

新民事訴訟法之理論與實務 第七卷

爭點整理 與 舉證責任

許士宦 著



新學林

國立臺灣大學法學叢書（209）
新民事訴訟法之理論與實務 第七卷

爭點整理與舉證責任

許士宦 著

新學林出版股份有限公司

著者簡介

許士宦

現職：國立臺灣大學法律學院教授

學歷：國立臺灣大學法學士、法學碩士
法學博士

經歷：律師（1986年～2000年）

主授：民事訴訟法、強制執行法、破產法

著作：執行力擴張與不動產執行、程序保障與
闡明義務、證據蒐集與紛爭解決、審判
對象與適時審判、債務清理法之基本構
造、集中審理與審理原則、訴訟參與與
判決效力、訴訟理論與審判實務

爭點整理與舉證責任

新民事訴訟法之理論與實務 第七卷

著 作 者：許士宦

出 版 者：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市和平東路二段339號9樓

電 話：(02) 27001808

傳 真：(02) 27059080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總 經 理：毛基正 責任編輯：鄭珮言

副總編輯：林靜妙 製程管理：浩瀚

副 理：許承先

出版日期：2012年12月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定 價：450 元

ISBN 978-986 - 295 - 152 - 1

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 27001808 分機18

電子商務：<http://www.sharing.com.tw>

讀者服務：<http://www.sharing.com.tw>

序言

我國之民事訴訟法學自一九八〇年代起，一邊批判繼受自德、日等外國之學理，一邊創設具本土化特色之論說，嗣經廿一世紀初民事訴訟法之修正，大幅度落實為程序制度，開展新台灣民事訴訟法學。

本書第一篇旨在闡述台灣民事訴訟法學之發展歷程及特色：認知廿世紀前葉所繼受民事訴訟法典之不完備性，成立定期性、經常性共同研討之民事訴訟法研究會，一方面批判性、合目的選擇性繼受母法國及其他外國之學理，另一方面獨立自主地致力於創新理論，建構足以保障紛爭當事人的實體、程序主體地位之程序制度，不僅極力防免發生突襲性裁判，充實事前及事後之程序權保障，而且兼顧當事人之實體利益與程序利益，賦予其在起訴前或訴訟上平衡追求該二利益之機會。

第二篇旨在描繪民事程序法制之新進展：受晚近三十年來民事程序法學發展之導引，民國一〇〇年所制定、修正之三部重要民事程序法典，變革家事事件程序，使其更能妥適、迅速、統合處理家事紛爭；加強強制執行之手段，使權利之實現更具實效，並因應家事債務強制履行之特性需求；修正消費者債務清理程序，使負多重債務之消費者更容易、迅速減免債務，重建其經濟生活。

第三篇至第八篇係展開新民事訴訟法學中之訴訟標的相對論、爭點整理學、舉證責任論及判決效力論。其中第三、四篇旨在充實爭點整理學之內涵：依訴訟標的相對論之法律思維，整理

民事訴訟最上位爭點之訴訟標的如何特定；依一貫性及可證性審查之法律思維，整理攻防方法爭點之法律、事實及證據如何陳述、主張及聲明，充實必要審理，而排除不必要審理，以發現真實，而促進訴訟，達成集中審理之目標。

第五至七篇旨在定性舉證責任並據以為分配：要求各當事人就其所主張利己事實提出證據予以證明之舉證責任，乃兼具實體法及訴訟法屬性之行為規範。就不當得利返還訴訟中無法律上原因之舉證責任分配而言，請求人及被請求人應分別就其評價根據事實及評價障礙事實負擔之。如此處理，在實體法上助益於統一說及非統一說之融合，在訴訟法上有利於不同不當得利事件類型之舉證責任同構化。

第八篇則旨在說明判決效力主觀範圍擴張之要義：不應僅從實體法上觀點，以訴訟標的之實體法上權利屬性作為判決效力是否及於系爭物受讓人之判準，致忽略既判力之客觀範圍及時之界限；而應兼自訴訟法上觀點，視該受讓係發生於基準時以前或之後、該受讓事實已否呈現於訴訟為斷，以謀求統一解決兩造當事人及受讓人等三者間有關紛爭，及充實程序權保障。

