

當事人程序或法官的程序？

——對於修正辯論主義、協同主義論爭
之若干提示

姜世明*

目次

壹、前言

貳、名詞運用上之歧義性

一、立法上名詞？

二、學術上及實務上的多重用法及歧義性

參、修正辯論主義與協同主義之概念辯證

一、概說

二、修正辯論主義與協同主義概念之可區別性？

肆、當事人主導或法官權限擴大化的選擇

伍、結論

* 政治大學法學院特聘教授。

壹、前言

對於民事訴訟制度之程序構造，不同時代、不同區域的制度使用者可能有不同的想像。若對於實質正義有堅實的執著或要求對社會國中弱勢者保障之福利理想的貫徹，而國家又有足夠資源可以投入民事訴訟程序之人事建置，且意識形態上人民多肯認國家介入照護個人私權利義務關係安排之必要性，則對於存在採行職權探知之法社會基礎或可認為某程度已被確認。但若意識形態上乃傾向自由主義，人民不期待國家過於高度介入私權利義務關係，國家對於私權紛爭傾向給予當事人自主處分，國家之司法資源及審判給付能量又有限，則在制度設計上，或許會傾向給予當事人更多程序自主處分權限及自己行為責任。

就訴訟資料之蒐集與提出，傳統上，有辯論主義及職權探知主義之不同立法方式，前者尊重當事人自主決定訴訟資料之提出，後者強調法官職權之介入。近世雖頗多國家對於民事訴訟乃採由當事人主導訴訟資料提出之制度設計模式，但依隨社會民事訴訟觀之興起，其要求對於法院實質訴訟指揮義務之強化，以促進真實發現之效率及彌補對於弱勢者之武器不平等。基本上，純粹由當事人主導之民事訴訟程序面臨重大挑戰，不少國家制度乃走向原則當事人主導，兼採法院職權介入之思維方式；另亦有往職權探知主義程序靠攏，而強調法官積極介入權限者，不一而足。

在上開背景下，在民事程序法之發展上，乃產生對辯論主義修正之需要，其中不同理論間，有稱為協同主義者，亦有認為僅是辯論主義修正者（在此稱為之為修正辯論主義），其二者概念及內涵上究竟有何差別？抑或二者僅是橫看成嶺側成峰，各自解讀或不同，而其實二者並無何等重大差別？此乃需借助比較法觀察，始能獲得若干反省及解答。

貳、名詞運用上之歧義性

一、立法上名詞？

就辯論主義、修正辯論主義或協同主義等名詞之運用，固未見在立法之法條明文上，但在民事訴訟法之立法上乃有將辯論主義等詞置放在立法理由者，例如民事訴訟法第 279 條、第 288 條及第 298 條之修正理由（89 年）出現辯論主義一詞，不干涉主義之用語則見於民事訴訟法第 199 條之立法理由。但對於辯論主義或不干涉主義之具體內涵，在各該立法理由尚欠缺完整之定義。較為特殊者係家事事件法第 10 條之立法理由中提及民事訴訟法係採協同主義等語¹，此一在某法立法理由中為他法之審理原則擅作定性之情況，較為特

¹ 「……即採行協同主義，原則上有關事實證據之蒐集，應由當事人為之，法院不依職權介入；但為保護當事人程序及實體利益，法院仍得運用訴訟指揮為必要之闡明，或為防止突襲性裁判，發現真實，於未能由當事人聲明之證據得心證時，在保護當事人辯論或陳述意見之機會下，可以斟酌當事人所未主張而於法院已顯著或為其職務上已知之事實，或依職權調查證據。」

殊，似不具規範論理之正當性。疑是該法立法匆促下產物，其立法技術及結果之妥適性仍有質疑空間。

二、學術上及實務上的多重用法及歧義性

（一）學術上之使用

在德國，大部分民事訴訟法教科書或論文，係使用辯論主義（Verhandlungsmaxime）²或辯論原則³，亦有使用當事人提出原則（Beibringungsgrundsatz）者⁴，文獻上亦有探討協同主義（Kooperationsmaxime）者⁵，有意識到法官介入強化後似應稱為修正辯論主義（Modifizierte Verhandlungsmaxime）者⁶。而奧地利之民事訴訟法則有稱之為協同主義、蒐集主義、混合之辯論主義⁷或被緩和之職權探知主義者⁸。

² Lüke, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 2011, S. 11.

³ Grunsky/Baur, Zivilprozessrecht, 11. Aufl., 2003, S. 27 m.w.N.; Grunsky/Jacoby, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 2014, S. 29; Liesen, Zivilprozessrecht I, 1998, S. 18; Gehrlein, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2003, S. 89; Schilken, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., 2006, S. 186; Musielak, Grundkurs ZPO, 8. Aufl., 2005, S. 64; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, S. 163.

⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, S. 396 m.w.N.

