

假扣押原因釋明 與供擔保修法史之檢討與反省

——因讀胡適〈多研究些問題，少談些「主義」！〉而發

姚其聖*

壹、寫作思路與方法的形成

前中央研究院院長胡適先生所著《中國哲學史大綱》是第一部以西方科學方法，對中國古代哲學史為系統研究的著作；該書提出「明變」、「求因」及「評判」等三個哲學史目的¹。本文嘗試「模仿」這三個——「明變」、「求因」及「評判」的思路，就假扣押原因釋明與供擔保關係的立法，從民國

（下同）19年的民事訴訟法開始有三次修正的變革，探求其有何不同？為何造成不同的理由？修法前後有何不同？對當時有何影響？並從胡適先生當年呼籲輿論界要〈多研究些問題，少談些「主義」！〉獲得寫作靈感來源，以一種「奪胎換骨」的思維²，模擬而後鎔成³，創造性的模仿，更進一步的從胡適先生浩瀚的治學與思想方法裡，找出當今假扣押原因釋明與供擔保發生爭議的原因？

* 本文作者係靜宜大學法律系助理教授，東海大學法律學博士

本文曾於110年4月24日在國立政治大學法律系所舉辦之第十二屆民事程序法焦點論壇發表，經姜世明教授及與會學者專家提供寶貴意見，修改而成。請讀者注意，胡適先生在文中使用「多研究些問題，少談些「主義」，主義二字用引號，是有特別意義的。標點符號有兩層意義：一是，「點」的符號，凡用來點斷文句，使人明白句中各部分在文法上的位置和交互的關係的，都屬「點的符號」，又可以叫做「句讀符號」。二是，「標」的符號，凡是用來標記詞句的性質種類的，都屬於「標的符號」。引號是屬「標的符號」，它的用法有多種，在這裡應屬：表示具有特殊含義的詞語。所以，胡適先生文中的「主義」二字，不能狹義的理解為當時盛行的各種意識形態的「主義」；而是廣義的泛指那些：「坐議立談，無人可敵；臨事應變，一無是處」的思想與學說的人與事。關於標點符號的意義及功用，請參：胡適（1930.1），〈請頒行新式標點符號議案〉，收於《胡適文存—第一集》，13版，第115頁，洛陽圖書公司。林穗芳（2002.9），《標點符號學習與應用》，第277頁，五南圖書出版有限公司。

註1：胡適（2019），《中國哲學史大綱》，第10頁，香港中和出版有限公司（橫書版）。另請參胡適（2008），《中國哲學史大綱》（古代哲學史），2版1刷，第3頁，台灣商務印書館股份有限公司（直書版）。

註2：北宋詩人黃庭堅對此有更深入見解：「不易其意而造其語，為之換骨法；規模其意而形容之，為奪胎法。」

註3：沈謙（2006），《文學概論》，初版5刷，第225頁，五南圖書出版有限公司。所謂「師其意，不師其辭」此為文之妙訣。作家大半借用前人或外國的傳統。成功的作家，由於他的技巧高妙，融貫而後寫出的作品，使用的東西好像自己園地生長的植物，而非自別處移植來，甚至使原有的作品相形

希能對日後法律的修正，有借鑒作用，勿再重蹈錯誤的覆轍。

模仿是創造的開始，胡適先生是這麼說的⁴：「凡富於創造性的人必敏於模仿，凡不善於模仿的人決不能創造。創造是一個誤人的名詞，其實創造只是模仿到十足的一點新花樣，古人說的最好：『太陽之下，沒有新的東西』，一切所謂創造都是從模仿出來。」胡適先生後來在一篇總結自己思想的文章中，說⁵：「不要怕模仿，因為模仿是創造的必要預備功夫。」

吾人若再仔細觀察，胡適先生所謂的模仿，其實就是現在行政法相當熱門的一個問題：行政法如何接受民法之規定？使民法規定融入行政法規範的實證法條文或理論之中。對此問題，吳庚教授提出「變換原則」，他說⁶：「……變換不同於類推，因為並非以民法條文為依據，祇是在基本結構或思考方法上有共通處，變換尤其能注意行政法之特殊性。」李震山教授也持相同見解提出「轉換」一詞，有謂⁷：「民法之發展比行政法較早，理論亦較完備，行政法在發展過程中，借用民法理論解決處理行政法關係，實可以理解，但基於建立行政法之主體性，

適用民法規定時，應有所節制，若能考慮行政法之特性，而將民法理論轉換為行政法理論最為理想。」

我的胡適思想研究的自我定位，就是：把胡適思想轉換為台灣當代問題研究的參考資料庫，充當聯接「胡適」與「台灣當代」問題研究的橋樑，讓胡適再「復活」過來，為紛擾的台灣、危機的大陸，再做些事。

貳、「明變」、「求因」及「評判」的意涵

所謂「明變」，就是推求法條創制立法的起源，敘述它們修正過程的演變，重點在於整理各次法律修正的沿革及思想變遷的線索。例如：假扣押原因⁸釋明與供擔保制度的關係，創制於19年，歷經57年及92年二次修正（民事訴訟條例不算），共歷經三次變革，這三次修正有何不同？此「明變」意涵之大要也。

知道了假扣押原因釋明與供擔保制度的關係有三次變革，還要再進一步研究，為什麼會有這三次的變遷，就是要尋出變遷的原因；也就是歷次假扣押原因釋明與供擔保制

失色。以下本文引用胡適先生治學與思想內容，除非加引號——「」表示照錄原文，否則，會依行文的需要，在不變更胡適先生的原意之下，進行「改文換字，美化勝原文」的創作。

註4：胡適（1985），〈信心與反省〉，收於《胡適文存——第四集》，第458頁，遠東圖書公司。簡單的摘要版，可參李敖（2002），《胡適語粹》，第153頁，李敖出版社。

註5：胡適（1986），〈介紹自己我自己的思想〉，收於《胡適文選》，2版，第12頁，遠流出版事業股份有限公司。

註6：吳庚、盛子龍（2018），《行政法之理論與實用》，增訂15版3刷，第30頁，三民書局。關於行政法如何接受民法之規範，使之融合而成為行政法規範之具體實踐，請參拙著（2015），〈行政法接受民法之變換、準用與憲法禁區〉，《全國律師雜誌》，第19卷第5期，第96-107頁。

