

“民事诉讼法之研讨”编辑缘起
【分类】民事诉讼法之研讨(七)
【出处】民事诉讼法之研讨（七）
【出版社】民事诉讼法研究基金会
【出版日期】199810

一九八〇年初，在国内各大学讲授民事诉讼法之陈珊、李学灯、姚瑞光、张特生、杨建华、陈荣宗、陈石狮、骆永家、陈计男、邱联恭、范光群诸先生(依年龄先后序)，鉴于我国民事诉讼法之理论及实务水准亟待提升，追求学问之道，贵在时相切磋琢磨，定期性、经常性法学研究会有待倡行，乃於同年二月二十四日商定自同年六月起每隔三个月举办民事诉讼法研讨会一次，各自选定题目轮流提出研究报告，进行研讨，并予录音纪录，然后将其内容整理成文，依次发表於法学丛刊。循此方式，经第一轮次以后，史锡恩、王甲乙、曹鸿兰等先生(依年龄先后序)相继参加。又许士宦及吕太郎等先生自第四十二次研讨会，曾华松、雷万来等先生自第四十六次研讨会起，亦先后与会。

为使民事程序法学之研究绵延不绝，乃由张特生、史锡恩、王甲乙、杨建华、曹鸿兰、陈荣宗、陈石狮、骆永家、陈计男、邱联恭、范光群诸先生(依年龄先后序)於一九九〇年十二月十六日共同发起成立财团法人民事诉讼法研究基金会，并任第一届董事，负责推动上开研究事务，经於翌年二月完成法人设立登记。

又，为防免资料散佚，特将上开研讨纪录，依次辑为单行本，公诸於世。本书收录第五十九次至第六十三次研讨纪录共五篇次，并逐篇於文前列明研讨会次别，於文后注明原刊载之期别及年月，命名为“民事诉讼法之研讨(七)”。至於以前各次研讨纪录，共辑为六册如本书附录所载内容，均已分别出书。

关于历次研讨纪录之发表，多承法学丛刊社之协助，其内容之录音整理，悉赖担任纪录诸君(详如本书各篇文前所载)之辛劳，而本书之编校，则承王玉如、陈韵如、黄龄萱、苏慧婕、黄正宜、吴金芳、黄纹綦、王绮华、李佳蕙、黄怡华诸君之协助，特并此志谢。

财团法人 民事诉讼法研究基金会
一九九八年九月於台北市

民事诉讼法之研讨(七)目录

【分类】民事诉讼法之研讨(七)
【出处】民事诉讼法之研讨（七）
【出版社】民事诉讼法研究基金会
【出版日期】199810

59	再论票据诉讼之举证责任	
	雷万来等	1
60	论主观预备合并之诉在我国之发展	
	范光群等	63
61	心证公开论	
	——著重於阐述心证公开之目的与方法	
	邱联恭等	191

- 62 不利益变更禁止之原则
陈计男等 295
- 63 法院的诉讼指挥权和当事人的声明权、异议权
骆永家等 349
- ※附录：“民事诉讼法之研讨”(一)至(六)之目录

民事诉讼法之研讨(七)参与研讨人

- 【分类】民事诉讼法之研讨(七)
【出处】民事诉讼法之研讨(七)
【出版社】民事诉讼法研究基金会
【出版日期】199810

(依年龄先后顺序, 分别示明所参加之研讨会次别及发言主旨之所在页数)

- 吴明轩 (60)125~129, 134~135, 166~168
张特生 (61)263~265
王甲乙 (59)35~38, (60)137~140, (61)265~269, (62)316~318, (63)364~366
杨建华 (60)130~132, (63)361~364
曹鸿兰 (60)155~156, (62)336~337, (63)392~393
陈荣宗 (59)45~49, (60)132~137, (62)318~319, (63)386~389
陈石狮 (59)56~58, (61)269~272, (62)334~336, (63)391~392
曾华松 (59)38~45, (60)166, (61)288~291, (62)322~324, (63)385~386
骆永家 (60)141~144, (61)276~278, (62)319~322, (63)351~361
陈计男 (60)171~174, (61)272~276, (62)297~316
邱联恭 (59)49~58, (60)156~166, 175~189, (61)193~260, (62)337~347, (63)393~399,
402~412
范光群 (60)65~124, (63)367~368
雷万来 (59)3~28, (60)140~141, (61)286~288, (62)331~333, (63)389~391
许士宦 (59)28~35, (60)149~155, (61)279~286, (62)324~331, (63)372~385
吕太郎 (60)145~149, (61)261~263, (63)368~372

