

# 訴訟之審理及事案之解明（一）

## ——爭點之特定、整理與辯論

### 第一節 審理原則及審理方式

#### 一、概說

審理原則或訴訟原則，涉及訴訟審理及本案判決之相關原理原則，這些原理原則是從憲法、民訴法或其他相關法律所歸納而出。我國民訴法繼受自德國、日本或奧地利，德國最早於 1877 年制定，日本、奧地利則分別於 1890 年、1895 年才制定民訴法。惟德國法有一缺失，在該國制定民訴法之時，因急於統一，故先將各方達成共識者訂成法律，所以不是一部完整之法典。惟隨著一百年來實務、學說之發展，已逐漸建構、形成完整之訴訟理論、原則。若觀察法國於 1806 年拿破崙所制定之民訴法，則為近代第一部民訴法。日本民法亦受法國民法之影響，其雖位於亞洲卻急欲脫亞入歐，首當效法當時最強之法國，後又繼受德國之民訴法，而法國於一個世紀半後 1976 年所定之新民訴法，其開篇即規定訴訟程序之指導原則，前面即訂有各種訴訟審理原則。

觀諸我國民訴法第 1 條即感覺不出這部法典之生命力，將「訴訟由被告所在地之法院管轄」置於第 1 條，而無立法目的及立法原則，可知這部法典未臻完善。大陸於 1982 年制定的第一部民訴法某程度即是抄襲自法國，前幾條皆規定訴訟原則，我國法則是散見

於各該法條中，因此在法條之解釋適用上，須知悉各該法理根據，始知該條文內容係基於何種原則之具體化。德國、日本所謂之審理原則，在我國法之運作上是否僅屬單純抄襲？若我國法之規定與德國、日本法有異，是否必然須作相同之解釋？抑可作不同之解釋？此即須說明理由。法制之移植或建設有數種，其一即抄襲性之繼受，意指條文皆與外國相同。若認法國之制度為佳，上至憲法下至民法、民訴法，皆一律翻譯成中文，亦不失為一種良方，因其整體法制有一貫之體系。惟懼東拼西湊，如我國之動產擔保交易法襲自英美法，其中許多概念即無法與大陸法系融合，如此在法制上有時施行會造成不必要之困擾。而我國民訴法有些條文雖是繼受自德國法，卻並非完全照抄。

筆者所著〈戰後台灣民事訴訟法學發展史〉一文，即說明自1980年代起台灣成立民事訴訟法研究基金會，開始檢討、批評向來繼受自外國之學說、理論<sup>1</sup>。蓋許多學者皆翻譯德國、日本之教科書，以之解釋我國之條文，更甚者將我國條文略之不計，此為法治國家之大問題。憲法第80條規定法官必須依法審判，此法所指為何？於憲法第170條即係指立法院三讀通過之法律，故必須適用我國之法律，而非適用德國、日本或其他國家之法律。因此，必先清楚我國之法律規定，訴訟之審理原則亦如是，而非原封不動地取德國之原則解釋我國法。若我國條文與他國規定有別，則應思考兩者為何不同，不同之處是否有其道理？若有道理則何以強不同以為同？如此即非在解釋我國之法律，而等於在解釋外國之法律。故該文中批評彼等學者「自我殖民地化」，即指涉現今許多學者留學國外，但將留學國之學說、理論不經批判、原封不動地接受，無視於我國之法律規定。若我國之法律規定與德國不同，即謂台灣法律規定不當、應予修正云云，此即不具備民族自信心，違反法治國家原

---

<sup>1</sup> 許士宦「戰後台灣民事訴訟法學發展史」『爭點整理』1頁。

則，取外國之法律以統治我國人民。德國未欲統治台灣，且其法律之效力亦不及於台灣，惟我國有論者卻謂於台灣之法律規定下，應與德國法作相同解釋，並據以為裁判，此即自我殖民，並非外國殖民我國，而係我國自甘接受殖民<sup>2</sup>，因此吾人談審理原則應具備如此之意識。

## 二、法院與當事人之任務分擔

當事人主義		職權主義	
處分權主義	起訴開始	職權開始	公權主義
	表明審判對象（聲明拘束性、訴訟標的特定）	聲明非拘束性	
	終結訴訟	職權終結	
辯論主義	當事人提出主義	得斟酌未提出事實	職權探知主義
	自認拘束原則	不受自認拘束	
	職權調查證據禁止	依職權調查證據	
當事人進行主義（合意停止訴訟程序）		職權進行主義（訴訟指揮權）	

