

民事訴訟法研究基金會

民事訴訟法之研討

(十四)



民事訴訟法研究基金會

民事訴訟法之研討

(十四)



版 權 所 有
翻 印 必 究

民事訴訟法之研討（十）

二〇〇七年六月初版

發行人 財團法人 民事訴訟法研究基金會
（民事訴訟法研究會）

總經銷 三民書局有限公司
地址：台北市復興北路三八六號
劃政劃撥帳戶 0009998—5 號

印刷者 文匯印刷資訊處理有限公司

定 價 平裝 新台幣 400 元整
精裝 新台幣 450 元整

「民事訴訟法之研討」編輯緣起

一九八〇年初，在國內各大學講授民事訴訟法之陳珊、李學燈、姚瑞光、張特生、楊建華、陳榮宗、陳石獅、駱永家、陳計男、邱聯恭、范光群諸先生（依年齡先後序），鑑於我國民事訴訟法之理論及實務水準亟待提昇，追求學問之道，貴在時相切磋琢磨，定期性、經常性法學研究會有待倡行，乃於同年二月二十四日商定自同年六月起每隔三個月舉辦民事訴訟法研討會一次，各自選定題目輪流提出研究報告，進行研討，並予錄音紀錄，然後將其內容整理成文，依次發表於法學叢刊。循此方式，經第一輪次以後，史錫恩、王甲乙、曹鴻蘭等先生（依年齡先後序）相繼參加。又許士宦及呂太郎等先生自第四十二次研討會，曾華松、雷萬來等先生自第四十六次研討會，吳明軒先生自第六十次研討會、林望民先生自第六十五次研討會、張文郁先生及沈冠伶女士均自第七十五次研討會、姜世明及黃國昌先生自第八十三次研討會，亦先後與會。

爲使民事程序法學之研究綿延不絕，乃由張特生、史錫恩、王甲乙、楊建華、曹鴻蘭、陳榮宗、陳石獅、駱永家、陳計男、邱聯恭、范光群諸先生（依年齡先後序）於一九九〇年十二月十六日共同發起成立財團法人民事訴訟法研究基金會，並任第一屆董事，負責推動上開研究事務，經於翌年二月完成法人設立登記。

又，爲防免資料散佚，特將上開研討紀錄，依次輯爲單行本如本，公諸於世。本書收錄第九一次至第九十四次研討紀錄共四篇次，並逐篇於文前列明研討會次別，於文後註明原刊載之期別及年月，命名爲「民事訴訟法之研討(內)」。至於以前各次研討紀錄，共輯爲十三冊如本

書附錄所載內容，均已分別出書。

關於歷次研討紀錄之發表，多承法學叢刊社之協助，其內容之錄音整理，悉賴擔任紀錄諸君（詳如本書各篇文前所載）之辛勞，而本書之編校，則承台灣大學法學碩士陳鵬光律師之協助，併此誌謝。

財團法人 民事訴訟法研究基金會

二〇〇七年六月

於臺大法律學院·臺北市

參與研討人

(依年齡先後順序，分別示明所參加之
研討會次別及發言主旨之所在頁數)

- 吳明軒 (91)112~114
張特生 (91)133~134
王甲乙 (91)114~116, (92)195~197, (93)264~267, (94)389~392
陳榮宗 (91)134~136, (94)369~372
陳石獅 (91)114
曾華松 (91)97~103, (92)192~194, (94)255~260, (94)383~389
駱永家 (91)136~138, (92)206~209
陳計男 (92)209~214, (93)267~269
邱聯恭 (91)118~132, (92)197~206, (93)277~292, (94)365~
366, 412~422
范光群 (91)116~118, (93)260~262, (94)299
雷萬來 (91)109~112, (93)262~264, (94)366~369
鄭傑夫 (91)90~92, (94)376~380
許士宦 (91)106~109, (92)185~192, (93)271~277, (94)395~402
呂太郎 (91)92~95, (93)219~248, 290~295
張文郁 (91)104~106
林望民 (91)103~104
姜世明 (91)3~87, 138~140, (93)269~271, (94)380~383
姜炳俊 (92)181~184, (94)402~403
廖蕙玟 (92)184~185
沈冠伶 (91)95~97, (92)145~180, 214~215, (93)251~255, (94)392~395
黃國昌 (91)88~90, (93)248~251, (94)372~376
沈方維 (94)403~407
陳毓秀 (94)407~409
李國增 (94)317~332, 359, 410~411
周舒雁 (94)332~357, 411
黃柄縉 (94)300~317, 357~359, 409~410

