

# 程序利益保護原則

邱聯恭等

研 討 次 別：民事訴訟法研究會第八十三次研討紀錄  
報 告 人：邱聯恭  
時 間：民國九十一年十二月十五日下午二時三十分  
至五時三十分  
地 點：台灣大學法律學院第十六教室  
主 持 人：范光群  
參 加 討 論 人：陳榮宗 姜世明 曾華松 黃國昌  
呂太郎 雷萬來 林望民 鄭傑夫  
陳石獅 王甲乙 沈冠伶 許士宦  
張特生 陳計男 張文郁 范光群  
姜炳俊 廖蕙玟 吳明軒 楊淑文  
(依發言先後序)  
紀 錄 人：林呈樵

壹、程序利益保護論所提示之課題

一、程序利益保護論之提倡

二、程序利益保護論所提示之課題

貳、程序利益保護原則之採認

一、活化處分權主義運用之程序利益保護原則

二、指引運用自由心證及法評價之程序利益保護原則

參、程序利益保護原則之合目的運用

一、當事人行為及律師活動之目標設定

二、法官權限行使之程序利益保護取向

肆、展望

范光群：

主講人即報告人、還有今天來參加研討會的各位老師、各位同學，以及各位女士、先生。我想，由於時間關係，我們現在就開始我們第八十三次的研討會。今天的報告人是邱聯恭教授，題目是「程序利益保護原則」。我們討論時間按照預定是三個小時，應該是一百八十分鐘，我們還是沿襲往例，由報告人講五十分鐘，這五十分鐘如何運用，由報告人自己來支配。其餘的一百三十分鐘，我看今天到場的會員就有十三位，所以我想，按照過去是每一位發言十分鐘，我想今天可以縮短一點，縮短為九分鐘，希望能依規則來進行。現在就請邱教授來報告。

邱聯恭：

主持人范教授，各位教授、各位女士、各位先生、各位同學，今天是本研究會第八十三次研討會，由我個人來報告「程序利益保護原則」這個題目。首先要向各位說明的是，由於今天的報告，大概在兩個禮拜以前，都以書面掛號限時送達各位教授的手上，所以剛才主席雖說要給我五十分鐘，我想盡可能在二、三十分鐘左右讓它結束，但他說五十分鐘怎麼運用可由我決定，那我就把剩的時間挪到最後做討論時之用。因為今天我最大的希望，是希望與會的各位同仁能夠針對具體的問題，做比較深入的、而不是抽象的討論，所以需要一些時間。如果這樣可以的話，我首先想要向各位說明今天論文報告的動機跟目的。

各位應該也都察覺到，我國的學界，尤其是民事法學界，也就是民法學跟民事程序法學界，以及司法界的法官、律師，目前所共同面對的一個非常緊迫而且基本上具重要性的課題是：在一九九九年二月三日以及二〇〇〇年二月二十一日我們民事訴訟法做了空前未有的大

修正，是就自一九三〇年（民國十九年）在中國大陸制定施行的向來民事訴訟法，進行空前未有的大修正。並且除了這兩次空前的修正之外，今年九月間由司法院送請立法院目前審議中的民訴法，還有兩百〇三個條文等待修正通過。面對這樣空前未有的大修正，在二十一世紀初年的今日，我們各界所疑問的是說，到底民事訴訟法做了七十幾年來空前未有的大修正，其理論思想背景為何？還有，大修正的內容既然跟七十年前制定時不一樣，當時在大陸是採取抄襲性的繼受外國法，是從西歐社會的法制幾乎大部分翻譯過來，有一部分是翻譯自日本的。由於舊法幾乎都是抄襲性繼受外國法，所以在今天，各界也提問：到底我們的大修正是否具有獨特性？是否依照我國本土所要達成的目的、本土社會需求來制定具有某程度獨特性的民訴法？這恐怕也是各界共通想要知道的一個問題。而且，經空前大幅修正以後，今後到底要如何來解釋、適用這部已經修正施行的民事訴訟法？其指導原理、基本方針何在？也有這樣的疑問。對於民事訴訟法學的研究者而言，也遇到一個空前的課題，就是說大幅度修正以後的民事訴訟法對於訴訟法學的今後研究取向，應該發生什麼樣的影響？並且，其今後的相關立法論、修法論還要不要有所調整、修改呢？關於這樣的立法論或修法論應該如何來展開？這些都是重大的課題。正因為這樣，所以本人延續在本會第七十二次研討會的報告及討論，基於同樣的問題關心，針對最近兩次的大修正，以及立法院審議中的修正草案，將其作為研究的題材；從那裡邊來評析：到底新法所確立的原理原則，或者其修正的思想背景為何？這樣的問題是近年來配合法律的修正所需要去了解的、所需要去進行的研究工作的一個環節。所以今天先提出向各位報告、說明。況且，今天有四位大陸來訪的民訴法研究者也與會，對於這四位同好而言，今天所設定的論題，似乎也相當適合海峽

兩岸學者共同研討的。

不過，因為今天事先寄給各位的論文書面裡面，某程度已經有所詳述、交代，並且論文的最後也提到，關於今天的論文，是刊登在月旦法學教室連載中，所以我想現在不要再花費各位太多時間，今天主要是想針對下面幾個基本問題請教各位，而進行共同研討。也就是說，首先是到底什麼叫做「程序利益保護原則」，它的意義為何？這個程序利益保護原則，是不是應該成為民事訴訟法或廣義的民事程序法所應該採為立法論、解釋論的前導法理？如果應該是的話，那麼它的法理基礎、法理依據何在？簡言之，想請討論：第一，什麼叫程序利益保護原則？第二，要予以採用的話，其法理基礎何在？第三，上開民事訴訟法的修正，是不是已經採認了這樣的原則？果然，今後到底應該如何來解釋、運用修正後的新規定？本文裡面所例示的，它的妥當性如何？其中有沒有值得再重新檢討的地方？第四，如果現行法已經採認這樣的原則，今後到底還會繼續、或者應該繼續面對、克服哪些新的課題？關於這一部分，本人在論文書面的結論也稍微有所整理，併此請各位指教。

就上面所提這幾項問題來講，個人以為在民事訴訟法上應該採認所謂程序利益保護原則，也就是說，有關包含訴訟制度在內的民事紛爭處理、解決制度的設計（立法）、運用（法官、律師如何運作制度）以及利用（紛爭當事人如何使用程序制度），都應該指向於促使同一或相關聯的紛爭（不必是同一訴訟標的）之處理、解決程序，盡可能致力於減少其所伴生之勞費付出。亦即，應使紛爭當事人（不是只指訴訟當事人，尚包含使用仲裁、調解程序之紛爭當事人）盡可能少勞力、時間、費用的浪費或付出。也就是說，在致力於系爭的實體權利、實體利益的追求、保護以外，應該同時也致力於減少紛爭當

事人遭受勞力、時間、費用的浪費或付出；並且經由這樣的減少所獲得的利益，可以合稱為是一種程序利益。這種程序利益，是包含財產上的、身分上的、精神上的、人格性的利益或憲法所承認的其他價值在內。比如說，一個人要主張權利時，被要求多次到法院花很多勞力、時間、費用，以致陷於不自由、不快樂的狀態，而沒有辦法把時間用來實現人生的其他價值等類都包含在裡面。這種程序利益的保護與追求，是為了確保或者延伸程序利害關係人以及紛爭當事人所享有的程序主體權（程序主體地位）所必要的；為要鞏固紛爭當事人的程序主體地位，應該保護其程序利益，要賦予他有追求程序利益的機會。今天的闡述雖限於民事程序法，但依個人的看法，連行政訴訟程序的運作、設計都要考慮到個人的程序利益如何保護，今天專攻行政法的陳教授英鈴也在場，不知以為如何？總之，就紛爭當事人而言，如何賦予他有追求程序利益的機會，乃是立法者及訴訟制度運作者都應該依循程序利益保護原則致力踐行的。本人認為：不應將「訴訟經濟」狹義地理解為，僅為致力避免訴訟之重複、防止無益之訴訟或減輕法院負擔，以謀求減少當事人及法院就有關同一訴訟標的或某實體權之實現程序所付勞力、時間、費用等概念而已。

