

大學  
用書

# 民事 訴訟法

呂太郎 著



 元照

# 民事訴訟法

---

呂太郎 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／呂太郎著. -- 初版. -- 臺北市：  
元照， 2016.03  
面； 公分  
ISBN 978-986-255-712-9（平裝）

1.民事訴訟法

586.1

104029319

# 民事訴訟法

5C200RA

作 者 呂太郎  
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](http://www.angle.com.tw)  
定 價 新臺幣 850 元  
專 線 (02)2375-6688  
傳 真 (02)2331-8496  
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司  
出 版 2016 年 3 月 初版第 1 刷  
2016 年 8 月 初版第 2 刷

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-712-9

# 自序

訴訟，從行為面來看，是因為當事人間發生了紛爭，透過法院，讓一方請求（訴），他方爭辯（訟），以為解決的程序；從法律面來看，則是實體法與訴訟法交錯適用的場所。簡單的說，在訴訟過程中，要面對與處理的，一方面是對於裁判結果利害對立，觀點南轅北轍甚至充滿主觀意識或偏見的當事人，如何透過理性、客觀的法律程序，恰如其分的爭辯與攻防，又不至於使紛爭擴大或加深；另一方面，又能正確、適當的宣示或形塑實體法所規範的權利義務，使能順暢的回到實體法體系內，受實體法的支配，讓紛爭圓滿解決。要妥善處理這樣問題，有賴訴訟法的完善設計與精確的實務操作。

訴訟法作為一個解決紛爭的法規範，自然應該具有其目的性、方向性與理想性，否則將導致訴訟程序混亂與迷惘。此目的性、方向性與理想性何在？有時可從個別法律文字中尋獲，更多場合必須經由學理的探討與研究。另一方面，作為一個實踐規範，訴訟法所應考慮者，是立場不同、利害對立的當事人，所應處理者，是千差萬別甚至超出立法者想像的個案，從而實務經驗的累積，當然十分珍貴。

訴訟理論與實務運作的關係，就像指北針與地圖一般，一個指引了到達目的地的方向，一個指引了到達目的地的方法，缺一不可。沒有以實務操作可能性為基礎，再高妙的理論，也只是天邊彩虹，絢麗而不切實際；沒有高瞻遠矚理論的指引，所謂實務的經驗也只是人云亦云，固步自封而已。筆者從事司法實務工作多年，對此有深切體會，多年來對於民事訴訟理論的研究，都以實務案例為討論核心，本書當然也離不開這樣的主軸。

呂太郎

# 本書略語表

## 一、法 令

- 本法條文號碼及項、款，於文中僅以括號表示，例如（249 I ①）為本法第249條第1項第1款。
- 其他法令，則標明法令名稱，例如（民129 II ①）為民法第129條第2項第1款。

## 二、裁判資料

- 司法院解釋字號，分別以「院……號」「院解……號」「釋……號」表示。
- 最高法院判例、判決、裁定，僅註明其案號，如「26上362號判例」、「93台上909號判決」、「98台抗117號裁定」。
- 最高法院民刑總會或民事庭會議決議、決定，僅記載決議、決議之時間，如「67、4、25決議」「62、4、17決定」。

## 三、主要中文參考書籍略語

- 石志泉，民訴（石志泉原著·楊建華增訂，民事訴訟法釋義，三民書局股份有限公司，1982年增訂初版）
- 曹偉修，民訴（曹偉修著，最新民事訴訟法釋論，上、中、下，金山圖書文具公司，1978年4版）
- 姚瑞光，民訴（姚瑞光著，民事訴訟法論，大中國圖書股份有限公司，2004年）
- 王甲乙等，民訴（王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，三民書局股份有限公司，2003年）
- 陳計男，民訴（陳計男著，民事訴訟法上、下，三民書局股份有限公司，2005年）
- 駱永家，民訴（駱永家著，民事訴訟法 I，台灣大學事務組經銷，1976年5月版）

- 吳明軒，民訴（吳明軒著，民事訴訟法上、中、下，三民書局股份有限公司，2009年修訂8版）
- 楊建華，要論（楊建華原著·鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論（全），三民書局股份有限公司，2001年）
- 陳榮宗等，民訴（陳榮宗·林慶苗合著，民事訴訟法上、中、下，三民書局股份有限公司，2005年）
- 邱聯恭，口述講義（邱聯恭講述·許士宦整理，口述民事訴訟法講義，2012年版筆記版）
- 楊建華，研析（楊建華，問題研析民事訴訟法(一)~(五)，三民書局股份有限公司）
- 民事訴訟法之研討（民事訴訟法研究基金會，民事訴訟法之研討(一)~(六)）
- 研修資料彙編（司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(一)~(六)，司法院祕書處發行）
- 蔡章麟，民訴（蔡章麟著，民事訴訟法（上冊、下冊），三民書局股份有限公司經銷，1966年11月3版）
- 張學堯，民訴（張學堯著，奚樹基修訂，中國民事訴訟法論，三民書局股份有限公司，1970年）

#### 四、主要日文參考書籍略語

- 兼子一，體系（兼子一著，新修民事訴訟法體系，1986年增補第34刷，酒井書店）
- 三ヶ月章，民訴（三ヶ月章著，民事訴訟法，法律學全集35，昭和58年第38刷，有斐閣）
- 三ヶ月章，民訴（補正版）（三ヶ月章著，民事訴訟法，昭和58年初版第6刷，弘文堂）
- 新堂幸司，民訴（新堂幸司著，新民事訴訟法，平成12年初版第4刷，弘文堂）
- 中野貞一郎等，民訴講義（中野貞一郎·松甫馨·鈴木正裕編，新民事訴訟法講義，補訂版，2000年補訂版第1刷，有斐閣）
- 伊藤真，民訴（伊藤真著，民事訴訟法（補訂版），2000年補訂版第1刷，有斐閣）

- 小林秀之，民訴（小林秀之，新民事訴訟法（補訂版），1999年補訂版第1刷，判例タイムズ社）
- 条解民訴（兼子一原著・松浦馨・新堂幸司・竹下守夫著，条解民事訴訟法，平成元年5月第3刷，弘文堂）
- 注解民訴（齋藤秀夫・小室直人・西村宏一・林屋礼二編著，注解民事訴訟法（第2版）(1)～(12)，第一法規社）
- 注釈民訴（新堂幸司・鈴木正裕・竹下守夫編集代表，注釈民事訴訟法，(1)～(9)，有斐閣）
- 秋山幹男等，コンメンタール民訴（菊井維大・村松俊夫原著，秋山幹男・伊藤真・加藤新太郎・高田裕成・福田剛久・山本和彦著，コンメンタール民事訴訟法 I～VI，日本評論社）
- 賀集唱等，基本法コンメンタール，民訴 I（賀集唱・松本博之・加藤新太郎編，別冊法学セミナー基本法コンメンタール，民事訴訟法 I、II、III（第3版），日本評論社）
- 三宅省三等，注解民訴（三宅省三・塩崎勤・小林秀之編集代表，注解民事訴訟法 I、II，青林書院）
- 岩松・兼子，法律實務講座（岩松三郎・兼子一編，法律實務講座，民事訴訟編，第1巻～第6巻，有斐閣）
- 實務民訴講座（鈴木忠一・三ヶ月章編，實務民事訴訟講座，昭和54年第9刷，有斐閣）
- 新實務民訴講座（鈴木忠一・三ヶ月章編集，新實務民事訴訟講座1～14巻，日本評論社）
- 講座民事訴訟（新堂幸司編集代表，1～4，弘文堂）
- 講座新民事訴訟法（竹下守夫編集代表，1～3，弘文堂）
- 谷口・井上編，新判例（谷口安平・井上治典編，新判例コンメンタール民事訴訟法，1～6，三省堂）
- 新民事訴訟法大系（三宅省三・塩崎勤・小林秀之編集代表，新民事訴訟法大系，理論と実務，第1巻至第3巻，青林書院）

## 五、段 號

- 為方便援用本書相關問題之說明，本書於相關段落編有段號，如〔0001〕、〔1001〕，以第1碼為編序，0為導論，1為第一編（以此類推）。

## 六、相關資訊

- 本書小幅更新資料，或利用本書之相關意見或建議，請上FB網站。





# 目 錄

自 序  
本書略語表

## 導 論

### 第一章 民事訴訟概觀

第一節 民事訴訟歷史觀察.....	1
第一款 社會、裁判與法.....	1
壹、私的紛爭之解決手段〔0001〕.....	1
貳、以訴訟方式解決紛爭之特質〔0002〕.....	1
第二款 民事訴訟之法系.....	2
壹、羅馬法系〔0003〕.....	2
貳、日耳曼法系〔0004〕.....	3
第三款 本法之沿革.....	4
第二節 民事訴訟目的與訴權理論.....	6
壹、民事訴訟目的觀〔0005〕.....	6
貳、訴權理論〔0006〕.....	9
參、目的論與訴權理論之關聯〔0007〕.....	13
第三節 民事訴訟之理想.....	13
第四節 民事訴訟法與憲法、其他法律之關係.....	14
第一款 民事訴訟法與憲法.....	14
壹、在國家機關權限分際方面〔0008〕.....	14
貳、在法院組織方面〔0009〕.....	15
參、在訴訟權之保障方面〔0010〕.....	15
第二款 民事訴訟法與民事實體法.....	17
壹、實體法與訴訟法具有極密切關聯〔0011〕.....	18

貳、實體法與訴訟法為獨立體系，各具特質〔0012〕	18
參、實體法與訴訟法同為提供以裁判解決紛爭之基準〔0013〕	19
肆、實體法與訴訟法之調和〔0014〕	20
第三款 民事訴訟法與非訟事件法	20
壹、基本的區別〔0015〕	20
貳、分工與交錯關係〔0016〕	21
第五節 訴之基本概念	23
壹、訴之意義、要素〔0017〕	23
貳、訴之類型〔0018〕	24

## 第一編 總 則

### 第一章 法 院

第一節 民事審判權	31
壹、意 義〔1001〕	31
貳、範 圍〔1002〕	32
參、訴訟上之處理〔1003〕	36
第二節 管 轄	36
壹、管轄權之意義〔1004〕	36
貳、任意管轄與專屬管轄〔1005〕	36
參、管轄權之取得原因〔1006〕	37
肆、管轄權之競合〔1007〕	64
伍、管轄權之審理〔1008〕	64
第三節 法院職員之迴避	67
壹、制度意旨〔1009〕	67
貳、自行迴避〔1010〕	67
參、聲請迴避〔1011〕	71
肆、院長依職權裁定迴避〔1012〕	73

伍、許可迴避〔1013〕	73
陸、書記官及通譯之迴避〔1014〕	73

## 第二章 當事人

第一節 概 說	74
壹、訴訟關係人之類型〔1015〕	74
貳、有關當事人之主要問題〔1016〕	74
參、訴訟當事人之概念〔1017〕	75
肆、兩當事人對立原則〔1018〕	75
伍、當事人在訴訟上之地位——所謂「當事人權」或 「聽審請求權」（Rechtliches Gehör）〔1019〕	76
陸、當事人之確定〔1020〕	77
第二節 當事人能力及訴訟能力	80
第一款 當事人能力	80
壹、意 義〔1021〕	80
貳、有當事人能力者〔1022〕	80
參、當事人能力欠缺之承認及補正〔1023〕	85
肆、當事人能力欠缺之效果〔1024〕	86
第二款 選定當事人	87
壹、立法例〔1025〕	87
貳、選定當事人〔1026〕	89
參、選定公益社團為當事人（44之1）〔1027〕	93
肆、以併案請求視為選定〔1028〕	94
伍、公益法人之不作為訴訟〔1029〕	96
第三款 當事人適格（主觀的訴之利益）	97
壹、當事人適格之意義及相關概念〔1030〕	97
貳、決定當事人適格之標準〔1031〕	98
參、當事人適格在訴訟上如何處理〔1032〕	101
第四款 訴訟能力	102
壹、意義〔1033〕	102

貳、有無訴訟能力之判斷標準〔1034〕	102
參、訴訟能力欠缺之處理〔1035〕	105
肆、訴訟能力欠缺之效果〔1036〕	109
第三節 共同訴訟	110
第一款 概說	110
壹、共同訴訟之意義〔1037〕	110
貳、共同訴訟之沿革〔1038〕	111
第二款 共同訴訟之要件	114
壹、主觀要件〔1039〕	114
貳、客觀要件〔1040〕	116
參、要件之調查〔1041〕	116
第三款 通常共同訴訟之審理	116
壹、當事人適格〔1042〕	116
貳、共同訴訟人獨立原則〔1043〕	117
參、裁判〔1044〕	119
第四款 必要共同訴訟	119
壹、意義與類型〔1045〕	119
貳、類似必要共同訴訟判斷標準	
——必須合一確定之意義〔1046〕	119
參、固有必要共同訴訟之判斷標準〔1047〕	121
肆、固有必要共同訴訟是否必須合一確定？〔1048〕	122
伍、固有必要共同訴訟之當事人適格〔1049〕	123
陸、必要共同訴訟之審理〔1050〕	125
第五款 共同訴訟類型之爭議事例	131
壹、親屬會議為當事人之訴訟	
（多數決之當事人適格）〔1051〕	131
貳、共有關係之訴〔1052〕	132
參、撤銷詐害行為之訴〔1053〕	133
肆、以數連帶債務人為共同被告請求給付之訴〔1054〕	134
伍、第三人異議之訴〔1055〕	138

陸、數債權人共同行使代位權、數共有人共同請求 回復共有物之訴〔1056〕 .....	138
柒、對數人確認同一物之所有權之訴〔1057〕 .....	139
捌、債權人代位請求移轉登記予債務人，再移轉 登記予自己之訴〔1058〕 .....	139
玖、確認他人間法律關係之訴〔1059〕 .....	140
拾、主觀的預備合併之訴〔1060〕 .....	142
第六款 主參加訴訟 .....	143
壹、意義〔1061〕 .....	143
貳、要件〔1062〕 .....	144
參、審理〔1063〕 .....	148
第七款 多面對立的訴訟 .....	149
壹、三面訴訟——對立的共同訴訟〔1064〕 .....	149
貳、主觀的追加合併之訴〔1065〕 .....	150
第四節 訴訟參加 .....	151
壹、訴訟參加之意義〔1066〕 .....	151
貳、從參加之要件〔1067〕 .....	151
參、從參加之程序〔1068〕 .....	159
肆、參加人訴訟上權限〔1069〕 .....	160
伍、獨立的從參加〔1070〕 .....	164
陸、參加效力〔1071〕 .....	165
柒、從參加人之承當訴訟〔1072〕 .....	166
捌、訴訟告知〔1073〕 .....	167
玖、訴訟通知〔1074〕 .....	170
第五節 訴訟代理人、代表人、輔佐人 .....	172
壹、概說〔1075〕 .....	172
貳、法定代理人〔1076〕 .....	172
參、依法令之代理人〔1077〕 .....	173
肆、特別代理人〔1078〕 .....	174
伍、訴訟代理人〔1079〕 .....	174

