

臺大法學教科書 11

口述講義 民事及家事程序法 第一卷

民事訴訟法 (上)

許士宦 著

—增訂版—

口述講義 民事及家事程序法 第一卷

民事訴訟法

(上)

增訂版

許士宦 著

新學林出版股份有限公司

序言

本書係筆者於臺灣大學法律學院教授民事訴訟法課程之口述講義。為便利一學年上、下學期修習，將其分成上、下二冊。講義內容在於闡述新民事訴訟法之基礎理論及基本構造，期使讀者就新民事訴訟法學獲致整體及立體之理解，並學得靈活運用之本領，所以除就訴訟理論為體系性及批判性闡釋之外，並列舉具體事例予以反覆演練及說明。

本書所稱新民事訴訟法學係指一九八〇年民事訴訟法研究會成立以後，經批判性、選擇性繼受之外國程序法學及具獨創性之本土化訴訟理論所形成之民事程序法學。斯學既前導我國廿一世紀民事訴訟法之修正，而成為新民事訴訟法之理論基礎，其並將繼續引導新民事訴訟法之解釋論、運作論甚至立法論，而開展為台灣民事訴訟法學。由於此項新學主要在民事訴訟法研究會中錘練及型塑，所以本書引據該會研討成果之內容，俾明其來源。在此意義上，本書可謂『民事訴訟法之研討（一）～（廿三）』之導讀或結晶。

本書異於一般教科書之處，在於一再利用具體事例說明我國民事訴訟法各項規定之立法旨趣及其法理根據，以論證新民事訴訟法應如何解釋適用，儘量避免淪為抽象論述或雜引異於我國法規所衍生之論著，便利讀者自行研讀及易於驗證。本書併配合講授內容而製作各樣圖表，致力釐清諸學說理論之差異或各爭議問題之層次，藉以促進讀者對各該規定旨趣及理論內容之理解，培養其分析、檢討及批判之法律思維能力。

本書旨在協助解讀及補充邱老師所著『口述民事訴訟法講義（一）～（三）』，從起訴、審理、裁判至聲明不服之訴訟過程，依序解說其基本構造，以利辨明各該程序制度在民事訴訟程序中之應有定位，及各項訴訟理論在整體民事訴訟法學上所屬領域。本書因以該講義為前提，故不再徵引其內容，如讀者自行比對，參照閱讀，當更加迅速及深入瞭解新民事訴訟法及新民事訴訟法學，從而掌握兩者之關係，並協同參與制度創設及理論創新，終於成為台灣民事訴訟法學之開創者或推進者。

本講義增訂版原稿係由陳安信（台大碩士）、陳品妤及謝舒萍（均為台大碩士生）錄音並加以整理。如無諸君辛勞，本書付梓將受推遲，特此誌謝。

2018年8月1日

許士宦

目 錄

序言	I
詳目	V
凡例	XXI
緒 章 民訴法總論	1
壹、民事紛爭解決之方法及程序	3
貳、民事訴訟法之特性及發展	30
參、民事訴訟法之價值理念及基本要求	48
第一章 訴訟程序之開始及本案審判之對象	87
第一節 訴訟之提起及訴訟之類型	89
第二節 本案審判之對象	111
第三節 訴訟開始之效力	157
第二章 訴訟主體與訴訟要件	243
第一節 法 院	245
第二節 當事人	331
第三節 訴權及其他訴訟要件（本案判決要件）	405

第三章	複雜訴訟型態及訴訟繫屬告知	477
第一節	客體合併及主體合併.....	479
第二節	訴之變更、追加及反訴.....	583
第三節	第三人干預訴訟及訴訟參加.....	635
第四節	訴訟告知及職權通知.....	677

詳 目

序言	I
詳目	V
凡例	XXI
緒 章 民訴法總論	1
壹、民事紛爭解決之方法及程序	3
(一) 和解	6
(二) 調解	13
(三) 仲裁	16
(四) 訴訟	20
(五) 非訟	26
貳、民事訴訟法之特性及發展	30
(一) 民事訴訟之法規範	30
(二) 民事訴訟法之特性	33
(三) 民事訴訟法之立法及修正	38
(四) 民事訴訟法學之發展	39
(五) 民事訴訟法之憲法化及本土化	44
參、民事訴訟法之價值理念及基本要求	48
(一) 武器平等原則・程序上平等權	49

（二）發現真實的要求	
——達成慎重而正確的裁判之要求	51
（三）促進訴訟的要求	
——達成迅速而經濟的裁判之要求	53
（四）適時審判請求權、程序選擇權之法理	55
（五）聽審請求權、程序主體權、程序權保障	
之要求	58
（六）突襲防止之要求	62
（七）擴大訴訟制度解決紛爭之功能	
——紛爭解決一次性、統一解決紛爭之要求	65
（八）法的安定性、程序安定性、	
裁判安定性之要求	71
（九）劃一審理之要求	
——任意訴訟／便宜訴訟禁止原則	73
（十）公正程序請求權	74
（十一）諸要求之平衡及調和	79

第一章 訴訟程序之開始及本案審判之對象 87

第一節 訴訟之提起及訴訟之類型 89

一、訴之意義及種類 90

（一）訴之意義

（二）訴之種類

1. 給付訴訟

2. 確認訴訟

3. 形成訴訟

二、事件類型審理論及訴訟類型論 101

三、起訴之程式及訴狀表明之程度 108

第二節 本案審判之對象.....	111
一、處分權主義之內容.....	112
(一) 第一層面：要否提起訴訟、 對何人提起訴訟.....	112
(二) 第二層面：決定本案審判對象之範圍.....	112
二、訴之聲明及訴訟標的之表明、特定.....	114
(一) 聲明之拘束性及非拘束性.....	114
(二) 訴訟標的之特定及選定.....	118
1. 訴訟標的理論之爭議.....	119
2. 統一的訴訟標的概念.....	120
(1) 舊訴訟標的理論下四個試金石之檢視....	120
(2) 新訴訟標的理論介紹及四個試金石 之檢視.....	122
3. 非統一的訴訟標的概念.....	126
4. 訴訟標的相對論.....	128
5. 各說之分析、檢討.....	133
(1) 請求權競合情形 ——選擇合併理論.....	134
(2) 請求權互斥情形.....	137
(3) 離婚請求之訴訟標的 ——家事法之解釋論.....	139
(4) 票據債權與原因債權競合情形 ——民訴法之解釋論.....	144
① 權利單位型訴訟標的.....	145
② 紛爭單位型訴訟標的.....	149
第三節 訴訟開始之效力.....	157

一、實體法上效力	159
二、程序法上效力	162
(一) 訴訟繫屬	162
(二) 重複起訴之禁止	163
1. 重複起訴於民事（普通）法院	163
(1) 發生型態	163
(2) 法理根據	164
(3) 要件及效果	167
① 主體要件	168
② 客體要件	173
③ 效果	180
(4) 一部請求之殘額請求	181
2. 重複起訴於普通法院與行政法院 或家事法院	185
3. 國際訴訟競合	186
(三) 審判法院及管轄法院之恆定	188
三、訴訟繫屬中訴訟標的法律關係之移轉	
——當事人恆定主義	189
(一) 當事人恆定主義與訴訟承繼主義之不同	189
1. 當事人恆定主義	190
2. 訴訟承繼主義	192
(二) 新當事人恆定主義	192
(三) 爭議案例之檢討	198
1. 實體法權利屬性說	201
2. 訴訟法觀點之兼顧	203
(四) 當事人恆定主義之新開展	211

1. 訴訟標的之法律關係	214
2. 移轉	218
3. 於訴訟無影響	220
4. 受移轉人承當訴訟	223
5. 法院職權通知與第三人撤銷訴訟	225
(五) 訴訟繫屬事實之登記	228
1. 訴訟繫屬事實登記之聲請、 許可及申請登記	230
2. 許可登記裁定之撤銷	236
3. 塗銷登記事由之增訂	236
4. 舊法起訴證明之處理	237
第二章 訴訟主體與訴訟要件	243
第一節 法院	245
一、法院之意義	249
(一) 官署之法院及裁判機關之法院	249
(二) 獨任制及合議制	249
(三) 法官之種類	250
(四) 審級制度	251
二、審判權	253
(一) 國際審判管轄權	254
1. 審判權之人的界限	254
2. 審判權之物的界限——涉外事件	255
(1) 逆推知說與管轄分配說	256
(2) 案例分析	262
3. 審判權之地的界限	264
(1) 外國法院裁判之效力	264

(2)大陸地區法院裁判之效力	266
(二) 民事審判權、家事審判權及行政審判權.....	269
1. 民事審判權與行政審判權	269
(1)審判權衝突之解決	269
(2)公、私法關係之區別	276
2. 民事審判權與家事審判權	280
三、管轄權.....	283
(一) 法定管轄、指定管轄、合意管轄 及應訴管轄.....	285
1. 法定管轄	285
(1)事物管轄	285
(2)職務管轄	286
(3)土地管轄	288
①普通審判籍	288
②特別審判籍	289
2. 指定管轄	297
3. 合意管轄	298
(1)要件	299
(2)國際審判管轄之類推適用	301
(3)限制	302
(4)意思表示有瑕疵之管轄合意	306
(5)管轄合意之效力	307
4. 應訴管轄	309
(二) 任意管轄及專屬管轄	310
(三) 審判權、管轄權之調查及訴訟之移送.....	315
(四) 審判權或管轄權錯誤之處理.....	321
四、法官之迴避.....	327

(一) 抽象的司法信賴及具體的司法信賴.....	327
(二) 自行迴避、聲請迴避及許可迴避.....	327
1. 自行迴避	327
2. 聲請迴避	328
3. 許可迴避	329
(三) 審級利益及法官迴避	329
第二節 當事人.....	331
一、當事人之概念——程序主體之意義	334
(一) 形式上當事人與實質上當事人.....	334
(二) 二當事人對立構造、當事人對立原則.....	338
(三) 當事者權、程序主體權.....	339
1. 概念釐清及法理根據	339
2. 辯論權	341
3. 證明權	341
4. 當事人公開	343
5. 聲明不服權	344
6. 事前與事後的程序保障.....	344
7. 《論語》之裁判觀.....	348
二、當事人之確定.....	350
(一) 當事人之特定及當事人之確定.....	350
(二) 當事人確定之基準及當事人之 更(補)正、變更.....	351
(三) 逕行更正當事人名義之法理.....	356
三、當事人能力——程序主體之資格	359
(一) 當事人能力與權利能力.....	359
(二) 當事人能力之判準.....	360
1. 有權利能力者	361

