

# 民事證據法與 武器平等原則



沈冠伶 著

## 本書簡介

2000年民事訴訟法之修正，證據法部分有諸多變革。本書所收錄之九篇文章，係以武器平等原則之落實為主軸，探討有關法官闡明義務之強化、不負舉證責任當事人一造之事案解明義務、舉證責任之合理分配、證據保全制度機能之擴大、摸索證明與當事人證蒐集開示之協力等基本議題，並以醫療訴訟為探討對象。

另又針對新型態證據之電子文件，析論其在民事證據法上之地位及因應。並基於紛爭類型審理論之觀點，就智慧財產權保護事件，探討如何在證據保全與祕密保護間取得平衡點。

## 作者簡介

### 沈冠伶

現 職：國立台灣大學法律學院副教授

學 歷：國立台灣大學法學士

國立台灣大學法學碩士

德國海德堡大學法學博士

經 歷：國立政治大學法律學系專任助理教授、副教授

執業律師

司法官特考及格

主要著作：訴訟權保障與裁判外紛爭處理

ISBN 978-957-41-4679-6



9 789 574 14 679 6



5D094GA

定價：420元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

Evidence Law and Fairness of Procedure

# 民事證據法 與武器平等原則

---

沈冠伶 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事證據法與武器平等原則 / 沈冠伶著. -- 初版. -- 臺北市 : 沈冠伶出版 : 元照總經銷, 2007. 09  
面 : 公分

ISBN 978-957-41-4679-6 (精裝)

1. 民事訴訟法 2. 證據 3. 判例解釋例

586.1

96013180

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

# 民事證據法 與武器平等原則

5D094GA

2007年10月 初版第1刷

作者 沈冠伶  
出版者 沈冠伶  
總經銷 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](http://www.angle.com.tw)  
定價 新臺幣 420 元  
訂購專線 (02)2375-6688  
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 978-957-41-4679-6

ISBN: 9789574146796

人民幣价: 262.5

# 序 言

2000年民事訴訟法之修正，證據法部分有諸多變革，特別是以武器平等原則為前導理念，充實當事人事證蒐集手段。所謂武器平等原則，係源自於憲法上訴訟權保障之要求，在訴訟程序上，保障兩造享有地位平等、機會平等、以及風險平等。此不僅為形式上之平等，亦須為實質平等之保障，在立法制度之設計及法律之解釋適用上，使有意主張權利之人均能享有利用訴訟制度之機會，且為其排除主張權利之障礙。本書所收錄之九篇文章，即以武器平等原則之落實為中心，探討有關法官闡明義務之強化、不負舉證責任當事人一造之事案解明義務、舉證責任之合理分配、證據保全制度機能之擴大、摸索證明與當事人事證蒐集開示之協力等基本議題。其中更以現代型紛爭之醫療訴訟為對象，探討新法中重要相關規定得如何妥當適用。另又針對新型態證據之電子文件，析論其在民事證據法上之地位及因應。並基於紛爭類型審理論之觀點，就智慧財產權保護事件，探討如何在證據保全、蒐集與祕密保護間取得平衡點。

本書之完成，感謝碩士生簡大倫、楊岳平、陳緯人等人協助排版、校對，及元照出版公司所給予的多方支援。

沈冠伶

二〇〇七年九月

# 目 錄

---

## 序 言

### ◆ 論新民事訴訟法中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務

壹、前 言	2
貳、法官之闡明義務	3
一、憲法上之依據	3
二、闡明義務與集中審理	7
參、當事人之事案解明協力義務	12
一、概說：事案解明協力義務乃訴訟促進義務之一部分	12
二、當事人與法院間之一般事案解明協力義務	15
三、當事人相互間之一般事案解明協力義務	16
肆、結 論	19

### ◆ 論民事訴訟程序中當事人之不知陳述

——兼評析民事訴訟法中當事人之陳述義務與訴訟促進義務

壹、前 言	23
貳、民事訴訟程序上之對話結構	25
一、古典主義下之處分權主義與辯論主義：與「理想言談情境」間之衝突	25
二、從「為權利而奮鬥」到「為權利而溝通」	27
參、當事人之訴訟法上義務——陳述義務與訴訟促進義務	28
一、陳述義務	29
二、訴訟促進義務	35

肆、當事人不知之陳述	42
一、現行法之缺失	42
二、不知陳述之許可要件	43
伍、判決評釋：代結語	50
一、最高法院七〇年度台上字第一五二九號民事判決：對於自己之行爲爲不知之陳述	51
二、台灣高等法院臺南分院八七年度上字第二二三號民事判決：對於他人之行爲爲不知之陳述	53
三、台灣高等法院高雄分院八六年度訴字第一三九號民事判決：非自己生活範圍內之事實	55
<b>◆舉證責任與證據契約之基本問題</b>	
——以作業系統裝置契約之給付不完全為例	
壹、序  說	58
貳、何謂舉證責任？	59
參、舉證責任之分配	63
一、概  說	63
二、案例說明	66
肆、自認契約與訴訟外自認	70
伍、結  論	72
<b>◆電子郵件之證據適格、證據調查方法及證據力</b>	
壹、問題說明	74
貳、電子郵件之性質	74
參、電子郵件之證據適格	75
肆、電子郵件之證據調查方法	76
一、民事訴訟法第三六三條之適用	76
二、調查方法之選擇	78

伍、電子郵件之證據力	80
一、傳統文書之形式上證據力與實質上證據力	81
二、電子郵件之真正性推定	84
陸、結 論	90

## ◆武器平等原則於醫療訴訟之適用

壹、前 言	92
一、醫療訴訟之特殊性及其難題	92
二、我國司法實務之現況	94
貳、事證提出與蒐集之協力	95
一、原告具體化陳述義務之降低	95
二、法院職權探知之強化	99
三、證明妨礙：未為病歷之作成或適當保管	100
四、證據保全程序之事證開示	102
參、表見證明原則	105
一、表見證明（ <i>Anscheinsbeweis</i> ）與事實說明自己（ <i>res ipsa loquitur</i> ）原則	105
二、美國法上「事實說明自己原則」與德國法上「表見證明原則」之同異	109
三、我國實務裁判之評析	109
肆、舉證責任轉換	112
一、重大醫療瑕疵原則	112
二、可完全控制之危險原則	115
伍、說明義務違背之舉證責任	117
陸、鑑定程序上當事人之認識權及發問權保障	119
柒、結 論	120



## ◆ 摸索證明與事證蒐集開示之協力

壹、前言	128
貳、摸索證明之意義及其態樣	131
參、協力義務與摸索證明	134
一、事案解明之協力	134
二、證據聲明之具體特定與爭點整理	136
三、事證蒐集開示手段之活用與充實	144
肆、真實義務、誠信原則與摸索證明	148
一、推測事實之陳述	148
二、誠信原則	151
伍、證據保全與摸索證明	152
陸、結論	154

## ◆ 證據保全制度

### ——從擴大制度機能之觀點談起

壹、前言	158
貳、證據保全制度之機能	159
一、證據之保全	159
二、事證開示	162
三、促成裁判外紛爭解決	171
參、保全證據程序之性質	173
一、非訟性之證據保全	174
二、訴訟性之證據保全	175
肆、證據保全之範圍及證據方法	176
伍、保全證據程序上之程序權保障	178
一、聽審權	178
二、在場見證權	179

陸、保全證據程序與本案訴訟程序之關聯	180
一、保全證據程序之費用負擔	180
二、未採取命起訴制度	180
三、證據調查結果於本案訴訟上之利用	181
柒、不遵從證據保全命令之制裁	182
捌、結語	183

## ◆智慧財產權保護事件之證據保全與祕密保護

壹、前言	186
貳、比較法上之鳥瞰	187
一、TRIPs 與歐盟指令之要求	187
二、德國模式	189
三、奧地利模式	192
四、評析	193
參、智慧財產權保護事件之證據保全：以專利權侵害為例	197
一、侵害專利之事實已公開得予以認識	197
二、侵害專利之事實未公開而欲使他造開示	199
三、實務案例之分析	202
肆、證據保全與假處分之關係	212
一、證據保全與假處分之區別	212
二、證據保全與假處分之競合、併用	214
伍、證據保全程序上之祕密保護	215
一、絕對的保護：拒絕提出祕密	217
二、相對的保護：不得拒絕提出祕密但應行祕密保護程序	223
陸、結論	233

## ◆民事訴訟法2002年判解回顧

### —從訴訟上之實質平等及當事人之訴訟促進協力義務以觀

壹、前言	251
貳、舉證責任之調整	253
一、民訴法第二七七條但書之意義	253
二、最高法院之見解	253
三、第一、二審法院之見解	257
參、證明妨礙	284
一、證據調查協力義務之認採	284
二、個別規定之適用	285
肆、證據保全	289
伍、失權制裁	291
一、何謂「攻擊防禦方法」？	291
二、何謂「適當時期」？	297
三、「比例原則」及其他要素之斟酌？	303
四、第二審上訴理由強制提出及其失權效果	305
陸、結語	307

## ◆索引

## ◆臺大法學叢書目錄

# 論新民事訴訟法中法官之 闡明義務與當事人之事案解明義務

## 目 次

壹、前 言

貳、法官之闡明義務

一、憲法上之依據

二、闡明義務與集中審理

(一)為爭點證據集中審理之闡明

(二)為紛爭集中審理之闡明

參、當事人之事案解明協力義務

一、概說：事案解明協力義務乃訴訟促進義務之一部分

二、當事人與法院間之一般事案解明協力義務

三、當事人相互間之一般事案解明協力義務

肆、結 論

## 壹、前言

於民事訴訟程序中，原則上係根據辯論主義，以決定法院與當事人間事證蒐集之任務分擔，亦即，當事人就事實（訴訟）·證據資料負有提出責任，而法官之任務在於，以當事人所提出之事證資料為基礎，根據法官自己之法律上見解，發現法之所在（*Rechtsfindung*）<sup>1</sup>而為裁判。此看似截然二分，但由於當事人所提出之事證資料是否充實完全，及法官對於該資料之評價（心證）是否適正，對於法之發現有重大影響，如當事人所提出之事證資料不充足或不明瞭，或事證資料不存在於負主張·舉證責任之當事人一方而致隱藏不明時，應如何充實事證之明瞭度、完整度？

縱觀大陸法系之民事訴訟法的演進，即是事證資料蒐集責任之分配史，<sup>2</sup>縱向視之，乃如何在法官與當事人間作合理分配，橫向視之，乃如何在當事人二造間為適當分配。由於民事訴訟程序係社會系統中之一部分，當不能無視於各該國家及社會之發展演變，因此，對於法院與當事人間在事證資料蒐集上之任務分配究竟應採何種方式（辯論主義、職權探知主義，或於二者作適當調整）？而在當事人間又應如何分配主張·舉證責任，並無放諸四海、千古不變<sup>3</sup>之準則可言。由於事證資料係裁判之基礎，就訴訟之結果具有關鍵性意義，因此應如何就訴訟程序上之事證資料蒐集任務予以分配，即成為民事訴訟法學上之恆久課題。

<sup>1</sup> Zöllner/Greger, ZPO, 21. Aufl., 1999, § 139 Rdnr. 1.

<sup>2</sup> 例如：在傳統羅馬法上之訴訟程序，尚未認識到法官應為闡明：Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht, S. 87, 274, 275, 389, 421, 485；在日爾曼訴訟程序上，起初雖亦未見法官為闡明，但在法蘭克城邦之訴訟程序上，卻帶有職權調查之色彩：Planitz-Eckhard, Deutsche Rechtsgeschichte, 1981, S. 62 ff.；在德國普通法時代，則漸增法官於訴訟程序上之活動空間：Bomsdorf, Prozeßmaxime und Rechtswirklichkeit, 1971, S. 23-64；至普魯士時代，原則上雖採取法官之職權調查，但亦賦予當事人相當之處分空間，其可為認諾、自認、不爭執擬制自認之效力等：Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982, S. 9。

<sup>3</sup> Esser, Franz Klein als Rechtssoziologe—Die Überwindung des dogmatischen Schuldenkens im Prozeßwerk Franz Kleins, in: ders., Wege der Rechtsgewinnung, 1990, S. 98 ff.

