

實例研析系列

修訂三版

民事訴訟法 實例研習



Civil Procedure Law

劉明生◎著

 元照

Civil Procedure Law

《本書簡介》

本書以民事訴訟法實例題之研習為主，共包含四十八則實例題之演練。其乃著重民事訴訟法上相關重要課題之實例研習，如處分權主義與訴訟標的理論、辯論主義與協同主義、民事訴訟第一審程序充實與集中原則、第二審新攻擊與防禦方法提出之容許範圍、善意取得與既判力主觀範圍之擴張、訴訟繫屬登記、異議登記與善意取得、重複起訴之禁止、債務不履行損害賠償、契約解除與訴訟救濟之方式、買賣標的物之瑕疵（不可修補瑕疵與可修補情形）之法律關係與訴訟標的理論之運用、客觀訴之合併、變更與追加、連帶債務共同訴訟之類型及其確定判決之效力、裁判分割共有物訴訟、輔助參加、訴訟告知與法院依職權通知之效力、舉證責任、既判力與爭點效以及第三人撤銷訴訟。本書先闡述各實例之基本概念，後進行案例之解說，並於適當處加上重要之圖表，以助益讀者將各案例與學說及實務見解相結合。

ISBN 978-986-255-672-6



9 789862 556726



1P010PC

定價：550 元



元照網路書店



元照影音館



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

民事訴訟法實例研習



劉明生 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事訴訟法實例研習／劉明生著. -- 三版. --

臺北市：元照， 2015.10

面；公分

ISBN 978-986-255-672-6（平裝）

1.民事訴訟法 2.判例解釋例

586.1

104018527

民事訴訟法實例研習

1P010PC

2015年10月 三版第1刷

作者 劉明生
出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 550 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-672-6

三版序

本次改版新增民事訴訟法實例研習與綜合研習之案例，並就原先案例之部分新增新的學說、實務資料及個人見解。在民事訴訟法實例研習部分，新增「第二審新攻擊與防禦方法提出之容許範圍」之案例，當中主要探討德國與我國第二審上訴程序之性質、第二審新攻擊與防禦方法提出之容許範圍，以及如何始能更加貫徹第一審程序充實與集中原則。尤其依我國民訴法第四四七條第一項本文之規定，當事人原則不能於第二審提出新攻擊與防禦方法，但我國民訴法第四四七條第一項但書設了六款例外規定，以致於本文有被架空之危險。因此，新版書集中分析第四四七條第一項但書第一款、第三款與第六款規定之相關問題，尤其被告於第二審第一次提出消滅時效抗辯，其可否符合第一款之要件，此將因採用修正辯論主義抑或協同主義而有所不同。本文從不同之觀點分析論證，民事訴訟之財產訴訟事件，應採取修正辯論主義，而非協同主義。協同主義擴大法院之闡明義務及於新消滅時效抗辯之提出，使法院成為相當於被告律師之角色，破壞辯論主義之當事人之自己責任與架空當事人之訴訟促進義務，使第一審程序集中之目的落空，喪失第二審瑕疵審查與瑕疵排除之功能。因此，妥適理解，民事訴訟於財產訴訟事件應採取修正之提出原則（修正之辯論主義），強調當事人提出事實之責任與訴訟促進義務，第一審就消滅時效抗辯之提出與其他所有新抗辯之提出，法院並不負闡明義務。被告未於第一審提出消滅時效抗辯並非因法院未盡闡明義務而有程序瑕疵而導致。而實務上甚多判決並未以第四四七條第一項但書第一款容許被告於第二審提出消滅時效抗辯，毋寧部分判決係以同條但書第三款或第六款容許。

再者，部分實務見解認上述之情形為已提出防禦方法補充之情形。部分實務見解認前揭情形係屬新防禦方法之提出，但符合第六款如不許提出顯失公平。反之，部分實務見解認為係屬新防禦方法之提

出，但不符合第六款如不許提出顯失公平之要件。於新版書中明確指出被告於第二審第一次提出消滅時效抗辯，應認屬新防禦方法之提出。此種情形法院駁回新提出之消滅時效抗辯主張，並無所謂顯失公平之情事存在。固然容許被告於第二審提出第一次始提出之消滅時效抗辯，法院極有可能認為消滅時效抗辯有理由因而判決被告勝訴，被告實體法上之利益可因而獲得保障，而被認為無實體法上「顯失公平」之情事存在。然而，其他新的抗辯提出，例如清償抗辯、債務免除抗辯，如法院不讓被告提出，被告實體法上之利益亦將因而無法獲得保障，有所謂「顯失公平」之情事存在，何以唯獨認為消滅時效抗辯不容許其提出將顯失公平。於此必須充分認知，所有新的抗辯不容許被告提出，所有新的攻擊與防禦方法不容許當事人提出，均可能造成實體法上不公平之結果。倘若如此，民訴法第四四七條第一項本文之規定即無須存在，當事人在訴訟上根本無須再負有任何之訴訟促進義務。當事人違反訴訟促進義務而使其產生失權效果之規定本身，本即會造成與實體權利狀況不一致之判決，而此係為了實現第一審程序集中化與迅速化目的而應被容許。

此外，新增「訴訟繫屬登記、異議登記與善意取得」之案例，當中主要探討二〇一五年七月民事訴訟法新修正之第二五四條規定的解釋與適用問題。新法於第二五四條第五項規定，新增「起訴合法與非顯無理由之要件」，使訴訟繫屬登記增加更多之限制，其主要目的乃在維護第三人之交易與他造當事人利益之保護。相較於舊法則更加保護第三人與他造事人之利益。然而，非顯無理由之要件應如何解釋則形成疑問。是否須釋明其請求之存在、是否須提供擔保以代釋明，抑或此所謂顯無理由乃係指比釋明請求權存在（須達到優越之蓋然性程度）更低之心證程度，又或者只須符合主張一貫性之程度則產生疑義。

於新版書則認為於未來於修法上宜要求原告須「釋明請求」或「供擔保以代釋明」，法院始能核發起訴證明。原告為保護其不動產之物權，毋寧宜參照德國民法第八九九條之異議登記制度（須「釋明

請求」或「供擔保以代釋明」)或至少採用須釋明請求(包含提供擔保代釋明)之訴訟繫屬登記制度以為救濟。而異議登記其將發生阻止第三人善意取得之效力，故宜於民法中明確規定該第三人在異議登記後無法再主張善意取得。在異議登記後，因繼受人無法依實體法上之規定主張善意取得，訴訟法上之既判力亦將擴張及於該不動產之繼受人。再者，部分實務見解認為債權請求而起訴之情形，原告亦可聲請訴訟繫屬之登記，如此將大大擴大訴訟繫屬登記之適用範圍，使他造當事人造成不利，且將可能「事實上」影響到或限制到「真正權利人」「有權處分」之自由，故本文認為我國新法第二五四條第五項之適用上應作限縮性適用，不包含基於債權而有所請求之情形。在無訴訟繫屬登記之情形，部分學者主張如繼受人受法院職權通知後猶置諸不理，則此可能被用以判定其未參與本訴訟係因可歸責事由之基礎資料，其不得再提起第三人撤銷訴訟救濟，且從實體法上觀點可被認定為非善意取得權利而無受保護之固有利益。然本文認為實際上於法院知悉有訴訟系爭物移轉之事實，第三人已先符合實體法上不動產善意取得之要件，先依民法之規定善意取得該權利。善意取得之事實於法院通知前業已發生。實體法上善意取得權利之人，不會因法院事後之通知而變成實體法上無法善意取得物權之人。倘若如此，將使訴訟法上之法院通知凌駕實體法上善意取得之制度，依此剝奪第三人實體法上已善意取得之不動產物權。

再者，新版書尚新增「主觀預備合併之訴」、「將來給付之訴」、「訴訟契約」等民事訴訟法實例，且新增「債務不履行損害賠償、契約解除與訴訟救濟之方式」、「買賣標的物之瑕疵可修補瑕疵情形之實體法律關係與訴訟標的理論之運用(重複起訴之禁止)」、「承攬工作物之瑕疵可修補情形之實體法律關係與訴訟標的理論之運用(既判力)」等綜合案例。於綜合案例部分，則著重區分不同物之瑕疵之情形與訴訟法各階段相關問題之綜合演練。

於原先案例部分，則新增新的學說、實務見解資料以及個人對於相關問題之見解。申言之，在辯論主義與協同主義部分，新增民事財

產訴訟事件採用修正辯論主義，而非協同主義之理由。德國關於協同主義之主張只不過為一九七八年當時極為少數學者或法官之主張而已，並非德國從一九七六年後至今二〇一五年一直以來主流性之見解，從一九七六年後至今二〇一五年德國主流性之見解毋寧為修正之提出原則（修正之辯論主義），而非協同主義。如此德國民事訴訟法發展之歷史與經驗，深值吾人在探討與確立我們民事訴訟程序基本原則時參考與借鏡。而我國民事訴訟法新法修正後，仍係採取修正之提出原則（修正辯論主義），而非協同主義。在公益法人之不作為訴訟之性質部分，新增固有權說與法定訴訟擔當說之分析。在重複起訴禁止，新增舊同一事件說、新同一事件說與核心點理論於運用上相關問題分析。於證據法部分，則新增關於損害額估計（酌定）性質之分析，以及關於一般訴訟上事案解明義務承認與否之分析。在法院職權通知、訴訟告知與輔助參加效力部分，深入探討他造當事人與具輔助參加利益第三人間，可否發生既判力與爭點效。於被輔助當事人與具輔助參加利益第三人間，究係發生既判力、爭點效抑或參加效。於新版書綜合分析比較既判力、爭點效與參加效之異同。於結論上認為他造當事人與具輔助參加利益第三人間不會發生既判力與爭點效，被輔助當事人與具輔助參加利益第三人間乃參加效，而非發生既判力與爭點效。於第三人撤銷訴訟部分，則新增大陸與我國第三人撤銷訴訟之學說與實務見解，並新增德國第三人聽審請求權受侵害事後救濟程序之分析。

新版書之順利完成，須深深感謝同好知音好友之支持、關心與鼓勵。於資料蒐集方面之協助，須對瀚緯、柏元、欣莞、孟緯、曉波致上誠摯的謝意。對我最摯愛父母長期一直以來的支持與關心，須獻上無比感激之意。

劉明生 謹誌

2015年8月26日

於政大研究室

二版序

本次改版新增民事訴訟法近年來發展上重要之案例與圖表。為使讀者能更加掌握實例與學說爭論動態之交互結合，此次改版特別著重重要學說爭論之整理及相關實例圖表之製作，盼能就此助益讀者迅速理解各不同實例之學說爭論狀況。尤其新增**案例7—民事訴訟第一審程序充實與集中原則**。當中提出現今民事訴訟程序於第一審程序即應盡可能獲得實質與終局之解決，民事訴訟程序應充實化與集中化，應採用**民事訴訟新的程序基本原則—第一審程序充實與集中原則**。當事人聽審請求權保障、法院闡明義務之完整與迅速履行、公正程序請求權之保障與法院訴訟促進義務之履行，構成當事人違反訴訟促進義務之前提。法院應活用裁定期間，使當事人負有特別之訴訟促進義務。當事人應課盡其一般性訴訟促進義務與特別性訴訟促進義務。當事人訴訟促進義務之強化不論於律師強制代理程序，或無律師強制代理適用之程序均有其適用，因該等義務違犯之前提乃法院已充分完整履行其聽審請求權保障義務、闡明義務與訴訟促進義務，對當事人之權利並無過度侵害之危險。言詞辯論之準備程序僅須有書狀先行程序與早期第一次期日即可。

於新版書中尚提出舊訴訟標的理論與訴訟標的相對論原告可選擇以權利為單位之主張，將有可能無法使訴訟事件於第一審即獲終局解決之危險，毋寧應採用新訴訟標的理論兩個構成要素之理論並結合法院法觀點之闡明義務。原告起訴時僅須表明生活事實與訴之聲明，無須表明具體實體法之權利主張，對原告之權利保護更加周到，且可更加使訴訟事件於第一審即獲終局解決，避免同一紛爭之再燃。此可謂我國民事訴訟程序未來應為努力之方向，此亦為德國民事訴訟實務與學說上通說之見解。為使學說名稱更加彰顯學說之內容，本文則使用新訴訟標的兩個構成要素理論與一個構成要素理論之用語，而未使用二分肢說與一分肢說之用語。

