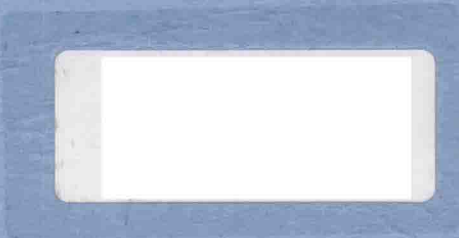


口述 民事訴訟法講義(三)

二〇一五年 筆記版

邱聯恭 講述
許士宦 整理





9 788880 253020
□ 述民事訴訟法講
義2015年筆記 700

口述民事訴訟法講義(三)

二〇一五年 筆記版

邱聯恭講述

許士宦整理

目 錄

陸、訴訟之審理	1
一、審理原則（各種主義）	1
(一)處分權主義	1
(二)辯論（當事人提出）主義與職權探知主義	32
(三)公開主義與不公開主義	56
(四)言詞主義與書狀主義	62
(五)直接主義與間接主義	67
(六)適時提出主義	71
(七)證據（事證）結合主義	80
(八)兩造聽審主義、武器平等原則	81
(九)職權進行主義與當事人進行主義	84
(十)集中審理主義與分割審理主義	86
(十一)自由心證主義與法定證據主義	92
(十二)實體真實發現主義與形式真實發現主義及其批判 ——信賴真實主義之提倡	94
二、當事人與法院之任務分擔	108
(一)立法趨向	108
(二)訴訟指揮權	109

三、辯論準備制度	113
(一)辯論期日準備制度之功能、目的	113
(二)舊法上準備程序之功能界限	115
(三)爭點整理程序之多重併設	116
(四)事實主張之程序規律	121
1.陳述義務、事實主張具體化義務及理由說明義務	121
2.不知或不記憶之陳述受規制之法理	126
3.真實義務及完全陳述義務	127
(五)事證蒐集手段之配套必要性	129
四、證據	130
(一)民事證據法之定位	130
1.證據法之意義	130
2.證據法之指標、理念	133
3.一般概念	135
(二)證明之對象（待證事項）	139
1.待證事實	139
2.法規	139
3.經驗法則	140
(三)無需證明之事項	143
1.顯著之事實	143
2.經自認之事實	145
3.協議排除證據提出之事實	153
4.擬制自認	153
5.權利自認	155
(四)自由心證主義之運用	164
1.內容	164
2.疫學上證明	170
3.法律上推定	171
4.心證度與證明度	173

5.暫時的推定(Prima-facie-Beweis)或表現證明 (Anscheinsbeweis)	175
6.間接反證	178
7.證據契約	180
8.損害賠償額之酌定	182
(五)舉證(證明、立證)責任	187
1.意義、基本概念	187
2.主觀的舉證責任、抽象的證據提出責任與主張責任	190
3.具體的證據提出責任	190
4.舉證責任之分配	192
5.我國明定舉證責任規範之特異性及行為責任說之提倡	198
6.對造之證據提出責任及事案解明協力義務	209
(六)事證蒐集手段之新法上擴充	213
1.當事人提出文書義務之範圍擴大	213
2.第三人提出文書義務之範圍擴大	214
3.作證方式之充實	214
4.證明妨礙(Beweisvereitelung)法理之原則化	217
5.證據保全程序之擴充	219
6.當事人本人訊問制度之新採	222
(七)證據調查程序	223
1.證據聲明及應證事實之表明	223
2.新種類證據之調查程序	227
五、秘密保護程序	230
(一)秘密保護之指標	230
(二)秘密保護之對象	231
(三)秘密保護程序適用之場合	232
(四)秘密保護與利益衡量	233
(五)秘密保護與訴訟標的之特定	234
(六)有關秘密保護程序之訴訟指揮權行使	235