2. 胎兒	367
（三）非法人團體及中央或地方機關之當事人 能力、當事人適格及判決效主體範圍	368
1. 獨資商號	370
2. 合夥	371
3. 公寓大廈管理委員會	376
4. 祭祀公業	378
5. 中央或地方機關	380
四、訴訟能力——程序（行為）能力	382
（一）意思能力及訴訟能力	382
（二）訴訟能力欠缺之效果	384
（三）要求具訴訟能力之行為範圍	384
（四）訴訟能力之種類	384
五、法定代理——程序能力之補足	387
（一）法定代理人及特別代理人	388
（二）身分訴訟之訴訟能力及法定代理人、 程序監理人	389
（三）準法定代理人及法令上訴訟代理人	391
（四）法定代理人之權限	392
六、訴訟代理——程序能力之補充	393
（一）辯論（陳述）能力及訴訟代理人、輔佐人	393
（二）律師強制主義、律師代理主義及 本人訴訟主義	394
1. 律師強制主義	394
2. 律師代理主義	395
3. 本人訴訟主義	396
（三）訴訟代理權之發生、範圍及消滅	397

1. 發生.....	397
(1)當事人委任.....	397
(2)法院選任.....	397
2. 成立方式.....	398
3. 權限.....	399
4. 審級代理.....	400
5. 個別代理.....	400
6. 當事人本人之權限.....	401
7. 代理權之消滅.....	401
8. 訴訟代理權欠缺之處理.....	403
第三節 訴權及其他訴訟要件（本案判決要件）.....	405
一、當事人適格（訴訟實施權）	
——訴權之主體要件.....	407
（一）當事人之概念及當事人適格之意義.....	407
（二）當事人適格之一般判斷基準.....	409
（三）各種訴訟類型之當事人適格.....	411
1. 給付訴訟.....	411
2. 確認訴訟.....	414
3. 形成訴訟.....	414
（四）第三人之訴訟擔當.....	416
1. 法定訴訟擔當及任意訴訟擔當.....	416
(1)法定訴訟擔當.....	416
①為擔當者及其所代表者利益 之訴訟擔當.....	417
②職務上當事人.....	419
③相關問題.....	420

(2)任意訴訟擔當	424
①一般情形	424
②選定當事人	427
③相關問題	429
2. 法定訴訟擔當團體訴訟及	
任意訴訟擔當團體訴訟	431
(1)任意訴訟擔當團體訴訟	432
(2)法定訴訟擔當團體訴訟	440
(五)固有必要共同訴訟之當事人適格	445
二、訴之利益——訴權之客體要件	446
(一)不確定法律概念的訴之利益	446
(二)各種訴之共通要件	447
(三)各種訴訟類型之訴之利益	452
1. 給付訴訟	452
2. 確認訴訟	456
3. 形成訴訟	462
三、訴訟要件之分類、審理及裁判	464
(一)訴訟要件之分類	464
1. 有關法院、當事人、提訴程式及	
請求內容之訴訟要件	464
2. 積極的訴訟要件與消極的訴訟要件	466
(二)訴訟要件之審判	466
1. 職權調查事項及抗辯事項	466
2. 裁判資料之蒐集原則	466
3. 訴訟要件判斷之基準時及其裁判方式	468
4. 訴訟要件及其與本案請求之審判順序	470

(三) 本案判決欠缺訴訟要件之效果	471
四、訴權理論及訴權作用	472
第三章 複雜訴訟型態及訴訟繫屬告知	477
第一節 客體合併及主體合併	479
一、複雜訴訟型態之基本概念	481
(一) 存在意義及制度旨趣	481
(二) 種類及發生原因	482
二、複數請求之客體合併	484
(一) 意義及要件	484
1. 管轄權限制	484
2. 事件種類限制	486
(二) 合併型態之非固定化	488
1. 單純合併	489
(1) 關連合併	489
(2) 無關連合併	490
2. 預備合併	491
(1) 互斥請求之預備合併	492
(2) 並存請求之預備合併	493
3. 選擇合併	496
(1) 訴訟標的理論爭論下之選擇合併論	496
(2) 請求並存或互斥之選擇合併	500
4. 重疊合併	503
(1) 審判實務之重疊合併	503
(2) 順位之重疊合併	504
① 詐害行為撤銷訴訟	505
② 行使優先購買權之訴訟	507

③階段訴訟之合併型態.....	508
④再審之訴並請求返還給付.....	509
5. 競合合併.....	510
（三）客體合併之審理、裁判及上訴.....	512
1. 審理.....	512
2. 裁判.....	514
3. 上訴.....	515
三、多數當事人之主體合併（共同訴訟）.....	524
（一）普通共同訴訟.....	524
1. 意義及要件.....	524
2. 合併型態.....	528
(1)單純合併.....	529
(2)預備合併.....	530
(3)順位、串連合併.....	537
(4)選擇合併.....	538
(5)重疊合併.....	539
（二）必要共同訴訟.....	543
1. 固有必要共同訴訟.....	543
(1)意義及類型.....	543
(2)擬制共同起訴.....	551
2. 類似必要共同訴訟.....	555
(1)意義及要件.....	555
(2)類似必要共同訴訟擴大論.....	560
（三）共同訴訟之審理、判決及上訴.....	563
1. 獨立原則及合一確定原則.....	563
2. 主張、證據共通原則及自認效力.....	569
3. 上訴.....	578

第二節 訴之變更、追加及反訴	583
一、概說	585
(一) 訴訟中之訴	585
(二) 當事人之變更及追加	587
(三) 法院之闡明義務	588
二、訴之變更及追加	589
(一) 制度旨趣	589
(二) 要件	589
1. 被告同意	590
2. 請求之基礎事實同一	591
3. 訴之聲明擴張或減縮	605
4. 因情事變更而以他項聲明代替 最初之聲明	607
5. 追加應合一確定之當事人	609
6. 中間確認之訴	611
7. 不甚妨礙被告防禦及訴訟終結	613
(三) 不合法變更、追加之處理	613
三、反訴	614
(一) 意義及制度旨趣	614
(二) 要件	617
1. 一審反訴之要件	617
(1) 反訴之當事人	618
(2) 反訴與本訴之牽連關係	622
① 先決法律關係	623
② 同一法律關係	623
③ 主張抵銷之餘額	625

2. 二審反訴之要件	626
(1)反訴當事人之限制	626
(2)反訴利益之限制	628
3. 反訴之闡明義務	628
（三）反訴之型態	629
1. 一般反訴	629
2. 預備反訴	629
3. 重疊反訴	631
（四）反訴之程序、審判及上訴	632
第三節 第三人干預訴訟及訴訟參加	635
一、第三人之訴訟參與	636
二、第三人干預訴訟	637
（一）意義、要件及程序	637
（二）類型	638
1. 權利主張	638
2. 詐害防止	642
（三）審判	646
三、訴訟參加	647
（一）意義及要件	647
（二）類型	653
1. 從屬參加	653
2. 獨立參加	654
（三）程序	660
（四）參加人之地位	661
（五）參加訴訟之判決效力	666
1. 參加人與被參加人之間	666
(1)被參加人敗訴情形——參加效	667

(2)被參加人勝訴情形——爭點效	669
2. 參加人與被參加人之他造之間	671
3. 例外情形	674
第四節 訴訟告知及職權通知	677
一、 第三人之程序保障	678
二、 訴訟告知	678
(一) 意義及機能	678
(二) 要件及程序	683
(三) 訴訟告知之效力	685
(四) 訴訟告知與第三人撤銷訴訟	687
三、 職權通知	689
(一) 意義及制度旨趣	689
1. 法定訴訟擔當情形	690
2. 訴訟繫屬中系爭物移轉情形	695
3. 為當事人請求占有標的物情形	699
4. 其他訴訟類型	701
(二) 要件及程序	703
(三) 職權通知之效力	706

凡例

一、法規、條文

1. 本書內所引法條條號，未於其前表明法規名稱者，均指現行之民事訴訟法；謂「新法」者，係指一九九九年（民國八十八年）至今先後公布、施行之民事訴訟法新增修條文；稱「舊法」者，係指其前之民事訴訟法條文。
2. 本書內稱「家事法」者係指二〇一二年一月十一日公布之家事事件法；稱「強執法」者係指現行之強制執行法；稱「非訟法」者係指現行之非訟事件法。

二、文獻略稱

1. 『程序保障』：許士宦·程序保障與闡明義務（新民事訴訟法之理論與實務 第一卷，二〇〇三年，台灣大學法學叢書一四三）新學林公司
2. 『證據蒐集』：許士宦·證據蒐集與紛爭解決（新民事訴訟法之理論與實務 第二卷，二〇一四年二版，台灣大學法學叢書一四九）新學林公司
3. 『審判對象』：許士宦·審判對象與適時審判（新民事訴訟法之理論與實務 第三卷，二〇〇六年，台灣大學法學叢書一五四）新學林公司
4. 『集中審理』：許士宦·集中審理與審理原則（新民事訴訟法理論與實務 第四卷，二〇〇九年，台灣大學法

學叢書一八六）新學林公司

5. 『判決效力』：許士宦·訴訟參與與判決效力（新民事訴訟法之理論與實務 第五卷，二〇一〇年，台灣大學法學叢書一九七）新學林公司
6. 『訴訟理論』：許士宦·訴訟理論與審判實務（新民事訴訟法之理論與實務 第六卷，二〇一一年，台灣大學法學叢書二〇三）元照公司
7. 『爭點整理』：許士宦·爭點整理與舉證責任（新民事訴訟法之理論與實務 第七卷，二〇一二年，台灣大學法學叢書二〇九）新學林公司
8. 『民事程序新建構』：許士宦·民事及家事程序之新建構（新民事訴訟法之理論與實務 第八卷，二〇一五年，台灣大學法學叢書二二三）新學林公司
9. 『家事審判』：許士宦·家事審判與債務執行（家事事務法之理論與實務 第一卷，二〇一三年，台灣大學法學叢書二一三）新學林公司
10. 『執行力擴張』：許士宦·執行力擴張與不動產執行（強制執行法之理論與實務 第一卷，二〇一四年二版，台灣大學法學叢書一三八）新學林公司
11. 『債務清理法』：許士宦·債務清理法之基本構造（債務清理法之理論與實務 第一卷，二〇〇八年，台灣大學法學叢書一七五）新學林公司
12. 『執行力客觀範圍擴張論』：許士宦·執行力客觀範圍擴張論（新民事訴訟法之理論與實務 第九卷，二〇一七年，台灣大學法學叢書二二八）新學林公司

13. 『民訴研討（一）』：民事訴訟法研究會編・民事訴訟法之研討（一）（一九八六年）
14. 『民訴研討（二）』：同上研究會編・民事訴訟法之研討（二）（一九八七年）
15. 『民訴研討（三）』：同上研究會編・民事訴訟法之研討（三）（一九九〇年）
16. 『民訴研討（四）』：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）
17. 『民訴研討（五）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（五）（一九九六年）
18. 『民訴研討（六）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（六）（一九九七年）
19. 『民訴研討（七）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（七）（一九九八年）
20. 『民訴研討（八）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（八）（一九九九年）
21. 『民訴研討（九）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（九）（二〇〇〇年）
22. 『民訴研討（十）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十）（二〇〇一年）
23. 『民訴研討（十一）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十一）（二〇〇三年）
24. 『民訴研討（十二）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十二）（二〇〇四年）

