

民事訴訟法研究基金會

民事訴訟法之研討

(十一)



民事訴訟法研究基金會

民事訴訟法之研討

(十一)



「民事訴訟法之研討」編輯緣起

一九八〇年初，在國內各大學講授民事訴訟法之陳珊、李學燈、姚瑞光、張特生、楊建華、陳榮宗、陳石獅、駱永家、陳計男、邱聯恭、范光群諸先生（依年齡先後序），鑑於我國民事訴訟法之理論及實務水準亟待提昇，追求學問之道，貴在時相切磋琢磨，定期性、經常性法學研究會有待倡行，乃於同年二月二十四日商定自同年六月起每隔三個月舉辦民事訴訟法研討會一次，各自選定題目輪流提出研究報告，進行研討，並予錄音紀錄，然後將其內容整理成文，依次發表於法學叢刊。循此方式，經第一輪次以後，史錫恩、王甲乙、曹鴻蘭等先生（依年齡先後序）相繼參加。又許士宦及呂太郎等先生自第四十二次研討會，曾華松、雷萬來等先生自第四十六次研討會，吳明軒先生自第六十次研討會、林望民先生自第六十五次研討會、張文郁先生及沈冠伶女士均自第七十五次研討會，亦先後與會。

爲使民事程序法學之研究綿延不絕，乃由張特生、史錫恩、王甲乙、楊建華、曹鴻蘭、陳榮宗、陳石獅、駱永家、陳計男、邱聯恭、范光群諸先生（依年齡先後序）於一九九〇年十二月十六日共同發起成立財團法人民事訴訟法研究基金會，並任第一屆董事，負責推動上開研究事務，經於翌年二月完成法人設立登記。

又，爲防免資料散佚，特將上開研討紀錄，依次輯爲單行本如本，公諸於世。本書收錄第八十三次至第八十六次研討紀錄共四篇次，並逐篇於文前列明研討會次別，於文後註明原刊載之期別及年月，命名爲「民事訴訟法之研討(三)」。至於以前各次研討紀錄，共輯爲十一冊如本書附錄所載內容，均已分別出書。

關於歷次研討紀錄之發表，多承法學叢刊社之協助，其內容之錄音整理，悉賴擔任紀錄諸君（詳如本書各篇文前所載）之辛勞，而本書之編校，則承台灣大學法學碩士陳鵬光律師之協助，將併此誌謝。

財團法人 民事訴訟法研究基金會

二〇〇四年十二月

於臺北市

參與研討人

(依年齡先後順序，分別示明所參加之
研討會次別及發言主旨之所在頁數)

- 吳明軒 (85)281~282, (86)338~340
張特生 (83)90~92
王甲乙 (83)83~85, (84)177~179, (85)285, (86)378~380
陳榮宗 (83)65~66, 105, (84)183~185, (85)251~252, (86)377
~378
陳石獅 (83)81~83, (84)167~169, (85)264~266, (86)360~362
曾華松 (83)69~70, (84)153~156, (85)249~251, 287~289,
(86)327~338
駱永家 (84)185~188, (85)262~264, (86)365~368
陳計男 (83)92~93, 103, (84)181~183, (85)247~249, (86)293
~327, 380
邱聯恭 (83)3~64, 97~107, 108~115, (84)191~195, (85)275
~281, (86)369~376
范光群 (83)94~96, (85)219~245, 285~286, (86)362~365
雷萬來 (83)75~77, (84)179~181, (85)266~268, (86)343~346
鄭傑夫 (83)78~81, (84)162~165, (86)341~343
楊淑文 (85)284~285
許士宦 (83)87~90, (84)171~176, (85)271~275, (86)355~360
呂太郎 (83)73~75, (84)165~167, (85)268~271
張文郁 (83)93~94, (85)282~284
林望民 (83)78, (84)169~171, (85)258~259, (86)340~341
姜世明 (83)66~69, (84)119~152, 195~215, (85)245~247,
(86)352~355
姜炳俊 (84)188, (85)256~258
廖蕙玟 (83)107~108, (84)189~191, (85)261~262
沈冠伶 (83)85~87, (84)160~162, (85)259~261, (86)349~
352, 380~390
黃國昌 (83)70~73, (84)156~160, (85)252~256, (86)346~349

