

台大法學叢書152

民事程序法學與紛爭處理法則 第一卷

訴訟權保障 與裁判外紛爭處理



沈冠伶 著

 元照

訴訟權保障與 裁判外紛爭處理



沈冠伶 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

訴訟權保障與裁判外紛爭處理 / 沈冠伶著. --

初版. -- 臺北市 : 沈冠伶出版 : 元照總經
銷, 2006[民 95]

面 : 公分

ISBN 957-41-3456-3(平裝)

1. 民事訴訟法 2. 行政訴訟法

586.1

95002422

訴訟權保障 與裁判外紛爭處理

56WMD00401

2006 年 4 月 初版第 1 刷

作 者 沈冠伶

出 版 者 沈冠伶

總 經 銷 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 400 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-41-3456-3

序言

如何有效率地解決民事紛爭，使當事人得以最節省勞力、時間、費用之方式，追求正義，乃民事程序法學之亙古課題。隨著社會變遷，交易方式多樣化，民事紛爭呈現出複雜多樣之型態。民事紛爭之處理制度亦必須相應於當事人之需求，為多樣化之設計，以提供其解決紛爭之有效途徑。訴訟之本案判決與訴訟外之和解，乃紛爭解決途徑之兩極。在二者之間，尚存在有各種不同可能性，共構成紛爭處理制度之光譜。

訴訟制度有較嚴格之程序保障要求，必須確保當事人之聽審請求權、辯論權，但卻也較容易遲滯，造成紛爭久懸未決。因此，晚近世界先進各國除健全訴訟制度外，莫不同時致力於建構當事人自主性解決紛爭之制度。一方面承認當事人得選擇採用訴訟以外之仲裁、調解或其他方式解決紛爭；另一方面，亦承認關於民事訴訟程序，當事人間就其具有處分權限之事項，得以協議方式決定爭點、程序進行方式或程序之終結。而訴訟與裁判外紛爭處理制度亦具有一定之銜接轉換可能，以使當事人之權利能夠適時、適式地實現。

本書所收錄之八篇文章，主要即分成二大部分，第一部分涉及民事訴訟之基礎理論與重要制度性問題：

第一篇「訴訟權保障與民事訴訟」論述憲法所保障之程序基本權（包括聽審請求權、適時審判請求權、公正程序請求權、程序上平等權等）在我國新民事訴訟法上之實踐與體現。

第二篇「民事訴訟與行政訴訟之分工與合作」論述民事訴訟與行政訴訟制度，在二元分立之架構下，除具有專業審判之優點外，亦應避免對於當事人因審判權消極衝突而造成不利益，不僅不應駁回起訴，而宜採取移送制，亦不應因聲請大法官解釋，造成程序延滯，未

能保障當事人之適時審判請求權，而宜使當事人得在專業審判與程序適時進行之程序利益間有所選擇，此乃回應於憲法上訴訟權保障之要求。如於民事訴訟上就涉及行政處分效力之先決問題予以審理時，則宜交錯適用行政訴訟之程序法理，修正辯論主義與職權探知主義二元分離之處理方式。

第三篇「第三審許可上訴制之探討」係就第三審許可上訴之要件，建立具體化標準，以落實「救濟途徑明確性原則」之憲法上法治國要求。

第四篇「民事訴訟合意選定法官審判暫行條例之評析」係基於當事人程序主體地位，立足於程序選擇權之理論，就當事人合意選定法官之制度予以分析。此制度乃介於訴訟與仲裁之中間制度，一方面，擷取仲裁制度之優點，由當事人合意選定其所信賴之裁判者，以提高裁判之信服度；但另一方面，由於此仍屬訴訟程序，因此，當事人就裁判如有不服，仍得循審級制度予以救濟，特別是在法律問題具有高度爭議性時，得由最高法院從事法之續造或統一法律見解，有助於社會大眾預見法之所在及發展，具有使法律秩序明確化之機能，此乃裁判外紛爭處理制度所欠缺者。