25. 『民訴研討（十三）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十三）（二〇〇六年）
26. 『民訴研討（十四）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十四）（二〇〇七年）
27. 『民訴研討（十五）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十五）（二〇〇八年）
28. 『民訴研討（十六）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十六）（二〇〇九年）
29. 『民訴研討（十七）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十七）（二〇一〇年）
30. 『民訴研討（十八）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十八）（二〇一二年）
31. 『民訴研討（十九）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十九）（二〇一三年）
32. 『民訴研討（二十）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（二十）（二〇一四年）
33. 『民訴研討（廿一）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（廿一）（二〇一六年）
34. 『民訴研討（廿二）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（廿二）（二〇一七年）
35. 『民訴研討（廿三）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（廿三）（二〇一八年）

三、主要參考文獻

1. 邱聯恭 口述民事訴訟法講義（一）～（三），2017年，元照公司

2. 邱聯恭 司法之現代化與程序法，1992年，三民書局
3. 邱聯恭 程序制度機能論，1996年，三民書局
4. 邱聯恭 程序選擇權論，2000年，三民書局
5. 邱聯恭 爭點整理方法論，2001年，三民書局
6. 邱聯恭 民事訴訟審理集中化之理論與實務，2000年，司法院
7. 邱聯恭 程序利益保護論，2005年，三民書局
8. 新堂幸司 新民事訴訟法（第5版），2011年，弘文堂
9. 高橋宏志 重點講義民事訴訟法上（第2版補訂版），2013年，有斐閣
10. 高橋宏志 重點講義民事訴訟法下（第2版），2012年，有斐閣
11. 高橋宏志 民事訴訟法概論，2016年，有斐閣
12. 三木浩一＝笠井正俊＝垣內秀介＝菱田雄鄉 民事訴訟法（第2版），2015年，有斐閣
13. 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕 新民事訴訟法講義（第3版），2018年，有斐閣

緒章

民訴法總論

壹、民事紛爭解決之方法及程序

- (一) 和解
- (二) 調解
- (三) 仲裁
- (四) 訴訟
- (五) 非訟

貳、民事訴訟法之特性及發展

- (一) 民事訴訟之法規範
- (二) 民事訴訟法之特性
- (三) 民事訴訟法之立法及修正
- (四) 民事訴訟法學之發展
- (五) 民事訴訟法之憲法化及本土化

參、民事訴訟法之價值理念及基本要求

- (一) 武器平等原則・程序上平等權
- (二) 發現真實的要求—達成慎重而正確的裁判之要求
- (三) 促進訴訟的要求—達成迅速而經濟的裁判之要求
- (四) 適時審判請求權、程序選擇權之法理
- (五) 聽審請求權、程序主體權、程序權保障之要求
- (六) 突襲防止之要求
- (七) 擴大訴訟制度解決紛爭之功能—紛爭解決一次性、統一解決紛爭之要求

- (八) 法的安定性、程序安定性、裁判安定性之要求
- (九) 劃一審理之要求—任意訴訟／便宜訴訟禁止原則
- (十) 公正程序請求權
- (十一) 諸要求之平衡及調和

壹、民事紛爭解決之方法及程序

「民事」事件可分為廣義及狹義，狹義專指民事訴訟法所規定之民事事件。為何要強調狹義？因為於民國 101 年制定家事事件法，有關身分之事件，例如離婚、婚姻無效、親子關係存否……，現都列入家事事件，甚至於夫妻財產分配、遺產分割、扶養費、贍養費給付等都列入家事事件。所謂「民事」事件，廣義上包含家事事件，而家事事件法第 51 條也規定，家事訴訟事件於家事事件法所未規定者，準用民事訴訟法之規定，故家事事件法為民事訴訟法的特別法¹。

所謂「民事」紛爭，一般係指財產權之紛爭、對等的私人間有關之紛爭，而廣義之民事紛爭即包含家事紛爭。就狹義之民事紛爭，茲舉下述例子加以說明。以侵權行為為例，【例一】：Y 開車撞到 X 行人或 X 駕駛之車輛，Y 是否應對 X 負損害賠償責任？這樣的紛爭屬於民事紛爭。X 對 Y 有無損害賠償請求權，涉及民法第 184 條侵權行為構成要件有無該當的問題。又如醫療糾紛，【例二】：X 病患至 Y 醫院或 Y 醫生處治療或開刀，結果並未痊癒，反而更加嚴重或有後遺症之情形，Y 之醫療行為有無過失，對 X 造成之身體、健康甚至生命之傷害，是否應負損害賠償責任？此亦屬民事紛爭。另以契約類型為例，【例三】：Y 於 106 年 1 月 1 日向 X 借款 100 萬元，約定兩年後清償，而後 Y 拒不返還，X 對 Y 加以追討，此項借款返還請求亦屬民事紛爭。又如買賣契約，【例四】：X 向 Y 銷售商或公司購買電器用品或轎車，惟標的物有瑕疵，電視閃

¹ 許士宦，在民訴法研究會第 114 次研究會之發言，『民訴研討（十九）』172 頁至 175 頁。

爍不停無法觀看或車子暴衝等，X 如要退貨返還價金，即涉及可否解除契約、回復原狀，或只是 Y 須加以修補、X 可減少價金之問題，此係買賣之紛爭。又如承攬公共工程，如道路開挖、橋梁建造等，此外也有私人間承攬，如興建房屋，若逾期未完工或未通過驗收，是否扣款或罰款，其有關之紛爭亦為民事紛爭。

廣義之民事紛爭，以家事紛爭為例。例如【例五】：X 與 Y 協議離婚，並約定 Y 每月給付 X 1 萬元之贍養費，以及未成年子女 X1 1 萬元之扶養費，嗣後 Y 不履行，可能因 Y 有新對象或無力支付，或與 X 關係惡化而拒不履行，上述贍養費、扶養費請求亦屬於家事紛爭。

上開紛爭應如何加以解決？所謂解決，某程度係指解決基準之設定，為法規範上的意義，而非社會學上的意義。前述【例一】之車禍事故紛爭，Y 是否應負損害賠償責任、若應負責，其損害賠償之範圍如何，此係紛爭解決基準設定的問題。關於解決之方法、手段或程序，基本上以現行法所承認者為前提，並將重點置於與訴訟為比較。關於民事紛爭之解決，其解決方法、手段可從各種標準加以分類。

第一個標準是從解決方法之不同加以分類，可分為裁斷型與合意型。裁斷型包含仲裁、訴訟與非訟，由仲裁人或法官作成判斷，並對當事人發生拘束力，如其判斷承認 X 對 Y 有或無權利，X、Y 須受該判斷之拘束。此非基於 X、Y 之意思，而是由第三者即仲裁人或法官所為之判斷，故稱為裁斷型。合意型如和解、調解，屬合意之紛爭解決方法，因為解決基準係由雙方之意思予以形成，於雙方合意時始得成立和解或調解。此係從解決方法是由第三者加以判斷抑或由紛爭當事人合意、自主設定解決基準予以區分。

第二個標準是從設置主體之不同所為之分類，可分為行政型、司法型及民間型。司法型係指由法院、司法機關所設置，行政型係指由行政機關所設置，兩者以外之民間型即由民間團體、機關所設

置。和解有司法型、行政型與民間型，調解與仲裁亦同。

第三個標準是依作成裁判與否，可分為裁判與裁判外紛爭解決。訴訟與非訟由法官作成裁判，利用訴訟或非訟程序，作成判決或裁定。裁判以外之和解、調解、仲裁均非由法官作成裁判，故屬裁判外之紛爭解決方式，簡稱為 ADR。

即使利用裁判加以解決，亦可分為訴訟程序與非訟程序，即利用判決程序或裁定程序之不同。本課程目前講授範圍為民事訴訟程序，為民事訴訟法所規範；在民事訴訟法之外另有非訟事件法，規範如何處理非訟事件，而家事事件法第 74 條以下亦定有家事非訟程序。非訟程序是否得解決民事及家事紛爭？此涉及本質上雖為民事訴訟事件或家事訴訟事件，但因當事人之合意或立法者之制定法予以非訟化，使其依非訟程序為審判，非訟法院作成之裁定於確定時，即與依訴訟程序所作成之確定判決發生同一效力。此為家事事件法制定後新設之「第三程序」：在向來訴訟與非訟程序以外承認第三程序，而於此程序上交錯適用訴訟法理與非訟法理²。是以上述各種程序間究有何不同？最主要係與訴訟程序作比較，以呈現其不同，而紛爭當事人就紛爭之解決要循裁判或裁判以外之程序，是否具有程序選擇權？若要選擇，是基於何種考量選用上述程序加以解決？此均涉及相較於其他程序，訴訟程序具有何特徵、特色，兩者優劣之處各為何？

為何 20 世紀以來一直強調 ADR，特別是美國，而日本於 1996 年制定新民事訴訟法以後，也一再強調訴訟外紛爭解決方法。我國司法院現在也在強調、注重調解，因為訴訟如洪水般湧向法院，且現行法官等司法人員採法定額制，全國司法人員不得超過一定數量，這也造成問題。因為人民愈多、紛爭愈多，法官人數卻沒有增

² 許士宦，「家事訴訟事件之非訟化審理」『民事程序新建構』197 頁至 218 頁。

加，則表示其負擔增加，故解決方式即鼓勵使用 ADR，而不利用判決方式（不使用法官），否則案件之審理將會欠缺效率，蓋法官也是常人，若負擔達到一定程度，恐怕也不勝負荷³。

（一）和解

和解為何為紛爭解決方法之一？和解可分為民法上和解與訴訟上和解。前者規定於民法第 736 條，當事人約定雙方互相讓步，終止紛爭或防止爭執之發生。如【例一】Y 開車撞傷 X，到底 Y 有無過失、X 受傷程度如何、Y 是否及如何賠償 X，可經由和解此種裁判外合意型紛爭解決方式予以解決。若以合意或強制之面向觀察各種紛爭解決方式，和解之特徵為雙重自主性、合意性，亦即①是否要進行和解，必須雙方都同意，若 Y 不願與 X 溝通，則無法進行和解。此為入口，是否要利用和解加以解決。②而其出口，是否成立和解也須經雙方合意。例如【例一】，Y 承認其超速有過失，但 X 闖紅燈亦有過失，因為事態輕微僅有擦傷，雙方達成合意 Y 賠償 X 5 千元加以解決，故其出口，達成和解之內容亦須經雙方合意。是以和解之合意性最強烈，要進行和解須經雙方合意，所成立和解之內容亦同。

