

# 非負舉證責任—造當事人 協力義務之內涵與界限

—對於非負舉證責任—造當事人事案解明義務  
及文書提出義務之若干問題提示

姜世明\*

## 目次

### 壹、前言

### 貳、當事人程序上協力義務之基本問題

- 一、法理建構思維背景
- 二、比較法之觀察
- 三、概念區辨

### 參、法依據

- 一、規定
- 二、若干爭點

### 肆、是否承認事案解明義務一般化？

### 伍、實務見解

- 一、事案解明義務
- 二、文書提出義務

### 陸、界限之探求

### 柒、評估暨結論

\* 政治大學法學院教授，德國慕尼黑大學法學博士。

## 壹、前言

當事人在民事訴訟上對於事證蒐集及提出之協力義務（Mitwirkungspflicht）或非負舉證責任一造當事人之事案解明義務（Aufklärungspflicht），二者在內涵上有部分重疊之處，對於後者，在歐洲討論已久，在我國，個人曾於 2004 年 11 月 18 日在台灣法學會年度學術研討會中發表「訴訟上非負舉證責任一造當事人之事案解明義務」一文，其後國內學者對此議題亦陸續表示看法。其中見解分歧狀況，乃與德國之討論狀況一般，各執其理，值得進一步究研。

其中，較具尖銳性案例，例如：

案例一：甲起訴主張乙於某年月日向其借款新台幣 100 萬元整，在某地甲以現金交付予乙；乙則否認其有向甲借款，伊雖當時在現場，但未有取款一事。法院要求甲舉證之，甲稱其借據已丟失，請求法院命乙提出其所持有該借據之影本。問：乙是否有提出該影本之義務？

案例二：甲起訴主張乙於某年月日在其工廠出賣甲某機器，甲收受後發現該機器與訂約前其在乙工廠所見之機器原始模型之功能有的不同，甲於收受後 1 星期曾以電話向乙表示該瑕疵存在，乙不置可否。經 10 月後，甲乃起訴請求損害賠償。若甲請求法院命乙提出該機器原始模型供鑑定，乙則稱其已於 3 月前出賣交付於印尼買家。問：乙之行為是否有證明妨礙之適用？

## 貳、當事人程序上協力義務之基本問題

### 一、法理建構思維背景

如將民事訴訟程序認為僅係給予人民取代自力救濟以實現權利之機制，而法庭不過是兩造爭鬥之競技場，法官僅扮演中立裁決者角色，持如此國家司法任務觀點者，自會認為民事訴訟之訴訟資料蒐集應係由當事人提出，法院原則上並不介入，而不負舉證責任一造當事人亦無為對造提出對自己不利證據之義務。但此一符合自由主義邏輯之訴訟觀點，可能因過度強調由當事人提出及主導，會導致特別強調期日集中審理程序之制度，發生實施上之困難，對於效率需求及於證據偏在時之公平考量，將易被認為有必要於審前進行較大範圍自主性事證開示程序。但其開示之程度，除對自己有利主張之證據之外，如尚及於對自己不利之證據，其範圍及界線如何界定？而部分強調社會化民事訴訟法之法制，法院介入權限增大後，在考量真實發現需要，當事人真實義務及完全義務實現之要求與致力於武器不平等之緩和時，是否亦會將不負舉證責任一造當事人之事案解明義務或協力義務作為程序建構之考量基礎？若將協力義務一般化而及於所有類型事件，是否對於辯論主義發生根本性之侵蝕？在法理建構上，值得再三思索。

## 二、比較法之觀察

在民事訴訟程序中，對於事證之蒐集及提出，若採職權探知主義，固由法院職權為之；若係採辯論主義（當事人提出主義），將事實及證據方法交由當事人提出及主張，則藉由主張及抗辯之具體化、舉證責任之分配，對於應負舉證責任—造當事人於部分情形，可能面臨主張具體化或證據提出之困難，即使在民事訴訟法之立法上已有若干舉證責任減輕制度（例如證明需要性之排除規定），但仍未能解決所有證明困難之問題，因而在舉證責任減輕制度之發展上，便有更多機制需要被建立。證據資料獲取困難之議題乃成為近數十年來，無論在我國或其他國家之民事訴訟法學上，成為重要之課題<sup>1</sup>。

