



智慧財產民事訴訟第一、第二審律師 酬金負擔問題研究

吳建星^{*}

摘要

關於民事訴訟律師酬金分擔方式，各國採取的制度不盡然相同，我國則依據審級不同而採取不同負擔方式。第三審在 2000 年民事訴訟法修法後採取敗訴當事人負擔律師酬金制度，而第一、第二審則援用司法院 19 年度院字第 205 號解釋採取各自負擔的制度。本文綜合法理及外國經驗，認為敗訴人負擔律師酬金之制度較為合理，且現行令當事人各自負擔律師酬金作法在法律依據上恐有不足，建議應修正民事訴訟法將民事訴訟第一、第二審律師酬金作為訴訟費用之一部分令敗訴一造當事人負擔。

關鍵字：律師酬金、訴訟費用、司法院 19 年度院字第 205 號解釋、律師訴訟主義、律師強制代理、訴訟費用規則、民事訴訟費用法、最高法院 32 年上字第 3145 號判例、最高法院 100 年度第 1 次民事庭會議決議、the Loser Pays Principle

收稿日：101 年 8 月 21 日

^{*} 作者目前服務於經濟部智慧財產局法務室。



壹、前言

隨著智慧財產的重要性日增，關於智慧財產爭議的民事訴訟亦日漸增加。事實上，智慧財產係透過法律制度所創造的私有化財產權，其在性質上與其他傳統的財產權有諸多不同之處，因此對於透過民事訴訟來保障的需求更為迫切。關於智慧財產之民事訴訟，主要係依據專利法、商標法、著作權法、營業秘密法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法、公平交易法等法律相關規定請求之民事訴訟。對關於智慧財產之民事訴訟，可能係由智慧財產法院審理¹，亦可能係由一般民事法院審理。對於該類案件之審理，不論是向何法院起訴，其審理除智慧財產案件審理法有特別規定外，依民事訴訟程序適用法律²，即適用民事訴訟法規定。

民事訴訟行為具有高度技術性，訴訟行為的錯失往往影響訴訟之結果，因此，各國民事訴訟法皆設有訴訟代理制度³，我國民事訴訟法亦不例外。依據我國民事訴訟法的規定，訴訟代理制度原則上採取律師獨占主義，例外經審判長許可始得委任非律師為訴訟代理人⁴。在此原則之下，我國實務上委任訴訟代理人進行訴訟絕大多數皆是委任律師為之。關於智慧財產之民事訴訟，其技術性更勝於一般的民事訴訟，智慧財產案件審理法對於委任代理人、代理人酬金及相關訴訟費用負擔並無特別之規定，因此依據智慧財產案件審理法第 1 條規定，仍應適用民事訴訟法相關規定。

¹ 智慧財產案件審理法第 7 條：「智慧財產法院組織法第三條第一款、第四款所定之民事事件，由智慧財產法院管轄。」

² 智慧財產案件審理法第 1 條：「智慧財產案件之審理依本法之規定；本法未規定者，分別依民事、刑事或行政訴訟程序應適用之法律。」

³ 陳計男，「民事訴訟法論（上）」，頁 125，修訂四版三刷，2008 年。

⁴ 民事訴訟法第 66 條第 1 項：「訴訟代理人應委任律師為之。但經審判長許可者，亦得委任非律師為訴訟代理人。」



我國民事訴訟制度採取三級三審制，對於第三審採律師強制代理主義，必委任律師為訴訟代理人上訴始為合法⁵，對三審律師酬金之負擔，民事訴訟法第 78 條及 466 條之 3 第一項有明白之規定⁶，第三審律師酬金為訴訟費用之一部，由敗訴之當事人負擔。

但對於民事訴訟第一、第二審律師酬金應由何造當事人負擔？民事訴訟法未若第三審律師酬金設有明文之規定，即成一問題。係令由各造當事人自行負擔？抑或是同第三審一般，由敗訴之一造當事人負擔？而令該造當事人負擔依據又是如何？

