

# 民事舉證 責任論



駱永家 著

臺灣商務印書館

發行

# 民事舉證 責任論



駱永家 著

臺灣商務印書館 發行

# 民事舉證責任論

---

作者◆駱永家

發行人◆王學哲

總編輯◆方鵬程

封面設計◆江美芳

---

出版發行：臺灣商務印書館股份有限公司

台北市重慶南路一段三十七號

電話：(02)2371-3712

讀者服務專線：0800056196

郵撥：0000165-1

網路書店：[www.cptw.com.tw](http://www.cptw.com.tw)

E-mail：[ecptw@cptw.com.tw](mailto:ecptw@cptw.com.tw)

網址：[www.cptw.com.tw](http://www.cptw.com.tw)

局版北市業字第 993 號

初版一刷：1972 年 1 月

初版十一刷：2009 年 9 月

定價：新台幣 200 元

---



ISBN 978-957-05-1109-3

版權所有 翻印必究

## 前言

「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（F. 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。

三 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，乃假定其不利益（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益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益？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尚有一點，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。

民事舉證責任論／駱永家著．-- 初版．-- 臺北  
市：臺灣商務，1972[民61]  
面；公分．  
參考書目：面  
含索引  
ISBN 957-05-1109-5 (平裝)

1. 證據(法律)

586.6

84000897

# 民事舉證責任論

## 目次

### 前言

|               |   |
|---------------|---|
| 第一章 民事裁判與事實認定 | 一 |
|---------------|---|

|             |   |
|-------------|---|
| 第一節 民事紛爭與裁判 | 一 |
|-------------|---|

|          |   |
|----------|---|
| 第二節 事實認定 | 三 |
|----------|---|

|             |   |
|-------------|---|
| 第一項 事實認定之本質 | 三 |
|-------------|---|

|                  |   |
|------------------|---|
| 第二項 自由心證與經驗法則及事實 | 三 |
|------------------|---|

|        |   |
|--------|---|
| 認定之蓋然性 | 六 |
|--------|---|

|           |   |
|-----------|---|
| 第三節 不要證事實 | 〇 |
|-----------|---|

|        |   |
|--------|---|
| 第一項 序說 | 〇 |
|--------|---|

|            |   |
|------------|---|
| 第二項 裁判上之自認 | 一 |
|------------|---|

|                  |   |
|------------------|---|
| 第一款 裁判上之自認之意義及性質 | 一 |
|------------------|---|

|     |                    |    |
|-----|--------------------|----|
| 第二款 | 裁判上之自認之效力          | 一八 |
| 第三款 | 擬制自認               | 二三 |
| 第三項 | 顯著之事實              | 二六 |
| 第一款 | 序說                 | 二六 |
| 第二款 | 公知之事實              | 二九 |
| 第三款 | 法院於職務上所已知之事實       | 三三 |
| 第四款 | 關於顯著之事實之諸問題        | 三四 |
| 第二章 | 舉證責任之概念及意義         | 四二 |
| 第一節 | 舉證責任問題概說           | 四二 |
| 第二節 | 主觀的舉證責任與客觀的舉證責任之概念 | 四四 |
| 第一項 | 概說                 | 四四 |
| 第二項 | 主觀的舉證責任概念          | 四六 |
| 第三項 | 客觀的舉證責任概念          | 五一 |
| 第三節 | 主張責任               | 五三 |
| 第四節 | 主張及舉證之法律上性質        | 五七 |
| 第五節 | 舉證責任之意義            | 五九 |
| 第六節 | 舉證責任之所屬法域          | 六四 |

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 第三章 舉證責任分配之原則·····                | 六九  |
| 第一節 學說·····                       | 六九  |
| 第一項 學說之變遷·····                    | 六九  |
| 第二項 現代之學說·····                    | 七一  |
| 第二節 舉證責任分配之根據·····                | 七九  |
| 第三節 舉證責任分配之原則·····                | 八四  |
| 第一項 概說·····                       | 八四  |
| 第二項 權利根據規定與權利障礙規定·····            | 九一  |
| 第三項 權利消滅規定與權利排除規定·····            | 九五  |
| 第四節 先決的權利或法律關係與事實狀態·····          | 一〇〇 |
| 第五節 要件事實之完整性·····                 | 一〇四 |
| 第六節 個個訴訟與舉證責任·····                | 一〇六 |
| 第一項 抽象的舉證責任與具體的舉證責任·····          | 一〇六 |
| 第二項 舉證責任與當事人之地位·····              | 一〇八 |
| 第三項 先行的主張·····                    | 一一一 |
| 第四項 舉證責任與自由心證、經驗法則——事實上之推定——····· | 一二二 |
| 第五項 間接反證·····                     | 一七  |