(七)秘密保護之救濟程序	238
柒、判決之效力	239
一、判決之羈束力（自縛力）	239
二、確定判決之附隨的效果	241
三、確定判決之本來的效力	242
(一)形式上確定力	242
(二)既判力	243
1.意義	243
2.作用	244
3.既判力本質論、根據論	255
4.範圍	265
(1)時的範圍—基準時	265
(2)物（客觀）的範圍	274
(3)人（主觀）的範圍	294
(三)執行力	303
(四)形成力、對世效及其相對效力化	306
(五)反射效理論之問題	310
(六)確定判決之不當取得（騙取）	312
捌、第三人撤銷訴訟程序	313
一、制度機能	313
二、相關事例	317
三、審理程序上相關事項	321
四、家事事件法上擴充	332

陸、訴訟之審理

一、審理原則（各種主義）

於此所要闡述之訴訟原則 (Prozessmaxime) 或程序原則 (Verfahrensgrundsätze)，是訴訟法學上向來所適用之一般性且自明的概念。被理解為是法律或憲法之制定者所提示作為著手開始形成程序法時之基本觀念。此類訴訟原則係訴訟上行為之指針，應準此形成特定之程序或分配法官與當事人間在程序過程之任務，以盡可能就訴訟目的為正確之評價；而此種規範程序過程或任務分擔之訴訟原則或程序原則，乃達成訴訟目的之手段，而具有手段性，尚非與訴訟目的處於同一之平面上。不過，此類訴訟原則為何係由法律或憲法所明示或默示，應從其規範之意旨為理解，而與其所依據之價值觀念或所要實現之價值理念有別，例如下述之處分權主義或辯論主義雖屬訴訟原則，而以源自現代法治國家原理之當事人自由及當事人責任等價值觀念為依據，但此等價值觀念向來並未被包含於所謂訴訟原則之敘述中。並且，訴訟法上除有規範程序經過之程序原則外，尚有其他非必指向於規範程序經過之諸原則或基本要求，亦須於訴訟制度之運作或使用時被貫徹，而就程序上個別問題之處理發揮一定之指導作用。屬於此類之諸原則或要求有如：法官獨立原則、法官知法原則、程序權（聽審請求權）保障之要求、程序安定之要求、訴訟經濟之要求、程序利益保護原則等，亦可從憲法或法律上相關規定意旨之理解予以認知、定立。

（一）處分權主義

1. 基本概念、命題內容

通常泛稱之當事人主義，尚可分為三大類，其一是現在所要說明之當事人

處分權主義，簡稱處分權主義；其二是辯論主義，亦稱為當事人提出主義；第三是當事人進行主義。以下陸續予以分析。茲先說明處分權主義。

在民事訴訟程序之處分權主義與非訟程序之處分權主義有何不同？可從下述幾個層面加以了解：

第一層面係從程序之開始予以觀察。從程序之開始予以觀察，在民事訴訟程序採取比較徹底之處分權主義，因此在程序之開始堅守一原則——「無訴即無裁判」、「不告不理」，此係基於司法之被動性，與行政不同。在行政上市政府之官員看到道路之路面凹凸不平或水溝毀壞，未經人民要求，亦得自行加以鋪平、整修；看學校不上軌道，即得將之辦妥。司法則係被動，必須有人起訴，法官不得在路上看到有人被打傷，即命其至法院判決其勝訴，不得任加干涉，尤以民事訴訟事件為然。一定要有訴訟，始得加以裁判。亦即，僅在當事人要求國家即法院為其處理紛爭時，程序才會開始。（關於司法權與審判權之關係，以及其被動性，可參照「司法現代化」第四七頁至四八頁）。

處分權主義之第一層面內容為，訴訟程序是否開始的決定權在於當事人，意指是否提起訴訟由當事人決定，在為保護訴訟權而設立司法制度之憲法體制下，將此決定權賦予原告，主張權利受侵害者自己決定是否提起訴訟。因為司法具有受動性、被動性，在三權分立之國家，司法權與行政權之一重大不同乃司法是受動的、被動的，即「無訴即無裁判」。

就處分權主義的第一層面而言，其與當事人主義中的當事人進行主義有重疊部份。當事人進行主義是指，訴訟程序應如何進行承認當事人有主導權的原則，就此點而言，與處分權主義第一層面的內容重疊，要否提起訴訟是由當事人決定的，在保護訴訟權之前提下，由原告決定，如此才能維持司法的中立性、公正性。