民事訴訟法之研討（四）目錄

- 91 論擬制自認……………姜世明等…… 1
- 92 摸索證明與事證蒐集開示之協力
……………沈冠伶等……143
- 93 對立的共同訴訟人……………呂太郎等……217
- 94 爭點集中審理制度在各法院之施
行狀況及其檢討
……………黃柄縉 李國增 周舒雁等……297

※附錄：「民事訴訟法之研討」（一）至（三）之目錄

認 自 制 擬 論

姜 世 明 等

研 討 次 別：民事訴訟法研究會第九十一次研討紀錄
報 告 人：姜世明
時 間：二〇〇五年三月十三日上午九時至十二時
地 點：台灣大學法律學院第一會議室
主 持 人：駱永家
參 加 討 論 人：黃國昌 鄭傑夫 呂太郎 沈冠伶
曾華松 林望民 張文郁 許士宦
雷萬來 吳明軒 陳石獅 王甲乙
范光群 邱聯恭 張特生 陳榮宗
駱永家
（依發言先後序）
紀 錄 人：吳東憲
主 辦：財團法人民事訴訟法研究基金會

壹、前言

貳、意義與類型

參、法理基礎

肆、要件及效力

伍、結論

駱永家：

今天輪到我主持這個研討會。今天輪到姜世明教授來跟各位發表論文，題目是「論擬制自認」。到十二點有三個小時，總共有十幾個人，依以前的慣例，報告人大概三十至四十分鐘的時間，發表完後每位會員十分鐘，再留下一點時間給姜教授回答各位提出來的問題。現在就請姜教授發表他的高見。

姜世明：

很高興今天非常快速地又輪到我來報告。雖然兩年前報告的時候覺得應該還要有三年才會輪到我，但是今天等於很快地就輪到，很感謝這樣子的安排。對於今天題目的選定，基本是有研究上的進程跟脈絡，而且這個問題目前在實務也有高度的進展。尤其在學理上的發展，在最近幾年來，國內的部分非常優秀跟用功的學者過去已經提出相關的論文，我也做很多的參考，也引發我很多的感想，這是要先跟各位報告的。

第二個要先跟各位報告的是，這篇文章初稿寫成時是五十頁，為了篇幅的關係，便於大家閱讀，所以把我的十個相關案例通通刪除，個人對於案例的解答也通通刪除。註釋部分也做了精簡，其中文章有部分關於闡明、失權一些事實上是重要、應該，但這個部分都沒有辦法把它放在文章上面，所以刪除，如果在文章中有部分文獻闕漏，先前各位老師已經發表過卻沒有引進去是因為我精簡化的結果，而不是忽略，先向各位老師報告。

在進行這個題目之前，首先要更正昨天晚上我發現的文字上的闕漏，因為在精簡的過程當中有一些刪刪改改，有些就會脫漏。第一個是第二頁中，「二、類型」中的第二行，中間民事訴訟法缺了「第二八〇條第一項、第二項、第三項」。為了要更精緻化在文章行文中的

一些論述，在第九頁的第三段，「就擬制自認與事案解明義務之關係，在德國學理上，一般…」雖然這個論述是指人家談這個問題時，一般是從這個脈絡來推演論述，但不是指大多數的學者都這樣做。更精確一點就應該改為部分學者。這是要先各位老師報告的兩個更正問題。

接著進入本論文實質內容的探討。這個問題的探討，在研究當中，多少都出乎我的意料之外。因為在論述過程中，很多實務見解在本文中，有很多不一樣的想法，這是在結果論上先跟各位老師報告。在中間的論述過程當中，我自己覺得很奇異，為什麼我自己做出來的研究結果，跟大部分的實務見解是有落差的，這部分是我們待會兒會來一一檢討。