民事訴訟法之研討（三）目錄

- 83 程序利益保護原則……………邱聯恭等…… 1
- 84 強制執行程序中之比例原則考量
……………姜世明等……117
- 85 訴訟移送有關問題之研究……………范光群等……217
- 86 法院對於民事事件與行政事件審
判權衝突之解決上若干問題之檢
討……………陳計男等……291

※附錄：「民事訴訟法之研討」(一)至(三)之目錄

程序利益保護原則

邱 聯 恭 等

研 討 次 別：民事訴訟法研究會第八十三次研討紀錄
報 告 人：邱聯恭
時 間：民國九十一年十二月十五日下午二時三十分
至五時三十分
地 點：台灣大學法律學院第十六教室
主 持 人：范光群
參 加 討 論 人：陳榮宗 姜世明 曾華松 黃國昌
呂太郎 雷萬來 林望民 鄭傑夫
陳石獅 王甲乙 沈冠伶 許士官
張特生 陳計男 張文郁 范光群
姜炳俊 廖蕙玟 吳明軒 楊淑文
(依發言先後序)
紀 錄 人：林呈樵

壹、程序利益保護論所提示之課題

- 一、程序利益保護論之提倡
- 二、程序利益保護論所提示之課題

貳、程序利益保護原則之採認

- 一、活化處分權主義運用之程序利益保護原則
- 二、指引運用自由心證及法評價之程序利益保護原則

參、程序利益保護原則之合目的運用

- 一、當事人行為及律師活動之目標設定
- 二、法官權限行使之程序利益保護取向

肆、展望

范光群：

主講人即報告人、還有今天來參加研討會的各位老師、各位同學，以及各位女士、先生。我想，由於時間關係，我們現在就開始我們第八十三次的研討會。今天的報告人是邱聯恭教授，題目是「程序利益保護原則」。我們討論時間按照預定是三個小時，應該是一百八十分鐘，我們還是沿襲往例，由報告人講五十分鐘，這五十分鐘如何運用，由報告人自己來支配。其餘的一百三十分鐘，我看今天到場的會員就有十三位，所以我想，按照過去是每一位發言十分鐘，我想今天可以縮短一點，縮短為九分鐘，希望能依規則來進行。現在就請邱教授來報告。

邱聯恭：

主持人范教授，各位教授、各位女士、各位先生、各位同學，今天是本研究會第八十三次研討會，由我個人來報告「程序利益保護原則」這個題目。首先要向各位說明的是，由於今天的報告，大概在兩個禮拜以前，都以書面掛號限時送達各位教授的手上，所以剛才主席雖說要給我五十分鐘，我想盡可能在二、三十分鐘左右讓它結束，但他說五十分鐘怎麼運用可由我決定，那我就把剩的時間挪到最後做討論時之用。因為今天我最大的希望，是希望與會的各位同仁能夠針對具體的問題，做比較深入的、而不是抽象的討論，所以需要一些時間。如果這樣可以的話，我首先想要向各位說明今天論文報告的動機跟目的。

各位應該也都察覺到，我國的學界，尤其是民事法學界，也就是民法學跟民事程序法學界，以及司法界的法官、律師，目前所共同面對的一個非常緊迫而且基本上具重要性的課題是：在一九九九年二月三日以及二〇〇〇年二月二十一日我們民事訴訟法做了空前未有的大