⁵ Hahn, Kooperationsmaxime im Zivilprozess ?, 1983.

⁶ Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, S. 107; Peters, Polnisches Zivilprozessrecht-Auf dem Wege nach Westen?, in: Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht, S. 106.

⁷ 參姜世明，民事訴訟法基礎論，2016年，修訂9版，頁61。

⁸ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2003, Rn. 269. Vgl. Koch, Mitwirkungsverantwortung, 2013, S. 65 m.w.N.

就我國而言，對於辯論主義內涵或其相對概念及其修正，在學術文獻上有不同之名詞使用。有使用「辯論主義」者⁹，有使用「辯論主義（或當事人提出主義）」者¹⁰，有使用「協同主義」者¹¹，有使用「辯論主義（即協同主義）」者¹²，有標明「修正辯論主義與協同主義」之論爭者¹³。

對於辯論主義之名詞使用，在歷史發展上，其曾一度兼具有現代處分權主義及辯論主義之擴大性意涵，以致處分權主義與辯論主義未能嚴格區分，其後發展，已經將處分權主義與辯論主義加以區分，而使前者指涉訴訟標的之層次，後者則指涉訴訟資料及證據資料之層次¹⁴。因而在名詞使用上，就當事人主義、處分權主義及辯論主義間，可能因定義之問題，在不同時期之文獻可能有不同之內涵界定。甚至在同一時期，在不同學者間亦可能有不同之定義與相關名詞之使用。

⁹ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），2011年，修訂7版，頁47；姚瑞光，民事訴訟法論，2012年，頁588；楊建華、鄭傑夫，民事訴訟法要論，2016年，頁14；黃國昌，民事訴訟法教室I，2010年，頁48；魏大曉，民事訴訟法，2015年，頁177。

¹⁰ 陳計男，民事訴訟法論（上），2009年，頁284；邱聯恭講述、許士宦整理，口述民事訴訟法講義（三），2015年版，頁32。

¹¹ 邱聯恭講述、許士宦整理，同前註，頁109；邱聯恭，程序制度機能論，1997年，頁46。

¹² 陳聯恭，程序利益保護論，2005年，頁302、307；邱聯恭，程序選擇權論，2004年，頁103。

¹³ 姜世明，民事訴訟法（上冊），2016年，修訂5版，頁47；劉明生，民事訴訟法實例研習，2013年，2版，頁77。

¹⁴ 陳計男，同前註10，頁284註2。

在協同主義部分，亦有存在名詞使用上可能之爭議。例如，是否將協同主義置放在當事人對抗主義下而要求審前事證開示，要求雙方提出有利及不利之證據，俾使雙方當事人基於公平獲得利用證據機會，並促進訴訟之效率。此定義之合作主義乃雙方當事人間之程序合作制度¹⁵，係著重在對抗主義之緩和，但也可能造成制度性矛盾或盲點¹⁶。或者，亦可能係將協同主義置於緩和辯論主義之角度，而要求法院職權介入及協力程序促進與真實發現，此協同主義乃著重於法院與當事人間之程序合作關係。在德國及奧地利之協同主義似較近於後者之定義角度，至於當事人間關係則有協同或合作責任（Mitwirkungsverantwortung）¹⁷之探討。

然而即使強調法官闡明義務之德、奧觀點下所稱修正辯論主義或協同主義，在修正辯論主義與協同主義間，其雖均指向對於傳統辯論主義之對應變革，但在對於三命題之制度理解與想像，論述之立基點是否均相同，似有疑問。在古典辯論主義與職權探知主義之間，對於三命題之改變，何種偏離古典三命題情況而可認為係屬於辯論主義之修正，何種偏

¹⁵ Greg M. Zipes, *Discovery Abuse in the Civil Adversary System: Looking to Bankruptcy's Regime of Mandatory Disclosure and Third Party Control Over the Discovery Process for Solutions*, 27 *Cumb. L. Rev.* 1107 ff.

¹⁶ 美國事證開示（pretrial discovery）之界線包括：（1）特權：基於憲法或其他法規範之保密義務者，例如外交、軍事、公務等秘密保持及高度個人性生活資訊等，或如律師、醫師之保密義務、配偶或因有刑事追訴危險之拒絕證言權。（2）保護命令：此乃法院基於個人申請用以避免其因開示事證而造成重大危害。（3）相對人之營業秘密保護。vgl. Koch, *Mitwirkungsverantwortung*, 2013, S. 52 ff.

¹⁷ Koch, *Mitwirkungsverantwortung*, 2013, S. 23 ff.

