論民事之事實審法院職權行使與裁量權
－以最高法院判例及決議建立之原則為標準（下）

文／林俊廷

（文接上期）

三、訴訟程序進行

如附表三編號3-1所示為「送達之合法性」，係對應民事訴訟法第4章第2節即第123條以下之送達相關條文規定。如附表三編號3-2、3-3、3-4、3-5、3-7、3-8、3-10、3-11、3-17、3-18、3-19、3-23、3-24所示均為「證據之調查及取捨」，其中又可分為應依職權調查者，包括編號3-3、3-5；認為屬於法院裁量者，包括編號3-2、3-4、3-7、3-8、3-10、3-11、3-17、3-18、3-19、3-24，另附表四編號5之決議有列舉各種證據之調查情形，具體化事實審法院調查證據程序是否違法之情事，可供參酌；認為法院固得依自由心證決定鑑定意見之真偽，但未踐行調查證據程序，仍屬違法，如編號3-23。如附表三編號3-6、3-9、3-12、3-13、3-14、3-15、3-16、3-20、3-21、3-22及附表四編號 1 所示均為「訴訟指揮」，係對應民事訴訟法第163條、 第183條、 第198條、 第191條第2項、 第204條、 第205條、 第211條、第250條、第268條之1、 第274條規定。要言之，「送達合法性」為當事人程序保障之技術性規定，民事訴訟法已詳為規範，此為法院應依職權審認之項目，並無裁量空間可言。「訴訟指揮」則涉及到法院如何進行審理活動之項目，如不賦予法院裁量權，有現實上無法適切進行審理之困難，屬於「職權進行主義」之範疇。比較有疑義者，亦為最高法院動輒指摘高等法院判決違法而廢棄發回之部分，為「證據之調查及取捨」，從前述說明可知，此部分原則上事實審法院應具有裁量權[14]，但涉及「二審卷宗滅失後」及「習慣法是否存在」之調查者，前者為形式上法律審欠缺判斷基礎之調查，後者則為法律適用之調查，構成例外之情形，但如附表四編號5所示之決議內容，又表示習慣為法院所不知者，當事人未主張舉證時，法院未依職權調查及適用，並非違法，似有矛盾。本文以為習慣或習慣法固為法律適用之問題，但現代社會專業分工，並非傳統農業社會，習慣或習慣法確有可能為法院所不知，要求法院不待當事人主張舉證，即依職權主動探知，實屬困難，故解釋上應認為如當事人未主張舉證習慣或習慣法之存在者，法院無從依職權發動調查程序，如當事人有主張舉證者，法院應依職權進行調查程序以資確認。另鑑定意見之採納原則上固為法院裁量範圍，但例外應依職權進行調查證據程序，實際上具有「裁量濫用之禁止」及「裁量之程序統制（審查）」之意涵，甚具啟發性，詳後再予說明。

四、實體理由及主文論知

如附表三編號4-1、4-6及附表四編號3所示均為「定履行期間」之項目，附表四編號5亦有提及此項目，此係對應民事訴訟法第396條規定，法院得行使裁量權而為定履行期間或分期給付之判決，包括是否定履行期間或分期給付及期間之多寡，但須注意法律明定應賦予當事人程序保障而有辯論之機會。如附表三編號4-2所示為「特別法之法定期間」項目，屬於法律之適用，依「法官知法」之原則，事實審法院應依職權適用法律，無裁量空間。如附表三編號4-10、4-13所示為「辯論主義」之項目，係對應民事訴訟法第388條規定，非當事人主張之事實，事實審法院不得依職權審酌，顯無裁量空間。如附表三編號4-4、4-14、4-17所示為「解釋契約或意思表示」之項目，係對應民法第98條規定，前兩者均表示此係事實審法院之裁量權，但後者則進一步表示如解釋違背法令、論理法則或經驗法則，仍為解釋不當而違法，要言之，已寓有「裁量濫用之禁止」及「裁量之實體統制（審查）」的意思。如附表三編號4-5、4-7、4-8所示為「情事變更之增減給付」項目，屬於事實審法院之裁量權。如附表三編號4-9、4-16所示為「違約金之酌減」項目，為事實審法院之裁量權。如附表三編號4-3、4-11、4-15所示為「裁判分割共有物之方法」項目，編號4-3、4-15認為此屬事實審法院之裁量權，但編號4-11認為分割共有物之方法仍以適當者為限，所謂適當者為限，即具有「裁量濫用之禁止」及「裁量之實體統制（審查）」之思考。如附表三編號4-12、4-18所示為「與有過失賠償金額之減免」項目，為事實審法院之裁量權。而附表四編號 5 之決議表示，包括「解釋契約」、「裁判分割共有物之方法」、「定履行期間」、「損害賠償慰撫金之酌定」、「過失相抵之認定」、「違約金之酌減」、「租金之增減給付」、「情事變更之增減給付」、「不確定法律概念之判斷」等項目，除事實審法院之判斷顯然有違公平正義之原則外，原則上均屬其裁量權，於此，亦可見「裁量濫用之禁止」及「裁量之實體統制（審查）」之思考，合併於後述再詳細說明。

