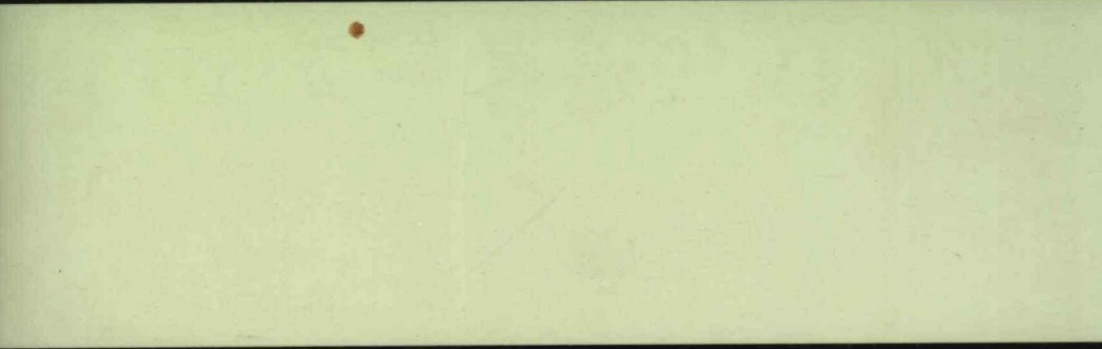


民事程序法之理論與實務 第二卷

程序選擇權論

邱聯恭著





鄧
知
相
DG

國立台灣大學法學叢書 (126)
民事程序法之理論與實務 第二卷

程序選擇權論

邱聯恭 著



〈著者簡介〉

邱 聯 恭

現 職 國立台灣大學法律學系暨法律學研究所教授

學 歷 國立台灣大學法學士

日本國立東京大學法學碩士、法學博士

經 歷 法官（1965年～1972年）

國家講座（1998年～2001年）

主 著 司法之現代化與程序法（1992年）

民事訴訟法之研討（一）～（八）（合著）（民事訴訟法研究基金會編印，1986年～1999年）

程序制度機能論（民事程序法之理論與實務第一卷，1996年）

民事訴訟審理集中化之理論與實務（司法院編印，2000年）

程序選擇權論

民事程序法之理論與實務 第二卷

國立台灣大學法學叢書 126

2000年9月10日初版

2004年9月30日三刷

著 作 者 邱 聯 恭

發 行 人 林 雅 英

總 經 銷 三 民 書 局

台北市復興北路三八六號

分 銷 處 台大法律學院圖書部

台北市徐州路二一號

定 價 伍佰貳拾元

排版：黎圓打字印刷有限公司 電話：(02) 29249495 / 印刷：文匯有限公司 電話：(02) 2302-1170

編務：戚繼華 封面設計 邱 瀚 模

Printed in Taiwan

ISBN 957-744-061-4

序 言

我國之民事紛爭解決法制，於世紀末之最近五年間，有空前之重大變革。此係直接顯現於相關民事程序法之根本性、全般性陸續增修施行，且涵蓋面廣及：一般仲裁程序之擴充、調解程序、簡易訴訟程序之修正、小額訴訟程序之創設、通常訴訟審理原則之重建或精緻化，以及審理模式之改造。

面對於此，企圖活躍於新世紀之研究者及實務家，已然從新法所呈內容及立法意旨察悉，其係要求程序運作應致力保障程序權、賦予程序選擇之機會，而兼顧實體利益及程序利益。於是，論者相繼提問：前導新法走向之思想背景為何？其前導理論是否亦含有本土性，而有異於繼受外國法制之往昔？新法何以刻意擴大當事人選擇諸程序之可能範圍？有何前導法理可資循以開展今後之解釋論或立法論？

有鑑於此，為應時需，並便利思考如何擬定處理問題事項之方針，著者不揣疏淺，特就歷年所發表相關論稿，適度對照新法走向，調整、補加部分內容、註釋，輯錄於本書付梓，以就教於理論、實務界先進。為此，並著眼於所錄如下各文主旨具有關聯性、互續性，乃將本書編為「民事程序法之理論與實務」系列書之第二卷，而命名為「程序選擇權論」。

一、「程序保障論之新開展」一文評析：多年來持續開展於我國之新程序保障論，倡言程序保障之賦予係為追求確定，存在於實體利益及程序利益之平衡點上「真實」、「法」；其立論係脈承於信賴真實主義及法尋求說等制度目的論，在學說變遷史上具有獨特性。

二、「程序選擇權之法理」一文闡論：為實現憲法上價值理念，應肯認當事人有程序選擇權，為此民事程序制度之創設及運作，須指向於兼顧實體利益及程序利益、賦予選擇優先追求其中何者之機會，並應從此程序選擇權論，構築新世紀之民事程序法學、重新界定實體

法與程序法之應有關係。

三、「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」一文評析：此等審理原則，係被新法企求發揮平衡實體利益及程序利益之機能，且須呼應新程序保障論及程序選擇權論所指向之目的追求。

四、「心證公開論」一文闡述：心證公開程序之適時踐行，乃保障程序權、兼顧實體利益及程序利益之必要手段，法官應藉此協同當事人貫徹集中審理主義之精神，實現新程序保障論及程序選擇權論所持改革理念，而促使上開審理原則充分發揮防止突襲之機能。

五、「調解程序之新變革」一文闡述：新法有關調解程序之變革，係正面認知程序選擇權之法理，並準此賦予當事人更多機會，俾其用以選擇循訴訟程序、調解程序或仲裁程序尋求「法」之所在，平衡追求實體利益及程序利益。

六、「仲裁契約之妨訴抗辯效力」一文係基於程序選擇權之法理，倡言有關選用仲裁程序之合意，應屬平衡追求實體利益及程序利益之程序選擇行為，兼含實體法上及程序法上要素，應準此建構仲裁法制，並解決有關仲裁契約存在抗辯之問題。

七、「民事訴訟法學之回顧與展望」一文評述：我國之民事訴訟法學理論已有異於德、日之獨創性新開展，此即始倡新程序保障論、信賴真實主義及法尋求說等理論體系，以實現憲法上價值理念為指標，喚起重新認知民事訴訟法與憲法之應然關係。

二〇〇〇年八月二十二日

邱聯恭

本書之校勘及事項索引之作成，多承台灣大學法律學院許士宦助理教授及士林地方法院邱璿如法官之協助，併此誌謝。

國家圖書館出版品預行編目資料

程序選擇權論／邱聯恭著. --初版. 臺北市：林雅英發行：三民總經銷. 2000[民 89]面；公分.--（國立臺灣大學法學叢書；126）（民事程序法之理論與實務；第 2 卷）含索引
ISBN 957-744-061-4（精裝）

1. 民事訴訟法 — 論文, 講詞等

586.107

89012873

目 錄

程序保障論之新開展

- 評析其在我國之獨特性——1

程序選擇權之法理

- 著重於闡述其理論基礎並準以
展望新世紀之民事程序法學—— 23

處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變

- 著重於評析其如何受最近立法走向所影響
及相關理論背景—— 79

心證公開論

- 著重於闡述心證公開之目的與方法——137

調解程序之新變革

- 評析其相關民事訴訟法修正之
走向及前導法理——179

仲裁契約之妨訴抗辯效力

- 評最高法院八十一年度第三次
民事庭會議決議——215

民事訴訟法學之回顧與展望

——為驗收民事訴訟法研究會之成果——	263
《相關圖表》	295
《附錄》	
附錄一 民事訴訟法新舊部分相關條文對照表	306
(民國八十八年二月三日公布)	
附錄二 民事訴訟法新舊部分相關條文對照表	336
(民國八十九年二月九日公布)	
《事項索引》	393

程序保障論之新開展

——評析其在我國之獨特性——

2 民事程序法之理論與實務(二)

壹、緒言	3
貳、程序保障論之新意涵、新定位	4
一、我國程序保障論之主旨	4
二、我國程序保障論之獨特性	5
(一)植基於憲法之法理基礎論	5
(二)目的之重新認知・設定	6
參、程序保障論之應用事例	8
一、依循程序保障論之事件類型審理劃分標準	8
二、依循程序保障論之裁判效力正當化根據論	9
(一)劃定裁判效力客觀範圍之標準	9
(二)擴張裁判效力主觀範圍之根據	12
肆、結語	14
※註釋	15

壹、緒 言

在我國之法學研究史上，民事訴訟法研究會之成立及其長逾十五年之經常性、定期性運作，係一件劃時代的大事。（註一）在此段期間內，「程序保障（或程序權保障）」頻頻被刻意適用為闡述民事程序法學理及評論審判實務之指標性概念，且逐漸促成相當程度之學問體系，以致「程序保障論」被認為必將對於我國民事程序法學之今後開展趨向，發生全面性、決定性之影響作用，而儼然成為民事程序法學界空前受注目之焦點。（註二）到底此種學界所持關心態度，在學說發展史上，是否具有相當之意義？有無其應然或不得不然之道理？意識著此類問題，本文擬析述、探討：程序保障論所及於我國民事程序法學與審判實務之影響為何？

