

# 民事程序法之發展與憲法原則

姜世明 著

學術論文集



元照出版



## 內容簡介

本書鑒於在法治先進國家，其程序法之發展，均受其國家之憲法原則及價值指導及影響；且多將程序法視為運用之憲法；而關於此一問題之重要性，亦為我國多數學者及實務家所肯認，並已成為我國新近修正民事訴訟法之指導原則。本書乃參考德國學說實務發展，並以我國現時相關法制為基礎，分別就各重要之憲法原則與價值在民事程序中之作用，予以詳盡論述。希讀者藉此，得對民事程序法理獲致更宏遠之視野。

ISBN 986-7787-44-7



9 789867 787446



1D41GA

定價：500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

# 民事程序法之發展與憲法原則



姜世明 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事程序法之發展與憲法原則 / 姜世明著. --  
初版. -- 臺北市 : 元照, 2003[民 92]  
面 ; 公分.

ISBN 986-7787-44-7 (精裝)

1. 民事訴訟法

586.1

92016160

**民事程序法之發展與憲法原則**

1D41GA

2003 年 11 月 初版第 1 刷

作 者 姜世明

出 版 者 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 500 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (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 986-7787-44-7



# 序

民事程序法與其他種類之程序法（如刑事訴訟法及行政訴訟法等）相同，均係為確定事實及適用法律而設；其中，刑事訴訟法與行政訴訟法二者因與國家公權力之介入（行為）明顯相關，因而其被置於憲法原則之審查，於程序法學之研究，被認為理所當然。但於民事程序法之研究領域，因其審理標的乃私法關係，而程序亦於當事人之自主權多所尊重，因而就憲法原則及民事程序法間之關聯性研究，相較其他法域，向有所不足。

在德國，其民事程序法學之受憲法原則之指導及審查，實由來已久；但其成為主流之民事程序法學之研究方向，則主要係二次世界大戰後之事。就德國之民事程序法發展以觀，自二次世界大戰之後，其關於突襲性裁判之防止、合法聽審權之保障、武器平等之重視、比例原則之考量及其他個別制度於憲法價值或基本權衝突時之衡量，乃為實務及學說爭論之重點所在。而關於憲法原則及民事程序法之關聯之研究，在德國，不僅在其立法上成為指導方針，其在實務上亦發揮重大影響。此一議題之重要性，且自德國相關文獻有如汗牛充棟般，即可自明。

關於民事程序法之發展及憲法原則間之關係之研究，在我國民事程序法之學術領域原非研究者之關注對象。其成為研究標的者，乃始於一九七〇年代末期，經留日學者邱聯恭教授就程序保障論、突襲性裁判防止、公開心證等理論予以倡議；並經民事訴訟法研究基金會之諸位權威教授之研究及確認，至今，以憲法原則指導民事程序法理論之發展，乃已成為多數學者及實務家所肯認之見解。而我國之民事程序法學之發展乃趨與先進國家之法學研究有對話之基礎，相關權威學者之貢獻，信將享不朽之譽。

筆者留德期間，研究對象主要者有三，亦即民事證據法、民事程序法中之憲法因素考量及自由業者之民事責任法。其中，關於民事證據法者，已有專書出版；而關於民事程序法之發展及憲法原則關係之議題，則為筆者自一九九九年留學返國後之研究重點之一，並已分別發表草作數篇。茲幸蒙元照出版公司督促，乃另倉促補綴數文，集結為專論，並定名為「民事程序法之發展與憲法原則」，委由元照出版公司代為付梓問世，以為國內相關問題研究之補充。

本書分為三編，第一編導論乃就民事程序法與憲法各價值及原則間關係作總體概略之論述。第二編則係本論，其中就合法聽審權、武器平等原則、實體正義、比例原則及社會國原則等憲法之基本原則與價值在民事程序法中個別制度之作用及具體衡量，作較詳盡之論述。其目的乃為具體化相關論題之研究，而不致令實務家或研究者，迷失於抽象之憲法原則與價值衝突、選擇之中。第三編附論乃係立法例之介紹，因德國法於新近有重大之制度變革，其中部分制度且為我國新近修法所借用，而其與憲法原則、價值之衝突及選擇亦有密切關係，固有援介之必要。

本書之出版，仍僅係個人研究生涯之開端與嘗試。緣曾從事實務工作，因而略悉實務家知識之精微及具體，非吾人泛論空談所能及；又因幸蒙不棄，得忝事教職，能獲權威學者開示，瞻仰其學問之高深，故知所不足。希藉本書之出版表達對學界、實務界師長提攜之謝忱；另並感謝多年來關心我之家人及朋友，祝福大家。

姜世明

在南台灣

二〇〇三年八月二十九日



# 目 錄

## 序

## 第一編 導 論

第一章 民事程序法發展之憲法因素考量.....	1
壹、前 言.....	3
貳、憲法於民事審判組織與任務之影響.....	4
一、獨立之裁判機關.....	4
二、司法之意義與目的.....	8
三、民主原則之影響.....	10
參、法治國原則.....	12
一、依法審判.....	12
二、法定法官.....	12
三、法律安定性.....	13
四、個案正義.....	19
五、比例原則.....	21
肆、社會國原則.....	24
伍、基本權.....	27
一、基本權概說.....	27
二、人性尊嚴保障.....	27
三、合法聽審權.....	28
四、有效率權利保護 ( Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ) .....	30

五、公正程序請求權 ( Der Anspruch auf ein faires Verfahren ) .....	33
六、程序利益保護原則之理論開展 .....	35
七、其他程序上相關之基本權 .....	37
陸、接近法院 .....	45
柒、憲法保障之實踐 .....	47
捌、結 論 .....	49

## 第二編 本 論

第二章 合法聽審權 .....	51
壹、前 言 .....	53
貳、合法聽審權之基本特質 .....	54
一、合法聽審之名稱 .....	54
二、合法聽審權之性質 .....	56
三、承認合法聽審權之理由 .....	59
參、合法聽審之請求權人 .....	61
一、德國基本法第一〇三條第一項主體解釋論 之特殊性 .....	61
二、可能權利人之具體範圍 .....	62
肆、合法聽審權之基本內容 .....	69
一、知悉權 ( 受通知權 ) .....	69
二、陳述權 ( Das Recht auf Aeusserung ) .....	72
三、法院之審酌義務 .....	79
四、突襲裁判之禁止 .....	82
五、失權之特殊意義 .....	86



