

預告

■高雄律師公會在職進修課程～

107.5.19姜運誌委員～車禍鑑定實務

107.5.26黃建榮法官～貪污案件實務

107.6.2李錦明先生～測謊鑑定實務

本會於107年3月10日上午假高雄國際會議中心3樓303A教室舉辦107年度律師在職進修研討會－「毒品案件實務」

【本刊訊】本會107年邀請臺灣高等法院臺南分院黃建榮庭長主講刑事審判實務系列課程，著重以主題區分及律師辯護方向，舉辦相關刑事研討會。第2場研討會就「毒品案件實務」議題，由黃庭長以審判觀察者之立場提供建議，並列舉重要實務見解，供會員參考，敬請期待！。

本會定107年3月24日上午假高雄國際會議中心4樓403A教室舉辦107年度律師在職進修研討會－「納稅人權利保護法的適用」

【本刊訊】本次研討會會中邀請國立中正大學盛子龍教授擔任講座，就「納稅人權利保護法的適用」與會員交換意見並分享對此議題的想法及經驗。盛教授專長為憲法、行政法、行政救濟法、稅法、公務員法。於國立中正大學開授課程有稅捐救濟法專題研究、稅捐稽徵法專題研究、行政法總論、行政法實例演習、財產稅法、財產稅法專題研究、強制執行法、行政救濟法、稅法實例演習、憲法等，歡迎會員踴躍報名。

本107年本會定107年4月17日～4月22日(星期日)舉辦「日本熊本・佐賀・福岡六日遊」

【本刊訊】本次參加對象及優先順序以會員攜同配偶或直系血親(限攜1名)，會務人員亦同，為最優先。凡報名參加上開活動之會員總額補助

40,000元，以參加會員人數平均分配，每人最高補助金額以3,000元為限。本年度會員國外聯誼旅遊補助次數雖不限，但每人全年補助總額以不超過3千元為上限。相關行程，請上本會網站最新消息瀏覽。

本會於107年3月4日舉辦「湖光山色綠大埔」春季健行活動，

【本刊訊】嘉義縣大埔鄉處於群山環抱中，一片遺世獨立的平坦峽谷地，曾文水庫曾經淹沒了他們的良田與家園，卻補償了他們一座可以滌心的湖泊，湖面波瀾不驚，似一面向天的鏡子，映照天光雲影。由於是水源地，鄉內有百分之九十以上的土地屬於國有或保安林地，由於政府嚴格實施「低密度建築管制」，是唯一的零分貝、零污染、零工業的綠色鄉鎮。為此本會特規劃此行程，會員反應熱烈，報名非常踴躍，向隅者眾。

本會定107年3月18日～21日舉辦「2018年港澳圳參訪活動」

【本刊訊】粵港澳大灣區是由香港、澳門、廣州、深圳、珠海、佛山、中山、東莞、肇慶、惠州和江門組成的城市群，是繼美國紐約都會區、美國大洛杉磯地區和日本東京都市圈之後，世界第四大灣區。為此本會兩岸事務交流委員會特規劃安排出訪增進交流！這是一次讓參加者有不一樣視野的機會。

本次活動期間安排訪問香港律師會、香港大律師公會、深圳律師協會等單位並舉辦座談會，參加之會員必須全程參與訪問暨座談會，並配合公會行程，不可脫隊。本次訪問暨座談會行程預計9小時，本會核發在職進修點數9點。

【法律訊息公告】

◎中華民國律師公會全國聯合會(以下簡稱全聯會)107年1月31日(107)律聯字第107021號函略謂：三、經查本件就A律師與其當事人甲而言，所存在之委任事件為『甲於106年1月委請律師A寄發律師函予乙』及『106年2月乙對甲提起違反保護令刑事告訴後，受任為甲之辯護人』等二件，就A律師與甲之間，該前委任事件之『寄發律師函』與現委任事件之

