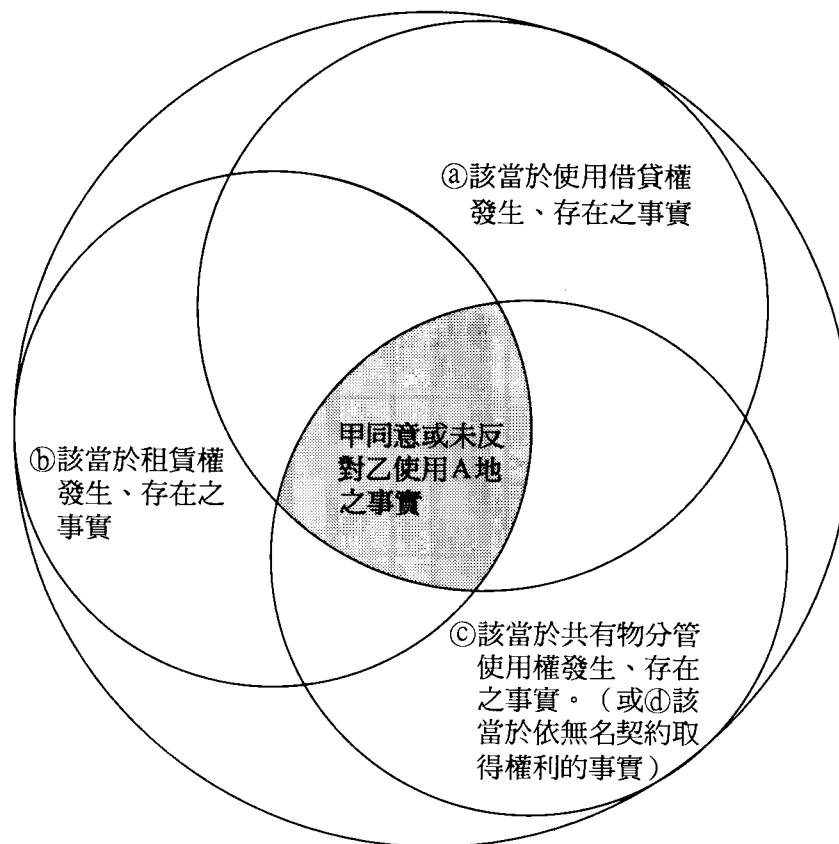
基於程序選擇權之法理為省思之結果，可得察知：程序選擇權論之拓深，對於平衡滿足發現真實與促進程序等二項基本要求，並準以評估，測定實體法與程序法之關連性及互動關係，係屬必要而有益。從而，今後應在認知上開法理對於立法論及解釋論具指導原理性之前提下，以程序選擇權論為據點，全面性檢視向來民事程序理論及實務運作之利弊得失，進而重新定立相關之程序法理。

其實，除本文所已提出檢討而仍待解決者外，關涉同方面之課題尚多。諸如，應基於程序選擇權論，探討：如何調整民事訴訟審判權與行政訴訟審判權之衝突現象，緊張關係？如何評定試驗訴訟，示範

訴訟之功能價值？如何重新認明涉及不起訴合意及訴撤回契約之性質功能論？如何為民事證據法定位？如何為當事人適格、共同訴訟、訴之客觀合併及變更追加等制度之利用，彌補其要件設定之欠缺或不足？……

面對於此，身處二十世紀末之吾人，要想精確預測新世紀民事程序法學之容貌，豈屬易事？

〔附圖〕



〔解析表一〕——〔例十三〕

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

〔解析表二〕

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

〔註釋〕

註一：與此處相同之論述及其相關註釋，請參照邱聯恭·程序制度機能論（民事程序法之理論與實務第一卷，一九九六年）（以下略稱「程序制度機能論」）二二一頁至二二二頁內註四之說明。

又，除須面對訴訟事件數量激增所引發之問題以外，民事程序制度之改革論亦須同時因應、處理，隨著訴訟事件內容、性質之日趨複雜化所增大之處理困難度等方面問題。由於此項困難度之增大多導因於，事件處理所需知能或資訊往往牽涉實體、程序、事實問題及法律問題等多方面，以及含有需求仰賴科技或倫理價值等方面專業知識為判斷之爭點，所以如何適度變革訴訟之基本構造，亦將成為課題。關於此，請併參照小島武司·展望：法学教育と法律家（一九九三年）一九〇頁以下；山本和彦「紛争処理の迅速化と費用の適正化」（ジュリスト No.1170，二〇〇〇年）一〇九頁。

註二：筆者所倡民事事件類型必要論（前揭「程序制度機能論」六一頁以下、二〇〇〇頁），係與新程序保障論、有關事實審理制度目的論之信賴真實主義、有關訴訟制度目的論之法尋求說、程序選擇權之法理等理論脈絡相承。與此項筆者之立論雖未必盡同，嗣後主張應針對紛爭·事件類型之不同，分別建構程序制度或審理方式之論者漸多，例如，吉野正三郎「裁判による法形成と裁判官の役割」（立命館法学一九八八年五・六月号，一九八九年）四四〇頁；山本和彦·前揭；守屋 明「紛争処理の法理論——交渉と裁判のダイナミズム」（一九九五年）二四七頁；瀨木比呂志「仮の地位を定める仮処分の本案代替化現象——特別訴訟的側面の顕在化に伴うその紛争解決機能・領域拡大、保全と本案の役割分担の流動化（判例タイムズNo.1001，一九九九年）一六頁以下；同·「保全と本案の流動化」（民訴雑誌 No.46，二〇〇〇年）四九頁以下；長谷部由起子「瀨木報告の理論的位置づけ」（同上）八〇頁；古閑裕二「争点整理の技法と審理方式」（司法研修所論集八五号，一九九一年）一七五頁；伊藤 真「争点整理手続再論」（木川統一郎古稀・民事裁判の充実と促進上巻，一九九四年）四三三頁；竹下守夫（代表）「仙台・東京両地裁における改正前民事訴訟の実態——予備調査結果の中間報告——」（判例タイムズNo.935，一九九七年）七頁；篠原勝美＝中田昭孝＝吉川慎一＝瀨戸口壯夫（司法研修所編）·民事訴訟の新しい審理方法に関する研究（一九九六年）二〇五頁。

於我國，為回應紛爭事件類型之社會需求，以上開類型審理必要論為前導，二〇〇〇年二月九日公布之民事訴訟法修正條文（下稱新民訴法）已增訂多項

規定，例如，其第一〇七條第二項就訴訟救助為擴充；第二四四條第四項就請求金錢賠償之訴之聲明，容許原告先表明請求之下限額，而要求法院事後使為補充；第二七七條但書就舉證責任分配之部分法則，加以改變；第三四二條第三項就文書提出命令之聲請，課舉證人之對照負協力義務；第三四四條第一項第五款就文書提出義務之範圍予以擴大等。此等規定，今後尚有待於法官依上開理論之意旨，從解釋論上予以運用。

註三：近代之裁判機能觀與現代之裁判機能觀係併存於現代社會，而分別對法官之審判活動，需求不盡相同之程序內容及審理方式。關於此，請參照邱聯恭「司法之現代化與程序法」（一九九二年）（以下略稱為「司法現代化」）九頁以下。

註四：筆者曾指明，向來之改革論多強調訴訟制度之解決紛爭機能（前揭「程序制度機能論」二二二頁內註七及其中所引用文獻；併請參照久保井一匡「弁護士と裁判外紛争処理」（棚瀬孝雄編·紛争処理と合意——法と正義の新たなパラダイムを求めて，一九九六年）二四二頁），惟晚近論者漸多質疑以判決為主要結果內容之訴訟程序是否能真正解決紛爭，並指明裁判對於解決紛爭之有限性〔參照守屋 明·前揭（見註二）一五頁以下；福永有利「紛争解決と民訴法学五〇年」（法学教室No.179，一九九五年）三六頁；田中成明·現代社会と裁判——民事訴訟の位置と役割（一九九六年）一一九頁；上野泰男「戦後日本の民事訴訟法学説における紛争解決の観念」（民事訴訟雑誌四六号，二〇〇〇年）一一〇頁以下〕。從此角度而言，今後必須探討之問題有如：在與立法權及行政權之關係上，到底司法審查可被容許之範圍為何？在試圖積極承認裁判可能或應該發揮形成政策機能之前提下，其審理程序及原則究應如何構成？如：就此類可能涉及超越於當事人私益之訴訟，如何判定訴之利益及當事人適格之有無？在其審理過程應否兼採職權主義，並強化法官闡明權之行使？如何借重集中審理方式之機能發揮？在不認民事訴訟係以紛爭解決為首要目的之情形，如何對於當事人提供更為充實之辯論程序？如何同時重視判決形成之過程，而不僅將視野侷限於判決內容本身？其事實上爭點之整理，宜否兼以掌握更廣泛而有助於真正解決紛爭之生活上事實，而不僅就要件事實進行侷限性闡明？宜否從經驗科學上觀點，重新省思民事訴訟制度在現代社會之應有機能為何？為此，宜同時探討，如何促使裁判外諸紛爭處理程序，發揮應有之社會機能？

註五：在固有的（傳統的）民事紛爭事件，通常係以當事人間特定權利義務之存否及其範圍為處理對象，而具有類如下述〔附表〕所示事件性質、程序特徵。可是，在現代型紛爭事件，其爭點往往具公共性而社會化、政治化，此間實交錯著公的因素與私的因素之緊張關係。此種事件之共通特徵為何，筆者已另予列明（請見前揭「程序制度機能論」二二二頁至二二三頁內註八之說明）。重

要的是，伴隨於各該共通特徵所引發之如下課題，今後應如何妥為處理、克服：

第一是，就當事人之特殊性及事證蒐集之難易而言，相較於固有紛爭事件類型（略稱「固有型」）具當事人對等性且少有事證偏在性，現代型紛爭事件類型（略稱「現代型」）之處理，則遭遇如何因應其所具當事人互換性喪失及證據偏在一造之問題。因此，今後應從立法論及解釋論上克服之課題是：如何從實質上在當事人間回復、貫徹武器平等原則？向來固有型所採訴訟架構（以二當事人對立、對等之訴訟遂行及當事人自負責任為基礎之理論架構），在何範圍內亦可轉用於現代型？如何建立兩造均能為公平之主張及舉證之規律？

意識著上開課題之存在，二〇〇〇年二月九日公布之民事訴訟法修正條文，遂於第一〇七條第二項規定，擴大權利受害者為請求救濟得受訴訟救助之範圍；於第二七七條增訂但書規定，容許在顯失公平之情形主張有利事實之受害人得不負舉證責任；又於第三四二條增訂第二項規定，在聲請發文書提出命令之聲請人，就聲請應命提出之文書及其內容之表明顯有困難之情形，法院得命他造為必要之協助。此等立法上充實能否謂已充分回應現代型之特徵需求，今後應如何促使法官妥為運用上開新規定，以貫徹新法之旨趣，仍屬應續加深入探討之問題。

第二是，就需求借用裁量法理作成創設性判斷之有無及其程度而言，相較於固有型係由法官以三段論法之形式為法規範之論理性適用，而期待其依如附表所示程序法理為被動性審理之情形，現代型須面對之課題是：如何就法官判斷所具公共性定其界限？如何就法官判斷之創設性界定其得為裁量之權責範圍？與此相關，應如何重新檢討民事訴訟制度在現代社會應分擔之機能？〔併請參照吉野正三郎・前掲（見註二）四四二頁以下；田中成明・現代社会と裁判（一九九六年）一六九頁〕關於此，宜留意如何致力配置內容充實而能回應現代型特性需求之裁判外紛爭處理程序，以濟向來固有型所用上開訴訟架構之不逮〔參照守屋 明・前掲（見註二）二四六頁以下〕。為此，應面對之課題是：如何建構可資創設性、展望性調整紛爭當事人間之利害，而增進其基於主體性判斷，為權利受害救濟方案之選擇，藉以達成迅速且合目的性形成權利並使其實現，是有所不同於以處理權利義務確定追求型事件為主要著眼點之固有型設計。

〔附表〕

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

註六：在民事審判過程「法」與「事實」常牽連難分一事，係有關於法官與當事人（律師即訴訟代理人）應如何分別發揮功能、分擔任務等基本問題。請參照邱聯恭「司法現代化」一四三頁以下、二二三頁。

註七：關於應致力提昇人民對裁判之滿足度、信賴度，並廣闢人民使用訴訟制度之管道，請參照邱聯恭「程序制度機能論」二二四頁內註一四之說明。於此，宜併留意，為擴大訴訟制度之利用可能性，固然亦應努力減輕其利用所需費用、風險之負擔，惟此項努力在與訴訟外紛爭處理制度之對比上，被指為在二方面可能隱含增大社會整體負擔之因素，亦應併加顧慮。亦即，其一方面是，倘為促進訴訟制度之利用，竟將當事人應有之負擔過度轉嫁於國家（納稅人全體），則尚須面對社會總負擔是否過重之問題。又，另一方面是，隨著訴訟制度利用可能性之擴大，由於其具有強制性依法解決紛爭之機能，難免竟將較適宜循訴訟外紛爭處理程序解決之紛爭或向來潛在且未必顯現之紛爭，過度當成訴訟事件予以大量吸收，以致造成社會承受過重之總負擔〔參照棚瀨孝雄・紛争と裁判の法社会学（一九九二年）二四八頁以下〕。因此，今後應探討：如何從事事件類型審理必要論之觀點（請見註二之說明），予以適切之顧慮？又，為保障

紛爭當事人之程序主體地位，應在何範圍內，如何確保其有選擇使用訴訟制度或其他紛爭處理制度之機會？

註八：訴訟上和解具有解決紛爭、探尋、創設「法」、確定信賴真實及助益行使程序選擇權等多種機能，已如筆者另文所析述（請見前揭「程序制度機能論」二二四頁至二二五頁內註一五之說明）。此係強調訴訟上和解可發揮上開機能，應予重視，使其與判決程序分擔應有之社會機能，並非認為訴訟上和解必可完全取代判決程序。於此，想再指明如下問題，以利訴訟上和解程序之運作，促進其發揮應有機能：

(1) 判決程序與和解程序之區別及關連

本來，判決程序係以判決之形成為目的所進行之程序，為此，在其程序進行過程，當事人乃為必要之攻擊防禦，而法院則為相關之審理活動。因此，法官縱然在其過程踐行爭點整理程序，以便釐清兩造間之事實上、證據上或法律上爭點，而在法院與兩造間形成共識，原則上亦係為達成上開目的，並非以促成當事人間就訴訟標的成立和解為主要著眼點。可是，和解程序係為使當事人就其紛爭事項達成紛爭解決內容之合意所進行之溝通、交涉過程。在此過程，法院縱然就兩造間之事實上、證據上或法律上主張或爭點為整理，其主要目的係為促使擴大兩造間溝通、交涉及相互讓步之可能範圍，而以尋得兩造同願接納之紛爭解決內容為主要著眼點。可見，原則上判決程序與和解程序係互異其目的追求，而有不盡相同之程序內容。從此角度而言，法官不應有以和解程序完全取代判決程序之心態，以免導致動輒誘使當事人違背其自主意思成立和解，終於事後不甘願接納其內容而不主動履行等流弊。

不過，在判決程序，法官如能以防止突襲為指標，分析相關實體利害及程序利害之大小輕重，使當事人有衡量得失之機會，踐行坦誠之爭點整理，則當事人就各自之事實上、證據上及法律上主張，將更能自行客觀評判其所具社會上正當性或經濟上價值。從此角度而言，在判決程序，充分之爭點整理（如：以公開心證或表明法律見解為程序內容，進行法官與兩造間對話之爭點整理），隨著訴訟指揮權之靈活行使（如：視案情之不同，儘可能使擁有上開利益處分權之當事人本人，亦能到場參與上開有關利害分析、得失衡量之程序），對於提高促成和解之可能性，係屬必要而有益〔與筆者立論之觀點雖不盡同，論者亦強調法官應以心證為基礎，提供公平之程序，與當事人協同達成和解。就此，請參照草野芳郎「和解手續において裁判官と当事者が果たすべき役割」（竜崎喜助還曆文集・紛争処理と正義，一九八八年）四六七頁以下；又，論者另認為應將和解程序與判決程序予以分離，並區別判決程序上之爭點整理與和解程序上之主張整理云云，就此請參照那須弘平「謙抑的和解論——和解の判決手続きに与える影響を中心にして」（木川統一郎古稀文集・民事裁判の充実

と促進上卷，一九八八年）七〇二頁以下；小原正敏＝國谷史朗「和解手続」（判例タイムズNo.871，一九九五年）二一頁〕。

循上而論，為兼顧當事人之實體利益及程序利益（為確定此二利益之平衡點上真實）之必要，判決程序與和解程序應具有相當之關連性，且有互為程序轉換之可能及必要，此亦可尋求其法理根據於程序法理交錯適用肯定論及信賴真實主義〔請見邱聯恭・程序制度機能論，一頁以下、八九頁以下；又，雖未必從信賴真實主義為立論，著眼於系爭利益與權利實現所需費用之多寡，就和解與裁判之關係加以探討者，請參照太田勝造「和解と裁判」（法社会学四九号，一九九七年）一七頁以下〕。不過，判決程序與和解程序之主要目的既有如上所述之不同，於和解程序未能達成其目的而終了時，法官運作該程序所蒐得之資料（如：當事人於溝通、交涉過程所坦陳之意見），在何範圍內及何條件下，可轉用於判決程序成為依法裁判之基礎資料，尚屬有待今後深入研析之問題。

(2) 和解程序之運作與程序主體地位之確保

從保障程序主體權、尊重程序主體地位之原則而言（請見邱聯恭「司法現代化」一一一頁以下），不論在判決程序或和解程序，其運作者即法官均應以賦予當事人有平衡追求實體利益及程序利益之機會為指標。因此，法官於判斷究竟宜勸導當事人成立和解或以判決終結其程序時，應活用其程序指揮權，在確保當事人所應有程序主體地位之前提下，依個別紛爭事件之特性及案情，彈性運作各該程序，使當事人獲得自行選擇如何追求上開利益之機會。

其實，法官如何勸使當事人成立訴訟上和解，尚與程序進行之具體狀況相關。亦即，法官就當事人間之紛爭實情所得資訊越充分、就其間利害狀況越瞭解，則其介入當事人間上開溝通、交涉之適宜度亦越大。因此，一般而言，在訴訟程序前階段，法官尚乏上開相關資訊之情形，宜止於促使當事人自行進行意思之溝通；而隨著爭點整理、證據調查或辯論等程序之逐漸進行，法官依其蒐得資訊之量增程度，宜經由心證公開提示和解方案之可能性或必要性將亦增大〔併請參照太田勝造・民事紛争解決手続論——交涉・和解・調停・裁判の理論分析（一九九〇年）二三六頁以下；後藤 勇「民事訴訟における和解の機能」（後藤 勇＝藤田耕三編・訴訟上の和解の理論と実務，一九八七年）二〇頁；永井博史「弁論終結後とくに評議終了後の和解の勧使と心証開示」（近畿大学法学四五卷二号，一九九八年）六〇頁以下〕。此時，法官之心證公開或和解方案之提示，係作為當事人衡量實體利害及程序利害之參考，乃保障其程序主體權之手段，不應被寬用為避免作成判決以減輕法官負擔之工具。在此意義上，法官係居於和解促成協助者之立場運作判決程序，藉以延伸當事人之程序主體地位。與此相關，亦有論者認為：應將訴訟上和解定位為，其係

使兩造當事人能積極參與紛爭解決過程，而提升其自律性解決紛爭能力之程序過程，藉此尋求和解與判決之融合可能性，因此應思考其實現所需之程序保障為何〔田中成明・前掲（見註五）一三六頁以下〕。

註九：關於在判決程序應致力提昇當事人對裁判過程、內容之滿足度，以強化裁判內容之拘束力，請參照邱聯恭「程序制度機能論」二二五頁內註一六之說明。與此相關，論者亦強調：在判決程序，法律上討論可發揮促進當事人接納判決而受其拘束之機能。亦即，法官與當事人之法律上討論發揮機能之方式是，經由法律上討論，一方面使法官之心證、判斷形成過程對當事人透明化；一方面賦予其有參與判決形成程序之機會，藉此使當事人更能將自己之取捨態度迎合於法官之法律見解，並協同法官發現法，終將更易理解、接納判決之內容(vgl. Laumen, H., Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S.96ff.)。

註一〇：受我國近二十年來民事訴訟法學之新開展所影響，新民訴法已增設多項規定，可認為將有益於提昇當事人對判決形成過程、內容之接納度、信賴度。例如：要求審判長應就事實上及法律上問題向當事人為必要之闡明（第一九九條）、要求審判長向當事人闡明，使其就所為聲明或陳述，為必要之敘明或補充（第一九九條之一）、要求法院及受命法官應與當事人整理爭點（第二六八條之一、第二七〇條之一第一項第三款及第二七一條之一）、要求法院於調查證據前，應向當事人曉諭爭點（第二九六條之一）、要求法院依職權調查證據時，應使當事人有陳述意見之機會（第二八八條第二項）等規定，均可認為新法係走向於加重法官之闡明義務，以便使當事人有更多參與程序過程，而影響判決形成之機會。此類規定，有助於促進判決形成過程之透明化，應從保障程序主體權、聽審請求權、辯論權或證據提出權之觀點予以理解及運用。

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

註一二：筆者曾就訴訟促進之意義、目的及其所關涉之問題層面，另有所指明（前掲「程序制度機能論」二二六頁至二二七頁內註一九之說明）。於此，宜再留意，由於造成訴訟遲延之原因含有相當之複雜性，以致如何予以改善，並貫徹促進訴訟之要求，乃成為各國向來所面對之共通課題，被認為克服非易。關於此方面問題之各國狀況，請參照浜野 惺等（司法研修所編）・アメリカ民事訴訟の運営（一九九四年）五八頁以下；德田和幸・フランス民事訴訟法の基礎理論（一九九四年）四頁以下；小島武司他編・フランスの裁判法制（一九九一年）二四二頁以下；野山 宏「フランス共和国における民事訴訟の実情（上）」（法曹時報四五卷一號，一九九三年）三九頁以下；菅野博之＝森 義之＝松並重雄（司法研修所編）・イギリスにおける民事訴訟の運営（一九九六年，）二一頁以下；篠原勝美＝中田昭孝＝吉川慎一＝瀬戸口壯夫（司法研

修所編）・民事訴訟の新しい審理方法に関する研究（一九九六年，）七頁以下；宮本康昭「ドイツ簡素化法の評価」（日弁連ドイツ民事訴訟視察団編・弁護士からみたドイツ民事訴訟の実態，一九九五年）一三九頁以下；笹田榮司・実効的基本権保障論（一九九三年）二七二頁以下；河邊義典「オーストリアの司法制度(中)」（法曹時報四六卷七號，一九九四年）一一九頁以下；中村壽宏「イタリア民事訴訟法改正における訴訟手続の迅速化（慶応大学大学院法学政治学論究二〇號，一九九四年）一二五頁以下；上原敏夫「訴訟の促進と審理の充実」（ジュリスト No.971，一九九一年）二二〇頁以下；我妻 学「攻撃防禦方法の提出時期の規制」（ジュリスト No.1028，一九九三年）八五頁以下；三宅省三「民事訴訟法改正の経過と主要な改正事項（新民事訴訟法大系——理論と実務——第一卷，一九九七年）五頁以下；竹下守夫「新民事訴訟法制定の意義と将来の課題」（竹下守夫＝今井 功編・講座新民事訴訟法 I，一九九八年）四頁以下；新堂幸司「今回の日本民事訴訟法改正について」（同・民事訴訟法学の基礎，一九九八年）三八〇頁以下；加藤新太郎「協働的訴訟運営とマネジメント」（原井龍一郎古稀文集・改革期の民事手続法，二〇〇〇年）一四八頁以下。

註一三：突襲性裁判之防止乃民事訴訟法上之基本要求。關於審判程序上應防止發生突襲性裁判之主旨及型態，請參照邱聯恭「司法現代化」一二一至一二三頁。

註一四：關於民事訴訟事實審理之目的為何，以及其與他項審理原則（如：處分權主義、辯論主義等）之關係，筆者已另有較詳細之分析說明。請參照邱聯恭「值得當事人信賴的真實」（前掲「程序制度機能論」）一頁以下；同・「司法現代化」一二八至一二九頁、一三四至一三五頁、二二一至二二六頁；同・「台湾における民事訴訟法改正の動向——日本法との主な相違点を中心にして」（ジュリスト九九九號，一九九二年）一二二頁以下。

又，於筆者為上開立論以後，在日本，就小額事件之審理亦有表明持同類見解者。關於此，請參照筆者在民事訴訟法研究會第四十二次研討會之說明（載民事訴訟研究基金會編・民事訴訟法之研討四（一九九三年）四〇九頁內註三）；平手勇治＝高世三郎＝若生朋美「少額事件の簡易迅速な処理に関する研究」（一九九一年）三頁以下。

註一五：關於適時審判請求權及程序選擇權之法理，併請參照邱聯恭「司法現代化」一一四、一三六及一三九頁以下。

註一六：發現真實之要求雖非民事訴訟法上唯一至上之要求，所以不應如部分論者般認為其恒優先於促進訴訟之要求（併請參照邱聯恭「程序制度機能論」二二八頁內註二三之說明）。惟為實現實體法規範、保護系爭實體利益，而貫徹

法治國家原理，民事訴訟制度之設計及運作仍應以回應發現真實之要求為指標之一，為此尚有適度兼採直接審理主義之必要。基此認知，新民訴法乃增訂多項規定，謀求落實直接審理主義之精神。例如：列明具體情形，對於受命法官調查證據加以相當之限制，而以受訴法院直接調查證據為原則（第二七〇條第三項第一款至第三款）；當事人於言詞辯論程序中，得向受訴法院聲請再訊問已於保全證據程序訊問之證人（第三七五條之一前段）；為發現真實，審判長得命證人與當事人為對質（第三一六條第一項）；為發現真實，承認當事人對證人有發問權，且得就證言之信用性為發問（第三二〇條第一項、第二項）；為發現真實認為必要時，法院得依職權調查證據（第二八八條第一項）；……。

不過，新民訴法另亦同時增設多項規定，回應訴訟促進之要求（見註一七之說明）。因此，縱使在新法施行後，亦須面對如下課題：如何取舍或兼顧發現真實之要求與促進訴訟之要求？如何定該二者間之優先順序？如何使實體利益之追求與程序利益之追求達到平衡點？

註一七：向來之訴訟促進優先論，在其不認為應平衡兼顧發現真實之要求時，係含有不容忽視之原則性問題，尚有商榷之餘地（請併參照邱聯恭「程序制度機能論」二二八頁內註二四之說明）。可是，為合理分配司法資源、兼顧訴訟經濟之要求，並保障當事人之程序利益，在民事訴訟法上亦應肯認訴訟促進之要求。為回應此項要求，並基於訴訟法上誠實信用原則，應認為當事人對於他造及法院負有適時提出義務，就攻擊防禦方法之提出時期，應受相當之制約。

基上認知，新民訴法乃增訂多項規定，課當事人負訴訟促進義務。其中，有關一般性訴訟促進義務（當事人負有須於適當時期提出攻擊防禦方法之義務）之規定有：改採適時提出主義，要求當事人應依訴訟進行之程度，於適當時期提出攻擊防禦方法（第一九六條第一項）；加重當事人相互間所負陳述義務，對於他造提出之事實、證據或其他主張，均應於適當時期為必要之陳述（第一九五條第二項、第二六六條）；當事人聲明證據時，應表明待證事實（第二八五條第一項）；證人有二人時，應一併聲明之（第二九八條第二項）；提起第二審上訴時，應表明上訴理由及相關之事實、證據（第四四一條第一項第四款及第二項）。又，新法所增訂有關個別的訴訟促進義務（當事人負有須依法官所命或於其所定期間內提出攻擊防禦方法之義務）之規定有：當事人應依審判長之命，於其所訂期間內，提出記載完全之準備書狀或答辯狀，或為必要之表明（第二六八條）；當事人就其未依法提出書狀或聲明證據，應依法院之命以書狀說明理由（第二六八條之二第一項）；當事人就其未於審判長所定期間內提出第二審上訴理由書，應再依法院之命以書狀說明理由（第四四四條之一第四項）。此外，為落實上開有關訴訟促進義務之規定、貫徹促進訴訟之要求，新民訴法同時增修相關規定，強化失權之制裁（第一九六條第二項、第二六八

條之二第二項、第二七六條、第四四四條之一第五項、第四四七條但書第一款至第四款）。

當然，由於新民訴法另為回應發現真實之要求，同時增設相關規定，以致與有關促進訴訟之規定處於緊張關係，所以今後同樣尚須面對，如何平衡兼顧發現真實之要求與訴訟促進之要求等類課題，亦如上述註一六之說明。

註一八：如何兼顧發現真實之要求（實體利益之保護）與促進訴訟之要求（程序利益之保護），以及謀求此二者之平衡點，乃立法論上、解釋論上之課題，而有需借重事件類型審理必要論等法理為處理（參照邱聯恭「程序制度機能論」二二九頁內註二五之說明）。循此方向，新民訴法已增設多項規定，試圖克服上開課題。亦即，新法除容許當事人得在一定範圍內，基於程序處分權選擇決定，優先追求實體利益或程序利益以外（請見下述註一九之說明），亦設多項規定，委由法官運用裁量權、訴訟指揮權謀求上開平衡點，或選擇、酌定宜優先保護該二項利益之何者。例如：

(1)在當事人已證明受有損害，而不能證明其數額或證明顯有重大困難之情形，委由法院審酌一切情況，依自由心證判定損害額（第二二二條第二項）。此項規定係基於謀求訴訟經濟之觀點，著眼於損害賠償請求事件具有舉證上困難之特性，為平衡兼顧程序利益及實體利益，避免因舉證所將蒙受之程序上不利利益與系爭實體利益發生失衡，乃容許法院於斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，仍未能就損害額得心證時，可不必再調查其他證據，並可例外降低證明度，逕為自由裁量而下判斷。於此情形，立法者係授權法院應依個別具體案情之不同，衡量各該系爭實體利益與其證明所將伴生之程序上不利利益（如：應付出之鑑定費或證人差旅費）之多寡、大小，為衡平之裁判。此即委由法院裁量、選擇何種情形應優先保護實體利益，而何種情形則應優先追求程序利益。

(2)就簡易事件及小額事件之審理，委由法院得依案情繁雜之程度（如：需否付出較多勞費為審理之程度）或系爭實體利益之大小，裁量決定宜否將簡易事件改用通常程序（第四二七條第五項）；或宜否將小額事件改用簡易程序（第四三六條之八第二項）。此等規定，係著眼於該類事件具有強烈需求簡速裁判之特性，乃兼採職權裁量之法理（非訟法理），使其與訴訟法理（如：處分權主義）交錯適用於同一事件。在此情形，法院係被要求應就系爭實體利益與證明其存否所堪忍受之程序上不利利益（如：是否值得改用較慎重、嚴謹之審理程序而付出更多勞費）之大小，加以較量而選擇、酌定究竟就該事件宜優先追求實體利益或程序利益。

(3)新法增設多種爭點整理程序（準備性言詞辯論期日程序、準備書狀先行程序、準備程序及爭點簡化協議程序，依第二五〇條及第二六八條之一第二項、第二六七條、第二六八條及第二六八條之一第三項、第二七〇條、第二七〇條

之一第一項及第二六八條之一第一項、第二七〇條之一及第二七一條之一、第三七六條之一第一項），委由法院針對各該事件類型之需求或個別案情之不同，分別機動性裁量選擇採用其中之一或併用其二。此類規定，係要求法院應依個別情況，兼顧發現真實之要求及促進訴訟之要求，而平衡保護實體利益及程序利益。

(4)新法所增修有關強化失權制裁之規定（參照上述註一七之說明），係在一定範圍內，委由法官視訴訟進行程度及個案情節，裁量判定應否駁回逾時之攻擊防禦方法提出，而加以失權之制裁。於適用此等規定時，法院係被期待應依循相關之訴訟法上要求或原則，因此亦應考量各該事件類型之特性（如：是否為現代型訴訟事件而有證據偏在之情事，以致事證之提出有特殊困難）或所涉案情狀況（如：有無不可歸責於當事人之攻擊防禦方法提出上困難），選擇、酌定如何兼顧發現真實之要求及促進訴訟之要求，或宜如何平衡保護實體利益及程序利益。

(5)有關促進審理集中化及其相關各項擴充事證蒐集手段之規定（除上述有關促進訴訟、失權制裁及爭點整理程序之規定外，又如：第二八二條之一、第三〇五條第二項至第六項、第三四二條第三項、第三四四條第一項第四款、第三四五條、第三四九條第二項、第三五七條之一、第三六八條後段、第三六七條之一至之三），係分別授予法官相當之裁量權，使其得為靈活運用。關於此等裁量權或訴訟指揮權之行使，法官係被期待依個別狀況為具體之衡量，以回應訴訟法上相關之基本要求。於此類場合，法官亦應選擇、酌定如何兼顧發現真實之要求與促進訴訟之要求，或平衡保護實體利益及程序利益（關於審理集中化具有平衡兼顧實體利益及程序利益之機能，請參照邱聯恭「程序制度機能論」二一〇頁以下之闡述）。

(6)就訴訟程序上有無必要或是否適當為一定行為，增設多項規定委由法官裁量。屬於此類情形者有如：就依職權調查證據之必要（第二八八條第一項；就鑑定人之選任是否適當（第三二六條第二項但書）；就可否命當事人對他造就提出文書之聲請為必要協助（第三四二條第三項）；為判斷有無拒絕提出文書之正當理由，就有無行不公開審理之必要（第三四四條第二項但書、第三五〇條第二項）；就文書之送達判斷其有無必要（第三五二條第三項）；就依職權訊問當事人本人之必要（第三六七條之一）；就准許保全證據之必要（第三六八條第一項後段）；就行證據保全程序後有無再訊問證人之必要（第三七五條之一）；就保全之證據判斷其適當之處置方法（第三七六條之二）。於此等情形，法官行使裁量權時，亦應依具體案情，分別選擇、酌定宜如何平衡保護實體利益及程序利益。

(7)就小額事件之審理，容許法院在其認為調查證據所需時間、費用與當事

人之請求顯不相當之情形，得不調查證據，審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判（民國八十八年二月三日公布施行之第四三六條之一四第二款）。此項規定，係著眼於小額事件類型具有系爭實體利益難耐鉅額勞費耗損之特性，而有所不同於通常或簡易事件類型，乃委由法院得依個別具體案情之不同，斟酌各該事件因調查證據所伴生程序上不利利益之大小，然後將其與系爭實體利益之大小相較量，而就應優先保護實體利益與程序利益之何者，予以選擇、酌定。

應併留意者，基於防止發生突襲性裁判之要求，在上開各種情形，法官行使裁量權或訴訟指揮權以形成判斷時，亦應儘可能賦予當事人有陳述意見或辯論之機會，俾當事人就宜優先追求實體利益或程序利益，更能參與選擇程序，而受尊重其程序主體地位。此時，裁量權及訴訟指揮權之行使，應併以保障適時審判請求權、公正程序請求權、兼顧發現真實及促進訴訟（平衡保護實體利益及程序利益）等基本要求為指標。

註一九：自從信賴真實主義（以實體利益及程序利益平衡兼顧論為主旨之法理）與程序選擇權論經倡導、開展以來（請參照上述註一四、註一五及本書所收錄「程序保障論之新開展」一文內註二〇之說明），除新仲裁法及有關調解程序之新規定多呈現思想背景相通之新立法走向（請參照本書內「調解程序之新變革」一文及「仲裁契約之妨訴抗辯效力」一文內補註）以外，新民訴法亦就判決程序增訂多項條文，正面賦予當事人更多平衡追求實體利益與程序利益之機會，俾其得用以選擇究竟優先追求該二利益之何者。諸如：

(1)委由兩造合意選擇之新法

a. 在擴充證據保全程序之同時，容許當事人兩造得於提起訴訟前以該程序上所蒐得之事證資料為基礎，就事實、證據或有關訴訟標的之事項成立協議（第三七六條之一第一項、第二項）。兩造當事人利用此項新制，一方面可成立廣義之證據契約（含仲裁鑑定契約），藉以限縮事實上或證據上之爭點，助益於預防提起訴訟或避免爭點擴散，而平衡追求程序利益；一方面可就其紛爭之解決，自主選擇究竟循訴訟外紛爭處理程序（含訴訟外和解、仲裁程序、調解程序等）以優先追求程序利益，或循訴訟程序以優先追求實體利益。於此，立法者係基於程序選擇權之法理，明文賦予當事人較諸向來更多選擇程序之機會，更為伸展其程序主體地位。

b. 明文容許兩造當事人，於起訴後之程序上，可成立簡化爭點之協議，並要求法官致力促成此項協議（第二七〇條之一、第二七一條之一及第二六八條之一第二項）。依此種程序所達成簡化爭點之協議，乃訴訟契約之一種表現形態，除成立訴訟上自認或捨棄證據等程序上行為外，尚包含可能成立廣義之證據契約（含自認契約、仲裁鑑定契約、鑑定人選任契約等）在內，而對其後之審理發生拘束力，藉此可落實程序選擇權之保障、助益實現信賴真實主義。亦

即，兩造可利用此項爭點簡化協議程序，自行選擇是否將某爭點（如：可能因調查證據而造成較多程序上不利利益之事實上爭點）排除於審理範圍外，以優先追求程序利益，避免系爭實體利益遭受耗損。

c. 容許兩造合意由受命法官調查證據（第二七〇條第三項第四款），而選擇不完全貫徹由受訴法院（合議庭）調查證據之直接審理主義。此項規定，係容許兩造得經由程序處分權、程序選擇權之行使，自律性決定在何種情形宜委由受命法官調查證據以優先追求程序利益，而於何種情形則宜仍由合議庭調查證據以優先追求實體利益。在此情形，以平衡保護實體利益及程序利益為目的、旨趣之程序選擇權論，係促使立法者及法官合目的性運用直接審理主義之前導。

d. 容許自認人在取得他造同意時，得撤銷自認（第二七九條第三項）。此項規定，係明認兩造得自行較量系爭實體利益（如：因就未獲自認之某事實進行證據調查以致其被證明時所可能取得之利益）與其證明所需勞費付出（程序上不利利益）之大小，然後行使程序處分權，選擇到底優先追求何項利益。此項新法之走向，與容許當事人成立自認契約以限縮爭點之上開新規定相結合之結果，除具有將自認定性為一種意思表示（程序處分行為）之意義以外（請參照本書所收錄「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」一文內註七六之說明），係同樣肯認兩造得自律性決定如何平衡追求實體利益及程序利益，可受評價為亦係導自程序選擇權之法理。

e. 容許兩造合意使證人在法院外以書狀為陳述（第三〇五條），藉以避免因證人到庭陳述所可能增多之勞費付出。此項規定，係承認兩造得自行較量系爭實體利益及其證明所需特定證人到庭陳述時所將蒙受之程序上不利利益之大小，然後選擇究竟如何予以平衡追求。

f. 原則上容許兩造得合意指定鑑定人，使法院依其合意調查證據（第三二六條第二項）。此項規定，係賦予兩造得依其所信，自律性決定選任何者為鑑定人較可資以追求程序利益或實體利益，藉此儘可能避免蒙受因其所不信賴者為鑑定時所將招致之程序上不利利益（如：以該鑑定結果為基礎之裁判較易被聲明不服，以致引發不必要之上訴或紛爭擴散，而付出額外勞費）。

g. 就小額事件之審理，容許法院在兩造同意時，得不調查證據，審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判（第四三六條之一四第一款）。此項規定，係著眼於小額事件類型具有系爭實體利益難耐鉅額勞費耗損之特性，乃併依費用相當性原理，肯認兩造得自行較量各該系爭實體利益之大小及其證明所需勞費付出之多寡，而選擇如何予以平衡追求。

(2)委由原告選擇之新法

a. 基於保障訴訟權之訴訟制度本質上理由，並為平衡保護系爭實體利益及程序利益，俾與系爭實體私權同受憲法保障之系爭標的外諸權利，不致因起訴

及程序進行遭受不必要之額外耗損，民事訴訟法乃採用處分權主義，使原告有主導特定訴訟標的之權能及責任。依此原則，原告應得為訴訟標的之選擇性、相對性特定。亦即，不論就通常訴訟事件或簡易、小額事件，原告既得選擇以某法律關係為訴訟標的，亦得選擇以某紛爭為訴訟標的而以原因事實予以特定，藉以劃定可資平衡追求實體利益及程序利益之本案審判對象（訴訟標的）範圍，而避免蒙受因未被容許為上開訴訟標的之選擇性、相對性特定時所可能招致之程序上不利利益或實體上不利利益。

基上認知，新民訴法就訴訟標的之表明、特定，容許簡易程序及小額程序之原告，於起訴時得僅表明請求之原因事實（第四二八條第一項、第四三六條之二三）。此項新規定，可認為係通向上開論旨（訴訟標的相對論），賦予原告在特定訴訟標的時，就優先追求實體利益或程序利益有選擇權（併請參照本書所收錄「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」一文內「貳、二、(一)4)」之說明）。

b. 就非小額事件，容許原告在已陳明其不就餘額再起訴之條件下，亦得為一部訴求（第四三六條之一六）。此項規定，係在能兼顧對被告之公平，而可防止權利濫用之範圍，賦予原告就該類事件之起訴方式，有某程度之選擇權，藉此選擇循小額程序以優先追求程序利益，或循簡易、通常程序以優先追求實體利益，或就餘額循訴訟外其他程序處理（併請參照本書所錄「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」一文內「貳、一、(二)1)」之闡述；邱聯恭在民事訴訟法研究會第七十二次研討會之共同討論中答覆「五」及會後補充答覆「十」之說明，載於「民訴研討會」第四〇一及四〇八頁。

於此，想附言者，立法者雖亦有授予法官裁量權或訴訟指揮權者，於此情形，由於該項權限之賦予或運用並非自我目的。毋寧是，為保障程序主體權並落實信賴真實主義，上開權限之行使，原則上亦應指向於平衡保護當事人之實體利益及程序利益。此時，法官係被期待、要求，就該二項利益應如何定其優先受保護之順序或如何予以平衡兼顧，為適切之選擇、酌定。關於此，請回顧上述註一八之例示說明。

註二〇：究竟應承認實體利益之追求與程序利益之保護等二者中之何者處於優位；

又，就何種類型之事件及何種程序事項，應對於當事人即程序主體權者，承認何程度之程序處分權等事，係屬解釋論上（法官運作程序制度時）及立法論上之課題。關於此，請參照上述註一八及註一九之說明。

註二一：民事訴訟法所採用之處分權主義（Dispositionsmaxime od. Verfügensgrundsatz），係指就程序制度之開始使用、及其程序之處分對象、範圍等事，承認當事人有主導權、處分權之原則。此項原則除已具體表現於向來之規定內容（其重要者如：民事訴訟法第二四四條、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)以外,於新近公布(一九九九年二月三日及翌年二月九日)之民事訴訟法上,又有更精緻化之展現(請參照本書內「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」一文),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、日等國亦鮮少詳細論及此方面問題之指摘,請參照石川 明「处分権主義と憲法」(判例タイムズ第四九八号,一九八三年)四九頁;Rolf Stürmer, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 650.

註二二:關於處分權主義之根據論及其批判,另請參照邱聯恭「司法現代化」一三五頁至一三七頁。

又,程序法定及任意(便宜)訴訟禁止(Verbot des Konventionalprozesses)等原則之嚴格適用,可能造成程序上不利益,應予適度緩和・調整(關於此,請另參照前揭書第一五八頁至一五九頁內註六八之說明)。其實,向來論者雖有求任意訴訟禁止原則之根據於訴訟法之公共性者〔見兼子 一「訴訟に関する合意について」(民事法研究一卷,一九五〇年)二五五頁;竹下守夫「訴訟契約の研究(一)」(法学協會雜誌八〇卷一号,一九六三年)三九頁〕,可是,此項原則究竟具何內涵・範圍,尚非相當明確;並不含有禁止當事人利用特定紛爭解決程序追求實體利益及程序利益之意義。毋寧是,在無礙於一般人使用訴訟制度之範圍內,應依保障程序主體權之必要,儘可能尊重當事人之處分權。此外,論者另指明:任意訴訟禁止原則之承認係基於集團處理多數訴訟事件之必要性,雖有關於訴訟程序上公益,卻與私益之追求無直接關係〔參照青山善充「訴訟法における契約」(岩波基本法学 4,一九八三年)二五二頁〕;而應與尊重當事人自由意思之要求相調和〔參照菊池定信「任意訴訟の禁止と訴訟契約」(民事訴訟法の争点,一九七九年)二一五頁;吉野正三郎「訴訟契約」(法学セミナー No.450,一九九二年)八七頁〕。不過,此類見解,均未能併從事實審理制度之目的論為全方位之思考,且未認知程序選擇權之法理,尚有論點不盡周延之缺憾。

註二二之一:就任意訴訟禁止原則如何關涉訴訟指揮權及職權進行主義之採用程度而言,尚宜留意如下之問題層面:

本來,民訴法設有諸多規定採用職權進行主義,就訴訟程序之進行承認法官有主導權,任其行使訴訟指揮權為個別判斷。由於根據此項權限所為裁定並無羈束力(民訴法第二三八條但書),且法律亦未為之預設可供當事人聲明不服之一般性・固定化之救濟途徑,以致該權限之行使,在審判實務上,向來較難形成明確之標準,而尚有待於程序法學之理論上協力・彌補(關於民事訴訟

法學應亦為前導實務運作之學及我國在此方面之法制沿革上需求,請參照本書內「民事訴訟法學之回顧與展望」一文內「緒言」)。換言之,就訴訟指揮權行使之妥當範圍而言,今後之民事程序法學須致力克服之課題是:法官行使此項權限以創設・確立非定型化程序之可能性及其標準為何?在何範圍內可容許法官行使訴訟指揮權為個別之程序裁量,藉以適度修正或調整任意訴訟禁止(程序法定)之原則?到底承認此項原則而要求依循定型化程序之目的為何?其目的之達成是否亦可能且應該借助於訴訟指揮權之行使?

事實上,關於承認上開原則或要求採用定型化程序之理由・目的,向來之論者或認為:定型化程序之適用可促使程序進行之均一化,藉以實現程序進行之形式上平等云云;或認為:適用定型化程序以集團性・劃一性處理大量事件,可提昇裁判之效率性・迅速性,並符程序安定性之要求云云;或認為:上開原則實為對於當事人自治之制約,藉此避免公益或當事人以外之第三者(如:法官、書記官、代理人、證人、鑑定人)因當事人自己之便宜進行程序致受不便云云〔參照菊池定信・前揭(見註二二);吉野正三郎「訴訟契約」(法学セミナー四五〇号,一九九二年)八七頁;山本克己「手続進行面におけるルール・裁量・合意」(民事訴訟雜誌四三号,一九九七年)一一六頁以下;井上治典『「合意」から「かわりのプロセス」へ』(同上)一四六頁〕。於此,倘就此等論述之內容細加推敲,實不難察知其尚不含有否定下列必要性或可能性之意旨。亦即,在特定程序之利用(如:簡易程序或小額程序之選用・爭點之限縮或審理順序之排列)既為賦予當事人有機會平衡追求程序利益所必要,又無損於所謂公益或訴訟制度設立者即納稅人全體之利益時,應有容許當事人得享有程序處分權、程序選擇權,據以進行(選用)程序而限制法官行使訴訟指揮權之可能性(此即從立法論或解釋論,為因應事件之性質或類型上需求,酌採當事人進行主義之必要性);以及要求法官運用訴訟指揮權以滿足程序法上基本要求(如:公正程序請求權之保障、突襲性裁判之防止)或達成訴訟制度目的之可能性(此即合目的性運用職權進行主義之必要性)。要之,任意訴訟禁止之原則或訴訟指揮權之賦予,尚不具有恒優位於其他程序法上諸基本要求之旨趣,亦非有意否定訴訟制度目的論對於程序法之解釋・運用所具指標性〔關於此項指標性,請見邱聯恭「民事訴訟之目的」(「程序制度機能論」一五七頁)〕。

註二三:關於程序選擇權法理之解釋論、立法論上問題,另請參照邱聯恭「司法現代化」一三九頁至一四一頁。

註二四:在經驗法則之選擇・適用程序上,某類事件往往特需依賴高度精密化之科技知能或特殊專門知能,始得作成較經濟而正確之判斷。而且,隨著社會之急劇變遷,屬於此類之事件顯有增多之趨勢。諸如公害、藥害、醫療事故、汽

車產品瑕疵之特殊損害賠償事件等均屬之。審理此類事件之法官並非恒具有科技等專門知能者，在其實際上形成心證時，幾乎處於唯鑑定意見是從之狀態。為克服此類裁判上難題，今後應一方面認真考慮擴充仲裁制度之可能範圍，以利於委由具上開特殊知能之專家為仲裁人；另一方面則應探討：在法官運作之審判程序上，應如何重新界定受訴法院與鑑定人之任務分擔範圍，並考慮遴選具有科技等方面專門知能者為法官，使其參與合議審判之可行性。關於此方面問題之提出，另請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十八次研討會之發言及分析（載於「民訴研討四」一六二頁以下）。

又，就特定之事件類型（如：因於國際貿易、建築工程、公害、交通事故、海商事故……等之紛爭），致力探討擴充使用仲裁制度之可能範圍，乃先進各國共同之趨勢。晚近，日本律師公會所設立之仲裁機構，且獲有相當之成效，值得注目。關於此，請參照シンポジウム「仲裁」（民事訴訟雜誌第三六号，一九九〇年）八二頁以下；新堂幸司＝小島武司「注釈民事訴訟法(1)」（一九九一年）七六頁以下；大川 宏「二弁仲裁センター」（月刊法学教室No.123，一九九〇年）九頁；青山善充「仲裁法改正の基本的視点と問題点」（三ヶ月先先古稀祝賀上，一九九一年）五三二頁。

註二五：較諸訴訟程序，仲裁制度更明顯具有下列機能，常成為當事人訂立仲裁契約之誘因：

(1)專門技術性紛爭處理之機能：在仲裁，可機動性針對個別事件（如：商務、建築、工程等類紛爭事件）之需求，逕選定具有高度專門技術知能之專家為仲裁人，非若審理訴訟之法官另須假借該類專家為鑑定人（關於民事審判上鑑定所存在之問題，併請參照上述註二四之說明）。因此，就特需藉助於該類知能為判斷之事件而言，仲裁較能為具體妥適之事件處理。

(2)國際性紛爭處理之機能：就國際貿易紛爭之處理而言，倘採訴訟方式，將較諸仲裁牽涉更多有關審判管轄權之決定、主權免除、判決之承認、執行等類複雜之法律問題。此類問題，多可經由仲裁（合意）予以避免。因此，仲裁較具超越國境之普遍性、有利於處理國際貿易紛爭。

(3)迅速經濟性紛爭處理之機能：仲裁較可能貫徹集中審理之精神，達成迅速而經濟之判斷，頗有助於追求程序利益。因為，仲裁人可專注於特定個別事件為集中審理，非若訴訟之審理應受制約於審級制度、續審制、慣行隨時提出、同一法官同時合併或分割受理多數訴訟事件等現實。

(4)秘密處理紛爭之機能：與訴訟受制約於公開審理主義之情形有所不同仲裁程序不公開（仲裁契約之訂立係同時意味合意選擇不公開審理方式，而放棄採用訴訟程序上法庭公開原則），較能因應特定事件類型（如：涉及企業經營秘密、智慧財產權紛爭之事件）對守密之特殊需求。

(5)彈性處理紛爭之機能：在仲裁，寬認當事人對其程序之自由形成，且可依衡平之法理或商事習慣法為判斷，因此較訴訟之裁判，更具彈性處理個案之優點。此項優點，尤可活用於需求彈性處理之事件類型。〔參照小山 昇「仲裁制度の現状と課題」（民事訴訟法の争点，一九七九年）三〇頁以下；シンポジウム「仲裁」（見註二四）九七頁以下；小島武司＝高桑 昭編「注解仲裁法」（一九八八年）五頁以下〕

註二六：無訴求即無法官之原理，係與司法權之基本概念相關。請參照邱聯恭「司法現代化」四七頁至四八頁。

註二七：由於程序方式嚴格性之要求，訴訟程序之利用往往隨伴發生相當之程序上不利益，是即人民依法過生活時，難免遭遇之「法生活的風險」。其相關分析，請參照邱聯恭「司法現代化」一五六頁、一五八頁至一五九頁。

註二八：關於調解之解決紛爭機能，請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之闡述——載於同研究會編「民訴研討(三)」（一九九〇年）七二七頁以下。

註二九：關於向來據以評價裁判外紛爭處理方式之觀點（擴大接近正義可能性之觀點、合理分配司法資源之觀點以及謀求具體妥當解決紛爭之觀點），固然亦與民事事件類型審理必要論相通，值得肯定。關於此方面之評述，請參照邱聯恭「法曹養成教育之課題與展望」文內「肆四」之闡述（同「程序制度機能論」二七四頁以下）；新堂幸司＝小島武司，前揭（見註一一）七七頁。

不過，為鞏固紛爭當事人之程序主體地位，伸展國民之法主體性，程序選擇權之法理，尤其應成為今後評價裁判外紛爭處理方式之基本觀點，此乃向來之民事程序法學所未充分意識者。

註三〇：德、日等國均就仲裁設有普通法，非僅為商務仲裁設特別規定，值得肯定。蓋以就商務以外之紛爭，人民亦多有需求獲得程序選擇權保障之情形。例如，就因於交通事故之損害賠償事件等一般財產權紛爭事件。

註三〇之一：此項筆者之建言催生，亦於一九九二年十月十八日在最高法院所舉辦研討會向與會法官及法界人士提出〔請參照最高法院學術研討會叢書(二)（一九九二年）一頁以下、三一三頁〕，事後未幾，法務部即開始相關研修工作，終於制訂新仲裁法公布施行。

註三一：承認「法官知法」的原則，並不意味無須賦予當事人參與經驗法則之選用及法之適用等過程。關於此，另請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十八次研討會之析述（載於「民訴研討四」一三四頁以下、一四〇頁以下）。

註三二：關於仲裁契約之妨訴抗辯效力，請參照筆者於一九九二年十月十八日在最高法院所講述「涉外商務仲裁契約有無妨訴抗辯之效力？」〔載最高法院學術研究會編「最高法院學術研究會叢書(二)」（一九九二年）〕三〇五頁；邱聯

恭「仲裁契約之妨訴抗辯效力」(台大法學論叢第二二卷第一期,一九九二年)三二九頁以下(收錄於本書第二一五頁以下)。

註三二之一:此項筆者之建言,已於民國八十七年(一九九八年)六月二十四日公布之新仲裁法獲得相當之認同、實現(參照同法第五十四條第一項規定「仲裁機構,得由各級團體設立或聯合設立,負責仲裁人登記及辦理仲裁事件。」)

註三三:關於仲裁制度之擴充,另請參照小島武司「裁判外紛争處理機關の理論的法政策的検討」(判例タイムズ No.728,一九九〇年)八頁以下。

註三三之一:此項筆者之建言,事後已落實而具體化為新仲裁法第一九條之規定。依其規定,當事人就仲裁程序未約定時,始適用仲裁法、準用民事訴訟法或依仲裁庭所認為適當之程序。

註三四:關於採行「程序依法庭地法」原則之根據以及為強化程序主體地位可能容許當事人合意就程序事項選擇準據法,請參照本書所收錄「仲裁契約之妨訴抗辯效力」一文內註四〇之說明。

註三五:對於聯合國國際商務仲裁模範法之評論,與筆者持相同之結論者如:青山善充「仲裁法改正の基本的視点と問題点」(三ヶ月先生古稀祝賀文集上,一九九一年)五五六頁。惟其說之論據,並未意識到如何保障程序選擇權之問題,基本上尚與筆者所開展之程序選擇權論有所不同。

註三六:關於今後社會需求律師發揮多樣化功能,並扮演紛爭預防者等角色,請參照邱聯恭「司法現代化」二四九頁以下;同,「法曹養成教育之課題與展望」文內「肆」之說明(見註二九)。

註三六之一:新仲裁法第四四條及第四五條仍與舊法即商務仲裁條例承認同樣制度。

註三六之二:此項筆者之建言提出後,經全國司法改革會議於一九九九年七月八日作成「建請司法院著手研究容許民事事件兩造當事人合意選擇法官審理其訴訟事件之可行性。」之決議(參照司法院編「全國司法改革會議結論具體措施暨時間表」,一九九九年)。承此,司法院民事訴訟法研究修正委員會已於二〇〇〇年七月四日擬成「民事訴訟合意選定法官審判暫行條例草案(初稿)」

註三七:關於改革職業法官制並吸取法曹一元等制度精神之必要性,請參照邱聯恭「司法現代化」二二頁以下。

註三八:關於宜併設可供選用之陪審制、參審制及職業法官制等,請參照邱聯恭「司法現代化」四一頁以下。此項筆者之建言提出後,全國司法改革會議於一九九九年七月八日作成「……應規劃如何立法試行酌採專家參審制,處理特定類型案件……」之決議(見註三六之二之時間表)。嗣司法院已成立專家參審試行條例研究修正委員會自二〇〇〇年六月開始運作。

註三八之一:此項建言提出後,已經落實為新民訴法第二七〇條之一第三項第四

款,依此規定兩造當事人得合意由受命法官調查證據。關於此,請併參照上述註一九內(1)c之說明。

註三八之二:此項筆者之建言提出後,一九九九年公布施行之民事訴訟法已增訂第五七四條第四項規定,容許當事人就婚姻事件,得合意不公開審判(關於其規定之具體內容及立法理由,請參照本書附錄)。

註三八之三:此項筆者之建言提出後,司法院民事訴訟法研究修正委員會曾擬成民事訴訟法修正草案第四三六條之一二規定「小額程序之言詞辯論,得不於法院內行之;其經當事人合意者,並得不公開。」其理由為:「依第四一〇條之規定,調解程序得不於法院內行之,小額事件多屬強制調解事件,調解不成立即為訴訟之辯論時,宜於同一處所接續行之,以免更換開庭場所之勞,爰配合第四一〇條,規定小額程序之言詞辯論得不於法院內行之,以利適用。又小額事件事屬細微,且多不涉公益,如當事人合意不公開言詞辯論,法院自得斟酌情形而不公開,爰併明定之。」

不過,上開草案於一九九七年三月雖經司法院對外公布,並提請立法院審議,卻未獲通過。

註三八之四:此項筆者之建言提出後,新民訴法第二七〇條之一第一項及第二七一條之一已增訂明文,容許採用不公開法庭之方式行準備程序、整理並協議簡化爭點(關於其規定之具體內容及立法理由,請參照本書附錄)。

註三八之五:此項筆者之建言提出後,新民訴法已增訂第三四四條第二項規定,就有關應否提出文書之審理,酌採得不公開審理之方式(關於其規定之具體內容及立法理由,請參照本書附錄)。

註三八之六:此項筆者之建言提出後,新民訴法已增訂有關整理並協議簡化爭點之程序(關於其規定之具體內容及立法理由,請參照本書附錄)。就此,請併參照上述註一九內(1)b之說明。

註三八之七:此項提案,已經落實為新民訴法第三二六條第二項。

註三八之八:新民訴法第三七六條之一第一項,可作為容許當事人成立仲裁鑑定契約之解釋論上依據。

【本文曾於一九九二年十二月十三日在民事訴訟法研究會第四十六次研討會提出報告,進行共同討論,其內容經先後刊載法學叢刊第一五一期(一九九三年)及民事訴訟法研究基金會編,民事訴訟法之研討四(一九九三年);收錄於本書時,經補加部分註釋】。

處分權主義、辯論主義之新容貌 及機能演變

——著重於評析其如何受最近立法走向所影響
及相關理論背景——

壹、緒言	81
貳、處分權主義之精緻化	84
一、關於是否開始訴訟程序之主導、決定權	84
(一)實質保障有關訴訟方式與訴訟外紛爭處理方式之 程序選擇權	84
(二)基於公益維護之限制或排除	89
二、關於表明、特定審判對象・範圍之權責	91
(一)充實有關審判對象表明責任之具體化程序	91
(二)基於公益維護之限制或排除	97
三、關於宜否使程序終結之主導、決定權	98
參、辯論主義之重新定位——協同主義之凸顯	99
一、向來之原則內容	99
(一)概念之引進及命題內容	99
(二)第一命題之採認程度	100
(三)第二命題之採認程度	104
(四)第三命題之採認程度	105
二、立法上新進展	106
(一)要否主張之事實範圍	106
(二)有關事實、證據之處分自由	110
(三)有關事實、證據處分自由之限制	111
(四)職權調查之併用	112
(五)家事非訟事件之訴訟法上職權擴張	116
肆、結語	117
※註釋	118

壹、緒 言

我國在二十世紀前葉制訂之民事訴訟法，同於日本在一九九八年全面修正施行以前之民事訴訟法，均深受歐洲大陸法之影響，係由國家指導之抄襲性繼受法。可是，同法經施行後六十多年以來（下稱「現行法」或「舊法」），社會、政治、經濟等方面之情勢均有重大變遷。而且，異於同法制訂施行當時之時空環境，現在受同法直接規範、影響之國民所持法思想、法觀念已多變化，其權利意識顯亦益形高漲。（註一）處此情境，在二十世紀末之今日，為因應新世紀社會之需求，民事司法及民事程序法制之變革論者，已然必須重新面對諸多時代性新課題。其中較具基本性、全面性者如：應如何彌補法制客體面之繼受不足？如何合理分配有限之司法資源，而妥為因應紛爭事件類型之多樣化・複雜化？隨伴於裁判機能觀之遞變，應如何就法官之角色扮演予以重新定位，並致力健全法制主體面？如何省思、認知訴訟制度之目的為何，並準以變革程序構造？如何促使審理集中化？如何謀求平衡兼顧實體利益與程序利益之道，而妥適界定民事程序法與實體私法之應然關係？如何提昇訴訟制度使用者對程序內容及其運作過程之信服度、接納度？（註二）

於此等課題正待克服之際，以全面、徹底修正現行法為工作目標之司法院民事訴訟法研究修正委員會，經持續進行研修長達十六年之後，最近終於就大部分現行法，擬成空前大幅之修正草案，由司法院先後提送立法院審議。（註三）其中，有關調解、簡易訴訟等程序之修正條文及小額訴訟程序之增訂專章條文，已經完成立法，於民國八十八年二月三日公布施行；又，以審理集中化促進方案為主要內容之

修正條文，繼於翌年二月九日公布施行（以下合稱此等修正・增訂之規定為「新法」）。此項新法公布前在立法院審議中之民國八十八年七月八日，由朝野各界代表參與之全國司法改革會議，曾經予以列為重要議題，作成決議建請立法院儘速完成立法程序，終於迅即成為法律。（註四）此項訊息經媒體廣傳後，關心新世紀法治建設將何所去從之社會各界人士，多陸續詢問：制定新法之目的為何？其對於未來社會之生活方式、內容、品質，到底將導致何等影響？尤其，平日從事訴訟審判業務之法官及律師界更進一步相繼投問：應循何等原則運作新法所重新構築之程序制度？其對於今後之訴訟審判實務或程序行為，將造成何等影響？為此，並鑑於上開新法乃是民事訴訟法在本世紀之最大幅修正，學界理應協同評析：新法所示修正內容，是否有助於克服首開新時代課題？其修正走向是否具有可據以正當化之理論基礎及思想背景？

本來，民事訴訟法所採用、構成之程序體系乃社會制度之一環，自具有反映特定價值觀，以實現特定社會上實質價值之深層意涵。在此意義上，相較於民事實體法係以私人間私法上一次性活動為規範對象，民事訴訟法既亦以法官及律師之二次性活動為規範對象，其修正即程序法之變革，在各該社會、時代，每更明顯發揮重新規定法官或律師應如何承擔任務、完成使命之機能。職此，民事訴訟法之修正係意指：對於各該國家、各該地域之司法權運作者及其相關職業集團，重新提示此後應遵循之行為規律，而彰顯一定之文化上、政策上價值理念。（註五）基此，應肯認民事訴訟法係亦屬各該地域、國家所存固有法之一種，具有其憲法規範上之根本性。從此而言，有關程序制度之變革論及其程序法修正走向具何妥當性之評論，實難置如何實現憲法上價值理念於不問。準此以觀，應認知：近十多年來植基於憲法上價值理念而新開展於我國之訴訟制度目的論及相關理論、思想所具

指標性（註六）。同時，應循以評析：其與完成於同一期間內之上開新法是否存有脈絡相承之關聯性？因為，藉此可檢視其新建構之程序所指向實現之憲法上價值理念為何，並析明其修法取向之理論、思想背景。依此項評析之成果，將可認明：新成立之程序構造係為實現何項社會價值？對於憲法所認價值理念或所保障權利之實現，可發揮何種機能？如此就程序機能所獲認知，將可準以作為今後解釋、運用新法制之基礎。（註七）

其實，當事人（含訴訟代理律師）、法官及其他程序關係人之民事訴訟程序上行為，乃指向於一定目的之一連串活動，係受有關訴訟審理之諸原則所規律。此等原則中，有關涉審理之對象事項或程序之基本結構者；另有關涉審理之方式或程序如何形成者。並且，該等原則之項目內容係具有相當之發展性，可能因法思想、法理論之新進展而增減消長，且亦有屬於程序法理上當然被視為前提而為不成文之原則，非必僅以傳統上所沿襲或法典上明文採認者為限。（註八）又，此類原則之所以被採認，係為實現民事訴訟程序在各該時代、社會所應追求之根本性價值理念（如：上述憲法上價值理念），而非必由於各該原則有其自我目的待達成。因此，關於諸訴訟審理原則所應涵蓋之意義・內容或命題為何、以及其應該或被期待發揮何項機能等事，原應該且可能隨著社會變遷、時代推移，不斷檢視、確認各該社會、時代應追求達成之程序制度目的為何，然後進行省思而為合目的性之運用、重構或調整，既屬解釋論上常須面對之課題，亦為立法論上無從避而不論者。（註九）

再者，由於訴訟程序係以諸審理原則為基礎所構成，所以訴訟法之修正或訴訟程序之新構，每可能隨伴引發相關審理原則所含內容或所具機能之演變。而且，諸審理原則基於新社會價值觀所被期待或被要求具有之內容上或機能上演變，往往同時成為程序重構之導因、動

力。於是，在此項結構上關聯性及互動效應上，評析新法所示修正內容、走向之妥當性及其前導理論為何，適可資以認明諸訴訟審理原則之新容貌及機能演變。此事對於深入理解今後應如何解釋新法，以資合目的性運作訴訟審判業務及使用程序制度，應屬必要而有益。

基上認識，本文擬以新法之修正內容為素材，先析出其中涉及重組或調整訴訟審理原則之部分，然後評述：其就有關審理對象、程序結構之原則即處分權主義及辯論主義，如何予以重組或調整其向來所含意義、內容或命題？導致如此重組或調整之修正取向，係有意借重各該原則發揮何項現行法（舊法）上未被認知之機能？此項機能之發揮係被期待或被要求指向於實現何項價值理念或保障何種權益？指引如此期待或要求之背景思想或前導理論為何？此類思想或理論，對於今後如何解釋新法及運用其所重構之程序制度，是否具有應然之指標性？

貳、處分權主義之精緻化

一、關於是否開始訴訟程序之主導、決定權

(一)實質保障有關訴訟方式與訴訟外紛爭處理方式之程序選擇權

(1)新法擴大容許聲請保全證據之範圍（新法第三六八條後段），並容許當事人兩造在本案尚未繫屬之保全證據程序期日到場時，就將成為訴訟標的之紛爭事項，得成立協議並得據以執行（新法第三七六條之一）。此等新規定，將有助於實質保障兩造行使程序選擇之機會（註一〇），而促使現行法所採處分權主義更加發揮其保障當事人自由決定是否或何時開始訴訟程序之機能。因為，相較於未增設上開制

度之情形（如日本）（註一一），當事人利用該制度之結果，將更可能於提起訴訟以前，經由相當之事證開示，蒐得較多資訊用以比較、研判：其紛爭循訴訟程序解決時與循訴訟外（如：和解、調解或仲裁）程序處理時，各將牽涉何等實體利害及程序利害？如何衡量該二項利害間之大小輕重而有所取捨，以便自由決定是否成立上開協議，而抉擇利用訴訟方式以優先追求實體利益，抑或選用訴訟外紛爭處理方式以優先追求程序利益。而且，就此項程序利益之所以更能有所取捨或優先追求，實由於能借重處分權主義之第一層面內容（即：承認當事人就有關其權利之程序是否及何時開始，有主導權及決定之責任）具有使當事人更能平衡追求程序利益之機能所導致。（註一二）

準此而論，上開協議制度之新設，因其與證據保全、事證開示程序之擴充相配套之結果，使當事人能獲取較充足之資訊用以更自由決斷如何行使程序處分權，實具有促使處分權主義之運用更加精緻化之意義。並且，在當事人愈能如此自由決斷之前提下，於其成立協議而決定不選用訴訟程序時，即愈有正當化之法理基礎，可據以使當事人就其未能取得選用訴訟程序時所將獲致之實體利益一事負自己責任，藉此同時貫徹處分權主義之採認所一併意涵而應遵循之自己責任原則。其實，立法借重處分權主義發揮上述平衡追求程序利益與實體利益之機能，乃係直接賦予當事人機會，俾可藉以適時防免其受憲法保障之系爭中及系爭外財產權、自由權等遭程序之開始所耗損或減少。在此意義上，該項機能之發揮亦為實現憲法上價值理念（意指：不僅應保護系爭財產權所繫之實體利益，同時亦應保護系爭外財產權所繫之程序利益），而有助於防止發生促進訴訟的突襲。因此，上開立法走向實通向於新程序保障論、程序選擇權之法理及法尋求說之目的論（註一三），今後應準此解釋、運用有關證據保全程序上協議之新規定，殊不宜偏從減輕法官負擔之觀點為處理。

其結果，在當事人藉處分權主義發揮確保選擇紛爭處理方式之機能時，隨著所選程序（成立上開協議、和解、調解或訴訟等程序）之不同，其所尋得準以解決紛爭的「法」將非必具同一內容。而且，由於其所追求之實體利益，已在程序選擇之過程，與程序利益取得平衡之結果，循選定之其中一程序所尋得的「法」已非必即為客觀實體法。從此而言，在處分權主義發揮上開機能之過程，實體私法與民事訴訟（程序）法已達成一定程度之調和，而上開各程序並非恒以貫徹客觀實體法（確定客觀真實、實現客觀權利）為首務。

(2)容許兩造就標的金額未逾五十萬元之事件得合意選用小額程序之規定（新法第四三六條之八第四項），係與現行法上容許合意選用簡易程序之規定（第四二七條第三項）同樣肯認程序選擇權之法理（註一四），亦為借重處分權主義所含第一層面內容，俾其較諸在現行法所被採認者，更加一層發揮平衡兼顧程序利益之機能。此項機能之發揮，可使當事人更有機會選用小額程序，而避不選用簡易程序或通常程序，以便適時防免同受憲法保障之系爭外財產權等不遭過度耗損或減少。可知，上開新立法亦有助於實現憲法上價值理念，可予以評價為：其走向亦通於上述程序選擇權等法理。於是，在認知該等法理前導新立法之前提下，較諸未如此認知之情形，就標的金額逾五十萬之事件，應更宜趨向於解為亦可從寬尊重兩造選用小額程序之合意（因為就通常事件適用通常程序所可得之利益，並非恒不容許兩造合意拋棄，而且在如此拋棄無害於公益，並有助於防免發生通常程序之利用所可能伴生之程序上不利利益及司法資源浪費時，則宜擴大類推適用新法第四三六條之八第四項之可能範圍，或從立法論上重新檢討其規定之妥當性）（註一五）；又，就有關改用簡易程序之裁量權行使（新法第四三六條之八第二項），在兩造合意向法院陳明改用之場合，應更可作成從寬予以如此改用之解釋。（註一六）

其結果，基於同上(1)所述之理由，就同一事件，隨著當事人兩造所選用訴訟程序（通常、簡易或小額程序）之不同，其所尋得準以解決紛爭的「法」亦非必恒具同一內容，且非必即為客觀實體法。

(3)新法擴大強制調解事件之範圍，將十一種事件予以擇定列入（第四〇三條），要求紛爭當事人在起訴前應先經調解（採調解前置主義）。析言之，其所包含者可概分為四類型事件：第一是，當事人間向來存有或今後需保有某程度繼續來往關係之事件類型，其紛爭之解決需求切合當事人間實情或維持和諧關係，而未必僅憑客觀實體法為斷即可濟事。第二是，當事人間權利存否範圍未必恒可截然立判之事件類型，此類事件每牽涉事實證明上困難（縱多勞費亦未必易於證明），而不易判定該當於權利義務發生之客觀事實存否，以致當事人間所應準以解決紛爭之「法」（實體法）何在，非必恒屬明確。第三是，小額紛爭事件類型，其系爭實體利益常難與繁瑣訴訟程序所伴生之程序上不利利益（勞費付出）取得均衡。第四是，有關家族間財產權紛爭之事件類型，其紛爭之解決宜兼顧當事人間之感情上因素及和諧關係之維持等事項。（註一七）

此項修正係經考量事件類型之特性、需求以後，為平衡兼顧其他宜受尊重或保護之社會上價值（和諧關係之維持、司法資源之合理分配、費用相當性之要求等），乃某程度要求當事人就決定何時起訴之主導權行使受時間上制約，而緩和適用處分權主義之第一層面內容。其立法走向既非僅以簡易事件為擇定標準，亦非以減輕法官負擔為主要著眼點，可謂重新揭示異於舊法之目標追求，而含有促使處分權主義之運用更加精緻化之意義。亦即，其特徵是：在確保當事人就是否成立調解以及於調解未能成立時就是否起訴，均有自主最後決定權之前提下，經考量上開事件類型所特有需求平衡兼顧系爭外價值、權益（異於系爭實體利益之其他價值、權益）之特性，乃增設上開調解前

置程序，俾紛爭當事人於起訴前能善為衡量其紛爭所涉實體利益與程序利益（隨伴於訴訟程序之避不使用所將導致之勞費節省）之大小輕重，期其藉此機會慎重決定是否確需使用訴訟程序。在此點上，可理解新法所含旨趣為：應促使當事人慎重行使程序處分權，而且在堅持處分權主義之同時，亦應留意使其適用程序更加精緻化。

實際上，新法係著眼於事件類型之特性、需求，而專為特定事件類型設計其所適宜之紛爭處理程序，並適用其所切需之調解程序上程序法理（如：以第一層面處分權主義之緩和適用為內容之程序法上非訟化、以調解程序上衡平法理之適用可能為內容之實體法上非訟化），實為民事事件類型審理必要論在立法上之一種具體化型態。（註一八）循此而論，就該等類型事件之紛爭解決，立法者擴大容許當事人利用調解程序之可能範圍，實即增多其有優先平衡追求程序利益並兼顧系爭外價值之機會，而緩和當事人及法院（因未擴充上開調解程序以致起訴時之受訴法院）對於實現系爭實體利益（因客觀實體法之貫徹所可取得之利益）之執著度。從此而言，於紛爭解決程序上，致力於在實體利益與程序利益之平衡點上尋求「法」之內容始屬要務，而此種「法」之尋求係以具有上開內容之處分權主義發揮機能為手段。此時，客觀實體法縱亦成為裁決規範（裁判或決定紛爭解決標準時應遵守之規範）之一部，要難謂其貫徹恒為民事程序制度之首要目標。

（4）新法容許兩造得合意委由調解委員酌定調解條款（第四一五條之一第一項，可予以定性為一種準仲裁程序），並得合意要求將繫屬中之訴訟事件移付調解，使其不續行訴訟程序（第四二〇條之一第一項）。此等新規定，大為擴充當事人選擇程序之可能範圍，使其更有機會可自主決定究竟循準仲裁程序或調解程序或訴訟程序尋求「法」之內容，以便準以解決紛爭。（註一九）其立法走向係就同一紛爭事件之處理程序，擴大了當事人主導決定不開始或不續行訴訟程序之權

能及責任，實質上亦屬處分權主義之堅持，而期待更加借重其第一層面內容發揮平衡兼顧實體利益（如：不利用訴訟外紛爭處理程序而改用訴訟程序，求依客觀實體法為判決時，所可能獲得之利益）與程序利益（如：避不選用訴訟程序而改為選用訴訟外紛爭處理程序時，所可導致之勞費節省）之機能。在此意義上，立法者係復將處分權主義作為手段，用以在該二種利益之平衡點上尋求「法」之內容。（註二〇）此種立法走向，可被評價為係基於程序選擇權之法理，肯認當事人之程序主體地位（強化其程序主體權），並合流於促成最近公布施行仲裁法而大為擴充仲裁制度之思潮。（註二一）

（二）基於公益維護之限制或排除

（1）新法不容許利用小額程序為一部請求，除非已陳明不就餘額再起訴（第四三六條之一六）。此項規定係在小額程序限制適用處分權主義之第一層面內容，不承認原告就一部請求有決定開始小額程序之自由。此項立法實涵蓋如下旨趣：依事件類型之不同，處分權主義可能被調整其支配範圍，為貫徹小額程序特別需求滿足之訴訟經濟及費用相當性等要求（註二二），並為兼顧對被告之公平，不使其承受過度之應訴負擔，應適度制約原告行使程序處分權之自由，而調和相關諸要求。

從此可知，縱使依私法自治原則在訴訟外對原告應該或可以承認其有行使系爭實體私權（實現系爭實體利益）之自由，此項實體法上觀點，未必當然可完全被容許反映於訴訟上。毋寧是，為兼顧訴訟法上觀點而滿足訴訟法上要求，享有上開私法上自由（實體處分權）之原告，關於如何行使其程序處分權於起訴利用小額程序時或起訴後之該程序上，係可能受基於訴訟法上觀點之制約。從而，關於訴訟原則如何定立及其內容如何構成（如：處分權主義所含第一層面內容之採

否及其程度)等問題事項之處理,須同時顧慮訴訟法上觀點(要求),而不應僅立足於實體法上觀點。準此,可認為上開新法係一方面從訴訟法上觀點(經由訴訟經濟及費用相當性等要求之貫徹以保護程序利益等要求),限制利用小額程序為一部訴求;而一方面則從實體法上觀點,使原告仍保有訴訟外行使私權之自由,容許其在訴訟外就餘額為請求。此項立法走向係以民事事件類型審理必要論為前導(註二三),自亦宜準此運用上開規定,以處理今後可能衍生之解釋論上問題。(註二四)(註二四之一)

(2)新法就有關父母對於未成年子女權利義務行使負擔之事件,規定為該父母間婚姻訴訟事件之受訴法院亦得依職權裁判之(第五七二條之一第二項)。此規定亦係著眼於該類事件之特性即職權事件性,為因應其特別需求(照護未成年子女之公益上要求),乃賦予法院裁量權,使其斟酌個別案情決定是否開始程序。此項新規定,係在要求法院應同時尊重利害關係人之程序主體地位而防止發生突襲之前提下(參照同項規定之後段),委由法院裁量決定如何限制或排除適用處分權主義之第一層面內容。其程序之特徵是,將非訟事件(適用非訟事件法第七一條之一之事件)予以部分訴訟化,而使其以附帶於婚姻事件之方式某程度交錯適用非訟法理與訴訟法理。(註二五)具有此項程序特徵之立法,係以限制或排除適用處分權主義為手段,達成照護未成年子女並具體妥當處理父母間婚姻事件等相關目的,亦受民事事件類型審理必要論之前導。(註二六)至於其立法過程已否充分顧慮到,上開新規定所列事件是否含有特性互異之多種具體事件、應否再予以細分為更精密之程序構成等問題,則尚待推敲,惟非屬本文擬探討之範圍。

二、關於表明、特定審判對象・範圍之權責

(一)充實有關審判對象表明責任之具體化程序

(1)新法容許原告就請求金錢賠償損害之訴,得於起訴時僅表明其全部請求之最低金額,然後再由審判長於言詞辯論中使為補充(第二四四條第四項)。此係著眼於損害賠償事件常遭遇舉證上困難,以致受害人即原告往往甚難於起訴時預估所受損害之具體數額而據以表明訴之聲明(註二七),乃增設明文許原告為補充聲明以減輕其起訴時之表明責任,並要求審判長予以協助補充。此項審判長之協助及原告之聲明方式,有助於促成原告所負表明責任更加具體明確化,而使處分權主義所含第二層面內容(承認原告有表明、特定審判範圍之權能及責任,僅於其所表明之範圍內始能獲得勝訴之實體利益,並就其所自由決定而未為表明之部分負未能取得該部分實體利益之責任,是亦為自己責任或責任自負原則)之適用更為精緻化,有效發揮其防止發生突襲之機能。(註二八)

易言之,上開新設程序可促進處分權主義第二層面內容發揮如下機能:第一,容許暫先表明請求額下限之方式,與處分權主義第二層面內容相結合之結果,將使其更能發揮防止發生促進訴訟的突襲之機能。因為,該項新程序之利用,使原告就各該損害賠償事件,更能考量其事證蒐集上困難度所涉程序利害之輕重大小(因證明之難易所致勞費付出之多寡),然後據以決定請求之下限額,所以較諸未能利用該程序之情形(如:向來之審判實務),更能避免蒙受因自始表明較高請求額時所伴生之程序上不益(如:繳付較多之裁判費、隨伴於較大請求賠償額之查證活動所致過度勞費負擔)。此項不利益之發生,對於原告而言,在其難能利用上開新程序以致未及予以防免發生之狀