伍、合法聽審權之例外與違反之救濟	89
一、例外	89
二、違反之救濟	90
陸、結 論	95
<b>第三章 法律性突襲裁判</b>	<b>97</b>
壹、前 言	99
貳、定義與重要性	100
一、定 義	100
二、論題之重要性	107
參、我國法	108
一、法律依據	108
二、實 務	111
三、學 說	116
肆、德國法	124
一、概 說	124
二、民事訴訟法第二七八條第三項（舊法）	125
三、民事訴訟法第一三九條（舊法）	135
四、新修正民事訴訟法第一三九條（01.01.2002）	137
五、基本法第一〇三條第一項	141
伍、評估與展望——代結論	144
<b>第四章 民事程序之武器平等原則</b>	<b>155</b>
壹、前 言	157
貳、民事訴訟法與憲法關係概說	158
參、武器平等之基本內涵	161
一、憲法基礎	161
二、程序法上意義	162
三、與公正程序之關係	164

肆、武器平等與舉證責任分配法則 .....	166
一、醫師民事責任程序之特殊性 .....	166
二、實務之見解 .....	169
三、學說見解 .....	172
伍、武器平等理論於我國法發展之特殊性——代結論 .....	174
一、學說觀察 .....	174
二、實務現況 .....	175
三、發展之評估 .....	177
<b>第五章 訴訟救助 .....</b>	<b>181</b>
壹、前 言 .....	183
貳、訴訟救助制度之法基礎 .....	183
一、訴訟救助之憲法意義 .....	183
二、訴訟救助制度之立法規定 .....	189
參、訴訟救助制度之內容 .....	192
一、我國法 .....	192
二、德國法 .....	203
肆、我國訴訟救助制度之發展評估 .....	214
伍、結 論 .....	219
<b>第六章 遲延提出攻擊防禦方法之失權 .....</b>	<b>221</b>
壹、前 言 .....	223
貳、法律依據與立法目的 .....	225
一、法律依據 .....	225
二、立法目的 .....	231
參、失權規定之合憲性控制 .....	234
一、聯邦憲法法院之見解——憲法基本原則之檢驗 .....	234
二、解釋論上之影響 .....	242



肆、要件與效力	245
一、我國法	245
二、德國法	252
伍、我國法規定之發展評估——代結論	277
<b>第七章 強制執行程序中之比例原則考量</b>	<b>289</b>
壹、基本案例	291
貳、以比例原則充當強制執行程序基本原則之考慮因素	292
一、比例原則之基本內涵	292
二、比例原則於強制執行可適用性之理論爭議	295
三、基本權衝突	300
四、於我國法基礎之探尋	302
五、缺乏比例原則意識下之強制執行困境	303
參、合適性原則	304
一、概說	304
二、個別強制執行程序之考量	306
肆、必要性原則	309
一、概說	309
二、個別強制執行程序之考量	311
伍、狹義之比例原則	314
一、概說	314
二、小額債權之強制執行	315
三、比例原則標準之量化可能性	319
四、債權人之值得保護性	321
五、債務人之特殊保護必要性	323
陸、違反比例原則之效果	326
一、比例原則於強制執行程序之作用	326
二、違反之效果	327

柒、結 論	329
一、基本觀察	329
二、案例說明	330
三、立法展望	333
<b>第八章 美國懲罰性賠償金判決之承認與執行</b>	<b>337</b>
壹、前 言	339
貳、懲罰性賠償制度之基本內容	339
一、制度發展史	339
二、種類與要件	342
三、功 能	345
參、美國懲罰性賠償判決之承認與執行	348
一、民事事件	348
二、公序良俗	350
三、憲法秩序之考量	359
四、其他因素	362
肆、我國之立法與實務	362
一、立 法	362
二、關於懲罰性賠償之實務見解	363
伍、我國法之發展評估——代結論	367

### **第三編 附論——立法發展**

<b>第九章 德國民事訴訟法修正（01.01.2002）</b>	
<b>總則與第一審部分</b>	<b>371</b>
壹、概 說	373
貳、和解程序之加強	375
參、法官之實質訴訟指揮之強化	378



肆、提出命令之擴大	385
伍、獨任法官功能之強調	388
陸、其他重要修正內容	391
一、無效與不合法之審判籍協議	391
二、迴避聲請之裁決	392
三、費用法之改革	392
四、送達改革法 (ZustRG vom 25.06.2001)	394
五、以影音傳送進行審理	394
六、訴訟停止	395
七、再開辯論	395
八、訴之撤回	396
九、早先第一期日	396
十、裁    判	397
十一、依衡平裁量之程序	398
十二、異議之審查與證人不到場之正當事由	398
柒、結    論	399
<b>第十章 德國民事訴訟法修正 (01.01.2002)</b>	
<b>上訴審部分</b>	401
壹、修正基本背景及方向	403
貳、第二審	405
一、瑕疵控制及排除之審級定性	405
二、合法性審查及駁回裁定	411
三、失    權	413
四、第二審上訴之許可	416
五、其他重要修正	417
參、第三審	423
一、許可上訴制度	423
二、駁回許可裁定之抗告	428

三、飛躍上訴	429
四、其他	430
肆、結論	432

索引	435
----	-----



## 第一章 民事程序法發展之憲法因素考量

### 壹、前言

### 貳、憲法於民事審判組織與任務之影響

- 一、獨立之裁判機關
- 二、司法之意義與目的
- 三、民主原則之影響

### 參、法治國原則

- 一、依法審判
- 二、法定法官
- 三、法律安定性
- 四、個案正義
- 五、比例原則

### 肆、社會國原則

## 伍、基本權

一、基本權概說

二、人性尊嚴保障

三、合法聽審權

四、有效率權利保護

( Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz )

五、公正程序請求權

( Der Anspruch auf ein faires Verfahren )

六、程序利益保護原則之理論開展

七、其他程序上相關之基本權

(一)平等權

(二)證據禁止之基本權考量

(三)自由權

(四)其他

陸、接近法院

柒、憲法保障之實踐

捌、結 論



## 壹、前 言

憲法乃一國之根本大法，其不僅涉及國家機關體制之確立，且就人民基本權之保障予以揭櫫宣示。憲法之規定，不僅係國家機關受到拘束，且對於人民而言，無疑係其權利之保證書或最後之權利保障依靠。國家基於憲法乃負有保障人民基本權利之義務，而人民基於憲法乃有權要求國家應建立保障（救濟）其權利之機制。

