



元
照
法
学
文
库

THE PROTECTION OF LITIGATION AND
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

诉讼权保障与 裁判外纷争处理

沈冠伶 Shen Kuan-Ling

如何有效率地解决民事纷争，使当事人得以最节省劳力、时间、费用之方式，追求正义，乃民事诉讼法之亘古课题。而诉讼之本案判决与诉讼外之和解，乃纷争解决途径之两极。在二者之间，尚存在有各种不同可能性，共构成纷争处理制度之光谱。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D915.2/10

2008

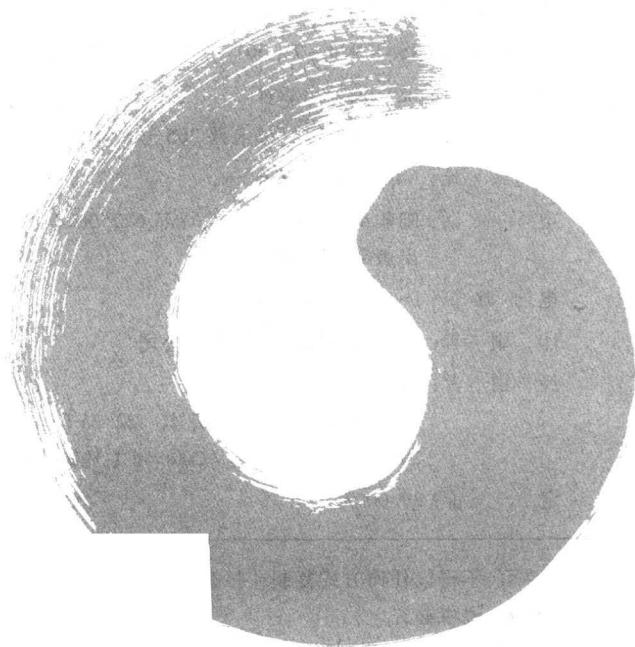
PROTECTION OF LITIGATION AND
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

诉讼权保障与 裁判外纷争处理

沈冠伶 Shen Kuan-Ling



元
照
法
学
文
库



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

诉讼权保障与裁判外纷争处理/沈冠伶著. —北京:北京大学出版社, 2008. 1
(元照法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 12857 - 2

I. 诉… II. 沈… III. 民事诉讼 - 研究 IV. D915. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 160292 号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

诉讼权保障与裁判外纷争处理, 沈冠伶著,

2006 年 4 月第 1 版, ISBN: 957 - 41 - 3456 - 3

书 名: 诉讼权保障与裁判外纷争处理

著作责任者: 沈冠伶 著

责任编辑: 恽 薇

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12857 - 2/D · 1889

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730mm × 980mm 16 开本 22.25 印张 323 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

法系意识于民事诉讼法学领域之今日意义

(代序)

陈 刚

应北京大学出版社之约,就沈冠伶博士新作《诉讼权保障与裁判外纷争处理》写此序。小文虽冠以序之名,却名不符实,最多算作一篇读后感。况且,所感所觉非以本书内容为矢而放,乃以本书研究方法为引而发。之所以如此,盖因本人问题意识所致。“学说始于方法,终于方法”(中村宗雄语)。该当利用何种方法研究民事诉讼,又曰为何选择此种方法,此乃鄙人近些年来所思所虑又上下探求之大问题。于此方面,沈君之作令人豁然开朗,启迪深刻。新作集沈君八篇论述而成,非严格意义上之专论,然各论皆以“理论与实践相结合”方式展开,尤其于理论及制度考察上,来龙去脉交待清楚。如是,所言,有根有据;所论,有的放矢,堪称实在。本人识沈君这般文章乃真格意义上研究型论文,或曰“工夫文章”,个中要因之一,其所论之处,皆必言及德意志民事诉讼法,法系意识恒贯始终。

目下,法文化交流又比较法研究又法律制度借鉴,盛行于世。此般背景下,法系论于民事诉讼法学领域尚具何种意义?殊不知“制度乃历史产物,民事诉讼制度亦然”(中村英郎语)学说及制度之创新及发展,非承继历史成果而不可为之。置历史成果于不顾,所谓“创新”、“发展”,尤如天马行空,其结果,或始作俑者沉浸于自言自语之中,或“新举措”于实务上昙花一现。倘若承继历史成果以前行,民事诉讼法学研究则难脱法系意识之佑启。