第五篇「多數紛爭當事人之權利救濟程序」論述我國之選定當事人與團體訴訟制度，使多數受同一侵害行為之當事人容易接近法院，利用訴訟制度，主張其權利，以落實憲法上之訴訟權保障。

第二部分則涉及裁判外紛爭處理制度，仲裁、調解乃較廣為人知者，有待另以專書處理之。本書所收錄之下列三篇文章，則為向來於國內較未受重視，但實屬重要之制度：

第六篇「示範訴訟契約之研究」從訴訟契約在我國之承認狀況，論述示範訴訟契約之合法性，及其對於涉及多數當事人之紛爭所能發揮之作用。當事人間得約定在示範訴訟之判決確定前，其他未起訴之當事人暫不起訴；已提起訴訟者，則停止進行，待示範判決確定後，

即可以該判決作為其他同類紛爭解決之準據，期能有效率地解決紛爭。

第七篇「仲裁鑑定制度之研究」論述在國際間已廣被承認，且重要性不亞於仲裁之仲裁鑑定制度。亦即，由當事人協議由專業之中立第三人調整原契約所約定之給付內容，或就系爭法律關係中之構成要件要素、事實予以認定。在此協議下，當事人應受第三人之判斷所拘束，而該協議僅在一定情形下，始失其效力。

不同於仲裁制度與訴訟具有競爭關係，如存在有仲裁協議，則訴訟為不合法。「示範訴訟契約」與「仲裁鑑定契約」之存在雖未必排斥訴訟程序之進行，但系爭權利義務關係中之重要爭點，卻可經由當事人之合意而為一定之處理，此通常亦可導致紛爭終局性地解決。即使有必要進行訴訟程序，特定爭點由於已經解決，法院不再為審理、判斷，亦能促進訴訟，而具有與訴訟制度予以銜接轉換之功能。

第八篇「律師之和解作為裁判外紛爭處理制度」探討德國法於一九九〇年新設之「律師之和解」制度，在我國引進以充實裁判外紛爭處理制度之可行性。亦即，兩造當事人各在律師代理下，對於紛爭之解決達成和解，且經法院就該和解為許可執行裁定後，即得簡速地取得執行名義。

於一九九九年年底世紀交替之際，取得博士學位回國以來，倏忽已過五年餘。二十一世紀的開始，也是個人生命階段的全新體驗。開始授課、開始為人妻、為人母，歷經誕生的喜悅與死亡的悲傷。政大法學院的研究環境，讓我的學術生涯有了一個安靜平穩的開始，得以悠游於書本與山林之間，本書中多篇文章均完成於綜合院館十六樓研究室。而於午間在十五樓民法中心與黃立教授、楊淑文教授及其他老師、同學進行討論與吃便當的情景，至今仍令人回味再三。恩師邱聯恭教授引領我進入民事程序法學領域，窺其精妙，十八年來不間斷地在知識上或生活上予我各種支持與鼓勵，如果沒有受他鋼的意志與正義之心所感召與淬鍊，可能早已放棄這一條困難但饒富趣味之學術道

