

駱永家著

民事舉證責任論

臺灣商務印書館發行

國立編譯館

民事舉證責任論

楊慶堃著 楊慶堃律師事務所發行

駱永家著

民事舉證責任論

臺灣商務印書館發行

中華民國六十一年一月初版
中華民國七十年十月三版

民事舉證責任論

一冊

基本定價一元七角正

著者 駱 永 家

發行人 朱 建 民

版權所有
翻印必究

印刷及
發行所

臺灣商務印書館股份有限公司

臺北市重慶南路一段三十七號
登記證：局版臺業字第〇八三六號

前言

一、民事訴訟上之舉證責任，被學者稱之爲民事訴訟之脊椎（backbone），可見其重要性如何！而舉證責任之分配乃隨實體法之規定而千差萬別，舉證責任問題乃橫跨實體法與訴訟法兩法域，實屬甚爲困難之問題（註一）。非僅如此，而且舉證責任問題，較之其他法律上之問題，常被自由議論，此係因有關舉證責任之各種議論，多乏法律上之根據，而由法律以外之前提導出，有以致之也。德國民事訴訟法學家修泰恩（E. Stein）嘗嘆曰：「舉證責任問題上學說之混亂，可謂關於舉證責任問題之命題，殆無一不有爭論也。」（註二）。對於如此重要且學說上議論紛云之問題，加以探討，當甚有意義。再則，我國法學界至今對此問題尙乏專門之著作，一般教科書對此亦乏詳細之論述（註三）。故就此問題作較詳之研究，以供我法學界研究此問題時之參考，並給予實務界以一明確之舉證責任分配原則，當有助於促進法院裁判之迅速、正確之理想，當事人亦不致因不明舉證責任分配之原則，而提出多餘之攻擊、防禦方法，徒耗費用勞力也。因之，本問題之研究，當更具有意義，乃可斷言者。

二、然則以何等方法研究此問題乎？第一、將利用比較研究法，而以我國、德國、日本、英美法爲比較之對象。再者，於比較研究外亦注重判例研究，單爲理論之論述尙屬不足，須就現實法之判例予以研討，

即就理論與實務爲綜合之觀察是也（註四）。又歷史的方法亦加應用，即羅馬法以來關於舉證責任學說之變遷，亦爲論述之對象。

三、民事裁判上，事實至最後（言詞辯論終結時）仍真偽不明（*non liquet*）時，法院亦不得因此而拒下判決，此時爲使法院仍得以下判決，以解決當事人間之訴訟事件，乃假定其不利（敗訴）歸於當事人之一造而爲判決，因此種假定而當事人之一造所受之不利即民事訴訟上之舉證責任（客觀的舉證責任）是也（註五）。然則何以須有民事裁判乎？此蓋因社會上有民事紛爭，此等紛爭若委之於自力救濟，則難免弱肉強食，弊害叢生，故須有民事裁判制度之設也。是則若爲根本探討，則非究明何以社會上有民事紛爭之發生不可。又社會上雖有民事紛爭而須有民事裁判，然若不發生事實最後仍真偽不明之情形時，則舉證責任（客觀的舉證責任）之概念亦無必要。從而須闡明事實認定者爲何？法院以何等方法形成心證？何以不能避免發生事實至最後仍真偽不明之情形？似此一方面既無法避免發生事實至最後仍真偽不明之情形，但他方面並非所有之事實均須證明，例如，裁判上之自認、顯著之事實等，均無須證明是也。以上乃第一章所欲研究者。

其次，前述之舉證責任概念，乃客觀的舉證責任概念，此乃較新之概念，舊時則係以行爲責任之主觀的舉證責任概念爲舉證責任，至今在概念上似尚未歸於統一。因之，在第二章以分析及確立舉證責任概念爲研究重點。

再者，在第三章欲究明如何假定當事人一方之不利？即舉證責任分配之根據爲何？及舉證責任分配之原則爲何？

但對前述舉證責任分配之原則發生影響者尙有一點，此即法律上之推定。因之，在第四章將論述法律上之推定與舉證責任之關係。

在第五章將就法律行為特別就契約之成立、效力及其內容有爭執時之舉證責任分配加以論述，並說明附限制之自認及抗辯與否認之概念。

在第六章將回顧第一章至第五章所研究者，為概括的論述，並求得一結論也。

四、以上乃本書之研究目的，及其研究方法與研究對象、體系之簡單敘述。

(註一) 三ヶ月章「自習民事訴訟法四〇問」一八八頁參照。

(註二) Stein-Junker, Grundriß des Zivilprozeß- und Konkursrechts, 3 Aufl. S. 165. 高根