於第二次世界大戰之後，現代文明價值，經由國際間互動，漸有異中求同之趨勢，此一趨勢，且於蘇聯及東歐等共產國家瓦解之後，益形明顯。其中，無論係法治國原則、民主國原則、社會國原則及基本權之保障等，均已為現時多數國家所承認之基本價值，即我國亦無例外。

就法律發展歷史中憲法之作用理論觀之，於二十世紀後半葉，憲法除於一國政府體制建立之意義之外，其在法學上，顯然已成為法學之重要發展動力，並具有積極之指導功能。其中，無論解釋論上之合憲性解釋或司法制度上之合憲性控制機制，均為法學上至為重視之課題。而此一憲法與法律間關係之開展，不僅存在於憲法與實體法之關聯。尤值注意者乃，憲法對程序法發展之影響力與日俱增，因而有將此現象稱為「程序之憲法化」，或將程序法稱為「運用之憲法」者<sup>1</sup>。

基於上述觀察，本書擬藉助德國民事程序法學上就憲法於民事程序法學之影響，進行援介，資充檢驗我國近數十年來對同一議題之理論發展成果之基礎，俾能提供我國法與先進國家法學發展接軌之部分基礎。

---

<sup>1</sup> Vgl. Schwab/Gottwald, Verfassung und Zivilprozess, 1984, S. 2 m. w. N.

## 貳、憲法於民事審判組織與任務之影響

### 一、獨立之裁判機關

基於權力分立原則，司法（裁判）權被認為應獨立於行政權與立法權之外，以確保其裁判公正、人權保障之功能得獲實現。審判獨立之原則固已為西方國家與不少第三世界國家所認同，惟其內涵與實踐程度仍有所不同。基本上，權力分立之目的乃為防杜國家權力之濫用及排除警察司法之復辟<sup>2</sup>。司法權（裁判權）之行使主要係藉由法院為之，而其中更以法官為裁判權行使之主體。在德國，作為第三權之司法權，其獨立性並經由其基本法第七十九條第三項而加強，其基本法第二十條所稱之基本原則（包括權力分立）乃非為得修憲之客體範圍<sup>3</sup>。我國憲法以專章規定司法，而將司法獨立於其他公權力部門之外，除揭示「司法院為國家最高司法機關」外，且明定法官審判獨立及法官之身分保障，顯然於司法獨立原則亦至為重視<sup>4</sup>。

審判獨立之內容，固有不同分類。首先，就組織上之獨立性而言，為排除其他力量的干預，裁判機關被期許具有中立性，因而對於可能影響裁判機關中立性之行爲，應予避免，例如，對職務不相容行爲之避免。為此，法官似不宜同時具有政

<sup>2</sup> Vgl. Schwab/Gottwald, a. a. O., S. 6.

<sup>3</sup> Vgl. Benda/Weber, Der Einfluss der Verfassung im Prozessrecht, ZfP 96(1983), 285.另外德國基本法第九十七條第一項與法官法第二十五條亦為確保法官獨立之重要規定。Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, Kommentar, 5. Aufl., 1995, S. 423。

<sup>4</sup> 許志雄／蔡茂寅／蔡宗珍／陳銘祥／周志宏，現代憲法論，2000年，頁322。就司法權之獨立與法官獨立區別之論述，參閱邱聯恭，司法之現代化與程序法，1992年初版，頁45以下。



府或行政之成員或國會議員之身分，即於政黨或利益團體之活動亦應持謹慎與保留態度。

基於裁判機關之獨自性與獨立性，作為裁判活動主體之法官應具備法官之中立性與獨立性，尤其應具有事物之獨立性與身分之獨立性。就事物獨立性而言，裁判機關之重要本質乃具體裁判活動不受指令拘束<sup>5</sup>，但就此一獨立性之保障方式，於不同國家可能有不同之實踐方式，例如，藉由評議秘密制度或經由法官自治所選出之法官委員會進行事務分配等，均與法官事物獨立性相關<sup>6</sup>。雖法官獨立性之內容包括法官獨立於政府或行政，但其與法官之職務監督間之關係仍為難解之問題。雖在德國法官法第二十六條第一項規定：「法官僅在不侵害其獨立性下受職務監督。」例如，法院院長就法官之不準時開庭或開庭態度固有監督之空間，但就辦案之遲延如何程度進行監督始不構成侵害法官辦案之獨立性，即成難題。是否為一般性督促遲延案件之進行，而禁止對個案為審結指示，即為不侵害法官辦案獨立性，值得探討<sup>7</sup>。另外法官之事物獨立性尚包括其獨立於其他法官之外，因而在德國並不承認一般性之判決先例制度，但應注意其民事訴訟法第五六五條第二項關於判決發回第二審之法律理由拘束力及聯邦憲法法院之裁判見解拘束力之規定<sup>8</sup>。

<sup>5</sup> 就受獨立性保障之裁判活動意義，Vgl. Schmidt-Räntsch, a. a. O., S. 424 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Schwab/Gottwald, a. a. O., S. 8.

<sup>7</sup> Schlosser, Zivilprozessrecht I, 2. Aufl., 1991, Rdnr. 87. 聯邦最高法院曾認為就法官工作之核心領域不得為職務監督，但就外圍秩序則得為監督，惟此一見解具有爭議。Vgl. Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 2. Aufl., 1994, Rdnr. 469 m. w. N.

<sup>8</sup> Schlosser, a. a. O., Rdnr. 90 f. 因而理論上，下級審法院得為不同於高等法院判決見解之裁判，但不容忽視德國上級審法院判決之事實上效力（準規範效

就身分上之獨立性而言，應知，即使法官之事物獨立性已經獲得保障，但卻未保障其身分獨立，而准許任意遷調法官職務，則法官審判獨立之要求並不可能實踐。而就法官之身分保障內容，主要係表現在法官之不可任意遷調、解職之保障。其中，且以法官之終身職保障為最直接之制度肯認<sup>9</sup>。對法官之身分保障，我國法之規定可包括：實任司法官非有法定原因不得免職（司法人員人事條例第三十二條）、實任司法官非有法定原因不得停職（司法人員人事條例第三十三條）、實任司法官非有法定原因不得降級或減俸（司法人員人事條例第三十七條）、實任法官非經本人同意不得為地區調動（司法人員人事條例第三十五條）、實任法官除經本人同意外，不得轉任法官以外職務（司法人員人事條例第三十四條）及實任法官非經本人同意不得為審級調動（司法人員人事條例第三十六條）<sup>10</sup>。另外，就法官之身分獨立之制度保障中，較具爭議者為關於法官考績之問題，雖在德國實務原則上認為法官考績制度可被視為合法，但如何防止此一制度侵蝕法官之獨立性，仍非無研究餘地<sup>11</sup>。而於法官職務是否適合「升遷」觀念，以及如何建立透明、公平之拔擢選才之機制，亦為涉及審判官內在獨立性之重要問題<sup>12</sup>。未於法官之身分獨立保障，在法官之民事責任的立法例上

---

力），Vgl. Robbers, Einführung in das deutsche Recht, 3. Aufl., 2002, S. 24 f.