此次改版從民事訴訟程序第一審程序集中化之觀點，考察修正辯論主義與協同主義於財產訴訟程序採用之爭論。協同主義認新事實主張法院亦負闡明義務，就此等新事實當事人可於第二審再主張。從證據資料得知之新事實，為法院職務上已知之事實，當事人仍可於第二審再主張，如此將不合理承認當事人可於第二審再提出新事實，架空當事人之訴訟促進義務，使第一審程序集中之目的落空。反之，修正辯論主義則認為當事人不能於第二審再提出該等新事實，使當事人課盡訴訟促進義務，更加可貫徹第一審程序集中之目的。**修正辯論主義**，而非協同主義，為我國民事訴訟現今與未來民事訴訟程序應合理採用之程序基本原則，此亦為現今德國民事訴訟所採用之基本原則。

此次改版尚於案例15與案例16中致力於實體法動產善意取得與訴訟法既判力擴張之綜合研析。細分基於己意喪失占有之善意取得與既判力主觀範圍之擴張，與非基於己意喪失占有之善意取得與既判力主觀範圍之擴張，兩種實體法上不同之狀況與訴訟法既判力擴張之綜合性研習。使此方面議題之探討更加細緻化與深入化，且特別凸顯實體法上之善意取得與訴訟法上既判力擴張之間之連結關係，而此亦可謂係現今民事訴訟法上不論於研究上或考試上均甚為重要之課題。就此主要有三種見解：訴訟法既判力擴張說、實體法善意取得說、雙重善意說。訴訟法既判力擴張說主張為了貫徹當事人恆定原則保護他造當事人利益之意旨，統一解決兩造當事人與繼受人間之紛爭，貫徹程序利益原則，既判力仍應擴張及於實體法上善意取得之第三人，我國民訴法新法第二五四條第四項通知之規定可作為既判力擴張及於善意取得第三人之正當化基礎。然而，在判斷既判力是否擴張及於繼受人時，實應充分顧慮相關民事實體法上第三人權利之保護。既判力應否擴張及於繼受人，乃依我國民訴法第四〇一條第一項決定，而非依同法第二五四條第四項法院已通知繼受人決定。法院職權通知規定之本身不能作為既判力擴張之基礎。毋寧係先認為既判力於何等情形下可擴張及於特定第三人，法院為保障該第三人程序參與方面之聽審請求權，法院始應通知該第三人，對其負有通知義務。從新法新增法院通

知繼受人之規定，進而導出既判力擴張及於善意第三人之結論，實有倒果為因之危險。現今民事訴訟之重要任務乃在妥適劃定既判力擴張之主觀範圍，唯有依妥適劃定之既判力主觀範圍，始能導出妥適劃定之法院通知義務範圍。我國民訴法第四〇一條第一項，於既判力主觀擴張範圍之劃定呈現適用範圍過廣之問題，因而導致我國民訴法第二五四條第四項法院通知義務範圍過廣之問題。我國民訴法第四〇一條第一項將確定判決效力擴張及於「繼受人（包含善意繼受人）」，並未如同德國法上就「善意取得之第三人」設有既判力排除之規定，此乃我國制定民事訴訟法時，未充分顧慮實體法上已善意取得權利第三人之保護，因而呈現立法上之疏漏，應從事目的性之限縮適用，不包含繼受人為實體法善意取得之第三人。實際上於訴訟繫屬中，訴訟系爭物之繼受人已善意取得該物之權利，原先之所有人已喪失該物之所有權，其不得基於所有物返還請求權請求其返還該物。善意取得第三人之保護優先於原所有人之保護，他造當事人之利益保護應受退讓。德國民事訴訟法於一八九八年即增訂第三二五條第二項保護實體法上善意取得繼受人之規定，使其不受既判力擴張效力所及，至今仍為有效之規定。我國民訴法第四〇一條第一項宜作目的性限縮適用，不包含繼受人為實體法善意取得之第三人。未來宜修法增訂類似德國民訴法第三二五條第二項之規定。基於我國民訴法第四〇一條第一項既判力主觀擴張範圍之目的性限縮適用，則導出同法第二五四條第四項法院之通知義務亦應作目的性限縮適用，不包含實體法上已善意取得之第三人。

新版書中尚新增案例30「法院職權通知、訴訟告知與輔助參加之效力」。此項議題亦屬近年學說上重要之爭議問題。在輔助參加、訴訟告知與法院依職權通知效力之理解上，部分學者主張他造當事人與受通知人、受告知人與輔助參加人間可發生既判力與爭點效。而受通知人、受告知人與輔助參加人與所輔助當事人間，亦發生既判力與爭點效。然而，民事訴訟法第六十三條之法條文義僅認為參加人與其所輔助當事人之間會發生參加效，立法者並未認為可基此條文導出「他造當事人」與「輔助參加人」間會產生既判力與爭點效，且立法者並

非認為「輔助參加人」與「所輔助之當事人間」係發生既判力與爭點效，而係發生「參加效」。上述之立場似未檢視在具輔助參加利益之第三人參加訴訟、受告知或受通知之情形，並無任何繼受或訴訟擔當之情形，並不符合民事訴訟法第四〇一條第一項與第二項之要件，於他造當事人與通知人、受告知人與輔助參加人間無法發生既判力。而受通知人、受告知人與輔助參加人與所輔助當事人間，亦非發生既判力與爭點效，依民訴法第六十三條、第六十七條準用第六十三條或第六十七條之一準用第六十七條，再遞行準用第六十三條，乃發生所謂之參加效。而本文認為法院不能主動依職權通知具輔助參加利益之第三人，基此對其發生所謂之參加效。

新版書中尚於案例31「第三人撤銷訴訟」，就我國現行之第三人撤銷訴訟相關重要問題作詳細之分析。本文作出初步之結論如下：我國現行第三人撤銷訴訟不論在原告適格、被告適格與判決效力上均存有其疑問之處，未來宜將再審訴訟加以完整化，擴大提起再審訴訟之主體適格，使受既判力擴張所及而確定判決前未受法院通知之第三人，改以再審訴訟救濟即可。未受既判力擴張所及之第三人，不能以未受法院通知而提起再審訴訟救濟。

關於共同訴訟型態之判斷，新版書細分三種個案類型研析：1. 連帶債務與共同訴訟之型態（案例23）。2. 共有物返還請求權與共有物返還訴訟（案例24）。3. 確認共有物所有權存在之訴訟（案例25）。尤其連帶債務之共同訴訟類型，於學說上則有類似必要共同訴訟說、普通共同訴訟說、特殊共同訴訟說與準必要共同訴訟說之見解。本書乃採取普通共同訴訟說之見解，訴訟標的對於共同訴訟人無須合一確定，無須作一致性判斷，但於具體個案法院仍可為同勝或同敗之判斷。就民法上相對效力事項，乃適用共同訴訟人獨立原則。民法上之絕對效力事項或限制絕對效力事項存在之情形，其效力亦及於其他共同訴訟人，此乃我國民訴法第五十五條所稱「除別有規定外」，但此並不會因而與訴訟標的對於共同訴訟人不須作一致性判斷之認知相違背，連帶債務共同訴訟仍為普通共同訴訟。此亦為德國現今民法與民事訴訟法學者所採用

之見解。再者，於案例27新增「裁判分割共有物訴訟(二)給付訴訟說之立場」。於就裁判分割共有物訴訟之性質，本書採取給付訴訟之立場，分割請求權為給付請求權，而非形成權。德國現今民法與民事訴訟學者乃採取給付訴訟說之立場。此乃涉及到民事訴訟類型之基本認知與民法上權利權能類型之基本認知，實有於本書加以釐清之必要。倘若裁判分割共有物訴訟為形成訴訟，法院就原告勝訴所作成之判決為形成判決，將只能產生既判力與形成力，而無法產生執行力，如一方面認其為形成判決，另一方面認其有執行力，將違反民事訴訟確定判決效力之基本認知。另於民法上權利之權能類型無法同時是形成權與請求權，故於訴訟上無法就同一訴訟標的認其既是形成訴訟，又是給付訴訟，此乃與實體法上之認知有不相吻合之處。

新版書尚新增「解約、損害賠償與客觀訴之合併、變更及追加」、「客觀選擇合併」、「歸責事由之舉證責任」等案例。新版書之順利完成，深深感謝同好知音好友之支持與鼓勵，且於資料蒐集上與圖表製作上之協助，須對盈萱、子涵、琇慧、政伸、柏元、奕成、明德、曉波致上誠摯之感謝。

劉明生 謹誌

2013年8月

序

德國二〇〇一年民事訴訟改革法（*das Zivilprozessreformgesetz 2001*）之修正，美國二〇〇六年E-Discovery之改革法案，日本平成八年與十五年民事訴訟法之修法，以及我國二〇〇〇年、二〇〇三年、二〇〇七年與二〇〇九年民事訴訟法之修法，均顯示民事訴訟法不斷在演進與改革中。對於民事訴訟最新立法、學說與實務見解之掌握，皆有作更加體系化與細緻化說明之必要。民事訴訟本身即在解決實際案例之糾紛，故能否正確與有效解答民事訴訟相關之實例則扮演重要之角色。而民事訴訟主要之目的，乃在以最有效之方式保障當事人實體法上之權利。民事訴訟法與民事實體法彼此之間之關聯性如何，何種情形應優先考量民事訴訟法之觀點，何種情形應優先考量民事實體法之觀點，何種情形應同時並重兩項觀點，均成為現今研習民事訴訟法實例題時必須一併留意之處。

基此，本書以民事訴訟實例之研習為主，共包含二十五則民事訴訟實例題與六則綜合實例題之演練。本書先探討民事訴訟實例解析之要點、民事訴訟之概念與構造，其後解析具體之實例，其乃著重民事訴訟上相關重要課題之實例研習，如處分權主義與訴訟標的理論、訴之聲明之表明、辯論主義與協同主義、法院闡明義務之體系、客觀訴之變更與追加，當事人變更與追加、客觀訴之合併、訴訟實施權與訴訟擔當、共同訴訟、訴訟參加及既判力之客觀效力範圍與主觀效力範圍等主題。而解答民事訴訟實例題時，宜先掌握與該實例相關之爭點、立法與修法、學說與實務見解，始能使讀者充分與完整解答相關之實例。民事訴訟實例之研習，仍無法脫離民事訴訟立法、學說與理論之發展，民事訴訟法相關學說與理論之建構，仍有從比較法之觀點持續進行之必要，故本書先闡述與該實例相關之基本概念，重要學說與實務見解，次殿以該項實例之解說。本書主要之目的，乃在使讀者充分理解與民事訴訟相關之基本概念、構造、爭點及與該爭點相關之

學說和實務見解，並將其與該案例事實相結合作更進一步推論與解釋之工作，藉此培養其解答民事訴訟實際案例之能力。於文獻參考方面，本書參酌國內關於民事訴訟重要之學說與實務見解，並於適當處參考德國之立法與學說。此外，為利於讀者理解，本書尚於適當處加入比較性與說明性之表格與圖表。透過如此民事訴訟實例之研習，可使讀者更加明瞭民事訴訟相關立法與學說如何於實際案例中運用，並可能依此尋求與驗證各立法與學說之實用性。

本書之完成，必須特別真誠感謝恩師國立臺灣大學名譽教授駱永家博士，於撰寫碩士論文時期之啟蒙與教導，以及博士爸爸德國雷根斯堡大學教授Peter Gottwald博士，在德國攻讀博士學位期間之指導與愛護。此外，尚須由衷感謝元照出版公司之協助，及童綿、安若、孟哲、建廷、勤淵、怡潔諸學隸於本書編排上之建議與協助。最後，對我最摯愛的父母雙親尤須獻上內心無盡感激之意，感謝其長期以來對我的支持與愛護。

劉明生 謹誌

2011年2月

目 錄

三版序
二版序
序

第一章	導 論	1
第二章	民事訴訟實例解析之要點	3
第三章	民事訴訟實例解析之訓練方式	7
第四章	民事訴訟之概念與構造	15
第五章	具體實例之解析	29
案例 1	處分權主義（處分原則）與訴訟標的理論	29
案例 2	實體法上請求權競合與訴訟法上訴訟標的 理論——綜合案例(一)	53
案例 3	訴之聲明之表明	61
案例 4	民事財產訴訟事件之辯論主義（提出原則） 與協同主義	66
案例 5	消滅時效抗辯之闡明	94
案例 6	辯論主義之適用範圍	99
案例 7	離婚事件、遺產分割事件與其他 家事財產訴訟事件之程序基本原則	102
案例 8	民事訴訟第一審程序充實與集中原則	111
案例 9	第二審新攻擊與防禦方法提出之容許範圍	129
案例 10	簡易訴訟與小額訴訟程序	151
案例 11	管轄權	163
案例 12	訴訟實施權與訴訟擔當	173

