

口述 民事訴訟法講義(一)
二〇一七年 筆記版

邱聯恭 講述
許士宦 整理



凡 例

一、法規、條文

△本講義內所引法條條號，未於其前示明法規名稱者，均指現行之民事訴訟法；謂「新法」或「本法」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；又，稱「家事法」者係指二〇一二年一月十一日公布、施行之家事事件法。

二、文獻略稱

△本講義內多次引用之主要文獻及其略稱如下：

- 「司法現代化」
→邱聯恭·司法之現代化與程序法（一九九二年，台灣大學法學叢書七二）
- 「程序制度機能論」
→邱聯恭·程序制度機能論（一九九六年，台灣大學法學叢書五二）
- 「程序選擇權論」
→邱聯恭·程序選擇權論（二〇〇〇年，台灣大學法學叢書一二六）
- 「爭點整理方法論」
→邱聯恭·爭點整理方法論（二〇〇一年，台灣大學法學叢書一三〇）
- 「審理集中化」
→邱聯恭·民事訴訟審理集中化之理論與實務（司法院編印，二〇〇〇年）
- 「程序利益保護論」
→邱聯恭·程序利益保護論（二〇〇五年，台大法學叢書一五〇）
- 「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）
- 「民訴研討(二)」

2 口述 民事訴訟法講義(一)

- 同上研究會編・民事訴訟法之研討(二) (一九八七年)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)
- 「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)

- ▶ 「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)
- ▶ 「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)
- ▶ 「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)
- ▶ 「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)
- ▶ 「民訴研討(廿一)」
→ 同上基本會編・民事訴訟法之研討(廿一) (二〇一六年)
- ▶ 「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)

△ 其他引用之文獻及其略稱如文內所示。

△ 其他主要參考文獻

- ▶ 新堂幸司・新民事訴訟法 (第五版, 二〇一一年, 弘文堂) 及其中所列文獻
- ▶ 新堂幸司／高橋宏志／加藤新太郎編・實務民事訴訟講座〔第3期〕第1～6卷 (二〇一二～二〇一四年, 日本評論社) 及其中所列文獻

4 口述 民事訴訟法講義(一)

口述民事訴訟法講義(一)

二〇一七年 筆記版

邱聯恭講述
許士宦整理

目 錄

導 論	1
一、民事訴訟法與民事實體法之研習方法有何不同？	1
二、漫談民事訴訟法學	27
壹、緒論	35
一、人性與民事訴訟法	35
二、憲法上理念之實現與民事訴訟之功能	40
三、紛爭之解決手段	48
(一)和解	52
(二)調解	57
(三)仲裁	60
(四)非訟程序是否為紛爭解決之手段	67
四、民事訴訟法之意義及特性	74
五、民事訴訟法之理念暨程序法上基本要求	92
(一)保障平等使用訴訟制度之要求 — 武器平等原則	93
(二)發現真實之要求	95
(三)訴訟經濟、促進訴訟之要求與程序利益保護原則	97
(四)適時審判請求權、程序選擇權之法理	102
(五)程序主體權、聽審請求權、程序權保障之要求	104

2 口述 民事訴訟法講義(一)

(六)防止發生突襲性裁判之要求	109
(七)紛爭解決一次性、擴大程序制度解決紛爭功能、統一解決 紛爭或統合處理事件之要求	110
(八)公正程序請求權之法理	114
(九)程序安定之要求	116
(十)誠實信用原則	119
六、訴訟觀之變遷	120
七、民事訴訟制度之目的	122
八、民事訴訟法規之分類及解釋	126
(一)訴訟法規之種類	126
1.法律與命令	126
2.效力規定與訓示規定	127
3.強行規定與任意規定	128
(二)法規解釋者應有之觀點	132
1.依文理文義而不拘泥於條文上用語形式為解釋	133
2.依循立法體系之意旨、目的為解釋	133
3.依循訴訟法上基本要求及前導法理為解釋	136
4.訴訟制度目的論與解釋取向之應有關係	143
5.指向貫徹憲法所認原則及價值理念為解釋	144
6.兼從利益衡量、類推適用或事件類型審理論之觀點為解釋	145
九、民事訴訟法之效力上界限	148
貳、訴訟主體論	151
一、法院	151
(一)民事審判權	151
1.人之界限	152
2.物之界限	154
3.地之界限（地域上界限）	159
(二)法院之意義、組成	162
(三)管轄	166

1.意義.....	166
2.種類.....	167
3.定管轄之時	202
4.訴訟之移送	204
(四)迴避制度	208
二、當事人	215
(一)當事人概念.....	215
(二)當事人意義之多元化、相對性.....	223
(三)當事人之確定.....	230
(四)當事人之補正.....	242
(五)當事人之調查.....	243
(六)當事人能力.....	246
1.意義.....	246
2.有當事人能力者	246
3.訴訟法上效果.....	269
(七)當事人適格.....	270
1.意義.....	270
2.當事人適格之一般範圍.....	274
3.訴訟擔當（訴訟信託）	281
(1)意義、基本概念	281
(2)種類.....	283
a.法定訴訟擔當（法定訴訟信託）	283
b.任意訴訟擔當（任意訴訟信託）	292
c.選定當事人制度.....	298
d.任意訴訟擔當團體訴訟	322
e.法定訴訟擔當團體訴訟.....	329
4.固有必要共同訴訟之當事人適格	338
5.當事人適格在訴訟上之處理	341
(八)訴訟能力	344

4 口述 民事訴訟法講義(一)

1.意義	344
2.有訴訟能力者、無訴訟能力者及限制訴訟能力者之範圍	347
3.訴訟能力欠缺時之處理	352
(九)辯論能力	354
三、當事人之代理	355
(一)訴訟上代理之意義、基本概念	355
(二)訴訟上代理人之種類	356
1.法定代理人	356
(1)特別代理制度之應用方針	357
(2)共同代理之問題處理	362
2.訴訟代理人	365
(1)訴訟代理制度之承認目的、旨趣	365
(2)訴訟代理制度與律師制度之功能發揮上關連	367
(3)訴訟代理權之特性	368
(4)訴訟代理權之範圍	369
四、輔佐人	377

導 論

一、民事訴訟法與民事實體法之研習方法有何不同？

(一)序 說

各位從大學一年級以來修習了很多民法的課程，其講述的都是實體法，還停留在實體法的世界。從實體法的世界轉到程序法的世界，有一點很重要，就是民事訴訟法（下稱民訴法）的研習方法與實體法的研習方法大不相同。這一點沒趕快了解的話，民訴法絕對學不好。向來國內民訴法學落後德國與日本，不少學者跟我一樣所接受的是民事訴訟法研究會尚未成立以前的大學法學教育，很多想法僅是偏重民法（實體法）的想法，以致對於訴訟法未能真正了解。向來的司法改革工作也遭遇這類問題，有些支持或主張要司法改革的人所抱持的觀念多與司法改革的理想不盡符合，因為他們沒有充分認知民訴法與實體法到底有什麼不同。

首先要知道，在近代的法治國家要求國民必須依法生活，也要求法官在解決紛爭時要依法裁判。憲法第八十條規定法官「依據法律獨立審判」，此即照良心、法律，不受任何黨政勢力及金錢的介入，法律怎麼規定就照法律的規定裁判。所以第一個努力的措施就是制定實體法—民商法，規定具備那些「要件」，誰對誰就享有權利，誰對誰就負有義務。例如，開那一種票據就要負什麼票據責任。也就是，要求任何人都要認識到：合乎民商法所規定的什麼要件，誰就有什麼權利、誰就負什麼義務。這些規定就是實體法。然後，如果兩邊當事人發生紛爭，一個說伊有權利，一個說自己不負義務，而引起紛爭，到法院提起訴訟，要去取得本案判決時，法官要依法裁判，看他可主張什麼樣的請求權。例如，在原告起訴主張侵權行為損害賠償請求權之情形，就要去看民法第一八

2 口述 民事訴訟法講義(一)

四條規定的要件（故意或過失加害於他人的行為、損害發生、相當因果關係等等要件）是否具備。此時，當法官判斷誰有權利、誰負義務的時候，須先看民法規定的要件是什麼，因為法官要依據法律獨立審判。法官不能說，我看你很可愛所以判你贏。還有，關於物權取得，物權法有規定時效取得動產所有權的要件，法官不能說立法院很差勁，怎麼定其期間為十年，我很喜歡原告所以改成三年，公然占有三年就判他時效取得所有權。法官應該依據法律獨立審判，這樣才像法治國家。這告訴我們，當兩造當事人發生紛爭，一個是原告，另一個是被告，稱為訴訟當事人。當原告、被告提起訴訟想要取得本案判決時，法官就要依據法律獨立審判，依據實體法加以裁判。這時，實體法是法官下本案判決的「裁判規範」，法官應該遵守實體法予以裁判。也就是，法官在下本案判決的時候，也要遵守實體法—民法、商法等等，作為裁判規範，不僅原告、被告等當事人要遵守而已。任何人不能違反民法第一八四條的規定，加害於他人，否則應負損害賠償責任。這對任何人都同樣要求，任何人都須遵守該規定。可是當一個紛爭發生了，一造說：「你有加害我」，一造卻說：「沒有啊！」，而紛爭發生，要提起訴訟，取得本案判決的時候，法官也要引據這些規定作為裁判規範，如此才合乎現代法治國家的基本原理。