我國民事訴訟法之修正，歷經十餘年來<sup>4</sup>之研究討論，終於在2000年、2003年分別經立法院三讀通過，並經總統公布施行（以下簡稱爲「新法」）。其中多數條文均涉及在審理集中化之理念下，對於成爲裁判基礎之事證資料，當事人與法院應如何予以解明及蒐集。自修正後之民事訴訟法觀之，原則上雖仍以辯論主義爲框架，但在平衡保障當事人程序利益及實體利益之考量下，則多有調整，已與古典之辯論主義<sup>5</sup>有若干差異，而呈現出一方面擴大法官闡明義務，另一方面強化當事人事案解明義務之風貌。<sup>6</sup>以下即就審理集中化下之法官闡明義務與當事人之事案解明義務予以評析。

## 貳、法官之闡明義務

於民事訴訟程序上，法官之所以負有闡明義務，是有其憲法上之依據。

### 一、憲法上之依據

民事訴訟程序作爲現代社會中紛爭解決機制之一環，必須透明化、去威權化與實質平等化，朝向一個對話溝通式的程序進行方式。法官之所以負有闡明義務，固然有助於減少當事人間攻擊防禦能力之差距，達到平等權之保障，<sup>7</sup>或有助於發現客觀真實，達到實質上正義，<sup>8</sup>但更重

<sup>4</sup> 司法院民事訴訟法研究修正委員會工作計畫自1983年7月1日開始實施，本預計3年完成，其間雖陸續通過調解程序、簡易程序、小額訴訟事件等，然整部民事訴訟法之修正完成直至今今年（2000）止，歷時逾18年。

<sup>5</sup> 所謂古典之辯論主義係指：1.當事人所未主張之事實，法院不得將之作為判決之基礎；2.當事人間所不爭執之事實，法院須將之作為判決之基礎；3.法院不得依職權調查證據，參見：邱聯恭，民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變（二），月旦法學第54期，頁146。

<sup>6</sup> 學者稱此爲「協同主義」：邱聯恭，民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變（三），月旦法學第55期，頁144。

<sup>7</sup> 就法官之闡明，從公平正義之觀點論述者，參見：駱永家，闡明權，民訴研討（四），頁175至176；姚瑞光，民事訴訟法論，頁249，1999年。

<sup>8</sup> Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982, S. 25；陳榮宗，民事訴訟法之研討（四），頁191。採此見解者，乃認爲民事訴訟之目的在於發現客觀真實，然而，民事訴訟之目的否係發現客觀真實，仍待商榷，因此，法官之闡明是否爲

#### 4 民事證據法與武器平等原則

要之功能，毋寧如下：1.闡明之理解功能（Verständigungsfunktion）<sup>9</sup>：透過法官之闡明，使當事人得以知曉法官之事實上及法律上判斷為何，而有機會修正自己對於法與事實之認知，尤其是可補充或提出原本所忽略或認為不重要之事實上或法律上主張，並進而為適當之聲明，提出證據。此有助於當事人之聽審請求權（Anspruch auf rechtliches Gehör）受到保障，避免突襲性裁判之發生。<sup>10</sup>亦可使當事人能經由程序之進行，對於法與事實為互相之理解與學習，而而有助於紛爭之真正解決，並藉以確立當事人未來生活之準則。此有助於當事人之聽審請求權受到保障，避免突襲性裁判之發生。<sup>11</sup>

2.闡明之訴訟促進功能<sup>12</sup>：法官之適時闡明，亦可避免無益程序之進行，經由協助當事人整理爭點（民事訴訟法<sup>13</sup>第二六八條之一第二項），並曉諭爭點（第二九六條之一第一項），可使審理集中化並促進訴訟，<sup>14</sup>保障當事人之有效權利救濟請求權（Anspruch auf effektiven Rechtsschutz）及適時審判請求權（Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit）<sup>15</sup>，此外，經由闡明亦可明確化當事人之行為義

---

發現客觀真實，亦不無疑問。

<sup>9</sup> Spohr, Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozeß, 1969, S. 56 ff., 69 ff., 152 ff.

<sup>10</sup> 法官之闡明義務乃為避免突襲性裁判，為目前德國通說之見解，參見：BVerfGE 42, 91; Zöller, ZPO, § 278 Rdnr. 5; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 15. Aufl., 1993, § 78 III.1.S. 429。我國法上之相關論述：邱聯恭，民訴研討（四），頁196以下。

<sup>11</sup> 法官之闡明義務乃為避免突襲性裁判，為目前德國通說之見解，參見：BVerfGE 42, 91; Zöller, ZPO, § 278 Rdnr. 5; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 15. Aufl., 1993, § 78 III.1.S. 429。我國法上之相關論述：邱聯恭，民訴研討（四），頁196以下。

<sup>12</sup> 參見以下二、（二）。

<sup>13</sup> 本文中未特別標明法典者，均為民事訴訟法。

<sup>14</sup> 法官之闡明，並非僅為解明事案以發現真實，亦具有促進訴訟之作用，此乃法官所負訴訟促進義務之一環。參見：Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl.), § 84 II. S. 452; Baur, Richterliche Verstöße gegen die Prozeßförderungspflicht, in: FS für Schwab, S. 53。

<sup>15</sup> 「適時」乃屬一不確定之法律概念，必須考量事件類型、訟爭狀況、當事人間之生活關係、受法院確定裁判之急迫性等，予以綜合判斷，而不能一概而論。我國學者有從「平衡追求實體利益與程序利益」之觀點予以分析，參見：邱聯恭，民事訴訟法學之回顧與展望，載於：當代法學名家論文集—慶祝法學叢刊創刊四十週年，頁160，1996年。

務，使逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁（第一九六條第二項、二六八條之二第二項、二七六、四四七條），更有其正當性。

闡明之理解功能及訴訟促進功能，均有其憲法上之依據。我國憲法中，雖未如德國基本法第一〇三條第一項就聽審請求權有明文規定，亦未如歐洲人權公約第六條就適時審判請求權有所規定，但基於法治國原則及人性尊嚴保障之最高價值，在解釋上應認為，憲法第十六條所稱之訴訟權落實於民事訴訟程序上，其具體內涵至少包括有：聽審請求權、有效權利保障請求權、公正程序請求權（Recht auf ein faires Verfahren）等，此亦經最高釋憲機關大法官會議肯認之。<sup>16</sup>再者，基於社會法治國<sup>17</sup>之理念，除須保障當事人能享有實質平等地接近、使用法院之機會，於法院程序中，國家（即法官）亦不宜採取完全放任消極之立場，而有必要適時適當地及無偏頗地提供當事人協助與照顧（Richterliche Fürsorge）。<sup>18</sup>基於此等憲法上之要求，如因法院闡明義務之違反，致使當事人未能充分就事實上或法律上觀點予以陳述，而發

<sup>16</sup> 參見：大法官會議第482號解釋理由書：「所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判請求權，且包括聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權」。德國聯邦憲法法院認為，基於法治國原則（德國基本法第三項），私法紛爭中之當事人必須獲得有效之權利保障，以避免權利之空洞化，且基於法安定性，爭執之權利關係必須由法院適時予以澄清：BVerfG, 1 BvR 1908/99 vom 17.11.1999 Absatz 8, <http://www.bverfg.de/>; BVerfG, NJW 1997, 2811; BVerfGE 78, 372; 88, 118; 法官之闡明義務與聽審請求權之保障，參見：BVerfGE 84, 188，相對於實體基本權（如：自由權、人格權）而言，上開訴訟權之各具體內涵，應可稱為程序基本權（Verfahrensgrundrecht），參見：Schwab/Gottwald, Verfassung und Zivilprozess, 1984, S. 46 ff.。關於聽審請求權、適時審判請求權、公正程序請求權之意義、內容、作用等，限於篇幅，於此無法一一論述。

<sup>17</sup> 自我國憲法第1條之民生原則以觀，實帶有社會法治國之色彩。參見：陳英鈞，“自由法治國”與“社會法治國”的制度選擇，台灣本土法學雜誌第4期，頁87至88，1999年10月。德國法上之論述，參見：Forsthoft, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: ders.(Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 165 ff.。

<sup>18</sup> 參見德國聯邦憲法法院判決：BVerfGE 42, 64, 74 ff.; 46, 325, 335ff.; 49, 220, 225 ff.; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß—Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat, 1978, S. 49 ff.。



## 6 民事證據法與武器平等原則

生突襲性裁判時，當事人除可透過上訴制度予以救濟外，<sup>19</sup>亦可以訴訟權受侵害為理由，提起憲法訴訟（司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款）。<sup>20</sup>

由於法官之闡明義務，係來自於憲法上訴訟權保障之要求，因此，縱然未經修正如新法第一九九條及第一九九條之一規定，本亦可透過合憲性解釋及目的性解釋，由舊法第一九九條規定得出相同結論，此次立法，僅能說係在法律層次上，為落實憲法要求而更清楚地提示法官，並無加重其負擔。且若再從審級制度之角度予以觀察，法官若能在第一審程序中經由闡明方式適時地公開心證，<sup>21</sup>與當事人進行事實上及法律上問題之討論，尤其是對於將成為裁判基礎之重要事實或法律上觀點而為當事人所忽略者，若能經由闡明，使當事人（包括律師）有表示意見之機會，<sup>22</sup>則將提昇當事人對法院裁判之信服度，而減少上訴比率，<sup>23</sup>或更能因此而限制上訴，<sup>24</sup>就整體司法資源之負擔而言，亦屬減輕而非加重。

<sup>19</sup> 違背闡明義務者，其訴訟程序即有重大瑕疵，而基此所為判決，亦屬違背法令；最高法院43年台上字第12號判例。

<sup>20</sup> 非所有違背闡明義務之情形，皆可直接提起直接憲法訴訟，原則上必須先窮盡普通法院之審級救濟。參見：Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl. vor § 128, Rdnr. 41。

<sup>21</sup> 關於心證公開之詳細論述及討論，參見：邱聯恭等，心證公開論—著重於闡述心證公開之目的與方法，民事訴訟法之研討（七），頁192。

<sup>22</sup> 比較法上之參考：德國民事訴訟法第278條第3項：「當事人所忽略或認為不重要之法律上觀點，……法院僅於使當事人就之有陳述機會時，得作為裁判之依據」。德國聯邦法務部於2002年通過之新民事訴訟法第139條第1項後段規定：「如有必要，法院應與當事人就事實上與法律上之實體關係與訴訟關係討論及提出問題」，第2項：「當事人所忽略或認為不重要之觀點，僅於法院將之向當事人提示並使其有陳述之機會時，得作為裁判依據。就法院與當事人間之不同觀點，亦同。」，第3項：「法院應促使當事人注意，得依職權斟酌之部份。」，第4項：「根據本條規定所為之闡明應記明筆錄。如當事人無法就法院之闡明立即為相應之陳述，法院應依其聲請，定得以書狀補充陳述之期間。」

<sup>23</sup> 突襲性裁判通常係上訴之重要原因，因此，避免當事人一再提起上訴之最有效方法，乃法院清楚之闡明。

<sup>24</sup> 徹底充實第一審事實審程序，乃限制第二審或第三審上訴之前提。德國2002年施行之新民訴法即以充實並強化第一審事實審之功能，作為限制第二審上訴與第三審上訴之前提，而對於民事訴訟程序之審級制度作出大幅變革，就各個審級之任務重新分配。簡言之，第三審之任務為統一解釋法律及法律續造；第二審為審查及排除第

## 二、闡明義務與集中審理

基於上述之憲法要求，法官於民事訴訟程序中就事案之解明並非可完全置身事外，此亦可由德文上將法官之闡明義務與當事人之事案解明義務均同稱為*Aufklärungspflicht*一事可見，然基於角色上之差異，法官於事案解明之任務上，自不同於當事人。關於法院之闡明義務，可從不同角度予以討論，<sup>25</sup>限於篇幅，本文僅就審理集中化與闡明義務之相關問題予以討論。

所謂「集中審理」，可有以下二種意義：第一種意義係指，就爭點集中調查證據而為審理（下稱爭點證據集中審理），<sup>26</sup>德國於1976年採行之審理集中化模式<sup>27</sup>，主要係著眼於此種意義之集中審理，儘可能經由一次言詞辯論期日終結訴訟程序，依德國1997年之司法統計資料顯示，此種方式確有大幅減少期日之作用。<sup>28</sup>我國此次民事訴訟法之修正，亦某程度參考之。第二種意義係指，將具有事實上關連性之紛爭，集中於一個程序中解決，而不分裂為數個程序進行，例如：主觀訴之合併，客觀訴之合併、反訴、或不同程序間之合併審理，更甚者，乃將繫屬於不同法院間之訴訟予以合併（下稱紛爭集中審理）。<sup>29</sup>