陸、代表人〔1080〕	182
柒、輔佐人〔1081〕	182

### 第三章 訴訟標的標的價額之核定及訴訟費用

第一節 訴訟標的價額之核定	184
壹、核定之必要〔1082〕	184
貳、核定程序及抗告〔1083〕	184
參、核定標準〔1084〕	185
肆、變更、追加、反訴之訴訟標的價額〔1085〕	191
伍、上訴、再審之訴訟標的價額〔1086〕	191
第二節 訴訟費用之計算及徵收	191
壹、訴訟費用之意義〔1087〕	191
貳、訴訟費用之計算及徵收〔1088〕	191
參、訴訟費用之繳納〔1089〕	198
第三節 訴訟費用之負擔	199
壹、因裁判而終結者〔1090〕	199
貳、由第三人負擔訴訟費用〔1091〕	204
參、由國庫負擔〔1092〕	204
肆、訴訟費用之裁判〔1093〕	204
伍、訴訟費用金額之確定〔1094〕	208
陸、以裁定終結爭點之準用〔1095〕	210
第四節 訴訟費用之擔保	211
壹、機能〔1096〕	211
貳、供擔保之要件〔1097〕	211
參、供擔保義務之免除〔1098〕	212
肆、被告妨訴抗辯權〔1099〕	213
伍、法院裁定及抗告〔1100〕	213
陸、裁定效力〔1101〕	214
柒、擔保物之種類〔1102〕	214
捌、擔保物之變換〔1103〕	215

玖、擔保之效力〔1104〕	215
拾、擔保物之返還〔1105〕	217
拾壹、其他依法令供訴訟上擔保者之準用〔1106〕	219
<b>第五節 訴訟救助</b>	220
壹、概 說〔1107〕	220
貳、訴訟救助之要件〔1108〕	220
參、訴訟救助之審理〔1109〕	223
肆、訴訟救助之效力〔1110〕	225
伍、訴訟救助之撤銷及效力〔1111〕	227
陸、徵收暫免之費用〔1112〕	229
柒、訴訟救助裁定之抗告〔1113〕	229

## 第四章 訴訟程序

<b>第一節 訴訟程序之基本原則</b>	230
壹、處分權主義〔1114〕	230
貳、辯論主義、職權探知主義與協同主義〔1115〕	231
參、公開審理主義與不公開審理主義〔1116〕	240
肆、言詞審理主義與書面審理主義〔1117〕	240
伍、直接審理主義與間接審理主義〔1118〕	241
陸、法定順序主義、隨時提出主義與適時提出主義〔1119〕	242
柒、集中審理與分割審理（併行審理）〔1120〕	245
<b>第二節 當事人之訴訟行為</b>	247
壹、概 說〔1121〕	247
貳、訴訟行為之判斷標準〔1122〕	248
參、訴訟行為之類型〔1123〕	248
肆、訴訟行為與法律行為之關係〔1124〕	255
伍、訴訟行為之評價〔1125〕	259
<b>第三節 當事人書狀</b>	259
壹、意 義〔1126〕	259
貳、應記載事項〔1127〕	260

參、以電信科技設備傳送〔1128〕	260
肆、格式及記載方法〔1129〕	260
伍、書狀簽名或蓋章〔1130〕	261
陸、書狀內引用證據〔1131〕	261
柒、書狀繕本或影本之提出〔1132〕	262
捌、附件之閱覽〔1133〕	262
玖、書狀之補正〔1134〕	262
拾、以筆錄代書狀〔1135〕	263
<b>第四節 送 達</b>	264
壹、意義與必要性〔1136〕	264
貳、送達之執行〔1137〕	264
參、應受送達人〔1138〕	266
肆、應送達之文書〔1139〕	270
伍、應送達之處所〔1140〕	270
陸、送達之方法〔1141〕	271
柒、電子設備傳送〔1142〕	279
<b>第五節 期日與期間</b>	279
壹、概 說〔1143〕	279
貳、期 日〔1144〕	279
參、期 間〔1145〕	281
肆、受命、受託法官之準用〔1146〕	287
<b>第六節 訴訟程序之停止</b>	288
壹、概 說〔1147〕	288
貳、訴訟程序當然停止〔1148〕	288
參、訴訟程序裁定停止〔1149〕	302
肆、訴訟程序合意停止〔1150〕	309
伍、訴訟程序停止之效力〔1151〕	311
<b>第七節 言詞辯論</b>	313
第一款 概 說	313
壹、意 義〔1152〕	313



貳、種 類〔1153〕 .....	313
參、言詞辯論一體性〔1154〕 .....	314
肆、言詞辯論之開始及終結〔1155〕 .....	314
伍、參與言詞辯論法官之變更〔1156〕 .....	314
第二款 當事人應為及得為之行爲 .....	314
壹、聲 明〔1157〕 .....	314
貳、陳 述〔1158〕 .....	315
參、舉 證〔1159〕 .....	319
肆、提出攻擊或防禦方法〔1160〕 .....	319
伍、向他造當事人發問〔1161〕 .....	322
陸、行使責問權〔1162〕 .....	322
柒、對訴訟指揮、闡明之異議〔1163〕 .....	323
第三款 審判長應為及得為之行爲 .....	324
壹、指揮言詞辯論〔1164〕 .....	324
貳、令為適當完全辯論〔1165〕 .....	324
參、闡 明〔1166〕 .....	325
肆、指定受命法官或囑託〔1167〕 .....	336
伍、宣示法院之裁判〔1168〕 .....	336
第四款 法院應為及得為之行爲 .....	336
壹、為闡明處置〔1169〕 .....	336
貳、命分別辯論〔1170〕 .....	338
參、命合併辯論、裁判〔1171〕 .....	339
肆、命限制辯論〔1172〕 .....	340
伍、選用通譯〔1173〕 .....	342
陸、禁止陳述〔1174〕 .....	342
柒、調查證據〔1175〕 .....	342
捌、再開辯論〔1176〕 .....	342
第五款 言詞辯論筆錄 .....	343
壹、概 說〔1177〕 .....	343
貳、形式上應記載之事項〔1178〕 .....	343

參、實質上應記載事項〔1179〕	344
肆、筆錄製作之輔助設備〔1180〕	345
伍、筆錄之附件、引用文書〔1181〕	346
陸、筆錄之朗讀閱覽〔1182〕	346
柒、筆錄之簽名〔1183〕	347
捌、筆錄之增刪〔1184〕	347
玖、筆錄之效力〔1185〕	348
<b>第八節 裁 判</b>	348
壹、裁判之概念〔1186〕	348
貳、裁判之種類〔1187〕	348
參、判 決〔1188〕	349
肆、裁 定〔1189〕	357
<b>第九節 司法事務官之處理程序</b>	358
壹、處理事件之範圍〔1190〕	358
貳、文書之製作程式〔1191〕	358
參、處分之效力〔1192〕	358
肆、異 議〔1193〕	359
<b>第十節 訴訟卷宗</b>	360
壹、訴訟文書之保存〔1194〕	360
貳、訴訟文書之利用〔1195〕	360

## 第二編 第一審程序

### 第一章 通常訴訟程序

<b>第一節 訴訟標的相關理論</b>	365
壹、訴訟標的與訴訟標的物〔2001〕	365
貳、訴訟標的之論爭〔2002〕	365
參、訴訟標的與原因事實〔2003〕	372
肆、多元的訴訟標的概念〔2004〕	374

第二節 審判範圍之確定 .....	375
第一款 起 訴 .....	375
壹、意 義〔2005〕 .....	375
貳、起訴狀之記載〔2006〕 .....	375
參、效 果〔2007〕 .....	379
第二款 客觀的訴之合併 .....	391
壹、意 義〔2008〕 .....	391
貳、要 件〔2009〕 .....	391
參、類 型〔2010〕 .....	392
肆、客觀的訴之合併在訴訟上之審判〔2011〕 .....	395
第三款 訴之變更、追加 .....	397
壹、意 義〔2012〕 .....	397
貳、要 件〔2013〕 .....	398
參、方 式〔2014〕 .....	404
肆、裁 判〔2015〕 .....	404
第四款 反 訴 .....	406
壹、概 說〔2016〕 .....	406
貳、類 型〔2017〕 .....	406
參、要 件〔2018〕 .....	406
肆、程 式〔2019〕 .....	410
伍、反訴之變更、追加〔2020〕 .....	411
陸、審 理〔2021〕 .....	411
第五款 訴之撤回 .....	413
壹、意 義〔2022〕 .....	413
貳、要 件〔2023〕 .....	413
參、效 力〔2024〕 .....	415
肆、擬制撤回〔2025〕 .....	417
伍、訴訟外合意撤回〔2026〕 .....	417
第三節 訴訟要件之審查 .....	418
壹、訴訟要件之意義及內容〔2027〕 .....	418

貳、原告之訴顯無理者〔2028〕	419
參、調查之開始〔2029〕	420
肆、資料蒐集之方法〔2030〕	420
伍、調查順序〔2031〕	420
陸、調查結果之處理〔2032〕	420
<b>第四節 訴之利益之審查</b>	420
壹、「訴之利益」之概念〔2033〕	420
貳、客觀的訴之利益之判斷〔2034〕	421
參、定位（訴之利益為實體法上抑訴訟法上問題？）〔2035〕	436
肆、審理順序〔2036〕	437
伍、審理原則〔2037〕	438
陸、欠缺訴之利益之裁判形式〔2038〕	439
<b>第五節 言詞辯論之準備</b>	441
第一款 準備書狀	441
壹、意義〔2039〕	441
貳、原告準備書狀及被告答辯狀應記載內容〔2040〕	442
參、具體記載〔2041〕	444
肆、直接送達他造〔2042〕	444
伍、書狀之提出與交換——所謂書狀先行〔2043〕	444
第二款 闡明處分	445
第三款 準備程序	446
壹、意義〔2044〕	446
貳、闡明訴訟關係之方法〔2045〕	446
參、調查證據之要件〔2046〕	446
肆、期日之通知〔2047〕	447
伍、筆錄之記載〔2048〕	447
陸、準備程序之效果〔2049〕	447
柒、受命法官之權限〔2050〕	448
第四款 爭點整理及協議簡化	449
壹、爭點整理之重要〔2051〕	449

貳、爭點整理之時機〔2052〕	449
參、爭點整理及協議簡化之效果〔2053〕	451
第六節 證據	455
第一款 基本概念	455
壹、證據之概念〔2054〕	455
貳、證明之對象〔2055〕	464
參、證據排除事項（不要證明之事項）〔2056〕	465
肆、法院推定之事實（事實上推定）〔2057〕	485
伍、表見證明與高度概然性推定（一應推定）〔2058〕	486
陸、證明妨礙〔2059〕	487
第二款 證據調查程序	489
壹、證據集中調查〔2060〕	489
貳、當事人聲明證據〔2061〕	489
參、法院依職權調查證據〔2062〕	492
肆、證據調查之機關〔2063〕	492
伍、證據調查之時日、場所〔2064〕	493
陸、當事人之到場〔2065〕	494
柒、調查證據筆錄〔2066〕	494
捌、調查結果之辯論〔2067〕	494
第三款 證據之評價	495
壹、概說〔2068〕	495
貳、自由心證主義〔2069〕	495
第四款 舉證責任	509
壹、舉證責任之概念〔2070〕	509
貳、舉證責任之分配理論〔2071〕	517
參、舉證責任分配之爭議事例〔2072〕	525
肆、舉證責任之轉換〔2073〕	530
伍、不負舉證責任當事人之事案解明義務〔2074〕	530
第五款 人證	531
壹、證人之意義〔2075〕	531

貳、證人之資格（證人能力）〔2076〕	532
參、聲明人證及通知到場〔2077〕	533
肆、證人之義務〔2078〕	533
伍、證人之權利〔2079〕	536
陸、證人之訊問與發問〔2080〕	537
第六款 鑑定	543
壹、概說〔2081〕	543
貳、鑑定事項之確定〔2082〕	545
參、鑑定人之選任〔2083〕	545
肆、鑑定義務〔2084〕	545
伍、鑑定人之拒卻〔2085〕	546
陸、鑑定人之具結〔2086〕	546
柒、鑑定人之陳述與發問〔2087〕	546
捌、供鑑定之資料〔2088〕	547
玖、鑑定結果之利用〔2089〕	547
拾、鑑定人之權利〔2090〕	548
拾壹、鑑定證人、鑑定人兼證人〔2091〕	548
拾貳、囑託鑑定〔2092〕	549
拾參、私的鑑定書之利用〔2093〕	549
拾肆、仲裁鑑定契約〔2094〕	549
第七款 書證	550
壹、意義〔2095〕	550
貳、文書之提出〔2096〕	551
參、文書證據力〔2097〕	559
第八款 勘驗	561
壹、意義〔2098〕	561
貳、勘驗準用書證之範圍〔299〕	563
參、勘驗筆錄之記載〔2100〕	563
第九款 當事人訊問	564

第十款 證據保全.....	567
壹、概 說〔2101〕.....	567
貳、證據保全原因〔2102〕.....	567
參、聲請程序〔2103〕.....	568
肆、證據保全方法〔2104〕.....	569
伍、證據保全程序中之協議〔2105〕.....	569
陸、證據保全程序終了之處理〔2106〕.....	569
第七節 和解程序.....	570
壹、意 義〔2107〕.....	570
貳、時 機〔2108〕.....	570
參、性 質〔2109〕.....	571
肆、要 件〔2110〕.....	571
伍、程 序〔2111〕.....	573
陸、效 力〔2112〕.....	576
柒、請求繼續審判〔2113〕.....	580
捌、第三人撤銷訴訟〔2114〕.....	584
玖、訴訟標的外和解〔2115〕.....	584
拾、第三人參與和解〔2116〕.....	586
第八節 判 決.....	587
壹、要 件〔2117〕.....	587
貳、各種判決類型〔2118〕.....	588
參、判決之附帶宣告〔2119〕.....	601
肆、判決之確定〔2120〕.....	615
伍、確定判決之效力〔2121〕.....	616
陸、外國法院確定判決之效力〔2122〕.....	649
柒、大陸、港澳地區確定判決效力〔2123〕.....	652
<b>第二章 調解程序</b>	
壹、概 說〔2124〕.....	653
貳、調解事件〔2125〕.....	653
參、調解之聲請〔2126〕.....	655

肆、調解之實施〔2127〕	657
伍、調解程序之終結〔2128〕	663
陸、宣告調解無效或撤銷調解之訴〔2129〕	665
柒、準用第三人撤銷訴訟〔2130〕	667

### 第三章 簡易訴訟程序

壹、概說〔2131〕	668
貳、簡易事件之範圍〔2132〕	668
參、簡易事件改為通常程序〔2133〕	672
肆、簡易程序之第一審特別規定〔2134〕	673
伍、簡易程序之第二審特別規定〔2135〕	674
陸、簡易程序之第三審特別規定〔2136〕	675
柒、簡易程序之特別再審理由〔2137〕	677