態下，係屬一種促進訴訟的突襲。（註二九）第二，要求審判長應使原告知為補充聲明之程序，係一種訴訟指揮權之行使型態，藉此使兩造為更充分之攻防，既可防止發生來自法院對原告的突襲，亦有助於防止發生來自原告對被告的突襲，是即處分權主義第二層面內容原來被要求或被期待發揮之機能。亦即，由於新程序之增設，上開訴訟指揮權之行使型態乃更能結合於處分權主義發揮作用，藉此使該主義更加充足其所以被採用為訴訟審理原則之正當性。此項正當性係指：處分權主義之採用係為尊重當事人（原告）對實體利益與程序利益之處分自由（程序處分權），藉以防免發生此方面之突襲性裁判，不使原告在未能預測該方面利害以致難據以自由決斷之程序狀態下，遭受實體上或程序上不利益之裁判，而此等不利益可經由上開新程序之踐行被防免發生。

要之，上開新程序之增設可受評價為：其係依從民事事件類型審理必要論回應損害賠償事件之特性、需求，而指向於防止發生有關實體利益及程序利益之突襲性裁判。在此意義上，上開立法係通於新程序保障論（註三〇）。其實，防止突襲及程序權保障之要求具有程序法上基本權性，其實徹應為立法論及解釋論之指標，除引導增設上開新程序外，亦應準以解釋現行法而要求法院運用訴訟指揮為同樣程序之踐行，使原告有為上述補充聲明之機會。（註三一）同理，於上開新法施行後，該項規定亦有類推適用於其他同類型事件（如：同樣非因交易行為所發生之生活妨害制止請求事件）之必要及可能。（註三二）

（2）新法增設規定，要求原告於起訴時應併表明特定其訴訟標的所必要之原因事實（第二四四條第一項第二款）、並要求審判長向原告曉諭依其聲明及事實上陳述所得主張卻被忽略之法律關係（第一九九條之一第一項）。此新程序之增設，因其結合於處分權主義第二層面

內容之故，可促進該主義發揮防止突襲之機能。質言之，在適用該層面處分權主義之程序上，如原告基於其所陳述之事實，可能選擇主張A法律關係作為審判對象，卻予以忽略而未於起訴時併表明A法律關係時，則將發生受訴法院不併以A法律關係為審判對象之情形（下稱「第一種情形」），或僅以可能伴生較多勞費而為原告所已主張之B法律關係為審判對象之情形（下稱「第二種情形」）。其中，就第一種情形而言，如法院（依「法官知法」原則負有適用法律之職責者）在不曉諭原告併可表明A之狀態下為審判，則原告將未能取得以A法律關係為內容之實體利益。此時原告之所以蒙受該項不利益（該實體利益未被判決認為可取得），實乃由於法院未予闡明（曉諭）所致，而使其遭受來自法院之法律適用的突襲。（註三三）上開新程序之增設，使原告更有自由決定是否將A列為審判對象之機會，正可促進處分權主義第二層面內容發揮其特定訴訟標的以防止發生該態樣之突襲。（註三四）其次，就第二種情形而言，因法院未為闡明（曉諭）之結果，將使原告蒙受僅以B為審判對象時所伴生之較多勞費付出即程序上不利益（如：因B法律關係之舉證較困難所伴生之程序上不利益，此係逾於就A先為舉證時所伴生者），此項不利益係在法院未向原告為上開闡明之狀態下作成裁判所導致，所以其裁判為一種促進訴訟的突襲。為此，遂增設上開新程序，俾結合於處分權主義第二層面內容，促進其發揮防止發生該項突襲之機能。

要之，結合於上開新程序之處分權主義，係被期待並被要求作為手段，用以平衡兼顧上開意義之實體利益與程序利益，並由法院併以表明法律見解之方式防止發生突襲，而協同當事人在該二利益之平衡點上尋求「法」之所在（亦即，以可能伴生較少程序上不利益之A請求先受審判為內容之「法」，或以可能招致較多程序上不利益之B請求先受審判為內容之「法」）。（註三五）從此而言，新程序既指向

於防止發生上開意義的突襲，自亦通於新程序保障論，值得肯定。

至於在原告表明以其所陳述特定之原因事實為審判對象，而認為法律之適用原屬法院職責，乃不於起訴時主張特定法律關係之情形，審判長依上開新程序所為法律上見解之曉諭，雖非直接關涉處分權主義第二層面內容之適用，但仍可發揮防止發生法律適用的突襲，對於保障當事人之辯論權及聽審請求權，亦屬必要。

不過，由於上開新規定（新法第一九九條之一）係直接以審判長為規範之對象，要求其應向原告為曉諭，所以尚有應否或如何對被告踐行同樣程序之問題，仍待處理。關於此，新法另要求審判長應依被告所主張消滅或妨礙原告請求之事由，闡明其有無提起反訴之意思（同條第二項）。此項新程序，係有助於確保被告提起反訴並特定其訴訟標的之自由決定權責，亦具有結合於處分權主義，而促進其發揮上開機能之意義。

以上評析，尚可借用圖表三、圖表四或圖表六（如本書所附「相關圖表」內所示，以下同）之關連事例，試加論證，於此從略。（註三五之一）

(3)新法增訂明文，要求法院於調查證據前，應將爭點曉諭當事人（第二九六條之一第一項）。此項新程序，除牽涉辯論主義及集中審理主義等審理原則之事項另行評析於後以外，在處分權主義之適用層面上，亦涉及就有關特定訴之聲明及訴訟標的之事項，兩造是否存有爭點及其與法院所認識者是否一致等問題，有待處理。

亦即，在適用處分權主義第二層面內容之程序上，原告所表明、特定之訴之聲明及訴訟標的如未經捨棄或認諾，則成為兩造進一步攻擊防禦之標的，並成為法院應續行本案審理之對象。從此角度觀之，經特定之訴訟標的及訴之聲明，併可謂為兩造間之上位爭點，而有所別於辯論主義之適用層面上所存爭點。因此，法院將其所認識之訴訟

標的或訴之聲明向當事人指明或確認，實為凸顯本案審判之對象即兩造間攻擊防禦之標的，自有助於防止發生兩造相互間之突襲及來自法院之突襲。在此意義上，上開新程序，經結合於處分權主義第二層面為運用之結果，亦可促進該主義發揮其應有防止發生突襲之機能。因為，在該主義之適用層面上，上開新程序之踐行，對於原告而言，將使其更能自由決定本案審判之對象範圍，而就其取捨之後果自負責任；對於被告而言，將使其更能獲得必要資訊，用以決斷如何應訴，為更充分之防禦權行使，而預知其在該程序所將蒙受利害之上限；對於法院（訴訟制度設立者即納稅人全體之代表）而言，將使其較可認明審判對象，並集中於此為充實之審理，藉以提昇當事人及一般國民對該法院裁判之信賴度、信服度，更合理、有效運用司法資源，而擴大訴訟制度解決紛爭之功能。

當然，貫徹防止突襲之要求及程序保障之要求既係立法論上，亦為解釋論上之前導法理，除指引新設上開程序外，亦應準以運用現行法。其結果，縱使未設上開新規定，在現行法上亦應為同樣之解釋。（註三六）

上開評論，可再以圖表四或圖表六為分析事例，試加驗證，於此從略。

(4)新法明定，在簡易程序及小額程序，原告於起訴時，就其訴訟標的得僅表明請求之原因事實（第四二八條第一項、第四三六條之二三）。此係容許原告得自行選擇決定是否僅表明以請求之原因事實為訴訟標的，而於其將某原因事實特定為訴訟標的起訴時，法院不得因其未表明一定之法律關係為訴訟標的，即認其起訴欠缺要件。於是，該新規定並非不容許原告於起訴時表明以某法律關係為訴訟標的，其為如此表明之起訴仍屬合法。因此，新規定係賦予原告就訴訟標的之特定有選擇權，可就請求之原因事實或法律關係等二者自由擇定其一

作為訴訟標的，求法院進行本案審判。此項新法，使原告更能較量該二者成為訴訟標的時所涉實體利害及程序利害之輕重大小，然後據以起訴。亦即，據以就下列不同之訴訟上請求方式自由擇定其一起訴：方式一是，於認為自己無足夠能力（就紛爭事實為實體法上定性之法律知識上能力或委請律師為訴訟代理人之資力）就所涉紛爭事實為實體法上定性時，擇定以請求之原因事實為訴訟標的，而避免蒙受因將同一紛爭予以分段起訴所可能導致之程序上不利益。方式二是，於認為該紛爭事實所涉某法律關係較難獲得證明（有事證蒐集上困難）時，表明予以排除於審判對象之外，以免因其主張蒙受額外之程序上不利益，而僅擇定較易證明以迅速獲得實體利益之另一法律關係為訴訟標的。

要之，新法係容許原告為訴訟標的之選擇性、相對性特定（註三七），實較諸未如此容許之情形，使原告處於更能平衡追求上開實體利益與程序利益之程序主體地位。而且，在原告所擇定而表明為訴訟標的之範圍內，受訴法院仍須針對兩造所已辯論之事實，適用實體法為裁判，所以被告可獲預告應該為攻擊防禦之目標，其防禦權之行使不致因上開訴訟上請求方式之選用而特別受礙。循此以觀，新法所認上開請求方式之利用，能達成提示訴訟標的之目的（凸顯攻防目標），可促進處分權主義發揮應有機能，助益貫徹予以採為審理原則所根據之基本法理。亦即，民事訴訟法之所以應採用處分權主義，而承認當事人在訴訟程序上有相當之主導處分權（實體處分權及程序處分權），係為平衡保護系爭實體利益及程序利益，俾系爭標的外同受憲法保障之諸基本權，不致因程序進行隨伴發生額外勞費付出而被耗損，是亦有相當之憲法上法理基礎。（註三八）況且，此項根據論係通向程序選擇權之法理（註三九），已然在我國導出訴訟標的相對論（註四〇），準此自可肯定新法所認上開請求方式之妥當性。不過，就簡

易、小額事件之原告而言，新規定固然具有彰顯便利權利主張者行使訴訟權而減輕起訴負擔之意旨，但無從認其尚含有排拒將訴訟標的相對論適用於通常訴訟事件之意旨。本來，該理論原係主張其亦應該且可能適用於通常程序，而無須等待法律明定。

上開評述，亦可借用圖表六之事例，試加驗證。（註四〇之一）

（二）基於公益維護之限制或排除

（1）新法就有關父母對於未成年子女權利義務行使負擔事件，不論其係因請求或依職權附帶於父母間婚姻訴訟事件者，此事件之受訴法院為裁判時，均不受當事人聲明事項之拘束（第五七二條之一第四項）。此項規定係就有關未成年子女權利義務行使負擔事件，於其所附帶之婚姻事件程序上，承認聲明之非拘束性，改採職權裁量法理，而例外酌採公權主權（*Offizialprinzip*），限制或排除適用處分權主義之第二層面內容，以滿足照護未成年子女之公益上要求。（註四一）此類例外規定之增設，依民事事件類型審理必要論觀之，固屬妥當，惟尚有宜否再細分事件類型為更精密之程序構成等問題，亦如前述（請參看一（二）（2））。當然，就處分權主義之第二層面內容設例外規定，不即表示亦可例外忽視利害關係人（非訟事件當事人）之程序主體地位，因此法院仍應賦予相當之程序保障，防止發生突襲性裁判。（註四二）

（2）新法又規定，容許上開受訴法院就未成年子女權利義務之行使或負擔，得依職權命為假處分（第五七九條第一項）。此種假處分事件係屬本質上非訟事件之一種，原應限制或排除適用處分權主義。（註四三）不過，該假處分事件係以父母對於未成年子女權利義務行使負擔事件為本案事件（註四四），而此事件乃附帶於已繫屬之父母間婚姻訴訟事件（以婚姻事件已起訴為前提），所以上開新法規定得依職權命為假處分，主要係委由法院依裁量限制或排除適用處分權主義之

第二層面內容。

(三)關於宜否使程序終結之主導、決定權

(1)新法就父母對於未成年子女權利義務行使負擔事件，規定為不適用關於認諾、捨棄之規定（第五七四條第三項）。此項排除適用處分權主義第三層面內容之新規定（註四五）係為貫徹保護未成年子女之公益上要求，並基於當事人就程序之對象事項本無處分權之理由而設。在此情形，如何考量當事人有關捨棄或認諾之表意，以兼顧系爭實體利益及系爭外宜同受保護之價值權益，係屬職權裁量之範圍，但仍應依循公正程序請求權之法理及民事事件類型審理必要論。例如，在未成年子女對父母請求扶養事件，如父母所為認諾係有利於子女者，似可予以尊重而承認其效力，法院不宜就所認諾之事項再事調查、審理以致造成程序上不利益，否則將悖逆此類事件特別需求保護未成年子女利益之旨趣。職此，有關處分權主義是否採為審理原則及其應採用至何程度等問題之立法論及解釋論，不應忽略民事事件類型審理之理論。

(2)應附言者，前述假處分事件（如「二(二)(2)」所述新法第五七九條第一項所定事件）既為本質上非訟事件中之職權事件，所以在其審理程序上，亦不應適用關於捨棄、認諾之規定，是為非訟法理所應然（併參照非訟事件法第一條），無待新法併予定成明文。（註四六）

參、辯論主義之重新定位——協同主義之凸顯

一、向來之原則內容

(一)概念之引進及命題內容

向來，在通常訴訟程序，一般認為所謂辯論主義係指：關於裁判所需基礎事實之確定，將其必要資料之提出或蒐集（事實之主張、證據之聲明）認屬當事人權能及責任之原則。此原則乃當事人主義在裁判資料蒐集面上之表現形態，而與將該項資料之蒐集認屬法院職責之職權探知主義（Untersuchungsmaxime），係相對立之概念。此種意義之辯論主義，係繼受德國民事訴訟法時所引進之一項基本原理，乃德語 Verhandlungsmaxime 之翻譯，向來在母法國即德國及日本被認為係由民事訴訟法經長久演進後所形成自明之事，而不必在法典上有其採認之直接明文規定（註四七），亦被稱為當事人提出主義（Beibringungsmaxime）。（註四八）其與處分權主義之區別，係自一九六〇年代以後在德國成為普遍化，而非若其前將處分權主義包含於辯論主義之概念內容中。（註四九）

一般認為辯論主義之內容係包含三項原則、命題，亦即：第一命題是，當事人所未主張之事實，法院不得將之作為判決之基礎。第二命題是，當事人間所不爭執（訴訟上自認）之事實，法院須將之作為判決之基礎。第三命題是，法院不得依職權調查證據（職權調查證據之禁止）。事實上，從該第一命題尚導出如下之法理或概念：其一是所謂主張責任，此即，在當事人之任何一造均未主張某事實（如圖表一所示。系列事實）以致該事實至言詞辯論終結時未呈現之情形，法

院係當作未有該事實而為不利於一造當事人之判決，所以為避免蒙受此項不利益（不將該事實作為判決基礎時所導致之不利益），該當事人須於法院審理中主張對自己有利之該事實。此時，稱該項不利益為主張責任。而該當事人就不為該項主張以致蒙受該項不利益一事應自負其責，是即從辯論主義所導出之自負責任（自己責任）原則。又，其二是所謂主張共通原則或主張等價原則（Gleichwertiges Partvorbringen），此即，辯論主義係就事實、證據之蒐集決定法院與當事人間分擔任務之原則，而不問其事實係由負主張責任之當事人所主張者或由其對造所主張者，祇要其係由當事人之一造所主張之事實，法院即得將之作為判決之基礎（以圖表一內事件類型⁽²⁾為例而言，就利息已清償之事實，縱使由不負其主張責任之 x 予以主張，而非由負主張責任之 y 提出，法院亦非不得以該事實為基礎作成有利於 y 之判決）。並且，當事人之一造（如：上例中之 x）所為對其自己不利之事實上陳述（如：x 所為 y 已清償利息之陳述），縱未經他造（y）予以援用，若已於辯論中成為爭點被提出，法院亦須將該事實作為判決之基礎，否則即違背辯論主義。（註五〇）

(二) 第一命題之採認程度

問題是，含有上開意義及命題之辯論主義，是否可在我國之實定法上尋得其採認之依據或線索？其採認於我國法之程度及法理根據為何？辯論主義所適用之事實究何所指？是否僅指主要事實即法律效果之發生消滅所直接必要之要件事實？或亦包含間接事實在內？（註五一）關於此等問題，從民訴法之現行規定上，可為如下之解說：

就上開辯論主義第一命題所關涉者而言，現行法規定「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任」（第二七七條），係要求當事人就其利己事實應負予以主張（提出）之行為責任。與此呼應，

又規定法院為裁判時亦得斟酌其職務上所已知之事實（不問其為主要事實或間接事實）或於法院已顯著之事實，而非必待當事人予以提出後始可作為裁判基礎（第二七八條第二項前段）。從此等德、日等國民訴法上無明文承認之規定可以推知，在我國之通常訴訟程序，除上述事實外，作為裁判基礎之事實（不論其為主要事實或間接事實）（註五二），原則上應由當事人主張之，否則法院不得予以斟酌，是即採認上開辯論主義之第一命題。此從民訴法於人事訴訟程序另設有容許法院斟酌當事人所未提出之事實等特別規定（第五七五條第一項、第五九五條第一項）一節，亦可反面察知。可是，在通常訴訟程序，民訴法之所以規定法院職務上所已知之事實（如：受訴法院於各該事件之本案審理或證據資料中所已知之事實），縱非當事人所主張者，亦得例外作為裁判基礎，且無庸舉證，乃係為達成發現真實及促進訴訟之目的；其同時要求法院賦予辯論機會（第二七八條第二項但書），則係為防免發生突襲性裁判。在此項原則與例外之搭配設計上，應可認知我國現行法，係僅採認上開辯論主義第一命題之部分內容而已，是不盡同於未就通常訴訟程序併設同樣規定之德、日等國，自不宜逕將其學界有關該項命題之論說原樣移用於我國。從此角度觀之，可謂我國所採辯論主義係與德、日所認者，具有不盡相同之意涵、內容。要之，在我國之現行法上，並非無限制一概不許法院將當事人所未主張之事實作為裁判基礎，因此不宜逕將斟酌此項事實之裁判，一律認為其違反辯論主義。（註五三）毋寧是，為保護實體利益、程序利益之必要，亦即為滿足發現真實之要求、促進訴訟之要求，在此目的追求之範圍內非不可肯定我國民訴法就特定情形，以不發生突襲性裁判為前提，容許法院將當事人未主張之事實（第二七八條第二項所定事實）作為裁判基礎。至於法院於辯論終結前應踐行何種闡明方式（如：公開心證或表明法律見解之方式）、如何防止發生突襲性裁判（參照

第二七八條第二項但書、第五七五條第二項、第五九五條第二項），並如何從違反闡明義務之觀點加以處理等事，則屬關涉如何保障聽審請求權、賦予程序權保障之另一問題。準此而論，應肯定如下事例之處理方向：例一是，在原告 x 與被告 y 間請求履行買賣契約事件，x 主張其有與 y 本人訂立契約之事實（c₁ 事實），並聲請訊問買賣仲介人 z（證人）以證明兩造所爭 c₁ 事實之情形，受訴法院經訊問 z 之結果就該契約係由 z 以 y 之代理人之地位所訂立（c₂ 事實）形成肯定之心證時，法院如就 c₂ 事實已賦予兩造（尤其是 y）辯論之機會（如：就訊問 z 之結果，到底可認為契約係基於代理人 z 之意思表示或 y 本人之意思表示所訂成一事，曉諭兩造使為辯論），而不致發生突襲性裁判（依第二七八條第二項、第一九九條第一項），則得以 c₂ 事實（主要事實）為判決基礎。於此情形，似無須專為問明（確認）當事人是否主張 c₂ 事實而再開言詞辯論，以致造成程序上不利益（違反促進訴訟之要求）。至於為儘可能避免此類情事發生，宜於證據調查前，先妥為整理事實上及證據上爭點，以防止發生突襲，乃屬應然。可是，如法院在未賦予該項機會之狀態下逕以 c₂ 事實為判決基礎，則屬突襲性裁判，而違反法院之闡明義務。與此不同，如法院係憑其私下所獲知，而非如上述般係職務上查知（非從證據資料查知）c₂ 事實，則不得以該事實為判決基礎，否則即違反辯論主義。又，例二是，在圖表一內事件類型(2)之情形，法院就 x 為證明 c 事實所聲明證據進行調查之結果，認為當事人所未主張之 d₁、d₂、d₃ 或 d₄ 等事實存在時，得視事實上推定之必要予以作為判決基礎（得據為判斷 c 事實存否之資料），不應僅因該等事實（間接事實）非屬當事人所主張者即認為其判決違反辯論主義。不過，法院為該項判決時，應於言詞辯論終結前賦予當事人（就 d₃ 而言尤其是 y、就 d₄ 而言尤其是 x）辯論之機會，以防止突襲性裁判（第二七八條第二項但書、第一九九條第一項）。

（註五四）又，假使該類事實非如上述般係法院職務上所查知（非從證據調查所獲知）者，仍須待當事人主張始可作為判決基礎，否則其判決即違反辯論主義。至於為整理事實上及證據上爭點以防止發生突襲，宜儘早於程序前階段，使當事人提出有關審理本案請求所必要之關連事實（主要事實或間接事實），則屬關涉如何促使審理集中化之另一問題。（註五五）

抑且，於上述法律狀態下，現行法同時課當事人負真實義務及陳述義務（第一九五條），要求其就兩造之事實主張為陳述（否認、自認或抗辯），藉以發現真實、促進訴訟。（註五六）此項義務係要求當事人陳述有關各該事件之裁判所需一切事實（重要事實），既包含主要事實及間接事實，亦不問其對陳述者為有利或不利之事實。（註五七）並且，受訴法院應運用訴訟指揮及闡明權（第一九九條），促使當事人所為事實上主張或否認更加具體化，並使其依辯論主義所負主張責任、舉證責任等行為責任更形明確化。（註五八）經由法院之闡明，當事人一方面將更能獲得機會行使其提出事實之權能，資以追求實體利益或程序利益，而免遭突襲性裁判；一方面則於其受闡明而獲有該項機會後，竟仍不為事實提出時，被凸顯而具體化其所應負主張責任、行為責任。於此，當事人有關事實主張之權能行使及責任具體化，係在獲得法院積極協力之程序過程所促成。從此角度觀之，似可稱上開法律狀態下所採有關事實主張之審理原則為協同主義或協力主義，即使仍稱之為辯論主義，亦不盡同於日本向來未明文規定陳述義務時所認辯論主義第一命題之內涵。

其實，我國民事訴訟法之所以採用辯論主義即協同主義，原係為避免兩造相互間及來自法院之突襲，並為防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲，以平衡保護實體利益及程序利益。（註五九）因此，一方面，當事人所未主張之事實，不論其為主要事實或間接事實，為

防止發生突襲之必要，法院不得以之為判決基礎。另一方面，在可認為不以某主要事實或間接事實作為判決基礎，將不足以保護實體利益或程序利益，而難免使當事人遭受發現真實的突襲或促進訴訟的突襲之情形（請回顧前述有關例一及例二之分析），為保護該等利益，亦應責由法院運用訴訟指揮為必要之闡明以防止發生該類突襲。循此而論，可評價為：以踐行防止發生突襲之程序為前提，要求或容許法院得以非屬當事人自始自發主張之事實（主要事實或間接事實）為判決基礎之規定（第二七八條第二項），實亦認知辯論主義即協同主義係被採用作為防止發生上開突襲之手段，而非自我目的。因此，在經由訴訟指揮權、闡明權之行使，已防止發生突襲之範圍內，辯論主義所具防止突襲之機能已被吸收，其採用之目的應已達成，自無復予以評價規範視而指其違反辯論主義之實益。

(三) 第二命題之採認程度

現行法規定，當事人主張之事實，經他造自認者，無庸舉證（第二七九條第一項），如為他造所不爭執者，則視同自認（第二八〇條第一項）。此等規定，係要求法院逕將當事人自認或不爭執之事實內容作為判決基礎，而不須有所舉證，所以可認為屬原則上採認上開辯論主義第二命題之明文依據。問題是，依其規定被作為判決基礎之自認內容，除就該內容無須復予舉證外，是否恒對法院有拘束力？或僅作為一項證據方法供法院為自由之證據評價？法院可否依調查證據所得對立於自認之結果，判斷自認內容之拘束力？關於此類問題之處理，似可從事實審理制度目的論及程序選擇權之法理，加以理解、探討。質言之，訴訟上自認乃係當事人基於程序處分權所為限定訟爭、審判範圍之處分行為，而以發生審判權排除效為目的之訴訟程序上意思表示，藉此選擇程序以優先追求程序利益，使其與系爭實體利益之追求

取得平衡，而在此二利益之平衡點上確定「真實」，節制對客觀真實之過度執著。（註六〇）

從此角度而言，當事人在訴訟上所自認之事實內容，不僅應依上開規定成為判決基礎，原則上亦具有拘束法院之效力，以促進訴訟，平衡保護實體利益及程序利益。因此，從自認之時點起，原則上法院不宜就當事人所自認之事實再行調查證據。不過，如於自認前，法院已經調查證據而形成與自認內容相對立或不一致之判斷結果時，為防止發現真實及促進訴訟的突襲，法院應於判決前曉諭（闡明）該判斷內容，俾當事人有辯論之機會，用以較量所涉實體利益與程序利益之大小輕重，而自行再檢視其所自認之內容。（註六一）

上述論點，亦可準以探討有關撤銷（撤回）自認之問題，就此筆者已另有所態度表明，於此從略。（註六二）

(四) 第三命題之採認程度

現行法容許法院於不能依當事人聲明之證據形成心證，或認為必要時，得依職權調查證據（第二八八條）。此項規定，係一方面要求法院原則上應先就當事人所聲明之證據為調查，一方面則不禁止其在一定範圍內依職權調查證。基此，僅能謂我國係就上開辯論主義第三命題為部分採認而已，是與第二次大戰後已刪除其所設同規定之日本，互異其法律狀態。（註六三）何況，此外，法院尚得為必要之囑託調查（第二八九條）、鑑定（第三四〇條、第三六五條、第二〇三條第四款）、勘驗（第二〇三條第四款）、調查公文書真偽（第三五五條第二項）、調取機關文書（第三五〇條）等，可知上開第三命題實未被全面採認。

在上開法律狀態下，就當事人間存有攻擊防禦能力（含事證蒐集能力）上差距而乏當事人對等性之事件，或特需保護公益、集團性利

益之事件，應認為有關調查證據之職權活動，係被期待發揮貫徹武器平等原則及賦予程序權保障等機能。而且，基於防止突襲之要求，就有關證據調查之職權活動（如：有無調查必要之判斷、證據之取捨），如何從解釋論上踐行或從立法論上充實可資防止突襲之程序，亦屬有待克服之課題。

二、立法上新進展

(一) 要否主張之事實範圍

依新法規定，訴狀內除應表明原因事實（第二四四條第一項第二款）外，並宜記載準備書狀所應具體記載之請求所依據之基礎事實（同條第三項、第二六五條第一項、第二六六條第一項第一款及第三項）、證據、其相關應證事實（第二六六條第一項第二款、第二八五條第一項）及對他造所主張事實、證據之陳述（第二六六條第三項、第一九五條第二項）；而答辯狀內則應記載答辯之事實、證據、其相關應證事實及對原告所主張事實、證據之陳述（第二六六條第二項及第三項）。此等規定之增設，係為充分準備言詞辯論，促使法官及當事人儘可能於訴訟程序前階段（爭點整理階段），整理、確定及簡化事實上及證據上爭點，以達到審理集中化之目標。依此項立法之目的、旨趣，當事人係被期待並被要求於起訴時或訴訟程序前階段儘早主張與請求相關連之事實及證據，而此項事實係包含主要事實及間接事實在內。抑且，有關記載此等事實及證據之訴狀、答辯狀或準備書狀尚被要求應互相予他造相當之準備期間，以利充分之攻擊防禦（第二六七條）。

可知，上開規定係要求，兩造當事人就自己所主張之事實，不論其為主要事實或間接事實，均應預告他造及法院，使他造能及時準備

為必要之攻擊防禦，使法院之事實審理更迅速、正確，而互相認明爭點，藉以提昇事實審理方向之正確性（追求實體利益），並節省勞費付出（追求程序利益、促進訴訟）。從此而言，上開立法係為防止發生兩造相互間及法院對當事人之突襲，而且此係包含發現真實及促進訴訟等二方面突襲之防止，乃對於當事人要求不論其為何項事實（主要事實或間接事實）之主張，均應預告他造及法院，以免造成上開突襲。不過，上開規定雖就如何蒐集判決基礎事實（主要事實或間接事實），要求防止發生突襲，但並未同時訂明當事人未主張之事實（含間接事實），不問有未踐行一定之程序，均一律不可作為判決基礎；亦未規定僅當事人自始自發主張之事實始可作為判決基礎，所以不宜被理解為，當事人所未主張之間接事實一概不得或不應作為判決基礎。（註六四）

毋寧是，宜特別留意，新法同時規定，審判長如認辯論期日之準備尚未充足，得定期間命當事人就上開各規定所要求記載之事實或證據提出書狀予以補全，並得就法院所認為必要之特定事項命當事人詳為表明或提出證據（第二六八條）（註六五），又得定期命當事人提出整理爭點之摘要書狀（第二六八條之一）。而且，對於不依上開規定提出之當事人，法院尚得依職權命該當事人為說明（第二六八條之二第一項）；其不為說明者，法院得使其失權或作為全辯論意旨斟酌之（同條第二項）。（註六六）此外，新法同時明定，審判長應曉諭原告依其事實上陳述所得主張而尚未主張之法律關係（第一九九條之一第一項）；又，法院應於調查證據前，將爭點（法律上、事實上或證據上爭點）曉諭當事人（第二九六條之一）。依此等規定，為回應法院之曉諭，當事人亦可能補充陳述相關事實（含間接事實，尤以在程序前階段未妥為整理爭點時為然）。

可見，上開諸規定，在同時採用適時提出主義之程序上（新法第

一九六條第一項），實即要求法院協助當事人得知適時提出必要之事實、證據，使其行為責任具體化（註六七），藉此防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲，催促當事人提出而協同其蒐集判決基礎事實（含間接事實），致力達成集中審理之目標。因為，在當事人未主張或未被法院催促（曉諭）主張某事實（例如，在圖表一內事件類型(2)所列 d 系列事實中，對 x 而言為 d₁、d₂ 或 d₃、對 y 而言為 d₄）或其證據，以致該當事人及法院未能適時釐清爭點、認明審理方向，而終於未能獲致適時審判之情形，該當事人係受發現真實的突襲及促進訴訟的突襲。亦即，就其中可認為發生發現真實的突襲之情形而言，例如，法院在未賦予 x 主張 d₁、d₂ 或 d₃ 之機會以致其未主張該事實時所下判決，對 x 係未充分賦予追求系爭實體利益之機會；又，在法院就 x 所主張 d₁、d₂ 及 d₃ 及其相關證據已形成可作為審理基礎之認識時，y 如就 d₄ 未被曉諭為主張及證據聲明之機會，亦屬未獲追求系爭實體利益之充分機會。其次，就可認為發生促進訴訟的突襲之情形而言，例如，在 x 僅主張 d₁ 及其證據 f₁，卻未被曉諭就 d₂ 及 d₃ 亦為主張及舉證之情況下，法院竟逕行調查 f₁ 以致造成勞費付出時，x 及 y 均未獲適時追求程序利益之機會。

因此，在爭點整理程序上，經法院協同當事人蒐得之事實（如：上例中，對 x 而言為 d₂ 或 d₃，對 y 而言為 d₄），縱非屬當事人在起訴時或程序前階段所自始自發主張者，如經法院在程序上對當事人予以曉諭，使其有機會陳述意見或辯論而無不予主張之表意，可認為不致發生突襲（來自法院之突襲）時，應亦可成為判決之基礎，初不問其為主要事實或間接事實。此時，要求當事人主張事實以防止突襲之機能，已被吸收而包含於法院曉諭（闡明）活動所發揮防止突襲之機能。

更具體言之，為防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲，宜肯定新法採用上開程序，並認知：第一，當事人已主張之事實應成為

判決之基礎，藉此尊重其處分自由，保障其程序參與權（發揮賦予程序保障之機能），並使其就主張該事實之結果自負其責（自負責任之原則）。第二，當事人所未主張，且未經法院於程序上對當事人預告使其有機會決定是否主張之事實（主要事實或間接事實），不得逕成為判決之基礎，以免發生突襲性裁判，確保法院之中立性，並使該當事人就未主張該事之後果自負責任。第三，當事人所未主張之事實，如經法院於程序上予以預告而不致對當事人發生突襲者，除非兩造均表意不予主張，亦得成為判決之基礎（併請回顧上述「一(二)」之說明），以保護實體利益及程序利益。第四，法院如從當事人所提出之證據，能認識當事人尚未主張卻與本案審理相關連之事實，為防止突襲（來自法院之突襲）、確保法院之公正性（法官之訴訟上活動具有應指向於保護當事人利益之屬性）及可信賴性，應加闡明以使當事人有機會表示是否予以主張，其由此所主張者亦應該且可以成為判決基礎。因此，倘著眼於上述爭點整理程序上有關判決基礎事實之提出、蒐集係由法院協同當事人為之，則宜將承認上開程序內容之審理原則稱為協同主義或協力主義（註六八），並循此方向將論者沿用自日本向來所謂辯論主義予以改稱或重新定位。（註六九）

本來，民事訴訟之事實審理原應致力於防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲，平衡兼顧實體利益及程序利益，而在此二利益之平衡點上發現、確定「真實」。（註七〇），循此而論，縱使在運用現行法之程序上，亦應儘量採用以上開方式為程序內容之審理原則（註七一），至於稱此原則為辯論主義或協同主義，並非最關緊要。此時，縱使稱之為辯論主義，亦與我國向來論者沿用日本通說所指之辯論主義有所不同（註七二）；又，即使予以改稱為協同主義，亦不盡同於德國向來奉守實體真實發現主義之學說所認知者（註七三）。

(二)有關事實、證據之處分自由

依新法規定，於言詞辯論期日或準備程序期日，法院（審判長或受命法官）應使當事人整理並協議簡化爭點（第二六八條之一第二項、第二七〇條之一第一項第三款及第二項、第二七一條之一），其所達成之協議原則上有拘束力（第二七〇條之一第三項）；又，當事人為事實上自認後，得經他造同意（合意、協議）予以撤銷（第二七九條第三項）；在經擴充之保全證據程序上（第三六八條後段），當事人兩造於本案尚未繫屬之該程序期日到場時，得就事實、證據或其他事項成立協議（第三七六條之一第一項）。此等規定之增設，主要係為促成爭點整理，使審理集中化，可被評價為係承認兩造得以意思表示成立爭點限縮契約，具有正面肯定有關自認、證據等契約之意義。

事實上，新規定所認上開協議係以兩造間一致之意思表示為基礎，乃程序處分權之一種行使型態，而對兩造賦予程序選擇權，俾其能據此自由取捨事實、證據，選擇決定優先追求實體利益或程序利益，予以平衡兼顧，並在其平衡點上尋求、發現、確定「真實」。（註七四）準此而論，上開協議程序之採認，可受評價為係以程序選擇權之法理為前導；而以此項程序為內容之審理原則係被期待發揮促使當事人自主、自律形成訟爭內容之機能。本來，於適用該項法理之程序上，縱使未設上開新規定，其所定程序之採行，在現行法之解釋論上，亦非全不可許。（註七五）因此，於增設上開規定以後，更應將訴訟上自認及自認契約理解為，其係一種當事人處分實體利益或程序利益之意思表示，乃對於客觀真實之發現有所取捨、處分之結果，前者（客觀真實之發現）已被吸收於處分行為中。於是，關於自認或其契約之撤回（撤銷），違反真實之證明未必即可據以否定自認或其契約之效力（註七六），所以應將上開新規定解為，其亦係現行法第二七九條第三項所定「別有規定」之一部分，準此運用相關規定。

同理，明文容許當事人合意指定鑑定人，而其合意原則上應受法院尊重之規定（新法第三二六條第二項），係承認證據契約之一種型態，亦值肯定。因其具有某程度賦予當事人程序選擇權之意義，可被期待用以提昇當事人對自由心證主義運用結果之信服度。（註七七）

要之，上開立法，就事實、證據之是否提出，仍承認當事人得為相當之自由處分，有一定程度之最後決定權能。可是，當事人經由協議程序就事實、證據為取捨、提出或蒐集，既係同時借助於法官運作爭點整理程序，協同活用相關資料（併請回顧上述「一(一)」之說明）所促成，自難不認其亦含有協同主義之色彩。

(三)有關事實、證據處分自由之限制

依新法規定，當事人對於他造主張之事實及證據，應為認否之陳述（第一九五條第二項、第二六六條第一項第三款及第二項第二款）；應於適當時期提出事實、證據（第一九六條第一項），並應依命為必要之敘明，否則可能受失權之制裁（同條第二項、第二七六條第一項）；應依命表明特定事實、聲明所用證據（第二六八條後段）；應依命說明未記載必要事實、證據之理由，否則可能受失權等制裁（第二六八條之二）；在特需維持公平之一定情形，就不利於己之事實，宜提出有關該事實非由自己所造成之事實或證據（第二七七條但書）；不得以不正當手段妨礙他造使用證據（第二八二條之一）；對於他造所為文書提出命令之聲請，應為必要之協助（第三四二條第三項）；就當事人於訴訟中所引用或與訴訟關係有關之文書，負提出義務（第三四四條第一項第一款、第四款），其違反者可能受應證事實被認為真實之制裁（第三四五條）；就文書內自己之簽名等之真正性應為陳述（第三五八條第二項）；於他造就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，應容許其為證據保全（第三六八條後段）。此等規定之

增設，係為貫徹當事人間公平、便利整理爭點以促進訴訟、達成審理集中化而為適時審判等要求，乃對於當事人不提出、不開示事實或證據之自由，加以一定之限制。

可知，一般而言，當事人雖有不主張、不開示不利於己之事實或證據之自由（併回顧上述「二(一)」之說明），並就其不提出之後果自負責任。但為兼顧上開訴訟法上要求，較諸舊法，上開新規定顯更加重當事人所負一般促進訴訟（協力迅速進行訴訟）之義務，課求其在一定情形應協力於事實、證據之蒐集。在此範圍內，當事人不主張、不開示事證之自由係受限制，而法院則在圖謀平衡兼顧上開諸要求之程序上發現真實。於此項程序上，法院係被要求運用上開諸新規定所認訴訟指揮權及闡明權（除依新法第一九九條、第一九九條之一及第二九六條之一等規定外，並依現行法第二〇三條、第二六九條）（註七八），積極協同促使當事人提出事證之行為規範明確化、行為責任具體化（註七九），而防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲。從此角度觀之，新規定已然強化法院積極協同蒐集事實、證據之可能性，並擴大不容許當事人自由不主張、不開示事實或證據之範圍，所以可謂其係走向於凸顯協同主義，而不採用以容許當事人有該項完全自由為程序內容之審理原則。在此意義上，協同主義所被期待發揮之機能是：維持當事人間公平、防止發生突襲（兩造相互間的突襲、來自法院的突襲、發現真實的突襲、促進訴訟的突襲）。（註八〇）

四職權調查之併用

（1）小額事件之非訟化

新法先增設當事人本人訊問制度於小額程序，委由法院依職權裁量運用之（第四三六條之一三），經施行約一年後，改予併入於通常程序內為一般規定，而亦適用於小額事件（如下(2)②所述）。其立法

之目的原係為因應小額事件對簡速裁判之強烈需求（註八一），俾儘可能避免發生程序上不利益耗損微小之系爭實體利益，藉以平衡兼顧實體利益與程序利益。因此，宜認知：新法係要求小額事件之受訴法院，應善用裁量權，指向於追求確定該二項利益之平衡點上真實，貫徹費用相當性之要求，以保護小額權利。從此而言，其立法走向係擴大職權調查證據之可能範圍，為程序法上非訟化，亦依循民事事件類型審理必要論，以保護當事人之利益為目標。所以法官於行使裁量權時，不宜偏向於將當事人作為程序之客體，仍應尊重其程序主體地位。（註八二）

此項闡釋，尚可尋求其論據於，新法承認實體法上非訟化時係以保護當事人利益為指標。亦即，其同時規定，於兩造同意時或調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當時，法院得不調查證據，逕為公平裁判（第四三六條之一四）。此係將是否調查證據委諸法院裁量，具有承認職權調查而為程序法上非訟化之意旨。可是，其裁量權之行使，係被要求應較量程序利益與系爭實體利益之大小而予以平衡兼顧，並以兩造當事人之程序選擇意願為基礎，形成權利之具體內容，屬實體法上非訟化之承認。（註八三）於此，當事人利益（實體利益、程序利益）之保護及其程序主體地位之尊重，儼然成為指引法官職權行使之指標，是亦應準以運用上開新設有關訊問當事人本人為證據之規定。

要之，新法擴大法官之職權，要求其積極介入於兩造間為程序及權利之形成，係以促成當事人之程序參與及保護其利益為主要目的，而非將法官權限擴大予以自我目的化。因此，其立法係迎合於有關保障程序主體權及程序選擇權之思想，今後宜依循此方面之理論，解釋、運用相關規定。（註八三之一）

(2)通常程序之職權調查

①新法將有關職權調查證據之現行規定修正為，為發現真實之必要，法院得依職權調查證據，並應於調查時令當事人有陳述意見之機會（第二八八條）。此項修正係為一方面限縮職權調查證據之可能範圍，儘量尊重當事人提出證據之自由，一方面則在不造成突襲之前提下，仍於一定限度內容許職權調查證據，俾能因應案情或事件類型之特殊需求。

上開立法之取向，可謂係著眼於事件類型之多樣化、複雜化，認知其中有以私益之保護為重者，亦有涉及集團性利益或公益之維護者，乃委諸法院在賦予程序權保障之同時，就個別案情或具體事件類型，裁量判斷宜容許當事人自由取捨證據之權能範圍。（註八四）姑不論其委由法官為利益衡量之立法，尚關涉如何充實法官之運用能力、如何促使程序關係人（如：代理律師）採取配合之態勢及宜否就現代型訴訟另設特別規定等問題（註八五），尚待今後處理，基於上開立法旨趣，有關新規定之解釋論亦不宜忽視事件類型審理必要論之指標性，似無容疑。當然，相較於無如我國明文承認職權調查證據之日本新法（註八六），其有關辯論主義之根據論、適用論及機能論，今後是否可原樣移用於我國，亦屬值得留意探討之問題。毋寧是，新世紀之民事訴訟法學，亦宜將上開要求法官協同蒐集證據之立法走向及準此運作實務之法官態勢，併列入比較法上研究之對象範圍，藉以展望協同主義之未來。（註八七）

②繼上開小額程序法採用當事人本人訊問制度之後，新法復於通常程序增設該制度，規定法院認為必要時，得依職權訊問當事人（第三六七條之一），並將上開專就小額程序所設本人訊問之規定予以併入。此項立法係承認法院為發現真實或促進訴訟，得以當事人本人供述作為證據，可謂大體上認同長年採用該制度之德、奧、日等國立法

先例，並迎合於不併採補充性原則之新立法趨勢，實具有彌補數十年來我國證據法上大缺陷之意義。（註八八）因為，當事人本人通常為最知悉紛爭事實真相，而最有可能提供案情資料之人，可是其重要性卻被我國向來之立法及審判實務所忽略，如何改變此種態度早已成為立法論及運用論上之課題。

本來，在併用上開當事人訊問制及當事人聽取制（現行法第二〇三條第一款及第二六九條第一款）之事實審理過程，當事人本人供述所具有闡明案情、證明事實及表明信服度等多重功能，將隨著程序階段之進展或審理方式（分割審理或集中審理）之不同，分別或同時發揮作用，而助益法院之事實審理兼顧發現真實之要求及促進訴訟之要求，在保護實體利益與程序利益之平衡點上確定真實。（註八九）從此角度觀之，就是否訊問當事人本人，新規定委由法院裁量決定而不以聲請為必要前提，實即於第二八八條所定範圍（參照①之說明）外，承認職權調查證據之可能，同時要求裁量權之行使亦應指向於兼顧上開要求並保護當事人利益。尤其，在採行適時提出主義（新法第一九六條第一項）及集中審理主義之程序上，當事人訊問制係被期待運用成為促成審理集中化之手段，而非僅為追求發現客觀真實。為此，可資以配合運用之情形有如：法院訊問當事人本人與證人應儘可能集中於爭點為之，此項爭點係指經整理或協議簡化後之爭點（新法第二九六條之一），至於其訊問順序則由法院審酌案情定之，非不得先於證人訊問當事人本人（註九〇）。又如：得訊問當事人，以查明其所執文書之內容，藉此判定其是否負有文書提出義務或協助義務（新法第三四二條第三項，併參照上述「二(三)」之說明）；或查明特定文書是否可供核對真偽，以便決定是否命當事人提出（新法第三五九條第二項）；或查知勘驗物件，而便利他造聲請勘驗（第三六四條）；或據以活用自由心證主義酌定損害額（新法第二二二條第二項）。（註九一）

(五)家事非訟事件之訴訟法上職權擴張

新法就有關父母對於未成年子女權利義務行使負擔之事件，先予以定性為非訟事件（非訟事件法第七一條之一），繼再將其部分訴訟化，使其得附帶於婚姻事件受審理、裁判（新法第五七二條之一），且定明就此類事件，法院得斟酌當事人所未提出之事實及依職權調查證據（第五七五條之一第一項），並準用其規定於以同類事件為本案之假處分事件（第五七九條第二項）。新法如此明採職權探知主義，係為貫徹該類事件特需照護未成年子女之公益上要求。同時，為達成其目的，法院依職權為調查時所得採用之證據方法，除現行法上所承認者外，於新法經立法施行以後，尚可運用上開當事人訊問制。在此範圍內，關於上開事件類型之審理程序，將更加擴大適用職權探知主義（排除適用辯論主義）之範圍，是乃基於事件類型審理之必要所然。

不過，由於上開事件類型具職權事件性，其利害關係人（非訟當事人）就程序標的並無處分、支配之權能，所以殊難將自負責任原則結合於上開新法所採職權探知主義，縱使當事人不為事實或證據之提出，法院仍負探知、調查之職責，且不適用自認之法理。（註九二）至於在其職權調查之程序上，亦應賦予利害關係人參與程序之機會，乃基於當事者權（程序主體權）保障之要求所應然。（註九三）

再者，新法雖如上述擴大適用職權探知主義，並不意謂其亦認許法院之事實審理不須兼顧系爭外受憲法上價值理念所肯認之地位、利益。因此，為貫徹信賴真實主義之旨趣，縱使在適用上開新法之程序上，法院亦應運用程序指揮權，平衡兼顧當事人應受保護之系爭中與系爭外地位、利益，而在此二者之平衡點上確定真實。（註九四）並且，在審理上開經訴訟化之附帶請求事件時，受訴法院係就同一事件同時適用職權探知主義（非訟法理）與訴訟法理（如：直接主義、言詞主義），此事亦可尋求其根據於程序法理交錯適用肯定論，是即修

正向來所認程序法理二元分離適用論，以回應社會之新需求。

肆、結 語

最近之民事訴訟法修正，不僅大幅重構訴訟程序之內容，且同時導致訴訟審理原則之意涵更新、命題調整或機能演變。此項大變革之進展及完成，多憑藉其所自有且相當紮實之前導理論，而深受我國民事訴訟法研究會近二十年來之經常性運作及定期性成果呈現所影響。亦即，經由該研究會所提倡、開展於我國之訴訟法學理論、思想，已然引導民事訴訟法之修正取向，並被循以形成或充實其修正內容，使其初具我國法之理論基礎上獨特性。在此意義上，現階段我國民事訴訟法有關訴訟審理原則之修正走向，勢將成為我國民事程序法學在新世紀自我重新開展體系之基石，是大不同於本世紀初葉抄襲性繼受外國法當時所處時空背景。

要之，新法之完成，原有其厚實之本土性理論、思想上襯托，係指向於實現憲法上價值理念、回應自我社會之新時代需求，而富有實踐性之法制變革。雖然，其在研修過程，亦曾參酌相關外國立法例，但已非往昔所採抄襲性、無目的選擇性繼受形態可與倫比。屬於此類前導性理論，而指引修法導致訴訟審理原則發生上開演變者，例如：源自程序選擇權論之改革理念，已導致修法擴大當事人選擇紛爭解決方式或其相關程序之自由決定權能，並循以促發訴訟審理原則之演變（如：有關處分權主義之上述演變）；以民事事件類型審理必要論、程序法理交錯適用肯定論為基礎之改革理念，已引導完成著重於回應事件類型適合性之立法（如：有關小額程序法之增設、調解程序法、簡易程序法及家事事件程序法之修正）；植基於新程序保障論（認知

程序權保障具二面性之理論)之改革理念,則導致修法要求法官介入於兩造間,更積極防止發生發現真實及促進訴訟的突襲,確保並伸展當事人之程序主體地位(如:上述有關辯論主義之演變)。

準此而言,循上開理論、思想所進行而導致處分權主義及辯論主義發生演變之最近立法,可謂已然走向於要求法官及律師致力平衡兼顧實體利益與程序利益,並試圖在此二者之平衡點上確定「真實」、尋求「法」之所在,是乃今後利用或運作民事程序制度之上位目的。並且,此項目的之達成,係被期待合目的性適用具有新規定所認新容貌、新機能之上開審理原則。

★圖表一至圖表九請參照本書所附「相關圖表」(即第 295 頁至第 303 頁)。

〔註釋〕

註一：相較於日本民事訴訟法之移植沿革,有關我國司法改革所處環境之時空變遷及民事程序法建制所涉繼受史上問題,併請參照邱聯恭「台灣における司法改革の動き」〔日本法律家協会・法の支配第一〇八号,一九九八年〕九九頁以下;同「台灣における民事訴訟法改正の動向——日本法との主な相違点を中心にして」(ジュリスト九九九号,一九九二年)一一七頁;同「新世紀民事程序法建制之基本課題」(下稱「基本課題」)(同・程序制度機能論——民事程序法之理論與實務第一卷,一九九六年)一九九頁以下;同「第一審程序修正草案之析述」(最高法院學術研究叢書(三),一九九三年)一八〇頁以下;司法院編・民事訴訟法歷次修正條文暨理由彙編(一九八六年)三頁以下。

註二：有關民事程序法建制所涉諸基本課題之論述,請參照邱聯恭・前掲「基本課題」(見註一)一九七頁以下。又,在日本,關於其新法制定前後亦被指明之多項今後課題,請參照竹下守夫「民事訴訟法学のこれからの課題」(法学

教室 No.100,一九八九年)一〇四頁以下;同「新民事訴訟法と証拠収集制度」(法学教室 No.196,一九九七年)二〇頁;木川統一郎「二〇世紀末に残された民事訴訟政策の課題」(民事訴訟雜誌四五号,一九九九年)二二頁以下;三ヶ月 章「新民訴元年を迎えて」(ジュリスト No.1126,一九九八年)二頁;中野貞一郎「新民事訴訟法の成立に寄せて(下)」(NBL No.609,一九九七年)八頁以下;杉井徹一「司法改革運動とあたらしい民訴法」(自由と正義四八卷一号,一九九七年)七八頁以下;柳田幸三「倒産法制の見直しと民事手続法の今後の課題」(ジュリスト No.1104,一九九七年)一四八頁以下。

註三：關於司法院民事訴訟法研究修正委員會之工作計畫及運作過程,請參照司法院編・司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(以下略稱「修正彙編」)(一)至(五)(自一九八五年至一九九九年按年次編印)。

註四：關於全國司法改革會議之決議內容,請參看司法院編・全國司法改革會議結論具體措施暨時間表(民國八十八年七月廿六日)一〇頁、四七頁。

註五：參照ジェフリー・C・ハザード・ジュニア・「手続法における国際的調和」(民事訴訟雜誌四四号,一九九八年)七四頁以下。

註六：請參照邱聯恭「民事訴訟法學之回顧與展望」(慶祝法學叢刊創刊四十週年論文集,一九九六年)(收錄於本書);同「程序保障論之新開展」月旦法學雜誌第十九期,一九九六年)(收錄於本書)。

註七：關於民事訴訟法學之考察方法,以及指向實現憲法上價值理念之訴訟制度目的論,對於民事訴訟法之解釋論或立法論,具有何程度之方法論上意義等事,請參照新堂幸司「民事訴訟制度之目的・訴訟觀」(同氏等編・注釈民事訴訟法①,一九九一年)八頁以下;邱聯恭「民事訴訟之目的」〔前掲・程序制度機能論(見註一)〕一五七頁;中野貞一郎「憲法と民事訴訟法——ゲルハルト・リュケ教授の所説に即して——」(ゲルハルト・リュケ教授退官記念論文集・民事手続法の改革,一九九五年)二八頁以下;同「民事裁判と憲法」(講座民事訴訟第一卷,一九八四年)一二頁以下。

註八：請參照河野正憲「民事訴訟の訴訟原則——その歴史的意義と現代的機能」(民事訴訟雜誌第四二号,一九九六年)一頁以下;邱聯恭在民事訴訟法研究會第五十七次研討會之補註闡述〔收錄於民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討(下稱「民訴研討」)(六)(一九九七年)三一三頁〕。

註九：關於如何隨著時代要求,變易民事訴訟之諸原則,併請參照三ヶ月 章「訴訟事件の非訟化との限界」(同・民事訴訟法研究第五卷,一九七二年)九二二頁以下;ディーター・ライボルト(Dieter Leipold)・松本幸一訳「手続促進と訴訟主義」(沖縄法学第一七号,一九八九年)二五八頁以下。

註一〇：參照前掲「修正彙編(五)」(見註三)六三六頁。

註一一：自一九九八年施行之日本新法，由於未如我國再擴充證據保全程序或充實起訴前證據開示制度，已遭立法論上批評。關於此，請參照高橋宏志・新民事訴訟法論考（一九九八年）一三七頁以下；石田秀博「証拠収集制度の改革」（自由と正義四八卷三號，一九九七年）九一頁；松井巖一・前掲（見註二）七八頁以下。

又，有關證據保全制度與事證開示之機能，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第四十七次及五十次研討會之說明〔「民訴研討四」七〇七頁、「民訴研討四」一三七頁〕；許士宦「證據開示制度與秘密保護程序——以證據保全與文書提出命令為中心——」（台大博士論文，一九九九年）一頁以下。

註一二：關於處分權主義之第一層面內容可發揮確保法官之中立性、程序之公正性等機能，以及其採用之根據難僅從私法自治原則加以理解，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第六十次研討會之闡述（「民訴研討四」一七八頁）；同・司法之現代化與程序法（一九九二年）（下稱「司法現代化」）一三五頁以下。

註一三：請參照邱聯恭「程序保障論之新開展」（見註六）；同「程序選擇權之法理」（「民訴研討四」一九九三年）（收錄於本書）；同「民事訴訟之目的」（見註七）。

註一四：請參照邱聯恭・前掲「司法現代化」一四〇頁。

註一五：按：「通常事件應適用通常程序之法律上要求」係屬任意法規。關於此，請併參照「民訴研討四」四〇五頁。

註一六：併請參照邱聯恭・前掲「司法現代化」一四〇頁內有關舊法第四二七條第四項（即新法同條第五項）所定有關改用通常程序之裁量權如何行使之解釋論上闡述。

註一七：參照本書所收錄「調解程序之新變革」一文。

在日本學界，對於本文所述我國立法走向之前導理論表示肯定評價者，例如福山達夫「中華民國（台灣）の司法制度改革の動き(3)——調停手続の改正草案を中心に——」（国際商事法務 Vol.24, No.12, 一九九六年）一二九五頁。

註一八：關於民事事件類型處理必要論，請參照邱聯恭「程序保障之機能」（同・程序制度機能論（見註一））六一頁以下；同「調解程序之新變革」（見註一七）一三三頁至一三四頁。

註一九：一般仲裁（新仲裁法所採機構仲裁）與調解應該或可能有何程序轉用之關係，為今後值得再探究之課題〔參照猪股孝史「最近の立法動向にみる仲裁と調停の連係」（民事訴訟雜誌第四五號，一九九九年）二三五頁以下。與此相類，運用新法（民事訴訟法）第四一五條之一及第四二〇條之一之結果，將可能發生從訴訟程序轉換改用調解程序，又由調解程序轉換改用準仲裁程序之情事，其間之應然關係為何，亦屬值得探討之問題。

抑且，由於此項探討係有關如何在同一事件所涉紛爭解決程序之前、後階段，分別適用不同程序法理之事項，自不宜忽略開展於我國之程序法理交錯適用肯定論〔請參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註一八）九四頁以下；同「簡易訴訟之基礎理論」（同・前掲「司法現代化」三四〇頁以下）〕。

註二〇：日本新民事訴訟法第二六五條第一項增設法官得基於當事人兩造合意酌定和解條款之制度。此種制度亦被認為係對於法官賦予仲裁人之權限，而將涉及重新檢討處分權主義之問題。關於此，請參照吉田元子「和解②——裁判所等が定める和解条項」（三宅省三等編・新民事訴訟法大系第三卷，一九九七年）三六〇頁。

註二一：在我國提倡並開展之程序選擇權論，於批判有關仲裁契約如何定性之訴訟契約說、實體法（契約）說及混合契約說之同時，主張應從程序選擇權之法理闡釋仲裁契約之程序法上性質、意義，並準此重新制訂有關仲裁之普通法（按：我國係於一九九八年六月二十四日制訂公布仲裁法，自其後六個月施行，並廢止商務仲裁條例），以便充分發揮仲裁制度之機能。關於此項立論，請見本書所收錄「仲裁契約之妨訴抗辯效力」一文內「貳、二」之闡述；邱聯恭在最高法院學術研究會主辦「關於商務仲裁契約妨訴抗辯之效力研究討論會」之論文報告〔其研討紀錄載於最高法院學術研究會叢書(一)，一九九二年〕。

註二二：請參照邱聯恭「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」（同・前掲「司法現代化」）二七二頁以下。

註二三：參照註一八及註二二。

註二四：此處係強調，關於一部請求之許否，應特別留意小額事件之特性、需求及為此所設新法第四三六之一六之規定，並無將其相關闡述適用於通常或簡易訴訟程序之意旨。關於此等程序上可否為一部訴求及其與處分權主義之關係為何等問題，並非本文所擬探討之對象，其相關之新近文獻請先參照山本和彥「一部請求」（判例タイムズ No.974, 一九九八年）四九頁以下。

註二四之一：就數量上可分之權利，新法限制原告利用小額程序為一部訴求（第四三六條之一六），係為防止小額程序遭濫用，避免額外增添被告應訴之煩而危害其權益保障致失公平，以及防免過度加重法院負擔（額外消耗司法資源）以致不利於小額程序發揮其所被期待之簡速裁判功能。

此項立法旨趣係出自訴訟法上觀點，著眼於程序利益之保護及訴訟之促進，自與本於民法上權利濫用禁止原則而僅從實體法上觀點為立論者有所不同。基此旨趣，新法乃致力兼顧該二項觀點，一方面以原告向法院陳明其餘額不另起訴使用訴訟制度為一部訴求之訴訟合法要件，一方面則不禁止就餘額循訴訟以外之程序（如：調解、仲裁或執行公證書之作成等程序）或途徑（如：訂立試驗訴訟或示範訴訟契約、於訴訟外為請求或成立民法上和解）為請求，而有

所不同於一律禁止非小額事件利用小額程序為一部訴求之多數立法例，亦與未明文如此一律禁止之日本新法有異。此項我國立法之獨特性，相較於日本新法施行後之解釋論尚含有不確定性之情形，似更值肯定評價。因為，在日本新法之下，一般之解釋論認為原告可否就非小額事件利用小額程序為一部訴求，應由受訴法院依個別具體情況視其是否該當於權利濫用為斷〔參照松浦 馨「新小額訴訟制度及趣旨・目的と性質並びに若干の問題点について」（司法研修所論集第一〇〇号，一九九八年）六二頁；中野貞一郎等・新民事訴訟法講義（一九九八年）五五九頁〕。此種委由法院適用權利濫用法理而判斷其該當性之日本處理方式，含有較難預測其該當要件事實為何之不確定性，自與上開我國新法不盡相同。因為，我國新法係由立法者依權利濫用法理逕行預設較明確・客觀之要件，而非委由法院視個別案情為裁量・判定同一法理適用之該當性，自不宜誤以為法院恒尚須就個別案情先認定原告有無濫行一部訴求之主觀意圖。至於在原告所為一部訴求違反上開新法（未陳明就餘額不另起訴）時，受訴法院在認其起訴不具合法要件予以裁定駁回前，應善為闡明並宜儘可能轉換改用該事件所應適用之通常程序或簡易程序（參照新法第四三六條之八第二項及第四二七條第五項），以保護當事人之實體利益及程序利益，貫徹公正程序請求權之保障要求，乃屬另一要事。假使原告於起訴時未明示其為一部訴求，且受訴法院亦未於本案審理中查知其事而為判決，終告確定時，則不論原告係勝訴或敗訴，均不得復就餘額為訴訟上請求。其理由如下：第一，可認為原告係默示放棄餘額請求。第二，被告係在認明（被提示）原告訴求額為全額（上限額）之前提下為爭訟，而期待將不再被訴或無需考慮提起反訴（求為判決確認債務不存在）作為對抗。此項被告對程序之信賴或合理之期待應受保護，始符衡平之要求。第三，應認為就餘額所提後訴係違反前訴之判決既判力，始符原則上禁止紛爭再燃之既判力及不許擅行細分債權為一部訴求之小額程序等制度之旨趣，而貫徹訴訟經濟之要求。

註二五：關於職權事件所涉程序法上諸問題，請參照民事訴訟法研究會第六十五次研討紀錄及邱聯恭「監護事件需用何種審理程序？」（法學叢刊第一七三期，一九九八年）一五五頁以下。

註二六：請併參照邱聯恭・前揭「程序保障之機能」（註見一八）七八頁以下。

註二七：關於損害賠償事件應如何特定訴訟標的及如何表明訴之聲明等問題，請參照王甲乙在民事訴訟法研究會第四十一次研討會之論文報告及其共同討論之紀錄〔「民訴研討四」三〇五頁以下〕。

註二八：關於處分權主義之第二層面內容所具意義及其如何發揮防止發生突襲之機能，請參照「民訴研討四」一七九頁至一八一頁。

註二九：關於應防止發生促進訴訟的突襲，請參照邱聯恭・前揭「司法現代化」

一二二頁；同「值得當事人信賴的真實」〔同・程序制度機能論（見註一）〕六頁以下。

註三〇：向來肯認處分權主義具有程序保障及防止突襲等機能之日本論者〔如：河野正憲・「民事訴訟法の訴訟の原則」（見註七）一五頁；上田徹一郎・民事訴訟法（一九九七年）一七六頁；伊藤 真・民事訴訟法（一九九八年）一七一頁〕，並未意識到該主義之採用亦可防止發生促進訴訟的突襲。其立論之所以不盡周延而有異於我國之論說，或亦導因於日本之程序保障論所信奉之訴訟制度目的論與我國之新程序保障論所信奉者（法尋求說及信賴真實主義）互有不同〔關於我國程序保障論所具獨特性及其如何有異於德、日等國之論說，請參照註一三所引文獻及邱聯恭・前揭「司法現代化」一二三頁〕。

註三一：併請參照「民訴研討四」三五五頁至三五六頁。

註三二：請參照「民訴研討四」八四頁至八五頁。

註三三：關於應防止發生法律適用的突襲及其涉及處分權主義之問題，請參照邱聯恭・前揭「司法現代化」一二二頁及二四三頁以下。

註三四：縱使依現行法所開展之程序保障論，而未增設新法第一九九條之一第一項之規定，亦應該且可能踐行該項規定所認程序，以防止發生有關特定訴訟標的之法律適用的突襲，此為有關審判對象應如何明確化，而亦涉及如何整理爭點之問題。關於其探討，請參照邱聯恭・前揭「司法現代化」二四三頁以下；同「心證公開論」一文內「貳、二、(一)」（收錄於本書）。此外，尚涉及新法第二九六條之一如何解釋、運用之問題，擬另說明於如下本文(3)。

註三五：關於「法」之協同尋求所涉問題，請併參照邱聯恭・前揭「司法現代化」一四二頁以下。

註三五之一：試以圖表四為例說明之：假設原告甲起訴，訴之聲明為：請求法院將被告乙公司於某年某月某日所作成之某項決議予以撤銷〔圖表四內(c)〕。其就事實理由之陳述略為：「被告乙公司是家族公司，根本沒有開過股東會」。

於此，甲請求法院解決之紛爭，係乙公司在某年某月某日所作成該項決議有無某種瑕疵。假設A法官認為該次決議應是無效〔圖表四內(a)〕或不存在〔圖表四內(b)〕，於是判決甲敗訴。該判決確定後，甲又起訴，主張乙公司同日同項決議應為無效〔圖表四內(a)〕或不存在〔圖表四內(b)〕時，受理後訴之B法官卻可能認為該項決議是該當於得撤銷〔圖表四內(c)〕，因此亦判決甲敗訴。如果法官均採此種處理方式，全國各法官之間便可能會「互相耗損勞力、時間」。因為，該項有瑕疵的決議（事實）只有一個，如果認為對於該項同一次決議之瑕疵究竟該當於圖表四內(a)或(b)或(c)，可因法官所持見解之不同，而分別構成獨立之訴訟標的，並於當事人與法官所持見解有不同時，在法官未予以闡明之情況下，駁回原告之訴，以致當事人一再起訴，難道不是法官間在「自

行互相增加負擔」？換言之，於上開情形，法官是否應該公開心證、表明法律見解？此時，法官可能採取之不同的心證公開方式如下：

(1)法官曉諭當事人：「原告所主張之此項事實理由，本院認為該當於決議無效，而非得撤銷」。

(2)法官曉諭當事人：「按照通常的見解，股東會決議的瑕疵可分為三種類型，即決議不存在、決議無效、決議得撤銷。就原告所主張之此項事實理由，被告公司股東會之該項決議應是該當於其中何種瑕疵，請兩造就此互相辯論看看」。

(3)法官曉諭原告：「原告的意思是否要依據此項決議事實，請求判決否定被告公司股東會該項決議的效力？」

通常，在法官依照(3)之方式闡明以後，原告多會回答說是，而少有說不是之正當理由。亦即，在法官為上開闡明以後，原告大多可能對法官表示：不管該次決議究竟該當於圖表四內(a)或(b)或(c)，只要法官認為該次決議有瑕疵，其效力應該被否定，就請法官判我勝訴云云。將來如果律師也受有關追求紛爭解決一次性理念的教育訓練，則起訴時訴之聲明將較不會如本件般僅僅主張要撤銷被告公司股東會所作成某項決議，其訴之聲明應該可以表明為：「被告公司於某年某月某日所作成某決議之效力應予以否定」。最少，亦知宜在起訴時之事實及理由內陳明同樣的意旨，以便法院在認為非如原告所聲明之「應予撤銷」時，亦應照法院所判斷之該決議為「無效」或「不存在」行審理（使為攻擊防禦、辯論），然後下判決。總之，根據（主張）某項同一決議事實所提起之股東會決議瑕疵爭訟，應儘可能利用一道程序、踐行應有之闡明方式（如：公開心證、表明法律見解或寬認訴之追加、變更）予以徹底解決，以貫徹紛爭解決一次性之要求，而助益合理分配司法資源，保護當事人之程序利益，防止發生促進訴訟的突襲。至於其究竟是採用舊訴訟標的理論或新訴訟標的理論，應非至要。重要的是：原告所為上述訴之聲明，是否已經對法院預告審判的對象範圍？是否已經對被告預告攻擊防禦之目標及既判力之客觀範圍？是否致力防止發生突襲性裁判？本來，原告所主張的事實，究竟是該當於圖表四內的(a)或(b)或(c)，法官依民訴法第一九九條第一項原就應盡審理之能事，不應因原告所持法律上評價、見解與法官有所不同，就在未行使闡明權使為充分辯論的狀況下，駁回原告之訴。如果認為原告尚可改依其所持其他見解提起後訴，則將浪費司法資源、違反訴訟經濟。

要之，如果全國法官均依然照向來的思考模式，認為該當於決議有瑕疵的三種態樣，恆分別各構成獨立之訴訟標的，並且只要當事人起訴所主張之見解與法官不同，法官即可逕以其訴為無理由予以駁回，而當事人則可另依其餘見解（法律上評價），再次就同一決議事實提起後訴，則違反紛爭解決一次之要

求。因此，在上開情形，原告的訴之聲明宜為「……決議之效力應予否定」，然後即涉及辯論主義如何適用及如何闡明提出攻擊防禦方法之問題。因為，原告依照上述聲明方式，係有意達成否定被告公司股東會某項決議效力之目的，而可能提出上述三種法律上評價觀點作為攻擊防禦方法。此時，原告所主張的事實，究竟該當於圖表四所示三種即(a)或(b)或(c)中之何者，則是屬於解釋、適用法律的問題。但是，當法官認為依照原告所主張的事實是該當於圖表四內(c)即決議得撤銷時，因為其可能涉及除斥期間之問題，而有關當事人之實體利益，所以法官應賦予當事人有辯論之機會，為此，應適當表明法律見解。如果法官認為該當於圖表四內(a)即決議無效時，亦應依同上之審理方式處理。總之，法官須先為闡明，依處分權主義使原告特定清楚，到底其所要解決的紛爭是否為圖表四最外圍的大圈圈。

註三六：請參照本書所收錄「心證公開論」一文內「貳、二、(一)(1)」。

註三七：併請參照林望民「小額訴訟程序論之新開展」（月旦法學雜誌第十九期，一九九六年）四〇頁。

註三八：關於民事訴訟法採用處分權主義之根據論，請參照邱聯恭，前揭「司法現代化」一三五頁以下；「民訴研討(七)」一七七頁。

註三九：請參照本書所收錄「程序選擇權之法理」一文內「參、一」。

註四〇：關於訴訟標的相對論之旨趣，請參照邱聯恭『試以「請求損害賠償之訴訟標的」為例，省思訴訟標的論之新、舊說及闡述訴訟標的相對論之架構』（「民訴研討(四)」）三二九頁至三三四頁；同，前揭「司法現代化」二一一頁至二一七頁。

註四〇之一：試以圖表六為例而言，假設原告X列Y為被告，起訴請求法院判令Y給付X二十萬元，其事實理由的表明可能有如下幾種情形：

(1)在X陳稱：「X執有Y所簽發，票載日期某年某月某日、票面金額二十萬元的支票一紙，因為該票未兌現，所以請法官判令Y給付該金額。」之情形（下稱情況一），原告所為事實理由的陳述，只及於圖表六內(c)請求的部分。亦即，原告所表明的原因事實，僅是被告簽發支票的事實，而未涉及原因關係即圖表六內(a)或(b)之事實。所以，如果被告在訴訟中始終未提出原因關係的抗辯，而只依票據法第二十二條提出時效抗辯，並經判決確定以後，該判決的既判力應該不可能及於原因關係即圖表六內(a)或(b)。

接著，問題也涉及到底何謂訴訟標的？關於何謂訴訟標的，民事訴訟法並沒有明文規定其意義，所以應依相關訴訟法上基本要求、原理予以處理。在上述情況一，無法律知識的原告如果因不知其所依據之請求權是票款給付請求權，以致未如此主張且未補正時，豈可認為其未表明訴訟標的的而以起訴不合法予以裁定駁回？其回答應屬否定，因為適用法律於特定事實，乃法官之職責。

要之，於決定何謂訴訟標的時，必須從理論著手重新加以檢討，而不宜僅一味沿襲實務上曾經有人採用過卻未必有堅實論據的定義或處理方法。

(2)在X陳稱：「Y於某年某月某日簽發票載日期為某年某月某日、票面金額二十萬元的支票一紙交予X，嗣後該票未獲兌現，且經原告履催，Y迄今不還，因此提起本件訴訟。事實上，該票是X（孕婦）某日自台北市公館買公車票上公車，途經崎嶇不平的道路，而Y之司機駕駛公車卻未盡應注意道路是否平坦之能事，以致發生事故使X受傷流產，因此Y才簽發該支票。」之情形（下稱情況二），由原告所表明的原因事實已經涉及該當於票據原因關係發生的事實即圖表六內(a)或(b)之事實。於是法官問原告X：「你是根據何項請求權基礎起訴？」，原告X則回答：「我參加大學聯考志願進法律系卻落榜，還沒有機會讀法律。現在懷孕卻流產，已經夠傷心了，法官卻還要我表明請求權基礎？」於此，試想：如此闡明後而X卻不補正時，即予裁定駁回起訴的法官，是不是不夠人性化或不夠溫暖？此亦涉及當事人一造委任有律師，而另一造卻未委任律師時，如何對後者妥為闡明之問題。在情況二，如果原告未委任律師，通常照理應係希望以上述「原因事實（故事）」作為審判對象，請求法官於依法（適用法律）認為有權利存在時，即判決其勝訴。到底民法上何一條文禁止如此？此亦涉及訴訟標的之機能為何？訴訟標的之機能大致如下：第一，對於法官預告審判之對象範圍。在情況二，原告X已陳明其在某年某月某日買公車票上公車，因Y之司機肇事致遭受損失二十萬元，乃由Y簽給同面額支票，為此請求法官就系爭事件判決是否X有權利請求二十萬元。此時，如果法官認為原告必須明確主張所據以起訴之實體法上權利為何，而應自為實體法上定性始為起訴合法，則不免使無法律專業知識之原告認為苛酷。亦即，此時原告是要求法官在其所表明之原因事實範圍內判決如其所聲明。自羅馬法以來，有所謂「法官知法」的原則（參照邱聯恭「司法現代化」一四二頁），而我國最高法院裁判先例亦表明，適用法律是法官的職權。既然如此，法官可根據何項理由不許原告以上述聲明方式特定訴訟標的？因為，此時原告之陳述，已可使法院預知審判之對象範圍。第二，要求原告表明訴訟標的之另一機能是，對於被告預告攻擊防禦之目標及既判力之客觀範圍。換言之，須使被告得以預測到，就該訴訟最後所將受之不利利益上限，如此始可認為訴訟標的已經特定。在情況二，依原告之陳述，已可使被告Y得知：如果不盡力就原告所表明之事實為攻擊防禦，將遭判決給付二十萬元。因此，難謂有不許X如此起訴之理。

當然，其中也可能另涉及如下疑問：僅由原告選擇訴訟標的，對於被告是否不公平？此亦牽涉如何貫徹實質的武器平等原則之問題。就訴訟制度之本質上事項觀之，在原告主張其權利受侵害而起訴時，如果其起訴及所求為審判之對象即訴訟標的尚須事先獲被告同意始可，則一旦被告不同意，訴訟制度便

將難免面臨崩潰之境，而訴訟權之保障亦將落空。所以，基於原告的地位所不得不然的訴訟制度之本質上事項，例如有關訴訟標的之特定、管轄競合時之選擇管轄法院（原告要向何一法院對於被告起訴，如果須先得被告之同意，原告恐將永遠無從起訴）等類訴訟制度本質上不得不然之事項，祇要對於被告未造成額外之不利利益，原則上應容許由原告為選擇、特定。

在情況二，原告X所主張之事實，是相當於圖表六內最外圍的大圈，從法律專家觀之，雖可能該當於圖表六內(a)或(b)或(c)，可是原告卻可能因法律專業知識欠缺或不足，以致不諳如何套用實體法為權利定性。既然適用法律本為法院之職責，則在當事人未委任律師為訴訟代理人時，自應由法官經由闡明，儘量彌補當事人能力之不足。雖因原告未委任律師，將可能引發其就法律見解無充分辯論能力之問題，但此乃尚待另行充實周邊制度（例如：充實法律扶助制度、律師救濟制度）為因應之事。

要之，不應認為當事人無充分之辯論能力時，法官即可恣意裁判。法官仍須適度表明法律見解，以保障當事人之辯論權。何況，法官表明法律見解以後，當事人尚可能再提出其他事實、證據，以便促使法官更正確適用應適用之法律。

(3)在X起訴時只主張如情況一所述事實，但是被告Y則辯稱：「當天Y雖然簽發如X所主張之支票交X收執，但那是因為X爭鬧不休，為恐影響營運，於是不得已才簽發系爭支票，Y之司機對於X流產受傷一事，並無故意或過失之行為。」之情形（下稱情況三），原告X起訴時只主張該當於發生票款債權即圖表六內(c)之事實，而未表明主張該當之權利，但被告Y已在本案審理過程提出涉及原因關係之事實不存在的抗辯，所以主要的事實上爭點已擴及於原因關係之事實。於此種事實群已擴大之情形，如果Y在受訴法院所開期日對X表示類如「妳再告我，我就要告妳。」之話語，則法官宜對Y闡明，以確知Y究竟僅是作為攻擊防禦方法以請求駁回X之訴，抑或有意提起反訴求為判決確認X對Y之損害賠償債權不存在，此乃新法第一九九條之一第二項所要規範的情形之一。於情況三，法院係就Y所為陳述闡明其不盡明瞭之處，尚無闡明提出新訴訟資料之可言。因此，經闡明後，如果Y表示只請求法官判決X之請求敗訴即可，則法官就必須僅就X之請求調查其所涉原因關係之事實上爭點即有無故意或過失加害之事實、系爭票據之簽發交付是否係為清償因該侵權事實所生損害賠償債務等事實。

(4)縱使在上開情況二，如果原告具備法律知識或委任有律師，而由於考慮到要證明因侵權行為所生損害賠償請求權〔圖表六內(a)〕存在所須證明之Y有故意、過失等事實，將多勞費，且相關物證、人證尚未蒐集齊全，於是表明僅以基因於債務不履行之損害賠償請求權作為審判對象即訴訟標的，而請法官不要審理基因於侵權行為之損害賠償請求權。此時，假使法官信奉新訴訟標的理

論，以致過度強調紛爭解決一次性之要求，在X就有關Y有無故意、過失之事實、證據尚未蒐集齊全以前，竟將因於侵權行為之損害賠償請求權即圖表六內(a)亦列入為審判之對象範圍，而併就此項請求權判決X敗訴。倘使如此，則無異於在X就因於侵權行為之損害賠償請求權〔圖表六內(a)〕尚未蒐證齊全以前，處於不尊重X所享程序處分權、有關訴訟標的之程序選擇權之狀態下，剝奪掉其受憲法所保障之財產權、自由權。換句話說，在此種情形，X選擇僅將因於債務不履行之損害賠償請求權〔圖表六內(b)〕當作訴訟標的，而不將因於侵權行為之損害賠償請求權〔圖表六內(a)〕亦列為審判對象，乃是其源自處分權主義所享程序處分權之一種行使型態，應無不可之理。因為，如果不許X如此起訴，則等於在X就因於侵權行為之損害賠償請求權〔圖表六內(a)〕存否所涉事實、證據尚未蒐集齊全以前，使X有蒙受法官判決該權利不存在之實體上不利利益，以及因在蒐證準備不充分之狀況下起訴而為本案審理致蒐證拖延所伴生之程序上不利利益等危險！本來，是否主張因於侵權行為之損害賠償請求權本屬原告之權利、自由，豈可不賦予原告有選擇之機會？如果不賦予原告此項選擇之機會，則要求原告忍受在尚未能充分蒐集事實、證據之狀態下遭受本案判決，將對其造成突襲性裁判，而亦危害其程序選擇權。如上所闡述之法理，亦可適用於通常訴訟程序所適用之第二四四條第一項第二款之情形，而作為其解釋論之前導。

註四一：請參照邱聯恭「第一審程序修正草案之析述」（見註一）三七頁；同「離婚後子女監護事件之審理程序」（在民事訴訟法研究會第六十五次研討會所提書面意見要旨，載於「民訴研討(六)」）一四八頁以下。

註四二：請參照邱聯恭·前揭「司法現代化」一一九頁。

註四三：請參照邱聯恭「程序保障之機能」（見註一八）七六頁、一一六頁內註八及一三一頁內註六之說明。

註四四：請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十七次研討會之闡述（「民訴研討四」九八頁）。

註四五：關於處分權主義第三層面內容之意義、機能，請參照「民訴研討(七)」一八一頁。

註四六：關於職權事件性之判斷，請併參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第六十五次研討會之發言（法學叢刊第一七二期第一五〇頁）。

註四七：關於辯論主義之沿革、開展狀況及何以被列為民訴法所未明文採認之原理，請參照高橋宏志「弁論主義」（同·重點講義民事訴訟法，一九九七年）二五六頁；佐藤彰一「弁論主義」（法學教室No.168，一九九四年）二七頁以下；山本克己「戰後ドイツにおける弁論主義の展開(一)(二)——弁論主義の構造論と根拠論のために——」（京大法學論叢第一三三卷第一号一頁、第一三四

卷第一号一頁，一九九三年）；ペーター・ギレス（小島武司編訳）「協働主義（Kooperationsmaxime）をめぐる」（同·西独訴訟制度の課題，一九八八年）三六一頁以下。

註四八：Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 13Auf., §78 I 1.

