

學術專論

民事程序法學 的理論與實踐



黃國昌 著

元照

民事程序法學的 理論與實踐

黃國昌 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事程序法學的理论與實踐 / 黃國昌著. -- 初版.

-- 臺北市：元照，2012.03-

面；公分

ISBN 978-986-255-133-2 (精裝)

1.訴訟程序 2.民事訴訟法 3.判例解釋例

586.41

100011028

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

民事程序法學的 理論與實踐

1D179GA

2012年3月 初版第1刷

作 者	黃國昌
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 550 元
專 線	(02)2375-6688
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 978-986-255-133-2

序 言

在2005年出版「民事訴訟理論之新開展」專書的次年，筆者由大學法律系轉往中央研究院法律學研究所，並因此將主要的研究心力，由民事訴訟法的注釋學研究轉移至司法制度的實證研究，發表研究作品的場域，亦逐漸由國內向國際拓展。儘管如此，筆者對於民事程序法學之理論與判例研究，卻仍未因此停歇。本書收錄的論文，即是筆者於過去這段時間部分研究成果的累積。

以「民事程序法學的理論與實踐」為題，目的在於標識本書所收的論文，研究取徑並不侷限在抽象的程序法理分析，而更重於程序法規範如何被「適用」（或「誤用」）於具體的案例之上。事實上，在本書所收錄的十七篇論文中，絕大多數均係由實際的法院裁判例出發，分析我國法院在具體案件中的程序法理適用，並在立法論上或解釋論上，提出筆者個人的觀點及建議。

對於筆者而言，本書僅僅代表著個人過去數年在民事程序法學研究上的些許軌跡；不過，筆者希望對於讀者而言，本書論文主要所使用之案例分析研究方法，使夠引領讀者由實際的案例出發，一方面考察民事程序理論的具體實踐，一方面洞悉這樣的實踐如何影響裁判結果及當事人權益，透過如此的過程，更為深刻地掌握程序法學的精髓，並省思未來可能的改革路徑。

本書的付梓，曾經參與各篇論文研究的助理，均功不可沒，筆者在此表達最為誠摯的謝意；現任研究助理朱苡阡費心校對，備極辛勞。當然，書中的任何錯誤，必須由筆者個人負完全的責任。

黃國昌

2011年10月20日
於 中央研究院

目 錄

序 言

第一章 逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁 ——是「效率」還是「公平」？

一、序 言	2
二、由兩個相衝突的裁判切入	5
三、逾時攻防、訴訟延滯與失權制裁	9
四、公平價值在逾時攻防之失權制裁中扮演之角色	19
五、結 語	36

第二章 爭點整理後之客觀訴之變更追加 ——以「請求之基礎事實同一」為中心

一、序 言	40
二、兩個最高法院的裁判例	42
三、「訴訟標的」與「攻擊防禦方法」之互動	52
四、在「寬認訴之變更追加」與「適時提出之要求」 二者間之調和與抉擇	57
五、結 語	76

第三章 限縮爭點之拘束與新攻擊防禦方法之駁回 ——以「促進訴訟之效率性價值是否為 當事人所能處分？」為中心

一、序 言	80
二、最高法院96年度台上字第1783號判決之案例	81
三、問題之提出與檢討分析	86
四、結 語	95

◎ 第四章 第二審之主觀預備追加 ——隱縮在最高法院91年台抗字第212號 判例背後的問題

一、序 言	98
二、案例事實——在二、三審法院間的數度來回	99
三、檢討分析	105
四、結 語	115

◎ 第五章 第二審法院准駁「訴之變更追加」之操作 ——簡評最高法院98年度台抗字第534號裁定

一、事實摘要	118
二、最高法院98年度台抗字第534號裁定	121
三、檢討分析	123
四、結 語	126

第六章 占有物返還請求之當事人恆定與當事人追加

——以最高法院94年度台抗字第828號裁定為楔

一、序 言	128
二、隱縮於主觀追加背後之問題——當事人恆定	131
三、在當事人恆定主義下之操作	134
四、檢討分析：規範模式之選擇與充實	147
五、結 語	158

第七章 營業秘密在智慧財產權訴訟之開示與保護

——以秘密保持命令之比較法考察為中心

一、序 言	162
二、我國智慧財產案件審理法下之「秘密保持命令」	165
三、美國聯邦法下之Protective Order	179
四、評估分析	202
五、結 語	213