再论票据诉讼之举证责任(之一)

- 【分类】民事诉讼法之研讨(七)
【作者】雷万来等
【出处】民事诉讼法之研讨(七)
【出版社】民事诉讼法研究基金会
【出版日期】199810

研 讨 次 别：民诉法研究会第五十九次研讨纪录
报 告 人：雷万来
时 间：民国八十五年三月十日上午九时十分至十二时十五分
地 点：台湾大学法学院会议室
主 持 人：陈石狮
参 加 讨 论 人：许士宦 王甲乙 曾华松 陈荣宗 邱联恭 陈石狮(依发言先后序)
纪 录：谢采薇 刘淑琴

一、前言
二、民事纷争的内容及审判的过程
三、事实的认定与客观的举证责任
四、客观的举证责任规范与实体法
五、行为责任与当事人的程序利益
六、票据之特质与票据诉讼陈石狮：

今天主讲人雷教授对上次提出的“论票据诉讼之举证责任”，又再提出“再论票据诉讼之举证责任”。今天到会的教授比较少：请雷教授开始报告。雷万来：

各位先进、各位同学，首先我想最近因兼行政较忙，所以较没有时间校对文章，有些地方弄错了，我想先订正一下……。

因上次指出“票据诉讼之举证责任”，上次报告时各位先进给予我很多的指教，我回去后一再的思考，重新阅读，例如，我国的民事诉讼法第二百七十七条的规定，究竟在我们民诉法的体系里面代表什么意义？在重新思考与阅读国内外有关举证责任的论文，发现举证责任除了上次提出的那些外，最近(约五、六年或六、七年前)在德国甚至有人提出“盖然性优越说”。此说亦可称为“优越盖然性说”即证明度、盖然度越过五十%即为优越，此时即可以认定事实。若按此说，就举证责任的问题，不可能说完全没有，至少会减低到最少。

今天我想就民事纷争的型态及审判的过程所出现的型态，即为具体在诉讼程序中争执的型态，还有法院在作成裁判的过程来导出客观举证责任的原理，来证明客观举证责任存在的必要性，还有有关於主观的举证责任，一般称之为行为责任，也有人认为行为责任与客观的举证责任其存在及作用并不一致。

从这里再来标出具体诉讼程序中，当事人间的实体利益及程序利益的配置，此为上次报告时邱联恭教授所指教的。我们考虑到客观的举证责任分配原则完全按照实体法来分配的话，则程序利益又放在那里？所以我从这里将它的位置配置出来，从这里再来说明票据诉讼和一般诉讼程序过程当中它的差异在那里？以彰显关于票据诉讼的特殊性，我们现行制度是否也应有所调整？调整应在那一部分？我今天想要报告大概简单的报告，以这些为内容。

首先，我们来看民事纷争的内容为何？民事纷争的内容不外乎为具体的权利或是法律关系争论。

所谓具体的法律或是权利关系的争执，必以一定的事实存在为前提，否则为空洞无意义；一定有一定事实存在表示一定之权利或法律关系。纯粹讲法律关系而无具体的事实前提之存在，这种谈论是没有意义的。

所以纷争的内容一定是主张一定的事实，产生一定的法律效果。民事诉讼的目的在於解决私权或法律关系的问题，所谓权利或法律关系的概念必须有一定的事实存在。可是，我们

现在已有实体法体系化的概括规定，换句话说，我们在实体法上已经有抽象的规定，虽然实体法的性质有裁判规范说、行为规范说的学说争执，但我们一般通说皆承认其有二种性质於其中；既然其有二重的性质，法院在审判过程中，因当事人举出一定的事实主张，具体的法律效果，在审判过程必会审酌抽象的法规范。