『刑事辯護』二者，A律師均係為甲之利益而受委任，兩者間並不存在『利害相衝突』之情形。況且，律師受當事人委任寄發律師函後，接續受委任為刑事辯護人，乃律師委任實務上很常見之作法，乙之主張顯有誤會。四、至於乙雖主張甲委任A律師寄發律師函之行爲，涉嫌違反保護令，並已對甲提出刑事告訴及聲請傳訊A律師作證，因而認為A律師就『寄發之律師函作證』與『擔任該案刑事辯護』二者間，已存在『與受任事件利害相衝突或有實質關連』之情事。然查：如前所述，A律師此二項受任事件，均係受甲之委任，為甲之利益而為事務之處理，二者間並無衝突之可言。

◎全聯會107年1月31日(107)律聯字第107022號函略謂：三、來文所舉案例(一)之事實，律師受任為告訴代理人，提起刑法第239條通姦或第284條(業務)過失傷害之告訴，因屬刑事案件，依前揭說明，不論其案件結果為何，自均不得約定後酬。另律師受任處理過失傷害案之民事請求損害賠償，乃一般民事侵權行為之訴訟，律師與委任人約定收取後酬，尚不在律師倫理規範第35條第2項規定禁止之列。(惟應注意法務部106年10月23日法檢字第10604528660號就律師法第34條所作成之函釋)。至於律師受任處理通姦案件之民事請求損害賠償事宜，須視該案請求權之基礎是否與家事事件有關，而定其後酬之約定有無違反上該規範第35條第2項之規定。四、來文所述案例(二)之事實，律師單純受任處理過失傷害案件之民事請求損害賠償事宜，因屬一般民事侵權行為之訴訟，律師與委託人約定收取後酬，尚無違反上開規範第35條第2項之規定(惟應注意前揭法務部就律師法第34條所作之函釋意見)。至於律師單純受任處理通姦案件之民事請求損害賠償事宜，仍須視該案請求權之基礎是否與家事事件有關，而定其後酬之約定有無違反前該規範第35條第2項規定。

◎全聯會107年1月31日(107)律聯字第107023號函略謂：三、經查由法務部轉來貴所之函文內容及其附件一聯晟法律事務所106年9月7日106聯律字第10號律師函，及附件二明業法律事務所106年11月17日106年明字第1117號律師函所示，均屬律師以函件之方式表達其意思表示，前者發函目的係為回覆貴所前所寄

發之106年8月23日BH106926A02號函；後者則係通知長○○公司如有任何產品上之問題，可直接來函張律師所代理之公司，皆與前揭律師倫理規範第41條所定須與對造當事人直接討論案情之要件有間，應無違反該條規定之可言。另「訴訟代理人受送達之權限未受限制者，送達應向該代理人為之。」，固為民事訴訟法第132條前段所明定，然受任律師逕向對造當事人寄發書狀及其他訴訟文書，乃屬意思表示之通知，其目的在使對方知悉書狀或其他訴訟文書之內容，以確保雙方在訴訟上攻防之公平性，並非與對造當事人直接討論案情，亦難認有違反律師倫理規範第41條規定之情事。

◎全聯會107年1月31日(107)律聯字第107024號函略謂：「律師依都更條例施行細則第11條之1受縣市政府邀請於聽證會協助程序之進行時，倘無接受在場民眾諮詢，而事後受縣市政府之委任，處理與民眾間之行政爭訟或民事訴訟之案件者，縱令律師曾受縣市政府之委託協助聽證程序之進行，要無本規範第30條第1項第1款規定之適用；反之，若於聽證會時曾接受特定民眾諮詢並提供法律意見，其後再就同一或有實質關連之事件，受縣市政府委任為訴訟代理人與該特定民眾爭訟時，自有利害衝突，須受本規範第30條第1項第1款規定之限制。」「依來函說明三(三)所詢：A律師曾任都更審議委員會之幹事或調查小組協助委員會委員審議個案，倘係受地方自治團體所屬機關依法委託從事與委託機關權限有關之公共事務者，依刑法第10條第2項第2款之規定，應屬公務員，則其於審查個案後，又受縣市政府委任為該與地主間爭訟之同一或有實質關連事件之訴訟代理人，A律師即有將公務上取得之機密洩漏之虞，應認有利益衝突，自有本規範第30條第1項第5款規定之適用。」

