

台湾民事程序法学经典系列

新民事证据法论

姜世明 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

台湾民事程序法学经典系列

新民事证据法论

姜世明 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

新民事证据法论/姜世明著. —厦门:厦门大学出版社, 2017. 6

(台湾民事程序法学经典系列)

ISBN 978-7-5615-4895-0

I. ①新… II. ①姜… III. ①民事诉讼-证据-研究-台湾 IV. ①D927.585.113.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 326938 号

出版人 蒋东明

责任编辑 李 宁

封面设计 李嘉彬

技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmup@xmupress.com

印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 15.75

插页 2

字数 280 千字

版次 2017 年 6 月第 1 版

印次 2017 年 6 月第 1 次印刷

定价 68.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

前 言

民事证据法犹如民事诉讼法之骨干,若骨干不坚,即难期待民事程序得以顺利进行。因而,在法治先进国家和地区,学者于民事证据法之研究固至为重视。在我国台湾地区,学者于此一法领域之重要性亦有相当之认识。学者骆永家、陈荣宗、雷万来教授等于此均曾分别著作专论,其于台湾地区“证据法”之发展,均有显著之贡献,实值钦佩。

唯虽存在前述学者之专论,但因台湾地区“民事诉讼法”已经大修(尤指二〇〇〇年二月九日者),其于文书提出义务、证据保全、举证责任等规定,已多所修正;且新修正的“民事诉讼法”增订当事人讯问制度、损害赔偿数额确定、证明妨碍等规定,则新修正民事诉讼法之证据法“立法”及理论发展,实已与旧法时代者,非可同日而语。就相关新证据法制度之理论与实务现况,自应有研究之实益与必要。

本书乃鉴于新修正民事诉讼法之关于证据调查与举证责任之规定,深具时代意义,为使相关制度能顺利运作,故不惜野人献曝,拟自德国法相关制度之发展经验,进行研析比较,希能提供司法实务运作时之参考及充当学者研究相关议题时之标靶。

本书主要内容包括证据调查与举证责任,共计十一章。其中有部分已分别发表于台湾地区法学专业杂志或论文研讨会,并经部分增删而成。书中写作固有以问题意识导引为论述方式者,但亦有着重在德国法之比较或研介,其目的乃为使读者于相关制度之因袭发展与法律之特色,能充分掌握,希读者能注意及之。

姜世明

目 录

第一章 文书提出义务	1
第一节 前言	1
第二节 主要法律基础	1
第三节 文书提出义务之要件与违反之效果	3
第四节 台湾地区实务见解	17
第五节 台湾地区“民事诉讼法”中文书提出义务相关规定之 发展评估	19
第二章 证据保全制度	25
第一节 前言	25
第二节 证据保全制度之功能	26
第三节 证据保全之类型及其要件	28
第四节 程序与效果	38
第五节 “民事诉讼法”第三百七十六条之一之特殊意义	48
第六节 结论	51
第三章 当事人讯问制度	52
第一节 前言	52
第二节 德国法	53
第三节 台湾地区有关规定的现况	65
第四节 台湾地区有关规定之发展评估——代结论	70
第四章 证据契约	80
第一节 前言	80
第二节 定义与性质	81
第三节 证据契约之合法性	89
第四节 证据契约合法性之界限	95
第五节 结论	97



第五章 违法取得证据之可利用性	98
第一节 问题之提出	98
第二节 价值冲突	99
第三节 德国法关于违法取得证据可利用性之争议	101
第四节 本书之基本立场	109
第五节 个案之解决——代结论	112
第六章 举证责任分配之一般原则	119
第一节 前言	119
第二节 基本定义	120
第三节 举证责任分配理论	121
第四节 本书之见解	127
第五节 结论	129
第七章 举证责任减轻	
——“民事诉讼法”第二百七十七条但书之发展评估	130
第一节 概说——举证责任减轻之法思想基础	130
第二节 举证责任减轻方法之具体内容	139
第三节 “民事诉讼法”第二百七十七条但书之新近实务见解	146
第四节 举证责任减轻制度之发展评估——代结论	154
第八章 损害赔偿数额之确定	
——“民事诉讼法”第二百二十二条第二项之发展评估	161
第一节 前言	161
第二节 德国法——以《民事诉讼法》第二百八十七条 规定为中心	161
第三节 台湾地区有关规定	170
第四节 台湾地区有关规定之发展评估	186
第五节 结论	192
第九章 证明妨碍	
——“民事诉讼法”第二百八十二条之一之发展评估	193
第一节 前言	193
第二节 德国法	194
第三节 台湾地区有关规定之现况	205
第四节 “民事诉讼法”第二百八十二条之一之发展评估	208
第五节 结论	212