不過，程序保障論所可能關涉之民事程序法上問題層面既多且廣，已如歷年來數十次民事訴訟法研討會之討論內容所驗證（註三），本文並無予以一一詳論之餘裕。於此，想僅選取若干較具基本上重要性之事項作為例示，嘗試一方面解析程序保障論對向來民事訴訟法上問題解決之取向及相關學說之推演，已然提出何等批判性觀點；一方面評估其對今後民事訴訟法學說之形成或再構築，將可能具有何程度之先導作用？藉此對於有意觀測民事程序法學未來容貌之讀者，提供必要之資訊。

貳、程序保障論之新意涵、新定位

一、我國程序保障論之主旨

在我國，程序保障論係發端於一九八〇年所始倡之突襲防止論（註四），並自同年代以後，經陸續拓深、擴展成為全面性指引處理民事訴訟法上諸個別問題之上位指標（註五）。其論旨為：基於國民主權的原理、法治國家原理及尊重人的尊嚴之原則，並依憲法上保障訴訟權、平等權、生存權、財產權、自由權等基本權之旨趣，任何人均應受尊重其人格；對於關涉其權益、地位之事項，均應受保障有容易接近法院、平等使用司法救濟程序之機會或權利；又，對於關涉其權益、地位之審判，均應受尊重為程序之主體，享有程序主體權，並應被賦予參與該審判程序為充分攻擊防禦、陳述事實上、法律上意見或辯論等機會，藉以影響裁判內容之形成，而避免受對造所突襲及防止發生來自法院之突襲性裁判，俾不致在該程序上被處遇為受支配之客體。此項基於憲法上保障旨趣所承認之程序主體性原則，對於立法者、法院及程序關係人（含當事人），在程序之前階段應成為行為規範、在程序之後階段則應準為評價規範，分別發生作用。（註六）

循此方向，我國之程序保障論提倡者又申論：為貫徹憲法不僅保障系爭實體權益，且亦同時保障系爭外財產權、自由權或生存權等基本權之旨趣，應承認上開程序主體權者在程序上，既可請求法官實現系爭實體利益，亦得請求維護其所涉程序利益，而應被賦予平衡追求此二種利益之機會，藉以確定存在於此二者之平衡點上真實。從而，訴訟審理制度之建構及運作，應致力於防止發生發現真實的突襲及促

進訴訟的突襲，平衡滿足發現真實之要求及促進訴訟之要求，而不應無限制執意於以發現客觀真實為首務。在此目標追求下，所謂程序保障應兼具有兩方面之意涵，而通於聽審請求權所應被承認之內容：其一是，有關追求發現（客觀）真實即達成慎重而正確的裁判之程序保障，俾程序主體得藉此防免遭受發現真實的突襲，而有機會獲得更慎重、正確之裁判，以追求實體利益；其二是，有關促進訴訟即達成迅速而經濟的裁判之程序保障，俾程序主體得藉此防免遭受促進訴訟的突襲，而有機會獲得更迅速、經濟之裁判，以追求程序利益。（註七）

二、我國程序保障論之獨特性

相較於德、日之學說狀況及一九八〇年代以前之我國一般論述，自同年代新開展於我國之上開程序保障論（下稱「新程序保障論」），實具有相當之獨特性，對於引導新學說之形成或學界史之變遷，將成為關鍵性之推動力，殊值珍視。以下特就其理論所具獨特性，試析述其主要者。

（一）植基於憲法之法理基礎論

在我國，向來有關民事訴訟法之立論，並未充分意識到應同時探討其與憲法之應有關聯，以致不盡符合立憲主義之精神，而含有基本原理上缺漏。（註八）在此狀態下，論者縱亦認為在程序上應使當事人盡攻擊防禦之能事，或依然沿襲日本學者在一九五〇年代之舊說，仍揭示正確、公平、迅速、經濟作為民事訴訟制度之理念，並列明其程序內容包含聲明不服權之保障、公開審理之踐行、裁判預測可能性之確保、兩造聽審主義及辯論主義等原則之採用在內（註九），而具有類同於上開程序保障論所闡述者（註一〇），卻未同時闡述其論據

6 民事程序法之理論與實務(一)

是否關涉憲法上基本權保障規定，遑論探尋其法理基礎於憲法上要求或基本理念。

從此角度言，新程序保障論，能擺脫向來之窠臼，將民事訴訟之目標追求提昇至立憲主義之精神層次上，而嘗試尋求其立論之法理基礎於憲法上要求及基本理念，在學說變遷史上，實具有突破性意義。再者，除如德、日論者般亦立足於憲法上有關係爭權益之保障規定以外，此項新論尚併將視野擴展於憲法同時保障系爭外財產權、自由權等基本權之旨趣，而意識到平衡兼顧程序利益之必要性，藉此致力於防免系爭中及該等系爭外權益無端遭受耗損、侵害，是迥異於德、日論說未能如此周延涵蓋必要論點之情形（註一一），頗具比較法上獨特性。

(二)目的之重新認知·設定

相較於向來之論見，新程序保障論在程序制度目的之認知·設定上，頗富創新性。亦即，其說承上開論旨（請回顧「一」之說明）所為推演，係就事實審理之目的論新倡信賴真實主義（註一二）、就民事訴訟制度之目的論則提倡法尋求說（註一三），循此認為：民事訴訟制度之設計、運作及使用，應以追求確定存在於實體利益與程序利益之平衡點上「真實（信賴真實）」及「法」為首要目的，而以程序保障為其目的達成之手段。

此項目的之認知·設定，不僅為我國學界向來所未曾意識（註一四）；且與日本之程序保障論大異其趣。亦即，從日本學說變遷史上觀察所獲知，在其程序保障論之初期，將上訴權及事證主張機會之保障列為程序保障之主要內容者，就事實審理之目的論，係認同客觀真實說，而以賦予程序保障作為發現客觀真實並基此達成正確裁判之手段。此事被認為係該階段日本之程序保障論所具重要特徵，乃顯現自

當時將辯論主義定性為客觀真實發現手段之思考模式中。（註一五）相對於此，我國之新程序保障論，如上所述，既係從信賴真實主義之立場將程序保障定性為確定信賴真實（存在於實體利益與程序利益之平衡點上的真實）之手段，而指向於批判客觀真實說，實另有其準以省思辯論主義根據論之獨特觀點，終於併成為就此項根據論新倡「信賴真實協同確定說（新突襲防止說）」之前導。（註一六）

不僅如此，在日本之學說變遷史上，其程序保障論被認為尚呈現著二方面之性格及發展階段：其一是，認為程序保障之賦予應可成為使裁判正當化及判決效力擴張之根據；其二是，認為程序保障之賦予本身即為民事訴訟之本質、目的，而民事訴訟制度係為使當事人間能盡實質上平等之論爭云云（註一七）。於此項定性、發展之過程，並未見有主張應平衡兼顧程序利益之觀點，尚未意識到有必要同時採認達成迅速而經濟的裁判之程序保障。因此，其說在立論之周延性上，實與我國之新程序保障論之間，存有相當程度之差異。此項差異，在新時代之學說變遷過程，是否將成為彼我間相關各論之分際，而各產生不同程度之前導作用，甚值觀察。（註一八）

例如，以新程序保障論為基礎所延伸形成之上開相關法理，除已前導重新認知辯論主義根據論有如上述以外，尚成為指引再檢討訴訟標的論及小額訴訟程序論之新指標。亦即，對於繼受自德、日之訴訟標的新、舊說，提出批判性觀點而被始倡於我國之訴訟標的相對論（註一九），係與新程序保障論脈絡相承，同以保障當事人有機會平衡追求實體利益與程序利益為指標。（註一九之一）又，達成簡速裁判之程序保障要求及信賴真實主義，亦已被準以指引小額訴訟程序之理論建構及立法取向（註二〇），且由司法院民事訴訟法研究修正委員會研擬增訂成民事訴訟法修正草案第四三六條之八至第四三六條之三五。（註二〇之一）

參、程序保障論之應用事例

一、依循程序保障論之事件類型審理劃分標準

向來，關於訴訟與非訟之區分，一般論者及審判實務係從所謂程序法理二元分離適用論，認為：法院在訴訟程序應僅能適用訴訟法理，而在非訟程序則應僅能適用非訟法理，分別審理民事事件，其依非訟程序所下裁定，就私權之存否，恒不具實質上確定力（既判力）云云。（註二一）此說並未意識到：為因應特定民事事件類型之特性，不僅有時需求在訴訟程序交錯適用可資達成迅速・經濟裁判的非訟法理，且有時需求在非訟程序交錯適用可資達成慎重・正確裁判的訴訟法理，而宜肯定各該裁判在一定範圍內可能具有實質上確定力。其結果，該說始終未能正視：就程序保障之內容及方式，有依事件類型之特性・需求為彈性設計、組成之必要及可能。（註二二）