今天主要是就幾個問題意識來做精簡報告。第一個問題是擬制自認的意義和類型。這部分在教科書或論文方面，比較少，這個題目坦白說也是新的嘗試跟挑戰。因為向來我寫文章是很習慣依賴外國既有文獻，這個問題的一般性論述在德國是停留在不知陳述，例如我國民訴法第二八〇條第二項，主要集中在這裡。一般性的論述相對地少，所以今天這個論文對我來說也是一個嘗試。

擬制自認的意義在我們向來的論述上，基本上都是著重於第二八〇條第一項的定義，所以我國的學者包括實務，所謂擬制自認者包括準自認，即當事人於言詞辯論時對於他造當事人之陳述消極不表示意見，法律上擬制其為自認之謂，這是一般性的對擬制自認的定義。但是這個定義基本上的困難在於要把修法後的第二八〇條第二項、第三項完全涵蓋進去，我持懷疑的態度。對於第二八〇條第一項大家有高度的共識，然後給它一個定義。但是要就擬制自認這樣的制度一個抽象性、一般性的定義時，這部分就面臨這樣的困難。到底要選擇是不

是要類型化，不要做一般性定義，還是要找出一般性定義時，我也面臨長考，到最後還是決定先做一般性定義，再類型化。所以我在這裡在第二頁當中，就把它嘗試定義：「當事人對於他造所為事實主張，在言詞辯論中不爭執或為不知或不記憶之陳述，或經合法送達而不到場，亦未提出準備書狀爭執者，法律上擬制其為自認者。但存在法定排除適用事由或具其他無期待可能之正當事由者，不在此限。」這是一個嘗試，但是當然當中還有很多可以檢討、批判的，就請各位老師指教。

關於類型化而言，本文又提出是否可以區分為三種類型，就是第二八〇條第一項、第二項、第三項分別區分為不同的類型，分別定名第一項為「原始型的擬制自認」或「狹義的擬制自認」，第二項依照目前的法律條文認為是「證據評價型的擬制自認」，第三項則是依照條文歸類為「準用型的擬制自認」。這部分基本上是自己的認知與假設，不一定妥當。待會兒再請各位老師就這個基本的問題指導。

第二個問題，對擬制自認，這很難發音。我昨天一直在練習國語要標準一點，但是擬制自認真的很難發音。合憲性的問題是本文要提出疑惑的。向來沒有人對此提出疑惑，也許是多慮的，但有提到擬制自認基本上是一個影響到非負舉證責任當事人不管是財產權、資訊決定權、意思形成自由、表達自由等自由權權利的問題。制度的合憲性不是理所當然的，還是要經過評估跟檢討。擬制自認中間的基本權衝突，在於就非負舉證責任的當事人，基於什麼樣的法理，雖然不講話，但因為對造講了所以就當作真的；可到場、應到場而不到場，就用什麼樣的法理來說對方說的是真的，而你敗訴的機率非常高。不到場、不講話，是不是直接就能夠跳躍到這樣子的結果，這部分跟當事人意思決定權、資訊決定權等等直接就衝擊到。本文當中也就這部分

提出合理化的基礎。當中學理的探討，最重要的實益在於，到底把擬制自認著重在訴訟促進這樣的法理基礎，或者是把它放在程序法上例如辯論主義、尤其真實義務。因為德國的擬制自認，除了類似於我國第二八〇條第三項那部分割裂性的規定外，他們將第二八〇條第一項、第二項放在總則裡面。在真實義務規定之後，例如第一九五條之後，就來處理不知陳述的問題。所以第二八〇條第一項、第二項的問題，在德國也許在發展上會比較朝真實主義、陳述義務來發展。這個脈絡底下，對於擬制自認的適用範圍會影響。放在訴訟促進義務的話某程度就會放寬，放在真實義務、陳述義務的脈絡下來理解，某程度就會限縮。所以本文雖然在法理基礎上就訴訟促進也提出一些對外國法觀察、對本國法觀察，結論是說關於訴訟促進這個語彙，制度的目的論在我國的發展上已經擴大化。語彙定義的射程範圍某程度上已經擴大化，變成一般化的字彙的使用，我在本文當中並沒有排斥。在這個小節裡面就有談到雖然對於不同的理論，導引出來擬制自認的法基礎、合理性評估，但是探討擬制自認的合憲性評估時，只好把類似證明妨礙法理的制裁論，跟訴訟促進拉進來，才比較有可能鞏固擬制自認合憲性的基礎。這是在這個部分的初步觀察，不曉得是不是具有合理性，還請老師們指導。

