

民事訴訟法上之基礎原則及其關聯

黃 茂 榮

目 次

- 壹、民事訴訟法之建制的基礎原則
- 貳、當事人處分權主義及其下位原則
- 參、當事人進行主義
- 肆、辯論主義及其下位原則
- 伍、自認與自由心證

壹、民事訴訟法之建制的基礎原則

民事訴訟法在建制上有一些基礎原則。這些原則之間及其與相關訴訟程序的關聯為何，

在學說及實務上的意見有時並不一致，這可能增加溝通的困難，有礙於共識的形成。

民事訴訟所審理之案件為民事爭訟事件，是故，其建制之基礎原則同樣以私法自治原則為其出發點，而後才針對一些涉及公共秩序的案件，例如禁治產（行為能力）、宣告死亡（註¹）、婚姻（民事訴訟法第五百七十二條之一、第五百七十四條、第五百七十五條、第五百七十五條之一）（註²）、親子等有關事件給予必要之調整的規定。其具體的表現為：首先自私法自治原則導出關於訴訟標的之當事人處分權主義（註³）、關於訴訟之進行的當事人進行主義，以及關於訴訟資料之提示的言詞辯論主義。

其中，當事人處分權主義可謂是關於實體事項的當事人處分權主義，其處分的結果在訴

註 1 就禁治產及宣告死亡事件，法院應斟酌聲請人所表明之事實及證據，依職權為必要之調查（民事訴訟法第六百零一條、第六百三十一條）。亦即採職權調查主義。

註 2 關於婚姻事件程序，民事訴訟法第五百七十五條雖然規定，法院得斟酌當事人所未提出之事實，但仍不得違反辯論主義：該事實，於裁判前，應令當事人有辯論之機會。上述規定有涉及訴訟標的之範圍者（第五百七十二條之一第二至四項、第五百七十四條第一項、第三項），有涉及職權探知事實者（第五百七十四條第二項、第五百七十五條第一項、第五百七十五條之一第一項），有涉及職權調查證據者（第五百七十五條之一第一項）。原則上，法院得依職權探知事實者，即得依職權調查證據。法院得依職權決定之事項涉及訴訟標的之範圍者，就該事項即係採職權處分主義。

註 3 Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 43. Aufl., 1985, Grundzüge § 128 3) A:「只要當事人得自由形成其法律關係，則在程序上他們應當也可以這樣做。因為程序之目的只在於實現私人權利，所以，在程序上可說是由當事人主導（Parteiherrschaft）。……原則上由當事人以聲明決定程序標的。當事人未請求者，法院含訴訟費用皆不得判給當事人。」「當事人的主導權含：決定是否起訴的權利，該權利既不屬於訴訟資料自由提出原則（Beibringungsgrundsatz），也不屬於自由處分原則（Verfügungsgrundsatz）。訴訟資料自由提出原則指當事人得自由決定，將哪些事實資料提出於法院，亦即主張、爭執或承認。法院原則上不得斟酌當事人未提出之事實。縱使該事



訟上直接影響當事人間之實體關係的發展。當事人進行主義可謂是關於程序事項的當事人處分權主義，其處分的結果首先只影響到訴訟程序之行止。與當事人處分權主義相對立者為職權處分主義，依職權處分主義所決定者是訴訟標的之範圍，這主要表現在婚姻事件（第五百七十二條之一第二至四項、第五百七十四條第一項、第三項）。與當事人進行主義相對立者為職權進行主義，依職權進行主義所決定者是訴訟程序的行止。因為當事人進行主義在實踐上受到法院之訴訟指揮權的制約，所以為清楚顯示當事人進行主義與職權進行主義之對比，應將源自訴訟指揮權之有關事項分離觀察。

貳、當事人處分權主義及其下位原則

當事人處分權主義的下位原則有：訴訟標的自由特定原則（例如訴訟標的之特定、捨棄^(註4)、認諾^(註5)；訴之合併、變更、追加）、爭訟事實自由承認原則（例如自認、不爭執事實）、訴訟資料自由提出原則、及證據之聲請調查主義。該等原則在一定要件下，皆有與其相對立的例外。與訴訟標的自由特定原則相對立者為：職權處分主義，直接介入於訴訟標的之特定；與爭訟事實自由承認原則相對立者為：職權探知主義；與訴訟資料自由提出原則及證據之聲請調查主義相對立者為：職權調查主義。該二者直接介入於事實或證據之提出。法院得依職權探知事實者，固即得依職權調查證據，但得依職權調查證據者，是否即得依職權探知事實？尚待推敲。法院得依職權探知事實者，不受當事人自認或不爭執事實之效力的拘束（第五百七十四條第二項、第三項）；而得依職

