



非負舉證責任一造當事人 事案解明義務之要件

——評最高法院112年度台上字第86號民事判決

■姜世明 政治大學法學院教授

判決摘要

按我國民事訴訟原則上採辯論主義。民事訴訟法第342條第1項規定，聲明書證，係使用他造所執之文書者，應聲請法院命他造提出；同法第343條規定，法院認應證之事實重要，且舉證人之聲請正當者，應以裁定命他造提出文書。倘當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實，並為同法第345條第1項所明定。上開關於課與不負舉證責任一方提出文書義務之規定，並非屬一般性事案解明義務規定，而使不負舉證責任一方亦負有發現真實之協力義務，其仍屬辯論主義之修正。負舉證責任之一方，依上開規定聲請命他造提出文書時，法院仍應具體考量證據偏在、公平原則，且要求對造提出具必要性及期待可能性，他造拒絕提出是否有正當理由等情，依個案而為妥適運用。倘他造仍不從提出之命

時，法院即得以他造違反該協力義務，綜合全辯論意旨，而認關於該文書之主張為真實。

爭點

應負舉證及主張責任一造當事人對於其所主張符合具體化及一貫性之事實主張，在被告為具體化爭執之後，應負舉證責任一造當事人原則上應就該待證事實進行舉證活動。有疑義者係，可否基於真實發現或當事人之真實義務而得要求不負舉證責任一造當事人亦須配合說明、容許勘驗或提出文書等，而使其負事案解明義務？

評析

壹、基本理念

民事訴訟法所規範者係法院與人民之法律關係，具有高權之作用，需具有法安定性，於例外情形乃進行修正與緩和，以成全個案正義。證據法則乃民事

DOI：10.53106/207798362023060132004

關鍵詞：協力義務、危險領域、事案解明義務、文書提出義務、從屬主張責任

訴訟法之核心，其操作亦應有符合可預測性、可估計性及可計算性之規則，不應將例外取代原則，而任由法官隨意決定個案中之舉證責任分配，始符合法治國之思想。否則，已淪為人治而不自知。不負舉證責任一造當事人是否負從屬主張責任或所謂事案解明義務？民事訴訟法係原則上即要求非負舉證責任一造當事人須為真實發現或平等利用證據等理念而負有一般性協力義務，亦或僅在特定條件下始負此一義務，其已涉及辯論主義所衍伸舉證責任與主張責任之分配法則之適用，操作不當，即易造成基本法理之顛覆與法安定性之棄毀。

貳、學說上爭議

在德國固有部分學者採非負舉證責任一造當事人應負一般事案解明義務者，但德國通說並不採取Stürner之所謂當事人一般程序上事案解明義務¹。德國實務上對於實體法以外具程序法性質之資訊提出義務，有較高度之發展。在德國實務上所承認之非負舉證責任一造當事人之從屬主張及舉證責任（負擔），亦即在應負主張責任一造當事人不可歸責地因處於事件發生過程之外，以致未能掌握相關知識，而未能為適當之事實主張時，若依誠信原則，該非負舉證責

任一造當事人可期待提供因其較接近於事實發生經過之說明時（例如事件發生在其責任領域之內），則非負舉證責任一造當事人負有資訊提出之義務²。此一從屬主張及舉證責任，須具備如下要件：其一、應負舉證責任一造當事人處於事件發生經過之外，其二、應負舉證責任一造當事人因此而不可歸責地對於應主張事實無法知悉，其三、非負舉證責任一造當事人卻能較容易提出說明，其四、依誠信原則要求該非負舉證責任一造當事人提出資訊乃屬具期待可能性。對此一由實務創設之非負舉證責任一造當事人之從屬主張及舉證責任，其違反之法效果，有認為係證據評價之範圍，亦有認為應依擬制自認法理規範之。³

對於非負舉證責任一造當事人之事案解明義務問題，固已為我國學者所關注。就所謂一般事案解明義務與文書提出義務之關係而言，學者有認為我國法具有特異性，從訴訟法觀點解釋文書提出義務之相關規定，分別賦予當事人實體法上資訊請求權與訴訟法上證據（文書）蒐集權，結果幾乎使他造或第三人負一般文書提出義務。其並主張應擴大文書提出義務之範圍，主要係為保障當事人之程序主體權（證明權），使其於起訴後可能蒐集充分之事證，避免自己

¹ Vgl. Yoshida, Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess, 2001, S. 54 m.w.N. Vgl. auch Musielak/Stadler, ZPO § 138 Rdnr. 11; Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl., 2003, S. 208, 218, 227.

