

民事訴訟法與實體法之 關係論

——引言稿

姜世明*

目次

壹、前言

貳、私法與程序法之區別

參、民事訴訟法目的論、理念論與民事實體法間之關係

一、對實體法目的之實現具有侵害性的程序法觀

二、以形害義的程序觀念

肆、民事訴訟法與民事實體法間之交互作用

一、概念借用關係

二、程序法概念之形成對於實體法概念之反作用

三、實體法制度理解之不完整對於程序法概念形成之
影響

四、程序法對於實體法價值預設之架空

五、實體法對於程序法之補強作用與邏輯之顛覆

伍、結論

* 政治大學法學院教授；德國慕尼黑大學法學博士。

壹、前言

民事實體法係規範私權主體間之權利義務關係之安排，此一安排可能基於公平正義、誠信原則、損害回復原狀、比例原則、產權靜的安全的保護、交易安全之動態保護、未成年子女利益保護等價值決定，而在實體法上進行規範建制。此等價值決定之立法形成結果，係法治國下得受人民信賴及賴以為生活準據之規範，其所安排之財產權或身分權等私權結果，亦多屬憲法所保障之基本權利。

現代國家禁止人民自力救濟，國家即應負有建立一有效保護及實現人民權利之程序建制，使人民得以利用，並獲得適時之權利救濟。否則，禁止人民自力救濟權，便失其正當性。一個國家之民事程序，失其保障人民私權之能力，以及刑事程序如失其懲罰惡人以保護善良人不被侵害之功能，此等國家也等同為凌弱暴寡的暗黑勢力與肉食者之行惡開路而已。

基於對於個人私權之尊重，程序法應具有法安定性，不能任由法官在訴訟中恣意影響實體法上既有權利義務安排之結果形成。否則，民事程序制度本身就是對於實體法之否定，法秩序之維護亦將淪為鏡花水月。

本文將對於目前實體法與程序法間可能存在之實踐上落差，提出部分觀察，以供參考。

貳、私法與程序法之區別

訴訟法與實體法之區別，有認為得以法律規範所欲規律之生活領域為標準。或以該等規範所作用之領域為標準，亦即若規範所作用及影響之領域係對於實體權利義務關係靜態性安排之領域者，係實體法規。若係對於為認事用法進行裁判之動態程序加以作用者，則係程序法。

法律係就人類之行為事實對主體賦予權利、課以義務、或負擔之規範。應視權利滿足、義務履行、避免負擔之結果，是否直接對於法院處理之訴訟事件發生作用，抑或僅直接對於無法院干預之私人間一般生活領域發生作用，而作區別認定。某一法律規範，如係就法院訴訟程序中之當事人行為事實或關係人行為事實為規定者，屬於訴訟法。倘某一法律規範，係就私人間一般生活領域中之行為事實為規定，且無法院介入干預該項行為事實者，即屬於實體法。

一般而言，因實體法與訴訟法規範有不同法典，因而不會發生混淆。但於部分情形仍有可能有交錯存在之關係。亦即實體法中亦有程序法性質之規範，而程序法中亦有實體法性質之規範。例如，實體法之情報請求權或關於推定之規定，即有舉證責任減輕之程序法性質，或對於形成之訴之種類及當事人適格之規定，均有程序法之性質；而程序法中關於撤銷假扣押時債權人之賠償責任之規定（民事訴訟法第531條），實亦具有實體法之性質。可見，區分實體法及程序

法之性質，僅依法條所規定之法規所在，區別之精確性上並不完全。

參、民事訴訟法目的論、理念論與 民事實體法間之關係

一、對實體法目的之實現具有侵害性的程序法觀

在以實體權利義務關係之確認與實現之民事訴訟目的觀下，程序法之目的乃受實體法價值預設所決定。而此一訴訟法之目的觀乃最足以體現實體法公平正義價值之程序法目的理論，否則國家若在民事程序不期待為人民之實體法財產權秩序之維護而奮鬥，在刑事不願代位人民行使刑罰權力使加害人受到應有懲罰，則國家便應將人民自力救濟權返還給人民，始符合國家學中人民與國家之社會契約本旨。