本文擬介紹我國目前相關法律與制度，並對於相關學說與外國經驗作一粗略介紹，並提出修法建議。

貳、我國目前第一、第二審律師酬金之負擔與外國經驗

我國目前民事訴訟制度對於第一、第二審律師酬金之負擔可能會因委任原因之不同而有所不同，以下分別討論之：

一、法院或審判長依法律規定為當事人選任律師

若係法院或審判長依法律規定為當事人選任律師之情形，依據民事訴訟法第 77 之 25 條規定：「法院或審判長依法律規定，為當事人選任律師

⁵ 民事訴訟法第 466 條之 1：「對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。」；但民事訴訟法第 466 條之 1 僅針對上訴人，被上訴人責未有規定，其未必須委任律師為訴訟代理人，但若被上訴人委任律師，其律師酬金為訴訟費用之一部，最高法院 93 年度第 10 次民事庭會議決議參照。

⁶ 民事訴訟法第 78 條：「訴訟費用，由敗訴之當事人負擔。」；民事訴訟法第 466 條之 3 第 1 項：「第三審律師之酬金，視為訴訟費用之一部，並應限定其最高金額。」



為特別代理人或訴訟代理人者，其律師之酬金由法院或審判長酌定之。前項酬金及第四百六十六條之三第 1 項之酬金為訴訟費用之一部，其支給標準，由司法院參酌法務部及中華民國律師公會全國聯合會意見定之。」

因此，或審判長依法律規定為當事人選任律師時，其訴訟費用依民事訴訟法第 77 條之 25 第 2 項之規定，為訴訟費用之一部，自應依同法 466 條之 3 第 1 項規定，由敗訴之當事人負擔。

二、當事人自行選任律師情形

於當事人自行選任律師之情形，我國法律對於第一、第二審之律師酬金應由何造當事人負擔一事，未若第三審有將其視為訴訟費用之一部而令敗訴之當事人負擔之明確規定，因此，第一、第二審律師酬金之負擔即成問題。

對此問題，在具體訴訟個案中，我國多數法院判決係以司法院 19 年度院字第 205 號解釋為依據以決定第一審、第二審律師酬金之分擔。司法院 19 年度院字第 205 號解釋指出：「吾國民事訴訟非採用律師訴訟主義，當事人所支出之律師酬金，自不在訴訟費用之內。至當事人之旅費及當事人確有不能自為訴訟行為，必須委任人代理之情形所支出之代理人費用，如可認為伸張權利或防禦上所必要者，應屬訴訟費用之一種，於必要限度內。得令敗訴人賠償。所謂必要限度，依訟爭或代理之事件及當事人、代理人之身分定之。當事人如有爭執，由法院斷定。」

前開司法院 19 年度院字第 205 號解釋明白指出「律師訴訟主義」的採取與否為律師酬金是否應納入訴訟費用計算的判別標準。所謂的律師訴訟



主義，係指訴訟之進行必須委任律師為訴訟代理人，亦稱為「律師強制代理主義」。司法院在該解釋中雖未交代為何以律師訴訟主義之採取與否為律師酬金是否為訴訟費用之一部的論理過程，但應是考量避免敗訴之一造當事人因對造當事人偶然聘請律師，而需增加額外負擔；此外，最高法院亦在其判決中認為法院不因當事人未委託律師，而在調查證據或自由心證上有何歧異，固在非強制委任律師的情形下，委任律師之費用難令由敗訴之人負擔⁷。

司法院前開 19 年度院字 205 號解釋以律師訴訟主義的採取與否作為律師酬金是否應列入訴訟費用計算的思考邏輯，亦反映在第三審律師酬金的負擔規定上。我國民事訴訟法 2000 年修法後對第三審改採律師強制代理規定⁸，換言之，上訴第三審之上訴人須委任律師為訴訟代理人，其上訴始為合法；第三審上訴人未委任律師為訴訟代理人，第二審法院應先命第三審上訴人補正，逾期未補正者，以上訴不合法裁定駁回之⁹。在採取律師強制代理規定的第三審，律師酬金依前開司法院 19 年度院字第 205 號解釋之意旨自應列入訴訟費用計算，民事訴訟法第 466 條之 3 第 1 項規定第三審律師酬金為訴訟費用之一部分規定同此意旨¹⁰。

⁷ 參閱最高法院 58 年台上字 3015 號判決。

⁸ 民事訴訟法第 466 條之 1 第 1 項：「對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。」

⁹ 民事訴訟法第 466 條之 1 第 4 項：「上訴人未依第一項、第二項規定委任訴訟代理人，或雖依第二項委任，法院認為不適當者，第二審法院應定期先命補正。逾期未補正亦未依第四百六十六條之二為聲請者，第二審法院應以上訴不合法裁定駁回之。」

