

認 自 制 擬 論

姜 世 明 等

前 言 · 一
認 自 制 的 概 念 · 二
認 自 制 的 實 際 效 果 · 三
認 自 制 的 理 論 基 礎 · 四
認 自 制 的 實 施 步 驟 · 五
結 語 · 六

研 討 次 別：民事訴訟法研究會第九十一次研討紀錄
報 告 人：姜世明
時 間：二〇〇五年三月十三日上午九時至十二時
地 點：台灣大學法律學院第一會議室
主 持 人：駱永家
參 加 討 論 人：黃國昌 鄭傑夫 呂太郎 沈冠伶
曾華松 林望民 張文郁 許士宦
雷萬來 吳明軒 陳石獅 王甲乙
范光群 邱聯恭 張特生 陳榮宗
駱永家
（依發言先後序）
紀 錄 人：吳東憲
主 辦：財團法人民事訴訟法研究基金會

壹、前言

貳、意義與類型

參、法理基礎

肆、要件及效力

伍、結論

駱永家：

今天輪到我主持這個研討會。今天輪到姜世明教授來跟各位發表論文，題目是「論擬制自認」。到十二點有三個小時，總共有十幾個人，依以前的慣例，報告人大概三十至四十分鐘的時間，發表完後每位會員十分鐘，再留下一點時間給姜教授回答各位提出來的問題。現在就請姜教授發表他的高見。

姜世明：

很高興今天非常快速地又輪到我來報告。雖然兩年前報告的時候覺得應該還要有三年才會輪到我，但是今天等於很快地就輪到，很感謝這樣子的安排。對於今天題目的選定，基本是有研究上的進程跟脈絡，而且這個問題目前在實務也有高度的進展。尤其在學理上的發展，在最近幾年來，國內的部分非常優秀跟用功的學者過去已經提出相關的論文，我也做很多的參考，也引發我很多的感想，這是要先跟各位報告的。

第二個要先跟各位報告的是，這篇文章初稿寫成時是五十頁，為了篇幅的關係，便於大家閱讀，所以把我的十個相關案例通通刪除，個人對於案例的解答也通通刪除。註釋部分也做了精簡，其中文章有部分關於闡明、失權一些事實上是重要、應該，但這個部分都沒有辦法把它放在文章上面，所以刪除，如果在文章中有部分文獻闕漏，先前各位老師已經發表過卻沒有引進去是因為我精簡化的結果，而不是忽略，先向各位老師報告。

在進行這個題目之前，首先要更正昨天晚上我發現的文字上的闕漏，因為在精簡的過程當中有一些刪刪改改，有些就會脫漏。第一個是第二頁中，「二、類型」中的第二行，中間民事訴訟法缺了「第二八〇條第一項、第二項、第三項」。為了要更精緻化在文章行文中的

一些論述，在第九頁的第三段，「就擬制自認與事案解明義務之關係，在德國學理上，一般…」雖然這個論述是指人家談這個問題時，一般是從這個脈絡來推演論述，但不是指大多數的學者都這樣做。更精確一點就應該改為部分學者。這是要先各位老師報告的兩個更正問題。

接著進入本論文實質內容的探討。這個問題的探討，在研究當中，多少都出乎我的意料之外。因為在論述過程中，很多實務見解在本文中，有很多不一樣的想法，這是在結果論上先跟各位老師報告。在中間的論述過程當中，我自己覺得很奇異，為什麼我自己做出來的研究結果，跟大部分的實務見解是有落差的，這部分是我們待會兒會來一一檢討。

今天主要是就幾個問題意識來做精簡報告。第一個問題是擬制自認的意義和類型。這部分在教科書或論文方面，比較少，這個題目坦白說也是新的嘗試跟挑戰。因為向來我寫文章是很習慣依賴外國既有文獻，這個問題的一般性論述在德國是停留在不知陳述，例如我國民訴法第二八〇條第二項，主要集中在這裡。一般性的論述相對地少，所以今天這個論文對我來說也是一個嘗試。

擬制自認的意義在我們向來的論述上，基本上都是著重於第二八〇條第一項的定義，所以我國的學者包括實務，所謂擬制自認者包括準自認，即當事人於言詞辯論時對於他造當事人之陳述消極不表示意見，法律上擬制其為自認之謂，這是一般性的對擬制自認的定義。但是這個定義基本上的困難在於要把修法後的第二八〇條第二項、第三項完全涵蓋進去，我持懷疑的態度。對於第二八〇條第一項大家有高度的共識，然後給它一個定義。但是要就擬制自認這樣的制度一個抽象性、一般性的定義時，這部分就面臨這樣的困難。到底要選擇是不

是要類型化，不要做一般性定義，還是要找出一般性定義時，我也面臨長考，到最後還是決定先做一般性定義，再類型化。所以我在這裡在第二頁當中，就把它嘗試定義：「當事人對於他造所為事實主張，在言詞辯論中不爭執或為不知或不記憶之陳述，或經合法送達而不到場，亦未提出準備書狀爭執者，法律上擬制其為自認者。但存在法定排除適用事由或具其他無期待可能之正當事由者，不在此限。」這是一個嘗試，但是當然當中還有很多可以檢討、批判的，就請各位老師指教。

關於類型化而言，本文又提出是否可以區分為三種類型，就是第二八〇條第一項、第二項、第三項分別區分為不同的類型，分別定名第一項為「原始型的擬制自認」或「狹義的擬制自認」，第二項依照目前的法律條文認為是「證據評價型的擬制自認」，第三項則是依照條文歸類為「準用型的擬制自認」。這部分基本上是自己的認知與假設，不一定妥當。待會兒再請各位老師就這個問題指導。

第二個問題，對擬制自認，這很難發音。我昨天一直在練習國語要標準一點，但是擬制自認真的很難發音。合憲性的問題是本文要提出疑惑的。向來沒有人對此提出疑惑，也許是多慮的，但有提到擬制自認基本上是一個影響到非負舉證責任當事人不管是財產權、資訊決定權、意思形成自由、表達自由等自由權權利的問題。制度的合憲性不是理所當然的，還是要經過評估跟檢討。擬制自認中間的基本權衝突，在於就非負舉證責任的當事人，基於什麼樣的法理，雖然不講話，但因為對造講了所以就當作真的；可到場、應到場而不到場，就用什麼樣的法理來說對方說的是真的，而你敗訴的機率非常高。不到場、不講話，是不是直接就能夠跳躍到這樣子的結果，這部分跟當事人意思決定權、資訊決定權等等直接就衝擊到。本文當中也就這部分

提出合理化的基礎。當中學理的探討，最重要的實益在於，到底把擬制自認著重在訴訟促進這樣的法理基礎，或者是把它放在程序法上例如辯論主義、尤其真實義務。因為德國的擬制自認，除了類似於我國第二八〇條第三項那部分割裂性的規定外，他們將第二八〇條第一項、第二項放在總則裡面。在真實義務規定之後，例如第一九五條之後，就來處理不知陳述的問題。所以第二八〇條第一項、第二項的問題，在德國也許在發展上會比較朝真實主義、陳述義務來發展。這個脈絡底下，對於擬制自認的適用範圍會影響。放在訴訟促進義務的話某程度就會放寬，放在真實義務、陳述義務的脈絡下來理解，某程度就會限縮。所以本文雖然在法理基礎上就訴訟促進也提出一些對外國法觀察、對本國法觀察，結論是說關於訴訟促進這個語彙，制度的目的論在我國的發展上已經擴大化。語彙定義的射程範圍某程度上已經擴大化，變成一般化的字彙的使用，我在本文當中並沒有排斥。在這個小節裡面就有談到雖然對於不同的理論，導引出來擬制自認的法基礎、合理性評估，但是探討擬制自認的合憲性評估時，只好把類似證明妨礙法理的制裁論，跟訴訟促進拉進來，才比較有可能鞏固擬制自認合憲性的基礎。這是在這個部分的初步觀察，不曉得是不是具有合理性，還請老師們指導。

