

臺大法學教科書 11

口述講義 民事及家事程序法 第一卷

民事訴訟法 (上)

許士宦 著

—增訂版—

口述講義 民事及家事程序法 第一卷

民事訴訟法

(上)

增訂版

許士宦 著

新學林出版股份有限公司

序言

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

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

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

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

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

2018 年 8 月 1 日

許士宦

目 錄

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

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

詳 目

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

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

第一章 訴訟程序之開始及本案審判之對象..... 87

第一節 訴訟之提起及訴訟之類型..... 89

一、訴之意義及種類..... 90

（一）訴之意義

（二）訴之種類

1. 給付訴訟

2. 確認訴訟

3. 形成訴訟

二、事件類型審理論及訴訟類型論..... 101

三、起訴之程式及訴狀表明之程度..... 108

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

凡例

一、法規、條文

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

二、文獻略稱

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

學叢書一八六）新學林公司

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

13. 『民訴研討（一）』：民事訴訟法研究會編・民事訴訟法之研討（一）（一九八六年）
14. 『民訴研討（二）』：同上研究會編・民事訴訟法之研討（二）（一九八七年）
15. 『民訴研討（三）』：同上研究會編・民事訴訟法之研討（三）（一九九〇年）
16. 『民訴研討（四）』：民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討（四）（一九九三年）
17. 『民訴研討（五）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（五）（一九九六年）
18. 『民訴研討（六）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（六）（一九九七年）
19. 『民訴研討（七）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（七）（一九九八年）
20. 『民訴研討（八）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（八）（一九九九年）
21. 『民訴研討（九）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（九）（二〇〇〇年）
22. 『民訴研討（十）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十）（二〇〇一年）
23. 『民訴研討（十一）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十一）（二〇〇三年）
24. 『民訴研討（十二）』：同上基金會編・民事訴訟法之研討（十二）（二〇〇四年）

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

三、主要參考文獻

1. 邱聯恭 口述民事訴訟法講義（一）～（三），2017年，元照公司

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

緒章

民訴法總論

壹、民事紛爭解決之方法及程序

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

貳、民事訴訟法之特性及發展

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

參、民事訴訟法之價值理念及基本要求

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

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

壹、民事紛爭解決之方法及程序

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

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

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

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

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

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

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

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

置。和解有司法型、行政型與民間型，調解與仲裁亦同。

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

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

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

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

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

（一）和解

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

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

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

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

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