義三郎「舉證責任」日本法學五卷一一號六一頁參照。

(註三) 蔡章麟「民事訴訟法」(以下簡稱蔡、民訴)第三版第三冊二九九頁以下，姚瑞光「民事訴訟法論」(以下簡稱姚、民訴)三三四頁以下，張學堯「中國民事訴訟法論」(以下簡稱張、中國民訴)一八八頁以下參照。

(註四) 關於判例研究之目的可參照川島武宜「判例研究の方法」科學としての法律學一七三頁。

(註五) 齋藤秀夫「民事訴訟法概論」(以下簡稱齋藤、概論)二九四頁參照。

附 錄

一、參考文獻

齋藤秀夫：

- 1 民事訴訟法概論（昭和四四年，有斐閣）。
- 2 立證責任（菊井維大編演習講座民事訴訟法下，昭和四一年，青林書院新社）。
- 3 立證責任の分配（中田淳一・三ヶ月章編民事訴訟法演習Ⅱ，昭和三九年，有斐閣）。
- 4 直接事實と間接事實（菊井維大編演習講座民事訴訟法下，昭和四一年，青林書院新社）。
- 5 顯著な事實（菊井維大編演習講座民事訴訟法下，昭和四一年，青林書院新社）。

兼子一：

- 1 民事訴訟法體系（昭和四〇年，酒井書店）。
- 2 條解民事訴訟法Ⅲ（昭和二九年，弘文堂）。
- 3 立證責任（民事訴訟法講座Ⅱ，昭和二九年，有斐閣）。
- 4 經驗法則と自由心證（民事法研究二卷，昭和二九年，酒井書店）。
- 5 相手方の援用せざる當事者の自己に不利なる陳述（民事法研究一卷，昭和二八年，酒井書店）。
- 6 先行自白と相手方の援用（判例民事訴訟法七三事件，昭和二五年，弘文堂）。
- 7 經驗法則と自白——慣習は經驗法則か（判例民事訴訟法七二事件，弘文堂）。
- 8 實體法と訴訟法（昭和三九年，有斐閣）。
- 9 推定の本質及び效果について（民事法研究一卷，昭和二八年，酒井書店）。
- 10 推定（民事法學辭典上，昭和三九年，有斐閣）。
- 11 所有權の主張と舉證責任——占有又は登記の權利推定の效果（判例民事訴訟法七一事件，昭和二五年，弘文堂）。