当然，以三段论法来说，在适用抽象法规范的时候，势必以具体的法规范为大前提、事实为小前提，才能导出具体的法律效果。故法院因为审判的大前提存在，抽象的法规范须先具体化，同时当事人为了使其所主张的具体事实达到一定的法律效果，简称为具体的法律效果，其所提出的事实也必须加以抽象化，所以是反覆的。但抽象的法规范与其提出的事实并不当然有密切的关系，故有下列三种类型存在：

一、原则上一般来讲，如果抽象的法规范包含具体的法规范，为“包含关系”，则导出具体的法规范很简单，没有问题。

二、但有时法律的规定有确定的部分和不确定的部分，还有甚至於没有规定的部分。确定部分以刚才提的“包含关系”可以使之简单的具体化；可是，在不确定的部分，法院就必须考量其立法意旨、目的，使具体的法规范正当化。此亦为法官的创造活动。

也有互不相关连的情形，法院不能以法律无规定而拒绝审判，且民法第一条亦规定的很清楚。在此种情形之下，法院须按照各种条理创造出来。所以这种符号我不以包含关系的符号，我以另一种符号代表。

刚才提到的第二、三种情形，为法院造法的运动。

三、从整个的审判过程来看，法院需依当事人所提出具体的事实，而寻找创造使抽象的法规范具体化，然后按照认定的事实作出法律效果存在与否的判定。故在整个审判过程中，可说是法院依当事人所主张的事实使法律具体化，就当事人所举出的事实使它抽象化的活动。

事实的认定，在整个审判过程当中，不只是最后的问题，随时都必须要了解事实真相，在尚未获得心证时会盖然，获得一种暂时心证，慢慢使这种具体的法规范使之存在。

因为谈到客观的举证责任及上回邱教授指正关于证明度的问题。它们之间的相关连性又在何处？它与行为责任又有何关连性？我为了说明这个问题可能会超过举证责任之领域，而说明事实认定的过程。

(一)所谓证明度、证明点，应与法院在认定事实中具有相当的关连性。在认定事实的时候，按照民事诉讼法第二百二十二条的规定，必须依照全辩论意旨，可是，法院认定事实的对象，常以间接事实来证明主要事实。为了达到认定事实依自由心证之客观化的目标，我以最近的学说来加以印证。

最近有所谓的证据因为事实与要证事实、间接事实与要证事实之间的关连性，以及各种的间接事实与要证事实间的关连性区分，可分证据圆环和证据连锁。

所谓证据连锁，较为简单。它们为乘积，为相乘的结果，即以各个间接证据的证明度的乘积来证明要证事实，所以乘的愈多其盖然性会越来越低。

除此之外为证据圆环，此为一般在实务上最常见的。为了证明一定的事实；如(图一)所示，本来有 C、D、E 各个不同的间接证据证明一个 X 的事实；假设加入 A，必然会增加其证明点。换句话说，间接证据愈多会使该棱角愈趋向於圆，故称之为“证据圆环”。而证据圆环可以从贝氏定律来看，贝氏定律为以一定的事实 A 为基础，如果加入 B、C、D、E 的话，其所代表的值会不一样，亦即，其乘积加上不可能存在的乘积，以可能及不可能存在的盖然率相加成为分母，以存在之乘积为分子来除，以此种方法来获得的盖然率。换句话说，若用贝氏定律来算其证明点，它不只是把肯定可能存在的盖然率以及可能不存在的盖然率一并计算考虑在其中，所以以这种方法来计算，恐怕法院获得心证的客观性会比较强。

当然，以此方式来算仅止於一个计算公式，并不当然可以用。为什么呢？因为给每一个

证据数据化时，当然也已加入法院的证据评价，此时，我们必须承认有此种事实存在。

(二)其次，在法院的心证方面，刚才提过使其推论的过程数据化、客观化，其结果可能产生下列几个问题，法院的心证与当事人程序上的利益，以及法院自由心证的位置配置於何处？

我将其分为推论的确实性及结果的确实性。所谓推论确实性即为客观化，结果确实性为法院相信证据已经搜集完全。亦即在(图二)中之@①，@①原则上会移动，因为法院认为证据已调查完全，不可能再加入，因为刚才提及贝氏定律中，每加入一种证据，它的盖然性都会变动。所以，法院认为调查至此已为足够时@①即为决定，故当事人在举证、攻击防御时，按照此图会到第四象限@②的终局证明度，不会超过它，此时才能认定此事实存在，在事实上的攻击防御方法，於法院认定事实为终局判决之前，其整个过程如(图二)所示。因为有推论确实性和结果确实性二者，乃以其一为纵轴，另一为横轴，如此来移动。

终局证明度有认为法院可以按具体事实来自由认定。换句话说，其为浮动，不固定的，而我认为终局的证明度应该是固定的，按照我们的社会习惯“八九不离十”，所以，能达到80%的确信度，应该就可以了。此为我关于这点的浅见。

其次，刚才报告过客观的举证责任规范，如果承认实体法具有行为规范和裁判规范两种性格的话，那法院的审判当然必须依据实体法的规范。实体法规范当中，除了包含文义之外，还要注意到它背后所指示的意旨。客观举证责任，我认为是依上次报告中所提的，用裁判规范说的方式来拟制它的存否。有人认为，客观举证责任分配原则，用优越盖然性说是不需要的；又有人认为，分配方法应考量举证的难易、证据距离等具体的公平性问题。那关于举证的难易和证据距离等问题，我会在待会的主观举证责任和行为责任的地方来考量。客观的举证责任有其存在的必要性，因法院在事实尚未认定时，具体法规范还无法形成，没有存在事实，法院当然无法审判，虽然是这样，法院也不能不作判决，所以这时就要有客观举证责任存在，来指示法官作如何的判断。故这点是我在报告中一再强调的，客观举证责任有其必要性，不但有其必要性，还要考量到实体法规范的规定，因其既是行为规范，也是裁判规范，所以以其为准则，较为合适。

再其次，谈到行为责任和当事人的程序利益。民事诉讼制度的目的论，有非常多的学说，到现在还没有定论。但到目前据我观察，其已有相对化的倾向，所以就民事诉讼制度的演进史和现实的运作，民事诉讼制度的目的，我就引用邱联恭教授的高见，在於“法”的寻求、发现和提示。我刚才画的符号，我不知是否和邱联恭教授的本意有相类似之处，我是觉得很类似，以具体的法规范作为大前提，然后去认定事实，才可能作成裁判，在形成法规范的时候，必须去发现有没有提示和创造的作用。当然，当事人提出事实的时候，法院从实体法规范当中去寻找，我想也可能和邱联恭教授有些不同，除了从实体法规范，也可能从其他范围找。我的浅见是从实体法规范去找，然后创造出具体法规范。既然民事诉讼制度的目的是如此，当事人为使法院能有效运作民事诉讼制度，当然要有一定的行为责任。首先，当事人必须负有证据提出责任。因为不提出证据，法院无法认定事实，根本就无法审判，具体法规范无法形成。当然，这种责任仅是种负担，其法律效果仅是产生不利益的判决而已，并不会发生像实体法那样的某种具体效果。民事诉讼法第二百七十七条规定，当事人主张有利於己的事实，就其事实有举证责任。这规定是要求双方当事人尽速把所有证据提出，这仅仅是一种指示，如果当事人不提出来，法院只是把结果的确实性提早结束。换句话说，法院就认为可以早些以获得的心证来作判断，按照贝氏定律来说，本应期待当事人再提出证据的，但现在因当事人不提出，那就可以不必再期待其提出证据，就可以下判决了，因当事人违背了证据提出的责任。否则法院没有尽到调查证据的义务，可能会造成审理不尽，但当事人一旦违背此责任，法院就可将其结果确实性所需程度降低，法院毋须再等当事人提出证据，即可下裁判。

再者，当事人有解明的义务，民事诉讼法第一百九十五条规定，当事人不但就其提出的事实，有应为真实而完全的陈述，而且对他造所提的事实，也应为陈述。当事人如对他造所提的事实不提出陈明，这会影响到法院在证据评价时认定事实的证明点，法院会认为，当事人一方所应解释的而不为解释时，那对造所陈述的就为真，而把证明点延伸，事件解明义务的作用就在此。

最后，谈到票据特质和票据诉讼的关连性。票据的特质和其他的权利义务关系有些不同，票据法是以助长票据流通为最高的指导原则。既然如此，法院在审理票据诉讼的时候，按刚才所提，其必须按实体法的立法意旨和精神来考量，所以其实现在诉讼程序，应该和一般的诉讼程序有所不同。其不同处应不在客观举证责任分配的问题上，应是在审理过程的不一样。譬如说，因为要求迅速，所以其结果确实性会降低，会及早的命当事人提出证据。还有，在票据交易过程当中，会加强当事人的解明义务。譬如，持票人对于其取得票据的流程，如不提出说明，那么法院对其所主张的，可能就会有负面的心证。对于支票的发票人，当初在开出票后，他交给谁，原因关系为何，这些事实要提出于法院，不提出的话，对其证明点会有影响。

最近，我发现日本的票据诉讼有其特殊的地方，但不服票据诉讼，最后还是回到通常诉讼程序。票据诉讼也是为贯彻票据法的特殊性，所以证据方法以文书为限。票据诉讼除特殊事项得询问当事人以外，仅得以书证为证据调查方法，通常诉讼的证人、鉴定人、勘验等都不可以做，而且以当事人所持有的文书为限，不得请求发出文书提出的命令，即使是对造所使用的文书也一样。关于文书的真伪及票据提示的事实，才可限定的询问当事人，对其他法院和机关也不得为证据调查的嘱托。这些规定不外乎为了迅速简易处理票据的目的，那么在诉讼程序过程当中，其到底代表何种意义？我的浅见是认为它降低了结果确实性，使法院能及早获得心证来加以判定，只是如此而已。我们目前没有特别的票据诉讼制度，这时我们是否可仿照日本的制度来制订我们的票据诉讼？其制度大抵来说是没什么问题，但在限制文书提出命令，我是觉得不太恰当，为什么呢？如其目的是在促进诉讼的迅速，那么文书提出命令当中，尤其是与当事人有关的票据帐册的提出，应很简单才是，不需要经过很多时间，用这点来限制是不太妥适的，以上是我今天的报告，还望各位先进多多指教。(以下是书面报告的内容)

一、前言

举证责任的分配理论，德国在十九世纪民法典制定前，已有消极事实说(Negativentheorie)、推定说(Prasumptionstheorie)、因果关系说(Kausaltheorie)、基础事实说(Grundlagentheorie)及特别要件说(Speriatheorie)等学说的论争(注一)。及至民法典制定后，除因果关系说外，尚有完全性说(Vollständigkeitstheorie)、规范说(Normentheorie)等学说上之论争(注二)。而以罗森伯(Rosenberg)为代表之规范说，一度成为德国民事诉讼法之通说，日本亦立於通说之地位(注三)。然而由於规范说著重於法律条文的形式构造，忽略立法意旨，以及各种具体情形的考量之结果，在分配正义与分配的公平性上，於解释当事人的利益，被害人的救济以及社会的保护时，难免予人有不自然之感。於是乃有危险领域说(Gefahrenkreistheorie)(注四)、盖然性说(Wahrscheinlichkeitstheorie)、损害归属说(Suhadenzrechnungstheorie)(注六)等新学说之出现。在日本亦有各种不同学说的论争(注七)。

上述之论争虽碍於篇幅无法作详尽的叙述，但其有关举证责任之分配之争点则集中於举证责任之分配，究应依实体法规定之形式构造，或考量当事人间的公平(举证之难易、证据距离、盖然性)以及立法意旨(实体法的解释论·政策论)等各个因素之综合判断后，决定举证责任的分配原则(注八)。此外在诉讼过程中，当事人应有之行为责任(即主观的举证责任)的内容与举证责任分配之关连等之问题上(注九)。报告人曾於本会第五十五次研讨会以“论票据诉讼之举证责任的分配”为题尝试依规范说提出其举证责任分配的原则，承蒙各位先进的

教益，本次拟就民事纷争之形态及审判的过程，导出客观的举证责任分配的原理，以及主观的举证责任(行为责任)之存在及其过程之作用。从而标出具体诉讼过程中当事人间之实体利益与程序利益的配置，并说明票据诉讼与一般诉讼在审判过程中之差异，以及彰显票据诉讼之特殊性上，应如何修订现行之诉讼制度。

二、民事纷争的内容及审判的过程

(一)民事纷争的内容

民事裁判制度，原即因解决社会各成员间，在私的生活上所发生之争论，维持社会秩序而生之制度。在原始社会，裁判者为裁判时，必须就各个具体事件，依当时社会之正义观形成具体的法，解决当事人之争端。於有概括的、体系的私法法典，规范国民的权利与义务的今日法治国家，民事裁判须依据立法机关所制定之法律而为裁判，采三段论法或涵摄模式来具体宣示法之所在及其内容。透过判决之既判力，在对立的诉讼当事人间，就特定的个人之自由、财产、经济上的利益或身分地位关系，发挥解决纷争的功能(注十)。而为国家裁判机关之法院，以宣示一定的法律效果判决之人的方式达成上述之目的。就具体的诉讼而言，通常原告提出一定的事实，主张依据抽象法规范，请求法院为一定之具体法律效果之判决。而被告则以该事实或法律效果之有无加以论争。因此，民事的纷争的内容，通常都跨越事实的认定与法律的判断两个领域。

(二)民事诉讼制度之目的

民事诉讼制度之目的既在於解决当事人间有关私权或法律关系之争执，但权利或法律关系原即为一抽象的概念，必须经由一定事实之存在，始能显现其存在。因一定事实之存在，即表示一定之权利或法律关系之存在。此认定法则，即为法之判断(注十一)。此种法乃活的、具体的法，存在於吾人社会生活之各该时点上(注十二)。易言之，当事人间之法律上的纷争，无非起因於法律判断之冲突。而法院为解决当事人间之上述纷争，亦须依据法的判断予以解决。在法治国家之制度要求下，当法院为上述判断时，其最高依据之准则即是抽象的法规范。而抽象法规范则以一定之法律要件，与一定之法律效果之假设命题为其内容。因此，法院之审判包括事实的认定与法的判断。

法院所认定之事实，并非所有的一切社会生活之事实，而系依据法规范所选取之法律事实。易言之，法院通常就当事人所提之诸多事实中，依据法规范之抽象规定，予以认定、选择，再组合，使其逐渐的抽象化(注十三)。而原以法律要件与法律效果为内容之抽象法规范，亦因事实之认定而选择适用，并且为达成此目的而予修正再组合(注十四)，使其趋向具体化。以上之抽象化及具体化的过程，因事实认定之进展而逐渐的形成，而且每一过程皆须法的判断及评价，其目的则不外在於形成具体的法规范。唯有使抽象的法规范具体化后，始具有做为三段论法大前提之意义。易言之，法院的审判过程中，须不断的於“规范与事实”间往返地选择、取舍、修正，形成具体的法规范(注十五)，再依已认定之事实，以三段论法作成判决。

详言之，设若具体的事实命题为 s ，形成具体的当为命题为 r 。假设具体的法规范为 n ，则其内容为 $s \rightarrow r$ (注十六)。其组合则为

$$n : (s \rightarrow r)$$

例如判决主文中“甲应支付乙五〇〇万元”，即是适用具体的法规范 n 之结果。在法治国家之制度下，此具体的法规范之形成，固须源自於抽象法规范之具体化(解释)。而具体的法规范必须包含於抽象的法规范，而且抽象法规范之要件，亦当然包含具体事实 s 。设抽象法规范为 N ，法律要件为 T ，法律效果为 R ，具体法规范为 n ，具体事实为 s ，具体法效果为 r ，其间之关系为

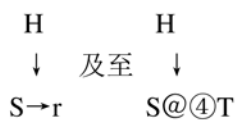
$$N(T \rightarrow R) \text{ 而 } n(s \rightarrow r) \text{ 时}$$

$$N(@\textcircled{3}n) \quad T(@\textcircled{3}n) \text{ (注十七)}$$

若依 Henke 分析实体法规范 N 之要件 T 之类型，得分为确定部份(G: Bereich der Gewißheit)，与不确定部份(Z: Bereich der Zweifel)(注十八)。所谓确定部份，即包含范围至为明确之部份。而不确定部份者，即要件之包含范围不明确之部份。由於法律概念原即具有相对性，在各种概念中多少都含有此不确定之部份。在此指之不确定概念，专以至为不特定之概念为限。依上述之二分法，法之具体化过程得分为以下三种类型。

1. 具体的事实关系(S)与确定部份(G)发生问题时：在此情形下，其各个“包含”关系，原则上，抽象法规范包含具体法规范，则导出具体的法规范很简单，与论理上之意义一致(即 $n @ \textcircled{4} N$)。因此在此情形下之法的解释(具体化)，纯以论理推论并非不可能。

2. 问题在 S 与不确定部份时：有时法律规定有确定与不确定的部分，甚至於有没有规定的部分，此时，确定的部分，可以抽象的法规范使之具体化。此时就个别的具体法规范 $n: (s \rightarrow r)$ ，纯以论理之推论亦不可能使其正当化。必须但不确定的部份，为使其正当化，法院须藉立法之意旨，立法目的(以 H 代之)之助力，始克达成正当化之目的，亦为法官法的创造活动。即：



例如民法九七六条第一项第九款规定，“有其他重大之事由者(T)”，为解除婚约条件(R)之一。今某甲殴打已订婚约之相对人(s)。此殴打行为究竟是否为此之“重大事由”，即 $s @ \textcircled{4} T$ 是否能构成？并非以纯理论之方式所得判断。此时必须考量本条规定之立法意旨及目的(H)，即以“婚约为男女双方当事人，约定将来互相结婚之契约，而结婚之后双方得以和睦相处，互相扶持共营生活为主要的目标，乃为一般人所共识。於婚前已有如此粗暴之行为，显难达到预期之目的”(H)，为外加的条件，使其正当化。在此情形下，法规之适用，须受法之意义及目的所拘束。上述之具体法规范 n(因有殴打行为所以可以解除婚约)，并非当然包含於抽象法规范 N 之中，系因以另一新的意义(H)之介入，始能使其间产生包含关系。此关系得称之为法的创造(注十九)关系，但非立法的创造。

3. 具体事实与抽象法规之法律要件，毫无关连时，最典型者莫过于民法第一条，所指之法律未规定之事项。法院於认定事实之际，发现所认定之事实，不能包含於法规范之要件时，固不得因法律未规定而拒绝审判，民法 § 1 亦有规定，法院於就该事实所拟就之判决予以合理化之际，这种情形下，法院须按各种条理创造出通常有(1)变更法规范；(2)变更事实之认定，(3)两者皆予变更等三种措施。不论采何种方法，皆属法之创造，予法规范以“具体的意义”(注二〇)。例如现行法中并无民间会之规定，而判例及通说皆以之为消费借贷。虽然民间会之具体的事实，与消费借贷之形态互异，但法院为解决民间会所发生之纷争，及透过法的创造，使之适用消费借贷之规定。此种情形即为法院造法的运动。

法之适用过程因抽象的法律要件，与具体的事实关系之不同，其适用既有如上述之差异。我不用包含关系的符号，另外以“ \vdash ”符号表示。若将其间之关系以“ \vdash ”符号代入，即为：

$$n \vdash N \quad S \vdash T$$

三、事实的认定与客观的举证责任

(一)事实的认定 法院之法律的判断的过程，不论具体法规范之形成或为三段论法之推论，皆须以确定的事实为前提。依我国民事诉讼法第二二二条之规定，除不要证事实外，一切事实之认定，皆须斟酌全辩论意旨及调查证据之结果，依自由心证判断之。因此，法院为