意識及此，新程序保障論者認為：民事事件類型之個性・特徵不一，應依事件類型需求之不同，分別採擇其所適宜之程序保障內容，循此承認多樣化之程序保障方式。例如，對於簡速裁判強烈追求型的事件，應偏重賦予有助於達成迅速而經濟的裁判之程序保障（如：適用以簡易主義為內容之非訟法理），而對於權利義務確定追求型的事件，則應偏重賦予有助於達成慎重而正確的裁判之程序保障（如：適用以公開言詞辯論為內容之訴訟法理）；又，對於訟爭對立性階段化顯現型的事件，應於程序前階段先行賦予可資達成簡速裁判之程序保障，而於程序後階段始賦予可資達成正確裁判之程序保障。之所以應如此容許彈性設計、組成程序保障之內容及方式，而對其據此所為裁

判均承認應有之實質上確定力，乃為兼顧各該事件類型所涉實體利益及程序利益之平衡追求。（註二三）

此項立論，係依循新程序保障論所示程序保障之二面意涵（請回顧「貳、一」之說明），採用利益衡量方法，追求具體妥當性，重整事件類型審理之劃分標準，是大異於審判實務上長年所持程序法理二元分離適用論仍囿於形式一貫性要求之情形，實為訴訟法學方法上之一大前進。抑有進者，此種依循新程序保障論所倡導有關訴訟程序與非訟程序究應如何區劃及互動之省思觀點，係與信賴真實主義同其立論之基本理念，均涉及如何借重「達成迅速而經濟的裁判之程序保障」概念，重新構思如何選用平衡追求程序利益之手段等問題（註二四），宜持續被準以闡釋訴訟（裁判）程序與訴訟外紛爭處理程序之相對、選擇關係，前導探討如何全面性改革民事程序法制（註二五），而有關於依程序選擇權之法理，併將程序保障之賦予亦理解為程序選擇之手段。（註二六）

二、依循程序保障論之裁判效力正當化根據論

（一）劃定裁判效力客觀範圍之標準

關於當事人何以須服於裁判、及其所以對當事人有拘束力（如：既判力）之正當化根據為何，我國學界向來並未意識到應從程序保障論之角度加以解說。（註二七）可是，自筆者在民訴法研究會第一次研討會從程序保障論之新觀點試加探討以來，有關裁判效力正當化根據論之冰凍狀態，於是開始溶解（註二八），終致帶動而形成此方面程序保障論之巨流（註二九）。

此項省思觀點，雖受日本有關裁判效力正當化根據之程序保障論所啟示（註三〇），卻另立足於我國之新程序保障論重新出發，主張：

就既判力客觀範圍之判定而言，當事人係依處分權主義在以訴訟標的所特定凸顯之攻擊防禦目標下，負提出相關攻擊防禦方法之責任，藉此防止發生突襲性裁判，使既判力及於當事人一事取得正當化根據。準此，與訴訟標的有關卻未經當事人提出之攻防方法，原則上均發生失權（遮斷）效，但為貫徹防止突襲之要求，就難期待當事人提出以致其未受程序保障之攻防方法，則例外認為其不被遮斷。其次，就前後二訴訟互不同其訴訟標的之情形而言，非屬有關前程序上訴訟標的之攻擊防禦方法，僅於已受前訴訟法院之實質判斷而足認其不致造成突襲性裁判之範圍內，始可承認就爭點事項所為裁判（判決理由中判斷）對當事人具有拘束力。（註三一）

上開主張因係本於新程序保障論所提出，相對於上述日本之所論，顯示著下述之新開展性：

第一，就既判力客觀範圍之劃定而言，日本之程序保障論者係以新、舊訴訟標的論所認既判力客觀範圍與訴訟標的大小乃恒相一致之思考模式為前提，所以從舊訴訟標的論者之角度觀之，既判力客觀範圍恒限於其說所謂之訴訟標的（特定實體權）；若從新訴訟標的論者之立場觀之，則既判力客觀範圍恒以其說所謂之特定紛爭（地位）為準定之，均不認為可任由當事人（原告）視其優先追求系爭實體利益或所涉程序利益之需要，彈性以特定實體權或以特定紛爭為單位，分別就個別事件擇定訴訟標的之大小，並準此劃定既判力客觀範圍。與此不同，我國之新程序保障論者在批判新、舊訴訟標的論含有未能充分顧慮防止突襲性裁判等缺失之同時，係主張應依循訴訟標的相對論，原則上承認原告得基於源自程序主體權之程序處分權及實體處分權，或以特定實體權或以一個特定紛爭為單位，分別擇定訴訟標的之大小，而準此預告、劃定既判力客觀範圍。（註三二）此項立論，實質上係批判訴訟標的論新、舊說均未對當事人賦予充分之程序保障，可謂具

有再拓深程序保障論之意義。蓋以：在原告認為有關某特定實體私權之審判將因事證準備尚不充足而招致實體法上不利利益，乃為防免蒙受此項不利利益，有意將該私權排除於本案審判對象範圍之外（如：無意將實體法上相競合之數請求權均列入訴訟標的範圍內，而僅有意列其中某請求權為本案審判對象）時，不容許如此排除之新訴訟標的論者（如：受訴法院），對於依處分權主義應有權（程序處分權及實體處分權）限定訴訟標的之原告，實未賦予達成慎重而正確的裁判（平衡追求實體利益）之程序保障。又，在原告難就其請求權為實體法上定性，而有意將一個紛爭列為單一訴訟標的，以便利利用一道訴訟程序徹底予以解決，追求程序利益之情形，不容許如此劃定本案審判對象即預告既判力客觀範圍之舊訴訟標的論者，亦未充分保障程序處分權，而未賦予可資平衡追求程序利益之程序保障。

第二，就承認判決理由中判斷對當事人有拘束力或爭點效之前提要件為何而言，我國之新程序保障論者，係以該判斷不致對當事人（因爭點效之承認而蒙受不利利益者）發生突襲一事作為可能承認該項效力之前提，且此處所謂之突襲係含來自受訴法院之突襲性裁判在內，而非僅指兩造相互間之突襲而已（註三三），是為日本之程序保障論者及爭點效肯定論者所未充分意識探討之觀點，更非僅如其新近所謂第三波程序保障說般止於促使當事人間盡實質上平等之論爭（其說係將判決效力之基礎置於當事人之行為，而予以理解為一種基於行為責任之效力）（註三四）。此項我國新程序保障論之觀點，可資喚起一般論者進一步留意究明，如何責由法官踐行心證公開程序以防止當事人遭受法院突襲。從此角度言，該項觀點之提出，對於促使承認上開效力之要件更加具體明確化，應有相當之意義。（註三五）

(二)擴張裁判效力主觀範圍之根據

在特定紛爭涉及多數人，卻僅由其中一人或一部分人成為訴訟當事人，就該紛爭事件遂行訴訟，而獲得判決之情形，為滿足統一解決紛爭、擴大訴訟制度解決紛爭功能及紛爭解決一次性等要求，如何將該判決之效力（如：既判力、爭點效或反射效）擴張及於該多數人中未成為該訴訟之當事人者全體（訴外第三人），係有待探討、解決之問題。關於此類問題之處理，在一九八〇年代以前，我國學界並未意識到應從程序保障之觀點加以探討；即使就代位訴訟之判決，肯定擴張其判決效力於訴外債務人（第三人）之見解，亦未曾認真探討應否將賦予該第三人相當之程序保障一事，列為承認判決效力擴張之前提。

（註三六）可是，此種態度，自一九八四年在民訴法研究會第十四次研討會遭受來自新程序保障論者之嚴厲批判以後，已有重大變化。（註三七）並且，此項批判論，隨著新程序保障論在我國學界之拓深、擴展，已愈益呈現法理基礎深化而探討對象廣化之情勢。（註三八）

析言之，此方面程序保障論之新開展，主要觸及下述問題層面，就其相關事項，具有促動形成新論說之學界史上意義：

第一，喚起學界致力探討：在程序保障之要求與諸如統一解決紛爭等訴訟法上要求或理念係處於緊張關係之場合，應如何構築程序理論始克平衡兼顧之？應否及如何優先顧慮程序保障之要求？關於此問題層面，現階段之程序保障論者，在不否定程序保障具優位性之前提下（註三九），係認為：在強烈需求經由判決效力之擴張以統一解決多數主體間紛爭之事件類型，應致力於一方面充足效力擴張之前提要件，一方面對於受效力擴張者（第三人）賦予應有之程序保障，以資予以平衡兼顧。為此，第三人訴訟參與制度之重新定位及充實，應屬具關鍵性之措施。（註四〇）

第二，促使學界認真探討：有關判決效力主觀範圍擴張之根據論，宜否僅仰賴於當事人適格擴大論之開展？此二者間之關係為何？為此方面問題之解決，當事人適格擴大論是否有一定界限？關於此項問題層面，目前之新程序保障論係認知：為強化判決效力之正當化根據，首須慎選當事人適格者，由立法者或法院，依紛爭事件類型之特性·需求，擇定利害關係最為顯烈且具代表者，然後承認其當事人適格，使其成為本訴訟之當事人，藉以促其為較充分之攻擊防禦。並且，為保護在本訴訟未成為當事人之訴外第三人（利害關係人）所享源自程序主體權之程序處分權及實體處分權，應設法對於該第三人就本訴訟（因當事人適格被擴大而成為形式上當事人者所進行之訴訟），賦予事前的或事後的程序保障。（註四一）

