



THE NEW CIVIL PROCEDURE LAW

# 新民事诉讼法

许士宦 (Xu Shihuan) 著

民事诉讼法所定举证责任规范之意义，有两种不同理解：一是将其作为争点事实证明之法理；其二是将其作为解决事实真伪不明之法理。前者认为，举证责任乃当事人应提出证据以证明其所主张利己事实之行为规范；后者则认为，举证责任系指法官于自由心证已穷而事实真伪不明时，如何用法律之裁判规范。



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

PDG

THE NEW CIVIL PROCEDURE LAW

# 新民事诉讼法

许士宦 (Xu Shihuan) 著

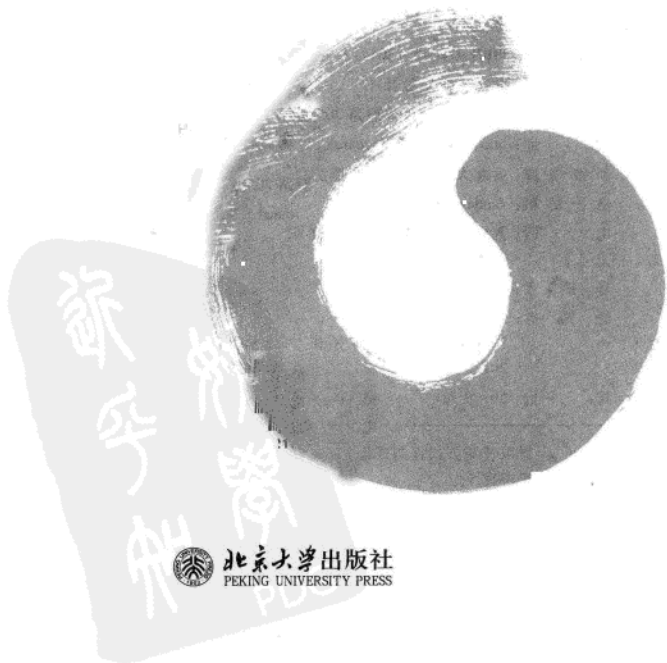
2003年修订之台湾地区“民事诉讼法”，所倡论之程序保障，系兼含有关达成慎重而正确的裁判之程序保障及有关达成迅速而经济的裁判之程序保障两方面意义，而以追求确定存在于实体利益与程序利益之平衡点上真实为首要目标。并且，在重视事前的程序保障之同时，视野亦已扩展于强调事后的程序保障对于赋予程序参与机会之重要性。此类程序保障论之深化，均延伸为前导研拟制定多项新法规定之基础法理。



THE NEW CIVIL PROCEDURE

# 新民事诉讼法

许士宦 (Xu Shihuan) 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2012-9153

图书在版编目(CIP)数据

新民事诉讼法/许士宦著. —北京:北京大学出版社,2013.5  
(元照法学文库)

ISBN 978-7-301-21941-6

I. ①新… II. ①许… III. ①民事诉讼法-研究  
IV. ①D927.580.510.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第007421号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行  
《新民事诉讼法》,许士宦著

ISBN 978-986-62-2546-8

书 名:新民事诉讼法

著作责任者:许士宦 著

责任编辑:苏燕英

标准书号:ISBN 978-7-301-21941-6/D·3252

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博:@北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱:yandayuanzhao@163.com

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者:北京汇林印务有限公司

经 销 者:新华书店

730mm×980mm 16开本 24.5印张 356千字

2013年5月第1版 2013年5月第1次印刷

定 价:59.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

PDG

# 序 言

本书所称新民事诉讼法是指目前施行于台湾地区之民事诉讼法。该法20世纪30年代抄袭性继受德、日、奥等国之民事诉讼法，嗣经80年代以后二十年之论争、批判，终于21世纪初被大幅度修正，而改向于更加本土化，以因应人民、社会之时代要求。兹将各章所述新法之特征、特色，略述如下：

## 一、树立当事人之程序主体地位

为了巩固当事人之程序主体权，充实事前及事后之程序权保障。就前者而言，不仅扩充当事人之陈述权、证明权及信息权等辩论权，而且加重法官之表明法律见解、公开心证等阐明义务；就后者而言，既扩大再审事由，又新设变更之诉。再者，合理扩张程序处分权，使当事人两造在审理原则、本案内容及纷争解决方式等方面，得合意形成审判程序及审判内容，更加实质参与形成程序，甚至自主、自律性解决纷争（参见第一、二章）。

## 二、维护两造之实质武器平等原则

平等赋予两造程序选择权，使其起诉（本诉或反诉）时，均得抉择以权利、原因事实或纷争事实为单位特定诉讼标的，平衡追求所涉实体利益及程序利益。而且，在当事人所提出之事实可构成实体法上数请求权竞合、并存或不两立之情形，亦应尽量尊重其所选用之合并形态或就法律上攻击方法所排列审理顺序，允许其得请求按序、择一或全部审判（参见第三、四章）。

## 三、加强法院与两造三者间之协力义务

为了达成审理集中化之目标，充实审理内容及促进诉讼程序，采用争点集中审理主义及适时提出主义。前者要求法院将诉讼事件之审理划分成争点整理阶段与集中调查证据阶段，进行有计划性的审理，善尽其诉讼促进义务；后者要求当事人依诉讼进行程度，于适当时期提出攻击防御方法，善尽

## 2 新民事诉讼法

其协力迅速进行诉讼之义务,借此更动向来是认之民事诉讼程序基本结构,并改变传统相沿成习之审理模式(参见第六、九章)。

### 四、明确当事人举证之行为责任

明定举证责任及证明妨碍之行为规范。前者要求各当事人就其所主张利己事实提出证据予以证明。此项规范所分配举证之行为责任,成为当事人遂行诉讼之方针,法官指挥诉讼之指标,具有民事诉讼脊椎之机能。后者要求不负举证责任当事人不得妨碍他造之证明活动,据以排除证据利用之障碍,此项规范所循依衡平方式进行诉讼之原则,既是当事人为诉讼上行为之指针,亦系法院评判诉讼上当事人行为之基准(参见第七、八章)。

### 五、兼顾纷争统一解决及程序权保障

增订职权通知及第三人撤销诉讼等配套程序制度,赋予本诉讼当事人以外之利害关系人以事前及事后的程序保障,作为判决效力扩张于该第三人之正当化基础。借此,一方面使本诉讼之判决效力及于两造当事人与诉讼系属中特定继受人或被担当人,统一解决三者间纷争,而扩大诉讼制度解决纷争功能,另一方面使该受判决效力所及之第三人,原则上于裁判前、例外于裁判后获有参与诉讼而影响判决结果之机会,以保障其程序权,而落实听审请求权(参见第五、十章)。

许士宦

二〇一二年十二月二十日



## 6 元照法学文库

### ●《比较行政法》王名扬 著

比较研究不仅可以用于学术目的,提高对法律的认识,也可以用于实用目的,改良立法和司法工作,便于国际交往。在行政法领域,比较研究虽有一定的困难,但其意义却不可小视,这不仅源于行政法学术交流的需要,同时也源于各国行政法制度相互借鉴的需要。

### ●《民法总则讲要》谢怀拭 著

因为《民法通则》是全部民法的“通则”,涉及民法的各个方面,所以对《民法通则》的正确阐述可以初步奠定我国民法学的基础。在《民法通则》有明文规定的地方,我们要准确地阐述。在《民法通则》由于立法技术的关系,有不足之处时,我们要从理论上给以弥补或纠正。在《民法通则》没有规定的地方,我们如何从理论上给以补充。这些都是很重要的。

### ●《刑事一体化论要》储槐植 著

刑事一体化,源于宏观观察,作为思想观念,是哲学“普遍联系”规律在刑事领域的演绎;作为方法操作框架,是指相关事项的深度融通,操作层面便是运作机制,思维框架主要为折衷范式——平抑偏执达致适中的方法和过程。

刑事一体化,既是观念,也是方法。

### ●《政治视域的刑法思考》刘树德 著

政治视域的刑法思考,立足于“刑法之外研究刑法”和“刑法之上研究刑法”的思路,是宪政维度的刑法思考的延续,主要包括从政治的视角对一些刑法问题进行思考和对刑法中与政治有关联的问题进行思考两个方面。

### ●《近代中国的法律与学术》俞江 著

清廷主持的法律改革,截断了数千余年的中国法律传统,拉开了移植西方法的序幕。“移植与重建”,成了20世纪前五十年中国法律界思考的主题。西方的法概念在汉语中该怎样解释?欧洲的民法对中国社会合适吗?对中国来说,采用哪一种司法体系更好?没有经验,也不可能有成答案。所有问题都是第一次碰到。中国的法律人在现实催促下尝试着回答和行动。本书通过具体的事例或个案,展现近代中国的立法和司法状况。同时,通过法学语词、法学人物等不同角度,向人们介绍近代法学的发展历程。

### ●《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》陈自强 著

本书是以代理权范围之确定为主轴而展开的,并借由该问题之研究,回顾了民法与商法在私法发展上之分合关系,并展望未来者。本书以民事代理与商事代理有其本质上之差异为基础,分别探讨民事代理与商事代理适用之情形(第一章与第三章)。其间,为确定代理权限制之概念,及其与代理基础关系内部指示之关联,在第二章重新审视代理权授予行为无因性理论之发展及其射程距离。第四章关于表见公司经理人之研究,探讨了民法表见代理法则在表见公司经理人适用之情形。第五章“民商合一与民商分立”,则表明民事代理与商事代理之分合关系,正是民法与商法分合关系之缩影,并抒发了作者对我国台湾地区民商法学发展之期盼。

### ●《企业组织重组法制》王志诚 著

如何建立高效、公平的企业组织重组法制,以保证公司经营效率并对利害关系人提供保护,这是当前学界关注的一个重要课题。

本书从法解释学及比较法制的视角出发,分别探讨优质企业并购法制的构建、公司合并法制、公司分割法制、股份转换法制、营业让与法制、跨国性并购法制、金融机构并购法制及变更组织法制等方面的内容,以解决目前法律适用上的疑虑。在此基础上,作者提出了立法改革的具体建议。本书内容兼备理论分析与实务应用,具有相当的参考价值。

### ●《民事诉讼理论之新开展》黄国昌 著

台湾地区“民事诉讼法”经过近年来三次大幅度修正后,已呈现崭新的面貌。毋庸置疑,新民事诉讼法学的成型,是过去数十年台湾地区学者苦心研究积累的产物。本书收录了作者在此研究成果基础上,针对“证据收集权”、“举证责任”、“证明妨碍”、“程序保障”、“第三人撤销诉讼”、“争点效”、“民事第三审上诉之变革”以及“假处分的战争”等热门而重要的议题所陆续发表的12篇论文。书中除了采取传统的法教义学以及比较法的观点外,更透过法律经济分析的视野以及实证研究的考察,对台湾地区新“民事诉讼法”的变革,进行了深刻的分析与检讨,并提出了新的见解。

### ●《诉讼权保障与裁判外纷争处理》沈冠伶 著

随着社会变迁,交易方式越来越多样化,民事纷争呈现复杂多样的形态。民事纷争的处理制度也必须有多样化的设计,才能为当事人解决纷争提供有效的途径。现今发达国家除健全诉讼制度外,莫不同时致力于建构当事人自主性解决纷争的制度。

针对上述问题,本书对包括宪法诉讼权保障与台湾新“民事诉讼法”的实践、民事诉讼与行政诉讼的分工与合作、第三审许可上诉制度、合意选定法官制度等民事基础理论与重要制度性问题进行了深入探讨。此外,作者还对示范诉讼契约、仲裁鉴定及律师和解等重要制度作了详尽的分析,并提出了独到的见解。



●《公司证券重要争议问题研究》冯震宇 著

本书是我国台湾地区公司证券法学者冯震宇教授的著作。公司证券是现代商业交易的基础,有无良好的公司证券法律制度,不但影响到企业的发展,而且与投资人利益密切相关。冯教授的这本著作内容丰富、见解精辟,不但包括与公司治理有关的问题,还特别针对通讯投票、结算交割、服务作业、券商与网络交易等证券市场的重要问题进行探讨,对企业并购与技术入股所涉及的租税问题与公司法问题也有所讨论,凸显出作者在公司证券法律领域的研究深度与广度。

●《过渡时代的民法问题研究》葛云松 著

民法是生活的百科全书。而民法学之难,在于其试图发展出一套“篇幅”有限并且相对稳定的规则体系,来调整千头万绪而又常变、常新的社会生活。中国的民法研究应当以中国的问题为主要研究对象并寻找其解决之道,这需要 we 了解民法的目的、方法及其局限性。中国民法学上的创新是可能的,也是必要的,但是这个机会并没有很多人想象的那么多。

●《公共执法与私人执法的比较经济研究》李波 著

私人执法模式与我们所熟悉的政府(公共)执法模式在经济学上有什么区别?应该如何评价不同执法模式的成本和效果?在执法制度的设计上,立法者应该如何权衡公共执法与私人执法之间的利弊?在总结已有研究的基础上,本书试图从经济学的角度对上述问题做出进一步的探索,以期引起对此类问题更多的关注和研究。

●《入世背景下的中国与国际经济法》孔庆江 著

中国是一个正在崛起的大国,理所当然希望也必将在国际社会发挥越来越大的影响力。作为国际经济法的研究者,比起其他学术领域的耕耘者,可能肩负着更多的在国际法律学术领域发出中国声音的道义责任,本书作者在这方面已做了不少成功的尝试,书中所收文章均被 SSCI 收录,本书的出现应能起到一个提醒和提示的作用。