三ヶ月章：

- 1 民事訴訟法（昭和三四年，有斐閣）。

2. 自習民事訴訟法四〇問（昭和三九年，有斐閣）。

菊井維大＝村松俊夫：

1. 民事訴訟法（法律學體係コンメンタール）（昭和三二年，日評新社）

菊井維大：

1. 民事訴訟法下（昭和三三年，弘文堂）。

2. 事實の顯著性は事實問題か（判例タイムズ五號）。

升本喜兵衛＝金子文六

1. 民事訴訟法學說判例總覽下Ⅰ（昭和四三年，中央大學出版部）。

雄本朗造：

1. 舉證責任の分配（民事訴訟法の諸問題，昭和三〇年，有斐閣）。

2. 訴訟行為論（民事訴訟法の諸問題，昭和三〇年，有斐閣）。

岡村玄治：

1. 舉證責任論其他五題（大正一三年）。

中島弘道：

1. 舉證責任の研究（昭和三六年，有斐閣）。

2. 訴訟に於ける事實認定の本質（法學新報五三卷一號、二號，昭和一八年，一、二月）。

田中和夫：

1. 證據法（昭和二六年，有斐閣）。

2. 立證責任判例の研究（昭和二八年，嚴松堂）。

3. 證據による事實の推理（未川還歷論文集）。

4. 間接事實による事實認定（法政研究一四卷三、四號）。

5. 英米證據法（民事訴訟法講座Ⅱ，昭和二九年，有斐閣）。

村松博己：

1. 立證責任に關する裁判例の綜合的研究（昭和三八年，司法研修所）。

長谷部茂吉譯：

1. エドガー・ジークリスト（民事訴訟に於ける證據法上の根本問題）（昭和一五年，司法省調査部）。

倉田卓次譯：

1. ローゼンベルク「證明責任論」（判例タイムズ九八號以下）。

倉田卓次：

1. 準消費借貸契約における舊債務の存否に關する立證責任（民商法雜誌五九卷二號）。

岩松三郎＝兼子一：

1. 舉證責任（法律學實務講座民事訴訟編Ⅳ，昭和三六年，有斐閣）。

岩松三郎：

1. 經驗則論（民事訴訟雜誌一號）。

2. 民事裁判に於ける判斷の限界（法曹時報二卷四號，三卷一一號、五卷三號）。

3. 判例に現われた民事訴訟法の諸問題（法學志林四一卷九號）。

高根 義三郎：

1. 舉證責任（日本法學五卷一一號）。

2. 舉證責任の問題（法曹會雜誌一〇卷一號）。

3. 客觀的舉證責任と主觀的舉證責任（法曹會雜誌一〇卷一二號）。

西村一成：

1. 立證責任、實驗則、推定（法學志林四一卷三號）。

松本重美：

1. 實務的主張責任、立證責任の分配（判例タイムズ一〇八號）。

小山昇：

1. 當事者の對立（菊井維大編演習講座民事訴訟法下，昭和四一年，青林書院新社）。

小野木常：

1. 民事訴訟に於ける事實認定（法學セミナー〇號）。

2. 事實の確定（民事訴訟法講座Ⅱ，昭和二九年，有斐閣）。

3. 舉證責任の重要性（法學教室五號）。

池田浩一：

1. 民事訴訟に於ける事實の認定と法の適用（法學志林五三卷一號）。

2. 民事訴訟における裁判上の自白について（法學志林四九卷四號）。

3. 裁判上の自白をめぐる諸問題（綜合法學一卷四號）。

小室直人：

1. 事實認定管見（法學雜誌四卷三、四號）。

2. 裁判所に顯著な事實（中村宗雄還歷祝賀論文集早稻田法學三〇卷），

3. 證據契約（民事法學辭典上，昭和三九年，有斐閣）。

齋藤朔郎：

1. 事實認定論（刑事訴訟論集，有斐閣）。

宮崎澄夫：

1. 經驗則（民事法學辭典上，昭和三九年，有斐閣）。

2. 公知の事實（民事法學辭典上，昭和三九年，有斐閣）。

3. 裁判所に顯著な事實（民事法學辭典上，昭和三九年，有斐閣）。

伊東乾：

1. 經驗則の探知（民事訴訟法判例百選四九，昭和四〇年，有斐閣）。

江藤价泰：

1. 要證事實と不要證事實（法學教室六號）。

小沢文雄：

1. 直接事實と間接事實（法學教室二號）。

村松俊夫：

1. 辯論主義（民事訴訟法講座二卷，昭和二九年，有斐閣）。
2. 證據に於ける辯論主義（民事裁判の理論と實務，昭和四二年，有信堂）。
3. 否認と抗辯（法學教室二號）。
4. 訴訟上からみた對抗要件の意義（民事裁判の理論と實務，昭和四二年，有信堂）。

江口新：

1. 裁判上の自白をめぐる諸問題（綜合法學一卷四號）。

竹下讓：

1. 裁判上の自白（民商法雜誌四卷三號）。

萩大輔：

1. 自白と慣習（民事訴訟法判例百選四五，昭和四〇年，有斐閣）。

高島義郎：

1. 自白の成否（民事訴訟法判例百選四六，昭和四〇年，有斐閣）。
2. 自白の取消と無効（民事訴訟法判例百選四七，昭和四〇年，有斐閣）
3. 主觀的舉證責任と客觀的舉證責任（ジュリスト學說展望，昭和三九年，有斐閣）。