實係屬於眾知之事實，亦然。……當事人協議不予斟酌的事實，排除在判決基礎之外。甚至在第二審法院亦僅得斟酌當事人在第一審法院提出之事實。……反之，法院應受當事人一致主張之事實的拘束。惟法院亦僅限於受單純之事實主張，而不受當事人雙方一致之法律判斷的拘束」（aaO. Grundzüge § 128 3) B,C）。在德國學說上雖亦有將訴訟資料自由提出原則（Beibringungsgrundsatz）與言詞辯論主義（Verhandlungsgrundsatz, Verhandlungsmaxime）混用的情形（aaO. Grundzüge § 128 3) B），但其實該二原則所涉事項並不同一。前者，在於資料之自由提出，此為當事人是否提出資料之自由；後者，在於資料之應經提出，此為法院只得據經提出之資料為判決之事實基礎。

註4 「所謂應受判決事項之減縮，除有反對情事外，應解為係訴之一部撤回，而非請求之一部捨棄，蓋請求之捨棄，係自認權利主張自體之無理由，而訴之撤回，若無相反情事，尚非不得（再為）請求」（最高法院五十九年度臺上字第三〇一四號民事判決）。是故，減縮應受判決事項之聲明者，為訴訟標的之法律關係不變，「僅原告在該法律關係範圍內減少其請求之數額而已，此與訴訟標的之捨棄，係拋棄為訴訟標的之請求本體之情形有別」（最高法院七十一年度臺上字第九八三號民事判決）。「民事訴訟法並無法院就超過減縮聲明之原有聲明部分，應為原告敗訴判決之規定，原審既於判決理由內敘明，依被上訴人減縮聲明之建坪超過九三·一四九坪部分之判決當然失效，將來執行並無困難」（最高法院五十一年臺上字第七七三號判例）。「訴訟標的之捨棄，與訴之撤回不同，前者係在聲明存在之情形下，就為訴訟標的之法律關係，自為拋棄其主張，後者係表示不請求法院就已提起之訴為判決之意思。故在訴訟標的之捨棄，法院仍須就其聲明，為原告敗訴之判決。在訴之撤回，因請求已不存在，法院毋庸為裁判」（最高法院六十四年臺上字第一四九號判例）。又「訴訟法上之捨棄，係指對訴訟標的之捨棄，為單純之訴訟行為。與對私法上之權利不請求，而為拋棄之處分有別」（最高法院五十八年度臺上字第三二二三號民事判決）。

註5 關於言詞辯論筆錄之記載，民事訴訟法第二百十三條第一項第一款雖然規定：一、訴訟標的之捨棄、認諾及自認。其中捨棄指原告對於被告，認諾指被告對於原告（民事訴訟法第八十條）主張之訴訟標的之承認的表示。這顯然已將可能的態樣全部涵蓋。所以，關於訴訟標的之承認，有無在捨棄及認諾之外另立自認的類型，應採否定的見解，以便讓自認專用於事實。捨棄除適用於訴訟標的外，也適用於上訴權之捨棄（民事訴訟法第四百三十九條）。





權調查證據者，是否亦不受當事人自認或不爭執事實之效力的拘束？司法實務採肯定的見解（註6）。

為防止當事人濫用訴訟資料自由提出的權利，延滯訴訟，民事訴訟法第一百九十六條、第二百七十六條第一項有關於當事人應適時提出攻擊或防禦方法，以及在第二審當事人原則上不得提出新攻擊或防禦方法的規定。此為當事人在訴訟資料自由提出原則下，所負之對己義務。其違反所生失權效果的態樣有：(1) 本當不用負訴訟費用，而法院得命其負擔全部或一部（註7），(2) 喪失未適時提出之攻擊或防禦方法的提出權利（民事訴訟法第一百九十六條、第二百七十六條第一項、第四百四十七條）（註8）。

為提高訴訟程序之進行的效率，必須避免當事人提出的爭點散漫無交集，所以，民事訴訟法第二百六十八條之一規定「法院於言詞辯論期日或準備程序期日（前），應使當事人整理並協議簡化爭點（第二項）。審判長於必要時，得定期間命當事人就整理爭點之結果提出摘要書狀（第三項）。」爭點經當事人雙方協議者原

則上對於雙方皆有拘束力（第二百七十條之一）。此外，法院於調查證據前，並應將訴訟有關之爭點曉諭當事人（第二百九十六條之一第一項）。爭點之整理的結果不但具有限縮審判範圍的作用，而且也足以限制當事人得提出之攻擊或防禦的方法。