二〇一二年八月八日

許士宦

國家圖書館出版品預行編目資料

爭點整理與舉證責任／許士宦著．--一版．--
臺北市：新學林，2012.12
面；公分．--（國立臺灣大學法學叢書；
209）（新民事訴訟法之理論與實務；第7卷）

ISBN 978-986-295-152-1（精裝）

1. 訴訟程序 2. 民事訴訟法

586.107

101023544

目 錄

序言	I
戰後台灣民事訴訟法學發展史	1
民事程序法之新進展	45
訴訟標的特定之爭點整理	91
集中審理之爭點整理	129
行為責任之舉證責任	159
不當得利返還訴訟中無法律上原因事實之舉證責任分配 ..	191
不當得利之類型與無法律上原因之舉證	253
判決效力擴張於系爭物受讓人之判準	279
事項索引	315
裁判索引	325

戰後台灣民事訴訟法學發展史

目 次

壹、緒言	3
貳、德、日民事訴訟法學之繼受及批判	4
一、民事訴訟法研究會成立前之法學繼受	4
二、民事訴訟法研討會中之論爭、批判	11
參、台灣民事訴訟法學之形塑及開展	21
一、新修正民事訴訟法之施行	21
二、比較法中之台灣民事訴訟法學	30
肆、結語	42

戰後台灣民事訴訟法學發展史

目 次

壹、緒言	3
貳、德、日民事訴訟法學之繼受及批判	4
一、民事訴訟法研究會成立前之法學繼受	4
二、民事訴訟法研討會中之論爭、批判	11
參、台灣民事訴訟法學之形塑及開展	21
一、新修正民事訴訟法之施行	21
二、比較法中之台灣民事訴訟法學	30
肆、結語	42

摘 要

戰後台灣民事訴訟法學之發展具有兩個研究取向。其一是挺立台灣法學之獨立自主性，避免自我殖民地化。雖認知二十世紀前葉所繼受民事訴訟法典之不完備性，但仍為批判性、合目的選擇性繼受德日等外國學理，甚至提出獨創性理論。其二是鞏固紛爭當事人之程序主體性，避免審判客體化。不僅極力防止發生突襲性裁判、充實程序保障之內容，而且兼顧當事人之實體利益與程序利益、賦予其在起訴前或訴訟上平衡追求該二利益之機會。

關鍵詞：程序保障論、訴訟標的相對論、協同主義、集中審理、爭點整理學

壹、緒言

戰後影響台灣民事訴訟法學之發展者，首先是一九三〇年制定於大陸地區之民事訴訟法開始施行於台灣。由於民事訴訟法學係研究民事訴訟之學問體系，特別是探究作為其規範依據之民事訴訟法規定的過去歷史上制約、析出該法規範之現在的問題點及指引其將來的動向者，所以戰後之台灣民事訴訟法學自以上開法典之闡述、批評作為中心。從台灣民事訴訟法學之發展來看，可概分為三個階段、二大時期。第一個階段是自一九四五年至一九八〇年之間，即民事訴訟法研究會成立以前之階段。此階段有關民事訴訟法之著述、內容多偏重實務記述性資料之整理或傾向於觀念論。惟亦有致力於介紹、移植德、日之學說理論者。不過，相較於次階段，與其他法律學門共通，其研究型態仍遷就於「單打獨鬥」式，而欠缺經常性、定期性研討會之成立。

