

國立政治大學法學叢書

53

舉證責任與真實義務

姜世明 著

舉證責任與真實義務

姜世明 著

新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

舉證責任與真實義務／姜世明著．--一版．--
臺北市：新學林，2006〔民95〕
面；公分。

ISBN 986 - 7160 - 25 - 8 (精裝)

1. 證據 (法律) - 論文, 講詞等

586.607

舉證責任與真實義務

作 者：姜世明
出 版 者：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市信義路三段106號6樓之4
電 話：(02) 27001808
傳 真：(02) 27059080
網 址：<http://www.sharing.com.tw/>
總 經 理：毛基正 總 編 輯：田金益
責 任 編 輯：張嶸文 版 權 部：林靜妙
製程管理：浩瀚

出版日期：2006年3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：650 元

ISBN 986 - 7160 - 25 - 8

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換
門市地址：台北市信義路三段106號6樓之4
團購專線：(02) 27001808 分機18
讀者服務：law@sharing.com.tw
電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

作者簡介

作者： 姜世明

現任：國立政治大學法學院助理教授
民事訴訟法研究基金會董事

學經歷：台大法學士、台大法碩士
德國慕尼黑大學法學博士
板橋、宜蘭、台中地方法院法官；
國立高雄大學、成功大學法律
系助理教授

著作：新民事證據法論
民事程序法之發展與憲法原則
律師民事責任論
民事證據法實例研習（一）等

序 言

本書係筆者關於民事證據法理之第二本學術專論（不包括實例研習書），共收入八篇作者已發表於各專業法律學報之論文，其中直接涉及舉證責任法則者有二篇，至於其餘各篇，則並涉辯論主義及證據法則之辨證爭議。而於此等爭議之探討，實乃德國法學界於二十世紀中之顯學，文獻頗多，論爭迄今不絕。

對於相關論題，筆者固求窮盡諸學理之論述，希望能提供國內學者、實務家對此等議題探究理解之素材。惟對於我國法上之學理發展，亦有所闡述，不敢偏廢。但因部分論題，已直接切入對於辯論主義之反省，則對於究竟我國民事訴訟法應往修正辯論主義之道路前行，抑或應往其他可選擇之向左傾斜之角度觀察，因為我國民事程序法學現階段所面臨之重大議題，似仍宜預留發展之空間。

應注意者係，即使本書所持論述亦有所本，惟若置於辯論主義之發展脈絡中，亦不過係修正辯論主義天空下之片段風景。讀者若能另行研讀權威學者關於爭點整理、程序法理之相關著作，心領神會、參酌比較及思量，或能對於民事程序法之相關法理有較為充分之掌握，而後能有自行抉擇適合可行道路之能量。盼莫可執此一端而以為真理，囫圇吞棗而直接將本書見解適用於實務個案之中，如此，即違反筆者著書之本意。

一路走來，感謝民事訴訟法研究基金會諸位老師先進

2 舉證責任與真實義務

之教導及提攜；而回國以後，南北遷移，終能獲得安定，須感謝政治大學法學院楊淑文老師、黃立老師、林秀雄老師及其他各位老師之照顧，學生自當努力教學研究，以報師恩。恩師曾陳明汝、曾世雄夫婦，於我回國後，對於學生一切均持續關心，此恩此情，永銘在心。

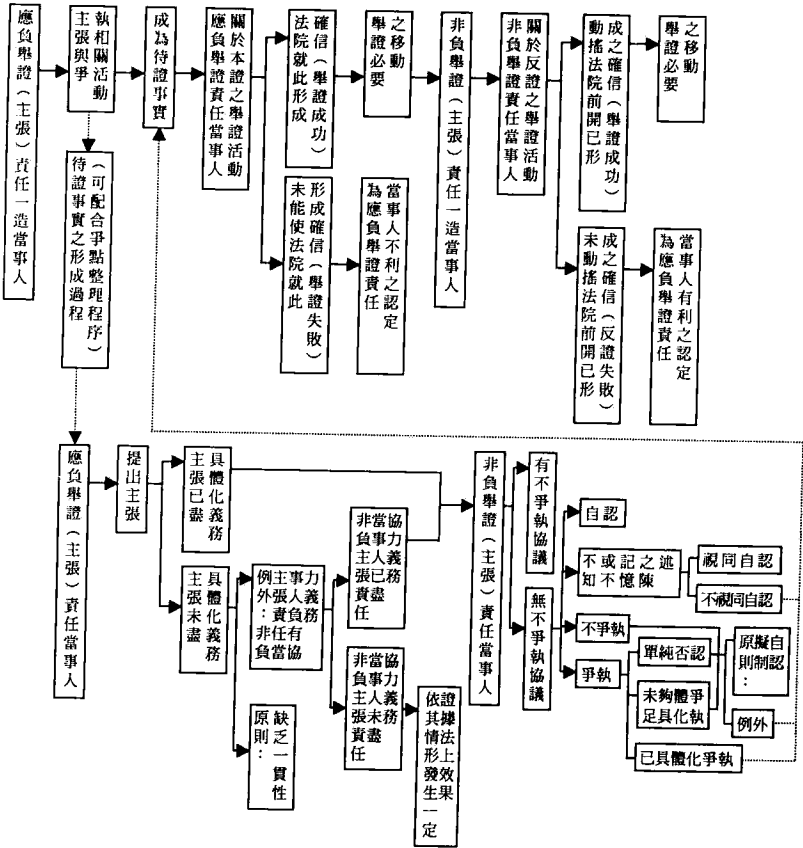
愛妻玉珮的支持，為我努力向前之動力；我兒鵬奕之出生，讓我對於愛及責任有更深刻之體會，看他蹙眉或淺笑，均與我連心而共悲喜。感謝神的恩賜。