第三，程序保障論者之問題關心亦及於：處分權主義之緩和適用或職權探知主義之酌採，是否足以保護將受判決效力擴張者之權益？關於此方面問題之處理，新程序保障論者係認為：縱使基於保護公益之必要，在一定範圍內有必要酌行擴大法院職權（裁量權），並不意味其時即可否定利害關係人（上開第三人）之程序主體權，而無須儘可能設法對該人賦予應有而相當之程序保障。（註四二）為此，在容許職權擴大之同時，應併針對事件類型之特性·需求，構思·設計其所適宜之程序保障方式，是即何以尚有需復將「程序保障」細分為「事前的程序保障」概念及「事後的程序保障」概念之原由。（註四三）循此，程序保障論所發掘而投送給學界之新課題是：今後宜遵循事件類型審理之法理（請回顧上述「參、一」之說明），依各該紛爭事件類型之需求，從立法論及解釋論上，判定對何類事件宜賦予「事前的程序保障」，而對何類事件則宜賦予「事後的程序保障」。在此意義上，民事訴訟法修正草案增訂第六七條之一承認職權通知制度，以充實事前的程序保障；又，增訂第五〇七條之一採第三人撤銷判決之訴，

以擴充事後的程序保障，均可被評價為程序保障論之立法上新開展，各值注目。

肆、結 語

向來，民事程序法學界及審判實務界往往集中精力於，僅就民事訴訟法條文為整合性、形式觀念性之解釋、運用，且一般論者多動輒認為：法院運作訴訟制度為裁判，係本於源自國家法之強制力，初無須多事深論如何尊重當事人身為訴訟制度使用者之立場，更不必多費心思於重新檢討法院與當事人間之應有關係；何況，兩造當事人間原處於利害對立之狀態，法官之裁判或程序運作縱使引發一造當事人之不滿，亦不足引以為奇，何必予以介意云云。處此狀態中，近十數年來，新程序保障論頗能凸顯、確立當事人所應有之程序主體地位，準此正視法院（國家）與當事人（利害關係人）間向來已然之關係，重建其間所應然者，並不斷延伸其適用範圍，大為改變學界之研究取向、重新啟發實務界之問題關心，終於推演成為民事程序法學之核心論題。從此角度觀之，程序保障論之倡言及拓深，實具有推動學說變遷史前進之重大意義。

於跨世紀之現階段，當一邊回顧上述開展，一邊前瞻程序法學之未來時，毋寧應謂，程序保障論已然成為民事程序法學之新據點，其相關學說發展史正將再行啟動。為此，在與程序保障論之關聯上，民事程序法學須再面對、克服之課題尚多，諸如繼續究明：到底程序保障之要求與其他程序法上基本要求（如：保障公正程序請求權之要求）間所應有之對應、互動關係為何？又與程序選擇權之法理互有何等關聯？為貫徹程序保障之要求，應否採用以受訴法院踐行心證公開（含：

表明法律見解) 程序為內容之審理方式? 在與程序保障論之關係上, 該種審理方式究應如何定性、定位? 在此類程序上, 當事人應否負一定之行為責任? 此項責任應以何者(對造當事人或法院即國家)為其對象?

〔註釋〕

註一：關於民事訴訟法研究(基金)會之成立緣起, 及其所具法學研究方法史上意義之重大性, 請參照邱聯恭「富有生命力的民事訴訟法學」(月旦法學雜誌第五期, 一九九五年)四六頁; 同「民事訴訟法學之回顧與展望」(法學叢刊社編·當代法學名家論文集, 一九九六年)一五一頁以下(收錄於本書第二六三頁以下); 同「民事程序法學之回顧與展望」(台大法學基金會·一九九五年刊, 一九九六年)二八頁; 民事訴訟法研究(基金)會編·「民事訴訟法之研討(→)至(↔)」(一九八六年、一九八七年、一九九〇年、一九九三年、一九九六年)(以下分別略稱為「民訴研討(→)」至(↔))之前言。

註二：關於程序保障論如何在我國被提倡及所涉問題層面之廣大, 請參照邱聯恭·前揭「民事訴訟法學之回顧與展望」一五五至一五七頁; 同·司法之現代化與程序法(一九九二年)(以下略稱「司法現代化」)一一六頁以下; 同「程序保障之機能——基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用肯定論之觀點——」(初出於一九八七年, 收錄於程序制度機能論——民事程序法之理論與實務第一卷, 一九九六年)(以下略稱為「程序制度機能論」)六三頁。

註三：關於程序保障論所關涉之個別問題, 請暫先參照邱聯恭·前揭「民事訴訟法學之回顧與展望」(見註一)一五五頁以下。

註四：請見筆者在民訴法研究會第一次研討會之發言及第三次研討會之論文報告即邱聯恭「突襲性裁判」(「民訴研討(→)」)一八頁、二七頁以下。

註五：請參照上述註三所引用之文獻。

註六：請見邱聯恭「突襲性裁判」(「民訴研討(→)」)四三頁、同「司法現代化」八六頁以下、一一一頁以下; 邱聯恭·前揭「程序保障之機能」六三頁以下、九五至九六頁。

註七：請見邱聯恭「值得當事人信賴的真實——基於防止發生突襲性裁判之觀點

批判形式的及實體的真實主義——」（初出於一九八二年，收錄於「程序制度機能論」）五頁以下；同·前掲「程序保障之機能」五頁以下；同·「司法現代化」一二〇頁以下、一二六至一二九頁；邱聯恭在民訴法研究會第三十二次及第四十二次研討會之析述（「民訴研討(三)」）四九〇頁、五一八至五二〇頁；「民訴研討(四)」三九七頁、四一〇頁）；邱聯恭「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」（同「司法現代化」）二六九頁；同「簡易訴訟之基礎理論」（同書）三二二頁以下。

註八：向來，我國民事訴訟法學界多欠缺應有之憲法上問題意識。關於此，請併參照邱聯恭·前掲「民事訴訟法學之回顧與展望」（見註一）一五四頁以下。

又，民事裁判之憲法化已成為晚近之世界性趨勢。關於此，請參照中野貞一郎「憲法と民事訴訟法——ゲルハルト・リュケ教授の所説に即して——」（同教授退官記念論文集·民事手続法の改革，一九九五年）三頁以下。

註九：屬於此類沿襲日本四十年前舊說〔即兼子一·民事訴訟法体系（一九五六年）三四頁〕之我國論者有如：駱永家·民事訴訟法上（一九七六年）一二一至一三頁；陳計男·民事訴訟法論（一九九四年）一〇至一二頁。

註一〇：請參照邱聯恭·前掲「程序保障之機能」九六頁；同「司法現代化」一二九至一三二頁。

註一一：德、日有關程序保障要求或聽審請求權之立論，係僅將其論據求諸於憲法上有關系爭權益之程序上保障規定或自己決定原則（請參照新堂幸司「手續保障論の生成と発展——民事訴訟法学の最近の動向——」（同·民事訴訟制度の役割——民事訴訟法研究第一卷，一九九三年）三二二頁；伊藤真「學說史からみた手續保障(一)」（法学教室二一號，一九八二年）二七頁；邱聯恭「司法現代化」一二三至一二五頁；中野貞一郎·前掲（見註八）六頁以下〕，並未充分意識到平衡追求程序利益以同時兼顧系爭外權益之基本權保障上必要性。

註一二：請見邱聯恭·前掲「值得當事人信賴的真實」四二頁以下；同「司法現代化」一二八頁。

註一三：請見邱聯恭「民事訴訟之目的——以消費者保護訴訟為例——」（程序制度機能論）一五六至一六四頁。

註一四：在我國學界，向來並未深論民事訴訟之目的為何，其左袒權利保護說所為立論，則同遭指向於實體真實發現主義之批判。關於此方面之評析，請見邱聯恭·前掲「程序制度機能論」，一六一頁及一九三頁內註三二之說明。

註一五：請見伊藤真·前掲（見註一一）二八頁；山木戶克己「弁論主義の法構造」（中田暹曆論文集(下)，一九七〇年）一頁以下。

註一六：關於信賴真實協同確定說（新突襲防止說）之論旨及其指向於其他辯論主義根據論之批評，請見邱聯恭「司法現代化」二二一至二二六頁；同·前掲

「程序保障之機能」一二〇至一二一頁內註一八之闡述；邱聯恭在民訴法研究會第三十九次研討會之析論〔「民訴研討四」二二一至二二四頁內註四〕

註一七：請參照伊藤 真·前掲（見註一一）二八頁。

註一八：關於晚近被倡言於日本之程序保障說（認為程序保障之賦予本身即為民事訴訟之目的云云之見解），有何等應受批判之處，請見邱聯恭·前掲「值得當事人信賴的真實」五八至五九頁內補註之論評；同前掲「民事訴訟之目的」一六四頁。

註一九：關於訴訟標的相對論之主旨及其加諸於訴訟標的論新·舊說之批評，請見邱聯恭在民事訴訟法研究會第四十一次研討會之論述（「民訴研討四」三二三頁以下、三二九至三三四頁）；同「司法現代化」二一一至二一七頁。