案例 13	代位訴訟	189
案例 14	重複起訴之禁止	193
案例 15	訴訟標的理論與重複起訴之禁止	208
案例 16	訴訟繫屬中之特定繼受 ——債權繼受與債權請求訴訟系爭物繼受	215
案例 17	基於己意喪失占有之善意取得與既判力 主觀範圍之擴張——綜合案例(二)	227
案例 18	非基於己意喪失占有之善意取得與既判力 主觀範圍之擴張——綜合案例(三)	244
案例 19	訴訟繫屬登記、異議登記與善意取得 ——綜合案例(四)	257
案例 20	客觀訴之變更與追加	269
案例 21	債務不履行損害賠償、契約解除與 訴訟救濟之方式——綜合案例(五)	285
案例 22	買賣標的物之瑕疵不能修補之實體法律關係 與客觀訴之合併、變更及追加——綜合案例(六)	311
案例 23	買賣標的物之瑕疵可修補瑕疵情形之 實體法律關係與訴訟標的理論之運用 (重複起訴之禁止)——綜合案例(七)	317
案例 24	承攬工作物之瑕疵可修補情形之實體法律 關係與訴訟標的理論之運用(既判力) ——綜合案例(八)	329
案例 25	當事人變更與追加	338
案例 26	客觀預備合併	344
案例 27	給付遲延、給付不能與客觀預備合併 ——綜合案例(九)	351
案例 28	主觀預備合併之訴	358
案例 29	客觀選擇合併	362
案例 30	家事事件之合併、追加與移送	368

案例 31	連帶債務與共同訴訟之型態 ——綜合案例(十)	373
案例 32	共有物返還請求權與共有物返還訴訟 ——綜合案例(土)	387
案例 33	確認共有物所有權存在之訴訟 ——綜合案例(土)	397
案例 34	裁判分割共有物訴訟(一)形成訴訟說之立場 ——綜合案例(土)	401
案例 35	裁判分割共有物訴訟(二)給付訴訟說之立場 ——綜合案例(土)	411
案例 36	請求履行分割協議之訴訟	416
案例 37	將來給付之訴	418
案例 38	訴訟契約	423
案例 39	輔助參加與參加效	428
案例 40	法院職權通知、訴訟告知與輔助參加之效力	436
案例 41	第三人撤銷訴訟	446
案例 42	舉證責任之基礎理論	469
案例 43	歸責事由之舉證責任——綜合案例(土)	493
案例 44	法律上之事實推定與權利推定 ——綜合案例(土)	503
案例 45	發回更審後於第二審擴張上訴之聲明	509
案例 46	第三審上訴	514
案例 47	既判力客觀效力範圍與爭點效理論	521
案例 48	既判力主觀效力範圍及其擴張	530

第一章

導 論

環觀二十一世紀初，不論外國與我國之民事訴訟法，皆試圖進行大幅度的修正，以此建立一嶄新容貌之民事訴訟法，諸如德國公元二〇〇一年之民事訴訟改革法（das Zivilprozessreformgesetz 2001），美國公元二〇〇六年之E-Discovery改革法案，日本平成八年與十五年之民事訴訟修法，我國二〇〇〇年、二〇〇三年、二〇〇七年、二〇〇九年及二〇一三年民事訴訟之修法。凡此均說明民事訴訟法不斷在演進與改革中。對於民事訴訟最新立法、學說與實務見解之掌握，皆有作更加體系化與細緻化說明之必要。民事訴訟本身即在解決實際案例之糾紛，通過司法官國家考試審理具體民事訴訟事件之法官，須能充分掌握案例事實，釐清當事人間之爭點，就此等爭點作出合理的事實認定，並妥當解釋、適用相關之法規範，就當事人間之訴訟紛爭作出正確與適時之判斷。而代表當事人進行訴訟之律師亦須充分掌握案例事實與相關之法律，提出有利之攻擊方法或防禦方法，整理當事人間之爭點，試圖有效解決當事人間之紛爭。由此可知，關於民事訴訟實例解析能力之訓練，對於培養法律專業人士扮演重要之角色。而民事訴訟主要之目的，乃在於以最有效之方式保障當事人實體法上之權利。民事訴訟法與民事實體法彼此之間之關聯性如何，則成爲現今研習民事訴訟實例時亦須一併留意之處。

基此，本文以民事訴訟實例之研習爲主，共包含民事訴訟實例題與綜合實例題之演練。其先探討民事訴訟實例解析之要點、民事訴訟之概念與構造，其後解析具體之實例，乃著重民事訴訟上相關重要課題之實例研習，如處分權主義與訴訟標的理論、訴之聲明之表明、辯論主義與協同主義、法院闡明義務之體系、民事訴訟第一審程序充實與集中原則、重複起訴之禁止、當事人恆定原則、善意取得與既判力主觀範圍擴張之問題、客觀訴之變更與追加，解約、損害賠償與客觀訴之變更、追

2 ● 民事訴訟法實例研習

加、當事人變更與追加、客觀訴之合併、訴訟實施權與訴訟擔當、連帶債務共同訴訟、共有物返還請求權與共有物返還訴訟、確認共有物所有權存在訴訟、判決分割共有物訴訟、訴訟參加、訴訟告知、法院依職權通知、舉證責任、既判力之客觀範圍、爭點效與既判力主觀效力範圍及其擴張，以及再審訴訟與第三人撤銷訴訟等主題。另基因於民事訴訟實例之研習，仍無法脫離民事訴訟立法、學說與理論之發展，民事訴訟法相關學說與理論之建構，仍有從比較法之觀點持續進行之必要，故本文先闡述與該實例相關之基本概念，重要之學說與實務見解，次以該項實例之解說。衷心期盼透過如此民事訴訟實例之研習，更加助益讀者明瞭民事訴訟相關立法與學說於實際案例中運用之狀況，並可能依此尋求與驗證各立法與學說之實用性。

第二章

民事訴訟實例解析之要點

壹、各項民事訴訟實例題考試之取向

各項國家考試大體上（並非必然）有其側重之考題方向。律師考試則著重與律師或當事人有關之問題。例如當事人能力、訴訟能力、律師強制代理與否，當事人適格，當事人之權能、責任與義務、律師可為代理之範圍。司法官考試則偏重於法院審查起訴是否合法、應如何進行審理、如何判決之問題。例如法院審判權與管轄權，法院之權限（民訴法第六十七條之一法院得依職權通知）與法院之義務（民訴法第一九九條法院之闡明義務），法院之審理方式，法院應如何處理回應當事人提出之聲請，其是否受當事人陳述之拘束。於三合一之考試，則須法院與律師角色兩者兼顧。

貳、解答實例題之時間有限性

各項考試所欲解答之實例題，皆設有一定時間之限制，故應養成平時即應依「體系之觀點」，整理爭點之習慣，就重要爭議問題直接相關之學說上與實務上見解之精華，亦即最重要之部分（關鍵字與關鍵詞）記載於一大張之圖紙上，將每個重要爭議問題與直接相結合之學說與實務見解精華一併記載，並特別注意各爭議問題之間之連結性，將各項相關問題連串在一起。

參、民事訴訟實例解析之有效方法

一、尋求解答實例題之中心思想

每一實例考題皆有其欲測驗考生之中心思想，切忌偏離考題的主軸與中心思想作答。於回答實例題時應先判斷該實例題所涉及之主題為何，出題者所擬測驗考生於民事訴訟法何方面問題解決之能力。此種「測驗主題」之找尋，主要應從出題者所提出之問題判斷之。

二、掌握案例事實之重點

其次，應於上述主題設定之範圍內，根據出題者所提出之問題，尋找出重要之案例事實，除去不重要之案例事實。就不重要之案例事實，於解答題目時無須回答，必須直接針對出題者所提出之問題切入，無須撰寫一大堆無關緊要之定義性或概念性之回答。於此階段應審查何種案例事實為重要，何種案例事實為不重要，此等重要事實發現之過程，可能同時發現各項不同之爭議點。

三、尋求與重要之案例事實直接相關之法條規定

於過濾掉不重要之案例事實後，應針對重要之案例事實，尋求與其直接相關之重要法條規定。倘若於考試時找不到重要之法條，將大大影響解答之成果。

※準備方向：平時即應熟記各法條規定之構成要件與效果，以及各法條規定間之連結與關聯性，將彼此相關之法條連結在一起。

四、發掘重要爭議點之所在

於回答所提之問題時，應明確指出學說上相關之爭論點為何，於案例事實非常長之情況，切勿驚慌，以致於未充分尋找出重要爭議點。惟通常每一實例題均有三至五個重要爭議點，倘若未正確與充分找出爭議點，將大大影響作答之成效。

五、有效與明確鋪陳相關之見解與論證

於充分掌握爭點後，即須撰寫此等爭點學說上與實務上處理之方式，以各種重要見解採取之理由「精華」，亦即理由構成之最重要部分為基礎，於答案中彰顯各該重要之關鍵字與關鍵詞，使其成為完整且推論一貫之見解與理由的鋪陳，並將該等學說與實務見解套用於本案例之事實，進行解釋與推論，基此導出不同之結果（此部分非常重要，因如此之回答始符合解決「實例題」之要求），最後並可適度表達個人之見解。



第三章

民事訴訟實例解析之訓練方式

壹、概 說

除上述民事訴訟實例解析之有效方法外，尚應特別著重民事訴訟實例解析之訓練方式。其方式共可分為：一、特定主題引導與連結之訓練方式。二、不同主題相連結之實例解析方式。三、不同實例與訴訟狀況變化之解答。四、著重民事訴訟法新法修正後之實例解析，並重視與社會最新時事結合之實例解析。五、著重複雜訴訟型態之實例解析。六、民事訴訟法與民法相結合之案例解析方式。

貳、特定主題、新法修正、考古題、時事案例相互結合之實例解析訓練方式

民事訴訟法之核心條文即為第二四四條第一項。依該條項之規定，可知民事訴訟之構成要素，主觀要素有當事人，客觀要素有訴訟標的與訴之聲明。解答民事訴訟實例問題時，必須明確區分主觀要素與客觀要素的不同，並從事以主觀要素或客觀要素為主軸之連結性思考。