在民事訴訟上，不僅由原告決定是否開始訴訟程序，而且由原告決定將何人列為當事人。此當事人在民事訴訟的結構上採兩造對立構造。在此構造下，欲將誰列為原告、被告，由當事人決定。且若甲列 K、乙為被告，將兩位被告排列順位，請法官就甲對 K 的請求部分先判，如果該請求無理由，再判甲對乙的請求部份，此即將兩位被告分成先位、後位。要否將當事人所列之兩位以上被告或兩位以上原告排成先位、備位（後位），亦屬有關處分權主義第一層面之

內容。〔參考「民訴研討(七)」第六三頁以下〕

〔例一〕假設某甲所使用的某房屋之所有權人是某乙，自稱管理權人是某丙，甲想成為原告主張他就該屋有租賃權，訴請確認租賃關係存在。可是，甲考慮到租賃契約是諾成契約，他既可能與乙之間、亦可能與丙之間各成立租賃關係，不過，就乙之行為是否該當於授丙管理權之行為，當事人間有爭執，在事實證據的蒐集方面，對於到底是由某乙來訂立的、還是由丙來訂立的租約或可認為乙及丙各有訂約，甲不是很有把握證明。於是，甲乃把他對乙的租賃關係列為先位請求確認；把甲對丙的租賃關係列為備位請求確認，只要先位請求被判為有理由，為了節省勞力、時間或費用以追求程序利益，他就不想請求再就備位為審判。此時從法官的中立性、公正性立場來看，有沒有必要說：不行啊！我同時要就二個請求都幫你查清楚！於此情形，為了保障當事人有追求程序利益的機會，也有容許甲選擇決定是否將乙或丙，或將此二人一併，列為被告的實益。何況此例中的乙及丙，為了要一次解決紛爭或為追求實體利益及程序利益，也可能有同意或不反對如此合併的實益。

〔例二〕假設K是某公司或非法人團體，Y是其代表人，X想要請求返還租賃物，乃列K為先位被告，列Y為備位被告，主張說X對K及對Y都可能有租約存在，但是為了節省勞力、時間、費用，只要對其中一個（K或Y）的請求能達到目的就好了，就另外一個的請求不願再浪費勞力、時間或費用，以平衡追求程序利益。於這類情形，X也可將K或Y，或將此二者一併列為被告提起主觀預備合併。何況此例中的Y是兼有K的代表人（法定代理人）的地位，與K同時被併列為被告，已有參與程序之機會，其防禦權的行使不致特別受妨礙。

〔例三〕在上述例二所述K（公司）與Y（代表人）的關係上，假設x認為只有一個契約存在於X與K或X與Y之間，是事實上相排斥的，則X可以排先位對K、備位對Y為請求。於此情形，如果法官審理的結果，形成心證卻認為有兩個契約存在，哪一個訴（對K之請求及對Y之請求）X都可能勝訴，乃予以闡明，對此如果X表明要法院就二個請求都下裁判的話，法官才可判二個。因為要列何者為被告以及就所列二個被告如何排列請求之先後順位，其決定權是由原告行使。或者在剛才例一的情形，法官審理後得心證認為兩個租賃關係

（甲對乙及甲對丙的租約）都存在，經法官闡明的結果，如果甲說：請法院就二訴全部給我判，則此時被告乙及丙也沒有反對甲為訴求的理由，因為如何為訴之聲明、列何人為被告以及如何就二個訴訟上請求排列審判之先後順位，依處分權主義，係由原告主導決定之。