◎法務部就司法特考四等考試法院書記官及執達員類科錄取人員專業訓練報到及律師執業迴避疑義之函釋，請參該部107年1月29日法檢字第10704505030號函。

◎以上法律訊息詳細內容請上本會網站/會員服務專區/重要法律訊息/參閱。

【兩岸事務交流訊息】

動態篇

◎香港律師會誠邀本會參加於2018年1月8日舉行的2018年香港法律年度開啓典禮，本會郭清寶理事長、謝國允理事兼秘書長及林柏瑞理事兼兩岸事務交流委員會召集人代表出席與會。

◎郭清寶理事長應全球華語律師聯盟邀請，出席於2018年1月9日在中國深圳舉行的前海“一帶一路”法律服務聯合會成立大會。

會員婚喪喜慶

賀！會員賴建宏律師於107年1月20日中午12時30分假高雄漢來大飯店9樓金龍廳舉行結婚喜筵。本會致送結婚福利金及盆花以表祝賀。

賀！會員楊靖儀律師於107年元月10日上午10時～12時在高雄市前金區大同二路11號7樓舉辦設立「公晟法律事務所」開幕茶會，本會蘇俊誠副理事長及全聯會周元培副理事長等多位道長亦親臨祝賀，現場熱鬧非凡。本會致送盆栽致賀。

悼 會員葉銘進律師父親葉老先生於一0六年十二月二十日壽終，享壽七十有八歲，一0七年一月四日上午八時於自宅舉行公祭。本會郭清寶理事長等多位道長亦親臨致悼，本會致送福利金及花籃以表哀思。

悼 會員莊美玲律師父親莊老先生於一0七年一月十日捨報，享壽七十七歲，一0七年一月廿三日上午十時假新竹市生命紀念園區仰德廳舉行公奠。本會致送福利金及花籃以表哀思。

悼 會員蔡祥銘律師父親蔡老先生於一0七年元月十三日壽終，享壽八十七歲，一0七年元月二十九日上午十時假桃園市立殯儀館和平廳舉行公祭。本會致送福利金及花籃以表哀思。

悼 會員王伊忱律師婆婆(即吳欣叡律師祖母)游老太夫人於一0七年一月廿三日壽終，享耆壽九十有一歲，一0七年二月八日上午九時假高雄市立殯儀館景德廳舉行公祭。本會郭清寶理事長等多位道長亦親臨致悼，場面莊嚴肅穆。本會致送福利金及花籃以表哀思。

悼 會員張志堅律師父親張老先生於一0七年二月一日壽終，享壽六十有四歲，一0七年二月十三日上午十一時假新北市板橋雅苑會館舉行公祭。本會致送福利金及花籃以表哀思。

照過來！活動相片



▲107.1.5本會書法班新開課



▲107.1.8本會郭清寶理事長受邀出席2018年香港法律年度開啓典禮

照過來！活動相片



▲107.1.12臺灣高雄地方法院舉辦107年度第1次國民參審本會劉妍孝律師(左1)及孫嘉男律師(左2)擔任辯護人



▲107.1.21本會與高雄市醫師公會等共同舉辦「第三屆高雄醫法論壇」



▲107.1.24臺灣高等法院高雄分院洪兆隆院長(右三)到會拜會



▲107.1.27本會律師在職進修邀請臺灣高等法院臺南分院黃建榮庭長主講【槍砲案件實務】



▲107.2.3本會律師在職進修邀請臺灣高等法院高雄分院邱泰錄法官主講【保全程序及其執行實務】



▲107.2.3本會慢壘球隊107年開訓典禮



▲107.2.5本會舉辦106年忘年聯誼餐會



▲107.2.21臺灣高雄地方法院新春團拜～陳中和院長(右3)本會郭清寶理事長(左3)



▲107.2.21本會舉行新春團拜



▲107.2.21臺灣高雄地方檢察署新春團拜～周章欽檢察長(右3)本會郭清寶理事長(左3)

姜世明教授主講 非負舉證責任—造當事人協力義務之內涵與界限

談事案解明義務及文書提出義務之理論與實務 紀實篇

上

■林怡君律師整理

姜世明教授為我們演講的題目是「非負舉證責任—造當事人協力義務之內涵與界限」，這個題目看起來很嚇人，內容也博大精深。姜教授於演講開始時即開玩笑地向各位道長表示：「這個題目除非您是資深律師，否則此係國家考試命題重點，每個考生都必須為了解題而學習。但學習了不代表就懂，因為連我自己都還不太懂，如果有人認為自己已經懂了，我實在不太相信。」足見這真的是一個很複雜的課題。