註四九：ディッター・ライボルド（森 勇訳）「民事訴訟とイデオロギー——弁論主義を例に——」（ペーター・アーレンス編·西独民事訴訟法の現在，一九八八年）六五頁。

在我國，尚有將辯論主義與處分權主義混為一談者，例如石志泉（楊建華增訂）·民事訴訟法釋義（一九八七年）一三八頁。

註五〇：坂原正夫「弁論主義」（法學教室No.208，一九九八年）一二頁；徳田和幸「弁論主義と新民事訴訟法」（法學教室No.223，一九九四年）三一頁；ディッター・ライボルド·前掲（見註四九）六四頁；木川統一郎·訴訟促進政策の新展開（一九八七年）七二頁。

註五一：向來之日本通說，係將辯論主義所適用之事實限定於要件事實即主要事實。請參照高橋宏志·前掲（見註四七）二五六頁以下；上田徹一郎·前掲（見註三〇）三一四頁。

註五二：日本之通說雖將辯論主義之適用範圍限定於主要事實，但被批判為其係基於第二次世界大戰以後，繼受德國學說時之誤解所導致。此項批判論者指述：在德國，不論主要事實、間接事實或補助事實，均有辯論主義之適用。關於此，請見小林秀之「裁判上の自白と顕著な事実」（判例タイムズ No.674，一九八八年）二二頁；高橋宏志·前掲（見註四七）二七七頁；畑 瑞穂「民事訴訟における主張過程の規律(一)——主張・否認の具体化・理由づけについて——」（法學協會雜誌第一一四期，一九九七年）四七頁；名城 潔「ドイツの弁論主義と日本の弁論主義」（日弁連ドイツ民事訴訟視察団編·弁護士からみたドイツ民事訴訟の実態，一九九五年）二五五頁。

註五三：在奧地利，通說認為：於訴之聲明範圍內，法院應善用自由心證以發現真實，而當事人則負真實完全義務，所以法院調查證據之結果，得知當事人所未主張之事實時，不論其屬主要事實或間接事實，均得經由訴訟指揮為闡明後，將該事實作為判決基礎加以斟酌。由於其承認含有此程序內容之審理原則，乃被指稱為其所採用者為協同主義（Kooperationsgrundsatz）或蒐集主義（Sammelmaxime），既非純粹的辯論主義，亦非純粹的職權探知主義。關於此，請參照小林秀之「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集(一)」（法學協會雜誌第九七卷七号，一九八〇年）九〇〇頁；松村和徳「弁論主義考——オーストリア民訴法における事実資料収集過程での裁判官と当事者の役割分担からの示唆——」（早稲田法學第七二卷四号，一九九七年）四四五頁以下。

註五四：關於類如此處所述事例之處理，在無如我國就法院職務上所知事實設有民訴法第二七八條第二項規定之日本，其主張辯論主義第一命題亦適用於間接事實之論者，認為不問主要事實或間接事實均須經當事人主張始可作為判決基礎，至於出現於證據資料之間接事實非屬當事人所主張者，亦可據為判斷證明主題之資料，但應類推適用日本人事訴訟法第一四條但書（相當於我國民訴法第五七五條二項）就該事實訊問當事人，以防止突襲。關於此，請見竹下守夫「弁論主義」（小山 昇等，演習民事訴訟法，一九八七年）三七九頁。其評論，請參照高橋宏志，前揭（見註四七）二七三頁。

上開日本學者所採類推適用之迂迴論，係因其無如我國設有上開規定可直接適用所導致，不宜援用於我國。又，在日本，一般認為，所謂事實於法院已顯著者係包含公知之事實及其職務上所知之事實在內，均無須舉證。但由於其無如我國設該項規定可用以解決公知事實應否由當事人負主張責任等類問題之故，關於公知事實是否應由當事人主張始作為判決之基礎，係其學說上尚有爭論而分成肯否見解之問題。其中認為應適用辯論主義由當事人負主張責任者，係舉防止突襲之必要為論據〔參照新堂幸司等編，注釈民事訴訟法 6（一九九五年）一三二頁〕。此項日本法上爭論，已因我國法設上開規定而被避免。尤其，由於此項我國民訴法上規定併將法院職務上所知事實納入規範之故，在日本法之解釋論上認為該類事實仍應由當事人負主張責任之情形〔小林秀之，前揭（見註五二）三二頁〕，兩國法上有關採認辯論主義之範圍、程度，將更顯現相互之差異性。

可是，在我國，亦有參仿日本通說（見註五二），而未併將上開規定作為開展辯論主義之基礎，以致忽略我國法所具特異性之見解〔駱永家，民事訴訟法 I（一九七六年）一一八頁；陳榮宗＝林慶苗，民事訴訟法（一九九六年）四三頁以下〕。此類見解有引發上述我國法上原可避免卻為日本法上所存爭論之虞，尚待商榷。

註五五：在德國，其審判實務係常在程序前階段（起訴狀、準備書狀或證據調查前），使當事人提出必要之間接事實，以利掌握案情全貌而整理爭點。關於此，請參照村松俊夫「間接事実の意義と価値」（上智法學論叢第 2・3 号，一九七〇年）一七頁以下；畑 瑞穂，前揭（見註五二）四五頁；名城 潔，前揭（見註五二）二五七頁；大喜多啓光等（司法研修所編），ドイツにおける簡素化法施行後の民事訴訟の運営（一九九五年）五五頁；木川統一郎「ラウンドテーブル方式の主張整理」（三ヶ月 章古稀論文集中，一九九一年）三〇七頁；同，前揭（見註五〇）七九頁以下；同「敗訴見込みの当事者の証拠申請の採否」（染野義信古稀論文集，一九八九年）一一二頁；同「文書による釈明の著効」（判例タイムズ No.506，一九八三年）九頁。

註五六：關於我國法課當事人負陳述義務之目的及其關涉爭點整理程序之問題，請參照筆者在民事訴訟法研究會第二十八次研討會之闡述〔「民訴研討(三)」二三九頁至二四一頁〕。

註五七：在明文承認真實義務、陳述義務之德、奧等國法上，向來亦認為當事人應就間接事實負主張責任。關於此，請參照木川統一郎，前揭（見註五〇）九〇頁；松村和徳，前揭（見註五三）四四七頁以下。

註五八：關於如何行使訴訟指揮權以協同促使當事人所負提出攻擊防禦方法之行為責任具體化，請參照筆者在民事訴訟法研究會第六十三次研討會之闡述〔「民訴研討(四)」四〇九頁以下〕。

註五九：何以採用辯論主義之第一命題、其根據為何一事，被指為向來尚乏明確而充分闡釋之通說〔佐藤彰一，前揭（見註四七）〕。關於此方面之根據及其相關論說之問題點，請參照邱聯恭，前揭「司法現代化」二二一頁至二二六頁。

註六〇：請參照邱聯恭「權利自認論之基本課題」〔「民訴研討(六)」〕三一三頁以下。

註六一：在奧地利，其通說係認為：法院得依自認前之證據調查結果，判斷自認有無拘束力。又，其判例則認為：在①自認與一般所認經驗法則相矛盾、②就自認事實之反對事實法院已經形成其存在之心證、③自認違反法院職務上所已知或顯著之事實等場合，法院得否定自認之拘束力。〔參照松村和徳，前揭（見註五三）四五九頁以下〕。

此類見解，未充分意識防止發生發現真實及促進訴訟的突襲之必要性，值得商榷。

註六二：關於自認之撤銷（撤回），請參照民事訴訟法研究會第七十次研討會之共同研討內容，以及其中筆者所闡述我國規定如何具有異於德、奧、日等國法之獨特性〔載於法學叢刊第一七四期一四三頁以下〕；本書所收錄「程序選擇權之法理」一文內註一九之說明(1) d。

註六三：與日本法有所不同，在德國法上，向來雖原則上由當事人聲明證據，但亦容許職權調查證據〔參照ディーター・ライポルド，前揭（見註四九）六四頁〕。又，奧國民訴法雖亦寬許職權調查證據（第二八八條一項），但其審判實務上則少予利用〔參照松村和徳，前揭（見註五三）四三九頁、四六三頁〕，且容許兩造當事人以合意捨棄書證及人證，而對法院之職權調查提出異議（同法第三〇二條、第三四五條）。此項立法方向，被肯定評價為可資以謀求法院與當事間之權限均衡，對日本應有之立法取向具有啟發性云云〔松村和徳，前揭四七三頁以下；同「裁判官の積極性とフランツ・クラインの訴訟理念」（木川統一郎古稀論文集下，一九九四年）二五〇頁以下〕。

從本文所循程序選擇權之法理而論，上開容許兩造合意捨棄證據之奧國法，

可認為其亦係賦予兩造平衡追求實體利益與程序利益之機會，值得肯定。

註六四：日本之新民事訴訟法及民事訴訟規則亦訓示規定，當事人應於訴狀及答辯狀內記載重要的關連事實。此項規定被論者闡釋為，法院不得將當事人所未主張之重要的間接事實作為判決基礎〔竹下守夫「新民事訴訟法制定の意義と將來の課題」（同編・新民事訴訟法Ⅰ，一九九八年）三一頁〕。此項見解，與本文所理解者有所不同，尚有商榷之餘地。關於此，併請參照註五四之說明。

註六五：我國新法第二六八條之規定與日本新民事訴訟法第一七五條之規定不同，宜併加留意（併請參照註八〇之說明）。

註六六：我國新法第二六八條之二所規定之內容，多不同於日本新民事訴訟法（第一六七條、第一七四條及第一七八條），值得再深入比較、評析。

註六七：關於法院應如何運用訴訟指揮，促使當事人提出事實、證據之行為責任具體化，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第六十三次研討會之闡述〔載於「民訴研討(七)」四〇九頁〕。

註六八：併請參照邱聯恭·前揭「司法現代化」二二二頁至二二三頁；吉野正三郎「争点整理手続の導入と弁論主義の変容（木川統一郎古稀論文集上，一九九四年）四六八頁；ペーター・ギレス（小島武司訳）・西独訴訟制度の課題（一九八八年）三五八頁以下；高橋宏志·前揭（見註四七）二六五頁。

註六九：關於國內向來教科書所稱辯論主義，請參照賂永家·前揭（見註五四）一一六頁以下；陳計男·民事訴訟法論上（一九九四年）二四四頁以下。陳榮宗·林慶苗·前揭（見註五四）四三頁以下。

又，對於我國此方面向來論說之評述，請參照許士宦「辯論主義之新開展」（月旦法學雜誌第十九期，一九九六年）一五頁以下。

註七〇：關於事實審理制度目的論，請參照邱聯恭「值得當事人信賴的真實」（見註二九）一頁以下。

註七一：請參照註五九。

註七二：辯論主義之根據及適用範圍為何，係日本學界向來所爭議，且至今尚無定論之問題。關於此，請參照高橋宏志·前揭（見註四七）二六〇頁以下；山本和彦「弁論主義の根拠」（判例タイムズNo.971，一九九八年）六〇頁以下；坂原正夫·前揭（見註五〇）一二頁以下；德田和幸·前揭（見註五〇）一九九九年，二七頁以下。

事實上，日本論者有關其所謂辯論主義之機能論，往往涉及有關採用該主義之根據論及適用範圍論，而先將其適用範圍限定於主要事實，然後就此析論其被期待發揮之機能為何。可是，其說卻同時承認仍殘留有諸如該主義應否亦適用於間接事實、應如何受法院闡明義務或當事人之真實義務所補充或修正、應如何處理主張事實與認定事實之不一致等多項問題，尚待解決（請參照上田

徹一郎·前揭（見註三〇）三〇九頁〕，以致難免令人置疑其說立足點之妥當性。

又，對於日本向來有關辯論主義根據論之批判，請參照註五九之說明；邱聯恭「台湾における民事訴訟法改正の動向」（見註一）一二二頁至一二三頁。註七三：請見註六八之說明。

註七四：關於如何經由限縮爭點之協議，在實體利益與程序利益之平衡點上確定「真實」、尋求「法」之所在，以及其相關事例論證，請參照本書所收錄「程序選擇權之法理」一文內「肆、三、()」。

註七五：請參照上述註七四之說明；邱聯恭·前揭「司法現代化」二三七頁、三三七頁；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十次研討會之析述〔「民訴研討(三)」三八六頁至三八七頁〕。

註七六：請併參照邱聯恭於民事訴訟法研究會第七十次研討會所提書面意見要旨「訴訟上自認論之省思」及相關之發言（載於法學叢刊第一七五期一六四頁，一九九九年）。

又，亦有將自認契約定性為一種爭點決定之合意（意思表示），而予以歸屬於審理契約之一種者。關於此，請參照山本和彦「決定内容における合意の問題——訴訟上の和解と裁判上の手続的規制」（民事訴訟雜誌第四三号，一九九七年）一三八頁；本書所收錄「程序選擇權之法理」一文內註一九之說明(1) d。

註七七：基於程序選擇權之法理，容許兩造合意指定鑑定人或訂立仲裁鑑定契約，亦有助於平衡兼顧實體利益與程序利益，提昇當事人對事實認定之信服度。關於此，請參照本書所收錄「程序選擇權之法理」一文內「肆、三、(四)」。

註七八：關於闡明之機能、目的係為維持公平及防止發生來自法院之突襲，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十九次研討會之闡述（「民訴研討(四)」一九六頁以下、二一七頁）。

註七九：請參照註五〇之說明。

註八〇：日本新民事訴訟法因採集中審理主義之關係，乃要求法院應積極釐清爭點，而為集中審理。著眼於此，論者遂評斷其法院係被要求扮演積極的角色，應催促當事人提出事實及證據，而非止於消極接受當事人提出攻擊防禦方法而已〔參照中野貞一郎·解說民事訴訟法（一九九七年）一〇頁；德田和幸·前揭（見註七二）二九頁〕。可是，同法另又規定，在爭點整理程序（準備程序、書狀準備程序或準備性言詞辯論程序）終了以後，當事人又提出攻擊防禦方法之情形，該當事人負有說明義務，應依他造之請求說明未能於爭點整理階段予以提出之理由（第一六七條、第一七四條及第一七八條）；並增設當事人照會（查詢）制度，明定當事人對於他造之查詢書負回答義務，應提出有關主張或

舉證之必要說明（第一六三條）。此等規定係經由說明義務及回答義務之採認，於當事人間，一方面充實其相互蒐集事證之手段，一方面課兩造互負一定之義務，卻未為此設失權制裁之明文。從此角度觀之，可評價為：日本新民事訴訟法採用包含有上開程序內容之審理原則，係為借重其發揮當事人自主、自律形成訟爭內容之機能〔併參照春日偉知郎「民事訴訟における審理の基本原則」（民事訴訟法の争点第三版，一九九八年）一五七頁〕。

相對於此，我國新法則具相當之獨特性，亦即其擴充有關證據保全及文書提出等事證蒐集程序由法院運作以外，同時又增訂第二六八條之二，對於未在爭點整理階段提出攻擊防禦方法之當事人，課以向法院說明之義務及委由法院裁量如何施加失權之制裁，並未併採上述日本新法所認自律性程序。從此角度觀之，可評價為：我國之立法走向較具凸顯協同主義之色彩，而不盡同於日本法所採審理原則。

註八一：關於奧地利始就小額事件採用當事人訊問制度之時代背景，請參照邱聯恭「當事人本人供述之功能」（「民訴研討(三)」）六四六頁。

註八二：關於小額事件程序特別需求依循費用相當性原理，而不宜指向於一味追求發現客觀真實，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十二次及第四十二次研討會之闡述（「民訴研討(三)」五二五頁、「民訴研討(四)」四〇九頁至四一〇頁；同・前掲「司法現代化」二七二頁以下）。

註八三：關於民事事件之非訟化，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)」四四五頁以下；同・前掲「司法現代化」一一頁、二八六頁）。

註八三之一：請併參照本書所收錄「程序選擇權之法理」一文內註一八之說明(7)。

註八四：關於如何裁量判斷有無職權調查證據之必要，亦應考量各該事件所涉公益或私益保護性之強弱、及當事人所應有處分權能之大小等事項，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第五十七次及第六十九次研討會之闡述〔「民訴研討(六)」三二九頁至三三〇頁、「民訴研討(六)」一〇四頁〕。

註八五：關於所謂現代型訴訟事件，請參照邱聯恭・前掲「司法現代化」一三頁至一四頁；同「基本課題」（見註一）二二二頁內註八之說明。

註八六：請參照註六三，並留意：在日本，職權探知主義之採否及其程度為何，向來被認為屬目的性政策上判斷事項〔請參照山本戶克己「弁論主義の法構造」（中田淳一還曆論文集(下)，一九七〇年）一一頁以下；又，其通說認為，就股東會決議爭訟等類有關團體的法律關係或特需發生對世效之事件，應排除適用辯論主義〔請參照小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」（西原寛一先生追悼論文集，一九七七年）三六四頁；伊藤 真・前掲（見註三〇）二六一頁〕〕。

註八七：向來，有關證據是否必要之判斷決定權，在大陸法系制度下係被賦予法官，而在英美法系制度下則被賦予訴訟代理律師（參照ジェフリー・C. ハザード・ジュニア・前掲（見註五）八二頁）。因此，今後宜探討：在法官與當事人或其代理律師之互動、協同關係上，用以規律法官行為之證據調查聲請權究應如何發揮應有機能？

註八八：奧國於一九八三年及日本於一九九八年先後廢止所謂補充性原則（Subsidiaritätsgrundsatz），而均更加重用向來所採當事人本人訊問制度（奧民訴法第三七一條下、日本民訴法第二〇七條以下）。

關於當事人本人訊問制度所具立法例上重要性及上述補充性原則應廢止等問題，請參照邱聯恭「當事者尋問の補充性」（別冊ジュリストNo.76,一九八二年）二一七頁；同・前掲「當事人本人供述之功能」（見註八一）六四三頁以下。

註八九：請參照邱聯恭・前掲「當事人本人供述之功能」（見註八一）六三一頁以下。

註九〇：日本新民事訴訟法係規定原則上應先訊問證人（第二〇七條第二項）。

註九一：關於如何依事件類型之特性，活用當事人本人訊問，請參照邱聯恭「當事人本人供述之功能」（見註八一）六四五頁至六四六頁。

註九二：在採用職權探知主義之程序上，除不宜適用自認法理外（參照「民訴研討(六)」三二七頁），應併留意探討當事人是否負協力義務、行為責任之問題。關於此，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第六十九次研討會之發言（載於法學叢刊第一七四期二一二頁至二一三頁）。

註九三：請參照邱聯恭・前掲「司法現代化」一一九頁。

註九四：關於信賴真實主義在職權探知程序之伸展，請參照許士宦「父子關係訴訟之證明度與血緣鑑定強制」（法學叢刊第一七四期，一九九九年）一七六頁以下；邱聯恭在民事訴訟法研究會第六十九次研討會之發言（見註九二）。

【本文曾於一九九九年九月十一日在民事訴訟法研究會第七十二次研討會提出報告，進行共同討論，其內容經先後刊載法學叢刊第一七七期（二〇〇〇年）及民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討(九)（二〇〇〇年）；收錄於本書時，經補加部分註釋】

心證公開論

——著重於闡述心證公開之目的與方法——

壹、緒言	139
貳、心證公開之態樣、目的、根據	141
一、心證公開之意義	141
二、心證公開之態樣及目的	144
(一)爭點之指明、確認	144
(二)法律見解之表明	148
(三)狹義的心證開示	152
三、心證公開之功能及法理根據	156
(一)心證公開之功能	156
(二)心證公開論之法理根據	158
參、心證公開之方法、時期	160
一、踐行心證公開程序之一般前提	160
(一)相當之判斷能力及充實之準備	160
(二)預留討論、再審酌之空間	161
二、諸態樣之應留意點	162
(一)關於爭點之指明、確認	162
(二)關於法律見解之表明	164
(三)關於狹義的心證開示	165
(四)相關考量因素——彈性運用之必要性	166
肆、心證公開之效果	168
一、行為規範、評價規範具體化之指標	168
二、心證開示義務之違反	170
※註釋	171

壹、緒 言

筆者曾提出防止發生突襲性裁判之觀點，先於民事訴訟法研究會第三次研討會，闡述法官（受訴法院）在言詞辯論終結前應適時踐行公開心證，表明法律見解之程序，以徹底防止發現真實的突襲及促進訴訟的突襲（註一）；繼又撰文申論該項程序之踐行，對於事實審理制度之目的達成，具有相當之必要性（註二）。近十五年來，循此方向所開展之心證公開論，隨著程序保障論在我國學界之提倡、拓深（註三），已在同研究會之歷次共同研討中，逐漸擴散於諸多關聯事項（註四）。並且，相對於十多年以前，晚近不僅較多見聞有關法官於本案審理過程開示心證之實態報導，心證公開程序之踐行，且被列為今後革新司法之一項方案。（註五）此項進展，徵諸向來之德國及近年來之日本均於本案審理中、而美國則於預審（協商會議）程序上，法官多實際厲行或被期待，要求踐行心證公開程序等實務趨向，應值注目。（註六）

可是，隨伴於此類心證公開重視論之擴散動向，在我國審判業務從事者之間，至今偶仍聞有對心證公開論猶持觀望態度，而質問到底宜循何準則、如何公開心證者。為回應此項實務需求，並作為上開司法革新方案之推行步驟，司法院特於今年以「心證公開之目的及方法」為題召集高等及地方法院之現職法官、庭長，舉辦司法業務研究會，進行集中研討。（註七）是知，除從突襲防止之觀點闡述心證公開之必要性及基礎法理以外，進一步再就其相關實踐上問題——心證公開之目的及方法為何等問題，為相當之整理、分析及探討，已屬當今民事訴訟法學必須面對之課業。（註八）

其實，此項實踐論上課業之處理、完成，對於探究如何克服下述民事訴訟法學今後所須面對之多項基本課題，亦屬必要而有益。

第一，在民事訴訟法一方面採用處分權主義・辯論主義，一方面將認事用法（認定事實、適用法律）列為法官職責事項之程序架構下，為因應民事審判上「法」與「事實」常牽連難分之現實，本應探討：如何充實程序制度，始能有助於掌握各該事件之裁判所必要之事實〔如圖表一（如本書所附「相關圖表」內所示，以下同）所示 c、d 系列之要件事實、間接事實〕、證據及相關經驗法則？（註九）法官與當事人（律師即訴訟代理人）在審判過程應如何妥為分擔任務？如何維持相當之互動關係等基本課題。（註一〇）對於此等課題之克服，心證公開程序之踐行，究竟具何意義、作用？其目的論、方法論到底應否或能否有所貢獻？均屬向來所未深論，而仍待究明者。

第二，訴訟理論之構築及審判實務之運作，亦應致力於擴充利害關係人參與裁判形成過程之管道，提昇訴訟制度使用者（當事人）對於程序內容之信賴度以及對於裁判之信服度・接納度，而不宜沿襲向來的裁判觀，依然固步認為法院行使公權力所下裁判自有強制當事人受其拘束以解決紛爭之效力，何需多事尋求促使當事人信服裁判之途徑云云。（註一一）著眼於此，應認真探討：心證公開程序之踐行，對於提昇程序內容及裁判受當事人信賴・信服・接納之程度，是否有所助益？

第三，程序制度之設計及運作，應以保障程序主體權、聽審請求權、證據提出權、平衡兼顧當事人之實體利益及程序利益為指標，並致力選用相當之審理方式，促成審理集中化。（註一二）為此目標之達成，到底在何範圍內就何種情形，可能或應該借重於以公開心證為程序內容之審理方式，亦屬有待深究之問題事項。

第四，為因應紛爭事件類型之多樣化・複雜化，並為合理分配司

法資源，如何依各該事件類型之特性・需求，善為選用其所適宜之程序制度，亦為今日審判程序改革論者併須面對之課題。（註一三）為此，應探討：何類事件特需借重心證公開程序？其所借重之功能、目的為何？方法上應如何取捨、顧慮？

意識著上開問題狀況，本文擬從實踐論的角度，探討心證公開之態樣、目的及方法，並於其析論所必要之範圍內，闡述相關之法理基礎。

貳、心證公開之態樣、目的、根據

一、心證公開之意義

所謂心證，狹義言之，係指法官在事實認定時所得確信之程度、狀況；廣義言之，係指法官就系爭事件所得或所形成之印象、認識、判斷或評價。此種意義的心證，依民事審判所具下述特徵觀之，係可能包含法官的法律上見解在內，而非僅指將其法律上認識、判斷或評價予以完全除外者。

按：在民事訴訟上，法院就訴訟標的所為權利（或法律關係）存否之判斷過程，乃三段論法的涵攝過程，係以實體法規為大前提，以該當於其要件事實之紛爭事實（具體事實）為小前提，而認定其存否，並套用於實體法規。析言之，以圖表一內「事件類型」(1)及(2)所示者為例而言，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，亦即從其中 d 系列事實推認（推定）c 系列事實（法律事實——要件事實），而就 c 系列事實是否該當於構成 b 系列權利，為「法」的評價判斷。在此過程中，法官實際上係從訴訟程序內所蒐

得如圖表二外圈所示事實群（即被認為與系爭事件有關而經提出之一系列生活事實），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，當事人之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；並且，此項權利主張，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。（註一四）

在此種審判程序上，法院之心證有與其法律（實體法）上見解為何不具直接密切關係者，但亦有直接關涉或包含法律上見解者。屬於前者之情形，例如：在從間接事實（如圖表一內 d 系列事實）推認待證事實（如圖表一內 c 系列事實或其他 d 系列事實）之過程（推理過程）或為證據評價時，法院就心證度與證明度所為判斷或所形成之確信（以圖表一內事件類型⁽²⁾為例而言，法院就 f 系列證據與 c 或 d 系列事實有無關連性所為判斷、法院就 d₁ 事實存否及其能否與 d₁、d₂ 事實複合或互相補強所為判斷）。（註一五）至於後者之情形（即心證係直接關涉或包含法律上見解者），則可以圖表二之外圈（最大）事實群即圖表三外圈（最大）事實群之情形為例說明之。亦即，其間，法院之心證可能包含或關涉法律上見解（法律上認識、判斷、評價）者有如：法院之見解係有關於①經當事人主張及法院所蒐集之圖表三所示最大外圈事實群，能否被評價為該當於發生使用借貸權或租賃權（或分管權）之事實者；②圖表三之內圈較小事實群即 a 或 b 或 c 各所示部分事實，能否被評價為該當於發生使用借貸權（或租賃權或分管權）之事實者；③圖表三內斜線部分之事實，到底應否被評價為該當於發生何項權利（使用借貸權或租賃權或分管權）之何部分要件事實者。

宜併留意者，向來一般教科書中每相當強調，法官依民訴法第二二條第一項為自由心證時，應遵循經驗法則、論理法則云云，在此

狀態下，論者縱有經驗法則之適用係與法律之解釋、適用無關之誤會，似亦不必受深責。（註一六）其實，在訴訟程序中，經驗法則（經驗定律）亦發揮作用於就一般法規解釋法概念及意思表示之場合。亦即，為了將實體法規適用於具體事實，經驗法則雖非法律本身，卻就法規（大前提，圖表一內有關 b 系列權利之實體法）與事實（小前提，圖表一內 c 系列事實）之結合，發揮予以媒介之作用。（註一七）

從上而論，所謂心證公開係指法官將其在訴訟審理中（自其研閱起訴狀之時起）所形成上述意義的心證，於法庭上或程序進行中，向當事人或利害關係人開示、披瀝，使其有所知悉、認識或理解一事，而可能包含法律上見解之表明在內。（註一八）倘著眼於此種意義的心證開示，既係由法官於訴訟程序上向當事人所為，且可能與法庭公開主義、當事人公開主義（註一九）或其他訴訟審理之原則（如：直接主義、言詞主義等）相配合而發揮一定作用，則將「心證公開」列為民事訴訟法學上重要關鍵詞，研究其所涉法理並探討其相關制度之功能，應具有相當之必要性，不容輕忽。雖然向來對心證公開持消極態度之論者及鮮少踐行此方面程序之法官，或許認為：心證之形成乃法官本身之職責，豈容他人介入；於本案審理中，心證尚未經充分形成時，豈可向外開示；心證之公開可能引發未審畢竟先判之不信賴或不公平之觀感，以致可能動搖裁判之權威性；在未正式宣示判決以前如竟公開心證，將違反向來我國實務上所特有之送（審）閱制度；在合議制審判之情形，公開心證似有所困難；不宜因心證公開引發當事人與法官間無邊際的辯論或擴大所謂「司法黃牛」之活動空間云云。（註二〇）可是，問題在於，論者並未充分意識到應進一步探討：此類消極論之理由，是否恒可一律適用於各種不同的事件類型？是否可言之於訴訟審理之任何階段？能否謂無背於訴訟法上基本要求？有無立足於訴訟審理制度之目的論重新檢視之必要？

二、心證公開之態樣及目的

(一)爭點之指明、確認

(1)審判對象之明確化階段

在處分權主義之適用層面上，原告所表明・特定之訴訟標的及訴之聲明始成為本案審判之對象，並於未有捨棄、認諾時，成為兩造攻擊防禦之事項範圍。在此意義上，經特定之訴訟標的及訴之聲明，併可謂為兩造間之爭點，與辯論主義之適用層面上向來所謂之爭點（下述）相較而言，係屬更上位之概念。（註二一）

從此角度觀之，在特定訴訟標的及訴之聲明所必要之範圍內，法官向當事人指明或確認訴訟標的或訴之聲明為何，應為凸顯兩造間之上位爭點（審判之對象及攻擊防禦之目標）所必要，實有助於防止發生兩造相互間的突襲及來自法院的突襲。

〔事例一〕以圖表二及圖表三為例而言，設原告 x 起訴聲明求為判決確認其對 y 就 k 地之使用權存在，並陳稱：兩造間曾有如圖表三斜線部分所示事實，可作為特定本件請求所必要之事實（原因事實，即如圖表二內甲部分所示事實），基於此事實 x 對 y 就 k 地應有租賃權或使用借貸權云云。在此情形，訴訟標的究為 x 對 y 就 k 地之「使用權」或「租賃權」或「使用借貸權」，尚難謂於兩造間或於當事人與法院之間已屬明確而特定。此時，為使審理方向明確化，而凸顯攻擊防禦目標，以防止突襲，法官宜於本案審理之前階段，儘早指明其所認識、理解者為何。此即，指明或澄清：審判之對象及攻擊防禦之目標究竟是否僅限於以圖表三內斜線部分所示事實為基礎所生之「使用權」、或以 a 部分所示事實為基礎所生之「使用借貸權」、或以 b 部分所示事實為基礎所構成之「租賃權」、或將 a 所該當發生之使用

借貸權及 b 所該當發生之租賃權，併列為審判之對象及攻擊防禦目標，而提起客觀合併之訴？

〔事例二〕又，以圖表四為例，設原告主張斜線部分所示瑕疵事實，起訴聲明求為判決撤銷某公司某日所為某項股東會決議。就此項訴求，法院認為原告所陳事實係該當於 a 部分所示決議無效，而非該當於 c 部分所示決議撤銷，乃予以指明。於此情形，相較於法院未為該項指明之情形，原告將更有機會將其所訴求之 c 改為 a，或併將 a 追加為訴求審判之對象，以便就同一紛爭，利用一道訴訟程序徹底予以解決，而為更充分之事實上・法律上辯論，追求程序利益、顧全訴訟經濟、防止發生突襲。

其實，上述有關訴訟標的・審判對象之指明・確認，在原告係基於無名契約或就新生紛爭類型（如圖表九所示紛爭事件，係具有不同於如圖表八所示固有訴訟事件之特性需求）為權利主張而起訴之情形（註二二），尤屬重要。因為在此類事件，由於每欠缺法律明定之明確要件（事實）可循，以致其訴訟標的為何及如何予以特定，較諸一般紛爭事件類型，常更難掌握、更易引發當事人與法院間之認知上差距，而發生突襲。

(2)待證事實之具體化階段

在辯論主義之適用下，事實資料之提出乃屬當事人之權能及責任，依主張、舉證責任之原則，於法院調查證據以前，當事人應負責使兩造間之事實爭點具體明確化，而特定有待證明之主題。此項爭點係指應加證明之事實（於試行和解時則成為其相關之背景事實），而不論其為主要事實（如圖表一所示 c 系列事實）或間接事實（如圖表一所示 d 系列事實）。並且，為促進訴訟，使審理集中化，法院應行使訴訟指揮權及闡明權，在事實審理之前階段（調查證據以前），促使主張及否認之具體化，以整理兩造間之事實爭點，而儘可能減消隨時提

出主義所可能導致之弊害（如：證據調查之散漫化）。（註二三）為此，法官宜指明有關爭點所在之心證上疑問；或暗示其所設想之爭點，使當事人為確認；並由法官提示其初步所認兩造間爭點或開示有關證明難易之心證，使當事人確認或協議限縮爭點後，集中於此（經形成共識的爭點）為攻擊防禦。

此項程序之踐行，既係以促進訴訟及防止突襲之要求為法理基礎，乃法官行使訴訟指揮權及闡明權之職責上所應為（註二四），縱使在舊法施行時期亦不宜以該爭點整理程序非屬民訴法上所明定者為由，否定其在事實審理過程之功能上重要性。（註二五）至於為促使法官致力於貫徹促進訴訟之要求，並為徹底防止突襲，助益達成審理集中化之目標，如何將爭點整理程序，適度納入民訴法中，則屬有待克服之另一課題。（註二六）

【事例三】 例如，在請求履行契約事件之審理中，原告主張被告就原告所為締約提議（要約）曾向原告「點頭」表示承諾，對此，被告則僅以其未曾承諾為爭執。此時，被告係僅對於法律上評價為爭執，尚不足以認屬於「點頭」事實之否認，是與被告否認「點頭」事實者有間。在此情形下，法院實不應即以有無「點頭」事實為待證事實，而就此調查證據或整理證據上爭點，否則，將造成促進訴訟的突襲；反之，如遽然決定不就該事實存否為調查證據，則屬發現真實的突襲。為避免致此，法院應先指明「點頭」事實之有無始屬具體明確之爭點，用以向當事人（被告）確認清楚，而不宜在踐行此項爭點整理程序以前，貿然著手調查證據。如此，方能兼顧實體利益與程序利益，而防止發生突襲。

【事例四】 又如圖表一內事件類型(2)所示，以一般借款償還請求事件為例而言，設原告 x 主張被告 y 曾按月交付一萬元之利息予 x（或：x 主張其曾交付五十萬元借予 y），y 卻否認該款係為給付約

定利息（或：否認該五十萬元為借款），於是兩造爭辯有無給付利息之約定（或：有無借款）。在此情形，法院宜問明：y 有無受領該款以及為何受領該款？並且，於 y 陳明受領該款之目的為何（如：為受領另一筆借款之利息、為受領買賣價金、或為受領贈與之金錢）以後，指明此事始為爭點所在，使兩造確認之，然後判斷其與 x 或 y 所聲明之證據是否具有關連性及有無調查必要而為取捨，以進行調查程序。

（註二七）易言之，在上開情形下，法院如竟然遽下有無付息之約定及應否付息（或：是否成立借貸契約及應否償還借款）之判斷，而未先整理（指明、確認）上述事實上爭點及證據上爭點（取捨、決定是否就某證據為調查），則將造成突襲性裁判，而未充分保障聽審請求權。並且，此時之法院作為，在其未能兼顧保護實體利益或程序利益之範圍內，亦難謂其程序運作無背於公正程序請求權應受保障之旨趣。

【事例五】 在 x 訴請判令 y 清償債務，而涉及 c_1 事實（如：已罹於消滅時效之事實）及 c_2 事實（如：已清償之事實）等抗辯事實之情形，於本案審理中，就有關 c_1 及 c_2 之證據質、量或證明難易，法院如能開示其認識、判斷，較諸未如此開示之情形，當事人將更有機會能在衡量證據之質、量及證明之難易以後，協議限縮爭點於 c_1 或 c_2 事實，而將其中較難證明之事實（因證明活動可能造成過度勞費之事實）予以排除，不以之為爭點事實（不求法院以之為調查證據之待證事實），藉以避免因爭點過度擴散造成審理（調查證據）之不集中，致蒙受程序上不利益（與其所追求之實體利益不相稱或不合算之勞費支出）。此項程序之踐行，實賦予當事人有機會平衡追求實體利益與程序利益。在當事人經由該程序特將 c_2 事實排除於爭點事實以外時，即係基於平衡追求該二種利益之考量，而斷念於無限制優先追求實體利益（斷念於不惜蒙受任何程序上不利益以發現客觀的真實—— c_2 事實之真實性）。如此進行審理活動，並不當然意味 c_2 事實絕非客觀真實。

在此，當事人係被賦予相當機會選擇不以 c_2 事實為爭點之審理方式，而受適時審判（在不因 c_2 事實之審理招致程序上不利益之情形下受審判）。此種意義之適時審判，較能有助於促進訴訟並平衡追求上開二種利益，自有異於未對當事人踐行上開程序（經由心證開示程序，使能優先追求程序利益而將 c_2 事實排除於爭點事實以外，或使為平衡追求該二種利益而限縮爭點於 c_1 事實）之情形。蓋以不認為法院應踐行該項程序之審理方式，縱使其仍致力於促進訴訟以作成較迅速・經濟之裁判，畢竟依然係以客觀真實之發現及源於此之實體利益為優先追求之目標，尚難免使當事人蒙受不必要之程序上不利益（諸如：就 c_2 事實逕行調查證據，而未適時限縮爭點於 c_1 事實時所付出之勞力、時間或費用），實有減損系爭權利（實體利益）或系爭標的外財產權之虞，而背於程序選擇權之法理。（註二八）宜留意者，在上開情形，僅以 c_1 事實存否為判決基礎所尋得的「法」，未必同於併以 c_1 及 c_2 等二事實存否為判決基礎所尋得的「法」。前者雖非若後者接近、切合於客觀的「真實」即實體法，卻較後者更不隨伴造成程序上不利益（不發生促進訴訟的突襲），而較具有期待、要求當事人信服之法理基礎。

在現行法所採處分權主義及辯論主義之範圍內，為防止發生突襲，顧全當事人之實體利益及程序利益，上開審理方式之實務上踐行應屬可能而必要。並且，為貫徹程序選擇權之法理，上開指標，亦應成為立法活動之前導。（註二九）

（二）法律見解之表明

通常，在民事審判上，為作成本案判決以確定原告所主張權利義務（法律關係）存否，係先認定該當於發生特定法律效果（導致法律關係之發生、阻礙其發生或使其消滅之法律效果）之要件事實（如圖

表一所示 c 系列事實）是否存在，並且，在認定此具體事實存否所必要之範圍內，亦應先判斷有助於推定其存否之間接事實（如圖表一所示 d 系列事實）。問題是，在我國審判業務之運作過程，由於當事人多不深諳法律，且因其所委為訴訟代理人之律師，未必受充足之事實認定（含：舉證活動）教育（註三〇），或所持法律上見解與法官所認者存有差距等種種原由，以致常見當事人未能於起訴狀、準備書狀或期日陳述中妥為說明各所主張之要件事實（該當於當事人所主張的法律效果之要件事實）；或於陳述中摻雜入法律上非屬必要之事實。此類現象，頗不利於迅速・適切掌握待證事實及其相關連之證據方法為何，以致難為集中調查證據・集中辯論（註三一），而頻生突襲。

為消除或減少此種弊害，由法院適時依案情，表明其所持有關判斷某具體事實是否該當於發生特定法律效果之法律見解，係屬必要而有益。因為，此項見解乃法院一方面掌握當事人所欲主張之要件事實為何，一方面解釋・運用實體法所得結果（暫定性的心證）。在言詞辯論終結前或本案審理之儘早階段，獲此示知之當事人，較諸未能如此預測者，將更有機會檢視、了解其是否已適切提出或述明對於構成其所主張或抗辯之法律關係具該當性之事實（具體事實、要件事實）為何，並進而準此整理何者為待證事實（含：間接事實）及其與證據方法之關連性，然後予以提出作為攻擊防禦資料，而受較充分之聽審。要之，當事人愈能因法院之表明而獲知上述法律見解，必愈有機會為充分之證據提出及辯論（參照民訴法第一九九條第一項），藉此防止發生法律適用的突襲，受保障其所應享之聽審請求權、證明權（證據提出權）及辯論權。

一般而言，為達成此等目的，法院宜於下列場合，適時表明法律見解：

(1)法律問題為兩造所爭執之場合

〔事例六〕 試以圖表三為例而言，設 y 為原告，列 x 為被告，基於所有物返還請求權，訴請判決命 x 拆除其建造於 k 地上之房屋，主張 x 為無權占有。對此，x 則提出如斜線部分所示事實，抗辯稱：伊就 k 地對 y 有租賃權云云，於是兩造爭執以該斜線部分所示為中心之事實群是否該當於發生租賃權（如其中 b 所示者），法院經為某程度審理後得心證認為：該事實群應偏向於 c 部分所示者而構成分管權等情。此時，法院有未表明其法律見解（認為該當於構成分管權之見解），對於當事人能否獲得充分攻擊防禦之機會，實具有決定性之意義。亦即，對 x 而言，法院在言詞辯論終結前將該項法律見解表明一事，係關涉：x 能否（知否）再提出事證促使法院判定該當於發生租賃權之事實為存在；或有無充分辯論（陳述意見）之機會，以使法院更正確適用有關租賃權存否判斷之法律；或能否有機會在辯論終結以前，補提相關資料，促使法院及時匡正其見解而改為適用有關於 a 或 d 所示權利之法律。又，對於 y 而言，將影響於其能否有機會補述意見或再提出事證，促使法院既不作成 x 有租賃權，亦不作成其分管權存在之判斷。此等機會之賦予，實即保障 x 及 y 有參與法官探尋「法」所在（適用「法」）之過程，乃基於法協同探尋之法理所必要。（註三二）

(2)法律問題為兩造所忽略之場合

在法院所持法律見解係兩造所未顧及，或與兩造當事人間一致之法律上陳述有所不同；或法院認為兩造所陳述者係基於錯誤之法律上推論或存有矛盾等類情形（註三三），為防止發生法律適用的突襲及促進訴訟的突襲（為避免該訴訟事件經上訴後始獲救濟錯誤之法律上判斷，以致造成難以補救之浪費即程序上不利益），法院應在言詞辯論終結前適時表明法律見解。

〔事例七〕 例如，設本案審理中，當事人主張圖表一中事件類型(1)內所示 c₉ 事實，卻自認圖表三所示對造主張之 b 權利（租賃權）存在。於此情形，認為兩造不應以 c₉ 事實推論 b 權利發生之法院，不問從權利自認肯定論或否定論，均有先表明法律見解之必要。因為，藉此，在採權利自認肯定論之情形，可使當事人有機會較量其所涉實體利益（如：一造當人有受付租金之利益、他造有就標的物為使用收益之利益）及程序利益（因減免日後再事爭訟 b 權利存否所可能節省之勞費）之大小，而有所取捨，以防止發生促進訴訟的突襲及法律適用的突襲，由法院與兩造協同探尋「法」之所在（協同探尋・選擇適用有關租賃權的「法」或有關使用借貸權的「法」）（註三四）；在左袒權利否定論之情形，則可使當事人有機會發現其法律上推論何以有誤，而循此項發現，依辯論主義再補提有關該當於發生 b 權利或 a 權利之事實、證據，防免發生認定事實的突襲或推理過程的突襲。並且，在此二種情形，上開表明法律見解之程序踐行，均可資以提昇當事人對裁判之信服度、接納度或助益促成訴訟上和解。

〔事例八〕 以圖表六為例而言，設原告 x 起訴聲明求為判決命被告 y 給付五十萬元，陳稱：x 於二、三年前某日購票乘坐 y 所營運之遊覽車，詎 y 竟然未照通常方法駕車，致發生交通事故，使 y 蒙受五十萬元損害，遂於事故發生之現場簽發同金額之支票交付 x，作為賠償方法，為此基於侵權行為之損害賠償請求權（如圖表六內 a 所示）及票款支付請求權（如圖表六內 c 所示）起訴云云。對此，y 則辯稱：其無過失加害行為，且 a 請求權及 c 請求權均已罹於消滅時效等語。在此情形，法院於審理中查覺 x 忽略其所主張上開事實與圖表六內 b 所示權利（基於債務不履行之損害賠償請求權）之該當性，而未明示主張 b 請求權時，如能表明法官所持有關此項該當可能性之法律見解，將有助於當事人就上開訴之聲明為充分之攻擊防禦（含：權利主張及

其據以發生之事實提出），而追求程序利益、貫徹訴訟經濟之要求，防止發生促進訴訟的突襲（即：防免當事人就涉及 b 權利之紛爭，另開一道訴訟程序致蒙受程序上不利益）。（註三五）

宜特加留意者，與上述有關審判對象明確化之問題相類〔如二(一)(1)所述〕，在主張基於無名契約之權利或新生權利之情形，常較多發生法院所持法律見解為當事人所忽略之狀況。此時，法官所持法律見解之表明，實有益於確保當事人對法之預測可能性，並充分賦予提出相關事證或攻擊防禦方法之機會，乃為保障聽審請求權、證明權及辯論權所必要。

(三)狹義的心證開示

在訴訟審理之各適當時點或階段，法官開示其就某待證事實之存否，已得何內容之心證或作成何種判斷（如：有關待證事實與證據方法之關連性、調查某證據之必要性或證明難易等事項之判斷），將有助於當事人在各該時點、階段認識・掌握爭點為何、待證事實為何、應否如何提出相關事實或證據。亦即，經由此項心證開示程序之踐行，當事人將更有機會提出相關資料或陳述意見，以參與事實之認定・審理過程（一邊參與經驗法則之選擇・判斷，一邊從如圖表一所示 f 系列證據認定 c 或 d 系列事實存否、從 d 系列事實推定 c 系列事實或其他 d 系列事實之存否、然後又經由 c 系列事實之認定以判斷 b 系列之何項權利存否、何項「法」應被適用、以及 a 系列聲明有無理由等過程），協同法官探尋各該事件所應適用的「法」之所在，而更充分受保障程序主體權。（註三六）

【事例九】 試以圖表一內事件類型(2)所示者為例，分從二方面說明之：

(1)在法院僅就 d₁、d₂ 事實形成肯定的心證（認為 d₁、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，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。（註三七）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 預測該項判斷內容，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），係同時由於法院未開示上開心證所導致，而有害於辯論權及證據提出權之保障。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，向當事人開示上開影響訴訟勝敗之心證內容，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。亦即，為徹底防止發生突襲性裁判並貫徹聽審請求權之保障要求，應同時保障當事人之證據提出權，為此法院應開示心證，藉此對當事人賦予上開機會。

(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，若法院據以綜合推定 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（法則），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。此時，d₄ 事實固未必在客觀上確屬不存在（因為 y 亦可能係基於證明上困難或避免造成程序上不利益等考慮，乃未主張、證明 d₄ 事實）；而關於 c 事實存在之認定，雖未必與客觀的真實相一致，但法院既已開示影響訴訟勝負之心證，堪認為其事實認定已能兼顧發

現真實及促進訴訟之基本要求，而平衡追求實體利益，對於當事人已無突襲之可言，應值信賴。

要之，假使 d_4 事實存在，則因其與 d_3 事實不能並立之故， d_3 事實即無從與 d_1 、 d_2 事實結合以推定 c 事實存在。因此，應由法院將有關 d_1 、 d_2 及 d_3 事實存在之心證，向當事人表明，藉以使 y 有主張、證明 d_4 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。質言之，在法官依自由心證主義選用經驗法則以認定事實而適用法律之程序，也應開示心證，以充分保障當事人有參與其程序，協同探尋「法」之機會。

【事例一〇】再借用圖表一內事件類型(1)之事例為素材，將其中 c_2 事實再細為「 c_{11} 事實＝約定支付租金之事實」及「 c_{12} 事實＝ x 同意使用乙物之事實」。設原告 x 列 y 為被告，基於所有物返還請求權，訴請判令 y 返還乙物。於此事件之本案審理中， y 聲明求為判決駁回 x 之請求，而抗辯稱：伊曾與 x 約定有 c_{11} 及 c_{12} 事實，所以就乙物對 x 有租賃權云云。法院經審理之結果得心證認為： c_{12} 事實係屬真實存在，因此應可判定 y 基於使用借貸契約對 x 有借用權；可是就 c_{11} 事實尚難形成肯定的心證，所以還未能判定 y 所主張之租賃權存在等情。

在此情形下，為徹底防止發生突襲性裁判，盡闡明義務，使當事人有機會平衡追求實體利益及程序利益，法院應開示上開心證。藉此 y 可考量，表明究竟滿足於適用以借用權存在為內容的「法」，抑或執意於適用以租賃權存在為內容的「法」。因為，在未踐行上開程序之情況下，①倘法院逕認為 y 主張之租賃權不存在，而借用權則為 y 所未據以抗辯，乃判決 x 勝訴（命 y 返還乙物），則法院係適用以租賃權及借用權均不存在為內容的「法」，此項判決係有害於 y 之實體利益（因適用以借用權存在為內容的「法」所可獲得之利益），對 y

造成法律適用的突襲。②倘法院認為 y 雖無租賃權，但有借用權，乃逕以 x 之請求為無理由予以駁回，則法院係適用以借用權存在為內容的「法」。此項判決亦有害於 y 之實體利益（因適用以租賃權存在為內容的「法」所可獲得之利益），對 y 亦造成法律適用的突襲。蓋以假使法院能踐行上述心證開示程序，則 y 應可比較衡量程序上不利益（如：為繼續證明 c_{11} 事實存在，即為適用以租賃權存在為內容的「法」所將隨伴付出之勞費）與實體利益（因被判決租賃權存在時所可獲得之利益或因僅被判決借用權存在時所可獲得之利益）之輕重大小，然後有所取捨。在 y 經衡量該二種利益，乃選擇適用以借用權存在為內容的「法」之情形，其所適用的「法」雖非必切合於客觀的「真實」即實體法（如：以租賃權存在為內容的「法」），卻係存在於上述二種利益之平衡點上的「法」（在不額外蒙受程序上不利益之情況下所尋得的「法」）。③何況，不論上述①或②所述之情形， y 均可能主張：法院認為存在之 c_{12} 事實，係該當於發生其他使用權（如：基於地上權之使用權、基於共有人間分管契約之使用權、基於某無名契約之使用權……）之要件事實，應適用以此項使用權存在為內容的「法」。此項實體利益，亦屬應受法院保護者，何得在法院未踐行上述心證開示程序之狀態下被減損或侵害。此項程序之踐行乃為充分賦予聽審機會、防止發生突襲性裁判所必須。④當然，在上述②之情形下，由於就借用權存在之判斷 x 亦未被賦予充分辯論之機會，上開判決對 x 亦造成突襲。依上分析可知，經由心證開示程序之踐行，當事人實被賦予選擇優先追求實體利益與優先追求程序利益之機會，此即保障其有平衡追求該二種利益之機會。此項機會之賦予，實即保障當事人得有相當機會參與形成本案判決之內容，而協同尋求、發現「法」之所在。經由此過程所尋得的「法」，雖非必恒完全一致於以客觀真實為基礎的實體法，卻屬較具有可期待、要求當事人予以信守、信服、

接納之法理基礎。因為，踐行此種「法」的協同尋求、發現程序，較諸一味以追求發現客觀真實（片面偏向實現實體利益）為目的之審理程序，更能充分賦予辯論之機會（參照民訴法第一九九條第一項），而不隨伴發生突襲。要之，心證公開應該且可能成為法官與當事人協同探尋「法」所在之手段，有助於貫徹程序選擇權之法理。

三、心證公開之功能及法理根據

(一)心證公開之功能

(1)整理・限定・限縮爭點——促使審理集中化

如上〔「二、(一)」〕所析述，廣義的心證公開（以下稱「心證公開」時，如未特別言明其係僅指狹義者，均指廣義，而含法律見解之表明在內），係有益於整理・限定或限縮法律上爭點。例如，就法律上爭點之整理而言，在上開〔事例一〕之情形，原告之訴之聲明中所提示之「使用權」係與其陳述內所主張之「租賃權或使用借貸權」有所不一致。此項法院所認識、理解者，經其於審理之前階段開示以後，當事人將更有機會將審判對象及攻擊防禦目標，整理為特定之法律上爭點（使用權或使用借貸權或租賃權），實有益於凸顯審理之目標，使當事人集中於此為事實主張及舉證。並且，此項整理，亦有助於預告本案判決效力之客觀範圍，即在審理之前階段，更明確提示其判斷標準究為租賃權或使用借貸權或基於其中何者之使用權，藉此防免事後因判決效力範圍不盡明確致紛爭再燃或擴大。又如從上述〔事例二〕、〔事例六〕、〔事例七〕及〔事例八〕之解析，亦均可察知心證公開程序之踐行，如何發揮法律上爭點整理之功能。

至於心證公開可能發揮，整理、限定或限縮事實上爭點及證據上爭點，以促使審理集中化之作用，則可從上述〔事例三〕、〔事例四〕

及〔事例五〕之析述，獲得相當之例示說明。亦即，倘若法官在審理過程之任何階段，不問何類事件，均任由當事人暗中摸索法官之審理方向，而就各該事件之爭點所在，概不開示其認識、理解或判斷，使當事人能為攻防上預測、態度調整及辯論準備，則將難免導致受此類處遇之當事人爭相互為多重之預備主張（抗辯），或濫提非必相關之多餘事證供為補強用，終有造成攻防、審理流於重複及散漫化之虞。為革除此類審理不集中及訴訟不經濟之導因，應借重心證開示程序之功能發揮。

在處分權主義及辯論主義之適用下，上述限縮爭點之行為，係屬程序處分權之一種行使形態，既可能由其主體在所享權利範圍內獨自為之，亦容許兩造以合意之方式達成。循此方向，心證公開程序之踐行，亦有促成和解之作用（註三八），藉此法官與兩造當事人協同尋得其所願意遵行的「法」，是即發揮下述「法」協同探尋之功能。

(2)程序權保障之手段充實

從上述各事例之解析（「二」）可知，在法官踐行心證公開程序為審理時，當事人恒較能被賦予更充分聽審、辯論、提出證據為證明等機會，實際上被導向於盡攻擊防禦之能事。在此意義上，以心證公開為內容之審理方式，可直接被採用為賦予程序保障之方法，藉此充實程序權獲保障之手段、內容，助益促使審理活性化。

(3)法之協同探尋

如上所述，心證公開程序之踐行，在一定範圍內，係有助於促使審理集中化。從此角度言，心證公開可提昇裁判之迅速性・經濟性，而成為促進訴訟、追求程序利益之手段。又，法官並可利用該項程序使兩造盡攻防能事，藉以蒐集更充實之裁判基礎資料。從此角度言，心證公開可提昇裁判對客觀實實之接近度，而成為達成正確裁判、追求實體利益之手段。可是，更重要且應留意者為：在該同一程序上，

當事人係被法官賦予平衡追求實體利益與程序利益之機會，可藉此選擇到底優先追求其中何項利益，而協同法院尋求、發現存在於該二項利益之平衡點上的「法」（請再回顧上述有關〔事例五〕、〔事例七〕及〔事例一〇〕之析述）。亦即，心證公開程序之踐行，使當事人更有機會就便於追求實體利益之程序或便於追求程序利益之程序，加以較量、選擇。在此意義上，心證公開實成為法官與當事人協同探尋「法」所在之手段，而關涉事實審理制度、訴訟制度之目的論，指向批判德、日向來支持實體真實主義者僅利用心證公開一味追求發現客觀真實之態度。（註三九）

抑且，以心證公開及就此所行討論為程序內容之審理方式，亦可發揮促使司法過程民主化之功能。此項功能之認知，對於長年沿襲職業法官制而須防免法官官僚化之我國，在追求實現法曹一元理念之道途上，實具有相當重要之意義。（註四〇）易言之，當事人本人及其委任為訴訟代理人之律師，在採行上開審理方式之程序上，常較有參與心證形成作業之機會，可藉此影響本案判決所將發現、確定或形成的「法」內容，彌補法官之能力上不足，促使法律（基於民意所制定的法律）益加落實或更能因應社會需求、時代變遷。著眼於此，堪謂心證公開程序之踐行，尚可能被借重於促使直接審理主義、言詞審理主義、自由心證主義及公開主義等原則之運用活性化。

（二）心證公開論之法理根據

（1）法理基礎論

基於上開有關心證公開之目的、功能論，亦可從另一角度察知，責由法官適時踐行心證公開程序之法理基礎係在於：程序主體權及源於此之聽審請求權、證據提出權、證明權、辯論權（註四一）、公正程序請求權（註四二）等程序法上基本權。亦即，為充分保障此等程

序權，平衡兼顧實體利益及程序利益，以確立當事人之程序主體地位，防止發生突襲性裁判，應要求法院於本案審理中適時開示心證。準此，在貫徹此等權利保障要求所必要而無害於法官之中立性、公正性之範圍內，法院即應開示心證，而當事人則有心證公開請求權。（註四三）

此種程序權保障之要求既係源於程序主體權，自亦適用於處分權主義受限制或採行職權主義之情形。（註四四）因為，縱使在此類情形，為尊重人之尊嚴並貫徹憲法係同時保障系爭中及系爭外諸基本權之旨趣，法院亦須尊重當事人為程序主體之地位，而不應將其目為程序運作者支配之客體。從此角度言，心證公開論亦可能且有必要適用於：依職權主義審理訴訟要件存否（如：以圖表七所示事實為基礎，判斷有無審判權）之情形（註四五）；審理人事訴訟事件（如：圖表五所示事件）之情形（註四六）；為保護公益或集團利益乃擴大法官裁量權之情形（註四七）。

（2）現行法上依據

相較於對上開法理基礎論之認知，或許有不少實務家更關心：到底在現行民事訴訟法上有無要求法官踐行心證公開程序之明文依據？

其實，我國民事訴訟法除於第一九九條第二項定有類如德、日等國民事訴訟法所設，有關促使補足陳述及事證之闡明規定外，尚於同條第一項要求法官（審判長）應使當事人為適當完全之辯論。此項規定係為防止發生突襲性裁判及充分保護辯論權而設，乃要求法院不僅應賦予當事人有充分提出事實、證據之機會，並應使兩造就事實上及法律上問題為適當完全之辯論。準此，果真為符合、貫徹同條規定之旨趣，則正如上開有關〔事例一〕至〔事例一〇〕所析述者般，就影響訴訟勝敗之事項、或在認為對於發現真實或促進訴訟有必要時，審判長應於本案言詞辯論終結以前，適度表明法院所持法律見解或開示狹義的心證。在此意義上，同條之規定即是法院應踐行心證公開程序

之現行法上依據。至於有無增訂條文為更具體規定之必要，則屬另一問題。（註四八）（註四八之一）

參、心證公開之方法、時期

一、踐行心證公開程序之一般前提

(一)相當之判斷能力及充實之準備

要想達成上述心證公開之目的、發揮其功能，法官應具備相當之知識及判斷能力，俾用以在法庭上就當事人及訴訟關係人所提事實資料及陳述為法律上構成，並與當事人（訴訟代理人）當場進行討論。為增強此方面之知識、能力，除不斷致力充實法曹養成、繼續教育之內容（註四九）以外，法官應有充分之期日前準備。為此，法官應事先詳研卷宗資料，並查閱相關判決先例及文獻，進行某程度之分析，然後將所認識、掌握之案情爭點（即初步所心得心證），作成摘要備為期日審理之用。

並且，縱使在法官之判斷能力有所不逮或準備不盡充足時，亦有踐行心證公開程序之必要。因為此程序之踐行，原係亦為借重當事人（訴訟代理人）所提資料或陳述，以便儘可能彌補法官之知能上不足或避免其認識、判斷發生差誤，自更有必要採用於法官之能力或準備有所不足之場合。從此角度言，不論在合議審判或獨任審判之場合，均有踐行該程序之必要及實益。至於合議庭之多數法官，於開示心證以前，如何在評議室或法庭上，先用適切方式行意見磋商，以形成暫時的心證，則屬技巧上活用之問題。當然，以心證公開為基礎之法律上討論，貴在能同時借重律師（訴訟代理人）之能力充實及較周全之

準備。能如此之審理程序，可謂為係實質上由法官與律師行合議審判，將較諸非如此之情形，更有助於消滅法官之恣意、獨斷，更能體認法曹一元之精神，而確保裁判之客觀性，充分發揮合議審判之功能。循此，律師之知能上充實、配合及協力，對於心證公開程序之功能發揮，亦屬必要。（註五〇）

(二)預留討論、再審酌之空間

為達成保障聽審請求權等目的，法院於開示心證時，應持接受討論之態度，而不宜心存偏見或有先入觀。為此，法院應避免採用斷言的方式（如：斷言一造必然敗訴之方式）開示心證，宜併說明形成心證之理由，使當事人預知如何針對心證有所回應，並知其所陳意見或補提之資料，將再受審酌而併為裁判之基礎。（註五一）

要之，法院所開示者，應是各該審理階段所形成之暫時的心證而已。因為，本來，心證度之高低係受審理過程所呈心證形成資料之質、量等因素所左右，具相當之變動可能性，所以於當事人對法院所示心證有所回應而提出資料以後，法院自可能再修正其認識、判斷。不過，輕率之心證開示，亦有招致誤會或傷及司法威信之虞，因此，法院應審慎研判各該審理階段所蒐得之資料以後，始行開示其暫定的心證；而且，法官事後發覺其認識、判斷存有差誤時，固應為適切之訂正；法院如事後形成與其已經開示之心證不同之心證時，宜就此以適當方法（如：暗示、婉轉、間接等類方法，併請參考下述），賦予兩造當事人再為討論之機會。

從上述再審酌之可能性言，法院開示心證之時期，或於審理之前階段或於最後行言詞辯論時，均屬可能，宜視案情個別定之。不過，亦有法院宜積極開示心證之場合，諸如：①當事人有疑問提出，而求法院開示其有關特定爭點之心證時，為便利當事人及時為充分之攻防，

消除其對審理之方向或狀況所懷疑慮，並提昇其對審判之信服度，法院宜為適度之回應。②在心證開示不致導致誤解，而當事人已能形成共識時，宜積極開示心證，以促使兩造達成協議，甚至成立和解（就此，請再參照上開〔事例六〕及〔事例七〕之析述）。③處於不利地位之當事人依然偏執己見，而法院認為促其修正、調整對防止發生促進訴訟的突襲或發現真實的突襲，係屬必要時。（註五二）

宜在此強調，法院如能就調查證據之全部結果，開示其有關訴訟勝敗關鍵事項之心證及法律見解，使當事人有最後陳述而就事實上及法律上爭點為攻擊防禦之機會，則法官與兩造均可藉此為最後之檢討，防免發生誤判。在踐行此項最後言詞辯論時之心證公開程序上，法院將可掌握到兩造主要而真正之爭點所在，然後集中於此撰寫判決理由，簡化判決書之記載內容。

二、諸態樣之應留意點

（一）關於爭點之指明・確認

（1）調查證據前行爭點整理

此態樣之心證公開，主要係為整理法律上、事實上或證據上爭點，以便集中於所指明、確認之爭點，進行調查證據，然後為集中辯論，所以應於實際上調查證據以前事先為之。通常，法院自受理訴狀或兩造之準備書狀而加以研閱時起，已開始逐漸形成某程度（薄弱）之印象或認識，倘認為此項心證之開示係有助於整理、凸顯或限縮爭點時，即宜為之，然後取捨證據，以便進行集中調查。

其次，在經某程度審理以後，如認為仍有當事人尚未充分舉證之爭點，則應指明之，使其為攻擊防禦。反之，如當事人竟就非爭點為證據聲明或有意聲請對證人為無關待證事實之發問，則為予以限制，

法院宜開示相關心證予以指明，以促進程序，而防免蒙受程序上不利利益。

至於在第二審，除亦可照上述方法、時期開示心證外，宜就兩造所提有關原審判決當否之準備書狀，以原審判決所認定之內容（事實理由）為基礎，由第二審法院一邊開示其所認識、理解者為何，一邊與當事人進行坦率之對話、溝通，藉以確認、凸顯兩造間真正爭點所在及應採行之舉證方向。（註五三）

宜併留意者，開示狹義的心證，有時對於整理爭點亦屬有益而必要，例如，再借用圖表一內事件類型(2)所示事實及上述〔事例九〕之分析而言，在法院就 d_1 、 d_2 及 d_3 等事實之全部或其中一部事實尚未形成心證，可是，兩造卻爭執 d_4 事實或聲請就此證據調查時，為證明 d_4 事實在該審理階段尚不具爭點適格性，法院實有開示該心證之必要。論者認為難以想像在爭點整理程序有開示狹義的心證之必要性云云，（註五四）似嫌速斷。

（2）促成簡化・限縮爭點之協議

依程序主體權及程序選擇權之法理，在採用處分權主義及辯論主義之程序上，當事人既得合意選擇不在公開法庭為審理之方式（註五五），亦得以合意（訴訟契約）限縮爭點（註五六）。此項有關限縮爭點之法理，亦可用以整理爭點，而與心證開示程序相結合。關於此，可再回顧上開〔事例五〕之說明。

準此，新民訴法第二七〇條之一及第二七一條之一規定：法官得不在公開法庭，為有關整理並促成協議簡化爭點之行為等旨，應值肯定。不過，此項行為既屬上開法理適用所容許，原不待新規定，即可採行於審判實務上運作。

(二)關於法律見解之表明

(1)各審理階段之法律上討論

在「法」與「事實」牽扯難分之現實下，為達成表明法律見解之目的（請回顧「貳」二、(一)之說明），法院應在審理之任何不同階段，隨時掌握當事人所欲主張之要件事實為何。為此，應視案情及審理狀況之需要，就何者為待證之要件事實，隨時與當事人（訴訟代理人）以言詞討論法律應如何解釋。此時，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者）適時向當事人表明，以便了解：當事人所提事實是否足堪認為該當於構成訴訟標的之法律關係或所抗辯之權利義務。

在上述法律上討論之過程，法院應留意當事人所提具體事實與其權利主張等二者間之對應關係。亦即，縱使當事人以書狀或言詞就某權利為抽象的主張，法院亦應再審明當事人已否提出發生該權利所必要之具體的要件事實，藉以探明該當事人真正有意主張之權利為何。此時，法院應以經特定之訴訟標的（如圖表二所示）為中心，試一邊將當事人在審理中所「已主張」之事實（如圖表三至圖表七所示斜線部分之事實）與其在實體法上「應主張」之事實，加以對比，一邊將法院所持有關當事人欲主張之權利為何之見解，或有關法院就事證經呈現於審理中者所認權利為何之見解，向當事人表明，以聽取當事人之意見或使為辯論。例如，在〔事例六〕之情形，由法院表明其所持有關何以認為該當於構成分管權之見解或何以認為不該當於發生租賃權之見解；又，在〔事例七〕之情形，由法院表明其所持何以 c₉ 事實不該當於構成 b 權利之見解。

(2)舉證責任規範之表明

在各該訴訟事件之審理過程，某項應適用於其事實認定之舉證責任規範，如未能被應負證據提出責任者所預測到，則無從期待或要求

其為充分之舉證活動，以致難使其盡應負之行為責任。（註五七）因此，在個別事件之審理中，法院依各該事件類型之特性及待證事實之性質，經考量相關訴訟法上要求及實體法上觀點之結果，所認有關應由一造當事人就某事實負舉證責任之判斷，如非為該當事人所得預知或與其所認識、理解者有所不同時，應向其表明法院所持見解，使為充分之舉證活動。（註五八）

又，由於具體的證據提出責任之分配，實際上係繫於法院得心證之程度已否到達證明度之判斷內容為何，所以法院在其認為一造當事人之本證即告成功，以致他造已處於有必要為反證之狀態時，應開示此項狹義的心證，以使將受其不利影響者為更充分之舉證活動，而防止發生突襲性裁判。例如，在圖表一內事件類型(3)所示情形，如法院就 d₁、d₂、d₃、d₄ 等事實均逐一形成肯定心證時，開示其有關 d₄ 事實之心證一事，對於促使 y 就 d₅ 事實為充分之舉證活動，應有助益且屬必要。再如，以圖表一內事件類型(4)所示者為例而言，於法院就 d₁、d₂、d₃ 等事實已形成肯定的心證時，如能予以開示，則有助於 y 就 d₄ 事實為充分之舉證活動。

(三)關於狹義的心證開示

(1)狹義的心證開示之交錯

如上所述，在調查證據以前，認為對於整理爭點有必要時（參照上述「二、(一)(1)之說明」），或為使舉證責任（行為責任）規範明確化而認為有必要時（參照上述「二、(一)(2)」之說明），法院亦應開示狹義的心證。於此類心證開示態樣交錯之情形，狹義的心證開示之方法及時期，係應視整理爭點或分配證據提出責任之必要性而定，通常係在調查特定事實、證據以前，而非在最後言詞辯論時為之，並且，有時法院在受理起訴狀及準備書狀，而經研閱當事人提出之書證時所得

心證（初步之印象、認識、理解），為爭理整點或確認證據提出責任之所在，亦有必要開示該心證。

(2)有關經驗法則與推定法則之心證開示

在事實認定過程，法院於形成心證時所適用之經驗法則或推定法則（如：心證補強法則），若涉及待證事實存否之認定，且對於訴訟之勝負或當事人之實體利益、程序利益之保護、具有決定性意義、作用者，法院應開示其有關適用該法則之心證。例如，就上述〔事例九〕內(1)之情形而言，法院在其有意僅以 d_1 及 d_2 事實為前提事實，而推定 c 事實存在時應開示其何以如此適用推定法則或如此選用經驗法則之心證。通常，此種心證開示，係於進行某程度之證據調查以後為之，而有關於能否謂心證度已到達證明度之判斷。

尚且，在特定事件類型之事實認定，須借重法律以外之特殊專業知識（如：科技知識）始能為判斷而形成心證之情形（註五九），宜由僅專精法律之法官，開示其有關取捨特殊專業知識上經驗法則之心證，使當事人為辯論，或使較具該方面知能之律師或鑑定人補述意見，並進行相當之討論。此時之心證開示，宜採發問、求教之方法，藉以獲取回應，而彌補法官能力之不足。

(四)相關考量因素——彈性運用之必要性

法官日常所受理之事件類型不一，所面對而待處理之案情可能有多種多樣，且於期日之法庭上所遭遇之審理狀況往往千差萬別。在此審判實務之運作現實下，言心證公開之方法、時期，自不得不隨時留意彈性運用之必要性。為此，於其運用時，究應考量何等相關因素，亦屬值得併予關心之要事。

本來，到底應於何時如何開示心證一事，係與千變萬化之個別訴訟事件如何具體進展，具有直接而密切之關連，所以欲為其預立抽象

的一般標準，既屬難能，亦非所宜。於此，為便利運用時掌握應然之基本方向，並助益實務先例之形成，特述明若干可供考量之事項，供為參考：①應顧及心證開示之內容、方法，對於訴訟關係人之利害及訴訟代理人之立場，可能造成何等影響及引發何種回應，因此，倘顧慮到在兩造對席的法庭上採直截了當的心證開示方式，將引發相當激烈的抗爭動作時，則宜適時改用較迂迴、婉轉的方式或不致使誤會法官係預存偏見的發問方式。例如，縱使法院就某事實已形成心證結論，亦可改為發問：「依調查證據所得某些資料（或斟酌全辯論中所呈某旨趣），是否可能想像為應達成該項結論？對此，不知當事人有何意見要陳述？」此種發問式的心證開示，亦可採用於合議庭尚未行評議以前，先由審判長指揮辯論之場合（參照民訴法第一九八條、第一九九條第一項）。

②不僅在一般情形，縱使在一邊開示心證，一邊提供和解方案以試行和解時，亦宜適時言明其為暫時的心證，倘有其他有力的事證提出，將再行斟酌、修正。如此作為，係為防止被誤會為法官有先入為主的觀念或意圖逼使成立和解，以免引發不必要之反感。

③在決定如何開示心證時，也應考量各該事件類型之特性、需求。諸如：對於涉及意識形態上激烈對立之少數事件類型，宜考量所採心證開示方式是否可能影響公共秩序，以致造成審理上障礙及其影響之程度為何；對於預估為有必要命鑑定之事件，宜儘早開示此項心證，以聽取當事人之意見陳述（參照民訴法第三二六條第二項），或藉此促成指定鑑定人之合意或訂立仲裁鑑定契約，俾能提昇當事人對事實認定之信服度（註六〇）；對於經實體法上非訟化之事件類型（註六一），為確保當事人對「法」之預測可能性，使為充分之攻擊防禦，心證開示程序之踐行應具有重要之意義；至於在基於無名契約或就新型態紛爭事件為訴訟上權利主張之事件類型，亦有應特別顧慮之事項，

已如上述（「二、(一)(1)及(二)(2)」）。（註六二）

④鑑於民事審判上「法」與事實係牽扯難分之現實，為充分發揮心證開示程序之功能（如：防止發生發現真實的突襲、促進訴訟的突襲及法律適用的突襲），宜儘可能促成當事人本人、訴訟代理人與法官進行基於心證開示之事實上及法律上討論。為此，應併活用闡明處分及當事人本人聽取制度（民訴法第二〇三條第一款、第二六九條第一款）。（註六三）此外，亦應考量其究為本人訴訟事件或律師代理訴訟事件，然後或著重於事實問題面或著重於法律問題面，分別進行必要之討論。

肆、心證公開之效果

一、行為規範、評價規範具體化之指標

綜上所論，由法院開示心證，且以此為基礎，與當事人（訴訟代理人）進行事實上及法律上討論之程序踐行，並非民事訴訟法所禁止，毋寧是同法對法院所積極要求者，而具有堅強之法理基礎及現行法上依據（上述「貳、三、(一)」）。基此，在保障聽審請求權等程序法上權利及防止發生突襲性裁判所必要之範圍內，法院即應踐行心證開示程序，以發揮其應有之機能（上述「貳、三、(一)」）。在此意義上，法律係對法院提示行為規範，要求其應於言詞辯論終結以前，適時、適式（上述「貳、二」）為一定之心證開示行為，而當事人則回應該心證之內容為攻擊防禦。此項回應，在適用處分權主義及辯論主義之程序上，係與該二主義相結合，乃法律經由要求法院踐行心證開示程序之途徑，對當事人所示行為規範被遵行之結果。

亦即，就處分權主義之適用層面而言，當事人（原告）一方面有提示並限定審判之對象・範圍之權能，藉此不許法院超越聲明範圍為裁判，並對他造（被告）預示其可能蒙受之不利益的最上限；一方面則隨伴於此負有自己責任，僅於其所特定而求法院為審判之對象・範圍內始可能獲勝訴之利益，是乃當事人自由行使權能（程序處分權）之結果。不過，此項責任（隨伴於審判範圍之特定所負責任）係以期待可能性為基礎，而不得強使當事人負期待難能者。（註六四）循此而論，以爭點之指明・確認為內容之心證開示程序（見上述「貳、二、(一)(1)」），從其對當事人可提供有關如何特定審判對象之資訊而言，係具有使行為規範具體化之指標作用，藉此要求當事人為一定行為（如：要求原告就求為審判之範圍為明確之特定行為；要求被告在此範圍內為防禦行為）。又，該程序，在其已能提供上開資訊之範圍內，係實質上使當事人應負上開行為責任之期待可能性具體化。從此而言，在審理之後階段（或後訴訟），該程序（以爭點之指明・確認為內容之心證開示程序）則具有使評價規範具體化之指標作用，得以該心證之內容及當事人所回應者為準，事後回顧在審理之前階段（或前程序）所特定之審判對象為何，而加以評價（就重複起訴之該當性、判決效力之客觀範圍等事為評價、判斷）。

同理，就辯論主義之適用層面而言，以有關判決基礎資料即事實證據之提出與否或取捨必要性為內容之心證開示程序（如：上述「貳、二、(一)(2)及(二)(3)」），可促使當事人明確決斷所要提出之事證範圍。在此點上，該程序亦具有使行為規範具體化之指標作用；並且，在當事人回應心證開示而有所作為（如：提出某事證）或不作為（如：不提出某事證）時，該程序則發揮使評價規範具體化之指標作用，可據以事後在審理之後階段（或後程序），評價、判斷當事人應蒙受何項事證未經提出之不利益（如：未以該事證為判決基礎之不利益、失權效

或爭點效之發生），而就此負行為責任（不提出事證之自己責任）。（註六五）此時，上開程序提供了有關如何決定是否提出事證之資訊，使得期待當事人提出事證之可能性更加充足，係一方面滿足防止發生突襲性裁判之要求，一方面使當事人應負行為責任之前提更為具體化。（註六六）

二、心證開示義務之違反

如上所述（「貳、三、(二)(2)」），在本案言詞辯論終結前，就影響訴訟勝敗之關鍵事項、或為發現真實或促進訴訟之必要，法院應適度開示心證，使當事人為事實上及法律上辯論，始符民訴法第一九九條規定之旨趣，否則即屬違反法定之心證開示義務。

例如，就上述〔事例九〕內(1)之情形而言，在法院就 d_1 、 d_2 事實均已形成肯定的心證，卻認為可據此推定 c 事實存在時，如果法院在未開示此項心證以致當事人無機會就 d_3 、 d_4 事實為主張、證明之情況下，判決認定 c 事實存在，並判斷利息債權存在，則不能認為已使當事人為適當完全之辯論。對此判決，當事人（ y ）得指摘其違反上開規定，提起上訴，請求救濟，以滿足發現真實（保護實體利益）之要求。又，在同事例內(2)之情形，法院則有義務使當事人（ y ）有機會爭執 d_3 事實存在、主張・證明 d_4 事實存在。至於在上開二種情形，法院於未盡該項義務之狀態下所為判決，是否同時另可被認為違背經驗法則（民訴法第二二二條第一項），則屬另一問題。（註六七）

可是，在心證開示程序之踐行係為促進訴訟所必要，法院卻予忽略，終為本案判決之情形，如其雖未能滿足促進訴訟（追求程序利益）之要求，但尚不能認其違反上開發現真實之要求時，則對於該判決（違反心證開示義務所下判決），應無循上訴程序求得救濟之利益可言。

蓋以：肇因於法院未開示心證（如：未以此方式整理爭點之情形，請再回顧「貳、二、(一)(2)」之說明）之勞費付出（程序上不利益），可能反因上訴程序之開始進行而更為增加，無從藉此獲得救濟或減少。正因如此，更應強調：為滿足促進訴訟之要求、節省不必要之浪費，法院應適時開示心證以整理爭點。在此點上，從貫徹促進訴訟之要求而言，要求踐行心證開示程序之法理，對於法官，實具有提示行為規範之意義；於此範圍內，法官仍負心證開示義務。另一方面，心證開示程序之踐行，亦使當事人更能獲知有關如何提出攻擊防禦方法之資訊；在此範圍內，期待當事人提出攻擊防禦方法之可能性亦隨著愈提高，而更加重了當事人之事證提出責任，並增大其發生失權效果之可能性（依民訴法第一九六條第二項、第二七六條判斷所生之失權效；基於既判力之遮斷效）。（註六八）（註六八之一）從此角度言，該項程序可促使事後（在程序後階段或後訴訟）判斷當事人已否失權之標準更加明確化，具有使評價規範具體化之作用。

★圖表一至圖表九請參照本書所附「相關圖表」（即第 295 頁至第 303 頁）。

〔註釋〕

註一：請見邱聯恭「突襲性裁判」（初出於一九八〇年，收錄於民事訴訟法研究會編・民事訴訟法之研討(一)，一九八六年）（下稱「民訴研討(一)」）四四頁以下。

註二：請見邱聯恭「值得當事人信賴的真實」（原載一九八二年之台大法學論叢第十一卷第二期，收錄於邱聯恭・程序制度機能論——民事程序法之理論與實

務第一卷，一九九六年）（下稱「程序制度機能論」）三九頁以下。

註三：關於程序保障論在我國之提倡、開展，請參照邱聯恭・司法之現代化與程序法（一九九二年）（下稱「司法現代化」）一一六頁內註五十一之說明；同「民事訴訟法學之回顧與展望」（法學叢刊社編・慶祝法學叢刊創刊四十週年論文集，一九九六年）（下稱「回顧與展望」）一五五頁以下（收錄於本書二六三頁以下）；同「程序保障論之新開展」（本書一頁以下）。

註四：在民訴法研究會之歷次共同研討中，曾多次論及心證公開之功用及其對於程序權保障之賦予所具重要性。關於此，請參照民事訴訟法研究會第十一次、第十七次、第二十次、第二十四次、第二十八次、第三十次、第三十四次、第三十八次及第五十八次研討紀錄〔分別刊載於同研究會（基金會）編・民事訴訟法之研討(一)～(四)（以下略稱「民訴研討(一)～(四)」）及法學叢刊第一五四期以下〕。

註五：關於司法院司法改革委員會已將適時公開心證以防止發生突襲性裁判一事，列為改革司法裁判之方案，請參照王甲乙（同委員會有關訴訟制度改進研究小組召集人）「訴訟制度之改進」（司法改革會議總結報告）（載於司法院編・司法改革委員會會議實錄上輯）（一九九六年）一〇頁、三四頁。

註六：關於德、日、美等國之審判實務，各在一定範圍內，踐行心證公開程序之情形，請參照邱聯恭「司法現代化」一五〇頁以下；「民訴研討(四)」二一五頁以下；安達榮司「アメリカ合衆国における審理の充実と訴訟促進の動向」（民商法雜誌一〇三卷五号，一九九一年）七五二頁；岩佐善巳等・民事訴訟のプラクティスに関する研究（一九八九年）（下稱「プラクティス」）九〇頁。

註七：請參照司法院第二十九期司法業務研究會之研討紀錄。

註八：民事訴訟法學係同時為批判、前導實務運作之學；而所謂審判實務乃意含程序法之適用及制度運作所應然者在內，並非僅指其向來所已然者而言。關於此，請參照本書所收錄「回顧與展望」（見註三）文內「壹」。

註九：富有經驗之實務家（法官）多指明事實認定之困難性、重要性，並強調法官之審判工作絕大部係從事於探求、形成有關主要事實（要件事實）存否之心證。關於此，請參照邱聯恭「理論與實務一卷」三頁；「民訴研討(三)」二四一至二四三頁；倉田卓次「裁判内容の形成と判決書」（講座民事訴訟法⑥，一九八四年）三二頁以下；伊藤滋夫・事實認定の基礎（一九九六年）一頁以下；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号，一九八九年）五五頁；レンツカール・フリードリッヒ（Karl-Friedrich Lenz）「未來法(2)」（法學五五卷一號，一九九一年）九四頁。

註一〇：關於「法」與「事實」牽扯難分所關涉之問題狀況分析，請參照邱聯恭「司法現代化」一四三頁以下、二二三頁；同・前掲「程序制度機能論」二〇

二頁。

註一一：請參照邱聯恭「新世紀民事程序法建制之基本課題」（同・前掲「程序制度機能論」）二〇五至二〇六頁、二一九頁。

註一二：請參照邱聯恭・前掲「程序制度機能論」一五六頁以下、二〇七至二一四頁；同「司法現代化」一一一頁以下；同「民事訴訟審理方式之檢討」（「民訴研討(一)」）三三四頁以下；許士宦「辯論兼和解之審理方式」（「民訴研討(四)」）四六五頁以下、一三七頁；「民訴研討(三)」二二九頁。