路。而最幸運的是，在這條路上，能有英鈴志同道合地相伴扶持與體諒，讓我可以將研究工作與家庭之間遊刃有餘。

本書之完成，尚必須感謝碩士生吳俊達、顏銀秋、簡大倫、楊岳平等協助排版、校對，及元照出版公司所給予的多方支援。

沈冠伶 二〇〇六年二月

台大法律學叢書目錄

1. 既判力之研究	駱永家	台大法律學系教授
2. 行政法與現代法治國家	翁岳生	台大法律學系教授
3. 民商法問題研究(一)	鄭玉波	台大法律學系教授
4. 親屬、繼承基本問題	陳棋炎	台大法律學系教授
5. 民法學說與判例研究(一)	王澤鑑	台大法律學系教授
6. 現代刑法思潮與刑事立法	蔡墩銘	台大法律學系教授
7. 法實證主義	林文雄	台大法律學系教授
10. 國際經濟法專題研究	王仁宏	台大法律學系教授
11. 公司法專題研究	柯芳枝	台大法律學系教授
12. 國際私法專論	曾陳明汝	台大法律學系教授
13. 專利商標法選論	曾陳明汝	台大法律學系教授
14. 民事程序法與訴訟標的理論	陳榮宗	台大法律學系教授
15. 刑法推理方法及案例研究	蘇俊雄	台大法律學系教授
16. 民法學說與判例研究(二)	王澤鑑	台大法律學系教授
17. 舉證責任分配與民事程序法	陳榮宗	台大法律學系教授
18. 企業與經濟法	廖義男	台大法律學系教授
19. 民商法問題研究(二)	鄭玉波	台大法律學系教授
20. 民商法問題研究(三)	鄭玉波	台大法律學系教授
21. 親屬繼承法判例判決之研究	陳棋炎	台大法律學系教授
22. 刑法例題演習	蔡墩銘	台大法律學系教授
23. 國際貿易法專論	柯澤東	台大法律學系教授
26. 刑事訴訟法例題演習	蔡墩銘	台大法律學系教授
27. 民事法研究 I	駱永家	台大法律學系教授
28. 德國繼承受羅馬法	戴東雄	台大法律學系教授
29. 工業財產權法專論	曾陳明汝	台大法律學系教授
30. 國際私法原理	曾陳明汝	台大法律學系教授
31. 繼承法實例研究	戴東雄	台大法律學系教授

- | | | |
|--|-----|------------|
| 32. 法學方法與現代民法 | 黃茂榮 | 台大法律學系教授 |
| 33. Legal Handbook for doing Business in the R.O.C | 徐小波 | 台大法律學系教授 |
| 34. 民法學說與判例研究(四) | 王澤鑑 | 台大法律學系教授 |
| 35. 合資事業之法律研究 | 徐小波 | 台大法律學系教授 |
| 36. 最高法院刑事判決研究 | 蔡墩銘 | 台大法律學系教授 |
| 38. 民商法問題研究(四) | 鄭玉波 | 台大法律學系教授 |
| 39. 憲法與人權 | 李鴻禧 | 台大法律學系教授 |
| 40. 違憲審查權 | 李鴻禧 | 台大法律學系教授 |
| 41. 著作權論文集 | 賀德芬 | 台大法律學系教授 |
| 42. 我國資本市場發展之法律研究 | 徐小波 | 台大法律學系教授 |
| 43. 資訊法論～
電腦與法律問題之探討 | 劉江彬 | 華盛頓大學法學院教授 |
| 45. 民事法研究Ⅱ | 駱永家 | 台大法律學系教授 |
| 46. 海商法論 | 柯澤東 | 台大法律學系教授 |
| 47. 民法學說與判例研究(五) | 王澤鑑 | 台大法律學系教授 |
| 50. 定型化契約論文選輯 | 劉宗榮 | 台大法律學系教授 |
| 51. 當事人與民事程序法(三) | 陳榮宗 | 台大法律學系教授 |
| 52. 民事程序法之理論與實務
(第一卷) | 邱聯恭 | 台大法律學系教授 |
| 53. 環境法論 | 柯澤東 | 台大法律學系教授 |
| 54. 合資事業法律問題之研究(二) | 徐小波 | 台大法律學系教授 |
| 55. 國際私法 | 柯澤東 | 台大法律學系教授 |
| 56. 民事法研究Ⅲ | 駱永家 | 台大法律學系教授 |
| 57. 商品製造人侵權行為責任
之比較研究 | 朱柏松 | 台大法律學系教授 |
| 58. Equitable Ocean Boundary
Delimitation. | 傅崑成 | 台大法律學系副教授 |
| 59. 民法學說與判例研究(六) | 王澤鑑 | 台大法律學系教授 |
| 60. 親屬法實例解說 | 戴東雄 | 台大法律學系教授 |