●《诉讼认识论纲——以司法裁判中的事实认定为中心》吴宏耀 著

本书针对传统证据法学的“客观真实理论”,以客观真实能否作为(刑事)裁判的证明标准为着眼点,指出了传统论证思路中的逻辑悖谬。在寻找新的切入点时,将传统证据法理论长期忽视的主体因素纳入视野,探索一种兼顾认识主体和客体两方面的论证方法。在案件事实双重视角和裁判者双重认识客体这两个理论前提之上,全文依次详细研究了有关事实认定活动的四个问题。最后结合英美经验主义哲学对“优势证据”和“排除合理怀疑”作了新的思考。

●《佟柔中国民法讲稿》佟柔 著 周大伟 编

取材于佟柔先生生前颇有影响的演讲记录、教材、论文著述,以及编者佟柔先生的学生、

旅美法律学者周大伟老师个人课堂笔记的这本民法学术问题集合,基本上展现了佟柔先生在民法总则教学和研究中的成果和心得。这些真知灼见,直到今天也不失理论上的前瞻性。

佟柔先生是一个堪称教育家的民法教授。他生前以精彩的课堂演讲享誉法学界,其言谈出自文章,却胜过文章。本书以“讲稿”命名,恰如其分。

#### ●《罪过形式论》姜伟著

罪过形式是一个陈旧的传统议题,也是一个常新的永恒命题。本书为作者二十年前的研究心得,曾以《犯罪故意与犯罪过失》为题出版。在撰写此书时,作者研究了当时国内可以收集到的有关罪过心理问题的全部资料,是我国法学界第一部研究罪过心理的专著,记录了刑法理论研究的历史痕迹。此次再版,作者针对刑法的修改做出相应的注释说明,期望本书能够称为繁荣刑法科学研究的铺路之石、引玉之砖。

#### ●《罗马法提要》周栢著

罗马法是世界公认的最主要法系之一,也代表着当时法学文化的主要传统。从《十二表法》到《国法大全》,上下千余年,它随着经济的发展而产生、发展,范围广泛,内容丰富。本书主要是对罗马法的一个概览性研究,对一些具体的罗马法制度作了简要的介绍,因而称本书为《提要》。

#### ●《干预处分与刑事证据》林钰雄著

本书的写作源于作者在德国留学时导师的一堂生动讲座,导师讲了一则案例令作者十分不解:德国嫌犯怎么会笨到就医后留下真实姓名?德国医生护士怎么胆敢拒绝警方的要求?及至1998年作者回国任教之际,诸如“因采职权主义故对证据种类、能力不设限制”及“欧陆法就强制处分不采法官保留”等诸多根深蒂固的误解,使作者为了正本清源而集十年之功完成本书。本书非常完美地阐明了主题——作者希望合理保护犯罪嫌疑人的人权,规范一系列证据使用原则,最终达到法律的公平。

#### ●《证据法的体系与精神——以英美法为特别参照》易延友著

本书志在将证据法学作为一个有着自己独立研究对象和独特学术品格的独立法学学科来建设,使证据法学能够走出自然科学和其他部门法学的阴影,从而获得更加广阔的发展空间。基于上述立场,本书以第一手资料为依据,首次对英美证据规则及其背后的哲学原理进行了深刻的剖析和探讨。着力确立我国独立证据法学的研究对象、研究方法,制作基本概念,提出基本命题,以求最终整合为完整的理论体系。

#### ●《物上请求权的功能与理论基础》王洪亮著

本书系统地论述了物上请求权制度,从权利推定入手,论证了原物返还请求权以及防御请求权的制度构成与功能,并最终论证了其理论归属。同时本书还论证了物上请求权的次请求权体系,也即占有恢复关系的功能与理论归属。

### ●《批判民法学的理论建构》薛军 著

本书从社会发展与民法理论范式的转型、法律行为基础理论的批判性反思、人格权基础理论的反思与建构、民法典编纂的基本问题几个方面,对中国民法学基础理论的诸多方面进行了批判性分析与反思,通过对市场观念和民法模式的关系、民法与宪法法的关系、公法和私法的关系、法律行为的“合法性”问题、人格权理论以及民法典编纂等重要问题进行了全面深入的解读分析,对当下中国民法学理论中存在的诸多问题进行了清理,对中国民法学的发展路向进行了探讨,尝试解开长期困扰中国民法理论的迷局,为中国民法的理论建构提供理论依据。本书是中国民法学基础理论研究领域的最新成果。

### ●《侵权违法性与损害赔偿》陈聪富 著

本书收录了作者近年来发表于学术刊物的文章,着重介绍侵权责任的违法性概念与损害赔偿的基本问题。在侵权行为的违法性方面,主要探讨违法性概念的内涵以及违法性与过失概念的区别。作者通过整理法国、德国、日本和英美等国关于违法性的含义,发现台湾地区法院实务中关于侵权责任的成立,逐渐由权利侵害发展为违法侵害。在损害赔偿方面,主要讨论损害赔偿法上的“损害”概念、慰抚金的调整补充机能、过失相抵的法理基础及赔偿代位等。

### ●《整合中之契约法》陈自强 著

本书前三章介绍了德国2002年债法现代化之来龙去脉、德国消费借贷之修正,以及欧盟及德国代理商法,彰显出台湾地区债编规定之陈旧过时,以及德国债法之发展已无法与欧洲契约法整合脱钩。后四章介绍了在区域性整合之努力下欧洲契约法之整合,以及对世界契约法发展必将产生重大影响之世界契约法统一文件,并重新检视了契约法之渊源。

### ●《制度设计型行政法学》刘宗德 著

行政法学系以民法学为典范,并试图脱离其法理束缚而自立;如一方面模仿民法理论中之“法律行为论”而自成“行政行为论”,他方面为求摆脱民法之对等性而另赋与国家活动之公权力性。其结果,虽成功地将国家权力导入法律形式予以规范,但亦不必须对公权力活动予以特别处理。甚且,伴随给付行政领域之扩展,采取私法形式或非型化之行政活动不断增加,单以公权力性之要素,欲掌握行政活动之全貌,诚非易事。

本书是基于对传统行政法学之批判意识,针对行政法学之制度设计,试图建立行政法学之制度设计考察方法,建立自身之行政法学方法论。

### ●《债权法之现代化》陈自强 著

社会生活形形色色、千奇百怪,立法者本来就无法一网打尽,而仅能弱水三千取一瓢饮,择要有名契约化,其余均仍须善用契约自由原则与契约一般法律原则。然而,在契约一般法律原则方面,依附在债之一般理论下之契约法理论及抽象空洞化之思考模式,非唯使法律

学习与其主要规范对象之生活事实脱离,也无法培养解决问题之能力,更无法彰显契约法律原则在经济生活法律规范上之独特地位。更有其甚者,契约一般法律原则究竟仍须适用在个别契约上,一旦制定法所揭橥之契约一般法律原则运用到实际交易、与交易习惯南辕北辙,或与当事人契约之约定内容有差距时,在国际商事交易、与国际间多数人共信共守之契约法原则不同时,制定法削足适履式的法律适用,是否可能反而抵触以当事人约定为基础之契约自由原则,不无斟酌余地。

●《新民事诉讼法》许士宦 著

本书叙述 20 世纪 30 年代继受自德、日等国之“民事诉讼法”施行台湾地区以后,历经 20 世纪 80 年代以来 20 年之论争、批判,终于 2000 年左右被大幅度修正,借以落实宪政理念而保护当事人及利害关系人之实体利益及程序利益。如巩固当事人之程序主体地位、扩张反诉制度、平等保障被告攻防之机会等。而在审理模式上,改采集中审理主义,充实审理及促进诉讼;要求当事人践行提出证据以证明对其有利事实之举证责任,课以当事人诉讼促进义务。至于对受本诉讼之判决效力影响之利害关系人,则增设法院职权通知及第三人撤销诉讼等程序制度。



# 目 录

- 第一章 战后台湾地区民事诉讼法学发展史 1**
- 第一节 绪言 1
- 第二节 德国与日本民事诉讼法学之继受及批判 2
- 第三节 新民事诉讼法学之形塑及开展 14
- 第四节 结语 30
- 第二章 民事诉讼之程序权保障**
- 以通常诉讼程序当事人之程序权为中心 31
- 第一节 绪言 31
- 第二节 辩论权与声明不服权之实质保障 34
- 第三节 程序处分权与程序选择权之合理扩张 49
- 第四节 结语 63
- 第三章 “民事诉讼法”修正后之诉讼标的理论 66**
- 第一节 绪言 66
- 第二节 诉讼标的之选定与诉之客观合并 71
- 第三节 诉讼过程审判对象之调整与更行起诉 91
- 第四节 既判力之客观范围与再诉 109
- 第五节 结语 123
- 第四章 反诉之扩张 126**
- 第一节 绪言 126
- 第二节 反诉范围之扩充 128
- 第三节 强制反诉与法院之阐明 145

## 2 新民事诉讼法

### 第四节 结语 160

## 第五章 诉讼系属中系争物移转之当事人恒定与判决效扩张 162

### 第一节 绪言 162

### 第二节 诉讼系属中系争物移转之当事人恒定 164

### 第三节 本诉讼之判决效力及于系争物受移转人 177

### 第四节 结语 194

## 第六章 集中审理制度之新审理原则 197

### 第一节 绪言 197

### 第二节 集中审理制度之新审理原则 199

### 第三节 新审理原则之实践上问题 223

### 第四节 结语 257

## 第七章 行为责任之举证责任 258

### 第一节 绪言 258

### 第二节 行为责任之举证责任 260

### 第三节 举证责任之作用、机能 268

### 第四节 结语 279

## 第八章 证明妨碍 281

### 第一节 绪言 281

### 第二节 证明妨碍之行为态样 283

### 第三节 证明妨碍之制裁 290

### 第四节 结语 296

## 第九章 逾时提出攻击防御方法之失权 298

### 第一节 绪言 298

### 第二节 逾时提出驳回之态样 304

### 第三节 逾时提出之驳回与程序基本权之保障 321

### 第四节 结语 329

舟

PDG

第十章 法定诉讼担当之判决效力主观范围	
——以第三人之程序权保障为中心	332
第一节 绪言	332
第二节 扩张于权义之归属主体及其程序权保障	336
第三节 扩张于与担当者同等立场者及其程序权保障	354
第四节 结语	367
索引	369



# 第一章 战后台湾地区民事诉讼法发展史

## 第一节 绪 言

战后影响台湾地区民事诉讼法学之发展者,首先是1930年制定于大陆之“民事诉讼法”开始施行于台湾地区。由于民事诉讼法学系研究民事诉讼之学问体系,特别是探究作为其规范依据之民事诉讼法规定的历史上制约、析出该法规范之现在的问题点及指引其将来的动向者,所以战后之民事诉讼法学以上述法典之阐述、批评作为中心。从台湾地区民事诉讼法学之发展来看,可概括分为三个阶段、两大时期。

第一个阶段是自1945年至1980年之间,即民事诉讼法研究会成立以前之阶段。此阶段有关民事诉讼法之著述,内容多偏重实务记述性资料之整理或倾向于观念论。亦有致力于介绍、移植德国和日本之学说理论者。不过,相较于次阶段,与其他法律学门共通,其研究形态仍迁就于“单打独斗”式,欠缺经常性、定期性研讨会之成立。

第二阶段是自1980年至2000年之间,即民事诉讼法研究会成立以后到“民事诉讼法”大幅度修正为止。此阶段因定期性研讨会之召开,提供学说论述相互间沟通、论驳之场所,乃能就前阶段所继受之德国和日本民事诉讼法加以吸收、消化、批评,甚至有指标性学说理论之独创,而有所不同于德、日等国之状况,可说是酝酿台湾地区本土化民事诉讼法学之阶段。

第三阶段则是自21世纪开始,即新修正“民事诉讼法”施行以后迄今为止。由于“民事诉讼法”之新修正吸纳前阶段民事诉讼法学之研究成果,摆脱20世纪前叶所采抄袭性继受之模式,而改向于更加本土化,以因应台湾社会之时代需求,所以就其阐述、评价已非单纯引用其他法制、学说所能济事,而须从其立法之理论思想背景出发,从而塑造具有台湾本土特色之民事诉讼法学。

上述三个阶段可划分成两大时期,两者以新修正“民事诉讼法”之施行为界,在此之前可说是德、日民事诉讼法学之继受及批判时期,在此之后则可



目为台湾地区民事诉讼法学之形塑及开展时期。前者系理解、检讨继受自德、日等国之修正前“民事诉讼法”所必要,后者乃阐述、评价具本土化特色之新修正“民事诉讼法”所需求。以下分别论证之。

## 第二节 德国与日本民事诉讼法学之继受及批判

### 一、民事诉讼法研究会成立前之法学继受

于1930(及1931年)年制定(1932年)施行之“民事诉讼法”,类如日本,均深受1877年《德国民事诉讼法》所影响,是在国家指导下为抄袭性继受。然而,上述《德国民事诉讼法》系将向来存在于各邦国者予以统一,并仅将须先行统一之法律规定纳入统一法典中而成,以致较不重视所定内容之完整性,而多有任其后仍适用诸邦国原有之实务惯行或特别法为处理之事项。立法当初因未同时继受其实务惯行及相关周边法制,所以可说是继受内容不尽完整而含有先天性缺陷之法典,尚有待于依循相当之程序法理予以弥补。<sup>[1]</sup> 不过,其后在德国,相当发达而经体系化、理论化之民事诉讼法学多发挥弥补上述法典上空白之作用,而日本之民事诉讼法学亦然。“民事诉讼法”立法即系抄袭性继受,该项法律移植大业自始即残留继受西方法制(有关民事诉讼法施行之种种周边制度)不尽彻底、完足之问题事项,有待于继续从修法上及学问之继受、研究上加以顾虑、弥补。<sup>[2]</sup> 因此,不论此项缺陷之解释论上弥补必要性及可能性是否充分为学界所充分认识,在战后至民事诉讼法研究会成立之前,台湾地区之民事诉讼法学在解释论或立法论上多继受德、日两国之民事诉讼法学,既不足以为异,毋宁应