這個題目基本上不論是在德國、奧地利、瑞士、法國、英國、美國，都還是一個尚在辯論中、未有明確結論的議題。姜教授這次也有簡略提幾個國家的差異性，例如英美的立場向來都是相對堅定且會持續擴張的。德國本身是比較堅持辯論主義的國家，想法相對多元具爭論性，因此才會持續爭論了二三十年，而在這互相爭論的數十年間也有部分的說法飄洋過海到了日本，並在台灣學者努力的學習、研究中也引入台灣，間接地影響了台灣在這個議題上的討論方向和發展。後續也有更多的相關理論和實例探討。

有很多律師會把「事案解明義務」跟法官的「闡明義務」相互混淆。實際上，事案解明義務指的是當事人對事情發生的經過、事實釐清、真實發現的責任問題，跟文書提出義務有關，而與法官的闡明義務的概念截然不同。而且這個議題，姜教授指出應該有比較法的觀點加以研究，如姜世明教授之前發起一個民事程序法焦點論壇，同時找了國內的一些親中派學者跟大陸的親中派學者，大家共同集思廣益，一起研究程序法。

基本上台灣的最高法院對於台灣是採審理原則，談論的是不干涉主義，也就是當事人提出主

義和辯論主義。由於辯論主義之後還會修正，因此它也有修正辯論主義的意思，因為辯論主義三個命題沒辦法完全被貫徹，且辯論主義第二、三個命題各有它的侷限。姜世明教授在這段也提到：「關於當事人沒有提出的事實是不是能加以審查、是不是有絕對拘束性、法院得不得調證據，這三點在整個運作上有著非常多細微的細節值得去探討。」而這部分在第一次論壇裡面談得蠻多的，姜世明教授的論壇於六月份也有出版關於「非負舉證責任—造當事人協力義務」的書籍，關於「修正辯論主義」和「協同主義」在內容中都有非常細膩精緻的討論，在這個時代裡，我們該怎麼去看待修正辯論主義跟協同主義在台灣的發展呢？論壇針對不同觀點都有加以比對，無論是單純理論還是實務分析都有，十分值得大家一閱。

姜世明教授討論到關於攻防問題、如何說服法官、質詢性強容易敗訴等要件，並提醒過程需要依據、理論和實務。以下舉了幾個例子：

第一議題：小紅帽經過森林去外婆家，發現外婆不在，便入內鎖門在家中等待外婆返家，不久有人敲門要求開門，小紅帽識破對方是大野狼而不願開門，大野狼惱羞成怒說：「我家的小灰灰被打傷，我欲提出告訴。必須快點開門讓我檢視是否有妳打傷小灰灰的相關證物。」請問，此時小紅帽是否有開門檢視容器、配合勘驗、履勘、說明，甚至於提出證據的義務？

事案解明義務跟證明不一樣，並不是要當事人負舉證責任，而是指對方欠缺了一些證據、事實圖像。姜世明教授提到：「自古以來便是，每個人都沒有向敵人提供武器的義務。」這點早已行之百年，即使換到了現代程序法上，無論刑

事民事也都是一樣的。就好像案例一，可能即使大野狼有追求真實釐清的權利，但小紅帽卻沒有開門讓他進來檢視蒐證的義務。大野狼有沒有這個權利？小紅帽又有沒有這個義務？這個極具衝擊性的議題透過這樣的比喻能夠更好的被想像。

假設小灰灰受傷的現場確實留有小紅帽的所有物，結果是否又會不同？這是一個非常困難的問題。上述舉例應該會對這個議題有一定的理解度，雖然答案可能不這麼明確但是會有一個觀念。

第二議題：甲跟乙是同一個大廈三樓及二樓的住戶，有一天甲發現家裡浴室的水管堵塞滲水嚴重，且發現樓下的乙家正巧在裝潢，懷疑可能是因為裝潢施工問題造成水管路回堵造成家中財產損害，甲請求乙開門檢視，乙配合後鋸開乙浴室中排水管，甲因此取得在乙水管裡的一污物凝結硬塊。甲當場要求乙賠償損害後即離去。嗣因乙置之不理，甲乃向某地方法院提起賠償訴訟。甲要求乙將硬塊拿來鑑定是否為裝潢施工排放汙物不當所產生的堵塞物，乙則表示當時並沒有對於此證物表示意見，於是將其丟棄，甲而後向法院表示乙須負起證明妨害責任。