法官下本案判決的過程，包括調查證據、辯論，要審理到底該當於某一損害賠償請求權的要件具備沒有？這是要件事實存在不存在的審理。法官先審理該當於某一實體法上所規定的權利發生要件存在不存在，才能判斷原告所主張的權利存在不存在，也才能下一個本案判決。本案判決確定以後，今後當事人才能以此作為生活的標準。換句話說，法官要下本案判決以前先要審理該當於系爭的實體法上權利發生的要件存在不存在，為了調查這些要件存在不存在，就需要審理。審理兩造所爭執的實體法上權利義務存在不存在的審理通常稱為「本案審理」，也就是審理該當於發生實體法上權利義務的要件事實存在不存在所必要的審理。可是，民法未必都有規定明確的要件事實，也有無明確的要件者，例如權利濫用、誠信原則等等。權利濫用、誠信原則是不確定法律概念。關於這種概念的該當性之判斷，法官的權限很大，需要法官去填充，一定要借重訴訟法予以彌補。何謂權利濫用，民法沒有規定什麼情形該當於權利濫用，在紛爭發生時，最後要由法官判斷。

現在的法治國家，規定比較詳細的民商法體系，要求當事人、法官、全國的國民都遵守。這樣就可以讓全國的國民預測他的生活未來，例如開快車撞傷人可能要負損害賠償責任。大家都可以預測到他的生活，社會才能在一個法律的規範之下過得很安定。此外，又制定程序法，其中一個就是民事訴訟法，當訴訟的時候，要求法官審判須遵守一定的法律規定作成裁判。法官不可以作恣意的裁判，應該遵守民訴法的規定下本案判決。這樣才符合法治國家的要求。本課程就是要去學習民訴法有那些規定或原理、原則，是要求法官在下本案判決以前，本案審理時所要遵守的。那麼訴訟法和實體法之間有什麼重大不同？

(二)實體法的規制對象具有多樣性，而訴訟法則以單一的審判程序為其規制對象

實體法有一個特徵，其所規制（處理）的對象是具有多樣性的，而訴訟法所要規制的對象是以單一的審判程序（有關本案判決的程序）作為對象。實體法以民法為例，有民法總則篇、債篇、物權篇、親屬篇、繼承篇，包羅很廣。買車子時何時取得所有權、或建造房屋時所有權屬誰？判斷這些問題時不需要去研究婚姻成立的要件是什麼、繼承何時發生。要去處理誰取得物權的實體法，通常與親屬篇的規定沒有必然的關係。要去了解債的契約何時成立，與親屬篇怎麼規定通常也沒有關係。所以實體法所規制的對象有多樣性，很多實體法規制的對象互相之間不必然發生關連性。因此，當研習實體法時，通常可以用累積的方法獲得。今年都研習債篇，不理親屬篇及物權篇，對學習沒有重大的妨礙，因為它每一部分往往是個別獨立的規定。由此可知，民法法典的體系也左右作學問的體系。例如，有人對親屬篇很有研究，但對債篇卻可能不懂。

但是，程序法所規制、處理的對象是單一的審判程序，因此只有了解民訴法的一部分規定，還不能夠了解整個問題的全貌。舉例來說，〔設例一〕甲與乙發生紛爭，甲說：乙對他有加害行為，甲與乙的車子在民國九十九年八月三十一日於台大法律學院門口相撞，乙是有故意或過失的，應該賠償甲八十萬元。這是涉及民法債篇的問題，只要將民法第一八四條的規定研究透徹，大概問題就可獲解決，通常不需要了解將來當事人死亡時怎麼繼承。可是，在民訴法上，

4 口述 民事訴訟法講義(一)

只講第一條到三一條之三有關管轄的規定，或說車子相撞於辛亥路台大法律學院門口，依第十五條第一項規定：侵權行為地之法院有管轄權，所以由台北地方法院管轄云云。問題解決了沒有？甲到台北地方法院，向法官說：「我的車子被撞到」，法官說：「你照民訴法第二四四條第一項提出起訴狀，依第一款要寫原告、被告。」原告甲說：「我不曉得被告是誰，因為乙撞我時，我沒有問他名字。」第二四四條和第十五條差那麼遠，沒有同時了解第二四四條也就沒有辦法得到本案判決。為什麼要有第二四四條第一項的規定？如果該項未規定要寫明原告、被告，將來東西掉了，全國人民都去找法官，要求法官找出小偷是誰，法官說大家都這樣的話，你們每個月薪水八萬元繳稅捐七萬元好了。幾萬名的法官包括偵探社的工作都要作，有此可能嗎？所以要了解為什麼第二四四條第一項第一款規定起訴狀要寫明原告、被告（當事人）是誰。第二款規定要寫明訴訟標的是什麼。什麼是訴訟標的？民訴法沒有一個條文定明什麼是訴訟標的。有的學者說是應依新訴訟標的理論，有的說是應依舊訴訟標的理論。德國、日本向來有新訴訟標的理論及舊訴訟標的理論，兩者爭論的很激烈。在幾年前本人批評德國、日本爭論六十年以上的兩種學說都有問題，提倡我國的理論是「訴訟標的相對論」，第二四四條第一項第二款的訴訟標的應該照本人所講的標準來決定才合乎人性的尊嚴。將來說不定會又提出另一個學說。第二四四條第一項規定：「起訴，應以訴狀表明下列各款事項」，既是應該，如果沒有表明，而只是記載：「原告李大同，被告請法官查明」，法官就限定原告於一定期間內查出其認為被誰撞傷，如查不出來，縱然原告在實體法上有損害賠償請求權，也不可以利用訴訟制度（第二四九條第一項第六款）。那麼原告要怎麼辦？回家蓋棉被哭？為此，也要了解第二四四條第一項第二款為什麼這樣規定？

現在跳到第二七七條，該條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」李大同當原告寫被告為王小異，主張訴訟標的為民法第一八四條所規定的損害賠償請求權。法官就問王小異：「李大同要你賠他五萬元，怎樣？」王小異說：「台大法律學院在哪我都沒去過，怎麼會撞傷他？」法官說：「李大同你主張被告王小異加害於你，依照民訴法第二七七條規定你要舉證。」李大同說：「我怎麼舉證！我事先沒有準備照相機，就被撞斷大腿了。怎麼還要舉證才可以賠償，這算什麼國家！」法官說：「且慢！如果你不證明王小異有加

害於你，那麼王永慶的財產就會被搬光。誰沒有錢就將王永慶列為被告，法官都判他敗訴，他的錢沒有多久就被搬光了，那還算什麼法治國家？所以第二七七條也有它的道理。你說有損害賠償請求權，就要證明被告王小異有該當於民法第一八四條所定侵權行為的要件事實存在。」最後法官判決原告敗訴，因其未舉證被告有何故意或過失，判決確定就發生既判力（第四〇〇條第一項），等於宣示原告對被告永遠沒有損害賠償請求權可主張。

後來，李大同又起訴主張債務不履行的損害賠償請求權，被告就說：「我一天到晚挨告，我就不能生活了！請法官判他敗訴，因為已經發生既判力。」原告說：「我原先告的是侵權行為的損害賠償請求權，還沒有主張過債務不履行的損害賠償請求權，這是不同的請求權。」到底前訴訟判斷李大同的侵權行為損害賠償請求權不存在的本案判決的既判力有無及於後訴訟？後訴訟是主張債務不履行的損害賠償請求權，將其當成第二四四條第一項第二款的訴訟標的。訴訟標的簡單的講是「請求法官進行本案審理而下本案判決的對象即審判對象」。侵權行為的損害賠償請求權與債務不履行的損害賠償請求權，兩者的構成要件事實有相當不同，前者要證明有故意或過失，後者則不必證明；還有消滅時效期間不同，前者是短期的，後者則是長期的。主張兩個不同的請求權，法官需要審理的要件就不一樣，影響當然重大。如果被告主張短期消滅時效，因原告主張侵權行為的損害賠償請求權，其請求權於可行使後三年才提起訴訟，就可能會遭到敗訴的判決，因為罹於民法第一九七條短期的消滅時效。如果原告主張債務不履行的損害賠償請求權，前訴訟就侵權行為的損害賠償請求權所下的本案判決，其判決效力是否及於後訴訟？如果受效力所及的話，就要引用第四〇〇條，然後引用第二四九條第一項第七款「其訴訟標的為確定判決之效力所及者」，不可再提起訴訟，法院會以裁定加以駁回。因此，要解決這個問題，從訴訟法的角度來看，比民法複雜多了。關於民法，只要把第一八四條的要件曉諭當事人，就大概知道有無損害賠償請求權，但是在民訴法，從第一條到第十五條的管轄、到第一九九條之一第一項及第二四四條第一項第二款所定提起訴訟要如何表明、特定訴訟標的，又到第四〇〇條所定判決效力的範圍如何判斷，然後回到第二四九條第一項第七款不可就同一訴訟標的又提起後訴訟等等，就牽涉好幾個條文的規定。這些條文的規定都是要規制單一的判決程序，也就是

要判定甲對乙可不可以請求五萬元這個紛爭。這些條文的規定都與這個同一紛爭能得到怎樣的本案判決有關，所以想了解民訴訟法須就有關同一紛爭或訴訟事件的相關各規定作整體的了解。