- | | | |
|----------------------------------|------|-----------|
| 61. 法益與刑事立法 | 陳志龍 | 台大法律學系教授 |
| 62. 人性尊嚴與刑法體系入門 | 陳志龍 | 台大法律學系教授 |
| 63. 環境政策與法律(I) | 葉俊榮 | 台大法律學系教授 |
| 64. 法治國家之行政法與司法 | 翁岳生 | 台大法律學系教授 |
| 67. 中共對外經濟貿易法 | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 68. 中國社會主義法律研究(I) | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 69. 中國社會主義法律研究(II) | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 70. 歐洲共同體法(總論) | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 71. 法與國家權力 | 許宗力 | 台大法律學系教授 |
| 72. 司法之現代化與程序法 | 邱聯恭 | 台大法律學系教授 |
| 74. 民法學說與判例研究(七) | 王澤鑑 | 台大法律學系教授 |
| 75. 美國商標制度之研究兼論
其最新變革 | 曾陳明汝 | 台大法律學系教授 |
| 76. 環境行政與正當法律程序 | 葉俊榮 | 台大法律學系教授 |
| 77. 權利分立與憲法發展 | 林子儀 | 台大法律學系教授 |
| 78. 言論自由與新聞自由 | 林子儀 | 台大法律學系教授 |
| 79. 民事訴訟法論文集 | 陳榮宗 | 台大法律學系教授 |
| 80. 國際貿易法研究第一冊：
美國貿易救濟制度 | 羅昌發 | 台大法律學系教授 |
| 81. 國際貿易法研究第二冊：
貿易關係之法律問題 | 羅昌發 | 台大法律學系教授 |
| 82. 國際貿易法研究第三冊：
貿易與競爭之法律互動 | 羅昌發 | 台大法律學系教授 |
| 83. 環境法論(二) | 柯澤東 | 台大法律學系教授 |
| 84. 智慧財產權之基礎理論
——智慧財產權法系列(一) | 謝銘洋 | 台大法律學系副教授 |
| 85. 智慧財產權之制度與實務
——智慧財產權法系列(二) | 謝銘洋 | 台大法律學系副教授 |
| 86. 刑法問題與利益思考 | 黃榮堅 | 台大法律學系教授 |

- | | | |
|--|------|-----------|
| 87. GATT/WTO與我國貿易：
國際經貿法研究（四） | 羅昌發 | 台大法律學系教授 |
| 88. 國際私法原理續集：衝突法論 | 曾陳明汝 | 台大法律學系教授 |
| 90. 公司法論集 | 柯 菊 | 台大法律學系副教授 |
| 91. 國家學與國家法 | 葛克昌 | 台大法律學系副教授 |
| 92. 稅法基本問題 | 葛克昌 | 台大法律學系副教授 |
| 93. 歐洲事業法（一）：
歐洲企業組織法 | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 94. 當前兩岸法律問題分析：
中國社會主義法律研究（第三冊） | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 95. 公司法爭議問題 | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 96. 民法學說與判例研究（八） | 王澤鑑 | 台大法律學系教授 |
| 97. 國際貿易法：
世界貿易組織下之法律新秩序 | 羅昌發 | 台大法律學系教授 |
| 98. 西洋法律思想主流之發展 | 馬漢寶 | 台大法律學系教授 |
| 99. 法律與中國社會之變遷 | 馬漢寶 | 台大法律學系教授 |
| 100. Law and Traditions in
Contemporary Chinese Society | 馬漢寶 | 台大法律學系教授 |
| 101. 憲法與憲政 | 李鴻禧 | 台大法律學系教授 |
| 102. 憲法與議會 | 李鴻禧 | 台大法律學系教授 |
| 103. 發明專利法研究 | 蔡明誠 | 台大法律學系教授 |
| 104. 歐洲事業法（二）：
歐洲競爭規範 | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 105. 公司法新論 | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 106. WTO發展與台港經貿關係 | 羅昌發 | 台大法律學系教授 |
| 107. 台灣法律史的建立 | 王泰升 | 台大法律學系副教授 |
| 108. 法與實踐理性 | 顏厥安 | 台大法律學系副教授 |
| 109. 國際民事訴訟與民事程序法 | 陳榮宗 | 台大法律學系教授 |
| 110. 環境理性與制度選擇 | 葉俊榮 | 台大法律學系教授 |

