

國立台灣大學法律學院法律研究所



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

集中審理準備程序之研究

-以美國預審制度為借鑑-

A Study of the Pretrial Procedure of Concentrated Trial

-Lessons from the U.S of Pretrial System-

邱靖棠

Ching-Tang Chiu

指導教授：許士宦 博士

Advisor: Shu-Huan Shyuu, Ph. D

中華民國 104 年 8 月

August, 2015



獻 給

母親 劉美慈女士
以及我的家人

謝辭


本論文得以順利完成，首先要非常感謝許士宦老師，給予學生殷勤地指導，並讓學生從中得到許多啟發。抱持著對民事訴訟法的高度興趣，所以投入許老師門下，過程中不免遇到挫折，但老師總能夠指引學生一條方向，讓學生在論文寫作過程中，收穫豐富並有長足地成長。其次，則是要感謝口試委員沈冠伶老師及黃國昌老師，在口試時不但指出本論文尚待修正之處並提供思考方向，也給予學生許多鼓勵。

謝謝家人對我的無限支持，讓我可以無後顧之憂地專心完成論文，尤其母親總是常叮嚀：「不要太累，要放輕鬆，注意身體健康，多出門走走」，讓我想起小時候母親有多麼地辛苦，能夠順利從研究所畢業才是報答她最好的方式，也是我得以順利完成論文的最強動力。也感謝外婆、大阿姨、小阿姨以及胞弟，總擔心我的經濟，每每都怕我在台北不夠花用，適時給予我金錢援助，我也銘記在心。

謝謝朋友們的支持與鼓勵，雖然有時是以「吐槽」的方式，但總能讓我笑開懷，釋放壓力。最後要感謝未婚妻的包容與支持，以及每當苦思論文內容時，給予我的打氣與鼓勵，在未來的路上有妳的陪伴，我的人生定當完整與豐富。

2015.8.8 於台北

摘要



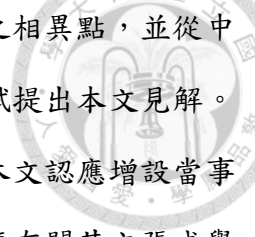
我國於 2000 年修正民事訴訟法（下稱新法），採行爭點集中審理主義，並將準備程序修正為爭點整理程序。為此，如何於準備程序踐行爭點整理，成為新法施行後之課題。因為集中審理可以促進訴訟審理之效率性及裁判內容之正確性，從而提高人民對司法之信服度，所以如何充實必要之審理，而排除不必要之證據調查，即成為準備程序之重要作業。本文即以有效之爭點整理作為主軸，展開準備程序相關問題之探討，並立基於比較法之研究，進行新法之解釋論甚至立法論，期能助益於準備程序機能之發揮，實現集中審理之目標。

本文共計五章。第一章為研究動機及問題提出。第二章為在我國法準備程序中，如何達成新法集中審理之立法目的。首先針對我國集中審理之意義進行探討，並介紹其程序特徵及優點。其次，則是針對在新法下準備程序所面臨到的學說爭議進行探究。接下來，關於準備程序中如何實踐爭點整理，分成三大部分加以討論。第一部分係有關書狀記載內容之具體化，特別是新法於起訴狀應記載事項中，就訴訟標的之部分增訂「及其原因事實」（第 244 條第 1 項第 2 款），此原因事實之表明，即可能涉及最上位爭點（訴訟標的、訴之聲明）之整理或事實上、證據上之爭點整理。且為避免偏離訴訟上請求（訴之聲明及訴訟標的）而進行無益之審理，法院自受理訴訟之時起，就原告及被告所為之主張即應分別進行一貫性或重要性審查。第二部分是有關當事人於準備程序中之事證蒐集權。新法基於公平、程序法上誠信原則及「當事人訴訟資料平等使用原則」，擴大當事人事證蒐集權限，分別增修「酌許證人之書狀陳述」（第 305 條第 2、3 項）、「文書提出義務範圍之擴大」（第 344 條第 1 項第 5 款）以及「擴大證據保全之範圍」（第 368 條第 1 項後段），本文將細部介紹各該事證蒐集權限之學說爭議。第三部分則是探討在準備程序中，有關最上位爭點（訴訟標的、訴之聲明）、事實上、證據上以及法律上爭點等整理之操作順序與內涵，並就「爭點整理」及「爭點簡化協議」兩者之意義、拘束力與學說爭議加以介紹。最後，係探討促進訴訟義務，尤其係有關準備程序


失權效之例外規定（第 276 條），特別說明其中有關「顯失公平」之部分在學說、實務上之爭論。

第三章為美國預審程序之制度探討。首先，先就預審程序之成因加以說明。接續則為在預審程序如何為爭點整理之實踐，本文採取與第二章對比之方式，同樣地分成三部分詳加介紹。第一部分為在訴答程序中書狀內容之記載，在 1957 年 Conley v. Gibson 案聯邦最高法院所確立之「通知化訴答」(notice pleading) 似乎自 2007 年之 Bell Atlantic Corp. v. Twombly 案及 2009 年之 Ashcroft v. Iqbal 案後，改變了以往之見解，並建立出一套新的訴答標準——「可信性標準」(plausibility standard)。對此晚近實務之最新發展，美國實務可謂已趨於一致，但學說見解則是莫說一是。第二部分為事證開示制度之探討。本部分除介紹事證開示之範圍與限制以及開示之方法外，立法者亦意識到電子儲存資訊之事證開示 (E-Discovery) 之重要性，為了因應近年來科技之進步（尤其係公司都有以電腦等電子設備來記錄相關資訊之情況），自 2006 年開始，聯邦民事訴訟規則（下稱 FRCP）進行了若干修正，然實務上針對電子事證開示又陸續產生「費用移轉之問題」以及「不慎揭露電子儲存資訊時，是否視為放棄祕匿特權之問題」，前者雖於 2006 年所修正之 FRCP 26 (b) (2) (B) 已採納 Zubulake v. UBS Warburg 案所提出之八項要素作為衡量標準，但仍衍生出新的爭議，而在後者，實務則是見解分歧，於此必須加以介紹著名的「Lois Sportswear 法則」。另外，為避免此爭議產生，在事證開示之前，實務上尚發展出彌補性協議或快覽協定等解決方法。最後是介紹 FRCP 37 有關違反事證開示之情況，以及其制裁之手段。第三部分則是探討預審會議所產生之相關問題，其中最重要者，乃係在預審會議後，法官會作成預審裁定，而此裁定原則上具有拘束力，但在「顯不公平」(manifest injustice) 之情況下，例外可請求修正，而對此「顯不公平」，美國實務上有提出四個要素作為衡量標準。

第四章則是回顧第二章、第三章之內容，並藉此為著力點分析、比較我國與



美國書狀記載內容、事證蒐集制度與準備程序（或預審會議）之相異點，並從中檢討兩國制度之良窳，作為我國解釋論或立法論之借鑑，並嘗試提出本文見解。例如從美國法所可獲得之啟發是，參酌美國法上之書面查詢，本文認應增設當事人間直接查詢制度，以便利當事人於準備程序中，得能事先蒐集有關其主張或舉證所必要之事證資訊，然為防免此制度（不經由法院命令之方式）遭到濫用，宜考慮設若干除外規定，故可參酌 FRCP 26 (b) (2) (C)、FRCP 26 (c) 有關事證開示範圍限制及聲請核發保護令之規定。亦即，若此書面查詢對相對人將造成過於不合理之繁複、或可從其他管道、較少負擔或更低之費用取得事證、此要求之負擔或費用超過其可能帶來之利益、或意圖以此制度騷擾當事人、或係有關相對人之隱私、營業秘密等，則可免於答覆。另，我國亦可參酌引進律師照會（查詢）制度，蓋此制不僅同樣有前揭當事人間直接查詢制度之增設理由，並鑑於律師職務之公共性，使律師得就受託事件，經由所屬律師公會之認可，向機關或團體為必要之查證（使其就特定必要事項提出報告或說明），且本照會制度係經由律師公會預就照會內容要求為審查，故亦不致產生濫用而侵害他人權利之情形。此外，並應酌採美國法上有關未對書面查詢提出答覆之制裁規定（FRCP 37 (d) (3)），對於怠於提出書面回覆者（包含異議）作出制裁，包括：法院得認請求人所主張之事實為真、禁止相對人於其後提出該事證。法院甚至得易發或併發該未遵守請求之當事人、其律師或者兩者支付因未遵守所致生之合理費用（包含律師費在內），但若相對人未遵守請求係有相當理由或有其他不公平之情事者，則不在此限。而對於有關報告或文書提出之費用由何者償還或負擔之問題，本文則認此當為訴訟費用之一部，原則上由敗訴之當事人負擔（第 78 條），然法院亦應考慮酌量情形而命勝訴當事人依比例負擔（第 81 條）。針對爭點整理，為促使當事人積極提出事證資料，必須設有失權制裁，然顧慮準備程序之失權效果過於嚴苛，則設有失權制裁之例外規定，其中「顯失公平」（第 276 條第 1 項第 4 款）在解釋論上之具體內涵我國學說已有所充實，雖與美國實務在判斷「顯不公平」之細項要素上呈



現些許不同，但在大方向上則同樣是以利益衡量作為判準。然在我國實務上，法院對於本條款之涵攝過程卻仍不夠細膩，故若能將學說所考量之要素實地操作於個案中，當有助於我國對於「顯失公平」概念之具體化。另外，特別介紹 2014 年 FRCP 最新修正草案，此改革方向，部分與我國現行法有相通之處，抑或可成為我國下一步之修正方向。

第五章，結論。為全文總結，並回應第一章之提問，期許本文對我國準備程序之爭點整理，無論係現行法之解釋上，或未來之立法上，皆能有所助益。

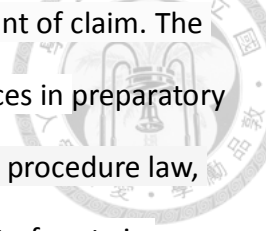
關鍵字：集中審理、準備程序、訴答、事證開示、預審會議、爭點整理、爭點簡化協議、一貫性審查、可信信標準、失權效、顯失公平

ABSTRACT



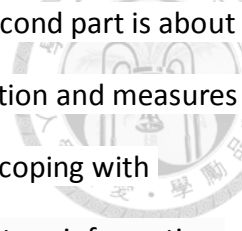
In 2000, Taiwan amends Taiwan Code of Civil Procedure (hereafter as New Code) adopting centralism of issue to judge, and preparatory proceeding is amended and becomes procedure of formulation of the issues. Consequently how to formulate issues in preparatory proceeding becomes a topic after New Code enforcement. Because concentrated trial can promote efficiency of judgment, correctness of written form of judgment, and enhance persuasiveness of justice to the people, hence, how to strengthen judgment, excluding dispensable evidences to investigate is important task in preparatory proceeding. The thesis is according to effective formulation of the issues to expand relative to discuss of issues in preparatory proceeding, and comparative law-based proceeds explanation and lawmaking. Hoping to assist function of preparatory proceeding to elaborate accomplishes target of concentrated trial.

The thesis totally has five chapters. Chapter 1 is about motive of study and question awareness. Chapter 2 is about how to realize legislative purposes of concentrated trial in preparatory proceeding in New Code in Taiwan. First, discuss the meaning of concentrated trial in Taiwan, and introduce its features and advantages. Secondly, discuss controversial debate about preparatory proceeding in New Code. Next, how to practice formulation of the issues in preparatory proceeding, it can be divided into three parts. The first part is about concretizing of content in pleadings, especially in New Code complaint shall be indicated matters, except subject of the action, and it revises and augments to put down “the transaction or occurrence giving rise to such claim” (see Article 244, Paragraph 1, Subparagraph 2) that may involve formulation of the issues about supremacy (subject of the action, the demand for judgment for the relief sought), fact and evidence. Furthermore, avoid to diverge from claim to proceed unprofitably judgment, when court accept action, it should proceed



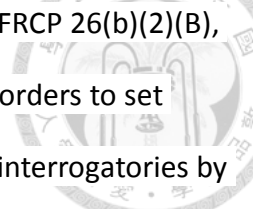
to examine coherency or importance regarding plaintiff and defendant of claim. The second part is about the right of party in collecting facts and evidences in preparatory proceeding. New Code is base on impartiality, good faith principle in procedure law, and equal doctrine of party in using action materials, to expand right of party in collecting facts and evidences, revising and augmenting “grant witness to make statements by pleadings” (see Article 305, Paragraph 2 and 3), “broaden the scope about the duty to produce documents” (see Article 344, Paragraph 1, Subparagraph 5), and “broaden the scope about perpetuation of evidence” (see Article 368, Paragraph 1 in the rear), the thesis will introduce particularly. The third part is about manipulating sequence and intension of formulation of the issues about supremacy (subject of the action, the demand for judgment for the relief sought), fact and evidence. Moreover, the thesis also will introduce meaning, binding force, and controversial debate about “formulation of the issues” and “agreement of formulating and simplifying the issues”. Finally, the thesis will discuss party’s obligation of Promotion of Process, particularly to explain “manifestly unfair” (see Article 276, Paragraph 1, Subparagraph 4) of preclusion effect which causes greatestly debate in the academia and court.

Chapter 3 is about system of pretrial procedure in America. First, the thesis will illustrate the cause of pretrial procedure, and next will discuss how to practice formulation of the issues in the pretrial procedure. The thesis will adopt contrast with Chapter 2, and divide into three parts to introduce alike. The first part is about content of pleadings in pleading, in 1957 in Conley v. Gibson, supreme court of the United States establishes “notice pleading” but after in Bell Atlantic Corp. v. Twombly (2007) and in Ashcroft v. Iqbal(2009), it changes precedent, building up a new standard of pleading – “plausibility standard”. For this latest development, judicial opinions tend to



identical, but there are discrepancies between the academia. The second part is about system of discovery. In this part, except that introduce scope, restriction and measures of discovery, lawmaker also aware of importance of E-Discovery, for coping with advancement of technology (especially nowadays companies often store information by computers), since 2006 Federal rules of civil procedure (hereafter as FRCP) proceed amendment, but in practice E-Discovery bring new problems – one is about cost-shifting, another is about whether an inadvertent disclosure of electronically stored information treats as waiver of privilege. Although the former, amendment to FRCP 26(b)(2)(B) in 2006, adopts Zubulake v. UBS Warburg which puts forward eight factors to weigh, however it still produces new problems; the latter there are different judicial opinions between courts, and the thesis will also introduce well-known “Lois Sportswear theory”. In addition, for avoiding bring dispute, before discovery, the party may use “claw-back clause” or “quick peek agreement” to resolve it. Finally, the thesis will introduce FRCP 37 which is about failure to make disclosures or to cooperate in discovery and sanctions. The third part is about pretrial conference. Importantly, after pretrial conference judge will issue a pretrial order which controls the course of the action, but preventing manifest injustice the party can request to amend it. How to explain manifest injustice, there are four factors to weigh.

Chapter 4 is about reviewing chapter 2 and chapter 3, analyzing and comparing to differences of pleadings, discovery and preparatory proceeding (or pretrial conference) between Taiwan and America, reviewing advantage and defect, referring to FRCP to explanation and lawmaking of New Code, and try to address my opinion. For example, comparing to interrogatories in FRCP, the thesis advises Taiwan Code of Civil Procedure should stipulate that interrogates to parties directly to facilitate parties can collect facts and evidences which is relevant to any party's claim or defense in advance. However,



avoiding it is misused, Taiwan Code of Civil Procedure could refer to FRCP 26(b)(2)(B), FRCP 26(c) which is about discovery scope and limits and protective orders to set proviso. Moreover, Taiwan Code of Civil Procedure also could adopt interrogatories by lawyers, because there is not only the same reason like interrogatories to parties, but also lawyer's mission has public welfare to people. By permission of bar association, lawyer designated by party in a legal case can investigate to establishments (ordering them to report or illustrate specific matters), and matters regarding legal case is reviewed by bar association when lawyer apply for it, it don't worry about that the system would be abused by lawyer. Besides, the thesis advises to refer to FRCP 37(d)(3) regarding party's failure to serve answers to interrogatories would be sanctioned. For formulation of the issues, the thesis will especially discuss "manifestly unfair" (see Article 276, Paragraph 1, Subparagraph 4). Comparing with judicial opinions in Taiwan and America, we may find that our courts regarding explanation of "manifestly unfair" are rough, if our courts can consider factors which the academia has addressed, it could help specificity of concept of "manifestly unfair". Finally, the thesis especially introduces the latest FRCP amendment in 2014, it could be reference materials if New Code would be amended in the future.

Chapter 5 is the conclusion, and responds to questions in Chapter 1.

Key words: concentrated trial, preparatory proceeding, pleading, discovery, pretrial conference, formulation of the issue, agreement of formulating and simplifying the issue, plausibility standard, manifestly unfair.

目錄

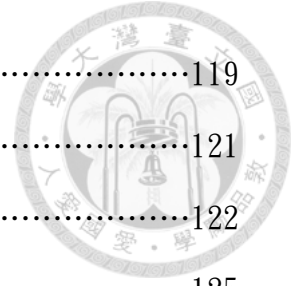


第一章 緒論	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 問題提出.....	3
第一項 準備程序之定性問題.....	3
第二項 準備程序之事證蒐集問題.....	5
第三項 準備程序之爭點整理問題.....	7
第四項 準備程序失權效之問題.....	11
第五項 準備程序後訴之變更、追加問題.....	13
第三節 研究方法與本文架構.....	15
第一項 研究方法.....	15
第一款 比較法研究.....	15
第二款 研究範圍.....	16
第二項 本文架構.....	17
第二章 我國準備程序	19
第一節 集中審理制度下準備程序之定性.....	19
第一項 集中審理之內涵.....	19
第一款 集中審理之意義.....	19
第二款 集中審理之程序特徵.....	22
第三款 集中審理之優點.....	22
第二項 準備程序.....	24
第一款 準備程序之功能、目的.....	24
第二款 準備程序之運作爭議.....	25
第一目 獨任法官行準備程序之適用性.....	25

第二目	準備程序受命法官之證據調查權	26
第三目	準備程序得以不公開法庭行之	29
第四目	受命法官指定期間命當事人為協議之次數	32
第二節	準備程序之爭點整理實踐	32
第一項	書狀記載內容之具體化	32
第一款	起訴狀之記載內容	33
第二款	準備書狀、答辯狀之記載內容	34
第二項	訴訟資料蒐集之協力義務	35
第一款	傳統辯論主義走向協同主義	35
第二款	準備程序中之事證蒐集	39
第一目	酌許證人之書狀陳述	39
一、	證人書狀陳述之態樣	39
二、	書狀陳述之效果與制裁	42
第二目	文書之蒐集與開示	43
一、	文書提出義務範圍之擴大—兼論文書提出義務之一般化	43
二、	文書特定協助義務	51
三、	違背文書提出義務之制裁	52
第三目	擴大容許聲請證據保全之範圍	55
一、	證據保全之機能	55
二、	證據保全之類型	57
三、	不遵從證據保全命令之制裁	61
第三項	準備程序中之爭點確定與簡化協議	63
第一款	爭點整理程序之機能	63
第二款	爭點整理程序進行之順序	64

第一目	有關訴訟標的、訴之聲明之爭點整理	64
第二目	一貫性審查及重要性審查	66
一、	請求之一貫性審查	66
二、	答辯之重要性審查	68
第三目	事實上、證據上爭點之整理	69
第四目	法律上爭點整理	71
第三款	爭點整理與爭點簡化協議之區別與拘束力	72
第一目	爭點整理之意義	72
第二目	爭點簡化協議之意義	73
第三目	爭點整理與簡化協議之區別	74
第四目	爭點整理與簡化協議之拘束力	74
第三節	準備程序中之訴訟促進義務	77
第一項	促進訴訟義務之概念及法理依據	77
第二項	失權制裁之合憲性	79
第三項	準備程序失權制裁於違反訴訟促進義務類型之學說上定位	80
第四項	逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁及例外情形-「顯失公平」之探討	82
第一款	失權制裁之要件	82
第一目	逾時提出：未於準備程序提出	83
第二目	延滯訴訟之概念	83
第三目	主觀可歸責性	85
第四目	遲延提出與訴訟延滯之因果關係	86
第二款	失權制裁之例外-「顯失公平」之探討及在我國實務上之操作	86

第一目	學說上對於「顯失公平」之探討	86
第二目	顯失公平概念於我國實務上之操作	88
第五項	準備程序後提出攻擊防禦方法之失權制裁	91
第一款	失權制裁之理論根據	91
第二款	失權制裁規定之非責問性	92
第三款	準備程序中法官闡明權之行使與失權制裁	93
第四節	爭點整理與客觀訴之變更追加之調和-以請求之基礎事實同一為 探討中心	94
第三章	美國預審程序	98
第一節	繼續審理下預審程序之定性	98
第一項	預審程序之成因	98
第一款	以連續集中審理的審判為中心	98
第二款	當事人進行主義之反撲	98
第三款	陪審制度之必然要求	99
第二項	預審程序之運作	100
第二節	預審程序爭點整理之實踐	101
第一項	訴答程序	101
第一款	起訴狀之記載內容	103
第二款	答辯狀、反駁狀之記載內容	109
第二項	當事人證據蒐集權-事證開示制度	112
第一款	事證開示制度之改革—晚近發展出之 Disclosure 制 度	114
第二款	事證開示之範圍與限制	117
第一目	與本案具有關聯性之事項	117
第二目	祕匿特權保護之限制	119



一、律師與委託人間之特權	119
二、不自證己罪原則	121
三、政府機關之祕匿特權	122
四、其他祕匿特權	125
第三目 工作成果豁免原則	126
第四目 專家證人豁免原則	128
一、預期將在審判庭中傳喚之專家證人	128
二、不準備在審判庭中傳喚之專家證人	130
第三款 事證開示之方法	131
第一目 錄取證言	131
第二目 書面查詢（質問書）	133
第三目 請求自認	135
第四目 要求提供文件、物品及勘驗土地	136
第五目 身體或精神狀態檢查	140
第六目 新興型態之電子事證開示之挑戰	141
第四款 違反開示義務之制裁	150
第三項 爭點之限縮與特定-預審會議	154
第三節 預審會議後之失權制裁與例外	158
第四節 預審裁定後訴之變更追加	162
第四章 我國準備程序與美國預審程序之比較	166
第一節 書狀內容之比較	166
第一項 書狀內容之相異點	166
第二項 近期美國訴答書狀發展之探討	168
第三項 我國書狀內容之評釋	177
第二節 事證開示制度之比較	181

第一項	事證開示內容之相異點	181
第一款	證據蒐集制度之比較	182
第二款	秘密保護程序之比較	187
第二項	近期美國事證開示制度之探討	189
第一款	2014年FRCP最新修正草案	190
第二款	事證開示制度之改革	194
第三項	我國事證開示制度之運作與改革	199
第三節	準備程序與預審會議之比較	207
第一項	準備程序與預審會議之相異點	207
第二項	我國準備程序之解釋論、運作論及立法論	211
第一款	爭點整理與簡化協議相關問題探討	211
第二款	失權效中「顯失公平」之解釋論	216
第三款	失權制裁手段之多樣化及主體擴大論	224
第四款	爭點整理程序、調查證據程序踐行順序之問題	228
第五章	結論	230
	參考文獻	247



第一章 緒論

第一節 研究動機

民事訴訟法於 2000 年經過大幅修正¹，其修正主要是採行「爭點集中審理主義與適時提出主義」²，以改正過去「分割審理主義與隨時提出主義」導致審理散漫、無效率之弊病³。此無疑已揚棄傳統追求客觀真實之訴訟目的觀，而併立足於實體法上觀點及程序法上觀點，致力於保護當事人之實體利益及程序利益，並維護訴訟經濟。

為達成集中審理之目的，新法於準備程序中，規定書狀內容應具體明確記載原因事實及相關證據，並加重當事人協力進行訴訟之義務，促使當事人將其掌握之事證及相關訴訟資料，儘量於訴訟程序前階段（準備程序中）提出，且當事人攻擊防禦之訴訟行為經法官闡明後未提出者，即生失權效果（第 276 條）⁴；另一方面，亦充實爭點整理程序，以便法官及當事人能及早瞭解案情並整理、確定及簡化爭點，俾利於試行和解，或集中調查證據，使言詞辯論集中而有效率，貫徹直接審理主義及言詞審理主義之精神，提升裁判品質及司法公信力⁵。

民事訴訟法中，解決訴訟程序延宕所生之問題長久以來係屬各國亟欲改進甚至消除之重要任務，訴訟拖延之結果將持續不斷且嚴重損害人民法益與法感情，有損司法威信且不利法治社會之發展。為對抗訴訟延滯、建立完善之審前準備，

¹ 以下稱我國於 2000 年修正之民事訴訟法為「新法」，而 2000 年修正前之民事訴訟法為「舊法」，且為行文方便，以下提及我國民事訴訟法條文時，均直接引用條號。

² 許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 1；許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學雜誌》，40 期，頁 17-18。另有論者謂，新法將適時提出主義與集中審理主義並列似嫌重複，蓋適時提出主義為集中審理主義內涵之一部份，參吳從周（2005），〈「集中審理原則」實施滿五週年再考—著重於回顧其在德國民事訴訟法史上之起源與在臺灣之雙重繼承〉，《月旦民商法雜誌》，第 8 期，頁 93。

³ 論者對於隨時提出主義之批評，可參邱聯恭等（1996），〈民事訴訟審理方式之檢討〉，民訴法研究會第 11 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（一）》，頁 335-391；王甲乙等（1995），〈自由順序主義之檢討〉，民訴法研究會第 30 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（三）》，頁 333-393。

⁴ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 65、79、81。

⁵ 司法院編（2000），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊，頁 1。

美國便有預審程序 (Pretrial) 之立法⁶。

而在以「繼續審理」為其訴訟制度重要特色之美國，在其「集中連續進行之公判」(continuous trial) 為中心之民事訴訟程序中，於規範上即要求雙方當事人於公判前之預審程序 (pretrial process)，即須表明其各自之攻擊防禦方法，使他造當事人得以進行必要之準備，以避免於公判程序中受到突襲 (surprise)。在此種訴訟程序結構下，美國民事訴訟法一方面於預審程序中，藉由「事證開示制度」(discovery system) 賦予當事人蒐集事證之權限與手段，並與預審會議 (pretrial conference) 相互配合，以「限縮、特定有必要於公判程序中進行實質審理之爭點」⁷，而聯邦最高法院在 Hickman v. Taylor⁸ 案中亦指出，新修正之聯邦民事訴訟規則 (federal rules of civil procedure，以下簡稱 FRCP)，事證開示程序已成為審前準備之重要角色。其 (1) 並可與 FRCP 16 規定之審前聽證會搭配以限縮及確認雙方當事人之基本爭點，且 (2) 可作為查明事實或資訊之手段。

我國民事訴訟法第二篇第一章第二節「言詞辯論之準備」(第 265 條至第 276 條)，為合議審判言詞辯論期日前，當事人、法院及受命法官應為之行為及其效力規定，與美國預審制度之規定，頗有近似之處，例如，第 270 條第 2 項明定，準備程序之目的在闡明訴訟關係，並得命調查證據；第 272 條規定受命法官行準備程序時，準用第 199 條闡明權之規定，如能充分運用前開二法條，即可收簡化訴訟爭點之效，與 FRCP 16 (c) (2) (A)⁹ 於預審會議中，討論特定及簡化爭點之規

⁶ 例如在美國聯邦民事訴訟規則 (federal rules of civil procedure，以下簡稱 FRCP) 16(a) 即明文指出，召開預審會議之目的即係：(1) 促進訴訟終結；(2) 建立初期及持續性的管控，避免案件因缺乏管理而延滯；(3) 防止審前活動之耗費；(4) 透過完善的準備以提高審判品質；(5) 促進和解。其中即有促進訴訟及避免訴訟拖延之概念在內。

⁷ See James A. Pike & John W. Willis, *The New Maryland Deposition and Discovery Procedure*, 6 Md. L. Rev. 4, 5-6(1941).

⁸ See *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495(1947)(“The new rules, however, restrict the pleadings to the task of general notice-giving, and invest the deposition-discovery process with a vital role in the preparation for trial. The various instruments of discovery now serve (1) as a device, along with the pretrial hearing under Rule 16, to narrow and clarify the basic issues between the parties, and (2) as a device for ascertaining the facts, or information as to the existence or whereabouts of facts, relative to those issues.”)

⁹ FRCP 16(c)(2)(A): “Matters for Consideration. At any pretrial conference, the court may consider and take appropriate action on the following matters: (A) formulating and simplifying the issues...”.

定相同。又，第 276 條之失權規定與美國預審裁定（pretrial order）效力之規定（FRCP 16 (e)）亦有相似之處，可防止言詞辯論中之突襲性攻擊防禦方法。而新法所增訂第 270 條之 1 之規定亦有多處參考美國預審制度。從而，可知我國準備程序與美國預審制度雖名稱不同，內容稍有差異，但性質相近¹⁰。

職是，本文擬以我國 2000 年後，新法所欲達成「集中審理」之理想為目標，探討修法至今學說、實務上對新法運作準備程序之各種檢討、修正，並輔以美國預審制度之立法例，參考比較是否尚有可引進我國之制度，以更精進我國審判之正確、迅速，提高人民對司法裁判的信服度。

第二節 問題提出

第一項 準備程序之定性問題


新法下設有四種爭點整理程序，而準備程序即為其中之一¹¹，受命法官於此階段必先整理爭點，甚至使當事人達成爭點簡化協議，並蒐集與案件有關之證據，以便言詞辯論階段之順暢進行，縮短當事人之勞力、時間、費用，提昇裁判品質。為達成以爭點為中心之集中審理，即須瞭解準備程序與集中審理之關聯性。職是，首須探究者，乃新法採行之集中審理原則或審理集中化，其內涵究竟為何？蓋集中審理原則影響民事訴訟程序之進行甚鉅，故有必要對其定義有所瞭解。其次，觀察我國之集中審理原則，特別強調爭點整理（第 270 條之 1 第 1 項第 3 款、第 271 條第 3 款），並針對所整理之爭點為證據調查（第 296 條之 1），故有論者認為我國之集中審理原則是所謂的「調查證據集中化¹²」或「爭點集中審理主義¹³」，不

¹⁰ 並參張特生（1990），〈預審制度與準備程序〉，《法學叢刊》，第 139 期，頁 13、15；張特生（1993），〈預審制度與準備程序之再檢討〉，民訴法第 47 次研討會，《民事訴訟法之研討（四）》，頁 665-666。

¹¹ 新法設計了四種爭點整理程序，分別為：一、準備性言詞辯論期日程序；二、書狀先行程序；三、準備程序；四、自律性爭點整理程序。

¹² 邱聯恭（2000），〈民事訴訟審理集中化之理論與實務〉，《民事法律專題研究（十八）》，司法院編印，頁 16。

¹³ 許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學雜誌》，40 期，頁 17-18；許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 1。



強調「一庭辯論終結」，僅要求縮短開庭間隔之期間與次數，從而，是否仍與舊法下之併行審理主義無太大的區別？另外，在比較法上，美國可謂踐行集中審理最徹底之國家，而其集中審理係以達成短期間內終結某訴訟事件為目標。因此，就該事件之辯論，或集中於一次言詞辯論期日一舉為之，或繼續開數次言詞辯論期日而不予時間上之間隔，且於該數次期日之間不審理其他案件為其操作內涵¹⁴。於此，其成因究竟為何？亦為本文探討之課題。

又在準備程序之內涵上，是否僅限於合議制審判之案件？獨任法官是否亦能踐行準備程序是須先加以探討之問題。復，在新法下準備程序原則上應以充實言詞辯論前之準備為限，尤其以爭點整理、限縮，甚或達成爭點簡化協議及事證資料之蒐集、提出，為此階段之重點，前已述及，而證據調查即屬言詞辯論階段之事項。然而為「闡明訴訟關係」，瞭解案情全貌，有論者即認準備程序之受命法官調查證據權限應不受限制，是此，即引發學者間正反不同之論述¹⁵，究竟在新法下受命法官之證據調查權應如何解釋運用？而在新法下受命法官未經當事人合意而調查證據（第 270 條第 3 項第 4 款），其判決是否發生違背法令之問題？亦應加以探討。再者，行準備程序得於不公開法庭為之（第 270 條之 1），所引發之疑慮者，乃是否有違「公開審理原則」？蓋公開審理可使社會大眾監督法院，提高對司法裁判之信賴度，且依法院組織法第 86 條但書規定，亦僅「有妨害國家安全」、「公共秩序」或「善良風俗之虞」，法院始得決定不予公開，對此質疑，應如何予以回應？最後，尚有疑義者，係第 270 條之 1 第 2 項但書規定「指定期間命當事人為協議者，以二次為限」，但若受命法官又指定第三次，且經協議者，該協議之效力如何？皆為須予檢討之問題。

¹⁴ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 64-65 註 4。

¹⁵ 認應予限制者，參許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 31-35；認不應予以限制者，參姚瑞光（2005），《近年修正民事訴訟法總評》，台北：自版，頁 87-90；另相同見解者，參張劍男（2001），〈新修正民事訴訟法若干問題（一）〉，《司法週刊》，1023 期，2 版。



第二項 準備程序之事證蒐集問題

為實現集中審理主義及適時提出主義之理念，新法下當事人與法院之任務分擔已調整傳統辯論主義之意義、內容及機能，要求其等相互協力，協同發現真實與促進訴訟。就法院之協力而言，加重其闡明義務，並賦予其定期命當事人提出事證及斟酌未主張事實、依職權調查證據之權限；就當事人之協力而言，課予事證提出之協力義務。職此，法官在訴訟上扮演更積極之角色，並可依職權調查證據，所引發之爭論即為是否新法已採行「協同主義」¹⁶？為首須釐清之點。

再者，新法之規定，既係以爭點集中審理主義之貫徹為主軸，惟在我國準備程序中之制度設計，是否足使當事人可以達到充分之事證蒐集，進而凸顯爭點？美國預審程序¹⁷中之事證開示制度是如何運作？其相關法條之規定又是如何¹⁸？在此，欲先說明者，乃針對證據蒐集部分，美國係由當事人或其所委任之律師來做蒐證工作，包括：錄取口供（Depositions）、書面查詢（Interrogatories）、要求對方自認（Requests for Admission）、要求提出文件、物品及勘驗土地

（Production of documents and things and entry upon land for inspection and other purposes），僅有檢查當事人的身體和精神狀態才例外需要得到法院之同意¹⁹。

¹⁶ 採肯定見解者，參邱聯恭講述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（三）》，台北：自版，頁 122-128；邱聯恭（2001），《程序選擇權論》，台北，國立台灣大學法學叢論，頁 103-112；邱聯恭書面報告（1999），〈處分權主義、辯論主義之新面貌及機能演變—著重於評析其如何受最近立法走向影響及相關理論背景〉，民訴法研究會第 72 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（九）》，頁 310-322；許士宦（2005），〈民事訴訟上當事人與法院之任務分擔—以民事訴訟法之修正為中心—〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 151-203。採否定見解者，參姜世明（2009），《民事訴訟法基礎論》，台北：元照，頁 61；姜世明（2011），〈部分民事證據法理之變遷〉，《月旦法學教室》，第 106 期，頁 53-58；劉明生（2011），〈辯論主義與協同主義之研究—以德國法為中心〉，《政大法學評論》，第 122 期，頁 61-74。

¹⁷ 關於美國預審制度與我國準備程序之比較，可參張特生（1990），〈預審制度與準備程序〉，《法學叢刊》，第 139 期，頁 13、15；張特生（1993），〈預審制度與準備程序之再檢討〉，民訴法研究會第 47 次研討報告，《民事訴訟法之研討（四）》，頁 666-671；梁松雄（1988），〈美國民事訴訟上之預審制度（下）〉，《司法周刊》，第 390 期。這些文獻至今雖已距離一段時間，然仍具有一定參考價值，可幫助吾等瞭解我國與美國制度之差異性。

¹⁸ FRCP 在 26 條規定了事證開示制度的一般性規定，而在 27 條至 36 條則是將各種不同的事證蒐集方法作了詳細的規定。

¹⁹ 在此須特別注意的是，為因應科技的進步發展，2006 年 FRCP 針對事證開示作了部分條文之修正，

另外，論者從民事訴訟制度的三個角度切入，即「裁判的正確」、「公平的要求」與「紛爭審理的效率性」，認我國在缺乏賦予證據蒐集權之下，於訴訟程序中所顯出的事實、證據資料的質與量遠低於採行此制度之美國，從而將影響到裁判之正確性；再者，一方面要求當事人負擔極重的舉證責任，另一方面卻又未賦予其直接蒐集證據的手段，在此情況下，法院以其未盡舉證之責判其敗訴，將造成不公平之結果；最後，充實當事人之證據蒐集與開示權限，對於集中審理具有一定的效益，即不僅可防止當事人「點滴式」的提出證據而造成訴訟遲延，更有促進和解之重大功效，使紛爭審理更具經濟、效率性²⁰。復有論者認：「我國法並未採英美法之事證開示制度廣泛地承認當事人得直接向對造要求提出與訴訟有關之證據，未特別區別證據之蒐集與證據之調查程序，因此，當事人通常僅能透過向法院為證據調查之聲請，而企圖從證據調查中蒐集其他進一步之相關事證」²¹，可見對於證據之蒐集仍須透過法院為之，當事人間欠缺直接蒐集相關事證資料之手段²²。是，為貫徹當事人武器平等原則，以利發現真實、促進訴訟，並助於兩造當事人爭點之整理與簡化，以達審理集中化之目的，新法充實了證據資料蒐集之手段，諸如酌許證人之書狀陳述（第 305 條第 2 項、第 3 項）、擴大文書提出義務之範圍（第 342 條、第 344 條、第 346、第 348 條）以及擴大保全證據之範圍（第 368 條以下）²³。於此，須探討者乃，在酌許證人書狀陳述下，若證人無正當理由

主要是針對「電子儲存資訊」（electronically stored information）增訂相關規定，參 26(a)(1)(A)(ii)、26(b)(2)(B)、26(b)(2)(C)、26(b)(5)(A)(i)-(ii)、26(f)(3)(C)、33(d)、34(a)(1)(A)、34(b)(1)(C)、34(b)(2)(D)、34(b)(2)(E)(i)-(iii)、37(a)(3)(A)、37(a)(3)(B)、37(a)(5)、37(e)；另外在預審會議之規定中，亦於 16(b)(3)(B) 作修正。

²⁰ 黃國昌（2010），《民事訴訟理論之新開展》，台北：元照，頁 42-45。

²¹ 沈冠伶（2007），〈摸索證明與事證蒐集開示之協力〉，《民事證據法與武器平等原則》，台北：自版，頁 136。另，關於「證據調查」、「證據蒐集」之概念應加以區別，所謂「證據調查」乃係立於裁判者之立場，要求證據源（持有證據或掌握關於紛爭事實資訊之人）交出證據，據以為認定事實之基礎，而「證據蒐集」乃係立於當事人之角度，當事人可不透過法院而直接要求證據源交出證據或開示其內容。詳參，黃國昌（2010），《民事訴訟理論之新開展》，台北：元照，頁 47。

²² 在英美法系之民事訴訟法下（如美國），當事人被賦予直接蒐集證據之權限，當事人不僅對其訴訟相對人，甚至對於訴外之第三人，均有要求其提出與訟爭事實相關聯之情報及證據資料之「證據蒐集權」，相反地，在大陸法系之民事訴訟法下（如我國），證據調查之權限係由法官所獨占，當事人並未被賦予直接蒐集情報、證據之權限。參黃國昌（2010），《民事訴訟理論之新開展》，台北：元照，頁 7。

²³ 關於擴充證據蒐集手段之立法目的，參許士宦於立法院發言紀錄，立法院公報，第 88 卷第 51


不會同兩造至公證人前、拒絕陳述（作成書狀陳述）或拒絕具結者，得否依通常證人訊問之規定施加制裁（第 303 條、第 311 條、第 315 條）？新法並未設規定，該如何處理？而在擴大文書提出義務之範圍方面，我國文書提出義務範圍之擴張之規定，在解釋論上究係採限定義務（限制主義）或一般義務？學說上爭論甚深。再者，新法增訂當事人就「應命提出之文書」及其「內容」表明顯有困難時，法院得命他造為必要協助之「文書特定協助義務」（第 342 條第 3 項），然而對其義務違背時，卻欠缺明文之制裁規定，應如何加以解決？最後，在證據保全方面，須探討者係，於第 368 條第 1 項增設後段之規定以發揮事證開示之功能後，原該條項前段，除原為肯認之保全功能外，是否亦受新法增設後段規定之影響而同樣具開示功能？例如對於診療記錄或商業簿冊除予以保全而使之不致遭毀損、滅失外，當事人可否進一步請求閱覽文書內容？又，本條項前段所稱「證據」是否包括當事人訊問？而在後段，對於「確定事、物之現狀有法律上利益並有必要」其所涵蓋之範圍為何？在學說上均有不同見解。末，就不遵從證據保全命令者，並未設有明文之制裁規定，又應如何加以解決？

本文欲於新法之架構底下，與美國事證開示制度加以對比，探討是否從解釋論即可達成與 FRCP 相同之效果？抑或須從立法論上加以參酌？

又我國自 2011 年開始，律師高考改制之後，每年律師之錄取人數已大幅增加至 900 多人，面對律師人數之激增，再加上美國預審制度之啟發，可提出討論的是，以往屬於法院的工作，可否將其過渡至律師之執業範圍？亦即，在現行法官員額有限之情況下，避免大量案件之湧入，造成法官辦案進度之遲延，侵害當事人之程序主體權，從而，證據之取得、證人、鑑定人之詢問，可否由當事人或其所委任之律師無須透過法院即可自行蒐集，以節省經由法院所造成的程序浪費？

第三項 準備程序之爭點整理問題

期，會議日期：1999 年 11 月 11 日，頁 293-295；並參第 342 條、第 344 條之立法理由。



為達成審理集中化之目標，新法乃採行爭點集中審理主義，而要求法院將訴訟事件之審理劃分成爭點整理階段及集中調查證據階段，進行有計劃之審理²⁴。論者並倡言應開闢「爭點整理學」，將原本分別獨立、併存之實體法及程序法予以融合，使其成為法律學上之新研習領域，因此，如何立足於實體法及訴訟法上之觀點，以整理相關爭點（含事實上、證據上及法律上爭點）？其整理爭點所應踐行之步驟為何²⁵？即為必要探討之課題。另外，新法要求原告於起訴時或訴訟程序之儘早階段（辯論準備階段），陳述其請求所依據之原因事實及理由（第 244 條第 1 項第 2 款、第 3 項、第 265 條第 1 項及 266 條第 1 項第 1 款），亦要求被告陳述其據以答辯之事實及理由（第 266 條第 2 項第 1 款），之所以如此要求之目的乃係為便利整理爭點，促成審理集中化。職是，為貫徹前開立法旨趣，避免偏離訴訟上請求（訴之聲明及訴訟標的）而進行無實益之審理，論者乃認法院自受理訴訟之時起應先分別對原、被告進行所謂的一貫性審查及可證性審查²⁶，於此，究應如何為一貫性審查及可證性審查？又其究係於前開爭點整理步驟之何時期為之？

而在 FRCP 則採取所謂「通知化訴答」(Notice Pleading)，原僅要求原告於起訴狀上載明有權請求救濟之簡短、清楚之陳述即可²⁷，採取非常寬鬆之記載方式，然而聯邦最高法院在 Bell Atlantic Corp. v. Twombly²⁸案所建立之「可信性標準」(plausibility standard) 似乎已建構出一套新的訴答標準。職是，須探討之課

²⁴ 許士宦 (2009)，〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 1。

²⁵ 邱聯恭 (2001)，民訴法研究會第 73 次研討記錄，《民事訴訟法之研討 (十)》，頁 58-68；邱聯恭 (2002)，《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 1-131；邱聯恭 (2000)，〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 111-149；邱聯恭著述 (2000)，〈第二篇 集中審理與爭點整理〉，《民事法律專題研究 (十八) — 民事訴訟審理集中化之理論與實務》，司法院民事廳編印，頁 5-20；許士宦 (2012)，〈戰後台灣民事訴訟法學發展史〉，《月旦民商法雜誌》，第 35 期，頁 23；許士宦 (2012)，〈戰後台灣民事訴訟法學發展史〉，《爭點整理與舉證責任》，台北：新學林，頁 29。

²⁶ 邱聯恭 (2002)，《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 58-59；邱聯恭 (2005)，《程序利益保護論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 249-250；許士宦 (2012)，〈集中審理之爭點整理—依一貫性審查及可證性審查之法律思維〉，《月旦法學教室》，第 117 期，頁 42-59；沈冠伶 (2014)，〈從「超國界民事訴訟原則」論民事訴訟中法院與當事人之任務分配—「協力」作為民事訴訟之基本原則〉，《月旦法學雜誌》，第 228 期，頁 44-45。

²⁷ See FRCP 8(a)(2): "a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief".

²⁸ See Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544(2007).

題即為，「可信性標準」之內涵為何？進一步須探究的是，上開案例所採較嚴格之訴答標準，係對原告起訴狀記載所作成之解釋，可否一體適用於被告所記載之答辯狀上？

再者，新法第 270 條之 1 所規定之「整理並協議簡化爭點」（爭點簡化協議）與爭點整理，實務上似有部分法官將此兩概念混淆而未區分爭點整理之範圍與爭點簡化協議之範圍²⁹，甚有論者認為爭點整理與簡化協議因有重疊而無區分之必要³⁰。因此，首須釐清者，乃兩者之意義與範圍有何不同？該如何加以區別³¹？其次，關於受命法官於準備程序中使當事人達成爭點簡化協議（第 270 條之 1 第 3 項），其性質上係屬訴訟契約，殆無疑義。甚就受命法官於行書狀先行程序後之準備程序使當事人爭理並協議簡化爭點，其屬訴訟契約之性質亦無不同³²。職此，在前開認知之下，對於爭點整理與爭點簡化協議之拘束力如何？所運用處理解決紛爭之法理概念亦是否有所差異？即為本文探討之重點。

另外兩造就爭點簡化協議要共同向法院陳明，然法院對此陳明是否須加以處理？若採肯定見解，認為須作成核定爭點之裁定，接下來所面臨的問題將是在合議制下，準備程序僅由受命法官進行，而在合議庭必須三位法官評決，則受命法官在準備程序所為之裁定是否在進入合議庭後仍發生拘束力？其次，若未遵守爭點簡化協議之內容其效力如何？如何救濟？最後，第 270 條之 1 第 3 項兩造受協議拘束之範圍為何？又依第 270 條之 1 第 3 項但書之規定，尤其須探討者是否「經兩造同意變更」而隨意變更爭點而不受拘束？

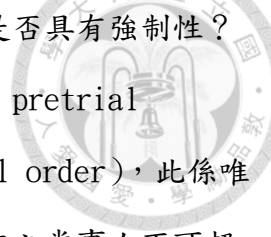
而在美國，為了開庭而作準備（例如特定本案之爭點範圍），則是在 FRCP 16

²⁹ 李國增發言紀錄（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 321。

³⁰ 沈方維發言紀錄（2009），〈爭點整理後之客觀訴之變更追加-以「請求之基礎事實同一」為中心-〉，民訴法研究會第 101 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十六）》，頁 229-230。

³¹ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 74-75、81；邱聯恭（2001），〈爭點簡化協議程序之運用方針—評析其與民事訴訟法修正走向之關聯〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 27-28、31；呂太郎（2002），〈爭點整理與簡化協議〉，《台灣本土法學》，第 41 期，頁 64-65；吳明軒（2007），《民事訴訟法（中）》，台北：自版，頁 847。

³² 沈冠伶（2006），〈示範訴訟契約之研究〉，《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，台北：元照，頁 216-217；姜世明（2007），〈訴訟契約之研究〉，《東吳法律學報》，第 19 卷 1 期，頁 108。



規定了預審會議 (pretrial conference)，然預審會議之召開是否具有強制性？是須探討的第一個問題；其次，在召開最後的預審會議 (final pretrial conference) 後，法院會作成一最終預審裁定 (final pretrial order)，此係唯一可對預審程序之過程加以證明之依據，且可拘束進入審判庭中之當事人不可超出裁定之範圍而為訴訟行為。於此，須探討的幾個問題是，第一，必須嚴格遵守預審裁定之內容是否合理？蓋在訴訟過程中，將可能會有許多緊急情況之發生；第二，若法官最後未以裁定 (order) 之形式作成，卻以「預審報告」(pretrial report) 作為標題，其拘束力是否會受影響？第三，原告在起訴狀上有所請求，但法院所作之裁定漏未記載，或是相反地，預審裁定記載了起訴狀上未聲明之事項，則該如何處理？最後須探討者係，預審會議所作成之爭點特定與限縮，是否如我國須區分爭點整理之結果與爭點簡化協議而有不同之效果？

末，乃新法第 296 條之 1 第 1 項立法理由：「為充實言詞辯論之內容，保障當事人之程序權，法院於調查證據前，應先將與該訴訟有關之爭點，曉諭當事人，使兩造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關連後，始進行證據之調查」；司法院於 2002 年 12 月 26 日、2004 年 12 月 6 日，先後以 (91) 秘台廳民一字第 33269 號、院台廳民一字第 0930029581 號函函知各法院，明確界定以判決終結之訴訟事件，應經爭點整理程序，再依爭點整理結果調查證據，最後行言詞辯論程序而為判決者，始屬判決行集中審理之範圍。可知在踐行集中審理之程序面，是先進行爭點整理的工作再為證據調查。

然觀察美國聯邦民事訴訟法之發展，在 1938 年以前舊的訴訟程序下，其流程是先透過書狀交換，特定、限縮爭點以後，再就該限縮之爭點為事證開示。理由是這樣可以針對已限縮之爭點為事證之提出，有一定的範圍不會漫無限制，也較有效率。但是實際上運作之結果卻是，限縮爭點後之事證開示程序中，證據調查的結果會產生新事實，進而發生新爭點，使得前面爭點的限縮與特定，流於形式

化³³，此時究應注重效率而不許該新爭點之提出？抑或應避免突襲，使得客觀真實得以顯現而允許新爭點之提出？從而，美國在 1938 年制定 FRCP 以進行改革時，即在預審程序中，先為事證開示程序後，再進行爭點的限縮與整理。職是，我國準備程序與美國預審制度對於爭點整理之時點似有著截然不同之看法？又針對前開情況應如何加以解決？

第四項 準備程序失權效之問題

新法為促進訴訟，強化失權制裁，於第 276 條規定：「未於準備程序主張之事項，除有下列情形之一者外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之：一、法院應依職權調查之事項；二、該事項不甚延滯訴訟者；三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者；四、依其他情形顯失公平者。前項第三款事由應釋明之。」³⁴。於此首須探討者，乃本條規定失權效果強烈，是否有違反比例原則、實體正義等憲法價值？其次，為第 276 條類型歸類之問題，蓋此將影響本條第 1 項第 3 款歸責事由應以「故意或重大過失」或「輕過失」作為標準，有論者認為其在類型特徵上應屬「一般」訴訟促進義務，性質上較接近於第 196 條第 2 項之規定，與屬於特別訴訟促進義務類型之第 268 條第 2 項應屬有別³⁵；亦有論者認，準備程序之違反，應屬「特別」訴訟促進義務之違反³⁶；尚有論者認為準備程序之違反應屬「特殊類型」之訴訟促進義務違反，不能歸為「特別」或「一般」

³³ 黃國昌（2006），民事訴訟法研究會第 94 次研討會之發言，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 372-373。

³⁴ 須說明者是，涉及本論文欲探討之失權效，一是第 276 條，一是爭點簡化協議，而後者已併於「第一章、第二節、第三項」下討論。

³⁵ 吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第 16 卷第 3 期，頁 79-87。

³⁶ 許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《程序保障與闡明義務》，台北：學林，頁 318-320；許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，民訴法第 81 次研討會，《民事訴訟法之研討（十一）》，頁 214-216；許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學》，第 40 期，頁 10-11。

訴訟促進義務之類型³⁷。從而，究以何說較符合新法下之精神？即有將各學說加以探討之必要。

再者，另一觀察重點為各款如何解釋運用之問題，而本文擬對較有爭議之第 2 款、第 4 款加以討論。針對第 276 條第 1 項第 2 款之部分，所謂「該事項不甚延滯訴訟」應作何解釋？學說³⁸上有引進「絕對延滯概念」與「相對延滯概念」，另有論者跳脫前開概念，而從「公平性」之角度出發，認為在追求促進訴訟（效率）之同時，亦應同時兼顧「他造當事人公平地進行攻擊防禦之程序權」，而實務上，參酌屏東地方法院 93 年建字第 15 號判決見解：「原告主張被告傑寶公司遲至言詞辯論期日始提出上開時效抗辯，而未於準備程序提出，應依民事訴訟法第二百七十六條規定，應不得再行提出云云。惟按未於準備程序主張之事項，如該事項不甚延滯訴訟者，於準備程序後行言詞辯論時，仍得主張，此觀之同法條第一項第二款規定甚明。本件被告傑寶公司雖至言詞辯論期日始提出上開時效抗辯，然其所為抗辯，依卷內證據資料已足供審酌毋庸另行調查證據，尚無延滯訴訟之虞，是依法仍得主張」，是此前開見解即以觀察是否需另行調查證據，若不需要則不發生失權效果，以此簡單、明確之標準加以解釋運用上開條款，似不失為一種方法，是否真是如此？

又第 276 條第 1 項第 4 款之部分，所謂「顯失公平」此抽象概念應如何具體化亦引發學界對此要件之爭論。有對此要件抱持顧慮及質疑之觀點者，認為如此一來可能會架空其他法律要件之要求，且架空失權所能發揮之效果³⁹，亦有認所謂的公平是指程序上公平及實質上公平，考量的因素有當事人的可歸責程度、其蒐集事證能力及手段之強弱、逾時提出致訴訟遲延程度、如許當事人提出，他造對該攻防方法進行攻防的程序權保障及可能產生之不利益、如不許當事人提出可能

³⁷ 姜世明（2002），〈民事訴訟法失權規定之基本要件及其舉證責任分配〉，《新民事證據法論》，台北：學林，頁 359；姜世明（2003），〈遲延提出攻擊防禦方法之失權〉，《民事程序法之發展與憲法原則》，台北：元照，頁 283 以下。

³⁸ 吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第 16 卷第 3 期，頁 92-95；姜世明（2000），〈論遲延提出攻擊防禦方法之失權〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 2 期，頁 205-209。

³⁹ 吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第 16 卷第 3 期，頁 114。

遭受實體上之不利益程度等等⁴⁰，綜合考量後始得以「顯失公平」例外容許之。而除了學說爭議外，實務上對於此要件如何解釋操作亦是本文欲探究之重點。另外，與此對比，在美國法上於最後預審裁定之修正亦規定僅有在防止「顯不公平」(manifest injustice)之情況下方得修正(FRCP 16(e))，而何謂「顯不公平」？美國實務之見解為何⁴¹？亦須加以探討之。

最後，在美國法之部分，FRCP 37 規定了對於違反事證開示程序之當事人，法院可對其實施制裁之規定。依前開規則之內容，可對其違反之情形分為六類，即「不遵守法院命令之制裁」、「未為事證開示之制裁」、「拒絕對事實自認之制裁」、「未出席錄取證言、未對書面查詢提出答覆或對一方當事人請求檢查未予回應之制裁」、「未提出電子儲存資訊之制裁」以及「未參與制定事證開示計畫之制裁」。就此，FRCP 37 對於前開各類情形之違反，法院可得制裁之內容為何？另外，一般而言，法院對於制裁具有廣泛的裁量權，但是仍應有其界線，而在何種情況下法院會構成裁量濫用⁴²？亦有加以探討之必要。

第五項 準備程序後訴之變更、追加問題

新法為達擴大訴訟制度解決紛爭之功能，寬認訴之變更、追加之容許性，促使紛爭盡可能利用一次訴訟程序獲得解決⁴³。然「民事集中審理」之理念，即在於使當事人於訴訟程序前階段，提出所有之攻防方法，然後透過法院與當事人間協同進行「爭點整理」程序，以特定、限縮爭點，並針對「爭點」踐行集中而連續的證據調查與言詞辯論⁴⁴。在此須探究者乃，若允許原告在訴訟程序後階段為訴之

⁴⁰ 許士宦(2009)，〈第二審程序時效抗辯之失權〉，《集中審理與審理原則》，台北：新學林，頁326-327。

⁴¹ 美國實務對於「顯不公平」的解釋，亦提出四個要件作為得否准予修正之標準，詳參後述 Galdamez v. Potter 案之介紹。

⁴² 詳參後述對 Tisdale v. Federal Exp. Corp. 案之介紹。

⁴³ 立法院公報，第89卷第9期，3068號4冊院會記錄，會議日期：2000年1月15日，頁33。

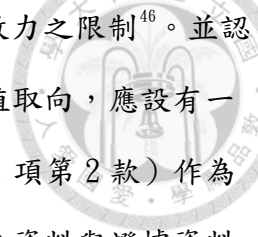
⁴⁴ 黃國昌(2012)，〈以何為中心的「集中審理」？-以土庫鎮公所請求永年中學返還土地案為例-〉，《台灣法學雜誌》，第193期，頁38。

變更追加（例如：在準備程序中為爭點整理程序後，當事人於一審言詞辯論中），則前階段所特定、限縮之爭點即有可能發生「擴散」、「變更」，是在此情況之下，必定削弱甚至浪費在前已踐行之爭點整理程序，與集中審理所要求之「效率」是否即有所齟齬？

進一步須討論的是，兩造當事人於準備程序中已達成協議簡化爭點（第 270 條之 1 第 1 項第 3 款、第 2 項），惟進入言詞辯論階段（不論係第一審或是第二審），在符合訴之變更追加之容許性要件外（第 255 條、第 466 條），是否法院即可准其為變更追加？抑或尚須考量兩造當事人已作成爭點簡化協議而要受其規制？另，是否有必要考慮此等訴之變更追加，是否涉及攻擊防禦方法之逾時提出，而有必要進一步考慮是否符合第 276 條所規定之要件？

觀諸最高法院 96 年度台抗字第 839 號裁定⁴⁵：「抗告人原依兩造買賣契約第八條約定請求相對人加倍返還定金以為違約金，且於民國九十六年七月十二日原法院行準備程序時，與相對人整理並協議簡化爭點，僅依該契約第八條為請求，抗告人未釋明有何不可歸責之事由或依其他情形協議顯失公平，竟於同年月二十五日原法院行言詞辯論時，追加依兩造買賣契約第十條約定，請求相對人乙、丙、戊、丁依序給付三十九萬六千七百七十九元、六十二萬四千三百七十七元、一百七十八萬零二百三十二元、二百二十二萬二千三百元本息，於法亦有未合，且為相對人所不同意等詞，因認抗告人擴張及追加之訴均屬不應准許，而以裁定駁回之，揆諸首揭說明，於法並無違誤。」，論者認為，前開實務見解，似均肯認或並未排除在程序後階段為訴之變更追加時，除符合第 255 條、第 466 條所定訴之

⁴⁵ 另參 95 年台上字第 535 號判決：「原審依審理之結果，以：按當事人就其主張之爭點，經受命法官依民事訴訟法第二百七十條之一第一項第三款或第二項為協議者，應受其拘束，同條第三項定有明文。故除法院為訴訟指揮及進行言詞辯論，不得逾其範圍外，當事人雙方更應以此爭點作為嗣後攻擊或防禦暨言詞辯論之所本，任何一造當事人既不得擴張原已協議簡化之爭點，更不得以其他爭點代之（該條項立法理由參照）。本件上訴人起訴及第二審上訴所為聲明及訴訟標的法律關係之表述，始終更迭不止，致被上訴人難以為訴訟上之防禦，法院亦無法為有效之審理。經原審受命法官於九十四年五月十八日準備程序期日與兩造協議簡化結果，上訴人已將其上訴聲明及訴訟標的法律關係，簡化如上述…」



變更追加之容許性要件外，亦須受到兩造當事人爭點簡化協議效力之限制⁴⁶。並認為，在新法下寬認訴之變更追加以達紛爭解決一次性之政策價值取向，應設有一條界線，亦即，例如在「請求之基礎事實同一」（第 255 條第 1 項第 2 款）作為變更追加之容許性要件，法院應就「原請求」審理所產出之訴訟資料與證據資料與法院判斷新請求之訴訟資料與證據資料重疊程度高低作為判斷標準，以達「新民事訴訟法已改採適時提出主義與集中審理主義之審理架構」，並可取得協調，然於「請求之基礎事實同一」是否須加入論者所述之判斷要件？而所謂「請求之基礎事實同一」如可定義明確是否即可解決問題？此容有討論之必要。

在美國法的部份，FRCP 16(b)(4)則規定對於時程安排命令 (scheduling order) 之修改僅在有充分理由 (good cause) 並得法官同意下方得為之，然何謂「充分理由」？美國實務之見解為何⁴⁷？亦須加以探討之。

第三節 研究方法與本文架構

第一項 研究方法

第一款 比較法研究

民事訴訟法具有技術之性格，易論及外國制度，且著目於制度機能上，透過與外國法之比較，亦較容易進行考察，且對我國立法論及解釋論具有正面意義。然同時須注意，我國與外國立法背景之差異、現行法制架構及實務運作狀況之不同，可能導出相異之結果。從而，在考慮是否將美國預審制度全盤引進時，首須對該制度之意義、目的、機能及優缺點等相關議題確實掌握，並與我國現行制度加以比較、檢討，以釐清該制度於我國有何可借鑑之處，及最後在我國可運用之態樣為何，故縱無法以「原型」移植於我國，亦可使我國對相關問題的解決方式

⁴⁶ 黃國昌報告紀錄(2009)〈爭點整理後之客觀訴之變更追加-以「請求之基礎事實同一」為中心-〉，民訴法研究會第 101 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十六）》，頁 210。

⁴⁷ 美國實務對於「相當理由」的解釋，認須符合四個要件，詳參後述 Fahim v. Marriott Hotel Services, Inc.案之介紹。

得到啟發，形成我國特有之制度或理論思想。職是，對美國所發展形成之預審制度（訴答程序、事證開示制度及違反開示義務之制裁、預審會議等），毫無批判地檢視即率爾主張全盤繼受之見解，不僅未正視我國已逐步脫離繼受並發展出具有我國本土化及創新特色之民事訴訟法，且不免受抄襲之譏。

關於美國法，雖與我國係屬不同之司法制度（一為大陸法系與一為英美法系），本文仍欲尋求兩國間制度之對話，雖美國法制與實務運作與我國迥不相同，然有助於吾人新的啟發與思考方式。因此，比較法研究之定位，應朝向我國法制究有何獨特性？該獨特性能否與今後世界之普遍性法理相通⁴⁸？該外國法制與我國相異之肇因為何？各該差異在何範圍內足堪我國借鏡、省思？又應尋如何之操作模式將該外國法制植入我國法制中而不會發生齟齬？本文擬秉持前開認識，展開準備程序相關問題之研討。

第二款 研究範圍

本文擬以「第一審」準備程序之「財產」訴訟為研究範圍，蓋於1999年全國司法改革會議有關民事訴訟制度改革之基本理念之一，即在使訴訟程序妥速進行，而推行民事事件審理集中化制度，使第一審成為事實審審判中心，第二審改採事後審或嚴格續審制，第三審採嚴格法律審並採上訴許可制，以建構金字塔型訴訟制度⁴⁹。可見第一審之重要性，且其關乎裁判品質與人民對司法之信服度。而準備程序中之爭點整理及失權制裁對於達成審理集中化絕具關鍵角色，因此，本文透過對比之方式，分別將美國預審程序拆成「訴答程序」、「事證開示制度」及「預審會議」與我國「書狀交換」、「訴訟資料之收集」及「準備程序」三部分予以研究、分析，蓋其皆係為強化訴訟前階段之爭點整理，有助於事證蒐集、提出之方

⁴⁸ 邱聯恭（2005），《程序利益保護論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁138-142。

⁴⁹ 參司法院全球資訊網、司法改革新作為、民事訴訟改革部分，網址：<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform04.asp>。最後瀏覽時間：2015年2月24日。

向，故美國之審判庭或我國之證據調查、言詞辯論階段，即非本文探討之範圍。

又因家事事件雖亦屬民事訴訟之一環，然其處分權主義與辯論主義等原則之適用受有限制，與一般財產訴訟之法理基礎較不相符，爰將家事事件亦排除在本文研究範圍之外。

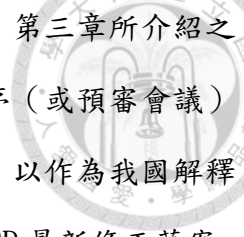
第二項 本文架構

本論文共分五章，茲分述如下：

第一章，緒論。本章說明本論文之研究動機、研究方法、範圍及本文架構，並提出研究之問題意識。

第二章，我國準備程序。首先，分別介紹集中審理之意義、程序特徵及其優點，其次是準備程序之功能、目的，以及相關之運作爭議。再者，係如何於準備程序中為爭點整理之實踐，包含書狀記載內容之具體化、擴大當事人之事證蒐集權限，並依序為最上位爭點、事實上、證據上及法律上爭點之整理。又因爭點整理與簡化協議在概念上為不同之程序，惟在訴訟實務上卻係同時進行，區分不易，故一併探究其兩者之關連。最後，探討促進訴訟義務，尤其係失權制裁之理論根據及其相關問題，並尋求爭點整理與客觀訴之變更追加之間應如何調和。

第三章，美國預審程序。先探究美國預審程序之成因。再者，即係在預審程序中，如何為爭點整理之實踐，與第二章對比，同樣先為訴答程序之介紹，尤其是自 2007 年之 Bell Atlantic Corp. v. Twombly 案及 2009 年之 Ashcroft v. Iqbal 案後，對美國訴答程序之影響。又，在事證開示制度方面，除介紹事證開示之範圍與限制以及開示之方法外，自 2006 年為因應新興型態之電子事證開示，FRCP 亦作了若干修正，其修正內容為何？容有介紹之必要。此外，詳述違反事證開示之制裁之六種情形以及制裁之手段。最後，探討預審會議之功能，特別是在預審會議後，法官作成預審裁定，此裁定之拘束力及其例外，以及為預審裁定後，得否為訴之變更追加。



第四章，我國準備程序與美國預審程序之比較。以第二章、第三章所介紹之內容為基點，檢視兩國書狀記載內容、事證開示制度與準備程序（或預審會議）之相異處，並加以分析、比較兩國制度之良窳，從中獲得啟發，以作為我國解釋論或立法論之借鑑，嘗試提出本文見解。特別是介紹 2014 年 FRCP 最新修正草案，此改革方向，是否與我國現行法有相通之處，抑或可成為我國下一步之修正方向。

第五章，結論。為全文總結，並回應最初之提問，期許對我國準備程序之爭點整理，無論係現行法之解釋上，或未來之立法上，皆能有所助益。



第二章 我國準備程序

第一節 集中審理制度下準備程序之定性

第一項 集中審理之內涵

第一款 集中審理之意義

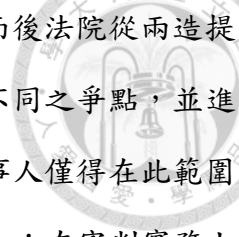
集中審理最主要的精神，就是在於課當事人儘早提出訴訟資料，使法院及對造當事人能掌握所有訴訟資料，進而整理並協議爭點，以達到集中審理及判決正確、迅速的目的。但「集中審理」或「審理集中化」之意義究竟為何⁵⁰？綜觀立法理由及新法規定並未說明，引發學界討論。

有論者認為：「所謂『集中審理』，不過為就民事合法起訴之事件，法官暫不指定期日（第 250 條），行書狀先程序，於交換書狀至相當程度時，指定期日，使當事人整理並協議簡化爭點，確定兩造當事人爭執或不爭執之事項，嗣後以此經整理、協議、簡化、確定之爭執為審理對象（範圍）之法院過度的介入（於通常所需審判資料以外）之審理方式。並非集全力於多數事件之一件所為審理之方式。⁵¹」；亦有論者認為：「所謂集中審理，即法院受理訴訟後，應由法官擬訂個案審理計畫⁵²，依原告之聲明及其主張之訴訟標的，並斟酌被告所提出實體上之抗辯，以確定審判之範圍。於行言詞辯論前，書狀先行，使當事人兩造公平的各自提出攻擊或防禦方法，如當事人之聲明或其陳述，有事實上或法律上不明瞭或不完足

⁵⁰ 論者指出，在進行制度層面分析前，對於集中審理之意義、類型應先加以說明。參姜世明（2009），《民事訴訟法基礎論》，台北：元照，頁 185。

⁵¹ 姚瑞光（2005），《近年修正民事訴訟法總評》，台北：自版，頁 92；姚瑞光（2004），《民事訴訟法論》，台北：大中國圖書，頁 407。

⁵² 有關審理計畫之規定，在現行民訴法中並未規定，而係規定在家事事件法第 47 條，關於審理計畫之定義，可參照其立法理由之說明：「一、為保障當事人請求適時審判及程序公正之權利，並期節省司法資源，法院應事先規劃家事審判程序如何進行，故於收受原告訴狀後，審判長即應依職權視個案之類型及性質，或與當事人協議，擬定審理計畫，此計畫可能包括宜如何進行調解程序或試行和解之評估、如何闡明事實證據之提出與調查、如何定審理之先後順序、如何整理並協議簡化爭點或指定現場勘驗等期日。法院如認訴訟要件已經完備，言詞辯論之準備復已充足，即應於適當時期指定言詞辯論期日，俾使訴訟順利進行。至於，法院原所擬定之審理計畫事後如因案情或程序進行狀況而為改變，乃訴訟指揮權之範圍，自屬當然。」；另參林秀敏（2004），《爭點整理與訴訟促進》，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 78-81。



之情形，應對之行使闡明權，以滌除不明瞭或不完足之狀態，而後法院從兩造提出之攻擊或防禦方法中，分析、歸納、整理兩造主張所有主要不同之爭點，並進行協議簡化爭點之程序，以縮小兩造爭議之範圍，曉諭兩造當事人僅得在此範圍之內，集中其他訴訟關係人，調查證據，為適當完全之辯論。⁵³」；在審判實務上有關集中審理踐行實態之問卷或統計報表亦多以有無交換書狀作為是否踐行集中審理之標準⁵⁴。

本文認為欲探究集中審理之內涵或許可參考在立法過程之相關文獻，以及新法規定下，各該條文間之體系性解釋。新法在草案階段，論者即已指出集中審理的理想情況就是任何訴訟案件能在一庭辯論終結，但此還牽涉到其他周邊制度的相互配合（例如：法官能力是否足夠？律師能否配合法官之運作？人民是否有正義情操敢勇於出庭作證等），如果無法配合即無法達到一庭辯論終結之目標。因此，依我國目前的情況下，須對集中審理加以修正，以盡可能減少開庭次數，即使同一訴訟事件開兩次庭，也不要間隔太久，這就是審理集中化⁵⁵（與美國之集中審理具有程度上之不同，亦即美國在有陪審團制度之下，原則是採一庭辯論終結或者繼續開庭，就同一事件一直審理到辯論終結為止，再審理其他事件）；尚且，新法亦放寬第一、二審訴之變更、追加及反訴之限制以擴大訴訟制度解決紛爭之功能，使得紛爭儘可能利用一道訴訟程序加以解決。準此，所謂「審理集中化」係為實現「集中審理主義」之理念，儘量減少調查證據期日及言詞辯論期日而言⁵⁶並達成紛爭解決一次性之要求⁵⁷。


⁵³ 吳明軒發言紀錄（2009），〈民事訴訟改革（一）：民事集中審理〉，《司法改革十週年的回顧與展望會議實錄》，頁 418。

⁵⁴ 周書雁（2007），民訴法研究會第 94 次研討會之發言及書面報告，《民事訴訟法之研討（十四）》，台北：三民，頁 333、340、356-366。

⁵⁵ 邱聯恭發言紀錄，立法院公報，第 88 卷，第 51 期委員會紀錄，會議日期：1999 年 11 月 11 日，頁 283-284；邱聯恭引言報告（1997），〈中部地區法官與律師法律專題研討會－實施民事訴訟集中審理制之探討〉，民事訴訟集中審理制研討會紀錄，戴嘉慧紀錄整理，《全國律師》，頁 7 以下。

⁵⁶ 邱聯恭（1993），〈第一審程序修正草案之析述〉，民事訴訟法修正草案之析述與研討，《最高法院學術研究會叢書（三）》，最高法院學術研究會編印，頁 189-190。

⁵⁷ 邱聯恭發言紀錄，立法院公報，第 88 卷，第 51 期委員會紀錄，會議日期：1999 年 11 月 11 日，頁 284。



詳言之，我國集中審理之概念應是包含「爭點集中審理主義」及「紛爭集中審理主義」⁵⁸，就前者而言，於新法中明定法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人，並且法院訊問證人及當事人本人，應集中為之（第 296 條之 1）。蓋以往實務上常一面整理爭點、一面調查證據，造成無謂的調查及重複訊問，以致訴訟程序延滯，故為充實言詞辯論之內容，保障當事人之程序權，並防止發生突襲性裁判，要求法院於調查證據前，應先將與該訴訟有關之爭點（法律上、事實上及證據上爭點）曉諭當事人，使兩造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關連性後，始進行證據之調查，且為迅速發現真實，達成審理集中化之目標，法院於訊問證人及當事人本人時亦應集中調查⁵⁹。新法雖亦期待法院能為徹底的集中審理，但非要求其必於一次期日終結事件之審理，而不必顧及事件類型之特性及個別案情之差異性。重要的是，法院應進行有計劃、有系統的審理方式，先進行爭點整理（法律上、事實上及證據上爭點），而後不偏離爭點，而就同一事實上爭點有關之證據為集中調查、辯論，從而，縱使法院未集中於一次言詞辯論期日就某一事件調查證據或使其辯論，仍不違背新法之修法精神⁶⁰。就後者而言，其係強調將有關連性之紛爭，集中於同一訴訟程序予以解決，而不分開數個程序進行，新法於修正時寬認訴之變更、追加及提起反訴之限制，使得法院不必重複調查、審理，既可防止分開審理所造成之裁判歧異，又可節省法院之勞力、時間、費用，維護訴訟經濟，合理分配司法資源，而當事人亦可不必另行起訴或應訴，其勞力、時間、費用亦獲減省而保護其程序利益⁶¹。

綜上所述，本節一開始論者所提出對於集中審理之意義，雖亦表述整理爭點，而後進行證據調查之程序先後概念，但皆同時提到在此之前更須先踐行書狀先行。

⁵⁸ 許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 5-13。

⁵⁹ 民事訴訟法第 296 條之 1 增訂之立法理由，參司法院編（2000），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，頁 129-130。

⁶⁰ 邱聯恭（2007），民事訴訟法研究會第 94 次研討會後補充意見，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 412；許士宦（2007），民事訴訟法研究會第 94 次研討會之發言記錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 396-398；邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北：三民，頁 64-65。

⁶¹ 許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 9。

然而，新法為促成審理集中化，雖併設四種爭點整理程序（即準備性言詞辯論期日、準備程序、書狀先行程序及爭點簡化協議程序），但係委諸受訴法院針對具體個案之類型及特性，酌採其一或並用二種以上之手段加以運用，並無硬性規定一定要踐行書狀先行程序之必要⁶²，再者，其亦未提及紛爭解決一次性之概念，範圍似過於狹隘，有加以調整修正之必要。

第二款 集中審理之程序特徵


新法所採審理集中化措施之審理結構含有如下之程序特徵：一、課當事人（含訴訟代理人）負有訴訟促進義務，且此義務為當事人之一造對他造及法院所負一種公法上協力義務。二、當事人應於言詞辯論終結前之適當時期提出事實、證據等攻擊防禦方法，若其就此有所未盡，將可能遭受失權（喪失提出攻防方法之權利及機會）之制裁。三、加重法官闡明義務，要求其積極踐行爭點整理程序，並使當事人意識到其事證提出之時間點非屬毫不受限。四、法院應將爭點整理程序中與兩造當事人所形成共識之爭點，在調查證據前曉諭當事人，使當事人能集中爭點為攻防，避免程序延滯，再輔以法官之闡明義務，使當事人能依法官之心證走向陳述事實、提出證據，保護當事人之實體利益及程序利益，防止發生突襲性裁判⁶³。

第三款 集中審理之優點

修法前（2000年以前），民事訴訟在審理實務上是採用併行審理主義，一個審理期日同時審理好幾個案件，再加上時間分隔長達數月之久，不管是法官或當事

⁶² 陳計男（2004），《民事訴訟法論（上）》，修訂3版，台北：三民，頁395，亦謂：「書狀先行程序並非每一民事事件審理時，所必須經歷之訴訟程序。…訴訟關係簡單之事件，不行書狀先行交換，逕行言詞辯論，並非法所不許。」


⁶³ 邱聯恭（2005），〈民事訴訟法修正後之程序法學－著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向〉，《月旦法學雜誌》，第118期，頁171。



人（包含訴訟代理人），記憶早已模糊，只好把之前的書狀拿出來複習一番，每每如此循環，浪費大量的時間，此種審理模式，在以往案情簡單的情況下，尚不致讓問題的嚴重性凸顯出來。惟近年來民事案件激增，案情日益複雜，在未踐行爭點整理、協議及簡化下，法官同時審理多數案件，就更無法期待其對案件能夠深入瞭解而集中調查與審理。甚者，兩造當事人在開庭時始互相交換書狀，亦難期待當事人當場提出答辯，只能一再改期，不但造成訴訟程序遲延，也使當事人枉費許多往返法院與等候開庭的勞力、時間及費用。且在爭點（待證事實）未為特定，證據調查就無法聚焦，導致無謂的證據調查次數增加，準備程序期間就會拉長，期間拉長的結果，就是法官的心證要透過筆錄記載的內容來重構並下裁判，導致民事訴訟所採行的直接審理主義及言詞審理主義空洞化，裁判的正確性減損，裁判品質降低⁶⁴。

而新法採行集中審理則具有以下優點：一、促進訴訟之功能：有利於節省勞費，避免招致程序上之不利益。亦即集中審理可避免審理及調查證據之重複，且法官及當事人（含訴訟代理人）均不必逐次於開言詞辯論期日前，一再重複研閱筆錄案卷。二、發揮助益發現真實之功能：有利於提升裁判（事實認定）之正確性。在集中審理時，法院可集中於特定之爭點事實，一舉訊問具關連性之證人或併調查其他必要之證據，行綜合之分析辯論，藉此蒐集新鮮之心證形成資料（含全辯論意旨及調查證據之結果），以利形成自然而正確之心證。三、有利於賦予當事人平衡追求實體利益及程序利益之機會，並提升當事人及關係人對裁判之信服度、接納度。四、有助於貫徹言詞審理主義、直接審理主義及公開主義等原則，促使各該原則發揮應有之作用。亦即，較諸分割審理之情形，於集中審理之程序上，受訴法院常更可利用當事人、訴訟代理人及關係人尚在同辯論庭上且記憶猶

⁶⁴ 司法院第 48 期司法業務研究會開訓典禮院長致詞內容（2000），〈民事法律專題研究（十八）－民事訴訟審理集中化之理論與實務〉，司法院民事廳編印；民事訴訟法部分條文修正草案總說明，「壹、修正緣由」，立法院第 4 屆第 1 會期第 9 次會議議案關係文書，頁 89；徐宏志（1999），〈民事集中審理之研究〉，《司法研究年報第 19 輯第 2 篇》，司法院印行，頁 5-6；廖宏明（1998），〈加強民事案件集中審理之措施〉，《律師雜誌》，第 224 期，頁 18。



新之機會，當場為闡明並與彼等對話，藉以更充分發揮直接審理主義、言詞審理主義及兩造聽審主義之應有機能。五、有助於提升審理之計劃性，促使法院及律師之業務管理均更加合理化。申言之，審理集中化之目標追求，必然促使律師（含當事人）與法官均致力為充分之期日前準備。就律師業務之合理化而言，為滿足集中審理化之要求，律師常須事前更周詳聽取當事人本人之意見及蒐集相關之事實證據。就法官而言，法官須於期日前詳研案情，預為相當之準備，並責由書記官等業務相關人員之配合。如此作為不但可促使法官更加留意事先妥為擬定審理計畫，且能使書記官節省不少重複準備期日及一再制作筆錄之勞費，謀得法院一般業務更加合理化⁶⁵。

第二項 準備程序

第一款 準備程序之功能、目的

新法引進集中審理之概念，在準備程序實踐上絕處於關鍵、重要之地位。蓋在集中審理制度藉由修法引進我國體系之際，最核心之理念便在於透過言詞辯論前之準備程序，法官整理爭點，並就整理爭點盡可能蒐集一切可能之證據，嗣後再透過一次或集中庭期以調查所有可供法官形成心證之事證，節省法院與當事人之勞力、時間、精力。是故，在能同時兼顧真實發現及保有一定裁判品質下，使當事人最快時間內獲得判決。

誠如論者所言，集中審理之核心所在即為爭點的整理⁶⁶，因此，新法設計了四

⁶⁵ 邱聯恭（1996），《程序制度機能論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 211-214、頁 239-241 之註 36；邱聯恭講述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（三）》，台北：自版，頁 128；邱聯恭，於民訴法研究會第 47 次研討會之書面資料，頁 697。論者亦謂，於採行集中審理制度下，法院如主動為兩造當事人整理不爭執事項，或者是協議跟簡化爭點的話，對於將來裁判書之擬作亦有非常大的助益，參黃柄縉發言紀錄（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 307-308。

⁶⁶ 范光群（2006），民事訴訟法研究會第 94 次研討會之發言記錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 299；李國增書面報告（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 324。

種爭點整理程序，分別為：一、準備性言詞辯論程序；二、書狀先行程序；三、準備程序；四、自律性爭點整理程序。以提供法院及當事人有多重管道達成爭點整理之效。而法官應視案件之性質及繁雜程度彈性選用各種不同之爭點整理程序以促進訴訟之進行。職是，準備程序既作為爭點整理程序之一環，則為達成新法之立法精神，法院於準備程序階段即應與兩造當事人儘早整理爭點，甚至促使其能夠達成限縮、簡化爭點之協議。

準備程序是適用於合議庭審理之案件⁶⁷，而責由受命法官整理爭點，但賦予受命法官較大的指揮訴訟權限。新法增設第 271 條之 1，擴大準備程序之適用範圍，行獨任審判之訴訟事件亦得準用之。其程序特徵乃以審判長指定庭員一人為受命法官行準備程序。受命法官為行準備程序得指定準備程序期日，通知訴訟關係人到場。準備程序之範圍，原則上以闡明訴訟關係為止，而為闡明訴訟關係，受命法官除得命兩造當事人就準備書狀所記載之事項為說明，或命其就事實、文書、物件為陳述外，並得整理及協議簡化爭點，或為其他闡明訴訟關係之必要事項（第 270 條之 1 第 1 項）。惟如經法院裁定命於準備程序為證據調查，受命法官得例外為證據調查（第 270 條第 2 項但書），但為了符合直接審理之原則，受命法官調查證據之範圍須受到一定之限制（第 270 條第 3 項）。此外爭點整理程序得以不公開法庭之形式為之（第 270 條之 1 第 1 項）。而其目的仍在於整理爭點⁶⁸。


簡言之，行準備程序，有二點重要事項，一為闡明訴訟關係，此程序最重要的工作就是整理並簡化爭點，一為有限度的使受命法官調查證據。

第二款 準備程序之運作爭議

第一目 獨任法官行準備程序之適用性

⁶⁷ 對於準備程序是否僅得適用於合議制之問題，本文將於本章節「第二項、第二款、第一目」加以探討。

⁶⁸ 吳從周（2005），〈「集中審理原則」實施滿五週年再考—著重於回顧其在德國民事訴訟法史上之起源與在臺灣之雙重繼受〉，《月旦民商法雜誌》，第 8 期，頁 105。



獨任法官能否行準備程序之問題？實務見解皆採肯定論，例如最高法院 100 年台上字第 2099 號判決⁶⁹：「我國民事訴訟法並無獨任審判案件之法官不得行準備程序之規定，相反地民事訴訟法第二百七十一條之一明文規定，同法第二百七十條之一及第二百七十一條有關準備程序之相關規定，於行獨任審判之訴訟事件準用之。其立法理由揭明：準備程序有關事項之進行，於行獨任審判之事件，亦屬有其必要，尤以整理並協議簡化爭點，如不在公開法庭行之，對訴訟關係之闡明，更大有助益，故於八十九年增訂本條規定。」而學說上，採肯定見解者，認行準備程序之事件，不以行合議審判（第 270 條第 1 項）者為限，於獨任制之審判，亦得準用之（第 271 條之 1）⁷⁰；採否定見解者，則認準備程序僅適用於合議庭審理之案件⁷¹。