修正，是就自一九三〇年（民國十九年）在中國大陸制定施行的向來民事訴訟法，進行空前未有的大修正。並且除了這兩次空前的修正之外，今年九月間由司法院送請立法院目前審議中的民訴法，還有兩百〇三個條文等待修正通過。面對這樣空前未有的大修正，在二十一世紀初年的今日，我們各界所疑問的是說，到底民事訴訟法做了七十幾年來空前未有的大修正，其理論思想背景為何？還有，大修正的內容既然跟七十年前制定時不一樣，當時在大陸是採取抄襲性的繼受外國法，是從西歐社會的法制幾乎大部分翻譯過來，有一部分是翻譯自日本的。由於舊法幾乎都是抄襲性繼受外國法，所以在今天，各界也提問：到底我們的大修正是否具有獨特性？是否依照我國本土所要達成的目的、本土社會需求來制定具有某程度獨特性的民訴法？這恐怕也是各界共通想要知道的一個問題。而且，經空前大幅修正以後，今後到底要如何來解釋、適用這部已經修正施行的民事訴訟法？其指導原理、基本方針何在？也有這樣的疑問。對於民事訴訟法學的研究者而言，也遇到一個空前的課題，就是說大幅度修正以後的民事訴訟法對於訴訟法學的今後研究取向，應該發生什麼樣的影響？並且，其今後的相關立法論、修法論還要不要有所調整、修改呢？關於這樣的立法論或修法論應該如何來展開？這些都是重大的課題。正因為這樣，所以本人延續在本會第七十二次研討會的報告及討論，基於同樣的問題關心，針對最近兩次的大修正，以及立法院審議中的修正草案，將其作為研究的題材；從那裡邊來評析：到底新法所確立的原理原則，或者其修正的思想背景為何？這樣的問題是近年來配合法律的修正所需要去了解的、所需要去進行的研究工作的一個環節。所以今天先提出向各位報告、說明。況且，今天有四位大陸來訪的民訴法研究者也與會，對於這四位同好而言，今天所設定的論題，似乎也相當適合海峽

兩岸學者共同研討的。

不過，因為今天事先寄給各位的論文書面裡面，某程度已經有所詳述、交代，並且論文的最後也提到，關於今天的論文，是刊登在月旦法學教室連載中，所以我想現在不要再花費各位太多時間，今天主要是想針對下面幾個基本問題請教各位，而進行共同研討。也就是說，首先是到底什麼叫做「程序利益保護原則」，它的意義為何？這個程序利益保護原則，是不是應該成為民事訴訟法或廣義的民事程序法所應該採為立法論、解釋論的前導法理？如果應該是的話，那麼它的法理基礎、法理依據何在？簡言之，想請討論：第一，什麼叫程序利益保護原則？第二，要予以採用的話，其法理基礎何在？第三，上開民事訴訟法的修正，是不是已經採認了這樣的原則？果然，今後到底應該如何來解釋、運用修正後的新規定？本文裡面所例示的，它的妥當性如何？其中有沒有值得再重新檢討的地方？第四，如果現行法已經採認這樣的原則，今後到底還會繼續、或者應該繼續面對、克服哪些新的課題？關於這一部分，本人在論文書面的結論也稍微有所整理，併此請各位指教。

就上面所提這幾項問題來講，個人以為在民事訴訟法上應該採認所謂程序利益保護原則，也就是說，有關包含訴訟制度在內的民事紛爭處理、解決制度的設計（立法）、運用（法官、律師如何運作制度）以及利用（紛爭當事人如何使用程序制度），都應該指向於促使同一或相關聯的紛爭（不必是同一訴訟標的）之處理、解決程序，盡可能致力於減少其所伴生之勞費付出。亦即，應使紛爭當事人（不是只指訴訟當事人，尚包含使用仲裁、調解程序之紛爭當事人）盡可能少勞力、時間、費用的浪費或付出。也就是說，在致力於系爭的實體權利、實體利益的追求、保護以外，應該同時也致力於減少紛爭當