### 第四章 小額訴訟程序

壹、概說〔2138〕	678
貳、適用對象〔2139〕	678
參、小額程序第一審特別規定〔2140〕	679
肆、小額程序第二審特別規定〔2141〕	682

## 第三編 上訴審程序

### 第一章 第二審程序

第一節 上訴通論	685
壹、上訴制度〔3001〕	685
貳、當事人〔3002〕	685
參、上訴期間〔3003〕	686
肆、上訴利益〔3004〕	687
伍、上訴權之捨棄〔3005〕	689
陸、撤回上訴〔3006〕	690
柒、違式裁判之救濟〔3007〕	692
捌、上訴之效力〔3008〕	692



第二節 第二審上訴之提起.....	696
壹、得上訴於第二審之判決〔3009〕.....	696
貳、併受第二審審查之裁判〔3010〕.....	696
參、上訴程式〔3011〕.....	697
肆、上訴合法要件及審理〔3012〕.....	698
第三節 第二審之審判.....	700
壹、第二審之審判範圍〔3013〕.....	700
貳、第二審之審判程序〔3014〕.....	707
參、卷宗之處理〔3015〕.....	719

## 第二章 第三審程序

壹、第三審之目的〔3016〕.....	720
貳、得上訴於第三審之判決〔3017〕.....	720
參、上訴利益之價額〔3018〕.....	721
肆、本人訴訟之修正（律師強制代理）〔3019〕.....	724
伍、以判決違背法令為理由〔3020〕.....	725
陸、上訴程式及上訴理由書之強制提出〔3021〕.....	739
柒、答辯狀及追加書狀之提出〔3022〕.....	741
捌、第三審之審理範圍〔3023〕.....	741
玖、第三審之言詞辯論〔3024〕.....	746
拾、第三審之裁判〔3025〕.....	746
拾壹、第二審程序之準用〔3026〕.....	752

## 第四編 抗告程序

壹、意 義〔4001〕.....	753
貳、得為抗告之人〔4002〕.....	753
參、不得抗告之裁定〔4003〕.....	754
肆、抗告期間〔4004〕.....	755
伍、提起抗告之程式〔4005〕.....	756
陸、抗告之審判〔4006〕.....	757

柒、異議（準抗告）〔4007〕 .....	759
捌、再抗告〔4008〕 .....	761

## 第五編 再審程序

壹、概 說〔5001〕 .....	763
貳、一般之再審理由〔5002〕 .....	770
參、其他再審理由〔5003〕 .....	779
肆、再審之禁止〔5004〕 .....	780
伍、再審管轄法院〔5005〕 .....	782
陸、再審之不變期間〔5006〕 .....	783
柒、再審起訴狀之程式〔5007〕 .....	785
捌、再審之訴之審判〔5008〕 .....	786
玖、準再審〔5009〕 .....	790

### 第五編之一 第三人撤銷訴訟程序

壹、概 說〔5010〕 .....	791
貳、要 件〔5011〕 .....	792
參、管轄法院〔5012〕 .....	796
肆、原確定判決之停止執行〔5013〕 .....	796
伍、判 決〔5014〕 .....	796
陸、再審程序之準用〔5015〕 .....	798

## 第六編 督促程序

壹、概 說〔6001〕 .....	799
貳、聲請要件〔6002〕 .....	799
參、科技化處理〔6003〕 .....	801
肆、管轄法院〔6004〕 .....	801
伍、聲請支付命令之程式〔6005〕 .....	802
陸、法院之審理〔6006〕 .....	802

柒、支付命令之失效〔6007〕	805
捌、支付命令之效力〔6008〕	806
玖、過渡時期之適用舊法〔6009〕	807

## 第七編 保全程序

### 第一章 假扣押程序

壹、假扣押之意義〔7001〕	809
貳、被保全權利之適格性〔7002〕	809
參、假扣押之必要性〔7003〕	812
肆、假扣押之管轄法院〔7004〕	814
伍、聲請假扣押之程式〔7005〕	816
陸、假扣押之釋明及擔保〔7006〕	818
柒、假扣押聲請之審判〔7007〕	820
捌、不當假扣押之賠償〔7008〕	825

### 第二章 假處分程序

壹、請求標的之假處分〔7009〕	828
貳、定暫時狀態之處分〔7010〕	832
參、自助行爲之保全程序〔7011〕	837

## 第八編 公示催告程序

### 第一章 申報權利之公示催告

壹、概說〔8001〕	841
貳、要件〔8002〕	841
參、聲請〔8003〕	842
肆、管轄〔8004〕	842
伍、聲請之裁定〔8005〕	843
陸、公告方法〔8006〕	843
柒、申報權利〔8007〕	843

捌、除權判決〔8008〕 .....	844
玖、公示催告程序之合併〔8009〕 .....	848

## 第二章 宣告證券無效之公示催告

壹、得宣告無效之證券〔8010〕 .....	849
貳、適用程序〔8011〕 .....	849
參、管轄法院〔8012〕 .....	849
肆、聲 請〔8013〕 .....	850
伍、公示催告〔8014〕 .....	851
陸、申報權利〔8015〕 .....	851
柒、除權判決〔8016〕 .....	851
捌、除權判決之撤銷〔8017〕 .....	853
玖、禁止支付之命令〔8018〕 .....	853

事項索引 .....	855
------------	-----

# 導 論

## 第一章 民事訴訟概觀

### 第一節 民事訴訟歷史觀察

#### 第一款 社會、裁判與法

##### 壹、私的紛爭之解決手段〔0001〕

人與人間私的社會生活關係，如能和平而順暢進行，國家公權力並無介入必要，事實上亦無全部介入之可能。因此，關於私的社會生活關係，國家原則上委由各該當事人自己進行，所生紛爭亦期待當事人自行解決，此即私法自治原則。惟於當事人不能自行圓滿解決時，從國家及社會立場，不能置之不問，否則將使當事人生活產生不便，亦可能導致該紛爭擴大加鉅，甚至造成強凌弱、眾暴寡之局面。因此，國家一方面必須禁止私人憑藉其自己實力實現其所追求之利益（自力救濟禁止，民151參照），他方面必須依當事人之要求以公權力解決該紛爭。

##### 貳、以訴訟方式解決紛爭之特質〔0002〕

由於國家社會解決紛爭之必要性增加，必須設置機構（法院）處理（裁判），累積多數處理經驗後，為使裁判之基準明確與固定，乃制定民法、商法等各種實體法（規範權利義務內容及其構成要件事實之法），以及民事訴訟法等程序法（規範法院如何進行審判之法），故謂法律之歷史即裁判之歷史亦不為過。

從裁判史觀察，謀求裁判更合理化，是其一貫的發展趨勢，如何使裁判過程更合理化、裁判結果更具有可預測性，為民事訴訟法理論及實務應力促實現之重要目標。此目標之達成，有賴依法裁判原則之貫徹，此原則亦為以訴訟方式解決紛爭，最異於其他方式者。裁判所依據之法，兼指實體法與訴訟法兩者。進言之，裁判之結果必須符合法（實體法），裁判之過程亦必須符合法（訴訟法），故訴訟為實體法與訴訟法綜合之場所，裁判即為實體法與訴訟融

合之結果，如何了解實體法與訴訟法之區別及關聯，為研究民事訴訟最重要的課題之一。

## 第二款 民事訴訟之法系<sup>1</sup>

### 壹、羅馬法系〔0003〕

我國民事訴訟法之內容，深受德國與日本之影響。由於錯綜複雜之歷史因緣，德國雖為日耳曼族，卻繼受羅馬法，其固有日耳曼習慣反而傳播到英、美等國，形成日耳曼法。原屬於羅馬法系之日本，卻因二次戰後受美軍統治，因而受日耳曼法系影響，以致於本質、結構明顯不同之羅馬法與日耳曼法，卻分別在西方之德國與東方之日本交會，迸出百家爭鳴之學說火花，並影響我國學說、實務及立法。

按大陸法系民事訴訟制度，主要源於羅馬法。羅馬在西元前753年即建立羅馬城，此後即以此為中心，逐步建立起強大而堅固之龐大帝國，在此帝國下，甚早即以國家地位頒布各項法律，以供人民遵守。羅馬民事訴訟制度又以「訴權」(Actio)制度為中心，某一事件能否於訴訟上請求，端看該事件是否經法律賦予訴權，在初期(西元前5世紀至西元5世紀間之法律訴訟程序)，僅於十二銅表法(西元前450年)及市民法始有賦予訴權之規定，其後逐漸擴大至由法務官針對個案所公布之告示錄；又因告示錄之內容繁多，一般人民無法理解，經註釋法學派(西元12世紀)之訓詁解釋，始成為較完整之法律體系，至14、15世紀，逐漸為德國所繼受。至17世紀，於德國興起之自然法學派，更將羅馬法抽象化，而發展成為完整的實定法。至18世紀，因國家權力擴大，裁判權亦隨之擴大，逐漸形成制定獨立訴訟法之風潮，此一風潮更促成實體法與訴訟法之分離，1781年普魯士腓特烈法典及奧地利普通法院法，乃為近代訴訟法之始。加上當時德國學者，如Bernhard Windscheid(1817年至1892年)等推動，終使德國於1877年完成精緻體系之民訴法，於1896年完成民法之制定，確立實體法與訴訟法之分離。

在訴訟程序方面，於「法律訴訟程序時期」，提起訴訟必須符合法律(如十二銅表法)所定要件，並向法務官提起，經法務官審查符合法律所定要件以

<sup>1</sup> 請參閱：中村英郎，民事訴訟制度と理論の法系之考察，民商法雜誌，84卷6號、85卷1號。

及當事人之爭點後，如當事人間已無爭點者，即終結訴訟，否則即以口頭命令將訴訟交付具有平民身分之審判人審判。其後，隨著交付審判命令逐漸制度化，為便於管制審判人，乃將交付審判命令改以書面為之，此即「方式書訴訟時代」（約西元前2世紀開始），此時訴訟程序分為兩階段，一為在法務官面前進行之法庭程序（準備程序），二為在審判人面前進行之審判程序（本案程序）。在一定條件下，法庭程序僅為爭點決定及付與方式書即行終了，並由此成立訴訟關係。在訴訟關係成立後，始進行第二階段之審判程序，由審判人就實體的法律問題予以裁判。上述法律訴訟程序與方式書訴訟程序合稱為「通常訴訟程序」。在這時期，已經可以看出訴訟程序分為準備程序與本案程序兩個階段，關於「訴訟要件」之審查，具有公益性質，故由法務官實施，至於本案之審判，則無關公益，故由平民身分之審判人為之，已可看出現行法之雛型。

在通常訴訟程序，就特殊事件，亦有由法務官自為審理及裁判者，稱為「非常訴訟程序」，後隨官方權力逐漸擴大，於西元284年後，非常訴訟程序事實上已成為唯一的訴訟程序，至西元342年正式廢除方式書訴訟程序<sup>2</sup>。

## 貳、日耳曼法系〔0004〕

海洋法系（英美法系、日耳曼法系）民事訴訟制度，主要源於日耳曼族固有習慣。日耳曼人至西元前1世紀，仍營農耕之生活方式，並因必須經常與外族戰鬥，故採以血族（Sippe）團體為單位之集體生活，集數個血族為一部族（Gull），數部族為一小國（Civitas）。部族內簡單問題，僅由部族成員所組成之會議決定，惟若與小國全體成員有關之大事，則召開小國會議或民會決定。民會是由小國內之部族成員中具有武裝能力之成年男子所成立之團體，其職掌相當於近代國家中行政、立法與司法三權。當時日耳曼人的生活，大抵以小國為實施單位，小國乃其轄下部族族員全體之集合體，係脫離其構成員而獨立存在，並無優於部族之地位。日耳曼之小國與其構成員具有平等之地位，與羅馬之國家與人民是居於統治者與被統治者之關係，顯有不同（德國至1871年1月8日始正式成立德意志帝國，完成統一）。因此在日耳曼社會，據以解決紛爭之規範，非如羅馬一般由國家制定，而是由其祖先世代相傳，為部族成員所確信之正義與和平的習慣法，此等習慣法係祖先所留傳，並非任何人依其意

<sup>2</sup> 中村宗雄，民事訴訟法原理(1)，112頁；注解民訴(1)，95頁。

志予以制定，故對於每個人而言，均屬神聖而不可侵犯，因此，若有成員被侵犯而起訴時，其起訴之性質並非如羅馬法上行使權利，而是請求發現此祖先所留下之「法」，以回復法的和平，德文之「訴（Klage）」，即意味著嘆息、悲哀，可為較佳說明。

此等以習慣法為主軸之法文化，直至13世紀以後，始漸有變化，各部族之成文法逐漸產生，至14世紀，因經濟圈擴大，各部族相異的法律不利於交易，而統一的羅馬法正符合此需要，因此，乃有德國繼受羅馬法之事發生，至於德國固有之習慣（日耳曼法），反因民族大遷移之關係，移入英國，再隨英國而傳至美國。

由上開歷史背景之不同，可看出兩法系訴訟結構之基本相異處：在羅馬法系，為國家制定法律供人民遵守，以法律之觀點考慮訴訟，並將人與人間之關係規範為權利與義務關係；訴訟上所要解決之紛爭事實，是經當事人選擇符合法律所規定之事實（構成要件事實），並非原始的社會事實本身。因此，以權利保護為訴訟目的，就原告所選擇之當事人及審判對象，為相對之解決，判決效力亦僅有相對性，自屬必然之結論。反觀日耳曼法，因成員與部族間關係密切，並非上下支配關係，若分割成片斷、相對的解決，將不利於團體內部之和諧，故訴訟所要解決之紛爭，是團體內部所發生之社會事實本身，並以祖先所留下之習慣法為解決依據。因此，以紛爭之解決、法的發現為訴訟目的，就與事實有關之關係人所生全部法律關係，為整體的解決，因而判決效力之擴大，乃成當然。

### 第三款 本法之沿革

中國自古以來法律，以刑事法為主，民事法僅為附屬，且實體法與程序法不分，與西方現代法制相去甚遠。1906年（清光緒32年），修訂法律大臣沈家本、伍廷芳進呈之「大清刑事民事訴訟法草案」，分總綱、刑事規則、民事規則、刑事民事通用規則等4章共260條，雖仍為刑事民事訴訟合用之法律，但不失為第一部具備西方現代型之訴訟法草案。該草案為熟悉英美法制之伍廷芳所主筆，具有濃厚英美法色彩（例如採陪審制），惟遭各方以與國情不合而反對，終未能頒行。修訂法律館乃聘請日本籍法律顧問松岡義正起草「大清民事訴訟律草案」（下稱民訴律），岡田朝太郎草擬「大清刑事訴訟律草案」，將民事訴訟法與刑事訴訟法分離而單獨立法。其中民訴律歷經3年完成草擬，於



1911年1月27日（宣統2年12月17日）由修訂法律大臣沈家本、俞廉三上奏，預定於宣統4年施行，此為第一部獨立完整的民事訴訟法典。該草案基本內容和體例、用語，均以1890年（明治22年）日本舊民訴法為藍本<sup>3</sup>，分四編。第一編，審判衙門（含事物管轄、土地管轄、指定管轄、合意管轄、審判衙門之迴避、拒卻及引避等五章），第二編，當事人（含能力、多數當事人、訴訟代理人、訴訟輔佐人、訴訟費用、訴訟擔保、訴訟救助等七章），第三編，普通訴訟程序（含總則、地方審判廳第一審訴訟程序、初級審判廳之程序、上訴程序、再審程序等五章），第四編，特別訴訟程序（含督促程序、證書訴訟、保全訴訟、公示催告、家事訴訟等五章）共800條<sup>4</sup>，現代民事訴訟法制之架構與內容，燦然大備。