石川明：

1. 擬制自白の效力（民事訴訟法判例百選四八，昭和四〇年，有斐閣）。

末川博：

1. 一應の推定と自由なる心證（權利侵害と權利濫用，岩波書店）。

上村明廣：

1. 訴訟に関する合意（契約法大系Ⅳ，有斐閣）。

花田政道：

1. 所有權訴訟における二、三の問題（判例タイムズ八六號、八八號）。

藤原弘道：

1. 占有正權原の立證と占有の推定力（民事實務ノートⅠ，昭和四三年，判例タイムズ社）。

四

坂井芳雄：

1. 裁判手形法（昭和四三年，一粒社）。

庄子良男：

1. 手形法第一六條第一項による推定を覆すために主張すべし事項（法學三三卷二號，昭和四四年）。

早川登：

1. 登記に関する民事訴訟法上の二つの問題（名城法學四卷三、四號）。

中田淳一：

1. 制限附自白について（訴訟及び仲裁の法理，昭和四一年，有信堂）。

高橋欣一：

1. 代理行為と立證責任（判例タイムズ二〇五號）。

中川善之助：

1. 取消原因の立證責任（法學雜誌五六卷六號）。

峰岸治三：

1. イギリス證據法研究（昭和一三年，有斐閣）。

平野龍一＝森岡茂譯：

1. J. H. ウィグモア「證據法入門」（昭和三九年，東京大學出版會）。

早川武夫：

1. 米民訴における主張責任と立證責任（法律時報二十六卷五號）。

楠本英隆：

1. 英米法における推定の原則の發展（早稻田法學三〇卷）。
2. 推定の根據と機能（早稻田法學三三卷三、四冊）。
3. モルガンにおける推定の法理（早稻田法學三一卷三、四冊）。

齋藤常三郎＝中田淳一：

1. 獨逸民事訴訟法（昭和四〇年，有斐閣）。

柚木馨：

1. 獨逸民法（有斐閣）。

我妻榮：

1. 民法總則（岩波書店）。
2. 物權法（岩波書店）。
3. 債權各論上卷（岩波書店）。
4. 債權各論中卷Ⅰ（岩波書店）。
5. 親族法（有斐閣）。

川島武宜：

1. 民法總則（有斐閣）。

鈴木祿彌：

1. 物權法講義（昭和三九年，創文社）。

廣中俊雄：

1. 債權各論講義（有斐閣）。

加藤一郎：

1. 不法行為法（有斐閣）。

幾代通：

1. 不動産登記法（有斐閣）。

杉之原舜一：

1. 不動產登記法（一粒社）。

蔡章麟：

1. 民事訴訟法第三版第三冊（民國五六年）。

張學堯：

1. 中國民事訴訟法論（民國四六年，三民書局）。

姚瑞光：

1. 民事訴訟法論（民國五八年）。

陳樸生：

1. 司法法令判解彙編（民國五二年）。

韓忠謨：

1. 物權法講義（國立臺灣大學法學院講義）。

史尚寬：

1. 物權法論（民國四六年）。

鄭玉波：

1. 民法物權（民國五〇年，三民書局）。

何孝元：

1. 損害賠償法之研究（民國五七年，商務印書館）。

Rosenberg：

1. Die Beweislast. 4 Aufl. (1956).

2. Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 7 Aufl. (1936). 9 Aufl. (1961). 10 Aufl. (1969)

Leonhard：

1. Die Beweislast. 2 Aufl. (1926).

Siegriest：

1. Grundfragen aus dem Beweisrecht des -Zivilprozess.

Wigmore：

1. A Student's Textbook of the Law of Evidence (1935)

Maguire：

1. Evidence Common Sense and Common Law (1949).

2. Cases and Materials on Evidence. (1965)

二、事項索引

二 畫

- 人性之同一 8
二重再抗辯 111

三 畫

- 三重再抗辯 87

四 畫

- 公知之事實 26, 29
反對規定 75, 85
反證 36, 113, 126, 136, 137
反對請求權 178
不當得利 91
不法行為 92
不要式自認 15
不可動推定 122, 133

五 畫

- 本證 113, 126, 137
外國法規 2
外界事實說 73
可動推定 123
主觀的事實 4
主要事實 4, 19, 35, 117
主觀的舉證責任 45, 46
主張責任 34, 53
主觀的主張責任 54
民事紛爭 1
民事訴訟之脊椎 46, 72
必然之判斷 8
必然之確實心證 9

六 畫

- 因果關係說 75
再抗辯 87, 111
自發的自認 13
自由證明 8
自由心證主義 7, 59
自由心證 118
先決的權利 100
先行的主張 111
先行的自認 13
地方之法規 2
任意規定 170