處分權主義的第一層面內容：要否提起訴訟由原告自己決定，訴訟程序要否開始的決定權屬於當事人，尤其是原告，欲將誰列為被告而開始訴訟程序是由其決定者。甲不想訴請拆屋還地，不想對乙主張拆屋還地請求權，法官就不可加以審理裁判，不然會造成勞力、時間、費用的花費，耗損系爭的實體利益以及系爭外的財產權、自由權等基本權。如甲不欲提起訴訟，法官亦命其提起訴訟，豈非被法官折磨、限制其權利行使的自由，並且也將耗損其系爭外的財產權、自由權？從此而言，第一層面的處分權主義之採用，具有維持、確保司法的中立性與公正性之功能。這是公法上概念、公法上要求。民事訴訟法採取處分權主義的根據論，依向來德國、日本之通說，認係基於私法自治原則。我國的學者如駱永家、陳榮宗等先生對此亦有介紹說：就上例而言甲在私法上要否對乙行使權利是他自己的自由，由權利人自己決定，乃私法自治。為了貫徹民法上私法自治原則，在訴訟法上乃採取處分權主義之原則。惟此種說法存有問題。因為採用處分權主義不僅為尊重甲在民法上行使權利的自由，還要維護司法的中立性、公正性，還要保護受憲法所保障的系爭外財產權、自由權等！這只依私法自治原則是沒有辦法說明清楚的，也就是，處分權主義第一層面內容的採用，縱然亦為貫徹私法自治原則的內容，但不是僅僅以私法自治原則即能完全說明的，尚有比它更高層次的目的。亦即，為了貫徹憲法上司法之中立性、公正性，為了貫徹憲法上亦保障系爭外的財產權、自由權不因不必要的訴訟程序之開始而遭受耗損，達到憲法保障系爭財產權也保障系爭外財產權等基本權之目的，民事訴訟法就需要採用處分權主義，而非僅僅為貫徹民法上私法自治原則而已。因此，德國、日本之通說是有問題的！

但是在非訟程序，並非如此。從其與程序處分權主義之關係而言，非訟程序中宜區分兩類事件：一種係聲請事件，另一種係權職事件。在聲請事件，非訟程序原則上因當事人（利害關係人）提出聲請，非訟法院始得開始程序；而在職權事件，不必等候有利害關係人提出聲請，法官即得依職權開始程序。一

般而言，縱然某一事件由當事人聲請而開始，但假使非訟法院對於該程序所要處理之對象（例如提出聲請法院指定財產管理人時，如何指定財產管理人係法院所要處理之對象事項即程序標的），當事人並無最後之支配權、處分權（不能加以捨棄、認諾或成立和解等處分），此種事件亦屬職權事件。非訟事件中之聲請事件，原則上亦受處分權主義第一層面之支配；但是就職權事件，處分權主義在程序開始乙點而言則多受限制，縱然無人提出聲請，法官亦可能依職權開始非訟程序。從非訟事件法第四十條第二項或家事法第八十條第三項、第八三條第一項第三款等規定可知有一種非依聲請而開始之事件。由非訟事件法第八八條、第九一條、第一〇四條第一項或家事法第八三條第二項、第八五條第一項但書及第九二條第三項可知，此等均係依聲請而開始非訟程序者（關於職權事件與聲請事件之區分必要性，詳參「民訴研討(二十)」第一八五頁以下）。

第二層面的處分權主義，係從程序進行之範圍、裁判之範圍或限度予以觀察。關於裁判之範圍與限度如何決定，在訴訟程序係採取處分權主義，受處分權主義之支配。例如，訴訟法院之審判對象，僅限於當事人所請求之範圍，應在當事人所請求之範圍內為裁判，在當事人所請求之限度內進程序。並且，要受此拘束，當事人之請求範圍如何，法院即應照此予以裁判。易言之，裁判之內容範圍，要受當事人請求範圍之拘束，當事人在訴訟上請求之範圍係包含訴之聲明及訴訟標的（第二四四條第一項第二款、第三款），而非即指實體法上請求權（第二六六條第一項第一款所定「請求」係指訴訟上請求，參照「程序利益保護論」第四六頁）。

此處應予特別注意者係，處分權主義在民事訴訟係限定法院為本案判決之範圍、對象。關於此問題牽涉新舊訴訟標的理論之問題。如「程序選擇權論」第二九六至二九七頁內之圖表一，a系列係訴之聲明，如採取新訴訟標的理論之見解，a系列訴之聲明受處分權主義之拘束，屬處分權主義支配之範圍。如採取舊訴訟標的理論之見解，a系列訴之聲明及b系列權利之主張均受處分權主義之約束，屬處分權主義之範圍。