其次，想探討的問題是，為什麼要承認程序利益保護原則？本人認為應該尋求其根據於憲法上不但保障系爭的實體權、實體利益（地位），同時也等量齊觀地平衡保護系爭外的財產權、自由權等等諸基本權；此等權利均不應因為紛爭處理制度、紛爭解決程序的使用或運作而遭受到危害，應致力不使程序利益連同系爭實體利益都被減少或耗損掉。應在這裡尋求得到程序利益保護原則的理論基礎。亦即，憲法對於系爭實體利益及程序利益的保護，應該是等量齊觀的、要求予以平衡兼顧的。法官及立法者都應該設法盡可能在不危害公益的前提

之下、不危害全國納稅人利益的前提之下，賦予當事人有追求程序利益的機會，也應該致力於平衡保護紛爭當事人的程序利益。這項立論，是基於自由權、訴訟權、生存權等等各種基本權應該同受保護的憲法上觀點，須受肯定的。從此項植基於基本權保障及憲法上價值理念之法理依據，本人認為可以且應該採認上開原則。就其妥當性為何？也是想要請教各位的。

接著，本人認為，新修訂的民事訴訟法中有好多規定是明示或暗示（從它的立法體系或立法意旨來看），已經採認了程序利益保護原則；論文裡面所列的只是提了一些例子而已。今後應該繼續去檢討，已經採認的程序利益保護原則，到底具有何程度的妥當性。為此也應再繼續檢討，在學說上應該如何來建構有關該原則的運作理論。本論文所著重的，並不是研究訴訟法上有關於程序利益保護原則的每一個規定如何來解釋、運用的細節或要件，而是著重於闡述：今後要去解釋有關程序利益保護原則的各該規定，是不是也都要考慮到將程序利益保護原則作為解釋論、適用論的一項指標？今天只是要處理這件事，而約略描述新法的走向如何關涉程序利益保護原則。至於各規定的細節上或許各位可能還有不同的看法，但是重要的是，認明有哪些規定不能漠視掉程序利益保護原則、應該依循這個原則來解釋、適用？這是今天報告的著重點之一。因此，今後的程序法學是否也應取向於探討：程序利益保護原則到底在民事訴訟法上的適用範圍為何？今後應該如何來擴大或者限縮其適用範圍，這也是本論文所著重的一點。也就是說，程序利益保護原則，因為它有憲法上的法理基礎，所以應該成為立法論或立法政策形成的前導法理、成為解釋論開展的前導法理，為此是否就要考慮到紛爭事件類型的特性，或程序處理過程所涉具體事項的特質，來分別判斷？例如，考慮：程序利益在哪些情

形應該對原告優於保護，比如說，原告有訴訟權，本質上，起訴是他的權能、應受保護之地位，不能說使原告容易起訴，會特別對被告有不公平的問題。如果原告要起訴，還要他先去請教被告說：「我要告你，你同意嗎？」那訴訟制度會不會崩潰掉？所以只要在原告沒有濫用的範圍之內，程序利益保護原則在相當的範圍之內，包含容許為訴訟標的的選定，都應該著重於保護原告的程序利益。還有，要研究在哪些情形應該承認兩造共享程序利益，比如說，讓兩造合意選擇小額訴訟程序、簡易訴訟程序，或可合意委由受命法官調查證據等等；有些情形不是只對一造，而是對兩造，承認其共享程序利益。並且，也有要委由法官針對具體個案來裁量的情形；甚至在有些情形要對被告的地位來加以特別保護其程序利益，比如說，被告是弱者的話，特別對他講究保護程序利益的情形（併參照拙著「程序選擇權論」第六九頁至七一頁）。總之，如何適用程序利益保護原則要依照個別具體狀況來判斷，這是解釋各該相關規定的出發點。

這樣的程序利益保護原則，依我本人的觀察，我們這次民事訴訟法修正，可說比日本在一九九八年全面修正一百年來的民事訴訟法，更具體地加以採認。因為日本在新法第二條要求法院必須迅速進行訴訟下裁判（論者謂其承認公正迅速原則或對法院課「訴訟促進義務」）；相較於這樣的抽象性一般規定，我們比它更具體地增設好多規定，如同我論文中所舉的例子那樣。因為祇說迅速或不迅速的裁判，還是一個不確定的概念，還不夠具體落實。並且，到目前為止，日本跟我們一樣，向來也有所謂訴訟經濟這個概念。然而，我們也可發現，此概念多被用來限制當事人的訴訟上行為（如：訴之追加），說其行為會增加法官的負擔，所以違反訴訟經濟云云；可是有時候為要寬容原告為訴之追加，也說其行為合乎訴訟經濟，好像訴訟經濟也



可用來害當事人，也可以用來救他。因此，值得疑問：訴訟經濟作為一個基本概念，它的周延度夠嗎？於是，本人提出問題說，向來所謂訴訟經濟這個概念，有沒有被濫用、寬用或者不嚴謹地使用？這個問題也是順便要向各位確認的。也就是說，向來論者談訴訟經濟時，既少說明其法理根據為何或探究為何者而謀求；也在意義不明確的狀態下，沒有嚴謹的劃分哪一部分是屬於維護公益面的訴訟經濟，哪一部分的訴訟經濟是屬於維護當事人的程序利益者，好像向來並沒有嚴格去劃分它。或者也有在公益、私益混為一談的狀況下來使用訴訟經濟的概念者。最少，是否也應該從這些角度重新加以檢討，才有辦法增進訴訟法學的研究嚴謹化或訴訟制度的運用精確化，甚至促成立法政策的精準擬定？也有這樣的問題。又，大法官會議四八二號解釋雖如同本人的論著般亦說人民也有適時審判請求權，可是其所謂的「適時」究何所指？其內涵為何，尚待深入探討。在個人的論文裡面提到，這跟日本、德國論者都不一樣，不是像他們站在權利保護說或客觀真實說這個角度來立論的，而是應該指向於確定程序利益及系爭實體利益之平衡點上真實，才真正是「適時」。問題在於應由誰來決定之？由兩造呢？由原告呢？由被告呢？由法院呢？是由何者來決定何謂「適時」的問題。總之，它不是僅附從於實體利益之下的所謂「適時」。針對大法官會議上開解釋，今後是不是也要進一步考慮到程序利益保護原則，來讓所謂適時審判請求權的概念更加明確化、內容具體化。是不是應有這樣的基本問題？關於這樣的訴訟經濟，實際上也會牽涉到第二百五十五條有關訴之變更、追加的規定應如何解釋、應用的問題。我的論文裡面也有牽涉到部分教授已經發表的論文的，我沒有直接引用進去，是有意省略，因為就其相關論述本人還沒有辦法完全了解他的真正意思，怕誤解了他的真意，要予以批評或贊成都有

所顧慮。好在今天研討會的教授都與會在場，也都事先收到本人的論文而有所準備，既已看完論文，假使於我報告以後還有疑問，我非常歡迎他提出來針對具體的問題來討論，那等一下如果有時間，我還會舉例子來加以說明、討論。

在上面這樣的認知之下，我認為程序利益保護原則，今後應該發揮下面的作用：所謂訴訟經濟，不應該僅站在同一訴訟標的之下來談，更不應該僅站在同一訴訟標的係限於某同一實體法律關係之下來談（此同一訴訟標的係指論者從舊訴訟標的理論把訴訟標的界定成為某實體法上權利者），而是應就特定紛爭（具關連性之紛爭），也從如何讓當事人獲得保護或追求程序利益的機會之觀點，來建構有關訴訟經濟的理論。從這個角度來看，今後應該從程序利益保護原則去檢討訴訟法學理論或實務運作解釋論的妥當性，因為此項原則具有憲法上法理基礎。比如說，應準以重新檢討：新訴訟標的理論跟舊訴訟標的理論，是不是沒有充分顧慮到程序利益保護的問題？就新訴訟標的理論欠缺妥當性而言，其強制原告一定要以一個紛爭事實作為特定訴訟標的之單位標準，即使原告想要把一個比較困難證明的權利排除在本案審判對象範圍之外（比如說，在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相競合的情形，原告認為就故意過失之證明目前有困難，想要將侵權行為的損害賠償請求權排除在該範圍之外時），新訴訟標的理論卻不予容許，這樣對程序利益保護是不周到的。另就舊訴訟標的理論欠缺妥當性而言，在原告尚沒有辦法就其紛爭事實精確地為實體法上定性，乃想要以一個廣義的原因事實或紛爭事實為單位標準來特定訴訟標的時，如舊訴訟標的理論卻說原告一定要自為實體法上定性或不可以該事實為特定訴訟標的之單位標準，這樣是不是也剝奪掉原告想要利用一道訴訟程序徹底解決紛爭，而不另