民法將和解規定為契約類型之一，向來是從實體法的角度討論民法上和解，而和解成立具有創設之效力，在和解當事人間發生合意內容般之法律關係，既有之權利義務關係，為新創設之法律關係所替代。例如【例三】，Y 向 X 借 100 萬元，Y 因失業無法償還，X 又一再催討，若 X 與 Y 達成和解，約定 Y 清償 80 萬元即可，則原有 100 萬元借貸權利義務關係，於達成和解後其內容變為 80 萬元，所以改變既有之法律關係，創設新法律關係，此紛爭即透過和

³ 邱聯恭，在民訴法研究會第 35 次研討會後補註，『民訴研討（三）』742 頁至 744 頁。

解契約予以解決。然而，此處所謂的解決僅是解決基準之設定，如【例一】車禍事件，Y 同意賠償 X 5 千元，或是【例三】借貸事件，Y 借款 100 萬元 X 同意清償 80 萬元即可，此係雙方就紛爭解決之實體上基準達成合意。惟此種和解相較於其他紛爭解決方式有何問題？亦即該和解是否具有既判力？尤其是否具有執行力？發生既判力之事項，雙方將不得再加以爭執，若提起訴訟，受訴法院亦受其拘束，不得與既判事項作不同判斷。【例一】X 與 Y 如成立民法上和解，Y 願意賠償 X 5 千元，該和解契約並不發生既判力，其僅為雙方意思合致而已，未經法院裁判，亦非仲裁人所作成之判斷，也非於法官面前成立之和解或調解，現行法並未賦予其既判力或執行力。而德國法規定，於律師面前成立之和解，經法院核可者，則發生一定效力（執行力），但我國法並無此規定。所以 X 與 Y 成立民法上和解，雖然在實體法上 Y 須賠償 X 5 千元，但該和解事項並無既判力，得再行起訴爭執，且亦無執行力。所謂執行力分為廣義及狹義，目前所講授之執行力係指狹義的執行力，亦即得作為執行名義，聲請法院實施強制執行之效力。強制執行法第 4 條規定，強制執行須依執行名義為之。X、Y 縱然成立和解，簽署和解契約書，如 Y 嗣後並未給付 X 5 千元，X 得否根據該和解書向法院聲請對 Y 為強制執行？並不可以，因雙方所成立的和解不具有執行力，法律並未賦予其可作為強制執行之用。

和解不須透過第三人或經過一定程序，只要雙方磋商、談判，最後合意和解內容即成立，相較於其他程序，可節省雙方的勞力、時間、費用，不必為談判、協商而花費額外費用，有助於勞力、時間、費用之節省。此涉及程序上利害之問題，不必為了和解，另外花費勞力、時間、費用，故減少程序上不利益，而可維護程序利益。可是，此類和解未如其他紛爭解決方式有既判力或執行力，若義務人不自動履行，權利人欲強制執行，需要再起訴或另外聲請支付命令等以取得執行名義，是以從強制執行的角度觀之，民法上和

解並不具取得作為執行名義的效用；並且因其不具既判力，所以欠缺紛爭解決之終局性，蓋如有既判力，雙方即不得再事爭執；若起訴，法院也要受拘束，此即具有紛爭解決之終局性，惟如上所述，民法上和解欠缺之。一般民事或家事紛爭，那些當事人可處分之事項，均得成立和解。其實社會上大部分的紛爭都是依和解予以解決，只是在和解成立後義務人不自動履行時，才依據和解契約起訴為請求，取得有執行力之確定判決或宣告假執行之判決，據以強制執行。

和解相較於其他紛爭解決方式，具有前述節省勞力、時間、費用的優點。再者，因為係基於雙方合意，故不必依照法律規定加以解決，當事人合意的內容即成為「法」的一部分。民法承認私法自治、契約自由原則，雙方所成立的合意內容就是雙方所必須遵守的「法」。但此處的「法」並非客觀的實體法，不是立法院所制定的民法，所以以和解解決非依法加以裁判，只要雙方願意，在【例一】Y 要賠償 X 10 萬元、5 百元或 5 千元，只要雙方合意即可。雙方合意所成立的和解內容、所成立的「法」，與客觀的實體法有何不同？如果適用民法，Y 對 X 是否負損害賠償責任，須視其是否該當於民法第 184 條第 1 項前段：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」亦即，有損害斯有賠償、損害與加害行為間具有因果關係、且行為人對其行為具有可歸責性，這些要件成立，X 對 Y 才有損害賠償請求權，而損害賠償之範圍，則取決於 X 受有多少損害。所以依照客觀的實體法，X 對 Y 可以請求多少之賠償，須視其受多少損害而定；又如前述，X 闖紅燈與有過失，依民法第 217 條規定，可減輕或免除加害人責任，所以過失程度如何，例如交通事故需送至交通事故鑑定委員會加以鑑定。以前交通事故鑑定委員會會寫 X 過失程度三成、Y 過失程度七成，但後來交通事故鑑定委員不這樣寫，因為三成、七成到底如何認定，法官請他說明卻難以說明，所以現在多表明有何種過失或何者之過失程度

較重。假設法官審理結果認定 X 過失程度為三成、Y 過失程度為七成，而 X 受有損害共 10 萬元，X 就自己過失部分不能要求 Y 賠償，所以客觀上損害賠償的範圍為 7 萬元，此即所謂客觀的實體法。如以和解方式解決，不需要去認定 Y 是輕過失或重過失，甚至 X 痛苦程度如何、慰撫金、精神上損害賠償如何計算等等，和解時不必要依客觀的實體法加以裁判，雖然也會顧慮之。如 Y 認為其無過失就不願意和解，認為有過失才願意；對 X 而言，請求賠償也須考慮到自己的損害，不能漫天要價，就算 Y 開名車很有錢也不願意隨便給錢。依客觀的實體法規定所享有的權利內容，此利益稱為實體利益，X、Y 之所以成立訴訟上和解，當然考量到實體上利害，也會考慮到程序上利害，如未於當場和解，日後尚須經調解、訴訟等等，可能花費勞力、時間、費用，所以雙方平衡該二利益之結果，最後可能就進行和解。

成立和解較能切合實情，因當事人經過各種考量，特別是當事人之間有感情或交易需要維持等。如【例五】之扶養費、贍養費，X、Y 協議 Y 每個月給付 X 及 X1 各 1 萬元，後來 Y 不能如數給付，雙方即協議減為各 8 千元，以維持和諧，畢竟雙方具有感情，曾有夫妻關係或現有父子關係。是以，此種需要維持和諧、感情的紛爭，比較適合採用和解的方式予以解決。若不用和解方式而進行訴訟或非訟，常說「為何一下子就上法院，不先來談談看」，雖然不一定談得成，但直接上法院對華人或東方社會而言不太適合。此與歐美國情不同，歐洲社會認為有紛爭當然須到法院，因為法院最為公正、程序最為嚴謹，裁判以後，即依照裁判內容加以解決。但東方社會認為，有紛爭不宜馬上到法院，因為法院行公開審判，而在眾人面前進行論辯，向來較不習慣以此種方式予以解決。所以和解之紛爭解決方式，有上述的優、缺點存在。民法上和解，不僅作為實體法上契約，某程度上亦為紛爭解決方式，只是因沒有既判力、執行力，紛爭解決的效用較為薄弱而已。

民事訴訟法定有訴訟上和解，甚至於非訟事件法也增訂非訟上和解（同法 35 條之 3）。訴訟上和解規定於民事訴訟法第 377 條，該條第 1 項明定不管訴訟程度如何，法院或受命法官或受託法官，隨時可試行和解。若和解成立，依第 380 條第 1 項規定，與確定判決有同一效力⁴。亦即，X 對 Y 已經提起訴訟，在訴訟中雙方仍得成立和解，此種和解稱為訴訟上和解。訴訟上和解即為兩造當事人在法官面前就訴訟標的之法律關係、甚至訴訟標的以外之事項，雙方達成合意。例如【例三】Y 向 X 借 100 萬元，清償期屆至後，Y 未返還，X 即對 Y 起訴請求，訴訟中法官隨時得試行和解。之後會提到當事人已提起訴訟，法官動不動就勸人和解，是否抑制權利人依照訴訟程序行使權利的意志？壓抑權利意識的培養或健全？如中國為推行和諧社會，很多人到法院起訴卻不准許立案，強制當事人以調解解決，所以有些程序法學者認為中國的法治退步而非進展，因為法官裁判必須依法審判，先認定事實，然後適用法律，是非分明，有權利就判給原告權利，沒有權利就判他敗訴。不讓人民訴訟等於不讓人民依法解決紛爭，無異於不以是非分明的方式解決紛爭。在正常情形，提起訴訟後，當事人仍得再選擇要用判決或依訴訟上和解加以解決。

我國民事訴訟法第 380 條第 1 項規定，與德國民事訴訟法規定不同，由於德國未有此項規定，所以德國通說認為訴訟上和解沒有既判力，但我國第 380 條第 1 項規定，訴訟上和解成立者，與確定判決有同一效力，而確定判決最主要的效力為第 400 條第 1 項所定之既判力。為何承認訴訟上和解有既判力？日本通說亦認為訴訟上和解沒有既判力，因為和解是當事人雙方所成立的合意，並非法官依據法律所為之裁判，故頂多僅承認發生實體法上和解的效力、終

⁴ 關於訴訟上和解之機能，邱聯恭，在民訴法研究會第 44 次研討會後補註，『民訴研討（四）』507 頁至 510 頁。

結訴訟的訴訟法上效力而已，不承認發生與確定判決同樣的既判力。但在我國法律之下，不能為如此解釋，因為第 380 條之 1 規定，第三人參加和解成立或當事人就聲明以外事項成立和解者，得為執行名義，亦即，就訴訟標的成立之和解，不只有執行力，亦有既判力，但訴訟標的以外事項所成立之和解，沒有既判力，只有執行力。如【例三】Y 向 X 於 106 年 1 月 1 日借 100 萬元，X 對 Y 起訴請求返還，後來法院試行和解，Y 與 X 要成立和解，X 便要求，因為 Y 於 1 月 1 日借了 100 萬元，於 2 月 1 日又借了 50 萬元，如要和解就要全部和解，X 原來起訴僅主張 1 月 1 日成立的 100 萬元借款返還請求權，而就未起訴之 2 月 1 日借款返還請求權，即為訴訟標的以外的事項，都要和解。若 1 月 1 日借款以 80 萬元和解，2 月 1 日借款以 30 萬元和解，約定和解當天須給付或和解後若干日內須給付，或和解時要由第三人 Z 擔任連帶保證人、Y 須另外設定抵押權來擔保等。這些和解就原本請求之 1 月 1 日借款返還請求權之訴訟標的部分，有既判力；關於第三人 Z 擔任連帶保證人負連帶給付責任與 2 月 1 日借款返還部分，不是訴訟標的，就其所成立之和解雖然發生執行力，但沒有既判力。為何承認訴訟上和解有既判力？我國民事訴訟法承認在訴訟中，當事人就訴訟標的所成立的紛爭解決之程序選擇契約（訴訟上和解），一方面有實體法上效力，原借款債權從 100 萬元變為 80 萬元、50 萬元變為 30 萬元，另外有訴訟法上效力，除了訴訟終結以外，就訴訟標的部分賦予既判力，使其具有終局性解決紛爭之效力，此表示我國民事訴訟法更尊重當事人紛爭解決之程序選擇權。如果由法院作成本案判決，於判決確定時，依第 400 條第 1 項就經裁判之訴訟標的有既判力，具有終局性解決紛爭之效力；若當事人就訴訟標的成立訴訟上和解，依第 380 條第 1 項與確定判決有同一效力，並非因訴訟上和解不是由法官作成判斷，即不賦予既判力，而使其不具有紛爭解決的終局性，在我國民事訴訟法之下還是加以承認。故既判力的承