第十章 不当得利无法律上原因要件之举证责任分配 ·····	214
第一节 前言·····	214
第二节 举证责任分配理论概说·····	214
第三节 台湾地区实务与学说之见解·····	215
第四节 德国法之介绍·····	219
第五节 台湾地区相关见解之检讨·····	223
第六节 结论·····	228
第十一章 不完全给付可归责性要件之举证责任分配 ·····	230
第一节 前言·····	230
第二节 举证责任分配理论概说·····	230
第三节 台湾地区之实务与学说之见解·····	231
第四节 德国之实务与学说之见解·····	237
第五节 台湾地区学说与实务见解之检讨·····	241
第六节 结论·····	245



第一章 文书提出义务

第一节 前言

台湾地区新近“民事诉讼法”(编者注:如无特别说明,本书所称“民事诉讼法”均指台湾地区“民事诉讼法”)修正之方向主轴系以审理集中化为其主要目标之一,主导修法者于民事程序法与宪法基本权保障之价值联结有充分之认识,因而于修法过程中无不对宪法所保障之平等权、合法听审权等价值予以重视,并引为修法之基本原则。其中就当事人文书提出义务之修正(台湾地区“民事诉讼法”第三百四十二条以下),亦系基于上述诉讼法与宪法之基本原则进行修正,其于人民权利伸张应有重大之影响,自值重视。

文书提出义务所涉及因素繁多,环环相扣,例如实体法与程序法信息义务之区分、当事人信息义务之范围与界限、一般解明义务之承认与否及文书提出义务之审查程序与效力等,均于文书提出义务制度之发展有重大之影响。而在修法中,识者所着重之平等使用证据与其违反之惩罚效果及其修法结果,是否有与程序法基本理论(如辩论主义)或举证责任基本理论冲突而有须予调和之处?又是否其已兼顾双方当事人之利益平衡(证据保存、使用成本分担与危险分配问题是否被忽略)?其提出程序有无注意在审查程序上予以加强,以免有恣意滥用之情形?均值考察与深思。

第二节 主要法律基础

就文书提出义务之诉讼法上规定,台湾地区系规定于“民事诉讼法”第三百四十二条至第三百五十一条;德国则系规定于其《民事诉讼法》第四百

第二十一条至第四百三十六条。^①

其中,应特别注意者,就台湾地区而言,因于公害、产品制造人责任、消费者保护及医疗事故损害赔偿等类现代型诉讼中,文书数据常仅存于当事人之一方,并遭严密管理中,故他造几不可能获取该文书数据,因而,当事人之一方依“民事诉讼法”第三百四十二条第一项规定声明法院命执有文书之他造提出文书时,如一律令其表明应命提出之文书及其内容,有时确有困难,为贯彻当事人诉讼数据使用平等原则及便于发现真实并整理争点,以达到审理集中化之目标,新近“民事诉讼法”修正乃增订同法条第三项之规定。

另为贯彻当事人诉讼数据使用平等原则,及便于发现真实并整理争点,以达到审理集中化之目标,及随社会经济状况之变迁,公害、产品制造人责任及医疗事故损害赔偿等类现代型纷争与日俱增,于某诉讼中不乏因证据仅存在于当事人之一方致他造当事人举证困难之情事发生,例如为举证被害之因果关系或可归责之原因,必须知悉企业所执有关于形成公害或产品瑕疵过程之文书;或为举证医疗过失,必须知悉医疗机构所执有之患者诊疗病历等,均有扩大当事人文书提出义务范围之必要。因而新近“民事诉讼法”修正,于其第三百四十四条规定亦多所着墨。^②