開訴訟程序致遭受程序上不利益的機會？要從這類角度重新對向來的訴訟理論加以檢討。

從上面的說明也可認知的另外一個思考方向就是，程序利益保護原則應成為法官行使闡明權的前導法理、一項指針。也就是說，縱然沒有增訂類如新法第一百九十九條之一的規定，僅依照第一百九十九條的規定也應該解釋成如同新法第一百九十九條之一所訂的內容，甚至於解釋為如同新法第二百四十七條第三項所定內容。何況新法已經如此規定，更應循該原則為運用。還有，像我們在座會員雖也有對於「促進訴訟的突襲」之概念抱持疑問的，可是就以本會第七十五次研討會所討論的第二百七十八條和與有過失的關係等類情形為例而言，比如說與有過失已經原審法院發現了，如果其竟然沒有加以斟酌，也沒有給當事人有表示意見或辯論的機會，而讓他到第二審才表示主張、才辯論，這種法官的作為是不是也危害到當事人的程序利益？這方面的例子很多，我想是不是等一下各位有所指教的時候，再一併來說明。

亦即，為了貫徹程序利益保護原則，在訴訟程序的運作上，要致力於防止發生促進訴訟的突襲，在防止此項突襲所必要的範圍內，法官應該公開心證或表明法律見解，此處不是「得」，是「應該」。也就是說，要針對事件類型的特性、需求，在保護當事人的聽審請求權所必要的範圍內受訴法官「應」那樣闡明，而就防止該項突襲、保護程序利益負有闡明義務。於此，還要考慮到各該事項或事件類型的特性，以判定有沒有必要公開心證或表明法律見解（參照拙著「程序選擇權論」第一四八頁以下）。由於如果舉一個例子來詳加解說就要費時二、三十分鐘，所以我想就等一下，如果與會教授有提出問題時，本人再針對具體事例來說明。總之，促進訴訟的突襲之防止是非

常重要的，先簡單舉一個例子來說明：在原告依照民法第二百五十九條請求回復原狀的情形，實際社會上常常會發生的是，買賣契約訂定了以後發生紛爭時，原告說他已經表示解除契約了，所以請求回復原狀；可是被告卻說我比你更早就表示解除了。這時候，該契約是因原告先解除而發生回復原狀請求權？還是因被告先解除而發生回復原狀請求權？此為需要審理的爭點。可是，如果照被告所主張的，契約關係早就因為他先解除而消滅，並不會因原告解除而發生回復原狀請求權的話，那針對被告到底在他所主張的日期有沒有先取得解除權，並且他已經行使過？這個爭點是應該先審理；可是我從最高法院發回更審的卷宗來看，實務上卻沒有這個概念，沒有做有關排列審理先後順序的爭點整理（參照拙著「爭點整理方法論」第二七七頁以下）。因此，如果沒有就被告所主張他先解除以及該當於其解除權發生的事實（如：履行有沒有遲延、有沒有不完全給付等等）先整理爭點，便貿然先去審理原告所主張的解除事實，而其發生日期是在後的話（即先審理原告所主張的，最後再來審理被告所主張其在事先已經解除的話），則前面的審理就浪費勞力、時間、費用了，這也是一種促進訴訟的突襲。在我的著作裡面已經有了，我想不再浪費各位時間。

還有，比如說，原告起訴主張被告公司之某日某次股東會所作成某項決議是有瑕疵的、是由沒有召集權的人所召集的，所以這個決議應該是無效的；可是受訴法官認為那個應該是可以撤銷或該當於決議不存在。這時法官應該要表明法律見解，因為原告與被告都在爭論，由沒有召集權的人所召集的股東會作成的決議是不是無效？一造說是有效、一造說是無效，法官卻認為是該當於可以撤銷或不存在。如果在此狀態下，法官未為如上的闡明就下判決，這就是一個突襲性裁判。對此，當事人若要獲得救濟就要提起上訴，以致要花勞力、時

間、費用，可見原審沒有表明法律見解，不僅是一種法律適用的突襲，也是一種促進訴訟的突襲，違反程序利益保護原則。

此外，程序利益的保護也牽涉，如何就數個攻防方法定審理順序的問題。關於此，我們會員裡邊有人提到的處理方式不是我很了解的是，比如說，被告在其被訴請求履行債務時，提出：消費借貸契約不成立、時效抗辯、清償、還有抵銷等數項主張時。我是認為，契約是否不成立要先審理，因為如果契約不成立的話，就不需要再去審理有無清償等爭點，所以如果法官貿然先審理有沒有清償事實的話，這個也是一種促進訴訟的突襲，而有害於當事人的程序利益。我現在是從程序利益保護原則來評述，其實，縱然不搬出程序利益保護的理論或促進訴訟的突襲這類理論，是否也有要如何處理定審理順序的問題；但是我們的會員好像有人不以為然，好像認為契約是否不成立也要審理、清償事實存否也要審理，各主張全部都要審理，他予以叫做「競合抗辯」，是不是這樣呢？我不是很了解，所以我的論文不敢引用他。因為我所認為的審理方法是這裡應該有如何定審理順序的問題要先處理，可是我們會員中有人卻說這全部要審理，好像我還沒有看過這樣的說法，所以在還未聽聽他的說理以前尚不敢評論，等下有必要再請各位指教。

關於受訴法院應為上述法律見解的表明，似乎應該是在法官法律知識水平越低落的國家越需要為之，因為在法治國家是要求人民守法，要求紛爭當事人要依法來辯論、來提出攻擊防禦方法，為此要讓他有預測到法為何的機會，此尤其由於法官獨占法律解釋權之故所應然；所以如果一個國家實體法的研究越沒有上軌道、法官越不知道法在什麼地方，或者法官越容易發生錯誤，當然不能把法官的可歸責事由或所犯錯誤轉嫁到當事人的身上以致危害其利益，這個從公正程序

請求權的法理亦所應然。也就是說，不能把法官的不知轉嫁到當事人去，所以越容易犯錯的法官、越沒有能力的法官，越需要公開心證或表明法律見解，讓當事人有機會設法避免受誤判危害正當的利益；縱然還沒有採律師強制代理，也可藉此促使當事人盡量去請教律師或者法律服務社，不能說因為法官能力不夠就讓當事人「回家蓋棉被哭」。會有這樣的基本問題也想在今天討論，是否在座的與會者中有不同看法？

類如上述諸項問題，因為其牽涉的層面很廣，如有必要我想等一下再提出來補充說明。除了本論文中提到的以外，上面以口頭提出的說明，也應該作為法官裁量權行使的指標。其中也牽涉到比如說，應該不應該合併辯論、應該不應該再開辯論、應不應該容許提起反訴，尤其在我們並沒有強制被告反訴時。許士宦教授最近好像有在台大法學論叢發表文章，似乎也從這個角度來分析，或許等一下他有高見要發表。我認為，關於應否合併辯論、再開辯論等等，不應該讓法官有完全的自由，而是要在保護當事人程序利益所必要的範圍之內，制約自由裁量。否則如一律把相關連的紛爭分成好幾道程序來審理，將危害到當事人系爭外的財產權、自由權等所繫的程序利益，甚至於使其傾家蕩產。以上是個人的口頭報告，希望後面還有更多的時間來討論，不曉得我還有幾分鐘可用，留到後面由主席來裁決，謝謝。（論文書面內容如下）