² BGH NJW 1999, 714; 1999, 1404, 1405 f.; BGH NJW 1998, 2277, 2279; BGH NJW 1990, 314, 316. Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004, S. 741 m.w.N. 但亦有認為非負舉證責任一造當事人無為對方提出有利資訊之義務，BGH NJW 1997, 128, 129. 亦有認為關於非負舉證責任一造當事人之資訊提出義務係實體法之任務，引入一般程序上解明義務並非程序法上之任務，BGH ZP 104 (1991), 203, 205.

³ 姜世明，民事訴訟法（下冊），九版，2023年2月，160頁以下。

缺乏證據，文書為他造或第三人持有，即因無蒐證手段難以接近該文書，以致未能善盡其主張舉證責任。反之，他造或第三人被要求負廣泛之文書開示義務，係為確保遂行訴訟之公正性或基於平等接近證據之要求，以協助當事人為舉證活動。此等解釋與向來之見解不同，非為追求客觀的真實（實體的真實）而課予當事人訴訟上一般的事案解明義務，使就其所執文書負一般性提出義務⁴。

另學者亦有認為我國此次修正民事訴訟法，實已將當事人間之協力義務明定於條文中，修正條文第277條但書及第282條之1應可視為協力義務或事案解明義務之一般性規定，且自修法擴大文書提出義務範圍及增訂當事人訊問規定，縱然不認為證據通則中之上開二規定乃事案解明義務之一般性規定亦可經由法類推之方式，自個別條文所據之基本理念推論出當事人負有一般性事案解明義務⁵。

基本上，我國民事訴訟法就第203條、第367條之1及第196條等規定乃與德國法關於法院命令當事人提出文書、物件權限、當事人訊問制度、當事人真實義務、陳述義務及適時提出主義之規

定等，並無甚大之差異，即關於證明妨礙之理論，在德國法上之適用範圍且較我國法所明文規定之故意證明妨礙者為廣。但我國法上關於民事訴訟法第288條及關於爭點整理之條文與民事訴訟法第344條第1項第5款、第367條之規定，則成為我國法之立法上特色。但應注意者係，我國民事訴訟法第288條關於法院依職權調查證據之規定，非屬新增條文，而我國學者亦尚未因此而將我國民事訴訟法評價為職權探知主義⁶，且有將民事訴訟法第288條規定之適用範圍限縮而往公益色彩較重之事件類型作思考取向者。實際上，此一法院職權調查證據之理論，在德國學理上亦有所發展，但終究並非用以取代原來辯論主義之基本構造，則在我國是否應將此一條文擴大適用，而將辯論主義之第三命題予以顛覆，乃為民事訴訟法發展上所須面臨之課題。

至於民事訴訟法第344條第1項第5款及第367條之規定確為我國擴大文書、勘驗物提出義務之規定，而使我國文書提出義務有較德、奧民事訴訟法為寬大之傾向，此為我國法上關於非負舉證責任一造當事人事案解明義務之重大

⁴ 參閱許士官，證據開示制度與祕密保護程序——以證據保全與文書提出命令為中心，臺灣大學博士論文，1999年6月，398、399頁。對於Discovery之評估，參閱許士官發言，民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（五），1998年10月，105頁以下；黃國昌，比較民事訴訟法下的當事人圖像——由審理基本原則、證據收集權及證明度切入，政大法學評論，76期，2003年12月，211頁以下。

⁵ 參閱沈冠伶，論民事訴訟程序中當事人之不知陳述——兼評析民事訴訟法中當事人之陳述義務與訴訟促進義務，政大法學評論，63期，2000年6月，388、389頁；沈冠伶，論民事訴訟法修正條文中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務，萬國法律，111期，2000年6月，44頁以下。

⁶ 至於在我國實務上，輒見法官超越辯論主義範圍，而對於非負舉證責任一造當事人要求其事案解明，似非因其已對於所謂當事人解明義務之制度有所理解，而可能係對於民事訴訟法第195條第2項作擴大化之適用，而超出於辯論主義範疇運作；另亦可能係基於對民事訴訟法第288條適用範圍之模糊理解所致。

