

伊薩法學系列（十七）

民事訴訟法註釋書《四》

姜世明 編著

伊薩法學系列（十七）

民事訴訟法

註釋書（四）

姜世明 編著

 新學林出版股份有限公司

民事訴訟法註釋書 / 姜世明編著. --
一版. -- 臺北市 : 新學林, 2013.05-
冊 ; 公分

ISBN 978-986-295-198-9 (第 4 冊 : 平裝)

1. 民事訴訟法

586.1

102009301

民事訴訟法註釋書 (四)

編者：姜世明

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：台北市大安區和平東路二段 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

副總編輯：林靜妙

責任編輯：鄭珮言

副理：許承先

內文編排：陳怡君



出版日期：2013 年 6 月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

購書未滿 1000 元加收郵資 50 元，滿 1000 元可刷卡

定價：490 元

ISBN 978-986-295-198-9

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：106 台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

團購專線：(02) 27001808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw>



親愛的讀者

為提昇您閱讀便捷性

新學林特別精心製作一系列台灣景物磁鐵書籤

將台灣的美與您共同收藏於扉頁

如欲索取請上新學林網站：

www.sharing.com.tw

致學如耕
涵泳歲稔

致學如辛勤耕耘，必歡盈沉浸於歲收穀物時。

序 言

本書係作者規劃著作之民事訴訟法註釋書系列之四，範圍係民事訴訟法第 277 條至第 376 條之 2 等規定，內容除法條或制度之導讀外，對於各條文之修正變革、立法理由、判例、解釋、新近實務見解、學說爭議亦加以整理及說明。而對於部分實務見解，其具有指標性者，亦予以評介研析，以供參考。

在德國，基於法治國之法律安定性需求，對於重要法規之註釋，不遺餘力，甚至有諸多不同版本。其意義乃在於使法律利用者，便於取得相關法規適用之入徑，並有助於學習者認識法律之多元視野形成，對於法庭上法律對話之友善情境塑造，亦得提供具信服力之討論基礎。

在我國，對於此一攸關法治國建立之重要任務，向被忽略，以致對於法律之認識及法庭上心證形成與開示，無法具備透明可信之基礎，其對於法庭上法律討論之促進，易形成障礙，至為可惜。

個人向認為，對於法官、律師而言，其實務操作準則，不能淪為空談，法庭辯論應具體集中，因而註釋書與手冊係國內亟待發展之項目，且此亦為學術與實務可共同合作之領域。

編撰註釋書，耗費心力巨大，距離完工之日尚遠，在家事公事忙碌終日之際，日積跬步，希有完成之日。

政大 姜世明

04.22.2013

目 錄

序言	i	第 288 條 導讀	292
導論	1	第 288 條	295
民事舉證責任法則導論	5	第 289 條	310
第 277 條	23	第 290 條	313
第 278 條 導讀	148	第 291 條	314
第 278 條	149	第 292 條	314
第 279 條 導讀	151	第 293 條	315
第 279 條	153	第 294 條	315
第 280 條 導讀	173	第 295 條	316
第 280 條	182	第 296 條	316
第 281 條	213	第 296 條之 1	317
第 282 條 導讀	217	第 297 條	330
第 282 條	219	第 298 條 導讀	334
第 282 條之 1 導讀	232	第 298 條	338
第 282 條之 1	242	第 299 條	341
第 283 條	258	第 300 條	341
第 284 條 導讀	261	第 301 條	342
第 284 條	261	第 302 條	342
第 285 條 導讀	270	第 303 條	344
第 285 條	278	第 304 條	349
第 286 條	284	第 305 條	351
第 287 條	292	第 306 條	358

第 307 條	359	第 328 條	381
第 308 條	362	第 329 條	382
第 309 條	363	第 330 條	382
第 310 條	364	第 331 條	383
第 311 條	364	第 332 條	384
第 312 條	365	第 333 條	389
第 313 條	366	第 334 條	389
第 313 條之 1	367	第 335 條	390
第 314 條	367	第 336 條	395
第 315 條	368	第 337 條	395
第 316 條	369	第 338 條	396
第 317 條	369	第 339 條	396
第 318 條	369	第 340 條	396
第 319 條	370	第 341 條 導讀	398
第 320 條	370	第 341 條	402
第 321 條	372	第 342 條	404
第 322 條	373	第 343 條	406
第 323 條	373	第 344 條 導讀	407
第 324 條 導讀	374	第 344 條	418
第 324 條	376	第 345 條	420
第 325 條	377	第 346 條	427
第 326 條	377	第 347 條	427
第 327 條	380	第 348 條	428