又为公平,并促当事人履行法院所命应提出文书之义务,“民事诉讼法”第三百四十五条乃修正为“法院得审酌情形认他造关于该文书之主张或依该文书应证之事实为真实”,即法院得依自由心证认举证人关于该文书之性质、内容及文书成立真正之主张为真实,或认举证人依该文书应证之事实为真实,俾对违反文书提出义务者发挥制裁之实效。

^① 关于德国民事诉讼法中文书提出义务之法条规定译文,可参阅姜世明:《文书提出义务之研究》,载《万国法律》2001年第117期。

^② 关于“民事诉讼法”第三百四十四条、第三百四十二条修正之批评,参阅姚瑞光:《民事诉讼法论》,2000年版,第432、433、428页。本书认为,虽相关条文之立法理由中特别举出之特殊类型,确有如姚瑞光所指之疑虑,但该等“立法”与其理由仍有其前瞻性 & 法解释论上之帮助。尤其既已标明类型,则其于文书提出义务之范围解释,应有范界之功能,为解释论上所不应忽视。

第三节 文书提出义务之要件与违反之效果

一、台湾地区理论现况

(一)要件

于台湾地区,就声请他造(即相对人)执有文书之提出系规定于“民事诉讼法”第三百四十二条至第三百四十五条。至于声请命第三人提出文书之相关规定,则系规定于“民事诉讼法”第三百四十六条至第三百五十一条。

文书提出义务无论系命对造提出文书类型或命第三人提出文书义务类型,固均有主体要件(对造或第三人)、应证事实具重要性、举证人之声请为正当等要件。唯尤应注意者乃文书提出义务要件之问题。

程序法上文书提出义务主要规定在“民事诉讼法”第三百四十四条、第三百四十八条。就程序法上之文书提出义务之性质而言,学者认为其系属公法义务。^①此乃与实体法之文书提出义务性质之区别,应予注意。

相对人文书提出义务依“民事诉讼法”第三百四十四条第一项规定包括:(1)该当事人于诉讼程序中曾经引用者;(2)他造依法律规定得请求交付或阅览者;(3)为他造之利益而作者;(4)商业账簿;(5)就与本件诉讼关系有关之事项所作者。

就所谓该当事人于诉讼程序中曾经引用者而言,系指该当事人于诉讼程序中曾经引用之文书,解释上应包括于准备书状内、准备程序、调查证据程序或言词辩论以言词引用之文书。^②且嗣后纵经舍弃该证据或撤销其引用,于其应提出该文书之义务并无影响。^③

就所谓他造依法律规定得请求交付或阅览者而言,系指他造依法律规定得请求执有文书之当事人交付或阅览之权利,例如他造依“民法”第五百九十七条、第六百七十五条、第八百二十六条第三项或“医疗法”第五十二条、第五十四条,“公司法”第四十八条等规定,得请求执有文书之当事人交

^① 王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》,台湾三民书局2000年版,第405页;杨建华原著,郑杰夫增订:《民事诉讼法要论》,2001年版,第302页。

^② 吴明轩:《中国民事诉讼法》(中册),台湾三民书局2000年第5版,第925、926页。

^③ 吴明轩:《中国民事诉讼法》(中册),台湾三民书局2000年第5版,第926页;王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》,台湾三民书局2000年版,第406页。

付或阅览者。^①

所谓为他造之利益而作者，系指该文书虽为举证人之利益而作，但非为举证人所执有。故执有此文书之人，亦有提出之义务。而在此所谓为他造利益而作之文书，兼指为两造或他造及第三人利益之情形在内，不以专为他造利益而作者为限。^② 另关于商业账簿之解释，则应参考商业会计法所定商业账簿之意义。