第二階段是自一九八〇年至二〇〇〇年之間，即民事訴訟法研究會成立以後到民事訴訟法大幅度修正為止。此階段因定期性研討會之召開，提供學說論述相互間溝通、論駁之場所，乃能就前階段所繼受之德、日民事訴訟法學加以吸收、消化、批評，甚至有指標性學說理論之獨創，而有所不同於德、日等國之狀況，可說是醞釀台灣本土化民事訴訟法學之階段。第三階段則是自廿一世紀開始，即新修正民事訴訟法施行以後迄今為止。由於民事訴訟法之新修正吸納前階段民事訴訟法學之研究成果，擺脫二十世紀前葉所採抄襲性繼受之模式，而改向於更加本土化，以因應我國社會之時代需求，所以就其闡述、評價已非單純引用外國法

制、學說所能濟事，而須從其立法之理論思想背景出發，從而塑造具有台灣本土特色之民事訴訟法學。

上述三階段可劃分成二大時期，兩者以新修正民事訴訟法之施行為界，在此之前可說是德、日民事訴訟法學之繼受及批判時期，在此之後則可目為台灣民事訴訟法學之形塑及開展時期。前者係理解、檢討繼受自德、日等國之修正前民事訴訟法所必要，後者乃闡述、評價具本土化特色之新修正民事訴訟法所需求。以下分別論證之。

貳、德、日民事訴訟法學之繼受及批判

一、民事訴訟法研究會成立前之法學繼受

我國於一九三〇年（及三一年）制定（三二年）施行之民事訴訟法，類如日本，均深受一八七七年德國之民事訴訟法所影響，是在國家指導下為抄襲性繼受。然而，上開德國民事訴訟法係將向來存在於各邦國者予以統一，並僅將須先行統一之法規定納入統一法典中而成，以致較不重視所定內容之完整性，而多有任其後仍適用諸邦國原有之實務慣行或特別法為處理之事項。我國因未同時繼受其實務慣行及相關周邊法制，所以可說是繼受內容不盡完整而含有先天性缺陷之法典，尚有待於依循相當之程序法理予以彌補¹。不過，其後在德國，相當發達而經體系化、理

¹ 邱聯恭，民事訴訟法研究會第五七次研討會後補註，民事訴訟法研究基

論化之民事訴訟法學多發揮彌補上述法典上空白之作用，而日本之民事訴訟法學亦然。我國之民事訴訟法立法既係抄襲性繼受，該項法律移植大業自始即殘留繼受西方法制（有關民事訴訟法施行之種種周邊制度）不盡徹底、完足之問題事項，有待於繼續從修法上及學問之繼受、研究上加以顧慮、彌補²。因此，不論此項缺陷之解釋論上彌補必要性及可能性是否為我國學界所充分認識，在戰後至民事訴訟法研究會成立之前，我國之民事訴訟法學在解釋論或立法論上多繼受德、日兩國之民事訴訟法學，既不足以為異，毋寧應屬當然。

關於訴訟主體之當事人的訴訟上地位，首先係引進真實義務。蔡章麟教授參酌德國等外國立法例及學說，主張民事訴訟之目的，為保護當事人之真正權利及維持國家之法律秩序，自不宜因保護個人利益，而致妨害秩序及全體利益，且民法以誠實信用為原則，民事訴訟法為確保實體法之效用，以實現公正、迅速、經濟、簡化為目的，其與實體法有密切關係，自不宜孤立。當事人之虛偽的陳述，不獨增加法院負擔，且足以誘致訴訟程序複雜、延滯，增加無益訴訟，顯與上述之民事訴訟本質有違。故承認真實義務，使當事人各就自己明瞭之事實為完全陳述，不許任何當事人因要求國家保護，而以詐偽手腕愚弄代表國家之法院，

金會編『民事訴訟法之研討(六)』（一九九七年）三一三頁至三一四頁；同「民事程序法學之回顧與展望」財團法人台大法學基金會〈年刊〉（一九九五年）二七頁。

² 關於我國民事訴訟法在二十世紀西方法制繼受上之異質性，參見邱聯恭「第一審程序修正草案之析述」最高法院學術研究會編『民事訴訟法修正草案之析述與研討』（一九九三年）一八〇頁至一八一頁。