不過，訴訟標的相對論則認為：依處分權主義、程序主體權及程序處分權等原理，原告於起訴時得選擇訴訟上請求方式；有關本案審判對象範圍之劃定，既不受拘於舊訴訟標的理論所限定之方式，亦不必全依新訴訟標的理論所主張

者（關於此方面之分析、論述，可參照「爭點整理方法論」第三一一頁至三一五頁；「程序利益保護論」一八八頁以下）。

應予注意者，不管採新舊訴訟標的理論，法院審判之範圍均應受當事人聲明之拘束，亦應受當事人請求裁判內容之拘束，故當事人請求者為何，法官僅在該範圍內得下裁判，否則即構成訴外裁判，違反第三八八條有關處分權主義之規定，可構成上訴第三審之理由。只是所謂訴外裁判之範圍如何，牽涉新舊訴訟標的理論及訴訟標的相對論，因所採理論之不同致其範圍可能不同。此即處分權主義在民事訴訟程序之重要功用。例如在訴訟程序，原告請求法院判決被告交付甲屋，法院即不得判乙屋。在舊訴訟標的理論之下，原告請求法院判決其對被告有租賃物返還請求權，此際，法院即不得就所有物返還請求權予以裁判。蓋原告只有主張租賃物返還請求權，租賃物返還請求權係原告請求之範圍，法官不能作訴外裁判。法官如就所有物返還請求權予以裁判，即變成訴外裁判，違反第三八八條規定。原告僅請求交付房屋一棟，法官即不得判三棟或二棟，請求判返還甲屋即不能判乙屋。

處分權主義的第二層面內容是，有關本案審判對象範圍之表明與特定是由當事人決定的，由原告主導的。原告所表明的審判對象與範圍對於受訴法院具有拘束力，法院不可以超過原告所表明的範圍予以審判，這就是承認聲明拘束性原則。訴之聲明對法院是有拘束性的，法院不可以超過當事人尤其是原告所表明的範圍作本案審理、下本案判決。更具體的說，依第二四四條第一項第二、三款，原告所表明的訴訟標的、訴之聲明對法院具有拘束力，法院不可以超過原告所表明的訴之聲明、訴訟標的為本案審理而下本案判決。例如：原告甲起訴請求法院判決命被告乙返還房屋A，法官不可以判斷甲對乙有無B地返還請求權，不可以判斷乙應否將B地返還給原告。原告所請求者是A屋返還的請求，法院就不可以判斷A屋以外的房地應否返還。又如：原告X起訴請求被告Y償還借款五十萬元，法官不可以判斷X對Y有無價金五十萬元債權，原告既只請求法院判決Y應該償還五十萬元借款，法官即不可以就借款五十萬元以外的請求權之存在與否下判斷。因為，如果法官可以超過當事人原告所表明、特定的範圍予以審判，等於可以違背權利人的意思，將其未想要主張之權利當作處分對象，最後本案判決發生既判力，無異於剝奪其行使權利的機會，甚至等於剝

奪、限制其關於 B 地返還請求權、價金債權行使的自由。法官審判的對象應受原告所表明、所特定者之拘束，法官不可超越原告所表明、特定之範圍予以審判，否則法官的裁判即成為訴外裁判，而違反第三八八條的規定。此即係訴外裁判禁止原則。