第 349 條.....	428	第 366 條.....	453
第 350 條.....	429	第 367 條.....	454
第 351 條.....	430	第 367 條之 1 導讀.....	455
第 352 條.....	430	第 367 條之 1.....	456
第 353 條.....	431	第 367 條之 2.....	460
第 354 條.....	432	第 367 條之 3.....	461
第 355 條.....	433	第 368 條 導讀.....	461
第 356 條.....	435	第 368 條.....	465
第 357 條.....	436	第 369 條.....	472
第 357 條之 1.....	442	第 370 條.....	473
第 358 條.....	443	第 371 條.....	474
第 359 條.....	446	第 372 條.....	474
第 360 條.....	447	第 373 條.....	474
第 361 條.....	448	第 374 條.....	475
第 362 條.....	448	第 375 條.....	475
第 363 條.....	448	第 375 條之 1.....	476
第 364 條 導讀.....	452	第 376 條.....	476
第 364 條.....	452	第 376 條之 1.....	477
第 365 條.....	453	第 376 條之 2.....	478

導論

一、證據之意義

證據，係用以佐實某爭議事實之證明資料。在法院認事程序中，若兩造對某事實主張發生爭執，而有證明需要者，為使法院對該事實真偽獲得確信，即須提出證據予以佐證。證據乃用以證明事實之材料，證據原則上係一名詞，而證明一詞則兼有動詞之義，惟亦有名詞之使用空間。

二、證據法之功能

民事證據法係關於舉證責任，證據調查及證據評價之法規範。其功能乃在於對民事程序中關於認事過程之形成，加以具體化，於主張提出、證據提出、證據調查、證據取捨與心證形成，為一系統性規範，俾法院及當事人得以遵循。另證據法在民事實體法規範建制上，亦具有可作為減輕或加重某類主體舉證責任之手段之功能，此在專門職業責任、消保法等均有類似規定。

三、證據法之性質

民事證據法之性質為何，係一爭議問題。自其立法條文之分布而言，其有規定於民事實體法者，亦有規定於民事程序法者。尤其係關於舉證責任規範，其實體性尤其濃厚，而與單純涉及證據調查之程序規範不盡相同。因而民事證據法之性質，並不能一概而論，就其中舉證責任規範而言，其應兼具程序法及實體法之性質。

四、證明（證據）之種類

- (一)證明與釋明：當事人提出證據，使法院就其主張之事實得生強固之心證，信其確實如此者，稱為證明。當事人提出證據，使法院就其主張之事實，得生薄弱之心證，信其大概如此者，稱為釋明。當事人對於在訴訟上主張之事實，通常須加以證明，惟在有迅速簡易決定之若干情形，法律明文規定，僅須釋明即可。例如，聲請法官迴避之原因，僅須為釋明（民事訴訟法第 34 條第 2 項）。請求訴訟救助之事由，應釋明之（民事訴訟法第 109 條第 2 項）。供釋明之證據方法，原則上須法院得為即時調查者，始為合法（民事訴訟法第 284 條但書）。因而，以文書為釋明方法，應提出文書原本於法院；以證人為釋明方法，須偕同證人到場而得即時訊問始可。但在有特殊程序保障或慎重程序之要求者，仍應存在例外。
- (二)嚴格證明與自由證明：依民事訴訟法規定之證據方法及民事訴訟法所定證據調查程序進行之證明，稱為嚴格證明（Strengbeweis）。訴訟標的之法律

關係或權利之主張所需事實之斷定，須依嚴格證明。自由證明（Freibeweis）係指，其證據方法或證據調查程序，不受法律明文限制之證明。外國法、地方法令、特殊習慣法、特殊專門性之經驗法則成為證明對象之情形，不必依嚴格證明，僅須依自由證明，而無須依本法所規定調查證據之正式程序為之。依德國通說，職權調查之事實、無須言詞辯論之程序事實、官署報告書，均得為自由證明。