事人遭受勞力、時間、費用的浪費或付出；並且經由這樣的減少所獲得的利益，可以合稱為是一種程序利益。這種程序利益，是包含財產上的、身分上的、精神上的、人格性的利益或憲法所承認的其他價值在內。比如說，一個人要主張權利時，被要求多次到法院花很多勞力、時間、費用，以致陷於不自由、不快樂的狀態，而沒有辦法把時間用來實現人生的其他價值等類都包含在裡面。這種程序利益的保護與追求，是為了確保或者延伸程序利害關係人以及紛爭當事人所享有的程序主體權（程序主體地位）所必要的；為要鞏固紛爭當事人的程序主體地位，應該保護其程序利益，要賦予他有追求程序利益的機會。今天的闡述雖限於民事程序法，但依個人的看法，連行政訴訟程序的運作、設計都要考慮到個人的程序利益如何保護，今天專攻行政法的陳教授英鈴也在場，不知以為如何？總之，就紛爭當事人而言，如何賦予他有追求程序利益的機會，乃是立法者及訴訟制度運作者都應該依循程序利益保護原則致力踐行的。本人認為：不應將「訴訟經濟」狹義地理解為，僅為致力避免訴訟之重複、防止無益之訴訟或減輕法院負擔，以謀求減少當事人及法院就有關同一訴訟標的或某實體權之實現程序所付勞力、時間、費用等概念而已。

其次，想探討的問題是，為什麼要承認程序利益保護原則？本人認為應該尋求其根據於憲法上不但保障系爭的實體權、實體利益（地位），同時也等量齊觀地平衡保護系爭外的財產權、自由權等等諸基本權；此等權利均不應因為紛爭處理制度、紛爭解決程序的使用或運作而遭受到危害，應致力不使程序利益連同系爭實體利益都被減少或耗損掉。應在這裡尋求得到程序利益保護原則的理論基礎。亦即，憲法對於系爭實體利益及程序利益的保護，應該是等量齊觀的、要求予以平衡兼顧的。法官及立法者都應該設法盡可能在不危害公益的前提

之下、不危害全國納稅人利益的前提之下，賦予當事人有追求程序利益的機會，也應該致力於平衡保護紛爭當事人的程序利益。這項立論，是基於自由權、訴訟權、生存權等等各種基本權應該同受保護的憲法上觀點，須受肯定的。從此項植基於基本權保障及憲法上價值理念之法理依據，本人認為可以且應該採認上開原則。就其妥當性為何？也是想要請教各位的。

接著，本人認為，新修訂的民事訴訟法中有好多規定是明示或暗示（從它的立法體系或立法意旨來看），已經採認了程序利益保護原則；論文裡面所列的只是提了一些例子而已。今後應該繼續去檢討，已經採認的程序利益保護原則，到底具有何程度的妥當性。為此也應再繼續檢討，在學說上應該如何來建構有關該原則的運作理論。本論文所著重的，並不是研究訴訟法上有關於程序利益保護原則的每一個規定如何來解釋、運用的細節或要件，而是著重於闡述：今後要去解釋有關程序利益保護原則的各該規定，是不是也都要考慮到將程序利益保護原則作為解釋論、適用論的一項指標？今天只是要處理這件事，而約略描述新法的走向如何關涉程序利益保護原則。至於各規定的細節上或許各位可能還有不同的看法，但是重要的是，認明有哪些規定不能漠視掉程序利益保護原則、應該依循這個原則來解釋、適用？這是今天報告的著重點之一。因此，今後的程序法學是否也應取向於探討：程序利益保護原則到底在民事訴訟法上的適用範圍為何？今後應該如何來擴大或者限縮其適用範圍，這也是本論文所著重的一點。也就是說，程序利益保護原則，因為它有憲法上的法理基礎，所以應該成為立法論或立法政策形成的前導法理、成為解釋論開展的前導法理，為此是否就要考慮到紛爭事件類型的特性，或程序處理過程所涉具體事項的特質，來分別判斷？例如，考慮：程序利益在哪些情