如果原告不是李大同，而是木柵動物園跑出來旁聽民訴法課的猩猩自稱邱壯壯，也懂得腿被撞斷了可以提出訴訟，起訴狀寫原告邱壯壯來自木柵動物園，其可以當原告嗎？外國人在台灣挨打受傷，可以當原告嗎？這些涉及怎樣才算是當事人？將來動物可不可以當原告？應該如何處理？民訴法規制單一的判決程序，因此要作整體的了解，只有讀管轄的規定，沒有辦法處理這些問題。這是與民法非常不同的地方。

實體法可以用累積的方式學習，程序法就必須作整體的了解。帶各位進入程序法的世界，也就是喚起同學儘可能擺脫僅受向來所學民法、商法這些實體法的研究方法所糾纏，而也要留意到訴訟法的研究、學習具有相當大的不同。如上所述，實體法的學習與訴訟法的學習有重大不同，實體法可以採用累積的方式，累積的越多就越有學問，不一定前後連貫來學。在讀物權法上時效取得要件時，民法第七六八、七六九條都有規定，這時候不需要去了解親屬法所規定訂婚的要件是什麼，也不需要去了解繼承的問題，只要去判斷時效取得要件就可以；或者，要看有沒有取得損害賠償請求權，只要判斷民法第一八四條的要件具備與否，就可以解決這個實體法上權利存在不存在，即損害賠償債權發生與否的問題。所以你今年學習民法債篇，等五年後再學習親屬法也沒有關係，可以分段學習，累積多少就算多少。因為實體法規制的對象有多樣性，包含各種各樣，債權、物權、親屬、繼承等等。

可是，民訴法所規制的對象是單一的審判程序，為了就同一紛爭事件達到本案判決作成的目的。原告為了獲得本案判決就提起訴訟，從法院的角度來看，法院為了使原告、被告等當事人能夠得到本案判決，就要作本案審理。要怎樣作本案審理、作成本案判決，就要規定一系列的程序。上面提到的，從第一條到第三一條是有關管轄的規定，然後第四十條是有關當事人能力的規定，第二七七條是有關舉證責任的規定，第四〇〇條是有關判決效力的規定，還有第二四九條第一項第七款是有關當事人對已經判決發生既判力的訴訟標的又要起訴時如何以裁定予以駁回的規定。這些條文就同一事件的審理都各有作用、功能，

需要融會貫通。

法官為了達到本案判決的目的，就要判斷兩造所爭執的系爭實體法上權利義務存在不存在，例如為了判斷損害賠償請求權存否，就要審理、判斷到底該當於民法第一八四條所定發生損害賠償請求權的要件具備不具備。所以，判斷該當於系爭損害賠償請求權要件存在不存在的審理，就是本案審理。為規範本案審理如何審理，例如，法官可不可以對被告說，我們上陽明山，一邊爬山一邊審判？法官開庭的時候，可不可以說原告可以講話，被告不可辯論？都要有一定的規定！這就是訴訟法。訴訟法原則上是在規範法官、當事人以及訴訟關係人的訴訟活動。例如證人作證以前要具結或宣誓，如講假話，就須接受刑法第一六八條偽證罪的處罰。也就是，民訴法是規律、規範有關達到本案判決所需一系列法院、當事人以及關係人所為活動的法律。正因為民訴法規律與本案審理、本案判決有關的法院、當事人以及訴訟關係人的一系列活動，而規定依照什麼程序進行，所以，訴訟法的學習就要整體了解，只有了解損害賠償請求的訴訟要向哪一個法院起訴是不夠的，還要了解最後得到本案判決的效力到底是僅及於侵權行為的損害賠償請求權而已，或者也及於債務不履行的損害賠償請求權？前面所舉案例是兩部車相撞，不會發生債務不履行的損害賠償請求權。但是，案例如改成：甲買公車票上公車，乙司機將公車開到崎嶇不平的道路上或有其他不謹慎開車的情形，結果與其他車碰撞，則因買公車票上公車，成立債的契約而有債務履行的問題，也會發生債務不履行的損害賠償請求權。例如公車司機開快車，或開車沒有兩眼平視，轉眼亂看，結果發生碰撞，車上的乘客手斷了，除可能構成侵權行為的損害賠償請求權外，也可能構成債務不履行的損害賠償請求權。這時有請求權競合的可能，情況就不一樣（參照民訴法第一九九條之一第一項）。另外，要了解訴訟上的原告資格，例如木柵動物園的猩猩邱壯壯跑出來玩被撞傷，牠列原告為『邱壯壯』，住台北市木柵動物園，牠能不能當原告？要看民訴法第四十條。又如只有十六歲的人，可以當原告而獨自進行訴訟嗎？或須二十歲以上才可以自己進行訴訟，不需要法定代理人代理？這些涉及同法第四五條以下的規定。判決以前要調查什麼證據？同法第二七七條以下有規定。然後判決下來，判決的效力要及於哪些實體法上請求權？又牽涉到第四〇〇條的問題。所以要了解訴訟法，只有了解管轄的規定是不足的，另

須就達到本案判決有關的一系列、好幾個法律規定，作整體的了解。這是訴訟法的學習與實體法的學習上一個重大的不同。簡單的說，訴訟法上的規定不是互相孤立的，而是前後互相關聯的。不能僅僅靠學習的累積就表示你已經有能力、有知識真正了解訴訟法，須對達到本案判決的相關規定作整體的了解。因這些規定是前後有關聯性的，與實體法有重大的不同。訴訟法是在追求一個目的，在追求一個目的達成之下，到底有哪些訴訟法的規定是互有關係的，都要作整體的了解。當有人主張權利而提起訴訟，訴訟法所牽涉的哪些規定就成為一種『星座式』的開展。他主張損害賠償請求權，法院管轄權、當事人能力、訴訟能力、證據、判決效力或者還有訴之合併、追加或變更（第五三條以下、第二四八條、第二五五條）等等一大堆的問題，都成一種星座式的發展，好多規定都互相關聯。

再舉一例說明。〔設例二〕X到K牛肉麵店吃牛肉麵，裡面有蒼蠅或蟑螂，結果吃了回去拉肚子，要請求賠償。或者，K牛肉麵店的車子去運它的貨物，運到半途，將X撞傷，X要請求賠償。前者是債務不履行的損害賠償問題，後者是侵權行為的損害賠償問題。X要起訴的時候發現，K牛肉麵店是三個人(Y₁、Y₂、Y₃)合夥成立的，現在要訴請損害賠償，是列K為被告？還是要列這三人為被告？關於合夥與合夥人對於合夥交易的相對人負什麼責任，民法第六八一條有規定。當法官審理這件X請求損害賠償的事件時，法官也要遵守民法有關合夥的規定。這時，實體法成為法官作本案審理時下本案判決的裁判規範。法官必須依法裁判，遵守實體法的規定。

但是，訴訟法不是只有這樣，除要依照民法有關合夥的規定裁判以外，首先要決定，到底X要向那一個法院提起訴訟？關於訴訟的管轄，找到民訴法第一條至第三一條那裡；其次，要列K為被告還是列Y₁、Y₂、Y₃三人為被告？這時候牽涉到第四十條，也牽涉第四一條。民法第六八一條規定合夥人就合夥的債務，在合夥的財產不足清償債務時，要負連帶清償責任。列K為被告還是列Y₁、Y₂、Y₃為被告，要考慮到K牛肉麵店是不是有財產？如果只有幾個鍋子、幾張桌子而已，是否夠二十萬元？要不然，X將K列為被告，判決勝訴了，要強制執行查封拍賣時，這些破爛的桌椅，沒有人要買，X就不能得到清償。如去查封Y₁、Y₂、Y₃三人的財產，這三人就說：「X是列K為被告，我們三人

根本與K沒有關係，怎麼可以查封我們的財產？你說我們三人是合夥人要負連帶清償責任，那是民法規定的，法院還沒有判決！」這時，該判決的效力是否及於Y₁等三人？僅僅將K列為被告的訴訟，X得到勝訴的判決，其效力是否及於這三人，又牽涉到第四〇一條的問題。第四〇一條規定判決效力的主觀範圍，也就是判決效力要及於何等人。前面提及的判決效力及於侵權行為的損害賠償請求權，還是也及於債務不履行的損害賠償請求權，這是有關判決效力的客觀範圍。本件案例可以重新換一個角度讓我們了解到，X要主張受K商行侵害的時候，除依民訴法第一條到第三一條的規定決定要向哪一個法院提起訴訟以外，還要決定列K為被告或列Y₁、Y₂、Y₃為被告？全部都要列為被告的話，又涉及第五三條以下所謂共同訴訟的問題。然後，有全部列進去與沒有全部列進去，依第四〇一條的規定，判決效力有什麼不同。似此，對於民訴法上相關規定須作整體的了解，這裡面都有一大堆問題、一大堆理論。先舉這些案例讓同學知道，民訴法的學習要作整體的了解。要達到X請求法院判決損害賠償請求權到底存不存在、有沒有理由，損害賠償的內容是多少元，要得到這樣本案判決的內容，就要考慮到剛才說明的一系列訴訟法上規定，才有辦法作一整體的了解。因為訴訟法追求的一個目標，就是以本案判決來判定X的損害賠償請求有沒有理由、範圍到底如何？這就牽涉到很多規定。如果想要了解K與合夥人之間的關係，去了解民法上合夥的規定就夠了。如果那裡的規定了解清楚，還要不要去了解物權變動的要件？這與物權變動沒有關係，與親屬、繼承更沒有關係。