註一三：請參照邱聯恭・前掲「程序制度機能論」二〇〇至二〇一頁。

註一四：併請參照邱聯恭「司法現代化」一五四頁；圓野達「民事訴訟における弁論の機能——主要事實と間接事實とをめぐって——」（法曹時報四五卷一號，一九九三年）三頁。

註一五：關於 d_4 事實存否與其能否補強 d_1 、 d_2 事實之分析，併請參照邱聯恭・前掲「程序制度機能論」三〇頁；「民訴研討(四)」一六一頁。

註一六：關於自由心證主義之活用上問題，請參照春日偉知郎「自由心証主義の現代的意義」（講座民事訴訟⑤，一九八三年）二七頁以下。

註一七：關於經驗法則發揮重要作用之場合，請參照邱聯恭在民訴法研究會第三十八次研討會之析述（載於「民訴研討(四)」一五八頁內註三）。

註一八：嚴格言之，倘將心證限定於就證據之信用性、證明力所為認識、判斷，則屬有關純事實之見解。論者亦有僅從此角度闡述如何公開心證，而使其與法律見解有所區別之情形〔參照日弁連ドイツ民事訴訟視察団編・弁護士からみたドイツ民事訴訟の実態（一九九五年）（下稱「実態」）一七四頁；栗田陸雄「裁判官の法見解および心証の披瀝」（ジュリスト増刊民事訴訟法の争点新版，一九八八年）二三五頁及其中所引用Leipold之論見〕。可是，對於此種將心證予以狹義視之見解，尚須著眼於「法」與「事實」相牽扯之現實，再加評析，正如本文所述。與此相關，就爭點整理程序，從廣義理解心證之開示者，有如：岩佐善巳等「プラクティス」（見註六）八六頁以下；シンポジウム「民事訴訟の促進について」（民事訴訟雜誌三〇号，一九八四年）一二八頁（宮崎公男報告）；那須弘平「民事訴訟促進をめぐる実務家の動向と問題点」（民事訴訟雜誌三五号，一九八九年）八〇頁。

註一九：關於一般公開主義及當事人公開主義之運用等事，請參照邱聯恭・前掲「程序制度機能論」二四二頁以下；「民訴研討(三)」四四二頁。

註二〇：關於向來日本之心證公開消極論者所持理由，請參照民事訴訟促進等研究委員會（第一東京弁護士会）「新民事訴訟手續試案」（迅速訴訟手續要領）（ジュリスト九一四号，一九八八年）五一三頁；畠山保雄「モデル訴状と審理の進め方」（判例タイムズ六六四号，一九八八年）四一頁；岩松三郎・兼

子 一編・法律實務講座三卷(一九五九年)二七五頁。

註二一：向來，論者多偏向於僅從辯論主義所適用之層面上，探討「爭點」之概念。例如，岩佐善巳等「プラクティス」(見註六)八六頁以下；日弁連視察団「実態」(見註一八)一七〇頁以下；古閑裕二「争点整理の技法と審理方式」(司法研修所論集八五号，一九九一年)一七五頁以下。

註二二：關於生活妨害制止請求之特定所涉特殊問題，請參照陳石獅「不作為請求之特定」(「民訴研討」)，一九八七年)三九頁以下。

註二三：關於促使主張及否認具體化之必要性，請參照筆者在民訴法研究會第二十八次研討會之分析(「民訴研討」)二三九頁以下)。

註二四：訴訟指揮權及闡明權之行使，本應以防止發生突襲之要求為指針。關於此，請見筆者在民訴法研究會第三十九次研討會之析述(「民訴研討」)一九六頁以下)。

註二五：民事訴訟法之解釋・運用，亦有賴於其法律未明文定義之概念或原則。關於此，請參照筆者在民訴法研究會第五十七次研討會之說明(法學叢刊一六二期一四三頁即「民訴研討(六)」三一三頁)。

註二六：日本自舊法時代，一方面於民事訴訟法第一九一條明文要求，法官應基於言詞辯論中當事人之陳述，將兩造間爭點摘要記載於判決書；一方面於其民事訴訟規則第二六條及第二七條規定有關爭點及證據之整理程序，要求法院應就爭點整理已否終了為相當之判斷、處理(記明筆錄)。此類規定，對於喚起法官致力促使審理集中化，具有相當積極而重要之意義，可供參考。又，其新法更進一步改採以爭點為中心之集中審理方式，而要求法院應先整理爭點並確認應證事實以後，始可調查證據(第一六五條、第一六八條、第一七七條、第一八二條及第二五三條第二項)。我國新民訴法第二九六條之一亦然。

註二七：關於在為證據調查以前，何以應先整理待證事實與證據方法之關連性，請參照筆者在民訴法研究會第二十八次研討會之析述(「民訴研討」)二四五頁以下)。此項立論，已前導制訂新民訴法第二九六條之一第一項。

註二八：關於程序選擇權之法理，請參照本書所收錄「程序選擇權之法理」一文。

註二九：從踐行心證公開程序以賦予程序選擇機會之觀點，亦可肯定民事訴訟法增訂第二七〇條之一及第二七一條之一設有協議簡化爭點之程序。

註三〇：我國向來之法曹養成教育制度，並未對法官及律師施以應有之事實認定教育，尚待改革。關於此方面之問題狀況分析及其改革取向之闡述，請參照邱聯恭「法曹養成教育之課題與展望」(同・前揭「程序制度機能論」)三三六頁以下；同「法曹養成教育之改革方向」(司法院編・司法改革委員會會議實錄上(一九九六年))二〇四頁。

註三一：關於我國向來審判實務所慣用之分割審理方式，含有種種弊害及其相關

改進方案，請參照註一二所引文獻及邱聯恭・前揭「程序制度機能論」二一〇至二一四頁、二三七頁內註三三之說明。

註三二：關於法協同探尋之法理，請參照邱聯恭「司法現代化」一四二頁、一四五頁以下。

註三三：在此類情形，最高法院(七一年台上字第三三六五號判決)及部分論者認為，兩造一致之法律上陳述對法院應無拘束力云云，並未同時探討應否要求法院先表明法律見解使為辯論及如何防止發生突襲性裁判等問題。關於此方面問題之研析，請參照筆者在民訴法研究會第五十七次研討會之說明(法學叢刊一六二期一四六頁即「民訴研討(六)」三二一頁以下)。

註三四：法協同探尋之法理亦關涉，兩造一致之法律上陳述對法院有無拘束力之問題。關於此問題之處理，請參照邱聯恭「權利自認論之基本課題」(法學叢刊一六二期，一九九六年)一四三至一四五頁即「民訴研討(六)」三一三頁以下；呂太郎「所謂權利自認」(同上)一二二頁以下。

註三五：從防止發生促進訴訟的突襲之觀點，亦應肯定新民訴法第一九九條之一規定：「依原告之聲明及事實上之陳述，有數項法律關係可主張，而原告主張不明瞭者，審判長應命其敘明或補充之。」

註三六：關於法協同探尋之法理如何關涉程序主體權之保障，請參照邱聯恭「司法現代化」一四二頁、一四五頁以下；「民訴研討」二一八頁。

註三七：通常，當為事實上推定時，經驗法則之蓋然率(機率)非恒為100%，在複合推定之情形，不同的前提事實(如圖表一內事件類型②所示d系列事實)係各利用不同的經驗法則，同時指向同一推定事實(如其中c事實)。此時，各該經驗法則之蓋然率只要各有50%以上，則互相補強，而終於明顯提高就推定事實所得之心證度(認為c事實主張為「真」之蓋然度或機率)。實務上之事實認定，通常應係綜合數個經驗法則所得之結論，亦即，就個別機率不高之經驗法則，經由予以並列複合之方法，達成認定之結果。

並且，在此類經驗法則之中，亦有未經當事人明示主張者，是即所謂心證補強律(法則)(參照邱聯恭・前揭「值得當事人信賴的真實」(同「程序制度機能論」)三〇頁及其註解所引用之文獻)。就此，應儘可能經由開示心證之方法使當事人預測該法則之適用可能性，以便充分為攻擊防禦。此種法則主要者有二：其一是，在辯論主義及舉證責任分配原則之背後，存在有「若屬自己曾經關涉之事，照理自己應該能予以主張且證明」等旨趣之經驗法則，依此可推定「之所以持有證據卻不予提出，諒必由於恐對其不利之事實因此顯現」。其二是，「既不能想像另有原因存在，則唯有如此認定」等旨之思考原理(邏輯)。此係源於邏輯學上所謂之充足理由律。就此而言，倘能斷言絕無原因存在，固然可導致基於矛盾律之明證感(指：基於直接見聞所得或可與此相匹

敵之不疑的心證)。可是，通常既不能如此斷言，自僅可資以提高某程度之心證度而已。此時，如將之複加於已得之心證，則足可到達證明度（指：應證明之程度；乃事實認定所必要之心證的最下限）。例如，關於交通事故之事實認定，雖然往往依證據只知某時點之車輛位置及其後某時點之碰撞，而就其中間經過卻無充分的證據，可是判決則多詳予認定其行動。此項認定之結論係依上開充足理由律（論理法則）的要求，經提高心證度所導致。

註三八：在德、日等國之審判實務上已經驗證，心證公開程序之踐行對於勸使成立和解，有相當之助益。關於此，請參照田村洋三「民事集中審理について——その實務的経験から——」（判例時報一三八三號，一九九一年）一〇頁；西理「民事裁判における訴訟運営の理論と實際」（判例時報一一〇四號，一九八四年）一二頁；林屋礼二「西ドイツの近年の民事裁判統計」（民事訴訟雜誌三五號，一九八九年）三〇頁；岩佐善巳等・前掲「プラクティス」一四七頁。

註三九：關於心證公開論與民事訴訟制度・事實審理制度目的論之關係，以及在我國之立論何所異於德、日向來之論見，請參照筆者在民訴法研究會第三十九次研討會之闡述（「民訴研討四」二一七頁以下）；邱聯恭・前掲「程序制度機能論」一頁以下、一四七頁以下。

註四〇：關於法曹一元制之意義、優點及其如何可用以改善職業法官制，請參照邱聯恭「司法現代化」三二頁以下。

註四一：關於程序主體權及其所衍生之證明權、辯論權等程序基本權，請參照邱聯恭「司法現代化」一一一頁、一一五頁、一三一頁。

註四二：關於公正程序請求權，請參照邱聯恭「司法現代化」九五頁、一一四頁；同・前掲「回顧與展望」（見註三）一文內「貳、二」。

註四三：關於肯認心證公開請求權之法理基礎，併請參照邱聯恭「司法現代化」一一三頁。

註四四：法官職權之擴大非即意味不須保障聽審請求權。關於此，請參照邱聯恭「司法現代化」一二三頁、一三二頁。

註四五：在有關審判權有無欠缺及其他訴訟要件存否之審理程序上，亦應依循程序權保障之要求，防止發生突襲。關於此，請參照筆者在民訴法研究會第二十次研討會之闡述（「民訴研討二」三二五頁以下）；邱聯恭「司法現代化」一二三頁。

註四六：關於人事訴訟事件之判決效力擴張所涉及之程序權保障問題，請參照筆者在民訴法研究會第三十六次研討會之說明（「民訴研討四」三四頁以下）。

註四七：由消費者保護團體所提起之不作為請求訴訟，即屬適例之一。關於此，請參照邱聯恭・前掲「程序制度機能論」一六九頁以下、一七四頁。

註四八：宜否參考德、法等國之立法例，另增訂條文要求法院表明法律上觀點，亦值探討。就此，請參照邱聯恭「司法現代化」一五〇頁以下。

註四八之一：二〇〇〇年二月九日公布施行之民訴法（下稱新法）已修正第一九九條、增訂第一九九條之一、第二四四條第四項、第二四七條第三項及第二九六條之一第一項等多項規定，分別加重法院之闡明義務，應解為其已更明確要求法院應適時、適式公開心證或表明法律見解。

註四九：請回顧上述註三〇所論有關事實認定教育之改革問題。

註五〇：請回顧上述註三〇所論有關事實認定教育之改革問題。

註五一：法官如毫不保留而斷言一造當事人必遭敗訴判決，則較有引發迴避聲請之虞。併請參照倉田卓次・前掲（見註九）二八頁。

註五二：併請參照中田耕三「民事訴訟の適正かつ效率的な運営について」（民商法雜誌一〇〇卷六號，一九八九年）九四八頁。

註五三：併請參照矢頭直哉「民事裁判の進め方」（判例タイムズ四〇〇號，一九八〇年）一〇六頁。

註五四：日弁連ドイツ民事訴訟視察団・前掲「実態」（見註一八）一七二頁。

註五五：請見邱聯恭・前掲「理論與實務一卷」二四三頁之闡述。

註五六：請見邱聯恭「司法現代化」二三七頁；「民訴研討三」三八六頁。

註五七：在我國民訴法第二七七條規定之立法例下，應如何開展有關舉證責任分配之解釋論，係屬值得關心之重要事。關於此方面應考量之諸因素為何，請參照筆者在民訴法研究會第五十五次研討會之闡述（法學叢刊第一六〇期一三八頁至一三九頁即「民訴研討六」一七四頁以下）。

註五八：併請參照前掲筆者之闡述；シンポジウム「民事訴訟の促進について」（民事訴訟雜誌三〇號，一九八四年）一五八頁（新堂幸司發言）。

註五九：就特需依賴科技上經驗法則為事實認定之事件類型，應再深入探討：如何充實相關經驗法則之選擇、發現程序、如何改進現行之鑑定人制度等類問題。關於此方面之問題指明，請參照筆者在民訴法研究會第三十八次研討會之析述（「民訴研討四」一六二頁至一六五頁）。

註六〇：指定鑑定人之合意及仲裁鑑定契約應如何定性、以及其合意之促成宜如何借重心證開示程序等問題，宜依循程序選擇權之法理為處理。關於此，請參照本書所收錄「程序選擇權之法理」文內「肆、三四」。

又，上開項法理亦可準以理解，新民訴法第三二六第二項所增訂「法院於選任鑑定人前，得命當事人陳述意見；其經當事人合意指定鑑定人者，應從其指定選任之。」關於此，請併參照上揭論文內註一九中(1)f之說明。

註六一：關於實體法上非訟化之意義及相關問題之提出，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」）四四五頁；同「司法現代化」

一一頁。

關於新民訴法所增設有關實體法上非訟化之規定（如：第二二二條第二項、第二四四條第四項），請併參照邱聯恭「第一審程序修正草案之析述」（最高法院學術研究會編，最高法院學術研究會叢書(三)，一九九三年）二一五頁。

又，在裁判分割共有物事件，有關如何酌定分割方法之審理，亦涉及應適時開示心證之問題。關於此，請參照「民訴研討(二)」四七五頁以下、五六三頁、五八四頁。

註六二：在日本之審判實務上，晚近亦特別強調應探求如何依事件類型之不同，採行適宜的訴訟促進方案等問題。就此，可參照古閑裕二・前掲（見註二一）一七五頁；河野正憲「民事訴訟の訴訟原則——その歴史的意義と現代的機能——」（民事訴訟雜誌四二號，一九九六年）二四頁。

註六三：請併參照邱聯恭「當事人本人供述之功能」（「民訴研討(三)」）六五七頁。

註六四：併請參照河野正憲・前掲（見註六二）一五頁。

註六五：關於心證開示程序之踐行如何關涉判決理由中判斷有無拘束力，請參照筆者在民訴法研究會第十七次研討會之析述（「民訴研討(二)」一六一頁以下）。

註六六：關於採用辯論主義之法理根據何在，請參照邱聯恭「司法現代化」二二一頁以下。又，亦強調心證開示對於辯論主義之運用所具重要性者，請參照太田勝造「弁論主義の根拠についての一視角——当事者のインセンティブと弁護士のインセンティブ——」（三ヶ月先生古稀祝賀(中)，一九九一年）三五六頁。

註六七：關於違背經驗法則之上訴容許性，請參照曹鴻蘭「違背經驗法則之研究」及民訴法研究會第三十八次研討會紀錄（民訴研討(三)」一一三頁以下）。

註六八：關於遮斷效之發生態樣及其與心證公開程序之關係，請參照民訴法研究會第五十八次研討紀錄（「民訴研討(六)」三三三頁以下、三九三頁）。

註六八之一：新法修正第一九六條第二項及第二七六條之同時，又增訂第二六八條之二第二項及第四四七條但書各款，分別加強失權制裁。

【本文曾於一九九六年九月七日在民事訴訟法研究會第六十一次研討會提出報告，進行共同討論，其內容經先後刊載法學叢第一六六期（一九九七年）及民訴法研究基金會編，民事訴訟法之研討(七)（一九九八年）。】

調解程序之新變革

——評析其相關民事訴訟法修正之 走向及前導法理——

壹、緒言	181
貳、法院調解程序之新容貌	184
一、擴大強制調解事件之範圍	184
二、擴充調解委員制並強化其功能	189
三、增設兼具仲裁性質之酌定調解條款制度	192
四、增設訴訟中合意移付調解之制度	194
參、調解程序新變革之前導法理	195
一、紛爭事件類型處理之精緻化	195
二、司法民主化之前進	196
三、程序選擇權法理之再確認	198
四、程序法理交錯適用論與程序轉換論之認知	200
五、非訟化現象之助長	202
肆、展望	204
※註釋	207

壹、緒言

隨著社會、經濟情勢之變遷，較諸往昔，民事紛爭事件之型態、內容已益趨於多樣化・複雜化，且導致民事訴訟事件之質變、量增，大為加重法院之業務負荷。（註一）因此，如何因應此類情勢變化，乃當今論程序法制革新者必須面對之基本課題。（註二）此時，倘將視野併擴展於有關民事紛爭處理制度之世界性改革潮流，實不難察覺其有普遍致力於，探討如何擴充裁判外紛爭處理制度之趨向。

亦即，於即將步入二十一世紀之今日，先進諸國有關民事紛爭處理制度之改革論者多強調：除應繼續設法健全裁判制度（由法院以裁判之方式解決紛爭之制度）以外，也應同時著力於探討擴充調解（mediation）、仲裁（arbitration）、談判交涉（negotiation）等各種裁判外紛爭處理制度（一般稱之為ADR = Alternative Dispute Resolution）之可能性，藉以促使其發揮近於或同於裁判制度之解決紛爭功能，並探尋足資利用之「民事司法之代替制」（Alternativen in der Ziviljustiz）或「裁判之代替制」（Alternatives to the judicial system），俾一般平民更容易接近正義。形成此改革潮流之背景、原由實有種種，諸如：由於產業之複雜化及社會之變遷，「訴訟洪水」（Prozessflut）造成堆積如山之未結案，終致法院不勝負荷而造成訴訟嚴重拖延，難以有效實現權利，伸張正義；含律師報酬在內之訴訟費用過於高昂，招致利用裁判制度之困難；限於人力、物力、法院難再擴大其處務能量；多樣化之紛爭事件亦有特需深入探求其發生紛爭之背景者，並非均宜於由法院依法處理（legalism）而循裁判制度解決之；相較於訴訟制度（裁判制度），裁判外紛爭處理制度之使用具有多項長處，例如，程

序之簡易迅速性、費用之低廉性、切合個案實情而不過分受限於法規之紛爭解決可能性等均是。(註三)有鑑於此,民事程序法學所面臨之現代課題應是,致力探究:如何界定裁判制度與裁判外紛爭解決制度之關聯性及互動關係,重新檢討二者對民事紛爭之解決各可能且應該分擔發揮何種功能?(註四)

為此項課題之克服,就其關涉調解制度之問題層面而言,必須先探討:應依循何等前導法理,以充實調解制度並調整其與裁判制度之相互關係?調解制度之充實,是否與裁判制度在功能發揮之分擔上,具有互動或消長之關係?此項關係有無之究明,應準據何等基礎法理?又,在民事裁判程序之變革過程,應如何為調解程序定位並據以充實其制度內容?

本於上開問題意識,轉眼注視最近在我國由司法院民事訴訟法研究修正委員會(下稱「修正會」)所擬定,並經完成立法程序於民國八十八年公布施行之民事訴訟法修正條文(下稱「修正條文」或新法)(註五),吾人應可發現其中有關調解程序之增訂、修正內容,實提供絕好之契機,可藉以探究如何面對或克服上述課題,並研析、評述起草者循以修正民事訴訟法之前導法理為何。蓋以:與德、日有關調解制度之法制狀況有異,我國向來係以專法(鄉鎮市調解條例)採行鄉鎮市調解制度(註六)之同時,併於民事訴訟法設專章(第二編第二章)承認法院調解之程序制度(下稱「法院調解」),委由法官運作。由於此種我國所特有之調解制度係置於民事訴訟法中,以致其相關規定之修正走向,在法典編纂上,係處於應被考慮是否宜與有關裁判制度(判決程序)之法規修正有所呼應或配合之狀態,而可資以測知或認明民事訴訟法修正之走向及其相關前導法理為何。

抑且,有關法院調解之程序規定(民事訴訟法第四〇三條至第四二六條),於民國七十九年夏甫經修正、公布施行之後,歷時未逾四

年,修正會竟復決議再加檢討、修正,其理由、原因何在,誠值尋思、探究。再者,經將有關法院調解之修正條文(註七),試與舊法加以比較之結果,即可察知其內容間互有重大之不同,且新法所示法院調解程序之修正幅度頗大,多含有強化法院調解之新規定(如本書附錄)。在此狀況下,不禁令人發問:何以於數年內為如此大幅度之修正?前導如此修正之法理,究竟具何特徵?

尤其,在修正會聽取各地法院法官所提有關法院調解之興革意見時,甚至聞有對該制度之功能持懷疑論或廢除論者。持此論者之意認為:向來在法官面前所進行之調解,實務上不無虛應故事之現象存在,且成立調解之比例顯然偏低(註八),調解法官且多有僅從形式上使書記官記明「本件調解不成立」一語於筆錄,即視為已經踐行調解程序而了事者;在採取調解前置主義之事件(民事訴訟法第四〇三條第一項、第五七七條),調解更多有流於形式而虛應法定過程之現象,以致未充分發揮其處理紛爭之功能云云。面對於此,時值法學界正熱烈關心新世紀程序法制何所去從之今日,更有必要認真探討:應否再事充實或宜如何強化法院調解之功能?對於其制度存廢論,應循何法理加以評估?

基於上述有關調解制度運作背景之認知,為謀求有所助益於促進今後民事程序法學之新開展,並厚植調解程序立法論及解釋論之根基,本文擬以有關法院調解之修正條文為素材,探討:其中就調解制度為何種新變革?指引此變革之法理基礎何在?修正條文就調解程序於整體民事紛爭處理程序中,係如何予以定位?其所重新構成之調解程序係被期待發揮何種功能、且滿足何等程序法上基本要求?其係如何界定調解程序與訴訟程序或其他裁判外紛爭處理制度之關聯或互動關係?

貳、法院調解程序之新容貌

一、擴大強制調解事件之範圍

修正條文著眼於法院調解係起訴前之程序，乃先將舊法上所稱「訴訟」（條文第四〇三條第一項、第四〇四條）修正為「爭執」或「事件」，以示調解事件有所別於訴訟事件，具有就調解事件加以重新定性之意義。（註九）在此前提下，新法繼認為，何種事件於起訴前宜先經法院調解，應視事件之性質或當事人間之關係以為斷；準此，適合於循調解程序解決紛爭，而宜列入強制調解之事件範圍者是：凡當事人間因事件性質、居處環境或一定之親誼，特別需要維持彼此間之和諧關係；或系爭之標的金額或價額太小或所需之調查證據，認定事實特別繁瑣困難，進行訴訟程序顯然違反費用相當性原理；或事件具有濃厚之非訟色彩，為解決紛爭所須之判斷主要在於斟酌決定兩造日後所應有之權利義務關係，而非論斷當事人過去之是非者。循此方向，修正條文不復仍如向來般，僅以簡易訴訟程序事件為其決定何種事件應經調解之標準，而相當擴大應受支配於調解前置主義之事件範圍，將下列事件擇定為強制調解事件：①不動產所有人或地上權人或其他利用不動產之人相互間因相鄰關係發生爭執者（新法第四〇三條一款）；②因定不動產之界限或設置界標發生爭執者（二款）；③不動產共有人間因共有物之管理、處分或分割發生爭執者（三款）；④建築物區分所有人或利用人相互間因建築物或其共同部分之管理發生爭執者（四款）；⑤因增加或減免不動產之租金或地租發生爭執者（五款）；⑥因定地上權之期間、範圍、地租發生爭執者（六款）；⑦因

道路交通事故或醫療糾紛發生爭執者（七款）；⑧僱用人與受僱人間因僱傭契約發生爭執者（八款）；⑨合夥人間或隱名合夥人與出名營業人間因合夥發生爭執者（九款）；⑩配偶、直系親屬、四親等內之旁系血親、三親等內之旁系姻親、家長或家屬相互間因財產權發生爭執者（十款）；⑪因財產權發生爭執，其標的之金額或價額在新台幣十萬元以下者（十一款），此項數額得由司法院視社會經濟狀況及其他情勢之變遷，予以調整為新台幣五萬元至十五萬元之限度內，而增減之（同條二項）。

析言之，上列事件，可概略分為如下四類型：第一是，紛爭當事人間向來存有某程度繼續來往關係之事件類型，諸如①至④，甚至⑤⑥⑦⑧⑨等類事件，其當事人間係處於相鄰關係或在發生紛爭以前存有相當交往關係之情形。在此類事件，其紛爭當事人間常特別需求達成合乎雙方實情之紛爭解決，或維持繼續交往或和諧關係，而未必恒僅滿足於單憑客觀實體法為斷之紛爭解決，所以被要求在訴訟之前應先經調解。

第二是，當事人間權利存否範圍未必恒可截然立判之事件類型，例如⑦之事件。此類事件，紛爭當事人間所應遵循之「法」或權利義務究在何處，尚非恒屬相當明確，其判定每牽涉事實證明上困難。例如在交通事件，兩車相撞時，到底其中何方有過失？另一方是否與有過失？往往連當事人自己亦不甚清楚（註一〇）。在此情況下，倘常即請求法院作成切合客觀真實之裁判，實際上多有強法官所難之虞，蓋因在相撞之瞬間，誰違反實體法規範實已成為過去之事實，如欲強調正確之裁判，似有「擲銅板定是非」之感覺，以致「法」（實體法）之所在，不易尋得。至如醫療糾紛，則兼有上述二種事件類型之性質。因為倘醫生與患者之間，常常處於緊張關係或利害衝突之狀態，則可能導致醫生由於擔憂被訴，以致對於醫療工作瞻前顧後，而不敢勇於

救人。基於此種人性面之顧慮，乃認為在醫生與患者之間有須某程度亦維持和諧、信賴關係，而接近或類似於上述相鄰關係人間或合夥人間向來有感情關係之情形。另一方面，就醫生有無過失一點而言，又與因於交通事故之損害賠償事件相類，該事件之「法」（實體法）到底在何處，不易立判。按：所謂「法」為何，在如我國已立有實體法體系之現代法治國家，通常必須先認定要件事實存否，然後據以判斷所主張之請求權是否存在，繼而判斷訴之聲明有無理由。但是，在上開事件類型之情形，過失為何乃一抽象概念，多須憑間接事實予以推認。其中，在醫療糾紛事件，常須送請鑑定，正如同在發生交通事故之情形，其現場為何，於發生車禍之瞬間已成為過去事實，須賴某程度之技術始可判斷。（註一一）就此點而言，法官欲為切合客觀真實之判斷，並非易事，而往往須藉助專家之鑑定，可是對於此類鑑定報告內容，法官實際上多為外行人，以致其判斷不無含有某程度「擲銅板定是非」之意味。要之，此類型事件所應適用之實體「法」在何處，既屬未必恒屬明確，要求法官必須循訴訟程序以裁判方式判定客觀之「法」被誰違反（客觀之實體法上權利存否及其範圍），實含有因事件特性所使然之先天上困難。亦即，至少相較於通常因一般交易行為而發生紛爭之事件類型，基於醫療糾紛及交通事故之損害賠償請求事件，常更不容易尋得其客觀之「法」為何，以致難作成正確裁判；如強求之，則往往有隨伴蒙受近於或逾於系爭實體利益之程序上不利益（勞費），而不符費用相當性原理。因此，此類事件實隱含有「法」存在何處具相當妥協性之特徵。本來，「法」到底在何處，照理不應被妥協，而應是客觀上何人有加害行為，彼即應負責，但如上所述，就其事件要認定客觀事實存在與否（即要判斷損害賠償請求權存在與否），既然往往會涉及到「法」與「事實」難截然劃分，而有此二者實相牽扯之審判實務上現實問題（註一二），則自應對此現實，於制

定法律過程予以相當之考量，不能漠然視之。

第三是，所謂小額紛爭事件類型，如上開①所示者即是，係以金額大小為標準，將較小額之紛爭事件列入強制調解之範圍。如此歸類，係為貫徹費用相當性原理，因小金額事件（例如買賣家電之瑕疵擔保損害賠償事件），倘先經由訴訟程序，仍必須先認定該當於請求權發生之客觀的要件事實存在與否，始能為裁判，而此種要件事實存否之認定、判斷，常須花費勞力、時間及費用，以致於難免有造成程序上不利益超過系爭實體利益之虞，而可能同時減損系爭外之財產權、自由權等。亦即，利用裁判程序所能得到實體法上權利之保護（實體利益）與所可能招致之勞力、時間及費用上付出（程序上不利益），在小額事件，往往無法達到均衡之狀況。其結果，就小額事件而言，於紛爭發生後遽然使用通常之訴訟方式求其解決，不僅未必有助於保護當事人利益，且有浪費司法資源之危險，故應為小額權利人設置比較合乎費用相當性原理之程序制度，便利其利用。（註一三）基此理由，乃將小額事件列入應先經調解之事件範圍，期由法官或調解委員透過調解程序，分析實體利益及程序利益之大小輕重，讓當事人有予以比較衡量而為取捨之機會，藉此使當事人認明縱使其即行利用訴訟制度，有權利之人亦未必能獲得真正之正義。易言之，之所以如此，並非因於法官不願主持正義，而係鑑於強令法官必正確認定過去之客觀事實，常須消耗相當之勞力、時間或費用，實不合經濟效益，所以不如將使用訴訟所可能付出之勞費代價，改用為互相讓步之資，試將此類利害狀態分析予當事人比較衡量，或可促成調解。不過，有關金額大小之評價，每隨著社會經濟之變遷而有所更易，尤其在通貨膨脹、物價波動急速之社會環境中為然。為避免此款規定於施行後未幾即失其效用，乃同時增設明文授權司法院，得斟酌情勢變遷彈性決定調升或調降該項金額，是即承認司法院有某程度之規則制定權，使其就該金額之大

小，有相當之裁量餘地，資以因應社會情勢變遷之需。

第四是，有關家族間財產權紛爭之事件類型，例如上開⑩所示者。此類事件，係牽涉家族間財產之紛爭，固如上述有需求維持和諧關係之一面，但除此之外，尚具有家事紛爭之特殊性，宜否與上述各類型事件並列入同一有關一般財產權紛爭之調解程序中，仍值檢討。詳言之，在家族間財產權紛爭事件，為儘可能維持家族間之和諧，實不宜任使紛爭當事人立即在公開法庭對簿公堂；且由於其某程度牽涉家族間人際之微妙關係，並非均僅適用通常商場交易上所謂之合理不合理以及價錢多寡之比較方式，即足以為妥當之判斷，實亦有難予斤斤計較之一面。例如夫妻或父子之間，到底扶養費、贍養費宜認為五萬元或五十萬元，尚與一般人間在交易社會所生財產權紛爭，較可以量之多寡為準加以判定之情形有所不同。此等家族間事件，既摻雜有感情因素在內，則當事人一旦放入感情因素之評價，甚至可能願意放棄權利而讓步，較有縱將五十萬元請求金額減為五萬元，亦感心滿意足之情形。此種摻雜較多感情因素在內之事件，其應循以處理、解決紛爭之方向，宜有所不同於鮮少摻雜感情因素在內之一般交易上紛爭事件之處理。因此，修正條文將有關家族間財產紛爭事件並列在此，係僅由於強調其亦需求維持和諧關係，在此點上與前述第一類型事件之屬性相近而已，至於其事件所具有之其他特性宜如何並受立法上應有之顧慮，則仍待商榷。例如，就家族間感情因素等人際微妙關係、經濟上弱者之保護及家族尊嚴之維護等事項，應如何為有別於一般人間關係之充分顧慮，尚牽涉應否就此類事件另設特別的家事調解程序之問題。（註一四）

綜上所述，可知修正條文所期待於調解發揮功能者，並非著眼於為了逃避應同時致力健全訴訟制度之職責乃逼使人民使用調解制度，而係經考量事件類型之特性、需求為何以後，為因應上述特定事件類

型之需求，兼顧司法資源之合理分配，並為使當事人有機會平衡追求實體利益與程序利益，或致力維持互相間之和諧關係，乃某程度擴大應經調解之事件範圍。因此，今後有關調解程序之立法論或解釋論，不應僅以減輕法官之負擔作為調解制度所應追求達成之目標，而應避免復發生在舊法之下所易有之目標誤認。蓋以舊法係僅將簡易事件列為應經調解之事件範圍，而未充分凸顯對於事件特性、需求之多方考量必要性，以致向來一般每誤認設立調解程序之目的即係為減輕法官負擔，而造成制度運作上之偏差（例如：在調解程序，法官未能盡力針對各該事件之特性、需求，設法分析其所涉實體利益及程序利益之大小輕重，供為當事人比較衡量而有所取捨之參考）。

二、擴充調解委員制並強化其功能

調解人制度之採行，係有利於借重法官以外之社會公正人士所具有專門知識或特殊生活經驗，能助益提昇調解成立率，確實發揮調解消弭訟爭、減輕訟累之功能，並可更加擴大國民參與司法運作過程之機會，有益於實現司法民主化之理念。（註一五）鑑於舊法僅設當事人得推舉調解人、法院得選任調解人協同調解之規定，尚難促使良法美制獲得應有之重視，以致其規定在實務上流為具文，新法乃增訂規定，以擴充調解委員制並強化其制度功能。亦即，在將「調解人」名稱修正為「調解委員」之同時，特明定：調解事件由地方法院簡易庭法官辦理，原則上先由簡易庭法官選任調解委員一人至三人行調解，俟調解至相當程度而有成立之望或有其他必要情形時，再報請法官到場。惟如當事人合意由法官行調解，或案情簡單、爭執不大或特別需要迅速處理而經法官認為適當者，則亦得逕由法官行之（新法四〇六條之一第一項）。且考慮調解委員所行調解能否成功，亦繫乎當事人

對於調解委員之信賴程度，乃增訂如當事人對於法官選任之調解委員人選有異議，或兩造合意選任其他適當之人者，法官得另行選任或依其合意選任之（同條二項）。此外，為便利法官選任調解委員以落實調解委員制，修正條文另規定地方法院應將其管轄區域內適於為調解委員之人選列冊，以供選任（新法四〇六條之二第一項），惟法官於調解事件認有必要時，亦得不受其拘束而選任名冊以外之人為調解委員（同條二項）。又，為鼓勵社會公正人士參與調解，以提高調解績效，另規定調解委員行調解，得支領日費、旅費及報酬（新法四一一條一項），且調解委員係立於協同法官行調解之地位，其赴法院參與調解之日費、旅費及報酬，應非屬訴訟費用，當然應由國庫負擔，是與證人、鑑定人之情形不同（同條二項）。

如此，新法已變更舊法所採調解程序由法官主持，於必要時（當事人推舉或法院選任時）始由調解人協同調解之制度，就調解之運作者改採雙軌制。其一為原則上由法官以外之調解委員一至三人進行，俟其程序進行至一定程度或於必要時法官始行介入；另一為全事件逕由法官主持調解。特需由法官主持調解之事件類型，例如在事實關係已臻明確，無需特為調查、整理事實關係，其事件之爭點僅涉法律上見解或契約上解釋問題等類情形，則通常逕由具有法律專業知識之法官適當解決法律上疑難問題，即可促使調解成立。又如，在當事人就特定事件類型，對法院所備置之調解委員陣容，均不甚滿意或不信任，希望由法官調解之情形，賦予當事人有選擇機會，容許依其合意逕由法官進行調解。並且，如兩造當事人合意時，亦可另選任兩造均滿意之人為調解委員，蓋若兩造均相信特定調解委員所提供之方案，則未有比此種調解委員更能獲得雙方之信賴者，因此，修正條文將選擇機會賦予當事人，要求法官尊重兩造選擇調解委員之合意，藉此種雙軌制之採用，因應各種事件類型所具不同的特性、需求，並保障當事人

選擇程序之機會。此為舊法所無之重大變革。

之所以使調解委員成為調解之運作主體，主要理由在於，調解委員理應選由就各該紛爭事件具有其所需特殊專業知識之人充任，始能提供切合各該紛爭事件特性、需求之專業知識，作為當事人進行調解時決定是否或如何互相讓步之基礎資料。例如醫療糾紛，法官如能選任公正而有名望之醫術專家擔任調解委員，應該比由法官自行進行調解之情形，更能逼近問題之核心，掌握真正之爭點。就此而言，修正條文重視調解委員之功能，實具有相當重要之意義。其他如貿易糾紛、交通事故、建築糾紛，倘當事人於聲請調解時，能選由具有各該事件所需貿易、交通鑑定或營繕等方面專業知識之律師、鑑定人員或建築師擔任調解委員，將比諸僅由法官進行調解之場合，更可能提示各該事件可資以解決紛爭之關鍵所在，而切合各該紛爭事件型態之特需。但是，究竟由調解委員進行調解抑或僅由法官進行調解，其最後決定應儘量尊重當事人之共同意願。因為，縱法官認其所選任之一或三位調解委員非常值得信賴，可是當事人卻不以為然時，則終仍不能促成調解，故當事人之意願具有決定性意義，不宜予以漠視。為此，修正條文賦予當事人有選擇調解委員之機會，即屬相當重要。

上述意義之調解委員，有助於尋求兩造所願遵守之「法」，較諸僅由法官處理之場合，應更可能達成切合於各該事件實情之結果。亦即，有些事件類型特需借助於法律以外之專業知識以妥切解決紛爭，就此類事件，如能由非法官而具有法律以外專業知識之調解委員主持調解，比僅由具法律專業知識之法官行之，常更能切合各該紛爭事件尋求「法」所在之需求。循此種調解程序所達成之結果，應更有要求當事人予以接受之正當化根據。此與判決何以對當事人可發生拘束效力一事亦有關係，按：判決之所以能要求當事人接受，並非僅因其作成者法官係居於高權地位而行使國家公權力即審判權所使然，應是尚

有如下之正當化基礎在：亦即，由於在訴訟程序中已賦予當事人充分參與程序之機會保障，據此所為判決不致發生突襲性裁判，乃認為其程序結局即判決應可對該當事人發生既判力，要求當事人予以接受。在調解之情形，問題之層面雖不盡相同，但思考方向則一。亦即，就上開特需法律以外專業知識之事件類型而言，由各該方面專家擔任調解委員所得到之結論，比由具有某程度「擲銅板定是非」意味之法官裁判，應更有要求當事人信服、接受之正當化基礎。

三、增設兼具仲裁性質之酌定調解條款制度

為擴充裁判外紛爭解決制度之功能，修正條文增訂：關於財產權爭議事件，經兩造同意時得由調解委員酌定調解條款（新法第四一五條之一第一項），此項調解條款原則上以調解委員過半數之意見定之，如當事人另行約定不同之比例，或指定由其中一人或數人定之者，則從其約定（同條二項）。調解委員如不能酌定調解條款時，法官得審酌其情形，另定調解期日或視為調解不成立（同條三項）。調解條款原則上應作成書面，記明作成之年月日並由調解委員簽名後，送達於當事人及參加調解之利害關係人。惟如於行調解程序時當場酌定調解條款者，得由書記官記明於調解程序筆錄，經調解委員簽名後送達之，可免另行作成書面，以省勞費（同條四項）。關於調解條款之效力，新法規定為調解委員酌定調解條款時，視為當事人已依該調解條款成立調解（同條五項）。

此種酌定調解條款之制度，係修正條文新引進者，而以當事人於調解程序先有合意為開始該酌定程序之基礎，實具有採行仲裁程序之意義，可謂為準仲裁程序。本來，調解委員進行調解，最後縱然提出解決紛爭之方案，亦須經兩造表明願意接受以後始能成立調解。可是，

依此項新採之制度則不然，係於調解委員酌定調解條款時，視為當事人已依該調解條款成立調解，無異於許紛爭當事人雙方合意選任由調解委員兼事仲裁之制度，據此合意，調解程序乃轉換為仲裁程序。因仲裁與調解不同，調解須當事人就解決紛爭之內容為完全一致之表示始為成立，而仲裁則委由法官以外之第三人介入於紛爭當事人之間進行判斷，當事人就該仲裁人所為判斷（公斷），不得任意不服。上開新制係承認當事人得合意委由調解委員酌定調解條款，實相當於允許訂立仲裁契約而承認其效力；並於解委員酌定解決事件之調解條款時，視為當事人已依該條款成立調解，當事人兩造已不能再予改變，故具有仲裁判斷之性質（註一六）。並且，由於該新設制度之運用係以經當事人合意選用程序為前提，實具有保障當事人行使程序選擇權之重要意義。再者，調解委員於作成判斷而酌定條款時，未必受實體法規規定所拘束，而亦可基於衡平法理為判斷，在此點上，尚具有非訟性。因調解委員所為衡平判斷，未必考慮要件事實為何，自與法官依實體法規作成判決之情形有所不同。況且，調解委員在為上述酌定以前，未必詳細調查證據以認定要件事實，每較能迅速酌定妥適之調解條款，有利於節省勞力、時間及費用（追求程序利益）。

關於調解委員酌定調解條款時，究須全體委員一致為之，抑或多數決即可，修正條文係採雙軌制之方式，亦即：如當事人較不放心調解委員之仲裁，則可先約定調解條款須獲全體委員一致之意見後始可作成；如較放心則可不加此類限制，而任依一般原則使以多數決定之。此亦係為了增多承認當事人有程序選擇之機會，使雙方得合意決定究採全體委員一致或多數決之方式，予以酌定調解條款。易言之，關於酌定調解條款之程序（相當於仲裁程序所應遵守之規則），當事人亦得在一定範圍內決定之，此亦可認為係承認當事人程序選擇權之又一項，尚符合目前國際趨勢上不僅承認當事人得訂定仲裁契約，而且關

於仲裁之程序內容，亦儘可能允許當事人可基於合意，擬定仲裁人所應遵守之仲裁程序規則（註一七）。

四、增設訴訟中合意移付調解之制度

為強化調解之功能，增多當事人間使用調解程序解決紛爭之機會，修正條文增訂：訴訟事件，於第一審訴訟繫屬中，得經兩造合意將事件移付調解（新法第四二〇條之一第一項）。此際，為減免法院及當事人之勞費，規定移付調解之事件毋庸法院裁定，其訴訟程序停止進行，調解成立時，訴訟即告終結，調解不成立時，訴訟程序繼續進行（同條二項）。且為鼓勵當事人成立調解，以息訟爭，減省法院之勞費，規定移付調解而成立者，原告得於調解成立之日起三十日內聲請退還已繳納裁判費之半數（同條三項）。

依此種新引進之制度，提起訴訟後，於本案訴訟程序進行中，當事人得合意將其事件移付調解，而不須先經法官裁定准許，且其訴訟程序因該合意而停止。此係尊重雙方當事人選擇程序之意願，使得從訴訟程序改用調解程序，俾更能確保當事人選擇程序之機會。此項新法，係著眼於經修正條文充實以後之調解委員制度（參照上述「二」之說明），具有訴訟程序及訴訟上和解制度所欠缺之功能，可資借重。蓋以相較於訴訟程序及訴訟上和解，在新設調解委員制度以後，循調解程序將更能藉用具有法律以外專業知識之調解委員運作程序，由其提供各該紛爭事件所特需之法律以外專業知識，以切合其事件之特性，是有所異於訴訟上和解仍僅由具有法律專門知識之法官進行，且至多僅能請鑑定人提出鑑定意見作為證據資料以形成心證，而未能委由法官以外之專家運作其程序。事實上，有些紛爭事件係於訴訟經提起以後，在本案審理中，始被認明特需借重法律以外專業知識進行洽商，

其事件所應適用之「法」在何處或孰為正義？未必恆屬明確。此時，亦宜賦予當事人選用調解程序之機會。換言之，就特需借用法律以外專業知識之事件，僅由法官進行訴訟程序既不易尋得「法」在何處，而不能確保法官必為相當正確之判斷以適用客觀之「法」，則特需由具該法律以外專業知識之調解委員協同當事人尋求「法」之所在，宜允許改為使用調解制度，以避免浪費法官與當事人之勞力、時間或費用，儘量不為未必正確之裁判。例如，在票款請求訴訟審理中，當事人始提出建築工程瑕疵等類原因關係抗辯之情形，往往發現此紛爭並非如票款請求般容易裁判，此際如需求由建築專家擔當調解委員進行調解，始能掌握紛爭之核心，則應賦予當事人相當機會，使其在訴訟程序中選擇改用調解程序，俾可平衡追求實體利益與程序利益。

參、調解程序新變革之前導法理

一、紛爭事件類型處理之精緻化

在二十世紀末之今日，人民之社會生活已然趨於多樣化、快速化、科技資訊化、國際化及價值觀多元化。此種趨向，亦將延續於可得預測之二十一世紀社會。隨著此類社會、經濟情勢之急速變遷，民事紛爭事件之質、量已多異於往昔，且在型態、內容上益趨於多樣化、複雜化。此種變化，不但實際上擴大了紛爭解決過程之困難度；同時，因為一般國民之權利意識已然更為高漲，終於也導致民事訴訟事件之激增，而加重了法院之業務負荷。面對於此，為將有限之司法資源公平分配於各種類型或個別之民事事件，藉以合理減輕法官之工作負擔，並避免權利人因程序制度之使用致蒙受難與其所追求之實體利益（因

客觀真實之確定、系爭實體法上權利、地位之實現所可獲得之利益）相均衡之程序上不利利益（因程序制度之利用所額外支出之勞力、時間或費用），如何針對紛爭事件類型之特性、需求，依其究屬權利義務確定追求型、合目的性、妥當性判斷追求型、集團處理追求型、簡速裁判強烈追求型、法律外專業知識判斷追求型或和諧關係維持追求型等等，分別妥為建構、選用各該類型事件所適合之程序制度、程序法理，並循以修正民事訴訟法，俾其能因應新世紀之社會需求，乃成為緊要之課題，是為對於民事事件類型審理必要論之認知（註一八）。

基此認知，修正條文有關調解程序之新變革，可謂係植根於紛爭事件類型處理之法理，而具有促使其相關立法走向精緻化之意義。蓋以新法較諸舊法，更刻意斟酌事件類型之特性、需求，擇定特別需求維持當事人間和諧關係、依賴法律外專業知識判斷、獲致簡速處理結果等類事件，予以列為強制調解之事件範圍（參照「貳、一」之說明），而不復仍僅以應適用簡易訴訟程序之事件為其決定標準，已能準據民事事件類型處理必要論，重新檢討、修正民事程序法。並且，依循同法理，為因應特定類型事件借用衡平法理為妥當性判斷之需求，另增設改用仲裁程序（參照「貳、三」之說明）（註一九）及移付調解（參照「貳、四」之說明）等制度，而委由調解委員運作之（參照「貳、二」之說明），亦饒富新義。要之，相較於舊法僅區分通常訴訟程序事件、簡易訴訟程序事件、人事訴訟程序事件等之情形，修正條文所設依事件類型為處理之程序內容，實更臻精緻，謂其走向對於二十世紀民訴法之脫胎換骨具有相當之催化作用，亦不過言。

二、司法民主化之前進

修正條文所充實之多方面調解程序內容，具有促使司法過程更加

民主化之意義，值得重視。首先，其廣闢委請調解委員運作程序之途，頗有益於促使「法」之探尋、發現或形成過程多元化，迎合民主社會兼顧多元價值觀之需求。（註一九之一）亦即，依修正條文所新採之調解委員制，調解程序係先由調解委員運作，且紛爭當事人得合意委由雙方所信賴之調解委員運作程序（參照「貳、二」），而不復仍如舊法僅以職業法官為必然而主要之制度運作者。其結果，更可能視各該紛爭事件之特性、需求，分別遴選、委請較富生活體驗、較有社會名望或具法律以外特殊專業知識之人士成為調解委員，俾其反映社會之實際需要於司法過程，參與協同探尋、發現或形成當事人（人民）所需、所願或所應遵守之「法」。此類由各方代表性社會公正人士所反映於司法過程之實際需求，較諸僅由職業法官運作程序所獲致者，恒更可彰顯各該時段之民意，藉此使「法」之內容與社會生活脈動相呼應、配合。

其次，修正條文容許當事人得以合意將調解程序轉換為仲裁程序（參照「貳、三」），或從訴訟程序轉換為調解程序（參照「貳、四」），均有助於強化、充實「法」之探尋、發現、形成手段，而各具有致力探求民意所在之意義。蓋以：由於職業法官與調解委員相互間、或調解委員相互間，各所具有之社會生活體驗、專業知識，在背景、來源上未必盡同，且所認知之經驗法則亦可能有異（註二〇），以致循訴訟程序所尋得的「法」、循調解程序所尋得的「法」與循仲裁程序所尋得的「法」等三者間，亦隨之難免互不全同。（註二〇之一）因此，修正條文寬許當事人得合意為上述之程序轉換，實具有促使「法」尋求管道及「法」評價方式更加多元化之意涵，且將其取向委諸於當事人之意願。在此意義上，當事人常可經由抉擇是否轉換程序或到底使用何種程序之途徑，實際參與探尋、發現或形成各該事件所需或所願遵守的「法」，藉此使民主化更能落實於「法」之具體化

過程即司法過程，而不僅止於議會立法之過程。循此種程序所獲致的「法」，實異質於僅憑職業法官運用國家權力，以裁判方式強使當事人受其規制的「法」。(註二一)

抑且，調解委員制之運用，尚可能助益貫徹法曹一元制之精神。理念，而發揮其促進司法民主化之機能。質言之，在修正條文所認調解委員制之下，倘能充實其相關周邊制度（如：律師制度、法曹養成教育制度等）以便遴選學識經驗俱富之律師擔任調解委員，則由其參與程序所探尋、發現或形成的「法」，實與強調法曹一元制應能有所貢獻於司法民主化者，互有共通之理念。(註二二)

三、程序選擇權法理之再確認

在保障訴訟權、自由權、財產權及生存權等基本權之憲法體制下，為貫徹尊重人的尊嚴之原則及國民主權之原理，在司法程序上，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。根據此項地位，紛爭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受支配。亦即，當事人均應受保障有參與程序，以影響程序結局之權利及地位。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（註二三）。

應特別指明者，紛爭處理、解決程序之進行倘未能及時避免發生程序上不利益，而造成勞力、時間或費用之額外付出，則不僅對於系

爭之實體上利益，同時也將對於系爭標的外之財產權或自由權，有所減損、消耗或限制，均有害於憲法所保障之基本權，應非所許。因此，受訴法院、調解法官於運作訴訟、調解程序時或立法者在設計程序制度時，必須兼顧當事人之實體利益及程序利益，予以等量齊觀，並致力賦予當事人有平衡追求此二利益之機會。在此意義上，發現真實之要求並非恒處於最優位，受訴法院、調解法官或調解委員均應以追求獲致發現真實（客觀真實）與促進程序等二者之平衡點上的「真實」、「法」為首要目標。在追求達成此項目標之過程，立法者及程序制度運作者（法院或調解委員）係均被要求應致力於謀得上述二種利益之平衡。此事同時意指：應肯定一般人民及訴訟當事人對國家有適時審判、適時處理紛爭之請求權，應被賦予受適時、適式處理、解決紛爭之機會；並且，在無害於公益（全國納稅人之利益）之一定範圍內，應被承認程序選擇權，得據此選用較有助於平衡追求實體利益及程序利益之程序。

準此而論，修正條文有關調解程序之新變革，實具有正面認知程序選擇權之法理，並使植基於此法理之程序內容更具體化、豐富化等重要意義。亦即，在修正條文所設上開新制之下，紛爭當事人常應被賦予相當機會，用以一面較量各該事件所涉程序利害及實體利害之大小輕重，一面在行將利用程序制度時，可選擇循法官所運作之調解程序或調解委員所運作者（照參照「貳、二」）；在已經提起本案訴訟以後，可選擇轉換為改用調解程序（參照「貳、四」）；在調解程序進行中，可選擇轉換為仲裁程序即酌定調解條款程序。並且，在已委由調解委員酌定調解條款而為仲裁之情形，尚可就其酌定之方式為選擇（參照「貳、三」）。此類在不同情況下之程序選擇，事實上，均屬依個別紛爭事件之需求不同，所為有關實體利害與程序利害之較量、抉擇及取捨。因為，各該程序或方式所可能引發之程序上利害（勞力、

時間、費用之付出或節省)以及所可能使當事人蒙受之實體上利害(系爭實體利益獲實現之可能性大小)既未必盡同(例如,循調解程序委由調解委員協同處理紛爭時,其所可能隨伴發生之實體上或程序上利害,未必同於循仲裁程序或訴訟程序所導致者),當事人所為有關使用其中何項程序方式之選擇,實即意味實體利害及程序利害之較量、抉擇。在此意義上,賦予上開多項程序選擇機會,實無異於致力多方保障平衡追求實體利益及程序利益之可能,而尊重當事人之程序主體地位。

四、程序法理交錯適用論與程序轉換論之認知

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,往往分別需求適用內容不盡相同之程序法理(訴訟法理或非訟法理);並且經由此等法理之交錯適用,始能兼顧程序法上諸基本要求,滿足各該事件類型對程序保障之多樣化需求。亦即,就同一民事事件之審理,有應交錯適用不同的程序法理者:有在同一程序之前階段適用部分非訟法理,卻於其程序之後階段應改用(交錯適用)訴訟法理,而在此改用過程顯現程序之轉換者,例如依督促程序聲請發支付命令之事件(註二四)及依新民訴法第四二七條第五項從簡易程序轉換為通常程序之事件均是(註二五);又,在特需簡速裁判或為合目的性、妥當性判斷之事件,亦均有就同一事件交錯適用非訟法理(如:衡平法理、職權裁量法理)及訴訟法理(如:言詞辯論)者(註二六)。

要之,程序法理交錯適用之法理及程序轉換之法理已然成為立法論及解釋論之前導,而為吾人所得且應該予以認知者,卻未為向來學說所充分意識及之,遑論探討如何開展、拓深其相關法理。(註二六之一)在此狀態下,修正條文能增設規定,許由調解程序轉換為仲

裁程序(參照「貳、三」)、由訴訟程序轉換為改用調解程序(參照「貳、四」),實饒富深意。因其立法走向,係再認知程序法理交錯適用論及程序轉換論等法理,並準以兼顧程序法上諸基本要求,乃有關調解程序之舊法所未能,殊值肯定評價。

析言之,在就特定事件由調解委員進行調解之程序上,倘調解委員已某程度瞭解案情狀況並蒐集相當之資料,且能獲得當事人之信賴,則縱雙方當事人尚未能達成一致之解決方案,亦仍可能有委由調解委員為仲裁之意願。此時,許當事人合意委由全體或部分調解委員為仲裁而酌定調解條款(即由調解程序轉換為仲裁程序,以尊重當事人選擇仲裁程序解決紛爭之意願),常較符合程序經濟之目的,便於追求程序利益。若不容許如此轉換程序,在尚無健全、充實之正式仲裁可用之狀態下(註二七),當事人將無從循法定仲裁程序以迅速、經濟或合目的性終局解決紛爭。在此情形,倘於其調解不成立時,即須改循訴訟程序解決紛爭,勢必增多勞力、時間及費用之支出,則尚難謂立法者已對紛爭當事人(人民)賦予平衡追求實體利益與程序利益之機會。有鑑於此,修正條文引進酌定調解條款制度,係容許就同一事件,由調解程序轉換為仲裁程序,而在程序之前階段適用有關調解之程序法理(不許僅依衡平法理判定、形成權利內容即「法」),繼於其程序後階段則改用有關仲裁之程序法理(容許依衡平法理判定或形成權利即「法」),藉此程序法理之交叉適用,兼顧多項程序法上基本要求(如:有關終局解決紛爭之迅速、經濟性要求、合目的性、妥當性判斷之要求等)。

又如,就有關建築糾紛事件而言,在請求給付工程款之情形,如當事人間係爭執工程款之約定內容為何者,則與依一般買賣契約請求給付價金之情形並無太大不同,於其紛爭處理之前階段,使循訴訟程序解決即可,非必須採調解前置主義。因當事人間之權利義關係可經

由要件事實存否之認定為判定，此時，若強令先行調解，將未必適合其事件之特性，且有浪費勞力、時間及費用之虞，難免反而拖延迅速實現權利之時機。不過，在起訴後本案審理中，當事人間爭執工程有無瑕疵（如：所建造之房屋有無因偷工減料致龜裂、漏水等）之情形，為其審理常特需借重營繕工程方面之專業知識，因此，如於此紛爭處理之後階段，仍不許當事人有轉換為改用調解程序以求助於調解委員所具該方面專業知識，則不易發現真實，以致難能尋得「法」之所在。為此類事件之處理，修正條文所採上開移付調解制，應有助於因應其事件之特性・需求，可資以兼顧涉及同一事件之多項程序法上基本要求。亦即，在處理該類事件之程序前階段，通常固宜於利用訴訟程序（訴訟法理）為裁判，但隨著在審理過程上顯現對於法律以外專業知識之借用需求，亦有必要自其顯現時起，改為交錯適用有關調解之程序法理（委由精於法律以外專業知識者協同探尋「法」之所在）。能如此，始真正有助於滿足人民使用紛爭處理程序、制度之需求，而增多解決紛爭之機會，實質上保障財產權、訴訟權等基本權。

總之，修正條文新設上開程序轉換制度，可謂係程序法理交錯適用論及程序轉換論之具體化與拓深。此種修正走向，乃為因應事件類型之多樣化特性及發揮程序之階段性機能，並兼顧程序法上多項基本要求。

五、非訟化現象之助長

隨著社會、經濟情勢之變遷，且由於實體法上一般條項之增多，法律要件之概括化、社會對強化法官職權裁量之企求、紛爭之社會化及徹底的當事人主義（部分訴訟法理）所引發之過度勞費付出等種種原因、背景，晚近，民事事件非訟化之現象有愈加顯明之傾向，並隨

伴於此產生：應如何界定其與程序保障之關係及如何確保紛爭當事人對裁判之預測可能性等問題。（註二八）在此情狀下，修正條文有關調解程序之新增規定，亦多有助長非訟化之情形，值得留意。關於此，可分從程序法上及實體法上非訟化等兩方面，加以觀察。（註二九）

關於程序法方面之非訟化，例如：修正條文將原屬可逕起訴求為依訴訟程序審理之事件改為應先踐行調解程序，而擴大適用調解前置主義之事件範圍（參照「貳、一」）；容許將訴訟中事件移付調解（參照「貳、四」）；在調解程序中增設由調解法官運作之保全處置，此為非訟法上保全處分之一種（參照新法第四〇九條之一）（註三〇）；強化調解程序中得為調查事實、掌握案情之職權範圍（參照新法第四一三條）。

又，關於實體法方面之非訟化，例如：在合意委由調解委員酌定調解條款之情形，其酌定（仲裁）可依衡平法理，而不必先經由認定要件事實存否之程序為之。此種衡平法理之適用，即係借用職權裁量法理（非訟法理），以因應特定事件類型之特殊需求。（註三一）

上開有關非訟化之新增規定，擴大了調解法官之職權範圍，並加重了調解委員之任務分擔、強化其在紛爭處理過程之角色扮演。隨著此種立法之趨向，今後必將面對之課題是：為貫徹上開立法旨趣（參照「貳」）應致力於充實、提昇調解程序運作主體即法官與調解委員之知識、能力、素養及健全其相關周邊制度，俾紛爭當事人在調解程序能充分預測其所涉實體利益及程序利益之大小，然後予以比較衡量而妥為行使程序選擇權（例如，使善為抉擇：循訴訟程序或調解程序或仲裁程序、由法官或調解委員進程序、是否成立調解等）。

肆、展 望

綜上所述，有關調解程序之修正條文，係多方面賦予合意選擇程序之機會，具有努力於認知、落實並確保程序選擇權之意義。此項努力，係有益於克服民事程序法學目前所面對之基本課題，應值肯定。易言之，隨著社會生活之複雜化、價值觀之多元化及民事事件類型之需求多樣化等，關於民事紛爭事件之處理、解決，應如何設立、建構程序制度始能平衡兼顧程序法上諸基本要求一事，已然成為當今民事程序法學及有關民事程序法制之立法論、解釋論所無從逃避之主要課題。面對於此，修正條文增闢多項管道，賦予當事人相當機會，得依個別事件類型之特性、需求，平衡追求諸利益（實體利益、程序利益）及平衡滿足程序法上諸基本要求，並以紛爭當事人一致之意願（合意）為抉擇之基準點。此種修正走向，頗能彰顯當事人所應有之程序主體地位，值得成為今後充實或改革新世紀所需裁判制度及裁判外紛爭處理制度之出發點。就此而言，縱然在相關細節規定上（如：有關強制調解事件範圍之劃分、增減）尚有待商榷之處，亦應肯定修正條文所具有之重要意義是：就調解程序在紛爭解決過程之任務分擔，重新加以定位；重新調整裁判制度與裁判外紛爭處理制度之呼應、互動關係；認知程序選擇權之法理得成為且應準為立法論之前導。

當然，要使調解制度發揮其應有之功能，尚有賴於充實其周邊制度，以資配合。諸如，應併充實調解法官之養成、繼續教育體系、健全調解委員之養成、遴選、待遇等制度，以提昇人民對其制度運作者之信賴度，而促進紛爭當事人選用調解程序（含其相關仲裁程序即酌定調解條款制）之意願。其實，除此以外，一般人民及紛爭當事人是

否多有選用調解程序或其相關仲裁程序之意願，另尚受裁判制度之健全度及其運作者即法官被人民信賴之程度所影響，乃屬相對性問題。亦即，裁判制度愈未能獲得人民之信賴，則愈將導致逼使其放棄使用之，而於急需解決紛爭時不得不轉向使用調解等裁判外紛爭處理制度之後果（註三二）。準此而論，當事人所應或所願遵守的「法」為何，實具相對性。亦即，由於各該相關程序所涉實體利害及程序利害未必盡同，致當事人循各該程序所取捨之結果亦可能有異，因此循訴訟程序所尋得的「法」、循調解程序所尋得的「法」與循仲裁程序所尋得的「法」等三者間，並非恒屬盡同；而且各該「法」之內容為何，因另受程序上利害大小（因各該程序之利用所付程序上勞費之多寡）所影響之故，亦不必然等同於客觀上存在之實體法（在未被程序上利害加功下所存在之「法」，即在未使用程序制度以前存在於發生紛爭時點之客觀實體法）。在此意義上，紛爭處理程序之充實度及選擇可能性大小，亦具有規定紛爭當事人所應遵行的「法」內容為何之作用。此項基本認識，今後不但應準以釐清民事實體法與民事程序法之應有關係，亦應成為省思「法官知法」原則所應具現代意義之據點。（註三三）從而，在致力於充實調解程序之同時，如不併著力於健全裁判制度，則無異於強使需求利用訴訟程序解決紛爭之當事人，不得不放棄選擇循裁判制度尋求「法」所在之機會，亦有悖於程序選擇權之法理，不可不察。在此限度內，難謂且不應謂調解制度之充實恒含有代替裁判制度之目標達成在內，今後尤不應以修正條文已相當加強調解程序之功能發揮為口實，強迫當事人成立調解，而無視其選擇程序之意願。

與此相關，論者或問：「強制調解制度之採用（調解前置主義之適用）及其範圍之擴大，是否有害於訴訟權之保障？」對此，宜從訴訟權保障之現代意義及其與其他基本權保障間之關係上，加以探討。

按：憲法在宣明保障訴訟權之同時，亦要求保障財產權、自由權及人格權等。因此，應從實質上論如何保障訴訟權，而認明：紛爭當事人（人民）不僅應受達成正確而慎重的紛爭解決之機會保障（利於發現真實之程序保障），同時亦應被賦予達成迅速而經濟的紛爭解決之機會保障（利於促進訴訟・程序經濟之程序保障），如此始能防免當事人之系爭實體利益及系爭外財產權、自由權等，因系爭實體利益之程序上追求，蒙受不應有之耗損或侵害。果然，更重要的是，應從立法政策上充實各種程序制度，以便供當事人依民事事件類型之特性・需求，分別選擇使用；且為公平分配司法資源於各類事件所必要之範圍內，亦有必須探討如何適度節制訴訟方式之過分利用或防止其被濫用・誤用。基此認識，在保留當事人仍有抉擇是否成立調解之自由，且於其不成立時尚得循訴訟程序解決紛爭之前提下，調解前置主義之採用並不當然有害於訴訟權之保障。至於如何劃定應適用該主義之事件類型範圍，則屬應從立法政策上，審酌・顧慮程序法上諸基本要求之問題。此項問題之解決，另牽涉：應否將調解程序定性為中間程序或第三程序（介於訴訟與非訟二者間之程序）（註三四）、應否為調解程序另訂專法而不復仍予編入民事訴訟法中、其程序內容應採用何等程序法理（訴訟法理或非訟法理之何部分）等事，均非屬本文探討之範圍。

〔註釋〕

註一：關於我國法院受理、終結事件之實際情況，請參照司法院「民事法律專題研究七」一四頁以下；司法院「司法案件分析（中華民國七十六年）」二頁以下；司法院統計處編印「地方法院簡易庭受理案件分析」（中華民國八十一年十二月）二頁以下。

相較於德國聯邦普通法院（BGH）之廢棄率為21%、日本最高法院之廢棄率為1.7%等民事審判實務狀況〔參照岩佐善巳等「民事訴訟のプラクティスに関する研究」（一九八九年）二頁以下；林屋礼二「西ドイツの近年の民事裁判統計」（民事訴訟雜誌三五号，一九八九年）二一頁以下；石垣君雄「民事訴訟の現状と運営の動向」（民事訴訟雜誌三八号，一九九二年）五一頁以下〕，在我國，第三審之廢棄率及發回更審之比率恒屬偏高〔約占終結件數之30%強〕，而據以發回更審之原因事由，歷年來多集中於原審法院未盡調查證據之能事及事實認定錯誤等，其所占發回件數之比率均頗高〔除上開資料外，併請參照司法周刊第二八九期一頁〕。又，在上開統計資料所示年代，西德之人口約為五千七百萬人，其上訴第三審之件數，實低於我國〔按：在同年代最高法院係受理人口約二千萬人所發生之事件〕。此類現象意味：向來，當事人對於事實審理及事實認定之信服度・接納度仍相當低，已成為嚴重問題。為此，如何因應事件質・量之變化，積極改革・健全民事程序制度及其周邊制度，充實事實審理之內容，以提昇當事人及一般人民對裁判之信服度・接納度，應屬急務。

註二：如何因應民事紛爭事件類型之多樣化・複雜化，實乃當今從事改革民事程序法制時，所必須面對之重大課題。關於此，請併參照邱聯恭「第一審程序修正草案之析述」（最高法院學術研究會叢書(二)，一九九三年）（以下略稱為「草案析述」）一八一頁以下。

註三：參照テア・クラブ（石川 明・入稻福智共訳）「アメリカ合衆国における裁判外紛争処理（ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN THE UNITED STATES）」（法学研究第六五卷三号，一九九二年）七七頁以下；中野貞一郎「訴訟外紛争処理（ADR）の活用と弁護士の役割」（自由と正義一九九〇年四月号）四八頁以下；同・「司法改革の軌跡」（三ヶ月先生古稀祝賀論文集上，一九九一年）三五頁；吉野正三郎「西ドイツにおける民事紛争解決のための課題」（自由と正義一九九〇年四月号）六一頁以下；シンポジウム（北大法学会主催「裁判外の紛争処理（ADR）」（北大法学論集第四二卷四号，一九九二年）五九頁以下；山田 文「ADR手続の正当性に関する

予備的考察——ヒアリング調査の報告を兼ねて——」（判例タイムズ No. 825，一九九三年）四四頁以下；吉村徳重「裁判外紛争処理の動向とその分析」（法政研究五一卷三、四合併号，一九八五年）七一頁以下；M・カペレッティ＝ガース著（小島武司訳）「正義へのアクセス」（一九八一年）八七頁以下；小島武司「裁判外紛争処理機関の理論的法政策的検討」（判例タイムズ No. 728，一九九〇年）四頁以下；同・「調停適合事件の選別基準——アメリカ合衆国における代替的紛争解決の一断面とその示唆するもの——」（竜寄還曆論文集，一九八八年）三八七頁；棚瀬孝雄「裁判外の紛争処理機関」〔新実務民事訴訟講座(1)，一九八一年〕一二四頁以下；Prütting, Schlichten statt Richten?, JZ 1985, S. 261ff.; M・Cappelletti, Access to Justice and the Welfare State, 1981, P. 14ff.; M・Cappelletti and B. Garth, Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective, A General Report; Access to Justice, Vol. 1, 1978, P. 59ff.

註四：請參照邱聯恭「程序保障之機能——基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論之觀點——」（台大法學論叢第十七卷第一期，一九八七年）一七五、二三七頁，收錄於同・程序制度機能論（民事程序法之理論與實務第一卷，一九九六年）六一頁以下；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之分析——載於同研究會編「民事訴訟法之研討(三)」(一九九〇年)(下稱「民訴研討(三)」)七二七頁以下。

註五：司法院於民國八十年十二月公布「民事訴訟法修正草案初稿條文暨說明」以後，最高法院學術研究會、財團法人民事訴訟法研究基金會及財團法人台大法學基金會曾聯合舉辦有關修正草案之研討會，由王甲乙、楊建華、陳計男及邱聯恭等分別就調解程序及簡易訴訟程序以外之修正草案初稿內容，提出析述報告，並由法界人士參與研討。關於其研討內容，請參照前揭「草案析述」（見註二）。

在上開修正草案經公布以後，修正會自其翌年秋季開始，又續就民事訴訟法中有關調解程序之規定（即於民國七十九年夏甫經修正、公布施行之現行法），再加研修，終於擬成修正草案，並經完成立法程序，於民國八十八年二月三日公布施行，此即本文所研析者。

註六：行政院（法務部）就鄉鎮市調解條例所提出之修正草案，現正由立法院審議中。

註七：請參照註五之說明。

註八：請參照前揭「地方法院簡易庭受理案件分析」（見註一）七頁。

註九：修正條文不沿舊法稱「訴訟」而改稱「爭執」，係與調解事件應如何定性一事有關。此項修正係示明調解程序所處理之對象應有所別於訴訟事件，而含

有非訟事件性。是以關於調解程序，雖其仍被列於民事訴訟法中，尚有準用非訟事件法之可能，並非僅適用民事訴訟法而已（併請參照非訟事件法第一條）。

註一〇：在因於交通事故之請求損害賠償事件，往往遭遇舉證困難之問題，以致有酌予修正向來所用程序法理之需求。關於此，請參照民事訴訟法研究會第四十一次研討會之討論內容及其中邱聯恭之分析——載於民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討(四)」(一九九三年)(下稱「民訴研討(四)」)三〇五頁以下、三二五至三二六頁。

註一一：在因於醫療糾紛之請求損害賠償事件，受害者往往難以確切證明醫師之過失，以及醫療行為與醫療事故間之因果關係，以致如何減輕被害人之證明責任或公平予以分配於當事人間，於今成為仍待克服之問題。關於此，請參照中野貞一郎「醫療過誤訴訟における手続上の問題」（研修 No. 242，一九六八年）五頁以下；稻垣 喬「医事訴訟における因果關係の認定」（判例タイムズ No. 475，一九八二年）四二頁以下；吉野正三郎「西ドイツにおける医療過誤訴訟の現状と課題」（判例タイムズ No. 530，一九八四年）二〇頁以下；黑田直行「医療過誤訴訟における審理上の諸問題」（新実務民事訴訟講座 5，一九八三年）二九一頁以下；石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」（判例タイムズ No. 686，一九八九年）三一頁；賀集 唱「請求の構成と挙証責任及び訴訟指揮への影響」（判例タイムズ No. 686，一九八九年）一一頁；春日偉知郎「表明証明」（判例タイムズ No. 686，一九八九年）三五頁以下。

有鑑於此，如何充實、改善調解制度，活用其程序內容，以因應醫療紛爭之需求，乃亦成為現代必須面對之課題。關於此，另請參照中島弘雅「調停制度の展望」（石川 明等「民事調停法」，一九八五年）四七頁；畔柳達雄「医療事故訴訟の準備活動における問題点」（新実務民事訴訟講座 5，一九八三年）二一一頁；石橋 信「医療過誤の裁判」（一九七七年）一六一頁以下；山本隆司「実體法学からの問題提起」（年報医事法学二號，一九八七年）八〇頁；加藤一郎・鈴木潔編「医療過誤紛争をめぐる諸問題」（一九七八年）六〇頁、七八頁以下。

註一二：在探討如何充實裁判程序或建構紛争處理制度時，應併考慮在裁判過程「法」與「事實」常牽扯難分之現實。關於此之分析，請參照邱聯恭「草案析述」（見註二）一八三頁；同・「司法之現代化與程序法」（一九九二年）(下稱「司法現代化」)一四三頁以下、二二三頁。

關於「法」之意涵與程序法規範之關係，請併參照三ヶ月 章「紛争解決規範の多重構造」（同・「民事訴訟法研究第九卷」一九八四年）二四八頁以下。

註一三：關於應從費用相當性原理，探討如何健全有關小額事件之程序制度，另

請參照邱聯恭「司法現代化」(見註十二)二七二頁以下之闡述及其中所引用之文獻；新堂幸司「日本における調停制度の評価」(竜峯還林論文集，一九八八年)三八〇頁以下；小島武司編「調停と法」(一九八九年)一七七頁以下、一九五頁以下；Bruce E. Barnes・小島武司「日米調停制度の比較」(判例タイムズNo.581，一九八六年)九頁；六本佳平「紛争とその解決」(基本法学8，一九八三年)二九頁。

註一四：關於如何建構適合於家事事件之程序法制，請參照三ヶ月 章「家庭裁判所と家事紛争処理手続の特徴」(同・「民事訴訟法研究第十卷」一九八九年)二五七頁以下；楊建華「談人事訴訟程序修改之方向」一文及其相關研討會中邱聯恭之分析發言——載於中國比較法學會學報第十四輯(一九九三年)五七二頁以下及五九一頁以下；許士宦・林望民・李蒨蔚等在「邁向二十一世紀兩性平等的家事審判制度——婚姻、親子事件程序之修正與展望」公聽會之分析報告——載於法務通訊第一六三九至一六五七期(一九九三年)。

註一五：關於由調解委員運作之調解制度具有擴大國民參與司法之機能，請參照新堂幸司「日本における調停制度の評価」(見註一三)三八一頁；萩原金美「調停理論の再検討」(講座民訴①，一九八四年)二六五頁；小島武司「民事調停における国民の参加」(別冊判例タイムズNo.4，一九七八年)三四頁；小山 昇「民事調停の存在意義」(同上)三〇頁；石川 明・尾村太市編「注解民事調停法」(一九八六年)一二四頁。

註一六：關於調解程序上所提示之解決事件方案具有仲裁要素、非訟要素，請參閱邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之分析——載於「民訴研討③」七三四頁。

註一七：請參照本書所收錄「仲裁契約之妨訴抗辯效力」一文內註四〇之說明；本書所收錄「程序選擇權之法理」一文內註三三之一之說明。

註一八：關於民事事件類型處理必要論，請參照邱聯恭「程序保障之機能」(見註四)一九八頁以下；同・「草案析述」(見註二)一八一頁下。

註一九：關於仲裁所具有異於訴訟之特徵・機能，請參照本書所收錄「仲裁契約之妨訴抗辯效力」一文內「貳、二」。

註一九之一：在現代社會，為因應紛争事件之多樣化、複雜化及價值觀之多元化，調解委員制更被肯定具有獨特之機能。關於此，請參照中島弘雅「市民の司法参加」(岩波現代の法5，一九九七年)一二一頁以下；守屋 明・紛争処理の法理論(一九九五年)一三四頁以下。

註二〇：隨社會之急劇變遷，僅憑職業法官所認識之經驗法則，已難處理特需借重科技等法律以外專門知能之紛争事件。關於此方問題之指明，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十八次研討會之分析(載於「民訴研討④」一四〇頁、

一六二頁以下)。

註二〇之一：關於民事訴訟制度之目的為何，筆者係提倡法尋求說予以理解，是亦應準此解說民事調解制度之目的〔請見邱聯恭「民事訴訟之目的」(同・程序制度機能論，民事程序法之理論與實務第一卷)一五六頁以下〕。與此不同，從紛争解決說理解民事調解制度之目的者，請參照中村雅磨「民事調停の特質について」(中村英郎古稀上・民事訴訟法学の新たな展開，一九九六年)四四四頁以下。

註二一：我國向來所採職業法官制存有種種缺點，有待改善。關於此方面之問題提出與探討，請參照邱聯恭「司法現代化」三一頁以下、五八頁以下。

註二二：關於法曹一元制之意義及其與司法民主化之關係，請參閱邱聯恭「司法現代化」三一頁至三九頁；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十九次研討會之分析(載於「民訴研討④」)二一二頁、二三二頁。

註二三：關於程序選擇權之法理基礎，請參照本書所收錄「程序選擇權之法理」一文。

註二四：關於聲請發支付命令事件所顯現之程序法理交錯適用現象，請參照邱聯恭「程序制度機能論」七九頁、九四頁。

註二五：關於通常程序與簡易程序間之程序轉換，請參照邱聯恭「司法現代化」(見註十二)三三〇頁。

註二六：參照邱聯恭「程序制度機能論」(見註四)八一頁以下。

註二六之一：於筆者所倡程序法理交錯適用及程序轉換等法理已然前導立法論及解釋論之後，晚近，日本論者亦主張，宜改變向來之態度，而重新從立法論上檢討仲裁制度與訴訟制度等二者間相互轉換、架橋之可能性。關於此，請參照佐々木吉男「民事訴訟制度と他の紛争解決制度との法的架橋」(中野貞一郎古稀・判例民事訴訟法の理論上，一九九五年)二〇頁。

註二七：正式仲裁係相對於非正式仲裁而言，關於此，請參照本書所收錄「仲裁契約之妨訴抗辯效力」一文內「參、二」。

註二八：參照邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」(民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討②」(一九八七年)(下稱「民訴研討②」)四四五頁以下；新堂幸司「訴訟と非訟」(民事訴訟法の争点，一九八八年)一六頁；佐上善和「訴訟事件の非訟化に関する一考察」(民事訴訟雑誌第二二號，一九七六年)三頁以下；小島武司「非訟化の限界について」(中央大学八〇周年記念論文集，一九六五年)二九九頁以下；林屋礼二「裁判を受ける権利と非訟事件」(ジュリスト増刊 憲法の争点，一九八五年)一四三頁。

註二九：就訴訟程序，修正會另亦增訂有關非訟化之規定。關於此，請參照邱聯恭「草案析述」(見註二)二一五頁。

註三〇：修正條文第四〇九條之一增設由調解法官運作之保全處置制度，其第一項規定為「為達成調解目的之必要，法院得依當事人之聲請，禁止他造變更現狀、處分標的物，或命為其他一定行為或不行為。……」

此項調解程序上之暫時性處置，係屬非訟事件法上保全處分（必要處置或保全措施）之一種，關於其運用、效力等事，尚多有待今後闡述或探討之問題。在此，為便利瞭解其制度在民事程序法上之特殊性，特就非訟程序上保全處分與民事訴訟法上假處分之主要不同，試加比較如下，供為參考。

按：非訟法上假處分（保全處分）與民訴法上假處分，雖然均係在各該事件之本案裁判以前或其確定以前所採行之暫行性措施，而有助於保全、實現各該本案裁判之目的，藉此保護利害關係人或當事人，避免其因本案裁判之時間上遷延，蒙受不必要之危害。不過，此二種假處分在程序之性質、結構及效力等方面，互有如下之不同處。

非訟法上假處分（如：上開新設之保全處置）係其本案程序（本案非訟程序，如：調解程序）之一部分，恒由同一法院（裁判主體）即受理本案之非訟法院（如：調解法官）為審理、裁判，而非獨立於本案程序以外之另一程序，因此，對本案裁判而言，實具有中間裁判（Zwischenentscheidung）或中間處分（Zwischenverfügung）之性質（vgl. Fritz Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1955, S.224ff.; Walther J. Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7Aufl., 1983, S. 173ff.）。

與此不同，民事訴訟法上假處分則係獨立於其本案訴訟程序以外之另一程序，由互不相同之法院（裁判主體）為審理、裁判。除法律規定非訟法院可依聲請為假處分者（如：上開增訂之條項定為「聲請」之情形；依民法第一一七八條之一、非訟事件法第七十八條第四項，許利害關係人或檢察官聲請非訟法院在遺產管理人選定以前為保存遺產之必要處置。據此，非訟法院得在就本案之遺產管理人選定管理人選定事件為裁判以前，命為一定之不作為或定暫時狀態之假處分）以外，非訟法上假處分通常係基於非訟事件之職權性及合目的性，為因應本案裁判以前之緊急狀況，由非訟法院發動職權為之，非必以承認當事人或利害關係人有聲請權為基礎，利害關係人縱提出聲請，充其量僅屬促使發動職權之性質而已。基此，非訟法上假處分係以其本案非訟事件已繫屬於非訟法院為前提，其審理程序應適用職權進行主義、職權探知主義並限制處分權主義等原則〔參照非訟法第十六條；關於審理非訟事件之原則，請參照邱聯恭「程序制度機能論」一一六頁以下〕。可是，民訴法上假處分則因債權人之聲請而開始程序，可於本案訴訟繫屬以前為之，而不必以本案訴訟之繫屬為前提，其審理程序主要係適用民事訴訟法上之原則——如：含舉證（釋明）責任在內之辯論主義。