註7：李震山（2007），《行政法導論》，修訂7版，第34頁，三民書局。

註8：坊間六法全書就民事訴訟法第523條之條文要旨均稱：假扣押之限制。

度修正的立法理由。三次不同的立法理由在那裡？促使其修法變遷的具體問題或社會因素為何？此「求因」之大體也。

已經知道假扣押原因釋明與供擔保制度，歷經三次的修法沿革與所以修法的立法理由。還須知道歷次修法的價值，就是把修法的效果表示出來，就是對社會的影響為何？是否更能達假扣押作為保全程序的制度目的。例如，歷次的修法，有對假扣押制度之目的，在防止債務人趁判決確定前脫產，更能達預期效果嗎？又如，假扣押制度的秘密性與迅速性之特性，是否因修法而更加落實。再如，法院審理的效能及人民權利保障與侵害，……等等，發生何種影響？這種影響是正面的；還是負面的。此「評判」之要論也。是思想或制度研究的最重要部分。

這個哲學史研究對諸子百家的評判，後來就是胡適先生所強調的新思潮的意義。他說⁹：

據我個人的觀察，新思潮的根本意義只是一種新態度，這種新態度可以叫做「評判的態度」。評判的態度，簡單說來，只是凡事要重新分別一個好與不好。……尼采說現今時代是一個「重新估定一切價值」的時代。「重新估定一切價值」八個字便是評判的態度的最好解釋。

再往後的歲月中，胡適先生更具體地指

出，新思潮下的評判的態度是什麼？他說就是¹⁰：

無論對於何種制度，何種信仰，何種疑難，一概不肯盲從，一概不肯武斷，一概需要用冷靜的眼光，搜求證據，搜求立論的根據，搜求解決的方法：這便是評判的態度。

本文認為，還要加一個凡事問「為什麼」。胡適先生在〈新生活〉乙文中說¹¹：

諸位，凡是自己說不出「為什麼這樣做」的事，都是沒有意義的生活。

反過來說，凡是自己說得出「為什麼這樣做」的事，都可以說是有意義的生活。生活的「為什麼」，就是生活的意義。

本文總結，評判的思想，具體的落實方法，可用下面這個公式來代表：

評判 = 重估一切 + 問為什麼 + 搜求證據

明變、求因及評判三者，簡言之就是，起究法律之誕生與流變過程之因，終而評其工拙與得失。依循法律變遷之史實，溝通古今所以變遷之理路，就是要研究：釋明假扣押原因與供擔保之關係為何？立法演變成現在這個樣子是如何來的？為什麼會演變成現在

註9：胡適，〈新思潮的意義〉，前揭註5，第42頁。

註10：胡適（2020），〈一師毒案感言〉，收於張文禮編輯《問題與主義——胡適作品系列》，4次印刷，第63頁，大陸：北京大學出版社。

註11：胡適，新生活——為《為新生活雜誌》第一期而做的，前揭註5，第38頁。

這個樣子的規定？促使其演變的原因為何？歷次的演變——就法律的解釋與適用有何差異？帶來什麼影響？給了我們什麼教訓？如何吸取教訓進而獲益成長？等等。

歷史是活的生命，而沒有死去，在於史家為了解現狀，而去追溯現狀的由來，以古可以識今的症結亦在此¹²。對一個制度或思想的研究，苟能做到明變、求因及評判三個階段的要求，則離司馬遷〈報任少卿書〉所言：「究天人之際，通古今之變，成一家之言。」的境界不遠了！

參、「明變」、「求因」及「評判」的實踐

以下本文即模仿「明變」、「求因」及「評判」這三個哲學史研究目的，以假扣押原因釋明與供擔保的修法歷程為分析對象，申論如下：

一、「明變」之旅¹³

關於假扣押原因之釋明與供擔保關係之立法，經歷三次修正的變革：

（一）第一期民國19年的規定

假扣押原因釋明與供擔保制度草創於19年12月26日總統公布之民事訴訟法第492條規定：「請求及假扣押之原因，債權人應釋明之（第1項）。前項原因，不問已否釋明，法院得命債權人供相當之擔保（第2項）。債權人供擔保後，命為假扣押時，應於假扣押裁

定內，記明其擔保（第3項）。」

（二）第二期民國24年及57年的規定

24年7月1日有關假扣押原因釋明與供擔保制度；有重大修正並調整條文番號為第522條：「請求及假扣押之原因，應釋明之（第1項）。債權人雖未為前項釋明，如就債務人所應受之損害已供法院所定之擔保者，得命為假扣押（第2項）。請求及假扣押之原因雖經釋明，法院亦得使債權人供擔保後，命為假扣押（第3項）。債權人供擔保後，命為假扣押者，應將其擔保記載於假扣押裁定內（第4項）。」

57年2月1日民事訴訟法雖又修正，僅調整條文番號為第526條規定（以下簡稱：第二期民國57年規定），但內容不變。

這個時期，法文所謂「債權人雖未為前項釋明」適用之範圍有二：一是，釋明欠缺（完全未釋明有假扣押原因）；二是，釋明不足（有釋明但未達得大概真正之心證程度）。

（三）第三期民國92年的規定（現行法）

最近一次的重大修正是92年2月7日第526條規定：「請求及假扣押之原因，應釋明之（第1項）。前項釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押（第2項）。請求及假扣押之原因雖經釋明，法院亦得命債權人供擔保後為假扣押（第3項）。……（下略）……。」

此一時期的規定將「債權人雖未為前項釋明」修正為「前項釋明如有不足」，適用範

註12：杜維運（2008），《史學方法論》，2刷，第27頁，大陸：新華書店。

註13：本文所引用之立法資料局限於立法院法律系統所建檔之資料。

圍限縮於前述的第二種情形（釋明不足），排除釋明欠缺供擔保以預防因假扣押裁定所受之損害。第三期的立法還有一個特色，刪除供擔保目的在預防日後所生損害賠償之文字。

以上三期，相同的規定在強調：請求及假扣押原因，債權人有應釋明之義務。不同之處則在假扣押原因釋明與供擔保之關係。茲簡表如下，以求醒目：

比較	第一期 19年規定	第二期24及57 年規定	第三期 92年規定
釋明 程度	不問已否 釋明	債權人雖未為 前項釋明	前項釋明 如有不足
釋明與 擔保之 關係	無規定	供擔保以預防 釋明欠缺之損 害賠償	排除適用
		供擔保以預防 釋明不足之損 害賠償	同左
		已經釋明亦得 命擔保（同條 第3項規定）	同左
供擔保 目的	法院得命 債權人供 相當之擔 保	如就債務人所 應受之損害已 供法院所定之 擔保者，得命 為假扣押。	債權人陳明願 供擔保或法院 認為適當者， 法院得定相當 之擔保命供擔 保後為假扣 押。

再仔細觀察上表，還可有一個發現，立法者應有意對釋明假扣押原因，是否已達得大

概真正之心證程度的不同，授權法院就定擔保金數額應有不同之裁定；蓋此時假扣押因自始不當，而遭撤銷之損害賠償風險不同。以第二期規定為例，釋明有扣押原因之達心證程度，有三種情形，依其風險程度為：釋明欠缺→釋明不足→釋明已足。另從「等等者，不者不等之」的平等原則言，亦應做相同之解釋方符法理。