至于所谓就与本件诉讼关系有关之事项所作者，则为一可能产生争议之新修正规定。学者认为本款所定“与本件诉讼关系有关之事项”，非仅以为诉讼标的之法律关系为限，凡与本件诉讼有关之一切事项均属之。^③ 亦即，当事人就其实体上及程序上之法律关系、争点、攻击或防御方法等与本件诉讼有关之事项所作之文书，当事人均负有提出之义务。^④ 且无论该文书为有效、无效、得撤销、效力未定或已失其效力，均非所问。^⑤ 唯就此款之适用，应注意“民事诉讼法”第三百四十四条第二项规定之适用。

关于第三人文书提出义务，依“民事诉讼法”第三百四十八条规定，其义务准用第三百零六条至第三百一十条、第三百四十四条第一项第二款至第五款及第二项之规定。亦即第三人仅就当事人依法律规定得向第三人请求交付或阅览者、该文书系为当事人利益而作者、商业账簿及就与本件诉讼关系有关之事项所作者为限，负有提出文书之义务。

就所谓文书提出义务与一般解明义务之关系而言，学者有认为台湾地

① 参阅王甲乙、杨建华、郑健才：《民事诉讼法新论》，台湾三民书局2000年版，第406页；吴明轩：《中国民事诉讼法》（中册），台湾三民书局2000年第5版，第926页；杨建华原著，郑杰夫增订：《民事诉讼法要论》，2001年版，第302页；姚瑞光：《民事诉讼法论》，2000年自版，第432页；陈计男：《民事诉讼法论》，1999年版，第491页。

② 参阅王甲乙、杨建华、郑健才：《民事诉讼法新论》，台湾三民书局2000年版，第406页；吴明轩：《中国民事诉讼法》（中册），台湾三民书局2000年第5版，第926页。其例，学者有举如证明与举证人为交易者有代理权之委任书，参阅王甲乙、杨建华、郑健才：《民事诉讼法新论》，台湾三民书局2000年版，第406页；有举如为第三人利益而作之契约书，参阅姚瑞光：《民事诉讼法论》，2000年自版，第432页。

③ 吴明轩：《中国民事诉讼法》（中册），台湾三民书局2000年第5版，第926页。

④ 王甲乙、杨建华、郑健才：《民事诉讼法新论》，台湾三民书局2000年版，第406页；许士宦：《文书提出义务之范围》，载《月旦法学杂志》2001年第71期。学者有举例如诉讼系商品瑕疵之损害赔偿，该商品之经销商与制造商所订商品应经某机关检验合格，贴有检验合格证者始得销售之契约书，参阅姚瑞光：《民事诉讼法论》，2000年自版，第432页；有举当事人合意定管辖法院，适用简易或小额程序，选任鉴定人及订立仲裁协议等，参阅吴明轩：《中国民事诉讼法》（中册），台湾三民书局2000年第5版，第926页。

⑤ 吴明轩：《中国民事诉讼法》（中册），台湾三民书局2000年第5版，第927页。

区法具有特异性,从诉讼法观点解释文书提出义务之相关规定,分别赋予当事人实体法上信息请求权与诉讼法上证据(文书)搜集权,结果几乎使他造或第三人负一般文书提出义务。其并主张应扩大文书提出义务之范围,主要系为保障当事人之程序主体权(证明权),使其于起诉后可能搜集充分之事证,避免自己缺乏证据,文书为他造或第三人执有,即因无搜集手段难以接近该文书,以致未能善尽其主张举证责任。反之,他造或第三人被要求负广泛之文书开示义务,系为确保遂行诉讼之公正性或基于平等接近证据之要求,以协助当事人为举证活动。此等解释与向来之见解不同,非为追求客观的真实(实体的真实)而课予当事人诉讼上一般的事案解明义务,使其就所执文书负一般性提出义务。^①

学者沈冠伶则认为台湾地区此次修正“民事诉讼法”,实已将当事人间之协力解明事案义务明定于条文中,修正条文第二百七十七条但书及第二百八十二条之一,应可视为协力解明事案义务之一般性规定,且自修法扩大文书提出义务范围及增订当事人讯问规定。纵然不认为证据通则中之上述二规定乃事案解明义务之一般性规定,亦可经由法类推之方式,自各目中个别条文所据之基本理念推论出当事人负有一般性事案解明义务。^②

