

## 第一章

# 民事紛爭之解決與民事訴訟之理念

## 第一節 民事紛爭解決之方法及程序

### 一、概說

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

所謂「民事」紛爭，一般係指財產權之紛爭、對等的私人間有關之紛爭，而廣義之民事紛爭即包含家事紛爭。就狹義之民事紛爭，茲舉下述例子加以說明。以侵權行為為例，【例一】：Y 開車撞到 X 行人或 X 駕駛之車輛，Y 是否應對 X 負損害賠償責任？這樣的紛爭屬於民事紛爭。X 對 Y 有無損害賠償請求權，涉及民法第 184 條侵權行為構成要件有無該當的問題。又如醫療糾紛，【例二】：X 病患至 Y 醫院或 Y 醫生處治療或開刀，結果並未痊癒，反而更加嚴重或有後遺症之情形，Y 之醫療行為有無過失，對 X 造成

---

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

之身體、健康甚至生命之傷害，是否應負損害賠償責任？此亦屬民事紛爭。另以契約類型為例，【例三】：Y 於 106 年 1 月 1 日向 X 借款 100 萬元，約定兩年後清償，而後 Y 拒不返還，X 對 Y 加以追討，此項借款返還請求亦屬民事紛爭。又如買賣契約，【例四】：X 向 Y 銷售商或公司購買電器用品或轎車，惟標的物有瑕疵，電視閃爍不停無法觀看或車子暴衝等，X 如要退貨返還價金，即涉及可否解除契約、回復原狀，或只是 Y 須加以修補、X 可減少價金之問題，此係買賣之紛爭。又如承攬公共工程，如道路開挖、橋梁建造等，此外也有私人間承攬，如興建房屋，若逾期未完工或未通過驗收，是否扣款或罰款，其有關之紛爭亦為民事紛爭。

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

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

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

方合意時始得成立和解或調解。此係從解決方法是由第三者加以判斷抑或由紛爭當事人合意、自主設定解決基準予以區分。

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

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

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

---

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

為何 20 世紀以來一直強調 ADR，特別是美國，而日本於 1996 年制定新民訴法以後，也一再強調訴訟外紛爭解決方法。我國司法院現在也在強調、注重調解，因為訴訟如洪水般湧向法院，且現行法官等司法人員採法定定額制，全國司法人員不得超過一定數量，這也造成問題。因為人民愈多、紛爭愈多，法官人數卻沒有增加，則表示其負擔增加，故解決方式即鼓勵使用 ADR，而不利用判決方式（不使用法官），否則案件之審理將會欠缺效率，蓋法官也是常人，若負擔達到一定程度，恐怕也不勝負荷<sup>3</sup>。

## 二、裁判外解決

### （一）和解

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

---

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

民法將和解規定為契約類型之一，向來是從實體法的角度討論民法上和解，而和解成立具有創設之效力，在和解當事人間發生合意內容般之法律關係，既有之權利義務關係，為新創設之法律關係所替代。例如【例三】，Y 向 X 借 100 萬元，Y 因失業無法償還，X 又一再催討，若 X 與 Y 達成和解，約定 Y 清償 80 萬元即可，則原有 100 萬元借貸權利義務關係，於達成和解後其內容變為 80 萬元，所以改變既有之法律關係，創設新法律關係，此紛爭即透過和解契約予以解決。然而，此處所謂的解決僅是解決基準之設定，如【例一】車禍事件，Y 同意賠償 X 5 千元，或是【例三】借貸事件，Y 借款 100 萬元 X 同意清償 80 萬元即可，此係雙方就紛爭解決之實體上基準達成合意。惟此種和解相較於其他紛爭解決方式有何問題？亦即該和解是否具有既判力？尤其是否具有執行力？發生既判力之事項，雙方將不得再加以爭執，若提起訴訟，受訴法院亦受其拘束，不得與既判事項作不同判斷。【例一】X 與 Y 如成立民法上和解，Y 願意賠償 X 5 千元，該和解契約並不發生既判力，其僅為雙方意思合致而已，未經法院裁判，亦非仲裁人所作成之判斷，也非於法官面前成立之和解或調解，現行法並未賦予其既判力或執行力。而德國法規定，於律師面前成立之和解，經法院核可者，則發生一定效力（執行力），但我國法並無此規定。所以 X 與 Y 成立民法上和解，雖然在實體法上 Y 須賠償 X 5 千元，但該和解事項並無既判力，得再行起訴爭執，且亦無執行力。所謂執行力分為廣義及狹義，目前所講授之執行力係指狹義的執行力，亦即得作為執行名義，聲請法院實施強制執行之效力。強制執行法第 4 條規定，強制執行須依執行名義為之。X、Y 縱然成立和解，簽署和解契約書，如 Y 嗣後並未給付 X 5 千元，X 得否根據該和解書向法院聲請對 Y 為強制執行？並不可以，因雙方所成立的和解不具有執行力，法律並未賦予其可作為強制執行之用。