---

[1] 参见邱联恭在民事诉讼法研究会第57次研讨会后之补注,载民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨(六)》(1997年),第313—314页;同“民事程序法学之回顾与展望”财团法人台大法学基金会(年刊)(1995年),第27页。

[2] 关于“民事诉讼法”在20世纪西方法制继受上之异质性,参见邱联恭:《第一审程序修正草案之析述》,载“最高法院”学术研究会编:《民事诉讼法修正草案之析述与研讨》(1993年),第180—181页。

属当然。

关于诉讼主体之当事人的诉讼上地位,首先系引进真实义务。蔡章麟教授参酌德国等立法例及学说,主张民事诉讼之目的,为保护当事人之真正权利及维持法律秩序,自不宜因保护个人利益,而致妨害秩序及全体利益,且民法以诚实信用为原则,民事诉讼法为确保实体法之效用,以实现公正、迅速、经济、简化为目的,其与实体法有密切关系,自不宜孤立。当事人之虚伪的陈述,不独增加法院负担,且足以诱致诉讼程序复杂、延滞,增加无益诉讼,显与上述之民事诉讼本质有违。故承认真实义务,使当事人各就自己明了之事实为完全陈述,不许任何当事人因要求政府保护,而以诈伪手腕愚弄代表政府之法院,并借以维持当事人间之公平,其与当事人处分权主义、辩论主义不能谓为有何矛盾,则将真实义务明定于民事诉讼法似未为不可。至陈述真实之范围,普通均限于事实(法律上陈述除外),法律虽希望当事人及其代理人、辅佐人就其不利己之事实,亦为完全陈述,但对于其不实之陈述,多数立法例仍仅不予斟酌,或予不利评价,或令负担延滞之诉讼费用,而未严科责任,特设制裁,似亦体谅人情之意。<sup>[3]</sup>

关于诉讼客体之审判对象,系引进德、日之新诉讼标的理论。陈荣宗教

[3] 参见蔡章麟:《民事诉讼上诚实信用原则》,载《社会科学论丛》(1953年),第35页。氏著教科书《民事诉讼法》(第一册)(1966年),并引德国同类著作,而将真实义务列为总论之一章。嗣后1968年修正之“民事诉讼法”,正式将真实义务予以明定(同法第195条第1项),且未定当事人违反该义务之制裁,而置之于不完全规定。其立法理由表明:民事诉讼之目的有二:①为保护当事人之真正权利;②为维持法律秩序,若许当事人在诉讼时任意虚伪或不完全之陈述,则是与上述民事诉讼之基本目的相抵触,显非合理。以往德学说,因受个人主义与自由主义之影响,拘泥于民事诉讼应严格遵守当事人进行主义之理论,多否认有真实及完全陈述之义务,因而一经涉讼,当事人故为虚伪陈述,妄作无理争执,即可无所不用其极,于是民事诉讼之真实目的,即无由达到,而人力费用之浪费,与夫诉讼进行之延滞,其损失尤属不可胜计。最近半个世纪以来,学者鉴于上述过分崇尚自由主义之弊,翻然省悟,于是主张当事人应有真实及完全陈述之义务者,人数渐多,其理论亦日趋有力,影响所及,他立法例,如1933年德国修正民事诉讼法第138条第1项、1930年《南斯拉夫民事诉讼法》第242条等,亦皆以明文规定当事人负真实及完全陈述之义务,故本修正案于本条增订第1项,即系采此进步之立法例。参见“司法院”编:《民事诉讼法历次修正条文暨理由汇编》(1986年),第718—719页。

授、王甲乙法官及骆永家教授分别介绍德、日之各种新诉讼标的理论。<sup>〔4〕</sup>骆永家教授并明言采新诉讼标的理论中一项说。亦即认为,在请求权竞合情形,如采旧诉讼标的理论,又不为阐明,则往往将使在法律上有理由之当事人(原告),只因不懂法律,缺乏诉讼经验,未能说出法官所认为恰当之实体法上请求权名称而遭败诉,难符便民之要求,诉讼权之保障将空洞化;当事人即使得再提起诉讼,亦将浪费其时间、精力、金钱,并将徒增法院受理诉讼之件数,导致诉讼迟延,难符诉讼经济之理想。反之,如采一项说,只要竞合请求权之原因事实呈现于言词辩论,当事人无须说出实体法上请求权之名称,且纵使说错(实即引用法律错误),法院亦可根据当事人所主张之事实引用适当之法律观点判决当事人(原告)胜诉,承认当事人有该权利。此亦即“汝给我事实,我给汝权利”之精神所在。因系根据当事人所主张之事实下判决,故符合辩论主义之要求,又系就同一诉讼标的(“受领一回给付之地位”、“受给权”)为判决,并非诉外裁判,故亦符合处分权主义之要求。在一次诉讼中,即可使有理由而虽不谙法律或诉讼者亦可获胜诉,理屈者受到应得之民事制裁(败诉);通俗而便民,其判决方符合社会之正义,人民诉讼之权方可获得切实之保障;而一个纷争得一次解决,符合诉讼经济,且不应有两个结果相异之矛盾判决出现,对于司法威信之建立亦有益益。<sup>〔5〕</sup>

关于诉讼审理之事证搜集原则,系引进日本之辩论主义。骆永家教授认为,辩论主义系指事实关系之解明属于当事人之权能及责任,包括三命题:① 未经任何一方当事人主张之主要事实(法律要件事实),法院不得采为判决之基础;② 当事人间无争执之事实(自认、拟制自认)无须举证,法院应采为判决之基础;③ 认定系争事实所需之证据数据,原则上应由当事人

〔4〕 参见陈荣宗:《诉讼标的理论》,载《民事程序法与诉讼标的理论》(1977年),第326页;王甲乙:《民事暨行政诉讼研究》(1996年),第249—322页;骆永家:《既判力之研究》(1975年),第34—41页、第107—114页、第122—125页、第146页。关于台湾持新旧诉讼标的理论者间之争论,参见座谈会《新旧诉讼标的理论之检讨》,载《台大法学论丛》1976年第5卷第2期,第1页。

〔5〕 参见骆永家:《票据债权与原因债权竞合时之诉讼标的与举证责任》,载《民事法研究》1980年版,第46—48页。

声明之证据方法得之。上述意义之辩论主义应与处分权主义相区别。“民事诉讼法”虽无从正面采用辩论主义之明文,但其第169条、第279条、第280条及第286条等规定,均系以采用辩论主义为前提。采用辩论主义根据,并非基于民事诉讼之本质,而系基于经验上合目的性之观点。因为各当事人对于事实之确定具有利害关系,由人类之经验得知各当事人为自己之利益将致力于提出有利于己之事实,而由两当事人之陈述可得一幅纷争状态之鸟瞰图。此等由当事人之利己心及利害之对立所提出之诉讼资料,当较法院之任何调查,有利于得更丰富之诉讼资料及使之明确化之效果。反之,如令法院负责搜集诉讼资料,则以有限之法院力量,面对浩繁之诉讼事件,将难以达成究明事实真相之目的。又个人之私法上关系,缺乏公益性,不容法院之介入而为调查。再者,如不令当事人负责提出判决基础事实及证据资料,则当事人将过分依赖法院,而使法院之负担增加。<sup>[6]</sup>

关于证据法之领域,系引进德、日之客观举证责任概念。骆永家教授及陈荣宗教授继受德、日通说,主张举证责任是当事人负有提出证据以证明其所主张利己事实为真实之责任,乃主观的举证责任概念,在此概念下负举证责任当事人所为举证活动不是举证责任之本质。举证责任之本质存在于客观举证责任概念,亦即指法院就法律规定之要件事实于言词辩论终结时仍属真伪不明情形,当事人因该规定不被适用所受之不利益(败诉)。易言之,举证责任是事实真伪不明之结果责任,而非证明事实为真实之行为责任。因为判决系斟酌全辩论意旨为之,而不问陈述之当事人是否负有举证责任,且负有举证责任当事人纵令尽力举证,如其举证未能成功,亦将受败诉判决。所以主观举证责任不过是客观举证责任通过辩论主义之投影而已,本身缺乏独立性。至于举证责任如何分配,“民事诉讼法”第277条之规定(该规定为:“当事人主张有利于己之事实者,就其事实有举证之责任。”)未能解决该问题,因有利于当事人一方之事实,其相反事实即为有利于对方之事实,故何方当事人应负举证责任,仍须依规范说或法律要件分类

[6] 参见骆永家:《辩论主义与处分权主义》,载《既判力之研究》(1975年),第207—209页。

说等学说所述分配原则而定。<sup>[7]</sup>

关于判决效力之客观范围,系引进德、日之判决理由中之效力,特别是争点效理论。骆永家教授批评实务及学说否定判决理由中之判断有既判力或类似的拘束力(争点效)仅着眼于当事人之主体性、个别诉讼之任务及法院审理上之选择权,然如过分着重当事人之主体性及个别诉讼之任务,而不承认上述效力,则判决所能解决当事人间之纷争的机能势必减少,纷争将再燃,同时此一连串的诉讼,彼此间有互相抵触矛盾之可能。反之,如承认上述效力,则可扩大诉讼制度解决纷争之功能,避免作出互相矛盾之判决。虽然中间确认之诉制度之旨意,即在避免作出彼此矛盾之判决,但不能以当事人未利用中间确认之诉即容许上述不正当现象发生。中间确认之诉乃事前的预防将来发生判决之矛盾,而判决理由中之判断有既判力或类似的效力,乃事后的阻止判决之矛盾,且提起中间确认之诉者,一律有既判力,未提起中间确认之诉时,仅在一定之情形或条件下,始承认有既判力或类似效力之必要。因此,中间确认之诉的制度,固不能抹杀判决理由中之判断有既判力或类似效力之必要,而承认后者效力,亦不能使前者制度成为毫无意义。为维持法院审理之方便,避免妨碍诉讼之迅速审理,且使发生判决效力之要件明确,乃赞成日本新堂幸司教授之争点效理论。亦即诉讼标的以外之重要争点,经当事人认真的争执,且法院为实质的审理时,始承认法院对该争点在判决理由中所为判断发生争点效,据以排斥当事人在诉讼标的不同之后诉为与该判断相异之主张,以利一个纷争一次解决。此项拘束力可谓系诚信原则成为判决效果所发生之作用。因在该诉讼上成为重要之争点,经当事人双方激烈之争论,法院所作之判断,如容许当事人或后诉法律轻易推翻,实有悖于当事人之公平。<sup>[8]</sup>

## 二、民事诉讼法研讨会中之论争、批判

1980年初,在台湾各大学讲授民事诉讼法之教师,鉴于民事程序法之

[7] 参见骆永家:《民事举证责任论》(第二版)(1976年),第44—52页、第81页;陈荣宗:《举证责任之分配》,载《举证责任分配与民事程序法》(1979年),第1页。

[8] 参见骆永家:《判决理由与既判力》,载《既判力之研究》(1975年),第51—88页。

理论及实务水平亟待提升,追求学问之道,贵在时相切磋琢磨,定期性、经常性共同研讨会有待倡行,乃成立民事诉讼法研究会,每隔3个月举办研讨会一次,各自选定题目轮流提出研究报告,进行共同研讨,并于录音记录,然后将其内容整理成文,经依次发表,再汇编成册。<sup>[9]</sup>此事可谓为台湾地区法学研究方法上划时代的突破。盖较诸以前鲜有就相关论点交集讨论之情形,研讨会提供了面对面定期沟通之场所,使研究者得就同一论题作多角度之分析。此举非但有助于理论与实务之兼顾,同时亦更有深入比较研究台湾地区“民法”与母法或外国法之机会,并得据此整理问题。<sup>[10]</sup>

上述研究会之举办,具有下列意义,可予积极评价。

1. 相较于向来之非定期性研究会,上述共同研讨会系由该研究领域之理论家及实务家所组成,借由相互切磋之过程,研究民事诉讼法学,对提升理论及实务水平,显有贡献

因民事诉讼法学可谓为最切需兼顾理论与实务,以使其间相衔接、贯通者。为此,如何防免发生理论家与实务家之疏远现象、如何促进其协力关系?原属民事诉讼法之研究方法上基本课题。在此目标下,民事诉讼法学应是同时为批判、前导实务运作或立法取向之学,而非仅为记述易趋于停滞化、固定化的审判实务。且所谓审判实务系意含诉讼法之适用及其制度之运作所应然者在内,并非仅指其制度运作上向来所已然者而已。由学者及实务家协力组成之上述研究会,于其研讨会之共同研讨中,系以民事诉讼法学所应达成之指标为指向,致力于衔接有关民事诉讼法之理论与实务,而促进学者与实务家之协力关系。<sup>[11]</sup>

2. 对于“行政院国家科学委员会”向来就法律学门论著所采奖助、补助办法,研讨会可发挥相当之弥补作用

盖向来送请奖助、补助之论文、研究,多未经事先在专家聚会中验证、讨

[9] 参见民事诉讼法研究基金会:《〈民事诉讼法之研讨〉编辑缘起》,载同会编:《民事诉讼法之研讨(十七)》(2010年)。

[10] 关于民事诉讼法研究会之研究成果,参见邱联恭:《民事诉讼法学之回顾与展望》,载《程序选择权论》(2000年),第263页。

[11] 邱联恭,前揭文(注[10]),第265—266页。

论,故其是否合乎客观标准,比起经由共同研究会验证过者,自有相当程度之不同。与此相关,研讨会亦有助于民事诉讼法教席适格性之判断。因向来对各大学教师之聘任,往往偏重其有无获得相当之学位。惟取得该学位者,虽在一定程度内亦可证明其有独当一面之研究能力,但未必能保证其今后仍致力研究。而经常性研讨会之举行,实有助于确保学术常维持在一定水平上,并可依其与会时之具体表现,甚或无由不参与或经常缺席之状况,判断聘任教师或研究者之适任性。<sup>[12]</sup>