對於本書之出版，須感謝新學林田金益兄之協助，尚青於各篇文章之美編曾投注心力，伊於任何時候均可不辭辛勞地提供協助，高情深義，令人感動。怡欣、本律及慧倫於最後編校等工作亦有所投入，均應予致謝。

末，為使明白及比對，茲製作關於主張及舉證責任審理過程之簡要體系圖一件，用供參考：

姜世明 2006 年 1 月 5 日

附圖：



目 錄

序言	1
舉證責任分配法則之體系建構	1
醫師民事責任程序中之舉證責任減輕	45
訴訟上非負舉證責任一造當事人之事案解明義務	103
情報請求權之研究 ——以訴訟前類型之分析為中心	185
民事訴訟中當事人之具體化義務	251
論民事訴訟中之摸索證明	319
論擬制自認	391
民事訴訟中當事人之真實義務	475
《索引》	573
《法律叢書目錄》	597

舉證責任分配法則之體系建構

目 次

壹、前言.....	3
貳、舉證責任分配法則之基本理論預設及體系 建構.....	4
一、舉證責任分配法則建構之基本理論預設	4
二、舉證責任分配法則之體系建構	15
參、具體問題之解決	34
一、不當得利之無法律上原因要件之舉證責任分配 ..	34
二、票據原因關係抗辯之舉證責任分配（即以借貸 關係抗辯時，就借款交付之事實應由何人舉 證？）	39
肆、結語.....	44

舉證責任分配法則之體系建構

壹、前言

舉證責任分配法則乃交錯於民事實體法與民事程序法之高度爭議問題，其一般法則之確立，在立法例上明文規定者並不多見，而須由學說及實務創設及發展；即在我國，雖有民事訴訟法第二七七條之明文規定，但因過於抽象，並不能完全符合法律安定性之基本要求，仍有具體化及補充之必要。

應注意者係，舉證責任分配法則之觀察角度頗多，至目前尚難認為已存在一放諸四海皆準而可定於一尊之理論。即在德國，其於相關理論之爭議，歷百餘年而不絕，迄今未歇；其對於現今所謂通說之挑戰，前仆後繼，但終究多因缺乏法律安定性而不能取代所謂通說之地位。

本文擬以我國民事訴訟法第二七七條規定為本，並借鏡德國之相關論爭結果，試圖建構一可兼顧法律安定性及個案正義之舉證責任分配法則，並以本文建構之舉證責任分配法則體系檢驗部分案例，期能對相關問題之釐清能有些微助益。

貳、舉證責任分配法則之基本理論預設及體系建構

一、舉證責任分配法則建構之基本理論預設

(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，而其功能乃用以克服事實真偽不明之情況。¹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²；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。³

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。⁴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利益之證據。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。」⁵

¹ 所謂真偽不明（non liquet），係指窮盡所有合法證據方法之調查，法院仍就某於判決具重要性事實之存在，無法獲得確信。Vgl. Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, Rdnr. 10 m.w.N.

² 關於舉證責任裁判效力之特殊性，vgl. Baumgärtel, a.a.O., Rdnr. 13.

³ Vgl. Baumgärtel, a.a.O., Rdnr. 11.

⁴ Rosenberg, Die Beweislast, 5 Aufl., 1965, S. 16; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 23.