民事訴訟之審理原則，首先係涉及審判對象與審判結果之責任分配原則，此與訴訟上訴訟主體之任務如何分擔有關。無論為何種訴訟，民事、刑事、行政皆然，訴訟上之主體為法院及兩造當事人，就該三個訴訟主體間應如何分攤其任務可分為三個面向：若皆由當事人主導、掌控者，稱為「當事人主義」；若由法院主導、掌控者，則稱為「職權主義」，此為最上位之概念。

<sup>2</sup> 邱聯恭，民訴法研究會第 55 次研討會後補註，『民訴研討（六）』163 頁；同，在民訴法研究會第 74 次研討會之發言，『民訴研討（十）』113 頁；同，在民訴法研究會第 75 次研討會之發言，『民訴研討（十）』201 頁；同，在民訴法研究會第 105 次研討會之發言，『民訴研討（十七）』269 頁。

更具體言之，訴訟可分為三個方面：第一，涉及訴訟是否開始、對何人就何事項起訴請求法院審判，以及訴訟何時終結。如當事人具有主導權，便稱為「處分權主義」；若係由法院自己開啟訴訟程序、決定審判之對象、程序何時終結，即為「公權主義」。第二，涉及有關裁判基礎之事實、證據應如何蒐集，若當事人有決定權、控制權者，稱為「辯論主義」；反之，若係法院依職權予以決定者，稱為「職權探知主義」。第三，涉及程序如何進行，如何時開庭、何時調查證據、辯論，甚至程序是否停止等等，若當事人有決定權，稱為「當事人進行主義」；若係由法院決定，則稱為「職權進行主義」。

任何訴訟多會涉及到此三方面，惟係由當事人抑或由法院所主導，於大陸法系或英美法系中即有所不同，並非全世界的訴訟皆採同一之方式。蓋此涉及該國訴訟之意識形態、立法政策、社會經濟發展，以及訴訟觀、國家觀等等。自整個大方向而言，1806年法國在大革命時代制定之所謂近代的民訴法，屬較徹底之當事人主義，起訴後何時進行何種程序，當事人有決定之權限。然而，歷經數十年後發現訴訟程序若由當事人主導會有延滯訴訟之缺點，無法順利終結，故當事人進行主義便開始逐漸趨向職權進行主義。就是否開啟訴訟、審判之對象範圍大小如何，無論是民事訴訟、刑事訴訟或行政訴訟，尚維持處分權主義，因司法具有中立性、公正性，而與行政權有別，行政權必須服務國民，不待國民申請即須積極介入。惟司法機關（法院）基本上仍維持其被動性，故無起訴即無裁判，無訴訟標的亦無法審判。若當事人不能自主和解、自行解決紛爭而須作成本案判決，則裁判必須認定事實、適用法律，法院即須依職權適用法律。而事實、證據應如何蒐集，在原來自由主義的訴訟觀、訴訟制度下，便認為應由當事人控制或決定，法院不應積極加以干涉。德國雖係如此，但其後奧地利認為該國社會經濟已經相當發展，實際上市民間並非完全自由、平等，仍須考慮訴訟上當事人

間攻防能力、訴訟遂行能力、訴訟經驗等等可能有所不同。亦即，必須貫徹發現真實及當事人間之公平，法院蒐集事證之權限亦因而擴張，產生所謂社會的訴訟觀。所謂訴訟係一社會之福利，故擴大法院之權限，從自由主義的訴訟觀過渡到社會主義或社會的訴訟觀，最主要即在事證蒐集此一方面。這約莫係自 1806 年開始至今兩百年來歐陸之訴訟法思潮<sup>3</sup>。但此處所談者應為台灣之民訴法，亦非過去或將來，而是現在，以現行有效之民訴法為前提予以說明。

## （一）處分權主義及其限制

### 1. 意義、三層面

首先說明處分權主義及其限制。處分權主義可分為三個層面：第一個層面涉及程序是否開始，此亦涉及對誰開始。民事訴訟程序分為小額、簡易及通常訴訟程序，起訴者欲利用何種程序，此即涉及程序如何開始之問題。第二個層面涉及審判對象、範圍之特定，亦即訴之聲明及訴訟標的如何決定、表明或特定之問題。第三個層面則涉及訴訟程序是否終結，對原告而言是否撤回或捨棄，對被告而言是否認諾，或兩造是否造成立訴訟上和解。若合意移付調解，則是否成立調解。若有捨棄、認諾之情形，則法院應直接判決為捨棄、認諾之當事人敗訴。若原告合法撤回，則起訴之效力即訴訟繫屬溯及消滅。若成立訴訟上和解或起訴後調解，訴訟程序亦會終結。此即處分權主義第三個層面<sup>4</sup>。

<sup>3</sup> 邱聯恭「當事人本人供述之功能」『民訴研討（三）』636 頁至 638 頁；許士宦，在民訴法研究會第 61 次研討會之發言，『民訴研討（七）』279 頁至 280 頁；同，在民訴法研究會第 72 次研討會之發言，『民訴研討（九）』365 頁。