3. 民事诉讼法之研究,应尽可能与母国之理论状况及运作实态加以比较、印证或增损

之所以如此,系为致力于弥补台湾法继受沿革上之缺陷,借此了解母国之立法旨趣及制度功能所在,以便作为运用台湾地区法之重要参考。又,纵使是德、日以外国家之法制,亦有从比较法上予以研究之必要。因经由相关诸法之比较可获得现代文明社会共通的法,对于台湾地区学说及实务运作,具有提示今后应有取向之作用。台湾实务家向来所研读、参考有关民事诉讼法之案上资料,除裁判之先例或解释汇编以外,每限于以记述实务性知识为主要内容,或以迎合考试需求为目的所撰写之寥寥数册教科书。其中鲜有深入阐述相关基础理论,而循以前导改革动辄流于停滞不前之实务者。处此现实状态下,上述研讨会实行共同研究之方法,改变了向来偏重实务记述性与介绍性著述之状态,并因有此复线沟通之管道,民事诉讼法学已非如往昔般带有浓厚观念论之色彩。其结果,逐渐转变为就特定条文之解释运用,已较以前更能从其立法旨趣、目的及前导法理予以机能性观察,并拓深相关法理之根基。并且,在继受母法国或其他法制及学理时,为期能与台湾地区法制及社会实情相配合,而发挥应有之问题解决效用,使利于析述该等法制及相关理论,究竟已经或应该如何衔接于台湾地区法制水土上、有何相互关联或不同处,而应不只满足于仅就其他法制为单纯之介绍。因此,上述共同研讨会不啻为绝佳之问题整理及对策研议场所,其研讨成果既可成为实务家之自我查看器,亦有助于理论家站稳其得能更精准批判实务之立

[12] 邱联恭,前揭文(注[1]),第28页。

足点。<sup>[13]</sup>

关于上述研讨会之研究成果,首先涉及研究方法之问题。当研究各国法制之际,应有之问题意识是:指明其与台湾地区法制何所异、何所关联及如何衔接,否则径将外国或地区法制及其下被造形而成之学说原样比附套用于台湾地区法,不能完全免于被议评为所谓“国籍不明之论文”。<sup>[14]</sup>以下试举二例说明之。<sup>[15]</sup>

### 1. 举证责任之性质及其分配

邱联恭教授认为,“民事诉讼法”第 277 条系就举证责任设有明文规定,而有所不同于德、日等国未于民事诉讼法上设该规定之情形。在此状态下,论者未经析论其间之相异处,即径将德、日在民事诉讼法未明定举证责任规范之情况下,以实体法规之解释为基础所形成之学说,原样移用于台湾地区之态度,有待商榷。在上述法制现状下,有关举证责任之论述,应先行或同时就“民事诉讼法”第 277 条之规定为定性,然后准以开展该规定之解释论及举证责任分配论。为此,从立法体例及立法沿革之特异性观察结果,应认知上述规定当事人就其所主张利己事实负举证责任之原则,其已宣明主张利己事实者(一方当事人)应提出证据为举证活动,借此是认举证责任系当事人就一定事实之证明所应负之行为责任,乃兼具诉讼法属性者,并非针对“真伪(存否)不明”之情形示明处理原则,自无须如德、日多数论者般专门寻求举证责任规范于自成独立体系之实体法规定中。鉴于上述规定属诉讼法上规范,今后应以兼顾诉讼法上诸基

[13] 参见邱联恭,前揭文(注[10]),第 266—267 页;另见前揭文(注[1]),第 28 页。

[14] 参见邱联恭在民事诉讼法研究会第 55 次研讨会后之补注,载民事诉讼法研究会编:《民事诉讼法之研讨(六)》(1997 年),第 163 页。另参见其在民事诉讼法研究会第 25 次研讨会中之发言,载民事诉讼法研究会编:《民事诉讼法之研讨(三)》(1990 年),第 27—28 页。

[15] 关于当事人之变更是否属诉之变更之一种,“民法法”规定有何异于德、日等国民诉讼法上规定,其立法背景为何,以及民事诉讼法学尚须克服如何弥补该法律继受上缺陷之课题,而不宜原样引用德、日有关当事人变更之学说,参见邱联恭在民事诉讼法研究会第 66 次研讨会后之补注,载民事诉讼法研究会编:《民事诉讼法之研讨(八)》(1999 年),第 231—236 页。



本要求为指标,以达成民事诉讼之目的为前导,视各该待证事实之性质、事件类型之特性,具体较量所涉实体利益及程序利益之大小轻重,并顾虑相关诉讼法上要求(如:发现真实以保护实体利益之要求、促进诉讼以保护程序利益之要求、实质上平等或公平之要求、诚信原则),据以分配举证责任于原告或被告,借此展开同条之解释论。在此解释论之践行过程,向来规范说、法律要件分类说从实体法上观点所示举证责任分配标准,系有关保护实体利益之要求者,亦恒可成为判定上述规定所定举证责任应如何分配之一项重要考虑因素,但非唯一之准据。准此,主张利己事实者(如:主张某法律效果发生之事实者或主张某法律效果消灭之事实者)应提出证据为举证活动,以使法院确信该事实为存在(真实),如其未能使达成此确信,法院即无从适用规定其事实所该当发生之法律效果的法规定,以致不得为对该事实主张者有利之裁判。至于受诉法院是否认为该事实系“真伪不明”,在现行法下,应非所问,自不必为处理此种情形另构思理论或再事寻求其他法规范。<sup>[16]</sup>

## 2. 事证搜集之原则及其采用根据

邱联恭教授认为,“民事诉讼法”未全采德、日所谓辩论主义之三个命题:就第一命题而言,“民法”第 277 条规定:“当事人主张有利于己之事实者,就其事实有举证责任”,系要求当事人就其利己事实应负予以主张(提出)之行为责任。与此呼应,又规定法院为裁判时亦得斟酌其职务上所已知之事实(不问其为主要事实或间接事实)或于法院已显著之事实,而非必待当事人予以提出始可作为裁判基础(“民法”第 278 条第 2 项前段)。从此等德、日二国民事诉讼法上无明文承认之规定可以推知,在台湾地区之通常诉讼程序,除上述事实外,作为裁判基础之事实(不论其为主要事实或间接事实),原则上应由当事人主张之,否则法院不得予以斟酌,是即采辩论主义之第一命题。此从“民法”于人事诉讼程序另设有容许法院斟酌当事人所未提出之事实等特别规定(第 575 条第 1 项、第 595 条第 1 项)一

[16] 参见邱联恭,前揭会后补注〔注〔14〕〕,第 163—175 页;邱联恭:《口述民事诉讼法讲义(三)》(2010 年),第 215—224 页。

节,亦可反面察知。可是,在通常诉讼程序,“民诉法”之所以规定法院职务上所已知之事实(如:受诉法院于各事件之本案审理或证据资料中所已知之事实),纵非当事人所主张者,亦得例外作为裁判基础,且无须举证,乃系为达成发现真实及促进诉讼之目的;同时要求法院赋予辩论机会(第278条第2项但书),则系为防免突袭性裁判。在此项原则与例外之搭配设计上,应可认知现行法,系仅采认辩论主义第一命题之部分内容而已,不尽同于未就通常诉讼程序并设同样规定之德、日等国,自不宜径将其学界有关该项命题之论说原样移用于台湾地区。再者,“民诉法”容许法院于不能依当事人声明之证据形成心证,或认为必要时,得依职权调查证据(第288条)。此项规定,系一方面要求法院原则上应先就当事人所声明之证据为调查,另一方面不禁止其在一定范围内依职权调查证据。基此,仅能谓系就辩论主义第三命题为部分采认而已,是与战后已删除其前所设同规定之日本,互异其状态。在上述法律状态下,就当事人间存在攻击防御能力(含事证搜集能力)上差距而乏当事人对等性之事件,或特需保护公益、集团利益之事件,应认为有关调查证据之职权活动,系被期待发挥贯彻武器平等及赋予程序权保障等机能。抑且,“民诉法”同时课当事人负真实及完全之陈述义务(第195条),要求其就双方之事实主张、证据为陈述,借以发现真实,促进诉讼。并且受诉法院应运用诉讼指挥权及阐明权(第199条),促使当事人所为事实上主张或否认更加具体化,并使其依辩论主义所负主张责任、举证责任等行为责任更加明确化。因此,可称上述法律状态下所采事证搜集原则为协同(力)主义。至于该原则之所以被采用,应系为了追求确定值得当事人信赖的真实。亦即为了防免双方相互间及来自法院之突袭,并为防止发生发现真实的突袭及促进诉讼的突袭,以平衡保护实体利益及程序利益。在诉讼上,当事人系处于程序主体地位,享有相当之程序主体权及程序处分权,可据此比较衡量实体上利益与程序上利益之大小,并进而决定是否或如何提出特定事实、证据,协同法院寻求“法”之所在,以平衡追求该

二利益。<sup>[17]</sup>

自研究会成立以后,民事诉讼法学不仅在研究方法之变革方面,有上述重大进展,而且在基本理论之构筑方面,亦呈现独创性、突破性开展,而有自母法国断奶化之新容貌。以下试举二例说明之。<sup>[18]</sup>

## 1. 建构程序(权)保障论

邱联恭教授所倡导之新程序保障论系发端于1980年所始倡之突袭防止论,并自同年代以后,经陆续拓深、扩展成为全面性指引处理民事诉讼法上诸个别问题之上位指标。其论旨为:基于人民主权原理、“法治国家原理”及尊重人的尊严的原则,并依宪法上保障诉讼权、平等权、生存权、财产权、自由权等基本权之旨趣,任何人均应受尊重其人格;对于关涉其权益、地位之事项,均应受保障有容易接近法院、平等使用司法救济程序之机会或权利;又,对于关涉其权益、地位之审判,均应受尊重为程序之主体,享有程序主体权,并应被赋予参与该审判程序为充分攻击防御、陈述事实上、法律上意见或辩论等机会,借以影响裁判内容之形成,而避免受对方所突袭及防止发生来自法院之突袭性裁判,俾不致在该程序上被处遇为受支配之客体。此项基于宪法上保障旨趣所承认之程序主体性原则,对于立法者、法院及程序关系人(含当事人),在程序上前阶段应成为行为规范,在程序之后阶段则应准为评价规范,分别发生作用。<sup>[19]</sup>关于该理论之应用事例,就承认判决理由中判断对当事人有拘束力或争点效之前提要件而言,系以该判决不致对当事人(因争点效之承认而蒙受不利益者)发生突袭一事作为可能承认该项效力之前提,且此处所谓之突袭系含来自受法院之突袭性裁判在内,而非仅指双方相互间之突袭而已,是为日本之程序保障论者及争点效肯定

[17] 参见邱联恭在民事诉讼法研究会第39次研讨会后之补注,载民事诉讼法研究会编:《民事诉讼法之研讨(四)》(1993年),第221—224页;邱联恭:《司法之现代化与程序法》(1992年),第221—226页;邱联恭:《处分权主义、辩论主义之新容貌及机能演变》,载《程序选择权论》(2000年),第100—106页。

[18] 参见邱联恭,前揭文(注[10]),第267—282页。

[19] 关于台湾地区之新程序保障论异于德、日同类学说之处,参见邱联恭:《程序保障论之新开展》,载《程序选择权论》,第5—14页。

论者所未充分探讨之观点。此项新程序保障论之观点,可资唤起一般论者进一步留意究明,如何责由法官践行心证公开程序以防止当事人遭受法院突袭。从此角度言,该项观点之提出,对于促使承认上述效力之要件更加具体明确化,应有相当之意义。<sup>[20]</sup>要之,上述新程序保障论颇能凸显、确立当事人所应有之程序主体地位,准此正视法院与当事人(利害关系人)间向来已然之关系,重建其间所应然者,并不断延伸其适用范围,大为改变学界之研究取向,重新启发实务界之问题关心,终于推演成为民事诉讼法学之核心论题。由此观之,程序保障论之倡言及拓深,实具有推动学说变迁史前进之重大意义。

## 2. 新倡诉讼标的相对论

邱联恭教授在研究会成立后,于多次研讨中批判诉讼标的理论之新、旧说支持者,除未曾认知防止发生突袭性裁判之观点,以致并未探讨应如何防止来自法院的突袭(如:法律适用的突袭)以外,亦未意识到应同时探讨诉讼法采用处分权主义,而要求原告应于起诉时提示特定诉讼标的之法律根据为何?向来德、日之新、旧说能否贯彻或有无背离诉讼法采用处分权主义之目的、旨趣?为此主张:民事诉讼法之所以采用处分权主义,系为了使当事人有机会平衡追求实体利益及程序利益,以同时兼顾其受宪法保障之系争实体权及系争外财产权、自由权等。因此,原则上应承认当事人(原告)有实体处分权及程序处分权,以便据以选用有助于追求程序利益之程序方式。基此,为追求实体利益,原告固然需要提示诉之声明及诉讼标的;可是,为避免不必要之劳费,以追求程序利益,原告需求不将可能招致程序上不利之事项(如较难证明之权利)列为诉之声明或诉讼标的。因此,不应忽视诉之声明及诉讼标的之划定,不仅具有追求实体利益之机能,亦可发挥追求程序利益及平衡追求该二利益之机能。就诉讼标的之判定基础而言,应以原告之诉就同一社会纷争事实(如某一侵权行为事实)所表明、特定之处分对象、范围为准,按各事件分别决定其诉讼标的为何。亦即,原告起诉处分之意思既得以个别实体权利为基准,亦得以其所求给付之地位(受给权)为