接著，在探討法理基礎當中，除了上面的問題之外，還必須注意到一些問題，就是在談到訴訟促進時，在將來的學理發展上，到底要把一般促進訴訟義務、一般事案解明義務、一般協力義務等同以觀，還是有區別？這裡面都會影響擬制自認的發展。因為承認一般事案解明義務，到底還有沒有設置擬制自認的必要性？如果承認資訊探知義務，如果用那個學理就能解決，擬制自認跟它的關係為何？這是很尖銳性的問題。

第四個問題是，在探討要件當中，第十三頁就客體論而言，是指當事人事實之主張。所謂事實乃指關於系爭事件中被運用之法規範要件相對應之外在世界之現象與狀態，同時亦包括人類之精神狀態，例如故意、企圖、同意、善意或惡意，都包括在內。而且不僅包括個別事實主張，且及於整體事實之綜合陳述。就這部分我國實務上已經有蠻多見解。例如債務清償的事實、醫療費支出的事實、設計製作費實際支出費用、出租事實及現仍占有某物之事實、殯葬費、契約有效成立、對經濟不佳事實、文書真偽這些事實都是。但如果是價值判斷、經驗法則、法則或證據評價都不是自認之對象；外國法之內容，也不是擬制自認的對象。現在比較有爭議的是不屬於當事人親身知覺、感受的事實，自己所做的行為，此等事實，可以成為自認的對象，但到底要不要納做擬制自認的對象？這部分可能會有爭議。對於所有權、租賃、買賣、契約、公共道路及保證等當事人於日常生活所共知之法律定義或法律關係之法律事實，我們國內以前學者的研究報告也提出精闢的見解，這些可能涉及權利自認的相關問題，在本文中沒辦法詳細去討論，也是問題。

再來擬制自認的客體範圍，在第十四頁，除了主要事實之外到底及不及於間接事實？這部分還是以前的學者在研討會有討論過，本文當中也提出初步看法，覺得還是包括進去比較符合程序上的目的性，這在第十五頁有論述。至於擬制自認的對象是不是及於有利事實？這部分本文採消極的看法。

要件當中比較具特殊跟重要性，所謂具體化義務的要求，包括原告或應負舉證責任當事人，其主張責任具體化的問題。還有非負舉證責任一造當事人爭執具體化的問題，這在第十六頁中。其中對於爭執的具體化，國內學者幾年前已經提出很重要的見解，基本上是跟德國

的部分看法一致，爭執的具體化程度是視應負主張責任主張的具體化程度而定。也就是應負主張責任之當事人必須先就事實作具體陳述，如果其未就其應負主張責任之事實為具體陳述，則對造並無具體化陳述以補充主張責任當事人陳述之義務。這部分是我跟以前發表過的相關文章學者持一樣的看法，某程度上都是這樣的脈絡作衍伸。這部分在理解本文方面，就具體化義務、爭執具體化就必須要能夠從這邊切入，才能夠理解這邊行文的鋪陳、邏輯。

在具體化義務部分，事實上國內實務不是沒有檢討過。例如我在第十七頁引註的爭議問題：「甲於六十七年一月間開立六十七年七月一日到期之支票一紙向乙調借同面額新台幣（下同）四萬元。六十八年四月，乙復持該支票背書轉向丙調現。嗣乙逃匿無蹤，丙乃持該支票於七十年五月以支付命令為債權轉讓之通知，訴請甲返還借款四萬元，甲則以在六十六年六月間已向乙清償完訖為辯，經查甲對是項有利之事實迄未能舉證證明，且對於債權讓與一節迄未爭執。」事實上在其中有兩種不同的實務見解。一說當中強調，丙來跟他請求就債權轉讓事實的人有講，但就時、地等具體化情節都沒講。這時候法官又沒有去適度地闡明到底是怎樣情況，直接在另一種見解就不去管，債權轉讓的事實就視同自認，這變成司法院第一廳的見解。但是這裡要探討的是具體化的問題。就債權讓與的事實是不是可以只要對方不爭執，就馬上直接就事實當作擬制自認。還是把時、地講出來，這部分的理論在德國的實務發展上也有些爭議。雖然有一開始不用把時、地講出來的學理發展，但是這裡我國要怎麼發展是我們要決定的。這裡就讓與部分法官要不要闡明，還是他講債權讓與事實就讓他過了，如果不爭執就說你自認，這樣也可以變成自認或擬制自認的標的，是不是要這樣發展？如果是的話當然就是不同的評估，如果不是的話恐怕

是法官要盡量加以闡明，闡明之後看是不是甲要爭執或不爭執，然後加以定性。因為在訴訟中到底屬於自認、不爭執或認諾，將來學理在發展上在訴訟中必然必須要在訴訟加以定性。將來配合在文章中所談的爭點協議，爭點整理當中的協議所引發出來的效力問題，都必須整體去透過法官盡量加以定性，定性好後才能處理到底要走向第二七〇條之一，還是要走向第二七九條或第二八〇條，效果完全不一樣。這部分是對於具體化義務的基本評估。

接著是第十八頁當中，當事人主張，尤其是原告，符合一貫性的問題。所謂一貫性基本上就是法院應審查，第一個，當事人之權利主張之是否存在一具體基礎，以及第二個，該基礎（即該事實主張）是否足以支撐該權利主張。也就是當事人所主張的事實是與特定法律規定連結，而且是適合且必要。依據事實主張可以特定權利主張，根據那個陳述可以導引獲致，這個叫做一貫性審查。一貫性審查在擬制自認當中要放在怎樣的脈絡？在這裡是不是要當作一般性的要件？甚至把顯無理由拉過來？反正不符合一貫性的、顯無理由的就不要再處理第二八〇條的問題，不要處理擬制自認的問題。還是透過第二八〇條，反正他講的我們都推認為事實，根據這些事實在判定其顯無理由？在這裡我是持保留的態度。

理論上最爭議的是第十八頁的「5.」，要不要以資訊義務作為一般性要件？理論上最具爭議性跟衝突性。尤其資訊義務在這裡廣義跟狹義的區別可能導引出學理上不同的結論。我在本文中探討第二八〇條擬制自認時，是把資訊義務做狹義化的處理。我在第二八〇條第二項特別創設出跟學者以前介紹的資訊探知義務，放在第二八〇條第二項的脈絡當中，去創設出探討許可性問題的時候，才承認它。沒有拉出來說以資訊義務作為第二八〇條第一項、第二項、第三項的基本要

件。這部分在觀察上面容有爭議，目前我初步的論述基礎是這樣。

第二個就探討特別要件而言，就不爭執的定義我跟實務有一點不太一樣的看法。第十九頁當中，我們看到實務非常多的見解都認為，如果當事人明示不爭執，原告主張什麼、被告主張對對造的某個事實不爭執；非負舉證責任或非負主張責任當事人的不爭執，實務認為這叫做第二七九條的自認。等於是只有當事人對這個沒有意見，或避而不答、沈默，才是第二八〇條第一項，把它狹義化。我的想法是，你講不爭執，不爭執某程度上還有保留，保留將來還有防禦的權利，可能當事人是這個意思。當然這裡前提是要闡明，闡明清楚到底是自認還是不爭執。人家如果說是不爭執，就往這個方向去靠，如果說是自認，就往那個方向去靠，因為人家可能要保留將來的追復可能性。這部分我就跟實務的看法有點距離，到底是不是妥適可能要請各位老師加以評價。

關於非因其他陳述可認為爭執這部分，所謂他項陳述究竟指什麼，我在第二一頁有說明。有兩個層次來觀察，第一個是時點上的因素，一個是爭執的標的。時點上之因素就是說，若在言詞辯論中不爭執者，但在準備程序或準備書狀上有爭執者，能否認為其「不爭執」。從爭執的標的來看是說，例如實務上曾經發生過，在所有物返還之訴中，當事人所主張者係借貸關係之存在已消滅，所以主張民法第七六七條要返還。而被告則主張是基於買賣。這部分實務就認為屬於他項陳述，就是通通認為有爭執。但我的看法不是這樣，而應該是借貸那部分是不爭執的，但那部分不爭執不代表可以依照那樣的法律關係請求返還。沒有這樣子的推理。但是買賣關係就由你去舉證，還是可以變成有權占用然後阻卻他的返還請求。所以這部分我可能跟實務的觀察又不太一樣。