在我国,民事诉讼制度古已有之,但若言及现代民事诉讼制度及其理论,则自应溯及清末修律不二。是时,清政府重金礼聘日人松冈义正博士拟订《大清民事诉讼律草案》八百条,以图建立新型审判制度之需,复因中华民国成立,实施一事,随成泡影。盖因清末修律实乃照搬近代资本主义立法之原委,又与民国法制趣旨相当,故《大清民事诉讼律草案》遂为北京政府、南方军政府相继采用,虽词语略有变通,但无关宏旨。国民政府基于统一法制之识,民国二十四年春(1935年2月)公布《民事诉讼法》以昭全国。此部法典秉承前清民初立法成果而成,随中华民国灭亡,由国民党政府搬至台湾,承用至今。藉日人之力所定之《大清民事诉讼律草案》,实乃日人移植1877年《德意志民事诉讼法典》又一翻版。于法系意识上考察,当下台湾地区民事诉讼法制,不外德意志民事诉讼法之延伸之发展,抑或属于德意志民事诉讼法系之一部。如是,沈君并其他台湾同行于研究上必言及德意志民事诉讼法,皆因法系意识使然。

德意志民事诉讼法堪称大陆法系民事诉讼立法之典范,立于英美法系民事诉讼法之另端,影响甚大,至今不衰。盖德意志法律于体系上术语上完臻精细之故,对之条文、学说、判解之研究,非借助德文而不能为之。于是乎,德意志民事诉讼法系圈(奥地利、土耳其、希腊、日本、韩国、台湾地区等)内学者,皆擅长德文。以两年一会之“德意志民事诉讼法系圈学术交流会”为例,与会学者皆用德语你来我往,主题报告亦皆以德文作成。再如,本人于2004年访学日本早稻田大学,恰遇土希两国学者造访。演讲会上,土希两国学者皆用德语发表所论,其间,日方学者皆依“谁提问、谁翻译”之惯例,亦用德语提问且将回答内容译成日语。于此情形下,不习德文者,只得落座一旁洗耳恭听。令本人记忆犹新一例,乃韩国学者孙汉琦教授及段文波博士间之交谈。借孙教授赴本人主持之“东北亚民事诉讼法制国际研讨会”草舍寒暄之际,段博士讨教治学方法于孙教授,其间问到:“孙老师您懂不懂德语?”孙教授答道:“不懂德语还研究什么民诉!”语气上斩钉截铁。言罢,自觉鄙人尚不识德文之缘故,或出于安慰或出于礼节,转而曰“懂日文也可以理解德文,因为德国民诉法上有的,日本民诉

法上也有。”言下之意,不识德文虽难以修成正果,但借助日文亦可涉猎一下民事诉讼法学。

据本人了解,当下德意志民事诉讼法系圈之民事诉讼理论及制度发展迅猛,以日韩为例,大有“青出于蓝而胜于蓝”之势。日韩于德意志民事诉讼法主干上,广泛吸取各国立法及学理之先进,结合本国实际,业已形成混合法制型民事诉讼法体系。日本同行甚至走出国门,帮助他国(例如柬埔寨、越南等)或制定或修订民事诉讼法。台湾地区于此方面业绩可佳,例如沈君所论合意选定法官审判制度,即为超越德意志民事诉讼法之重大举措。

毋须讳言,当下大陆地区民事诉讼之立法上又教科书上,仍保有德意志民事诉讼法之影响。于当事人、诉讼标的、证明责任、判决效力等诸般制度及法理之解释上,法系意识之研究方法渗透其中。然大陆同行囿于教育体制,以习英文为常事,熟识日文者已甚少,遑论德文乎。藉英文研析德意志民事诉讼,犹如隔靴搔痒,况且英文刊著关涉德意志民事诉讼之论述,制度性介绍占多,法理性精解甚少。借日文研析德意志民事诉讼者,时下又因译作“不算”科研成果,且译业异常艰苦,热情全无。最实惠之为,当属“转借”台湾同行研究成果,以资研究之需。此种以“转借”方式研析德意志民事诉讼法之风气,盛行于20世纪80年代以降,至今遗风尚存。然台湾同行研究成果毕竟有限,难以满足吾辈研发各类“论文论著”所需,欲彻底扭转德意志民事诉讼法研究上之尴尬局面,必以改变德文于法学教育上缺位之现状为“切口”。要之,德文于法学教育上缺位,是为德意志民事诉讼法系意识于民事诉讼法学研究上缺位也,此乃造成当下学术失范及“垃圾论文”频现等诸多怪象之根本原因。