並藉以維持當事人間之公平，其與當事人處分權主義、辯論主義不能謂為有何矛盾，則將真實義務明定於民事訴訟法似未為不可。至陳述真實之範圍，普通均限於事實（法律上陳述除外），法律雖希望當事人及其代理人、輔佐人就其不利於己之事實，亦為完全陳述，但對於其不實之陳述，多數立法例仍僅不予斟酌，或予不利評價，或令負擔延滯之訴訟費用，而未嚴課責任，特設制裁，似亦體諒人情之意³。

³ 蔡章麟「民事訴訟上誠實信用原則」〈社會科學論叢〉四期（一九五三年）一三五頁；同「民事訴訟法上當事人是否應負真實義務？」〈建設〉二卷三、四期（一九五三年）一頁。氏著教科書『民事訴訟法第一冊』（一九六六年）併引德國同類著作，而將真實義務列為總論之一章。嗣後一九六八年修正之民事訴訟法，正式將真實義務予以明定（同法一九五條一項），且未定當事人違反該義務之制裁，而置之於不完全規定。其立法理由表明：民事訴訟之目的有二：(1)為保護當事人之真正權利，(2)為維持國家之法律秩序，若許當事人在訴訟時任意虛偽或不完全之陳述，則是與上述民事訴訟之基本目的相抵觸，顯非合理。以往德學說，因受個人主義與自由主義之影響，拘泥於民事訴訟應嚴格遵守當事人進行主義之理論，多否認有為真實及完全陳述之義務，因而一經涉訟，當事人故為虛偽陳述，妄作無理爭執，即可無所不用其極，於是民事訴訟之真實目的，即無由達到，而人力費用之浪費，與夫訴訟進行之延滯，其損失尤屬不可勝計。最近半世紀以來，學者鑒於上述過分崇尚自由主義之弊，翻然省悟，於是主張當事人應有真實及完全陳述之義務者，人數漸多，其理論亦日趨有力，影響所及，外國立法例，如一九三三年德國修正民事訴訟法第一百三十八條第一項、一九三〇年南斯拉夫民事訴訟法第二百四十二條等，亦皆以明文規定當事人負真實及完全陳述之義務，故本修正案於本條增訂第一項，即係採此進步之立法例。見司法院編『民事訴訟法歷次修正條文暨理由彙編』（一九八六年）七一八頁至七一九頁。

關於訴訟客體之審判對象，係引進德、日之新訴訟標的理論。陳榮宗教授、王甲乙法官及駱永家教授分別介紹德、日之各種新訴訟標的理論⁴。駱永家教授並明言採新訴訟標的理論中一項說。亦即認為，在請求權競合情形，如採舊訴訟標的理論，又不為闡明，則往往將使在法律上有理由之當事人（原告），只因不懂法律，缺乏訴訟經驗，未能說出法官所認為恰當之實體法上請求權名稱而遭敗訴，難符便民之要求，訴訟權之保障將空洞化；當事人即使得再提起訴訟，亦將浪費其時間、精力、金錢，並將徒增法院受理訴訟之件數，導致訴訟遲延，難符訴訟經濟之理想。反之，如採一項說，只要競合請求權之原因事實呈現於言詞辯論，當事人無須說出實體法上請求權之名稱，且縱使說錯（實即引用法律錯誤），法院亦可根據當事人所主張之事實引用適當之法律觀點判決當事人（原告）勝訴，承認當事人有該權利。此亦即「汝給我事實，我給汝權利」之精神所在。因係根據當事人所主張之事實下判決，故符合辯論主義之要求，又係就同一訴訟標的（「受領一回給付之地位」、「受給權」）為判決，並非訴外裁判，故亦符合處分權主義之要求。在一次訴訟中，即可使有理由而雖不諳法律或訴訟者亦可獲勝訴，理屈者受到應得之