[20] 参见邱联恭,前揭文(注[19]),第119页。

基准,决定其诉讼标的为何;究依前者或后者之基准,应依原告起诉处分之意思而定,乃属相对性问题。如此既能有助于发挥诉讼标的之特定所具防止发生突袭之机能,亦可使原告待有机会基于程序处分权,衡量各事件所涉实体利益与程序利益之大小,而经由诉讼标的之划定,平衡追求该二利益。此项机会之赋予,乃保障程序处分权并贯彻防止突袭之原理所必要,不仅对于一般事件类型,尤其对于动辄遭举证上困难或花费之损害赔偿事件,应属切需。<sup>[21]</sup> 此项理论,批判德、日及台湾地区学界近70年来争议不休之新、旧诉讼标的理论,成为解释民事诉讼法多项相关(含重复起诉之禁止、诉之合并、诉之追加、变更、既判力之客观范围、判决理由中判断之拘束力等)规定之前导法理,改变向来所持有如何特定诉讼标的之见解。此事对于人民诉讼权益之保障,影响深远。

### 第三节 新民事诉讼法学之形塑及开展

#### 一、新修正“民事诉讼法”之施行

“民事诉讼法”于1999年、2000年及2003年历经3次大幅度修正,完成其自1930年制定70年来首次全面性、根本性修正工作(以下称修正后之条文为“新法”,修正前之条文为“旧法”)。新法之修订幅度及进度,首先系调解程序、简易程序之全盘性修正及小额诉讼程序之创设;其次是证据法之改革及集中审理促进方案、第三审律师强制代理制度之采用;最后则为督促程序、公告催告程序、保全程序之充实、强化及其他诉讼程序之健全、变

---

[21] 关于诉讼标的相对论之旨趣、例示说明及其所加于诉讼标的理论新、旧说之批评,参见邱联恭在民事诉讼法研究会第41次研讨会所提之书面,载民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨(四)》(1993年),第329—334页;邱联恭:《司法之现代化与程序法》(1992年),第215—217页;邱联恭:《口述民事诉讼法讲义(二)》(2010年),第162—168页。

革。<sup>[22]</sup> 此项修正工作系始自 1983 年成立“‘司法院’民事诉讼法研究修正委员会”，着手进行逐条、通盘之检讨。<sup>[23]</sup> 该研修会之研议历时 17 年，其研修委员与上述民事诉讼法研究会之参与成员多相重叠，故新法之起草者研拟新法之内容多受该研究会研究成果所影响，自不待言。其实，该研究会成立后，民事诉讼法学理论异于往昔，颇具本土化及创设性开展，已如上述（第二节之二）。而新开展于台湾地区新程序保障论、程序主体权论、程序选择权论、民事事件类型审理必要论、程序法理交错适用肯定论、实体利益与程序利益平衡兼顾论及适时审判请求权论等诉讼理论，均作为“民事诉讼法”修正之改革理论。孕育此类改革理念之时空背景，既不同于 20 世纪初叶抄袭性继受他法以制定旧法时所处情形，该项改革理念所含之上述理论，相较于德、日等国法而言，亦具有学说立论上之独特性。<sup>[24]</sup>

在上述新法立法过程，于“最高法院”等所办修正草案研究讨论会上，参与修法之委员邱联恭教授表明新世纪民事程序法建制之基本课题如下<sup>[25]</sup>：

#### 1. 顾虑 20 世纪继受西方法制之异质性

在 20 世纪前叶继受德、奥等国民民事诉讼法时，在法的客体面（如律师强制代理制度）存在继受不足，未同时继受其审判实务上之惯行及相关细节，

[22] 参见“司法院”：《民事诉讼法、民事诉讼法施行法、非讼事件法条文对照表暨相关法规》（1999 年）；“司法院”：《民事诉讼法部分条文对照表暨总说明》（2000 年）；“司法院”：《民事诉讼法、民事诉讼法施行法部分条文对照表暨总说明》（2003 年）。

[23] 研修内容，参见“司法院”：《“司法院”民事诉讼法研究修正资料汇编（一）—（十八）》（1985—2003 年）。

[24] 参见邱联恭在民事诉讼法研究会第 72 次研讨会之阐述，载民事诉讼法研究基金会编：《民事诉讼法之研讨（九）》（2000 年），第 289—290 页；邱联恭在民事诉讼法研究会第 83 次研讨会之阐述，载民事诉讼法研究基金会编：《民事诉讼法之研讨（十二）》（2004 年），第 3—4 页、第 15 页；邱联恭：《民事诉讼法修正后之程序法学》，载《程序利益保护论》（2005 年），第 135 页。

[25] 参见邱联恭，前揭文（注〔2〕），第 177 页；邱联恭：《新民事程序法建制之基本课题》，载《程序制度机能论》（1996 年），第 197 页；邱联恭：《民事诉讼法有关促进审理集中化之修正条文对法官及律师所提示之行为规律》，载“司法院编”：《民事法律专题研究（十八）》（2000 年），第 188—207 页。

以致残留如何弥补此方面缺漏之课题。如今之修法工作亦应致力于架设相当的桥梁,以使继受之法典得能衔接于台湾地区情、水土之上,而避免其间之隔阂、游离。

### 2. 因应纷争事件类型之多样化、复杂化

随着社会、经济情势之急速变迁,民事纷争事件之质、量已多于往昔,且在形态、内容上益趋于多样化、复杂化。为将有限之司法资源公平分配于各种民事事件,借以合理减轻法官之工作负担,并避免权利人因程序制度之使用致蒙受难与其所追求之实体利益相均衡之程序上不利利益,应针对事件类型之特性、需求,分别妥为建构、选用各该类型事件所适合之程序制度、程序法理,循以修正民事诉讼法,俾其能因应 21 世纪社会之需求。

### 3. 正视裁判机能观之递变

在现代,人民不仅止于期待、要求民事裁判发挥解决纷争之机能,并也需求其发挥一定程度之形成政策机能。关于民事程序制度及纷争解决方式之省思,不应仅将视野局限于固有的诉讼事件类型,将法院定位为纯解决纷争之机关,而应同时正视新生之现代型事件类型,认明法院同时亦扮演政策形成者之角色。

### 4. 提升用户对程序制度内容及其运作之信赖度、信服度、接纳度

在构思如何修正诉讼法以充实程序制度之际,不应仅以本案判决可能具有执行力或既判力为由,遽认为诉讼制度已充分发挥其解决纷争之机能,而应致力于经由程序制度之设计及运作,促使当事人更加信赖、信服、接纳裁判或其他纷争处理之结论,进而自动自发顺从其中所示内容为履行。

5. 保障程序主体权、追求确定发现真实与促进诉讼之平衡点上“真实”、“法”

准据程序主体性原则,当事人不仅可请求受诉法院实现其实体利益,亦可请求法院维护其程序利益。法院之审理活动应以能兼顾满足发现真实与促进诉讼等两基本要求为追求目标。在追求达成此项目标之过程,立法者及法院既均被要求致力于谋得上述两种利益之平衡,亦应肯认人民及当事人有适时审判请求权、程序选择权,俾被赋予受适时、适式审判之机会或选用较有助于平衡追求上述两种利益之程序。

## 6. 促成审理集中化

集中审理具有下述优点：节省劳费，避免招致程序上不利益、提升裁判（事实认定）之正确性，实现客观实体上利益、赋予当事人平衡追求实体利益及程序利益之机会，并提升当事人及关系人对裁判之信服度、接纳化、贯彻言词审理主义、直接审理主义及公开主义，促使各该原则发挥应有之作用、提升审理之计划性，促使法院及律师业务管理合理化。为此，应改善审判实务向来惯行合并（分割）审理之审理方式，致力于促使本案审理程序集中化，尽量紧缩审理期日而减少开庭次数。

新法之最大制度改革即实行集中审理制度。为此，在民事诉讼上，一方面课以当事人善尽其协力迅速进行诉讼之义务，促使当事人将所掌握之事实、证据及相关诉讼资料，尽可能于诉讼程序前阶段提出；另一方面扩大法官阐明义务范围，以便法官及当事人能及早了解案情并整理、确定及简化争点，俾利于试行和解，或集中调查证据，使言词辩论集中而有效率，以促使审理集中化，贯彻直接审理主义及言词审理主义精神，并发挥各审级功能，健全诉讼制度，进而提升裁判质量及司法之公信力。<sup>[26]</sup> 为落实集中审理制度，在新法施行之前后，“司法院”举办了五期司法业务研究会及三次扩大研讨会，由邱联恭教授担任讲座，讲授集中审理制度之基础理论，研讨争点整理方法及技巧。<sup>[27]</sup> “最高法院”学术研究会嗣亦以集中审理为中心，主办“民事诉讼法修正施行后之审判实务”学术研讨会。<sup>[28]</sup> 有关新法促进审理集中化之程序新构，邱教授予以说明：

[26] 参见“司法院”：《民事诉讼法部分条文对照表暨总说明》（2000年），第1页。

[27] “司法院”自1999年至2000年5月，陆续举办5期为期各5天之司法业务研究会，于2000年2月下旬，在高雄、台中及台北分别举办南部、中部及北部地区扩大研讨会，将该等研究会及研讨会之讲词及研讨内容，分别经整理为《民事诉讼法审理集中化之理论与实务》及《民事诉讼法有关促进审理集中化之修正条文对法官及律师所示之行为规律》二文，均载“司法院”编：《民事法律专题研究（十八）》（2000年），第1页、第171页。

[28] 参见2000年3月21日“民事诉讼法修正施行后之审判实务”学术研讨会之报告论文：王甲乙：《集中审理与事证之提出搜集》、陈计男：《集中审理与诉讼指挥权之行使》、邱联恭：《集中审理与争点整理》及研讨会会议记录，均载《法官协会杂志》2卷1期（2000年），第61—271页。



(1) 争点整理程序之多样并存、选用:为促成审理集中化,不论实现集中审理所需其他周边制度是否已充分配备,均须充实争点整理程序,并由法院予以践行。因为,如未能厘清、掌握争点,无从就争点集中调查证据,且集中辩论。有鉴于此,新法并设准备性言词辩论期日程序、准备书状先行程序、准备程序及争点简化协议程序等四种争点整理程序,委由受诉法院针对诉讼事件类型之特性需求、个别案情之不同,分别酌为机动性采用其一,且可能视案情之需要并用其二。

(2) 事证搜集手段之充实:向来之审理方式不能采用集中审理的导因之一,即因事实证据搜集不齐全,以致不能尽速整理争点、调查证据并辩论终结。如当事人欠缺搜集事证之手段,法官亦难以集中调查证据。因此,要达成集中审理之目的,必须先充实事证搜集手段。为此,新法扩大当事人及第三人提出文书义务之范围、加重陈述义务、明确证明妨碍等法理、扩大容许申请保全证据之范围、酌许书面作证、采认当事人本人询问制度。

(3) 诉讼促进义务之加重:当事人就诉讼之进行负有节省劳力、时间、费用义务,无权在可期待其提出资料之时期以后,始将资料提出,而消耗法官精力,并减少其他纳税人使用法院之机会。为此,新法实行适时提出主义,课以当事人一段性及个别性诉讼促进义务,且就义务违反者施以失权制裁。

(4) 诉讼指挥权、裁量权之扩大及程序主体权之保障:新法要求法官行使阐明权、诉讼指挥权,适时提醒当事人提出资料,使其就攻防方法之提出所应遵循之行为规范明确化、行为责任更加具体化。基此,承认法官阐明方式,须适度将其见解开示予当事人参考,应包括公开心证或表明法律见解,尽可能让当事人知悉如何提出数据。扩大法官裁量权及诉讼指挥权,本身并非目的,而是要保护当事人利益。基此,法官于运用该权限时,仍应尊重当事人之程序主体地位,防止发生突袭性裁判,尽可能赋予程序参与机会。<sup>[29]</sup>

集中审理制度实施5年后,“司法院”为验收成效并谋求改进,举办由

[29] 参见邱联恭,前揭文(注[27]),第41—58页、第236—239页。

各个法院互相访视,借以了解各法院进行争点整理等集中审理之实务上运作情况,且将诸访视报告加以评审。<sup>[30]</sup>民事诉讼法研究会乃以该访视报告为基础,就“争点集中审理制度在各法院之施行状况及其检讨”进行研讨。<sup>[31]</sup>于该研讨会后,邱联恭教授指出:

(1) 新“民事诉讼法”采争点集中整理主义,是要求法院将事件之审理划分成争点整理阶段与证据调查阶段,而依事件类型之特性、个别案情、争点整理之彻底度及事证搜集之充实度,尽可能使审理及攻击防御不偏离争点,并不断提升其集中度,以促成审理集中化。因此,新法虽亦期待法院能为彻底的集中审理,但非要求其必于一次辩论期日终结事件之审理,而不必顾及事件类型之特性及个别案情之差异性。要之,新法要求法院应先行整理争点(事实上、证据上或法律上争点)然后集中于争点(应证事实)调查证据,并使双方为辩论。然而,重要的是,法院应进行有计划的审理,如其审理不能偏离争点,而就同一事实上争点有关之证据为集中调查、辩论,则纵使其未集中于一次言词辩论期日就某一事件调查证据或使为辩论,亦难认为违背争点集中审理主义之精神。

(2) 新法并设四种争点整理程序,委由受诉法院依诉讼事件类型之特性需求、个别案情之不同,分别为裁量选用其一或并用其二于同一事件之审理。可知,书状先行程序仅属争点整理程序之一种,虽适宜实行于某类事件,但亦有其缺点而不宜用于特需借重法院与当事人以言词直接沟通之事件。因此,不应如部分之论者或审判实务者般误解为行集中审理必先采用书状先行(交换)程序,尤不应以有无践行书状交换程序作为评估已否行集中审理之判准。倘受诉法院(受命法官)漫然使双方当事人(诉讼代理人)一再交换准备书状或答辩状,却未同时命其就特定事项详为陈明(新法第268条),则难认为其必有助于就何者为争点在法官与双方间尽早达成共识,所以尚不能谓其审理符合争点集中审理主义之要求。

