

民事程序法 勝試三部曲

{ 律師 · 司法三等 · 法研所 適用 }

一部曲
民事訴訟法
考點破解
(I) (II)

納入112年11月
民訴最新修法內容

- 突破傳統架構，直擊考點核心！
- 體系爭點整合，輕鬆迎戰國考！
- 結合試題演練，強化實戰經驗！

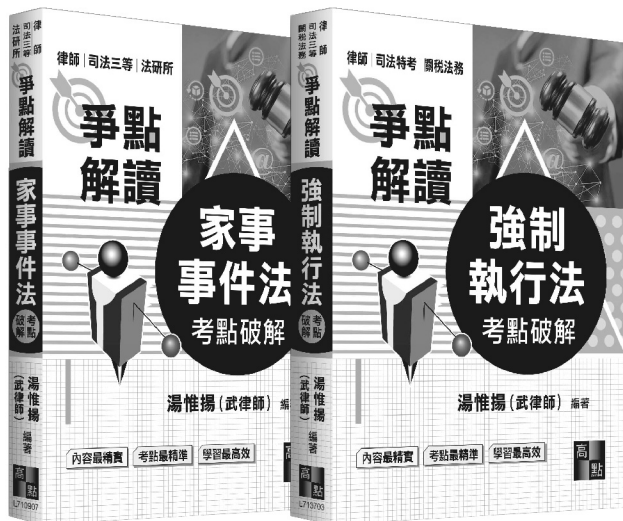
湯惟揚（武律師）

- 政治大學法學碩士
- 律師高考及格 · 關務特考及格
- 執業律師
- 高點「民事訴訟法、強制執行法、身分法」講師



▲ 680元

▲ 580元



▲ 480元

▲ 650元

二部曲
家事事件法
考點破解

三部曲
強制執行法
考點破解

多效合一，
掌握民事程序法的全貌！

基礎建立

體系架構

考點彙整

解題練習



高點文化事業
publish.get.com.tw



「辯論主義」與「協同主義」

湯惟揚(武律師)編著《民事訴訟法考點破解(I)》高點出版

壹、(傳統)辯論主義

一、意義

「辯論主義」者，乃指事實關係之解明乃屬當事人（而非法院）之權能與責任。¹ 基此，訴訟程序中「證據」與「事實」之「蒐集」與「提出」，均由「當事人」（而非法院）負責。

二、內涵

根據上開定義，一般認為傳統「辯論主義」又可衍伸出下列三個子命題：²

(一)第一命題：

當事人未主張之事實（證據），法院不得將之作為裁判基礎。

(二)第二命題：

當事人間未爭執之事實，法院應將之作為裁判基礎。基此，法院應受當事人之「自認」（民事訴訟法第279條）與「擬制自認」（民事訴訟法第280條）所拘束。

民事訴訟法第279條第1項

當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。

民事訴訟法第280條第1項

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。但因他項陳述可認為爭執者，不在此限。

ex：某甲起訴請求某乙返還借款，於言詞辯論時，若就某甲曾交付借款之事實，某乙予以自認（或不為爭執），則法院應受拘束，不得另作成「借款未交付」之認定。

(三)第三命題：

法院不得依職權調查證據。

三、相對概念－職權探知主義

與傳統「辯論主義」相對之法理概念為「職權探知主義」，強調訴訟程序中「證據」與「事實」，應由「法院」負責蒐集與提出，主要適用於「非訟」或「公益性較高」之事件。而根據此項定義，「職權探知主義」亦可衍伸出下列三項子命題：

1 駱永家，《辯論主義與處分權主義》，收錄於氏著《既判力之研究》，1999年3月十一版，頁207。

2 邱聯恭，《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影響及相關理論背景》，收錄於氏著《程序選擇權論》，2004年9月30日初版三刷，頁99。

- (一)當事人未主張之事實（證據），法院得將之作為裁判基礎。
- (二)當事人間未爭執之事實，法院得不得將之作為裁判基礎（即法院不受當事人之「自認」或「擬制自認」所拘束）。
- (三)法院得依職權調查證據。