參 審查之標準及方法

承上，如將最高法院歷年來累積之判例及決議見解，予以整合分析，可獲致結論如下：關於「訴訟合法要件」及「權利保護要件」者，涉及技術性之立法規範密度高及訴權存在之前提要件，屬於通案、抽象及一般之問題，法院審理訴訟時，易以程序法或實體法規定之形式審查方式予以認定，亦無待當事人言詞辯論後即可認定，此時，任何法院，包括事實審法院都應依職權審查，無賦予裁量權之必要，法律審應為「嚴格審查之方式」，以保障當事人之訴訟權。

反之，關於「訴訟程序進行」及「實體理由及主文論知」者，涉及到個案事實之認定、法院指揮訴訟之進行、證據取捨及利益衡量，無法僅以形式審查方式為之，有待當事人言詞辯論後始能認定，除基於民事訴訟制度之辯論主義[15]、當事人進行主義等原則，及立法已為技術性規範（如送達規定）或法官知法原則（所有法規範之解釋）以外，應委諸事實審法院依法裁量，法律審於例外情形下，始得依「裁量濫用之禁止」法理，介入審查事實審法院之判斷是否已達違法，原則上應尊重事實審法院之判斷，而為「寬鬆審查之方式」，期能保障當事人之訴訟權，又能尊重事實審法院之裁量權，在司法資源有限下作出合理之事務分配。

問題在於如何審酌事實審法院享有裁量權之判斷是否構成「裁量濫用」？有無可以操作之參考標準？本文以為，判決為法院對於訴訟事件所為之公法的意思表示[16]，公法上所發展之「裁量濫用之禁止」的相關理論，在不違背司法機關之審判本質前提下，當可援引參照。民事訴訟法第468條規定判決不適用法規或適用不當者，為違背法令，解釋上可認為包括「裁量濫用」之情形。以下擬就法律審對於事實審之判斷是否屬於例外情形之裁量濫用，分為「裁量之實體統制（審查）」及「裁量之程序統制（審查）」兩方面予以說明[17]。另外，憲法法院係就國家之立法行為本身（立法裁量）有無違反相關一般法律原則而為違憲審查，行政法院係就國家之行政行為本身（行政裁量）有無違反相關一般法律原則而為違法審查，在公法訴訟上，國家與人民或行政相對人是居於對立之兩造，法院不涉其中。然民事法律審對事實審裁量之審查，就事實審法院判決本身（司法裁量）有無違反相關一般法律原則而為違法審查，包括法院於判決中未積極審酌個案情形之間接違法與法院審理程序本身之直接違法，事實審法院亦牽涉其中，前者主要以實體統制（審查）之方式為之，後者則主要以程序統制（審查）之方式為之，但兩者間並無絕對之區別。故司法裁量之內部審級審查，實與立法裁量、行政裁量之外部司法審查尚有不同。惟本文受限篇幅及時間，無法在此深論，僅就其大要說明如下：

一、裁量之實體統制（審查）

在釋憲實務上，大法官已建立「平等原則」[18]、「比例原則」[19]、「誠信原則」[20]、「信賴保護原則」[21]，作為審查法令違憲與否之基準，憲法為國家法秩序之基本法，憲法上之一般原理原則，在民事事實審法院依法裁量時，亦應有其適用[22]。實際上，「誠信原則」為民法第148條第2項所明文，被認為是民法之「帝王條款」，原本即為民事法上之重要原則[23]，事實審法院就個案如已認定特定之事實，就該特定之事實，當事人有違反「誠信原則」之情事者，法律