關於乙是否有保管證據的義務這點，尤其是可能對他自己不利的證據，在美國法上是有特別的規定。以下是相關案例。

案例一：甲起訴主張乙欠款一百萬元，採現金交易的方式，但乙方表示雖然有金錢往來但是並沒有這筆借款，法官遂要求甲舉證，甲表示當時有借據但是已經不見了，因為媽媽不識字於是不小心丟了，所以沒有原始正本，但此時甲向法院表示乙身上留有影本作帳用，法官命令被告乙提出影本證據。

法官是否能令被告提出？假設影本確實存在，甲在三天前有取得證據表示乙身上的確有影本存在，法官也認為借據確實存在，而此影本是否能夠定案提出？就影本這一個債務有沒有提出的義務。原告是應負舉證一造當事人，但是卻沒有相關事證，雖然其情可憫，但能不能因為這種感同身受在證據法上轉彎？為對方保管對自己不利的證據，進而提出，在程序法上是有爭議的問題。

案例二：甲跑去乙的賣場，檢視機器原始模型，但購買後發現跟原來看到的功能有落差，對

產品質量和設計有所疑慮，於是通知乙方有瑕疵問題存在。半年後甲向乙提起訴訟，因為機器瑕疵問題已造成損害故請求賠償，法官要求乙提出機器原型配合勘驗要求提供，乙表示三個月前已將機器出售海外，主張財產處分自由，甲提出證明妨害認為乙應該要負保管責任，認為既然交易已有爭議存在，應該要將物證保留，讓法官釐清相關真相及解釋。有保管義務將來就一定要配合提出，不提出就可能有相關舉報事實就會變成是畏罪隱瞞。

這套理論會影響到整個舉證責任的分配，辯論主義底下的攻防，所以在這四個案例當中是相當尖銳性的。

姜世明教授接著提到「協力義務的定義」，協力義務在立法理由跟各學說中常常看到，是一經常被學派提出使用的字詞，在裁判書裡面被使用的機會反而不多，實務上並不常被使用。債清裡面常常會提到協力義務，實體法裡面也常會提到，例如定作人、承攬人會有協力義務，合約裡具體會有配合的狀況，是一個承攬關係。或者親子學鑑定中，被告是否要配合提供鑑定資料，也列入協力義務。

事案解明義務是在一定條件下對於事實配合說明，或者容忍對方勘驗，提出相關鑑定物品等等。而狹義的協力義務跟協力義務是一樣的意義，在姜世明教授這場講座中主要談狹義的部分。廣義的部分像看到的實務見解，準備程序用到了所謂民事訴訟法(下同)276條「失權效」這樣的協力義務是比較廣義的協力義務。而所謂「促進訴訟義務」，在實務上少部分會跟協力義務混在一起。所以在協力義務在實務上運用通常會用比較廣義的理解，包括程序法上有助於程序促進開展、真相發現、訴訟目的達成，有共同作用的義務都全部都是協力義務，但這是相較之下比較廣義的。

關於比較狹義的協力義務、事案解明義務，國內的法律依據中，部分學派認為我們要承認一般的事案解明義務，一般事案解明義務上述的案例都會被認為需要配合，姜世明教授提出第342條：「聲明書證，係使用他造所執之文書者，應聲請法院命他造提出（第一項）。」要求表明需要提出文書內容，342條第二項「他造有提出文書義務的原因」就是一個非負舉證一造當

事人的協力義務。而第三項，第一款跟第三款所列事項的表明寫有困難的時候，法院得令他造為有必要之協助。但是這個協力義務是具備部分前提的，例：第一項要求相關文書事實具體要提出，應證事實要先提出，避免摸索證明，而是否認同摸索證明狀態這點則視各國而定。