本文認為，準備程序之重點既在發揮爭點整理之機能，則基於功能性之觀點，似無須以「合議庭」或「獨任法官審判」作為可否行準備程序之區分點，實則，從法條觀察，受命法官與獨任法官可行使之權限，條文常將兩者並列或係大量準用，例如：第 268 條之 1、第 271 條之 1、第 272 條，故獨任法官與受命法官所做事情相同，則區分兩者之界線已模糊；再者，雖然第 271 條之 1 並未準用第 270 條，然第 270 條受命法官有關調查證據之規定，於行獨任審判之法官亦可為之。職是，本文認為，無須劃分「準備性言詞辯論期日程序」與「準備程序」，而使得獨任法官僅得採用「準備性言詞辯論期日程序」之必要，應將兩者結合而統稱「準備程序」即可。依此見解下，獨任法官即可行準備程序。

第二目 準備程序受命法官之證據調查權

⁶⁹ 同樣採肯定見解者，尚可參 92 年台灣高等法院轄區法官與律師座談會會議記錄（第一號法律問題（一））、最高法院 100 年台再 21 號判決、最高法院 93 年台上字 1989 號判決：「至第一審係採獨任制，第一審法官林靜梅於準備程序終結後，依民事訴訟法第二百四十九條第二項規定，逕予判決駁回上訴人第一審之訴，於法並無不合。上訴人謂第一審未以合議庭判決駁回，程序上有重大瑕疵云云，不無誤會」，亦係認獨任法官可行準備程序。

⁷⁰ 陳計男（2000），〈集中審理與訴訟指揮權之行使〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 100。

⁷¹ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 38。

準備程序中受命法官可否調查證據？有論者認為其證據調查權限不應予以限制，蓋實際上受命法官必須自行調查證據，始能「闡明訴訟關係」（事件之內容情節）。因須闡明訴訟關係，故受命法官有法院得為調查證據之權限（第 272 條第 1 項準用第 203 條所定命本人到場、有關書證、勘驗、鑑定、囑託調查之規定）。依此推理，訊問證人，亦為「闡明訴訟關係」必要之措施，不應獨留該項證據方法之調查，不許受命法官享有。從而，基於實務立場，以直接審理主義之精神，對受命法官之調查證據加以限制，無異對其「闡明訴訟關係」之權加以限制，難認為「適當合理」；其二，直接審理主義係指為判決基礎之訴訟資料，應由法官直接認識（自行見聞）者而言。法院裁定命受命法官調查證據，該受命法官行調查證據所得之資料，應記載於筆錄（第 294 條），將來行言詞辯論時，當事人應陳述調查證據之結果。若認當事人之陳述恐不詳盡時，審判長得令書記官朗讀調查證據筆錄代之（第 297 條第 2 項）。該項規定，目的即在使凡於法院外（包括由受命法官調查在內）調查證據者，均須經法院全體成員直接聞見其結果之程序，以符直接審理主義之精神。從而，法院裁定命受命法官調查證據，仍與直接審理主義之精神符合；其三，如果每案之調查證據，均由全庭合議為之，實際上係由審判長為之，該審判長須詳閱全體成員之卷證，始能了解事件之內容情節（訴訟關係），知何項證據必須調查，可謂係不可能之任務。如今改為有第 270 條第 3 項列舉情形之一者，始由受命法官調查證據，逼使實務索性作假，一為逕由書記官於筆錄內記載「兩造合意由受命法官調查證據」等字，一為由受命法官於調查證據時，徵詢兩造由受命法官調查證據之意願，當事人不可能說不願，筆錄內即記載「願意」二字⁷²。可見新法增訂第 270 條第 3 項並無實益，反徒增實務運作之困擾⁷³。惟前開理解及運作，似有存疑之處：

⁷² 姚瑞光（2005），《近年修正民事訴訟法總評》，台北：自版，頁 87-90；另相同見解者，參張劍男（2001），〈新修正民事訴訟法若干問題（一）〉，《司法週刊》，1023 期，2 版，。

⁷³ 另在修法之際，即有論者認為，第 270 條第 3 項第 4 款之規定，很可能在實際運作上，當事人在法院之勸說下，合意由受命法官為證據調查，致使合議庭全體法官對案件為直接調查及審理之精神盡失，從而是否增訂本條規定，持保留態度。參吳景源發言紀錄，立法院公報，第 88 卷，第 51

首先，新法為實現爭點集中審理主義之理念，要求法院將訴訟事件之審理劃分成爭點整理階段與證據調查階段，已改變實務向來之慣行，使準備程序更加純化為爭點整理程序。準備程序之任務係闡明訴訟關係而非確定訴訟關係（第 270 條第 2 項），受命法官在此階段最重要者即為爭點整理及協議簡化爭點（第 270 條之 1 第 1 項第 3 款），以剔除重複或不必要之爭點使訴訟得以順利進行。職是，新法限縮受命法官得調查證據之範圍（第 270 條第 3 項），受命法官所行闡明處分或辯論前處置（第 272 條第 1 項準用第 203 條、第 269 條第 1 至 4 款、第 270 條之 1 第 1 項）係為闡明訴訟關係或使辯論易於終結，其目的並不在於確定爭點事實等訴訟關係，故不能因此而推論訊問證人亦為闡明訴訟關係所必要之措施⁷⁴。

再者，所謂直接審理主義係指受訴法院直接調查證據，蒐集心證形成之資料，並將該證據調查所得資料，使兩造當事人辯論，並由受訴法院自己主持、聽取該項辯論，而根據上述辯論結果，由受訴法院親自下本案判決⁷⁵。若受訴法院僅係根據受命法官所調查證據之資料作成判決基礎，係接近於間接審理及書面審理主義，縱然於言詞辯論時，當事人陳述該調查證據結果，此亦僅滿足形式的直接審理主義，因為受訴法院全員畢竟有未親自調查證據者（特別是證人訊問）。於此情形，難謂判決之事證資料均係受訴法院自行聞見⁷⁶。

最後，新法容許兩造合意由受命法官調查證據（第 270 條第 3 項第 4 款），而選擇不完全貫徹由受訴法院（合議庭）調查證據之直接審理主義，係容許兩造經由程序處分權、程序選擇權之行使，自律性決定在何種情形宜委由受命法官調查證據以優先追求程序利益，而於何種情形則仍由合議庭調查證據以優先追求實體利益。受命法官於踐行前開規定時，應尊重當事人之程序主體地位，及平衡保護其所享實體利益及程序利益而尊重其程序選擇權。蓋以，新法容許兩造合意委

期，3051 號中冊院會記錄，會議日期：1999 年 11 月 11 日，頁 288。

⁷⁴ 許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 32-33；另參王甲乙（2000），〈集中審理與事證之提出、蒐集〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 71-72。

⁷⁵ 邱聯恭講述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（三）》，頁 77-81。

⁷⁶ 許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 33-34。

由受命法官調查證據，係以承認兩造有程序選擇權為目的，而要求受訴法院（受命法官及其所屬合議庭之法官）應尊重兩造自主決定如何行使程序選擇權及其派生之程序處分權，是乃確保當事人所享程序主體權之表徵，而源自憲法保障諸基本權之旨趣⁷⁷。

另外，受命法官未經當事人合意而調查證據，其判決是否發生違背法令之問題？論者認，關於調查證據方式之規定，學說、實務上皆認為是為當事人之利益而設，並舉若干實務見解，例如：一、證人、鑑定人未命其具結文，違背訴訟程序，當事人如未為責問，則喪失責問權（27年上字第3152號判例⁷⁸、30年上字第489號判例⁷⁹）；二、未隔別訊問證人，亦可適用有關責問權之規定（71年台上字第3271號判例⁸⁰）。職是，對於上開疑問，可依第197條予以解決，亦即，當事人如無異議，將喪失責問權，不發生判決違背法令之問題⁸¹。

第三目 準備程序得以不公開法庭行之

新法第270條之1規定，受命法官行準備程序得於不公開法庭為之，有論者認新法規定有違公開審理原則之疑慮，其主要理由有二：其一，雖「公開審理原則」的明文規定在法院組織法第86條：「訴訟之辯論及裁判之宣示，應公開法

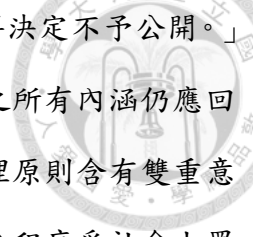
⁷⁷ 許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第38卷第2期，頁34-35；邱聯恭（2007），〈民事訴訟法修正之法曹倫理重建機能（下）〉，《月旦法學雜誌》，第144期，頁156；邱聯恭（2001），《程序選擇權論》，台北，國立台灣大學叢書，頁33、43、70；第270條第3項立法理由，司法院編（2000），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊，頁103-105。

⁷⁸ 27年上字第3152號判例：「調查證據未命當事人到場，雖屬違背訴訟程序之規定，且得因該當事人之不責問而視為補正。」

⁷⁹ 30年上字第489號判例：「法院未命鑑定人於鑑定前具結，固屬違背民事訴訟法第三百三十四條之規定，惟此規定僅為當事人之利益而設，當事人知其違背或可知其違背並無異議，而為本案之辯論者，依同法第一百九十七條第一項之規定，其責問權即行喪失，嗣後不得更以此項訴訟程序規定之違背，為上訴理由。」

⁸⁰ 71年台上字第3271號判例：「本件原審訊問證人周某、林某時固未隔別行之，但上訴人之訴訟代理人既未表示異議而為本案辯論，依民事訴訟法第一百九十七條第一項但書規定，應認上訴人之責問權業已喪失，上訴人不得以此為由不服原判決之理由。」

⁸¹ 蔡炯燉提問、王甲乙答詢部分（2000），最高法院學術研究會主辦、中華民國法官協會協辦，〈「民事訴訟法修正施行之審判實務-以集中審理為中心」學術研討會會議記錄〉，《法官協會雜誌》，第2卷第1期，頁209-211。

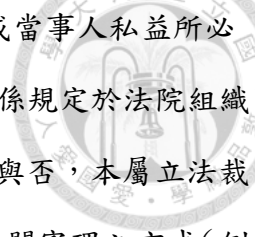


庭行之。但有妨害國家安全、公共秩序或善良風俗之虞時，法院得決定不予公開。」然該條文僅能表彰公開審理之重要性，對於「公開審理原則」之所有內涵仍應回歸「公開審理原則」的原始內涵來檢視新法之規定。而公開審理原則含有雙重意義，一為對當事人公開，另一為對社會大眾公開，後者有使訴訟程序受社會大眾監督以保障裁判公正性之意涵，具備公益性質。若依立法理由之說明，法官判斷是否以不公開法庭行準備程序，僅以「較易達成預期目標」、「發揮準備程序之功能」為考量點，則其忽略社會監督及司法信賴之公益面相，將與「公開審理原則」有所衝突；其二，法院組織法第 86 條但書僅規定「有妨害國家安全」、「公共秩序」或「善良風俗之虞」法院始得決定不予公開，若受命法官僅係為便於整理並簡化爭點即於準備程序中依不公開法庭行之，則與法院組織法第 86 條所列三種不予公開之事由亦有衝突⁸²。

惟公開主義⁸³非絕無應受限制、排除之可能。毋寧是，為貫徹法律上其他基本要求，在相當範圍內，就特定民事訴訟事件之審理，亦有應該且可能限制或排除法庭公開之場合，原不以經法院組織法第 86 條但書所已明文承認之例外情形為限。在保護公益或當事人私益所必要之一定範圍內，得不公開審理。蓋以，當事人間往往關心於不使其訟爭呈現在廣眾之耳目，倘將此項關心與國家對於程序公開之關心試加較量，當可察覺較諸刑事審判而言，其對私權紛爭之關心每更為淡薄。易言之，國民實際上多未監控民事審判，縱使民事審判庭上之旁聽者，亦常未對其中系爭之問題多所關心。可是，該訴訟之當事人即可能因其家庭內或職業上之隱私被暴露於法庭上，至蒙受相當大之不利益，且在當事人間訴訟關係涉及某項企業秘密時，例如，可供為證據之帳簿若公開將有導致產業秘密外洩於第三人之虞時，為尊重人的尊嚴及保障財產權等基本人權，應在一定條件下容許限制法庭

⁸² 黃惠男（2008），《民事訴訟之爭點整理程序－以各訴訟主體行為義務為中心》，國立中正大學法律研究所碩士論文，頁 19-20、頁 20 註 36。

⁸³ 關於公開主義之意義、機能，參邱聯恭（1996），《程序制度機能論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 242-245 註 38；許士宦（2005），〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 384-385、406-408、415-416。



公開。另，國際人權規約第 14 條第 1 項⁸⁴亦承認：在保護公益或當事人私益所必要之一定範圍內，得不公開審理⁸⁵。其次，關於公開主義，我國係規定於法院組織法，而非規定於憲法（如日本），是於民事訴訟上究採公開審判與否，本屬立法裁量之問題⁸⁶。職是，立法者既可因應特定事件類型之需求而採不公開審理之方式（例如除法院組織法第 86 條但書之規定外，營業秘密法第 14 條第 2 項、本法第 195 條之 1 亦規定可不公開審判之情形），為促進訴訟，對於程序前階段（於準備程序中，尤其是爭點之整理與限縮），尚非為實體審判之情形，在兼顧當事人程序主體權之保障下，以不公開法庭之方式闡明訴訟關係，而在進入言詞辯論程序再以公開審理之方式為之，亦不致阻絕社會監督及損及人民對司法之信賴。第三，依程序主體權及程序選擇權之法理，在不特別有害於公益之範圍內，應容許當事人得合意選擇不公開審理方式。因為公開主義常須與言詞辯論程序相結合始克發生作用，可是，此種程序較諸利用書面審理程序之情形，有較花費勞力、時間或費用以致造成程序上不利益之虞。為避免至此，並為賦予當事人有平衡或優先追求程序利益之機會，應容許當事人得基於兩造之合意，選擇不公開之審理程序。亦即，在不特別有害於其他公益，而難認為藉公開主義所保護之利益恆較程序選擇權之行使所追求者為優先時，縱使適度限制公開主義，亦無背理可言。例如，容許當事人合意選擇有利於促進訴訟之程序，可能導致全面性減輕法院負擔之結果，此無異增多一般人民使用法院之機會，難謂其非亦屬公益之一種⁸⁷。

⁸⁴ 即 1966 年公民權利及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）14 條：「…在判定對任何人提出的任何刑事指控或確定他在在一件訴訟案中的權利和義務時，人人有資格由一個依法設立的合格的、獨立的和無偏倚的法庭進行公正的和公開的審訊。由於民主社會中的道德的、公共秩序的或國家安全的理由，或當訴訟當事人的私生活的利益有此需要時，或在特殊情況下法庭認為公開審判會損害司法利益因而嚴格需要的限度下，可不使記者和公眾出席全部或部分審判…」。

⁸⁵ 邱聯恭（1996），〈程序制度機能論〉，台北，國立台灣大學法學叢書，註 38，頁 242-245；邱聯恭（2001），〈程序選擇權之法理〉，《程序選擇權論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 44-47；邱聯恭，民訴法研究會第 44 次研討會後補註，《民事訴訟法之研討（四）》，頁 514-518。

⁸⁶ 許士宦（2005），〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 384-385。

⁸⁷ 邱聯恭（2001），〈程序選擇權之法理〉，《程序選擇權論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 44-45；邱聯恭（1996），〈新世紀民事程序法建制之基本課題〉，《程序制度機能論》，台北，國立台灣大學法學叢書，註 38，頁 243；邱聯恭，民訴法研究會第 44 次研討會後補註，《民事訴訟法之研討（四）》，

但應注意，法官就是否不在公開法庭行準備程序雖有裁量權，但基於公正程序請求權之法理，該項裁量權之行使亦應導向於保障利害關係人之程序主體地位及程序參與權，故行使該項裁量權時，宜儘可能聽取當事人之意見陳述，於兩造合意為公開或不公開進程序時，應尊重其意願。縱使裁量採行不公開法庭之形式，亦應賦予當事人及利害關係者（就該程序之進行有利害關係者）參與程序之機會，以貫徹當事人公開主義之旨趣，亦可斟酌情形改用準備性言詞辯論期日為爭點整理⁸⁸。

第四目 受命法官指定期間命當事人為協議之次數

第 270 條之 1 第 2 項但書「指定期間命當事人為協議者，以二次為限」，但若受命法官又指定第三次，且經協議者，該協議之效力如何？論者認為，前開條文但書之所以為次數之限制，係為避免訴訟延滯，乃為當事人之利益而設，故若受命法官違反條文規定而指定第三次期間命當事人為協議時，當事人應可依第 197 條行使責問權向法官提出異議，惟若雙方當事人並未為責問，且對該第三次（含以上）之指定達成協議時，該協議仍有拘束當事人之效力⁸⁹。

第二節 準備程序之爭點整理實踐

第一項 書狀記載內容之具體化

新法下當事人書狀（起訴狀、答辯狀、準備書狀）如何記載均已明確規定並予以規格化，其記載內容不僅係對對造攻擊防禦之預告，亦可畫定法院之審判範圍，避免產生突襲。而在訴訟前階段（如準備程序），更有助於爭點整理，使兩

頁 515-516。

⁸⁸ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 38、90-91。

⁸⁹ 張劍男提問、陳計男答詢部分（2000），最高法院學術研究會主辦、中華民國法官協會協辦，〈「民事訴訟法修正施行之審判實務-以集中審理為中心」學術研討會會議記錄〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 205。

造當事人及法官均能在言詞辯論期日前充分瞭解案情，並朝向審理集中化邁進。

以下分別詳述之：



第一款 起訴狀之記載內容

新法於起訴狀應記載事項中，就訴訟標的之部分增訂「及其原因事實」(第 244 條第 1 項第 2 款)，其立法理由乃係為使訴狀所表明之事項更加明確⁹⁰。以便利被告認明攻擊防禦之目標，保護其防禦權，並使法院儘速把握本案審判之對象，據以擬定審理方針，致力防止發生突襲性裁判⁹¹。而此原因事實之表明，可能涉及最上位爭點（訴訟標的、訴之聲明）之整理或事實上、證據上之爭點整理⁹²（詳參後述第三項、第二款、第一、三目之說明）。

詳言之，關於訴訟標的已否表明、特定，在金錢債權請求事件，尚須配合原告所主張之原因事實而為判斷。因為，在同一當事人兩造間可能分別成立二個以上之債權契約，其中何者所生請求權係被據以起訴，如不借用其所由生之原因事實之表明加以特定，而僅抽象表明該請求權（如：價金給付請求權或借款償還請求權），將無從識別該訴訟標的係有所不同於他訴所據為訴訟標的之請求權（如：價金給付請求權或借款償還請求權）。其結果，被告將難認明其應施加攻擊防禦之目標，而受訴法院亦將無從把握其所受理之本案審判對象，以致無法防止突襲情況之發生；如不為原因事實之表明即足以特定訴訟標的時，則原因事實於起訴狀上記載，乃係為便利整理事實上或證據上爭點所為攻擊防禦方法之提出。如在以物權或其他排他性權利為訴訟標的起訴時，其訴訟標的只須表明該權利與其歸屬

⁹⁰ 司法院編（2000），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊，頁 69。

⁹¹ 邱聯恭（2000），〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 118。

⁹² 參最高法院 102 年台上字第 1286 號判決：「按原告應於起訴時，依民事訴訟法第二百四十四條第一項第二款、第三款規定，表明及特定其作為訴訟上請求之訴訟標的及其原因事實、應受判決事項之聲明（即訴之聲明），於訴訟標的及訴之聲明經特定及表明後，法院應就原告於起訴狀或準備書狀所記載之準備言詞辯論事項（同法第二百四十四條第三項、第二百六十五條至第二百六十七條），協同兩造為事實上、證據上甚至法律上爭點之整理，以利審理集中而有效率。倘當事人就事實上及法律上之陳述、聲明證據或為其他必要之聲明或陳述，有不明瞭或不足者，審判長應向當事人發問或曉諭，令其敘明或補充之，以賦與當事人適當及完全辯論之機會。」

關係即可，至於取得該權利之原因事實為何，則屬適用辯論主義或行使闡明權時提出之範疇，係為準備期日以達到審理集中化之目標而促進訴訟，才有依新法第266條以下規定儘速提出之必要⁹³。

另外須注意者乃，第244條第3項規定，原告就有關準備言詞辯論之事項，宜於起訴狀內予以記載。在新法已採行爭點集中審理主義及適時提出主義下，應留意該項記載在一定範圍內係與原告如何盡其所負訴訟促進義務相關。亦即，在原告負有訴訟促進義務之情形（如：第266條第1項），如其未盡此項協力迅速進行訴訟之義務，將可能受一定之制裁（如：第268條之2），所以在此範圍內，為免受制裁，原告應為上開記載。亦即，起訴狀被要求兼具準備書狀之作用，亦應依第266條第1項及第3項規定記載準備言詞辯論所必要之事項以盡其具體陳述義務，如其記載有所不足，雖非屬起訴不合程式（不適用第249條第1項），但為整理爭點，促成審理集中化，法院應為相當之闡明（依第268條至第269條），以促使原告之行為責任具體化、盡其訴訟促進義務⁹⁴。

第二款 準備書狀、答辯狀之記載內容

新法要求原告就其準備書狀應具體記載請求所依據之事實（含主要事實及間接事實）、相關證據、對他造主張之事實及證據之陳述及添具書證影本（第265條、第266條第1、3、4項），又要求被告就其答辯狀應具體記載答辯事實（含主要事實及間接事實）、相關證據、對他造主張之事實及證據之陳述及添具所用書證影本（第265條、第266條第2項至第4項）。審判長並得定期命當事人提出記載完全之準備書狀或答辯狀（第268條）。故依第266條規定內容觀之，係為促使當事人善盡其一般的及個別的協力迅速進行訴訟之義務，使當事人將其所掌握之事實、證據及相關訴訟資料，儘可能於訴訟程序前階段提出，以便法院及當事人能於期

⁹³ 邱聯恭（2000），〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第2卷第1期，頁119-121；邱聯恭講述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（二）》，頁30-31、33。

⁹⁴ 邱聯恭講述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（二）》，頁37。

日前瞭解案情並整理、確定及簡化爭點，進而試行和解，或集中調查證據，使言詞辯論集中而有效率，以期貫徹言詞審理主義及直接審理主義之原則⁹⁵。並且依前開規定之要求可知，兩造當事人就自己所主張之事實，不論其為主要事實或間接事實，均應預告他造及法院，使他造能及時準備為必要之攻擊防禦，使法院之事實審理更迅速、正確，而互相認明爭點，藉以提升事實審理方向之正確性（追求實體利益），並節省勞費付出（追求程序利益、促進訴訟）。從此而言，上開立法係為防止發生兩造相互間及法院對當事人之突襲，而且此係包含發現真實及促進訴訟等二方面突襲之防止，乃對於當事人要求不論其為何項事實（主要事實或間接事實）之主張，均應預告他造及法院，以免造成上開突襲⁹⁶。

對於上開書狀（起訴狀、答辯狀、準備書狀）交換，因為不用開庭，所以當事人可以請教專家、律師詳細的討論，法官也可以詳細的閱卷、仔細來處理，不用浪費開庭時間，為其重要功能。然亦有缺點，蓋因法院與當事人間無法直接溝通，故無法將訴訟關係闡明清楚，或者需要進一步溝通才有辦法整理爭點⁹⁷。職是，法官應視情況，於雙方書狀交換至一定程度後，召開準備程序庭，使三方有面對面得以溝通之機會。

第二項 訴訟資料蒐集之協力義務

第一款 傳統辯論主義走向協同主義

首須說明者，乃關於法院為裁判所須之事證之提出、蒐集，究由何人所為？

⁹⁵ 參第 266 條之立法理由，司法院編（2000），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊，頁 88-89。

⁹⁶ 邱聯恭（1999），〈民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變（三）〉，《月旦法學雜誌》，第 55 期，頁 142；邱聯恭（1999），〈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〉，民訴法研究會第 72 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（九）》，頁 310-311；邱聯恭（2000），〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 133-134。

⁹⁷ 許士宦發言紀錄（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 398-399。

向有「職權探知主義」、「辯論主義」與「協同主義⁹⁸」之學說爭議。

於傳統辯論主義⁹⁹之下，或有認他造當事人不負有開示對己不利之事實、證據之義務，法院亦不能為負舉證責任之當事人蒐集取得證據。然而，縱以前開主義之觀點下，也主要是垂直面地分配訴訟上法院與當事人間關於事證提出、蒐集之權責分配，尚無法推導出在水平面之當事人間關於事證提出之責任為何。亦即，不可逕得出「在僅由當事人一造掌握事、證之情形，其可以片面地僅就自己有利之事證予以提出，而隱匿或不提出就對造有利之事、證」之結論。甚且，即便我國實務上向來所稱之「不干涉主義」，亦僅謂：「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，此觀民事訴訟法第三百八十八條之規定自明…」（最高法院 47 年台上字第 430 號判例），並未就水平面之當事人間事證提出責任予以規範，況當事人負有真實及完全之陳述義務（第 195 條第 1 項），是否可否定當事人一造得向他造請求提出與訴訟有關之事證，即有疑義¹⁰⁰。

⁹⁸ 關於協同主義在我國之發展，及其與德、奧兩國論者所謂協同主義之異同，參許士宦在民訴法研討會 61、72 次發言，《民訴法之研討（七）》，頁 282 以下，《民訴法之研討（九）》，頁 365 以下；許士宦（2005），〈民事訴訟上當事人與法院之任務分擔〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 164 註 25。

⁹⁹ 所謂傳統（古典）的辯論主義係指：一、當事人未主張之事實，法院不得將之作為判決之基礎；二、當事人間所不爭執（訴訟上自認）之事實，法院須將之作為判決之基礎；三、法院不得依職權調查證據（職權調查證據之禁止）。參邱聯恭（1999），〈民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變（二）〉，《月旦法學雜誌》，第 54 期，頁 146；邱聯恭講述、許士宦整理（2012），〈口述民事訴訟法講義（三）〉，頁 39。另外，關於辯論主義之根據為何，學說間有所謂本質說、手段說、突襲防止說、多元說、法探索主體說、程序保障說、法探索協同說以及信賴真實協同確定說，前開學說見解將影響吾人對辯論主義內涵之理解以及隨著法觀念之進步對其所產生之重構，本文認為民事訴訟法之目的應係為平衡兼顧系爭中及系爭外同受憲法保護之財產權、自由權、平等權及訴訟權等基本權，亦即應平衡兼顧當事人之實體利益（即系爭中財產權、自由權等）及程序利益（即系爭外財產權、自由權等），以達平衡點上之真實，職是，綜觀新法修正之內容，一方面強化法官訴訟指揮權及闡明權之行使，以促進訴訟並防止來自於法院及對造之突襲並使當事人因法院闡明可決定要否提出事實以節省勞力、時間、費用而有追求程序利益之機會（避免促進訴訟之突襲），另一方面，由法官與當事人協同蒐集、提出事證，充實訴訟資料以利發現真實，可謂我國係以信賴真實協同確定說作為辯論主義之根據，並具此開展我國法條之解釋論及實務之運作。關於前開學說之詳細論述以及相關批評，參邱聯恭講述、許士宦整理（2012），〈口述民事訴訟法講義（三）〉，頁 56-60；邱聯恭（1996），〈現代律師之使命、任務、功能〉，《司法之現代化與程序法》，台北：國立台灣大學法學叢書，頁 221-227。

¹⁰⁰ 沈冠伶（2007），〈摸索證明與事證蒐集開示之協力〉，民訴法研究會第 92 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 151-152。

關於訴訟資料之蒐集，新法雖仍採辯論主義¹⁰¹，但其內涵實已呈現不同以往所理解之內容，為實現爭點集中審理主義及適時提出主義之理念，比起舊法更要求法院之協力。首先，關於傳統辯論主義第一命題「當事人所未主張之事實，法院不得將之作為判決之基礎」，本法另規定法院為裁判時亦得斟酌其職務上所已知之事實¹⁰²（不問其為主要事實或間接事實）或於法院已顯著之事實，非必待當事人予以提出後始可作為裁判基礎（第 278 條第 2 項前段），以達成發現真實及促進訴訟之目的，但要求法院須賦予當事人辯論機會（第 278 條第 2 項但書），以避免對當事人造成突襲性裁判。從而，我國現行法並非一概不許法院將當事人所未主張之事實作為裁判基礎，而認法院斟酌當事人未主張之事實即違反辯論主義，毋寧是，應理解為在衡平保護實體利益、程序利益之要求下，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¹⁰³。

再者，關於第二命題「當事人間所不爭執之事實，法院須將之作為判決之基礎」及第三命題「法院不得依職權調查證據」，新法亦非完全採認。前者雖有自認及擬制自認（第 279 條第 1 項、第 280 條第 1 項）等規定，可認為採認第二命題之明文依據，然前開作為判決基礎之自認內容，是否恆對法院有拘束力？法院可否依調查證據所得對立於自認之結果，判斷自認內容之拘束力？論者有謂，如於自認前，法院已經調查證據而形成與自認內容相對立之判斷結果時，為防止發現真實及促進訴訟之突襲，法院應於判決前曉諭（闡明）該判斷內容，俾當事人有辯論之機會，用以較量所涉實體利益與程序利益之大小輕重¹⁰⁴，可見訴訟上自認

¹⁰¹ 參民訴法第 199 條之 1、第 268 條、第 279 條、第 288 條及第 298 條之立法理由。

¹⁰² 例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。邱聯恭講述、許士宦整理（2012），〈口述民事訴訟法講義（三）〉，頁 40-41。對本條規定之解釋採不同見解者，認我國民事訴訟法第 278 條第 2 項所稱職務上已知之事實，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權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。參劉明生（2011），〈辯論主義與協同主義之研究—以德國法為中心〉，《政大法學評論》，第 122 期，頁 64。

¹⁰³ 邱聯恭講述、許士宦整理（2012），〈口述民事訴訟法講義（三）〉，頁 40-41。

¹⁰⁴ 邱聯恭講述、許士宦整理（2012），〈口述民事訴訟法講義（三）〉，頁 42-44。

(或擬制自認)非恆對法院產生拘束力，第二命題非完全採納；後者於新法修正後仍容許法院於不能依當事人聲明之證據形成心證，或認為必要時，得依職權調查證據(第288條)，此外，仍維持舊法之規定，法院得為必要之囑託調查(第289條)、鑑定(第340條、第365條、第203條第4款)、勘驗(第203條第4款)、調查公文書真偽(第355條第2項)、調取機關文書(第350條)及保全證據(第372條)等，可知第三命題實未被全面採認。新法之修正雖限縮職權調查證據之可能範圍，但在不致造成突襲之前提下(依第288條第2項賦予當事人有陳述意見之機會)，仍於一定限度內容許職權調查證據，特別是在當事人間存有攻擊防禦能力(含事證蒐集能力)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(如公害訴訟)，以發揮貫徹武器平等原則¹⁰⁵。

新法為了實現集中審理主義與適時提出主義之理念，加強法院與當事人之任務分工，促使共同協力於發現真實與促進訴訟。在當事人方面，既課以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，並擴大法官闡明義務之範圍¹⁰⁶，負有協同當事人整理、闡明爭點，並在適當時期內作成裁判之義務，可謂已採行協同主義¹⁰⁷。

¹⁰⁵ 邱聯恭講述、許士宦整理(2012)，〈口述民事訴訟法講義(三)〉，頁44；許士宦(2009)，〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第38卷第2期，頁25。

¹⁰⁶ 許士宦(2009)，〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第38卷第2期，頁20。

¹⁰⁷ 沈冠伶(2000)，〈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》，第111期，頁44以下。另有論者對於我國是否採協同主義提出質疑，而認我國民事訴訟基本上係採取「修正之辯論主義」，其主要理由係認：一、民事訴訟法採取辯論主義，係基於尊重當事人就實體法之財產關係有自主決定權，從而延伸出當事人就訴訟資料之提出與否享有自主決定權，職是，「當事人未主張之事實，法院不得斟酌」即是基於前開概念(當事人於實體法上之財產關係享有自主決定權能)而來，並非在防止突襲性裁判。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，法院之闡明義務不能破壞辯論主義，法院闡明之目的並非在防止突襲性裁判，而係在補充辯論主義之不足，不具有替代辯論主義之意義，亦即，法院之闡明義務係在補充當事人提出訴訟資料之不明瞭與不完全，其範圍界線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；二、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紛爭解決之要求，過度擴大法院闡明義務之範圍，而認法院就調查證據結果得知之新事實主張，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；三、2000年我國民訴法雖大幅度修正，但與辯論主義相關之重要條文仍未受到修正。關於第278條第2項所稱「職



第二款 準備程序中之事證蒐集

新法基於公平、程序法上誠信原則及「當事人訴訟資料平等使用原則」¹⁰⁸，對於事證蒐集開示已有所充實。蓋民事訴訟採用辯論主義，事證之蒐集、提出係屬當事人之責任，於解明事案所需證據若為他造或第三人所持有，以致當事人無從任意取得之情形，如何透過簡易、低廉之程序使他造或第三人提出證據，以便於發現真實、整理爭點並達成審理集中化之目標，即成為重要之課題¹⁰⁹。以下即分就「酌許證人之書狀陳述」、「文書提出義務範圍之擴大」及「擴大證據保全之範圍」三部分加以探討：

第一目 酌許證人之書狀陳述

一、證人書狀陳述之態樣

新法擴充證人書狀陳述制度，於第 305 條第 2、3 項分別規定：證人須依據文書、資料為陳述，或依事件之性質、證人之狀況，經法院認為適當者，得命兩造會同證人於公證人前作成陳述書狀；經兩造同意者，證人亦得於法院外以書狀為陳述。前開制度具有證據開示之獨自性機能。亦即，使證人先提出陳述書狀，亦

務上已知之事實」之解釋應不包含法院於本訴訟事件審理之證據資料而獲知之事實（參註 97），不能以此推論辯論主義第一命題已被破壞，改採協同主義，並認倘若第 278 條第 2 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，將使得第 447 條第 1 項第 4 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。再者，於自認及擬制自認（第 279 條、第 280 條）之情形，兩造當事人基於私法自治，除非有詐害第三人之情事，否則縱當事人明知為非真實而為自認之情形，法院仍無須再調查證據，應逕將其採為裁判之基礎，肯認辯論主義之第二命題。最後就第三命題部分，第 288 條第 1 項於 2000 年修正時已限縮法院得職權調查之範圍，將「法院不能依當事人聲明之證據而得心證」，作為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職權調查證據，更進一步使辯論主義第三命題徹底化；四、2000 年新法修正，修法者仍如同舊法於民訴法第 199 條第 2 項後段明文規定：「其所陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」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、事實觀點及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。詳參劉明生（2011），〈辯論主義與協同主義之研究—以德國法為中心〉，《政大法學評論》，第 122 期，頁 61-72。

¹⁰⁸ 司法院編（2000），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊，頁 14。

¹⁰⁹ 許士宦（2005），〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 329、342。

可便利當事人雙方整理、確定或釐清爭點方向，而知曉待證事項集中於何處，藉以決定要否進一步訊問證人。此係受英美法民事訴訟上事證開示之供述錄取書（depositions）及陳述書（witness statements）交換等制度所具準備正式證據調查及事案解明機能所啟發¹¹⁰。儘可能在訴訟前階段為準備性作業，藉用書面審理之簡易、迅速機能，以調整、發現爭點之重心所在，然後再加強集中審理¹¹¹。以下即就「法院認為適當者之陳述書狀」及「當事人兩造同意者之陳述書狀」分述之：

（一）法院認為適當者之陳述書狀

依新法第 305 條第 2 項之規定，法院裁量酌定命證人以書狀為陳述之情形，限於 1. 證人須依據文書、資料為陳述，2. 依事件之性質或 3. 證人之狀況，而經法院認為適當者。


在上述情形，容許證人以書狀代到場陳述，係為節省法院、當事人、證人之勞力、時間、費用，藉此達成迅速經濟裁判。於此範圍內，並緩和直接審理主義、言詞審理主義之適用，因應特定事件之特性、需求，並且有些情況不是非命證人到場接受訊問不可。因此，使證人於法庭外為陳述而提出陳述書狀，並非全然為了發現客觀真實，有時亦為了整理爭點，而使法院得以掌握全貌。證人之書狀陳述，有助於法院於訴訟審理之前階段先行整理爭點，以節省勞力、時間、費用，達到促進訴訟之目的¹¹²。

新法就法院裁量命證人於法院外以書狀陳述場合，限定於命兩造會同證人於

¹¹⁰ 關於英國民事訴訟上之陳述書，參許士宦（1999），《證據開示制度與秘密保護程序》，國立台灣大學法律研究所博士論文，頁 73。而美國民事訴訟上之供述錄取書，詳見後述「第三章、第二節、第二項、第三款、第一目」之介紹。

¹¹¹ 許士宦（2005），〈證人之書狀陳述〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 241-242。另參新法第 305 條第 2 項之立法理由亦明揭：直接審理主義及言詞審理主義固為民事訴訟之原則，但如證人之陳述係以文書或其他資料為內容，而適於以書面為陳述，或依事件之性質或依證人之身分、職業、健康、住居地及其他狀況判斷，不宜或無須令證人到場之必要時，為便於法院及當事人能儘速掌握案情並進行爭點整理程序，以達到審理集中化之目標，及避免浪費勞力、時間、費用，以兼顧當事人之實體利益及程序利益…。立法院司法委員會編，《民事訴訟法部分條文修正案》，法律案 253 輯（上），2000 年，頁 102、159。

¹¹² 許士宦（2005），〈證人之書狀陳述〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 244。



公證人前作成陳述書狀。使證人於公證人前陳述而作成陳述書狀，其目的在於保持證言之真正性，避免非屬證人自己之陳述；使兩造會同證人為之，係為保障當事人之在場見證權。為使當事人知悉證人何時至公證人處認證，法院得預先附加條件，命證人及兩造當事人在彼等均容許之時間，會同至公證人處認證，或請公證人至證人面前認證（公證法第 8 條¹¹³）。如果兩造對於證人之陳述有意見，亦可當場由公證人就其情形一併認證¹¹⁴。

（二）當事人兩造同意者之陳述書狀

新法規定，當事人兩造同意者，證人得於法院外以書狀為陳述（第 305 條第 3 項），而不採「法院命證人於法院外以書狀陳述」，係立法明白承認擴大兩造當事人蒐集事證之權限，在此範圍內，某程度限縮法官之權限。依該規定，證人以書狀陳述適用範圍較廣，據此，便利當事人整理爭點，並有助於減少開庭次數，達到審理集中化之目標，而減輕法官工作之負擔。另，此種證人之書狀陳述，與前述法院認為適當時命證人作成陳述書狀者不同，就作成陳述書狀之方式，不要求兩造會同於公證人前為之等要件。蓋此乃係基於兩造當事人合意行之，宜儘量尊重當事人及證人之意向，以便當事人依簡速方式蒐集更多之事證資料，助益於審理內容之充實及促進程序之迅速。惟證人以書狀為陳述者，仍應將其書狀經公證人認證（第 305 條第 6 項）。蓋以，此際未經法院訊問，無法確定其人別，未免滋爭議，明定證人於法院外以書狀為陳述之情形，其書狀亦須經公證人認證¹¹⁵。

在兩造當事人同意之情形，證人為書狀陳述，亦可發揮證據開示之機能。因前述法院認為適當而命證人作成陳述書狀時，既須法院之命令，亦須證人會同兩造於公證人前為之，此於證人具有何等資訊並不確知之情形，可能仍會加重法院

¹¹³ 公證法第 8 條規定：「辦理公證事務，應於法院公證處或民間之公證人事務所為之。但法令另有規定或因事件之性質，在法院公證處或民間之公證人事務所執行職務不適當或有其他必要情形者，不在此限。（第 1 項）辦理公證事務之時間，依一般法令之規定。但必要時，得於法令所定時間外為之。（第 2 項）」

¹¹⁴ 許士宦（2005），〈證人之書狀陳述〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 244。

¹¹⁵ 許士宦（2005），〈證人之書狀陳述〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 247-249。

及該證人之負擔，故若兩造同意，且證人願意作成書狀陳述時，則得運用其書狀陳述以蒐集資訊、事證。據此，如判明該證人不具有重要資訊時，固可因而終了該證人調查程序，如有重要資訊猶須其加以說明或對之為必要發問者，亦可進而通知其到場陳述（第 305 條第 4 項）¹¹⁶。

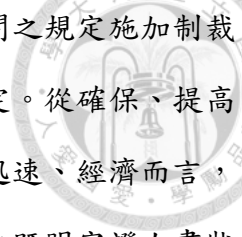
二、書狀陳述之效果與制裁

首須說明者乃，證人之書狀陳述，無論其係兩造會同於公證人前作成之陳述書狀，或證人於法院外以書狀為陳述者，均係人證（證人證據）而非書證。另，證人之書狀陳述亦具有對個人為囑託調查之機能。囑託調查係簡易化之證據蒐集、調查程序，從嚴格之證據調查程序解放，不必循通常之證人、鑑定人之調查方式為之，受囑託之機關、團體所作成之調查報告，成為證據資料，取代人證或書證。依此項囑託調查程序，故得迅速、經濟蒐集事證，而促進訴訟，助益於集中審理，但其受託對象並不包括自然人在內（第 289 條第 1 項），故即使對於醫生或其他專家等有囑託調查之必要性，亦無法為之。為此，利用簡易化證據調查方式之證人書狀陳述程序，可某程度代替囑託調查，據以擴大事證蒐集之手段，並節省勞力、時間、費用，平衡追求實體利益及程序利益。惟於書狀陳述程序，證人尚須具結，故就此而言，其比囑託調查程序較不便利於使用¹¹⁷。

於書狀陳述之證人證據調查程序，證人無正當理由不會同兩造至公證人前、

¹¹⁶ 許士宦（2005），證人之書狀陳述，證據蒐集與紛爭解決，台北：新學林，頁 250-251。另外，在未具備新法第 305 條第 2、3 項規定之要件下，證人所為之書狀陳述具備何等證據能力？例如，法院尚未命證人於法院外作成陳述書狀而證人先行以書狀為陳述；或證人雖依法院命令作成陳述書狀，但未會同兩造於公證人前作成，或未經認證、具結；或兩造雖同意證人在法院外以書狀陳述，但證人所為陳述書狀，未經公證人認證或未具結等類此情形，論者認該等書狀陳述之人證，至多作為私文書之書證予以利用，惟如兩造當事人同意以上開情形之書狀陳述作為人證之書狀陳述者，從新法擴大當事人之事證蒐集權，容許兩造基於程序處分權，合意選擇書狀陳述之立法旨趣來看，似可肯認之。又，若不符新法第 305 條第 2、3 項規定之陳述書狀，而法院將之作為人證，就書狀上之陳述，以證言之證據資料採為判決基礎，當事人得依上訴對該終局判決為指摘。惟此項瑕疵，在新法容許兩造合意證人書狀陳述之規定下，係屬責問事項。如當事人對於該瑕疵已表示無異議，或知其瑕疵或可知其瑕疵，並無異議而為本案辯論者，即放棄或喪失責問權（第 197 條第 1 項）。許士宦（2005），證人之書狀陳述，證據蒐集與紛爭解決，台北：新學林，頁 251-252、259-260。

¹¹⁷ 許士宦（2005），證人之書狀陳述，證據蒐集與紛爭解決，台北：新學林，頁 257-259。



拒絕陳述（作成陳述書狀）或拒絕具結者，得否依通常證人訊問之規定施加制裁（第 303 條、第 311 條、第 315 條）？新法未設明文之制裁規定。從確保、提高書狀陳述之實效性，以保障當事人之事證蒐集權及促進審理之迅速、經濟而言，對於違反證人義務者，宜施加制裁，強制其履行證人義務。新法既明定證人書狀陳述之具結程序（第 305 條第 6 項），則以書狀陳述之證人難謂無具結義務。再者，會同兩造至公證人前作成陳述書狀，既係依法院命令行之，則應認其係證人到場、陳述義務之具體化。故在此等情形，證人無正當理由拒不會同、陳述或具結者，法院得依前開規定斟酌情形而施加適當之制裁。另外，法院亦得不予以制裁，而改行通知證人到場陳述，自屬其訴訟指揮之裁量範圍¹¹⁸。

第二目 文書之蒐集與開示

應先予以說明者係，準備程序得否令當事人、第三人提出證據（例如：文書）？得否為證據之蒐集？答案應為肯定。準備程序應該可以為證據之蒐集，以便法院及當事人先蒐集與訴訟標的相關的事實、證據，然後整理爭點，法條依據在第 272 條準用第 269 條。

在此前提之下，接下來須探討者乃當事人文書提出義務之範圍為何？又違反此義務者所受之制裁為何？以下分述之：

一、文書提出義務範圍之擴大—兼論文書提出義務之一般化

新法除將舊法所定之引用文書，修正為當事人就其於訴訟程序中曾經引用之文書，使其不限於準備書狀內或言詞辯論時曾經引用者（第 344 條第 1 項第 1 款）外，並將法律關係文書修改為一般文書，就與本件訴訟有關之事項所作者，均負提出義務，無論其所載事項係關連於本件訴訟之實體上或程序上法律關係、爭點、攻擊或防禦方法等（第 344 條第 1 項第 5 款、第 348 條）¹¹⁹。而本文之探討重點，

¹¹⁸ 許士宦（2005），證人之書狀陳述，證據蒐集與紛爭解決，台北：新學林，頁 260-261。

¹¹⁹ 司法院編（2000），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊，頁 155-156；王甲乙


則集中於新法第 344 條第 1 項第 5 款之部分¹²⁰，亦即，新法有關文書提出義務範圍之擴張之規定，在解釋論上係採限定義務（限制主義）或一般義務？學說上爭論甚深，以下分述之：

（一）採限定義務（限制主義）論者：

論者有認，就當事人是否負一般資訊（文書）提出義務或一般解明義務，在我國現階段程序法發展上，仍應採較保留見解為宜。其理由為：1. 若採一般解明義務，將造成是否將所有故意作為或不作為之錯誤陳述，課以證據法上不利效果之困境，其效果發生要件（前提）設定，頗為困難。2. 而若一方面認為當事人有一般解明義務，但另一方面則不賦予不利強制效果，則此種道德化規範意義不大。3. 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互相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，及是否係以程序而害實體，非無疑慮。4. 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。5. 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，並兼顧不負舉證責任人之期待可能性，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。6. 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制作、保管文書，則要求此一不負舉證責任人須無限制地提出義務及受不利益之效果之正當性，似較有制作及保管者為低。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，而將不能證明之危險驟歸債務人負擔，其合理性即應多行審慎評估。因若兩造處於平等地位，則證據之保管成本似應由債權人負之，豈能一味歸諸債務人。

（2000），〈集中審理與事証之提出、蒐集〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 79-80。

¹²⁰ 關於本條文第 1 項各款之詳細論述，參劉玉中（2005），〈文書提出命令作為證據收集制度運用之落實〉，《玄奘法律學報》，第 4 期，頁 9-19；呂太郎（2001），〈文書提出命令〉，《台灣本土法學雜誌》，第 25 期，頁 105-108；姜世明（2009），〈文書提出義務〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 6-7；姜世明（2001），〈文書提出義務之研究（上）〉，《萬國法律》，第 117 期，頁 106-107。



若如此，舉證責任法則之危險分配意義將遭顛覆，且造成當事人（負舉證責任人）濫用之危險，而造成法院認事之困難（糾纏於提出義務與存在與否等要件之舉證）。且其於上開一般案例課以惡效，有否違反比例原則，亦值疑慮。而即若欲課以惡效，其效果似亦宜與特殊案型（即武器不平等或有危險領域及證據接近情形之事例）相區別。7. 在特殊案型，即如我國民事訴訟法第 342 條、第 344 條立法理由中所指出之公害、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，及其正當化事由之確認，應不宜過苛。

8. 民事訴訟法中關於當事人訊問規定及證人規定，不足以正當化當事人負一般解明義務之論述，因該等規定於虛偽陳述之效果規定並不當然涉及待證事實之認定。

9. 民事訴訟法第 277 條但書與同法第 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，並不當然有承認一般解明義務之意義¹²¹。

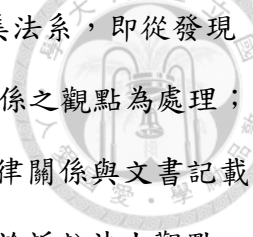
另有學者認為，為了兼顧保護文書執有人秘密，就文書提出義務應採限制主義，即在一定情形下當事人或第三人始有提出所執文書之義務，而非如證人般採一般性義務¹²²。

（二）採一般義務論者：

1. 新法修正係為因應今後社會之新需求，改善不公平之證據獨占現象，致力擬補採大陸法系之我國蒐證手段不夠完備之缺失，以貫徹當事人間武器平等原則，

¹²¹ 姜世明(2009)，〈文書提出義務〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 30-32；姜世明(2001)，〈文書提出義務之研究（下）〉，《萬國法律》，第 118 期，頁 94-95；姜世明(2010)，〈文書提出義務及事案解明義務之競合與限制〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，頁 231-232；同採限定義務（限制主義）論者，參呂太郎(2001)，文書提出命令，台灣本土法學雜誌，第 25 期，頁 107 註 8、頁 108 註 10，謂新法第 344 條第 1 項第 5 款之規定，並未使文書提出義務一般化，因在立法當時，僅有將舊法所定文書提出義務稍為擴大，並無仿日本新民訴法使成為一般義務之意思，且修正草案原係規定「與本件訴訟關係有關之文書」而在立法院審議時將其改為「與本件訴訟有關之文書」，僅為文字修飾而已。對此，論者有提出詳細之論述加以反駁者，參下述本文「採一般義務論者」之理由 4 之說明。

¹²² 王甲乙/楊建華/鄭健才(2009)，《民事訴訟法新論》，台北：三民，頁 465。



故擴大舉證人使用文書之範圍，使我國之證據法，較接近於英美法系，即從發現真實或便利主張權利等訴訟法上考量，而非僅從實體法上法律關係之觀點為處理；舊法所定「就當事人間法律關係所作者」，向來解釋均以實體法律關係與文書記載內容關連為準，判斷文書執有人是否負有文書提出義務，鮮少基於訴訟法上觀點，同時考量立證方法之有無，文書之製作目的及其有助於發現真實之價值程度等訴訟法上之要因，故將之修正為「就與訴訟關係有關之事項所作者」，藉以包含就當事人間法律關係或與該法律關係有關之事項及其他與本件訴訟有關之事項所作成之文書，使與待證事項有關之文書，即有提出義務。

2. 新法於日本新民訴法改採一般義務後，即參仿該規定而為修正。蓋其與審理能否集中化有密切關係，如判決所需基礎資料未能蒐集齊全，審理即不太可能集中化。

3. 新法將舊法之法律關係文書修正為訴訟關係文書，使與訴訟標的有關連之文書，均明文涵蓋在內。此種修正，已趨向於英美法。易言之，在美國之 Discovery，當事人得依其獲取開示之範圍，係以該事項是否與訴訟標的有關連性為斷，而不以文書記載內容是否與實體法律關係之關連為準，而我國新法之規定亦然。再者，新法擴大文書提出義務範圍之根據，明揭為貫徹當事人訴訟資料使用平等原則，及便於發現真實並整理爭點，以達審理集中化之目標，此等理念或法理根據，亦與 Discovery 之指導理念具共通性。

4. 新法將本條款列為同項最後一款，係明示前面各款為例示規定，該款則為一般、概括規定。立法院之此項修正，實係擴大文書提出義務至一般義務，並非只是文字修飾，其規定方法縱使與日本新民訴法規定不同，但無礙其解為一般義務之規定。從而，就法條文字言，不須作限定解釋，認為文書之製作目的上須與本件訴訟有關而做者，始足當之，縱其於製作時無此意思，因其於具體訴訟上與當事人作為攻防之事項有關，可援用為有利於己之主張，仍應解為包括在內。

5. 立法院審議時，不僅擴大當事人之文書提出義務，亦擴大第三人之文書提出義務。此觀立法理由中已明示「第三人文書提出之義務，係對於法院之訴訟審理應予協助之公法上義務，基本上與作證義務具同一性質…」，故認為第三人之

文書提出義務與證人義務亦應相同，均為一般義務，職是，將原舊法排除第三人對於商業帳簿之提出義務，於新法下納入準用之列（第 348 條準用第 344 條第 1 項第 2 款至第 5 款）。據此，在訴訟上，無論當事人或第三人均負一般性文書提出義務¹²³。

（三）本文見解：

文書提出義務一般化，不僅可要求當事人或第三人提出與本訴訟有關事項所作之文書，以達實體真實之發現，亦有助於蒐集事案解明所須之事證資料，使兩造當事人可藉以互相知悉雙方就與訴訟有關連性之事證、資料，而得共享，並避免遭受他造突襲，且易與法院及他造形成共識，整理、限縮爭點，俾利紛爭之迅速、經濟地解決，有助於平衡兼顧發現真實及促進訴訟等訴訟法上基本要求，故本文亦採肯定文書提出義務一般化之見解。而對於採限定義務（限制主義）論者，

¹²³ 許士宦（2005），〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 343-349；許士宦（2003），〈文書之開示與祕匿〉，《台大法學論叢》，第 32 卷第 4 期，頁 286-291。另有論者認，為解決現代型訴訟證據偏在之問題，以達成當事人間之實質平等（實質武器平等）以及發現真實，並給予當事人公平的程序保障，求取紛爭之終局徹底解決，有擴大文書提出義務範圍之必要，甚至可將文書提出義務一般義務化。但本款條文可否解釋為一般義務，似值探究。自文義解釋言，若採一般義務，其規範方式應當如同採取一般義務之證人義務之規範方式（第 302 條）一般，規定無論何種文書，當事人均有提出之義務。我國新法第 344 條第 1 項規範方式則為：下列各款文書，當事人有提出之義務...。從反面解釋，若非我國新法第 344 條第 1 項所列文書，則無提出之義務，可見並非所有之文書都有提出之義務，難謂文書提出義務為一般義務。再者，從條文內容思考，本條第 1 項第 5 款「與本件訴訟有關之事項所作」者之規定，造成文書提出義務範圍之擴張，由原本之法律關係文書擴張到兼含訴訟關係文書，惟若係「與本件訴訟無關之事項所作」之文書，文書持有人仍無提出之義務，似乎難謂文書提出義務範圍之擴張，已達一般義務之程度；惟從實質的訴訟運作之角度切入，可發現只要是文書提出命令聲請人為求勝訴而向法院聲請要求對造當事人提出之文書，似均可解釋為「與本件訴訟有關之事項所作」之文書，例如：在公害訴訟上，受害居民要求為加害人之工廠提出工廠設備配置圖、工廠機具設計圖、環境影響評估報告等文書時，該等文書係影響訴訟勝負之重要關鍵，解釋上均可認為符合第 5 款之規定，文書持有人均有提出之義務，故在實際之訴訟上而言，文書提出義務已與一般義務無異。從而，該論者雖然贊同新法之修正，但認為在立法技術上應做更完備之修正，使其明文成為一般義務，當可消弭爭論，而修正之方式可參法國或日本、奧地利民訴法之規定。劉玉中（2005），〈文書提出命令作為證據收集制度運用之落實〉，《玄英法律學報》，第 4 期，頁 16-19。另認為新法已使文書提出義務一般化或採一般主義者，可參沈冠伶（2000），〈論民事訴訟程序中當事人之不知陳述〉，《政大法學評論》，第 63 期，頁 388；沈冠伶（2000），〈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》，第 111 期，頁 47；尚有論者立於貫徹「對事證資料之平等接近」之理念，而肯定訴訟當事人之「一般的事證開示義務」，並認此義務並不限於「特定類型現代型訴訟」，參黃國昌（2010），〈事證開示義務與舉證責任〉，《民事訴訟理論之新開展》，頁 207。



似有可待斟酌之處。詳言之：

第一，新法下已訂有「無正當理由不從提出文書之命」作為不利效果之要件設定（第 345 條、第 349 條），且以要件設定困難作為否定採一般事案解明義務之理由，此不僅屬立法怠惰，不符憲法上對於當事人訴訟權之保障，且亦不利新法所欲達成審理集中化之目的。

第二，新法已分別對當事人及第三人無正當理由不從提出文書之命者，訂有第 345 條、第 349 條之制裁效果。

第三，新法下已加重法官之闡明義務，此可由法官於具體個案上，靈活運用其訴訟指揮權及闡明權，對於意圖延滯訴訟而於訴訟中一再爭執相對人為說謊或違反文書提出義務者，駁回其聲明，故是否如論者所述有以程序害實體，似值商榷。

第四，我國辯論主義之內涵與傳統沿襲自德國法上之辯論主義已有所不同，在新法下可謂已改採協同主義，已如前述（參第二章、第二節、第二項、第一款之說明）。又，鑒於我國舉證責任分配之規定為訴訟法上規範，自應以兼顧訴訟法上諸基本要求為指標。申言之，相較於德、日之舉證責任理論僅從實體法上觀點作為舉證責任分配之原則，我國之舉證責任理論應以達成民事訴訟之目的為前導，視各該待證事實之性質、事件類型之特性，具體個別較量所涉實體利益、程序利益之大小輕重，並顧慮相關訴訟法上要求（如：發現真實以保護實體利益之要求、促進訴訟以保護程序利益之要求、實質上平等或公平之要求、誠信原則）據以分配舉證責任於原告或被告¹²⁴。故我國無論係辯論主義或舉證責任理論，均已將協力義務內化於其理論中，具有我國法上之特色，已不可將傳統德國法上之概念套用於我國法，而認承認一般解明義務，將造成辯論主義與舉證責任理論之侵蝕與破壞。

第五，論者所謂「在兩造處於平等地位之案型，以誠信原則於個案上做證據

¹²⁴ 邱聯恭講述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（三）》，頁 222-224。

法上調整…則承認一般性事案解明義務之必要性似可被降低」，然此誠信原則之概念過於抽象，且具有浮動性、不確定性，不易為當事人所預見何時應提出證據，容易造成突襲，而藉由將前開原則具體化之一般事案解明義務，反而使雙方當事人容易理解應將與待證事項有關之文書，有全部提出之義務，一體適用於任何種類之案型，較具穩定性。

第六，新法之修正係為改善不公平之證據獨佔，以補充我國蒐證制度之不完善以達審理集中化之目標。立法理由中所舉公害、產品責任及醫療等案件即如上開論者所述，係因涉及武器平等、危險領域及證據接近等問題，而為有利於舉證人之制度設計，有助於其蒐集事證，不僅可發現真實，亦可促進訴訟達成新法之目標，應無疑義。而於兩造當事人居於平等地位之案型（如一般借貸案型），此時，新法既已趨向於英法法，即應參酌美國事證開示制度為指導法理，而認該不負舉證責任之當事人亦應依第 344 條之規定將文書（借據）提出，蓋在新法下，當事人是否受惡效，已以是否具有「正當理由」作為考量因素，而不應再加諸法無明文之當事人有無為「制作、保管」義務。而論者所謂「舉證責任法則之危險分配意義將遭顛覆，且造成當事人（負舉證責任人）濫用之危險，而造成法院認事之困難（糾纏於提出義務與存在與否等要件之舉證）」，似有誤會。姑不論美國事證開示無庸斟酌當事人是否負舉證責任¹²⁵，蓋事案解明協力義務係具有訴訟上行為義務之性質，而以該當事人就具體事實之陳述或證據之提出在主觀情事上存有期待可能性為評價、承認之基礎，是不同於主張責任、證明責任係一種繫於危險分配之結果責任，而不必行該類主觀情事有無之評價¹²⁶，職是，以上開所舉一般借貸之案例為說明，債權人若將借據遺失，而於準備程序中要求債務人應為借據（設當初雙方當事人各執一紙）提出，此時，債務人基於事案解明義務仍應提出，至於是否負有保管義務應已納入「正當理由」之考量，而對於債權人為借據之保管既

¹²⁵ 沈冠伶（2007），〈摸索證明與事證蒐集開示之協力〉，民訴法第 92 次研討會，頁 176 註 9。

¹²⁶ 邱聯恭講述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（三）》，頁 229。

可期待，又一般債務人不負保管義務之情況下，則債務人若非基於訴訟目的，例如於未認知有訴訟之前，即將此借據不慎（或故意）毀損、滅失，則仍應認其未提出該借據具有正當理由，此時，債權人如認債務人不具正當理由，仍應由債權人舉證，舉證責任法則之危險分配並無發生轉換。

第七，新法增設當事人訊問制度，即係側重於當事人對於紛爭事實最為瞭解，故最有可能提供案情資料，協助法院發現真實及促進訴訟，故使其不再如未增設此規定之舊法般，僅具有補充性之地位，而將其層次提升為證據方法之一，並具有事實證明之功能。再者，證人抑是以陳述具體事實之證據方法。兩者同樣屬於「人證」，而當事人訊問程序又多準用證人之規定（第 367 條之 3），故亦應與證人同，皆負一般事案解明義務，從而，由此可導出當事人因法院訊問而為事實陳述，其當然應將證明事實之證據（如文書）有提出之一般義務存在。

第八，第 277 條但書既規定舉證責任於顯失公平之情形得以轉換，依舉輕以明重之法理，不轉換舉證責任而僅使當事人說明或提供相關資料，應無不可¹²⁷。

第九，若文書之內容涉及持有人或第三人之秘密，如何能在確保該等人之秘密保護下，同時擴大文書提出義務之範圍，關於此一問題，誠屬重要。然而，隨著時代之進步，各式各樣之秘密保護方式亦有可能被發現，從而，可以於權衡文書持有人或第三人秘密保護之必要性（若因其秘密被揭露所造成之不利益甚為嚴重，則保護之必要性較高），及事證公開所能獲得之利益（如當事人證明權之保護、促進訴訟等利益）後，依所要保護之利益而採取不同之秘密保護方式以兼顧文書提出義務一般化可得之利益及秘密保護之需要¹²⁸。況，所謂文書提出義務之一般化並非毫無界線，如同證人雖採一般性義務，惟得因特別事由，如為免親屬受刑事訴追或蒙恥辱等，而行使證言拒絕權（民訴第 307 條、第 308 條），非可謂

¹²⁷ 沈冠伶（2000），〈論民事訴訟程序中當事人之不知陳述〉，《政大法學評論》，第 63 期，頁 388；沈冠伶（2000），〈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》，第 111 期，頁 47。

¹²⁸ 關於如何兼顧擴大文書提出義務及秘密保護，詳細說明可參：許士宦（2005），〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，頁 383-424。

涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密（第 344 條第 2 項）而加以限制時，即認文書提出義務係採限制主義。

二、文書特定協助義務

新法於第 342 條增訂第 3 項，規定當事人就「應命提出之文書¹²⁹」及其「內容」表明顯有困難時，法院得命他造為必要之協助，學說上有稱之為「文書特定協助義務¹³⁰」。蓋以，於公害訴訟、醫療過失訴訟、產品責任訴訟等所謂現代型訴訟，證據通常偏在於當事人之一方。以產品責任訴訟為例，產品之設計圖、實驗報告書等，為產品製造人方面所擁有，對於消費者而言，無從得見此等證據。由於係消費者所無法得見之文書，故要求消費者聲明該應命提出之文書及其內容，實有困難¹³¹。而前開之協助係指，聲請人欲表明文書之名稱、內容顯有困難時，持有文書之他造或第三人陳明，提供該文書之資訊或為其他協助。例如，提出文書目錄，由聲請人挑選，甚至讓聲請人查閱電腦，以助其回復記憶¹³²。

有論者謂，命他造協助之規定，與訴訟當事人基本上處於對立地位者，不無抵觸，也非人情之常，故適用上必須格外謹慎，如果聲明人利用其他法律管道，例如透過證人訊問或當事人訊問，便可特定文書者，即不能認為表明文書顯有困難¹³³。惟關於此種文書特定程序補充性之問題，姑且不論新法第 342 條第 3 項並未規定要求依其他手段實行，該項分法與新法之全體構造亦不調和。蓋新法採行集中審理，原則上於爭點整理之後始行集中調查證據，特別是集中訊問證人及當事人本人（第 296 條第 1 項、第 2 項），既然於爭點整理程序得聲請文書提出命令（第

¹²⁹ 所謂應命提出之文書，係指文書之標題、製作者姓名、製作年月日以及文書之類別等事項，有論者稱為「文書之標示」，而其與文書之內容相搭配，則可明瞭聲請提出何種文書，而達成文書特定之功能。劉玉中（2005），〈文書提出命令作為證據收集制度運用之落實〉，《玄奘法律學報》，第 4 期，頁 46。

¹³⁰ 許士宦（2003），〈文書之開示與秘匿〉，《台大法學論叢》，第 32 卷第 4 期，頁 293；許士宦（2002），〈文書特定協助義務〉，《月旦法學雜誌》，第 82 期，頁 14 以下。

¹³¹ 參民訴法第 342 條之立法意旨第 3 點。

¹³² 許士宦（2003），〈文書之開示與秘匿〉，《台大法學論叢》，第 32 卷第 4 期，頁 295、298。

¹³³ 呂太郎（2001），〈文書提出命令〉，《台灣本土法學雜誌》，第 25 期，頁 105。

269 條第 2 款、第 3 款、第 270 條第 2 項)，為利用證人、當事人之供述以特定文書而行證人、當事人本人訊問，此項手法即違背該構造。且集中訊問證人、當事人本人之意圖，本非用以特定文書。如謂未實行該等訊問即不該當於顯著困難之要件，此種解釋限縮文書特定協助制度之利用，並不適當¹³⁴。

如聲請人就其特定已盡必要努力而達成合理可期待之程度，仍不能予以特定之情形，例如，聲請人未參與對象文書之作成過程，作為外部人未被賦予知悉該文書之機會，或處於對象文書所記載內容之事實經過領域外等情形，不論其訴訟事件為一般固有之訴訟事件或現代型訴訟事件，法院均得命執有文書之他造或第三人為必要之協助¹³⁵。

三、違背文書提出義務之制裁

(一) 違背文書提出義務之制裁

新法規定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（第 345 條第 1 項）。論者並謂，負文書提出義務之當事人，於受法院命令提出所執文書之情形，如其因過失而致該文書毀滅之情形，亦不得謂其有正當理由不從提出文書命令，即文書提出義務之違反包含過失之義務違背在內¹³⁶。而此真實擬制之制裁，究係認他造關於文書之性質、內容及文書成立之主張為真實，抑或他造依該文書應證之事實為真實¹³⁷，係

¹³⁴ 許士宦（2005），〈文書開示與秘匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 356 註 49。

¹³⁵ 許士宦（2005），〈文書開示與秘匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 357。

¹³⁶ 許士宦（2001），〈證明妨礙〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 45。

¹³⁷ 所謂法院認他造關於文書應證之事實為真實，係指他造關於文書之性質、內容之主張，以及文書有無形式的證據力之主張（文書成立之真正）為真實；至於傳統上就關於以該文書之應證事實的主張（實質的證據力；證明命題本身），則不為「關於文書之主張」一詞所涵蓋，不在「法院得認係真實」的法定證據法則適用之列，而應依法院之自由心證判斷（第 222 條）；此種事實認定方式，將法院之事實認定區分為法院直接認定他造關於該文書之主張為真實與依據自由心證認定應證事實之真偽兩個階段，論者稱為「兩段法」。另所謂法院得認他造依該文書應證之事實為真實，乃係指得認定以該文書所欲證明之事實，亦即應證事實（要證事實）、證明命題（證明主題）本身為真實；此種事實認定方式，導致法院之事實認定僅有直接認定應證事實為真實之單一過程，論者稱為「一段法」。參劉玉中（2005），〈文書提出命令作為證據收集制度運用之落實〉，《玄奘法律學報》，第 4 期，頁 35-38。

授權法院審酌情形定之¹³⁸。惟此於促使當事人履行文書提出義務，否則其將發生重大訴訟上不利益，以發揮對該義務違反者施加制裁之實效而言，固較優越，但亦因此對當事人更易造成突襲性裁判。蓋賦予法院之裁量權愈大，當事人就不提出文書所生法律效果之預測愈困難。從而，必須要求法院就其有關真實之擬制，於裁判前應令當事人有辯論之機會，以防止突襲性裁判，確保當事人之辯論權、證明權（第 345 條第 2 項）¹³⁹。

新法對第三人無正當理由不從提出文書之命者，明定：第三人無正當理由不從提出文書之命者，法院得以裁定處新台幣三萬元以下罰鍰；法院於必要時，並得以裁定命為強制處分；該強制處分之執行，準用強制執行法關於物之交付請求權執行之規定（第 349 條第 1 項、第 2 項）。而對於前開採取直接強制之手段，論者有認相較於無此規定之德、日民訴法，新法較能發揮擴大蒐集事證制度之機能¹⁴⁰。

（二）違背文書特定協助義務之制裁

¹³⁸ 新法賦予法院具有廣泛之裁量權，惟裁量之根據為何？我國相關規範並無明文規定。觀察辦理民事訴訟事件應行注意事項第 84 點：「當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得依自由心證認舉證人關於該文書之性質、內容及文書成立真正之主張為真實或認舉證人依該文書應證之事實為真實。但於裁判前應令當事人有辯論之機會。」，亦僅係重申新法第 345 條規定之內容，對於法院之裁量基準仍未提出。論者有謂，為防止法官無所適從或濫用裁量，並使當事人雙方得以預測於何種情形有證明主題（證明命題）真實擬制之可能性，應參考日本民訴法第 224 條第 3 項之規定，將文書之記載無法為具體之主張，並且以其他證據證明依該文書所應證明之事實有顯著困難之要件，作為我國法院得認定聲請發文書提出命令之當事人關於應證事實之主張為真實的裁量依據，似乎不失為一較為明確且容易判斷之初步基準。參劉玉中（2005），〈文書提出命令作為證據收集制度運用之落實〉，《玄奘法律學報》，第 4 期，頁 40-41。另有論者認，究竟如何擬制真實，應依各事件類型，綜合考量文書持有人拒絕提出之事由、該文書作為證據之重要性、取代可能性及他造接近證據之程度等諸因素。參許士宦（2002），〈當事人違反文書提出命令之制裁〉，《月旦法學雜誌》，第 86 期，頁 17；許士宦（2005），〈文書開示與秘匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 365。相近意見，認為法院於裁量時，應綜合當事人所提書證，就當事人是否負有製作、保管義務以及是否已罹保管時限、證據接近度、武器平等、危險領域及就待證事實所提之直接、間接證據多寡等相關因素為合理判斷。參姜世明（2009），〈文書提出義務〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 36；姜世明（2001），〈文書提出義務之研究（下）〉，《萬國法律》，第 118 期，頁 97。

¹³⁹ 許士宦（2005），〈文書開示與秘匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 363、365；許士宦（2002），〈當事人違反文書提出命令之制裁〉，《月旦法學雜誌》，第 86 期，頁 16；許士宦（2001），〈證明妨礙〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 49。

¹⁴⁰ 許士宦（2005），〈文書開示與秘匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 369。

新法對於文書特定協助義務欠缺明文制裁之規定，論者有謂，如此一來本規定即欠缺實效性¹⁴¹；另有論者認為，此時應審酌聲明之內容、文書特定之困難度、當事人為特定所盡努力程度、文書識別之可能度、文書之證據價值、持有之具體情形以及其他管道獲得該文書之可能性等情形後，決定是否命他造提出文書。審酌結果認為不必命他造提出者，即應駁回聲請人之聲請，若認為應命他造提出，因該文書事實上未具體特定，故法院僅能發具有相對特定之文書提出命令¹⁴²。

然於此情形，不應以文書無從特定，故不能發不特定之文書提出命令，而駁回文書提出命令之聲請。蓋以，文書不能特定係因文書持有人負協力義務卻不予協助所致，此種不利益不應歸由聲請人負擔，否則即有違武器平等原則，並侵害當事人之證明權、聽審請求權；反之，亦不宜逕發未特定之文書提出命令，否則亦致將來所提出者是否符合命令，滋生爭議，延滯訴訟，不足以保障當事人之適時審判請求權及公正程序請求權¹⁴³。論者認為，此時應斟酌證明妨礙之法理以及違反訴訟促進（協力迅速進行訴訟）義務，於當事人不遵守法院命令時，將其拒絕作為全辯論意旨加以斟酌，或使其發生本法第 345 條所定擬制真實之效果（第 282 條之 1）；於第三人不從法院命令時，使其發生第 349 條規定之效果¹⁴⁴。

¹⁴¹ 姜世明（2009），〈文書提出義務〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 33；姜世明（2001），〈文書提出義務之研究（下）〉，《萬國法律》，第 118 期，頁 95。

¹⁴² 呂太郎（2001），〈文書提出命令〉，《台灣本土法學雜誌》，第 25 期，頁 105。

¹⁴³ 許士宦（2002），〈文書特定協助義務〉，《月旦法學雜誌》，第 82 期，頁 15；許士宦（2005），〈文書之開示與秘匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 361。

¹⁴⁴ 許士宦（2005），〈文書之開示與秘匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 359-360；許士宦（2003），〈文書之開示與秘匿〉，《台大法學論叢》，第 32 卷第 4 期，頁 299。另有論者認，文書特定負擔減輕規定之目的，乃係為維護當事人證據收集地位之實質平等，對於證據收集地位實質不平等之弱勢當事人加以保障。惟在保護文書提出命令聲請人之同時，亦應均衡保障文書持有人不受過度干擾。基此觀點，似限於就個案情形，依社會通念推斷，持有文書之他造當事人故意不協助為文書之特定者，可認為構成證據收集之外在障礙，為排除此等障礙，得依據證明妨礙之法理（法院得為真實擬制，第 282 條之 1）為制裁。劉玉中（2005），〈文書提出命令作為證據收集制度運用之落實〉，《玄奘法律學報》，第 4 期，頁 51。惟持質疑態度者認，文書特定協助義務不同於美國法之事證開示制度背後有藐視法庭罪作為支撐，是否可以發生如此強烈的效果相當令人懷疑；另外，文書存在與否不明，文書記載亦完全不知悉，除非法有規定存在製作義務者，否則如何啟動證明妨礙制度，使發生擬制真實之重大效力，仍值疑慮。基本上，其可否該當證明妨礙之要件，其重點在於對於該文書之製作及存在，文書提出義務聲請人如何提出合理說明，若無法令法院得一定心證，法院實難以無端啟動文書提出義務制度。對於此一問題，可能仍將之置於具體化義務及例外類型承認非負舉證責任一造當事人事案解明義務之領域探討，較為合適。參姜世明（2010），〈文書提出義務及事案解明義務之競合與限制〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，頁 228 註 9。

第三目 擴大容許聲請證據保全之範圍

一、證據保全之機能

(一) 保全之功能

就保全證據之功能而言，此一功能係證據保全制度之傳統上意義，亦即，若有證據滅失或礙難使用之虞之情形，乃於訴訟繫屬後（準備程序中）而在得為證據調查命令之前，預為證據調查，以利當事人於訴訟中之舉證及確保真實發現之可能性。其具有急迫與預防性質（指預防證據不能使用而言），甚為明顯¹⁴⁵。僅滿足當事人之證據提出權¹⁴⁶。

(二) 開示之功能

1. 事、物現狀之確定

證據保全制度之機能除了消極地保存證據而使之不致滅失外，更重要的意義毋寧在於經由先行之證據調查以確定事實。因證據保全乃預先調查證據，故在實施證據保全之同時，具有使一方當事人知悉存在於他方當事人支配領域內之證據方法的內容之效果。蓋法院採納當事人一方之證據保全聲請而進行證據調查，就其調查結果，均得允許證據保全聲請人閱覽（第 242 條第 1 項），故其效果恰與證據保全聲請人於取得該證據方法相同。換言之，依證據保全就存在於對造當事人支配領域內的證據方法所實施的證據調查，必然伴隨有將該證據對聲請人開示之功能。此即為證據保全的證據（包括資訊）開示功能¹⁴⁷。基此開示之功能，將訴訟相關資訊盡量完整且公開、透明的呈現在法院與當事人面前，有助於爭點之集中及單純化，使當事人能夠釐清爭點之所在，摒除無異之爭點，將焦點凝聚於真

¹⁴⁵ 姜世明（2009），〈證據保全制度〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 43。

¹⁴⁶ 沈冠伶（2001），〈證據保全制度－從擴大制度機能之觀點談起〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 53。

¹⁴⁷ 劉玉中（2004），〈證據保全之認知與運用〉，《玄奘法律學報》，第 2 期，頁 344-345。

正之爭點而進行攻擊防禦，而實質達成爭點整理之促進訴訟、審理集中化目的，並降低造成程序上之猝不及防（突襲）之問題¹⁴⁸。

2. 證據之開示

於此處須特別提出探討者，乃第 368 條第 1 項前段之規定，在以他造所持有之文書作為證據方法之情形，例如：對於診療記錄或商業簿冊除予以保全而使之不致遭毀損滅失外，當事人可否進一步請求閱覽文書內容？就此問題，我國最高法院似乎向來持否定見解¹⁴⁹，縱係在新法於第 368 條增列後段之規定後亦未受其影響¹⁵⁰。然我國學者則多數持肯定見解，認證據保全程序亦應有事證開示之機能，亦即，紛爭當事人如能於起訴前（或訴訟程序之儘早階段，如準備程序中）查明案情，將更能獲得相當資訊，用以認明自己所處法律狀態，及時防止紛爭擴大，並資以較量其紛爭所涉實體利益與程序利益之大小輕重，以選擇適當之紛爭解決方式¹⁵¹；或認新法既明定證據保全應適用有關調查證據方法規定為之，以發揮證據保全制度之保全證據及事證開示機能，關於文書之證據保全即不得僅命文書持有人

¹⁴⁸ 劉玉中（2004），〈證據保全之認知與運用〉，《玄奘法律學報》，第 2 期，頁 345-346。另參新法第 368 條之修正意旨：「...惟如能使欲主張權利之人，於提起訴訟前即得蒐集事證資料，以了解事實或物體之現狀，將有助於當事人研判紛爭之實際情況，進而成立調解或和解，以消弭訴訟，達到預防訴訟之目的。此外，亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證等資料之機會，而有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達到審理集中化之目標。...」，所謂「蒐集事證資料」即屬證據保全之開示功能。

¹⁴⁹ 參最高法院 102 年台抗字第 1004 號裁定、101 年台抗字第 216 號裁定、101 年台抗字第 81 號裁定、101 年台抗字第 851 號裁定、101 年台抗字第 154 號裁定、101 年台抗字第 84 號裁定、99 年台抗字第 629 號裁定、99 年台抗字第 368 號裁定、98 年台抗字第 976 號裁定、98 年台抗字第 209 號裁定、97 年台抗字第 105 號裁定、96 年台抗字第 225 號裁定、96 年台抗字第 119 號裁定、94 年台抗字第 726 號裁定、94 年台抗字第 725 號裁定、92 年台抗字第 502 號裁定、92 年台抗字第 202 號裁定。綜觀前開裁定，其內文皆以：「證據保全之目的在防止證據之滅失，或礙難使用，致影響裁判之正確；苟證據並非即將滅失、或難以使用、或變更事物之現狀，致有時間上之急迫性，而得於調查證據程序中為調查者，訴訟當事人原得於調查證據程序中聲請調查即可，自無保全證據之必要。」，職是，我國實務似仍執著於傳統意義上之保全功能，尤其在第 368 條第 1 項前段之情形，當事人想閱覽證物之內容以達事證開示之機能，似仍不可得。

¹⁵⁰ 沈冠伶（2001），〈證據保全制度〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 55。

¹⁵¹ 邱聯恭（1993），「準備程序之省思」，民訴法研究基金會編『民事訴訟法之研討（四）』，頁 707；邱聯恭（1996），《程序制度機能論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 189 以下。括弧內之文字為本文所加。

不得將其毀損、滅失，而不實施有關之調查證據程度。易言之，法院准許保全文書證據，不應僅以裁定命相對人應將文書保存完整，不得予以銷燬而已，仍應依書證調查程序命相對人提出文書，或依勘驗調查程序予以勘驗¹⁵²；或認新法採行集中化之審理方式下，為貫徹實質武器平等之保障，使當事人得以平等接近、使用與訴訟有關之事證，證據保全之開示功能有助於新法下所課以當事人之協力解明事案義務，且對於書證僅以保全之方式而未開示，無法達到於第 368 條增修理由所明揭「充分蒐集及整理事證資料」之目標；此外，亦減低當事人得依第 376 條之 1 新增規定就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議之可能性，而在體系上有所矛盾¹⁵³。職是，從上論述可知，當事人應可請求閱覽文書。

二、證據保全之類型

我國之證據保全類型有四，即（一）證據有滅失或礙難使用之虞、（二）經他造同意者、（三）就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要者（第 368 條第 1 項）及（四）法院依職權所為之證據保全（第 372 條）¹⁵⁴。以下分別說明之：

（一）證據有滅失或礙難使用之虞所為之證據保全¹⁵⁵

證據有滅失或礙難使用之虞之情形，若俟通常的證據調查期日，則該證據方法恐將無法或難以調查，為避免上述情形之發生，對於該證據方法預先加以調查並保全其結果，乃是最有效之方法。此為最古典的證據保全類型，為證據保全概

¹⁵² 許士宦（2005），〈起訴前之證據保全〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 28-29。

¹⁵³ 沈冠伶（2001），〈證據保全制度〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 56-57。持肯定見解者，另尚可參李木貴（1998），〈證據保全實務疑義要論〉，《全國律師》，8 月號，頁 5-6；劉玉中（2004），〈證據保全之認知與運用〉，《玄奘法律學報》，第 2 期，頁 345-346。否定見解者，參陳榮宗、林慶苗（1996），《民事訴訟法》，台北：三民，頁 545。

¹⁵⁴ 就保全證據類型之（一）、（二）、（三）於起訴前後均得為之（參第 369 條第 1 項），而類型（四）則依法條規定「於訴訟繫屬中」（參第 372 條），故僅得適用於起訴後。而本文所探討者乃係於準備程序中之證據保全，故以起訴後之證據保全為討論之範圍，合先敘明。

¹⁵⁵ 論者有將此種類型稱為「緊急型證據保全程序」，參姜世明（2009），〈證據保全制度〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 47 註 13。

念之原點¹⁵⁶。例如，證人罹患有生命危險之疾病，機關保管之文書行將依法銷燬，將被調查之對象物已瀕腐敗或因建築上變更有導致性質、現狀變化之虞。於此等情形，若未立即進行證據調查，將來於訴訟上將無從或難以舉證¹⁵⁷。

須探討之問題是，本規定所謂「證據」之意義，亦即此一類型所保全之證據標的為何？其中爭議最大者，即為當事人訊問制度是否應該納入？論者認新法於第 368 條第 1 項前段文字雖未作修正，但實質上比舊法擴大證據保全範圍。蓋，新法已採當事人本人訊問制度，規定當事人本人亦得作為證據方法，本條項前段既未將之排除，則於該證據方法有滅失或礙難使用之虞（例如，預測當事人將近死亡、瀕臨成為植物人或將移民而滯留國外不歸等類情形）時，自得聲請證據保全¹⁵⁸。且本法僅針對確定事、物現狀之證據保全加以限制，其證據調查方式限於鑑定、勘驗以及書證（第 368 條第 1 項後段），則相互對照下，證據有滅失或礙難使用之虞之證據保全，既無如同確定事、物現狀之證據保全所定之限制，則自然不限制其證據調查方法¹⁵⁹，故第 368 條第 1 項前段所謂之「證據」，自應包括人證、鑑定、勘驗、書證及當事人訊問 5 種證據方法。

（二）經他造同意時所為之證據保全

¹⁵⁶ 劉玉中（2004），〈證據保全之認知與運用〉，《玄奘法律學報》，第 2 期，頁 336。

¹⁵⁷ 許士宦（2005），〈起訴前之證據保全〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 17。

¹⁵⁸ 許士宦（2005），〈起訴前之證據保全〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 17-18。

¹⁵⁹ 劉玉中（2004），〈證據保全之認知與運用〉，《玄奘法律學報》，第 2 期，頁 356。持肯定見解者，另可參沈冠伶（2001），〈證據保全制度〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 62。惟有持質疑態度者，認將當事人訊問納入證據保全之範圍，其實益不大，蓋除非當事人因自罹重疾，將不久人世，為將來訴訟而聲請法院對自己為當事人訊問，或預計可自對造當事人訊問獲得有利陳述者，否則，當事人似無以證據保全程序就相對人進行當事人訊問之迫切實益，其理由乃因相對人若於訴訟中不到場或拒絕受當事人訊問，於訴訟法上，有使其限於證據評價上不利之相關規定（第 367 條之 1 第 3、4 項），且在訴訟中，因我國並不採補充性原則，法院於必要時得逕依職權進行當事人訊問，似無再迂迴進行證據保全之必要。參姜世明（2009），〈證據保全制度〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 50-51。惟當事人有時為最有效或唯一之證據方法，倘其於起訴前（或訴訟程序儘早階段，如準備程序中）有滅失或礙難使用之虞，而不得利用證據保全程序先為證據調查，則無異使他造之證據蒐集權遭受重大損害，故於此種情況允許為當事人訊問，並無不公平之處，且起訴前（或訴訟程序儘早階段，如準備程序中）證據保全制度具有事證開示之機能，有助於整理爭點以促進訴訟。參許士宦（2005），〈起訴前之證據保全〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 18 註 28。括弧內之文字為本文所加。