- (三)本證與反證：負舉證責任之一造當事人所舉之證據稱為本證（Hauptbeweis）。反證（Gegenbeweis）係不負舉證責任之一造當事人，為否定對造之本證證明之事實而提出之證據。依舉證責任分配之原理，負本證責任之當事人，必須以本證使法院對待證事實之存在或不存在發生確信，始為舉證成功。倘本證之舉證效果未達目的，縱使提出反證之當事人亦未達成證明目的，法院於事實真偽不明時，即應為本證當事人之敗訴判決（最高法院 17 年上字第 917 號判例）。可知反證之舉證效果，如能使法院對待證事實之確信發生動搖，使待證事實成為真偽不明之狀態，則反證即已達其目的，反證乃不須如同本證須使法院對反對事實發生確信。

實務上，對於「反證」之用語，與上述卻未盡相同，或有指提出證據推翻法律所推定事實者。惟理論上，精確而言，在此種情形，主張法律所推定事實之當事人，不負舉證責任，主張該項推定事實為不實者，應負舉證責任，其性質係本證。另反證一語，口語上有時用以指被告所提出反駁原告主張之證據，惟理論上，被告所提出證據並未必均屬反證。

- (四)直接證據與間接證據：能直接用以證明待證事實之證據稱為直接證據。若證據僅能證明一定之間接事實或輔助事實，而依此項間接事實或輔助事實與待證事實間之推理必然關係，待證事實可藉此而間接獲得證明，此種證據稱為間接證據，又稱為情況證據（Indizienbeweis）。例如，當事人證明某日某時在台東縣某地，由此一事實，得推出在同一時間該當事人非在台南市之事實，從而間接證明該當事人於某日某時不在台北市之事實；或在原告主張 A 車買賣價金請求權時，被告爭執係借貸關係，此時原告可能提出，其已另購 B 車及被告已為 A 車裝置若干新設備等事實之證據。

- (五)間接本證與間接反證：對於主要事實負舉證責任之人，因無法提出直接證據為證明，提出間接證據證明間接事實，從而據該間接事實依經驗法則推認待證事實之存在，此種舉證稱為間接本證。對造當事人為防阻主要事實被推認之不利結果，不負舉證責任之對造乃提出反證，以反證證明另外之他種間接事實，並藉之依經驗法則推認待證主要事實之不存在，稱為間接反證。

五、證明之客體

法院須以證據加以證明之對象，又稱為證明之客體。原則上，證明之對象係事實。蓋法院之裁判上之認事用法，乃以事實為小前提，於確認事實後，乃依三段論法為推理裁判之結論。

(一)當事人主張之主要事實

民事訴訟之審理，以辯論主義為權利主張及提出證據之基本原則，若當事人就其有利之主要法律要件事實不為主張時，法院原則上即無調查之必要。辯論主義第二命題，即指出當事人間無爭執之事實，法院亦無將其列為待證明之對象之必要。因而，原則上成為法院待證之事實者，須係當事人所主張而有爭執之主要法律要件事實。

事實之中，構成法規之法律要件事實，被稱為主要事實。而間接用以證明主要事實之事實，稱為間接事實。如係用以證明證據能力或證據力之事實，則稱為補助事實。此種間接事實或補助事實雖與主要事實有所不同，但實際上，在有證明需必要情形下，亦得成為待證對象。

(二)法院應依職權調查之事項

依民事訴訟法規定，法院應依職權調查之事項，例如當事人能力、訴訟能力，有無繳納裁判費等之事實，雖無當事人之主張，或無當事人之爭執，法院基於職責，仍應查明，此種事項亦成為待證明之對象。