一、主觀方面之連結性思考

(一)以【當事人】為核心主題

1. 簡單訴訟型態

(1)當事人能力（參民訴法第四十條第一項與第三項）

兩造當事人皆須有當事人能力。應特別留意民訴法第四十條第三項關於非法人團體之解釋問題，尤其關於合夥、祭祀公業、分公司相關當

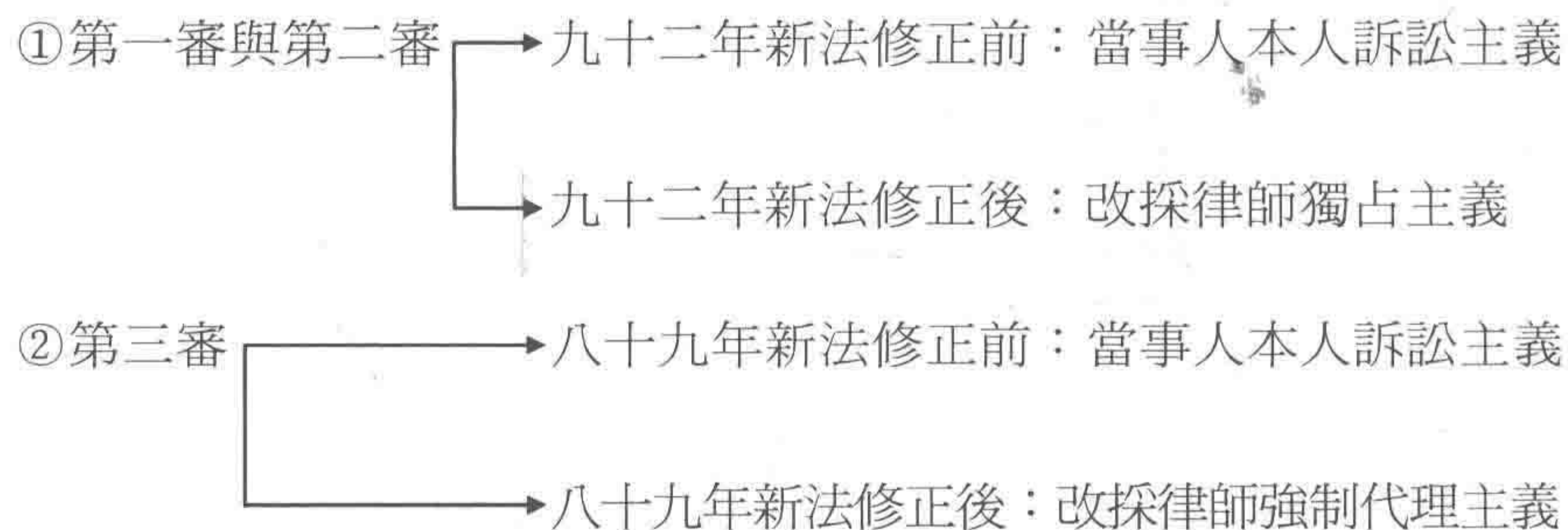
事人能力認定及其既判力是否擴張之問題。

(2) 訴訟能力（參民訴法第四十五條）

不論原告或被告皆必須具備訴訟能力。於此應特別留意受輔助宣告之人於實體法與訴訟法上之地位（參民訴法第四十五條之一）。

(3) 自己為訴訟行為之能力

自己為訴訟行為之能力，乃指當事人可以自己獨自為訴訟行為之能力。不論原告或被告皆必須具備可由自己，無須委由他人為訴訟行為之能力，此乃兩造當事人，不論原告或被告皆須具備之能力。就第一審與第二審程序而言，於我國舊法之下乃採取當事人本人訴訟主義，新法修正後則採取所謂的律師獨占主義（或可稱為任意律師代理主義），但仍未採取律師強制代理主義。「倘若」原告或被告委任訴訟代理人實施訴訟時，於我國新法修正後，原則上應以律師為限，以非律師為訴訟代理人應獲法院許可（民訴法第六十八條）。但民訴法第六十八條第一項，並未強制訴訟代理人代替當事人進行訴訟，當事人仍可不委任訴訟代理人代其進行訴訟，而由自己本人進行訴訟。相對於此，我國現行民事訴訟法僅於第三審上訴程序採行律師強制代理（Anwaltszwang）主義（參民訴法第四六六條之一）。任意律師代理主義與律師強制代理主義之差異，在於當事人本人可否選擇自行進行訴訟。於前者之情形，當事人本人可自為訴訟行為，即使未委任律師為訴訟行為，其所為的訴訟行為仍為有效。於後者之情形則必須委任律師代為訴訟行為，如未委任律師，其訴訟行為無效。茲將我國新法與就舊法所採用之模式圖示如下：



(4)當事人適格

當事人必須具有訴訟實施權，不論原告或被告皆須為適格之當事人。此部分為實例題解析上非常重要之部分，尤其在複雜訴訟型態或多數人紛爭存在之情形，當事人適格如何判斷之問題。

2. 複雜訴訟型態

(1)訴訟擔當之情形

於解答實例題應先判斷是否構成訴訟擔當，如構成訴訟擔當再區分係法定訴訟擔當抑或意定（任意）訴訟擔當，尤其何種情形屬於不構成訴訟擔當而屬於當事人固有權之問題，例如公益法人提起不作為訴訟之情形有固有權說與法定訴訟擔當說之爭論。又於構成訴訟擔當之情形，究屬意定訴訟擔當抑或法定訴訟擔當之何種類型，亦須明確區辨。此外，於共有物返還請求之訴訟、代位訴訟以及權利繼受或系爭物繼受之情形，宜留意下列問題：何人具備當事人適格，是否構成法定訴訟擔當，是否違反重複起訴禁止之要求，既判力主觀效力範圍是否擴張及於何等範圍可擴張，應否賦予事前聽審請求權保障，程序參與之方式為何，訴訟參加之類型為何，以及其與再審訴訟或第三人撤銷訴訟之關聯性如何。

(2)多數人紛爭於民事訴訟之解決方式

多數人紛爭於民事訴訟究有哪些解決方式，例如共同訴訟（民訴法第五十三條以下，尤其第五十六條），選定當事人制度（第四十一條），併案請求之選定當事人制度（第四十四條之二），選定公益社團法人代為進行訴訟（第四十四條之一），公益法人主動提起之不作為訴訟（第四十四條之三）等。關於何人具備當事人適格之判斷，是否構成訴訟擔當，究構成法定訴訟擔當抑或意定訴訟擔當，是否違反重複起訴禁止之要求，既判力主觀效力範圍是否擴張之問題，以及訴訟參加之問題皆成為實例題之重點。

(3)當事人之變更或追加

不論係原告或被告方面皆有可能發生變更或追加之情形。此等當事人主觀要素方面之變更或追加，須與客觀要素方面之變更、追加明確區辨，二者在訴訟法上之規制不同。客觀訴之變更、追加須特別留意判斷

請求基礎事實同一性之四項學說與現行實務見解所採紛爭關聯說，於此須特別留意訴訟經濟之要求。於當事人變更追加尤應注意實務見解與獨立訴訟制度說之不同，尤其獨立訴訟制度說相關當事人同意權或處分權之保護。此部分為實例題常出現之主題。此外，尤應注意我國民訴法第二五五條第一項第五款關於追加合一確定當事人之規定如何解釋之問題。

(4) 反 訴

於此宜特別留意新法修正的部分，對本訴之原告與訴訟標的須合一確定之當事人，亦得同時提起反訴（參民訴法第二五九條第一項）。

(5) 共同訴訟

應特別注意共同訴訟亦為多數人利用民事訴訟解決紛爭之方法之一，其特色在於當事人係複數而非單數。於實例題解析上應特別留意若干個別訴訟，究為普通共同訴訟抑或必要共同訴訟（固有必要抑或類似必要共同訴訟），例如共有物返還訴訟有類似必要共同訴訟與普通共同訴訟之爭論、確認共有物所有權存在或不存在之訴訟有固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟之爭論。連帶債務共同訴訟有普通共同訴訟、特殊共同訴訟、準必要共同訴訟與類似必要共同訴訟之爭論。此外，尚應特別留意新法第五十六條之一之規定，依該條之規定，於訴訟標的數人須合一確定而應共同起訴之情形（固有必要共同訴訟之情形），如其中一人或數人拒絕同為原告而無正當理由者，法院得依原告之聲請，以裁定命該未起訴之人於一定期間內追加為原告。逾期未追加者，視為一同起訴。本條規定之適用範圍及其立法上之妥當性則須注意。

重點補充

以訴訟標的須合一確定為連結主題：民訴法第56條、第56條之1、第255條第5款、第259條、第385條第2項、第459條第2項、第507條之4第2項但書。

(6) 既判力主觀範圍及其擴張

既判力原則上僅及於訴訟之兩造當事人（參民訴法第四〇一條第一項）。於有法定訴訟擔當或意定訴訟擔當之情形，依民訴法第四〇一條第二項之規定，既判力例外擴張及於被擔當人。於此須特別留意何種情形可構成法定訴訟擔當，該法律規定之依據何在，尤其在公益法人提起之不作爲訴訟是否構成法定訴訟擔當（固有權說與法定訴訟擔當說）。共有物返還訴訟是否構成法定訴訟擔當，既判力是否擴張及於未參與訴訟之其他共有人（勝敗均不及說、勝敗均及說、勝及敗不及說）。代位訴訟是否構成法定訴訟擔當（肯定與否定說）。另依民訴法第四〇一條第一項之規定，既判力尚例外擴張及於當事人之繼受人及爲當事人或其繼受人占有標的物之人。於此應特別留意既判力是否可擴張及於權利繼受人、債權請求之訴訟系爭物繼受人、物權請求之訴訟系爭物惡意繼受人及物權請求之訴訟系爭物善意繼受人。尤其既判力可否擴張及於實體法上已善意取得權利之第三人（訴訟法既判力擴張說、實體法善意取得說、雙重善意說）。我國民訴法第四〇一條並未設有德國民訴法第三二五條第二項既判力不擴張及於實體法善意取得第三人之規定，其於立法上是否有疏漏之處，實值深思。

(7) 訴訟參加、訴訟告知與法院依職權通知

訴訟參加與當事人追加有何差異性，訴訟參加之型態有哪些？共同訴訟參加與主參加訴訟是否爲訴訟參加？輔助參加、訴訟告知與法院依民訴法第六十七條之一通知後，對第三人可發生何種效力，於學說上則存有甚大之爭論。我國民訴法第六十七條之一之法院得通知法律上利害關係第三人參加訴訟之規定，受通知之對象範圍包含具輔助參加利益之第三人，包含範圍是否過廣，是否有假借事前程序保障之名，進行侵害第三人權利之實。法院通知具輔助參加利益之第三人參加訴訟後，其未參加訴訟，依部分學者之見解，不論於被輔助之當事人與受通知人間，或他造當事人與被通知人間均發生既判力與爭點效，如此之立場是否有推論上倒果爲因之危險，既判力擴張之基礎乃民訴法第四〇一條第一項與第二項，而非民訴法第六十七條之一。係先認既判力可擴張及於第三人，始導出法院對其負通知義務。如既判力不能擴張及於具輔助參加利

益之第三人，則無法導出法院對其負通知義務，且法院也不得通知其參加訴訟。現行法將是否發生參加效（依部分學見解尚包含既判力與爭點效）掌握在法院職權通知與否，由法院操縱參加效，甚至既判力與爭點效，實有違禁止法官恣意原則。認可發生既判力與爭點效之立場與現行法民訴法第六十七條之一第三項準用第六十七條，第六十七條再遞行準用第六十三條之立場，僅於被輔助當事人與受通知人間發生「參加效」，而非既判力與爭點效之立場相違背。而於他造當事人與受通知人間可發生既判力與爭點效之立場，亦無法從民訴法第六十三條與民訴法第四〇一條導出及獲得正當化之基礎。

(8) 再審訴訟與第三人撤銷訴訟

第三人撤銷訴訟之原告適格為何，於實務上與學說上則產生甚大之爭論。其是否包含未受既判力擴張所及之第三人？法院通知具輔助參加利益之第三人參加訴訟後，該第三人可否因有參加效排除事由，以排除既判力之事由提起第三人撤銷訴訟？第三人撤銷訴訟在原告適格、被告適格與判決效力上是否有其問題存在。再審訴訟未來應如何充分完整發揮其功能，均值留意。

(二) 以【法院】為核心主題

須特別留意與法院權限與義務有關之規定。法院亦可謂係主觀方面之問題。民訴法第一九九條之規定，乃關於法院闡明義務之規定。若當事人所提出之聲明、事實與證據有不明瞭或不完足之情形，法院不得直接適用存在處分權主義與辯論主義之當事人自己責任原則，以及所謂的主張責任與舉證責任，作出對當事人不利益之判斷，毋寧應積極輔助當事人，明確告知當事人其所提出之主張有不明瞭或不完足之情形，此即所謂法院之闡明義務。我國民訴法第一九九條、第一九九條之一、第二四四條第四項、第二四七條第三項、第二九六條之一之規定，皆使用審判長「應」之用語，此等條文皆課予法官闡明之義務。法官闡明義務為法官必須履行之義務，而非法官得自由決定是否行使之闡明權，六法全書旁所寫之「闡明權行使」宜改為闡明義務。若法院未盡法定之闡明義務，則構成上訴第二審或第三審之事由，其所作成之判決即違背法令。

於此，宜特別留意如何建構完整之法院闡明義務體系，以及法院闡明之界限何在。與法院主題有關者尚有法院之審判權與管轄權，以及各項程序基本原則，尤其處分權主義、辯論主義或協同主義之爭論，以及第一審程序充實與集中原則。

二、客觀方面之連結性思考

(一)以【訴訟標的】為核心主題

1. 簡單之訴訟型態

(1) 訴訟標的之特定與功能

訴訟標的應如何特定，民事訴訟法第二四四條第一項第二款所稱之原因事實意涵為何，以及訴訟標的之功能為何，須特別留意。

(2) 訴訟標的理論之爭論

訴訟標的理論主要有舊訴訟標的理論、新訴訟標的兩個構成要素理論（二分肢說）、新訴訟標的一個構成要素理論（一分肢說）與訴訟標的相對論之學說見解。於實例題方面須留以實體法上請求權之尋求與檢驗及何種情形構成請求權競合，請求權競合與訴訟標的理論之關聯性，依不同訴訟標的理論所產生不同之訴訟標的與法觀點判斷、訴訟標的個數之判斷、是否構成客觀訴之合併、客觀訴之變更與追加，不同法院闡明義務型態之判斷以及不同既判力客觀範圍之判斷。