經他造同意者，得向法院聲請證據保全（第 368 條第 1 項前段）。此種證據保全，不須以證據有滅失或礙難使用之虞為要件，其主要目的不在保存證據之現狀或維持其效用，而在可於準備程序中確定事實關係，不必待至調查證據階段始為證據調查¹⁶⁰。例如，汽車肇事當事人於徵得他造同意後，聲請法院為證據保全，以確定責任歸屬及損害之程度，以杜絕日後之爭議¹⁶¹。

論者有認此類型之證據保全實益並不大，因相對人之同意較難以取得¹⁶²。惟本文認為，於準備程序中之證據保全，法院雖可依職權為之，然其仍受有一定之要件限制（第 372 條，參後述），而經由他造同意所為之證據保全，此時可達自律性爭點整理甚或簡化協議之效果，或謂既已有第 270 條之 1 第 2 項之規定，則本規定即屬贅文，幸不論本規定於起訴前亦有適用之實益性，縱於準備程序中，本規定既有確定事實之機能，不僅可作為爭點整理或簡化協議之基礎以達新法集中審理之目的，甚有助於當事人達成和解或撤回無實益訴訟之功能，仍有存在之價值。

另，本類型之證據保全範圍與類型（一）同，理由亦同上，茲不贅述。

（三）就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時所為之證據保全

新法於證據保全制度之修正，最重要者乃係增訂就確定事、物之現狀有必要者之證據保全。此一規定之立法理由，特別強調預防訴訟及促進訴訟以達審理集

¹⁶⁰ 許士宦（2005），〈起訴前之證據保全〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 36。

¹⁶¹ 姜世明（2009），〈證據保全制度〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 51。

¹⁶² 姜世明（2009），〈證據保全制度〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 51。另有否定論者亦認為，證據保全之發動貴在迅速與出其不意，其目的係為了防止相對人蓄意或放任證據滅失而令聲請人有遭致不利判決之可能，故理論上相對人應甚難同意任令聲請人為證據保全。況若相對人知情且同意之情況下，其自身即自備保全事證之意願與能力，何需勞煩法院公權力介入為保全？參黃銘傑、高啟霽（2013），〈證據保全相關制度之探討—以日本法為借鏡〉，《全國律師》，10 月號，頁 7。本文認為，前開見解似未意識到證據保全具有「證據開示之功能」，而仍將其限縮在保全功能所致，在新法採行爭點集中審理原則下，證據保全應導向於蒐集及整理事證資料，協助當事人能夠釐清事實上、證據上爭點以及自己所處之法律狀態，故被告同意而得證據保全之規定仍有其作用。另在新法修正前，論者亦有謂，此類型之證據保全因公證業務發達，故已不具有重要性及必要性。參李木貴（1998），〈證據保全實務疑義要論〉，《全國律師》，8 月號，頁 6。

中化之目的¹⁶³。於立法理由中所舉事例，如：於醫療糾紛，醫院病歷表通常無滅失或礙難使用之虞，但為確定事實，避免遭竄改，即有聲請保全書證之必要；另為確定人身傷害程度及其原因時，亦得聲請為鑑定；又所有人對於無權占有人請求返還所有物之前，為確定占有人使用其所有物之範圍及狀況，亦得聲請勘驗¹⁶⁴。

而對於「確定事、物之現狀有法律上之利益並有必要」所涵蓋之範圍為何？學說上有不同見解。有認其確定對象，若較德國民訴法第 485 條第 2 項規定之諸客體，亦即：1. 人之狀態、物之狀態或價值；2. 人身損害、物損或物之瑕疵之原因；3. 為排除人身損害、物損或物之瑕疵之費用，似較狹隘。但參酌立法理由所舉事例，以及此一規定所欲達成之目的，應認前開德國法之保全客體，亦為我國法所包括¹⁶⁵；有認除涵蓋德國民訴法所保全之客體外，應不以此為限，而包括發生損害或瑕疵之發生原因、責任歸屬、排除瑕疵之必要方法或所需費用等事實，均得作為確定之對象¹⁶⁶；有認所謂「確定事、物之現狀」，其中「事」係指「事實」，「物」係指「物體」，兩者之範圍並未限定，包括一般之事實及物體現狀之確定，亦認所涵蓋之範圍較德國民訴法廣泛。

另，所謂有「法律上之利益並有必要」，係不確定法律概念，存有相當大之解釋空間，故此具有事證開示性質、機能之證據保全制度，除已立法限定於鑑定、勘驗或保全書證等證據方法外，在解釋、運用上亦應審慎為之，避免其成為當事人摸索證據之手段。易言之，在判定有無法律上之利益及必要時，應考量下列諸因素：1. 當事人事證蒐集權保障之必要；2. 他造當事人參與程序之負擔、麻煩；3. 司法資源之合理分配。要言之，於事、物之現狀確定，不僅訴訟得免於發生（例如可能達成和解），並應擴及於得為訴訟資料之準備，亦即，只要當事人保全證

¹⁶³ 沈冠伶（2001），〈證據保全制度〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 55。

¹⁶⁴ 參民訴法 2000 年修正第 368 條之立法理由。

¹⁶⁵ 姜世明（2009），〈證據保全制度〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 53。

¹⁶⁶ 例如出租人不僅對於房屋出租後受損之現狀，尚可包括回復原狀之費用聲請保全證據為鑑定。沈冠伶（2001），〈證據保全制度〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 55。

據所要調查之事實，將來有可能構成實體法上權利，即可認為有法律上利益並有必要¹⁶⁷。

（四）法院依職權所為之證據保全

依本法第 372 條規定，法院認為必要時，得於訴訟繫屬中，依職權為保全證據之裁定。法院依職權裁定為證據保全後，所接續進行之程序乃係證據調查之程序，質言之，上開法院依職權為證據保全之規定，即為有關法院依職權調查證據之個別性規定，而與第 288 條有關法院依職權調查之一般性規定相呼應。論者認，法院依職權為證據保全之規定，可作為法院介入協助當事人為證據收集之途徑。具體言之，一方面，應盡量採取由當事人聲請法院為證據保全之方式，若當事人不知聲請證據保全者，法院得以闡明之方式，曉諭當事人得聲請證據保全（第 199 條）；他方面，於證據方法有滅失或礙難使用之急迫性之類之情形，法院不及向當事人為證據保全之闡明，且非及時實施證據保全，則將來無實施證據保全之實益者¹⁶⁸；或者訴訟越具公益性或具集體利益之訴訟者，則法院於證據已存在類似於第 368 條之證據保全事態時（如滅失之虞或事、物現狀正加速變更中等情形）¹⁶⁹，可認為符合第 372 條「必要性」之要件，法院得依職權為證據保全。

三、不遵從證據保全命令之制裁

法院於證據保全期日進行證據調查時，若相對人無正當理由不為配合與協助時（所謂有正當理由，例如相對人為維護其自身之隱私或營業秘密而不為配合），

¹⁶⁷ 許士宦（2005），〈起訴前之證據保全〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 42-44；沈冠伶（2001），〈證據保全制度〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 57。

¹⁶⁸ 另有認，若屬偏重私益性而與公益無關之訴訟，法官行使闡明探詢當事人是否為提出證據保全之聲請，若當事人執意不提出，則法院是否須堅持實質真實發現，而積極介入職權保全證據，實有疑問。故應僅於當事人不及受此一闡明程序保障之情形，法院乃較有發動職權之必要。姜世明（2009），〈證據保全制度〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 58。

¹⁶⁹ 姜世明（2009），〈證據保全制度〉，《新民事證據法論》，台北：新學林，頁 58-59。

我國現行證據保全制度中，並未設有明文之制裁規定¹⁷⁰。惟若不加以任何制裁，則無法達成證據保全之證據開示機能，難以貫徹證據保全制度作為證據收集手段之目的，故應設置有效之制裁方式¹⁷¹。

制裁之方式，如法院可基於誠信原則，在不具備有不可期待他造協力之事由存在時，對於他造拒絕協力之行為在自由心證之範圍內（第 222 條）為一定之評價而使本案訴訟之結果對其不利。再者，亦得以文書提出義務或勘驗協助義務之違背（第 345 條、第 367 條），或以妨礙證據之使用而將證據滅失、隱匿或致礙難使用（第 282 條之 1）等相關規定，使他造受有擬制真實之不利益。此外，由於保全證據程序具有開示事證而作為本案訴訟程序準備之機能，如本案訴訟因他造於保全證據程序上拒絕協力而致生遲延，則因遲延而生費用，亦得使他造負擔訴訟費用之一部或全部（第 82 條）。甚至於他造欲提出在保全證據程序上應保全之證據作為證明自己主張之事實時，得以逾時提出攻擊防禦方法駁回之（第 276 條），或認為乃調查證據之時期已滿而有延滯訴訟之情形（第 287 條但書），而不予以調查。最後如該聲請證據保全之當事人受敗訴判決，則其行為依當時之訴訟程度，為伸張或防禦權利所必要者，法院得酌量情形，命勝訴之當事人負擔其行為所生費用之全部或一部（第 81 條）¹⁷²。

另外，在證據保全程序，第三人為證人而違背證人義務時，或第三人為文書或勘驗物之持有人而違背提出義務時，均得以直接或間接強制之手段，強制其履行義務。詳言之，第三人無正當理由而拒不到場、拒絕證言或拒絕具結者，得對其科處罰鍰或拘提（第 303 條、第 311 條、第 315 條）；而第三人為文書或勘驗物之持有人，經法院命其提出，無正當理由不從提出之命令者，法院得以裁定科處罰鍰，於必要時，並得為強制處分（第 349 條、第 367 條），甚至，裁定法院

¹⁷⁰ 關於美國 Discovery 制度，對於違反開示命令者，於 FRCP 37 條設有獨立之制裁規定，參後述（第三章、第二節、第二項、第四款）。

¹⁷¹ 劉玉中（2004），〈證據保全之認知與運用〉，《玄奘法律學報》，第 2 期，頁 358。

¹⁷² 沈冠伶（2001），〈證據保全制度〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 65；許士宦（2005），〈起訴前之證據保全〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 83-90。

將此裁定交由執行法院強制執行之際，執行法院如依物之交付請求權之執行程序（第 349 條第 2 項準用強執法第 123 條第 1 項），將文書取交之直接強制手段無效果時，執行法院得拘提、管收該持有文書之第三人（強執法第 123 條第 2 項準用同法第 128 條第 1 項），以間接強制其提出文書¹⁷³。

第三項 準備程序中之爭點確定與簡化協議

依新法之規定，法院於收受原告起訴狀後，依事件之性質或類型，如認以踐行新法第 267 條、第 268 條之 1 所規定之書狀先行程序為宜，即得暫不指定言詞辯論期日，而先令兩造進行書狀交換，並透過當事人所提出之訴訟資料，讓法院及兩造能先行瞭解案情並掌握攻擊防禦之重點，以便針對爭點進行集中調查證據，而為便利當事人能針對爭點進行攻防，法院於書狀先行程序終結後所指定之準備程序期日，應使當事人整理並協議簡化爭點（第 268 條之 1 第 1 項、第 2 項），在行合議審判之訴訟事件之場合，則可由受命法官單獨進行整理並協議簡化爭點之程序（第 270 條之 1 第 1 項第 3 款）。

在經由書狀交換、訴訟資料之蒐集、提出後，本項即將探討爭點整理之機能、如何整理爭點及其順序，及與爭點簡化協議之區別與拘束力各為何，以下分述之：

第一款 爭點整理程序之機能

爭點整理程序具有下述機能：一、使集中於爭點調查證據成為可能，而達成審理集中化之目標；二、促使參與爭點整理之法官、當事人及受其委任之代理人律師，更能為充分之事前準備，提高訴訟審理之迅速性及正確性；三、以該項準備為基礎，就案情為多面向溝通，而凸顯真正之爭點，有助於徹底防止突襲，使訴訟結果法院所為判決更加客觀化，更具可信度及接納度；四、由紛爭當事人參

¹⁷³ 許士宦（2005），〈起訴前之證據保全〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 83 註 105。

與爭點整理，可使其獲得針對爭點平衡追求實體利益（因必要事證之提出以致更能發現真實時所可獲得之利益）及程序利益（因簡化、限縮、撤回或避免提出無實益之事證所可節省之勞力、時間、費用）之機會，藉以更確實保障其程序選擇權¹⁷⁴。

簡言之，爭點整理程序有助於兩造限縮、撤回或避免提出無實益（無從獲得實體利益或程序利益）之事實主張或證據聲明，且有助於證據蒐集、提出之方向，並於進入調查證據之後階段，則有利於促成集中審理（集中於該爭點為證據調查並為辯論）。職是，爭點整理程序實具有助益當事人平衡追求實體利益及程序利益（因避免上述無實益之提出所可省之勞力、時間、費用），而促使審理集中化之機能。尤其，受訴法院於爭點整理程序中，能適時對於當事人所提之事實主張及證據公開心證、表明法律見解，透過法院與兩造當事人（含代理律師）三方對話、討論，則就爭點之取捨、限定或重新形成，達成共識的機率相對提高，並可防止來自法院的突襲以及促成限縮爭點之協議¹⁷⁵。

第二款 爭點整理程序進行之順序

第一目 有關訴訟標的、訴之聲明之爭點整理

在採處分權主義之訴訟架構下，就訴之聲明及訴訟標的之表明，原告有主導、決定權，法院不可代替當事人為之。亦即，法院不可將原告所未表明之訴之聲明及訴訟標的當作審判的對象，以避免發生突襲性裁判而危害當事人之實體利益（因法院就訴之聲明或訴訟標的為判決所可能取得之實體法上利益）及程序利益（因不就原告所未表明之審判對象為判決所可能獲致之程序上勞費節省）¹⁷⁶。由於訴訟

¹⁷⁴ 邱聯恭（2001），《爭點整理方法論》，台北：三民，頁 24、31 以下、83；邱聯恭（2005），〈民事訴訟法修正後之程序法學（七）〉，《月旦法學雜誌》，第 118 期，頁 179；邱聯恭（2001），《爭點整理方法論》，台北：三民，頁 24-25；邱聯恭（2001），〈爭點簡化協議程序之運用方針—評析其與民事訴訟法修正走向之關聯〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 32。

¹⁷⁵ 邱聯恭（2000），〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 131-132。

¹⁷⁶ 邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（上）—概述其與民事訴訟法有關促進審理集中化修正條

標的與訴之聲明為兩造當事人間最上位爭點，故若原告未能明確主張訴訟標的及訴之聲明，法院應先就此部分為整理，使兩造先就此部分為攻擊防禦及辯論，法院得以儘速確定審判對象，並擬定審理方向¹⁷⁷。另，訴訟標的該如何特定，新法雖未明文規定其具體意義及內涵，故訴訟標的究所指，可能因採取訴訟標的理論立場之不同，及學者間認知而有不同解釋，但應係已採行或朝向訴訟標的相對論而為規範，故關於訴訟標的如何特定之爭點整理，亦應依該理論之法律思維予以作業¹⁷⁸。

新法於第 244 條第 1 項第 2 款要求原告在特定訴訟標的所必要之範圍內，於起訴時應併表明原因事實，在以物權或其他排他性權利為訴訟標的起訴時，只須表明該權利及其歸屬即可特定訴訟標的，此時，原因事實記載於起訴狀上，係為便利整理事實上或證據上爭點所為攻擊防禦方法之提出，應屬適用辯論主義或法院行使闡明權之範疇，惟在以債權請求之事件，如當事人僅表明主張實體法上權利，未表明請求之原因事實，因兩造間可能成立數個債權契約，原告係依何項債權起訴，如不表明該所生之原因事實，將無從特定本事件所據之請求權，因此，

文之關聯》，《月旦法學雜誌》，第 60 期，頁 129；邱聯恭，民事訴訟法研究會第 41 次及第 62 次研討會之闡述，刊於民事訴訟法研究會編「民事訴訟法之研討（四）」，頁 329 以下、頁 569 以下、「民事訴訟法之研討（七）」，頁 179 以下。

¹⁷⁷ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 9；許士宦（2014），〈2013 年民事程序法發展回顧：家事及民事裁判之新發展〉，《台大法學論叢》，第 43 卷特刊，頁 1214-1217。另參最高法院 100 年台上字第 1982 號判決：「訴訟中倘當事人為抵銷請求之主張時，法院應將該項主張與訴訟標的同列為兩造最上位之爭點，使當事人有充分攻擊防禦之機會，以集中於此為適當完全之辯論，且法院並應於判決理由中就當事人主張抵銷之請求成立與否，明確加以審認及說明，以確定判決既判力客觀之範圍，而平衡保護當事人間程序利益與實體利益...」亦肯認訴訟標的為最上位爭點，應優先予以確定。

¹⁷⁸ 對於訴訟標的理論之認定基準，除向來之「舊訴訟標的理論」、「新訴訟標的理論」（其尚可分「一分肢說」、「二分肢說」、「三分肢說」）及「訴訟標的相對論」外，尚有依不同訴訟階段分別採取不同認定基準之「相對的訴訟標的理論」、藉兩造當事人於訴訟中所為行為及法院闡明權行使而生浮動標準之「浮動的訴訟標的理論」，以及以事實關係是否同一而為認定之「新實體法說」（其尚可分為「請求權規範競合說」及「請求權合併行使說」）等各種見解存在，莫衷一是。論者認為，在新法下應已採取「訴訟標的相對論」，此可參照第 428 條、第 436 條之 23 之條文內容及其立法理由，關於僅表明原因事實於通常訴訟程序亦可適用，且基於保障人權之憲法體制下，審判對象為何，應由原告行使程序處分權予以決定究以實體法上法律關係抑或特定之原因事實為訴訟標的，而非由法官或學者決定，甚且，從新法第 199 條之 1 第 1 項、第 272 條第 1 項規定及立法理由觀之益明。關於訴訟標的之相關探討因非本文討論之範圍，詳細內容可參許士宦（2012），〈訴訟標的特定之爭點整理-最高法院 99 年度台上字第 948 號判決評釋-〉，《台灣法學》，第 205 期，頁 54-57；姜世明（2014），《民事訴訟法註釋書（三）》，台北：新學林，頁 6-12、29-38、47-52。

在債權請求權（例如金錢債權）事件，訴訟標的須與原因事實相結合，始能特定審判之對象，被告亦能據此而為答辯。總之，法官對於兩造間最大之爭點如未能確實認明、掌握，自難為集中審理，從而，如其尚未清楚，自應予以闡明、整理，接著始能在進一步整理事實上、證據上及法律上之爭點¹⁷⁹。

第二目 一貫性審查及重要性審查

新法要求原告於起訴時或訴訟程序之儘早階段（辯論準備階段），陳述其請求所依據之原因事實及理由；又要求被告陳述其據以答辯之事實及理由（第 244 條第 1 項第 2 款、第 3 項、第 265 條第 1 項及第 266 條第 1 項第 1 款、第 2 項第 1 款）已如前述¹⁸⁰。此等被要求提出之攻擊防禦方法係包含法律上陳述在內，其如此要求之目的乃係為便利爭點整理，以促成審理集中化。為貫徹此項立法旨趣，避免偏離訴訟上請求（訴之聲明及訴訟標的）而進行無益之審理，法院自受理訴訟之時起，論者認我國應採行如德國審判實務之案件處理技術（Relationstechnik）或日本審判實務之要件事實論，就原告及被告所為主張分別進行一貫性或重要性審查¹⁸¹。

一、請求之一貫性審查

在確認原告所為訴之聲明及所主張訴訟標的之法律關係後，法院應審查原告之訴訟上請求是否具有一貫性、連繫性。一貫性與理由具備性不同，因前者係原告之事實主張可否正當化其請求旨趣之問題，後者乃事實認定之問題，即使具備

¹⁷⁹ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 11-14、頁 16-17；邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（上）-概述其與民事訴訟法有關促進審理集中化修正條文之關聯〉，《月旦法學雜誌》，第 60 期，頁 128-132；邱聯恭（2000），〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 119-121。

¹⁸⁰ 詳參本章第二節、第一項。

¹⁸¹ 邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（下）-概述其與民事訴訟法有關促進審理集中化修正條文之關聯〉，《月旦法學雜誌》，第 62 期，頁 118；邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 58-59；許士宦（2012），〈集中審理之爭點整理—依一貫性審查及可證性審查之法律思維〉，《月旦法學教室》，第 117 期，頁 43；沈冠伶，於民訴法研究會第 75 次研討會之發言及會後補註，《民事訴訟法之研討（十）》，頁 190、213-214 註 3。

一貫性，亦未必獲致有理由之結論。如果原告現實所主張之事實假定均係真實，從實體法予以評價結果，足以導出其訴訟上請求而成為論據，則原告請求即屬據一貫性；如就此未能獲得肯定之結論，則原告之主張本身欠缺實體法的正當性，應以其請求為無理由予以駁回¹⁸²。具體言之，法院應先審理原告所主張之請求原因及理由是否足以導出其訴訟上請求而成為其論據。若生齟齬則欠缺一貫性，於此情形，為防止發生突襲性裁判，法院應適度表明其認原告主張不具一貫性及如此認為之理由之法律觀點（第 199 條、第 199 條之 1），使當事人有機會為適當之法律上陳述，如其未能為上開一貫性之補充陳述，則法院得以其請求無理由予以駁回（第 249 條第 2 項），或勸使撤回起訴¹⁸³。

在下列情形，原告之請求即欠缺一貫性、正當性¹⁸⁴：

（一）從原告陳述之事實（及第 278 條第 1 項所定之於法院已顯著或為其職務上所已知之事實），找不出該當於任何可支撐其訴之聲明之權利發生要件。例如，原告訴請被告給付買賣價金，陳述：其交付被告 2 日試用期間之某車後，被告於 3 日後始返還該車，主張兩造間已締結默示之買賣契約，請求價金之支付。

（二）從原告主張之事實（及於法院已顯著或為其職務上所已知之事實），不足以該當於其所主張權利之法律要件。原告雖表明特定權利為訴訟標的，該權利如存在並可支撐訴之聲明，惟其所主張之事實太少，未能充足該權利發生之構成要件。例如，原告訴請被告返還不當得利，陳述其於某日匯款至被告某銀行帳戶，依不當得利返還請求權，請求被告支付該款。

（三）從原告主張之事實（及於法院已顯著或為其職務上所已知之事實），不

¹⁸² 許士宦（2012），〈集中審理之爭點整理〉，《月旦法學教室》，第 117 期，頁 44；許士宦（2012），〈集中審理之爭點整理〉，《爭點整理與舉證責任》，台北：新學林，頁 134；沈冠伶（2014），〈從「超國界民事訴訟原則」論民事訴訟中法院與當事人之任務分配—「協力」作為民事訴訟之基本原則〉，《月旦法學雜誌》，第 228 期，頁 44-45。

¹⁸³ 邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（下）〉，《月旦法學雜誌》，第 62 期，頁 118-119；邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 59；邱聯恭（2005），《程序利益保護論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 249。

¹⁸⁴ 許士宦（2012），〈集中審理之爭點整理〉，《月旦法學教室》，第 117 期，頁 44-46；許士宦（2012），〈集中審理之爭點整理〉，《爭點整理與舉證責任》，台北：新學林，頁 135-137。

僅該當於其所主張權利發生、根據之法律要件，而且該當於該權利障礙、消滅或抑制之法律要件。例如，債權之受讓人為原告，訴請被告支付金錢，於其請求原因全體中，亦陳述被告即債務人已支付舊債權人（讓與人），且可以對抗原告之事實。

延續上開（三）所述，值得進一步分析探討的是，論者有謂，在原告主張對己不利事實之情形，例如陳述權利障礙事實、消滅事實或抑制事實時，在判斷其請求是否具備一貫性、正當性時，均加以審查，而不論被告就此等原告所主張抗辯事實是否予以援用¹⁸⁵。本文認為，在原告所主張之事實若是屬於權利抑制事實時，例如原告起訴主張侵權行為，從其所陳述的事實裡面，尚呈現出已罹於二年的短期時效，此時，依民法學者通說對於消滅時效係採「權利抗辯說」，而非權利消滅說之見解下，在被告尚未提出已罹於時效之抗辯時（蓋被告並不一定會提出此抗辯），似乎仍以通過一貫性審查為宜¹⁸⁶。

二、答辯之重要性審查


在原告之請求通過上述一貫性審查之後，繼續就被告之答辯進行一貫性或重要性審查。此項審查亦係主張本身之實體法上正當性審查，審理被告據以答辯之主張本身，是否足以導致將原告之請求認為無理由而予駁回。如就此獲得肯定之結論，被告之主張即屬具有重要性，而可進一步整理事實上爭點以釐清待證事實為何，並再行整理證據上爭點；反之，法院倘認為被告之主張欠缺重要性，則應予指明或表明法院所持此方面法律觀點，而於被告受相當之程序權保障後，判決容認原告之請求，或勸使成立訴訟上和解或為認諾¹⁸⁷。

於此須探討者係，被告僅單純否認原告所主張之請求原因事實，而未提出任

¹⁸⁵ 許士宦（2012），〈集中審理之爭點整理〉，《月旦法學教室》，第117期，頁46。

¹⁸⁶ 相同問題的探討亦會出現在同時履行抗辯（民法第264條）、保證人主張先訴抗辯權（民法第745條）之事例上。

¹⁸⁷ 邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（下）〉，《月旦法學雜誌》，第62期，頁119；邱聯恭（2002），〈爭點整理方法論〉，台北，國立台灣大學法學叢書，頁59。



何抗辯，被告之答辯是否仍具重要性？例如，原告訴請被告支付若干元，陳述其未負債務而誤交付該款項以為清償，依不當得利返還請求權為請求，被告就受領該款雖不爭執，但單純否認該消極事實（無債務）之情形。論者認，當事人就其提出之事實，應為真實、完全及具體之陳述（第 195 條第 1 項、第 266 條第 3 項），且其對他造提出之事實，亦應為陳述（第 195 條第 2 項）。故原則上被告就原告所主張之事實不得單純否認，而應為附理由之否認（積極否認）。除非被告就原告所主張之主要事實不知其關連之間接事實或不能期待其提出，否則被告未為積極否認之單純否認違反上述訴訟法上義務，因不適法而無效，或欠缺否認之適格，其所為（不為）視同自認（第 280 條第 1、3 項）¹⁸⁸。易言之，被告單純否認原告所主張請求原因事實情形，成為被告不爭執原告之請求原因，此際被告主張本身即欠缺一貫性¹⁸⁹。

第三目 事實上、證據上爭點之整理

為裁判訴之聲明有無理由及確定權利義務之存否，法院必須認定當事人所請求可發生法律效果構成要件之主要事實是否存在，並為認定此主要事實，亦應一併蒐集有助於推定主要事實之間接事實。而證明事實（主要事實、間接事實及輔助事實）存否，當事人必須提出證據（主要證據、間接證據）證明之，倘法院未先為事實上及證據上之爭點整理，貿然於未掌握待證事實與證據調查之關連性及必要性之情況下，均准如當事人所請，而就其主張之一切事實逕為調查證據，難免有違訴訟經濟及促進訴訟之目的¹⁹⁰。

鑑於此，受訴法院應依案情狀況之需要，運用訴訟指揮權，踐行事實上及證

¹⁸⁸ 許士宦（2011），〈民事訴訟上當事人之權利及義務〉，《訴訟理論與審判實務》，台北：元照，頁 58-60。

¹⁸⁹ 許士宦（2012），〈集中審理之爭點整理〉，《月旦法學教室》，第 117 期，頁 48。

¹⁹⁰ 邱聯恭（2002），〈爭點整理方法論〉，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 23-24；邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（中）—概述其與民事訴訟法有關促進審理集中化修正條文之關聯〉，《月旦法學雜誌》，第 61 期，頁 128-132；邱聯恭（2000），〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 131-132。

據上之爭點整理程序，使兩造整理出爭執及不爭執事項，以減省此部分證據之聲明及調查程序¹⁹¹，職是，法院為就有爭執之事項整理出當事人權利之主張及爭執，除依原告於起訴狀所表明之原因事實外，尚應依原告準備書狀內之記載，就其請求所依據之事實及理由、應證事實及所用之證據，及對他造主張之事實及證據爭執之陳述、記載理由（第 266 條第 1 項），與被告之答辯狀內則應記載答辯之事實及理由、應證事實及所用之證據，對原告之主張之事實及證據爭執之陳述，並記載之理由（第 266 條第 2 項、第 3 項），綜合判斷，何者為主要事實？何者為與該項主要事實相關連而可推定之間接事實？與此等事實（主要事實、間接事實）具關連性之證據為何¹⁹²？並且，受訴法院如能將其對於事實主張及證據提出所持心證或法律見解向當事人（代理律師）表明而進行對話，則就爭點之取捨、限定或重新形成，兩造當事人與法院即愈能達成共識，不僅可防止來自法院之突襲，對於促成爭點簡化之協議亦有相當大之助益¹⁹³。

¹⁹¹ 民事訴訟集中審理程序參考要點第 10 點規定：「法院為爭點整理時，審判長或受命法官應確定當事人是否已為訴訟標的、事實、法律及證據上之主張，如有不明，應闡明之，並得依具體案件情形，適當表明法律觀點。法院於整理爭點時，應注意當事人對於他造主張之主要事實、間接事實或輔助事實，有無爭執；如經他造自認，或為不爭執之陳述，或非依公示送達方式於相當時期受合法之通知而未於言詞辯論期日到場，亦未提出準備書狀爭執，或事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，皆無須調查證據。但於裁判前，應使當事人有辯論之機會。（民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1、第 268 條之 1、第 270 條之 1、第 271 條之 1）」。

¹⁹² 司法院印行（2003），《促進民事訴訟集中審理之研究》，司法研究年報第 23 輯第 3 篇，頁 57-58；許士宦（2014），〈2013 年民事程序法發展回顧：家事及民事裁判之新發展〉，《台大法學論叢》，第 43 卷特刊，頁 1217-1224。

¹⁹³ 另外關於舉證責任之分配是否應於（證據上之）爭點整理階段即為之？採否定見解者，參雷萬來發言記錄（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 368-369。採肯定見解者，參黃柄縉發言記錄及書面報告，頁 305-306、315-316；鄭傑夫發言記錄，頁 378；沈冠伶發言記錄，頁 395；許士宦發言記錄，頁 399-400；邱聯恭，研討會後補充意見，頁 416-417，認新法規定受訴法院於調查證據前應將爭點曉諭當事人（第 296 條之 1 第 1 項），係要求法院須先為事實上爭點整理以釐清應證事實（需調查證據之爭點事實）為何，並就此爭點事實依有關舉證責任分配之規定（第 277 條）判斷其應由何造當事人負舉證責任，而為證據上爭點整理，以防止發生突襲性裁判（含認定事實的突襲、推理過程的突襲、促進訴訟的突襲或法律適用的突襲）、貫徹程序權保障之要求。否則，倘受訴法院遲至調查證據以後或言詞辯論終結時形成心證認為某事實真偽不明之階段，始行判斷、分配由何造當事人負證據提出責任，責無從達成法律要求法院行爭點整理之目的，而難以充分發揮爭點整理之機能。事實上，（受命）法官如不於爭點整理程序上即先為舉證責任之分配，將難為適切之爭點整理。於此階段，受訴法院所開示有關舉證責任即證據提出責任如何分配之見解，係一種法律見解之表明，乃為充分保障證據提出權、證明權即程序權所必要。



第四目 法律上爭點整理

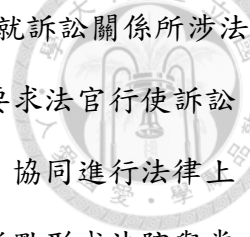
事實之整理不僅與訴訟標的之特定有關，與證據之聲明，甚至於法律方面之爭點整理亦有關連。蓋法與事實牽連難分，而事實與證據亦具有緊密之關連性，環環相扣，僅須有一要素產生變動，則訴訟審理之走向亦將發生更迭。例如不諳法律之原告提起租賃物返還之訴訟，於準備程序中其所提出之證據，卻是應定性為使用借貸，此時，即不難看出原告所提出之證據，不僅影響事實認定，亦影響法律之定性，甚且影響一開始當事人於訴狀上所載明之訴訟標的。

為避免造成法律適用之突襲，法律上之爭點整理有其必要性。蓋當事人與法院間可能發生所持見解不同或相互有所誤認之情形。而且，亦可能發生當事人就其依處分權主義為特定訴訟標的所表明之事實，究係有意用以表明何範圍之審判對象尚不盡明瞭；或依辯論主義為論證訴之聲明係有理由所提出之事實，不確知如何適用法律等類情形。於此等情形，如受訴法院竟然採用當事人所未留意或預知之法律觀點擬定審理方向，則將造成法律適用的突襲¹⁹⁴。並且亦將造成當事人所提出之攻擊防禦，所蒐集提呈之訴訟資料都將與法院審理方向發生歧異，徒費勞力、時間及費用。

新法第 296 條之 1 第 1 項之立法理由亦揭明：「…為充實言詞辯論之內容，保障當事人之程序權，並防止發生突襲性裁判，法院…應將…事實上爭點、法律上爭點…證據上爭點…曉諭當事人，使兩造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關連後，始進行證據之調查」，可知立法者除就事實上及證據上爭點以外，亦要求法院在證據調查階段以前即爭點整理階段，就法律上爭點協同當事人進行整理¹⁹⁵。再參新法第 199 條之立法理由：「適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何項法律，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

¹⁹⁴ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 47；邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（下）-概述其與民事訴訟法有關促進審理集中化修正條文之關聯〉，《月旦法學雜誌》，第 60 期，頁 113；邱聯恭（2000），〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 144。

¹⁹⁵ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 55。



對當事人產生突襲性裁判」，要求法官應向當事人為闡明，使其就訴訟關係所涉法律觀點，為必要之陳述及適當完全之辯論。此亦可認係立法者要求法官行使訴訟指揮權儘量與當事人就訴訟關係所涉法律問題，依案情之必要，協同進行法律上爭點整理或法律上討論，以便就何者為本件訴訟關係之法律上爭點形成法院與當事人間之共識，以防止發生突襲性裁判。事實上，為貫徹爭點集中審理主義，第199條法院表明法律見解之義務已被具體化為第296條之1第1項規定之部分內容。亦即，此項規定係要求法院於調查證據前，在其所必要之範圍內，為防止突襲，應併將法律上爭點曉諭當事人，而非恆僅曉諭事實上或證據上爭點而已。職是，第199條與第296條之1第1項所認法律見解表明義務係屬廣義之闡明義務，均為貫徹防止發生突襲性裁判之要求，而植基於程序主體權保障之法理¹⁹⁶。

第三款 爭點整理與爭點簡化協議之區別與拘束力

第一目 爭點整理之意義

所謂爭點整理，乃指釐清訴訟兩造當事人間之爭執點及其內容為何之活動或過程，藉此使何者為爭點及其內容在整理主體間（法院與兩造當事人）形成、獲得共識，就本案審理過程而言，係由心證形成主體即具中立性之法官（含受命法官）整理兩造各所主張之內容，確認爭執與不爭執之部分，以使爭點具體、明確化¹⁹⁷；另有論者認為爭點整理係指「審判長或受命法官於所定期日，應使當事人兩造依據前此各自提出準備書狀或答辯狀所記載之事項，相互對照，將與判決基礎無關及重複部分剔除，再就所餘爭點分析歸納…記明筆錄」¹⁹⁸；尚有論者認爭點整理係指透過多樣選用之爭點整理程序，如準備性言詞辯論程序、準備程序、書狀

¹⁹⁶ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁48、50；邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（上）〉，《月旦法學雜誌》，第60期，頁113-115；併參邱聯恭（2000），〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第2卷第1期，頁144-160。

¹⁹⁷ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁81；邱聯恭（2001），〈爭點簡化協議程序之運用方針〉，《月旦法學雜誌》，第76期，頁31。

¹⁹⁸ 吳明軒（2007），《民事訴訟法（中）》，台北：自版，頁847。



先行程序及獨任法官行爭點整理程序等方式，釐清兩造間之爭執點及其內容，使爭點具體與明確化之活動與過程而言¹⁹⁹。

第二目 爭點簡化協議之意義

所謂爭點簡化協議係指「將某爭點排除於兩造爭執範圍外，或就此加以限縮或簡化之協議、合意²⁰⁰」；或謂「係透過當事人之合意，將爭點中不必要或重複者予以剔除，或有爭執者儘量尋求共識，使成為無爭執，以減縮爭點之行為²⁰¹」。協議之對象包括處分權主義、辯論主義所支配之範圍，例如：仲裁協議、調解協議、和解、撤回起訴或不起訴之協議、有關主要事實或間接事實之自認或予以限縮（排除該事實於爭點事實範圍外）、自認之撤銷、限制證據、鑑定人選任、權利自認之協議、仲裁鑑定、第一審判決後不提起上訴之協議等²⁰²。

其法理基礎係植基於程序保障論及程序選擇權，以防止發現真實之突襲、促進訴訟之突襲，並平衡兼顧當事人之實體利益及程序利益，賦予其有程序選擇之機會，非僅係為減輕法官負擔或一味貫徹客觀實體法為能事²⁰³。職是，爭點簡化協議具有「訴訟契約」之特性，係兼有程序法上及實體法上要素之一種程序選擇契約或混合契約。

¹⁹⁹ 吳從周（2009），〈案件遲延之逆襲－從防止「逃避爭點簡化協議」與「逃避失權」之角度出發整理與觀察相關最高法院判決－〉，《台灣法學》，第127期，頁22。

²⁰⁰ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁74-75。

²⁰¹ 呂太郎（2002），〈爭點整理與簡化協議〉，《台灣本土法學》，第41期，頁65。

²⁰² 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁84-85；邱聯恭，〈爭點簡化協議程序之運用方針〉，《月旦法學雜誌》，第76期，2001年9月，頁32-33。須說明者，協議簡化之爭點如內文所述，係以當事人「得」處分者為限；但就爭點整理之範圍如何？觀諸立法理由之說明，係以法律上允許當事人處分之爭點為限，其他不屬於當事人得處分範圍之程序上爭點，即非本條所指之爭點，與前者相同。但論者有認，在訴訟過程中為達成裁判所必要之事項，當事人間有爭執者，均為此處之爭點，故除立法理由所述者外，即使訴訟程序上非允許當事人處分者亦包括在內。例如關於送達是否合法、有無當然停止之原因、上訴是否已逾期等，雖非當事人得處分之事項，但若當事人有所爭執，自應為爭點整理，使當事人得為充分陳述、舉證及辯論。參呂太郎（2002），〈爭點整理與簡化協議〉，《台灣本土法學》，第41期，頁67。

²⁰³ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁75；邱聯恭（2001），〈爭點簡化協議程序之運用方針〉，《月旦法學雜誌》，第76期，頁27；邱聯恭（2001），〈心證公開論〉，《程序選擇權論》，頁156以下；邱聯恭（2001），〈程序選擇權之法理〉，《程序選擇權論》，頁47以下。



第三目 爭點整理與簡化協議之區別

論者認為：「爭點整理之爭點與爭點簡化協議之爭點為不同階段之爭點，不同程序之過程，就如同篩子一般將爭點逐次過濾，最後只剩關鍵性爭點，才進入證據調查與集中審理程序。其程序之做法為首先透過當事人協力義務找出兩造當事人所有爭點，再透過爭點整理將與本案無關及重複之爭點排除，然應注意者，此處之爭點排除僅是爭點整理的附屬產品，意即，爭點整理主要目的是凸顯爭點，非為縮減爭點。接著就不必要且難以調查之爭點藉由簡化協議加以排除，當然非屬當事人能處分事項不能成為簡化協議之標的，就此逐次篩選後的爭點，才是言詞辯論期日所要處理的爭點。進一步而言，爭點整理之重點是在凸顯爭點，而簡化協議是為縮減爭點」²⁰⁴。

論者謂新法起草者在法律研修過程中即已意識到爭點整理與簡化協議兩者內涵不同，故未全仿美國預審協議，但兩者實具有緊密之關連性，蓋爭點整理之結果，可能導致簡化爭點之協議，因該協議常係在爭點整理之過程中達成，後者乃前者之一環²⁰⁵。廣義而言，協議簡化爭點雖亦為爭點整理類型之一，不過有其特殊性²⁰⁶。

第四目 爭點整理與簡化協議之拘束力

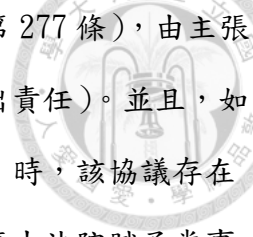
爭點簡化協議之效力與爭點整理結果所發生之效力並不相同，後者多係有關能否或如何依新法上有關失權規定為處理之問題，尚難如前者般以契約法理為處理之主要論據²⁰⁷。另須說明者，乃係就爭點簡化協議而言，雙方當事人是否有此協

²⁰⁴ 黃惠男（2008），《民事訴訟之爭點整理程序－以各訴訟主體行為義務為中心》，國立中正大學法律研究所碩士論文，頁 7、89。

²⁰⁵ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 84、頁 104 註 42；邱聯恭（2001），〈爭點簡化協議程序之運用方針〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 32。

²⁰⁶ 呂太郎（2002），〈爭點整理與簡化協議〉，《台灣本土法學》，第 41 期，頁 65。

²⁰⁷ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 96；邱聯恭（2001），〈爭點簡化協議程序之運用方針〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 38。



議存在，應適用辯論主義即協同主義及舉證責任分配之規定（第 277 條），由主張協議存在之當事人負主張責任及舉證責任（行為責任、證據提出責任）。並且，如該項協議係成立於法官運作之本案訴訟程序上（爭點整理階段）時，該協議存在之事實往往為本案受訴法院職務上所知悉，為防止發生突襲，應由法院賦予當事人有予以主張、辯論之機會（第 278 條）。惟此項主張之要否，應尊重當事人之意願，始符新法（第 270 條之 1、第 271 條之 1）所明認當事人享有程序處分權、程序選擇權之意旨。不過，由於新法已採適時提出主義及加重當事人之訴訟促進義務（協力迅速進行訴訟之義務），故就上開協議存在之主張，當事人亦應於適當時期提出，否則，除經對造同意或為法律（第 270 條之 1 第 3 項）所容許者外，將難免受法院適用失權規定之制裁²⁰⁸。

相對於上述協議之情形，就法院行爭點整理後已獲得結果（在法院與兩造間就何者為爭點已形成共識），但兩造間並未成立上開協議之情形而言，如當事人於爭點整理後於言詞辯論階段再提出不屬爭點整理結果之新攻擊防禦方法時，其新提出之許否，係屬應依提出者有無違反上開訴訟促進義務及應否適用第 276 條受失權效制裁之問題。此時，須注意者乃，為判斷可否容許爭點整理後之新提出，法院應斟酌當事人就其在準備程序階段未為該項提出，是否係其應為提出之行為規範在當時尚未具體、明確化，例如法院未盡闡明之能事，即不應駁回其新提出使受失權之制裁。一般而言，如新提出之攻擊防禦方法係屬於爭點整理之結果所未被排除且未被發現者（潛存之爭點），則多難適用失權規定為處理。此類情形，多見諸於案情繁雜、事證偏在於一造、事證蒐集手段不夠充實或法院未妥為闡明（未妥為爭點整理），以致難認當事人有可歸責性或於證據調查後始凸顯爭點等類場合，宜加留意²⁰⁹。

另實務上常在筆錄的最後有一概括性的約定，即以例稿的方式記載「其餘爭

²⁰⁸ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 96。

²⁰⁹ 邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 96-97。

點不再主張」等語，該記載之規範效力如何？這個爭點可能是法官跟當事人都沒有發現的爭點，而被概括性的排除，或者是曾經出現的爭點，法官已經有認知到而作這樣的排除，兩者效力有無不同？蓋在爭點整理以後於調查證據過程中，若出現新的爭點，這個時候就會出現可不可以再主張這個爭點的疑問？尚且若當事人兩造於筆錄上已簽名確認，則是否發生爭點簡化之契約效力？

論者有謂，對於潛在之爭點，亦即爭點整理所未被發現或以協議排除之爭點而言，依第 270 條之 1 第 3 項：「當事人就其主張之爭點，經依第一項第三款或前項為協議者，應受其拘束…」之規定而言，須受拘束者，「僅以當事人業已主張之爭點所成立簡化協議者為限，其餘爭點，不論是未被發現（當事人所未主張之爭點）或未被排除（當事人雖已主張但未經簡化協議排除）之爭點，均與該要件不符，自不生該項之拘束力，而可主張之」²¹⁰，實務亦有持相同見解者²¹¹；但有認第 270 條之 1 第 3 項受拘束的範圍，除當事人提出來之爭點以外，當事人已知或可得而知而未主張之爭點，也應受拘束，且協議之內容經兩造依前開條項但書同意改變之爭點協議，該變更之新爭點仍應受失權效之規制，不是隨意經兩造同意就可改變爭點，否則失權效之規定（第 196 條第 2 項、第 276 條、第 268 條之 2 第 2 項、第 447 條）將形同具文²¹²。

而對概括約定，即載明除已經確認之爭點外不再主張其餘爭點等語，其效力如何？關此，有認此例稿，就其形成之過程觀之，該等內容既未經當事人實質討論並經確認當事人能夠明白該等記載之內涵及其效力之情況下，應僅就當事人在訴訟中已主張但未經兩造確認為爭點之部分有其效力，但就未被發現之爭點之場

²¹⁰ 李國增書面報告（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 390-391。

²¹¹ 此可參最高法院 94 年台上字第 493 號判決：「按民事訴訟法第二百七十條之一第三項前段規定應受其拘束之爭點協議，係指當事人就其既已主張之爭點，經依同條第一項第三款或第二項為協議者而言；至於協議前未經當事人主張之爭點，既不在協議範圍，自不受協議之拘束。」

²¹² 許士宦發言記錄（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 401；同見解者，王甲乙發言記錄（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 390-391。

合，當事人應不具有可歸責性，不宜承認其拘束力而發生失權效²¹³；亦有認其生效力之前提，應以法官欲先行使闡明，且在本人訴訟之場合，尚須要讓當事人確實了解其意，最後無論係當事人本人或是訴訟代理人都出於自由意志的情況下簽名才可，訴訟契約之自由化不可被法官濫用²¹⁴。

另尚有疑問者係，倘原告甲於第一審委任律師 A 與被告乙作成爭點簡化協議，經判決後上訴第二審，甲另委任律師 B，發覺之前爭點協議不利於甲，甲可否於第二審主張第 270 條之 1 第 3 項但書之規定，不受該爭點協議之拘束，而提出新攻防？對此問題，原則上如何適用前開條項但書應依具體情況個別判斷。設例情形，第一審所委任之律師 A 與被告成立之爭點簡化協議，該協議內容縱不利於原告甲，其效力仍應維持，至於原委任之律師 A 是否違反受任義務而須負賠償責任，則屬另一問題。也就是在同一訴訟標的之情況下，爭點協議於第一、二、三審均發生效力，如此也才能合乎程序安定之要求，而促進訴訟²¹⁵。

第三節 準備程序中之訴訟促進義務

第一項 促進訴訟義務之概念及法理依據

新法所定訴訟促進義務係基於當事人對於他造所負依誠信原則進行訴訟及對於法院即國家所負促進訴訟之公法上義務²¹⁶。所謂訴訟之促進，並非意味致力於促使當事人或一般人民盡量提起訴訟或設法多使用訴訟程序，而係指當事人或程序關係人或法官，致力於促使程序之利用、進行或運作更有效率、更加迅速，以利

²¹³ 李國增書面報告（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 330-331。

²¹⁴ 姜世明發言記錄（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 382。

²¹⁵ 吳淑惠、李世德提問、邱聯恭答詢部分（2000），最高法院學術研究會主辦、中華民國法官協會協辦「民事訴訟法修正施行之審判實務-以集中審理為中心」學術研討會會議記錄，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 258-259。

²¹⁶ 參民訴法第 268 條之 2 及 447 條之立法理由，司法院編（2000），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊，頁 101；司法院編（2003），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊，頁 263。

減少在程序上付出勞力、時間或費用而言。亦即，為貫徹尊重人的尊嚴之原則，依訴訟權、平等權、生存權、財產權、自由權等憲法上保障規定及法治國家原理，應認為程序保障須兼具有追求達成慎重而正確的裁判之程序保障，以及追求達成迅速而經濟的裁判之程序保障，亦即促進訴訟之程序保障。為此，立法者或法院應對於當事人提供可資以節省勞力、時間、費用之機會或簡化之程序，以使當事人有機會經由迅速而有效率之審理，在程序進行之過程，避免支出不必要或不划算之勞力、時間及費用等程序上不利益（即追求程序利益）²¹⁷。

在「適時提出主義」之下，當事人被課予「促進訴訟」之義務，必須在訴訟程序之前階段（準備程序階段）提出其具體、特定之攻擊防禦方法，以促使爭點之特定與限縮，否則將蒙受遭法院駁回其逾時提出之攻擊防禦方法之不利益²¹⁸。而「當事人之訴訟促進義務」可再區分為「一般訴訟促進義務」與「特別（個別²¹⁹）訴訟促進義務」，前者係要求當事人應依訴訟進行之狀態，及時提出其攻擊防禦方法（如第 195 條第 2 項、第 196 條第 1 項、第 266 條、第 342 條第 2 項），而後者則是依法律之規定（如第 267 條）或審判長之裁定（如第 268 條、第 268 條之 1），而具體明確某個時點，迄該時點時，當事人必須在訴訟中提出該資料，使當事人之促進訴訟義務加以精確化²²⁰。

而「法院之促進訴訟義務²²¹」，其內涵包括：一、闡明及心證公開（第 199 條、

²¹⁷ 邱聯恭（1993），《司法之現代化與程序法》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 125-127。

²¹⁸ 黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 191-192。

²¹⁹ 論者有使用「個別」訴訟促進義務之用語，代替「特別」訴訟促進義務之用語。參邱聯恭等（1996），〈民事訴訟審理方式之檢討-從審理集中化方案論如何加強事實審功能-〉，民訴法研究會第 11 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（一）》，頁 351；許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學》，第 40 期，頁 9、15、21；許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，民訴法研究會第 81 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十一）》，頁 197、204、207、212、213、215、222、231、240 註 37。

²²⁰ 黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 192；吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第 16 卷第 3 期，頁 59-62；邱聯恭等（1996），〈民事訴訟審理方式之檢討-從審理集中化方案論如何加強事實審功能-〉，民訴法研究會第 11 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（一）》，頁 351。

²²¹ 有論者對於我國學者援用德國「法院」之訴訟促進義務此用語並不贊成，認：「訴訟促進義務」之內涵原本就極為模糊與空洞；且將其擴張到對「法院義務」的上位稱呼，在德國亦是完全違反立

第 199 條之 1、第 244 條第 4 項、第 247 條第 3 項、第 296 條之 1 第 1 項)；二、定準備書狀、答辯狀或爭點摘要書狀提出期間、言詞辯論期間、準備程序期日、準備性言詞辯論期日或爭點簡化協議期間(第 250 條、第 268 條、第 268 條之 1、第 270 條之 1 第 2 項)；三、言詞辯論前之處置(第 296 條)；四、進行爭點整理並於證據調查前向當事人曉諭爭點(第 268 條之 1 第 2 項、第 3 項、第 296 條之 1)；五、逾時提出攻擊防禦方法之駁回(第 196 條第 2 項、第 276 條、第 268 條之 2 第 2 項、第 447 條)；六、言詞辯論前之證據調查(第 269 條、第 270 條)²²²。

訴訟促進，既屬當事人之利益(私益)，亦係國家社會之利益(公益)。當事人、訴訟代理人(律師)、其他程序關係人(如證人、負有提出文書義務之第三人)以及程序制度之運作者即法院，均應各按其分共同協力於促進訴訟，不得僅以課當事人負促進訴訟義務為滿足，亦須構思防免法官審理活動招致訴訟拖延之道。就法院而言，應儘可能踐行適宜之審理方式，兼顧當事人平衡追求程序利益之必要性及意願，而不應無條件認為發現客觀真實乃法院所須達成之至上目標²²³。

第二項 失權制裁之合憲性

論者有認，準備程序之失權制度，具有強烈之訴訟促進目的取向，其與法治國家之實質正義原則呈緊張關係，該規定是否符合比例原則，似有違憲之虞²²⁴。惟

法者當初創設僅係針對「當事人」在訴訟上協力義務之「當事人訴訟促進義務」此一概念；又運用此對比式之概念，將造成一般人無法理解何以同樣是違反訴訟促進義務，在當事人違反時會產生失權效果，但在法院違反時，卻無此效果發生。職是，論者雖並不反對法院亦有「義務」去「促進訴訟」，但僅須各自稱為：準備義務、闡明義務、協力義務等等即可，無須使用一「蒐集式上位概念」之用語。參吳從周(2005)，〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第 16 卷第 3 期，頁 17-20。

²²² 沈冠伶(2007)，〈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〉，《民事證據法與武器平等原則》，頁 8；沈冠伶(2000)，〈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〉，《萬國法律》，第 111 期，頁 42。

²²³ 邱聯恭(1993)，〈第一審程序修正草案之研析〉，收錄於最高法院學術研究會編印，民事訴訟法修正草案之析述與研討，最高法院學術研究會叢書(三)，頁 206、208、234-235。

²²⁴ 姜世明(2001)，〈論民事訴訟法失權規定之基本要件〉，《全國律師》，1 月號，頁 56-57 註 1；姜世明(2000)，〈論遲延提出攻擊防禦方法之失權〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 2 期，頁 225、226。

準備程序失權制裁，乃係為達到審理集中不得不然且合目的性、合比例性之手段²²⁵，新法係以平衡發現真實及促進訴訟（實體利益及程序利益）等基本要求為其理論依據，而實體正義並非恆居於程序正義之上，法治國家亦不能忽略程序利益之保障。據此以觀，準備程序之失權效，未必有違法治國家之實質正義原則，尤其是失權效能發揮其間接強制機能之情形。再者，準備程序失權效係以逾時提出顯然延滯訴訟為要件，而且，在依其他情形顯失公平者，亦不發生失權效果，故難謂其不符合比例原則²²⁶。

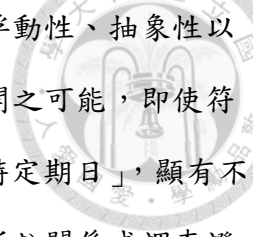
第三項 準備程序失權制裁於違反訴訟促進義務類型之學說上定位

論者有對第 276 條準備程序之失權類型歸類提出質疑，而認其在類型特徵上應屬「一般」訴訟促進義務，性質上較接近於第 196 條第 2 項之規定，而與第 268 條之 2 第 2 項之「特別」訴訟促進義務之類型有別，從而，第 276 條之主觀歸責事由宜與第 196 條第 2 項「重大過失」之標準相同，故應目的性限縮現行法下對本條款之解釋²²⁷。其所採主要理由係認：一、準備程序雖是由受命法官定「期日」進行之，其與第 268 條之 2 第 2 項是由法官定「期間」命當事人就特定事項說明，似乎均同為違反「特定期日」或「期間」，因此，二者彷彿同樣可以歸類為違反情節相當「具體」之特別促進訴訟義務之情形。惟準備程序終結後，隨時可以由法院不附任何理由地「再開」準備程序（第 274 條），而受命法官再開已終結之準備程序後，程序即回復至準備程序終結前之同一狀態，由原受命法官續行準備程序。

²²⁵ 沈冠伶（2000），〈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》，第 111 期，頁 43。

²²⁶ 許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，民訴法研究會第 81 次研討記錄，頁 215-216；許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《程序保障與闡明義務》，台北：學林，頁 319-320；許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學》，第 40 期，頁 11。

²²⁷ 另有論者認為準備程序之違反應屬「特殊類型」之訴訟促進義務違反，不能歸類為「特別」或「一般」訴訟促進義務之類型。參姜世明（2009），〈民事訴訟法失權規定之基本要件及其舉證責任分配〉，《新民事證據法論》，台北：學林，頁 359；姜世明（2003），〈遲延提出攻擊防禦方法之失權〉，《民事程序法之發展與憲法原則》，台北，元照，頁 283 以下；姜世明發言記錄（2003），民訴法研討會第 81 次，〈民訴法之研討（十一）〉，頁 263；姜世明（2001），〈論民事訴訟法失權規定之基本要件〉，《全國律師》，1 月號，頁 56。



因此，準備程序期日「終結」與否，事實上處於一種具有高度浮動性、抽象性以及不確定性之狀態，此與「特定期日」之經過後，該期日無再開之可能，即使符合第 164 條回復原狀之嚴格要件，所回復者亦非該已經過之「特定期日」，顯有不同；二、實務上常常不僅只進行「一個」準備程序期日以闡明訴訟關係或調查證據，而是連續「多個」準備程序期日，且在準備程序終結之前，受命法官通常不會預告當事人「何時」準備程序會「終結」，此與裁定期間在特定日期後即已經過，期間是否被遲誤，均極為明確，無法互相比擬；三、若認為違反「準備程序」與違反「特定裁定期間」同為違反特定訴訟促進義務，則將出現一個立法者明顯失衡之價值判斷：因為無法解釋何以違反準備程序期日，未給予如第 268 條之 2 第 1 項所列之各種「說明理由」之機會，就直接進入失權規定之適用，而且不同於第 268 條之 2 第 2 項之「得失權」，嚴格地規定為「應失權」²²⁸？

惟本文認為本條之類型仍應歸類為「特別」訴訟促進義務較為妥當，蓋：

一、從法條編排上，第 276 條與第 268 條之 2 第 2 項同列於「言詞辯論之準備」一節中，可見立法者當係認此二者之性質相同，而異於位在「言詞辯論」章節之第 196 條；二、準備程序之再開能夠回復原訴訟程序至何種程度非可一概而論，應視再開程序之理由而定，若再開程序之理由係因原來駁回其攻擊、防禦方法之闡明權行使不夠充分，則在再開準備程序中，應允許其提出；若因其他理由再開程序，則原認有礙訴訟終結而裁定駁回之證據方法，仍不允其再提出。亦即，原來已經發生行為責任之時點已經具備，不會因為準備程序之再開而將已發生之責任減輕或消滅²²⁹。據此，準備程序縱然再開，恐已亦非回復至與準備程序終結前同一狀態，故在概念上與「特定期日」之經過，似可作同樣理解，所「再開」或「回復原狀」者，已非經過之「期間」或「特定期日」；三、新法在施予制裁前，為保障當事人之聽審請求權，率多規定給予其陳述意見之機會（如第 268 條之 2

²²⁸ 吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第 16 卷第 3 期，頁 4、37-39。

²²⁹ 陳石獅發問、邱聯恭回答（2000），〈「民事訴訟法修正施行後之審判實務-以集中審理為中心」學術研討會〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，頁 260。

第 1 項、第 345 條第 2 項等），但並不以法條有規定者為限，實則為實踐憲法所賦予當事人之程序保障，法條有規定者應僅係例示規定，非謂如第 276 條未予規定給予當事人陳述意見之機會，即可逕為失權制裁；四、第 276 條之所以規定為強制失權，係因當事人有與法官面對面溝通之機會，法官在行使闡明權給予當事人足夠之機會提出攻擊防禦方法後，當事人竟不為之，顯已具可歸責性而應受失權制裁，此與第 268 條之 2 第 2 項，僅以書面交換且又若係本人訴訟（非委任律師擔任訴訟代理人之情形）之情形，應有所區別，從而後者才賦予法官裁量空間，故立法者之價值判斷並未失衡。況第 196 條實務鮮少使用之原因，即為其主觀要件認定困難，若將第 276 條歸類為一般訴訟促進義務，而目的性限制逾時提出之當事人僅負重大過失責任，則與新法為達成審理集中化之目的，擴大失權效之範圍，提高當事人提出攻擊防禦方法之緊張度而於準備程序中加重當事人之責任，期待借重失權效之間接強制機能，使當事人善盡訴訟促進義務，遵期提出攻擊防禦方法，俾利爭點整理及集中調查證據之功能將喪失²³⁰。

第四項 逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁及例外情形-「顯失公平」 之探討

第一款 失權制裁之要件

準備程序之失權制裁於學說上就其基本構成要件大體可分為「逾時提出」、「延

²³⁰ 許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《民訴法之研討（十一）》，頁 215；許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《程序保障與闡明義務》，台北：學林，頁 318-319；許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學》，第 40 期，頁 10。另外，對於「第 276 條應歸類於『一般』訴訟促進義務，而認逾時提出之當事人僅負重大過失責任」之見解，採否定論者，亦明白表示：該見解「與立法者就準備程序所為之定位不同，因新法立法理由中已明白表示新法第 276 條係同條第 196 條之特別規定，而且其減輕當事人責任之見解與新法刻意加重當事人之責任，將舊法原規定『因重大過失不能在準備程序提出者』修正為『因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者』之立法旨趣不符」。參許士宦（2009），〈第二審程序時效抗辯之失權〉，《台灣法學雜誌》，第 121 期，頁 65。



滯訴訟」、「主觀歸責性」及「逾時提出攻防與訴訟延滯間之因果關係」²³¹等，以下分述之：

第一目 逾時提出：未於準備程序提出

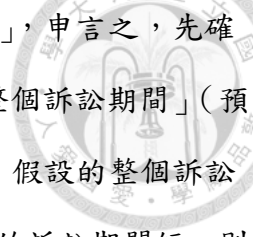
關於「逾時提出」之判斷標準，在準備程序之失權效判斷上，若法院已終結準備程序而進入言詞辯論程序時，即為「逾時」。雖論者對於第 276 條之「逾時」，認不像逾越第 268 條之 2 第 2 項之「裁定期間」具體明確，而具有相當之浮動性與不確定性，但本文對此質疑已提出解釋，請參前述。另論者亦謂，所謂「未於準備程序」主張，「於準備程序後行言詞辯論時，不得主張」，係指「準備程序實施完竣後，始適用之，設準備程序尚未終結，或雖已終結，又經法院裁定再開，仍得於續行之準備程序中追復之²³²」，惟此見解亦尚應區分準備程序之再開係因何事由所致，非可一概於再開之準備程序任意提出攻擊防禦方法，亦已如前述，不可不辨。

第二目 延滯訴訟之概念

就逾時提出是否導致訴訟延滯之判準，論者有援引德、日學說上之二種理論，作為我國法解釋運用之參考。其一為「絕對理論」（或稱為剩餘期間觀察法），即以逾時提出攻防之時點作為「起點」加以觀察，比較「允許該攻防提出所需之審理期間」與「不允許該攻防提出所需之審理期間」，若前者較後者為長，則訴訟有延滯。亦即「絕對理論」係以自提出系爭逾時攻防後之「將來審理時間」為比較基準。另一說則為「相對理論」（或稱為整體期間觀察法），即以比較「准許」與「不准許」逾時提出之訴訟資料，整個訴訟期間之長短，並不限於逾時提出攻防

²³¹ 吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第 16 卷第 3 期，頁 42；黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 198。

²³² 曹偉修（1984），《最新民事訴訟法釋論上冊》，自版：台北，頁 904。



後之「將來審理期間」，同時並擴及「過去審理時間之評估判斷」，申言之，先確定「在某一個審級，如果考量逾時提出之訴訟資料時，所需的整個訴訟期間」（預計的訴訟期間）再以之與「如果當事人準時提出該訴訟資料時，假設的整個訴訟期間」（假設的訴訟期間）相比較，如果假設的訴訟期間比預計的訴訟期間短，則認為訴訟有延滯²³³。其中係以「絕對理論」為德、日之通說、實務所採，主要理由有：一、採取相對理論，將花費時間成本去假設預計的訴訟期間與假設的訴訟期間，再來比較其期間之長短，可能反而延滯訴訟；二、又訴訟過程中變數太多，認定上實屬困難；三、為達到失權規定的效果（以促進訴訟、預防性處罰效果），認採絕對理論為妥²³⁴。但絕對理論亦非無批評之聲，論者即有謂絕對理論為了「加速」程序終結，卻反而造成程序「過度加速」終結之批評，亦即，在輕易地駁回逾時提出之訴訟資料時，卻造成訴訟比準時提出訴訟資料還來的更快終結²³⁵。

我國論者對於上開論理之爭，有認為兼顧適時審判請求權、聽審請求權及公正程序請求權等保障，及平衡促進訴訟之要求及發現真實之要求，應依事件類型及事證蒐集、提出之難易分別判斷之。例如，在單純簡易之事件，能期待當事人蒐集、提出裁判上資料，為公正、迅速作成裁判，即應採行「絕對理論」；若係在複雜困難之事件，一律採用「絕對理論」即有侵害當事人辯論權、證明權之虞²³⁶。

²³³ 吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第16卷第3期，頁46-48；黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第37卷第2期，頁199。相關論述尚可參許士宦等（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，民訴法研究會第81次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十一）》，頁210-211；許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《程序保障與闡明義務》，台北：新學林，頁310-311；許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學》，第40期，頁7；姜世明（2000），〈「論遲延提出攻擊防禦方法之失權」研討會論文及紀錄〉，《法官協會雜誌》，第2卷第2期，頁206-208；姜世明（2001），〈論民事訴訟法失權規定之基本要件〉，《全國律師》，1月號，頁73-74；姜世明（2000），〈論民事訴訟法失權規定之緩和與逃避〉，《萬國法律》，第113期，頁80-81。

²³⁴ 姜世明（2000），〈「論遲延提出攻擊防禦方法之失權」研討會論文及紀錄〉，《法官協會雜誌》，第2卷第2期，頁209。

²³⁵ 吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第16卷第3期，頁95。

²³⁶ 許士宦等（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，民訴法研究會第81次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十一）》，頁197、210；許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學》，第40期，頁7。並進一步說明，認德國通說有關當事人遲誤早先第一次期日前法院裁定答辯狀提出期間所為提出，判斷其延滯訴訟之基準，聯邦普通法院原則上採絕對說，但在醫療過失則酌採相對說，參許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《程序保障與闡明義務》，台北：新學林，頁312註31。另有論者對於德國通說是否對於「醫療糾紛案件」或「複雜困難之

另有論者跳脫「絕對理論」、「相對理論」之觀點，而從「公平性」之角度出發，認為在追求促進訴訟（效率）的同時，應同時兼顧「他造當事人公平地進行攻擊防禦之程序權」，亦即，在認定某一特定之攻擊防禦是否因逾時而應受失權制裁時，應同時考量該逾時提出之攻防是否將導致妨礙他造當事人之攻防，若該攻防可能造成對造明顯的突襲和不公平時，縱使該攻防無礙訴訟終結，法院亦應駁回此一逾時提出之攻防，以「保障他造當事人公平地進行攻擊防禦之程序權」避免破壞「當事人間之公平」²³⁷。

第三目 主觀可歸責性

對於當事人應以「故意或重大過失」或「抽象輕過失」作為歸責標準，牽涉到準備程序之類型定位問題，已如前述。在依通說所採，將準備程序歸類為「特別」訴訟促進義務，而認當事人之歸責程度應以「抽象輕過失」為標準，則接下來要面對之問題乃，應採主觀或客觀之探究方式。有論者介紹德國學說實務見解，認在德國實務上當事人及其律師是否有主觀可歸責性，應「客觀地探究」；學說上則認應同時考量當事人主觀上之情狀，而並須考量當事人之個人知識及能力²³⁸。我國論者亦有與前述德國學說採相同見解者²³⁹。

案件」已酌採相對延滯概念，尚有疑義，參沈冠伶發言紀錄（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，民訴法研究會第81次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十一）》，頁251-252；吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第16卷第3期，頁97註118。

²³⁷ 論者並舉例說明，例如在面對被告所提出之時效抗辯，原告欲主張該時效曾經因被告之承認（如被告曾要求原告緩期清償）而中斷，但是原告得據以證明時效中斷事由之證據方法已於準備程序終結後滅失（如曾當面聽聞被告為緩期清償請求之證人已死亡或行蹤不明），在此等情形下，允許被告於言詞辯論程序提出此時效抗辯，對原告將造成明顯之突襲與不公平。蓋若被告於準備程序即提出此時效抗辯，原告將可清楚得知「時效是否消滅」將成為日後審判之爭點，而得進行必要之證據蒐集與保全，但由於被告未於準備程序提出此防禦方法，使原告未能意識時效將成為爭點而未保全時效曾中斷之證據，於此情形，即使被告於言詞辯論提出此時效抗辯，而有助於言詞辯論程序之迅速終結，使法院不必就其他困難之實體上爭點（如是否有借貸關係存在）加以審理，法院仍應駁回此嚴重破壞當事人間公平之主張。黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第37卷第2期，頁204-206。

²³⁸ 吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第16卷第3期，頁110。

²³⁹ 許士宦等（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，民訴法研究會第81次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十一）》，頁209-210；許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《程序保障與闡明義務》，台北：學林，頁310；許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣



第四目 遲延提出與訴訟延滯之因果關係

若當事人之遲延提出攻擊防禦行為，非為訴訟延滯之單獨原因時，並不能認失權之要件已該當。亦即，僅於當事人違反訴訟促進義務行為係訴訟延滯之單獨原因時，始得將該被遲延提出之攻擊防禦方法予以駁回。因此，若訴訟延滯，另由法院之失誤行為（違反義務行為），或其他第三者之行為（例如證人不到庭）所致者，則不應發生失權之效果。其理由，主要係基於程序之不利禁止原則。另外，法官義務違反行為與訴訟延滯之因果性，存在不明狀態時，此不利益亦不應歸於當事人²⁴⁰。

上開論述雖係論者對於德國法之介紹，但於我國亦應為相同之解釋，例如在法官未盡闡明義務（第 199 條、第 199 條之 1），致當事人未於準備程序中提出攻擊防禦方法，則同樣基於程序不利益禁止原則，不得課予當事人失權制裁（關此，請參後述「準備程序中法官闡明權之行使與失權制裁」）。

第二款 失權制裁之例外-「顯失公平」之探討及在我國實務上之操作

第一目 學說上對於「顯失公平」之探討

逾時提出攻防，原則上應予排除，惟在不許當事人提出「顯失公平」時，則例外允許之（第 276 條第 1 項第 4 款）。本條款應如何解釋？引起學界爭論。有認本條款是我國特有之立法例²⁴¹，為德日立法例所無，且訴諸最抽象之「公平」（「正

本土法學》，第 40 期，頁 6。

²⁴⁰ 姜世明（2000），〈「論遲延提出攻擊防禦方法之失權」研討會論文及紀錄〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 2 期，頁 210-212；姜世明（2000），〈論民事訴訟法失權規定之緩和與逃避〉，《萬國法律》，第 113 期，頁 81。

²⁴¹ 有論者提出質疑，認「顯失公平」之例外事由雖為德日立法例所無，惟絕非我國特有之立法例，按在美國聯邦民事訴訟規則（Federal Rules of Civil Procedure）第 16 條（e）即規定：「…The court may modify the order issued after a final pretrial conference only to prevent manifest injustice」，即有承認以「manifest injustice」作為例外允許提出逾時攻防之明文規定，參黃國昌

義」)，可以稱為「最概括之概括條款」，並可能架空其他三種例外情形，亦破壞第 276 條規定之失權效能（法條規定之原則上「應」予強制失權，將不再具有意義）²⁴²。有認在顯失公平此一失權排除事由之解釋上，當特定攻擊防禦方法雖因可歸責於當事人之事由而逾時提出，惟若准許該攻防不致造成訴訟延滯，亦不致妨礙他造當事人平等進行攻擊防禦，而將系爭攻防予以駁回將會妨礙實體正義之實踐，於此情形法院即不應駁回；若允許該逾時攻防不致侵害他造當事人公平進行攻擊防禦之防禦權，且有助於實體正義之實踐，只要不會過度損及訴訟促進之價值，即得認定有「顯失公平」此一例外事由存在²⁴³。有認所謂的公平是指程序上公平及實質上公平，考量的因素有當事人的可歸責程度、其蒐集事證能力及手段之強弱（包括有無律師代理，他造、第三人或法院之協力程度）、逾時提出致訴訟遲延的程度（包括輕微或甚為嚴重）、如許當事人提出，他造對該新攻防方法進行攻防之程序保障程度（包括就其為爭執或抗辯之主張、舉證可能性）及可能產生之不利益程度（包括勞力、時間、費用上負擔程度、額度）、如不許當事人提出可能遭受實體上之不利益程度等²⁴⁴，綜合考量後始得以「顯失公平」例外容許之。至於對「顯失公平」之事例，論者即有以倘若法官未能盡其訴訟促進義務，盡早或適時予以闡明或公開心證，使當事人有表示意見之機會，或補充其陳述，而當事人至訴訟後階段（言詞辯論期日），始發現所忽略之事證並提出，應屬第 276 條第 1 項第 4 款「依其他情形顯失公平」之情形，法官不應駁回其攻防方法之提出²⁴⁵。

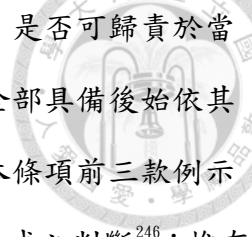
（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 201。

²⁴² 吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第 16 卷第 3 期，頁 112、114。

²⁴³ 黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 221-224。

²⁴⁴ 此見解雖係論者在解釋第 447 條第 1 項第 6 款有關「顯失公平」之見解，然論者亦認有關第 276 條第 1 項第 4 款此一顯失公平之例外情形，2000 年經修正之新法於其立法理由中雖未予說明，但參考嗣後於 2003 年經修正之新法所增訂第 447 條第 1 項第 6 款，兩者之立法理由應屬相近。因此，就第 447 條第 1 項第 6 款所為之解釋方法應亦可適用於第 276 條第 1 項第 4 款之規定。許士宦（2009），〈第二審程序時效抗辯之失權〉，《台灣法學雜誌》，第 121 期，頁 60、68；許士宦（2009），〈第二審程序時效抗辯之失權〉，《集中審理與審理原則》，台北：新學林，頁 326-327、341-342。

²⁴⁵ 沈冠伶（2007），〈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〉，《民事證據法與武器平等原則》，頁 10。



至於顯失公平應於何時判斷？有認應於判斷有無延滯訴訟、是否可歸責於當事人之事由等二要素之同時審查其妥當與否，而非在失權要件全部具備後始依其他情形判斷失權有無顯失公平，亦即其考量之順序提前到作為本條項前三款例示要素判斷妥當與否之同時即附帶審查，而非放到最後作一個概括式之判斷²⁴⁶；惟有無顯失公平，應係指逾時提出縱甚延滯訴訟並可歸責於當事人，但依其他情形顯失公平者而言，此由第 276 條第 1 項第 4 款之文義觀之甚明²⁴⁷，且在法律適用順序上應先判斷其是否該當於列舉規定，如不符列舉規定，再判斷其是否該當於概括規定²⁴⁸。因此，顯失公平應是於其他客觀、主觀之失權要件均該當時，始於最後判斷是否符合此例外排除失權制裁之事由。

第二目 顯失公平概念於我國實務上之操作

立法者增設「顯失公平」(第 276 條第 1 項第 4 款)此一概括條款，作為失權制裁之排除事由，乃係顧慮準備程序之失權效果過於嚴苛，故賦予法官得在個案上，視案件類型、案情需要而為裁量，以緩和失權效果之嚴格性。

本文將新法施行後，最高法院對於顯失公平(包含第 276 條第 1 項第 4 款及第 447 條第 1 項第 6 款)之解釋加以整理，而認可分為三類：

一、對於顯失公平未加任何解釋：

例如最高法院(下同)101 年台抗字第 1017 號裁定：「抗告人所提…100 年度綜合所得稅各類所得資料清單…財產歸屬資料清單…等件，若足以釋明其無資力再支出第二審訴訟費用，而不許其提出似有顯失公平，依民事訴訟法第四百四

²⁴⁶ 吳從周(2005)，〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第 16 卷第 3 期，頁 115-116。

²⁴⁷ 許士宦(2009)，〈第二審程序時效抗辯之失權〉，《台灣法學雜誌》，第 121 期，頁 65。

²⁴⁸ 許士宦(2009)，〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 46。



十七條第一項第六款規定，自應許抗告人於抗告程序中提出。」觀此最高法院之裁定，僅以寥寥數語帶過，並未詳盡地對「顯失公平」之內涵加以闡釋²⁴⁹。

二、以符合實體正義作為顯失公平之解釋：

此參 90 年台上字第 1611 號判決：「按未於準備程序主張之事項，除該事項為法院應依職權調查或不甚延滯訴訟，或因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出，或依其他情形顯失公平者外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之，民事訴訟法第二百七十六條第一項定有明文。原法院先後於八十八年十月十八日、同年十一月十五日及同年十一月二十九日行準備程序，上訴人均未對被上訴人提出時效抗辯，而遲至八十九年二月二十二日行言詞辯論時始提出時效抗辯，經查該抗辯事項原非法院應依職權調查之事項，且上訴人並未依同規定第二項釋明該抗辯事項不甚延滯訴訟，或有何因不可歸責於其本人之事由致不能於準備程序中提出；而上訴人對於確有自被上訴人受領系爭款項迄未償還之事實，復不為爭執，亦見不許其於行言詞辯論時始提出時效抗辯，對當事人而言，尚無顯失公平之情形。」，復參 102 年台上字第 124 號判決：「按民事訴訟法第二百七十六條第一項第四款規定…準此，當事人於訴訟中提出民法第二百七十六條但書規定之抗辯，若因逾時即不許其提出，則免除給付義務之一方即取得不當得利，對應為對待給付之他方是否無顯失公平情形，即滋疑問…是上訴人所為如認本件有民法第二百六十七條之適用，亦應適用同條但書規定，扣除被上訴人所受利益等語之抗辯，自攸關被上訴人有否取得不當得利而顯失公平，雖上訴人係於準備程序終結後始明確提出，依前開說明，非不可准許。」亦更加清楚²⁵⁰。

²⁴⁹ 另參 102 年台上字第 1245 號判決、101 年台上字 1840 號裁定、101 台簡上字第 30 號裁定、101 台上字第 1617 號裁定、100 年台上字第 196 號判決、95 台上字第 776 號判決。

²⁵⁰ 另參 101 台上字第 281 號判決、99 台上字第 1142 號判決、99 台上字第 729 號判決、97 年台上字第 879 號判決、95 台上字第 1126 號判決。而論者即批評，若在提出時效抗辯之場合，倘依最高法院此種「符合實體正義」即可構成顯失公平之邏輯進一步推論，則應考慮的反而是應否廢除消滅時效制度，否則只要罹於時效卻不能抗辯，即均屬不公平。因此，此種逃入概括條款而不作適當說理之現象，值得注意與警惕。參吳從周（2006），〈第二審失權與補充第一審之攻擊防禦方法-簡評



三、符合第 276 條第 1 項除書前三款之事由即構成顯失公平：

例如 99 台上字第 2022 號判決：「未查上訴人主張證人曹永辰、李威縉於兩造就系爭債務和解時在場，於原審準備程序終結後，始請求傳訊曹永辰及李威縉。惟若曹永辰及李威縉確曾親聞兩造就系爭債務成立和解，就此重要之事實及證據，上訴人在原審準備程序終結前，於受命法官訊問尚有何證據及事實待調查時，即可請求傳訊，乃未適時主張，並聲請傳訊調查，顯可歸責於上訴人，而原審就其調查證據之結果已足以認定被上訴人並未承認系爭債務及未就系爭債務與上訴人達成和解，且認定上訴人對系爭尾款債務之請求權，已罹十五年之時效期間而消滅。則事實已明，若再傳訊調查，將延滯本件訴訟，此又非屬法院應依職權調查之事項，縱未予調查，並無顯失公平情事。原審審酌上訴人上開主張及證據，並無民事訴訟法第二百七十六條第一項但書規定之情形，未依上訴人之聲請，再予傳訊證人曹永辰及李威縉為調查，核無違背法令，附此敘明。」。

上述見解，最高法院以原審受命法官已行使闡明權，但上訴人仍未事實主張具有可歸責性，且再傳訊證人將延滯訴訟，而此亦非法院應依職權調查之事項，故未予調查並無顯失公平，可見最高法院認為，所謂顯失公平之情形，即係以當事人所主張之事項係法院應依職權調查者，或該事項不甚延滯訴訟，或當事人不具可歸責性時，即可構成。據此，本條款前三款係屬第四款顯失公平之例示規定，似屬顯失公平之具體類型²⁵¹。

本文於整理上開判決前，原假設最高法院應會隨著新法修正後，從初始對於顯失公平之模糊解釋，到後來對其解釋更詳盡²⁵²，甚或發展出一些具體化類型。但從內文與註釋之判決加以觀察，可發現最高法院並未如本文所設想般，隨著時間

最高法院 93 年台上字第 1319 號判決-》，《台灣本土法學》，第 85 期，頁 228。

²⁵¹ 另參 99 年台抗字第 818 號裁定、98 年台上字第 2310 號裁定。

²⁵² 如 96 年台上字第 325 號判決：「查原審先則認定被上訴人於第二審始提出時效抗辯之新防禦方法，如不許其提出顯失公平，爰予准許云云。但就如不許被上訴人於第二審提出時效抗辯之新防禦方法，何以顯失公平乙節，既未於判決理由項下加以闡述，已嫌疏略。」即已意識到對於顯失公平，在個案操作上須加以詳細說明。另可參 100 年台上字第 1135 號判決。

軸，將顯失公平從蓋括走向細膩解釋，反而是呈現論理過程薄弱即直接跳躍至結論之情形。職是，現行實務之操作仍有改進空間。



第五項 準備程序後提出攻擊防禦方法之失權制裁

第一款 失權制裁之理論根據

失權制度是審理集中化是否能推行成功的一個核心制度，且與促進訴訟目標之能否達成亦有重大關係。新法為達成審理集中化之目的，已由原先「自由順序主義」修正為「適時提出主義」，亦即當事人負有一定的行為義務，在訴訟過程中，依訴訟進行程度，於言詞辯論終結時點前「適當時期」（如法條規定期間或是法院裁定期間）提出攻擊防禦方法。在準備程序中，為促使當事人能儘早於此階段提出有關本案爭執之主張，以便受命法官整理爭點，避免延滯訴訟，新法第 276 條即訂有失權規定。

強化失權制裁，乃係為借重失權效之下述機能：其一，為具體的遲延排除機能，亦即不審酌逾時提出之攻擊防禦方法，而避免即將發生之訴訟遲延；其二，係間接強制機能，亦即使當事人懍於失權效，而間接強制其早期或及時提出攻擊防禦方法²⁵³。藉此失權之強化，使訴訟之進行具緊張度，以防止訴訟遲延，並達成審理集中化之目標²⁵⁴。在第二種機能發揮之情形，因法院可以適時蒐集充分事證，不但有助於促進訴訟，而且有利於發現真實，作成慎重而正確且迅速而經濟之裁判。在此意義上，促進訴訟之要求與發現真實之要求兩者並無互相牴觸；而在第一種機能發揮之情形，促進訴訟之要求優先於發現真實之要求。此際，強調訴訟法上之觀點，即使法院所為裁判因未斟酌該逾時提出之攻擊防禦方法，致可能與

²⁵³ 許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《程序保障與闡明義務》，台北：新學林，頁 305-306；許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學》，第 40 期，頁 3；許士宦（2005），〈民事訴訟上當事人與法院之任務分擔〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 174。

²⁵⁴ 許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 17。

客觀真實不相符合，而有背於實體法秩序，因此蒙受不利益之當事人亦應甘心接受，就其逾時提出行為負自己責任²⁵⁵。

由上述可知，新法已將信賴真實說之理念導入，與以往恆以客觀真實為優先追求目標已有不同，促進訴訟之要求在現行法下已與發現真實之要求立於同等地位而非僅具補充性、例外性等性質²⁵⁶。且訴訟促進義務既係當事人對於他造所負之義務，則對於義務違反者施加失權制裁，即可保障他造之程序上利益，職是，對於該義務違反者，他造當事人是否有聲請法院予以駁回之權利？雖有論者認新法未設有駁回聲請權，且為避免當事人過度激化對立，而採否定見解，並認當事人之聲請僅有促請法院發動職權之意義而已²⁵⁷。但基於保障適時審判請求權及公正程序請求權之法理，為維護當事人之程序上利益，並非均無賦予其就他造之逾時提出攻擊防禦方法，有聲請法院予以駁回之權利²⁵⁸。

第二款 失權制裁規定之非責問性

新法第 276 條有關違反訴訟促進義務之失權效規定，性質為何？有論者認該條規定係為他造當事人之利益而設，如當事人違背該規定，於言詞辯論時提出未於準備程序主張之事項，如他造不行使第 197 條所定責問權而為本案辯論，其程序上之瑕疵因未被責問而補正，此後法院不得行使駁回之權，故係屬責問事項²⁵⁹。

²⁵⁵ 邱聯恭，於「民事訴訟法修正施行後之審判實務-以集中審理為中心」學術研討會之發言，頁 232。

²⁵⁶ 姜世明（2001），〈論民事訴訟法失權規定之基本要件〉，《全國律師》，1 月號，頁 82。

²⁵⁷ 呂太郎（2001），〈適時提出主義〉，《台灣本土法學》，第 19 期，頁 103。

²⁵⁸ 許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《民訴法之研討（十一）》，頁 208；許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《程序保障與闡明義務》，台北：學林，頁 306；許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學》，第 40 期，頁 5。