民訴律雖未及頒行，清朝已滅，但該草案內容，則多為其後北京國民政府草擬之民事訴訟條例草案（1921年7月22日公布，因同日北洋政府復制定公布該草案之施行條例，故此草案已經施行，非如一般法律草案，故學說多稱此法案為民事訴訟條例，以下簡稱民訴條例）及本法所採用。

北伐成功後，國民政府曾於1930年及1931年（增加人事訴訟之條文）分兩批公布民事訴訟法（下稱本法），於1932年5月20日起施行，復因該法頗有不合實用之處，遂於1935年全面修正，同年7月1日施行，此後除於1945年略加修正外，至1968年始為較大規模修正，前後穩定施行33年，為現行法奠下基礎。1968年修正後尚為配合民法總則之修正等原因，為多次小幅修正，至1999年、2003年為強化集中審理及擴大紛爭解決功能等目的，復為大規模修正。2003年以後尚經多次之零星修正。綜觀歷次重大修正內容，基本上係深受日本法影響（其中亦包含經日本法而間接受德國或其他國家立法影響者）。

<sup>3</sup> 請參閱：陳剛、何志輝、張維新合著，清末民事訴訟立法進程研究，載陳剛主編，中國民事訴訟法制百年進程（清末時期），第一卷，北京，中國法制出版社，2004年10月，102頁以下。

<sup>4</sup> 請參閱：陳剛、何志輝點校，大清民事訴訟律草案（宣統二年十二月二十七日），載陳剛主編，中國民事訴訟法制百年進程（清末時期），第二卷，北京，中國法制出版社，2004年10月，3頁以下。

## 第二節 民事訴訟目的與訴權理論

### 壹、民事訴訟目的觀〔0005〕

#### 一、學說概況

##### (一)權利保護說

認為國家因禁止自力救濟，故對私人權利受侵害時，設民事訴訟制度以保護私權。

##### (二)私法秩序維持說

認為國家為調整私人間之利害，制定私法法規，雖亦要求各人均應遵守，然私法之規定未必完整，仍有賴裁判予以充實與形成，使私法所預先設定之法秩序，從內部層面予以完成，因此，其制度之目的乃在保障私法法規之實效性。

##### (三)紛爭解決說

認為於私法成立之前，即有民事裁判，累積具體案件之裁判例後，始成為私法，因此，民事裁判之必要性乃超越私法而存在，私法僅為使民事裁判對於紛爭之解決能統一合理化才發達起來，此種前法律之紛爭解決必要性，始為民事訴訟之目的。

##### (四)綜合目的說

認為對於不能自主解決之私人間紛爭若棄置不顧，終無以維持社會秩序，故民事訴訟之設，應有其紛爭解決之目的。惟在依法裁判之要求下，民事訴訟之目的亦在維持私法秩序，使人民能對裁判之結果有所預測，從而自動遵守私法秩序。再者，從私人利用民事訴訟之立場而言，亦無非藉此請求具體權利之保護。故此三者均為民事訴訟制度之目的。

##### (五)法之尋求說

認為基於憲法保障人民享有自由權、財產權及生存權等基本權利，且有為實現此等權利之訴訟權，又設司法以依法裁判當事人間之法律上訟爭，因此，民事訴訟之目的即在尋求、發現及提示就實體利益及程序利益為平衡後之法之

所在<sup>5</sup>。

## (六)程序保障說

認為面對現代型訴訟，法律已無法預先規定，而由法官造法，又會受到抵抗，因此，民事訴訟之目的，乃在分配當事人行為責任，以確保當事人實質平等，並透過此一程序使當事人能充分討論，以處理紛爭。

## 二、各說分析

如從歷史沿革觀察，上述學說正依時代順次發展下來。首先，在德民訴法成立（1877年）當時，正是個人主義盛行時代，因此認為民事訴訟制度是為保護私人權利而設之制度，此種目的觀又與訴訟程序上濃厚之當事人主義色彩，互為因果。此種思想，於其後納粹時代，因在意識型態上強調集體主義，同時因當事人主義造成訴訟遲延，乃在訴訟目的觀上有所改變，認為訴訟制度非可從個人方面之權利保護立場觀察，而應從國家方面予以考慮，因此強調裁判制度之公益因素，而有職權主義化之傾向，從而於訴訟目的觀上亦強調透過裁判維持國家法秩序。在二次大戰前，德國學說深刻支配日本，因此，上述權利保護說及私法秩序維持說亦因而支配日本學說，再而輾轉影響我國。二次大戰後，在德國因納粹時代結束，學說上對於集體主義造成之危險，亦深感戒懼，因此民事訴訟制度目的觀又發生變化，僅為維持國家法秩序之見解不再受支持，多數見解轉而再度強調當事人之權利保護。換言之，認國家法秩序維持與當事人權利保護，乃一體兩面，兩者均為訴訟制度之目的。現在，以當事人權利保護為重心之見解，更成有力學說。反觀日本在二次大戰結束後一段期間，因在美軍統治下，連帶使法律理論與德國隔離而受英美法（日耳曼法）之影響，因此，戰後學說首先就訴訟目的提出異於德國之見解，將之回溯至古代日耳曼社會，認為民事裁判之目的乃在取回社會之和平——即解決紛爭——，此種見解經兼子一教授倡導後，遂成為日本有力見解，我國學說上亦有受其影響者。晚近，因憲法意識抬頭，跳脫傳統由民事實體法與民事訴訟之互動關係，改由更高層次之憲法觀點定位民事訴訟之目的，漸受重視，程序保障說以及法之尋求說，均可歸為此類型。

上開各說均有其立論根據，並指出民事訴訟制度目的在某方面之現象，亦

<sup>5</sup>

邱聯恭，程序制度機能論，158頁。

扮演了各該時代應有之角色，難謂孰優孰劣。即以現在觀點而言，權利保護說十分符合法官依法審判之憲法要求，但如果法官僅有發現法之職權，於實體法不完備時，裁判即無法應付社會需要，就此而言，私法秩序維持說可以適度彌補其缺點，使裁判能將法之效用予以落實與完成，故結合上述兩種目的觀，法官所為者實際上是法之繼續形成（469之1 II）。當然，不論私法秩序維持說或權利保護說，都屬於羅馬法系下之思考，以法為出發點看待民事訴訟，就社會紛爭本體（事實）之全面解決而言，有時確有不足。因此，具有日耳曼法系觀點之紛爭解決說，以紛爭本體之解決為出發，設想民事訴訟，自然有其說服力，尤其在古代社會法律制度尚未健全下，更是如此。不過在現代法律體系已頗完備之情形下，只求紛爭之解決，而忽略法的觀點，卻有使裁判脫離法的規範之疑慮，是其理論欠缺處。程序保障說將民事訴訟設定為單純之程序工具角色，至於解決紛爭之準則乃取決於當事人自己責任，而非法官造法，在強調當事人主體性上，確較紛爭解決說從法院立場出發者，有其正面意義，但同樣面臨難以解釋法官應依法裁判之憲法要求問題。

法之尋求說，在提醒注意訴訟遲延與勞費增加之問題上，有其理論貢獻。然此說認為民事訴訟之目的，在「發現」已存在之法，而非積極因應社會需要「形成」適當之法，稍嫌消極。又過度強調訴訟所造成程序上之不利益，是否會使權利人實現權利之意願降低、義務人不必履行義務之期待加高，致實體法上之規範效力面臨威脅，亦應注意。或以為如強調實體法之適用，難免落入追求實質真實之困境，增加程序上花費云云。但裁判如經常不符合真實，或逼令當事人在追求真實的道路上作不必要的妥協，是否會鼓勵不誠實訴訟，甚至鼓勵利用訴訟戰術免除或減輕責任，造成訴訟案件增加，使法院負擔更大，反而更無法追求真實？亦值深思。反之，如果能在個案訴訟上，儘可能貫徹實體法規範，並使敗訴當事人負擔勝訴當事人因追求實體正義所造成之損失，譬如令其負擔訴訟費用、勝訴當事人所支付之律師費用、往來法院之旅運費，甚至因此造成之時間浪費<sup>6</sup>，藉以杜絕投機者輕率興訟或以訴訟技巧拖延訴訟，讓法院能將有限資源充分運用，讓正當權利人獲得應有補償，訴訟制度之利用有良性循環，是否更為可行？亦值研究。

淺見以為，解決紛爭雖為社會本能的要求，但如何解決紛爭，其手段則須講求，不當的手段不但不能解決紛爭，可能製造更多紛爭。目前社會實況，人

<sup>6</sup> 王澤鑑，民法學說與判例研究7，149頁以下，認時間浪費之非財產上損害。

與人間交往頻繁，互動關係密切，已交織成一個嚴密的有機體，如何使人與人間有互動良好、彼此協調、避免衝突，十分重要，具有明確性、可預測性之實體法規正可提供此一功能。事實上，絕大部分私法上紛爭，都是依賴當事人依實體法之明文規定或解釋自行解決，而非訴訟裁判。即使尋求訴訟解決，如能依實體法裁判以解決紛爭，因其標準明確，對於訴訟進行必較經濟而有效率，同時可避免裁判歧異，提高裁判之可預測性，奠定法律安定之基礎，並能滿足法官應依法裁判之憲法要求。因此，民事訴訟法之設計與運用，仍應以實踐實體法規為主要考量。雖然因現代社會變化十分快速，實定法之明文規定未必能即時解決社會紛爭，但法院於裁判時，仍應依循實體法法理與習慣（民1），從而法院作成之裁判，既依訴訟法規定為之，亦有依據法理與習慣續造實體法之機能（469之1Ⅱ），既非純粹法之創造，亦非純粹法的發現（參閱既判力之本質〔2121〕）。

### 三、概念之實用性

社會上各種制度之設立，必有其目的，正確地掌握其目的，始能徹理解該制度，才能建立該制度之理論體系，並依社會實況適時修正。學說上雖然有認為民事訴訟目的論，對個別領域問題之解決，並沒有實際影響者，然而，民事訴訟主體（當事人）、訴訟客體（訴訟標的）、民事訴訟法與民事實體法之關聯、人民對民事訴訟制度之利用（訴權論）、訴之利益及既判力本質等理論之建立，雖然都有應該特別考慮之具體問題，但當各該領域所應考慮之因素，有模稜兩可甚至衝突時，即必須有能夠指引或統合各領域問題之上層思維，民事訴訟目的論所討論者，就是這個上層思維之問題，因此不能說對於各領域理論完全沒有影響力（至少有抽象的、間接的影響力）。

## 貳、訴權理論〔0006〕

### 一、學說概況

所謂訴權，指得起訴（或有效實施訴訟）之權利。最初提出「訴權」概念之目的，是在為人民可以起訴，而國家則應受理之訴求，尋找理論依據。易言之，乃在探討人民為何「有權」提起訴訟？換言之，國家為何「有義務」受理訴訟？之問題。其後逐漸擴及此一權利之發生，其構成要件如何？之問題。就現代各國憲法多明文保障人民之訴訟權而言，人民一旦提起訴訟，國家即有義

務加以處理，所以人民有「訴權」，已不是問題，但於中古世紀歐洲，個人主義尚未萌芽之年代，如何解釋人民之起訴，具有行使「權利」性質，而國家有受理起訴之「義務」，卻須有堅強之理論依據，方能形成普遍觀念，進而落實。而由訴權理論之提出與演進，吾人亦可以了解前輩法學家，如何在為後世創建合理之訴訟制度而努力。關於此等問題，有幾種主要不同見解：

### (一)私法的訴權說

認為民事訴訟乃私法上之權利人行使其權利之過程或手段，訴權係私法上權利（特別是請求權）得於裁判上行使之權能，為私權內在之強制力或變形物，因之，有私權即有訴權。

私法的訴權說為德國普通法時代（1495年公布帝國裁判條例起至1877年公布民訴法、1900年公布民法止）學者所主張。此說有以下缺陷：1.就沿革上，毋寧認為訴權係先於私權而存在；2.訴權係對國家機關之權利，與私權係對債務人之權利亦有不同；3.於消極確認之訴，此說亦難說明原告根本無私權，何以竟得提起訴訟。故此說今已漸為學者所不採。惟值一提者，晚近學說中，有從私法與訴訟法一元化之立場，認為必須依私法及訴訟法而同受保障之私人利益始為權利，因此，私權與訴權不過係同一私益之不同型態而已。此種學說可謂係私法的訴權說之復活，不過論理過程，卻正好相反，認為訴權先於私權存在。此說主張私法與訴訟法共同形成權利之觀點，固值贊同，惟仍不能說明消極確認之訴，無私權卻可起訴之難題。

### (二)公法的訴權說

鑑於私法的訴權說之缺陷及19世紀後半葉以來個人之權利意識高漲，學說乃將訴權由私權分離，認為訴權是國民對國家之公權。從此，訴權始獲得實質之獨立地位。因之，訴權論之發展，實質上係從公法的訴權說開始，然訴權之內容如何，仍有不同見解：

#### 1. 抽象的訴權說

公法的訴權說之最初態樣即為抽象的訴權說，此說認為訴權即請求開始訴訟或請求判決之權，因其並不承認國民有請求為具體內容裁判之權利，與後述之具體的訴權說異，故名。

抽象的訴權說不認為國民有請求為具體內容裁判之權利，因此，訴權發生之要件，無須考慮實體法因素，故批評者認為此說下之訴權，不外是起訴之自

由或可能而已，因此，只須具備一定方式之訴狀即可提起，可謂此訴權之賦予並無條件，又其並非以享受特定利益為目的，尚難冠予權利之名。主張此說之學者，雖然對此批判提出辯駁，認為使訴訟開始之權利並非任何人均有之，僅誠實提起重要之訴訟者有之。不過，即使對不誠實或不重要之起訴，法院亦不能不加審判，故以此為訴權要件並非得當。又於納粹時代以後，隨著訴訟目的觀採私法秩序維持說者增加，此說又漸趨有力，並試圖將訴權與憲法上受裁判之權利結合，認訴權係請求國家為司法作用之權。

## 2. 具體的訴權說

主張此說者，認為訴權並非空乏無內容之權利，而是得請求國家為具體內容判決之權利。換言之，訴權應從訴訟目的是權利保護之觀點，以利用訴訟制度者主觀之利益為焦點，賦予具體內容以說明訴權，始為妥當。主此說之流派中，又以「權利保護請求權說」為代表。

權利保護請求權說從民事訴訟制度發展之歷史加以觀察，認為紛爭解決既由私的救濟發展至國家獨占，國家於國民之權利受侵害時，自有保護義務，國民對國家亦有請求為權利保護之權利（權利保護請求權），此項權利即為訴權。訴權不問起訴前、起訴後、訴訟上、訴訟外均有之，在訴訟上即作為勝訴之要件，並僅原告或被告一方有之。換言之，雖然任何原告都可以起訴，但僅於有此訴權時，始能獲得如自己請求之判決，若原告無此訴權，則因被告不能無故被侵害，此時應認為被告有權利保護請求權，應以判決駁回原告之請求而保護被告。具備享有此訴權之要件，即稱為「權利保護要件」。