¹⁰ 民事訴訟法第 466 條之 3 第 1 項：「第三審律師之酬金，為訴訟費用之一部，並應限定其最高額。」



三、法律扶助事件

為保障人民憲法上訴訟權及平等權之保障，對於無資力者提供必要之法律扶助，我國特別制定有「法律扶助法」。依據法律扶助法的規定，我國係由司法院捐助成立的財團法人法律扶助基金會負責提供法律扶助，其進行方式係以財團法人法律扶助基金會約聘或指定律師擔任法律扶助工作¹¹，並由財團法人法律扶助基金會各分會負擔律師酬金¹²。法律扶助法第 35 條第 1 項：「分會就扶助事件所支出之酬金及必要費用，視為訴訟費用之一部。」；同條第 2 項：「因法律扶助而由分會支出之酬金及必要費用，得向負擔訴訟費用之他造請求。」

因此，若係法律扶助事件，依前開法律扶助法的規定，似可將受財團法人法律扶助基金會約聘或指定擔任法律扶助者之律師的酬金視為訴訟費用之一部，依民事訴訟法 466 條之 3 第 1 項規定，令敗訴之當事人負擔。另依法律扶助法第 35 條第 2 項規定，因法律扶助而支出律師酬金之財團法人法律扶助基金會各分會得向敗訴之他造請求¹³。

但最高法院 100 年度第 1 次民事庭會議決議對此有不同見解，最高法院在該會議決議中認為基於法律扶助制度之目的，以及為避免使得原本應

¹¹ 法律扶助法第 24 條第 1 項：「基金會得約聘或指定律師擔任法律扶助工作。」

¹² 法律扶助法第 28 條第 1 項：「擔任法律扶助者，由分會給付酬金，並以下列標準計算之：

一、提供法律諮詢或其他法律事務上必要之服務，酬金為一至五個基數。

二、調解、和解或法律文件撰擬，而不涉及訴訟或仲裁之代理或辯護者，酬金為二至十個基數。

三、每一審級訴訟或仲裁之代理或辯護，酬金為十五至五十個基數。」

¹³ 法律扶助法第 35 條第 2 項：「分會得對於負擔訴訟費用之他造，請求歸還其支出之酬金及必要費用。」



該由國家負擔之費用轉嫁至受扶助對象之他造當事人身上，而形成不公平的現象，應目的性限縮解釋法律扶助法第 35 條之規定¹⁴。

最高法院 100 年度第 1 次民事庭會議決議係由民七庭提案，其問題為「財團法人法律扶助基金會（下稱法律扶助基金會）依法律扶助之申請，為受扶助人支出之第一、二審律師酬金，得否依法律扶助法第三十五條規定，視為訴訟費用之一部，對應負擔訴訟費用之他造當事人，聲請確定訴訟費用額？」

對此問題，最高法院民事庭會議決議認為，法律扶助法第 35 條固然規定分會就扶助事件所支出之酬金視為訴訟費用之一部，但法律扶助制度之目的係為保障人民權益，對於無資力或因其他原因，無法受到法律適當保護者，提供必要之法律扶助。但法律扶助法既已規定由國家提供及編列資金¹⁵，並建立由受扶助人回饋制度¹⁶，自不能使受法律扶助之他造因而須負擔在未提供法律扶助之情形下，依法原本無庸負擔之訴訟費用，以免使

¹⁴ 在此號決議作成之前，最高法院已多次駁回財團法人法律扶助基金會請求將其所支出之律師酬金列為訴訟費用一部之再抗告，最高 99 年度台抗字第 837 號裁定、100 年度台抗字第 249 號裁定、100 年度台抗字第 390 號裁定、100 年度台抗字第 376 號裁定參照；財團法人法律扶助基金會據以抗告、再抗告之理由，除法律扶助法第 35 條規定外，尚有司法院 19 年度院字第 205 號解釋後段「……至當事之旅費及當事人確有不能自為訴訟行為，必須委任人代理之情形所支出之代理人費用，如可認為伸張權利或防禦上所必要者，應屬訴訟費用之一種，於必要限度內，得令敗訴人賠償……」但最高法院或認司法院 19 年度院字第 205 號解釋不得再予援用（100 年度台抗字第 376 號裁定），或認同抗告法院認為法律扶助基金會未能證明其為受扶助人所支出之律師酬金為伸張及防禦權利所必要而應列為訴訟費用見解，均駁回法律扶助基金會請求將其所支出之律師酬金列為訴訟費用之再抗告。