---

一審之錯誤，第一審則為集中、充分之事實審理，參見：Bundesministerium der Justiz, a.a.O., S. 62-64,69,72,75-89。對於上開改革，於德國全國律師公會所提之意見書中，雖有所批評，但就強化第一審事實審功能一事，則獲支持，參見：Der Ausschuss „Justizreform“ des deutschen Anwaltsvereins, Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (11.03.2000), S. 29-32。

<sup>25</sup> 參見：駱永家等，闡明權，民事訴訟法之研討（四），頁168以下。姚瑞光，闡明權之行使與行使不當，法令月刊第45卷第3期，頁3以下。

<sup>26</sup> 爭點證據集中審理可能尚有不同之模式，詳見：邱聯恭，月旦法學雜誌第60期，頁135註4。

<sup>27</sup> 對於該制度之介紹及評析，詳見：邱聯恭等，民事訴訟審理方式之檢討—從審理集中化方案論如何加強事實審功能，民事訴訟法之研討（一），頁333以下。

<sup>28</sup> 於區法院之言詞辯論期日數目平均僅為1.5個，於邦地方法院僅為1.6個，參見：Statistisches Bundesamt, Zivilgericht 1997(Arbeitsunterlage), Tabellen 2.3, 5.3。

<sup>29</sup> Leipold, Wege zur Konzentration von Zivilprozessen—Anregungen aus dem Europäischen Zivilprozeßrecht, 1999, S. 6 ff。

集中審理目標之達成，與法官確實踐行其闡明義務一事，有不可分離之關係。以下分就爭點證據集中審理與紛爭集中審理，評析新法修正條文之相關規定：

### (一)為爭點證據集中審理之闡明

#### 1.適時之闡明

集中審理制下之訴訟促進義務，不僅獨責於當事人，法院居於訴訟主體之一的地位，亦應負有訴訟促進義務。就審理集中化之新法修正條文而言，法院所負之訴訟促進義務，至少包含下列各點：(a)闡明及心證公開（第一九九、一九九條之一、二四四條第四項、二四七條第三項、二九六條之一第一項）、(b)定準備書狀、答辯狀或爭點摘要書狀提出期間、言詞辯論期日、準備程序期日、準備性言詞辯論期日、或爭點簡化協議期間（第二五〇、二六八、二六八條之一、二七〇條之一第二項）、(c)言詞辯論前之處置（第二六九條）、(d)進行爭點整理並於證據調查前向當事人曉諭爭點（第二六八條之一第二項、第三項、二九六條之一）、(e)逾時提出攻擊防禦方法之駁回（第一九六條第二項、二六八條之二第二項、二七六條、四四七條）、(f)言詞辯論前之證據調查（第二六九、二七〇條）等。<sup>30</sup>

相對於當事人負有適時提出攻擊防禦方法之義務（第一九六條），基於法院之訴訟促進義務，法院亦應適時向當事人提示或曉諭，使其能儘早或有充裕之時間補充，或修正不完全或不明瞭之聲明、陳述，尤其是能具體化其陳述。<sup>31</sup>法院雖可在程序之任何階段進行闡明，但適時之闡明，始對審理集中化有所助益，如遲至言詞辯論期日始作闡明，在當事人對法官之發問無法立即當庭回答之情形，常有必要再開期日，而有礙程序之終結。此外，由於爭點整理程序應先於證據調查程序，始能集

<sup>30</sup> 就德國民事訴訟法而言，法院之訴訟促進義務包括：闡明義務、言詞辯論之準備、言詞辯論期日前之證據裁定、書狀先行期日及早期言詞辯論期日之訂定、逾時提出攻擊防禦方法之駁回或不許可、延滯訴訟之費用分配、依職權或依聲請為缺席裁判等。詳見：Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 84 II. S. 452-454. Baur, Richterliche Verstöße gegen die Prozeßförderungspflicht, in: FS für Schwab, 1990, S. 53 ff.

<sup>31</sup> 當事人之陳述應具體化到何等程度，與法官之闡明與爭點整理，有密切之關連。參見：BGH, NJW 1982, 581; NJW 1981, 1379; NJW 1980, 1567(1570); BGHZ 49, 209(212)。

中於爭點進行證據調查，避免程序散漫化，因此，法官亦應儘早在言詞辯論期日以前，<sup>32</sup>或訴訟程序之前階段〔例如：書狀先行程序（第二六七、二六八、二六八條之一第三項）、準備性言詞辯論期日程序（第二五〇、二六八條之二第二項）、準備程序（第二七〇、二七〇條之一第一項、二六八條之一第一項）或爭點簡化協議程序（第二六八條之一第二項、二七〇條之一、二七一條之一）〕中，<sup>33</sup>協助當事人進行爭點整理之工作，並於調查證據前，將訴訟有關之爭點曉諭當事人（第二九六條之一）。透過法官之適時闡明，亦可避免當事人恐受失權效而提出所有必要與不必要之事實或證據，而使程序之進行無益或遲滯，因此，如法官能儘早為合乎審理目的之闡明，並促使當事人限縮爭點，實有助於減輕法院之負擔。

當事人所未提出之事實，但於法院已顯著或為其職務上所已知者，如欲作為裁判之基礎時，應向當事人闡明或公開心證，使其有表示意見或辯論之機會，此乃基於程序權保障所應有之結論。<sup>34</sup>此外，於雙方當事人前公開進行之證據調查程序中，法院如發現對於裁判重要而當事人卻未提出之事實時，亦有必要以心證公開或闡明方式，使當事人就是否提出該重要事實有表示意見之機會，<sup>35</sup>而不應逕以該事實為裁判之基礎，亦不應逕認該事實非當事人所提出而不予斟酌，<sup>36</sup>以保障當事人之

<sup>32</sup> 德國新民訴法第139條第1項前段：「法院應使當事人適時且完全地陳述所有重要事實，尤其就其所主張之事實補充不充足之陳述、聲明證據方法，並提出適當之聲明。」就此，德國全國律師公會曾要求應更明定「法院至遲應於言詞辯論期日十日前，就裁判上重要之法律觀點，以書面通知當事人。」Der Ausschuss „Justizreform“ des deutschen Anwaltsvereins, a.a.O., S. 32。

<sup>33</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論序（中）—概述其與民事訴訟法有關促進審理集中化修正條文之關連，月旦法學第61期，頁120-124。

<sup>34</sup> 第278條第2項就此有明文規定，但縱無該條規定（如德國民事訴訟法），基於聽審請求權之保障，亦可從法官之闡明義務，得出相同結論。參見：BVerfG 48, 206(209); BGH, NJW-RR 1993, 1122; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, vor § 128 Rdnr. 35a; Zöller/Greger, ZPO, § 291 Rdnr. 3。

<sup>35</sup> 法院得否逕以證據調查中發現之事實作為裁判基礎，於最高法院有分歧見解，否定見解：最高法院63年台上字第560號、73年台上字第419號判決；肯定見解：最高法院63年台上字第2834號判決，85年台上字第1756號判例。

<sup>36</sup> 呂太郎，法院依職權適用過失相抵之商權—最高法院八十五年台上字第一七五六號判例評釋，法學叢刊第178期，頁67以下。氏認為，與有過失乃民法第217條第1項

聽審請求權，避免發生突襲性裁判。該事實經法院在程序上闡明後，如當事人皆仍堅持不予主張，則不可成為裁判之基礎，但如當事人並無表示不主張，應可成為判決之基礎。此處之闡明，乃為求明確當事人之主張責任，實有必要。<sup>37</sup>

## 2. 闡明與失權制裁之關連

失權制裁之規定，乃為達到審理集中不得不然且合目的性、合比例性之手段，而未違憲。<sup>38</sup>但由於失權與否對於當事人之權利有重大影響，因此，當事人所忽略之事實上或法律上觀點，但對裁判之結果具有重要性者，如法官未能盡其訴訟促進義務，儘早或適時地予以闡明或公開心證，使當事人有表示意見之機會，或補充其陳述，而當事人至訴訟後階段（言詞辯論期日）始自己發現並提出時，應屬第二七六條第一項第四款規定「依其他情形顯失公平」之情形，法院不應駁回或不許其提出，此乃根據聽審請求權及公正程序請求權之法理所應有之解釋。<sup>39</sup>

### (二) 為紛爭集中審理之闡明

法官之闡明，亦應著眼於使相關連之紛爭集中於一次程序得以徹底解決，<sup>40</sup>亦即，在當事人起訴之目的（Prozessziel）範圍內，法官均應向當事人曉諭或提示終局解決紛爭之可能性。<sup>41</sup>此種闡明並未抵觸處分

之構成要件，應由當事人主張，法院始可斟酌，然此見解忽略法官闡明義務之作用及辯論主義於我國法上之演進，亦有不足。

<sup>37</sup> 就新訴訟資料之提出，是否可為闡明一事，於學說及實務上有不同見解。反對見解：最高法院71年台上字第2808號民事判例；87年台上字第901號民事判決；85年台上字第556號民事判決；姚瑞光，民事訴訟法論，頁253。肯定見解：最高法院49年台上字第1530號民事判例；駱永家，民事訴訟法 I，頁121；陳計男，民事訴訟法論（上），頁404。Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, S. 52f.

<sup>38</sup> BVerfG, NJW1985, 3005; NJW 1992, 680.

<sup>39</sup> BVerfG, NJW1990, 2373; BGH, NJW 1989, 717; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 69 II. 1; § 78 III. 1.c) S. 430 ; Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZPR 93, 237 (247).

<sup>40</sup> 使紛爭能集中利用一次訴訟獲得解決，亦本次民事訴訟法修正之原則，參見：司法院編印，民事訴訟法部份條文對照表暨總說明，頁2，2000年。

<sup>41</sup> 於德國實務上，在原告就訴訟標之金額有特定困難之情形，如其就特定金額所需之資訊有報告請求權時，法院應向其闡明，提起階段訴訟之可能性，參見：OLG, Köln OLGZ 1979, 205; OLG Köln JurBüro 1975, 1506, Stürmer, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, S. 47.

權主義，蓋於法官闡明後，當事人仍就訴訟之開始與終結，及訴訟標的之自由處分權。<sup>42</sup>新法修正條文中，就此亦有若干規定：

1.依新法第一九九條之一第一項規定，如依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，<sup>43</sup>而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之；依第二項規定，被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由時，審判長應闡明，是否提起反訴（參見第二五九條得提起反訴之範圍亦予以擴大），或僅為防禦方法之提出。<sup>44</sup>此條規定應屬對於第一九九條之解釋性規定，亦即，縱無本條新規定，為使紛爭得以一次解決，集中於一個程序進行審理，依第一九九條之規定，亦應得出相同結論。

2.於確認訴訟中，法官應注意有無得提起他訴訟之情形，如原告本可直接提起給付訴訟，即可達到起訴之目的，則無提起確認訴訟之必要。於此情形，法院並不宜逕駁回原告之訴，而應為闡明，使原告得為訴之變更追加（第二四七條第三項）。<sup>45</sup>

3.由於得為訴之變更追加之範圍予以擴大，法院在當事人起訴之目的範圍內，應對當事人提示為訴之變更追加之可能性，例如：在所有物已滅失，但原告仍提起所有物返還訴訟之情形，法院應向原告闡明，提起損害賠償之訴或不當得利返還請求之訴的可能性，使其得為訴之變更追加（第二五五條第一項第四款）。<sup>46</sup>然而，如訴之變更追加超過當事人起訴之目的範圍，而在質與量上有所不同時，例如：在一般金錢給付之訴，使當事人擴張訴之聲明而請求較高金額之闡明，應不許可為此種闡明。不過，在請求金錢賠償損害之訴之情形，原告起訴時就損害之具體數額金額常有特定之困難，基於衡平考量，有必要允許原告於起訴時

<sup>42</sup> 處分權主義亦非完全不可限制，參見：邱聯恭，民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變，月旦法學第53期，頁147至148。

<sup>43</sup> 此處涉及訴訟標的之問題，限於篇幅，無法進一步詳述。

<sup>44</sup> 就反訴提起之闡明，最高法院曾有不同意見：最高法院六七年度台上字第四二五號判決。

<sup>45</sup> 德國民事訴訟法就此雖未明文規定，但實務及學說上均認為，依德國民事訴訟法第139條規定，法院應為此等闡明，例如：於原告起訴請求確認物權移轉行為無效之情形，法院宜向當事人問明，是否要提起所有物返還之訴，BGHZ 3, 206(213)。