接著就是第二三頁以下最尖銳、困難的。第二八〇條第二項已經明文，坦白說已經非常清楚了，所以第二三頁提到很多實務的看法。我自己蒐集的實務判決非常多，但是我今天報告一開始開宗明義已經說過，我把註釋刪得比較乾淨一點，不然裡面是很多實務見解。基本的發展方向是第二三頁中間所談的，實務目前是都將第二八〇條第二項規定以證據評價方式作為操作方式，也就是不是從不知陳述的許可性出發，而是將不知或不記憶陳述綜合其他事證進行推理。當法院認為心證偏向應負主張責任一造當事人所主張事實有理者，就以民事訴訟法第二八〇條第二項為依據視為自認。這部分的運作方式我認為是符合文義，但某程度上具有法律不安定的危險。國內的學者包括教科書：吳老師、王老師的民事訴訟法新論、中國民事訴訟法論等等，我在第二四頁都有引註到老師們的觀察。觀察中事實上裡面也有注意到期待可能性的問題，期待可能性再探討下去其實就是在論文中所引述國內重要學者的論文中談到的資訊探知義務的問題，資訊探知義務就會跑到第二八〇條第二項當中，將來我們的發展是不是要去處理這個問題？到底是要從這樣子來看，在主體上到底受僱人知道的，雇主要不要對他這個人負責？我自己的行為我不能講我不記憶、我不知，除非例外，如時隔非常久遠，或在醫學上後來得了失憶症等等。這種東西有部分例外，但原則就是不行。但如果是受僱人所知呢？或是使用人呢？這種在民法上必須對之負責之人所知悉的，是不是要等同處理？在這裡我在論文中一直到第二六頁有蠻多探討的，把我國學者說法及德國學者說法加以處理。

當中一個很重要的問題是，在第二七頁中，到底要不要像學者所提議的，容許資訊探知義務作為第二八〇條的要件。如果這樣子想的時候，要不要容許當事人說「我已經盡了資訊義務，所以法官不可以

再要求我了，不可以再當作擬制自認。」能不能有這樣子的說法？在本論文中認為，如果是自己行為的時候，這種越限縮到自己行為、自己知覺範圍的時候，我是採保留態度，不然會違反訴訟促進的要求。如果是往外緣去推，使用人、代理人、受僱人，這部分我是相對寬：例如是不是跟受僱人有敵對的問題，第二八頁所說的，或者中間的過程有污染事實的危險時，我在這部分又創設出一個例外。這部分有這樣的基本觀察。

準用型的也就是第二八〇條第三項的部分，第二九頁的最後第二行有探討到第二八〇條第三項是不是要限於已送達的準備書狀、答辯狀？基本上是採肯定論。因為要避免發生突襲性裁判，而事實上根據民訴法第三八六條第四款，法院應該駁回一造辯論判決聲請的事由就包括書狀沒有即時給人家看，這就是防止突襲性裁判。事實上論文當中還提出了限制問題。擬制自認到底哪些地方不能限制，就在第三一頁以下。辯論主義的排除、違反真實義務的排除，這些東西相對地爭議比較少。最有爭議的是非負主張責任一造當事人之不爭執權，這個爭執權影響是什麼？就是一開始探討擬制自認的合憲性基礎在哪裡？如果要用訴訟促進切入的話，一定面臨擴大化適用的結果要拉回來，探討是不是有期待可能性？對於沒有期待可能性的東西，可不可能還要求當事人表明一些具體見解來，這個部分就涉及到不爭執權。這部分不爭執權跟真實義務、具體化義務、陳述義務等等都相關連，是成一個體系脈絡發展下來。當中就探討到一些犯罪、損及自我名譽、涉及營業秘密等等，到底能不能做為這邊的限制，在學理上是不是要再發展？

最後要探討的是效力問題。對於證明需要性的排除，是已經在學者文章中探討。實務上最常見的是追復可能性的問題。最高法院十八

年上字第一五號判例、高法院七十一年臺上字第三五一六號判例就明顯指出，不能撤銷但可以追復。問題是我在第三四頁我指出，第四四七條規定已有修正，跟實務見解，尤其是七十一年臺上字第三五一六號判例這個見解，恐怕面臨檢討的問題；在怎樣的情況下，要求一審法官怎樣闡明清楚、定性清楚，到底是不爭執還是自認。定性清楚之後，因為爭執或否認本身就是一種攻擊防禦方法，是屬於第一九六條、第二七六條、第四四七條的適用範圍。所以定性好，法官闡明是不是真的不爭執？沒有特殊事由的話是不是找時間好好防禦一下？如果原審這樣地好好保障攻擊防禦權，還能容許在第二審隨時追復嗎？恐怕就很難了。因為所謂爭執或否認就是典型的攻擊防禦方法。面臨第四四七條對於第二八〇條第二項向來判例的衝擊，是必然要面對的。

最後爭點簡化協議的效力，這部分我點出實務向來只要明示不爭執就是屬於自認、第二七九條。不合理處是從第二七〇條之一的規定去推，去發現到立法者並沒有認為這樣子。如果認為這樣子的話，在受命推事、獨任推事準用的情況下所為的爭點整理，也有所謂的不爭執，為什麼不是第二七九條呢？而要讓第二七〇條之一的第三項還有一些特別的限制，沒有直接推到適用第二七九條？用第二七九條又何必再有第二七〇條之一第三項呢？所以在這裡恐怕立法者根本不認為向來的判例、判決在這裡是合理的。不曉得這樣觀察對不對？這部分請各位老師指教。

最後關於闡明失權的問題，剛才在報告中也陸續提到一些。有些東西沒有辦法在文章當中完全鋪陳，有些闕漏，觀點也有一些不成熟的地方希望各位老師多多指教，謝謝大家。（論文書面內容如下）

壹、前言

擬制自認並非真正之自認，惟在行辯論主義之程序，立法例上卻多承認擬制自認制度者。惟自認者乃經由當事人自由意思決定下而為之訴訟行為，其雖某程度上可能難免與真實發現之訴訟目的發生緊張關係，但自尊重當事人處分權之角度觀察，卻仍具其合理性。可慮者係，擬制自認一般乃缺乏當事人積極行為之作成，則在如何之法理要求與支撐下，乃能正當化擬制自認所造成當事人程序及實體權利之不利後果之科處，實值探究。

擬制自認制度在我國實務上已被高度利用，相關實務見解頗多。尤其民事訴訟法第二百八十條第三項增訂之後，對於未到場當事人論以於他造當事人之事實主張準用同法條第一項規定之效果，對於擬制自認之適用範圍乃更形擴大。擬制自認制度對於當事人權益之衝擊，勢將與日俱增。

可慮者係，在我國，對於擬制自認制度之研究，固已有學者著有弘文，足資開示之功；但對於相關制度類型之基本法理似尚欠缺全面性之體系性探討，而對於若干技術上之要件分析，似亦仍有可得補充之處，以致在實務上，對於擬制自認制度之運用，仍有不少疑難。其中，且以對於所謂「不爭執」之定義、「不知或不記憶陳述」之許可性及擬制自認之效力等基本問題之疑義為其典型。此外，在其制度運作上，其如何與爭點整理程序、失權制度及法官闡明制度為適當聯結，亦為實現程序法基本原理之基本課題。

本文擬以我國學說及實務見解為研究對象，參考德國法例，對於擬制自認之法理基礎、要件、效力及限制等問題，進行系統性論述。而對於其中最具爭議之「不知陳述」類型之擬制自認，且深入研析其