在此,另应尤为注意者为,文书提出义务声请之审查问题。举证人声请命他造提出文书,其声请不合法律上要件者,法院应于终局判决理由中,谕示驳回其声请之意旨。如生有中间争执,亦得以中间判决驳回其声请(“民事诉讼法”第二百二十六条第三项、第三百八十三条规定参照)。而若举证人向法院为命他造提出文书之声请,若已备法定方式,并经法院认应证之事实重要且举证人之声请正当者,应以裁定命他造提出文书(“民事诉讼法”第三百四十三条规定参照)。依此规定,法院裁定命他造提出文书,应以应证之事实重要及举证人之声请正当为其要件。所谓应证之事实重要,系指他造所执文书之内容,可能影响应证事实之认定而言。^③ 所谓举证人之声请正当,即该文书是否为他造当事人所执与有提出之义务。^④ 法院如认应证之事实重要者,

① 参阅许士宦:《证据开示制度与秘密保护程序》,台湾大学1999年博士论文。

② 参阅沈冠伶:《论民事诉讼程序中当事人之不知陈述——兼评析民事诉讼法中当事人之陈述义务与诉讼促进义务》,载《政大法学评论》第63期。

③ 吴明轩:《中国民事诉讼法》(中册),台湾三民书局2000年第5版,第930页。

④ 王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》,台湾三民书局2000年版,第411页;吴明轩:《中国民事诉讼法》(中册),台湾三民书局2000年第5版,第930页;杨建华原著,郑杰夫增订:《民事诉讼法要论》,2001年版,第300页。

如他造自认执有该文书及承认有提出之义务者，法院应以裁定命他造提出该文书。如他造对于举证人之声请不为陈述，而有视同自认执有文书及有提出义务之原因者，亦同。但若他造否认执有该文书或否认有提出之义务者，举证人即必须证明他造执有文书及有提出义务之事实。法院调查结果如认为他造执有文书及有提出之义务时，应以裁定命他造提出文书。^①反之，若法院调查结果认为他造未执有文书或无提出之义务，而不认为举证人之声请为正当者，应于终局判决理由项下记载驳回声请之意见。

声明书证系使用第三人所执之文书者，应声请法院命第三人提出或定由举证人提出之期间（“民事诉讼法”第三百四十六条第一项）。所谓第三人系指他造当事人以外之人，其为自然人或法人或机关，抑或其他团体，在所不问。唯其不以诉讼外之第三人为限，即参与诉讼之法定代理人、诉讼代理人、辅佐人、参加人、证人及鉴定人均属之。原为当事人现已脱离诉讼者，亦同。“民事诉讼法”第五十三条第三款所定之共同诉讼，各共同诉讼人间，不生实体法上权利义务关系。共同诉讼人中之一人仍不失为他共同诉讼之第三人。

命第三人提出文书之声请，其程序应依“民事诉讼法”第三百四十六条规定为之。应注意者为在表明“应命其提出之文书”“文书之内容”显有困难时，法院得命他造为必要之协助，并应就文书为第三人所执有之事由及第三人提出义务之原因，提出可使法院信其主张为真实之证据，以释明之。

声请命第三人提出文书或定自行提出文书之期间，如其声请合乎法律上之要件者，法院应即调查该文书之应证事实是否重要，如认为系属重要者，则应调查该文书是否为第三人所执有及有无提出之义务。法院除应依举证人释明之方法判断外，为裁定前应使该第三人有陈述意见之机会。^②法院认为应证事实不重要或其声请不当者，应于终局判决中諭示其驳回之意旨或以中间判决为之，否则即以裁定命第三人提出文书或定举证人提出文书之期间。

另“民事诉讼法”亦规定文书提出义务之界限，亦即“民事诉讼法”第三百四十四条第二项前段规定在“民事诉讼法”第三百四十四条第一项第五款（就与本件诉讼关系有关之事项所作者）之文书内容，涉及当事人或第三人