作成民事訴訟法上假處分裁定之法院與其執行法院、本案法院在形式上係分別獨立。可是，下非訟法上假處分裁定（必要處置）之法院則與其事件之本案法院恒為同一，該假處分之程序乃其本案程序之一部分，而非各別獨立之程序；除另有規定外，原則上非訟法上假處分由下裁定之法院依職權針對各該事件之目的達成而為執行，其執行係為了保全、實現本案裁判之目的，並非僅為特定債權人而為之，是與民事訴訟法上假處分之執行，原則上依聲請為之者有所不同。

在非訟程序上，其本案事件未必有對立之當事人及本案請求權（非必有被保全之實體私權），並無如民事訴訟法就一般保全處分設有命為起訴之制度（依民訴法第五三三條準用第五二九條），在非訟事件之本案程序開始以前，不應先命為假處分。不過，就真正訴訟事件，應如何準用民訴法上規定，則屬另一問題。〔關於真正訴訟事件之特徵及準用民訴法之可能，請參照邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」（「民訴研討」）四四八頁以下〕。

民訴法上假處分之撤銷、變更通常係因民訴法所規定之事由，依聲請為之；而非訟法上假處分之撤銷、變更則恒得依職權為之，此乃因非訟事件（職權事件）之合目的性及職權裁量性所使然，原無待於法律之明定，是與原則上採當事人主義之民訴法上假處分有異。（其他相關問題，另請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十七次研討會之分析、說明——載於「民訴研討」第九七至一〇二頁。

註三一：請參照註二八及註二九之說明。

註三二：在我國的傳統文化背景下，調解制度之充實及運用，應特別留意避免導致壓抑國民權利意識（法意識）健全發展之後果。關於此方面問題之提出及分析，請參照邱聯恭「司法現代化」一頁、五至七頁內註三及註四之說明。

又，在上開問題提出之前後時期，以曾受儒家思想（「和為貴」等觀念）影響之東方文化背景為探討對象，試與德國有關調解之思想加以比較之結果，有認為不應一味受制於「和為貴」而過分滿足於調解制度之機能發揮者。關於此，請參照石部雅亮「歷史的比較法的考察の對象としての調停制度」（石部雅亮・松本博之編「法の實現と手続——日独シンポジウム——」（一九九三年）二九九頁以下；ディーター・ライポルト「現実とユートピアの狭間」にある調停思想」（同上）三二二頁以下。不過，此類見解，因未同時充分顧及本文所準以評析修正條文之觀點（參照本文「參」之說明），尚值得今後繼續探討之問題。

註三三：大陸法系諸國所沿襲承認之「法官知法」原則，不應含有無須保障當事人之程序主體權及程序參與權等意義在內。關於此方面之闡述，請參照邱聯恭「司法現代化」一四二頁以下。

註三四：隨著社會之變遷，向來所抱持之程序法理二元分離適用論，已難充分因應民事紛爭事件類型多樣化之需求，而有必要嘗試另行構築中間程序法理。關於此方面問題之探討，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)」）四二九頁以下；同「程序保障之機能」（見註四）一七一頁以下；新堂幸司「民事訴訟法」（一九七四年）二一頁；鈴木正裕「訴訟と非訟（演習民事訴訟法上）」一九八七年）三六頁；小島武司「非訟化の限界について」（見註二八）三四一頁以下；林屋礼二・小島武司編「民事訴訟法ゼミナール」（一九八五年）一六〇頁。

【本文係就作者口述、許士宦律師（嗣受聘任台大法律學院助理教授）整理，然後連名發表於東海大學法學研究第八期（一九九四年）之論文，經調整題名並補加部分內容、註釋而成。】

仲裁契約之妨訴抗辯效力

——評最高法院八十一年度第三次
民事庭會議決議——

壹、問題之提出	217
貳、仲裁契約之法理基礎	220
一、程序選擇權之法理	220
二、仲裁契約之法理基礎	224
參、仲裁契約存在抗辯之效力	229
一、仲裁契約存在抗辯之定位	229
二、仲裁契約之該當性	231
三、涉外仲裁契約之妨訴抗辯效力	236
肆、展望——結語	238
※註釋	239

壹、問題之提出*

最高法院八十一年度第三次民事庭會議決議，雖肯定涉外商務仲裁契約有妨訴抗辯效力，卻引發法學界及司法界疑問：「仲裁契約是否均有妨訴抗辯效力？」此為仍待繼續探討解決之問題。該會議之決議文為：

『按仲裁制度之基礎在於仲裁契約，國內仲裁如此，涉外仲裁亦然。所謂涉外仲裁契約，係指當事人之國籍、住所、契約訂立地或仲裁程序進行地等各項之一，含有涉外因素之仲裁契約或條款而言。在立法例上，我國商務仲裁條例並未如英、美、法等國設有內國仲裁契約與涉外仲裁契約之區分。我國商務仲裁條例第三條僅規定：「仲裁契約如一造不遵守，而另行提起訴訟時，他造得據以請求法院駁回原告之訴」，而該第三條規定，係由第一條接續而來，依第一條第一項規定：「凡有關商務上現在或將來之爭議，當事人得依本條例訂立仲裁契約，約定仲裁人一人或單數之數人仲裁之」。是第一條既謂「依本條例訂立仲裁契約」則此項仲裁契約，顯屬我國內國仲裁契約，故第三條所指之仲裁契約，亦屬內國仲契約，並不包括涉外仲裁契約在內。因此涉外仲裁契約之當事人，尚難逕適用商務仲裁條例第三條規定，主張妨訴抗辯。惟現代國際貿易發展迅速，商務仲裁制度日形重要，國際間之仲裁契約亦日益盛行，聯合國外國仲裁判斷之承認及執行公約（紐約公約）第二條第三項即規定：「當事人就糾紛事項訂有本條所稱之契約者，締約國之法院受理該訴訟時，應依當事人一方之請求，命當事人將糾紛交付仲裁。但其約定無效，不生效力或履行不能者，不在此限」。我國有鑑於涉外仲裁，與推展國際貿易，息息相

關，乃於民國七十一年六月十一日修正商務仲裁條例，增訂第三十條至第三十四條，明定在中華民國領域外所作成仲裁判斷之定義、承認及其執行，惟就仲裁制度之基礎即涉外仲裁契約之存在並未一併作配合之增訂，以致發生畸形現象。申言之，當時之修法，僅及於仲裁判斷層面，而未及於仲裁契約問題，因此商務仲裁條例第三條妨訴抗辯之規定，仍無法適用於涉外仲裁契約，此項疏漏，顯造成法律之漏洞。為補救此一立法之不足，應認涉外仲裁契約，其當事人之一方不遵守，逕向我國法院起訴時，他方得類推適用我國商務仲裁條例第三條之規定，為妨訴之抗辯。」（註一）

在二十世紀末之今日，上開決議文提出仲裁契約（含涉外仲裁契約）有無妨訴抗辯效力之問題，不僅表達了最高法院致力於因應社會新需求之問題意識，亦凸顯了運作民事裁判制度之時代背景，具有相當之非常性意義。亦即，第一，其問題提出有助於喚起司法界及法學界著手探究：在社會生活將隨著產業、科技之高度發展而急速趨於複雜化、國際化的二十一世紀，為因應社會變遷，並為面對因國民權利意識之高漲而加劇發生之「訴訟洪水（Prozessflut）」現象，應如何致力擴充裁判之代替制（alternatives to the judicial system）；又應如何認知裁判制度與仲裁等裁判外紛爭處理制度之功能上關聯性及互動關係為何？（註二）第二，其問題提出實具有推動整理向來存在於審判實務之問題狀況，並促使加緊從學術上予以深入研究之價值作用。換言之，以此次之問題提出為契機，嘗試了解其相關研究績效之結果，不難察知：在我國向來之審判實務及學說上，就下列諸問題之解答，迄今尚乏定論，且有成果累積猶嫌不足之憾。（註三）

亦即，商務仲裁條例（以下略稱為條例）第三條規定：「仲裁契約，如一造不遵守，而另行提起訴訟時，他造得據以請求法院駁回原告之訴。」以及予以修正之新仲裁法第四條第一項規定：「仲裁協議，

如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁。但被告已為本案之言詞辯論者，不在此限。」（註三之一）其所謂之仲裁契約（仲裁協議、仲裁合意）是否限於依同法第一條規定訂立者（限於以書面方式作成並約定仲裁人為奇數之情形）？如其不然，則就內國仲裁契約而言，難道對於以口頭訂立或約定仲裁人為偶數之仲裁契約，亦均有上開規定之適用？又，如認為限於依同法第一條規定所訂立之仲裁契約始有上開規定之適用，則就涉外仲裁契約而言，其以外國法容許之方式（如：日本民事訴訟法上有關仲裁之規定係容許以口頭約定仲裁人為偶數）所訂立之仲裁契約，是否因其不合同法第一條規定之故，即全無適用上開規定之可能性？承認此項可能性之理由，是否應求諸於有關如何判定涉外仲裁契約有無「妨訴抗辯」效力之準據法，而不應求諸於將上開規定解釋為：其所謂仲裁契約係當然包含涉外仲裁契約在內，且全不須受同法第一條規定之限制？

再者，上開最高法院決議文內逕指稱條例第三條為妨訴抗辯之規定，而認為其所規定之「請求駁回原告之訴」等內容，並不適用於涉外仲裁契約，而應另採類推適用之方法，補救法律之漏洞。此項有關「妨訴抗辯」之指稱，既未見諸於現行民事訴訟法、條例或新仲裁法之明文，是否另有其沿革上或學問上之軌跡可尋？何以承認當事人得主張仲裁契約存在而「請求駁回原告之訴」或拒絕為本案辯論而聲請裁定停止訴訟程序（以下亦略稱為「仲裁契約存在抗辯」）？其法理基礎何在？是否亦通用於涉外仲裁契約？亦即，應否認為在國內提起之涉外訴訟（內國訴訟），當事人亦可基於涉外仲裁契約（外國仲裁契約），提出妨訴抗辯或仲裁契約存在之抗辯？如認為應然，其根據為何？又，如受訴法院認為該項抗辯為有理由時，可否採用我國法所未明認之裁判方式、內容？此時，首開最高法院決議文所引用紐約公

約第二條第三項規定內容所示「命當事人將糾紛交付仲裁」，是否含有妨訴抗辯及駁回起訴以外之意義？其是否之判斷標準，應否求諸於有關決定涉外仲裁契約有無「仲裁契約存在抗辯」或「妨訴抗辯」效力之準據法？

貳、仲裁契約之法理基礎

一、程序選擇權之法理

憲法在承認國民主權之同時，亦保障國民享有自由權、訴訟權、財產權及生存權。依據此等基本權之保障規定，在一定範圍內，應肯定國民之法主體性，並應對於當事人及程序之利害關係人賦予程序主體權（程序主體地位）。此即所謂程序主體性原則，乃立法者、法官及程序關係人（含當事人）間從事有關程序制度（如：訴訟制度、仲裁制度）之立法活動、運作現行法制或為程序上行為時，所須遵循之指導原理。（註四）

準此，程序當事人即程序主體亦應是經由程序制度之使用以形成、解釋及適用「法」之主體；應受適時審判請求權及公正程序踐行請求權之保障，俾其利益不致受審理活動所減損。因此，立法者及法官均應對於程序關係人，就關涉該人利益、地位、責任或權利義務之程序制度，賦予相當之程序參與權及程序選擇權，藉以實現、保障程序關係人之實體利益（因客觀真實之確定、正確裁判之達成、系爭實體私權之實現所可獲得之利益）及程序利益（因簡速化程序制度之利用或避不使用煩瑣之程序制度，所可節省之勞力、時間或費用）。亦即，程序制度之制訂者（立法者）及運作者（如：法官、仲裁人）不僅應

致力於保障程序關係人之實體利益，也應避免對其造成程序上不利益（因未獲有相當機會使用簡速化之程序制度所造成之勞力、時間或費用之額外付出），以致減損其系爭標的外之財產權、自由權等。

要之，關於程序制度之創設或運作，立法者或法官均應致力兼顧程序關係人之實體利益及程序利益，而賦予其有平衡追求此二種利益之機會。基於上開法理，成為程序主體之當事人，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利益，以避免因其程序之進行招致減損系爭實體利益或系爭標的外財產權、自由權之結果。蓋以程序上不利益之發生，實無異於消耗系爭之實體利益，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。（註五）

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益，應認為：民事訴訟法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；亦係為了使當事人有機會藉此追求程序利益（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。就此而言，處分權主義乃確保程序主體權之一手段。（註六）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。

循此而論，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，以及認為不應求其根據於憲法上財產權及自由權之見解，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，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。（註七）

基上認識，民事程序制度之創設、擴充及運作，必須兼顧程序關係人之實體利益及程序利益，予以等量齊觀，並賦予當事人有平衡追求此二利益之機會。在此意義上，民事程序制度應以追求確定存在於實體利益與程序利益之平衡點上的「真實」即「法」為首要目標，並應在無害於公益（全國納稅人使用程序制度之利益）之一定範圍內，賦予人民及程序當事人有程序選擇權，俾其得有機會選用較有助於平衡追求實體利益及程序利益之程序制度。（註八）

基於此項程序選擇權之法理，現行法上已有種種制度設計供用。其中，有承認爭議當事人之一方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者，例如，海商法第一二一條及非訟事件法九九條就共同海損計算確定事件所承認者即是。又，法律另亦多有承認當事人得以合意選擇程序，以減少勞費而追求程序利益之情形，例如：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，求法院為其審理原應適用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，致造成程序上不利益。此外，調解（如：法官面前之調解、鄉鎮市調解委員會之調解）及訴訟上和解等制度，則係承認程序當事人得

較量各該事件所涉實體利益與程序利益之大小輕重，合意選擇訴訟（裁判）制度或裁判外紛爭解決制度。

綜上說明可知，程序選擇權之承認，亦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，並非僅以私法自治之原則為根據。此種程序選擇權之法理，應成為立法者制訂程序法及法官解釋現行法、運作程序制度之指標。並且，程序選擇機會之賦予，實即意味保障人民及當事人更有機會參與程序以影響「法」之發現及裁判之形成，藉此伸展國民之法主體性。亦即，從其與本文論題之關係而言，賦予當事人有選用仲裁制度或訴訟（裁判）制度之機會，實即保障當事人得選擇循訴訟程序或仲裁程序確定「真實」即尋求發現「法」。況且，在法官非必恒較仲裁人受當事人信賴之情況下，或就特需憲法律以外之專門知能為判斷之某些類型事件（如：涉及公害、國際貿易或科技產品瑕疵之紛爭事件），法官非必常較仲裁人具有該事件之處理所需要之知能等情形，如強求當事人循訴訟程序解決紛爭，將非必恒有助於當事人追求實體利益（發現真實、正確裁判）及程序利益（促進程序、迅速裁判）。（註九）毋寧是，在程序選擇權獲得保障之前提下，循仲裁程序所尋得的「法」（存在於實體利益與程序利益之平衡點上的「真實」即「法」），較諸在未賦予該項保障之情形下，令使當事人循訴訟程序所尋得的「法」，更具有期待、要求當事人接納、信守之法理基礎。蓋因前者（循仲裁程序所尋得的「法」）較能平衡兼顧當事人之實體利益及程序利益，而有助於鞏固當事人之程序主體地位及保障適時審判請求權。為此，今後立法者應致力於擴充仲裁制度。例如，除有關仲裁之特別法（商務仲裁條例）以外，應再考慮增訂其普通法（如德、日等國在民事訴訟法中設有關仲裁之通則性規定或另行制訂專法），俾使人民就非商務紛爭（如：因於交通事故之損害賠償事件……）亦有選擇使用仲裁程序之機會。

（註一〇）（註一〇之一）又，就仲裁制度之運作而言，應基於程序選擇權之法理，闡釋仲裁契約之程序法上性質、意義。就此，擬續予申論如下。

二、仲裁契約之法理基礎

仲裁契約係指當事人間將特定紛爭交付第三者即仲裁人為判斷，且願服其判斷之合意。通常，此項合意有存在於一般交易契約中之仲裁條款者（註一一），亦有經表明於獨立之仲裁契約者。不論其中何種情形，當事人均係經由合意之達成，選擇循仲裁程序而放棄循訴訟程序解決紛爭。一般當事人之所以選擇循仲裁程序解決紛爭，常由於有意借重仲裁具有較切合、較能滿足其個案需求之機能，此類機能每較有助於追求程序利益或作成較具彈性、妥當性之判斷。（註一二）析言之，當事人係採用訂立仲裁契約之方式，合意選用仲裁程序。為達成此項合意，實際上當事人間已先較量仲裁程序與訴訟程序所涉實體利益及程序利益之大小輕重，終於有所取捨而作成決定。此種合意，係兼以程序之選擇、處分為對象內容，而含有處分程序之性質、作用，並非僅以系爭標的（財產權）為其處分之對象。換言之，當事人間合意捨訴訟而取仲裁為解決紛爭手段之行為，實即有關是否進行特定程序之表意，亦即一致決意在一定時點開始仲裁程序，而不開始訴訟程序。此種行為，在民事訴訟法採用處分權主義及就程序之開始承認當事人進行主義等前提下，原為法所容許，且符合無訴即無裁判、無訴求即無法官（*Nemo iudex sine actore*）之原理（註一三）。此種有關選用、進行程序之合意，乃國家法即程序法所認程序處分權（程序法上處分權）之一種行使形態，非僅就系爭標的（實體私權）行使實體法上處分權而已，自難謂其僅以私法自治原則或私法上契約自由之原則

為基礎。此時，宜特別留意，當事人間行使上述程序處分權而選用仲裁程序之合意，係屬平衡追求實體利益與程序利益之行為，兼含有實體法上要素及程序法上要素，且同時併以顧全系爭標的（財產權）外之財產權、自由權等，或不使此等權利受減損為其合意行為所追求之目的、對象。蓋以：當事人係一方面藉仲裁合意將系爭法律關係交付仲裁判斷，以追求實體利益（因系爭法律關係存否所可能取得之利益）。就此而言，仲裁契約之訂立，乃實體法上處分權之行使形態，而以私法上契約自由之原則為主要基礎，難否認其含有濃厚之私法自治色彩。同時，另一方面，當事人係經仲裁合意之達成，試圖借助於仲裁程序之利用，避免蒙受因利用訴訟程序所可能造成之程序上不利利益（逾於利用仲裁程序所將隨伴付出之勞力、時間或費用），並使不致額外減損系爭之實體利益及系爭外之財產權、自由權等（含：因其他交易機會之確保所可能取得之利益）。（註一四）就此方面而言，仲裁契約係植基於上開意義之程序處分權及源於此之程序選擇權，究非僅以私法自治或私法上契約自由等原則即能盡其底蘊。事實上，引導如此理解之法理亦存在於法律（民事訴訟法第四二七條第三項）賦予當事人程序選擇權，使其得據以就通常事件合意選用簡易程序之情形，已如上述。在此情形，當事人之合意，一方面係將系爭法律關係提請依簡易程序審理，以追求因該法律關係判斷為存否所可取得之實體利益，而含有實體法上要素；另一方面則係同時選擇循簡易程序以平衡或優先追求程序利益（因不使用通常程序所可節省之勞力、時間或費用），而包含有程序法上要素。

總之，在解釋、運用有關仲裁契約之訂立及其效力之法律（如：我國仲裁法；德、日等國民事訴訟法中有關仲裁之規定）時，亦應顧及程序選擇權之法理及其所由自之程序主體性原則〔併請回顧上述「一」之說明〕，據此處理仲裁契約所含有之上開程序法上要素，而

不應僅將視野侷限於其契約所關涉之實體法上要素。此項程序選擇權論之觀點，固然為檢討一般仲裁法制（檢討應否制訂有關仲裁之普通法）時所必要；對於省思僅以商務紛爭為規範對象之程序特別法（如：舊商務仲裁條例），亦屬不可欠缺。因為商務活動特別重視經濟效益，強烈需求使用有助於避免招致程序上不利益之紛爭解決制度，此項需求尤其顯現於國際商務紛爭之處理過程。（註一五）

準此而論，關於仲裁契約之法律適用，一方面須對應於上開實體法上要素，尋求其規範所需之準據法（實體法）；另一方面則須對應於上開程序法上要素，決定其規範所需之準據法（程序法）。並且，就後者之決定，應充分顧慮上開程序處分權、程序選擇權之法理，而不應僅以強調私法自治原則為能事。基上認知，關於仲裁契約之定性、定位，應從上述程序選擇權說之觀點，重新檢討向來學說之妥當性，而不應予以原樣移用於有關涉外仲裁契約之定性。否則，將不足以周延解說、處理仲裁契約所同時含有之上開實體法上要素及程序法上要素。析述之：

（一）訴訟契約說之缺陷：此說亦稱訴訟法說，乃德、日等國之通說，係認為仲裁人之仲裁判斷屬司法行為，而非實體法上形成行為；並且，仲裁契約之主要法律效果為排除法院之審判權、使生妨訴抗辯，因此應將仲裁契約定性為訴訟契約云云。（註一六）如採此說，則仲裁契約屬程序法上行為，應適用「程序依法庭地法」原則。（註一七）其結果，涉及仲裁契約之問題，將全面依法庭地法處理，而難準以就國際仲裁適用外國法。此項結論，就處理仲裁契約所涉程序法上效力事項（如：一造可否請求駁回他造違反仲裁契約之起訴，即有無妨訴抗辯效力）而言，固然尚有符合「程序依法庭地法」原則之一面，值得肯定。

可是，就該契約所含實體法上要素之處理而言，其說所導致無從

適用外國法之結果，則難符國際仲裁、國際條約之實際，且有無視私法自治原則之缺憾。況且，訴訟契約說並未同時顧慮到程序選擇權之法理，忽略其與處分權主義均具有憲法上基礎（註一八），以致未充分意識到平衡追求實體利益與程序利益之必要及可能。

（二）實體契約說（實體法說）之缺陷：其說認為仲裁契約係當事人於訴訟外或訴訟前所訂立，以發生實體法上義務為目的之契約云云。

（註一九）一九五八年之紐約條約第五條第一項第一款之規定（其內容為：「將紛爭交付仲裁之合意，如依當事人所指定為準據法之法律係屬有效者，不得拒絕其仲裁判斷之承認、執行」），係就仲裁契約之準據法的決定，肯定適用當事人自治之原則。其規定多有被國際間所採用之趨勢，亦係將仲裁契約認屬實體法上契約，而以此決定國際私法上之準據法，並非認仲裁契約為程序問題而適用法庭地法。此類實體契約說，在法律承認當事人自治原則之範圍內（參照我國涉外民事法律適用法第六條之規定），固然不妨採為解釋國內法之準據，具有值得肯定之一面。可是，其說疏未同時顧慮：在一定範圍內，承認當事人得基於程序選擇權，合意選擇程序之必要性及可能性等問題，尚有商榷之餘地。何況，事實上，當事人係經由訂立仲裁契約之途徑，先選擇所循以解決紛爭之程序，其次始選擇所準據之實體法。就其選擇程序而言，係合意使發生程序法上效果，畢竟難否定仲裁契約含有應準據程序法處理之程序法上要素，自不宜予以一概定性為實體法上契約。

（三）混合契約說之缺陷：此說認為仲裁契約係同時含有實體法上要素與訴訟法上要素之一個混合性契約。依其說，一方面仲裁契約係就訴訟標的為處分之行為，此部分屬於訴訟法上要素；另一方面因其契約當事人負有盡力促進仲裁程序之義務，此部分屬於實體法上要素。

（註二〇）此說指明仲裁契約含有二重要素，有助於依其要素之不同，

分別為具體妥當之處理，較諸上開訴訟契約說及實體契約說更能掌握仲裁契約之現實，有其值得肯定之一面。可是，其說疏未意識到：當事人訂立仲裁契約選擇循仲裁程序解決紛爭一事，常同時有關於避免系爭標的外財產權、自由權等被隨伴於訴訟程序之額外付出（程序上不利利益）所減損，並非僅涉及系爭標的（系爭實體利益）之處分而已。亦即，仲裁契約之訂立既尚涉及程序利益（系爭標的外財產權等不因訴訟程序上花費致生減損、因仲裁程序之利用所可能節省之花費）與系爭實體利益之較量，而有關於對程序選擇權法理之應有認知等基本問題，此類認知卻為混合契約說所忽視。

四除上述諸說外，尚有主張仲裁契約係一種特殊契約或既非訴訟契約亦非私法契約者。（註二一）其說之主旨係認為不宜逕將既存之契約型態套用於仲裁契約，而應將之列為特殊型態之契約，然後以訴訟法加以規制云云。此類學說亦未能充分意識到程序選擇權之法理，以致疏未處理有關平衡追求實體利益與程序利益之問題，難免同受如上所述之批評。

綜上所述，就與本文論題之關連言之，關於仲裁契約之定性，實不能否認其除含有實體法上要素以外，亦同時含有程序法上要素。並且，其間尚有當事人衡量實體利益與程序利益，進而選擇程序之行為。因此，於判斷仲裁契約之效力時，縱使認為就其中之實體法上要素，須適用其所應準據之私法或私法自治原則為處理，亦另須針對該程序法上要素及程序選擇行為之效力，尋求其所應準據適用之程序法（含：「程序依法庭地法」原則），而不宜在未細加分辨該二種要素之情況下，無條件援用上開私法原則。首開最高法院決議已否充分意識及此，似值推敲。

參、仲裁契約存在抗辯之效力

一、仲裁契約存在抗辯之定位

在仲裁契約存在中，如當事人之一造竟就雙方約定應付仲裁之紛爭提起訴訟時，受訴法院應如何處理，乃仲裁法上應解決之問題。此項問題亦可能發生於仲裁程序正繫屬中，一造竟提起訴訟之場合。關於此問題之處理，條例於其第三條規定「……他造得據以請求法院駁回原告之訴。」而非僅定為受訴法院得因他造之主張（聲請）命付仲裁或中止訴訟程序，是與紐約公約及聯合國示範仲裁法之規定有所不同，（註二二）惟新仲裁法第四條則改採依聲請之裁定停止訴訟制。（註二二之一）

又，我國民事訴訟法未如德國舊民事訴訟法第二七四條將「應受仲裁判斷」列為抗辯事由之一而設妨訴抗辯（Prozesshindernde Einrede）之規定。（註二三）可是，條例第三條所規定之內容，則與德國為取代該舊法而設現行民事訴訟法第一〇二七條之一規定「應依被告主張以起訴為不合法予以駁回」等旨趣相近，二者之規範對象相同，而異於日本未設同類規定之情形。因此，從學問繼受之沿革而言，在我國縱將條例第三條所認仲裁契約存在之抗辯稱為妨訴抗辯，似亦無可厚非，而不同於一般訴訟要件欠缺之主張多有不宜改稱為妨訴抗辯之情形。（註二四）此項論旨亦宜適用於新仲裁法施行後之今日，因為依其第四條第一項，被告得主張仲裁合意存在而拒絕行本案辯論，所以其仍具有妨訴抗辯性。問題是，其所認仲裁契約存在之抗辯，應如何於民事訴訟法上定位？其法理基礎何在？受訴法院認該抗辯為有

理由時，究應依民事訴訟法之何項規定，以判決或以裁定之方式處理之？

其實，上開規定係認仲裁契約存在為消極的訴訟要件，使一造之起訴因他造抗辯該契約存在而成為不合法，並要求受訴法院不得進行訴訟程序。此種效力，係上開規定對於合意選擇仲裁程序之行為所賦予者，乃當事人行使法律所認程序處分權、程序選擇權之結果〔再請回顧上述「貳二」〕，應屬程序法上效力，而非僅依私法自治原則或實體法規所發生者，是與一般私法上交易行為有異（註二五）（註二五之一）。並且，就契約當事人係約定循仲裁程序服第三人（仲裁人）之判斷以解決紛爭而言，仲裁契約固然亦含有不起訴之意思，並可能發生其該當之效力。可是，仲裁契約之所以發生此項效力，係因程序法明認程序選擇行為之結果，是與一般不起訴合意常結合於其他訴訟外和解或協議，而非必出於定型性程序選擇行為之情形，亦有不同。（註二六）

要之，條例第三條及新仲裁法第四條均就仲裁合意內程序法上要素所認仲裁契約存在之抗辯，係屬有關於訴訟要件之訴訟法上抗辯，而非實體法上抗辯。又，一造當事人依同條主張仲裁契約存在之抗辯經受訴法院認為有理由時，他造當事人之起訴應成為自始有不得進行訴訟程序之不合法。就此類不合法，我國民事訴訟法第二四九條第一項第六款原設有應以裁定方式駁回之總括性規定，而不同於日本無如條例第三條規定之情形。（註二七）因此，日本向來有關仲裁契約存在抗辯之定性論（註二八），以及其對於仲裁契約存在所採用之「訴訟判決」方式，均非當然可援用於我國。（註二九）不過，新仲裁法第四條第二項已設有裁定駁回之明文，可為直接之依據。

想附言者，由於上開規定係以肯定當事人有程序選擇權、程序處分權為前提，因此在有關其所指仲裁契約存否之審理程序上，應認為

仲裁契約存在係屬抗辯事項，而非職權調查事項；並且，有關仲裁契約存否判斷之基礎資料，應依辯論主義蒐集。同時，由於仲裁契約存否之判斷，對於本案審理之歸趨，必然發生重大影響，所以受訴法院於審理仲裁契約存否之合法要件時，應致力防止發生突襲性裁判，賦予當事人辯論或陳述意見之機會，以保障其聽審請求權。（註三〇）此項程序保障，對於鞏固有關仲裁契約存否裁判具拘束力之正當化根據，實屬必要而不可欠缺。（註三一）

二、仲裁契約之該當性

仲裁契約既係以當事人間之意思為基礎，自可能隨著其合意內容或當事人間實際需求之不同，呈現不盡相同的合意型態。此等型態不同之合意內容，如均約定將有關一定法律關係之爭議交付仲裁人判斷並願服其判斷，而各具備仲裁契約之基本要素，仍屬學理上所謂之仲裁契約（仲裁合意、仲裁協議）。問題是，此等不同型態之契約是否必然均該當於上開有關仲裁契約存在抗辯之規定所指之仲裁契約？如其未必然，則不該當於其所指仲裁契約以致未能依其規定發生仲裁契約存在抗辯（妨訴抗辯）之效力者，是否可能發生其他訴訟法上效力？又，應否或可否將仲裁契約分成具有其所認之效力者及無之者等二種？此亦為探討如何判定涉外仲裁契約有無妨訴抗辯效力以前，宜先澄清之問題。

一般而言，仲裁契約所合意之仲裁，除機構仲裁（institutional arbitration）及正式仲裁（義大利的 *arbitrato rituale*）外，尚有所謂個別仲裁（*ad hoc arbitration*）或非正式仲裁（即自由仲裁，*arbitrato irrituale*）。其中，機構仲裁契約係指：仲裁契約當事人約定依既存的常設仲裁機構（如：我國之仲裁協會、日本之海運集會所或國際商事仲裁

協會)所訂仲裁規則為仲裁之情形；而正式仲裁契約亦稱為成文法上仲裁契約，係指：仲裁契約係約定依有關仲裁之法律(如：我國之仲裁法、日本及德國之民事訴訟法上有關仲裁之規定)為仲裁，其仲裁判斷得據以聲請准予執行而具有同於判決之效力。至於所謂個別仲裁契約則係指：其當事人依具體狀況之需要，個別將紛爭之解決委諸於其所自由選定之仲裁人或循當事人所訂仲裁規則為仲裁之情形，亦即其所合意者不屬於上開機構仲裁之情形(非必從常設仲裁機構所承認之仲裁人或其登記名簿中選定仲裁人，且非必依仲裁機構所訂仲裁規則為仲裁之情形)。又，非正式仲裁契約係相對於合意利用上開正式仲裁之情形，乃依私法上契約自由而訂立，雖非直接根據有關仲裁之程序法而作成，且其仲裁判斷並無得據以聲請准予執行之效力，但仍具仲裁契約之性質，而可能發生一定之契約上効力。在此種非正式仲裁，當事人應另就仲裁判斷取得執行名義(聲請發支付命令或取得給付判決)後，始得據以強制執行。在仲裁契約係約定由當事人雙方選定仲裁人進行仲裁之情形，其仲裁並非必然屬於個別仲裁。因為，假使此情形之當事人同時約定依某仲裁機構所訂仲裁規則進程序，仍屬機構仲裁；假使其當事人間同時另約定有仲裁規則，自行選定第三人為仲裁人，而非約定依既存之仲裁機構所訂規則為仲裁者，則屬個別仲裁，而非機構仲裁。

上述個別仲裁或非正式仲裁之所以仍可能在社會上發揮相當功用，而在實務上具重要意義，常由於此類制度亦多有滿足社會上實際需求之價值、功能。亦即，有意使用仲裁制度者(人民)，在其認為仲裁法(有關仲裁之成文法律——如：我國之商務仲裁條例、新仲裁法或德、日等國所設有關仲裁之民事訴訟法上規定等)所設規定或其所認仲裁機構訂立之規則，過於嚴格或不合己需時，往往多有另以私法上契約或訴訟契約等方式成立仲裁合意之必要及可能，且可表明願滿足

於此類契約之效力。(註三二)此種效力雖多不勝於上開仲裁法所賦予者，卻係以當事人所自願遵行之仲裁契約為基礎，在適用私法自治及民事程序法採行處分權主義或承認程序選擇權之範圍內，應屬可許。

實際上，較諸個別仲裁而言，正式・機構仲裁具有種種優點，諸如：①仲裁庭之組成，在一定範圍，係受制約於常設仲裁機構所訂規則(如：依仲裁法由仲裁協會所訂規則不承認得選定偶數之仲裁人)，而非必全基於當事人之意思，此事有利於除去仲裁人動輒僅形同當事人之代理人，致影響其中立性，甚至頻生聲請迴避(聲明拒卻)等弊端；②常設仲裁機構之仲裁人較常從事仲裁而富實務經驗，其判斷較具一貫性、安定性、預測可能性，較易獲得一般使用者之信賴，而保持一定程度之威信；③仲裁程序之進行，常有既成之規則可循，而不易受當事人之恣意所干擾，因此較具定型性等優點。著眼於此，條例及新仲裁法均對於正式・機構仲裁賦予較強之效力，應受積極肯定之評價。亦即，應肯定條例及新仲裁法(註三二之一)就依其規定訂立之仲裁契約，始承認當事人之一造對於他造違約提起之訴訟，得為仲裁契約存在之抗辯；並依同法規定(註三二之二)僅對於依同法所訂規則或其所認仲裁機構依法所訂規則作成之仲裁判斷，始承認具有同於確定判決之效力及可據以聲請法院裁定准予執行之效力；對於個別・非正式之仲裁，則不承認該等效力。雖然如此，究不能謂當事人不得約定循個別仲裁或非正式仲裁等途徑解決紛爭。當事人間如訂立有此類含仲裁基本要素之契約，仍屬仲裁合意而可發生一定之效力(如：民法上契約之效力或應循約定之方法解決紛爭而不得逕行起訴之效力)。倘其契約含有涉外要素(國際性)，仍屬涉外仲裁契約之一種。不可因其非屬仲裁法所認之仲裁契約或仲裁協議(以正式・機構仲裁為內容之仲裁合意)，即謂其非屬仲裁契約。又如，當事人以口頭而非以書面訂立之仲裁契約，縱不該當於同法所指之仲裁契約，卻仍屬

廣義的仲裁契約之一種。如其含有涉外因素，亦屬涉外仲裁契約，應依其相關法理定其準據法。此種仲裁契約縱無同條例之適用，仍可能依其他法律規定或法理發生應有之效力。

要之，新仲裁法第四條（條例第三條）所定仲裁協議或契約，係指依同法第一條（註三二之三）等相關規定所成立之當事人間合意而言。尤其，如認為以口頭而未依同法（註三二之四）以書面訂立之仲裁契約，亦適用同法而可發生仲裁契約存在抗辯（妨訴抗辯）之效力，則將違反其立法之本旨。因為其係著眼於書面方式較能滿足契約之明確性、慎重性等要求，乃對於書面仲裁契約承認較強之該項抗辯效力，藉以促進程序，避免因口頭約定易生爭端且認定困難所動輒招致之程序延滯，進而保障由法院所代表之全國納稅人使用訴訟制度之機會，以及系爭當事人之程序利益、實體利益。不過，依上開說明所知，既然仲裁契約除以仲裁法所認正式、機構仲裁為內容而應適用新仲裁法第四條（條例第三條）者以外，尚有屬於非正式仲裁或個別仲裁之合意而不適用同法規定者，自不能一概認為仲裁契約均當然具有同條所認之抗辯效力。

究其實，個別、非正式仲裁之合意，亦含有仲裁之基本要素，如當事人係以書面作成者，則準於上述立法旨趣，應認為一造違約起訴時，他造亦得主張仲裁契約存在之抗辯。之所以如此解釋、處理之理由為：①此類仲裁契約，亦係以當事人間選擇程序而追求程序利益（因不使用訴訟程序所可節省之勞費）之意思為基礎，為保障當事人之程序主體地位，在民事訴訟法適用處分權主義及辯論主義之範圍內（註三三），應屬可許，亦為程序處分行為（程序法上契約）之一種，並非僅係依私法自治原則處分實體權之行為而已。②在適用處分權主義及辯論主義之範圍內，原應肯定不起訴及撤回起訴之合意，均可在一定條件下，發生使起訴成為不合法（如：欠缺訴之利益）之效力，此

亦為學說及日本判例之趨向（註三四）。為與此類言之有據之肯定論取得平衡，對於上開類型之仲裁契約，亦有承認同類仲裁法上效力之必要。何況，此類仲裁契約除有關於選用仲裁程序（個別、非正式仲裁）外，尚含有不進行訴訟程序之要素在內，應就此部分適用同類法理，並得於原告確定不提付仲裁時，依民事訴訟法第二四九條第一項第六款以裁定駁回其訴。③要求仲裁契約應以書面訂立之上開立法意旨，係包含防免程序進行延滯，藉以促進訴訟等公益性要求在內。此項維護公益之要求，係對於當事人處分行為之限制，應非其間之合意所得排拒。從而，應認為除正式、機構仲裁應適用仲裁法律（新仲裁法第四條，舊條例第三條）外，唯以書面訂立之個別、非正式仲裁契約，始得準用或類推適用仲裁法律。（註三五）

綜上所述，關於仲裁契約有無妨訴抗辯之效力及其根據為何，係屬應依其契約種類之不同分別加以論斷之問題。在正式、機構仲裁契約（書面契約）之情形，應適用新仲裁法第四條（條例第三條）；在以書面作成之個別、非正式仲裁契約之情形，則準用（解釋上準用）或類推適用同條規定，各可發生相當之訴訟法上效力，一造對於他造違約之起訴，均得抗辯該類契約存在。至於以口頭訂立之個別仲裁或非正式仲裁契約（如：以口頭訂立之仲裁契約），則受限於條例第一條第二項（新仲裁法第一條第三項）要求採用書面訂約之強制規定，尚非當事人得據以請求停止訴訟程序或駁回違反仲裁契約之起訴。至於違反該類非書面仲裁契約之當事人，應依民法上相關規定負何責任，則屬另一問題。（註三六）

想附言者，基於訴訟經濟、程序安定性等要求，原則上被告應於其為本案辯論前，提出上開妨訴抗辯（註三七）（註三七之一）。並且，在仲裁契約係屬無效、已失效或履行不能等情形，不得為該項抗辯（註三八）。

三、涉外仲裁契約之妨訴抗辯效力

一造當事人在我國法院提起涉外訴訟時，他造當事人得否主張仲裁契約（涉外仲裁契約）存在之抗辯，而請求受訴法院駁回原告之訴，係有關於如何就該項抗辯（妨訴抗辯）決定其準據法之問題。此問題之處理，實涉及仲裁契約之定性、仲裁契約存在抗辯之定位及有關仲裁契約存在抗辯之仲裁法律所指仲裁契約之該當性等事項。

如上所述，仲裁契約係屬當事人間合意選擇程序之行為，含有程序法上要素，為判斷其該當發生何種訴訟法上效力，應先尋求、決定其所應準據之程序法〔請回顧「貳二」之說明〕；又，仲裁契約存在之抗辯（妨訴抗辯）係屬有關訴訟要件之訴訟法上抗辯，而非實體法上抗辯〔請回顧「參一」之說明〕。準此，涉外仲裁契約既屬仲裁契約之一類型，同含有仲裁契約之基本要素（合意將特定紛爭交付第三人仲裁，而願服其判斷等選擇仲裁程序之要素），自亦含有程序法上要素，應就此決定其所應準據之程序法；而且，當事人主張涉外仲裁契約存在而提出妨訴抗辯時，其抗辯亦屬訴訟法上抗辯之一種。

一般，仲裁契約存在對於當事人所提起之訴有何影響一事，乃訴訟法上問題，應適用「程序依法庭地法」原則，準據法庭地法處理。（註三九）此項原則係以顧全程序法之公法性、公序性、整體性、圖謀裁判國法院之便宜等為根據，乃自羅馬法以來所承認、採用者，就有關判斷涉外仲裁契約有無妨訴抗辯效力之準據法而言，尚無應例外被排除適用之理由。（註四〇）因此，有關判斷涉外仲裁契約有無妨訴抗辯效力之準據法應為法庭地法。如一造當事人在我國法院提起涉外訴訟時，為判斷他造當事人可否提出涉外仲裁契約存在之妨訴抗辯，即應以規定仲裁契約有無妨訴抗辯效力之我國法律為其準據法。依上

「二」所述，在我國，此方面之法律規定狀況為：第一，在以書面訂立正式・機構仲裁契約之情形，應適用新仲裁法第四條（在舊法施行時，條例第三條及民事訴訟法第二四九條第一項第六款，下稱第一種法）；第二，在以書面訂立個別・非正式仲裁契約（含非商務而有關於財產權上紛爭之仲裁契約）之情形，應準用（解釋上準用）或類推適用有關仲裁契約存在抗辯之仲裁法律（下稱第二種法），分別以裁定方式處理。（註四一）至於以口頭訂立之仲裁契約，則無妨訴抗辯之效力。從而，關於涉外仲裁契約有無妨訴抗辯效力之判斷，因其應適用「程序依法庭地法」原則之結果，第一種法應成為以機構仲裁為內容之書面涉外仲裁契約有妨訴抗辯效力之準據法；第二種法則應成為以個別仲裁為內容之書面涉外仲裁契約有該項效力之準據法。準此，受訴法院於認為該項抗辯（涉外仲裁契約存在之抗辯）為有理由時，在舊法時代應以裁定駁回原告之訴，而不該仿日本實務上所採訴訟判決之方式；依新仲裁法第四條則應依聲請先裁定命停止訴訟程序。（註四二）（註四二之一）基此認知，首開最高法院決議文引用紐約公約第二條第三項「……應依當事人一方之請求，命當事人將糾紛交付仲。……」等規定，似僅具有正確提出問題之作用，尚難認為含有表明否定上開本文闡釋之意義。至於宜否考慮從立法政策上增訂有關容許對中間裁判聲明不服等類規定，則屬別一問題。（註四三）

當然，當事人唯根據有效存在且非履行不能之涉外仲裁契約，始能主張上開妨訴抗辯。如經受訴法院審理之結果，認為仲裁合意係屬無效、已失效或履行不能者，應駁回仲裁契約存在之抗辯或停止訴訟程序之聲請，而進行本案審判。至於其契約是否有效等事，則涉及仲裁契約之實體法上要素，係應適用其相關之準據法另行判斷之國際私法上問題（註四四），不在本文論題之範圍內。

肆、展望——結語

依本文之分析、評釋可知：為伸展國民之法主體性，應承認人民在一定範圍內，有權參與選定究竟循仲裁程序或循訴訟程序發現「真實」並探尋「法」之所在。仲裁契約之訂立係以程序選擇權之法理為基礎，乃程序法（民事訴訟法及有關仲裁之法律）所認程序處分權之一種行使形態，而非僅源於私法自治、私法上契約自由之原則。強化仲裁契約之妨訴抗辯效力，實即意味保障紛爭當事人及一般人民，更有機會選擇循仲裁程序參與「法」之探尋過程。此項機會之保障，對於特需借用國際商務上專業知能並優先追求程序利益（經濟效益、因貿易機會之確保所可能取得之系爭標的外經濟利益）之涉外商務紛爭當事人而言，亦屬必要。在上開意義上，有關仲裁契約有無妨訴抗辯效力之理論探討，對於前導闡釋訴訟（裁判）制度與訴訟外諸紛爭解決制度間之關聯性，實屬饒富深義。而且，經此項理論探討所獲成果即對於程序選擇權法理之認知，在肯定國民之法主體性及程序主體性原則之前提下，亦為展望並改革二十一世紀民事程序法制之據點。

依上開法理，仲裁合意之達成既為程序選擇、處分權之行使，則如何判斷仲裁契約有無妨訴抗辯之效力，自屬程序法上問題，應依相關之程序法原則處理。準此，關於涉外仲裁契約有無妨訴抗辯之效力，應適用「程序依法庭地法」原則，準據有關該項效力之我國仲裁法律（註四四之一），依照涉外仲裁契約之種類不同，分別予以適用、準用（解釋上準用）或類推適用，並應將非以書面作成之仲裁契約，排除於類推適用之範圍外。至於在舊法施行時期內如何從解釋上，將信函、電報或利用科技設備之傳真，認屬書面方式之一部分，則為另一

問題。（註四四之二）

宜併留意者，由於有關涉外仲裁契約存否之裁判，對於本案審理之歸趨及程序權保障之虛實，必然發生重大之影響，所以在該項訴訟要件（仲裁契約存否）之審理程序上，受訴法院應賦予當事人充分陳述意見或辯論之機會，以防止發生突襲性裁判。況且，「法官知法」之原則並不意味無須保障當事人參與發現「真實」、探尋「法」之機會（註四五）。從而，在涉外仲裁契約之存否判斷涉及外國法內容為何，而另關涉是否適用民事訴訟法第二八三條之情形（註四六），受訴法院尤應視個案之必要，將其有關判斷外國法內容為何之見解或心證，適時向當事人表明，使盡陳述意見或辯論之能事，以免違反闡明義務（註四七）。

〔註釋〕

*前註：本文於八十一年（民國，以下同，即西元一九九二年）發表時所施行之商務仲裁條例（下稱舊法或條例），嗣經法務部自其翌年進行全面研修工作後修正為仲裁法（下稱新仲裁法），並大幅變更其內容完成立法程序（參照立法院八十七年一月三日印發之院總第五四六號立法院議案關係文書），於八十七年（一九九八年）六月二十四日公布而於其後六個月開始施行。

就與本文論點之直接關係而言，新仲裁法除將舊法所用「仲裁契約」修改為「仲裁協議」外，並就仲裁契約之妨訴抗辯，將舊法上所採駁回訴訟制修正為法院依聲請裁定停止訴訟制，亦即將條例第三條所定「仲裁契約，如一造不遵守，而另行起訴時，他造得據以請求法院駁回原告之訴。」之內容，修正為新仲裁法第四條第一項「仲裁協議，如一方不遵守，另行起訴時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁。但被告已為本案之言詞辯論者，不在此限。」第二項「原告逾前項期間未提付仲裁者，法院應以裁定駁回其訴。」第三項「第一項之訴訟，經法院裁定停止訴訟程序後，如

仲裁成立，視為於仲裁庭作成判斷時撤回起訴。」

上開新仲裁法仍認被告得主張（自行選擇、決定是否主張）仲裁契約（仲裁合意、仲裁協議）存在，而據此拒絕為本案辯論。亦即，新仲裁法既未否定仲裁契約存在之抗辯具有妨訴抗辯性（併參照本文內註二四之說明），亦未變易有關條例第三條所指仲裁契約存否之訴訟上審理原則（如：辯論主義之適用、突襲性裁判之防止），所以就此方面問題所為本文論述，自可通用於新仲裁法第四條所指仲裁協議存否之審理程序。而且，在新仲裁法施行後之今日，仍須面對、處理本文所探討之相關問題。例如：應循何方向、適用何項原則理解涉外仲裁契約何以具有妨訴抗辯之效力？仲裁契約是否均有妨訴抗辯之效力？其論斷如何關涉仲裁契約之法理基礎及仲裁契約存在抗辯之定位等問題。

基上認識，特輯錄本文供為思考上開問題處理如何取向之參考，同時依闡述之必要，在無損於原論主旨之限度內，略調整部分內容，並接續於本文原有相關註釋之下，以「註…之一」之方式酌予補加說明，以便比對新、舊法上具關連性之事項變動狀況。

註一：最高法院八十一年度第三次民庭會議之討論內容及決議文，登載於司法院公報第三十四卷第八期第八六頁以下。

註二：為展望、規劃及改革二十一世紀之民事程序制度，應致力探討裁判制度與裁判外紛爭處理制度之功能上關聯性。關於此方面問題之指明，請參照邱聯恭「程序保障之機能——基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論之觀點——」（台大法學論叢第十七卷第一期，一九八七年）一七五頁〔收錄於同·程序制度機能論（民事程序法之理論與實務第一卷，一九九六年）六四頁以下〕；同「法曹養成教育之課題與展望」一文內「肆、四」之說明〔收錄於前揭「程序制度機能論」二七四頁以下〕；民事訴訟法研究會第三十五次研討紀錄〔載同研究會編「民事訴訟法之研討(三)」（一九九〇年）七四二頁以下〕及同研究會第四十五次研討紀錄（刊載於法學叢刊第一五〇期第一〇四頁以下，收錄於「民訴研討(四)」五五一頁）內筆者之分析及所引用之文獻。

註三：在我國，關於仲裁契約有無妨訴抗辯效力之研究，向來亦有一定程度之表現及問題整理。就此，請參照林俊益「涉外仲裁契約應可妨訴抗辯」（商務仲裁第三十一期，一九九二年）一三頁以下及其中所引用之文獻。

註三之一：請參照上開*前註及下述註二二之一。

註四：關於國民之法主體性、程序主體性原則及程序主體權等法理之意義、根據及其相關問題層面，請參照拙著「司法之現代化與程序法」（一九九二年）（以下略稱為「司法現代化」）一一一頁以下之闡釋。

註五：實體利益與程序利益之平衡追求，係有關於如何兼顧發現真實與促進訴訟（促進程序）等二項程序法上基本要求之問題，並關涉事實審理制度之目的論。

又，所謂訴訟（程序）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，以追求程序利益而言。其相關問題層面之較詳細分析、論述，請參照拙著「司法現代化」一二五頁至一二九頁之說明及其中所引用之文獻；筆者在民事訴訟法研究會第四十二次研討會之說明（載於法學叢刊第一四七期一七八頁內註三，收錄於「民訴研討(四)」四〇九頁）。

在肯定國民之法主體性及程序主體性原則等前提下，既應賦予當事人有追求實體利益與程序利益之平衡點上「真實」即「法」之機會；亦應認知發現真實之要求並非恒優位於促進訴訟之要求。基此，究竟承認該二要求中之何者處於優位；又，就何種類型之事件及何種程序事項，應對於當事人即程序主體權者，承認何程度之程序處分權等事，均屬解釋論上（法官運作程序制度時）及立法論上之課題。關於此方面之程序法學理論架構及立法政策上闡述，請參照邱聯恭「台湾における民事訴訟法改正の動向——日本法との主な相違点を中心にして」（ジュリスト No.999，一九九二年）一一八頁、一二二頁至一二三頁。

註六：民事訴訟法所採用之處分權主義(Dispositionsmaxime od. Verfügungungsgrundsatz)係指就程序制度之開始使用、及其程序之處分對象、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：民事訴訟法第二四四條、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）。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、日等國亦鮮少詳細論及此方面問題之指摘，請參照石川 明「處分權主義と憲法」（判例タイムズ第四九八号，一九八三年）四九頁；Rolf Stürmer, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 650.

註七：關於處分權主義之根據論及其批判，另請參照拙著「司法現代化」一三五頁至一三七頁。

註八：關於程序選擇權之法理及其相關之解釋論、立法論上問題，請參照拙著「司法現代化」一三九頁至一四一頁；本書所收錄「程序選擇權之法理」一文。

註九：在經驗法則之選擇、適用程序上，某類事件往往特需依賴高度精密化之科技知能或特殊專門知能始得作成較經濟而正確之判斷。而且，隨著社會之急劇變遷，屬於此類之事件顯有增多之趨勢。諸如公害、藥害、醫療事故、汽車產品瑕疵之特殊損害賠償事件等均屬之。審理此類事件之法官並非恒具有科技等專門知能者，在其實際上形成心證時，幾乎處於唯鑑定意見是從之狀態。為克

服此類裁判上難題，今後應一方面認真考慮擴充仲裁制度之可能範圍，以利委由具上開特殊知能之專家為仲裁人；另一方面則應探討：在法官運作之審判程序上，應如何重新界定受訴法院與鑑定人之任務分擔範圍，並考慮任命具有科技等方面專門知能者為法官，使其參與合議審判之可行性。關於此方面問題之提出，請參照筆者在民事訴訟法研究會第三十八次研討會之發言及分析（載於法學叢刊第一四三期一七六、一八八頁以下，收錄於「民訴研討四」一六二頁以下）。

註一〇：就特定之事件類型（如：因於貿易、建築工程、公害、交通事故、海商事故……等之紛爭），致力探討擴充使用仲裁制度之可能範圍，乃先進各國共同之趨勢。晚近，日本律師公會所設立之仲裁機構，且獲有相當之成效，值得注目。關於此，請參照シンポジウム「仲裁」（民事訴訟雜誌第三六号，一九九〇年）八二頁以下；新堂幸司／小島武司「注釈民事訴訟法(1)」（一九九一年）七六頁以下；大川 宏「二弁仲裁センター」（月刊法学教室No.123，一九九〇年）九頁；青山善充「仲裁法改正の基本的視點と問題点」（三月月先生古稀祝賀上，一九九一年）（以下略稱為「仲裁法改正」）五三二頁。

註一〇之一：此項筆者之建言催生，係於一九九二年十月十八日在最高法院所舉辦研討會向與會法官及法界人士提出〔請參照最高法院學術研討會叢書(一)（一九九二年）一頁以下、三一三頁〕，事後未幾，法務部即開始相關研修工作，終於制訂新仲裁法公布施行（併請參照上述*前註之說明）。

註一一：一般認為，在國際貿易契約中，約 80% 列入有仲裁條款。參照 Fouchard, *L'arbitrage Commercial International*, p.54。

註一二：較諸訴訟，仲裁更明顯具有下列機能，常成為當事人訂立仲裁契約之誘因：

(1) 專門技術性紛爭處理之機能：在仲裁，可機動性針對個別事件（如：商務、建築、工程等類紛爭事件）之需求，選定具有高度專門技術知能之專家為仲裁人，非若審理訴訟之法官另須假借該類專家為鑑定人（關於民事審判上鑑定所存在之問題，併請參照上述註九之說明）。因此，就特需藉助於該類知能為判斷之事件而言，仲裁較能為具體妥適之事件處理。

(2) 國際性紛爭處理之機能：就國際貿易紛爭之處理而言，倘採訴訟方式，將較諸仲裁牽涉更多有關審判管轄權之決定、主權免除、判決之承認、執行等類複雜之法律問題。此類問題，多可經由仲裁（合意）予以避免。因此，仲裁較具超越國境之普遍性，有利於處理國際貿易紛爭。

(3) 迅速經濟性紛爭處理之機能：仲裁較可能貫徹集中審理之精神，達成迅速而經濟之判斷，頗有助於追求程序利益。因為，仲裁人可專注於特定個別事件為集中審理，非若訴訟之審理應受制約於審級制度、續審制、慣行隨時提出、

同一法官同時合併或分割受理多數訴訟事件等現實。

(4) 秘密處理紛爭之機能：與訴訟受制約於公開審理主義之情形有所不同，仲裁程序不公開（仲裁契約之訂立係同時意味合意選擇不公開審理方式，而放棄採用訴訟程序上法庭公開原則），較能因應特定事件類型（如：涉及企業經營秘密、智慧財產權紛爭之事件）對守密之特殊需求。

(5) 彈性處理紛爭之機能：在仲裁，寬認當事人對其程序之自由形成，且可依衡平之法理或商事習慣法為判斷，因此較訴訟之裁判，更具彈性處理個案之優點。此項優點，尤可活用於需求彈性處理之事件類型。〔參照小山 昇「仲裁制度の現状と課題」（民事訴訟法の争点，一九七九年）三〇頁以下；シンポジウム「仲裁」（見註十）九七頁以下；小島武司／高桑 昭編「注解仲裁法」（一九八八年）（以下略稱為小島等「仲裁」）五頁以下。〕

註一三：無訴求即無法官之原理，係與司法權之基本概念相關。請參照拙著「司法現代化」四七頁至四八頁。

註一四：由於程序方式嚴格性之要求，訴訟程序之利用往往隨伴發生相當之程序上不利利益，是即人民依法過生活時，難免遭遇之「法生活的風險」。其相關分析，請參照拙著「司法現代化」一五六頁、一五八頁至一五九頁。

註一五：關於仲裁制度特別宜於處理國際商務紛爭，請參照上述註十二之說明。

註一六：關於訴訟契約說，請參照中田淳一「特別訴訟手続」（新法学全集，一九三八年）一一六頁；小山 昇「仲裁法」（新版，一九八三年）三四頁之介紹；小島等「仲裁」（見註一二）二一六頁之介紹；Stein / Jonas / Schlosser, *ZPO*, 20. Aufl., 1980, §1025, I 1, Rdn. 1.

註一七：關於「程序依法庭地法」原則，請併參照下述註四〇之說明。

註一八：關於處分權主義之憲法上基礎，請參照本文「貳、一」及上述註七所引用之文獻。

註一九：關於實體法說，請參照川上太郎「技術提携にともなう紛争解決の方法」（ジュリストNo.257，一九六二年）四七頁；小山 昇・前掲（見註一六）之介紹；小島等「仲裁」（見註一二）二一六頁之介紹；K. Blomeyer, *Betrachtungen zur Schiedsgerichtsbarkeit*, in *Festgabe für Rosenberg*, 1949, S. 51ff.

註二〇：關於混合契約說，請參照小山 昇・「仲裁法」（見註一六）三五頁之介紹；Habscheid, *KTS* 1955, S. 36ff.

註二一：關於認為仲裁契約係一種特殊契約者，請參照小山 昇・「仲裁法」（見註一六）三四頁、三七頁；斎藤秀夫／小室直人／西村宏一／林屋礼二編「注解民事訴訟法(5)」（第 2 版，一九九一年）（山本和彦）（以下略稱為斎藤等「注解 5」）四二一頁。

註二二：關於應如何處理違反仲裁契約之起訴，在立法例上，採用法院在一定條

件下應命付仲裁之方法者，例如一九五八年紐約公約第二條第三項及一九八五年聯合國之示範仲裁法第八條；又，採用法院在一定條件下應命中止訴訟程序者，例如日本仲裁研究會於一九八八年所擬訂發表之仲裁法試案（以下略稱為「日本仲裁法試案」）第九條。事實上，倘採用此方式，則尚應同時考慮，於其仲裁程序之開始遭遇障礙時，應允許續行訴訟程序等類問題〔參照シンポジウム「仲裁」（見註一〇）一〇八頁〕。此外，亦有採用受訴法院得裁量停止（may stay）訴訟程序者，例如英國一九五〇年之仲裁法。由於其將訴訟程序是否停止，列為法院之裁量事項，以致有關應否停止程序之標準，往往成為許多判例所處理之問題，而呈現仲裁與審判權間之微妙關係。例如，此類問題存在於：僅法律問題成為爭點、外國仲裁判斷之作成已確實可期、仲裁人係不適任、訴訟標的逾越仲裁合意之範圍等情形（至於有關書面契約與口頭契約之效力上不同，請參照下述註三六之說明）。不過，倘依國際條約，仲裁應優先時，則法院即無上開裁量權，而應停止（shall stay）訴訟程序。另一方面，在認為不應進行仲裁程序之情形（如：仲裁契約之效力在訟爭中），亦准許發制止仲裁之命令〔參照小島等「仲裁」（見註一二）四九八頁〕。

宜併留意者，在上開國際公約所採「交付仲裁命令」制度之下，係由各締約國依其國內法訂定相關程序，例如：停止訴訟程序、中斷訴訟程序或認起訴為不合法等。日本雖亦加入上開條約，但因其國內法就仲裁契約存在，未設有停止、中斷訴訟程序之類規定，判例上向來係以起訴為不合法處理之〔參照原田 肇「仲裁(1)」(元木 伸／細川 清「裁判実務大系 10」，一九八九年)一三九頁、一四一頁〕。

註二二之一：如上開*前註所說明，新仲裁法第四條第一項及第二項已修正條例第三條，改採依聲請之裁定停止訴訟制，惟因新法仍認仲裁契約（仲裁協議）具妨訴抗辯性，所以本文有關仲裁契約存在抗辯如何定位之論述，亦可適用於新法施行以後之今日。其結果，應解為：新仲裁法係以第四條第一項及第二項之規定，認仲裁契約存在為消極的訴訟要件，使一造之起訴因他造主張該契約存在而暫成為不合法，並要求受訴法院應裁定停止訴訟程序，同時命提付仲裁，而暫不得進行本案訴訟程序。此項內容之妨訴抗辯效力，亦係新法對於兩造當事人合意選擇仲裁程序之行為所賦予者，而為當事人行使新法所認程序處分權、程序選擇權之結果，是與條例第三條所認者立足於相同之法理基礎。

註二三：德國修正前之民事訴訟法使用「妨訴抗辯（Prozesshindernde Einrede）」之用語，列明管轄錯誤、訴權不存在、應受仲裁判斷、訴訟繫屬存在、訴訟費用擔保欠缺、未繳再訴費用、當事人能力欠缺、訴訟能力欠缺、法律上代理權欠缺等為抗辯事由，就如今所謂之訴訟要件設有總則性規定，而定為得經辯論後以「判決」之方式處理之，且承認對於宣示訴訟要件具備之判決，可提起獨立

之上訴（參照其修正前之民事訴訟法第二七四條、第二七五條等有關妨訴抗辯及其辯論、判決之規定；至於一九七七年修正後之現行法，請參照其第二八〇條、第三〇三條及第五一一條）。其後，此項允許獨立上訴之規定並經學說及判例擴張適用於其他未經列為妨訴抗辯之訴訟要件等情形。可是，日本民事訴訟法卻未就有關訴訟要件之爭執、審理，如德國般設總括性規定。其向來的學說、實務為彌補法律規定之缺漏，乃參考上開德國之規定，認為就訴訟要件欠缺之情形應以「判決」駁回（即所謂「卻下判決」、訴訟判決）；如係訴訟要件具備之情形，則於終局判決之理由中說明或以中間判決予以宣明，對於此種中間判決尚無容許獨立上訴之明文〔參照柏木邦良「訴訟要件と訴訟内紛争」（民事訴訟雜誌第十九号，一九七三年）七七頁〕。

我國民事訴訟法第二四九條第一項之規定，改變舊民事訴訟條例及民事訴訟律所規定須經辯論後以判決行之等方式，而就上開德國修正前民事訴訟法有關妨訴抗辯之規定內容（見其修正前民事訴訟法第二七四條）加以增損，另加設同項第六款「……不備其他要件」等內容之規定，以總括其他起訴之要件，並改以「裁定」方式處理之，其思慮堪謂周詳，是與德國原規定之形式內容有所不同（但請留意上開德國民事訴訟法之規定，亦將訴權不存在列為妨訴抗辯事由之一），尤大異於日本之民事訴訟法，自不能遽將日本學說、判例上有關訴訟要件存否之處理模式，全面移用於我國。

基此比較法上之沿革上之認識，在我國，引據上開第六款之規定以「裁定」駁回違反仲裁契約之起訴，於法理上應屬有據，且得經言詞辯論後為裁定（參照民事訴訟法第二三四條），以利辯論權、聽審請求權之保障。而且，循此程序為裁定，能使當事人依較迅速之抗告程序請求救濟（如：聲明不服期間較短等），實比諸採用判決之方式，更能迅速終局解決有關仲裁契約存否之紛爭，有助於促進程序，值得肯定。論者或認為應如同向來處理訴之利益欠缺之情形般，受訴法院得以所謂「訴訟判決」之方式，駁回違反仲裁契約存在之起訴。此項見解難謂已充分顧慮到，上開我國民事訴訟法特就訴訟要件之審理，增設總括性規定之立法旨趣（關於縱使在受訴法院認為訴之利益欠缺之情形，亦有不宣均以「訴訟判決」方式處理者，請參照筆者在民事訴訟法研究會第四十三次研討紀錄內之分析（刊載於法學叢刊第一四八期第二〇二頁至二〇三頁，收錄於「民訴研討四」四六二頁）。

不過，有關仲裁契約存否之判斷，乃決定是否適用條例第三條（或新仲裁法第四條第一項及第二項）之關鍵，對於本案訴訟之歸趨，必有重大之影響。為使有關仲裁契約存否之紛爭，得能在訴訟程序之前階段，儘早趨於確定平息，進而圖謀本案審理之安定（儘可能避免因遲至上訴審始被認為仲裁契約存在，以致造成原審之本案實質審理歸於徒勞無功），宜從立法上考慮，增設對於法

院認為仲裁契約不存在之中間裁判，得獨立聲明不服之規定，以利處理法院認為仲裁契約不存在，但當事人間卻對之仍有爭執之情形。此項立論，亦適合於檢討改進有關訴之利益、審判權等其他訴訟要件紛爭之審理程序。

註二四：講學上所通稱之妨訴抗辯係指：被告以訴訟要件欠缺或訴訟障礙存在為理由，主張起訴不合法或請求駁回原告之訴。嚴格言之，所謂抗辯事項係指，必待被告主張以後受訴法院始應加以顧慮之情形；並且僅限於該主張未經裁判駁回以前，被告得拒絕為本案辯論之情形，始能稱之為妨訴抗辯。因此，並非有關訴訟要件欠缺之抗辯，均可稱為妨訴抗辯。準此，民事訴訟法上所明認之妨訴抗辯，有同法第九十八條關於被告聲請命原告供訴訟費用擔保之情形。商務仲裁條例第三條及證券交易法第一六七條，亦屬承認此類妨訴抗辯之規定。在德國及日本，曾經爭論：仲裁契約存在之抗辯是否該當於德國一八七七年及日本明治二十三年（一八九〇年）當時之民事訴訟法上妨訴抗辯。就此，參照小山 昇「仲裁契約の抗弁について」（民商法雜誌第七八卷臨時增刊号3号，一九七八年）八六頁。

註二五：小山 昇「仲裁の法理」（講座民事訴訟①，一九八四年）二九二頁以下亦強調：仲裁具有異於一般交易行為上私法自治之一面，但其立論並未同時意識到，本文所述程序選擇權之法理。

註二五之一：請參照註二二之一。

註二六：訴訟契約說之主張者特別強調，不起訴合意與仲裁契約之近似性，而認為此二者均屬就特定紛爭排除國家審判權之合意。一般學說亦多認為，不起訴之合意雖非訴訟法所明認之契約，亦可能發生訴訟法上效果，因此受訴法院應依一造之抗辯，以他造違反合意所提起之訴為不合法，予以駁回云云。其相關論述，請參照竹下守夫「不起訴の合意と訴取下契約」（民事訴訟法の争点，一九七九年）一五七頁；同「訴訟要件をめぐる二、三問題」（司法研修所論集 No.65，一九八〇年）八頁；青山善充「訴訟法における契約」（基本法学4，一九八三年）二五九頁以下；上田徹一郎「訴訟契約」（演習民事訴訟法，一九八七年）三四一頁以下。

註二七：請參照上述註二三之說明。

註二八：在日本，由於其有關仲裁之法律（民事訴訟法）並未設有如同我國條例第三條之規定；而且就駁回訴訟要件欠缺之起訴，並未設有相當於我國民事訴訟法第二四九條第一項之總括性規定，以致其學說、判例對於仲裁契約之定性、定位所持見解，呈現相當紛歧之狀態。諸如：就仲裁契約存在，有認為其屬欠缺訴之利益（權利保護必要）之事由者；有認為其係欠缺特別之訴訟要件或訴訟條件者；有認為其當然使起訴成為不合法者；有認為其使起訴成為欠缺訴權者；有認為其屬原告放棄權利保護請求權或權利保護利益者；有認為其使法院

負協力於仲裁程序義務者。關於此類論說、判例之詳情，請參照小山 昇・前掲（見註二四）八四頁以下；小島等「仲裁」（見註一二）六八頁以下。

註二九：請參照上述註二三之說明。

註三〇：通常，所謂職權調查事項亦可稱為職權顧慮事項，係指在當事人為異議・抗辯或聲明以前，法院得依職權加以聞問、顧慮之事項而言。就此類事項，當事人不得以合意或放棄責問權等方法阻止法院之聞問，是與所謂抗辯事項或責問事項有所不同。至於所謂職權探知主義（職權調查主義）則指法院得依職權蒐集有關判斷某事項存否所必要之資料（前提事實——事實、證據），而無待於當事人予以提出或主張之原則而言，是與辯論主義（或當事人提出主義）有所不同。因為辯論主義係指事實、證據之主張、提出乃當事人之權能、責任，法院不得為異於當事人所自認之判斷等內涵而言（另請參照拙著「司法現代化」第一三〇頁）。

亦即，關於事實・證據之蒐集、提出，在採用職權探知主義之情形，係法院之職責或義務；可是在採辯論主義之情形，則屬當事人（原告或被告）之權能、責任。此二主義係有關於判斷資料之蒐集主體何屬之概念，亦即處理如何在法院與當事人等二者間合理分擔蒐集、提出事實、證據等責任之問題。究採用其中何項原則，除非如人事訴訟程序或非訟程序般另經法律明文規定，通常係依各該判斷事項之性質、目的，為個別之決定。而上開職權調查事項（職權顧慮事項）及責問事項（抗辯事項）等概念，則係有關於何者為指明應行調查之主體（其以法院為主體之情形謂為職權調查事項；如係以當事人為主體者，則謂為責問事項或抗辯事項），均不直接關涉如何分配蒐集、提出事實、證據之責任問題；並且，縱其屬職權調查事項並不當然適用職權探知主義。此亦為德、日等國學界及實務上一般所同認之基本概念。例如，通常，管轄權之有無係屬職權調查事項，法院應依職權加以顧慮，而不須待當事人（被告）為抗辯。可是，關於如何蒐集其判斷所必要之事實、證據，就任意管轄係應依辯論主義；就專屬管轄則應依職權探知主義，分別進行調查、審理（參照前掲「民訴研討(三)」五八七頁內筆者之闡述）。又如，條例第三條所指仲裁契約之存否，亦屬抗辯事項，而且有關其判斷之基礎事實、證據，應適用辯論主義為蒐集、提出。

在我國，條例第三條明訂仲裁契約當事人得為妨訴抗辯，而非予以列為職權顧慮事項，是與一般訴訟要件有無欠缺之調查多屬職權顧慮事項之情形有所不同。要之，關於訴訟要件有無欠缺之審理，應依各該事項所涉公、私益之強弱，辨明何種訴訟要件應屬職權顧慮事項並適用職權探知主義（如：專屬管轄）；何種訴訟要件既屬抗辯事項（非職權顧慮事項）且應適用辯論主義（如：仲裁契約存在）；又何種訴訟要件雖屬職權顧慮事項卻應適用辯論主義（如：任意管轄）。

關於職權調查事項、辯論主義與職權探知主義等概念之闡釋、其間之區別為何以及訴訟要件之審理程序亦應防止發生突襲性裁判等事，另請參照筆者在民事訴訟法研究會第四十三次研討會紀錄內補註二之說明（刊載於法學叢刊第一四八期第二〇六頁以下，收錄於「民訴研討四」四五六頁以下）；拙著「司法現代化」一二三、一三二頁。

此外，關於涉外仲裁契約存否之審理，尚涉及應如何調查、證明外國法內容之問題。就此，請參照註四六之說明。

註三一：法院認為仲裁契約存在之抗辯為有理由時，如依條例第三條，須以裁定駁回原告之訴（參照上述註二三之說明）；如依新仲裁法第四條第一項，則應以裁定先停止訴訟程序並命提付仲裁，然後再依同條第二項裁定駁回原告之訴。此項裁定經確定以後，即發生確定仲裁契約有效存在之拘束力（確定力），當事人間就原告據以起訴之特定法律關係，應循仲裁程序求得判斷，而不應利用訴訟程序請求裁判。如此賦予該裁定具終局性、安定性，始能避免當事人在同情況下再事爭執同一法律關係所涉同一仲裁契約之存在（即起訴不合法），藉以擴大程序制度解決紛爭之功能〔在德國，受訴法院依其民事訴訟法第一〇二七條之一認為仲裁契約存在以致起訴不合法時，係以訴訟判決之方式駁回原告之訴。其判例、學說多認為，此項判決具有既判力或不許當事人在該判決確定後再主張仲裁契約為無效不存在等類效力。〔vgl. RGZ 40, 401; Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 3 Aufl., 1979, S.42; Bruns, ZPR, 2 Aufl., 1979, §64 Rn. 355d S.493; Stein / Jonas / Schlosser, aaO. (Anm. 16), §1027 a IV 2, Rdn. 16〕〕。其結果，在其後就仲裁判斷聲請執行之程序（參照條例第二一條第二項，新仲裁法第三七條第二項）或訴請撤銷仲裁判斷之程序（參照條例第二三條，新仲裁法第四〇條），被告均不得復主張仲裁契約無效不存在。不過，在上開駁回起訴之裁定確定以後，如因仲裁人拒絕為仲裁判斷以致仲裁契約失效者，或當事人已合意解除仲裁契約時，則當事人應可再就上開法律關係起訴請求法院為裁判。

當然，為鞏固上開裁定效力之正當化基礎，受訴法院在其審理仲裁契約存否即訴訟要件是否欠缺之程序上，對於當事人應賦予充分之程序保障，而防止發生突襲性裁判（併請參照拙著「司法現代化」一二三頁）。

註三二：在義大利，由於正式仲裁多受仲裁法所制約而不便利用，以致非正式仲裁盛行。可是，非正式仲裁判斷是否該當於紐約公約上承認及執行之對象，仍為學說、判例所爭議，尚乏定論〔參照飯塚重男「仲裁法の国際化とイタリア」（三ヶ月先生古稀祝賀上，一九九一年）六一九頁以下〕。

註三二之一：即新仲裁法第四條第一項，以下同。

註三二之二：即新仲裁法第三十七條，以下同。

註三二之三：關於此，條例第一條同於新仲裁法第一條。

註三二之四：即新仲裁法第一條第三項，以下同。

註三三：關於民事訴訟法採用處分權主義及辯論主義之根據為何，請參照拙著「司法現代化」第一三五頁、二二一頁以下。

註三四：雖非若筆者從程序選擇權之法理等觀點立論，一般學說亦肯定不起訴及撤回起訴之合意，可在訴訟法上發生使起訴成為不合法之效力。關於此，請參照上述註二六之說明及其中所引用之文獻。

註三五：在日本，其民事訴訟法第二十五條第二項，係要求當事人須以書面作成管轄之合意，始承認其效力。一般學說乃常將此項立法意旨，準用於有關撤回起訴之合意等類情形，而以書面之採用作為肯定該類合意發生訴訟法上效力之要件（請併參照上述註二六所列文獻）。在我國，民事訴訟法第二十四條第二項雖僅規定，就管轄之合意應以文書證之，可是條例第一條第二項則特別要求應以書面訂立仲裁契約。此項條例上之特別規定，應準用或類推適用於同類且性質較近之契約（個別、非正式仲裁契約），而優先於有關管轄合意之規定。又，在日本，其有關仲裁之法律（民事訴訟法），雖未設有如我國條例第三條承認當事人得主張仲裁契約存在而請求駁回起訴之規定，可是其學說判例向來則幾乎均承認同樣效力，僅其立論之根據未必盡同而已。關於此，請參照上述註二八之說明。

註三六：在比較法上，有對書面仲裁契約承認較強之訴訟法上效力者。例如，在英國，僅就書面仲裁契約始承認適用仲裁法，而且一造對於他造違反仲裁契約之起訴，得請求法院停止訴訟程序，並得聲請法院選定仲裁人。可是，在口頭之仲裁契約，其契約雖亦屬有效，當事人卻不得依仲裁法就仲裁判斷聲請執行，並且一造對於他造違約之起訴，不得向法院聲請發停止續行訴訟程序之命令（stay of concurrent proceeding in court）〔參照細川 潔「仲裁契約に関する一考察」（福大法學論叢第二五卷二・三、四合併号，一九八一年）二六四頁；小山 昇「仲裁法」（見註一六）六五頁〕。至於有關停止訴訟程序之法院裁量權所涉問題，請參照上述註二二之說明。

又，在美國，未以書面訂立之仲裁契約，並無強制使為仲裁之效力（FAA第二條、UAA第一條）。在德國，其民事訴訟法第一〇二七條第一項規定，仲裁契約之訂立應採書面且明示之方式，並不得在該書面上記載無關於仲裁程序之合意，藉以保護契約當事人，避免其因仲裁之濫用而受害。一般認為，仲裁係較常被使用之訴訟外紛爭解決手段，應設法防止濫用仲裁契約，以保護社會上弱者（vgl. F. Baur, Neuere Probleme der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 1980, S. 5）。他一方面，同條第二項另規定，在商人互相間就商務行為締結仲裁契約時，可不採用書面方式。據此，在德國之實務上，默示成立仲裁契約之情形，亦多有之。因此，如當事人雙方在仲裁人面前逕行本案辯論、或一方當事人在

他方當事人所獨自選定之仲裁人面前，逕為本案辯論時，均可能成立默示的仲裁契約（vgl. Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., 1979, Kap. 5., II 2, S.33）。

註三七：條例就其第三條所認妨訴抗辯之提出時期，雖未設有明文限制之規定，並不排除適用相關法理及規定為處理之必要及可能，且非意味被告得於訴訟程序進行中，隨時任意提出妨訴抗辯。為此，宜留意：

基於訴訟經濟・程序安定性之要求，並為確保當事人（原告）對於本案審理程序之信賴，應認為：原則上被告如已為本案辯論而未提出妨訴抗辯者，即不得復以仲裁契約存在為由請求駁回起訴；是即不許被告遲至本案言詞辯論終結時始提出抗辯。此項結論，應可類推適用民事訴訟法第九七條（被告已為本案辯論者不得聲請供訴訟費用擔保）或同法第二五條（被告未抗辯法院無管轄權而為本案辯論時之擬制管轄）等規定而導致。在此，之所以認為應類推適用該第二五條或第九七條，而不依同法第一九七條（當事人知或可知違背程序規定之情事，卻無異議而為本案辯論者喪失對程序違背之責問權）為處理，係基於如下之理由。亦即，此等規定雖均係根據訴訟經濟・程序安定性等要求而設，可是，較諸第一九七條之規定，第二五條及第九七條之規定具有下述特性，而更適合於用以彌補條例第三條有關妨訴抗辯規定之漏洞：①就所保護之利益互不盡同而言，第二五條及第九七條均係以保護被告之利益為主目的（第二五條係為保護被告之防禦權・程序選擇利益、第九七條係為保護被告之供擔聲請權・費用擔保利益），而就訴訟上主張・抗辯為規定。可是，第一九七條係就訴訟之審理及遂行之方式等程序事項之違背為規定，既不以訴訟行為之內容或訴訟上主張之當否等事項為規範對象，亦非僅以保護被告之利益為主目的。在此意義上，條例第三條既係以保護被告之程序選擇權為目的，自與第二五條及第九七條所規定之目的，性質類同，而大異於第一九七條之情形。何況，單就得為抗辯或責問之時期而言，第二五條及第九七條亦係第一九七條之特別規定，應優先適用。②就喪失抗辯・責問權之要件而言，第二五條及第九七條係純以被告是否已行本案辯論為客觀要件，其要件已否具備之判定標準較屬明確，不易旁生枝節以致其審理程序多所勞費，自較能貫徹上開諸規定均為謀求訴訟經濟之立法本旨。可是，第一九七條之規定卻尚涉及當事人（被告）是否知或可知等主觀要件，其判定較難且易生枝節爭議，多有延滯本案審理以致有害於訴訟經濟（促進訴訟）之虞。③就妨訴抗辯性之強弱而言，第二五條及第九七條之規定係立法者用以處理有關抗辯之提出時期，而規範本案訴訟之歸趨。其規定內容所含妨訴抗辯性，容許拒絕本案辯論等特性，顯然較類同於有關如何處理條例第三條所認妨訴抗辯應於何時期內提出之情形，而與第一九七條非專為處理妨訴抗辯提出時期者有所不同。

除上述者外，如被告知仲裁契約存在卻未請求駁回原告之訴，而逕行本案

辯論者，應亦可認為其係表示放棄妨訴抗辯權，或多可認為係默示合意解除仲裁契約。因此，在該時點以後，被告除非另與原告訂立仲裁契約，應不得復為駁回起訴之請求。

不過，在當事人係以仲裁條款訂立仲裁契約或其當事人之繼承人未必知悉曾訂有仲裁契約等類情形，如被告（該繼承人）能證明其就未提出妨訴抗辯，並無過失，而且許其抗辯之提出，尚不致延滯訴訟者，則縱使其已為本案辯論或第一審已使原告一造辯論而為判決以後，被告仍非全無提出妨訴抗辯之可能（併參照民事訴訟法第一九六條第二項）。為避免或減少發生此類延至程序後階段始提出妨訴抗辯之情事，受訴法院應在程序之前階段，就仲裁契約存否之審理，為防止突襲所必要之闡明，以使當事人（被告）有充分提出抗辯之機會，而促進程序。