¹⁵ 法律扶助法第 6 條：「基金會之基金為新臺幣一百億元，除鼓勵民間捐助外，由主管機關逐年編列預算捐助。創立基金新臺幣五億元，由主管機關於第一個年度編足預算捐助。」

¹⁶ 法律扶助法第 33 條：「因法律扶助所取得之標的具財產價值，且其財產價值超過基金會所訂標準者，分會得請求受扶助人負擔酬金及其他費用之全部或一部為回饋金。」



本應由國家負擔之費用轉嫁至受扶助之他造當事人身上，對該他造當事人形成不公平現象，轉失國家設置法律扶助制度之本意。因此，法律扶助法第三十五條第1項所指之酬金，應為目的性之限縮，須法院或審判長依法律規定為當事人選任律師為特別代理人或訴訟代理人，及第三審之律師酬金始得列為訴訟費用之一部。換言之，乃指民事訴訟法第七十七條之二十五第2項及第四百六十六條之三第1項所定，得列入訴訟費用一部之律師酬金而言。

綜合以上所述，法律扶助法第35條的規定雖看似在法律扶助事件時，律師酬金應計入訴訟費用，令敗訴之當事人負擔。但最高法院100年度第1次民事庭會議決議認為應限縮解釋法律扶助法第35條規定，因此，在結論上法律扶助事件第一、第二審律師酬金仍不係由敗訴之一造當事人負擔，法律扶助法第35條的規定並未改變現行實務上採用的律師酬金分擔方式，只係本因由當事人負擔之酬金改由財團法人法律扶助基金會為受扶助之當事人負擔。

四、外國經驗

美國聯邦法律對於訴訟律師酬金負擔所採取的方式原則上與我國民事訴訟第一、第二審相同——即由各造當事人自行負擔律師酬金¹⁷。美國聯邦民事訴訟規則（Federal Rules for Civil Procedure）係聯邦法律28 USC §723(b)授權聯邦最高法院制定的規則，其中關於訴訟費用負擔的規定Rule 54(d) “(1)Unless a federal statute, these rules, or a court order provides

¹⁷ 但在某些例外情形，例如該侵權訴訟具有憲法原則重要性時，法院會裁定由被告負擔律師酬金。



otherwise, costs—other than attorney's fees—should be allowed to the prevailing party ...”。美國聯邦法律對於何謂訴訟費用亦有明確規定，而律師酬金並不在其中¹⁸。此外，除阿拉斯加州或者該州法律對特定事件另有立法規定外，美國各州州法亦採取各當事人自行負擔律師酬金之原則¹⁹。綜觀美國司法實務以及學者見解，其理由大略是避免敗訴之一造當事人因對造當事人偶然聘請律師而增加額外負擔。

與美國不同的是，英國、加拿大及澳洲為避免無資力者無法受到司法系統的保障，對此民事訴訟律師酬金負擔的問題則採取「敗訴者負擔」原則（the Loser Pays Principle）²⁰。

參、律師酬金負擔問題之再探討

一、目前我國實務採取方式的缺點

我國目前實務係以司法院 19 年度院字第 205 號解釋作為決定第一、

¹⁸ 28 USC §1920: “A judge or clerk of any court of the United States may tax as costs the following:

- (1) Fees of the clerk and marshal;
- (2) Fees for printed or electronically recorded transcripts necessarily obtained for use in the case;
- (3) Fees and disbursements for printing and witnesses;
- (4) Fees for exemplification and the costs of making copies of any materials where the copies are necessarily obtained for use in the case;
- (5) Docket fees under section 1923 of this title;
- (6) Compensation of court appointed experts, compensation of interpreters, and salaries, fees, expenses, and costs of special interpretation services under section 1828 of this title.

A bill of costs shall be filed in the case and, upon allowance, included in the judgment or decree.”

¹⁹ 阿拉斯加州法律要求敗訴之一造當事人負擔勝訴當事人若干成數之律師酬金，see Alaska R.C. Pro. 82；另外，美國統一商法典（Uniform Commercial Code）§511(e)規定，信用狀簽發人違反義務時，由敗訴之一方負擔律師酬金。

²⁰ *Id.* at 2.



