

協同主義與修正辯論主義之論爭

編目：民事訴訟法

主筆人：武政大(湯惟揚)

壹、前言

關於「協同主義」與「修正辯論主義」之論爭，算是近年來相當熱門的學術議題，並多次成為法研所入學及國家考試的出題素材，極具重要性。為此，筆者特別整理、分析相關學說及實務見解如後，期能對於各位考生有所助益。

貳、案例事實

在某借款返還請求事件中，原告甲聲請傳訊丙（甲之配偶）及鄰人丁作證原告曾於某年月日與被告乙在戊代書家中商談借款事宜，問：在此事件中，法官可否依職權傳訊戊到庭作證之？【節錄自 99 高考法制】

參、辯論主義

一、意義

事實關係之解明乃屬當事人之權能與責任。^{註1}意即訴訟程序中「證據」與「事實」之「蒐集」與「提出」，均由「當事人」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：^{註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。如最高法院 60 年台上字第 2085 號民事判例即謂：「民事訴訟法除法律另有規定外，不得斟酌當事人未提出之事實，此為辯論主義之

^{註1} 駱永家，〈辯論主義與處分權主義〉，重載於氏著《既判力之研究》，1999 年 3 月 11 版，頁 207。

^{註2} 邱聯恭，〈處分權主義、辯論主義之新面貌及機能演變—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。

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。」

(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。如民事訴訟法第 279 條第 1 項規定：「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。」第 280 條第 1 項本文規定：「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。」就此，最高法院 26 年上字第 805 號民事判例亦強調：「當事人於訴訟上所為之自認，於辯論主義所行之範圍內有拘束法院之效力，法院自應認當事人自認之事實為真，以之為裁判之基礎。」

(三)第三命題

法院不得依職權調查證據。

三、相對概念

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：

(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，法院不得將之作為裁判基礎。

(三)法院得依職權調查證據。

四、理論基礎

關於「辯論主義」之理論基礎（即採行「辯論主義」之理由），傳統上有「本質說」、「手段說」及「多元說」等不同見解^{註3}；惟晚近有力見解則採「信賴真實協同確定說」，認為「辯論主義」之理論基礎應在於防止突襲性裁判，協同追求值得當事人信賴的真實（即當事人實體利益與程序利益平衡點上之「信賴真實」）。^{註4}

肆、「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」

^{註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11版，頁208。

^{註4} 許士宦，〈辯論主義之新開展〉，《月旦法學雜誌》，第19期，頁18。

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」二種主張，茲分別說明如下：

一、「協同主義」說^{註5}

(一)邱聯恭老師以上述「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。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。

(二)「協同主義」說，主要以下列二規定作為法律依據：

- 1.民事訴訟法第 278 條規定：「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證。(第 1 項)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。(第 2 項)」。
- 2.民事訴訟法第 288 條規定：「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。(第 1 項)依前項規定為調查時，應令當事人有陳述意見之機會。(第 2 項)」。

二、「修正辯論主義」說

姜世明老師主張：「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。」^{註6}

^{註5}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。

^{註6}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 月初版第 1 刷，頁 65。

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：

(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。

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）

(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：

①許士宦老師認為乃包含法院於「過去及現在」各該案件中從事本案審理及證據資料已知的事實。^{註7}

②陳瑋佑老師亦認為乃包括法院「於他案因職務所知悉」及「本件審理過程中所知悉」之事實。^{註8}

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」之事實^{註9}，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、

【高點法律專班】

^{註7}詳參許士宦，〈離婚請求之訴訟標的選定及其裁判基礎之事實證據蒐集（下）〉，《月旦法學教室》版第 138 期，重製必究！

^{註8}詳參陳瑋佑，〈法院職務上已知之事實與辯論主義第一命題—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。

^{註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 月初版第 1 刷，頁 62-63。

習慣、地理環境等。^{註10}

②「法院於職務上所已知」

A.姜世明老師認為，此指法官現在或先前執行「法官」職務時所曾得知且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。^{註11}