## 壹、程序利益保護論所提示之課題

### 一、程序利益保護論之提倡

在我國，有關民事訴訟制度應如何建構或運作之審判實務及理論

學說中，向來使用訴訟經濟之概念者，多係為達成其避免程序重複或減輕法院負擔之目的，借此尋求正當化之根據，而鮮見其表明係出於保護當事人利益之意圖。（註一）此種態度之所以形成，或許肇因於傳統上論者對於應如何保障當事人程序主體地位之事欠缺認知；或許亦由於受德、日等國向來部分學說上有關訴訟經濟之持論所影響（註二），而有其法制繼受沿革上原因。（註三）因此，不難察知向來借重訴訟經濟之概念者，多指向於試圖用以達成其禁止、限制或約束當事人為某訴訟行為（如：有關限制起訴或上訴、可否合併起訴或為訴之變更、追加等行為），藉此處理其應否在訴訟程序上受某項制約之問題。於此，論者既未意識到應如何積極設法容許或便利當事人（含：訴訟當事人或起訴前之紛爭當事人）為某行為，以保護其正當利益或使其有機會追求系爭實體法上利益以外之程序法上利益，亦非圖謀釐清法院負擔之減輕與當事人利益之保護等二者，在目的指向上，有何優劣先後之關係或孰重孰輕。

可是，在我國，隨著突襲性裁判防止論（尤其是有關防止促進訴訟的突襲之理論）（註四）、新程序保障論（註五）、程序主體權論（註六）、程序選擇權論（註七）及適時審判請求權論（註八）之相繼被倡、開展，程序利益保護之要求遂成為該等理論所一貫指向實現之價值理念，而被刻意用以指引重構訴訟理論及改革審判實務。於是，程序利益保護論乃被引為試圖前導民事訴訟法修正走向、實務運作之一項法理。此項理論之主旨為：依憲法上保障自由權、訴訟權、財產權及生存權等基本權之規定旨趣，訴訟當事人及程序之利害關係人應被賦予程序主體地位、享有程序主體權。準據此項程序主體性原則，立法者及程序制度運作者（法官），對於當事人及利害關係人，就關涉其利益、地位、責任或權利義務之審判程序，應從實質上保障

其有適時·適式參與該程序以影響裁判如何形成之機會。為此，就訴訟程序如何利用及運作而言，程序主體權者，除可請求受訴法院實現其系爭實體利益以貫徹此項利益所繫上開基本權受保障之意旨以外，為貫徹自己同時另受保障系爭外同類基本權之意旨，亦可請求法院保護其衍生自該基本權且獨立並存於上開實體利益之程序利益。通常，此項程序利益係指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、時間或費用而言，所以訴訟程序之進行或運作倘未能致力於此，或竟然反而造成勞力、時間或費用之浪費，即屬使當事人蒙受程序上不利益。此種不利益之發生，不僅對於系爭實體利益，同時也對於系爭標的以外同受憲法保障之上開基本權，導致其遭減損、消耗或限制之結果，應非所許。從而，立法者於設計訴訟制度時或法院於運作程序時，均必須致力賦予程序主體權者有平衡追求程序利益之機會，否則未賦予此項機會之法院審理活動，即屬對於當事人造成促進訴訟的突襲，而背反程序權保障之基本要求。準此而言，所謂程序保障係亦包含應賦予當事人有優先選擇追求程序利益（達成迅速而經濟的裁判）之機會，並非僅指應賦予當事人有優先選擇追求系爭實體利益（達成慎重而正確的裁判）之機會而已。

其實，此項始倡於我國之程序利益保護論，在學說變遷史上，係與近二十年來開展於我國之新程序保障論相通，具有相當之獨特性，而有所不同於德、日等國向來有關訴訟經濟或促進訴訟等概念之立論。因為，程序利益保護論係植基於憲法上基本權保障規定及其所認價值理念，指向於平衡保護、實現受該價值理念所肯認之系爭外利益·地位（獨立於系爭實體利益以外而與其並存之利益、地位，亦包含具精神性·人格性者在內，而不論系爭標的究為財產上權利或屬人事·身分上法律地位），乃以伸展國民之法主體性及當事人之程序主



體地位為目標，雖非全然否定程序主體地位在一定範圍內（如：為維護納稅人全體之利益即公益所必要之限度內）亦可能受制約，但畢竟有所不同於向來偏重圖謀減輕法院負擔或抑制當事人訴訟行為，且忽略程序主體權保障觀點之訴訟經濟論或訴訟促進論。其所以致此之理論推演上原由，係在於上開程序利益保障論乃構成新程序保障論之一環，而脈承於有關民事訴訟制度目的論之法尋求說及有關事實審理制度目的論之信賴真實主義（註九），是與墨守實體真實發現主義（客觀真實說）、權利保護說（德國之通說）或紛爭解決說（日本之多數說）為立論者有異。

## 二、程序利益保護論所提示之課題

依上開程序利益保護論，程序利益保護之要求應被定位為民事程序法上之一項基本原則，而尋求其法理基礎於憲法上有關基本權保障之規定。此項原則係要求立法者於設計民事訴訟制度時及法官於運作相關程序時，均應致力賦予當事人有平衡追求程序利益與系爭實體利益之機會，俾其得能就此二項利益為取捨選擇，在二者之平衡點上確定「真實」、尋求「法」之所在。因此，程序利益保護原則係被採為實現訴訟制度目的之手段，而為立法論及解釋論之一項指針，並非自我目的，且不應無視訴訟法上其他基本要求。

從此而言，程序利益保護論之倡言，同時亦成為發掘訴訟理論上問題之契機，而含有對民事程序法學提示新課題之用意。亦即，由於當今民事程序法之建制及審判實務之運作，已然必須重新面對多項新課題（註一〇），所以就與程序利益保護原則相牽扯者而言，今後應探討、克服之課題是：程序利益保護之要求究與實體利益（發現真實、達成慎重而正確的裁判）之要求有何關係？應如何建構程序制度

並予以運用，始克保護程序利益而謀求其與實體利益之平衡兼顧？此二利益孰輕孰重之取捨選擇應由法院，或由當事人之一造或兩造主導？就此應否承認法院與當事人之協力關係？再者，因訴訟經濟或訴訟促進之謀求所獲致之程序利益，在何範圍內應歸屬於當事人之一造享有或由兩造共享？程序利益保護原則應如何在適時審判請求權論中定位？其與適時提出主義係處於何種關係？尤其，從實踐論之觀點而言，更應探討程序利益保護原則是否已能落實為民事訴訟法之規定內容？其應如何被準以解釋、運用具體之規定？

事實上，在我國從一九八〇年代提倡、開展上開程序利益保護論，並循此陸續提示新課題以來，縱使在日本，其自一九九八年開始施行之新民事訴訟法（全面修正法），亦仍殘留類如上述之基本課題，尚待今後從訴訟法學之理論建構上或審判實務之運作上予以處理、克服。因為，同法雖於第二條增設「法院須致力於公正且迅速運作民事訴訟」之規定，可是由於其向來之適時審判請求權論，並未表明要求受訴法院應在上開實體利益與程序利益之平衡點上確定「真實」、尋求「法」之所在（註一一），而該新法所定「迅速」之要求係屬不確定概念，仍有究應如何予以具體化之實踐論上課題存在，並不因新法增設該項規定即當然變易其既存之理論上或實務上問題狀況，是為筆者所曾予以指明、批評者。（註一二）可見，比較法上共通之課題依然是，程序利益保護或迅速裁判之要求，究應如何從立法論上具體化為實定法之內容，並從解釋論上予以落實於實務運作之過程？

有鑑於此，且思慮最近我國公布施行之民事訴訟法新修訂條文（指：於一九九九年二月三日及二〇〇〇年二月十一日分別公布施行者，以下合稱為「新法」），係空前大幅之修正，其研修起草工作之

進行，恰與上開程序利益保護論之開展同其時期，正需闡釋此二事之關連性，以及前導新法修正走向之理論思想背景為何，並檢視其是否亦包含上開程序利益保護原則在內。為此，本文一方面意識著上開諸課題，一方面擬舉若干新法上具體規定為例，嘗試析論：其如何與程序利益保護原則相關涉？此項原則是否已然前導新法之走向或如何被新法所採認？其是否在一定範圍內亦應該且可能準以解釋、運用相關規定？