註一九之一：新修訂（二〇〇〇年二月九日公布後施行）之民訴法第四二八條第一項就有關簡易訴訟事件之訴訟標的表明，增訂「原告於起訴得僅表明請求之原因事實」之規定；此項規定並經同法第四三六條之二三規定為準用於小額訴訟程序。此類規定內容，亦可被評價為出自訴訟標的相對論所闡述之法理。此項新法，不要求原告須於起訴時就其請求先為實體法上定性以特定訴訟標的，實有助於保護簡易輕微事件之權利人，賦予其受相當之程序保障，藉以獲得平等使用訴訟之機會，應值肯定。因為，該類權利人在資力上或法律知識上，未必常有能力依舊訴訟標的理論為實體法上定性，而難自為訴訟標的之特定，終將因採該理論之結果致有被阻絕提訴機會之危險。況且，該理論不容許原告選擇以紛爭（可能涉及或不涉及數請求權競合之原因事實）之個數為單位特定訴訟標的，將使原告不得不將一個紛爭按其所涉實體法上觀點之不同，予以分段一再多次起訴，致蒙受額外之程序上不利利益，實不足以保障權利人平衡追求程序利益之機會。在此意義上，上開立法走向可謂亦係受我國之新程序保障論所影響。關於此，除前掲文獻外，併請參照「民訴研討四」四〇三頁；本書所收錄「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」一文內「貳、二、(一)(4)」之析論（本書九五頁至九六頁）；林望民「小額訴訟程序論之新開展」（月旦法學雜誌第十九期，一九九六年）四〇頁。

註二〇：自一九八〇年以來，筆者一再提倡信賴真實說，主張事實審理制度應以確定存於發現客觀真實與促進訴訟等二基本要求之平衡點上真實（值得當事人信賴的真實）為首務，不應仍如向來通說般固執於發現客觀（實體）真實〔請參照邱聯恭·前掲「值得當事人信賴的真實」一頁以下；同「司法現代化」一二八頁；邱聯恭在民訴法研究會第四十二次研討會之闡述——載「民訴研討四」三九七頁〕。此項立論不僅一方面可據以闡釋訴訟程序與非訟程序或訴訟外紛爭處理程序等互相間之相對、選擇關係〔請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十五次研討會之分析發言及其補註一、註二、註四之說明——載「民訴

研討(三)七二七頁以下；邱聯恭·前揭「程序保障之機能」六一頁以下；同「台灣における民事訴訟法改正の動向——日本法との主な相違点を中心にして」（ジュリスト九九九号，一九九二年）一二二頁至一二三頁；同「司法現代化」一三九頁、一四一頁；另一方面亦應據以拓深一般簡易程序及小額事件處理程序之法理基礎（參照邱聯恭「司法現代化」二六九至二七〇頁、三二二頁以下；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十二次研討會之分析發言及其補註六之說明—載「民訴研討(三)」四九〇頁以下）。

其後，巧合於上開筆者之立論（認為：小額事件程序之法理基礎不應在於追求發現客觀真實等內容之主張——前揭「司法現代化」二六九頁以下、三二二以下），最近日本有關研究小額事件程序之論者，已改變向來之見解，亦認為：就小額事件不應採用適合於發現客觀（實體）真實之審理方式，以免增多程序上花費云云〔請見平手勇治＝高世三郎＝若生朋美「小額事件の簡易迅速な処理に関する研究」（司法研修所編，一九九一年）三頁以下〕。

註二〇之一：我國係自一九八〇年代以後，倡議並開始研擬民事訴訟法修正草案增設小額訴訟程序，而完成該草案第四三六條之八至第四三六條之三五，關於其過程請參照邱聯恭·前揭「司法現代化」二六一頁以下；同「小額訴訟制度與簡易訴訟程序法」〔（一九八九年初出，載於司法院編·民事法律專題研究七（一九九一年）〕一〇〇頁以下；司法院編·司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(四)（一九九六年）五〇六頁至一〇七五頁。該等草案經完成立法程序後，增訂為民事訴訟法第四三六條之八至四三六條之三二，於一九九九年二月三日公布，其立法旨趣請參照本書附錄一。

註二一：參照楊建華「淺論我國非訟事件法與民事訴訟法」（法學叢刊一二四期，一九八六年）一六頁以下；民訴法研究會第一次及第二十三次研討會與會者之發言內容、旨趣，載於「民訴研討(一)」六頁以下、「民訴研討(二)」四八六頁以下。

註二二：關於程序法理二元分離適用論應受批判之缺失，請參照邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」（「民訴研討(二)」）四二九頁以下；同·前揭「程序保障之機能」六四頁以下。

註二三：請見邱聯恭·前揭「程序保障之機能」六五頁以下；同「司法現代化」二六六頁以下、三二二頁以下。關於民事事件類型審理必要論，併請參照本書所收錄「程序選擇權之法理」一文內註二之說明。

註二四：日本在此方面之問題關心，亦可供為參考。請參照伊藤 真·前揭（見註一一）三〇頁。

註二五：請見邱聯恭在民訴法研究會第四十二次研討會之析述（「民訴研討(四)」三九七頁、四〇九至四一〇頁內註三）；同·前揭「程序保障之機能」一一一

至一一二頁、一四四至一四五頁內註一三八。

註二六：關於如何依程序選擇權之法理，評估裁判外紛爭處理方式代替裁判方式之可能範圍，請見邱聯恭「程序選擇權之法理——著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程序法學」（「民訴研討四」）五八五頁以下（收錄於本書第二三頁以下）；同「仲裁契約之妨訴抗辯效力」（台大法學論叢第二二卷第一期，一九九二年）三二三頁以下（收錄於本書第二一五頁以下）。

註二七：在一九八〇年所辦民訴法研究會第一次研討會上，報告人（陳榮宗）及與會者就裁定有無既判力所為報告及發言，可謂係學界向來未曾對程序保障論有所認知之總說明、整理。關於此，請參照「民訴研討(一)」一頁以下。

註二八：請見「民訴研討(一)」一四至一八頁。

註二九：請參照王甲乙「判決理由之效力」（「民訴研討(二)」）一三五頁以下及民訴法研究會第十七次研討會之研討內容（前揭書一五二頁以下）；邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」（「民訴研討(二)」）四五一頁以下、四八一頁及民訴法研究會第二十三次研討會之研討內容（前揭書四八六頁以下）；許士宦「基準時後之撤銷權行使與遮斷效」（法學叢刊第一六三期，一九九六年）一二九頁以下及民訴法研究會第五十八次研討會之研討內容（同，一四四至一四五頁）（收錄於「民訴研討(六)」）三三三頁以下）；民訴法研究會第二十四次、第二十五次、第二十九次、第三十三次及第三十六次研討會之研討內容一分別載於「民訴研討(二)」五六〇頁、五七八頁；「民訴研討(三)」二八至二九頁、三二三頁內註八、六一四頁；「民訴研討(四)」六三頁及本文內上述註二所列文獻。

註三〇：有關裁判效力正當化根據之日本程序保障論，請見新堂幸司·前揭（見註一一）三四〇頁、三四四頁；同·民事訴訟法（一九七四年）四〇六頁；伊藤真「学説史からみた手続保障(二)」（法学教室二二號，一九八二年）二三頁以下；福永有利「紛争解決と民訴法学五〇年」（法学教室一七九號，一九九五年）三四至三五頁。

註三一：請參照註二九所列文獻中，新程序保障論者在歷次研討會之闡述。

註三二：見註一九所引文獻。

註三三：見邱聯恭「突襲性裁判」（「民訴研討(一)」）三九頁以下；同·前揭「值得當事人信賴的真實」五頁以下、二五至二六頁；同「司法現代化」一二一頁；邱聯恭在民訴法研究會第十七次研討會之評析（「民訴研討(二)」）一六一頁以下）。

註三四：參照高橋宏志「既判力(一)」（法学教室一四一號，一九九二年）九一頁以下。

註三五：最高法院有關判決理由中判斷具拘束力（爭點效）之判決先例，亦有宜

從新程序保障論者所提防止突襲之觀點，重新評估其妥當性或射程距離者。以最近新出同院八四年度台上字第二五三〇號判決（載司法院公報第三八卷第四期一二〇頁）為評析例而言，關於其所示「法院於確定判決理由中，就訴訟標以外當事人主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果，已為判斷時，除有顯然違背法令之情形，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外，應解為在同一當事人就與該重要爭點有關所提起之他訴訟，法院及當事人對該重要爭點之法律關係，皆不得任作相反之判斷或主張，以符民事訴訟上之誠信原則。」等判旨，尚有從下述角度加以評析之必要：

該判旨所謂「本於當事人辯論之結果，已為判斷時」之「判斷」，是否應限於「對當事人不隨伴發生突襲之判斷」，而不包含突襲性判斷在內？為貫徹防止突襲性裁判之要求，在受訴法院之「判斷」內容雖係本於兩造辯論之結果，卻採用辯論中兩造所忽略之法律觀點時，法院基此所下「判斷」既屬法律適用之突襲，是否不應對當事人發生如上開判旨所示效力？

為防止該類突襲性裁判，以充足承認上開效力（爭點效）之前提要件，應否要求受訴法院於辯論終結前，踐行公開心證（表明法律見解）之程序？應否以此項程序之踐行，作為承認法院「判斷」具有上開效力之要件？