[30] 在24篇报告中,经评选最优之前三名报告,均载“司法院”:《民事集中审理专论与法院访视报告》(2007年),第78—247页。

[31] 参见黄炳缙、李国增、周舒雁等:《争点集中审理制度在各法院之施行状况及其检讨》,载民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨(十四)》(2007年),第297页。

(3) 争点整理程序之新法上增修,属于法的客体面(硬件)之充实,尚不足以使法官及律师具备整理争点之职能、技巧,后者乃有关如何使诉讼制度运作主体面(软件)更加健全、充实之课题,其克服尚有待于重新开设类如争点整理学课程,以对法官及律师施予必要之职前养成或在职继续教育。而且,在采用处分权主义及辩论主义之现行诉讼架构下,借重促使律师发挥自律性争点整理之机能,必有助于保护当事人之程序利益、促进诉讼,而减轻法官之业务负荷,可是却未见律师团体及其相关主管机关(“法务部”、“司法院”)采取具体而有效之变革措施。<sup>[32]</sup>

受托从事推动有关民事诉讼集中审理之研究、教育之邱联恭教授,筛选曾遭“最高法院”发回更审之各审法院审理卷宗为素材,析明程序参与者有何不能行争点整理之现象及其导因,借此试图评论:发生于本土社会之纷争实态为何、显现于其诉讼审判过程之争执态样具何特征,以及法官、律师与当事人本人之活动能否响应诉讼法上要求。为此,就民事裁判先例之研究方法,倡导:应变革向来所采止于仅就裁判要旨为抽象性、观念性评释之研究方法,而改以诉讼审判全过程为评析之对象素材,尽可能将法规所适用之具体事实及社会实态并列为理论研究之资料。<sup>[33]</sup> 此项立论唤起学界认知,经由本案审理过程所寻得之法内容,非必等同于向来民事实体法学所指称者,所以对于思考如何变革 21 世纪民事法学之研习取向,具有指标性作用。又,邱教授就新法改采争点集中审理主义及适时提出主义等世纪性空前重大变革,阐述其目的达成所需争点方法,其实务运作之前导法理,并建构相关之基础理论。为此,倡言:应开辟“争点整理学”成为 21 世纪之法律学上新研习领域,使其涵盖而跨越于旧世纪分别独立,并存之实体法及程序法。易言之,如何同时立足于实体法上及诉讼法上观点,整理相关法律上、事实上及证据上争点,以及厘清其所涉实体利益或程序利益各为何。此学问领域应尝试探讨如何使诉讼上请求及其相关审判涵盖实体法与程序法之

[32] 参见邱联恭:《集中审理实务之运作要领》,载《民事诉讼法之研讨(十四)》,第 412—416 页。

[33] 参见邱联恭:《争点整理方法论》(2001 年),序言、第 133 页以下。

交错事项,如何将诉讼理论落实于审判实务,并借后者刺激前者之进展,以促成二者之衔接、交汇。<sup>[34]</sup>

## 二、比较法中之台湾地区民事诉讼法学

民事诉讼法所采程序制度体系,是具有反映各该时代之特定价值观、试图实现特定实质价值、彰显各该社会所认知文化上、政策上价值理念等意涵。此项意涵在新法施行后之今日,不仅期盼一般人重新认知其所示今后的社会生活准则,尤其要求司法权运作者、程序制度使用者及其相关职业集团之活动,应以其所定行为规律及诉讼审理原则为依循。因此,新法问世后,民事诉讼法学所需面对、克服之课题是:将新法之内容作整体性观察对象,评析、阐释其所彰显之上述价值理念及所提示之上述行为规律或审理原则为何,以作为今后开展解释论之指引,并进而申论新法走向具何程度之妥当性、前瞻性,借此一边厘清新法所残留之课题为何,一边探讨如何为新时代再建构其所需之立法论。而且,有关比较法之研究方法,因相较于外国或地区法之新制定、修正,台湾地区“民事诉讼法”之修正,在理论思想背景上具有相当之独特性,故新法施行之后,从事比较法研究者应留意彼我法制间之规范及其前导理论有何差异性,而不宜在未如此评比以前,径将外国或地区法上立法论或解释论原样套用于台湾地区。<sup>[35]</sup> 以下试举数例说明之。

### 1. 突袭性裁判之形态及其防止

自 20 世纪 80 年代始倡于台湾地区并经陆续延伸之突袭性裁判防止论主张:司法裁判程序之构成及运作,须以保障受裁判者之程序主体权即程序基本权为必要内容;不论立法者或法院均应致力于充实诸程序制度,确保当事人及利害关系人在审判程序上享有程序主体权,应受尊重其为程序主体之地位,而不得仅为被处遇为程序之客体即法官支配之客体。因此,在各该

[34] 参见邱联恭在民事诉讼法研究会第 73 次研讨会之阐述,载民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨(七)》(2001 年),第 58—61 页、第 62—68 页;邱联恭,前掲书(注 [33]),序言、第 1—131 页;邱联恭:《程序利益保护论》(2005 年),第 115 页。

[35] 参见邱联恭:《民事诉讼法修正后之程序法学》,载《程序利益保护论》,第 138—142 页。

审理过程,应对程序主体赋予充分参与程序,为攻击防御、陈述意见或辩论等机会,以防止来自法院的突袭,而避免发生突袭性裁判。此类突袭性裁判之主要形态有:发现真实的突袭(含认定事实的突袭、推理过程的突袭)、促进诉讼的突袭及法律适用的突袭。<sup>[36]</sup> 新法增定诸多规定(如第199条、第288条第2项、第296条之1第1项、第572条之1第2项)在立法理由中明示以突袭性裁判防止为根据,而与突袭性裁判有关者尚有其他条文(如第199条之1、第272条第1项、第282条之1第2项、第345条第2项),足见新法已采用上述理论,全面性防止突袭性裁判之发生。关于此项之突袭性裁判论,沈冠伶教授及吴从周教授均认其较德国之同类论说更精致化,德国尚未论及促进诉讼的突袭。<sup>[37]</sup> 惟姜世明教授则认为,要否承认独立的促进诉讼之突袭形态,仍有讨论空间。在当事人(被告)主张数抗辩之情形,即使法院就其中之一已形成心证(可判决其胜诉),仍就其他抗辩为证据调查,以致支出劳力、时间、费用,此一诉讼不经济现象,不得谓为突袭性裁判。因当事人主张数抗辩,若均对其有利,则当事人费劳力搜集资料,难谓有何必然明显不利之处。且法官可能判断错误,当事人未必舍弃其他攻防方法,何况上级审之见解可能异于原审而变更裁判。<sup>[38]</sup> 姑且不论其是否指不随伴于发现真实的突袭而独立发生促进诉讼的突袭形态,于此情形,法院既早经得有心证,则有无再命调查其他(抗辩之)证据之必要?是否应使当事人知悉而有表示意见之机会?如其未予阐明,竟自调查其他证据,最后仍以原得心证者判决当事人胜败,岂可谓当事人因该项调查致支出劳力、时间或费

[36] 参见邱联恭:《突袭性裁判》,载民事诉讼法研究会编:《民事诉讼法之研讨(一)》(1986年),第27页;邱联恭:《司法之现代化与程序法》(1992年),第112页、第121页以下;邱联恭:《值得信赖的真实》,载《程序制度机能论》(1996年),第5页。

[37] 参见沈冠伶:《诉讼权保障与民事诉讼》,载《诉讼权保障与裁判外纷争处理》(2006年),第21页;吴从周:《法律汉字译语与法律继受》,载《民法法学与法学方法(一)》(2007年),第26—32页。

[38] 参见姜世明:《民事程序法之发展与宪法原则》(2003年),第147—148页。

用均属必要而未蒙受程序上不利益?<sup>[39]</sup>

新法之相关规定(如第199条等)即系在上述理论背景下起草、制定;其立法理由明示要求法官为阐明以防止突袭性裁判,保障程序权等目的,则此意旨应准以开展相关规定之解释论、实务运作论。例如依第199条之增订规定及其立法理由,即系明揭突袭性裁判之避免发生为阐明权行使指标,要求法官所采有关法律适用之观点(法律见解),均应使当事人有机会为必要之陈述及适当完全之辩论。是在一定范围内,为避免来自法院审理活动之突袭,乃课法官负法律见解表明义务。在当事人就其陈述之事实忽略或误解可能主张之法律见解或应可适用之法律观点,或法院于判决宣示前改变其曾于审理中明示或暗示之法律见解等类情形,即负有予以表明之义务。<sup>[40]</sup>不过,姜世明教授认为,上述规定不足以成为法官表明法律见解之依据;在比较法上,德国通说反对法官有公开其法律见解之义务,而在台湾地区现阶段,基于法律解释资料之有限性及不稳定性、法官之法律见解可能有误、非律师代理下当事人之论案谈话能力不足、法官之案件量负担等理由,不宜认为法官负有法律见解表明义务。<sup>[41]</sup>关此,沈冠伶教授认为,要求法官表明法律见解之目的不在于期待法官向当事人宣示正确之法律见解,毋宁系为防止突袭性裁判之发生,确保当事人居于程序之主体地位而得对于裁判之形成予以影响,并经由在程序上进行三方对话,使当事人能经由程序之进行过程,对于法与事实为相互之理解或学习,于裁判前,可有助于和解成立,而于裁判后,亦可提高当事人对于裁判之信服度,降低上诉提起之

[39] 在损害赔偿诉讼,法院在职务上已知与有过失之事实,却未加斟酌,且未赋予当事人(被告)表示意见或辩论之机会,致当事人在第二审始予以主张、辩论。此项法官之作为亦危害当事人之程序利益,而造成促进诉讼的突袭。参见邱联恭在民事诉讼法研究会第83次研讨会之阐述,载《民事诉讼法之研讨(十二)》,第11页。

[40] 参见邱联恭:《民事诉讼法修正后之审判实务》,载法学丛刊杂志社编:《跨世纪法学新思维》(2006年),第581—582页。

[41] 参见姜世明,前揭书(注[38]),第149—150页。

可能性。至于德国现在亦非就法官之法律见解表明持否定态度。<sup>[42]</sup>

## 2. 程序利益之保护及其与实体利益之平衡兼顾

自 20 世纪 80 年代始,倡于台湾地区并经陆续延伸之程序利益保护论主张:依“宪法”上保障诸基本权之规定意旨,诉讼当事人应被赋予程序主体地位,享有程序主体权,就关涉其权义、责任、地位之审判程序,有适时、适式参与该程序以影响裁判如何形成之机会或权利。程序主体权者除可请求受诉法院保护其系争实体利益外,亦可请求法院保护其独立并存于该实体利益之程序利益。此项程序利益是指因简化程序之利用或避免不使烦消、乏实益之程序所可节省之劳力、时间或费用。立法者于设计诉讼制度或法院于运作程序时,均必须致力赋予程序主体权者有平衡追求程序利益之机会,否则未赋予此项机会之法院审理活动,已属对于当事人造成促进诉讼的突袭,而背反程序保障之基本要求。<sup>[43]</sup>新法增定了诸多规定(如第 199 条之 1、第 270 条、第 272 条第 1 项、第 305 条、第 377 条之 1)在立法理由中明示以保护当事人之程序利益,或使当事人平衡程序利益与实体利益为根据,而与程序利益保护有关者尚有其他条文(第 44 条之 1、第 44 条之 2、第 77 条之 15 第 2 项、第 182 条之 1、第 182 条之 2、第 195 条之 1、第 222 条 2 项、第 244 条第 4 项、第 255 条第 1 项、第 268 条之 1 第 2 项、第 270 条之 1、第 376 条之 1、第 420 条之 1、第 436 条之 14、第 446 条第 1 项、第 451 条第 2 项、第 466 条之 4、第 505 条之 1),足见新法已采用上述理论,其已确立程序利益保护原则。<sup>[44]</sup>鉴于诉讼程序现象系自起诉时至裁判之过程,由法院、当事人及关系人(律师)付出劳费所为系列先行行为累积而成,在程序前阶段所生程序上不利当难凭程序后阶段之活动予以复原、救济,所以为贯彻

[42] 参见沈冠伶在民事诉讼法研究会第 81 次研讨会后补注,载民事诉讼法研究会编:《民事诉讼法之研讨(十一)》(2003 年),第 293—294 页。又,认为以“法官会犯错”为由,不要求法院适时将有关法评价性见解开示于当事人,将违背突袭性裁判防止之要求,且有鼓励或放任法官将其犯错所生责任转嫁于当事人,以致危害其程序主体地位及法官公正性之嫌,参见邱联恭在民事诉讼法研究会第 102 次研讨会后之补注,载民事诉讼法研究会编:《民事诉讼法之研讨(十六)》(2009 年),第 406 页。

[43] 参见邱联恭:《程序利益保护原则》,载《程序利益保护论》,第 5—8 页。

[44] 参见邱联恭:前揭文(注[43]),第 9—97 页。

程序利益保护原则,应将其所涉行为规范性为法官及律师之职业伦理规范。<sup>[45]</sup> 吴从周教授比较台湾地区之程序利益保护原则与德国之诉讼经济理论(原则)之后认为,程序利益是台湾地区所独有之民事诉讼法概念,甚且创见,确为德国文献所无,但又认为,诉讼是否经济,非待诉讼胜诉且成本确定,难以计算,程序利益亦然。程序利益是积极减少之利益,实体利益则是消极未收入之利益。在前者无法确定将会积极减少之数额的情况下,当事人似乎只能尽量减少或节流支出,以求将来胜诉时可以“收支平衡”。因此,程序利益保护原则在理论上困难之处,在于当事人如何能够衡量程序利益之多寡,以实现“程序利益与实体利益”之“平衡追求”。这是德国人消极使用诉讼“经济”(减少诉讼花费),而不将其提出作为积极思考之对象的原因所在。所以将诉讼经济与程序利益保护原则并用或互换,结论将会相近而无不同。<sup>[46]</sup> 关此,笔者认为,德国之诉讼经济论未清楚区分公益维护层面的诉讼经济与私益层面的诉讼经济,以界定二者在概念上及法理根据上应有之相异性,致未就后者明确认为程序利益,其归属主体之当事人对之所享之程序处分权应受原则上尊重,而且程序利益保护原则与处分权主义及辩论主义等审理原则相关。就处分权主义而言,当事人要否起诉、划定诉讼标的范围之大小、为诉之变更或追加,甚至要否成立和解、合意由法官仲裁,既由当事人原告或双方衡量纷争所涉实体利益与程序利益而为决定;就辩论主义而言,在诉讼上,要否提出事证、自认或同意撤销自认,亦应由当事人考虑其实体利益与程序利益后决定。<sup>[47]</sup> 邱联恭教授更明白指出:通常纷争当事人是参考、依据诸如:通常程序与简易程序繁简、所用审级多寡、应预付证人差旅费及鉴定费或裁判费多寡、证明客观真实所需事证搜集之难易

