

This book is based on experience in legal practice as a starting point to explore the root causes of judicial reform, and to explore the origin of humanity and ethics, can be said to range between academic and practical work, it can be said to range between humanity and the law works.
This book records of a lawyer's practice in Taiwan for many years and contact in Europe and the United States after the feelings of judicial practice and reflection, and the author's efforts to introduce ethics lawyer; book also presents the process of democratic movement in Taiwan, lawyers thinking about the social positioning of self and limitations, as lawyers involved in the establishment of "civil society" in the reference material.

伊薩法學系列 十五



民事訴訟法 判解導讀

姜世明◎主編



新學林

港台書

D927.580.510f

20121

伊薩法學系列(十五)

民事訴訟法判解導讀

姜世明 主編



新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事訴訟法判解導讀 / 姜世明主編. -- 一版. --
臺北市：新學林，2011.01
面；公分 -- (伊薩法學系列；15)
ISBN 978-986-6225-75-8(平裝)

1. 民事訴訟法 2. 判解

586.1

99025248

民事訴訟法判解導讀

主 編：姜世明

出 版 者：新學林出版股份有限公司

地 址：10670 台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

電 話：(02) 2700-1808

傳 真：(02) 2705-9080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總 經 理：毛基正

出 版 部：江承勳

責任編輯：張瑋琦

版 權 部：林靜妙

製程管理：謝逸翔

出版日期：2011 年 1 月 一版

ISBN 978-986-6225-75-8

定 價：400 元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：10670 台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

購書未滿 1000 元加收郵資 50 元

團購專線：(02) 2700-1808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

序言

民事訴訟法係實踐性學科，其基礎理論建構固屬重要；惟對於律師及法官而言，就實務見解之充分掌握，卻係其業務及職務上之義務所在。即在德國，對於其實務工作者而言，就德國聯邦最高法院之經常性見解，亦有知悉之義務，其律師若因不知悉該等見解，以致其委託人權益受損，乃應負損害賠償之責任。自此亦可知，實務見解對於法律人執業之重要性。

此外，民國一百年將施行之司法官及律師國家考試新制，對於其選擇題之命題，其所謂正確答案之決定，除法條、立法理由乃屬較無爭議者外，基本上，對於判例、解釋及最高法院多數見解，應亦可作為其所謂標準答案。若學說之見解，與該等見解歧異，該題目並不能以此等學說見解為給分標準。如此，對於學習者而言，就實務見解之掌握，應亦為學習時所不能忽視者。

本書之編撰，固有其階段性目標。對於判解研讀之引領，此階段乃僅為整體性之提示。其後，依隨進程，將陸續補充不足者。

近年來，對於資料之蒐集，我研究助理之貢獻頗多，學生盛文、正豪、國芬、映淳、奕榔、逸婷、定國、理安、承育等人之努力，均惠我良多，特申謝意。祝福大家。

姜世明 30.11.2010

民事訴訟法判解導讀

導讀

民事訴訟法係實用之學科，重在其可實踐性；而在法治國之程序法，其重要特色乃在於具備法安定性，不至於動輒突襲當事人，而使當事人之實體或程序利益遭到減損。為此，對於實務恆常性見解之知悉，應為律師及法官於專業倫理上專業知能之基本要求。若律師、法官對於恆常性實務見解未有掌握，即難對於委託人為適當程序風險之評估。其話天說地式之執業方式，實乃違背專業倫理之行徑，並不足取。

對於學生而言，因應民國一百年國家考試題型變化，對於法條、立法意旨及實務見解，均有確實掌握之必要。而此適呼應前開所言之執業知能之需求，於制度發展角度上，毋寧可提供教師及學生在校授課及學習對於理論及實務分配比例重新思考之契機。

壹、建構民事訴訟法之基本學理

一、目的論

國家設立民事訴訟制度之目的固可能因時代背景與法律思想之差異，而存在不同之觀察角度，亦即，在基於自由主義民事訴訟觀、社會民事訴訟觀與納粹之民事訴訟觀等在歷史上曾發生或在發展中之訴訟制度，各有其制度目的論，或基於個人權利角度出發、或自公益需要層面觀察、亦有欲求個人權利與公益之兩全者，不一而足。關於民事訴訟制度目的論之討論，其主要功能乃在於加強對訴訟制度建構（立法）及其解釋適用時之思考與理解之方向感及提問之敏感度。