制度特色⁷。但我國法與德國法就文書提出義務乃均存在相同之問題，亦即，為何文書提出義務制度乃要求須存在文書提出之義務，但法院依職權命當事人提出文書之規定，卻可在當事人無文書提出義務下為之？如此，若不將二者加以統合及為合目的限縮解釋，使體系上歸於合一，勢必將使辯論主義覆滅，而走向職權探知主義，此應非立法者之本意，在法社會環境上，似亦無如此走向之條件。在民事訴訟法第344條第1項第5款之立法理由中所述之情形，亦多屬武器平等、領域理論等所得適用之領域，是否可將該款做擴及其他雙方當事人並無武器不平等及雙方均參與事件發生經過之情形，恐有疑慮。尤其若係基於公正程序考量，在一般無武器不平等之案例，又有何適用之必要？舉證責任分配法則乃寓有證據風險分配之意義，誰負舉證責任即應原則上負證據保管及提出責任，僅在例外情形下因其未參與事件經過，未能取得證據之持有時，乃例外承認其負事案解明義務，如此乃屬較為體系之法認識。

本文認為「非負舉證責任—造當事人」，僅在「一定條件」下始負事案解明義務，其並無一般性之協力義務；亦即應具備如下條件，乃能例外性地課以非負舉證責任—造當事人負事案解明義務：

一、應負舉證責任—造當事人對於其請求權所主張之事實應符合具體化義務之要求，若缺乏具體化該主張之認識時，對之應提出根據(Anhaltspunkte)，

該根據應使該等請求權具有可信性，且足以說明其起訴之一貫性。

二、應負舉證責任—造當事人因處於事件經過之外，以致不能對該事實發生經過為完足之說明，而對此不能，其並無可歸責。

三、非負舉證責任—造當事人能對於待證事實輕易地說明，而其事案解明乃屬必要而且具期待可能性。依誠信原則課以事案解明義務並無過苛者。據此，則對於應負舉證責任—造當事人之舉證困難，亦能獲得合理解決。

本文反對一般性解明義務之論據乃包括：

一、絕對性承認一般解明義務，將造成辯論主義與舉證責任理論之侵蝕與破壞。

二、一般而言，在兩造處於平等地位之案型，以誠信原則於個案作證據法上調整，並兼顧不負舉證人之期待可能性，即可達致武器平等原則與當事人證明權保護，則承認一般解明義務之必要性似可被降低。

三、私法秩序所為權利義務分配與調整，應注意成本負擔與危險分配觀念，理論上若當事人無法律上義務為製作、保管文書之義務，其要求不負舉證人須無限制地負提出義務及受不利益之效果之正當性，似較有製作及保管者為低。此在一般案型，例如一般借貸案型，若債權人自己不善加保管借據（支出成本租借保險箱保管），而要求債務人提出可能存在之借據影本，無異於將

⁷ 但此一關於文書及勘驗物之特殊規定，是否已足充當一般化非負舉證責任—造當事人事案解明義務或一般化當事人協力義務之理論根據，則可能存在不同之觀察。

不能證明之危險驟歸債務人，此種見解，將使證據風險分配合理性蕩然無存。因若兩造處於平等地位，共同接觸事情之發生過程，則證據之保管成本似應由債權人負之，豈可債權人自己不盡證據保管責任，而在訴訟時反而要求債務人提出非其應負保管責任之證據？如此，無異鼓勵當事人雙方盡量不要保管證據，到時在訴訟時相互追究保管疏失或不提出責任即可，此一見解無異於鼓勵當事人濫訴及打爛仗，非訴訟治理及交易風險合理分配之道。

四、在特殊案型，即如我國民事訴訟法第342條、第344條立法理由所指出之公害、醫療、產品責任等案型，因涉及武器平等、危險領域、證據接近等問題，自具為有利於舉證人之制度設計之理由，但於其他兩造當事人乃居於平等地位之案型，應注意期待可能性之要求及界限。亦即在審查不負舉證責任一造之一般解明義務違反之審查與認定及正當化事由之確認，應不宜過苛。

五、事訴訟法中關於當事人訊問之規定，本係當事人為自己證據不足時用以補強之用，且係對於當事人雙方為之。我國且僅係由法院依職權為之，其實徹真實義務與事案解明義務之立法傾向顯然不足。而因待證事實本即有爭議，如何認定當事人陳述係虛偽不實而得啟動處罰規定，知易行難，似難以據此規定而認為係承認非負舉證責任一造當事人之事案解明義務。

