

辯論主義與協同主義之研究

——以德國法為中心

劉 明 生^{*}

要 目

壹、前 言	四、辯論主義之內容
貳、辯論主義之審理模式	五、辯論主義之補充
一、辯論主義之意涵	參、協同主義之審理模式
二、事實、證據提出與法適用、事實評價、證據評價區分之法理	一、協同主義之意涵
三、辯論主義之根據	二、協同主義之根據
(一)私法自治說	三、協同主義之內容
(二)合目的性考量說	(一)法官之事案解明義務與當事人之真實義務、訴訟促進義務
(三)私法自治與合目的性考量之多元說	(二)法官之討論義務
(四)信賴真實協同確定說	(三)法官之補償義務
(五)本文見解	肆、辯論主義與協同主義之對立
	一、德國方面

^{*} 輔仁大學法律學系助理教授，德國雷根斯堡大學法學博士。作者衷心感謝兩位匿名審查委員惠賜寶貴意見，已參酌審查意見修正補充，文中有關漏之處，由作者自負文責。

投稿日期：九十九年五月十二日；接受刊登日期：九十九年十月二十六日

責任校對：鄒佳珍

(一)協同主義論者對辯論主義之批判

(二)辯論主義論者對協同主義之反駁

(三)二〇〇一年德國民事訴訟法修正後之爭論

(四)德國實務見解

二、我國方面

(一)學說狀況

(二)實務見解

(三)對我國民事訴訟審理模式之淺見

伍、結 論

摘 要

民事訴訟法於財產訴訟事件究應採取辯論主義之審理原則抑或協同主義之審理原則，不論於德國或我國之學說上皆引起甚大之爭論。部分論者認為民事訴訟於財產訴訟事件應採取辯論主義之審理原則，此項基本審理原則雖有若干之缺點，應透過法院之闡明義務與當事人之真實義務補充其不足，古典之辯論主義應有所修正，但仍不能因此放棄辯論主義。部分論者強烈批判辯論主義，認為應直接放棄辯論主義，改採協同主義。辯論主義已非民事訴訟之核心，法院之全面性討論義務，始處於民事訴訟之中心位置。兩者呈現明顯對立之狀況。基此，本文致力於探討關於辯論主義與協同主義之相關學說爭論狀況。為更加正確理解辯論主義與協同主義彼此間之差異性與關聯性，本文之研究，先將辯論主義之意義、根據、內容及其缺點之補充，以及協同主義之意義、根據與內容明確化。以此作為基礎，再更進一步探討協同主義與辯論主義之對立關係。本文乃以研究德國法上關於辯論主義與協同主義之發展為中心，於二〇〇一年為使訴訟紛爭得於第一審即獲終局之解決，德國大幅度修正民事訴訟法之規定，尤其關於法院之闡明義務與討論義務之規定，如此之修正是否導致德國民事訴訟法已改採協同主義。於二〇〇〇年我國民事訴訟法強調審理集中化之理念，強化法院之闡明義務，如此之修正是否亦彰顯我國民事訴訟法已放棄辯論主義，改採所謂之協同主義。本文擬藉比較德國關於辯論主義與協同主義相關之文獻，並參考國內之立法、學說與實務見解，進行歸納、演繹、分析，期能藉此更加明確化較適合於民事訴訟財產訴訟事件之訴訟資料收集審理原則。

關鍵詞：辯論主義、協同主義、法討論、事實討論、突襲性裁判之防止、闡明義務、訴訟促進義務、二〇〇一年德國民事訴訟改革法

壹、前言

於德國學說上向來認為民事訴訟法於財產訴訟事件採取辯論主義之審理原則，就事實與證據資料之收集與提出乃當事人之權能與責任，並非法院之權限與責任，惟大部分主張辯論主義之學者，認為此項基本審理原則存有缺失，應透過法院之闡明義務補充其不足，古典的辯論主義已有所修正，但始終未放棄辯論主義¹。然而，德國部分論者強烈批判辯論主義，認為應直接放棄辯論主義，改採新的審理原則——協同主義（die Kooperationsmaxime）。在協同主義之下，民事訴訟資料之收集與提出非僅當事人之責任，而係法院與當事人共同擔負之責任。辯論主義已非民事訴訟之核心，法院之全面性討論義務，始處於民事訴訟之中心位置²。擁護辯論主義之論者與提倡協同主義之論者呈現見解對立之狀況。當事人與法院於民事訴訟應扮演如何之角色，其權能、責任應如何明確劃分，民事訴訟究應採取辯論主義抑或協同主義之審理原則始為妥當，皆有作更進一步澄清之必要。從實定法之角度而言，德國於二〇〇一年，我國於二〇〇〇年均大幅度修正民事訴訟法之規定，此等修正是否導致民事訴訟已放棄辯論主義之審理原則，改採協同主義，不論於德國與我國學說上均呈現甚大之爭論。而關於辯論主義與協同主義之德文文獻與中文文獻眾多，受限於文章篇幅之比例均衡，本文則以研究德國法上關於辯論主義與協同主義之爭論與發展

¹ Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, 22. Aufl., 2005, § 139 Rn. 3; Schilken, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2002, Rn. 354; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 66. Aufl., 2008, § 139 Rn. 1.

² Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 108-109; ders., Zur Zusammenarbeit zwischen Anwalt und Gericht im modernen Zivilprozeß, Anwaltsblatt (AnwBl) 1983, S. 482.

為中心，就辯論主義與協同主義之意義、根據、內容及其彼此間之關係，德國新法修正後對民事訴訟基本審理原則之影響，作深入而有系統之探討。於探討完德國法上相關之爭論後，於文章篇幅容許之範圍內，探討我國關於辯論主義與協同主義之相關立法、學說與實務見解，並提出對我國民事訴訟審理模式之淺見。

貳、辯論主義之審理模式

一、辯論主義之意涵

向來德國學說上認為於民事訴訟於財產訴訟關係事件應採取辯論主義之審理原則³。所謂辯論主義，係指事實與證據之提出乃當事人之權能與責任，而非法院之職權與責任，法院受當事人事實與證據主張之拘束。辯論主義乃與職權探知主義相對立。依職權探知主義，事實與證據提出為法院之職權與責任，法院不受當事人之事實與證據主張之拘束。民事訴訟於財產關係訴訟事件採取辯論主義，於人事訴訟事件採取職權探知主義⁴。辯論主義規範法院與當事人間之任務分擔，而非規範兩造當事人間之任務分擔，故有主張共通與證據共通原則之適用。辯論主義與處分權主義不同，其並非規範訴訟標的之決定，訴之聲明之表明，當事人之決定，以及其變化之審理原則，而係規範事實與證據之提出，處分權主義為辯論主義之前階段問題，於適用辯論主義之前須先確定當事人與訴訟標

³ Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 1), vor § 128 Rn. 150; Schilken, aaO. (Fn. 1), Rn. 345; Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl., 2003, S. 88; Musielak/Stadler, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl., 2007, § 139 Rn. 1; Thomas/Putzo/Reichold, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz u. a., 28. Aufl., 2009, Einl. Rn. 1.

⁴ Jauernig, aaO., S. 88.

的，由已確定之當事人提出與訴訟標的直接相結合之事實與證據，但於實際訴訟中可能因法院對於當事人提出證據之評價導致當事人有補充事實或聲明之必要。辯論主義涉及事實與證據訴訟資料提出之任務分擔問題，與言詞辯論涉及依言詞之方式進行訴訟，兩者迥然不同，於書面審理之程序亦有辯論主義之適用，故於德國學說上大皆將辯論主義（*die Verhandlungsmaxime*），稱為當事人提出原則（*der Beibringungsgrundsatz*）⁵。

二、事實、證據提出與法適用、事實評價、證據評價區分之法理

依「法院知法原則」（*iura novit curia*）與「汝給我事實，我給汝法之原則」（*da mihi facta, dabo tibi ius*），呈現出當事人與法院間於事實提出與法律評價方面之任務分配，事實提出為當事人之權能與責任，法之適用為法院之權能與責任。根據辯論主義，證據之提出為當事人之權能與責任；依據自由心證主義，證據之評價為法院之權能與責任。辯論主義之適用僅及於事實與證據之提出，不及於法之適用、事實評價與證據評價。事實與證據之主張為當事人之權能與責任，法之適用、事實評價與證據評價為法院之職權與責任，此可謂「事實、證據提出與法適用、事實評價、證據評價區分之法理」⁶。

三、辯論主義之根據

關於辯論主義之根據，不論德國與我國學說上向來有私法自治

⁵ Vgl. Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 1), vor § 128 Rn. 146.

⁶ Meier, *Iura novit curia*, 1975, S. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., 2004, § 77 Rn. 9.

說與合目的性考量說之爭論，然近來於德國與我國學說上則有提出新的辯論主義根據學說見解。於德國學說上則出現私法自治與合目的性考量之多元說見解。於我國學說上則有信賴真實協同確定說之新見解出現。茲就辯論主義根據之相關重要學說論述如下。

(一)私法自治說

此說認為辯論主義與處分權主義相結合，兩者皆為實體法上私法自治原則在民事訴訟之延伸。作為實體法上之基礎原則私法自治原則於民事訴訟上亦有其適用。辯論主義為私法自治原則之補充與產物，其使當事人而非法院擔負事實、證據資料收集之責任（當事人自己責任）。辯論主義與處分權主義相同皆為權利主體行使實體法上權利與處分自由之結果（當事人主導權），如同處分當事人之權利一樣，當事人亦得於訴訟上處分其事實，當事人未主張之事實，法院不得將其採為裁判之基礎⁷。

(二)合目的性考量說

此說認為民事訴訟於財產訴訟事件採取辯論主義乃基於經驗上合目的性之考量。經驗上得知利用兩造當事人之對立與利己心以解明事實關係，比由法院依職權解明事實關係更容易且更有效率。兩造當事人於訴訟前已事先知悉事實關係之基礎，而法院則於訴訟前對於事實關係一無所知，由當事人提出事實較容易迅速發現真正之真實。兩造當事人皆欲獲得勝訴之判決，其將盡力提出知悉且有利於己之事實與證據。由兩造當事人基於利己心而提出主張與反對主張較能描繪出爭執之事實狀況，較易正確與迅速的發現真實。基

⁷ Schönfeld, Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß und in den übrigen Verfahrensarten, 1981, S. 126.

於如此經驗上合目的性之考量，因而採取辯論主義之審理原則⁸。

(三)私法自治與合目的性考量之多元說

近來德國學說上有主張辯論主義之根據為多元的，其主要之根據不僅為合目的性之考量，尚包括當事人自由之尊重與當事人自己責任之強調。於通常訴訟程序主要涉及當事人之私益，故於此範圍應由當事人擔負完整提出事實與證據資料之責任。由經驗得知由當事人各自提出對其有利之主張，及由兩造當事人交互間之主張較能描繪出適當之爭執過程圖像。訴訟事件如此繁多，法院無法逐一依職權為事實與證據資料之收集。兩造當事人之利己心與其利益之對立性比國家之職權探知更適合且可更完整解明事案之狀況。於如此合目的性之考量外，尚基於辯論主義完全符合實體法上之當事人行使與處分自由與自己責任，因此其為實體法上私法自治之補充⁹。

(四)信賴真實協同確定說

我國學說上部分學者認為當事人係處於程序主體之地位，享有相當之程序主體權及程序處分權，可據此比較實體上利益及程序利益之大小，並進而決定是否或如何提出特定事實證據，協同法院尋求「法」之所在，以平衡追求該兩種利益。此種意義之當事人主體地位，尚非僅憑私法自治原則所能底蘊。準此，之所以認為依辯論主義，法院不得以當事人所未主張之事實作為判決之基礎，係為了防止一造當事人受他造當事人突襲之同時，也為了防止來自法院之

⁸ Bathe, Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, 1977, S. 25-26; 駱永家，辯論主義與處分權主義，載：既判力之研究，頁209，1999年9月。

⁹ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 77 Rn. 3; Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 1), vor § 128 Rn. 151.

突襲，藉以保障當事人在一定範圍內可能享有之程序處分權。就此而言，訴訟當事人在程序上所處之地位，係同時關涉程序上利益之追求、處分在內，而非僅以系爭實體利益為其對象內容，故辯論主義之所以被採用，應係為了追求值得當事人信賴之真實¹⁰。法院應與當事人協同確定發現真實與促進訴訟等兩基本要求之平衡點上之真實，在訴訟程序上，法院積極公開心證並表明法律見解，當事人係於受保障對於法院審理活動之預測可能性之狀態下，於一定範圍內可自由決定事證之提出。此可謂折衷於自由主義的訴訟觀與社會的訴訟觀，講求審判程序之人性化，維護人的尊嚴，從防止突襲性裁判及程序權保障之觀點，法院亦應協助改善當事人遂行訴訟實現權利之可能性，使其能充分攻擊防禦，並能決定究要偏重追求實體上之利益，即針對法官所公開之心證或法律見解，更提出事證促使法院就某事實形成較正確心證所可能取得之利益，抑或優於追求程序上之利益，即於預測法院之心證或法律見解後，提出可資迅速裁判之資料或未再提出事證時所獲致之勞費節省¹¹。

(五)本文見解

基於上述之分析，宜認為民事訴訟於財產訴訟事件乃基於私法自治原則與經驗上合目的性之考量，始採取辯論主義之審理原則。如此結合式之辯論主義根據有兩項重大意義。第一、明白表示辯論主義乃基於尊重當事人於實體法上之財產關係有自主決定之權利並應就此擔負自己責任，其於訴訟上則享有事實與證據方面之主導權，當事人未主張之事實，法院不得斟酌，事實之提出為當事人之責任而非法院之責任，特別彰顯辯論主義之優點與價值，亦即尊重

¹⁰ 邱聯恭，司法之現代化與民事程序法，頁221以下，1992年4月。

¹¹ 許士宦，民事訴訟法修正後審判實務上處分權主義與辯論主義之新發展，載：集中審理與審理原則，頁84，2009年4月。

當事人主導權與強調當事人自己責任。基此理念，辯論主義第一命題與第二命題之內容近來則呈現擴大之趨勢。且法院於闡明後，當事人未主張之事實，法院不得將其採為裁判之基礎，不能為了發現真實與促進訴訟，放棄辯論主義之優點與價值，改採所謂之協同主義，不顧當事人之主導權與自己責任，而認為法院之闡明可代替辯論主義之地位，法院之闡明義務範圍可擴大及於當事人所未提出之新事實。第二、辯論主義雖有其優點與價值，但其仍有缺點存在，其未顧慮當事人可能於實際訴訟中提出不完全之事實與證據，其可能因忽略法觀點或事實觀點而導致提出不完全之事實與證據，此等情形應透過防止法觀點與事實觀點突襲性裁判之闡明義務與事實與證據補充之闡明義務，以補充辯論主義之不足。經驗上合目的考量說之重要價值，即在於強調古典之辯論主義僅為經驗上合目的而採用之審理原則，當其有缺點存在時應適度透過法院之闡明義務以補充其不足。

就信賴真實協同確定說而言，無可否認現今當事人於實際訴訟中可能因忽略或誤認重要之法觀點、事實評價與證據評價，因而導致其有補充事實之必要性，而關於法觀點、事實評價與證據評價之防止突襲性裁判之闡明義務可補救辯論主義之缺點，但辯論主義乃規範事實與證據方面之事項，法觀點、事實評價與證據評價乃屬於法官依職權認定法適用與事實、證據評價領域之問題，且依此說無法說明何以法院為上述法觀點、事實評價與證據評價之闡明後，當事人未主張之事實法院仍不得採為裁判之基礎，何以應承認當事人於事實與證據方面之主導權與責任。於適用職權探知主義之訴訟，法院亦須闡明當事人忽略或誤認之重要法觀點與事實觀點，何以於財產訴訟件應承認當事人於事實與證據方面之主導權，於人事訴訟當事人即無此方面之主導權。民事訴訟於財產訴訟事件採取辯論主義，乃基於尊重當事人於實體法上之財產關係有自主決定之權利，

故於訴訟法上當事人就事實與證據有決定是否提出之權能，為了尊重並肯認當事人於實體法上之財產關係有自主決定之權，故當事人未主張之事實，法院不得斟酌，並非因避免法院認定該當事人未主張之事實，將其採為裁判之基礎，造成當事人突襲裁判之可能，民事訴訟法始採取辯論主義之審理原則。突襲性裁判之防止，無法充份說明法院何以須避免辯論主義方面之突襲性裁判，其原因即在於尊重並肯認當事人於實體法上之財產關係有自主決定之權。當事人可能基於各種因素之考量於訴訟上不主張某項事實，可能基於優先追求實體利益，亦可能優先追求程序利益，然其亦可能既不追求實體利益又不追求程序利益，基於道德之因素或其他因素不主張消滅時效之抗辯，無論基於何種因素，民事訴訟法尊重並肯認當事人於實體法上之財產關係有自主決定之權，故其於訴訟中就事實是否提出亦有自主決定權。

四、辯論主義之內容

辯論主義具有三項重要之命題。辯論主義第一命題，係指當事人未主張之事實，法院不得採為裁判之基礎，事實之主張為當事人之責任，而非法院之責任。辯論主義第二命題，係指當事人間無爭執之事實，法院應毫無疑問原封不動將其採為裁判之基礎，其不得為與此相反之事實認定，法院受當事人自認內容之拘束。辯論主義第三命題，係指就當事人間有爭執之事實，如當事人未提出證據，法官即不得依職權調查。證據之提出為當事人之責任，而非法院之責任。就辯論主義之第一命題與第二命題而言，向來學說上認為主要事實（要件事實）有辯論主義之適用，間接事實與補助事實無辯論主義之適用，此乃所謂「主要事實與間接事實、補助事實區別之

法理」。此項區別法理，於德國學說上受到廣泛之承認¹²。惟近來德國學說上有主張在「過失」、「正當事由」等一般條項之情形，「過失」等一般條項本身並非主要事實，而為一般不確定之法律概念，賦予該過失一般條項最基礎之具體事實（如超速駕駛、酒醉駕駛、不注意前方等事實）始為有辯論主義適用之事實，其乃所謂準主要事實¹³。於判定何種事實有辯論主義之適用，應考量到當事人應善盡其主張責任，他造當事人應有明確防禦之事實對象，法院應有明確之事實審理目標，以及維護法官形成心證之自由，基於此等考量宜認為主要事實與準主要事實有辯論主義之適用，重要間接事實無辯論主義之適用。辯論主義第二命題向來認為僅主要事實之自認，有辯論主義之適用，近來多數學說則認為準主要事實之自認亦有辯論主義之適用¹⁴。由上可知，辯論主義之第一命題與第二命題之適用範圍呈現擴大之傾向，更加強調當事人主導權之保障與與當事人自己責任之貫徹，此乃正與弱化當事人主導權與當事人自己責任之協同主義相反。

就辯論主義第三命題而言，當事人未提出之證據，法院不得依職權調查。證據之提出乃當事人之責任，而非法院之責任。德國民事訴訟法與學說上對於辯論主義第三命題之適用則持較為緩和之態度，申言之，除證人外法官得依職權提出證據（德國民事訴訟法第一四二條、第一四四條、第四四八條），但證據之提出仍為當事人之責任，而非法官之責任，當事人不得完全信賴法官得依職權提出證據，因其行使與否委由法官自由裁量，非為法官之義務¹⁵。我國

¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 77 Rn. 8.