為處理上述問題，請併參照邱聯恭「心證公開論」一文（收錄於本書）。

註三六：從民訴法研究會第十四次研討會（一九八四年）之報告人（陳榮宗）及與會者就有關代位訴訟之判決對債務人有無既判力之報告、發言（「民訴研討(一)」四頁以下、二五頁、三二頁、四〇頁），亦可察知：向來學界及實務界均未正視應從程序保障之觀點，探討判決效力主觀範圍擴張之問題。此項疏漏省思觀點之現象，且延續至民訴法研究會第三十六次研討會（一九九〇年）報告人（陳榮宗）及多數與會者就婚姻無效與股東會決議無效之判決效力可否擴張於訴外人一事所為論文報告及研討中（「民訴研討(四)」三頁以下）。

註三七：關於新程序保障論者所指向於向來論說之批判，請見邱聯恭在民訴法研究會第十四次研討會之闡述（「民訴研討(一)」三三頁以下）。

註三八：關於此種批判論如何由新程序保障論者逐步拓深，又如何隨著多次民訴法研討會之舉辦而急速擴大其問題探討之層面及批判對象各節，請見邱聯恭在第八次、第十六次、第十八次、第二十四次、第三十六次、第四十八次、第五十一次及第五十四次研討會之析論，分別載於「民訴研討(一)」二四八頁、「民訴研討(二)」一二二頁、一二六頁、二一八頁、二三五頁、五五五頁；「民訴研討(四)」三四頁、三七頁以下、七四三頁以下；法學叢刊第一五七期一三〇頁以下（收錄於「民訴研討(五)」二二一頁以下）、法學叢刊第一五九期一五八頁（收錄於「民訴研討(六)」七〇頁）。

又請參照王甲乙「當事人適格之擴張與界限」（法學叢刊第一五九期，一

九九五年)一二六頁(收錄於「民訴研討^(六)」一頁以下);許士宦民訴法研究會第四十次研討會之發言(「民訴研討^(四)」七三七頁)。

註三九:併請參照邱聯恭·前揭「民事訴訟法學之回顧與展望」(見註三)一七三頁;同「新世紀民事程序法建制之基本課題」(程序制度機能論)二二九至二三〇頁內註二八之說明;「民訴研討^(四)」七六一頁內註一之分析。

註四〇:請見邱聯恭·前揭「程序制度機能論」,二三〇至二三五頁;同「第三人訴訟參與之多重功能」(「民訴研討^(四)」)七六一至七七一頁。又,立論之基本觀點雖與筆者不盡相同,亦就第三人訴訟參與制度加以探討之論文,請參照陳計男「第三人訴訟參與之研討」(「民訴研討^(四)」)七〇九頁以下)。

註四一:關於此方面當事人適格擴大論與程序保障論之關係,請參照邱聯恭「當事人適格擴大論所涉程序法上問題層面」(法學叢刊第一五九期,一九九五年)一五八頁(收錄於「民訴研討^(六)」八八頁以下)。

註四二:請參照邱聯恭「司法現代化」一二三頁、一三二至一三三頁。

註四三:請見邱聯恭·前揭(見註四一)一五九頁;邱聯恭·前揭「程序制度機能論」二三一至二三二頁。

【原載月旦法學雜誌第十九期,一九九六年。收錄於本書時,經補加部分註釋。】

程序選擇權之法理

——著重於闡述其理論基礎並準以
展望新世紀之民事程序法學——

壹、緒言	25
貳、民事程序制度健全化・現代化之指標	26
一、正視紛爭事件類型之多樣化及裁判機能觀之遞變	26
二、提昇使用者對程序制度內容及其運作之信賴度・ 信服度・接納度	28
三、追求確定發現真實與促進程序之平衡點上「真實」 即「法」	30
參、程序選擇權之法理基礎	33
一、程序選擇權之根據	33
二、程序選擇權係確定「真實」・發現「法」之手段	35
肆、程序選擇權論之指導原理性及運用	39
一、評估裁判外紛爭處理方式代替裁判方式之可能範圍	40
(一)擴充仲裁程序之適用範圍	40
(二)擴充其他紛爭解決方式	42
二、合意選擇法官之必要性及可行性	42
三、關於本案訴訟審理之程序選擇	43
(一)容許合意選擇審理之基本原則	43
(二)前導訴訟指揮及闡明活動	47
(三)賦予選擇管轄法院之機會	50
(四)前導採擇認定事實之方式	53
伍、結語	54
※註釋	58

壹、緒 言

在即將進入二十一世紀的現代，應如何重新檢討向來的民事程序法學理論、如何改革民事程序法制並健全其相關之實務運作，始能因應今後社會生活之多樣化·快速化·資訊化及價值觀多元化等需求，已然成為緊要的課題。為克服此類課題，應探討：在紛爭處理·解決過程（如：訴訟程序、仲裁程序、交涉談判過程或調解程序），勞力·時間·費用之節省或避免付出，對紛爭當事人、其代理人（含：訴訟代理人）、程序關係人（如：證人、鑑定人）及程序制度運作者（如：法官、仲裁人、調解人）等而言，在民事程序法學上具有何種意義、作用？其所及於程序保障論或訴訟審理制度目的論之影響為何？

在利用民事程序制度以實現私權（貫徹實體法規範）、解決紛爭之過程，向來有所謂發現真實（獲取實體利益）與促進程序（就訴訟審理程序而言謂為促進訴訟、獲取程序利益）等基本要求。由於此等基本要求往往處於二律背反或緊張而互為消長之關係，所以在強調應設法滿足此等要求之同時，也應探討：究竟在何情況下應優先滿足其中之何者？是否應先致力於謀得該等要求之平衡？對於其間優劣順位之擇定，應否及如何賦予紛爭當事人參與其事之機會？此時，應否及如何重新檢討·調整實體法與程序法之關係？為滿足上開基本要求所設立或供為使用之程序，是否恆應以客觀實體法為準據？其程序所應準據或所應發現之「法」及所尋求之「正義」究何所指？

另一方面，自由心證主義自一八七七年經德國引進於其民事訴訟法中，而於其後被移植於我國民事訴訟法以來，有關法官心證形成過程·事實認定過程之研究，至今仍是相當不充分。亦即，正如從各家

的教科書或論著所可窺知般，向來有關民事程序法學、民事法學的研究，每偏重而集中於就解析表一中 a、b 系列所例示之權利為抽象性的論述，而殊少深入探討：如同表中 c、d、e、f 系列所示事實、證據與 a、b 系列權利之關連性及其間之互動關係等事項。可是，實際上，在適用自由心證主義為審判之過程，經驗法則每發揮決定性之作用。亦即：經驗法則雖非法律，卻在解釋·適用法規、闡明法概念時，發揮媒介結合法規（大前提）與事實（小前提）之重要作用。又，在事實認定過程，就主要事實·間接事實之推定（推認）、證據方法之取捨、證據資料所具證明力之判斷等場合，經驗法則均發揮相當之作用。因此，應探討：在經驗法則之選用過程及「法」之尋求·發現·適用過程，應否及如何保障當事人有相當之參與機會？此亦為二十世紀所殘留下來，而為二十一世紀的民事程序法學所必須面對的基本課題。

貳、民事程序制度健全化·現代化之指標

一、正視紛爭事件類型之多樣化及裁判機能觀之遞變

隨著社會經濟情勢之急速變遷，民事紛爭事件之質、量亦多異於往昔，且在型態·內容上益趨於多樣化·複雜化。此種變化，不但實際上擴大了紛爭解決過程之困難度；同時，由於一般國民之權利意識已然更為高漲，終於也導致民事訴訟事件之激增，而加重了法院之業務負荷。（註一）面對於此，為將有限之司法資源公平分配於各種或個別之民事事件，合理減輕法官之工作負擔，並避免權利人因程序制度之使用致蒙受難與其所追求之實體利益（因客觀真實之確定、系爭

實體法上權利·地位之實現所可獲得之利益)相均衡之程序上不利益(因程序制度之利用所額外支出之勞力、時間或費用),如何針對事件類型之特性·需求,依其究屬權利義務確定追求型、合目的性·妥當性判斷追求型、集團處理追求型、簡速裁判強烈追求型、法律外專業知識判斷追求型和諧關係維持追求型等等,分別妥為建構、選用各該類型事件所適合之程序制度·程序法理,乃成為緊要之課題(註二)。