第二審律師酬金負擔之法律依據，但司法院該號解釋係針對「訴訟費用規則」而為，後於 1941 年制定「民事訴訟費用法」取代「訴訟費用規則」後，針對該規則而為的解釋係否仍得適用已不無疑義，且目前民事訴訟費用法復因為 2003 年民事訴訟法修正增訂第 77 條之 1 至第 77 條之 27 取而代之以非有效規範，該號解釋是否應繼續援用作為決定民事訴訟第一審、的二審之律師酬金分擔依據更是值得討論²¹。對於司法院院字 19 年院字第 205 號解釋是否能繼續適用之問題，我國最高法院亦曾有表示質疑²²，但實務上多數法院判決仍將該號解釋作為決定民事訴訟第一、第二審律師酬金負擔之依據。

暫且不論我國目前實務據以決定第一、第二審律師酬金負擔方式依據的司法院 19 年院字第 205 號解釋是否能繼續援用，對於非由法院或審判長依法律規定為當事人選任律師之情形，我國目前實務令由各該當事人自行負擔律師酬金之作法在結論上是否合理亦有質疑，以下分別討論之：

²¹ 參閱「曾隆興，論律師費用之損害賠償（上）」，司法週刊第 217 期，第二版，1985 年 6 月。

²² 100 年台抗字 376 號裁定：「至司法院院字第二〇五號所揭吾國民事訴訟法關於第一、二審訴訟程序，未採律師訴訟主義，當事人所支出之律師費用，固不在訴訟費用之內。惟當事人確有不能自為訴訟行為，而必須委任人代理之情形所支出之代理人費用，如可認為伸張權利或防禦上所必要時，應屬訴訟費用之一種，於必要限度內得令敗訴人賠償。所謂必要限度，依訟爭或代理之事件及當事人、代理人之身分定之，當事人如有爭執，由法院斷定」之解釋，既作成於民國十九年一月十一日，其所稱「訴訟費用」之定義，與在其後即同年十二月二十六日公布之民事訴訟法所規定「訴訟費用」是否同義，已非無疑；況其所本兼採訴訟費用概括性規範之十一年六月二十九日訴訟費用規則（國民政府於十六年八月十二日以令暫准援用）第十七條：「本規則所未定之必要費用，均按實數計算」規定，自民事訴訟費用法於三十年起施行至九十二年止廢止，改增列於民事訴訟法第七十七條之一至第七十七條之二十七而採訴訟費用限制之規範後，已無類此概括性規定，亦不得再予援用。」



（一）未聘請律師難以進行訴訟

於民事訴訟之第一、第二審中，當事人雖可自行決定是否聘請律師，未若第三審為律師強制代理，但我國民事訴訟制度採取處分權主義及辯論主義立法模式，且訴訟為一高度專業行為，當事人若不聘請律師協助，實難自行進行訴訟，故在制度上雖謂非強制代理，但在實際運作上與強制代理十分接近²³。

（二）強迫減少權利人之債權額

如令勝訴之原告自行負擔第一、第二審之律師費，則無異強迫減少其債權額²⁴。

（三）美國經驗

美國學者 Theodore Eisenberg 教授及 Geoffrey P. Miller 教授統計 2002 年度以公開發行公司向美國聯邦券管理委員會申報的 2,350 份契約為樣本，研究其中關於若將來契約發生爭議時相關律師酬金的約定，發現其中五分之二的契約約定由敗訴之一方負擔律師酬金；五分之一的契約約定在若干條件下由敗訴一方負擔律師酬金；五分之二之契約對此未有約定而適用美國法律，即由雙方當事人自行負擔律師費用²⁵。公開發行公司都是較具規模的公司，擁有一定之法

²³ 參閱曾隆興，「論律師費用之損害賠償（下）」，司法週刊第 218 期，第二版，1985 年 6 月。

²⁴ 同前註。

²⁵ See Theodore Eisenberg and Geoffrey P. Miller, The English vs. the American Rule on Attorneys Fees: An Empirical Study of Attorney Fee Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts, NYU Law and Economics Research Paper No. 10-52,5(2010).