此外，基於公共利益的考量，有一些民事事件的訴訟，在訴訟標的之特定依循職權特定主義，而不盡然依循當事人處分權主義（例如婚姻訴訟）；在事實的提出依循職權探知主義，在證據的調查依循職權調查主義，而不依循聲請調查主義。由於職權探知事實或職權調查證據的結果，會縮小或擴大涉案事實的範圍，從而影響到訴訟標的之範圍，具有與處分訴訟標的的相同的作用，所以，職權探知主義與職權調查主義應置於當事人處分權主義的對立面。

參、當事人進行主義

關於訴訟之進行，依法應按事件之類別分別循當事人進行主義或職權進行主義來進行。當事人進行主義指是否循訴訟途徑解決紛爭取決於當事人的意思。這指訴、上訴及再審之提

註6 最高法院八十八年度臺上字第二二三二號民事判決認為「按財產權訴訟當事人主張之事實，經他造當事人自認者，除自認之事實係不可能或其不實於法院已顯著，或法院應依職權調查之事項，或法律另有規定等情形外，法院即應據為認定事實及裁判之基礎，毋庸另行調查證據，審酌其自認是否與事實相符，此乃辯論主義之當然結果。」該號判決要旨認為，法院應依職權調查之事項，亦即採職權調查主義之事項，法院不受當事人自認之拘束。惟爭訟事實之自由承認原則（例如自認、不爭執事實）應屬於當事人處分權主義，而非辯論主義之下位原則。辯論主義在此所涉者為：訴訟資料應經提示原則。

註7 當事人不於適當時期提出攻擊或防禦方法而致訴訟延滯者，雖該當事人勝訴，其因延滯而生之費用，法院得命其負擔全部或一部（民事訴訟法第八十二條）。

註8 在第一百九十六條所定情形，法院是否駁回當事人逾時始行提出之攻擊或防禦方法，尚有裁量權；反之，除非有第四百四十七條第一項但書所定情事，第二審法院應駁回當事人在第二審始行提出之新攻擊或防禦方法。至於第二百七十六條第一項則為以當事人為命令對象的規定。在時序上，該條限定各種事項之主張應在準備程序中為之，否則，除有該條第一項各款所定情形外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張。相對於第一百九十六條，其應主張之時序較為明確。有疑問者為如何調和其間可能之衝突？一概以第二百七十六條之規定為準？然依第一百九十六條第一項，攻擊或防禦方法，除別有規定外，只要依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前適當時期提出即可。如真要防止當事人利用攻擊防禦方法之提出延滯訴訟，自以採第二百七十六條規定之時序為妥。若恐其失權效果過度嚴格，可改採使雖延滯但勝訴者負擔訴訟費用的方法衡平之。

起或撤回、調查證據之聲請及其他與訴訟之進行有關事項的聲請。惟不論是循當事人進行主義或職權進行主義來進行，法院對於訴訟程序之發展仍廣泛的享有訴訟指揮權，除就當事人之聲請，在一定之要件下得為准駁之裁定外^(註9)，並可決定準備程序、辯論程序之開始、終結與再開，指定其庭期；在準備程序之調查程序中命當事人整理爭點，在辯論程序中，行使闡明權，對於當事人為發問或曉諭，使其就事實及法律為完整之辯論，而後在法院認為成熟時，做成判決，結束該審級之訴訟程序。然應注意：不論在新的或舊的訴訟標的理論，只要原告為訴之提起，且事後不為訴之撤回，其訴之範圍皆可能因法院就起訴事實或法律關係之闡明而擴張或限縮^(註10)。

依民事訴訟法第二百六十八條之一應於言詞辯論期日或準備程序期日前使當事人整理並協議簡化爭點。當事人就其主張之爭點，經依第二百七十條之一第一項第三款或第二項為協議者，應受其拘束。但經兩造同意變更，或因不可歸責於當事人之事由或依其他情形協議顯失公平者，不在此限（第二百七十條之一）。爭點之簡化足以限縮當事人得提出之攻擊或防禦方法的範圍。

然就得為提出之攻擊或防禦方法，最遲究竟應於何時之前提出：(1) 準備程序終結前，(2) 言詞辯論程序終結前，(3) 於前述程序中適時提出？逾時提出之補正的可能性。不但關於應