## 貳、程序利益保護原則之採認

### 一、活化處分權主義運用之程序利益保護原則

#### (一)有關擇定審判對象、範圍之闡明義務加重者

##### 1. 法律關係之曉諭與防止促進訴訟的突襲

新法要求審判長或受命法官，於認為依原告之聲明及事實上陳述得主張其疏未完足主張之其他法律關係時，應予以曉諭使為敘明或補充（第一九九條之一第一項、第二七二條第一項）。此項規定，係在一定範圍內使法官負法律見解表明義務，以防止發生法律適用的突襲及促進訴訟的突襲，藉此避免原告就該疏未完足主張之法律關係，另開訴訟程序致生程序上不利益（勞費付出）。因為，未為該項曉諭（闡明）之法官，係未賦予原告節省另一新程序（重新起訴之程序或提起上訴後之程序）之機會，而對其造成促進訴訟的突襲，實不符程序主體權保障之要求。（註一三）

由於上開規定係以加重法官闡明義務，使其致力賦予當事人機會，俾用以節省另開新程序而避免蒙受程序上不利益為目的，自屬指向於保護當事人之程序利益（因該項勞費之節省所得蒙受之經濟上利

益或精神上價值)，是乃採認程序利益保護原則之表徵、結果。此項採認，在上開機會之賦予係有助於原告較量該項程序利益與系爭實體利益之大小輕重，以判斷如何選擇、劃定本案審判之對象、範圍之限度內，可謂具有將該原則結合於處分權主義之運用，而促使其活化之意義，應值肯定。因為，依處分權主義，就本案審判對象、範圍之選擇、劃定，當事人（原告）原則上有主導、決定之權能，於其被賦予上開機會時，較諸非然之情形，將更能充分較量所涉實體利益與程序利益之大小輕重，而具體選擇、決定：究以某紛爭事實或原因事實為單位，抑以自己所定性之某實體法上權利為單位，表明、特定其訴訟上請求（訴訟標的、訴之聲明）。況且，當事人能為如此選擇、決定時，較諸不然之場合，其程序主體地位實更可獲得確保、伸展。

準此而論，於增設上項規定時，立法理由明示：「為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，……理應曉諭原告得於該訴訟程序中併予主張（原告疏未完足主張之法律關係——筆者加），以便當事人得利用同一訴訟程序徹底解決紛爭。惟我國民事訴訟法採當事人處分權主義及辯論主義，故原告欲主張何項法律關係，及其是否為訴之變更或追加，應由原告斟酌其實體利益及程序利益而為決定，……」云云，顯已正面採認程序利益保護原則，並使其結合於處分權主義，以活化其運用。於此，立法者係以便利當事人自主抉擇為首要目的，而附帶於此兼顧擴大訴訟制度解決功能之要求，所以該立法理由實具有凸顯當事人程序主體地位之意涵。（註一四）從而，認為上項規定之立法者擴大法官應行闡明之範圍，係僅為擴大訴訟制度解決紛爭之功能云云（註一五），或認為擴大法官之闡明權（加重其闡明義務）將增多浪費、加重法官負擔或有害當事人之地位云云等類持論，係沿襲舊法時代漠視程序權保障之觀念，應屬誤解立法本旨，且未充分認知防止發

生促進訴訟的突襲（來自法院審理活動之突襲）一事係為保障程序主體權所必須，實未認明新法採程序利益保護原則之原意。至於法官應如何依案情狀況實需，妥採適宜之闡明方式，則屬另一事。（註一六）

## 2. 補充請求額之闡明與程序利益之保護

新法就金錢賠償損害請求事件，容許原告得在其所述原因事實範圍內（註一七），僅表明全部請求之下限額，而俟第一審言詞辯論終結前始予以補充聲明全部請求額；同時並要求審判長應告以得為補充（第二四四條第四項）。此項規定係就訴訟上請求之特定，要求受訴法院應賦予當事人有平衡追求程序利益之機會，並為此加重法官之闡明義務，要求審判長適度公開心證或表明法評價上觀點，以便當事人抉擇如何取捨實體利益與程序利益，可被評價為係以程序利益保護原則為依循。因為：①其立法理由言明，係有鑑於損害賠償之訴涉及損害原因、過失比例、損害範圍之認定，且其損害之具體數額因舉證困難致甚難預估，而常須經專業鑑定及法院裁量始能判定，為免對原告所負表明請求之責任，過苛要求以致其權益受損，遂增設明文云云，由此可知其係為防免因該類舉證上困難，在起訴階段對原告所特別造成之不利益（如：因貿然表明過大之請求額致溢繳裁判費、因殘留部分請求額致引發後訴而生勞費付出、因不必要之證據提出或調查致增多勞費付出）。此種防免不利益發生之立法設計及法官闡明，從該項條文之起草、研修過程觀之，實係同時為謀求防止發生促進訴訟的突襲，使當事人有機會獲得更迅速而經濟的裁判，以利迅速救濟權利受害、平衡追求程序利益。（註一八）②此項規定，固亦受啓發於德國民訴法第二八七條及奧國民訴法第二七三條（均就應賠償之損害額授予法院裁量權）之規定，但經提議予以引進時，實係依照上述之理論

將其本土化為我國新法第二二二第二項之規定（註一九）。所以此項規定之增設，係亦以使當事人更能平衡追求程序利益、減輕其勞費負擔為目的，而與新法第二四四條第四項規定之提案增設相配套，尚非僅指向於謀求以減輕法院負擔為旨之訴訟經濟（註二〇），既非純屬從形式表面上抄襲性繼受外國法，亦與未同時如我國併設上開第四項規定之日本新法互不盡同〔請併參照下述「二、（一）」之說明〕。（註二一）<sup>③</sup>況且，該第四項係先規定原告得為補充聲明，以示其主導、決定權屬於原告；繼又規定審判長應告以得為補充，是即為了防止發生突襲（含促進訴訟的突襲），乃加重闡明義務。為克盡此項義務，法院尚須將其依第二二二條第二項所形成之心證或法評價予以適度公開、表明，以便當事人衡量所涉實體利益與程序利益之大小，為如何補充之選擇、決定。

要之，上開新法係為貫徹程序利益保護原則所必要，亦具有採認此原則之意義，今後應準此拓展相關規定之解釋論。例如：為防止發生突襲、保護程序利益，縱使在原告起訴時未依第二四四條第四項表明請求下限額之情形，法官亦應依第一九九條之規定向原告為上開闡明，使其有機會依上開規定擴張聲明。在此意義上，宜將第二四四條第四項理解為，其對於上開有關容許擴張聲明之規定而言，係屬特別規定。（註二二）

## （二）有關促成紛爭解決方式之選用者

相較於訴訟（裁判）制度，其外之紛爭處理制度（如調解、仲裁等）亦具有多項長處，頗可發揮達成迅速、經濟性紛爭處理、助長追求程序利益等多樣機能。（註二三）此項借重裁判外紛爭處理、解決制度以助長追求程序利益之觀點，係亦延伸自程序利益保護原則，而被新法據以擴充如下之相關制度。

### 1. 防免紛爭擴大之程序利益追求

新法一方面擴充證據保全程序，容許紛爭當事人就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請鑑定、勘驗或保全書證（第三六八條第一項後段）；一方面則容許兩造以該程序上所蒐得之事證資料為基礎，得於起訴前就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議。其立法理由為，就前者而言，謂「……如能使欲主張權利之人，於提起訴訟前即得蒐集事證資料，以了解事實或物體之現狀，將有助於當事人研判紛爭之實際狀況，進而成立調解或和解，以消弭訴訟，達成預防訴訟之目的。此外，亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證資料之機會，而有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達到審理集中化之目標。……」；又，就後者之規定而言，謂「當事人於起訴前聲請保全證據者，得利用法院所調查之證據及所蒐集之事證資料，了解事實或物體之現狀，而研判紛爭之實際狀況，此時，如能就訴訟標的、事實、證據或其他事項達成協議，當事人間之紛爭可能因此而獲得解決或避免擴大。此外，當事人將來縱使提起本案訴訟，因當事人於保全證據程序中已就特定事實、證據或其他事項達成協議，故於法院審理本案時，亦可減少爭點，而節省法院及當事人進行訴訟所需之勞力、時間或費用，達到訴訟經濟之目的。……」（註二四）

可知，上開新法之意旨係為賦予紛爭當事人機會，以便兩造利用所蒐得資料成立協議，而既可在提起訴訟以前，設法循訴訟以外之方式解決紛爭，以預防訴訟於未然；亦可在起訴時，整理或簡化爭點，以節省勞費付出、謀求訴訟經濟。此項訴訟經濟之謀求，就其乃繫於當事人之主導（保全證據之聲請及協議之成立係取決於當事人）而言，係意指助長當事人為程序利益之追求。準此，可評價為：上開新