關於民事訴訟制度之目的論，在學理上有頗多討論，有主張權利保護說者、權利保障說者、紛爭解決說者、法和平維持說者、私法秩序維持說者、程序保障說者、社會形成說者、多元說及法尋求說者等。就此一目的論爭議，其爭議之發生，可能係基於以下因素：其一、民事訴訟制度在立法形式表現，多不限於以實體判決作為唯一結果或發現之形式，例如亦承認訴訟上和解、調解（德國於其民事訴訟法且規定仲裁）等制度，因而僅自實體法角度出發之見解，對於若干亦在形式上被認為係屬於訴訟制度一環者，難以適切說明。其二、民事訴訟制度本身可能基於伴隨實務運作而發生若干獨立於實體法之需要，尤其司法制度人力、物力之擴充亦有其極限，在極限之外，即為基於公益角度訴訟觀之發展基礎，而此亦造成訴訟制度目的難以僅自實體法觀點詮釋之原因之一。其三、基於時代背景、時代精神及意識型態之發展，均可能影響當時論者對於民事訴訟制度目的之認知。

民事訴訟之目的是否可自單一取向獲致完整之理解，實存在疑義。我國目前關於民事訴訟制度目的論之見解有採「法尋求說」者，該說認為：民事訴訟制度之目的應是「法」之尋求、發現、提示。而且，其所尋求之「法」，係指存在於實體利益（如因特定實體法上權利經裁判為存在，即特定實體法規範被適用時所可能獲致之利益）與程序利益（如因程序之使用或減免使用所可能獲致之勞力、時間或費用之節省）之平衡點上之「法」，而非僅指在訴訟外從客觀上據以判定某私權存否時所適用之實體法規範而已。此一將實體利益與程序利益進行平衡，並以程序保障作為其理論正當性之前提，在我國近年來於學界、立法及部分實務見解已發揮一定之影響。

在德國，關於民事訴訟制度之目的觀，固存在不同之見解。惟其首要者應係「實體權利之確認與實現」，此一認為民事訴訟目的應為私權保護之見解，乃植基於其以私權保護作為國家任務之觀點。亦即，個人受實體法所保護之私權，因相對人惡意或無資力，或因事實與法律關係不明，以

致未能獲得實現時，國家如為避免私人間以原始之自力救濟方法解決，則有必要設立民事訴訟程序以釐清當事人間之實體權義關係。但依民事訴訟法及其相關法規所規定之訴訟制度觀察，僅將民事訴訟制度之目的定位在私權保護說，可能過於狹隘。因在民事訴訟中有所謂團體訴訟制度（關於一般交易條款及不正競爭法等相關規定），乃具有公益追求之意義存在；而在民事訴訟法中又承認訴訟上和解等制度，其自亦具有紛爭解決之意義存在。此外，論者亦有提出民事訴訟制度之「社會形成」功能，亦即經由訴訟制度而以法續造及法官裁量權之介入，以形塑當事人間之法律關係（尤其係具有展望性及弱勢者保障之法律關係），而與一般民事訴訟以確認過去發生事實與法律關係者，有所不同。雖關於民事訴訟制度之目的論具有高度之爭議，但值得思考者係，未能發現真實以實現實質正義之訴訟程序，果能維持私法秩序或恢復法和平及滿足當事人之正義法感需求？又雖紛爭解決說及社會形成說等於部分訴訟法上制度可能具有說明之功能，但能否成為訴訟制度之主要目的，可能仍有疑惑。例如雖承認訴訟上和解，但其實乃對於實體法上私法自治原理之尊重及重申，並不當然可認為民事訴訟制度可完全忽略對於真實之追求，而得以紛爭解決為其主要目的。本書認為民事訴訟目的論仍應以實體權利義務之確認為主要目的，而在當事人自主處分及司法政策需求下，對於其他紛爭解決說、程序保障論、法和平締造及法續造等目的，乃可作為其次要目的，並充當建構及理解個別制度之基礎。