²⁵⁹ 吳明軒（2004），《中國民事訴訟法（中）》，台北：三民，頁 854；吳明軒（2004），《中國民事訴訟法（下冊）》，台北：三民，頁 1335；陳榮宗、林慶苗（2005），《民事訴訟法（下）》，台北：三民，頁 702-703；黃國昌（2009），〈限縮爭點之拘束與新攻擊防禦方法之駁回-以「促進訴訟之效率性價值是否為當事人所能處分？」為中心-〉，《台灣法學》，第 119 期，頁 44。此「對於新攻防方法不爭執（無異議）」而視為程序上之瑕疵因當事人不行使責問權而獲補正之情形，不僅適用於一審言詞辯論時提出未於準備程序主張之事項，實務上對於在二審方提出未於一審提出之攻擊防禦方法亦採相同見解，參最高法院（以下同）100 年台上字第 2005 號裁定、100 年台上字第 310 號判決、96 台上字第 2632 號判決、96 台上字第 1738 號判決。

惟新法有關失權效之規定，並非僅為當事人之利益而設，亦兼為公益而設，苟有違背該規定之訴訟行為，縱另當事人未對之行使責問權，其法律上瑕疵仍不能因而獲得補正（第 197 條第 2 項），以貫徹該強行規定之公益上要求²⁶⁰。申言之，新法既將訴訟促進義務定性為當事人之一造對他造及法院所負之一種公法上協力義務，則就違反該項義務者施加失權之制裁，其所保護者，非限於他造之程序利益，並包含制度設置者及其他制度利用者之利益，故失權效規定不僅為保護當事人之利益而設，當事人對於該受保護之公益部分並無處分權²⁶¹。且屬法院之職權調查事項，應適用職權探知主義為審理²⁶²，從而，上開論者與實務之認知即屬有誤。

第三款 準備程序中法官闡明權之行使與失權制裁

闡明之主要目的係在照顧弱勢之訴訟當事人，免其因欠缺法律知識而受訴訟上之不利，以致違背公平正義，並保障當事人依法聽審之權利，使其不因欠缺法律知識或經驗而失權、敗訴，且能完全、適當並有效地進行訴訟。再者，訴訟程序亦能順暢迅速進行、終結²⁶³。惟法官是否行使闡明權，須視訴訟實際進行之情形而定，如原告之主張及陳述並無不完足或不明瞭，即無庸行使闡明²⁶⁴。

法官闡明義務之充分踐履應係強化失權制裁之正當化根據，蓋若當事人未於準備程序中提出攻擊防禦方法，係因法官未盡闡明義務，此義務之違反不能由當事人負責。從可歸責於法官之程序瑕疵，導出當事人之程序上不利益，有背於程序不利益禁止原則，不符公正程序請求權之要求²⁶⁵。簡言之，賦予當事人愈充分之

²⁶⁰ 許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 41-42。

²⁶¹ 許士宦（2003），〈逾時提出之駁回與責問權之行使〉，《月旦法學教室》，第 5 期，頁 15；許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《民訴法之研討（十一）》，頁 208；許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《程序保障與闡明義務》，台北：學林，頁 307。

²⁶² 許士宦（2009），〈第二審程序時效抗辯之失權〉，《集中審理與審理原則》，頁 348-361；邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書，頁 97。

²⁶³ 張文郁（2005），〈民事訴訟當事人訴訟權之保障〉，《月旦法學雜誌》，第 117 期，頁 201-202；姜世明（2001），〈論民事訴訟法失權規定之基本要件〉，《全國律師》，頁 81-82。

²⁶⁴ 參 94 年度訴字第 1438 號。

²⁶⁵ 許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 50；許士宦（2003），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《程序保障與闡明義務》，台北：學林，頁 335；

程序權保障（如法官闡明義務之踐行、賦予當事人聽審請求權），當事人愈應承擔此失權制裁之不利益。

論者亦謂，從第 199 條第 2 項後段觀之，對於當事人所提攻擊防禦方法不明要發生失權的前提是，經過法院命其敘明而不敘明。亦即，從此條項可以反推出失權效的基本法理，就是法官一定要踐行闡明，命當事人來補足其欠缺的攻擊防禦方法，若其仍不為之，才可課以失權制裁。此項立論基礎亦可推衍至其他的攻擊防禦方法失權之基本法理中²⁶⁶。

又準備程序受命法官就應負闡明義務而未盡該義務，致當事人未能於準備程序中提出攻擊防禦方法者，究應構成第 276 條第 1 項何款例外事由？論者有認應係該當「因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出」（第 276 條第 1 項第 3 款），此參酌新法第 447 條之立法理由例示第一審法院未盡闡明義務致當事人未能於第一審提出訴訟資料，亦屬不可歸責於當事人致其未能於第一審提出攻擊防禦方法之情形²⁶⁷，即可得知²⁶⁸。亦有論者認係屬「依其他情形顯失公平」（第 276 條第 1 項第 4 款）之情形²⁶⁹。

第四節 爭點整理與客觀訴之變更追加之調和—以請求之基礎事實

許士宦(2003)，〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《民訴法之研討(十一)》，頁 225；許士宦(2002)，〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學》，第 40 期，頁 17。

²⁶⁶ 呂太郎發言紀錄(2000)，〈「論遲延提出攻擊防禦方法之失權」研討會紀錄〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 2 期，頁 255。

²⁶⁷ 司法院編(2003)，《民事訴訟法部分修正條文對照表暨總說明》，台北：自刊，頁 264、267。

²⁶⁸ 許士宦(2009)，〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 52。

²⁶⁹ 沈冠伶(2000)，〈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》，第 111 期，頁 43；沈冠伶(2014)，〈從「超國界民事訴訟原則」論民事訴訟中法院與當事人之任務分配—「協力」作為民事訴訟之基本原則〉，《月旦法學雜誌》，第 228 期，頁 47。另有論者認，闡明義務在失權中具有二階段之作用。亦即，第一階段作用在於當事人攻擊防禦方法提出之階段，法官於此階段應盡之闡明義務係指就當事人攻擊防禦方法提出之事實與法律問題之指示及說明義務，法官有無闡明乃可能涉及失權要件是否該當或涉及失權之內涵問題，法官若違反此義務，而造成訴訟延滯時，即可能不發生失權之效力。而第二階段則係作用於法院決定是否駁回當事人攻防方法提出權之階段，即法院依第 276 條或第 447 條規定決定是否使當事人所主張之事項失權前，應闡明當事人對於該事項遲延提出有無第 276 條第 1 項各款或第 447 條第 1 項但書例外不生失權效力之情形，並賦予其陳述意見、辯論之機會，始符合當事人合法聽審權之保障。姜世明(2014)，〈失權程序與程序保障—評最高法院九十六年度台上字第二五二一號民事判決〉，《月旦裁判時報》，第 25 期，頁 66-67。

同一為探討中心²⁷⁰

於此，須探討者乃在新法下「紛爭解決一次性」（擴大訴訟制度解決紛爭的功能）與「避免訴訟延滯」（訴訟促進義務）可能產生之衝突問題。亦即，法官在準備程序中已踐行爭點整理，其與當事人皆應對所形成之爭點為何，相當明確，故在訴訟程序後階段（如言詞辯論階段），若原告欲為訴之變更追加時，是否仍應僅依第 255 條所定之要件為判斷基準而寬認訴之變更追加，並追求紛爭解決一次性之理想，抑或係要追求集中審理主義之理想，避免在訴訟程序之後階段，造成爭點之擴散而延滯原訴訟之審理（因此時若允許原告為訴之變更追加，將可能造成爭點之擴散，進而使得法官在準備程序中所形成之爭點，徒費勞功，蓋當提出新請求時，支持該請求之法律上依據、事實上、證據上主張，都會隨之擴張），而有必要考慮此等訴之變更追加，是否涉及攻擊防禦方法之逾時提出，而有必要進一步考慮是否符合第 276 條所規定之要件？

較無爭議之情形為，當原告在言詞辯論階段為訴之變更追加時，一方面既存之訴訟審理狀態已產出足夠之訴訟資料與證據資料，使法院得不必再耗時地處理新的事實認定與證據調查，即得就變更或追加之新請求有無理由為認定，一方面原告該新請求之提出，並不致造成原已限縮、特定爭點之擴散。在此情形下，既有助於紛爭解決一次性價值之實踐，又無造成訴訟延滯之問題，法院自應允許原告為訴之變更追加；但易引發爭議之情形係，在原告於言詞辯論階段為訴之變更追加時，既往就原請求為審理所產出之訴訟資料與證據資料，並不足以使法院就原告新請求之有無理由加以認定，而有必要進一步調查因新請求之提出所衍生之新之事實上、證據上爭點，並因此造成若法院允許原告為訴之變更追加，將導致本訴訟無法如當初於整理、特定爭點時所擬定之審理計畫進行而順利終結時，上

²⁷⁰ 限於篇幅，本文僅以新法第 255 條第 1 項第 2 款作為本文之探討重點，蓋本款向為實務、學說爭議之重心，實務見解可參最高法院 90 年台抗字第 2 號裁定。學說可參許士宦（2002），〈請求之基礎事實、原因事實與訴之變更追加〉，《台灣本土法學》，第 33 期，頁 28、31-34；呂太郎（2000），〈原因事實與基礎事實〉，《台灣本土法學》，第 11 期，頁 144、147-149，合先敘明。

開「紛爭解決一次性」與「訴訟促進」之衝突即會顯現，此時法院該如何調和²⁷¹？


論者有認，在「請求之基礎事實同一」作為追加之容許性要件，若法院就「原請求」審理所產出之訴訟資料與證據資料與法院判斷新請求之訴訟資料與證據資料重疊程度愈高，則因訴之變更追加所導致爭點擴散並延滯訴訟之負面效應就愈低，相反地，該等資料並不足以使法院就新請求進行認定，而有必要調查因新請求之提出所衍生之新的事實上、證據上爭點，則必帶來嚴重之負面效應。因此主張在審理原請求所產出的事證資料與新請求所涉及的事證資料欠缺高度重疊時，應「抑制原告於訴訟程序後階段為訴之追加的操作，與適時提出主義的要求以及集中審理主義之結構，將可取得較好協調」，從而，建議在實務操作寬認訴之變更追加以追求紛爭解決一次性上，應以「新民事訴訟法已改採適時提出主義與集中審理主義的審理架構」為標準，以限制新法第 255 條所帶來之破壞力²⁷²。

惟原告訴之變更追加是否造成訴訟延滯，於第 255 條第 1 項第 7 款已有規定，且以訴訟資料與證據資料重疊程度之高底作為「請求之基礎事實同一」容許性之判斷標準亦過於抽象，故毋寧是先將「請求之基礎事實同一」在解釋論上先定義明確，職是，就第 255 條之規定觀之，「請求之基礎事實同一」似不必另外考慮其他因素，方符現行法之解釋論。以「票據債權與原因債權競合」之情形為例（註 265），所謂「請求之基礎事實同一」係指判決之基礎事實（資料）而言，亦即，據以審判舊請求（舊訴）之基礎資料（事實）與據以審判之新請求（有意變更或追加之新訴）之基礎資料同一²⁷³，從而於準備程序中，以原告之角度加以分析，原告只用票據債權原因事實來請求，後來才追加原因債權事實。此時，法院原判

²⁷¹ 黃國昌等（2009），〈爭點整理後之客觀訴之變更追加-以「請求之基礎事實同一」為中心-〉，民訴法研究會第 101 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十六）》，頁 210-212。

²⁷² 例如以「票據債權與原因債權競合」之情形為例，當原告在準備程序僅提出關於票據債權發生之原因事實，被告亦僅提出對票據債權本身存否之抗辯（例如系爭票據欠缺絕對必要記載事項、已罹於票據債權之消滅時效等），而法院以此等攻擊防禦形成爭點而為集中審理後，若原告在言詞辯論階段再提出原因債權為支持其請求被告給付 100 萬元之基礎而為聲明訴之追加，此時，原告新請求與原請求之訴訟資料與證據資料重疊性甚低，有違新法適時提出主義之防止訴訟延滯之精神，故法院應駁回原告之請求。黃國昌等（2009），〈爭點整理後之客觀訴之變更追加-以「請求之基礎事實同一」為中心-〉，民訴法研究會第 101 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十六）》，頁 212-215。

²⁷³ 邱聯恭（2002），〈爭點整理方法論〉，頁 66 註 11；邱聯恭（2005），〈程序利益保護論〉，頁 196-199。



斷票據債權有無理由無須審理原因債權，故原告其後以訴之變更追加主張原因債權之事實，不符前開定義下「請求之基礎事實同一」之概念，無第 255 條第 1 項第 2 款之適用²⁷⁴；而在採新訴訟標的理論之情形，原告以紛爭為單位特定訴訟標的，其後所提出原因債權之原因事實僅屬一新攻擊方法之提出，則應以是否逾時提出而生失權效之問題，亦與訴之變更追加之問題無關²⁷⁵。此似前開論者對於「請求之基礎事實同一」定義不清所產生之誤會。

²⁷⁴ 此係站在原告之角度加以分析而言，若於本事例中，被告有以原因債權事實加以抗辯，則因紛爭事實群已擴大，則此時原告其後為訴之變更追加，仍有符合「請求之基礎事實同一」之概念，法院應准許原告為訴之變更追加。

²⁷⁵ 許士宦發言記錄（2009），民訴法研究會第 101 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十六）》，頁 257-258、260-261。

第三章 美國預審程序 (Pretrial)



第一節 繼續審理下預審程序之定性

第一項 預審程序之成因

第一款 以連續集中審理的審判 (trial) 為中心

美國採行徹底的集中審理（或稱繼續審理），係與其陪審制相結合。蓋如不採集中審理，證據分散提出，陪審員不能集中在一段時間內知覺、評價所有證據，更容易因為遺忘、記憶模糊、選擇性知覺、選擇性記憶、過度重視第一印象等心理因素而有礙發現真實²⁷⁶。從而，法院與當事人之訴訟行為應集中於特定之審判期日為之，且應繼續進行至該事件終結為止。於審判前，當事人應將擬於審判期日提出之訴訟資料，加以蒐集整理，同時將擬於審判期日時陳述之事項，以書面記載提出於法院，由法院將之通知對造當事人，嗣後於審判庭之言詞辯論則限定以預審程序進行之事項始得為之，在預審程序未陳述之事項，原則上不得於審判中主張之。於審判時，當事人應將所有之訴訟資料集中於適當時機提出之；為便於集中辯論、集中審理，必須在審判庭前，作好準備，將當事人訴訟之爭點予以確定，並將當事人所不爭執，或不必要之事實及證據加以過濾，使訴訟資料精簡至審判時得順利進行，為達此目的，遂發展成預審程序²⁷⁷。

第二款 當事人進行主義之反撲

美國民事訴訟採行當事人對審制度 (Adversary System)²⁷⁸，因此，在此審判系統中，訴訟之進行由當事人掌控，裁判者則處於消極、被動狀態。且當事人及

²⁷⁶ 蔡兆誠 (1998)，〈集中審理如何可能？-美國民事訴訟中 Pretrial 制度簡介 (上)〉，《律師雜誌》，第 224 期，頁 60；楊崇森 (2010)，〈美國民事訴訟制度之特色與對我國之啟示〉，《軍法專刊》，第 56 卷第 5 期，頁 6。

²⁷⁷ 梁松雄 (1988)，〈美國民事訴訟上之預審制度 (上)〉，《司法周刊》，第 388 期，第二版。

²⁷⁸ 關於當事人對審制度之批評及其晚近改革，參楊崇森 (2015)，《遨遊美國法：美國法制的實務與運作》，新北市：台北大學，華藝學術出版，頁 51-53。

其律師不僅可劃定待證事實之範圍，尚可蒐集提出於法院之事證資料²⁷⁹，惟每有當事人突然提出攻擊防禦方法，藉以拖延訴訟或左右訴訟程序，似此情形，訴訟之勝利僅因一方當事人之善訟而獲致，官司之結果對於依據所有事實及法律在實質上有權取勝之一方並不公平，為避免此種是非不明之情形出現，雙方盡可能於訴訟開始之際，即將所有訴訟資料全部提出，在審判前，應予雙方知己知彼之機會，俾能就攻擊防禦方法及其他證據，在對方了解之情況下，做周全之準備，而在審判中，能就真正之訴訟爭點，一一提出必要之攻防方法及證據，以求取公平之勝負，避免有令對方驚異之攻防方法或證據出現，使審判得以在精簡省時之原則下進行，因而有預審程序之產生²⁸⁰。

第三款 陪審制度之必然要求

依美國聯邦憲法增修條文第 7 條²⁸¹之規定，於普通法之訴訟事件，其訴訟標的價值超過 20 美元者，可保留由陪審團審判之權利。故有許多案件須經陪審，為降低陪審員收入減少及個人自由之限制，審理即必須集中而繼續²⁸²，論者即謂「就歷史發展之沿革而言，美國之所以一開始即以『集中且連續進行之公判』作為中心，建構其訴訟程序，最重要的理由即是陪審團²⁸³」。因為陪審團不可能長期一次又一次召集、解散、又再次召集，其成員就如同電影院裡的觀眾一樣，當事人所委任

²⁷⁹ Mirjan R. Damaska, *Evidence Law Adrift*, New Haven : Yale University Press, 74(1997)(“A system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive. In the fact-finding domain, this implies that litigants and their counsel decide what facts shall be subject to proof. It further implies that litigants and there are entrusted with seeking evidentiary material, preparing it for use at trial, and presenting it in court.”); also see Geoffrey C. Hazard, Jr., *Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1017,1019(1998).

²⁸⁰ 梁松雄（1988），〈美國民事訴訟上之預審制度（中）〉，《司法周刊》，第 389 期，第二版。

²⁸¹ 條文規定為：“In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved...”

²⁸² 許士宦（1999），〈證據開示制度與秘密保護程序—以證據保全與文書提出義務為中心〉，國立台灣大學法律研究所博士論文，頁 166。

²⁸³ 黃國昌（2012），〈美國陪審制度之規範與實證〉，《程序法學的實證研究》，台北：元照，頁 410。

之律師必須在法庭上演一齣戲，一旦開始就要持續到結束²⁸⁴。蓋在審判程序中，如聽任陪審員或證人不到，勢將延期開庭或重開，會發生許多不便與費用，故必須採集中審理主義，在特定時間將當事人、律師、法官及陪審員一次集中，解決爭議²⁸⁵。

論者對於獲選為陪審團之一員，有著生動的描述，認為當被通知即將成為陪審員時，剎那間時間凍結，你的世界將只剩下法庭活動，只有用火燒頭髮或者針扎入眼才能形容你的感受，你甚至不知道這會使你離開工作崗位多久²⁸⁶。故未免陪審員必須與外界隔離過久，甚至，如案件在一次言詞辯論庭不能終結，原陪審團須加以解散而不能繼續執行職務，俟下一庭期，再另行組成新陪審團，如此不僅案件久懸不結，且浪費時間金錢，為避免發生此等情事，必須在言詞辯論前，先做好一切準備，即先將當事人雙方之爭點予以確定，剔除不必要或無爭執之事實與證據，以最精簡之訴訟資料提出於陪審團前，遂有預審制度之產生²⁸⁷。

第二項 預審程序之運作

於此，先概括描述預審程序之運作流程，以便於對下述「第二節」之理解。在美國民事訴訟係由原告向法院提出起訴狀（complaint）而開始，法院發傳票（summons）予被告，命其對起訴狀提出答辯，否則下缺席判決（judgment by default）。起訴狀須附上傳票，俾將請求之內容通知被告。被告有一定答辯時間，通常為 30 天。原告之起訴狀、被告之答辯狀及原告對被告答辯之反駁狀（reply）

²⁸⁴ Civil Justice Systems in Europe and the United States, Duke Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No.50, 72(Dec. 2003).

²⁸⁵ 楊崇森（2010），〈美國民事訴訟制度之特色與對我國之啟示〉，軍法專刊，第 56 卷第 5 期，頁 33。

²⁸⁶ Elizabeth Chamblee Burch, There's A Pennoyer in My Foyer: Civil Procedure According to Dr. Seuss, FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 391, 108-109(Oct. 18, 2009)(“Should such a rarity actually occur, time stop. Your World becomes The Trial. You sit by your office phone and wait for The Call from The Partner....You'll imagine what it feels like for your hair to be on fire or for someone to impale your eye with a pencil or stapler. You'll wonder how long you'd get to stay out of work for a stunt like that.”).

²⁸⁷ 梁松雄（1988），〈美國民事訴訟上之預審制度（中）〉，《司法周刊》，第 389 期，第二版。

構成所謂訴答程序 (pleading)²⁸⁸。接下來進行事證開示程序，所謂事證開示乃蒐集或發現事實之程序，當事人雙方都有權取得在對方佔有下之資訊，使訴訟結果係基於案件之真正事實而非律師之技巧。而在美國法下證據開示之範圍甚廣，即使尋求之資訊或文件在審理時不可作為證據，如可合理認為可導引出可採用之證據時，仍可尋求。因此，設有若干限制，諸如：「祕匿特權」(privilege)、「工作成果免責」(work product immunity) 等²⁸⁹。而與事證開示程序相輔相成之機制，即為預審會議，其常在複雜案件，往往於完成證據開示後與審理庭前舉行此種會議，處理各種實質法律問題、開示爭議及其他程序問題。預審會議通常在法官辦公室舉行，雙方律師出席，由法官（有時由助理法官）主持，其作用在過濾證據開示結果所顯示之爭點，嘗試對雙方不爭執之事實達成協議，將爭點縮小與特定，並將審理時各造要請求傳喚之證人及要調查之書證加以特定，使將來審理庭進行較有效率²⁹⁰。

第二節 預審程序爭點整理之實踐

第一項 訴答程序²⁹¹ (Pleading)

西元 19 世紀約莫中葉開始，美國對於訴答程序即進行改革，在 1848 年發展出所謂「法典化訴答」(Code Pleading or Fact Pleading)，僅要求書狀以簡明、普通之語言記載構成訴訟原因之事實 (a statement of the facts constituting the cause of action, in ordinary and concise language) 即可。此書狀記載

²⁸⁸ 楊崇森 (2015)，《遨遊美國法：美國法制的實務與運作》，新北市：台北大學，華藝學術出版，頁 56-57。

²⁸⁹ 楊崇森 (2015)，《遨遊美國法：美國法制的實務與運作》，新北市：台北大學，華藝學術出版，頁 73-75。

²⁹⁰ 楊崇森 (2015)，《遨遊美國法：美國法制的實務與運作》，新北市：台北大學，華藝學術出版，頁 93。

²⁹¹ 1938 年所制定之 FRCP 最主要就是要對之前訴答體系所產生之缺陷作出回應，包括：沿用英國普通法之令狀制度 (writ system) 及法典化訴答等，關於訴答程序的歷史演進過程，詳參 Peter Julian, Charles E. Clark and Simple Pleading: Against a "Formalism of Generality", 104 Nw. U. L. Rev. 1179, 1184-1187(2010).



之要求係為達三個目的：第一，使得被告能夠瞭解原告起訴之原因；第二，給予法院決定調查證據及提出相關案件證據於審判庭之方向；第三，原告起訴之事實是否符合某實體法之構成要件²⁹²。

然而，「法典化訴答」(Code Pleading or Fact Pleading) 最主要之缺點即係須區分「終極事實²⁹³」(ultimate fact) (必須載明於訴狀上) 與「證據事實²⁹⁴」(evidentiary fact) 及「法律結論²⁹⁵」(conclusions of law) (後兩者不須記載於訴狀上)。惟此區分在實務操作上證明是難以實行的，論者並批評將前開事實主張與法律結論為類型區分並不妥當，蓋兩者間僅係程度之不同，簡言之，此係有關事實陳述之具體性，亦即所謂法律結論僅是將事實為高度概括之陳述而已。另外，前開區分將導致撰寫訴狀之專門技術性與事實須詳細描述之不良後果²⁹⁶。

因此，針對上開批評，於 1938 年所創設之 FRCP 8(a)(2)²⁹⁷ 則僅要求當事人於訴答程序載明有法律上權利之簡短、清楚之陳述聲明即可，而移除「事實」、「訴訟原因」之名稱²⁹⁸。然雖有 FRCP 8 之規定存在，起初聯邦法院在解釋訴答標準時，

²⁹² Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 129, 133(6th ed 2013).

²⁹³ 所謂「終極事實」(ultimate fact) 係指「基本事實、主要事實」，即對確立原告的訴因或被告的答辯理由所必不可少的事實，也是法庭裁決爭議所必需的事實，區別於支持它們的證據事實。參元照英美法詞典：<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=80663>，最後瀏覽日期：2015 年 8 月 9 日。參前所述，可知終極事實類似於大陸法系的「主要事實」，而關於終極事實概念的討論，可參 Richard H. Field, Benjamin Kaplan & Kevin M. Clermont, *Materials for A Basic Course*, 525-527(7th ed. 1997).


²⁹⁴ 所謂「證據事實」(evidentiary fact) 係指，用來認定案件主要事實所必需的事實，即足以作為證據之事實；亦指用以證明其它事實存在之事實。參元照英美法詞典：<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=50285>，最後瀏覽日期：2015 年 8 月 9 日。

²⁹⁵ 所謂「法律結論」(conclusion of law or legal conclusion) 係指，該結論只說明負有某一法律義務或者某種法律結果，但不陳述產生這一義務或支持這一結果的事實。參元照英美法詞典：<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=61189>，最後瀏覽日期：2015 年 8 月 9 日。

²⁹⁶ Scott Dodson, *New Pleading, New Discovery*, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 57(2010); also see Kevin M. Clermont, *Litigation Realities Redux*, 84 Notre Dame L. Rev. 1919, 1930(2009) (“The older view held that pleadings must ... lay out the issues in dispute and stating the facts in considerable detail. But holders of this view asked too much of the pleading step, which consequently ... provided the vehicle for monumental abuse.”); Robert G. Bone, *Plausibility Pleading Revised: A Comment on Ashcroft v. Iqbal*, 85 Notre Dame L. Rev. 849, 862-864(2010); Scott Dodson & James M. Klebba, *Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century*, B.C. Int’l & Comp. L. Rev., Vol.34, Iss.1, 4(2011).

²⁹⁷ FRCP 8(a)(2) : “a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief”.

²⁹⁸ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 136(6th ed 2013).



仍對其加以忽視，甚至仍習於法典化訴答，要求須詳細敘述並提出所有符合權利主張之要件事實²⁹⁹。直至 1957 年，在 Conley v. Gibson³⁰⁰ 的案例中，聯邦最高法院闡明原告對於起訴狀之請求，聯邦民事訴訟規則並未要求原告必須記載詳細事實，相對地，只要讓被告可得知原告請求為何以及據以請求之根據即可，採取寬鬆之見解，僅於原告主張之事實可顯著懷疑無法與其據以請求之法律上權利契合（it appears beyond doubt that plaintiff can prove no set of facts to support his claim which entitle him to relief），法院才可駁回其訴。可見，在一開始的起訴狀中，原告無須記載複雜詳細的事實，當然更無須提出法律見解³⁰¹，甚至是，若主張錯誤的法律見解對其訴訟亦不致產生重大影響³⁰²。從而，FRCP 8 降低了訴答階段作為進入法院大門之重要性，此規則之主要目標已從整理爭點、事實發展及決定訴訟有無實益移至單純地通知。職是，FRCP 8 正式從法典化訴答改採所謂通知化訴答（Notice Pleading）³⁰³。

以下對於起訴狀（complaint）、答辯狀（answer）之記載內容，分別詳述之：

第一款 起訴狀（complaint）之記載內容

²⁹⁹ Scott Dodson, Comparative Convergences in Pleading Standards, U. Pa. L. Rev., Vol.158:441, 450(2010).

³⁰⁰ Conley v. Gibson, 355 U.S. 41, 45, 47(1957).採相同見解者，尚可參 Erickson v. Pardus, 551 U.S. 89(2007); Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 554(2007).

³⁰¹ Skinner v. Switzer, _ U.S. _(2011)(“Federal Rule of Civil Procedure 8(a)(2) generally requires only a plausible “short and plain” statement of the plaintiff’s claim, not an exposition of his legal argument.”).

³⁰² Williams v. Seniff, 342 F.3d 774(7th Cir. 2003)(“The complaint need not identify a legal theory, and specifying an incorrect theory is not fatal.”).

³⁰³ Scott Dodson & James M. Klebba, Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century, B.C. Int’l & Comp. L. Rev., Vol.34, Iss.1, 4(2011)。對於美國所採於訴狀僅須簡略、概括記載之方式，大陸法係之國家（如我國）並不採納，此參我國民事訴訟法第 266 條之規定自明。另外在跨國民事訴訟中，依 ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure(2004), Rule 11.3 之規定，亦要求當事人於訴答程序中必須詳細闡述相關事實、法律論點以及支持其主張之證據(In the pleading phase, the parties must present in reasonable detail the relevant facts, their contentions of law, and the relief requested, and describe with sufficient specification the available evidence to be offered in support of their allegations. When a party shows good cause for inability to provide reasonable details of relevant facts or sufficient specification of evidence, the court should give due regard to the possibility that necessary facts and evidence will develop later in the course of the proceeding)，甚至同屬英美法係之英國亦仍然要求在訴答程序須詳細記載事實，而與美國 FRCP 8(a)(2)之規定不同，可見美國在訴答程序規定之獨特性。關於我國與美國書狀內容之比較，詳見後述。

依 FRCP 8(a)之規定，起訴狀記載大體必須包含三項要件：(1) 簡短、清楚之陳述法院具有管轄權之根據；(2) 簡短、清楚地陳述原告有權請求救濟之要求；(3) 請求法院判決之內容。本規則之目的應是使人民得以多接近、使用法院，並且得以藉由實質審理是否具有法律依據而下判決，而非僅因程序上之錯誤而遭駁回³⁰⁴。

其中針對 FRCP 8(a)(2)之記載方式，例如在消費借貸之訴訟，僅須敘明：原告於 1936 年 6 月 1 日借予被告金錢，因此被告欠原告某數額之債務³⁰⁵。職是，可知原告之陳述只要簡單、清楚表明特定事實，讓被告知道「所告何事」即可，至於詳細事實，不用在起訴狀中表明，此屬後續事證開示之範圍³⁰⁶。

在現行法下，含有二種案件過濾之方式。第一，當訴狀未達到通知之程度時，原告依 FRCP 12 (e) 將被要求提出更明確之陳述。若法院准許被告要求，則原告必須提供更清楚之陳述，否則將受到法院駁回訴訟³⁰⁷。第二，若訴狀未陳述法律上准予救濟之聲明，依 FRCP 12 (b) (6) 亦將遭受駁回訴訟之請求³⁰⁸。

在 Swierkiewicz v. Sorema, N. A.³⁰⁹ 案，美國聯邦最高法院對於其下級法院（紐約南區聯邦地方法院、第二巡迴上訴法院）認原告 Swierkiewicz 於起訴狀並無提出足夠之表面證據（prima facie evidence）以支持其受到不平等待遇之推論之主張，而將原告之訴駁回並不恰當，並闡述表面證據（prima facie evidence）是一個證據法上之標準，不是訴答書狀之要求，而且下級法院加諸於訴答書狀之

³⁰⁴ Arthur R. Miller, From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play On The Federal Rules of Civil Procedural, 60 Duke L.J. 1, 4-5(2010).

³⁰⁵ See Appendix of Form 6, 另 FRCP 尚有其他事件（如商品買賣價金訴訟、錯誤之金錢交付訴訟、交通事故損害賠償訴訟等）之例稿共 16 種，可供參酌，參 A. Benjamin Spencer, Federal Civil Rules Supplement for Use With All Civil Procedure Casebooks 2013-2014, Appendix of Forms(Form 3 to Form 18), West Academic Publishing,368-376。

³⁰⁶ 蔡兆誠（1998），〈集中審理如何可能？-美國民事訴訟中 Pretrial 制度簡介（上）〉，《律師雜誌》，5 月號，第 224 期，頁 63；Kevin M. Clermont, Litigation Realities Redux, 84 Notre Dame L. Rev. 1919, 1930(2009)（“Most people came to accept that the main task of pleadings is to give the adversary (and the court and the public) fair notice of the pleader’s contentions.”）。

³⁰⁷ 須說明者係，FRCP 12(e)要求原告提出更明確陳述之要求，通常是在排除原告所提訴狀難以理解、晦澀難懂的情形，而非要求原告詳細說明，亦即，只要原告符合 FRCP 8 之要求並且使對造得知原告之請求，那麼被告依 FRCP 12(e)所提之要求即不恰當。See United States v. Board of Harbor Commissioners, 73 F.R.D. 460(1977).

³⁰⁸ Scott Dodson, New Pleading, New Discovery, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 58(2010).

³⁰⁹ Swierkiewicz v.Sorema, N.A, 534 U.S. 506(2002).

標準與 FRCP 8(a) (2) 之規定亦相衝突，蓋法條僅規定起訴狀只要載明一簡短、清楚之陳述聲明，而此陳述亦僅須使得被告得知原告之要求為何以及根據為何即可，重申 Conley v. Gibson 案中對於起訴狀所採標準。並認 FRCP 對於爭點事實之充實以及剔除無實益之案件，係仰賴事證開示制度以及簡易判決 (summary judgment)³¹⁰ 來達成，而不是依靠訴答程序。

然須注意者是，聯邦最高法院於 2007 年之 Bell Atlantic Corp. v. Twombly³¹¹ 案中，似乎改變過往之見解，而認原告於起訴狀之聲明及其據以有理之事實，雖不須具體詳盡，但也不得太過空泛，以致於與其所主張之實體法上要件差距過大而無法契合，換言之，原告之主張必須具有一定程度的可信性 (plausibility)，否則法院仍將駁回原告之訴。職是，Twombly 案所建立之「可信性標準」

(plausibility standard)，似乎建構出一新的訴答標準，改變自 1957 年 Conley 案即已廣為實務所重複引用之見解。但接下來之新課題則是，此項標準之界線仍不明確，其企圖在法典化訴答 (嚴格) 與空泛地列舉法條要件 (寬鬆) 之間重新定義訴答標準，而論者認為比較好的理解應該是，這樣的標準應是具有彈性的，亦即，在不同之案件類型，基準即須調整，例如在一般車禍案件中，僅須簡單陳述即可，然而，在複雜性之案件 (如反托拉斯案件) 則須陳述較完整、詳細之事實³¹²。

³¹⁰ 所謂「簡易判決」係指，案件在雙方當事人間就事實並不存在爭議，而僅涉及法律問題時，依 FRCP 56(a)、(b) 之規定，法院可准許當事人就部分或全部之主張或答辯在整個事證開示程序結束後 30 天內之任何時點提出。另參楊崇森 (2010)，〈美國民事訴訟制度之特色與對我國之啟示〉，《軍法專刊》，第 56 卷第 5 期，頁 27。

³¹¹ Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544(2007). 本案例事實係涉及被告間是否已達成彼此限制競爭之一大規模反托拉斯集體訴訟 (antitrust class action)，而法院以起訴狀欠缺可據以推認被告間有此協議存在之主張，駁回了原告之權利主張；此判決並認為，如果原告據以主張之事實太過空泛，法院卻未駁回其訴，若進行到 Discovery 階段將會造成事證開示制度之濫用，且增加整體程序之費用負擔。

³¹² Steven Baicker-McKee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 335-336(2013). 惟對於論者之見解，本文抱持質疑之態度，蓋：第一，簡單、複雜案件有時難以區分，其區分標準何在？；第二，區分不同之案件類型，適用不同之訴答標準，其依據為何？從 FRCP 8(a)(2) 之規定並無法得出此結論；第三，在複雜案件，如論者所舉之反托拉斯案，通常原告 (特別是一般人民) 並無相關事證，存有事證偏在之情形，而在未經過事證開示程序時，如何詳細、完整描述事實？

Twombly 案所建立之「可信性標準」(plausibility standard)，對於其後美國聯邦最高法院認定原告是否符合 FRCP 8(a) (2) 之要件時，似乎產生了化學作用。二年後 (2009 年) 之 Ashcroft v. Iqbal³¹³ 案，於考慮原告之起訴狀是否滿足 FRCP 8 之要求時，更採取了二步驟之分析：第一，當起訴狀僅表明法律上之結論時，法院無須接受；第二，起訴狀必須說明一可信之救濟主張³¹⁴。詳言之，在 Iqbal 案中，顯現在原告起訴狀中之二種型態主張必須要加以區分。一是「法律結論」(legal conclusions) 或「只有結論式之陳述」(mere conclusory statements)，像這樣之主張將遭駁回。另一是「事實主張」(factual allegations) 或「充分地事實記載」(well-pleaded fact)。這些主張必須在訴答階段假設為真。接著所要處理的問題就是，是否這些充分記載的事實主張 (假設為真) 可據以提升成有理請求救濟之程度³¹⁵。

因此，最高法院除了再次確定 Twombly 案所建立之「可信性標準」外，更進一步嚴格起訴狀之標準，認為若原告僅提出結論性之主張 (conclusory allegation)，法院應不予理會³¹⁶。並且拒絕 Twombly 案所採之訴答標準只能限縮

³¹³ Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662(2009); Arthur R. Miller, From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play On The Federal Rules of Civil Procedural, 60 Duke L.J. 1, 23-24(2010).本案例事實係，巴基斯坦籍之原告 Iqbal 在 911 恐怖攻擊事件後，被控刑事犯罪而遭逮捕並由聯邦官員予以拘留。隨後，其向聯邦法院提起訴訟，據以其在監禁期間，因為種族、宗教、國籍之關係，而不被准許行使其憲法上之權利，故以美國前任檢查總長 John Ashcroft 及聯邦調查局長 Robert Mueller 等人為被告。而被告則以起訴狀所載事實不充分，向法院提出駁回訴訟之請求。此要求雖不為地院接受，但被告等上訴後，卻受到第二巡迴上訴法院及最高法院之肯認。

³¹⁴ 論者有對於 Iqbal 案作成後提出批評，認：第一，對於 Iqbal 案所採之「兩叉法」(two-pronged approach) 是無意義的，蓋法律結論與事實主張之間並無一清楚之界線，故應該採單叉法，亦即，法官必須對於起訴狀之整體作一貫性之詮釋 (而非將各個主張分別觀察)，來認定是否原告之主張具備可信地支持其權利主張之每一要件。Twombly 案即係清楚瞭解此問題所在，從而其即係以起訴狀之整體作為解釋之基礎，並決定原告之主張是否僅係一結論，而非如 Iqbal 案之法院所採行之方式。第二，Iqbal 案對於案件之篩選比 Twombly 案更具侵略性 (前者致力於摒除實益較弱 (例如勝訴可能性過低) 或無實益之訴訟，採較嚴格之篩選模式 (thick screening model)；後者則僅在摒除真正無實益之訴訟，採較寬鬆之篩選模式 (thin screening model))，並沒有去適當地思考採此政策下所產生之風險 (即採取較嚴格之篩選模式將導致某些有實益之訴訟，甚至是有著高勝訴可能性之訴訟，因為無法透過事證開示取得證據而在訴答階段即遭摒除)。Robert G. Bone, Plausibility Pleading Revised: A Comment on Ashcroft v. Iqbal, 85 Notre Dame L. Rev. 849, 849, 851-852, 867-883(2010).

³¹⁵ Adam N. Steinman, The Pleading Problem, Stanford L. Rev., Vol. 62, Iss.5, 1308(2010).另對於此案之詳細評釋，可參 Douglas G. Smith, The Evolution of a New Pleading Standard: Ashcroft v. Iqbal, Oregon L. Rev., Vol. 88, 1053-1083(2009)

³¹⁶ Scott Dodson & Colin Starger, Mapping Supreme Court Doctrine: Civil Pleading, The Federal Courts L.

適用在反托拉斯之爭議上，而認此標準可適用於全部之民事訴訟上³¹⁷。職是，學說、實務上大多認為現今實務係採取了較嚴格之起訴狀之審視標準³¹⁸。

綜觀上述，不同於「舊訴答」(old pleading) 聚焦於通知之上，「新訴答」(new pleading) 則聚焦於事實之足夠性。比較新、舊訴答之不同，有以下之差異³¹⁹：

- 一、新訴答只考慮非結論性事實主張，若僅為結論性之主張將遭法院駁回。
- 二、原告之主張通過非結論性事實主張之檢驗後，則新訴答復加諸「可信性標準」(plausibility standard) 再為檢驗。
- 三、新訴答對於 Conley 案所表見解（即除非原告主張之事實無法與其請求之法律上權利相契合才可加以駁回）並不認同。相反地，原告之請求必須得到在起訴狀上詳細事實主張之支持才可。
- 四、新訴答之目的是要摒除無實益或趨近於無實益之案件，以避免進入繁重之事證開示。

另外，須注意者是，若起訴狀係以「通知」為目的的話，那麼區分結論與非結論性主張，以及區分有權請求救濟之可信性(plausible)與可能性(possible)是沒有意義的。但如果起訴狀係以「事實之詳述作為初步評估訴訟是否具有實益」的話，那麼前開區分在 Twombly 案與 Iqbal 案作成之後，則具有其意義存在³²⁰。

對於晚近實務所採「可信性標準」，學說上褒貶不一。持否定論者認為，採取

Rev., Vol. 7, Issue 1, 278-279(2014).

³¹⁷ Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662(2009)(“Our decision in Twombly expounded the pleading standard for “all civil actions”).

³¹⁸ 相同見解者，可參 Robert G. Bone, Plausibility Pleading Revised: A Comment on Ashcroft v. Iqbal, 85 Notre Dame L. Rev. 849, 872-873(2010); Fowler v. UPMC Shadywide, 578 F.3d 203(3d Cir. 2009)(“Pleading standards have seemingly shifted from simple notice pleading to a more heightened form of pleading...”).另外對於晚近所採之新訴答標準與舊訴答標準之差異性，可舉一案例說明之，即 Branham 案，此案原告主張：有液體在地板上，而被告過失地未加以清除或是警告原告，此主張已符合 Conley 案之通知化訴答標準（舊訴答標準），然而，依新訴答標準，地方法院以：「原告並未主張任何的事實以顯示液體是如何在地板上，被告是否知悉或應該知悉有液體之存在，或者是原告之意外如何發生...若要符合被告有責之可能性，原告僅陳述被告有過失尚不足以說明其有可救濟之權利主張之可信性，而仍僅屬結論性主張」而駁回原告之訴訟。參 Branham v. Dolgencorp, Inc., Civil No.6:09-CV-00037(W.D. Va. Aug. 24, 2009).

³¹⁹ Scott Dodson, New Pleading, New Discovery, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 60-62(2010).

³²⁰ Scott Dodson & James M. Klebba, Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century, B.C. Int'l & Comp. L. Rev., Vol.34, Iss.1, 4(2011).

嚴格之訴答標準無異於關上正義之門使人民無從救濟，蓋許多有潛在價值但訴答不精確之主張，係來自於事證開示之前雙方當事人之資訊不對等，而且可信性標準又非常地主觀而欠缺一定的標準，致使人民增加遭法院駁回訴訟之風險³²¹；甚至有論者認為，最高法院走向了法典化訴答之回頭路，只是換了名稱罷了，並且認「可信性標準」之建立已改變原先立法者對 FRCP 8 所為之設定而違背立法者之原意，同時將 Conley 案對於起訴狀所劃定之功能藉由比原先所要求更多的事實基礎而脫離了 Conley 案所建立的判決先例³²²；論者並警示認為，若最高法院所建構之新標準為下級法院所採納，則將會導致一程序上之革命，且最高法院所創造供判斷起訴狀是否充分之新的、模糊的標準更將使整體訴訟系統變得不穩定³²³，而實證研究亦顯示，在最高法院相繼作成 Twombly 案與 Iqbal 案後，法院之駁回率確實有所增加³²⁴。而持肯定論者則認為，法院在訴答階段作此有意義之司法審查可避免

³²¹ Suzette M. Malveaux, *Front Loading And Heavy Lifting: How Pre-Dismissal Discovery Can Address The Detrimental Effect of Iqbal on Civil Rights Cases*, 14 LEWIS & CLARK L. Rev. 65(2010); 另外，實務界之法官（Justice Ginsberg）亦公開批評，認為 Iqbal 案最高法院之判決將對 FRCP 8 之操作造成混亂，see Ruth Bader Ginsburg, *Assoc. Justice, Supreme Court of the U.S., Remarks for Second Circuit Judicial Conference*(June 12, 2009), available at <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeeches.aspx?Filename=sp_06-12-09.html>, (last visited May 27, 2014).

³²² Arthur R. Miller, *From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play On The Federal Rules of Civil Procedural*, 60 Duke L.J. 1, 19-20(2010).

³²³ Kevin M. Clermont & Stephen C. Yeazell, *Investing Tests, Destabilizing Systems*, 95 Iowa L. Rev. 821, 823, 838(2010).

³²⁴ 例如有論者作成統計發現在 Twombly 案後，案件駁回率從 54.2% 上升至 64.6%。參 Joseph A. Seiner, *Pleading Disability*, 51 B.C.L. Rev. 95, 118(2010)；亦有論者所作成之實證研究顯示，在 Twombly 案前 2 年之駁回率為 46%，在 Twombly 案作成後與 Iqbal 案作成前之 2 年期間，駁回率為 48%，在 Iqbal 案作成後則為 56%。參 Patricia W. Hatamyar, *The Twombly and Iqbal Matter Empirically?*, 59 AM. U. L. Rev. 553, 556(2010)；另外，像是諮詢委員會在 2010 年所作成之統計報告中，亦得出相同之結論，例如報告內容即提及：「在 Twombly 案判決前九個月，勞雇案件月平均係 1147 件，527 件提出駁回訴訟之要求（占總案件數之 46%），169 件法院准予駁回（15%），108 件法院未予同意（9%）；而在 Iqbal 案判決後九個月，勞雇案件之月平均係 1185 件，533 件提出駁回訴訟之要求（45%），185 件法院准予駁回（16%），80 件法院未予同意（7%）。其他民事私權案件，在 Twombly 案判決前九個月之月平均件數係 1334 件，903 件提出駁回訴訟之要求（占總案件數之 68%），264 件法院准予駁回（20%），158 件法院未予同意（12%）；而在 Iqbal 案判決後九個月，其他民事私權案件之月平均件數係 1362 件，962 件提出駁回訴訟之要求（68%），334 件法院准予駁回（25%），114 件法院未予同意（8%）。在准予駁回訴訟之要求上，百分比率實質上確實有增加...」。See Advisory Committee on Federal Rules of Civil Procedure, *Report of the Civil Rules Advisory Committee*, 2-3(May 17, 2010), available at <<http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/Reports/CV05-2010.pdf>>, (last visited May 30, 2015).

訴訟資源之浪費以及事證開示所帶來之昂貴花費，是一較實務理論之導向³²⁵。

對於上開爭議所產生之反動，即為眾議院（the House of Representatives）要求司法委員會（the Judiciary Committee）舉行聽證會，並馬上於聽證會後，由參議員 Arlen Specter 提出法案以回應司法委員會之憂慮，該法案名稱為「重建通知化訴答法案（2009）」（the Notice Pleading Restoration Act of 2009）。而 Specter 所提法案之目的就是要藉由恢復 Conley 案所採之標準以否定 Twombly 案與 Iqbal 案所帶來之影響，該法案之條文規定：「除依照 Conley v. Gibson 案提出之標準外，聯邦法院不得依 FRCP 12 (b) (6) 或 (e) 駁回控訴...³²⁶」。同年，尚有一相類似的法案被提出，名為「廣泛地接近、使用法院法案（2009）」（the Open Access to Courts Act of 2009），依該法案內容規定：「除原告所主張之事實可顯著懷疑無法與其據以請求之法律上權利相契合外，法院不得依 FRCP 12(b)(6)、(c) 或 (e) 駁回控訴³²⁷」。然而上開二法案雖然並未進一步被採納，但也足以說明了法學界對於最高法院晚近訴答標準所產生之不安³²⁸。

第二款 答辯狀（answer）、反駁狀（reply）之記載內容

首須說明者係，被告於收受起訴狀後，可先依 FRCP 12 為程序上之異議（pre-answer motion），例如：一、駁回起訴之請求（motion to dismiss），理由包括：法院無事務管轄權、對當事人之管轄權、管轄不當、程序不恰當、未陳述法律上可以成立之要求等（FRCP 12(b)）；二、依訴答書狀為判決之要求（motion for judgment on the pleadings）（FRCP 12(c)）；三、原告應更為明確陳述之

³²⁵ Douglas G. Smith, *The Twombly Revolution?*, 36 *Pepp. L. Rev.* 1063, 1092(2009); Richard A. Nagareda, *1938 All Over Again? Pre-Trial as Trial in Complex Litigation*, 60 *DePaul L. Rev.*, 8-9, 25(2011).

³²⁶ See Notice Pleading Restoration Act of 2009, S. 1504, 111th Cong.(2009)(“Federal courts shall not dismiss complaints under rule 12(b)(6) or (e) of the Federal Rules of Civil Procedure, except under the standards set forth by the Supreme Court of the United States in *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957).”).

³²⁷ See H.R. 4115, 111th Cong.(2009)(“A court shall not dismiss a complaint under subdivision (b)(6), (c) or (e) of Rule 12 of the Federal Rules of Civil Procedure unless it appears beyond doubt that the plaintiff can prove no set of facts in support of the claim which would entitle the plaintiff to relief.”).

³²⁸ Alex Silagi, *Keep Calm and Plead On: Why New Empirical Evidence Should Temper Fears About Pleading Plausibility*, *Seton Hall L. eRepository*, 14-15(2014).

要求 (motion for a more definite statement): 針對原告起訴狀記載過於模糊不清, 被告即可提出此項要求, 以利於被告能夠答辯 (FRCP 12 (e)); 四、刪除之要求 (motion to strike): 針對起訴狀內容有任何多餘、不重要、不恰當或是誹謗性的事項, 被告可要求法院刪除之 (FRCP 12 (f)), 蓋起訴狀可在訴訟中公開發給陪審團聽, 被告為維護自己權益, 可以聲請法院刪除起訴狀中無關宏旨之不當內容。

而答辯狀必須簡短、清楚地載明對於原告各項主張之抗辯, 並載明對於原告所主張之事項承認或否認 (FRCP 8 (b) (1))。然而, 答辯狀既然亦要求必須簡短、清楚地陳述 (state in short and plain), 則同樣地就會發生是否必須適用「可信性標準」之問題, 對此, 聯邦法院之見解則呈現分歧之狀態, 尚無定見³²⁹。持否定論者, 認 Twombly 案以及 Iqbal 案所提出之「可信性標準」係對於 FRCP 8 (a) (2) 所作成之解釋, 而 FRCP 8 (b) (1) (A) 非前開案例之適用範圍; 再者, 被告必須於收受起訴狀後之 21 天內提出答辯狀³³⁰, 而原告提出起訴狀之時間可能在事件發生之數年之後, 撰寫訴答書狀之時間顯有差距, 若採取同樣之標準並不公平, 況且對於被告權利之限制應明文以法規限制; 最後 FRCP 12 (e) 允許被告可對原告提出更明確陳述之要求, 而原告卻不可對被告為如此之請求, 可見起訴狀之訴答標準要高於答辯狀, 因此, 標準較嚴格之「可信性標準」並不適用於被告。而持肯定論者, 則認好的原則不僅適用於原告, 亦應適用於被告 (what is good for the goose is good for the gander), 否則雙方適用不同之標準並不公平, 況若被告適用較寬鬆的訴答標準將擴大事證開示程序, 對訴訟產生無效率性, 而關於撰寫訴答書狀時間差距的問題, 被告可以透過 FRCP 15 (a) 隨時進行修正以主張

³²⁹ 採否定論者, 參 Loucks v. Shorest, LLC, __ F. Supp. 2d __, 2012 WL 2126956(2012), and Jackson v. City of Centerville, __ F.R.D. __, 2010 WL 4363995(2010); 採肯定論者, 參 Montgomery v. Wyeth, 580 F.3d 455(2009), Francisco v. Verizon South, Inc., 2010 WL 2990159(2010), Racick v. Dominion Law Associates, __ F.R.D. __, 2010 WL 3928702(2010), Palmer v. Oakland Farms, Inc., 2010 WL 2605179(2010).

³³⁰ See FRCP 12 (a) (1) (A) (ii): "A defendant must serve an answer: within 21 days after being served with the summons and complaint...".

新的抗辯，不致對被告之權利造成太大的影響³³¹。

若被告為否認時，須對於原告主張之核心作出相當之回應。而否認可區分為，「概括否認」(general denial)及「具體否認」(specific denial)，前者係指被告基於善意得以記載「被告對於原告之指述均予否認，而原告必須舉證證明之」(I don't admit anything. You prove it.)³³²；後者則指被告可具體地對原告主張之特定事項加以否認 (FRCP 8 (b) (2)、(3))。

須予說明者係，FRCP 8(b)(5)規定，被告若以缺乏足夠資訊對原告所主張之事實形成確信，此答辯將發生否認之效果³³³。在 *Mesirow v. Duggan*³³⁴案中，第八巡迴上訴法院對前開條文作出闡釋，認若原告所提出之主張係有特別作成紀錄之物件，且該物件係由被告掌控，則被告依 FRCP 8(b)(5)所為之抗辯並不可構成該條所規定之否認。因此，當被告主張前開規定時，應盡到合理之調查義務，看看是否有與本案相關之資訊存在，亦或是取得該資訊的困難度如何等。

又被告亦可作積極性答辯 (Affirmative Defense)，而該答辯係不同於否認，其並不否認原告所主張之事實，而是積極地提出其他的理由來反駁原告，於 FRCP 8(c)即例示了 18 種事由，包括和解和清償 (accord and satisfaction)、自擔風險 (assumption of risk)、混合過失 (或稱與有過失) (contributory negligence)、脅迫、詐欺、時效 (statute of limitations)、一事不再理 (res judicata) 等，但不以此為限。從而，當被告所提出之答辯非屬於原告所主張之法律要件時，其所作出之答辯即屬積極性答辯³³⁵。

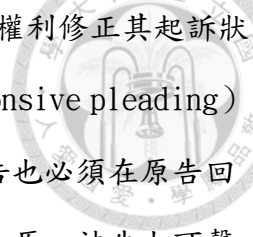
³³¹ Dustin T. Greene, *Boomerang Twombly & Iqbal Applied to Affirmative Defenses* (Dec. 2010), available at <<http://litigation.ncbar.org/newsletters/thelitigatordecember2010/boomerangtwomblyiqbal>>, (last visited Apr. 28, 2014).

³³² Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 229(6th ed 2013).

³³³ FRCP 8(b)(5): "A party that lacks knowledge or information sufficient to form a belief about the truth of an allegation must so state, and the statement has the effect of a denial."

³³⁴ *Mesirow v. Duggan*, 240 F.2d 751(1957).另可參 *David v. Crompton & Knowles Corp.*, 58 F.R.D. 444(1973)亦採相同見解。

³³⁵ See *Estate of Hamilton v. City of New York*, 627 F.3d 50(2010)("Rule 8(c) identifies nineteen separate affirmative defenses, but this list is not exhaustive")("when a defendant seeks to raise a point about something that "is not an element which the plaintiff must establish to make out a prima facie showing



另外，依 FRCP 15 (a) (1)、(d) 之規定，原告、被告都有權利修正其起訴狀 (complaint) 及答辯狀 (answer) 一次，但必須在對方回應 (responsive pleading) 之前為之。換言之，原告必須在被告答辯之前修正起訴狀；被告也必須在原告回應其答辯之前修正其答辯狀。除了前述「修正一次」之權利外，原、被告也可聲請法院准許修正起訴狀、答辯狀。法院就聲請之准駁，「如為正義之要求」 (when justice so requires)，應予准許，修正之範圍，可包括有關管轄、事實、法律、甚至變更當事人。當事人縱因疏忽、錯誤、或遲延所致，仍可聲請修正。法院如認訴狀之修正除了遲延之外，確實不利 (actual prejudice) 於對造當事人，則可駁回聲請。此外，當事人也可聲請法院准許補充訴狀，主張起訴或答辯後所發生之交易、事件。法院就此聲請之准駁有裁量權。例如，原告補充主張損害在起訴後之擴大³³⁶。

最後，在訴答程序中，原告提出起訴狀 (complaint) 之後，一般皆以被告提出答辯狀 (answer)，該程序即告終結。然而，在被告提出答辯 (不含提起反訴之情形) 後，原告有可能作出進一步之回應。亦即，在一般情況下，原告無須對於僅含抗辯之答辯狀作出回應。然而，法院在依被告之請求，而認原告有作成進一步解釋之重要性時，可命原告作出回應。在此非常罕見之情況下，依 FRCP 12 (a) (1) (C) 之規定，原告必須在法院之命令送達後之 21 天作出回應：提起反駁狀 (reply) 以否認 (deny) 或撤銷 (avoid) 被告答辯狀所載事項³³⁷。

第二項 當事人證據蒐集權-事證開示制度 (Discovery)

美國於 1938 年所制定的聯邦民事訴訟規則創設了其現代的事證開示 (Discovery) 制度，使當事人一造能向其對立之當事人要求提供與案件相關之證

of liability," he must plead it as an affirmative defense").

³³⁶ 蔡兆誠 (1998)，〈集中審理如何可能？-美國民事訴訟中 Pretrial 制度簡介 (上)〉，《律師雜誌》，5 月號，第 224 期，頁 64。

³³⁷ Kevin M. Clermont, Civil Procedure, 83(9th ed. 2012).

據與資訊，破除當事人間取得訴訟勝負資訊及證據所存之不對等地位³³⁸，亦即事證開示乃係搜集或發現事實之程序，當事人雙方都有權取得在對方占有下之資訊，使訴訟結果係基於案件之真正事實而非律師之技巧³³⁹。然此制度並不課予當事人在公判程序前「自動地」開示「所有」（不問有利與否）證據之義務。亦即，「一造當事人僅有義務提出『經他造請求提出』之資訊」，當事人必須自己發現對造擁有對自己有利之證據才有蒐集之可能，若未發現，即無蒐集取得該證據之可能性，此將對創設 Discovery 制度利於發現真實之目的大打折扣³⁴⁰。對此，美國在 1993 年修正其聯邦民事訴訟規則，創設「自動強制開示」制度（mandatory disclosure，或稱 automatic disclosure、initial disclosure），使訴訟當事人在訴訟初期、進行事證開示活動前，不待對造之請求即必須「主動地」開示若干重要之核心資訊³⁴¹。

在 *Hickman v. Taylor*³⁴² 案中，美國聯邦最高法院於判決中即指出，聯邦法院之前之實務操作，關於訴訟通知、爭點形成以及事實揭露主要是在審前之訴答程序進行。而依新修正之聯邦民事訴訟規則，訴答程序僅限於一般訴訟通知之任務，而事證開示程序則成為審前準備之重要角色。其（1）並可與 FRCP 16 規定之審前聽證會搭配以限縮及確認雙方當事人之基本爭點，且（2）可作為查明事實或資訊之手段。並且認為事證開示程序之規定應盡可能地被廣泛、自由運用，而祕匿特權之範圍則應加以限縮³⁴³。

³³⁸ 關於 Discovery 的立法目的，參 William A. Glaser, *Pretrial Discovery And The Adversary System* 9-25(1968)。

³³⁹ 楊崇森（2010），〈美國民事訴訟制度之特色與對我國之啟示〉，《軍法專刊》，第 56 卷第 5 期，頁 15。

³⁴⁰ 關於當事人對審制度對事證開示制度所帶來的影響與困境，參 Wayne D. Brazil, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, Berkeley Law Scholarship Repository, 1295(1978); Michael E. Wolfson, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, 36 Clev. St. L. Rev. 17, 49-51(1988)。

³⁴¹ 黃國昌（2010），《民事訴訟理論之新開展》，台北：元照，頁 14-15。並參 The 1993 Advisory Committee Note to FRCP 26(a)（“...imposes on parties a duty to disclose, without awaiting formal discovery requests, certain basic information that is needed in most cases to prepare for trial or make an informed decision about settlement.”）。

³⁴² *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495(1947)。

³⁴³ *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495(1947)（“the discovery provisions are to be applied as broadly and

職是，事證開示制度乃係於訴答程序之後至進入審判庭前之準備期間進行，而透過此制度，可將基本爭點、事實與證據開示於雙方當事人，使其得於開庭前明確知悉爭點，並保全相關證據³⁴⁴。一般認為事證開示制度具有下述機能：第一，防止偽證，促進真實確定；第二，發現、暴露不實、假裝之請求、防禦；第三，以單純、便利、廉價方法豐富裁判上得利用之事實；第四，教示主要審判期日(trial)前請求、防禦之真正價值，據以促進和解；第五，早期處理訴訟，節約法院之時間；第六，防止突襲，簡化、限定爭點，促進審理；第七，使事件之準備及審理兩者容易進行³⁴⁵。可見事證開示於預審程序中所占有之重要地位。

第一款 事證開示制度之改革—晚近發展出之自動揭露 (Disclosure) 制度

為應映事證開示制度因須花費大量之時間與費用並有遭致濫用之危險³⁴⁶，故於1993年進行重大修正，即增設FRCP 26(a)自動揭露(automatic disclosures)之規定，以改善前開(參前頁)缺點。本條規定於2000年後再作過數次修正，茲分述如下：

關於自動揭露可分為以下三種：

- 一、初步(或早期)揭漏(initial disclosure)於1993年增訂於FRCP 26(a)(1)，該規定要求記載於訴答狀上所主張之相關爭議事實之資訊皆須揭露。

liberally as possible, the privilege limitation must be restricted to its narrowest bounds”).

³⁴⁴ 劉玉中(2005)，〈民事訴訟上證據收集之研究〉，國立台北大學法學系博士論文，頁262。

³⁴⁵ 許士宦(2005)，〈文書之開示與秘匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁347註40；另可參楊佩文(2009)，〈美國聯邦民事訴訟程序法有關證據開示程序之研究—以電子化儲存資訊為中心〉，國立交通大學碩士論文，頁8。

³⁴⁶ 關於美國事證開示制度濫用之原因，約略有列數端：一、法院將其委由當事人自治而不欲監督；二、在與美國獨特之律師報酬制度(成功報酬(contingent)及計時收費)之關係上於大規模事件利用事證開示為徹底之訴訟準備合乎律師之利益；三、事實上雖未必須要事證開示，但因戰術上之目的加以利用(此種戰術上之目的，包括當事人藉由事證開示之名，行證據搜索(證據釣魚，fishing expedition)之實)。劉玉中(2005)，〈民事訴訟上證據收集之研究〉，國立台北大學法學系博士論文；另參，陳石獅等，〈事證開示制度(discovery)與發現真實〉，民訴法研究會第50次研討記錄，《民事訴訟法之研討(五)》，頁88。

然此引發極大之爭議，蓋依此條規定，似包含律師詢問其客戶所作成之不利資訊亦須提出。Scalia 法官即認為前開條文之規定，將引發律師與其客戶間之緊張關係。於 2000 年再度進行修正，揭露內容縮小在以當事人用來支持其主張或抗辯之證人及文件、單據。不利資訊不須於此時期提出，只有在當事人透過其後之事證開示階段有所要求才須提出³⁴⁷。

在多數案件中，資訊揭露制度是否有取代事證開示制度之可能性？答案應是否定的。理由是此制度所揭露的資訊並不包括對於揭露方有害之資訊，另外，在當事人對審制度之下，要一方當事人相信他方當事人會為充分的資訊揭露，顯然不可期待³⁴⁸。

依現行 FRCP 26 (a) (1) 之規定，除符合 26(a)(1)(B) 或其他之規定或法院所作成之命令以外，一方當事人應不待事證開示之要求即為下列資訊之揭露：
一、揭露方可能用來支持其主張或抗辯之事實資訊之人之姓名³⁴⁹（若知其住址、電話號碼亦包括之）；二、揭露方所持有、掌控可能用來支持其主張或抗辯之所有文件之影本、說明書及位置，電子儲存資訊及實體物件；三、除祕匿特權或免於揭露之資訊外，揭露方所持有據以主張損害賠償計算之根據；四、可能符合本案訴訟一部或全部對於損失予以補償之保險契約³⁵⁰。

當事人應以當時可合理獲得之資訊而為資訊揭露，且不可以尚未對案件進行充分調查或他方當事人未為揭露或未為充分揭露而免除揭露義務 (FRCP 26 (a) (1) (E))。而所謂「可合理獲得」之意義，包含當事人或其代理人或律師已知悉之資

³⁴⁷ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 391-392(6th ed 2013).

³⁴⁸ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 392-393(6th ed 2013).

³⁴⁹ 但若該證人或文件，當事人並無意提出使用的話，則無論該資訊是否有利或不利於當事人，其皆不負有揭露之義務，職是，亦可排除 FRCP 37(c)(1) 之制裁。See *Doe v. Young*, 664 F.3d 727(2011); also see *The 2000 Advisory Committee Note to FRCP 26(a)(1)*, para.9.

³⁵⁰ 被告提供保險單之目的，是讓原告知道其是否有保險可支付賠償金額，以評估訴訟實益。蔡兆誠 (1998)，〈集中審理如何可能？-美國民事訴訟中 Pretrial 制度簡介 (下)〉，《律師雜誌》，6 月號，第 225 期，頁 87。

訊，或是經過合理調查即可取得之資訊在內³⁵¹。



二、專家證言之資訊揭露 (disclosure of expert testimony)，依 FRCP 26 (a) (2) (B) 之規定，當事人應向他方當事人揭露其將於審判庭傳喚出庭作證之證人。非經當事人約定或法院之命令，當事人對於其所僱用之專家證人所準備並簽署之書面報告亦應揭露，而報告內容包括：(一) 專家證人所將表達之完整意見以及根據、理由；(二) 形成意見所考慮之事實及資料；(三) 展示支持其意見之證物；(四) 專家證人之資格 (包括該證人曾在十年內出版之刊物)；(五) 在四年內為其他案件作證之清單以及(六) 在案件中因研究或作證所獲得之報酬。在 2010 年增訂 FRCP 26 (a) (2) (C)，規定除當事人另有約定或法院之命令外，對於非特別僱用而無須提出書面報告之專家證人，當事人須揭露：(一) 該專家證人對於應證事項依聯邦證據規則第 702 條、第 703 條或第 705 條所預期提出之證物；且(二) 關於證人預期作證之事實及意見之摘要。

三、審判前之資訊揭露 (pretrial disclosure)，依 FRCP 26 (a) (3) 之規定，除 FRCP 26 (a) (1)、(2) 所要求揭露之資訊外，一方當事人亦須將有關於其可能提呈於審判庭之證據之有關資訊向他方揭露，如：(一) 證人：各該預定傳喚之證人姓名、住址、電話號碼；(二) 證言：預期提呈經由錄取證言所作成之證人證詞；(三) 證物：其他預定提出之各個文件及證據。

初步揭漏 (initial disclosure) 之目的在使兩造於事證開示程序正式開始前，得以自動就基本事實予以揭露，促進資料的交換，以對他方當事人所持有之證據早以瞭解及評估，使得後續正式之事證開示程序得以順利進行，以達成節省

³⁵¹ See San Francisco Baykeeper v. West Bay Sanitary Dist., 791 F.Supp.2d 719(2011).

費用與時間之目的³⁵²。而審判前之資訊揭露 (pretrial disclosure)，是讓雙方彼此在審判前把證據攤開來。如果就對方要提之證據有異議，可向法院提出，由法院決定。最後確定之雙方證人、證物名單，會由法院在預審裁定 (pretrial order) 中清楚地列出來，審判時才不會有突襲³⁵³。簡言之，其目的在避免開庭時提出突襲式證據，防止不公平之判決產生。

第二款 事證開示之範圍與限制

事證開示之範圍與限制，除下述欲加以說明之「與本案具有關聯性之事項」、「祕匿特權 (Privilege) 保護之限制」、「工作成果豁免 (Work Product Immunity) 原則」及「專家證人豁免原則」外，須先加以說明者乃，依 FRCP 26 (b) (2) (C) 之規定，法院可考量下列事項而對事證開示之範圍加以限制，例如：(一) 事證開示過於不合理地繁複，或是可以從其他更方便、較少負擔、或更低費用之來源而取得資訊；(二) 尋求事證開示之當事人，可藉由在訴訟中之事證開示程序，而有充分的機會獲得所欲尋求之資訊；(三) 考量案件之需要、爭議的數額、當事人之財力、該爭議在訴訟勝敗上之重要性、以及事證開示對於解決爭議之重要性，事證開示之負擔或費用超過其可能帶來之利益。因此，FRCP 已設有一基本原則性之規定。除此之外，實務見解亦認為，關於個人隱私亦應受保護而非事證開示之範圍³⁵⁴。職是，雖然原則上事證開示之範圍相當廣泛，然而仍有許多例外，不可不察。

第一目 與本案具有關聯性之事項

一般來說，除非法院以命令另外加以限制，否則事證開示的範圍原則上是以

³⁵² 楊佩文 (2009)，《美國聯邦民事訴訟程序法有關證據開示程序之研究—以電子化儲存資訊為中心》，國立交通大學碩士論文，頁 25。

³⁵³ 蔡兆誠 (1998)，〈集中審理如何可能？—美國民事訴訟中 Pretrial 制度簡介 (下)〉，《律師雜誌》，6 月號，第 225 期，頁 88。

³⁵⁴ See *Mailhoit v. Home Depot, U.S.A., Inc.*, 285 F.R.D. 566(2012); *Offenback v. L.M. Bowman, Inc.*, 2011 WL 2491371(2011).

「任何一造當事人所主張或抗辯有關之非祕匿特權之事項」(regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense) (FRCP 26 (b) (1))，此乃係 2000 年所作成之修正，修正前之事證開示範圍則是包括所有「與訴訟繫屬主題相關之事項」(any matter relevant to the subject matter involved in the pending action)³⁵⁵。

於此，須探討之問題為，第一，如何對「有關」(relevant)下個定義？其次，2000 年修正前後有關「主張或抗辯」(claim or defense)與「主題事項」(subject matter)又有何不同？關於第一個問題，FRCP 26 (b) (1)並未下定義，並且雖然修正前後都同樣地使用「有關」(relevant)這個詞彙，但一般認為事證開示的範圍已經縮小了³⁵⁶。而關於第二個問題，諮詢委員會 (Advisory Committee) 雖然亦未對二者之差別下定義，但在立法理由中指出，2000 年修正後之規定係期望事證開示的範圍聚焦於訴訟中已實際上提出之主張或抗辯，而不希望對於尚未提出而係屬潛在額外的主張或抗辯亦吸納在此範圍³⁵⁷。

因此，在 2000 年之修法中，立法者對於 FRCP 26 (b) (1) 建立了一個二階段 (two-tier) 之事證開示程序。第一階段之事證開示為「與任一造主張或抗辯有關之事項」，可以自由地行使事證開示程序。第二階段為與爭議本身較不相關、範圍較大之「與訴訟繫屬主題相關之事項」者，則要求開示方必須向法院提出行使證據開示之「充分理由」(good cause)。而前開建立不同階段事證開示之目的，是為了防止因收集資訊而無限制在當事人間進行事證開示，而造成事證開示之過度使用。

³⁵⁵ See FRCP 26(b)(1) (1993).

³⁵⁶ Steven Baicker-McKee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 761(2013);而亦有美國判決指出，2000 年修正之 FRCP 其事證開示的範圍較之前之範圍還窄，參 Behler v. Hanlon, 199 F.R.D. 553(D. Md. 2001).

³⁵⁷ See The 2000 Advisory Committee Note to FRCP 26(b)(1) ("The Committee intends that the parties and the court focus on the actual claims and defenses involved in the action.") ("The rule change signals to the court that it has the authority to confine discovery to the claims and defenses asserted in the pleadings, and signals to the parties that they have no entitlement to discovery to develop new claims or defenses that are not already identified in the pleadings.").

在 2000 年修正草案提供公眾審查期間，即有論者提出批評，認為 2000 年的修正案可能會發生二種情況：第一種情況是，實務工作者為了定義「充分理由」(good cause) 一詞之意義，而提出無止境之聲請；另一種情況則可能像是 1983 年及 1993 年之修法一樣，為了減低費用和降低負擔所量身訂做之 FRCP 26 (b)，仍完全被法院和當事人所忽視。時至今日，實證經驗顯示現實發生之情況為後者，2000 年對二階段 (two-tier) 事證開示程序之修正，在實務上仍完全被擱置於一旁。其中一個主要之原因即為法院及律師無法分辨所謂「與任一造主張或抗辯有關之事項」及「與訴訟繫屬主題相關之事項」間之不同³⁵⁸。

第二目 祕匿特權³⁵⁹ (Privilege) 保護之限制

一、律師與委託人間之祕匿特權³⁶⁰ (Attorney-Client privilege)

律師與委託人之間之所以受祕匿特權之保護，其目的係為使律師與委託人間可以達到充分、坦白的溝通，唯有如此律師才可實踐其專業任務³⁶¹。有疑問者係，若委託人為法人時，上開祕匿特權之範圍是否有所限制？簡言之，律師與公司管理高層或底下之員工所作成之溝通資訊（如詢問所作成之筆記、備忘錄等）皆受祕匿特權之保護嗎？在 *Upjohn Co. v. United States*³⁶² 案中，第六巡迴上訴法院

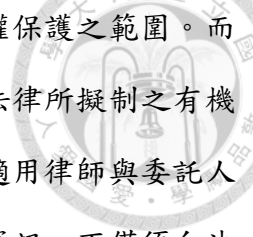
³⁵⁸ Henry S. Noyes, Good Cause Is Bad Medicine for The New E-Discovery Rules, 21 Harv. J. L&Tech. 49, 61(Fall 2007).

³⁵⁹ 祕匿特權之所以可從關聯性證據中排除被開示之必要，代表社會之抉擇：當特定目標之利益高於開示關聯性證據所帶來之利益時，就容許被排除。證據法上之祕匿特權最廣為接受之說法，係以經濟分析之觀點來解釋—當特定之溝通是社會所需要的，如果此等溝通不受得拒絕提供證言之保護時，人們或許會減少此類溝通。例如，在律師與當事人之關係中，從經濟分析之論點來解釋，當人們愈願意與律師溝通時，社會整體所受之利益便愈多。如果當事人認為，他們與律師談話之內容，未來可能在法庭上用來作對他們不利之證據時，人們可能就不願意在需要法律意見時，向律師諮詢。另有認為，祕匿特權所顯現者，為政府再次確認不應侵入某些領域之私人關係。而較偏激之見解則認為，祕匿特權並非顯示政府對個人隱私之敏感，而是顯示政府寧可損對真相之追求，仍舊要偏袒如律師之強勢社會團體。Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯（2002），《證據法入門—美國證據法評釋及實例解說，Evidence: Examples and explanations》，台北：元照，頁 250-251。

³⁶⁰ 另須注意者，乃美國聯邦證據法 Article V. 祕匿特權(privilege)一章，於 2007 年 11 月 28 日增訂 Rule 502 有關「律師—當事人間祕匿特權、工作成果豁免權及棄權範圍」之新規定。而最新修正則是在 2011 年，但僅作條號之調整，具體內容並未改變。惟此並不在本文之探討範圍。

³⁶¹ *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40(1980).

³⁶² *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383(6th Cir. 1981).



認對於公司決策無管理、決定者，並非所謂委託人，非祕匿特權保護之範圍。而聯邦最高法院則認為，法人（公司）雖非一個體自然人，而係法律所擬制之有機體，但應將全體構成員（無論層級如何）視為一實體，而一體適用律師與委託人間之祕匿特權，蓋當委託人是法人時，律師要取得全案之完整資訊，不僅須向決策高層探詢，對於中階或係低階之執行端員工之詢問，有時才可建構出一完整資訊以決定應提出如何之法律意見，再者，如採上訴法院限縮祕匿特權之適用範圍，亦將導致律師將不與法人員工進行溝通，而與創設祕匿特權之目的有違。另外，公司之高級階層應如何定義？亦有其困難度，在個案中有其變動性，此將導致當事人無法預測其祕匿特權之保護範圍。惟須提請注意者係，祕匿特權所保護者乃律師與委託人間所作之溝通，但其等溝通所涉之事實則不在保護之範圍，亦即，他方當事人所不可請求者係「強制委託人必須回答其向律師說了什麼或寫了什麼東西」，但其仍可請求委託人揭露其所知悉之相關事實。另外，像是一方當事人與他方當事人之律師所作之溝通、律師從其他來源所收集到之資訊或證據、或是律師因準備訴訟所作之筆記或備忘錄等（但此部分應屬律師之工作成果，依 FRCP 26(b)(3)之規定處理，見後述），皆非祕匿特權保護之範圍³⁶³。

在 *N. L. R. B. v. Interbake Foods, LLC*³⁶⁴ 案中，第四巡迴上訴法院對於判斷是是否符合律師與委託人間之祕匿特權，闡述了典型之判別標準（“classic test”）如下：（一）主張特權者應係委託人或即將成為委託人；（二）所為溝通者，係該區法院律師公會之會員（或其部屬），並且係以律師之角色為溝通；（三）溝通有關

³⁶³ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 766(2013).

³⁶⁴ *N.L.R.B. v. Interbake Foods, LLC*, 637 F.3d 492(4th Cir. 2011)(“The privilege applies only if (1) the asserted holder of the privilege is or sought to become a client; (2) the person to whom the communication was made (a) is a member of the bar of a court, or his subordinate and (b) in connection with this communication is acting as a lawyers; (3) the communication relates to a fact of which the attorney was informed (a) by his client (b) without the presence of strangers (c) for the purpose of securing primarily either (i) an opinion on law or (ii) legal services or (iii) assistance in some legal proceeding, and not (d) for the purpose of committing a crime or tort; and(4) the privilege has been (a) claimed and (b) not waived by the client.”); *Stoffels v. SBC Communications, Inc.*, 263 F.R.D. 406(W.D. Tex. 2009).

之事實係由委託人告知，無其他陌生人在場，而所保護者最主要係法律上之意見、法律服務、或係法律程序上之協助，不是為了刑事犯罪或民事侵權之目的；(四)該特權已有提出主張並未為委託人放棄。另外，雖然律師與委託人間之祕匿特權係屬委託人所有，但律師有道德義務代表其委託人主張之³⁶⁵。

在此須提請注意的是，隨著科技的發達，現代人們已逐漸依賴運用電子設備來溝通、儲存資訊及作成文件，這也使得事證開示亦開始注意到電子儲存資訊(ESI, electronically stored information)之重要性，而牽涉到這類電子儲存資訊之事證開示(下稱電子事證開示)，也就被稱為E-Discovery³⁶⁶。而電子事證開示之出現，律師即須改變傳統對於事證開示之回應方式，以免不慎揭露了屬於祕匿特權之資訊，蓋傳統文件與電子文件之提出具有相當地差異性，在現今電子時代，由於律師在事證開示期間必須閱讀大量的資訊，故很容易錯誤地將資訊傳給了對造律師³⁶⁷。對於電子事證開示之相關爭議，本文將於後(第六目)說明之。

二、不自證己罪原則 (Self-Incrimination)

美國憲法第五修正案³⁶⁸規定，所有人民皆有權不在刑事案件中證明自己有罪(此項原則在民、刑事均屬共通)。無論係在錄取證言、書面查詢、請求自認或是要求提供文件，甚至是在審判庭上，皆可主張此項權利。而公司雖不可主張此項權利，但公司之代表人若因作證將導致顯露其犯罪行為的話，則無論其係以各人或公司代表之身分出庭作證皆可主張此項權利³⁶⁹。

³⁶⁵ Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers § 86(2000).

³⁶⁶ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, Civil Procedure: A Modern Approach, 402(6th ed 2013).

³⁶⁷ Adjoa Linzy, The Attorney-Client Privilege And Discovery of Electronically Stored Information, Duke L. & Tech. Rev., 4(2011).

³⁶⁸ See The Fifth Amendment to the United States Constitution: "nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself".

³⁶⁹ Steven Baicker-McKee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 766-767(2013).但我國有論者認為，民事訴訟當事人不受聯邦憲法第5修正條文禁止蒙受刑事追訴之保障，即原告、被告均可強制在審理庭應訊與作證。參楊崇森(2010)，〈美國民事訴訟制度之特色與對我國之啟示〉，《軍法專刊》，第56卷第5期，頁4。



三、政府機關之祕匿特權 (Governmental Privileges)

一般情況下，美國及其各州為訴訟案件之當事人時，如同平常人民提起訴訟，除屬祕匿特權保護之範圍外，必須開示所有之相關證據，但仍有下列額外之特權，茲分述如下：

(一) 政府秘密證人之特權 (Governmental Informer Privilege)：

當美國政府為訴訟當事人時，其有拒絕將提供資訊情報之秘密證人之身分揭露之特權，而當政府如此主張時，法院將會權衡他方當事人對此資訊之需求與政府對該秘密證人身分保護所獲得之利益，以決定該資訊是否應該開示。再者，此特權所保護之對象僅係秘密證人之身分，而非其所提供之資訊，不可不辨³⁷⁰。

(二) 軍事或國家機密特權 (Government's Privilege for Military or State Secrets)：

在 *General Dynamics Corp. v. U.S.*³⁷¹ 案中，原告與被告美國政府簽訂契約而為其研究、發展一新式的隱藏式戰鬥機，但因進度落後近二年時間而遭被告解約，原告遂提起訴訟主張被告應將其已瞭解到關於如何設計、製造之資訊提供給原告使其有機會辯解，然而，最後法院則採認被告所主張原告之請求將嚴重威脅軍事或國家安全為由，承認政府之祕匿特權。

在此要提請注意者是，論者對於軍事或國家機密特權有所批評，認為政府有對此祕匿特權之概念加以擴張而為不當使用之情形，而法院也忽略了對於祕匿特權要件之嚴格檢視。而此將產生四個負面效果：1. 過分擴張其範圍與主張的時點而使其免於檢視是非曲直即可將案件駁回，與 *Reynolds* 案³⁷² 所建構之概念矛盾；

³⁷⁰ Steven Baicker-McKee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 767(2013).

³⁷¹ See *General Dynamics Corp. v. U.S.*, *U.S.*, 131 S.Ct. 1900(2011).

³⁷² *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1(1953). 本案事實乃搭載四民間觀測員及九名軍事人員之軍機，為測試機密電子設備卻不幸墜毀，而三名不幸死亡之民間觀測員其遺孀對美國政府提起訴訟，並要求美國空軍將其官方意外報告及對三名生還人員所作之供述開示，但最後美國聯邦最高法院認其屬軍事機密，而撤銷原本地院及上訴法院准予開示之判決。而本判決主要建構之概念為：(1) 祕

2. 擴張之祕匿特權進到了 Totten³⁷³ 案之領域，儘管其與 Totten 案之祕匿特權性質不同；3. 妨礙政府所應保護個人之民事上自由與權利；4. 妨礙了公眾之權利以及提供予公眾對政府權力檢驗之角色³⁷⁴。其並檢視了近幾年之六則案例³⁷⁵發覺；第一，政府機關僅對於案件之相關資訊為總括性之主張祕匿特權，而非針對特定之資訊為之，擴張了祕匿特權之範圍而逾越了 Reynolds 案所建構之界線，亦即，只要在起訴狀內有任何一點資訊屬機密性的竟使得全部資訊都無須提呈於法院，然而，法院卻接受這種無區別、總括的祕匿特權主張，甚且不執行任何有意義的審查。此顯然地，不同於 Reynolds 案，最高法院及其後下級法院所不斷重申祕匿特權必須個案或是逐項審查之概念（例如是對何具體特定之問題主張祕匿特權）。甚至在主張祕匿特權之時點方面，政府亦可在提出答辯狀或者在任何要求事證開示之前即主張祕匿特權³⁷⁶。第二，Totten 案所主張之祕匿特權與國家之祕匿特權應有所


匿特權之行使無須完全禁止案件接受審判，其設計僅是為防止某些資訊開示，然而案件仍可繼續進行；(2) 此祕匿特權只屬於政府，亦必須由其主張，甚且須以正式之方式由主導該事件之部門首長經過考慮後為之；(3) 法院必須就個案 (case-by-case) 中，就所提出之祕匿特權「權衡審查」(balancing test)，亦即法院必須衡量該資訊開示之必要性與政府提起祕匿特權之適當性孰輕孰重以決定開示與否；(4) 當法院准許祕匿特權之主張而認該文件無須提出時，法院不應完全地駁回控訴。如在本案中，最高法院僅將本案撤銷發回，但死者之遺孀仍得繼續進行其請求，只是無法取得美國空軍之報告或生還者之官方供述而已。

³⁷³ Totten v. United States, 92 U.S. 105(1875). 本案事實略為：原告為 William A. Lloyd (下稱死者) 之遺產管理人，要求與死者簽訂契約而為其提供服務之林肯總統應補償其積欠之費用而提起訴訟。此案乃係因死者與林肯總統簽訂契約為其從事間諜工作，但於南北戰爭接近尾聲之際，死者主張其只獲得了費用之補償卻未收到如契約所訂定之每月 200 元報酬，最高法院認為若真有此契約存在，則政府應受其拘束，然而仍應駁回原告之全部主張。原因在於，依此契約所提供之服務為一秘密服務，若將此服務揭露將使得政府尷尬，使人至於危險之中，或有損於間諜之角色。換句話說，若係正當的主張「Totten 祕匿特權」將可完全的、絕對的禁止對該案提起訴訟。

³⁷⁴ See Carrie Newton Lyons, The State Secrets Privilege: Expanding Its Scope Through Government Misuse, Lewis & Clark L. Rev., 99,100-101,111-112(2007)(“the current use and expansion of the privilege has four negative consequence: (1) inconsistency with Reynolds by overbroadening its scope and timing the invocation such that its assertion prevents review on the merits; (2) expanding the privilege into the realm of Totten v. United States, despite the distinct nature of the Totten privilege; (3) interfering with private civil liberties and rights that the government should be protecting; and, (4) interfering with public rights and the public’s role of providing a check on the power of the government”).