若採其他著重程序利益之程序目的觀，實體法價值預設在程序法之實踐過程，並未被認為係較優越之利益或價值，經常有被架空或削弱之危險。例如原來實體法對公同共有之價值決定，本係以安定性為首要考量，因而形成一人否決權之狀況，但因實務上放寬公同共有人於「在外國」、「失蹤」，甚至「明示反對」之情形，認為其他共有人可自行起訴，並連帶造成物權法之修正（民法第 828 條第 2 項準用第 821 條），此乃基於程序法之反引導或補充作用所致，是為著例。其在共有物之維護方面放寬既有拘束限制，或有其正當性。

但若過度放寬，則部分公同共有制度本質原寓責任連帶及關係維持久遠之意旨，即會被架空。而在若干以紛爭一次解決為優越性程序理念之論者，其對民事訴訟法之理解，可能會以擴大既判力主觀範圍或對於法定訴訟擔當概念加以擴大化理解之方式，或擴大禁止另提獨立之訴之方式實現之。惟如此，對第三人或當事人之實體權利即會造成侵襲。

民事訴訟法若採紛爭解決說，此說某程度上已將實體法與程序法脫鉤，將程序法理解為解決紛爭之手段，不承載實體法價值及正義分配落實之任務，因而訴訟和解及調解程序，在紛爭解決說與所謂法尋求說中，會在程序中一再被提起。紛爭解決說如屬於貫徹促進型調解之理念，創造雙贏，對於當事人之實體權利不致影響過大，若僅強調結案而作類如時尚警察雙色鞋般的調解建議或被害人不得已讓步，均對於實體法價值實現造成重大破壞。此種程序觀念，對於當事人而言，屬於有毒的程序法觀念¹。

¹ 實務上對於被害人每用「瘦的和解比胖的判決好」、「一切是因緣，放下才能自在前行」、「你現在請求那麼多，他去關也不能還你錢，現在願意3成賠你，拿到比較實在」、「你現在不調解，去打官司，花很多律師費和耗費很多時間，最後判的可能很多沒進你口袋了，值不值得？」可憐的被害人就是在此種話語下不得已和解，然後司法不會自己反省，為何無法建構出得以滿足人民適時審判請求權、律師費用由敗訴者負擔之制度，然後把司法失能之苦果，用所謂 ADR、用所謂修復式司法，令被害者在司法程序中再次受傷害。在刑事上，把被害人不得已之和解讓步，當作持有兒童猥褻影片數千份，仍可被緩刑之考量因素（這種侵害兒童行為，和解應只是換取不被判更重的因素，不是用和解得以不合比例性地量處低度刑及予以緩刑，此種操作僅係為使法官判決不被上訴，為法官結案方便使用，但對於刑事正義及社會秩序維持，具有負面效應，坐實權貴可以做壞事後用錢擺平，回到水滸傳的年代）。甚至在割頸案中，高院法官開庭時還問：「可否讓被告孝順你？」此種對於殺人犯的期待，被害人聞言自屬委屈之至，本

二、以形害義的程序觀念

民事訴訟法為達到能確認當事人間權利義務關係，本應慎重正確裁判，然而法官有限，案件無窮，國家又不願意取法德國增加法官員額（使人口比 4000:1），或取法日本增加司法事務官員額，理想上若能使法官每人得配一位司法事務官及一位助理輔助，以增加適足辦案能量，自屬上策。否則，最後因審判能量不足，末流者自暴自棄、審判品質低劣，造成人民權益受損。如何在台灣建立服務勞動領域能滿足得以平衡適足休憩權及工作效能之制度及觀念，乃問題根源所在。