關於權利保護要件之內涵，學說仍有歧異，一般說來，是區別為訴訟之權利保護要件與實體之權利保護要件兩者；前者為關於當事人適格、保護必要之要件，後者為關於訴訟標的法律關係之要件。因為主張此種見解之學者，多為民事訴訟理論巨擘，故其影響亦最深遠。

在學說史上，權利保護請求權說提供了訴訟法由實體法分離成為獨立體系之主要理論，貢獻之大，自不待言，甚至直到今日仍深刻支配德國、日本及我國學說、實務之見解。不過，此說仍有其理論上之缺陷，其中最主要者有三：(1)國家並無必須作出有利於當事人之判決之義務，即使有此義務，亦僅是盡其依法裁判之職責。(2)此說雖認訴權於起訴前即存在，惟實際上卻須待判決結果始能確定有無，未免矛盾。(3)於被告雖未到庭，但原告仍應依無理由駁回其訴時，雖已保護被告之權利，但此顯非被告所請求，不能認為是被告行使訴權之

結果。

### (三) 本案判決請求權說

此說認為抽象的訴權說使訴權變得空泛無內容，具體訴權說又將不能作為權利之事，納入權利予以處理，誇張訴權內涵，均有未當。應折衷其間，始能得其正鵠。換言之，從紛爭實質解決之觀點，所謂訴權不外乎要求就本案請求有無理由予以裁判之權利。此說認為原告具備訴權要件後，法院即應為本案判決，此時，不問原告之訴有無理由，原告請求以判決為紛爭實體解決之目的均獲滿足，其訴權亦獲實現。

主此說者，在德國僅少數學者，不過在日本，於兼子一教授倡導後成為有力學說。此說能掌握民事裁判之最終目的，並簡化訴權要件與訴訟要件之關係，有其可採之處。不過認為於原告受敗訴判決時，其訴權仍獲實現，不甚自然。同時，此說將權利保護資格與必要，列入訴訟要件，於德、日民訴法未嚴格區別訴訟要件與本案審判之程序下，尚無重大問題，但本法有關訴訟要件之審理程序，係以裁定程序為之，較為簡便快速，是否適合作為審查與本案有密切關聯之權利保護資格、保護必要之問題，理論上即有疑問，亦與本法立法初衷不合（參閱訴之利益之裁判形式〔2038〕）。

### (四) 訴權否定說

對公法的訴權說之出現，學說上亦有採反對見解，認為不能將訴權作為訴訟外具體權利者，惟其理由則各說不一，至為龐雜：有認為起訴請求審判僅為單純基於人格權之自由而已；有認係人民一般權利之作用；有認訴權係於訴訟開始後始發生（訴訟內訴權說）；有認此不過國家設置訴訟制度，人民服從裁判權之結果而已。

## 二、概念之實用性

無疑的，從學說史觀察，由私法的訴權說，認為訴權僅為私權之變形，到公法的訴權說中之具體訴權說，代表了民事訴訟理論獨立成形之過程。在此過程中，訴權理論成為民事訴訟理論之最大支柱，所謂訴訟要件、訴之利益、當事人適格等觀念均因此明確形成，其歷史貢獻不容否認。時至今日，訴權論以外之訴訟理論已趨成熟而成為制度，訴權論是否仍有其實益乃成爭議，尤其採訴權否定說者，更將訴權論之歷史機能與現在理論價值予以區別，認為在歷史



上，訴權論固有功績，惟就現實之理論機能而言，則無將訴權論視為民事訴訟核心理論之必要。

不過，即使訴權論之重要性或非昔比，然尚不能全盤抹煞，此理論不但在訴之利益、當事人適格、訴訟要件上仍有其重要性，即在說明訴訟法與憲法、訴訟法與實體法之關聯上亦有其價值。此外，在訴訟過程中，如何調和制度運作者之法院立場與制度利用者之當事人立場，亦應以此為理論指標。

### 參、目的論與訴權理論之關聯〔0007〕

一般來說，學說對於民事訴訟目的論與訴權論所持之立場，大體上有互相契合之處，例如民事訴訟之目的論由私權之保護→私法秩序維持→紛爭解決→程序保障，正對應著訴權論由權利保護請求權說→抽象的訴權說之復活→本案判決請求權說→訴權否定說之發展。

## 第三節 民事訴訟之理想

民事訴訟既為終局解決紛爭之國家制度，自應具備合理解決紛爭之理想性或要素。其中最重要者，有下列數項：

第一，適正。即適當與正確。在裁判過程中，其資料蒐集、程序進行以及裁判結果，不但形式上應符合法律規定（正確性），實質上應符合該事件應有之結論（適當性）。

第二，公平。即公正與平等。所謂公正就是法院必須與當事人維持等距關係，不偏不倚（法官中立）。所謂平等，非絕對、機械的形式上平等，而是應依事物性質之差異為合理的區別對待之實質平等。進言之，不但要讓當事人在自己責任原理下，有以訴訟主體地位自由進行訴訟之平等地位與機會（所謂武器平等），並且在事件性質或當事人能力有差別，致資料蒐集或證據偏在一方時，能透過法院積極介入、當事人義務增加或改變、舉證責任分配等方式，促使達到實質上條件之平等<sup>7</sup>。

第三，迅速。有謂遲來之正義不是正義，訴訟遲延是權利實現障礙，其理至明。

第四，經濟。所謂訴訟經濟，雖然已是普遍被使用之概念，但深入探討其

<sup>7</sup>

上田徹一郎，當事者の訴訟の地位——當事者平等原則の展開，講座民事訴訟3，30頁。

意義以及相關問題者，並不多見<sup>8</sup>。淺見認為，以最小時間、費用及勞力負擔達到訴訟目的<sup>9</sup>，應可大體說明訴訟經濟之意義。此一要求，不論從國家設置法院之觀點，或當事人利用法院之觀點，均屬當然。不過如何判定是否符合經濟，亦即具體訴訟解決紛爭之機能，究竟應著眼於系爭訴訟標的之解決，或應包括訴訟標的以外紛爭之解決，甚至將來紛爭之避免，則有不同觀點。將具體訴訟所能解決紛爭之範圍過於限縮，使整體紛爭必須多重訴訟，固非經濟；但過於擴大具體訴訟應解決之紛爭範圍，甚至於要求將未成熟之紛爭或可能不會發生之紛爭亦一併處理，亦會造成該訴訟承受過多無益負載，形同浪費而非經濟。

上開四種理想均為民事訴訟所應追求者，但各種理想間有時存在互相矛盾之關係，譬如適正與迅速，通常即難以兩全，是否符合訴訟經濟要求，著眼於具體個案或整體司法制度，亦有不同。因此，如何規劃事件之類型，衡量其重點，即屬制度設計及解釋論上當然應該注意之問題。

## 第四節 民事訴訟法與憲法、其他法律之關係

### 第一款 民事訴訟法與憲法

憲法為國家根本大法，有最高之法規範性，作為下層規範之民事訴訟法，不但不能與之牴觸，更應積極落實其意旨，兩者關係至為密切。可從如下數點觀之：

#### 壹、在國家機關權限分際方面〔0008〕

憲法第77條雖規定民事訴訟之審判，歸司法院掌理。但依憲法第79條第2項及憲法增修條文第5條第4項規定，司法院設大法官15人，掌理解釋憲法、統一解釋法律及命令與總統、副總統之彈劾及政黨解散事項，並未規定大法官掌理民事訴訟之審判，而依憲法第82條授權制定之司法院組織法與法院（包含專業法院）組織法，司法院亦僅設大法官而無法官，法官係設於法院，是依現行制度，民事審判是由法院掌理，而非司法院。法院於受理民事事件，即應審究是否有審判權，如判決關於法院權限有無辨別不當者，判決當然違背法令（469③）。

<sup>8</sup> 國內文獻，可請參閱：吳從周，法源理論與訴訟經濟，民事法學與法學方法，第五冊，元照出版，2013年7月，193頁以下。

<sup>9</sup> 高田昌宏，民事訴訟における訴訟經濟について，早稻田法學，62卷4號，1987年，47頁。

## 貳、在法院組織方面〔0009〕

憲法第82條規定各級法院之組織另以法律定之。所謂法院組織，包含最廣義概念亦即作為國家機關之法院，以及最狹義概念即負責個案審判之法院，均應以法律定之，此即所謂「法定的法官」。廣義之法院組織，規定於法院（包含專業法院）組織法，例如法官之任用資格、審級、審判庭之法官人數等，審判法院之組織，則於訴訟法中規定，例如應迴避或未參與判決基礎之言詞辯論之法官，不得參與審判（32以下、221Ⅱ）等是，如其組織不合法者，判決亦當然違背法令（469①、②）。至於法官事務分配及合議庭之配置，為法院內部之分工，縱有違反，亦不影響審判效力（法組5）。

## 參、在訴訟權之保障方面〔0010〕

憲法第16條明定人民有訴訟之權。所謂「有訴訟之權」，於民事、刑事或行政事件，因其訴訟目的不同，或有些許不同之內容，但人民於其權利遭受侵害時，得依法定程序請求法院救濟，則為共同之核心內容<sup>10</sup>。就民事事件而言，應指有關實體法上權利義務存否之爭執，當事人有向法院請求以裁判為解決之權<sup>11</sup>；從反面而言，未參與訴訟之人，或未經當事人請求法院判決之權利義務，有排除法院判決效力之權（訴訟防禦權）。

應注意者，憲法僅使用「訴訟之權」文句，未就「訴訟之權」之具體內容有所規範<sup>12</sup>，因此必須依解釋予以補充，非可僅依法條文字，認為凡屬民事事件，均保障得依「訴訟程序」處理，或認為凡依訴訟程序處理者，即無違反憲法問題。換言之，有時不依「訴訟程序」解決事件，未必違反訴訟權之保障，例如基於私法自治原則，當事人合意以非訟或仲裁程序處理民事事件，或基於憲法第23條之意旨，不經訴訟程序即駁回不合法、顯無理由或欠缺訴之利益之起訴、上訴、再審、訴訟救助聲請等是<sup>13</sup>。有時縱然依「訴訟程序」解決事

<sup>10</sup> 釋574、684號。

<sup>11</sup> 釋591號參照。

<sup>12</sup> 相對於此，日本憲法第32條規定：「任何於法院接受裁判之權利不可剝奪。」第82條第1項規定：「裁判之對審及判決，於公開法庭行之。」因此，「對審」、「公開」、「判決」，便成為憲法所保障之程序內容。西德基本法第19條第4項規定：「任何人之權利如受公共機關侵害時，得向法院提起訴訟。如無其他特定管轄機關，應向普通法院提起訴訟。」第103條第1項規定：「在訴訟上，每人均有請求為法律上聽審之權利。」因此，聽審便成為憲法所保障之程序內容。

<sup>13</sup> 釋154、192、229、416、482、569、574、591號參照。

件，但該程序過程欠缺訴訟權應有之內涵，該「訴訟程序」仍屬違反訴訟權之保障。

所謂「訴訟」，在民事事件，指法院為判斷當事人就實體法上權利義務存否之爭執，所進行之程序（訴訟與非訟之區別及關係，參閱後述）。鑑於法院之裁判有就該事件為法律上終局的、確定的解決之效力，因此法院審判時必須遵守一定之原理、原則，使前開效力有其正當性，此等原理、原則，即構成訴訟權之內涵。進言之，憲法第16條保障之訴訟權，就民事紛爭而言，至少應包含如下實質內涵<sup>14</sup>：

### 一、請求法院以訴訟解決實體法上權利義務爭執之權利

有關私權存否之爭議，不得拒絕當事人尋求法院以裁判解決之途徑。例如不得以當事人於地籍重測時，已到場指界而無爭議為由，否定其於測量後訴請另定界址之權<sup>15</sup>，公務人員請求公保給付事件，法律雖未規定得以訴訟請求，當事人仍得普通法院起訴<sup>16</sup>。應注意者，此一請求權係當事人所享有之憲法上權利，非其義務，應許其於一定條件下拋棄之（不起訴合意），當事人如不願行使，不得強迫其行使，當事人如合意以訴訟以外程序解決紛爭（例如仲裁、調解），亦無不可<sup>17</sup>。當然，如果不是實體法權利義務之紛爭，人民即無此請求權。

### 二、於程序中為攻擊或防禦之權利

為使裁判終局確定效力有正當性，應賦予當事人有為事實上、法律上陳述、聲請證據調查、辯論、委託訴訟代理人等權利。既曰「訴訟」，自須維持對審之訴訟結構，不能由法官或當事人一方片面主導。再者，為使法官能親自聽取當事人所提出之攻擊或防禦，以便作成正確、妥當之判決，因此，採直接審理主義亦是必要<sup>18</sup>。至於此等權利行使之要件，例如應否繳納裁判費、應於何時為之、應具備何種程式、可否不服等程序事項，雖屬立法裁量範圍<sup>19</sup>，但

<sup>14</sup> 有關訴訟權之重要內涵，請另參考：李惠宗，憲法要義，元照出版，6版，2012年，310頁以下。

<sup>15</sup> 釋374號。

<sup>16</sup> 釋466號。

<sup>17</sup> 釋591號。

<sup>18</sup> 釋396號參照。

<sup>19</sup> 釋160、179、192、396、442、448、466、574號。

仍依憲法保障人民之生存權、工作權、財產權以及其他自由權利之意旨（憲15、22），予以規劃，並且除符合憲法第23條規定情形外，前開屬於立法裁量之事項，不能抵觸訴訟權之基本內涵。

### 三、受獨立、公正審判之權利

按司法能否發揮定分止爭功能，全以當事人能否信賴司法審判為依歸，而獨立、公正之審判，乃獲得當事人信賴之基本前提，為司法之命脈。所謂獨立之審判，依憲法第80條及法官法第13條規定，指法官為審判時，僅以憲法、法律及良心為依據<sup>20</sup>，不受其他因素不當干涉之意。憲法雖僅規定法官應超出黨派審判（憲80），但除了超出黨派以外，亦不應受任何機關、團體、個人所持意見、立場或個人利害、感情因素之影響。至於公正之審判，憲法雖未直接明文，但依憲法第7條平等原則、法官法第1條、第13條、公民政治與權利國際公約第14條等規定，亦為訴訟權之當然內涵。所謂公正，可包含公平與正義兩項因素，即以「等則等之，不等則不等之」之態度與方法審判，使當事人得到其所應得之結果<sup>21</sup>。

## 第二款 民事訴訟法與民事實體法

就現行法而言，吾人固然可將解決私的紛爭之法律大致區分為實體法與程序法兩大範圍，各屬不同之法律體系，惟從紛爭解決之過程而言，實體法與程序法間，實有相輔相成之密切關聯。程序法中又以民事訴訟法為基本，因此，如何理解實體法與訴訟法之關聯、差異及調和，乃研究民事訴訟法之重要任務。分述如次：