法已然認知程序利益保護原則，並為貫徹此原則，遂經由上開事證蒐集制度之擴充，賦予當事人更多獲得查明案情之機會，俾其用以認明自己所處法律狀態，資以自行較量其紛爭所涉實體利益及程序利益之大小輕重，而判斷、選擇解決紛爭之方式。（註二五）其實，此項評價係切合於立法旨趣，亦可徵諸上開新規定之起草、修正研議過程。因為，於此過程，其立法論係涵蓋程序利益保護論所持觀點，而被強調其在目的指向上，具有我國立法之獨特性。其謂：「……本法所以擴大（證據保全範圍）之理由，乃在於便利當事人更有機會蒐集多一點資料，使其於起訴前，得平衡兼顧紛爭所涉實體利益及程序利益，儘早決定究循訴訟的方式取得判決，抑或避開訴訟而成立訴訟外和解、調解或可增設之保全程序上和解……」。（註二六）

從而，今後應依循程序利益保護原則，開展新法所認上開協議制度之運用論。亦即，有關紛爭當事人得於起訴前成立協議之對象範圍之解釋，應指向於達成保護當事人追求程序利益之目的，而不應僅著眼於圖謀疏減訟源或減輕法官負擔。為助益拓深今後處理相關問題之解釋論，以下特舉若干事例，試加評析：

①就紛爭當事人得成立協議之對象而言，應解為兩造在其依處分權主義、辯論主義得行使程序處分權之範圍內，就能助長防免訴訟提起、紛爭擴大或爭點擴散，以謀求程序利益之事項，不論其屬將來得成為訴訟標的者（某法律關係或尚未施加法律上評價、定性之特定紛爭事實）抑或僅係有關某事實、證據者，均宜成立協議。

②又如，設兩造就某日所訂立名為合建或委建之契約，於一造當事人交屋於他造當事人後發現房屋龜裂，而發生紛爭；於起訴前之證據保全程序上，法官、兩造及鑑定人均到場查看房屋之建造情況。此時，在經確定房屋龜裂之範圍後，可能成立而記明筆錄之協議有如：



「兩造均承認房屋龜裂範圍如附圖（或某鑑定人所作成如附圖所示鑑定結果）」，或「兩造就某日訂立如附件所示契約內容所可能發生之紛爭（或一切權利義務關係），今後不提起訴訟，但一造（某人）願於某日以前給付某元予他造（某人）；若屆期不自動履行，願受強制執行」。就前者之協議內容而言，縱使嗣後因一方當事人之行為或其他原因（如地震或他人所為震動）造成龜裂範圍擴大，於涉訟時，當事人可節省證明損害範圍所需勞費付出，而獲得程序利益。又，就後者之協議內容而言，由於其屬不起訴契約，所以可避免因起訴及遂行本案訴訟致生勞費付出，亦可助長追求程序利益。因此，致力成全當事人為此項目的追求，應成為參與紛爭處理程序之法官、律師及專家（鑑定人）之行為規律，此亦延伸自程序利益保護原則。

③如上所述，循證據保全·協議程序所為訴訟經濟之謀求，係為賦予當事人選擇程序（紛爭解決方式）以追求程序利益之機會，而此機會之利用並不限於就特定法律關係成為訴訟標的之情形。亦即，兩造利用證據保全程序上所蒐集之事證資料，基於程序處分權·程序選擇權，尚得就特定之紛爭事實（如：兩造於某日所訂含有某些條款之無名契約）成立如何處理、解決紛爭之協議（註二七），所以不宜將謀求訴訟經濟·保護程序利益之對象範圍予以狹義視為，其係僅限於就某項經定性之法律關係而言者，否則將過度限縮上開程序之機能發揮，終於未能充分貫徹新法之本旨。（註二八）因此，在當事人依處分權主義、辯論主義得行使程序處分權、程序選擇權之範圍內，為優先追求程序利益，兩造可成立協議之內容具多樣化可能性（註二九），諸如：以某紛爭事實為單位標準特定訴訟標的之協議（註三〇）、就某紛爭事實所生爭議於起訴前應先經調解之協議、以該爭議為對象（標的）之仲裁協議（註三一）、有關示範訴訟或試驗訴訟之

協議（註三二）、不起訴之協議（註三三）、仲裁鑑定契約等等。

④為更深入理解程序利益保護原則，亦指引如何妥為處理有關上開協議之效力問題，以下特以紛爭當事人成立仲裁鑑定協議（契約）之情形為例，闡述今後宜如何開展相關解釋論（註三四）：

新法增訂第三七六條之一等規定所認仲裁鑑定協議（契約）係具有我國法之獨特性（註三五），亦可尋求其法理依據於程序選擇權論及程序利益保護原則，而具有解決紛爭、避免紛爭擴大及預防訴訟提起等機能（含：追求程序利益之機能）。因此，不宜將有關該協議效力之問題處理，僅寄望或託付於本案訴訟程序，而應探討如何妥適處理本案訴訟未提起以前所生有關該契約效力之問題（在期待紛爭或本案訴訟將因仲裁鑑定結果被解決或被防免提起之前提下，亦即在不預想必有本案訴訟提起之前提下，嘗試解決相關問題）。

## 2. 經由程序轉換之程序利益追求

在財產權爭議事件之調解程序，新法承認兩造當事人得合意委由法官或調解委員酌定調解條款，並得約定由調解委員中之一人或數人酌定之，此條款經酌定而作成書面或記明於筆錄後，視為已依該條款成立調解，而具有與訴訟上和解、確定判決相同之效力。同時，新法又增訂規定，容許訴訟事件之兩造，於第一審訴訟繫屬中，得合意將事件移付調解，如因此成立調解，除亦具有上開效力外，並得領回已繳裁判費之一半（第四二〇條之一）。

上開基於兩造合意之酌定調解條款及移付調解等制度，亦係以助長當事人追求程序利益為目的，而依循程序選擇權之法理，認知程序利益保護原則及程序轉換論。（註三六）此項新法增設制度之旨趣及法理基礎，除其立法理由已說明建制之目的係為增多、保護當事人選擇程序之機會外，且早經明示於上開條文內容之起草研修過程。亦

即，就其研擬之應有取向謂：「第四一五條之一之制度採用，亦屬有益而無害，因該條規定兩造同意時，得由調解委員仲裁，擴增當事人選擇程序之機會，甚至在雙方合意下所作成之仲裁，承認其具有相當之效力。當事人依憲法所受訴訟權之保障，並非僅意指受保障之審級越多就越好，審級多，縱可能有助獲得較正確之裁判，但也可能因纏訟經年，致當事人傾家蕩產，而侵害其系爭標的物外之財產權及自由權，因此，憲法第一六條所規定之訴訟權，不僅在保護如何追求系爭之實體利益，亦在保護系爭外之財產權與自由權，使其不致因訴訟制度之使用而受損……」、「……如成立訴訟上和解至少可領回一半的裁判費。……這也是一種程序利益追求，……」、「……有些紛爭事件，「法」在何處？誰是正義？未必恒屬明確，例如，特需借用法律以外專業知識之事件，法官往往找不出「法」在何處，……需由具該法律外專業知識之調解委員一同尋找「法」之所在，……」云云。（註三七）

可見，新法係為賦予當事人有平衡追求程序利益之機會，乃增設準仲裁制度（酌定調解條款制度），並擴大使用調解程序之可能範圍，容許當事人基於其程序處分權、程序選擇權，既可將調解程序轉換為準仲裁程序，亦可從訴訟程序改用調解程序。此類經由程序轉換以追求程序利益之作為，既然係取決於當事人之意願，自屬由當事人主導遂行。在此意義上，其制度運作雖亦有助於減輕法官負擔，畢竟並非以此為主要目的，所以縱使借用合理分配司法資源或謀求訴經濟等概念予以解說，亦宜認明其所涵蓋者係以當事人所享程序利益之保護為主要內容。因此，上開新制之運用應以程序利益保護原則為依循，指向於保護當事人之程序利益，而不應成為受訴法官推卸辦案職責之藉口。