^① 学者有谓尚须于终局判决理由项下记载举证人声请为正当之意见或以中间判决为举证人声请正当之裁判。吴明轩：《中国民事诉讼法》（中册），台湾三民书局2000年第5版，第930、931页。

^② 王甲乙、杨建华、郑健才：《民事诉讼法新论》，台湾三民书局2000年版，第412页。

之隐私或业务秘密,如予公开,有致该当事人或第三人受重大损害之虞者,当事人得拒绝提出,而此项规定于第三人之文书提出义务准用之(“民事诉讼法”第三百四十八条参照)。

(二)效果

在当事人违反提出文书义务时,“民事诉讼法”第三百四十五条第一项规定其处罚效果,亦即当事人无正当理由,不从提出文书之命者,法院得审酌情形,认他造关于该文书之主张或依该文书应证事实为真实。所谓正当理由,当事人未执有该文书、无提出义务及非因过失不能提出之情形均属之。^①依此规定,则法院得于当事人违反文书提出义务时,依自由心证认举证人关于文书之性质内容及其成立真正之主张为正当,或认举证人依该文书应证之事实为真实,俾对违反文书提出义务者发挥制裁之实效。^②

学者就“民事诉讼法”第三百四十五条规定为如下说明^③:在举证人与文书之作成过程或文书之内容事实,于物理上或社会上相当接近而客观上可期待该举证人知悉或推察该文书所记载之具体内容等类情形,为避免举证人取得逾于文书经提出后所可得之利益,致违反公平,于执有文书之一造,不从文书提出之命时,应止于拟制举证人(他造)所主张之文书内容为真实即足,而不应拟制其主张之待证事实为真实。可是,在举证人与文书所记载之内容事实相距较远,而客观上难期待该举证人知悉或合理推知该文书之具体内容等情形,宜认为得拟制举证人所主张之应证事实为真实,始能对拒不提出文书者发挥有效制裁作用而免有害于公平。盖因在此类情形,举证人每仅能就文书所载内容为抽象而不特定之主张,倘认为仅拟制举证人所主张之文书内容为真实,将未必直接有助于应证事实存否之认定,是无异于对违反举证协力义务之文书执有人,宽不施加应有之制裁。

另亦有学者认为:究竟如何拟制真实,应依各事件类型,斟酌持有人拒绝提出之事由、该文书作为证据之重要性、取代可能性、他造接近证据之程

^① 吴明轩:《中国民事诉讼法》(中册),台湾三民书局2000年第5版,第931页。

^② 王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》,台湾三民书局2000年版,第407页;杨建华原著,郑杰夫增订:《民事诉讼法要论》,2001年版,第303页。学者并认为该当事人主张执有之文书,因遗失、毁损或该项文书现在某处因窒碍不能提出,而有正当理由时,仍不得予以不利益之效果。旧法所谓得认他造关于该文书之主张为正当,即指法院以他造关于文书之存在真正之主张为正当,或关于文书之性质内容之主张为正当。陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,台湾三民书局1995年版,第537页。

^③ 邱联恭讲述,许士宦整理:《口述民事诉讼法讲义》(三),2000年自版,第182、183页。

度等各因素,兼顾证明权保障、真实发现、促进诉讼、当事人间公平诸诉讼法上基本要求,始能妥适调整当事人两造之利害而平衡各种利益。通常当事人不依法院命令提出文书时,拟制他造关于文书之成立、性质及内容之主张为真实即为已足,在此种情形将该文书视为已提出于诉讼,具有他造所主张者,如同证据已开示而经其利用般,即已保障他造之证据搜集权,而达到制裁之效果。至于可否据此进而认定依该文书应证之事实为真实,仍应由法院依自由心证判断。^①

至于第三人违背提出文书义务之制裁,则规定于“民事诉讼法”第三百四十九条法院得裁定罚鍰,于必要时并得以裁定命为强制处分。此项强制处分准用强制执行法关于物之交付请求权执行程序之规定办理。