<sup>20</sup> 關於法官審判時，應遵守之最高規範，應否包含依據憲法、良心？各國立法不一，例如日本憲法第78條第3項規定，所有法官應依其良心，獨立行使職務，僅受憲法及法律拘束。西德基本法第97條第1項規定，法官應獨立行使職權，僅以服從法律。法官依據憲法、良心審判時，涉及法官審判時，若認為法律違背憲法、良心時，應如何處理等問題。

<sup>21</sup> 為促使法官獨立、公正之審判，憲法及法律採一連串配套措施，除了前述「法定法官」之規定外，尚從身分、待遇上保障法官生活之安定（憲81），審判事務分配及合議庭配置由法官會議決議（法院組織79）。於具體事件之審判，以法官迴避制度（32、33），消極之排除妨害裁判公正性因素，並授權法官得依自由心證，判斷事實之真偽（222 I）。

## 壹、實體法與訴訟法具有極密切關聯〔0011〕

訴訟是實體法與訴訟法綜合之場所，民事訴訟法與民事實體法同時支配訴訟程序之進行與裁判之結果，此兩者之交錯情形至為密切。

一、在訴訟主體方面，裁判之結果主要在宣示訴訟當事人間之權利義務關係，進而拘束當事人。因此，在實體法上得享受權利、負擔義務之人，在訴訟上即能請求法院就權利義務關係為裁判（當事人能力）。並且，裁判之結果，恰如當事人就該權利義務以法律行為處分一般，故不因裁判結果致實體法上權利義務受影響之人，原則上即欠缺訴訟之必要性（欠缺訴之利益或當事人適格）。實體法上不能獨立以法律行為負擔義務者，亦不能獨立有效實施訴訟（訴訟能力）。

二、在訴訟客體方面，因裁判之主要目的在於宣示實體法上法律關係（修正前400 I 參照），作為當事人遵循依據，故訴訟對象以實體法上之法律關係為主要（244 I ②、247 I 後段）。

三、在訴訟程序方面，例如提起訴訟、確定審判範圍、終止訴訟程序、提出攻擊或防禦方法、蒐集訴訟資料，甚至決定訴訟結果等，基於私法自治原則，允許當事人自主的為一部或全部之決定（當事人進行主義、處分權主義）。

## 貳、實體法與訴訟法為獨立體系，各具特質〔0012〕

如前述，實體法主要在對於社會所並列發生之各式各樣的法律事實規定其法律效果。什麼事實，可作為法律事實，應賦予何種效果，不外乎基於當事人之意思、公平正義原則、交易習慣及國家政策所為考量，故與各該社會具體狀況互相呼應。法律事實中又以私人之行為尤其是法律行為最常見，法律行為乃追求私的生活利益之表現，原則上允許當事人自由為之，對於法律行為或其他法律事實所生之效果（權利義務），本質上均屬於私的利益之調和，亦允許當事人任意處分（私法自治原則），對於行使權利之期間與方式，法律亦採較寬鬆規定。

反之，訴訟法係對於各式各樣之民事紛爭，基於公權力，透過同一程序予以處理。因此，除基於私法自治原則而採當事人進行主義及處分權主義外，亦多有公法上強行規定之色彩，且為使數量繁多之民事事件，都能適正、公平、迅速及經濟的解決，不得不嚴格規定程序之進行，並力求抽象化以為因應，具

有國際化傾向。再者，訴訟程序係因當事人及法院之行為而連鎖進行，亦使訴訟法具有強烈的體系性格，有關提出攻擊或防禦方法之方式及期間，設有較嚴格規定。

### 參、實體法與訴訟法同為提供以裁判解決紛爭之基準〔0013〕

訴訟法乃規範法院對有爭執之民事紛爭如何進行審判之法規，性質上屬於裁判規範者，固無待言。實體法則係對於社會所發生之各式各樣法律事實，在考慮其公平、合理、習慣、對社會交易之影響及國家政策之必要性等因素後，劃定當事人間權利義務關係之法規。此法規之性質為何，論者不一，有認為實體法具有規範私人何者當為、何者不當為之行為規範性質（行為規範說），亦有認為如果實體法是以私人之行為作為規範對象，為何法院於裁判時卻須受其拘束？又私人間之生活關係，若得由私人和平順暢解決，國家實無介入必要，事實上吾人生活內容大部分亦與實體法或法律無關，實體法並非規範吾人應抱持如何生活態度之行為法規，而是一如訴訟法，在提供法官裁判之基準，而為裁判規範。當然，私人亦將因實體法之規定而知所當為，就此而言，亦可認係有間接的、反射的行為規範性質。

淺見認為，法官必須依據法律審判，乃憲法明文之要求（憲80），此之法律包含實體法與訴訟法，學說並無爭議，故實體法確實含有裁判規範之性格，自無法否認。然而，就社會運作之現實而言，因從事社會活動引發紛爭而提起訴訟之事件，所占全部活動之比例，微乎其微。參與社會交易或其他法律活動之人，所以能平順進行其活動，主要是因為有明確之實體法可資遵守，而非因為有法院之判決。如參與社會活動者，均不遵守實體法既有規範，必待法院為裁判後始知何者當為，何者不當為，社會必然大亂，法院亦絕無法負擔解決其紛爭之功能。因此，必須賦予實體法有行為規範之機能，殆無疑義，不能僅因實體法無法包含達到理想生活之全部規範，而否定其行為規範之性格。否認實體法有行為規範之性質，認為行為規範必須經法院裁判始形成者，顯然過於誇大法院及訴訟之功能。當然，法院之判決，亦有使實體法內涵更加明確或具體落實之作用，但其性質乃實體法之續造（469之1Ⅱ），非僅將實體法作為裁判參考，而以判決代替實體法。就此而言，訴訟法雖以裁判規範作為其外部性質，但其最終目的，亦在落實實體法行為規範之作用。故實體法與訴訟法，均有裁判規範與行為規範之性質，只是其所含比重略有不同而已。

## 肆、實體法與訴訟法之調和〔0014〕

如前述，民事裁判乃就發生紛爭之民事關係，透過公權力予以終局之強行解決，基於處分權主義，僅以當事人所聲明之範圍為審判範圍（含主體及客體兩方面）（388），並在辯論主義之下，對於事實之確定，原則上由當事人主導，因此不得不對既判力之範圍予以限定（400 I、401 I），此即「既判力之相對性原則」。換言之，確定判決所宣示之法律關係，僅為特定人間在特定時點之法律關係。然而，吾人之生活關係，是隨時間之經過而不斷之發展，實體法上之法律關係亦會隨時間之經過而連鎖發生，各法律關係間又常在主體上及客體上發生牽連難予割斷，例如因買賣關係所生之標的物移轉關係、價金支付關係、瑕疵擔保關係、債務不履行關係、保證關係等是。將此種全面性、連鎖性之紛爭，截取一部分或一小段作為訴訟對象，並使其發生既判力，自難免發生矛盾與衝突。例如在出賣人請求買受人給付價金之訴中，法院認定買賣關係存在而准許出賣人之請求，判決確定後，買受人亦訴請出賣人移轉標的物所有權並交付，因前訴關於買賣關係存在之判斷並無既判力（因非訴訟標的），故在後訴法院即使為相反之認定，而以買賣關係不存在為理由，駁回買受人之請求，亦不違法。但如此結果，使同一實體關係之紛爭，因既判力相對性之結果，竟為完全兩歧之判決，違背一般人之生活常識，可能損及裁判之公信。此於不同之訴訟主體間，受到不同判決結果，亦屬可能。此外，在以非法人團體為訴訟當事人（40Ⅲ）、訴訟行為與法律行為之規範原則、舉證責任分配等等問題上，都面臨實體法與訴訟法規範衝突之相同問題。因此，如何謀求實體法與訴訟法之調和，為民事訴訟法學上至為困難而重要之課題。

### 第三款 民事訴訟法與非訟事件法

#### 壹、基本的區別〔0015〕

由於民事事件種類龐雜，國家基於資源、效率等要求，自應講究以如何形式或程序介入、處理，其中區別為訴訟事件與非訟事件，最被廣泛採行。我國於民事訴訟法外另有非訟事件法，亦採此立法。歸納現行民事訴訟法與非訟事件法之規定，大體而言，前者採處分權主義、辯論主義、公開審理、言詞審理、直接審理等原則，必須有對立之當事人、以判決終結本案、以上訴程序救濟、程序嚴密、羈束力較強、敗訴者負擔訴訟費用、訴訟代理人之資格有特別



之規定。後者則不適用前開原則，或限制前開原則之適用。

## 貳、分工與交錯關係〔0016〕

上述區別，主要為因應處理不同類型與性質之民事事件。就我國法而言，為了處理對實體法上既有權利義務存否之爭執，必須確認該權利義務發生、變更或消滅之構成要件事實是否存在，性質為對過去事實之重新認識。因此，必須由有爭執之當事人始終參與，實施嚴格證據調查與言詞辯論程序，並使參與判決之法官直接感受之，才能正確判斷事實，解決當事人之爭執，故有採行對審、嚴格證據調查、直接審理、言詞辯論等程序原則之必要，所耗時間、勞費亦多。又此程序之目的，在解決對立當事人間之爭執，因此，何種事項為爭執事項，或如何解決此爭執，在私法自治原則下，均允許當事人主導，因而以處分權主義、辯論主義為原則。包含前述原則、現象之程序，即為民事訴訟程序。

反之，則為非訟事件程序，其所欲達成之目的，有著重於如何經由法院介入，形成、變更、消滅既有權利義務者，有著重於將來法律關係之形成，故以蒐集現況資料作為裁判基礎者，有著眼於事件較具有即時介入之急迫性，俾較迅速建立新的權利義務關係發揮法規範效力者，十分多元。此等程序，均非著重於「判斷」當事人間實體法上既有權利義務之內容如何，而是著重於如何形成將來法律關係之「裁量」，或如何「實現」既有之權利。因此無須實施如訴訟程序般嚴格證據調查、辯論、裁判與不服程序，俾能以較寬鬆程序，於短時間、少耗費地完成裁判。此種程序之裁判既在建立新權利義務關係（有時包含消滅舊權利義務關係），故受裁判影響之人，不僅該權利義務關係之主體而已，凡就該權利義務有利害關係之人，均會受影響（參閱形成力之說明〔2121〕），因此私法自治原則必須受到一定程度限制，採職權主義之成分增加，處分權主義或辯論主義之成分則相對減少。包含此等原則、現象之程序，即為非訟事件程序。

不論訴訟程序與非訟程序，均為連續程序，故何種民事事件應依訴訟程序解決，何種事件應依非訟程序解決，應明確規範，以免造成程序混亂與不安定。某一民事事件，究應以訴訟程序或非訟程序進行，乃屬立法政策問題，鑑於非訟事件之程序保障密度較低，故以法律所列舉之事件為限，法律所未規定之民事紛爭，應依訴訟程序解決。但於適用私法自治原則之範圍內，權利義務

之主體亦得合意以訴訟以外之程序，例如調解、仲裁、非訟程序解決紛爭<sup>22</sup>。

學說有鑑於民事事件類型愈見複雜，亦有難將其明確劃歸為訴訟類型或非訟類型之情形，乃主張於特定類型之訴訟事件，應納入非訟法理審理之（例如共有物分割之訴中，擴大法官之裁量權，關於分割方法不受當事人聲明之拘束），或於特定類型之非訟事件，納入訴訟法理審理（例如關於聲請拍賣抵押物事件中，依訴訟法理審理變賣權能是否存在），即同一事件之審理，可採「部分訴訟法理，部分非訟法理」「訴訟與非訟交錯」之法理者<sup>23</sup>。

淺見認為，訴訟程序與非訟程序，係立法者為達到不同目的所設計之兩套法律程序，基於程序明確性要求，法律必須就如何進入該程序，進入後如何進行，最終有何結果，為明確規範，俾欲利用程序之人有所選擇、權衡。此正如火車時刻表一般，其列車種類、起迄站、中途站、到站時間等，均須明確表示一般，交錯之程序，如同沒有時刻表、不知起迄站之列車，可能徒增程序不安與複雜，未必有實益。

何況所謂訴訟法理，應指依訴訟程序應適用之法規（包含訴訟法與實體法），可以經由歸納法或續譯法得出法條所未明文之法律原則，訴訟程序應如何設計，於各國仍有差異，各國所應遵循之訴訟法理亦未必全然相同，捨訴訟應適用之法規，無訴訟法理可言。所謂非訟法理，亦復如是。又民事訴訟法及非訟事件法仍有共同法理，此等法理適用於民事訴訟事件，仍為訴訟法理，適用於非訟事件，仍為非訟法理，不生「訴訟法理與非訟法理」交錯問題。例如處分權主義雖為本法之基本原則，但依第388條規定，仍許其有例外，此一例外仍為訴訟法理之一環。以共有物分割事件為例，本法雖將之列為訴訟事件（10、77之11、80之1），但就分割方法之決定，仍可適用第388條規定，使法院不受聲明之拘束，故法院所命分割方法不受共有人主張之拘束，乃依本法或實體法所應適用之法則，不是非訟法理（反而非訟事件法未明文規定法院之裁定得不受當事人聲明之拘束）。再以拍賣抵押物事件為例，基於不動產物權採登記主義，且物權具有無因性，因此關於抵押權之實現，適合以較簡便快速之方式處理，非訟事件法將之列入非訟事件，即寓有此意。若債務人欲反於此登記內容，或以其原因對抗，雖應負較大之舉證責任，但仍可以對該裁定抗告或

<sup>22</sup> 釋591號。

<sup>23</sup> 邱聯恭，訴訟法理與非訟法理之交錯適用，民事訴訟法之研討(二)，429、459、465、475頁；同著者，程序制度機能論，三民書局，1996年，89頁以下。

提起確認抵押權不存在之訴等方法救濟，並據以停止原裁定之執行（強執18 II），非全無救濟之途。若謂於抵押物拍賣之裁定程序中，仍可依本法規定之法理併就抵押權是否存在為審理，必待此審理結果，債權人方可行使權利，將使不動產之登記制度與物權無因性受到波及，顯非立法本意。何況縱於非訟程序中採行處分權主義、辯論主義、舉證責任分配及充分之程序保障等原則，最終仍須以非訟裁定終結，依舊無法彌補裁定在審級救濟上與判決救濟程序之嚴重落差，難為裁定取得既判力，尋得正當合理之依據。

就立法論而言，規定同一事件可於非訟程序與訴訟程序間互相轉換，或於訴訟程序中，加入原為非訟程序專有之法則，或於非訟程序中加入原為訴訟程序專有之法則，固屬可能（2012年制定之家事事件法即為其例），但程序之目的如為解決當事人就實體法上權利義務存否之爭執者，不得違反憲法第16條保障訴訟權之意旨，如為處理其他民事事件，雖無違反憲法問題，但如此立法仍有減低訴訟與非訟程序之區別實益，甚至造成程序複雜與錯亂之虞，須謹慎設計<sup>24</sup>。