所可能引發之資訊探知義務相關爭議，希能藉此提供國內發展相關制度時參考或批判之用。

貳、意義與類型

一、意義

擬制自認之定義，學者有認為「擬制自認者，或稱準自認，即當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時，消極的不表示意見，法律上擬制其為自認之謂也。」（註一）亦有認為「當事人對於他造主張之事實於言詞辯論或準備程序時不加爭執，且從辯論之全意旨視之，亦不能認其有爭執者，視同自認。」（註二）基本上，其意義均係指向當事人對於他造主張之事實未予以爭執之情形。但困難者係，在此所謂不爭執之意義，究竟為何？而不爭執之時點，是否僅限於言詞辯論時，可能在理論上有爭議之空間，此部分且容於本文第肆章要件論中再行探討。

就擬制自認之法依據而言，在我國主要係指民事訴訟法第二百八十條（註三），在法條編排上，我國法之規定乃置放在民事訴訟法第一審程序中證據一節，而與德國法第一三八條第三項、第四項乃規定在德國民事訴訟法總則編之言詞辯論一節者（註四），有所不同；但與奧地利民事訴訟法第二六七條係被規定在第一審證據一節中類似。（註五）另我國民事訴訟法於民國八十九年二月十一日公布施行時，並增訂第二百八十條第三項之規定，體例上亦具其特殊性，亦值注意。

自上開規定可知，對於擬制自認之意義，學者之定義內容，似係對於民事訴訟法第二百八十條第一項之情形而論之，其對於民事訴訟

法所規範之不同類型之擬制自認似未能兼顧。就此，應可被定位為狹義之擬制自認；而就廣義之擬制自認，則乃包括其他類型之擬制自認，似可定義為「當事人對於他造所為事實主張，在言詞辯論中不爭執或為不知或不記憶之陳述，或經合法送達而不到場，亦未提出準備書狀爭執者，法律上擬制其為自認者。但存在法定排除適用事由或其他無期待可能之正當事由者，不在此限。」而為對於擬制自認制度能更深入理解，就之為類型化研析，應屬必要。

二、類型

就民事訴訟第二百零八條觀之，我國法上關於擬制自認（視同自認）之制度，可區分為三，亦即民事訴訟法第一項、第二項及第三項之規定，各有不同之要件及效力，其法理依據亦未必相同，似有區分之必要。首先，就民事訴訟法第二百零八條第一項所規定之類型而言，其應屬原始型之擬制自認或狹義之擬制自認，據此，當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認。其次、民事訴訟法第二百零八條第二項所規定者，則屬於證據評價型擬制自認，此類型依規定乃指向當事人對於他造主張之事實，為不知或不記憶之陳述者，而其是否可被視為擬制自認，則尚須經法院審酌情形為證據評價後，始能認定者。末就民事訴訟法第二百零八條第三項所規定者而言，此一規定明示準用同條第一項擬制自認之規定，因而似可稱為準用型之擬制自認。

此三類型之擬制自認，依其規定，各有其適用對象，但就其功能論而言，則涉及各該擬制自認之法理基礎探尋問題，而此一法理基礎探尋與確認，即可能與各該制度適用之擴大化或限縮化，在解釋論上，可能具有一定之作用。

參、法理基礎

一、概說

民事訴訟法之建構可能在不同時代、不同國家，基於其制度目的論及制度理想之差異，（註六）其立法原則或基本法理可能亦因此而有所不同。其中，對於制度目的論是否執著於實質真實之發現，或僅滿足於形式真實之認定即可，對於民事訴訟法上當事人於其不利於己陳述之自認制度之理解，即可能有所不同；而其對於較缺乏當事人明示行為之擬制自認制度，在不同之訴訟法理要求之下，其接受度亦可能具有差異性。另在強調尊重當事人為訴訟主體之程序建構理論之下，對於系爭制度之發展，亦可能有不同於傳統之觀察角度。

在以辯論主義為民事訴訟法之基本法理之訴訟制度，雖其制度目的論未必非指向實質真實發現，但在實際運作上，可想像其對於實質真實發現亦可能因其制度設計而被相對化。而在辯論主義之修正趨勢下，基於傳統辯論主義所設計之相關制度，亦已被多所調整。特別係在法官實質指揮權之擴大化及程序保障論之立法趨勢下，對於相關制度之運作，似亦須藉此而為相對應調整，乃能取得其制度運作之合理性。

二、可能之法理基礎

擬制自認與自認並不相同，其本質上係建立在違反當事人明白表示下為不利虛擬之認定，某程度上乃與當事人之實際意思存在實像有不一致之相當程度之危險性，則此一可能涉及違反憲法所保障之意思形成及表達自由權利及個人對於權利處分權自主之法律擬制，其正當

性何在？此部分即可能須藉由法理基礎探尋之過程，乃能嘗試對於其合憲性問題加以重新省視；而或許在法理探尋之過程中，亦可能藉由若干限制事由之建構，為此一制度之合憲性，尋找一能出路。此外，在探討擬制自認之法理基礎時，亦應認知對此一制度法理之探究，亦可能在制度運作時具有回溯、依循之作用。

(一) 辯論主義

辯論主義一般認為乃包括三次原則（命題），其一係當事人所未主張之事實，法院不得將之作為判決之基礎；其二係當事人間所不爭執之事實，法院須將之作為判決之基礎，亦即訴訟上自認具有拘束力；其三係法院不得依職權調查證據。（註七）擬制自認制度之承認，是否與辯論主義有關，乃一值予探討之問題。辯論主義既區分為三命題，如前所述，基本上其第三命題似與擬制自認法理較不具相關性。而辯論主義之第二命題乃承認自認之拘束性，惟擬制自認與自認並非等同，雖亦可能以當事人未爭執者乃與「自認」等值，據以作為擬制自認之法理基礎；但其亦同時存在不同觀察之可能；因而理論上對於辯論主義與擬制自認制度間之關係，可能尚須自辯論主義第一命題及採取辯論主義之根據論併予探求，較屬可行。

就辯論主義第一命題而言，其乃要求法院應受當事人所提訴訟資料之拘束，同時當事人對於其訴訟勝敗結果，即負有提出相關訴訟資料之義務。據此，舉證責任分配理論及主張責任理論即可獲得其合理之根據。但據此命題，要求應負舉證責任之當事人提出主張及舉證，固合於邏輯論理；困難者係，如何自此一命題，推得非負舉證責任一造當事人應為完全之陳述，尤其在形同提供對造武器之資訊提出義務之形成過程論理中，辯論主義經常對此無能為力。

若就民事訴訟法所以採行辯論主義之根據而言，理論上固有認為

係基於民事訴訟之本質，亦即民事紛爭應由當事人自主解決之私法自治本質；亦有認為係基於經驗上合目的性、技術性之考慮，並認為當事人基於利己心，較有利於訴訟資料之蒐集者。（註八）基本上，若欲對於擬制自認與辯論主義間關係進行連結，自前說出發，或可認為當事人不爭執或不到場者，即表示對於該待證事實之爭執權欲以捨棄，即基於尊重意思自主情況下，或可嘗試用以作為擬制自認之法理基礎；而若自後說出發，或可得如下之評估：辯論主義之採取，不當然使民事訴訟無法與實體正義結合，在辯論主義之民事訴訟程序中，藉由當事人自主提出事證，亦足以使真實呈現。而當事人各具其自利心，因此理論上當事人應會極盡攻防能事，如有自認情形，自係當事人符合真實所為；而如有不爭執情形，則在經驗上，可認為應負主張責任當事人所為主張，應具有真實之高度蓋然性，否則，其相對人豈有不爭執之理？

此一經驗論配合辯論主義第一命題之推論，可能有助於原始型擬制自認之法理基礎之溯源，而其對於當事人於言詞辯論時未到庭之類型（準用型者），似亦有作相同推理之可能。有疑慮者係，在當事人為不記憶或不知之陳述之類型，究竟應如何與辯論主義進行連結，可能存有困難。因該當事人並非不陳述，亦非不到場，如何能對其不記憶或不知之陳述賦予不利之效果，可能仍須借助於其他理論。

（二）真實義務

所謂真實義務可包括狹義真實義務及完全義務二者，關於狹義真實義務，我國論者有認為：此一義務係禁止當事人故意為不真實之陳述，或故意對他造所為之真實陳述為爭執者；亦即知其為不真實或認其為不真實之事實即不得主張，又知對造之主張符合真實或認其為符合真實時即不得加以爭執。其陳述與客觀之事實是否符合，則非問題