沈君研究之基本,可谓德意志民事诉讼法于台湾地区之展开,法系意识自觉其中。较之台湾同行早期著述,问题意识上有所不同,更具时代特色,抑或见地上与时俱进,大有发展。个人拙见,台湾同行早期著述偏重于传统上法解释学,其中陈荣宗、杨建华等诸位先生之作奉为典范;世纪之交,倡导程序保障及其于现代民事诉讼程序上意义之观念兴起,邱联恭先生于此领

4 诉讼权保障与裁判外纷争处理

域颇有建树,成果丰硕。相比之下,沈君之作,学术价值上极具承前启后之意义,各文均对研究对象于立法上、学说上、判例上之到达点交待仔细,是为台湾同行新锐一代之问题意识及研究实力之反映。

本人深信,沈博士新作《诉讼权保障与裁判外纷争处理》于读者而言,既具学术方法论上借鉴之意义,又具文献参考上之价值,对论题之基本,令人知其然更知其所以然。出版之意义之价值,也或许在此。

2007年12月10日于华东政法大学

序 言

如何有效率地解决民事纷争,使当事人得以最节省劳力、时间、费用之方式,追求正义,乃民事程序法学之亘古课题。随着社会变迁,交易方式多样化,民事纷争呈现出复杂多样之形态。民事纷争之处理制度亦必须相应于当事人之需求,为多样化之设计,以提供其解决纷争之有效途径。诉讼之本案判决与诉讼外之和解,乃纷争解决途径之两极。在二者之间,尚存在有各种不同可能性,共构成纷争处理制度之光谱。

诉讼制度有较严格之程序保障要求,必须确保当事人之听审请求权、辩论权,但却也较容易迟滞,造成纷争久悬未决。因此,晚近世界先进各国除健全诉讼制度外,莫不同时致力于建构当事人自主性解决纷争之制度。一方面承认当事人得选择采用诉讼以外之仲裁、调解或以其他方式解决纷争;另一方面,亦承认关于民事诉讼程序,当事人间就其具有处分权限之事项,得以协议方式决定争点、程序进行方式或程序之终结。而诉讼与裁判外纷争处理制度亦具有一定之衔接转换可能,以使当事人之权利能够适时、适式地实现。

本书所收录之八篇文章,主要分成两大部分,第一部分涉及民事诉讼之基础理论与重要制度性问题:

第一章“诉讼权保障与民事诉讼”论述宪法所保障之程序基本权(包括听审请求权、适时审判请求权、公正程序请求权、程序上平等权等)在台湾地区新民事诉讼法上之实践与体现。

第二章“民事诉讼与行政诉讼之分工与合作”论述民事诉讼与行政诉讼制度,在二元分立之架构下,除具有专业审判之优点外,亦应避免因审判权消极冲突而对当事人造成不利益,不仅不应驳回起诉,而宜采取移送制,

2 诉讼权保障与裁判外纷争处理

亦不应因申请大法官解释,造成程序延滞,未能保障当事人之适时审判请求权,而宜使当事人得在专业审判与程序适时进行之程序利益间有所选择,此乃响应于宪法上诉讼权保障之要求。如于民事诉讼上就涉及行政处分效力之先决问题予以审理时,则宜交错适用行政诉讼之程序法理,修正辩论主义与职权探知主义二元分离之处理方式。

