主題 5 證據法論（下）— 舉證責任論

考點 1 「舉證責任」之意義

壹、「舉證責任」之意義 — 「客觀舉證責任」與「主觀舉證責任」：

「舉證責任」於概念上可區分為「**客觀舉證責任**」與「**主觀舉證責任**」二者。

一、「客觀舉證責任」：

其所指涉者，乃**何一當事人將因此事實「真偽不明」之事態而承擔不利益**。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**」(**裁判規則**)。[1]

→ 其功能乃用以**克服事實真偽不明情況**，不僅於採取「**辯論主義**」之訴訟程序有此種舉證責任，即於「**職權探知主義**」之訴訟程序亦有之。[2]蓋以**不論採用何種主義，同樣可能發生事實至最後仍「真偽不明」之情形**，**此時均應以其不利益歸於當事人之一造而為判決**。[3]

二、「主觀舉證責任」：

此係一真正加諸於當事人之負擔。其意義乃指，**當事人為避免敗訴，經由自己行為提出使用一爭議事實之證據**。亦即，於訴訟中何一當事人，應就某一特定構成要件予以證明。[4]

→ 駱永家老師與姜世明老師認為，**「主觀舉證責任」僅存在於採取「辯論主義」之訴訟程序**[5]，**此乃因於採用「職權探知主義」之程序，當事人雖不舉證，法院亦應依職權探知事實與證據**[6]。

---

[1] 姜世明，《新民事證據法論》，學林文化事業有限公司出版，2004 年 1 月二版，頁 181。
[2] 姜世明，《新民事證據法論》，學林文化事業有限公司出版，2004 年 1 月二版，頁 181。
[3] 駱永家，《民事舉證責任論》，臺灣商務印書館股份有限公司出版，2009 年 9 月初版十一刷，頁 51。
[4] 姜世明，《新民事證據法論》，學林文化事業有限公司出版，2004 年 1 月二版，頁 181。
[5] 姜世明，《新民事證據法論》，學林文化事業有限公司出版，2004 年 1 月二版，頁 183。
[6] 駱永家，《民事舉證責任論》，臺灣商務印書館股份有限公司出版，2009 年 9 月初版十一刷，頁 51。

（但就此，沈冠伶老師採不同看法，其認為證據提出責任在「職權探知主義」所適用之事件亦非完全不存在，蓋法官雖可依職權探知事實與證據，但當事人如不協力提出證據，或在法官闡明下，仍不提出對自己有利之證據，仍可能受裁判上之不利益。[7]）

老師叮嚀

駱永家老師與姜世明老師指出，一般認為「客觀舉證責任」為「主觀舉證責任」之前提，後者係由前者引導而出，又「主觀舉證責任」之範圍與「客觀舉證責任」之範圍恆相一致。[8]總而言之，**「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**（當事人依客觀舉證責任分配法則之決定結果，努力於擺脫可能因其不盡力舉證而造成之真偽不明狀態），因此乃有批評「主觀舉證責任」缺乏獨立意義之必要性者。但因其於「辯論主義」之訴訟程序中，於說明積極性當事人角色有不可或缺之功能，因此其存在意義仍獲肯認。[9]

貳、「本證」與「反證」：[10]

一、「本證」：

當事人就自己應負舉證責任之事實所提出之證據(「**應負舉證責任一造當事人**」所為)。

→ 應使法院達成「**確信**」，始能謂成功。

二、「反證」：

---

[7] 沈冠伶，《舉證責任與證據契約之基本問題—以作業系統裝置契約之給付不完全為例》，台灣本土法學雜　誌第 36 期，頁 191-192。

[8] 駱永家，《民事舉證責任論》，臺灣商務印書館股份有限公司出版，2009 年 9 月初版十一刷，頁 52。

[9] 姜世明，《新民事證據法論》，學林文化事業有限公司出版，2004 年 1 月二版，頁 183；姜世明，《論客觀舉證責任》，收錄於氏著《民事證據法實例研習（二）暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2011 年二版一刷，頁 284。

[10] 以下引用、整理自駱永家，《民事訴訟法Ⅰ》，1999 年 3 月修訂九版，頁 159 以下。

為否認對造負有舉證責任之事實所提出之證據(「**非負舉證責任一造當事人**」所為)。

→ **毋庸使法院達成「確信」，僅須能夠「動搖」法院之確信，使對造主張之事實陷於「真偽不明」之狀態**，即可謂成功。故此一「**反證**」之提出，**並非「舉證責任轉換」**。

★ **最高法院 99 年度台上字第 984 號民事判決**

次按**負舉證責任之當事人，須證明至使法院就該待證事實獲得確實之心證，始盡其證明責任**。倘**不負舉證責任之他造當事人**，就同一待證事實已證明間接事實，而該間接事實依經驗法則為判斷，與待證事實之不存在可認有因果關係，**足以動搖法院原已形成之心證**者，**將因該他造當事人所提出之反證，使待證事實回復至真偽不明之狀態**。此際，**自仍應由主張該事實存在之一造當事人再舉證證明之，始得謂已盡其證明責任**。

老師叮嚀

姜世明老師提醒到：「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**。」。[11]

參、「確信」與「證明度」：

一、 何謂「確信」？

[11] 姜世明，《論客觀舉證責任》，收錄於氏著《民事證據法實例研習（二）暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2011 年二版一刷，頁 282。