所在；從而若陳述信其為真實之事實，縱使違反客觀之真實，亦不違反真實義務。（註九）在德國，真實義務係指對主觀真誠（誠實）之義務，有禁止故意錯誤陳述之意義存在，並及於事實情況之主張或爭執。（註一〇）

關於完全義務之定義，我國論者有謂：完全義務乃謂各當事人就訴或抗辯之基礎之事實關係所知之事實，不問其有利或不利應為完全之陳述；對於他造之事實關係之主張，亦應如此為陳述。（註一一）完全義務乃要求當事人就判決基礎之生活事實就所有可預見重要之點加以陳述，而不得就其不利部分沉默而致扭曲事件發生之圖像。（註一二）但此一義務並非要求當事人於訴訟開始即無視主張責任及舉證責任分配法則，而將所有事件相關事實均予以陳述，因就主張及訴訟資料之提出係當事人之權能範圍，乃屬於集中審理原則之規範對象（註一三），如真實義務可以忽略主張責任，而要求當事人自始出示所有訴訟資料，則集中審理主義之相關規定（如民事訴訟法第一九六條等）似成贅文。

在德國，其擬制自認制度主要係規定在其民事訴訟法第一百三十八條第三項，而對於當事人所為不知陳述之許可性亦規定在前開條文第四項，而該條第一項則係真實義務之規定，因而若因此而認為在德國，其擬制自認制度乃與真實義務制度有作理論連結之可能，似亦不致令人意外。但在我國，因擬制自認規定並非規定在與真實義務同一之規定，其彼此間是否有連結之必然性，即有探討之餘地。（註一四）

基本上，就真實義務中之狹義真實義務，其乃為禁止說謊，因而較難作為擬制自認制度法理之推論基礎；但完全義務乃要求當事人為有利及不利之完全性事實陳述，則對於不利之部分，於非負舉證責任

一造當事人而言，即因此而有建構在一定條件下使非負舉證責任一造當事人有一定事案解明義務之發展可能性，據此，其若有違反，即可能被賦予惡效。但應注意者係，雖完全義務可能提供部分非負舉證責任一造當事人資訊義務之法理基礎，但能否以此制度充當擬制自認之唯一法理基礎，恐有疑問。其理由乃因：以真實義務（完全義務）充當擬制自認之法理基礎，乃存在一定之困難，亦即，當事人不爭執或為不知或不記憶之陳述，其行為嚴重性至多僅能評價為以不作為違反真實義務（完全義務），而違反真實義務或完全義務，在證據法上僅發生證據評價之效果，則如何在「不爭執」或「不知陳述」之情形，竟得以擬制自認效果課之？其輕重似有失衡。

（三）陳述義務及具體化義務

我國民事訴訟法第一百九十五條第二項及德國第一百三十八條第二項乃規定當事人對於他造主張事實之陳述義務，我國法且及於對於他造提出證據之陳述義務。陳述義務乃基於辯論主義、真實義務及訴訟促進義務之作用而發展之程序上要求，其立法目的乃為釐清證明必要性及儘可能完全地蒐集訴訟資料。（註一五）此一義務乃要求當事人原則上對於其對造之陳述不可僅為單純否認，而應具體化爭執。但就此一具體化爭執之要求，仍應注意關於舉證責任、主張責任之分配問題；亦即，僅於應負主張責任一造當事人已經對其主張為具體化陳述者，其相對人乃有具體化爭執之必要，否則，若該應負主張責任一造當事人未盡其具體化義務，即逕行要求相對人（非負主張責任一造當事人）為具體爭執，則有摸索證明及顛覆舉證責任分配之危險；（註一六）且一般而言，當事人並無為他造當事人具缺漏之陳述為補充或解釋之義務。（註一七）

惟應負主張責任一造當事人是否初始即應對於事情發生經過為巨

細靡遺之陳述，亦即是否起訴時即應對於所有細節加以陳述，仍可能有不同見解，部分實務見解認為僅須就請求權利之發生要件事實予以陳述即可，亦即，在此情況下，其相對人即應負陳述義務；（註一八）而在相對人為相對應之陳述之後，依其陳述情狀（例如是否已自認等）再決定原應負主張責任一造當事人之繼續具體化之程度（特別是間接事實之提出）。

陳述義務與具體化義務有密切關係，而民事訴訟法上對於當事人之主張、爭執、證據聲明之具體化要求，固與對於原告主張之一貫性、對於證據聲明是否屬於摸索證明及爭執是否為有效爭執等之審查有關，其對於爭點整理程序亦能有所作用。（註一九）在德國，對於承認具體化之法理依據，乃包括事實抽象化之防免、訴訟相對人之防禦可能性及證人自我權益之保全、法官對於一貫性及重要性審查之可能性、審理集中化、濫訴及無意義證據調查程序之防免、對於當事人積極性之引導與完全義務之要求等。（註二〇）此等法理之探討，於我國亦應具其啟發性之價值。

而就此制度之研究，在我國，於近年來亦有所開展，學者有認為我國民事訴訟法第一九三條、第一九五條、第二六六條第三項、第二六八條及第二六八條之二乃具體化義務之法律依據者。（註二一）本文則認為對於事實主張之具體化之直接明定條文，在我國乃可自民事訴訟法第二六六條第三項規定求得其依據，另外，關於具體化義務之法依據，理論上尚可包括民事訴訟法第一九五條第一項、第一百九十六條第二項、第一百九十九條第一項、第二百六十五條及第二百六十八條等。

原則上，應負主張責任一造當事人之相對人之陳述義務之具體化程度乃視應負主張責任一造當事人所為陳述之具體化程度而定，若應

負主張責任一造當事人之起訴主張乃欠缺一貫性，亦即對於權利根據事實主張有欠缺者，則相對人並無陳述義務。（註二二）亦即，基本上僅於應負主張責任一造當事人之主張已盡其具體化義務時，其相對人乃有具體化爭執之必要。例如，原告起訴主張雖已符合一貫性之要求，但僅陳述其與被告間曾締結某買賣契約，則被告並無就具體細節（例如時、地、物等細節）為具體化爭執之必要，在此，其可僅為較簡單之爭執，例如「伊未訂立該契約等語」置辯即可，據此，應負主張責任一造當事人即應就具體細節陳述之，而後乃能使其相對人為接續之具體化爭執。（註二三）

基於以上說明可知，非負舉證責任一造當事人對於他造主張之陳述義務，原則上乃存在與該他造當事人陳述之具體化程度呈現一互動關係，其所影響者乃是否得將該非負舉證一造當事人之陳述，視為無效爭執，而有擬制自認規定之適用。（註二四）如此，此一陳述義務似得用以充當擬制自認之法理基礎。如此，就德國法第一百三十八條第三項、第四項乃置於同法條第二項陳述義務之後，固可得其合乎體系之理解；且陳述義務之規定，有擬制自認制度作為其違反效果之規定，亦得獲其實效性。

但陳述義務與真實義務一般，在充當擬制自認之法理依據之論理中，仍須面臨辯論主義下，為何非負舉證責任一造當事人有提出對自己不利事實陳述之義務，此尤其在應負主張責任一造當事人尚未能具體化其主張時，可否在部分情形要求非負主張責任一造當事人協力具體化，乃為最尖銳之爭點。蓋若存在此等情形，則非負舉證責任一造當事人之陳述義務即已超越原在具體化程度下之要求，而有更進一步要求證據開示之意義，而其效果則使未為開示或解明者，亦將發生一定證據法上不利之效果。就此，無論陳述義務或真實義務似均不足以