## 第五節 訴之基本概念

### 壹、訴之意義、要素〔0017〕

訴，乃某人（原告）對於他人（被告），就一定內容之私法上主張，要求法院予以審判之事。發起此事之行爲，稱為起訴，處理此事之過程，稱為訴訟。

起訴，是原告請求法院為審判之行爲，而非直接對於被告主張私法上權利義務關係，或行使私法上權利（此為公法的訴權說以來之通說見解）。因此，起訴所應遵守之程序與方式，與為法律行爲或意思表示，即有不同。雖然起訴並非直接對被告為之，但法院就原告之起訴有無理由所為判決，被告亦須受拘束，為確保判決之正當性，並保障被告訴訟權利，訴訟程序必須在原告、被告雙方當事人共同參與下進行。為使被告知悉原告起訴之核心內容，以便了解審

<sup>24</sup> 2011年12月12日制定之家事事件法，明定家事訴訟事件與家事非訟事件，得合併審判（家事法第41條以下），因程序上極為複雜，引發實務上諸多疑慮。拙著，家事事件法若干解釋上問題，台灣法學雜誌，221期，2013年4月，62頁以下，部分內容之研討，請參閱：民事訴訟法之研討(六)，201頁以下；魏大曉，家事事件之合併分離——程序裁量與統合處理，台灣法學雜誌，201期，2012年6月，104頁以下。

判之範圍，以及預知日後判決效力之範圍，故應由法院將起訴狀繕本送達予被告（251 I），確保被告有防禦之機會，此與準備書狀由當事人直接送達他造（265 I、266 IV、267），程序保障程度，尙有不同。從而原告之起訴狀應表明：一、何人與何人間（當事人）；二、就何事項（訴訟標的及其原因事實）；三、要求法院為如何裁判（應受判決事項之聲明）等事項（244 I），以特定審判對象。學說上因而將當事人、訴訟標的、訴之聲明列為訴之三項要素。此三要素間有密切關聯，並非完全獨立，例如甲對乙請求確認甲就A土地之所有權存在，乙則反訴請求確認乙就A土地之所有權存在。此兩訴訟雖是針對A土地所有權之所屬有所請求，但因所有權之主體不同，聲明即為不同，訴訟標的亦屬不同<sup>25</sup>。

## 貳、訴之類型〔0018〕

### 一、基本分類

歸納、分析訴之類型，目的在於了解該類型之特色。訴，可依各種觀點予以分類，其中最重要者，為依原告請求法院裁判之內容，將訴分為給付之訴、確認之訴及形成之訴等三種基本類型。

#### （一）給付之訴

乃原告主張其對被告有特定之私法上給付請求權，請求法院命被告為給付之訴訟。原告請求之內容，可以包括被告應交付一定數額之金錢、代替物或特定物或應為一定作為、不作為或意思表示等，給付亦不以有財產價值者為限（民199 II）。就原告要求被告給付之時期，尙可分為現在給付之訴與將來給付之訴。

現在給付之訴，指原告主張履行期已屆至，請求被告應即履行之訴訟。此種訴訟，外觀上原告有請求被告即時履行之正當利益，故法律未就起訴條件特別規定，只是若法院審理結果認為履行期未屆至，即應駁回原告之請求。

將來給付之訴，指原告主張對於被告有給付請求權，但於事實審言詞辯論終結時，被告尙無給付義務，預先請求法院判決被告應於將來為給付之訴訟。提起將來給付之訴之條件寬嚴，關係著原告、被告間利害之平衡，本法乃特別

<sup>25</sup> 院2233(-)。

規定提起之要件（246，參閱訴之利益〔2034〕）。

給付之訴，若法院認為原告之請求有理由，即依原告之聲明命被告給付，此判決之性質為給付判決，判決之最主要目的，在於使實體法上給付請求權可以實現，因此，執行力之發生，可以說是給付訴訟最重要目的；若法院認為原告之請求無理由，則於主文中駁回原告之訴，此判決形同確認原告之給付請求權不存在，性質上為確認判決。

## （二）確認之訴

乃原告主張特定法律關係成立或不成立、證書真偽、為法律關係基礎事實存否，或其他法律規定事實，請求法院予以判決確認之訴訟（247 I、家事65 I）。確認之訴，無論原告請求有無理由，法院所為判決均為確認判決。確認訴訟是以對原告請求審判之法律關係等為判斷，以解決紛爭，而非命被告為給付，故賦予鞏固此判斷之效力（即既判力），成為此訴訟最重要目的，而非賦予判決執行力（除訴訟費用負擔部分外，確認判決無執行力）。又此訴係經由法院之判斷，從觀念上解決紛爭，起訴之人並非以行使權利之形式為之，何人得提起此訴，何事適合作為此訴之對象，均須有所規範，故如何決定得為確認訴訟之對象，以及起訴之必要性（確認利益），為此訴之核心問題。在確認金錢債權不存在之訴，其應受判決事項之聲明，以及既判力範圍，亦有特殊性。

## （三）形成之訴

乃原告請求法院以判決變動法律關係之訴訟。形成之訴是國家基於協助、監督或保護之目的而介入私的法律關係，其型態隨私的法律生活關係之複雜化而變得複雜與多元。法律承認各種形成訴訟，均有其特別理由，關於何人得提起此訴、起訴要件及原告得請求判決之內容，多在各別法律中為明文規定，所謂形成訴訟不過是此等訴訟之總稱而已。形成之訴又可細分為各種類型，例如依所欲請求變動之法律關係之性質，可分為實體法上形成之訴與訴訟法上形成之訴（學說上亦有認為理論上，形成之訴僅限於實體法上之形成之訴）。

### 1. 實體法上形成之訴

又可依其形成態樣分為：

#### （1）不溯及既往

此多發生於有關身分關係之訴訟，如撤銷婚姻之訴（民998）、離婚之訴（民1052）、撤銷收養之訴（民1079之5）。

## (2)溯及既往

如撤銷暴利行為之訴（民74）、撤銷詐害行為之訴（民244）、撤銷股東會決議之訴（公司189）是。

## (3)形式的形成訴訟

乃指法律關係因判決而形成，但法律並未賦予當事人有請求法院形成具體內容之權利，具體內容之決定，係委由法院自由裁量之形成訴訟，例如共有物分割之訴（民824Ⅱ）是。此種訴訟，原告所主張之分割方法，性質上並非「行使實體法上權利」，僅有供法院參考之效果，法院不必受其拘束，不完全適用處分權主義，本質上為非訟事件，嚴格言之，無訴訟標的可言，法院於決定判決內容時，係基於合目的性考量，而非判斷原告之聲明有無理由，因此亦無勝訴、敗訴之觀念，與一般訴訟之性質不同，但因以訴訟之形式呈現，學說上乃稱為形式的形成訴訟。

## 2. 訴訟法上之形成之訴

如宣告調解無效或撤銷調解之訴（416Ⅱ）、再審之訴（496）、第三人撤銷訴訟（507之1）、撤銷除權判決之訴（551Ⅱ）、異議之訴（強制執行14、14之1、15、41）、撤銷仲裁判斷之訴（仲裁40Ⅰ）等是。此等訴訟，係為解消程序法上法律效果而提起之救濟訴訟，基於程序安定之要求，於具備數個起訴理由時，法律有規定應合併主張者（強執14Ⅲ），學說上亦有採訴訟標的相對論觀點，認為同時主張數項理由時，訴訟標的亦只有一個。

形成之訴，法院認為原告請求有理由時，應依原告之聲明而為判決，此判決為形成判決，於判決確定時，新之法律關係即因而形成（形成力），無待執行，故除訴訟費用負擔部分外，無執行力。又因確定判決所宣示者，是新之法律關係，而非對原有法律關係之判斷結果，故此確定判決有無既判力？既判力發生之對象為何？乃成為爭議。若法院認為原告請求無理由而駁回時，則為確認形成權不存在之確認判決。

## 二、訴訟類型之發展史

就訴訟類型之發展史而言，是由於裁判上救濟手段之擴大、程序之合理化以及實體法之體系化等因素互相影響而逐次發展。易言之，裁判上救濟手段受限制時，實體法之體系亦甚單純與粗糙；反之，訴訟制度之擴充，亦係伴隨實體法體系之完備而來，此項過程由前述羅馬法上之Actio體系，而至現在之私法

體系之進化過程，可知一斑。

如前述，當初羅馬之訴訟制度，並非對私人間所有之生活關係上紛爭均予處理，其能起訴之事件極其有限，僅符合法律所規定之Actio之事件，始得受救濟，而規定Actio之法律，又僅限於十二銅表法及其後制定之市民法而已，各個Actio復有其不同之發生歷史，甚具有個別性，訴訟程序亦極其嚴格。此一方面固因當時之生活關係單純，紛爭事件之類型較少的緣故，惟同時亦因當時國家公權力微弱，致國家僅在強制相對人爲一定物之交付時，始得允許利用訴訟程序。因此，在Actio制度下，訴訟種類僅限於給付之訴；實體法與訴訟法亦由單一之Actio所涵蓋，並未分離。

其後一方面隨著經濟發達、人口增加，生活關係變得複雜化，社會上亦出現從未有過的新型紛爭，爲求其解決，不得不對傳統之解決方式予以調整。而另一方面，隨羅馬版圖之擴大，許多異族亦納入支配，不同習俗及生活方式之人接觸交往之結果，亦使可以提起訴訟之事件類型次第增加，訴訟程序亦漸緩和，終至原來極具個別性之Actio喪失其個別性而漸趨抽象化，與訴訟制度脫離，獨自發展成另一體系（實體法）。其後，隨著實體法體系之完備、國民法律意識之高昂，僅透過訴訟而對權利予以觀念上的確定，變得可能而必要，因此，德國1877年舊民訴法第231條，乃在傳統給付訴訟之類型外，另承認確認訴訟之新的訴訟類型（但仍以給付訴訟之外形，即請求被告承認法律關係存在或不存在之方式爲之）。

將形成之訴訟認係獨立訴訟類型，更在確認訴訟之後。固然，18世紀末之普魯士州法中，在離婚、禁治產（監護宣告）等方面，已承認一種創設判決，惟在1877年德國舊民訴法，仍未觸及形成訴訟。至20世紀初，始將形成訴訟認係獨立於給付訴訟、確認訴訟外之另一類型。

### 三、各種訴訟類型之特質

就給付、確認與形成三類型訴訟加以比較，各種類型均有其特質，共同分擔民事紛爭解決之機能。分述之：

#### （一）給付訴訟

從歷史發展言，給付訴訟爲最原始之類型，從現在實務運作言，亦爲利用最多者，可謂代表的類型。學說上雖有認給付、確認、形成三類訴訟均有確認性質，因而主張確認訴訟爲原型者。惟不問從過去或現代之觀點，給付之訴均

非單純以確定給付請求權為目的，毋寧認為給付訴訟之根本目的，乃在創造執行力。雖然當事人於給付判決後多能自動清償，不必進而強制執行，惟此亦基於背後強制執行制度之壓迫使然。易言之，此種自動清償之結果，亦為給付訴訟之制度所預期。總之，給付訴訟之根本目的乃在透過給付判決而使權利獲得滿足，至於為達到此效果而對該權利之存在予以確定，使其發生既判力，反而應退居其次。

### (二) 確認訴訟

就制度之目的言，確認訴訟本在透過確認判決，由當事人觀念上確定權利義務而解決紛爭。因此，既判力之發生可謂確認訴訟之最重要目的。在給付訴訟及形成訴訟，原告係主張其為實體法所規定之給付請求權人、形成權人，請求法院就其主張之請求權或形成權為裁判，性質上係實體法所允許提起之訴訟類型，法院所應審查之事項，為原告此一主張是否可採，故在判斷何人適合提起此訴（當事人適格），有無提起此訴必要（客觀訴之利益）之問題，不太發生問題。反之，確認訴訟係經法院判決，從觀念上解決當事人紛爭，得提起確認訴訟之人及其相對人，不以實體法上權利義務主體為限，為訴訟法所承認之訴訟類型。可以經由法院之確認判決，從觀念上解決紛爭之對象及當事人，理論上可以非常廣泛（例如甲、乙二人間，因為某隻牧羊犬之血統是否純正，或某政治人物是否取得某筆土地所有權，有所爭執，而請求法院裁判以為定奪，觀念上亦屬可能），因此，如何在對象上（主觀方面及客觀方面）及起訴必要上予以篩選，避免司法資源浪費及被告不必要應訴，實屬重要。因之，作為達成篩選目的之理論道具，即確認訴訟之對象適格及確認利益，乃成為確認之訴之重要問題。

### (三) 形成訴訟

就社會生活之整體言，私的法律生活與公的法律生活原有不可分之關係。因此自古以來，以國家公權介入私的生活關係之形成，即普遍存在，當然，此種介入並非深及私的生活之全面，而僅就個別事件為之。此種以公權形成私的生活關係，隨法律生活之多元化而變得複雜，其中亦有透過法院之介入而形成私權關係者。此類事件之增多，一方面不得不於訴訟型態外，另設共通之明確程序（非訟事件程序），一方面亦不得不對其中不適合以此程序納入者，個別於實體法上明定以訴訟型態為之（此點與Actio制度又頗相近）。在實體法上個



別規定之事件中，復有其不同之目的：1.有透過法院之裁判以實現具體結果為目的者（此點與行政機關之處分相類），如共有物分割之訴。2.有透過法院對法律要件予以判斷，進而使生權利變動為目的者，後者又可大別為二，其一，認法律關係之變動，單純任由私人以意思表示為之並不適當，故明定須經法院審查始生變動者（如撤銷詐害行為訴訟）；其二，基於法律關係統一之要求者（如撤銷股東會決議之訴）。

形成訴訟之類型雖至為紛歧，惟均以法院之裁判而使法律關係發生變動為其訴訟之目的，因判決之確定而達成，不必另有實現效力之手段，此點固與確認訴訟相近而異於給付訴訟，惟其係使法律關係溯及或向將來發生，又與確認訴訟原則上僅確認現在之法律關係者異。故形成力之發生為形成訴訟之第一個問題。又使形成訴訟成為獨立訴訟類型者，原為權利保護請求權說之貢獻，然權利保護請求權說既以裁判前權利已經存在為其理論支柱，而形成訴訟卻係因判決始形成權利，概念上似正相反。因此，如何解釋此一現象。易言之，如何解釋形成力（為形成判決後所生之效力）與既判力（對判決前已存在之權利為判斷之效力）間之關係，學說乃呈多歧，此為第二個問題。又形成訴訟與非訟事件，均在形成私法關係，並有沿革上之關聯性，因此，如何界定此兩者間之區別，亦甚為困難，此為第三個問題。



# 第一編 總 則

## 第一章 法 院

現行法所稱之法院，其含義不一。最狹義者，指行使審判權之機關，即獨任法官或合議庭。廣義者，則包括法官、書記官、通譯等職員之官署。就法院與其他國家機關之區別而言，最重要之特色，乃在法院是行使審判權之機關。