¹³ Schilken, aaO. (Fn. 1), Rn. 355; Jauernig, aaO. (Fn. 3), S. 93.

¹⁴ Schilken, aaO. (Fn. 1), Rn. 355; Jauernig, aaO. (Fn. 3), S. 93.

¹⁵ Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 1), vor § 128 Rn. 78; Leipold, Zivilprozeßrecht und Ideologie - am Beispiel der Verhandlungsmaxime, Juristenzeitung (JZ) 1982, S.

民事訴訟法第二八八條雖設有關於法院得依職權調查證據之一般性規定，但於二〇〇〇年民事訴訟法修正時，更加限縮法院得依職權調查證據之範圍，將「法院不能依當事人聲明之證據而得心證」，當作法院得依職權調查證據之必要要件，更加強調我國民事訴訟法基本上採取辯論主義之第三命題，於例外之情形法院始得依職權調查證據。

五、辯論主義之補充

在辯論主義之下，當事人未主張之主要事實與準主要事實，法院不得採為裁判之基礎。事實主張為當事人之責任，非為法院之責任。當事人間未爭執之主要事實與準主要事實，法院應逕將其採為裁判之基礎。當事人未提出之證據，法院不得依職權調查。證據之提出為當事人之責任，非為法院之責任。如此強調當事人於事實與證據方面主導權與當事人自己責任之辯論主義型態，可稱為古典的辯論主義。古典辯論主義認為訴訟為兩造當事人之競技，攻防能力強者即可獲得勝訴之判決，弱者即獲得敗訴之判決。法院僅為中立之裁判者，僅須消極監視當事人是否遵守訴訟規範，被動接受當事人提出之事實與證據，依此作出判決之結論。如此古典的辯論主義並未顧慮當事人可能於實際訴訟中提出不明瞭或不完全之事實與證

441; Prütting, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1980, S. 363; 2001年新法修正後德國民事訴訟法第142條第1項規定：「法院得依職權命一造當事人或第三人提出一造當事人自己曾經引用而為其所占有之文書或其他資料。為此法院得定一定之期限並裁定已提出之文書資料於一定期間內留存於法院。」第144條規定：「法院得依職權命為勘驗與鑑定。為達此目的法院可命當事人或第三人交付其所占有之物，並為此定一定之期限。」第448條規定：「言詞辯論與調查證據之結果仍無法使法院就應證事實之真偽形成確信時，縱無當事人之聲請，且不受舉證責任分配之限制，法院得依職權訊問一造或兩造當事人。」

據，或未顧慮其可能因忽略法觀點或事實觀點而導致提出不完全之事實與證據，若認為此等情形法院不須積極輔助當事人，形式適用存在於辯論主義之當事人自己責任原則，將使實體法上應享有權利之當事人變為無權利之人，造成不公平之現象，為補救辯論主義此方面之不足，保障當事人實體法上之主觀權利，必須承認法院於此等情形負有闡明義務¹⁶。於實際訴訟中，律師亦可能提出不明瞭或不完全之事實與證據，導致當事人權利受損，為保障當事人之主觀權利，法院亦應透過闡明義務補充律師於主張方面之不足。不論於當事人訴訟或律師訴訟，皆有闡明義務之適用，且其範圍一致¹⁷。法院之闡明義務，可補充律師或當事人能力之不足，確保當事人間之武器平等，其為保障當事人主觀權利達成民事訴訟目的不可或缺之手段¹⁸。現今已非採取古典的辯論主義，法院已非僅消極接受當事人主張事實與證據，毋寧為了保障當事人之主觀權利，補救辯論主義之不足，應建構一完整保障當事人權利之闡明義務體系。然而，法院之闡明義務為辯論主義之必要性補充，其並不具替代或排除辯論主義之意義，法院闡明後如當事人仍不主張該相關之事實，基於辯論主義之要求，法院仍不得將其採為裁判之基礎。

此外，古典辯論主義過度強調當事人之自由，認為當事人可明知其主張不符合真事實仍主張，明知他造當事人之主張為真實仍為否認，或隱瞞不利於己之事實而為不完全之陳述。如此實有違民事訴訟法上之誠信原則，造成當事人恣意拖延訴訟與妨礙法院事實審

¹⁶ Vgl. Jauernig, aaO. (Fn. 3), S. 92.

¹⁷ Vollkommer, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, 1984, S. 52; Rensen, Die richterliche Hinweispflicht, 2002, S. 156; Prütting, Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, 2. Aufl., 2000, § 278 Rn. 33.

¹⁸ Schilken, aaO. (Fn. 1), Rn. 354; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aaO. (Fn. 1), § 139 Rn. 1.

理之結果，故應認為當事人負有主觀之真實義務與完全義務（*die Pflicht zur subjektiven Wahrhaftigkeit und Vollständigkeit*），以彌補辯論主義之不足（參德國民事訴訟法第一三八條第一項）¹⁹。

為補救當事人能力之不足並維持裁判之公平性，不論德國與我國皆設有關於法院得依職權調查證據之規定。於德國民事訴訟法上除了證人以外則承認法院得依職權提出證據，於此限度內古典之辯論主義受到某種程度之修正²⁰。我國民事訴訟法第二八八條第一項雖承認法院可依職權調查證據之可能性，且包括證人依職權調查之可能性，但僅限於「當事人聲明之證據法院無法得心證，為發現真實認為必要時」，法院始得依職權調查證據。基本上仍然採取辯論主義第三命題，法院得依職權調查證據僅具補充之性質。

現今宜認為應一方面保有辯論主義尊重當事人主導權與自己責任之優點，另一方面應透過法院闡明義務，當事人之真實義務與完全義務，法院於例外情形得依職權調查證據，以補充辯論主義之不足，如此之審理模式可謂係修正之辯論主義審理模式。此與過度強調法院消極性之古典辯論主義，以及主張放棄辯論主義，過度強調法院積極性之協同主義不同。

參、協同主義之審理模式

一、協同主義之意涵

在一九七六年德國民事訴訟簡化與促進訴訟程序改革法（*die Vereinfachungsnovelle*）後，德國大多數之學者認為民事訴訟於財產訴訟事件採取辯論主義之審理原則，就其不足之處，應透過法院

¹⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 65 Rn. 58 ff.

²⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 77 Rn. 8.

之闡明義務，當事人之真實義務與完全義務，以及法院除證人外得依職權調查證據以補充其不足²¹。然而，德國法官 Rudolf Wasserman 在一九七八年所著之「社會的民事訴訟」（Der soziale Zivilprozeß）一書中，極力提倡民事訴訟應放棄辯論主義，改採協同主義的審理原則。其認為德國民事訴訟法歷經一九二四年、一九三三年與一九七七年之修正已形成一新容貌，無法再以當事人之主導權為其表徵，亦不能以法官專權獨斷的監護國家表明，應從自由的民事訴訟往社會的民事訴訟轉變；從強調自由競爭之民事訴訟轉向強調法官指揮、照顧與訴訟上合作之民事訴訟。現今的民事訴訟模式，難再以當事人支配或法官支配描述其特性，而係以法官與當事人間之相互合作（Kooperation）與研究討論小組（Arbeitsgemeinschaft）來表明其特性。訴訟參與之任何一方，皆非訴訟程序上之主角，必須尋求一新的審理原則，以表徵程序參與者之間的合作，如此之審理原則即為協同主義（Kooperationsmaxime）²²。協同主義已深深動搖辯論主義於民事訴訟之地位，其已取代辯論主義成為民事訴訟法上之新審理原則。於協同主義之下，辯論主義與職權探知主義互相往對方之領域轉變，其並非相對立之主義，而係與一定的傾向有關，亦即法官與當事人之資料提供行為皆有助於重建已發生之事實過程，法官與當事人應共同擔負發現真實之責

²¹ Leipold, aaO. (Fn. 15), S. 448; Prütting, aaO. (Fn. 15), S. 367; Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982, Rn. 11; Henckel, Gedanken zur Entstehung und Geschichte zur Zivilprozeßordnung, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, 1980, S. 124, 125; Brehm, Arbeitsteilung zwischen Gericht und Anwalt - eine ungenutzte Chance, Anwaltsblatt (AnwBl) 1983, S. 195.

²² Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 108-109; ders., AnwBl 1983 (Fn. 2), S. 482.

任²³。Wassermann強調共同討論工作小組與合作並不具有社會和諧之意義，因當事人間仍處於紛爭利害相互對立之狀況，重點毋寧在強調自由的訴訟模式已不適合現今之民事訴訟，社會的訴訟模式始符合現今之民事訴訟²⁴。

主張協同主義之論者，認為訴訟之目的在於保障實體法上應享有權利之人。何人於實體法上享有權利，亦應在訴訟法獲得其權利。法官不應再扮演消極法官之角色，其非僅於訴訟程序中消極監督當事人是否遵守訴訟規範，毋寧應積極協助當事人達成訴訟目的。此種訴訟模式並非強調法官於訴訟中獨斷與優勢之地位，毋寧重視程序參與者彼此之間的合作²⁵。獨斷式之法官僅固守自己之法律見解，完全沉默之法官則保留自己之法律見解，使當事人無法知悉其見解，兩者皆不符合社會法治國家原則。協同主義之審理模式，異於舊（傳統）的自由審理模式與封閉式、權威式之審理模式，乃採取開放式之審理模式。其最主要之特徵在於不採取法官獨白式之審理，而係強調當事人與法官彼此之間的對話。當事人支配性與主導性之措施消退。協同主義採取一開放、合作與自由之法官審理模式，其包括深入與詳盡的事實與法律問題討論，法官無須擔心因進行此項討論而違反法官中立性之要求²⁶。在協同主義之下，緊密交織在一起的事實與法規範形成一開放的程序過程，較不注重係從法院抑或當事人獲得法律與事實資料，毋寧應重視如何尋求紛爭解決的方法²⁷。當事人之提出並非訴訟之核心，共同研究討論小組與法官之法討論與事實討論義務始處於訴訟之核心位置。法討

²³ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 100.

²⁴ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 109.

²⁵ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 87.

²⁶ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 154, 177.

²⁷ Schmidt, Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung, 1987, Einl. Rn. 59.

論、事實討論與共同研究工作小組，更加凸顯現代訴訟中法官與當事人相互間溝通的重要性²⁸。此外，於協同主義之下，特別重視當事人參與之重要性，民事訴訟必須依賴各個程序參與者之協力與合作，始能滿足其社會功能²⁹。為建立事實上之機會平等，必須要求法官作有利於社會上弱者的教導與援助，此項教導與援助可從法官之法討論與事實討論義務導出³⁰。

二、協同主義之根據

協同主義係從德國基本法第一條第一項之人性尊嚴保障與同法第二十條民主原則、法治國原則與社會國原則，以及民事訴訟之目的而導出。其認為司法必須更加人性化，使民眾理解、接近並樂於接受。法院程序人性化乃法官之義務，此與社會國家原則相結合³¹。依德國基本法第一條第一項之規定，人性尊嚴的核心不可以被侵犯，尊重與保障人性尊嚴，乃國家權力之義務。基此義務可導出當事人享有請求法院為積極行為之請求權。民事程序規範內容之形成，應從民主原則、法治國原則與社會國原則導出。從民主原則可導出程序參與者參與民事程序之要求；從法治國原則可導出程序之可預見性與公正性；從社會國原則可導出差異性的補償，亦即創設機會平等與武器平等。此等作為國家目的規範之基本原則拘束法官整體之程序行為³²。

28 Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 108-109.

29 Wassermann, AnwBl 1983 (Fn. 2), S. 482.

30 Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 75, 89, 155, 177.

31 Wassermann, Justiz mit menschlichem Antlitz - Die Humanisierung des Gerichtsverfahrens als Verfassungsgebot, in: Menschen vor Gericht, 1979, S. 21.

32 Wassermann, Zur Verantwortung des Richters für die Kultur der Gerichtsverhandlung, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1986, S. 43; ders., Zur Bedeutung zum

協同主義論者認為民事訴訟並非僅為一種法律關係，且為一種社會關係，一種社會上的交互關聯，此種關聯則由彼此的溝通（Interaktion）交織而成³³。法官必須在民事訴訟具體化社會法治國家原則，打破法律之抽象性與概念性，致力於彌補具體實在個人能力之不足，解決具體之問題。不僅應重視當事人間存在之實體法爭執，且應重視程序進行之實際面。從社會法治國原則可導出法官以人性化與對人民友善方式建構民事訴訟程序之義務。當法官解釋與適用德國民事訴訟法第一三九條之討論義務時，必須將社會法治國原則當成解釋之基本準則，法官必須與當事人進行法與事實之討論³⁴。

此外，從社會法治國原則，尚可導出對於能力不足之人民階層與族群以及社會上弱者強大之補償義務。社會法治國規範之目的即在於使每個人以有人性尊嚴之方式存在與生存。社會國原則關懷與支持社會的公平與正義，全部之法律皆應以保護與照顧社會上之弱者作為主要之發展趨勢，故法官負有援助社會上弱者之補償義務³⁵。再者，主張協同主義之論者，認為民事訴訟之目的，在於賦予實體法上有權利之人享有權利。為達此目的，應盡可能於訴訟上重建已發生過之事實，使訴訟法上所發現之真實與實際發生之事實一致，法官與當事人應互相合作，共同從事法律與事實訴訟資料之收集與討論³⁶。

Inhalt und zum Umfang des Rechts auf Gehör (Art.103 Abs. 1 GG), Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1984, S. 427.

³³ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 76.

³⁴ Wassermann, DRiZ 1984 (Fn. 32), S. 427.

³⁵ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 73.

³⁶ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 101.

三、協同主義之內容

(一)法官之事案解明義務與當事人之真實義務、訴訟促進義務

德國協同主義論者，認為民事訴訟之目的在賦予實體法上有權利之當事人權利。法官之事案解明與真實探究義務（*Aufklärungs- und Wahrheitsforschungspflicht*）可使當事人獲得與實際發生過程一致之事實認定³⁷。倘若法官從調查證據之過程，就當事人未主張之事實形成積極之心證，為發現真實，法官亦得將此事實採為裁判之基礎，其僅須於採用之前賦予當事人陳述意見之機會即可³⁸。於當事人違反主觀真實而為自認之情形，當事人違反真實義務而為陳述，為發現真實法官不受該自認之拘束，其仍得依職權認定該事實之真偽。德國民事訴訟法第二八八條僅規定當事人自認之事實不須調查證據，並未明文禁止法官就此調查證據³⁹。協同主義強調法官與當事人之共同合作與協力，其內容包括法官之事案解明義務與當事人之真實義務。兩種義務追求之目的相同，亦即以最佳之力量盡可能作成正確之裁判，故訴訟資料之收集並非僅為當事人或法官單方面之責任，而係呈現出一真正之義務共同體（*Pflichtengemeinschaft*），由法官與當事人、律師共同協力，共同擔負收集事實裁判基礎資料之責任。既然共同擔負如此之責任，即無混淆法官之事案解明義務與當事人提出責任之界限問題，所有程序參與者應在一

³⁷ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 101.

³⁸ Kugler, *Die Kooperationsmaxime - Richtermacht und Parteienherrschaft im Zivilprozess - der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis*, 2002, S. 158; Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 107-108.

³⁹ Hahn, *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?*, 1983, S. 271; Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 105; Schmidt, *Partei- und Amtsmaxime im Zivilprozeß*, *Deutsche Richterzeitung* (DRiZ) 1988, S. 60.

共同討論小組中互相合作⁴⁰。此外，當事人不能再自由控制訴訟程序與何時提出重要之主張，毋寧其負有積極促進訴訟之義務。如此促進訴訟義務適用之前提為法官已善盡其法討論之義務，告知當事人其傾向於採取何種法律見解⁴¹。

(二)法官之討論義務

1. 討論義務之模式

於協同主義審理模式下，法官不再是消極之裁判者，亦非採取專斷權威、封閉之方式進行審理，而係採取積極、主動、開放之方式進行審理。在獨自與專斷之審理模式下，法官自己陳述多於發問，當事人甚少有說話與參與訴訟之機會。法官不親近當事人，不讓當事人接近法官之判斷過程。就法律問題法官已預先決定採取何種見解，不賦予當事人陳述意見之機會，即使當事人之陳述亦不具任何變更法官法律見解之可能性，因法官已預設其法律見解，為一種獨白式之審理模式⁴²。反之，協同主義為一種開放式與當事人合作之審理模式，著重法官與當事人間之討論，而非法官獨白式之審理。當事人之主導權退居次要之地位，法官樂於和程序參與者合作，提供當事人參與訴訟之機會，對其所需要之訴訟資料，儘量避免以獨自訊問之方式而取得，而係透過律師、當事人或證人之合作而獲得⁴³。法官將鼓勵當事人、律師與證人詳盡表達其意見，律師獲得機會提出新的法律觀點，並解釋各種假設之可能性，深入研討事實問題與法律問題。法官重視事件之客觀性，較少情緒化，不預設與固執其法律立場。陪席法官並非消極的觀察訴訟事件，而應主

⁴⁰ Kugler, aaO. (Fn. 38), S. 75-76.

⁴¹ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 87-88, 92.

⁴² Wassermann, DRiZ 1986 (Fn. 32), S. 44.

⁴³ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 154.

動積極審理訴訟事件。審判長並非呆板而係靈活的進行審理，其不貶低程序參與者之價值，充分賦予其提出相關資料之機會。法官並非獨自思考法律問題，封閉隱密其法律見解，不理睬當事人之法律見解，而係公開其法律見解與當事人討論各種可能之解決方法，並提出新的問題⁴⁴。於專斷式的審理模式下，法官採取是或否的提問方式，提出誘導性之問題，對當事人施以強烈的影響。於新自由與合作的審理模式之下，法官採用開放式之詢問方式，以對話與討論之方式，向當事人公開其對事實狀況與法律問題之評價。於溝通交流之必要性範圍內，法官的主導地位將被相對化。此乃以對話、合作、共鳴，與盡可能使雙方達成一致見解為其目的⁴⁵。

根據協同主義論者之主張，法官應與當事人從事開放、溝通與合作之全面性討論，亦即法官應與當事人詳盡討論事實問題與法律問題。此項事實與法律全方面之討論義務，克服沉默之法官訴訟形象，並使獨白式之法官訴訟形象喪失信服力⁴⁶。為使全面性的討論更加充實，應特別重視下列兩點：其一、應降低法官與兩造當事人間權限方面之落差，減低法官之控制主導權，於一定界限範圍內，削弱法官優勢之地位。其二、發展夥伴式之溝通交流模式，製造當事人參與訴訟之機會，補償、強化能力不足程序參與者之對話與討論能力⁴⁷。就此協同主義論者提出三個德文大寫字母K的策略，即合作（*Kooperation*）、交流（*Kommunikation*）、補償（*Kompensation*）。透過減少法官之權限，當事人參與訴訟之機會將隨之

⁴⁴ Wassermann, DRiZ 1986 (Fn. 32), S. 46.

⁴⁵ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 154; Wassermann, DRiZ 1986 (Fn. 32), S. 46.

⁴⁶ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 88.