和解不須透過第三人或經過一定程序，只要雙方磋商、談判，最後合意和解內容即成立，相較於其他程序，可節省雙方的勞力、時間、費用，不必為談判、協商而花費額外費用，有助於勞力、時間、費用之節省。此涉及程序上利害之問題，不必為了和解，另外花費勞力、時間、費用，故減少程序上不利益，而可維護程序利益。可是，此類和解未如其他紛爭解決方式有既判力或執行力，若義務人不自動履行，權利人欲強制執行，需要再起訴或另外聲請支付命令等以取得執行名義，是以從強制執行的角度觀之，民法上和和解並不具取得作為執行名義的效用；並且因其不具既判力，所以欠缺紛爭解決之終局性，蓋如有既判力，雙方即不得再事爭執；若起訴，法院也要受拘束，此即具有紛爭解決之終局性，惟如上所述，民法上和和解欠缺之。一般民事或家事紛爭，那些當事人可處分之事項，均得成立和解。其實社會上大部分的紛爭都是依和解予以解決，只是在和解成立後義務人不自動履行時，才依據和解契約起訴為請求，取得有執行力之確定判決或宣告假執行之判決，據以強制執行。

和解相較於其他紛爭解決方式，具有前述節省勞力、時間、費用的優點。再者，因為係基於雙方合意，故不必依照法律規定加以解決，當事人合意的內容即成為「法」的一部分。民法承認私法自治、契約自由原則，雙方所成立的合意內容就是雙方所必須遵守的「法」。但此處的「法」並非客觀的實體法，不是立法院所制定的民法，所以以和解解決非依法加以裁判，只要雙方願意，在【例一】Y要賠償X 10萬元、5百元或5千元，只要雙方合意即可。雙方合意所成立的和解內容、所成立的「法」，與客觀的實體法有何不同？如果適用民法，Y對X是否負損害賠償責任，須視其是否該當於民法第184條第1項前段：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」亦即，有損害斯有賠償、損害與加害行為間具有因果關係、且行為人對其行為具有可歸責性，這些要件

成立，X 對 Y 才有損害賠償請求權，而損害賠償之範圍，則取決於 X 受有多少損害。所以依照客觀的實體法，X 對 Y 可以請求多少之賠償，須視其受多少損害而定；又如前述，X 闖紅燈與有過失，依民法第 217 條規定，可減輕或免除加害人責任，所以過失程度如何，例如交通事故需送至交通事故鑑定委員會加以鑑定。以前交通事故鑑定委員會會寫 X 過失程度三成、Y 過失程度七成，但後來交通事故鑑定委員不這樣寫，因為三成、七成到底如何認定，法官請他說明卻難以說明，所以現在多表明有何種過失或何者之過失程度較重。假設法官審理結果認定 X 過失程度為三成、Y 過失程度為七成，而 X 受有損害共 10 萬元，X 就自己過失部分不能要求 Y 賠償，所以客觀上損害賠償的範圍為 7 萬元，此即所謂客觀的實體法。如以和解方式解決，不需要去認定 Y 是輕過失或重過失，甚至 X 痛苦程度如何、慰撫金、精神上損害賠償如何計算等等，和解時不必要依客觀的實體法加以裁判，雖然也會顧慮之。如 Y 認為其無過失就不願意和解，認為有過失才願意；對 X 而言，請求賠償也須考慮到自己的損害，不能漫天要價，就算 Y 開名車很有錢也不願意隨便給錢。依客觀的實體法規定所享有的權利內容，此利益稱為實體利益，X、Y 之所以成立訴訟外和解，當然考量到實體上利害，也會考慮到程序上利害，如未於當場和解，日後尚須經調解、訴訟等等，可能花費勞力、時間、費用，所以雙方平衡該二利益之結果，最後可能就進行和解。

成立和解較能切合實情，因當事人經過各種考量，特別是當事人之間有感情或交易需要維持等。如【例五】之扶養費、贍養費，X、Y 協議 Y 每個月給付 X 及 X1 各 1 萬元，後來 Y 不能如數給付，雙方即協議減為各 8 千元，以維持和諧，畢竟雙方具有感情，曾有夫妻關係或現有父子關係。是以，此種需要維持和諧、感情的紛爭，比較適合採用和解的方式予以解決。若不用和解方式而進行訴訟或非訟，常說「為何一下子就上法院，不先來談談看」，雖然