<sup>46</sup> Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, S. 46。

僅表明其全部請求之最低金額，由於原告起訴之目的非僅限於該最低金額，於必要情形，法院應為適當闡明，向原告提示得補充其聲明（第二四四條第四項）。

4. 法院得透過向當事人闡明之方式，促其向第三人為訴訟告知，或依新法規定，由法官依職權通知有法律上利害關係人參加訴訟（第六七條之一），<sup>47</sup>而致力充實第三人訴訟參與制度，保障第三人之聽審請求權，<sup>48</sup>並使當事人與第三人間之關連紛爭得利用同一訴訟程序一次解決，以擴大訴訟制度解決紛爭之功能。

## 參、當事人之事案解明協力義務

法官之闡明義務雖有助於事案之釐清，但仍有其界限，尤其是在事證資料不存於負舉證·主張責任之當事人一方的情形，縱經法官闡明，其亦常難就事案為充分完全之陳述。於此，是否應使不負舉證·主張責任之當事人負有事案解明協力義務，而能充實法官據以裁判之事證資料？新法就此問題是否已提出適當解決？以下論述之：

### 一、概說：事案解明協力義務乃訴訟促進義務之一部分

2000年民事訴訟法之修正雖參酌德國1976年簡素化法案之規定，亦以審理集中化與加速訴訟程序之進行為修正目標，採用書狀先行程序與早期言詞辯論期日之規定，使爭點整理程序多樣化，並藉由強化失權效之規定，促使當事人迅速進程序，<sup>49</sup>然因社會發展及司法實務與德國有所不同，因此於立法上即有若干差異。

---

<sup>47</sup> 司法院編印，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（十），頁476以下，頁924，1994年6月

<sup>48</sup> 邱聯恭，民事訴訟法學之回顧與展望，載於：當代法學名家論文集，頁158。德國法上之討論，參見：BVerfGE 60, 7; Spellenberg, Drittbeteiligung im Zivilprozeß in rechtsvergleichender Sicht, ZJP 106 (1993), 283; Häsemeyer, Drittinteressen im Zivilprozeß, ZJP 101(1988), 385; Marotzke, Urteilswirkungen gegen Dritte und rechtliches Gehör, ZJP 100(1987), 164。

<sup>49</sup> 其實，縱然於修法前，依照第199條有關審判長闡明權、第196條第2項及第276條有關失權效之舊規定，亦可經由解釋推論出當事人負有訴訟促進義務，修正條文之規定，僅不過有強調之作用。

德國於1976年首次將訴訟促進義務明訂於德國民事訴訟法第二七七第一項、二八二條第一項及三四〇條第三項，<sup>50</sup>其立法目的乃為縮短過於冗長之訴訟程序，而使當事人在時間上應儘早提出訴訟資料，以加速程序之進行，至於事案解明協力義務則不包含於訴訟促進義務之內。<sup>51</sup>當時雖已有醫療、公害或產品製造人責任等現代型紛爭，不過由於德國司法實務早經由判例解決事實、證據偏在於一方當事人之問題，<sup>52</sup>且因將舉證責任與資料報告義務（Auskunftsanspruch）歸為民法上之規定，<sup>53</sup>因此民事訴訟法之立法者遂有意將訴訟促進義務限縮於程序時間上之面向，僅從時間（期日）之觀點課當事人負有訴訟促進義務（下稱狹義訴訟促進義務）。而在解釋上，多數見解亦不認為應擴大訴訟促進義務之內涵，當事人若遵守法院所定期日，並適時提出訴訟資料或證據資料，則屬已盡協力促進訴訟之義務，至於在資料內容之充實上，則除非當事人具有實體法上資料開示請求權及民事訴訟法上例外規定<sup>54</sup>之事案解明義務外，否則並不負有一般協力解明事案之義務（allgemeine prozessuale Mitwirkungs- und Aufklärungspflicht）亦即，原則上僅對於自己負舉證責任之事實案情須為解明澄清，至於他造負舉證責任之部分，

<sup>50</sup> 「……當事人應依訴訟狀態以認真謹慎之態度進行訴訟並注意到促進訴訟之要求，適時提出攻擊防禦方法。」（……, so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht）。

<sup>51</sup> 立法資料：BT-Drucks. 7/2729, S. 37 f.; BT-Drucks. 7/5250, S. 4。且此乃不論贊成或反對事案解明協力義務者之一致見解：反對事案解明協力義務者 Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 282 Rdnr. 4；贊成事案解明協力義務者：Peters, Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht, in: FS für Schwab, S. 339；Schmidt, Alternativkommentar-ZPO, § 139 Rdnr. 19。德國司法統計資料亦顯示，1977年簡素化法案施行後之訴訟程序確實較為迅速，在邦地方法院於1959年時超過百分之五十的案件進行超過6個月，而至1989年時則反而有超過百分之六十八的案件均在六個月內結案。參見Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, S. 451。

<sup>52</sup> BGH, VersR 1955, 344；RGZ 128, 125；BGHZ 51, 91；BGHZ 67, 357；BGH, NJW 1973, 1602。

<sup>53</sup> 通說見解參見：Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 117 III 1 S. 676；Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 175 ff。

<sup>54</sup> 德國民事訴訟法第138條第1項、第2項、372條之1、445條以下、423條等被視為例外規定，參見：Arens, a.a.O., ZZZ 96, 1 (13)。



則無須協力提出訴訟資料以解明。<sup>55</sup>不過，值得注意的是，近年來德國聯邦最高法院雖在文字上仍拒絕承認所謂之「一般事案解明義務」，但又承認應使不負主張責任與舉證責任之當事人負有「第二位主張責任」（sekundäre Behauptungslast），<sup>56</sup>此實已接近事案解明義務，甚至可說無所差別。<sup>57</sup>

就我國民事訴訟法而言，是否逕沿襲德國實務及學說上多數見解，對於一般訴訟促進義務作狹義解釋，而認為不包括事案解明協力義務，實不無疑問。本文認為，當事人之事案解明協力義務具有使審理集中化及促進訴訟之作用，乃一般訴訟促進義務中不可或缺之一部分，亦即，當事人之一般訴訟促進義務應具有二重性，一為時間上之狹義訴訟促進義務，<sup>58</sup>另一則為內容上之一般協力事案解明義務。本次民事訴訟法之

<sup>55</sup> BGH, ZJP 104, 203 ff.; Arens, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZJP 96 (1983), 18 ff.; Lüke, JuS 1986, 3; Leipold, Prozeßförderpflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZJP 93 (1980), 239; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 282 Rdnr. 4。然而，近年來對於此多數見解提出批評之聲浪愈多：Peters, a.a.O., in: FS für Schwab, 1990, S. 399 ff.; Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, 1976, S. 29 ff. 氏由憲法上之要求及民事訴訟之目的（發現真實）推論出，應承認當事人之協力事案解明義務；Schlosser, JZ 1991, 599；Gottwald, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts? (Gutsachten A für den 61. Deutschen Juristentag), in: Verhandlungen des einundsechzigsten deutschen Juristentages, 1996, Band I, S. A19, 氏於1996年第61屆德國法律人年會提出報告，建議應修正德國民事訴訟法第138條第2項為：「當事人對於他造提出之事實，應為陳述，並對於爭執之事實，應提出所有自己持有或容易取得之相關資料。」

<sup>56</sup> BGH, ZJP 104, 203。

<sup>57</sup> 因此，於該判決之相關評釋中可見，反對事案解明義務之學者，就所謂之「第二位主張責任」提出強烈批評：Deubner, Aktuelles Zivilprozeßrecht, JuS 1990, 1004 ff.，然贊成事案解明義務之學者，則認為該判決乃德國法院之重要里程碑：Schlosser, JZ 1991, 604。

<sup>58</sup> 修正條文第196條第1項規定，當事人之攻擊防禦方法應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前「適當時期提出」，雖未仿德國民事訴訟法第282條，於該條文中有當事人應「促進訴訟」(Förderung des Verfahrens)之語，但自相關條文之多處立法理由觀之，「協力迅速進行訴訟之義務」、「一般的協力迅速進行訴訟之義務」或「訴訟促進義務」等語均一再被提起（見司法院編印，民事訴訟法部分條文修正草案對照表暨總說明，頁8、11、12、93、97、101、116、199，2000年3月），且失權制裁（第196條、第168條之2、第276條及第447條）又有更為強化及明確之規

修正，亦已將協力事案解明義務納於法條中，以下即分就當事人與法院間之事案解明協力義務（下二）及當事人相互間之事案解明協力義務（下三）論述之。

## 二、當事人與法院間之一般事案解明協力義務

相對於法院對當事人兩造均負有闡明義務，德國實務與學說上之多數見解認為，不負主張・舉證責任之當事人就事證之蒐集並不對法院負有一般協力解明事案之義務，其理由主要為：一般事案解明協力義務與辯論主義互為矛盾，<sup>59</sup>且不當介入市民自由權之領域，蓋沒有一方當事人應被迫協助對造取得使其勝訴，但其本來無法取得或處分之資料。<sup>60</sup>然而此等見解即便是從德國法本身之釋義學方法論看來，都有可議之處，近年來亦不斷受學者批評<sup>61</sup>就我國民事訴訟法言之，欲以辯論主義為理由而否定當事人對法院負有協力解明事案之義務，更有其不當。

辯論主義固然為民事訴訟之基本原則，當事人以其程序主體之地位，就事實與證據資料具有自由處分權限，然若將訴訟程序視為一個提供紛爭當事人進行對話溝通以解決紛爭之工具，則必須儘可能地確保對話溝通之平等地位，且非僅形式上之平等，而係實質上排除外在障礙（或強制），亦即，必須排除當事人在事實與證據資料提出上之障礙。此除可透過法官之闡明與公開心證以解決部分問題外，另亦有必要某程度限制當事人就事實、證據資料之處分自由，此乃為解決處分自由與

---

定，因此，當事人在時間上負有迅速進行訴訟之義務，應無爭議。另參見：邱聯恭，爭點整理方法序論（上），月旦法學第60期，頁128。

<sup>59</sup> BGH, ZfP 104, 203 ff.; Arens, a.a.O., ZfP 96, 1 ff.; Lüke, JuS 1986, 3。

<sup>60</sup> Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 137。

<sup>61</sup> 由於本文乃以我國民事訴訟法為論述客體，有關德國法制上之詳細論述與批評於此不得不捨棄。參考文獻可見：Morhard, a.a.O., S. 127 ff.氏從真實完全義務之觀點與德國民事訴訟法數次之修正走向，就純粹球賽式之民事訴訟程序予以批評；Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 4 ff.氏從德國憲法上基本權之保障及德國民事訴訟法第138條第1項、第2項、第445條以下規定、第423條與第282條第1項、第296條之關連性等，認為應可類推解釋上開條文課予當事人一般性事案解明協力義務。不過，渠側重於真實發現之觀點，忽略訴訟促進之要求，在論理上仍有不足之處。Peters亦同此見解：Peters, a.a.O., in: FS für Schwab, S. 399 ff.。

（武器）平等地位之緊張關係所不得不然之結果。而唯有透過程序上平等對話與論證之充實，始能使兩造當事人均對法院所認定之事實與裁判信服（信賴）。否則若僅從時間上縮短訴訟程序進行之時日，而忽略程序與裁判內容之品質，又豈能謂當事人之訴訟權受到保障？

再者，縱然退萬步言而認為，於民事訴訟法上未就一般事案解明協力義務有明文規定，然辯論主義亦未直接見於法條，也無人懷疑其乃民事訴訟程序之基本原則，其具體內涵係經由實務與學說視社會之進展而予以淬鍊或修正。因此，若僅以民事訴訟法未就一般事案解明協力義務有明文規定為理由而否認之，則未免淪於純粹法學之偏。況且，自我國新法條文觀之，實已將辯論主義作某程度之修正，此可見於第一九九條、一九九條之一、二六八、二六八條之二、二六九、二七〇條之一、二七六、二八八、二九六條之一等條文，而更傾向由法官與當事人在事實陳述（訴訟資料）與證據提出（證據資料）二方面均能共同協力蒐集事證資料以解明事案，<sup>62</sup>而使程序能公平且迅速進行。詳言之，經由擴大法官之闡明範圍，使當事人得獲法院協助，能適當為事實上及法律上之陳述、聲明證據、或使主張或否認具體化等，相對地，當事人本於其所負之真實完全陳述義務（第一九五條），就裁判所需之具體重要事實，本來即不問該事實有利或不利於己，均須為完全陳述，在法院闡明或公開心證後，則使當事人應協力解明事案之範圍更加明確化。此外，事案解明協力義務亦可能因事件類型（例如：一般財產權事件、侵權事件、現代型紛爭或家事事件等）之不同，而異其範圍。<sup>63</sup>