為何採用處分權主義第二層面的內容？為何設第三八八條、第二四四條第一項第二、三款的規定？這些都與處分權主義第二層面內容有關。因為法官如果可以為訴外裁判，等於剝奪或有害於權利人行使權利的自由，也會造成突襲性裁判的發生。法官亦不能侵害他人權利的行使或權利的本身。原告可以決定審判的對象範圍，表示原告有決定審判對象範圍的權能，即表明訴訟標的及訴之聲明的權能，同時也表示他有其責任。例如上述甲將 A 屋的返還請求權當作審判對象而請求審判，不論將來法官審判的結果認為其請求權存不存在，都是基於甲自己想要將之提到訴訟程序上予以處分的，將來本案判決發生既判力，甲如敗訴就等於 A 屋的返還請求權不存在，甲自己要負責任，因是甲自己持該權利要求法官審判者。因此，處分權主義的第二層面內容同時表示：原告有表明、特定訴訟標的、訴之聲明的權能與責任。甲如果遭受敗訴判決，不能指責法官為何將 A 屋返還請求權當作審判對象，因為這是甲自己要求法官審判的，應由甲自己負責；甲也不能說法官為何未判 B 地返還，因為甲並未要求法官就此為審判，所以就不能取得有關 B 地返還的本案判決，不能取得因該本案判決所能得到的利益，這也是由甲自己負責的。此即說明：處分權主義承認原告有特定、表明訴訟標的、訴之聲明的權能之同時，也表示他負有責任，若不表明，則咎由自取。這是伴隨於處分權主義所承認之自己責任原則。如甲僅將乙列為被告，而不列丙為被告，則縱然甲對丙在實體法上有請求權，法官亦不能加以審判（前述第一層面的內容），所以將來甲不能指責法官說『我對丙有請求權，你怎麼沒判我勝訴？』甲自己要負責任，因其未表示欲對丙提起訴訟。第一層面內容也有此種權能與責任的問題。處分權主義第二層面的內容，從前述來看，可知其既有保護系爭實體利益以外的財產權、自由權不受法官無緣無故地進行訴訟程序而生既判力之作用；亦賦予當事人追求程序利益之機會。在上例，使法官不得就 B 地該不該返還為審理，避免因此而花費勞力、時間、費用，否則，如法官可以主動就原告有何權利一一審理清楚，則變成原告不想行使權利也被

逼行使權利。第二層面處分權主義的採用，讓受訴法院不致於侵害、危害到當事人的程序利益，而損及系爭外之財產權、自由權。就此點而言，也不是僅僅以甲就A屋的返還請求權可依私法自治原則由其自己決定要否行使乙事即可賦予理論根據。民事訴訟法採取處分權主義第二層面的內容，並非僅是以甲就A屋之返還請求權可自己決定要否行使這種私法自治原則就可予以解釋的。這固然也是根據之一，但其根據同時也是為了保護系爭外的財產權、自由權不要被法院當作審判對象予以審理，以致於遭受不利益或危害。因為不但系爭的權益要加以保護，系爭外的財產權、自由權也要同時加以保護。這些都是受憲法所保障的，憲法並沒有說只有系爭權利才要保護，系爭外的財產權、自由權也不能因為法官隨便決定審判對象之範圍以致於遭受危害或不利益。此乃相對於法院而言者。

處分權主義第二層面內容的另一個功能是：例如，甲將乙列為被告，請求法官就某權利加以審判，法官不可以就該權利以外的其他事項予以審判，乙只要認真地攻擊防禦該權利存在不存在即可，縱然乙沒有好好攻擊防禦而遭受敗訴判決，乙最多也損失該權利而已，不會損失其他的利益。從這角度來看，處分權主義第二層面內容的採用是具有防止發生突襲性裁判的功能。亦即，在訴訟程序上甲表明訴訟標的與訴之聲明，凸顯攻擊防禦的目標，乙只要針對此訴之聲明、訴訟標的提出攻擊防禦方法即可，不必就其他部份提出攻擊防禦方法，可使乙集中於訴訟標的與訴之聲明而提出攻擊防禦方法。此比沒有採用處分權主義第二層面的內容更能夠讓乙與甲有充分的攻擊防禦機會。如果不採用處分權主義的第二層面內容，法官對訴訟標的、訴之聲明以外的其他權利都可以審理，則乙提出攻擊防禦方法就會發生困難。因為到底有多少返還的義務成為審判的對象，如不能預測，就無從作充分的攻擊防禦。所以採用處分權主義第二層面的內容，比未予採用，更能凸顯審判的對象、攻擊防禦的目標，當事人更能提出充分的攻擊防禦資料。這對防止發生突襲性裁判是有幫助的。採用處分權主義以防止發生突襲性裁判，有助於滿足程序權保障的基本要求，而程序權保障之基本要求具有憲法的法理基礎。這並非單純以德國、日本通說所採用之私法自治原則即可完全說明，還有比它更重要的意義。也就是，為了防止發生突襲性裁判，賦予當事人有更充分的程序權保障，民事訴訟法應該採用處分權