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。

(二)第二命題

1.無論係「傳統辯論主義」、「協同主義」或「修正辯論主義」，均主張當事人間未爭執之事實，法院應將之作為裁判基礎。

2.另應注意者係，姜世明老師認為：^{註12}

(1)「自認」或「不爭執協議」違反「公眾周知」或「法院職務上所已知」之事實者，法院不受拘束。

(2)「自認」或「不爭執協議」違反「其他事實」者，除非該自認係在通謀虛偽詐害他人，否則法院仍應受其拘束。

(三)第三命題

1.傳統辯論主義：

法院不得依職權調查證據。而就民事訴訟法第 288 條之特殊規定，最高法院 30 年上字第 204 號民事判例強調：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形認為必要時，得依

^{註10}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。

^{註11}姜世明，《民事訴訟法（上冊）》，2012年11月一版一刷，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一評臺灣台北地方法院九十三年小上字第八〇號民事判決〉，收錄於氏著《民事證據法實例研習(二)暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2006年11月一版一刷，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。

^{註12}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。

職權調查證據，雖為民事訴訟法第二百八十八條所明定，然當事人之舉證責任，並不因之而減輕，故因未盡舉證責任致受敗訴判決之當事人，不得以法院未行使此職權為上訴之理由。」

2. 協同主義：

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 288 條規定）

3. 修正辯論主義：

(1) 姜世明老師認為：「若有將民事訴訟法第 278 條中所謂『法官職務已知事實』範圍擴大化承認，其如配合民事訴訟法第 288 條適用範圍之擴大化運用，似將可能造成辯論主義第一命題之連帶崩解。」^{註 13} 據此，關於法院得否依職權調查證據之問題，應區分下列不同事件類型加以判斷：^{註 14}

- ① 就「法有明文」之事件，乃法院「應職權調查證據」（筆者按：如「家事非訟事件」，見家事事件法第 78 條規定）。
- ② 「依職權審酌事實之事件」（筆者按：如「家事事件」，見家事事件法第 10 條規定）與「依職權審查事項」（如：「訴訟要件」），皆屬「得職權調查證據」之類型，惟其中若有與公益關聯性較強者，可考慮往「法官裁量權至零」之方向發展，而使法官無裁量不行使其調查證據職權之餘地。
- ③ 在其他一般事件：
 - A. 若屬「涉及公益之事件」（例如：「撤銷股東會決議」事件）或「有武器不平等之虞之事件」（例如：「公害」、「醫療」、「產品責任」事件）等類似事件，則允許法院依民事訴訟法第 288 條規定「得職權調查證據」（對於「辯論主義第三命題」之修正）。
 - B. 至於其他類型事件，則應就民事訴訟法第 288 條規定採

【高點法律專班】

^{註13} 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(二)暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2006年11月一版一刷，頁234-235。

^{註14} 以下引用、整理自姜世明，〈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(二)暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2006年11月一版一刷，頁235以下。

「目的性限縮解釋」，亦即，除非存在「在法院闡明後，當事人仍有主觀上駑鈍或受外力牽制」或「法院自己欠缺判斷能力而需求鑑定」（民事訴訟法第 340 條關於「囑託鑑定」之規定參照）等情況，否則法院「不得職權調查證據」。

C.另關於民事訴訟法第 350 條第 1 項：「機關保管或公務員執掌之文書，不問其有無提出之義務，法院得調取之。」第 269 條第 3 款：「法院因使辯論易於終結，認為必要時，得於言詞辯論前，為下列各款之處置：……三、通知證人或鑑定人及調取或命第三人提出文書、物件。」等規定之適用，亦應參考上開對於民事訴訟法第 288 條規定之評估基準。^{註 15}

(2)另須注意劉明生老師的特殊見解，其亦認為我國民事訴訟法係採「修正辯論主義」，法院得依民事訴訟法第 288 條規定依職權調查證據，但若允許法院依職權訊問當事人未聲明之證人，而該證人又為不利於當事人之陳述時，將使該當事人承受不利益之結果，此與「修正辯論主義」所謂提出證據為當事人自己責任之內涵相悖，故民事訴訟法第 288 條規定應為「目的性限縮解釋」，法院不得為發現真實而依職權「訊問證人」。^{註 16}

伍、案例解析（代結論）

一、按「辯論主義」者，乃指事實關係之解明乃屬當事人之權能與責任。意即訴訟程序中「證據」與「事實」之「蒐集」與「提出」，均由「當事人」負責。根據上開定義，一般認為傳統「辯論主義」又可衍生出下列三個子命題：

(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。

版權所有，重製必究！

^{註15}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八〇號民事判決〉，收錄於氏著《民事證據法實例研習（二）暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2006年11月一版一刷，頁187。

^{註16}詳參劉明生，〈證人之訊問〉，《月旦法學教室》，第171期。

(三)第三命題：法院不得依職權調查證據。

二、惟民事訴訟法第 288 條規定：「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。(第 1 項)依前項規定為調查時，應令當事人有陳述意見之機會。(第 2 項)」。然而，此項規定實與上開傳統辯論主義第三命題「法院不得依職權調查證據」有所衝突。就此，學說上存在不同觀點，茲分述如下：

(一)有採「協同主義」之觀點者，主張在法院已藉由「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，故而肯認上開民事訴訟法第 288 條規定。

(二)惟亦有採「修正辯論主義」之觀點者，擔憂若將同法第 278 條中所謂法官職務已知事實範圍擴大化承認，配合第 288 條規定適用範圍之擴大化運用，亦將可能造成辯論主義第一命題（當事人未主張之事實，法院不得作為裁判基礎）之連帶崩解。

三、管見以為，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，認為現階段仍以上開「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。基此，民事訴訟法第 288 條規定合理之解釋取向應為：

(一)就「法有明文」之事件，乃法院「應職權調查證據」。

(二)「依職權審酌事實之事件」與「依職權審查事項」，皆屬「得職權調查證據」之類型，惟其中若有與公益關聯性較強者，可考慮往「法官裁量權至零」之方向發展，而使法官無裁量不行使其調查證據職權之餘地。

(三)在其他一般事件：

1.若屬「涉及公益之事件」（例如：撤銷股東會決議事件）或「有武器不平等之虞之事件」（例如：公害、醫療、產品責任事件）等類似事件，則允許法院依民事訴訟法第 288 條規定「得職權調查證據」（對於「辯論主義第三命題」之修正）。

2.至於其他類型事件，則應採目的性限縮解釋，亦即，除非存在「在法院闡明後，當事人仍有主觀上驚鈍或受外力牽制」或「法院自己欠缺判斷能力而需求鑑定」（民事訴訟法第 340 條關於

「囑託鑑定」之規定參照)等情況，否則法院「不得職權調查證據」。

四、結論

- (一)查本件屬「一般借貸案型」，並不存在上述涉及公益、有武器不平等之虞、法院闡明後當事人仍有主觀上驚鈍或受外力牽制等情況，故應認為法院不得依職權調查證據。若本件法院於原告甲未聲請之情形下逕依職權傳訊戊為證人，並以其證詞作為判決基礎，此判決即與辯論主義（第三命題）之訴訟法理有所違背，法院不得為之。
- (二)此外，另有見解亦認為我國民事訴訟法係採「修正辯論主義」，法院得依民事訴訟法第 288 條規定依職權調查證據，但若允許法院依職權訊問當事人未聲明之證人，而該證人又為不利於當事人之陳述時，將使該當事人承受不利益之結果，此與「修正辯論主義」所謂提出證據為當事人自己責任之內涵相悖，故民事訴訟法第 288 條規定應為「目的性限縮解釋」，法院不得為發現真實而依職權「訊問證人」，此項見解亦值參考。若依此見解，於本件，法官亦不得依職權傳訊戊到庭作證之，結論相同。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！