### 三、當事人相互間之一般事案解明協力義務

德國法上之多數見解，尚從民事實體法上報告請求權<sup>64</sup>之規定，就

<sup>62</sup> 參見：邱聯恭，民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變（二），月旦法學第54期，頁148以下；氏，民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變（三），月旦法學第55期，頁143以下。

<sup>63</sup> 參見邱聯恭，民事訴訟法研究會第69次發言記錄，法學叢刊第174期，頁212以下。

<sup>64</sup> 此處僅列舉較重要者，例如：德國民法第260、402、444、666、681條第2段、713、716、740、799、809、1379、1435、1580、1605、1613、1686、1799、1839、1841、2003、2011、2012、2027、2028、2057、2127、2314、2362條第2項等；另尚有商法第87條之3、汽車交通保險一般條款（AKB）第7條等。

訴訟法上當事人事案解明協力義務予以否定。此見解認為，實體法上之規定即足以解決當事人間就事實、證據資料偏在之問題，由於可透過階段訴訟之方式（Stufenklage），先行請求對造開示資料，因此無另外承認訴訟法上一般事案解明協力義務之必要。

由於我國實體法上就報告請求權之規定有所不足，因此欲以階段訴訟之方式請求對造開示資料，有其困難。縱然可以提起階段訴訟，然要求當事人就同一紛爭分階段進行訴訟程序，亦有其不當。<sup>65</sup>再者，民事訴訟法與民事實體法有其規範上之差異，二者間雖具有交互共通性，<sup>66</sup>例如：平等原則、誠信原則、情事變更原則、權利能力與訴訟能力等，然在規範目的及結構上則有其特殊性：實體法之規定不以紛爭之存在為前提，對於當事人間之權利義務關係有明確之構成要件與法律效果；然訴訟法卻以紛爭之處理為出發點，並無法預設程序進行之結果而具有開放性。<sup>67</sup>因此，縱然實體法上已規定有報告請求權，亦不排斥於訴訟法上另根據當事人間之訴訟法上關係（Prozeßrechtsverhältnis）就一般事案解明協力義務為規定，蓋二者各有其獨立之制度目的。當事人之所以負有訴訟法上之事案解明協力義務，乃基於憲法上所保障之平等權<sup>68</sup>、訴訟權及財產權等使然，換言之，訴訟之結果不應取決於何造當事人接近且可使用某訴訟資料或證據，亦不應使他造當事人因事證資料使用上之困難，致生不必要之勞費付出，而減損系爭外財產權。

此外，相對於德國民事訴訟法上就一般事案解明協力義務欠缺明文規定，我國此次修正民事訴訟法，實已將當事人間之事案解明協力義務

<sup>65</sup> 參見：Schlosser, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, JZ 1991, 599ff., 氏從比較法之觀點，參酌美、英、法三國民事訴訟法上關於事證蒐集之規定，批評德國民事訴訟法中關於事證接近權（das Recht auf Zugang zu Information und Beweisquellen）之不足，而此亦不宜透過實體法之規定循階段訴訟之方式解決之。

<sup>66</sup> 參見：Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 1 ff.。

<sup>67</sup> 參見：Häsemeyer, Prozeßrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts—Zur Unvertauschenbarkeit materieller und formeller Rechtssätze, AcP 188 (1988), 140 ff.。

<sup>68</sup> 憲法上之平等權體現於民事訴訟法上即為武器平等原則（Waffengleichheit）與風險平等原則（die gleichmäßige Verteilung des Risikos）。參見：Böttcher, Die Gleichheit vor dem Richters, in: ders., Gleichbehandlung und Waffengleichheit — Überlegungen zum Gleichheitssatz, 1979, S. 9 ff.。

明定於條文中，新法第二七七條但書及第二八二條之一應可視為事案解明協力義務之一般性規定。此二條文雖規定於證據一節內，但因舉證責任與主張責任具有對應性，<sup>69</sup>負舉證責任之當事人即應負主張責任，因此亦可據以一併說明事實陳述（訴訟資料）之協力解明義務。例如：在醫療事件<sup>70</sup>中，當事人間就事實與證據資料之蒐集與取得，有不公平且違背正義原則之情形，亦即，原告就醫療行為及其與損害間之因果關係，常難能具體陳述並進而證明，而致遭法院以未盡主張責任與舉證責任駁回起訴。依新法規定，法官可適用第二七七條但書，適當調整當事人之主張責任與舉證責任，至於應如何調整，尤其是在欠缺法律規定但顯失公平之情形，<sup>71</sup>必須由法官視具體個案依誠信原則、平等原則等決定之，可自最極端之完全轉換舉證責任、部分轉換舉證責任到不轉換舉證責任，而僅命他造協助陳述相關事實或提供資料，蓋第二七七條但書並未規定必須一律須轉換舉證責任，且舉重以明輕，既然舉證責任皆有可能轉換，則不轉換舉證責任而僅使當事人說明或提供特定相關資料，又何嘗不可？於此，若法官能妥善運用訴訟指揮與闡明，適當公開心證並與當事人進行法律上意見之討論（Rechtsgespräch），<sup>72</sup>則亦不會有責任歸屬不清或有礙法律明確性之問題。此外，不負舉證責任之當事人至少亦負有不破壞事案解明之不作為義務，此即證明妨礙之規定（第二八二條之一），亦即，當事人不得為妨礙他造使用證據，而故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用，否則，法院得將他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實認定為真實。

再者，事案解明協力義務之個別性規定乃明文見諸於法條：在文書提出義務方面，可見於第三四二條第三項、三四四、三五九條第二項，尤其是第三四四條第一項第五款，大幅擴大文書提出義務之範圍，只要是與訴訟有關之事項所作成之文書，當事人皆有提出之義務，而對於他

<sup>69</sup> 參見：駱永家，民事舉證責任論，頁55以下。

<sup>70</sup> 另尚有如：交通事故、商品製作人責任、公害糾紛等。見：司法院編，民事訴訟法部分條文修正草案對照表暨總說明，頁84，1999年。

<sup>71</sup> 法律別有規定之情形，例如：民法增訂第191條之1、第191條之2、第191條之3，消費者保護法第7條、第8條、第9條等。

<sup>72</sup> Laumen, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 1 ff.

造所執之文書，於聲請法院發文書提出命令，但就文書之特定及其內容有表明困難時，法院亦得命他造為必要之協助（第三四二條第三項）；<sup>73</sup>在勘驗方面，經由準用書證之相關規定（第三六七條），使當事人亦負有勘驗義務；此外，本次修正又引進當事人訊問制度（第三六七條之一以下規定），更強化當事人解明事案之義務。<sup>74</sup>因此，縱然不認為證據通則中之第二七七條及第二八二條之一乃事案解明義務之一般性規定，亦可經由法類推（*Rechtsanalogie*）<sup>75</sup>之方式，自各目中上開個別條文所據之基本理念，推論出當事人負有一般性事案解明義務。

## 肆、結 論

一八七二年法學大儒耶林於「為權力而奮鬥」一文中，將民事訴訟程序視為乃兩造當事人間之「戰爭、革命、論戰、決鬥、防衛」，<sup>76</sup>有其時代背景，此種訟爭模式於二十一世紀之今日，已顯現出無法因應社會與人民需求之窘態，如何建構一個適合於現代社會之民事訴訟程序，乃值得繼續深思之課題。就新民事訴訟法之修正條文以觀，已逐漸呈現出一個對話溝通式之民事訴訟程序的雛形，法院與當事人作為民事訴訟法上法律關係之主體，就事證資料之蒐集各負其義務，並須相互協力解明事案，換言之，原則上雖由負主張、舉證責任之當事人提出事實證據，但他造當事人亦非完全可置身事外，而法院則以闡明或公開心證之方式，使事證資料更為充實，在法院與當事人相互間就事實及證據資料進行有效率之蒐集與論證下，可提高當事人對於裁判之信服度。

《本文原以「論民事訴訟法修正條文中之法官闡明義務與當事人之事案解明義務」為題，刊載於：萬國法律雜誌第一一期，頁40至54，2000/6》

<sup>73</sup> 關於證據法上之文書提出命令，詳細之論述參見：許士宦，證據開示制度與秘密保護程序——以證據保全與文書提出命令為中心，台大博士論文，頁271以下，1999年。

<sup>74</sup> 當事人本人訊問制度之功能，詳請參見：邱聯恭，當事人本人供述之功能——著重於闡論其思想背景之變遷，民事訴訟法之研討（三），頁616（尤其是頁643以下）。

<sup>75</sup> Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.Aufl., 1991, S. 383ff., 又稱為“Gesamtanalogi”。

<sup>76</sup> “...Zivilprozeß in eine Reihe mit Krieg, Revolution, Fehde, Duell und Notwehr., Vgl. Greger, Vom „Kampf ums Recht“ zum Zivilprozeß der Zukunft, JZ 1997, 1077.



# 論民事訴訟程序中當事人之不知陳述

## ——兼評析民事訴訟法中當事人之陳述義務 與訴訟促進義務

### 目 次

#### 壹、前 言

#### 貳、民事訴訟程序上之對話結構

- 一、古典主義下之處分權主義與辯論主義：與「理想言談情境」間之衝突
- 二、從「為權利而奮鬥」到「為權利而溝通」

#### 參、當事人之訴訟法上義務——陳述義務與訴訟促進義務

##### 一、陳述義務

- (一)真實完全義務 (Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht)
- (二)具體化義務 (Substantierungspflicht)

##### 二、訴訟促進義務

- (一)訴訟促進義務之二重內涵：狹義訴訟促進義務與解明事案協力義務
- (二)狹義訴訟促進義務
- (三)當事人與法院間之一般解明事案協力義務
- (四)當事人相互間之一般解明事案協力義務

#### 肆、當事人不知之陳述

##### 一、現行法之缺失

##### 二、不知陳述之許可要件

- (一)「當事人」之陳述
- (二)主觀要件：不知或不記憶
- (三)客觀要件：資訊探知義務 (Informationspflicht) 之踐行

#### 伍、判決評釋：代結語

- 一、最高法院七〇年度台上字第一五二九號民事判決：對於自己之行爲為不知之陳述



(一)事實及判決理由

(二)評 釋

二、台灣高等法院臺南分院八七年度上字第二二三號民事判決：對於他人之行爲爲不知之陳述

(一)事實及判決理由

(二)評 釋

三、台灣高等法院高雄分院八六年度訴字第一三九號民事判決：非自己生活範圍內之事實

(一)事實及理由

(二)評 釋

## 壹、前 言

當事人在民事訴訟程序中，對於他造主張之事實為不知或不記憶之陳述（下簡稱為「不知陳述」）時，依民事訴訟法<sup>1</sup>第二八〇條第二項規定「應否視同自認，由法院審酌情形定之」，由於不知或不記憶之陳述介於自認與爭執間之模糊地帶，法院對於該項陳述所為之評價，常成為決定訴訟勝敗結果之所在，亦即，法院若將該陳述視同自認，則負主張與舉證責任之當事人就該事實無庸再行舉證，然若將之視為爭執，則須由主張該事實之他造盡舉證之能事。法院應根據何項標準來判斷當事人不知或不記憶之陳述究竟為自認或爭執，迄今在實務上尚未形成判例，甚至於判決間亦有標準分歧不一，或標準不明之情形，例如：於最高法院七〇年度台上字第一五二九號民事判決<sup>2</sup>中，最高法院就被上訴人對於系爭支票帳戶是否為其所開設一事稱「不太瞭解」之陳述，對於高等法院將之逕視為否認而為被上訴人非共同發票人，不付清償票款責任之認定，認為於法未合，而裁示應探知當事人該項「陳述之真意為何，是否應視為對於上訴人所主張之事實為自認？」，然於該判決中，並未進一步提示法院就當事人上開陳述之認定標準何在，及其法理依據為何。<sup>3</sup>再者，於民事訴訟法之教科書中，亦多未就第二八〇條第二項之規定，有詳細之闡述，而泰半均以某事實在客觀上或情理上是否為當事人所經歷或應知悉，作為認定是否自認之標準。<sup>4</sup>即連於審理集中化