⁵ 邱聯恭講述／許士宦整理，口述民事訴訟法講義（三），2000年，頁一六四。

在德國，其學說與實務一般乃認為客觀舉證責任係居於主要地位，且決定主觀舉證責任之範圍⁶，乃有批評主觀舉證責任缺乏獨立意義之必要性者。但主觀舉證責任於辯論主義之訴訟程序中，於說明當事人角色功能有不可或缺之功能，因此其存在意義仍應獲肯認。⁷但在奧國，有學者認為主觀舉證責任理論在走向協同主義及加強法官訴訟指揮權之情形下，已失其意義。⁸

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，此一本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，而使不致與「舉證責任必要」相混淆。

在實務運作上，可慮者係，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

⁶ Vgl. Prütting, a.a.O., S. 23; Baumgärtel, a.a.O., Rdnr. 15.

⁷ Heinrich, Die Beweislast bei Rechtsgeschäften, 1995, S.24f.; Wahrendorf, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, 1976, S. 5.

⁸ Rechberger/Simotta, Grundriß des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, 5.Aufl., Wien, 2000, Rdnr.584.

6 舉證責任與真實義務

法則之運用造成衝擊與不安。⁹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，其與本文所論之舉證責任法則理論，即有所不同。¹⁰

3. 舉證責任裁判於我國之實務運作評估

在我國，就舉證責任究應採客觀舉證責任或主觀舉證責任，頗具爭議。在實務上，最高法院關於舉證責任之判例，其用語多為「應負舉證之責任」¹¹、「負舉證證明之責」¹²或「先負舉證責任」¹³，乃有論者認為其似多傾向主觀舉證責任理論。但是否得認為實務上係有意識排除客觀舉

⁹ 例如是否在負舉證責任一造對其應負舉證責任之待證事實尚未讓法院形成確認時，可否即令相對人應對其反證對象進行舉證？就本證及反證之區分不明確者，例如最高法院十八年度上字第二八五五號判例。

¹⁰ 本文認為非負舉證責任一造在負舉證責任一造對待證事實提出本證已達令法院形成確信程度後，就其為反駁而提出之反證，其提出必要性，不能認為係「舉證責任轉換」。最高法院十七年上字第九一七號判例即指出：民事訴訟如係由原告負舉證責任之責，若原告不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求。此一判例，對「本證」及「反證」之證據法意義，即有正確認識。又就應負舉證責任一造當事人對待證事實所應提證據被稱為本證，此一當事人並不限於原告，若被告對某待證事實應負舉證責任者，例如主張系爭債務已清償，則就清償事實，被告所提證據乃本證，足見被告之抗辯事實，非均可被歸類於反證；反之，原告所提證據，亦未必均為本證。但就該等用語區辨，於實務及部分實體法論述，亦多見未精細者。

¹¹ 例如最高法院三十七年度上字第六八八二號判例。

¹² 例如最高法院六十二年度台上字第五二四號判例。

¹³ 例如民國六十五年七月六日，六十五年度第六次民庭庭推總會決議（一）決議。

證責任理論，則仍值存疑。¹⁴矧於實務上採取客觀舉證責任理論及對於本證與反證間之證明度區辨有所認識之裁判亦漸多¹⁵，而如前所述，主觀舉證責任乃可被認為係依附於客觀舉證責任而確立，則雖判決中多未明示「真偽不明」，亦不必然可得推論實務上於客觀舉證責任理論未有認識或執意排除。¹⁶

在此應注意之現象乃為何在我國之實務運作上較少見所謂「舉證責任裁判」，亦即較少以待證事實陷於真偽不明而據以認事用法者？本文認為，此一現象與我國實務家是否意識其所引用之我國民事訴訟法第二七七條屬於何一舉證責任論屬性，未必有關，而下列因素對之則似有所影響。其一、傳統上法官之專業不明，因輪調結果民事庭法官可能於法庭上證據活動受其刑事審判習慣影響（但此一問題應可藉

¹⁴ 學者有自立法沿革而主張我國民事訴訟法係含有將舉證責任理解為證據提出責任、行為責任之意旨者，參邱聯恭發言，載於民事訴訟法之研討（六），民事訴訟法研究基金會，1997年，頁一七三。氏主張兼具訴訟法屬性之行為責任說，在我國學說發展有重要影響。

¹⁵ 例如最高法院九十三年度台上字第二〇五八號民事判決、臺灣高等法院八十九年度重上更（二）字第一七六號民事判決、臺灣台北地方法院九十年簡上字第三九七號民事判決、臺灣台北地方法院九十年簡上字第一二〇號民事判決等。