第八章 「公正裁判確保」與「營業秘密保護」的新平衡點

——簡介智慧財產案件審理法中之秘密保持命令

一、序 言	216
二、秘密保持命令的規範背景與制度目的	217
三、重要的基本規範內容與問題檢討	220
四、結 語	236

第九章 參加利益與判決效力

——簡評最高法院98年度台上字第1372號判決

一、案例背景	238
二、問題之提出	241
三、參加利益之範圍	243
四、「參加利益」之機能性詮釋——代結論	253

第十章 將來給付之訴

——以附停止條件之請求權為中心

一、兩個歧異的最高法院裁判	258
二、以附停止條件請求權所提起之將來給付之訴	262
三、結語	274

第十一章 爭點效理論之細緻化

——評最高法院96年度台上字第1782號判決

一、序言	276
二、最高法院96年度台上字第1782號判決之說明	278
三、檢討分析：爭點效與舉證責任之互動	285
四、結語：一個隱縮在後的未來課題	290

第十二章 第三人撤銷訴訟之原告適格

——評最近出現之兩個裁判實例

一、兩個迥異的法院判決	292
二、增設第三人撤銷訴訟之必要性與功能定位	299

三、特定物債權人之第三人撤銷訴訟原告適格	308
四、結 語	314

第十三章 假扣押之原因

——以最高法院兩個裁定背後的故事為例

一、序 言	316
二、案例事實與訴訟歷程	318
三、檢討分析	323
四、結 語	331

第十四章 債權人就債務人所受支付命令的 代位異議

——簡評最高法院97年度台抗字第490號裁定

一、序言——問題的提出與背景	334
二、兩個相矛盾的最高法院裁判立場	336
三、檢討與分析	341

第十五章 刑事附帶民事訴訟移送民事庭後之 合法要件審查

——以最高法院98年度台上字第1863號 判決為楔

一、序 言	354
二、最高法院98年度台上字第1863號判決	354
三、問題之提出與檢討分析	360
四、結 語	372

第十六章 夫妻律師同受對立當事人委任之規制 ——評律師懲戒覆審委員會96年度台覆字第1號決議

一、律師職業懲戒法庭之終審裁判	374
二、問題之所在	376
三、美國法之規範	378
四、檢討分析	386
五、結 語	388

9 第十七章 台灣民事訴訟法之新開展 ——理論突破與立法革新軌跡之一考察

一、序 言	392
二、本土理論開展之進程	395
三、立法革新之重大變革	412
四、台灣本土民事訴訟法學之未來——代結論	429

索 引	433
-----------	-----

第一章

逾時提出攻擊防禦方法之 失權制裁

是「效率」還是「公平」？

目 次

一、序 言

二、由兩個相衝突的裁判切入

1. 台灣高等法院92年度上字第1005號判決
2. 最高法院90年度台上字第1611號判決
3. 問題之所在

三、逾時攻防、訴訟延滯與失權制裁

1. 「絕對延滯」與「相對延滯」之爭
2. 進一步之思考：在「絕對延滯」與「相對延滯」之間

3. 超越「絕對延滯」與「相對延滯」：取向於「公平」價值的思考向度

4. 觀點轉變之具體影響：以上訴之救濟可能性為例

四、公平價值在逾時攻防之失權制裁中扮演之角色

1. 基本視野
2. 美國法之規範
3. 對我國法解釋之檢討與啓示

五、結 語



一、序 言

自1980年代開始，我國學者紛紛對「分割審理主義」結合「隨時提出主義」之審理結構提出強烈批判¹，指摘此種「分割斷裂程序」(episodic proceedings)之審理模式不但造成案件審理之散漫與無效率，同時亦空洞化、形骸化「直接審理主義」與「言詞審理主義」之理想²。有鑑於此，一方面在訴訟理論之思潮上，受到許多大陸法系國家紛紛朝向集中審理主義轉化之激勵催化³；一方面在我國司法改革運動之浪潮下，為貫徹全國司法改革會議所獲致之結論⁴，我國民事訴訟法於2000年修正時，遂改採「適時提出主義」

¹ 在分割審理主義之下，由於各個證據調查期日及言詞辯論期日均相隔一定之期間，加上傳統之自由順序主義允許當事人隨時提出新的事證資料，造成一方面當事人於期日前通常未進行充實之準備，使期日淪為雙方當事人訴狀交換之場合；一方面法院為判決時，經常不是基於一個連續的證據調查及言詞辯論後所得之新鮮心證下判決，而係基於其卷宗中當事人之訴狀及各個分割的期日所為調查證據及辯論所記載之筆錄下判決。從而造成實質上法官判決之基礎，並非於期日時所為之言詞辯論及口頭審理，而係收錄於卷宗內之各式書面資料。

² 參邱聯恭等，民事訴訟審理方式之檢討，「民事訴訟法之研討(一)」，頁335-391，1986年；王甲乙等，自由順序主義之檢討，「民事訴訟法之研討(二)」，頁333-393，1990年。

³ 就分割審理主義所造成之審理遲延及無效率，已促使包括德國、法國、義大利等大陸法系國家朝向集中審理主義發展。參RUDOLF B. SCHLESINGER, HANS W. BAADE, PETER E. HERZOG & EDWARD M. WISE, *COMPARATIVE LAW* 461-65 (6th ed. 1998)。就德國以Stuttgart模式之成功經驗為基礎所造成之1977年簡素法案之改革，參Rolf Bender, *The Stuttgart Model*, in 2 *ACCESS TO JUSTICE* 433 (Mauro Cappelletti & John Weisner eds., 1979); Peter Gottwald, *Simplified Civil Procedure in West Germany*, 31 *AM. J. COMP. L.* 687 (1983); Arthur T. von Mehren, *Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules*, 63 *NOTRE DAME L. REV.* 609 (1988)。相同之改革亦發生於沿著不同歷史脈絡發展之日本。

⁴ 全國司法改革會議就議題號次：一一四、民事訴訟制度之改革，達成「推行民事事件審理集中化，強化第一審之事實審功能，使第一審成為事實審審判中心」之結論，並促請立法院於2000年6月30日前儘速完成民事訴訟法有關

以及以爭點為中心之「集中審理主義」。

在「適時提出主義」之下，當事人被課予「促進訴訟」之義務，必須在訴訟程序之前階段（準備程序）提出其具體、特定之攻擊防禦方法，以促使爭點之特定與限縮，否則將蒙受遭法院駁回其逾時提出之攻擊防禦方法之不利益。就此訴訟促進之義務，並進一步區分為「一般訴訟促進義務」與「特別（個別）訴訟促進義務」，前者係指民事訴訟法第196條之規定，要求當事人依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前之「適當時期」提出攻擊防禦方法，而後者則或藉由法律之明文規定（例如民事訴訟法第267條）或藉由審判長之裁定（例如民事訴訟法第268條、第268條之1），使所謂「適當時期」之概念更為具體明確⁵。

在此適時提出主義對當事人攻擊防禦方法提出時期之規制下，使法院得在訴訟程序之前階段（準備程序），透過新法所整備、建構之不同爭點整理程序，由法院依特定訴訟之類型與特性，行使其裁量權而機動選擇其一或併用兩種以上之準備方式⁶，儘早地限縮、特定爭點或促使當事人達成簡化爭點之協議⁷，而進一步就經限縮之爭點，在程序之後階段（言詞辯論）進行集中之證據調查以及言詞辯論⁸，以全面地提昇訴訟審理之效率性及充實度，具體實踐集中審理主義之理想。

時至今日，「民事集中審理」已成為我國近年來所推動民事司法改革各項措施中最具顯著性之代表；在民事訴訟法修正施行後，

審理集中化之修法程序。

⁵ 就新法下當事人訴訟促進義務之說明，參許士宦，逾時提出攻擊防禦方法之失權，「程序保障與闡明義務」，頁299-346，2003年。

⁶ 依邱聯恭教授之分析，新法併設四種爭點整理程序，包括「準備型言詞辯論期日程序」、「準備書狀先行程序」、「準備程序」以及「自律性爭點整理程序」，由法官行使裁量權機動選用。參邱聯恭，「爭點整理方法論」，頁31-44，2001年。

⁷ 參民事訴訟法第268條之1第2項、第270條之1。

⁸ 參民事訴訟法第296條之1第2項。



學者亦紛紛援引德、日學說與實務見解，就與民事集中審理密切相關之「訴訟促進義務」以及「逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁」等重要議題，提出相當深刻且精闢之論述分析。引發筆者關切之現象係，目前學說上就「逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁」此一議題之論述，在與當事人所負「訴訟促進義務」之連結下，關懷之重心大多置於「當事人逾時提出攻擊防禦方法是否將導致『訴訟延滯』」之問題上，而將駁回逾時攻防之目的定位於「效率性」價值之追求；在此結構下，取向於「如何調和『實體正義』與『訴訟促進』」（或謂如何避免為追求促進訴訟而犧牲實體正義）之觀點⁹，開展相關之解釋論，例如應如何認定是否「逾時提出」、是否「因逾時提出而導致訴訟延滯」、應如何解釋例外不施予失權效果之排除事由等問題。

然而，就當事人所提出之逾時攻防方法課予失權制裁，其目的是否應純然取向於「效率性」價值之追求？其是否亦蘊含有實踐「當事人間公平」價值之目的而並同時涉及「程序正義」之實踐？由於此種涉及基本價值之解釋論取向，將直接影響法院對是否施以失權制裁之解釋操作，並將進而影響訴訟勝敗之結果，對於當事人程序權與實體權之保護，關係甚為重大。有鑑於此，本文擬就此具根本重要性之價值取向問題，藉由具體解釋論問題之提出，進行檢討分析。

為了避免本文論述流於過度抽象的理念價值泛論，而使讀者難以掌握問題之核心，本文以下茲先以我國法院之實際裁判例為楔，凸顯「效率」與「公平」兩個不同之基本價值取向，將如何對環繞「逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁」此一主軸下之諸多解釋論問題，產生具體的實質影響。在此基礎之上，本文將進一步檢討向來

⁹ 就「實體正義」與「訴訟促進」間之調和觀點，參姜世明，論遲延提出攻擊防禦方法之失權，法官協會雜誌2卷2期，頁189-191，2000年；魏大曉，第二審新攻擊防禦方法提出之禁止與緩和，月旦法學雜誌96期，頁33-34，2003年。

學說就此問題之論述，是否過度側重於效率性之考慮，而忽視公平價值在此問題脈絡下所應扮演之角色。筆者期待藉由本文提出一個完全不同之考察視野，一方面深化就此失權制度之學術理論上對話，一方面為法院於實際案件中之解釋運用，提供若干參酌。

二、由兩個相衝突的裁判切入

1. 台灣高等法院92年度上字第1005號判決

(1) 紛爭事實與前審裁判

甲公司（承攬人）與乙公司（定作人）約定由甲公司為乙公司完成系爭發電機組之設計，而由乙公司支付報酬250萬元。甲公司於1997年7月30日完成約定工作後，於1999年1月6日向乙公司請求給付報酬，惟經乙公司拒絕。甲公司於2003年5月15日提起本訴訟向乙公司請求給付250萬元及遲延利息¹⁰。

在第一審程序進行中，被告並未提出時效抗辯，台北地方法院以92年度訴字第2521號判決甲公司勝訴，命被告給付250萬元及遲延利息。在被告所提上訴之第二審程序中，被告除辯稱甲公司並未完成系爭契約之工作外，並提出原告之報酬請求權，已逾二年消滅時效之抗辯。原告甲公司則主張此時效抗辯，被告並未在原審提出，屬於遲延提出之攻擊防禦方法，依民事訴訟法第196條及第447條之規定，應已生失權效果。

(2) 法院裁判

台灣高等法院廢棄原審所為甲公司勝訴之判決，改將原告之訴駁回，其所依據之主要理由為原告之系爭報酬請求權已罹於消滅時

¹⁰

在本訴訟中，甲公司尚對乙公司之三位清算人請求連帶損害賠償，惟此部分與本文所欲討論之爭點無關，故予省略。



效¹¹。就該消滅時效之抗辯是否屬於逾時始行提出之攻擊防禦方法而應予以駁回之爭點，高等法院於判決理由中表明：

按「攻擊或防禦方法……亦同。」民事訴訟法第一百九十六條定有明文。可知，對於違反上開適時提出義務之當事人，法院雖得駁回其所為攻擊防禦方法之提出，但仍應具備下述要件：(一)當事人意圖延滯訴訟之主觀意識；(二)客觀上有因重大過失逾時提出；(三)且有礙訴訟之終結者。第(一)(二)要件，係指當事人就提出逾時具有可歸責性，而第(三)要件，係指逾時提出致訴訟延滯，即逾時提出攻擊防禦方法與有礙訴訟之終結間有因果關係，始足當之，如訴訟延滯與逾時提出攻擊防禦方法無因果關係，自不得歸由當事人負責。又「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限……六、如不許其提出顯失公平者。」同法第四百四十七條第一項亦詳有明文。【乙】公司於原審審理時，固未就系爭報酬請求權提出時效抗辯，然該時效抗辯之提出，客觀上縱認其未於原審提出，係因可歸責於【乙】公司之重大過失，惟與訴訟之延滯尚無因果關係，依上述說明，自與民事訴訟法第一百九十六條所規範失權效要件不符，如不許其於本院提出顯有失公平，依同法第四百四十七條第一項第六款之規定，應予准許。（【】內文字經筆者改寫）

¹¹ 此高等法院之判決嗣後雖經最高法院以95年度台上字第277號判決予以廢棄，惟廢棄之理由與本文討論之問題並無關涉，從而不再贅予說明。事實上，在最高法院發回更審後，高等法院繼續依被告所提之時效抗辯為主要依據，將原告之訴予以駁回。參台灣高等法院95年度上更(一)字第41號判決，在此判決中已不再出現被告所提之時效抗辯是否屬於逾時提出之防禦方法而應予以駁回之討論。原告對此判決所提起之第三審上訴，經最高法院以95年度台上字第1748號裁定駁回。