（四）比較法的繼受來源

學者吳從周教授認為在法制上，我國第二期57年修正之民事訴訟法第526條第2項規定，是繼受德國之民事訴訟法而來，其謂¹⁴：

……對照二者幾乎完全相同之文字，可以確定我舊民訴法第526條第1項及第2項、第3項之規定，係完全迆譯自德國民訴法第920條第2項及第921條第1句、第2句規定。

二、「求因」之思

（一）第一期民國19年規定的立法理由

第一期19年民事訴訟法第492條第2項規定，關於假扣押原因釋明與供擔保之關係，其立法理由是定位在損害賠償上。其謂¹⁵：

假扣押之訴訟，非債權人敘其請求之原因及假扣押之原因不可，否則當駁斥其聲請，然不免失之過當，於實際有不適當者，故本案於債權人確不聲敘請求之

註14：吳從周（2011），〈論「供擔保代釋明」之假扣押——評析民事訴訟法第526條第2項之修法變化〉，《台灣法學雜誌》第187期，第6頁。

註15：資料來源：許仕宦（2000），《學林分科六法——民事訴訟法》，第955頁，學林文化事業有限公司。

原因，若能就債務人所受之損害，有確實擔保者，得使審判衙門發假扣押之命令，以保護債權人。

最後認為供擔保為假扣押裁定之法定要件：

審判衙門發假扣押之命令，以提存擔保為條件，未有擔保以前，不得發此項命令。

從上開立法理由可得到三點結論：

第一，上開立法理由載明：「……不免失之過當，於實際有不適當者」等語，可知立法者認為：要求債權人於聲請假扣押之際，就負有釋明債務人有假扣押原因之舉證責任，債權人有舉證上之困難性。

第二，應當如何處理舉證困難的問題呢？立法理由載明：「……故於債權人確不聲敘請求之原因，若能就債務人所受之損害，有確實擔保者，得使審判衙門發假扣押之命令，以保護債權人。」是將供擔保定位在：釋明不足或缺所生之日後假扣押裁定遭撤銷，而生之損害賠償問題上。

第三，供擔保為假扣押裁定之合法要件，法院要先命債權人提存供擔保金額後，才能為假扣押裁定。

（二）第二期民國24年及57年規定的立法理由

第二期57年之立法（民事訴訟法第526條第2項）修正內容有二：將第一期19年規定「不問已否釋明」修正為「債權人雖未為前項釋明」。此其一。另將第一期19年僅規定：「法院得命債權人供相當擔保」，第二期則以更明確之文義規定為：「如就債務人所應受之損害已供法院所定之擔保者，得命為假扣押。」此其二。

至於，第二期57年之民事訴訟法第526條第2項，立法者為何如此修正？似無可查考。只能以同時人的記載作為史料¹⁶，來探究釋明不足或缺與供擔保之關係的立法理由為何？最具代表性的當推石志泉先生著作的說明¹⁷：

請求及假扣押之原因，雖本應由債權人釋明之，然釋明一事往往有難於辦到者，故為債權人利益計，許其供擔保後，不待此項釋明，即命為假扣押。蓋債務人所應受之損害，既經債權人預供擔保以備賠償（五三一），是以足維持債務人利益且債權人願供擔保亦可推斷其聲請當非全無理由也。

由上開論述可知，債權人舉證釋明債務人有假扣押之原因，有其困難性而全部或部分免除釋明之舉證責任，立法者對此舉證責任之全部或部分免除，所生之假扣押裁定不當遭撤銷的危險性，產生之損害賠償問題，以命

註16：杜維運，前揭註12，第112頁。

註17：石志泉（1982），《民事訴訟法釋義》，增訂初版，第609頁，三民書局。有關石志泉先生生平事蹟，請參該書第一頁，由楊建華教授所寫之增訂版序有言：「……所著民事訴訟法釋義一書，早歲於北平印行……。」可知石志泉先生著作，是我們了解民國初年民事訴訟法立法史的重要史料之一。

債權人供擔保之方法解決。又從前述，最後一句——債權人願供擔保亦可推斷其聲請當非全無理由也。實喻有債權人願供擔保表示其無濫用假扣押制度，而有使用法院的必要性。

姚瑞光教授也採取上述見解，除了表明供擔保目的是在預防釋明不足或欠缺，所可能產生之損害賠償責任得以確保外。供擔保與釋明假扣押原因無證據法上之補強關係，強調的是損害賠償問題，他說¹⁸：

關於假扣押原因之釋明，證據甚難獲得，故法律規定：債權人雖未為前項釋明，如就債務人所應受之損害已供法院所定之擔保者，得命為假扣押。「所應受」係「可能受」之意。法院得先就債務人因假扣押可能受之損害，定擔保之方法及數額，命債權人供擔保，俟供擔保後再為假扣押之裁定。

然而不知是甚麼原因，有越來越多的有學者（已經成了通說了），除了認為供擔保有預防日後因假扣押自始不當，債務人所受損害外；更有供擔保與釋明兩者有證據法上之補強關聯性，債權人就假扣押原因釋明有欠缺或不足，尚可供擔保代替釋之不足或欠缺。吳明軒庭長謂¹⁹：

債權人就假扣押之原因，有釋明之義務

（第526條第1項）；惟釋明須能提出即時調查之證據，事實上債權人欲釋明假之原因扣押，甚為困難。職是之故，本法第526條第2項乃規定：債權人雖未為同條第一項之釋明就債務人所應受之損害，以供法院所定之擔保者，亦得補釋明之不足。至債權人之供擔保，能否補釋明之欠缺，法院仍得斟酌情形依其意見決之。

上開見解，就釋明債務人有假扣押之原因，債權人在釋明上有舉證困難。這一點是大家的共識。蓋債權人無公權力根本無法調查舉證債務人——有民事訴訟法第523條之假扣押原因，而能提出即時能調查之證據，使法院信其所主張者大概為真正。

至於說，供擔保以補釋明假扣押原因之欠缺或不足（或稱：供擔保以代釋明之欠缺或不足），本文認為，在證據法上，兩者無補強之關聯性，供擔保是提出以一定數額之金錢——金錢能夠釋明債務人，有日後不能強制執行或甚難執行之虞的理由（民事訴訟法第523條規定參照），而使法院得大概債務人有脫產事實的心證嗎？第二期57年之民事訴訟法第526條第2項規定：「債權人雖未為前項釋明，如就債務人所應受之損害已供法院所定之擔保者，得命為假扣押。」十分清楚明定，供擔保之立法目的，不在補釋明假扣押