- | | | |
|------------------------------------|-----|------------|
| 111. 權力、主體與刑事法
——法邊緣的論述 | 李茂生 | 台大法律學系副教授 |
| 112. 綜合所得稅與憲法 | 葛克昌 | 台大法律學系副教授 |
| 113. 民事法理與判決研究 | 詹森林 | 台大法律學系教授 |
| 114. 憲法與法治國行政 | 許宗力 | 台大法律學系教授 |
| 115. 刑罰的極限 | 黃榮堅 | 台大法律學系教授 |
| 116. 刑事被告的憲法權利 | 王兆鵬 | 台大法律學系助理教授 |
| 117. 智慧財產權基本問題研究 | 謝銘洋 | 台大法律學系教授 |
| 118. 新海商法：貨物運送人之責任 | 柯澤東 | 台大法律學系教授 |
| 119. 政府採購法與政府採購協定論析 | 羅昌發 | 台大法律學系教授 |
| 120. 公務員法研究（一） | 林明鏘 | 台大法律學系副教授 |
| 121. 公司與企業法制（一） | 王文宇 | 台大法律學系副教授 |
| 122. 民商法理論與經濟分析（一） | 王文宇 | 台大法律學系副教授 |
| 124. 搜索扣押與刑事被告的憲法權利 | 王兆鵬 | 台大法律學系副教授 |
| 125. 海商法修正新論 | 柯澤東 | 台大法律學系教授 |
| 126. 民事程序法之理論與實務
（第二卷） | 邱聯恭 | 台大法律學系教授 |
| 127. 投資大陸市場法律與實務解析 | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 128. 路檢、盤查與人權 | 王兆鵬 | 台大法律學系教授 |
| 129. 比較關係企業法 | 王泰銓 | 台大法律學系教授 |
| 130. 民事程序法之理論與實務
（第三卷）——爭點整理方法論 | 邱聯恭 | 台大法律學系教授 |
| 131. 控股公司與金融控股公司法 | 王文宇 | 台大法律學系副教授 |
| 132. 嚴格證明與刑事證據 | 林鈺雄 | 台大法律學系助理教授 |
| 133. 中國法律思想初探 | 林文雄 | 台大法律學系教授 |
| 134. 台灣法的斷裂與連續 | 王泰升 | 台大法律學系教授 |
| 135. 公司管理與資本市場法制
專論（一） | 曾宛如 | 台大法律系助理教授 |
| 136. 當事人進行主義之刑事訴訟 | 王兆鵬 | 台大法律系副教授 |
| 137. 民主轉型與憲法變遷 | 葉俊榮 | 台大法律系教授 |

138. 執行力擴張與不動產執行	許士宦	台大法律系助理教授
139. 民事法理與判決研究（二）	詹森林	台大法律系教授
140. 民商法理論與經濟分析	王文宇	台大法律系教授
141. 民事法理與判決研究（三）	詹森林	台大法律系教授
142. 物權法研究	蔡明誠	台大法律系教授
143. 程序保障與闡明義務	許士宦	台大法律學系助理教授
144. 因果關係與損害賠償	陳聰富	台大法律學系副教授
145. 侵權歸責原則與損害賠償	陳聰富	台大法律學系副教授
146. 憲法理論與實踐（三）	李建良	台大法律學系副教授
147. 新刑訴・新思維	王兆鵬	台大法律學系副教授
148. 台灣法的世紀變革	王泰升	台大法律學系教授
149. 證據蒐集與紛爭解決	許士宦	台大法律學系副教授
150. 程序利益保護論	邱聯恭	台大法律學系教授
151. 科技發展之智慧財產權議題	謝銘洋	台大法律學系教授
152. 訴訟權保障與裁判外紛爭處理	沈冠伶	台大法律學系助理教授
153. 代理權與經理權之間	陳自強	台大法律學系教授
154. 審判對象與適時審判	許士宦	台大法律學系副教授