<sup>1</sup> 以下未特別標明法典者，均指我國民事訴訟法。

<sup>2</sup> 由於最高法院並不就事實為認定，因此，有關不知陳述之相關判決多見於第一、二審法院。經查詢司法院法學資料庫系統（判例／判決／決議），相關裁判於最高法院僅有最高法院70年度台上字第1529號民事判決一則。

<sup>3</sup> 就該判決及其他二則判決之詳細分析與檢討，請參見五、判決評釋——代結語之部分。

<sup>4</sup> 參見：吳明軒，中國民事訴訟法（中冊），頁819「非當事人所經歷或應知悉者，……因應認為爭執之表示」；曹偉修，最新民事訴訟法釋論（中冊），頁947「大凡某事實於情理上應為當事人所知並能記憶，而為不知或不記憶之陳述者，即應視同自認，設某事實非該當事人所經歷，在客觀上不能認該當事人有應知或能記憶之情形者，當事人為此陳述時即難視同自認。」；王甲乙／楊建華／鄭建才，民事訴訟法新論，頁353「凡某事實於情理上不能責當事人知悉或記憶者，皆不得……視同自認。反之凡某事實於情理上當事人應能知悉或記憶而為不知或不記憶之陳述者，則應視同自認。」；陳計男，民事訴訟法論，頁451，1999年修訂新版

與強化當事人協力迅速進行訴訟義務為立法旨趣之新民事訴訟法（以下簡稱為「新法」）修正條文中，<sup>5</sup>亦未見就第二八〇條第二項之規定有絲毫之更動。<sup>6</sup>

然而，此並不意味著第二八〇條第二項有關當事人不知陳述之規定，在解釋論及立法論上毫無疑義存在。若從當事人與法院對於成為裁判基礎之事實、證據資料的提出與蒐集，各負其責之觀點來看，<sup>7</sup>則該條項之規定，具有以下問題：法院容許（或不容許）當事人為不知陳述之根據何在？當事人之不知陳述是否與其所負之訴訟法上義務（如：陳述義務、訴訟促進義務）有所衝突？爭點之確定乃法院進行證據調查之前提，在當事人為不知之陳述時，法院應如何由該陳述確定爭點為何？當事人知悉或記憶與否涉及個人主觀因素，如何或是否應使法院將不知陳述視為自認之判斷標準客觀化？法院於將當事人之不知陳述視為自認時，應如何防止突襲性裁判之發生？僅以該事實係當事人本人之行為或認識範圍內之事實<sup>8</sup>作為判斷標準是否適當？當事人之不知陳述如經法院擬制為自認，於第一審言詞辯論終結前，甚至於第二審程序中，該當事人就擬制自認之事實再為爭執，是否應一概允許，或是否應視有無逾時提出攻擊防禦方法之情形而定（第一九六條第二項、二七六條、四四七條）？

---

「凡某事實於情理上不能責當事人知之或記憶者，……自不能因其陳述不知或不記憶而視同自認。反之，某事實於情理上當事人應能知悉或記憶，例如自己親歷之重要事實或剛發生過之事實，而陳述不知或不記憶者，則可視同自認。」。

<sup>5</sup> 民事訴訟法關於審理集中化之修正條文於2000年1月15日經立法院三讀通過，2月11日施行，共計新增修訂一百二十餘條。

<sup>6</sup> 該條規定是否修正，曾於司法院民事訴訟法研究修正委員會提出討論，但因僅有邱聯恭委員及王甲乙委員建議修正，終未為進一步之討論及修正。參見：司法院編，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（五），頁1280至1301，1998年6月。不過，在證據法方面，第三五八條第二項規定修正為：「當事人就其本人之簽名、蓋章或按指印為不知或不記憶之陳述者，應否推定為真正，由法院審酌情形斷定之。」

<sup>7</sup> 參見：駱永家等，民訴法研究會第63次「法院的訴訟指揮權和當事人的聲明權、異議權」，民事訴訟法之研討（七），頁350以下；邱聯恭，該次會後補註，民事訴訟法之研討（七），頁409以下。Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZJP 93(1980), 237 ff.; Lange, Zum Umfang der Substantiierungspflicht im Zivilprozeß, DRiZ 1985, 247.

<sup>8</sup> 此乃德國民事訴訟法第138條第4項之規定。

民事訴訟法之修正，歷經十餘年來<sup>9</sup>之研究討論，有關審理集中化部分之修正條文終於在2000年初經立法院三讀通過，並經總統公布施行（以下簡稱為「新法」）。其中多數條文均涉及當事人與法院應如何蒐集成為裁判基礎之事實及證據資料。縱然第二八〇條第二項關於當事人不知陳述之規定本身沒有任何修改，但由於有關事證蒐集之規定於新法中有相當幅度之修正，因此不論在立法解釋、體系解釋或目的解釋下，勢必將影響到法院對於當事人不知陳述之認定，究竟應如何適用、解釋新法規定以解決有關當事人不知陳述之問題，乃本論文寫作之動機。

## 貳、民事訴訟程序上之對話結構

在討論當事人基於其訴訟上義務應如何於訴訟程序上為陳述或為事證資料之蒐集前，於此應先對於民事訴訟程序上之對話結構為一鳥瞰。

### 一、古典主義下之處分權主義與辯論主義：與「理想言談情境」間之衝突

於歐陸國家，自十九世紀自由主義風潮盛行以降。當事人於民事訴訟程序上之主體地位即受肯定，並據此確立民事訴訟程序上之兩大基本原則——處分權主義與辯論主義，我國亦繼受之。此種訴訟結構看似賦予當事人充分之自主空間，得藉由訴訟程序進行為解決紛爭之對話溝通（或攻擊防禦），以保障其私權，並將法官之角色定位為被動觀察者，以排除其不當之干預。但如將此種民事訴訟程序上所進行之對話溝通與所謂之「理想言談情境」（die ideale Sprechsituation）相較，則仍有一段差距。

詳言之，根據德國社會學家哈伯瑪斯（Jürgen Habermas）對於「理想言談情境」之定義與描述，其必須具備下列要件<sup>10</sup>：（一）對話溝通

<sup>9</sup> 司法院民事訴訟法研究修正委員會工作計畫自1983年7月1日開始實施，本預計3年完成，其間雖陸續通過調解程序、簡易程序、小額訴訟事件等，然重要之促進審理集中化修正草案直至2000年始告完成，歷時逾16年。

<sup>10</sup> Habermas, Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie — was leistet die Systemforschung? S. 136 ff.; Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, S.

不受外在影響或強制所阻礙，（二）在所有參與對話溝通者之間必須分配有同等對稱的機會，使其能自由地選擇溝通行為方式並依其選擇為之，（三）各個溝通參與者必須認清其參與溝通之真正目的何在，（四）對話溝通者之角色具有可互換性。<sup>11</sup>在此標準下，民事訴訟程序中之辯論或論證，尚有下列相違之處：

1.策略性訴訟技巧之運用：在訴訟程序上之辯論常遭來自於當事人或法官之策略性的訴訟技巧所影響、控制或扭曲，亦即，一方面，當事人皆希望經由對於訴訟資料或證據之掌控或保留而影響訴訟結果；另一方面，法官又常隱藏其心證，因為擔心若一旦公開心證，當事人可能會因知道何項事實或證據資料足以影響訴訟結果而刻意隱匿，<sup>12</sup>或又顧慮與當事人進行法律上討論之結果，將加重法院之負擔。

2.形式上平等與事實上不平等：憲法上平等權之保障雖亦具體規定於民事訴訟法，而在程序制度上儘量朝向使兩造當事人享有地位平等、風險平等以及聽審機會平等，但由於法律生活之複雜化，一般社會大眾常不清楚自己究竟有哪些請求權而無從於訴訟上主張，或適當運用程序上制度，而法律專門用語之艱澀難解，亦對於當事人形成語言溝通上之障礙，<sup>13</sup>此等事實上之法律知識欠缺，使得當事人在程序上之處分自由或選擇自由受到限制。再者，縱然在一般財產權訴訟，且兩造當事人皆聘請具相當能力之律師以進行訴訟，但於個案中有時仍不免有事證偏在一方之情形，而形成事實上之事證資料使用不平等。至於其他程序外之不平等，例如：資力、知識、社會階層等，亦皆可能影響到訴訟上之結果，自不待言。

---

134 ff.

<sup>11</sup> 參見：E. v. Hippel, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß*, 1939, S. 251.

<sup>12</sup> 參見：Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, S. 158 ff.; Brehm, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freien Verhandlungswürdigung*, 1982, S. 44; Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß*, S. 143.

<sup>13</sup> Baumgärtel, *Gleicher Zugang zum Recht für alle*, 1976, S. 114 ff.; Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, 1983, S. 124.

## 二、從「為權利而奮鬥」到「為權利而溝通」

有鑑於此，晚近德國民事訴訟制度之走向不僅透過立法或判例一般性地儘可能建構一個使當事人間有實質上等同機會得以論證、辯論之程序，例如：團體訴訟制度、法律扶助制度、證明妨礙、表現證明理論之建立等，此外，更強調法官於個案中之積極介入角色而擴大闡明之範圍（德國民事訴訟法第一三九條、尤其是第二七八條第三項），<sup>14</sup>亦即，法官於個案中應與當事人就將來可能之判決的重要法律上觀點進行對話，實質地參與程序上之論證、溝通，進而促使當事人與法院三方間之對話活潑化，此被認為可促進當事人間之實質平等、提高和解率以及防止突襲性裁判之有效作法，也因為法官角色之轉變，德國民事訴訟程序被評價為從兩造當事人間之「為權利而奮鬥」所呈現出「戰爭、革命、論戰、決鬥、防衛」的面貌，逐漸轉向於「為權利而溝通」。<sup>15</sup>

我國民事訴訟法近年來之發展，亦有朝向強化法官闡明以防止突襲性裁判，以及促進兩造當事人間程序上實質平等之走向，<sup>16</sup>以活化當事人與法官於訴訟程序中之溝通對話，此並具體落實於2000年2月間所公佈施行之新增修條文，例如：第一九九條之一第一項（法律關係主張不明瞭或不充足之闡明；防禦方法或反訴之闡明）、第二四四條第四項（金錢損害賠償之訴補充聲明金額之闡明）、第二九六條之一第一項（爭點之曉諭）、第二六五條至第二六八條（法官與當事人共同整理、確定並協議簡化爭點）、第二七七條但書（舉證責任之重新分配）、第二八二條之一（不得以不正當手段妨礙他人使用證據），第三四二條第三項（對於他造所為文書提出命令之聲請，應為必要之協助）、第三四四條第一項（文書提出義務之擴大）等。

<sup>14</sup> 參見：沈冠伶，論新民事訴訟法中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務，萬國法律，頁49，註21，收錄於本書頁3以下。

<sup>15</sup> Greger, "Vom Kampf ums Recht,, zum Zivilprozess der Zukunft, JZ 1997, 077。

<sup>16</sup> 邱聯恭，民事訴訟法學之回顧與展望，載於：法學叢刊雜誌社，當代法學名家論文集，頁162以下，1996年。就新增民事訴訟法條文之詳細分析與討論，請參見：邱聯恭等，處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變—著重於評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景，民事訴訟法研討會第72次研討會記錄，法學叢刊第177期，頁125以下，1999年。

## 參、當事人之訴訟法上義務—陳述義務與訴訟促進義務

民事訴訟程序如應為上述對話溝通方式之程序結構，則當事人應如何為其訴訟行為，又負有何等程序上義務，則為下文所欲探討之課題。

首應說明的是，對於當事人於訴訟程序中所為之行為，其規範類型主要可大別為負擔（Last）規範與義務（Pflicht）規範，二者之區別主要在於：如規範之法律效果非就當事人之行為有所評價，而僅係就其自身利益因作為或不作為所可能遭受之危險或不利益，根據衡平原則為分配時，乃屬負擔規範，德國法上之舉證責任規定（Beweislastnormen）是為一例，<sup>17</sup>當事人可自行決定是否為舉證行為，如不為之，並不違法，其受不利益之結果，亦與其行為之可歸責性無關；反之，如抽象一般性地規定或授權由法院於具體個案中要求當事人應作為或不作為，且該行為不僅涉及當事人自身之利益，尚對其他訴訟主體（法院、他造當事人）之程序利益有所影響，並就違反一般規定或法院具體命令之行為本身規定有一定之法律效果時，則屬義務規定。<sup>18</sup>據此區別標準而言，延滯訴訟之行為對於當事人之程序利益及法院均有重大影響，而為訴訟法所不許，且因行為本身必須具備可歸責性，始受到制裁之法律效果（參見第一九六條、二七六條、四四七條），因此，促進訴訟應屬於當事人之訴訟法上義務。再者，當事人應如何為陳述，有與誠實信用原則有關者，如陳述之真實完全性，亦有與促進訴訟一事相關連者，如陳述之具體化，此亦皆與行為是否合於訴訟法上一般要求或法官具體命令為

<sup>17</sup> 舉證責任之規定是否僅屬在事實真偽不明時之不利益歸屬分配，於我國學說上，已有不同見解，此係因我國民事訴訟法有相異於德、日之規定。參見：邱聯恭，民事訴訟法之研討（六），頁174以下。氏認為，我國民事訴訟法第277條就舉證責任之分配定有明文，在解釋上，應將該規定理解為「課求主張利己事實者（一造當事人）應為舉證活動，亦即負有提出證據以使受訴法院確信該事實存在之責任」。依氏之見解，似將第277條之規定亦解釋為係當事人訴訟法上義務之規定。

<sup>18</sup> 參見：Lent, ZJP 67(1954), 344 ff.; Henckel, ZJP 92 (1979), 100 ff., 104 ff.; Leipold, ZJP 98 (1985), 237 ff., 243; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 2 III. 1. 2.

