

民事訴訟理論之新開展

黃國昌 著

學術論文集



元照出版

民事訴訟理論之新開展



黃國昌 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事訴訟理論之新開展 / 黃國昌著. — 初版.

— 臺北市 : 元照, 2005[民 94]

面 : 公分

ISBN 986-7279-34-4 (平裝)

1. 民事訴訟法 — 法規論述

586.1

94017446

民事訴訟理論之新開展

1D30GA

2005 年 10 月 初版第 1 刷

作 者	黃國昌
出 版 者	元照出版有限公司
海 外 用 書	100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 550 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 986-7279-34-4

序 言

當自己還是一個懵懂無知的大一法律新鮮人時，一位現已成為知名政治評論家的社團學長，要求我們認真思考如何將自己的生涯規劃與台灣社會的脈動發展結合，為這塊土地作出有計畫地奉獻。在馬克思與韋伯作品的催化激勵下，對自己許下將來要以學術及教育作為個人終生志業的承諾。

在今日回顧自己過往十年的發展歷程，發現目前在大學擔任法學教育的工作，的確是計畫性的產物；不過選擇在民事訴訟法之場域，卻是摻雜了許多己力控制範圍外的歷史偶然與上天眷顧。第一個偶然與眷顧是在大四時踏入駱永家教授的課堂，試圖讓自己拾回在大三所荒廢的民事訴訟法，駱教授的鼓勵除了讓自己習得這門專業知識外，更重要的是拾回自己的信心。第二個偶然與眷顧是為了籌措出國留學的經費，開始在補習班講授強制執行法，學生們的鼓勵讓自己大膽地再接下民事訴訟法的課程。第三個偶然與眷顧是在巴黎的國際民事訴訟法課堂，與恩師Kevin M. Clermont相遇，Clermont教授敏銳的思路與廣闊的視野，讓自己即使在面對其嚴厲的態度，也願意吃盡苦頭在其門下為徒，展開四年受教於Clermont教授的歲月。

在回國任教後，最常面對的質疑是：美國民事訴訟法的知識，對屬於大陸法系的台灣民事訴訟法有何益處？此時，自己常常是微笑以對，只有暗自地矢志在發表的作品中，展現出嶄新的思考向度與觀察視野，從而將本論文集名為「民事訴訟理論的新開展」。當然，是否有何新開展之可言，必須留待讀者之評判。對自己許多不成熟的意見，更盼讀者不吝指教。

留學美國之經歷，最寶貴的收獲並非美國民事訴訟法之學習，而係研究方法論視野的拓展。在博士班課程的階段，除了傳統比較法之學習外，Clermont教授精心地為自己招募從事法律實證研究之Eisenberg教授及法律經濟分析及心理分析的Rachlinski教授加入指導委員會，讓自己有機會透過不同的方法進行民事訴訟法學的研究。如此的經歷，為自己植下一個重要的信念：任何方法論之研究都有其一定的界限。在民事訴訟法的領域內，藉由許多前輩豐碩的研究成果累積，已將我國民事訴訟法理論，逐步推向超越比較法研究之層次，漸漸形塑出我國民事訴訟法之特色。

民事訴訟法學今日之課題，已不再是德國、日本、美國或任何國家的民事訴訟法採取何種規範模式，而係我國民事訴訟法應如何回應這塊土地上人民的需要。基於這樣的信念，個人深信我國民事訴訟法的未來，在於透過精密設計的理論分析模組，進行本土的實證研究，針對仍為人詬病的民事司法制度之缺失，診斷其真正的成因，並提出有效的具體改革建議。

這樣的工作，絕非任何人所能己力完成，需要有新血輪不斷地持續投入。對目前研究社群人力尚屬單薄的民事訴訟法學，此事尤為重要。筆者不斷地自我期許，希望能為這個重要的工程，貢獻棉薄之力；更希望有更多的法律人能投入此項工作，共同為台灣人民打造一個實現公平正義的民事審判機制。