註三七之一：於本文之此項法理闡述發表後（參照上述註一〇之一），新仲裁法已增訂第四條第一項但書將該法理予以明文化，是與同一期間所新修訂之民事訴訟法第四二七條第四項（就法院誤用簡易程序審理通常事件不為抗辯）、第四三六條之二六第一項（就誤用小額程序審理非小額事件不為抗辯）及第四〇四條第二項（就違反應先經調解之約定所提訴訟不為抗辯）均同樣認知程序安定性之要求、程序信賴之保護及訴訟經濟之要求（併請參照「民訴研討(七)」第四〇六頁）。不過，新仲裁法第四條第二項雖規定為原告逾期未提付仲裁者，法院應以裁定駁回其訴，惟如在依此項規定駁回其訴以前，被告已為本案言詞辯論者，法院應亦不得再為該項駁回（參照註三七所說明之法理）。

註三八：在仲裁契約係無效、已失效或履行不能等情形，被告不得提出條例第三條所認妨訴抗辯。亦即，在我國，條例第三條雖未明文限定，一造僅就有效、未失效且履行可能之仲裁契約，始得對他造違約之起訴提出妨訴抗辯，但在解釋上應認為同條當然具有此項限定之意涵。因為唯於仲裁契約係屬有效存續且非履行不能之情形下，其當事人始有遵守之義務及可能。以下試舉例說明之：

(1) 仲裁契約之無效

仲裁契約應屬無效之情形如：仲裁契約之內容違反強制規定或公序良俗（民法第七一條、第七二條）、欠缺仲裁契約之成立要件（條例第一條、第二條）、約定僅由當事人之一方選定仲裁人或選定過半數之仲裁人以致違背仲裁之公正性（參照條例第四條、第九條及民法第七一條）等。又，德國民事訴訟法第一〇二五條第二項規定為，一方當事人利用其經濟上・社會上優勢地位，使他方就仲裁人之選定或拒卻，承認對該他方特別不利之約定者，其仲裁契約均屬無效等旨。此項規定，係引進德國民法第一三八條有關違反善良風俗之規定而成，可能適用於獨占性・支配性企業・團體對個人企業、產品製造批發廠商對零售店、總代理商對一般商人、大規模營造建設公司對個人承包商，各利用經濟上

・社會上優勢地位，使對方訂立仲裁契約等類情形。在我國，仲裁法上雖未設有同樣規定，要屬應就個別具體狀況，分別依民法第七二條判定仲裁契約有無違反公序良俗之問題。

(2) 仲裁契約之失效

仲裁契約之失效事由，可能有種種。諸如：

①仲裁人就當事人約定應付仲裁之爭議，已下仲裁判斷，而其判斷具有與確定判決相同之效力者（條例第二十一條第一項），仲裁契約因已達成其目的而失效。但是，倘其契約係有關於將來發生之爭議者，則就尚未發生之爭議（將來可能發生之特定爭議）而言，該契約並不因上開仲裁判斷而失效。

②仲裁人就當事人聲請仲裁之爭議，自行判定其無仲裁之權限者，當事人得就該爭議起訴請求法院為裁判，而不問仲裁人之判斷是否為正當〔vgl. Stein / Jonas / Schlosser, aaO. (Anm. 16), §1033 III, Rdn.3〕。

③仲裁契約因合意解除或條件成就・期限屆至而失效。在此所謂之解除包含：當事人於仲裁判斷之前或後，明示合意解除之情形；默示合意解除之情形（如：一造對他造違反仲裁契約所提起之訴訟，明知該契約存在，卻未主張妨訴抗辯而進行本案辯論者，依其情形常可能被認為係默示解除仲裁契約）。此外，仲裁契約所附解除條件成就或期限屆至時，其契約亦失效。

④法院就當事人所約定應付仲裁之爭議，已經為本案判決而告確定時，仲裁契約因之失效。此種情事之發生，係因受訴法院忽略仲裁契約存在或誤認為其契約不成立，而下本案判決所致。此時，該確定判決之既判力成為進行仲裁程序之障礙。其他，在法院已為確認仲裁契約不存在之判決而告確定時，該契約亦失效。

⑤仲裁契約有得撤銷或解除之原因者，經依法行使撤銷權或解除權而失效。就撤銷而言，例如：受詐欺・脅迫而訂立之仲裁契約，因一方當事人依法行使撤銷權而失效。在德國，一般多認為此項撤銷權亦得於仲裁判斷後・被宣示准其執行前為之。又，就一方當事人之行使解除權而言，例如：在當事人之一方已無資力預付應繳納之仲裁費用時或向仲裁人行賄等類情形下，他方當事人得解除契約。〔參照小島等，「仲裁」（見註一二）八三頁以下〕

除上述者外，日本仲裁法試案第十二條亦可供參考。同條列明該當於仲裁契約失效之事由為：仲裁契約所選定之仲裁人拒不擔任仲裁任務者；仲裁契約所選定之仲裁人因死亡・拒卻・辭任・解任或其他理由出缺者；仲裁人因未能達成過半數或仲裁合意所定多數之意見，致無從作成仲裁判斷，經通知其旨於當事人者。

(3) 仲裁契約之履行不能

仲裁契約是否陷於履行不能，亦屬應依個別具體狀況判定之問題。例如：

當事人對仲裁人施加暴力以致仲裁程序無從開始或續行、仲裁契約內所約定應使用之語言非仲裁人之所能、仲裁人以仲裁契約係屬無效為理由而拒絕開始仲裁程序或不為仲裁判斷等類情形，均可認為仲裁契約陷於履行不能。

又，條例第十二條（新仲裁法第二一條）規定仲裁人逾法定期限不作成仲裁判斷時，當事人得逕行起訴。此項規定，亦有關於仲裁契約已失效及陷於履行不能等事由。想併此指明者，如仲裁契約仍屬有效存續中，並無如上述般之無效、已失效或履行不能等類事由，當事人固得依條例第三條之規定主張妨訴抗辯，此為現行法制下所應然之解釋。此種抗辯之效力，亦為日本向來之判例及德國民事訴訟法所承認者。不過，在立法例上，另有採用停止訴訟程序等類方式處理之情形。例如，英國及聯合國示範仲裁法等所採用者，已如上述註二二所說明；日本仲裁法試案第九條則規定為「一造違反仲裁契約提起訴訟時，如仲裁契約係屬有效且履行可能者，法院得依他造之聲請，裁定中止訴訟程序。……在訴訟程序經法院裁定中止後，如仲裁契約失效或經認為仲裁程序未能續行者，……法院須依當事人之聲請，續行訴訟程序。……」等旨。此類立法之動向，尚與上述註二二之一所說明之我國新法規定有關。

註三九：日本之民事訴訟法（仲裁法）雖未設有妨訴抗辯之明文規定，可是其通說・判例均肯定法庭地法應為涉外仲裁契約存在抗辯（妨訴抗辯）之準據法。關於此，請參照小山 昇「仲裁法」（見註一六）八三頁；原田 肇「仲裁(1)」（見註二二）一四一頁；阿川清道「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約について(上)」（ジュリストNo.231，一九六一年）二二頁；小島等「仲裁」（見註一二）二二三頁；川上太郎・前掲（見註一九）四八頁。

尤其，想併此指明：曾於一九六一年加入一九五八年紐約公約之日本，在無法律明文承認仲裁契約具妨訴抗辯效力之狀態下，向來判例上卻始終賦予該項抗辯效力。並且，其判例法在賦予該項效力時，實際上從未明示適用上開條約，且承認較諸上開條約所規定者更寬之要件。亦即，雖然上開條約第二條第一項要求各締約國承認當事人之書面仲裁合意，可是，向來之日本判例法卻承認當事人得以口頭或默示方式成立仲裁合意，並不論其當事人之國籍、約定之仲裁地・準據法為何，均一律承認該合意之存在具有妨訴抗辯效力〔參照日本最高裁判所昭和五七年（西元一九八二年）二月二三日民集三六卷二号一八三頁；同・昭和四七年（一九七二年）十月十二日民集二六卷八号一四四八頁；阿川清道・前掲二三頁；原田 肇・前掲（見註二二）一三八頁以下〕。

不過，日本之民事訴訟法，並無如我國條例第一條第二項要求採用書面訂約之明文，因此其判例・學說向來均認為得以口頭訂立仲裁契約。雖然如此，為配合國際間條約要求採書面方式之一般趨勢，日本仲裁法試案第七條亦訂明須以書面方式作成仲裁契約；並明認當事人以郵件・電報・傳真機等科技設備

所傳送交換之書面、或一造在仲裁聲請狀・訴訟答辯狀中主張仲裁契約存在一事，而為他造所不爭執者，均視同書面仲裁契約。同時，此項規定之內容，並經同試案第四十三條訂明亦為仲裁契約方式之準據法，而不再受限於其法例（有關涉外民事法律適用之法律）所規定者〔併參照澤木敬郎「國際仲裁と準拠法」（民事訴訟雜誌三六號，一九九〇年）一二五頁〕。並且，在瑞士等國，亦有就書面訂約方式，予以從寬解釋之情形〔參照細川 潔・前掲（見註三六）二六四頁以下〕。至於以書面訂立之仲裁契約，在比較法上，多具有較強之效力，已如註三六所說明。

註四〇：「程序依法庭地法（lex fori, law of the forum）」原則（程序事項法庭地法主義——The exclusive control of the lex fori over matters of procedures），係自羅馬法以來經長遠歷史，在民事訴訟法上被承認、採用之公理。關於承認此原則之根據為何，雖然至今尚乏完全之定論，且甚至有認為其乃民事訴訟法上自明之理，何須多費心思再事探求其根據何在者。可是，一般多認為，此項原則之所以仍應採行之主要根據為：

①程序法具公法性，且與一國之司法制度密切不可分，因此在其司法制度之下進行訴訟，必然應受法庭地之程序法所支配，不得無視其屬地性。尤其，有關審判機關（法院）之組織、提訴之方式・上訴之可否・審理之結構（辯論主義之採否・失權規定之有無）等判決程序之諸規定，係出於公權力之發動；而民事訴訟則為本於公權力之強制性解決紛爭手段。②程序法具公序性・公益性，並須顧慮程序單純化之要求。為此，應遵循「場地（訴訟地）支配行為」之原則，使程序運作依循單一之程序法（受訴法院所在地之程序法）。如此，較有助於簡易實現權利。否則，如就單一訴訟程序，竟然選擇或重疊適用多種程序法，將招致程序之複雜化，終使權利之實現益形困難。③程序法具完整性・連貫性・技術性。以判決程序為例而言，自起訴時起至判決確定為止，其程序乃由互相關連之許多訴訟行為連鎖而成，而受同一完整之法律所規範，是與實體法係就個別事象為規定之情形有所不同。由受訴法院適用其所詳知之訴訟法，較能兼顧程序所具有之高度技術性，而有助於作成正確裁判。④程序法具劃一性，乃為公平・迅速處理大量事件而設，特別要求劃一處理同類型之任何事件。此項基本要求，係出於裁判之本質，並不因各該事件含有通常之涉外因素而不同。⑤訴訟審理應追求滿足迅速而經濟之基本要求。如不依法庭地之訴訟法為審理，則為查明外國訴訟法之內容為何，勢必多所勞費，終將造成訴訟之延滯，以致違背迅速・經濟之要求。〔參照越川純吉「北米の涉外民事訴訟——日本法をかえりみつ——」（一九六一年）九六頁以下；澤木敬郎「國際私法と國際民事訴訟法」（澤木敬郎／青山善充「國際民事訴訟法の理論」，一九八七年）一四頁以下；青山善充「外国人の当事者能力および訴訟能力」

（同上）二〇九頁以下；斎藤等「注解5」（見註二一）三九九頁以下；ディータ・ライボルト（池田辰夫訳）「ドイツからみた國際民事訴訟法の今日の状況」（民事訴訟雜誌第三五號，一九八九年）九八頁以下〕

基於上開理由，學理上一般多認為：於今，「程序依法庭地法」原則仍不失為國際民事訴訟法上應遵循之重要公理。問題是，此項原則之適用範圍及例外情形為何？關於此問題之處理，似宜以上述根據、理由為測定之標準，研判特定事項是否該當於上開原則所指之「程序」事項。例如，某事項係與司法制度之運作密切關連者、經編為程序整體之一部者、不宜於依個案為不同處理致有害於程序之公平・迅速或加重受訴法院之負擔而有害於公序・公益者等，均可謂為「程序」事項，應適用上開原則。

準此，就違反涉外仲裁契約（商務仲裁契約）之起訴應如何處理而言，倘認為不準據受訴法院所在地國即法庭地之程序法為處理，則難免發生破壞其程序法之公序性・整體性・連貫性・劃一性或造成受訴法院裁判權限被外國法所支配・左右等情事。例如，倘認為我國法院於審理某涉外商務訴訟事件時，就其起訴違反仲裁契約一事之訴訟上效力為何，應適用英國之程序法（仲裁法），而非應準據我國法律（條例第三條、民事訴訟法第二四九條第一項或其他不許停止訴訟程序・不認法官裁量權之規定）為處理，則將導致受訴法院不得不運作我國所未認之程序（有關英國程序法上處理方式之說明，請參照註二二及註三六），而有紊亂我國訴訟制度之虞。何況，是否承認特定事件可在法庭地國起訴，事關該國如何保障訴權・訴訟權及賦予程序權保障（保障平等使用訴訟制度之機會——參照拙著「司法現代化」第八六頁以下）等程序法上基本問題，對於法庭地國具有重大之利害。並且，違約起訴在訴訟法上之效力為何，係應於起訴時始為判定之程序上問題，非屬應在起訴前先予當事人能有所預測之實體法上事項，縱使以法庭地之程序法為準判定之，亦不致對於原告造成突襲。

不過，上述論述，並不意味毫不承認「程序依法庭地法」原則之適用，亦可能有例外之情形。毋寧是，在不特別有悖於上開根據（採用該項原則之理由）之範圍內、在某事項係與實體法密切關連、或有必要確保當事人在起訴前・行為時對適用法規之預測可能性而避免其遭受突襲等類情形，如不違反法庭地之公序者，應認為尚有可能或必要適用法庭地國以外之特定程序法。要之，應視個別・具體問題之不同，判定其究屬程序事項或實體事項，而就前者依法庭地法、就後者依實體準據法，分別處理之。當為此項判定時，應著重於各該法規範之機能，而深入分析各該事項所涉實體法與程序法之關連性，以資研判，不宜僅從各該法規範之形式表明上加解釋。例如，就消滅時效之法律而言，有認為其屬實體法之國家（甲國），亦有認為其屬訴訟法之國家（乙國）。於此

情形，如在甲國就某涉外訴訟事件認為須適用本國法時，應有容納乙國（外國）法之可能。又如，就判定條例第三條所指仲裁契約之該當性而言，縱使認為依法律行為效力之準據法得以口頭方式訂立仲裁契約之一般論者，亦不應否認法庭地國之程序法有可能將書面方式列為仲裁契約具備妨訴抗辯效力之要件，使其具有公序、強制性，藉以避免因口頭契約之舉證困難造成訴訟不經濟，以致有害於公益。

另者，法庭地之訴訟法亦可能為了強化當事人之程序主體地位，乃特別容許當事人得就特定程序事項以合意選擇其準據法（外國法）；或因為著眼於涉外因素，乃就特定程序事項設特別規定（如：民事訴訟法第二條第三項、第三條第一項、第四六條、第九六條、第二〇七條第一項、第一四四條、第一四五條、第一四九條第一項第二、三款、第四〇二條、第二九五條、第三五六條等）。在此類情形該準據法或特別規定之適用，係由於事先獲得法庭地訴訟法之承認所致，仍屬「程序依法庭地法」原則之適用結果，並非此項原則之放棄。況且，在當事人未合意選擇準據法或法律未設特別規定時，就程序事項，仍應適用該項原則決定其準據法。我國商務仲裁條例及民事訴訟法並未承認，當事人得合意選擇有關妨訴抗辯效力之準據法，自仍應適用上開原則，準據條例第三條及民事訴訟法第二四九條第一項第六款等規定為處理。

除上述者外，關於「程序依法庭地法」原則之例外或限制可能性，尚可從前瞻性觀點，再加評估。亦即，該原則之承認，既著眼於各國係由相同之國內法院依同內容之程序法，劃一審理涉外事件及國內事件，則隨著時代、社會之變遷，如將來有朝一日能創設國際性、世界性法院，用以審理國際民事訴訟事件時，對該原則之限制亦勢必擴大。而且，此種限制之擴大，並可能發生於世界上或多國間訂定有民事訴訟法之情形。

註四一：關於日本之審判實務上何以採用訴訟判決方式之沿革，及其與我國法之不同，請再參照註二三之說明。

又，關於解釋上準用與類推適用二者間之界限上不明確且乏區別之實益，請參照有斐閣新法律學辭典（第三版，一九八九年）七〇三頁。

註四二：關於一般係採何方式處理違反仲裁契約之起訴，請回顧註二二及註三六之說明。

註四二之一：請參照註二二之一。

註四三：關於宜考慮從立法上增訂明文，容許當事人在一定範圍內，對於認為仲裁契約不存在之裁判，得獨立聲明不服等事，請參照註二三之說明。

註四四：關於仲裁契約是否成立、有效、履行不能等事，應如何適用其契約之準據法，以及在學說、條約上有承認當事人自治原則具優位性之趨勢，請參照小島等「仲裁」（見註一二）二一七頁以下；原田 肇，前揭（見註二二）一四

一頁以下；川上太郎，前揭（見註一九）四七頁以下；澤木敬郎，前揭（見註三九）一二四頁以下；青山善充，前揭（見註九）五五五頁。

又，日本仲裁法試案第四二條訂明：仲裁契約之成立及效力，以當事人所指定之法律為準據法。如其未為指定，則依仲裁地之法律；未定有仲裁地者，依仲裁契約締結地之法律。

至於紐約公約第五條第一項第一款雖就外國仲裁判斷之承認、執行，訂明：仲裁契約（合意）之準據法以當事人間所指定者為準，如其未指定時，則以仲裁判斷（宣示）地國之法令為準云云，可是，在提出仲裁契約存在抗辯（妨訴抗辯）之程序階段，仲裁判斷地尚未確定，自不能且不宜據此判斷條例第三條所指仲裁契約是否有效存在。就此而言，紐約公約之上開規定，不宜採用為判斷之標準。

註四四之一：此處有關條例第三條之闡述，亦可適用於新仲裁法第四條之情形。

關於此，併請參照*前註之說明。

註四四之二：新仲裁法第一條第四項已增訂「當事人間之文書、證券、信函、電傳、電報或其他類似方式之通訊，足認有仲裁合意者，視為仲裁協議成立」。

註四五：採用「法官知法（Jura novit curia）」或「適用法律乃法官之職責（專權）」等原則，並不意味不須賦予當事人相當之機會，俾其得能參與解釋、適用法律之過程。又，在「法」與「事實」牽連難分之審理程序上，亦應留意保障當事人參與法適用過程之機會。關於此方面之學理上闡述，請參照拙著「司法現代化」一二二頁、一四二頁至一四六頁。

註四六：民事訴訟法第二八三條之規定（「……外國之現行法為法院所不知者，當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之。」），是否適用於準據條例第三條（或新仲裁法第四條，以下同）審理其所指涉外仲裁契約存否之程序，亦屬有待探討、解決之問題。亦即，在一造當事人所提起之涉外商務訴訟（財產權上請求事件），他造當事人依條例第三條主張仲裁契約存在抗辯時，關於其抗辯有無理由即該契約存否之審理，究應如何分配舉證責任？應適用辯論主義（Verhandlungsgrundsatz）抑或職權探知（調查）主義（Untersuchungsgrundsatz）？此類問題，係有關於受訴法院得否依民事訴訟法第二八三條，調查有關判斷涉外仲裁契約是否有效存在之準據法內容為何（併請參照註四四之說明）一事，而不同於有關內國仲裁契約存否之審理，並不涉及同條應如何解釋運用之情形。換言之，在有關條例第三條所指內國仲裁契約存否之審理程序上，該契約存在係屬抗辯事項，而且其裁判基礎資料之蒐集，應適用辯論主義（併請參照上述註三〇之說明）。此項理解，乃基於仲裁契約具處分權性（容許當事人行使實體法上處分權及程序法上處分權）所應然，雖有關於適用民事訴訟法第二七七條（舉證責任）、第二七八條第二項（原則上不得斟酌當事人未提出之事

實)、第二七九條(自認)、第二八〇條(視同自認)、第二八八條(不得依職權調查證據之原則)等規定,卻不涉及同法第二八三條有關如何證明外國法內容之規定。可是,在準據條例第三條審理其所指涉外仲裁契約存否之情形,則涉及如何適用上開審理原則之問題。

按:關於如何決定涉外仲裁契約之準據法及其適用範圍,原屬應依情況之不同,分別處理之問題。就如何決定涉外仲裁契約是否具妨訴抗辯效力而言,因其屬程序事項(程序法上要素)而有關於訴訟法上效力,應適用「程序依法院地法」原則,固已如本文所闡述(併請參照註四〇之說明)。可是,就涉外仲裁契約之成立、內容、解釋、效力、失效等事項而言,由於此類事項涉及實體法上問題(實體法上要素),自應分別依實體準據法處理(參照涉外民事法律適用法第六條之規定及上述註四四之說明)。其結果,有關當事人訂立仲裁契約之意思能力、行為能力有無欠缺、意思表示是否無效、有無得撤銷原因、其契約已否失效等事之處理,將可能發生依國際私法應準據外國法之情形。又,在認為應遵循當事人自治原則之情形,外國法亦有經當事人指定為準據法者。在此類情形,往往可能引發有關外國法之內容為何及如何蒐集其裁判基礎資料等問題,而涉及應否適用民事訴訟法第二八三條之規定一事。

事實上,誠如本文所指明,仲裁契約之訂立,係以程序主體權為基礎,乃當事人行使實體處分權及程序處分權之表現形態,而受支配於處分權主義。在此前提下,當事人係經由訂立仲裁契約選擇解決紛爭程序之方式,平衡追求實體利益與程序利益,而自主參與探尋、發現「法」之所在及內容。從此而言,涉外(商務)仲裁契約與內國仲裁契約實具有相同之法理基礎;關於條例第三條所指仲裁契約存否之審理,原則上應均採用辯論主義,而不宜予以列為民事訴訟法第二八三條所認依職權調查之對象範圍。職此,對於一造在我國提起之涉外商務訴訟,他造(被告)準據條例第三條主張涉外仲裁契約存在之抗辯時,關於如何蒐集該契約存否之裁判基礎資料及調查證據等事,因其屬程序事項乃適用「程序依法院地法」原則之故,自應準據規定如何審理條例第三條所指內國仲裁契約存否之我國程序法為處理。其結果,在條例第三條所指涉外商務仲裁契約是否存在有效係以外國法為準據實體法之情形,有關該外國法內容為何之審理,應準據有關審理內國仲裁契約存否之上開規定(民事訴訟法第二七七條、第二七九條、第二八〇條及第二八八條等),而無同法第二八三條之適用。不過,在如此依辯論主義為審理之程序上,受訴法院另須致力為適當之闡明,藉以防止其有關涉外仲裁契約存否之審理活動對當事人造成突襲。蓋以辯論主義之採用固然有助於避免一造遭受他造之突襲,卻仍不足以藉此防止來自法院審理活動之突襲。此種突襲,尤其容易發生於法院依職權調查證據(參照同法第二八八條),以致當事人更難預測到法院所斟酌之事實為何等類情形。因此,

受訴法院縱使依職權調查當事人所未聲明之證據,亦應留意為適當之闡明,以防止對當事人發生突襲(併請參照同法第二七八條第二項但書)。(關於突襲性裁判之種類及其防止之必要性、法理根據,請參照拙著「司法現代化」第一二一頁以下;關於辯論主義具防止突襲之作用,請參照同書第二二一頁以下;又,關於在職權調查證據之程序上,亦應保障聽審請求權,請參照同書第一二三頁以下及第一三三頁)準上所述,在審理條例第三條所指涉外仲裁契約存否即妨訴抗辯有無理由之程序上,因受支配於辯論主義,而依一般原則分配主張、舉證責任之結果,被告應主張、舉證同條所指仲裁契約成立存在並具該當性(原告係違反兩造訂立之條例第三條所指仲裁契約,而就其中所約定應交付仲裁之爭議,提起訴訟等事);而有關意思能力、行為能力之欠缺、意思表示為無效、經撤銷或契約失效等事項及其判斷之基礎資料,則由原告主張、舉證。

退一步言,在判斷條例第三條所指涉外仲裁契約是否成立有效之實體準據法係外國法時,論者縱認為關於該外國法內容為何之審理程序,亦有民事訴訟法第二八三條之適用云云,似仍須留意依上述說明,致力於防止發生突襲性裁判,並宜顧慮下述之問題。亦即:

在訴訟審理之程序上,外國法之內容為何究屬法律問題抑為事實問題;又,「法官知法」原則是否亦當然可直接適用於有關外國法之調查等事,乃當今學說上尚有爭論之問題〔參照三ヶ月 章「外國法の適用と裁判所」(澤木敬郎/青山善充「國際民事訴訟法の理論」(一九八七年)二四三頁以下;石黑一憲「外國法の適用と裁判所」(三ヶ月先生古稀祝賀上,一九九一年)四四五頁以下;山田鐸一/澤木敬郎「國際私法講義」(一九八〇年)六六頁以下〕。其中,規範說認為應以外國法為「法」、而事實說則認為應以之為「事實」問題,為審理上處理。此項對立爭論,在我國民事訴訟法設有第二八三條之明文規定下,對於條例第三條所認仲裁契約存在抗辯有無理由之審理而言,似無多大實益。蓋以:①同條之規定係就外國法之調查,宣明兼採職權探知主義與辯論主義,亦即採用折衷型審理原則,而較近似於德國民事訴訟法第二九三條〔「外國法、習慣法及規章為法院所不知者,當事人有舉證之責任。法院於調查此類法規時,不受當事人所提證明(Nachweise)之限制。法院得利用其他調查方法,並得命為其利用所必要之事項。」〕及奧地利民事訴訟法第二七一條〔「在他國領域具有效力之法、習慣法、特權(Privilegien)及規章為法院所不知者,須證明之。法院於調查此類法規時,不受當事人所提證據(Beweise)之限制。法院為達成該目的得依職權為必要之調查。……」〕等規定,而異於日本未設同樣規定之情形。因此,不論就有關條例第三條所指仲裁契約存否之審理或無關於此之其他一般涉外訴訟事件之審理,如認為均應適用同條之規定,則如何蒐集有關外國法內容之裁判基礎資料,即應遵循上開折衷型審理原則,

而不應因將外國法予以定性為「法」或「事實」，即當然導致應僅適用辯論主義或僅依職權探知主義為審理之不同，是有異於日本之問題狀況。^②我國民事訴訟法第二八三條之規定，係承認受訴法院就是否利用正式的證據調查程序，有相當之裁量權，除嚴格的證明（Strengbeweis）程序外，亦得採用自由的證明（Freisbeweis）方式，而不當然受拘束於當事人之訴訟上自認或不爭執（Nichtbestreiten）。此種程序內容，係導自該規定所兼採之職權探知主義，殊不適宜於審理受處分權主義（實體處分權及程序處分權）所支配且為條例第三條所承認之仲裁契約是否存在。^③同時，依該條之規定，受訴法院另亦負有盡力調查之義務。亦即，法院應為義務性裁量（nach pflichtmäßigem Ermessen），而斟酌可得利用之一切資料，充分調查外國法之內容為何，是與德國民事訴訟法第二九三條之規定所應有之解釋相近（vgl. G. Kegel, IPR, 6. Aufl., 1987, S. 316; Rosenberg / Schwab, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., 1986, S. 705）。法院如未盡該項義務而為裁判，即屬違反我國民事訴訟法第一九九條（闡明義務）及第二八三條之規定，而有害於聽審請求權之保障，應可構成上訴第三審之理由（參照同法第四六七條、第四六八條）。基於此種現行法應有之解釋，受訴法院於調查外國法之程序上，應負有防止發生突襲之義務，並不因該外國法被定性為「法」而有所異（關於此項防止突襲之觀點，亦為德國所強調，請參照 R. Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht, 1987, S. 431）。因此，所應著重者，應係如何防止發生來自法院所為外國法調查活動之突襲，至於究應將外國法定性為「法」或「事實」，則非解決問題之關鍵。何況，「法官知法」之原則，並不意味不須賦予當事人參與發現、探尋「法」之程序，已如上述（參照註四五之說明）。

基此認知，受訴法院所應致力者，應係在審理條例第三條所指涉外仲裁契約存否之程序上，設法保障當事人對於法院所認識之外國法，有充分陳述意見、提出必要資料之機會。例如，關於涉外商務仲裁契約是否有效之判斷，在兩造係就應否適用我國民法為爭執時，受訴法院如認為應準據某外國法律，則應將此項暫定之判斷內容，在言詞辯論終結以前適時向當事人表明，以利其再補述相關意見或提出必要資料。否則，受訴法院有關該契約存否之裁判，對於蒙受其不利益之當事人而言，即屬突襲性裁判，可能構成違反闡明義務之事由。至於有關該契約存否之審理程序，是否應適用民事訴訟法第二八三條之規定，猶屬次要事。

註四七：受訴法院為克盡其依民事訴訟法第一九九條所負闡明義務，在一定範圍內，應於言詞辯論終結以前，適時將其所持法律見解或心證向當事人（訴訟代理人、律師）公開表明。關於此方面之現行法上闡釋、學理上分析及其相關立法例之介紹，請參照拙著「司法現代化」一一三頁、一五〇頁、一五五頁、二四二頁以下。

【本文係作者於一九九二年十月十八日在最高法院之講稿，經發表於同院學術研究會叢書()之同時，又予以調整、補加部分內容、註釋後，於同年十二月刊載台大法學論叢第二十二卷第一期。有關收錄於本書時，再補加部分內容、註釋，請參照前註之說明。】

民事訴訟法學之回顧與展望

——為驗收民事訴訟法研究會之成果——

壹、緒言	265
貳、憲法上法理根基之探尋	267
一、程序權保障論之倡言	268
二、公正程序請求權之法理繼受	271
三、適時審判請求權之理論延伸	272
四、憲法上法理基礎論之擴展及界限	273
參、訴訟制度目的論之新開展	275
一、重新檢討目的論之契機	275
二、法尋求說之新倡	276
肆、事件類型審理必要論之興起	277
一、程序法理二元分離適用論之界限	277
二、程序法理交錯適用之必要性	278
伍、訴訟標的相對論之始倡	280
一、向來訴訟標的論忽略防止突襲之觀點	280
二、訴訟標的相對論之架構	281
陸、餘波	282
※註釋	284

壹、緒 言

法學叢刊自民國六十九年九月起至今，按期陸續刊載民事訴訟法研究會所辦五十多次研討會（以下略稱為「研究會」或「研討會」）之論文報告及共同研討紀錄，為期已長達十五年，且仍將延續，對於協助我國法學研究方法之革新、促進法學理論及實務水準之提昇，成果豐碩，著有貢獻，為有目共睹之事實。（註一）該研究會成立於同年初，每隔三個月舉辦研討會一次，由國內各大學研究、講授民事訴訟法之學者及實務家，輪流分擔提出研究論文之責，並進行共同討論，然後將其內容紀錄整理成文，依次送請法學叢刊雜誌社發表。（註二）在此以前，定期性、經常性共同研討會之方式，並未見採於我國法學研究者之間，向來之民事訴訟法學研究者亦非其例外。其結果，向來同道論者鮮有時相切磋琢磨之機緣，且少見論點之交集，以致難釐清諸說間之爭論所在，而無從針對學界實態，適時精確掌握自說所應去從之方向。從此角度而言，民事訴訟法研究會長年共同研討中所挖掘、處理或殘留之問題，以及所闡述或提倡的理論、思考模式，既可據以回顧我國民事訴訟法學之向來理論狀況，亦宜於循以觀測其在今後所應然之理想前景。為此，本文擬以上開共同研討之內容為基礎資料，嘗試就我國之民事訴訟法學，略加回顧及展望（因此，以下稱「以前」或「向來」者，主要係指研究會成立而實際舉辦共同研討會以前之我國情形而言）。

本來，在法律學之全部領域中，民事訴訟法學可謂為最切需兼顧理論與實務，以使其間相銜接、貫通者。因此，如何防免發生或擴大理論家與實務家之疏遠、隔離現象、如何促進其相互協力關係，原屬

民事訴訟法學之研究方法上基本課題。(註三)在此目標追求下，民事訴訟法學應是同時為批判・前導實務運作或立法取向之學，而非僅為記述易趨於停滯化・固定化的審判實務。又，所謂審判實務係意含程序法之適用及其制度之運作所應然者在內，並非僅指其制度運作上向來所已然者而已。從此觀之，由學者與實務家協力組成之上開民事訴訟法研究會，姑不論其所背負應繼續充實參與層面等任務猶待完成(註四)，畢竟已於所辦五十餘場研討會之共同研討中，以民事訴訟法學所應達成之目標為指向，致力於銜接有關民事訴訟法之理論與實務，而促進學者與實務家之協力關係，其所研討之內容、成果自值珍視，而資以回顧我國民事訴訟法學之過去，並展望其未來。此項檢討作業之進行，將有益於更精確掌握我國民事訴訟法學所須面對之問題狀況，並拓深斯學之存立根基、開闊斯界論者之視野。因為，我國實務家向來所研讀・參考有關民事訴訟法之案上資料，除裁判之先例或解說彙編以外，每限於以記述實務性知識為主要內容，或以迎合國家考試需求為目的所撰寫之寥寥數冊教科書，其中鮮有深入闡述相關基礎理論，而循以前導改革動輒流於停滯不前之實務者。處此現實狀態下，上述共同研討會不啻為絕佳之問題整理場及對策研議所，其研討成果既可成為實務家之自我檢視器，亦有助於理論家站穩其得能更精準批判實務之立足點。在此意義上，以該項共同研討之內容為素材，試就我國之民事訴訟法學加以回顧與展望，對於克服民事訴訟法學所須面對之上開課題，應可發揮極其重大之正面作用。

事實上，現行民事訴訟法係於本世紀前葉即民國十九年(西元一九三〇年)，在國家指導下，抄襲性繼受歐洲大陸法(以德、奧、日之民事訴訟法為母法)而成，迄今已施行逾六十年。在毫無此方面法制傳統背景之我國，該項法律移植大業，自始即殘留著繼受西方法制客體面(有關民事訴訟法施行之種種周邊制度)不盡徹底・完足之問

題事項(註五)，有待於續從修法上及學問之繼受・研究上加以顧慮・彌補。意識及此，於跨世紀之現在，實亦有必要回顧一下，該項世紀性學問上彌補工程之進展得失，並藉其檢討所獲成果，嘗試前瞻二十一世紀我國社會所將然或應然之法制上・學問上新容貌。此方面之學問上探討，為期其能與我國相關法制及社會實情相配合，而發揮應有之問題解決效用，本宜使力於析述母國法制及其相關理論，究竟已經或應該如何銜接於我國法制水土上、有何相互關連或不同處；而不應滿足於僅就外國法制為純然之介紹。因此，於回顧民事訴訟法學之過去並展望其未來之現時點，本文擬著重於同時嘗試指明：經由研究會之共同研討，我國是否亦有異於母法國之前導性觀點提出或基本理論新創？倘若有之，其據以闡釋之基礎法理具何特異性？是即同時省思：在二十世紀我國從事於法制上・學問上繼受以來，民事訴訟法學是否另有格局獨具之新開展？

貳、憲法上法理根基之探尋

向來，有關民事訴訟法之教科書或論文，既無詳就憲法與民事訴訟法之關係加以體系性闡述者，亦乏此方面之問題意識。亦即，在民事訴訟法研究者及運用者(實務家)之間，向來未意識到民事訴訟法學應致力探究、克服下述課題：有關國民主權、司法、平等權、財產權、自由權、生存權及訴訟權等基本權之憲法上規定或原理・原則，應如何落實於有關程序制度之實務運作或理論構築中？此等憲法上要求或基本理念，應如何延伸成為處理・解決民事訴訟法上諸問題之基礎法理？向來論者或實務家所謂之「通說」或所耳熟能詳之思考模式，到底能否在憲法上尋得法理根據、是否無背於憲法上要求或基本精神？

由於此種問題意識之欠缺，向來的民事訴訟法學鮮能立足於貫徹憲法上要求或基本理念之觀點，省思・建構程序理論及檢討・改革審判實務。（註六）此從第一次研討會之共同研討過程，亦可獲得某程度之印證。亦即，於其研討中，首度出現於我國學界之程序上保障・基本人權保障之觀點，係針對有關民事（非訟）裁定有無既判力之肯・否二說，首次促使其基於憲法上價值理念（如：尊重人的尊嚴之原則）為再檢視。（註七）未幾，此項觀點又從提倡・闡論應防止發生突襲性裁判之角度，延伸於第三次研討會，成為其主要論旨，且陸續在歷次研討會所涉多項論題上，產生相當程度之催化作用，而觸及民事訴訟法學上根幹性問題事項。（註八）此類植基於憲法上要求或基本理念之理論提出，對於訴訟法學上論說及相關審判實務而言，理應一方面含有促使其重新檢討既有思考模式是否仍具妥當性之意義；一方面則示明可供依循之基本性前導法理，俾其適度調整為應然之開展方向，以因應新世紀之需求。以下想就屬於此類理論提出或法理闡明者，加以例示說明。

一、程序權保障論之倡言

在我國，有關程序主體權（當事者權）・聽審請求權等程序權保障之理論提倡・開展及拓深（註九），可溯尋於研究會之成立及其繼續不斷之共同研討過程。此方面立論實已涉及諸多問題層面，諸如：非訟裁定有無既判力之判斷（註一〇）；防止發生突襲性裁判之基本要求及其基礎法理（註一一）；國民使用法院機會之保障（註一二）；訴訟標的外和解之效力範圍（註一三）；訴之預備合併的審判範圍（註一四）；對非法人團體所下判決之效力是否及於其構成員（註一五）；類似必要共同訴訟之審理程序（註一六）；限制上訴第三審之正當化

根據（註一七）；加強事實審功能之必要前提（註一八）；判決之更正（註一九）；訴訟上和解制度之運作（註二〇）；代位訴訟及有關請求返還共有物訴訟之判決既判力主觀範圍問題（註二一）；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（註二二）；判決理由中判斷有無拘束力（註二三）；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（註二四）；審判權有無欠缺之判斷過程（註二五）；捨棄上訴權之效力判斷（註二六）；裁判有無脫漏之判斷（註二七）；在非訟程序如何保障當事者權（註二八）；裁判分割共有物事件之審理及其所涉當事人恒定主義之運用應如何兼顧程序保障（註二九）；失權的根據（註三〇）；生活妨害制止請求之特定（註三一）；非法人團體訴訟當事人能力之判定程序（註三二）；證據提出權及爭點整理程序（註三三）；訴之客觀合併態樣及審理順序之排定（註三四）；隨時提出主義之合理限制（註三五）；外國法院判決之承認（註三六）；簡易程序之基礎法理（註三七）；訴之變更追加之許否判斷（註三八）；當事人本人供述之功能論（註三九）；訴訟外紛爭解決制度之定位及法院調解之效力範圍（註四〇）；公司訴訟及身分關係訴訟之判決所及於訴外第三人的效力（註四一）；訴訟標的論及既判力客觀範圍之省思（註四二）；不作為請求及生活妨害制止請求之保全程序（註四三）；經驗法則之適用程序（註四四）；闡明權之行使方式（註四五）；評析中國大陸民事訴訟法之觀點確立（註四六）；損害賠償請求之訴訟標的論（註四七）；簡易程序之評價及其與通常程序之適用上區分（註四八）；訴之利益有無欠缺之裁判（註四九）；對「辯論兼和解」等類審理方式之評價觀點（註五〇）；程序選擇權之法理基礎（註五一）；第三人訴訟參與程序之充實（註五二）；再審訴訟標的之理論構成（註五三）；事證開示制度之功能評估（註五四）；當事人恒定主義所引發

之問題處理（註五五）；當事人適格擴大論之評析（註五六）；法官所認舉證責任分配標準之表明（註五七）；判決遮斷效之法理根據（註五八）。

從上述內容豐富之多角度研討過程，顯可察知：在我國，程序保障論已然全面性成為指引處理民事訴訟法上諸個別問題之上位概念。前導法理，是與向來持以面對問題之思考方式大有所異。因為，在以前，縱使認為應在訴訟程序上使當事人盡攻擊防禦能事之論者，並未同時深論其法理根據為何；而於談論闡明權行使之根據時，亦欠缺防止發生突襲性裁判之觀點（特別是未曾察覺：應防止來自法院的突襲以保障聽審請求權、程序主體權之必要性）（註五九），尤未意識到應嘗試探尋其法理基礎於憲法上要求或基本理念。抑且，相較於德、日等國之理論狀況，我國之程序保障論頗具獨特性。亦即，此處所倡論之程序保障，係兼含有關達成慎重而正確的裁判之程序保障及有關達成迅速而經濟的裁判之程序保障等兩面意義，而以追求確定存於實體利益與程序利益之平衡點上真實為首要目標，非若德、日論者多仍固執於發現實體真實，以致偏向於不細究事件類型之特性，而一律著重談論有關優先追求發現真實（達成正確裁判）的程序保障。（註六〇）並且，在我國，近年來，於重視事前的程序保障之同時，視野亦已擴展於強調事後的程序保障對賦予程序參與機會之重要性（註六一）。此類程序保障論之深化，均延伸為前導研擬、制訂多項民事訴訟法修正案之基礎法理。例如：為賦予此類程序保障，引進職權通知第三人參與訴訟及第三人撤銷判決之訴等制度；又增設小額訴訟程序之規定，以達成迅速而經濟的裁判，而貫徹此方面程序保障之要求（註六二）。此等立法趨勢，將對於二十一世紀民事訴訟法學上研究關心，提示新著力點。隨伴於此，其今後的課題是，繼續探究：就何類事件或何種程序事項，應賦予何內容或何程度之程序權保障？

二、公正程序請求權之法理繼受

公正程序請求權之法理係源於憲法上訴訟權保障及法治國家基本原理，而要求制定程序制度之立法者及運作審判實務之法官，應針對各種程序態樣及個別審理狀況，從實質上保護程序制度使用者（當事人、訴訟關係人）之利益。此項由德國判例所形成、學說所力倡之法理（註六三），非僅已為日本學界所採認（註六四），且經共同研討過程被繼受於我國，而在理論根基上獲得相當程度之拓深、在適用範圍上有所擴展（註六五），頗異於以前未有所認之狀況。

具體言之，例如，關於審判實務上極具重要性之訴訟指揮權、裁量權之行使，我國向來之論者及實務家每認為：在法律未明認當事人就程序之形成有聲請權時，法院有裁量之自由，無必為形成一定程序之義務，不受其他制約，因此，就是否合併辯論、合併裁判而言，當事人恒無聲請權云云。可是，倘不問各類事件所存個別具體狀況為何，一律依此項論旨處理，在特定情形，可能對當事人兩造或一造，招致有害其實體利益或程序利益之結果，不符公正程序請求權之法理，應非所許。此為經由共同研討所得論證（註六六），卻不被向來有關訴訟指揮或裁量權之我國論者所認知。循此，上開法理，究應該或可能適用於何種程序態樣或審理狀況，乃涉及其範圍如何界定之課題，宜由今後之民事訴訟法學研究者予以克服。

另一方面，在我國，有關上開法理之適用論，係被認為應兼以平衡保護實體利益及程序利益為指標，而關涉程序選擇權論之進展方向（註六七）。此種理論構成之獨特性，究應如何在比較法上定位，亦屬尚待繼續完成之課業。

三、適時審判請求權之理論延伸

向來，常見論者指述，某種訴訟上作為或不作為係有背於訴訟經濟，非屬可許云云，此時其所意謂或顧慮者，往往偏重於公益之保護，既未曾同時釐清：程序利益之追求（勞力、時間、費用之節省）與系爭實體利益之保護等二者間，對當事人而言，有何優劣・消長或均衡關係；更未進一步闡釋：該二項利益之保護要求，是否亦具基本權上意義。對此，近年來，在研討會新倡應認知適時審判請求權之法理者，係從憲法上基本權保障之規定為立論。亦即，其認為：依憲法上有關承認國民主權之原理，並保障自由權、訴訟權、財產權及生存權等規定，應肯定一般人民及訴訟當事人對國家有適時審判請求權，應被賦予受適時・適式審判之機會，藉以平衡追求實體利益及程序利益，而避免系爭實體利益或系爭外之財產權、自由權等被程序上勞費之額外付出（程序上不利益）所耗損或限制等旨。（註六八）

此項倡論，在其延長線上係與程序選擇權之法理相銜接（註六九），而有所異於日本學界所認適時審判請求權之法理基礎。（註七〇）良以日本論者所認該項法理，係以優先追求達成正確裁判（發現實體真實）俾保護系爭實體權為前提，充其量僅將有關係爭財產權（實體權）之憲法上保障要求列為立論之基礎，因其未同時顧及如何保護系爭外財產權・自由權等基本權，使其不受程序上不利益（隨伴於程序使用之勞費發生）所耗損或限制等類問題，終致未併將有關此基本權之憲法上保障要求同時作為論據，而忽略平衡兼顧程序利益之基本權上必要性。其結果，日本論者雖肯認適時審判請求權，卻未能進一步認知程序選擇權所具基本權性。

循此以觀，新倡於我國之適時審判請求權論，實具相當之基本權

保障上獨特性，所以繼續評析其妥當範圍並探討其宜如何具體化，應成為新世紀民事訴訟法學之課題。亦即，今後應再探究：因訴訟經濟之謀求所得獲致之程序利益，在何範圍內應歸屬當事人？此項利益在何情況下，應由一造當事人（如：小額權利人或消費者）享有？何時宜兩造共享之？例如：法律承認兩造得訂立仲裁契約，以合意選用仲裁程序（註七一）；又，民事訴訟法第四二七條第三項承認兩造得合意選用簡易程序，均係明認兩造得優先追求程序利益之規定，此類規定之模式，宜如何擴張適用於其他情形？又，上開理論亦可循以評析民事訴訟法修正草案所增訂有關：兩造得合意選任調解委員或委由調解委員酌定調解條款（仲裁）；訴訟中之當事人兩造得合意將事件移付調解（註七二）；在簡易訴訟程序及小額訴訟程序上，原告各得選擇僅以表明請求原因事實之方式或以表明特定權利之方式，分別特定其訴訟標的（註七三）等規定（按：上開草案已經完成立法程序，於一九九九年二月三日公布施行）。要之，今後之民事訴訟法學亦應朝向於，拓展有關適時審判請求權及程序選擇權之理論。

四、憲法上法理基礎論之擴展及界限

依上所述，可知植基於憲法上要求或基本理念之訴訟法學理論，近十五年來，在我國有長足之進展，且有愈益深化、擴張，甚至導致訴訟法學脫胎換骨之勢。況且，除上述者外，同類之理論開展尚顯現於諸如：

（一）認知程序法上平等權（保障平等使用程序制度之機會），而尋求其法理基礎於憲法上有關平等權之保障規定（註七四）。此項法理認知，係同時強調應保障普天下之人，在訴訟外或起訴前，均有平等接近法官・使用訴訟制度之機會，而非若向來論者般僅將視野侷限於

訴訟程序上武器均等原則之貫徹。在此意義上，有關保障程序法上平等權之理論，亦應準以理解、評估：訴之利益・當事人適格擴大論（註七五）、消費者保護訴訟法（註七六）、小額訴訟程序法（註七七）、法律扶助基本法（註七八）之制定必要性。

(二)近年來，嘗試重新檢討處分權主義根據論之我國學說動向，亦值注目。其說認為：民事訴訟法之所以採用處分權主義，非僅為了貫徹當事人對系爭實體權（財產權）之支配權能而已，應亦係為了使當事人有機會藉此追求程序利益（利用處分權主義以減少發生程序上不利利益），以同時維護其受憲法所保障之系爭外財產權・自由權等，因此在一定範圍內，不僅應承認當事人有實體處分權，亦應賦予程序處分權，以便其選擇有助於平衡追求程序利益之程序；從此角度言，不應如向來德、日論者般將採用該主義之根據侷限於，僅為貫徹有關支配系爭財產權之私法自治原則等旨。

此項始倡於我國之新說，係著眼於貫徹上開憲法上保障規定之精神，對於向來德、日及我國論者說法，提出批判性觀點，何時在何範圍內能獲得迴響，仍待觀察。（註七九）例如，立足於此觀點，今後可進一步深入探討：關於訴訟標的之特定及訴之聲明方式之表明，宜否賦予當事人更多程序選擇機會？宜否容許當事人就訴訟程序或其他程序（如：非訟程序、仲裁程序或調解程序）之選用，享有更大之自由？

(三)晚近，在我國，致力於併將有關司法制度之憲法上原理・原則列為民事訴訟法學上研究對象之動向，頗值重視。（註八〇）此即著手研究：如何使憲法所定有關司法制度之各種原則或要求，落實於訴訟程序中，或具體化為處理訴訟法上諸個別問題之指標。是乃就民事訴訟法學為廣義之理解，而變易向來予以狹義視之態度。屬於此類新動向者有如：基於憲法所認國民主權之原理及有關基本權保障之原則，

探究應如何組成・改革・運作司法制度（含律師制度），始能確保、伸展國民之法主體性。循此以觀，今後民事訴訟法學應朝向於同時探究：如何改革司法制度，使其與程序法理論之構築・審判實務之運作相銜接？應如何塑造程序制度，始能資以實現有關司法權運作之憲法上基本要求〔如：審判（法官）獨立之原則〕？

要之，於立憲主義之前提下，我國民事訴訟法學在以前的二十世紀所忽略，卻為新世紀所須繼續探究・克服之基本課題是：為貫徹憲法上要求・原則或基本精神，應如何構築程序理論及運作審判實務？應如何隨著今後社會・經濟情勢之變遷，重新調整・修正既存之程序法上理念（如：訴訟制度目的論）・主義・原則（如：處分權主義、辯論主義、公開審理主義……）或其實際運作法則・方式（如：訴訟標的理論・闡明之方式）？

參、訴訟制度目的論之新開展

一、重新檢討目的論之契機

在我國，關於民事訴訟制度之目的為何，向來論者多支持德國通說即權利保護說。此外，亦有從學問上繼受德、日其他學說，而左袒紛爭解決說或私法秩序維持說等論見者。（註八一）不過，此類學說均有可議之處，最近已在我國遭受相當之批評。（註八二）以其指向於權利保護說之批評為例而言，謂：權利保護說係以實體法規範之實現（實體利益之追求）為首要著眼點，充其量僅立足於實體法上觀點，而未正視訴訟制度之使用及運作，亦須同時兼顧程序利益之追求（程序上勞費付出之節省），以免危害當事人受憲法所保障之系爭中及

系爭外財產權・自由權等，不盡符合立憲保障此等基本權之精神・旨趣云云。

準此而論，權利保護說實含有窮於解說如何擴充・健全消費者保護訴訟制度或小額權利救濟制度之缺陷，難予克服。亦即，支持權利保護說之論者，縱然亦主張應設特別程序以保護消費者或小額權利人，由於其說每僅以不使系爭實體私權（該小額權利）腐蝕以致形同畫餅為首務，以致於就該程序應如何始能有助於平衡追求程序利益而同時防免系爭外財產權・自由權橫遭危害一事，難為無矛盾之法理上解說。此項權利保護說之缺陷，於第五十二次研討會之共同研討過程，又再度被認明而凸顯，終致成為受批判之一個焦點。因為在此研討中，可以察知：愈強調應從保護系爭小額權利之角度，處理該程序所涉程序上諸問題，則愈有引發程序上不利益之虞，終將使消費者即小額權利人蒙受逾於系爭實體利益之程序上不利益，以致等同於阻絕其使用該程序之途。（註八三）此項權利保護說所含缺陷之再凸顯，遂成為重新檢討訴訟制度目的論之契機，並為發表「法尋求說」之機緣。

二、法尋求說之新倡

法尋求說係指向於批判有關訴訟制度目的之向來諸說，認為：在立憲主義之前提下，民事訴訟制度之設計、運作及使用應平衡追求實體利益及程序利益，兼顧實體法上觀點及訴訟法上觀點，予以等量齊觀，而以尋求・發現・提示存在於該二種利益之平衡點上的「法」為首要目的，藉以貫徹憲法同時保障系爭財產權（實體權・實體法上地位）及系爭外諸基本權之旨趣，並符尊重人的尊嚴之原則及法治國家原理等旨。此說能涵蓋多方觀點，正視且強調訴訟制度之目的論與憲法上基本權保障之應有關係，頗符立憲主義之精神，是與未曾如此正

視之向來諸說，大異其趣（註八四）。

按，法尋求說實脈承於一九八〇年代始創於我國之信賴真實說，且與植根於此，就辯論主義根據論所新倡之信賴真實協同確定說（新突襲防止說）體系相通（註八五），而均指向於批判百年來德、日論者所沿襲之實體真實發現主義及形式真實發現主義（註八六），同時涉及事實審理制度之目的論，乃向來仍待民事訴訟法學克服之世紀性基本課題。從此角度而言，上開目的論之新倡所具第一層次意義應是：嘗試提示批判性・爭議性・話題性觀點，以便從現時點，就民事訴訟法學，一邊回顧・檢視・驗收其在本世紀法制繼受・培育期所已然之成果，一邊預估・規劃・展望其在新世紀法制成長・茁壯期所應然之理想狀態。在此意義上，可認為：上開新目的論已某程度提示了立法及法律解釋上之新理念，並明揭制度設計、理論構築及實務運作之上位指標，可循以操作有關民事程序法建制之立法論及解釋論（註八七），且宜作為訴訟法學理論所需視野擴展・觸角拓深之新起點。

肆、事件類型審理必要論之興起

一、程序法理二元分離適用論之界限

向來，我國通說係採所謂程序法理二元分離適用論，認為：關於民事事件之審理、裁判，法院在訴訟程序僅可能且應該適用訴訟法理（如：處分權主義、辯論主義、直接主義、言詞主義、法庭公開主義、舉證責任……），在非訟程序則僅可以且應該適用非訟法理〔如：職權裁量法理、職權探知主義、間接主義、書面（狀）主義〕，並且，法院依非訟程序所下裁定，應無既判力云云（註八八）。此種說法被

批判為，難以合理解釋：何以在向來之審判實務上，法院循訴訟程序審理子女監護、請求扶養、請求裁判分割共有物等類事件時，實際上係就同一事件同時適用職權裁量法理（緩和處分權主義之適用，即部分的非訟法理），而非全面僅適用訴訟法理？（註八九）

其實，相較於德、日均早在一八九八年制定而先後施行非訟事件法之情形，我國係遲至一九六四年始繼受其法而制定施行非訟事件法。處此狀態下，我國向來有關非訟事件法之學問上研究仍相當落後，原非預料外事。尤其，自該時引進非訟事件法以後，關於其與現行民事訴訟法之間，究有何本質上互異性、各該法律所分別採用之諸程序法理相互間是否恒有目的、功能上之互斥性、關聯性或互補性等事，向來並未進行應有之學理上探究，成為本世紀所殘留之基本課題。

二、程序法理交錯適用之必要性

意識著上述世紀性課題，筆者於台灣大學法律學系率先開設非訟事件法課程之同年即一九八〇年，第一次研討會亦被提出相關問題（非訟裁定有無既判力、其效力發生之前提要件為何、其所涉程序法理應如何適用等問題），經研討後留待解決。發端自第二十次研討會而至第二十三次研討會，終見提倡所謂程序法理（訴訟法理與非訟法理）交錯適用肯定論及民事事件類型審理必要論（註九〇）。其論旨略為：「為因應類型互異的民事事件之多樣化需求，應採用利益衡量之方法，正視各種民事事件之個性、特徵，就各該事件需求滿足之程序法上基本要求的重要性及相關程序法理之機能上實用性等關聯事項，加以較量。其結果，應肯定諸程序法理各具機能，而可能就特定事件之審理，交錯適用訴訟法理與非訟法理，並應承認非訟法院為迎合一定事件類型需求獲得迅速、經濟裁判之特性，得對利害關係人（當事人）賦予

合乎該特性之實質的程序保障。在此範圍內，非訟裁判應該且可能發生相當於在訴訟程序適用其需求之程序法理所下裁判之效力（既判力），藉以在平衡兼顧發現真實（實體利益之追求）及促進訴訟（程序利益之追求）等二要求之前提下，終局解決紛爭。職此，依各該事件類型之特性需求所被賦予之程序保障，具有銜接統合訴訟程序與非訟程序之機能。」

此項新說，係以平衡追求實體利益與程序利益為目的，依事件類型所需求受簡速或正確裁判之程度，或活用非訟法理以賦予有助於達成簡速裁判之程序保障，或賦予有助於達成正確裁判之程序保障，俾確定、尋得存在於該二種利益之平衡點上的「真實」、「法」，期能各得其所，為具體妥當之紛爭解決。準此，事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論，實與上述法尋求說及信賴真實說之法理基礎，脈絡相承，且追求共同之目的，自有所異於就制度目的左袒實體真實說或權利保護說等類立場之見解。（註九一）在此意義上，上開新論亦具前導法理性，可嘗試循此改革民事程序法制，以因應民事事件類型日趨多樣化之新世紀社會需求（註九二）。諸如：循以檢視各種事件類型所宜適用之審理主義（程序法理）為何，然後抉擇如何修正相關程序法之規定？（註九三）從解釋論上，探討程序法理如何交叉適用於訴訟程序，或訴訟外紛爭處理程序（如：調解程序、仲裁程序或一般非訟程序）？（註九四）又，在其延長線上，如何嘗試建構有關「中間程序」之理論？（註九五）

伍、訴訟標的相對論之始倡

一、向來訴訟標的論忽略防止突襲之觀點

在我國，向來，從學問上繼受德、日之訴訟標的論新說者與其舊說贊成者之間，曾有熱烈之爭論。（註九六）至研討會成立後，於多次研討中，該項爭論究有何實益一事屢被置疑，而有從防止發生突襲性裁判之觀點予以評析，認為其間實少有爭論之實益者。（註九七）終於另有原曾對上開新說持積極態度者，轉為傾向消極論之情事發生。（註九八）

析言之，在上開爭論之過程，新、舊說支持者，除未曾認知防止發生突襲性裁判之觀點，以致未併探討應如何防止來自法院的突襲（如：法律適用的突襲）以外（註九九），亦未意識到應同時探討（註一〇〇）：訴訟法採用處分權主義，而要求原告應於起訴時提示，特定訴訟標的之法理根據為何？向來之根據論有無可議或不盡周延之處？又，在訴訟法上，依處分權主義所應承認之處分權內容為何？其是否僅指當事人之實體法上處分權能（實體處分權）而已？或亦包含一定程度之程序法上處分權能（程序處分權）？原告可否基於該項權能，在一定範圍內，具體擇定訴訟標的之範圍？要之，難道不應從根本上省思：向來所謂謂新、舊說能否貫徹或有無悖離訴訟法採用處分權主義之目的、旨趣？

二、訴訟標的相對論之架構

意識著上述問題狀況，在我國，始創訴訟標的相對論者之主張要旨為：『民事訴訟法之所以採用處分權主義，係為了使當事人有機會平衡追求實體利益及程序利益，以同時兼顧其受憲法保障之系爭實體權及系爭外財產權、自由權等。因此，原則上應承認當事人（原告）有實體處分權及程序處分權，以便據以選用有助於追求程序利益之程序方式。基此，為追求實體利益，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，以追求程序利益，原告則需求不將可能招致程序上不利益之事項（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，不僅具有追求實體利益之機能，亦可發揮追求程序利益及平衡追求該二種利益之機能。就訴訟標的之判定基準而言，應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，乃屬相對性問題。如此既能有助於發揮訴訟標的之特定所具防止發生突襲之機能；亦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利益與程序利益之大小，而經由訴訟標的之劃定，平衡追求該二利益。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。』（註一〇一）

由於此說尚處初創期，今後宜繼續致力於深化其學理上探討層面，

並開展其相關立法論、解釋論。例如：依上述意義的處分權主義，就如何適用民訴法第二四四條第一項第二款而言，宜嘗試解為應容許原告既得選擇以其受給付之地位為訴訟標的，亦得提示某實體法上權利而限定以之為訴訟標的。（註一〇二）同時，倘認為就特定事件類型，認為有必要更積極促使法官在實務運作上，儘可能賦予平衡追求實體利益及程序利益之機會，則亦不妨增訂訓示性規定，以使向來慣於僅用訴訟標的論舊說之法官，不再猶疑而未敢照訴訟標的相對論實現應然之訴訟制度理想。（註一〇三）此外，新世紀之學問上關心亦宜指望於，就重複起訴之禁止、訴之合併（註一〇四）、訴之追加・變更、既判力之客觀範圍、判決理由中判斷之拘束力等問題事項，循相對論所揭示之理念方向，立足於其理論基礎上，進行相關之全面性學理上探討。

陸、餘波

綜上析述，相較於遷就「單打獨鬥」式研究型態及偏重介紹性・純繼受性・實務記述性闡論之以前，自研究會成立至今十五年來，我國民事訴訟法學，不僅在研究方法之變革方面，並且在理論進展之獨創性・突破性・斷奶化（自母國法）等方面，各有耀眼醒目之豐收。此項得來非易之成果，既宜成為再度邁步進入新世紀民事程序法學領域之新據點，亦可資以預測・展望其新容貌之未來。

其實，如上所析述者，係僅限於關涉全面牽連性・基本原則性・指標性・獨創性理論之潮流推移層面。除此以外，晚近尚多有他方面收穫，亦具基本上重要性，卻未及詳論於上者。於此，為便利檢討過去以策來茲，特於文末例示若干，略加說明如下，以供有意觀測法學

波流趨向者之索引、參考：

一、對話・討論式審理方式之倡行：此種審理方式之採行，被德、日等國論者認為可促進言詞辯論活性化・審理集中化，而有關於如何充實爭點整理・準備程序制度之問題。（註一〇五）此種審理方式若要充分發揮功能，應以法官適時公開心證・表明法律見解為其必要之程序內容。不過，關於此種審理方式之定性・功能，我國之提倡者認為其係以發現存在於實體利益與程序利益之平衡點上真實（即值得當事人信賴的真實）為目的，是與德、日論者認為該方式之採行係為發現實體真實者，互有不同，宜加分辨。（註一〇六）

二、紛爭解決一次性・擴大訴訟制度解決紛爭功能等要求之強調：此種日本學說上常被強調之理念・要求，隨著新訴訟標的理論之被介紹於我國，亦經繼受到此，近年來且多被引為明示或默示之立論依據。（註一〇七）由於此等理念・要求，係與「程序權保障之要求」處於緊張關係，所以今後之課題應是，認真探討：對於程序保障之要求，應如何優先加以顧慮？應如何調和此類互相處於緊張關係之諸理念・要求，而使之達到一定之平衡點？（註一〇八）

三、證據法領域之開墾：在本案審理過程，「法」與「事實」恒相牽扯，而證據之所在每即事實・權利之所在。因此，有關證據法領域之開疆闢土動向，殊值重視。在此方面，除有關事證蒐集手段之充實、證據法則之析明、舉證責任論之介紹等類相關研究成果外（註一〇九），最近始被倡論之行為責任說（註一一〇），係立足於我國立法例上特殊性，乃具有訴訟法屬性之舉證責任論，與向來直接介紹・繼受自德、日等國論說者有所不同，正被指望：今後繼續拓深其法理根基，並針對事件類型（如：現代型紛爭事件）之不同，具體化其適用範圍。

四、論點之波紋擴散現象：為滿足具體妥當性之要求，近年來頻

被用以探究問題事項之利益衡量方法論，就諸多程序法上問題點，已然在程序法學界引發相當之波紋，甚至向其與實體法或國際民事訴訟法之交接領域擴散中，且呈繼續擴散之勢。在此時點，想精準預測訴訟法學之未來全貌，豈屬易事？（註一一）

〔註釋〕

註一：請參照法學叢刊第九十九期（一九八〇年九月）以下各期至今所載民事訴訟法研究會歷次研討紀錄。

註二：請參照民事訴訟法研究會（基金會）編・民事訴訟法之研討〔以下略稱「民訴研討」〕（一）至（四）（一九八六年、一九八七年、一九九〇年、一九九三年）所收錄歷次研討會論文報告及討論內容之紀錄。

註三：三ヶ月 章教授曾指明：理論家（學者）不諳審判實務者之人數增加或與實務家之疏隔現象，可能招致民事訴訟法學遭扭曲等後遺症。關於日本在此方面之研究方法史上分析，請參照三ヶ月 章「民事訴訟法学の出発点に立返って」（同・民事訴訟法研究第十卷，一九八九年）一八四、一九二、二〇〇頁；同「民事訴訟の理論と実務——理論の立場から——」（同・第九卷，一九八四年）四八頁以下；同「新民事訴訟法典の制定と研究者への期待」（民事訴訟雜誌三八号，一九九二年）二三頁。

註四：關於民事訴訟法研究會成立後尚須處理如何承先啟後之問題，請另參照邱聯恭「富有生命力的民事訴訟法學」（月旦法學雜誌第五期，一九九五年）四六頁。

註五：關於我國民事訴訟法在二十世紀西方法制繼受上之異質性，請參照邱聯恭「第一審程序修正草案之析述」〔最高法院學術研究叢書（二），一九九三年〕（以下略稱「一審草案析述」）一八〇頁以下；同「新世紀民事程序法建制之基本課題」（律師通訊第一八〇期，一九九四年）（收錄於同・程序制度機能論，民事程序法之理論與實務第一卷）（以下略稱「新世紀課題」）一九九頁以下。

註六：在第二次世界大戰以前，日本民事訴訟法學界亦有欠缺憲法上批判觀點及此方面問題意識之情形。關於此，請參照竹下守夫等（座談會）「法学の歩み四〇年」（法学教室第一〇〇号，一九八九年）一一頁；中野貞一郎「公正な

手続を求める権利」（民事訴訟雜誌三一号，一九八五年）三一頁；新堂幸司・小島武司編・注釋民事訴訟法（1）（一九九一年）五八頁以下。

註七：請參照「民訴研討（一）」一五頁以下。

註八：請併參照第二十次、第二十三次、第三十二次、第四十六次及第五十一次研討會之發言及研討內容〔「民訴研討（二）」三二五頁以下、四四八頁；「民訴研討（三）」四九〇頁、五一二頁以下；「民訴研討（四）」五七六頁以下；法學叢刊第一五六期一四九頁以下〕。

註九：關於當事者權・程序主體權、聽審請求權及一般程序權保障之意義、其憲法上法理根據等事項，另請參照邱聯恭・司法之現代化與程序法（一九九二年）（下稱「司法現代化」）一一〇頁以下、一一六頁以下、一一八頁。

註一〇：「民訴研討（一）」一八頁；「民訴研討（二）」四八一頁以下。

註一一：「民訴研討（一）」二七頁以下；「民訴研討（二）」四八一頁、五六〇頁；「民訴研討（三）」二九九頁、六一三至六一四頁；「民訴研討（四）」二三一頁。

註一二：「民訴研討（一）」七九頁。

註一三：「民訴研討（一）」一五二頁以下。

註一四：「民訴研討（一）」二〇六頁以下。

註一五：「民訴研討（一）」二四八頁以下。

註一六：「民訴研討（一）」二七六頁。

註一七：「民訴研討（一）」三二一頁。

註一八：「民訴研討（一）」三三九頁以下。

註一九：「民訴研討（一）」四七五頁以下。

註二〇：「民訴研討（二）」七五頁以下。

註二一：「民訴研討（二）」三七頁；「民訴研討（四）」七六五至七六七頁。

註二二：「民訴研討（二）」一二二頁、一二六頁；「民訴研討（四）」七七〇至七七一一頁。

註二三：「民訴研討（二）」一六〇頁以下。

註二四：「民訴研討（二）」二一七及二三五頁。

註二五：「民訴研討（二）」三二五頁。

註二六：「民訴研討（二）」三六五頁以下。

註二七：「民訴研討（二）」四一三頁。

註二八：「民訴研討（二）」四四〇頁以下、四八三頁。

註二九：「民訴研討（二）」五五五頁以下。

註三〇：「民訴研討（三）」二八頁以下。

註三一：「民訴研討（三）」七七頁。

註三二：「民訴研討（三）」一六四頁。

- 註三三：「民訴研討(三)」二二四頁以下、二四三頁；「民訴研討(四)」六九二頁、六九九頁以下。
- 註三四：「民訴研討(三)」二九五頁以下。
- 註三五：「民訴研討(三)」三七三頁以下。
- 註三六：「民訴研討(三)」四四一頁以下。
- 註三七：「民訴研討(三)」四九〇頁以下。
- 註三八：「民訴研討(三)」五七二頁以下。
- 註三九：「民訴研討(三)」六二七頁以下。
- 註四〇：「民訴研討(三)」七三〇頁以下。
- 註四一：「民訴研討(四)」三七頁以下、七六三頁以下。
- 註四二：「民訴研討(三)」五六〇頁、五七八頁；「民訴研討(三)」三二三頁、六一四頁；「民訴研討(四)」六三頁。
- 註四三：「民訴研討(四)」八七頁、八九頁。
- 註四四：「民訴研討(四)」一三六頁以下。
- 註四五：「民訴研討(四)」一九五頁以下。
- 註四六：「民訴研討(四)」二九一頁。
- 註四七：「民訴研討(四)」三二一頁、三二六頁。
- 註四八：「民訴研討(四)」四〇二頁、四〇五頁。
- 註四九：「民訴研討(四)」四四七頁、四六〇頁。
- 註五〇：「民訴研討(四)」四八四頁、四八六頁、五一二頁以下。
- 註五一：「民訴研討(四)」五七六頁以下。
- 註五二：「民訴研討(四)」七二三頁、七三七頁、七六二頁。
- 註五三：請參照第四十九次研討會之研討內容（載於法學叢刊第一五四期一四七頁即「民訴研討(四)」六三頁內註三之析述）。
- 註五四：請參照第五十次研討會之討論內容（載於法學叢刊第一五五期一五〇頁以下即「民訴研討(四)」七九頁以下）。
- 註五五：請參照第五十一次研討會之討論內容（載於法學叢刊第一五七期一三〇頁以下即「民訴研討(四)」一三九頁以下）。
- 註五六：請參照第五十四次研討會之報告及研討內容（載於法學叢刊第一五九期一二六頁、一五八頁即「民訴研討(四)」一七一頁）。
- 註五七：請參照一九九五年四月第五十五次研討會之研討內容（載於法學叢刊第一六〇期一三九頁即「民訴研討(四)」一七七頁）。
- 註五八：請參照一九九五年十二月第五十八次研討會之研討內容（「民訴研討(四)」三三三頁以下）。
- 註五九：關於闡明權之法理根據，請參照第三十九次研討會之發言・研討內容〔載

於「民訴研討(四)」一九六頁以下〕。

- 註六〇：關於程序保障所具兩面意義，請參照第三十二次及第四十二次研討會之發言・研討內容〔載於「民訴研討(三)」四九〇頁、五一八頁內註六之說明；「民訴研討(四)」三九七頁、四一〇頁內註三之闡述〕；邱聯恭「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」（同「司法現代化」）二六九頁；同「簡易訴訟之基礎理論」（同書）三二二頁以下。
- 註六一：不僅「事前的程序保障」，「事後的程序保障」之概念，亦屬前導立法者及法官致力充實第三人（實質的當事人、本訴訟之利害關係人）訴訟參與制度之基本法理。關於此，請參照第三十六次及第四十八次研討會之發言・研討內容〔載於「民訴研討(四)」三七頁以下、七六二頁、七六四頁〕。
- 註六二：司法院於民國八十一年十二月公布之民事訴訟法修正草案，增設諸多規定〔其內容之析述，請參照邱聯恭「一審草案析述」（見註五）一九四至一九九頁〕，致力保障程序參與機會・聽審請求權等程序法上基本權；又，繼於民國八十三年六月再公布之同法修正草案，增訂第六七條之一（有關職權通知第三人參與訴訟之規定）及第五〇七條之一至五（有關第三人撤銷判決之訴之規定），係分別有關於賦予事前的程序保障及事後的程序保障之明文，適與前註所述研討內容相對應。
- 此外，司法院民事訴訟法研究修正委員會已決議通過，在現行民事訴訟法中增設小額訴訟制度，並已於民國八十四年十二月間研擬完成有關小額訴訟程序之全部規定草案（按：此等草案已經完成立法程序，於一九九九年二月三日公布施行）。其立法政策上考量，亦可從有關達成簡速裁判的程序保障之法理，加以理解。
- 註六三：關於德國判例上，如何在民事訴訟法上形成公正程序請求權之法理，請參照中野貞一郎「公正な手続を求める権利」（民事訴訟雜誌第三一號，一九八五年）九頁以下；栗田陸雄「公正な手続を求める権利」（杏林社会科学研究第四卷第二號，一九八七年）三六頁以下；ペータ・アーレンス（吉野正三郎、松村和德譯）「民事訴訟における公正手続請求権」（東海法學第四號，一九八九年）二〇六頁以下。
- 註六四：請參照林屋礼二「民事訴訟法と憲法」（法學教室第一〇〇號，一九八九年）四九頁。
- 註六五：請見第二十二次、第二十九次、第三十三次、第四十二次、第四十六次及第五十三次研討會之發言及研討內容〔分別刊載於「民訴研討(三)」四二一頁內註五之說明、「民訴研討(三)」二九七頁、三二二頁、五九五頁、六〇四頁、「民訴研討(四)」四〇五頁、五七九頁、「民訴研討(四)」四一四頁〕；邱聯恭「司法現代化」九五頁、一一四頁、三一八頁。

註六六：命合併辯論・合併裁判之裁量，在不特別有害於公益之範圍內，亦應以保護當事人之實體利益及程序利益為指標，始符公正程序請求權之法理。關於此，請見第五十三次研討會之發言・析論（法學叢刊第一五八期一二一頁、一二五至一二六頁內註一七即「民訴研討(ㄨ)」四〇二頁以下）。

註六七：關於程序選擇權之法理與公正程序請求權之法理等二者間之關聯性，請見前註所引文獻內邱聯恭「合併辯論之義務性裁量及聲請權」（法學叢刊第一五八期一二五至一二六頁）。

註六八：請見第二十九次、第三十五次、第四十六次研討會之報告及發言〔載於「民訴研討(三)」二九七頁；七二八頁以下；「民訴研討(四)」五七七頁〕；邱聯恭「程序保障之機能」（台大法學論叢第十七卷第一期，一九八七年）一七二頁，收錄於同・程序制度機能論（民事程序法之理論與實務第一卷）一一二頁內註一之說明；同「司法現代化」一一四頁、一三六頁、二七一頁、三一八頁〕。

註六九：請參照註六八所引文獻。

註七〇：關於日本論者所認適時審判請求權之法理上闡釋，請參照中野貞一郎「民事訴訟における憲法的保障」（民事訴訟法の争点・新版，一九八八年）一四至一五頁；同「民事裁判と憲法」（講座民事訴訟①，一九八四年）一八頁以下。

註七一：關於仲裁契約係以程序選擇權之法理為基礎，請見邱聯恭「仲裁契約之妨訴抗辯效力」（台大法學論叢第二十二卷第一期，一九九二年）三二四頁以下，收錄於本書二二四頁以下。

註七二：請見民事訴訟法修正草案第四〇六條之一、第四一五條之一、第四二〇條之一。（按：此等草案已經完成立法程序，於一九九九年二月三日公布施行）

註七三：請見民事訴訟法修正草案第四二八條第一項及第四三六條之二三。（按：此等草案已經完成立法程序，於一九九九年二月三日公布施行）

註七四：近十多年來，在我國，基於憲法上保障平等權之要求，闡論應保障人民均有平等使用訴訟制度之機會者，先後涉及有關消費者保護訴訟之當事人能力或當事人適格之擴充、訴之利益有無欠缺之判斷、簡易・小額訴訟程序之創設、法律扶助制度之充實、律師制度之改革等多方面事項。關於此，請見第八次、第三十二次、第五十二次及第五十四次研討會之發言及研討內容〔載於「民訴研討(一)」二四六頁以下；「民訴研討(三)」四九〇頁、五一二頁內註一之說明；「民訴研討(四)」四四六頁；法學叢刊第一五六期一四九頁以下即「民訴研討(ㄨ)」三二四頁以下、法學叢刊第一五九期一五四頁即「民訴研討(ㄨ)」七一頁；邱聯恭「司法現代化」八六頁、一〇〇頁、一〇三頁、二六七頁。

至於民事訴訟法修正草案所增訂有助於保障程序法上平等權之規定，請參

照邱聯恭「一審草案析述」（見註五）二〇一頁以下。

註七五：王甲乙「當事人適格之擴張與界限」（法學叢刊第一五九期，一九九五年）（收錄於「民訴研討(ㄨ)」）一文曾論及，民事訴訟法修正草案中有關擴大當事人適格之規定，並於第五十四次研討會為報告、共同研討。

關於應同時從賦予適當機會以便平等使用訴訟制度之觀點，闡釋如何判斷有無訴之利益或當事人適格，以因應現代型紛爭事件之特殊需求，請另參照第四十三次研討會之發言〔「民訴研討(四)」四四六頁〕。

註七六：楊建華「消保團體為消費者提起損害賠償訴訟在訴訟實務上運作之研究」（法學叢刊第一五六期，一九九四年）（收錄於「民訴研討(ㄨ)」）一文，係就方經公布施行之消費者保護法所涉個別問題為整理、探討，並於第五十二次研討會為報告、共同研討。

接續於此，邱聯恭「民事訴訟之目的——以消費者保護訴訟為例」（台大法學論叢第二十四卷第一期，一九九四年）（收錄於同・程序制度機能論，民事程序法之理論與實務第一卷）（以下略稱為「目的」）一文，另從兼顧平等權保障之角度，闡述有關消費者保護訴訟之基本理論，並評述上開共同研討就個別問題所示意見。

註七七：請參照註六二之說明。

註七八：司法院司法改革委員會第十三次會議（一九九五年八月）曾決議，應著手研究如何草擬法律扶助基本法（按：一九九九年七月八日舉行之全國司法改革會議，亦作成相同之決議）。其今後之動向值得觀察。關於此方面之各國進展趨勢及其係近三十年來所及於訴訟法學之重大刺激，請參照邱聯恭「司法現代化」一〇三頁；マウロ・ペッティ（山本克己訳）「現代社会における司法の諸相」（民事訴訟雜誌三四号，一九八八年）八頁以下。

註七九：關於處分權主義之根據論，向來我國及德、日之學說有待商榷處，請參照邱聯恭「司法現代化」一三四至一三六頁；「民訴研討(四)」五八〇頁。

註八〇：邱聯恭「司法現代化」一九頁以下；第四十六次研討會之報告及研討內容〔「民訴研討(四)」五八五頁以下〕。

註八一：有關訴訟制度目的論之我國論者態度，請參照邱聯恭「目的」（見註七六）一九三頁內註三二所引文獻；陳計男・民事訴訟法論（一九九四年）三頁。

註八二：請見邱聯恭「目的」（見註七六）一五六至一六四頁。

註八三：關於在第五十二次研討會之研討過程，權利保護說之缺陷係如何被凸顯，請閱該次研討紀錄內容（法學叢刊第一五六期，一九九四年）一四九頁以下、一五七頁內註一之說明即「民訴研討(ㄨ)」二四五頁以下、三四一頁以下。

註八四：關於法尋求說之詳細論旨，請見邱聯恭「目的」（見註七六）三〇四頁以下。

註八五：關於辯論主義根據論之德、日學說、其批判及我國所新倡的信賴真實協同確定說之論據，請參照第三十九次研討會之發言及研討〔「民訴研討四」一九六頁、二二一頁以下；邱聯恭「司法現代化」二二一頁以下〕。

註八六：關於信賴真實說之論旨，請見邱聯恭「司法現代化」一二八至一二九頁；同「值得當事人信賴的真實——基於防止發生突襲性裁判之觀點批判形式的及實體的真實主義」（台大法學論叢第十一卷第二期，一九八二年）一七九頁以下，收錄於同·程序制度機能論（民事程序法之理論與實務第一卷）一頁以下。

註八七：關於準據此處所提目的論從事解釋·適用民事程序法之事例，請參照邱聯恭「目的」（見註七六）一七五頁以下；第五十二次研討會之發言及研討（法學叢刊第一五六期一五〇頁以下即「民訴研討四」三二二頁以下）；第五十三次及第五十五次研討會之分析（法學叢刊第一五八期一二〇頁、一二二頁即「民訴研討四」四一五頁；法學叢刊第一六〇期一三八頁即「民訴研討四」一六四頁以下）。又，相關立法論之例示，併請參照第四十二次、第五十次及第五十四次研討會之析論〔「民訴研討四」四〇九至四一〇頁；法學叢刊第一五五期一四八頁以下；法學叢刊一五九期一五六頁即「民訴研討四」七一頁以下〕。至於涉及立法例之評析基準者，請參照第四十次研討會發言對有關大陸民事訴訟法之評析報告之評論（「民訴研討四」二九一頁）。

註八八：請參照第一次及第二十三次研討會中各參加討論人之發言及研討內容〔「民訴研討四」六頁以下；「民訴研討四」四八五頁以下〕。

註八九：指明程序法理二元分離適用論之不週延處者，請見邱聯恭在中國比較法學所辦「談人事訴訟程序修改之方向」研討會及在最高法院學術研究會·民事訴訟法研究基金會·台大法學基金會合辦「民事訴訟法修正草案研究討論會」之分析〔分載於中國比較法學會·學報第十四輯（一九九三年）五九四頁以下，及最高法院學術研究會叢書（一九九三年）三七頁以下〕。

註九〇：關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旨趣·內容，請見第二十次研討會之討論及第二十三次研討會之報告論文即邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」〔「民訴研討四」三二八頁、三四四頁及四二七頁以下；同「程序保障之機能」（見註六八）一七一頁以下。〕