有關，而非僅涉及於不為如此陳述時之不利益分配，於此範圍內，應認為當事人負有真實完全義務及具體化義務。<sup>19</sup>

當事人之訴訟法上義務係來自於訴訟法上之法律關係（ProzeBrechts-verhältnis），<sup>20</sup>此法律關係不僅存在於利用國家訴訟程序之各當事人與法院間，亦存在於兩造當事人之間，為一個三角法律關係，而與民法上之法律關係有別。<sup>21</sup>當事人所負之訴訟法上義務有各式各樣，<sup>22</sup>限於篇幅，以下僅就與當事人不知陳述最為相關之陳述義務與訴訟促進義務論述之：

## 一、陳述義務

### （一）真實完全義務（Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht）

#### 1. 主觀上之真實<sup>23</sup>

我國民事訴訟法第一九五條第一項規定，當事人就其提出之事實，應為真實及完全之陳述。何謂「真實」？姑且不論哲學上對所謂「客觀真實」是否存在一事之爭論，在民事訴訟程序上，當事人並不被強迫須對過去客觀存在之事實為完整之重現工作，由於當事人在訴訟程序上對於事實之陳述，可能因其心理與生理能力不同而有差異，因此其應僅就

<sup>19</sup> 參見：Lange, Zum Umfang der Substantiierungspflicht im Zivilprozeß, DRiZ 1985, 247.

<sup>20</sup> 於19世紀雖對訴訟是否為一個法律關係有所爭論，不過，現今民事訴訟法學界已無人再就此有所異議，一致認為：訴訟不僅是一個程序狀態，亦是一個法律關係，故程序參與者間享有權利負有義務。參見：Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage (1925), S. 1 ff.; Konzen, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, 1976, S. 104 ff.; Nakano, Das Prozeßrechtsverhältnis, ZZZ 79, 99.

<sup>21</sup> 因此，以民法上私法自治原則來論述訴訟法上處分權主義與辯論主義根據的見解，是否適當，不無疑問。

<sup>22</sup> 基於訴訟法關係所生之訴訟法上法定義務（Gesetzliche Parteipflichten），除本文中所述之真實完全義務、具體化義務、訴訟促進義務、事案解明義務外，尚包括到庭義務、文書提出義務、受勘驗義務、訴訟費用義務、誠正進行訴訟義務（die Pflicht zur redlichen Prozeßführung）等。此外，當事人亦可透過訴訟契約，另行約定訴訟法上之意定義務（Gewillkürte Parteipflichten）。參見：Lüke, Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis, ZZZ 108(1995), S. 427(443 f.).

<sup>23</sup> 此處由於僅涉及當事人就事實之提出與陳述，尚未及於法院就事實之認定，因此與形式真實說、實質真實說或值得當事人信賴的真實說之爭論無關。



主觀上所認識到之事實負有真誠（wahrhaftig）與完全陳述之義務，而不可故意為已知事實相違之虛偽陳述。<sup>24</sup>

民事訴訟法上雖未明文規定違反真實完全義務之法律效果，然真實完全義務之規定亦非具文。<sup>25</sup>故意違背真實義務所為之虛偽陳述，因違反第一九五條而不具陳述之效力，法院不得將當事人所陳述之事實作為裁判之基礎，<sup>26</sup>亦即，若虛偽陳述之事實屬於主張者，則將被視為未主張；屬於否認者，將被視為不爭執。此外，對造或第三人若因當事人之不實陳述而受有損害時，亦可依民法第一八四條第二項提起損害賠償之訴，<sup>27</sup>即第一九五條第一項應認為係民法第一八四條第二項所稱「保護他人之法律」。

<sup>24</sup> Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl. § 138 Rdnr. 2; Thomas/Putzo, ZPO, § 138 Rdnr. 3. 於此，值得一提的是，德國通說一方面認為當事人就事實資料之提出僅負主觀真實義務，另一方面，卻認為民事訴訟之目的在發現客觀真實，以保障實體法上之權利（Rechtsschutz），並據此作為判決既判力之根據。然而，此見解有以下問題存在：1. 依辯論主義，民事訴訟法院僅能依當事人所提出之事實、證據資料作為裁判之基礎事實，當事人既僅負有主觀真實義務，法院根據當事人主觀上所認識到之事實，如何能進一步確認客觀真實為何？2. 如果既判力之根據在於，經由訴訟程序發現客觀真實以保障私權，則無法說明，何以錯誤（與客觀真實不符）之裁判在未經提起再審之訴以前，仍具有既判力。因此，民事訴訟程序上之「真實」概念究竟為何？其與民事訴訟之目的以及各個程序制度間之關係又為何？則有進一步釐清之必要。德國學界已有從系統論與溝通行為理論之不同觀點來分析此等問題。參見：Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl., 1989, S. 17-26, 28 ff.; ders., Das Recht der Kommunikativen Handlung, 3. Aufl. 1989, S. 130 f. 139, 434; ders., Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, 544; Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 138 f., 143 ff.; Gilles, Verfahrensfunktionen und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidung im Zivilprozeß, in: FS für Schiedermaier, 1976, S. 183 ff. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, S. 371 ff., 422 ff.; 我國學界關於程序上真實之討論，請參見：邱聯恭，值得當事人信賴的真實，收錄於：氏，程序制度機能論，頁39以下，1996年；邱聯恭，民事訴訟之目的，程序制度機能論，頁156以下；李茂生，自白與事實認定之結構，收錄於李茂生，權力、主體與刑事法—法邊緣之論述，頁91至126，1998年。

<sup>25</sup> 認為此條規定僅為具文者：姚瑞光，民事訴訟法論，頁245，1999年修訂版。

<sup>26</sup> 參照：Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 65 VIII 7 S. 366; Thomas/Putzo, ZPO, § 138 Rdnr. 9.; Zöller, ZPO, § 138 Rdnr. 7.

<sup>27</sup> 不當提訴之損害賠償乃一介於民事實體法、訴訟法與費用法交錯領域之重要課題，值得進一步探討之。參見：Shen, Die Erledigung der Hauptsache als

## 2. 真實完全義務之作用：當事人事證處分自由之限制

真實完全義務與辯論主義間實存有某程度之緊張關係，依辯論主義，原則上僅有當事人所提出之訴訟資料，法院始得將之作爲裁判之基礎，法院亦不得依職權調查證據，民事訴訟程序上事證資料之蒐集與提出，由當事人自由決定並處分之。然而，此並不意味著當事人在訴訟程序上的事證處分自由乃無所限制，而是必須受制於真實義務，<sup>28</sup>以及其他訴訟法上之義務（例如：以下將要說明之具體化義務、訴訟促進與解明事案協力義務等）。<sup>29</sup>至於真實義務與辯論主義二者間相互影響之範圍與大小，則可能因訴訟觀與訴訟目的論<sup>30</sup>之不同而有若干差異，此可由真實完全義務在德國法上之演進得見。1877年制定之德國民事訴訟法，在律師界之強烈反對下，未課以當事人負有真實義務，然其後隨著純粹自由主義訴訟觀之鬆動，即逐步強化法官之訴訟指揮權與闡明義務，<sup>31</sup>並限制當事人對訴訟程序之恣意支配，於1933年終於將當事人之真實完全義務明文規定於法條中（德國民法第一三八條第一項）。<sup>32</sup>

---

verfahrensrechtliches Institut zwischen Dispositionsmaxime und Kostenrecht, 1999, S.168; Häsemeyer, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, 1979, S. 149.

<sup>28</sup> 參照：Bernhard, Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß, JZ 1963, 245 ff.; Häsemeyer, Parteivereinbarung über präjudizielle Rechtsverhältnisse, ZJP 85 (1972), 27 ff. 就此，持反對意見者為：Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 180 f. 氏認為，當事人於訴訟程序上依辯論主義就事實資料具有完全處分自由，此乃基於私法自治原則。此項見解，不無疑問，蓋私法自治雖乃民法上之至高原則，且民事實體法與民事程序法又具有密切關係，然而，民事訴訟程序有其目的，辯論主義之範圍與界限自應依民事訴訟之目的予以界定，而非一味以私法自治原則為說明。

<sup>29</sup> 有關事實、證據處分自由之限制，請參見：邱聯恭，民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變（三），月旦法學雜誌第五五期，頁145，1999年。在德國法上，有關辯論主義適用之範圍及限制，請參見：Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 97, 102 f., Weyers, Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß, in: Dogmatik und Methode, FS für Josef Esser, 1973, S. 193 ff.; Schneider, DRiZ 1980, S. 221 f.

<sup>30</sup> 關於民事訴訟之目的，向來眾說紛紜，詳細論述參見：邱聯恭，民事訴訟之目的，載於：程序制度機能論，頁161以下。

<sup>31</sup> 自1910年代開始，在德國即有應調整當事人與法官於事證調查上責任之見解，並認為，鑑於德國之民族性，不應完全採用法國制度，而應強化法官之詢問權。參見：DRiZ 1913, 736, 756, 765 f.; Brehm, a.a.O., S. 163.

<sup>32</sup> 有關德國民事訴訟法第138條第1項真實義務規定之演進，參見：Wurzer, Die Lüge

不過在與當事人不知陳述之相關問題上，僅從真實完全義務而論，似尚難充分解決之。此因一方面當事人主觀上之知悉或記憶與否，外界難能探知，因此常有無法判斷其究竟是否違背真實義務之情形；另一方面，在當事人不記憶之情形，若不記憶與其主觀上狀態相符，則亦無法以真實義務為理由，促當事人進一步探查其本應容易取得之資料以回復記憶而為陳述。<sup>33</sup>此外，若當事人所須陳述之事實涉及第三人之行為，由於該行為非當事人本人作成，縱然第三人係當事人之代理人、權利或物之讓與人、同居人、親屬、或職務上、工作上具有密切關係之人，若當事人主觀上不知上開第三人是否曾為某行為之事實，則其所為之不知陳述，亦難謂違反真實義務。

## (二)具體化義務 (Substantierungspflicht)

### 1.具體化義務之作用：整理確定爭點

民事訴訟法第一九三條規定，當事人應就訴訟關係為事實上及法律上之陳述，第一九五條第二項規定，針對他造提出之事實及證據，當事人必須為陳述，上開規定，雖未明白表示當事人應陳述之程度為何，然依新增訂之第二六六條第三項規定，原告與被告需各就請求與答辯之事實及理由、證據、爭執之理由等於準備書狀與答辯狀內「具體記載」，於記載未具體明白時，審判長得依第二六八條規定，命當事人就特定事項「詳為表明」，若當事人未依上開規定提出記載完全之書狀時，法院尚得依第二六八條之二規定，依聲請或依職權命當事人說明理由，若當事人仍未說明時，則可能遭失權之制裁（第二六八條之二第二項）等，可見當事人之陳述不以大概為已足，而必須儘可能地具體。

具體化陳述義務之依據係來自於訴訟促進之要求及訴訟權之保障。<sup>34</sup>詳言之，一方面，具體化陳述可使法院儘早且容易確定爭點之所在，並

---

im Prozesses, ZZP 48 (1920), 463 f.; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 138 Rdnr. 1; Hackenberg, Die Erklärung mit Nichtwissen (§ 138 IV)—Zugleich eine kritische Analyse der Lehre der “allgemeinen Aufklärungspflicht“, 1995, S. 40 ff.