不一定談得成，但直接上法院對華人或東方社會而言不太適合。此與歐美國情不同，歐洲社會認為有紛爭當然須到法院，因為法院最為公正、程序最為嚴謹，裁判以後，即依照裁判內容加以解決。但東方社會認為，有紛爭不宜馬上到法院，因為法院行公開審判，而在眾人面前進行論辯，向來較不習慣以此種方式予以解決。所以和解之紛爭解決方式，有上述的優、缺點存在。民法上和解，不僅作為實體法上契約，某程度上亦為紛爭解決方式，只是因沒有既判力、執行力，紛爭解決的效用較為薄弱而已。

民訴法定有訴訟上和解，甚至於非訟法也增訂非訟上和解（同法 35 條之 3）。訴訟上和解規定於民訴法第 377 條，該條第 1 項明定不管訴訟程度如何，法院或受命法官或受託法官，隨時可試行和解。若和解成立，依第 380 條第 1 項規定，與確定判決有同一效力<sup>4</sup>。亦即，X 對 Y 已經提起訴訟，在訴訟中雙方仍得成立和解，此種和解稱為訴訟上和解。訴訟上和解即為兩造當事人在法官面前就訴訟標的之法律關係、甚至訴訟標的以外之事項，雙方達成合意。例如【例三】Y 向 X 借 100 萬元，清償期屆至後，Y 未返還，X 即對 Y 起訴請求，訴訟中法官隨時得試行和解。之後會提到當事人已提起訴訟，法官動不動就勸人和解，是否抑制權利人依照訴訟程序行使權利的意志？壓抑權利意識的培養或健全？如中國為推行和諧社會，很多人到法院起訴卻不准許立案，強制當事人以調解解決，所以有些程序法學者認為中國的法治退步而非進展，因為法官裁判必須依法審判，先認定事實，然後適用法律，是非分明，有權利就判給原告權利，沒有權利就判他敗訴。不讓人民訴訟等於不讓人民依法解決紛爭，無異於不以是非分明的方式解決紛爭。在正常情形，提起訴訟後，當事人仍得再選擇要用判決或依訴訟上和解加以解決。

---

<sup>4</sup> 關於訴訟上和解之機能，邱聯恭，在民訴法研究會第 44 次研討會後補註，『民訴研討（四）』507 頁至 510 頁。

我國民訴法第 380 條第 1 項規定，與德國民訴法規定不同，由於德國未有此項規定，所以德國通說認為訴訟上和解沒有既判力，但我國第 380 條第 1 項規定，訴訟上和解成立者，與確定判決有同一效力，而確定判決最主要的效力為第 400 條第 1 項所定之既判力。為何承認訴訟上和解有既判力？日本通說亦認為訴訟上和解沒有既判力，因為和解是當事人雙方所成立的合意，並非法官依據法律所為之裁判，故頂多僅承認發生實體法上和解的效力、終結訴訟的訴訟法上效力而已，不承認發生與確定判決同樣的既判力。但在我國法律之下，不能為如此解釋，因為第 380 條之 1 規定，第三人參加和解成立或當事人就聲明以外事項成立和解者，得為執行名義，亦即，就訴訟標的成立之和解，不只有執行力，亦有既判力，但訴訟標的以外事項所成立之和解，沒有既判力，只有執行力。如

【例三】Y 向 X 於 106 年 1 月 1 日借 100 萬元，X 對 Y 起訴請求返還，後來法院試行和解，Y 與 X 要成立和解，X 便要求，因為 Y 於 1 月 1 日借了 100 萬元，於 2 月 1 日又借了 50 萬元，如要和解就要全部和解，X 原來起訴僅主張 1 月 1 日成立的 100 萬元借款返還請求權，而就未起訴之 2 月 1 日借款返還請求權，即為訴訟標的以外的事項，都要和解。若 1 月 1 日借款以 80 萬元和解，2 月 1 日借款以 30 萬元和解，約定和解當天須給付或和解後若干日內須給付，或和解時要由第三人 Z 擔任連帶保證人、Y 須另外設定抵押權來擔保等。這些和解就原本請求之 1 月 1 日借款返還請求權之訴訟標的部分，有既判力；關於第三人 Z 擔任連帶保證人負連帶給付責任與 2 月 1 日借款返還部分，不是訴訟標的，就其所成立之和解雖然發生執行力，但沒有既判力。為何承認訴訟上和解有既判力？我國民訴法承認在訴訟中，當事人就訴訟標的所成立的紛爭解決之程序選擇契約（訴訟上和解），一方面有實體法上效力，原借款債權從 100 萬元變為 80 萬元、50 萬元變為 30 萬元，另外有訴訟法上效力，除了訴訟終結以外，就訴訟標的部分賦予既判力，使其具有終