[45] 参见邱联恭:《民事诉讼法修正后之法曹伦理重建机能》,载民事诉讼法研究会编:《民事诉讼法之研讨(十五)》(2008年),第221页;邱联恭在民事诉讼法研究会第110次研讨会之发言,载《法学丛刊》第223期(2011年),第245页。

[46] 参见吴从周:《初探诉讼经济原则》,载民事诉讼法研究会编:《民事诉讼法之研讨(十七)》(2010年),第192—193页。

[47] 参见许士宦在民事诉讼法研究会第105次研讨会之阐述,载《民事诉讼法之研讨(十七)》,第253—260页。



度、对于讼累之忍耐度、对法官处事能力或风格之信赖度、需否如何付律师酬金、出庭所将花费之劳力时间、营业秘密或隐私被曝露于公开程序之风险等涉及诉讼制度缺点所伴生风险之相关信息或周边客观处境情势，而就程序利益之大小轻重为自行评估、借重律师、会计师、建筑师等类专家协助评估或由法院为阐明（含：公开心证以分析程序进行所将产生之实体上或程序上利害）予以协同评估，然后由当事人自主取舍，是乃自负责任原则之落实。于此，其评估不应且不必以所追求之利益多寡已经精确计算获有明确数额结果为基础，否则如须先实际经历本案判决所需相关程序以做成精确计算结果，则上述有关容许一方单独为程序处分或双方达成协议以追求程序利益之规定，将始终无适用可能，既非立法本意，亦不能因应社会阻塞之需求。要之，程序利益保护原则之确立即其所系实体利益及程序利益兼顾论之优点即在于，其可资以避免因上述风险对程序主体权者即纷争当事人所造成之实体上或程序上不利利益，而弥补诉讼制度所含缺失，所以上述所指兼顾论之难点，并非难点而是优点；正因为难以精确计算将花费多寡，所以需要建构理论而使当事人可取舍、决定如何避免风险。<sup>[48]</sup>

### 3. 判决效力主观范围之扩张

自 20 世纪 80 年代始，倡于台湾并经陆续延伸之新程序保障论主张：无论程序制度之设计者（立法者）及运作者（法官），均应指向于平衡保护纷争当事人之实体利益及程序利益，赋予其在起诉前或诉讼上平衡追求此二利益之机会，而在二者之平衡点上确定“真实”、寻求“法”之所在。为此，应保障纷争当事人对法院有听审请求权（程序参与权），得借此在法院尚未裁判时受事前的程序保障，倘其有所不及或不足，则应于裁判后被赋予事后的程序保障。<sup>[49]</sup> 新法增订职权通知制度（第 67 条之 1、第 254 条第 4 项）及第三人撤销诉讼制度（第五编之一），在立法理由明示以保障利害关系人之程序权为根据，显受启发于上述理论，而将此等赋予事前的程序保障及事后的

[48] 参见邱联恭在民事诉讼法研究会第 105 次研讨会之阐述，载《民事诉讼法之研讨（十七）》，第 267 页、第 277 页。

[49] 参见邱联恭，前揭文（注〔19〕），第 1 页。

程序保障作为配套制度,一方面充足判决效力主观范围扩张于利害关系人(本诉之第三人)之正当化基础,另一方面容许该第三人在保障其程序权所必要之一定范围(一定要件下),可选择是否起诉以动摇确定终局判决所生效力。由于此类新法制之增设及存立理由,系以赋予程序权保障为主要目的,且指向于平衡保护程序利益(非以保护实体利益为首务),而承认上述第三人就如何响应法院之通知、是否提起第三人撤销诉讼有相当之程序选择权,所以尚难以无该等程序制度之旧法时代所形成之学说理论予以妥适解说或凭以运作。而且,因上述新制为德、日民事诉讼法所无,故非以新法所认上述程序制度为背景之该二国学说理论,亦不宜径行移为台湾地区之解释论。<sup>[50]</sup> 不过,在当事人恒定制度之适用方面,吴从周教授认为,“民事诉讼法”第401条及第254条第1项既然移译自《德国民事诉讼法》第325条及第265条,即有参考德国法对上述两者解释之必要。申言之,第401条第1项之“特定继受人”,应该与第254条第1项所定“诉讼标的之法律关系”作统一理解,广义解为包括诉讼标的之法律关系及诉讼标的物之继受,然后再将“诉讼标的物”之移转限缩解为仅限于对物的关系(物权之请求权),而不包括债权的请求权在内。而在对物的关系之情形,如诉讼标的物之继受人系双重善意(权利善意及诉讼善意)者,则参考《德国民事诉讼法》第325条第2项规定解释,判决效力例外并不及之。<sup>[51]</sup> 关此,笔者认为,新法就当事人恒定制度为增修之后,除所增订诉讼系属登记制度(新法第254条第5项)外,与德国之当事人恒定制度有四点不同:①增订职权通知制度,使受移转人知悉诉讼系属而获参与诉讼机会(新法第254条第4项);②增订裁定准许担当诉讼制度,便利受移转人成为当事人(新法第254条第2项);③删除受移转人提起主参加(干预诉讼)诉讼须经他方同意之规定,并于立法理由强调其如参加诉讼时,应适用独立性参加(新法第62条)之规定;④增订第三人撤销诉讼制度,使未获事前的程序保障之受移转人

[50] 参见邱联恭:《口述民事诉讼法讲义(二)》(2010年),第66页。

[51] 参见吴从周:《诉讼系属后之特定继受人与善意取得之保护》,载《民法法学与法学方法》(第三册)(2007年),第321—328页。

得诉请撤销原确定判决对己不利部分(新法第 507 条之 1)。在上述规定下,受移转人已获充分程序保障,足以正当化本诉讼之判决扩张及之,所以不宜再如德国法般解释将受本诉讼之判决效力所及之特定继受人,区分其所受移转者系诉讼标的之权利、义务或诉讼标的物,该诉讼标的之法律关系是对物或对人关系,或其为善意或恶意。如此始符合新法当事人恒定制度之立法旨趣,亦即使其真能统一,一举解决当事人双方及该受移转人间有关之纷争,以谋求诉讼经济,保护实体利益及程序利益。<sup>[52]</sup>

#### 4. 第三人撤销诉讼制度之创设

新法(增订第五编之一)引进第三人撤销诉讼程序,容许有法律上利害关系之第三人,于非因可归责于己之事由而未参加本诉讼,致不能提出足以影响其判决(原判决)结果之攻击或防御方法时,得以本诉讼之双方当事人为共同被告,对于确定终局判决(原判决)诉请撤销对其不利部分之原判决。此项制度之增设受启发于台湾地区之新程序保障论,针对本土社会所可能发生之相关事例问题,自行研拟成适合本法需求之条文内容,其间虽亦参考德、法等国法制,但非抄袭自他法。<sup>[53]</sup>在其立法理由中明示:为扩大诉讼制度解决纷争之功能,就特定类型事件,有时需扩张判决效力及于诉讼外之第三人,以统一解决诉讼当事人与该第三人之间之纷争。又为保障受判决效力所及第三人之权益,本法固于第 67 条之 1 增定法院得于事实审言词辩论终结前相当时期,将诉讼事件及进行程度以书面通知就诉讼结果有法律上利害关系之第三人,使该第三人有参与该诉讼程序机会,惟实际上第三人未必恒受参与诉讼程序之机会。倘其系非可归责于己之事由致未获得该机会,而未参加诉讼程序,则强令其忍受不利判决之拘束,即无异剥夺其诉讼

[52] 参见许士宦在民事诉讼法研究会第 108 次研讨会之阐述及报告,载《诉讼系属中系争物移转之当事人恒定与判决效力扩张》、《法学丛刊》第 220 期(2010 年),第 172—199 页、第 231—234 页;许士宦:《第三人诉讼参与与判决效力主观范围》,载《诉讼参与与判决效力》(2010 年),第 6—18 页;许士宦:《判决效力及于诉讼系属中系争物之善意受让人》,载《诉讼理论与审判实务》(2011 年),第 305 页。

[53] 参见邱联恭:《民事诉讼法修正后之程序法学》(注[24]),第 150—153 页注[32]。

权、财产权。故为贯彻程序权保障要求,应使该第三人于保护其权益之必要范围内,得请求撤销原确定判决。据此,可知其是以贯彻程序权保障之要求为改革理念,而以赋予该第三人受程序权保障为主要目的,使其与新法所同时增设之职权通知制度相呼应、配套,借此兼顾程序保障及统一解决纷争、裁判或法的安定性及具体妥当性等要求。<sup>[54]</sup> 对此,在立法论上,骆永家教授认为,日本新民事诉讼法所承认参加人再审之诉,较台湾新法所认为者广,未限于其已参加或拟制参加前诉讼之情形,故主张为保护第三人因他人诉讼之判决结果受害,设立第三人再审之诉即可解决问题。因台湾地区立法向来继受德、日之立法例,而第三人撤销诉讼则属法国之立法例,突然采用该制度,要如何衔接?<sup>[55]</sup> 陈荣宗教授则认为,新法于第三人撤销之诉有理由而撤销、变更原确定判决情形,规定原则上仅有相对效力,使原判决于原当事人间仍不失其效力(新法第507条之4第2项),立法上有误。因在此情形,既证实原确定判决错误,在法律正义之价值上,当无继续使不正确之该判决存在之理。<sup>[56]</sup> 关于前者,邱联恭教授指出,在日本,如何对于第三人因他人间前诉讼(本诉讼)之判决受到不利影响者,赋予事前的程序保障或为其备置事后的救济程序,亦被认为是一项课题。而且,论者另指明,如将该救济程序限于以利用再审程序为前提,则有当事人适格问题,所以有需检讨容许循另诉为相对性救济之必要。再者,日本现行制度上尚不足以贯彻、兼顾统一解决纷争、程序保障等诉讼法上要求。有鉴于此,可评价为:先于日本一步制定之台湾地区新法第58条第3项、第67条之1及第507条之1等相呼应、配套之程序制度,对日本法之今后变革,亦具有启发或参考价值<sup>[57]</sup>;关于后者,笔者认为,新法之所以如此规定,在于平衡兼顾诸诉讼法

[54] 参见邱联恭:《口述民事诉讼法讲义(三)》(2010年),第335页。

[55] 参见骆永家在民事诉讼法研究会第87、88次研讨会之发言,载民事诉讼法研究基金会编:《民事诉讼法之研讨(十三)》(2006年),第15页、第51—52页、第139页。

[56] 参见陈荣宗在民事诉讼法研究会第88次研讨会之报告《第三人撤销诉讼之原告当事人适格》,载《民事诉讼法之研讨(十三)》(2006年),第88—91页。

[57] 参见邱联恭在民事诉讼法研究会第87次研讨会后补注,载《民事诉讼法之研讨(十三)》(2006年),第53—54页。

上的基本要求。易言之,为保障第三人之程序权及实体权益,其第三人撤销诉讼之请求有理由者,于保障该第三人之必要范围内,虽须除去原确定判决对其不利部分,但为维持裁判或法的安定性,不影响已胜诉当事人之公平维护及成果维持,亦不必全面否定原确定判决之效力,故除非诉讼标的对于原当事人间及该第三人必须合一确定,否则赋予第三人撤销诉讼有理由之判决以相对效即为已足。<sup>[58]</sup>

## 第四节 结 语

综上所述,战后台湾民事诉讼法学之发展、变迁,存在两个研究取向。

### 1. 挺立台湾法学之自主性,避免自我殖民地化

一方面意识 20 世纪前叶从德国所继受之民事诉讼法典并不完整,自始即残留续从法学及周边制度继受予以弥补之课题,另一方面认知比较法研究方法上,不宜忽略台湾地区民事诉讼法制所异于德、日同法制者为何、两者有何关联及如何衔接,乃不再单纯介绍、移植德、日既存之法制或理论,而能深入探讨其相关基础理论思想背景,而为批判性、合目的选择性继受,甚至勇于提出异于德、日等国之前导性观点或独创性基本理论,开拓新学问领域。

### 2. 巩固纷争当事人之程序主体地位,避免审判客体化

一边从防止发生突袭性裁判之观点,充实受裁判效力所及当事人及关系人之程序权保障,以保障其程序主体地位,免于沦为法官支配之客体;一边基于保障诸实体、程序基本权之宪法上理念,要求制度设计及程序运作者,应平衡保护纷争当事人之实体利益及程序利益,以赋予其在起诉前或诉讼上平衡追求此二利益之机会。因此,纷争当事人所被赋予之程序保障,兼含有关达成慎重而正确的程序保障及迅速而经济的程序保障,并且在法院尚未下裁判时受事前的程序保障,倘其有所不及或不足,则于裁判后受事后的程序保障。