2. 複雜之訴訟型態

(1) 客觀訴之變更、追加

民訴法第二五五條為甚為重要之條文，尤其關於第一項但書第二款請求基礎事實同一之解釋，主要有社會事實同一說、紛爭關聯說、判決基礎事實同一說及有助於事件解決說（訴訟經濟說）四種見解，現行實務採紛爭關聯說。

(2) 客觀訴之合併

是否構成客觀訴之合併，現行民事訴訟法宜承認何種客觀訴之合併之型態，其要件為何，原告於處分權主義方面之主導權是否可不設任何限制。較值留意之客觀合併型態有四：一為單純合併。二為真正之預備

合併。三為不真正預備合併（階梯合併）。四為選擇合併（原則上禁止，例外容許）（參民訴法第二四八條）。

(3)重複起訴之禁止（民訴法第二五三條）

如何判斷同一事件，就此宜留意舊同一事件說、新同一事件說與核心點理論之爭論。

(4)既判力之客觀範圍（民訴法第四〇〇條）

既判力之客觀範圍如何劃定，宜留意其原則與例外之狀況。尤其關於訴訟標的理論之爭論、是否承認爭點效理論及發生爭點效之要件為何等問題。

(二)以【訴之聲明】為核心主題

1. 訴之聲明表明明確性原則（民訴法第二四四條第一項）。

2. 訴之聲明表明明確性原則之例外情形。

依民訴法第二四四條第四項之規定，金錢損害賠償之訴，原告得僅表明賠償金額之下限。本條項之規定主要考量原告於起訴時，就損害額度之多寡難以估定，尤其慰撫金之損害賠償額，其有表明確定金額之困難，為避免其因違反訴之聲明表明明確性原則，而遭受駁回訴訟之不利，故特別減輕原告聲明表明責任，但本條之適用僅限於金錢損害賠償訴訟，其他情形仍須適用第二四四條第一項之訴之聲明表明明確性原則。

於此須特別注意，依民訴法第二四四條第四項之規定，法院於第一審言詞辯論終結前，「應」提示當事人補充賠償金額。於此種情形，法院應否告知當事人具體應補充之金額？於其告知後如原告不為補充，法院可否超過原告先前表明之最低金額判決，於學說上則存有爭論。

3. 訴之聲明之縮減與擴張（民訴法第二五五條第一項第三款）。

第四章

民事訴訟之概念與構造

壹、民事訴訟之概念

一、民事訴訟為解決關於私權紛爭之程序

從民事訴訟之字面定義，吾人即可知悉，民事訴訟乃關於「民事紛爭」之訴訟程序，並非關於刑事或公法糾紛之訴訟程序。民事訴訟與刑事訴訟不同，刑事訴訟之目的在確定國家對於被告行刑罰權的有無，民事訴訟法主要在解決私人間的私權糾紛。於刑事訴訟之原告主要為檢察官，其擔當偵查與犯罪訴追之責，被告基於無罪推定之原則，並不負主張責任與舉證責任，此與民事訴訟被告亦可能擔負主張責任與舉證責任不同，且於刑事訴訟基於公益性的考量，主要適用職權探知主義（die Untersuchungsmaxime），於民事訴訟基於私益的考量，主要適用辯論主義（die Verhandlungsmaxime）或提出原則（der Beibringungsgrundsatz）。

民事訴訟事件與行政事件亦不相同，民事訴訟事件係涉及私法權利義務糾紛之事件，行政事件以行政機關與人民之公法權利義務糾紛為事件之內容。基於公益性與行政目的之考量，於行政救濟程序設有許多不同於民事訴訟之規範。例如為使行政機關可就違法作成之行政處分有再次審查之機會，當人民提起行政訴訟前，原則上應先向上級行政機關提起訴願（訴願法第一條），於民事訴訟通常不會有如此之先行政程序，僅於例外之情形，要求當事人應先進行所謂的調解程序（參民訴法第四〇三條）。於行政訴訟基於公益性之考量，原則上採取職權探知主義（參行政訴訟法第一二五條），而於民事訴訟於財產訴訟事件主要採取所謂的辯論主義審理原則。

然而，民事訴訟與憲法救濟程序有密切之關聯性。憲法救濟程序主

要涉及憲法基本權受侵害之救濟。民事訴訟之事件，於判決確定後，如涉及憲法基本權之侵害（參憲法第十六條），當事人即可依憲法救濟程序排除該侵害，尤其關於當事人聽審請求權之侵害。聽審請求權（*der Anspruch auf rechtliches Gehör*）主要包括三項內容，一為影響當事人權益之判決事項，法院應先告知當事人，尤其應先通知當事人。對於受既判力擴張所及之第三人，為保障其聽審請求權法院亦應通知其參與訴訟。二為於當事人參與訴訟後，法院應更進一步賦予當事人陳述意見之機會。三為於當事人陳述意見後，法院應於其判決中審酌或顧慮當事人之意見。

二、民事訴訟為連續進展之程序

民事訴訟法乃屬於程序法的一種，其與民事實體法不同。於訴訟中除兩造當事人將多出法院之角色，透過法院以判斷當事人間之權利義務關係。於實體法主要規範當事人間之靜態權利義務關係，而民事訴訟主要規定一連串動態程序的進行。例如如何起訴，當事人如何為聲明之主張，如何為事實與證據方面之主張，法院應如何進行訴訟事件之審理，調查證據，進行言詞辯論，並基此作出判決等。民事實體法一般而言不會去規範此等程序如何進行，其亦不會規範「具體」之當事人與訴訟參加人如何參與訴訟，展開言詞辯論。民事訴訟乃依一定時間先後順序而進行之程序。既為程序之進行，必然涉及一定時間之經過，當事人就此將花費相當之時間、勞力以及費用，故於民事訴訟如何使當事人為進行該訴訟而付出之時間、勞力以及費用合理化，避免其付出過度與不必要之時間、勞力以及費用，則成為異於民事實體法所應特別考量之問題。此外，應特別留意民事實體法與民事訴訟法彼此之間之關聯性，尤其關於請求權競合與訴訟標的理論及客觀訴之合併之關聯性、解約、損害賠償與客觀訴之變更、追加，代位權與法定訴訟擔當構成與否、連帶債務、共有物返還訴訟、確認共有物所有權存在或不存在訴訟與共同訴訟類型之判斷、判決分割共有物訴訟與訴訟類型判斷之關聯性、歸責事由、不當得利無法律上原因之舉證責任分配、事實推定與權利推定，當事人實體法上權利之保護與訴訟促進義務之關聯性、善意取得與既判力

主觀範圍擴張之關聯性。尤其應特別留意下列事項：一為何種情形為民事訴訟法上之判斷或考量須優先於民事實體法上之判斷或考量；二為何種情形為民事實體法上之判斷或考量應優先於民事訴訟法上之判斷或考量；三為何種情形須同時兼顧訴訟法與實體法之觀點；四為何種情形訴訟法之規定或判斷可影響實體法之規定或判斷；五為何種情形實體法之規定或判斷可影響訴訟法之規定或判斷。

三、民事訴訟為求得解決紛爭之判決或訴訟上和解而進行之程序

民事訴訟為求得解決紛爭之判決而進行之程序。當事人起訴特定訴訟對象與範圍，提出攻擊與防禦方法，法院就此進行審理，並由「法院」作出系爭事件之「本案判決」，由法院就當事人之爭執對象作出一終局之判斷，此可謂傳統上對民事訴訟之理解。但現今民事訴訟不僅應強調由法院依判決之方式解決當事人間之紛爭，且應強調透過當事人合意之方式以解決民事訴訟紛爭。訴訟上和解乃透過當事人之合意來解決當事人間之紛爭，並以其合意之內容以定當事人間之權利義務關係，與由法院基於公正第三人之立場，就當事人間之紛爭，經過審理作出法律與事實方面之判斷，並以法院判決之內容作為當事人間權利義務關係之標準不同，但當事人往往在民事訴訟中，已處於相對立之地位，故應由法院分析雙方之利益狀況，評價所有有助於和解達成之情況，積極協助當事人，以使當事人有達成訴訟上之和解之可能。訴訟上和解之理念，已導入民事訴訟，於德國民事訴訟法上已認為原則上法院於進行言詞辯論前，負有進行訴訟上和解程序之義務（參德國民訴法第二七八條第一項與第二項）。

四、民事訴訟乃於法院前解決民事紛爭之程序

民事訴訟乃於法院前解決民事紛爭之程序，透過法院之判決或當事人間之訴訟上和解以解決當事人間之紛爭。現今解決民事紛爭之方法，不限於民事訴訟程序，尚包括透過其他民事程序以解決當事人間之紛爭，此等程序可謂係訴訟外民事紛爭解決程序。其主要有仲裁程序與調

解程序。前者主要規定在仲裁法，後者主要規定在民事訴訟法（參民訴法第四〇三條以下）以及其他法律（如鄉鎮市調解條例）。仲裁程序，乃經由兩造當事人之合意（仲裁協議），選任仲裁人由仲裁人進行審理並基此作出仲裁判斷以解決當事人間之紛爭。民事訴訟對程序進行之要求較為嚴格，原則上不承認當事人對程序規則約定之自由，反之，仲裁程序進行之要求較為寬鬆，且原則上承認當事人自由形成程序規則之自由。於仲裁程序方面，有三項重要問題須探討，一為強制應適用之基本原則，其可包含聽審請求權保障、實質武器平等原則、禁止排除委任律師之權利，以及公正程序請求權保障。二為當事人程序規則約定之自由與限制。三為仲裁庭之自由裁量與限制。從我國現行仲裁法第十九條與第二十三條第一項合併觀之，仲裁庭自由之裁量，僅受同法第二十三條第一項聽審請求權保障部分內容之拘束而已，並非聽審請求權保障全部內容之拘束，就此仍存有不足之處。且「僅」仲裁庭之自由裁量受同法第二十三條第一項聽審請求權保障部分內容之拘束而已，而當事人之約定則未受聽審請求權保障之限制，為充分保障當事人之聽審請求權，未來明文規定當事人之約定仍受聽審請求權保障之拘束。我國仲裁法第十九條並未明確規定當事人之約定與仲裁庭之自由裁量受武器平等原則之拘束，亦未設有禁止排除當事人委任律師代理權限之規定，未來宜修法上加以明文規範。於強制規定之範圍之外，當事人就仲裁程序之形成有自主決定之權限，其不僅可就整個程序進行之規則約定，且可就個別特定之程序問題有所約定。當事人可約定適用國內或外國之民事訴訟程序。當事人亦可為混合形式之程序規則約定，例如基本上採德國之程序，但於證據之蒐集方面採美國之discovery或disclosure程序。當事人亦可透過指示的方式，指示依何一仲裁程序法規來進行。如當事人未特別約定可採用摸索的證明，採用美國discovery或disclosure之事證蒐集程序，仲裁庭不能進行摸索的證明，不能進行discovery或disclosure之事證蒐集程序，因摸索的證明將大大破壞當事人提出原則，discovery或disclosure之事證蒐集程序將不當增加當事人於費用之負擔與侵害當事人隱私權或營業秘密權，此種情形，如仲裁庭選擇進行摸索的證明，採用進行discovery或disclosure之事證蒐集程序，應認違反程序法上之公共秩

序要求。

民事訴訟法院應依實體法裁判；反之，仲裁程序中若當事人明示合意時，仲裁人得依衡平法理判斷（參仲裁法第三十一條）。仲裁程序經一審程序即獲終結，當事人僅能於特定之情形，提起撤銷仲裁判斷之訴（參仲裁法第三十七條第一項、第四十條）。於民事訴訟對第一審或第二審法院判決不服時，當事人於符合上訴要件時，尚得上訴至第二審或第三審。因此，仲裁程序一般而言可較為迅速獲得終結，但當仲裁標的金額甚為龐大而案情甚為繁雜時，則並非必然較民事訴訟程序之進行迅速，且須留意現今民事訴訟已改採第一審集中審理原則，程序之進行已較過去更為迅速化。仲裁程序之優點在於可直接借重仲裁人之專業判斷（例如工程方面之專精知識）。於民事訴訟主要由具法律知識之法官從事法律與事實之判斷，委由鑑定人從事專業之鑑定。此外，須留意者，仲裁人之判斷，與確定判決有同一效力。