形應該對原告優於保護，比如說，原告有訴訟權，本質上，起訴是他的權能、應受保護之地位，不能說使原告容易起訴，會特別對被告有不公平的問題。如果原告要起訴，還要他先去請教被告說：「我要告你，你同意嗎？」那訴訟制度會不會崩潰掉？所以只要在原告沒有濫用的範圍之內，程序利益保護原則在相當的範圍之內，包含容許為訴訟標的的選定，都應該著重於保護原告的程序利益。還有，要研究在哪些情形應該承認兩造同享程序利益，比如說，讓兩造合意選擇小額訴訟程序、簡易訴訟程序，或可合意委由受命法官調查證據等等；有些情形不是只對一造，而是對兩造，承認其同享程序利益。並且，也有要委由法官針對具體個案來裁量的情形；甚至在有些情形要對被告的地位來加以特別保護其程序利益，比如說，被告是弱者的話，特別對他講究保護程序利益的情形（併參照拙著「程序選擇權論」第六九頁至七一頁）。總之，如何適用程序利益保護原則要依照個別具體狀況來判斷，這是解釋各該相關規定的出發點。

這樣的程序利益保護原則，依我本人的觀察，我們這次民事訴訟法修正，可說比日本在一九九八年全面修正一百年來的民事訴訟法，更具體地加以採認。因為日本在新法第二條要求法院必須迅速進行訴訟下裁判（論者謂其承認公正迅速原則或對法院課「訴訟促進義務」）；相較於這樣的抽象性一般規定，我們比它更具體地增設好多規定，如同我論文中所舉的例子那樣。因為祇說迅速或不迅速的裁判，還是一個不確定的概念，還不夠具體落實。並且，到目前為止，日本跟我們一樣，向來也有所謂訴訟經濟這個概念。然而，我們也可發現，此概念多被用來限制當事人的訴訟上行為（如：訴之追加），說其行為會增加法官的負擔，所以違反訴訟經濟云云；可是有時候為要寬容原告為訴之追加，也說其行為合乎訴訟經濟，好像訴訟經濟也

可用來害當事人，也可以用來救他。因此，值得疑問：訴訟經濟作為一個基本概念，它的周延度夠嗎？於是，本人提出問題說，向來所謂訴訟經濟這個概念，有沒有被濫用、寬用或者不嚴謹地使用？這個問題也是順便要向各位確認的。也就是說，向來論者談訴訟經濟時，既少說明其法理根據為何或探究為何者而謀求；也在意義不明確的狀態下，沒有嚴謹的劃分哪一部分是屬於維護公益面的訴訟經濟，哪一部分的訴訟經濟是屬於維護當事人的程序利益者，好像向來並沒有嚴格去劃分它。或者也有在公益、私益混為一談的狀況下來使用訴訟經濟的概念者。最少，是否也應該從這些角度重新加以檢討，才有辦法增進訴訟法學的研究嚴謹化或訴訟制度的運用精確化，甚至促成立法政策的精準擬定？也有這樣的問題。又，大法官會議四八二號解釋雖如同本人的論著般亦說人民也有適時審判請求權，可是其所謂的「適時」究何所指？其內涵為何，尚待深入探討。在個人的論文裡面提到，這跟日本、德國論者都不一樣，不是像他們站在權利保護說或客觀真實說這個角度來立論的，而是應該指向於確定程序利益及系爭實體利益之平衡點上真實，才真正是「適時」。問題在於應由誰來決定之？由兩造呢？由原告呢？由被告呢？由法院呢？是由何者來決定何謂「適時」的問題。總之，它不是僅附從於實體利益之下的所謂「適時」。針對大法官會議上開解釋，今後是不是也要進一步考慮到程序利益保護原則，來讓所謂適時審判請求權的概念更加明確化、內容具體化。是不是應有這樣的基本問題？關於這樣的訴訟經濟，實際上也會牽涉到第二百五十五條有關訴之變更、追加的規定應如何解釋、應用的問題。我的論文裡面也有牽涉到部分教授已經發表的論文的，我沒有直接引用進去，是有意省略，因為就其相關論述本人還沒有辦法完全了解他的真正意思，怕誤解了他的真意，要予以批評或贊成都有