(三)法院所不知之習慣、地方法規、外國法

民事訴訟法第 283 條規定，習慣、地方制定之法規及外國法為法院所不知者，當事人有舉證之責任，但法院得依職權調查之。其立法理由乃因本國法律為法院所應知，如法律之存否不明或涉及解釋時，法院應依職權調查或研究，無論當事人有無主張或有無證明，法院均無須進行調查證據程序。惟習慣、地方制定之法規及外國法，法院無法盡知；且法院若不知此類習慣或法規內容時，亦無從為解釋或適用。因而當事人欲適用法院所不知之習慣、地方制定之法規、外國法者，須證明其規定之存在及內容。此類法院所不知之規定內容及其存在事實，自亦為待證之對象。在此所謂習慣係指多數人關於同一種類之事項，繼續反覆為同一行為之事實。地方制定之法規，係指地方政府或自治團體所制定之法律規章。外國法，則通常係指於法院審理涉外民事事件時，所應適用之外國法之情形而言。此項準據法之存否及其內容如何，均應由當事人舉證之。

（四）經驗法則

所謂經驗法則係指，人類以經驗歸納所獲得有關事物因果關係或性質狀態之法則或知識。經驗法則有屬於日常生活上一般人之常識者，有屬於科學、技術、藝術等專門學問之知識者。此種經驗法則係以一種知識或法則而存在，成為三段論法之大前提。人類就某具體事物關係之結論為推理之時，須以經驗法則為大前提，而以某具體之事實為小前提，並藉之推導結論。經驗法則與法律之適用一般，均為認事程序之大前提，但其通常係於自間接事實推理待證事實時使用，與事實關係密切，且法官不可能對所有經驗法則均得予掌握，自亦應為待證事實。

六、證據之方法

民事訴訟法所承認之證據方法包括文書、人證、鑑定、勘驗、當事人訊問等。其中以人證最不具可靠性，而文書則最具可靠性。至於鑑定則係求諸其他專業之經驗法則運用及審查，而當事人訊問乃特定當事人置於類似證人般接受訊問，並使其供述成為證據資料。

七、證據規範之可處分性

證據法包括舉證責任分配法則、證據調查程序及證據評價程序，對於此類規定可否由當事人加以處分，涉及訴訟契約理論問題。理論上證據契約之合法性，在辯論主義及處分權主義適用之事件範圍，均有承認之空間

八、失權及爭點整理之客體

證據方法之提出亦即證據調查之聲明，乃攻擊防禦方法之一，自亦屬失權及爭點整理程序之適用客體，並藉此使當事人得督促自己履行其訴訟促進義務。

民事舉證責任法則導論

一、向右走或向左走？……民事程序法理發展之十字路口

(一)修正辯論主義與被緩和職權探知主義（協同主義）之爭

民事訴訟所涉審理對象乃私權紛爭，其制度設計原多傾向辯論主義之方向，據此，當事人未提出之事實，法院不得採為判決基礎；當事人對於事實之自認乃具有拘束法院之效力；而法院亦不得依職權調查證據。據之，則法官之角色乃處於較消極狀態。但若依此制度運作，將可能造成對於弱勢者有不相當之不利利益，因而 20 世紀初以來，奧地利及德國對於辯論主義已有不同程度之修正。其中，奧地利民事訴訟法且被稱為被緩和之職權探知主義或協同主義，足見其於職權探知主義之傾斜與靠攏程度。惟應注意者係，辯論主義之修正，仍可能存在不同程度之作法，其中有數變數應加以注意。其一、是否對於當事人未提出之事實，得職權審酌？其二、自認之拘束性是否受限制？其三、法院得否職權調查證據？是否應區分事件類型或證據方法種類以分別對待？其四、法院對於訴訟資料之蒐集，其闡明權之干預或引導程度如何？

若依上開四觀察角度，可將辯論主義與職權探知主義間可能存在之制度選擇面相，初略圖示如下：

- B: (1) 原則上當事人未主張之事實法院不能審酌（例外）
 (2) 自認之拘束性及限制
 (3) 得職權調查（廣泛性而未分類型或證據方法）

左 ○----- A ----- B ----- ○----- C ----- ○右
 職權探知主義 被緩和職權探知主義 修正辯論主義 辯論主義

- A: (1) 程序保障下當事人未主張之事實，法院仍可職權審酌
 (2) 自認之拘束性及限制（拘束性較低？）
 (3) 得職權調查（不區分類型或證據方法）
- C: (1) 原則上當事人未主張之事實能不審酌，例外：§278
 (2) 自認及限制（違反真實？）
 (3) 例外得職權調查（但僅適用於部分證據方法或事件類型）