各國就民事事件之審判，多設有審級，所謂「審」，指就某訴訟事件應進行審判之程序。所謂「級」，指國家就法院所設固定層級。我國現制，將普通法院設為地方法院、高等法院及最高法院三級，就財產訴訟，訴訟標的價額未逾150萬元之事件，僅設一、二審，逾此價額或非財產上訴訟，則設一、二、三審。例如就財產上請求，不屬於簡易訴訟事件而訴訟標的價額逾150萬元者，可受地方法院、高等法院及最高法院等三個層級法院，分別進行第一、二、三審之審理程序，為三級三審事件。簡易訴訟事件（427），由地方法院獨任法官、合議庭分別進行第一、二審，訴訟標的價額逾150萬元之事件，由最高法院進行第三審（436之2），為二級三審事件。小額訴訟事件，由地方法院分別進行第一、二審程序（436之30），為一級二審事件。非簡易、小額訴訟事件，且訴訟標的價額未逾150萬元者，由地方法院、高等法院分別進行第一、二審程序（466Ⅲ），為二級二審事件。

### 第一節 民事審判權

#### 壹、意 義〔1001〕

所謂審判權，乃就具體之事件以審判之方式處理之國家權力，其中處理民事訴訟之權力即為民事審判權。審判在國家權力運作方式中最大特色，在於以三段論法方式，適用法規，亦即以法規或法則為大前提，以具體個案事實為小前提，經由認定小前提之事實後，涵攝至大前提之構成要件，再將大前提之法律效果，作為該具體個案事實之結論之過程（參閱論理法則〔2069〕）。民事審判權之內容，主要在透過裁判將法律關係確定、形成或更依執行而強制義務之實現。惟不以此為限，尚包含為達此目的所必要之其他附隨權能，例如送

達、通知證人、命第三人提出文書等。

## 貳、範 圍〔1002〕

民事審判權是以適用法律解決民事紛爭之國家主權，故與法律之適用無關之紛爭，例如科學上真理、宗教信仰、藝術或美學，其內容或判斷之標準為何？均非審判權範圍，固不待言。即便是國家行為，若為高度政治性之行為（統治行為），亦不在司法權審查範圍內（釋字328、419），當然不是民事審判權之範圍。在五權分立之憲政體制下，有關立法、考試及監察權之行使，亦非民事審判權審查對象（至於是否為大法官釋憲對象，為別一問題）。

上開情形以外，關於我國境內之人、事、物所生之民事紛爭，我國法院原則上有審判權，但應依憲法及國際公法受到限制。再說明如下：

### 一、在國內法上

#### （一）與其他審判系統之權限劃分

依憲法設計，我國民事、刑事、行政訴訟、懲戒及憲法審判權係分由不同系統之機關行使<sup>1</sup>，其中最易牽混者為民事與行政訴訟之審判。關於民事事件與行政事件是否由同一審判系統處理，各國立法不一，有採司法一元化（如美、日），均歸普通法院審判者，亦有採司法多元化（如德、奧、法），分歸不同體系法院審判者。我國憲法第77條區分民事訴訟與行政訴訟，現行法亦區別民事訴訟與行政訴訟，使關於公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭議，由普通法院審判，係採司法多元化法例。

在現行法制下，如何判斷事件係公法關係或私法關係所生爭議，為判斷受訴法院有無審判權之先決問題。除法律另有明文外，以原告起訴所主張之訴訟標的法律關係，為公法或私法法律關係作為判斷標準，至於訴訟標的法律關係前提之法律關係，則僅為受訴法院得否裁定停止訴訟程序，以待該前提法律關係確定之問題而已（182 II、行政訴訟法177 I 參照），非據為判斷受訴法院有無審判權之依據。

<sup>1</sup> 有認為審判權為單一不可分，其範圍係受國際公法之限制，至於內國各審判系統間之劃分，為管轄權或訴訟途徑之區別，非審判權之區別，民事訴訟法第249條第1項第1款，為錯誤之訴訟途徑之規定，非就審判權之規定，審判權有欠缺者，應依同項第6款處理。請參閱：陳啟垂，審判權、國際管轄與訴訟途徑，法學叢刊，189期，2003年1月，27頁以下。

當然，即使依原告起訴所主張訴訟標的法律關係之性質，定其審判法院，但公法或私法之法律關係如何區別？學說尚多爭議，原告仍有向無審判權之法院起訴，而受駁回之危險。按審判制度多元化之設計，目的在審判專業之分工，使法院之審判更能達成保護人民權利之目的，若因此項分工，反而造成當事人無法即時利用法院以求權利救濟之危險，顯非立法本意。如何解決不同審判體系間權限衝突，乃採司法多元化立法體例之各國所關心之問題。我國過去主要是透過大法官解釋以為解決<sup>2</sup>，但聲請大法官解釋，耗時費事，緩不濟急。為免造成人民在利用法院求為權利救濟上之困難，本法及行政訴訟法乃分別設有相關解決機制。

依本法及行政訴訟法規定，普通法院就審判權有無之處理，可分下列各種情形論之：

1. 當事人向普通法院起訴時，尙未曾向行政法院起訴者：當事人就審判權歸屬未爭執，受訴法院亦認為有審判權限者，即依本法進行審判（多數民事事件屬之）。若當事人有爭執者，受訴法院應就其有、無審判權先為裁定（31之2Ⅲ），當事人均得就該裁定抗告（31之2Ⅳ）。如確定裁定認受訴法院有審判權者，受訴法院即依本法進行審判，此時，行政法院應受羈束（31之2Ⅰ），如確定裁定認為受訴法院無審判權者，即應移送行政法院（31之2Ⅱ）。受移送之行政法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋，若經司法院大法官解釋受移送之行政法院確無受理訴訟權限者，應類推行政訴訟法第12條之2第3項、第4項規定，由行政法院再行移送至普通法院。

2. 當事人於向普通法院起訴時，同一事件已另繫屬於行政法院者：其起訴為不合法（31之1Ⅱ），普通法院應裁定駁回其起訴（249Ⅰ⑦）。

3. 當事人於向普通法院起訴時，已有行政法院確定裁判者：如行政法院確定裁判認行政法院有審判權者，受訴法院應受羈束（行政訴訟法12之2Ⅰ），此時應如何處理，法律未明文。淺見認為，於該事件已繫屬於行政法院而未確定時，普通法院尚且應將該事件裁定駁回（249Ⅰ⑦），則於該事件已繫屬於行政法院，且本案已判決確定，或本案雖未判決確定，但關於審判權之裁判已確定應由行政法院審判者，應類推事件已繫屬於行政法院之情形（249Ⅰ⑦），由普通法院以裁定駁回起訴。若行政法院確定裁判認行政法院無審判

<sup>2</sup> 釋89、115、128、305、448、533、540、595號等參照。

權，應由普通法院審判，當事人未爭執，受訴法院亦認為普通法院有審判權限者，受訴法院即依本法進行審判。若受訴法院之見解與行政法院確定裁判之見解有異，認為應由行政法院審判者，應依本法第182條之1規定裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋，如大法官解釋應由普通法院審判者，即由受訴法院依本法進行審判，如解釋為應由行政法院審判者，受訴法院仍應裁定移送予行政法院（182之1Ⅱ）。但當事人合意由受訴法院審判者，即由受訴法院審判之。

## （二）講學自由（大學自治）、信仰宗教自由與結社自由有關之紛爭

憲法保障人民有講學自由（憲11）、信仰宗教自由（憲13）與結社自由（憲14），因此作為國家權力一環之裁判權，應保持謙抑，以不干涉為原則，但基於紛爭解決之必要，有時法院仍不得不為裁判。法院就此問題之審理，有兩層次。第一，法院就該事件有無審判權？第二，如認為法院有審判權時，應如何進行審查<sup>3</sup>？上開兩層次問題，均涉及事件性質是否屬於法院得以適用法律解決之紛爭、團體自律機制之尊重及團體成員權利保障等多重因素。由於觀點之不同，在學說及實務就講學自由（包含大學對學生之處分）<sup>4</sup>、信仰宗教自由（包含教義之判斷）<sup>5</sup>及結社自由（包含政黨內部決議效力）<sup>6</sup>等問題上，均有

<sup>3</sup> 新堂幸司，審判權の限界，講座民事訴訟2，弘文堂，昭和59年，10頁以下。

<sup>4</sup> 我國實務上有逐漸放寬司法審查條件之趨向，不以大學對學生為退學或類似處分為限，始得受法院審查，請參閱釋563、684號。

<sup>5</sup> 就天主教傳教員請求確認與教會間僱傭關係存在，台北地方法院86訴1674號判決，認為非私法上法律關係，法院無審判權。就寺廟住持地位之確認或宗教內部之懲戒，日本最高裁判所昭和44、7、10判決（銀閣寺事件）、昭和55、1、11判決（種德寺判決）、平成4、1、23判決，認為住持僅為宗教上地位，其存否非當事人間權利義務或法律關係之紛爭，法院無審判權。但以之為前提事實項時，法院得就其選任或罷免是否適當為審查（種德寺判決）。同裁判所昭和56、4、7判決「板まんだら判決」一案中，原告主張其贈與被告（創價學會）用以安置日蓮宗本尊之金錢，被告未依贈與目的安置及廣布教義，其贈與無效，被告應依不當得利返還贈與之金錢，最高裁判所認為以宗教之教義作為私法上權利義務關係前提之事實時，法院仍不得就該宗教為判斷，原告之訴不合法。同裁判所平成1、9、8（蓮華寺判決），亦採同旨。同裁判所昭和55、4、10、判決（本門寺判決），認為寺廟住持之選任規則，不涉及宗教教義或宗教活動之問題，法院不妨為審理，原則上依原有選任規則或習慣判斷，如無選任規則亦無習慣，應具體就其選任手續、方法、寺院本質，參照該寺院固有之特殊性依適當之法理判斷。上開日本裁判例，參照：谷口・井上編，新判例1，49-53頁。有關分析，請參閱：新堂幸司，審判權の限界，講座民事訴訟2，弘文堂，昭和59年，1頁以下。

<sup>6</sup> 就政黨開除黨籍之爭執而言，我國實務上有認為法院無審判權者，或不適合作為假處分之對象者，例如台灣高等法院95抗1701號、85抗61號裁定，有認為法院有審判權者，如同院102抗1176號裁定。有認為就政黨一般事務之爭議，法院無審判權，但如涉及開除黨籍、停止黨權等黨員身分重大變更者，法院則有審判權，並類推民法第56條規定處理者，如同院96抗1054號裁定、98上329號判決等。在日本，就原告主張被告原為共產黨副委員長，已經

諸多爭議。

## 二、在國際法上

### (一)對人方面

民事審判權原則上及於國內所有人民，不論其為本國人或外國人。但基於國家主權平等原則，有治外法權之人以及外國國家所為具有高權性質之行為（如為純私法行為則不含），為內國民事審判權所不及。不過此項原則亦非毫無例外，學說上認為，該外國已任意服從內國審判權<sup>7</sup>，或就有關內國領土主權之事項涉訟，或基本之訴訟、執行程序，該外國已接受內國審判權時，於附隨訴訟或異議訴訟（如再審之訴、債務人異議之訴），內國亦有審判權。又駐華外國機構及其人員特權暨豁免條例有相關規定，可資參照。

### (二)對事方面

關於國家得就如何事件行使裁判權，涉及我國與外國裁判權之關係。關於涉外民事事件應否由某一國家法院管轄之問題（國際裁判管轄），迄未有明確之國際法原則或條約，故全由該國自行決定。我國現行法雖有對於個別之涉外事件，規定我國法院有管轄權（家事53、涉外民事法律適用法11、12、56、59）之情形，但仍無就涉外事件應由哪一國家管轄為一般性規定。因此，在決定涉外事件之管轄國家時，應依法理予以判斷。換言之，某涉外事件由何一國家審判，應該從：1. 是否能使該事件獲得最適正之解決；2. 是否對當事人兩造最公平；3. 能否最有效之進行裁判等因素，加以綜合考量。一般言之，本法上土地管轄之規定，多已考量上開因素，因此，學說及實務上認為，除有特別情形外，將本法上國內法院土地管轄之規定，擴大類推於國際間，原則上應屬合

黨開除黨籍，請求返還原配住之建物之事件，最高裁判所昭和63、12、20判決（共產黨袴田判決）認為，從政黨之自主性觀之，屬於政黨內部之自律權之行為，以法律未特別規定為限，應予尊重。因此，關於政黨組織內部運作而對黨員為開除之處分之當否，原則上委由其自律之解決，政黨對其黨員所為處分，如與一般市民法秩序無關之問題，為法院審判權所不及。他方面，即使其處分侵害黨員作為一般市民之權利利益，如該政黨之自律規範不違反公序良俗，法院應依照該自律規範，如無該規範時，則基於法理，依適正程序決定之。就被除名之黨員請求定黨員身分存在及地區勤務員身分存在之假處分事件，名古屋地方裁判所昭和53、11、20判決認為，法院就前者無審判權，就後者因涉及給與，故有之。參照：谷口，井上編，新判例1，49-53頁。上開案例分析，請參閱：新堂幸司，審判權之限界，講座民事訴訟2，弘文堂，昭和59年，1頁以下。

7

實務上伊朗回教共和國國防部曾就購買軍購案，請求彰化銀行給付電匯款事件，我國法院就此即有審判權，83台上3281號、89台上1788號、99台上2036號判決參照。

理（所謂逆推知說）。

## 參、訴訟上之處理〔1003〕

審判權有無是訴訟要件之一（249 I ①），法院應依職權顧慮（職權調查事項），其判斷資料並應依職權蒐集（職權探知事項）。訴訟事件不屬於受訴法院管轄而不能為移送之裁定者，應以裁定將原告之訴駁回（249 I ②）。法院無審判權而為本案判決者，其判決當然違背法令，得依上訴予以救濟（469 ③），惟判決確定者，不生既判力與執行力，在此意義上，該確定判決為無效。

## 第二節 管 轄

### 壹、管轄權之意義〔1004〕

由於須透過審判解決之民事事件眾多，法律乃設各種標準，將其分配予各法院處理，各法院依此對於具體事件有審判權限，即為管轄權。審判權與管轄權有若干重要區別：一、管轄權乃各法院間權限劃分之問題，審判權則指法院與其他國家機關間權限劃分之問題。二、欲以訴訟處理某一事件，必先使法院有審判權後，才進一步分配由哪一法院管轄。三、審判權，事涉國家主權範圍，公益性強；管轄權，則為法院內部分工，有公益性強者（如專屬管轄），亦有公益性較弱者（如任意管轄）。四、有無審判權，法院應依職權調查及探知，欠缺審判權而為本案判決者，得為上訴第二審及第三審之原因（469 ③），如已確定，判決無效；在專屬管轄，法院固然應依職權探知，違背專屬時判決為當然違背法令，得作為上訴第二審及第三審之理由（469 ③），但違背任意管轄，則不得據為上訴理由（452 I），且不論違背專屬管轄或任意管轄，一旦判決確定，管轄之瑕疵亦補正，不得據為再審原因。五、審判權之取得或喪失，原則上不考慮當事人之意思；管轄權則有依當事人之意思或態度決定（24、25）。

### 貳、任意管轄與專屬管轄〔1005〕

事件應分由哪一法院管轄，對於當事人應訴權益、國家、社會公益及事件本身之解決，均有重大影響，故本法對於事件應由哪一法院管轄，有頗為詳細