（文轉三版）

註釋

14. 最高法院部分少數見解，於個案認定法院依民事訴訟法第288條規定「應」依職權調查證據，已將法律明文法院「得」依職權調查證據而享有裁量權者，操作成為法院應依職權而無裁量權之情形。惟學者認為依民事訴訟法第288條規定法院得依職權調查證據，僅係基於補充性地位介入，並表示如身份性事件（親子關係存否、婚姻無效等事件）、武器不平等事件（醫療、公害等）及公益性較強事件（股東會決議無效事件），始可認為法院「應」依職權調查證據，其餘一般財產事件，均屬法院「得」依職權調查證據，並批評最高法院少數見解不當地將例外當成原則。參照姜世明，相煎而太急－從部分最高法院關於民事訴訟法第288條規定適用之妥適性談起，月旦裁判時報第47期，2016年5月，頁30至38。本文以為，如參考釋字第469號之意旨，可認為事實審法院於前述涉及身份性事件、武器不平等事件及公益性較強事件時，所以「應」依職權調查證據，乃因事實審已無不調查證據（不作為）之裁量餘地，要言之，即適用公法上「裁量縮減」之理論予以解釋。
15. 辯論主義固為我國現行民事訴訟法之最主要原則之一，但亦不可忽略德國晚近關於協同主義之發展，詳細說明，可參照劉明生，辯論主義與協同主義之研究－以德國法為中心，載於政大法學評論第122期，2011年8月，頁1以下。
16. 參照最高法院58年台上字第1502號判例、82年度台上字第1408號判決。另最高法院103年度台上字第620號判決明白指出：法院確定判決之拘束力，乃國家本於司法權之行使及公權力之作用所產生之公法（民事訴訟法）上之效力。
17. 本文係參考行政裁量之司法審查方式可分為「實體統制」及「程序統制」予以論述，詳細說明，請參照拙著，社會福利行政裁量之統制－以受給權之保障為中心，政大法研所碩士論文，1998年6月，頁57至60；頁71以下。
18. 以近年來之解釋為例，以比例原則作為違憲審查之基準者，如釋字第702號、711號、712號、713號、714號、715號、716號、717號、718號、732號、733號，其中712號係涉及收養大陸民眾限制之民事事件。
19. 以近年來之解釋為例，以平等原則作為違憲審查之基準者，如釋字第701號、719號、722號、727號、728號，其中728號係涉及祭祀公業女性派下員資格之民事事件。
20. 提及誠信原則而作為違憲審查之基準者，如釋字第348號、525號。
21. 提及信賴保護原則而作為違憲審查之基準者，如釋字第525號、552號、574號、580號、589號、605號、620號、629號，其中釋字第552號涉及重婚之認定、釋字第574號涉及民事更審上訴利益額之限制、釋字第580號涉及耕地三七五租約補償承租人規定，均為民事事件。
22. 關於民事訴訟法與憲法關連性之完整說明，可參照姜世明，民事訴訟法之發展

植根法律資訊 劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428 第二章 信託之稅捐義務 第四章 稅捐法規之司法審查各論 共825 訂購未滿 請自付郵 植根法律書 JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

法律網
訊的最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論 第二冊增訂三版）
2015年12月（增訂三版）
著作人 黃茂榮 定價800
第一章 稅捐法之解釋 第三章 稅捐法之司法審查總論 頁
1000元者 資65元
書城熱賣中
WEEKLY 周刊
週出刊 訂閱
幣400元
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

審自得認為事實審法院未依誠信原則調整當事人權益而介入審查[24]。「平等原則」於民事事件中，亦常成為法律審就個案之判斷上類推適用相關法律之依據[25]。「比例原則」於民事事件中，雖然案例有限，但亦成為法律審在解釋法律要件時之參考標準[26]。「信賴保護原則」為法院就民事關係認定相關行政法令係「取締規定」或「效力規定」之重要參考[27]及新舊法適用標準[28]、重婚效力維持[29]之原則。

本文以為上述原則均得作為法律審於審查事實審法院行使裁量權之判斷時，有無濫用裁量之參考基準。所謂違背法令之「論理法則」者，可與「平等原則」、「比例原則」、「誠信原則」、「信賴保護原則」相連結而充實其具體之內涵。反面言之，如事實審法院行使裁量權，並無明顯違反上開原則時，法律審應予以尊重，切莫因事實審取捨證據後認定事實之結論與自己之心證不符而任意廢棄。當然，事實之認定必須正確，所謂違背法令之「經驗法則」者，即屬事實審法院對於事實之認定逸脫於社會經驗之評價，然經驗法則必須是一般社會常態之客觀經驗，而非個人主觀之歷練經驗，自屬當然。

二、裁量之程序統制（審查）

在釋憲實務上，大法官已建立「正當法律程序原則」[30]作為審查法令違憲與否之基準，而正當法律程序原則在民事訴訟程序上尤為重要[31]。民事訴訟法就訴訟程序進行之規範密度甚高，亦為「正當法律程序原則」之具體實現，事實審法院如有違反者，當然為法律審必須介入審查之對象，包括訴訟合法要件及送達等技術性規定，已如前述。而民事訴訟法第469條規定第三審程序審查事實審判決當然違背法令之各款事宜，包括組織不合法、法官應迴避而不迴避、違反審判權及專屬管轄、未經合法代理、違背言詞辯論公開審理及判決不備理由（消極未附記理由）或理由矛盾（積極附記理由不當），均屬未遵守「正當法律程序原則」之具體情形，可資參照。所謂違背法令之「證據法則」，固與認定事實有關，但主要內涵應為調查證據之程序不當及判決不備理由或理由矛盾而違反「正當法律程序原則」之情形。