³⁷⁵ 此 6 則案例分別為：(1) Sterling v. Tenet, No. 01 Civ. 8073(S.D.N.Y. 2003); Sterling v. Tenet, No. 03-CV-329(E.D. Va. 2004) (種族歧視案)；(2) Tilden v. Tenet, 140 F. Supp. 2d 623(E.D. Va. 2004) (性騷擾案)；(3) Edmonds v. Department of Justice, 323 F. Supp. 2d 65(D.D.C. 2004); Edmonds v. FBI, 272 F. Supp. 2d 35(D.D.C. 2003) (不當解雇案)；(4) Horn v. Albright, No. 94-1756(D.D.C. 1994) (竊聽案)；(5) Darby v. Department of Defense, 74 F. App’x 813(9th Cir. 2003) (不當解雇案)；(6) Arar v. Ashcroft, No. CV-04-249(E.D.N.Y. 2006) (非法拘禁案)。

³⁷⁶ Carrie Newton Lyons, The State Secrets Privilege: Expanding Its Scope Through Government Misuse, Lewis & Clark L. Rev., 117-118,120(2007).



不同，然因晚近擴張了祕匿特權之界線而使得前開二者難以分辨。在二件 Tenet 案中（參註 368，案例（1）、（2））法院指出了二者之不同，認 Totten 案並非對國家機密特權之重新界定，亦非國家機密特權之一例，或者說是祕匿特權早期之解釋，而是對於處於個人與政府間之秘密間諜活動關係絕對地禁止去主張。法院亦認 Totten 案所持見解較 Reynolds 案所持見解寬廣，使得類 Totten 案之主張（Totten-like claims）會被全部禁止，然而若當事人之主張與國家機密特權有衝突時卻無須被絕對地駁回。最後，當國家主張機密特權時，法院必須權衡要求該資訊開示之必要性與政府之祕匿特權之保護，而非如同 Totten 案之祕匿特權般完全禁止主張。然而，在現行總括的主張祕匿特權之情況下，其結果將如同 Totten 案般，全數主張將被駁回，入侵了原本非屬 Totten 案所適用之領域³⁷⁷。第三，在總括性之主張祕匿特權而法院又全數駁回原告起訴之情況下，使得原告原本應受政府保護之憲法上及法律上權利反受到妨礙。以 Sterling 案（參註 368，案例（1））為例，當法院以國家機密特權為由將其所提訴訟予以駁回，則其寄望以訴訟解決紛爭之機會即喪失了。假設原告於宣誓書（affidavit）所撰擬之工作機會平等（EEO，Equal Employment Opportunity）報告為真，那麼原告確實遭受了歧視，然而法院之作法，卻使得其無任何機會尋求補償、復職，或者甚至是單純律師費之填補。法院在本案中之想法甚至是「在以國家安全之名義上，行政機關得為任何行為，無論合法與否」，亦即，一旦涉及國家安全，對於處理此爭議法院將無法扮演角色而否定祕匿特權，除非顯然地機關濫用了祕匿特權。然而，此並非 Reynolds 案所設立審查祕匿特權之標準³⁷⁸。第四，當國家機密特權否定人民有知悉或評論政府行

³⁷⁷ Carrie Newton Lyons, *The State Secrets Privilege: Expanding Its Scope Through Government Misuse*, Lewis & Clark L. Rev., 121-122(2007). 茲補充說明的是，在類 Totten 案（Totten-like case）與類 Reynolds 案（Reynolds-like case，或者是其他的國家祕匿特權）應有所區別，亦即，在前者涉及原告與美國政府之間存有秘密間諜活動合約，而後者並非從事間諜活動而只是政府之雇員，其可能在政府單位從事隱蔽性的工作，但他們與美國政府所簽訂之僱傭契約，雖然可能是機密的，但卻不同於前者之間諜活動契約。Carrie Newton Lyons, *The State Secrets Privilege: Expanding Its Scope Through Government Misuse*, Lewis & Clark L. Rev., 122-123(2007).

³⁷⁸ Carrie Newton Lyons, *The State Secrets Privilege: Expanding Its Scope Through Government Misuse*, Lewis & Clark L. Rev., 123-126(2007).

為之機會時，其就妨礙了公眾之權利並排除人民對政府權力濫用監督之能力。以 Edmonds 案³⁷⁹為例（參註 368，案例（3））（Horn 案與 Darby 案情況亦類似），其係涉及對行政機關告密之情形，此不僅涉及了個人權利亦涉及公眾之權利，蓋告密係對政府之重要監督方式之一，因為告密者揭發了政府所採行之違法違憲行為。而當其揭發時，其係在保護公眾，此時祕匿特權不應被拿來當成保護傘以阻卻人民知悉發生何事之權利。如在本案中，Edmonds 之揭密可使人民瞭解行政機關及情報單位是否有足夠的能力判斷對美國之威脅，並保護人民免受威脅。對於機密資訊之保護或許具有短暫利益，但從長期之觀點，就公眾對於政府之信賴以及政府是否有能力來保護人民來看，將產生嚴重之損害³⁸⁰。

（三）法定的特權（Government's Statutory Privilege）：

例如某些法規會對於政府機關及其他單位所提交之某些文件或報告認定具有機密性，則依此規定，對這些資料一般即可主張祕匿特權³⁸¹。

四、其他祕匿特權（Other Privileges）

例如配偶間之特權（Marital Privilege）、醫師與病患間之特權（Physician-Patient Privilege）、聖職者與懺悔者間之特權（Clergy-Penitent Privilege）以及會計師與委任人間之特權（Accountant-Client Privilege），此等人間皆具有一定程度之信賴關係，應使其可自由溝通。另外還有記者對其新聞來源資訊之祕匿特權³⁸²。

³⁷⁹ 本案事實略為：美國聯邦調查局（FBI，Federal Bureau of Investigation）僱用了精通三種中東語言之 Edmonds 從事翻譯工作，而在 Edmonds 揭發對於美國聯邦調查局高層有維安情報之缺失後，隨即招致解職。而 Edmonds 認為其係因告密行為而遭到報復性解職，因而提起訴訟，但在前司法部長主張國家機密特權並要求將訴訟駁回後，法院最終判決原告之控訴全部駁回。

³⁸⁰ Carrie Newton Lyons, *The State Secrets Privilege: Expanding Its Scope Through Government Misuse*, *Lewis & Clark L. Rev.*, 126-127(2007).

³⁸¹ Steven Baicker-McKee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 767-768(2013).

³⁸² 許士宦（1999），《證據開示制度與秘密保護程序—以證據保全與文書提出義務為中心》，國立台



第三目 工作成果豁免 (Work Product Immunity) 原則

於 *Hickman v. Taylor*³⁸³ 案中，美國聯邦最高法院認為，雖然在本案中被告律師所作成之備忘錄、陳述聲明以及內心感想等(即工作成果)，非律師與委託人之密匿特權範圍³⁸⁴(本案乃被告律師為預防訴訟發生，而在原告提起訴訟之前，即探訪相關證人並作成備忘錄等，故對象是在被告律師與委託人以外之證人之間)，而不受保護排除事證開示。然事證開示與所有程序事項一樣，應有其界限。從而，本案例豎立起美國早期廣泛事證開示制度之例外³⁸⁵。1970 年 FRCP 則將前開判例予以明文化，將「訴訟準備資料」(trial preparation materials)納入 FRCP 26 (b) (3) 中加以保護，此條規定係欲保留一隱私地帶，使得律師可以其觀點對於訴訟

灣大學法律研究所博士論文，頁 77、79。須說明者乃，有關記者對其新聞來源資訊之祕匿特權之先驅案例 (leading case) 為 *Branzburg* 案 (*Branzburg v. Hayws*, 408 U.S. 665(1972))，該案最後雖以五比四之些微差距否認了該祕匿特權，惟值得注意的是，不同意見之闡釋，其表示關於記者對其新聞來源資訊是否須開示，必須依三要件測試來判斷，即：(1) 具有可信為報導關係人與特定發生蓋然性甚高之犯罪行為具有明確關聯之資訊；(2) 藉由其他侵害憲法第一修正案之權利程度較輕之手段，無法獲得該資訊；以及 (3) 獲得該資訊乃係具有不可或缺而優越之利益 (compelling and overriding interest)。此不同意見獲得了聯邦下級法院、州法院、州法 (承認消息來源祕匿之所謂防禦法) 及學說之支持。參劉玉中 (2010)，〈民事訴訟上新聞記者關於消息來源祕匿之證言拒絕權〉，《台北大學法學論叢》，第 77 期，頁 27。另外，對於肯認記者對其新聞來源資訊之祕匿特權之實務判決，可參 *In re Madden*, 151 F.3d 125, 128(3th Cir. 1998)(recognizing qualified journalists' privilege); *Gonzales v. National Broadcasting Co., Inc.*, 155 F.3d 618, 626-627(2nd Cir. 1998)(journalists' privilege applies only to confidential information)。

³⁸³ See *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495(1947)。其判決內容曾闡述：「從歷史發展可知律師是司法人員，且在促進司法正義之同時，有義務忠實保護委託人之合法權益。然而律師在履行其法律職責時，必須享有免受對造與其律師不當干擾之隱私保護。要讓律師妥適準備委託人之案件，就需要讓律師於免受不當和不必要侵擾下，收集案件資訊、篩選相關事實、準備訴訟之法律理論依據，與擬定訴訟策略。這是長久以來律師在我國司法系統架構下伸張正義和維護委託人權益之必要方式。當然，這項要務體現於訪談、陳述聲明、備忘錄、信函、摘要、心證與個人之信念和其他無數有形、無形之方式，聯邦第三巡迴上訴法院將此一方式稱為『律師工作成果』。若僅憑證據開示之請求即可取得此類資料，對造律師必然會避免將此類資料訴諸書面記錄。律師之思想 (迄今仍不可侵犯的) 就不會僅屬於他自己所有。律師提供法律諮詢和訴訟案件之準備行為，將不免滋生出低效率、不公平以及不誠實之交易手段，這將造成法律界之士氣低落，而難以維護委託人權益與司法正義。」。

³⁸⁴ 對於「工作成果豁免」，國內有論者在體系上將其列入祕匿特權之範圍內，而稱為「工作成果特權」(work-product privilege)。參楊崇森 (2010)，〈美國民事訴訟制度之特色與對我國之啟示〉，《軍法專刊》，第 56 卷第 5 期，頁 16。

³⁸⁵ 須特別說明者是，FRCP 26 在 1947 年之規定僅排除密匿特權之資訊可免於事證開示，但在本案例中，法院聲稱被告律師所作成之資訊非密匿特權之範圍，然卻也認為無須開示，在 FRCP 26 強調授予廣泛事證開示下，是否具有說服力？論者指出，法院以「無效率、不公平且違反誠信」而大聲疾呼此將破壞法律之專業性，據以作成對 FRCP 26 輕率地解讀，且判決內容解釋的又不夠清楚，僅單憑想像而缺乏實證數據加以佐證廣泛事證開示所會帶來之影響，故似不贊成法院在本案所作成之決定。See Cooper, *Work Product of the Rulesmakers*, 53 Minn. L. Rev. 1269, 1274-1275(1969)。

盡情準備與發展其法律意見與策略而不受他方當事人之侵害，也可確保其成果不會被他方當事人拿來使用³⁸⁶。

FRCP 26 (b) (3) (A) 規定，原則上，當事人或其律師無須開示有關預期訴訟可能發生或開庭審理前所作之準備之文件或實體物，但除依 FRCP 26(b)(4)所規定之情況外，即若依 FRCP 26 (b) (1) 係應開示的，並且當事人可證明確實需要該物件以準備訴訟且以其他的方法獲得實質上相同的資料相當困難時，前開物件仍須開示（例如：若該證人已無法再取得聯繫，一方當事人即可能從他方當事人之律師處獲得證人之書面供述、或是在意外事故後馬上所拍攝之照片已無再次取得替代品之可能性時³⁸⁷）。但 FRCP 26 (b) (3) (B) 則規定，如法院命令前開物件之開示，當事人之律師或其他代理人關於訴訟所形成之心證(mental impressions)、結論、意見或法律見解仍免於開示。

於此，須說明者，乃工作成果之保護其範圍係較廣於律師與委託人間之祕匿特權，但卻不具有絕對性³⁸⁸。綜觀上述說明可知，祕匿特權（不限於本文在此討論有關律師與委託人間之祕匿特權，而包含所有種類之祕匿特權）具有絕對性，除了放棄並無法破除³⁸⁹，然而觀察 FRCP 26 (b) (3) (A)、(B) 之規定，本文見解則認為，似乎在工作成果豁免之內容尚須加以區分為二類，一是屬於「調查事證後所形成之內心思想」部分，此依照 FRCP 26 (b) (3) (B) 之規定係受到絕對之保護，除此之外，則是依 FRCP 26 (b) (3) (A) 之規定，在符合後段規定之情況下即須開示，故係受到相對之保護。另外，在主體面上，祕匿特權僅存在於特定之主體之間，例如律師與委託人間（其他之祕匿特權亦相同），然工作成果豁免之主體範圍則較祕匿特權廣，包括律師與委託人或委託人以外之證人，甚至是一方律

³⁸⁶ H. Douglas Hinson & Emily Seymour Costin, Can You Keep A Secret? Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine in the ERISA/Fiduciary Context, B.P.R.C., 3-4(2011).

³⁸⁷ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 773(2013).

³⁸⁸ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 771(2013).

³⁸⁹ H. Douglas Hinson & Emily Seymour Costin, Can You Keep A Secret? Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine in the ERISA/Fiduciary Context, B.P.R.C., at 2(2011).

師與他方當事人之間。



第四目 專家證人豁免原則

本原則規定在 FRCP 26 (b) (4)，最早於 1970 年所訂定，而依照諮詢委員會 (Advisory Committee) 於 1970 年之修正說明，認本條款之訂定係為避免一方當事人從較充分準備之他方當事人中獲取過當之利益。且僅得對將於審判庭中傳喚之專家證人才可請求開示，開示之時間也限制在當事人已確定何人將被傳喚出庭之後，在此之前，當事人皆應戮力準備，絕不可倚靠他方當事人之專家證人以獲取自己案件之利益³⁹⁰。

依 FRCP 26 (b) (4) 之規定，將專家證人分成「預期將在審判庭中傳喚之專家證人」與「不準備在審判庭中傳喚之專家證人」二類，而保護的內容亦有所不同，茲說明如下：

一、預期將在審判庭中傳喚之專家證人

依 FRCP 26 (b) (4) (A) 之規定，一方當事人對於任何欲於審理庭中提出意見作證之專家證人有為錄取證言之權利。但該專家須依 FRCP 26 (a) (2) (B) 之規定提出報告者，錄取證言應於該專家提出報告後始得為之。

2010 年本規則最新修正，增訂了 FRCP 26 (b) (4) (B) 及 (C)，分別對於「草擬之專家報告」以及「律師與專家證人間之溝通」等審理準備資料無須開示之規定，但後者則設有三種例外對於溝通之內容仍須開示之情況：(一) 有關專家調查或作證之補償；(二) 當事人之律師所提供給專家之事實或資料以及專家用以形成

³⁹⁰ See 1970 Advisory Committee note to Rule 26(b)(4) (“Past judicial restrictions on discovery of an adversary’s expert, particularly as to his opinions, reflect the fear that one side will benefit unduly from the other’s better preparation. The procedure established in subsection (b)(4)(A) holds the risk to a minimum. Discovery is limited to trial witnesses, and may be obtained only at a time when the parties know who their expert witnesses will be. A party must as a practical matter prepare his own case in advance of that time, for he can hardly hope to build his case out of his opponent’s experts.”).

意見之事實或資料；(三) 當事人之律師所提供給專家之假設或專家賴以形成意見之假設。

依修正理由之說明，FRCP 26 (b) (4) (B) 及 (C) 皆屬工作成果保護之範疇。另外，對於 FRCP 26 (b) (4) (C) 須加以說明者係，所稱「被保護之溝通」尚包含律師與專家證人之助理之溝通在內。但像是依 FRCP 26 (a) (2) (C) 所要求揭露者，則不在本條保護之範圍。再者，本條亦不排除依其他原則所受之保護，例如祕匿特權或其他獨立發展之工作成果豁免原則之保護³⁹¹。

對於受僱專家與律師間溝通之保護，通常該溝通並不限於與單一律師或單一律師事務所上。例如，一方當事人可能捲入若干有關產品或服務之訴訟，並可能僱用一特定專家證人在這數宗案件上來為當事人之利益作證。在這樣的情況下，對該溝通所適用之保護即存在於專家證人與那些訴訟之任何一代表當事人之律師間。同樣地，與當事人機構內之律師 (in-house counsel) 溝通通常亦被認為應受保護，即使該內部律師並非本案訴訟之律師³⁹²。

最後，對於除書，修正理由亦加以說明。首先，依 FRCP 26 (b) (4) (C) (i)，律師、專家間有關專家因調查或作證之補償之溝通可能成為事證開示之對象。在某些案件中，此等事證開示可能超出了 FRCP 26 (a) (2) (B) (vi) 之揭露要求。蓋其不限於補償形成意見以為表達之行為，而是擴大至和訴訟有關而提供調查或作證之全部補償。任何有關於對專家額外利益之溝通，像是假如目前之案件可得到成功結果的話將獲得進一步地工作也包括在內。此目的是為准予去調查是否有潛在之偏見之來源存在。其次，依 FRCP 26 (b) (4) (C) (ii) 之規定，本條款僅適用於確認 (或發現) 律師所提供之事實或資料之溝通，然進一步有關於潛在關聯之事實或資料之溝通則受到保護。第三，依 FRCP 26 (b) (4) (C) (iii) 之規定，有關律師所提供給專家之假設或專家賴以形成意見之假設之溝通可為事證開示，例如，律師可能吩咐專家去假定某些證詞或證據之真實性，或者另一專家所

³⁹¹ See The 2010 Advisory Committee Note to Rule 26(b)(4).

³⁹² See The 2010 Advisory Committee Note to Rule 26(b)(4).

作結論之正確性。本例外條款之適用僅限於對專家實際上賴以形成意見以為表達之假設。但一般律師、專家間有關假定 (hypotheticals)，或以假定之事實為基礎探索可能發生之事之討論，皆不在本例外條款之範圍內³⁹³。



二、不準備在審判庭中傳喚之專家證人

FRCP 26 (b) (4) (D) 規定，原則上，一方當事人對於其所僱用幫助瞭解案情卻又不欲傳喚該專家出庭作證者，無須對他方當事人開示其從該專家所認定之事實或意見，除非有下列二項例外：(一) 依 FRCP 35 (b) 進行身體或健康檢查；(二) 在特殊情況下，當事人對於相同事項以其他方法獲得事實或意見已無法實現。所謂特殊情況取決於 1. 是否要求開示之當事人以替代方法可以獲得等價的資訊，並且 2. 此資訊對本案是重要的。例如由不準備在審判庭中傳喚之專家證人 (non-testifying expert) 所觀察之物體或狀態已無法再由尋求開示方之專家證人再為觀察，並且針對爭點亦無法以合理費用再為重製之情形³⁹⁴。

在此，須特別注意的問題是，律師與對造之專家證人「片面 (單方面) 溝通」 (Ex Parte Communication) 是否係不道德的？若為肯定，則應施加何種制裁方為適當？在 *Erickson v. Newmar Corp.*³⁹⁵ 案中，對於前開問題有詳細的討論，第九巡迴上訴法院認為 FRCP 26 (b) (4) 對於律師與專家證人間之溝通既已有詳細的規範，則踰此範圍任何形式之接觸都隱含有禁止之意，因此，被告律師與原告之專家證人在為錄取證言之前即先為接觸之行為並不在前開條款所規定之範圍，故是不道德的並且有損公平正義。其次，無庸置疑的是，聯邦法院對於管理其訴訟程序有其固有權力，並且對於進入審判庭前之行為亦可加以控制，職是，對於律師之不道德行為可施以罰金、藐視法庭、甚至是取消律師對本案之處理資格。

³⁹³ See The 2010 Advisory Committee Note to Rule 26(b)(4).

³⁹⁴ Paul W. Grimm, Charles S. Fax, & Paul Mark Sandler, *Discovery Problems and Their Solutions*, American Bar Association, 260(2nd ed. 2009).

³⁹⁵ *Erickson v. Newmar Corp.*, 87 F.3d 298(9th Cir. 1996); also see *Sewell v. Maryland Dept. of Transp.*, 206 F.R.D. 545(D. Md. 2002).

簡言之，若須與對造之專家證人溝通，應該依照 FRCP 26 之規定為之，例如依 FRCP 26 (b) (4) 以錄取證言之方式為之。



第三款 事證開示之方法

第一目 錄取證言 (Deposition)

錄取證言允許發問者強制證人（包含當事人）主動回答問題，且於證人回答（特別是證人的回答有出乎意料的發現）後，可在進一步提問。故錄取證言可對當事人及證人為之，且依其作成方式之不同，可分為言詞詢問與書面詢問之錄取證言二類。

「言詞詢問之錄取證言」(depositions by oral examination) 係規定於 FRCP 30。依本條 (a)、(b)，當事人原則上無須得到法院之准許即可對任何人為錄取證言，例外在下列情形才須得到法院之准許：(一) 若當事人未為約定，並且 (1) 依本條或 FRCP 31 條，言詞或口頭錄取證言之數量超過 10 次；(2) 本案之證人先前已錄取過證言；或 (3) 當事人想在 FRCP 26 (d) 所訂時間之前（當事人協商召開事證開示會議之前）錄取證言，蓋依事實預期證人將離開美國或無法於該所指定之時間後為詢問者；或 (二) 證人監禁於監獄者。另外，欲錄取證言者必須向他造為合理之書面通知，並載明錄取證言之時間、地點，且如果對於證人之姓名、地址知悉的話亦須載明。

一般情況下，錄取證言之地點係由發動質問的律師指定其事務所內進行。但若係由法院發傳票而強制證人參加者，則地點即依照傳票上之指定。另外，因錄取證言之場所一般是未設限制的，故容易引發之爭議是，若證人距離發動質問之律師所指定的地點過於遙遠時，該如何解決？此時，即可要求法院來作錄取證言³⁹⁶。在為錄取證言時，證人不但由發動訊問予需要資訊的律師發問，且更由對造律師

³⁹⁶ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 396-397(6th ed 2013).

予以交互訊問。所有問話與回答以速記記錄（近來可錄影）下來，然後轉換成打字的書面，再由證人簽名。證人正如在審理庭被法官傳喚出庭一樣，用傳票（subpoena）強制出席。然當對證人取證時，常發生爭議或衝突，而此時通常沒有法院官員在場立即解決爭議，此時雙方律師常會以協商解決爭議，或保留爭議由法院日後予以解決³⁹⁷。

在錄取證言之前，通常證人會先向其律師詢問錄取證言之程序及可能被詢問之事項為何，此過程被稱為「練習作一位證人」(woodshedding the witness)。律師會試圖去告訴證人其所可能面臨到的陷阱，並教導證人盡可能的不要去揭露資訊。事先準備會使得證人的證詞太過洗練，所以有些律師選擇在錄取證言之前，先不要去喚起證人的記憶，以免阻礙真實發現³⁹⁸。而實證資料顯示，於事證開示程序中，錄取證言占其訴訟費用之總額係最昂貴的³⁹⁹。

須提出之問題是，對於公司之代表人有多數時，是否對每一位錄取證言都要算在次數限制之內？對此，FRCP 30 (b) (6)⁴⁰⁰似乎並未清楚規定，但1993年之修正理由即說明即使超過一個人被指定作證，亦應視為單一的錄取證言⁴⁰¹。而另一問題是，若係同一人分別以公司代表人以及個人身分重複錄取證言，是否應依FRCP 30 (a)之規定得到法院之准許呢？對此，則是見解分歧，有認在未得法院准許下不可對當事人發出第二次錄取證言之通知⁴⁰²；有認當該證人為公司代表人時，即使

³⁹⁷ 楊崇森（2015），《遨遊美國法：美國法制的實務與運作》，新北市：台北大學，華藝學術出版，頁72。

³⁹⁸ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 397(6th ed 2013).

³⁹⁹ Thomas. E. Willging, Donna Stienstra & John Shapard, *An Empirical Study of Discovery And Disclosure Practice under The 1993 Federal Rule Amendments*, *Bos. Col. L. Rev.*, Vol.39, 576-577(1998).

⁴⁰⁰ 本條內容為：「在為通知或傳票（subpoena）上，一方當事人應指名一政府或私人公司、合夥公司、協會、政府機關或其他實體（other entity）為證人，並且必須對於詢問之事項為合理詳細的敘述。被指名之組織必須指派一或數名官員、董事、代理人或指派其他願代表其作證之人；並且安排好對於每件事項欲指派作證之人。傳票上須通知對於非當事人之組織有為指派之義務...」。

⁴⁰¹ See The 1993 Advisory Committee Note to Rule 30(a) (“A deposition under Rule 30(b)(6) should, for purposes of this limit, be treated as a single deposition even though more than one person may be designated to testify.”).

⁴⁰² See *Ameristar Jet Charter, Inc. v. Signal Composites, Inc.*, 244 F.3d 189(1st Cir. 2001)(“Because this second Rule 30(b)(6) subpoena was issued to GEAE without leave of the court, it was invalid.”).

曾以個人身分錄取證言，再次錄取證言仍無須得法院准許即可為之⁴⁰³。

本開示方法之優點在於可直接、當面提出問題，除了證詞本身的內容以外，亦可由證人的神色、舉止及其他現場狀況獲得相關訊息。缺點則是費用相當昂貴，尤其是在遠地甚至是國外進行詢問的情形，負擔更是沈重⁴⁰⁴。

「書面詢問之錄取證言」(depositions by written questions)，依 FRCP 31 之規定，其規定內容基本上與 FRCP 30 大同小異，且類似於言詞錄取證言，僅係事先將欲詢問之問題寫於書面上，而由主持之官員（一般都是法庭書記）向已宣誓之證人朗讀問題並記錄證人之回答⁴⁰⁵。在實務上，本開示方法較少被使用，而其主要的優點在於費用較言詞詢問錄取證言低，蓋因雙方律師無須出席之故。而缺點則是缺乏靈活性，對於所有詰問、反詰問等都必須於證人答覆前做好準備，另外，其效率性亦將因為證人事先將問題與律師討論並擬好說詞而大打折扣⁴⁰⁶。

第二目 書面查詢（質問書）(Interrogatories)

FRCP 33 規定，一方當事人得提出書面問題並寄送於他方當事人，而他方當事人必須經宣誓後答覆之。書面查詢所詢問之問題，除當事人另有約定或法院之命令外，對任何一方當事人都不可超過 25 個，如所擬詢問之問題超過 25 個時，應先依 FRCP 26 (b) (2) 之規定取得法院之許可。書面查詢與錄取證言主體範圍並不相同，相對於錄取證言，書面查詢之對象僅「限於當事人」而不可對非當事人為之⁴⁰⁷，故雖然同樣都是以書面詢問的方式，一般來說，書面查詢應該就足夠使用

⁴⁰³ Steven Baicker-McKee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 821-822(2013).

⁴⁰⁴ 劉玉中（2005），《民事訴訟上證據收集之研究》，國立台北大學法學系博士論文，頁 260；許士宦（1999），《證據開示制度與秘密保護程序—以證據保全與文書提出義務為中心》，國立台灣大學法律研究所博士論文，頁 73-74。

⁴⁰⁵ Kevin M. Clermont, Civil Procedure, 95-96(9th ed. 2012).

⁴⁰⁶ Larry L. Teply & Ralph U. Whitten, Civil Procedure, 864(4th ed. 2009).

⁴⁰⁷ New Hampshire Motor Transport Ass'n v. Rowe, 324 F.Supp.2d 231(D. Me. 2004)(“Although Fed.R.Civ.P. 33 interrogatories may not be served upon nonparties, depositions upon written questions can be taken of nonparties under Fed.R.Civ.P. 31.”).



了，但是在有證人（非當事人）之場合則仍有其存在的空間⁴⁰⁸。

對於每一項書面查詢，回答方應以書面個別、充分地答覆，口頭回答的方式是不允許的⁴⁰⁹。而如果回答方認為某項書面查詢已超出事證開示的範圍，則回答方即可以異議代替答覆，異議亦須以書面為之，且陳述原因並由律師簽名（FRCP 33 (b) (4)、(5)）。一般異議的情形包括：一、過於廣泛、不明確以及含糊不清；二、過於繁複（例如須耗費過度的氣力或費用才能取得資訊）；三、屬於祕匿特權之資訊；四、律師之工作成果（FRCP 26 (b) (3)）；五、毋須開示之專家資訊（FRCP 26 (b) (4)）等⁴¹⁰。另外，若回答方對於查詢方所提交之書面查詢不予回應，查詢方得聲請法院核發命令，強制回答方作答（FRCP 37 (a) (3) (B) (iii)）。

書面查詢因使用方便常易遭濫用。例如，查詢方書寫問題很容易，但卻可能造成回答方沈重的負擔。再者，書面查詢之答覆幾乎都是由律師撰寫，律師總會避免揭露有害資訊，導致答覆往往冗長但卻對於訴訟之重要資訊提供甚少。書面查詢的功能常無法發揮。但是，在另一方面，書面查詢於確認證人以及發現文件或其他實體證據之位置卻很有用，查詢方常可以此獲得精確的資訊。由於回答方有責任須取得資訊以答覆，所以在面臨回答方是屬大型機構時，書面查詢特別有用⁴¹¹。

職是，書面查詢之功能不在於取得文件，若係要求文件的提出應依 FRCP 34 之規定，其作用在於詢問有關文件之存在以及該文件所含之事實為何，但應注意者是，依 FRCP 33 (d) ⁴¹²之規定，書面查詢之答覆得以提供文件之方式為之。而

⁴⁰⁸ Kevin M. Clermont, *Civil Procedure*, 96(9th ed. 2012).

⁴⁰⁹ *Vazquez-Fernandez v. Cambridge College, Inc.*, 269 F.R.D. 150(D. Puerto Rico 2010).

⁴¹⁰ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 866-867(2013).

⁴¹¹ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 395(6th ed. 2013).

⁴¹² 本條內容為：「若對於書面查詢之回覆取決於檢查、審核、編輯、摘要或概括一方當事人之商業記錄（包含電子儲存資訊），並且若取得或查明答覆之負擔對當事人而言實質上相當，則回答方得以下列方式回覆：（一）具體指明須被檢查之紀錄，以充分的詳述使得查詢方得以如同回答方般容易地找出以及發現他們；並且（二）給予查詢方有合理的機會去檢查以及審核紀錄，並且得以影印、編輯、摘要或總結。」

在 Blake Associates, Inc. v. Omni Spectra, Inc.⁴¹³案中，即對於 FRCP 33 (d) 之規定作出闡釋，認在以書面查詢答覆時主張 FRCP 33 (d) 並且以該文件之一部或全部含有屬於祕匿特權保護之資訊而不可開示是不適當的。如果回答方欲主張 FRCP 33 (d) 那麼其就應准許將含有書面查詢答覆之文件予查詢方檢查；如果回答方欲對該文件主張祕匿特權，那麼其就不可主張 FRCP 33 (d) 之規定，而是應該以傳統的方式回答書面查詢。

第三目 請求自認 (Requests for admission)

依 FRCP 36 (a) 之規定，一方當事人得在訴訟繫屬中就事實、法律所適用之事實 (the application of law to fact)、或見解以及文件之真實性，提出書面請求他方當事人承認。並且他方當事人應於收受送達後三十日內 (此期間亦可因當事人之約定或法院之裁定予以縮短或延長) 以書面答覆或提出異議，否則該事項將視為自認。

關於請求自認是否為事證開示之方法之一，在美國實務上似乎有採否定見解者。例如，在 Brandon Brown v. Thomas Dart.⁴¹⁴案之判決中，即指出請求自認雖係規定在標題為「揭露 (disclosure) 及事證開示 (discovery)」之章節中，但嚴格來說，其非事證開示之方法。請求自認具有獨特性，並且是打算用來限縮審判爭點及拘束於事證開示程序中已被引用之事實之混合產物 (hybrid creatures)，因此其無須與提交於審判庭之證據分別地規定。若一方當事人沒有對文件為真正或事情之真實性為自認，而要求方隨後證明該文件或事情之真實性時，那麼回應方將可能被法院裁處支付要求方合理之律師費以及在審理庭因證明該等事項為真之費用 (FRCP 37 (c) (2))。雖然請求自認可以在事證開示期間發出，但其亦可

⁴¹³ Blake Associates, Inc. v. Omni Spectra, Inc., 118 F.R.D. 283(D. Mass. 1988); Vazquez-Fernandez v. Cambridge College, Inc., 269 F.R.D. 150(D. Puerto Rico 2010).

⁴¹⁴ Brandon Brown v. Thomas Dart et al, Case No. 13-cv-3409(N.D.Ill. 2014); also see Kelly v. McGraw-Hill Cos., Inc., 279 F.R.D. 470(N. D. Ill. 2012).



視案件進度在其他適當的時間發出。從而，其與其他之開示方法不同，無須限制在事證開示階段才可請求自認，縱使於前開階段經過後，若屬適當，仍可請求對造自認。

請求自認的目的係為了限縮爭點，縮小事實開示的範圍以促進訴訟。而請求自認的對象是已成為或可能成為本案之爭點，包括爭點之主要事實⁴¹⁵ (ultimate fact)、法律所適用之事實、管轄權或是是否已逾法律時效 (the statute of limitations) 等，但不得對於純法律結論之請求自認⁴¹⁶。

依 FRCP 36 (b) 之規定，本規則所自認之事項，除非法院准許當事人之聲請而對該自認為撤銷或修正，否則將發生終局性地確認。另外，法院若認為撤銷或修正將 (一) 有助於案件是非曲直的呈現，而又不會 (二) 傷害請求自認方之當事人對於本案之攻防時，得予准許。但即使符合前開二要件，法院對於是否准許仍有裁量權⁴¹⁷。而何謂「傷害」請求自認方之當事人對於本案之攻防？在 Gallegos v. City of Los Angeles⁴¹⁸ 案中，第九巡迴上訴法院即指出，係指請求自認方之當事人將面臨於訴訟中證明困難之問題，例如無法獲得關鍵證人或是事前已視為自認之相關爭點卻須突然取得證據等。

第四目 要求提供文件、物品及勘驗土地 (Production of documents and things and entry upon land for inspection and other

⁴¹⁵ 須提請注意的是，美國實務上對於請求自認的事實容有不同見解，例如有判決即認為，顯然在爭論中之事實即不得以 FRCP 36 請求自認的方式加以確認。See *Kosta v. Connolly*, 709 F. Supp. 592 (E.D. Pa. 1989) (“We should not employ the rule to establish facts which are obviously in dispute”).

⁴¹⁶ Steven Baicker-McKee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student’s Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 902 (2013); *Disability Rights Council v. Wash. Metro. Area*, 234 F.R.D. 1, 3 (D.D.C. 2006) (a request for admission may properly pertain to “the application of law to fact,” Fed. R. Civ. P. 36(a), pure legal conclusions, or the truth of a legal conclusion, are out of bounds.); 劉玉中 (2005), 《民事訴訟上證據收集之研究》，國立台北大學法學系博士論文，頁 261。

⁴¹⁷ *Quasius v. Schwan Food Co.*, 596 F.3d 947 (8th Cir. 2010); *In re Carney*, 258 F.3d 415 (5th Cir. 2001) (“ Even when these two factors are established, a district court still has discretion to deny a request for leave to withdraw or amend an admission.”); *United States v. Kasuboski*, 834 F.2d 1345 (7th Cir. 1987) (“ Rule 36(b) allows withdrawal of admissions if certain conditions are met and the district court, in its discretion, permits the withdrawal.”).

⁴¹⁸ *Gallegos v. City of Los Angeles*, 308 F.3d 987 (9th Cir 2002).



purposes)

依 FRCP 34 (a) 之規定，允許有需求之當事人有機會檢查、影印、化驗或瀏覽他方當事人所擁有、保管或控制之文件（例如信件、圖畫、圖表、照片、聲音紀錄以及其他資料匯編）、電子儲存資訊（electronically stored information）或是實體物。

須注意者係，所謂控制的概念已延伸到「如被請求事證開示之當事人被認為對於持有文件之第三人是有影響力的，則其應致力於向該第三人取得該份文件」⁴¹⁹。而當事人對於第三人有影響力，舉凡像是文件係由當事人之律師、專家、保險公司、會計師、配偶、承包商、官員或其代理人所持有者；或是，文件係由子公司、附屬公司或在其他州之分公司所持有者，皆屬適例。此外，文件雖屬第三人所有但卻在當事人占有中之情形，亦屬在當事人控制之概念⁴²⁰。然有爭議的是，若此文件為當事人之前任律師所持有，則是否符合在當事人控制中之概念？實務見解分歧。在 *Hobley v. Burge*⁴²¹ 案中，第七巡迴上訴法院即認為，依 FRCP 34 之文義，本規則僅適用於當事人，而前任律師非本案訴訟之當事人或代理人而其亦無義務僅應擁有本案當事人之一可能須使用之資訊而投入本案中，故採否定見解。而在 *Avocent Redmond Corp v. Rose Electronics*⁴²² 案中，華盛頓西區聯邦地方法院則認為，被告律師前曾代表原告之子公司，因此亦屬曾代表原告，而對於該律師之前處理有關原告公司事項之相關文件，在本案被告請求提出文件時，為回應其事

⁴¹⁹ See Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 393(6th ed 2013)(The“control”idea has been extended to require efforts to obtain documents from others, where the party responding to discovery is believed to have“influence”over the possessor of the documents.).

⁴²⁰ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student’s Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 879-880(2013).

⁴²¹ See *Hobley v. Burge*, 433 F.3d 946(7th Cir. 2006).本案事實略為原告 *Hobley* 因被時任芝加哥警局之員警 *Burge* 刑求與構陷其犯縱火罪而在死牢中監禁 16 年後於 2003 年赦免出獄。而 *Burge* 則在 1993 年因承認對謀殺嫌犯刑求而遭解職。本案之爭點即為原告 *Hobley* 得否要求之前為 *Burge* 辯護解職案之律師提出其當時所創造以及持有之文件？

⁴²² See *Avocent Redmond Corp v. Rose Electronics*, 491 F. Supp. 2d 1000(W.D. Wash. 2007).本案事實略為被告之律師事務所 *Heller Ehrman LLP* 前曾代表原告公司所屬子公司處理合併案以及合併後之智慧財產權交易與商業許可事項，而後，原告對被告提出侵害專利權之訴訟時，*Heller Ehrman LLP* 則是代表被告參與訴訟。

證開示之要求，原告有責任聯繫該律師並依 FRCP 34 提出從該律師所獲得之任何文件或電子儲存資訊，從而採取了與前開法院不同之見解。

另一個有爭議的問題是，若該文件可由當事人授權而公開，則是否應視為當事人所擁有、保管或控制？實務上亦見解分歧。例如在 *P.P., LLC v. N.C.L.I., Inc.*⁴²³ 案中，原告向證券交易委員會要求其提出被告供述之影本以及相關文件，但卻為證券交易委員會以未得被告同意為由拒絕開示，法院即認因被告有權去簽署同意證券交易委員會發表之表格，故該文件為被告所控制，而採肯定見解。然而在 *Johnson v. Kraft Foods North America, Inc., et al.*⁴²⁴ 案中，法院則認為，依照 FRCP 34 之規定，法院並無法找出可強制當事人授權之依據。欲強制非當事人提供文件之適當程序應該是依 FRCP 45 之規定對其發出法院傳票。故採否定見解。

2006 年所增訂之電子儲存資訊則是在文件與實體物外，另外新增訂須被提出之種類，其內涵相較於文件而言，應屬更廣泛、更具有彈性，而且不僅可涵蓋現今的電腦化資訊，更可將未來電子科技之改變與發展吸納於電子儲存資訊中⁴²⁵。關於電子儲存資訊之相關探討，詳見後述。

FRCP 34 (b) 規定了對於要求提出之文件或是檢查之項目種類，請求方應對每一項都有適當地描述，並具體指明實行之時間、地點及方式，而回應方則須於收受書面要求後三十日內以書面逐項回應，或是附理由提出異議。

須說明者係，FRCP 34 (b) (1) 要求欲開示之物件要具體詳細，然而有時當

⁴²³ *Preservation Products, LLC v. Nutraceutical Clinical Laboratories Intern., Inc.*, 214 F.R.D. 494(N.D. Ill. 2003).

⁴²⁴ *Johnson v. Kraft Foods North America, Inc., et al.*, 236 F.R.D. 535(D. Kan. 2006); also see *Vazquez-Fernandez v. Cambridge College, Inc.*, 269 F.R.D. 150(D. Puerto Rico 2010)(“Plaintiff are not ordered, to produce documents that are held by a non-party to this litigation, such as financial institutions.”).

⁴²⁵ 早於 1970 年 FRCP 即意識到電腦化資訊將增加，而在當時實務家（法官、律師）都將「文件」這個詞的內涵包括電子儲存資訊，而使得當事人亦須將此部分之資訊開示，但隨著科技之發展，文件這個詞彙已難以含括所有形式的電子儲存資訊，從而促成了 2006 年之修法。但有個觀念仍須澄清的是，本規則被要求提出之文件仍應包括電子儲存資訊在內，除非在電子儲存資訊與文件兩者於訴訟之事證開示中已可作成清楚的區辨。See *The 2006 Amendment to the Advisory Committee Note to Rule 34(a)*.

事人雖可精確地描述所須開示的物件(例如原告所持有 2012 年 7 月 1 日之信件)，但通常情況下只能作出某一範圍之描述(例如有關於原、被告間於 2012 年 7 月 1 日開會之所有文件或電子儲存資訊)。原因在於請求事證開示之一方對於他方當事人持有何資訊知道不多。此時，透過 FRCP 26 (a) (1) 在正式事證開示之前之資訊揭露制度，當事人即可確認及詳細描述其所欲請求開示之物件，以符 FRCP 34 (b) (1) 之要求⁴²⁶。

FRCP 34 (b) 之回應一般來說無須宣誓，此與書面查詢 (FRCP 33) 之答覆並不相同。另外，FRCP 34 亦未有明文規定未適時提出異議將產生何種效果 (FRCP 33 (b) (4) 則是明文規定未適時異議即為異議權之放棄)？對此，多數法院則認為此時當事人隱含有放棄之意思，但法院得以當事人有充分理由 (good cause) 而將其免除之⁴²⁷。

對於要求提出文件之數量在本規則並未作出限制，但有些地方法院會制定地方法院規則⁴²⁸ (local rules) 以限制數量⁴²⁹。

於 2006 年 FRCP 增加了 26 (b) (2) (B) 規定，若被請求開示之一方當事人可顯示出對於電子儲存資訊之開示將造成過度負擔與費用時，其可毋須開示，法院亦可對開示的範圍作出限制以符合比例性。

若當事人所須檢查之物件或不動產非屬本案當事人所有，則須經由法院核發傳票才可⁴³⁰。而當事人的概念亦非死板而可較自由地理解，像是專家、保險公司以及第三債務人都可包括在內⁴³¹。

⁴²⁶ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 393(6th ed 2013).

⁴²⁷ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 885-886(2013).

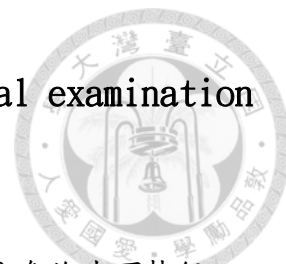
⁴²⁸ 所謂地方法院規則係指，各聯邦地區法院採用作為對 FRCP 的補充的法院規則。參元照英美法詞典：<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=62587>，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 19 日。

⁴²⁹ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 882(2013).

⁴³⁰ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 395(6th ed 2013).

⁴³¹ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of*

第五目 身體或精神狀態檢查 (Physical and mental examination of persons)



身體或精神狀態檢查是唯一必須由法律規定或事先得到法院准許才可執行之開示方法。FRCP 35 (a) 規定，在當事人之身體或精神狀態 (包括血型) 係本案之爭點時，法院可命其提出由有執照或有資格之檢查者所作成之身體或精神狀態報告。如該份報告在第三人之合法控制或保管之下者，亦同。另外，法院亦得於當事人有充分理由⁴³² (good cause) 之要求下，發出命令通知所有當事人及被檢查者；前開命令須詳細記載檢查之時間、地點、方法、條件、檢查範圍以及檢查執行者。

任何當事人只要有其他當事人提出聲請並符合 FRCP 35 (a) 所定「該當事人之身體或精神狀態為本案之爭點」及「充分理由」皆應接受檢查。除此之外，依照 1970 年修正理由之說明，在父母 (或監護人) 代表其受傷之小孩提起訴訟時，必須提出小孩之檢查報告⁴³³。

要說明者是，何謂有「充分理由」(good cause)? 聯邦最高法院在 *Schlagenhauf v. Holder*⁴³⁴ 案中認為，充分理由並非僅係形式上之要件，蓋 FRCP 26 (b) 亦有充分理由規定於條文中，若本條之解釋與 FRCP 26 (b) 解釋相同則將失去意義，從而本條應有比 FRCP 26 (b) 更進一步的解釋，僅於訴答書狀為結論性之主張或者僅陳述與本案具相關性者，尚未達充分理由之程度，聲請檢查之當事人還必須將有關要求檢查之症狀具有何檢查之必要性加以陳述。另外，法院對於許可檢查之

Civil Procedure, 878(2013).

⁴³² 與前開其他事證開示程序加以比較，身體或精神狀態檢查是唯一須有充分理由方可獲得開示之方法。

⁴³³ See The Advisory Committee Note to the 1970 amendment of FRCP 35(a) (“The amendment will settle beyond doubt that a parent or guardian suing to recover for injuries to a minor may be ordered to produce the minor for examination.”). 但針對監護人的部份，在 *Caban ex rel. Crespo v. 600 E. 21st Street Co.* 案中則有不同見解，該判決認為代表小孩提起訴訟之監護人並非當事人或在當事人之控制之下，因此不須依 FRCP 35 提出檢查報告。See *Caban ex rel. Crespo v. 600 E. 21st Street Co.*, 200 F.R.D. 176(E.D.N.Y. 2001).

⁴³⁴ *Schlagenhauf v. Holder*, 379 U.S. 104(1964).

類型可否加以限制，特別是該項檢查是屬於侵入性或是具有疼痛感的？對此，法院即必須權衡聲請之當事人對於他方當事人身體或精神狀態之資訊於審理準備之需求性以及被檢查當事人隱私權保護之重要性⁴³⁵。一般情況下（特別在侵權行為訴訟中），原告只要主張其受有損害，幾乎都符合充分理由之要件⁴³⁶。

大多數的聯邦法院皆主張，被檢查之當事人之律師是不允許其在檢查的現場的，檢查應盡可能脫免任何當事人對審之特質（“the examination should be divested as far as possible of any adversary character”），而且一旦允許律師參加檢查，將使其成為證人，而在本案中須撤銷其律師職務⁴³⁷。

另必須說明者係，在身體或精神狀態檢查完畢後，對造得請求提供檢查人書面報告，敘明其發現、檢驗或診斷結果及結論。聲請檢查之一方也可請求對造提供先前或其後就同一症狀或身、心狀況之檢查報告，但在身體或精神狀態成為案件爭點時，即會面臨到醫師與病患間之密匿特權之衝突，此時，該特權就必須退讓，不受免於事證開示之保護。例如，在誹謗之案件中，原告往往陳述其受有極大之精神上痛苦，並請求巨額之損害賠償，於此，須審究者，即為到底原告是否受有精神痛苦？案發前後健康狀態是否改變？應如何判定損害賠償之數額？等，原則上，法院皆應准許被告要求原告應為開示此等事證⁴³⁸。

第六目 新興型態之電子事證開示之挑戰

首須說明者，乃電子儲存資訊之事證開示（E-Discovery）並非一新的事證開示方法，而係立法者為了因應近年來科技之進步，尤其是公司都有以電腦等電子

⁴³⁵ Paul W. Grimm, Charles S. Fax, & Paul Mark Sandler, *Discovery Problems and Their Solutions*, American Bar Association, 107(2nd ed. 2009).

⁴³⁶ Steven Baicker-McKee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 891, 892-893(2013).

⁴³⁷ *McDaniel v. Toledo, Peoria and Western R. Co.*, 97 F.R.D. 525(1983). 相同見解者，可參 *E.g., Tomlin v. Holecek*, 150 F.R.D. 628 (1993); *Wheat v. Biesecker*, 125 F.R.D. 479 (1989)。

⁴³⁸ *Davis v. Ross*, 107 F.R.D. 326(1985); *Miller v. Colonial Refrigerated Transportation, Inc.*, 81 F.R.D. 741(1979).

設備來記錄相關資訊之情況，因此在 2006 年之後，於 FRCP 各個條文之中增訂了相關規定，本文僅係將散落於各個條文中之規定，集中於本目加以探討。

有關電子儲存資訊在 1970 年代立法者已有所意識，而將 FRCP 34 (a) 條文所稱「文件」或「資料」之定義包含電子資料編輯物(electronic data compilations)以因應科技之發展⁴³⁹。而在 2006 年後，則係將「電子儲存資訊」(electronically stored information) 之用語與傳統上所理解係指書面、紙本之「文件」相區別，以 FRCP 34 之規定有關「提供『文件』、『電子儲存資訊』及事物，以及進入對造土地以便勘驗或其他目的」之條文內容視之，便明文加入了「電子儲存資訊」⁴⁴⁰。

對於賦予電子儲存資訊獨立之法律意義，反對見解認為，如果刻意要把電子儲存資訊從「文件」之定義中分離出來，即意謂著在事證開示程序中請求提供資料時，必須特別、明確地在「文件」之外，再加上電子儲存資訊，如此只會造成更多的混淆，而不似立法目的所期望，如此之修改可以減少事證開示程序之爭議⁴⁴¹。

然而，電子儲存資訊已可預期將取代過去以紙本為主之儲存方式，並成為一種主要趨勢，甚有論者認為，依 FRCP 34 所為之事證開示，在未來可能會成為事證開示之主流，全部證據都將會以電子儲存資訊之方式提供⁴⁴²。

電子事證開示所產生的問題是，將產生大量的訴訟費用⁴⁴³，蓋過往案件仍是以

⁴³⁹ The 1970 Advisory Committee Note to FRCP 34(a).其立法理由中提到：「對於『文件』之解釋應符合科技之變化。顯然地，FRCP 34 之規定可適用於僅得以電子偵測設備才能獲得之電子編輯資訊，且該等資訊欲予以使用，必須請求事證開示方經由回應方之設備才得以實現，回應方亦可能被要求以該設備將該資訊轉換成可用之形式。在許多情況下，此意謂著回應方必須將電腦中之資料輸出成書面文件。而此項負擔是否由回應方承擔應由個案認定，並且法院依 FRCP 26(c)之規定有廣泛之權力可以限制事證開示之範圍或要求事證開示方支付費用，以保護回應方免於受到過分之負擔或費用。同樣地，若請求事證開示方想去檢查該電子資訊之原始檔，法院對於所保存之資訊、非可揭露之機密資訊以及費用上，亦會保護回應方。」

⁴⁴⁰ 另外，針對 E-Discovery 增訂之相關規定，可參 26(a)(1)(A)(ii)、26(b)(2)(B)、26(b)(2)(C)、26(b)(5)(A)(i)-(ii)、26(f)(3)(C)、33(d)、34(a)(1)(A)、34(b)(1)(C)、34(b)(2)(D)、34(b)(2)(E)(i)-(iii)、37(a)(3)(A)、37(a)(3)(B)、37(a)(5)、37(e)。

⁴⁴¹ Comment of Rudolph Garcia of the Philadelphia Bar Ass'n(04-CV-031)(Nov. 30, 2004).

⁴⁴² Transcript of testimony of Greg McCurdy, on behalf of Microsoft Corp., 5(04-CV-001)(Dec. 16, 2004).

⁴⁴³ 論者指出在 2007 年當事人總共花費了 27 億美金在電子事證開示上，比 2006 年增加了 43%，並預期此費用將持續地成長，而個別於 2008 年、2009 年及 2010 年再增加 21%、20%及 15%。See George Socha & Tom Gelbman, A Look at the 2008 Socha-Gelbmann Survey, L. TECH. NEWS(Aug. 11,

書面為主，數量並不會太過龐大，現代則是幾乎任何資訊都是以資訊設備紀錄（電子信箱、硬碟、磁碟片、手機、facebook、bolg 等），光是檢閱這些資料都將曠日費時，職是，前科羅拉多州最高法院法官 Rebecca Love Kourlis 即指出，「過去有百分之五之案件會進入法院，現在只剩百分之二，原因是原告懼怕沈重的電子事證開示費用，所以選擇在預審階段就和解」。美國聯邦最高法院法官 Stephen Breyer 亦指出，一般案件在電子事證開示操作上可能就花費了數百萬，許多人將被摒除於訴訟系統之外，正義是由財富決定而非法律依據⁴⁴⁴。

面對這種情況，有論者主張應採取如德、法等國之糾問制，由法官來決定何資訊與案件相關而非如對審制由當事人決定。甚且，多數採對審制之國家，如英國、澳洲、加拿大等最近亦已朝向糾問制發展，以減少電子事證開示所帶來之威脅⁴⁴⁵。

姑且不論在立法論上，電子事證開示應朝何種模式發展，在解釋論上，美國實務又係如何對於現今之法條加以解釋運用，將探討如下：

一、費用移轉（cost-shifting）之問題：

在 Zubulake v. UBS Warburg⁴⁴⁶ 案中，紐約南區聯邦地方法院對於回應方在電子事證開示中，是否仍須由其去負擔如此沈重之費用⁴⁴⁷，抑或係可以費用移轉

2008), <http://www.law.com/jsp/lawtechnologynews/PubArticleLTN.jsp?id=1202423646479>.

⁴⁴⁴ The Big Data Dump, The Economist(Aug. 28, 2008), <http://www.economist.com/node/12010377>，最後瀏覽日期：2015 年 4 月 3 日。

⁴⁴⁵ 原文引述如下：“This is overwhelmingly an American problem. In countries such as France and Germany that have an inquisitorial legal tradition, e-discovery tends to be proportionate to the case, because judges largely determine what information is relevant. By contrast, in adversarial common-law systems, it is the opponents in a case that decide how much information to peruse before picking out the evidence. But most countries within this tradition, such as Britain, Canada and Australia, have recently moved towards inquisitorial systems to minimize the threat from e-discovery.” The Big Data Dump, The Economist, Aug. 28, 2008, <http://www.economist.com/node/12010377>，最後瀏覽日期：2015 年 4 月 3 日。

⁴⁴⁶ Zubulake v. UBS Warburg, 216 F.R.D. 280(S.D.N.Y. 2003).本案例事實係 Zubulake 依聯邦法、州法以及城市法(city law)控訴 UBS 對其有性別歧視，致其無法升遷，甚至還將其解雇。原告為了尋求支持其主張之證據，認為被告原所開示並印成書面之 100 封電子郵件仍不夠，而進一步要求被告開示儲存於其備份磁帶之資訊，但該等資訊必須要以高額之花費（據被告估計，回復這些電子郵件須花費約 17.5 萬美金，尚不包含律師檢視這些郵件之時間所產生之審閱費用）及時間才可回復。而本案之爭議問題之一，即為因回復並提出這些備份磁帶所產生之費用應由何方支付？

⁴⁴⁷ 在以「紙本」之事證開示中，雙方當事人必須各自負擔費用，例如，在文件提供方必須負擔搜

(cost-shifting) 之方式加以解決？提出解釋。

在 Zubulake 案前，對於電子事證開示之費用是否應為費用移轉之問題，最具影響力之回應，係由司法行政法官 (magistrate judge) James C. Francis 在 *Rowe Entertainment, Inc. v. William Morris, Inc.* 案所提出之八項要素來加以決定⁴⁴⁸。惟前開所提之八項要素，Zubulake 案之法官認為將過於容易產生費用移轉，而導致事證開示之費用移轉由請求方負擔之結果。因此，對其加以修改而建立了七個要素來衡量是否費用移轉之問題，此七項要素依其重要性排列如下：(一) 要求之開示範圍與事證開示之內容相關；(二) 從其他來源取得相關資訊之可能性；(三) 提供資料之全部費用與爭議之總金額相比較；(四) 提供資料之全部費用與各當事人可利用之資源相比較；(五) 各當事人控制費用之能力及取得相關資訊之誘因；(六) 此爭議對於訴訟勝敗之重要性；(七) 獲得資訊之當事人可取得之相對利益⁴⁴⁹。

但是否每一牽涉到電子事證開示之案件皆須考慮費用移轉之問題？答案應為

尋、整理文件之費用，而請求開示方則是須負擔對於文件之分析、影印及運輸之費用；相較於書面文件，電子儲存文件若以電子形式取得，透過簡單之搜尋功能，可以輕易地找出相關文件並加以分類，複製與傳輸電子文件之費用幾乎是零。對於請求開示方，成本大幅下降；相反地，對於提供電子文件方，成本則大幅增加。增加原因一方面可歸咎於資訊數量之大增，一方面可歸咎於某些電子檔案形式一般人難以解讀，以及保存責任不清所造成。職是，如果高昂之費用總是發生在「提供文件方」，便可能發生訴訟之一方不是為了案件利益而是為了消耗對方財力，迫使對方接受和解，而濫用事證開示制度之結果。高左芸 (2009)，《民事訴訟程序中電子證據中美規定之研究—以中美比較為核心》，東吳大學法律研究所碩士論文，頁 48-49。

⁴⁴⁸ 此八項要素為：(1)事證開示要求之具體性(the specificity of the discovery requests)；(2)發現不可或缺資訊之可能性(the likelihood of discovering critical information)；(3)從其他來源獲取相關資訊之可得性(the availability of such information from other sources)；(4)回應方保存被請求資料之目的(the purposes for which the responding party maintains the requested data)；(5)獲得資訊之當事人可取得之相對利益(the relative benefits to the parties of obtaining the information)；(6)提出資訊所須花費之總成本(the total cost associated with production)；(7)各當事人控制費用之能力及取得相關資訊之誘因(the relative ability of each party to control costs and its incentive to do so)；(8)雙方之財力(the resources available to each party)。

⁴⁴⁹ *Zubulake v. UBS Warburg*, 216 F.R.D. 280(S.D.N.Y. 2003)(“In order to determine whether cost-shifting is appropriate for the discovery of inaccessible data, “the following factors should be considered, weighted more-or-less in the following order”: 1. The extent to which the request is specifically tailored to discover relevant information; 2. The availability of such information from other sources; 3. The total cost of production, compared to the amount in controversy; 4. The total cost of production, compared to the resources available to each party; 5. The relative ability of each party to control costs and its incentive to do so; 6. The importance of the issues at stake in the litigation; and 7. The relative benefits to the parties of obtaining the information.”).

否定。蓋回應方必須遵守事證開示之要求而負擔開示費用，此項原則在電子事證開示仍有適用。尤其是在私人對抗公司之案件，在現今公司已朝向無紙化作業之情況下，若法院常利用費用移轉，而將開示費用轉嫁於私人身上，則將使一般人不敢提起訴訟而使得紛爭無法透過法院解決，或者當事人因預慮在事證開示時會產生費用移轉，進而阻礙其提出潛在有實益之主張。因此，費用移轉之問題，只有在當電子事證開示加諸過多之負擔或費用於回應方時才須予以考慮。

而 Zubulake 案所採限制或負條件之事證開示，僅適用於費用負擔過重之見解，已為 2006 年 FRCP 26 (b) (2) (B) 所採納。依 FRCP 26 (b) (2) (B) 規定，當電子儲存資訊之來源被認定為會造成過度的負擔或費用而無法合理取得時，提供方不須提供電子儲存資訊以供事證開示。在強制提供資料之聲請被提出時，被要求開示之一方必須舉證，因為提供該資料開示會造成提供方過度負擔或費用，致該資料無法合理取得。若被要求開示方已舉證時，在要求方提供充分理由 (good cause) 之情況下，法院仍可在考量 FRCP 26 (b) (2) (C) 之限制下，命令提供方提供該資料以供事證開示。但法院可詳細指明供事證開示之條件。而所謂法院可詳細指明供事證開示之條件，即包含法院可在適當之情況下為費用移轉。

在 2006 年所修正之 FRCP 26，所產生之疑問係，FRCP 26 (b) (2) 明確地規定可適用費用移轉者，係對於「無法合理取得」(not reasonably accessible) 之資料，則易於取得之資料是否亦有適用之餘地？另外，縱使比較 FRCP 26 (b) (2) (B) 與 FRCP 26 (b) (2) (C)，亦僅能得出前者很明確地僅適用於無法合理取得之資料，而後者則係於易於取得之資料與無法無法合理取得之資料皆可適用。但是，有關易於取得之資料是否有費用移轉之適用之問題仍未解決。

上開疑問，Peskov v. Faber 案⁴⁵⁰之法官曾作出說明，認為除非一開始就顯現出該資料無法合理取得，否則費用移轉根本無須考慮。因此，一方當事人不可去要求減輕其提出易於取得資料之責任，僅僅因為其必須花費時間及努力去尋找

⁴⁵⁰ Peskov v. Faber, 244 F.R.D. 54(D.D.C. 2007).

資料。然有論者似持不同見解，認為易於取得之資料，依照 FRCP 26 (b) (2) (C) 所考量之比例性要素，仍有適用費用移轉之餘地⁴⁵¹。

另外，FRCP 26 (b) (2) (B) 中，在要求方提供充分理由 (good cause) 之情況下，法院仍可准許事證開示。在其立法理由中，列出許多要素可用以考量是否符合充分理由：例如 (1) 開示請求之具體性；(2) 由其他或更容易取得之資訊來源之數量；(3) 無法提供之關聯性資訊，似乎曾經存在，但已無法由更容易之管道來源取得；(4) 由其他或更容易取得之來源取得關聯性應答資訊之可能性；(5) 預測進一步得到之資訊之重要性及效益；(6) 在訴訟中對關鍵議題之重要性；(7) 兩造間之資源⁴⁵²。

二、祕匿特權與費用負擔問題：

電子事證開示因具有資訊數量之龐大性，從而所產生之問題係，如何檢視該資訊中何項資訊屬於祕匿特權之範圍，尤其是否屬祕匿特權之資訊無法由科技加以判斷，而須經由「人工」逐一檢視，故所須探討之問題係，若在開示之過程中，開示方不小心將該特權資訊洩漏給對造或其律師，則是否構成祕匿特權之放棄？若否，又該如何處理？

在現今科技發達而對於事證開示要求之回應容易之情況下，當律師不慎揭露電子儲存資訊時，是否為放棄祕匿特權？產生了爭論。在此實務上有三種不同之

⁴⁵¹ Shira A. Scheindlin & Daniel J. Capra & The Sedona Conference, *Electronic Discovery And Digital Evidence: Cases And Materials*, 471(2nd ed. 2012). 另外，對於論者之見解，本文認為，依照 FRCP 26(b)(2)(C) 之文義，僅規定法院可對事證開示之範圍加以限制，並未如 FRCP 26(b)(2)(B) 規定法院可詳細指明供事證開示之條件而可為費用移轉之指示，再者，既係易於取得之資料則應回歸事證開示之費用應各自負擔之原則，否則將產生如 *Zubulake* 案所述，若法院常利用費用移轉將使一般人不敢提起訴訟而使得紛爭無法透過法院解決，或者當事人因預慮在事證開示時會產生費用移轉，進而阻礙其提出潛在有實益之主張之不當後果。職是，應以實務見解為當。

⁴⁵² See The 2006 Advisory Committee Note to Rule 26 (“Appropriate considerations may include: (1) the specificity of the discovery request; (2) the quantity of information available from other and more easily accessed sources; (3) the failure to produce relevant information that seems likely to have existed but is no longer available on more easily accessed sources; (4) the likelihood of finding relevant, responsive information that cannot be obtained from other, more easily accessed sources; (5) predictions as to the importance and usefulness of the further information; (6) the importance of the issues at stake in the litigation; and (7) the parties’ resources.”).



看法，茲分述如下：

(一) 不慎揭露視為自動放棄祕匿特權

對於祕匿特權，持有者必須謹慎地加以保護以免視為放棄，法院並不會對主張祕匿特權者進一步地保護，即使是不慎地揭露。一般來說，採此見解之法院並不考慮被視為放棄之文件數量或是否馬上採取下一步驟修正此錯誤，亦即，一旦文件已錯誤地提出，祕匿特權即視為放棄，甚至是當事人即刻地採取措施以修正錯誤亦同⁴⁵³。而此概念也與律師與委託人間之祕匿特權應以較限縮的理解相一致。

(二) 不慎揭露並不會導致自動放棄祕匿特權

持否定論者則認為，在事證開示中，因律師過失而為開示並不構成祕匿特權之放棄，蓋祕匿特權屬於委託人所有，也只有他才可以放棄⁴⁵⁴。而在 *Mendenhall v. Barber-Greene Co.*⁴⁵⁵ 案中，即闡釋「不慎提出」與「對於已知之權利有意圖放棄」係屬相對的，祕匿特權既有關委託人之福利，則必須要求高於律師之不慎提出之過失程度才可視為委託人放棄其祕匿特權。但須注意者是，律師之過失行為仍可能導致律師倫理之違反。

(三) 採折衷說，以數要件評判是否對祕匿特權為放棄

採折衷說者乃係以考量數要件以衡量是否不慎揭露會構成祕匿特權之放棄，而此方法即是著名的「Lois Sportswear 法則」，在 *Lois Sportswear, U. S. A., Inc. v. Levi Strauss & Co.*⁴⁵⁶ 案中，法院即參考了下列數要件來評估不慎揭露是否會

⁴⁵³ Adjoa Linzy, *The Attorney-Client Privilege And Discovery of Electronically Stored Information*, *Duke L. & Tech. Rev.*, 7(2011); Edna Selan Epstein, *The Attorney-Client Privilege And The Work-Product Doctrine*, 437-442(5TH ed. 2007).

⁴⁵⁴ Adjoa Linzy, *The Attorney-Client Privilege And Discovery of Electronically Stored Information*, *Duke L. & Tech. Rev.*, 8(2011).

⁴⁵⁵ *Mendenhall v. Barber-Greene Co.*, 531 F. Supp. 951(N.D. Ill. 1982).

⁴⁵⁶ *Lois Sportswear, U.S.A., Inc. v. Levi Strauss & Co.*, 104 F.R.D. 103(S.D.N.Y. 1985)(some of the factors considered in evaluating whether an inadvertent disclosure constitutes a waiver include: (1)reasonableness of the precautions taken to prevent inadvertent disclosures, (2)the time taken to rectify the error, (3)the scope of discovery, (4)the extent of the disclosure, and (5)the overriding issue of

構成祕匿特權之放棄：1. 是否已採行合理之預防措施以防止不慎揭露；2. 修正錯誤之時間點；3. 事證開示之範圍（或者是不慎揭露之數量⁴⁵⁷）；4. 揭露之程度；以及 5. 有無不公平性之情形產生。論者有認 2. 及 4. 似乎是多餘的，事實上應視整體祕匿特權之文件中，不慎揭露究竟占有多少比例⁴⁵⁸。

另外，首席法官會議（Conference of Chief Justices）於 2006 年所出版的指導方針中，對於此爭議問題亦說明法官在處理律師不慎揭露工作成果或其他屬於祕匿特權之電子儲存資訊之情形所應考量之因素包括：回應方所提資訊之總數、祕匿特權被揭露之數量、是否已採行妥適之預防措施以防止祕匿特權資訊不慎揭露、是否已即時通知接受方並以其他方法補救錯誤，以及雙方律師是否有達成對此不慎揭露應如何處理之協議⁴⁵⁹。基本上即係對照「Lois Sportswear 法則」，考量因素是相同的。

而 2006 年之 FRCP 26 (b) (5) (B) 雖規定，若其事證開示程序中，提供給對造之資料，係屬於受祕匿特權保護或係為進行訴訟所準備之資料時，提出此主張之一方，可以通知任何收到被主張資料應受保護之一方，並告知其性質。收受方應立刻歸還、隔離或銷燬這些特定資料，或其所擁有之備份。直至受祕匿特權保護資料之相關主張被解決前，皆不得揭露該資料內容。收受方亦可在彌封之情況下，立即將該資料呈遞法院，由法院來裁決這樣的主張是否合理。若收受方在提供方通知前已經揭露該被主張之資料，其應盡合理之步驟來挽救。提供方在這個主張被解決前，應保護這些資料。惟觀其內容並未處理律師不慎揭露電子儲存資訊時，是否為放棄祕匿特權之問題。

實務上為避免不慎揭露而導致律師與委託人間之祕匿特權有棄權之疑慮，會

fairness).

⁴⁵⁷ Michelle Maher v. City of Fresno, No. 1:08-cv-00050-OWW-SMS(E.D. Cal. 2008); FDIC V. Marine Midland Realty Credit Corp., 138 F.R.D. 479(E.D. Va. 1991).

⁴⁵⁸ Edna Selan Epstein, The Attorney-Client Privilege And The Work-Product Doctrine, 443(5TH ed. 2007).

⁴⁵⁹ Richard Van Duizend, Conference of Chief Justices: Guidelines for State Trial Courts Regarding Discovery of Electronically-Stored Information, 8(Aug. 2006).



採行下列之作法：

一、彌補性協議 (Claw-Back Clause) 或快覽協定 (Quick Peek Agreements)

⁴⁶⁰：

律師在進行電子事證開示之前應考慮訂定彌補性協議，此協議為一正式協議，可防止因不慎揭露祕匿特權而產生棄權之爭議。而訂有此協議者，收受方必須將屬於祕匿特權之資訊返還於回應方。而快覽協定乃允許律師在提出訴訟資料之前先檢視委託人之全部資料，接著會分類標明出可回應事證開示要求之項目以及屬祕匿特權之項目。

但仍須注意者乃，上開彌補性協議與快覽協定並不一定擔保祕匿特權不受棄權之保障。例如，對造律師可能會違反彌補性協議並認為祕匿特權已被捨棄，因其已查看過了文件，故無法再維持此協議。

二、預審會議⁴⁶¹：

依 FRCP 26 (f) 之規定，可要求雙方當事人在訴訟早期作成事證開示計畫。律師應善用預審會議以提出電子事證開示之相關爭議，例如有關揭露之方式、開示之詳細時程及不慎揭露祕匿特權該如何處理等問題。且不像彌補性協議係由律師自發性地訂定，預審會議係更為正式且在法官面前為之。法官參與預審會議使得雙方所作成之協議更具合法性，較不容易產生效力性之爭議。

而與 FRCP 26 (b) (5) 所規範雙方當事人未訂有協議之情況相較，依 FRCP 26 (f) (4) 之規定，在不慎提供應受保護之資料前，雙方即已訂有協議，且已請法院將其結合至法院命令中之情況，通常來說，雙方對這樣的程序事先產生共識，在加上法院之背書，勢必比當錯誤造成時，單方依賴法律決定來得更理想⁴⁶²，也應

⁴⁶⁰ Adjoa Linzy, The Attorney-Client Privilege And Discovery of Electronically Stored Information, Duke L. & Tech. Rev., No.1, 13-14(2011).

⁴⁶¹ Adjoa Linzy, The Attorney-Client Privilege And Discovery of Electronically Stored Information, Duke L. & Tech. Rev., No.1, 14(2011).

⁴⁶² George L. Paul & Bruce H. Nearon, The Discovery Revolution: E-discovery Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, 73-74(2006).

較不易產生爭議。



第四款 違反開示義務之制裁

FRCP 37 規定了對於違反事證開示程序之當事人，法院可對其實施制裁之規定。依前開規則之內容，可對其違反之情形分為六類，即「不遵守法院命令之制裁」、「未為事證開示之制裁」、「拒絕對事實自認之制裁」、「未出席錄取證言、未對書面查詢提出答覆或對一方當事人請求檢查未予回應之制裁」、「未提出電子儲存資訊之制裁」以及「未參與制定事證開示計畫之制裁」等。茲分述如下：

一、不遵守法院命令之制裁 (failure to comply with a court order)：

依 FRCP 37 (b) (2) (A) 之規定，未遵守法院命令之當事人，法院可對其發出制裁命令，而制裁內容可包括：(i) 就包含於命令內之事項或其他為達訴訟目的所特定之事實，視為當事人之主張為真；(ii) 禁止違反命令之當事人支持或反對特定之請求或抗辯，或禁止其提出特定事項當作證據；(iii) 刪除當事人所請求事項之全部或一部；(iv) 停止訴訟程序直至命令被遵守為止；(v) 駁回訴訟或程序之全部或一部；(vi) 對違反命令之當事人作缺席判決；(vii) 對任何未遵守命令之行為視為藐視法庭，但對於身體或精神狀態檢查之命令未遵守者，不在此限⁴⁶³。另外，依 FRCP 37 (b) (2) (C) 之規定，法院尚可對未遵守命令之當事人、其律師或兩者易發或併發前開制裁命令以外之命令，使其支付因未遵守命令所生之合理費用（包含對方之律師費），但未遵守命令有相當理由或有其他情形認其支付費用並不公平者，不在此限。

一般來說，善意 (good faith) 尚不足以認為即具有相當理由⁴⁶⁴，而所謂相當

⁴⁶³ 須提請注意者係，對於身體或精神狀態檢查之命令未遵守者雖不得以藐視法庭制裁之，但仍得以其他的方式加以制裁。Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 920(2013).

⁴⁶⁴ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 917(2013).

理由係以一般理性之人對於遵守命令之適當性是否存有不同意見而定⁴⁶⁵。而對於是否具有相當理由、未遵守係對他方無害則應由要求免於制裁之當事人負擔舉證責任⁴⁶⁶。



二、未為事證開示之制裁 (failure to disclose):

依 FRCP 37 (c) (1) 之規定，對未遵守 FRCP 26 (a) 提出資訊或證人之當事人，法院可不准許其於審判庭提出該證據之請求，但未遵守具有相當理由或係對他方無害 (harmless) 者，不在此限。此外，法院得依聲請並給予陳述意見之機會後，對違反前開義務之當事人併發或易發下列制裁：如因未遵守事證開示所生之合理費用 (包含對方之律師費)、加諸其他適當的制裁 (包括準用 FRCP 37 (b) (2) (A)(i)-(vi) 之規定)。

於此須說明者係，上開所謂「無害」，參諮詢委員會於 1993 年之修正說明即指出，其係為避免在各種不同的情況下產生過度嚴厲的處罰，例如：對於雙方當事人皆知悉之潛在證人卻漏未注意，依 FRCP 26(a)(1)(A) 之規定揭露該證人之姓名、一方當事人雖漏列欲於審判庭傳喚出庭作證之證人，但他方當事人卻有將該證人列出之情形、或係具證人身分之當事人不知其具證人要件而無揭露之情形⁴⁶⁷。另外，在 *Hoyle v. Freightliner, LLC*⁴⁶⁸ 案中，對於與前開修正理由所舉之例相

⁴⁶⁵ See *Josendis v. Wall to Wall Residence Repairs, Inc.*, 662 F.3d 1292(11th Cir. 2011)(“if reasonable people could differ as to the appropriateness of the contested action”); *Doe v. Lexington-Fayette Urban County Government*, 407 F.3d 755(6th Cir. 2005).

⁴⁶⁶ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student’s Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 917, 923(2013); also see *Torres v. City of L.A.*, 548 F.3d 1197(9th Cir. 2008)(“The party facing sanctions bears the burden of proving that its failure to disclose the required information was substantially justified or is harmless.”); *R & R Sails, Inc. v. Ins. Co. of Pennsylvania*, 673 F.3d 1240(9th Cir. 2012).

⁴⁶⁷ See The 1993 Advisory Committee Note to Rule 37(c)(1).

⁴⁶⁸ See *Hoyle v. Freightliner, LLC*, _ F.3d _(4th Cir. 2011)(“In determining whether nondisclosure of evidence is substantially justified or harmless, we consider: (1) the surprise to the party against whom the witness was to have testified; (2) the ability of the party to cure that surprise; (3) the extent to which allowing the testimony would disrupt the trial; (4) the explanation for the party's failure to name the witness before trial; and (5) the importance of the testimony.”).另外是否應將當事人遲延證據 (包括證人、證物) 排除以為制裁，在 *Wendt v. Host International, Inc.* 案中，第九巡迴上訴法院認在決定依 FRCP 37(c)(1) 施加排除證據之制裁時，亦應考量下列因素，包括：(一) 迅速解決訴訟之公益性；(二)

同之情形（即未依 FRCP 26(a)揭露證人），第四巡迴上訴法院對於違反事證開示之當事人是否為無害或具有相當理由，亦羅列出下列應考量之因素，例如：（一）如該證人出庭作證對當事人是否會造成突襲；（二）當事人是否有能力治癒突襲；（三）允許該證詞之提出對審判造成妨礙之程度；（四）為何未於審判前揭露證人所作成之解釋；（五）證詞之重要性。

另外，法院依 FRCP 37 (c) 之規定對於制裁雖擁有廣泛的裁量權，但仍應有其界線，在 *Tisdale v. Federal Exp. Corp.*⁴⁶⁹ 案中，第六巡迴上訴法院即說明有下列情形則構成了裁量濫用，例如損害係來自於事證開示制度之濫用、是否對不合作之當事人已預先警告不遵守者將受到制裁、或者是法院可以較輕微之制裁卻選擇以較重之制裁。

三、拒絕對事實自認之制裁 (failure to admit):

依 FRCP 37 (c) (2) 之規定，一方當事人若拒絕依 FRCP 36 之規定對他方當事人所提事實為自認，並且請求自認之當事人隨後可提出文件證明該事實為真，則其可向法院請求對拒絕自認事實之當事人，因須提出證明所生之合理費用（包含律師費在內）請求他方支付。但依 FRCP 36 (a) 之規定可對該請求異議者、所請求之自認不具實質上重要性、拒絕自認之當事人有合理之依據認該事實非為真、拒絕自認有其他正當理由者（例如無法認定該事實之真實性⁴⁷⁰），不在此限。

法院須管理證據清單之必要性；（三）對其他當事人造成損害之風險；（四）在公共政策上，對此案件加以處理之優點；以及（五）以其他較不嚴厲制裁之可利用性。See *Wendt v. Host International, Inc.*, 125 F.3d 806(9th Cir.1997)(“several factors that the district court may consider in deciding whether to impose Rule 37(c)(1)'s exclusion sanction. Those factors include (1) the public's interest in expeditious resolution of litigation, (2) the court's need to manage its docket, (3) the risk of prejudice to the other parties, (4) the public policy favoring disposition of cases on their merits, and (5) the availability of less drastic sanctions”).

⁴⁶⁹ See *Tisdale v. Federal Exp. Corp.*, 415 F.3d 516(6th Cir. 2005); *Toth v. Grand Trunk R.R.*, 306 F.3d 335(6th Cir.2002)(“When considering whether a district court has abused its discretion in making a sanctions decision, this court considers factors such as prejudice resulting from the discovery abuse, whether the noncooperating party was warned that violations would result in sanctions, and whether the court considered less drastic sanctions”).

⁴⁷⁰ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 925(2013).

四、未出席錄取證言、未對書面查詢提出答覆或對一方當事人請求檢查未予回應之制裁 (party' s failure to attend its own deposition, serve answers to interrogatories, or respond to a request for inspection):

依 FRCP 37 (d) (3) 之規定，當事人、其他有權代表之人或其所指定之人在為適當通知之後未為出席錄取證言，或係依 FRCP 33 提出書面查詢、FRCP 34 要求檢查而卻迨於提出答辯、異議或書面回覆者，法院得準用 FRCP 37(b)(2)(A)(i)-(vi) 發出制裁。此外，法院並得易發或併發該未遵守請求之當事人、其律師或兩者支付因未遵守所致生之合理費用（包含律師費在內），但未遵守請求係有相當理由或有其他情形認命其支付費用並不公平⁴⁷¹者，不在此限。

五、未提出電子儲存資訊之制裁 (failure to provide electronically stored information):

依 FRCP 37 (e) 之規定，除在例外的情況之下，當事人因常規的、善意的操作電子資訊系統而導致電子儲存資訊喪失時，法院不可依本規則施予制裁。本條又被稱為「安全港條款」(safe harbor provision)。

依 2006 年修正理由之說明，本條著重在電腦操作之特性上，如對於平常使用之資訊為定期變更和刪除。當電腦自動刪除或更改資料時，並不知悉這些資料是否會與訴訟相關。因此，常規性之電腦系統操作便會產生某種程度之風險—當事人或許會在非可歸責之情況下，毀損某些潛在、可能須被開示之證據。故立法者對此例行的、善意的行為，排除於制裁之列。本條僅適用於因「常規操作電子資訊系統」而導致電子儲存資訊毀損滅失之情形。另外，尚須符合「善意」(good faith) 之要件，所謂在「善意」之下而為之例行操作資訊系統，係指當資訊負有被保存之義務時，當事人介入去修改或暫緩執行某些例行操作之特性，以防止資訊之喪

⁴⁷¹ 例如一方當事人通知相對人採行錄取證言時，在其通知書上載明「連續每天執行至完成為止」，該連續的定義不該依照文義上解釋成包括週末在內，且一般的法定營業時間亦指的是星期一至星期五，從而第五巡迴上訴法院即認下級法院對未於週末出席錄取證言者施予制裁即非公平。See *Miller v. International Paper Co.*, 408 F.2d 283(5th Cir. 1969).

失。從而，在 FRCP 37 (e) 中，善意之要件係指一方當事人不得藉由操縱資訊系統之常規運作，來繼續銷毀負有保存責任之特定資料，而用以阻撓事證開示之責任。職是，所謂善意之下而為之常規性操作資訊系統，即係基於遵守有關繫屬中案件之法院命令或雙方合意之情形下，一方採取適當之步驟來保存特定之電子儲存資訊。另外，尚須注意者係，本條款亦允許法院在某些「特殊情況」下，當一方在善意常規操作電子資訊系統，而造成資料毀損滅失時，仍得加以制裁。如此方能提供完全無辜之一方救濟管道，以保護要求事證開示之一方，免於因喪失可能非常重要之資訊，而造成嚴重之侵害⁴⁷²。

六、未參與制定事證開示計畫之制裁 (failure to participate in framing a discovery plan):

依 FRCP 37 (f) 之規定，若當事人或其律師未依 FRCP 26 (f) 之規定，基於善意而為制定、提出事證開示計畫，法院在給予其陳述意見之機會後，可命令該當事人或其律師支付其他當事人因其未參與制定計畫所生之合理費用 (包含律師費在內)。


第三項 爭點之限縮與特定-預審會議 (Pretrial Conference)

1938 年 FRCP 將訴答程序之標準放寬而採取通知化訴答之前提係認為在訴答階段要求當事人對於相關事實資訊皆能知悉係不合理的，因此，當事人僅須載明簡短、清楚之陳述聲明即可⁴⁷³。隨後之事證開示階段，一般預期當事人皆可獲得大量之相關案件資訊。為發現真實，並避免當事人運用技巧而在審判庭中造成突襲 (surprise)，FRCP 16 規定了預審會議以達前開目的。並且，在預審會議中，當事人亦必須提出欲於審判庭中證明其案件事實以對抗相對方之資訊⁴⁷⁴。

⁴⁷² The 2006 Advisory Committee Note to Rule 37.