提出完整之解答，而似仍須經由其他訴訟上理論（如訴訟促進義務或事案解明義務等）之形成，乃能獲得較具體之見解。

又就具體化義務而言，對於具體化義務之要求，其對於應負主張責任者，例如原告對於其請求之權利發生要件、被告對其相對應之權利障礙要件、權利消滅及權利抑制要件等規範事實乃負有具體化義務；且依其具體化程度，其對造乃有如何程度之具體化爭執義務。據此，若應負主張責任一造當事人已盡其具體化義務，或在例外情形，雖其尚未盡其具體化義務，但有降低其具體化義務之事由者（例如基於誠信原則、證據接近等原因，應負主張責任者不可歸責地無法盡其具體化義務，而其相對人協力具體化乃具期待可能性者），則若非負主張責任一造當事人未爭執或未到場，使其發生擬制自認效果，亦屬合理。而若有非負主張責任一造當事人之爭執未有足夠之具體化，則可能被評價為無效爭執，其效果乃與未爭執相同，亦被將發生擬制自認之效果。

此一具體化義務對於原始型及準用型擬制自認，較具說服力。而其作為擬制自認之法理基礎，其優點乃其已較傾向於由較抽象之上位原則（如辯論主義、真實義務等）而走向實相化、具體化之制度要求。但對於證據評價型之擬制自認，亦即民事訴訟法第二百八十條第二項之情形，雖亦可能藉此一制度要求而求得法理依據，但因其仍存在若干期待可能性之考量，似仍有藉助於其他關於資訊義務等理論之發展，乃能較易對於其要件設定上為合理之說明。

(四) 訴訟促進義務

當事人之訴訟促進義務在民事訴訟法上之理解，一般認為其可分為一般促進訴訟義務與特別促進訴訟義務。前者，係指當事人有適時提出攻擊防禦方法，以促進訴訟之義務。後者，則係當事人有於法定

或法院指定之一定期間內，提出攻擊防禦方法之義務。（註二五）其主要目的係為修正隨時提出主義之弊端，而令當事人應不遲延地提出攻擊防禦方法，而避免延滯訴訟及促進審理之集中化。雖在德國，究竟係由何人發明「訴訟促進義務」一詞（Prozeßförderungspflicht），已難查考，但傳統上多以其係對於時間上之促進為主要指涉標的。（註二六）惟其是否可包括當事人一般協力解明事案之義務，則在學理上有不同之見解。（註二七）

如上述，學者對於訴訟促進義務是否應限於上開所述之強調「時間面向」之定義，固存有不同之見解，學者間固有企圖將當事人資訊義務或所謂事案解明義務納入訴訟促進義務之範圍內者，例如Stürner乃主張所謂當事人一般事案解明義務者，其乃認為：（註二八）自類推德國民事訴訟法第一百三十八條、第四百二十三條、第四百四十五條以下、第三百七十二條 a、第六百四十五條以下，可推得訴訟法上存在一般程序上事案解明義務。其並認為非負舉證責任一造當事人之一般事案解明義務之要件乃「應負舉證責任一造當事人已盡其具體化義務，惟若該事實發生經過乃在於他人事務或人格領域者，該應負舉證責任一造當事人僅需提出與經驗法則配合觀察而得獲知其主張係合乎理性而非恣意推測者，即可認為其主張已提出符合可信性審查之根據，此時，一般事案解明義務之前提要件即已該當」。而就效果論而言，其乃認為若當事人違反一般事案解明義務者，如法院對於相反事實無確切心證時，有「擬制真實」之效力。對此一見解，雖亦有學者持相同見解，但迄今仍非通說所採。（註二九）

另就當事人一般訴訟促進義務之範圍予以較廣義之理解者，亦有提出所謂協力義務之理論者，此部分實乃與前開所謂一般事案解明義務有部分類似。對協力義務之主張者，學者即有認為對於證明

妨礙之法理探求乃應自協力義務理論出發者，依據該理論，則證明妨礙之法律基礎乃協力義務(Mitwirkungspflichten)之違反，而所謂協力義務之違反，可包括特殊實體協力義務(besondere materielle Mitwirkungspflichten)、特殊程序協力義務(besondere prozessuale Mitwirkungspflichten)與一般協力義務(allgemeine Mitwirkungspflicht)。就特殊協力義務者而言，若不負舉證責任之當事人違反法定(實體法或程序法者)義務時，即可能該當證明妨礙之客觀要件。(註三〇)至於所謂一般協力義務在此則以當事人之一般事案解明義務為其討論對象，亦即係以Stürmer所主張之當事人一般事案解明義務之見解為其依據。

基本上，訴訟促進義務在德國原有其指涉之對象，通常係指時間上促進之面向，至於是否亦應創設所謂訴訟上一般協力義務，而將該協力義務與所謂當事人一般事案解明義務視為同一，在理論上可能仍有爭議。尤其學者所指作為協力之依據中，其實體法上依據，似與情報請求權者相當。但自相關法條，反對其能成為一般化程序義務者，亦能鋪陳不同理論。例如向來持辯論主義立場者，乃認為任何當事人均應對其有利之事實盡其力而為主張與舉證，而其相對人並不須在應負主張責任一造當事人具體化其陳述前，即為具體化爭執或提出有利於對造之證據方法，而所有關於程序法上之協力義務規定，如德國民事訴訟法第一三八條第一項、第二項、第三七二條a、第四二三條、第四四五條以下等規定均僅係例外性之規定。(註三一)但持一般訴訟協力義務者則以類推德國民事訴訟法第一三八條第一項、第二項、第三七二條a、第四二三條、四四五條以下等規定作為其依據，而將之亦視為一般訴訟促進義務之內涵範圍。(註三二)二者之觀察角度，可謂南轅北轍，並無統一之見解。

就擬制自認與事案解明義務（或資訊義務（註三三））之關係，在德國學理上，一般乃係自其民事訴訟法第一百三十八條等規定企圖推導一般化事案解明義務（或資訊義務），或就其民事訴訟法第一百三十八條第四項關於當事人不知陳述之規定，試圖以資訊義務作為其附加要件。（註三四）但能否認為自真實義務、陳述義務、擬制自認規定（包括原始型及證據評價型者）推得民事訴訟法承認一般事案解明義務，於學理上固有爭論，但為德國通說所不採；則能否經此一所謂一般化事案解明義務作為擬制自認制度之法理基礎，自有困難。矧若承認此等一般化事案解明義務之存在，因其具有擬制真實效力，則擬制自認又有何特別加以規定之必要？尤其所謂當事人事案解明義務乃包括對於證據之提出及勘驗之忍受等，但對於擬制自認而言，其似未對於此等對象加以規範在內。

在此，對於以訴訟促進義務作為擬制自認制度之法理基礎，其困難即在於對於訴訟促進義務、資訊義務或事案解明義務、協力義務之定義問題。若採狹義解釋，則著重在時間面向促進意義之訴訟促進義務，似與擬制自認較不具可連結關係。但若採廣義之見解，則訴訟促進義務可能亦將資訊義務或事案解明義務等亦加以包括在內，則資訊義務與擬制自認間關係，即有討論之空間。惟在此亦須對於資訊義務、事案解明義務或協力義務等加以定義始可，若係採廣義者，則就實體法上或程序法上若干特別資訊義務或協力義務而言，其與擬制自認間似較不具關聯性；但就一般事案解明義務或一般協力義務而言，其雖可能發生提供擬制自認一合理化基礎，但反面觀之，卻會發生如前所述之排擠效果（即如承認一般化事案解明義務，則擬制自認規定之必要性將被降低）。

基本上，民事訴訟法上關於真實義務、陳述義務等規定，某程度

上與辯論主義仍有可相容之空間；但所謂當事人一般事案解明義務則對於辯論主義有重大顛覆之效果，因而難免受到質疑。而所謂當事人事案解明義務之理解，除有學者將之視為一般性義務之外，事實上亦有可能如德國實務一般，僅在一定條件下乃例外承認該義務之存在（註三五），據之以緩和對於訴訟法其他原則之衝擊。而其無論係原則性承認或例外性承認，基本上其實益乃在於對於應負主張責任一造當事人未能具體化其主張時，提供要求非負主張責任一造當事人協力具體化或即為具體化爭執之義務之法理基礎。至於其他對於應負主張一造當事人已盡其具體化義務者，則非負主張責任一造當事人即有具體化爭執之必要，其自完全義務或陳述義務基本上已可推得，原則上似較無須自一般事案解明義務求其法律依據之必要（但仍應注意在不知陳述類型中非屬非負主張一造當事人領域內之情形，是否須為不同評價之問題）。而在證據評價型擬制自認，學者若為克服其抽象性所可能引致之法律不安定性，而企圖建立類型及設定要件（例如將資訊探知義務引入），仍應認為具其理論上之討論價值。（註三六）