第四章 法律上之推定與舉證責任……………一二一

第一節 序說……………一二一

第二節 法律上之事實推定……………一二四

第一項 法律上之事實推定之概念及本質……………一二四

第二項 法律上之事實推定之效果……………一三四

第三項 法律上之事實推定效果之排除……………一三七

第四項 法律上之事實推定規定之法源、適用領域及所屬法域……………一三八

第三節 法律上之權利推定……………一四一

第一項 法律上之權利推定之概念及本質……………一四一

第二項 法律上之權利推定之效果……………一四六

第三項 法律上之權利推定效果之排除……………一四七

第四項 法律上之權利推定規定之法源、適用領域及所屬法域……………一四九

第五章 附限制之自認

——關於法律行為舉證責任之分配……………一五二

第一節 附限制之自認與舉證責任總論……………一五二

第二節 法律行為之成立及效力有爭執時之舉證責任分配……………一五七

第一項 法律行為特以契約之成立有爭執時之舉證責任……………一五七

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 第二項 法律行爲之有效性有爭執時之舉證責任          | 一六一 |
| 第三節 法律行爲特以契約之內容有爭執時舉證責任之分配     | 一六四 |
| 第四節 法律行爲特以契約之內容有爭執時主要由原告負舉證責任者 | 一六七 |
| 第五節 法律行爲特以契約之內容有爭執時主要由被告負舉證責任者 | 一七〇 |
| 第一項 有與任意規定相異之約定時               | 一七〇 |
| 第二項 有附帶約定時                     | 一七三 |
| 第六節 被告主張雙務契約上反對請求權時之舉證責任       | 一七八 |
| 第六章 結論                         | 一八二 |

## 附 錄

|         |
|---------|
| 一、參考文獻  |
| 二、事項索引  |
| 三、外國語索引 |
| 四、法條索引  |
| 五、判解索引  |

# 第一章 民事裁判與事實認定

## 第一節 民事紛爭與裁判

吾人若觀察人類社會之共同生活，則可發現自然界滿足人類慾望之資源有限，而人類之慾望無窮，且由於人類之利己心，各自固執自己之利益，因之利害衝突，私人相互間遂發生紛爭（註一）。此種由社會共同生活關係而生之紛爭，謂之民事紛爭。此種紛爭之解決若委之於私人之自力救濟，則難免發生「弱肉強食」之現象，是以國家乃將民事紛爭之解決，引為國家之責任，設置法院，法院則以判決就民事紛爭為公權的、強行的解決（註二）。

當事人若向法院提起民事訴訟，則當事人之地位立於相對立之關係，法院乃對相反相對立之主張而為判決（註三）。此乃以法律為大前提，事實為小前提，即依法律三段論法（司法三段論法 *richterlichen Syllogismus*；判決三段論法 *Urteils syllogismus*）而為之。亦即首先法院必須知悉法律，認識法律。但法院之知悉法律乃屬前提要件，故一般言之，當事人無須證明之（註四）。其次，應就當該事件之具體的事實關係（在辯論主義之範圍內者，為當事人主張之事實）與法條相對照，確定其是否符合法律要件。

最後，調查此等事實主張之真實性。以上之結果，若該當事人主張之事實符合法律要件，且屬真實時，法院應認可其請求，而為勝訴之判決，否則即應為敗訴之判決。法院之事實認定與真實相符，法規之解釋、適用亦屬正當時，乃可得正確之判決（民事訴訟制度理想之一）（註五）。

（註一）韓非子就人類相互間發生紛爭之原因論之謂：「……是以人民衆而貨財寡……故民爭。」（韓非子五蠹篇）。荀子亦謂：「人生而有欲，欲而不得，則不能無求，求而無度量分界，則不能不爭，……。」（荀子禮論篇）。

（註二）民事紛爭之私的解決方式有和解（裁判上之和解、裁判外之和解），調解、仲裁等（齋藤、概論二七頁以下，三ヶ月章「民事訴訟法」以下簡稱三ヶ月、民訴）三頁以下參照。

（註三）小山昇「當事者の對立」（菊井維大編「演習講座民事訴訟法」（以下簡稱菊井、講座民訴）七一頁）。

（註四）外國法規或國內法規中之地方法規，習慣法等未必為法院所明了，法院若不明瞭，則有依證據而為認定之必要（齋藤、概論二七七頁，兼子一「民事訴訟法體系」（以下簡稱兼子、體系）二四二頁，三ヶ月、民訴三八六頁，Rosenberg, Die Beweislast, 4 Autl, S. 33, 倉田卓次譯「證明責任論」判例タイムズ（以下簡稱倉田譯、判タ）二〇〇號五五頁）。若該等法規之存在，法院於言詞辯論終結時仍不明瞭，則被視為無該法規而為裁判（兼子一「立證責任」民事訴訟法講座二卷五六三頁參照）。德國民事訴訟法第二九三條一項規定：「外