<sup>33</sup> Morhard, Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen, 1993, S. 84.

<sup>34</sup> 在德國民事訴訟法上就具體化義務雖無類似於我國之法條規定，但於實務上及學說上早已肯定之。至於具體化義務之依據，則從真實完全義務與訴訟促進義務不同觀點論之。認為具體化義務乃自真實完全義務所延伸之見解，參見：BGH, NJW

據此決定證據調查之方向，進行有意義而非天馬行空或無益之證據程序，以減少法院勞力、時間、費用之浪費，抑有進者，更可避免重複傳喚證人（第三人），使其免於受重複訊問之勞煩；另一方面，經由要求當事人在書狀先程序、準備程序或準備性言詞辯論期日中為具體化之陳述以確定爭點，亦可避免於言詞辯論期日中遭受來自於對造之突襲，而能進行適當且有效之攻擊防禦，此實有助於貫徹訴訟權之保障，否則，如一方當事人於言詞辯論期日中始得知對造之攻擊方法，而卻未能提出有效之防禦方法，亦難謂其訴訟權已受到保障，且於此情形亦有違武器平等原則。

## 2. 主張與爭執之具體化及其例外

陳述之具體化程度則因陳述為主張或爭執<sup>35</sup>略有不同。首先，原告之主張陳述不僅以概括描述構成請求權基礎之要件事實為已足，通常必須再就間接事實為具體陳述，例如：在價金請求事件中，原告除陳述與被告間存在有買賣契約外，尚必須對於口頭約定之時間、地點、內容等為具體陳述了，而被告則須就原告之具體化主張中各項陳述，一一為具體之爭執，以便能特定待證事實，而不可為一概單純否認。再者，爭執之具體化程度係視主張之具體化程度而定，亦即，負主張責任之當事人必須先就事實為具體陳述，若其未先就主張之事實為具體化之陳述，則對造原則上並無義務提出具體化之爭執，以補充負主張責任之當事人的陳述。<sup>36</sup>例如：在交通事故損害賠償請求事件中，原告不僅需主張被告有「過失」（主要事實），尚須進一步具體陳述足以推論出主要事實存

---

1980, 2523.不過，德國聯邦最高法院於一九八五年起轉從訴訟促進義務之觀點來說明具體陳述義務之根據，此亦為學說上之多數見解：BGH, VersR 1985, 142；Lange, DRiZ 1985, 250; ders., NJW 1990, 3234; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 138 2. I. A; Zöller, ZPO, § 138 Rdnr. 1; Brehm, a.a.O., S. 51-99.我國學者亦有持後者之見解者：邱聯恭，民事訴訟法研究會第28次研討會，民事訴訟法之研討（三），頁239以下。

<sup>35</sup> 就當事人之陳述而言，何屬爭執或何屬主張之問題，係透過主張責任之歸屬予以判斷。參見：Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 117 II 2 S. 671; Frohn, Substantiierungspflicht der Parteien und richterliche Hinweispflicht, JuS 1996, 3。

<sup>36</sup> BVerfG, NJW 1992, 1031; BGH, NJW 1992, 2428; NJW 1993, 3196; Brehm, a.a.O., S. 85 ff.

在之間接事實（如闖紅燈、超速或轉頭看美女等），如原告未先為上述之具體事實陳述，則被告亦無從為具體之爭執。

在就具體化主張僅為單純否認之情形，該否認是否足以構成「爭執」，不無疑問。<sup>37</sup>基於新法中強化當事人陳述義務之規定，<sup>38</sup>單純否認乃違背當事人之陳述義務，須將之視為不爭執，而有第二八〇條第一項擬制自認之效果。<sup>39</sup>縱然該事實涉及當事人以外之特定第三人（如：意定代理人）的行為，若當事人有探知之期待可能性時，則仍無法免除具體化陳述之義務。<sup>40</sup>

於此應注意的是，上述有關當事人就主張與否認應進行具體化陳述之原則，並非完全毫無例外可言，亦即，就某事實負主張責任而應為具體陳述之當事人，處於該事實之發生及過程外，就該事實欠缺認識，亦無進一步認識之可能性，若仍要求其須為具體陳述，否則不成其為主張，顯屬過苛，此時，法院應適當注意對造有無解明事案之期待可能性，亦即，若對造當事人就該事實顯已具有認識，或可期待其為認識而為補充陳述時，則應使對造就該項事實先行為具體化陳述。<sup>41</sup>此除可由

<sup>37</sup> 我國學者中有認為單純否認乃爭執之一種，亦具爭執之效力，參見：姚瑞光，民事訴訟法論（1999），頁243。不過，另有見解認為，單純否認之陳述因違背具體化陳述義務，而不具有否認之適格；邱聯恭，民事訴訟法之研討（三），頁239至241。日本於1998年1月1日施行新民事訴訟法以前，多數說認為，單純否認即具有爭執之效力，參見：兼子一，新修民事訴訟法體系，頁211，1954年增訂版；三ヶ月章，民事訴訟法，頁272，1956年；新堂幸司，民事訴訟法，頁302，1990年第二版補訂版。值得注意的是，為貫徹審理集中化之理念，新施行之日本民事訴訟規則第79條第3項已規定，當事人必須就否認附理由，而禁止單純否認。但關於該條是否僅為訓示規定或強行規定，仍有爭議。參見：伊東俊明，不知陳述規制，民商法雜誌第117卷第4、5期，頁623至624，1998年。相對於我國及日本，德國實務及學說上就此並無爭議，原則上並不許可當事人為單純否認之陳述：BGH, NJW 1959, 2011, Köln, MDR 1970, 1017; Brehm, a.a.O., S. 47; Ambs, Bestreiten mit Nichtwissen—Die Auslegungsregel des § 138 Abs.4 ZPO, 1997, S. 65 f.

<sup>38</sup> 第195條第2項、244條第3項、第265條第1項、第266條、第267條、第268條、第268條之2等、第276條等。參見：邱聯恭，民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變（三），月旦法學第55期，頁142以下。

<sup>39</sup> 參照：Brehm, a.a.O., S. 86.

<sup>40</sup> BGH, NJW 1962, 2149; NJW 1961, 826; NJW 1993, 315; NJW 1999, 1404; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 138 Rdnr. 54.

<sup>41</sup> 就此結論，於德國及學說上並無爭論，參見：BGHZ 109, 139; BGH, VersR 1985,

誠信原則賦予正當化理由外，更可透過下述之解明事案協力義務予以說明。<sup>42</sup>

## 二、訴訟促進義務<sup>43</sup>

### (一) 訴訟促進義務之二重內涵：狹義訴訟促進義務與解明事案協力義務

我國此次新修正之民事訴訟法雖參酌德國1976年簡速化法案之規定，亦以審理集中化與加速訴訟程序之進行為修正目標，採用書狀先行程序與早期言詞辯論期日之規定，使爭點整理程序多樣化，並藉由強化失權效（第一九六條第二項、二六八條之二第二項、二七六、四四七條）之規定，促使當事人迅速進程序，然因社會發展及司法實務與德國有所不同，因此於立法上即有若干差異。

德國於1976年首次將訴訟促進義務明訂於德國民事訴訟法第二七七第一項、二八二條第一項及第三四〇條第三項，<sup>44</sup>其立法目的乃為縮短過於冗長之訴訟程序，而使當事人在時間上應儘早提出訴訟資料，以加速程序之進行，至於解明事案協力義務則不包含於訴訟促進義務之內。<sup>45</sup>當時雖已有醫療、公害或產品製造人責任等現代型紛爭，不過德

14; NJW 1990, 3151; NJW 1995, 3311; NJW 1997, 128; NJW 1999, 1404. 亦值我國參考。不過，關於其理由於學說上則有相當大之歧見。

<sup>42</sup> 參見下述二、（四）。

<sup>43</sup> 集中審理制下之訴訟促進義務，不僅獨責於當事人，相對地，法院居於訴訟主體之一的地位，亦負有訴訟促進義務，就新法中有關審理集中化之修正條文而言，法院之訴訟促進義務至少包含下列各點：1. 闡明及心證公開（第199條、第199條之1、第244條第4項、第247條第3項）、2. 定準備書狀或答辯狀提出期間、言詞辯論期日、準備程序期日（第250條、第268條、第268條之1第1項）、3. 言詞辯論前之處置（第269條）、4. 進行爭點整理並於證據調查前向當事人曉諭爭點（第268條之1第2項、第3項、第296條之1）、5. 逾時提出攻擊防禦方法之駁回（第196條第2項、第268條之2第2項、第276條、第447條）、6. 言詞辯論前之證據調查（第269、第270條）等。

<sup>44</sup> 「……當事人應依訴訟狀態以認真謹慎之態度進行訴訟並注意到促進訴訟之要求，適時提出攻擊防禦方法。」（……, so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht）。

<sup>45</sup> 立法資料：BT-Drucks. 7/2729, S. 37 f.; BT-Drucks. 7/5250, S. 4. 且此乃不論贊成或反對事案解明協力義務者之一致見解；反對事案解明協力義務者Stein/Jonas/Leipold,

國司法實務亦早經由判例解決事實、證據偏在於一方當事人之問題，<sup>46</sup>且因將舉證責任與資料報告義務（Auskunftsanspruch）歸為民法上之規定，<sup>47</sup>因此民事訴訟法之立法者遂有意將訴訟促進義務限縮於程序時間上之面向，僅從時間（期日）之觀點課當事人負有訴訟促進義務（下稱狹義訴訟促進義務）。而在解釋上，多數見解亦不認為應擴大訴訟促進義務之內涵，亦即，當事人若遵守法院所定期日，並適時提出訴訟資料或證據資料，則屬已盡協力促進訴訟之義務，至於在資料內容之充實上，則除非當事人具有實體法上資料開示請求權及民事訴訟法上例外規定<sup>48</sup>之事案解明義務外，否則並不負有一般協力解明事案之義務（allgemeine prozessuale Mitwirkungs- und Aufklärungspflicht）。<sup>49</sup>

---

ZPO, § 282 Rdnr. 4；贊成事案解明協力義務者：Peters, Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht, in: FS für Schwab, S. 339; Schmidt, Alternativkommentar-ZPO, § 139 Rdnr. 19.德國司法統計資料亦顯示，1977年簡素化法案施行後之訴訟程序確實較為迅速，在邦地方法院於1959年時超過百分之五十的案件進行超過六個月，而至1989年時則反而有超過百分之六十八的案件均在6個月內結案。參見Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, S. 451。而據1997年之統計資料顯示，於區法院之言詞辯論期日數目平均僅為1.5個，於邦地方法院僅為1.6個，參見：Statistisches Bundesamt, Zivilgericht 1997(Arbeitsunterlage), Tabellen 2.3, 5.3.

<sup>46</sup> BGH, VersR 1955, 344; RGZ 128, 125; BGHZ 51, 91; BGHZ 67, 357; BGH, NJW 1973, 1602.

<sup>47</sup> 通說見解參見：Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 117 III 1 S. 676; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983), S. 175 ff.

<sup>48</sup> 德國民事訴訟法第138條第1項、第2項、第372條之1、第445條以下、第423條等被視為例外規定，參見：Arens, a.a.O., ZJP 96, 1 ff., 13.

<sup>49</sup> BGH, ZJP 104, 203 ff.; Arens, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZJP 96 (1983), 18 ff.; Lüke, JuS 1986, 3; Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZJP 93 (1980), 239; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 282 Rdnr. 4.然而，近年來對於此多數見解提出批評之聲浪愈多：Peters, a.a.O., in: FS für Schwab, 1990, S. 399 ff.; Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, 1976, S. 29 ff. 氏由憲法上之要求及民事訴訟之目的（發現真實）推論出，應承認當事人之協力事案解明義務；Schlosser, JZ 1991, 599; Gottwald, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts? (Gutsachten A für den 61. Deutschen Juristentag), in: Verhandlungen des einundsechzigsten deutschen Juristentages, 1996, Band I, S. A19, 氏於1996年德國法律人日大會提出報告，建議應修正德國民事訴訟法第138條第2項為：「當事人對於他造提出之事實，應為陳