

民事程序法之發展與憲法原則

姜世明 著

學術論文集



元照出版

民事程序法之發展與憲法原則



姜世明 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事程序法之發展與憲法原則 / 姜世明著. --
初版. -- 臺北市 : 元照, 2003[民 92]
面 : 公分.

ISBN 986-7787-44-7 (精裝)

1. 民事訴訟法

586.1

92016160

民事程序法之發展與憲法原則

1D41GA

2003 年 11 月 初版第 1 刷

作 者 姜世明

出 版 者 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 500 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (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 986-7787-44-7

序

民事程序法與其他種類之程序法（如刑事訴訟法及行政訴訟法等）相同，均係為確定事實及適用法律而設；其中，刑事訴訟法與行政訴訟法二者因與國家公權力之介入（行為）明顯相關，因而其被置於憲法原則之審查，於程序法學之研究，被認為理所當然。但於民事程序法之研究領域，因其審理標的乃私法關係，而程序亦於當事人之自主權多所尊重，因而就憲法原則及民事程序法間之關聯性研究，相較其他法域，向有所不足。

在德國，其民事程序法學之受憲法原則之指導及審查，實由來已久；但其成為主流之民事程序法學之研究方向，則主要係二次世界大戰後之事。就德國之民事程序法發展以觀，自二次世界大戰之後，其關於突襲性裁判之防止、合法聽審權之保障、武器平等之重視、比例原則之考量及其他個別制度於憲法價值或基本權衝突時之衡量，乃為實務及學說爭論之重點所在。而關於憲法原則及民事程序法之關聯之研究，在德國，不僅在其立法上成為指導方針，其在實務上亦發揮重大影響。此一議題之重要性，且自德國相關文獻有如汗牛充棟般，即可自明。

關於民事程序法之發展及憲法原則間之關係之研究，在我國民事程序法之學術領域原非研究者之關注對象。其成為研究標的者，乃始於一九七〇年代末期，經留日學者邱聯恭教授就程序保障論、突襲性裁判防止、公開心證等理論予以倡議；並經民事訴訟法研究基金會之諸位權威教授之研究及確認，至今，以憲法原則指導民事程序法理論之發展，乃已成為多數學者及實務家所肯認之見解。而我國之民事程序法學之發展乃趨與先進國家之法學研究有對話之基礎，相關權威學者之貢獻，信將享不朽之譽。

筆者留德期間，研究對象主要者有三，亦即民事證據法、民事程序法中之憲法因素考量及自由業者之民事責任法。其中，關於民事證據法者，已有專書出版；而關於民事程序法之發展及憲法原則關係之議題，則為筆者自一九九九年留學返國後之研究重點之一，並已分別發表草作數篇。茲幸蒙元照出版公司督促，乃另倉促補綴數文，集結為專論，並定名為「民事程序法之發展與憲法原則」，委由元照出版公司代為付梓問世，以為國內相關問題研究之補充。

本書分為三編，第一編導論乃就民事程序法與憲法各價值及原則間關係作總體概略之論述。第二編則係本論，其中就合法聽審權、武器平等原則、實體正義、比例原則及社會國原則等憲法之基本原則與價值在民事程序法中個別制度之作用及具體衡量，作較詳盡之論述。其目的乃為具體化相關論題之研究，而不致令實務家或研究者，迷失於抽象之憲法原則與價值衝突、選擇之中。第三編附論乃係立法例之介紹，因德國法於新近有重大之制度變革，其中部分制度且為我國新近修法所借用，而其與憲法原則、價值之衝突及選擇亦有密切關係，固有援介之必要。

本書之出版，仍僅係個人研究生涯之開端與嘗試。緣曾從事實務工作，因而略悉實務家知識之精微及具體，非吾人泛論空談所能及；又因幸蒙不棄，得忝事教職，能獲權威學者開示，瞻仰其學問之高深，故知所不足。希藉本書之出版表達對學界、實務界師長提攜之謝忱；另並感謝多年來關心我之家人及朋友，祝福大家。

姜世明

在南台灣

二〇〇三年八月二十九日

目 錄

序

第一編 導 論

第一章 民事程序法發展之憲法因素考量	1
壹、前 言	3
貳、憲法於民事審判組織與任務之影響	4
一、獨立之裁判機關	4
二、司法之意義與目的	8
三、民主原則之影響	10
參、法治國原則	12
一、依法審判	12
二、法定法官	12
三、法律安定性	13
四、個案正義	19
五、比例原則	21
肆、社會國原則	24
伍、基本權	27
一、基本權概說	27
二、人性尊嚴保障	27
三、合法聽審權	28
四、有效率權利保護 (Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz)	30

五、公正程序請求權 (Der Anspruch auf ein faires Verfahren)	33
六、程序利益保護原則之理論開展	35
七、其他程序上相關之基本權	37
陸、接近法院	45
柒、憲法保障之實踐	47
捌、結 論	49