(三)時間經過是訴訟法上重要的因素，但對實體法而言則不具重要意義

實體法與訴訟法的研習上另一個重要不同之點，就是訴訟法（學）要去處理、研究的對象，牽涉到時間的經過這重要的因素。我國向來有關訴訟法的書、學說，就這點都未予特別重視。

在實體法學的研究對象上，時間經過的因素，不具有重要的意義。〔設例三〕例如甲主張：九十九年五月一日上午八時在台北市台大法律學院門口，甲、乙分別駕駛的兩部車相撞，因乙開快車撞及甲車，致甲腿斷及車毀壞，損失共二

十萬元。乙則否認，堅稱他沒有開快車，是甲自己駕車到台大法律學院門口看很多學生進法學院，就亂轉頭，沒有兩眼平視，所以有過失，以致發生紛爭。

紛爭的解決方法有很多方式。這兩部車相撞，甲說乙應該賠償我，乙說甲自己有過失！試想：如自己騎機車撞到電線杆或牆壁，電線杆被撞斷誰要負責？牆壁被撞倒誰要負責？不是腿斷的人就有權利！問題在於，處於哪樣的社會。如果他們兩個為此就拉領帶、開打，則這樣的社會是不是比較接近非洲野生動物的世界？車子相撞時第一個想到誰？有人說想到警察，這似乎變成警察國家；有人說想到律師，看看附近有沒有律師。找律師要幹什麼？幫他們判斷、解決紛爭。但是，最好的方法還不是這樣，而是普及法學教育，使中學生都曉得有沒有損害賠償請求權，先去判斷誰就事故的發生有沒有故意、過失！全世界華人對於訴訟的觀念，與西洋人對於訴訟的觀念多有不同。西洋人較多認為法院只是幫我們宣示法在何處的地方，所以上法院訴訟也沒有什麼，我們還是可以一邊相對立進行訴訟一邊當好朋友，但是華人想不通這一點。這就是法意識的不同。

紛爭發生了，有時候當然兩造就私下解決掉。如在法意識很健全的社會，甲與乙可能就到路邊說，不要妨礙他人走路的權利，討論看看：故意、過失在哪一邊？有沒有受損害、是不是有因果關係……討論的很認真，仔細查看損害賠償的要件是什麼。這樣才是法治國家，人民能夠自行依民法第一八四條規定解決紛爭。這樣就比較不像非洲的野生動物。所以從法的角度來看，在路上闖紅燈的，都不是懂法律的人，因為那是野生動物、人以外的動物的作為。法律的人都會想：紅綠燈就是法，不能隨便走過去。

剛才說自己私下解決紛爭，自己解決就是成立民法上的和解。紛爭解決的方式有很多種，仲裁也是其中一種。如他們不選擇仲裁、民法上和解的方式，卻想要循訴訟方式解決，則如何？

訴訟上除了考慮實體（法）上正義（實體利益）的實現外，還要顧慮程序（法）上正義（程序利益）的實現。法官是在實現正義的，法律是在實現正義的。甲主張因為乙的侵害行為，造成他二十萬元的損害。這時，甲因這個損害賠償請求權的實現所可能得到的利益，姑且稱為實體法上的利益，簡稱為實體利益。正義在什麼地方？先看實體法上的正義。實體法上的正義在何處？就〔設

例三〕來說，就是到底乙對甲在過去某時點有沒有該當於民法第一八四條規定的要件事實存在？該當於民法第一八四條的要件事實存在不存在，這是判斷實體法上正義的標準。如果具備這個要件事實，該當於民法第一八四條的要件，就要判甲對乙有損害賠償請求權，這時認為甲的權利是存在的才合乎實體法上的正義。如果該當於民法第一八四條的要件事實在上開時點不存在，就應該認為甲對乙沒有二十萬元的損害賠償債權，這對乙而言也是實體法上的正義。在事故發生時點到底乙有沒有故意、過失這一事實會不會於其後再變化？會不會事過境遷，有故意、過失的就變成沒有？不會。實體法上的正義就用此加以判斷的。從客觀實體法的角度來看，是以這個時點有無具備該當於民法第一八四條的構成要件（發生損害賠償債權之要件）加以判斷，所以實體法上的正義可說是某種客觀的存在。縱然甲、乙兩人各執一詞，甲說乙開快車，乙說甲轉頭亂看，而爭執到底誰有故意、過失，只要合乎該條規定的要件，甲就有權利；如果不合乎要件，乙就不負損害賠償債務。只要將這個時點客觀上誰有故意過失、誰加害於他人、二十萬元的損害與行為之間有無因果關係等要件事實存不存在予以判斷正確，就可說是實現實體法上的正義。

如果甲請求乙賠償，乙拒不賠償，甲就向法院提起訴訟，使用訴訟制度以取得本案判決。甲主張的理由是：乙在那時加害於甲，造成二十萬元的損害。對此，法官要作本案審理，問乙說：「你有沒有故意、過失？」乙說：「沒有。」問甲說：「誰看到？」甲說：「有，我會查出來。」假設甲六月一日提起訴訟，法官六月十五日開庭進行本案審理，因乙說他沒有過失，甲說他有，法官就說甲你去查報證人。七月一日再開一次庭，甲說證人還沒查到，法官說七月十五日再開庭一次，然後八月一日再開一次，……都等甲找到證人。法官努力要實現民法的規範，因為民法的規範是任何人都不能侵犯他人的權利，只要侵犯他人權利，都要使他賠償，這才是實體法上的正義。法官進行本案審理，最後要下本案判決，就開庭調查證據。好不容易，甲終於在開庭第十次本案審理時找出兩位證人。這兩位證人一看，乙好像是暴力團的團長，就害怕，因為這兩位證人的正義情操還不夠，不敢主持正義，怕等一下挨打怎麼辦。明明證人丙知道實情，卻說：「法官，我忘記了」；證人丁就說：「我那個時候沒看到。」法官說甲再去找證據，到了第十五次言詞辯論期日，終於找到兩位很有正義感的證

人，他們認為實現正義很重要，壞人沒有整掉，有債務卻不讓他履行，法治社會將永遠沒辦法建立起來，所以挺身而出，將事實真相描述出來，法官在這一次辯論期日就得到了心證，認為該當於損害賠償請求權發生的要件事實存在，而判決甲勝訴。

法官這樣找出過去那時點客觀上乙有過失加害的事實，於是就判乙賠償甲。這時，法官有沒有實現實體法上的正義？有！可是，假設甲是公務人員，每一次開庭就要請假、坐計程車、等三十分鐘，然後下次又要再來。如他是開雜貨店的，開庭那天就要請人家打工，每次到法院就要花勞力、時間、費用，他口袋裡的鈔票一張一張拿給人家。這些是不是他的財產權？雖然實現了實體法上的正義，也就是甲對乙的系爭實體利益二十萬元存在，本案判決甲勝訴。可是，在訴訟的過程中，甲花了好多的勞力、時間、費用，甚至精神的折磨等等，以致生活過得更不自由。這些勞力、時間、費用都有代價，有時候甚至不是金錢所能賠償的。假如甲自己不去開庭，委任律師為訴訟代理人的話，要付出律師酬金。要自己出庭或委任律師代理訴訟，還牽涉到複雜的律師制度的問題。

總之，為了達到本案判決，法官要進行一系列的本案審理過程，這些都有時間的經過。為什麼牽涉到時間的經過？因為法官不可以恣意裁判，就兩造當事人有爭執的事實，一定要調查證據，憑證據認定事實、適用法律下裁判。法官不是獨裁者，一定要遵守實體法的規定，查看實體法的要件是什麼，以確保裁判具有客觀性。雖要調查證據，但有的證據是不可採用的，所以要給當事人兩造辯論的機會。譬如某位證人，事故發生的那天，他去國外旅行還沒回來，可以查入出境管理局，他的護照上有出境紀錄，他的證言就不可以採用。近代法治國家，除了制定民、商法等規定，要求法官要依實體法判斷什麼情形誰有權利、什麼時候誰有義務外，也制定訴訟法，明文規定很多本案審理時要依循的原理、原則，例如法官下本案判決以前，要給兩造有對等辯論的機會，要求法官遵守兩造聽審主義、武器平等原則。因此，得到本案判決的過程就必然牽涉到訴訟法的原則，要兩造辯論、要調查證據，甚至於認為地方法院的法官判錯時，要給予當事人有上訴的機會。如果其認為上訴到高等法院，遇到幾位能力、素養差的法官，第二審又判錯了，在一定條件下還要允許當事人上訴到最高法院。訴訟制度為了讓法官好好進行本案審理，規定有很多原理原則。但是，

訴訟也有風險，在下本案判決以前要經歷一連串的訴訟程序，而這些時間的經過，就要花費相當多勞力、時間、費用。這些耗費姑且稱為程序上不利益。所以在訴訟過程中，如果儘可能減少勞力、時間、費用的付出，就稱為獲得、追求或保護程序利益。