<sup>9</sup> 法官之終身職保障（至一定年齡界限）例如，巴西、英格蘭、法國、希臘、以色列、義大利、比利時、加拿大、荷蘭、土耳其等。德國則在法官試驗期間過後，亦有相同之保障。Vgl. Schwab/Gottwald, a. a. O., S. 8。

<sup>10</sup> 史慶璞，法院組織法新論，修正三版，2001年，頁125以下。

<sup>11</sup> Schlosser, a. a. O., Rdnr. 94.

<sup>12</sup> 司法官對於庭長制度及法官調院辦事之機制公平性，向為爭議焦點。



乃有法官特權制度（責任減輕）<sup>13</sup>，而若有司法行政干預侵害其獨立性，在德國則可向職務法院申訴（法官法第二十六條第三項）。

法官之獨立性除上開事物獨立性與身分獨立性之外，尚有論者將關於法官之迴避制度視為係法官應獨立於當事人之表現<sup>14</sup>。據此，任何法官乃不能充當自己事件之法官，且若有偏見之虞之情形，亦成為法官迴避之事由。我國民事訴訟法第三十二條至第三十八條、刑事訴訟法第十七條至第二十四條就法官之迴避，即有所規定。此外，法官亦不應受利益團體或其他機關指令之拘束，而應受法官中立性原則之拘束<sup>15</sup>。但就法官之中立性而言，其於民事程序法之處分權主義前提下，原本較易被理解與實現，但德國及我國民事訴訟法之修正，某程度已加強法官之闡明義務，而在我國就訴訟標的理論之發展，於新、舊訴訟標的理論及相對訴訟標的理論之採行，於實務上仍在摸索及形成中，亦因此若干可以屬處分權主義範圍者（如舊訴訟標的意義下之請求權定性），於其他訴訟標的理論可能有成為闡明義務標的範圍所及，則如何平衡處分權主義、法官闡明義務及憲法所要求之法官中立性原則，將成為闡明權及處分權主義等訴訟法理論之新挑戰<sup>16</sup>。

<sup>13</sup> 例如，德國民法第八三九條第二項及我國國家賠償法第十三條之規定。

<sup>14</sup> Schlosser, a. a. O., Rdnr. 96 ff.

<sup>15</sup> Schwab/Gottwald, a. a. O., S. 24 ff.

<sup>16</sup> 關於處分權主義及法官中立性問題，Vgl. Stürmer, *Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung*, FS. f. Baur, 1981, S. 651. 在此亦涉及辯論主義之問題，尤其係闡明權之行使與突襲性裁判防止、失權之正當化、合法聽審權、公正程序及法治國原則等均有關係，學者乃有認為德國民事訴訟法乃具有合作（協同）主義之色彩者，Vgl. Stürmer, *Verfahrensgrundsätze des*

另外，關於法官之言論自由界限問題，於德國亦為學界所重視。雖法官亦為憲法基本權保障之主體，但是否應容許法官於其個案自行對外發言，尤其係媒體，乃為此一問題之核心。基本上，應認為法官對於個案之言論自由權，應係在個案之價值判斷，亦即屬於審判獨立保護對象之裁判核心行為應受保障，但僅止在判決理由書中之說明，而不及於對外自行發言。而關於司法如何與媒體互動，則應由法院自行建立發言人機制，方為正道<sup>17</sup>。

## 二、司法之意義與目的

司法（裁判，*Rechtsprechung*）之意義，在德國基本法係採實質之定義，其任務固主要係指民事、刑事等審判活動。但聯邦憲法法院認為基本法之實質意義之司法（裁判）並不排除立法者將民、刑事審判外事件交由法院處理，例如，非訟事件<sup>18</sup>。而此等由立法者所為任務分配，則屬於功能性之裁判定義，應注意者係，此等功能性定義之裁判任務亦應如同其他法官工作所受程序原則一般受到保障<sup>19</sup>。

就裁判之目的而言，基本上，於憲法中一般並不就裁判之目的加以規定。雖在德國，其民事訴訟之目的主要係指主觀權利之確認與實現<sup>20</sup>，此亦為聯邦憲法法院所強調<sup>21</sup>。除此之外，

---

Zivilprozesses und Verfassung, FS. f. Baur, 1981, S. 658. 但應注意，是否得將德國民事訴訟法視為合作（協同）主義，於理論上有爭議。

<sup>17</sup> 容許個別法官擅自對外發言，亦影響司法審級之公信，且鎂光燈下之誘惑，容易造成「忘了我是誰」及趨於民粹之疑慮。

<sup>18</sup> BVerfGE 21, 139(144).

<sup>19</sup> Schwab/Gottwald, a. a. O., S. 11; Benda/Weber, ZZP 96(1983), 287.

<sup>20</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993, S. 3.



民事訴訟之目的亦包括客觀法律秩序之維護、法律和平之維護、法律確信之創造、客觀真實之發現與社會衝突之事實上解決等<sup>22</sup>。有疑問者係，是否以主觀權利之確認與實現為主要目的，而以其他目的為因權利實現所附隨得致之結果？而其中目的抉擇之影響主要係在於訴訟構造之形成時，是否除私人主觀權利之實現外，仍應注意公益之維護<sup>23</sup>。尤其隨時代進步，人民權利意識提升，社會、經濟結構變遷，訴訟質量不斷提高增加，基於訴訟乃集團現象之認識，則訴訟目的是否仍能以主觀權利之確認與實現為主要目的，原本即是可討論之課題。若以私人主體權利之確認與實現為民事訴訟之目的，則國家即應為提供人民具有追求客觀真實、正確適用法律能量之訴訟制度，至於和解、調解等訴訟外之解決紛爭途徑，係尊重私法自治（或訴訟中所謂處分權主義）下之附帶制度建構。但若訴訟目的（或以廣義之程序目的稱之）如走向不以私人主觀權利之確認與實現為主要目的時，例如，將其他諸如客觀法秩序維護或法律和平之維護及社會衝突之解決等作為同等重要之目的時，則強調訴訟程序之目的將不會以得到實體判決為主要目標，而於程序中即可能同時強調其他紛爭解決之可能性設計（例如，辯論兼和解之方式）。

在我國，關於民事訴訟制度之目的為何，向來論者多支持

---

<sup>21</sup> Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, 1983, S. 18 m. w. N.