二、理念論

民事訴訟法存在一定之基本理念（理想），此等理念亦影響民事訴訟制度之建構，其且得充當民事訴訟制度解釋適用之指導方針。民事訴訟法之基本理念主要包括：慎重而正確之裁判、公正裁判、迅速及訴訟經濟等。

首先就慎重而正確之裁判而言，其乃基於民事訴訟法與實體法關係

（即國家原則上禁止自力救濟後之權利救濟制度提供任務）所衍生發現真實之程序法基本要求。據此，國家應盡力提供一得有效率發現真實及妥當適用法律之訴訟制度，雖訴訟制度中，究竟應以辯論主義或職權探知主義之何者乃較能達到慎重而正確之裁判，可能有不同之政策取向思考，但關於證據調查程序、直接審理主義、言詞審理主義、合議制、準備程序、爭點整理程序、律師強制主義、上訴制度及再審制度等，則均為實現此一基本理念之方法。

其次，公平亦係民事訴訟法之理想之一，若審判者之裁判不公正，則司法正義亦無從實現。而為達到此一目標，民事訴訟法中乃有迴避制度之設立，以強化法官之內在獨立性。另為能使當事人獲得公平審判，公開審理主義及兩造聽審主義，亦具其意義。但有疑慮者係，闡明義務之行使固以法官不能偏私不公為界限，但何謂偏私不公則可能存在爭議。尤其在社會民事訴訟法思潮影響下，法官闡明義務一再被強化，但界限之研究卻顯不足，即有可能引致當事人一造權義遭受因法官從寬介入而產生之損害（例如關於時效、解除權行使、先訴抗辯權行使及代位權行使可否闡明之爭議）。

再者，訴訟事件能不遲延而迅速終結，亦為民事訴訟法之理想。關於訴訟遲延之原因頗多，包括法官基本學養、事件類型具特殊複雜性或專業性、法官遷調、法官辦案專心與否（是否外務太多）、律師於釐清案情是否盡心、未採律師強制主義、法官員額是否足夠（個別法官辦理案件是否過多）及訴訟制度設計不良（如第一審未擴大合議制）等。為解決積案不決情形，非一味以行政處分相脅，而應經實證研析其成因，對症下藥，乃得有功。另外，新修正民事訴訟法改採適時提出主義，並擴大失權之適用範圍，對於促進訴訟亦具意義，但關於失權之前提要件，在適用上應加以注意，以免淪為過度促進。至於我國關於飛躍上訴制度之增設，亦與訴訟迅速終結有關。

此外，訴訟經濟亦為民事訴訟之基本理念，據此，應使訴訟上當事人

之勞力、時間及費用之成本支出盡量合理地降低，及使無資力之人亦有接近法院之機會。在民事訴訟法中不乏基於訴訟經濟之考量者，例如訴之合併、變更及追加、訴訟移送、簡易程序、選定當事人制度之改革（尤其係新修正民訴法第 44 條之 1 及第 44 條之 2）、第三審制度變革（例如民訴法第 476 條）及關於訴訟救助規定等，均有訴訟經濟之意義存在。

至於訴訟上要求擴大訴訟制度解決紛爭之機能，及在制度運作上應避免裁判矛盾等要求，亦在民事訴訟法制度建構或法規之解釋適用上，具有重要之影響。尤其在法官闡明義務範圍、訴之主觀合併、訴之客觀合併、訴之變更追加、訴訟標的理論、既判力、爭點效、和解制度機能之擴大化（第三人及訴訟標的外事項之介入容許性等）、承當訴訟、訴訟繫屬通知及登記、擴大將來給付之訴及確認之訴之範圍及第三人之訴訟參與（例如訴訟告知之加強）等制度改革與相關爭議，均與上開要求之具體化有關。但於此等制度之解釋適用，仍應注意其是否已對被擴大審理對象之主體與客體範圍，作適當之程序保障及必要時須與法安定性進行取捨衡量。

應注意者係，前開民事訴訟法之基本理念，其彼此間固有契合可能，但亦可能存在衝突關係，例如在有限司法資源之下，慎重而正確之裁判與迅速之要求二者間，即存在緊張關係。而在闡明權之行使及訴訟標的理論發展以擴大訴訟解決紛爭機能為指導原則下，可能因法官過度介入，以致造成不公平裁判，亦即法官可能形同當事人一造之代理人（例如偶見法官在無當事人提供任何主張為根據下，為判決簡單化，教導當事人行使解除權之意思表示），其對於另外一造所得受之實體法上時效或除斥期間之權利保護功能，將有所侵害。

三、與憲法價值連結

（一）獨立之裁判機關

首先，裁判機關之獨立性確保乃實現公正裁判理念之基礎，基於權力

分立原則，司法（裁判）權被認為應獨立於行政權與立法權之外，以確保其裁判公正、人權保障之功能得獲實現。審判獨立之內容，存有不同分類。就組織上之獨立性而言，為排除其他力量的干預，裁判機關被期許具有中立性，因而對於可能影響裁判機關中立性之行為，應予避免，例如對職務不相容行為或職位之避免。

又基於裁判機關應具有事物之獨立性與身分之獨立性。就事物獨立性而言，裁判機關之重要本質乃具體裁判活動不受指令拘束，但就此一獨立性之保障方式，於不同國家可能有不同之實踐方式，例如藉由評議秘密制度或經由法官自治所選出之法官委員會進行事務分配等，均與法官事物獨立性相關。雖法官獨立性之內容包括法官獨立於政府或行政，但其與法官之職務監督間關係仍為難解之問題。而就身分上之獨立性而言，主要係涉及法官之身分保障問題，其乃表現在法官之不可遷調、解職之保障。其中，且以法官之終身職保障為最直接之制度肯認。另外，就法官身分獨立之制度保障中，較具爭議者為關於法官考績之問題，如何防止此一制度侵蝕法官之獨立性，仍有研究餘地。

（二）法治國原則

法治國原則對於民事訴訟程序之影響主要表現在依法審判、法定法官、法律安定性、個案正義及比例原則等。

法律安定性與個案正義在民事訴訟法之實踐上，並非均呈平衡與和諧狀態，於若干情形，法律安定性與個案正義間乃呈現緊張衝突關係，於此情形，如何取捨即成為民事訴訟法之理論上困難。程序法律安定性所表徵之意義，乃利用法律制度之國民對於法律及制度得有預測性、可估計性，於其所應受之風險及成本亦能加以計算，並具有對制度信賴及貫徹法律平等性之意義。程序法係國家力介入之法，其中具有國家行為之介入問題，其程序運作且須符合不特定眾多國民之需要，其程序設計應以透明化、可預測性、定型性為較佳選擇。對於不確定法律概念及賦予法官廣泛裁量權

(非訟化)之規定，應被要求符合事件本質特性之需要及被要求其正當性之說理。

民事訴訟中關於舉證責任分配之問題，乃用以說明法律安定性在訴訟中之界限及個案正義之例外性之適當例證。就舉證責任分配理論向固存在不同之見解，但德國法之規範理論或我國法之所謂特別要件說因具有法律安定性而較能被接受。Rosenberg 乃以法條之構造關係分析出發，建立所謂之規範理論。其認為舉證責任分配原則乃係，若無一定法條之適用，則無法獲得訴訟上請求成果之當事人，應就該法條要件於實際上已存在之事實，負主張及舉證責任。亦即，各當事人應就其有利之規範要件為主張及舉證。Rosenberg 將實體法法律規範區分為權利發生（根據）規範、權利妨害（障礙）規範、權利消滅規範或權利受制（抑制）規範。規範理論之要義乃，主張權利存在之人，應就權利發生之法律要件存在之事實為舉證；否認權利存在之人，應就權利妨害法律要件、權利消滅法律要件或權利受制法律要件負舉證責任。此一舉證責任分配原則，非唯符合德國民法草案第一九三條（主張請求權者，應就發生該請求權所需之事實為舉證；主張請求權消滅，或主張請求權之效力受制者，應就發生消滅所需事實，或發生受制所需事實為舉證）之內容，且亦為德國學界及實務多數所承認之舉證責任分配一般原則，而其因符合法律安定性之要求，於德國備受重視。但因其具有若干盲點，例如區辨權利發生要件與權利妨礙要件有困難，且若僵化以此規則適用於所有類型案件，可能導致不公平，於個案正義無法兼顧。因而對此一理論加以挑戰者，前仆後繼，雖如此，但諸如蓋然性理論、危險領域理論、多樣原則說及危險提升說等見解，均因缺乏法律安定性而無法取代規範理論成為舉證責任分配一般原則。

應注意者係，規範理論之適用可能在若干案型無法滿足個案正義，因而在證據法上乃又創立若干舉證責任減輕制度，此部分理念亦得自我國民事訴訟法第二七七條但書之增訂獲得法依據及其印證。修正後民事訴訟法第二七七條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責

任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」其修正理由主要係「因僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難。故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配。尤以關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則……。」自此一立法理由之論述，顯見立法者於實質正義亦有所察覺，並用以修正舉證責任分配一般原則，但就此一但書之修正，如何避免其在個案中任由法官恣意濫用，而成為法律安定性之終結者，則須透過類型化考量，而此應為從事理論建構及實務家所不應忽視之原理。

(三) 社會國原則

就民事訴訟程序與社會國原則之關係而言，訴訟救助及法律扶助乃其中關注之焦點。就法律扶助而言，在我國已完成立法，應對於弱勢者之法律保護有所助益。若爾後尚能就訴訟保險觀念加以推廣，應於弱勢者之照顧較能趨於完全。而就民事訴訟法訴訟救助制度之設立，主要係鑑於民事訴訟法要求利用民事訴訟程序之當事人須支出訴訟費用，其結果可能造成無資力者，因不能負擔訴訟費用之支出，而導致不能接近法院與利用訴訟程序以解決私權紛爭，為避免經濟弱勢者之訴訟權利遭受不適當之限制與剝奪，自有予以救濟之必要。訴訟救助制度即為救助經濟弱勢之當事人而設立，其乃為民事訴訟法社會化之重要表徵；而其基礎思想且與現代憲法基本原則有密切關聯，相關憲法原則主要包括平等原則、法治國原則、社會國原則等。在德國，一般認為，社會國原則聯結法治國原則、平等原則應可推得於民事程序中建立訴訟救助制度之必要性。

我國民事訴訟法新近修正於弱勢者之保障亦多所注意，例如民事訴訟法第二十八條第二項關於合意管轄之限制、第一〇九條、第一一〇條、第四六六條之二等關於訴訟救助之規定，另第四十四條之四及假扣押於家事

事件適用之相關規定（民訴法第 526 條及第 529 條），亦均有體現社會國原則之意義存在。

(四) 基本權

民事訴訟法與基本權之關係至為密切，無論在學理探討或於修法方向上之作用，人性尊嚴、財產權、自由權及公正程序請求權等權利對於我國修正民事訴訟法有指導性之功能。而關於訴訟權之保障，尤其係我國民事訴訟法發展之重心所在。在此，限於篇幅，並無法就個別基本權之內容均予說明，擬僅就武器平等原則及合法聽審權略述之。

武器平等原則之憲法基礎，主要係憲法所保障之平等權規定，但其尚可包括法治國原則與社會國原則二者。亦即，經由法治國原則與平等權二者規定，可推得國家須保障訴訟當事人間之武器平等；而基於平等權與社會法治國原則，更要求國家須保障資力較低劣之訴訟當事人得獲訴訟上救助，以保障其平等接近法院之權利及保障其能獲得司法救濟之權利。

另就程序法意義下之武器平等原則而言，所謂程序中當事人武器平等原則之定義，係指當事人無論其訴訟中為原告或被告，或訴訟外係高低階層之關係，於訴訟中之地位一律平等；法官因此負有經由客觀公正程序進行，無成見地使用與評價當事人雙方之主張，無偏私地運用法律及履行其他程序上義務，以確保當事人地位之平等；而惟經由武器平等原則，乃得強化正確判決獲得之可能性。若就武器平等原則之意義為進一步解析，可將之區分為形式意義之武器平等原則與實質意義之武器平等原則二者。就前者而言，武器平等原則意謂當事人於法院或法官前之地位平等，任一當事人不能有優於他造之地位，亦不得有劣於他造之地位。在訴訟中無論當事人之地位為原告或被告，或訴訟外當事人有不同之身分、階級、地位，於法院前均一律平等。此一定義，基本上係自憲法所保障之平等權所為直接推論。其於程序法建構之立法論上固屬重要，但得否認為法官基於此一定義下之原則應為如何具體化之適用與手段採取，則有疑義。因而實質意

義之武器平等原則乃強調當事人於法院前之實質性程序地位之平等性（等值性），其不僅強調於立法制度上當事人應獲有同等訴訟程序上之地位，且強調程序上之機會平等性，並認為法院除不得恣意對任一方為有利或不利之偏私性訴訟指揮外，並應注意在程序法上法則之解釋適用，及注意調整當事人事實上之不平等性。

具高度爭議者係，是否得自武器平等原則推得在個案中，若法官認為適用舉證責任分配一般原則有失公平時，即可進行舉證責任分配之調整？此一問題，在我國民事訴訟法第二七七條但書之理論發展具重要地位。在醫師民事責任程序中，德國乃基於過失責任原則，發展對於各構成要件之舉證責任減輕制度，以期達到武器平等之要求，但在我國，因有消費者保護法是否適用於醫師、律師等自由業者之爭議，在舉證責任分配法則之發展上，仍未如德國法之細緻。

就合法聽審權（又稱聽審權）而言，在我國多將之納入訴訟權內涵討論，或以所謂當事者權論之；惟在德國，其乃德國基本法第一〇三條所明文規定保障者，而在建構或解釋民事訴訟法規定時，其係不可或缺之審查基準。

在德國民事訴訟法學理，固已受合法聽審權理論所引導；即在實務上，憲法法院受理之訴願案件中以侵害當事人合法聽審權為據者數量亦多。即在我國，近年來於民事訴訟法之學理研究亦著重在對訴訟權之保障，其無論係關於民事訴訟法目的論、突襲性裁判防止、聽審權保障、程序利益保護論、程序選擇權及訴訟法理與非訟法理之交錯等理論，均對學理、實務或立法層次深具影響。應注意者係，在我國實務上乃認為：憲法第十六條規定人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院為適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權（大法官會議釋字第 482 號解釋參照）。因而在我國，合法聽審權亦為憲法訴訟權保障之重要內涵之一，應無疑義。

即在立法上，我國民事訴訟法關於合法聽審權保障之條文頗多，例如民事訴訟法第六十七條之一、第一九九條、第一九九條之一、第二二二條第四項、第二四四條第四項、第二五四條第四項、第二六二條第三項、第四項、第二六五條、第二六六條、第二六七條、第二六八條、第二八二條之一第二項、第二八八條第二項、第二九六條之一第一項、第三二一條第一項但書、第三四五條第二項、第三四七條第二項、第三七三條第二項、第四四四條之一等。其中，應特別注意第一九九條與第一九九條之一規定於突襲性裁判防止之功能；亦即，就法官如何於審判時為如何適度公開心證及表明法律見解之理論發展，將深刻影響我國合法聽審理論於實務、理論之實踐與發展。

四、審理原則

(一) 辯論主義

辯論主義乃指事實關係解明係當事人之權能及責任；亦即關於裁判所需基礎事實之確定，其必要資料之提出與蒐集（事實之主張、證據之聲明）乃應由當事人負責為之者。辯論主義向來乃被認為包括下列三次原則：其一、當事人所未主張之事實，法院不得將之作為判決之基礎；其二、當事人間無爭執之事實（包括自認及擬制自認者），法院應將之作為裁判基礎；其三、法院不得依職權調查證據。宜注意者係，傳統上亦有將此一辯論主義基本定義解為狹義辯論主義者，而廣義之辯論主義則被認為包括處分權主義。惟此一廣義辯論主義之理解，在處分權主義獨立重要性被凸顯之情形下，似已失其意義。