於何時之前提出，民事訴訟法的規定前後並不一致，而且就逾時提出得否補正，其准駁的要件亦繫於不確定概念：顯失公平。例如該法首先在第一百九十六條第一項有一個原則性的一般規定：「攻擊或防禦方法，除別有規定外，應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前適當時期提出之。」該原則性的規定除以「適時」之不確定概念為其認定依據外，並以言詞辯論終結前為其最後的截止時點。其違反之效力為：「當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結，法院得駁回之。攻擊或防禦方法之意旨不明瞭，經命其敘明而不為必要之敘明者，亦同。」惟第二百七十六條第一項又規定「未於準備程序主張之事項，除有下列情形之一者外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之：一、法院應依職權調查之事項。二、該事項不甚延滯訴訟者。三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者。四、依其他情形顯失公平者。」依該項規定，攻擊或防禦方法之提出的截止時限被提前至準備程序終止前。不過，與第一百九十六條第一項所定的情形相同，就第二百七十六條第一項規定之適用，法院除基於該項第四款之不確定概念（顯失公平），有相當的裁量權外，亦可利用其關於準備程序及言詞辯論程序之開始、終結及再開的訴訟指揮權^(註11)，改變具體訴訟程序中關於攻擊或防禦方法之提出的截止期日。

註9 民事訴訟法第二百八十六條規定「當事人聲明之證據，法院應為調查。但就其聲明之證據中認為不必要者，不在此限。」另第二百八十八條規定「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（第一項）。依前項規定為調查時，應令當事人有陳述意見之機會（第二項）。」第二百八十八條所定法院得依職權調查證據的一般權限顯然已經動搖證據之聲請調查原則。

註10 關於法院之闡明與訴訟標的及既判力的客觀範圍，請參考黃茂榮，植根雜誌第二十卷第一期（九十三年一月二十日），頁四六。

註11 民事訴訟法第二百十條規定「法院於言詞辯論終結後，宣示裁判前，如有必要得命再開言詞辯論。」第二百七十四條規定「準備程序至終結時，應告知當事人，並記載於筆錄（第一項）。受命法官或法院得命再開已終結之準備程序（第二項）。」由上述二條規定可見，在準備程序及言詞辯論程序終結後，法院皆得命再開已終結之程序。最高法院二十八年抗





另民事訴訟法第二百六十八條之二規定「當事人未依第二百六十七條、第二百六十八條及前條第三項之規定提出書狀或聲明證據者，法院得依聲請或依職權命該當事人以書狀說明其理由（第一項）。當事人未依前項規定說明者，法院得準用第二百七十六條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌之（第二項）。」該條所定之時限可能在準備程序開始前，蓋第二百六十八條之一第一項規定，於依前二條規定行書狀先行程序後，審判長或受命法官應速定言詞辯論期日或準備程序期日。亦即在第二百六十七條、第二百六十八條所定事實發生時，可能尚未開始準備程序。

至於第一審訴訟程序終結後，不論是循簡易訴訟程序或普通訴訟程序，除分別有第四百三十六條之二十八但書或第四百四十七條第一項但書所定情事外，當事人於第二審程序皆不得提出新攻擊或防禦方法。如有提出，第二審法院應駁回當事人在第二審始行提出之新攻擊或防禦方法。不過，因為第四百四十七條第一項但書第六款仍以顯失公平為其是否得提出的要件，所以，第二審法院還是有相當的裁量餘地。

肆、辯論主義及其下位原則

關於訴訟資料，含事實與證據的提出，原則上由當事人自由為之。該訴訟資料自由提出原則有認為應歸屬於言詞辯論主義下者。然鑑於訴訟資料的提出，首先固僅涉及事實之認定的結果，但因事實之認定會延伸的影響到訴訟

標的之範圍，所以，訴訟資料自由提出原則應論為當事人處分權主義，而非言詞辯論主義的下位原則。要之，言詞辯論主義的下位原則應是：訴訟資料應經提示原則。至於言詞審理原則及直接審理原則應論為訴訟資料應經提示原則之配套原則（註12），用以確保當事人對於法院引為裁判基礎之訴訟資料，皆有在法官面前陳述意見的機會。在言詞辯論主義的實踐上，法院之發問與曉諭的功能，在於通過闡明使「當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論」（民事訴訟法第一百九十九條第一項、第一百九十九條之一）。另法院在辯論程序中之發問與曉諭兼有指揮訴訟的意義。