四、適用範圍

(一)事實（及證據）：

辯論主義之範圍僅為判決基礎之「事實」及其所憑之「證據」，而不及於「法律」之適用。申言之，基於「法官知法」原則，當事人本人並無主張法律觀點之責任，而法院應依職權適用當事人所未主張之法律見解。

最高法院97年度台上字第1155號民事判決

民事訴訟所謂不干涉主義（廣義的辯論主義）係指當事人所未聲明之利益，不得歸之於當事人，所未提出之事實及證據，亦不得斟酌之，此觀民事訴訟法第三百八十八條之規定自明。至於適用法律，係法官之職責，不受當事人所主張法律見解之拘束。因此，辯論主義之範圍僅為判決基礎之事實及其所憑之證據，而不及於法律之適用。

(二)主要事實（傳統見解）：

傳統見解認為，上開「事實」僅指「主要事實」（「法律要件事實」或「直接事實」），而不及於「間接事實」（用以推論主要事實）或「輔助事實」（用以證明構成要件以外之事實），以避免「自由心證主義」名存實亡。³

ex：於「車禍之損害賠償事件」，加害人（被告）之「過失行為」屬「主要事實」，此部分有辯論主義之適用；至於被告「駕車前曾飲酒過量」、「駕車時曾接聽手機」、「駕車時忽視交通號誌」等情事，則均屬「間接事實」，用以推論「主要事實」（被告之過失行為），此部分依傳統見解，則無辯論主義之適用，縱使當事人未予主張，法院仍得逕採為裁判基礎。

筆者叮嚀

應注意者係，就法院對於事實之認定，實務見解認為，應證之事實雖無直接證據足資證明，但可應用經驗法則，依已明瞭之間接事實，推定其真偽。是以證明應證事實之證據資料，並不以可直接單獨證明之直接證據為限，凡先綜合其他情狀，證明某事實，再由某事實為推理的證明應證事實，而該間接事實與應證事實之間，依經驗法則及論理法則已足推認其有因果關係存在者，自非以直接證明應證事實為必要（最高法院98年度台上字第2035號民事判決參照）。

【高點法律專班】

3 駱永家，《辯論主義與處分權主義》，收錄於氏著《既判力之研究》，1999年3月十一版，頁210。

五、理論基礎

關於為何要採行「辯論主義」，學說上有不同看法，茲分別說明如下：

(一)傳統見解：⁴

關於採行「辯論主義」之理由，傳統見解有「本質說」（民事訴訟本質上係以解決當事人間之私法上紛爭為目的）、「手段說」（當事人基於其利己心與利害對立，乃較國家更能完整蒐集與提出訴訟資料，進而發現真實）及「多元說」（結合「本質說」與「手段說」）等不同看法。

(二)晚近有力見解—信賴真實協同確定說：⁵

晚近有學者提出「信賴真實協同確定說」，認為採行「辯論主義」之目的，在於「防止突襲性裁判」，協同追求值得當事人信賴的真實（當事人實體利益與程序利益平衡點上之「信賴真實」）。

六、缺陷與調整⁶

傳統辯論主義下，訴訟程序中「證據」與「事實」之「蒐集」與「提出」，均由「當事人」負責，業如前述。然而，在現實上，當事人常因不諳法律或缺乏經驗而未能提出充分之訴訟資料，或者於訴訟上存在「武器不平等」之情形。為彌補此項缺陷，現行民事訴訟法設有「闡明制度」（民事訴訟法第199條、第199條之1規定參照）、「真實義務」（民事訴訟法第195條第1項規定）、「法院依職權調查證據」（民事訴訟法第288條規定參照）等不同機制加以調整。