<sup>4</sup> 邱聯恭，在民訴法研究會第 72 次研討會之發言及報告「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」『民訴研討（九）』284 頁至 286 頁、294 頁至 309 頁。

### （1）第一層面：訴訟開始

先談第一層面。若 X 對 Y 有請求拆屋還地或返還借款之紛爭，或有發生車禍、醫療事故等請求損害賠償之紛爭，則 X 是否提起訴訟、其紛爭究係循訴訟程序解決，抑或循調解、仲裁程序解決，即涉及紛爭解決方式之選擇，亦涉及 X 如何決定提起訴訟，原則上當事人具有紛爭解決方式之程序處分權或程序選擇權。而相較於其他紛爭解決方式，訴訟有何特別之處？X 對 Y 起訴，不必經 Y 之同意，若要提付仲裁，則必須 X 與 Y 間訂有仲裁條款（協議）始得為之；如依調解程序，聲請法院調解或鄉鎮市調委會調解，欲成立調解亦須對方同意。然而，縱使被告不同意原告提起訴訟，或被告不應訴、到場開庭，法院若依法進行程序、並作成本案判決，最終判決確定仍會發生既判力，而可據以終局解決紛爭。在此意義上，訴訟權必須獲得保障，因其為一強制性之紛爭解決制度，並不仰賴被告之意願，僅須程序合法進行，縱被告未到場仍得由原告一造辯論而為判決（385 條 1 項）。

原告究係以何種方式解決紛爭為佳，當然會考慮到訴訟是否更花費勞力、時間、費用，是否會破壞兩造間之和諧？我國現今社會，於發生紛爭時，仍不太習慣於立刻進入法院而依訴訟程序予以解決之方式。是以，原告必須考量其利用訴訟所能取得之利益，此涉及實體利益。若原告之本案請求為有理由，其即有實體法上權利，法院判決原告勝訴即是保護其實體利益。而花費勞力、時間、費用，乃至雙方之和諧關係受到不利影響，此則涉及程序上利益。為何法院不直接介入紛爭？若法官和 X、Y 為鄰，經常見其爭吵，某天便主動通知二人到法庭，為其下判決，此非法之所許。基於司法之消極性、中立性、公正性，法院不積極介入紛爭，因此必須等待原告提起訴訟後始得為本案裁判。

原告提起訴訟究係利用小額訴訟程序、簡易訴訟程序或通常訴訟程序？小額訴訟係指標的金額或價額在新台幣 10 萬元以下之事件（436 條之 8），簡易訴訟為標的金額或價額在新台幣 50 萬以下之事件，或性質上屬於簡易訴訟者（427 條 1、2 項）。如本於票據有所請求、定期利息、租金之請求或經界紛爭等等，為簡易訴訟事件，此規定於第 427 條第 2 項第 5、6、8 款。究應利用何種訴訟程序，若該事件僅請求租金 8 萬元，當然係採小額訴訟程序；若請求 100 萬元且非第 427 條第 2 項所定事件，則當然適用通常訴訟程序；若為請求 40 萬元借貸之紛爭則僅能利用簡易訴訟程序。問題在於，小額訴訟事件能否利用簡易訴訟程序，簡易訴訟事件能否利用通常訴訟程序？因通常訴訟程序較簡易訴訟程序繁複，簡易訴訟程序亦較小額訴訟程序繁複；反之，小額訴訟程序較簡易訴訟程序簡速，簡易訴訟程序亦較通常訴訟程序簡速。利用通常訴訟程序所花費之勞力、時間、費用較利用簡易訴訟程序為多，利用簡易訴訟程序所花費之勞力、時間、費用亦較利用小額訴訟程序為多，故第 427 條第 3 項意指即使非同條第 1、2 項所定之簡易訴訟事件，雙方亦得合意適用簡易訴訟程序。亦即，此類事件本可適用通常訴訟程序，但雙方欲節省勞力、時間、費用，則得合意選用簡易訴訟程序。為何簡易訴訟程序較為簡速？因其第一、二審皆在地方法院，原則上不得上訴至第三審。通常訴訟程序第一審在地方法院，第二審在高等法院，第三審在最高法院，故審級有所不同，裁判確定所花費之勞力、時間、費用當然亦有所不同。因此，將通常訴訟事件適用簡易訴訟程序予以審判，可節省法院與當事人之勞力、時間、費用。既是如此，若當事人有合意，即尊重其等程序選擇權。惟應予注意者，原告不可恣意決定將 100 萬元之通常訴訟事件逕利用簡易訴訟程序，因被告亦有利用通常訴訟程序之權利，故應得被告之同意。又當事人可否選用小額訴訟程序？依第 436 條之 8 第 4 項之規定，50 萬元以下之簡易訴訟事件雙方得合意適用小額訴訟程序。

再者，雙方可否就 100 萬元之訴訟事件合意適用小額訴訟程序？從法理上而言，因小額訴訟程序較簡易訴訟程序迅速，得節省法院勞力、時間、費用，裨益於司法資源之節省、有助於公益層面的訴訟經濟，如雙方合意即無理由謂不可。而該條條文雖規定 50 萬元以下者，但本書認為在解釋上，縱係 100 萬元之通常訴訟事件，若兩造皆願意利用小額訴訟程序，亦可為之。小額訴訟程序第一、二審皆在地方法院，而無第三審之問題，比簡易訴訟程序更節省當事人及法院之勞力、時間、費用，更有助於維持訴訟經濟及保護程序利益。反之，就小額事件兩造則不可合意選用簡易訴訟程序，而就簡易事件兩造亦不可合意適用通常訴訟程序，因其涉及訴訟制度之使用、司法資源有無合理分配等公益。或有認為，同為金錢之請求，何以 1 億元者可上訴至最高法院，1 元之請求卻不然？此即未依事件類型予以區分，若兩者皆利用同種訴訟程序，則效益不彰，不符費用相當性原則，故簡易之事件則應用簡易訴訟程序為當。憲法保障訴訟權並未規定須設三級三審，訴訟權雖應廣泛保障，但審級或訴訟程序如何設計，則屬立法裁量之問題。並且，立法者不可任意裁量，因為法院、司法資源亦是納稅人之財政負擔，若任意增加法院之勞力、時間、費用，即會影響公益。因此，小額事件不得合意選用簡易訴訟程序。要言之，訴訟制度如何選擇、使用，較繁複事件固可合意選用較為簡易訴訟程序，但較簡易訴訟事件則不得選用較繁複訴訟程序，並非當事人合意即可任意為之，因其涉及司法制度資源之合理運用。標的金額微小之事件如可從第一審爭訟到第二審、乃至第三審，則為此紛爭解決所花費之制度使用成本過高，國家財源不可能僅用於司法，尚有行政等其他事項，故此涉及納稅人財政負擔及國民公平利用訴訟制度之機會，亦即涉及平等權保障、納稅人稅賦負擔之問題。

起訴有無限制？例如 X 對 Y 有 20 萬元借款債權，其欲利用小額程序之簡速裁判，可否請求其中 10 萬元？亦即，可否為一部請

求？依第 436 條之 16 規定，原則上當事人不得為適用小額訴訟程序而為一部請求，除非其已向法院陳明餘額不另行起訴請求。因 X 將 20 萬元債權分成兩部分，本為簡易訴訟事件，現僅請求其中 10 萬元而適用小額訴訟程序，則另外 10 萬元債權應如何處理？是否仍要再行起訴請求？若另訴請求則會增加被告及法院之勞力、時間、費用，故不得為之，除非 X 已表明不另訴請求該餘額 10 萬元。不另訴請求非指放棄此權利，僅係不再利用法院之訴訟程序。既然法院之訴訟程序已為 X 所用，即應善加利用，不得為求小額程序之迅速而先請求 10 萬元，以後再另外起訴請求剩餘之 10 萬元。因此，從維持公平、保護訴訟經濟、程序利益之角度，同一債權不許為了適用小額程序而為一部請求，以免其利用兩道訴訟程序，徒增法院及被告之勞力、時間、費用<sup>5</sup>。

又如第 56 條之 1 規定訴訟標的對於數人必須合一確定而應共同起訴，例如不當得利債權係由 X1、X2 因繼承而共同共有之情形，要對債務人 Y 起訴請求，依現在最高法院（104 年度第 3 次民事庭會議（一））決議，共同共有債權人如有一人不同意行使權利，認為此時並無依民法第 831 條準用第 828 條第 2 項再準用第 821 條之適用，原則上仍須全體同意始得行使，在起訴請求時一起當原告始具有當事人適格。若共同共有二人，其中一人當原告，另一人不同意其起訴或一起起訴，即原告不適格，例如 X1 起訴而 X2 不同意其起訴或共同起訴，則 X1 之起訴即當事人不適格。原告不適格表示 X1 無法獨自遂行訴訟，其訴權之保障即會落空。因此第 56 條之 1 第 1 項規定，法院得依 X1 之聲請，以裁定命 X2 於一定期間內追加成為原告，逾期未追加者，即擬制（視為）一同起訴，無論 X2 意思為何，將 X2 作為原告。在此意義上，X2

<sup>5</sup> 邱聯恭，民訴法研究會第 72 次研討會後補註，『民訴研討（九）』408 頁至 409 頁。