註18：姚瑞光（1993），《民事訴訟法論》，第594頁，大中國圖書公司。

註19：吳明軒（1985），《中國民事訴訟法》（下冊），修訂3版，第1423頁，三民書局。相同見解者尚有：曹偉修（1972），《最新民事訴訟法釋論》（下冊），再版，第1730頁，盛京印書館有限公司。楊建華、鄭傑夫（2008），《民事訴訟法要論》，第511頁，三民書局。王甲乙、鄭健才、楊建華（1977），《民事訴訟法新論》，修訂9版，第676頁，三民書局。陳榮宗、林慶苗（2021），《民事訴訟法》（下冊），修訂9版1刷，第487頁，三民書局。

原因之不足或欠缺的證據法上得心證程度的問題，而是擔保因假扣押裁定不當日後被撤銷，債務人所受之損害賠償（另請參照民事訴訟法第531條規定）。

依上所述，第二期之民事訴訟法第526條第2項規定，是繼受德國民法第921條而來，德國學者認為，補釋明之供擔保規定的正當性基礎在於²⁰：一旦將來假扣押因自始不當等原因被撤銷，債權人恐受有無法履行賠償義務，或者因假扣押之執行可能造成債務人特別重大之損害，故有命供擔保之必要等語。即是採供擔保是在預防日後假扣押裁定撤銷後之損害賠償觀點，而不是補強得釋明心證程度之問題。

（三）第三期民國92年規定的立法理由

民國92年修正民事訴訟法第526條第2項規定為：「前項釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押」修正理由謂²¹：

一、依原第二項規定，債權人得供擔保以代釋明，惟債權人聲請假扣押，應使法院信其請求及假扣押之原因大致為正當，故仍應盡其釋明責任。然其釋明如有不足，為補強計，於債權人陳明就債務人可能遭受之損害願供擔保並足以補釋明之不足，或於法院認以供擔保可補釋明之不足並為適當時，法院均可斟酌情形定相當之擔保，命債權人供擔保後為假扣押，爰修正第二項。…（下略）…」

這一期的立法修正完全刪除法律文本，有關供擔保之目的係以備在損害賠償之規定，也未說明刪除的理由，僅在立法理由中一筆帶過，其立法之明確性遠遜於第二期的規定。本文有幾點申論：

第一，第三期92年之立法修正顯然改變了，供擔保之目的在預防日後發生假扣押原因不當被撤銷時，供擔保以賠償債務人所受之損害；而改採證據法上之補強證據目的。蓋從上開立法理由謂：「……然其釋明如有不足，為補強計，於債權人陳明就債務人可能遭受之損害願供擔保並足以補釋明之不足。」本文要再指出的是，供擔保與待證事實（即假扣押原因），兩者無證據法上之補強關聯性，無法藉由供擔保以補強假扣押原因釋明所應有的心證程度。供擔保根本不能作為債務人有假扣押原因之補強證據。

第二，第二期57年有關未釋明假扣押原因，是基於債權人舉證確有困難之事實，而准予供擔保之目的，非在補假扣押原因釋明得心證程度之不足；而是在未釋明有假扣押原因下，日後發生假扣押原因不當被撤銷時，供擔保以賠償債務人所受之損害。是上開第三期92年修正之立法理由一指出：依原第二項規定（作者註：指第二期之57年第526條第2項規定），債權人得供擔保以代釋明等語，即對第二期之57年民事訴訟法之規定，供擔保目的有所誤解——供擔保的目的在以備損害賠償，不是補強得釋明心證程度之不足。

第三，學者指出，第三期92年之修法將第二期57年民事訴訟法第526條第2項規定，得

註20：吳從周，前揭註14，第6頁。

註21：資料來源：立法院法律系統。造訪日期：2021年3月6日。

以供擔保替代釋明之規定予以廢除²²。在解釋適用上，債權人完全未釋明有假扣押之原因，法院應不准為假扣押裁定（本文稱：釋明欠缺）；至於，有釋明假扣押原因；但不足以使法院得大概為真正心證之程度的情形（本文稱：釋明不足），才得以供擔保補釋明之不足。

三、「評判」之痛

經由上述的明變與求因階段的探索，對假扣押原因釋明與供擔保之關係，兩者之源流既知，同異既解，變遷既明，便應進一步；究明各家學說及實務見解與立法之對錯——如有錯，原因安在？對社會影響如何？本文提出幾點的檢討與反省。

（一）不研究問題只講理論的修法

第三期92年修法之所以將第二期57年民事訴訟法第526條第2項規定，得以供擔保替代釋明之規定予以廢除，學者間所持理由謂²³：

修正前第2項雖規定，債權人得供擔保以代釋明，惟假扣押係禁止債務人為一定行為，對債務人有所不利，又未使債務人陳述，因此，依新法規定，債權人應就假扣押之要件為釋明，不得以供擔保代之。

進一步探求其思想來源應是，基於「程序權保障」而來，保障當事人或利害關係人，均有在法官面前充分陳述意見、辯論及提出攻擊防禦方法的機會²⁴。假扣押影響債務人之權利，法院裁定前未給債務人陳述意見之機會，故要求債權人有釋明之義務，不得以供擔保代替釋明。這樣的見解不但符合上開「程序權保障」的論旨，更符合民事訴訟法第526條第1項明文要求，假扣押原因「應」釋明的規定。

直接以程序權保障理論為依據，作為修法的理由，不去探尋修正前的規定是否出了問題？——造成實務運作上的困難，或對雙方當事人的利益保障出現失衡現象，或造成脫產之風日熾，等等可能的問題——。這真是驗證了胡適先生所言²⁵：「『主義』的大危險，就是能使人心滿意足，自以為尋著包一百病的『根本解決』，從此用不著費心力去研究那個具體問題的解決法了。」

假扣押之裁定前未給債務人陳述意見，是假扣押作為保全程序制度有密行性及緊急性²⁶，事物本質所必然之規定，為彌補這個當事人在程序權保障上的失衡，在制度上有債權人供擔保（第二期57年民事訴訟法第526條第2項規定）、債務人反擔保（第二期57年民事訴訟法第527規定）及債權人損害賠償（第二

註22：許仕宦（2019），〈假扣押之保全必要性及其釋明〉，收於《民事保全之理論與實務第十卷》，第22頁，新學林出版股份有限公司。

註23：呂太郎（2021），《民事訴訟法》，3版第1刷，第852頁，元照出版有限公司。

註24：邱聯恭（1992），〈司法現代化與律師之任務〉，收於《司法現代化與程序法》，初版，第88頁，註42，三民書局。

註25：胡適（2020），〈問題與主義〉，收於張文禮編輯《問題與主義——胡適作品系列》，4次印刷，第6頁，大陸：北京大學出版社。讀者請將「主義」二字作理論、學理與原則等意思理解。