⁴⁷³ 但晚近實務又趨向於嚴格之訴答標準，已如前所述。

⁴⁷⁴ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, Civil Procedure: A



1983 年之修正重點有二，一為增訂案件管理⁴⁷⁵（或稱訴訟經營，case management），一為增訂時程安排與計畫之預審會議（scheduling and planning）。前者，依修正理由之說明認，當法官能在訴訟早期階段即予介入，並排定當事人於預審階段應為行為之完成期日，則該案件易於達成和解或使審判更有效率，且相較於讓當事人自行處理，更可減少花費以及造成遲延；後者，則對於 FRCP 16 所具裁量性質及傾向於預審程序之後期才開一次之預審會議，認無法對複雜而久延未結之案件達管理之效，因此，此次修正將預審會議區分成二種型態——「時程安排與計畫之預審會議」（包含後述之最初的（或第一次）預審會議及其他預審會議）及「最後之預審會議」，藉以強化案件管理之功效⁴⁷⁶。而 1993 年 FRCP 再度進行修正時，更強化了法官對訴訟管理及案件處置的權力。該規則訂定了訴訟活動之明確截止日期、擴大了在預審會議中可探討之論題、加強對事證開示之監督以及確認法官可命當事人參加預審會議以促進和解之權力。甚且，對於當事人怠於遵守法院作成之時程安排命令（scheduling order），或係對於預審會議無故缺席或準備不充足，將受到法院之制裁。而 2006 年則是配合 FRCP 26（f）之修正，在 FRCP 16（b）規定時程安排命令可要求電子儲存資訊之揭露或開示⁴⁷⁷。

FRCP 16（a）即規定法院得命律師或任何無律師代表之當事人為下列目的到場參加預審會議：（1）促進訴訟終結；（2）建立初期及持續性的管控，避免案件因缺乏管理而延滯；（3）防止審前活動之耗費；（4）透過完善的準備以提高審判品質；（5）促進和解⁴⁷⁸。

在預審會議中，法院可考慮並採取適當處置，例如確定並簡化爭點（包括排

Modern Approach, 518(6th ed 2013).

⁴⁷⁵ 對於「案件管理」之概念，論者有謂此與當事人對審制度之特徵有違，例如當事人在訴訟中之自治權、法官之中立性等，並且警告採行案件管理將使得透明度不若傳統之審判過程，也易造成法官之偏見，進而當事人上訴將無可避免。See Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 Harv. L. Rev. 374, 376-378(1982).

⁴⁷⁶ The 1983 Advisory Committee Note to Rule 16.

⁴⁷⁷ Jack H. Friedenthal & Arthur R. Miller & John E. Sexton & Helen Hershkoff, *Civil Procedure: Cases And Materials*, 921(11th ed. 2013).

⁴⁷⁸ 並參張特生（1990），〈預審制度與準備程序〉，《法學叢刊》，第 139 期，頁 9。

除無益之請求及抗辯)、如有必要的話,可修正訴答書狀、管轄及安排事證開示之時間(包含依 FRCP 26 及依 FRCP 29 至 37 條之規定所作成會影響資訊揭露與事證開示之命令)、預審裁定之形式與內容、設定允許提出證據之合理時間。

預審會議是否舉行,係由法官依具體個案來作決定,蓋在單純的訴訟案件中,直接進入審判即可快速地將案件終結,若硬性規定一定要經過預審會議反而花費的時間比其節省的時間還多。因此,僅有少數較繁忙的州地方法院(例如哥倫比亞州地方法院、紐約州南區地方法院)適用該州之地方法院規則(local rules)而要求全部案件皆須進行預審會議而已⁴⁷⁹。

在無須陪審團審判之案件所召開之預審會議中,法院可能將某些事項交由另一地方法院法官(district judge)、治安法官(magistrate judge)或輔助法官(master)處理⁴⁸⁰。

在此,欲先處理的問題是,預審法官是否也是隨後進入審判庭審理案件之法官?蓋預審程序與審判程序之法官不同,將造成在預審階段法官所獲得之知識,因審判程序法官之更迭而失去作用,並且使得預審法官想去全盤地瞭解案件之誘因降低,此將導致預審程序之效率低落;另一方面,預審、審判程序法官之不同,亦將造成預審法官所提出意見之強制性減損,蓋當事人無須懼怕未採納預審法官所提建議而對於審判階段帶來之不利影響。截至目前,法院對於如何處理前開議題仍未有定論。另外,預審法官是否有權強制要求當事人去約定相關之爭點?蓋召開預審會議之目的之一就是要向當事人確認審判中之爭點,而排除非爭點之部分。然而若當事人拒絕對於非爭點之部分加以承認,法官可否強制當事人作成約定?大部分的法院係採否定見解,認法院只能在當事人同意的情況下才可要求其

⁴⁷⁹ Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*, 519-520(6th ed. 2013).

⁴⁸⁰ Steven Baicker-McKee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 573(2013).另關於美國法院法曹之介紹,參王澤鑑主編(2010),《英美法導論》,台北:元照,頁 123-128。



作成約定⁴⁸¹。

另外，預審會議可分為三種型態：

一、最初的（或第一次）預審會議（Initial or First Conference）：

法院可在被告收受起訴狀後隨即召開，但一般法院都係在被告提出答辯狀或是請求駁回原告之訴遭法院否決之後才召開。第一次預審會議主要在使法院瞭解本案爭點並提出事證開示計畫。在會後，法院會作成一裁定，詳細載明會中所達成之決定及應採行之訴訟行為，例如：爭點的範圍以及事證開示之時間、當事人在預審會議所陳述之聲明、提出異議的時間、替代解決爭議的可行性，以及預期進入審判庭之可能日期等⁴⁸²。

二、後續的以及最後的預審會議（Subsequence and Final Pretrial Conferences）：

一般法院會緊接在事證開示之後舉行最終預審會議，在此會議中，法院會排定審判期日、進一步闡明爭點並且鼓勵討論和解⁴⁸³。

三、其他預審會議（Other Pretrial Conferences）：

地方法院規則可能僅要求法院召開一次預審會議，然法院可能視對案件進行之需要而舉行許多次的預審會議⁴⁸⁴。

有爭議者係，預審會議既係為開庭而作準備，則法官可否授權予法官助理（law clerk）處理預審工作而自己不参加？對此，Connolly v. National School Bus

⁴⁸¹ Mary Kay Kane, *Civil Procedure in a nutshell*, 166-168(7th ed. 2013).

⁴⁸² Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 568(2013).

⁴⁸³ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 568(2013).

⁴⁸⁴ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*, 568(2013).

Service, Inc. 案中，第七巡迴上訴法院認為，法官亦應出席參加預審會議，例如依 FRCP 16 (a) 之規定，授權予法官召開預審和解會議，但並未准許地方法院之法官將此權力授予法官助理，蓋法官助理之職責與義務係協助法官，其終究並非真正之法官，僅能適度地從旁協助，不可越俎代庖實行和解會議⁴⁸⁵。

而在召開預審會議前，事先應由兩造提出預審備忘錄(pretrial memorandum)，敘明下列事項：1. 管轄之主張、2. 法律爭點、3. 不爭之事實與爭點事實、4. 證人名單、5. 證物名單。前述審判前之資訊揭露 (pretrial disclosures) 通常即附在此備忘錄中。另在預審備忘錄中亦須注意：1. 關於法律爭點部分，兩造必須明確敘明其請求或抗辯事由，儘管訴狀中已有表明，但如在備忘錄中遺漏，則可能被解為拋棄該項請求或抗辯；2. 關於證人、證物名單部分，同樣地，未列於證人、證物名單中之證據，審判中不得再提出。而法官在預審會議中，針對兩造所提之預審備忘錄，逐項審查，兩造可以分別就對方之主張（如欲提出之證人、證物）表示異議，最後由法官做成最終預審裁定 (final pretrial order)⁴⁸⁶。

第三節 預審會議 (Pretrial Conference) 後之失權制裁與例外

依 FRCP 16 (e) 之規定，法院可能在接近審判之前，舉行最後之預審會議以擬定審理計畫，而在此會議後所作成之裁定僅有在防止「顯不公平」(manifest injustice) 之情況下方得修正。

此最終預審裁定 (final pretrial order) 係唯一可對預審程序之過程加以證明之依據，且可拘束進入審判庭中之當事人不可超出裁定之範圍而為訴訟行為（例如將原本未列入最終預審裁定中之證人，在隨後進入之審判庭中請求傳喚）。再者，最終預審裁定亦不應以法院是否載明「裁定」(order) 字樣而為判斷標準。

⁴⁸⁵ Connolly v. National School Bus Service, Inc., 177 F.3d 593(1999).

⁴⁸⁶ 蔡兆誠 (1998)，〈集中審理如何可能？-美國民事訴訟中 Pretrial 制度簡介(下)〉，《律師雜誌》，6 月號，第 225 期，頁 94-95。

在 *Payne v. S. S. Nabob*⁴⁸⁷ 案中，第三巡迴上訴法院即認為下級審法官既已召開了預審會議，並且雙方當事人之律師皆已參加，復陳列欲於審判庭詰問之證人姓名及住址，去除了不必要之訴訟行為，確立了雙方之爭點，單僅以法官未使用「裁定」(order) 而係以「預審報告」(pretrial report) 作為標題，而爭執其既未作成裁定，故不受其拘束可再聲請傳喚「新」證人，被告之抗辯並無根據，甚且，若准許被告聲請傳喚未載明於最終預審裁定中之證人，則將使得預審程序之功能喪失，法院與當事人之前所進行之程序亦將白白浪費，故必須嚴格執行之。

在此，須探討的幾個問題是，第一，必須嚴格遵循預審裁定之內容是否合理？蓋在訴訟過程中，將可能會有許多緊急情況之發生；第二，若在起訴狀上有所請求，但預審裁定卻漏未載明，或是相反地，預審裁定記載了起訴狀上未聲明之事項，則該如何處理？

關於第一個問題，FRCP 16 (e) 後段即規定在「顯不公平」(manifest injustice) 之情況下，法院仍得視具體個案之需要而加以修正，最終預審裁定不該像束縛衣對於審判法院及當事人堅不可摧 (This does not mean that a pretrial order is a legal “strait-jacket” binding the parties and court to an unwavering course at trial)，並應保有某程度之自由可排除拘束 (a certain amount of latitude to deviate from the terms of a pretrial order)⁴⁸⁸，亦即，預審程序應保有彈性乃係預審之基本原則，否則將有礙於正義之實現，並回復至古典「競賽理論之正義」(sporting theory of justice)⁴⁸⁹，此外，若採取預審命令具有嚴格拘束力之態度，亦將弱化預審會議之功能，蓋當事人將較不願意在預審會議中就爭點進行實質之限縮而易為全面之爭執⁴⁹⁰。而關於第二個問題，在 *Howard v.*

⁴⁸⁷ See *Payne v. S.S.Nabob*, 302 F.2d 803(3rd Cir. 1962).

⁴⁸⁸ See *Manley v. Ambase Corp.*, 337 F.3d 237(2nd Cir. 2003).

⁴⁸⁹ See *Clark v. Pennsylvania Railroad Company*, 328 F.2d 591(2nd Cir 1964)(“a pre-trial order or pre-trial statements would hold the parties in a vise, and the result might be just about as bad as a return to the old sporting theory of justice.”).

⁴⁹⁰ 黃國昌 (2008)，〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 215。

Kerr Glass Mfg. Co.⁴⁹¹案，第六巡迴上訴法院認最後預審裁定之效力應強於原來之訴答書狀，從而認為下級法院之法官不允許載明於最後預審裁定卻未於訴答書狀請求之爭點之證據提出容屬有誤。亦即最終預審裁定（final pretrial order）之作成將取代之前所有之訴答書狀並控制後續之訴訟進程，此觀在 Wilson v. Muckala 案中，第十巡迴上訴法院即明白指出，該預審裁定既取代之前所有之訴答書狀，故若爭點已載明於預審裁定中，訴答書狀之修正即屬不必要⁴⁹²。相反地，若係當事人在訴狀上有所請求，卻漏未記載於最後預審裁定之爭點，在 Mclean Contracting Co. v. Waterman S.S. Corp.⁴⁹³案中，第四巡迴上訴法院則認為律師應有責任協助法院形成於審判庭中審理之爭點，否則法院有權不予審理。而預審裁定記載之事項包括修正之訴答書狀⁴⁹⁴、契約、欲審理之爭點之陳述、答辯、預審陳述聲明提出之日期、證據或證人清單以及審理日期之排定等。前開在預審裁定所載明之事項將拘束將來進入審判程序之當事人⁴⁹⁵。

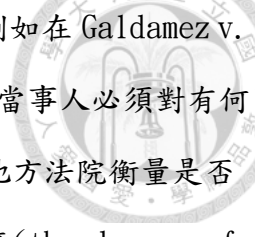
⁴⁹¹ See Howard v. Kerr Glass Mfg. Co., 699 F.2d 330(6th Cir. 1983).

⁴⁹² See Wilson v. Muckala, 303 F.3d 1207(10th Cir. 2002)(amendment to pleading not necessary if issue is addressed in a pretrial order, because the pretrial order supersedes the pleadings); also see Rockwell Inter. Corp. v. U.S., 549 U.S. 457(2007).

⁴⁹³ See Mclean Contracting Co. v. Waterman S.S. Corp., 277 F.3d 477(4th Cir. 2002).採相同見解者，尚可參 Youren v. Tintic School District, 343 F.3d 1296(10th Cir. 2003).本案例事實係，原告 Youren 曾受僱於被告 Tintic School District 擔任老師。在 1997 年開始，原告對於其學校之同事及長官之不當行為感到擔憂，並因原告之告發行為致使其主管以及其他學校職員對其進行報復。1998 年 3 月 12 日，被告即以信件告知原告未獲續聘。1998 年 7 月 23 日，原告向猶他州之首席檢察官以及被告 Tintic 發出請求損害賠償的通知（notice of claim），並於 1998 年 10 月 5 日以 Tintic、Rowse 女士（原告之上級長官）及 Alder 先生（原告之同事）等三人為被告正式向聯邦地院提起訴訟。其中就原告是否符合吹哨者保護法（或稱揭弊者保護法，whistleblower act）中有關消滅時效之規定，而在時限內提起訴訟即成為爭點。對此，上訴法院認為在評估於預審裁定中所遺漏的爭點是否有所保留上，因當事人並未將此爭點含括於預審報告中，並非案件之一部份，故地院並不須予以考慮。雖然被告有將此消滅時效之積極性抗辯載於其答辯狀中，但其並未確認此消滅時效之爭點不在預審裁定中。甚至更為顯然地是，此預審裁定之內容係由被告單方擬定（上頭僅有 Tintic 的律師及法官之簽名，卻未有原告律師之簽名）。被告提出 Calderon v. Witvoet, 999 F.2d 1101(7th Cir. 1993)之判決，主張縱未載於預審裁定中，消滅時效的抗辯亦不會被視為捨棄。然上訴法院認，Calderon 案確實作成前開結論，但其會如此認定係基於在該案中地院先前已否決了被告所提之爭點。但在本案中，地院直至審判前並未對消滅時效之爭點作出判斷，因此，在審判前草擬預審裁定時，消滅時效還是一個「活的」爭點，Calderon 案於本案並不適用。故上訴法院仍維持地院對此部分之判決。據此，依第十巡迴上訴法院之見解，當事人並未將應載於預審裁定之爭點（例如本案所涉之時效抗辯）載明，則縱先前於書狀中有所抗辯，仍應視為已捨棄該爭點，不可再復爭執。

⁴⁹⁴ See Deere v. Goodyear Tire and Rubber Co., 175 F.R.D. 157(N.D.N.Y. 1997).但在 Wilson 案中，第十巡迴上訴法院認僅須在最終預審裁定有所記載，可無須修正訴答書狀，似採不同見解（參註 492）。

⁴⁹⁵ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of



值得注意者係，美國法院對「顯不公平」所採取之解釋。例如在 *Galdamez v. Potter*⁴⁹⁶ 案中，第九巡迴上訴法院認，欲對預審裁定提出修正之當事人必須對有何須防止「顯不公平」之情況有說明責任，並提出四個要素作為地方法院衡量是否准予修正之標準：(1) 裁定之修改對被告造成損害或突襲之程度(the degree of prejudice or surprise to the defendants if the order is modified);(2) 被告治癒損害的能力(the ability of the defendants to cure the prejudice);(3) 修正所帶來對審理秩序及效率之衝擊(any impact of modification on the orderly and efficient conduct of the trial);(4) 要求修正之當事人是否具有故意或惡意(any willfulness or bad faith by the party seeking modification)。論者認為，在一般抽象之解釋論上，雖然基於此例外事由屬於不確定法律概念之本質，使得美國法仍不免落入「在具體個案中綜合權衡所有相衝突利益考慮」之結論，而無法一義地界定其具體內涵。不過，由美國法院在具體裁判例中所表示之見解，可以得出法院於裁量是否例外地允許當事人提出超越預審命令範圍之攻擊防禦方法時，雖亦會將對訴訟造成之遲延納入考慮，惟法院考量之重心，基本上仍置於「允許該逾時攻防是否對他當事人造成『突襲』(surprise)或『偏見』(prejudice)」以及「不允許該攻防是否對該當事人造成不正義」兩者之權衡上；同時，為了儘量使法院得「依案件之實體有無理由作出裁判」，法院在考慮對他造當事人之公平性時，甚至會將「允許該攻防對他造當事人所產生之不公平是否得藉由將訴訟展期而回復」之因素考慮在內。亦即，若能藉由展期使他造當事人進行必要之準備以排除該不公平性，則法院將會較願意例外地修改預審命令以允許該逾時攻防⁴⁹⁷。

另外，依 FRCP 16(f) 之規定，若當事人或其律師，未參加時程安排(scheduling)

Civil Procedure, 575(2013).

⁴⁹⁶ See *Galdamez v. Potter*, 415 F.3d 1015(9th Cir. 2005). 並參 *Byrd v. Guess*, 137 F.3d 1126(9th Cir. 1998); *Mary Kay Kane*, *Civil Procedure in a nutshell*, 169-170(7th ed. 2013); R. Lawrence Dessem, *Pretrial Litigation-Law, Policy & Practice*, 563(5th ed. 2011).

⁴⁹⁷ 黃國昌(2008)，〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第37卷第2期，頁216-217、223-224。

或其他預審會議，或是未為相當之準備而參加會議，或未遵守時程安排命令或其他預審裁定者，法官可對其作成任何適當之制裁命令（包含 FRCP 37 (b) (2) (A) (ii)-(vii) 規定之命令⁴⁹⁸）。並且，法官可易發或併發任何制裁命令，命當事人或其律師或兩者負擔因不遵守本條規定所生之合理費用（包含律師費），但其不遵守係有相當理由或有其他情形，致命其負擔費用並不公平者，不在此限。

未遵守預審裁定可能導致駁回訴訟之制裁（FRCP 16 (f) 準用 FRCP 37 (b) (2) (A) (v)），可謂係最嚴重之懲罰，從而法官在行使裁量權作成駁回訴訟之決定時，必須考量原告是否有遲延或違背命令之表現清楚記載於記錄中（clear record of delay or contumacious conduct by the plaintiff）、較輕微之制裁是否不足以實現正義（lesser sanctions would not serve the best interests of justice）、原告遲延是否具可歸責性及其故意之程度、被告是否遭受實際上之損害及其程度、訴訟程序受影響之情況以及法院是否事先予以警告駁回訴訟之可能等綜合考量判斷⁴⁹⁹。

然須注意者係，法院於作成制裁前，應通知該受裁罰之當事人並使其有陳述意見之機會，縱係法院依職權為之，然其意亦非指可無須通知，即得逕自處罰當事人⁵⁰⁰。

第四節 預審裁定 (Pretrial Order) 後訴之變更追加

依 FRCP 15 (a) (1) 之規定，當事人可在下列情形自由地修正其訴狀：一是在訴狀送達後之 21 天內；一是若該訴狀係需要反駁者，則在反駁書狀送達後，或

⁴⁹⁸ 依 FRCP 37(b)(2)(A)所訂之制裁命令，包括：(ii) 禁止違反命令之當事人支持或反對特定之請求或抗辯，或禁止其提出特定事項當作證據；(iii) 刪除當事人所請求事項之全部或一部；(iv) 停止訴訟程序直至命令被遵守為止；(v) 駁回訴訟或程序之全部或一部；(vi) 對違反命令之當事人作缺席判決；(vii) 對任何未遵守命令之行為視為藐視法庭，但對於身體或精神狀態檢查之命令未遵守者，不在此限。

⁴⁹⁹ See *EEOC v. Service Temps, Inc.*, No.11-10262(2012); *Gripe v. City of Enid Oklahoma*, 312 F.3d 1184(10th Cir. 2002); *John v. State of Louisiana*, 828 F.2d 1129(5th Cir. 1987).

⁵⁰⁰ See *Ford v. Alfaro*, 785 F.2d 835(9th Cir. 1986).

係依 FRCP 12 (b)、(e)、(f)⁵⁰¹ 提出異議後，以較早者開始計算 21 天內為之。然而，在此有一爭議問題是，若當事人可自由修正其訴狀之情況下，其所提之修正內容係無益的、不重要的 (futile)，法院是否仍准其提出？實務見解呈現分歧之狀況，有認依 FRCP 15 (a) 之文義解釋，法院並無裁量權去駁回該修正之要求，有認法院不必准許該修正訴狀之提出，蓋即使沒有反駁書狀之提出，該修正訴狀很顯然的係不足的，且將無法通過駁回訴訟之聲請⁵⁰²。

另外在 FRCP 15 (a) (1) 以外之情況下，當事人若欲修改訴狀，則須得到對造當事人之書面同意或是法院之准許。法院基於正義之要求可自由地准予同意 (FRCP 15 (a) (2))。其中對於法院是否准許修正訴狀之裁量標準上，一般來說，除非法院在衡量數個要素之後認准予修正並不適當，否則皆會准予修正。例如是否會對對造造成不公平之損害即為重要之考量點，又或者是要求修正之當事人產生遲延並對對造產生一不公平之不利地位⁵⁰³。

依 FRCP 16 (b) (3) (A) 之規定，時程安排命令 (scheduling order) 應記載之內容包括限制其他當事人參加訴訟之時間、修改訴答書狀、完成事證開示及向法院提出請求之時間。且該命令之修改僅有在有充分理由 (good cause) 並得到法官之許可方得為之 (FRCP 16 (b) (4))。

FRCP 16 (b) (3) (A) 之所以要限制修改訴答書狀之期間，其目的係為確保當事人及訴答書狀之內容可在該時點固定下來。然時程安排命令係在訴訟剛開始之早期階段即設定好，當事人不免有突發狀況產生而無法在規定之期限內達到法院之要求，因此，FRCP 16 (b) (4) 亦規定，法院可延長時程安排命令之期間，但須有充分理由⁵⁰⁴。而之所以要以充分理由才可修正訴答書狀，乃係在防止對他方

⁵⁰¹ 條文內容可參頁 109-110。

⁵⁰² Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 536, 註 5(2013).

⁵⁰³ Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 543-544(2013).

⁵⁰⁴ See The 1983 Advisory Committee Note to Rule 16(b)(4). 須特別說明者是，關於訴答書狀之修改，FRCP 16 (b) 與 FRCP 15 (a) 應予以區別，簡言之，在法院作成時程安排命令或時程安排命令記載

當事人造成過度損害，且一旦准予修正，則他方當事人已蒐集之事證將可能與原先所進行之訴訟程序產生程度上之變化⁵⁰⁵。


然須探討者係，何謂「充分理由」而可請求法院修正時程安排命令？在 *Fahim v. Marriott Hotel Services, Inc.*⁵⁰⁶ 案，第五巡迴上訴法院認須符合下列四要件，方可謂有充分理由：(1) 必須說明未即時提出請求修正之理由 (the explanation for the failure to timely move for leave to amend); (2) 修正之重要性 (the importance of the amendment); (3) 允許修正可能造成之潛在損害 (potential prejudice in allowing the amendment); (4) 該損害可依延期審理而治癒 (the availability of a continuance to cure such prejudice)。

綜上所述，可知當事人對於預審之各個階段欲修改訴答書狀，FRCP 皆有明文規定。例如，依 FRCP 15 (a) (1) 之規定，原告、被告皆可在對方回應之前任意修改其訴答書狀，而其與 FRCP 16 (b) 間之關係，概略言之，FRCP 15 (a) 係適用於法院依 FRCP 16 (b) 作成時程安排命令記載之截止日期之前，若在此截止日之後要求修正訴答書狀，即適用 FRCP 16 (b)，且須有「充分理由」方可為之，前已述及 (參註 495); 惟一旦進入審判庭之後，訴答書狀之修改即係依 FRCP 15 (b)，與 FRCP 16 (b) 時程安排命令所定時間限制即無關聯，亦即，在審判庭中，當事人雖可對訴答書狀所未提出爭點之證據提出異議，但法院可准許訴答書狀之修正。若有益於真實發現且異議之當事人無法向法院說明該證據之提出將對其訴訟或防禦造成損害時，法院得自由地准許修正書狀。為使提出異議之當事人得以提出證

之截止日期之前，要求修改訴答書狀係依 FRCP 15 (a) 之規定，反之，若係在前開命令截止日期之後要求修改者，則應依 FRCP 16 (b) 之規定。詳參 *Public Health Equipment & Supply Col., Inc. v. Clarke Mosquito Control Products*, 410 Fed. Appx. 738(2010); *Millennium Partners v. Colmar Storage*, 494 F.3d 1293(11th Cir. 2007)。另外，多數實務見解認為，FRCP 16 (b) 係採以「充分理由」(good cause) 作為得修改訴狀之標準，而 FRCP 15 條則是採取「自由修改」(freely given) 之標準，故 FRCP 16 (b) 係採較嚴格之要求，參 *O'Connell v. Hyatt Hotels of Puerto Rico*, 357 F.3d 152(1st Cir. 2004); *Leary v. Daeschner*, 349 F.3d 888(6th Cir. 2003); *S & W Enters. v. SouthTrust Bank of Ala.*, 315 F.3d 533(5th Cir. 2003); *Parker v. Columbia Pictures Indus.*, 204 F.3d 326(2nd Cir. 2000); *In re Milk Prods. Antitrust Litig.*, 195 F.3d 430(8th Cir. 1999); *Sosa v. Airprint Sys., Inc.*, 133 F.3d 1417(11th Cir. 1998); *Johnson v. Mammoth Recreations, Inc.*, 975 F.2d 604(9th Cir. 1992)。

⁵⁰⁵ See *Trim Fit, LLC v. Dickey*, 607 F.3d 528(8th Cir. 2010).

⁵⁰⁶ See *Fahim v. Marriott hotel services, inc.*, 551 F.3d 344, 348(5th Cir. 2008).



據，法院得延期審理 (FRCP 15 (b) (1))。因當事人明示或默示之同意，對未提出於訴答書狀之爭點，法院可加以審理，且被視為如同於訴答書狀中提出。當事人得隨時甚至於判決後，要求修正訴答書狀以使其符合提出之證據以及未經答辯之爭點。但未修正亦不影響法院審理該爭點之結果 (FRCP 15 (b) (2))。故 FRCP 15 (b) 乃係在處理審判庭中或是審判後所進行書狀修正之問題，不同於 FRCP 16(b) 係在處理時程安排命令所定截止日期之後要求修正書狀之情形⁵⁰⁷。在 Clark v. Martinez⁵⁰⁸ 案中，第八巡迴上訴法院即認「當一爭點依 FRCP 15 (b) 准予審理時，則其是否包含於預審裁定中即變得不重要」。

⁵⁰⁷ See Steven Baicker-McKee & William M. Janssen & John B. Corr, A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure, 571-572(2013).

⁵⁰⁸ See Clark v. Martinez, 295 F.3d 809(8th Cir. 2002)(“when an issue is tried by consent, it becomes of little moment whether it was encompassed in the pretrial order.”).

第四章 我國準備程序與美國預審程序之比較



第一節 書狀內容之比較

第一項 書狀內容之相異點

美國訴狀之目的只有一個，就是（原告）請求或（被告）抗辯之「通知」，而不在於整理或解決事實上或法律上之爭點，其只是原告、被告間「通知」請求或抗辯之書狀。因此，針對訴狀之內容，依 FRCP 8 才規定僅須「簡短而清楚地陳述」即可。換言之，訴狀必須陳述足夠之訊息，以通知對造請求或抗辯之基礎即可，而不必詳述事實經過，或闡明法律爭點⁵⁰⁹。

另外，在美國實務上亦無規定或習慣要求證據在起訴狀加以特定。亦即，證據在訴答階段不須透露，或最早在開示程序或預審會議時透露即可⁵¹⁰。觀諸 FRCP 8 (a) (2)⁵¹¹、FRCP 8 (b) (1) (B)⁵¹²、FRCP 8 (d) (1)⁵¹³之規定，起訴狀（或是被告答辯狀）之陳述亦僅須包含主張即可，並無須證據加以支持。例如以 FRCP 之例稿 11 對於交通損害賠償事件，其只要求主張：在何時、何地，被告駕車過失地撞傷原告。亦即，其並不要求任何證據以支持原告主張被告駕車事實上有過失，僅需要原告主張被告開車「有過失」撞向原告即可⁵¹⁴。在前所提之 Swierkiewicz 案，聯邦最高法院亦是以不可因原告 Swierkiewicz 未提出足夠之表面證據（prima facie evidence）以支持其受到不平等待遇推論之主張，而撤銷下級法院駁回訴

⁵⁰⁹ 蔡兆誠（1998），〈集中審理如何可能？-美國民事訴訟中 Pretrial 制度簡介（上）〉，《律師雜誌》，5 月號，第 224 期，頁 61。

⁵¹⁰ 楊崇森（2010），〈美國民事訴訟制度之特色與對我國之啟示〉，《軍法專刊》，第 56 卷第 5 期，頁 22。

⁵¹¹ FRCP 8(a)(2)規定：「請求救濟之訴答書狀須包含…簡短、清楚地陳述原告有權請求救濟之要求。」（“A pleading that states a claim for relief must contain…a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief.”）。

⁵¹² FRCP 8(b)(1)(B)規定：「對於訴答書狀之回應，一方當事人必須：…對於原告所主張之事項為承認或否認。」（“In responding to a pleading, a party must…admit or deny the allegations asserted against it by an opposing party.”）。

⁵¹³ FRCP 8(d)(1)規定：「每項主張須簡單、簡要及直截了當。」（“Each allegation must be simple, concise, and direct.”）。

⁵¹⁴ Adam N. Steinman, The Pleading Problem, Stanford L. Rev., Vol. 62, Issue 5, 1329, 1332(2010).

訟之判決，亦可明證。亦即採取所謂「通知化訴答」(notice pleading)。

美國訴答制度如此寬鬆之獨特性，不僅與大陸法係 (civil law) 不同，甚至與同為普通法係 (common law) 者 (如英國) 亦有所別。簡言之，訴答標準在大多數之法體系是相當一致的，皆要求必須陳述一定的事實以支持其主張，可說是近似於法典化訴答之要求，而與美國僅著重在通知上，迥不相同⁵¹⁵。

而我國依第 244 條第 1 項、第 266 條第 1 項觀之，要求原告必須為一定事實 (新法於第 244 條第 1 項第 2 款增訂起訴狀須表明「原因事實」) 及法律之主張，則是採取「法典化訴答」(code pleading or fact pleading)。並且依第 266 條第 1 項之規定，尚且應附上應證事實所用之證據。同樣以上開交通損害賠償事件為例，起訴狀記載之內容，依第 244 條第 1 項之規定，雖無規定須附上應證事實所用之證據，然如前所述，在新法已採審理集中化之原則下，起訴狀亦被要求兼具準備書狀之作用 (參頁 34 之說明)，職是，原告之起訴狀通常應包含「具體之主張有關該事故係如何及為何發生之事實經過 (含主要事實及間接事實)，分條列述每項主張之證據，確切地提出損害賠償之數額並附上相關單據之影本 (如帳單、保險單、診斷證明等)，及照片加以佐證原告之主張」。此係為給予法官一完整之圖像，讓法官能夠有效率地進行訴訟。

晚近美國聯邦最高法院接連於 Twombly 案及 Iqbal 案建構較嚴格之訴答標準後，實務乃一再強調原告之起訴狀須具有「足夠之事實」以合理推論其主張，例如前所述及之 Branham v. Dolgencorp, Inc. 案 (註 318)，法院即闡釋原告不可僅在起訴狀上敘明被告「有過失」而已，而是必須具體陳述過失之內容，此點與我國 2000 年於第 244 條第 1 項第 2 款增訂起訴狀須表明「原因事實」，可謂趨於一致，亦即，須闡述一定之事實內容。然而，我國之書狀須記載「證明應證事實所用之證據」則與美國不同，關於證據之提出在美國則屬事證開示階段之範疇。另外，美國乃強制先為訴答書狀之提出，但我國在準備程序中書狀先行僅為爭點

⁵¹⁵ Scott Dodson, Comparative Convergences in Pleading Standards, U. Pa. L. Rev., Vol.158:441, 455(2010).

整理程序之一種，此觀第 250 條、第 267 條之修正理由即知⁵¹⁶，是此，我國之集中審理並不強制當事人雙方先為書狀交換不可，亦可直接通知當事人到庭為言詞陳述。



第二項 近期美國訴答書狀之探討

針對美國聯邦最高法院於 Twombly 案及 Iqbal 案作成後所引發之爭議，論者分別有從立法論以及解釋論之角度加以探討，茲說明如下：

(一) 自立法論之角度加以探討者：

對於美國晚近聯邦最高法院所採「可信性標準」之新訴答標準，所引起之反動，是以規則修正之方式將最高法院於 Twombly 案及 Iqbal 案所建構之標準加以廢除或限制，且此種修正改革方案占了多數（參前開頁 98 之說明），但此將面臨須得到最高法院本身之同意——一個對於先前訴答標準已產生高度懷疑之法院之認同；另一種可能性即是最高法院本身或出於見解之變更或是因成員之更迭，而又恢復採取「舊」訴答標準⁵¹⁷。

最高法院改變見解之理由，可以想見係為了避免被告在無聊、瑣碎 (frivolous) 之訴訟上，花費高額之事證開示費用，且將此類案件以駁回之方式加以篩選掉，亦可保留司法資源予更有實益之案件並可節省原告、被告雙方之時間及金錢。但某些權利主張——通常這些主張都依賴於被告之主觀心態 (state of mind) 或隱藏行為 (secretive conduct) ——特別具有「資訊不對稱」(information asymmetry) 之特質，例如對於民權 (civil rights) 或歧視行為 (discrimination violations)、

⁵¹⁶ 第 250 條之修正理由：「法院於收受原告訴狀後，依事件之性質與類型，如認有須踐行書狀先行程序者，為避免造成程序浪費，則得暫不指定言詞辯論期日」、第 267 條之修正理由：「法院於受訴訟事件後，得依事件之性質與類型，斟酌採用書狀先行程序（即法院暫不指定期日，由兩造先行交換書狀至相當程度，始指定期日審理之程序），或逕行指定期日審理」。參司法院編（2000），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊，頁 75、93。另可參前揭註 295 之說明。

⁵¹⁷ Scott Dodson, *New Pleading, New Discovery*, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 54-55(2010).

公司犯罪 (corporate wrongdoing)、非法同謀 (unlawful conspiracies)，以及故意之侵權行為 (intentional torts) 之賠償請求皆為適例⁵¹⁸。

在現今之情況下似乎仍無法改變新訴答標準加諸於在面臨資訊不對等之原告沉重負擔之情況下，那接下來，換個角度思考，則是如何某程度矯正原告負擔而又能得到最高法院與其他司法參與者之認同？

論者認為實際可行之方向係建構「新事證開示」(New Discovery)，亦即，在範圍及費用負擔受相當之限制下，不同於現行事證開示制度 (Old Discovery)，而可於訴訟前 (presuit) 或訴訟繫屬後駁回訴訟前 (predismissal) 為事證開示。「新事證開示」提供於聯邦法院起訴之原告有機會在面臨駁回起訴之請求判決時，可獲得他們所需之事證開示，但此制度亦包含新限制以保護被告。換句話說，「新事證開示」在矯正資訊不對稱以及緩和過於摒除有價值請求之不正義上，扮演著非常重要之角色，且又能保護被告免於未有正當理由之事證開示負擔。論者並認為僅有「新事證開示」可滿足「新訴答」(New Pleading) 之目標與政策，二者係互相搭配⁵¹⁹。

「新事證開示」之好處是：第一，顯然地，他可以提供原告機會以矯正其所面臨之資訊不對稱。原告可尋求有限之事證開示，例如像是少量之書面查詢或是數小時之錄取證言，在有限範圍內蒐集其所需之事實；第二，「新事證開示」對於真正清白之被告亦屬有利。蓋若原告無法以此制尋得任何被告違法證據，則可確認該案件並無實益，以節省雙方當事人因提起訴訟及就駁回訴訟之爭訟所產生之費用。除此之外，清白之被告相較於進入訴訟，可能更願意先為某些適度之事證開示，蓋若成為被告，則可能有義務向監督長官報告、通知保險公司（導致更高之保費），以及專業或個人名譽受損⁵²⁰。

⁵¹⁸ Scott Dodson, New Pleading, New Discovery, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 64-66(2010).

⁵¹⁹ Scott Dodson, New Pleading, New Discovery, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 55-57(2010).

⁵²⁰ Scott Dodson, New Pleading, New Discovery, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 73(2010).但持懷疑論者則對「新事證開示」此理論上之好處提出質疑，認原告於得到他們所想要之事實前都不會收手，而被告亦將對於任何事證開示之請求持續抗爭，即使回應的結果是導向於被告並無過失之有利情形。See



而建構「新事證開示」須符合三項原則，以下分述之⁵²¹：

一、謹慎使用原則 (it should be used sparingly)：

因此情形與已通過駁回訴訟之情形不同，不可實施完整事證開示，而應該有所限制。有論者反對一開始即限制「新事證開示」之適用，蓋若原告已有足夠之資訊去提起訴訟及通過駁回訴訟之請求，為何我們要在乎事證開示是在起訴前或在正式之事證開示為之？而認為不應有所限制地讓原告可以於起訴狀就特定適當之當事人且也可減少無聊、瑣碎案件之發生⁵²²。惟全面開放起訴前之事證開示有一相當大之缺陷，即在未知爭議之輪廓前，去準備證人或以文件或書面回應是有困難的；並且，要去判斷此要求與主張或防禦具有關連性亦甚困難；況且，若主張或抗辯並未在訴答階段提出，則事證開示之負擔即有可能大於其利益。最後，前面所負擔之事證開示費用愈高，其後之和解可能愈困難，蓋當事人會希望以更有利之和解條件以填補其所支出之費用。

因此，比較好的作法還是應該去限制「新事證開示」，而該如何操作呢？第一，要求原告可請求開示之事實範圍限於聲明權利主張及避免被駁回訴訟之部分 (first, the plaintiff could be required to identify those facts needed to both state a claim and survive a motion to dismiss)。第二，原告須表明這些事實可能在被告之控制中，或者已無他法可獲得 (second, the plaintiff could be required to show that these facts either are likely to be in the hands of defendant or are not otherwise available to the plaintiff)。在此，須說明者係，原告究應表明至何種程度？是原告只要表明該資訊（如果存在的話）應該在被告控制之下，且已要求被告提出但其未提出？還是，較嚴格地要求原告要去證明（依偽證罪處罰，或以證據排除加以制裁）該資訊並不在其占有中？或以最嚴格地要求原告要去證明（依偽證罪處罰，或以證據排除加以制裁），

Scott Dodson, *New Pleading, New Discovery*, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 75(2010).

⁵²¹ Scott Dodson, *New Pleading, New Discovery*, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 75-85(2010).

⁵²² Jeffrey J. Kroll, *The Art and Science of Presuit Discovery*, Trial, 28(March 2009).

該資訊原告已無法透過其他的方法獲得，像是經由友好的第三當事人、昂貴的專家分析，或私人調查以取得？論者認為，以最嚴格之標準去要求原告太過嚴格，而認結合其他二種選擇即為已足。亦即，原告只要在一開始表明「該資訊為被告所擁有並證明不在原告占有中」即可。

二、嚴格聚焦並最小化費用原則 (it should be narrowly focused and minimize undue cost):

此原則又可分為範圍控制 (scope control) 與費用控制 (cost control) 二部分，以下分述之：

(一) 範圍控制 (scope control) :

一種可能的作法是由法院來控制事證開示之範圍。以原告請求事證開示之陳述為基礎，再加上被告之回應，然後法院再評估必要性而劃定事證開示之範圍。此項限制亦可控制費用、降低遲延，並強制律師將事證開示聚焦於真正需要於案件中答辯之資訊。

另一種控制方法就是先預設限制。預設限制已存在於現行之聯邦事證開示程序中⁵²³，但在採行「新事證開示」時，應該更為限制，例如限制僅能作四小時之錄取證言，最多僅能要求對方提出十份文件，以及書面查詢不可超過十次等。預設限制亦可減少花費並提升律師與當事人間對於案情之理解。除此之外，將限制制定於規則中而非由法官加以裁量具有可預測性及一致性之好處。而一般認為，以 FRCP 來加以作限制規定係屬較適當之手段。

(二) 費用控制或費用調整 (cost control or cost-shifting):

通常當事人須自行承擔要求及提出事證開示之費用。而「新事證開示」則可

⁵²³ 例如 FRCP 30、FRCP 31 對於錄取證言之數量不得超過 10 次之限制、FRCP 33 對於書面查詢之次數不得超過 25 次之限制。

在規則中設定由原告負擔全部事證開示費用，此將有二個好處：第一，其將迫使原告自制。若原告知悉將身陷負擔二方當事人之事證開示費用，在從事摸索證明（fishing expedition）或想要以此制度獲得更多資訊前，其將會更謹慎思考。第二，其將保護自始即知訴訟無實益之被告。

然此設定之規則應該注意二點：第一，被告對於未揭露證據具可責性時，不可免除負擔事證開示費用。因此，若原告已揭露了對於被告不法行為之足夠證據而通過訴訟駁回之請求時，即不適用費用調整。而在此情形下，雙方當事人皆應各自負擔事證開示費用，如同 FRCP 26 之規定。第二，若被告妨礙適當事證開示之請求，則亦不適用費用調整。FRCP 對於事證開示已有費用調整之規定作為對妨礙者之制裁⁵²⁴，而此制裁規定應該在新事證開示亦有適用。

三、在任何可實行之時效期間內時效中斷原則（it should toll the running of any applicable limitations period）：

第三個原則是「新事證開示」應該可以中斷請求權之消滅時效。理由是若不產生中斷效果的話，被告可能會妨礙「新事證開示」之進行直至時效完成為止，迫使原告在逼近時效完成前以不齊全之資料提告。當然，相對地，原告亦將利用「新事證開示」作為中斷時效之主要目的，此亦非難以想像，故在制定「新事證開示」制度時，此點亦應加以考量。

之所以對「新事證開示」加以限制係為了讓此制度能夠在相當短的時間內完成。雖然每一案件有其差異性，但研究顯示，在一般之案件中，像這樣有限的事證開示應可在三個月內完成。中斷時效可運用之情況是，若原告在其據以請求權利之消滅時效完成前，提出超過三個月之「新事證開示」之請求，那麼除非州法有較長之中斷時效之規定，否則在「新事證開示」結束後，消滅時效之期間延長

⁵²⁴ 例如 FRCP26(g)(3), FRCP 30(d)(2), FRCP 30(g), FRCP 37(a)(5), FRCP 37(b)(2)(C), FRCP37(c)(1)(A), FRCP 37(c)(2), FRCP 37(d)(3)。

三十日。像這樣的中斷時效規定可鼓勵原告在消滅時效之最後期限去妥善地運用「新事證開示」並且只有在無法預期之遲延產生時才得以延長消滅時效之最後期限。

雖然「新事證開示」可能會造成提起正式之起訴狀之遲延，但遲延之理由一確保起訴狀尋得適當地正當理由與支持一已超過了強迫原告儘早提起正式起訴狀之邊際效益 (marginal benefit)。

理論上，對被告來說，一個適當的作法應該是依 FRCP 12 (e) 之規定要求原告提出更明確之陳述，但被告卻很少這樣作，反而是直接去要求法院駁回訴訟，在 Twombly 案及 Iqbal 案作成之後，使得這樣的偏好更為強化。假設有駁回訴訟前 (predismissal) 之事證開示制度的話⁵²⁵，原告就可在面臨被告請求訴訟駁回之要求時，先去尋求有限的事證開示。在許多案件中，必要的事實在被告提起駁回訴訟之要求時可能已可確認，因此，原告只需去證明該事實是在被告之持有中且證明原告並無持有，法院即可依上述原則准許原告為有限的事證開示。論者認此「新事證開示」體系所建構之原則雖不悖於 Twombly 案及 Iqbal 案，但在缺乏明文授權之下，法官是否會加以運用，以及運用的標準何在，實務操作亦會產生分歧，故較好的方式還是應該去考慮修正現行 FRCP 26，依上述原則加以具體描繪出准許駁回訴訟前之事證開示之規定⁵²⁶。

(二) 自解釋論之角度加以探討者：

嚴格訴答標準以避免在無實益之權利主張上花費過高之事證開示費用，係以假設此標準可以明確地識別出何項權利主張係有足夠實益去正當化事證開示程序之費用。在此前提之下，依最高法院對於法院如何去適用可信性標準

⁵²⁵ 起訴前 (presuit) 之事證開示制度因已超出本文探討之範圍，故不論述。See Scott Dodson, *New Pleading, New Discovery*, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 86-88(2010).

⁵²⁶ Scott Dodson, *New Pleading, New Discovery*, Mich. L. Rev., Vol. 109-53, 85-86(2010).

(plausibility standard) 之指導原則—法官僅檢視起訴狀然後以司法經驗與常識去決定是否此權利主張具有足夠之可信性⁵²⁷。可知前開原則之主觀性實在太重。Twombly 案之法官 Justice 在其不同意見書中，即認為事證開示費用能否以其他方法加以控制，答案應該是肯定的，聯邦地方法院本即具有一案件管理之武器，像是 FRCP 16 (c) (2) (F) 即授權法院可以採取適當地步驟控制、排定事證開示、FRCP 26 (b) (2) 授權法院得以裁定限制事證開示。FRCP 很明確地允許法院去限制事證開示以平衡其可能產生之費用及利益⁵²⁸。惟論者認為，若仔細研讀 Twombly 案及 Iqbal 案所支持之二個核心原則，將會有驚人之發現。第一，在訴答階段，被評論之可信性調查，事實上並非是主要的 (the justifiably criticized “plausibility” inquiry is not in fact the primary inquiry at the pleadings phase)。第二，Twombly 案前對於訴答標準所作成之重要判例，在 Iqbal 案作成後仍然是好的原則 (the most significant pre-Twombly authorities on federal pleading standard are still good law in the post-Iqbal era)。此二原則確認了 Iqbal 案之架構基本上與通知化訴答並不衝突。以下即分述之⁵²⁹：

就第一個原則而言，自 Iqbal 案之分析架構所揭示之在評估起訴狀之記載充分性時，可信性並非是主要的爭議。毋寧是說，若起訴狀所載明請求救濟之要件係非結論性之主張 (nonconclusory allegations) 時，那麼可信性僅為一根本無須進行之次要性調查 (secondary inquiry)。詳言之，在前已述及之 Iqbal 案中，最高法院在評估起訴狀之記載充分性時係採二步驟之處理方式，即：第一，確認原告所提主張為結論性之主張時，法院可漠視之；第二，去除結論性主張，剩餘之主張，(在訴答階段) 若假設為真，可否可信地認為有法定權利去救濟。因此，綜合觀察前開二步驟，只要一個主張是非結論性的，那麼就必須假設其為真，而

⁵²⁷ Ashcroft v. Iqbal, 129 S. Ct. 1937, 1950(2009)(“determining whether a complaint states a plausible claim for relief will ... be a context-specific task that requires the reviewing court to draw on its judicial experience and common sense”).

⁵²⁸ Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 593-594(2007)(Stevens, J., dissenting).

⁵²⁹ Adam N. Steinman, The Pleading Problem, Stanford L. Rev., Vol. 62, Issue 5, 1314-1325(2010).

無須進行任何調查以判定主張是否具有可信性，法官亦無任何機會僅憑其「司法經驗及常識」去漠視該主張。職是，當起訴狀之記載都符合請求救濟要件之非結論性主張時，可信性之爭議將完全地消失，蓋既然已通過第一步驟之審查，那麼剩下之主張皆須假設其為真，如此之要求必然超過可信性之標準，根本無須再為審查第二步驟⁵³⁰。

就第二個原則而言，論者指出普遍對於 Twombly 案與 Iqbal 案之理解都是認為其破壞了最高法院先前對於訴答所建立之標準⁵³¹，然此觀點並無法經得起檢驗。首先，Twombly 案前之制度係以 FRCP 之規定為基礎，並且法院也一再地聲明如果要改變規則內容的話則必須經過修改 FRCP 之程序才可，不可透過司法解釋。而觀諸 Twombly 案與 Iqbal 案之判決內容，皆未聲稱現在法院有權力經由判決之作成即可修正 FRCP；再者，即使 FRCP 可以被合理地解釋成支持較嚴格之訴答標準，而此在 Twombly 案與 Iqbal 案之內容亦可在多處發現，但判決之意旨亦非在改變 Twombly 案前之判例法所建立之重要觀點。例如，在 Conley 案所闡述之「起訴狀不應因無聲明權利主張而被駁回，除非原告主張之事實可顯著懷疑無法與其據以請求之法律上權利契合」，Twombly 案之判決內容僅係將前開話語用更具體地描述使其容易理解而已，亦即當原告之主張具有可信性時，即可認為原告主張之事實與「可顯著懷疑無法與其據以請求之法律上權利契合」不符，故 Twombly 案並未推翻 Conley 案之見解，僅係換個話語罷了。另外，通知化訴答本身並非即為寬鬆，而是要看如何賦予「通知」(notice) 這個詞彙之內涵而定。同樣地，允許法院漠視結論性主張之訴答標準亦非固有即係嚴格，亦係端賴如何將「結論性」(conclusory) 加以定義而定。其實當一個主張被認為其缺乏某事實而僅具「結論性」與「相當的通知」(fair notice) 要求被告須被告知某事實是相同的。

⁵³⁰ 本文認為，論者對於「可信性審查」之理解似屬有誤，蓋在 Iqbal 案中，在去除結論性之主張之後，就剩餘之主張，若假設為真，對該項主張是否足以導出原告在訴訟上請求之過程（原告所主張之事實與其主張之權利所構成之法律要件是否具一致性），法官即必須依司法經驗與常識加以判斷，而非謂去除結論性主張之後，其餘主張即必定符合「可信性」。

⁵³¹ 參第三章、第二節、第一項、第一款，否定論者之批評。

Twombly 案與 Iqbal 案真正所產生之影響是法院如何去區分僅僅為法律上結論與非結論性主張之不同？亦即，須對「結論」(conclusory) 這個詞彙去加以定義。例如原告起訴狀必須提出足夠地事件經過之敘述，也就是說，提出一個具體行為或事件以強化原告之權利主張。當主張無法具體地確認其已經發生，那麼這樣的主張即為結論，並且在訴答階段無須假設為真。舉例言之，試想一起訴狀僅主張「被告某程度侵害了原告在法律上之權利，因此原告有權請求救濟」。此項主張在事件之意義上即屬結論，蓋其未指出實際上發生何事，而僅提供了原告之權利受到侵害之法律結論。另回顧 Twombly 案與 Iqbal 案則是以「訴因之要件以公式性之套用並不符非結論性」(“a formulaic recitation of the elements of a cause of action will not do⁵³²”)、「FRCP 8 所要求者，應非僅係被告非法傷害我這樣的簡單控訴而已」(Rule 8 “demands more than an unadorned, the-defendant-unlawfully-harmed-me accusation⁵³³”)來闡釋「結論」之內容⁵³⁴。

最後，論者對於何謂「結論」之理解，認為應參照 FRCP 8 (a) (2) 之規定作為解釋論之依據，並可稱為「清楚的訴答」(plain pleading)。其具體內容說明如下⁵³⁵：

一、權利主張之陳述 (statement of the claim) 係指可引起原告主張之相關行為或事件。此陳述無須任何證據之支持，僅須提出足夠之事實敘述，亦即，必須確認原告所主張之該行為或事件已發生。

二、此權利主張之陳述必須是清楚的 (plain)：亦即，「觀察並無任何阻礙」(free of impediment to view)。此意謂著該行為或事件不可僅以結論之方式模糊表達。起訴狀不會因為沒有證據支持原告之主張而使得該主張成為結論，然而，當其無法被認明係非想像的、真實世界之行為或事件時，該主張則為不許可之結

⁵³² Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 555(2007).

⁵³³ Ashcroft v. Iqbal, 129 S. Ct. 1937, 1949(2009).

⁵³⁴ Adam N. Steinman, The Pleading Problem, Stanford L. Rev., Vol. 62, Issue 5, 1334-1335(2010).

⁵³⁵ Adam N. Steinman, The Pleading Problem, Stanford L. Rev., Vol. 62, Issue 5, 1339-1340(2010).

論。

三、權利主張之陳述必須表明原告有權請求救濟 (show that pleader is entitled to relief)，亦即若能在起訴狀清楚地確認該行為或事件之發生，原告即合法地有權請求補償，惟若原告所清楚地認明之行為或事件本身並不充足（或許是因為某些陳述不夠清楚而被認為係結論性主張而被漠視），那麼要滿足 FRCP 8 之要件，只有在所清楚地認明之行為或事件可信地認為有權請求救濟，而此扣除前開漠視之部分，依上所述，在可信性調查上，剩餘之主張必須假設為真，從而法官不可以認其不具可信性而駁回該主張。

依此對 FRCP 8 之理解，套用於 Iqbal 案所採之「雙叉法」，即可得出，所謂「結論性主張」即係不夠「清楚」(plain)，並且無法構成「表明原告有權請求救濟」。藉由對「結論」之定義，不僅可調和在 Twombly 案及 Twombly 案前之判例對於訴答標準所產生之衝突，連帶地亦係對於何謂「通知」加以定義。論者甚至認為，「清楚的訴答」(plain pleading) 係以 FRCP 8 (a) (2) 為論據，較通知化訴答更有所本，亦符合 FRCP 8 (a) (2) 「簡潔、清楚」(short and plain) 之文義，並同樣可達到有效通知之功能⁵³⁶。

第三項 我國書狀內容之評釋

綜觀上述，本文認為：

一、從晚近美國實務見解之變遷可知，事實訴狀之要求應較符合現代民事訴訟法制之潮流，而我國法之修正，亦與之契合。不過，我國關於事實提出之程度，起訴狀僅要求到足以特定訴訟標的之程度即為已足，以避免因不符合起訴狀格式之要求，而遭法院以起訴不合法駁回（第 249 條第 1 項第 6 款）。至於進一步準備言詞辯論之攻擊防禦方法（含間接事實、證據及法律見解之主張），雖宜於訴狀內記載之（第 244 條第 3 項），以利於法院及對造當事人儘速整理爭點，但不構

⁵³⁶ Adam N. Steinman, The Pleading Problem, Stanford L. Rev., Vol. 62, Issue 5, 1340-1341(2010).

成起訴狀之必要事項，而不致有妨礙當事人起訴之疑慮⁵³⁷。

而晚近美國雖朝向以事實訴狀之發展，但其可信性標準所著重之事實係以該事實作為篩選訴訟是否有實益之工具（the plausibility standard's focus on facts is designed as a merits-screening tool）⁵³⁸，而我國所採之法典化訴答所表明之事實，則兼含有整理爭點之功能。詳言之，新法要求原告於起訴時或訴訟程序之儘早階段（辯論準備階段），陳述其請求所依據之原因事實及理由，又要求被告陳述其據以答辯之事實及理由（第 244 條第 1 項第 2 款、第 3 項、第 265 條第 1 項及第 266 條第 1 項第 1 款、第 2 項第 1 款），此等要求之目的即係為便利整理爭點而設，以促成審理集中化。

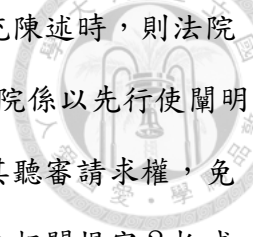
二、在為最上位爭點整理（訴之聲明及訴訟標的）之後，為避免原告偏離訴訟上之請求（訴之聲明及訴訟標的），使後續事實上、證據上爭點之整理得以有效率進行，須踐行所謂的「一貫性審查」。

而觀諸 Conley 案判決所闡述「起訴狀不應因無聲明權利主張而被駁回，除非原告主張之事實可顯著懷疑無法與其據以請求之法律上權利契合」之內容，應可理解為即係在進行所謂的「一貫性審查」，且對於前開解釋論者所述（參前第二項內容），「在 Conley 案所闡述之『起訴狀不應因無聲明權利主張而被駁回，除非原告主張之事實可顯著懷疑無法與其據以請求之法律上權利契合』，Twombly 案之判決內容僅係將前開話語用更具體地描述使其容易理解而已，亦即當原告之主張具有『可信性』時，即可認為原告主張之事實與『可顯著懷疑無法與其據以請求之法律上權利契合』不符，故 Twombly 案並未推翻 Conley 案之見解，僅係換個話語罷了」，同樣地，亦是肯認「一貫性審查」之重要性。

另外，在我國，若法院認原告之主張不具一貫性，則法院應適度表明其認原告之主張不具一貫性及如此認為之理由之法律觀點（第 199 條、第 199 條之 1），

⁵³⁷ 沈冠伶（2014），〈從「超國界民事訴訟原則」論民事訴訟中法院與當事人之任務分配—「協力」作為民事訴訟之基本原則〉，《月旦法學雜誌》，第 228 期，頁 33。

⁵³⁸ Scott Dodson & James M. Klebba, *Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century*, B.C. Int'l & Comp. L. Rev., Vol.34, Iss.1, 8(2011).



使當事人有機會為適當之法律上陳述，如其未能為一貫性之補充陳述時，則法院才以其請求無理由予以判決駁回（第 249 條第 2 項），故我國法院係以先行使闡明權，向當事人為適當之闡明，使當事人有補正之機會，以保障其聽審請求權，免於遭受來自法院之突襲性裁判。然在美國是否如我國有闡明權之相關規定？抑或只要不符合「可信性標準」就可直接駁回訴訟？本文認為，依 FRCP 16 (c) (2) 之規定，在預審會議中，法院可針對下列事項採行相應措施，例如爭點之確定與簡化，包括剔除無益的請求和抗辯、於必要時修改訴答書狀等，應可肯認美國法亦有類如我國之闡明權，職是，就當事人之訴狀不符「可信性標準」時，仍不可直接駁回訴訟，而須先對當事人行使闡明，讓當事人有補正之機會，故作法與我國並無不同。

三、前開論者對於美國聯邦最高法院作成 Twombly 案及 Iqbal 案後，從立法論之立場加以探討之說明（參前第二項內容），本文認為，立法論者所述，於駁回訴訟前（或是起訴前）可進行有限之事證開示，當有助於當事人先為事證蒐集，以利於事實之釐清、訴訟風險之評估以及促進爭點整理。而我國新法下，有關證據保全之機能，亦已非僅具證據保全之作用，而係兼具有英美法事證開示之機能，因此，如能將新法制度予以善用，再由法院依聲請或依職權為之（第 368 條、第 372 條），藉由其監督而能有效預防事證開示制度遭濫用之情況下，關於前開論者所倡議之「新事證開示」制度在我國可謂已具體實現（詳後述）。

四、在書狀交換階段（或是訴答階段），重要者乃是「事實」應如何表明之問題。尤其是在證據偏在發生之情況，例如醫療訟爭事件，若要求原告在爭點整理階段或起訴階段就須表明醫生有何過失之具體事實，恐有實際上之困難，蓋原告在診療當中可能已被注射麻醉劑，對於醫生之醫療行為根本無知悉可能性，此時，應僅須表明「何時至醫院開刀，而出院後出現何症狀」，把紛爭發生之大概過程作為特定訴訟標的所必要之原因事實而予以表明，就可以開始進行爭點整理，而不必嚴格要求原告要表明到有無插管、是否因為插管錯誤所發生之嚴格程度。亦即，

書狀事實之表明，應隨著程序階段之變動，而可能具有不完全相同之意義及內容；當事人所被要求表明而負有具體化義務或表明責任之應證事實，其如何表明或具體化亦可能在各個程序階段具有不盡相同之意義。法院在處理前開問題時，應以維持當事人間「武器平等」或「貫徹誠實信用原則」作為前導法理而作為書狀表明事實之解釋基礎⁵³⁹。

然而，在美國最高法院作成 Twombly 案及 Iqbal 案之後，對於事證偏在之情況似乎就顯得更為棘手，例如對上述醫療訴訟中，原告對事實之知悉期待可能性甚低，此時如何依照前開判例之要求載明足夠之事實，更遑論在後進行事證開示程序⁵⁴⁰。

五、訴答制度與事證開示制度兩者具有相輔相成之作用，無須截然切割，而將爭點整理置放於事證開示階段（參 Conley 案），在訴答階段透過雙方書狀交換，亦可對事實加以釐清，再搭配第一次預審會議召開時，由法官發布時程安排命令（scheduling order），藉以確定並簡化爭點之後，事證開示之範圍應可具體明確，而對於向來 FRCP 26 (b) (1) 事證開示之範圍為人所垢病太過廣泛並造成事證開示費用過鉅之批評應有消弭之作用。誠如論者所言，書狀交換之踐行，可使當事人及其訴訟代理人有機會用以不必到庭即能分別提出主張書狀，陳明各自之主張內容，藉此法院可予以相互對照後得知兩造間主張之不同處，而認識何者為爭點（爭執之內容為何），獲得爭點整理之結果。此項結果，在該程序踐行能得到具有該項爭點整理所需知識、能力之訴訟代理人協力時，將更為明顯增大。因此，此程序在其可排除無爭執事件或凸顯爭點之範圍內，亦能使主要期日之辯論更徹底集中⁵⁴¹。

⁵³⁹ 邱聯恭發言、書面紀錄，〈摸索證明與事證蒐集開示之協力〉，民訴法研究會第 92 次研討紀錄，頁 198-205；另參沈冠伶（2015），〈消費者損害賠償團體訴訟之事案解明及證據調查—從自來水案到塑化劑案〉，《台灣法學》，第 263 期，頁 60-63。

⁵⁴⁰ 依 Twombly 案及 Iqbal 案之判決意旨，皆說明了在現行之事證開示制度，應以足夠之事實載明於訴狀作為開啟事證開示之先決條件。

⁵⁴¹ 許士宦（2009），〈集中審理制度之欣審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2 期，頁 30。



第二節 事證開示制度之比較


第一項 事證開示內容之相異點

依我國對於訴狀要求較嚴格記載(第 244 條第 1 項、第 266 條第 1 項、第 2 項)之情形下，當事人於起訴階段即應提出具體事實及特定證據方法，而非在起訴後才開始蒐集事證，而美國法則在採通知化訴答之制度下，認許於起訴後開始進行廣泛之事證開示，且我國關於證據之蒐集、提出係在法院之監督下為之，作為庭審活動之一部分，而與美國係由當事人或其委任之律師自行為之，法院監督則是較為寬鬆，原則上僅扮演監督者之角色，並不主動介入蒐證活動，且係在庭審之前階段(預審階段)為之。

另外，我國關於證據之調查，係規定原則上應由當事人提出證據供法院作事實之判斷，而於例外之情形，再由法院依職權自行調查證據(第 277 條、第 288 條)。而美國則係將證據之調查(包含證據之蒐取、提出)委由對證據所在及對證據與事實相關性最為瞭解之兩造當事人協力進行之方式，一方面可促使當事人在相互蒐取證據資料過程中，提早達成證據實力之評估，增加和解之可能性，同時預先就證據之可用性為篩選，以減少在審判庭上證據使用之重複或繁瑣，並迅速完成事實之認定；另一方面則使法官因減少職權介入調查證據，得保持中立，並專心法律之研究及適用，使裁判結果正確，裁判品質提昇⁵⁴²。

依美國 FRCP 有關證據蒐取之規定，均委由當事人於預審程序自行為之，而事證開示制度之規定，即提供當事人向他造或其他第三人蒐取證據資料之途徑。當事人須於預審程序蒐集所有有利於己之證據資料，再於審判庭中一次提出，不得於審判庭時再請求延展審理供其再作證據蒐取，而法院不論於預審程序或審判庭中均不得代當事人蒐取或調查證據，亦不得因無法形成心證，而自為調查證據。職是，我國法官證據調查權限遠較美國法官為大。另外，為便於當事人蒐取證據，

⁵⁴² 謝碧莉(2000)，〈英美 discovery 制度在我國民事訴訟程序中適用之研究〉，司法研究年報第 20 輯第 1 篇，司法院印行，頁 1-2。



依美國 FRCP 之事證開示制度，使當事人可透過資訊揭露之程序、預審程序中證人證詞之取得、當事人間互相書面查詢、訴訟事實之請求自認、要求對造文書、物件之提出、進入對造土地或其他財產為勘驗或鑑定、或為身體、精神狀態檢查等取證程序之先行，評估對造之證據及己方之實力，並決定是否繼續為訴訟，及勝敗訴之機率。至於我國民事訴訟之當事人則並無言詞辯論期日前相互書面詢問、證據資訊提供之明文規定，且在言詞辯論期日之程序中亦僅得向審判長陳明後發問（第 320 條第 1 項），並在法院監督下詢問其他當事人及證人，或聲請法院命他造或第三人提出文書、物件，或聲請法院為鑑定、勘驗等，故並無如美國事證開示制度賦予當事人自行協力取得證據資料之權利義務。從而，當事人在開庭前無法就對造之證據資料進行了解及準備。

以下即分就證據蒐集制度與秘密保護程序為詳細探討：

第一款 證據蒐集制度之比較

首先，就錄取證言與我國有關證人書狀陳述（第 305 條第 2、3 項）作比較：

- 一、前者，發動主體以當事人一方即可為之，而作證主體包含當事人與證人；後者，發動主體則須由法院認為適當或當事人「兩造」同意，而作證主體亦僅限於證人，當事人則是適用當事人訊問制度，雖其多去準用人證之相關規定，惟並未準用書狀陳述部分（參第 367 條之 3）。
- 二、前者，當事人原則上無須得法院准許即可對任何人錄取證言，例外在 FRCP 30 (a)(2) 所列情況下才須得到法院之准許，亦即，錄取證言之數量超過 10 次、證人先前已錄取過證言、當事人欲於 FRCP 26 (d) 所訂時間之前（當事人協商召開事證開示會議之前）錄取證言或證人在監服刑者；後者，我國則是分兩類情形，即「法院認為適當者」及「當事人兩造同意者」，並無原則、例外之區分。且以美國及我國有關法院准許或認為適當者比較之，前者明確訂定法院之裁量範圍僅限於四種情形，後者雖亦限於「證人須依據文書、資料為陳述」、

「依事件之性質」、「證人之狀況」⁵⁴³三類情形，惟後兩者情形並無明確之判斷標準，且再搭配「適當」此一不確定法律概念，則我國賦予法院之裁量權範圍非常廣泛。惟此當係因美國賦予當事人廣泛之事證蒐集權，故僅有在少數情況才須由法院介入所致，而我國新法雖亦擴大當事人之蒐集權限，然究無法與美國比擬，仍須由法院積極介入，故法院之裁量範圍相對較大。

三、前者，錄取證言之場所，一般係以發動質問之律師指定其事務所內進行，然若係由法院發傳票而強制證人參加者，則地點即依照傳票上之指定；後者，依第 305 條第 2 項，僅限於兩造會同證人於「公證人」前作成陳述書狀，而依第 305 條第 3 項，於兩造同意證人於法院外以書狀陳述之情形，則不限於在公證人前為之，故陳述書狀之處所似較美國廣泛。

四、制裁效果不同：前者，對於未出席錄取證言者，依 FRCP 37 (d) (3) 之規定，法院可對之發出包含 FRCP 37 (b) (2) (A) (i) - (vi) 之制裁命令，且尚可對該當事人、其律師或兩者易發或併發前開制裁命令以外之命令，使其支付因未出席錄取證言所生之合理費用（包含對方之律師費）；後者，若依論者所述，肯認有第 303 條、第 311 條、第 315 條之適用⁵⁴⁴，則法院僅得裁定處罰鍰或拘提，制裁效果較不具多樣性。

另，錄取證言（deposition）可作為攻擊證人（包含當事人）在法庭上所為之證言，除證人於審判庭前已死亡、證人離法院所在地超過一百哩或是在美國境外、證人因年齡、疾病或監禁以致無法到庭作證、因提供錄取證言方之關係，致使證人無法到庭作證、或是其他特殊情況之需要外，錄取證言之作證人仍須在審判庭到場接受交互詰問，否則不得作為證據之用。論者有認，新法修正，對於當事人先行蒐取證據資料之權利義務方面，僅在第 305 條新增規定證人得於法庭外

⁵⁴³ 所謂「依證人之狀況」，論者舉例說明，例如證人就其社會地位、身分、聲望及職業而言，無須令其到場，憑其名望、地位，祇要其提出書面陳述，即具有可信性，雙方當事人均願意相信其陳述之真實性；又如證人居住遠地甚至國外、罹患疾病入醫院治療或業務上極為繁忙而無餘暇，而難以期待證人到場陳述之情形等。許士宦（2005），〈證人之書狀陳述〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 243。

⁵⁴⁴ 許士宦（2005），〈證人之書狀陳述〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 260-261。

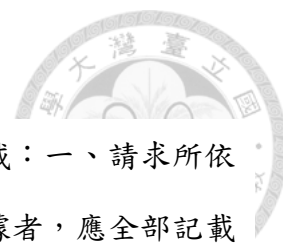
以書狀為陳述之要件，惟此項規定須由法院認定適當或當事人同意之情況下，始得為之。與 FRCP 關於錄取證言取得之程序係於法官指定之公務員全程在場觀察並記錄，且錄取證言之效力原則上僅得供作攻擊該證人在審判庭所為證言之可信度之規定相比，顯然尚有待補充⁵⁴⁵。

而我國當事人聽取制度（第 203 條第 1 款、第 269 條第 1 款）與美國法上之書面查詢（質問書）主要差異如下：（一）發動主體不同：我國當事人聽取制度係由法院依職權為之，而美國法之當事人書面查詢係由當事人直接向對造查詢、發問；（二）方式不同：當事人聽取之方式係當事人應法院之命於期日到場，回應於法院之詢問而為陳述，美國法之書面查詢則係當事人相互間於法庭外以書狀為查詢、答詢；（三）範圍不同：美國法上事證開示程序中交換之書面查詢，只要與當事人之請求或抗辯相關，且不涉及有權拒絕提出之事項，均得向對造予以質問，而有機會獲得其本未認識之事實或其他證據方法之資訊。我國法基於當事人就事證證明之義務、真實陳述義務、具體化義務，當事人一造未能就其主張所必要之具體事實為陳述，係因處於事件發生經過外，而不可期待其具體陳述時，法院宜對掌握案情資訊之當事人為較廣泛之聽取，促使其供述所有與案情有關之有利或不利於己之事實，或有關證據之線索，而使負舉證責任之當事人能藉此知悉有關其主張或舉證所必要之事證資訊，並斟酌其實體利益或程序利益，以決定是否進而為證據聲明；（四）制裁效果不同：在美國對於拒絕答詢之當事人設有制裁規定⁵⁴⁶，但在我國，除人事訴訟程序（第 576 條）⁵⁴⁷，對於到場陳述之當事人，尚乏直接之制裁規定。於此似可謂係「陳述妨礙」，而類推適用「證明妨礙」（第 282 條之 1）之規定，由法院審酌情形，於他造為否認但卻不就否認之原因事實詳為陳述時，則認未具否認適格，而得將負舉證責任之一造所主張之事實（通常為主要事

⁵⁴⁵ 謝碧莉（2000），〈英美 discovery 制度在我國民事訴訟程序中適用之研究〉，《司法研究年報第 20 輯第 1 篇》，司法院印行，頁 52-53。

⁵⁴⁶ 依 FRCP 37 (d) (3) 之規定，法院可對未遵守書面查詢之當事人發出內容包含 FRCP 37 (b) (2) (A) (i) - (vi) 之制裁命令，且尚可對該當事人、其律師或兩者易發或併發前開制裁命令以外之命令，使其支付因未遵守命令所生之合理費用（包含對方之律師費）。

⁵⁴⁷ 本條文因 2012 年新制定家事事件法之後，已遭刪除，而訂於其第 13 條第 2 項。



實) 認為真正⁵⁴⁸。

又，依新法第 266 條有關原告準備言詞辯論之書狀，應記載：一、請求所依據之事實及理由；二、證明應證事實所用之證據，如有多數證據者，應全部記載之；三、對他造主張之事實及證據為承認與否之陳述；如有爭執，其理由。及被告之答辯狀，除記載答辯事實及理由外，尚應記載前開二及三之事項，且兩造當事人之書狀，均應添具所用書證之影本，提出於法院，並以影本直接通知他造，似與 FRCP 有關事證開示制度之必要揭露，及事實承認之請求類似，所不同者，僅當事人所揭露之證據，係對自己有利之證據，不包括可供對造使用之證據，且關於事實及證據之承認，係不待對造請求，即應自行於書狀表明者。然不管如何，此種書狀應記載內容之規定，對言詞辯論之準備確有相當大實益，節省證據資料之重複及事實調查之重複，並令當事人能有事前妥善準備之機會，可謂良善之立法⁵⁴⁹。須補充說明者係，有關請求自認⁵⁵⁰之時點，不論係在準備程序（預審程序）或言詞辯論（審理庭）中只要是在案件進度之適當時期皆可為之，我國與美國並無不同，惟依美國法之規定（FRCP 30 (a)），他方當事人於收受送達後三十日內未以書面答覆或提出異議者，即視為自認，效果非常強烈，而我國則未強制當事人於一定期限內須為陳述之規定（縱有擬制自認之規定，然何時可視同自認，仍未有一明確期限）。另外，依 FRCP 36 (b) 之規定，法院若認符合「有助於案件是非曲直之呈現」及「不會傷害請求自認方之當事人對於本案之攻防」二要件時，得准予撤銷自認，但即使符合前開二要件，法院對於是否准許仍有裁量權；然依我國法第 279 條第 3 項之規定，為尊重當事人之程序處分權，並維護兩造當事人間之公平，自認人能「證明與事實不符」或「經他造同意者」兩種情形之一，

⁵⁴⁸ 沈冠伶（2005），〈摸索證明與事證開示之協力〉，《月旦法學雜誌》，第 125 期，頁 91。

⁵⁴⁹ 謝碧莉（2000），〈英美 discovery 制度在我國民事訴訟程序中適用之研究〉，《司法研究年報第 20 輯第 1 篇》，司法院印行，頁 53。

⁵⁵⁰ 關於自認之說明，參邱聯恭講述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（三）》，台北，自版，頁 159-181。

可撤銷自認，則我國在符合前開條項之要件時，法院即應准予撤銷自認，並無裁量之餘地。

另外，2000年新法修正重點之一即係證據法之改革，而文書提出命令制度之改善又為證據法修正之核心，可見其重要性遠勝於其他之證據方法。我國新法之文書特定協助程序，雖已承認文書資訊之開示，但與美國法上民事訴訟之文書資訊開示制度（FRCP 34）相較，仍具有下述不同：

第一，美國之文書資訊開示制度，主要係於程序之早期階段（爭點整理階段）實施，但基於新法所定文書特定協助之資訊開示，未必預定於程序之早期階段實施；第二，美國之文書資訊開示制度，係持有文書之當事人自發實施，不待他造請求，而新法所定文書特定協助之資訊開示，至少須待當事人為文書提出命令聲請之際，經法院命他造或第三人為開示等協助；第三，美國之文書資訊開示，其對象廣及與該訴訟之爭點或請求及防禦有關連之一般文書，而基於新法之文書資訊開示，僅限於聲請文書提出命令所特定之文書；第四，美國之文書資訊開示制度，係於要求開示之當事人與文書持有人間進行，而新法之資訊開示，則係法院命文書持有人為之；第五，美國之文書資訊開示制度，背後有藐視法庭罪等強制力予監控，而新法則欠缺此項強制力之擔保⁵⁵¹。

最後，我國第 368 條第 1 項（特別是在 2000 年增訂該條項後段之後）、第 372 條有關保全證據之規定，與美國法 FRCP 34（除可要求提供文件外，尚可要求提供物品及進入他人土地實施勘驗）、FRCP 35（身體或精神狀態檢查）之規定加以比較，亦有以下差異：

一、FRCP 34、FRCP 35（包含其他美國事證開示之方法）僅得於起訴後為之，而我國法關於「證據有滅失或礙難使用之虞」、「經他造同意」、「就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要者」等三種證據保全類型，其於起訴前即可為之（第 369 條第 1 項）。

⁵⁵¹ 許士宦，〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，2005 年 2 月，頁 361-362。

二、我國法尚規定，法院於必要時得依職權為證據保全（第 372 條）。

三、我國法關於「確定事、物之現狀有法律上利益並有必要」所涵蓋之範圍，若依立法理由之說明及論者所述，除包含德國民訴法第 485 條第 2 項（1. 人之狀態或物之狀態、價值；2. 人身傷害、物之損失或物之瑕疵之原因；3. 除去人身傷害、物之損失或物之瑕疵所須花費）規定之客體外，尚包括發生損害或瑕疵之發生原因、責任歸屬、排除瑕疵之必要方法或所需費用等事實，則範圍已與美國法之事證開示相近，然美國事證開示之範圍仍屬更為廣泛，蓋依 FRCP 26 (b) (1) 所規定，事證開示之範圍不僅是以與「當事人所主張或抗辯有關之非祕匿特權之事項」為其範圍，甚至是與爭議本身較不相關、範圍更大之「與訴訟繫屬主題相關之事項」，當事人亦可在向法院提出「充分理由」後，經法院裁定而為事證開示。

第二款 秘密保護程序之比較

關於祕匿特權之部分，美國法上有禁止使自己蒙受刑事追訴之特權（privilege against self-incrimination），即如答覆可能使答話之人受到刑事追訴時，可拒絕答覆，此種特權無論在民事或刑事案件均可主張，已如前述。而觀諸我國第 307 條證人於與當事人間具有一定親等之親屬關係、或將損及自己或前開親屬之財產、受刑事追訴或蒙恥辱、或就其職務上或業務上有秘密義務之事項受訊問者，都可拒絕作證而言，比起美國法所承認之「避免使自己受到刑事追訴之特權」更為廣泛⁵⁵²。另外，就我國第 306 條之條文內容觀之，「以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該監督長官之同意。（第一項）前項同意，除經釋明有妨害國家之利益者外，不得拒絕。（第二項）」，與美國法對於政府機關所保護之祕匿特權相較，範圍則應屬相同，亦即，我國法所謂「職務上應守秘密之事項」，該事項應包含有關主體之提供資訊

⁵⁵² 楊崇森（2010），〈美國民事訴訟制度之特色與對我國之啟示〉，《軍法專刊》，第 56 卷第 5 期，頁 16 及其註 64。

情報之秘密證人之「身分」及客體之政府資訊在內。然而，晚近美國有關軍事或國家機密特權為人所詬病者，乃政府單位一旦主張有此特權，法院即會將整個案件駁回，此與我國僅不調查該項證據，而案件仍得繼續進行，有所不同。而其他美國法上之祕匿特權，例如律師與委託人間、配偶間、醫師與病患間、會計師與委任人以及記者對其新聞來源資訊等之祕匿特權皆可含括於我國第 307 條中，可見我國前開條文所吸納之範圍之廣。

此外，在美國法上，即使並非屬祕匿特權，例如個人隱私、營業秘密與其他秘密商業資訊雖可藉由聲請法院頒發保護令而免於開示，但若直接與訴訟有關者，則不能完全免於開示。而前開是否頒發保護令係由法院依個案而為利益衡量⁵⁵³，在我國當事人或第三人得拒絕提出文書則必須要有正當理由(第 345 條、第 349 條)，而此正當理由同樣係依個案而為利益衡量⁵⁵⁴，可謂並無不同。而對於工作成果之部分，在我國即得以具有正當理由而拒絕提出，蓋，達成提高訴訟程序全體事實發現能力為目標之共通認識固係重要，但亦不能妨礙律師等為當事人利益而充分調查事件、準備訴訟，避免其調查準備愈周全，因開示結果他造知悉愈多，致其無

⁵⁵³ 當當事人要求僅能以特定方式或向特定人揭露資訊時，法院對於此營業秘密是否核發保護令，會以三步驟加以判斷：一、該尋求保護之資訊是否屬營業秘密，必須考慮下列五點因素：1.企業以外之人知悉該資訊之程度與範圍；2.涉及該企業之人知悉該資訊之程度與範圍；3.確保該資訊秘密性所採取之措施之程度；4.該資訊對於企業本身及其競爭對手之價值；5.企業經營者為發展該資訊所投注之努力程度及金錢數量；6.其他人可獲得或複製該資訊之難易度；二、該資訊被揭露是否會導致一「可認知之傷害」(conizable harm)；三、要求當事人藉由表明其具有清楚明確及嚴重之損害以為聲請保護令之充分理由(good cause)。Jacqueline S. Guenego, Trends in Protective Orders Under Federal Rule of Civil Procedure 26(c): Why Some Cases Fumble While Others Score, 60 Fordham L. Rev.541, 553(1991).

⁵⁵⁴ 論者認，應斟酌：(1) 該事件之重要性、公共性之有無；(2) 隱私、秘密之重大性、態樣及其歸屬主體；(3) 該文書之重要性、必要性，可代替證據之有無；(4) 文書持有人之中立性等等各種因素，就提出文書開示秘密等資訊所具利益與拒絕提出文書祕匿秘密等資訊所具利益進行綜合性利益衡量。許士宦(2005)，〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 375。另有論者認，法院為利益衡量時應審酌之因素，包括例如：聲請人應文書提出所可能獲得之利益、除此資料外有無其他證據或資料可供利用，如不許使用該文書，是否無異使聲請人放棄其實體利益、該文書之提出是否對於裁判或訴訟之準備乃屬重要、相對人因業務、技術秘密公開所可能導致之不利利益、如提出文書開示秘密是否可能危及企業之生存或使其在市場上競爭地位明顯惡化而不具可期待性、文書不提出所受保護之利益是否大於文書提出所受保護之利益、文書提出命令制度有無被濫用之虞、當事人之誠信、一造是否係意欲窺探他造之業務秘密或隱私、或欲使程序拖延、命當事人提出文書時得否以適當措施予以保護等。沈冠伶(2014)，〈當事人公開原則與秘密保護程序－最高法院 102 年度台上字第 235 號判決及相關判決之評釋－〉，《台灣法學雜誌》，第 253 期，頁 51-52。

異自掘墳墓，甚至造成相互依賴他造之調查、準備；訴訟既係於對立論爭之中而展開，為此必須承認律師等活動最小限度之隱私⁵⁵⁵。

又有關如何保護當事人或第三人基於文書提出命令提出文書所開示之隱私或營業秘密？於美國法上，如前所述，可聲請法院頒發保護令，依 FRCP 26 (c) 之規定，為避免開示致使當事人或第三人煩惱、難堪、受壓迫、過度負擔或不必要花費，法院得依聲請核發含下述內容之一種或數種之保護令：(A) 禁止揭露或開示；(B) 指定揭露或開示之時間、地點及其他條件；(C) 以要求開示者所選用以外之方法開示；(D) 禁止調查特定事項，或限定揭露或開示之範圍；(E) 限定開示時在場之人；(F) 非經法院之命令不可開啟已彌封之錄取證言；(G) 不得洩漏或僅得依指定之方式揭示營業秘密、或其他機密之研究、發展或商業資訊；(H) 須依法院之指示，始得將各當事人同時提出之封緘之特定文件或資訊予以開啟。而我國新法亦增訂秘密保護審理程序，亦即，法院於判斷是否命當事人或第三人提出文書或勘驗物之命令時，得以「不公開之方式」為之（第 344 條第 2 項、第 367 條）。於此所謂之「不公開方式」，涵蓋兩層面，一是有關「當事人公開」之限制，即限制他造當事人或兩造當事人知悉該秘密，例如限制其閱覽記載該秘密之文書，或排除其於調查該書證時在場（另參第 242 條第 3 項）；一是有關法庭不公開，即限制當事人以外之第三人知悉該秘密，例如限制其閱覽記載該秘密之文書，或排除其在證據調查、言詞辯論時在場（另參第 195 條之 1）⁵⁵⁶。惟美國之保護令不僅包含我國「當事人公開」之限制及法庭不公開，最重要者，依 FRCP 26 (c) (G) 之規定，法院尚可限制於事證開示程序在場之人（如訴訟代理之律師）不得將其到場見聞之事實告知當事人，此為我國民訴法下所無。

第二項 近期美國事證開示制度之探討

⁵⁵⁵ 許士宦（2005），〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 381-382。

⁵⁵⁶ 許士宦（2005），〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 397-398。



第一款 2014 年 FRCP 最新修正草案

最新 FRCP 修正案已於 2014 年 9 月 16 日獲得美國司法會議 (the Judicial Conference) 之贊同，且若該修正案於 2015 年 5 月 1 日前提交美國國會而被採納的話，將於 2015 年 9 月 1 日生效⁵⁵⁷。茲將最新修正草案有關事證開示之內容說明如下：

修正案於 FRCP 26 增訂 (d) (2) 之規定⁵⁵⁸ (原條文改列為 (d) (3))，准許雙方當事人於 FRCP 26 (f) 會面及協商之前，可先傳送 FRCP 34 事證開示之要求。但傳送並不認為係送達，須直至第一次舉行 FRCP 26 (f) 之會議時，才被視為送達，因此，依 FRCP 34 (b) (2) (A) 回應時間之起算點，亦以此為準。依修正理由之說明，此項增訂係為了「促進在 FRCP 26 所舉行之會議期間能集中討論」⁵⁵⁹。

另修正案將 FRCP 26 (b) (2) (iii) (此規定常被稱為「比例性條款」) 所規定之比例性要素加以修正之後，併入 FRCP 26 (b) (1)。據此，依修正案 FRCP 26 (b) (1) 之規定，將准許一方當事人事證開示之範圍係有關任何一造當事人所主張或抗辯而非祕匿特權之事項，並衡量下列要素：對本案之需求性、此爭點對於訴訟勝敗之重要性、爭議之數額、當事人間接近資訊之相對性、當事人之財力、事證開示對於解決爭議之重要性以及事證開示之負擔或費用超過其可能帶來之利

⁵⁵⁷ 關於此修正案之立法過程，參 Thomas Y. Allman, *The Civil Rules Package As Approved By the Judicial Conference*, 1-3(Sep. 18, 2014).另外，本次修正內容與前 2 次 (2014 年 3 月 24 日與 2014 年 6 月 11 日) 之提案內容亦有重大之改革，關於前 2 次之提案內容與本論文有關者，可參 Thomas Y. Allman, *The 2013 Civil Rules Package After the Public Comments: The Portland Finale*, 6-28(March 24, 2014); Thomas Y. Allman, *The Civil Rules Package as Adopted by the Standing Committee*, 5-18(Jun. 11, 2014).