應注意者係，就我國民事訴訟法第二百八十條第三項之增訂，學者有認為其乃具有訴訟促進之功能，使「法院審理訴訟之過程中，當事人比較能採取審慎之態度，原被告才不會把法官之審理認為不重要，最少當事人會更認真提出準備書狀出來，對於審理集中化有益。」（註三七）另學者亦有認為協力解明事案義務乃訴訟促進義務不可或缺之一環者。（註三八）此一觀察，某程度上代表「訴訟促進」一詞在我國法之發展特殊性，亦即將「訴訟促進」之詞之擴大化使用，似為我國部分學者所認同。雖我國法上對於非負舉證責任一造當事人之事案解明義務理論仍有待發展，惟在此對於相關資訊義務之定義問題，仍可能造成制度釐清之困難。例如是否將所謂資訊義務或

資訊探知義務充當上位概念，而使之含括事案解明義務？抑或二者乃等同之事？又在「不知陳述」之擬制自認類型中是否可特別發展一狹義之資訊探知義務，而與其他資訊義務或事案解明義務得以相區隔者？均涉及相關理論之發展及定位之問題。（註三九）

（五）其他

對於擬制自認之法理探討，除上開對於辯論主義、真實主義、陳述義務、訴訟促進義務及具體化義務之探討之外，實尚有其他可能。首先，就擬制自認之規定，學者有認為與舉證責任減輕有關者，（註四〇）此一見解，若自結果論而言，亦非無可採。其在舉證責任責任分配法則之體系定位，則應屬民事訴訟法第二七七條但書中所謂「特別規定」之「訴訟中」類型者。（註四一）但若自民事訴訟法第二百八十條之規定而言，其初始目的似非自舉證責任減輕出發，否則對於民事訴訟法第二百八十條第一項情形，又豈能容許其再行爭執？雖自民事訴訟法第二百八十條第一項之運作，並非當然可以推論能以舉證責任減輕作為擬制自認之基本法理，但若自另一角度觀之，亦即因民事訴訟主要係當事人之活動，若當事人有不協力進行訴訟者，即於程序進行造成阻礙，而對於判決成熟度造成障礙，則基於制裁法理，類似於證明妨礙法理，亦有對於非負舉證責任一造當事人為不利認定傾向之必要。其次，對於民事訴訟法第二百八十條第二項擬制自認類型，亦有學者自誠信原則出發加以探討，但似較少共識者。（註四二）再者，對於民事訴訟法第二百八十條第三項之準用型擬制自認，其亦可能自當事人到場義務之角度出發進行理解，但此一到場義務如何避免對於被告有過度之期待，尤其對於濫訴或顯無理由訴訟之進行，如何合理說明被告亦有到場義務，仍為難題，遑論施以不到場之制裁效果。因而對於當事人經合法傳喚而不到場者，在訴訟上如何處

理，似仍應自當事人於訴訟上之協力角色出發，學者乃有認為一造辯論判決或缺席裁判程序，其中對於被告部分，乃基於辯論主義之理論，將對於事實認定不能達到成熟度之不利歸屬於不到場之被告，而有擬制自認之效果。（註四三）最後，對於擬制自認制度，是否亦有可能自減輕法院負擔角度出發？（註四四）尤其係在當事人不到場之情形，除以一造辯論判決或擬制自認之外，其他制度上之選擇乃法院職權調查，而此適足造成法院之負擔。（註四五）

三、小結

綜上所論，辯論主義、真實義務、陳述義務、訴訟促進義務（按：在此之訴訟促進義務係採較彈性之定義，可能與促進審理集中化或促進訴訟有效率之審理進行等，有重疊處）及具體化爭執義務等程序法原則或義務，與擬制自認乃存有深淺或遠近之關聯性。

基本上，就民事訴訟法第二百八十條第一項之擬制自認類型，其與陳述義務、真實義務及具體化義務乃有直接之關聯性，而其亦具有訴訟促進之功能，至於辯論主義亦屬其基本思考因素；至於民事訴訟法第二百八十條第二項之擬制自認類型，則主要與訴訟促進義務或所謂資訊義務等有較深之關聯性，而真實義務、陳述義務及具體化義務等亦與其具有關聯性；至於民事訴訟法第二百八十條第三項則主要與訴訟促進義務（協力義務）、到場義務等有較密切關係。惟應注意者係，若就擬制自認制度之合憲性評估，似自訴訟促進義務及制裁理論，乃較能合理說明為何可在無一造當事人明示下而使發生擬制自認之效果。而若自訴訟促進理解擬制自認制度，則其適用範圍不免將被擴大。如此，若欲將擬制自認評價為具合憲性，則如何建構其例外事由，例如藉助期待可能性等理論作為排除擬制自認適用性者，均為理

論上可得討論者。

應注意者係，因對於訴訟促進義務、協力義務、事案解明義務、資訊義務、資訊探知義務等概念之認知不同，對於相關法理建構或引用，難免增加理解或定位上之困難；而此一困難亦出現在對於陳述義務及具體化義務之運用。就此，因個別理論均有其理論依據及發展脈絡，須由他文個別解析，在此無法深論。本文僅在其個別理論與擬制自認發生聯結可能性時，分別略以論述，其中所持觀點，亦未必與處理相同或類似論題者採完全一致之見解。例如，本文並未將當事人一般事案解明義務與資訊探知義務視為同一，而採在不知陳述擬制類型另承認一特殊之資訊探知義務，以解決不知陳述之許可性問題。如此，難免無法兼顧個別理論之統一性，而存在為本文獨特定性之可能性（例如對於資訊義務、事案解明義務及資訊探知義務之交錯問題），就此等定義問題，尚請讀者加以注意。

肆、要件及效力

一、要件分析

(一)一般性要件

1. 訴訟要件之具備

訴訟要件乃法院為實體審判之前提要件，其除對兩造當事人之訴訟權益具其意義之外，並有其公益性存在。擬制自認制度之適用，於訴訟上固某程度可達到訴訟促進之功能，但對於缺乏訴訟要件之事件，若亦使發生擬制自認效果，而能使獲得實體裁判，對於部分訴訟要件之公益性，其考慮似有所未足。此於部分訴訟要件本身事實之認定，固可能有此問題；即在實體事項部分，若因個案中欠缺訴訟要件

已被確認，則擬制自認之適用空間在此情形亦將面臨被排擠之命運。

基本上，除訴訟障礙事項外之法院應依職權調查之訴訟要件，法院既應依職權調查，若不具備而符合民事訴訟法第二百四十九條第一項諸款情形者，即應以裁定駁回，似應無擬制自認規定之適用。（註四六）值得思考者係，在擬制自認類型中，其關於原始型擬制自認及證據評價型擬制自認二者，若據其陳述，已可認為其有該當擬制合意管轄要件而無專屬管轄情形者，則對於擬制自認之適用亦應認為已無障礙。但應注意者係，關於契約履行地及合意管轄之約定事實，在德國，其民事訴訟法第三百三十一條第一項但書加以排除在擬制自認適用範圍之外，但我國法上對此並未明文限制，是否在此情形，有對於管轄權之任意創設加以限制之必要，似亦為可探討之課題。