<sup>22</sup> Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., S. 3; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, S. 2 ff.; Benda/Weber, ZZP 96(1983), 287; Schwab/Gottwald, Verfassung und Zivilprozess, 1984, S. 12.

<sup>23</sup> 訴訟制度目的之定立，實有益於提示立法及法律解釋上之理念，並為賦予制度設計、理論構築及實務運作上之指標所必要。邱聯恭，程序制度機能論，1997年，頁157。



德國通說即權利保護說。此外，亦有繼受德、日其他學說，而左袒紛爭解決說或私法秩序維持說者<sup>24</sup>。惟我國民事訴訟法學者有提倡應以「法尋求說」為民事訴訟之目的者，伊認為「民事訴訟制度之目的應是：「法」之尋求、發現、提示。而且，其所尋求的「法」係指存在於實體利益（如，因特定實體法上權利經裁判為存在，即特定實體法規範被適用時所可能獲致的利益）與程序利益（如，因程序之使用或減免使用所可能獲致之勞力、時間或費用之節省）之平衡點上的「法」。因而設立民事訴訟制度之目的，不僅係基於實體法上觀點，為保護系爭之特定權利（實體私權），以貫徹有關於此之憲法上保障規定；同時亦從訴訟法觀點，為平衡程序利益，以符合相關憲法上一併保障之諸基本權利旨趣。則法院行使司法權解決當事人間之具體訟爭時所適用之「法」，係經由程序之踐行而尋得，乃存在於實體利益與程序利益之平衡點上，而與客觀上存在於訴訟外、起訴前紛爭發生時所應準以判定系爭義務存否之實體法規範未必相同<sup>25</sup>。此一見解之提倡，於我國民事訴訟法之立法論與學說發展，已產生一定之影響。

### 三、民主原則之影響

在德國，其基本法雖不排除於職業法官外，另於訴訟程序中引進非職業法官（外行人法官，Laienrichter）參與訴訟，特別係在刑事訴訟程序與商事案件。非職業法官僅參與合議制之案件，其與執業法官有同等表決權。其引進非職業法官之原意係為：利用人民的專業知識及為接近人民與將民主化透明化之

<sup>24</sup> 參閱邱聯恭，民事訴訟法學之回顧與展望，收錄於當代法學名家論文集，1996年，法學叢刊雜誌社，頁164。

<sup>25</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，1997年，頁158、159。

程序引進訴訟程序中，但其成果遭質疑<sup>26</sup>。應注意者係，民主原則並不當然要求國家於訴訟程序中須設置非職業法官參與訴訟，憲法法院乃將此一制度設計，交由立法者決定<sup>27</sup>。就訴訟制度是否應採行陪審制、參審制或所謂專家參審制，向為我國爭議問題之一，迄今未解。但為尊重人民程序選擇權，我國擬採行訴訟當事人得合意選任法官之制度，但因其有限制上訴之制度設計，因而成效如何，須待立法後據實觀察。

就法官之任用，是否亦應有民主原則之適用，亦為可討論之課題。例如，法官任用是否亦應經由人民選舉，或經由國會之法官選拔委員會以加強民主代表性及正當性，均有爭議。一般認為，法官應具獨立性，若經由選舉，容易有其他非理性因素介入，因而多不以選舉作為認為法官之任用方式<sup>28</sup>。

另外法院審理案件，是否採行公開程序，尤其係指對大眾公開（對千萬人公開）意義下之公開原則，亦與民主原則相關聯。因自十九世紀以來之民主觀點即認為國家權力應受人民監督，因而秘密審訊應予禁止；但基於國家安全、公共秩序、善良風俗或保護個人隱私、營業秘密等因素，公開原則亦有限制之必要（例如，我國法院組織法第八十六條但書）。

---

<sup>26</sup> Vgl. Robbers, Einführung in das deutsche Recht, 3. Aufl., 2002, S. 30.

<sup>27</sup> BVerfGE, 27, 312(319 f.). 雖在美國其將陪審團決定事實問題之問題，具有憲法之基礎與民主之意識存在，但究諸實際，其實行比例甚為有限。Vgl. Schwab/Gottwald, a. a. O., S. 15.

<sup>28</sup> 關於對審判機關之民意監控可能性，參閱邱聯恭，司法之現代化與程序法，1992年初版，頁22以下。



## 參、法治國原則

### 一、依法審判

法官於審判時應受法律拘束，亦為法治國之基本原則之一。德國基本法第二十條第三項即明文規定裁判機關應受法律及法之拘束。所謂法官應受法律拘束，其所謂法律固包括由立法機關所通過制定之形式意義之法律，此外其他法源，亦即實質意義之法律，例如，法規命令及行政規章與習慣法，亦有其拘束力。至於法官是否應受其他裁判機關見解拘束，於各國法制有不同理解，尤其在採判例法（case law）之國家，其上級法院之裁判見解之拘束力即被承認。在德國，雖原則上無判例拘束力之問題，但應注意其有裁判見解統一制度之設計，而聯邦憲法法院裁判見解具有拘束力，亦不待言。有疑義者係，法官得否為法律續造（Rechtsfortbildung）？就此，德國聯邦憲法法院已加以肯認<sup>29</sup>。而此等「法官造法」之討論，於我國亦曾為爭議問題。雖近年來，經由法官以類推適用等法律解釋學方法填補法律漏洞之情形，已甚為普遍，但如何情形始不侵害立法權，仍為值得討論之議題。

### 二、法定法官

在德國，依基本法第一〇一條第一項第二句規定任何人不得被剝奪法定法官，並配合同條項第一句之例外法院之禁止及法院組織法第十六條之規定，即構成法定法官之主要法律依據。所謂法定法官之意義係指對個案具審理權限之法官應於事

---

<sup>29</sup> BVerfGE 13, 153(4); 49, 304(320).