仲裁程序與仲裁鑑定程序不同，仲裁鑑定雖亦為紛爭解決之方法，但其僅就一部分特定事實問題之評價經當事人之合意委由第三人判斷，並非就整個訴訟紛爭委由第三人判斷。仲裁之判斷，於當事人間，與法院之確定判決有同一效力，但仲裁鑑定人之判斷，與確定判決無同一效力。仲裁與民事訴訟相同，皆係透過公正第三人之判斷以解決紛爭。此與訴訟上和解及調解不同，訴訟上和解及調解乃依當事人之合意，由當事人自主性的解決紛爭。於民事訴訟法規定之調解程序，主要為由簡易庭法官選任之調解委員或依情形由簡易庭法官在「訴訟外」進行調解，訴訟上和解則係受訴法院、受命法官或受託法官就繫屬之訴訟事件於「訴訟程序進行中」進行和解程序。二者皆著重依兩造當事人之合意解決紛爭。調解成立者，與訴訟上和解有同一效力。而訴訟上和解與確定判決同一效力，故調解成立與確定判決有同一效力（民訴法第四一六條第一項之規定，連結至民訴法第三八〇條第一項之規定）。確定判決之效力主要為既判力，既判力客觀範圍規定在民訴法第四〇〇條，既判力主觀範圍主要規定在民訴法第四〇一條。部分學者主張訴訟上和解有如同確定本案判決之既判力，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者或為他

人而為原告或被告者，該和解對於該他人亦有效力¹。我國最高法院九十一年度臺上字第二〇六一號判決與九十四年度臺抗字第一一九四號裁定認為，和解成立者，與確定判決，有同一之效力。民事訴訟法第三八〇條第一項定有明文。訴訟上和解，既與確定判決有同一之效力，當事人即得依該和解內容聲請強制執行，而不得再就同一訴訟標的更行起訴。如原告再為起訴，其訴訟標的為確定判決之效力所及者，依同法第二四九條第一項第七款規定，亦應以裁定駁回之。然於德國學說上均認訴訟上和解並非確定之本案判決，不能發生既判力與既判力擴張之效果。於依德國民訴法第二七八條第六項之規定，經由法院之裁定確認訴訟上和解之成立，僅具有與訴訟上和解筆錄同等之效力，其不具有既判力。當事人就已被訴訟上和解涵蓋之訴訟上請求提起新的訴訟並不違反既判力之拘束，但欠缺權利保護之必要性，法院應以裁定駁回²。民事訴訟之調解亦不應認其有既判力。此外，民法上和解並不具與確定判決同一效力，當事人仍須透過民事訴訟請求他造履行和解之內容（參民法第七三六條以下）。

¹ 姚瑞光，民事訴訟法論，頁516以下，2004年；王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，頁497，2003年；吳明軒，民事訴訟法（中），頁1035，2011年9版。

² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 130 Rn. 24 ff.; Schilken, Zivilprozessrecht, Rn. 653; Eisenreich, Der Prozessvergleich-Eine Einführung, JuS 1999, S. 798.

民事紛爭解決程序與方式之圖示

一、依兩造當事人合意以解決紛爭

(一) 訴訟上和解，與確定判決同一效力（現行民訴法第380條第1項
 ↑ → 第400條、第401條（訴訟內）Q、德國與本文認無既判力

(二) 法院前之調解與訴訟上和解有同一效力（民訴法第416條第1項
 → 第380條第1項 → 第400條、第401條）（訴訟外）

(三) 鄉鎮市調解條例之調解（鄉鎮市調解條例第26條）須送法院審
 核，核定後始
 與確定判決有
 同一效力

→ 未與確定判
 決同一效力

(四) 民法上和解（民法第736條）（訴訟外）

二、經由公正第三人判斷以解決紛爭

(一) 仲裁程序（訴訟外）

1. 須當事人達成仲裁協議始能開始

2. 仲裁以可為非法律專業人士（仲裁法第6款、第2款、第5款），
 可借重其專業判斷

3. 程序基本原則

(1) 強制應適用之基本原則

① 聽審請求權保障

② 形式與實質武器平等原則

③ 禁止排除委任律師之權利

④ 公正程序請求權保障

(2) 當事人程序規則約定自由與限制

(3) 仲裁庭之自由裁量與限制

4. 當事人明示合意，得適用衡平原則判斷（仲裁法第31條）

5. 程序進行一般而言較為迅速，一審終結，但非必然迅速

6. 仲裁判斷與確定判決有同一效力（仲裁法第37條 → 民訴法第
 400條、第401條） *仲裁判斷產生執行力之前提要件？

(二)民事訴訟程序（訴訟內）

1. 無須當事人協議即可開始
2. 法官為法律專業人士
3. 程序要求較為嚴格
4. 必須依照民事實體法裁判
5. 程序進行採三級三審，相較而言較為緩慢
6. 確定判決發生既判力（民訴法第400條、第401條）→民訴法第249條第1項第7款

貳、民事訴訟程序之構造

一、概 說

民事訴訟基本上採取三級三審之程序構造，其依程序進展之先後順序，可分為第一審訴訟程序、第二審上訴程序與第三審上訴程序。然而，應特別留意者，若干訴訟事件法律明文規定，於起訴之前應先進行調解程序（參民訴法第四〇三條）。調解須經兩造當事人合意始得成立，法院不得強制兩造當事人成立調解。民訴法第四〇三條第一項，僅要求於該項各款規範之事件，於起訴前應進行調解之程序，不具強制兩造當事人成立調解之意。再者，若干訴訟事件，法律明文限制其上訴之可能性，例如小額訴訟事件不得上訴至第三審法院（參民訴法第四三六條之三十）。小額訴訟程序之第二審為法律審，而非事實審，其以第一審之判決違背法令為限，始得提起第二審上訴（參民訴法第四三六條之二十四第二項）。此外，對於通常訴訟程序第一審法院之判決，當事人得合意跳過第二審上訴程序，直接上訴至最高法院，此乃所謂的飛躍上訴（參民訴法第四六六條之四）。然而，本案判決確定後，於特定之情形，尚得提起再審之訴（民訴法第四九六條）或第三人撤銷訴訟（民訴法第五〇七條之一）。

二、第一審訴訟程序

公元二〇〇一年德國民事訴訟改革法（das Zivilprozessreformgesetz 2001）修法之最上位目的，乃訴訟當事人必須透過訴訟程序迅速確定其於實體法上應享之權利，使當事人獲得容易理解且樂於接受之判決³。為達此目的，訴訟程序之進行必須透明化、效率化。民事訴訟法應盡可能創設法院可能性之措施，此等措施得迅速達成法的和平與法的安全。當事人間之紛爭，不論依判決或依當事人自主性解決之方式，原則上應於第一審訴訟程序即獲終局的解決⁴。於第一審訴訟程序，必須盡可能從法律與事實的觀點，就爭訟事件為充分與完整的評價，作出最終局的判斷或解決，即所謂於第一審訴訟程序即完整與全面性處理爭訟事件⁵。

為使訴訟事件於第一審訴訟程序即獲充分與終局的解決，如下三點即成為修法之核心要點：一為第一審訴訟程序之強化。二為改造與促進第二審上訴程序。三為強調以統一法解釋與法續造為中心之第三審上訴程序⁶。茲將其分述如下：

（一）第一審訴訟程序之強化

為使訴訟事件於第一審即獲實質與終局的解決，訴訟事件應於第一審訴訟程序即進行強化、充實與集中的審理，並以此構成限制第二審上訴之基礎，但並非為了限制與集中第二審訴訟程序，才使第一審法院為充實的審理，擴大其闡明義務與討論義務。法院應於第一審充實集中審理之原因，乃為使訴訟當事人迅速確定其於實體法上應享之權利。

1. 法院闡明義務之強化

為使訴訟事件於第一審即獲實質與終局的解決，訴訟之過程與法院之判斷必須透明化，使當事人易於理解，於第一審訴訟程序終結時，法院必須作出令兩造當事人皆樂於接受之判決。唯有當事人認知法院已用

³ BT-Drucks. 14/4722, S. 58.

⁴ BT-Drucks. 14/4722, S. 58.

⁵ BT-Drucks. 14/4722, S. 58.

⁶ Ayad, ZRP 2000, 231; Reischl, ZRP 116 (2003), 81 ff.; Däubler-Gmelin, ZRP 2000, 33.

盡所有使訴訟事件之事實與法律關係充分審理之可能性，其始有可能接受第一審法院之判決⁷。因此，公元二〇〇一年之修法者，強調於民訴法第一三九條規定之法院實質性訴訟指揮義務與闡明義務（die materielle Prozessleitungs- und Hinweispflicht des Gerichts nach § 139 ZPO）⁸。法院之判決發現程序必須使當事人理解，若當事人依此而參與該程序，將更易接受法院之判決，即使判決之結果對其不利，亦能接受之⁹。因此，如何使法院闡明義務明確化與完整化，即成爲能否達成於第一審實質與終局解決紛爭的關鍵。爲此，法院應充實與強化第一審之審理，善盡其闡明義務，提升當事人於聲明、事實與證據主張方面之能力。且其應使當事人知悉訴訟上重要之法觀點、事實觀點與性質難以界定之觀點，賦予其就此等觀點表達意見之機會，保障當事人之聽審請求權與公正程序請求權。如此將提升當事人接受第一審法院判決之意願，即使敗訴之當事人亦可因而放棄提起上訴之念頭。

2. 訴訟上和解程序之強化

德國新法之修法者強調依當事人合意解決紛爭於民事訴訟之重要性。其認爲儘早於訴訟前階段即進行訴訟上和解之程序，乃最有效率且最親近人民之解決紛爭方式，藉此可儘早與持久達到法和平的目的。新法課予法院於言詞辯論前進行訴訟上和解程序之義務，此可謂法院進行前置性訴訟上和解程序之義務（參照新法第二七八條第一項與第二項第一句）¹⁰。

3. 訴訟促進義務之強化

爲貫徹第一審集中審理，法院應盡其訴訟促進之義務，當事人亦應盡其訴訟促進義務。當事人應於適當之時期提出攻擊或防禦方法。倘若當事人因重大過失逾越適當時期提出者，法院應駁回其遲延提出之攻擊或防禦方法，民事訴訟已改採所謂的適時提出主義。

⁷ BT-Drucks. 14/4722, S. 58.

⁸ BT-Drucks. 14/4722, S. 61.

⁹ BT-Drucks. 14/4722, S. 61.

¹⁰ BT-Drucks. 14/4722, S. 62, 83.