接著，在探討法理基礎當中，除了上面的問題之外，還必須注意到一些問題，就是在談到訴訟促進時，在將來的學理發展上，到底要把一般促進訴訟義務、一般事案解明義務、一般協力義務等同以觀，還是有區別？這裡面都會影響擬制自認的發展。因為承認一般事案解明義務，到底還有沒有設置擬制自認的必要性？如果承認資訊探知義務，如果用那個學理就能解決，擬制自認跟它的關係為何？這是很尖銳性的問題。

第四個問題是，在探討要件當中，第十三頁就客體論而言，是指當事人事實之主張。所謂事實乃指關於系爭事件中被運用之法規範要件相對應之外在世界之現象與狀態，同時亦包括人類之精神狀態，例如故意、企圖、同意、善意或惡意，都包括在內。而且不僅包括個別事實主張，且及於整體事實之綜合陳述。就這部分我國實務上已經有蠻多見解。例如債務清償的事實、醫療費支出的事實、設計製作費實際支出費用、出租事實及現仍占有某物之事實、殯葬費、契約有效成立、對經濟不佳事實、文書真偽這些事實都是。但如果是價值判斷、經驗法則、法則或證據評價都不是自認之對象；外國法之內容，也不是擬制自認的對象。現在比較有爭議的是不屬於當事人親身知覺、感受的事實，自己所做的行為，此等事實，可以成為自認的對象，但到底要不要納做擬制自認的對象？這部分可能會有爭議。對於所有權、租賃、買賣、契約、公共道路及保證等當事人於日常生活所共知之法律定義或法律關係之法律事實，我們國內以前學者的研究報告也提出精闢的見解，這些可能涉及權利自認的相關問題，在本文中沒辦法詳細去討論，也是問題。

再來擬制自認的客體範圍，在第十四頁，除了主要事實之外到底及不及於間接事實？這部分還是以前的學者在研討會有討論過，本文當中也提出初步看法，覺得還是包括進去比較符合程序上的目的性，這在第十五頁有論述。至於擬制自認的對象是不是及於有利事實？這部分本文採消極的看法。

要件當中比較具特殊跟重要性，所謂具體化義務的要求，包括原告或應負舉證責任當事人，其主張責任具體化的問題。還有非負舉證責任一造當事人爭執具體化的問題，這在第十六頁中。其中對於爭執的具體化，國內學者幾年前已經提出很重要的見解，基本上是跟德國

的部分看法一致，爭執的具體化程度是視應負主張責任主張的具體化程度而定。也就是應負主張責任之當事人必須先就事實作具體陳述，如果其未就其應負主張責任之事實為具體陳述，則對造並無具體化陳述以補充主張責任當事人陳述之義務。這部分是我跟以前發表過的相關文章學者持一樣的看法，某程度上都是這樣的脈絡作衍伸。這部分在理解本文方面，就具體化義務、爭執具體化就必須要能夠從這邊切入，才能夠理解這邊行文的鋪陳、邏輯。

在具體化義務部分，事實上國內實務不是沒有檢討過。例如我在第十七頁引註的爭議問題：「甲於六十七年一月間開立六十七年七月一日到期之支票一紙向乙調借同面額新台幣（下同）四萬元。六十八年四月，乙復持該支票背書轉向丙調現。嗣乙逃匿無蹤，丙乃持該支票於七十年五月以支付命令為債權轉讓之通知，訴請甲返還借款四萬元，甲則以在六十六年六月間已向乙清償完訖為辯，經查甲對是項有利之事實迄未能舉證證明，且對於債權讓與一節迄未爭執。」事實上在其中有兩種不同的實務見解。一說當中強調，丙來跟他請求就債權轉讓事實的人有講，但就時、地等具體化情節都沒講。這時候法官又沒有去適度地闡明到底是怎樣情況，直接在另一種見解就不去管，債權轉讓的事實就視同自認，這變成司法院第一廳的見解。但是這裡要探討的是具體化的問題。就債權讓與的事實是不是可以只要對方不爭執，就馬上直接就事實當作擬制自認。還是把時、地講出來，這部分的理論在德國的實務發展上也有些爭議。雖然有一開始不用把時、地講出來的學理發展，但是這裡我國要怎麼發展是我們要決定的。這裡就讓與部分法官要不要闡明，還是他講債權讓與事實就讓他過了，如果不爭執就說你自認，這樣也可以變成自認或擬制自認的標的，是不是要這樣發展？如果是的話當然就是不同的評估，如果不是的話恐怕

是法官要盡量加以闡明，闡明之後看是不是甲要爭執或不爭執，然後加以定性。因為在訴訟中到底屬於自認、不爭執或認諾，將來學理在發展上在訴訟中必然必須要在訴訟加以定性。將來配合在文章中所談的爭點協議，爭點整理當中的協議所引發出來的效力問題，都必須整體去透過法官盡量加以定性，定性好後才能處理到底要走向第二七〇條之一，還是要走向第二七九條或第二八〇條，效果完全不一樣。這部分是對於具體化義務的基本評估。

接著是第十八頁當中，當事人主張，尤其是原告，符合一貫性的問題。所謂一貫性基本上就是法院應審查，第一個，當事人之權利主張之是否存在一具體基礎，以及第二個，該基礎（即該事實主張）是否足以支撐該權利主張。也就是當事人所主張的事實是與特定法律規定連結，而且是適合且必要。依據事實主張可以特定權利主張，根據那個陳述可以導引獲致，這個叫做一貫性審查。一貫性審查在擬制自認當中要放在怎樣的脈絡？在這裡是不是要當作一般性的要件？甚至把顯無理由拉過來？反正不符合一貫性的、顯無理由的就不要再處理第二八〇條的問題，不要處理擬制自認的問題。還是透過第二八〇條，反正他講的我們都推認為事實，根據這些事實在判定其顯無理由？在這裡我是持保留的態度。

理論上最爭議的是第十八頁的「5.」，要不要以資訊義務作為一般性要件？理論上最具爭議性跟衝突性。尤其資訊義務在這裡廣義跟狹義的區別可能導引出學理上不同的結論。我在本文中探討第二八〇條擬制自認時，是把資訊義務做狹義化的處理。我在第二八〇條第二項特別創設出跟學者以前介紹的資訊探知義務，放在第二八〇條第二項的脈絡當中，去創設出探討許可性問題的時候，才承認它。沒有拉出來說以資訊義務作為第二八〇條第一項、第二項、第三項的基本要

件。這部分在觀察上面容有爭議，目前我初步的論述基礎是這樣。

第二個就探討特別要件而言，就不爭執的定義我跟實務有一點不太一樣的看法。第十九頁當中，我們看到實務非常多的見解都認為，如果當事人明示不爭執，原告主張什麼、被告主張對對造的某個事實不爭執；非負舉證責任或非負主張責任當事人的不爭執，實務認為這叫做第二七九條的自認。等於是只有當事人對這個沒有意見，或避而不答、沈默，才是第二八〇條第一項，把它狹義化。我的想法是，你講不爭執，不爭執某程度上還有保留，保留將來還有防禦的權利，可能當事人是這個意思。當然這裡前提是要闡明，闡明清楚到底是自認還是不爭執。人家如果說是不爭執，就往這個方向去靠，如果說是自認，就往那個方向去靠，因為人家可能要保留將來的追復可能性。這部分我就跟實務的看法有點距離，到底是不是妥適可能要請各位老師加以評價。

關於非因其他陳述可認為爭執這部分，所謂他項陳述究竟指什麼，我在第二一頁有說明。有兩個層次來觀察，第一個是時點上的因素，一個是爭執的標的。時點上之因素就是說，若在言詞辯論中不爭執者，但在準備程序或準備書狀上有爭執者，能否認為其「不爭執」。從爭執的標的來看是說，例如實務上曾經發生過，在所有物返還之訴中，當事人所主張者係借貸關係之存在已消滅，所以主張民法第七六七條要返還。而被告則主張是基於買賣。這部分實務就認為屬於他項陳述，就是通通認為有爭執。但我的看法不是這樣，而應該是借貸那部分是不爭執的，但那部分不爭執不代表可以依照那樣的法律關係請求返還。沒有這樣子的推理。但是買賣關係就由你去舉證，還是可以變成有權占用然後阻卻他的返還請求。所以這部分我可能跟實務的觀察又不太一樣。