再者,社會經濟情勢之變遷,另亦引發裁判機能觀之遞變。亦即,在現代,人民不僅止於期待·要求民事裁判發揮解決紛爭之機能;並也需求其發揮一定程度之形成政策機能。(註三)此事意味:如今,關於民事程序制度及紛爭解決方式之省思,已不應仍如往昔,僅將視野侷限於固有的訴訟事件類型,且不應單從近代之裁判機能觀,將法院定位為純解決紛爭之國家機關。而應同時正視新生之現代型事件類型,併立足於現代之裁判機能觀,認明法院同時亦扮演政策形成者之角色。(註四)蓋以就近代法治國家而言,裁判乃是適用法律而宣示「法」之所在及其內容為何之司法作用,係以固有的訴訟事件為主要對象。在此種裁判之過程,法院所運作之審理方式,原則上祇要其能有助於法官循三段論法的涵攝模式,責由當事人主張·舉證該當於某實體法規之要件事實(主要事實)存否,並在兩造所爭執的範圍內,以之為爭點事實而據以裁判,即屬已足。可是,時至現代,就實體法上經非訟化之情形及現代型訴訟事件而言(如解析表二)(註五),由於其相關事證之蒐集多有困難或需多勞費,其爭點事實之掌握或裁判之作成,如不選用可資以蒐得諸多相關間接事實或有助於節省勞費之程序制度,將動輒招致程序上不利益,而難作成符合費用相當性原理之裁判。

其實,縱使在上述適用法律而為裁判之情形(如近代法治國家之

裁判)，由於「法」與「事實」原常牽連難分（註六），以致受訴法院常須一面解釋實體法，一面認定事實而同時適用法律。並且，在此種審判過程上，法官往往須利用間接事實（徵憑、情況證據）始能推定（推認）主要事實（要件事實）之存否或阻止其推定。因此，受訴法院於為本案審理時所應掌握者，除上述要件事實以外，每亦及於關連之間接事實。否則，將難達成迅速而正確之裁判。何況，隨著社會生活之複雜化，不僅就現代型訴訟事件，即使就固有的訴訟事件而言，其相關之間接事實（事實群）已然越呈現多樣化之形貌，以致因其掌握非易，而有動輒造成程序上不利益之危險。為防免、減輕此類危險害及當事人之財產權、自由權，如何充實、選用有助於達成該項目的之程序制度或紛爭處理方式，亦屬重要課題。

二、提昇使用者對程序制度內容及其運作之信賴度、信服度、接納度

向來，一般論者或多認為，紛爭之訴訟上解決係因法院所下裁判具有源於國家法之強制力（對於訴訟當事人甚至一般第三人之拘束力）所獲致，初不必深論其當事人或關係人（尤其是因裁判之結果受不利影響之人）是否滿足於裁判內容，判決本身恒可發揮解決紛爭之功能；何況，法院之裁判原以兩造當事人間存有對立之利害及互不相容之主張為本案審理之前提，進而駁斥其中一造並容認他造之利益主張，在此種制度構造下，縱其隨伴引發一造當事人對裁判之不滿現象，亦屬人情之常，何足為奇，應無須為此多費心思探究如何消除程序制度使用者（指：訴訟當事人或一般國民即全國納稅人）對裁判之不滿云云。可是，此類見解，並未同時擴展視野於下述論點，尚有商榷之餘地。

亦即，事實上，人民對於裁判制度越感不滿，則將越趨向於逃避

其使用。此種現象之增多，必將阻礙裁判制度之安定或健全發展，終將造成其解決紛爭功能萎縮、法院之存在意義逐漸減低或喪失等結果。

（註七）並且，誠如歷來之實務驗證所顯示，訴訟當事人對於其曾親自參與之裁判過程越能信服・滿足，則其自動自發順從裁判內容所示紛爭解決方案之機率亦恒屬愈高，此乃當事人愈能接納裁判結果之表徵。其適例如：在能使敗訴者信服於裁判之範圍內，其提起上訴之比率恒屬較低；又，在當事人間達成和解之情形，較諸經判決之場合，其自動履行率常屬更高。（註八）何況，再以給付判決之情形為例而言，如僅動輒強調其終可成為執行名義，而據以強制對於裁判未能信服者為履行，則難免因採行執行程序之故，致更增多勞力、時間、費用之額外付出，並加深關係人間之不必要摩擦、衝突。其程序之採行，實同時意味該裁判尚難謂已圓滿實現權利・正義。此類情事之發生，存在，正顯示其紛爭仍不能在平和中獲得解決，其受訴法院所為審判程序之運作，畢竟尚未能謂已到達法律制度之理想狀態。（註九）因此，在構思如何充實程序制度之際，自不應僅以本案判決可能具有執行力或既判力為由，遽認為訴訟制度已充分發揮其解決紛爭之機能。換言之，致力於經由程序制度之設計及運作，促使當事人更加信賴・信服・接納裁判或其他紛爭處理之結論，進而自動自發順從其中所示內容為履行，仍屬值得追求達成之目標。

基此認識，為提昇裁判制度或其他紛爭解決制度之使用者對裁判或紛爭處理過程及其結果之信服度・接納度，並使程序制度充分發揮其應有之機能，追求達成其理想目標，今後除應探討裁判形成過程之特質，以便更深入了解程序制度使用者對裁判之滿足度，究竟與程序制度之機能發揮，尚有何等本質上關連以外，也應從實踐的觀點，認真檢視向來的程序制度存有何種未能充分獲得使用者信賴之缺失，進而予以彌補，並增設、充實有益於促使當事人接納・信賴之訴訟程序

內容及其他紛爭解決方式。(註一〇)

三、追求確定發現真實與促進程序之平衡點上「真實」即「法」

憲法在承認國民主權之同時，亦保障國民享有自由權、訴訟權、財產權及生存權。依據此等基本權之保障規定，在一定範圍內，應肯定國民之法主体性，並應對於當事人及程序之利害關係人賦予程序主体權（程序主体地位）。此即所謂程序主体性原則，乃立法者從事立法活動、法官運用現行法、及程序關係人（含訴訟當事人）為程序上行為時，均須遵循之指導原理。在適用此項原理之程序上，其程序之當事人及利害關係人，不應淪為法院審理活動所支配之客體。準此原理，應賦予對程序之進行有利害關係之人相當之程序保障。亦即，就關涉該人利益、地位、責任或權利義務之審判程序，應從實質上保障其有參與該程序以影響裁判形成之程序上基本權；而且，在裁判作成以前，應保障該人得能適時、適式提出資料、陳述意見或為辯論之機會；在未被賦予此項機會之情況下所蒐集之事實及證據，應不得逕成為法院作成裁判之基礎。(註一一)

準據上開原則，以訴訟程序之運作為例而言，訴訟當事人即程序主体不僅可請求受訴法院實現其實體利益；亦可請求法院維護其（當事人）程序利益（因簡速化程序之利用或避不使用煩瑣、乏實益之程序，所可節省之勞力、時間或費用）。亦即，法院之審理活動應以能兼顧滿足發現真實與促進訴訟等二基本要求為追求之理想目標。(註一二)為此，受訴法院對於當事人一方面應賦予發現真實（追求實體利益）之機會，一方面則應同時賦予其有促進訴訟（追求程序利益）之機會。倘法院未賦予當事人相當之機會，俾其得能藉以提出有助於

發現真實之攻擊防禦方法，則該審理活動即屬對該當事人（因未被賦予該項機會致蒙受實體上不利益之當事人）造成發現真實的突襲。又，倘法院未賦予當事人相當之機會，使其可用以提出助益促進訴訟之資料，則該審理活動即屬對該當事人（因未被賦予該項機會致遭受程序上不利益之當事人）造成促進訴訟的突襲。此類發現真實的突襲及促進訴訟的突襲之發生，均有害於當事人之程序主体地位，應設立並運用相當之審理程序予以防止。（註一三）

應特別指明者，訴訟程序之進行倘未能及時避免發生程序上不利益，而造成勞力、時間或費用之額外付出，則不僅對於系爭之實體上利益，同時也將對於系爭標的外之財產權或自由權，有所減損、消耗或限制，係有害於憲法所保障之基本權，應非所許。因此，受訴法院於運作訴訟程序時，必須兼顧當事人之實體利益及程序利益，予以等量齊觀，並賦予當事人有平衡追求此二利益之機會。在此意義上，發現真實之要求並非恒處於最優位，受訴法院之審理活動應以追求確定發現真實（客觀真實）與促進訴訟等二者之平衡點上的「真實」即「法」為首要目標。（註一四）是乃事實審理之制度目的。在追求達成此項目標之程序上，法院既然被要求應致力於謀得上述二種利益之平衡，實即同時意指：應肯定一般人民及訴訟當事人對國家有適時審判請求權，應被賦予受適時·適式審判之機會；並且，在無害於公益（全國納稅人之利益）之一定範圍內，應被承認程序選擇權（併請參照下述「參」之闡述），得據此請求法院選用較有助於平衡追求實體利益及程序利益之程序。（註一五）

又，上述程序主體性原則及事實審理制度目的論，因其法理基礎具有基本權性，除應適用於建構訴訟審理方式以外，同時也應準以省思、設計、運作其他紛爭解決制度。例如，上開立論，一方面應準以闡釋、檢討訴訟程序與非訟程序或其他（訴訟外）紛爭處理程序（如：