律資源，在彼此皆不知未來會有何種法律爭議，且在該爭議中會擔任原告或被告的情形下，五分之三的契約約定由敗訴之一方負擔律師酬金，顯見美國法律規定雖是以各當事人自行負擔律師酬金為原則，但在實務上民間卻是較為傾向由敗訴之一造當事人負擔律師酬金之模式。

美國總統顧問在 1991 年 8 月提出的「美國民事訴訟改革議程」報告（Agenda for Civil Justice Reform in America）亦建議律師酬金等訴訟額外費用應改由敗訴一方負擔較為妥適²⁶。德州在共和黨主政下亦傾向修改州法律，採取敗訴當事人負擔律師酬金的制度²⁷。

二、可能解決方式探討

於一般情形中，各該當事人自行負擔第一、第二審民事訴訟的律師酬金不合理之處已如前述，在現行法架構下，是否有其他可能的解釋方式可用以解決此一不合理現象，以下介紹相關討論：

（一）依民法侵權行為規定請求

對於因主張權利提起民事訴訟所因此支出之律師酬金，其是否可能以民法侵權行為相關規定主張請求？

最高法院 32 年上字第 3145 號判例：「當事人支出之旅費，並不在現行民事訴訟費用法所定費用之內，自無從認為訴訟費用，如

²⁶ See President's Council on Competitiveness, Agenda for civil justice reform in America: a report from the President's Council on Competitiveness (1991).

²⁷ See Morgan Smith, Texas May Consider a Bill Forcing Losers in a Suit to Pay Opponents' Legal Fees, THE NEW YORK TIMES, Mar. 10, 2010, at A21A.



依民法之規定，可認為因他造之侵權行為所受之損害者，得向他造請求賠償，此項賠償請求權，不因民事訴訟法定有訴訟費用之負擔，及民事訴訟費用法定有訴訟費用之範圍而被排除。」對於不計入訴訟費用中的旅費，最高法院在此判例中肯認得依侵權行為主張。

最高法院 69 年台上字第 773 號判決：「本院前次發回時，曾謂參照司法院院字第二〇五號解釋及本院三十二年上字第三一四五號判例意旨，當事人為伸張權利所必要而支出之律師酬金，如可認為他造之侵權行為所受之損害者，即非不得向他造請求賠償。原審僅謂被上訴人前來台灣聘請律師進行訴訟而支出之酬金一千元，確為伸張權利所必要。但被上訴人究係依據何項法律關係而為請求？上訴人之違約，能否構成侵權行為，原審並未推闡明晰，遽為上訴人不利之判決尚嫌率斷。」最高法院於此號判決中，對於依侵權行為為相關規定請求律師酬金似乎採取肯定說。

經濟部智慧財產局於 101 年 7 月 11 日以國企字第 10111005061 號函詢問司法院「命民事司法程序之敗訴一方負擔勝訴一方之律師費用」問題，司法院秘書長於 101 年 7 月 30 日以秘臺廳行三字第 1010019807 號函函復，該函復中說明第（二）點部分：「有關第一、第二審當事人所自行委任支出之律師費用，依司法院院字第 205 號解釋即最高法院 32 年上字第 3145 號判例，當事人為伸張權利或防禦所必要而支出之律師酬金，如可認為因他造之侵權行為所受之損害，即非不得向他造請求賠償。是以，第一、第二審所支出之律師費用，須被害人為實現損害賠償所支出之必要費用，且係因加害人



之侵權行為所引起，被害人始得請加害人賠償，準此，前開律師費用，得否視為損害賠償之一部請求對對方賠償，仍須由法官視個案情結本於確信獨立判斷。」由司法院秘書長前開函復中的說明可知，主張侵權行為之原告，於訴訟中得一併主張為伸張權利或防禦所必要而支出之律師酬金。但本文以為，最高法院 32 年上字第 3145 號判例係針對當事人之旅費所為，故對律師之酬金負擔問題應是類推適用該判例較為妥適，此外，對於類推適用該判例肯認得依侵權行為主張律師酬金時，應不限於司法院秘書長函復中所示主張侵權行為之原告勝訴之情形，勝訴之被告對於濫訴之原告亦應有依據侵權行為主張之可能²⁸。

（二）依民法債務不履行規定請求

最高法院 58 年台上字第 2203 號判決背景係農會總幹事甲在任職期間未經理事會同意逕自訂購豆餅，且未經交貨即為簽收，後因為出賣人倒閉以致無法追償，農會以總幹事甲未盡善良管理人注意義務而向甲請求損害賠償。最高法院在該號判決中指出：「關於因追償債務而之支出訴訟費用及律師酬金等項，與甲之故意或違背職務行為，有相當因果關係，亦因由甲負擔賠償責任。」