[58] 参见许士宦在民事诉讼法研究会第 88 次研讨会之阐述,载《民事诉讼法之研讨(十三)》(2006 年),第 122—125 页。

## 第二章 民事诉讼之程序权保障

——以通常诉讼程序当事人之程序权为中心

### 第一节 绪 言

“民事诉讼法”于1999年、2000年及2003年连续3次经大幅度修正(以下称修正后之条文为“新法”,修正前之条文为“旧法”),已完成其1930年制定70年来首次全面性、根本性修正作业。新法之修订幅度及进度,首先是调解程序、简易程序之全盘性修正及小额诉讼程序之创设<sup>[1]</sup>,其次是证据法之改革及集中审理促进方案、第三审律师强制代理制度之采用<sup>[2]</sup>,最后则为督促程序、公示催告程序、保全程序之充实、强化及其他诉讼程序之健全、变革。<sup>[3]</sup>就诉讼程序之改革而言,新法之修正原则为:便利当事人使用诉讼制度,预防纷争之发生或扩大,扩大诉讼制度解决纷争之功能,促使诉讼妥适进行,疏减讼源及充实程序权保障。<sup>[4]</sup>其中最大之变革系强化有关程序主体权、程序参与权之保障。<sup>[5]</sup>在新法所增修诸多条文之

---

[1] 参见“司法院”编:《民事诉讼法、民事诉讼法施行法、非讼事件法部分条文对照表暨相关法规》(1999年)。关于人事诉讼程序虽于1999年为部分修订,但为使人事诉讼及其他家事事件之程序法律统一立法,“司法院”已成立“司法院”家事事件法研究制定委员会进行研议如何修正。参见“司法院”编:《“司法院”家事事件法研究制定资料汇编(一)》,(2001年)。

[2] 参见“司法院”编:《民事诉讼法部分条文对照表暨总说明》(2000年)。

[3] 参见“司法院”编:《民事诉讼法、民事诉讼法施行法部分修正条文对照表暨总说明》(2003年)。

[4] 参见“司法院”,前揭注[2],第2—4页;“司法院”,前揭注[3],第2—16页。关于程序权(程序主体权)之内容及范围,可能随各该社会及时代之不同而变化,及其与听审请求权概念之相通,参见邱联恭口述、许士宦整理:《口述民事诉讼法讲义(一)》(2008年),第118—220页。

[5] 参见邱联恭:《第一审程序修正草案之析述》,载“最高法院”学术研究会:《民事诉讼法修正草案之析述与研讨》,第195页。

立法理由中,一再表明其系为保障当事人或程序关系人之“程序权”〔6〕、“程序上权利”〔7〕、“辩论权”〔8〕、“参与诉讼之机会”〔9〕及“防止发生突袭性裁判”〔10〕等。

对于有关程序保障之新立法,论者评价不一。有论者批评为,“程序权保障”及“防止发生突袭性裁判”均非“宪法”或“民事诉讼法”设有规定之法则,且有相反意旨之判例、解释(“最高法院”1939年上字第1273号判例、“司法院”1942年院字第2424号解释)存在,修法者是以各该非现行法上公认之理由增设相关规定〔11〕;有论者认为,台湾地区民事诉讼法学者继受德国、日本学者之研究,有关民事诉讼法之基本原则思想始终追随德国、日本,二次大战后,德、日学者为使其宪法所定程序基本权落实于民事诉讼法,倡言当事者权及程序保障之理论。此项理论经学者介绍及推行后,于新法中予以实践化,故听审请求权已成为最重要之诉讼基本原则,乃引述德国该基本原则之内容为解说〔12〕;惟亦有论者认为,相较于德、日等国之理论状况,台湾地区之程序保障论颇具独特性。其所倡论之程序保障,兼含有关达成

〔6〕 例如新法第200条、第288条、第296条之1、第320条、第396条、第402条、第495条、第507条之1、第528条。

〔7〕 例如新法第44条之3、第56条之1、第58条、第77条之23、第270条、第282条之1、第345条、第347条、第386条、第436条之2、第436条之16、第484条、第485条、第572条之1、第575条之1。

〔8〕 例如新法第242条、第474条。

〔9〕 例如新法第67条之1。

〔10〕 例如新法第199条、第288条、第296条之1、第572条之1。

〔11〕 参见姚瑞光:《民事诉讼法论》(2004年),第298、733页;姚瑞光:《近年修正民事诉讼法总评》(2005年),第104—105页,第229页。

〔12〕 参见陈荣宗:《民事诉讼法(上)》,修订4版(2005),第60—65页;陈荣宗:《审问请求权》,载《司法周刊》2004年第1178期,第2—3页。氏于新法未全部增修之前,于其解说民事诉讼法之教科书,并未将听审请求权作为诉讼基本原则。参见陈荣宗:《民事诉讼法(上)》,修订2版(2011年),第51—75页。在新法全部施行后之解说书中,仍未将程序(权)保障作为诉讼原则或立法主义者,如吴明轩:《中国民事诉讼法(上)》(2004年),第35页以下;王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》(2003),第127页以下;陈计男:《民事诉讼法论(上)》,修订3版(2004),第271页以下。惟后者将程序权保障列为程序利益之保障,并置于民事诉讼制度目的之一(同书第4—5页)。

慎重而正确的裁判之程序保障及有关达成迅速而经济的裁判之程序保障等两面意义,而以追求确定存于实体利益与程序利益之平衡点上真实为首要目标,非若德、日论者多仍固执于发现实体真实,以致偏向于不细究事件类型之特性,而一律着重谈论有关追求发现真实(达成正确裁判)的程序保障。并且,其于重视事前的程序保障之同时,视野亦已扩展于强调事后的程序保障对于赋予程序参与机会之重要性。此类程序保障论之深化,均延伸为前导研拟制定多项新法规定之基础法理。<sup>[13]</sup>

由上述论评,滋生下述疑义:究竟新法对于当事人及程序关系人之程序权(程序主体权)为何等保障?其所循以修法之法理根据为何?该项改革是否变更审判实务向来所持见解?其所增修之各项程序制度是否有所异于德、日两国民事诉讼法之相关规定?两者相较,新法于比较法上具何特色?其实,此等疑问之澄清,关涉新法所为诉讼程序之重大改革内容为何,今后应如何解释、运作诸新程序制度,使其发挥应有或预期之机能,乃新法施行后亟待解决、克服之课题。

意识到前述问题及课题,本文拟就新法之诸增修规定及立法理由,探究其所赋予当事人之程序权内容为何?于事前之程序保障及事后之程序保障方面,各有何项新增设?此等新制对于旧法及其下之审判实务为何等变革?与德、日等国之立法例相较,是否有格局独具之新开展?之所以限于当事人之程序权保障,系因当事人为最重要之诉讼主体,理应赋予相当之程序主体权,以此为讨论之中心,最足以看出新法之改革要项。惟囿于篇幅,本文主要以通常诉讼程序为探讨对象,至于简易程序及小额诉讼程序之特别规定则暂不述及。

---

[13] 参见邱联恭:《程序选择权论》(2000年),第270页;邱联恭:《程序利益保护论》(2005年),第143页以下、第323页以下;邱联恭口述、许士宦整理,前揭注[4],第119页;许士宦:《程序保障与阐明义务》(2003),第4页。



## 第二节 辩论权与声明不服权之实质保障

### 一、陈述权、证明权及信息权之充实

新法比旧法更加充实了当事人之陈述权、证明权及信息权。关于此等辩论权之保障,除维持旧法所定判决原则上应本于当事人之言词辩论为之(新法第221条第1项)、当事人就诉讼关系得为事实上及法律上之陈述及证据声明(新法第193条第1项、第194条、第195条第1项)、当事人得申请阅览诉讼卷宗(新法第242条第1项),并于(准备、辩论、证据调查、和解等)期日到场(新法第156条、第192条、第251条第1项、第273条第1项、第291条第1项、第296条、第373条第1项、第378条),且就证据调查结果及非当事人提出之显著、职务上事实为辩论(新法第278条第2项、第297条第1项)外,并作下列增修规定。<sup>[14]</sup>

就陈述权而言,如不变更诉讼标的,当事人得补充或更正其事实上或法律之陈述(新法第256条),且受命法官及审判长应注意令当事人就诉讼关系之事实及法律为适当完全之辩论,并应向当事人发问或晓谕,令其为事实上及法律上陈述、声明证据(新法第199条第1、2项,第272条第1项)。

就证明权而言,当事人不得因妨碍他造使用,故意将证据灭失、隐匿或致碍难使用(新法第282条之1第1项)、具有鉴定所需特别学识经验,或经机关委任有鉴定职务者,于他人之诉讼,有为鉴定人义务(新法第328条)、当事人及第三人就鉴定资料、文书及勘验物负有一般性提出义务(新法第337条第1项后段、第344条第1项第5款、第348条、第367条)、法院于必

---

[14] 新法为达成集中审理,将自由顺序主义改为适时提出主义,故就当事人提出攻击或防御方法之提出时期予以适当限制(新法第196条、第268条之2、第276条、第444条之1及第447条),但其仍系以当事人有适时提出攻击或防御之权利即辩论权为前提。参见许士宦,前掲书(注[13]),第297页、第347页。

要时,得讯问当事人(新法第367条之1)<sup>[15]</sup>;法院于调查证据前,应将诉讼有关之争点晓谕当事人(新法第296条之1第1项);就发问权而言,当事人得向审判长陈明后自行发问,而不必经其许可(新法第200条第1项、第320条第1项、第324条、第367条之3);就陈述意见权而言,于法院依职权调查证据、选任鉴定人前及证据保全之证据调查时,均得陈述意见(新法第288条第2项、第326条第2项、第373条第2项)。就其他辩论权而言,法院因当事人证明妨碍而拟制事实为真实,于裁判前当事人有辩论之机会(新法第282条之1第2项、第345条第2项)。<sup>[16]</sup>

新法之所以为上述增修,其主要目的在于加强当事人之程序权,并避免发生突袭性裁判。例如关于法律陈述权之保障,立法理由示明:适用法律固为法官之职责,惟当事人主张之事实,究应适用何种法律,往往影响裁判结果,为防止法官未经阐明径行适用法律而对当事人产生突袭性裁判,除令当事人就事实为适当陈述及辩论外,亦应令其就法律观点为必要之陈述及作适当完全之辩论。<sup>[17]</sup>

关于证据调查之参与权,为赋予当事人应有之程序权保障,并防止发生突袭性裁判,法院依职权调查证据时,应令当事人就是否应为调查有陈述意见之机会<sup>[18]</sup>;关于本案审理,实务上往往一面整理争点,一面调查证据,容易造成无谓之调查及重复之询问,致诉讼程序延滞。为充实言词辩论之内容,并防止发生突袭性裁判,法院于调查证据前,应先将与诉讼有关之争点,包括未经或已经整理并协议简化之事实上争点、证据上争点、法律上争点及其他攻击或防御方法争点,晓谕当事人,使双方知悉事件之争点及证据与待

[15] 新法于起诉前之证据保全亦扩大当事人有关证据开示及搜集证据之权利,参见许士宦:《证据搜集与纷争解决》(2005年),第1页。

[16] 新法为实质保障陈述权及证明权等辩论权,于送达及诉讼程序之停止亦为修正,以充实当事人之程序进行信息权,参见许士宦,前揭注[13],第18页以下。

[17] 关于新法第199条之立法理由,参见“司法院”,前揭注[2],第64页。

[18] 关于新法第288条2项之立法理由,参见“司法院”,前揭注[2],第124页。

证事实之关联后,始进行证据调查。<sup>[19]</sup>

关于证据利用、搜集权,为贯彻当事人诉讼数据使用平等原则,及便于发现真实并整理争点,以达到审理集中化之目标,应有扩大当事人及第三人提出证物(鉴定资料、文书及勘验物)义务范围之必要,避免构造上证据偏于一方之诉讼,发生他方当事人举证困难之情事<sup>[20]</sup>;当事人以不正当手段妨碍他方之举证活动者,显然违反诚信原则,为防杜当事人利用此等不正当手段以取得有利之诉讼结果,并顾及当事人间之公平,法院得审酌当事人妨碍他方举证之态样、所妨碍证据之重要性等情形,依自由心证认他方关于该证据之主张或依该证据应证之事实为真实,以示制裁。<sup>[21]</sup>

关于对他方或人证之发问权、诘问权,为发现真实及保障当事人之程序权,应使当事人有发问权。为保障当事人之发问权,及强化当事人为诉讼主体之地位,乃修正为当事人得向审判长陈明后自行发问<sup>[22]</sup>;于证人以书状为陈述后,因当事人申请对证人为必要之发问,而有保障当事人诘问权之必要时,法院经斟酌具体情形后,仍得通知证人到场陈述。<sup>[23]</sup>

关于在场见证权,法院调查证据时,应使当事人有参与调查证据程序之机会,使其得知调查证据之结果,并得随时主张自己之权利,此不独于受诉法院调查证据时为然,即于受命法官或受托法官调查时,亦应如此。当事人于受托法官调查证据时,既有到场之权利,受托法官即应将调查证据之期日通知之。<sup>[24]</sup>

---

[19] 关于新法第 296 条之 1 第 1 项之立法理由,参见“司法院”,前揭注[2],第 129—130 页。

[20] 关于新法第 337 条第 1 项、第 344 条第 1 项、第 348 条、第 367 条之立法理由,参见“司法院”,前揭书(注[2]),第 151 页、第 155—156 页、第 160 页、第 171 页。

[21] 关于新法第 282 条之 1 第 1 项之立法理由,参见“司法院”,前揭注[2],第 120—121 页。

[22] 关于新法第 200 条及第 320 条第 1 项之立法理由,参见“司法院”,前揭注[3],第 193 页;“司法院”,前揭书(注[2]),第 141—142 页。

[23] 关于新法第 305 条第 4 项之立法理由,参见“司法院”,前揭注[2],第 135—136 页。

[24] 关于新法第 291 条之增删理由,参见“司法院”,前揭注[2],第 126—127 页。