六、民事訴訟法第277條但書與第282條之1規定係一般舉證責任法則與舉證責任減輕之立法明文化，並不當然具有承認一般解明義務之意義。

七、除非於例外情形可承認非負舉證責任一造當事人應負提供資訊義務之外，如將提供資訊義務予以一般化，將造成刑事上承認「被告不自證己罪」，民事上卻要求「被告自我揭發」，於被告而言，其可期待性並不高。

八、若為絕對性承認一般化解明義務，且於其違反課予處罰效果，則將可能使訴訟淪於相互糾舉相對人陳述為說謊或係違反資訊（文書）義務之證明，而於積極性實體要件證據之提出，反而變成次要；訴訟程序乃成為誠實要求絕對化及相對應處罰之程序，其有無違反人性是否係以程序而害實體，非無疑慮。

九、尤其對於一般事件，例如借款返還事實，若應負舉證責任一造當事人不慎遺失借據，則其可否要求非負舉證責任一造當事人應負提出該借據影本之義務？就此乃涉及民事訴訟法第344條第1項第5款之適用範圍及合理性問題與非負舉證責任一造當事人是否負一般事案解明義務之問題。在此，難道非負舉證責任一造當事人，就此不能指摘應負舉證責任者自己遺失原本亦有可責？亦為證明妨礙？如此，原告遺失借據原本、被告主張自己遺失借據影本，何者應負證明妨礙之責？因而在未有危險領域或武器不平等類情形，實際上難以操作符合法定性之事案解明義務之理論，除非有違反誠信或權利濫用，實難以要求非負舉證責任一造當事人應負如何之違反事案解明之效果。

參、對本判決見解之評估

本件判決固以：「由被上訴人另案提出之書狀及陳述，被上訴人確有以股

東往來名義借款給恩○公司之事實，併為原審所是認。又依證人張○文、周○樺均證稱恩○公司帳冊經黃○友指示會計師王○暉取走，現在黃○友與被上訴人處等語，王○暉105年5月3日之簽收單則記明收到1至4月份憑證、發票及11至3月份之電腦檔，及王○暉與張○文同日之Line對話截圖載明王○暉要求恩○公司準備之資料含營運至當日之收支明細電腦檔等，暨第一審曾勘驗被上訴人於另案提出之恩○公司現金帳等各情，似見上訴人主張恩○公司於105年5月3日前之公司帳冊等文件資料現於被上訴人持有中，並非全然虛妄。果爾，上訴人於原審主張被上訴人向伊借款，並以股東往來名義匯入恩○公司，聲請命被上訴人提出恩○公司105年3月份會計現金帳冊、系爭款項之商業傳票等文件，及王○暉於同年5月3日簽收單上所載105年3月份電腦檔之電磁紀錄等資料，核屬重要攻擊方法，原審未命被上訴人提出，對被上訴人辯稱已無保留該時段之電腦檔，亦未加求證，復未就前揭說明具體審酌有無證據偏在、是否有失公允情事、有無命被上訴人提出之必要與期待可能，即以被上訴人與張嘉文另有訴訟糾紛，存有再行調取其餘會計帳冊資料之事實上困難，逕認被上訴人有不提出之正當理由，尚嫌速斷。」

值得注意者係，其中文書存在、存在何人手上及文書是否屬於民事訴訟法第344條第1項各款之定性，固係法院得否命提出文書之重點所在。在符合民事訴訟法第344條第1項第1款至第4款之情形，且存在者及由對方持有者，固無問題。若非屬該等項款之情形，如何情形

可認為可啟動第5款或訴諸事案解明義務，則有疑慮。本文認為基於第5款之立法說明可知適用第5款應限縮解釋，主要係適用於武器不平等及領域理論適用之範圍，並非所有事件均得為一般性之適用。而在審查非負舉證責任一造當事人之事案解明義務之要件，本件判決指出非負舉證責任一造當事人不負一般性事案解明義務，其法理說明合理，甚為可取，然美中不足者乃就「當事人於證據之不可及乃因居於事件發生經過之外，不可歸責地未能知悉及掌握事件發生經過之知識」之要件，未予處理及置入，較為可惜。