國之現行法，慣習法及規約爲法院所不知者，須證明之。」我國民事訴訟法第二八三條亦規定：「習慣，地方制定之法規及外國之現行法爲法院所不知者，當事人有舉證之責任，但法院得依職權調查之。」

至於條約是否爲法律之問題，英國法制否定之，美國則以現行條約爲法律，日本亦然（峯岸治三「イギリス證據法研究」七六頁以下，中島弘道「舉證責任の研究」三二頁參照）。民事訴訟制度之理想有四，即裁判之正確、公平、迅速、經濟是也（齋藤、概論五五頁，兼子、體系三五頁參照）。

## 第二節 事實認定 Fact-finding

### 第一項 事實認定之本質

法院之事實認定，並非就當事人間實際上發生之全部事實而爲之，而係受裁判上之目的之限制，僅須就法律上有意義之事實而爲認定。然此等事實乃屬過去之事實，法院爲裁判時應對其真實性爲認定與否之決定。舊學說以爲事實認定爲絕對的真實之發見，此即所謂摸寫說是也。然將過去之事實爲原原本本之撰寫或再現爲不可能之事，故就其真實與否所爲之認定，實不過推測耳——（註一）。此何以言之？蓋法院之事實認定，乃由訊問證人、鑑定、書證、勘驗等而得證據資料，斟酌該等證據資料及辯論之全意旨，依自

由心證而爲之（民訴法第二二二條一項本文，日民訴第一八五條、德民訴第二八六條）。然由調查證據而欲得正確之證據資料，却有種種障礙存在。例如，證人信賴性之問題，又縱屬誠實之證人，然因其觀察及記憶之錯誤，或因偏見以致爲不正確之證言者常有之。他方面法官亦屬凡人，其觀察及記憶亦難免有錯誤，鑑定人及當事人本人亦然。且有進者，當事人本人受利己心之驅使，爲自己之利益而歪曲事實之真相者，亦屢見不鮮（註二）。

事實認定既有此等障礙，却又未能如探討科學上之真理，以長時間及多數科學家之協力而爲之。民事裁判與國家之其他活動相同，國家政策上要求以最低之費用及最少之時間、勞力，有效爲之（註三）。

再者，民事訴訟原則上採用辯論主義，關於主要事實（法律要件事實、直接事實），當事人於言詞辯論時未爲主張者，則縱使法院由調查證據之結果而獲得心證，亦不得採爲判決之基礎，他方面法院就其實性亦無須加以認定。此種主義在不委任律師爲訴訟代理人即當事人本人訴訟之案件，有其不妥之處。當然法院應運用民事訴訟法第一九九條二項關於闡明權之規定，以減少辯論主義妨礙真實探究之缺陷（註四）。

但事實認定並非完全不可能，由於人性之同一（*die Identität der Menschennatur*），法院如對於證據資料加以適當之批判及斟酌，則可獲得相當有價值之觀察（註五）。然此亦非如摸寫說之所謂客觀的事實（*objective fact*），而係法官之主觀的事實（*subjective fact*）（註六）（註七）。

（註一） 中島弘道「訴訟に於ける事實認定の本質」法學新報五三卷一號、二號，同、「裁判の創造

性原理」三四三頁以下參照。

(註二) Jerome Franke, *Court on Trial*, p. 14? 古賀正義譯「裁かれる裁判所」二二頁以下，

池田浩一「民事訴訟に於ける事實認定と法の適用」法學志林五三卷一號二五頁以下參照。

(註三) 池田浩一、前揭法學志林五三卷一號二八頁。

(註四) 辯論主義與職權探知主義何者較宜於真實之探究，不得一概言之。辯論主義之根據，在於當事人就係爭事實當最清楚，令其負責陳述，則當事人爲得有利於己判決，將致力於事實關係之完全真實之陳述，當合乎真實探究之目的。然若當事人不完全盡其責任，將較職權探知主義略遜一籌（小室直人「事實認定管見」法學雜誌四卷三、四號三一〇頁以下參照）。

(註五) 齋藤朔郎「事實認定論」刑事訴訟論集一〇頁參照。

(註六) 判決基礎之事實，爲客觀的事實抑或主觀的事實，其與判決之關係可以如下之公式表示之。

以R表示法規 ( legal rule )，OF表示客觀的事實 ( objective fact )，SF表示主觀的事實 ( subjective fact )，D表示法院之判決 ( court's decision )，則前者爲 $R \times OF = D$ ，後者爲 $R \times SF = D$  ( Jerome Franke, *Court on Trial*, p. 14, 古賀譯，前揭二二頁，田邊公二「米國における事實認定の研究と訓練」事實認定の研究と訓練二頁參照。關於事實認定之文獻，除以上所引用者外，再列舉若干，以供參考。

(註七) Charles C. Moore, *A Treatise on Fact or the Weight and Value of Evidence* (2nd. ed. 1908); J. R. Gulsan, *The Philosophy of Proof in its Relation to the English*