黃國昌

2005年9月

內容摘要

本論文集收錄筆者自二〇〇二年八月返國任教後所發表之論文合計十二篇。

在過去三年時間內，筆者於民事訴訟法之研究焦點，乃置於我國民事訴訟法近年來之重大變革，於理論上及實務上所造成之衝擊及影響。筆者主要之研究取向乃以二個主軸而開展：(1)民事訴訟當事人之證明權及舉證責任；以及(2)當事人所受程序保障與判決拘束力間之對應關係。

就第一個主軸之問題，筆者先以比較法及法律經濟分析之視野，探討大陸法系及英美法系對當事人之證據蒐集權及證明度所持態度之異同，發表第一章之文章；然後進一步藉由分析二大法系對舉證責任之概念及分配所各自採取之操作手法，論述我國法下舉證責任之概念及分配法則應如何配合我國新民事訴訟法之規範模式予以界定，提出「階段的舉證責任論」之基本構想，發表第三章之作品。在更為具體之操作層次上，筆者以我國實務判決為素材，檢討一造當事人之舉證責任與他造當事人之事證開示義務間之互動關係，點明我國目前所採規範方式之特殊性，並與筆者所提出之「階段的舉證責任論」相扣合，發表第四章之作品。最後，筆者將考察之視點置於與當事人之證明權及舉證責任均高度相關之證明妨礙法理之研究，於民事訴訟法研究會發表第五章之報告。

就第二個主軸之問題，筆者則試圖究明在新民事訴訟法下，應如何取得「程序保障」及「紛爭解決一次性」此二民事訴訟法學上重要基本價值之平衡，首先發表第六章之文章，解明「程序

參與機會之賦予」及「代表訴訟法理之應用」乃係新民事訴訟法所採取之二個重要調和機制，並沿「代表訴訟之法理」及「事後之程序參與保障」之論述脈絡，檢討新民事訴訟法所設置之「第三人撤銷訴訟」，發表第七章之作品，最後再以在我國學說上及實務上爭論激烈之「共有物返還訴訟」為例，試圖突破向來論爭所面臨之瓶頸，相同地以「代表訴訟之法理」及「事後之程序參與保障」的觀點切入，提出異於向來論爭學說之新理論，闡述於第八章之作品。此外，與本脈絡相關聯，以平衡「程序保障」及「紛爭解決一次性」之視野，就判決效力之客觀範圍及主觀範圍之問題，在前者奠基於邱聯恭教授之「訴訟標的相對論」，提出「浮動的訴訟標的相對論」；在後者承繼駱永家教授所倡導之「爭點效」理論，進一步就是否應承認爭點效之第三人效力，進行政策分析。此二部分之論述，分別發表於第九章及第十章之作品。

除上開二個主軸之外，針對新民事訴訟法將第三審上訴改採為許可上訴制，筆者由本土實證研究之視野，論證此修法方向之不當，並就最高法院應如何操作許可上訴制，以確保當事人救濟之可能，於第十一章之作品提出建言。此外，就目前在實務上頻生「假處分之戰爭」對程序法理論及訴訟實務所造成之衝擊，發表第十二章之作品，針對環繞假處分間競合之問題進行檢討，並就可能之解決方案，提出筆者之淺見。

作者簡介

黃國昌

1973年生於台北

現 任

高雄大學法律學系助理教授

經 歷

美國紐約州地方法院實習法官助理

台灣國際專利法律事務所律師

學 歷

台灣大學法律系學士

美國康乃爾大學法學碩士

美國康乃爾大學法學博士

目 錄

序

內容摘要

作者簡介

第一部分 當事人之證明權與舉證責任

第一章 比較民事訴訟法下的當事人圖像

——由審理基本原則、證據蒐集權及證明度切入

壹、導 言	2
一、序 曲	2
二、背景的回顧	4
三、本文的焦點、層次及方法	8
貳、兩大法系的審理基本原則	10
一、英美法系下之當事人對審制度（Adversary System）	10
二、大陸法系下之辯論主義	26
三、小結：比較的考察	41
參、證據蒐集權	42
一、事實、證據資料之不完整——「動機、 權限與責任」之錯置	46