抑且，此項肯定亦可用以支持立法院審議中之民事訴訟法修正草案。亦即，其又增訂第三七七條之一規定，兩造得聲請法院、受命法官或受託法官於當事人表明之範圍內，定和解方案。此亦明確認同程序利益保護原則，因為，其立法理由表示：「……如能容許其選擇不以判決之方式，而委由法院基於公正、客觀之立場，依衡平法理定和解方案，不僅使當事人之紛爭能獲得圓滿解決，且可減少法院及當事人為進行本案訴訟審理程序所須耗費之勞力、時間、費用，俾當事人平衡追求其實體與程序利益。…」。(註三八)

準此而論，依循程序利益保護原則應用上開新制之方向及結果，亦可能有多樣性，係宜針對事件類型或案情之不同為論斷之問題，以下試舉例說明之：

①宜容許兩造僅就某事實或證據，成立合意將其委由調解委員（具有該事證之判斷所需法律外專業知識者）整理、協議簡化爭點（註三九），或就某爭點事實（如：有無過失事實、某飼料是否含有導致魚群死亡之成分）為仲裁鑑定，然後以其所得結果為基礎，由受訴法官或調解法官續行原來之本案判決程序或調解程序。此項結果（由調解委員行爭點整理之結果、促成之爭點簡化協議或所下仲裁鑑定判斷）雖非就本案事件之全部所形成，所以尚無從逕認為其屬解決事件之方案或調解條款全部而發生與訴訟上和解、判決相同之效力，但可發生相當於本案訴訟中受命法官行準備程序所形成爭點整理結果（含：簡化爭點之協議）之效力（註四〇），或如同依證據保全程序上所成立仲裁鑑定協議所下判斷結果之效力（註四一）。因為，此等程序踐行之結果，就其踐行均基於當事人之程序處分意願，並均以成全當事人追求程序利益為目的而言，在各該制度之目的、機能及使用要件上實具有共通性、相類似性，應類推適用相關規定（第二六八條

之一第二項、第二七〇條之一、第三二六條第二項及第三七六條之一)承認其效力(註四二),始較能彰顯新法之整體性設計係指向於平衡保護程序利益之精神。

②為更加一層促使程序轉換發揮其助長平衡追求程序利益與實體利益之機能,當事人尚可借重上開調解委員就事實上或證據上爭點踐行程序之結果,作為進行自律性解決事件之基礎。亦即,調解法官或受訴法官可勸使兩造參考該項爭點整理之結果或仲裁鑑定判斷,並以之作為考量如何平衡追求程序利益之基礎,就本案事件全部進行後續協議,而形成兩造均可接納之解決方案,或各試擬終局性解決方案(提案)分別提出,以便作為續行調解(第四二〇條之一)、酌定調解條款(第四一五條之一第一項及第三項)或續行本案訴訟(判決)程序(第四二二條)之參考。(註四三)如此作為,既可擴大當事人追求程序利益之可能範圍,亦有助於節省司法資源,彰顯新法改採爭點集中審理主義之精神。(註四四)

③相較於仲裁法明定仲裁庭於當事人明示合意時,始得適用衡平原則為判斷(仲裁法第三一條)之情形,未如此明定之上開準仲裁(由調解委員或法官為調解條款之酌定),係亦得依衡平法理為酌定,而非必全然依實定實體法就其所設要件事實之存否為一一嚴密之認定、判斷。

④在本案訴訟程序,如其需借重法律外專業知識始較能妥為整理爭點或認定爭點事實時,兩造得合意移付調解同時合意選任該方面專家為調解委員,並委由其酌定調解條款。此即兩造併就移付調解與委請酌定調解條款等二程序,一舉為程序選擇之合意,以加速達成追求程序利益之目的,亦符其保護原則,應屬可許。

## 二、指引運用自由心證及法評價之程序利益保護原則

### (一)酌定損害賠償額之指針

新法要求受訴法院就損害賠償請求之訴，於當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有困難時，應審酌一切情況，依所得心證定其應為賠償之數額（第二二二條第二項）。此項規定，係要求法院審理損害賠償請求事件時，應以平衡保護程序利益（避免或節省因就舉證上有困難之損害額為證據調查、證明致生勞費付出，亦即伴隨於該項困難舉證之勞費被避免付出時所得利益）與系爭實體利益為指針，亦屬認知程序利益保護原則之明文，不應被誤認為其係本於僅以減輕法官負擔為務之訴訟經濟原則，自不得作為使法官怠於調查證據獲得正當化根據之藉口。因為：

①增設此項規定之立法理由固已表明，就「損害賠償之訴，原告已證明受有損害，而有客觀上不能證明其數額或證明顯有困難之情事時，如仍強令原告舉證證明損害數額，非惟過苛，亦不符訴訟經濟之原則，……」等旨，其意係以避免對原告要求過苛，而便利其訴求為目的，所以其中所謂訴訟經濟自係指涵蓋當事人之程序利益者而言，並非以減輕法官負擔為務者。

②此項要求法院保護當事人程序利益之意旨，如從有關增設該項規定之提案、起草及研議過程觀之，益屬瞭然。亦即，在此過程，係亦以程序利益保護論為研議之理論基礎，其方針為：「鑑於損害賠償事件，原告就損害額往往遭遇舉證困難，為謀訴訟經濟，促進訴訟並平衡追求節省勞力、時間、費用等程序上利益，應授權受訴院得在當事人所主張之事實範圍內，依衡平之法理，從多項可能評價之損害額中，適當選擇其一為裁判。在當事人不爭執之範圍內，法院應受其拘

束，法院不得酌定損害額。」等旨。此項研議方針係同於如上「一、(一)2」所述研議第二四四條第四項規定時所本之法理基礎。（註四五）

③由於我國新法係立足於上述意義之訴訟經濟及程序利益保護論之觀點，且與第二二二條第二項配套併設第二四四條第四項之規定，所以雖然新法所增訂第二二二條第二項在外觀形式上類近於德國民事訴訟法第二八七條第一項及奧國民事訴訟法第二七三條等規定，卻未仿德國同條第二項為規定（此項規定為：在財產上紛爭，當事人間就債權額有爭執，如要完全查明其準以判斷之一切情況，相較於系爭部分之債權價值，將伴生不均衡、不相當之困難時，準用同條第一項之規定，由法院酌定之等旨），仍應理解為應從平衡兼顧程序利益與系爭實體利益之觀點，解釋、運用我國第二二二條第二項之規定；並可能從同一觀點，將同條項之規定類推適用於其他相類似之情形（例如：命為鑑定所需勞費付出即所伴生程序上不利益，將與系爭實體利益失衡時，得類推適用該項規定為處理；亦可改為依第三六七條之一之規定訊問當事人本人或改採其他更能節省勞費之證明方法），此乃由於依循程序利益保護原則所應然之解釋論，是與日本新法之運用論有異。按：日本新法第二四八條雖亦增訂近似於我國新法第二二二條第二項之規定，惟因其未併仿採上開德國法第二八七條第二項規定之故，遂被批評為其立法欠缺訴訟經濟之觀點（註四六）。可是，此項評論尚難適用於我國新法之情況，因我國新設上開規定，係認知程序利益保護原則。

從而，應依程序利益保護原則開展今後有關第二二二條第二項及第二四四條第四項之解釋論（註四七），既不宜無視我國新法制訂時所處之理論思想背景具有獨特性（註四八），亦不應遽行論斷我國新

法係全然仿自德、奧或日本等國法。亦即，受訴法院應依循此項原則進行審理、運用訴訟指揮或闡明活動，就損害數額之酌定，賦予當事人有平衡追求程序利益與實體利益之機會，防止發生促進訴訟的突襲。例如，①在當事人主張訴之聲明所示損害額已能證明或其證明有重大困難之情形，就是否可認為有關損害額之心證度已到達證明度或其能到達之數量上確實率為何一事，法官應將其所形成之判斷（暫定性判斷），適時向當事人開示，以便整理、協議簡化事實上、證據上爭點或促使當事人為攻擊防禦，藉以防止發生突襲性裁判，並賦予原告有依第二五五條第一項第三款規定為擴張或減縮聲明之機會。②在當事人未為上開主張或原告係依第二四四條第四項規定表明最低金額之情形，亦應為如上所述之開示，以達成同一目的，並賦予原告有依同項規定為補充聲明之機會。此項機會之賦予係闡明方式之一種，亦屬法官依第一九九條所負有關事實上及法律上問題之闡明義務，所以法官之闡明權行使，亦須依循程序利益保護原則。