其傾左者乃如我國人事訴訟事件類型，其部分情形乃得審酌未主張之事實，而自認並無拘束力及法官「應」職權調查證據。至於其至右者乃純粹辯論主義，即自由主義之辯論主義，法院乃不得審酌當事人未提出之事實，自認有拘束力，且法官不得職權調查證據。但至右之辯論主義，在 20 世紀之時代洪流中，經篩檢歷煉，其乃被具社會民事訴訟色彩之程序法原則加以替代。但代之而起者，乃位於至左與至右間之程序法原則，而其可能選擇之制

度內容並不一。

在職權探知主義與辯論主義間仍可能存在不同程序法原則之內容，例如，可能持較傾向辯論主義之修正辯論主義理論 C，據此，當事人未主張之事實，法院仍不可據為裁判基礎；自認仍有拘束力（但容許撤銷），甚至違反真實之自認一定程度下仍承認其拘束力；而法院僅在特定類型事件及證據方法（例如文書、鑑定人、勘驗等）得職權調查證據。但亦可能有持較偏向職權探知主義之程序法原則，據此，或可能採取 A 或 B 之程序原則內容。B 程序原則乃法院原則上不可審酌當事人未主張之事實，因此亦不可摸索證明，即其雖得依職權調查，且不限事件種類及證據方法，但仍以當事人主張之事實為前提。A 程序原則與 B 程序原則之重大區別，乃其進一步認為若當事人未主張事實已在訴訟上浮現，而當事人已就之被賦予程序保障者，即可納入法院審酌範圍。而對於自認之拘束力，在較傾左之法理中，對於違反真實之自認，其拘束性之拒絕承認之範圍亦將加大。

應注意者係，無論 A、B、C 三者，其均強調法院之闡明義務，因而對於訴訟資料之蒐集乃有法院介入之權限，可能有差別者，乃其強度與界限未必均屬相同，而此即與各理論設計者對於訴訟目的論、公正程序及法官任務之理解有所關聯。而 A、B、C 三者乃均要求當事人有真實與完全義務，而據此當事人真實與完全義務，法官闡明義務即可在該等當事人義務範圍內運作，而不在置於司法消極主義之立場運行，但關於當事人完全義務所不及之範圍，例如消滅時效及形成權行使等抗辯事由，則仍非法官闡明義務範圍，自屬當然。而在闡明義務之範圍，若不類型化「應闡明」、「得闡明」及「不應闡明」三者，則對於本在辯論主義下應由當事人提出之訴訟資料，若不區分類型，一概認為法院均應闡明，以致擴大事實審法院之判決動輒因未闡明而遭廢棄；或動輒要求法院應闡明，並認為闡明後，即使未主張，法院亦可審酌。如此，對於辯論主義自發生根本性之顛覆，而法院工作能量是否及此，在工作量無法緩和之我國實務，令人憂心。

（二）對證據法理之影響

就修正辯論主義與協同主義理論之爭，其對於證據法則之影響，除前述對三命題之影響及闡明義務界限劃定之衝擊外，主要乃包括下列議題：具體化義務之界定、摸索證明之許可性、真實義務及完全義務之承認與界限、事案解明義務之承認範圍等。此外，對於主觀舉證責任及客觀舉證責任之存否影響，法官私知得否職權審酌，亦均為學理上探討之重點。

二、舉證責任分配法則之理論發展

(一)舉證責任之基本法理

1.客觀與主觀舉證責任理論之區辨

客觀舉證責任所指涉問題所在，乃某事實主張無法獲得確認時，將導致何種後果。亦即，何一當事人將因此事實真偽不明事態承擔不利益。此種舉證責任非關加諸於當事人之負擔，而係指涉一法院取向之規則，其功能乃用以克服事實真偽不明之情況。客觀舉證責任不僅於程序終結階段，即於法院裁判時，充當法院認事之基準；其於訴訟前，對當事人之蒐證或保存證據行為，與訴訟中之當事人證據提出，均有所作用。