基本上，德國式訴訟風險分配規制，係以實體法規範做為基礎，除私法自治原理及自我行為決定自由與自我行為責任承擔作為程序處分自由之法理基礎之外，實體之立法規範之要件結構，基本上已決定程序法上之舉證責任分配，亦即程序上風險分配乃與實體法立法者之規範目的有關，因而受規範當事人基本上在做相關法律行為時，其法律顧問應已可基於實體法法條或契約約款之結構，為其解析在程序上舉證責任風險所在，尤其已可先行確定何造當事人對於何等證據之保管成本應負支出之責任。同時配合民事訴訟法上部分舉證責任減輕及具體化義務降低之法律規定或實務操作規則，

<sup>1</sup> 關於歐盟（特別是 Der Storme-Bericht）及跨國際民事程序法之介紹，vgl. Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 2013, S. 47 f.

而有例外緩和制度之存在。尤其係在基於領域理論、證據偏在與誠信原則所推得之從屬主張責任，亦係非負舉證責任—造當事人之協力義務或事案解明義務之重要制度。可見德國對於當事人舉證困難，除考慮實體法上證據保管風險成本分配之外，就部分不可歸責情形，基於公平與期待可能性，亦努力建構若干克服資訊取得困難之證據法困境。

惟就此一德式程序法思維，在不同法系可能有不同思考取向，例如在美國有所謂事證開示制度，在此制度下，其起訴狀之具體化要求不似德國之嚴格，起訴狀僅係給予相對人就起訴及約略理由之通知，更詳細事實資料蒐集係在審前事證開示程序（Die Discovery）中進行<sup>2</sup>。此一在審理前之程序，主要係雙方開示資訊及證據方法。此階段主要係當事人及律師之任務，充分展現當事人對抗主義之民事程序原理，法院在此階段僅提供保護功能<sup>3</sup>。事證開示之客體包括所有對於案件有關之資訊，甚至容許摸索取證，其係以武器平等為關照基礎，認為雙方當事人應有同等利用相關證據資料之權利，以使當事人實現其權利成為可能，並使真實調查最大化，促進正義實現之可能；據此，同時也可考慮要求對方揭露營業秘密及其他關於起訴請求之相關聯資訊<sup>4</sup>。

此一事證開示程序中，乃希望儘可能雙方交換對於程序重要之證據資料和資訊（預計傳訊之證人姓名及地址、文書、檔案、勘驗標的、金額計算及收據、必要之鑑定），在此

<sup>2</sup> Koch, a.a.O., S. 47 f.

<sup>3</sup> Koch, a.a.O., S. 48.

<sup>4</sup> Koch, a.a.O., S. 48 f.

階段原告對於所主張有利事實，揭示其相關證據資料；被告對其抗辯事實，揭示其證據資料。各自對其有利事實之證據相互揭示。另對於自己有利事實，有需藉助於對方所持有資訊及證據，在此階段亦有請求揭示之必要。在初始揭露程序（Die initial disclosures），當事人應提出：所有可能知悉重要資訊之人的姓名及聯絡資料與其可能藉此獲得何等可利用之資料、影本及說明所有可支撐其請求或防禦之文書、勘驗物<sup>5</sup>。而在開示階段（Die discovery），則可要求對造提供任一資訊及證據方法，如該資訊或證據方法乃與其所主張請求、獨立抗辯或反證提出具重要性者。對於此等資訊來源之存在、種類、本質及狀態，亦同<sup>6</sup>。只須有正當利益存在，起訴原告不僅可要求直接與其請求相關資訊，且及於全部與系爭生活關係相關聯，而其足以開啟更進一步之請求目的者<sup>7</sup>。

有疑問者係，若對方未主張或抗辯，則對於自己不利事實及資訊有無主動自我揭發之義務？有指出當事人無義務自行提出不利事實（the smoking gun）揭示者<sup>8</sup>。在美國之民事訴訟程序，較特殊者係其承認摸索證明。惟自 1983 年之後，法院在審前程序有更多影響力，法官召開審前會議，就訴訟資料加以釐清及限制，排除不必要開示及促進和解締結。若當事人拒絕開示，將依情形造成其事後提出不合法、自認及後續證據方法被拒絕提出<sup>9</sup>。