第二編 本 論

第二章 合法聽審權	51
壹、前 言	53
貳、合法聽審權之基本特質	54
一、合法聽審之名稱	54
二、合法聽審權之性質	56
三、承認合法聽審權之理由	59
參、合法聽審之請求權人	61
一、德國基本法第一〇三條第一項主體解釋論 之特殊性	61
二、可能權利人之具體範圍	62
肆、合法聽審權之基本內容	69
一、知悉權（受通知權）	69
二、陳述權（Das Recht auf Aeussderung）	72
三、法院之審酌義務	79
四、突襲裁判之禁止	82
五、失權之特殊意義	86

伍、合法聽審權之例外與違反之救濟	89
一、例 外	89
二、違反之救濟	90
陸、結 論	95
第三章 法律性突襲裁判	97
壹、前 言	99
貳、定義與重要性	100
一、定 義	100
二、論題之重要性	107
參、我國法	108
一、法律依據	108
二、實 務	111
三、學 說	116
肆、德國法	124
一、概 說	124
二、民事訴訟法第二七八條第三項（舊法）	125
三、民事訴訟法第一三九條（舊法）	135
四、新修正民事訴訟法第一三九條（01.01.2002）	137
五、基本法第一〇三條第一項	141
伍、評估與展望——代結論	144
第四章 民事程序之武器平等原則	155
壹、前 言	157
貳、民事訴訟法與憲法關係概說	158
參、武器平等之基本內涵	161
一、憲法基礎	161
二、程序法上意義	162
三、與公正程序之關係	164

肆、武器平等與舉證責任分配法則	166
一、醫師民事責任程序之特殊性	166
二、實務之見解	169
三、學說見解	172
伍、武器平等理論於我國法發展之特殊性——代結論	174
一、學說觀察	174
二、實務現況	175
三、發展之評估	177
第五章 訴訟救助	181
壹、前 言	183
貳、訴訟救助制度之法基礎	183
一、訴訟救助之憲法意義	183
二、訴訟救助制度之立法規定	189
參、訴訟救助制度之內容	192
一、我國法	192
二、德國法	203
肆、我國訴訟救助制度之發展評估	214
伍、結 論	219
第六章 遲延提出攻擊防禦方法之失權	221
壹、前 言	223
貳、法律依據與立法目的	225
一、法律依據	225
二、立法目的	231
參、失權規定之合憲性控制	234
一、聯邦憲法法院之見解——憲法基本原則之檢驗	234
二、解釋論上之影響	242

肆、要件與效力	245
一、我國法	245
二、德國法	252
伍、我國法規定之發展評估——代結論	277
第七章 強制執行程序中之比例原則考量	289
壹、基本案例	291
貳、以比例原則充當強制執行程序基本原則之考慮因素 ..	292
一、比例原則之基本內涵	292
二、比例原則於強制執行可適用性之理論爭議	295
三、基本權衝突	300
四、於我國法基礎之探尋	302
五、缺乏比例原則意識下之強制執行困境	303
參、合適性原則	304
一、概 說	304
二、個別強制執行程序之考量	306
肆、必要性原則	309
一、概 說	309
二、個別強制執行程序之考量	311
伍、狹義之比例原則	314
一、概 說	314
二、小額債權之強制執行	315
三、比例原則標準之量化可能性	319
四、債權人之值得保護性	321
五、債務人之特殊保護必要性	323
陸、違反比例原則之效果	326
一、比例原則於強制執行程序之作用	326
二、違反之效果	327

柒、結 論	329
一、基本觀察	329
二、案例說明	330
三、立法展望	333
第八章 美國懲罰性賠償金判決之承認與執行	337
壹、前 言	339
貳、懲罰性賠償制度之基本內容	339
一、制度發展史	339
二、種類與要件	342
三、功 能	345
參、美國懲罰性賠償判決之承認與執行	348
一、民事事件	348
二、公序良俗	350
三、憲法秩序之考量	359
四、其他因素	362
肆、我國之立法與實務	362
一、立 法	362
二、關於懲罰性賠償之實務見解	363
伍、我國法之發展評估——代結論	367

第三編 附論——立法發展

第九章 德國民事訴訟法修正（01.01.2002）	
總則與第一審部分	371
壹、概 說	373
貳、和解程序之加強	375
參、法官之實質訴訟指揮之強化	378

肆、提出命令之擴大	385
伍、獨任法官功能之強調	388
陸、其他重要修正內容	391
一、無效與不合法之審判籍協議	391
二、迴避聲請之裁決	392
三、費用法之改革	392
四、送達改革法（ZustRG vom 25.06.2001）	394
五、以影音傳送進行審理	394
六、訴訟停止	395
七、再開辯論	395
八、訴之撤回	396
九、早先第一期日	396
十、裁 判	397
十一、依衡平裁量之程序	398
十二、異議之審查與證人不到場之正當事由	398
柒、結 論	399
第十章 德國民事訴訟法修正（01.01.2002）	
上訴審部分	401
壹、修正基本背景及方向	403
貳、第二審	405
一、瑕疵控制及排除之審級定性	405
二、合法性審查及駁回裁定	411
三、失 權	413
四、第二審上訴之許可	416
五、其他重要修正	417
參、第三審	423
一、許可上訴制度	423
二、駁回許可裁定之抗告	428