⁵⁵⁸ FRCP 26 (d) (2) 規定：「(A) 於傳票及起訴狀送達當事人後超過 21 天，可依 FRCP 34 之規定要求：(i) 由任何其他當事人向收受起訴狀之當事人為傳送，或者 (ii) 由收受起訴狀之當事人向任何原告，或任何其他收受起訴狀之當事人為傳送。(B) 上開要求於舉行第一次 FRCP 26 (f) 會議時視為送達。」(“FRCP 26(d)(2): **Early Rule 34 Requests. (A) Time to Deliver. More than 21 days after the summons and complaint are served on a party, a request under Rule 34 may be delivered: (i) to that party by any other party, and (ii) by that party to any plaintiff or to any other party that has been served. (B) When Considered Served. The request is considered to have been served at the first Rule 26(f) conference**”) (粗體字為新修正內容)。

⁵⁵⁹ Committee Note, at 25(“This relaxation of the discovery moratorium is designed to facilitate focused discussion during the Rule 26(f) conference”).

益⁵⁶⁰。修正案於條文中所增「當事人間接近資訊之相對性」即係為處理「資訊不對稱」之情形⁵⁶¹。另外，將前開比例性重構而作為事證開示範圍之明確性要素，乃係再度重申 1983 年及 1993 年修正理由中所提之案件管理 (case management)，尤其近幾十年來之資訊爆炸，特別是在電子事證開示 (e-discovery) 出現之後，雖仍期待當事人能有效地處理其訴訟，然而在當事人無法解決其重要爭論且無法有效、互助合作地自我管理訴訟時，案件管理即有其必要性⁵⁶²。而有關電子儲存資訊的部分，在運用電腦搜尋相關資訊之方法 (特別是該案件涉及大量的電子儲存資訊時) 持續發展的情況下，法院及當事人即應去思考如何對於前開資訊藉由可靠之方法以降低事證開示負擔或費用之機會⁵⁶³。

又修正案對於 FRCP 26 (b) (1) 刪除之部分，所作之闡釋係認：一、現行法所訂對於事證開示之範圍係列出任何一造當事人所可主張或抗辯有關之非祕匿特權之事項之範例型態以及證據之所在⁵⁶⁴，並授權法院可基於充分理由而命當事人開示任何與訴訟繫屬主題相關之事項⁵⁶⁵。刪除理由係認為，前者有關該事證開示之事項，實務運作本係如此，而無須規定在 FRCP 26 之本文中；後者之條文內容之所以被刪除，係因當事人甚少向法院提起，且其實只要當事人對於主張或抗辯能有

⁵⁶⁰ FRCP 26(b)(1): Scope in General. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense **and proportional to the needs of the case, [considering the importance of the issues at stake in the action,] the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable.** —including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. All discovery is subject to the 30 limitations imposed by Rule 26(b)(2)(C) (粗體字為新修正內容)。

⁵⁶¹ Committee Note, at 20-21.

⁵⁶² Committee Note, at 21.

⁵⁶³ Committee Note, at 22.

⁵⁶⁴ FRCP 26(b)(1) ("including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter").

⁵⁶⁵ FRCP 26(b)(1) ("for good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action").

適當地理解，那麼在此範圍內為事證開示即為已足。二、修正案亦刪除了現行法「在審判庭無證據能力之相關資訊，若其經合理評估似具證據能力時，仍可為事證開示⁵⁶⁶」。此內容已使得部分人錯誤地去定義事證開示的範圍。在2000年之修正理由中，即觀察到使用「合理評估」之措詞去定義事證開示之範圍將吞噬其他事證開示範圍之限制。因此，為免遭濫用，2000年修正時即在句子的開頭增訂「相關」的字樣，並清楚地闡明此「相關」指的就是FRCP 26(b)(1)「任何一造當事人所主張或抗辯有關之非祕匿特權之事項」或「與訴訟繫屬主題相關之事項」的範圍內而言⁵⁶⁷。然而，「合理評估」之措詞仍然持續創造問題，因此，修正草案將其刪除，改以「在事證開示範圍內之資訊雖不具證據能力仍須開示」⁵⁶⁸。

而FRCP 34以及FRCP 37修正草案之提出係為了能更促進要求及提供可開示之資訊，並解決現行實務之爭議問題。改變之情形包括⁵⁶⁹：

第一，FRCP 34(b)(2)(B)明定，當事人可表明是否將以提出文件或電子儲存資訊之副本代替准予檢查⁵⁷⁰。並為因應本條修正，FRCP 37(a)(3)(B)(vi)⁵⁷¹亦同步修正，除原先對請求准予檢查而未回應外，增訂「或未提出文件」者，法

⁵⁶⁶ FRCP 26(b)(1) (“relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence”).

⁵⁶⁷ See the 2000 Advisory Committee Note to Rule 26 (“The Committee was concerned that the “reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence” standard set forth in this sentence might swallow any other limitation on the scope of discovery. Accordingly, this sentence has been amended to clarify that information must be relevant to be discoverable, even though inadmissible, and that discovery of such material is permitted if reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. As used here, “relevant” means within the scope of discovery as defined in this subdivision...”).

⁵⁶⁸ Committee Note, at 22-24.

⁵⁶⁹ Thomas Y. Allman, *The Civil Rules Package As Approved By the Judicial Conference*, 11-12 (Sep. 18, 2014).

⁵⁷⁰ FRCP 34(b)(2)(B): Responding to Each Item. For each item or category, the response must either state that inspection and related activities will be permitted as requested or state **an objection with specificity the grounds for objecting to the request**, including the reasons. **The responding party may state that it will produce copies of documents or of electronically stored information instead of permitting inspection. The production must then be completed no later than the time for inspection specified in the request or another reasonable time specified in the response** (粗體字為新修正內容)。

⁵⁷¹ FRCP 37(a)(3)(B) To Compel a Discovery Response. A party seeking discovery may move for an order compelling an answer, designation, production, or inspection. This motion may be made if: * * * (iv) a party **fails to produce documents or fails to respond that inspection will be permitted** — or fails to permit inspection — as requested under Rule 34 (粗體字為新修正內容)。

院可依聲請而強制其接受檢查或提出文件。

第二，FRCP 34 (b) (2) (B) 之修正內容亦規定，對於一方當事人要求之回應，若係異議必須附具體理由。此係為緊扣 FRCP 34 (b) (2) (C)⁵⁷² 之修正規定，亦即，該條款要求當事人必須說明，對於被要求提出之何部分予以異議，而基於該異議是否有任何須回應之資料無須提出。依修正理由之說明，此係為解決實務上常發生提供方一方面聲明異議，而另一方面仍提出資訊，致使要求方無法確認是否有任何相關回應之資訊因異議而有所保留之困惑。而提供方雖無須將所有被保留之文件予以詳細說明，但仍須提請其他當事人留意文件已被保留之事實，據此可促使雙方對此異議加以討論⁵⁷³。

另有關 FRCP 37 之部分，依論者之說明，自 2004 年開始，法規委員會 (Rules Committee) 已在尋求填補 FRCP 37 並未處理有關資訊保存 (包括起訴前未為保存) 爭議之漏洞。而依修正理由之說明，現行 FRCP 37 (e) 之規定並無法充分地解決持續增加且數量龐大之資訊之嚴重問題，而聯邦巡迴法院對於當事人未為保存電子儲存資訊所建立不同的制裁標準或回復措施，亦使得訴訟當事人須耗費過多之努力與金錢在保存資訊上，以避免法院認為其努力不夠而遭受嚴厲制裁之風險⁵⁷⁴。而修正內容即係為解決前開實務所造成過度資訊保存之問題，並對制裁採取明定之方式以排除過往法院施以制裁之不一致性，但須注意者，乃修正案並不排除 FRCP 37 其他條款之適用，例如在情況相關時亦可適用 FRCP 37 (b) 及 (c) 之規定⁵⁷⁵。依修正案 FRCP 37 (e)⁵⁷⁶ 規定：「對於預期將發生或已繫屬之訴訟應保存之電子儲

⁵⁷² FRCP 34(b)(2)(C) Objections. **An objection must state whether any responsive materials are being withheld on the basis of that objection.** An objection to part of a request must specify the part and permit inspection of the rest (粗體字為新修正內容)。

⁵⁷³ Committee Note, at 34.

⁵⁷⁴ Committee Note, at 38.

⁵⁷⁵ Thomas Y. Allman, The Civil Rules Package As Approved By the Judicial Conference, 15(Sep. 18, 2014).

⁵⁷⁶ Failure to Provide Preserve Electronically Stored Information. **Absent exceptional circumstances, a court may not impose sanctions under these rules on a party for failing to provide electronically stored information lost as a result of the routine, good-faith operation of an electronic information system. If electronically stored information that should have been preserved in the anticipation or conduct of litigation is lost because a party failed to take reasonable steps to preserve it, and it cannot be restored or replaced through additional discovery, the court:**

存資訊，若該資訊之喪失係因當事人未採取合理之措施予以保存，並且無法經由其他的事證開示修復或取代時，法院可：(1) 因資訊之喪失發覺對另一當事人有所損害時，法院得在該範圍內採取必要措施治癒瑕疵；或(2) 僅發現當事人之行為係有意剝奪另一當事人在訴訟中對於資訊之利用，可能採取：(A) 作出該喪失之資訊係不利於當事人之推定；(B) 指示陪審團該資訊可能或必須為不利於當事人之推定；或(C) 作成駁回訴訟或缺席判決。」

而所謂合理措施，在現行法下，以常規的、善意的操作電子資訊系統，來作為法院衡量是否當事人未採合理措施以保存喪失資訊之相關因素，例如在預期訴訟即將發生，則所謂的合理措施即係去要求當事人去介入常規操作以保存資訊。而另一可作為衡量保存合理性之因素則是比例性。法院必須對於當事人之財力、保存將產生之費用，以及當事人（包含政府機關）對於保存資訊所投入的人力及資源加以考量⁵⁷⁷。

第二款 事證開示制度之改革

如何抑制事證開示之濫用，一直是美國的重要課題。論者對此即有提出建議，而其目的，即係去縮減從事事證開示濫用之誘因，並增強法院介入以防止潛在地濫用事證開示。而此改革方案，一部分雖須修正 FRCP，但其他部分卻可由法官馬上地實行。茲分述如下⁵⁷⁸：

一、對於電子事證開示之費用移轉建立明確的指導方針 (establish clear

-
- (1) upon finding prejudice to another party from loss of the information, may order measures no greater than necessary to cure the prejudice; or**
(2) only upon finding that the party acted with the intent to deprive another party of the information's use in the litigation may:
(A) presume that the lost information was unfavorable to the party;
(B) instruct the jury that it may or must presume the information was unfavorable to the party;
or
(C) dismiss the action or enter a default judgment (粗體字為新修正內容)。

⁵⁷⁷ Committee Note, at 41-42.

⁵⁷⁸ John H. Beisner, Discovering A Better Way: The Need For Effective Civil Litigation Reform, 60 Duke L.J. 547, 584-594(2010).

guidelines for cost shifting for electronic discovery):

例如可供法院在決定是否為費用移轉之考量因素，除可參考 *Zubulake v. UBS Warburg LLC* 案所列七個因素外，法院亦可參考由美國律師公會（American Bar Association）對於事證開示所列舉之參考因素，這些要素包括：A. 事證開示之負擔與費用與其他要素佔整體費用之比例，並比較所生爭議之數額；B. 事證開示之必要性，包括要求方所可獲得之利益以及從其他管道獲得資訊之可能性；C. 案件複雜度及爭點之重要性；D. 保護律師、委託人間祕匿特權或律師工作成果之必要性；E. 保護營業秘密、所有權或機密資訊之必要性；F. 取得之資訊或軟體是否為業主所有或構成機密商業資訊；G. 事證開示要求之廣度；H. 是否已竭力去劃定所須提出回應資料之範圍；…J. 是否要求方已支付部分或全部之開示費用；K. 各當事人控制費用之能力及取得相關資訊之誘因；L. 各當事人之財力與提供資訊之全部費用相比較；M. 對於要求之回應是否會對於回復潛在地電子資料之取得或創設增加負擔或費用，除此之外，要求回應方去提供無法合理取得之資訊時，是否該資訊回應方無法依日常正常使用資訊之方法取得；…O. 是否回應方所儲存之電子資訊在設計上某程度使得開示係無法實行的，或者在訴訟繫屬中（或在未來的訴訟中）須花費過於不必要之費用或負擔，且要求開示並無任何個人的、商業的或其他訴訟相關之正當理由；以及 P. 是否回應方在訴訟開始或意識到訴訟可能發生後，仍將電子資訊予以刪除或丟棄⁵⁷⁹。

⁵⁷⁹ These factors include: A. The burden and expense of the discovery, considering among other factors the total cost of production... compared to the amount in controversy; B. The need for the discovery, including the benefit to the requesting party and the availability of the information from other sources; C. The complexity of the case and the importance of the issue; D. The need to protect the attorney-client privilege or attorney work product...; E. The need to protect trade secrets, proprietary, or confidential information; F. Whether the information or the software needed to access it is proprietary or constitutes confidential business information; G. The breadth of the discovery request; H. Whether efforts have been made to confine initial production to tranches or subsets of potentially responsive data;... J. Whether the requesting party has offered to pay some or all of the discovery expenses; K. The relative ability of each party to control costs and its incentive to do so; L. The resources of each party as compared to the total cost of production; M. Whether responding to the request would impose the burden or expense of acquiring or creating software to retrieve potentially responsive electronic data or otherwise require the responding party to render inaccessible electronic information accessible, where the responding party would not do so in the ordinary course of its day-to-day use of the information;... O.

而採行上開明確具體標準將可幫助法院作成費用移轉之決定，並可成功地解決先前為抑制事證開示之濫用而以一模糊標準（如充分理由）作為決定之缺點。

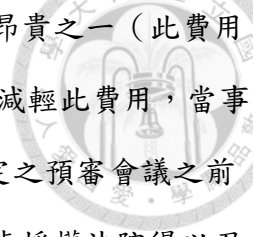
二、對於事證開示之爭議採用英國規則（adopt the English rule for discovery disputes）：

考察現行美國事證開示之問題，其最大的原因即出在美國法本身。蓋，第一，其要求當事人必須各自負擔訴訟費用，包含開示費用在內。此規定或許就是事證開示遭到濫用之刺激因素，因其准許原告加諸巨大的費用於被告身上，而本身卻無須負擔任何費用。而近幾年因電子事證開示之關係，情況可謂更形惡化。第二，美國法亦鼓勵摸索證明，蓋並無任何規定可阻止原告對於大量文件或證據要求提出之數量限制。第三，美國法促成過度事證開示，亦是因其鼓勵當事人自對造尋求資訊及文件，而非自行從事調查努力之結果。

對比於美國法，英國法則是要求敗訴之當事人必須支付勝訴之當事人合理之律師費用。此規則係為了防止無益訴訟之提起，但卻不為美國法所採，蓋其認此將限制人民接近法院。然而，論者認為至少在事證開示之部分應採行英國法，亦即，就任何事證開示之爭論，就該特定部分敗訴之當事人必須支付律師費。採此見解之好處在於，可確保當事人有關事證開示之爭議不會去採取不合理之態度，甚且，必須去支付他方當事人有關開示爭議之風險，將幫助律師去抵抗積極尋求採此不合理態度之委任人。職是，論者建議應修正 FRCP 之規定，使得對該事證開示爭點敗訴當事人，必須就該爭點負擔對造之律師費。

三、確立訴訟程序早期之保存義務（define preservation obligations early in the litigation process）：

Whether the responding party stores electronic information in a manner that is designed to make discovery imperacticable or needlessly costly or burdensome in pending or future litigation, and is not justified by any legitimate personal, business, or other non-litigation-related reasons; and P. Whether the responding party has deleted, discarded or erased electronic information after litigation was commenced or after the responding party was aware that litigation was probable.... See ABA Section of Litig., Civil Discovery Standards(2004),轉引自 John H. Beisner, Discovering A Better Way: The Need For Effective Civil Litigation Reform, 60 Duke L.J. 547, 586, 註 214。



隨著電子儲存資訊之普及化，資料維護已成為訴訟花費最昂貴之一（此費用包括儲存該資料之物理媒介物之維持以及對抗毀棄之裝置）。為減輕此費用，當事人應盡早會面討論資料保存之爭點，甚至是早於 FRCP 16 所規定之預審會議之前予以會面，亦無不可。若係當事人無法達成協議，FRCP 應進一步授權法院得以召開電子資料會議（electronic-data conference）以劃定當事人間保存義務之範圍。像這樣早期將保存義務之範圍加以確定，而非等到預審會議時再提出此爭點係具有實益的，蓋預審會議通常皆係於訴訟提起後數月方才召開，此時，若雙方未對保存義務之範圍提前予以溝通，被告僅得以原告起訴狀內之廣泛主張作為指標，而被迫去猜測保存義務之範圍。可以想見的是，被告為了避免使自己遭受制裁，必定選擇保存大量的文件及資料，但此亦將造成相當的成本負擔以及浪費。

職是，FRCP 應明確訂定當事人得以早期地畫定保存義務之規定，且強調對於回復無法合理取得之證據時（若有回復可能性），僅有在表明充分理由才得為之，且應由要求方負擔舉證責任。再者，FRCP 亦應規定，若當事人要求對造保存難以取得之形式之電子資料（例如備份磁帶及詮釋資料⁵⁸⁰（metadata）），當事人必須詳細說明對該資訊之需求性。且，要求對難以取得資料予以保存之當事人尚應承擔此部份之合理費用。這些適當的改變不僅可對文件保存之費用加以限縮，尚可抑制當事人對於文件保存提出奇異之要求並以此作為壓制對造之手段。

四、將未能保存電子文件之制裁限於故意或重大過失（limit sanctions for failure to preserve electronic documents only to cause of intentional destruction or recklessness）：

2006 年 FRCP 增訂了 FRCP 37(e) 針對電子文件保存之「安全港條款」。然而，基於下述理由，本規則仍未提供足夠之保護：

第一，本規則並未考慮到即使盡到最仔細之態度為搜尋及保存電子資料，亦

⁵⁸⁰ Metadata 常見的解釋為「data about data」，即指描述或解釋資料庫內容的資料。詳參楊佩文（2009），《美國聯邦民事訴訟程序法有關證據開示程序之研究—以電子化儲存資訊為中心》，國立交通大學管理學院碩士論文，頁 17。

有無法保存全部潛在的相關資訊之可能性。例如，當事人基於善意刪除電子資料但卻不屬常規操作時，依 FRCP 37 (e) 之規定將無法獲得保護。

第二，「常規的、善意的操作電子資訊系統」之文義過於模糊不清，以致無法為當事人之保存義務提供一明確之指標。例如當事人未為暫緩執行刪除或覆寫程式，而該等程式係依照常規地從公司的資訊系統中加以清除，且清除之資料已無法合理取得時，是否該對當事人加以制裁即不明確。

第三，本條款並無解釋何謂例外情況下仍須受到制裁，亦即，即使係當資料之遺失係經過常規的、善意的操作電腦系統時，須受到制裁之例外情況究何所指？

第四，本條款僅適用於當事人，因此，對於在訴訟中扮演重要角色之「非」當事人並不受本條款之保護。

FRCP 應要求法院去考量因當事人未保存電子資料而受到損害之程度以決定是否施以制裁。若當事人無法清楚表達任何合理可信之損害，那麼制裁即無法達到實質填補或遏止的目的，特別是在未經注意而為保存之案件中，故無制裁之必要。

五、於聲請訴訟駁回期間中止事證開示 (suspend discovery during the pendency of a motion to dismiss):

依現行體制下，即使是完全無甚實益之訴訟亦可迫使被告花數百萬費用去收集、檢視、提出及保存記錄。而電子事證開示可能使得費用更為增加而造成被告巨大的壓力以使其進行和解。自動中止事證開示將大大地降低以訴訟作為恐嚇的價值，並將確保訴訟之好壞 (stand or fall) 係基於原告現實上對案件事實之了解而非在提起訴訟後被告所提出之資訊。而像這樣的中止亦與聯邦最高法院在 Bell Atlantic Corp. v. Twombly 案所作成之意見相一致，亦即在該判決中所提有關駁回訴訟角色在限制龐大的事證開示費用之重要性。

已有許多聯邦法院採行此種方法，蓋其了解到訴訟駁回之目的即係在決定是否起訴狀具有足夠之實益去開啟事證開示，在法院作成駁回訴訟之決定前，開啟事證開示是無意義的。因若一方面當事人踐行事證開示，一方面法院卻又准許被

告駁回訴訟之要求，則該一開始所踐行之事證開示豈非造成時間、金錢以及精力之浪費。




第三項 我國事證開示制度之運作與改革

我國法並未採英美法之事證開示制度而廣泛承認當事人得直接向對造要求提出與訴訟有關之證據，未特別區別證據之蒐集與證據之調查程序。因此，當事人通常僅能透過向法院為證據調查之聲請，而企圖從證據調查中蒐集其他進一步之相關事證⁵⁸¹。且由於原告負擔舉證責任，新法雖擴大當事人之事證蒐集權，惟論者有謂新法下雖有當事人可聲請命他造提出文書之規定（第 342 條），但若不知他造有何文書，試問如何聲請？又雖有證據保全之規定，但需「證據有滅失或礙難使用之虞，或經他造同意」（第 368 條），條件嚴格，法官往往不准原告請求。而隨著社會情況變遷，尤其公害、產品製造及醫療事故、航空事故等現代型紛爭與日俱增，原告如何發現被告手中證據更有問題。反之，書面查詢（interrogatories）是美國民事訴訟制度之特色，對於當事人雙方，尤其原告了解事實與掌握證據助益甚大。如他造不照一造證據開示之要求辦理，法官可強制該當事人遵守，此時可擬制該案件一造主張之事實已經成立，或駁回該訴因（cause of action），或下缺席判決⁵⁸²。

職是，參酌美國法上之書面查詢（interrogatory），在我國宜增設當事人間直接查詢制度，以便利當事人於有意起訴解決紛爭時，得能事先蒐集有關其主張或舉證所必要之事證資訊，藉以比較衡量其事件所涉實體利益及程序利益之大小輕重，助益形成共識，且此制度亦有助於當事人整理爭點，這也是我國新法下準備程序之主要目的。又，為防免此制度（不經由法院命令之方式）遭到濫用，宜

⁵⁸¹ 沈冠伶（2007），〈摸索證明與事證蒐集開示之協力〉，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 154。

⁵⁸² 楊崇森（2010），〈美國民事訴訟制度之特色與對我國之啟示〉，《軍法專刊》，第 56 卷第 5 期，頁 17。



考慮設若干除外規定。本文認為，應參酌 FRCP 26 (b) (2) (C)、FRCP 26 (c) 有關事證開示範圍限制以及聲請核發保護令之規定。亦即，若此書面查詢對相對人將造成過於不合理之繁複、或可從其他管道、較少負擔或更低之費用取得事證、此要求之負擔或費用超過其可能帶來之利益、或意圖以此制度騷擾當事人、或係有關相對人之隱私、營業秘密等，則可免於答覆。另，同受美國法啟發之日本，除引進當事人照會制度外，尚有律師照會（查詢）制度⁵⁸³之引進，我國似亦可參酌引進。蓋此制不僅同樣有前揭當事人間直接查詢制度之增設理由，並鑑於律師職務之公共性，使律師得就受託事件，經由所屬律師公會之認可，向機關或團體為必要之查證（使其就特定必要事項提出報告或說明）⁵⁸⁴，且本照會制度係經由律師公會預就照會內容要求為審查，故亦不致產生濫用而侵害他人權利之情形。是以，本制度之使用實可擴大律師之法律服務範圍，若考量近年律師大量錄取之現況，擴充此一範圍之業務實為可予考慮之作法⁵⁸⁵。此外，並應酌採美國法上有關未對書面查詢提出答覆之制裁規定（FRCP 37 (d) (3)），對於怠於提出書面回覆者（包含異議）作出制裁⁵⁸⁶，包括：法院得認請求人所主張之事實為真、禁止相對人於其後提出該事證。法院甚至得易發或併發該未遵守請求之當事人、其律師或者兩者支付因未遵守所致生之合理費用（包含律師費在內）。但若相對人未遵守請求係有相當理由或有其他不公平之情事者，則不在此限。而所謂正當理由，亦可參酌上述本文對於當事人間直接查詢制度而免於答覆之事例。有關報告或文書提出之費用由何者償還或負擔之問題，本文則認，此當為訴訟費用之一部，原則上由敗訴

⁵⁸³ 依據日本弁護士法（律師法）第 23 條之 2，律師就受任事件得請求其所屬律師公會向證據所在之公私團體查詢，請求其報告必要之事項，故當事人可利用此制度收集證據資料。本制度特色請求主體為律師公會，故若該公會認律師之請求為無理由得為拒絕，故公會可發揮過濾律師請求之功能。且律師照會制度中受查詢之對象限於團體而不及於個人，此係因團體通常設有長期資料保存制度，不僅可信度較高，亦較具有提出資料之可能性。參黃銘傑、高啟霽（2013），〈證據保全相關制度之探討—以日本法為借鏡〉，《全國律師》，10 月號，頁 11。

⁵⁸⁴ 邱聯恭（2005），〈民事訴訟法修正後之程序法學－著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向〉，《月旦法學雜誌》，第 118 期，頁 175。

⁵⁸⁵ 黃銘傑、高啟霽（2013），〈證據保全相關制度之探討—以日本法為借鏡〉，《全國律師》，10 月號，頁 16。

⁵⁸⁶ 論者認日本照會制度在相對人不配合時並無制裁規定，使其規範意旨有所減損。參劉玉中（2005），〈民事訴訟上證據收集之研究〉，國立台北大學法學系博士論文。

之當事人負擔（第 78 條），然法院亦應考慮酌量情形而命勝訴當事人依比例負擔（第 81 條）。

另從美國法上之錄取證言（deposition）所可獲得之另一啟發是，應考慮在公證法或民訴法中增訂相當規定，承認：當事人本人、證人或鑑定人，在一定條件下，可在公證人（法院公證人或民間公證人）面前經具結後，就所見聞、知悉之特定事實，為證言或陳述，據以作成公、認證書，並就偽證（虛偽陳述）之處罰為規定，藉此以發揮使本案訴訟之受訴法院可在程序之前階段，參酌當事人所提出之具結陳述書或錄取證言書，整理爭點、掌握案情，以利審理集中化⁵⁸⁷。論者前開說明，係欲擴大證人書狀陳述之態樣，影響所及，新法即於第 305 條第 2、3 項增訂「法院認為適當者之書狀陳述」及「當事人兩造同意者之書狀陳述」兩種類型。接下來，須探討者乃新法第 305 條第 2 至 6 項其內容是否足可供用？可值思考的是，就主體面而言，我國新法證人、鑑定人（第 324 條）均得為書狀陳述，惟當事人本人卻未有書狀陳述之準用規定，此與美國法當事人與證人皆可為錄取證言，並不相同。為整理爭點，使當事人及法院得以掌握案情全貌而言，是否應考慮使當事人本人亦得為書狀陳述？採肯定見解者，可能謂當事人本人每為最瞭解案情之人，對於事實釐清助益甚大，且雖已有當事人聽取制度（第 203 條第 1 款、第 269 條第 1 款）及當事人訊問制度（第 367 條之 1 以下）得以運用，惟前者係於法官前為之，不若當事人先於法庭外為之，以使法官無須為此排定庭期加以審理，可節省司法資源，並有助於法院於訴訟審理之前階段先行整理爭點，達成促進訴訟之目的，而後者則已屬證據調查階段，無法幫助法院於前階段為爭點整理之工作。惟本文對此問題則採否定見解，蓋我國並未如美國法採「通知化訴答」，且對於起訴狀、準備書狀及答辯狀所要求事實之記載較為嚴格，不用到事證開示階段才讓當事人為詳細的陳述，再來，如當事人未為陳述者，復會課以失權

⁵⁸⁷ 邱聯恭（2005），〈民事訴訟法修正後之程序法學 - 著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向〉，《月旦法學雜誌》，第 118 期，頁 175-176。



制裁（第 276 條），實無須使當事人本人亦得為書狀陳述之必要。

另在我國有「當事人兩造同意者之書狀陳述」，本文認為，此態樣之操作方式與美國之「書面詢問之錄取證言」有其相似之處，亦即，雙方當事人可事先將欲詢問之問題寫於書面上，而由證人、鑑定人加以答覆，此當亦有助於整理爭點、減少開庭次數，達到審理集中化之目標。

而我國和解、調解、仲裁等訴訟外解決紛爭機制，因事證開示未如美國廣泛，故效果未能如美國預審制度彰顯，然在新法增訂第 368 條第 1 項後段之後，不僅擴大了證據保全之範圍，更重要者乃更加強化了事證開示之機能，故本文認為論理上應有助於前開紛爭解決機制之功能，而減少案件進入訴訟。

又，論者對於新法未能進一步釋放調查證據之權能予當事人，使當事人能在言詞辯論前掌握更多證據資料，就所負擔之舉證責任有充分實現之機會，在參考美國事證開示制度之後，提出建議，認我國民事訴訟程序可兼採「當事人調查先行及法院補充性職權調查雙軌制⁵⁸⁸」，並配合書狀制度以建構審理集中化之目標。而所謂當事人調查先行及法院補充性職權調查雙軌制，係指於原告起訴後至言詞辯論期日前之準備程序期間，應容許兩造當事人先互為證據資訊之蒐取，以便當事人在言詞辯論期日時能充分準備，並展開攻擊防禦。而於當事人力有未逮且為

⁵⁸⁸ 採相同概念者，可參劉玉中（2005），《民事訴訟上證據收集之研究》，國立台北大學法學系博士論文，頁 313-315。論者認為，基於修正之辯論主義（其將協同主義定位為辯論主義之修正或補充），原則上由當事人負第一線之訴訟資料收集責任，法院居於第二線協助當事人為證據收集（垂直關係之分配），至於負第一線的訴訟資料收集責任之當事人究竟為兩造當事人中之何造當事人（水平關係之分配），則並非辯論主義所能涵蓋之射程範圍，而須由其他之學理補充。其因而認為，應將證據收集獨立出來，而異於向來之民事訴訟理論上，將證據收集歸於辯論主義或主張、證明責任之概念之下，蓋在現代型訴訟證據偏在之情形，事證資料完全落在對造當事人手中，而由於主張責任與證明責任之概念，並未特別考量到證據方法未必恆為負有主張與證明責任之該造當事人所持有之情形，亦即並未顧及訴訟架構上有證據偏在情形所導致當事人訴訟地位不平等之問題。從而依據傳統主張、證明責任分配學說，將產生負有證明責任之該造當事人因無法取得證據（方法）而獲得本案敗訴之不公平結果。為避免前開情形，解決方式有二：其一，乃係依證明責任之轉換、法律上及事實上之推定、證明妨礙、不負證明責任之當事人之事案解明義務…等方式加以解決，此種方式，乃係於發生當事人間訴訟地位不平等之情形後，始亡羊補牢，謀求救濟之道，而仍然維持主張、證明責任之架構，訴訟之重心仍在主張、證明責任之階段。其二，則為充實證據收集之手段，構築完善的證據收集制度，以求根本性的解決。論者採後者，認前開問題，實肇因於制度上之證據收集手段不夠完備。若能充實證據收集之手段，使負有主張、證明責任之當事人有充分的證據收集途徑、機會，得以收集到相當之證據，而得以善盡主張、證明責任，則可避免法院依證明責任之分配而下判決所導致不公平之結果。



求真實及公平之必要，或當事人兩造均同意時，法院得為補充性之職權調查證據。

茲說明如下⁵⁸⁹：

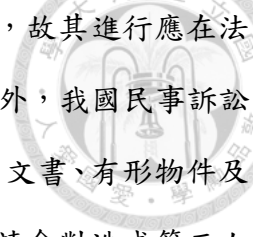
一、雙軌制運作之時間：

當事人先行調查之時間應限定在起訴後至言詞辯論期日之前，其進行之順序，原則上為原告先提出起訴狀，經法院行書狀先程序告一段落，再指定第一次準備程序期日通知兩造到場，此項通知並應註明當事人如有為先行調查證據程序之必要時，應於準備程序期日前五日（或一相當期間），提出擬行調查之方式及調查之待證事實，故除為爭點整理及確立爭點外，法院於該第一次準備程序期日應同時詢問當事人是否進行先行證據調查程序，並與當事人協商作成調查方式及進度表，並記明於準備程序筆錄中，嗣於該進度表所預定之時間屆至後，法官再指定準備程序期日，通知兩造當事人到場就其等將於言詞辯論期日提出之證據為整理，並詢問是否有法院得為補充性職權調查之事項及試行和解程序。而有關書狀先行及調查先行之程序時間，應限制為各一個月。如當事人有於調查先程序故意拖延時間或阻礙他造之調查，或調查之方式違反法律規定時，法院得依聲請裁定命當事人停止該項故意行為或違法行為，如仍不遵守指示，法院得依職權介入調查證據程序，並依他造當事人之聲請為證據之調查。

二、雙軌制運作之內容：

當事人先行調查證據部分，可參考 FRCP 就事證開示程序所規定之必要的揭露、當事人之書面查詢及事實承認之請求等方式，由當事人於法院為第一次準備程序期日通知後，向法院提出己方應揭露之內容、對他造當事人之書面查詢及事實承認之請求之書狀，而於第一次準備程序期日，由法院就兩造提出之書狀為整理及確認。而關於請求當事人或第三人為身體、精神之檢查部分，因

⁵⁸⁹ 謝碧莉（2000），〈英美 discovery 制度在我國民事訴訟程序中適用之研究〉，《司法研究年報第 20 輯第 1 篇》，司法院印行，頁 55-58。



事涉人身自由，依 FRCP 35 之規定，須先向法院聲請後為之，故其進行應在法院監督之下，從而我國民事訴訟程序適用上，亦應如此。另外，我國民事訴訟法亦應規定當事人須先釋明已曾先行請求對造或第三人提出文書、有形物件及允許進入其土地或其他財產之程序而未果後，始得向法院聲請命對造或第三人提出文書、有形物或進入其土地或其他財產為勘驗、測量等調查程序。惟前開查證方式畢竟對於當事人或第三人之財產權及生活隱私權有相當影響，故就當事人先行為該調查之方式及範圍則應有明文規定，或授權法院於準備程序期日開庭時，就調查方式、範圍及時間等為限制，並記明筆錄，以防止當事人為不當之調查，致侵害被請求人之權益。

論者上開論述，已涉及立法論層次之問題，於此係有關美國預審制度有無取代我國準備程序之可能性？多數學說乃採否定見解⁵⁹⁰，認我國與美國司法制度與文化不盡相同⁵⁹¹，僅須對我國現有準備程序加以改革亦可達成促進訴訟之成效。再就論者建議採行「當事人調查先行及法院補充性職權調查雙軌制」，觀新法第 288 條之立法理由謂：「調查證據，原應本於當事人之聲明行之，然為維護公共利益或特殊類型訴訟（如公害訴訟）而缺乏蒐集證據能力當事人之利益，以達到裁判之公平與正義，仍應許法院依職權調查證據，以濟傳統辯論主義之窮。」由此可見，法院依職權調查之情形，主要可適用於二種情形，其一係為維護公共利益，另一

⁵⁹⁰ 採否定說者，可參陳榮宗、楊建華、陳計男、史錫恩等發言部分，〈預審制度與準備程序之再檢討〉，民訴法研究會第 47 次研討報告，《民事訴訟法之研討（四）》，頁 676-684、688。

⁵⁹¹ 例如，美國民事訴訟制度係採當事人對立主義，訴訟之進行由兩造為之，在預審程序兩造律師，如同我國法官一樣，有傳喚證人，要求提出物品文件，檢驗關係人身心狀況，實行勘驗等權力，在言詞辯論期日由兩造律師詰問並交互詰問當事人、證人、鑑定人。自訴訟程序之開始至終結，應嚴格遵循一定順序。易言之，律師在訴訟法上有極其重要之主動的任務，法官只是消極的聽訟而已。在此種訴訟構造之下，要使訴訟案件集中審理，言詞辯論進行迅速，儘速終結，必須有美國型之預審程序，使兩造律師對言詞辯論有充分準備之機會。反之，在我國民事訴訟法雖亦有準備程序之規定，但實際上由於法官在訴訟程序居於主動指揮之地位，由其調查證據，兩造律師並無調查證據方法之權力，不能傳喚證人、鑑定人，亦不能實施勘驗或要求關係人提出物品文件等等，只是居於輔助法官之地位而已。此外，美國當事人在預審會議未提出之證據或主張，以後即行確定，不能於審理庭提出，更不能於上訴審提出。但我國情形則不同，由於第二審係第一審之續審，當事人卻往往於第二審提出第一審準備程序所未提出之新證據。楊崇森（2015），《遨遊美國法：美國法制的實務與運作》，新北市：台北大學，華藝學術出版，頁 280。

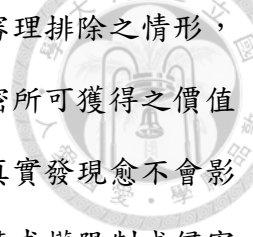
則係於有事證偏在於一造當事人之現代型訴訟⁵⁹²。而依論者所述，似未對法院補充性職權調查作任何限制，僅須當事人調查先行未果，法院即得為職權調查，此與新法欲合理限制法院職權調查之範圍即有所違背。本文認為，除上開受美國法之啟發有再加以參酌引進於我國之事證開示方法外，依新法擴大當事人之事證蒐集權，其修正內容已近似美國法，實無須揚棄我國現有制度而完全引進與我國截然不同之法制。

另外，我國法對於「當事人」證據提出義務，並未採「直接強制」，而係以間接強制為原則，即當事人無正當理由不從提出文書或勘驗物之命者，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（第 345 條、第 367 條）；然「第三人」持有文書或勘驗物之情形，則不限於「間接強制」（法院得以裁定處新台幣三萬元以下罰鍰），尚可施以「直接強制」（第 349 條、第 367 條）。則，對於當事人是否有課以「直接強制」之必要⁵⁹³？本文採否定見解，蓋直接強制不僅須增加額外花費，且開闢一新之執行程序，交由執行法院處理，對於當事人亦係一種負擔，並將造成訴訟延滯，此不啻是增加當事人之勞力、時間、費用，而不利於當事人之程序利益，反不如依第 345 條、第 367 條所規定之「間接強制」，其執行成本較為低廉，而能保障當事人之程序利益。而對照美國 FRCP 37(c)(1) 之規定，對於當事人未遵守事證開示之制裁，亦未採直接強制之方式，此與我國法並無不同。

最後，在秘密保護程序方面，如限制當事人本人之閱覽權及辯論權，通常必須容許其律師或訴訟代理人予以閱覽以準備辯論，若連訴訟代理人或律師亦加以排除在場之方式，係對聽審請求權或在場見證權之完全剝奪，並不適當。此時，

⁵⁹² 沈冠伶（2015），〈消費者損害賠償團體訴訟之事案解明及證據調查—從自來水案到塑化劑案〉，《台灣法學》，第 263 期，頁 59。

⁵⁹³ 此問題之提出，係因智慧財產權審理案件法第 10 條第 1 項、第 2 項規定：「文書或勘驗物之持有人，無正當理由不從法院之命提出文書或勘驗物者，法院得以裁定處新臺幣三萬元以下罰鍰；於必要時並得以裁定命為強制處分。前項強制處分之執行，準用強制執行法關於物之交付請求權執行之規定。」，可知，該法並未區分主體而作不同規範，未如新法第 349 條第 1 項限於「第三人」持有之情形，而同時適用於「當事人」。



就聽審請求權受限制之當事人方面而言，應考慮：(1) 將其從審理排除之情形，誤判之危險性高低程度為何。比較考量排除訴訟參與人知悉秘密所可獲得之價值及錯誤判決危險性之結果，如當事人之聽審請求權受限制，對真實發現愈不會影響，則越得正當化保護秘密措施；(2) 保護措施對當事人聽審請求權限制或侵害之程度，其程度愈是嚴重，為維持當事人之程序主體地位，愈不得允許⁵⁹⁴。職是，依類型區分，在本人訴訟之情形，若對其聽審請求權加以限制，宜由法院選任特別代理人。在現行法上，關於證據保全程序已規定，他造當事人不明或調查證據期日不及通知他造者，法院因保護該當事人關於調查證據之權利，得為其選任特別代理人（第 374 條第 1 項），為適當保護業務秘密，法院宜活用此條規定，類推適用於聲請人之情形，以維護其利益⁵⁹⁵。至於，在有委任律師之情形，此時，可能發生之情況有二，一是僅排除當事人本人之情形，其代理人仍得行使聽審請求權，則我國法並無如 FRCP 26 (c) (G) 之規定，法院可限制於事證開示程序在場之人（如訴訟代理之律師）不得將其到場見聞之事實告知當事人，然美國法之規定，在我國智慧財產案件審理法第 11 條第 3 項⁵⁹⁶即有類似規定，而其適用範圍僅限於「營業秘密」，則屬於當事人或第三人「隱私」之情形即產生漏洞，在民訴法隱私與業務秘密並列之情況下（參第 195 條之 1、第 242 條第 3 項、第 344 條第 2 項），隱私亦應有加以保護，防止對造在訴訟外予以透露之必要，故實有參酌智慧財產案件審理法第 11 條第 3 項予以增設於民訴法中；另一是當事人本人及其律師皆予排除之情形，此時，聽審請求權即受到重大侵害，因此，除非排除兩者仍能期待就必須判斷之爭點，不經彼等對席辯論亦得發現真實之情形（例如，在證據調查開始前，無合理之懷疑，主張事實為真實或非真實已能預先確定），否則，將代理律師予以排除，必須於有具體事實足認律師故意違反守密義務（默示義務）之情

⁵⁹⁴ 許士宦（2005），〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 402-403。

⁵⁹⁵ 沈冠伶（2014），〈當事人公開原則與秘密保護程序－最高法院 102 年度台上字第 235 號判決及相關判決之評釋－〉，《台灣法學雜誌》，第 253 期，頁 57。

⁵⁹⁶ 智慧財產案件審理法第 11 條第 3 項規定：「受秘密保持命令之人，就該營業秘密，不得為實施該訴訟以外之目的而使用之，或對未受秘密保持命令之人開示。」。

形，始能正當化。例如，該律師故意將他造或第三人之營業秘密洩漏於其委任人，或為競爭而以其他方法利用於委任人以外者。惟在此種情形，亦應賦予當事人陳述意見後始選任其他律師或適當之人為特別代理人（類推適用第 374 條）⁵⁹⁷。



第三節 準備程序與預審會議之比較

第一項 準備程序與預審會議之相異點


首先，美國法官在預審會議中得處置之事項有：協助當事人整理爭點及簡化爭點、訴狀格式之修正、當事人證據資料之整理（包含證據得否使用於審判庭之處置）、控管事證開示程序之進度、試行和解、處理當事人之聲請事項、命當事人儘早提出書狀等（參 FRCP 16 (c) (2)）；而我國受命法官在準備程序中得處置之事項為：命當事人提出圖案、表冊、外國文文書之譯本或其他文書、物件、將當事人或第三人提出之文書、物件，暫留置於法院、行勘驗、鑑定或囑託機關、團體為調查、命當事人就準備書狀記載之事項為說明、命當事人就事實或文書、物件為陳述、整理並協議簡化爭點等（參第 272 條第 1 項準用第 203 條、第 269 條第 1 款至第 4 款以及第 270 條之 1 第 1 項）。其中最大之不同點即為我國法院於言詞辯論期日前（準備程序中）得自為調查證據之行為⁵⁹⁸。且與 FRCP 16 (c) (2) 所列舉之 16 項事項相較，其內容繁簡有別，美國規定似較為詳細、具體。

另依 FRCP 16 (b) (1)、(c) (2) (F) 規定，法官於預審程序中，得召開程序進度會議，或以電話、信函等方式，促成當事人協商程序之進度，並於達成協議後，由法官為程序進度表之裁定，且於預審會議中審查兩造是否依進度進行預審程序。而我國則無類似規定，訴訟程序之進度均由法官自行決定及控制⁵⁹⁹。從而，

⁵⁹⁷ 許士宦（2005），〈文書之開示與祕匿〉，《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林，頁 403。

⁵⁹⁸ 謝碧莉（2000），〈英美 discovery 制度在我國民事訴訟程序中適用之研究〉，《司法研究年報第 20 輯第 1 篇》，司法院印行，頁 45。

⁵⁹⁹ 謝碧莉（2000），〈英美 discovery 制度在我國民事訴訟程序中適用之研究〉，《司法研究年報第 20 輯第 1 篇》，司法院印行，頁 44-45。



在整個預審程序中，美國法官僅立於次要、被動、輔助的地位，例如程序進度之擬定須經過當事人參與而決定，預審會議亦由當事人參與而協商決議。我國法院於言詞辯論前之準備程序，則立於主導、指揮、決定者之地位，例如法官負責指揮準備程序期日之進行，並得禁止當事人之發言，法官主導發問之程序（第 272 條第 1 項準用第 198 條、第 200 條），故我國法官就訴訟程序之進行顯然較美國法官有更大之權限及自主空間⁶⁰⁰。

我國於準備程序中有區分所謂「爭點簡化協議」與「由法院所為之爭點整理」，而「爭點簡化協議」又可再細分為「由受命法官所為之爭點簡化協議」（第 270 條之 1 第 1 項第 3 款）及「由當事人雙方所為之爭點簡化協議」（自律性爭點簡化協議）（第 270 條之 1 第 2 項），而此兩種爭點簡化協議雖同樣以尊重當事人之法之主體性，而賦予當事人有程序處分權為前導法理，亦即，協議是否成立，最後仍由當事人兩造自主決定，然區別之關鍵即在「是否經由法官促使為之」而有所區分。但在美國法上並未如我國有「爭點簡化協議」與「爭點整理」之區分，而是由法官與當事人及其代理律師，在法官辦公室中之會議室內，以非正式開庭之會議形式進行，由法官充分行使闡明權，並使兩造充分交換意見以達成協議，職是，美國法上應僅有我國之爭點簡化協議。另從預審裁定之作成方式加以觀察，有的法官在正式的公開法庭，當場決定，由紀錄員作成紀錄，或另行下書面裁定；有些法官則命當事人草擬預審裁定之文稿，由法官審查無誤後簽名下達⁶⁰¹，從而，美國「爭點簡化協議」之種類應與我國相同，包括「由受命法官所為之爭點簡化協議」及「由當事人雙方所為之爭點簡化協議」二類型。

再者，將「爭點簡化協議」之我國法第 270 條之 1 第 3 項與 FRCP 16 (e) 當事人可不受拘束之例外規定相較，我國則多了兩種情形，一是經兩造同意變更，二是因不可歸責於當事人之事由。至於「顯失公平」之例外規定，則係皆有規定。

⁶⁰⁰ 謝碧莉（2000），〈英美 discovery 制度在我國民事訴訟程序中適用之研究〉，《司法研究年報第 20 輯第 1 篇》，司法院印行，頁 45-46。

⁶⁰¹ 蔡兆誠（1998），〈集中審理如何可能？-美國民事訴訟中 Pretrial 制度簡介（下）〉，《律師雜誌》，6 月號，第 225 期，頁 95。

美國法官在預審裁定中所表明之事項，包括「兩造當事人所表明不爭執之事項」、「兩造當事人所各自提出之事實上與法律上主張」、「須留待公判程序解決之爭點」以及「當事人於公判程序中各自所欲提出之證據方法」等⁶⁰²，對比我國準備程序筆錄應記載事項：「各當事人之聲明及所用之攻擊或防禦方法」、「對於他造之聲明及攻擊或防禦方法之陳述」、「第 270 條之 1 第 1 項所列各款事項及整理爭點之結果」（第 271 條）。可知，前開兩項即「命當事人就準備書狀記載之事項為說明」及「命當事人就事實或文書、物件為陳述」（第 271 條第 3 款、第 270 條之 1 第 1 項第 1 款、第 2 款）與美國預審裁定所載「兩造當事人所各自提出之事實上與法律上主張」範圍相同，而實務操作上，亦會將不爭執事項、爭執事項列在準備程序筆錄中（第 271 條第 3 款、第 270 條之 1 第 1 項第 3 款、第 4 款），然而對「當事人於『言詞辯論程序』中各自所欲提出之證據方法」卻並未如美國般列出一證據清單（包含證人名單及證物名單）。

在訴之變更、追加方面，以美國訴狀之修正、補充與我國第 255 條加以比較，前已述及，依 FRCP 15 (a) (1)、(d) 之規定，原告、被告都有權利修正其起訴狀 (complaint) 及答辯狀 (answer) 一次，但必須在對方回應 (responsive pleading) 之前為之。換言之，原告必須在被告答辯之前修正起訴狀；被告也必須在原告回應其答辯之前修正其答辯狀。除了前述「修正一次」之權利外，原、被告也可聲請法院准許修正起訴狀、答辯狀。法院就聲請之准駁，「如為正義之要求」(when justice so requires)，應予准許，修正之範圍，可包括有關管轄、事實、法律、甚至變更當事人。當事人縱因疏忽、錯誤、或遲延所致，仍可聲請修正。法院如認訴狀之修正除了遲延之外，確實不利 (actual prejudice) 於對造當事人，則可駁回聲請。此外，當事人也可聲請法院准許補充訴狀，主張起訴或答辯後所發生之交易、事件。法院就此聲請之准駁有裁量權⁶⁰³。職是，在美

⁶⁰² Clark v. United States, 13 F.R.D. 342 (D.C. Or. 1952)，轉引自黃國昌 (2008)，〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 212-213。

⁶⁰³ 舊法第 255 條規定，訴之變更、追加在訴狀送達後，除經被告同意或不甚礙被告之防禦及訴訟

國法上，訴狀送達他造後，當事人仍可自由修正，無須如我國法須符合七款事由方得為之，惟依 FRCP 15 (a) (2) 之規定，則在 FRCP 15 (a) (1) 以外之其他情形，當事人修改訴狀僅得以得到他方之書面同意或法院准許方得為之，但法院「如為正義之要求」(when justice so requires)，應予准許，故依此規定，從法條形式觀之，似乎較我國法限縮，然所謂「如為正義之要求」卻容有相當彈性之解釋空間。

在此須提請注意的是，FRCP 15 (a) (2) 規定如為正義之要求，法院可就此情況「無拘束地」(freely) 准許，是否可解讀成美國准許訴之變更、追加之要件比我國寬鬆許多？首先，須澄清之觀念乃，美國民事訴訟之訴訟標的認定基準為何？目前主流的標準係擺脫類似大陸法系之新舊訴訟標的理論之論爭，而以「紛爭事實」(transactional view) 作為界定訴訟標的之基準，而作為界定其訴訟標的之「transaction」之概念係相當地具有彈性，其範圍甚至比我國新訴訟標的理論之範圍更廣闊⁶⁰⁴，因此，在此紛爭事實範圍內，另為提起或變更一新的實體法上權利，在美國法上未必會構成訴之變更追加，故若從我國舊訴訟標的理論之觀點很容易誤認為在美國法上亦會構成訴之變更追加。再來就是，若真的構成訴之變更追加，則法院尚會去考慮是否對於他造當事人會產生突襲。職是，從訴訟標的的角度加以觀察，就以我國實務所採舊訴訟標的理論而言，因訴訟標的的範圍狹隘許多，在我國會構成訴之變更追加的情況，在美國未必會構成，但若真的構成訴之變更追加之情況下（包括當事人及訴之聲明之變更追加），在我國新法亦強調紛爭解決一次性而寬認第 255 條訴之變更追加之情況下，似乎與同樣強調紛爭解決一次性的美國已相趨近。

而美國聯邦法院依當事人於預審程序 (pretrial process) 中所協議簡化爭

之終結者，不得為之。從而，論者認為美國訴狀關於修正、補充之規定 (FRCP 15(a)) 較我國規定有彈性，並認從一次紛爭解決 (訴訟經濟) 之觀點，只要給被告適當之準備防禦，不會在程序上對被告不公平，即應准許原告之請求。蔡兆誠 (1998)，〈集中審理如何可能？-美國民事訴訟中 Pretrial 制度簡介 (上)〉，《律師雜誌》，5 月號，第 224 期，頁 64、69 註 13。

⁶⁰⁴ 黃國昌 (2010)，《民事訴訟理論之新開展》，台北：元照，頁 387、頁 392 之註 24、頁 393-394 之註 28。

點之範圍作出預審裁定 (pretrial order) 後，即強調以此爭點範圍控制後續公判程序之審理重要性。亦即，除非有法文所示之例外，否則當事人不得提出未於預審裁定中表明之攻擊防禦方法，同時所有未於預審裁定中表明之爭點，原則上均將被排除在審理範圍外而產生失權效果⁶⁰⁵。

我國法上關於逾時提出之制裁對象及方式，主要係以當事人為主體，在方法上係限制其提出新攻擊防禦方法，以致其可能遭受裁判上之不利，採間接制裁之方式。而在美國，對於當事人之制裁上包含額外之金錢上不利益，且可能對於律師課以制裁措施。就我國現行實務而言，由於一造未遵期或遲延提出攻擊防禦方法常有因律師之行為所致，而當事人如因受失權制裁以致獲敗訴判決，亦少有或難能對律師請求負損害賠償責任之情形，論者認，為能強化律師於訴訟程序上之責任，以進行有效率之爭點整理及審理活動，落實集中審理制度，於使當事人之律師得參與審理計畫或庭期表之擬定下，或可考慮增設因律師未遵期提出書狀或拒絕依法院之命履行一定程序上義務時，對於律師課以一定制裁（如罰金）之規定⁶⁰⁶。

第二項 我國準備程序之解釋論、運作論及立法論

第一款 爭點整理與簡化協議相關問題探討

在美國預審程序中，法官與當事人及其代理律師，在會議室裡以非開庭之方式，在輕鬆之氣氛中商談，可充分交換意見，關於訟爭事項，係由兩造當事人或其代理律師提出並予確認而達成協議，最後由法院作成一預審裁定，職是，美國並無爭點整理結果，僅有爭點簡化協議，已如前述。

⁶⁰⁵ 黃國昌等（2009），〈爭點整理後之客觀訴之變更追加-以「請求之基礎事實同一」為中心-〉，民訴法研究會第 101 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十六）》，頁 235 註 36。

⁶⁰⁶ 沈冠伶（2014），〈從「超國界民事訴訟原則」論民事訴訟中法院與當事人之任務分配—「協力」作為民事訴訟之基本原則〉，《月旦法學雜誌》，第 228 期，頁 47-48。

就原告於爭點整理後聲明訴之變更追加之問題，論者有謂，不論係藉由「當事人之爭點協議」抑或係透過「由法院所為之爭點整理」而特定原告主張之訴訟標的，自實務見解觀察，除須符合第 255 條但書之容許性要件外，在「當事人之爭點協議」尚須考量第 270 條之 1 第 3 項，而在「由法院所為之爭點整理」則須考量第 276 條，觀諸前開二條文之規定，「不可歸責於原告」與「顯失公平」均係共通之例外排除事由。職是，原告於爭點整理後聲明訴之變更追加所產生之制約效果而言，區分兩種不同之爭點整理程序，是否具有任何實質之意義？

本文認為區分「當事人之爭點協議」與「由法院所為之爭點整理」仍具有實益。蓋我國與美國所採訴訟制度並不完全相同，美國係採「當事人對審制度」，法官介入程度不及我國，此亦係為何美國僅有當事人之爭點協議，而我國則除了可由當事人自行為爭點之簡化協議外，尚可由法官主導所作成之爭點整理。再者，比較我國法第 270 條之 1 第 3 項與第 276 條之例外排除事由，前者事由有三，即：一、經兩造同意變更；二、因不可歸責於當事人之事由；三、依其他情形協議顯失公平者。後者事由有四，即：一、法院應依職權調查之事項；二、該事項不甚延滯訴訟者；三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者；四、依其他情形顯失公平者。交叉比對之下，可得出二條文不同之規定，前者係多出「經兩造同意變更」，而後者則係多出「法院應依職權調查之事項」與「該事項不甚延滯訴訟者」，然本文認為，有關「法院應依職權調查之事項」與「該事項不甚延滯訴訟者」之規定，前者之主體既係「法院」，則與第 270 條之 1 第 3 項所規定之主體係「當事人」有所不同，當無此例外事由存在，而後者之情形，既係當事人就「主張之爭點」為協議，必在作成該協議前就各種情況為充分考量，故應受拘束，不可以不甚延滯訴訟而於後追復之，故亦無此例外事由存在。職是，上開二條文之比較重心即在「經兩造同意變更」之上。論者有謂，對於在當事人作成爭點協議之情況下，是否可任意「經兩造同意變更」，一造當事人即可不受限縮爭點協議之拘束，提出原定爭點範圍外之新爭點？而其認為，應以「當事人之

控制權限」優於「提昇制度整體之運作效率」。亦即，若依照論者之邏輯脈絡，就一造當事人未於準備程序中提出但卻於言詞辯論程序提出新的攻擊防禦方法，若他造當事人表示無異議（包括明示或默示），只要雙方當事人非惡意地延滯訴訟而構成訴訟程序之濫用，法院即不必再過度強力介入，拒絕為實質之審理認定而依職權自行將該新攻擊防禦方法予以駁回。且如此解釋，與在被告同意，原告即得為訴之變更追加（第 255 條第 1 項第 1 款）之規定，在價值取捨上較具一致性。再者，一方面依第 270 條之 1 第 3 項「兩造同意變更」之例外事由，而允許新爭點之提出，而另一方面卻認為縱使原告同意，由於第 276 條未設有此例外事由，法院仍得依職權駁回此新的攻擊防禦方法，將產生極不協調之結果。職是，此解釋方法，亦有助於消弭第 276 條與第 270 條之 1 在例外容許事由之界定上，所存在之潛在衝突⁶⁰⁷。

本文認為，在條文規定有「當事人同意」之法文下，係立法者在立法政策上已作出優先尊重當事人法主體性之選擇，貫徹程序選擇權之法理，並尊重當事人之程序處分權，從而上開論者所述「『當事人之控制權限』優於『提昇制度整體之運作效率』」，本文從之。然而，對於論者並未區分「當事人之爭點協議」與「由法院所為之爭點整理」，且將第 276 條與第 270 條之 1 在例外容許事由之界定上模糊化之見解，則持質疑態度。蓋本文認為，仍應區分是否為當事人「已主張之爭點」而劃歸於「當事人之爭點協議」之部分來做探討，而若係未被發現之爭點之情形，則應屬「由法院所為之爭點整理」之部分，而易其效果。因此，若屬「當事人之爭點協議」之範圍，則立法政策上既已規定「兩造同意變更」之例外容許事由，則價值選擇上此已優於「適時提出主義」；若屬「由法院所為之爭點整理」之範圍，則仍應受到「適時提出主義」之制約。

再者，美國預審會議係不在法庭上進行，而係在法官辦公室裡之會議室進行，

⁶⁰⁷ 改寫自黃國昌（2009），〈限縮爭點之拘束與新攻擊防禦方法之駁回-以「促進訴訟之效率性價值是否為當事人所能處分？」為中心-〉，《台灣法學》，第 119 期，頁 44-45。

然觀諸新法規定「準備程序得不在公開法庭為之…受命法官於行前項程序認為適當時，得暫行退席或命當事人暫行退庭」之用語，似仍須在法庭為之，只是可以不在公開法庭為之。若是如此，則難免法庭上應有之格局與形式，例如法官、訴訟代理人律師仍須穿法袍，有一定之座位等等，這些都會影響準備程序實施之真正效能，如同美國預審會議不拘形式之氣氛可能無法達成⁶⁰⁸。

對此，上開見解似未區分「自律性爭點簡化協議」與「由法院所為之『爭點整理』與『爭點簡化協議』」之情形而分別討論。亦即，上開論者所述，乃係屬「自律性爭點簡化協議」(第 270 條之 1 第 2 項)之情形，此時，既僅有兩造當事人(或其代理律師)在場，則或可經由法官視情況安排，而使得當事人(或其代理律師)仍留於法庭(此時須穿著法袍)或至協議室或協商室(此時無須穿著法袍)而為爭點協議。至於若係由「法院所為之爭點整理」，則此時，既由法官於法庭中為之，則為建立人民對於法庭莊嚴肅穆之感，在場之人實不宜過於鬆散，故法官、律師仍宜以穿著法袍，並坐在固定之位置上為宜。而若屬「由法院所為之爭點簡化協議」(第 270 條之 1 第 1 項第 3 款)，並由條文規定「得不用公開法庭之形式行之」觀之，則此時雖由法官主導，然法官則可至協議室或協商室與兩造當事人(或其代理律師)進行爭點協議，並且無須如法庭般有一定之格局與形式，亦無須身穿法袍，故可達與美國預審會議相同功效。

最後，新法第 270 條之 1 第 2 項之規定，兩造就簡化爭點協議要共同向法院陳明，然法院對此陳明是否須加以處理？是否須作個核定之裁定？經裁定核定後兩造便不能再爭執。亦即，究竟是要作個裁定來核定，經核定後不能變更？還是兩造以後仍得隨時同意變更⁶⁰⁹？另外，若核定爭點之裁定，全由受命法官行之，但準備程序僅由受命法官進行，而在合議庭必須三個法官總決，受命法官不能一個人決定，則受命法官所為裁定究竟要發生如何之拘束力？且受命法官雖公開心證，

⁶⁰⁸ 范光群發言部分(1993)，民訴法研究會第 47 次研討，頁 673-674。

⁶⁰⁹ 張特生(1993)，〈預審制度與準備程序之再檢討〉，民訴法研究會第 47 次研討報告，《民事訴訟法之研討(四)》，頁 670-671。

然在合議庭審判時，對另外二位法官並無拘束力，此時是否公開心證便無作用⁶¹⁰？

首先，上開條文中所稱之「陳明」，其意為何？須先加以說明。而比較新法第 270 條之 1 第 1 項及第 2 項之規定，第 1 項是在法官面前為之，第 2 項則不在法官面前為之，故第 2 項所謂「自律性爭點簡化協議」係屬「訴訟外」之行為，若當事人不向法院陳明，法院即無法得知當事人之協議內容，當然無法採納，故條文規定須向法院陳明。至於應以何種方式陳明？新法對此則未加以規定，故在開庭時或以寫狀方式陳明均無不可，但為了使訴訟進行較有效率，在開庭前先陳報給法院，應較為妥適。

按爭點簡化協議具有「訴訟契約」之特性，係兼有程序法及實體法上要素之一種程序選擇契約或混合契約，職是，兩造共同向法院陳明，法院縱未為裁定，當事人仍應受拘束，如須變更須符合同條第 3 項之例外事由。然為使法院及當事人對於案件之爭點及後續之證據調查有一明確遵循方向，法院對此陳明，仍應記載於準備程序筆錄中，本文認為應類推適用第 271 條第 3 款之規定。

再者，為促使受命法官所行準備程序發揮應有之爭點整理功能，應擴大其得為中間裁判之權限範圍，例如，在容許受命法官得就訴訟參加之許否、承受訴訟之許否、訴之變更、追加之許否等為裁判。最少在當事人合意求受命法官為裁判時，依保障程序選擇權之法理及促進訴訟、審理集中化之要求，似鮮有予以排拒之實益⁶¹¹。從而，在獨任法官亦可行準備程序之情形，因前、後階段法官均相同，故並無上開論者所述疑慮外，在合議審判之案件，參酌前述論者之見解及新法之修法目的（集中審理），應肯認受命法官在準備程序中應為爭點整理，而對於上開論者之疑慮，本文認為解決之方法有二，其一為，受命法官所為核定爭點之裁定並不拘束後來合議庭所為爭點之認定，然此時爭點之變更既不可歸責於當事人，則應容許當事人提出新的攻擊防禦方法，而不受失權制裁，其二為，參酌「司徒

⁶¹⁰ 楊建華發言部分（1993），民訴法研究會第 47 次研討，頁 681。

⁶¹¹ 邱聯恭（1993），於民訴法研究會第 47 次研討會之書面資料，頁 701。

加特模式」之程序進行中，有關「預先評議」之部分⁶¹²，由受命法官在當事人書狀交換至一定程度，或雖未踐行書狀交換，然當事人已然於幾次開庭中陳述出足夠程度之事實後，在於欲整理爭點之該次開庭前，合議庭先舉行一次「預先評議」，由受命法官報告事實要點、可能涉及之法律規定，並列出該案法律問題之清單，然後進行討論，並擬出本案所涉爭點載明於其內部之備忘錄上，則此時受命法官依擬定之爭點所為之裁定，合議庭即應受拘束，而當然此時受命法官公開心證之重要功用可能係轉移至當事人是否為訴之變更、追加及證據之提出。本文認應以後項作法較為妥當，蓋前項作法將造成受命法官前所為之訴訟程序整個加以廢棄，對當事人之程序利益產生嚴重不利影響。

第二款 失權效中「顯失公平」之解釋論

對於逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁，論者有認，美國法對此所關懷之重心係置於「對他造當事人之公平」上，此與我國法所追求「促進訴訟與提昇審理效率」形成鮮明之對比。亦即，美國法在論及當事人於公判中所提出未於預審程序標定為爭點之攻擊防禦方法是否應予駁回時，法院所考慮之因素，雖然亦包括審理該逾時提出之攻防，對終結公判程序所可能產生之干擾外，惟其顧慮之重心，仍係若允許此種新攻擊防禦方法之提出，對他造當事人所可能產生之不公平。從而，要求當事人在準備程序中提出所有之攻擊防禦方法，其重要之目的在於爭點之特定與限縮，對當事人而言，亦即預告其有必要就該等爭點審理所必要之事證，進行蒐集保全。相對地，就一造當事人所未提出爭執之事項，他造當事人即產生一定之信賴（即在接下來之集中審理程序中不得再逾時提出），從而亦無必要積極地就相關之事證進行全面地蒐集保全，以省卻不必要之勞費。在此觀點下，一造當事人於言詞辯論時提出其在準備程序中並未提出之攻擊防禦方法，所涉及之問

⁶¹² 關於「司徒加特模式」進程序之詳細介紹，可參吳從周（2005），〈「集中審理原則」實施滿五週年再考－著重於回顧其在德國民事訴訟法史上之起源與在台灣之雙重繼受〉，《月旦民商法雜誌》，第8期，頁100-102。

題絕非僅係審理之遲延，同時亦包括（或許更為重要者乃在於）對他造當事人所造成之突襲⁶¹³。實則，若將第 276 條第 1 項第 4 款之所謂「公平」之內涵納入「程序上公平」⁶¹⁴，是否會產生我國法僅著重「效率性」而未將「他造當事人平等進行攻擊防禦之程序權」（公平性）亦加以保障之觀點加以納入，似值商榷。論者似將我國前開條款之「公平」以「具體個案正義實踐」（實體正義）作為解釋論之基礎，亦即將其歸納為實體利益之內涵中，惟此「公平」不應僅偏向於實體利益之中，而應橫跨於「實體利益」及「程序利益」在內。

而對於顯失公平此概括條款應如何解釋，已如前述（參第二章、第四項、第二款之說明）。依實務見解之解釋，似有將顯失公平之內涵含括「法院應依職權調查之事項」、「當事人所主張之事項不甚延滯訴訟」與「因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出」（即第 276 條第 1 項前三款）之情形在內，而認符合此三種情形者，即構成顯失公平（參頁 90-91 之說明）。然觀諸第 276 條第 1 項第 4 款之法條文義，其係規定「『依其他情形』顯失公平」，故在解釋論上應排除本條項前三款之情形，實務見解似有誤會。

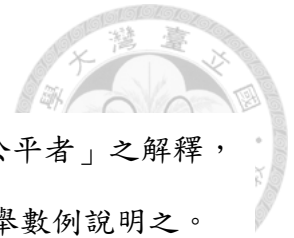
另實務見解亦有認在不符實體正義時，亦為顯失公平之情形（參頁 89 之說明），本文則認，不可僅以實體正義之不符作為顯失公平之單一衡量標準，蓋在新法就事實審理制度之目的，並非恆以客觀真實為其優先追求目標，並已兼顧訴訟促進之要求，而追求兩者平衡點上之真實為前導法理而言⁶¹⁵，應依論者所述，在顯失公平此一失權排除事由之解釋上，當特定攻擊防禦方法雖因可歸責於當事人之事由而逾時提出，若准許該攻防不致造成訴訟延滯，亦不致妨礙他造當事人平等進行攻擊防禦，而若將系爭攻防予以駁回將會妨礙實體正義之實踐時⁶¹⁶，此時才可構成

⁶¹³ 黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 208-209。

⁶¹⁴ 參前所述（第二章、第三節、第四項、第二款、第一目）許士宦教授對於「顯失公平」之解釋。

⁶¹⁵ 關於新法明文導向信賴真實主義之說明，參邱聯恭講述、許士宦整理（2012），〈口述民事訴訟法講義（三）〉，頁 106-122。

⁶¹⁶ 黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 221-224。



顯失公平之類型之一。

而對於我國第 276 條第 1 項第 4 款所謂「依其他情形顯失公平者」之解釋，或可參酌美國 FRCP 16 (e) 相關判決中之事例而得到啟發。茲舉數例說明之。

【案例一】在 *Sherman v. United States*⁶¹⁷ 案中，已故者與其妻子於 1962 年分居，惟其等在分居協議中約定丈夫必須每月支付 1500 美元之贍養費，直至妻子死亡或再婚為止。甚且，丈夫先於妻子死亡仍須從其遺產或生前信託基金 (inter vivos trust) 繼續支付該費用。1964 年，丈夫過世，遺囑執行人為遺產稅之申報時，在總遺產中扣除了每月 1500 美元之贍養費作為計算標的。然此卻不為政府稅收人員允許，認應加以計算補足之。原告 (即遺囑執行人) 因而起訴美國政府請求返還對遺產所超收之稅款。地方法院於預審裁定中特定本案唯一之爭點為「系爭贍養費給付之債務是否具有『約因』 (consideration) 而符合稅法規定得成為扣除之標的」。然而，在審判庭中，被告卻企圖提出一個新爭點，要求修改預審裁定之內容為：「系爭贍養費給付債務之價值因無法確定，因此無法成為扣除之標的，因該筆債務可能由遺產給付，亦可能由生前信託基金給付」，但地院駁回被告之請求，並判決原告勝訴。被告提起上訴，第五巡迴上訴法院認為，為防止顯不公平，若「對於對造將不會產生實質上的損害，而拒絕准予修正可能對聲請人導致不便，且此不便對法院而言尚屬輕微」 (no substantial injury will be occasioned to the opposing party, the refusal to allow the amendment might result in injustice to the movant, and the inconvenience to the court is slight)，則對於預審裁定應准予修正。職是，原告為主張遺產總值應得扣除系爭贍養費給付之債務，其所作為證據之分居協議已直接包含了「系爭贍養費究係由遺產給付或由生前信託基金給付」此項爭點。依此，地院拒絕修正預審裁定構成裁量濫用⁶¹⁸。

⁶¹⁷ *Sherman v. United States*, 462 F.2d 577(5th Cir. 1972).

⁶¹⁸ 論者認，綜觀第五巡迴上訴法院所表明之判決理由，可合理推知影響法院為此等裁判之關鍵因素，在於允許被告提出系爭新的攻擊防禦方法，一方面並不致對原告就該爭點進行攻擊防禦之程序

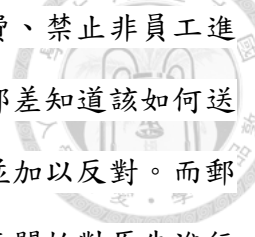
【案例二】在 Hall v. State Farm Fire & Casualty Company⁶¹⁹案中，原告 Betty Hardy Hall 主張在保險契約有效期間因房屋燒毀而請求給付保險金，而被告 State Farm 保險公司卻拒絕給付，並主張無論係原告、其丈夫 Wayne 或任何依照原告夫妻倆指示而成功地將房屋燒毀之人，原告都不可收取保險金。而下級法院作成判決，命令原告必須返還被告先前依照保險契約所預付之保險金。原告不服提起上訴，爭執下級法院對於預審裁定解釋錯誤，認為其並未將爭點限制在原告是否有參與放火之單一問題上。此從預審裁定上之記載是非常明瞭的：第一，被告 State Farm 爭執的是，到底是誰在原告有所認識、同意且合作之下放火；第二，是否因原告而導致 1988 年 9 月 23 日之火災發生。因此，基於預審裁定之記載，有關是否原告之丈夫 Wayne 放火之證據，已超出該裁定的範圍，而不應被准予爭論。然審判庭認為，在法律上若原告丈夫 Wayne 致使火災發生，依照契約被告即無責任給付保險金，法院認為在預審裁定中是有這樣的前提包含於其中，且原告丈夫依照契約亦屬法律上之被保險人，如果其致使火災發生，亦將使得契約無效。此外，在預審裁定中，原告所列之證人及證物都指出原告已有預期其丈夫 Wayne 之罪責可能成為爭點。因此，上訴法院認為預審裁定已適當地提出且保留了故意行為，包含原告丈夫 Wayne 單獨有罪亦可作為保險契約無效之基礎。原告亦有充分的意識到被告可能會試著去抗辯原告丈夫 Wayne 亦為被保險人，以及其為燒毀房屋之助手。據此，第五巡迴上訴法院認下級法院對於預審裁定之解釋並無錯誤。

【案例三】在 Galdamez v. Potter⁶²⁰案中，原告 Arlene Galdamez 出生於宏都拉斯，說英語時帶有可與區辨的腔調。在 1983 年開始工作於郵政機構，並於 1993 年年末接掌奧勒崗州 Willamina 區的郵政局長。原告於接掌郵政局長之後即馬上

權造成實質之侵害，一方面駁回此防禦方法卻有可能使得原告享有其原所根本不應享有之扣除利益。參黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 218。

⁶¹⁹ Hall v. State Farm Fire & Casualty Company, 937 F.2d 210(5th Cir. 2005).

⁶²⁰ Galdamez v. Potter, 415 F.3d 1015(9th Cir. 2005).



推行許多的新政策，例如她堅持必須即時地支付郵政專用信箱費、禁止非員工進入非公共領域，以及堅持必須退回記載錯誤地址的郵件，即使郵差知道該如何送達該郵件。這些改變都被顧客及其他的郵局員工視為具有敵意並加以反對。而郵局亦因顧客投訴原告的「野蠻」以及前開政策破壞了服務品質而開始對原告進行懲戒調查。1997年3月21日，原告之直屬上司 Bogroff 與原告及其代理人 Bob Bernal 進行調查面談。在會議中，原告堅稱許多的批評皆來自於其外國出生以及腔調而非其擔任郵政局長的表現。但幾天之後，Bogroff 告知原告自 1997 年 4 月 1 日起開始放管理假 (administrative leave)，並禁止其進入郵局之非公共區域。接著，Bogroff 提出正式的懲戒建議，以「書面警告代替管理假實施」(Letter of Warning in Lieu of Time-Off Suspension) 之方式，隨後得到區經理 Jackson 的認可。職是，原告以郵政總長 (Postmaster General) John Potter 為被告，主張基於其種族、膚色及 (或) 原生國籍之歧視違反了民權法案第 7 條之規定，而向地方法院提起訴訟。地院法官並作成了預審裁定列舉出須加以審判的相關權利主張以及事實爭點。於證據調查完畢後，原告要求修正預審裁定，而欲主張被告係具有報復性之主張亦應包含於預審裁定中，然卻遭地院駁回。對此部份，第九巡迴上訴法院認，是否准予對預審裁定為修正，地方法院須衡量四個要素：(1) 裁定之修改對被告造成損害或突襲之程度 (the degree of prejudice or surprise to the defendants if the order is modified)；(2) 被告治癒損害的能力 (the ability of the defendants to cure the prejudice)；(3) 修正所帶來對審理秩序及效率之衝擊 (any impact of modification on the orderly and efficient conduct of the trial)；(4) 要求修正之當事人是否具有故意或惡意 (any willfulness or bad faith by the party seeking modification)。而上訴法院以前揭所提四個要素加以衡量，認為地方法院駁回原告之請求並不構成裁量濫用，蓋原告對於所有支持其主張之重要證據在作成預審裁定前皆有所認識，然而，原告卻在證據調查完畢之後才提出修正的請求，此將剝奪被告對此爭點提出額外證

據或審問證人的機會。若地方法院准許原告之請求，被告僅得在預審階段的終結日當天才能對原告之報復性主張予以回應，被告可能因此而受到損害，並且無法有效地治癒該損害。故上訴法院肯認地院之見解。

【案例四】在 *Perry v. Winspur*⁶²¹ 案中，原告 Perry 於 1978 年 7 月間因操作展示車發生碰撞導致腿部及手部永久性傷害。該車所使用的燃料含有 90% 之過氧化氫 (hydrogen peroxide)。原告在 1980 年 5 月 7 日向聯邦地院提起訴訟，主張因過氧化氫之燃料接觸到原告的皮膚，而被告 Winspur 及 Summers 兩位醫生卻未即時地對原告傷口為適當處置。1983 年 5 月 11 日，經過為期 8 天的陪審團審判後，陪審團作出原告勝訴之判決。在上訴審唯一的爭點即係是否地院准予三位專家作證以防禦原告之裁定係錯誤的，因地院認為此項裁定並未對原告造成突襲亦未使其受到損害？

對於預審裁定是否准予修正，第十巡迴上訴法院認應衡量下列要素：(1) 若准許證人作證，對於反對方實際上將造成損害或突襲 (“ the prejudice or surprise in fact of the party against whom the excluded witnesses would have testified”)；(2) 當事人治癒損害之能力 (“ the ability of that party to cure the prejudice”)；(3) 准許未列舉之證人作證對比於訴訟規則予以排除，對於本案或其他案件之審判秩序及效率之干擾程度 (“ the extent to which waiver of the rules against calling unlisted witnesses would disrupt the orderly and efficient trial of the case or of other cases in court”)；及 (4) 是否惡意或故意不遵守法院命令 (“ bad faith or willfulness in failing to comply with the court’s order”)。

職是，原告主張，被告所提之 Albin 醫生在預審報告書 (Pretrial Statement) 中，其預期作證之證詞為化學燒傷治療之救護標準，而地院卻准予被告所提之預審修正報告，使 Albin 醫生對 90% 過氧化氫接觸皮膚之曝曬效果作證，此已超出原先之作證範圍。上訴法院則認，本案之重要爭點是有關原告所受之化學燒傷是否源於濃度 90% 之過氧化氫下為接觸皮膚之曝曬以及獲得適當的治療。對於任何因化學曝曬所為適當治療的討論都必然會牽涉到該化學製品曝曬之效果。對於載於預

⁶²¹ *Perry v. Winspur*, 782 F.2d 893(10th Cir. 1986).

審裁定內專家證詞之要旨應得自由地解釋。因此，上訴法院認原告對於該證詞已獲得充分的通知，而並未受到突襲。況且雖然 Albin 為整形外科醫生及為燒傷治療的專家而對高濃度之過氧化氫所知及經驗有限，對此，原告仍可藉由交互詰問去打擊證人對該知識或經驗之可信性。

另，關於 Fisher 醫生作證部分，在最初之預審報告書中，其預期證詞是有關原告傷勢之檢查、照顧與治療以及化學燒傷治療之公認標準。而原告亦承認其已有所預料 Fisher 醫生將被要求對於原告腿部感染之部分作證，且在 1983 年 5 月 9 日要求修正預審裁定之前，被告亦曾將修改事項於同年 4 月 29 日以信件通知原告。故上訴法院認為，原告有充分的機會對證人的證詞預作準備，而不會受到損害。

最後是關於 Teitelbaum 醫生作證部分，在最初之預審報告書中，其預期證詞是有關過氧化氫的性質以及因過氧化氫燒傷治療之公認標準。原本列於預審裁定之證人因經過修改而有所遺漏於新修正之預審裁定中。被告隨後注意到此遺漏，並於 1983 年 4 月 29 日以信件通知原告，載明其仍欲要求證人 Teitelbaum 醫生作證以及前開作證內容。職是，被告既已適當地通知原告其意圖，原告亦已被賦予其所需之額外時間準備對證人之反詰問 (cross-examination)，因此，原告並未受突襲亦未受到損害

最終第十巡迴上訴法院認為，原告並未證明因三位醫生證人 Albin、Fisher 及 Teitelbaum 之證詞而受有不利之突襲。且有潛在突襲之部分，地院亦給予原告充分的機會準備反詰問。此外，亦未有任何證據顯示出有惡意或故意不遵守預審命令。故上訴法院肯認地院准予修正預審裁定之裁定。

從上開美國實務見解可知，何謂「顯不公平」？於【案例一】第五巡迴上訴法院係認，若「對於對造將不會產生實質上的損害，而拒絕准予修正可能對聲請人導致不便，且此不便對法院而言尚屬輕微」而言；於【案例三】、【案例四】第九巡迴上訴法院及第十巡迴上訴法院則係提出四個要素作為衡量標準：「(1) 裁定之修改對被告造成損害或突襲之程度、(2) 被告治癒損害的能力、(3) 修正所帶來對審理秩序及效率之衝擊、(4) 要求修正之當事人是否具有故意或惡意」；於【案例二】中，依第五巡迴上訴法院之見解，當事人在預審裁定中所列之證人或證物

若可預見有其他爭點包含或隱藏於其中，即可構成顯失公平，而准許當事人提出。

對比於我國學說、實務對於第 276 條第 1 項第 4 款之「顯失公平」加以比較。在大方向上，二國可謂相同，皆係為利益衡量之比較，亦即，准許主張所保護之利益與不許主張所保護之利益，於前者顯然大於後者之情況下，始可謂為不得主張顯失公平。但在判斷「顯失公平」之細項要素上，則呈現些許之不同，例如在【案例一】所述之「…此不便對法院而言尚屬輕微」、【案例三】及【案例四】所述之「修正所帶來對審理秩序及效率之衝擊」，皆屬我國第 276 條第 1 項第 2 款「不甚延滯訴訟」所吸納，非屬同條項第 4 款之判斷要件。再者，【案例三】及【案例四】所述之「要求修正之當事人是否具有故意或惡意」，亦吸納於我國法第 276 條第 1 項第 3 款「因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者」。而上開案例中其他對於「顯不公平」之判斷要素（如【案例一】所述之「對於對造將不會產生實質上的損害，而拒絕准予修正可能對聲請人導致不便…」、【案例二】中，「當事人在預審裁定中所列之證人或證物若可預見有其他爭點包含或隱藏於其中」之情形、【案例三】及【案例四】所述之「(1) 裁定之修改對被告造成損害或突襲之程度、(2) 被告治癒損害的能力」），則可含括於我國論者在判斷顯失公平上所應考慮之「如許當事人提出，他造對該新攻擊或防禦方法進行攻防之程序保障程度」上⁶²²。職是，我國學說對於「顯失公平」之內涵已有所充實，然實務上，法院對於本條款之涵攝過程卻仍不夠細膩，故若能將學說所考量之要素實地操作於個案中，當有助於我國對於「顯失公平」概念之具體化。

附帶一提，就「顯失公平」之例外事由，美國通說、實務認為，是否依此事由修改預審裁定而允許當事人提出範圍以外之攻擊防禦方法，地方法院之法官享有一定之裁量權 (discretion)，而就此裁量權之行使，除非構成裁量濫用 (abuse of discretion)，否則上級法院應予尊重。值得注意者係，美國法將此裁量權行使定位為不僅是法院之「權限」，同時亦為其「責任」。準此，不論係法官「應裁

⁶²² 有關「顯失公平」學說上之見解，詳參頁 86-88。

量許可新的攻防而未許可」，抑或係法官「不應裁量許可新的攻防而竟許可」，在上開之審查基準下，均屬於上級審法院得以審查之對象⁶²³。

另外，我國準備程序與美國預審制度在審級功能上之差異，乃美國聯邦民事訴訟制度，僅第一審為事實審，第一審確定之事實，上級審無從變更，是故預審程序已簡化之爭點，其效力及於上級審，而依我國民訴法之規定，第二審仍為事實審，在新法下，雖第二審當事人原則上不可提出新攻擊或防禦方法，例外才可提出，惟實務運作上仍似乎擴大了第 447 條第 1 項但書之適用範圍，致使失權制裁之效果不彰，職是，在準備程序中已簡化之爭點，於第二審可能死灰復燃，從而現行第二審法院應體認民事訴訟之目的乃係為追求實體利益及程序利益平衡點上之法，非以追求實體正義為優先，對於當事人於第二審新攻擊或防禦方法之提出，應採取限縮解釋，否則即違背新法之立法旨趣，而回到隨時提出主義。

第三款 失權制裁手段之多樣化及主體擴大論

依 FRCP 37 對於違反事證開示程序之當事人，法院可對其實施制裁之情況有六種（即：「不遵守法院命令之制裁」、「未為事證開示之制裁」、「拒絕對事實自認之制裁」、「未出席錄取證言、未對書面查詢提出答覆或對一方當事人請求檢查未予回應之制裁」、「未提出電子儲存資訊之制裁」以及「未參與制定事證開示計畫之制裁」），而可實施制裁之手段亦有七種（即：「就包含於命令內之

⁶²³ 黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 2 期，頁 215-216。另有論者在介紹德國法時，說明了德國通說、實務在「下級審法院誤未駁回應駁回之逾時攻防」時，認此時無法透過上訴救濟，而採取了與美國法不同之作法。參吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，第 16 卷第 3 期，頁 119。反對前開見解者則認為，在「下級審法院誤未駁回應駁回之逾時攻防」之情況，考量之因素不僅係是否造成審理遲延，尚涉及對他造當事人之信賴保護與突襲防止，因而於此情形，當事人可上訴救濟，採與美國法相同見解。參黃國昌（2006），〈誤未駁回逾時攻防之法律效果〉，《月旦法學教室》，第 43 期，頁 17。另有論者雖係對第二審法院疏未駁回第二審逾時提出之新攻擊防禦方法之情形，認可提起第三審上訴加以救濟之可能性，惟本文認為，依該邏輯，論者在此問題上似亦應會採取可上訴救濟之見解。參許士宦（2003），〈第二審程序新攻擊防禦方法之提出〉，《程序保障與闡明義務》，台北：學林文化，頁 392。Also see George D. Fagan, Defaults, scheduling, orders and other traps for the Federal Court litigant, Leake & Andersson, L.L.P, 9(Dec. 16, 2008); Hall v. State Farm Fire & Casualty Company, 937 F.2d 210(5th Cir. 2005).