不論是應適用當事人處分權主義或職權處分主義，也不論是適用訴訟資料自由提出原則、聲請調查主義或適用職權探知主義、職權調查主義，法院得據以審判之訴訟資料，依言詞辯論主義皆必須向當事人提示，並要其陳述意見。要之，言詞辯論主義不與任何其他民事訴訟法上的原則相衝突。這可稱為訴訟資料應經提示原則。惟若非屬於應依職權探知之事實或應依職權調查之證據，在調查程序或辯論程序中關於訴訟資料之提出，基於法院之中立性的要求，法院所得從事者極其量僅在法律容許之限度內，經由發問或曉諭對於當事人為必要之闡明。對於法院而言，闡明兼具權利與義務的性質（註13）。

為使案件之裁判在事實之認定及法律關係之確認能充分考慮當事人的意見，關於法院在審判上得審酌之訴訟資料的範圍，採言詞辯論

字第一七三號判例「命再開已閉之言詞辯論，屬於法院之職權，當事人並無聲請再開之權，故當事人聲請再開時，不必就其聲請予以裁判，即使予以裁判，亦屬訴訟程序進行中所為之裁定，依民事訴訟法第四百八十條之規定，不得抗告。」惟「命再開已閉之言詞辯論，（雖）原屬法院之職權，非當事人所得強求，（但）…法院…不得專為遲誤訴訟行為之當事人，除去遲誤之效果而命再開辯論」（最高法院二十九年上字第一二七三號判例）。

註12 Hartmann in Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 43. Aufl., 1985, § 128, 2).

註13 關於法院應為闡明而未闡明的效力，請參考黃茂榮，植根雜誌第二十卷第一期（九十三年一月二十日），頁一五以下。

主義。在言詞辯論程序中，「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之」（民事訴訟法第一百九十九條第一項）。「依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之（第一項）。被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之（第二項）。」（民事訴訟法第一百九十九條之一）。此即法院之闡明權。其意義在於使言詞辯論主義的精神可以獲得貫徹。

伍、自認與自由心證

關於證據之調查，不論是採聲請調查主義或職權調查主義，其調查所得之證據方法的證據能力皆依法定，此與其證明力係由法院依其自由心證認定之者不同^(註14)。證據按其證明力之高底，就待證事實可能僅能為釋明，而不能達到證明的程度。

訴訟資料不論是由當事人自由提出或由承審法院依職權探知或調查，其調查結果首先由法院依其自由心證取捨證據，認定事實。有疑問者為，當事人如果對於事實有自認的情形，法院就相關事實得否依其自由心證，做異於當事人自認內容的認定。這在法院就事實得依職權探知，或就證據得依職權調查的情形，應採肯定的見解（民事訴訟法第五百七十四條、第五百九十四條）^(註15)。然在適用訴訟資料自由提出原則的情形，是否還是如此？原則上應採否定的見解（民事訴訟法第二百七十九條）。惟當事人自認之內容顯然與事實不符者，應不在此限。♥

（本文作者現職為國立台灣大學法律學院教授、德國杜賓根大學法學博士）

茲將民事訴訟之建制原則間的關係表列如下：

註14 證據方法按其來源可分為：人證、書證、物證、(當事人之)答詢、鑑定、勘驗。按其與待證事實之關係可分為：直接證據與間接證據（表見證據：Anscheinsbeweis, Prima-facie-Beweis）。證人獲知信息為間接者屬於傳聞證據。該等分類與證據方法之證據能力及證明力有關，而與舉證責任之移轉無關。表見證據之證明力以經驗法則為其基礎。該經驗法則通常指涉一定的因果關係或事務之發展過程。所以，表見證據固可引用來證明因果關係或過失之有無。但不能被引用來證明個人在一定生活情境下可能會有行為方式。蓋後者屬於個別的，而非一般人的生活經驗，不適用經驗法則。表見證據的證據能力固然減輕舉證責任之當事人的舉證責任，但不引起舉證責任的移轉（Hartmann in Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 43. Aufl., 1985, Anhang § 286 3) B; Horst Tilch, Münchener Rechtslexikon, Band II, München 1987, S.1346）。其證據能力之有無及證明力之高低繫於法律規定者為法定證據主義，全繫於法院之自由心證者為自由心證主義。這主要與公文書、書證與證言之證據力的高低，間接證據與傳聞證據有無證據能力有關。關於法定證據規定，請參考 Hartmann in Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 43. Aufl., 1985, § 286 5)。

註15 訴訟資料自由提出原則(Beibringungsgrundsatz)固無礙於法院據調查所得之證據，依其自由心證認定事實的權限，但該權限是否受爭訟事實自由承認原則的限制？值得推敲。適用依職權探知或審查原則之事實，法院不受當事人之協議或自認的拘束。請參考 Hartmann in Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 43. Aufl., 1985, Grundzüge § 128 3) H。





茲將民事訴訟之建制原則間的關係表列如下：