（三）類推適用民法 317 條

此說認為律師酬金在性質上為實現權利之費用，我國民事訴訟第一審、第二審雖未採取律師強制代理制度，但事實上與律師強制代理並無不同，自應類推適用民法 317 條：「清償債務之費用，除

²⁸ 同本文見解，參閱曾隆興，同前註 21，第二版。



法律另有規定或契約另有訂定外，由債務人負擔。但因債權人變更住所或其他行為，致增加清償費用者，其增加之費用，由債權人負擔。」²⁹

三、可能解決方式的缺點

（一）依民法侵權行為規定請求的缺點

前述最高法院 69 年台上字第 773 號判決雖似認得依民法侵權行為規定作為請求律師酬金的依據，司法院秘書長在 101 年 7 月 30 日函復經濟部智慧財產局的說明中亦認為依據最高法院 32 年上字第 3145 號判例，被害人得依據侵權行為向加害人主張所支出之第一審、第二審律師酬金。但綜觀最高法院 69 年台上字第 773 號判決及司法院秘書長之函復，皆非在個案中直接審查究竟是否得以侵權行為規定請求，但在具體實際適用上是否能順利操作不無疑義。

構成侵權行為之要件之一為行為人主觀上須有故意或過失。所謂故意，我國民法未有規定，但通說認為民法上的故意解釋應同刑法，即行為人對於構成侵權行為之事實，明知並有意使其發生（直接故意）；或預見其發生，而其發生並不違背其本意（間接故意或未必故意）³⁰。所謂過失，民法亦無規定，學者認應同刑法第 14 條規定而解釋為：行為人雖非故意，但按其情節應注意，能注意而不注意者（無認識過失）；或對於構成侵權行為之事實，雖預見其能

²⁹ 同前註。

³⁰ 參閱王澤鑑，「侵權行為法第一冊：基本理論一般侵權行為」，頁 291，初版十二刷，2008 年 3 月。



發生，而確信其不發生者（有認識過失）³¹。在主觀要件的限制下，在實際適用上欲以侵權行為相關規定請求敗訴之一造當事人負擔民事訴訟第一審、第二審的律師酬金的情形受到相當的侷限³²。

（二）依民法債務不履行規定請求缺點

適用債務不履行規定向敗訴之對造當事人請求負擔民事訴訟第一審、第二審的律師酬金僅限於主張權利的原告勝訴之情形方有可能，若是主張權利的原告敗訴，則勝訴之被告仍無法據以請求敗訴之原告負擔民事訴訟第一審、第二審的律師酬金³³。

（三）類推適用民法 317 條缺點

類推適用係用以填補法律漏洞之法學方法，故若採取類推適用此種法學方法必以有法律漏洞的存在為其前提，所謂的法律漏洞，係指關於某一個法律問題，法律依據其內在目的及規範計畫，應有所指定，而未設規定³⁴。此外，類推適用的兩類型案例之間亦具有類似性，而有應作相同處理的必要³⁵，以符合類推適用此種法律方法所依據的平等原則要求。因此，以類推適用民法 317 條作為負擔民事訴訟第一審、第二審的律師酬金的請求權基礎稍嫌牽強³⁶。

³¹ 同前註，頁 293。

³² 參閱曾隆興，同前註 21，第二版。

³³ 同前註。

³⁴ 參閱王澤鑑，「民法總則」，頁 68，增訂版再刷，2002 年 3 月。

³⁵ 同前註，頁 69。

³⁶ 同此見解，參閱曾隆興，同前註 21，第二版。



四、小結——應明文規定律師酬金由敗訴當事人負擔

令各該當事人自行負擔律師酬金有其缺點，但我國目前實務運作上大多數法院仍係以司法院 19 年度院字第 205 號解釋作為決定民事訴訟第一審、第二審律師酬金分擔之依據，因此，絕大多數的情形認為應由各該當事人自行負擔民事訴訟第一審、第二審的律師酬金³⁷。儘管司法院 19 年度院字第 205 號解釋在今日是否應繼續援用不無爭議，然即使該號解釋不再援用，在現行法律架構下仍難以令敗訴之一造當事人負擔第一、第二審的律師酬金，因此若要改變現在此種由各該當事人自行負擔律師酬金知情形，宜透過修法之方式為之。