七 畫

- 抗辯 42, 87, 111, 152
抗辯說 153, 166
形式的舉證責任 45
私知 7
否認 42, 61
否認說 153, 166
初步證明 155

八 畫

- 具體的舉證責任 106
事實報告說 13, 14
事實上之推定 101, 112, 121
126, 137
事實推定 121, 124, 132
事實狀態 102
始期 174
附期限之自認 152

直接事實 4, 117
直接反證 117
抽象的舉證責任 106
附帶的約定 173
附款 174
附理由之否認 152
法規 12
法定證據主義 8, 59
法律要件事實 4
法律要件分類說 74
法律上之推定 111
法定證據法則 128, 133, 137, 155
法律三段論法 1
法院之私知 7, 30
非典型契約 93

九 畫

客觀的事實 4
客觀的舉證責任 45, 51
客觀的主張責任 54
要證事實分類說 72
要式自認 15
前提事實 125

十 畫

消極的事實說 72
消極的確認之訴 87, 108, 110
特別要件說 76
原則規定 75
真實義務及完全義務 36, 38

十一畫

基礎規定 84
終期 174
通常發生事實說 75
停止條件 174
習慣 12, 16

習慣法 2
推定基礎 113, 114
推定 121
推定事實 125

十二畫

訴訟法說 64, 129, 140
間接事實 19, 24, 35, 117
間接反證 117
間接否認 152
裁制上當然之認定 28
裁制上之自認 11
最少限度事實說 75
證據拋棄說 12
證據方法 37
強行規定 171

十三畫

解釋規定 127, 171
解除條件 174
經驗法則 7, 12, 29, 112, 125
禁反言 12, 15
意思表示說 13
意思推定 127
補助事實 19, 24

十四畫

實體法說 139, 140
實質的舉證責任 45
摸寫說 4
蓋然之判斷 8
蓋然之心證 9
蓋然之確實心證 9
障礙之障礙規定 87
障礙之消滅規定 87

十五畫

複再抗辯 87, 111
 徵憑 7, 19, 35, 125
 暫定的真實 125, 117, 132
 確定責任 45
 確然之判斷 8, 9

十七畫

擬制 129
 擬制自認 23
 擬似的但書 91, 92
 舉證命題 11, 126
 舉證責任 43, 46, 48
 舉證活動 44, 104, 136
 舉證責任契約 93, 139
 舉證之必要 113, 115

十八畫

職權探知主義 19, 54
 職權調查事項 19
 職務上所已知之事實 26, 32

十九畫

證明主題 126, 136, 137
 證據提出責任 45
 證據評價 7, 104

二十畫

嚴格證明 8

二十一畫

辯論主義 4, 14, 19, 54
 辯論之全意旨 24

二十二畫

權利根據規定 84, 91
 權利發生規定 84
 權利障礙規定 85, 91

權利排除規定 86, 97
 權利抑制規定 86
 權利消滅規定 85, 96
 權利推定 121, 141

二十三畫

顯著之事實 19, 26

二十五畫

觀念表示說 14

三、外國語索引

A

admission 15

abstracte Beweislast 106

Adäquatentheorie 75

allgemeinkundige Tatsachen
26, 29

alibi 19

äusser Tatsachen 73

Antezierte Behauptungen
111

apodictic judgement 8

assertorical judgement 8

Auslegungsregel 127

B

Behauptungslast 34, 53

Beweisführung 49, 115

Beweisführungslast 45

Beweislast 43, 47

Beweislastsatz 162

Beweislastverträge 93, 139

Beweismittel 37

Beweisnotwendigkeit 101, 109
, 113

Beweisstof 54

Beweistätigkeit 44, 104

Beweisthema 11. 60, 126,
137

Beweiswürdigung 7, 104

beyond a reasonable doubt 10

burden of evidence 49

burden of going forward with
evidence 9, 48

burden of producing evidence
of the fact 48

burden of proof 46, 48

C

causa efficiencie 75

charge de preneve 47

clear and convincing proof 10

conclusive presumption 122,
133

conditio sine qua non 75

court's decision 5

D

die Identität der Menschenatur
4, 32

direkter Gegenbeweis 117