這裡有一問題要注意，訴訟法所要規範的對象，牽涉到從提起訴訟開始，依民訴法第二四四條提出訴狀，然後調查證據，都想要實現實體法上的正義，可是，也相對地造成程序上不利益。這是因為訴訟上有一個時間經過的要素存在。這個時間要素如果拖得越久越長，花費的勞力、時間、費用就越大，即使最後終於判甲請求賠償二十萬元的權利存在，可能也因為訴訟程序進行時間經過的要素，使得甲所花費的勞力、時間、費用等程序上不利益已經很接近二十萬元的系爭實體利益，甚至於超過了。例如，甲是一位重要的醫生或工程師，他花時間在法院等開庭辯論，自己行使、取得實體法上的權益，結果他自己的工作不能進行，可能受超過二十萬、三十萬元的損失。醫生在開庭那天他要開刀而不能開刀，委請律師又要花費酬金，這也是勞力、時間、費用的花費。在德國，如果最後他贏了，請律師的報酬大部分可以讓敗訴的人負擔。德國雖是這樣，但我國不是這樣，其中還有很多問題（參照「程序利益保護論」第二五五至二五六頁）。因此，訴訟法的研究學習，要隨時注意所提出、所支持的理論、立法者所設的規定有無致力於減少程序上不利益的發生。要充分考慮到所謂「程序上正義」與「實體上正義」是不同的，獲得本案判決以實現實體權利（保護實體利益）的過程牽涉到一個實體法上所沒有的因素即時間經過的因素。時間經過是為了遵守訴訟法上的許多規定（例如須經調查證據、使兩造辯論等過程），需要付出時間、勞力、費用。否則，如法官擲銅板以決定誰勝誰敗的話，民法就沒有被適用。假如這樣民法豈不是成為具文、化為烏有！所以為了實現實體法上正義，貫徹實體法的規範，程序必須嚴密、慎重的進行，這就會有勞力、時間、費用的花費。這不能忽略，倘予忽略，就只是從民法的觀點加以研究，這樣就會大有問題。

(四)訴訟法學研究處理的對象事實是動態的、不明確的； 實體法學研究處理的對象事實是靜態的、明確的

訴訟法學所要去研究處理的對象事實是一種動態的、具有不明確性的事實關係；而實體法學所要處理的對象事實則是靜態的、明確的事實關係。兩者大不相同。再回到前舉〔設例三〕，到底乙對甲有無負損害賠償債務？甲對乙有無損害賠償債權？是以過去的（歷史上）特定時點乙有沒有該當於民法第一八四條所定的事實行為要件為標準。這裡有無故意、過失的事實是靜態的，在碰撞的瞬間，有過失就有，沒有過失就沒有，不會改變。實體法學向來要處理、探討的就是這一點。

從訴訟法來看，於甲提起訴訟後，在審理甲對乙有無損害賠償請求權的過程，法官如未受良好的訓練和教育，對於判斷乙無有加害行為的內容會不會有影響？法官在作審理的時候，如都在想股票買賣的事，而沒有認真聽取兩造辯論；證人作證時，法官卻說：你隨便講講就好了，講那麼多幹什麼？這樣會不會影響法官下本案判決的內容？他的判斷會不會發生差錯？應該會的。又如，假使證人丙講假話，由於法官未在車禍現場，就沒辦法或難以判斷，以致可能將有過失的判成無過失，從而影響有無該當於民法第一八四條所定損害賠償請求權發生要件判斷。

還有，假使甲找的律師能力、素養很差，因他考取律師本來就是猜題目考上的，考上以後腦筋都是黃金屋、顏如玉的思想，沒有再進修，甚至判例也都忘記。這樣的律師，為了節省筆墨，姑且稱之為「土」，也就是能力、素養、知識水平都比較差。遇到這樣的律師，什麼是請求權基礎都不會，胡亂主張一大堆，會不會影響本案判決的內容？應該會的。因為民事訴訟法採取處分權主義、辯論主義，當事人自己沒有請求的事項（訴訟標的、訴訟聲明）、沒有主張的事實，原則上法官是不可加以斟酌、裁判的，而採取這些原則，也具有憲法上的法理基礎。既然訴訟法上有很多原理原則，需靠法律專業知識才能妥適應用，那麼找到能力、素養差與不差的律師，也就會影響本案判決的內容。

還有，蒐集事實、證據的制度充分不充分也會影響本案判決的內容。〔設例四〕例如公害紛爭，某一廠商乙排出污染的水流到下游，下游的農民或住民甲

撈河裡的魚吃，吃了八年以後，患病受害，也就是上游的廠商排出污染的水，讓下游的住民、農民受損害。這時為證明乙有排出污染的物資以及這種排出行為與甲的生病有因果關係，要利用生物學上的疫學原理才有辦法予以證明，因為一個人不是一天到晚只是喝下游的水，他還吃很多東西，喝很多其他河流的水；更何況上游不只一家工廠，可能是哪一家甚至是不只一家的排出物是致病原因，也不能說全部都是。工廠將有關製造產品、原料的資料，都鎖在保險箱。這是乙的營業秘密，製造的成分如被其他人知道，就會失去乙的競爭力，所以鎖得牢牢的。下游農民甲訴請乙賠償，為證明他有加害行為，要證明他有排出污染的水，也要知道他的產品是利用哪些原料。如何蒐集這些資料、資訊，就涉及有無健全的事實、證據蒐集制度，簡稱為事證蒐集制度。訴訟法有無設這些制度、設計得充分不充分，也會影響到甲如何及可不可能證明乙有無加害行為及因果關係。

如上所述，很多因素：律師的水準、法官的水準、證人有無正義情操、國民有無健全的法意識、事證蒐集制度是否健全……都會影響到本案判決中認定甲對乙有沒有損害賠償請求權及它的內容。這與實體法不同，實體法學所要處理的是，在過去某個時點甲對乙有沒有可以主張該當於民法第一八四條所定損害賠償債權發生要件的事實。這是靜態的，一旦發生過，就不會改變！從訴訟法來講，五月一日發生事故，六月一日起訴，到法官下本案判決已經是十二月八日。從十二月八日的本案判決回過頭來看，加害的事已經是歷史事實。法官在下本案判決時，要遵守實體法作為裁判規範，所以他也要判斷到底誰有故意、過失等民法第一八四條所定損害賠償請求權發生的要件事實存不存在。但法官只有這種實體法的知識是不夠的，還要能夠掌控很多因素。律師的能力足不足夠、法官的素養優不優秀、證人有沒有正義情操、事證蒐集制度健不健全，這些因素都會影響本案判決的內容。訴訟法就要研究、處理這些課題，怎樣改善這些制度。因此，訴訟法所處理、研究的對象是動態的、具不明確性的。在實體法上，有無權利發生的事實，在過去那個時點上是不會變的，有就是有；沒有就沒有。但是到訴訟上主張，時過境遷，會受這麼多因素所影響，最後可能因為證人講假話，法官就將乙有過失判成無過失。如果甲的腿斷了，怎麼樣？只好回家蓋棉被哭嗎？訴訟制度如果不健全，未改善上面那些因素的話，實體

法上的權利本身既不會講話，最後得到的本案判決就等於否定掉實體法的內容，使實體法上的權利化為烏有。下本案判決的訴訟制度如果沒有健全，它就會創造、改變實體法，有過失的變成不用負擔損害賠償責任。由這裡可知道、體會到訴訟法多麼重要！證人亂講、法官判錯，怎麼辦？所以法學經費要撥很多，司法官要好好訓練。現在全國地方法院的法官有一半以上是候補法官，能說現在司法沒有什麼缺點？而且，很多科技紛爭，法律讀得再好也沒有能力判斷，還有很多要改善的。今後運作審判實務的時候，要多了解訴訟法學所要研究、處理的對象事實是具有這些不明確性的，要考慮到如何去改善這些因素。去改進這些制度，就比較可能提昇國民生活的品質！

要之，民訴法的研習與實體法的研習大不相同，其中一個不同是訴訟法所要處理的對象事實關係是具有不確定性的，這與實體法所要處理的對象具有重大不同。以〔設例三〕為例，甲認為他有損害賠償請求權，而乙認為沒有，所以需要解決紛爭。到底甲對乙有無損害賠償請求權，是以九十九年五月一日上午八時這時點有無該當於發生損害賠償請求權的事實做標準，也就是以該當於發生民法第一八四條所規定的要件事實存在與否做標準。要件事實也可稱為法律事實，即客觀實體法所規定之事實。因此，在九十九年五月一日上午八時這時點有無發生該當於民法第一八四條所規定之要件事實是不變的，這時點乙有無開快車、轉頭亂看的事實是不會變的。若乙有開快車或轉頭亂看就有過失。但在訴訟上要取得本案判決以判斷甲主張的損害賠償請求權，即系爭實體法上權利（或稱為系爭實體私權）存在與否時，法官要先作本案審理，審理在該時點到底乙有無故意、過失。甲、乙可能先經談判，經一個月後，也就是六月一日甲才起訴。也可能經過兩、三年後甲才起訴，這時乙可以主張時效抗辯，若乙不主張，法院才可能判甲的損害賠償請求權存在。但乙委任的律師如果知識、能力差，竟然不知民法第一九七條所定時效抗辯而沒有提出抗辯，以致遭受敗訴判決。總之，法官要作本案審理、本案判決以判斷甲有無權利，即判斷法在什麼地方、內容是什麼，在該時點有沒有違反侵權行為法。即使在六月一日起訴後，可能還要開庭開到十二月八日。到十二月八日調查證據，可能已開庭很多次，才綜合審判過程、本案審理所蒐集的資料，判斷該時點甲有無取得損害賠償請求權。法官也要依照民法第一八四條的規定裁判，因依照憲法規定，法