筆者叮嚀

上述諸多制度，我們在往後的內容都會再做詳細的說明，這邊就請大家先有個基本概念即可。

貳、「協同主義」及「修正辯論主義」之論爭★★★

在過去，一般認為，如同德國民事訴訟法，我國亦係採取「辯論主義」之立法例。惟於歷經民國89年與92年兩次大規模之修正後，究竟目前我國之民事訴訟法是否仍係以「辯論主義」為原則？或者說，目前我國法所謂之「辯論主義」，與傳統辯論主義之內涵是否仍完全相同？抑或於內涵上已有所轉化？學說上產生極大之爭論，主要有「協同主義」及「修正辯論主義」二種見解，茲分別說明如下：

4 駱永家，《辯論主義與處分權主義》，收錄於氏著《既判力之研究》，1999年3月十一版，頁208。

5 許士宦，《辯論主義之新開展》，月旦法學雜誌第19期，頁18。

6 駱永家，《辯論主義與處分權主義》，收錄於氏著《既判力之研究》，1999年3月十一版，頁211-212。

一、「協同主義」說⁷

(一)邱聯恭老師以前述「信賴真實協同確定說」作為理論基礎，主張在新法之下，我國之辯論主義宜改稱為「協同主義」，強調事實與證據應由當事人與法院協同發現之。

(二)據此，原則上仍應由當事人負責事實及證據之蒐集與提出，法院不依職權介入；但為保護當事人程序及實體利益，若法院未能由當事人聲明之證據得心證，在法院已藉由「闡明」或「公開心證」方式賦予當事人「程序保障」，而能夠避免「突襲性裁判」發生之前提下，得依職權蒐集及審酌事實與證據。

(三)法律依據：

民事訴訟法第278條、第288條等規定。

民事訴訟法第278條

I 事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證。

II 前項事實，雖非當事人提出者，亦得斟酌之。但裁判前應令當事人就其事實有辯論之機會。

民事訴訟法第288條

I 法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。

II 依前項規定為調查時，應令當事人有陳述意見之機會。

依上開民事訴訟法第278條、第288條規定，在法院已透過闡明或公開心證，賦予當事人程序保障（亦即令當事人有辯論或陳述意見之機會），而能夠避免突襲性裁判之前提下，法院得斟酌當事人未主張之事實（於法院已顯著或為其職務上所已知者）作為裁判基礎，或者依職權調查證據。就此而言，應符合前開「協同主義」之精神。

二、「修正辯論主義」說

姜世明老師認為：「民事訴訟法於人事訴訟（筆者按：今『家事事件』）等程序特別規定應依職權審酌事項或應依職權調查證據之情形，某程度上似即間接承認我國民事訴訟法對於一般事件原乃傾向採辯論主義之立法主義，否則對於個別命題之部分修正又何需另為特別規定。」⁸並進一步主張：「本文基於目前我國實務法官公信力、法官員額、素質及工作能量、負擔及其他未廣泛採取律師強制代理制度等周邊因素考量，認為現階段仍以修正辯論主義之見解，較符合法官、律師及當事人間之需求平衡。」⁹

三、比較分析

針對前述「(傳統)辯論主義」三個子命題之內涵，上開「協同主義」與「修正辯論主義」各自有不同之闡釋或修正，茲比較分析如下：

7 詳參邱聯恭，〈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影響及相關理論背景〉，收錄於氏著《程序選擇權論》，2004年9月30日初版三刷，頁99以下。

8 姜世明，〈再論程序法律安定性之終結者？—以民事訴訟法第二百八十八條之理論難題為中心〉，收錄於氏著《民事證據法實例研習(一)暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2006年11月初版一刷，頁235。

9 姜世明，〈法官私知之可利用性〉，收錄於氏著《民事程序法實例研習(一)》，元照出版有限公司出版，2009年5月初版一刷，頁65。

版權所有，重製必究！

(一)第一命題：

1. 傳統辯論主義：

當事人未主張之事實（證據），法院不得將之作為裁判基礎。

最高法院60年台上字第2085號民事判例

民事訴訟法除法律別有規定外，不得斟酌當事人未提出之事實，此為辯論主義之當然結果。原審就當事人未主張之事實依職權斟酌，顯有認作主張之違法情形。

【本則判例，依據民國108年1月4日修正，108年7月4日施行之法院組織法第57條之1第2項，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。】