前儘可能明確依一般規範產生<sup>30</sup>。於個案中充當法官者應自關於法院組織、訴訟程序規則之法律規定及法官事務分配計畫而產生<sup>31</sup>。法定法官之憲法要求乃為避免裁判機關於具體個案受到不適當之操縱與干預。藉由法定法官之憲法要求可強化對法官獨立性及中立性之保障，亦可加強當事人與一般社會大眾對司法客觀性之信賴<sup>32</sup>。法定法官之憲法要求之適用對象包括所有審判權（亦包括聯邦憲法法院）之法官，即職業法官與非職業法官亦同；而此一憲法要求之適用客體範圍，則及於所有與裁判任務相關聯之法官活動，即強制執行或非訟事件之法官行為亦包括在內<sup>33</sup>。決定法定法官之規範要求除應注意法律保留與確定性原則之外，尚應注意法官之基本特性，例如，獨立性、中立性、效率、公正及具裁判能力之特徵等<sup>34</sup>。亦即，法官之任用亦應按照規定為之。法官具精神上疾病、呈睡眠狀態或過度勞累均有可能違反法定法官之要求；但眼盲或瘖啞如能透過輔助工具克服則不能認為違反法定法官。至於對法官之過度負擔，則僅於極端事例被認為違反法定法官原則<sup>35</sup>。

### 三、法律安定性

法治國之法律安定性要求於程序上之作用包括程序之定型化、程序之可預見性及可估計性。所謂程序之定型化係指法官

---

<sup>30</sup> BVerfGE 6, 45(50). Vgl. Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 2. Aufl., 1994, Rdnr., 279 m. w. N.

<sup>31</sup> BVerfGE 19, 52(59).

<sup>32</sup> Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 2. Aufl., 1994, Rdnr. 280 m. w. N.

<sup>33</sup> Schilken, a. a. O., 1994, Rdnr. 296 f. m. w. N.

<sup>34</sup> Schilken, a. a. O., Rdnr. 301 ff. m. w. N.

<sup>35</sup> Schilken, a. a. O., Rdnr. 309 m. w. N.



於訴訟程序之形成應受法律規定拘束，而非任由其裁量形成<sup>36</sup>。基於法律安定性之要求，法院管轄權之規定應依審級於事先明確規範，俾當事人均得以預計。另外，關於事實調查、舉證責任分配、缺席裁判、上訴要件及失權等規定亦應儘量明確規定。至於既判力與爭點效（判決理由之拘束力）更與法律安定性有關。而判決理由如何記載之問題，亦即是否法院判決必須附具理由之問題，亦為所謂司法定型化之爭議問題。雖自法治國原則，可推導出法院判決不可完全不附理由，但似無法必然得導出所有判決均須附具理由之憲法請求權，此部分委由法律規定之<sup>37</sup>。究諸實際，在德國或我國均有簡化判決書之提議與立法。例如，德國民事訴訟法第三一三條之一規定判決可省略事實與理由之要件，而我國民事訴訟法第二二六條、第三八四條之一，第四三四條、第四三四條之一、第四三六條之十八，第四五四條等亦有判決書簡化之規定。

在此，特別值予一提者，係關於舉證責任分配之理論與法律安定性關係之問題，雖就舉證責任分配理論向有不同見解，但德國法之規範理論或我國法之所謂特別要件說因具有法律安定性而較能被接受。Rosenberg乃以法條之構造關係分析出發，建立所謂之規範理論。其認為舉證責任分配原則乃係，若無一定法條之適用，則無法獲得訴訟上請求成果之當事人，應就該法條要件於實際上已存在之事實，負主張及舉證責任。亦即，

---

<sup>36</sup> Vgl. Schwab/Gottwald, a. a. O., S. 26. 程序法之特性之一即其形式之嚴格性，例如，證據調查之程序規定。而嚴格要求格式化之程序法，其功能主要為法律安定性之創造、事實調查及實體正義之確保與程序過程之合理化，Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 49。

<sup>37</sup> Vgl. Schwab/Gottwald, a. a. O., S. 27.

各當事人應就其有利之規範要件爲主張及舉證<sup>38</sup>。Rosenberg將實體法法律規範區分爲權利發生（根據）規範（Rechtsbegründende Norm）、權利妨害（障礙）規範（Rechtshindernde Norm）、權利消滅規範（Rechtsvernichtende Norm）或權利受制（抑制）規範（Rechtshemmende Norm）。規範理論要義，即主張權利存在之人，應就權利發生之法律要件存在之事實爲舉證；否認權利存在之人，應就權利妨害法律要件、權利消滅法律要件或權利受制法律要件負舉證責任<sup>39</sup>。此一舉證責任分配原則，非惟符合德國民法草案第一九三條（主張請求權者，應就發生該請求權所需之事實爲舉證；主張請求權消滅，或主張請求權之效力受制者，應就發生消滅所需事實，或發生受制所需事實爲舉證）之內容，且亦爲德國學界及實務多數所承認之舉證責任分配一般原則，而其因符合法律安定性之要求，於德國倍受重視。但因其具有若干盲點，例如，區辨權利發生要件與權利妨礙要件有困難，且若僵化以此規則適用於所有類型案件，可能導致不公平，因此乃有修正規範理論產生（此部分則在個案正義中探討）<sup>40</sup>。

因鑑於規範理論之理論上缺陷及某程度可能無法滿足個案正義，學者就舉證責任分配理論提出不同見解，例如，蓋然性理論，Peters建議舉證責任，應於具體程序中，依蓋然性比率予

---

<sup>38</sup> Rosenberg, Die Beweislast, 5 Aufl., 1965, S. 98 f.

<sup>39</sup> Rosenberg, a. a. O., S. 105 f.

<sup>40</sup> 對於規範說之批評見解介紹，參閱陳榮宗，舉證責任分配與民事程序法，第二冊，1984年，頁27以下；邱聯恭講述／許士官整理，口述民事訴訟法講義(三)，2000年，頁167以下。就舉證責任分配理論可充作責任加重手段以及於若干責任類型應允許彈性之舉證規則之問題，Vgl. Stoll, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176, 146 ff.; 173 ff.