官要依據法律獨立審判。在此案中所謂法律就是民法第一八四條。這時民法（實體法）就是法官下本案判決的裁判規範。法官也要知道實體法怎麼規定，但除了實體法外還要知道證人會講假話、問證人要怎麼問、怎麼調查證據、如何蒐集事實資料、如何給當事人辯論、給律師辯論……還有很多訴訟法的規定。法官除了解實體法外，還要了解牽涉從起訴以後到下本案判決為止影響法官判斷的諸多因素。若法官很「土」，知識能力、素養很差，他對此案的判斷可能就不一樣。就自由心證而言，法官仍要用到經驗法則（第二二二條第三項）。下本案判決的法官所具有知識能力的水平、人生體驗的深淺，都會影響本案判決有關於有無故意、過失等等的判斷。

關於法官養成、遴選的制度，現在世界上有兩個主要模式：一個是職業法官制，另一是法曹一元制。職業法官制就如我國這樣，經由考試，很多人從大學法律系畢業死背了八、九科目，還未必知道怎麼活用法律知識就考取了，再接受職前研習、訓練教育（向來，日本是連同法官、律師也包含在內均要研習、訓練兩年。我國的律師僅研習半年）。從大學畢業後如經考試錄取成為法官，從司法官訓練所結業後若想繼續當法官，就可以當一輩子。憲法規定法官是終身職，只要按步來就可以當一輩子。但大部份法官都沒有先在社會上體驗一段期間，更沒在貧民窟生活過，暴力團怎麼罵人都不知道，還很天真。職業法官就是這種沒有經過相當程度社會體驗的人，就一輩子被錄用為法官的制度。法曹一元制則是像英美那樣，從當了好多年的優秀律師中，有一定的人生體驗，常站在第一線辦案件看到當事人在哭說冤枉、被欺負，且在社會中有名望被公認為不會亂收錢，又很公正的律師，才被選出當法官（參照「司法現代化」第三一至三六頁）。所以法曹一元制的法官下本案判決比較能妥適運用經驗法則而不會離譜。以上說的是指在正常的社會情況下，若法官會貪污，受金錢、黨政勢力的影響而亂判案就更糟了。何況金錢和黨政勢力也會影響事實的認定。一個國家的法官若會貪污，則這個國家還有什麼前途可言？所以愈愛社會、愈愛國家的人愈要喊司法改革。

我們知道實體法處理的對象事實是靜態的，但在訴訟上影響事實認定的是什麼？有無故意過失、有無相當因果關係等等的判斷都是人在判斷，這些有關法制的運作者、推手稱為法的主體面，其健全與否也會影響到本案判決中所形

成、所宣示的「法」的內容。訴訟法學所處理的對象事實受這麼多因素的影響，連證人有沒有強烈的正義感、強烈的法意識也都會加以影響的，因此它是具有不確定性的。這些因素如何變化都會影響本案判決中認定過去某一時點到底甲有無因乙的加害行為而受損害以及是否有請求權的判斷內容。

通常，縱然在採取職業法官制度之下，就通常訴訟事件，其本案判決是由三位（如高等法院所採）或五位法官（如最高法院所採）予以裁判，這叫合議制，這樣的法庭叫合議庭，一起作本案審理，一起下本案判決。現在地方法院的第一審通常由一位法官審判，這叫獨任制（但簡易訴訟程序及小額訴訟程序的第二審，則由地方法院的合議庭為審判，此規定於第四三六條之一第一項及第四三六條之二四第一項）。由合議庭審判比較客觀不會武斷，可以彼此互相匡正法官的錯誤，因在下判決前要評議、討論，證人作證時合議庭的法官都能聽審。假設病患甲起訴主張醫生乙有醫療上過失，這時法官請許多醫療專家提出鑑定報告（依第三二四條以下規定）。報告中就乙治療甲當時有無故意、過失，裡面有許多醫學用語，一個僅研習過法律的法官看得懂嗎？一般多看不懂！但這時如硬要法官依第二二二條第一項及第三項的規定來自由心證，跟擲銅板有什麼不同？因此，由不懂醫學知識的獨任法官下本案判決或由三位不懂醫學知識的法官所組成的合議庭下本案判決，比起一位是全國公認為是最公正的醫學專家與另兩位是法律專家構成的合議庭所下的本案判決，後者比前者似乎更能作出較客觀、合理的判決。由此可知，在牽涉許多專業領域知識的訴訟事件，只靠法律知識是不夠的。像這樣，法官所備周邊知識的充實程度也會影響本案判決的內容，也會影響判定乙到底有沒有違反法律、法在何處？民法第一八四條雖是立法院所通過的，但在民法第一八四條的適用過程、司法裁判過程、在訴訟上相關事實的認定是會受各種因素左右的。

合議庭的法官（稱為陪席法官）裡面包含具有各該事件之事實認定所需法律以外專業知識的專家在內的情形，與他僅成為鑑定人的情形，兩者有何不同？依第三二四條以下的規定，鑑定人只是證據方法的一種，與證人也是證據方法一樣，所以鑑定意見只是一種證據資料，依照同法第二二二條第一項規定，要由法官自由心證加以判斷。依自由心證法官還是要下判斷，但對於鑑定意見法官有無判斷能力？如連醫學名詞都看不懂，要加以判斷對錯，實有困難。所以

合議庭之評議（依法院組織法第一〇一條以下規定）中，如容許有一、二位醫學專家參與評議，則可影響其他法官。成為下本案判決的主體，本身就可以參與裁判，自己可以就本案判決的內容負責。但是，憲法規定法官是終身職，這些專家叫他們一輩子當法官可能很少人願意，並且法院的醫療糾紛或建築糾紛事件並不是很多，返還租賃物、拆屋還地等類事件反而比較多。特殊的訴訟事件類型，即需要借重法律以外的專業知識來下判斷的訴訟事件類型，畢竟只是一部份，如為此而大量錄取醫療或建築專家當法官，不要說付不起薪資，他們也不一定願意。所以牽涉應否修改憲法或制定特別法，將法官的來源採取多元制而也併採法官任期制或兼任制？憲法規定法官終身職是為了保障法官，因此只要法官願意放棄該項保障是否就可以，而不用修改憲法？這些問題也是值得一併研究的（相關問題狀況及立法動向，參照「程序利益保護論」第一六九頁、一七八頁、二三三頁）。

（五）民事訴訟法兼具私法性及公法性、訴訟制度是集團現象

在採行法治國家原理之憲法體制下，法官應「依法（實體法）裁判」。亦即，一般而言，民事實體法固然係以私人間之私法上一次性活動為規範對象，可是在民事訴訟上，實體法（民商法等私法）亦對法官提示其所應為裁判內容之標準，而成為裁判規範。此時，「依法裁判」之原理所具有之機能是，保障法官裁判之正當性。換句話說，在尚未涉訟之社會上，實體私法係以規律・調整私人間之生活上利害對立為目的，乃就權利或義務於何時在何等人之間發生、變更或消滅等事項為規定。而且，在訴訟程序上，實體私法則對法官亦提示其判斷權利或義務存否之標準，使其在程序過程能據以整理當事人間之爭點（法律上及事實上爭點），然後就該當於發生實體私權之要件事實（法律事實）存否為認定，並下權利存否及內容為何之裁判（本案判決）。於此關連上，在紛爭處理過程，實體法係與訴訟法相牽扯，而共同使當事人可能將相互間私法關係上交涉談判或協議延續於訴訟程序上，並促成紛爭之處理、解決或裁判。從此而言，民事訴訟法具有私法性，此方面之理解、研習是必要的。

另一方面，民事訴訟法係就法院（國家）如何行使審判權（公權力、國家權力）、如何運作程序制度以強制性地解決紛爭為規定，藉此規律法院與當事人（人民、紛爭當事人、訴訟當事人）、律師或其他訴訟關係人（如：證人、鑑定人）等之相互關係，所以亦兼具有公法性。從此而言，訴訟法亦以法官及律師之二次性活動為規範對象，而對於司法權行使者（國家司法機關、訴訟制度運作者）及相關職業集團（如律師團體）提示應遵守之行為規律，藉此彰顯、實現憲法所認文化、政策上價值理念。為此，應正視訴訟制度是集團現象，在依循上述實體法上觀點維持當事人間公平或尊重其權利行使自由之同時，亦應致力於兼顧司法制度（訴訟制度）使用者全體（含訴訟當事人在內之人民、納稅人全體）之立場或利益（公益）。