認，其本質上並非須由法官作成判決、法官所為之判斷，毋寧說終局性的要求固然為了維持法的安定性，不容許就同一事項再加以爭執，即使是當事人成立訴訟上和解之情形，當事人終局性解決紛爭之意思，仍須加以尊重，如此才能一勞永逸。在【例三】100萬元借貸關係已成立80萬元借款債權之訴訟上和解，就該80萬元借款債權存在部分，雙方即不得再加以爭執，此為紛爭解決的終局性。

當然有人會質疑，都已經提起訴訟，為何不用判決加以解決，反而要用訴訟上和解加以解決？若以判決加以解決，法院要依法裁判，此固可追求實體利益，可是為了追求該實體利益，會發生縱然勝訴但可否強制執行取得100萬元的疑慮。現在所謂終局性解決紛爭，只是就紛爭解決的基準設定不得再事爭執，但是此與X從Y取得100萬元現金，亦即與權利之事實上形成或實現仍有不同。不論是判決或訴訟上和解，都只是一紙文書，上面雖承認X具有權利，但X未從Y手中或利用強制執行從法院取得100萬元的現金，還是難以認為其權利已經實現，所以會涉及Y有無財產可供執行。另外由法院判決，X是否一定會勝訴？因為向來教育雖強調重然諾，但從小教育的內容未必符合現代式的生活需求，現代生活規範應認為向人借貸，借用人要將借據寫好，請貸與人簽收，而非認為還須寫借據即被看扁，借錢還要書面，反而借錢的人比較驕傲，等到無錢可還就避不見面甚或反嗆。如一開始重然諾，未立書據，但後來毀約，在訴訟上加以否認，因為沒有寫借據，也沒有第三人看到。在訴訟上Y否認借貸的事實，依第277條規定，當事人主張有利於己的事實，就其事實有舉證之責任，因此X須舉證，若X未提出證據，法院依舉證責任之分配原則，即判決X敗訴。縱然客觀事實上X有將100萬元交予Y，但訴訟上X沒有提出證據或X所提出的證據無法使法官形成確信的心證，還是要判決X敗訴，因為法官必須依證據認定事實，然後才適用法律於所認定的事實。因此，若X沒有把握舉證成功，可能成立和解較為有利。再者，Y如

願成立和解，就比較願意履行，所謂瘦的和解比胖的判決好，主要理由是在成立和解的情形，當事人比較願意自動履行。若法院判決被告敗訴，他可能不想履行；若要強制執行，還須被告有財產方可執行。所以是否成立訴訟上和解，也是當事人考慮到實體上利害與程序上利害結果所為之決定，只是我國就訴訟上和解所承認的效力比德國、日本更強⁵。

訴訟上和解是司法型；勞資爭議處理法第 36 條係於行政機關為勞資和解，屬於行政型；仲裁法第 44 條規定，在仲裁程序亦得成立和解，則是民間型。於此不詳細介紹。

（二）調解

調解是在調解法官面前，雙方當事人所成立之合意，屬於合意型紛爭解決方式。調解也可以區分為司法型、行政型與民間型。如依鄉鎮市調解條例第 35 條規定，由台北市各區調解委員會所成立的調解，屬於行政型；民間型者如仲裁法第 45 條，在仲裁人面前亦得成立調解。

以下講述司法型的調解，即在法院所進行的調解。第 403 條以下所定調解程序，分為調解前置程序與非前置程序，以及起訴前調解與起訴後調解（訴訟中移付調解）。向來調解是指起訴以前所聲請之調解，如第 403 條或家事事件法第 23 條第 1 項所定之強制調解，係起訴前非經調解不可，未經調解不得直接起訴，若直接起訴視為聲請調解（424 條 1 項、家事法 23 條 2 項），故屬於調解前置，必須經調解不成立才能進行訴訟，其餘則屬於任意調解，亦即當事人在提起訴訟以前可向法院聲請調解（404 條 1 項）。調解原則上由調解法官選任調解委員先行調解（406 條之 1 第 2 項），調解委

⁵ 許士宦，在民訴法研究會第 120 次研討會之發言，『民訴研討（二十）』248 頁至 253 頁。

員與當事人斡旋、提供調解方案，最終成立與否是由雙方當事人決定。所以是否進行調解，若非強制調解事件，當事人自可約定非經調解不可訴訟（404 條 2 項），但若沒有約定，是否要行調解是由聲請人決定（404 條 1 項），無庸合意。在前述【例一】，X 起訴前向法院聲請調解，相對人 Y 沒有正當理由不到場，依第 409 條第 1 項規定可科處罰鍰，惟實務上很少見，因為調解要雙方合意才能成立，若 Y 已不願到場，強制到場更不可能成立調解。當事人到場雖然某程度具有強制性，因無正當理由不到場者可處予罰鍰，但實務上很少使用。調解須雙方合意始能成立，故前述和解之功能、機能在調解時亦會發生。亦即，民事或家事紛爭特別需要維持雙方和諧或感情關係，或將來有繼續交易關係之情形，即比較適合依調解方式加以解決。為何家事事件特別強調依調解加以解決？因為家事事件的當事人間有情感或血緣關係，如夫妻、父子、兄弟姐妹，不適合立即進行訟爭，比較適合用合意型紛爭解決方式予以處理。並且，之所以發生紛爭，多係感情破裂，而會有情緒化現象，透過調解程序可使其冷靜，回復紛爭解決的能力，自主合意決定彼此之關係，故採行強制調解制度。

調解於入口時不需合意，聲請人即可自行聲請調解，但調解若要成立，則仍須雙方合意，即使調解法官或調解委員提出調解方案，亦然。如台中地方法院就醫療糾紛事件，調解成立比例高，因有請醫師等專業人員作為調解委員，較能釐清爭點而說服雙方當事人，所以台中地方法院之醫療糾紛調解成立的案子很多。為何民事事件亦規定強制調解？此亦依事件類型而定。第 403 條第 1 項所定之事件類型，起訴前應經法院調解。例如第 3 款不動產共有人間共有物之管理、處分、分割事件；又如第 7 款因道路交通事故或醫療糾紛發生爭執；第 8 款雇用人與受雇人間因僱傭契約所生爭執者；第 10 款一定血親、姻親因財產權發生爭執之事件，此為家事事件以外之事件，若其為家事事件即適用家事事件法規定；另外如第 11

款 50 萬元以下財產權爭執事件，原則也是採行調解前置（參 406 條 1 項）。

訴訟上和解是在法官試行之下由雙方當事人為之，不一定有第三人斡旋，但在調解程序有調解法官或調解委員，調解程序亦得於某程度上調查證據（413 條），最主要由調解委員提出調解方案讓雙方考慮，雙方同意接受時才成立調解。調解有何效用？依第 416 條第 1 項規定，調解成立者與訴訟上和解有同一之效力，而訴訟上和解與確定判決有同一之效力，故調解成立者與確定判決有同一之效力，亦即有既判力；若為給付型調解，也有執行力。因此，在起訴前雙方合意成立之調解有終局性解決紛爭的效用，而民法上和解則沒有終局性解決紛爭之效力，因其欠缺既判力。

依第 420 條之 1 第 1 項規定，提起訴訟後，當事人兩造亦可合意將事件移付調解，不論在第一審或第二審程序（463 條），雙方均可為此種合意。例如占用公有地的爭議如何解決，雖可請求法院判決，但此項是非分明、依法裁判之解決方式，未必適合所有情形。此際為何要提起訴訟，因為若不提起訴訟有時難以進行談判，於起訴請求拆屋還地與占用期間之不當得利後，被告就會請教律師，如果敗訴可能要給付多少錢。被告請教律師釐清其權利義務關係後，則較容易進行談判，不會漫天要價，所以起訴以後雙方合意移付調解也是一種紛爭解決方式，可在調解程序中進行協商。既已提起訴訟，且可成立訴訟上和解，為何雙方要合意移付調解？因訴訟上和解是在法官面前作成，法官有時欠缺法律以外的專業知識。以現行的法官養成教育，在科際整合法律研究所設立前，自高中畢業後就研讀大學法律系，所以我國法律人與美國法律人不同，美國是先取得一大學學位再讀法學院，等於有其他專業為第一專長，再有法學為第二專長，這樣的律師或法官不只具有法律知識，也具有其他專業知識，但是台灣、日本、韓國以前都一樣，高中畢業就可進入法律系就讀，現在日、韓許多大學也學習美國。現在台灣也有科際整

合法律研究所，於大學其他科系畢業後再研讀法律，如此較有可能具備其他專業知識，但可能仍無法與其他專家、專業人士相比。例如工程糾紛或智財、新科技案件，縱然要試行訴訟上和解，有時法官也無能為力，所以移付調解，由調解法官選任具專業知識的調解委員整理雙方爭點，嘗試提出妥適的調解方案，讓雙方斟酌是否成立調解，此為民事事件起訴以後始移付調解之情形。家事事件法第 29 條第 1 項更進一步規定，縱然沒有合意，家事法官亦可依職權將事件移付調解，因為家事事件較適合依合意型加以解決。因此，特別需要法律以外專業知識人士協助的情形，即可移付調解加以解決。調解屬於合意型的紛爭解決方式，調解成立者依第 416 條第 1 項，與訴訟上和解有同一效力，但相較於訴訟上和解，因其有法律以外專業知識的調解委員協助當事人成立調解，所以較能切合該紛爭之實情，妥適解決當事人間之紛爭。例如工程承攬紛爭，法官欠缺該工程專業知識也難勸試和解，所以適時由雙方合意將事件移付調解，由有專業知識的調解委員來試行調解。

以上為司法型調解，而行政型與民間型已如前述。在現行法下，不論起訴前調解或起訴後調解，調解成立者均具終局解決紛爭之效用，因其與確定判決有同一之效力。關此，家事事件法第 30 條第 2 項明文規定，而第 416 條第 1 項規定調解與訴訟上和解有同一之效力，再依第 380 條第 1 項規定（訴訟上和解）與確定判決有同一之效力⁶。