⁴⁷ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 144; Wassermann, DRiZ 1986 (Fn. 32), S. 45.

增加。法官應盡力改善當事人溝通與對話的條件與技巧，進行補償性的訴訟指揮，彌補當事人能力方面之落差，避免因交流溝通上的曲解，造成弱勢當事人之不利。如此開放與相互交流之對談方式，將促進法院與律師互相合作之意願⁴⁸。於協同主義之下，並非使法官變成當事人之律師，由法官之活動代替律師之活動，毋寧法官與律師兩者必須互相協力與合作，一方面由律師充分準備法律與事實資料，以使法討論與事實討論更加充實，如此更可避免法官獨白式之審理。另一方面於法討論與事實討論之架構內，法官公開其法律見解與事實評價，律師可明確知悉法官之見解，提出反對之法律見解或補充與此相符合之事實主張。法官與律師乃民事訴訟上最好的交流夥伴，彼此相互間之依賴性將使共同之工作更加容易，訴訟紛爭可因而更迅速獲得解決。反之，互相的批判將更增加工作的負擔，並使紛爭更加對立化⁴⁹。

2. 討論義務之範圍

(1) 法討論與事實討論之關聯性

協同主義之核心，乃法官法與事實之討論義務，法官必須與當事人進行一全面性的討論⁵⁰。民事訴訟之審理，向來採取「汝給我事實，我給汝法」之權限與責任分配法理，法之適用為法官之權限與責任，事實資料之收集為當事人之權能與責任。如此權限與責任分配之法理已不符合現今民事訴訟之要求應予以放棄⁵¹。不僅當事人就事實資料享有主導權，法官亦得提出當事人未主張之重要事實資料，不僅由法官單獨享有適用法律之權限，當事人亦有權利參與

⁴⁸ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 133.

⁴⁹ Wassermann, AnwBl 1983 (Fn. 2), S. 482; Schmidt, aaO. (Fn. 27), Einl. Rn. 59.

⁵⁰ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 88.

⁵¹ Schmidt, aaO. (Fn. 27), § 139 Rn. 53, 54.

法律適用之過程。因現今法律之複雜化與細分化，由法官一人擔負適用法律之責任將無法被維持，法官應聽取當事人表達其法律見解，進行法律討論，始能正確適用法律。於實際訴訟中，當事人亦未必有能力主張重要之事實，善盡其主張事實之責任，法官應積極援助當事人進行事實之討論⁵²。事實與法的尋求，僅於分析上、概念上得區分為不同之階段，於實際訴訟上為兩個交互影響與相互依賴之過程。當事人唯有知悉法官之法律見解，始能提出訴訟上重要之事實，盡其主張事實之責任。法討論使法官之裁判儘可能具有完整與正確之事實基礎⁵³。惟法討論（*Rechtsgespräch*）之名稱易使人產生誤解，法律問題討論與事實問題討論，於訴訟程序中難以分離，係彼此交互影響，來回穿梭於法律規範與事實之間，此乃法官裁判發現之典型過程，故於協同主義之下應將其稱為於辯論程序中之全面性討論（*Verhandlungsgespräch*）。程序參與者以開放與附有論據之交互溝通方式，收集資訊，形成意見，發現裁判而劃定其內容⁵⁴。於此程序中強調法官與當事人之間的溝通與意見交換，法官與當事人公開提出其各自之見解以及相關之正、反論據，共同形成法律與事實方面之見解及判決之內容。根據全面性討論之理念，法官不僅須儘早與完整的公開其法律見解，且須公開該法律見解對於當事人整體訴訟行為之影響，尤其該見解對於當事人聲明之表明以及事實提出之影響⁵⁵。為能迅速解決紛爭與促進訴訟程序之進行，當事人所有之訴訟行為，所有事實問題與法律問題皆成為法官應予以審查、探討之對象。為充分準備言詞辯論，法官應將聲明與

⁵² Schmidt, aaO. (Fn. 27), Einl. Rn. 57.

⁵³ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 112; Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß*, 1984, S. 102 ff.

⁵⁴ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 88.

⁵⁵ Schmidt, aaO. (Fn. 27), § 139 Rn. 60, 61.

事實方面之解明相互結合⁵⁶。由於法規範與事實之緊密交織性，造成最為寬廣範圍之公開性。如此公開性使程序參與者之角色不固定，且較少注意與系爭訴訟事件相關之法律與事實資料，係從法官抑或當事人所提出，毋寧著重該資料是否有益於訴訟紛爭之解決。此與將法官與當事人角色固定之辯論主義迥然不同。現今民事訴訟與其說係根據法官與當事人各自分配之角色，擔負各自責任之過程，不如說係法官與當事人就所有法律問題與事實問題共同研討之過程⁵⁷。

關於法討論與事實討論的進行，係符合現代民事訴訟理想的圖像，根據此圖像在實體法上享有權利之人，應盡可能在訴訟中獲得勝訴⁵⁸。透過法官之法討論與事實討論可使律師或當事人知悉法官如何判斷事實資料與法律資料。法官愈坦率表達其法律見解並將之與當事人討論，則愈能保障當事人之權利。倘若法官僅以暗示性、模糊不清之方式向當事人告知其法律見解，將使當事人花費更多之時間以理解其告知之內容，且存有誤解法官法律見解之危險。因此，法官應明確公開其法律見解，與當事人一同思考法律問題並進行真正之討論。同時於討論過程中，當事人可提出與法官不同之法律見解，藉此避免法官錯誤適用法律之可能性⁵⁹。唯有在辯論程序中詳細討論事實問題與法律問題，始能使判決與實際發生事實之狀況一致，防止突襲性裁判與避免錯誤判決之產生。當作為判決基礎之事實狀況與實際發生之事實狀況不一致，必然動搖當事人對法官

⁵⁶ Schmidt, aaO. (Fn. 27), § 139 Rn. 54.

⁵⁷ Schmidt, aaO. (Fn. 27), Einl. Rn. 59; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 88.

⁵⁸ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 120, 121.

⁵⁹ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 112, 113.

所作成判決之信賴⁶⁰。如此法與事實之討論義務亦為民事訴訟法之立法者所要求。依德國民事訴訟法第一三九條第一項第二句之規定，法院應與當事人自事實與法律面討論事件與爭訟關係並提出問題。法官必須從社會性補償與盡可能完整重建生活事實之觀點，盡其討論義務。法與事實之間並未存在明確之界限，故法官之討論義務究涉及事實方面抑或法律方面並非重要，不論係法律問題或事實問題，法官皆必須與當事人進行開放性與全面性之討論，其負有範圍廣大之全面性討論義務⁶¹。

(2) 法討論義務之範圍

由於法官適用之法規範內容於實際訴訟中往往不夠明確，法官判決結構上之轉變及法律條文之規定持續不斷的增加，導致法規範內容理解方面之困難，且多數法院判決所採取之法律見解亦可能有所歧異，司法判決造成法律規定之內容更加繁多，因而當事人或律師唯有理解法院之判決與法條註釋書，始能知悉哪些法條規定對於該爭訟關係具有重要性。法學之專業書籍與期刊大量的增加，導致律師必須花費甚多之勞力與時間建立電子法學資料庫，以使法院判決內容之取得更加容易，此乃對於律師過度之要求⁶²。甚多律師稱民事訴訟之進行為一種冒險活動，就其結果如何並無法預見，如同簽彩券之遊戲。如此當事人資訊缺乏之問題，唯有透過法官法討論

⁶⁰ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 89, 120-121.

⁶¹ Schmidt, Zur Handhabung des §139 Abs.1 ZPO im Hinblick auf die Rekonstruktion des Sachverhalts, in: Festschrift für Egon Schneider zum 70. Geburtstag, 1997, S. 209; Schmidt, aaO. (Fn. 27), § 139 Rn. 3; Hahn, aaO. (Fn. 39), S. 262; 2001年修法前之民事訴訟法第139條第1項第2句規定：「審判長為達此目的，如屬必要，應與當事人自事實與法律面討論實體關係與訟爭關係並提出問題。」此乃法院討論義務之規定。

⁶² Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 112, 120-121.

與資訊之提供始能解決。法官必須與當事人討論相關之判決與註釋書上之學說見解，並公開所有形成法律見解之理由與論證過程，以及不採用當事人法律見解之理由與論證過程。倘若當事人對於法官所公開之法律見解提出反對之見解與論據，如法官認為有理由即應修正其法律見解，如認當事人提出之反對見解無理由，法官亦應提出反對之論據。由法官與當事人提出正反法律見解與論據理由，進行論證過程之研討，並非法官獨自形成法律見解，毋寧在與當事人討論過程中，透過聽取當事人之論據理由，修正其見解或提出相對立之論據理由，以反駁當事人之見解⁶³。

法討論之對象可包括所有可能想像存在之法觀點，其不僅包括法規適用之可能性，尚包括其他法律問題，例如關於契約之解釋，舉證責任之分配，於判決與學說上所表達之見解，構成要件之解釋，以及習慣法之適用⁶⁴。關於民事訴訟法第二七八條第三項規定之法觀點，基於其相對於事實主張之前提性與訴訟事件聲明之從屬性，以及其與事案解明交互所發生之影響，並不受辯論主義之限制。該條項所稱之法觀點，乃所有判斷事件與爭訟關係之法律上考量，其對於更進一步程序之進行與該訴訟審級終結具有重要性。若某項法律觀點對訴訟紛爭之解決與該審級訴訟程序終結具重要性，法官即負有討論義務⁶⁵。而可能性消滅時效抗辯之情形，部分協同主義論者認為當事人欠缺法律知識並不知悉有消滅時效抗辯之規定可以援用，此種情形基於法官知法原則，法官負有與當事人進行法

⁶³ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 120-121.

⁶⁴ Laumen, aaO. (Fn. 53), S. 43-44.

⁶⁵ Schmidt, aaO. (Fn. 27), § 139 Rn. 7, 64; 2001年修正前民事訴訟法第278條第3項規定：「就一造當事人明顯忽略之法觀點或認為不重要之法觀點，若其非與附屬性請求相關，法院僅於賦予當事人陳述意見機會後，始得採為裁判之基礎。」此乃防止因法院認定法觀點而造成突襲性裁判之闡明義務。

討論之義務⁶⁶。另有協同主義論者認為此種情形乃屬於當事人忽略重要事實觀點之情形，事實觀點與法律觀點難以分離，故法官仍依第二七八條第三項負有闡明義務⁶⁷。

(3)事實討論義務之範圍

民事訴訟上往往造成不公平裁判之原因在於資訊的缺乏。因現代社會經濟關係一直不斷的發展及法律關係愈趨複雜，適時與完整資料之收集即成為律師主要之責任。為數甚多之當事人因忙於工作而缺乏時間告知律師完整與足夠之資訊，而律師亦可能因經濟上之壓力，經常忙於處理眾多之訴訟事件，無法就每一訴訟事件盡其應盡之注意義務，因而造成法官判決不符合實際事實狀況之結果。事實討論之進行即可避免與實際事實狀況不一致錯誤判決之產生⁶⁸。

事實討論之任務，即在於促使當事人不僅提出法律上主張，尚使其能說明具體事實發生之過程，亦即使其不僅單純主張已締結買賣契約或有過失行為之存在，且促使其提出由該法律概念所導出之個別具體事實。如當事人以帶有法律評價之方式主張時，甚難知悉當事人就事實是否為一致性的主張，此種情形法官應與當事人進行事實方面之討論⁶⁹。

此外，於實際訴訟中律師時常無法提出可據以推論其結論之陳述（*der schlüssige Vortrag*），當事人更無法提出如此之主張。不論律師或當事人，皆須依賴法官對其說明其如何判斷訴訟事件，以及

⁶⁶ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 118; Hahn, aaO. (Fn. 39), S. 199-200.

⁶⁷ Schmidt, aaO. (Fn. 27), § 139 Rn. 18-21; Schneider, *Befangenheitsablehnung des Richters im Zivilprozess*, 2. Aufl., 2001, S. 54.

⁶⁸ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 120; Laumen, aaO. (Fn. 53), S. 103.

⁶⁹ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 113.

何種事實對於該事件紛爭之解決係屬重要。當其涉及提出複雜之事實狀況，要求當事人完整提出所有使聲明有理由之事實則屬過度之要求。在交通事故損害賠償請求事件，締約上過失賠償之事件，或者工程瑕疵之賠償事件，為常常發生之訴訟事件，於此等情形當事人甚少能以連貫的方式，將整個事件發生的過程直接分解為單一之事實。此等情形，法官應不理會辯論主義與可據以推論出其結論之審查（*Schlüssigkeitsprüfung*），不就個別事實主張調查證據，毋寧針對整個事實發生之過程調查證據並進行事實方面之討論⁷⁰。為達成正確之裁判，法官必須與當事人進行全面性與範圍廣泛之事實討論，只要直接有益於當事人權利請求之必要事實主張，法官即須為事案之解明。如法官從過去辯論之過程產生當事人漏未主張對於事實認定重要事實之印象時，法官即應詢問當事人並要求其解明⁷¹。再者，在協同主義之下，法官必須與當事人討論從證據資料延伸之新事實，賦予其陳述意見之機會，保障其聽審請求權。倘若法官就此已進行充分之討論，即使當事人未主張該事實，法官亦得將之採為裁判之基礎⁷²。

（三）法官之補償義務

1. 對社會上弱者之補償義務

於廣大範圍之法討論與事實討論義務外，協同主義之論者特別強調於訴訟中法官負有補償社會上弱者之義務（*Kompensationspflicht zu Gunsten sozial Schwächer*）。其認為欠缺機會與武器平等（*Chancen- und Waffengleichheit*）乃辯論主義之重大缺陷。社會國家民事訴訟之中心要求，即為保障當事人間之武器平等。德國

⁷⁰ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 104.

⁷¹ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 115.

⁷² Hahn, aaO. (Fn. 39), S. 283.

基本法第二十條第一項所要求之社會國家原則，即賦予行使國家權力之法官應補償社會上弱者能力之不足。法官須幫助社會上之窮人與受到歧視之人，改善其社會與經濟狀況，以使來自於不同階層與團體之人獲得同等之保障。其應特別關懷社會之公平與正義，依照當事人不同之社會與經濟狀況及其需求而調整對於當事人之援助。整體民事訴訟法，必須以保護經濟上或社會上之弱者為導向⁷³。進行民事訴訟之當事人並非抽象之人，而係於社會中具體之人，有些人能力甚為強大，有些人能力甚為薄弱。能力薄弱之人，尤其社會上之弱者特別需要法官之援助。法官應從形式機會平等之保障，轉往追求實質機會平等之保障。辯論主義過於強調所謂形式上的平等，忽略實質上平等之重要性，此將導致能力愈強之人勝訴，能力不足之人敗訴的結果，此乃不符合社會公平與正義，實體法上應享有權利之人卻於訴訟中敗訴無法實現其權利。為避免如此之弊端，法官負有補償社會上弱者之討論義務，其應透過民事訴訟法第一三九條之討論義務，賦予能力不足之社會上弱者提出必要主張之機會，給予補償性之勸告（*die kompensierenden Empfehlungen*）。此種補償性之勸告，可從法官之法討論與事實討論義務導出⁷⁴。法官應盡力排除程序參與者因訴訟外不同之法律知識、財力、智力或不同之社會上權力分配對訴訟實施而生之影響。法官之新任務，即為保障社會上之弱者，並使所有正當利益皆有具體實現之機會。而其實現之方法即為民事訴訟法第一三九條之法官事案解明義務（*Aufklärungspflicht*），其可稱為有利於社會上弱者之補償性辯論指揮（*kompensatorische Verhandlungsführung*）。法官尤應扶助下

⁷³ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 73.

⁷⁴ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 75.

層階級之人、少數族群，邊緣團體或能力不足之個人實現其權利⁷⁵。

所謂社會上弱者，乃指來自於社會下階層之人。Wassermann認為民事訴訟為一溝通交流之程序，法官與當事人必須透過語言之媒介以傳達訊息，因此當事人之行動與語言之能力甚為重要。而此等方面能力之高低，主要取決於社會化之程度，尤其當事人之教育程度。因此，根據人民的職業、年齡、教育與生活圈大致上可將人民分為四個社會階層：上等中層階級（*obere Mittelschicht*）、下等中層階級（*untere Mittelschicht*）、上等下層階級（*obere Unterschicht*）、下等下層階級（*untere Unterschicht*）。下層階級尤其指僅讀過國民學校且未受過職業訓練之人，在一九七〇年代月收入低於1,500馬克之人（約現今750歐元）。每一階層之人均於訴訟中擔負同等之責任，但不同階層之人負有不同之責任，下層階級之人負較輕之責任。於實際訴訟中下層階級之人明顯呈現能力薄弱之情形⁷⁶。在通常訴訟程序，下層階級原告勝訴之機率比中層階級之人低。倘若公司為原告，個別私人為被告時，公司勝訴之機率为72%。反之，當個別私人為原告，公司為被告之情形，個別私人勝訴之機率，大幅度下降至41%⁷⁷。因此，法官之任務即在改變此種狀況，排除此等方面之障礙，使下層階級之人亦有更多勝訴之機會。法官應藉由民事訴訟法第一三九條之法討論與事實討論，尤其

⁷⁵ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 155, 177; Laumen, aaO. (Fn. 53), S. 128-129; 於德國學說上持協同主義之學者，將德國民事訴訟法第139條所規定之法官義務理解為一種事案解明義務（*Aufklärungspflicht*），特別強調法官解明事案之義務，而非一種提問與指示義務（*Frage- und Hinweispflicht*）。就此，參照Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 155, 177.

⁷⁶ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 156-157; Bender, *Nochmals: Zivilprozeß und Ideologie - Eine Erwiderung auf Leipold in Juristenzeitung* (JZ) 1982, *Juristenzeitung* 1982, S. 712.

⁷⁷ Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* (Fn. 2), S. 157.

關於可能性消滅時效抗辯與從證據結果延伸之新事實之討論，以保障下級階層之社會上弱者之權利⁷⁸。

協同主義之論者強調法院程序之人性化，故辯論程序之語言必須與當事人之理解能力相符合。法官闡明與討論之目的，不僅應將闡明與討論之內容傳達給當事人，且應使當事人理解其傳達之內容。當事人能否理解其傳達之內容主要取決於當事人所處之社會狀況與教育程度。尤其下級階層之當事人常常無法理解屬於中上層階級法官之語言。因此，於實際訴訟中，如當事人無法理解法官闡明與討論之內容，法官必須將法律術語轉換為日常生活之用語，以當事人能理解之方式闡明並與當事人討論。部分法官即使已重視討論義務與補償義務於辯論程序之重要性，仍有可能忽略法官與當事人之間理解方面的問題⁷⁹。

2. 對初次實施訴訟之當事人與一般性律師之補償義務

基於社會法治國家原則，愈有需要援助之當事人，法官愈須進行補償性之辯論指揮。補償性辯論指揮之方式與範圍，必須隨具體訴訟狀況之不同而有不同之判斷。於非適用律師強制代理之程序，乃最須運用補償性辯論指揮之程序。一造當事人委任律師，他造當事人並未委任律師進行訴訟，此時攻防能力方面之差距甚為明顯。當兩造當事人皆未委任律師進行訴訟，亦會發生攻防能力不對等之情形。如此之不平等性迫使法官應為援助性之發問與教導⁸⁰。於此必須留意律師之代理將影響當事人勝訴之機率。然而區法院並未採取律師強制代理制度，當事人未必會委任律師代為進行訴訟，倘若

⁷⁸ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 157-158; Laumen, aaO. (Fn. 53), S. 128-129.