5 Gomille, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 2016, S. 118.

6 Gomille, a.a.O., S. 120.

7 Gomille, a.a.O., S. 120.

8 Koch, a.a.O., S. 49.

9 Koch, a.a.O., S. 49 f.

違反事證開示之法律效果，可能有不同面向。若係違反開示命令，則有聯邦民事訴訟規則第 37(b)條各手段可利用。但對於事證開示前已為之證明妨礙行為，則普通法給予法官之 inherent power 裁決，基本上亦類於聯邦民事訴訟規則第 37(b)條之法效果<sup>10</sup>。對於故意違反證據開示所可能產生不利事實推論，乃基於持有證據人所以毀損該證據，通常係因該證據對其不利之經驗法則而推得。但發生此一不利推論之效果，係以當事人惡意 (bad faith) 為主觀要件，須以該持有人惡意排除該資訊，目的係為隱藏不利事實<sup>11</sup>。此一惡意之故意乃存在雙重故意，亦即包括對資訊載具之毀損故意及隱藏證據資訊之故意<sup>12</sup>。

美國事證開示制度對於當事人事證開示範圍頗為廣泛，因而可能造成部分弊端：其一、造成無邊際之事證提出要求，蓋其雖有部分限制規定，但因寬認摸索證明，且對於程序有重要性資訊及證據方法均應提出，而欠缺關聯性僅在該情形與系爭事項無法想像有何關聯性存在始該當之<sup>13</sup>，自難以用以過濾若干不必要證據摸索。其二、事證開示之成本高昂，當事人須支出該等費用，因而對於利用判決解決民事紛爭，形成程序上障礙或負擔。此程序將造成和解壓力乃置於被告方。其三、事證開示制度範圍較廣，且容許摸索證明，對於當事人營業秘密及隱私將造成可能危害<sup>14</sup>。

<sup>10</sup> Gomille, a.a.O., S. 125.

<sup>11</sup> Gomille, a.a.O., S. 126.

<sup>12</sup> Gomille, a.a.O., S. 127.

<sup>13</sup> Koch, a.a.O., S. 51.

<sup>14</sup> Koch, a.a.O., S. 51.

因經歷廣泛開示事證以致被利用作為侵害對方營業秘密等弊端之後，美國事證開示制度乃確立若干界限（聯邦民事訴訟規則第 26(b)條(1)），其一、外交、國防、職務秘密及最高度個人生活資料。其二、律師對委託人之守密義務。其三、醫生及心理治療師對病人資訊之拒絕證言權。其四、配偶拒絕證言權或可能有因此受刑事追訴危險者。其五、為系爭訴訟具體準備之文件（work product rule）<sup>15</sup>。另外，當事人為避免重大不利益，得聲請法院發保護命令，藉此禁止事證開示或相關程序負擔，至於採取如何保護手段，則由法院裁量之。特別係營業秘密之保護，當事人請求對其營業秘密加以保護，法院應為利益衡量，具體衡量濫用之危險、當事人動機（訴訟拖延）、利用其他證據方法可能性、保護措施之合適性等。法院為完全禁止事證開示之命令較為謹慎，更多係對於私密性之維護措施，例如對於被告禁止其在其他程序利用該證據方法或業務上為其他利用及禁止傳交第三者<sup>16</sup>。法院決定是否開示營業秘密之程序係依 camera verfahren 進行，基本上禁止敵對當事人在場，如涉及第三人營業秘密則禁止雙方當事人及律師在場，但原則上不禁止敵對方之律師在場，甚至公司僱傭之內部律師，亦同<sup>17</sup>。程序中有 special master 及輔助人員之設置，必要時亦可加入鑑定人參與。未有許可而不提出事證，可能面臨藐視法庭罪之處罰，法院亦可為其他處分，例如費用負擔及事實主張被認為符合自認等<sup>18</sup>。

<sup>15</sup> Koch, a.a.O., S. 53.