於此，宜留意：由於當事人雖可能舉證卻怠於為之者，並不該當於同條項所定「不能證明」或「證明顯有重大困難」之要件（註四九），所以如何充分賦予當事人有提出事實、證據之機會，以防止發生突襲一事，對於程序利益保護原則之貫徹，實具有決定性之意義。至於準據上開新法制定時之方針或立法旨趣，應如何就該項規定所認法院酌定行為加以定性、其適用之對象範圍為何等問題之處理，則非本文之主要目的，於此不加深論。（註五〇）

## （二）小額事件之認事用法方針

新法增設小額訴訟程序之理由為：「……為貫徹憲法保障人民財產權、訴訟權之精神，讓一般國民就其日常生活中所發生之小額給付請求事件，能循簡便、迅速、經濟之訴訟程序獲致解決，以提昇國民



生活品質……」等旨，係指向於將其程序之經濟、迅速化所得利益歸屬當事人，而賦予其有追求程序利益之機會，非為減輕法院負擔。此項立法雖亦參考外國之立法例，但係受開展於我國之程序利益保護論所前導，亦採認程序利益保護原則。（註五一）

循此方針，新法遂規定，於小額事件，經兩造同意時，或調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當時，法院得不調查證據，而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判（第四三六之一四）。其立法理由謂：「小額事件之訴訟標的金額或價額較小，費用相當性之要求益形重要，為避免法院耗費太多時間、費用調查證據，致不符小額事件當事人之訴訟利益，……」等旨，可知其意係以保護當事人之程序利益為主要目的，乃一方面賦予當事人兩造共享程序選擇權，由其自行較量、決定如何平衡追求程序利益與系爭實體利益，選擇是否行證據調查程序（註五二）；一方面則委由法院在一定條件下，裁量、決定如何平衡兼顧該二利益之保護。（註五三）此項旨趣，係於起草、立法過程經認知程序利益保護論而來，且試圖將前述第二二二條第二項規定所採職權裁量法理，予以採用於小額事件而一般化（不限於損害賠償事件）。（註五四）

其結果，由於上開規定，係以平衡保護當事人之程序利益為目的，而容許且要求法院應適用上開原則審判小額事件，所以其程序之內容及其運作應有之取向為：

①法院應適時賦予當事人有優先追求程序利益之機會，以防止發生促進訴訟的突襲。例如，在兩造合意求法院不調查證據逕為公平之裁判時，原則上法院應尊重該項有關程序選擇權行使之合意，而審酌已呈現於程序上之一切資料、情況，依法官所認經驗法則及衡平法理為裁判。

②在兩造未有上開合意，但法院卻認為調查證據所需勞費付出與當事人之請求（系爭實體利益）顯不相當時，宜儘可能經由闡明使當事人知悉法院認為不調查證據之理由，如能藉此助益促成當事人達成上開合意，則基此所為裁判，將更可獲得當事人之信服。因為，採職權裁量法理係一種程序法上非訟化，而以保護程序利益為目的，（註五五）並不同時意味其審理不須滿足程序權保障之要求。（註五六）。況且，為保護當事人之程序利益，尚宜採用兩造會同證人於公證人面前作成陳述書狀而予以提出之方式（第三〇五條第二項、第三項）。（註五七）

③在兩造未有上開合意時，法院在取捨、判斷應否或如何調查證據以前（第二八六條），應先行整理爭點，並將其所認爭點曉諭當事人（第二九六條第一項），使陳述意見，以免進行不必要或無關連性之證據調查，而簡化爭點或促成上開合意。（註五八）

④法院依本條規定適用職權裁量法理時，係就其認事用法，均被要求依循程序利益保護原則及費用相當性原理。（註五九）就事實之調查、認定程序而言，因適用該原則之結果，法院在認為調查證據所需時間、費用與系爭實體利益顯不相當時，亦得僅調查較不致伴生程序上不利益之證據。例如：可依職權裁量改為使提出在公證人面前作成證人陳述書狀之方式，或使用有聲音及影像相互傳送之科技設備為訊問（第三〇五條第二項、第三項或第五項）；亦可依職權裁量決定採同類方式訊問當事人本人或通知其到庭用言詞為之（第三六七條之一及第三六七條之三準用第三〇五條）。此時，宜留意新法既容許法院可全不調查證據，其意係包含法院可酌採其認為適當之程序或方式，已容許法官裁量採用自由的證明程序。（註六〇）

⑤就法律之適用而言，本條係容許法院依衡平法理為裁判，而非

必完全依實體法先行一一認定其所定要件事實存否，然後始得為裁判。此為一種實體法上非訟化，是與非然之通常訴訟事件或簡易訴訟事件有異，所以法官依本條規定所為裁判係兼具有非訟裁判性；又，就可適用衡平法理而言，其亦具有仲裁性。（註六一）

當然，為儘可能確保當事人對審理方向及裁判內容之預測可能性，防止發生突襲性裁判（含：發現真實的突襲及法律適用的突襲），在上開裁判之形成過程，法院亦應適時賦予當事人有陳述意見或辯論之機會（第一九九條、第二八八條第二項及第二七八條第二項但書）。（註六二）在賦予此項機會時，法官倘能致力分析該事件之認事用法上存有何種可能招致程序上不利益之因素，提示追求程序利益之誘因（如：併將第八三條第二項及第八四條第二項有關和解成立或起訴撤回時得退還裁判費二分之一之規定內容曉諭當事人——此二項規定，亦為賦予當事人有節省費用付出即追求程序利益之機會，指向於貫徹程序利益保護原則），將更能貫徹新法就小額事件採調解前置主義之精神（第四〇三條第一項第十一款）。（註六三）

## 參、程序利益保護原則之合目的運用

### 一、當事人行為及律師活動之目標設定

#### （一）經由主導劃定訴訟上請求範圍之利益追求

程序利益保護原則係容許當事人自起訴時起，即得經由訴訟上請求之選擇、劃定，以追求程序利益。此項選擇、劃定之權能及責任，在採用處分權主義而承認原告有主導權、程序處分權之訴訟架構下，係歸屬於原告，此亦基於保障訴訟權之訴訟制度本質上理由所應然，尚無對被告是否不公平之問題。（註六四）當然，基於該項處分權，

原告亦得與被告達成選擇訴訟上請求之合意（協議），藉此兩造可協同追求程序利益。（註六五）

上開由當事人行使程序處分權（註六六）以主導追求之程序利益，通常可運用有關訴訟標的之特定（註六七）或訴之合併提起（參照第二四八條）（註六八）等方式獲得實現。而且，如能借助於有此方面專業知識歷練之律師，則其程序利益之保護將更確實，而無待於受訴法官多事闡明。在此前提下，新法增設若干規定，可作為配套措施供用。關於此，以下試舉例析述之：

①原告可選擇將某一含有證明上困難性之實體權，排除於求為本案審判之對象範圍外，而不予以列為訴訟標的，藉此避免蒙受因該項困難所可能伴生之程序上不利益，達成平衡追求程序利益之目的。

例如，在原因事實為甲於某日將其所有之A車，以每月租金某元出租於乙，租賃關係因租期屆滿而消滅以後，乙占用該車拒不返還予甲之情形（下稱此種含所有及出租之主張事實為「較大原因事實」），如果甲為原告，列乙為被告，起訴聲明求為判決「乙應將A車返還予甲」，但認為要證明該項租賃契約存在有實際之困難，為其證明將伴生不相當之程序上不利益時，則可選擇僅將所有物返還請求權（以上開A車為甲所有、卻遭乙占用不還之原因事實所特定之實體權，以下略稱其為a權利，而稱此項不含出租事實在內之原因事實為「較小原因事實」）作為訴訟標的，而不求其受訴法院併就租賃物返還請求權（下稱b權利）存否為審判，藉此追求程序利益（因不必付出勞費就該當於b權利發生之要件事實為證明時所可能獲得之利益）。

②在上開情形，甲亦可選擇提起客觀合併之訴，而將其以較大原因事實所特定之權利（含a權利及b權利）作為訴訟標的。此時，甲基