⁷⁹ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 159.

⁸⁰ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 155-156.

引進律師強制代理制度，將有可能導致律師費用超過當事人因勝訴而取得之利益。因此，應由法官保護該當事人之法律上利益，進行所有必要之援助⁸¹。

協同主義之論者，認為於適用律師強制代理之程序，補償性之辯論指揮仍有其適用。其認為於實際訴訟中，律師亦有可能誤認或忽略訴訟上重要之事項或提出不完全之事實，原則上委任律師進行訴訟之情形與由當事人本人進行訴訟之情形，兩者於法官補償性之討論義務並無差異⁸²。律師主要之任務即在補充無經驗當事人實施訴訟不當之危險，協助當事人實現其法律上之利益。倘若每一當事人皆依有充分能力之律師代為進行訴訟，且於訴訟前即已知悉其所精通之法律領域，則完全不須由法官之積極援助活動⁸³。但依照德國的法律傳統並非如此。德國並未要求律師須具備特定法律領域之專業能力與經驗，當事人委任之律師未必皆為專攻特定法律領域之專業律師。律師公會長期以來不贊成律師公開其於特定法律領域之獨特經驗，故當事人亦無從知悉專攻特定法律領域之專業律師。於此種情況下，如一般性律師與專攻特定法律領域之專業律師進行訴訟，其難以和反覆處理同種類專業領域事件且具有專門經驗之專業律師對抗⁸⁴。特定機構如大公司，百貨公司集團、保險公司、銀行、政府機關常常進行訴訟，非常熟練訴訟實務之運作，且其法律部門與特別專業律師專精於處理個別領域之事件，可利用過去之訴訟經驗與

⁸¹ Bender/Schumacher, Erfolgsbarrieren vor Gericht - eine empirische Untersuchung zur Chancengleichheit im Zivilprozeß, 1980, S. 116-117.

⁸² Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 120; Schmidt, aaO. (Fn. 61), S. 206.

⁸³ Bender, aaO. (Fn. 76), S. 712.

⁸⁴ Bender, aaO. (Fn. 76), S. 712.

經濟實力，為有效與充分之事證收集，相較於第一次實施訴訟之當事人明顯處於優勢之地位。此等大企業尚可將訴訟敗訴之風險分散於多數不同之訴訟程序⁸⁵。一般性律師或初次進行訴訟之當事人將因經驗不足，導致訴訟敗訴之結果，為避免此等情況發生，法官應積極援助之⁸⁶。

肆、辯論主義與協同主義之對立

主張協同主義之論者，大皆認為協同主義與辯論主義乃處於對立之關係，應放棄辯論主義，改採協同主義。以下分就外國與我國關於辯論主義與協同主義對立爭論之狀況論述，最後殿以本文對於我國民事訴訟基本審理模式之淺見。

一、德國方面

(一)協同主義論者對辯論主義之批判

德國協同主義之論者，主張放棄辯論主義，以協同主義代替辯論主義於民事訴訟之地位，使其成為民事訴訟法上之基本審理原則⁸⁷。因此，其對辯論主義提出以下之批判。

1. 辯論主義為空洞而無內容之用語，於德國民事訴訟法並無明文之實定法依據。民事訴訟法中並未提及任何關於辯論主義或職權探知主義之概念用語⁸⁸。在訴訟實務上，辯論主義之當事人主導權

⁸⁵ Bender/Schumacher, aaO. (Fn. 81), S. 7-8; Laumen, aaO. (Fn. 53), S. 125; Schmidt, aaO. (Fn. 27), Einl. Rn. 92.

⁸⁶ Laumen, aaO. (Fn. 53), S. 125.

⁸⁷ Wassermann, AnwBl 1983 (Fn. 2), S. 482; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 109.

⁸⁸ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 108.

僅具次要之意義，並非作為解釋重要問題之基本原則，毋寧法官之事案解明義務與討論義務（Aufklärungs- und Erörterungspflicht）較為重要⁸⁹。法官之發問義務與闡明義務已隨時間之進展歷經修正而擴大，且已被所謂討論義務所取代，法官之法討論與事實討論義務比闡明義務更具重要性。以歷史的觀點言之，一八七七年制定民事訴訟法時，法官闡明義務之範圍以非常狹隘之方式規定⁹⁰。一九〇九年於區法院程序導入法官之討論義務，使法官角色從觀察訴訟程序是否合法之消極旁觀者，轉變成積極的討論主體⁹¹。一九二四年修正民事訴訟法時，將法官之討論義務與闡明義務合併於第一三九條第一項規定，過去僅適用於區法院程序之法官討論義務，擴大及於邦法院之程序，討論義務因而一般化。第一三九條第一項之規定乃源自於職權探知主義之規定，其乃侵害辯論主義當事人主導權之規定⁹²。歷經一九二四年、一九三三年、一九七六年民事訴訟法之修正，不能再以辯論主義描述現今之審理狀況，現今之審理乃呈現辯論主義與職權探知主義交錯之狀況。德國民事訴訟法第一三九

⁸⁹ Schmidt, aaO. (Fn. 61), S. 203-204.

⁹⁰ 1877年德國民事訴訟法第130條規定：「審判長應使當事人提出明瞭之聲明，補充已主張事實之不足並表明證據方法，尤其陳述所有對於確定事件關係重要之事實。」

⁹¹ 1909年修法時修正德國民事訴訟法第502條之規定，新增「法院應與當事人討論實體關係與爭訟關係」之字句，為如下之規定：「法院應與當事人討論實體關係與爭訟關係，並使其完整說明所有重要事實與提出有助於事件解決之聲明。」

⁹² Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 108; 1924年至2001年修法前之民事訴訟法第139條第1項第1句規定：「審判長應使當事人就所有重要事實為完整之陳述，提出有助於事件解決之聲明，尤其就已提出事實之不足陳述為補充及聲明證據。」同法第139條第1項第2句規定：「審判長為達此目的，如屬必要，應與當事人自事實與法律面討論實體關係與訟爭關係並提出問題。」

條、第一三八條、第二七三條與法官之法討論義務已超越辯論主義與職權探知主義相互對立之審理模式，辯論主義已喪失其於民事訴訟程序上之重要性。現今民事訴訟之重點，在於如何透過法官與當事人間合理之討論，以使過去之事實重建，以及於如何之界限範圍內法官應解明事案並與當事人討論。當事人之提出已非民事訴訟之重心，法官之法討論與事實討論義務，始為民事訴訟之核心，其已深深動搖辯論主義。協同主義已取代辯論主義成為民事訴訟法上之重要基本審理原則⁹³。

2. 向來採取「汝給我事實，我給汝法原則」之權限與責任分配法理，已不符合現今民事訴訟的要求應予以放棄⁹⁴。如此之區分法理和辯論主義均忽略事實之提出與法之適用於實際訴訟上為兩個交互影響與相互依賴之過程，兩者難以分離。當事人唯有知悉法官之法律見解，始能提出訴訟上重要之事實，盡其主張事實之責任。因此，應改採強調法官全面性法討論與事實討論義務之協同主義⁹⁵。

3. 辯論主義未完全顧慮當事人於訴訟上攻防的不平等，將賦予攻防能力較強之當事人更多勝訴之機會⁹⁶。蓋辯論主義乃植基於一種自我調整的機械裝置原理，兩造當事人根據規則進行二人的競技對決，當事人是否遵守競技規範則由法官監視，由兩造當事人分別逐一進行攻防，何人能勝訴完全取決於攻防能力與技巧的高低，法官僅處於消極之地位，即使當事人未提出可能存在之事實，法官亦不須積極告知，任由當事人攻防，依此種方式以發現真實。惟於實際訴訟程序中兩造當事人的能力與智力往往不對等，辯論主義提供

⁹³ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 109.

⁹⁴ Schmidt, aaO. (Fn. 27), § 139 Rn. 53, 54.

⁹⁵ Schmidt, aaO. (Fn. 27), Einl. Rn. 57.

⁹⁶ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 84.

能力較強之當事人更多勝訴之機會，造成真正有權利之當事人因能力較差而敗訴之不公平現象，此乃辯論主義之缺陷⁹⁷。

4. 辯論主義內容之形成，未顧慮其他訴訟外尋求權利保護之市民利益。民事訴訟乃一大量訴訟現象，有很多人須使用訴訟程序以解決紛爭，其並非單一之事實。民事訴訟不僅須顧慮正在使用訴訟程序解決紛爭之當事人，尚須顧慮其他訴訟外人民之權益。訴訟不僅對爭訟事件之當事人具有重要性，且對整個社會亦具有重要性。於社會法治國家下被正當化之訴訟模式必須避免如此之缺陷⁹⁸。

(二) 辯論主義論者對協同主義之反駁

1. 辯論主義具有實定法之基礎

德國協同主義論者認為歷經民事訴訟法數次之修法，已放棄辯論主義，改採協同主義之審理原則⁹⁹。對此，德國辯論主義論者認為從德國民事訴訟法之立法與修法歷史觀之，辯論主義皆為民事訴訟法上之基本審理原則¹⁰⁰。德國民事訴訟法中有甚多之規定皆要求當事人提出事實與證據，此等規定使辯論主義成為民事訴訟法基本審理原則（德國民事訴訟法第一三八條第一項、第二項，第二八二條第一項、第二八八條第一項、第三七一條、第三七三條、第四二〇條、第四四五條第一項，以及舊民事訴訟法六一六條及六一七條之反面推論）。根據德國民事訴訟法之個別條文與整體前後之關聯性，得認為事實與證據之收集為當事人之責任，而非法官之責任。德國民事訴訟法之規定基本上仍以當事人之主導權為出

⁹⁷ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 84.

⁹⁸ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 85.

⁹⁹ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 108-109; Wassermann, AnwBl 1983 (Fn. 2), S. 482.

¹⁰⁰ Leipold, aaO. (Fn. 15), S. 448; Prütting, aaO. (Fn. 15), S. 367.

發¹⁰¹。德國民事訴訟法雖承認除證人外法官得依職權提出證據（德國民事訴訟法第一四二條、第一四四條、第四四八條），但證據之提出仍為當事人之責任，而非法官之責任，當事人不得完全信賴法官得依職權提出證據，因其行使與否委由法官自由裁量，非為法官之義務¹⁰²。當事人未主張之事實，法官不得採為裁判之基礎；當事人間未爭執之事實，法官應逕將其採為裁判之基礎，此為辯論主義之核心內容（*Kern der Verhandlungsmaxime*）。法官只能就當事人已主張且爭執之事實，依職權提出證人以外之證據，其仍受辯論主義核心內容之拘束¹⁰³。

關於法官闡明義務之重要內容，在一八七七年制定民事訴訟法時即已明文規定，此乃早於Wassermann所主張之民事訴訟社會化改造之必要性¹⁰⁴。一九二四年雖修正民事訴訟法第一三九條之闡明義務規定，擴大法官闡明義務之範圍，一九七六年雖新增第二七八條第三項防止法觀點突襲性裁判之闡明義務規定，但辯論主義仍為民事訴訟法之基礎，並未受任何的動搖，法官於闡明後仍不得將當事人未主張之事實採為裁判之基礎，法官闡明義務並不會影響辯論主義之核心內容¹⁰⁵。

此外，辯論主義之用語雖未明白規定於民事訴訟法中，但辯論主義之審理原則乃體現於民事訴訟法之建構計畫（*Bauplan*），即

¹⁰¹ Prütting, aaO. (Fn. 15), S. 363; Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2, 21. Aufl., 1994, vor § 128 Rn. 82 a.

¹⁰² Stein/Jonas/Leipold, aaO., vor § 128 Rn. 78; Leipold, aaO. (Fn. 15), S. 441; Prütting, aaO. (Fn. 15), S. 363.

¹⁰³ Prütting, aaO. (Fn. 15), S. 363; Leipold, aaO. (Fn. 15), S. 441.

¹⁰⁴ Bettermann, Hundert Jahre Zivilprozessordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP), Band 91 (1978), S. 390.

¹⁰⁵ Bettermann, aaO., S. 390; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993, § 78 I 2; Prütting, aaO. (Fn. 15), S. 365.

使立法者並未將辯論主義之用語明白規定於法條中，仍可認為民事訴訟法基本上採取辯論主義之審理原則。辯論主義指引民事訴訟應有之定位與方向，提供個別訴訟問題解決之方針，其具有重大意義與價值¹⁰⁶。

2. 當事人權利保障與當事人自己責任

辯論主義論者認為協同主義之主張具有其危險性，現行所採用之審理原則，呈現辯論主義與職權探知主義之對立，法官與當事人之權能、責任界限之劃分甚為明確，而協同主義並不具有與其相對立之原則，如此一來無法明確辨識其於訴訟上可能存在之界限，而此於實際訴訟中必須明確被界定。協同主義僅為一帶有絕對性格之要求，為了一定社會或國家目的而調整訴訟程序之內容。具有社會性格之協同主義擴大法官之權限，使當事人之權利保障相對化，如此之相對化即意謂當事人之自由必須因社會目的及具有社會性格之協同主義而受有限制，如此之社會民事訴訟則造成法官有濫用權力之機會¹⁰⁷。

協同主義主張由當事人與法官兩者共同擔負訴訟資料收集之責任，只能理解為揚棄辯論主義，放棄當事人之自己責任原則，限制當事人之自主決定權，其整體論證混淆當事人與法官之個別責任，並使辯論主義過度擴張，以致於成為包含支配所有事項之審理原則¹⁰⁸。而且，民事訴訟之目的並非在於維持整體之法律秩序，保障國家利益或一般利益，而係在於保障當事人私法上之主觀權利。倘若認為民事訴訟之目的在於保障當事人之主觀權利，亦會同樣認為當事人自由之保障與當事人之自己責任原則在民事訴訟法上之重

¹⁰⁶ Stürner, aaO. (Fn. 21), Rn. 11.

¹⁰⁷ Henckel, aaO. (Fn. 21), S. 124-125.

¹⁰⁸ Prütting, aaO. (Fn. 15), S. 363.

要性。辯論主義可認為係當事人自由之保障與自己責任原則之體現。當事人自由之保障與當事人自己責任具有法治國家民事訴訟之價值¹⁰⁹。

3. 法官闡明義務為辯論主義之補充

協同主義論者認為當事人之提出已非民事訴訟之重心，法官之事案解明義務、法討論與事實討論義務，始為民事訴訟之核心，法官於調查證據之過程，就當事人未主張之事實形成積極心證，為發現真實，亦得將此事實採為裁判之基礎，僅須於採用之前賦予當事人陳述意見之機會，且法官就當事人完全未主張之新事實亦負闡明義務¹¹⁰。持辯論主義者對上述協同主義者之論點提出反駁，其認為吾人無須與辯論主義訣別，亦無須將辯論主義神化或誇大，認為其完全不可修正或補充¹¹¹。民事訴訟並非受極端辯論主義所影響，辯論主義仍須透過法官闡明義務補充其不足，當事人僅於合理之限度內負有提出事實之責任。如當事人無法預見法官所判斷之法觀點，則無法提出與此相關之訴訟上重要事實，於此種情形法官應闡明輔助當事人，其立法上依據即為民事訴訟法第一三九條第一項之規定與第二七八條第三項之規定（二〇〇一年修法後第一三九條第二項）¹¹²。然而，法官闡明義務並非與辯論主義相對立，其補充強調當事人自由主導權之辯論主義。法官之闡明僅限於輔助當事

¹⁰⁹ Stürmer, Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, Juristenzeitung (JZ) 1986, S. 1094-1095; Leipold, aaO. (Fn. 15), S. 447, Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 101), vor § 128 Rn. 81 a.

¹¹⁰ Kugler, aaO. (Fn. 38), S. 158; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 107, 108.

¹¹¹ Henckel, aaO. (Fn. 21), S. 124.

¹¹² Henckel, aaO. (Fn. 21), S. 126；關於2001年修法前民事訴訟法第278條第3項之規定內容，請參照註65；2001年修法時，將民事訴訟法第278條第3項防止法觀點突襲性裁判闡明義務之規定移於同法第139條第2項規定，就其規定之內容參註133。

人，使其能勝任訴訟法上角色之扮演。當事人負有收集與提出訴訟資料之主要責任，法官僅於訴訟資料不明瞭或不完全之情形，透過其補充性之闡明義務輔助當事人，使其能提出明瞭或完全之訴訟資料。就當事人完全未主張之新事實，法官不負闡明義務，於此等情形當事人應擔負事實提出之自己責任¹¹³。德國民事訴訟法第一三九條之法官闡明義務（Hinweispflicht），非具有職權探知意義之事實案解明義務（Aufklärungspflicht）。民事訴訟法並未混合當事人提出原則（Beibringungsgrundsatz）與職權探知原則（Untersuchungsgrundsatz），而係在通常訴訟程序適用所謂的辯論主義。法官之闡明義務並不會減少或排除當事人對於事實之主導權，因當事人可不遵循法官之闡明，自由決定是否主張該事實，法官闡明義務僅具補充辯論主義之意義，不具替代辯論主義之意義¹¹⁴。

4. 根據客觀訴訟情況判斷之法官闡明義務

協同主義之論者認為法官對社會上之弱者負有補償義務¹¹⁵。辯論主義論者認為民事訴訟之核心任務，並非透過法官闡明義務保護社會上之弱者，而係在保護實體法上應享有權利之人¹¹⁶。相較於社會上強者，社會上弱者之本案請求於甚少之情況為無理由，但當社會上弱者之本案請求為無理由時，法官仍須判決社會上強者勝訴¹¹⁷。此外，協同主義認為請求權罹於消滅時效之被告為社會上弱者，故相較於原告更具有保護必要，如此之立論難以贊同。因在

¹¹³ Brehm, aaO. (Fn. 21), S. 195.

¹¹⁴ Herr, Wer führt den Zivilprozeß - der Anwalt oder der Richter?, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1985, S. 350.

¹¹⁵ Wassermann, Der soziale Zivilprozeß (Fn. 2), S. 155, 177; Laumen, aaO. (Fn. 53), S. 128-129.

¹¹⁶ Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 101), vor § 128 Rn. 82 a, § 139 Rn. 6 a.

¹¹⁷ Henckel, aaO. (Fn. 21), S. 125.