惟應注意，最高法院111年度台上字第194號民事判決乃指出：「原告就其權利主張（訴訟標的法律關係）之構成要件事實，本應為具一貫性之主要事實或間接事實之主張，並就有利於己、被告有爭執之事實，依該條本文規定負證明之責任。惟如原告就其主張事實之發生過程未曾參與，欠缺認識，難以具體主張或證明；而被告自承曾參與該事實過程，且抗辯該事實為真實，即就該事實之發生具有認識並接近證據時，基於當事人所負促進訴訟義務及訴訟上誠信原則，法院非不得依同法第268條及第277條但書規定，命本不負主張及舉證責任之被告，就特定事項詳為表明（事案解明）並舉證。」其中「惟如原告就其主張事實之發生過程未曾參與，欠缺認識，難以具體主張或證明；而被告自承曾參與該事實過程，且抗辯該事實為真實，即就該事實之發生具有認識並接近證據時……」，此一要件乃啟動非負舉證責任一造當事人事案解明義務

之重要關鍵，其與德國實務見解所稱從屬主張責任之要件即有其相適之處，較能使非負舉證責任一造當事人事案解明義務之例外化之性質獲得凸顯。

另本件判決與最高法院111年度台上字第2166號判決所稱：「次按，第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，該第三人固應就其所主張有利於己之此項積極事實負舉證之責。惟因負舉證責任之一方，就他人間通謀虛偽意思表示，舉證困難，而他方抗辯該事實為真，如就該事實之存否較舉證方更為接近證據，有證據偏在情形，法院應妥適運用訴訟指揮權，使非負舉證責任者就該待證之特定事項負事案解明之協力義務（民事訴訟法第268條規定），為真實完全及具體之陳述，以供舉證方據以反駁，俾法院綜合全辯論意旨憑以判斷。上訴人主張陳○○衡情當無購買尚有糾紛之系爭房地，被上訴人間應有通謀虛偽系爭法律行為，並提出系爭房地登記謄本、存證信函、臺南地院民事執行處通知、內政部不動產交易實價查詢資料等，衡諸一般不動產買賣交易習慣、經驗，為保買賣雙方權益，常以文書為憑。則上訴人迭於事實審聲請陳○○提出系爭買賣契約、交付購屋款資料，依上開協力義務、證據偏在之說明，是否非屬必要、有效之證據方法？均未見原審斟酌命被上訴人提出，或詳究其是否負有配合該促進事案解明之協力義務，乃被上訴人僅為單純否認，原審復未行使闡明權，令其陳述，逕認上訴人未盡舉證之責，而為上訴人該部分不利之論斷，尚嫌速斷。」亦欠缺對於非負舉證責任一造當事人事案解

明義務之要件做較為嚴謹之限制，實際運用上，可能陷入較難與所謂一般事案解明義務之操作結果做區隔，終究將導向因法官不同而有相異作法之法不安定。最高法院111年度台上字第2166號民事判決中在通謀虛偽意思表示之事件中要求使非負舉證責任一造當事人負事案解明義務。其忽略通謀虛偽意思表示乃權利障礙要件、乃一般交易行為之變態情形，本應由主張者依規範理論負舉證責任。在本案中是否得命他造提出文書，乃應依民事訴訟法第344條第1項規定之適用性決之。對是否有文書存在應由舉證人為主張及證明。又對有存在如何通謀虛偽之具體事實，亦應由負舉證責任者為具體主張，他方乃有具體化反駁之義務。若主張他人間交易行為係通謀虛偽者，因其係交易世界中之例外（變態）事實，自應由主張者對之先負具體化主張之義務，否則無端指摘，而反要求交易人先具體化陳述其等交易非通謀之消極事實，一般交易安全即易受侵蝕。系爭判決執其一端，未注意通謀虛偽意思表示要件之定性（反對規範），似過度運用協力義務之法理，恐對舉證責任分配法則所蘊含之風險分配有所侵蝕。且在此亦可證以證據偏在因素做為舉證責任減輕考量因素之不可控性，若法院欲以民事訴訟法第203條啟動職權調取證據或命提出文書係另一回事，若係欲課以民事訴訟法第344條之文書提出義務，或遁逃於事案解明義務中，恐又係另一回事。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；更多裁判分析請見月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）