註九一：併請參照邱聯恭在第四十二次研討會之析論〔「民訴研討四」四〇九至四一〇頁〕。

註九二：關於新世紀民事程序法之建制，須面對如何因應紛爭事件類型多樣化·複雜化之基本課題，請另參照邱聯恭「一審草案析述」（見註五）一八一頁；同「新世紀課題」（見註五）二〇〇頁；同「司法現代化」二七六頁、三二八頁；第四十六次研討會之報告（「民訴研討四」五七三頁）。

註九三：為因應民事事件類型審理之需求及合目的性適用諸程序法理，民事訴訟

法修正草案已呈現若干新規定事例。關於此，請參照邱聯恭「一審草案析述」（見註五）二一六頁以下。此外，司法院民事訴訟法研究修正委員會最近所研擬有關小額訴訟程序之增訂條文，亦值評析。

又，同樣課題，亦加諸於有關非訟事件之普通法或特別法（如：非訟事件法、公證法）之修法工作上，其今後動向併值觀察。

註九四：有關準於事件類型審理必要論或程序法理交錯適用肯定論，所為解釋論上運用事例，請參照第二十三次、第三十二次、第三十五次、第四十一次、第四十二次、第四十三次、第四十四次、第四十五次、第四十七次、第四十八次、第五十一次、第五十二次、第五十五次研討會〔「民訴研討四」四五七頁以下；「民訴研討四」四八八頁、四九〇頁五一四頁以下、七二八頁以下；「民訴研討四」三二五頁以下、三九七頁、四四六頁、五一六頁、五六五頁以下、六九七頁、七四九頁；法學叢刊第一五六期一四八頁以下即「民訴研討四」三二二頁以下；法學叢刊第一五七期一四二頁即「民訴研討四」二四一頁；法學叢刊第一六〇期一二六頁、一三五頁、一三八頁即「民訴研討四」一四〇頁以下〕。

註九五：就涉及公、私法難以截然區分之訴訟事件，亦有如何建構「中間程序」，而交錯適用程序法理之課題，有待今後克服。關於此，請參照第二十次及第四十六次研討會之分析，研討〔「民訴研討四」三二八頁、三四四頁內註十；「民訴研討四」六三四頁之說明〕。

註九六：關於新·舊訴訟標的理論在我國之爭辯，請參照台大法學論叢第五卷第二期（一九六五年）一頁至四八頁所載：座談會（駱永家·陳榮宗·王甲乙·姚瑞光）「新舊訴訟標的理論之檢討」、駱永家「訴訟標的理論概述」、陳榮宗「民事訴訟標的理論」、姚瑞光「就現行法評所謂新訴訟標的理論」、謝森「新舊訴訟標的理論之我見」。

註九七：筆者曾基於防止發生突襲性裁判之觀點，在多次研討會中，評析訴訟標的理論新·舊說，而認為其間少有爭論之實益。關於此，請見第二十四次、第二十九次、第三十三次、第三十六次、第三十九次及第四十一次研討會之析述、發言〔分別登載於「民訴研討四」五六〇頁、五七六頁、五七八至五七九頁；「民訴研討四」二九九頁、三二三頁、六一四至六一五頁；「民訴研討四」六三頁、二二九頁；三二三頁以下〕。

註九八：請見第四十一次研討會上之發言（楊建華）〔「民訴研討四」三三五頁〕。

註九九：關於突襲之型態，請參照邱聯恭「司法現代化」一二一至一二三頁。

註一〇〇：此類問題之探討必要性，亦未被日本向來有關訴訟標的之新·舊說論者所充分意識及之。關於此，請參照福永有利「紛爭解決と民事訴訟法學五〇年」（法學教室一七九號，一九九五年）三二頁以下。

註一〇一：關於訴訟標的相對論之旨趣、例示說明及其所加於訴訟標的理論新、舊說之批評，請見邱聯恭「訴訟標的相對論之架構」〔提出於第四十一次研討會之書面——載於同「司法現代化」二一五頁以下；「民訴研討四」三二九至三三四頁〕。

又，其後，訴訟標的相對論又經延伸於闡述再審之訴訟標的。就此，請見邱聯恭「再審訴訟之訴訟標的相對論」（提出於第四十九次研討會之書面——載於法學叢刊第一五四期一二四頁以下即「民訴研討四」一六頁）。

註一〇二：關於訴訟標的相對論之解釋論，另請參照筆者在第四十二次研討會之闡述（「民訴研討四」四〇三頁）。

註一〇三：關於此方面之立法動向，請留意：就簡易事件及小額事件，司法院民事訴訟法研究修正委員會決議修正，增訂民訴法第四二八條第一項及第四三六條之二三，其內容為：「第二百四十四條第一項第二款所定事項，原告於起訴時得僅表明請求之原因事實。」（按：此項草案已經完成立法程序，於一九九九年二月三日公布施行）

註一〇四：有關客觀合併型態之理論，近年來在我國，亦已有相當之突破性開展。關於此，請見第二十九次及第四十九次研討會之發言、析論〔「民訴研討四」二五三頁以下、二九五頁以下；法學叢刊第一五四期一四九頁以下即「民訴研討四」六七頁以下所載邱聯恭「客觀合併型態之重整及不真正客觀合併型態之認知」〕。

註一〇五：請參照第三次、第十一次、第二十次、第二十八次、第三十次、第三十四次、第四十四次、第四十七次及第五十次之報告、發言〔「民訴研討四」四四頁、三三三頁以下；「民訴研討四」三三二頁；「民訴研討四」二二六頁以下、三八六頁以下、六五三頁以下；「民訴研討四」五〇二頁以下、六九六頁以下；法學叢刊第一五五期一四八頁〕；邱聯恭「新世紀課題」（見註五）二一〇頁以下；許士宦「辯論兼和解之審理方式」〔「民訴研討四」四六五頁以下〕；福永有利·前揭（見註一〇〇）三八頁；谷口安平「民事の集中審理」（法學教室一一七〇号，一九九五年）二頁以下。

註一〇六：關於何以要求法官應於辯論終結以前，適時公開心證，表明法律見解及其法理基礎為何等事，請參照邱聯恭「司法現代化」二四一頁至二四二頁；「民訴研討四」二一四至二一八頁內註一之闡述。

註一〇七：請見陳榮宗「代位訴訟既判力之研究」〔第十四次研討會報告、「民訴研討四」一頁以下；同「婚姻無效與股東會決議無效之訴訟」〔第三十六次研討會報告、「民訴研討四」〕一頁以下；王甲乙「判決理由之效力」〔第十七次研討會報告、「民訴研討四」〕一三五頁以下；駱永家「中美反訴制度之比較」（第二十五次研討會報告、「民訴研討四」）一頁以下；陳計男「第三

人訴訟參與之研討」〔第四十八次研討會報告、「民訴研討四」〕七二二頁以下。

註一〇八：請見第十四次、第十七次、第二十五次、第三十六次、第四十八次及第五十一次研討會之發言〔「民訴研討四」三四頁以下、一六一頁；「民訴研討四」三八頁以下、五七頁以下、七三七頁、七四三頁以下、七六一頁以下；法學叢刊第一五七期一三〇頁以下〕。

在日本，最近學界亦多批評：向來不少學說過分強調紛爭解決一次性之要求，而未充分留意其與程序保障之要求應謀得相當之平衡。關於此，請參照田尾桃二「紛争の一回の挙的解決ということについて」（民事訴訟雜誌四〇号，一九九四年）四〇頁以下。

註一〇九：請參照第二十八次、第三十四次、第三十八次、第五十次及第五十五次研討會之論文報告（曹鴻蘭、陳石獅、邱聯恭、雷萬來）及共同研討紀錄〔「民訴研討四」一九七頁以下、六一五頁以下；「民訴研討四」一一三頁以下；「民訴研討四」七九頁以下；法學叢刊第一六〇期（一九九五年）一一二頁以下即「民訴研討四」九七頁以下〕。

又，民事訴訟法修正草案有關小額程序之第四三六條之一五，已規定引進當事人供述制度，承認受訴法院得依職權訊問當事人本人，以其陳述為證據（按：該項草案經完成立法程序成為民事訴訟法第四三六條之一三，於一九九九年二月三日公布施行；嗣又被刪除而併入於通常程序，新增訂為同法第三六七條之一，完成立法程序後，於二〇〇〇年二月九日公布施行）。此項立法，亦與上述研討會之成果有關。

註一一〇：請見邱聯恭「向來舉證責任論所忽略之省思觀點」〔「民訴研討四」一二六至一七八頁〕。

註一一一：本書所收錄「程序選擇權之法理」一文曾論及，如何思索訴訟法與實體法相互間之應然關係。類此之探討另如：第四十三次及第五十二次研討會之發言〔「民訴研討四」四四八頁；「民訴研討四」三四八頁以下〕。

此外，關於研討之論點波及於國際民事訴訟法者，請參照第三十一次研討會之發言·研討〔「民訴研討四」三九五頁以下、四三九頁以下、四四七頁以下〕。

【原載法學叢刊雜誌社編·當代法學名家論文集（慶祝法學叢刊創刊四十週年），一九九六年】

相關圖表

〔圖表一〕

事件 型態	當事人	訴之聲明 →a	權利之主張、爭執 →b	與事實審理活動有關之事實、資料			
				c (推定事實、主要事實)	d (前提事實、間接事實)	e (補助事實)	f (證據)
	x→原告 y→被告	x→y應將乙物返還予x y→駁回x之訴	△x有無因時效或繼承而取得乙物所有權？ △依x、y間成立之契約究發生租賃權或借用權？ ↓ △x是否已取得終止權 ↓ △x有無租賃物返還請求權或借用物返還請求權？x有無可行使之所有物返還請求權？	c ₁ →x由於一定時效期間之經過而取得或善意取得乙物等事實 c ₂ →x、y間就乙物出租及租金額曾意思表示一致之事實 c ₃ →y欠租之事實 c ₄ →x曾定期限催告y付租金並表示終止之事實 c ₅ →乙物之原所有人死亡時，x為其唯一繼承人之事實 c ₆ →x拋棄繼承之事實 c ₇ →y曾有違約轉租之事實 c ₈ →x以y違約轉租為由，向y表示終止租賃關係之事實 c ₉ →x、y間就①y使用乙物、②使用後還x、③y之使用為無償等事實曾合意 c ₁₀ →c ₉ 之合意時，x將乙物交付y之事實	d ₁ →x曾向友人表明乙物係其所有事實 d ₂ →訴外人z曾聽聞y表示有意向x借用乙物 d ₃ →y曾交付現金二千元予x之事實 d ₄ →y常在乙物附近生活之事實 d ₅ →y曾以某非訟事件處為收件人投函不繼承 d ₆ →x曾託人向y催討相當租額的金錢之事實 d ₇ →x曾見聞y使用乙物，卻未置可否，並未表示反對之事實 d ₈ →x曾託友人詢問y是否有意在某日將乙物返還之事實 d ₉ →……	e ₁ →…… e ₂ →…… e ₃ →…… e ₄ →…… e ₅ →…… e ₆ →…… e ₇ →…… e ₈ →…… e ₉ →…… e ₁₀ →…… e ₁₁ →…… e ₁₂ →……	f ₁ →…… f ₂ →…… f ₃ →…… f ₄ →…… f ₅ →…… f ₆ →…… f ₇ →…… f ₈ →…… f ₉ →…… f ₁₀ →…… f ₁₁ →…… f ₁₂ →……

(1)

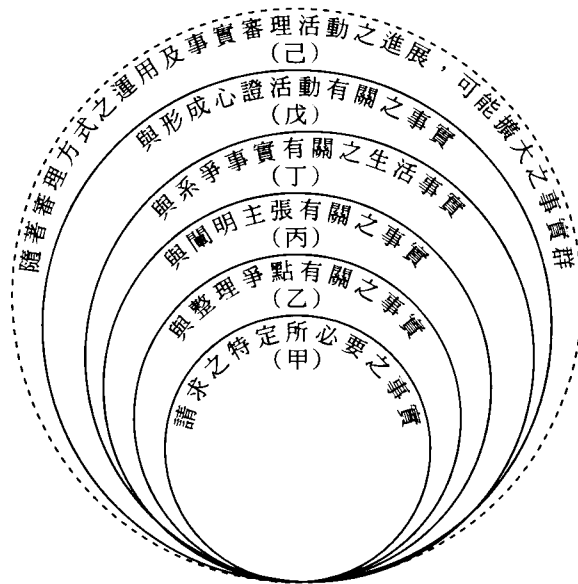
	x→原告 y→被告	x→y應支付五十萬元予原告(y應自某年某月某日起至某年某月某日止按月支付x利息一萬元) y→駁回x之訴	利息支付請求權	x、y間曾有按一定利率支付利息之約定(按月支付一萬元利息之約定)	d ₁ →x曾經從y每月受領一萬元之事實 d ₂ →y曾至x處商請本月份利息允予寬限之事實 d ₃ →y曾對x承認除本件借款外，二人間別無他項債務之事實 d ₄ →該一萬元係他筆借款的利息之事實 d ₅ →y曾以z(x之另一債務人)之代理人的身份到x處為還付利息而道歉之事實	e ₁ →…… e ₂ →…… e ₃ →…… e ₄ →……	f ₁ →…… f ₂ →…… f ₃ →…… f ₄ →……
	x→原告 y→被告	x→y應認領(x所生之)z為其子 y→駁回x之訴	認領子女請求權	y係z之生父	d ₁ →y、z之血型與其間為父子一事不背馳 d ₂ →y、z之臉型及身體之其他部位多相類似處 d ₃ →y曾有相當於z之父的態度表現 d ₄ →在z受胎當時，x、y間曾有性關係 d ₅ →x在上述受胎期內，另與其他男人發生性關係	e ₁ →…… e ₂ →…… e ₃ →…… e ₄ →……	f ₁ →…… f ₂ →…… f ₃ →…… f ₄ →……
	x等→原告 y→被告	x等人→y工廠應賠償五十萬元 y工廠→駁回x等人之訴	損害賠償請求權	河川中魚類被y化學工廠所排出之水銀化合物所污染，x等予以捕食後罹患公害病	d ₁ →致病物質為水銀 d ₂ →致病物質到達x等之途徑(污染途徑) d ₃ →y工廠為致病物質之造成、排出 d ₄ →y工廠未造成、排出致病物質	e ₁ →…… e ₂ →…… e ₃ →…… e ₄ →……	f ₁ →…… f ₂ →…… f ₃ →…… f ₄ →……

(2)

(3)

(4)

〔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。

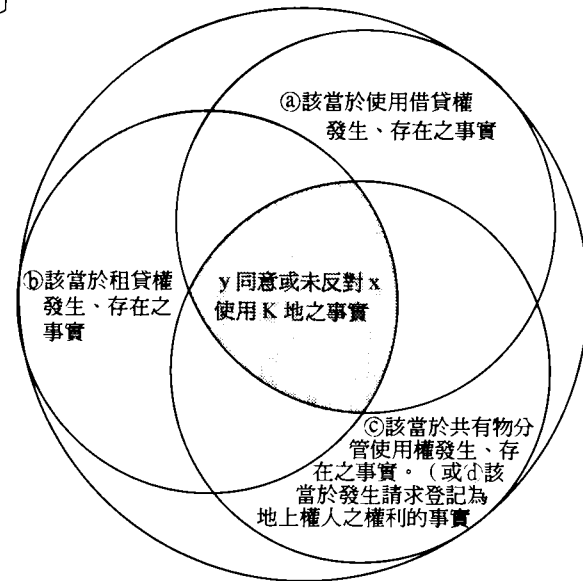
※以〔圖表三〕所示事件類型為例，探討如何充實闡明之方式並發揮其功能：

(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 地对 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群），並為適用實體法之時（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，則似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。
- 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→依上述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，以便及時維護原訴求，而避免法院誤判。

〔圖表三〕



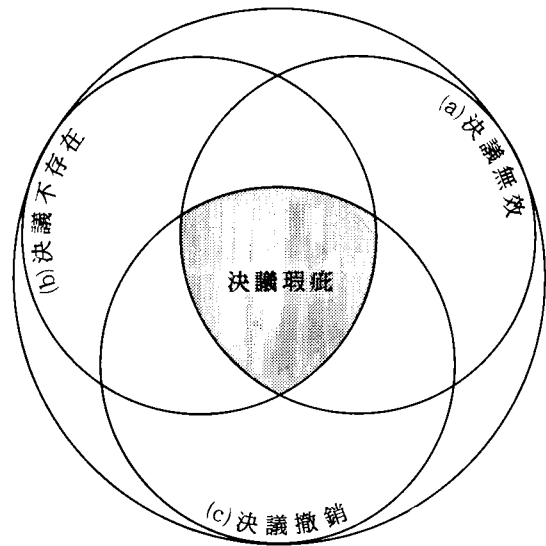
③在上述闡明程序（以法院公開心證、表明法律見解為程序內容之過程），隨著突襲性裁判之防止的徹底程度，新、舊訴訟標的理論亦消滅其爭論之實益。

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→同，民事程序法之理論與實務第一卷三九頁以下）

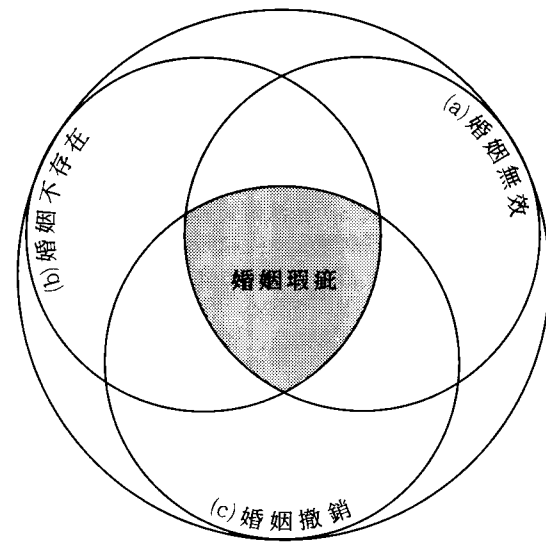
(三)在原告 x 於起訴時係以 a 或 c 或 d 之事實為基礎，而為訴之聲明並表明訴訟標的之情形，亦同有如上(二)內所析述之問題事項。

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、第三十四次及三十九次研討紀錄〔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「民訴研討(四)」一九五頁以下〕。

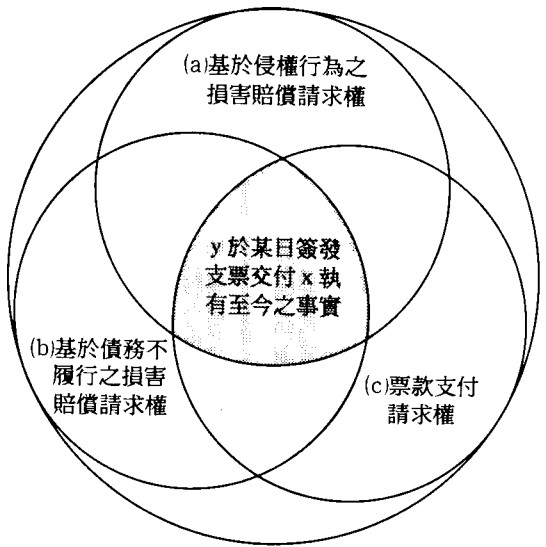
〔圖表四〕



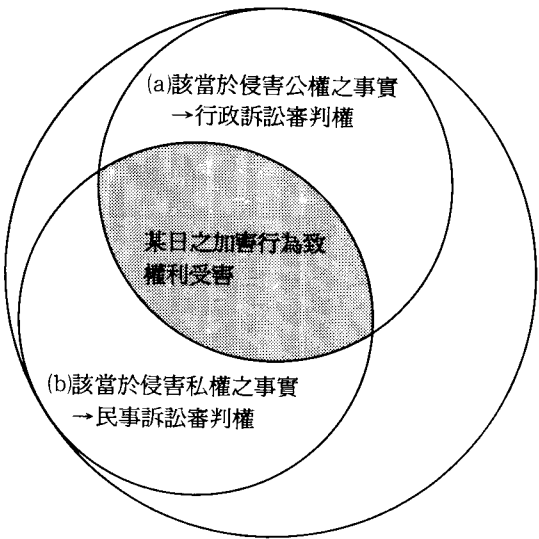
〔圖表五〕



〔圖表六〕



〔圖表七〕



〔圖表八〕

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

〔圖表九〕

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

附 錄

【附錄一】

民事訴訟法新舊部分相關條文對照表 民國八十八年二月三日公布		
修 正 條 文	原 條 文	立 法 理 由
第四百零三條 左列事件，除有第四百零六條第一項各款所定情形之一者外，於起訴前，應經法院調解： 一、不動產所有人或地上權人或其他利用不動產之人相互間因相鄰關係發生爭執者。 二、因定不動產之界限或設置界標發生爭執者。 三、不動產共有人間因共有物之管理、處分或分割發生爭執者。 四、建築物區分所有人或利用人相互間因建築物或其共同部分之管理發生爭執者。 五、因增加或減免不動產之租金或地租發生爭執者。 六、因定地上權之期間、範圍、地租發生爭執者。 七、因道路交通事故或	第四百零三條 第四百二十七條第一項及第二項所定之訴訟，於起訴前應經法院調解。但有左列各款情形之一者，不在此限： 一、依法律關係之性質、當事人之狀況或其他情事可認為不能調解或調解顯無成立之望者。 二、經法定其他調解機關調解未成立者。 三、因票據涉訟者。 四、係提起反訴者。 五、送達於他造之通知書，應為公示送達或於外國為送達者。	一、何種事件於起訴前宜先經法院調解，應視事件之性質或當事人間之關係以為斷。大體而言，凡當事人間因事件性質、居處環境或一定之親誼，特別需要維持彼此間之和諧關係，或標的金額或價額太小或調查證據認定事實特別繁瑣困難，進行訴訟程序顯然違反費用相當性原則，或事件具有濃厚之非訟色彩，法院裁判主要在於斟酌決定兩造日後之權利義務，而非論斷當事人過去之是非者，其事件即適合以調解程序解決之，自宜列為強制調解之範圍。原條文所定起訴前應強制調解之事件，係逕以簡易訴訟程序事件為其決定標準，而不問其事件性質或當事人間之關係如何，有欠允洽… 三、不動產相鄰關係具持

修 正 條 文	原 條 文	立 法 理 由
醫療糾紛發生爭執者。 八、僱用人與受僱人間因僱傭關契約發生爭執者。 九、合夥人間或隱名合夥人與出名營業人間因合夥發生爭執者。 十、配偶、直系親屬、四親等內之旁系血親、三親等內之旁系姻親、家長或家屬相互間因財產權發生爭執者。 十一、其他因財產權發生爭執，其標的之金額或價額在新台幣十萬元以下者。 前項第十一款所定數額，司法院得因情勢需要，以命令減至新台幣五萬元或增至十五萬元。		續性，因此種關係所生具體爭執解決後，當事人仍處於相鄰關係，為維持其相互間日後相處之和諧關係，自宜避免訴訟之對立… 四、界址界標之爭執，當事人亦處於相鄰之關係，有特別維持和諧關係之需要… 五、不動產共有人相互間就有關共有物之使用、收益、保存、改良及其他管理行為或處分行為或其分割所生之爭執事件，主要在於請求法院斟酌決定當事人日後之權利義務，具有濃厚之非訟色彩… 六、為維持建築物區分所有人利用人相互間日後居處之和諧關係，… 七、請求增減不動產租金或地租之事件，主要在於請求法院調整當事人間日後之權利義務，具有濃厚之非訟色彩… 八、請求法院定地上權期

修正條文	原條文	立法理由
		間、範圍及地租之事件，與前款同具非訟色彩… 九、因道路交通事故或醫療糾紛所生爭執，常須專家鑑定，並經長時間之調查，始能確定責任歸屬及範圍，如能先行調解程序，由具有專門知識經驗之調解委員會協調、勸解，當較易獲致迅速合理的解決。 十、僱傭關係宜儘量避免尖銳對立，維持彼此間和諧關係… 十一、合夥人間或隱名合夥人與出名營業人間，常有特殊之情誼存在，訴訟之對立有礙其相互間之和諧關係… 十二、配偶、近親、家長或家屬相互間，縱因財產權發生爭執，亦不宜逕行對簿公堂，以免影響家庭或親屬間之和諧… 十三、標的金額或價額新臺幣十萬元以下之爭執，如行訴訟程序，當事人、法院所花費

修正條文	原條文	立法理由
		之時間、勞力及費用，與標的金額或價額實不相當… 十四、社會經濟狀況及其他情勢變化無常，為使司法院能因應情勢，及時調整，爰增訂第二項規定，授權司法院…增減之。
第四百零四條 不合於前條規定之事件，當事人亦得於起訴前，聲請調解。 有起訴前應先經法院調解之合意，而當事人逕行起訴者，經他造抗辯後，視其起訴為調解之聲請。但已為本案之言詞辯論者，不在此限。	第四百零四條 不合於前條規定之訴訟，當事人亦得於起訴前，聲請調解有適用簡易程序之合意，而當事人逕行起訴者，經他造抗辯後，視其起訴為調解之聲請。	一、調解為起訴前之程序，爰將「訴訟」修正為「事件」… 二、強制調解事件已非以簡易訴訟程序事件…為其決定標準，又為求訴訟程序安定，當事人之抗辯應於本案言詞辯論前為之，…
第四百零六條 法院認調解之聲請有左列各款情形之一者，得逕以裁定駁回之： 一、依法律關係之性質、當事人之狀況或其他情事可認為不能調解或顯無調解必要或調解顯無成立之望者。	第四百零六條 法院認調解之聲請有第四百零三條但書各款所定情形之一者，得逕以裁定駁回之。 前項裁定，不得聲明不服。	一、… 二、當事人對於聲請調解之標的顯無爭執或有其他情形足認為虛偽者，法院自無予以調解之必要。第一款原條文規定「不能調解或調解顯無成立之望」，是否涵蓋此種情形，不無爭議…

修正條文	原條文	立法理由
二、經法定其他調解機關調解未成立者。 三、因票據發生爭執者。 四、係提起反訴者。 五、送達於他造之通知書，應為公示送達或於外國為送達者。 前項裁定，不得聲明不服。		
第四百零六條之一 調解由簡易庭法官選任調解委員一人至三人行之。俟調解至相當程度有成立之望或有其他必要情形時，再報請法官到場。但兩造當事人合意或法官認為適當時，亦得逕由法官行之。 當事人對於前項調解委員人選有異議或兩造合意選任其他適當之人者，法官得另行選任或依其合意選任之。	第四百十一條 當事人兩造各得推舉一人至三人為調解人，於期日到場，協同調解，兩造之調解人應為同數。 不問當事人有無推舉調解人，如法院認有第三人適於協同調解時，得選任為調解人。 第三百二十三條之規定，於前項調解人準用之。 法院選任之調解人，應通知其於期日到場；當事人推舉之調解人經預行陳明法院者亦同。	一、本條係新增。 二、為擴大法院調解功能，辦理調解事件之法院應儘可能普及深入民間，以便利當事人使用調解制度，爰由簡易庭法官辦理。 三、調解人制度可藉由具有專門知識或生活經驗豐富之社會公正人士參與調解，提昇調解成立率，確實發揮調解消弭紛爭、減輕訟累之功能，同時更擴大國民參與司法運作，實現司法民主化之理念。為強化此項制度，因將「調解人」名稱修正為「調解委員」，如當事人

修正條文	原條文	立法理由
		合意由法官行調解，或案情簡單、爭執不大或特別需要迅速處理而經法官認為適當者，則亦得逕由法官行之。 四、調解委員調解能否成功，繫乎當事人對於調解委員之信賴程度，如當事人對於法官選任之調解委員人選有異議，或兩造合意選任其他適當之人者，法院自宜另行選任或依其合意選任之。
第四百零六條之二 地方法院應將其管轄區域內適於為調解委員之人選列冊，以供選任。其人數、資格、任期及其聘任、解任等事項，由司法院定之。 法官於調解事件認有必要時，亦得選任前項名冊以外之人為調解委員。		一、本條係新增。 二、為便利法官選任調解委員，落實調解委員制度，爰列冊，以供選任。…細節極為繁瑣，…授權由司法院定之。 三、前項名冊旨在便利法官選任調解委員，法官不受其拘束而選任…
第四百零七條 調解期日，由法官依職權定之，其續行之調解期日，得委由主任	第四百零七條 法院除駁回調解之聲請外，應速定調解期日，將聲請書狀或言詞	一、調解期日指定，應由法官依職權定之，惟為求調解程序之便捷，法官得將續行之調

修正條文	原條文	立法理由
調解委員定之。 第一百五十六條、第一百五十九條之規定，於法官定調解期日準用之。 聲請書狀或言詞聲請之筆錄應與調解期日之通知書，一併送達於他造。 前項通知書，應記載不到場時之法定效果。	聲請之筆錄與期日通知書，於調解期日前，一併送達於他造。 第四百十一條第一項之規定，應於前項通知書內記載之。 第四百三十二條之規定，於調解程序準用之。	解期日委由主任調解委員定之…法官授權主任調解委員指定續行之調解期日時，得視其情況，逐次或概括授權。 二、… 三、… 四、當事人無正當理由不於調解期日到場，或有代理人到場而本人無正當理由不從法院第四百零八條之命者，法院得裁處罰鍰；又當事人兩造或一造於調解期日不到場者，得視為調解不成立。為免當事人忽略上述不到場時之法定效果，爰增訂第四項，規定調解期日通知書應記載不到場時之法定效果，以促注意。
第四百零七條之一 調解委員行調解時，由調解委員指揮其程序，調解委員有二人以上時，由法官指定其中一人為主任調解委員指揮之。		一、本條係新增。 二、…為期其程序進行順暢，於法官到場前，應賦予調解委員程序指揮權…

修正條文	原條文	立法理由
第四百零九條之一 為達成調解目的之必要，法院得依當事人之聲請，禁止他造變更現狀、處分標的物，或命為其他一定行為或不行為。於必要時，得命聲請人供擔保後行之。 關於前項聲請之裁定，不得抗告。 法院為第一項處置前，應使當事人有陳述意見之機會。但法院認為不適當或經通知而不為陳述者，不在此限。 第一項之處置，不得作為執行名義，並於調解事件終結時失其效力。 當事人無正當理由不從第一項處置之命者，法院得以裁定處新台幣三萬元以下之罰鍰。 前項裁定得為抗告，抗告中應停止執行。		一、本條係新增。 二、調解事件之當事人，於調解繫屬中，原則上仍得本其既有權利自由使用、處分調解標的物。惟如任由當事人於調解程序中處分標的物、變更現狀或繼續其行為或不行為，將增加調解成立之困難。…為達成調解目的之必要，得依當事人之聲請，命他造為一定之行為或不行為。又為兼顧他造之利益，並規定於必要時，得命聲請人供擔保後行之。 三、…暫時性處置，如許當事人抗告，將使程序延滯而減損處置之效果… 四、第一項處置之範圍極廣，影響當事人權益甚深，為期法院能正確判斷處置之必要性及其內容之妥適性，以兼顧兩造之利益，…應使當事人有陳述意見之機會。惟如法院認先使當事人陳述意見為不適當，或當

修正條文	原條文	立法理由
		事人經通知而不為陳述意見，自毋庸必使其陳述意見… 五、調解係以當事人合意，自治解決紛爭為其本質，第一項處置既係法院於調解程序中為促進調解所為之處置，基於調解本質，自不宜許其作為執行名義而強制執行。又其性質上既為調解程序中之暫時性處置，調解事件一經終結，當然失其效力。… 六、調解之順利進行，繫於當事人相互間之誠信。當事人無正當理由不從法院為促進調解所為處置之命者，非但有悖於當事人間之誠信，且有損法院威信，應准法院得加以相當之制裁。又為兼顧他造當事人之權益，…得為抗告…
第四百十條 調解程序於法院行之，於必要時，亦得於其他適當處所行之。調解委員於其他適當處所	第四百十條 調解程序由調解推事於法院行之，於必要時，亦得於其他適當處所行之。	一、…增訂「…應經法官之許可」，以保障當事人權益。 二、…

修正條文	原條文	立法理由
行調解者，應經法官之許可。 前項調解，得不公開。	前項調解，不用開庭之形式，得不公開。	
第四百十一條 調解委員行調解，得支領日費、旅費，並應支付報酬，其計算方法及數額由司法院定之。 前項日費、旅費及報酬，由國庫負擔。	第四百十一條 當事人兩造各得推舉一人至三人為調解人，於期日到場，協同調解，兩造之調解人應為同數。 不問當事人有無推舉調解人，如法院認有第三人適於協同調解時，得選任為調解人。 第三百二十三條之規定，於前項調解人準用之。 法院選任之調解人，應通知其於期日到場；當事人推舉之調解人經預行陳明法院者亦同。	一、… 二、為鼓勵社會公正人士參與調解，以提高調解績效，…規定調解委員行調解，除得支領日費、旅費外，法院並得酌支報酬。… 三、調解委員係立於協同法官行調解之地位，與證人、鑑定人不同，其赴法院參與調解之日費、旅費及報酬，應非屬訴訟費用… 四、…
第四百十三條 行調解時，為審究事件關係及兩造爭議之所在，得聽取當事人、具有專門知識經驗或知悉事件始末之人或其他關係人之陳述，察看現場或調解標之物之狀況	第四百十三條 行調解時，為審究事件關係及兩造爭議之所在，於必要時得調查證據。	調解委員或法官行調解時，為審究事件關係及兩造爭議之所在，得聽取當事人及其他關係人之陳述，察看現場或調解標之物之狀況，惟有調查證據程序，則仍應由法官行之，…

修正條文	原條文	立法理由
，於必要時，得由法官調查證據。		
第四百十五條之一 關於財產權爭議之調解，經兩造同意，得由調解委員酌定解決事件之調解條款。 前項調解條款之酌定，除兩造另有約定外，以調解委員過半數定之。 調解委員不能依前項規定酌定調解條款時，法官得於徵詢兩造同意後，酌定調解條款，或另定調解期日或視為調解不成立。 調解委員酌定之調解條款，應作成書面，記明年月日，或由書記官記明於調解程序筆錄，由調解委員簽名後，送請法官審核。其經法官核定者，視為調解成立。 前項經核定之記載調解條款之書面，視為調解程序筆錄。 法官酌定之調解條款，於書記官記明於調解程序筆錄時，視為調		一、本條係新增。 二、為加強調解功能，…增設調解委員經兩造同意得酌定調解條款之制度，其適用範圍以關於財產權爭議之調解為限。 三、… 四、調解委員如無法形成多數意見，酌定調解條款時，亦不能任其滯延不結，…法官得審酌其情形，徵詢兩造同意後自行酌定調解條款，或另定調解期日或視為調解不成立。… 五、調解委員所酌定之調解條款，為求慎重，應以書面記載之…又為避免調解條款有違反法令或無法強制執行情事，…於法官核定後，始視為調解成立。 六、… 七、法官酌定調解條款，於書記官記明於調解程序筆錄時，即視為

修正條文	原條文	立法理由
解成立。		調解成立，…故當事人對該調解條款不得聲明不服…
第四百十六條 調解經當事人合意而成立；調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力。 調解有無效或得撤銷之原因者，當事人得向原法院提起宣告調解無效或撤銷調解之訴。 前項情形，原調解事件之聲請人，得就原調解事件合併起訴或提起反訴，請求法院於宣告調解無效或撤銷調解時合併裁判之。並視為自聲請調解時，已經起訴。 第五百條、第五百零二條及第五百零六條之規定，於第二項情形準用之。 調解不成立者，法院應付與當事人證明書。	第四百十六條 調解經當事人合意而成立；調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力。 調解有無效或得撤銷之原因者，當事人得向原法院提起宣告調解無效或撤銷調解之訴。 前項情形，原調解事件之聲請人，得就原調解事件合併起訴或提起反訴，請求法院於宣告調解無效或撤銷調解時合併裁判之。 第五百條、第五百零二條及第五百零六條之規定，於第二項情形準用之。 調解不成立者，法院應付與當事人證明書。	一、第一、二項不修正。 二、原調解事件之聲請人就原調解事件合併起訴或提起反訴之情形，為免當事人權利因逾除斥期間或消滅時效期間而受影響，爰於第三項末增訂「並視為自聲請調解時，已經起訴。」。 三、調解有民法上無效之原因者，乃當然無效，不因第五百條不變期間之經過而不得主張無效，爰於第四項增訂但書規定。 四、…

修正條文	原條文	立法理由
第四百二十條之一 第一審訴訟繫屬中，得經兩造合意將事件移付調解。 前項情形，訴訟程序停止進行。調解成立時，訴訟終結。調解不成立時，訴訟程序繼續進行。 依第一項規定移付調解而成立者，原告得於調解成立之日起三十日內聲請退還已繳納裁判費二分之一。		一、本條係新增。 二、為擴大調解功能，增進當事人間之和諧，爰於第一項明定第一審訴訟繫屬中，得經兩造合意將事件移付調解。又此項訴訟事件，不以第四百零三條第一項所規定者為限，自屬當然。 三、移付調解之事件，其訴訟程序如同時進行，徒然增添法院及當事人之勞費，爰於第二項規定此種情形毋庸法院裁定，訴訟程序停止進行… 四、訴訟事件經移付調解成立者，可減省法院之勞費，為鼓勵當事人成立調解以息訟爭，爰於第三項規定，此種情形原告得於調解成立之日起三十日內聲請退還已繳納裁判費二分之一…。
第四百二十七條 關於財產權之訴訟，其標的之金額或價額在新臺幣五十萬元以下者，適用本章所定之簡	第四百二十七條 關於財產權之訴訟，其標的之金額或價額在第四百六十六條所定之上訴利益額數以下者	一、適用簡易程序之訴訟標的金額或價額，與限制上訴第三審之上訴利益額數，其決定標準不盡相同，應無

修正條文	原條文	立法理由
易程序。 左列各款訴訟，不問其標的金額或價額一律適用簡易程序： 一、因建築物或其他工作物定期租賃或定期借貸關係所生之爭執涉訟者。 二、僱用人與受僱人間，因僱傭契約涉訟，其僱傭期間在一年以下者。 三、旅客與旅館主人、飲食店主人或運送人間，因食宿、運送費或因寄存行李、財物涉訟者。 四、因請求保護占有涉訟者。 五、因定不動產之界線或設置界標涉訟者。 六、本於票據有所請求而涉訟者。 七、本於合會有所請求而涉訟者。 八、因請求利息、紅利、租金、贍養費、退職金或其他定期給付涉訟者。 九、因動產租賃或使用借貸關係所生之爭	，適用本章所定之簡易程序。 左列各款訴訟，不問其標的金額或價額一律適用簡易程序： 一、因房屋定期租賃或定期借貸關係所生之爭執涉訟者。 二、僱用人與受僱人間，因僱傭契約涉訟，其僱傭期間在一年以下者。 三、旅客與旅館主人、飲食店主人或運送人間，因食宿、運送費或因寄存行李、財物涉訟者。 四、因請求保護占有涉訟者。 五、因定不動產之界線或設置界標涉訟者。 六、本於票據有所請求而涉訟者。 七、本於合會有所請求而涉訟者。 八、因利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他定期給付涉訟者。 不合於前二項規定之訴訟，得以當事人之	求其一致之必要… 二、第二項本文不修正。 三、…實用上，現代社會常見之車庫、攤位、停車位等建築物或工作物均無法涵蓋在內，未免欠週，… 四、第二款至第七款不修正。 五、第八款所謂因租金涉訟，係指單純請求租金給付或請求確認租金給付請求權存在或不存在之訴訟而言，不包括請求調整租金之訴訟；又所謂因贍養費涉訟，亦指兩造間就贍養費已明確約定按期給付一定金額，因一造遲延不付，他造訴請依約定給付之情形而言，不包括請求核定贍養費數額之訴訟。… 六、因動產租賃或使用借貸關係所生之訴訟，本質上較為單純，當事人之爭執性亦低，爰增列… 七、…鑑於保證關係之從屬性，有關保證關係之訴訟程序不宜與主

修正條文	原條文	立法理由
執涉訟者。 十、因第一款至第三款、第六款至第九款所定請求之保證關係涉訟者。 不合於前二項規定之訴訟，得以當事人之合意，適用簡易程序，其合意應以文書證之。 不合於第一項及第二項之訴訟，法院適用簡易程序，當事人不抗辯而為本案之言詞辯論者，視為已有前項之合意。 第二項之訴訟，案情繁雜或其訴訟標的金額或價額逾第一項所定額數十倍以上者，法院得依當事人聲請，以裁定改用通常訴訟程序，並由原法官繼續審理。 前項裁定，不得聲明不服。 第一項所定數額，司法院得因情勢需要，以命令減至新臺幣二十五萬元，或增至七十五萬元。	合意，適用簡易程序。 第二項之訴訟，案情繁雜者，得依當事人聲請，並經法院認為適當時，以裁定改用通常訴訟程序。但足致訴訟程序延滯者，不在此限。 前項裁定，不得聲明不服。	債務關係相異… 八、為避免當事人就無適用簡易程序之合意，發生爭議，影響訴訟程序之安定，爰於第三項增訂… 九、不合於第一項及第二項之訴訟，法院適用簡易程序，當事人如不抗辯而為本案之言詞辯論，為求訴訟程序之安定，自不宜再回復改行通常訴訟程序，爰增訂第四項… 十、第二項規定應適用簡易程序之訴訟，並無最高金額或價額之限制，為保障當事人之權益，其訴訟標的之金額或價額逾一定數額者，宜許當事人聲請改用通常訴訟程序，爰將原第四項移列為第五項修正之…。 又簡易庭法官裁定改用通常訴訟程序後，如須送交地方法院法官辦理，勢將造成訴訟程序之延滯，爰明定並由原法官繼續審理…。 十一、…

修正條文	原條文	立法理由
第四百二十八條 第二百四十四條第一項第二款所定事項，原告於起訴時得僅表明請求之原因事實。 起訴及其他期日外之聲明或陳述，概得以言詞為之。	第四百二十八條 起訴及其他期日外之聲明或陳述，概得以言詞為之。	一、依第二百四十四條第一項第二款規定，當事人於起訴時應表明其訴訟標的。惟簡易事件，當事人往往自為訴訟而未委任律師為其訴訟代理人，如一律要求原告於起訴時即應明確表明其所得主張之法律關係，未免過苛，爰於第一項增訂原告於起訴時得僅表明請求之原因事實。至於具體事件，如依原告所表明請求之原因事實，尚難判斷其所得主張之法律關係時，審判長應適時行使闡明權，命其敘明或補充之。
第四百三十三條 通知證人或鑑定人，得不送達通知書，依法法院認為便宜之方法行之。但證人或鑑定人如不於期日到場，仍應送達通知書。 法院認為適當或經兩造當事人同意者，得命證人或鑑定人於法院外以書狀為陳述。	第四百三十三條 通知證人或鑑定人，得不送達通知書，依法法院認為便宜之方法行之。但證人或鑑定人如不於期日到場，仍應送達通知書。 法院得命證人或鑑定人於法院外以書狀為陳述。但以預料其陳述可信者為限。	一、第一項不修正。 二、法院依照事件性質，認證人或鑑定人之陳述係以文書或其他資料為內容，適於以書面為陳述，或依證人或鑑定人之身分、職業、身體、住居地及其他一切情況判斷，不宜或無令其到場之必要，或兩造當事人

修正條文	原條文	立法理由
前項情形，應令證人或鑑定人具結，附於書狀，並經公證人認證後提出。 證人或鑑定人得以電信傳真或其他科技設備將前二項文書傳送於法院，效力與提出文書同，其辦法由司法院定之。	前項情形，應令證人或鑑定人具結，附於書狀提出。	均同意證人或鑑定人以書狀為陳述者，應得許證人或鑑定人於法院外以書狀為陳述。…。 三、證人或鑑定人於法院外以書狀為陳述者，法院無法確定其人別，易滋爭議，爰修正第三項，… 四、為配合現代科技之發展，便利證人或鑑定人以書面為陳述，爰增設第四項，…又有關科技設備之種類，以及文書傳送之細節，應隨科技發展狀況而定，宜另以辦法訂定…
第四百三十五條 因訴之變更、追加或提起反訴，致其訴之全部或一部，不屬第四百二十七條第一項及第二項之範圍者，除當事人合意繼續適用簡易程序外，法院應以裁定改用通常訴訟程序，並由原法官繼續審理。 前項情形，被告不抗辯而為本案之言詞辯	第四百三十五條 因訴之合併、變更、追加或提起反訴，致其訴之全部或一部，不屬第四百二十七條第一項及第二項之範圍者，除經當事人合意外，其辯論及裁判，不得依簡易程序之規定。	一、簡易事件，因當事人為訴之變更、追加或提起反訴，致其訴之全部或一部不屬第四百二十七條第一項及第二項範圍之情形，原條文僅規定除經當事人合意外，不得行簡易程序，並未明定改行通常程序之方式，適用上尚欠明確，爰修正原條文…同時

修正條文	原條文	立法理由
論者，視為已有適用簡易程序之合意。		為避免因事件改交地方法院審理而造成訴訟之延滯，並明定應由原法官繼續審理。又當事人合併提起數宗訴訟而致其訴之全部或一部不屬第四百二十七條第一項及第二項範圍之情形，自始即當然應適用通常訴訟程序，無待法院裁定，… 二、…如被告（含反訴被告）對於法院適用簡易程序不為抗辯而行本案之言詞辯論者，為求訴訟程序之安定，自不宜再改行通常訴訟程序，爰增訂第二項…
第四章 小額訴訟程序		現行民事訴訟法就訴訟標的之金（價）額較小或案情較簡單之訴訟事件，雖設有簡易程序，惟對於一般國民請求給付小額金錢或其他代替物或有價證券之事件而言，簡易程序仍嫌繁複，難以達成小額事件之處理程序應簡速化、平民化及大眾化之需求。為貫徹憲法保障人民財產

修正條文	原條文	立法理由
		權、訴訟權之精神，讓一般國民就其日常生活中所發生之小額給付請求事件，能循簡便、迅速、經濟之訴訟程序獲致解決，以提昇國民生活品質，爰參考英、美、韓、澳、新加坡等國之立法例，增訂第四章小額訴訟程序。
第四百三十六條之八 關於請求給付金錢或其他代替物或有價證券之訴訟，其標的金額或價額在新臺幣十萬元以下者，適用本章所定之小額程序。 法院認適用小額程序為不適當者，得依職權以裁定改用簡易程序，並由原法官繼續審理。		一、本條係新增。 二、為維持小額事件程序之單純化，以貫徹其簡速目的，其適用範圍不宜過於擴大…
第四百三十六條之九 小額事件當事人之一造為法人或商人者，於其預定用於同類契約之條款，約定債務履行地或以合意定第一審管轄法院時，不適用第十二條或第二十四條之規定。但兩造均為法人或商人者，不在此限。		一、本條係新增。 二、…為保障小額事件之經濟上弱勢當事人權益，避免其因上述附合契約條款而需遠赴對造所預定之法院進行訴訟…

修正條文	原條文	立法理由
第四百三十六條之十 依小額程序起訴者，得使用表格化訴狀，其格式由司法院定之。		一、本條係新增。 二、為便利不諳法律規定之小額債權人起訴，並增進小額程序之簡速性，…
第四百三十六條之十一 小額程序，得於夜間或星期日或其他休息日行之。但當事人提出異議者，不在此限。		一、本條係新增。 二、一般國民多於日間工作，小額程序如一律於日間工作時間內開庭，當事人常需請假赴法院為訴訟行為，不符其小額訴訟之利益…
第四百三十六條之十四 有左列各款情形之一者，法院得不調查證據，而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判： 一、經兩造同意者。 二、調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當者。		一、本條係新增。 二、小額事件之訴訟標的金額或價額較小，費用相當性之要求益形重要，為避免法院耗費太多時間、費用調查證據，致不符小額事件當事人之訴訟利益，爰規定如兩造同意者，法院得不調查證據，…又調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當者，法院亦得不調查證據，而審酌一切情況，依所得心證認定事實，為公平之裁判。

修 正 條 文	原 條 文	立 法 理 由
第四百三十六條之十五 當事人為訴之變更、追加或提起反訴，除當事人合意繼續適用小額程序並經法院認為適當者外，僅得於第四百三十六條之八第一項之範圍內為之。		一、本條係新增。 二、…如訴之變更、追加或提起反訴之結果，其訴訟標的金額或價額已逾適用小額程序之範圍（新臺幣十萬元）時，因訴訟標的金額或價額較高，往往法律關係複雜，不易達到小額程序迅速、簡便解決爭執之目的，故應予禁止。惟當事人如就變更、追加後之新訴或反訴合意繼續適用小額程序並經法院認為適當者（例如法律關係並不複雜，仍不影響速審速結之情形），為免當事人另行起訴以求訴訟經濟，仍得繼續適用小額程序。
第四百三十六條之十六 當事人不得為適用小額程序而為一部請求。但已向法院陳明就其餘額不另起訴請求者，不在此限。		一、本條係新增。 二、小額程序係針對一般國民日常生活上發生之小額爭執所設之簡便訴訟程序，為達成其簡速目的，有關法官裁量權、證據方法等均設有特別規定，如許當事人就不屬小

修 正 條 文	原 條 文	立 法 理 由
		額事件之請求，割裂而為一部請求，以利用小額程序，適用特別規定，非但增加法院之案件負擔，影響小額程序功能之發揮，於被告程序上權益之保護，尤嫌欠周，爰明文禁止之。… 三、又當事人違反本條之本文規定或已依本條但書規定向法院陳明就其餘額不另起訴請求而嗣後竟又另起訴請求者，均屬第二百四十九條第一項第六款起訴不備其他要件之情形…
第四百三十六條之二十一 法院命被告為給付時，如經原告同意，得為被告於一定期限內自動清償者，免除部分給付之判決。		一、本條係新增。 二、為鼓勵小額事件之被告自動履行債務，以免原告及法院因需強制執行而增添勞費，宜授權法院…
第四百三十六條之二十二 法院依被告之意願而為分期給付或緩期清償之判決者，得於判決內定被告逾期不履行時應加給原告之金額。但		一、本條係新增。 二、…被告經法院許其分期給付或緩期清償後，屆期如又不為履行者，依第三百九十六條第二項之規定，僅

修正條文	原條文	立法理由
其金額不得逾判決所命原給付金額或價額之三分之一。		分期給付之未到期部分視為已到期，於原告權益之保護，不免欠周，為督促被告遵期履行，以兼顧原告之權益，爰規定…又原告於被告逾期未履行其原應給付之金額後，得逕依上述判決聲請法院就被告應加給之金額強制執行…
第四百三十六條之二十六 應適用通常訴訟程序或簡易訴訟程序事件，而第一審法院行小額程序者，第二審法院得廢棄原判決，將該事件發回原法院。但第四百三十六條之八第四項之事件，當事人已表示無異議或知其違背或可得而知其違背，並無異議而為本案辯論者，不在此限。 前項情形，應予當事人陳述意見之機會，如兩造同意由第二審法院繼續適用小額程序者，應自為裁判。 第一項之判決，得不經言詞辯論為之。		一、本條係新增。 二、小額程序第二審法院認上訴為有理由者，原則上應廢棄原判決而自為判決，不得將事件發回原法院。惟於第一審法院就應適用或應以裁定改用通常訴訟程序或簡易訴訟程序之事件，誤行小額程序或未依法改用程序之情形，如亦一概不予以發回，於當事人權益之保障，自嫌未周，…但第四百三十六條之八第四項所定得以當事人合意適用小額程序之事件，當事人雖未合意適用小額程序，如其

修正條文	原條文	立法理由
		於第一審對於法院誤行小額程序或未依法改用程序之情形，已表示無異議或知其違背或可知其違背，並無異議而為本案辯論者，其第一審程序之瑕疵，應視為已予補正，法院不得再將事件發回。 三、… 四、…
第四百三十六條之二十九 小額程序之第二審判決，有下列情形之一者，得不經言詞辯論為之： 一、經兩造同意者。 二、依上訴意旨足認上訴為無理由者。		一、本條係新增。 二、小額程序之第二審原則上亦應行言詞辯論，惟如兩造同意不行言詞辯論或依上訴意旨足認上訴為無理由者，為節省勞費，宜許法院斟酌情形，不經言詞辯論而為判決。
第五百七十二條之一 撤銷婚姻或離婚之訴，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容		一、本條係新增。 二、民法第一千零五十五條及第九百九十九條之一所定有關夫妻離婚或婚姻撤銷後，請求法院定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法事件

修正條文	原條文	立法理由
及方法。 前項情形，法院亦得依職權定之。但於裁判前，應使當事人有陳述意見之機會。 夫妻均不適合行使權利時，法院得選定適當之人為子女之監護人。但應先徵詢被選定人之意見。 前三項情形，法院為裁判時，不受當事人聲明事項之拘束。 前四項規定，於婚姻無效、確認婚姻成立或不成立或夫妻同居之訴準用之。		，係屬非訟性質，原則上固應依非訟事件法聲請法院定之。惟於當事人提起撤銷婚姻或離婚訴訟之情形，如嚴格限制當事人須俟撤銷婚姻或離婚判決確定後再另案聲請法院裁定，非但增加當事人及法院之勞費，同時亦使當事人與法院無法於撤銷婚姻或離婚訴訟中，併就未成年子女權利義務行使或負擔之問題通盤考量，自嫌未洽。 爰於第一項明定當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前附帶請求定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法。所謂「定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法」，包括酌定由何人行使或負擔對於未成年子女之權利義務，以及有關行使或負擔權利義務之內容、方法，未行使或負擔權利義務之一方與未成年子

修正條文	原條文	立法理由
		女會面交往等細節。 又本項所定當事人得於婚姻撤銷或離婚之訴附帶請求定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法，係以原告之訴為有理由即法院判決婚姻撤銷或離婚時，始有必要。此種請求，係以本訴有理由為條件。... 三、…夫妻離婚或婚姻經撤銷者，如其對於未成年子女權利義務之行使負擔未為協議或協議不成，而未請求法院酌定，或其協議不利於子女，法院均得依職權酌定或改定之…又為保障當事人程序上之權益，避免突襲性裁判發生，併於但書規定，於裁判前，應使當事人有陳述意見之機會。 四、配合民法第一千零五十五條之二之規定，於第三項明定夫妻均不適合行使對於未成年子女之權利時，法院得選定適當之第三

修正條文	原條文	立法理由
		人為子女之監護人。為期法院選定之人能勝任監護工作，且兼顧被選定人之意願及權益，併於但書規定，法院於選定前，應先徵詢被選定人之意見。… 五、當事人請求法院定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法時，…其未詳為聲明者或聲明不符子女最佳利益時，法院於依職權妥為行使闡明權後，得就其未聲明之事項酌定之，此項為當事人處分權之例外規定，故適用時應注意本條第二項但書之規定，於裁判前，應使當事人有陳述意見之機會，避免突襲性裁判之發生。 六、…為求一次程序解決全部紛爭，亦宜許當事人於上述訴訟中附帶請求，或由法院依職權定之，爰於第五項設準用規定。

修正條文	原條文	立法理由
第五百七十四條 關於認諾效力之規定，於婚姻事件不適用之。關於捨棄效力之規定，於婚姻無效、婚姻成立或不成立之訴，不適用之。 關於訴訟上自認及不爭執事實之效力之規定，在撤銷婚姻、離婚或夫妻同居之訴，於撤銷婚姻、離婚或拒絕同居之原因、事實，不適用之；在婚姻無效或確認婚姻成立或不成立之訴，於婚姻無效或不成立及婚姻有效或成立之原因、事實，不適用之。 關於認諾、捨棄、訴訟上自認及不爭執事實之效力之規定，於第五百七十二條之一之事件，不適用之。 婚姻事件，當事人得合意不公開審判，並向受訴法院陳明。	第五百七十四條 關於認諾效力之規定，於婚姻事件不適用之。 關於訴訟上自認及不爭執事實之效力之規定，在撤銷婚姻、離婚或夫妻同居之訴，於撤銷婚姻、離婚或拒絕同居之原因、事實，不適用之；在婚姻無效或確認婚姻成立或不成立之訴，於婚姻無效或不成立及婚姻有效或成立之原因、事實，不適用之。	一、… 二、在撤銷婚姻或離婚之訴，如因原告為訴訟標的之捨棄，即本於其捨棄為原告敗訴之判決，可有助於婚姻關係維持現狀，無礙社會公益，應為法之所許。至於夫妻同居之訴或因被告有拒絕同居之正當理由，且有新事實者，當事人尚得另行起訴，不影響夫妻同居權之行使，故亦允許原告為訴訟標的之捨棄。惟在婚姻無效、確認婚姻成立或不成立之訴，如本於原告之捨棄即為其敗訴之判決，就原告主張之反面法律關係，即發生確認判決之效果，可能使無效或不成立之婚姻成為有效或成立之婚姻，成為不成立之婚姻，影響法律秩序之安定性，有害社會公益，自宜以明文規定排除之。 三、依第五百七十二條之一所定附帶請求定對

修正條文	原條文	立法理由
		於未成年子女權利義務行使負擔之內容、方法時，法院應以子女之最佳利益為考量，不受當事人主張之拘束，故關於認諾、捨棄、訴訟上自認及不爭執事實之效力規定，均無適用餘地。 四、婚姻事件，常涉及當事人隱私及家庭秘密，性質上不宜在公開法庭審理，且與公益無涉，如當事人合意不公開審判，並向受訴法院陳明，法院自無不准許之理。…
第五百七十五條之一 第五百七十二條之一之事件，法院得斟酌當事人所未提出之事實，並應依職權調查證據。 前項事件，法院為裁判前，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見，或囑託其進行訪視、提出調查報告及建議。		一、本條係新增。 二、民法第一千零五十五條及第九百九十九條之一所定事件，原屬非訟性質，原則上固應依非訟事件法聲請法院裁定。惟於當事人提起撤銷婚姻、離婚等訴訟時，為使當事人及法院於該訴訟中，能併就未成年子女權利義務行使或負擔問題作通盤考量，及為訴訟經濟便利當

修正條文	原條文	立法理由
		事人一次解決全部紛爭，始准由當事人於該訴訟中附帶請求，惟因其本質上仍屬非訟事件，為保障未成年子女之利益，仍應採職權探知之非訟法理，…以維公益。惟法院斟酌當事人未提出之事實時，…就該事實應使當事人有陳述意見之機會，以維當事人程序上之權益。 三、…

【附錄二】

民事訴訟法新舊部分相關條文對照表		
民國八十九年二月九日公布		
修正條文	原條文	立法理由
第一百零七條 當事人無資力支出訴訟費用者，法院應依聲請，以裁定准予訴訟救助。但顯無勝訴之望者，不在此限。 法院認定前項資力時，應斟酌當事人及其共同生活親屬基本生活之需要。	第一百零七條 當事人無資力支出訴訟費用者，法院應依聲請，以裁定准予訴訟救助。但顯無勝訴之望者，不在此限。	一、… 二、為落實訴訟救助制度之功能，貫徹憲法保障人民訴訟權、財產權、平等權之精神，避免當事人因支出訴訟費用致生活陷於困窘，難以維持自己及其共同生活親屬之基本生活，甚而放棄使用訴訟制度，爰增訂第二項…
第一百零九條之一 駁回訴訟救助聲請之裁定確定前，第一審法院不得以原告未繳納裁判費為由駁回其訴。		一、本條係新增。 二、為落實訴訟救助制度之功能，避免第一審法院駁回訴訟救助之聲請後，不待確定，即以原告未繳納裁判費為由駁回其訴，爰增訂本條。…
第一百九十五條 當事人就其提出之事實，應為真實及完全之陳述。 當事人對於他造提出之事實及證據，應為陳述。	第一百九十五條 當事人就其提出之事實，應為真實及完全之陳述。 當事人對於他造提出之事實，應為陳述。	一、第一項不修正。 二、當事人對於事實之陳述與提出證據，原為二事，…當事人對於他造提出之證據，亦應為陳述，爰於第二項增加「及證據」。

修正條文	原條文	立法理由
第一百九十六條 攻擊或防禦方法，除別有規定外，應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前適當時期提出之。 當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之。攻擊或防禦方法之意旨不明瞭，經命其敘明而不為必要之敘明者亦同。	第一百九十六條 攻擊或防禦方法，應於言詞辯論終結前提出之。 當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法者，法院得駁回之。但不致延滯訴訟者，不在此限。	一、本法關於當事人提出攻擊防禦方法之時期，原則上採自由順序主義。惟為防止訴訟延滯，外國立法例有改採限制的自由順序主義者，為因應時代潮流，避免訴訟延滯，爰於第一項增訂…至於所謂「適當時期」，宜依法律規定或由法院酌定之。 二、… 三、當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，如有礙訴訟之終結時，法院得駁回之，原條文第二項但書規定不致延滯訴訟者，不在此限，語意較為消極，且用語重複，爰將但書刪除…
第一百九十九條 審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。 審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實、聲明證據或為其	第一百九十九條 審判長應注意令當事人得為適當完全之辯論。 審判長應向當事人發問或曉諭，令其陳述事實、聲明證據或為其	一、適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判之結果，為防止法官未經闡明逕行適用法律而對當事人產生

修正條文	原條文	立法理由
實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不足者，應令其敘明或補充之。 陪席法官告明審判長後，得向當事人發問或曉諭。	他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不足者，應令其敘明或補充之。 陪席推事告明審判長後，得向當事人發問或曉諭。	突襲性裁判，除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論…。
第一百九十九條之一 依原告之聲明及事實上之陳述；得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。 被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。		一、本條係新增。 二、為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，…應曉諭原告得於該訴訟程序中併予主張，以便當事人得利用同一訴訟程序徹底解決紛爭。惟我國民事訴訟法採當事人處分權主義及辯論主義，故原告究欲主張何項法律關係，及其是否為訴之變更或追加，應由原告斟酌其實體利益及程序利益而決定… 三、…為達一訴解決有關紛爭之目標，並利於被告平衡追求其實體利益與程序利益，…
第二百二十二條	第二百二十二條	一、第一項不修正。

修正條文	原條文	立法理由
法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。 當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。 法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則。 得心證之理由，應記明於判決。	法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。 得心證之理由，應記明於判決。	二、損害賠償之訴，原告已證明受有損害，而有客觀上不能證明其數額或證明顯有重大困難之情事時，如仍強令原告舉證證明損害數額，非惟過苛，亦不符訴訟經濟… 三、…法院依自由心證判斷事實之真偽，並非漫無限制，…所謂論理法則，指以理論認識之方法即邏輯分析方法；所謂經驗法則，指人類歷史相沿相承，本於經驗累積歸納所得之定則…
第二百四十四條 起訴，應以訴狀表明下列各款事項，提出於法院為之： 一、當事人及法定代理人。 二、訴訟標的及其原因事實。 三、應受判決事項之聲明。 訴狀內宜記載因定法院管轄及其適用程序所必要之事項。 第二百六十五條所	第二百四十四條 起訴，應以訴狀表明左列各款事項，提出於法院為之： 一、當事人及法定代理人。 二、訴訟標的。 三、應受判決事項之聲明。 訴狀內宜記載因定法院管轄及其適用程序所必要之事項。 第二百六十五條所定準備言詞辯論之事項	一、… 三、…「訴訟標的」之涵義，必須與原因事實相結合，故參酌德國民事訴訟法第二百五十三條及日本民事訴訟法第二百二十四條之規定，於「訴訟標的」下增加「及其原因事實」，以使訴狀所表明之事項更加明確。 四、… 五、損害賠償之訴，由於

修正條文	原條文	立法理由
定準備言詞辯論之事項，宜於訴狀內記載之。 第一項第三款之聲明，於請求金錢賠償損害之訴，原告得在第一項第二款之原因事實範圍內，僅表明其全部請求之最低金額，而於第一審言詞辯論終結前補充其聲明。其未補充者，審判長應告以得為補充。 前項情形，依其最低金額適用訴訟程序。	，宜於訴狀內記載之。	涉及損害原因、過失比例、損害範圍等之認定，加以舉證困難，其損害之具體數額，甚難預為估算，常須經專業鑑定以及法院之斟酌裁量，始能定其數額。故於請求金錢賠償損害之事件，如亦同一般金錢給付之訴，強令原告於起訴之初，即應具體正確表明其請求之金額，似嫌過苛，爰增訂第四項，…至於原告依本項規定表明之最低金額，係就第一項第二款之原因事實範圍內之全部請求所為，自不得再主張其係一部請求，而就其餘請求另行起訴；又原告補充其聲明後，應按補充後之聲明計算裁判費，並補繳其差額… 六、為求訴訟程序安定，避免原適用簡易訴訟程序之事件，因原告補充聲明而改行通常訴訟程序，致使訴訟延滯，爰增設第五項…

修正條文	原條文	立法理由
第二百四十六條 請求將來給付之訴，以有預為請求之必要者為限，得提起之。	第二百四十六條 於履行期未到期請求將來給付之訴，非被告有到期不履行之虞者，不得提起。	…凡居於未來履行狀態有實現給付之必要者，均可先行提起將來給付之訴，如代替性給付及補充性給付，均得提起將來給付之訴。…條則規定，未受對待給付限制之金錢請求權，或請求他人遷讓作為住居用之土地或房屋，其請求權之行使，係以日曆上日期之到來訂定者，得提起將來給付或遷讓之訴。又繼續性給付，就判決宣示後始到期之給付，亦得提起將來給付之訴。為擴大將來給付之訴之適用範圍，爰參照日本、德國之立法例修正…
第二百四十七條 確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；確認證書真偽或為法律關係基礎事實存否之訴，亦同。 前項確認法律關係基礎事實存否之訴，以原告不能提起他訴訟者為限。 前項情形，如得利用同一訴訟程序提起他	第二百四十七條 確認法律關係成立或不成立之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；確認證書真偽之訴亦同。	一、… 二、…本法為發揮確認之訴預防及解決紛爭之功能，特擴大其適用範圍及於事實，然為免導致濫訴，就事實之存否，限於其為法律關係之基礎事實，並以原告不能提起他訴訟時，始得提起，否則即認原告無即受確認判決之法律上利益。…

修正條文	原條文	立法理由
訴訟者，審判長應闡明之；原告因而為訴之變更或追加時，不受第二百五十五條第一項前段規定之限制。		三、確認法律關係基礎事實存否之訴，如原告得利用同一訴訟程序提起他訴訟，為避免法院違依第一、二項之規定，逕行駁回原告之訴，致當事人之權益遭受損害，特於第三項規定，於此情形，審判長應行使闡明權，原告並得因而為訴之變更或追加…又為顧及當事人之審級利益及避免原告拖延訴訟，原告如於第二審始為訴之變更或追加者，仍應受第四百四十六條第一項前段規定之限制。
第二百五十條 法院收受訴狀後，審判長應速定言詞辯論期日。但應依前條之規定逕行駁回，或依第二十八條之規定移送他法院，或須行書狀先行程序者，不在此限。	第二百五十條 原告之訴，除應依前條之規定逕行駁回，或依第二十八條之規定移送他法院者外，審判長應速定言詞辯論期日。	法院於收受原告訴狀後，為使訴訟程序得以迅速進行，…依事件之性質與類型，如認有須踐行書狀先行程序者，為避免造成程序浪費，則得暫不指定言詞辯論期日。…
第二百五十四條 訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移	第二百五十四條 訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移	一、…原條文係採當事人恆定主義，明示訴訟繫屬中為訴訟標的之

修正條文	原條文	立法理由
轉於第三人，於訴訟無影響。但第三人如經兩造同意，得聲請代當事人承當訴訟。 前項但書情形，僅他造不同意者，移轉之當事人或第三人得聲請法院以裁定許第三人承當訴訟。 前項裁定，得為抗告。 法院知悉訴訟標的有移轉者，應即以書面將訴訟繫屬之事實通知第三人。 第一項為訴訟標的之權利，其取得、設定、喪失或變更，依法應登記者，於起訴後，受訴法院得依當事人之聲請發給已起訴之證明，由當事人持向該管登記機關請求將訴訟繫屬之事實予以登記。訴訟終結後，當事人或利害關係人得聲請法院發給證明，持向該管登記機關請求塗銷該項登記。	轉於第三人，於訴訟無影響。 第三人如經訴訟之他造同意，得代當事人承當訴訟或依第五十四條之規定起訴。	法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響，其目的固在求訴訟程序安定並保護對造當事人，惟訴訟標的之法律關係既已移轉，與為移轉之當事人之利害關係已漸淡薄，如能由受讓人承當訴訟，其訴訟之結果更能直接解決紛爭。… 二、訴訟標的之法律關係移轉於第三人後，在讓與人與受讓人間已無爭執，…移轉之當事人或第三人得聲請法院以裁定許第三人承當訴訟。 三、… 四、訴訟標的之法律關係有移轉時，該受讓之第三人或不知有訴訟繫屬情形，為避免其遭受不利益，應有使其知悉之機會，…第三人因受通知而參加訴訟者，應適用第六十二條之規定。 五、第一項為訴訟標的之權利，其取得、設定、喪失或變更，依法

修正條文	原條文	立法理由
		應登記者，如能於起訴後將訴訟繫屬之事實登記於登記簿冊上，使欲受讓該權利之第三人知悉該訴訟繫屬之機會，將可避免其遭受不利益。又受讓人於知有訴訟繫屬之情形，而仍受讓該權利者，可減少因其主張善意取得而生之紛爭；如其未承當訴訟或參加訴訟者，亦可推定其有委由移轉人續行本訴訟之意思，而應受本訴訟確定判決既判力之拘束。故為保障他造當事人及受讓人之權益，防止紛爭擴大，並期能避免採取當事人恆定主義所生之弊…
第二百五十五條 訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限： 一、被告同意者。 二、請求之基礎事實同一者。 三、張或減縮應受判決	第二百五十五條 訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者，不在此限。 被告於訴之變更或追加無異議，而為本案	一、原告於起訴後，如可任意將原訴變更或追加他訴，將使被告準備答辯不勝其煩，故本條第一項之規定仍宜保留。惟一般當事人於起訴時，如就訴之要素表明不夠周延或有錯誤，而不能於

修正條文	原條文	立法理由
事項之聲明者。 四、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者。 五、該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者。 六、訴訟進行中，於某法律關係之成立與否有爭執，而其裁判應以該法律關係為據，並求對於被告確定其法律關係之判決者。 七、不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者。 被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。	之言詞辯論者，視為同意變更或追加。	程序中為訴之變更或追加，勢必另行起訴，與訴訟經濟之原則有違，因此有放寬訴之變更追加限制之必要…
第二百五十八條 法院因第二百五十五條第一項但書規定，而許訴之變更或追加，或以訴為非變更或無追加之裁判，不得聲明不服。 因不備訴之追加要	第二百五十八條 法院因不甚礙被告之防禦及訴訟之終結，而許訴之變更或追加，或以訴為非變更，或無追加之裁判，不得聲明不服。	一、…為顧及審級利益及符合訴訟經濟，將修正後之第二百五十五條第一項但書各款均規定為不得聲明不服。 二、原告請求為訴之追加者，無異另提一新訴

修正條文	原條文	立法理由
件而駁回其追加之裁定確定者，原告得於該裁定確定後十日內聲請法院就該追加之訴為審判。		請求法院於原程序合併審判，如法院認其不合訴之追加之法定要件，而駁回其訴之追加時，並不當然認為該追加之新訴亦同時欠缺一般起訴之合法要件而消滅。原告追加新訴請求審判時，可能已付出相當之程序上勞費，且該起訴行為亦可能已取得中斷時效或遵守提訴期間等利益，不應僅因其不具備訴之追加要件而喪失起訴之利益。惟原告為訴之追加，原係欲利用原程序請求審判，如追加之新訴經裁定駁回確定，致無法利用原程序時，原告非必有請求就該追加之新訴以另一程序審判之意思。因此，是否就新訴另為審判，依當事人處分權主義，理應尊重原告之意思。…
第二百五十九條 被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之	第二百五十九條 被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之	一、…本訴被告如有對訴訟標的必須合一確定之第三人一併起訴之

修正條文	原條文	立法理由
法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴。	法院，提起反訴。 原告對於反訴，不得復行提起反訴。	必要時，不得提起反訴，而須另行起訴，如此不僅有違訴訟經濟原則，且易造成裁判歧異。為擴大反訴制度解決紛爭之功能，爰修正本條第一項規定…
第二百六十五條 當事人因準備言詞辯論之必要，應以書狀記載其所用之攻擊或防禦方法，及對於他造之聲明並攻擊或防禦方法之陳述，提出於法院，並以繕本或影本直接通知他造。 他造就曾否受領前項書狀繕本或影本有爭議時，由提出書狀之當事人釋明之。	第二百六十五條 當事人因準備言詞辯論之必要，應以書狀記載其所用之攻擊或防禦方法，及對於他造之聲明並攻擊或防禦方法之陳述，提出於法院，由法院送達於他造。	一、…為便利當事人交換書狀，使訴訟程序得以迅速進行，並節省法院送達書狀之負擔，爰修正為… 二、…
第二百六十六條 原告準備言詞辯論之書狀，應記載下列各款事項： 一、請求所依據之事實及理由。 二、證明應證事實所用之證據。如有多數證據者，應全部記	第二百六十六條 原告準備言詞辯論之書狀，依第二百四十四條第三項之規定。 被告因準備言詞辯論，宜於未逾就審期間二分之一以前，提出答辯狀。	一、為充分準備言詞辯論，達到審理集中化之目標，應命當事人將其所掌握之事實、證據及相關訴訟資料，儘可能於訴訟程序前階段提出，以便法官及當事人能於期日前瞭解案情並整理、確

修正條文	原條文	立法理由
載之。 三、對他造主張之事實及證據為承認與否之陳述；如有爭執，其理由。 被告之答辯狀，應記載下列各款事項： 一、答辯之事實及理由。 二、前項第二款及第三款之事項。 前二項各款所定事項，應分別具體記載之。 第一項及第二項之書狀，應添具所用書證之影本，提出於法院，並以影本直接通知他造。		定及簡化爭點，進而試行和解，或集中調查證據，使言詞辯論集中而有效率，以期貫徹言詞審理主義及直接審理主義原則。爰於本條增訂…以促使當事人善盡其一般的協力迅速進行訴訟之義務。 二、… 三、原告於準備言詞辯論之書狀中，除應記載為特定訴訟標的所必要之原因事實外，如就其請求所依據之基礎事實及理由一併記載，將有助於法院及當事人瞭解案情全貌，進而整理爭點。 四、為促進訴訟程序之進行及充實訴訟之審理，應使當事人於訴訟程序前階段即儘可能提出攻擊或防禦方法。故命原告將應證事實(包括訴狀所主張之事實及其後提出之事實)及所欲使用之證據，均詳載於準備書狀內，將有助於法院及當事人整理爭點

修正條文	原條文	立法理由
		及預測攻擊或防禦方法，使當事人得為完全辯論而準備。又原告就其所欲證明之事實如有多數證據存在時，應全部記載於準備書狀中，以利法院決定證據取捨及集中調查，並避免因原告分次提出致拖延訴訟。 五、原告對被告所主張之事實及其所用之證據，如能於準備書狀中載明承認與否之陳述，及如有爭執者其理由，將有助於法院及當事人整理並簡化爭點，避免當事人為無實益之事實主張及證據聲明，並有助於法院在主要期日將審理程序集中化。 六、被告之答辯狀，除應記載是否就原告之請求有所答辯之意旨外，為便於法院及當事人整理爭點，亦應記載其答辯之事實及理由。 七、為達整理爭點及集中審理之目的，就第一

修正條文	原條文	立法理由
		項第二款及第三款所規定之事項，被告亦應記載於答辯狀。 八、為使法院及當事人易於掌握案情全貌，進而整理爭點，當事人於準備書狀或答辯狀中記載第一項及第二項所定應記載事項時，應分別具體記載。 九、當事人之準備書狀或答辯狀如有引用書證者，應於提出該書狀之同時添具所用書證之影本，提出於法院，並以影本直接通知他造，以便法院及當事人均能儘速取得相關之訴訟及證據資料，而為言詞辯論期日之審理程序作充分之準備……
第二百六十七條 被告於收受訴狀後，如認有答辯必要，應於十日內提出答辯狀於法院，並以繕本或影本直接通知原告；如已指定言詞辯論期日者，至遲應於該期日五日前為之。	第二百六十七條 應通知他造使為準備之事項，有未記載於訴狀或答辯狀者，當事人應於言詞辯論前相當之時期，提出記載該事項之準備書狀。	一、法院於受理訴訟事件後，得依事件之性質與類型，斟酌採用書狀先行程序（即法院暫不指定期日，由兩造先行交換書狀至相當程度，始指定期日審理之程序），或逕行指定期日審理。惟

修正條文	原條文	立法理由
應通知他造使為準備之事項，有未記載於訴狀或答辯狀者，當事人應於他造得就該事項進行準備所必要之期間內，提出記載該事項之準備書狀於法院，並以繕本或影本直接通知他造；如已指定言詞辯論期日者，至遲應於該期日五日前為之。 對於前二項書狀所記載事項再為主張或答辯之準備書狀，當事人應於收受前二項書狀後五日內提出於法院，並以繕本或影本直接通知他造；如已指定言詞辯論期日者，至遲應於該期日三日前為之。		無論採行何種程序，為使法院及當事人能於期日前為充分準備，達到審理集中化之目標，均應命當事人於一定期間內提出書狀及所用書證之影本，以促其善盡一般的協力迅速進行訴訟之義務… 二、… 三、原告提出訴狀或被告提出答辯狀後，如有新的攻擊或防禦方法而未記載於訴狀或答辯狀者，為使他造得於期日前預為準備，於法院踐行書狀先行程序時，應於他造得就該事項進行準備所必要之期間內，提出記載該事項之準備書狀於法院…
第二百六十八條 審判長如認言詞辯論之準備尚未充足，得定期間命當事人依第二百六十五條至第二百六十七條之規定，提出記載完全之準備書狀或答辯狀，並得命其就特定	第二百六十八條 法院如認言詞辯論之準備尚未充足，得延展辯論期日，並定期間命當事人提出必要之準備書狀。	一、…刪除原條文「延展辯論期日」等字，使審判長得於言詞辯論終結前（在指定期日前，或在言詞辯論期日進行中，或於已行數次言詞辯論期日後），依本條規定命當

修正條文	原條文	立法理由
事項詳為表明或聲明所用之證據。		事人補正書狀或聲明證據，使當事人善盡其協力迅速進行訴訟之義務，並達到審理集中化之目標。 二、… 三、…法院於審理中，依其所認識之訴訟資料，如認當事人就某特定事項未詳為表明或聲明所用之證據時，為便於整理爭點，亦得定期間命其補正，爰修正原規定。而審判長於命當事人為上開補正時，應斟酌該特定事項或所用證據之性質、種類及當事人為該補正所必要之準備時間等因素，酌定相當之期間。又為促使訴訟迅速進行，審判長得以言詞或書面，或依第一百五十三條之一規定，以電信傳真或其他科技設備傳送之方式命當事人為上開補正。
第二百六十八條之一 依前二條規定行書狀先行程序後，審判長		一、本條係新增。 二、… 三、當事人依前二條規定

修正條文	原條文	立法理由
或受命法官應速定言詞辯論期日或準備程序期日。 法院於前項期日，應使當事人整理並協議簡化爭點。 審判長於必要時，得定期間命當事人就整理爭點之結果提出摘要書狀。 前項書狀，應以簡明文字，逐項分段記載，不得概括引用原有書狀或言詞之陳述。		所提出之訴訟資料，有助於法院及對造先行瞭解案情並掌握攻擊或防禦之重點，為使法院得於言詞辯論期日針對當事人之爭點集中調查證據，並便於當事人針對爭點為攻擊或防禦之辯論，法院於書狀先行程序終結後所定之第一次期日（含言詞辯論期日及準備程序期日），應使當事人整理並協議簡化爭點，爰增訂第二項。至所謂之爭點，包括事實上爭點、法律上爭點、與訴訟有關之各種證據上爭點，及其他攻擊或防禦方法之爭點。又為避免當事人日後發生爭執，法院於使當事人整理並協議簡化爭點時，應就兩造所爭執事項與不爭執之事項分別予以確定，並記明筆錄，以求明確。 四、為便於審理集中化，審判長於必要時，得定期間命當事人

修正條文	原條文	立法理由
		提出整理爭點結果之摘要書狀。 五、…
第二百六十八條之二 當事人未依第二百六十七條、第二百六十八條及前條第三項之規定提出書狀或聲明證據者，法院得依聲請或依職權命該當事人以書狀說明其理由。 當事人未依前項規定說明者，法院得準用第二百七十六條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌之。		一、本條係新增。 二、當事人依第二百六十七條、第二百六十八條及前條第三項規定所負之協力迅速進行訴訟之義務，一方面係基於當事人間之誠實信用原則，一方面則係基於對法院所負公法上之義務。故於當事人不依上開規定提出書狀或聲明證據，或逾時始提出書狀或聲明證據，或雖提出書狀或聲明證據，而其記載不完全者，法院即得依對造之聲請或依職權命該當事人說明其理由。又當事人是否說明理由及其所說明之理由，均可能影響裁判之結果，為免日後發生爭議，應使負有說明義務之當事人以書狀為之。 三、為督促當事人確實履行上開提出書狀及聲明證據之義務，對於

修正條文	原條文	立法理由
		當事人違反法院之命令未提出說明，或其說明理由不完足之情形，…，爰增訂第二項。
第二百七十條 行合議審判之訴訟事件，法院於必要時以庭員一人為受命法官，使行準備程序。 準備程序，以闡明訴訟關係為止。但另經法院命於準備程序調查證據者，不在此限。 命受命法官調查證據，以下列情形為限： 一、有在證據所在地調查之必要者。 二、依法應在法院以外之場所調查者。 三、於言詞辯論期日調查，有致證據毀損、滅失或礙難使用之虞，或顯有其他困難者。 四、兩造合意由受命法官調查者。 第二百五十一條第一項、第二項之規定，於行準備程序準用之。	第二百七十條 行合議審判之訴訟事件，法院於必要時以庭員一人為受命推事，使行準備程序。 準備程序，以闡明訴訟關係為止。但另經法院命於準備程序調查證據者，不在此限。	一、… 三、依直接審理主義之精神，證據調查原則上應由受訴法院直接為之，僅於例外情形得由受命法官行之，故增訂第三項規定… 四、… 七、直接審理主義之目的在發現真實，追求實體上之利益；由受命法官調查證據，則能節省勞力、時間、費用，便於追求程序上之利益，而實體上利益與程序上利益何者優先，應尊重當事人之意思，故如兩造合意由受命法官調查證據，應可准許。 八、…

修正條文	原條文	立法理由
第二百七十條之一 受命法官為闡明訴訟關係，得為下列各款事項，並得不用公開法庭之形式行之： 一、命當事人就準備書狀記載之事項為說明。 二、命當事人就事實或文書、物件為陳述。 三、整理並協議簡化爭點。 四、其他必要事項。 受命法官於行前項程序認為適當時，得暫行退席或命當事人暫行退庭，或指定七日以下之期間命當事人就雙方主張之爭點，或其他有利於訴訟終結之事項，為簡化之協議，並共同向法院陳明。但指定期間命當事人為協議者，以二次為限。 當事人就其主張之爭點，經依第一項第三款或前項為協議者，應受其拘束。但經兩造同意變更，或因不可歸責於當事人之事由或依其他情形協議顯失公平者		一、本條係新增。 二、準備程序固以闡明訴訟關係為止，惟現行法關於闡明之範圍，僅有概括規定，為使行準備程序之法官行事有據，並使準備程序之進行確能恰如其分，爰於第一項規定闡明訴訟關係得行之事項。又關於整理並簡化爭點等程序，如能於法庭以外之適當處所，以不公開方式行之，當較易達成預期之目的，…發揮準備程序之功能。 三、當事人提出之準備書狀，如其內容不明瞭或不完足時，必將影響準備程序及言詞辯論程序之進行… 四、… 五、當事人每因不諳法律規定，或無法律專業知識，其提出之訴訟爭點常見內容雜沓，敘述混淆，徒增法院行言詞辯論及裁判之困擾。受命法官為使訴訟順利進行，對當事人提出各種錯綜複

修正條文	原條文	立法理由
，不在此限。		雜之訴訟爭點，自得先加以整理，如認其中有重複或不必要之爭點，亦得由當事人協調簡化，爰增訂第一項第三款。此處所謂爭點，包括事實上之爭點、法律上之爭點、與訴訟有關之各種證據上之爭點，及其他攻擊或防禦方法之爭點，至於訴訟程序上之爭點，則僅以法律上允許當事人處分之爭點為限，其他不屬當事人得處分範圍之程序上爭點，即非本條所指之爭點。 六、… 七、受命法官於闡明訴訟關係時，固宜使當事人提出之各種爭點化繁為簡，惟爭點之種類不一，當事人之態度亦輒有在法官面前或公開法庭中堅持己見、毫不相讓，而需庭外洽談、私下協議，始能相互讓步者，爰增訂第二項規定… 八、當事人主張之訴訟上爭點，如已依前二項

修 正 條 文	原 條 文	立 法 理 由
		規定，經兩造協議並加以簡化後，法院為訴訟指揮及進行言詞辯論，固不得逾其範圍，當事人雙方更應以此爭點作為嗣後攻擊或防禦言詞辯論之所本，任何一造當事人既不得擴張原已協議簡化之爭點，更不得以其他爭點代之，…惟此規定之主要用意，係在求兩造之衡平，使當事人之一造不得擅自變更或擴張爭點範圍，故如兩造均認經協議簡化之爭點已不適當，而同意加以變更或因不可歸責於當事人之事由，或依其他情形，原協議之爭點對當事人顯失公平時，如強令當事人同受拘束，自不符正義之要求…
第二百七十一條 準備程序筆錄應記載下列各款事項： 一、各當事人之聲明及所用之攻擊或防禦方法。	第二百七十一條 準備程序筆錄，應將各當事人所用之攻擊或防禦方法，及對於他造之聲明，並攻擊或防禦方法之陳述，記載明	準備程序筆錄應記載之事項，本法雖有規定，惟既新增第二百七十條之一，爰就本條分為三款規定，除將現行法之內容分列於第一、二款外，並於增列

修 正 條 文	原 條 文	立 法 理 由
二、對於他造之聲明及攻擊或防禦方法之陳述。 三、前條第一項所列各款事項及整理爭點之結果。	確。	之第三款規定：受命法官依前條第一項各款規定所行事項及整理爭點之結果，亦應記載於準備程序筆錄，以求明確。
第二百七十一條之一 前二條之規定，於行獨任審判之訴訟事件準用之。		一、本條係新增。 二、…準備程序有關事項之進行，於行獨任審判之事件，亦屬有其必要，尤以整理並協議簡化爭點，如不在公開法庭行之，對訴訟關係之闡明，更有助益…
第二百七十二條 第四十九條、第六十八條第一項、第七十五條第一項、第七十六條、第一百二十條第一百二十一條第一項、第二項、第一百三十二條、第一百九十八條至第二百條、第二百零三條、第二百零七條、第二百零八條、第二百一十三條第二項、第二百一十四條、第二百一十七條及第二百六十八條關於法院或審判長權限之規定，於受命推事行準備程序時準用之。	第二百七十二條 第一百九十八條至第二百條、第二百零三條、第二百零七條、第二百零八條、第二百一十三條第二項、第二百一十四條、第二百一十七條及第二百六十八條關於法院或審判長權限之規定，於受命推事行準備程序時準用之。	一、… 二、…等程序上較為細瑣之問題，得先行處理，將有助於訴訟程序之迅速進行，而達到審理集中化之目標。 …等規定，於受命法官行準備程序時，亦應準用…。 三、…

修正條文	原條文	立法理由
第四項、第二百六十八條、第二百六十九條第一款至第四款、第三百七十一條第一項、第二項及第三百七十二條關於法院或審判長權限之規定，於受命法官行準備程序時準用之。 第九十六條第一項及第九十九條關於法院權限之規定，於受命法官行準備程序時，經兩造合意由受命法官行之者，準用之。		
第二百七十六條 未於準備程序主張之事項，除有下列情形之一者外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之： 一、法院應依職權調查之事項。 二、該事項不甚延滯訴訟者。 三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者。 四、依其他情形顯失公平者。前項第三款事由應釋明之。	第二百七十六條 未記載於準備程序筆錄之事項，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之。但法院應依職權調查之事項，或主張該事項不甚延滯訴訟，或經釋明非因重大過失不能在準備程序提出者，不在此限。	一、民事訴訟所以設有準備程序，主要在為言詞辯論之進行預作適當妥善之準備，當事人於準備程序中未主張之事項，如於行言詞辯論時仍可再為主張，則準備程序將形同虛設。故為督促當事人善盡訴訟促進義務，對於當事人在準備程序未主張之事項，自應有失權之規定。... 二、...