（三）仲裁

接著講解仲裁程序，仲裁也可區分為民間型、行政型與司法型，以下主要針對仲裁法所定仲裁予以說明。仲裁法上之仲裁稱為

⁶ 邱聯恭，在民訴法研究會第 35 次研討會之發言及會後補註，『民訴研討（三）』735 頁至 736 頁、749 頁至 750 頁。

機構仲裁或正式仲裁，因其係由仲裁協會或其他法律規定之團體所設立仲裁機構所為的仲裁，與非正式仲裁或自由仲裁有何不同？如【例一】，Y 開車撞傷 X，若第三人 Z 在旁，X、Y 請 Z 就該損害賠償紛爭作判斷，雙方都願意遵守其判斷。此種雙方合意由仲裁機構以外之第三人加以判斷，而願意遵守該判斷者，即為非正式仲裁。此亦為仲裁，但並非仲裁法所規定的正式仲裁或機構仲裁⁷。仲裁法所規定的仲裁，例如仲裁協會所為的仲裁，兩造當事人須有仲裁協議（仲裁法 1 條），仲裁協議係指雙方約定就其紛爭交由仲裁人加以判斷，且雙方願意遵守該判斷。仲裁法第 37 條第 1 項規定，仲裁人所為的判斷，於當事人間，與法院之確定判決有同一效力，亦即仲裁庭所為之判斷具有既判力。至於為何不直接規定有既判力而規定與確定判決有同一效力？因為既判力之用語是 2003 年經修正之民事訴訟法第 400 條第 1 項、第 2 項才加以明定使用，雖然向來學說與實務均承認之，但其尚非法律上的用語，所以之前法律若要規定既判力，即規定與確定判決有同一之效力⁸。

仲裁係雙方協議將紛爭提付仲裁人判斷，並願意遵守該判斷，所以仲裁程序在入口時必須經雙方合意，但其判斷標準並非雙方成立合意，而是由仲裁人為判斷，該判斷不一定對 X 或 Y 有利。如台北大巨蛋之紛爭也曾由仲裁判斷，台北市政府認為其獲勝、遠雄公司也認為其獲勝，各自取對其有利的部分宣稱勝利，其實各有勝敗。依現行仲裁法第 9 條第 1 項規定，仲裁人原則上由聲請人與相對人各選一位仲裁人，再由該二位仲裁人共推第三仲裁人為主任仲裁人，三位仲裁人組成仲裁庭，依仲裁程序為判斷。

⁷ 邱聯恭，在民訴法研究會第 45 次研討會之發言及會後補註，『民訴研討（四）』553 頁至 554 頁、561 頁至 562 頁。

⁸ 關於仲裁判斷之既判力，參見邱聯恭，在民訴法研究會第 127 次研討會之發言，『民訴研討（廿二）』76 頁。

仲裁程序相較於其他程序有何不同之處？仲裁程序包含仲裁地點，當事人可以合意，亦即要在何地仲裁、仲裁程序如何進行，雙方可合意約定（仲裁法 19、20 條），甚至於仲裁庭要依據何種規範加以判斷，依仲裁法第 31 條，當事人亦可明示合意依照衡平原則⁹。在訴訟程序，法官必須依法裁判，而仲裁庭之判斷，原則上亦須依法判斷，可是當事人雙方得約定不須依法，而依照商業習慣或衡平原則為判斷，故未必均依法加以裁斷。而且我國仲裁法與法國或其他國家不同，一審就終結，對仲裁判斷不可再聲明不服，除非有撤銷仲裁判斷之事由，否則不可提起撤銷之訴（仲裁法 40 條）¹⁰。台北市政府與馬特拉公司就捷運事件行仲裁判斷後，台北市政府不服，提起撤銷仲裁判斷之訴，大約歷經十年，最後敗訴確定。故需求簡易迅速、專業、不公開審理的事件就適合依仲裁程序解決，因為仲裁人可由當事人選任，等同於私設法官。若進行訴訟，適用法定法官原則，亦即法官資格需依法律規定，而就如如何審判須依民事訴訟法之規定，當事人原則上不得選擇。以前曾經訂定民事訴訟合意選定法官審判暫行條例，如【例一】X 向台北地方法院起訴以後，X、Y 可以合意選擇台北地方法院之某位法官擔任審判官，該條例嗣後經廢除，因為法官難以接受當事人可選擇法官。在仲裁程序，仲裁人由當事人各選一位，再由彼二人共推主任仲裁人，但仲裁人多會依據當事人之意思予以推選，當事人某程度仍可掌控，故得選任較值得信賴者為仲裁人，作成判斷。以往行政機關的公共工程承攬契約，大多定有仲裁條款，因為工程若有延宕或瑕疵，循訴訟解決，由第一審至第三審，迨判決確定恐怕經過五年或十年，太過耗時，而仲裁一審就終結，較為迅速，但之後行政機關較不願意提付仲裁，因認為仲裁人似乎偏向私人公司，仲裁人所為

⁹ 許士宦，在民訴法研究會第 127 次研討會之發言，『民訴研討（廿二）』57 頁。

¹⁰ 許士宦，在民訴法研究會第 127 次研討會之發言，『民訴研討（廿二）』56 頁。

判斷大多就聲請人之請求予以打折，而會提起仲裁者大多為私人公司（承攬人），於提付仲裁時故意請求高價，仲裁人打折後，有時還比原本可取得者為多，所以行政機關認為仲裁判斷似乎不太公正，故在合約上訂定仲裁條款者逐漸減少。

仲裁具有簡速性、專業性、不公開程序之特色，並且其進行程序與判斷標準均可以合意約定。由於其程序與判斷標準具有相當彈性，當事人可以合意形成程序內容與判斷標準，故當事人較能掌控。因此，國際貿易之紛爭大多約定提付仲裁判斷，以資解決；台灣除國內仲裁外，也有國際仲裁事件。無論如何，若依仲裁協會進行仲裁程序，即如同上述般進行。除非強制仲裁，否則仲裁程序之進行必須有仲裁協議始可為之，若無該協議即不得提付仲裁。若仲裁人作成之仲裁判斷，發生既判力，法院就同一既判事項不得再加以裁判，在此意義上，等同於排除法院之審判權，故要排除法院之審判權，須經雙方合意。當事人選擇簡速之仲裁程序，由仲裁庭作成判斷以解決紛爭，須經雙方合意，即為仲裁協議。原則上當事人就可處分的事項，如【例一】至【例五】之民事及家事紛爭均可合意提付仲裁。又如在台灣與中國兩地貿易往來，發生紛爭時，雙方如對彼此之法院不信任，就可約定由仲裁人予以仲裁，故仲裁程序的適用範圍愈來愈廣¹¹。現在仲裁程序無法繼續推廣是由於仲裁人的因素，被認為其不一定作公正判斷，所以仲裁程序因仲裁人之素質參差不齊，致不能廣被利用¹²。

¹¹ 邱聯恭、許士宦，在民訴法研究會第 45 次研討會之發言及會後補註，『民訴研討（四）』545 頁至 548 頁、551 頁至 553 頁、563 頁至 567 頁。

¹² 邱聯恭、許士宦，在民訴法研究會第 127 次研討會之發言，『民訴研討（廿二）』55 頁、59 頁、78 頁。

（四）訴訟

接著說明訴訟程序。訴訟為裁斷型的紛爭解決方法，由原告為訴訟上請求，要求法院作成本案判決，法院通知被告應訴，雙方在法官面前就訴訟標的、訴之聲明提出攻擊、防禦方法，法院經過爭點整理，集中調查證據，經兩造辯論之後作成本案判決；對判決不服，可以上訴；若不能上訴（如超過上訴期間），判決即告確定。判決確定時依第 400 條第 1 項有既判力，若為給付判決，則有執行力，強制執行法第 4 條第 1 項第 1 款亦有規定。

訴訟程序相較於其他程序有何特徵？第一個為具有強制性、終局性、最終性以及普世性。強制性係指原告對被告提起訴訟，無庸被告同意，法院作成本案判決亦無須被告同意，故其強制性最強。原告對被告起訴，無庸被告同意，縱然被告未到場，只要法院已經合法通知，即可一造辯論而為判決，且無論該判決對被告有利、不利，於判決確定時即發生既判力，所以具有強制性。雖然原告對被告起訴後，被告不到場，未有如調解之規定，即無正當理由不到場者可處罰鍰，但若被告無正當理由不到場，法官就依原告聲請，根據一造辯論（385 條 1 項）、就原告所提出之事實證據予以調查認定，適用法律作成本案判決，故就此點而言具有強制性。為何須有強制性？因為其他紛爭解決方法，無論開啟或成立，需要雙方合意，若無訴訟制度可資利用，紛爭可能就無法解決，所以訴訟程序不須當事人合意，不論起訴階段或作成判決階段，只要合法起訴、合法送達，訴訟要件具備，法院就可作成本案判決，且於該判決確定時即發生既判力，終局性解決紛爭。

終局性係指本案判決確定時發生既判力，第 400 條第 1 項規定，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的有既判力，所以經裁判之訴訟標的發生既判力，而既判力具有紛爭解決之終局性，也就是為了法安定性，判決確定之後，除非有第 496 條、第 497 條所定再審

事由或第 507 條之 1 所定第三人撤銷訴訟事由、第 397 條所定變更判決之事由，否則不得推翻該判決，當事人也好、後訴法院也好，均受既判力所拘束，不可為不同主張，也不可作不同判斷，就此點而言具有終局性。其他紛爭解決方法若發生終局性，也是賦予與確定判決有同一之效力。

最終性係指依其他紛爭解決程序、方式，若無法解決，最後仍須仰賴訴訟。如仲裁判斷雖具有既判力，但仲裁法第 40 條第 1 項規定，有撤銷仲裁判斷事由者，仍可提起撤銷仲裁判斷之訴，以撤銷該仲裁判斷。例如，未約定仲裁之事項，仲裁庭竟加以判斷；或仲裁庭進行仲裁程序未通知相對人，卻作成仲裁判斷，未給予當事人應有之程序保障，均構成撤銷仲裁判斷的事由（仲裁法 40 條 1 項 1、3 款），於此情形，仍仰賴訴訟程序予以解決。又如依第 416 條第 2 項規定，調解有無效或得撤銷之原因，應如何處理？起訴前的調解若有無效或得撤銷事由，須提起訴訟請求宣告該調解無效或撤銷該調解，因為調解具有既判力，故要否定該效力須透過訴訟方式為之。而起訴後成立之調解有無效或得撤銷之原因者，依第 420 條之 1 第 4 項規定，得請求繼續審判，與第 380 條第 2 項規定訴訟上和解除有無效或得撤銷之原因，得請求繼續審判者相同。若訴訟外和解成立後債務人不履行，更須提起訴訟加以解決。因此可謂訴訟制度為最後保障，如就其他紛爭解決程序有紛爭，不論是實體上或程序上重大瑕疵，最後都必須利用訴訟程序加以解決。在現行法上，訴訟程序是紛爭解決的最後手段，對其他紛爭解決方式有所不服者，最後還是要利用訴訟加以解決。