許多事件，如追究產品損害賠償責任之事件中，企業公司亦可能被列為被告，而有提出消滅時效抗辯之必要¹¹⁸。法官闡明義務之目的在保障當事人主觀之權利，闡明義務有無之判斷非以當事人是否為社會上之弱者或其是否委任一般性律師代為進行訴訟為標準，而係依當事人提出之事實或證據客觀上是否有不明瞭或不完足之其情形為標準¹¹⁹。依德國民事訴訟法第一三九條所規定之提問與指示義務（Frage- und Hinweispflicht），即能使訴訟上之弱者、無經驗之當事人或一般性律師充分與完整行使其權利¹²⁰。

5. 律師代理之重要性

協同主義過度強調由法官之闡明義務單一方面補充當事人能力不足之重要性，忽略由律師同時補充當事人能力不足之重要性。於德國民事訴訟法制定之時，立法者即於作為基本程序之邦地方法院採取律師強制代理原則，藉以彌補當事人訴訟經驗之不足，彌補當事人之疏忽，期待當事人能透過律師之協助充分與有效運用由辯論主義所賦予之可能性¹²¹。因此，必須信賴律師能協助不具訴訟經驗之當事人以及所謂之社會上弱者。倘若所有的訴訟資料皆須依賴法官收集，律師強制代理制度將喪失其意義。協同主義排除當事人之主導權使民事訴訟往職權探知主義轉向，僅為一種對律師功能缺

¹¹⁸ Prütting, aaO. (Fn. 15), S. 365.

¹¹⁹ Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 101), § 139 Rn. 6 a.

¹²⁰ Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 101), vor § 128 Rn. 81 a; 於德國學說上持修正辯論主義或修正之當事人提出原則之學者，將德國民事訴訟法第139條所規定之法官義務理解為一種提問與指示義務（Frage- und Hinweispflicht），而非一種事案解明義務（Aufklärungspflicht）。就此，參照Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 101), vor § 128 Rn. 81 a; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 77 Rn. 16.

¹²¹ Bettermann, aaO. (Fn. 104), S. 391.

乏信任之表現¹²²。

再者，律師活動有助於明確指出良好之民事訴訟模範。法官往往不會參加其他法官之審理庭期。然律師往往經歷各式各樣不同之程序組成，法官之錯誤往往可透過律師良好之訴訟實施以及充分之訴訟準備而避免¹²³。律師受制於嚴格的廣告禁止，其只能透過於訴訟上之表現以作廣告，唯有透過良好的訴訟實施，提出符合訴訟目的之聲明與一貫性之事實主張，以使現今與未來之委託當事人留下良好之印象。當律師所進行之訴訟不佳，將使訴訟委託當事人留下不良之印象，並使其喪失競爭之機會¹²⁴。

6. 律師活動與當事人責任之架空

協同主義有導致律師活動與當事人責任架空之危險。德國民事訴訟法原則上採取律師強制代理原則，並非使法官擔負相當於輔助當事人之律師責任。法官闡明義務不得作為律師疏忽的特別免責事由。倘若將法官闡明義務之範圍不斷作擴大性之解釋，將提供不認真進行訴訟活動之律師規避責任之避難所。為促使律師認真進行訴訟活動與避免當事人責任被架空，應使當事人承擔其所委託進行訴訟律師之疏失，如同律師遲誤期限之情形，由其事後向律師求償。此固然有些嚴苛，但該當事人必須容忍，唯有如此始能使律師認真實施訴訟並體現律師強制代理存在之價值¹²⁵。此外，減少律師之權限，擴大法官之權限，往往不會產生更多之機會平等。倘若減少律師對訴訟事件影響之可能性，將使尋求權利保護之當事人遭受不利益。過度廣大之法官活動，將使律師減少收集訴訟資料之努力，

¹²² Brehm, aaO. (Fn. 21), S. 197; Leipold, aaO. (Fn. 15), S. 447.

¹²³ Herr, aaO. (Fn. 114), S. 350.

¹²⁴ Herr, aaO. (Fn. 114), S. 350.

¹²⁵ Stürner, aaO. (Fn. 109), S. 1094-1095.

不熱心進行訴訟之律師將使其對於當事人所應負之責任轉嫁於法官¹²⁶。同時不能忽略現今不僅律師進行訴訟會犯錯，法官亦可能作出錯誤之判斷。法官每週須固定審理與終結甚多之訴訟事件，倘若其須同時如同兩造律師般輔助兩造當事人，並克服與彌補律師所為之過失訴訟行為，將使其負擔過度加重，其很有可能因此作出錯誤之判決，並可能因而導致訴訟之遲延¹²⁷。

7. 法官與當事人責任分擔界限之混淆與法討論義務之否定

協同主義透過法討論、事實討論及社會上弱者補償義務等不清楚模糊之概念，混淆了法官與當事人間之責任分擔界限。實際上兩者間之界限應盡可能明確劃定。法之適用為法官之職權與責任，事實之提出為當事人之權能與責任，兩者應明確劃分，不容混淆。當事人未提出之可能性消滅時效抗辯涉及辯論主義事實提出之問題，當事人負有提出此新事實之責任，並非法官可依職權認定之法觀點，就此法官不負闡明義務¹²⁸。

贊成辯論主義之論者，認為德國基本法第一〇三條第一項聽審請求權保障之規定，不能作為導出法官一般性法討論義務之理由根據，因憲法僅提供最低限度之聽審請求權保障。民事訴訟法第二七八條第三項之規定（二〇〇一年修法後第一三九條第二項），與德國基本法第一〇三條相同，亦未要求法官應與當事人進行法的討論，其僅要求法官就所闡明之法觀點，賦予當事人發表意見之機會，當事人得就疏忽之某項法律觀點或法律問題為補充性之闡述，並不以進行法討論為必要。倘若法官必須就所有裁判之可能性與當

¹²⁶ Brehm, aaO. (Fn. 21), S. 197.

¹²⁷ Stürner, aaO. (Fn. 21), Rn. 18; Brehm, aaO. (Fn. 21), S. 195, 197.

¹²⁸ Henckel, aaO. (Fn. 21), S. 126; Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 13. Aufl., 1981, § 78 I 4; Brehm, aaO. (Fn. 21), S. 195; Prütting, aaO. (Fn. 15), S. 364-365.

事人討論，且在裁判之前表明其法律見解，此將逾越民事訴訟之範圍，打破民事訴訟之架構¹²⁹。

再者，協同主義強調法官與當事人應相互溝通交流，此種說法固然正確，但此無異於言詞辯論¹³⁰。至於其所稱之共同研究討論小組（*Arbeitsgemeinschaft*）概念亦不適當，宜避免使用。因其易使人誤解代表一般利益之法院與原告、被告之個別私人利益並非處於對立的狀況，於實際訴訟上原告與被告通常不願意彼此合作，法官之任務在於就爭訟關係作出裁判，而非與當事人共同合作成立一共同研究討論小組¹³¹。

總括言之，協同主義將導致民事訴訟主要特徵往錯誤的方向發展，如此新的基本原則不能被承認，辯論主義仍為德國民事訴訟法上重要之審理原則¹³²。

（三）二〇〇一年德國民事訴訟法修正後之爭論

二〇〇一年德國民事訴訟法修正後，有學者指出二〇〇一年之修法者將第一三九條第一項第一句與第二句之位置對調，並刪除「為達此目的（*zu diesem Zweck*）」之字語，藉此以強調法院討論義務之範圍已因而擴大，其已非限制性之討論義務，而係一般性之討論義務（*die allgemeine Erörterungspflicht*），就一切事實與法律訴訟資料，所有於判決理由中論證之過程，當事人完全未主張之新事實，法院須於判決前對當事人公開並與其討論，民事訴訟已改採

¹²⁹ Prütting, aaO. (Fn. 17), § 278 Rn. 35-37.

¹³⁰ Leipold, *Verfahrensbeschleunigung und Prozessmaximen*, in: *Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag*, 1988, S. 342.

¹³¹ Henckel, aaO. (Fn. 21), S. 125.

¹³² Leipold, aaO. (Fn. 15), S. 448; Prütting, aaO. (Fn. 15), S. 367; Henckel, aaO. (Fn. 21), S. 125.

強調法討論與事實討論義務之協同主義。修法者認為法律問題與事實問題於實際訴訟中難以分離，法討論與事實討論具交互關聯性，於新法第一三九條第二項刪除關於法觀點要件之限制，不僅就法觀點，而且就事實觀點法官亦負討論義務，凡此皆使協同主義取得更堅固之實定法依據¹³³。在協同主義之下，法院負有與當事人溝通之義務，其必須營造法院自由之審理環境與合乎時代開放之辯論形式，此種模式主要之特徵為親近市民之審理模式，法院提供律師與當事人參與訴訟程序之機會。法討論與事實討論，消除溝通上之障礙，避免法官與程序參與者能力方面之落差，即成為協同主義下重要之要求¹³⁴。

¹³³ Hannich/Meyer-Seitz/Schwartz, ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz, 2002, § 139 Rn. 8; Ventsch, Die materielle Prozessleitung (§ 139 ZPO) nach der Reform der Zivilprozessordnung, 2005, S. 100; 2001年德國民事訴訟法修正後第139條第1項第1句規定：「如屬必要，法院應與當事人自事實與法律面討論實體關係與訟爭關係並提出問題。」同項第2句規定：「法院應使當事人就所有重要事實為完整與適時之陳述，尤其就已提出事實之不足陳述為補充，聲明證據，及提出有助於事件解決之聲明。」新法修正後第139條第2項規定：「就一造當事人明顯忽略之觀點或認為不重要之觀點，若其非與附屬性請求相關，法院僅於指出此觀點並賦予當事人陳述意見機會後，始得採為裁判之基礎。前句之規定，亦適用於法院異於兩造當事人判斷之觀點。」

¹³⁴ Ventsch, aaO., S. 100; Hannich/Meyer-Seitz/Schwartz, aaO., § 139 Rn. 8; Wassermann, Neue Streitkultur?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, S. 1685; 2001年德國民事訴訟法修正後，德國部分學者雖贊成協同主義（Kooperationsmaxime）之概念與用語，但其認為向來協同主義論者所理解之協同主義與辯論主義乃處於對立之關係，強調應放棄辯論主義改採協同主義，此並不妥當。現今應正確理解協同主義之意義與內容，協同主義並非與辯論主義相對立之審理原則，其可補充辯論主義之不足，但不能取代辯論主義之地位。2001年修法時則更加強調當事人集中於第一審提出訴訟資料之促進義務，法院亦應透過法院之闡明義務與相關之訴訟指揮，促使訴訟於第一審即獲終局之解決。為了有效迅速的解決訴訟紛爭，法院必須與當事人合作，如此之訴訟審理模式得將其稱為「協同主義」。如此理解之協同主義僅

反之，多數學者強調新法修正後德國民事訴訟法仍採辯論主義之審理原則（又稱當事人提出原則），而非採取與辯論主義相對立之協同主義審理原則。新修正之德國民事訴訟法第一三九條關於法院闡明義務之規定，並未觸及當事人提出原則之核心內容，法院闡明後仍不得將當事人未主張之事實採為裁判之基礎。法院依職權調查證據則以當事人已主張且有爭執之事實為前提，且新修正之德國民事訴訟法第一四二條與第一四四條關於法院得依職權調查證據之規定，仍僅為法院自由裁量行使之權限，而非其義務¹³⁵。民事訴訟法借助法院之闡明義務預防採用當事人提出原則而生之負面不利影響。當事人提出原則並未顧慮於實際訴訟中當事人可能因缺乏訴訟經驗或能力不足無法有效行使其權利。作為基本原則強調市民自由與當事人自己責任之當事人提出原則，必須經過法院之闡明義務補充其不足之處。法院之闡明義務可使當事人更有效行使其於辯論主義方面之主導權¹³⁶。法院闡明義務並未與當事人提出原則矛

修正了當事人提出原則，仍無法取代當事人提出原則於民事訴訟法之地位，因法院闡明後當事人仍保有決定是否提出該項主張或是否使該項主張更加明確化之權利；就此參照Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 77 Rn. 5.

¹³⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 77 Rn. 5; Greger, Kooperation als Prozessmaxime, in: Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa, Symposium zu Ehren Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages, 2000, S. 79; Reischl, Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit - ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP), Band 116 (2003), S. 96 ff.; Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 1), § 139 Rn. 3, 5; Schaefer, Was ist neu an der neuen Hinweispflicht?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, S. 852; Prütting, Die materielle Prozessleitung, in: Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, 2004, S. 405; Musielak/Stadler, aaO. (Fn. 3), § 139 Rn. 1; Bahlmann, ZPO-Reform 2002: Stärkung der ersten Instanz?, 2005, S. 46.

¹³⁶ Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 101), vor § 128 Rn. 147, 150.

盾，其並不會改變當事人事實與證據收集之責任，亦即民事訴訟法上之當事人提出原則。當事人責任與法院闡明義務之間之界限不容許被混淆¹³⁷。二〇〇一年雖修正民事訴訟法第一三九條闡明義務之規定，但新法之修正亦同時強調當事人適時提出事實之責任，並未因而於民事訴訟導入協同主義或職權探知主義¹³⁸。於此並不建議談論協同主義，因其侵害當事人之主導權，並架空當事人之自己責任。民事訴訟之進行固然有賴於法院與當事人之共同工作與合作（Zusammenarbeit），但必須有一個基本原則說明由何人擔負訴訟資料收集之主要責任，由何人擔負將訴訟資料導入訴訟之責任。根據新民事訴訟法之個別具體規定與民事訴訟法規定之整體意義關聯性，應認為係當事人負有如此之責任。當事人提出原則於新法修正後仍然適用於民事訴訟¹³⁹。民事訴訟與法院闡明義務之目的在於保障當事人之主觀權利，而非在於保護社會上之弱者，推動社會政策。關於法院闡明義務有無之判定，乃取決於具體訴訟程序中所呈現之訴訟資料，並非取決於當事人是否為社會上弱者或強者¹⁴⁰。

新法之修法者雖就德國民事訴訟法第一三九條規定之文句為若干之修改，但僅涉及語言文字上之修正，並不涉及內容與結構根本性的改變，新法之修正並未導致法院闡明義務內容之擴大，以致於放棄辯論主義，改採所謂之協同主義¹⁴¹。至於舊法第一三九條第

¹³⁷ Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 1), § 139 Rn. 2; Reischl, aaO. (Fn. 135), S. 85.

¹³⁸ Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 1), § 139 Rn. 3.

¹³⁹ Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 101), vor § 128 Rn. 150.

¹⁴⁰ Prütting, aaO. (Fn. 135), S. 409; Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 101), vor § 128 Rn. 149.

¹⁴¹ Prütting, aaO. (Fn. 135), S. 403; Rensen, § 139 ZPO n. F. - Stärkung der ersten Instanz oder alles beim Alten?, Anwaltsblatt (AnwBl) 2002, S. 634; Lohrmann, Naivität ohne Beispiel, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 2000, S. 163-164.

一項第一句關於事實補充之闡明義務規定，則於新法第一三九條第一項第二句規定，兩者於實質內容上並無重大之差異，如同舊法法院僅就當事人已提出事實之不明瞭或不完足負闡明義務，就當事人完全未提出之新事實，法院不負闡明義務。可能性消滅時效抗辯涉及新事實之提出，而非當事人忽略之法觀點，為維護辯論主義之當事人自己責任原則與法官之非偏頗性，法院就此不負闡明義務¹⁴²。舊法第一三九條第一項第二句之討論義務雖已移至新法第一三九條第一項第一句規定，但法院仍如同舊法一樣，僅於必要之範圍內負討論義務，因限制法院討論義務之用語「如屬必要（soweit erforderlich）」並未刪除，其仍為限制性之討論義務，而非一般性之討論義務。法院之討論義務應如同舊法作相同之解釋，其僅為已存在之法院闡明義務（新法第一三九條第一項第二句）的補充¹⁴³。依新修正之第一三九條第二項之規定，就法觀點與事實觀點法官雖負闡明義務，但其仍不負一般性法討論與事實討論之義務，並未因而改採強調如此討論義務之協同主義¹⁴⁴。

（四）德國實務見解

現行德國判決實務上於財產訴訟關係基本上仍採取辯論主義之審理原則，而非協同主義或職權探知主義。當事人未主張之事實，即使法院於調查證據時得知該事實，法院仍不得採為裁判之基

¹⁴² Meyer, Wandel des Prozessrechtsverständnisses – vom liberalen zum sozialen Zivilprozess?, Juristische Rundschau (JR) 2004, S. 4; Sticken, Die neue materielle Prozeßleitung (§ 139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters, 2004, S. 48; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 77 Rn. 31; Lohrmann, aaO. (Fn. 141), S. 163-164; Rensen, aaO. (Fn. 141), S. 634.

¹⁴³ Rensen, aaO. (Fn. 141), S. 634; Musielak/Stadler, aaO. (Fn. 3), § 139 Rn. 1, 16; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 77 Rn. 5, 31.

¹⁴⁴ Rensen, aaO. (Fn. 141), S. 637; Musielak/Stadler, aaO. (Fn. 3), § 139 Rn. 16.

礎¹⁴⁵。當事人間無爭執之事實，法院應逕將其採為裁判之基礎，不得為相異之認定¹⁴⁶。然辯論主義並未顧慮當事人於實際訴訟中可能提出不明瞭或不充足之事實與證據，為保障當事人之主觀權利，應透過法院之闡明義務以補救其不足之處。而如此事實補充之必要性，尤其可能因法院之法律見解變更而導致，此種情形，法院不僅應闡明當事人忽略之法律觀點，尚應闡明該事實補充之必要性¹⁴⁷。然而，法院闡明後，如當事人不主張該事實，基於辯論主義之要求，法院仍不得將其採為裁判之基礎¹⁴⁸。此外，為補救辯論主義之不足，於民事訴訟法則設有個別法院得依職權調查證據之規定，然民事訴訟法於財產訴訟事件仍採取辯論主義，此等規定僅係賦予法院可依職權調查證據之權限，並非課予其依職權調查證據之義務¹⁴⁹。而德國民事訴訟法第二九一條規定之職務上已知之事實，係指法官於先前之其他訴訟程序或強制執行程序所得知之事實，而非法院於本訴訟事件審理從當事人提出之證據而得知之事實¹⁵⁰。

二、我國方面

(一)學說狀況

1. 協同主義之主張

我國部分論者認為協同主義乃追求信賴真實之手段，此與固守

¹⁴⁵ BGH NJW-RR 1990.

¹⁴⁶ BGH NJW 1981, S. 1562.

¹⁴⁷ BGH NJW 2002, S. 3320; BGH NJW 1999, S. 1264.

¹⁴⁸ BGH NJW-RR 1990.

¹⁴⁹ Frankfurt NJW-RR 1993, S. 169.