主觀之舉證責任，則係一真正加諸於當事人之負擔（Last）。其意義乃指，當事人為避免敗訴，經由自己行為提出使用一待證事實之證據。其作用乃在於：「使誰要得到有利益之判決，誰即須提出對自己有益之證據。因此，此際之舉證責任，即變成法院訴訟指揮之指標，亦成為當事人舉證活動之方針。」

2.本證及反證之區辨

確立舉證責任分配法則內容之前提，亦包括對於本證與反證區辨之承認。依舉證責任分配法則所確定之應負舉證責任人，其對待證事實所應提出之證據，乃係本證，此一證應使法院對待證事實達到「確信」始可謂舉證成功。若負舉證責任之人就本證已成功舉證，則相對人應對該待證事實之「相反事實」提出證據反駁，此一反證之提出，並非舉證責任轉換，而此時相對人所提反證乃僅須「動搖」法院原已對待證事實所形成之確信而已，並不須令法院對該相反事實形成確信。應注意者係，惟存在此一區別，乃能適當認定與操作舉證責任轉換制度，而不致與「舉證責任必要」相混淆。

在實務運作上，可考慮者係，是否因就主觀舉證責任（或行為責任論）與客觀舉證責任區別之模糊化，而致對「本證」及「反證」概念之內涵指涉不明，以致對舉證責任法則之運用造成衝擊與不安。尤其實務偶見有將其所持「主觀舉證責任理論」中之「反證」證據之提出視為「舉證責任之轉換」者，甚至混淆舉證責任轉換及舉證責任必要之概念者，其與本書所論之舉證責任法則理論，即有所不同。

3. 舉證責任之功能設定

舉證責任分配法則與憲法、程序法及民事實體法均有連結之意義存在。在此僅就憲法及實體法層次略予說明。

其在憲法層次方面，舉證責任分配法則乃須置於憲法之關於當事人訴訟權、財產權等基本權保障之脈絡下進行理解，且對於其充當程序法則之運用過程，於相關理論所可能引致之對於法律安定性或個案正義之衝擊，應注意加以兼顧及協調，不可將理論建立在由法官於個案中逐一探尋法則，否則對於法治國中所要求法安定性將有過大之衝擊。

至於在實體法層次方面，基本上，實體法乃假設事實已經發生，以立法者（價值或政策決定者）之角度就民事責任之要件予以設定，屬於靜態之規範。而舉證責任分配法則乃為使該等實體法之適用前提獲得確認而設立，其與實體法上之規範目的自應在體系上尋求一致性，某程度而言，可謂舉證責任分配法則亦應有實現該等待證事項所屬法規之立法目的之功能存在。

有疑義者係，是否實體法之一般法條結構本身即有確定舉證責任分配法則之因素考量？就此，雖可能存有不同理解。本書則認為實體法之規範本身，其要件設定，均具有立法者之價值判斷存在，就如何之要件設定可認為其可發生對當事人如何權義狀態之形成，在法條結構上應具有其一定之技術與目的關聯存在。就此，雖可能在不同國家之實體法（尤指民法），因其立法背景與立法技術不同或有其他考量，而可能存在不同之立法形式；並因此而產生在決定是否能以實體法規結構決定舉證責任分配時之遲疑與困擾。惟原則上，就實體法之規範結構與證據法則之關聯，經由解釋論（如歷史解釋、體系解釋或目的解釋等），一般而言，仍具其結合之可能性。

另舉證責任分配法則之確立，固係為實現實體法之固有價值預設，在法條結構之要件設計，一般即具有立法者之基本價值判斷存在；而將舉證責任歸諸當事人一造，乃有助於當事人對證據保管及訴訟成本支出之預計，於督促當事人迅速實現權利，避免證據滅失風險，亦具有相當之意義。且藉由實體法規要件之證據法意義之承認，亦將有助於當事人對法效果之預測，有利於當事人為證據保全及預防紛爭，且在訴訟上將不致射倖投機或打迷糊仗。而此等將實體規範結構與舉證責任分配法則間關係之連結，其所重視者，乃當事人得藉此知所措手足，亦即，何人應保管證據及提出證據，均能預測及估計；而不致因法官之恣意操作舉證責任分配法則，而造成對當事人