最高法院79年度第1次民事庭會議決議

民事訴訟係採辯論主義，除法律別有規定外，法院不得斟酌當事人所未提出之事實。第二審法院如就當事人所未主張之事實，逕依職權予以斟酌，即有認作主張事實之違法；如就當事人所未聲明之事項而為判決，尤為法所不許。

2. 協同主義：

(1) 在法院已藉由「闡明」或「公開心證」方式賦予當事人「程序保障」，而能夠避免「突襲性裁判」發生之前提下，得依職權蒐集及審酌事實與證據（民事訴訟法第278條規定參照）。換言之，就該等事實或證據，於法院闡明當事人表示意見後，縱使兩造均不予回應，法院仍得斟酌之。¹⁰

(2) 至於民事訴訟法第278條規定所稱「法院於職務上所已知」之事實，邱聯恭、許士宦、沈冠伶等老師認為，應包括「本案」審理過程及「他案」執行職務所知悉而未經當事人主張之事實。申言之，就該等事實，為保護實體利益、程序利益，亦即為滿足發現真實之要求、促進訴訟之要求，如經法院於程序上予以預告（闡明、公開心證）而不致對當事人發生突襲者，除非兩造均表意不予主張，亦得成為判決之基礎。蓋在經由訴訟指揮權、闡明權之行使，已防止發生突襲之範圍內，辯論主義所具防止突襲之機能已被吸收，其採用之目的應已達成，自無復予以評價規範而指其違反辯論主義之實益。¹¹

3. 修正辯論主義：

(1) 原則：當事人未主張之事實（證據），法院不得將之作為裁判基礎。

(2) 例外：民事訴訟法第278條規定（對於「辯論主義第一命題」之修正）。

① 「事實於法院已顯著」：姜世明老師認為，應限於「公眾周知」（公知）之事實¹²，而為一般人所知悉或不需特別知識即可知悉。例如：歷史事件、習慣、地理

¹⁰ 引自陳瑋佑，《法院職務上已知之事實與辯論主義之第一命題—評最高法院107年度台上字第54號民事判決》，台灣法學雜誌第349期，頁10。

¹¹ 引自陳瑋佑，《法院職務上已知之事實與辯論主義之第一命題—評最高法院107年度台上字第54號民事判決》，台灣法學雜誌第349期，頁10。

¹² 姜世明，《法官私知之可利用性》，收錄於氏著《民事程序法實例研習(一)》，元照出版有限公司出版，2009年5月初版一刷，頁62-63。

環境等。¹³

②「法院於職務上所已知」：

- A.姜世明老師認為，此指法官現時或先前於「他案」執行「法官」職務時所曾得知且於本案審判時仍為其所記憶之事實（例如審理本件訴訟之法官，從另一非訟事件所得知之監護人選定、抵押物拍賣等類事實），且不應包括「需調卷而始能知悉之事實」、「法官之私知」或「在一般財產事件中，非屬法院應依職權調查證據之範圍，卻恣意為職權調查所獲之資料」。換言之，就此類事實，即使經法院闡明，亦不能採為裁判基礎。¹⁴
- B.劉明生老師則認為，應限於法院於「過去」職務上親自所得知且確定之事實，且不包括「本案訴訟卷證或證據資料第一次得知」的事實。¹⁵



「法官私知」之可利用性（姜世明老師見解補充）¹⁶

一、「法官私知」之意義

法院基於個人關係所知悉之事實。¹⁷

ex：某法官在審理某通姦、相姦侵權事件中，某日於某汽車旅館前，偶然目睹被告二人自旅館內走出，此項事實屬法官私知之事實。

二、「法官私知」之可利用性

(一)原則：

姜世明老師認為，應原則性禁止法官利用其私知。換言之，原則上應禁止法官逕將其私知作為裁判基礎。

其理由如下：

- 1.採「（修正）辯論主義」，當事人未主張之事實（證據），法院不得將之作為裁判基礎。

¹³ 詳參姜世明，《職務上已知事實與不爭執協議》，月旦法學教室第177期，頁18-20。

¹⁴ 姜世明，《民事訴訟法（上冊）》，2012年11月初版一刷，新學林出版股份有限公司出版，頁42；姜世明，《「為法院職務上所已知事實」及法院之依職權調查證據—評臺灣台北地方法院九十三年小上字第80號民事判決》，收錄於氏著《民事證據法實例研習(一)暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2006年11月初版一刷，頁189；另參姜世明，《職務上已知事實與不爭執協議》，月旦法學教室第177期，頁18-20。

¹⁵ 劉明生，《法院職務上已知事實與事實提出之程序基本原則—以民事訴訟法之財產訴訟事件與家事事件第十條第二項知識事件為中心》，月旦法學雜誌第239期，頁164。

¹⁶ 以下引用、整理自姜世明，《法官私知之可利用性》，收錄於氏著《民事程序法實例研習(一)》，元照出版有限公司出版，2009年5月初版一刷，頁65-66。

¹⁷ 陳瑋佑，《法院職務上已知之事實與辯論主義之第一命題—評最高法院107年度台上字第54號民事判決》，台灣法學雜誌第349期，頁5。

版
權
所
有
，
重
製
必
究
！

2. 法官身分與證人身分不相容。
3. 法官私知之偏見性及難以檢驗性。
4. 程序保障、公正程序與獨立不偏私法官之要求。

(二)例外：

若屬「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者」，依前開民事訴訟法第278條規定處理即可。



法院職務上已知之事實與辯論主義之第一命題

(陳瑋佑老師見解補充)¹⁸

一、緩和之辯論主義

陳瑋佑老師認為，我國現行民事訴訟法並未全面採取古典意義之「辯論主義」，而係一面承認當事人主張、提出事實、證據之優先地位、一面肯定法院蒐集事證之補充角色，採行折衷於「辯論主義」與「職權探知主義」間之審理原則，即「緩和之辯論主義」。茲具體說明如下：

- (一)就第一命題而言，當事人固負「主張責任」（最高法院106年度台簡上字第1號民事判決：「按當事人欲求利己之裁判，首須主張利己之事實，此為主張責任…」），而應自行主張具裁判上重要性之事實（民事訴訟法第193條、第195條、第266條第1項第1款、同條第2項第1款、第277條等規定參照），然法院除應視情況闡明當事人主張之瑕疵外（民事訴訟法第199條規定參照），亦得依職權命當事人本人到場陳述（民事訴訟法第203條第1款、第269條第1款規定參照）並斟酌顯著或職務上已知之事實（民事訴訟法第278條第2項規定參照）。
- (二)就第二命題而言，當事人僅需證明自認係反於事實，即可撤銷自認（民事訴訟法第279條第3項規定參照），且法院如知悉自認與事實不符，亦應視情況加以闡明（民事訴訟法第199條規定參照）。
- (三)就第三命題而言，儘管當事人負「證據提出責任」，而必須自行提出與待證事實具關聯性與必要性之證據（民事訴訟法第277條、第286條等規定參照），但法院除應視情況闡明當事人舉證之瑕疵外（民事訴訟法第199條規定參照），更得依職權調查必要之證據（民事訴訟法第288條、第340條、第367條之1等規定參照）。

※完整內容詳見：湯惟揚(武律師)編著《民事訴訟法考點破解(I)》

¹⁸ 以下引用、整理自陳瑋佑，《法院職務上已知之事實與辯論主義之第一命題—評最高法院107年度台上字第54號民事判決》，台灣法學雜誌第349期，頁1-20；《再論法院職務上已知之事實與辯論主義之第一命題—評最高法院108年度台上字第120號民事判決》，月旦裁判時報第106期，頁27-35。