二、當事人之調查證據聲請權	52
三、意識型態及政策決定 (Ideology and Policy)	57
肆、證明度	62
一、司法裁判的事實認定——法官的確信	64
二、高標準民事證明度的真正後果——不公平性及 非效率性	67
三、「證據蒐集權之欠缺」與「高標準的證明度」 之連結	73
伍、改革方向的軌跡——代結論	77

第二章 證明度——比較法下之觀點

壹、導 言	81
貳、比較法下的考察	84
一、大陸法系與英美法系對證明度要求的歧異	84
二、法國的例子	86
三、美國的例子	91
四、兩大法系對此問題所抱持的不同程度的興趣	95
參、歷史發展分歧的解釋	97
肆、兩大法系持續採取不同的證明度的解釋	101
一、對此問題的欠缺注意	102
二、問題的不重要	104
三、對問題的閃避	108
四、證明度後所隱藏的目的	111
伍、結 論	120

第三章 階段的舉證責任論

——統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點 下之行為規範

壹、緒 言	124
貳、舉證責任之概念與分配原則——以日本法及 美國法之比較為中心	126
一、日本之學說見解	126
二、美國法下之舉證責任	132
參、我國法下舉證責任概念與功能之再省思	145
一、舉證責任與證明度之連結關係	148
二、證據偏在、證據蒐集與舉證責任分配	154
三、試築新民事訴訟法下「階段的舉證責任論」	157
四、與其他學說之比較	168
肆、具體問題之應用	174
一、不當得利請求之「無法律上原因」	174
二、票據請求中「消費借貸原因抗辯」之「金錢 授受之事實」	184
伍、結 語	194

第四章 事證開示義務與舉證責任

——由台北地方法院八十九年簡上字第八一五號 判決出發

壹、判決概述	198
一、事實關係及兩造主張	198
二、法院判決及理由	199
貳、問題焦點	200

參、不利事證之開示義務.....	202
一、「隱匿不利事證之自由」與「對事證資料之 平等接近」——訴訟政策之轉變.....	202
二、轉變的界限	204
三、不利事證開示義務之界限.....	208
肆、「舉證責任」與「事證開示義務」	216
一、「客觀舉證責任」與「證據提出責任」	216
二、二者間衝突之調和與規範之方式	220
三、現行法下之解決途徑	226
伍、本判決之再檢討——代結論.....	230

第五章 證明妨礙法理之再檢討

——以美國法之發展為借鏡

壹、緒 言	236
貳、我國法上之證明妨礙.....	237
一、證明妨礙之概念、法理基礎及制度功能	237
二、證明妨礙之要件.....	239
三、證明妨礙之效果.....	241
參、美國法上之證明妨礙.....	243
一、證明妨礙之概念、規範體系與發展.....	243
二、構成證明妨礙之前提要件 ——「保存證據 義務之存在」	244
三、證明妨礙之救濟及制裁	249

肆、重要問題之檢討	264
一、負舉證責任當事人之證明妨礙	265
二、不負舉證責任當事人之證明妨礙	274
伍、結語	284

第二部分 程序保障與判決效力

第六章 訴訟參與及代表訴訟

——新民事訴訟法下「程序保障」與「紛爭解決一次性」之平衡點

壹、「程序保障」與「紛爭解決一次性」之緊張關係 ..	288
一、判決拘束力之正當基礎——程序保障之概念	290
二、紛爭解決一次性之理念	293
三、程序保障之諸手段	295
貳、訴訟參與之擴張及充實	298
一、輔助參加效力之擴張	299
二、訴訟告知制度之強化	303
參、代表訴訟之小幅邁進	311
一、代表訴訟之法理與當事人適格	311
二、新法之修正與檢討	314
三、代表訴訟法理擴大適用之可能與必要	317
肆、新法下之平衡點——代結論	319