¹⁵⁰ BGH NJW 1998, S. 3498; 德國民事訴訟法第291條規定：「於法院顯然已知之事實，無庸舉證。」

實體真實說之德、日論者所採為手段之協同主義（*Kooperationsmaxime*），互不同其目的、機能。於此所理解之協同主義，並非強調以保障實體法上權利之協同主義，而係同時重視防止促進訴訟之突襲性裁判，亦即同時防止當事人因未適時預測法院之裁判內容與判斷過程，致當事人在不及提出有利資料或意見，以避免程序上造成勞力、時間、費用不必要之支出之情況下，受法院之裁判¹⁵¹。而且，在如此理解之協同主義下將充分保障當事人有平衡追求程序上利益之機會。於此應從信賴真實協同確定說之觀點，闡述協同主義之根據。亦即，協同主義之所以被採用，應係為了追求確定值得當事人信賴的真實。在此目標追求之下，辯論主義之運用應與自由心證主義之運用相銜接配合，而指向追求達成既無發現真實的突襲，又無促進訴訟的突襲之事實認定。在此種程序上，係由法院與當事人協同確定發現真實與促進訴訟等兩基本要求之平衡點上的真實，即藉此協同尋求、發現「法」之所在。而且此之所謂「法」乃係存在於實體上利益與程序上利益之平衡點上，縱其多有切合於客觀存在之「法」的可能，究非自始以此意義之「法」為尋求、發現之首要目標。蓋以在其程序上，法院與當事人已充分同時衡量程序上利益與實體上利益之大小輕重，而非自程序之始專以追求實體上之利益為首要任務。於此種程序上，當事人應係在受保障對於法院審理活動（含心證及法律見解）之預測可能性的狀態之下，於一定範圍內可自行決定是否或如何提出事實或證據，並決定其究要偏重於追求實體上利益，抑優先追求程序上利益。法院應表明其法律見解並公開心證，使當事人預測、知悉而得為適切之反應，以防止發生發現真實、促進訴訟或法律適用之突襲，而確保當事人之程序權。因此，法院係在當事人受充分的聽審請求權保障之

¹⁵¹ 邱聯恭，同註10，頁222以下。

程序上即在值得當事人信賴的程序上，認定事實，並尋求、發現、適用法律。在此意義上，謂其所採用之程序為協同主義亦屬無妨¹⁵²。

部分學者認為我國民事訴訟法於二〇〇〇年修正後可謂已採用協同主義之審理原則，新法為實現集中審理主義及適時提出主義之理念，更加強法院與當事人之分工合作，促使共同協力於發現真實及促進訴訟。在當事人方面，既課予迅速進行訴訟之協力義務（訴訟促進義務），又課予事實證據提出之協力義務，而在法院方面，則係加強其實體及形式的訴訟指揮權，甚至加重法院之闡明義務而擴充其範圍，可說已採行協同主義¹⁵³。為貫徹集中審理主義及防止突襲性裁判，新法明定法院負有表明法律見解之闡明義務，並要求法院致力於適時闡明以整理爭點。新法要求審判長或受命法官，應注意令當事人就訴訟關係之法律為適當完全之辯論。為此，應向當事人發問或曉諭，令其為法律上陳述，其陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之（同法第一九九條第一項、第二項）。此項規定，依集中審理主義之精神及保障適時審判請求權之法理，可認係要求受訴法院在言詞辯論終結前，適度表明其所持之法律觀點，以協同當事人整理法律上爭點，藉此以避免法律適用與促進訴訟之突襲¹⁵⁴。新法又要求法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人（同法第二九六條之一第一項）。此項爭點曉諭程序，係為防止突襲性裁判，並落實爭點集中審理主義而設。為此，法院於調查證據前，應將整理爭點之結果所得證明之主題，即成為

¹⁵² 邱聯恭，「民事訴訟法第39次研討會」之書面補充資料，載：民事訴訟法之研討(四)，頁223以下，1993年12月；邱聯恭，程序利益保護論，頁184以下，2005年4月；許士宦，集中審理制度之新審理原則，載：集中審理與審理原則，頁147，2009年4月。

¹⁵³ 許士宦，同前註，頁146。

¹⁵⁴ 許士宦，同註152，頁154以下。

爭點事實之主要事實、其關聯之間接事實等應證事實，及其證明所必要之證據方法，用言詞提示、說明，俾當事人予以瞭解、確認，以保護其辯論權。為貫徹集中審理主義，此項規定將法院表明法律見解之義務更加具體化，要求法院於調查證據前，在必要範圍內，為防止突襲，應併將法律上爭點曉諭當事人，而非僅曉諭事實上或證據上之爭點即為已足。法院應於於應證事實所必要之範圍內（含證據調查之必要性），併表明其所持之法律見解，藉此助益徹底防止發生突襲性裁判¹⁵⁵。

再者，部分論者認為新法仍然維持民事訴訟法第二七八條第二項之規定，法院為裁判時得斟酌已顯著或職務上所已知之事實，而非必待當事人予以提出始可作為裁判之基礎，只要事先賦予當事人辯論之機會。與德、日等國民事訴訟法不同，我國民事訴訟法第二七八條明定，法院職務上所已知之事實，例如法院於各該訴訟事件之本案審理或證據資料中所已知之事實，雖非當事人所提出者，在法院賦予辯論機會之前提下，亦得斟酌之，且無庸舉證。之所以規定證據資料中所獲知之事實，縱非當事人所主張者，亦得例外作為裁判之基礎，乃係為發現真實及促進訴訟之目的，其同時要求法院賦予辯論機會，則係為避免突襲性裁判。據此可知，在我國現行法上，並非無限制一概不許法院將當事人所未主張之事實作為裁判基礎，因此不宜將斟酌此項事實之裁判，一律認為其違反辯論主義。毋寧為保護實體利益與程序利益之必要，亦即為滿足發現真實及促進訴訟之要求，在此目的追求之範圍內非不可肯定我國民事訴訟法就特定情形，以不發生突襲性裁判為前提，容許法院將當事人未主張之事實（民事訴訟法第二七八條第二項所定之事實）作為裁判之基礎。抑且，現行法亦課以當事人負真實義務與陳述義務（同法第

¹⁵⁵ 許士宦，同註152，頁155以下。

一九五條），要求其就兩造主張之事實為陳述（否認、自認、抗辯），藉以發現真實、促進訴訟；同時，受訴法院應運用訴訟指揮及闡明權（同法第一九九條），促使當事人所為之事實上主張或否認更形明確化。經由法院之闡明，當事人一方面將更可能獲得機會行使其提出事證之權能，資以追求實體利益或程序利益，而免遭突襲性裁判；一方面則於其受闡明而獲有該機會竟仍不為事實提出時，被凸顯而具體化其所應負主張責任、行為責任。於此，當事人有關事實主張之權能行使及責任具體化，係在獲得法院積極協力之過程所促成。自此觀之，似可稱上開法律狀態下所採有關事實主張之審理原則為協同主義或協力主義。如此理解之協同主義原係為防止兩造相互間及來自法院之突襲，並為防止發生發現真實之突襲與促進訴訟之突襲，以平衡保護實體利益及程序利益。因此，一方面，當事人所未主張之事實，不問其為主要事實或間接事實，如未經法院於程序上對當事人預告使其有機會決定是否主張該事實，不得逕採為裁判之基礎，以免發生突襲性裁判，確保法院之中立性，並使該當事人就未主張該事實之後果自負責任。倘若認為不以某主要事實或間接事實作為判決之基礎，將不足以保護實體利益或程序利益，而難免使當事人遭受發現真實或促進訴訟的突襲，為保護該等利益，應由法院為必要之闡明以防止該類突襲。就當事人未主張之事實（主要事實或間接事實），經法院於程序上予以預告而不致對當事人造成突襲者，除非兩造均表意不予以主張，法院亦得將其採為裁判之基礎¹⁵⁶。此可評價為：以踐行防止發生突襲之程

¹⁵⁶ 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，載：程序選擇權論，頁109，2000年9月；許士宦，同註11，頁88；沈冠伶，論新民事訴訟法中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務，載：民事證據法與武器平等原則，頁10，2007年10月。

序為前提，要求或容許法院得以非屬當事人自始自發主張之事實（主要事實或間接事實）為判決基礎之規定（同法第二七八條第二項），實亦認知辯論主義即協同主義係被採用作為防止發生突襲之手段而已，而非自我目的。因此，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，辯論主義所具防止發生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視其違反辯論主義¹⁵⁷。

此外，持協同主義之學者認為新法雖將舊民事訴訟法第二八八條第一項關於法院依職權調查證據之規定，修正為當事人聲明之證據法院無法得心證，且為發現真實認為必要時，法院始得依職權調查證據，並於調查時令當事人有陳述意見之機會。此項修正雖限縮法院職權調查證據之範圍，儘量尊重當事人提出證據之自由，但在不致造成突襲之前提下，仍於一定限度內容許職權調查證據，俾能因應案情或事件類型。亦即，調查證據原本於當事人之聲明為之，然為維護公共利益或特殊類型訴訟（如公害訴訟）而缺乏收集證據能力當事人之利益，以達到裁判之公平與正義，仍應准許法院依職權調查證據，以濟傳統辯論主義之窮。凡此皆顯示我國民事訴訟法採取協同主義¹⁵⁸。

2. 辯論主義論者之主張

擁護辯論主義之學者認為辯論主義雖非立法上之用語，並非能在我國民事訴訟法條文中尋獲該等用語之使用。惟我國民事訴訟法第一九三條第一項規定，當事人應就訴訟關係為事實上之陳述。第一九五條第二項亦規定，當事人對於他造提出之事實、證據，應為陳述。第一九六條規定當事人應於適當時期提出攻擊防禦方法。第

¹⁵⁷ 邱聯恭，同前註，頁104以下。

¹⁵⁸ 許士宦，同註152，頁153。

二七九條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。第二八〇條規定當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論不爭執或已受合法通知而未於言詞辯論期日到場，亦未提出準備書狀爭執者，視同自認。第一九四條規定當事人應依第二編第一章第三節之規定，聲明所用之證據。第二七七條規定當事人主張有利於己之事實，就其事實原則上負舉證責任。由以上之諸規定應可推知我國民事訴訟亦採行辯論主義之主要內容，亦即原則上作為裁判之基礎，應由當事人主張之；當事人訴訟上自認亦存在一定拘束力¹⁵⁹。倘若對於經法院於程序上予以預告而不致對當事人發生突襲者，亦得成為判決之基礎之論述，若限於民事訴訟法第二七八條第一項之情形，則對於辯論主義之衝擊較少，但若未有限制而予以廣泛性承認，則某種程度對辯論主義具巔覆性之效果¹⁶⁰。我國民事訴訟法第二七八條所稱其職務上所已知之事實，係指法院依現在或過去之職務行為（例如民事庭、刑事庭、非訟庭、執行或破產程序）所已知悉並已確定之事實，而不包括獨任法官或合議庭之法官須經由文書提出或登記之閱視，始能知悉者。如法官對於系爭事實上無所知悉，僅知該事實可能存在法院之卷宗內，經調閱卷宗可得知悉者，仍非此處所謂職務上知悉之事實。於本訴訟上尚應以證據證明之事實，則非所謂「已知」之事實，否則該條文之邏輯即變成「應以證據判斷之事實，無庸舉證」之矛盾¹⁶¹。

¹⁵⁹ 姜世明，辯論主義，月旦法學教室，23期，頁78，2004年8月。

¹⁶⁰ 姜世明，同前註，頁85。

¹⁶¹ 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——評臺灣臺北地方法院九三年小上字第八〇號民事判決，台灣本土法學雜誌，79期，頁297，2006年2月；呂太郎，民事訴訟闡明之理論及其趨向，載：民事訴訟之基本理論(二)，頁86，2009年6月。

此外，我國民事訴訟法第二八八條之規定，似可評價為一般性職權調查權限賦予之規定，如此，辯論第三命題及有遭受顛覆之虞，且有走向職權探知主義之傾向。實則，就實務見解分析以觀，其一則認為當事人不因民事訴訟法第二八八條規定而減輕其舉證責任，因為盡舉證責任而敗訴，不可執法院未盡職權調查證據而提起上訴，似仍將訴訟法理定調在辯論主義（修正辯論主義）之範疇內，據此而強化當事人自主及訴訟上自己責任，而同時阻遏上訴案件量之擴大。惟在個案實踐上，其標準何在？又令人疑惑。尤其在一般僅涉私益之事件，似較傾向不得任意利用民事訴訟法第二八八條而上訴第三審，甚至有將之限於當事人駑鈍或受牽制之情形或有鑑定需要者乃要求法院職權介入。但實務上，於事實審法官而言，其無法得知上級審如何評價其所審理事件是否有違反民事訴訟法第二八八條規定，因而多往職權調查證據方向處理民事事件，以避免其裁判遭受廢棄之命運；而其職權調閱案卷、職權傳訊證人、職權命第三人提出文書、職權囑託鑑定者，於實務堪稱平常，亦因此，而有令實務家不知辯論主義（或修正辯論主義）為何物之情形。因上級審每要求下級審法院應就事實詳查研企，則若對於前開一般事件，法院無限制地擴大運用民事訴訟法第二八八條之適用範圍，則辯論主義第三命題即難逃遭受顛覆之命運¹⁶²。為使民事訴訟法第二八八條適用之合理化，宜認為一般事件其中之涉及公益事件（如股東會決議撤銷事件）及有武器不平等之虞之事件（例如公害事件、醫療事件及產品責任事件）等，不妨承認在此等事件可放寬法院職權介入調查證據之權限，而不認其違反辯論主義，至於其他類型事件，應採目的性限縮解釋方式，可能在法院闡明後，如當事人

¹⁶² 姜世明，辯論主義與法院之依職權調查證據，台灣本土法學雜誌，70期，頁158以下，2005年5月。

仍有主觀上驚鈍或受外力牽制等情形，或法院自己欠缺判斷能力而需求鑑定之情形，乃有要求法院介入職權調查之必要，否則仍將造成有淪於職權探知主義發展及法律不安定性之疑慮；而此在實務操作上，即使經由當事人合法聽審權保障，仍不能避免發生此等疑慮。至於在其他情形，即可儘量回歸辯論主義（修正辯論主義）下運作，當事人未提出證據聲明，而遭敗訴者，如法院未有其他違法情形（例如違反闡明義務等問題），即不應令當事人仍有指摘判決違法之餘地。如此，或可得一較明確之標準，否則最高法院之標準難測，將徒增當事人上訴之動機，甚易造成突襲及法律不安定，而浪費訴訟資源¹⁶³。

再者，辯論主義並未顧慮於實際訴訟中當事人未必皆有能力為完全無缺之主張、舉證，若有不完足時，法院固可依主張責任、舉證責任分配之原則判決，倘若如此將使本可勝訴之當事人，只因缺乏訴訟經驗或法律修養，而遭致敗訴，不符公正裁判之理想，故應透過法院之闡明義務，以補充當事人能力之不足，其可謂補充與修正原辯論主義程序之缺點¹⁶⁴。為保障當事人之權利，我國民事訴訟法第一九九條第二項已設有法院闡明義務之規定，以補救當事人事實與證據主張之不明瞭或不完足。法院之闡明義務與辯論主義並非處於敵對之關係，辯論主義雖有若干缺陷，但無庸因此放棄辯論主義，改採協同主義，僅須透過法院闡明義務補充其不足即

¹⁶³ 姜世明，同前註，頁159以下。

¹⁶⁴ 駱永家，民事訴訟法 I，頁119以下，1997年10月8版；駱永家，同註8，頁211；陳榮宗，林慶苗，民事訴訟法（中），頁546以下，2009年10月7版；姜世明，法官闡明制度發展之評估——評最高法院九五年臺上字第九八六號民事判決，台灣本土法學雜誌，100期，頁87，2007年11月；姚瑞光，民事訴訟法論，頁290以下，2004年2月修訂版。

可¹⁶⁵。為防止當事人操縱事實真相，不當利用國家司法權以規避法律規定，詐欺法院作出不實之判決，我國民事訴訟法第一九五條第一項亦規定當事人就其所為之陳述負主觀的真實義務與完全義務，以補救辯論主義之不足¹⁶⁶。我國現今民事訴訟非採取古典之辯論主義，而係採取有所修正之辯論主義¹⁶⁷。

(二)實務見解

我國現行實務上則採取辯論主義之審理原則，而非協同主義之審理原則。最高法院四十七年度臺上字第四三〇號判例，即表示民事訴訟採不干涉主義，凡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，此觀民事訴訟法第三八八條之規定自明。最高法院九十九年度臺上字第一一一號判決，亦採取與此判例相同之見解。上述之判例與判決雖未將處分權主義與辯論主義相互區分，但仍認為民事訴訟基本上採取辯論主義之審理原則。最高法院六十年臺上字第二〇八五號判例與最高法院九十九年度臺上字第八九號判決則明白表示：「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。」就我國民事訴訟法第二七八條第二項所稱之職務上已知之事實而言，依我國部分實務之見解，該條項所稱之職務上已知之事實，乃指受訴法院於另一訴訟事件審理已獲證明之事實，而非受訴法院於

¹⁶⁵ 陳榮宗，林慶苗，同前註，頁547；姜世明，同前註，頁87、92；張文郁，論民事訴訟之當事人支配原則，載：邁入二十一世紀之民事法學研究——駱永家教授七秩華誕祝壽論文集，頁135以下，2006年7月。

¹⁶⁶ 張文郁，同前註，頁132以下。

¹⁶⁷ 姜世明，同註164，頁86以下。

本訴訟事件審理之證據資料得知之事實¹⁶⁸。反之，部分實務見解持與上述不同之看法，認為所謂法院職務上所已知之事實，如：受訴法院於各該事件之本案審理或證據資料中所已知之事實，縱非當事人所主張者，亦得例外作為裁判基礎，且無庸舉證，乃係為達成發現真實及促進訴訟之目的，可知我國僅採認上開辯論主義第一命題之部分內容而已，亦即在我國並非無限制一概不許法院將當事人所未主張之事實作為裁判基礎，因此不宜逕將斟酌此項事實之裁判，一律認為其違反辯論主義¹⁶⁹。此外，實務上特別強調民事訴訟法第二八八條法院依職權調查證據，須以具備民事訴訟法第二八八條之要件，始得行之，且屬於法院衡酌之職權，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¹⁷⁰。

然而，最高法院仍認為辯論主義有其不足之處，其應透過我國民事訴訟法第一九九條第二項之闡明義務規定補充其不足。最高法院四十三年臺上字第一二號判例，以及最高法院九十八年度臺上字第二三一二號判決，認為基於法官闡明義務之違反而作為之判決，即屬違背法令構成上訴之理由，其指出：「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。民事訴訟法第一九九條第二項定有明文。此為審判長因定訴訟關係之闡明權，同時並為其義務，故審判長對於訴訟關係未盡此項必要之處置，違背闡明之義務者，其訴訟程序即有重大瑕疵，而

¹⁶⁸ 參照臺灣臺北地方法院96年度訴字第8788號判決，與臺灣臺北地方法院91年度訴字第1070號判決。

¹⁶⁹ 參照臺灣臺北地方法院93年度小上字第80號民事判決。

¹⁷⁰ 參照最高法院97年度臺上字第2319號裁定，與最高法院95年度臺上字第1603號裁定。

基此所為之判決，亦屬違背法令。」而最高法院九十八年度臺上字第二三一二號判決更進一步指出，依法官闡明義務補救處分權主義與辯論主義不足之重要性，其認為：「根據當事人之聲明或主張所呈現之訴訟資料，如有不明瞭之處或尚有疑義時，審判長即應運用其訴訟指揮權及闡明權將該不明瞭或疑義之處釐清，以利法律上之判斷，俾彌補辯論主義及傳統訴訟標的之缺失，藉以發現真實，促進訴訟，達成紛爭一次解決之目的。」

(三)對我國民事訴訟審理模式之淺見

基於以上之分析，本文認為我國民事訴訟於財產訴訟事件基本上宜採取辯論主義之審理原則，而非協同主義之審理原則，惟辯論主義須透過完整化之法院闡明義務補充，茲將其理由說明如下。

1. 當事人主導權之保障與自己責任之強調

民事訴訟法採取辯論主義，乃基於尊重當事人就實體法之財產關係有自主決定之權利，而延伸當事人就訴訟資料之提出與否享有自主決定權。當事人未主張之事實，法院不得斟酌。辯論主義之根據係當事人於實體法上之財產關係有自主決定之權能，並非在防止突襲性裁判。防止突襲性裁判僅係採用辯論主義後之結果與功能，難以認為法院闡明後已可充分防止於辯論主義方面之突襲性裁判，因而無須再賦予當事人於事實方面之主導權，突襲性防止之要求難以代替當事人自主主導權之保護。倘若法院闡明後即可將當事人未主張之事實採為裁判之基礎，亦將對他造當事人造成突襲性裁判，他造當事人可合理預見僅須就當事人已主張之事實進行防禦之能事，採用辯論主義具有保護他造當事人防禦權之機能。

部分協同主義論者混淆當事人與法院間關於法適用與事實提出權能分配與責任分擔之界限，其將屬於事實提出之主張認為係所謂之法觀點，認為可能性消滅時效為法律問題，為防止突襲性裁判之

產生法院就此負有闡明義務¹⁷¹。但此乃屬於新事實提出之問題，其為當事人之責任而非法院之責任，就此法院不負闡明義務。就突襲性裁判之意義必須正確的理解，並非所有與當事人預見不一致之判決皆屬於突襲性裁判，因有些情形，就全新事實當事人負有主張之責任，若其未主張因而導致與實體法不一致之判決，其並非突襲性裁判，此為當事人自己責任運用之結果。

再者，法院之闡明義務並不觸及辯論主義之核心內容。法院不得將當事人未主張之事實採為裁判之基礎，當事人間無爭執之事實，法院應毫無疑問將其採為裁判之基礎，不得為相異之事實認定。法院得依職權調查證據乃以當事人已主張而有爭執之事實為前提。法院之闡明義務不具替代辯論主義之功能，民事訴訟法基本上宜採取辯論主義之審理原則，而非協同主義之審理原則。

2. 法院闡明義務不能破壞辯論主義

正確理解之法院闡明義務，並不會破壞辯論主義，法院闡明義務透過法院輔助性之要求，修正古典傳統辯論主義。法院並不與當事人共同擔負事實與證據訴訟資料收集之之責任，僅當事人負訴訟資料收集之責任，法院僅處於輔助與補充之地位，負輔助之義務（Hilfeleistungspflicht oder Mitwirkungspflicht）¹⁷²。法院之闡明義務補充當事人提出訴訟資料之不明瞭與不完足，其範圍界限僅止於補充當事人已提出事實資料之不明瞭與不完全，就新事實資料之提出，為當事人應負自己責任之範圍，並非法院闡明義務之範圍¹⁷³。於辯論主義領域內法院闡明義務之目的，主要並非防止突

¹⁷¹ Schmidt, aaO. (Fn. 27), § 139 Rn. 18-21.