第三章“第三审许可上诉制之探讨”系就第三审许可上诉之要件,建立具体化标准,以落实“救济途径明确性原则”之宪法上法治之要求。

第四章“民事诉讼合意选定法官审判暂行条例之评析”系基于当事人程序主体地位,立足于程序选择权之理论,就当事人合意选定法官之制度予以分析。此制度乃介于诉讼与仲裁之中间制度,一方面,撷取仲裁制度之优点,由当事人合意选定其所信赖之裁判者,以提高裁判之信服度;但另一方面,由于此仍属诉讼程序,因此,当事人就裁判如有不服,仍得循审级制度予以救济,特别是在法律问题具有高度争议性时,得由最高法院从事法之续造或统一法律见解,有助于社会大众预见法之所在及发展,具有使法律秩序明确化之机能,此乃裁判外纷争处理制度所欠缺者。

第五章“多数纷争当事人之权利救济程序”论述台湾地区之选定当事人与团体诉讼制度,使多数受同一侵害行为之当事人容易接近法院,利用诉讼制度,主张其权利,以落实宪法上之诉讼权保障。

第二部分则涉及裁判外纷争处理制度,仲裁、调解乃较广为人知者,有待另以专书处理之。本书所收录之下列三篇文章,则长期以来较未受重视,但实属重要之制度:

第六章“示范诉讼契约之研究”从诉讼契约在台湾地区的承认状况,论述示范诉讼契约之合法性,及其对于涉及多数当事人之纷争所能发挥之作用。当事人间得约定在示范诉讼之判决确定前,其他未起诉之当事人暂不起诉;已提起诉讼者,则停止进行,待示范判决确定后,即可以该判决作为其他同类纷争解决之准据,期能有效率地解决纷争。

第七章“仲裁鉴定制度之研究”论述在国际间已广被承认,且重要性不亚于仲裁之仲裁鉴定制度。亦即,由当事人协议由专业之中立第三人调整原契约所约定之给付内容,或就系争法律关系中之构成要件要素、事实予以

认定。在此协议下,当事人应受第三人之判断所拘束,而该协议仅在一定情形下,始失其效力。

不同于仲裁制度与诉讼具有竞争关系,如存在有仲裁协议,则诉讼为不合法。“示范诉讼契约”与“仲裁鉴定契约”之存在虽未必排斥诉讼程序之进行,但系争权利义务关系中之重要争点,却可经由当事人之合意而为一定之处理,此通常亦可导致纷争终局性地解决。即使有必要进行诉讼程序,特定争点由于已经解决,法院不再为审理、判断,亦能促进诉讼,而具有与诉讼制度予以衔接转换之功能。

第八章“律师之和解作为裁判外纷争处理制度”探讨德国法于1990年新设之“律师之和解”制度,在引进台湾地区以充实裁判外纷争处理制度之可行性。亦即,两造当事人各在律师代理下,对于纷争之解决达成和解,且经法院就该和解为许可执行裁定后,即得简速地取得执行名义。

予1999年底世纪交替之际,取得博士学位回来,倏忽已过5年余。21世纪的开始,也是个人生命阶段的全新体验。开始授课、开始为人妻、为人母,历经诞生的喜悦与死亡的悲伤。政大法学院的研究环境,让我的学术生涯有了一个安静平稳的开始,得以悠游于书本与山林之间,本书中多篇文章均完成于综合院馆十六楼研究室。而予午间在十五楼民法中心与黄立教授、杨淑文教授及其他老师、同学进行讨论与吃便当的情景,至今仍令人回味无穷。恩师邱联恭教授引领我进入民事程序法学领域,窥其精妙,18年来不间断地在知识上或生活上予我各种支持与鼓励,如果没有受他刚强的意志与正义之心所感召与锤炼,可能早已放弃这一条困难但饶富趣味之学术道路了。而最幸运的是,在这条路上,能有英铃志同道合地相伴扶持与体谅,让我可以在研究工作与家庭之间游刃有余。

本书之完成,尚必须感谢硕士生吴俊达、颜银秋、简大伦、杨岳平等协助排版、校对及元照出版公司所给予的多方支持。

沈冠伶

2006年2月

目 录

第一章 诉讼权保障与民事诉讼

——以大法官关于“诉讼权”之解释为中心 1

一、前言 1

二、诉讼权之内容 4

三、诉讼权侵害之救济 37

四、结论 58

第二章 民事诉讼与行政诉讼之分工与合作

——专业审判与权利有效救济间之选择 60

一、问题之提出 60

二、审判权限之冲突问题 61

三、先决问题之判断与诉讼程序之停止 81

四、先决问题判断时所适用之程序规定 96

五、民事判决于行政争讼程序上之效力 101

六、结论 115

第三章 第三审许可上诉制之探讨

——以通常诉讼事件为中心及“原则上重要性”之标准建立 117

一、前言 117

二、第三审上诉限制规定之旨趣 120

三、当然违背法令之第三审上诉 122

2 诉讼权保障与裁判外纷争处理

四、第三审许可上诉之要件 124

五、结论 148

第四章 “民事诉讼合意选定法官审判暂行条例”之评析 150

一、立法背景 150

二、法理基础及立法目的 151

三、选定法官之合意性质:诉讼契约 152

四、合意之成立 155

五、合意之拘束力 159

六、上诉之限制 164

七、结语 165

第五章 多数纷争当事人之权利救济程序

——从选定当事人制度到团体诉讼 167

一、前言 167

二、选定当事人制度 168

三、团体诉讼 174

四、团体诉讼与选定当事人制度之差异 190

五、扩充选定当事人制度之准团体诉讼 193

六、结论 197

第六章 示范诉讼契约之研究 199

一、前言 199

二、诉讼契约 205

三、示范诉讼契约 234

四、示范诉讼契约与其他纷争处理制度之关系 258

五、由法院依职权择定之示范诉讼 262

六、结论 271

第七章 仲裁鉴定制度之研究

——作为纷争解决之程序制度 273

一、绪言 273

二、仲裁鉴定契约之意义、类型及性质 275

三、仲裁鉴定制度与仲裁制度之区别 288

四、仲裁鉴定契约之效力 289

五、仲裁鉴定程序上之程序保障 297

六、结语 302

第八章 “律师之和解”作为裁判外纷争处理制度

——从德国经验引进台湾地区之可能性 304

一、前言 304

二、德国法上之律师和解制度 306

三、律师和解制度引进台湾地区之可行性探讨 317

四、结论 329

索引 331

第一章 诉讼权保障与民事诉讼

——以大法官关于“诉讼权”之解释为中心

一、前言

台湾地区“宪法”第16条规定,人民有诉讼之权利。民事法院必须相应于宪法之要求,关于诉讼程序之形成,实现宪法之内容,且对于民事诉讼法为合于宪法意旨之解释,在有多种解释可能性时,选择在适用结果上,最接近宪法意旨而合宪者(合宪性解释)。^①在民事诉讼法与宪法之关系上,民事诉讼法亦被认为系“被适用之宪法”(Zivilprozessrecht als angewandtes Verfassungsrecht)^②,二者有密切之关联。此在台湾地区“民事诉讼法”之教科书上,虽较少被提及^③,不过,对于民事诉讼程序应满足诉讼权或其他基本权保障之要求一事,早经识者一再论及。^④

大法官乃宪法之守护神,对于作为“被适用之宪法”的民事诉讼法,自

① Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl. 2003, vor § 1 Rdnr. 84.

② BVerfGE 49, 252 ff.; Gaul, AcP 168 (1968), S. 28 ff., 32.

③ 此不同于德国现况,几乎所有民事诉讼法之教科书或注释书,在序论部分,均有一章“民事诉讼法与宪法”。不过,直至20世纪70年代,宪法与民事诉讼法之关系,在德国亦未被重视,就此之批评,参见:Arens, Die Grundprinzipien des Zivilprozessrecht, in: Gilles (hrsg.), 1977, Humane Justiz, S. 7。且非常巧合地,在此文发表后,自1977年起,与民事诉讼程序有关之宪法诉愿案件,显然增加。在1977年以前,德国联邦宪法法院裁判汇编(BVerfGE)各册中,少见有关民事诉讼之裁判,甚至一册中连一件都没有。但自1977年起,其后各册中至少有1/10,甚至超过1/3(第60册)之裁判与民事诉讼有关:Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, ZZP 96 (1983), 140.

④ 邱联恭:《民事诉讼法学之回顾与展望》,载于《当代法学名家论文集》,1996年,第154页;邱联恭:《程序保障论之新开展》,载邱联恭:《程序选择权论》,2000年,第5页;许士宦:《民事诉讼上之公正程序请求权》,载于《现代国家与宪法(李鸿禧教授祝寿论文集)》,元照出版公司1997年版,第1585页;姜世明:《民事程序法之发展与宪法原则》,元照出版公司2003年版,第1页;魏大晓:《诉讼基本权在民事诉讼法之实现》,载《月旦法学》第105期,2004年2月,第136页。

2 诉讼权保障与裁判外纷争处理

然有相当关注,就民事诉讼程序上诉讼权之保障^①,曾为下列之解释:(1)关于法官独立审判及司法院之定位,有释字第530号(一则);(2)关于民事诉讼始有终局解决财产权上争议之作用,有释字第374号(一则);(3)关于审判权归属之争议,有释字第89号、释字第115号、释字第305号、释字第312号、释字第448号、释字第466号、释字第533号;释字第540号(八则)^②;(4)关于诉讼费用,有释字第136号、第149号、第225号、第229号(四则);(5)关于法官之回避,有释字第256号(一则);^③(6)关于期间限制之规定,有释字第229号、第240号(二则);(7)关于不合法定程序之补正,有释字第153号、第179号(二则);(8)关于审级救济途径之赋予,有释字第135号、第160号、第192号、第416号、第574号(五则);(9)关于再审之救济,有释字第177号、第185号、第188号、第209号、第244号、第355号、第482号(七则);(10)关于保全程序,有释字第182号、第504号(二则)。总计共33

① 本文关于大法官解释之分析,系以至2004年12月4日研讨会前所公布之大法官解释为限。

② 于释字第595号解释,由于在解释文及理由书中并未就审判权消极冲突时于诉讼程序上应如何处理之问题,有进一步之阐释,因此,本文并未将之列于此。惟许宗力、赖英照、林子仪、许玉秀大法官提出之协同意见书,颇具有重要意义:“本席等认为,实务操作时,仍应根据‘宪法’保障人民诉讼权之精神诠释相关法律,特别是应贯彻释字第482号解释保障人民诉讼权之意旨,使人民无须承担公、私法关系难以判断之不利利益,将审判权与管辖权区分之概念予以相对化,以缓和现行诉讼法制对人民诉讼权之限制。具体而言,民事法院法官就其受理之诉讼事件,认系公法上争议,而应由行政法院审理者,经阐明法院就审判权所为之判断后,若原告请求法院将事件移送至行政法院,法院应类推适用‘民事诉讼法’第28条第1项规定,以裁定将该诉讼事件移送有审判权之行政法院审理,仅在原告仍坚持请求民事法院就同一诉之声明而为裁判,始得依‘民事诉讼法’第249条第1项第1款以裁定驳回;反之,行政法院就其受理之诉讼事件,认系私法上争议,而应由民事法院审理者,亦应于当事人请求移送民事法院时,类推适用‘民事诉讼法’第28条第1项规定,将该诉讼事件移送有受理权限之民事法院审理,不得因该诉讼系私法上争议而径以裁定驳回。”上述见解,亦与本文作者于《民事诉讼与行政诉讼之分工与合作(上)——专业审判与权利有效救济间之选择》一文之看法相同,参见沈冠伶:《民事诉讼与行政诉讼之分工与合作(上)——专业审判与权利有效救济间之选择》,载《台湾本土法学》第45期,2003年4月,第25页。

③ 释字第179号亦涉及法官回避之问题,惟该案系针对刑事诉讼法之规定,故不列入。

则,约占全部 584 件解释之 5.6%。其中,由人民申请解释(“司法院大法官审理案件法”第 5 条第 1 项第 2 款),经大法官认为,“民事诉讼法”之法律本身不符合“宪法”意旨者为零^①;对于“最高法院”判例或决议认为不符合宪法意旨者,则有 4 件(释字第 153、177、256、374 号)。上述解释,虽就民事诉讼程序上之诉讼权保障,已有诸多重要阐释,但相对于德国宪法法院就民事诉讼法在解释、适用上之高度介入,台湾地区大法官就民事诉讼法或民事裁判之介入,显然较低。其重要原因之一在于,台湾地区大法官并不就法院之裁判行为予以审查,除判例或决议外,对于未成为判例或决议之个案裁判,关于“民事诉讼法”之解释、适用是否合于“宪法”意旨,未能介入审查。以致当事人在民事诉讼程序上,因民事法院不当地错误适用“民事诉讼法”,所造成之“宪法”上诉讼权侵害,即使重大,亦有难能救济之憾。