三、飛躍上訴	429
四、其 他	430
肆、結 論	432

索 引	435
-----------	-----

第一章 民事程序法發展之憲法 因素考量

壹、前言

貳、憲法於民事審判組織與任務之影響

- 一、獨立之裁判機關
- 二、司法之意義與目的
- 三、民主原則之影響

參、法治國原則

- 一、依法審判
- 二、法定法官
- 三、法律安定性
- 四、個案正義
- 五、比例原則

肆、社會國原則

伍、基本權

一、基本權概說

二、人性尊嚴保障

三、合法聽審權

四、有效率權利保護

(Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz)

五、公正程序請求權

(Der Anspruch auf ein faires Verfahren)

六、程序利益保護原則之理論開展

七、其他程序上相關之基本權

(一)平等權

(二)證據禁止之基本權考量

(三)自由權

(四)其 他

陸、接近法院

柒、憲法保障之實踐

捌、結 論

壹、前言

憲法乃一國之根本大法，其不僅涉及國家機關體制之確立，且就人民基本權之保障予以揭櫫宣示。憲法之規定，不僅係國家機關受到拘束，且對於人民而言，無疑係其權利之保證書或最後之權利保障依靠。國家基於憲法乃負有保障人民基本權利之義務，而人民基於憲法乃有權要求國家應建立保障（救濟）其權利之機制。

於第二次世界大戰之後，現代文明價值，經由國際間互動，漸有異中求同之趨勢，此一趨勢，且於蘇聯及東歐等共產國家瓦解之後，益形明顯。其中，無論係法治國原則、民主國原則、社會國原則及基本權之保障等，均已為現時多數國家所承認之基本價值，即我國亦無例外。

就法律發展歷史中憲法之作用理論觀之，於二十世紀後半葉，憲法除於一國政府體制建立之意義之外，其在法學上，顯然已成為法學之重要發展動力，並具有積極之指導功能。其中，無論解釋論上之合憲性解釋或司法制度上之合憲性控制機制，均為法學上至為重視之課題。而此一憲法與法律間關係之開展，不僅存在於憲法與實體法之關聯。尤值注意者乃，憲法對程序法發展之影響力與日俱增，因而有將此現象稱為「程序之憲法化」，或將程序法稱為「運用之憲法」者¹。

基於上述觀察，本書擬藉助德國民事程序法學上就憲法於民事程序法學之影響，進行援介，資充檢驗我國近數十年來對同一議題之理論發展成果之基礎，俾能提供我國法與先進國家法學發展接軌之部分基礎。

¹ Vgl. Schwab/Gottwald, Verfassung und Zivilprozess, 1984, S. 2 m. w. N.

貳、憲法於民事審判組織與任務之影響

一、獨立之裁判機關

基於權力分立原則，司法（裁判）權被認為應獨立於行政權與立法權之外，以確保其裁判公正、人權保障之功能得獲實現。審判獨立之原則固已為西方國家與不少第三世界國家所認同，惟其內涵與實踐程度仍有所不同。基本上，權力分立之目的乃為防杜國家權力之濫用及排除警察司法之復辟²。司法權（裁判權）之行使主要係藉由法院為之，而其中更以法官為裁判權行使之主體。在德國，作為第三權之司法權，其獨立性並經由其基本法第七十九條第三項而加強，其基本法第二十條所稱之基本原則（包括權力分立）乃非為得修憲之客體範圍³。我國憲法以專章規定司法，而將司法獨立於其他公權力部門之外，除揭示「司法院為國家最高司法機關」外，且明定法官審判獨立及法官之身分保障，顯然於司法獨立原則亦至為重視⁴。

審判獨立之內容，固有不同分類。首先，就組織上之獨立性而言，為排除其他力量的干預，裁判機關被期許具有中立性，因而對於可能影響裁判機關中立性之行爲，應予避免，例如，對職務不相容行爲之避免。為此，法官似不宜同時具有政

² Vgl. Schwab/Gottwald, a. a. O., S. 6.

³ Vgl. Benda/Weber, Der Einfluss der Verfassung im Prozessrecht, ZZP 96(1983), 285. 另外德國基本法第九十七條第一項與法官法第二十五條亦為確保法官獨立之重要規定。Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, Kommentar, 5. Aufl., 1995, S. 423.

⁴ 許志雄／蔡茂寅／蔡宗珍／陳銘祥／周志宏，現代憲法論，2000年，頁322。就司法權之獨立與法官獨立區別之論述，參閱邱聯恭，司法之現代化與程序法，1992年初版，頁45以下。