二、德国法

德国法上关于文书提出义务之规定,主要系其《民事诉讼法》第四百二十一条以下者;至于其《民事诉讼法》第一百四十二条之规定,在范围被扩大化情形下,对于文书开示理论亦发生一定冲击。就此拟另文探讨。

(一)相对人之文书提出义务

1. 要件

德国《民事诉讼法》第四百二十一条规定,若文书系置于举证人之相对人手上时,举证人得声请命其提出。就所谓文书为相对人所占有,包括直接占有人及相对人居于可直接自现占有人取回之间接占有形态。例如相对人与该现占有第三人有保管契约存在者。^② 决定相对人是否为占有人之时点,则系以声请提出时为基准。

有提出声请权限者为各有文书提出请求权(《民事诉讼法》第四百二十二条)当事人(共同诉讼人),诉讼参加人(Streithelfer)在当事人不反对时,亦得为之(《民事诉讼法》第六十七条),唯共同诉讼参加人则与共同诉讼人一般有提出权限(《民事诉讼法》第六十九条)。相对人则系指立于举证人相对地位之当事人(共同诉讼人)及共同诉讼参加人。但应注意,就提出义务有无之审查,须依个别审查原则。上述主体界定主要系为区别其与第三人

^① 参阅许士宦:《证据开示制度与秘密保护程序》,台湾大学1999年博士论文。

^② Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 59. Aufl., 2001, § 421 Rdnr. 1; Thomas-Putzo, ZPO, Kommentar, 19. Aufl., 1995, § 421 Rdnr. 1; Zöller/Stephan, Zivilprozeßordnung, 16. Aufl., 1990, § 421 Rdnr. 1; MünchkommZPO-Schreiber, 2000, § 421 Rdnr. 1.

提出义务主体间差异,例如在相对人部分,参加人即被归类属于第三人者。^①若可依文书提出义务提出申请,如另有提起返还请求权之反诉者,即属无保护必要。^②

相对人文书提出义务之要件包括:该文书^③具有证明利益(ein Beweisinteresse)、相对人占有该文书、存在一实体法或程序法之文书返还或提出申请权,^④且经法院为提出之命令等。^⑤所谓证明利益固指该文书于待证事实具证据之重要性,且适合充当证据方法,并且待证事实于裁判具有重要性而言。

所谓程序法之文书提出申请权系指《民事诉讼法》第四百二十三条(按:若相对人于诉讼中为举证曾引用某文书,则相对人亦负有提出其所执有文书之义务,其于仅在准备书状出现者,亦同)所规范之独立请求权。应注意者乃,该条所指相对人于诉讼中曾引用之文书,系指相对人为举证曾引用该文书。唯若仅引用该文书内容以补充或说明其事实陈述,则不该当上述条

① Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., § 421 Rdnr. 3; Thomas-Putzo, a. a. O., § 421 Rdnr. 2f. 就相对人范围界定部分,参加人、有诉讼实施权能之人及诉讼代理人是否包括在内,则有正反不同见解。Vgl. MünchkommZPO-Schreiber, 2000, § 421 Rdnr. 3 m. w. N. 而法定代理人是否亦包括在内,亦存有异议。Vgl. MünchkommZPO-Schreiber, 2000, § 421 Rdnr. 3 m. w. N; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., § 421 Rdnr. 3.

② Zöller/Stephan, Zivilprozeßordnung, 16. Aufl., 1990, § 421 Rdnr. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., § 421 Rdnr. 3; Musielak/Huber, ZPO, Kommentar, 1999, § 421 Rdnr. 3.

③ 民事诉讼法所指之文书,系指所有思想之文字(书面)体现,其材料或书写技术不拘,无论其是否自始有供证据目的(如契约文书或收据)或仅偶充当证据方法(如私人信函)皆可, Arens/Lüke, Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., 1994, Rdnr. 310; Schilken, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., 2000, Rdnr. 539. 因而无论车牌、录音、唱片或照片等均非在此所谓文书,但如影印、传真、缩微本均属文书, Musielak, Grundkurs ZPO, 4. Aufl., 1998, Rdnr. 434.

④ 学者有将在此所谓实体法上或程序法上文书请求权,归类为特殊实体法或程序法协力义务(Mitwirkungspflicht)者, vgl. Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozeß, 1995, S. 11. 其并认为实体法协力义务除法定者外,尚包括当事人协议而生者, vgl. Krapoth, a. a. O., S. 12. 关于德国民事法之信息请求权, vgl. Lüke, Der Informationsanspruch im Zivilrecht, JuS 1986, S. 2ff.

⑤ Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., § 422 Rdnr. 3; Thomas-Putzo, a. a. O., § 422 Rdnr. 2ff.; Zöller/Stephan, a. a. O., § 425 Rdnr. 1.

文要件(RG 69, 405)。^① 该文书若系证人所引用者,亦不该当。至若相对人曾引用该文书而嗣后舍弃其证据方法者,则不影响其文书提出义务。^②

所谓实体法上之文书请求权^③则包括:《民法》第二百五十九条(计算报告义务之范围)、第三百七十一条(债务证书之返还)、第四百零二条(告知义务与交付证书)、第四百四十四条(出卖人之告知义务)、第六百六十六条(受任人之告知义务)、第六百六十七条(受任人之交还义务)、第六百八十一条第二句(无因管理人准用第六百六十六条至第六百六十八条规定)、第六百八十七条第二项第一句(非真实事务管理之准用规定)、第七百一十三条(合伙之准用委任规定)、第七百一十六条(合伙人之检查权)、第八百一十条(文书阅视权)^④、第九百八十五条(所有物返还请求权)、第九百五十二条(债权证书之所有权)、第一千一百四十四条(抵押物所有人之证书请求权)、第二千一百三十条第一项(次位继承人之遗产交付请求权)、《商法》(HGB)第一百一十八条(无限公司之股东检查权)、第一百五十七条(解散后公司股东与

^① 且逾此,依通说并不存在一非举证人之一般解明义务, Musielak/Huber, ZPO, Kommentar, 1999, § 423 Rdnr. 1 m. w. N; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993, S. 702f. m. w. N; MünchkommZPO-Schreiber, 2000, § 422 Rdnr. 1 m. w. N. 不同见解, vgl. Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 92ff.

^② Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., § 423, Rdnr. 1.

^③ 就德国民法之译文,可约略参考,赵文俊、徐立、朱曦合译:《德国民法》,台湾五南印行1992年版,第50页。

^④ 《民法》第八百一十条规定:对查阅由他人占有之文书有法律上利益者,在该文书系为自己利益而作,或该文书证明其与他人所存在之法律关系,或该文书证明其与他人间,或双方之一造与共同媒介人间所为法律行为商议内容者,得向占有人请求允许其查阅该文书。此一规定于民事诉讼法中关于文书提出义务规定之适用有其重要性,因而就此一条文有必要为较深入之了解,此规定所生请求权之要件包括:(1)文书;(2)提出权利人亲自参与该文书证实之法律关系;(3)存在一法律上利益。就(2)要件而言,包括三情形,亦即为提出权利人所作者,其决定因素在于文书之目的,而非其内容,主要观察重点为该文书目的是否系为充当为权利人之证据方法或促进(有益于)其法律关系。例如授权书之于将来契约相对人,或关于利益第三人之契约或诊疗医生或兽医之病历文件等。其次,系就提出权利人与他人(未必须持有人)间法律关系之文书(证书),例如契约文书,或债权人之账簿(其中有主债务人清偿证明者)之于保证人。另外尚包括该文书证明权利人与他人间,或双方之一造与共同媒介人间所为法律行为商议内容者。至于法律上利益,系指阅视该文书于法律利益之促进取得或辩护有必要者而言。Vgl. Jauernig/Vollkommer, BGB, Kommentar, 7. Aufl., 1994, Anm. zu den §§ 810, 811, 3. 但若是阅视该文书目的,乃为初次取得其权利追索(伸张)之基础(数据)时,即所谓探索式证据声请时,亦不认为具备法律上利益。Vgl. Steeger, Die zivilprozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien beim Urkundenund Augenscheinsbeweis, 1980, S. 8 m. w. N.