(二)第二審上訴程序之改造與促進

德國新法改造第二審上訴程序，使其成爲審查與排除第一審法院判決於事實認定與法律適用方面錯誤（*die Fehlerkontrolle und -beseitigung*）之上訴審程序¹¹。第二審上訴程序之功能應限定在審查第一審法院判決於事實認定與法適用方面之錯誤，而非重新再進行一次事實審理，其已非第二個事實審¹²。第二審法院原則上應以第一審法院認定之事實爲基礎，原則上受第一審法院事實認定之拘束，而集中在其真正之任務——從事實與法律評價錯誤之審查與排除（*Fehlerkontrolle und -beseitigung bei Tatbestand und rechtlicher Bewertung*）。第二審法院之辯論與裁判，除有對於第一審具有裁判上重要性認定之正確性與完整性產生懷疑之具體根據，因而有重新認定之必要情形外，應以第一審法院認定之事實爲基礎。新法則同時嚴格限制當事人於第二審訴訟程序提出新的攻擊防禦方法¹³。

(三)以統一法解釋與法續造為中心之第三審上訴程序

德國新法修法者認爲德國聯邦最高法院應實質發揮其法律審之功能，充分保障當事人上訴之機會，故廢除向來之數額制，改採許可上訴制，使第三審上訴不受上訴金額多寡而影響，將得否上訴之要件改爲法律事件之原則上重要性，確保法律判決之統一性與法續造之必要，強調法律審查之重要性¹⁴。我國民訴法第四六六條第一項仍維持數額制之規定。於我國法之下，因上訴而得之利益未超過一百萬元者，不得上訴至第三審，就上訴之數額設有限制。且此項數額已依司法院命令改爲一百五十萬元（參我國民訴法第四六六條第一項、第三項）。

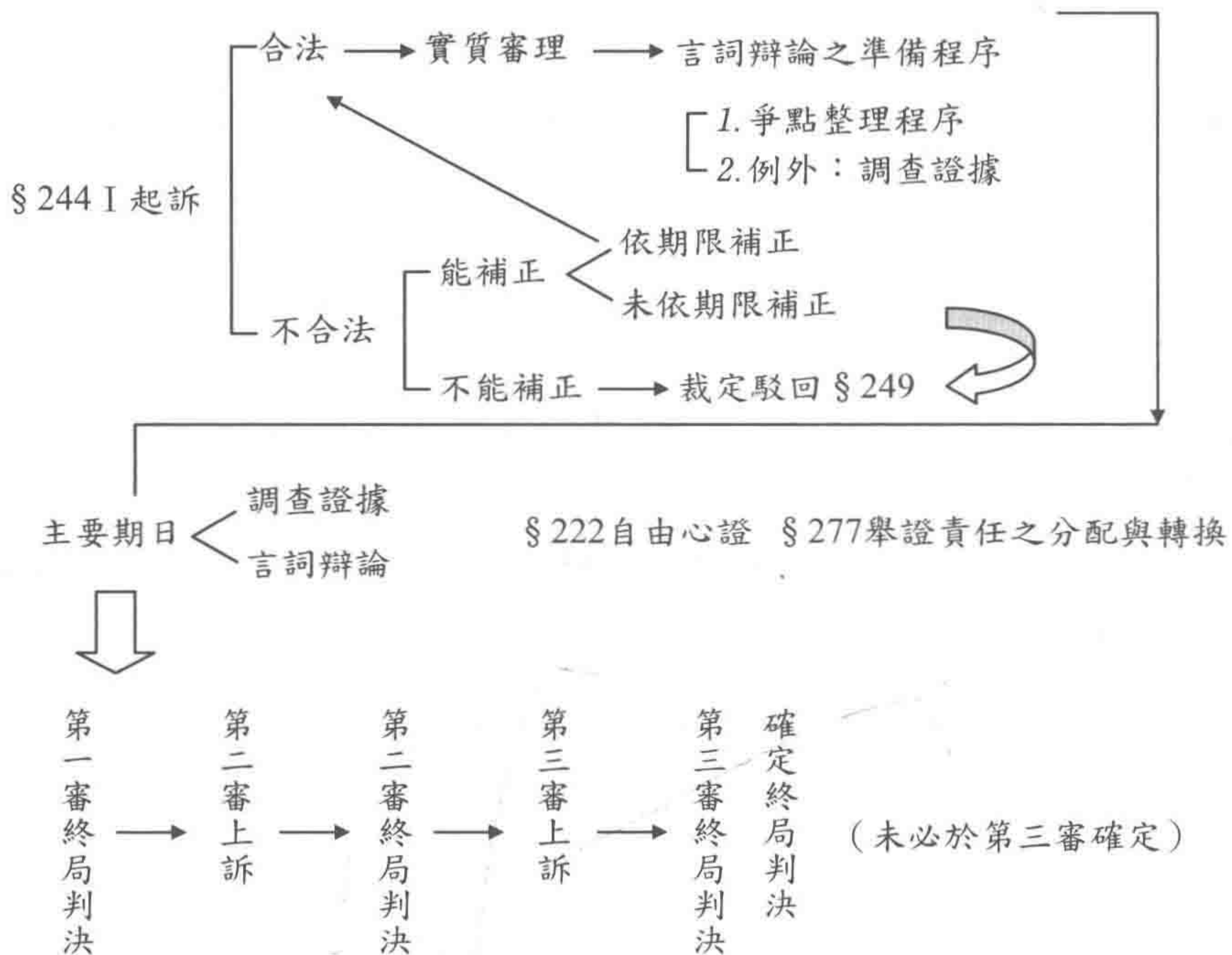
¹¹ BT-Drucks. 14/4722, S. 64.

¹² BT-Drucks. 14/4722, S. 64.

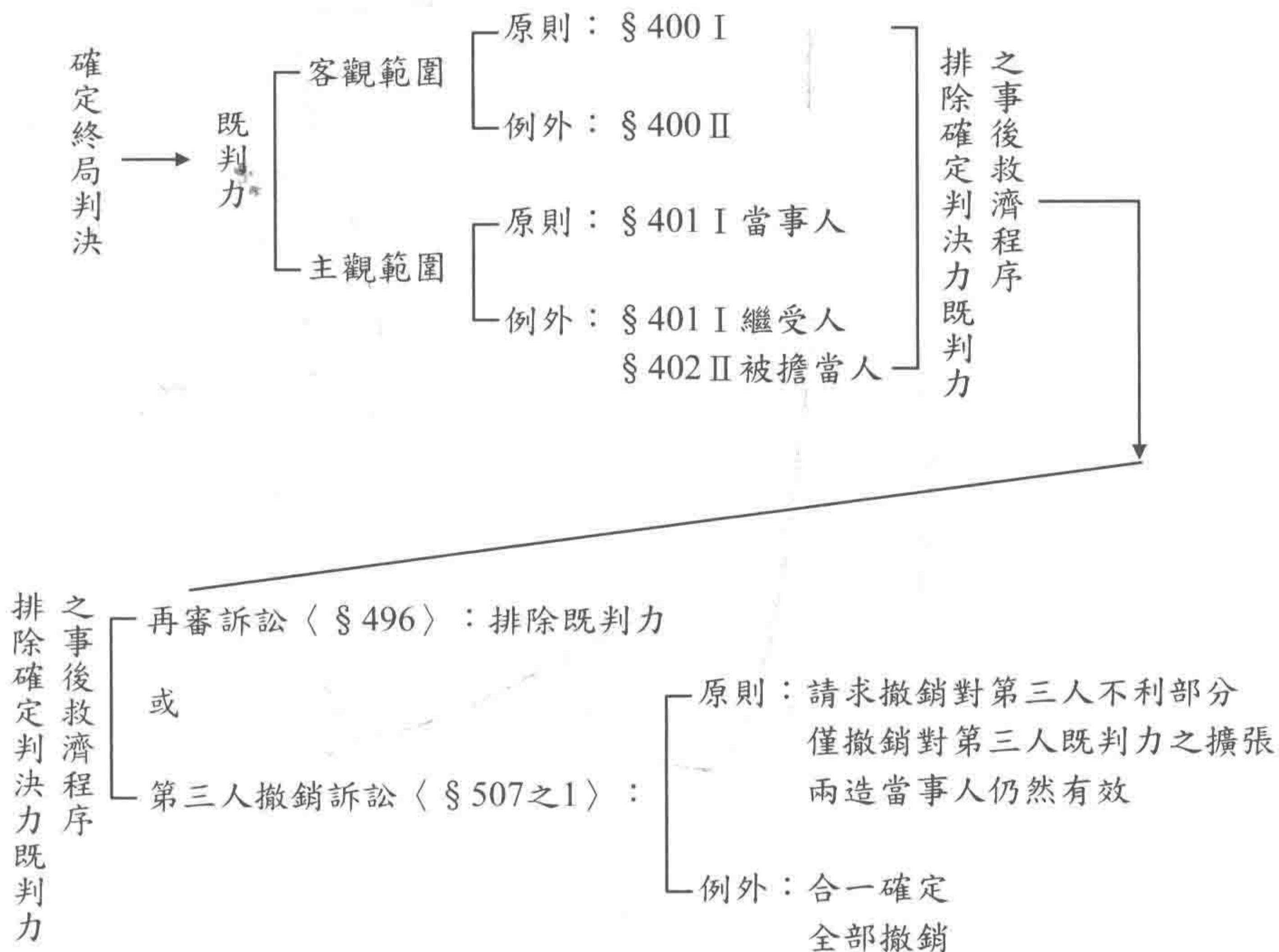
¹³ BT-Drucks. 14/4722, S. 64.

¹⁴ BT-Drucks. 14/4722, S. 58.

參、民事訴訟程序進行之概覽



確定終局判決一定要想到既判力與其救濟程序



肆、審級構造

	通常訴訟事件		簡易訴訟事件		小額訴訟事件	
第三審上訴程序	最高法院	法律審	最高法院	法律審	×	×
第二審上訴程序	高等法院	事實審	地方法院 合議庭	事實審	地方法院 合議庭	法律審
第一審訴訟程序	地方法院	事實審	地方法院 獨任法官	事實審	地方法院 獨任法官	事實審



第五章

具體實例之解析



處分權主義（處分原則）與訴訟標的理論

- 一、甲於民國九十九年十一月一日十時，乘坐乙遊覽公司之遊覽車，於行經高雄縣○○路段時，因該公司僱用之司機丙之疏忽導致該車翻覆於山谷，造成甲受重傷。甲將乙列為被告，於訴狀中記載上述之事實，並於聲明中表示：「請求法院判令被告給付新臺幣六十萬元。」試問本訴訟之訴訟標的是否已特定，可構成幾個訴訟標的？如甲主張其得依債務不履行之規定向乙請求賠償，法院可否認為甲有侵權行為損害賠償請求權存在判決甲勝訴？法院應否告知甲其得主張侵權行為之損害賠償請求權？如法院以甲之債務不履行損害賠償請求無理由判決甲敗訴，該判決並告確定，甲可否再依侵權行為損害賠償之請求提起訴訟？
- 二、乙為支付買賣之價金，簽發面額新臺幣（下同）三十萬元之支票並交付於甲。甲於退票後，本於票據關係起訴請求法院命乙如數給付，但其未於訴狀記載關於買賣價金之請求，於審理過程中法院發現其可主張三十萬元之買賣價金請求，試問法院應如何處理？

壹、基本概念解析

重點提示

關於當事人與法院間權限與任務分配之基本原則

當事人主導權與責任

法院主導權與責任

處分權主義（處分
原則）

<對立>

職權原則（職權調查主義）→訴訟
之開始、訴訟標
的、訴之聲明、訴
訟終結

辯論主義（提出原則）

<對立>

職權探知主義→構成裁判基礎資料
之事實與證據之提
出

當事人進行主義

<對立>

職權進行主義→程序進行之快慢

一、當事人主義與職權主義

當事人主義與職權主義相互對立，其主要在探討審判對象、範圍，裁判基礎資料事實與證據之提出與蒐集，以及訴訟程序之進行，究係「當事人」抑或「法院」享有主導權與擔負責任之問題，涉及到民事訴訟「法院與當事人」就上述事項之任務分擔與權限劃分之問題。倘若認為上述事項為「當事人」之權能與責任，即為當事人主義。反之，倘若認為上述事項為「法院」之權限與責任者，即為職權主義。當事人主義可再細分為處分權主義、辯論主義與當事人進行主義。職權主義可再細分為職權原則（職權調查主義）、職權探知主義、職權進行主義。處分權主義與職權原則或職權調查主義相對立。處分權主義與職權調查主義主要涉及訴訟之開始，「審判對象與範圍」，以及訴訟終結之權限與任務分擔問題。辯論主義與職權探知主義相對立，主要涉及構成裁判基礎資料「事實與證據」提出之權限與任務分擔問題。當事人進行主義與職權進行主義相對立，主要涉及起訴後程序進行之權限與任務分擔問題。

於此必須區分三個不同層次之問題，三個探討之事項完全不同。所謂處分權主義，係指就訴訟開始、審判對象、審判範圍，以及訴訟之終結，賦予當事人主導權之主義，就審判對象與範圍之表明為當事人之責任，而非法院之責任。所謂職權調查主義，係指訴訟開始、審判對象、審判範圍，以及訴訟之終結，為法院之權限與責任。所謂辯論主義（*die Verhandlungsmaxime*），係指構成裁判基礎資料事實與證據之提出，為當事人之權能與責任，而非法院之權能與責任。德國現今通說已將辯論主義改稱為提出原則（*der Beibringungsgrundsatz*）之用語，以避免與言詞辯論或言詞審理原則混淆，於書面審理原則亦有辯論主義之適用，言詞審理與書面審理，並非在處理法院與當事人間關於事實與證據，由何人「提出」之問題。與提出原則對立者，乃職權探知原則（*der Untersuchungsgrundsatz*），其係指構成裁判基礎資料事實與證據之提出，為法院之權限與責任，而非當事人之權能與責任（參家事事件法第十條第一項）。所謂當事人進行主義，係指訴訟進行之快慢，當事人享有主導權之主義。訴訟進行之快慢，法院享有主導權，即為職權進行主義。民事訴訟基本上採取處分權主義、辯論主義與職權進行主義。必須明確區分此三項基本審理原則，於論述時應精確表明係在探討哪一方面之問題，儘量避免抽象談論當事人主義或職權主義，毋寧應精確表明採用處分權主義、辯論主義與職權進行主義。