姜世明教授強調，法律跟真理沒有關係，只是時間性的決定，是一群人的共識，但需要大家集思廣益的去討論思考怎樣的作法才是比較合理的。例如：若村民要去告工廠製造公害，但要表明一些文書證明有污染情事對村民來說是極困難的，所以會要求被告工廠協力，不協力一樣會發生效果。

聲請調查證據是要表明應證事實，應證事實會決定要判斷相關證據方法的關聯性、重要性、必要性，有應證事實是必要的，比較能避免突襲，證人比較能夠決定接下來的言論，才能夠跟法官表示意見，它有所謂攻防線的意義。結果還沒有待證事實就要進行一個證據的調查，調查結果的事實再要做為下次新的主張或者新的證據調查的開端，這樣就是摸索證明。目前各國的走向不一，而台灣的走向尚在研議中。

關於這個議題，姜世明教授舉出各國不同的模式。在美國，兩造當事人在事證開示的階段裡，即便是對造有利的，只要請求訴訟或抗辯攻防，任何相關聯的證據都有提出的義務，而這樣開闊式走向的弊病便是容易被拿來當作窺探他人營業秘密和隱私的手段，如同姜世明教授提出的第一議題，之所以在案例中會遲疑小紅帽是否有開門的義務，係因為這會衝擊到隱私權和營業秘密。引此後來也成立了部分需要特別慎重處理的例外特權，將過於開闊的模式稍作緊縮，而這點在德國的想法則不同。

奧地利的民事訴訟法不叫辯論主義，而是稱為「協同主義」或者是「被緩和的職權探知主義」。在民事訴訟法上，法官被賦予很高的實質訴訟指揮的義務，他們的闡明義務是非常強，介入性是比較強的，對他們來說要承認摸索或比較開闊性的比較困難，法官有職權命令你提出就必須要提出。民事訴訟在19世紀末期是談自由主義、個人主義還有資本主義，當初本來只是想把民事訴訟當作自力救濟的合法舞台，這種存兩造對抗式的一定會存在著「我為什麼要為敵人提供

武器呢？」的觀念，所以被支配這麼久的法思想就是這個原因。

奧地利在1900年後開始慢慢加入了社會主義式的思維模式，要保護弱勢者，覺得自由主義式的對抗方式會對弱勢者不公平，所以加入法官的權力來介入跟干預。德國後來也有被影響，在1933年後也加入真實義務，我國1968年後來也有加入了真實義務。所以說法律雖然會互相影響，但德國還是堅守辯論主義，奧地利則是協同主義。

我國到底是怎樣的聲援者？有些學派認為是協同主義和修正辯論主義，但是在德國與奧地利的例子中這兩者是不一樣的，這就是有趣的地方。如果認為兩者同時存在的話這又是另外一個想法了。

事案解明義務因為會連接到辯論主義，那一旦採取美國式的一般事案，它們是採當事人對抗，抵抗是律師的工作，法官是具保護性及例外性的工作不能直接介入，是由當事人跟律師負成本的，正因為其成本很高，才發展出有效率更公平的方式，希望兩造的證據都在這個階段處理好，方便後面的陪審團制度。但越是對抗式的，非負舉證一造當事人為什麼要保管證據？這個就越有爭議。奧地利就比較簡單，因為法官有權利令你，提出你就必須要提出。美國注重效率跟成本，拖延越久的證據開示對當事人的負擔就越大。

有人認為第344條規定，就是要採美國式的一般事案解明義務，像「本件訴訟有關的事項都要提出來」，只是在脫離以往說法律關係的所做文書，例如：借貸關係的借據、買賣契約，要脫離這個東西，擴大了提出的文書範圍。甚至病例、買賣前準備階段證據、後階段的文書，這個派系認為不管有利不利都要提出，為了釐清事件真相，對本件訴訟有關的事項都要提出，但是不能算是一般事案解明？。姜世明教授也試著針對這段提出一些問句來引導大家思考，「這些文書要不要提出？」、「是否會因為這樣的規定而變成一般事案解明義務？」、「這款規定的立法理由是什麼？」