註26：姜世明（2013），《民事訴訟法》（下冊），第567頁。陳榮宗、林慶苗，前揭註19，第476頁。

期57年民事訴訟法第531條規定)等規定,以茲彌補債務人在程序上之不利地位。

另在釋明有假扣押原因方面,債權人所面臨的問題是舉證的困難性,而這個問題所引發假扣押裁定不當日後遭撤銷的危險性,所帶來的損害賠償問題。在制度上一樣有債權人供擔保(第二期57年民事訴訟法第526條第2項及第3項規定)與債權人損害賠償(第二期57年民事訴訟法第531條規定)的規定,以解決因完全或部分免除債權人舉證釋明之責任,所帶來假扣押裁定不當;日後遭撤銷的損害賠償問題。

總之,假扣押之裁定前未給債務人陳述意見,不是解決債權人舉證困難的藥方。以未給債務人陳述意見為由,而增加債權人的釋明責任(第三期92年民事訴訟法第526條第2項規定),使債權人與債務人之權益保障失衡;使沒問題的事成了棘手的问题。專門辦理強制執行的郭松濤庭長對此沉痛指出²⁷:

蓋新法之規定顯然著重在保護債務人,忽視債權人之權益,因此讓許多債權人浪費時間,吃足苦頭,仍無法對債務人實施假扣押或假處分,甚至因程序不熟,時間之拖延,平白讓債務人脫產,

損失不貲。

郭松濤庭長最後體會到²⁸:

上開兩條文(作者註:指第三期92年修正之民事訴訟法第526條第2項及第528條第2項),過去舊法時代並未見有人質疑其規定有何不妥,對於無爭議之舊法竟然為修正,且未見新法修正較舊法為優,其修正即無必要。

郭庭長一生公職大多從事強制執行工作,其論述從史料的觀點言,是原始史料為目擊者的陳述、當事人直接的記載²⁹,具有高度的史料價值,猶如戰場上的士兵日記,讓我們了解戰場的真實慘況³⁰。

(二) 目的熱導致方法盲的立法

為什麼會出現這種——只顧理論的完美,不顧實際問題的立法呢?這個問題與胡適先生當年大家熱衷主義,輕忽問題的研究,有相似處,因而提出這樣的看法。其略曰³¹:

我常說中國人(其實不單是中國人),有一個大毛病,這個毛病有兩種病症:一方面是「目的熱」,一方面是「方法

註27:郭松濤,〈民事訴訟法保全程序舊法之比較研究〉,《法令月刊》,第59卷第10期,第74頁。

註28:郭松濤,前揭註27,第81頁。

註29:杜維運,前揭註12,第110頁。

註30:第三期92年修法後社會各界的反應請參:蔡志揚,〈假扣押,難如登天?!——亟待修法的民事保全制度〉,《司法改革雜誌》第80期。資料來源雅虎網站。造訪日期:110年3月13日。關鍵字:假扣押原因。社會各界修法的呼籲則為:民國106年司法國是會議第2分組第3議題(建構人權、效能精實的法院組織與程序)第11子題:假扣押原因與標準的檢討。

註31:胡適,〈三論問題與主義〉,見註10,第34頁。正文畫底線的地方有更動胡適先生原文用字。理論二字原文為主義;問題解決原文為實行。

盲」。…（中略）…。只管提出「涵蓋力大」的理論，便是目的熱；不管問題解決的方法如何，便是方法盲。

程序權保障理論是貫穿整個訴訟程序運作的基本要求之一，所以它的涵蓋力的適用範圍非常大，但是決對不是日月經天，江河行地，無所容其疵議的真理，不能生吞活剝的適用在訴訟程序的每一個地方。

面對這個問題我們要問：為什麼保全程序的假扣押裁定，事前不能給債務人陳述意見？為什麼要部分或全部免除債權人的釋明之據證責任？為什麼事前不給債務人陳述意見，就要強化債權人假扣押原因的釋明責任？

保全程序的密行性及緊急性與假扣押原因舉證釋明的困難性，這些是構成保全程序的事物本然之理³²——就是保全程序存在的「道理」——，與程序權保障要求假扣押裁定前；給債務人陳述意見，以及要求債權人就假扣押原因要負釋明之責任，在某種程度不相容。不能為貫徹程序權保障的目的；而使保全程序的假扣押制度癱瘓。否則，就有陷入追求程序權保障的目的，而導致方法盲目的危險性。

相同的情形，亦出現在民事訴訟法第528條第2項修正規定：「抗告法院為裁定前，應使

債權人及債務人有陳述意見之機會。」立法理由為：「為保障債權人及債務人之程序權，並使法院能正確判斷原裁定之當否，應賦予債權人及債務人於抗告法院裁定前有陳述意見之機會，爰增訂第二項。」問題出在：第一審駁回債權人假扣押之聲請，債權人向第二審法院提起抗告，受理抗告之第二審法院，若依上開民事訴訟法第528條第2項規定，通知債務人到庭陳述意見，會有什麼後果？郭松濤庭長對此修法有如下之親身見聞³³：

通知債務人表示意見，與前述保全程序迅速、保密之原則完全悖離，此項通知猶如告訴債務人，債權人將查封其財產，請趕快脫產，此項規定為立法之重大疏失，所幸抗告法院遇此情形，大都未踐行通知債務人陳述意見。

這不是法官公然違法抗命嗎？為貫徹程序權保障之目的而修法的規定，要鬧到如此地步，才得以維持保全程序的正常運作，防止債務人趁機脫產。這不是目的熱而導致方法盲的最佳寫照嗎？

（三）違反事件審理類型必要論的修法

為滿足民事事件不同類型對程序保障之多樣化需求，有論者提出「事件審理類型必要論」，其謂³⁴：

註32：林立（2002），《法學方法論與德沃金》，2版，第85頁，學林文化事業有限公司。

註33：郭松濤，前揭註27，第79頁。

註34：邱聯恭，前揭註24，第328頁。邱聯恭（2018），〈程序保障之機能——基於民事事件類型審理必要論及程序法理交錯適用之觀點〉，收於《程序制度機能論——民事程序法之理論與實務第一卷》，補訂2版，第129頁，國立台灣大學出版中心。拙著（2016），《民事訴訟法》（上冊），第6頁，新學林出版股份有限公司。

民事事件之類型有多種多樣，而互有不同之個性、特徵，乃分別需求適用不盡相同之程序法理。

以穿衣為喻，就是要「形異服變」不同的身材與場合要穿不同的衣服；搭配不同的裝飾，天下沒有一件衣服可以適合所有人穿。訴訟制度的道理亦同，要針對不同性質與種類的私權爭議，設計適合解決紛爭的訴訟程序。明白這個簡單比喻的道理，才能對事物審理類型必要論有正確的體悟。