以分配。僅有在就個案之種種事實情況予以評價之後，證據問題才能獲得解答。法官應就個案之諸如時間、地點、人等情況，加以轉化為與舉證責任相關之蓋然性比率關係，而以持較低蓋然性主張之當事人應負舉證責任<sup>41</sup>。Kegel亦贊同具體蓋然性理論，其認為當事人必須證明對其有利，但較諸其相對面蓋然性較低之事實<sup>42</sup>。此一具體蓋然性理論遭到甚多批評，主要係因其抵觸法律安定性及平等原則等憲法原則，且混雜舉證責任與證據評價。因此一般不認為此理論可做為一般性之舉證法則<sup>43</sup>。

另有學者提出所謂危險領域理論，在此所謂危險領域（Gefahrenbereich）亦被稱為領域（Sphäre）、責任領域（Verantwortungsbereich）或組織領域（Organisationskreis）。Prölss就聯邦最高法院判決予以研究，而將危險領域說予以體系化及一般化<sup>44</sup>。依其見解，若損害原因係存在於加害人之危險領域，則加害者應負舉證責任。其且將危險領域定義為「為被告所掌控之空間性、物體性之領域，即其所直接占有之動產與不動產之全部<sup>45</sup>」。危險領域理論乃為克服證據困難及貫徹責任規範之預防目的，其且得在德國民法第二八二條、第二八五條、第五四八條、第八三一條第一項第二句等條文規定中尋得其理論依據。此理論有可能於可歸責性、客觀義務違反之證明時運用。其於公害事件之責任成立因果關係證明之適用性，實務則持保

---

<sup>41</sup> Peters, Die Beweislast, MDR 1949, 69.

<sup>42</sup> Kegel, Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, Kronstein-FS, S. 336.

<sup>43</sup> Heinrich, Die Beweislast bei Rechtsgeschäften, 1995, S. 70 m. w. N.

<sup>44</sup> Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1966, S. 65 ff.; Prölss, Die Beweislast nach Gefahrenbereichen, VersR 1964, S. 901 ff.

<sup>45</sup> Prölss, a. a. O., 1966, S. 83.



留態度。而學說一般認為，此理論不能成爲一般性規則，因其缺乏方法歸類與法律安定性。

而Wahrendorf在其於一九七六年出版之「責任法上之舉證責任原則」(Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht)一書中，亦反對Rosenberg之規範說，並提出其依多種原則體系所定舉證責任之理論。依其見解，民法第一草案未將第一九三條第一項納入，未必係認爲其乃當然之理。而應係刻意爲避免其納入後，致產生僵化與形式化弊端之故<sup>46</sup>。Wahrendorf經由詳細研究六個民事案件<sup>47</sup>之後，認爲規範理論不足採，並主張以公平正義衡量取代之。具體化而言，其認爲可依蓋然性原則、保護原則、保證原則、信賴原則、處罰原則與責任一致性及危險分配之原則，於個別案件類型，就舉證責任予以確定及運用<sup>48</sup>。此一原則，基本上係一綜合性之觀察結果，且缺乏法律安定性，未具做爲一般性原則之要素，故爲通說所不採。

在我國就舉證責任分配理論與憲法之法律安定性要求關係，在實務與理論上並未得到應有之重視，尤其在我國民事訴訟法第二七七條增訂但書之後，法官之任意操作舉證責任分配規則日益明顯。而學者邱聯恭教授針對我國民事訴訟法第二七七條立法特殊性之認識，認爲我國舉證責任分配理論應爲：鑑於民事訴訟法第二七七條所規定內容屬於訴訟法上規範，自應以兼顧訴訟法上諸基本原則要求爲指標，以達成民事訴訟法之目的爲前導，視各該待證事實之性質、事件類型之特色，具體個別較量所涉實體利益及程序利益之大小輕重，並顧慮相關訴

<sup>46</sup> Wahrendorf, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, 1976, S. 95.

<sup>47</sup> BGHZ 27, 236; BGH, VersR 1955, 105; BGHZ 51, 91 ff.; BGH NJW 1968, 1185; RGZ 138, 37; BGH VersR 1955, 344.

<sup>48</sup> Wahrendorf, a. a. O., 65 ff., 131 f.



訟法上要求（如發現真實以保障實體利益之要求、促進訴訟以保障程序利益之要求、實質上平等或公平之要求、誠信原則）據以分配舉證責任於原告或被告<sup>49</sup>。尤其應注意我國民事訴訟法明設舉證責任規範，而規定當事人就其所主張利己事實負舉證責任之原則下，應認知其已宣明主張利己事實者應提出證據為舉證活動之意旨，藉此，是認舉證責任係當事人就一定事實之證明所應盡之行爲責任，乃兼具訴訟法屬性者，並非針對真偽不明之情形釋明處理原則，自毋須如德、日多數論者般，專尋求舉證責任規範於自成獨立體系之實體法中<sup>50</sup>。又分配舉證責任時，爲防止發生突襲性裁判，法官於本案審理過程應適時（在程序之前階段、辯論終結前）表明其有關證據提出責任之判斷內容（如有關由何造當事人就何事實負舉證責任之判斷、有關就某待證事實存在之心證已否達到證明度之判斷），而促使負行爲責任者爲充分之舉證活動<sup>51</sup>。其見解如何能使當事人有可預見性、可估計性，而作爲當事人之行爲規範？在理論上仍有探索之空間。

<sup>49</sup> 邱聯恭講述／許士宦整理，口述民事訴訟法講義(三)，2000年，頁179；邱聯恭研討會會後補註，民事訴訟法之研討(六)，民事訴訟法研究基金會，1997年，頁174、175。關於事件類型與證明度降低與舉證責任之關係，參閱邱聯恭講述／許士宦整理，口述民事訴訟法講義(三)，2000年，頁173以下；邱聯恭研討會發言及會後補註，民事訴訟法之研討(六)，民事訴訟法研究基金會，1997年，頁140、141、165以下。

<sup>50</sup> 邱聯恭講述／許士宦整理，口述民事訴訟法講義(三)，2000年，頁171。

<sup>51</sup> 邱聯恭講述／許士宦整理，口述民事訴訟法講義(三)，2000年，頁181。就舉證責任規範之公開心證問題，參閱邱聯恭，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)，民事訴訟法研究基金會，1998年，頁241、242。

#### 四、個案正義

個案正義（或實質正義）與法律安定性均屬法治國之基本原則，但二者呈現某程度之緊張關係<sup>52</sup>。在德國，關於舉證責任分配理論，即經常陷於實質正義與法律安定性要求之兩難論爭中。雖所謂規範理論因具有法律安定性而受到支持，但因其某程度缺乏個案正義之彈性，因而屢受批評。為克服其理論困難，乃有所謂修正規範理論之提出，並蔚為通說。