二、處分權主義（處分原則）

（一）處分權主義之意義與根據

處分權主義（處分原則），係指就訴訟開始，訴訟標的、訴之聲明及訴訟之終結，賦予當事人主導權之主義。處分權主義與辯論主義應明確區分，應避免使用廣義辯論主義與狹義辯論主義之概念。辯論主義並無廣義或狹義之分。辯論主義，即指在處理事實與證據提出之問題，而非訴訟本身開始、訴訟標的、訴之聲明、訴訟終結或訴訟變化之問題。處分權主義並非廣義之辯論主義，其係在處理訴訟開始、終結、訴訟標的、訴之聲明，複數請求、複數當事人以及客觀訴之變化與當事人之變化之問題（包括客觀訴之合併、客觀訴之變更、追加之問題，以及共同

訴訟、當事人變更、追加之問題），其並非處理事實與證據提出之問題。財產訴訟事件，僅涉及私人間財產方面私益之問題，主要適用處分權主義。民事訴訟之所以採取處分權主義主要有下列兩種見解：1. 私法自治原則說：此說認為民事訴訟法之所以採取處分權主義，係源於私法自治之原理，即實體法既允許享有權利之人自行處分其權利，反映於訴訟中自應由當事人自行決定是否起訴及請求審判之對象及範圍為何¹。

2. 程序處分權說：部分學者強調採取處分權主義之法理根據不應僅沿襲實體法上之根據，而應立於訴訟法之角度，源於平衡兼顧當事人之實體利益及程序利益，採取處分權主義較能防止突襲性裁判之發生。爲了貫徹憲法保障財產權、自由權、生存權、訴訟權等實體、程序基本權之旨趣，並爲確保當事人之程序主體地位，應承認當事人在訴訟程序上有相當之主導處分權，亦即實體處分權及程序處分權，俾其能藉此在一定範圍內自行決定如何取捨或追求程序利益，以防免因程序之進行伴隨發生額外勞費付出，而終致耗損系爭實體利益或系爭標的外受憲法所保障之上開基本權。處分權主義之採用，係爲了賦予當事人追求實體利益與程序利益以及其平衡之機會²。

(二)處分權主義之內容

處分權主義包含三項命題。處分權主義第一命題，係指若無當事人（原告）之起訴，法院不得依職權開始民事訴訟程序，進行審理與裁判（參民訴法第二四四條第一項）。此即所謂「無起訴則無裁判」，「不告不理」原則。法院不得違反原告之意思，依職權開始訴訟程序，此乃對法院之拘束。在上訴審程序、再審程序與第三人撤銷訴訟程序，亦同。若無當事人提起上訴、再審或第三人撤銷訴訟，法院不得開始上訴審程序、再審訴訟程序或第三人撤銷訴訟程序。

處分權主義第二命題，係指當事人未表明之訴訟標的及訴之聲

¹ 駱永家，辯論主義與處分權主義，載：既判力之研究，頁214，1999年。

² 邱聯恭，處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變，載：程序選擇權論，頁85以下，2004年3版；許士宦，民事訴訟法修正後審判實務上處分權主義與辯論主義之新發展，載：集中審理與審理原則，頁66以下，2009年。

明，法院不得審理與裁判。此亦為對法院之拘束。倘若法院就當事人未聲明之事項裁判，即構成所謂的訴外裁判，以及所謂「突襲性裁判」（參民訴法第三八八條）。例如甲將乙列為被告，請求法院確認A機車為其所有，於訴訟審理過程中法院發現乙尚欠甲二十萬元，法院不得就借款部分判決甲勝訴。蓋基於處分權主義第二命題之要求，法院不得就當事人（原告）未聲明之事項判決。法院如就借款請求判決甲勝訴，一般而言甲當欣然接受，因其憑白取得借款二十萬元之本案勝訴判決，但該判決會對乙造成不利，就此部分乙並未提出任何有利於己之反對事實與證據之機會。由於採用處分權主義第二命題，被告僅須就原告所表明之訴訟標的與訴之聲明進行防禦，其無須就原告未表明之訴訟標的及訴之聲明防禦，法院就當事人未聲明之事項而裁判，即為突襲性裁判。在上訴審程序，法院亦僅得於上訴聲明範圍內為辯論、調查及判決（參民訴法第四四五條、第四五〇條、第四七五條之規定）。於再審程序與第三人撤銷訴訟程序，法院亦僅得以當事人聲明不服之範圍內為辯論與判決（參民訴法第五〇三條、第五〇七條之四、第五〇七條之五之規定）。

處分權主義第三命題，乃指當事人得基於自主之意思終結訴訟，法院不得強迫當事人繼續進行訴訟。如當事人有終結訴訟之意思，法院不得再進行審理。此亦為對法院之拘束。原告起訴後，於判決確定前，仍得基於自主之意思撤回其訴，以終結訴訟（民訴法第二六二條第一項本文）。但若被告已為本案言詞辯論者，應得其同意（民訴法第二六二條第一項但書）。訴之撤回應以書狀為之。但於期日，得以言詞向法院或受命法官為之。訴經撤回者，視同未起訴（民訴法第二六三條第一項）。原告就同一事件尚得再行起訴，被告仍有再應訴之必要。倘若起訴經原告合法撤回後，依民訴法第二六三條第一項之規定，視同未起訴，基於處分權主義第一命題之要求，法院不得就該未起訴之事件裁判，此處可謂處分權主義第三命題與第一命題之結合。須特別注意者，原告於法院已為本案終局判決後，仍得撤回其所提起之訴訟（參民訴法第二六二條第一項本文）。但仍須經被告同意，被告就該本案請求亦有獲得確定之本案判決利益。於此種情形原告撤回其訴者，原告不得再提

起同一之訴，此與法院未為終局判決原告撤回其訴之情形不同（參民訴法第二六二條第二項）。倘若原告於上述情形合法撤回其訴，該終局判決失其效力，不發生既判力，該權利義務關係並未經法院判斷³。但如為債權仍可受任意清償，被告仍得對其提起確認債權不存在之訴。此外，第二審上訴人亦得於第二審法院終局判決前，基於自主意思撤回上訴（民訴法第四五九條第一項）。撤回上訴者，喪失上訴權（民訴法第四五九條第三項），原審法院之判決原則上因而確定（例外：他造就敗訴部分亦提起上訴或已為獨立之附帶上訴之情形），並發生既判力，此與第二審「撤回訴訟」之情形並未發生既判力不同。

茲將訴之撤回與上訴撤回之差異比較如下：

- | | |
|---------|---|
| 1. 訴之撤回 | → (1) 於未為終局判決前撤回 → 視同未起訴（民訴法 § 263 I）
(2) 於終局判決後撤回 → 不得復提起同一之訴（民訴法 § 263 II） → 原審判決因而失其效力，但法院並未就本案請求判斷，就此並未發生既判力 |
| 2. 上訴撤回 | → 上訴權喪失（民訴法 § 459 III） → 原審判決原則上因而確定發生既判力；例外之情形：他造亦提起上訴或已為獨立之附帶上訴（參民訴法 § 461 但書） |

處分權主義第三命題，尚包括原告可以基於自主意思決定是否為訴訟標的之捨棄，被告可自由決定是否為訴訟標的之認諾，依此終結訴訟。法院受原告訴訟標的捨棄或被告訴訟標的認諾行為之拘束，應直接為原告或被告敗訴之判決，不得再調查原告之訴訟上請求有無理由，認定該請求基礎事實之真偽，作出與訴訟標的捨棄或認諾相反之判決（民訴法第三八四條）。於此等情形，法院應作成以當事人之意思為依據之

³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 128 Rn. 32.

判決，該判決仍為針對本案請求而為之（原告承認訴訟上請求無理由，或被告承認原告訴訟上請求有理由），於其確定後仍產生既判力。確定之訴訟標的捨棄或認諾判決，與訴之撤回後之效果不同，具有既判力。此外，兩造當事人尚可基於自主之意思達成訴訟上和解，而終結訴訟程序。試行和解成立者，應作和解筆錄（民訴法第三七九條）。和解成立者，與確定判決有同一效力（民訴法第三八〇條）。法院不得再作出與當事人訴訟上和解內容相異之本案判決。

倘若原告未起訴，法院即不得依職權開始訴訟程序，不得進行審理與裁判，即無是否須由當事人提出事實與證據之問題，無辯論主義之問題。訴訟標的與訴之聲明為訴狀內應記載之事項，倘若原告決定起訴後，於訴狀未表明訴訟標的與訴之聲明，法院應定合理期間命原告補正，如其不於期限內補正，法院應依民訴法第二四九條第六款之規定，起訴不合程式駁回原告之訴。此種情形，法院不得再進行審理，認定事實與調查證據（無訴無裁判原則），亦不生當事人提出事實與證據之問題。倘若原告已明確表明訴訟標的與訴之聲明後，其於實際訴訟中亦可能撤回其訴或為訴訟標的捨棄，被告亦可能為訴訟標的認諾，兩造當事人亦可能達成訴訟上和解，此等情形皆會造成訴訟終結之結果，法院不得再就本案請求進行審理，認定事實與調查證據，亦無辯論主義之問題。因此，處分權主義可謂係於探討辯論主義之前，須事先審查與處理之事項，兩者應明確區分。另如原告甲以乙為被告，依民法第一八四條第一項前段之規定，向法院提起侵權行為損害賠償之訴，被告乙向法院表示訴訟標的之認諾，將直接導致乙敗訴，如該判決確定後則生終結訴訟之結果，但若乙僅就甲所主張有損害發生之事實自認，基於辯論主義第二命題之要求，法院應毫無疑問逕將其採為判決之基礎，但此未必會導致乙敗訴與終結訴訟之結果，因乙尚得對就其他事實否認（例如有因果關係存在之事實），此種情形法院仍然須就因果關係存在之待證事實，調查證據並進行審理。由此可知，處分權主義與辯論主義於訴訟法上之效果迥然不同。

(三)處分權主義缺點之補救

基於處分權主義之要求，當事人未聲明之事項，法院不能判決。然而，處分權主義並未顧慮當事人於實際訴訟中可能因其欠缺訴訟經驗或法律知識，而未為特定訴訟標的之必要行為，或未能明確表明其聲明，此時如法院直接駁回原告之訴，將使其司法提供請求權受到侵害，故應承認於此等情形法院負有闡明義務。又或者當事人表明之聲明不符合該訴訟之目的，或當事人表明之訴訟標的有不足之情形（於請求權發生競合之情形），而法院直接判決原告本案請求無理由，依此終結訴訟，而不賦予其為客觀訴之變更或追加之機會，對其極為不公平。因該當事人並非實體法上無權利，只係欠缺訴訟經驗或法律知識，而未提出符合訴訟目的之訴之聲明，或提出充足之請求權主張。此種情形，為保障當事人之權利，法院應闡明使當事人有為符合訴訟目的聲明，或提出其他請求權主張之機會。

三、訴訟標的之特定與功能

民事訴訟原則上乃採取處分權主義，特定訴訟標的屬於原告之權能與責任，依我國民訴法第二四四條第一項第二款之規定，原告必須明確表明該訴訟之訴訟標的及其原因事實，其所提出之訴訟標的必須特定，足以使法院與他造當事人辨認其訴訟標的，特定訴訟標的為原告之責任。原告僅須將訴訟標的特定，使其與其他訴訟標的相區辨，即已盡其此方面之責任。倘若原告所表明之訴訟標的特定程度不足時，法院應依民訴法第一九九條第二項闡明之。而特定訴訟標的之功能在於：一、劃定法院審判對象之功能。二、劃定原告進行攻擊之最終目標，以及被告進行防禦之最終目標。三、判斷是否構成客觀訴之合併之基準。倘若複數訴訟標的合併提起，即構成客觀訴之合併（民訴法第二四八條）。四、判斷是否違反重複起訴禁止要求之基準之一。就同一訴訟標的，當事人不得重複起訴（民訴法第二五三條）。五、判斷是否構成客觀訴之變更與追加之標準。倘若以新的訴訟標的取代舊的訴訟標的，即構成客觀訴之變更；若保留原訴於原訴之外增加新的訴訟標的，即構成客觀的訴之追加（參民訴法第二五五條第一項）。六、預告既判力客觀範圍之