目 錄

序言

◆訴訟權保障與民事訴訟

——以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心

壹、前言	2
貳、訴訟權之內容	4
一、關於「訴訟權」之大法官解釋	4
二、程序基本權	7
三、訴訟權與民事訴訟程序原則之關係	34
參、訴訟權侵害之救濟	39
一、民事法院之救濟途徑	39
二、大法官之違憲審查	54
肆、結論	60

◆民事訴訟與行政訴訟之分工與合作

——專業審判與權利有效救濟間之選擇

壹、問題之提出	64
貳、審判權限之衝突問題	65
一、法院等價與審判權儘速確定原則	67
二、審判權之競合（Rechtswegkonkurrenz）	72
三、本案之上級審法院就審判權有無之審查	79
參、先決問題之判斷與訴訟程序之停止	85
一、先決問題得否自為審理	87

二、行政訴訟法第十二條與民事訴訟法第一八二條之關連性 ..	91
三、中間確認之訴、反訴及抵銷抗辯之可否	94
肆、先決問題判斷時所適用之程序規定	100
一、學說見解	100
二、本文見解	102
伍、民事判決於行政爭訟程序上之效力	106
一、主觀範圍之爭議：民事判決中關於私權之認定對於 訴外人行政機關有無拘束力	106
二、客觀範圍之爭議：就先決問題（爭點）之判斷有無 拘束力	111
陸、結論	120
 ◆第三審許可上訴制之探討	
——以通常訴訟事件為中心及「原則上重要性」之標準建立	
壹、前言	124
貳、第三審上訴限制規定之旨趣	126
參、當然違背法令之第三審上訴	128
肆、第三審許可上訴之要件	131
一、從事法之續造	131
二、確保裁判之一致性	134
三、其他具有法律見解之原則上重要性	136
伍、結論	155
 ◆「民事訴訟合意選定法官審判暫行條例」之評析	
壹、立法背景	158
貳、法理基礎及立法目的	159
參、選定法官之合意性質：訴訟契約	160

肆、合意之成立	163
一、合意之時點及形式	163
二、獨任法官或合議庭之選任	164
伍、合意之拘束力	167
一、拘束力原則	167
二、合意選定之法官及其迴避	169
三、受選定之法官離職或因故不能續行審判	171
四、法官案件之分配	171
陸、上訴之限制	173
柒、結語	174

◆多數紛爭當事人之權利救濟程序

——從選定當事人制度到團體訴訟

壹、前言	176
貳、選定當事人制度	177
一、英國法上之代表訴訟	178
二、我國法上選定當事人制度之特色	180
參、團體訴訟	183
一、比較法上之觀察	183
二、我國法上團體訴訟之特色	186
肆、團體訴訟與選定當事人制度之差異	199
一、公益或集團利益 v.s. 私益	199
二、不作為請求 v.s. 損害賠償請求？	201
伍、擴充選定當事人制度之準團體訴訟	203
一、基於社員之選定：意定訴訟擔當	203
二、總額裁判及分配協議	203
三、民訴法第四四條之一第二項得適用於其他由團體提起之損害賠償訴訟	205

陸、結論	206
◆ 示範訴訟契約之研究	
壹、前言	210
一、示範訴訟與示範訴訟契約	210
二、研究對象及進程	212
貳、訴訟契約	216
一、有關訴訟契約之現行法上規定	216
二、訴訟契約之合法性及其限制	219
三、訴訟契約之效力	229
參、示範訴訟契約	246
一、示範訴訟契約之機能	246
二、示範訴訟契約之內容	247
肆、示範訴訟契約與其他紛爭處理制度之關係	270
一、示範訴訟契約對於選定當事人制度之補充	270
二、示範訴訟契約與團體訴訟之關係	273
伍、由法院依職權擇定之示範訴訟	275
一、解釋論上之可能性及其界限	276
二、立法論上之建議	279
陸、結論	283
◆ 仲裁鑑定制度之研究——作為紛爭解決之程序制度	
壹、緒言	288
一、私人間紛爭自我規制機制之擴大	288
二、仲裁鑑定制度於我國法上發展之現況及問題之提出	289
貳、仲裁鑑定契約之意義、類型及性質	290
一、比較法上之觀察	290
二、我國法上之類型及定性	294