所謂修正規範理論，主要係指由Leipold、Musielak、Schwab、Prütting等人所倡導之舉證責任分配理論。彼等固不否定規範理論之作爲一般舉證責任分配理論之可行性，但因規範理論具有若干待克服之理論弱點，因此彼等乃提出若干於理論基礎與實務運用之補充。彼等固係規範理論之批判者，但同時卻爲規範理論注入活水。雖該等理論彼此間於舉證規範之本質及對如何處理權利發生要件與權利妨害要件方法有所區別，但皆無妨於規範理論之居於本體地位。

Leipold首先對規範理論之無法區辨權利發生要件與權利妨害要件予以批判，並拒絕其於實體法區別之實益<sup>53</sup>。其就此所爲之批評，爲其後之多數學者所贊同。Musielak則提倡所謂消極性基本規則（negative Grundregel），據此，於缺乏證據時，舉證責任規範即規定一消極性擬制結果，亦即當事實要件未被

<sup>52</sup> 某程度而言，實質正義乃指法院能發現符合真實之事實及正確解釋及適用法律，而程序正義則主要在於保障當事人於程序之參與權，但因民事程序所採取之處分權主義，使法院追求之真實某程度係主觀之事實（例如，和解），而非客觀之真實；而採行辯論主義之結果亦與實質程序正義未必相洽。Bottke, *Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit im demokratischen Rechtsstaat*, 1991, S. 36。

<sup>53</sup> Leipold, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, 1966, S. 3 8 ff.



確定時，法條即被認為未充分<sup>54</sup>。事實真偽不明之結果，即不適用該法規。Musielak認為，為克服事實不明情形之舉證責任規範內容空洞<sup>55</sup>。同時，其亦否定權利發生要件與權利妨害要件之實體法區別，但卻肯認權利妨害要件於證據法之存在意義。惟因該二者之區別不存在，因此，其乃藉特別規則（Soderregeln）予以說明。Schwab認為克服證據缺乏之困難，應透過操作規則（Operationsregel）為之。依此規則，法官於事實不明情況即不應適用該法律規定。Prütting亦以一操作規則（Operationsregel）克服事實不明情況<sup>56</sup>，而此一規則，乃一無規範性質之方法性工具。其且認為一八八八年第一民法草案第一九三條可做為舉證責任分配之基本規則。Prütting充分意識基本原則之外，存在有例外特別規則之可能性，並認為於證據法問題亦有體系解釋、歷史解釋、目的解釋之適用<sup>57</sup>。其主張可將危險領域及蓋然性等實質觀點引入證據法則之解釋中，俾能使一般證據法則之僵化程度減輕<sup>58</sup>。

就此一訴訟法上之理論爭議，在我國則因有民事訴訟法第二七七條但書之增訂而漸受關注<sup>59</sup>。我國民事訴訟法第二七七條舊法原規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有

54 Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975, S. 293.

55 Musielak, a. a. O., 1975, S. 24, 300.

56 Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 166.

57 Prütting, a. a. O., 1983, S. 283 f.

58 Prütting, a. a. O., 1983, S. 226 ff., 284.

59 於我國新近二次民事訴訟法修正中，關於第三人撤銷之訴、損害賠償額確定、證明妨礙及各種容許法院依其情形認定效果之規定，甚至係引入頗多不確定法律概念（例如，顯失公平等），雖注入民事審判之活力，某程度有助個案正義（彈性），但若不明白訴訟程序應以法安定性為原則之法理，則難免造成法官恣意之源頭，應值予重視。

舉證之責任。」其立法理由，乃認此原則理論上最為正當，且為古來各國所有立證責任之法則。但此一具高度抽象性之條文，並不能使我國舉證責任分配之立法、學理或實務，因此而得稱為較法治先進國家優越。實則，多年來，實務、學說仍須自德、日之學說與實務見解汲取經驗，以援引適用，藉以具體化前開條文之內容。鑑於此一規定之有限性，修正後民事訴訟法第二七七條修正為：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」其修正理由主要係「因僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難。故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配。尤以關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則……。」觀察此一立法理由之論述，顯見立法者於實質正義亦有所察覺，但就此一但書之修正，如何避免成為在個案任由法官恣意濫用，而淪為法律安定性之墳場，則須透過類型化考量，而此應為理論與實務者所不應忽視之原理<sup>60</sup>。

## 五、比例原則

就歷史發展而言，比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）在德國之發展乃係先由警察法內承認「必要性原則」，經由行政法院肯定之，嗣於威瑪時代，經「刑事程序法」案件及警察法典予以承認。其後於基本法時代，並以行政執行法立法，而

---

<sup>60</sup> 參閱拙著，新民事證據法論，2002年，頁193以下。



後且廣泛影響各邦警察法典採取現代意義之比例原則<sup>61</sup>。此一原則之法律基礎主要係法治國原則<sup>62</sup>，而其目的乃在強調國家在公行為之行使，不得為達目的而不擇手段。換言之，比例原則即在強調目的與手段間之均衡<sup>63</sup>。就我國而言，我國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」其中「必要性」之要求，即比例原則之表現<sup>64</sup>。

現今德國通說認為，比例原則乃包括三次要原則，亦即合適性原則（*Geeignetheit*）、必要性原則（*Erforderlichkeit*）及狹義之比例原則（*Verhältnismässigkeit im engerem Sinne*）<sup>65</sup>。而比例原則之主要功能，在積極層面，乃在於對國家權力之設限；在消極方面，則係為使人民基本權獲得最大擴張。不可否認者，乃其對國家行為之限制，尤其係對過量之防免，具有實

61 陳新民，憲法基本權利之基本理論，1999年，頁165。Vgl. auch Sachs, Grundgesetz, 2. Aufl., 1999, Art. 20 Rdnr. 145. 至於比例原則思想之歷史，學者有認為可溯及英國1215年之Magna Charta者，Vgl. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, 1985, S. 2。

62 Sachs, a. a. O., Art. 20 Rdnr. 146.

63 李惠宗，憲法要義，2001年，頁112。

64 陳敏，行政法總論，1998年5月，頁76。

65 BVerfGE 65, 1. 54; 67, 157, 176. Vgl. Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., Art. 20, Rdnr. 58. 合適性原則在國內有不同譯法，例如，適合性原則、妥當性原則、適當性原則等，各譯法可分別參閱李震山，行政法導論，2001年9月，頁92；盛子龍，比例原則作為規範違憲審查之準則，台大碩士論文，1989年，頁7；陳新民，憲法基本權利之基本理論，1999年，頁239；李惠宗，前揭書，頁113。另所謂合適性原則，又稱為合目的性原則，而狹義之比例原則亦稱比例性原則(Proportionalität)。