

名師啟試錄 ①

民事訴訟舉證責任之鳥瞰

編目：民訴

主筆人：尚台大

第一項 舉證責任之意義

若法院就待證事實，即便經由證據之收集與調查，但卻無法經由該等證據調查形成心證^{註1}時，此時該待證事實即陷於真偽不明之情形，而就該真偽不明之待證事實應為如何之判斷，即為舉證責任之課題，法制上對該等訴訟之舉證責任分配亦應存有相關配套措施。

就當事人負有舉證責任所提出之證據方法，稱為「本證」，反之則稱為反證；本證與反證之區別實益在於前者需使法院就該待證事實存否形成「確信」之心證（即使法院之心證度從零升至超越證明度），反之反證僅需使法院對本證所支持之待證事實確信產生動搖即可（即使心證度低於證明度）。

舉證責任又分為客觀的舉證責任與主觀的舉證責任，客觀的舉證責任又稱「危險責任」，此為學說上真正之舉證責任概念。即法院就當事人間有爭執之事實，於言詞辯論終結時仍處於真偽不明狀態時，此時應由何人負擔此一真偽不明之不利益問題，該負擔之人即屬「負有舉證責任」。故客觀舉證責任若於法院得以判斷事實真偽時即無適用餘地，且客觀訴訟責任之分配原則上不會因訴訟程序之進行而有所變動，於訴訟開始時即已固定。再者，客觀舉證責任無論於辯論主義或職權探知主義下皆存在，此係因為客觀的舉證責任並不涉及當事人本身行為，僅是事實不明時的一種效果。

第二項 舉證責任之分配

民事訴訟法第 277 條本文：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」即我國民事訴訟法中舉證責任分配之準則，然就條文如何具體落實，尚需以學說補充，此係因於訴訟進行中，舉證責任應如何

^{註1}亦即法院由就確信該事實存否預設一證明度，而經由證據調查及全辯論意旨之認定，需使法院之心證度超越其證明度，若無法超越時則生客觀舉證責任分配之問題。

分配本即為至關緊要之問題。舉證責任分配於學說上存有許多不同標準，簡述如下：

一、法規分類說

以實體法上原則規定與例外規定定舉證責任，主張原則規定之當事人就其主張之事實負舉證責任；主張例外規定之當事人就其主張之事實不負舉證責任。例如：民法第191條第1項工作物所有人侵權行為之損害賠償責任有關之事實，固應由被害人負舉證責任，若該所有人主張有同項但書例外不負賠償責任之事實者，則由該所有人負舉證責任。缺點為實體法上之原則與例外有時亦難以區分^{註2}。

二、待證事實分類說

專依待證事實之性質加以分析所形成之學說。其中消極事實說主張積極事實之當事人就該積極事實負舉證責任，而主張消極事實者不必就該消極事實負舉證責任，此說固有相當之理由，惟何者為積極事實，何者為消極事實，有時難由當事人之陳述予以判斷。而外界事實說認為主張外界事實負舉證者責任，主張內在事實者不負舉證責任，惟內界事實不難依間接事實推知之，故此說亦有缺失^{註3}。

三、法律要件分類說

此說就具體個別之法律構成要件之事實，按法律構成要件之事實，依不同價值之標準為分類，凡歸屬於某一類法律構成要件之事實，當事人就該事實負舉證之責^{註4}。

此說中之規範說（Normentheorie）為我國目前學說及實務界之通說，乃德國證據法權威 Rosenberg 於 1900 年之博士論文起始提倡^{註5}。氏以法條之構造關係分析出發，建立所謂之規範理論。其認為舉證責任分配原則乃係，若無一定法條之適用，則無法獲得訴訟上請求成果之當事人，應就該法條要件於實際上已存在之事實，負主張及舉證責任。亦即，各當事人應就其有利之規範要件為主張及舉證。

^{註2} 楊建華（2005），《民事訴訟法要論》，頁 277，台北：自刊。

^{註3} 陳計男（2009），《民事訴訟法論上》，頁 477，台北：三民。

^{註4} 陳計男（2009），《民事訴訟法論上》，頁 478，台北：三民。

^{註5} 沈冠伶（2013），〈舉證責任與證據契約之基本問題〉，《民事證據法與武器平等原則》，頁 62，台北：元照。

第三項 舉證責任之減輕

第一款 民事訴訟法第 277 條但書之立法考察

承前，規範說雖具有法律安定性之優點，但亦具有其理論上之困境，而提出取代性之理論者，又難符合法律安定性之要求；故原則援用規範說，例外時再行細部調整當非太大問題。要言之，此時困難者係，如何於例外時為適當之操作，亦即就舉證責任減輕制度之體系建構，應如何解釋與適用才不至於變成法官恣意擅斷之場域進而使得舉證責任分配制度出現太多不確定因素進而影響其法安定性。