普世性係指普遍適用性，任何事件，只要屬於訴訟事件，均可提起訴訟，亦即若無調解前置或強制仲裁，均可提起訴訟。縱然採用調解前置，最後調解不成立，雙方不能達成合意，還是依照訴訟加以解決（419 條 1 項），而具有最終性。訴訟制度不得不存在，因其他紛爭解決方式無法處理時，最後仍須依照訴訟程序加以解決。

憲法第 16 條規定訴訟權之保障，訴訟權是程序基本權，亦即人民有依訴訟程序解決紛爭之權利，此為國民之基本權利。是以，國家要健全訴訟制度，使國民容易加以利用，此涉及訴權如何落實等等。

訴訟制度之第二個特徵為，不論程序進行或判斷標準都是依據法律，須依法進程序、依法作成裁判。訴訟權是國民對國家之權利，即請求法院作成裁判之權利，而國家則具有審判權、司法權。為何法院所為之判決，不論對當事人有利或不利，當事人都要接受？其正當化根據有二，第一為法院判斷之標準必須依照法律。憲法第 80 條規定，法官必須依法審判，在此所謂的法係依憲法第 170 條規定，為立法院三讀通過之法。亦即法官不能依其好惡，而必須依照民法、商法等實體法加以裁判。這些法是作為民意機關的立法院所制定之法，而立法委員是由國民選出，所以國民服從法律，就是服從其選出之代表人所制定之法律，在此意義上為立法上民主。雖非直接民主，某程度為間接民主，國民服從法等於服從自己之意思，因為法係由其代表所制定。此為法院判斷之標準。

第二為裁判之形成賦予當事人充分之程序保障。訴訟程序之過程為起訴、審理、裁判及聲明不服，就程序如何加以進行，民事訴訟法等程序法規定得很嚴密、嚴謹，所以依法裁判的內容，包括程序之進行亦須依法進行。1980 年代以後，台灣最大的民事訴訟法改革思想為程序保障：凡是受裁判所影響者，特別是當事人，就裁判事項應有辯論、陳述意見的機會¹³。判決程序所採行的審理方式為言詞辯論，所謂言詞辯論係指雙方當事人在法官面前，就訴之聲明、答辯聲明有提出攻擊防禦方法、互相辯論的權利或機會。為了配合言詞辯論的審理方式，必須公開法庭、以言詞陳述、由裁判法

¹³ 許士宦，「民事訴訟之程序權保障」『集中審理』1 頁；同，「戰後台灣民事訴訟法學發展史」『爭點整理』1 頁。

官直接加以聽取，故採取公開審理主義、言詞審理主義及直接審理主義為原則。其餘的審理原則，在法院與當事人任務分擔上，採行處分權主義、辯論主義，亦即訴之聲明、訴訟標的即審判對象範圍由當事人加以決定，裁判基礎的事實證據由當事人負責蒐集提出，而就法院裁判的對象及基礎，當事人有陳述意見、辯論的權利，即證明權與辯論權的保障。

法院就本案請求為裁判須以判決為之，是為本案判決，當事人對敗訴判決有不服者，可以聲明不服，提起上訴。通常訴訟程序有三審三級加以保障。本案判決程序上賦予當事人相當優厚的程序權保障，一方面健全法院組織、法官經過遴選，另一方面以嚴格、嚴密之程序規定，賦予當事人應有之程序保障，故在此情形下，判決確定時即發生既判力，終局性解決紛爭。故訴訟程序相較於其他紛爭解決程序，對於當事人之程序權保障最為優厚。訴訟外的和解僅由雙方協商，雙方有時談判力量不對等。而調解亦須經雙方合意，調解委員僅提供一個建議方案而已。至於仲裁，程序較為彈性，未如訴訟程序嚴謹，且程序不予公開，而訴訟程序除家事事件不予公開外（家事法 9 條），原則上行公開審判。所以訴訟程序相較於其他紛爭解決程序，有上述重大之不同。亦即，在現有的紛爭解決程序中，訴訟程序對於當事人之證明權、辯論權的保障最為周到，就裁判基礎之事實證據，當事人兩造均有提出、辯論、陳述意見之權利（199 條 1 項、296 條之 1 第 1 項、297 條）。現在進一步強調法官應表明其依法官知法原則所持法律上見解，及其依自由心證所形成之心證內容，亦即為了防止裁判對當事人造成突襲，法官也要公開其法律上見解及心證。第 199 條第 1 項規定，審判長應就訴訟關係之事實及法律，讓當事人有適當、完全辯論的機會，此為辯論權的保障。訴訟程序相較於其他紛爭解決程序，具有如此特色。

但訴訟制度亦有其缺點，因為程序嚴謹、嚴密，故須花費較多之勞力、時間、費用，因此訴訟程序如何判決正確又迅速是永遠的

課題。2000 年之民事訴訟法的改革係採取集中審理制度，與歐陸或英美的集中審理制度為相同的方向，先為爭點整理，再集中調查證據、辯論，這是新的審理模式¹⁴。另一缺點為可能傷害當事人間的感情、和諧，因為辯論就是互相攻防，指摘對方的弱點、主張自己的優點，並提出論證及理由。從法律上之用語本身亦可顯示出此特性，原告稱為攻擊方、被告稱為防禦方，原告為訴之聲明、被告為答辯聲明，原告所提出支撐訴之聲明、訴訟標的之權利主張、事實陳述或證據聲明，即為攻擊方法。被告所提出支撐答辯聲明之權利主張、事實陳述或證據聲明，即為防禦方法。於被告不認諾之情形，就原告所主張權利發生的要件事實如有爭執，原告要提出間接事實、證據，使法官形成心證予以認定；被告則就之提出反對的事實、證據，或就其答辯提出權利障礙、消滅或不得行使之事證，以上被告所提出者均為防禦方法。所以訴訟某程度類似於戰場，而勝訴判決即作為給予打勝仗的當事人之獎賞。這是向來的競技訴訟觀，將訴訟當作一個戰場，而現代新民事訴訟法的思想、理論，不持如此自由競爭之訴訟觀，某程度採取協同主義的訴訟觀，雖然訴訟上有攻防，但是雙方亦友亦敵，要依照誠信原則進行訴訟，依照正當方法獲取勝訴。此已貫穿我國民事訴訟法，所以稱為新民事訴訟法、新民事訴訟理論¹⁵。

依照以上說明，訴訟制度不可能被其他紛爭解決制度所取代。訴訟制度健全以後，其他制度才可能充分發揮其作用，因為其他紛爭解決制度比較能夠節省勞力、時間、費用，較可能維護程序利益

¹⁴ 許士宦，「集中審理制度之新審理原則」『集中審理』121 頁。

¹⁵ 邱聯恭，在民訴法研究會第 63 次研討會後補註，『民訴研討（七）』409 頁至 411 頁；許士宦，在民訴法研究會第 46 次研討會之發言，『民訴研討（四）』623 頁至 624 頁；同，在民訴法研究會第 61 次研討會之發言，『民訴研討（七）』279 頁至 286 頁；同，「民事訴訟上當事人與法院之任務分擔」『證據蒐集』177 頁。

而補足訴訟制度之不濟，惟不能依其他紛爭解決程序予以解決者，最後進入訴訟程序仍會依法加以裁判。如有訴訟程序作為標準，就其他程序當事人就能以之作為基礎而予以協商或退讓。所以訴訟制度健全，其他制度才可能健全，不可能訴訟制度不健全，其他制度反而很健全。因此要強調調解之紛爭解決功能，不是僅因司法資源有限，為減輕法官負擔所使然，而是讓當事人有更多的紛爭解決方式可供選擇。有些事件類型較適合依調解加以解決，若不能以之解決，還有訴訟程序可資選擇。如果當事人一定要依法裁判、以是非分明的方式加以解決，即可直接利用訴訟程序。所以從紛爭當事人之程序選擇權的角度，除健全裁判制度外，也要充實裁判外的紛爭解決制度¹⁶。例如在訴訟程序也採行法官仲裁。上述提及者是仲裁法所定之民間仲裁，而司法型的仲裁則規定於第 377 條之 1 第 1 項，訴訟當事人可合意由法官定和解方案，例如在【例三】，X 對 Y 起訴請求給付 100 萬元，主張 Y 向其借 100 萬元，在訴訟上雙方談和解，Y 表示 80 萬元可接受，X 表示至少要 90 萬元，後來雙方請法官在 80 萬元與 90 萬元之間定一個方案。法官此際可不必依法，而依照衡平原則定和解方案（377 條之 1 第 3 項）。此時法官並非依據客觀實體法加以裁判，而係斟酌一切情形，依照衡平法理為之，故屬於仲裁，且因其並非依法裁判，所以此際法官的角色並非依法裁判者，而是利害調整者的角色。這原是法國的制度，本來要與當事人合意選定法官審判制度相配合，而法國只有類似第 377 條之 1 的制度而無選定法官制度，結果成效不良，因為雙方之所以會同意由法官定和解方案，一定要以信賴法官作為前提，如果雙方不信賴法官，認其決定結果與當事人預期者相差甚遠，就不敢讓法官定方案，所以有合意選定法官制度，當事人即可選定一位最值得信賴之法官。例如就台北地方法院之法官資訊某程度公開，如不公開

¹⁶ 邱聯恭，「程序選擇權之法理」『民訴研討（四）』569 頁。

到其專業、專長或年資等，當事人所獲資訊不充分，仍不能妥適選任。現在已無合意選定法官審判制度，就更無法搭配。像前述占用公有土地的訴訟，為免將來孳生麻煩，亦可合意由法院定和解方案，以資解決。調解程序亦有調解委員或調解法官酌定調解條款的情形（415 條之 1）。上述規定某程度就是訴訟程序仲裁化，本來法官須依法裁判，仲裁化後法官無須依法裁判，而是依衡平法理定和解方案，斟酌一切情形，取得公平即可，至於客觀實體法只是參酌因素而不是非遵守不可。

民事程序法的發展為，盡可能讓紛爭當事人考量其實體與程序利害後，選擇妥適之紛爭解決方式，即使提起訴訟以後，也可成立訴訟上和解或合意移付調解、合意由法官定和解方案或由法官作成終局判決。所以紛爭到底要如何解決，就解決程序之進行，當事人固然有選擇權，就判斷之標準，若屬其可處分的事項，當事人也可以選擇，最直接者為成立和解或調解，這是由雙方當事人決定紛爭解決內容，否則合意由仲裁人或法官依照衡平法理作成判斷、決定，不需要依照實體法為裁判。依照這些紛爭解決程序，最後所成立的紛爭解決基準，可能各式各樣，但這些都是「法」，是現行法所承認而當事人須接受者，所以依照各該紛爭解決程序最後所形成的「法」未必一致，但均有其正當化根據。亦即，在當事人行使程序選擇權而為合意之情形，在嚴謹或適當的程序保障之下，都可以要求當事人接受，當事人也應該加以接受¹⁷。