事項或其他為達訴訟目的所特定之事實，視為當事人之主張為真、「禁止違反命令之當事人支持或反對特定之請求或抗辯，或禁止其提出特定事項當作證據」、「刪除當事人所請求事項之全部或一部」、「停止訴訟程序直至命令被遵守為止」、「駁回訴訟或程序之全部或一部」、「對違反命令之當事人作缺席判決」、「對任何未遵守命令之行為視為藐視法庭」），可見其詳細之程度。而在我國依對比之方式與美國實施制裁之情況整理如下：

- 一、未遵守法院裁定之情形，係以「準用第二百七十六條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌之」（第 268 條之 2 第 2 項）作為制裁手段（對比於「不遵守法院命令之制裁」）。
- 二、未適時提出事證資料之情形，係以「於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之」之失權效（第 276 條）作為制裁手段（對比於「未為事證開示之制裁」）。
- 三、當事人未盡其所負陳述義務（第 195 條第 2 項）及訴訟促進義務（第 266 條第 1 項、第 2 項），而對於他造所主張之事實提出答辯以使否認達到具體化之情形，應認不具否認適格性，而可視同自認（對比於「拒絕對事實自認之制裁」）。
- 四、無正當理由不從提出文書或勘驗物之命之情形，係以「認他造關於該文書（或勘驗物）之主張或依該文書（或勘驗物）應證之事實為真實」（第 345 條第 1 項、第 367 條）作為制裁手段（對比於「未出席錄取證言、未對書面查詢提出答覆或對一方當事人請求檢查未予回應之制裁」）。

故我國與美國兩相對照之下，可發現有關「未提出電子儲存資訊」之情況，我國是否有相關條文規定？是否有於條文中將電子儲存資訊獨立出來之必要？觀查第 363 條之修正沿革，立法者早於 1996 年即增訂第 2 項，並於立法理由中說明：「隨科技之進步，利用磁碟片、磁帶、錄音帶、錄影帶、縮影膠片等科技設備作成文書或保存文書、資訊等之運用，日漸廣泛；於訴訟中，舉證人以前開科技設備所保存之內容作為證據資料，聲請調查時，如未顧及該等證據方法之特異性，

一律依原條文準用本目（按：即「第四目，書證」）之規定，令持有人必須提出原件時，恐有窒礙難行之處；爰增設第二項，規定證據方法須以科技設備始能呈現其內容或提出原件有事實上之困難者，提出人得僅提出呈現其內容之書面並證明其內容與原件相符，以代原件之提出。」可知，立法者確有預見科技進步對未來採證方法之影響，然此等證據資料之提出仍須以「原件」或證明其內容與原件相符之「書面」提出，換言之，仍須提出紙本資料，此不僅與現今環保概念（減少紙張不必要之浪費、無紙化作業）不符，且與現代人大部分都將資訊放在電子設備之習性亦背道而馳，故未來電子證據應成為趨勢，而對於電子證據之「勘驗」，將成為修正關注之重點。另外，美國法上有關電子儲存資訊之相關問題，例如：將產生大量之訴訟費用、是否應將費用轉嫁於聲請人、因過失將資訊揭露應如何處理等問題，勢將同樣在我國發生，故美國實務與學說之動向，即可為我國立法者之參考。

而對於「未參與制定事證開示計畫」之情形，其係屬案件管理之一環，蓋事證開示計畫之提出，通常皆與預審會議相結合，而我國於晚近採行爭點集中審理制度後，論者即有倡導受訴法院應進行計劃性審理（即美國之案件管理）⁶²⁴，亦即，參酌 FRCP 16（b）關於程序期日進行之規定。我國關於程序形成及實體形成，亦應儘可能由當事人與法官共同協議為之，而於程序前階段，就訴訟進行事項，如準備書狀、答辯狀之提出期限、證人等證據聲明期限、爭點整理、協議期日等等，應先擬定審理計畫⁶²⁵。職是，若實務已採行所謂的計劃性審理，則在程序進行方面，我國與美國之制度應已近似。

另外，值得注意者係，美國最新修正案，在案件管理方面，有關現行 FRCP 16（b）時程安排命令（scheduling order）之發佈，各縮短 30 天，亦即除非法官有充分理由（good cause）而予以遲延，否則應自被告收受起訴狀後不超過 90 日

⁶²⁴ 沈冠伶（2014），〈從「超國界民事訴訟原則」論民事訴訟中法院與當事人之任務分配—「協力」作為民事訴訟之基本原則〉，《月旦法學雜誌》，頁 42 註 60。

⁶²⁵ 許士宦，於民訴法研究會第 63 次研討會之會後書面補充，頁 383-384；許士宦，於民訴法研究會第 47 次研討會之發言，頁 691-692。

或被告出庭後不超過 60 日，發佈時程安排命令⁶²⁶。而同條 (b) (1) (B) 亦修正刪除有關時程安排會議 (scheduling conference) 可藉由「電話、郵件或其他方法」舉行之方式，依修正草案理由之說明，認為若法院以及當事人能夠直接同時溝通，時程安排會議將更有效率⁶²⁷。

另外，有關時程安排命令之記載內容 (FRCP 16(b)(3)(B)⁶²⁸)，增訂「(iii) 電子儲存資訊之揭露、開示或保存；(iv) 所提出之資訊，當事人可作成該資訊係屬祕匿特權或視為審判準備資料之保護之協議 (包含依聯邦證據規則第 502 條所作成之協議)；(v) 指示在要求作成有關事證開示之命令前，請求方必須先與法院開會…」，此新修正草案即係為前所提及有關電子儲存資訊所產生之問題所作之修正。

最後係有關失權制裁部分，失權制裁係案件管理之必要手段。我國關於逾時提出之制裁對象及方式，主要係以當事人為主體，在方法上係限制其提出新攻擊防禦方法，以致其可能遭受裁判上之不利，而在美國，對於當事人之制裁尚包含額外之金錢上不利益，且可能對於律師課以制裁措施。就我國現行實務而言，由於一造未遵期或遲延提出攻擊防禦方法常有因律師之行為所致，而當事人如因受失權制裁致獲敗訴判決，亦少有或難能對律師請求負損害賠償責任之情形⁶²⁹。故為能強化律師於訴訟程序上之責任，以進行有效率之爭點整理及審理活動，落實集

⁶²⁶ FRCP 16(b)(2) Time to Issue. The judge must issue the scheduling order as soon as practicable, but ~~in any event~~ **unless the judge finds good cause for delay the judge must issue it** within the earlier of ~~120~~ **90** days after any defendant has been served with the complaint or ~~90~~ **60** days after any defendant has appeared (粗體字為新增部分)。關於提案條文及修正理由，參美國最高法院網站：http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/civil_rules_redline.pdf，最後瀏覽日期：2015 年 5 月 30 日。

⁶²⁷ Committee Note, at 7.

⁶²⁸ FRCP 16(b)(3)(B) Permitted Contents. The scheduling order may: ... (iii) provide for disclosure, ~~or~~ discovery, **or preservation** of electronically stored information; (iv) include any agreements the parties reach for asserting claims of privilege or of protection as trial-preparation material after information is produced, **including agreements reached under Federal Rule of Evidence 502; (v) direct that before moving for an order relating to discovery, the movant must request a conference with the court;** ... (粗體字為新增部分)。

⁶²⁹ 沈冠伶 (2014)，〈從「超國界民事訴訟原則」論民事訴訟中法院與當事人之任務分配—「協力」作為民事訴訟之基本原則〉，《月旦法學雜誌》，第 228 期，頁 48。

中審理制度，於使當事人之律師得參與審理計畫或庭期表之擬定下，或可考慮增設因律師未遵期提出書狀或拒絕依法院之命履行一定程序上義務時，對於律師課以一定制裁（如罰金）之規定⁶³⁰。此是對於制裁主體擴大於訴訟代理人之情形。另外，對於當事人之其他制裁手段（「刪除當事人所請求事項之全部或一部」、「停止訴訟程序直至命令被遵守為止」、「駁回訴訟或程序之全部或一部」、「對違反命令之當事人作缺席判決」、「對任何未遵守命令之行為視為藐視法庭」），本文認為，「刪除當事人所請求事項之全部或一部」及「駁回訴訟或程序之全部或一部」與我國準備程序中法官僅踐行爭點整理之目的機能不符；「停止訴訟程序直至命令被遵守為止」則將使得案件無法終結，與新法加速程序進行之效率性不符；「對違反命令之當事人作缺席判決」，若係對對造書狀置之不理，得以自認或不爭執事項處理，若係證據未提出，亦可能遭受擬制真實之制裁，至於屬於實體判決之缺席判決，應無於準備程序適用之餘地；「對任何未遵守命令之行為視為藐視法庭」，依法院組織法第 95 條之規定，係以「違反審判長、受命法官、受託法官所發維持法庭秩序之命令，致妨害法院執行職務，經制止不聽者，處三月以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。」職是，基於「罪行法定主義」，本條規定既屬刑事處罰，當不可隨意擴大解釋，或者類推適用，且基於「刑法謙抑性」，於當事人不從法院之命時，予以其敗訴判決，或依第 82 條規定命其負擔一部或全部因延滯而生之費用，即為已足。

第四款 爭點整理程序、調查證據程序踐行順序之問題

對於集中審理，協助兩造簡化爭點、整理爭點，以使訴訟程序達成最有效率化之配置，究應先爭點整理後，方為證據調查，抑或將前開程序對調，才有助於避免當事人或法院在訴訟制度上無謂的浪費？有認，如於證據調查完畢後，始實

⁶³⁰ 沈冠伶（2014），〈從「超國界民事訴訟原則」論民事訴訟中法院與當事人之任務分配—「協力」作為民事訴訟之基本原則〉，《月旦法學雜誌》，第 228 期，頁 48。

行爭點整理，爭點整理已流於形式，蓋有時會發現之前許多所為之證據調查工作與嗣後爭點無關，而使證據調查工作歸於徒勞⁶³¹。並謂，於證據調查後，在命兩造辯論前，法官得將證據調查之結果，初步公開心證，亦即，就特定訴訟標的及訴之聲明所必要之範圍內，法院應向當事人指明或確認，以凸顯兩造之審判對象及攻防目標，以防止突襲。尤其是對於無名契約或新生類型之紛爭事件更顯重要⁶³²。

而觀諸新法第 296 條之 1 第 1 項立法理由：「為充實言詞辯論之內容，保障當事人之程序權，法院於調查證據前，應先將與該訴訟有關之爭點，曉諭當事人，使兩造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關連後，始進行證據之調查」可知，條文已明確訂定於證據調查前，應先為爭點整理，蓋集中審理之精神，即在於有意識、有系統之審理計畫，避免爭點確認前即盲目進行調查證據程序，特別是在案情繁雜之案件，若不先將爭點整理出來，劃定一範圍，當事人勢必漫無目的地將所有相關事證全部丟向法院，致使程序膨脹，徒費當事人勞力、時間、費用及有限之司法資源。

或謂於證據調查後亦有可能產生新爭點，此時，先前所整理之爭點似乎亦屬徒勞？惟若於先前之爭點整理，受命法官已盡其闡明義務，縱於證據調查後有新爭點產生，此若係可歸責於當事人者，其應受失權制裁而不可提出新事實、新證據，若係不可歸責於當事人者，則不許其提出，亦顯失公平，此時，應屬例外事由而容許當事人提出新事實、新證據，此不僅有助於實體真實之發現，再者，在既有之程序基礎上，讓當事人可為新事實、新證據之提出，甚至為訴之變更、追加，亦符合新法擴大紛爭解決一次性之立法目的，有助於程序利益之保護。從而，在審理順序上，仍應先為爭點整理，再為證據調查，方為正辦。

⁶³¹ 黃柄縉發言紀錄（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 301。

⁶³² 黃柄縉書面報告（2006），〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉，民訴法研究會第 94 次研討紀錄，《民事訴訟法之研討（十四）》，頁 315-316。



第五章 結論

由於傳統「分割審理主義」及「隨時提出主義」之審理結構造成訴訟審理之散漫及無效率，亦空洞化、形骸化直接審理主義與言詞審理主義之機能，為求改正此等缺失，我國於2000年民訴法修正時，積極地改採「集中審理主義」及「適時提出主義」，課以當事人「訴訟促進」之義務，使當事人在訴訟程序之前階段（準備程序）即必須提出具體特定之攻防方法，以促使爭點之特定與限縮，並進一步使法院得就經限縮之爭點，在程序之後階段（言詞辯論）進行集中審理，以全面地提昇審理效率。

在第二章至第四章詳細探討、比較我國準備程序與美國預審制度之相關問題後，本章將回應第一章所提列之問題，說明如下：

一、關於準備程序之定性問題：

針對「集中審理」或「審理集中化」之意義，參酌立法過程之相關文獻，應是指為實現「集中審理主義」之理念，盡量減少調查證據期日及言詞辯論期日而言，並達成紛爭解決一次性之要求，從而，我國集中審理之內涵應是包括「爭點集中審理主義」及「紛爭集中審理主義」。

而集中審理之核心最重要者乃係爭點之整理，新法下併設四種爭點整理程序，本文即針對其中之一的準備程序作為探討中心。在準備程序之運作爭議上，受命法官之證據調查權限是否應受限制之問題，應認明新法已要求法院將訴訟事件之審理劃分成「爭點整理階段」與「證據調查階段」，使準備程序純化為爭點整理程序。亦即，準備程序之任務係闡明訴訟關係而非確定訴訟關係（第270條第2項），因此，受命法官在此階段最重要者即為爭點整理及促使協議簡化爭點（第270條之1第1項第3款），以剔除重複或不必要之爭點而使訴訟得以順利進行。再者，若受訴法院僅係根據受命法官調查證據之資料作成判決基礎，係接近於間接審理

及書面審理主義，縱然於言詞辯論時，當事人陳述該調查證據之結果，此亦僅係滿足形式之直接審理主義而已，是故，新法限縮受命法官得證據調查之範圍（第 270 條第 3 項）。若受命法官未經當事人合意而調查證據，學說、實務皆認為關於調查證據方式之規定是為當事人之利益而設，且當事人可依第 197 條提出異議，而若當事人無異議，則將喪失責問權，不發生判決違背法令之問題。


在準備程序得否以不公開法庭進行之問題上，須注意的是，因公開主義非絕無應受限制、排除之可能，不以經法院組織法第 86 條但書所列事項為限，故在保護公益或當事人私益所必要之一定範圍內，應得予以不公開審理，而且，我國非將公開主義規定於憲法上（如日本），是於民事訴訟之審理究採公開主義與否，本屬立法裁量之問題，再者於準備程序，尚非為實體審判之情形，在兼顧當事人程序主體權之保障下，以不公開法庭之方式闡明訴訟關係，而在進入言詞辯論程序再以公開審理方式為之，亦不致阻絕社會監督及損害人民對司法之信賴。

有關受命法官指定期間命當事人為簡化協議之次數問題（第 270 條之 1 第 2 項但書），若受命法官違反前開條項之次數限制（例如又指定第三次為協議者），因本條項係為當事人之利益而設，故當事人可依第 197 條行使責問權而向法官提出異議，惟若雙方並未為責問，且對於該第三次（含以上）之指定達成協議時，該協議仍有拘束當事人之效力。

二、關於準備程序之事證蒐集問題：

首先，關於事證資料之蒐集，觀諸新法之規定，其內涵實已呈現不同於以往所理解之內容，已從傳統之辯論主義走向協同主義。

另，基於公平、程序法上誠信原則及「當事人訴訟資料平等使用原則」，新法對於事證蒐集、開示已有所充實，擴大當事人蒐集事證之權限。新法增訂第 305 條第 2、3 項規定，擴充證人書狀陳述制度，此制度並具有證據開示之獨自性機能。亦即，使證人先提出陳述書狀，便利當事人雙方整理、確定或釐清爭點方向，知

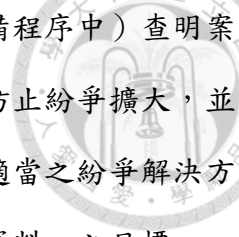


曉待證事項集中於何處，藉以決定要否進一步訊問證人。儘可能在訴訟前階段為準備性作業，藉用書面審理之簡易、迅速機能，以調整、發現爭點之重心所在，然後再加強集中審理。須注意者係，證人之書狀陳述，無論其係兩造會同於公證人前作成之陳述書狀，或證人於法院外以書狀為陳述者，均係人證（證人證據）而非書證。而於書狀陳述之證人證據調查程序，證人無正當理由不會同兩造至公證人前、拒絕陳述（作成陳述書狀）或拒絕具結者，得否依通常證人訊問之規定施加制裁（第 303 條、第 311 條、第 315 條）？新法未設明文之制裁規定。從確保、提高書狀陳述之實效性，以保障當事人之事證蒐集權及促進審理之迅速、經濟而言，對於違反證人義務者，宜施加制裁，強制其履行證人義務。當然，法院亦得不依前開條文施予制裁，而改行通知證人到場陳述，自屬其訴訟指揮之裁量範圍。

在文書之蒐集與開示部分，本文認為，新法已將文書提出義務予以一般化，此不僅可要求當事人或第三人提出與本訴訟有關事項所作之文書，以達實體真實之發現，亦有助於蒐集事案解明所需之事證資料，使兩造當事人可藉以互相知悉雙方就與訴訟有關連性之事證、資料，而得共享，並避免遭受他造突襲，且易與法院及他造形成共識，整理、限縮爭點，俾利紛爭之迅速、經濟地解決，有助於平衡兼顧發現真實及促進訴訟等訴訟法上基本要求。

又，新法雖於第 342 條第 3 項增訂「文書特定協助義務」，然對於文書特定協助義務違反者卻欠缺明文之制裁規定，此時應斟酌證明妨礙之法理以及違反訴訟促進（協力迅速進行訴訟）義務，於當事人不遵守法院命令時，將其拒絕作為全辯論意旨加以斟酌，或使其發生本法第 345 條所定擬制真實之效果（第 282 條之 1）；於第三人不從法院命令時，使其發生第 349 條規定之效果。


在擴大容許聲請證據保全之範圍部分，新法第 368 條第 1 項前段之規定，在以他造所持有之文書作為證據方法之情形，除得聲請保全而避免遭毀損滅失外，當事人可否進一步請求閱覽文書內容？對此，應肯認本條項前段亦應有事證開示



之機能，亦即，紛爭當事人如能於訴訟程序之儘早階段（如準備程序中）查明案情，將更能獲得相當資訊，用以認明自己所處法律狀態，及時防止紛爭擴大，並資以較量其紛爭所涉實體利益與程序利益之大小輕重，以選擇適當之紛爭解決方式，且可達成第 368 條增修理由所明揭「充分蒐集及整理事證資料」之目標。

關於證據保全之類型，於「『證據』有滅失或礙難使用之虞」之情形，其所謂之『證據』自應將當事人訊問含括在內，主要理由是，一、本條項前段並未將之排除，二、本法僅針對確定事、物現狀之證據保全加以限制，其證據調查方式限於鑑定、勘驗以及書證（第 368 條第 1 項後段），則相互對照下，證據有滅失或礙難使用之虞之證據保全，既無如同確定事、物現狀之證據保全所定之限制，自不限制其證據調查方法。再者，於「經他造同意」時之情形（第 368 條第 1 項中段），經由他造同意所為之證據保全，可達到自律性爭點整理甚或簡化協議之效果，雖有謂既已有第 270 條之 1 第 2 項之規定，本規定即屬贅文，惟幸不論本規定於起訴前亦有適用之實益性，縱於準備程序中，本規定既有確定事實之機能，不僅可作為爭點整理或簡化協議之基礎以達集中審理之目的，並有助於當事人達成和解或撤回無實益訴訟之功能，故仍有存在之價值。最後是於「就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要者」之情形，其所涵蓋之範圍，除涵蓋德國民訴法第 485 條第 2 項所保全之客體外（即 1. 人之狀態、物之狀態或價值；2. 人身損害、物損或物之瑕疵之原因；3. 為排除人身損害、物損或物之瑕疵之費用），包括發生損害或瑕疵之發生原因、責任歸屬、排除瑕疵之必要方法或所需費用等事實，均得作為確定之對象，故我國民訴法所涵蓋之範圍較德國民訴法廣泛。


於法院於證據保全期日進行證據調查時，若相對人無正當理由不為配合與協助時，我國現行證據保全制度中，並未設有明文之制裁規定。為貫徹證據保全制度作為證據收集手段之目的，應設有制裁之方式。有關制裁之方式，或可考慮，基於誠信原則，在不具備有不可期待他造協力之事由存在時，對於他造拒絕協力之行為，法院可在自由心證之範圍內（第 222 條）為一定之評價而使本案訴訟之



結果對其不利。再者，亦得以文書提出義務或勘驗協助義務之違背（第 345 條、第 367 條），或以妨礙證據之使用而將證據滅失、隱匿或致礙難使用（第 282 條之 1）等相關規定，使他造受有擬制真實之不利益。此外，由於保全證據程序具有開示事證而作為本案訴訟程序準備之機能，如本案訴訟因他造於保全證據程序上拒絕協力而致生遲延，則因遲延而生費用，亦得使他造負擔訴訟費用之一部或全部（第 82 條）。甚至於他造欲提出在保全證據程序上應保全之證據作為證明自己主張之事實時，得以逾時提出攻擊防禦方法駁回之（第 276 條），或認為乃調查證據之時期已滿而有延滯訴訟之情形（第 287 條但書），而不予以調查。最後如該聲請證據保全之當事人受敗訴判決，則其行為依當時之訴訟程度，為伸張或防禦權利所必要者，法院得酌量情形，命勝訴之當事人負擔其行為所生費用之全部或一部（第 81 條）。

在第三人不遵從證據保全命令之情形，例如在第三人無正當理由而拒不到場、拒絕證言或拒絕具結者，得對其科處罰鍰或拘提（第 303 條、第 311 條、第 315 條）；而第三人為文書或勘驗物之持有人，經法院命其提出，無正當理由不從提出之命令者，法院得以裁定科處罰鍰，於必要時，並得為強制處分（第 349 條、第 367 條），甚至裁定法院將此裁定交由執行法院強制執行之際，執行法院如依物之交付請求權之執行程序（第 349 條第 2 項準用強執法第 123 條第 1 項），將文書取交之直接強制手段無效果時，執行法院得拘提、管收該持有文書之第三人（強執法第 123 條第 2 項準用同法第 128 條第 1 項），以間接強制其提出文書。


在事證開示制度之比較方面，美國在 2014 年對於 FRCP 已提出最新修正草案，若該修正案於 2015 年 5 月 1 日前提交美國國會而被採納，將於 2015 年 9 月 1 日生效。而從美國法所可獲得之啟發是，參酌美國法上之書面查詢，本文認應增設當事人間直接查詢制度，以便利當事人於準備程序中，得能事先蒐集有關其主張或舉證所必要之事證資訊，然為防免此制度（不經由法院命令之方式）遭到濫用，宜考慮設若干除外規定，故可參酌 FRCP 26 (b) (2) (C)、FRCP 26 (c) 有關事證



開示範圍限制及聲請核發保護令之規定，即若此書面查詢對相對人將造成過於不合理之繁複、或可從其他管道、較少負擔或更低之費用取得事證、此要求之負擔或費用超過其可能帶來之利益、或意圖以此制度騷擾當事人、或係有關相對人之隱私、營業秘密等，則可免於答覆。另，我國似亦可參酌引進律師照會（查詢）制度，蓋此制不僅同樣有前揭當事人間直接查詢制度之增設理由，並鑑於律師職務之公共性，使律師得就受託事件，經由所屬律師公會之認可，向機關或團體為必要之查證（使其就特定必要事項提出報告或說明），且本照會制度係經由律師公會預就照會內容要求為審查，故亦不致產生濫用而侵害他人權利之情形。此外，並應酌採美國法上有關未對書面查詢提出答覆之制裁規定（FRCP 37 (d) (3)），對於怠於提出書面回覆者（包含異議）作出制裁，包括：法院得認請求人所主張之事實為真、禁止相對人於其後提出該事證。法院甚至得易發或併發該未遵守請求之當事人、其律師或者兩者支付因未遵守所致生之合理費用（包含律師費在內），但若相對人未遵守請求係有相當理由或有其他不公平之情事者，則不在此限。而對於有關報告或文書提出之費用由何者償還或負擔之問題，本文則認此當為訴訟費用之一部，原則上由敗訴之當事人負擔（第 78 條），然法院亦應考慮酌量情形而命勝訴當事人依比例負擔（第 81 條）。

須探討者乃新法第 305 條第 2 至 6 項之內容是否足可供用？本文對此問題採否定見解，蓋我國並未如美國法採「通知化訴答」，且對於起訴狀、準備書狀及答辯狀所要求事實之記載較為嚴格，不用到事證開示階段才讓當事人為詳細的陳述，再來，如當事人未為陳述者，復會課以失權制裁（第 276 條），實無須使當事人本人亦得為書狀陳述之必要。另在我國有「當事人兩造同意者之書狀陳述」，此態樣之操作方式與美國之「書面詢問之錄取證言」有其相似之處。亦即，雙方當事人可事先將欲詢問之問題寫於書面上，而由證人、鑑定人加以答覆，此當亦有助於整理爭點、減少開庭次數，達到審理集中化之目標。

另有論者認為我國民事訴訟程序可兼採「當事人調查先行及法院補充性職權

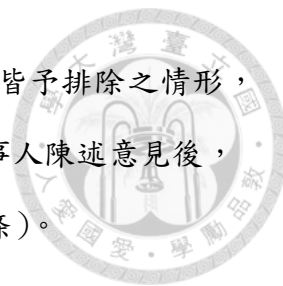


調查雙軌制」，並配合書狀制度以建構審理集中化之目標。惟依論者所述，似未對法院補充性職權調查作任何限制，僅須當事人調查先行未果，法院即得為職權調查，此與新法欲合理限制法院職權調查之範圍即有所違背。本文認為，除上開受美國法之啟發有再加以參酌引進我國之事證開示方法外，依新法擴大當事人之事證蒐集權，其修正內容已近似美國法，實無須揚棄我國現有制度而完全引進與我國截然不同之法制。

又，我國法對於「當事人」證據提出義務，並未採「直接強制」，而係以間接強制為原則；然「第三人」持有文書或勘驗物之情形，則不限於「間接強制」，尚可施以「直接強制」。因此，對於當事人是否有課以「直接強制」之必要？本文採否定見解，蓋直接強制不僅須增加額外花費，且開闢一新之執行程序，交由執行法院處理，對於當事人亦係一種負擔，並將造成訴訟延滯，此不啻是增加當事人之勞力、時間、費用，而不利於當事人之程序利益，反不如依第 345 條、第 367 條所規定之「間接強制」，其執行成本較為低廉，而能保障當事人之程序利益。且對照美國 FRCP 37 (c) (1) 之規定，對於當事人未遵守事證開示之制裁，亦未採直接強制之方式，此與我國法亦無不同，可供參照。

最後，在秘密保護程序方面，因涉及當事人聽審請求權或在場見證權之限制，故應區分情形加以討論。在本人訴訟之情形，若對其聽審請求權加以限制，法院應類推適用第 374 條之規定，選任特別代理人，以維護當事人之利益。在有委任律師之情形，若僅排除當事人本人之情形，其代理人仍得行使聽審請求權，則我國法並無如 FRCP 26 (c) (G) 之規定，法院可限制於事證開示程序在場之人（如訴訟代理之律師）不得將其到場見聞之事實告知當事人，然美國法之規定，在我國智慧財產案件審理法第 11 條第 3 項則有類似規定，惟其適用範圍僅限於「營業秘密」，屬於當事人或第三人「隱私」之情形即產生漏洞，在民訴法就隱私與業務秘密並列之情況下（參第 195 條之 1、第 242 條第 3 項、第 344 條第 2 項），隱私亦應有加以保護，防止對造在訴訟外予以透露之必要，故宜參酌智慧財產案件審

理法第 11 條第 3 項於民訴法予以增設；在當事人本人及其律師皆予排除之情形，此時聽審請求權即受到重大侵害，若真有此必要，亦應賦予當事人陳述意見後，始得選任其他律師或適當之人為特別代理人（類推適用第 374 條）。



三、關於準備程序之爭點整理問題：

在新法下當事人書狀（起訴狀、答辯狀、準備書狀）如何記載均已有明確規定並予以規格化，使得兩造當事人及法官均能在言詞辯論期日前充分瞭解案情，而有助於爭點之整理。其中最要者，乃新法於起訴狀應記載事項中，就訴訟標的之部分增訂「及其原因事實」（第 244 條第 1 項第 2 款）。此原因事實之表明，即可能涉及最上位爭點（訴訟標的、訴之聲明）之整理或事實上、證據上之爭點整理。另外，起訴狀亦被要求兼具準備書狀之作用（第 244 條第 3 項），亦即，當事人應依第 266 條第 1 項及第 3 項規定記載準備言詞辯論所必要之事項，以盡其具體陳述義務，如其記載有所不足，雖非屬起訴不合程式（不適用第 249 條第 1 項），但在原告負有訴訟促進義務之情形（如：第 266 條第 1 項），如其未盡此項協力迅速進行訴訟之義務，仍將可能遭受一定之制裁（如：第 268 條之 2）。

由於訴訟標的與訴之聲明為兩造當事人間最上位爭點，故若原告未能明確主張訴訟標的及訴之聲明，法院即應先就此部分為整理，使兩造就此部分為攻擊防禦及辯論，使法院得以儘速確定審判對象，並擬定審理方向。接著，為避免偏離訴訟上請求（訴之聲明及訴訟標的）而進行無益之審理，法院自受理訴訟之時起，就原告及被告所為主張應分別進行一貫性或重要性審查。依前開步驟審查完畢後，為裁判訴之聲明有無理由及確定權利義務之存否，法院必須認定當事人所請求可發生法律效果構成要件之主要事實是否存在，並為認定此主要事實，亦應一併蒐集有助於推定主要事實之間接事實，而證明事實（主要事實、間接事實及輔助事實）存否，當事人必須提出證據（主要證據、間接證據）證明之，故法院在此階段即應為事實上及證據上之爭點整理。又，事實之整理不僅與訴訟標的之特定有

關，與證據之聲明，甚至於法律方面之爭點整理亦有關連。為避免造成法律適用之突襲，在事實上及證據上之爭點整理之後，亦必須整理法律上之爭點。

而有關我國與美國書狀內容之比較方面，美國聯邦最高法院接連於 Twombly 案及 Iqbal 案建構較嚴格之訴答標準後，美國實務乃一再強調原告之起訴狀須具有「足夠之事實」以合理推論其主張。從晚近美國實務見解之變遷可知，事實訴狀之要求應較符合現代民事訴訟法制之潮流，而我國法之修正亦與之契合。然美國雖有朝向以事實訴狀發展之趨勢，但其建構之「可信性標準」所著重之事實係以該事實作為篩選訴訟是否有實益之工具，而我國所採之法典化訴答所表明之事實，則以要求足以特定訴訟標的之程度即為已足，並兼含有整理爭點之功能。

在為最上位爭點整理（訴之聲明及訴訟標的）之後，為避免原告偏離訴訟上之請求（訴之聲明及訴訟標的），而使後續事實上、證據上爭點之整理得以有效率進行，我國論者倡導須踐行所謂的「一貫性審查」；觀諸 Conley 案判決所闡述「起訴狀不應因無聲明權利主張而被駁回，除非原告主張之事實可顯著懷疑無法與其據以請求之法律上權利契合」之內容，應可理解為其亦係在進行所謂的「一貫性審查」，且此見解在 Twombly 案並未被推翻，可見美國實務亦是肯認「一貫性審查」之重要性。然此「可信性標準」是否可一體適用於被告所記載之答辯狀上？美國實務則見解分歧，尚無定見。

在爭點整理與簡化協議之方面，應注意其所發生之效力並不相同，前者多係有關能否或如何依新法上有關失權規定為處理之問題，而非如後者係以契約法理作為處理之主要論據，不可不辨。另，實務上常在筆錄的最後有一概括性約定，即以例稿的方式記載「其餘爭點不再主張」等語，就其形成之過程觀之，該等內容既未經當事人實質討論並經確認當事人能夠明白該等記載之內涵及其效力之情況下，應僅就當事人在訴訟中已主張但未經兩造確認為爭點之部分有其效力，但就未被發現之爭點之部分，當事人應不具有可歸責性，不宜承認其拘束力而發生失權效。

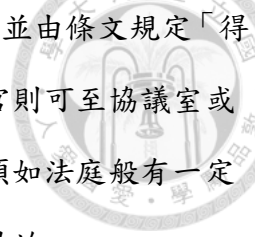


在我國準備程序與美國預審會議之比較方面，有下述問題須予探究：

首先須予說明者是，在美國法上預審會議是否舉行，係由法官依具體個案來作決定，蓋在單純的訴訟案件中，直接進入審判即可快速地將案件終結，若硬性規定一定要經過預審會議反而花費的時間比其節省的時間還多，故法官係具有裁量權的，並不是每一個案件皆須召開預審會議。

再者是，獨任法官能否行準備程序之問題？實務見解皆採肯定論，而學說則有爭議。本文係採肯定見解，認為準備程序之重點既在發揮爭點整理之機能，則基於功能性之觀點，似無須以「合議庭」或「獨任法官審判」作為可否行準備程序之區分點，並進一步認為無須劃分「準備性言詞辯論期日程序」與「準備程序」，而應將兩者結合而統稱「準備程序」即可。


另外是，在我國區分「當事人之爭點協議」與「由法院所為之爭點整理」仍具有實益。蓋我國與美國所採訴訟制度並不完全相同，且比較我國法第 270 條之 1 第 3 項與第 276 條之例外排除事由，可知二條文之比較重心係在「經兩造同意變更」之上。而在第 270 條之 1 第 3 項規定有「當事人同意」之法文下，即係立法者在立法政策上已作出優先尊重當事人法主體性之選擇，並貫徹程序選擇權之法理，以及尊重當事人之程序處分權。再者，有論者質疑：美國預審會議係不須在法庭上進行，然依新法第 270 條之 1 第 2 項之規定觀之，仍須在法庭為之，故其無法發揮美國預審會議所欲達成之效能。然前開見解似未區分「自律性爭點簡化協議」與「由法院所為之『爭點整理』與『爭點簡化協議』」之情形而分別討論。亦即，依論者所述乃係屬「自律性爭點簡化協議」(第 270 條之 1 第 2 項)之情形，此時既僅有兩造當事人（或其代理律師）在場，則或可經由法官視情況安排，使得當事人（或其代理律師）仍留於法庭（此時須穿著法袍）或至協議室或協商室（此時無須穿著法袍）而為爭點協議。至於若係由「法院所為之爭點整理」，則此時既由法官於法庭中為之，則為建立人民對於法庭莊嚴肅穆之感，在場之人實不宜過於鬆散，故法官、律師仍宜以穿著法袍，並坐在固定之位置上為宜。而若屬



「由法院所為之爭點簡化協議」(第 270 條之 1 第 1 項第 3 款)，並由條文規定「得不用公開法庭之形式行之」觀之，則此時雖由法官主導，然法官則可至協議室或協商室與兩造當事人（或其代理律師）進行爭點協議，並且無須如法庭般有一定之格局與形式，亦無須身穿法袍，故可達與美國預審會議相同功效。

又，新法第 270 條之 1 第 2 項規定，兩造就簡化爭點協議要共同向法院陳明，然法院對此陳明是否須加以處理？比較新法第 270 條之 1 第 1 項及第 2 項之規定，第 1 項是在法官面前為之，第 2 項則不在法官面前為之，故第 2 項所謂「自律性爭點簡化協議」係屬「訴訟外」之行為，若當事人不向法院陳明，法院即無法得知當事人之協議內容，當然無法採納，故條文規定須向法院陳明。至於應以何種方式陳明？新法對此則未加以規定，故在開庭時或以寫狀方式向法院陳明均無不可，但為了使訴訟進行較有效率，在開庭前先陳報給法院，應較為妥適。又，爭點簡化協議具有「訴訟契約」之特性，係兼有程序法及實體法上要素之一種程序選擇契約或混合契約。職是，兩造共同向法院陳明，法院縱未為裁定，當事人仍應受拘束，如須變更須符合同條第 3 項之例外事由。然為使法院及當事人對於案件之爭點及後續之證據調查有一明確遵循方向，法院對此陳明，仍應記載於準備程序筆錄中，類推適用第 271 條第 3 款規定。另外，參酌「司徒加特模式」之程序進行中，有關「預先評議」之部分，由受命法官在當事人書狀交換至一定程度，或雖未踐行書狀交換，然當事人已然於幾次開庭中陳述出足夠程度之事實後，在於為爭點整理之該次開庭前，合議庭先舉行一次「預先評議」，由受命法官報告事實要點、可能涉及之法律規定，並列出該案法律問題之清單，然後進行討論，並擬出本案所涉爭點載明於其內部之備忘錄上，則此時受命法官依擬定之爭點所為之裁定，合議庭即應受拘束，當然此時受命法官公開心證之功用轉移至當事人是否為訴之變更、追加及證據之提出。

最後在爭點整理與證據調查之時間先後上，觀諸新法第 296 條之 1 第 1 項之立法理由可知，應先為爭點整理後才為證據調查。或謂於證據調查後亦有可能產




生新爭點，此時，先前所整理之爭點似乎亦屬徒勞？惟若於先前之爭點整理，受命法官已盡其闡明義務，縱於證據調查後有新爭點產生，此若係可歸責於當事人者，其應受失權制裁而不可提出新事實、新證據，若係不可歸責於當事人者，則不許其提出，亦顯失公平，此時，應屬例外事由而容許當事人提出新事實、新證據，此不僅有助於實體真實之發現，再者，在既有之程序基礎上，讓當事人可為新事實、新證據之提出，甚至為訴之變更、追加，亦符合新法擴大紛爭解決一次性之立法目的，有助於程序利益之保護。從而，在審理順序上，仍應先為爭點整理，再為證據調查，方為正辦。

四、關於準備程序失權效之問題：

有關準備程序失權制裁乃係為達到審理集中不得不然且合目的性、合比例性之手段，新法係以平衡發現真實及促進訴訟等基本要求為其理論依據，而實體正義並非恆居於程序正義之上，法治國家亦不能忽略程序利益之保障。據此以觀，準備程序之失權效，未必有違法治國家之實質正義原則，尤其是失權效能發揮其間接強制機能之情形。再者，準備程序失權效係以逾時提出顯然延滯訴訟為要件，而且，在依其他情形顯失公平者，亦不發生失權效果，故難謂其不符合比例原則。

而關於第 276 條準備程序之失權類型仍應歸類為「特別」訴訟促進義務較為妥當，蓋從法條編排上，其與第 268 條之 2 第 2 項同列於「言詞辯論之準備」一節中，可見立法者當係認此二者之性質相同；再者，準備程序縱然再開，亦非回復至與準備程序終結前同一狀態，故在概念上與「特定期日」之經過，似可作同樣理解；且第 276 條之所以規定為強制失權，係因當事人有與法官面對面溝通之機會，法官在行使闡明權給予當事人足夠之機會提出攻擊防禦方法後，當事人竟不為之，顯已具可歸責性而應受失權制裁；況第 196 條實務鮮少使用之原因，即為其主觀要件認定困難，若將第 276 條歸類為一般訴訟促進義務，而目的性限制逾時提出之當事人僅負重大過失責任，則與新法為達成審理集中化之目的，擴大




失權效之範圍，提高當事人提出攻擊防禦方法之緊張度而於準備程序中加重當事人之責任，期待借重失權效之間接強制機能，使當事人善盡訴訟促進義務，遵期提出攻擊防禦方法，俾利爭點整理及集中調查證據之功能即將喪失。

至於「顯失公平」(第 276 條第 1 項第 4 款)在我國實務上之操作，經整理歸納出最高法院對其解釋可分為三類，即：「對於顯失公平未加任何解釋」、「以符合實體正義作為顯失公平之解釋」、「符合第 276 條第 1 項除書前三款之事由即構成顯失公平」等三種類型，可見現行實務並未隨著時間軸之前進，將顯失公平從蓋括走向細膩解釋，而仍有改進空間。我國學說對於「顯失公平」之內涵已有所充實，然實務上，法院對於本條款之涵攝過程如前所述卻仍不夠細膩，故若能將學說所考量之要素實地操作於個案中，當有助於我國對於「顯失公平」概念之具體化。

另外，比較我國與美國有關失權之制裁，可發現美國法上「未提出電子儲存資訊」之情況，在我國是否有相關條文規定？是否有於條文中將電子儲存資訊獨立出來之必要？觀我國民訴法第 363 條第 2 項之條文規定及其立法理由，可知立法者確有預見科技進步對未來採證方法之影響，然此等證據資料之提出仍須以「原件」或證明其內容與原件相符之「書面」提出，換言之，仍須提出紙本資料，此不僅與現今環保概念（減少紙張不必要之浪費、無紙化作業）不符，且與現代人大部分都將資訊放在電子設備之習性亦背道而馳，故未來電子證據應成為趨勢，而對於電子證據之「勘驗」，將成為修正關注之重點。另外，美國法上有關電子儲存資訊之相關問題，例如：將產生大量之訴訟費用、是否應將費用轉嫁於聲請人、因過失將資訊揭露應如何處理等問題，勢將同樣在我國發生，故美國實務與學說之動向，可為我國立法者之參考。

最後，為能強化律師於訴訟程序上之責任，以進行有效率之爭點整理及審理活動，落實集中審理制度，於使當事人委任之律師得參與審理計畫或庭期表之擬定下，或可考慮增設因律師未遵期提出書狀或拒絕依法院之命履行一定程序上義



務時，對於律師課以一定制裁（如罰金）之規定。而關於美國法上對當事人所為之其他制裁手段是否有參酌之處，本文認為「刪除當事人所請求事項之全部或一部」及「駁回訴訟或程序之全部或一部」與我國受命法官僅踐行爭點整理之目的機能不符；「停止訴訟程序直至命令被遵守為止」則將使得案件無法終結，與新法加速程序進行之效率性不符；「對違反命令之當事人作缺席判決」，若係對他造書狀置之不理，得以自認或不爭執事項予以處理，若係證據未提出，亦可能遭受擬制真實之制裁，至於屬於實體判決之缺席判決，應無於準備程序適用之餘地；「對任何未遵守命令之行為視為藐視法庭」，依法院組織法第 95 條之規定，係以「違反審判長、受命法官、受託法官所發維持法庭秩序之命令，致妨害法院執行職務，經制止不聽者，處三月以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。」職是，基於「罪行法定主義」，本條規定既屬刑事處罰，當不可隨意擴大解釋，或者類推適用，且基於「刑法謙抑性」，於當事人不從法院之命時，予以其敗訴判決，或依第 82 條規定命其負擔一部或全部因延滯而生之費用，即為已足。

五、有關準備程序後訴之變更、追加問題：

原告訴之變更追加是否造成訴訟延滯，於第 255 條第 1 項第 7 款已有規定，且以訴訟資料與證據資料重疊程度之高底作為「請求之基礎事實同一」容許性之判斷標準亦過於抽象，故毋寧是先將「請求之基礎事實同一」在解釋論上先定義明確，職是，就第 255 條之規定觀之，「請求之基礎事實同一」似不必另外考慮其他因素，方符現行法之解釋論。以「票據債權與原因債權競合」之情形為例（註 272），所謂「請求之基礎事實同一」係指判決之基礎事實（資料）而言，亦即，據以審判舊請求（舊訴）之基礎資料（事實）與據以審判之新請求（有意變更或追加之新訴）之基礎資料同一，從而於準備程序中，以原告之角度加以分析，原告原只用票據債權原因事實來請求，後來才追加原因債權事實，此時，法院原判斷票據債權有無理由無須審理原因債權，故原告其後以訴之變更追加主張原因債

權之事實，不符前開定義下「請求之基礎事實同一」之概念，無第 255 條第 1 項第 2 款之適用；而在採新訴訟標的理論之情形，原告以紛爭為單位特定訴訟標的，其後所提出原因債權之原因事實僅屬一新攻擊方法之提出，則應以是否逾時提出而生失權效之問題，亦與訴之變更追加之問題無關。

另外，不論係藉由「當事人之爭點協議」抑或係透過「由法院所為之爭點整理」而特定原告主張之訴訟標的，自實務見解觀察，除須符合第 255 條但書之容許性要件外，在「當事人之爭點協議」尚須考量第 270 條之 1 第 3 項，而在「由法院所為之爭點整理」則須考量第 276 條，觀諸前開二條文之規定，「不可歸責於原告」與「顯失公平」均係共通之例外排除事由。職是，原告於爭點整理後聲明訴之變更追加所產生之制約效果而言，區分兩種不同之爭點整理程序，是否具有任何實質之意義？

本文認為區分「當事人之爭點協議」與「由法院所為之爭點整理」仍具有實益。蓋我國與美國所採訴訟制度並不完全相同，美國係採「當事人對審制度」，法官介入程度不及我國，此亦係為何美國僅有當事人之爭點協議，而我國則除了可由當事人自行為爭點之簡化協議外，尚可由法官主導所作成之爭點整理。再者，比較我國法第 270 條之 1 第 3 項與第 276 條之例外排除事由，前者事由有三，即：一、經兩造同意變更；二、因不可歸責於當事人之事由；三、依其他情形協議顯失公平者。後者事由有四，即：一、法院應依職權調查之事項；二、該事項不甚延滯訴訟者；三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者；四、依其他情形顯失公平者。交叉比對之下，可得出二條文不同之規定，前者係多出「經兩造同意變更」，而後者則係多出「法院應依職權調查之事項」與「該事項不甚延滯訴訟者」，然本文認為，有關「法院應依職權調查之事項」與「該事項不甚延滯訴訟者」之規定，前者之主體既係「法院」，則與第 270 條之 1 第 3 項所規定之主體係「當事人」有所不同，當無此例外事由存在，而後者之情形，既係當事人就「主張之爭點」為協議，必在作成該協議前就各種情況為充分考量，故應

受拘束，不可以不甚延滯訴訟而於後追復之，故亦無此例外事由存在。職是，上開二條文之比較重心即在「經兩造同意變更」之上。而對於在當事人作成爭點協議之情況下，是否可任意「經兩造同意變更」，一造當事人即可不受限縮爭點協議之拘束，提出原定爭點範圍外之新爭點？有論者認為，應以「當事人之控制權限」優於「提昇制度整體之運作效率」。亦即，若依照論者之邏輯脈絡，就一造當事人未於準備程序中提出但卻於言詞辯論程序提出新的攻擊防禦方法，若他造當事人表示無異議（包括明示或默示），只要雙方當事人非惡意地延滯訴訟而構成訴訟程序之濫用，法院即不必再過度強力介入，拒絕為實質之審理認定而依職權自行將該新攻擊防禦方法予以駁回。且如此解釋，與在被告同意，原告即得為訴之變更追加（第 255 條第 1 項第 1 款）之規定，在價值取捨上較具一致性。再者，一方面依第 270 條之 1 第 3 項「兩造同意變更」之例外事由，而允許新爭點之提出，而另一方面卻認為縱使原告同意，由於第 276 條未設有此例外事由，法院仍得依職權駁回此新的攻擊防禦方法，將產生極不協調之結果。職是，此解釋方法，亦有助於消弭第 276 條與第 270 條之 1 在例外容許事由之界定上，所存在之潛在衝突。

本文認為，在條文規定有「當事人同意」之法文下，係立法者在立法政策上已作出優先尊重當事人法主體性之選擇，貫徹程序選擇權之法理，並尊重當事人之程序處分權，從而上開論者所述「『當事人之控制權限』優於『提昇制度整體之運作效率』」，本文從之。然而，對於論者並未區分「當事人之爭點協議」與「由法院所為之爭點整理」，且將第 276 條與第 270 條之 1 在例外容許事由之界定上模糊化之見解，則持質疑態度。蓋本文認為，仍應區分是否為當事人「已主張之爭點」而劃歸於「當事人之爭點協議」之部分來做探討，而若係未被發現之爭點之情形，則應屬「由法院所為之爭點整理」之部分，而易其效果。因此，若屬「當事人之爭點協議」之範圍，則立法政策上既已規定「兩造同意變更」之例外容許事由，則價值選擇上此已優於「適時提出主義」；若屬「由法院所為之爭點整理」

之範圍，則仍應受到「適時提出主義」之制約。



參考文獻



一、中文書籍（依姓名筆劃順序）

Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯（2002），《證據法入門—美國證據法評釋及實例解說，Evidence: Examples and explanations》，台北：元照。

Stephen No. Subrin, Margaret Y.K. Woo，蔡彥敏、徐卉譯（2002），《美國民事訴訟法的真諦》，法律出版社。

王甲乙/楊建華/鄭健才（2009），《民事訴訟法新論》，台北：三民。

王澤鑑主編（2010），《英美法導論》，台北：元照。

司法院編（2000），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊。

司法院編（2003），《民事訴訟法部分條文對照表暨總說明》，台北：自刊。

吳明軒（2004），《中國民事訴訟法（中）》，台北：三民。

吳明軒（2004），《中國民事訴訟法（下）》，台北：三民。

吳明軒（2007），《民事訴訟法（中）》，台北：自版。

沈冠伶（2006），《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，台北，元照。

沈冠伶（2007），《民事證據法與武器平等原則》，台北，自版。

邱聯恭（1993），《司法之現代化與程序法》，台北，國立台灣大學法學叢書。

邱聯恭（1996），《程序制度機能論》，台北，國立台灣大學法學叢書。

邱聯恭（2000），《民事法律專題研究（十八）》，司法院編印。

邱聯恭（2001），《程序選擇權論》，台北，國立台灣大學法學叢書。

邱聯恭（2002），《爭點整理方法論》，台北，國立台灣大學法學叢書。

邱聯恭（2005），《程序利益保護論》，台北，國立台灣大學法學叢書。

邱聯恭講述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（二）》，台北：自版，。

邱聯恭講述、許士宦整理（2012），《口述民事訴訟法講義（三）》，台北：自版。

許士宦（2003），《程序保障與闡明義務》，台北：學林。



- 許士宦 (2005),《證據蒐集與紛爭解決》,台北:新學林。
- 許士宦 (2009),《集中審理與審理原則》,台北:新學林。
- 許士宦 (2011),《訴訟理論與審判實務》,台北:元照。
- 許士宦 (2012),《爭點整理與舉證責任》,台北:新學林。
- 姜世明 (2003),《民事程序法之發展與憲法原則》,台北:元照。
- 姜世明 (2009),《民事訴訟法基礎論》,台北:元照。
- 姜世明 (2009),《新民事證據法論》,台北:新學林。
- 姜世明 (2014),《民事訴訟法註釋書(三)》,台北:新學林。
- 曹偉修 (1984),最新民事訴訟法釋論上冊,自版:台北。
- 姚瑞光 (2004),《民事訴訟法論》,台北:大中國圖書。
- 姚瑞光 (2005),《近年修正民事訴訟法總評》,台北:自版。
- 湯德宗、黃國昌主編 (2009),〈民事訴訟改革(一):民事集中審理〉,《司法改革十週年的回顧與展望會議實錄》。
- 楊崇森 (2015),《遨遊美國法:美國法制的實務與運作》,新北市:台北大學,華藝學術出版。
- 陳榮宗、林慶苗 (1996),《民事訴訟法》,台北:三民。
- 陳榮宗、林慶苗 (2005),《民事訴訟法(下)》,台北:三民。
- 陳計男 (2004),《民事訴訟法論(上)》,修訂3版,台北:三民。
- 黃國昌 (2010),《民事訴訟理論之新開展》,台北,元照。
- 黃國昌 (2012),〈美國陪審制度之規範與實證〉,《程序法學的實證研究》,台北:元照。

二、中文期刊

- 王甲乙等 (1995),〈自由順序主義之檢討〉,民訴法研究會第30次研討紀錄,財團法人民事訴訟法基金會,《民事訴訟法之研討(三)》。

王甲乙 (2000),〈集中審理與事證之提出、蒐集〉,《法官協會雜誌》,第 2 卷第 1 期。

李木貴 (1998),〈證據保全實務疑義要論 - 兼說選舉訴訟之證據保全〉,《全國律師》,8 月號。

吳從周 (2005),〈「集中審理原則」實施滿五週年再考 - 著重於回顧其在德國民事訴訟法史上之起源與在臺灣之雙重繼受〉,《月旦民商法雜誌》,第 8 期。

吳從周 (2005),〈論遲誤準備程序之失權〉,《東吳法律學報》,第 16 卷第 3 期。

吳從周 (2006),〈第二審失權與補充第一審之攻擊防禦方法 - 簡評最高法院 93 年台上字第 1319 號判決 - 〉,《台灣本土法學》,第 85 期。

吳從周 (2009),〈案件遲延之逆襲 - 從防止「逃避爭點簡化協議」與「逃避失權」之角度出發整理與觀察相關最高法院判決 - 〉,《台灣法學》,第 127 期。

呂太郎 (2000),〈原因事實與基礎事實〉,《台灣本土法學》,第 11 期。

呂太郎 (2001),〈適時提出主義〉,《台灣本土法學》,第 19 期。

呂太郎 (2001),〈文書提出命令〉,《台灣本土法學》,第 25 期。

呂太郎 (2002),〈爭點整理與簡化協議〉,《台灣本土法學》,第 41 期。

沈冠伶 (2000),〈論民事訴訟程序中當事人之不知陳述〉,《政大法學評論》,第 63 期。


沈冠伶 (2000),〈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》,第 111 期。

沈冠伶 (2001),〈證據保全制度 - 從擴大制度機能之觀點談起〉,《月旦法學雜誌》,第 76 期。

沈冠伶 (2005),〈摸索證明與事證開示之協力〉,《月旦法學雜誌》,第 125 期。

沈冠伶 (2007),〈摸索證明與事證蒐集開示之協力〉,民訴法研究會第 92 次研討紀錄,財團法人民事訴訟法基金會,《民事訴訟法之研討 (十四)》。

沈冠伶 (2014),〈從「超國界民事訴訟原則」論民事訴訟中法院與當事人之任務

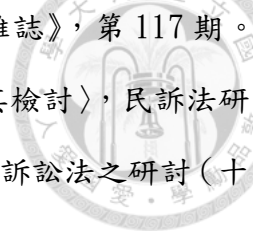
- 
- 分配—「協力」作為民事訴訟之基本原則》，《月旦法學雜誌》，第 228 期。
- 沈冠伶（2014），〈當事人公開原則與秘密保護程序－最高法院 102 年度台上字第 235 號判決及相關判決之評釋－〉，《台灣法學雜誌》，第 253 期。
- 沈冠伶（2015），〈消費者損害賠償團體訴訟之事案解明及證據調查－從自來水案到塑化劑案〉，《台灣法學》，第 263 期。
- 邱聯恭（1993），〈第一審程序修正草案之析述〉，民事訴訟法修正草案之析述與研討，《最高法院學術研究會叢書（三）》，最高法院學術研究會編印。
- 邱聯恭等（1996），〈民事訴訟審理方式之檢討－從審理集中化方案論如何加強事實審功能－〉，民訴法研究會第 11 次研討紀錄，財團法人民事訴訟法基金會，《民事訴訟法之研討（一）》。
- 邱聯恭引言報告（1997），〈中部地區法官與律師法律專題研討會－實施民事訴訟集中審理制之探討〉，民事訴訟集中審理制研討會紀錄，戴嘉慧紀錄整理，《全國律師》，2 月號。
- 邱聯恭等（1999），〈「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」〉，民訴法研究會第 72 次研討紀錄，財團法人民事訴訟法基金會，《民事訴訟法之研討（九）》。
- 邱聯恭（1999），〈民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變（二）〉，《月旦法學雜誌》，第 54 期。
- 邱聯恭（1999），〈民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變（三）〉，《月旦法學雜誌》，第 55 期。
- 邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（上）－概述其與民事訴訟法有關促進審理集中化修正條文之關聯〉，《月旦法學雜誌》，第 60 期。
- 邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（中）－概述其與民事訴訟法有關促進審理集中化修正條文之關聯〉，《月旦法學雜誌》，第 61 期。
- 邱聯恭（2000），〈爭點整理方法論序（下）－概述其與民事訴訟法有關促進審理集



- 中化修正條文之關聯》，《月旦法學雜誌》，第 62 期。
- 邱聯恭（2000），〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期。
- 邱聯恭（2001），〈民事判決書製作合理化之芻議—以第一審判決書為中心〉，民訴法研究會第 73 次研討記錄，財團法人民事訴訟法基金會，《民事訴訟法之研討（十）》。
- 邱聯恭（2001），〈爭點簡化協議程序之運用方針—評析其與民事訴訟法修正走向之關聯〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期。
- 邱聯恭（2005），〈民事訴訟法修正後之程序法學—著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向〉，《月旦法學雜誌》，第 118 期。
- 邱聯恭（2005），〈民事訴訟法修正後之程序法學（七）〉，《月旦法學雜誌》，第 118 期。
- 邱聯恭（2007），〈民事訴訟法修正之法曹倫理重建機能（下）〉，《月旦法學雜誌》，第 144 期。
- 許士宦（2001），〈證明妨礙〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期。
- 許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學》，第 40 期。
- 許士宦（2002），〈文書特定協助義務〉，《月旦法學雜誌》，第 82 期。
- 許士宦（2002），〈當事人違反文書提出命令之制裁〉，《月旦法學雜誌》，第 86 期。
- 許士宦（2002），〈請求之基礎事實、原因事實與訴之變更追加〉，《台灣本土法學》，第 33 期。
- 許士宦（2003），〈文書之開示與秘匿〉，《台大法學論叢》，第 32 卷第 4 期。
- 許士宦（2003），〈逾時提出之駁回與責問權之行使〉，《月旦法學教室》，第 5 期。
- 許士宦等（2009），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，民訴法研究會第 81 次研討紀錄，財團法人民事訴訟法基金會，《民事訴訟法之研討（十一）》。
- 許士宦（2009），〈第二審程序時效抗辯之失權〉，《台灣法學雜誌》，第 121 期。
- 許士宦（2009），〈集中審理制度之新審理原則〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 2



- 期。
- 許士宦 (2012),〈戰後台灣民事訴訟法學發展史〉,《月旦民商法雜誌》,第 35 期。
- 許士宦(2012),〈集中審理之爭點整理—依一貫性審查及可證性審查之法律思維〉,《月旦法學教室》,第 117 期。
- 許士宦 (2012),〈訴訟標的特定之爭點整理—最高法院 99 年度台上字第 948 號判決評釋—〉,《台灣法學》,第 205 期。
- 許士宦 (2014),〈2013 年民事程序法發展回顧：家事及民事裁判之新發展〉,《台大法學論叢》,第 43 卷特刊。
- 姜世明 (2000),〈論民事訴訟法失權規定之緩和與逃避〉,《萬國法律》,第 113 期。
- 姜世明 (2000),〈論遲延提出攻擊防禦方法之失權〉,《法官協會雜誌》,第 2 卷第 2 期。
- 姜世明 (2001),〈論民事訴訟法失權規定之基本要件〉,《全國律師》,1 月號。
- 姜世明 (2001),〈文書提出義務之研究 (上)〉,《萬國法律》,第 117 期。
- 姜世明 (2001),〈文書提出義務之研究 (下)〉,《萬國法律》,第 118 期。
- 姜世明 (2007),〈訴訟契約之研究〉,《東吳法律學報》,第 19 卷 1 期。
- 姜世明(2010),〈文書提出義務及事案解明義務之競合與限制〉,《月旦法學雜誌》,第 185 期。
- 姜世明 (2011),〈部分民事證據法理之變遷〉,《月旦法學教室》,第 106 期。
- 姜世明 (2014),〈失權程序與程序保障—評最高法院九十六年度台上字第二五二一號民事判決〉,《月旦裁判時報》,第 25 期。
- 張劍男 (2001),〈新修正民事訴訟法若干問題 (一)〉,《司法週刊》,1023 期,2 版。
- 張特生 (1990),〈預審制度與準備程序〉,《法學叢刊》,第 139 期。
- 張特生 (1993),〈預審制度與準備程序之再檢討〉,民訴法研究會第 47 次研討報告,民事訴訟法研究基金會編,《民事訴訟法之研討 (四)》。

- 
- 張文郁 (2005),〈民事訴訟當事人訴訟權之保障〉,《月旦法學雜誌》,第 117 期。
- 黃柄縉等 (2006),〈爭點集中審理制度在各法院之實施狀況及其檢討〉,民訴法研究會第 94 次研討紀錄,財團法人民事訴訟法基金會,《民事訴訟法之研討(十四)》。
- 陳石獅等 (1994),〈事證開示制度 (discovery) 與發現真實〉,民訴法研究會第 50 次研討紀錄,財團法人民事訴訟法基金會,《民事訴訟法之研討(五)》。
- 黃國昌 (2006),〈誤未駁回逾時攻防之法律效果〉,《月旦法學教室》,第 43 期。
- 黃國昌 (2008),〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁:是「效率」還是「公平」?〉,《台大法學論叢》,第 37 卷第 2 期。
- 黃國昌 (2009),〈爭點整理後之客觀訴之變更追加-以「請求之基礎事實同一」為中心-〉,民訴法研究會第 101 次研討紀錄,財團法人民事訴訟法基金會,《民事訴訟法之研討(十六)》。
- 黃國昌 (2009),〈限縮爭點之拘束與新攻擊防禦方法之駁回-以「促進訴訟之效率性價值是否為當事人所能處分?」為中心-〉,《台灣法學》,第 119 期。
- 黃國昌 (2012),〈以何為中心的「集中審理」?-以土庫鎮公所請求永年中學返還土地案為例-〉,《台灣法學雜誌》,第 193 期。
- 黃銘傑、高啟霈 (2013),〈證據保全相關制度之探討-以日本法為借鏡〉,《全國律師》,10 月號。
- 梁松雄 (1988),〈美國民事訴訟上之預審制度(上)〉,《司法周刊》,第 388 期。
- 梁松雄 (1988),〈美國民事訴訟上之預審制度(中)〉,《司法周刊》,第 389 期。
- 梁松雄 (1988),〈美國民事訴訟上之預審制度(下)〉,《司法周刊》,第 390 期。
- 最高法院學術研究會主辦、中華民國法官協會協辦 (2000),〈「民事訴訟法修正施行之審判實務-以集中審理為中心」學術研討會會議記錄〉,《法官協會雜誌》,第 2 卷第 1 期。
- 楊崇森 (2010),〈美國民事訴訟制度之特色與對我國之啟示〉,《軍法專刊》,第 56



卷第 5 期。

廖宏明 (1998),〈加強民事案件集中審理之措施〉,《律師雜誌》,第 224 期。

劉明生 (2011),〈辯論主義與協同主義之研究—以德國法為中心〉,《政大法學評論》,第 122 期。

劉玉中 (2004),〈證據保全之認知與運用〉,《玄奘法律學報》,第 2 期。

劉玉中 (2005),〈文書提出命令作為證據收集制度運用之落實〉,《玄奘法律學報》,第 4 期。

劉玉中 (2010),〈民事訴訟上新聞記者關於消息來源祕匿之證言拒絕權〉,《台北大學法學論叢》,第 77 期。

蔡兆誠 (1998),〈集中審理如何可能?—美國民事訴訟中 Pretrial 制度簡介(上)〉,《律師雜誌》,第 224 期。

三、碩博士論文

許士官 (1999),《證據開示制度與秘密保護程序—以證據保全與文書提出義務為中心》,國立台灣大學法律研究所博士論文。

林秀敏 (2004),《爭點整理與訴訟促進》,國立政治大學法律研究所碩士論文。

黃惠男 (2008),《民事訴訟之爭點整理程序—以各訴訟主體行為義務為中心》,國立中正大學法律研究所碩士論文。

劉玉中 (2005),《民事訴訟上證據收集之研究》,國立台北大學法學系博士論文。

楊佩文 (2009),《美國聯邦民事訴訟程序法有關證據開示程序之研究—以電子化儲存資訊為中心》,國立交通大學管理學院碩士論文。

高左芸 (2009),《民事訴訟程序中電子證據中美規定之研究—以中美比較為核心》,東吳大學法律研究所碩士論文。

四、英文書籍

A. Benjamin Spencer, *Federal Civil Rules Supplement for Use With All Civil Procedure Casebooks 2013-2014*, West Academic Publishing.

Edna Selan Epstein, *The Attorney-Client Privilege And The Work-Product Doctrine*(5TH ed. 2007).

George L. Paul & Bruce H. Nearon, *The Discovery Revolution: E-discovery Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*(2006).

Jack H. Friedenthal & Arthur R. Miller & John E. Sexton & Helen Hershkoff, *Civil Procedure: Cases And Materials*(11th ed. 2013).

Kevin M. Clermont, *Civil Procedure*(9th ed. 2012).

Larry L. Teply & Ralph U. Whitten, *Civil Procedure*(4th ed. 2009).

Mirjan R. Damaska, *Evidence Law Adrift*, New Haven : Yale University Press(1997).

Mary Kay Kane, *Civil Procedure in a nutshell*(7th ed. 2013).

Paul W. Grimm, Charles S. Fax, & Paul Mark Sandler, *Discovery Problems and Their Solutions*, American Bar Association(2nd ed. 2009).

Richard H. Field, Benjamin Kaplan & Kevin M. Clermont, *Materials for A Basic Course*(7th ed. 1997).

R. Lawrence Dessem, *Pretrial Litigation-Law, Policy & Practice*(5th ed. 2011).

Richard L. Marcus & Martin H. Redish & Edward F. Sherman & James E. Pfander, *Civil Procedure: A Modern Approach*(6th ed 2013).

Shira A. Scheindlin & Daniel J. Capra & The Sedona Conference, *Electronic Discovery And Digital Evidence: Cases And Materials*(2nd ed. 2012).

Steven Baicker-Mckee & William M. Janssen & John B. Corr, *A Student's Guide to The Federal Rules of Civil Procedure*(2013).

William A. Glaser, *Pretrial Discovery And The Adversary System*(1968).



五、英文期刊或報告

Arthur R. Miller, From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play On The Federal Rules of Civil Procedural, 60 Duke L.J. 1(2010).

Adam N. Steinman, The Pleading Problem, Stanford L. Rev., Vol. 62, Issue 5(2010).

Adjoa Linzy, The Attorney-Client Privilege And Discovery of Electronically Stored Information, Duke L. & Tech. Rev.(2011).

Alex Silagi, Keep Calm and Plead On: Why New Empirical Evidence Should Temper Fears About Pleading Plausibility, Seton Hall L. eRepository(2014).

Thomas E. Willging, Donna Stienstra & John Shapard, An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rule Amendments, Bos. Col. L. Rev., Vol.39(1998).

Cooper, Work Product of the Rulesmakers, 53 Minn. L. Rev. 1269(1969).

Civil Justice Systems in Europe and the United States, Duke Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No.50(Dec. 2003).

Comment of Rudolph Garcia of the Philadelphia Bar Ass'n(04-CV-031)(Nov. 30, 2004).

Carrie Newton Lyons, The State Secrets Privilege: Expanding Its Scope Through Government Misuse, Lewis & Clark L. Rev.(2007).

Douglas G. Smith, The Twombly Revolution?, 36 Pepp. L. Rev. 1063(2009).

Douglas G. Smith, The Evolution of a New Pleading Standard: Ashcroft v. Iqbal, Oregon L. Rev., Vol. 88(2009).

Elizabeth Chamblee Burch, There's A Pennoyer in My Foyer: Civil Procedure According to Dr. Seuss, FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 391(Oct. 18, 2009).

Geoffrey C. Hazard, Jr., Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions, Yale Law School Legal Scholarship Repository(1998).



George Socha & Tom Gelbman, A Look at the 2008 Socha-Gelbmann Survey, L. TECH. NEWS(Aug. 11, 2008).

George D. Fagan, Defaults, scheduling, orders and other traps for the Federal Court litigant, Leake & Andersson, L.L.P(Dec. 16, 2008).

Henry S. Noyes, Good Cause Is Bad Medicine for The New E-Discovery Rules, 21 Harv. J. L&Tech. 49(Fall 2007).

H. Douglas Hinson & Emily Seymour Costin, Can You Keep A Secret? Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine in the ERISA/Fiduciary Context, B.P.R.C.(2011).

James A. Pike & John W. Willis, The New Maryland Deposition and Discovery Procedure, 6 Md. L. Rev. 4(1941).

Judith Resnik, Managerial Judges, 96 Harv. L. Rev. 374(1982).

Jacqueline S. Guenego, Trends in Protective Orders Under Federal Rule of Civil Procedure 26(c): Why Some Cases Fumble While Others Score, 60 Fordham L. Rev.541(1991).

Jeffrey J. Kroll, The Art and Science of Presuit Discovery, Trial(March 2009).

Joseph A. Seiner, Pleading Disability, 51 B.C.L. Rev. 95(2010).

John H. Beisner, Discovering A Better Way: The Need For Effective Civil Litigation Reform, 60 Duke L.J. 547(2010).

Kevin M. Clermont & Stephen C. Yeazell, Investing Tests, Destabilizing Systems, 95 Iowa L. Rev. 821(2010).

Kevin M. Clermont, Litigation Realities Redux, 84 Notre Dame L. Rev. 1919(2009).

Michael E. Wolfson, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, 36 Clev. St. L. Rev. 17 (1988).

Peter Julian, Charles E. Clark and Simple Pleading: Against a "Formalism of Generality",



104 Nw. U. L. Rev. 1179(2010).

Patricia W. Hatamyar, The Twombly and Iqbal Matter Empirically?, 59 AM. U. L. Rev. 553(2010).

Richard Van Duizend, Conference of Chief Justices: Guidelines for State Trial Courts Regarding Discovery of Electronically-Stored Information(Aug. 2006).

Robert G. Bone, Plausibility Pleading Revised: A Comment on Ashcroft v. Iqbal, 85 Notre Dame L. Rev. 849(2010).

Richard A. Nagareda, 1938 All Over Again? Pre-Trial as Trial in Complex Litigation, 60 DePaul L. Rev.(2011).

Suzette M. Malveaux, Front Loading And Heavy Lifting: How Pre-Dismissal Discovery Can Address The Detrimental Effect of Iqbal on Civil Rights Cases, 14 LEWIS & CLARK L. Rev. 65(2010).

Scott Dodson, New Pleading, New Discovery, Mich. L. Rev., Vol. 109-53(2010).

Scott Dodson, Comparative Convergences in Pleading Standards, U. Pa. L. Rev., Vol.158:441(2010).

Scott Dodson & James M. Klebba, Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century, B.C. Int'l & Comp. L. Rev., Vol.34, Iss.1(2011).

Scott Dodson & Colin Starger, Mapping Supreme Court Doctrine: Civil Pleading, The Federal Courts L. Rev., Vol. 7, Iss.1(2014).

Thomas Y. Allman, The 2013 Civil Rules Package After the Public Comments: The Portland Finale(March 24, 2014).

Thomas Y. Allman, The Civil Rules Package as Adopted by the Standing Committee(Jun. 11, 2014).

Thomas Y. Allman, The Civil Rules Package As Approved By the Judicial Conference(Sep. 18, 2014).



Transcript of testimony of Greg McCurdy, on behalf of Microsoft Corp.(04-CV-001)(Dec. 16, 2004).

The Big Data Dump, The Economist(Aug. 28, 2008).

Wayne D. Brazil, The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change, Berkeley Law Scholarship Repository(1978).

六、其他

(一) 其他資料

立法院公報，第 88 卷第 51 期，會議日期：1999 年 11 月 11 日。

立法院公報，第 89 卷第 9 期，3068 號 4 冊院會記錄，會議日期：2000 年 1 月 15 日。

民事訴訟法部分條文修正草案總說明，立法院第 4 屆第 1 會期第 9 次會議議案關係文書。

立法院司法委員會編，民事訴訟法部分條文修正案（2000），法律案 253 輯（上）。

徐宏志（1999），《民事集中審理之研究》，司法研究年報第 19 輯第 2 篇，司法院印行。

謝碧莉（2000），《英美 discovery 制度在我國民事訴訟程序中適用之研究》，司法研究年報第 20 輯第 1 篇，司法院印行。

張浴美（2003），《促進民事訴訟集中審理之研究》，司法研究年報第 23 輯第 3 篇，司法院印行。

(二) 案例

Ameristar Jet Charter, Inc. v. Signal Composites, Inc., 244 F.3d 189(1st Cir. 2001).

Arar v. Ashcroft, No. CV-04-249(E.D.N.Y. 2006).

Avocent Redmond Corp v. Rose Electronics, 491 F. Supp. 2d 1000(W.D. Wash. 2007).



Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662(2009).

Blake Associates, Inc. v. Omni Spectra, Inc., 118 F.R.D. 283(D. Mass. 1988).

Byrd v. Guess, 137 F.3d 1126(9th Cir. 1998).

Behler v. Hanlon, 199 F.R.D. 553(D. Md. 2001).

Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 554(2007).

Branham v. Dolgencorp, Inc., Civil No.6:09-CV-00037(W.D. Va. Aug. 24, 2009).

Brandon Brown v. Thomas Dart et al, Case No. 13-cv-3409(N.D.Ill. 2014).

Conley v. Gibson, 355 U.S. 41(1957).

Clark v. Pennsylvania Railroad Company, 328 F.2d 591(2nd Cir 1964).

Connolly v. National School Bus Service, Inc., 177 F.3d 593(1999).

Caban ex rel. Crespo v. 600 E. 21st Street Co., 200 F.R.D. 176(E.D.N.Y. 2001).

Clark v. Martinez, 295 F.3d 809(2002).

David v. Crompton & Knowles Corp., 58 F.R.D. 444(1973).

Davis v. Ross, 107 F.R.D. 326(1985).

Deere v. Goodyear Tire and Rubber Co., 175 F.R.D. 157(N.D.N.Y. 1997).

Darby v. Department of Defense, 74 F. App'x 813(9th Cir. 2003).

Doe v. Lexington-Fayette Urban County Government, 407 F.3d 755(6th Cir. 2005).

Disability Rights Council v. Wash. Metro. Area, 234 F.R.D. 1(D.D.C. 2006).

Doe v. Young, 664 F.3d 727(2011).

E.g., Tomlin v. Holecek, 150 F.R.D. 628 (1993).

Erickson v. Newmar Corp., 87 F.3d 298(9th Cir. 1996).

Edmonds v. FBI, 272 F. Supp. 2d 35(D.D.C. 2003).

Edmonds v. Department of Justice, 323 F. Supp. 2d 65(D.D.C. 2004).

Erickson v. Pardus, 551 U.S. 89(2007).

Estate of Hamilton v. City of New York, 627 F.3d 50(2010).



EEOC v. Service Temps, Inc., No.11-10262(2012).

Ford v. Alfaro, 785 F.2d 835(9th Cir. 1986).

FDIC V. Marine Midland Realty Credit Corp., 138 F.R.D. 479(E.D. Va. 1991).

Fahim v. Marriott hotel services, inc., 551_F.3d_344, 348 (5th Cir. 2008).

Fowler v. UPMC Shadywide, 578 F.3d 203(3d Cir. 2009).

Francisco v. Verizon South, Inc., 2010 WL 2990159(2010).

Gonzales v. National Broadcasting Co., Inc., 155 F.3d 618(2nd Cir. 1998).

Gallegos v. City of Los Angeles, 308 F.3d 987(9th Cir 2002).

Gripe v. City of Enid Oklahoma, 312 F.3d 1184(10th Cir. 2002).

Galdamez v. Potter, 415 F.3d 1015(9th Cir. 2005).

General Dynamics Corp. v. U.S., _ U.S._, 131 S.Ct. 1900(2011).

Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495(1947).

Howard v. Kerr Glass Mfg. Co., 699 F.2d 330(6th Cir. 1983).

Horn v. Albright, No. 94-1756(D.D.C. 1994).

Hall v. State Farm Fire & Casualty Company, 937 F.2d 210(5th Cir. 2005).

Hobley v. Burge, 433 F.3d 946(7th Cir. 2006).

Hoyle v. Freightliner, LLC, _ F.3d _(4th Cir. 2011).

In re Madden, 151 F.3d 125(3th Cir. 1998).

In re Milk Prods. Antitrust Litig., 195 F.3d 430(8th Cir. 1999).

In re Carney, 258 F.3d 415(5th Cir. 2001).


John v. State of Louisiana, 828 F.2d 1129(5th Cir. 1987).

Johnson v. Mammoth Recreations, Inc., 975 F.2d 604(9th Cir. 1992).

Johnson v. Kraft Foods North America, Inc., et al., 236 F.R.D. 535(D. Kan. 2006).

Jackson v. City of Centerville, __ F.R.D. __, 2010 WL 4363995(2010).

Josendis v. Wall to Wall Residence Repairs, Inc., 662 F.3d 1292(11th Cir. 2011).



Lois Sportswear, U.S.A., Inc. v. Levi Strauss & Co., 104 F.R.D. 103(S.D.N.Y. 1985).

Leary v. Daeschner, 349 F.3d 888(6th Cir. 2003).

Loucks v. Shorest, LLC, _ F. Supp. 2d __, __, 2012 WL 2126956(2012).

Kosta v. Connolly, 709 F. Supp. 592(E.D. Pa. 1989).

Kelly v. McGraw-Hill Cos., Inc., 279 F.R.D. 470(N. D. Ill. 2012).

Mesirov v. Duggan, 240 F.2d 751(8th Cir. 1957).

Miller v. International Paper Co., 408 F.2d 283(5th Cir. 1969).

Miller v. Colonial Refrigerated Transportation, Inc., 81 F.R.D. 741(1979).

Mendenhall v. Barber-Greene Co., 531 F. Supp. 951(N.D. Ill. 1982).

Mcdaniel v. Toledo, Peoria and Western R. Co., 97 F.R.D. 525(1983).

McClean Contracting Co. v. Waterman S.S. Corp., 277 F.3d 477(4th Cir. 2002).

Manley v. Ambase Corp., 337 F.3d 237(2nd Cir. 2003).

Millennium Partners v. Colmar Storage, 494 F.3d 1293(11th Cir. 2007).

Michelle Maher v. City of Fresno, No. 1:08-cv-00050-OWW-SMS(E.D. Cal. 2008)

Montgomery v. Wyeth, 580 F.3d 455(2009).

Mailhoit v. Home Depot, U.S.A., Inc., 285 F.R.D. 566(2012).

New Hampshire Motor Transport Ass'n v. Rowe, 324 F.Supp.2d 231(D. Me. 2004).

N.L.R.B. v. Interbake Foods, LLC, 637 F.3d 492(4th Cir. 2011).

O'Connell v. Hyatt Hotels of Puerto Rico, 357 F.3d 152(1st Cir. 2004).

Offenback v. L.M. Bowman, Inc., 2011 WL 2491371(2011).

Payne v. S.S.Nabob, 302 F.2d 803(3rd Cir. 1962).

Perry v. Winspur, 782 F.2d 893(10th Cir. 1986).

Parker v. Columbia Pictures Indus., 204 F.3d 326(2nd Cir. 2000).

Preservation Products, LLC v. Nutraceutical Clinical Laboratories Intern., Inc., 214 F.R.D. 494(N.D. Ill. 2003).



Peskoff v. Faber, 244 F.R.D. 54(D.D.C. 2007).

Palmer v. Oakland Farms, Inc., 2010 WL 2605179(2010).

Public Health Equipment & Supply Col., Inc. v. Clarke Mosquito Control Products, 410 Fed. Appx. 738(2010).

Quasius v. Schwan Food Co.,596 F.3d 947(8th Cir. 2010).

Rockwell Inter. Corp. v. U.S.,549 U.S. 457(2007).

Racick v. Dominion Law Associates, __ F.R.D. __, 2010 WL 3928702(2010).

R & R Sails, Inc. v. Ins. Co. of Pennsylvania, 673 F.3d 1240(9th Cir. 2012).

Schlagenhauf v. Holder, 379 U.S. 104(1964).

Sherman v. United States, 462 F.2d 577(5th Cir. 1972).

Sosa v. Airprint Sys., Inc., 133 F.3d 1417(11th Cir. 1998).

Swierkiewicz v.Sorema, N.A, 534 U.S. 506(2002).

Sewell v. Maryland Dept. of Transp., 206 F.R.D. 545(D. Md. 2002).

Sterling v. Tenet, No. 01 Civ. 8073(S.D.N.Y. 2003).

Sterling v. Tenet, No. 03-CV-329(E.D. Va. 2004).

S & W Enters. v. SouthTrust Bank of Ala., 315 F.3d 533(5th Cir. 2003).

Stoffels v. SBC Communications, Inc., 263 F.R.D. 406(W.D. Tex. 2009).

Skinner v. Switzer, _ U.S. _(2011).

San Francisco Baykeeper v. West Bay Sanitary Dist., 791 F.Supp.2d 719(2011).

Totten v. United States, 92 U.S. 105(1875).

Trammel v. United States, 445 U.S. 40(1980).

Toth v. Grand Trunk R.R., 306 F.3d 335(6th Cir.2002).

Tilden v. Tenet, 140 F. Supp. 2d 623(E.D. Va. 2004).

Tisdale v. Federal Exp. Corp., 415 F.3d 516(6th Cir. 2005)

Torres v. City of L.A., 548 F.3d 1197(9th Cir. 2008).



Trim Fit, LLC v. Dickey, 607 F.3d 528(8th Cir. 2010).

United States v. Reynolds, 345 U.S. 1(1953).

United States v. Board of Harbor Commissioners, 73 F.R.D. 460(1977).

Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383(6th Cir. 1981).

United States v. Kasuboski, 834 F.2d 1345 (7th Cir. 1987).

Vazquez-Fernandez v. Cambridge College, Inc., 269 F.R.D. 150(D. Puerto Rico 2010).

Wigglesworth v. Teamsters Local Union No.592, 68 F.R.D. 609(1975).

Wheat v. Biesecker, 125 F.R.D. 479 (1989).

Wendt v. Host International, Inc., 125 F.3d 806(9th Cir.1997).

Wilson v. Muckala, 303 F.3d 1207(10th Cir. 2002).

Williams v. Seniff, 342 F.3d 774 (7th Cir. 2003).

Youren v. Tintic School District, 343 F.3d 1296(10th Cir. 2003)

Zubulake v.UBS Warburg, 216 F.R.D. 280(S.D.N.Y. 2003)

七、網路資源

元照英美法詞典：<http://lawyer.get.com.tw/Dic/>

<http://www.supremecourt.gov/>

<http://litigation.ncbar.org/>

<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp>