

民事舉證 責任論



駱永家 著

臺灣商務印書館 發行



ISBN 957-05-1109-5 (586)

75705001



9 57050 757050

平裝

NT\$

200

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
E-mail：ecptw@cptw.com.tw
網址：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）仍真僞不明（*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僞不明之情形時，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僞不明之情形？似此一方面既無法避免發生事實至最後仍真僞不明之情形，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-Juncker, 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

第一節 民事紛爭與裁判

第二節 事實認定

第一項 事實認定之本質

第二項 自由心證與經驗法則及事實

認定之蓋然性

第三節 不要證事實

第一項 序說

第二項 裁判上之自認

第一款 裁判上之自認之意義及性質

一
一
一〇
一〇
六
三
三
一
一

第二款	裁判上之自認之效力	一八
第三款	擬制自認	二二
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	三二
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……………一三一

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	法律行為之有效性有爭執時之舉證責任	一六一
第三節	法律行為特以契約之內容有爭執時舉證責任之分配	一六四
第四節	法律行為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	法律行為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）。

當事人若在法院提起民事訴訟，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 *Urteilssyllogismus*）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 Aufl., 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）。（註五）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、前掲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×OF= D，後者爲R×SF= D (Jerome Franke, *Court on Trial*, p. 14, 古賀譯、前掲二二頁，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. Gulson, *The Philosophy of Proof in its Relation to the English*

Law of Judicial Evidence (1905); Hugo Munsterberg, on the Witness Stand (1908); John H. Wigmore, The Science of Judicial Proof (1937); Jerome Franke, If Men Were Angels (1942), What Courts Do In Fact, 26 III. Law Rev. (1932).

雉本朗造「證據の取捨及び事實の認定」判例批評録工（大正六年），民事訴訟法の諸問題收載。中島弘道「司法裁判における事實認定の原理」法曹會雜誌二卷二至五號（大正一三年）。西村一成「民事裁判の基本となる事實と之が認定の法則」法曹會雜誌一四卷六號（昭和二年）。同、「民事裁判に於ける事實認定について」法學志林四二卷八號（昭和一五年）。岩松三郎「民事裁判と眞實の發見」法律ひろば三卷一一號（昭和二五年）。小野木常「民事訴訟に於ける事實の認定」法學セミナー七號（昭和三年）。田邊公二「事實認定の將來」自由與正義九卷九號（昭和三年）。石井良三「民事裁判における事實證明」ジュリスト一五〇號（昭和三年）。岩松三郎兼子一「自由心證主義」法律實務講座民事訴訟法Ⅳ（昭和三六年）。村松俊夫「事實認定について」民事訴訟法雜誌九號（昭和三七年）。平田勝雄「裁判における心證形成の諸問題」司法研究報告書一四卷八號（昭和四〇年）。馬場英彦「事實認定の諸問題」實務民事訴訟講座一卷（昭和四四年）。賀集唱「民事裁判における事實認定をめぐる諸問題」民事訴訟法雜誌一六號（昭和四五年）。

第二項 自由心證與經驗法則及事實認定之蓋然性

在前項曾謂法院所認定之事實爲主觀的事實而非客觀的事實，然則法院究竟如何認定事實？民事訴訟法第二二二條一項本文規定：「法院爲判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真僞。」（日民訴第一八五條、德民訴第二八六條）。即關於證據評價（證據衡量 *Beweiswürdigung*）採取自由心證主義（*Grundsatz der freien Beweiswürdigung*）（註一）。法院站在自由之立場，依據辯論之全意旨及調查證據之結果而形成心證，以判斷當事人事實主張之真僞（註二）。

但自由心證並非容許法院隨便判斷，而僅謂不受法定證據主義羈束之意。法院仍應依論理法則、經驗法則（*Erfahrungssätze*）以形成心證。

經驗法則在事實認定上爲法律三段論法之大前提，欲認定法律要件事實（直接事實、主要事實），須以間接事實（徵憑 *Indizien*）爲小前提，經驗法則爲大前提，而得結論。又欲認定此間接事實，再須以其他之間接事實爲小前提，經驗法則爲大前提，以得結論（註三）。

然則何爲經驗法則？經驗法則者係指由經驗歸納而得之關於事物之因果關係或性質狀態之知識或法則，其中有屬於常識者，亦有屬於專門知識者。

法院不得依其私知（*privates Wissen*）而爲裁判，然所謂法院之私知（*privates Wissen des Richters*）係僅指法院在訴訟外所得之關於具體的事實之認識，而不包含抽象的事實之認識。蓋因僅在就具體的事實根據私知以下裁判之情形，始有害於裁判之客觀性及公平性。而經驗法則之存在爲抽象的事實，乃客觀、普遍之知識，故無此等弊害。因此，關於經驗法則，縱屬法院在訴訟外獲知者，亦可不待當事人之主張或請求（無寧謂法院有於訴訟外積極的探知經驗法則之義務），而予以援用（註四）。但如果法

院不知有該經驗法則時，當事人須加以證明。惟經驗法則乃屬於法院職權調查事項，故無須經鑑定等嚴格之證明（*strengbeweis*），而以自由之證明（*Freibeweis*）為足夠（註五）。在言詞辯論終結時，如法院對該經驗法則之存否仍不明時，則不能予以適用（註六）。

如上所述，依自由心證，根據經驗法則以判斷事實之真實性。但訴訟上之證明為歷史的證明，而非如自然科學上之證明，故不要求必然之判斷（*apodictic judgement*），在民事訴訟上僅要求蓋然之心證，而為蓋然之判斷（*problematic judgement*），在刑事訴訟則較嚴格，要求蓋然之確實心證，而為確然之判斷（*asseritorial judgement*）。在民事訴訟，未能得蓋然之心證，固不容許認定該事實為真實，但並不要求蓋然之確實心證，更不要求必然之確實心證也（註七）（註八）。

（註一） 現行法上在例外情形亦有採取法定證據主義者，例如、民訴法第三五五條、第三五六條、第三五八條、第三六二條等是。日民訴第一四七條、第八〇條、第四六七條二項，手形法第四四條等亦然。

（註二） 齋藤、概論二八五頁，蔡、民訴三冊二六六頁以下。

（註三） 岩松三郎「經驗則論」民事訴訟雜誌一號二頁參照。

（註四） 此為通說，例如，三ヶ月、民訴三八五頁。菊井維大、村松俊夫「コンメンタル民事訴訟法」Ⅱ（以下簡稱菊井Ⅱ）村松、コンメンタル民訴Ⅱ（二二三頁。蔡、民訴三冊三〇七頁

。日本大判昭和八年一月三十一日（民集一二卷一號五一頁）亦同。反之，兼子博士則主張屬

於一般常識之經驗法則固得逕行援用，然屬於專門之研究經驗者，必先經鑑定等證據之證明，加以認定後始得援用（兼子一「判例民事訴訟法」（以下簡稱兼子、判例民訴）二一三頁，同、體系二四三頁參照）。

（註五）齋藤、概論二七七頁。三ヶ月、民訴一八三頁。採反對說者如兼子、體系二四三頁，同、「經驗則と自由心證」民事法研究二卷一九五頁。田中和夫「證據法」三七頁。

關於自由之證明可參閱日本司法研修所民事教官室「民事訴訟における自由證明について」司法研修所報二三號（昭和二四年）。菊井維大「自由な證明」法學政治學論集收載（昭和三五年）。小室直人「自由な證明」（菊井、講座民訴下九二頁、昭和四一年）。野田宏「自由な證明」實務民事訴訟講座Ⅰ二八九頁（昭和四四年）。

（註六）三ヶ月、民訴三八六頁。兼子、體系二四二頁。

（註七）心證之強度得分爲(1)微弱之心證、(2)蓋然之心證、(3)蓋然之確實心證、(4)必然之確實心證。基於微弱之心證不得成立肯定判斷。基於蓋然之心證而爲之判斷爲蓋然之判斷（似乎有此事實，如無反證即可做如此認定）。基於蓋然之確實心證而爲之判斷爲確然之判斷（有此事實）。基於必然之確實心證而爲之判斷爲必然之判斷（確實有此事實）。V. Canstein, Die rationellen Grundlagen des Zivilprozesses, S. 27 ff. 中島弘道「舉證責任の研究」九二頁以下參照。

（註八）在美國證據法上，民事訴訟之舉證責任有二義焉：一爲證據提出責任或義務（burden of

going forward with evidence; duty of producing evidence)，二爲事實之說服責任 (duty of persuasion of a fact)——關於英美法上舉證責任之概念請參閱本書第二章第二節第一項註三——。其心證程度之要求，在前者僅須達到對自己有利之事件 (prima facie case) 之程度，在後者則須達到證據之優勢 (greater weight of evidence)，或較強之蓋然性 (more likely so than not) 之程度。而在刑事訴訟則要求較高，須達到無合理的懷疑之餘地 (beyond a reasonable doubt) 之程度。在以犯罪行爲爲爭執事項之民事訴訟事件，如以通姦爲理由之離婚，火災保險金請求事件放火之抗辯，亦要求 beyond a reasonable doubt 之程度，詐欺等則要求明白且可使相信之證據 (clear and convincing proof) 之較高程度 (早川武夫「アメリカ民事訴訟に於ける主張責任と立證責任」法律時報二六卷五號三五頁。magurie, Evidence. Common Sense and Common Law, p. 180 參照)。

第二節 不要證事實

第一項 序說

法院之爲事實認定，須依證據而爲之。故民事訴訟法第二七七條規定：「當事人主張有利於自己之事實

者，就其事實有舉證之責任。」但並非所有之事實皆須舉證，民事訴訟法第二七八條規定顯著之事實無庸舉證，第二七九條及第二八〇條規定自認之事實無庸舉證，第二八一條規定法律上推定之事實無庸舉證。即以上述三者爲不要證事實，其餘之事實則均爲要證事實，須依證據認定之。惟顯著之事實及自認之事實，乃完全不須依證據而爲認定，而法律上推定之事實，則係因法律之推定規定，前提事實獲得證明後，推定事實之反面事實成爲舉證命題（*Beweisthema*），其主張及舉證責任移轉於對造，而該當事人就推定事實無庸舉證之謂，並非完全排除依證據而爲之舉證活動也（註一）。故嚴格言之，所謂不要證事實者，僅顯著之事實及自認之事實二者而已，本節將就此二者予以論述。至於法律上之推定，則將於第四章加以探討。

（註一） 兼子、體系二四五頁，三ヶ月、民訴三八六頁參照。

第二項 裁判上之自認

第一款 裁判上之自認之意義及性質

一、裁判上之自認之意義

裁判上之自認（*gerichtliches Geständnis*）者，係指當事人於言詞辯論或準備程序，對於他造主張不利於己之事實，爲相一致之陳述而言（民訴法第二七九條）（註一）（註二）。

1. 限於具體事實之陳述

惟具體之事實得爲裁判上自認之對象。法規或經驗法則之存否、解釋、適用、不屬於辯論主義之範圍，故不得爲自認之對象（註三）。

習慣是否屬於經驗法則，日本判例在大判昭和八年一月三十一日（民集一二卷一號五一頁）出現以前，多以之爲事實而非經驗法則（註四）。該判決出現以後，判例上已確立習慣爲經驗法則（註五），但學說上有認爲習慣僅爲重複之事實，並非因果律亦非法則者（註六）。德國通說則以習慣爲經驗法則（註七）。

學者有將不利於己之具體的權利關係或法律效果之存否予以承認之當事人陳述，稱之爲權利自認者。但此實非固有意義之自認。如其爲訴訟標的本身之權利，則爲訴訟標的之捨棄或認諾（民訴法第三八四條），如其爲判斷訴訟標的前提事實之權利（例如，基於所有權之妨害排除請求，或基於所有權侵害之損害賠償請求之訴，被告承認原告之所有權之陳述等是也），則僅對造就其權利主張不必主張及舉證，但並無排除法院之事實判斷或限制當事人撤回自認之羈束力（註八）。

2. 不利於己事實之陳述

日本判例以爲不利於己之事實者，係指對造就應負舉證責任之事實而言（註九）。德國通說亦認爲得爲自認之對象者，僅限於對造應負舉證責任之事實（註十）。

反之，有謂將不利於己之事實做如上之解釋，乃受舊學說之證據拋棄說之影響。而以爲自認者不僅使對造不必舉證，且有訴訟上禁反言（*Estoppel*）之效果，因之、否定自己應負舉證責任之事實之陳述，亦應屬不利於己之陳述者（註一一）。但此乃應負舉證責任之當事人，爲前後互相矛盾之主張，此時法院應

行使闡明權（民訴法第一九九條），促使當事人予以訂正方是，將其認為不利於己之陳述，實有不妥（註一一）。

3. 與對造之主張相一致之陳述

自認之成立以當事人兩造陳述之一致為必要，但究由何造當事人先為陳述，則在所不問，所謂先行的自認（自發的自認 *vorweggenommens Geständnis*）嗣後經對造援用者，亦得成為自認（註一二），惟在對造援用前，無裁判上自認之羈束力，當事人得任意撤回之（註一四）。如對造不加援用或經當事人撤回者，亦得成為辯論之全意旨，予以斟酌（註一五）。

4. 訴訟上之陳述

以在該訴訟事件之言詞辯論或準備程序時所為之陳述為限。在此以外之場合，所為不利於己事實之陳述者，不過為裁判外之自認。其在訴訟外向對造或第三人所為不利於己事實之陳述，固非裁判上之自認，即在其他訴訟事件之言詞辯論所為不利於己事實之陳述，亦非裁判上之自認（註一六）。

二. 裁判上之自認之性質

關於自認之性質，學說上大別之有意思表示說（*Willenserklärungstheorie*）及事實報告說（*Wissenserklärungstheorie*）之對立。

1. 意思表示說

意思表示說中，其立論之根據又不一，或以為係當事人之一造免除對造之舉證責任，放棄自己之防禦權（即所謂放棄意思表示說）（註一七）。或以為係當事人之一造向法院表示，對造所為不利於己之事實

之主張爲真實，而要求以之爲裁判之基礎之意思表示（即所謂確定意思表示）（註一八）。

2 事實報告說（觀念表示說）

以自認者不過爲對於對造所主張之事實，加以承認之觀念或經驗的報告（註一九）。其所以得羈束法院之說明立場又有不同。

（一）從經驗法則而爲說明者

從經驗法則上，當事人承認不利己之事實時，其合乎真實之蓋然性甚大。從而以裁判上之自認爲不要證事實，在大多數情形當合乎實體的真實發見之要求。

（二）專從辯論主義而爲說明者

裁判上之自認之所以有羈束法院之效力者，乃基於辯論主義之結果。即法院僅須就當事人間有爭執之事實而爲認定，當事人間無爭執之事實則不必多加干涉，而逕行採用爲判決之基礎，較可獲得令當事人心服之判決。

（三）現在之通說乃從辯論主義說明裁判上之自認。蓋裁判上之自認，未必如意思表示說之所謂當事人爲自認時必定意慾一定之法律效果，且此種自認意思（*Geständniswill*）非屬必要。而事實報告說（觀念表示說）中，從經驗法則說明裁判上之自認，亦有不妥。蓋當事人未必限於承認該事實爲真實始行自認，雖不認其爲真實而基於其他之考慮（如討厭訴訟之煩累，欲早日終結之，或自覺不能舉反證而爲自認者是也）而爲之者亦有之。若自認之事實合乎真實，亦不過得爲法院採爲自由心證資料之理由，以之爲法院必須採爲判決之基礎之根據，則甚無力。非僅如此，與事實相反之裁判上之自認亦有羈束力。又自認人對於所自認之事實爲不利於己之認識，亦非自認之成立要件也（註二〇）。

(註 一) 齋藤、概論二七九頁，兼子、體系二四五頁，三ヶ月、民訴三八七頁，蔡、民訴二冊一二二頁。

(註 二) 英美法上將民事訴訟之自認稱爲 admission，有要式自認 (formal or judicial admission) 及不要式自認 (informal admission) 二種。後者乃於訴訟程序外以談話或通信而爲之自認，除在適用「禁反言」(Estoppel) 原則之情形外，嗣後仍得爲相反之主張及舉證。前者則爲在訴訟程序中以申請書或由律師特別嚴肅行之者，一度爲此自認後，即不得爲與其相反之主張及舉證。威格摩 (John H. Wigmore) 以爲要式自認者乃證據之代替物，有之則將無舉證之必要，而不要式自認則僅爲證據之一種，兩者有別 Wigmore, A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, 2 §§ 1048, 1057; 5 § 2588. 中島弘道「舉證責任の研究」一五九頁以下，峯岸治三「イギリス證據法研究」一六〇頁以下參照)。如欲與大陸法系上自認之概念做比較，則前者可謂相當於裁判上之自認，後者可謂相當於裁判外之自認也。

(註 三) 齋藤、概論二九七頁，兼子、體系二四五頁，三ヶ月、民訴三七八頁，蔡、民訴二冊一二二頁。

最高法院民國三二年上字第五〇一一號判決：「第一審推事問上訴人之訴訟代理人有何證據，答稱有當田稿一紙可證，其所稱之當田稿即指所提出之抵押約稿而言，具有如抵

押約稿所載內容之意思表示者，是否為典權之設定？本屬法律問題，事實問題有所謂自認，法律問題則無自認之可言，是無論上訴人之訴訟代理人所稱有當田稿可證一語是否已自認，該約稿為設定典權之約稿，要不生自認之效力，原審據此即謂上訴人已自認該約係屬典當性質，以為判決理由之一端，於法殊有未合。」

日本大判昭和八年一月三十一日（民集一二卷一號五一頁）：「……經驗則之自認與具體事實之自認不同，當事人雙方一致之主張，雖得為判斷該經驗法則存在之資料，然對法院無任何拘束力，此與關於法律存否之自認絲毫無異。」

（註四） 例如、大判明治四二年六月八日（民錄一三輯五五三頁），大判大正五年一月二一日（民錄二八輯二五頁），大判大正一五年一〇月二六日（法律評論一五卷民九三一頁）。

（註五） 齋藤、概論二七七頁以下。萩大輔「自白と習慣」民事訴訟法判例百選四五。岩松兼子、實務講座民訴四卷二頁。蔡、民訴三冊三〇九頁參照。

大判昭和八年一月三十一日（民集一二卷五一頁）：「習慣係經驗則之一，商事習慣與否在所不問。商事習慣存否之自認，不外經驗則之自認。然經驗則不得為自認之對象，故經驗則之自認不得羈束法院。」

（註六） 例如、兼子、判例民訴七二事件二二二頁。

（註七） Stein=Jonas, 290, 17 Aufl. S. 293; Rosenberg, Lehrbuch, 5 Aufl. S. 112, 140.

（註八） 齋藤、概論二七九頁，兼子、體系二四六頁，菊井村松，コンメンタル民訴Ⅱ二三三頁

參照。

(註九) 大判昭和八年二月九日(民集一二卷五號三頁)。

(註一〇) Rosenber, Die Beweislast, 4 Aufl. S. 76. 同旨、蔡、民訴二冊一二一頁。

(註一一) 例如、齋藤、概論二八〇頁。兼子一「相手方の援用せざる當事者の自己に不利なる陳述」民事法研究二卷二〇四頁。田中和夫「立證責任判例の研究」五頁。

(註一二) 三ヶ月、民訴三八八頁參照。

(註一三) 齋藤、概論三八〇頁。兼子、體系二四六頁。三ヶ月、民訴三八八頁。蔡、民訴二冊一二二頁參照。

同旨、日本大判昭和八年二月九日(民集一二卷五號三九頁)。

(註一四) 齋藤、概論二八〇頁。兼子、體系二四六頁。三ヶ月、民訴三八八頁。蔡、民訴二冊一二二頁。

同旨、日本大判昭和八年九月一二日(民集一二卷二一號二二三九頁)。對此判例之批評有兼子、判例民訴七四事件二一八頁，高島義郎「自白の成立」民事訴訟法判例百選四六等。

(註一五) 三ヶ月、民訴三八九頁參照。

(註一六) 兼子、體系二四七頁。菊井II村松、コンメンタール民訴II二三六頁參照。

最高法院民國一九年上字第四三七號判決：「當事人在他案件之陳述雖可爲本案認定

事實之根據，要不得視為本案之自認。」

最高法院民國二八年上字第二一七一號判決：「當事人之一造在別一訴訟事件所爲不利於己之陳述，縱使與他造主張之事實相符，亦僅可爲法院依自由心證認定事實之資料，究未可與民事訴訟法第二百七十九條所稱之自認同視。」

(註一七) Planck, Lehrbuch, S. 316f.

(註一八) Wach, Das Gestandnis ein Beitrag Z Lehre V. d prozessualichen Recht-geschaffen im Archiv f. civ. Praxis Bd 64(1881) S. 247.

(註一九) 齋藤、概論二八〇頁。兼子、體系二四七頁。蔡、民訴二冊一二二頁。

(註二〇) 關於裁判上之自認之性質可參照池田浩一「裁判上の自白をめぐる諸問題」綜合法學一卷四號。岩松三郎「民事裁判に於ける判斷の限界」法曹時報五卷三號三二四頁。村松俊夫「證據に於ける辯論主義」民事裁判の理論と實務一二七頁。江口新「裁判上の自白」法曹會雜誌五卷一一號三四頁。

第二款 裁判上之自認之效力

裁判上之自認之效力（羈束力）可分爲對於法院之效力及對於當事人之效力。

一、對於法院之效力——事實認定之限制

裁判上自認之事實無庸舉證（民訴法第二七九條一項，日民訴第二五七條，德民訴第二八八條一項）

，法院之事實認定權被排除，而應以之爲判決之基礎（註一）。此種效力乃如上所述，係由辯論主義之結果而來。故關於職權探知主義（人事訴訟事件）及職權調查事項（如專屬管轄、迴避之原因）則無此等效力（註二）。

至於裁判上之自認之內容與顯著之事實（民訴法第二七八條）相反，或關於不能之事實者，其效力如何？乃成問題。如強調辯論主義則無妨肯定之（註三）。但此種想法在理論上雖屬徹底，但實際上將生不妥之結果，亦有損於法院之職務及威信。應認爲在此種情形辯論主義無其適用，不生自認之效力較爲正確（註四）。

再者、辯論主義之適用於主要事實（直接事實、法律要件事實），故關於間接事實（徵憑 *Indicien*，即間接推認主要事實之事實，例如、現張不在證明（*alibi*）、裁判外之自認等是）雖有自認，亦對法院不生羈束力（註五）。蓋關於主要事實既委之於法院之自由心證，而關於法院抱有疑問之間接事實，若亦認其有自認之效力，而限制法院心證之形成，則實不合理（註六）。關於補助事實（有助於明了證據之證據能力或證明力之事實，例如、證人之性格、證人與舉證之人之利害關係等）之自認，亦與間接事實之自認相同，不應認其有羈束法院之效力（註七）。

三、對於當事人之效力——撤銷（撤回）自認之限制

爲自認之當事人，原則上不得任意撤回自認。關於此點我國民事訴訟法原無明文規定，日本民事訴訟法亦然。民國五七年我國修正民事訴訟法依照德國民事訴訟法第二九〇條之規定，於第二七九條增設第三項，規定：「前項自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符，且係出於錯誤而自認者，始

得爲之。」此乃一方面明示撤回自認之要件，他方面亦即表示不得任意撤回自認也（註八）。故除以下諸種情形外，不許撤回自認。

1. 對方同意時。此雖不見諸明文規定，但鑒於自認之所以不得任意撤回，其理由乃因自認之事實成爲不要證事實，故對於對造有利。因之，爲自認之當事人不得任意撤回自認。但對造如願意放棄其利益，同意自認之撤回者，亦應予准許，此爲學說（註九）及外國立法例（註一〇）、判例（註一一）所採。

2. 訴訟代理人、參加人、輔佐人所爲之自認，當事人得即時撤回或更正之（民訴法第七二條、六一條、七七條，日民訴第八四條）（註一二）。

3. 自認人證明其所爲之自認與事實不符且係出於錯誤（民訴法第二七九條三項，德民訴第二九〇條）。日本民事訴訟法雖無此等規定，但判例多模仿之（註一三）。惟亦有僅以係出於錯誤之證明爲撤回自認之要件，而不要求須有與事實不符之證明者（註一四）。且亦有認爲自認之內容與事實相反獲得證明後，該自認既可視爲出於錯誤，關於錯誤無須獨立之證明者（註一五）。

4. 因對造或他人之刑事上應罰之行為（例如，因對造或第三人之詐欺脅迫，或自認人之代理人之背信行爲）所爲之自認，自認人得撤回之。蓋以此等事項爲再審事由（民訴法四九六條一項八號，日民訴第四二〇條一項五號參照），故無待判決之確定，准其撤回自認，較合乎訴訟之經濟也（註一六）。

至於自認經撤回者，其及於自認效力之影響如何？原則上自認經撤回者，已無自認之效力，但法院仍得審酌該當事人忽而自認，忽而撤回之情形，以爲判斷事實真僞心證之資料也（民訴法第二七九條二項後段）（註一七）。

以上乃就直接事實之自認而言，關於間接事實之自認對法院既無羈束力，已如前述，從而對於當事人亦無禁止其撤回之效力（註一八）。關於補助事實之自認亦應與間接事實之自認採取相同之見解（註一九）。

（註一） 民國一九年上字第二六五號判決：「民事訴訟事件當事人曾爲不利己之自承（自認）時，法院自可無庸別予調查證據，即依據其自承（自認）以爲裁判，如合法代理人在訴訟上代爲自認，亦與該當事人自身所爲者同。」

民國一九年上字第三三〇二號判決：「兩造主張一致者，法院應即以一致之主張爲裁判之基礎，勿庸更爲何種之調查。」

（註二） 民國二六年上字第八〇五號判決：「當事人於訴訟上所爲之自認於辯論主義所行之範圍內有拘束法院之效力，法院自應認當事人自認之事實爲真，以之爲裁判之基礎。」

（註三） 例如、兼子、體系二四八頁。

（註四） 齋藤、概論二八一頁，三ヶ月、民訴二九二頁，蔡、民訴三冊三〇三頁參照。

同旨、日本大判昭和八年一月三十一日（民集一二卷五三頁）。

（註五） 齋藤、概論二七一頁、二八〇頁以下參照。

同旨、日本最判昭和三年五月二五日（民集一〇卷五號五七七頁）。

（註六） 齋藤秀夫「直接事實と間接事實」菊井編講座民訴下一一四頁以下。兼子、體系二四八頁

。三ヶ月、民訴三九一頁。岩松II兼子、實務講座民訴四卷二〇頁以下參照。

(註七) 齋藤、概論二八一頁。岩松II兼子、實務講座民訴四卷二一頁。

(註八) 最高法院民國一七七年上字第七五五號判決：「當事人在第一審供認之事實未經合法撤銷，自不能更爲反對之主張。」

最高法院民國一八年上字第二五一二號判決：「債務人於審判上所爲之承認（自認），一經對於債權人表示之後，卽生拘束之效力，不得隨意撤銷。」

最高法院民國一八年上字第二八三六號判決：「當事人於審判上所爲不利於己之自承（自認），有拘束該當事人之效力，法院自應據爲認定事實及裁判之基礎。」

(註九) 齋藤、概論二八一頁。兼子、體系二四八頁。三ヶ月、民訴三九一頁。蔡、民訴二册一二三頁。姚、民訴三四三頁參照。

(註一〇) 匈牙利民訴法第二六五條二項。

(註一一) 日本大判大正一三年三月三日（民集三卷一〇五頁）。

(註一二) 三ヶ月、民訴三九二頁。蔡、民訴二册一二三頁。姚、民訴三四三頁。

(註一三) 例如、大判大正四年九月二九日（民錄二二輯一五二〇頁），大判大正一一年二月二〇日（民集一卷二號五二頁）。

(註一四) 例如、大判明治三九年一〇月九日（民錄一二輯一一五頁）等。

(註一五) 例如、大判大正九年四月二四日（民錄二六輯六八七頁），大判大正一〇年一月二日（

民錄二七輯一八七二頁），最高判昭和二五年七月一日（民集四卷七號三一六頁）。

（註一六） 兼子、體系二四八頁。三ヶ月、民訴三九二頁。岩松Ⅱ兼子、實務講座民訴四卷三五頁。

（註一七） 姚、民訴三四三頁。

（註一八） 齋藤、概論二八一頁，岩松Ⅱ兼子、實務講座民訴四卷二一頁，村松俊夫「裁判上の自白」民事訴訟法演習Ⅰ一二六頁。

同旨、日本最高判昭和四一年九月二二日（民集二〇卷七號一三九二頁）。

（註一九） 與註一八相同。

第三款 擬制自認

一、擬制自認之意義

當事人對於他造主張之事實於言詞辯論或準備程序時不加爭執，且從辯論之全意旨視之，亦不能認其有爭執者，視同自認（民法第二八〇條一項，日民訴第一四〇條一項），學者稱之為「擬制自認」（*fingiertes Geständnis*）。在採取辯論主義之民事訴訟，僅就當事人間有爭執之事實，須依證據認定之。在無爭執時與有積極之自認時相同，該事實無庸舉證（民法第二七九條）。

當事人對於他造主張之事實不加爭執時，即成立擬制自認。擬制自認之對象，與裁判上之自認相同，限於不利於己之事實（註一）。所謂「不加爭執」者，係指對於對造主張之事實，不為任何陳述或不為明顯之陳述而言（註二）。當事人對於他造主張之事實為不知或不記憶之陳述者，是否為擬制自認，則由法

院審酌情形斷定之（民訴法第二八〇條二項）（註三）。

但由他項陳述即從辯論之全意旨（*Einheit der mündlichen Verhandlung*）可認為有爭執時，則不成立擬制自認。故擬制自認之成立與否，應以言詞辯論終結時為基準也（註四）。

三 擬制自認之效力

擬制自認之事實，成爲不要證事實，法院受其羈束，失其認定權，而應逕行採用爲判決之基礎，此點與裁判上之自認相同（註五）。但擬制自認對當事人並無羈束力（註六），當事人於言詞辯論終結前，對於不加爭執之事實，固仍得隨時爲爭執，即在第一審成立之擬制自認，在第二審亦得追復之（民訴法第四四七條二項）（註七）。但第三審爲法律審，在原审適法確定之事實有其羈束力（日民訴第四〇三條參照），故在第二審成立之擬制自認，在第三審亦有其效力。

關於間接事實或補助事實之擬制自認，與在裁判上之自認時相同，無羈束力（註八）。

又擬制自認之制度，與裁判上之自認相同，係基於辯論主義而來，故關於採職權探知主義之訴訟事件，或職權調查事項，無擬制自認之效力（註九）。

（註一） 兼子一「條解民事訴訟法」I（以下簡稱兼子、條解I）三六三頁。菊井II村松、コンメンタール民訴I四七四頁。

（註二） 岩松II兼子、實務講座民訴四卷四〇頁。

（註三） 日本民事訴訟法則規定，當事人對於對造主張之事實，爲不知之陳述時，推定其有爭執，

故不能成立擬制自認。

(註 四) 最高法院民國一八年上字第一五號判決：「當事人不爭之事實視與自認同，此種擬制自認在言詞辯論終結前，因可為追復爭執之陳述，撤銷其效力。但在言詞辯論中始終並不為爭執之陳述，而法院根據其擬制自認之事實所為判決確定後，自不許當事人再以錯誤為理由，對該確定事實主張推翻。」

(註 五) 最高法院民國四二年臺上字第二八六號判決：「上訴人對於被上訴人主張第二期之收益金總額為新臺幣二萬二千一百八十元，被上訴人只受領分配新臺幣一萬一千零九十元之各事實，於原法院提出之準備書狀及迭次言詞辯論時既均不爭執，徵之民事訴訟法第二百八十八條第一項之規定即應視同自認，事實審法院自得不待證明更不問得心證與否而認其事實為真正。從而原法院以此為判決基礎，不得指為違法，不容上訴人以未在判決理由項下記載其心證所得之根據為不服原判決之理由。」

(註 六) 日本大判大正四年九月二九日（民錄二二輯一五二〇頁），大判昭和六年一月四日（民集一〇卷八六五頁）。

(註 七) 姚、民訴三四四頁。

(註 八) 兼子、條解 I 三六四頁，岩松、兼子、實務講座民訴四卷四七頁。

(註 九) 與註六相同。

第三項 顯著之事實

第一款 序說

民事訴訟法第二七八條一項規定：「事實於法院已顯著或爲其職務上所已知者，無庸舉證。」（日民訴第二五七條、德民訴第二九一條參照）。所謂「事實於法院已顯著或爲其職務上所已知者」，即學說上之所謂「顯著之事實」（*offenkundige Tatsachen*; *notorische Tatsachen*）。民事訴訟法第二七八條一項乃規定顯著之事實爲不要證事實（註一）。

裁判上之自認之所以爲不要證事實，乃基於辯論主義（*Verhandlungsmaxime*），已如前述（註二）。而顯著之事實則係因其顯著故法院已獲有心證，因而不必證明，故與辯論主義無關，而爲該事實之特性所使然。因此、關於顯著之事實之規定，可謂具有確認之性質，而關於裁判上之自認之規定，則具有創設之性質（註三）。故兩者在效果上雖同爲不要證事實，而之所以爲不要證事實之根據，則迥然不同。

德國民事訴訟法第二九一條規定：「法院顯著之事實無庸舉證」（*Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweiss*）。修泰恩（*F. Stein*）以前之學者，未將顯著之事實分別爲公知之事實（*allgemeinkundige Tatsachen*）及職務上所已知之事實（職務上顯著之事實 *gerichtskundige Tatsachen*）。至修泰恩始如此加以區別（註四），而爲嗣後之學說判例所採用（註五）。

日本民事訴訟法第二五七條與前述德國民事訴訟法第二九一條相似，亦僅規定：「顯著之事實無庸舉

證。」但其係包括公知之事實及職務上顯著之事實，亦為一般所承認（註六）。

而前述我國民事訴訟法第二七八條一項之規定則明文加以區別，所謂事實於法院已顯著者，乃指公知之事實而言（註七）。職務上所已知之事實則為職務上顯著之事實（註八）（註九）。以下將分別論述之。

（註一）我國及日本刑事訴訟法就顯著之事實均無任何規定，通說以為在刑事訴訟關於公知之事實，固亦為不要證事實，但關於職務上顯著之事實，則仍以經證明為必要（陳樸生「刑事證據法」四四頁，團藤重光「新刑事訴訟法綱要」七版二三五頁參照）。

關於刑事訴訟事件，最高法院民國二六年上字第一二四七號判決：「……查公知之事實，依法無須舉證。判決書之理由內，自無庸更以證據說明。但所謂公知事實云者，係指一般人所知悉之顯著事實不容有所爭執者而言。……」亦以公知之事實為不要證事實。

（註二）本節第二項第一款「裁判上之自認之性質參照。」

（註三）小室直人「裁判所に顯著な事實」早稻田法學（以下簡稱小室、早法）三〇卷三、四號七三頁參照。

（註四）F. Stein, *Das Privates Wissen des Richters* (1892)。小室、早法三〇卷七三頁參照。

（註五）小室、早法三〇卷七三頁。齋藤秀夫「顯著な事實」菊井編講座民訴一〇五頁。

（註六）齋藤、概論二八三頁。兼子、體系二五〇頁。三ヶ月、民訴三九四頁。小室、早法三〇卷

七三頁以下參照。

(註七) 最高法院民國二八年上字第二三三九號判決：「民事訴訟法第二七八條第一項所謂事實於法院已顯著者，係指其事實爲一般所周知，而推事現時亦知之者而言。」

(註八) 蔡、民訴三冊三〇三頁參照。

(註九) 英美法上將「自明之事實無庸舉證」(*manifesta (or notoria) non indigent probatione*

) 而認定之，謂之爲「裁判上當然之認定」(*judicial notice; judicial cognizance; judicial knowledge*)。大別之有三種：其一爲法律 (*law*) 及法院之手續 (*practice of the courts*)。其二爲與國家統治有關係之行為及事項 (*public acts and matters*

connected with the government of the country——在英國法上如：國王之即位、讓位、崩卸。二、各部大臣及主要官吏、司法官之任用、姓名、地位。三、公文書之形式及其爲公文書之事實。四、國家、君主、法官、公證人之國璽、御璽、蓋章、簽名。五、國會之開會、閉會、會期、大選日等是。其三爲周知之事實 (*matters of fact of common and certain knowledge*)——在英國法上如：自然現象。三、英國國王在位年代所相當之公元年代。

。三一般之紀念日或休息日。四某年某月某日所相當之星期。五英語之一般字義等是 (

Wills, The Theory and Practice of the Law of Evidence, (1907), p. 14; Wigmore, A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, (1923), 5 § 2565; Wigmore, A Student's Textbook of the Law of Evidence,

(1935), § 480. 中島弘道「舉證責任の研究」一二三頁，一三一頁。峯岸治三「イギリス證據法研究」七三頁以下參照）。

第二款 公知之事實

「公知之事實」(allgemeinkundige Tatsachen)者，係指在一定之地域爲不特定多數之一般人所知悉且信而不疑，而法院亦知悉之事實而言(註一)。例如，歷史上有名之事件、天災、大事故、傳染病之流行、經濟恐慌、名人之死亡等是。此等事實有爲一般人所知悉者，但亦有僅限於爲特定地方之人所知者。又有在某一時期雖屬公知，然因時間之經過而失其公知之性質者。似此某一事實之爲公知與否乃隨時間、空間之變異而有不同，法院應於具體之訴訟事件爲各別之認定。故有在第一審雖屬公知，而在第二審已非公知者。又法院雖知悉該事實，但對其是否已達公知之程度尙有疑問時，當事人有證明其已屬公知之必要。反之，某事實雖被法院認爲公知，當事人仍得主張舉證事實真相與其相反也(註二)。

公知之事實與經驗法則有別，所謂經驗法則(Erfahrungssätze)者，係指由經驗歸納而得之關於事物之因果關係或性質狀態之知識或法則而言(註三)。公知之事實爲一般人共通之知識，此點固與經驗法則相似，因之、在日本實務上常有誤指經驗法則爲顯著之事實者，尤多將公知之事實與經驗法則混爲一談(註四)。但經驗法則乃離開具體之事實爲抽象之知識，而公知之事實則離不開具體之事實，非抽象之知識也。又公知之事實與裁判上之自認相似，乃立於法律三段論法小前提之位置(註五)，爲法院判斷之對象事實。而經驗法則係立於大前提之位置，爲法院判斷事實時應循之基準也(註六)(註七)。

至於以何種方法獲知公知之事實？則在所不問。由直接之體驗、新聞報導或傳聞等獲知者，均無不可。即職務外所知者亦無妨（註八），此點與後述職務上顯著之事實有異。又法院於何時獲知亦在所不問，即在訴訟前、訴訟後均可。

公知之事實無庸舉證之根據在於當法院確認該事實時，該事實為衆人所知，法院之事實認定合乎真實與否？可立即獲得檢查。因有此種保證故無庸舉證（註九），但法院之私知（*privates Wissen des Richters*）則不具此種保證，從而當然亦無無庸舉證之效果（註一〇）。

（註一） 齋藤、概論二八三頁，同、「顯著な事實」菊井編講座民訴下一〇五頁以下。兼子、體系二五〇頁。三ヶ月、民訴三九四頁。小室、早法三〇卷一四頁。蔡、民訴三冊三〇二頁。姚、民訴三四〇頁。

Rosenberg, Lehrbuch, 5 Aufl, S. 513; 9 Aufl. S. 552; Rosenberg-Schwab, 10. Aufl. S. 579.

（註二） 齋藤、概論三八四頁。兼子、體系二五〇頁，同、條解Ⅲ四四頁。三ヶ月、民訴三九五頁。本項第四款²反證提出之可否參照。

（註三） 齋藤、概論二七七頁。兼子、體系二四三頁。三ヶ月、民訴三八四頁。蔡、民訴三〇七頁。姚、民訴三三四頁。

（註四） 例如、大正一〇年安濃津地方裁判所（法律新聞一九一八號一八頁）：「本年一九歲之男

子自大正一〇年一月起四一年間即至六一歲止有生存之可能……徵之統計年鑑自明，故爲該法院顯著之事實。」

大判大正一五年一月二日（法律評論一六卷民法二九七頁）：「母之最終月經之第一日起至分娩時可有三百二十幾天之存在，在醫學上非不可能，爲顯著之事實，故原審雖未述明證據而認定此事實，亦非不備理由。」

（註五） 上述之兩判例所謂之顯著事實，實均爲經驗法則（小室、早法三〇卷七五頁參照）。
本章第一節參照。

（註六） 本章第二節第二項參照。

（註七） 小室、早法三〇卷七五頁。三ヶ月、民訴三九五頁。

（註八） 日本大判大正一〇年一月二七日（民錄二七輯一一一頁）：「某事實是否於法院已顯著？法院雖應就各個具體之情形加以判斷，不得爲一般之決定？但如某事實之確實存在，爲在一定地方之一般人所確知或被普遍認識時，則縱使係法官於職務外認識獲知者，亦無妨以其爲法院顯著之事實……。」

（註九） R. Schultz, Die Gerichtskudigkeit von Tatsachen, im Festgabe für Richard Schmidt zur 70 Geburtstag S. 293.

（註一〇） 小室、早法三〇卷七七頁。中島弘道「舉證責任の研究」一三二頁參照。

第三款 法院於職務上所已知之事實

「法院於職務上所已知之事實」(*gerichtskundige Tatsachen*)者，法院當行使其職務時獲知之事實，除該法院外或僅爲該事件之當事人所知，或竟連當事人本人亦不知之事實是也(註一)。以法院保持明確之記憶爲必要，故經閱卷後始得知悉之事實，是否可謂爲法院於職務上所已知之事實？不無疑問。關於此問題，學說上有肯定說(註二)與否定說(註三)之對立，以否定說爲通說。法院於職務外因私的關係而獲知之事實即法院之私知，固非法院於職務上所已知之事實，但若爲職務上獲知之事實，則不問其係在本訴訟事件獲知者，或係在他訴訟事件獲知者。又不限於訴訟程序時獲知，即在強制執行、破產事件、非訟事件等行使職務時獲知之事實亦可。法院於職務上所已知之事實其較著之例有如：法院自己所下之判決，法院職務上應注意之公告所記載之破產宣告，禁治產宣告等是(註四)。行合議庭之事件以推事過半數知悉爲已足，而不必全員皆知悉也(註五)。

法院於職務上所已知之事實之所以無庸舉證其根據何在？法院於職務上所已知之事實未必爲公知之事實，而僅爲法院或法院及該當事人所知之事實，故不具公知之事實所有之公知性檢查之保證(即法院之事實認定合乎真實與否可隨時予以檢查之保證)。但法院職務上所已知之事實，非法院之私知，乃法院由直接審理或在法定程序保證之下行使職務中所生之事實，或爲其認識對象之事實，非如私知之爲主觀的、偶然的(註六)。如有必要可以閱卷，而其結果常相符合，故爲具有客觀的確實性之事實，若其仍留於法官之記憶中，則由於人類認識之同一性(*Die Identität der Menschennatur*)及信賴法官，而得法院於

職務上所已知之事實無庸舉證之根據，亦即其根據乃在於其客觀性是也（註七）。

又當事人雖可舉證證明某事實爲公知之事實（註八），但却未能證明某事實爲法院職務上所已知之事實，此點兩者亦有不同之處。惟法院職務上所已知之事實與事實之真相有違之證明，則與公知之事實相同，均被認可（註九）。

- （註一） 齋藤、概論二八四頁。兼子、體系二五一頁。三ヶ月、民訴三九五頁。小室、早法三〇卷三、四號七八頁。蔡、民訴三冊三〇三頁。

Stein-Jonas-Schönke, Kommentar I§291.

- （註二） 採肯定說之學者有如細野長良「民事訴訟法要議」Ⅲ三三〇頁。菊井Ⅱ村松、コンメンタール民訴Ⅱ一四二頁。

- （註三） 採否定說之學者有如齋藤、概論二八五頁，同、「顯著な事實」菊井編講座民訴下一〇八頁。三ヶ月、民訴三九六頁。姚、民訴三四一頁。張、中國民訴三〇〇頁。

- （註四） 齋藤、概論二八四頁。三ヶ月、民訴三九六頁。蔡、民訴三冊三〇三頁。

- （註五） 關於此點，德國學說分歧，採取以多數決（Mehrheitsbeschluss）爲足之學者有如Heilwig, System§205 I. S. C. V.；Stein-Jonas-Schönke, Kommentar I. 1. Zu§291；Rosenberg, Lehrbuch, 9 Aufl. §113 I. 3c S. 552；Rosenberg-Schwab, 10 Aufl. §117 I. 3c S. 580。採取須合議庭推事全員之一致（Einstimmigkeit）之學者有如

Blomyer Zivilprozessrecht, (1913) §67 II. 2. a) S. 334. 德國最高法院判例歷來採取後說（蔡、民訴三冊三〇四頁參照）。而日本及我國學說則以前說爲通說（齋藤、概論二八五頁。三ヶ月、民訴三九六頁。菊井II村松、コンメンタル民訴二四二頁。蔡、民訴三〇三頁。姚、民訴三四一頁。張、中國民訴三〇〇頁）。

（註六） 法院不得依其私知而爲裁判，係爲達到裁判之正確、公平之理想，亦即因要求裁判須具客觀性之保證所使然。此在民事訴訟法雖無明文規定，然由證人與推事不得爲同一人之規定（民訴法三二條六款、日民訴三五條四款）之立法趣旨，亦可窺知也（岩松「經驗則論」民事訴訟法雜誌一號五頁。兼子、體系二五一頁參照）。

（註七） 齋藤、概論二八四頁。三ヶ月、民訴三九六頁。小室、早法三〇卷八四頁。

（註八） 前款參照。

（註九） 齋藤、「顯著な事實」菊井編講座民訴下一一〇頁。三ヶ月、民訴三九六頁。小室、早法三〇卷九〇頁以下參照。

第四款 關於顯著之事實之諸問題

一、主張責任之有無

關於顯著之事實，當事人是否負有主張責任（Behauptungslast）？亦即如無當事人之主張，法院是否不得將顯著之事實採爲判決之基礎？關於此問題學說不一。

1. 積極說

持積極說者以爲顯著之事實惟在當事人有爭執時，亦不須依證據而爲認定之點，受特別之處遇而已，決非排除辯論主義之適用。故在辯論主義之範圍內者，縱屬顯著之事實，如其爲主要事實（Hauptsache，法律要件事實 erhebliche Tatsache，直接事實），則如無當事人之陳述，法院即不得予以斟酌。但主要事實如有當事人之陳述，則關於間接事實（徵憑 Indizien）雖無當事人之陳述，亦得採爲判決之基礎。即辯論主義僅適用於主要事實（註一），故間接事實如屬顯著之事實，則不待當事人之陳述，即得採爲判決之基礎。此說在日本爲通說（註二），亦爲日本之判例所承認（註三）。反之，在採取職權探知主義（Untersuchungsmaxime）之程序，則顯著之事實不問其爲主要事實或間接事實，雖無當事人之主張舉證，法院亦得逕行採用（註四）。

2. 消極說

持消極說者以爲關於顯著之事實，無須當事人之陳述。但同爲消極說而其論旨又有不同。

(一) 以顯著性爲優先，而爲辯論主義之例外

以辯論主義係因有鑒於關於訴訟資料當事人當較法院爲清楚，故有利於真實之發見，因而被採用。但顯著之事實，法院亦已知悉之，故排除辯論主義之適用，無待當事人之主張，法院既得依職權而予以斟酌。且有進者，如依積極說，則若當事人未加主張，法院亦應無視昭然若揭之顯著事實，勢將導致判決理由脫離現實生活之結果，故難於贊同。此說在德國漸見抬頭（註五）。

(二) 以顯著之事實與經驗法則無由區別，故法院得依職權探知之

此說雖不認爲關於顯著之事實爲辯論主義之例外，然以顯著之事實與經驗法則無由區別，故不待當事人之主張，法院亦得採之爲判決之基礎（註六）。但顯著之事實與經驗法則不同，前已述之（註七），此說將兩者混爲一談，其不當自明。且此說之結果，辯論主義與職權探知主義將失其理論上之區別也（註八）。

（三）我國民事訴訟法第二七八條二項規定：「前項事實，雖非當事人提出者，亦得斟酌之。但裁判前應令當事人，就其事實有辯論之機會。」係採消極說，惟法院應行使闡明權，在裁判前令當事人就其事實有辯論之機會。此係爲顧及當事人之利益，使當事人有機會提出反證，以證明法院以爲之顯著之事實，實與事實真相不符。法院若違背此項規定，未予當事人以辯論之機會，而逕行採其事實爲判決之基礎時，其判決即屬違背法令，得爲上訴之理由（註九）。

（四）關於此問題在日本及德國民訴均無明文規定。在日本戰後因受英美法之影響而強調辯論主義，故仍以積極說爲通說。在德國則逐漸就辯論主義予以修正，強調真實義務及完全義務（*Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht*）（德民訴第一三八條。我國民國五七年修正民事訴訟法第一九五條一項參照），及強化法院之闡明權、闡明義務（德民訴第一三九條，日民訴第一二七條，我國民訴法第一九九條參照），故消極說中之以顯著性爲優先而爲辯論主義之例外之論調，漸見抬頭（註一〇）。以何說爲當，非純爲理論上之問題，實與國家訴訟制度之政策有關也。我國民訴法採消極說，當亦係本於以顯著性爲優先之趣旨。

二、反證（*Gegenbeweis*）提出之可否