所顧慮。好在今天研討會的教授都與會在場，也都事先收到本人的論文而有所準備，既已看完論文，假使於我報告以後還有疑問，我非常歡迎他提出來針對具體的問題來討論，那等一下如果有時間，我還會舉例子來加以說明、討論。

在上面這樣的認知之下，我認為程序利益保護原則，今後應該發揮下面的作用：所謂訴訟經濟，不應該僅站在同一訴訟標的之下來談，更不應該僅站在同一訴訟標的係限於某同一實體法律關係之下來談（此同一訴訟標的係指論者從舊訴訟標的理論把訴訟標的界定成為某實體法上權利者），而是應就特定紛爭（具關連性之紛爭），也從如何讓當事人獲得保護或追求程序利益的機會之觀點，來建構有關訴訟經濟的理論。從這個角度來看，今後應該從程序利益保護原則去檢討訴訟法學理論或實務運作解釋論的妥當性，因為此項原則具有憲法上法理基礎。比如說，應準以重新檢討：新訴訟標的理論跟舊訴訟標的理論，是不是沒有充分顧慮到程序利益保護的問題？就新訴訟標的理論欠缺妥當性而言，其強制原告一定要以一個紛爭事實作為特定訴訟標的之單位標準，即使原告想要把一個比較困難證明的權利排除在本案審判對象範圍之外（比如說，在侵權行為的損害賠償請求權與債務不履行的損害賠償請求權相競合的情形，原告認為就故意過失之證明目前有困難，想要將侵權行為的損害賠償請求權排除在該範圍之外時），新訴訟標的理論卻不予容許，這樣對程序利益保護是不周到的。另就舊訴訟標的理論欠缺妥當性而言，在原告尚沒有辦法就其紛爭事實精確地為實體法上定性，乃想要以一個廣義的原因事實或紛爭事實為單位標準來特定訴訟標的的時，如舊訴訟標的理論卻說原告一定要自為實體法上定性或不可以該事實為特定訴訟標的之單位標準，這樣是不是也剝奪掉原告想要利用一道訴訟程序徹底解決紛爭，而不另

開訴訟程序致遭受程序上不利益的機會？要從這類角度重新對向來的訴訟理論加以檢討。

從上面的說明也可認知的另外一個思考方向就是，程序利益保護原則應成為法官行使闡明權的前導法理、一項指針。也就是說，縱然沒有增訂類如新法第一百九十九條之一的規定，僅依照第一百九十九條的規定也應該解釋成如同新法第一百九十九條之一所訂的內容，甚至於解釋為如同新法第二百四十七條第三項所定內容。何況新法已經如此規定，更應循該原則為運用。還有，像我們在座會員雖也有對於「促進訴訟的突襲」之概念抱持疑問的，可是就以本會第七十五次研討會所討論的第二百七十八條和與有過失的關係等類情形為例而言，比如說與有過失已經原審法院發現了，如果其竟然沒有加以斟酌，也沒有給當事人有表示意見或辯論的機會，而讓他到第二審才表示要主張、才辯論，這種法官的作為是不是也危害到當事人的程序利益？這方面的例子很多，我想是不是等一下各位有所指教的時候，再一併來說明。

亦即，為了貫徹程序利益保護原則，在訴訟程序的運作上，要致力於防止發生促進訴訟的突襲，在防止此項突襲所必要的範圍內，法官應該公開心證或表明法律見解，此處不是「得」，是「應該」。也就是說，要針對事件類型的特性、需求，在保護當事人的聽審請求權所必要的範圍內受訴法官「應」那樣闡明，而就防止該項突襲、保護程序利益負有闡明義務。於此，還要考慮到各該事項或事件類型的特性，以判定有沒有必要公開心證或表明法律見解（參照拙著，「程序選擇權論」第一四八頁以下）。由於如果舉一個例子來詳加解說就要費時二、三十分鐘，所以我想就等一下，如果與會教授有提出問題時，本人再針對具體事例來說明。總之，促進訴訟的突襲之防止是非