<sup>16</sup> Koch, a.a.O., S. 54.

<sup>17</sup> Koch, a.a.O., S. 54 f. 如此，是否仍有秘密維護功能，自會引發疑惑。

<sup>18</sup> Koch, a.a.O., S. 56.



在英國亦有起訴後到審理期日前之事證開示制度，英國傳統之民事訴訟制度係較純粹之對抗主義，係當事人主導之程序，法官介入訴訟實質指揮之權限甚為有限。在 1990 年以前，當事人提出何等證據於法庭有自由權限，法官甚少限制。法官雖可傳證人，但甚少為之<sup>19</sup>。自 1957 年以來，法官的角色被界定為聽取證據，觀察代理人行為及遵守規則，排除不相關或重複者，確保其了解代理人觀點及確認真實何在<sup>20</sup>。此等當事人主義之民事訴訟，成本高昂，缺乏效率，過於偏重於庭期內之偶發表現，其後於 1995 年，Woolf 報告提出改革建議，其後案件管理，法院介入權限擴大等，乃逐漸落實入民事訴訟法中<sup>21</sup>。1999 年之 Woolf-Reform 某程度將英國民事訴訟法往歐陸靠攏，並強化法官之實質訴訟指揮，以免當事人對抗主義所產生高額費用及漫長訴訟流程。事證開示制度係為使原告勝訴可能性及被告抗辯防禦有理性能處於事實上可被判斷之狀況，藉此而使雙方呈現和解成熟狀態。英國將事證開示區分為標準開示（standard disclosure）及特別開示（specific disclosure），所開示文書亦包括對敵對方有利之證據，前者須於程序開始前，即使無相對人申請或法院命令，應列出所有相關文書，但僅對於爭訟直接關聯之文書應被提出，如僅係為摸索之證據方法則不需要提出。後者，則是法院命令當事人提出其他文書，包括間接關聯者<sup>22</sup>。

<sup>19</sup> Darbyshire, Darbyshire on The English Legal System, 2014, p. 170.

<sup>20</sup> Darbyshire, *ibid*, p. 170.

<sup>21</sup> Darbyshire, *ibid*, p. 192.

<sup>22</sup> Koch, a.a.O., S. 59.

未履行開示義務者，有藐視法庭及其他由法院裁量之處罰與責任。事證開示之界限即拒絕閱視權，例如律師保密義務，而律師與第三人通訊僅於涉及程序準備者被保護。另有涉公益之豁免開示，若秘密性對於行政管理之功能屬於必須者，亦有保密義務。不自證己罪之原理亦有適用，但不承認絕對之企業秘密保護，因會牴觸公正程序之要求。在此，仍需進行利益衡量，有疑時，以開示利益為優先。在特別領域，對於不自證己罪原理有承認例外情形，例如智慧財產權、工業智識產權保護等。違反刑法自證己罪禁止，將發生從屬（第二次）特權，亦即該於民事訴訟法取得資料不能在刑事程序中使用<sup>23</sup>。對於營業秘密保護，英國法院發展出部分方法：秘密程序中，延聘一獨立及負緘默義務之鑑定人或律師，就所獲資訊僅能呈於法院，不能告知當事人；延聘一敵對當事人之代理人，其就所獲資訊不可對當事人透露；允許敵對當事人之負有保密義務之代理人在被保護領域自己進行調查<sup>24</sup>。此外，英國尚有所謂搜查命令（search order），亦即 Anton-Piller-Order，此乃主要審理期日前之暫時處分，要求相對人允許聲請人及律師進入其建築物或房間搜查證據。其要件包括：原告之請求具有高度蓋然性之表象，聲請人須受有重大損害或有受重大損害之虞，應有證據證明在相對人持有中之具重大關聯證據有被滅失之重大可能性。若事後發現該處分不當，聲請人應負損害賠償責任<sup>25</sup>。

---

<sup>23</sup> Koch, a.a.O., S. 61.

<sup>24</sup> Koch, a.a.O., S. 61.

<sup>25</sup> Koch, a.a.O., S. 63.