與辯論主義相對者乃所謂職權探知主義，據之，關於訴訟資料之蒐集，乃由法院主導，因而法院乃得採用當事人所未提出之事實以作為裁判之基礎，且裁判上自認效力亦受限制，而法院亦得依職權調查證據。在民事訴訟中，關於人事訴訟程序，某程度上即具有職權探知主義色彩。

我國學者有認為我國民事訴訟法並無明示採用辯論主義之條文，但民事訴訟法第一九六條、第二七九條、第二八〇條及第二八六條等均係以採用辯論主義為前提。亦有學者認為在我國民事訴訟法中，就「當事人所未主張之事實，法院不得將之作為判決之基礎」之次原則，可自第二七七條、第二七八條第二項前段及第五七五條第一項、第五九五條第一項之反面推論，並配合第二七八條第二項但書之解釋認為我國民事訴訟法原即僅採認辯論主義之部分內容而已；且為滿足發現真實之要求、促進訴訟之要求，在此目的之要求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（第 278 條第 2 項所定事實）作為裁判基礎。至於「當事人間所不爭執之事實，法院須將之作為判決之基礎」之次原則，則可自第二七九條第一項及第二八〇條第一項規定尋得其法律基礎。另外有關「法院不得依職權調查證據」之次原則，因我國有第二八八條規定，及第二〇三條第四款、第二八九條、第三四〇條、第三五〇、第三五五條第二項及第三六五條等規定，學者乃認為在就當事人間存有攻擊防禦能力上差距而乏當事人對等性之事件、或特需保護公益、集團性利益之事件，應認為有關調查證據之職權活動，係被期待發揮貫徹武器平等原則及賦予程序權保障等機能，而具其特定意義存在。

本文認為辯論主義與處分權主義原非立法上之用語，並非能在我國民事訴訟法條文中尋獲該等用語之使用。惟自我國民事訴訟法第一九三條、第一九四條、第一九五條第二項、第一九六條、第二七七條、第二七九條、第二八〇條及第二八五條等規定，應可推得我國民事訴訟法亦採行辯論主義之部分內容，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。至於法院是否得依職權調查之問題，因第二八八條第一項規定：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。」此一規定，顯以發現真實為其制度目的設定之前提，其制度運用範圍之承認廣度及強度，對於民事訴

訟法上關於訴訟目的論、客觀舉證責任論之存在空間、辯論主義中關於法院不得依職權調查證據之命題等問題，均將發生衝擊性之影響。

民事訴訟法第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 1 項）當事人於自認有所附加或限制者，應否視有自認，由法院審酌情形斷定之。（第 2 項）自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始得為之。（第 3 項）另同法第二八〇條則規定當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認。但因他項陳述可認為爭執者，不在此限。（第 1 項）當事人對於他造主張之事實，為不知或不記憶之陳述者，應否視同自認，由法院審酌情形斷定之。（第 2 項）當事人對於他造主張之事實，已於相當時期受合法之通知，而於言詞辯論期日不到場，亦未提出準備書狀爭執者，準用第一項之規定。但不到場之當事人係依公示送達通知者，不在此限。（第 3 項）

法院依職權調查證據之禁止乃係辯論主義之基本命題，我國除在人事訴訟中有部分法院得依職權調查證據之規定外，另具有特殊性者乃民事訴訟法第三六七條之一職權訊問當事人制度及第二八八條第一項規定：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。」

就當事人訊問制度而言，我國係以法院職權發動為原則，而非待當事人之聲請，固具特殊性。惟第二八八條乃為辯論主義在我國民事訴訟法發展之重大變數，雖學者有以此一條文乃著眼於事件類型之多樣化、複雜化，認知其中有以私益之保護為重者，亦有涉及集團利益或公益之維護者，乃委諸法院在賦予程序權保障之同時，就個別案情或具體事件類型，裁量判斷宜容許當事人自由取捨證據之權能範圍。某程度而言，若將較具公益性質類型事件，較寬認法院依職權調查證據之權能，其若係較傾向私益性質者，則採較保留之作法，毋寧係依較為中庸之見解，亦可免辯論主義在我國完全遭到破壞。但若就該條文文義觀之，卻未必能推得該類型論