主義。此不僅要尊重當事人對系爭的權利在民法上有處分權而已，還有比對系爭權利之私法自治原則更高層次的憲法上法理基礎。這是處分權主義的第二層面內容，實際上與程序處分權的概念是相通的。當事人享有程序主體權、當事者權，即任何受憲法保障財產權、自由權、人格權的人，都應該被保障有機會參與會影響其利害的裁判程序；任何裁判對某人會有影響的話，都應該保障此人成為程序的主體，應該可以影響法官作成判決的過程，讓他有表示意見、提出資料的機會。此乃在憲法保障各種基本權的體制之下所不得不承認者。易言之，為了保障紛爭當事人的程序主體權，應該承認：不僅保障當事人對系爭實體法上的權利有處分權（實體處分權），也應該保障他有程序處分權，因為利用此程序處分權，當事人可以選擇比較節省勞力、時間、費用的程序，以追求程序利益，使系爭外的財產權、自由權不會遭受危害，也使系爭的實體權利不會被減少、消耗。為了貫徹當事人受憲法保障的財產權、人格權、自由權甚至於生存權，應該承認當事人有一個法律地位——程序主體地位。國家應保障當事人盡可能有機會去選擇一個對他比較不會造成勞力、時間、費用浪費的程序。這是一種程序處分權。此種程序處分權概念可說與處分權主義的概念是相通的。處分權主義的採用，對於確保程序主體權是有幫助的，因為採用處分權主義第二層面內容的結果，當事人就可以將比較會浪費勞力、時間、費用的事項暫時不列為訴訟標的，不當作訴之聲明，即不請求法官審判，以節省勞力、時間、費用，而追求程序利益。

在訴訟程序何以採取處分權主義？處分權主義之功能為何？由上述可知，例如原告係X，被告係Y，請求返還甲屋，X係主張租賃物返還請求權，因此法官只能針對Y應不應該返還甲屋，以及根據租賃物返還請求權X之請求有無理由，即租賃物返還請求權存在不存在予以審理，其他均不能審理。易言之，假使X如此起訴，則Y應作攻擊防禦，Y只要針對甲屋應否返還予以攻擊防禦即可，不必關心乙屋應不應該返還，Y不要就乙屋應否返還作攻擊防禦；並且Y亦針對X對Y有無租賃物返還請求權予以攻擊防禦即可，而不要就租賃物返還請求權以外之請求權予以防禦，因為法官不可以就租賃物返還請求權以及甲屋以外之請求權及標的物予以裁判。既然法官不會就此租賃物返還請求權及甲屋以外之標的物予以裁判，當事人即可放心，縱然未為攻擊防禦，至多喪失租

質物返還請求權及甲屋。租賃物返還請求權即係一財產權。因為依照處分權主義之支配，當事人限定審判之範圍，即有防止發生突襲性裁判之功能，亦即法官不會就租賃物返還請求權以外之請求權為裁判，亦不會就甲屋以外之房屋作成裁判，因此較不會造成攻擊防禦方法之不充分，故本案審理之目標及原告被告攻擊防禦之目標即有一中心點、焦點，攻擊防禦之目標集中。從而，處分權主義在此處最重要之功能係防止發生突襲性裁判，使攻擊防禦之目標及本案審理之目標明確化，以便促成審理之充分及攻擊防禦之充分，賦予當事人比較充分之程序權保障，貫徹憲法第十六條保障訴訟權之意旨。此係其最主要之功能。處分權主義之支配，使法院與當事人在訴訟上為訴訟活動之指標更明確化。