¹⁶ 實則，最高法院關於舉證責任判決之用語，乃多沿襲民事訴訟法第二七七條規定之用語，但是否民事訴訟法第二七七條即為主觀舉證責任理論之依據，應無必然。因依規範理論之見解，其亦認為「各當事人應就其有利之規範要件（事實）為主張及舉證」，而德國民法第一草案（1888年）第一九三條乃規定：「主張請求權者，應就發生該請求權所需之事實為舉證。主張請求權消滅或主張請求權之效力受制者，應就發生消滅所需事實或發生受制所需事實為舉證。」此一規定亦被部分學者引以為規範理論之論據者。但在德國並不因上開理論，而認為應採主觀舉證責任理論，反而通說係採客觀舉證責任說。足見，即令我國民事訴訟法第二七七條為舉證責任分配之明文規定，亦不當然可認為我國應以主觀舉證責任說為立論基礎。

8 舉證責任與真實義務

由民刑分流之司法實務漸次改善！)；其二、上級審於「真偽不明」之裁判接受度低，習慣性認為下級審極盡調查能事者乃為認真可取之裁判（而不論是否符合民事訴訟之舉證責任法理），違反者容易被廢棄，因此而影響事實審之審理活動；其三、一般而言，證明度要求較高者，較易造成「真偽不明」狀態¹⁷，則我國實務於證明度之操作是否適當，亦值存疑；其四、對於「本證」及「反證」間關係區辨是否不足？是否實務上對於本證之待證事實之相反事實亦要求原應僅需動搖法官確信即可者亦應提出使其對之形成確信？其五、是否過於執著於所謂實質真實發現，以致在舉證活動上傾向「非黑即白」，而壓縮原應屬「真偽不明」之裁判空間？

（二）舉證責任分配法則之法意義

1. 舉證責任分配法則之憲法意義

無論舉證責任分配之根據係基於公平正義之要求或合乎裁判迅速及真實發現之目的¹⁸，基本上，舉證責任分配制度應得被評價為一方面具有係為實現實質正義，以保障當事人為憲法所保障之財產權、自由權、名譽權等基本權之意義；另一方面應亦存在其程序上之特殊考量，亦即應注意包括促進訴訟等內涵之訴訟權保障應如何被兼顧之問題。

舉證責任分配法則之運作，與法治國原則有密切關係，其作為一法院於訴訟上操作規則，乃亦被要求應符合法律安定性，而在操作上且應注意保障當事人之合法聽審權，

¹⁷ Rechberger/Simotta, a. a. O., Rdnr. 584.

¹⁸ 相關見解，參閱駱永家，民事舉證責任論，1995年，頁八〇。

以避免發生突襲性裁判。¹⁹尤其就法律安定性之要求，實乃舉證責任法則之核心價值所在，但亦屬理論上困難之所在。如何藉由先前一已確立之舉證責任分配一般原則以達到可預見性及可估計性之要求，但又不淪於僵化而喪失個案正義之彈性，乃舉證責任分配法則之基本難題。²⁰

舉證責任分配法則固應盡量符合法律安定性之要求，但若於特殊類型事件，因兩造間之知識、地位等差距，而可能因而造成程序之不平等，並影響實質正義之實現者，則在特殊事件類型，基於武器平等、個案正義等憲法基本價值之考量下，舉證責任分配法則之設立，即應於該類型事件之特性與相關憲法價值予以充分衡量及兼顧。²¹

有疑義者係，在憲法法治國原則之要求下，就法律安定性及實質正義間關係之確立，亦即，是否應以法律安定性考量作為舉證責任分配之考量基礎及原則，而以實質正義作為例外介入因素；抑或應以實質正義作為原則，而在個案中由法院及當事人依具體情形，在訴訟過程中漸次形成與確認舉證責任分配法則？就此，在德國證據法理論發展，主要仍以法律安定性為主要原則，而實質正義係例外之介入。本文認為法安定性要求乃程序法之基本特質，其所得實現之平等性、可預測性、可估計性，仍應為程序法值得追求之主要價

¹⁹ 舉證責任分配法則之告知，屬於防止法律性突襲裁判之一環，參閱拙著，民事程序法之發展與憲法原則，2003年11月，初版，頁一〇四。

²⁰ 舉證責任分配一般原則之確立，具有法律安定性之意義，不宜因其有修正之必要或有其他舉證責任減輕之必要而全然推翻之，亦不宜容許法官純依「衡平」法感而恣意創設舉證責任法則。相關法理，參閱拙著，新民事證據法論，2002年9月，頁一八一以下。

²¹ 關於法律安定性及實質正義在民事程序法之作用，參拙著，前揭書（註19），頁十三以下。