離情況可認為已屬於較傾向職權探知主義之緩和而已，德國學者所稱協同主義與奧地利學者所稱協同主義，其內涵是否相同？我國學者所稱協同主義又與德、奧之定義有何差異？此一觀察與定義之立足點探尋問題，亦為探討此議題之基本難題。學者有認為協同主義與修正辯論主義係屬相同，但也有認為二者係屬不同者，其原因何在，即值予探究。

（二）我國審判實務上之名詞使用及其在各命題之作用

在我國實務上，最高法院之裁判，幾未見有使用協同主義或修正辯論主義之名詞者，其中部分判決中有由律師提出主張者，但法院對此未予回應確認。

整體而言，最高法院民事判決就此，至目前為止仍原則上以當事人主導之辯論主義基本內涵，作為其對於民事訴訟審理原則之理解基礎，但就強化法官闡明義務及就部分命題做部分修正。惟其使用之名詞不一，指涉對象亦不盡相同。有稱為辯論主義者，有稱為提出主義者，有稱為不干涉主義者，有將不干涉主義視為廣義辯論主義者，不一而足。茲依辯論主義各命題及其界限分析之：

就辯論主義之第一命題而言，實務上有明白表示民事訴訟法係採辯論主義者¹⁸，例如最高法院 89 年度台聲字第 544

¹⁸ 類似見解，另參最高法院 92 年度台上字第 189 號民事判決、92 年度台上字第 1292 號民事判決、92 年度台上字第 2606 號民事判決、93 年度台上字第 592 號民事判決、95 年度台上字第 330 號民事判決、95 年度台上字第 1031 號民事判決、95 年度台上字第 1778 號民事判決。

號民事裁定：「按我國民事訴訟法採辯論主義，法院僅得以當事人陳述之事實為裁判之基礎，不得斟酌當事人未陳述之事實。」有認為不得斟酌當事人未提出之事實，此為辯論主義之當然結果者¹⁹。例如**最高法院 104 年度台上字第 979 號民事判決：**「按民事訴訟除法律別有規定外，不得斟酌當事人未提出之事實，此為辯論主義之當然結果。」

實務上有指出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者²⁰。例如**最高法院 103 年度台簡上字第 2 號民事判決：**「按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。又顯著事實，苟非當事人提出而法院得為之斟酌者，應在裁判前令當事人就其事實有辯論之機會，此觀民事訴訟法第二七八條第二項之規定自明。」**最高法院 103 年度台上字第 1262 號民事判決：**「按民事訴訟除法律別有規定外，不

¹⁹ 類似見解，另參最高法院 93 年度台上字第 1793 號民事判決、98 年度台上字第 1353 號民事判決、101 年度台簡上字第 23 號民事判決、103 年度台上字第 1376 號民事裁定、104 年度台上字第 2170 號民事裁定、105 年度台上字第 1058 號民事裁定、105 年度台再字第 23 號民事判決。

²⁰ 類似見解另參最高法院 89 年度台上字第 121 號民事判決、89 年度台上字第 599 號民事判決、89 年度台上字第 2811 號民事判決、91 年度台上字第 1112 號民事判決、98 年度台上字第 269 號民事判決、99 年度台上字第 89 號民事判決、99 年度台上字第 111 號民事判決、101 年度台上字第 1694 號民事判決、101 年度台上字第 1768 號民事判決、103 年度台上字第 493 號民事判決、104 年度台上字第 1893 號民事判決。

得斟酌當事人未提出之事實，此為辯論主義之當然結果。法院倘就當事人未主張之事實依職權斟酌，即有認作主張之違法情形。查被上訴人僅抗辯上訴人九十年九月十一日函不生終止效力，系爭協議仍然有效等語，並未提及系爭協議合意終止後，兩造另成立新契約，乃原審認作主張，以兩造於九十年九月十七日後已成立與系爭協議內容相同之新契約，被上訴人非無權占用系爭土地為由，為上訴人敗訴之判決，不無可議。」**最高法院 105 年度台上字第 1685 號民事判決：**「按民事訴訟除法律別有規定外，不得斟酌當事人未提出之事實，此為辯論主義之當然結果。法院若依職權斟酌當事人未主張之事實，即有認作主張之違法（參見本院六十年台上字第二〇八五號判例意旨）。本件被上訴人於事實審係抗辯父親考量伊生活負擔沈重，乃出售其所有借名登記於上訴人名下之系爭土地，將所得部分價金（二百萬元）無償為伊清償系爭二百萬元貸款等情，似未抗辯上訴人出售系爭土地無償為伊清償系爭二百萬元貸款。果爾，原審未遑詳予調查審認，遽認定上訴人出售系爭土地無償為被上訴人清償系爭二百萬元貸款，進而為其不利之判決，不無認作主張之違法。」

有部分雖認為民事訴訟法採辯論主義，惟其內容似已併涉及處分權主義者，例如**最高法院 102 年度台上字第 977 號民事判決：**「又民事訴訟採辯論主義，凡當事人所未聲明之利益，不得歸諸於當事人，所未提出之事實及證據，法院亦不得斟酌之。」**最高法院 96 年度台上字第 535 號民事判決：**「惟按民事訴訟採辯論主義，法院以當事人聲明之範圍及提