保全程序之假扣押制度特徵；有緊急性、密行性及舉證困難等特性。首先，就緊急性言，不容法院耗費太多時間審理，裁定前也不容許給債務人陳述意見等程序權之保障。其次，就密行性而言，除審理時不給債務人程序權保障外，亦有免除債權人部分或全部之釋明有假扣押原因的舉證責任，以免因蒐集證據暴露意圖，給債務人趁隙脫產。最後，還有舉證的困難性，債權人因無公權力，根本無法調查債務人是否具有假扣押之原因。

是在事件審理類型必要論之下，正面我們要問：何種程序法理之適用，較有助益於保全程序立法目的之達成；較吻合保全程序制度之特色。反面還要追問：為什麼——某種程序法理不能適用在保全程序之中？為什麼——某種程序法理與保全程序性質不相容？

保全程序基於上述緊急性及密行性與舉證困難性等性質，就不能依一般訴訟程序法理，要求債權人在聲請法院裁定時，就要提出證據以釋明債務人有假扣押之原因；更不能以程序權保障為由給債務人陳述意見。

因此，第三期92年民事訴訟法第526條第2項修正規定，強制債權人聲請法院就債務人之財產為假扣押，一定要釋明「有」假扣押之原因（有釋明但不足才可以供擔保補之），實與保全程序之緊急性等性質有違——法院審理時耗費時間精力判斷債權人「有」或「無」釋明假扣押之原因，作出的裁定則又是爭訟盈庭³⁵——實不符事件審理類型必要論之要求。

（四）不顧社會現狀的修法

法律制度之形成，與其所規範之社會間，具有對應關係，「有如何的社會，即有如何的法律」³⁶。現今的台灣社會債信不良以致卡奴遍地，強制執行成效不彰以致討債公司林立，負債累累卻生活優裕者，比比皆是。現實社會的生活經驗事實，告訴我們的真相是——台灣社會利用訴訟程序的空檔脫產的情形嚴重。此情此景之下，作為防止債務人脫產的保全程序的假扣押制度，在制度設計上自應從寬立法，以便利債權人聲請，方符法律治理之道。

法律的創制與修正，應顧及社會實情，不能拘泥於法律概念³⁷，法的真正生命其實是

註35：爭訟盈庭之情形，請參本文註44。釋明不足之判斷，則請參：呂太郎（2009），〈假扣押之釋明〉，《月旦法學雜誌》，第225頁。

註36：王寶輝（2006），〈法律的合法性與正當性——兼談我國法官的法律智慧〉，收於《馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集法律哲理與制度——基礎法學》，初版第1刷，第8頁，元照出版有限公司。

註37：王寶輝（1997），〈司法裁判過程中律師的積極作為——律師造法〉，收於《法制現代化之回顧與前瞻——楊建華教授七秩誕辰祝壽論文集》，第123頁，月旦出版股份有限公司。

以人之生命經驗為其源頭³⁸，經驗不但是人類了解法律與探觸法律的工具，也是賴以建立法律世界的基礎，法律的靈魂就寄生在經驗的身體上，吸吮經驗的養分而成長茁壯。法律形成於社會經驗事實，法律是拿來解決社會問題的工具，法律的合理基礎，是建立在社會經驗事實，不是憑空源於超經驗的形而上理念³⁹。

從而，那些以程序權保障為由；而加重債權人釋明責任或給債務人陳述意見之論者，是純求理論之完美，而忽視實際上的問題所在；以及保全程序制度的特性與程序權保障的不相容之處，使法律的規定不能符合社會的期待。

接下來，我們要問：為什麼我們的政府如此麻痺？面對民事訴訟法第526條第2項及第528條第2項定，所產生的種種問題與爭議，政府十多年來毫無作為呢？對民國初年當時社會上、政治上不研究具體問題，空談主義，輸入學理，而輕易下藥方的毛病，其原因安在？胡適先生給了這樣的沉痛看法⁴⁰：

……不然，我們只記得幾首湯頭歌訣，便要開方下藥，妄想所用的藥進了病人的肚子裡，自然「會」起一種適應環境的變化，那就要犯一種「庸醫殺人」的大罪了。

胡適的論述，更深層的意義是，解剖了統治者——如何看待「人民」的心態。政府現今的心態應是：法律已經按最先進的程序權保障理論修好了，也開始實行有一段時間了，雖有小疵，生有爭議，事過境遷，現在已經不怎麼吵了，表示人民因修法所造成的苦難，已經能適應了，法律解與適用也日漸趨於穩定沒有必要再進行修正。

（五）司法實務應有切合時宜之態度

法律是社會生活的規範，故於認定事實與解釋適用法律之際，不能忽略法律與事實間可能出現的距離。這段間距，不問是立法時已造成，或立法後之時、空變化，使法律與社會事實漸行漸遠，法律適用於具體事件時，必須依解釋方法使規範與事實間為合致的處理⁴¹。法律規定之詮解須因時應轉，法律的解釋應以立法原意及當今情事交互參照，而在立法本意與現今情況有所差距時，即應另行作出切合時宜的詮解⁴²。

如前所述，第三期92年之民事訴訟法第526條第2項及第528條第2項修正規定，造成法律的天秤傾向債務人，助長脫產歪風。司法實務臨事斷案之際，不能無視——這個因修法不慎而產生不公的社會事實存在。然而，法律解釋不是一種可以允許自由奔馳的哲思活動⁴³，而無視現行法律有效的存在。

就此問題，司法實務界，面臨兩難的困

註38：楊奕華（1997），《法律人本主義——法理學研究詮論》，初版1刷，第250頁，漢興書局有限公司。

註39：王寶輝，前揭註37，第126頁。

註40：胡適，前揭註10，第35頁。

註41：王寶輝，前揭註37，第127頁。

註42：黃建輝（1999），〈法律詮釋系統中的法律闡釋〉，收於《商事法暨財經法論文集——王仁宏教授六十歲生日祝賀論文集》，初版第1刷，第91頁，元照出版公司。

註43：林立，前揭註32，第155頁。

境：一方面在未修法前，仍要遵守現行不合法的法律規定；另一方面要對現實環境做出切合時宜的回應⁴⁴。現今，司法實務對修法後民事訴訟法第526條第2項規定所產生爭議問題的回應態度是：與修法前幾無不同矣！大法官呂太郎教授是這麼說的。其詳曰⁴⁵：

新法施行初期各法院作法不一，其後始逐漸形成統一作法，認為「債權人就假扣押之原因全未釋明時，固不得以供擔保代之；但如僅係釋明不足，法院自仍得命債權人供擔保後為假扣押。」易言之，除非全未釋明，即便十分薄弱之釋明，仍得以擔保補之，其實際運用結果，與修法前幾無不同矣。