¹⁷² Vgl. Vollkommer, aaO. (Fn. 17), S. 50; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 77 Rn. 15, 16.

¹⁷³ Vgl. Vollkommer, aaO. (Fn. 17), S. 49; Musielak/Stadler, aaO. (Fn. 3), § 139 Rn. 1.

襲性裁判，而係在補充辯論主義之不足，保障當事人之主觀權利，其不具替代辯論主義之意義。當事人於實際訴訟中因能力不足而未提出明瞭或完全之事實主張，根據辯論主義之要求，法院亦不得將明瞭或完全之事實採為裁判之基礎，故原則上法院不會將此等事實主張採為裁判之基礎，不會發生辯論主義方面之突襲性裁判，法院無須再為防止突襲性裁判盡闡明義務。此等情形法院闡明之目的，主要係在補充辯論主義之不足。法院闡明後當事人仍得自由決定是否主張相關之事實。法院闡明義務僅具輔助當事人主張之功能，最終決定是否主張該事實仍為當事人而非法院。倘若闡明後，當事人仍不主張該事實，其應自負未主張之責任。

3. 辯論主義與訴訟程序促進之關聯性

當事人未主張之事實，法院不將其採為裁判之基礎，當事人將因未盡主張責任而遭受不利，此並不會造成訴訟遲延之結果，反而有使訴訟迅速終結之可能。當事人事後再提出該事實，法院得依違反適時提出之訴訟促進義務駁回，亦不會造成訴訟遲延之結果。固然現今民事訴訟強調法院訴訟促進義務與當事人訴訟促進義務之結合，及第一審充實與集中審理，然法院之訴訟促進義務與當事人之訴訟促進義務，僅係更加強化法院與當事人之責任¹⁷⁴。其更加強調法院與當事人之積極性與共同作業，但仍未破壞適用法律、事實評價與證據評價為法院之權限與責任，事實之主張與證據之提出為當事人之權能與責任。當事人之程序利益固須於訴訟上保障，訴訟經濟之追求雖亦為法院闡明義務之目的，法院應及時盡其於法律方面與事實方面之闡明義務，使當事人之主張更加集中化，但不能為了滿足訴訟促進與解決紛爭之要求，過度擴大法院闡明義務之範圍，認為法院就可能性之消滅時效抗辯及由調查證據結果得知之新

¹⁷⁴ Vgl. Stein/Jonas/Leipold, aaO. (Fn. 1), § 139 Rn. 3.

事實主張，亦負闡明義務，於此應充分考量於辯論主義之當事人自己責任要求與法官中立性要求。

4. 我國二〇〇〇年新法修正後仍採修正的辯論主義

二〇〇〇年時我國民事訴訟法雖受到大幅度之修正，與辯論主義相關之重要條文仍未受到修正。民事訴訟法第一九三條第一項仍規定，當事人應為事實上之陳述，事實之主張為當事人之責任，而非法院之責任。從人事訴訟程序編第五七五條第一項與第五九五條第一項規定之反面推論可知，在財產訴訟事件，當事人未主張之事實，法院不得斟酌，採取辯論主義之第一命題要求。就財產訴訟事件，僅於一些例外情形，即於法院已顯著之事實或為其職務上已知之事實，即使當事人未主張，法院仍得將其採為裁判之基礎（參我國民事訴訟法第二七八條第二項）。我國民事訴訟法第二七八條第二項所稱之職務上已知之事實，乃同一法官「過去」參與其他民事訴訟程序、強制執行程序或非訟程序行使職務時獲知且該事實之真實性已確定，而非於本訴訟事件審理之證據資料而獲知並已形成積極心證之事實¹⁷⁵。不能以此推論辯論主義第一命題已被破壞，尚難因而認為民事訴訟於財產訴訟事件已不再採取辯論主義之審理原則，改採所謂協同主義。倘若我國民事訴訟法第二七八條第二項所稱之職務上已知之事實包含法院於本訴訟事件審理之證據資料而獲知之事實，將使我國民事訴訟法第四四七條第一項第四款之適用範圍擴張，當事人得於第二審提出新攻擊防禦方法之範圍擴大，有違第一審集中審理之意旨。

我國民事訴訟之立法者不論舊法或新法皆於民事訴訟法第二七九條規定自認之事實，於第二八〇條規定擬制自認之事實，無庸舉證，法院無須再調查證據，應逕將其採為裁判之基礎，採取辯論主

¹⁷⁵ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 111 Rn. 28.

義之第二命題。此從人事訴訟事件相關不適用自認效力之規定（如第五七四條第二項，第五九四條之規定）之反面推論亦可得知。至於當事人明知為非真實而為自認之情形，除非有詐害第三人之情形，仍應承認其效力，因兩造當事人基於私法自治，重新形成其彼此之間之關係，並未損害於第三人之利益¹⁷⁶。

我國民事訴訟法關於證據提出相關之規定，皆規範當事人於聲請證據時，應表明相關之證據事項，凡此皆顯示證據之提出為當事人之責任，而非法院之責任（參民事訴訟法第一九四條、第二九八條、第三二五條、第三四一條、第三六四條）。抑且，我國民事訴訟法第二八八條第一項雖設有法院得依職權調查證據之規定，但其僅規定法院「得」依職權調查證據，並非規定法院「應」依職權調查證據，故證據提出仍為當事人之責任，而非法院之責任，法院可決定不依職權調查證據，當事人不能依賴法院依職權調查證據，其不得以法院未行使本條之職權而作為上訴之理由，此與人事訴訟事件法院應依職權調查證據不同（參民事訴訟法第五七五條之一之規定）。更值注意者，我國民事訴訟法第二八八條第一項適用之前提，係「當事人聲明之證據法院無法得心證，為發現真實認為必要時」，法院始得依職權調查證據。此項規定僅具補充性，不具一般性，係先由當事人聲明證據，法院無法得心證，且為發現真實之必要，法院始得依職權調查證據，於要件上仍具有限制，僅於例外之情形法院始得為之，並非所有之情況法院皆得為之。另於二〇〇〇年民事訴訟法修法之前，只要有調查證據之必要之情形，法院即得依職權調查證據。二〇〇〇年修法時更加限縮法院得依職權調查證據之範圍，將「法院不能依當事人聲明之證據而得心證」，當作限制法院得依職權調查證據之必要要件，更加強調原則上法院不得依

¹⁷⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 65 Rn. 67.

職權調查證據，更進一步使辯論主義第三命題徹底化。於二〇〇〇年民事訴訟法之修法理由中亦提及，舊法下法院得依職權調查證據之範圍過大，為合理限制法院職權之行使，仍應以當事人聲明為原則。調查證據應本於當事人之聲請為之，第二八八條第一項之規定乃為達裁判之公平性，補救辯論主義之不足而設之規定¹⁷⁷。綜上可知，我國民事訴法基本上仍然採取辯論主義之第三命題，僅於例外情形法院始得依職權調查證據，補充辯論主義之不足。第二八八條第一項之規定僅止於補救辯論主義之缺點，並未因而放棄辯論主義，改採所謂協同主義。二〇〇〇年我國民事訴訟法新法修正後，辯論主義第一命題與第二命題之「核心內容」並未受到任何的改變與破壞。法院得依職權調查證據，仍受辯論主義第一命題與第二命題「核心內容」之拘束。當事人未主張之事實，法院不得將其採為裁判之基礎，認定該事實之真偽，法院自不得再依職權調查證據，認定該事實之真偽。當事人間無爭執之事實，法院應逕將其採為裁判之基礎，法院亦不得再依職權調查證據，認定該事實之真偽。

再者，二〇〇〇年新法修正後民事訴訟法第一九九條第二項規定：「審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上陳述及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述。」於二〇〇〇年新法修正時新增關於「法律上陳述」之字語，強調防止法觀點突襲性裁判之闡明義務，使法院之闡明義務更加強化，凡此皆有助益當事人事實之提出。防止法觀點之闡明義務與事實補充之闡明義務於實際訴訟中常緊密結合，法律評價方面之闡明義務常常導致當事人有補充事實之必要性，防止法觀點突襲性裁判之闡明義務與事實補充之闡明義務法院應同時為之，但修法者仍如同舊法於民事訴訟法第一九九條第二項後段明文規定：「其所陳述有不明瞭或不完足者，應

¹⁷⁷ 五南編輯部編，民事訴訟法修訂資料彙編，頁99，2000年3月。

令其敘明或補充之。」由後段之規定可明確得知，法院應令其敘明或補充，「其」係指當事人而非法院，法院闡明後係由當事人，而非由法院敘明或補充該事實主張，法院之闡明不具替代當事人事實主張之意義。法院將重要之法觀點、事實觀點與補充事實之必要性闡明後，如當事人不主張該事實，法院仍不得將該事實採為裁判之基礎。由此可知，我國民事訴訟法乃採取辯論主義之審理原則，而非協同主義之審理原則。就辯論主義不足之處，則應透過我國民事訴訟法第一九九條第二項之防止法觀點與事實觀點突襲性裁判之法院闡明義務，以及事實與證據補充之法院闡明義務補充。此外，於二〇〇〇年民事訴訟法第一九九條之修正理由中明白指出：「適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判之結果，為防止法官未經闡明逕行適用法律而對當事人造成突襲性裁判，除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論。爰修正第一百九十九條一項及第二項規定，以資適用¹⁷⁸。」於修法理由中，強調為防止發生法觀點方面之突襲性裁判，法院應就當事人忽略之重要法觀點或其誤認為不重要之法觀點闡明及作適當完全之辯論。而法觀點者乃全部之私法規範，除了法律之規定外，尚包括已固定之法律概念與法律見解，習慣法所承認的法律原則，契約規則以及個別的契約條款，但並未包括法律見解如何形成，其採用之理由與論據，以及法律見解爭論之詳細狀況¹⁷⁹。於修正理由中僅提及法院應就「法觀點」負闡明義務，其並未認為法院就法律見解如何形成及其採用之全部判決理由負有與當事人進行「法討論」之義務。法

¹⁷⁸ 五南編輯部編，同前註，頁51。

¹⁷⁹ Vgl. Koch, Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz, 2003, S. 55.

院負有「法觀點之闡明義務」與「法討論義務」兩者於概念上應明確區分。我國民事訴訟法並未因新法新增關於防止法觀點突襲性裁判之闡明義務，而改採強調法討論義務之協同主義。

再者，我國民事訴訟法第一九九條第一項規定審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實與法律為適當完全之辯論，此項規定僅為補充性之討論義務、限制性之討論義務，並非一般性之討論義務，其非課予法院法討論之一般性義務，就法律見解如何形成及其採用之理由，法院並不負有與當事人討論之義務。我國民事訴訟法第一九九條第一項之意義，在於如法院依我國民事訴訟法第一九九條第二項規定闡明時，其意義與內容當事人無法理解，為使該闡明之內容更加明確化，法院應與當事人進行法的討論、事實討論或多方面且交互發生作用之法的討論與事實討論¹⁸⁰。

至我國民事訴訟法於二〇〇〇年修法時，強調第一審集中審理之理念，一方面強調法院之訴訟促進義務與闡明義務，法院於訴訟前階段應踐行爭點整理之程序，向當事人闡明其所漏未主張之競合性請求（參民事訴訟法第一九九條之一第一項之規定），其所忽略或誤認之重要法觀點與事實觀點（民事訴訟法第一九九條第二項），曉諭訴訟上重要爭點之所在（民事訴訟法第二九六條之一第一項）。如此法院訴訟促進義務與闡明義務之強化，更加助益當事人於辯論主義事實與證據方面主導權之行使，更加強化與充實辯論主義，當事人可因法院之及時闡明知悉重要之法觀點，提出符合該法觀點之重要事實。當事人亦得活用其於辯論主義方面之主導權，協議簡化爭點。於法院闡明重要之事實上爭點後，當事人可更自由決定提出何種證據對其始為有利。由此可知，新法修正後並未因而放棄辯論主義，反而更加保障與強化當事人於辯論主義方面之主導

¹⁸⁰ Vgl. Rensen, aaO. (Fn. 17), S. 245 ff.

權。另一方面，新法改採適時提出主義，課予當事人適時提出攻擊防禦方法之訴訟促進義務（參民事訴訟法第一九六條、第二七六條、第四四七條）。如此訴訟促進義務之強化，則更加強化當事人提出事實與證據之自己責任，強化辯論主義方面之自己責任。

5. 以法院闡明義務全面性補充辯論主義之不足

向來所採取之事實、證據提出與法適用、事實評價與證據評價區分之法理，並未顧慮到當事人於訴訟中可能主張不明瞭或不完全之事實與證據，法院於此等情形應為事實與證據補充之闡明。且該區分法理側重法之適用、事實評價與證據評價為法院之專權，並未顧慮到當事人之程序主體性與保障當事人聽審請求權之必要性，就當事人明顯忽略或誤認之重要法觀點、事實觀點與事實或法律性質難以界定之觀點，為防止突襲性裁判與保障當事人之聽審請求權，法院應闡明此等觀點。同時其亦未顧慮到法院法之適用可能影響當事人事實方面之提出，且實際上法院之事實評價與證據評價亦可能影響當事人關於事實與證據之提出。辯論主義之缺點，即在於未顧慮當事人可能於實際訴訟中提出不完全之事實與證據，可能因忽略法觀點或事實觀點而導致提出不完全之事實與證據，若認為此等情形法院不須積極輔助當事人，形式適用辯論主義之當事人自己責任原則，將使實體法上應享有權利之當事人變為無權利之人，造成不公平之現象。為補救辯論主義此等方面之不足，保障當事人實體法上之主觀權利，必須承認法院於此等情形負有闡明義務¹⁸¹。辯論主義必須透過法院之闡明義務以補充其不足，現今民事訴訟法已非採取古典之辯論主義，而係採取補充之辯論主義或被修正之辯論主義。於修正之辯論主義之下，不須放棄法之適用、事實評價、證據評價為法院之職權與責任，事實與證據之提出為當事人權能與責任

¹⁸¹ Vgl. Jauernig, aaO. (Fn. 3), S. 92 ff.

之區分法理，僅須透過法院關於防止法觀點、事實觀點之突襲性裁判闡明義務與事實、證據補充之闡明義務，補充辯論主義之不足。

於實際訴訟中當事人可能因忽略或誤認事實觀點或性質難以界定觀點而導致事實主張不足，事實觀點或性質難以界定觀點之闡明義務，亦得補充辯論主義之不足。另於訴訟中當事人亦可能對法觀點或事實觀點並無忽略或誤認，僅單純涉及當事人事實主張不完全之問題，此僅與補充適用辯論主義事實方面之闡明義務有關，與防止法觀點之突襲性裁判闡明義務無涉。又於實際訴訟中當事人亦可能僅忽略或誤認某項特定法觀點，而當事人已主張完全之事實，此種情形與辯論主義和補充辯論主義之闡明義務無關，關於防止特定觀點（法觀點、事實觀點、性質難以界定觀點）之突襲性裁判亦具有其獨立性的一面，其不受當事人之事實主張是否因而有所補充而影響其成立，其為一種理解義務，並非為補充義務，其可謂係一種可脫離當事人事實主張，獨立存在之防止突襲性裁判闡明義務。此外，於可能性消滅時效抗辯之情形，被告僅須說明關於時間經過之事實即可，至其所提出之事實，於法律上與訴訟上應給予如何之評價與判斷乃法院之責任，上述基礎事實之主張不以當事人已經知悉法觀點為前提。

現今應明確知悉古典辯論主義過度強調法院消極性與協同主義過度強調法院積極性之缺陷，建構一完整補救辯論主義不足之法院闡明義務體系。為更加強化、補充辯論主義之不足，應使事實補充闡明義務更加完整化，例如肯認對於不利於己事實補充之闡明義務、準主要事實補充之闡明義務，因法觀點或事實觀點之忽略或誤認而導致有補充事實或證據必要之闡明義務，以及關於特定抗辯基礎事實補充之闡明義務¹⁸²。此外，尚應認知防止法觀點、事實觀

¹⁸² 如關於時間經過甚久之事實，使客觀上得以明確分辨當事人有主張此抗辯之

點（事實評價與證據評價）與性質難以界定觀點方面之突襲性裁判闡明義務，皆可補充辯論主義之不足。法院之法觀點與事實觀點，於實際訴訟中往往可作為辯論主義發揮功能之前提要件¹⁸³，當事人無法清楚預見法院之法律見解、事實與證據之評價，亦常常無法提出完整之事實與充分之證據。因此，法院不僅須闡明當事人忽略或誤認之法觀點、事實觀點與其性質難以界定之觀點，且須闡明因忽略此等觀點而導致事實與證據補充之必要性，更進一步就兩者「相互間之影響與關聯性」為必要性之闡明¹⁸⁴。於此應強調法院之法適用、事實認定與事實、證據補充方面相結合之闡明義務。而完整化防止特定觀點突襲性裁判之闡明義務，則可更加充分補充辯論主義之不足。現今民事訴訟應結合辯論主義之優點，透過完整化與強化之法院闡明義務以補救辯論主義之不足，採取「補充與強化之辯論主義」。另一方面，為維護辯論主義之當事人自己責任，法院之闡明義務僅為辯論主義之補充，其範圍不及於新事實提出之闡明（如可能性消滅時效抗辯闡明）。事實補充闡明義務與法觀點、事實觀點之闡明義務於實際訴訟中亦可能獨立存在。

6. 民事訴訟審理模式之新方向

現今民事訴訟之重要任務，在於使訴訟當事人透過訴訟程序迅速確定其於實體法上應享之權利，使當事人獲得容易理解且樂於接受之判決¹⁸⁵。當事人間之紛爭，原則上應於第一審訴訟程序即獲終局的解決。為達此目的，應採取第一審充實與集中之審理模式。

意向，但其主張之事實不完全，遺漏明確表達行使抗辯權之意思，法院應透過闡明使其主張之事實完整化，及使其援用抗辯之意思於訴訟上獲得完整之表達，轉換成正確的事實主張。

¹⁸³ Vgl. Schmidt, aaO. (Fn. 27), § 139 Rn. 69; Laumen, aaO. (Fn. 53), S. 270.