民事訴訟法第 277 條：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」如前所述，本文係我國民事訴訟舉證責任分配之原則規定，而但書則係舉證責任減輕之規定。於現代生活中經常發生證據偏在當事人某方之情形，若拘泥於舉證責任之原則規定則可能於個案產生不公平之情事。

第二款 舉證責任減輕之具體操作

於訴訟中，即經常發生證據偏在於被告方之情形，若強依民事訴訟法第 277 條本文或規範說之舉證責任分配原則，則原告顯難取得相關證據進而主張其權利，故但書之存在得以適度緩和原告之舉證責任並使訴訟之進行更趨公平，其法條上可分為「法律別有規定」^{註6}與「依其情形顯失公平」^{註7}兩種構成要件。而具體減輕舉證責任之方法可歸納為下列數種^{註8}：

一、緩和辯論主義之行為

於辯論主義之前提下，主張權利之人有自行提出事證之義務，然於實際情形中考量公平正義原則，得就當事人該種義務為減免，進而使其舉證責任得而減輕：

^{註6}「法律別有規定」之意義而言，應係指法律於悖離依舉證責任分配一般法則情形有明文規定，亦即直接涉及舉證責任減輕者。

^{註7}「依其情形顯失公平」則為一不確定法律概念，適用上不應恣意於相同事件類型，卻於不同個案因基於直覺、感性等非理性因素或理由不足之論據，而認為舉證責任之調整，以致造成實體法原已設定之價值體系及法律安定性遭破壞，並造成人民於舉證責任法則之客觀性與平等性，以及可預見性喪失期待，見姜世明（2015），《民事訴訟法《下冊》》，頁 91，台北：新學林。

^{註8}本分類參考姜世明（2015），《民事訴訟法《下冊》》，頁 93，台北：新學林。

(一)降低具體化陳述義務

民事訴訟法第 195 條第 1 項「當事人就其提出之事實，應為真實及完全之陳述。」第 266 條第 3 項「前二項（即兩造書狀）各款所定事項，應分別具體記載之。」係民事訴訟法對當事人具體化陳述義務之體現，換言之，本法中有要求當事人所為之事實主張或證據聲明應盡可能予以具體之具體化陳述之義務，若違反該義務者，當事人所為之陳述法院得不將之採為判決之基礎，亦即參考第 277 條但書之法理，由法院行使訴訟指揮權降低使應負舉證責任人之具體化陳述義務而作為舉證責任減輕方式之一^{註9}。

(二)事案解明義務

事案解明義務，其本意係指當事人於訴訟資料內容上負有與法院及對造共同協力說明、提出，以求發現真實之義務。此於主張權利者方，因其存有實現自身權利之動力較不成問題，然令不負主張、舉證責任之當事人負擔此種義務則有違背辯論主義之嫌。學說上有指出現行民事訴訟法中除已引入文書提出範圍擴大、勘驗範圍擴大以及當事人訊問制度外，民事訴訟法第 277 條但書及 282 條之 1 亦可視為此種事案解明義務之一般化規定，而認為我國民事訴訟法更課與協力解明事案以充實程序內容之義務。經由當事人與法院共同協力解明事案，訴訟程序始得以更有計畫地迅速進行，解明事案協力義務實乃訴訟促進義務中不可或缺之一環^{註10}。

(三)法院職權調查證據

民事訴訟法第 288 條第 1 項「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。」立法之取向，係著眼於事件類型之多樣化、複雜化，一方面限縮職權調查證據可能範圍、盡量尊重當事人提出證據之自由；一方面則在不致造成突襲之前提下，於一定限度內容許職權調查證據。於家事事件法通過後，因家事事件較具公益

^{註9}姜世明（2005），〈民事訴訟中當事人之具體化義務〉，《政大法學評論》，第 88 期，頁 300-301。

^{註10}沈冠伶（2013），〈論民事訴訟程序中當事人之不知陳述〉，《民事證據法與武器平等原則》，頁 41-42，台北：新學林。

色彩，故該法第 10 條第 1 項亦規定「法院審理家事事件認有必要時，得斟酌當事人所未提出之事實，並依職權調查證據。但法律別有規定者，不在此限。」

二、降低事證證明度

(一)表見證明

表見證明（Anscheinsbeweis）係由德國帝國法院及聯邦最高法院發展而成，藉以減輕原告之舉證困難，其意為經由某一定已客觀存在之事實，推斷另一裁判其重要性待證事實之推定方式，於我國民事訴訟法之體系中，上述之概念應可歸類為一種事實之推定^{註11}類型。