什麼是「與修法前幾無不同」的態度？本文認為就是：採取一個相當寬鬆的判斷標準，只要提出的證據資料與假扣押原因，有經驗上的因果關係，即可認為有釋明假扣押之原因但不足。這個經驗上的因果關係，類似刑法上因果關係判斷之條件理論⁴⁶。

（六）民間學術研究團體應有的自覺

近年來，政府將法律的修正案委託民間學術研究團體辦理，主辦者要自覺的認識到，我們是在幫國家社會解決具體的問題，不是在宣揚自己的學術理念或法律哲思，不能把

學術著作裡面的問題，直接當作法律應修改的問題。

法律的修正是針對當前社會，所產生的這個那個問題的解決方法，這個那個問題的產生；脫離不了社會經濟制度與狀況，不研究問題的種種方面的種種的事實，看看究竟病在何處？而只空洞的講「人性尊嚴」，主張什麼「程序權保障」、「程序選擇權」等，涵蓋性非常大的法律概念，不問實際情形的問題為何？法律概念與法律制度之間是否相容？直接把書上研究產生的問題，當作法律應修正的問題，是無益於國計民生的。創制立法工作，不能只有知識性的專業學術；而沒有實踐性的存在感知與體悟，將立法規範的對象，從實際存在的現象切開，靜態且孤立地進行抽象理論的論證。

胡適先生對知識份子為國家出謀劃策，有這樣的告誡，大意略謂⁴⁷：

怎麼叫做自覺的改革呢？認清問題，認清問題裡面的疑難所在，立說必有事實根據；創議必先細細想出這個議題應該發生什麼結果，而我們必須對於這些結果負責任。替社會國家想出路，這是何等重大的責任！這不是我們個人出風頭的事，這是「一言可以興邦，一言可以喪邦」的事，必須竭力排除我們的成見和私見，必

註44：關於司法實務對修法後，假扣押原因釋明與否的爭議，請參：陳岳瑜（2011），〈實務上假扣押原因釋明之我見〉，《高雄律師會訊》，第16頁。吳光陸（2010），〈修法後之假扣押裁定問題探討〉，《全國律師》，第23頁。拙著（2020），〈民事訴訟假扣押原因之釋明與供擔保〉，《全國律師》，第82頁。

註45：呂太郎，前揭註23，第853頁。

註46：拙著，前揭註44，第82-85頁。所舉案例具體研究歸納的結論。

註47：胡適（2016），〈我們走那條路〉，收於邵建編《新月政論：從人權論集到政治論文（1923-1931）》，第274頁，威秀網路書店。

須充分尊重事實和證據，必須充分虛懷採納一切可以供參考比較暗示的材料。

有胡適先生的這種自覺的改革精神，從事創制立法的工作才能做到：行求無愧於聖賢，學術有濟於天下；學術理論務求其真，立法致用務求其適。

肆、研究建議（代結論）

一、民事訴訟法第526條面臨的問題

今後我們應該如何從事法律的制定或修正呢？首先，我們要睜開眼睛看遇到什麼困難的問題，——是實際考察社會生活所發現的問題；不是法條規定與書上寫的理論有衝突的問題。其次，根據一生之所學想出解決困難問題的種種辦法。最後，廣求教益，放下成見，察納雅言，諒諷善道，在種種解決問題的方法中，慎重地選擇一個最佳的方案。

本文為什麼會有這個想法？這個想法從哪裡來？是從胡適先生的這個思想獲得啟發——對具體問題解決的思考三步驟⁴⁸：

凡是有價值的思想，都是從這個那個具體的問題下手的。先研究了問題的種種方面的種種的事實，看看究竟病在何處，這是思想的第一步。然後根據於一生的經驗學問，提出種種解決的方法，提出種種醫病的丹方，這是思想的第二部功夫。然後用一生的經驗學問，

加上想像的能力，推想每一種假定的解決方法，該方法有什麼樣的效果，推想這種效果是否真能解決眼前這個困難問題。推想的結果，揀定一種假定的解決，認為我的主張，這是思想的第三步。凡是有價值的主張，都事先經過這三步功夫來的。

茲就多年來的研究與實務工作的經驗，對現行民事訴訟法第526條第2項規定所遭遇的問題列舉如下：

第一，不論是第二期57年或現行法的規定，都沒有認清債權人就假扣押原因釋明困難性的問題，直接把結果做為立法的依據，所以把民事訴訟法第526條第2項「債權人未為前項釋明」修改為「前項釋明如有不足」，以致於和同條第1項規定：「請求及假扣押之原因，應釋明之。」相互衝突。

第二，不論是第二期57年或現行法的規定，就供擔保金額之酌定標準，均未有所規範，任憑法院於個案中酌定；而法院亦不分實際情形如何，絕大多數以債權人聲請假扣押金額的1/3，作為供擔保金的標準。甚至在債權人已經釋明有假扣押之原因（同法第526條第3項規定參照）的情形下，擔保金也是聲請假扣押金額的1/3。這種情形，簡直就是：立法疏漏於前，司法怠惰於後。

第三，不論是第二期57年或現行法的規定，對假扣押原因釋明與供擔保之間的關係，沒有很明確的性質定位，以致現行通說認為兩者的關係是⁴⁹：修正前是供擔保代釋

註48：胡適，前揭註10，第5頁。

註49：呂太郎，前揭註35，第225頁。

明，修正後是供擔保補釋明之不足。這樣的見解，易使人誤解供擔保與釋明之間，有證據法上之補強關聯性，從普通百姓的觀點則會誤認：原來「錢」可以補法官心證之不足阿！是故，應修法更明確的定位兩者關係是：供擔保預防釋明之失的損害賠償。

第四，不論是第二期57年或現行法的規定，就法律的文義解釋而言，依一般人民之理解，法院應先為命供擔保之裁定，待債權人供擔保後；法院才能進一步為假扣押之裁定⁵⁰，惟此兩階段之裁定，有違保全制度緊急性之特質，故現行司法實務作法是：於准許假扣押裁定中；同時諭知應供擔保後為假扣押。此實務作法雖無爭議，但造成實務作法與法條規定不符之問題，長期存在有損依法審判之威信，立法語言文字有欠精準，不能不重視。