舉例來說，就前面提到的車禍事件而言，當甲主張其對乙有損害賠償請求權而提起訴訟時，依民訴法第一條到第三一條有關管轄的規定，先決定要向那一個法院起訴以後，在受理訴訟的法院，有實務上所謂「分案」的程序，決定由哪一個法官受理而承辦該事件。假設該事件分由P法官審判，而P很認真調查過去某時點乙有無故意或過失加害於甲之行為（事實）。此時，P除了承辦此事件以外，手裡還有一百多件受理中的其他當事人所提訴訟事件，其中可能有請求拆屋還地事件、請求給付票款事件……。也就是，除了甲、乙以外，還有很多人正在使用法院，並且因為P法官很認真為了謀求甲、乙之間的公平、實現權利，所以可能把其他的一九九件（假設每一件都各有一個原告、被告，則有三九八人）擱置一旁。因分案的工作每天都在進行，若法官的人數不夠，則這位法官的負擔就更形加重。若P很認真想實現存在於甲、乙間的實體法規範，一直在處理這個事件，則其他三九八人就只能等待法官審判他們的事件。但從憲法的角度來看，也同樣有權使用訴訟制度的這三九八人，難道比甲、乙更不應受保護？應該不是這樣的，所以這裡就牽涉到國家究應如何合理分配司法資源的問題。該三九八位當事人在憲法上之地位與甲、乙都是一樣的，他們都可以要求法官所代表的國家合理分配司法資源，不能只保護甲、乙二人。因為訴訟制度的使用是一種集團的現象，除了甲、乙間系爭的損害賠償請求事件要使用法院以外，還有很多人也要使用法院。這是從P的角度來看、從全國人民的立場來說，若每一位法官都將其他的三九八人擺在一邊，則有成千上萬的人仍

在等待法官判決，以致這些人中可能有人就動不動賴債不還、有債務卻不自動履行，因為覺得法官裁判之效率低，即使被訴於法院，也是經過很長的時間以後才會被判敗訴而必須履行債務，這樣比到銀行借錢所需利息還少，只還遲延利息而已（民法第二〇三條、第二〇五條）。因此，有引發很多人賴債不還，或駕車的人也疏忽撞人之虞，以致發生更多違背實體法規範的情事。因為法官下本案判決的速度太慢，以致於有人更常違背實體法規範，例如賴債不還、侵害權利，終於招致實體法化成為具文的可能性變大。因此，在研習訴訟法時，也要了解訴訟是一個集團現象，除了本件訴訟的當事人甲、乙以外，還有成千上萬的人正在使用法院或將要使用法院。為此，如何合理分配有限的司法資源，就成為一項重要而基本的課題。

從如何研習訴訟法學的面向來看，要隨時留意：就有關某一訴訟事件或訴訟程序上問題的處理、學說的贊成或反對，一方面須考慮其相關實體法規範應該如何解釋、應用才能謀求訴訟當事人甲、乙間的公平性。為此，對於實體法要了解清楚，才能下本案判決，判斷誰有權利。另一方面，也須考慮到甲、乙以外還有其他成千上萬的人也準備或正需要使用訴訟制度，所以也應該考慮如何兼顧他們的利益、立場，因為憲法規定他們也有訴訟權，且應受諸基本權之保障，所以也要考量該實體法以外的其他因素（訴訟法上觀點）。由此可見，訴訟法學的研究比實體法學的研究，更是困難許多。

要如何保障國民使用法院的機會？舉例來說，在法官審理甲、乙間訴訟事件時，能否承認甲、乙有完全的自由？如全部予以肯認，恐怕有問題。在民法上如何行使權利，原則是權利人自己的自由，而且基於契約自由等原則，任何人原則上可以訂立任何契約；但在訴訟上，若甲對乙有二十萬元的債權，他可否將二十萬元無限制地細分，而對乙提起二十萬次的訴訟？宜否容許其就每一次訴訟，都要求法官調查過去某一時點乙有無故意或過失加害於甲之同一事實？如果認為甲可以那樣起訴為要求，則中二十萬位法官都要調查證據來認定同一事實，而同一證人也將被要求到法院二十萬次。任何人都會覺得這樣處理是有問題的，而有問題意識，因為另有成千上萬的人正在或將要使用法院。因此，不管是當事人甲或乙的訴訟代理人（律師），行使權利都要認真，例如不應該被告在提出抗辯時，可任意或毫不受限制地在第一次言詞辯論期日提出清償

之抗辯，再於第二次期日又提出時效抗辯，第八次期日始另提出抵銷之抗辯……不可認為可散漫或慢吞吞地提出攻擊防禦方法（第一九六條）。此時，必須顧慮到仍有很多其他人需要使用或準備使用司法資源。如此看來，設法制止或懲戒這樣代理進行訴訟的律師，似乎是比較合理！以前有律師認為訴訟資料、證據資料可慢慢提出，而藉此講求「戰術」、「技術」，好像認為這樣的律師才更高明。但如從上述合理分配司法資源（促進訴訟）的角度來看，難道他可形同未將對造甲或乙及其他人當作人看待，而僅為自己佔用訴訟制度？總之，訴訟法學除要考慮律師、法官、證人的立場以外，也要考慮成千上萬要使用司法資源的人民之立場。可見，須併用訴訟法的觀點與實體法的觀點來處理相關問題，只用實體法的觀點是非常不夠的。亦即，訴訟法學的研究須廣泛牽涉到各種周邊的制度，實體法只是其一而已，並非全部。

（六）回顧性裁判與展望性、創設性裁判

在以上所舉的案例，是要判斷過去某一時點到底發生權利的要件事實存在不存在，這樣的裁判稱為「回顧性裁判」，也就是，法官下判決的時候，回顧過去某一時點（一個歷史的時點），而判斷在這時點上，到底該當於發生權利的要件事實存在不存在，因此是一種回顧性的裁判。但是民事訴訟還有一部份不是這種裁判，而是一種「展望性裁判」或「創設性裁判」，也就是，民法（實體法）並沒有規定明確的要件事實，到底如何發生權利是委諸法官自由裁量的情形。

雖然實體法及訴訟法皆是有關民事之法律（以民法之角度而言），但兩者卻有相當大之不同，所以在研習的方法上應特別留意。例如，在上開甲主張乙於九十九年五月一日開車撞傷甲的案例，甲對乙起訴請求損害賠償。甲於九十九年六月一日起訴後，法官P要開庭進行本案審理、調查證據而使兩造辯論（參照第二二一條、第一九九條），最後下本案判決。下本案判決以前所作之本案審理，有時要開庭許多次，開得愈多就愈花費勞力、時間、費用，且影響系爭外的財產權、自由權或應受保護的其他地位、價值。為了主張一個二十萬元之系爭實體法上權利，可能花費接近於系爭實體利益二十萬元的程序上不利益，或勞力、時間、費用之花費即程序上不利益超過系爭的實體利益。

本案判決確定時即生既判力，如果判錯了也要遵守，則本有損害賠償債權的，可能變成沒有，反之亦然，影響重大。法官作本案審理時，原告、被告均可提出訴訟資料：有無清償或罹於消滅時效、有無故意過失或是否與有過失而可過失相抵？這些資料至言詞辯論終結時點以前，原則上皆可以在適當時期提出（參照第一九六條第一項）。證人有多少人？雙方有無訂立民法上和解？有無主張抵銷？全部皆可提出。前述的資料總稱為攻擊防禦方法。至於由何人決定言詞辯論終結時點？由審判長決定，這是訴訟指揮權的行使（第一九八條第一項、第三八一條第一項）。當法官宣示：本件辯論終結，定幾年、幾月、幾日宣判時，縱令被告忘記主張清償的抗辯，也不可以再為主張。在本案判決時，即當作無清償的抗辯。

在言詞辯論終結時點以前的適當時期，皆可提出有關影響本案判決及本案審理的任何資料。此等資料包含此時點之前，有無具備實體法的要件事實。因為到此時點為止，原來的法律關係可能發生變動。例如原告起訴後，被告因知七月五日開庭而心生恐懼，故主動將他的債務清償，使債務消滅。可見言詞辯論終結時點之前所提出的全部資料，與債權有無發生或發生後有無消滅、變動相關。所以法官下本案判決，乃以此時點以前兩造攻擊防禦時所提出的資料為基礎，以判斷債權在言詞辯論終結時是否存在，此即所謂的「回顧性裁判」。此處有一特徵：實體法規定明確的要件事實。例如，關於買賣，民法第三四五條明定就標的物及價金額意思表示一致，買賣契約就成立。它的法律關係就是請求交付買賣標的物的權利，或請求給付價金的權利，甚至主張應負瑕疵擔保責任等等，均以買賣契約有無成立作標準，而其標準是以實體法上明定的要件事實在過去某時點是否發生作為判斷基礎。縱使該當於發生某一實體法上權利、義務之要件事實的確定都受如此多因素所影響，何況訴訟法所欲研究的對象，更為複雜（例如上述：法官、律師的素養、證人是否誠實、事證蒐集手段充實與否……）；實體法上明確的事實，在訴訟法上卻未必明確。

消費者保護法（下稱消保法）第五三條規定的不作為請求訴訟（或稱為制止請求訴訟），承認消費者保護團體（下稱消保團體），可為某一消費者集團，在合乎一定的要件（消保法第四九條等）時，可以提起不作為請求訴訟，請求法院判決命某一企業經營業者（即廠商）有所不作為。但是，為何消保團體可

行使此一樣利？還涉及所謂當事人適格的問題。例如，消保團體本身為原告，依消保法第五三條，列某一廠商K被告，請求法院下一本案判決，命K廠商今後不得再刊登某種內容之廣告。若某種廣告內容很可能使一群消費者受害，則可請求法院判決，制止其繼續登載某內容的廣告，命被告現在開始不可以再刊登某項內容的廣告，今後也不可以再刊登。所以消保法第五三條的規定本身兼具實體法及訴訟法的性質。從實體法而言，只要某廣告可能有害於消費者，就可以制止它。但消保團體自身可當原告起訴，因法官較難在法庭上一一點名成千上萬的消費受害人，如這樣，該訴訟明顯花費勞力及時間，所以賦予消保團體為消費者集團遂行訴訟的權能。