就此,首先应值得厘清的问题,在台湾地区民事诉讼程序上,当事人或法律上利害关系人之诉讼权,因法院适用“民事诉讼法”之错误或不当所可能遭受之侵害态样为何?此即涉及“宪法”上所保障之“诉讼权”,其内容或保障范围(Shutzbereich)为何?民事诉讼程序所采之程序原则,何者属“宪法”诉讼权保障之层次,何者仅属法律层次?其次,当事人之诉讼权如受有侵害,在现行“民事诉讼法”上,于民事法院之救济途径是否充分?诉讼权之侵害,如来自于受诉法院之裁判行为,大法官作为“宪法”之守护神,有无必要在一定条件下,能排除该侵害而使当事人获得救济?基于上述问题意识,下文主要分为两大部分,其一为民事诉讼程序中诉讼权保障之内容;另一则为诉讼权侵害之救济途径。

① “民法法”第 466 条关于上诉第三审之限制(释字第 160 号)、第 438 条不得抗告之限制(释字第 192 号)、第 83 条第 1 项诉讼费用之负担(释字第 225 号)、第 107 条诉讼救助之要件(释字第 229 号)、第 380 条第 2 项准用再审起诉不变期间之限制(释字第 229 号)、第 162 条关于在途期间之计算(释字第 240 号)、“民诉施行法”第 8 条关于修法后上诉第三审利益之计算(释字第 574 号)、“民诉施行法”第 9 条关于不必命补正之规定(释字第 179 号)等规定,均被认为不违宪。

二、诉讼权之内容

(一) 关于“诉讼权”之大法官解释

诉讼权可分为广义的诉讼权与狭义的诉讼权。就台湾地区“宪法”而言,广义之诉讼权,包括“宪法”第16条之诉讼权及第80条之法官依法独立审判。^①有关法定法官及法官独立审判,虽为程序保障之不可或缺部分,惟此可将之定性为属于诉讼权中之组织保障,而与专指当事人之程序地位(Stellung)保障的狭义诉讼权有别。此外,诉讼权亦可分为“起诉前之保障”与“起诉后之保障”予以讨论,前者系指使当事人实质上能接近法院,而涉及有关诉讼救助、法律扶助、律师代理、小额诉讼程序、选定当事人、团体诉讼等制度之建立与充实,以及如何排除各种起诉障碍之问题;后者则指起诉以后,当事人在诉讼程序上基于程序主体之地位所得享有之权利,以及如何保障之问题。本文之讨论对象,限于狭义的诉讼权以及起诉后之保障。^②

关于诉讼权之具体内容,大法官曾于多号解释中予以阐释:

所谓诉讼权,乃人民司法上之受益权,不仅指人民于其权利受侵害时,得提起诉讼而已,法院尤应多加尊重,便利其申诉之机会,不得予以妨碍(释字153)。

按“宪法”第16条所谓人民有诉讼之权,乃人民在司法上之受益权,指人民于其权利受侵害时,有提起诉讼之权利,法院亦有依法审判之义务而言(释字154、160、179、192、240、416)。

^① 在德国,虽无类如台湾地区“诉讼权”用语之规定,但与民事诉讼程序有关之规定,《基本法》上明定有三:法定法官请求权(《基本法》第101条)、听审请求权(《基本法》第103条第1项)以及程序上平等权(《基本法》第3条)。除此之外,德国联邦宪法法院又进一步承认当事人享有权利有效保护请求权、程序可预见请求权、公正程序请求权,以及宪法上之权利保护请求权:Schumann, Bundesverfassungsgerichte, Grundgesetz und Zivilprozess, ZZP 96 (1983), 160 ff.

^② 此外,其他实体基本权于程序上之作用,例如:涉及人格权侵害而违法搜集所得之证据,法院能否予以利用、评价之问题,于此尚无讨论之余裕。