修正條文	原條文	立法理由
第二百七十七條 當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。	第二百七十七條 當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。	在當事人主張之事實真偽不明時，應如何定舉證責任之分配，對訴訟之勝敗，攸關甚鉅。夷考德、日等國之民法及民事訴訟法均未就舉證責任直接設有概括性或通則性之一般規定，通常均委由學說、判例而為補充。我國現行法就舉證責任之分配，於本條設有原則性之概括規定，在適用上固有標準可循。惟關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難，故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配。尤以關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，爰於原條文之下增訂但書，規定「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」，以資因應。

修正條文	原條文	立法理由
第二百七十九條 當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。 當事人於自認有所附加或限制者，應否視有自認，由法院審酌情形斷定之。 自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始得為之。	第二百七十九條 當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命推事、受託推事前自認者，無庸舉證。 當事人於自認有所附加或限制者，應否視有自認及當事人撤銷自認所及於自認效力之影響，由法院審酌情形斷定之。 前項自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符，且係出於錯誤而自認者，始得為之。	一、… 二、自認之撤銷，如符合第二項之規定時，對自認之效力自發生影響，實不必由法院另行審酌判斷其撤銷是否影響於自認之效力… 三、自認與事實不符之情形，其出於錯誤者固有之，出於其他事由如詐欺脅迫等事由者，亦難謂絕無，且錯誤之有無係屬內心之事實，舉證原已不易，為免造成撤銷自認之困難，致浪費審判之勞力及時間，爰將本項「且係出於錯誤而自認」等字刪除，俾使法院之裁判符合「實質」之真實。又民事訴訟上各種訴訟資料之提出與否，依辯論主義之精神，完全委由當事人決定，故自認之他造當事人已同意自認人撤銷自認時，應無再加限制之必要…
第二百八十條	第二百八十條	一、第一、二項不修正。

修正條文	原條文	立法理由
當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認。但因他項陳述可認為爭執者，不在此限。 當事人對於他造主張之事實，為不知或不記憶之陳述者，應否視同自認，由法院審酌情形斷定之。 當事人對於他造主張之事實，已於相當時期受合法之通知，而於言詞辯論期日不到場，亦未提出準備書狀爭執者，準用第一項之規定。但不到場之當事人係依公示送達通知者，不在此限。	當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認。但因他項陳述可認為爭執者，不在此限。 當事人對於他造主張之事實，為不知或不記憶之陳述者，應否視同自認，由法院審酌情形斷定之。	二、當事人對於他造主張之事實，已於相當時期受合法通知，而於言詞辯論期日不到場爭執，亦未提出準備書狀或在其他期日以言詞為爭執者，究應發生何種效果，實務上見解尚不一致，為避免爭議，爰增訂第三項…
第二百八十二條之一 當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實。 前項情形，於裁判前應令當事人有辯論之機會。		一、本條係新增。 二、當事人以不正當手段妨礙他造之舉證活動者，…顯然違反誠信原則；為防杜當事人利用此等不正當手段以取得有利之訴訟結果，並顧及當事人間之公平，爰增設本條，…法院得審酌當事人妨礙他造舉證之態樣、所妨礙證據之重

修正條文	原條文	立法理由
		要性等情形，依自由心證認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實，以示制裁。 三、法院依第一項規定，對妨礙他造舉證活動之當事人課以不利益時，為保障該當事人在程序上之權利，於裁判前應令當事人有辯論之機會…
第二百八十五條 聲明證據，應表明應證事實。 聲明證據，於言詞辯論期日前，亦得為之。	第二百八十五條 聲明證據，於言詞辯論期日前，亦得為之。	一、當事人為證明有利於己之事實，聲明證據，請求調查時，為使法院得以迅速正確判斷所聲明證據方法之重要性及應否調查，應表明應證事實，以增進審理效率…
第二百八十八條 法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。 依前項規定為調查時，應令當事人有陳述意見之機會。	第二百八十八條 法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形認為必要時，得依職權調查證據。	一、調查證據，原應本於當事人之聲明行之，然為維護公共利益或特殊類型訴訟（如公害訴訟）而缺乏蒐集證據能力當事人之利益，以達到裁判之公平與正義，仍應許法院依職權調查證據，以濟傳統辯論主義之

修正條文	原條文	立法理由
		窮。惟現行法就職權調查證據規定之範圍過大，為合理限制法院職權之行使，仍應以當事人聲明證據為原則，如有不知聲明者，應先行使闡明權（第一百九十九條第二項）促其聲明，在闡明權行使之後，如當事人仍不知聲明證據，而法院為迅速發現真實，認為必要時，始得依職權調查證據…。 二、為賦予當事人應有之程序權保障，並防止發生突襲性裁判，法院依前項規定為調查時，應令當事人就是否應予調查有陳述意見之機會…。
第二百八十九條 法院得囑託機關、學校、商會、交易所或其他團體為必要之調查；受託者有為調查之義務。 法院認為適當時，亦得商請外國機關、團體為必要之調查。	第二百八十九條 法院得囑託機關、學校、商會、交易所或其他團體為必要之調查。	一、為使訴訟程序得以迅速進行，並保障當事人之訴訟權益，應課受囑託調查之機關、團體有協助法院調查之義務… 二、…惟外國機關、團體並無為本國法院調查證據之義務…

修正條文	原條文	立法理由
第二百九十六條之一 法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人。 法院訊問證人及當事人本人，應集中為之。		一、本條係新增。 二、關於本案審理，實務上往往一面整理爭點，一面調查證據，容易造成無謂之調查及重複之訊問，致訴訟程序延滯。為充實言詞辯論之內容，保障當事人之程序權，並防止發生突襲性裁判，法院於調查證據前，應先將與該訴訟有關之爭點（包括未經或已經整理並協議簡化之事實上爭點、法律上爭點、與訴訟有關之各種證據上爭點、及其他攻擊或防禦方法爭點）曉諭當事人，使兩造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關連後，始進行證據之調查。 三、為迅速發現真實，並達到審理集中化之目標，法院訊問證人及有依第三百六十七條之一之規定同時訊問當事人本人之必要時，應集中為之。...
第二百九十八條	第二百九十八條	一、...

修正條文	原條文	立法理由
聲明人證，應表明證人及訊問之事項。 證人有二人以上時，應一併聲明之。	聲明人證，應表明證人及訊問之事項。	二、基於辯論主義，法院訊問證人，原則上應本於當事人之聲明為之，惟證人有二人以上時，如任由當事人分次聲明人證，法院將可能因無法決定證據之取捨，而為無謂之調查，致造成程序浪費；或因無法集中調查證據，致拖延訴訟。故為促使當事人善盡其協力迅速進行訴訟之義務，並貫徹適時提出主義之精神，以達到審理集中化之目標，爰增訂第二項...
第三百零五條 遇證人不能到場，或有其他必要情形時，得就其所在訊問之。 證人須依據文書、資料為陳述，或依事件之性質、證人之狀況，經法院認為適當者，得命兩造會同證人於公證人前作成陳述書狀。 經兩造同意者，證人亦得於法院外以書狀為陳述。	第三百零五條 遇證人不能到場，或有其他必要情形時，得就其所在訊問之。	一、... 二、直接審理主義及言詞審理主義固為民事訴訟之原則，但...不宜或無強令證人到場之必要時，為便於法院及當事人能儘速掌握案情並進行爭點整理程序，以達到審理集中化之目標，及避免浪費勞力、時間、費用，以兼顧當事人之實體利益及程序利益

修正條文	原條文	立法理由
依前二項為陳述後，如認證人之書狀陳述須加說明，或經當事人聲請對證人為必要之發問者，法院仍得通知該證人到場陳述。 證人所在與法院間有聲音及影像相互傳送之科技設備而得直接訊問，並經法院認為適當者，得以該設備訊問之。 證人以書狀為陳述者，仍應具結，並將結文附於書狀，經公證人認證後提出。其以科技設備為訊問者，亦應於訊問前或訊問後具結。 證人得以電信傳真或其他科技設備將第二項、第三項及前項文書傳送於法院，效力與提出文書同。 第五項證人訊問、第六項證人具結及前項文書傳送之辦法，由司法院定之。		，如法院認為適當者，得由兩造會同證人於公證人前作成陳述書狀…。 三、證人到場作證，固可便利當事人行使詰問權，並貫徹直接審理及言詞審理之精神，惟若兩造同意證人於法院外以書狀為陳述時，則不論證人是否須依據文書、資料為陳述，或依事件之性質及證人之狀況有無必要，證人亦得於法院外以書狀為陳述，或由兩造會同該證人於公證人前作成陳述書狀…。 四、證人以書狀為陳述後，法院如認其陳述未盡明瞭完足而須加以說明，或因當事人聲請對證人為必要之發問，而有保障當事人詰問權之必要時，法院經斟酌具體情形後，仍得通知證人到場陳述…。 五、為配合現代科技之發展，如證人所在與法院間有聲音及影像相

修正條文	原條文	立法理由
		互傳送之科技設備而得直接訊問者，則與證人到場以言詞陳述無甚差別… 六、…
第三百十六條 訊問證人，應與他證人隔別行之。但審判長認為必要時，得命與他證人或當事人對質。 (略)	第三百十六條 訊問證人，應與他證人隔別行之。但審判長認為必要時，得命其對質。 (略)	一、證人之陳述與當事人之陳述不相一致時，為究明事實之真偽，應有得命證人與當事人對質之必要…
第三百二十條 當事人得聲請審判長對於證人為必要之發問，或向審判長陳明後自行發問。 前項之發問，亦得就證言信用之事項為之。 前二項之發問，與應證事實無關、重複發問、誘導發問、侮辱證人或有其他不當情形，審判長得依聲請或依職權限制或禁止之。 關於發問之限制或禁止有異議者，法院應就其異議為裁定。	第三百二十條 當事人得聲請審判長對於證人為必要之發問，審判長亦得許可當事人自行對於證人發問。 第二百條第二項之規定，於前項情形準用之。 關於發問之應否許可或禁止有異議者，法院應就其異議為裁定。	一、為發現真實及保障當事人之程序權，審判長依第三百十七條至第三百十九條規定訊問證人後，應使當事人有對證人發問之權利。…為保障當事人對證人之發問權，及強化當事人為訴訟主體之地位，爰修正為… 二、當事人對證人發問權行使之目的，在使有利於己之證據資料更趨明瞭完足，以增其信用性，並對不利於己之證人陳述，攻擊其信用性，以動搖法院之心證，因此，當

修正條文	原條文	立法理由
		事人對證人發問之內容，自應以應證事實及證言信用事項為範圍。… 三、當事人對證人之發問如有不當，為維持訴訟秩序，促進訴訟程序之進行，除法院本其指揮訴訟之權限，得隨時介入為限制或禁止外，當事人對之亦得提出異議。…
第三百二十一條 法院如認證人在當事人前不能盡其陳述者，得於其陳述時命當事人退庭。但證人陳述畢後，審判長應命當事人入庭，告以陳述內容之要旨。 法院如認證人在特定旁聽人前不能盡其陳述者，得於其陳述時命該旁聽人退庭。	第三百二十一條 法院如認證人在當事人前不能盡其陳述者，得於其陳述時命當事人退庭。但證人陳述畢後，審判長應命當事人入庭，告以陳述之事項。	一、… 二、為使證人得盡其陳述，以發現真實，法院如認證人在特定旁聽人前不能盡其陳述者，得聽取當事人之意見後，命該旁聽人於證人陳述時退庭…。
第三百二十六條 鑑定人由受訴法院選任，並定其人數。 法院於選任鑑定人前，得命當事人陳述意見；其經當事人合意指	第三百二十六條 鑑定人由受訴法院選任，並定其人數。 法院得命當事人指定應選任之鑑定人。 已選任之鑑定人，	一、第一、三項不修正。 二、選任鑑定人雖為法院之權限，然選任之鑑定人是否勝任，非法院所能盡悉，為使法院妥適選任適當之鑑

修正條文	原條文	立法理由
定鑑定人者，應從其合意選任之。但法院認其人選顯不適當時，不在此限。 已選任之鑑定人，法院得撤換之。	法院得撤換之。	定人，並使當事人對鑑定結果信服，法院於選任鑑定人前，得命當事人陳述意見，以供法院選任鑑定人之參考。如當事人合意指定鑑定人者，本諸證據契約得予承認之法理，法院自應從其合意而選任之。…
第三百三十條 有第三十二條第一款至第五款情形之一者，不得為鑑定人。但無其他適當之人可為選任或經當事人合意指定時，不在此限。 鑑定人拒絕鑑定，雖其理由不合於第三百零七條第一項之規定，如法院認為正當者，亦得免除其鑑定義務。	第三百三十條 鑑定人拒絕鑑定，雖其理由不合於第三百零七條第一項之規定，如法院認為正當者，亦得免除其鑑定義務。	一、鑑定人為證據方法，同時亦為法院之輔助機關，其鑑定結果往往影響法院之裁判。為確保鑑定人之中立性及公正性，爰…規定，就鑑定人與訴訟事件或與當事人有一定關係者，明定其不得為鑑定人。惟如…當事人合意指定鑑定人時，參諸第三百二十六條第二項之規定，法院應從當事人之指定選任之…
第三百三十七條 鑑定所需資料在法院者，應告知鑑定人准其利用。法院於必要時，得依職權或依聲請命	第三百三十七條 鑑定所需資料在法院者，應告知鑑定人准其利用。 鑑定人因行鑑定，	一、… 二、…

修正條文	原條文	立法理由
證人或當事人提供鑑定所需資料。 鑑定人因行鑑定，得聲請調取證物或訊問證人或當事人，經許可後，並得對於證人或當事人自行發問；當事人亦得提供意見。	得請求調取證物或訊問證人或當事人，經許可後，並得對於證人或當事人自行發問。	
第三百四十二條 聲明書證，係使用他造所執之文書者，應聲請法院命他造提出。 前項聲請，應表明下列各款事項： 一、應命其提出之文書。 二、依該文書應證之事實。 三、文書之內容。 四、文書為他造所執之事由。 五、他造有提出文書義務之原因。 前項第一款及第三款所列事項之表明顯有困難時，法院得命他造為必要之協助。	第三百四十二條 聲明書證，係使用他造所執之文書者，應聲請法院命他造提出。 前項聲請，應表明左列各款事項： 一、應命其提出之文書。 二、依該文書應證之事實。 三、文書之內容。 四、文書為他造所執之事由。 五、他造有提出文書義務之原因。	一、… 三、於公害、產品製造人責任、消費者保護及醫療事故損害賠償等類現代型訴訟中，文書資料常僅存於當事人之一方，並遭嚴密管理中，故他造幾不可能獲取該文書資料。因而，當事人之一方依本條第一項規定聲請法院命執有文書之他造提出文書時，如一律令其表明應命提出之文書及其內容，有時確有困難。為貫徹當事人訴訟資料使用平等原則，及便於發現真實並整理爭點，以達到審理集中化之目標，爰增訂第三項，…

修正條文	原條文	立法理由
第三百四十四條 下列各款文書，當事人有提出之義務： 一、該當事人於訴訟程序中曾經引用者。 二、他造依法律規定，得請求交付或閱覽者。 三、為他造之利益而作者。 四、商業帳簿。 五、就與本件訴訟關係有關之事項所作者。 前項第五款之文書內容，涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密，如予公開，有致該當事人或第三人受重大損害之虞者，當事人得拒絕提出。但法院為判斷其有無拒絕提出之正當理由，必要時，得命其提出，並以不公開之方式行之。	第三百四十四條 左列各款文書，當事人有提出之義務： 一、該當事人於準備書狀內或言詞辯論時，曾經引用者。 二、他造依法律規定，得請求交付或閱覽者。 三、為他造之利益而作者。 四、就當事人間法律關係所作者。 五、商業帳簿。	一、… 二、為貫徹當事人訴訟資料使用平等原則，及便於發現真實並整理爭點，以達到審理集中化之目標，應有擴大當事人提出文書義務範圍之必要。… 三、隨社會經濟狀況之變遷，公害、產品製造人責任及醫療事故損害賠償等類現代型紛爭與日俱增，於其訴訟中不乏因證據僅存在於當事人之一方，致他造當事人舉證困難之情事發生，例如：為舉證被害之因果關係或可歸責之原因，必須知悉企業者所執有關於形成公害或產品瑕疵過程之文書；或為舉證醫療過失，必須知悉醫療機構所執有之患者診療病歷等，故亦有擴大當事人文書提出義務範圍之必要，爰修正原條文第四款規定，使當事人就其實體及程序上之法律關係、爭點、攻擊或防禦方法

修正條文	原條文	立法理由
		等與本件訴訟有關之事項所作之文書，均負有提出之義務，並改列為第五款。 四、就與本件訴訟有關之事項所作之文書，其內容之全部或一部有涉及當事人或就文書內容之使用有利害關係之第三人之隱私或業務秘密者，倘依本條第一項規定，認當事人就該文書一概負有提出之義務，則可能因該文書之公開，致該當事人或第三人遭受重大之損害。故為保障當事人或就文書內容之使用有利害關係之第三人之隱私或業務秘密，爰增訂第二項…
第三百四十五條 當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。 前項情形，於裁判前應令當事人有辯論之	第三百四十五條 當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得認他造關於該文書之主張為正當。	一、…於構造上證據偏於一方之訴訟，例如文書作成過程中僅有該當事人參與，且構成該文書內容之事項，又屬其支配領域下時，舉證人每無法就文書之內容為具體、特定之表明，致未能藉

修正條文	原條文	立法理由
機會。		以證明應證事實之真偽，為期公平，並促當事人履行法院所命應提出文書之義務，爰將之修正…即法院得依自由心證認舉證人關於該文書之性質、內容及文書成立真正之主張為真實，或認舉證人依該文書應證之事實為真實… 二、…為避免有誤，並保障當事人在訴訟程序上之權利，於裁判前應令當事人有辯論之機會…
第三百四十六條 聲明書證係使用第三人所執之文書者，應聲請法院命第三人提出，或定由舉證人提出之期間。 第三百四十二條第二項及第三項之規定，於前項聲請準用之。 文書為第三人所執之事由及第三人有提出義務之原因，應釋明之。	第三百四十六條 聲明書證係使用第三人所執之文書者，應聲請法院命第三人提出，或定由舉證人提出之期間。 第三百四十二條第二項之規定於前項聲請準用之。 文書為第三人所執之事由及第三人有提出義務之原因，應釋明之。	一、… 二、第三百四十二條增訂之第三項，於本條第一項之聲請亦得準用…

修正條文	原條文	立法理由
第三百四十七條 法院認應證之事實重要且舉證人之聲請正當者，應以裁定命第三人提出文書或定由舉證人提出文書之期間。 法院為前項裁定前，應使該第三人有陳述意見之機會。	第三百四十七條 法院認應證之事實重要且舉證人之聲請正當者，應以裁定命第三人提出文書或定由舉證人提出文書之期間。	一、… 二、…為保障該第三人程序上之權利，爰增訂第二項…
第三百五十條 機關保管或公務員執掌之文書，不問其有無提出之義務，法院得調取之。 第三百零六條之規定，於前項情形準用之。但法院為判斷其有無拒絕提出之正當理由，必要時，得命其提出，並以不公開之方式行之。	第三百五十條 機關保管或公務員執掌之文書，不問其有無提出之義務，法院得調取之。	一、… 二、…該文書之記載，如涉及公務員職務上應守秘密之事項者，法院之調取，自以得該監督長官之同意為宜，該文書之提出除經釋明有妨害國家之利益者外，應認該監督長官不得拒絕同意；…惟為兼顧該文書是否涉及秘密事項，法院命提出文書，應以不公開之方式行之…
第三百五十七條之一 當事人或代理人就真正之文書，故意爭執其真正者，法院得以裁定處新臺幣三萬元以下罰鍰。 前項裁定，得為抗		一、本條係新增。 二、訴訟制度係為實現社會正義而設，故不得任由當事人以不正當之方法拖延訴訟，甚至導致法院為不正確之事實認定，而浪費

修正條文	原條文	立法理由
告；抗告中應停止執行。 第一項之當事人或代理人於第二審言詞辯論終結前，承認該文書為真正者，訴訟繫屬之法院得審酌情形撤銷原裁定。		司法資源。故為促進當事人及代理人履行真實陳述義務，使訴訟迅速進行，對於當事人或代理人就真正之文書故意為爭執者，應予適當之處罰。… 三、為保障受罰鍰裁定人之程序上權利，爰增訂第二項… 四、…
第三百五十八條 私文書經本人或其代理人簽名、蓋章或按指印或有法院或公證人之認證者，推定為真正。 當事人就其本人之簽名、蓋章或按指印為不知或不記憶之陳述者，應否推定為真正，由法院審酌情形斷定之。	第三百五十八條 私文書經本人或其代理人簽名、蓋章或按指印或有法院或公證人之認證者，推定為真正。	一、原條文不修正，列為第一項。 二、…基於當事人就有關其本人之簽名、蓋章或按指印等事項應有所知悉之理，當事人就文書內其本人之簽名、蓋章或按指印應為陳述，俾使法院決定得否依本條第一項推定文書為真正；若當事人就其本人之簽名、蓋章或按指印為不知或不記憶之陳述者，應授權法院得審酌情形斷定…
第三百六十三條 本目規定，於文書外之物件有與文書相同	第三百六十三條 本目規定，於文書外之物件有與文書相同	一、… 二、第一項及第二項之文書、物件或呈現其內

修正條文	原條文	立法理由
之效用者準用之。 文書或前項物件，須以科技設備始能呈現其內容或提出原件有事實上之困難者，得僅提出呈現其內容之書面並證明其內容與原件相符。 前二項文書、物件或呈現其內容之書面，法院於必要時得命說明之。	之效用者準用之。 文書或前項物件，須以科技設備始能呈現其內容或提出原件有事實上之困難者，得僅提出呈現其內容之書面並證明其內容與原件相符。	容之書面，其作成之人、時、地等相關資料，於法院取捨證據之心證，有重大影響；又持有人如僅提出原件而未附具呈現其內容之書面，或雖提出書面，而其記載不完全或係使用特殊符號或專業用語者，法院均將難以辨讀其內容，凡此，即有賴提出人加以說明…
第三百六十七條之一 法院認為必要時，得依職權訊問當事人。 前項情形，審判長得於訊問前或訊問後命當事人具結，並準用第三百十二條第二項、第三百十三條及第三百十四條第一項之規定。 當事人無正當理由拒絕陳述或具結者，法院得審酌情形，判斷應證事實之真偽。 當事人經法院命其本人到場，無正當理由而不到場者，視為拒絕陳述。但命其到場之通知書係寄存送達或公示		一、本條係新增。 二、就事實審理而言，因當事人本人通常為最知悉紛爭事實之人，故最有可能提供案情資料，以協助法官發現真實及促進訴訟，進而達到審理集中化之目標。故為使法院能迅速發現真實，應認法院得訊問當事人本人，並以其陳述作為證據。…又為貫徹直接審理主義，原則上應由受訴法院訊問當事人，惟如有特殊情形，例如有第二百零七十條第三項各款情

修正條文	原條文	立法理由
送達者，不在此限。 法院命當事人本人到場之通知書，應記載前項不到場及第三項拒絕陳述或具結之效果。 前五項規定，於當事人之法定代理人準用之。		形之一者，則得由受命法官或受託法官訊問當事人。 三、… 四、訊問當事人制度功能之發揮，有賴當事人之據實陳述。惟於當事人拒絕陳述或具結時，法院仍應查明其他可供使用之相關證據，並審酌當事人拒絕陳述或具結之理由及其他相關情形，依自由心證，判斷當事人關於訊問事項所主張之事實或法院依職權調查之應證事實之真偽，以求發現真實，爰明定第三項。 五、… 六、… 七、…為期迅速發現真實，並發揮當事人訊問制度之功能，即有訊問其法定代理人之必要…
第三百六十七條之二 依前條規定具結而故意為虛偽陳述，足以影響裁判之結果者，法院得以裁定處新臺幣三		一、本條係新增。 二、當事人依前條規定具結而為虛偽陳述者，往往誤導法院審理訴訟之方向，不僅使法

修 正 條 文	原 條 文	立 法 理 由
萬元以下之罰鍰。 前項裁定，得為抗告；抗告中應停止執行。 第一項之當事人或法定代理人於第二審言詞辯論終結前，承認其陳述為虛偽者，訴訟繫屬之法院得審酌情形撤銷原裁定。 當事人經法院依第一項規定裁定處罰鍰確定，而其陳述為確定判決之基礎者，他造得據以提起再審之訴。		院難以發現真實，且易使訴訟程序延滯，致浪費法院及雙方當事人之勞力、時間、費用，並損及司法公信力，故有予以適當制裁之必要。…又當事人依前條規定所為之陳述，性質上屬於證據資料之範圍，與第一百九十五條所稱當事人之陳述，係屬訴訟資料之範圍，有所不同… 三、為保障受罰鍰裁定人之程序上權利，…得為抗告… 四、受罰鍰裁定之當事人或法定代理人，如於第二審言詞辯論終結前，承認其陳述為虛偽者，因已履行真實陳述義務，故訴訟繫屬之法院得不待受裁定人之抗告，亦不受抗告不變期間之影響，依職權審酌情形撤銷原裁定… 五、…
第三百六十七條之三 第三百條、第三百		一、本條係新增。 二、…

修 正 條 文	原 條 文	立 法 理 由
零一條、第三百零四條、第三百零五條第一項、第五項、第三百零六條、第三百零七條第一項第三款至第五款、第二項、第三百零八條第二項、第三百零九條、第三百十條、第三百十六條第一項、第三百十八條至第三百二十二條之規定，於訊問當事人或其法定代理人時準用之。		
第三百六十八條 證據有滅失或礙難使用之虞，或經他造同意者，得向法院聲請保全；就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證。 前項證據保全，應適用本節有關調查證據方法之規定。	第三百六十八條 證據有滅失或礙難使用之虞，或經他造同意者，得向法院聲請保全。	一、證據保全制度，依現行法之規定，固有事先防止證據滅失或礙難使用，而避免將來於訴訟中舉證困難之功能。惟如能使欲主張權利之人，於提起訴訟前即得蒐集事證資料，以了解事實或物體之現狀，將有助於當事人研判紛爭之實際狀況，進而成立調解或和解，以消弭訴訟，達到預防訴訟之目的。此外，亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證資料之機會，而

修正條文	原條文	立法理由
		有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達到審理集中化之目標。 。故為發揮證據保全制度之功能，應擴大容許聲請保全證據之範圍…然為防止濫用此一制度，而損害他造之權益，乃明定此種保全證據之聲請，限於有法律上利益並有必要時，始得為之，且其保全證據之方法以鑑定、勘驗及保全書證為限。至於所謂「確定事、物之現狀有法律上利益並有必要者」，例如：於醫療糾紛，醫院之病歷表通常無滅失或礙難使用之虞，但為確定事實，避免遭篡改，即有聲請保全書證之必要；另為確定人身傷害之程度及其原因時，亦得聲請為鑑定。又所有人對於無權占有人請求返還所有物之前，為確定占有人使用其所有物之範圍及狀況，亦得聲

修正條文	原條文	立法理由
		請勘驗。 二、…
第三百七十三條 調查證據期日，應通知聲請人，除有急迫或有礙證據保全情形外，並應於期日前送達聲請書狀或筆錄及裁定於他造當事人而通知之。 當事人於前項期日在場者，得命其陳述意見。	第三百七十三條 調查證據期日，應通知聲請人，除有急迫情形外，並應於期日前送達聲請書狀或筆錄及裁定於他造當事人而通知之。	一、… 二、當事人於保全證據程序之調查證據期日在場者，除有急迫情形或有礙證據保全外，於調查證據開始前命其陳述意見，可避免程序進行不合聲請意旨及侵害相對人權益等情事發生，又保全證據程序進行中或調查證據完畢後，得命當事人陳述意見，以保障其程序上利益。
第三百七十五條之一 當事人就已於保全證據程序訊問之證人，於言詞辯論程序中聲請再為訊問時，法院應為訊問。但法院認為不必要者，不在此限。		一、本條係新增。 二、法院依保全證據程序調查證據之結果，原則上固與訴訟上調查證據之結果有同一之效力。惟保全證據程序未必均由本案受訴法院行之，又如於保全證據調查程序中，他造當事人不明或未於保全證據程序到場者，即無從對法院調查證據表示意見，故為貫徹直接審理主義

修正條文	原條文	立法理由
		，並保障當事人對證人之發問權…但法院認為不必要者，例如： ：於保全證據程序係由本案受訴法院訊問證人，並已經兩造於該程序中表示意見者；或該證人之證言與本案待證事實無關者，法院即無須重複訊問，以達訴訟經濟之目的。
第三百七十六條之一 本案尚未繫屬者，於保全證據程序期日到場之兩造，就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議時，法院應將其協議記明筆錄。 前項協議係就訴訟標的成立者，法院並應將協議之法律關係及爭議情形記明筆錄。依其協議之內容，當事人應為一定之給付者，得為執行名義。 協議成立者，應於十日內以筆錄正本送達於當事人。 第二百十二條至第二百十九條之規定，於		一、本條係新增。 二、當事人於起訴前聲請保全證據者，得利用法院所調查之證據及所蒐集之事證資料，了解事實或物體之現狀，而研判紛爭之實際狀況，此時，如能就訴訟標的、事實、證據或其他事項達成協議，當事人間之紛爭可能因此而獲得解決或避免擴大。此外，當事人將來縱使提起本案訴訟，因當事人於保全證據程序中已就特定事實、證據或其他事項達成協議，故於法院審理本案

修正條文	原條文	立法理由
前項筆錄準用之。		時，亦可減少爭點，而節省法院及當事人進行訴訟所需之勞力、時間或費用，達到訴訟經濟之目的。又保全證據程序貴在迅速，故當事人於保全證據程序當場無法達成協議時，該程序即告終了，當事人事後如欲再成立協議，可循訴訟程序或訴訟以方式如訴訟外和解、調解、調處、仲裁等解決紛爭。 三、…為貫徹當事人依其承諾而自動履行給付內容之意思，並達到疏減訟源之目的，當事人依其於保全證據程序中就訴訟標的或併就訴訟標的外之事項所達成之協議，應為一定之給付者，應賦予該協議執行力。 四、…
第三百七十六條之二 保全證據程序終結後逾三十日，本案尚未繫屬者，法院得依利害關係人之聲請，以裁定		一、本條係新增。 二、…於保全證據程序終結後，如當事人之紛爭久懸不決，則因保全證據所為文書、物

修正條文	原條文	立法理由
解除因保全證據所為文書、物件之留置或為其他適當之處置。 前項期間內本案尚未繫屬者，法院得依利害關係人之聲請，命保全證據之聲請人負擔程序費用。 前二項裁定得為抗告。		件之留置或其他處置，將無法獲得適當之處理，而致聲請保全證據之當事人或利害關係人（例如文書、物件之所有人或利用人）遭受損害，故為保障其權益，爰於第一項明定… 三、…
第四百四十一條 提起上訴，應以上訴狀表明下列各款事項，提出於原第一審法院為之： 一、當事人及法定代理人。 二、第一審判決及對於該判決上訴之陳述。 三、對於第一審判決不服之程度，及應如何廢棄或變更之聲明。 四、上訴理由。 上訴理由應表明下列各款事項： 一、應廢棄或變更原判決之理由。 二、關於前款理由之事實及證據。	第四百四十一條 提起上訴，應以上訴狀表明左列各款事項，提出於原第一審法院為之： 一、當事人及法定代理人。 二、第一審判決及對於該判決上訴之陳述。 三、對於第一審判決不服之程度，及應如何廢棄或變更之聲明。 上訴狀內，宜記載新事實及證據，並其他準備言詞辯論之事項。	一、提起第二審上訴，依現行規定，上訴狀不以表明上訴理由為必要，致第二審程序往往因而拖延。為督促當事人適時提出攻擊或防禦方法，俾第二審法院及當事人能儘早掌握上訴資料，進而整理爭點，並充分準備言詞辯論，以達到審理集中化之目標，爰於原規定第一項增列第四款… 二、依修正後第一項規定，上訴狀內應表明上訴理由，為提起第二審上訴之必要程式；為求明確，爰增訂第二項…上訴人得提出之事實及證據，應以

修正條文	原條文	立法理由
		關於應廢棄或變更原判決之理由為限，並不得違反第四百四十七條有關限制提出之規定。
第四百四十四條之一 上訴狀內未表明上訴理由者，審判長得定相當期間命上訴人提出理由書。 上訴人提出理由書後，除應依前條規定駁回者外，第二審法院應速將上訴理由書送達被上訴人。 審判長得定相當期間命被上訴人提出答辯狀，及命上訴人就答辯狀提出書面意見。 當事人逾第一項及前項所定期間提出書狀者，法院得命該當事人以書狀說明其理由。 當事人未依前項規定說明者，第二審法院得準用第四百四十七條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌之。		一、本條係新增。 二、提起第二審上訴，依第四百四十一條第一項規定，應於上訴狀內表明上訴理由。上訴人如未於上訴狀內表明上訴理由者，法院固不得以上訴不合法為由，駁回其上訴，惟為使法院及他造當事人得於期日前儘早掌握上訴資料，進而整理爭點，以充分準備言詞辯論，第二審法院審判長得定相當期間命上訴人提出理由書… 三、為促使第二審程序迅速進行，上訴人提出理由書後，除應依前條規定駁回者外，第二審法院應速將上訴理由書送達被上訴人，俾被上訴人得以充分準備言詞辯論，爰增訂第二項。

修正條文	原條文	立法理由
		四、於第二審程序，法院亦得依事件之性質與類型，斟酌採用書狀先程序。…以便法院及當事人整理、確定並減少爭點，而達到審理集中化之目標，爰增訂第三項。 五、為促使當事人善盡其協力迅速進行訴訟之義務，…爰增訂第四項。 六、為督促當事人確實履行上開提出書狀義務，…爰增訂第五項。
第四百四十六條 訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限。 提起反訴，非經他造同意，不得為之。但有下列各款情形之一者，不在此限： 一、於某法律關係之成立與否有爭執，而本訴裁判應以該法律關係為據，並請求確定其關係者。 二、就同一訴訟標的有	第四百四十六條 訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十六條第二款至第四款情形，不在此限。 第二百五十五條第二項之規定，於提起反訴準用之。	一、為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，避免當事人就同一訴訟資料另行起訴，而浪費法院及當事人之勞力、時間、費用，於無害保障當事人之審級利益及對造防禦權行使之前提下，有放寬當事人於第二審為訴之變更、追加及提起反訴要件之必要。 二、… 三、於第二審提起反訴，原規定非經他造同意，不得為之；惟為符

修正條文	原條文	立法理由
提起反訴之利益者。 三、就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益者。 四、他造於提起反訴無異議，而為本案之言詞辯論者。		合訴訟經濟之原則，並達到審理集中化之目標，宜放寬得於第二審提起反訴之要件… 四、關於中間確認之法律關係，…自訴訟經濟而言，不宜使被告另行訴訟，…爰於第二項第一款增訂之。 五、就同一訴訟標的有提起反訴之利益者，…為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，並達到訴訟經濟之目的，應許被告於第二審得不經原告同意而提起反訴，爰增訂第二項第二款。至於所謂「有提起反訴之利益者」，係指須無第四百四十七條但書各款，且不致延滯訴訟及妨礙被告之防禦等情形而言。 六、被告就主張抵銷之請求尚有餘額部分，如有利用同一訴訟程序以求解決之必要，於法院認有訴之利益時，應許其提起反訴，以避免被告就此部分

修正條文	原條文	立法理由
		另行起訴，使法院須就同一債權之存否重新審理，而違背訴訟經濟原則，爰增訂第二項第三款。… 七、…
第四百四十七條 當事人得提出新攻擊或防禦方法。但有下列各款情形之一者，第二審法院得駁回之： 一、在第一審整理並協議簡化後已不得主張之爭點。 二、經第一審法院依第一百九十六條第二項裁定駁回者。 三、經第一審法院依第二百六十八條定期間命提出而未提出者。 四、因當事人之故意或重大過失未於第一審程序提出者。	第四百四十七條 當事人得提出新攻擊或防禦方法。 在第一審就事實或證據所未為之陳述，得追復之。	一、本法就第二審程序之進行採續審制，…為強化第一審事實審之功能，並達到審理集中化之目標，關於當事人提出攻擊或防禦方法之時期，第一百九十六條已修正為改採「適時提出主義」，故對於當事人於第二審程序提出新攻擊或防禦方法，…
第四百六十六條之一 對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限		一、本條係新增。 二、第三審係法律審，上訴理由必須具體指摘第二審判決有如何違背法令之情形。一般當事人恆不明瞭第三

修正條文	原條文	立法理由
。上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。 第一項但書及第二項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。 上訴人未依第一項、第二項規定委任訴訟代理人，或雖依第二項委任，法院認為不適當者，第二審法院應定期先命補正。逾期未補正亦未依第四百六十六條之二為聲請者，第二審法院應以上訴不合法裁定駁回之。		審程序之性質，就不利於己之判決，任依己意提起上訴，而未依法表明上訴理由，致被駁回。為貫徹第三審法律審之功能，並保障當事人權益，爰於第三審上訴採律師強制代理制度。但上訴人或其法定代理人本人已具律師資格者，如亦強制其必須委任律師代理，未免有悖情理，應有例外。爰設本條第一項之規定。 三、…
第四百六十六條之二 上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。 上訴人依前項規定聲請者，第二審法院應將訴訟卷宗送交第三審		一、本條係新增。 二、當事人提起第三審上訴，如無資力委任律師，將無從享受第三審審級利益，對當事人權益之維護，未免過苛，…

修正條文	原條文	立法理由
法院。		
第四百六十六條之三 第三審律師之酬金，為訴訟費用之一部，並應限定其最高額。 第四百六十六條之二選任律師為訴訟代理人辦法及前項酬金支給標準，均由最高法院擬訂報司法院核定之。 前項之擬訂，應參酌法務部及全國性律師團體之意見。 (部分條文從略)		一、本條係新增。 二、上訴第三審既採律師強制代理制度，委任律師所支付之酬金，原則上應屬因訴訟所生之必要費用，而為訴訟費用之一部；惟如當事人委任律師所約定之酬金過高，於應由他造負擔訴訟費用時，全數由他造負擔，並不合理，故就律師之酬金得作為訴訟費用之一部者，應限定其最高額，以求公允，爰設第一項。 三、...

事項索引

一畫

- 一般訴訟促進義務 66, 112
- 一部訴(請)求
 - 與既判力客觀範圍 122
 - 與權利濫用 121
 - 與原告選擇 71

二畫

- 人事訴訟事件與心證公開論 159

三畫

- 三段論法 27, 141
 - 與紛爭事件類型論 60
- 口頭仲裁合意(協議、契約) 235
 - 之妨訴抗辯效力 237, 253
- 口頭非正式仲裁契約 235
- 小額事件
 - 之一部訴(請)求 89, 121
 - 之合意選擇不調查證據 70
 - 之非訟化 112
 - 之審理與公開主義 45
 - 與公平裁判 69
 - 與原告選擇 71
 - 與訴訟標的相對論之落實 97
 - 與費用相當性原理 187
 - 與職權調查證據 68

- 小額紛爭事件類型 87
- 小額程序
 - 之轉換改用 67
 - 與合意不公開審判 77
- 小額程序論與新程序保障論 7

四畫

- 不起訴合意 55, 246
 - 與仲裁契約 230
- 中立性與仲裁人 223
- 中間處分與非訟程序上保全處分 212
- 中間裁判
 - 與仲裁契約之妨訴抗辯 246
 - 與非訟程序上保全處分 212
- 公平 51, 71, 89, 111
- 公平裁判與小額事件 69
- 公正程序請求權
 - 33, 44, 73, 98, 122, 147, 220
 - 之法理繼受過程 271
 - 與心證公開 159
 - 與程序保障論 14
 - 與裁量權之行使 69
- 公知之事實 130
- 公益 32, 35, 44, 45, 89, 90, 98, 105, 114, 116, 199, 222, 235
- 公益之維護
 - 與心證公開 159

- 與程序保障 13
- 與程序選擇權之法理 73
- 與新法走向 97
- 公開心證或表明法律見解→心證公開
 - 62
- 公開主義
 - 之功能 43
 - 之合意選擇 43
 - 之限制可能性 44
 - 與小額事件之審理 45
 - 與心證公開 143, 158
 - 與企業秘密 46
- 公開審理與程序保障論 5
- 公權主權 97
- 分割審理 115
- 反訴與闡明 94
- 心證公開
 - 之方法 139, 160
 - 之目的 139
 - 之考量因素 166
 - 之效果 168
 - 之時期 161
 - 之現行法上依據 159
 - 之意義 141
 - 之態樣 144
 - 消極論 143
 - 義務 170

- 與人事訴訟事件 159
- 與公開主義 158
- 與司法過程民主化 158
- 與合議審判 160
- 與自由心證主義 158
- 與言詞主義 158
- 與和解程序 63
- 與法律上爭點整理 156
- 與直接審理主義 158
- 與促進訴訟 170
- 與推定法則 166
- 與程序保障論 11, 14
- 與裁量權擴大 159
- 與訴訟要件存否之審理 159
- 與經驗法則之適用 166
- 與實體真實主義 158
- 與審理集中化 156
- 與獨任審判 160
- 與舉證責任(行為責任)規範明確化 165
- 請求權 159
- 心證公開論 139
 - 之法理根據 158
- 心證度 142, 175, 176
 - 之高低與心證公開
 - 161, 165, 166
- 心證開示義務 171

心證補強律(法則).....	153,175
文書提出義務	111
——與事件類型審理必要論	59
日本之程序保障論	6,123
日本之辯論主義	109,130,132
日本有關仲裁契約存在抗辯之定性論	230
父母對於子女權利義務行使負擔事件	90,116
——與捨棄	98
——與認諾	98
——與職權假處分	97
片面仲裁制度	41
五 畫	
主要事實與辯論主義	100
主張共通原則	100
主張責任	99,103,130
——與待證事實之具體化	145
主張等價原則	100
代位訴訟之判決效力與程序保障	12
充足理由律	176
司法民主化	44,189
——與調解	196
——與調解委員制	198
司法資源	
——之公平分配	26,195

——之合理分配	66,87,124,140,189
司法資源之節省	95
——與處分權主義	86
司法過程民主化與心證公開	158
外國法內容之審理原則	257
失權	107,171
失權制裁	111,134
——與現代型訴訟	68
——與發現真實及促進訴訟之兼顧	68
——與實體利益及程序利益之平衡保護	68
失權效與心證公開	169,171
平等使用訴訟制度	221
平等權之保障與訴訟法學之開展	273
平衡保護實體利益及程序利益	4,36,89,93,103,105,109,113,118,140,159
平衡兼顧	
——系爭中與系爭外地位、利益	87,88,116
——發現真實及促進訴訟等要求	279
——實體利益及程序利益	223
平衡追求實體利益及程序利益	31,32,33,35,36,37,41,43,47,48,50,53,54,63,96,147,154,158,189,195

198,199,200,201,204,224,227,228,271,272,276,279,281	
——與仲裁	222
——與原告選擇程序	71
——與處分權主義之機能	85
平衡滿足發現真實與促進程序等要求	54
平衡點上「法」	155,158,199
平衡點上「真實」	109,110,199
本土性理論之立法上落實	117
本質上非訟事件	97
正式、機構仲裁	40
正式仲裁	231
——之優點	233
——與程序選擇權法理之具體化	35
民事事件類型	
——多樣化	204
——審理必要論	90,92,97,98,113,195
民事事件類型審理必要論	
——之立法上落實	58,59,67,68,117,195
——與強制調解事件	88
民事訴訟制度之理念	5
民事程序制度現代化之指標	26
民事程序法與類推適用	219

民事訴訟之本質、目的與程序保障	7
民事訴訟法與憲法之關係	267
民事訴訟法學	
——之研究方法	265
——之研究領域	39
——之新開展——與闡明義務之加重	64
——與審判實務	266
民訴法上假處分與非訟法上保全處分之不同	212
民訴法研究會與法學研究方法史	15
民訴與行政訴訟之審判權衝突	54
生活妨害制止請求事件之審判對象表明責任	91,92
示範訴訟	54
——與一部訴求	121
立憲主義之精神與新程序保障論	6

六 畫

交通事故之損害賠償請求事件與調解	186
仲裁人之中立性	233
仲裁人面前之和解制度、調解	42
仲裁之機能	242
仲裁合意→仲裁契約	231
——與適時審判請求權	273

- 仲裁判斷 41
 仲裁制度之機能 74
 仲裁協議→仲裁契約 231
 ——存否之審理與辯論主義 240
 仲裁契約
 ——之失效事由 252
 ——之妨訴抗辯效力 40
 ——之妨訴抗辯與駁回訴訟制 239
 ——之妨訴抗辯與聲請裁定停止訴訟制 239
 ——之定性與特殊契約 228
 ——之定性與混合契約說 227
 ——之定性與程序選擇權 226
 ——之定性與訴訟契約 226
 ——之定性與實體契約說(實體法說) 227
 ——之法理基礎 224
 ——之法理基礎與程序選擇權之法理 220
 ——之該當性 231
 ——無效之情形 251
 ——與程序處分權 37
 ——與程序選擇權 37
 ——履行不能 252
 仲裁契約存在抗辯 219, 234, 231
 ——之定位 229
 ——之效力 228
 ——裁定之拘束力 248
 ——與訴訟法上抗辯 217, 230
 ——與抗辯事項 230
 ——之審理原則 258
 ——之審理原則與辯論主義 240, 247
 ——之審理與突襲性裁判之防止 240
 仲裁程序之合意選擇與調解條款酌定 192, 193
 仲裁程序與衡平法理 196
 仲裁與裁判外紛爭處理制度 181
 仲裁鑑定契約 53, 167
 ——與程序選擇權論 53
 ——與證據保全程序 69
 任意訴訟禁止原則 34
 ——與程序選擇權之法理 72
 企業秘密與公開主義 46
 全國司法改革會議 82
 共同海損之計算確定事件 38
 共同海損計算確定事件與程序選擇權 222
 合意不公開審判 77
 合意由法官調解 189
 合意由調解委員酌定調解條款 203
 ——與程序選擇權 88
 ——與適時審判請求審判 273
 合意改用簡易程序與裁量權 86
 合意決定調解條款酌定程序與程序選擇權 193
 合意放棄公開審理 43
 合意指定鑑定人 53, 167
 ——與程序選擇權 111
 ——與證據契約 111
 合意限縮爭點與程序選擇權 163
 合意將訴訟事件移付調解 88, 194
 合意移付調解與適時審判請求權 273
 合意撤銷自認 70, 110
 合意遴選非職業法官 42
 合意遴選職業法官 42
 合意選用小額程序與程序選擇權 86
 合意選用第二審程序與程序選擇權 222
 合意選用簡易程序 32, 38
 ——與程序選擇權 86
 ——與程序選擇權法理之具體化 37
 ——與適時審判請求權 273
 合意選任調解委員 190
 ——與程序選擇權 191
 合意選任鑑定人 70
 ——與爭點簡化協議 69, 70
 合意選擇不公開審理 44
 合意選擇不調查證據 70
 合意選擇仲裁程序之內容
 ——與程序主體權 41
 ——與程序選擇權 41
 合意選擇
 ——有關妨訴抗辯之準據法 256
 ——使用簡易訴程序與程序選擇權 222
 ——受命法官調查證據 70
 ——法官 42
 ——書狀(面)審理 44, 70
 ——程序之新法上規定 69
 ——訴訟審理原則 43
 ——與訴訟契約 69
 ——與簡化爭點協議 69
 ——與證據保全程序 69
 ——與證據契約 69
 合意擬定仲裁程序規則與調解條款酌定 194
 合意轉換調解程序為仲裁程序 197
 合議庭與心證公開 167
 合議審判與心證公開 143, 160
 在場見證權(當事人公開) 46
 自己決定原則 16
 自己責任(自負責任)原則 109, 116
 ——與處分權主義 85, 91
 ——與心證公開 169
 ——與辯論主義 100
 自由心證主義 26, 111

——之運用與損害額之酌定·····	67
——與心證公開·····	158
自由仲裁·····	231
自由的證明與外國法內容之調查·····	260
自認之合意撤銷·····	110
自認契約之撤回(撤銷)·····	110
自認契約與簡化爭點協議·····	69
行為規範之明確化、具體化	
——與心證公開·····	168,169,171
——與訴訟指揮權·····	112
——與程序主體性原則·····	4
行為責任·····	103
——之具體化·····	108
——之具體化與心證公開·····	170
——之具體化與闡明權·····	112
——與心證公開·····	164
——與辯論主義·····	100

七 畫

判決效力主觀範圍擴張	
——之根據論·····	13
——與股東會議無效判決·····	20
——與婚姻無效判決·····	20
判決效力擴張之根據與程序保障·····	7
判決書簡化與心證公開·····	162
判決理由中判斷之拘束力與程序保障·····	11

判決程序與和解程序之區別及關連·····	62
利益衡量方法·····	278,284
——與事件類型審理·····	9
——與裁量權·····	114
妨訴抗辯	
——之提出時期·····	250
——之意涵·····	246
——在德國法上意義·····	244
——效力之準據法·····	219
——與仲裁契約存在抗辯·····	218
——與涉外仲裁契約存在抗辯·····	218
——與訴訟法上抗辯·····	236
形式上當事人·····	13
形成政策機能與裁判機能觀之遞變·····	27
我國民訴法之獨特性·····	122,130,134
抄襲性繼受歐陸法·····	266
抗辯事項與仲裁契約存在抗辯·····	230
抗辯事項與訴訟要件之審理·····	247
私法上契約自由原則與仲裁·····	225
私法自治原則·····	89,223,228
——與仲裁·····	224,230
——與處分權主義之根據·····	34,222
私益·····	114
言詞主義與心證公開·····	158
迅速而經濟的裁判之程序保障·····	5,45

八 畫

事件類型之特性、需求·····	167
事件類型多樣化·····	140
事件類型審理必要論·····	32,45,58,116
——之提倡·····	277
——與程序保障論·····	8
——與職權調查證據·····	114
事前的程序保障·····	270
——與職權通知制度·····	13
事後的程序保障·····	270
——與第三人撤銷判決之訴·····	13
事實上及證據上爭點之整理·····	103
事實上推定·····	102,175
事實群·····	142,150
事實審理制度目的論·····	31
——與程序保障論·····	6
——與訴訟上自認·····	104
事證蒐集手段與裁量權之運用·····	68
兩造相互間的突襲與協同主義·····	112
兩造聽審主義與程序保障論·····	5
協力主義·····	103,109
協力迅速進行訴訟義務·····	112
協同主義·····	103,111,114,134
——或辯論主義·····	98,109
——與防止發生突襲·····	112
——與來自法院的突襲·····	112

——與兩造相互間的突襲·····	112
——與促進訴訟的突襲·····	112
——與發現真實的突襲·····	112
——與奧國之審理原則·····	129
——與當事人間公平·····	112
協同探尋「法」之所在·····	151-152, 154,158
和解程序之運作與程序主體地位之確保·····	63
和解程序與爭點整理程序·····	62
和諧關係之維持·····	87
固有的(傳統的)紛爭事件·····	59
固有的訴訟事件·····	27-28,32
武器平等原則·····	60,106
——與原告選擇訴訟標的·····	126
——與訴訟法學之開展·····	274
法之協同尋求、發現·····	156
法之參與尋求、發現·····	50
法之探尋、發現、形成手段·····	197
法之尋求與調解程序·····	191
法之預測可能性·····	167
法生活的風險·····	75
法官之中立性·····	109,159
——與心證公開·····	159
法官之公正性·····	109,159
法官選擇程序與平衡實體利益及程序利益·····	67

- 法官知法原則 93,126,205
——與外國法內容之審理原則 259
- 法治國家原理 4,43-44,66
- 法律上爭點整理與心證公開 156
- 法律上討論 64,168,170
——與訴訟標的之特定 164
- 法律扶助制度 127
- 法律見解之表明 148
- 法律問題為兩造所忽略與表明法律見解 150
- 法律問題為兩造所爭執與表明法律見解 150
- 法律解釋與經驗法則之適用 143
- 法律適用的突襲
..... 20,93-94,149,150-151,155,168
——之事例 49
- 法院之存在意義 29
- 法探尋過程之參與 238
- 法曹一元制 42
——之精神與心證公開 161
——與調解委員制 198
- 法曹教育與心證公開 160
- 法尋求說
——之提倡 276
——與事件類型審理論 279
——與處分權主義 85
——與程序保障論 6
- 法與事實牽連難分 28,164,168
——與調解 186
- 法學研究方法史與民訴法研究會 15
- 爭點之曉諭 94,107
- 爭點效與心證公開 170
- 爭點效與程序保障 11
- 爭點適格性與心證公開 163
- 爭點整理程序 108,109,111,146,165
——與心證公開 146
——與和解程序 62
- 爭點整理階段 106
- 爭點整理摘要書狀 107
- 爭點簡化(限縮)協議(契約) 47,146,147
——與程序選擇權 110
——與發現真實及促進訴訟之兼顧 68
——與實體利益及程序利益之平衡保護 47,146,147,68
——與證據保全程序 69
——與證據契約 69
- 直接審理
——之合意選擇 43
——與心證公開 158
——與法治國家原理 66
- 股東會決議無效判決與其效力擴張 20
- 表明法律見解 15,127,150,151,159,164
——與法律問題為兩造所忽略之場合 149
——與法律問題為兩造所爭執之場合 149
- 近代之裁判機能觀 27
- 非正式仲裁 231,233
——契約 232
- 非訟事件之訴訟化 90
- 非訟事件法上保全處分 212
——與民訴法上假處分 212
- 非訟法理與衡平法理 200
- 非訟法理與職權裁量法理 200
- ## 九畫
- 信賴真實主義 63,116
——與事件類型審理必要論 279
——與程序保障論 6
——與程序選擇權之法理 71
- 信賴真實協同確定說(新突襲防止說)
——之提倡 277
——與程序保障論 7
- 促進程序與發現真實等二要求之二律背反 25
- 促進訴訟之要求 5,46,66,102,146
- 促進訴訟的突襲
..... 31,48,93,104,112,124,139,146,148,150,151,152,168,162
——與協同主義 112
- 促進訴訟與心證公開 170
- 促進訴訟與發現真實等要求之兼顧
..... 67
- 客觀真實說與程序保障論 6
- 建築紛爭事件
——與程序法理交錯適用論 201
——與程序轉換論之具體化 201
- 律師面前之和解制度 42
- 既判力之正當化根據 9
- 既判力客觀範圍與一部訴求 122
- 既判力客觀範圍與新、舊訴訟標的論
..... 10
- 既判力與調解 192
- 突襲防止 20,106,107,146
——與和解程序 62
——與辯論主義即協同主義 104
- 突襲防止論
——之提倡 268
——與程序保障論 4
——與訴訟標的論 280
- 突襲性裁判之防止
..... 10,20,48,49,73,92,102,109,147,154,159,165,168
——與仲裁契約存否之審理 240
——與裁量權之行使 69

——與訴訟標的之特定……………124

十畫

個別仲裁……………231,234,235

——之合意與程序處分行爲……………234

——契約(合意)……………232

個別的訴訟促進義務……………66

原告選擇程序

——與一部請求……………71

——與小額事件……………71

——與平衡追求實體利益及程序利益……………71

——與訴訟標的之表明、特定……………71

——與訴訟標的相對論……………71

原告選擇訴訟標的……………95

——與武器平等原則……………126

——與適時審判請求權……………273

家事調解程序……………188

書面主義之合意選擇……………43

書面仲裁契約在比較法上之效力……………249

書面非正式仲裁契約……………237

書面個別仲裁契約……………235

消極訴訟要件……………230

涉外仲裁契約……………219,233

——之妨訴抗辯效力……………236

——存否判斷之準據法……………257

——與妨訴抗辯……………217

涉外商務仲裁契約存在抗辯……………217

特殊契約與仲裁契約之定性……………228

狹義的心證……………165

——之公開……………152

真實義務……………103

紛爭事件類型之多樣化……………26,38

紛爭解決一次性……………124,128,283

——與程序保障論……………12

十一畫

參審制……………42

商事習慣法與仲裁……………75

國民之法主體性……………30,33,35,39,220,223

——與程序選擇權……………40

——與訴訟法學之開展……………275

國民主權原理……………198

——與程序保障論……………4

——與訴訟法學之開展……………274

婚姻事件與合意不公開審判……………77

婚姻無效判決與其效力擴張……………20

專家參審試行條例……………76

專斷裁判……………44

專屬管轄與職權顧慮事項……………247

強制調解事件

——之範圍擴大……………184

——與事件類型審理論……………87

推定法則與心證公開……………166

推理過程的突襲……………151,153

捨棄與父母對於子女權利義務行使負擔事件……………98

捨棄與職權事件……………98

混合契約說與仲裁契約之定性……………227

涵攝過程……………141,142

現代之裁判機能觀……………27

現代型紛爭事件……………27

——之特徵……………59

——與當事人互換性喪失……………60

——與證據偏在一造……………60

現代型訴訟事件……………28

現代型訴訟與失權制裁……………68

第三人訴訟參與與程序保障……………12

第三人撤銷判決之訴

——與事後的程序保障……………13

——與程序保障論……………270

第三波程序保障說……………11

第三程序之必要性……………206

十二畫

統一解決紛爭之要求與程序保障……………12

處分權主義……………34,36,118

——之立法上精緻化……………84

——之根據與私法自治原則

……………34,222

——根據論之新開展……………274

——與心證公開……………169

——與爭點限縮協議……………48

——與程序主體權……………34,221

——與辯論主義之區別……………99

規則制定權與授權增減標的金額……………187

責問事項與訴訟要件之審理……………247

責問權與妨訴抗辯……………250

陪審制……………42

陳述義務……………103

尊重人的尊嚴之原則……………46,198

尊重人的尊嚴之原則與程序保障論……………4

循仲裁程序尋得的「法」

……………36,197,205,223

循訴訟程序尋得的「法」

……………36,38,197,205,223

循調解程序尋得的「法」……………197,205

無名契約與心證公開……………152,155,167

無名契約與訴訟標的……………145

無訴即無裁判……………36

無訴即無裁判與仲裁合意……………224

發問式的心證公開……………167

發現真實之要求……………5,67

發現真實與促進訴訟等要求之兼顧

……………30,66,108,115,154

——與失權制裁……………68

——與爭點簡化協議……………68

——與裁量權之行使……………67

- 與訴訟指揮權之行使……………67
- 發現真實的突襲…31,104,112,139,146,146,153,162,168
- 與協同主義……………112
- 與促進訴訟的突襲……………108
- 發現真實與促進程序之平衡點上「真實」、「法」……………30,31
- 發現真實與促進程序等二要求之二律背反……………25
- 程序轉換與平衡實體利益及程序利益……………67
- 程序主體地位…30,31,32,34,35,36,39,63,89,97,113,118,159,198,221
- 與心證公開……………159
- 與職權事件……………90
- 程序主體性原則…30,31,33,220,225
- 與行為規範……………4
- 與評價規範……………4
- 程序主體權……………10,33,44,63,64,116,140,220
- 與心證公開……………152,158,163
- 與合意選擇仲裁程序之內容……………41
- 與處分權主義……………34,221
- 與程序保障論……………4
- 與程序選擇權之法理……………71
- 程序主體權論之提倡……………268
- 程序安定性……………52,235
- 與妨訴抗辯……………250
- 與程序選擇權之法理……………73
- 與誤用程序……………251
- 程序事項法庭地法原則……………254
- 程序依法庭地法原則……………42,228,236,237,254
- 程序法上非訟化……………113
- 與調解前置主義之事件範圍擴大……………203
- 程序法之公序性……………254
- 程序法之公法性……………254
- 程序法之技術性……………254
- 程序法之劃一性……………254
- 程序法之整體性……………236
- 程序法定原則與程序選擇權之法理……………72
- 程序法理二元分離論
- 之批判……………277
- 之修正……………117
- 與程序保障論……………8
- 程序法理交錯適用論……………45,63,116
- 之立法上落實……………117
- 之提倡……………278
- 與建築紛爭事件……………202
- 與訴訟程序轉換改用調解程序……………201
- 與調解程序轉換為仲裁程序……………200
- 程序法與實體法之關係……………81,86
- 程序法學與實體法學之關係……………39
- 程序信賴之保護與誤用程序……………251
- 程序(權)保障…33,97,102,106,109,157
- 之二面意涵……………9
- 與心證公開……………159
- 與公益之保護……………13
- 與代位訴訟之判決效力……………12
- 與民事訴訟之本質、目的……………7
- 與判決效力擴張之根據……………7
- 與判決理由中判斷之拘束力……………11
- 與爭點效……………11
- 與第三人訴訟參與……………12
- 與統一解決紛爭之要求……………12
- 與程序依法庭地法原則……………255
- 與程序選擇權……………9
- 與裁判之正當化……………7
- 與裁量權之擴大……………13
- 程序(權)保障論……………25,139
- 之主旨……………4
- 與突襲防止論……………4
- 之提倡……………268
- 與裁判效力正當化根據……………9
- 程序參與權……………33,41,109
- 程序處分行為與非正式仲裁之合意……………234
- 程序處分權…10,11,33,36,54,110,226
- 與仲裁契約……………37
- 與合意選擇仲裁程序之內容……………41
- 程序選擇權之法理……………14,31,33,35,36,44,51,53,96,110,148,222,225
- 與正式仲裁程序……………35
- 與仲裁契約之定性……………226
- 與任意訴訟禁止原則……………72
- 與合意限縮爭點……………163
- 與合意選用小額程序……………86
- 與合意選用簡易程序……………86
- 與合意選用簡易程序……………37
- 與處分權主義……………85
- 與裁判外紛爭處理方式……………19
- 與裁量權……………113,198
- 與訴訟上自認……………104
- 與訴訟指揮權……………47
- 與調解程序……………199
- 與選擇管轄法院……………50
- 與簡化爭點協議……………163
- 程序選擇權……………33
- 與心證公開……………156

- 與仲裁契約 37
- 與共同海損計算確定事件 .. 222
- 與合意由調解委員酌定調解條款 88
- 與合意決定調解條款酌定程序 193
- 與合意指定鑑定人 111
- 與合意移付調解 88
- 與合意選用第二審程序 222
- 與合意選擇仲裁程序之內容 41
- 與合意選擇使用簡易訴程序 222
- 與合意選擇諸程序 203, 204
- 與爭點限縮契約 110
- 與國民之法主體性 40
- 與處分權主義之精緻化 84
- 與程序保障 9
- 與訴訟標的之特定 128
- 與調解程序轉換仲裁程序 .. 193
- 與選擇調解委員 191
- 與證據保全程序上協議 69, 110
- 與證據契約 110
- 程序選擇權論 226
 - 之立法上落實 117
 - 之指導原理性 39
 - 之提倡 269
- 與仲裁鑑定 53
- 程序轉換與判決程序、和解程序 ... 63
- 程序轉換論
 - 之具體化與建築紛爭事件 .. 202
 - 與調解 200
- 裁判之代替制 181, 218
- 裁判之正當化與程序保障 7
- 裁判之客觀性與心證公開 161
- 裁判外紛爭處理制度(方式)
 - 之長處 181
 - 與仲裁 181
 - 與程序選擇權 19
 - 與談判交涉 181
 - 與調解 181
- 裁判制度與仲裁之關係 218
- 裁判制度與裁判外紛爭解決制度之關係 182
- 裁判預測可能性 5
- 裁判觀 140
- 裁量法理與現代型紛爭事件類型 ... 60
- 裁量權之行使 115
 - 與公正程序請求權 69, 271
 - 與突襲性裁判之防止 69
 - 與兼顧發現真實及促進訴訟 67
 - 與程序選擇權 71, 198
 - 與平衡實體利益及程序利益
- 67
- 與適時審判請求權 69
- 與事證蒐集手段 68
- 裁量權擴大與心證公開 159
- 評價規範之具體化與心證公開 169, 171
- 評價規範與程序主體性原則 4
- 訴之利益與仲裁契約之妨訴抗辯 .. 245
- 訴之撤回契約 55
- 訴訟上自認
 - 之定性 70, 104, 110
 - 與事實審理制度目的論 104
 - 與程序選擇權 104
- 訴訟上和解與程序選擇權 38
- 訴訟上契約之處分行為性 110
- 訴訟化與非訟事件 90
- 訴訟制度目的論
 - 之新開展 73, 158, 275
 - 與心證公開 143
 - 與程序保障論 6
- 訴訟制度使用者之立場 14, 81, 140
- 訴訟制度設立者與程序選擇權之法理 73
- 訴訟制度運作者 46
- 訴訟法上抗辯與妨訴抗辯 236
- 訴訟法之公共性與程序選擇權之法理 72
- 訴訟法理與非訟法理交錯適用 90
- 訴訟法學方法與事件類型審理 9
- 訴訟促進義務→一般訴訟促進義務 66
- 訴訟促進義務→個別的訴訟促進義務 66
- 訴訟契約與仲裁契約之定性 226
- 訴訟指揮權之行使
 - 與公正程序請求權 271
 - 與行為規範明確化 112
 - 與行為責任具體化 112
 - 與防止發生來自法院對原告之突襲 92
 - 與爭點整理 145
 - 與兼顧發現真實及促進訴訟 67
 - 與程序選擇權之法理 47, 198
 - 與實體利益及程序利益之平衡保護 67
- 訴訟要件之審理
 - 與心證公開 159
 - 與抗辯事項 247
 - 與職權探知主義(職權調查主義) 247
 - 與職權顧慮事項 247
 - 與辯論主義 247
- 訴訟要件欠缺之抗辯與妨訴抗辯之不

- 同 246
- 訴訟救助與事件類型審理必要論 ... 59
- 訴訟救助與現代型紛爭事件類型 ... 60
- 訴訟程序改用調解程序 194
- 訴訟程序與非訟程序統合論 279
- 訴訟程序轉換改用調解程序與程序法理交錯適用論 201
- 訴訟集團現象 34, 221
- 訴訟經濟 66, 122, 152, 235
- 與妨訴抗辯 250
- 與程序依法庭地法原則 ... 254
- 與損害額之酌定 67
- 與誤用程序 251
- 訴訟標的之特定
- 與法律上討論 164
- 與原告之選擇權 71
- 之機能 126
- 訴訟標的之選擇、相對性特定 96
- 訴訟標的相對論 17
- 之提倡 280
- 之落實 96
- 與原告選擇 71
- 與通常訴訟事件 97
- 與新程序保障論 7, 10
- 訴訟標的與無名契約 145
- 訴訟標的與新生紛爭類型 145
- 訴訟標的論新、舊說之批評 10, 17, 280
- 訴訟標的論與新程序保障論 7
- 訴訟權之實質保障與調解 202
- 訴訟權與調解前置主義 205
- 訴撤回之合意與處分權主義 234
- 費用相當性原理 32, 41, 45, 87, 113, 184, 186
- 與小額事件 187
- 開示心證→心證公開 160
- 間接事實與辯論主義 100
- 間接審理之合意選擇 43
- 集中審理 108, 115
- 集中審理主義之新法上採用 ... 94, 115
- 集中調查證據 149
- 與爭點整理 162
- 集中辯論 149
- 集團利益之保護 106, 114
- 與心證公開 159
- ### 十三畫
- 損害賠償事件之特性與新民訴法 ... 92
- 損害賠償請求
- 訴之聲明與事件類型審理 ... 59
- 審判對象表明責任 91
- 損害額之酌定
- 與自由心證之運用 67
- 與訴訟經濟 67
- 與證明度之降低 67
- 新型態紛爭與訴訟標的 145
- 新型態紛爭與心證公開 167
- 新突襲防止說之提倡 277
- 新程序保障論 5
- 之改革理念 117
- 與小額程序論 7
- 與立憲主義之精神 6
- 與處分權主義 85
- 與程序制度目的論 6
- 與訴訟標的相對論 7
- 與訴訟標的論 7
- 與新法走向 92, 94
- 與當事人適格 13
- 新訴訟標的理論 124, 128
- 與處分權主義 11
- 準仲裁程序與合意由調解委員酌定調解條款 88
- 當事人(本人)訊問制 114, 116
- 與補充性原則 115
- 與審理集中化 115
- 當事人(本人)聽取制
- 與法律上討論 168
- 與補充性原則 115
- 與審理集中化 115
- 當事人互換性喪失與現代型紛爭事件類型 60
- 當事人公開主義與心證公開 143
- 當事人主義 202
- 當事人自主、自律形成訟爭內容 110, 134
- 當事人自治原則與仲裁契約之定性 227
- 當事人進行主義 36
- 與仲裁合意 224
- 與程序選擇權之法理 73
- 當事人間之實質上平等 11, 41
- 當事人間公平 112
- 與協同主義 112
- 當事人對等性 105
- 當事人適格擴大論與新程序保障論 13
- 禁反言之原則 52
- 經驗法則 26, 175
- 經驗法則之適用
- 程序與事件類型之特殊性 ... 73
- 與心證公開 ... 152, 154, 166, 170
- 與仲裁 241
- 與法律解釋 143
- 經驗法則選用過程之參與 40, 42
- 試驗訴訟 54
- 與一部訴求 121
- 誠信原則之訴訟法上適用 20, 66
- 預備主張(抗辯)與心證公開 157

十四畫

實質的程序保障	279
實體利益及程序利益之平衡保護	
——與小額程序之轉換改用	67
——與失權制裁	68
——與改用簡易程序	67
——與法官選擇程序	67
——與爭點簡化協議	68
——與程序轉換	67
——與裁量權	67
——與訴訟指揮權	67
實體利益及程序利益之兼顧	146, 147, 199
實體利益與程序利益之平衡點上「真實」、「法」	4, 6, 35, 36, 37, 88, 115, 223
實體法上非訟化	27, 88, 113, 167
——與衡平法理	203
實體法與程序法之關係	32, 54, 86, 205
實體真實主義	16, 109
——與心證公開	158
實體處分權	10, 89
對話、討論式審理方式之倡行	283
管轄制度之目的	52
管轄制度之濫用	51
管轄原因與請求原因相競合	50
蒐集主義與奧國之審理原則	129

認定事實的突襲	151
認諾與父母對於子女權利義務行使負擔事件	98
認諾與職權事件	98
誤用程序與程序安定性	251
駁回訴訟制與仲裁契約之妨訴抗辯	239

十五畫

價值觀多元化	25, 42, 204
——與調解	195, 197
審理集中化	46, 103, 106, 110, 112, 140, 145, 146, 157, 283
——促進方案	81
——與心證公開	156
——與當事人(本人)訊問制	115
——與當事人(本人)聽取制	115
審閱制度與心證公開	143
談判交涉與裁判外紛爭處理制度	181
調解委員之遴選與調解制度	204
調解法官之養成	204
調解法官運作之保全處置	211
調解前置主義	184, 201
——之事件範圍擴大	203
——與訴訟權	205
調解條款酌定制與仲裁	192
調解條款酌定制與準仲裁程序	192

調解程序

——之定位	182
——新變革之前導法理	195
——與法之尋求	191
——與程序選擇權	38, 199
——與訴訟程序之關係	183
——轉換仲裁程序與程序法理交錯適用論	200
——轉換仲裁程序與程序選擇權	193, 201
——雙軌制	190
論理法則	176
適用法律之法官職責	125-127
適時提出主義	66, 107, 115
適時審判、適時處理紛爭之請求權	47, 199
適時審判請求權	31, 32, 33, 36, 223
——與仲裁	220
——與合意選擇諸程序	273
——與裁量權	69
——論之提倡	272
適時審判請求權論與程序選擇權論	272
遮斷效之擴大與心證公開	171
遮斷效與程序保障論	10

十六畫

憲法上價值理念	86
——之立法上落實	117
——與民事訴訟法之修正	82
——與突襲性裁判防止論之提倡	268
——與處分權主義	85
——與職權探知主義	116
憲法與民事訴訟法學之關係	267, 273
機構仲裁	231, 235,
——之優點	233
獨任審判與心證公開	160
衡平法理	88, 201
——與仲裁	75, 196
——與非訟法理	200
——與實體法上非訟化	203
——與調解	193
——與調解委員酌定調解條款	203
選擇管轄法院與程序選擇權之法理	50
隨時提出主義合理限制論	146, 269

十七畫

營業秘密之保護程序	46
聲明不服權與程序保障論	5
聲明之非拘束性與新法走向	97

- 舉證責任分配法則(規範)
 - 之明確化與心證公開…164,165
 - 與事件類型審理論……………59
 - 與行為責任說之提倡…………283

十八畫

- 擴大訴訟制度
 - 利用與其他紛爭處理制……61
 - 解決紛爭之功能……12,95,283
- 擲銅板定是非與法官裁判……186,192
- 簡化爭點協議……………110
 - 與程序選擇權……………163
- 簡易程序之轉換與平衡實體利益及程序利益……………67
- 職務上已知之事實……………101,130
- 職業法官制……………42
- 職權(裁量權)擴大與程序保障……13
- 職權主義與心證公開……………159
- 職權事件性……………90,116
- 職權事件與捨棄、認諾……………98
- 職權探知主義(職權調查主義)
 - 與訴訟要件之審理……………247
 - 與非訟法上保全處分……212
 - 與專屬管轄……………247
 - 與憲法上價值理念……………116
- 職權通知與事前的程序保障……13
- 職權裁量法理……………97,98

- 與民事事件非訟化……200,202
- 職權進行主義
 - 與非訟法上保全處分……212
 - 與程序選擇權……………72
- 職權調查事項之意涵……………247
- 職權調查證據……………99,105
 - 與小額事件……………68
 - 與事件類型審理必要論……114
- 職權顧慮事項與訴訟要件之審理…247
- 舊訴訟標的理論……………124
- 醫療紛爭事件與調解……………186

十九畫

- 證明度……………142,153,176
 - 之降低與損害額之酌定……67
 - 與心證公開……………165,166
- 證據保全程序上協議
 - 與處分權主義……………85
 - 與程序選擇權……………110
 - 與爭點簡化……………69
 - 與選擇諸紛爭解決程序……69
- 證據契約與合意指定鑑定人……111
- 證據契約與程序選擇權……………110
- 證據偏在與現代型紛爭事件……60
- 證據提出責任……………164,165,166
 - 與心證公開……………165
- 類推適用與民事程序法……………219

- 類推適用與涉外仲裁契約…………237

二十畫

- 闡明方式……………124
- 闡明處分與法律上討論……………168
- 闡明義務之加重……………64,102
- 闡明義務與防止突襲……………48
- 闡明與反訴……………94
- 闡明與行為規範明確化……………112
- 闡明與爭點整理……………145
- 闡明與新訴訟資料之提出…………127

二十一畫

- 辯論主義……………94,103,118,125,130
 - 之三項命題……99,103,104,105
 - 之機能論……………132
 - 在我國之特異性……………101,130
 - 即協同主義……98,103,104,109
 - 與防止突襲……………104
 - 根據論之新開展……………277
 - 與心證公開……………169
 - 與仲裁協議存否之審理
 - ……………240,247
 - 與爭點限縮協議……………48
 - 與處分權主義之區別…………99
 - 與程序保障論……………5
 - 與訴訟要件之審理……………247

二十二畫

- 權利自認肯定論……………151
- 權利保護說……………16
- 權利濫用與一部訴求……………121,122
- 聽審請求權……16,64,94,102,140,147,
 - 149,152,161
 - 與心證公開……………153,158,168
- 聽審請求權論之提倡……………268

二十三畫

- 顯著之事實……………101