第七章 第三人撤銷訴訟

——受判決效力所及第三人之事後程序保障機制

壹、第三人撤銷訴訟之概念與機能——「紛爭解決 一次性」與「程序保障」之調和機制	322
貳、第三人撤銷訴訟之定位	324
一、不同強度之第三人程序保障模式	324
二、第三人參與訴訟之責任範圍	327
三、「應被賦予而未被賦予程序參與機會」之第 三人程序保障模式	328
四、「不必賦予其程序參與機會」之第三人程序 保障模式	331
參、第三人撤銷訴訟之適用範圍	334
一、再審與第三人撤銷訴訟之關聯——以「特定 繼受人」為例切入	334
二、第三人撤銷訴訟提起之必要性與可能性 ——以婚姻無效判決為例	338
三、判決效力片面擴張之防免——以共有物返還 訴訟為例	340
四、受不利益反射效力所及之第三人	343
肆、結 語	345

第八章 共有物返還訴訟之再考

——代表訴訟法理與事後程序參與之連結與交錯

壹、問題之提起	348
貳、目前見解之紛亂狀況	350
一、學說之論爭	350
二、實務上之見解	353
參、共有物返還之訴訟標的與判決效力範圍之再回顧	354
一、由實體法之規範出發	354
二、由訴訟法觀點之反省	356
三、兼容實體法觀點與訴訟法觀點之再構成	359
四、殘存的問題	368
肆、結 論	371

第九章 新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成

——以法官之闡明義務、當事人之程序利益與證明困難之交錯為中心

壹、導 言	374
貳、訴訟標的相對論之架構	376
一、訴訟標的相對論之概念與特色	376
二、新法下訴訟標的之界定	376
三、以雙方當事人之利益衡平為中心之再構成	383
參、浮動的訴訟標的	386
一、起訴時點訴訟標的之特定——原告的處分	386

二、訴訟程序進行中訴訟標的之變動	387
三、「重複起訴禁止」之判斷標準	392
肆、「證明困難」與訴訟標的之互動關係	396
一、以一部請求之問題為起點.....	396
二、以「訴之利益」控制「消極確認之訴」之 可能性與合理性	401
三、複數實體權利之證明困難問題	403
伍、結 論	407

第十章 爭點效之第三人效力

——由最高法院八十九年台上字第二三〇五號及 八十九年台上字第二〇八八號判決出發

壹、緒 言	410
貳、最高法院之判決理由與提起之問題	415
一、對第三人不利益之爭點效——八十九年台上字 第二三〇五號判決	415
二、利益第三人之爭點效——八十九年台上字 第二〇八八號判決	418
三、上開二判決之意義與提起之問題	421
參、爭點效之相互性與非相互性——以美國法之 判例發展為中心	425
一、傳統之態度——爭點效之相互性.....	425
二、廢止相互性原則之三部曲.....	431
三、小結：由「相互性原則」至「非相互性原則」	439
肆、爭點效利益第三人擴張效力之政策分析.....	440
一、爭點效政策形成之再回顧.....	440

二、類型化之處理模式	446
三、「原則——例外」之處理模式	452
伍、爭點效之利益第三人效力與反射效間之互動關係	456
一、日本學說上之討論	457
二、對我國法之示唆——以民法第二七五條 之規範為中心	462
陸、最高法院判決之再分析——代結論	473

第三部分 第三審上訴與假處分之變革

第十一章 為誰存在之金字塔型訴訟制度？ ——對新修正民事訴訟法第三審許可上訴制 之評析

壹、緒 言	478
貳、第三審上訴制度之目的及功能	479
一、向來之學說	479
二、我國實證之考察	482
三、本次修法之態度	486
參、許可上訴制之評析	488
一、立法經過	488
二、新法之解釋	490
三、新法之衝擊與影響	495
肆、可能之解決途徑——代結論	498