要同時留意的是，民訴法之所以採用處分權主義係為賦予受訴訟權保障而有意起訴者即原告有表明、擇定本案審判對象範圍之機會、權能，俾其得藉此將可能伴生程序上不利益之權利排除於該範圍外。於此，其所謂「原告」係亦包含被訴者（被告）有意提起反訴或於本訴外另開程序為起訴之情形在內。亦即，對於本訴原告，如本訴被告有意依有關反訴之規定提起反訴或另行起訴時，亦有表明、擇定本案審判對象範圍之權能，得藉此將可能伴生程序上不利益之權利排除於該範圍外，以平衡追求實體利益及程序利益；其為該項擇定及起訴時，並無須徵得對造（本訴原告）之同意或法院之允許，此亦係基於為保障訴訟權乃設立訴訟制度之本質上理由所使然，是與本訴原告及其他有意起訴請求救濟權利受害或解決紛爭之一般人，於起訴時，均無須先徵得對造（被告）同意或法院允許之情形，無何差異。因為，倘認為本案審判對象範圍（訴訟標的）之擇定，應徵得被告之同意或基於兩造合意，則訴訟權之行使將難受保障，而訴訟制度之使用將無端受阻，其制度存立必失所依憑。從而，不宜認為訴訟標的或本案審判對象範圍「必須」或「應該」由兩造共同（合意）加以決定。當然，①不論屬於上述何種情形之起訴，均須不欠缺訴之利益、不違反禁止重複起訴之規定（按：為維護公益層面上訴訟經濟所設第二五三條乃屬有關訴之利益之一項特別規定）及非屬訴權濫用之行為。②兩造「得（或非不得）以合意擇定某實體私權（a 權利）及其原因事實作為本案審判對象，此時宜將其合意理解為係當事人行使程序處分權之一種表現型態，而以原告自願對其所享上開特定、選擇訴訟標的之權能加以制約，應自負責任一事為基礎（參照「爭點整

理方法論」第五三頁)。

第三層面係從程序之終結予以觀察。從程序之終結予以觀察，民事訴訟程序原則上受處分權主義之限制、支配。亦即在訴訟程序，應尊重當事人之意見，例如當事人得撤回起訴、撤回上訴、成立訴訟上和解、或依民事訴訟法第三八四條為捨棄或認諾。在捨棄或認諾後，我國與德國均應作成捨棄或認諾之判決，而日本則不需要，僅記明筆錄即可。雖有此形式上之不同，但結論均相同，一有捨棄、認諾，法院即不得再續行本案審理，訴訟要向終結方向予以處理。亦即，民事訴訟程序，因為當事人明確表示不要求法院裁判時，民事訴訟程序即應終了、終結，尊重當事人之程序處分權行使。

處分權主義第三層面的內容是，訴訟程序的終結、終了，當事人有主導權、決定權。在第二六二條規定當事人可以撤回訴訟。原告提起訴訟後如要撤回，法官不得不允許。當事人不想主張權利、不想利用訴訟制度，想要撤回起訴時，原則上法官不能阻礙他，除非為了保護對造（被告）之利益。所以第二六二條第一項但書規定被告已經為本案辯論者，撤回須得到被告之同意。被告如果同意，法官就不能不准，而被告未為本案辯論以前是可以撤回的。可見原則上是由當事人決定訴訟程序要否終結。還有，第三七七條以下規定訴訟上和解，當事人就解決紛爭的內容已意思表示一致，法官不能堅持要替當事人下本案判決。因為和解一成立就不用下本案判決，不用作本案審理，可以節省勞力、時間、費用，追求程序利益。還有第三八四條規定捨棄、認諾。例如：甲將乙列為被告請求返還A屋，甲提起訴訟以後，甲如果在法官面前說：『我主張的訴訟標的：A屋的返還請求權，是不存在的，沒有理由的』甲自己這樣承認，就是捨棄，只要一捨棄法官就不得再為本案審理（不得再審理甲之A屋返還請求權存不存在，乙有無正當使用權源），馬上就為捨棄的判決，判決甲敗訴。如果原告未捨棄而被告不返還，則法官為進行本案審理，可能需要調查事實，花兩、三年時間，甚至判決以後，還上訴到最高法院。顯然地，只要捨棄以後，法官就不用作本案審理，當然可以節省勞力、時間、費用，追求程序利益，使系爭外財產權、自由權不會再被訴訟程序之進行所耗損。雖然法官根據甲的捨棄就判決甲敗訴，可是乙可能根本沒有正當使用權源也不一定，所以捨棄的判決未必合乎實體法的規定。如乙根本沒有正當使用權源，甲也承認自己的訴訟上請求是不