關於這種不作為請求權，實體法並未規定有明確的要件事實。消保法無一條文像民法第三四五條般規定買賣契約如何成立的要件事實，也不像民法第一八四條規定故意、過失等侵權行為的要件事實、或如民法七六八條、七七〇條規定物權取得時效的要件事實。至於廣告要修改成何內容才可刊登，則委由法官針對個案來裁量。不同種類的廣告，情況就可能不同，實體法無從，也不適合預先規定明確的要件事實。因此，所謂制止請求權的內容為何，實體法並無明確規定，需要法官填充，依個案判斷該請求權發生之具體事實內容為何。在未取得本案判決前，依消保法第五三條還看不出「法」的具體內容是什麼，但看民法第三四五條可知其內容，並特定標的物。所以在言詞辯論終結以前，當事人會提出很多的資料，甚至涉及科技知識的資料，最後由法官綜合判斷不作為請求權是否存在及其具體內容，而下一勝訴或敗訴的判決。由此可知，在未為本案判決前，實體法之內容並未具體化及明確化。在此情形下，往往訴訟法較實體法更重要，因為訴訟法制的運作，會直接影響到實體法的內容形成。甚至可說實體法的內容乃藉訴訟制度的運作而生，所以稱它為「創設性」裁判。這也更加印證，「法」的內容與法官、律師的能力、素養關係重大。為何稱其「具展望性」？因法官基於言詞辯論終結時點以前所提出的資料而下的本案判決，可解決該時點後所可能發生的紛爭。

這種展望性、創設性裁判，是針對判決以後的情形規範當事人，並形成實體法的具體內容，與回顧性裁判是回顧、確定紛爭發生之過去某時點要件事實是否存在，並不相同。這種制止、不作為請求的訴訟事件亦被稱為「現代型訴

訟」事件。而諸如買賣關係的訴訟等則稱為「固有訴訟」事件，源自一七八九年法國大革命後，恐懼法官的工具化性格重現而欺壓人民，為要求法官依法裁判，而在實體法規定各種明確的要件，並在訴訟法上要求法官予以遵守、貫徹。但自第一次大戰後，人民生活型態愈趨複雜，至今面對著新發生的現代型紛爭如何解決之問題，漸漸認為應該委由法官通權達變，以多元的觀點作展望性裁判。於是此種創設性裁判應如何尋求其正當化之依據、能否在憲法上尋得正當化之法理基礎？亦屬課題。

上面的說明是以保消團體所提不作為請求或制止請求訴訟為例的情形，其他所謂的生活妨害制止請求訴訟，也是屬於這類型的訴訟。剛才只針對消保法第五三條規定的事例作說明，除此以外，還有生活妨害制止請求。〔設例五〕例如，甲₁、甲₂……甲₁₅這些人住在同一住宅區，K工廠在這住宅區發出噪音。如果工廠發出噪音，而影響到住民的生活，如噪音到晚上十點還是很大聲，使居民不能過正常的生活，不能思考、讀書、睡覺，那麼，居民對工廠應該有一個生活妨害制止請求權。關於這種生活妨害制止請求權的基礎何在，是民法第七六七條規定的妨害排除請求權或是人格權，學說上還有爭論。請求制止噪音發生，是一種生活妨害的制止請求，為制止它不要再繼續妨害甲₁等人的生活。關於這種請求權的發生，在實體法上也沒有規定明確的要件。哪一種噪音、在哪一地區、可以被容許發出幾分貝的噪音，要斟酌很多因素才能判定。例如，在南港的工業區，有人搬進去居住，而要求工廠關閉或不可發出噪音；或在舟山路的教師宿舍附近，有人要開工廠，而要求那裡的老師搬走，都是不可能的事。如果先有工業區，而後來才有人搬去當住宅用，這些人就要忍受比較吵雜的噪音。反過來說，對於後來在住宅區的地方開工廠的人，住民就有權利要求他不可以發出太大的噪音，可主張不容忍這種高分貝噪音。這種為制止噪音的生活妨害制止請求權，到底可請求制止噪音使其降到幾分貝，要看各該地區的具體、個別狀況予以判定，甚至要考慮到這工廠的產品對國計民生的影響。如果製造輪胎的工廠是全國唯一的一家，禁止這工廠經營，全國人民生活就會發生重大變化，所以只能要求居民忍受。如果是可以制止的，即要求被告K在晚上十點以後及早上七點以前不可以發生超過幾分貝的噪音（參照「程序利益保護論」第三五九頁），而怎麼去減低噪音則看工廠自己的作為。只要能控制這段

時間的噪音，該生活妨害制止請求權就能夠實現了。

但是，提起訴訟以後就更為具體。例如，甲₁可能請求K工廠要在住宅區幾公尺的外圍，建幾公尺高的隔音牆，要用哪種隔音設備，幾公分厚，用什麼材料。這樣下本案判決就很具體了。這些都要依具體個別的狀況予以判斷，實體法沒有辦法預先規定，哪一個地區的隔音牆應該要怎麼樣，因為社會生活太過複雜。有的工廠是用新機器、有的則是用舊機器；有的是在住宅區、有的是在商業區……等等，各種狀況不同。法院要判定生活妨害制止請求權的存否及內容時，都可能做不同的判斷。法官要斟酌不同的狀況，無法像買賣一樣，有明確的要件事實作標準。這種實體法上生活妨害制止請求權的權利內容是什麼，顯然受訴訟過程、法官所蒐集、調查到的資料及法官、律師的能力素養等等因素的影響。例如於鑑定時，有無慎選有能力判斷及知道這方面科技知識的人當鑑定人，或當法官，都會影響到如何判定該權利的內容，即影響實體法的內容。由此可見，訴訟制度運作過程會影響本案判決內容的諸多因素，都會影響實體法的內容是什麼。訴訟法上如何建構理論及運作審判實務，顯然也會影響實體法上權利內容。縱然在固有的訴訟事件，訴訟法如何運用都可能導致決定性的作用、結果，更何況在現代型的訴訟！所以訴訟法所要考慮因素比實體法更多。

與上述事例相關，新法第四四條之三已明文容認具備一定條件之公益法人，可提起如上所述之生活妨害制止請求訴訟（法定訴訟擔當團體訴訟）。

以上所提這些問題的前提，都是國家已訂有民法、實體法的規定。如上述消保法規定的討論般，可說都存有訴訟法比實體法重要的情形。但是，古代並沒有這些法律，而是先發生紛爭，然後請當時支配這個社會的人（如：部落的首長）下裁判，才製造出實體法：先發生哪一種侵害行為、哪一種紛爭，然後才裁判要怎麼制裁、處理、解決的標準。從法的演變史來看，是先有審判制度、訴訟制度，然後才有實體法的。訴訟制度、裁判制度、司法制度才是產生實體法的母體（參照「司法現代化」第八頁以下）。古代是這樣，後來才有國會、由人民選代表，制定實體法。在現代，國會制定實體法以後，法官須依實體法裁判，但是在現代型訴訟，仍有因實體法規定不明確，有待法官予以補充、形成其內容的情形。我們在研究訴訟法與實體法的時候，也要留意到上面這些問題。

二、漫談民事訴訟法學

(一)民事訴訟法學是研究如何尋求、發現、形成「法」的學問體系

民事訴訟法學，廣義的說是民事程序法學，包含向來國內所說狹義民事訴訟法學在內。問題是，民事訴訟法學到底是怎麼樣的一門學問？在法治社會，原則上禁止自力救濟，所以國家須設立各種紛爭處理制度讓人民去使用。另一方面，在法治國家，尤其在像我國的大陸法系國家，制定了多種實體法作為判斷權利義務存否的準據。譬如說，侵權行為人依照民法第一八四條要負侵權行為責任，受害人則有損害賠償請求權。這個權利如何去實現呢？當加害人即債務人不自動履行債務時，受害人即權利人只有在社會上拼命地喊叫，並不能貫徹實體法的規範。因此，向來就有不少學者認為，民事訴訟法與實體法是如同車之兩輪，缺一不可的，而民事訴訟法學是研究如何保障權利、實現權利的學問體系。

可是，使用訴訟制度要來保障權利這個過程，也就是說，要去認定實體法上的要件事實存否這個過程，實際上是受很多因素所影響的，諸如：法官的素養、學識、能力、經驗；有無律師協助他、律師的素養、能力；證人會不會說謊、證人記憶有沒有淡忘；所使用的是比較嚴密的通常程序或比較簡單化的簡易程序或小額程序；甚至於審判有無採用陪審制、參審制。其他譬如說，利用調解程序、仲裁程序等類訴訟外紛爭解決制度（參照「程序利益保護論」第一六六頁以下）與利用訴訟程序所得到的結論也未必完全一樣。由此可知，有關實體法何在及權利何在的裁判過程，是受各種因素影響的。例如，原告甲認為他對被告乙有損害賠償請求權十萬元，但是法官調查證據、憑其知識經驗及證人的證言，認定的結果認為甲與有過失，甲對乙只有三萬元的損害賠償請求權，此時法官判定三萬元的損害賠償請求權存在這樣的「法」，不一定就合乎過去某一個時點發生侵害行為當時客觀的「法」。亦即，利用訴訟程序所認定、判斷得