(二)擬制自認

民事訴訟法第 280 條第 1 項：「當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認。但因他項陳述可認為爭執者，不在此限。」及第 2 項「當事人對於他造主張之事實，為不知或不記憶之陳述者，應否視同自認，由法院審酌情形斷定之。」即由法院依民事訴訟法第 227 條但書法理，個案決定具體之舉證責任分配。

(三)損害數額之酌定

民事訴訟法第 222 條第 2 項：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。」立法理由認為，損害賠償之訴，原告已證明受有損害，而有客觀上不能證明顯有重大困難情事時，如仍強令原告舉證證明損害數額，非唯過苛，亦不符訴訟經濟之原則。學者及實務^{註12}皆有認為本項係降低證明度之規定^{註13}。

^{註11}民事訴訟法第 282 條：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。」

^{註12}最高法院 93 年度台上字第 2213 號民事判決：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，此為程序利益保障及訴訟經濟原則，民事訴訟法第 222 條第 2 項定有明文。故損害額證明極度困難時，法院基於全辯論意旨及調查證據結果，仍不能獲得損害賠償額確信時，使權利易於實現，減輕損害額證明之舉證責任。」

^{註13}姜世明（2015），《民事訴訟法（下冊）》，頁 102，台北：新學林。

(四)證明妨礙

民事訴訟法第 345 條第 1 項：「當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。」以及第 282 條之 1 第 1 項：「當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實。」皆係因一造之作為或不作為導致法院無法就證據為接觸使用，此時基於訴訟法上誠信原則及及當事人間公平之顧慮，法院得降低此代證事實之證明度而使之被認定為真（就過失所致之證明妨礙是否適用同樣法律效果，學說上多有討論，於茲不贅）。

三、舉證責任轉換

(一)法定舉證責任轉換

例如：於採行過失主義為責任之實體法中，欲證明被告之侵權事實需一併處理其主觀及因果要件，然亦會以「但書」、「不在此限」之記載另行轉換舉證責任，如民法第 184 條第 2 項「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」民法第 188 條第 1 項「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」

(二)法律上推定

不同於事實上推定僅涉及法院之自由心證與經驗法則，法律上之推定將產生舉證責任轉換之效果。法律上之推定又可分為法律上之事實推定與法律上之權利推定^{註14}，前者係指法律規定若證明前提事實者，則法律上因該前提事實存在而得推定該待證事實亦為存在之效力，例如：民法第 944 條第 2 項「經證明前後兩時為占有者，推定前後兩時之間，繼續占有。」此時該受推定之事實即需以「本證」推翻之^{註15}，亦即

^{註14}駱永家（2015），《新民事訴訟法 I》，頁 198-202，台北，自刊。

^{註15}雖民事訴訟法第 281 條：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」但學說一致認為此處反證係本證之誤。

已發生舉證責任轉換之效果^{註16}；後者則如民法第 943 條第 1 項占有人於占有物上推定適法行使之權利，然因此時之法律效果將直接完成認事用法，故嚴格意義上而言已非單純舉證責任之問題。

四、直接排除舉證必要性

(一)法律規定

如實體法上危險責任或無過失責任，因該種責任成立結構略去主觀要件而排除了其舉證必要性，故相較一般情形使應負舉證之人負擔減輕^{註17}，程序法上如法院顯著或已知之事實^{註18}、自認^{註19}等。

(二)證據契約

有學者認為，藉由民事訴訟法第 376 條之 1 之修訂，我國法制下業已承認當事人得就證據取捨自為約定，基於私法自治原則、辯論主義、處分權主義等合理性基礎，本條尤可作為承認證據契約之明文化，法院於探求當事人真意並參酌誠信原則等條件後，亦應盡量採取肯認態度。

^{註16}最高法院 85 年度台上字 2534 號民事判決參照：「按經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚，民法第九百八十二條第二項定有明文。查上訴人陳立鈞與被上訴人既已依戶籍法為結婚登記，則彼等婚姻關係自應視為合法有效。倘當事人一方否認此一推定之事實，依民事訴訟法第二百七十七條規定自應由否認之一方就所主張未經舉行結婚公開儀式及二人以上之證人之形式要件舉證證之。」

^{註17}姜世明（2009），《新民事證據法論》，頁 212，台北：新學林。

^{註18}民事訴訟法第 278 條第 1 項：「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證。」

^{註19}民事訴訟法第 279 條第 1 項：「當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。」