在制度論上，或應科學化作限量分案，並增加法官人力，或以增加司法事務官及法官助理方式增加法官辦案能量，當人力越足，法官分案量自相對應提高。另外配合爭點整理程序，將判決書利用表格顯示爭點與不爭執事項（亦應特定訴訟標的，乃當然之理），法官判決程序可分為二階段，初階係在初步判決書或筆錄上列出各不爭執點與爭執點欄位，表格化，並在各爭執點填上法官判決認定結果（例如爭點係某債權與系爭債權得否抵銷？法官僅在右側欄位填上「可」或「不可」），如此即可認為已得滿足裁判宣示時裁判書製作格式之基本需求。判決二階則在如當事人擬上訴者，則得要求法官補足該等只有結論之爭點之充分判決理由（此時且須在制度上規定法官不得更動主文，以免法官使出賤招，凡上訴者便更改更不利主文，而作為個人標誌，用以嚇

阻其當事人提出上訴)，如此改革乃能平衡法官服務能量及人民訴訟權益之保障。

社會化民事訴訟法之本旨本即有實現實質正義之意義，未能在制度上做平衡法官工作能量及當事人實體權益確保之制度設計，反而一味強化法官闡明義務，企圖紛爭一次解決，乃放寬變更追加反訴、主觀預備合併、客觀預備合併，均係增加法官負擔及當事人難以迅速取得確定裁判之病因；而擴大既判力主觀範圍之概念，對於當事人之實體權亦會產生不當剝奪。此類訴訟經濟之思維，對於民事訴訟法之實體正義實現期待或功能，乃有重大之退讓。例如，民法第 242 條債權人代位訴訟，能認為對於其他債權人也一併被訴訟擔當，而被既判力所及？此應已嚴重超越對其他債權人實體權利保護之民法規範意旨。另外，若不增加人力，則最後因司法給付量能不足，反而癡迷地往調解方向發展，而又承認由法官實質指導調解程序或方向，此等忽略法官充當調解人與當事人間乃程序利益衝突（法官有結案方便之利益，當事人有權要求公平正確確認及實現實體法權利，二者會有所衝突），此類以公權力充當裁判官角色介入引導調解，違背調解之基本本質，亦即私密性及有開放空間得以揭示自己利益之所在，甚至還有將調解程序作為爭點整理程序先行程序者，均係對於調解本質之誤解。也許最後可以終結案件，但未必得以解決問題。而對於調解之極力擴張，法官操作不慎，對於當事人及司法均會造成傷害。例如有律師指出：在二審開庭時，法官告知一審勝訴免給付違約金之被告，用紙條寫須賠 60 萬，並要脅被告律師如不從，就會判 100 萬，律師因若

二審判 100 萬敗訴並不能上訴第三審，只好接受法官此種荒唐之所謂公開心證，不得已接受 60 萬之給付金額。

肆、民事訴訟法與民事實體法間之交互作用

一、概念借用關係

民事訴訟法有部分制度之概念係借用自民法之概念，但依隨時代演變，程序法多能基於自己之程序上需求，突破實體法概念之框架，而與實體法概念做部分脫鉤。

例如在當事人能力部分，民事訴訟法第 40 條第 1 項之規定即借用民法權利能力之內涵，民法上有權利能力者即在程序法上亦具備當事人能力。具有當事人能力，得成為訴訟主體，能在訴訟上盡力攻防為自己權利奮鬥，乃市民階級出現後，重視個人自由主義及自己行為責任之體現。

在訴訟能力部分，民事訴訟法第 45 條規定能獨立以法律行為負義務者，有訴訟能力，亦係與民法行為能力概念連結之概念借用。也因此，對於無訴訟能力者乃須借用法定代理人制度代理其進行訴訟。

而在訴訟行為部分，民事訴訟法之訴訟行為區分為負擔性訴訟行為及處分性訴訟行為，此亦係借用民法上負擔行為與處分行為之概念。

在訴訟標的之概念，舊訴訟標的理論乃將此概念與民法