2. 主體與客體

(1) 主體

民事訴訟法第二百八十條第一項、第二項及第三項之適用主體，均係指訴訟當事人，其無論係原告或被告均可；亦即，對於原告所主張之權利發生規範事實，被告視其情形，可能發生不同類型擬制自認之效果。而若被告對於其相對應原告請求所為權利障礙要件、權利消滅要件或權利抑制要件等規範事實為主張者，原告對該等事實主張亦依其情形有適用民事訴訟法第二八〇條各項之可能。基本上，可依舉證責任分配結果，區分為應負主張（舉證）責任一造當事人及非負主張責任一造當事人二者，而在此主要係指非負主張責任一造當事人而言（註四七）。另其若有複數主體時，則應注意依其共同訴訟之類型，注意有無民事訴訟法第五十六條之適用。

(2) 客體

擬制自認之適用客體，應係指當事人之事實主張。所謂事實主

張，某程度上乃將當事人之法律上見解加以排除，其理由乃因法律之評價係法官之職權，不適於充當自認或擬制自認之客體。此一應負主張責任一造當事人之事實主張時點，並不限於應負主張責任一造當事人於言詞辯論時始為主張者，其應及於在言詞辯論前之準備程序中或以準備書狀主張者。對該等事實，如已出現、援用於言詞辯論程序中，而非負主張責任一造當事人至言詞辯論終結仍未曾表示爭執意見者，似應均有擬制自認之適用，此自民事訴訟法第二百八十條但書及同法第三項之規定文義，似可作此推論。

所謂事實乃指關於系爭事件中被運用之法規範要件相對應之外在世界之現象與狀態，同時亦包括人類之精神狀態，例如故意、企圖、同意、善意或惡意等。（註四八）其不僅包括個別事實主張，且及於整體事實之綜合陳述者。就此，實務上有就債務清償事實（註四九）、醫藥費支出事實（註五〇）、印章真正、（註五一）設計製作費實際支出費用（註五二）、出租事實及現仍占有某物之事實（註五三）、殯葬費、契約有效成立（註五四）、對經濟不佳事實（註五五）、文書真偽（註五六）等事實納入擬制自認之適用客體者。（註五七）但對於價值判斷、經驗法則（例如生活經驗、交通習慣、商業習慣等）、法則或證據評價則非自認之對象；（註五八）即外國法之內容，亦非擬制自認範圍所及。（註五九）有疑義者係，若非屬當事人親身知覺之事實，其雖可成為自認之對象；（註六〇）但對於擬制自認者是否均亦得為相同解釋，尤其係關於「不知」或「不記憶」類型之擬制自認，是否亦應為如此解釋，恐有爭議。其次，對於所有權、租賃、買賣、契約、契約、公共道路及保證等當事人於日常生活所共知之法律定義或法律關係之法律事實，雖亦為自認之客體。（註六一）但於擬制自認制度中，是否對於此一可能已涉及法律定性之事

實亦有適用餘地，可能亦有疑義。(註六二)

此外，對於擬制自認之客體範圍，其尚可能包括如下基本問題：其一、是否僅限於主要事實，而不及於間接事實？其二、是否僅及於不利事實，而不及於有利事實？對於前者而言，學者有認為關於間接事實或補助事實之擬制自認，與在裁判上自認時相同，無拘束力。(註六三)此一見解主要係延續學者對於辯論主義之理解邏輯，亦即將辯論主義第一命題之適用對象乃僅限於主要事實，而不及於間接事實或補助事實，據此，即使間接事實未為當事人所提出，法院亦得斟酌，以避免自由心證主義名存實亡。(註六四)但對於辯論主義之適用範圍是否僅限於主要事實，學者亦有提出不同觀察；(註六五)並認為依現行法理解下，當事人有於訴訟前階段儘早提出有關本案請求所必要之關聯事實，包括主要事實及間接事實等。(註六六)而對於自認之客體，亦有認為凡構成訴訟標的法律關係之發生、變更或消滅之一切直接事實或間接事實，均得為自認之對象。(註六七)基本上，若對於自認或擬制自認之適用對象，排除在間接事實與主要事實間所應存在之經驗(或所謂經驗法則)，因其可避免干預法官心證之形成，或有其合理性存在。但若認為間接事實不能充當自認或擬制自認之對象，則對於訴訟經濟、當事人自主權(對於訴訟資料或法尋求之形塑權)等似有干預過度之虞，未必符合程序之合目的性。例如，對於車禍事件之損害賠償事件，於過失行為之認定，對於間接事實(例如駕車前曾飲酒多量之事實、駕車時曾接聽手機之事實、忽視交通信號之事實等)，如當事人不加以爭執，為何不令發生擬制自認之效果，頗費思量。

至於擬制自認之適用對象是否僅及於不利事實，而不及於有利事實之問題，學者有認為僅及於不利之事實主張者。(註六八)一般而

言，兩造攻防之提出，通常係指向對於對造之不利者，而此亦為兩造爭執之所在。但若「應負主張責任一造當事人」基於真實義務而為部分不利於己之陳述，亦即有利於對造之陳述，則對造亦即「非負舉證責任一造當事人」可否加以「爭執」？（註六九）論者有認為在此，該非負舉證責任一造當事人應可「爭執」，而使法院不可將該事實主張視為不要證事實。（註七〇）此一見解對於要求訴訟應符合真實追求之意義上，似具其合理性。但據此似尚不能推論應負主張責任一造當事人對其所應負主張事實之外附帶主動所為不利於己之陳述，亦得作為擬制自認之對象，其理由乃在於主張於己有利事實者，應由其負主張之責任，當事人一造先行為所為之於己不利之陳述，就此部分原非其所應負主張責任之對象，但基於真實主義卻有可能有先行陳述之義務，若他造依其主張而援用者，論者認為此時似亦屬於自認（先行自認）。（註七一）但若他造未援用時，論者仍有認為其亦得成為辯論意旨，加以斟酌者。（註七二）此時，對該事實主張而言，該他造乃「未主張」，而非「未爭執」，二者有所不同，故似未可認為其可成為擬制自認之客體。（註七三）

3. 具體化義務之要求

就陳述義務而言，其前提乃陳述義務人之相對人已盡其具體化義務。（註七四）在此所謂具體化義務之要求乃指向應負主張責任一造當事人者，例如就原告而言，主要係指向相對應於原告起訴主張之權利（請求）之事實，原告在此即應以足以使其系爭請求得以與其他請求相區別之方式表現之（註七五）。又因訴訟標的乃涉及被告之防禦權之行使，因而對於原告起訴主張之具體化，乃要求亦應以使被告能據此而得對其防禦對象有所了解為目標。（註七六）在德國即有認為若原告起訴請求被告應給付原告五千馬克，而僅主張「原告與被告間

曾簽訂契約，被告因原告於其間所已為給付，允諾給付五千馬克」等語，亦不符合具體化義務之要求者。（註七七）此時，為特定訴訟標的需要，原告乃應對於該特定契約訂立之相關主體、時、地及具體允諾給付五千元馬克之情狀予以說明。基本上對於應負主張責任一造當事人之具體化義務，即使在德國，對其程度之要求，亦未必能完全明晰確定，在適用上，由實務依據案例類型進行個案經驗上累積，仍屬必要。

就爭執之具體化，國內學者即指出「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陳述，以補充負主張責任之當事人的陳述。」（註七八）就此，在德國亦認為被告之爭執是否應具體化及其程度應為如何，乃應視相對人（即應負主張責任之一造當事人）所為主張之具體化程度及當事人與事件過程之接近度以斷之。（註七九）亦即，一般而言，當事人雖依當事人陳述義務（我國民事訴訟法第一九五條第二項、德國民事訴訟法第一三八條第二項）規定對於相對人已為具體陳述者，即亦應就其陳述加以具體化（積極之陳述）。（註八〇）若以「概括爭執」，亦即主張「除自認者外，其於相對人主張均予以否認」，應認為不符合具體化義務，可能發生視為自認之效果。（註八一）但對於相對人（應負主張責任一造當事人）僅為一般性主張而未具體化者，陳述者（非負主張責任一造當事人）自亦得僅為單純之否認。（註八二）

就應負主張責任一造當事人之主張具體化要求，在實務上有如下案例：甲於六十七年一月間開立六十七年七月一日到期之支票一紙向乙調借同面額新台幣（下同）四萬元。六十八年四月，乙復持該支票