¹⁸⁴ Vgl. Laumen, aaO. (Fn. 53), S. 252.

¹⁸⁵ BT-Drucks. 14/4722, S. 58.

為使第一審之審理充實化，應透過明確化與完整化之法院闡明義務，提升當事人主張之能力，全面性防止法觀點、事實觀點與性質難以界定觀點之突襲性裁判，法院之闡明義務不僅為辯論主義之補充，且為處分權主義與法適用（法院知法原則）、事實評價與證據評價（自由心證主義）方面之補充。現今民事訴訟審理之重要課題，乃如何透過法院之闡明義務補救辯論主義與處分權主義之不足，以及防止因法院依職權適用法律、為事實評價與證據評價而造成之突襲性裁判，如何以法院之闡明義務為核心，透過獨立性與結合性之闡明義務以補充各重要基本審理原則之缺點。如此法院積極闡明、開放與溝通之審理模式，充分賦予當事人或律師積極參與訴訟程序之機會，提高其接受判決之意願。另一方面，為使第一審之審理集中化，法院與當事人皆應積極參與訴訟，法院負有法觀點、事實觀點與事實、證據補充之闡明義務及促進訴訟義務。當事人則負有真實義務與訴訟促進義務，於訴訟中應為符合主觀真實與適時之事實主張¹⁸⁶。然當事人消極未主張之事實，法院仍不得採為裁判之基礎，應尊重當事人之主導權且同時令其擔負該事實未主張之不利。就當事人未主張之新事實，強調辯論主義下之當事人自己責任，法院不負闡明義務。

伍、結 論

綜合以上關於民事訴訟基本審理模式辯論主義與協同主義之意義、根據、內容及兩者相互對立爭論狀況之研究，得出如下之結論。民事訴訟於財產關係事件基本上採取辯論主義之審理原則，而

¹⁸⁶ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 6), § 77 Rn. 5; Greger, aaO. (Fn. 135), S. 82, 84.

非協同主義之審理原則，惟辯論主義須透過完整化之法院闡明義務補充。辯論主義之審理原則，乃基於尊重當事人就實體法之財產關係有自主決定之權利，而延伸當事人就訴訟資料之提出與否享有自主決定權。當事人未主張之事實，法院不得採為裁判之基礎。當事人間未爭執之事實，法院應逕將其採為裁判之基礎，此為辯論主義之核心內容（Kern der Verhandlungsmaxime）。法院僅能就當事人已主張且爭執之事實，依職權提出證據，仍受辯論主義核心內容之拘束。法院之闡明義務並不觸及辯論主義之核心內容。

協同主義之論者，認為辯論主義有其缺陷，主張應放棄辯論主義改採協同主義之審理原則，提升法院闡明義務之地位，認為法官闡明後當事人未主張之事實，法院仍得採為裁判之基礎。此則破壞辯論主義尊重當事人於事實方面主導權之理念，正確理解之法院闡明義務並不會破壞辯論主義，其僅得補充辯論主義，無法取代辯論主義之地位。而協同主義論者認為法院負有範圍廣大之法討論與事實討論義務。然於民事訴訟法院並不負與當事人進行一般性法討論與事實討論之義務。協同主義所主張之廣泛討論義務範圍不明確，且有導致訴訟不必要遲延之危險。法院闡明義務範圍之界限，僅止於補充當事人已提出事實資料之不明瞭與不完全，就新事實資料（尤其從證據資料得知之新事實與可能性消滅時效抗辯）之提出，為辯論主義當事人應負自己責任之範圍，並非法院闡明義務之範圍，法院並非與當事人共同擔負訴訟資料收集之責任。

辯論主義並非毫無缺陷，其並未顧慮當事人可能於實際訴訟中提出不完全之事實與證據，可能因忽略法觀點或事實觀點而導致提出不完全之事實與證據，故須透過法院闡明義務補充其不足。現今應明確知悉古典辯論主義過度強調法院消極性之不足，及協同主義過度強調法院積極性之缺陷，妥當建構一完整補救辯論主義不足之法院闡明義務體系。申言之，應透過完整化之防止特定觀點突襲性

裁判闡明義務，完整化之事實補充闡明義務，及其兩者相結合之闡明義務，以全面性補充辯論主義之不足。現今民事訴訟應結合辯論主義之優點，透過完整化與強化之法院闡明義務以補救辯論主義之不足，採取「補充與強化之辯論主義」。如此補充與強化之辯論主義，應與第一審充實與集中之審理模式相結合，一方面強化法院訴訟促進義務與完整化法院闡明義務，以助益當事人可正確且迅速行使其於辯論主義方面所有之主導權，更加強化與充實辯論主義；另一方面，透過法院闡明義務提升當事人提出事實與證據之能力與明確化當事人提出事實與證據之適當時期，以使當事人克盡其訴訟促進義務，更加強化當事人於辯論主義方面之自己責任。

參考文獻

一、中 文

1. 五南編輯部編，民事訴訟法修訂資料彙編，2000。
Wu-Nan Editorial Department, The Material Collection of Amendments on Civil Procedure, 2000.
2. 邱聯恭，司法之現代化與民事程序法，1992。
Chiou, Lian-Gong, Modernization of Justice and the Code of Civil Procedure, 1992.
3. 邱聯恭，「民事訴訟法第39次研討會」之書面補充資料，載：民事訴訟法之研討(四)，頁214-233，1993。
Chiou, Lian-Gong, Note after the 39th Conference of the Code of Civil Procedure, in the Code of Civil Procedure Seminar IV, pp. 214-233, 1993.
4. 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，載：程序選擇權論，頁81-135，2000。
Chiou, Lian-Gong, New Appearance and the Function of the Disposition Principle and Party Presentation Principle—focus on the Analysis of its Impact by the Recent Legislation and the Relevant Theoretical Background, in Right of Procedural Option, pp. 81-135, 2000.
5. 邱聯恭，程序利益保護論，2005。
Chiou, Lian-Gong, The Protection of Procedural Interests, 2005.
6. 呂太郎，民事訴訟闡明之理論及其趨向，載：民事訴訟之基本理論(二)，頁73-102，2009。
Lu, Tai-Lang, Theory and Tendency of Court's Elucidative Obligation in the Civil Procedure, in The Basic Theory of Civil Procedure II, pp. 73-102, 2009.
7. 沈冠伶，論新民事訴訟法中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務，載：民事證據法與武器平等原則，頁2-19，2007。
Shen, Kuan-Ling, Study on the Judge's Elucidative Obligation and the Party's Duty of Disclosure in the Code of Civil Procedure, in the Law of Civil Evidence and the Principle of Equality of Arms, pp. 2-19, 2007.

8. 姜世明，辯論主義，月旦法學教室，23期，頁74-86，2004。
Chiang, Shyh-Ming, Party Presentation Principle, Taiwan Jurist, no. 23, pp. 74-86, 2004.
9. 姜世明，辯論主義與法院之依職權調查證據，台灣本土法學雜誌，70期，頁154-160，2005。
Chiang, Shyh-Ming, Party Presentation Principle and ex officio Investigation of Evidence by the Court, Taiwan Law Journal, no. 70, pp. 154-160, 2005.
10. 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——評臺灣臺北地方法院九三年小上字第八〇號民事判決，台灣本土法學雜誌，79期，頁296-300，2006。
Chiang, Shyh-Ming, Known Facts on the Court Duties and ex officio Investigation of Evidence by the Court, Taiwan Law Journal, no. 79, pp. 296-300, 2006.
11. 姜世明，法官闡明制度發展之評估——評最高法院九五年臺上字第九八六號民事判決，台灣本土法學雜誌，100期，頁83-100，2007。
Chiang, Shyh-Ming, The Valuation of the Development of the Judge's Elucidative Obligation, Taiwan Law Journal, no. 100, pp. 83-100, 2007.
12. 姚瑞光，民事訴訟法論，修訂版，2004。
Yau, Ruei-Kuang, On the Code of Civil Procedure, Supplement New, 2004.
13. 許士宦，集中審理制度之新審理原則，載：集中審理與審理原則，頁122-203，2009。
Shyuu, Shu-Huan, New Principles of the System of Concentrated Trial, in Concentrated Trial and Trial Principles, pp. 122-203, 2009.
14. 許士宦，民事訴訟法修正後審判實務上處分權主義與辯論主義之新發展，載：集中審理與審理原則，頁48-119，2009。
Shyuu, Shu-Huan, New Practical Development on the Disposition Principle and the Party Presentation Principle after the Amendment of Civil Procedure, in Concentrated Trial and Trial Principles, pp. 48-119, 2009.
15. 張文郁，論民事訴訟之當事人支配原則，載：邁入二十一世紀之民事法學研究——駱永家教授七秩華誕祝壽論文集，頁126-148，2006。
Chang, Wun-Yu, Study on the Party Domination Principle in the Civil Procedure,

Research for the Civil Law into the Twenty-First Century, in Essays in Honor of Yeong-Jia Louch for His 70th Birthday, pp. 126-148, 2006.

16. 陳榮宗，林慶苗，民事訴訟法（中），7版，2009。

Chen, Rong-Zong, Lin, Ching-Miau, The Code of Civil Procedure II, 7th ed., 2009.

17. 駱永家，民事訴訟法 I，8版，1997。

Louch, Yeong-Jia, The Code of Civil Procedure I, 8th ed., 1997.

18. 駱永家，辯論主義與處分權主義，載：既判力之研究，頁207-217，1999。

Louch, Yeong-Jia, The Party Presentation Principle and Disposition Principle, in Study of res judicata, pp. 207-217, 1999.

二、外 文

1. Bahlmann, Anika, ZPO-Reform 2002: Stärkung der ersten Instanz?, 2005.

2. Bathe, Heinrich Theodor, Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, 1977.

3. Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 66. Aufl., 2008.

4. Bender, Rolf, Nochmals: Zivilprozeß und Ideologie - Eine Erwiderung auf Leipold in Juristenzeitung (JR) 1982, S. 441 ff., Juristenzeitung 1982, S. 709-712.

5. Bender, Rolf/Schumacher, Rolf, Erfolgsbarrieren vor Gericht - eine empirische Untersuchung zur Chancengleichheit im Zivilprozeß, 1980.

6. Bettermann, Karl August, Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP), Band 91 (1978), S. 365-397.

7. Brehm, Wolfgang, Arbeitsteilung zwischen Gericht und Anwalt - eine ungenutzte Chance, Anwaltsblatt (AnwBl) 1983, S. 193-197.

8. Greger, Reinhard, Kooperation als Prozessmaxime, in: Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa, Symposium zu Ehren Karl Heinz Schwab

- aus Anlass seines 80. Geburtstages, 2000, S. 77-84.
9. Hahn, Bernhard, Kooperationsmaxime im Zivilprozess?, 1983.
 10. Hannich, Rolf/Meyer-Seitz, Christian, ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz, 2002.
 11. Henckel, Wolfram, Gedanken zur Entstehung und Geschichte zur Zivilprozeßordnung, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, 1980, S. 111-128.
 12. Herr, Robert, Wer führt den Zivilprozeß - der Anwalt oder der Richter?, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1985, S. 349-351.
 13. Jauernig, Othmar, Zivilprozessrecht, 28. Aufl., 2003.
 14. Koch, Melanie, Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz, 2003.
 15. Kugler, Klaus F., Die Kooperationsmaxime - Richtermacht und Parteienherrschaft im Zivilprozess - der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis, 2002.
 16. Laumen, Hans-Willi, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984.
 17. Leipold, Dieter, Verfahrensbeschleunigung und Prozessmaximen, in: Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, 1988, S. 329-349.
 18. Leipold, Dieter, Zivilprozeßrecht und Ideologie - am Beispiel der Verhandlungsmaxime, Juristenzeitung (JZ) 1982, S. 441-448.
 19. Lohrmann, Hansjörg, Naivität ohne Beispiel, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 2000, S. 163-164.
 20. Lüke, Gerhard/Wax, Peter (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1, §§ 1-354, 2. Aufl., 2000.
 21. Meier, Isaak, Iura novit curia, 1975.
 22. Meyer, Peter, Wandel des Prozessrechtsverständnisses – vom liberalen zum sozialen Zivilprozess?, Juristische Rundschau (JR) 2004, S. 1-6.
 23. Musielak, Hans-Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl., 2007.
 24. Prütting, Hanns, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1980, S. 361-367.
 25. Prütting, Hanns, Die materielle Prozessleitung, in: Festschrift für Hans-Joachim

- Musielak zum 70. Geburtstag, 2004, S. 397-410.
26. Reischl, Klaus, Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit - ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP), Band 116 (2003), S. 81-118.
 27. Rensen, Hartmut, Die richterliche Hinweispflicht, 2002.
 28. Rensen, Hartmut, § 139 ZPO n. F. - Stärkung der ersten Instanz oder alles beim Alten?, Anwaltsblatt (AnwBl) 2002, S. 633-640.
 29. Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz, Zivilprozessrecht, 13. Aufl., 1981.
 30. Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993.
 31. Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004.
 32. Schaefer, Thomas, Was ist neu an der neuen Hinweispflicht?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, S. 849-853.
 33. Schilken, Eberhard, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2002.
 34. Schmidt, Eike, Partei- und Amtsmaxime im Zivilprozeß, Deutsche Richterzeitung (DRiZ), 1988, S. 59-61.
 35. Schmidt, Eike, Zur Handhabung des §139 Abs.1 ZPO im Hinblick auf die Rekonstruktion des Sachverhalts, in: Festschrift für Egon Schneider zum 70. Geburtstag, 1997, S. 193-211.
 36. Schneider, Egon, Befangenheitsablehnung des Richters im Zivilprozess, 2. Aufl., 2001.
 37. Schönfeld, Klaus Eckhard, Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß und in den übrigen Verfahrensarten—Die Modifikation des Prozeßrechts durch das Sozialstaatspostulat—, 1981.
 38. Stein, Friedrich/Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2, §§ 91-252, 21. Aufl., 1994.
 39. Stein, Friedrich/Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, §§ 128-252, 22. Aufl., 2005.
 40. Sticken, Gunnar, Die neue materielle Prozeßleitung (§ 139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters, 2004.

41. Stürmer, Rolf, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982.
42. Stürmer, Rolf, Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, Juristenzeitung (JZ) 1986, S. 1089-1096.
43. Thomas, Heinz/Putzo, Hans/Reichold, Klaus, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz u. a., 28. Aufl., 2009.
44. Ventsch, Verena, Die materielle Prozessleitung (§ 139 ZPO) nach der Reform der Zivilprozessordnung, 2005.
45. Vollkommer, Max, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, 1984.
46. Wassermann, Rudolf, Der soziale Zivilprozeß, 1978.
47. Wassermann, Rudolf, Justiz mit menschlichem Antlitz - Die Humanisierung des Gerichtsverfahrens als Verfassungsgebot, in: Menschen vor Gericht, 1979, S. 14-24.
48. Wassermann, Rudolf, Zur Zusammenarbeit zwischen Anwalt und Gericht im modernen Zivilprozeß, Anwaltsblatt (AnwBl) 1983, S. 481-486.
49. Wassermann, Rudolf, Zur Bedeutung zum Inhalt und zum Umfang des Rechts auf Gehör (Art.103 Abs.1 GG), Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1984, S. 425-430.
50. Wassermann, Rudolf, Zur Verantwortung des Richters für die Kultur der Gerichtsverhandlung, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1986, S. 43-46.
51. Wassermann, Rudolf, Neue Streitkultur?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, S. 1685-1686.
52. Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung, 1987.

A Study on the Party Presentation Principle and the Cooperative Principle: Focus on German Law

Ming-Sheng Liu^{*}

Abstract

The essay discusses the important academic issue of whether the party presentation principle or the cooperative principle is to be applied in property lawsuits. Some scholars assert that the party presentation principle should be applied therein and it is necessary to point out the weakness arising from the traditional party presentation principle. It must be modified by means of the court's elucidative obligation. On the contrary, others criticize that the party presentation principle must be abandoned and the new principle, the cooperative principle, can take its place due to its important status in civil procedure. The duty of the court to engage in a discussion with both parties about legal and factual issues plays a more important role than the party presentation. The essay will at first concentrate on addressing the main issues of the meaning, basis and content of the party presentation principle and the cooperative principle. Furthermore, the oppositional or supplementary relation between them will be analyzed. On the other hand, the Code of

^{*} Assistant Professor, Department of Law, Fu Jen Catholic University; Dr. jur., University of Regensburg (Germany).

Received: May 12, 2010; accepted: October 26, 2010

German Civil Procedure Rules was amended in 2001 to resolve civil disputes rapidly and ultimately at the first instance. The modification of the court's elucidative obligation is viewed as the main point of the 2001 revision. Such a modification raises the academic issue of whether the scope of the above duty has been extended, so that the cooperative principle can take the place of the party presentation principle in civil procedure. The Code of Taiwan Civil Procedure was also amended in 2000 to concentrate the trial procedure. It is a question of dispute, if instead of the party presentation principle the cooperative principle has already been adopted in Taiwan civil procedure after this modification. On the whole, the article will compare the differences with respect to the party presentation principle and the cooperative principle between German, Japan und Taiwan civil procedure law and theories. The intention of the essay is to clarify which principle, the party presentation principle or the cooperative principle, is appropriate to be applied in the present property procedure.

Keywords: Party Presentation Principle, Cooperative Principle, Legal Discussion, Factual Discussion, Court's Elucidative Obligation, Prevention of Surprise Judgment, Obligation of Promotion of Process, Civil Procedure Reform Act of 2001 in Germany