姜世明老師：「**確信**可謂係**法官經由蓋然性評估所得待證事實蓋然性值已等於或高於證明度所要求之蓋然性值**者，對於此一法官認知狀態即稱為『確信』。」。[12]或可謂法院之「心證度」(採信程度)超越了「**證明度**」。

二、「證明度」：

(一) 意義：

姜世明老師：「證明度係指涉法院對待證事實，經審酌訴訟資料後所形成認為該待證事實為真實之**心證度**，**是否已達到可認為該待證事實為真之確信標準**，此一標準乃某**最低限度之心證度要求**，**唯有達到該最低要求，法院乃能形成確信**。」[13]

(二) 「證明度」之標準：[14]

1. **實務見解：**

> ★ **最高法院 73 年度台上字第 2174 號民事判決**
>
> 按當事人主張有利於己之事實者，固應依民事訴訟法第二百七十七條規定，就其事實負舉證之責任，然苟於其利己事實之主張，已為相當之證明，則其舉證責任即屬已盡。換言之，解除其舉證責任，**只須有證據之優勢，即屬非不可採信**。**此與刑事案件須證明被告犯罪至無合理之可疑，異其旨趣**。

2. **姜世明老師：**

姜世明老師：「本文認為民事訴訟**證明度**理論在我國應設定在**百分之九十(刑事訴訟法則為百分之九十五)以上**…」

---

[12] 姜世明，《三論證明度》，收錄於氏著《民事證據法實例研習（二）暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2011 年二版一刷，頁 302。

[13] 姜世明，《正義之可容許自然耗損》，收錄於氏著《民事程序法實例研習(一)》，元照出版股份有限公司出版，2009 年 5 月初版第 1 刷，頁 206。

[14] 以下引用、整理自姜世明，《正義之可容許自然耗損》，收錄於氏著《民事程序法實例研習(一)》，元照出版股份有限公司出版，2009 年 5 月初版第 1 刷，頁 222-223。

→ 採「**非常高度之蓋然性**」【而非「**優越蓋然性**」(>50%)】。[15]

理由

(1) 使判決較接近於真實之發現，符合實體正義及實體法價值預設。

(2) 我國乃採「職業法官」，而非「陪審團」(多人審判體) 制度。

(3) 避免濫訴。

筆者叮嚀

姜世明老師指出，對於「真偽不明」之存在性，其關鍵在於「證明度」之標準何在？亦即對於證明度要求高度，決定「真偽不明」之存在空間。例如，若將證明度定在「優越蓋然性」，亦即 51%蓋然性以上者，則 49%蓋然性以下者，可認為「偽」，而 51%以上者則為「真」。如此，真偽不明存在空間將被壓縮到 50%蓋然性之一點之上。但若將證明度定位在 90%，則在 11%到 89%，均將成為「真偽不明」之空間，因其既不能被認為係「真」，亦無法直接確信為「假」。以此類推，可知**「真偽不明」之存在空間，乃決定於「證明度」之標準**。[16]

[15] 沈冠伶老師亦採類似見解，見沈冠伶，《舉證責任與證據契約之基本問題—以作業系統裝置契約之給付不完全為例》，台灣本土法學雜誌第 36 期，頁 192；但黃國昌老師則認為「優越蓋然性」可採，蓋大陸法系高標準之證明度不僅產生較多之錯誤判決，同時更不公平地將大部分之錯誤加諸原告身上，見黃國昌，《民事訴訟理論之新開展》，2005 年 10 月初版，頁 67，轉引自姜世明，《三論證明度》，收錄於氏著《民事證據法實例研習（二）暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2011 年二版一刷，頁 302。

[16] 姜世明，《論客觀舉證責任》，收錄於氏著《民事證據法實例研習（二）暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2011 年二版一刷，頁 282。

（三）　「釋明」制度 vs 「證明」制度：[17]

制度 比較	證明	釋明
適用對象	實體事項。	1. 單純程序事項，而須簡速處理者。 2. 具例外之性質，一般以法律明定者為限。
證明度	須使法院就待證事實達到「**確信**」。 → **90%**以上（「**非常高度之蓋然性**」）	僅須使法院對待證事實形成薄弱之心證，亦即「**信其大概如此**」，即為已足。 → **51%**以上（「**優越蓋然性**」）

★ **最高法院 102 年度台抗字第 60 號民事裁定**

證明與釋明在構成法院之心證上程度未盡相同，所謂**證明**者，**係指當事人提出之證據方法，足使法院產生堅強之心證，可以完全確信其主張為真實而言**，與**釋明**云者，**為當事人提出之證據未能使法院達於確信之程度，僅在使法院得薄弱之心證，信其事實上之主張大概為如此者**有間，二者非性質上之區別，乃分量上之不同。是依當事人之陳述及提出之相關證據，倘可使法院得薄弱之心證，信其事實上之主張大概為如此者，自不得謂為未釋明。且依前開規定，只須債權人有所釋明，縱未達到使法院產生較薄弱之心證，相信其主張之事實大致可信之程度，亦屬釋明不足，而非全無釋明，如債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押。

[17] 以下引用、整理自姜世明，《專利侵權事件之假處分程序—以其釋明證明度為中心兼評最高法院九十七年度台抗字第二五七號民事裁定》，收錄於氏著《民事程序法實例研習(二)》，元照出版股份有限公司出版，2010 年 9 月初版第 1 刷，頁 21 以下。