（五）非訟

接著討論非訟程序是否為紛爭解決程序？原則上並不是，因為所謂古典的非訟事件是本質上非訟事件，亦即無訟爭性的事件，例

¹⁷ 邱聯恭，在民訴法研究會第 120 次研討會所提書面意見，『民訴研討（二十）』268 頁至 271 頁。

如聲請法院認可收養或選任監護人¹⁸。這些事件沒有涉及權利義務、法律關係存在與否，即不具訟爭性，但需求法院介入而為妥適裁量，並予以迅速裁判，所以非訟程序與訴訟程序有很大不同，其審理方式不是採取言詞辯論，而是任意辯論或訊問，甚至得以書面審理為之；縱然要訊問也不必兩造到場予以辯論。因為有些非訟事件根本沒有兩造當事人，如聲請法院認可收養時，收養人與被收養人均為聲請人（家事法 115 條 1 項）。非訟事件沒有原告、被告，只有聲請人與相對人或其他關係人。也不採行公開主義、直接審理與言詞審理主義，而是緩和之原則。訴訟程序採取嚴格證明，證據方法與證據調查程序都按照法定程序，而非訟程序採行自由證明，法官調查證據不必依照法定程序，可採行比較適當的方式，打電話或要求書面回答都可以。而且非訟程序不採兩造對審方式，也不採取處分權主義、辯論主義，而是緩和甚至限制之原則，甚至加強法官權限，採取職權裁量法理，以期迅速作成妥適裁判¹⁹。

例如抵押物拍賣事件，民法第 873 條規定，抵押權所擔保之債權已屆清償期而未獲清償時，抵押權人可聲請拍賣抵押物，而依非訟事件法第 72 條規定此為民事非訟事件。或依票據法第 123 條規定，本票經提示而未獲兌現，持票人行使追索權時，可聲請法院裁定對發票人為強制執行，依非訟事件法第 194 條規定此為民事非訟事件。X 持有 Y 簽發之本票，或 X 對 Y 之 A 地有抵押權，X 欲為本票之強制執行或拍賣抵押物，須聲請法院裁定准許。該事件行非訟程序，並採取所謂的形式審查，即由法院審查本票應記載事項是否具備、到期日是否屆至，如果具備，就准許強制執行。現在都交由司法事務官為之，因此得迅速作成裁定。抵押物拍賣亦同，法院

¹⁸ 邱聯恭，在民訴法研究會第 23 次研討會之報告，『民訴研討（二）』445 頁。

¹⁹ 邱聯恭，在民訴法研究會第 23 次研討會之報告，『民訴研討（二）』435 頁至 444 頁。

形式上審查意定抵押權有無設定、被擔保債權清償期是否屆至，如果是，就准予拍賣抵押物。至於發票人或抵押人主張本票債權因清償而消滅，或抵押債權已清償而消滅只是抵押權登記尚未塗銷等事由，這些都是實質或實體爭執事項，在非訟程序不加以審理。准許本票執行或抵押物拍賣之裁定，送達於相對人以後，即可以之作為執行名義，依強制執行法第 4 條第 1 項第 5、6 款、第 5 條第 1 項規定，以聲請書聲請法院為強制執行。又上開實體事項的爭執應如何處理？要另外提起訴訟以資解決。所以非訟事件法第 74 條之 1 第 1 項，增設法官之闡明義務，因為採取形式審查論的結果，非訟程序就實體事項，亦即權利義務關係存在與否之爭執不予審理判斷，所以關係人就聲請所依據之法律關係有爭執時，法院應予闡明（曉諭），若未開庭，則應於裁定書上闡明，得另外提起訴訟爭執之，以資解決，而採行訴訟程序與非訟程序二元分離論²⁰。既然如此，非訟法院依非訟程序為裁定，不經言詞辯論，對裁定不服只能為抗告（而非上訴），抗告期間十日（上訴期間二十日），所以程序就比較簡易、迅速。現在非訟事件之第一審在地方法院，第二審也在地方法院合議庭，第三審則在高等法院（非訟法 44 條 1 項、45 條），並未到最高法院。而家事事件法將家事非訟事件之審級修正為第一審、第二審分別在家事法院及其合議庭或在地方法院家事庭及其合議庭，第三審則在最高法院（家事法 94 條 1、2 項），因為最高法院才有統一法律見解的權限。非訟程序的裁定，縱然確定亦無既判力，所以沒有終局解決紛爭的效力。X 取得法院准許本票強制執行之確定裁定，就該本票權利之存否並無既判力，發票人有爭執時仍可以提起訴訟。非訟事件法第 195 條規定，發票人主張本票

20 邱聯恭，在民訴法研究會第 23 次研討會之報告，『民訴研討（二）』429 頁至 434 頁；許士宦，「非訟事件法修正後程序保障之新課題」『審判對象』489 頁。

係偽造或變造，而於裁定送達後二十日內提起訴訟者，執行法院要停止強制執行；若主張其他權利不存在之事由，也可以提供擔保聲請法院停止強制執行等。亦即，法院為准予本票強制執行之裁定後，若有確定判決確認該本票債權不存在，原來的本票裁定即失其效力，故最後是依訴訟所取得本案判決發生既判力時才有終局性解決紛爭之效力。因非訟程序採取形式審查，非訟裁定確定時仍無既判力，故不具終局解決紛爭之效力²¹。

是否全部非訟事件、程序均係如此？並不是，有些性質上為訴訟事件，但為了迅速裁判等經濟上考量或權利人之利益保護，將之非訟化，本質上雖為訴訟事件，卻適用非訟程序予以審判²²。例如在【例五】，Y 依照協議須給付 X 贍養費、X1 扶養費，X 依協議上之權利為請求，本質上是家事訴訟事件，但現行家事事件法將之規定為家事非訟事件（家事法 3 條 5 項 1、8 款），依家事事件法第 37 條與第 74 條規定，在非訟化亦即迅速裁判的必要範圍內，適用家事非訟程序，該事件屬於聲請事件，行簡易主義（裁判及不服方式，以裁定、抗告為之），但其畢竟為訴訟事件，為因應訴訟性需求，應行言詞辯論，且於裁定確定時賦予既判力（家事法 37 條、51 條）。既然給予關係人充分的程序保障，於裁定確定時並發生既判力，即有終局性解決紛爭之效力。此類本質上訴訟事件採取非訟化審理，即所謂的真正訟爭事件，在非訟程序交錯適用部分訴訟法理的結果，因為關係人受應有之程序保障，就確定裁定亦賦予既判力，所以有終局性解決紛爭的效力。在此意義上，非訟程序也是一種紛爭解決程序。所謂紛爭的解決是指實體基準之設定，而到底有無終局性解決，應視其有無既判力；若有，即具終局性解決紛爭之效力。

²¹ 許士宦，「聲請本票裁定強制執行非訟程序上時效抗辯之審究」『審判對象』489 頁。

²² 許士宦，「家事訴訟事件之非訟化審理」『民事程序新建構』197 頁。

種類 \ 階段	入口	出口
和解	○	○
調解	×	○
仲裁	○	×
訴訟	×	×
非訟	×	×

○：合意

×：強制

貳、民事訴訟法之特性及發展

（一）民事訴訟之法規範

訴訟為法的紛爭解決方法，與民事訴訟有關的法規範或法律規定，就解決基準、判斷標準而言，民法、商法與其他特別法為實體私法，為依法裁判所依據之法規範。而實體法規定法律要件與法律效果，如損害賠償請求權之成立或發生要件為何（民法 184 條）？買賣契約成立，須雙方就買賣標的物及價金意思表示合致，才發生買賣關係（民法 345 條）。依照訴訟解決紛爭，就裁判內容某程度具有預測可能性，因為法律已明文規定，有無權利義務，法官應依據法律規定，就發生法律效果之法律要件該當與否（權利發生、變更或消滅之要件事實存否）為判斷；若事實有爭執，則必須依憑證據加以認定，此為實體私法的部分。

另外如法院組織法規定裁判法院如何構成以及審級制度。現行通常訴訟事件採行三級三審，第一審為地方法院、第二審為高等法院、第三審為最高法院，事件從第一審進行至第三審。第一審原則上由一位法官獨任審判，重大事件始由三位法官合議審判，高等法

院原則上由三位法官合議審判，最高法院則由五位法官合議審判，此為法院組織法所規定。

有關民事訴訟程序的規範為民事訴訟法，屬於程序法，從起訴、審理、言詞辯論、判決至聲明不服，規範訴訟過程法院與兩造當事人之訴訟行為、訴訟程序，此為民事訴訟法。民事訴訟法可分為狹義之民事訴訟法與廣義之民事訴訟法。狹義之民事訴訟法係指法典名稱為民事訴訟法之法律，又稱為形式的民事訴訟法。但就民事訴訟程序的運作及作用予以規範之法規不限於民事訴訟法，另有實質的民事訴訟法。例如，憲法第 16 條所規定之訴訟權，甚至第 7 條之平等權、第 8 條之人身自由權、第 15 條之財產權、生存權等均涉及程序基本權，而第 80 條規定法官須依法獨立審判，以及法官知法原則，均與適用法律為法官之職責有關。又如法院組織法第 86 條規定，審判原則上要公開法庭行之，日本之公開審判規定於憲法中，而台灣則規定於法院組織法，家事事件法明定家事事件之審理不公開法庭行之（同法 9 條），為其特別規定。即使民法也有訴訟法之相關規定。如民法第 244 條所定詐害行為之撤銷，【例一】：Y 對 X 負有借款債務，不僅不償還，反而將其唯一財產無償贈與其子 Z，依第 244 條第 1 項規定，債務人之無償行為害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之，向來稱為撤銷訴權，此為有關訴權的規範。同法第 74 條針對暴利行為之撤銷也有相關規定。而同法第 275 條連帶債務人所受判決效力之擴張規定，【例二】：X 借錢予 Y1、Y2、Y3，約定 Y1、Y2、Y3 為連帶債務人，X 對 Y1 提起訴訟請求償還借款。若 Y1 獲勝訴確定判決，且非基於個人關係，則該判決對於其他連帶債務人 Y2、Y3 亦有效力。亦即，如 Y1 主張 X 未交付借款或已清償該借款，此並非基於 Y1 個人關係（如 Y1 欠缺行為能力或限制行為能力，而未經法定代理人代理或同意），Y1 所受勝訴確定判決，即有利地及於 Y2、Y3，將來 X 對 Y2、Y3 起訴請求時，Y2、Y3 得以 X 對 Y1 敗訴之確定判決為抗辯。我國民法第