第344條修法理由：「隨社會經濟狀況之變遷、公害，產品製造人責任及醫療事故損害賠償等類現代型紛爭與日俱增，於某訴訟中不乏因證

據僅存在於當事人之一方致他造當事人舉證困難之情事發生，例如為舉證被害之因果關係或可歸責之原因，必須知悉企業經營者所執有關於形成公害或產品瑕疵過程之文書，或為舉證醫療過失，必須知悉醫療機構所執有之患者診療病例等，故亦有擴大當事人文書提出義務範圍之必要，修正原條文第5款規定，使當事人就其實體及程序上法律關係，爭點，攻擊防禦方法等與本件訴訟有關之事項所作之文書均負有提出之義務……。」因為這些現代型紛爭會存在舉證困難的情形，所以擴大當事人文書提出義務範圍的必要，進而修正義務法規定相關事項有提出義務。

「在處理現代型紛爭的過程中，是否要依照事件類型區分，在例外狀況下才啟動這種但書？借貸、買賣、合會、委任等狀況是否適用於解釋？是否有考慮過武器不平等、證據偏在於一方等問題？」姜世明教授提出了幾個重點，提醒在場各位這些就是在過程中需要去提出的問題，需要去注意這樣的解釋方式和立法理由是否有合適。

比如說，借貸是兩造共同參與的，對證據的保值就是一種平等地位，更何況在實體法上甚至可以解讀出來「配合舉證責任」，是誰要負舉證責任？就是主張權利發生者要對權利發生負舉證責任。誰主張借款有請求權的，誰就必須要對借款合同合意跟交付來負舉證責任，訂契約的時候如果有律師，律師必須告知債權人有保管的責任，所以證據保管的成本應該在債權人身上。證據風險跟成本控管就是實體法的基本精神所在，它不能容許你因為實體法基本價值太亂，到了程序法再轉彎，利用訴訟法創造出的協力義務跟保管義務，結果變成債權人要幫你保管，這樣是否合理？原告應該要負證據保管責任，而不是被告要負證據妨害責任。

我國282條-1：「當事人故意將證據滅之毀損」，但德國並無故意證明妨害這種特別條例。德國主要是處理「過失」證明妨礙，認為要證明對方故意證明妨害太困難所以將重點放在過失上，要處理過失證明必須要有前提要件，要有協力義務在，像文書就會有三個層次：製作義務、保管義務，最後是程序法的提出義務，只要其中一環有過失都有證明妨礙的問題，過失也是一樣，因為有協力義務的前提在。基於此前例，認

為我國這條文尚具有爭議，這樣的狀況在德國有部分的人當作一般事案解明義務，但應該也是不至於的，那麼我國到底要往美國法還是要固守在辯論主義下？主要衝擊是在第344條第一項第五款跟第36條。

第368條：「證據有滅失或礙難使用之虞，或經他造同意者，得向法院聲請保全；就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全。」第368條其實有不同類型，「證據有滅失或礙難使用是一種」，「他造同意」是一種類型、「確定事物之現狀」又是一種類型。確定事物在德國只能鑑定而已，但我國卻擴大成保全、書證都可以，書證怎麼定義影響就很大了。姜世明教授認為第368條必須配合344條第1項第1到第5款，若沒有配合的話，第368條容易被偷渡成所有文書都能被極端擴大化，這樣會造成整個體系上的不合理漏洞，而這兩個部分要是沒有拆解的話就可能走向一般解明義務。

第344條第1項第1-5款：「下列各款文書，當事人有提出之義務：一、該當事人於訴訟程序中曾經引用者。二、他造依法律規定，得請求交付或閱覽者。三、為他造之利益而作者。四、商業帳簿。五、就與本件訴訟有關之事項所作者。」主要是限定在類型化考量，立法理由說是處理「現代型紛爭」，只要有其他共同特徵的都可以引用進來，但律師或法官要去說理為什麼這個事件可以這樣使用，是不是跟現代型一樣有呈現這種非領域外證據偏在的狀況。例如借貸就沒有理論可以適用，因為這是兩造共同的經過，原告本來就必須要負保全證據的責任，怎麼會讓債務人也要配合書證，這就另外一套看法是不接受的。

整合以上，第368條如果配合第344第1項第1-5款來限縮類型化，如果有擴大的事件，也有證據偏在的狀況，可以有負具理由來擴大，這樣第368條就可以維持住，不會說所有事件類型都配合去提出。

* 未完待續 *