本文於此所討論者，係針對原則上由事實審法院享有裁量權，例外由法律審以違反「正當法律程序原則」為由而介入審查之部分，例如事實審法院調查證據後固得依自由心證而認定事實，然調查證據之程序，必須符合正當法律程序原則，附表三、3-23最高法院79年台上字第540號判例認定鑑定意見之採納應踐行調查證據程序，即屬適例。又如最高法院103年度台抗字第1043號裁定，一方面說明行政執行法第17條規定之修正理由旨在強化人身自由保障並符合「比例原則」，但另一方面亦強調管收處分為最後手段，行政執行機關聲請管收前應踐行已命義務人提供相當擔保，限期履行之程序，始得聲請法院裁定管收，實質上係以「正當法律程序原則」之概念闡述其見解，是否有管收之必要，固然為事實審法院之裁量權行使，如事實審法院漏未審酌行政執行機關是否踐行法定之前置程序者，法律審自得介入審查。茲將本文前述之初步想法整理詳如附表五所示。

附表五：法律審對事實審職權行使之審查方式及基準

事項	有無裁量權	是否經言詞辯論	審查方式	裁量之實體統制（審查）	裁量之程序統制（審查）
訴訟合法要件	無裁量權●	程序法規之形式審查，無須言詞辯論	嚴格審查	無裁量權	
權利保護要件	無裁量權●	實體法規之形式審查，無須言詞辯論	嚴格審查		
訴訟程序進行	原則有裁量權▲，例外禁止裁量濫用△	言詞辯論時之程序規範	寬鬆審查	比例原則、平等原則、誠信原則、信賴保護原則等	正當法律程序原則
實體理由及主文諭知（註）	原則有裁量權▲，例外禁止裁量濫用△	言詞辯論後之實體判斷	寬鬆審查		

註：此部分僅限於例如：定履行期間、解釋契約、裁判分割共有物之方法、慰撫金之酌定、過失相抵之認定及賠償金額之減免、違約金之酌減、租金之增減給付、情事變更之增減給付、不確定法律概念之判斷等而享有裁量權者，不包括其他法律規定適用之問題

肆 結論：期待一個可預期的未來

最高法院民事審判歷經民事訴訟法先後於88、89、92年間之重大修正，雖然基於紛爭一次解決而擴大訴訟標的概念、允許訴之變更追加及要求法官應盡闡明義務等事項上，不再堅守傳統的形式主義，而採取較為寬鬆之態度，積極保障訴訟當事人權益，貢獻良多。但「需求無限，資源有限」，同為前述民事訴訟法修正重點之一的攻防適時提出主義及權利失效等事項，最高法院卻未積極運用與解釋，造成下級審於審理時綁手綁腳，案件審理仍任由當事人攻防而延宕，無法合理分配訴訟資源。以往是訴訟大門較窄，一旦進入訴訟後，任由當事人主張攻防，訴訟縱然有所拖延，但因訴訟標的依形式而認定，且民情單純，外界壓力小，專業律師人數亦少，案件雖在二、三審之間徘徊，但審理對象不致有太多變化，問題或許不大。然而，民事訴訟法修正後，訴訟大門廣開，上訴二審後亦得追加變更及提出新的攻防方法，但相對應的權利失效制度在最高法院實務運作下並未發揮預期之功效，加上案件越加複雜，當事人權利意識高漲，專業律師人數亦增加許多，案件繼續在二、三審之間徘徊，但審理對象及程序進行卻更加複雜肥大。十幾年來實證經驗顯示，最高法院之案件量雖一度下降，近年來又繼續累積上升，亦可佐證維持目前最高法院編制及員額，希望能控管案件量後再來進行縮編改革的想法，實屬過於樂觀且不切實際。最高法院動輒廢棄二審判決而發回更審，比例與事實審上級法院之高等法院廢棄一審判決相比，可說相差無幾，除非當事人放棄上訴，案件還是有繼續回到最高法院審理之一天，且因法律見解經常無法統一，促使訴訟當事人及律師存有上訴後「試試看」之射倖心態及經濟誘因，實非法律審應有之運作模式及高度。最高法院如繼續依照「舊典範」運作，顯將難以適應「新時代」變遷，既勞人民，又傷己身。

本文以為制度修正乃立法論層次問題，係「操之在人，而非操之在己」，只能視為中長期的司改策略及方向，但解釋論層次之操作，則為最高法院可「操之在己」而發揮之處，且為最高法院責無旁貸之責任，屬於較短期即可立竿見影的方法。民事訴訟恆由兩造居於對立之地位，案件動輒廢棄發回，在二、三審間徘徊，有損於未提起上訴之訴訟當事人權益，並額外增加所有參與該訴訟之人的司法成本，最高法院應思考在人員編制及訴訟制度未更改前，積極運用解釋論而合理分配訴訟資源之方法。至少，從減少取代事實審法官之角色而動輒廢棄發回開始，畢竟最高法院目前幾乎未行言詞辯論程序，多以書面審查方式進行審理，就事實審法院享有裁量權之範圍，如何替代事實審法院經言詞辯論程序，直接聽取兩造之陳述並調查證據後而獲得之心證？最高法院就事實審法院享有裁量權之範圍，原則上不應介入審查，例外者依「裁量濫用禁止」法理，分別從「裁量之實體統制（審查）」及「裁量之程序統制（審查）」著眼，運用「比例原則」、「平等原則」、「誠信原則」、「信賴保護原則」及「正當法律程序原則」等一般法律原則介入審查，與針對事實認定之「經驗法則」、針對證據取捨之「證據法則」、針對法律適用之「論理法則」互相搭配，進一步充實其內容，不要僅淪於主觀上對個案事實之再次審查功能，而要提升至通案見解之統一，監督事實審法院妥當適用法律及行使裁量權，確保法律客觀秩序之穩定，並對於最高法院先前判例、判決所累積之見解，在相同事實及法律適用之個案中如有不同意見者，應有目的意識地先行自我審查，說明本案與前案之事實或考量有何不同，或本案基於法之確信所以作出與前案不同之見解，而負起法律審之「說理義務」。西方俗諺有云：「讓凱薩的歸凱薩，上帝的歸上帝」，筆者亦誠懇呼籲：「讓事實認定歸高等法院，法律適用歸最高法院」，讓所有法律專業人士及人民，享有一個可預期能保障人民訴訟權益並兼顧司法資源合理分配的未來吧！

（作者為臺灣高等法院民事庭法官）

註釋

與憲法原則，元照，2003年11月，初版。另針對憲法訴訟權保障與民事訴訟法之關連，亦可參照魏大喨，訴訟基本權在民事訴訟法之實現，載於月旦法學雜誌第105期，2004年2月，頁120至143。

23. 誠信原則於我國實務發展上，不限於民事實體法有其適用，於民事程序法亦有其適用，例如就爭點效之問題，最高法院73年度台上字第4062號、81年度台上字第625號、84年度台上字第2530號、88年度台上字第557號、88年度台上字第2230號、95年度台上字第1574號、96年度台上字第307號、96年度台上字第1782號、96年度台上字第2569號、96年度台上字第2745號、97年度台上字第2688號、98年度台上字第1090號、99年度台上字第781號判決，均認為依訴訟法上誠信原則而予以承認。甚至認為誠信原則為公、私法上之共通法理，如最高法院103年度台上字第586號判決。
24. 參照最高法院72台再字第164號判決，認為誠信原則屬於價值判斷，除有例外情形，屬於事實審法院之職權，不生適用法規顯有錯誤之情事。實際上，該見解與本文主張法律審於例外情形始依裁量濫用之法理，以誠信原則作為實體統制之方法，有相類似之思考。
25. 參照最高法院28年上字第2116號判例及93年度台上字第1718號、95年度台上字第2309號、101年度台上字第923號判決。
26. 參照最高法院96年度台上字第2324號判決（防衛過當）、101年度台抗字第497號裁定（定暫時狀態假處分）、103年度台上字第1611號判決（人格權侵害責任）。
27. 如最高法院100年度台上字第481號、103年度台上字第976號判決。
28. 如最高法院94年度第5次決議、95年度第4次決議。
29. 如最高法院84年度台再字第1號、87年度台上字第780號判決。
30. 近年來之解釋，如釋字689、690、704、708、709、710、737。
31. 最高法院93年度台抗字第403號裁定，曾以憲法保障之訴訟權，係以人民之權利遭到侵害時，得依「正當法律程序」請求法院救濟為其核心內容為由，而說明民事訴訟法第56條之1第1項規定並無不符憲法之訴訟權保障，雖與本文主要內容無關，亦可見正當法律程序實為民事訴訟程序之重要原則。