⁴ 陳榮宗「訴訟標的理論」『民事程序法與訴訟標的理論』（一九七七年）三二六頁；王甲乙『民事暨行政訴訟研究』（一九九六年）二四九頁至三二二頁；駱永家『既判力之研究』（一九七五年）三四頁至四一頁、一〇七頁至一一四頁、一二二頁至一二五頁、一四六頁。關於台灣持新、舊訴訟標的理論者間之爭論，見座談會「新舊訴訟標的理論之檢討」（台大法學論叢）五卷二期（一九七六年）一頁。

民事制裁（敗訴）；通俗而便民，其判決方符合社會之正義，人民訴訟之權方可獲得確實之保障；而一個紛爭得一次解決，符合訴訟經濟，且不致於有二個結果相異之矛盾判決出現，對於司法威信之建立亦有裨益⁵。

關於訴訟審理之事證蒐集原則，係引進日本之辯論主義。駱永家教授認為，辯論主義係指事實關係之解明屬於當事人之權能及責任，包括三命題：①未經任何一造當事人主張之主要事實（法律要件事實），法院不得採為判決之基礎；②當事人間無爭執之事實（自認、擬制自認）無庸舉證，法院應採為判決之基礎；③認定系爭事實所須之證據資料，原則上應由當事人聲明之證據方法得之。上開意義之辯論主義應與處分權主義相區別。我國民事訴訟法雖無從正面採用辯論主義之明文，但其第一九六條、第二七九條、第二八〇條及第二八六條等規定，均係以採用辯論主義為前提。採用辯論主義之根據，並非基於民事訴訟之本質，而係基於經驗上合目的性之觀點。因為各當事人對於事實之確定具有利害關係，由人類之經驗得知各當事人為自己之利益將致力於提出有利於己之事實，而由兩當事人之陳述可得一幅紛爭狀態之鳥瞰圖。此等由當事人之利己心及利害之對立所提出之訴訟資料，當較國家之任何調查，有利於得更豐富之訴訟資料及使之明確化之效果。反之，如令國家負責蒐集訴訟資料，則以有限之法院力量，面對浩繁之訴訟事件，將難於達成究明事實真相之目的。又個人之私法上關係，缺乏公益性，不容國家之介入而為

⁵ 駱永家「票據債權與原因債權競合時之訴訟標的與舉證責任」『民事法研究』（一九八〇年）四六頁至四八頁。

調查。再者，如不令當事人負責提出判決基礎事實及證據資料，則當事人將過分依賴法院，而使法院之負擔增加⁶。

關於證據法之領域，係引進德、日之客觀舉證責任概念。駱永家教授及陳榮宗教授繼受德、日通說，主張我國向來認為舉證責任是當事人負有提出證據以證明其所主張利己事實為真實之責任，乃主觀的舉證責任概念，在此概念下負舉證責任當事人所為舉證活動不是舉證責任之本質。舉證責任之本質存在於客觀舉證責任概念，亦即指法院就法律規定之要件事實於言詞辯論終結時仍屬真偽不明情形，當事人因該規定不被適用所受之不利益（敗訴）。易言之，舉證責任是事實真偽不明之結果責任，而非證明事實為真實之行為責任。因為判決係斟酌全辯論意旨為之，而不問陳述之當事人是否負有舉證責任，且負有舉證責任當事人縱令盡力舉證，如其舉證未能成功，亦將受敗訴判決。所以主觀舉證責任不過是客觀舉證責任通過辯論主義之投影而已，本身缺乏獨立性。至於舉證責任如何分配，我國民事訴訟法第二七七條之規定（該規定為「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」）未能解決該問題，因有利於當事人一造之事實，其相反事實即為有利於對造之事實，故何造當事人應負舉證責任，仍須依規範說或法律要件分類說等學說所述分配原則而定⁷。

⁶ 駱永家「辯論主義與處分權主義」『既判力之研究』（一九七五年）二〇七頁至二〇九頁。

⁷ 駱永家『民事舉證責任論〔二版〕』（一九七六年）四四頁至五二頁、八一頁；陳榮宗「舉證責任之分配」『舉證責任分配與民事程序法』（一九七九年）一頁。