仲裁程序)等互相間之相對・選擇關係；另一方面亦該據以拓深小額事件處理程序之法理基礎。

要之，今後，關於民事程序制度之構思、設計及運作，應致力使其具有助益於保障當事人平衡追求上開二種利益之程序內容。並且，應準照上開觀點，重新檢討實體法與程序法在今後社會之對應・互動關係，而不宜無條件將系爭實體私權之保護列為民事訴訟制度運作之唯一・首要目的。從而，未充分顧慮當事人之程序利益及選擇程序之意願，竟片面認為恆應優先追求發現客觀真實（獲得實體利益）之見解（註一六）；又，未充分兼顧當事人之實體利益及選擇程序之意願，卻一味強調促進訴訟應優先於發現客觀真實之態度（註一七），均難令人無疑。何況，上開二種利益相互間之優劣輕重，尚有依事件類型審理論，視各類事件之特性・需求，分別予以判定而均衡追求之必要。（註一八）例如，就強烈需求簡速裁判之事件（如：小額輕微事件或一般簡易事件）而言，依費用相當性等原理，不僅為保護當事人之私益，尤其為公平賦予其他一般人（納稅人）亦有平等使用程序制度之機會，在維護此項公益所必要之範圍內，促進程序之要求有應優先於發現真實之要求者（併參照民事訴訟法第四二七條第三項（容許合意選用簡易程序以優先追求程序利益）及第五項（就案情非繁雜或訴訟標的金額不鉅之事件，不容許其改用通常程序）之立法旨趣——寬認適用簡易程序之可能範圍以優先追求促進訴訟之立法目的）。可是，與此類事件相較，就固有的訴訟事件類型（如：有關不動產所有權存否之確認訴訟）而言，則不盡然。亦即，關於此種事件之審理，除非當事人間有選用簡易程序之合意，原則上宜優先適用較有助於發現客觀真實（達成正確裁判）之通常訴訟程序。同時，在審理此類事件之程序上，尚應依上開保障程序主體地位、適時審判請求權等法理，賦予當事人有平衡追求實體利益（發現客觀真實）與程序利益（促進訴

訟)之機會。(註一九)

參、程序選擇權之法理基礎

一、程序選擇權之根據

依上所述國民之法主體性、程序主體性原則及程序主體權等原理，紛爭·程序當事人即程序主體，亦應為參與形成、發現及適用「法」之主體；應受適時審判請求權及公正程序踐行請求權之保障，俾其實體利益及程序利益不致受程序制度之運作、使用或未能予以使用所減損、消耗。因此，立法者及法官均應對於程序關係人，就關涉該人利益、地位、責任或權利義務之程序利用及程序進行，賦予相當之程序參與權及程序選擇權，藉以實現、保障程序關係人之實體利益及程序利益。亦即，程序制度之制訂者（立法者）及運作者（如：法官），不僅應致力於保障程序關係人之實體利益，也應防免對其造成程序上不利利益（因未獲有相當機會使用簡速化或避不使用無實益之程序制度所額外付出之勞力、時間或費用），藉此使其有平衡追求實體利益及程序利益之機會，而避免發生減損其系爭財產權、系爭標的外財產權或無端限制其自由權等情事。此項機會之賦予，實為貫徹程序保障之基本要求所必須。

基於上開法理，成為程序主體之當事人，不僅應有實體法上處分權，並應被肯定享有相當之程序法上處分權（程序處分權），藉以一方面基於其實體法上處分權，決定如何處分各該系爭之實體利益（實體權利）；而另一方面則本於其程序處分權，在一定範圍內決定如何取舍程序利益，以避免因其程序之使用，進行招致減損·消耗、限制

系爭實體利益或系爭標的外財產權、自由權之結果。蓋以程序上不利益之發生，實無異於消耗系爭之實體利益，並減損系爭標之外之財產權，而有害於行使權利之自由，自應設法予以防免。（註二〇）

從而，為了保障並強化當事人之程序主體地位，使其有機會避免或減輕因系爭事件之審理招致上述不利益，應認為：民事訴訟法承認處分權主義之目的，非僅為了貫徹保障當事人對系爭實體權即財產權之支配權能；亦係為了使當事人有機會藉此追求程序利益（有機會利用處分權主義致力於減少發生上述程序上不利益），以同時維護其受憲法所保障之系爭外財產權、自由權等。在此意義上，不應認為處分權主義之採用僅係基於私法自治原則之貫徹，而應同時尋求其採用之根據於上述程序主體權。就此而言，處分權主義乃確保程序主體權之一手段。（註二一）至於在貫徹憲法上其他保障規定或程序法上其他基本要求所必要之範圍內（如：為了排除對社會秩序或公共利益之妨害所必須之範圍內；或為了保護他人平等使用訴訟制度之機會，以因應訴訟集團現象所必要之範圍內），處分權主義可能例外受相當之限制，則屬另一問題。

循此而論，向來認為僅應求處分權主義之根據於私法自治原則之一般見解，以及認為不應求其根據於憲法上財產權及自由權之見解，均有值得商榷之餘地。不僅如此，求處分權主義之根據於有關財產權、人格尊重、自由權等憲法上保障規定之論者，並未如上所述充分意識到，應將視野擴展於兼顧系爭外財產權、自由權等之保護必要性，致未留意上述程序利益之追求（程序上不利益之避免）亦屬處分權所能及之範圍，尚有論點不夠周延之憾。並且，在保障、鞏固上述程序主體地位所必要之範圍內，應適度緩和、調整向來所謂之任意訴訟禁止原則。（註二二）（註二二之一）

依上認知，民事程序制度之創設、擴充及運作，必須兼顧程序關

係人之實體利益及程序利益，予以等量齊觀，並賦予當事人有平衡追求此二利益之機會。在此意義上，民事程序制度應以追求確定存在於實體利益與程序利益之平衡點上的「真實」即「法」為首要目標，並應在無害於公益（全國納稅人使用程序制度之利益）之一定範圍內，賦予人民及程序當事人有程序選擇權，俾其得有機會選用較有助於平衡追求實體利益及程序利益之程序制度（紛爭解決制度）（註二三），而確保・鞏固其程序主體地位。

綜上說明，程序選擇權之承認，係源於上述意義之處分權主義及程序處分權之法理，而有益於強化程序主體權。此項程序選擇權之法理，應成為立法者制訂程序法及法官解釋現行法、運作程序制度之前導。並且，程序選擇機會之賦予，實即意味保障人民及當事人更有機會參與程序以影響「真實」之確定、「法」之發現及裁判之形成，藉以伸展國民之法主體性。在此意義上，國家應充實、健全相關之程序制度，俾使紛爭當事人不致於為了追求確定客觀真實而不得不蒙受過大之程序上不利益，並使其於發現真實・尋求「法」所在之過程，獲得相當之機會，可藉以避免或表明如何防止過大或不甘願之勞費付出。

二、程序選擇權係確定「真實」・發現「法」之手段

事實上，現行法上已有種種制度設計，可被評價為上述意義的程序選擇權法理之具體化，卻未為向來之程序理論所充分認知。以法律（如：仲裁法第一條以下、證券交易法第一六六條）所承認之正式仲裁程序為例而言，其賦予紛爭當事人有合意選用仲裁制度或訴訟（裁判）制度之機會，實即保障當事人得選擇循訴訟程序或仲裁程序確定「真實」、尋求發現「法」。並且，在法官非必恆較仲裁人受當事人信賴之情形，或就特需憑法律以外之專門知能為判斷之某些類型事件

（如：涉及證券交易、國際貿易或科技產品瑕疵之紛爭事件），法官非必常較仲裁人具有處理該類事件所需要之知能等情形，倘強求當事人循訴訟程序解決紛爭，將非必恒有助於當事人追求實體利益（發現真實、正確裁判）及程序利益（促進程序、迅速裁判）。（註二四）毋寧是，在程序選擇權獲得保障之前提下，循仲裁程序所尋得的「法」（由仲裁人憑其非必同於職業法官之專業知能所確定存在於實體利益與程序利益之平衡點上的「真實」、「法」），較諸在未賦予該項保障之情況下，令使當事人循訴訟程序所尋得的「法」（由職業法官憑其法律專業知識所確定之「真實」、「法」），更具有期待、要求當事人接納、信守之法理基礎。蓋因前者（循仲裁程序所尋得的「法」）係以當事人選擇程序之意願為基礎，較能平衡兼顧當事人之實體利益及程序利益，而有助於鞏固當事人之程序主體地位及保障適時審判請求權。

申言之，一般當事人之所以選擇循仲裁程序而放棄循訴訟程序解決紛爭，常由於有意借重仲裁具有較切合、較能滿足其個案需求之機能，此類機能每較有助於追求程序利益或作成較具合目的性、妥當性之判斷。（註二五）亦即，當事人為達成仲裁合意，實際上已先較量仲裁程序與訴訟程序所涉實體利益及程序利益之大小輕重，終於有所取捨而作成決定。此種合意，係兼以程序之選擇、處分為對象內容，而含有處分程序之性質、作用，並非僅以系爭標的（財產權）為其處分之對象。此種捨訴訟而取仲裁為解決紛爭手段之行為，在民事訴訟法採用處分權主義並就程序之開始承認當事人進行主義等前提下，原為法所容許，且符合無訴即無裁判、無訴求即無法官之原理（註二六）。此種有關選用、進行程序之合意，乃國家法即程序法所認程序處分權（程序法上處分權）之一種行使形態，非僅就系爭標的（實體私權）行使實體法上處分權而已。此時，當事人間之合意，係屬平衡