若要修法令敗訴之當事人負擔第一審、第二審民事訴訟之律師酬金，在法律上有兩種可以考慮之途徑：一是將之視為損害賠償之一部分；二是同第三審之方式，將律師酬金視為訴訟費用之一部分。

但在現行法律架構下，以損害賠償之請求要求敗訴之一造負擔民事訴訟第一審、第二審之律師酬金並非沒有依據，只是在實際適用上會有被告勝訴時無法請律師酬金（若係依據債務不履行規定請求），或是請求時舉證行為人主觀要件會有困難（若係依據侵權行為規定請求）³⁸，較適宜之方式應是同第三審一般，將第一、第二審之民事訴訟律師酬金亦視為訴訟費用之一部。此外，現在民事訴訟相關費用及負擔規定皆由民事訴訟法規範，因此宜修正民事訴訟法將第一審、第二審之律師酬金視為訴訟費用之

³⁷ 儘管依據司法院 19 年度院字第 205 號解釋的後半段，若當事人確有不能自為訴訟行為，必須委任人代理之情形所支出之代理人費用，如可認為伸張權利或防禦上所必要者，應屬訴訟費用之一種，但實務上鮮少見法院據此將代理人之費用裁定列為訴訟費用之一部。

³⁸ 詳細討論，參閱本文「參、律師酬金負擔問題再探討三、可能解決方試缺點」部分。



一部分³⁹。

儘管在外國實踐中，仍不乏有國家採取各該當事人自行負擔律師酬金之制度，如：美國。但美國國內對於此種制度不乏檢討的聲浪，值得我國借鏡。且多數西方國家皆係由敗訴一造當事人負擔律師酬金⁴⁰。

或許會有質疑若將第一審、第二審民事訴訟律師酬金視為訴訟費用之一部分，有違司法院 19 年度院字第 205 號解釋所揭示的強制代理才能令敗訴之一造負擔律師酬金的法理。然而，司法院 19 年度院字第 205 號解釋的後半段亦同時指出：「當事人確有不能自為訴訟行為，必須委任人代理之情形所支出之代理人費用，如可認為伸張權利或防禦上所必要者，應屬訴訟費用之一種，於必要限度內。得令敗訴人賠償。」顯見在非強制代理的情形，委任代理人的費用仍有可能視為訴訟費用而令敗訴之當事人負擔，民事訴訟之當事人在第一審、第二審委任律師為其代理人未必即須負擔律師酬金（委任代理人費用）⁴¹。

肆、結論

關於智慧財產之民事訴訟律師酬金負擔問題，智慧財產件審理法未有規定，依法應回歸適用民事訴訟法的規定。我國民事訴訟法對於律師酬金僅有於第三審時有明文規定，而對於第一審、第二審民事訴訟之律師酬金

³⁹ 同此見解，參閱曾隆興，同前註 23，第二版。但該文作者當時主張應修正「民事訴訟費用法」，該法現已廢除，並將相關規定增修為民事訴訟法第 77 條之 1 至第 77 條之 27 規定；美國總統顧問在「美國民事訴訟改革議程」報告中亦主張將律師酬金等訴訟額外費用納入作為訴訟費用之一部分，see PRESIDENT'S COUNCIL ON COMPETITIVENESS, *supra* note 26.

⁴⁰ See Eisenberg & Miller, *supra* note 25, at 2.

⁴¹ 最高法院 100 年 390 號裁定亦肯認若係案情複雜，須經律師代理方得起訴請求，則可依據司法院 19 年度院字第 205 號解釋將律師酬金視為訴訟費用之一部分。



未設有規定。對於第一審、第二審民事訴訟之律師酬金之負擔，我國實務多數法院目前仍以司法院 19 年度院字第 205 號解釋作為決定依據，即令各造當事人自行負擔。惟司法院 19 年度院字第 205 號解釋在現今民事訴訟法架構下是否仍有繼續援用之餘地並非無疑，且由各造當事人自行負擔第一審、第二審律師酬金之結論亦有不合理之處，宜修正民事訴訟法將第一審、第二審民事訴訟律師酬金視為訴訟費用之一部分，令敗訴之當事人負擔之必要。