二、草擬民事訴訟法第526條修正條文

知道了問題所在，茲為解決問題草擬具體條文如下：

請求及假扣押之原因，應釋明之。

前項釋明如有困難，法院應依債權人釋明得心證之程度，於准許假扣押裁定時，命其供擔保以賠償假扣押裁定，因第531條第1項規定撤銷，債務人可能所受之損害。

第二項債權人所供之擔保，推定為債務人所受損害金額之預定。

…（下同）…

三、草擬民事訴訟法第526條修正條文之立法理由

草擬條文的立法理由：

- （一）修正第2項規定，增訂第3項規定。原第3項規定調整條號為第4項，第4項規定調整條號為第5項。
- （二）原條文第1項規定，債權人就假扣押請求及原因有釋明義務，第2項又准釋明不足得供擔保以備損害賠償之用，不無矛盾之處，是未認清楚釋明債務人是否有假扣押原因，債權人有舉證之困難性所為之立法，爰將「前項釋明如有不足」修正為「前項釋明如有困難」，以更符合假扣押制度之本性質。
- （三）原條文第2項後段規定，用「適當」、「相當」等不確定法律概念，欠缺立法明確性，又未明定供擔保與假扣押原因釋明之關係為何？爰修法定位兩者關係為：供擔保預防釋明之失的損害賠償。另修法增定第3項規定，擔保金推定為損害賠償總額之預定，以免除債務人在損害金額之舉證責任，轉由債權人負舉證責任。
- （四）有關擔保金如何酌定之標準？現行法並無明文規定，爰於第2項規定中明定：法院應依債權人釋明得心證之程度等語，酌定擔保金額。至於，更具體的審酌事項，因屬細節性、技術性問題，宜由司法院在民事訴訟法施行細則中明定。
- （五）依原條文第2項規定之文義解釋，法院

註50：第一期19年之立法理由，有說明。請參前述（二）「求因」之思的1部分之說明。

應先命供擔保之裁定，待債權人供擔保後再為准予假扣押之裁定，此種立法與現行實務運作不符，且有違假扣押緊急性之特質，為使法律規定與實務作法一致，爰修正條文之文字用語為：……於准許假扣押裁定時，命其供擔保以賠償假扣押裁定等語，以茲明確⁵¹。

四、擬定今後修法四步驟公式

臨了，還有一問：為什麼大家喜歡談理論，而不喜歡研究具體問題呢？深知中華民族之民族性特質的胡適先生，給了一個答案就是——懶。他說⁵²：

為什麼談主義的人那麼多，為甚麼研究問題的人那麼少呢？這都由於一個懶字。懶的定義是避難就易。研究問題是極困難的事，高談主義是極容易的事。

試想，修法之前，如果先針對民事訴訟法第526條第2項規定（含第528條第2項規定），先研究實務運作有無碰到什麼困難問題或具體紛爭？而不是把書拿來照書上的理論檢討法律的規定，凡是與書上講的理論不合之處就修改；也不問修改之法律的事物本質與審理事件類型，是否適合該項理論的運用，就不會有今日——將沒有問題的法律，修改成有問題的法律，造成實務運作礙難行的

困境。茲依胡適先生的思想，擬定今後修法四步驟的公式如下：

找出困難的問題→想出多種解決的方法→選擇一種最佳的方案→草擬具體條文

胡適先生健在——也一定會贊同的。

附錄：提出民事訴訟法第528條第2項修正案

同為第三期92年修正後之重大爭議問題，有一起解決之必要，爰有民事訴訟法第528條第2項修正案的提出⁵³。

草擬具體條文如下：

關於假扣押之裁定，得為抗告。
法院准許假扣押之裁定，債務人提起抗告，應使債務人及債權人有陳述意見之機會。
…（下同）…

草擬條文的立法理由：

- 一、修正第2項規定。
- 二、原條文第2項規定，不論法院准駁假扣押之裁定，只要一造提起抗告，抗告法院審理時，均須通知兩造當事人到庭陳述意見，惟於駁回債權人聲請假扣押之裁定，債權人提起抗

註51：修法後的供擔保在性質上已非假扣押裁定之合法要件；而是強制執行的開始條件。

註52：胡適，前揭註10，第5頁。把主義二字理解為理論。

註53：修正案提出的構想是啟發於：呂太郎（2009），〈假扣押抗告之債務人陳述機會〉，《司法周刊》，第1430期，第2版。

告猶應通知債務人到庭陳述意見，違反假扣押密行性之本質；且易使債務人趁機脫產，是將通知兩造到庭陳述意見之情形，限於法院准許假扣押之裁定，債務人提起抗告；蓋此時債務人之財產已遭假扣押裁定之禁止處分，無脫產之虞，基於保障兩造程序權之法理及兼顧假扣押之特質，爰修正本條第2項規定。

附錄：第12屆民事程序法焦點論壇小記

本人排在第三場發表主張，釋明與供擔保兩者之間，無證據法上之關聯性；又指出國內通說認「供擔保補充釋明不足」，是立法論或解釋論上的一個錯誤。在隨後的第五場及第六場的報告中，林慶郎教授及林玠鋒教授分別介紹，外國的民事保全程序，不約而同的明確指出：日本及法國都不採「供擔保補充釋明不足」之立法或解釋。本人不懂日語或法語，也未曾到該國留學，在思想上竟能與千里之遙的異國法制契合，互通聲息，大慰平生所學。印證了劉勰《文心雕龍神思篇》所謂：「思接千載，視通萬里」的道理——作家的思路，可以遠接千年以前的古人；作家的視覺，可以觀察到萬里以外的景物。⁵⁴這種因學習而獲的實證經驗，歡喜莫名，特誌於此，分享讀者。

此外，有關保全程序命供擔保額之算定基準，林玠鋒教授以日本法為例，以按本案請求之訴訟標的法律關係為基準，以假扣押標的物之金額或價額的10%至25%左右計算，債

權人應供擔保之數額。本人則提出：法院應以債權人釋明有假扣押原因，而得心證程度之不同，來定供擔保之數額。這又是劉勰《文心雕龍神思篇》：「視通萬里」的一個經驗上的實踐。雖然我們的具體作法不同，但精神思想是有重疊的：供擔保的數額酌定不能一成不變，要視具體情形而有差別待遇。故現行司法實務作法，一律以假扣押金額的1/3作為擔保金，確實有檢討改進的空間。

以上兩位林教授對外國法制的介紹，從胡適先生的思想觀點來說，就是：輸入外國法制，解決台灣問題。——能把一切外國法制應用到台灣種種切要的問題上去，能在研究問題上面做輸入法制的功夫。

後記

知識分子對當前台灣瀰漫虛無空洞的美麗論述，不能無感。故作〈這篇文章的重要〉，以警示台灣當前的危機，與大家共勵共勉。

〈這篇文章的重要〉

不是我寫的東西有多麼的重要
是我發現空談理論危機的重要
是我感覺創制立法虛無的重要
是我嗅覺盲從外國法制的重要
是我預感國之將亡徵兆的重要
是我下定決心振衰起敝的重要

（投稿日期：2021年5月10日）

註54：劉勰，〈文心雕龍〉，收於羅立乾注釋李振興校閱《新譯文心雕龍》，2版3刷，第254頁，三民書局。