判决之初，必须就判决之基础事实之存否；依当事人所提之证据及参酌一切之诉讼资料形成心证，确定该事实。形成心证，确定事实为目标之审理过程，称之为证明。证明达到足以形成心证，认定事实之程度，称之为证明度。如何决定证明的基准，历来学说及判例各有不同的见解(其论争与本文无必要的关连性，拟予省略)，大致可分为主观的确认说与客观的盖然说(注廿一)。为求心证形成客观化，似以采客观的盖然性说为当。而依我国社会通念上，通常都以“八九不离十”的方式推论事实的习惯，证明度应维持在 80% 固定位置上。易言之，当事人为证明一主要事实，其证明点(即盖然率)必须达到 80% 之确实程度。

当事人为证明一主要事实，常提出数种间接事实，法院为求其客观的盖然率(证明点)，须观各该间接事实究为证据连锁型，或为证据圆环型，前者依相乘之乘积，后者依贝氏(Bayes)定律算出其盖然律(注廿二)。若依后者则如下图设主要事实为 X，在一般情形(经验法则)下发生之盖然率(事前盖率)为 A，而且有 B 或 C 或 D……独立事实存在时，皆可能发生 X。B 固为新的情报资料，C、D、E 亦为新的情报资料。附图

今若以 B 作为始点，以 Bayes 定律计算其公式为：

$$P(A/B+C+D+E)=$$

$$\int P(A) \times P(B/A) \times P(C/A) \times P(D/A)$$

$$P(A) \times P(A/B) \times P(A/C) \times P(A/D+P(\sim A)) \times P(B/\sim A) \times P(C/\sim A) \times P(D/\sim A)$$

P(A)：发生 X 时 A 存在之盖然率。

P(A/B)：因 B 存在而有 A 时之盖然率。

P(B/∼A)：A 不存在而 B 亦存在之盖然率。

由上式之表现方法 B、C、D、E 等间接事实之存否为本证，而 P(B/∼A)、P(C/∼A)、P(D/∼A)……则为反证。因之，此式非但能依各间接事实，算出要证事实之盖然率(证明度)，同时本证、反证及间接反证间之关系，亦至为明确。今就以最高法院六十九年台上字二九二四号判决为例，以 Bayes 之证据圆环之理念说明如下：

设(1)该出现於支票背面之印文，系出於张茂存伪造之印章为 A

(2)该印文与原预留之印鉴不符 B

张茂存虽曾伪造被上诉人之印章，但是否必使用於该支票之背面，依一般经验法则，其系使用伪造者之盖然率虽高，但尚未达於得信其为真之地步，因此设其盖然值为 0.6，因此事先之盖然率为：

$$P(A) = \frac{n(A)}{n(A \cup \sim A)} = 0.6$$

又因除出於张茂存所伪造之印章外，尚有二种不同之印章，曾为被上诉人使用过(此二印章与印鉴不符)。因此，伪造之印章因皆与印鉴不符，(P“B/A”=0.9)，但因上项理由，既使非伪造者与印鉴与印鉴不符之情形亦不算少，因此 P(B/∼A)=0.7，以此新的情报资料，即得以算出事后盖然率，即印文与印鉴不符，系出於伪造之印章之盖然率：

$$P(A/B) = P(A) \times P(B/A) = 0.6 \times 0.9$$

$$\frac{P(A) \times P(B/A) + P(\sim A) \times P(B/\sim A)}{0.6 \times 0.9 + 0.4 \times 0.7} = 0.65$$

其盖然率(证明点), 既然未达证明度(八成即 0.8), 因此尚不足以与印鉴不符, 证明该支票之印文系出於伪造的。

但若有其他事由足以相信, 张茂存旨在使被上诉人陷於难於解脱之困境(设此事实为 C), 其使用假章之可能性相当之高, 依经验法则可达八成以上, 因此 $P(C/A)=0.8$ 。在此情形下, 鲜有不使用假章之理, 但亦可能使用其他方法诱使被上诉人盖用真章(可能性极低), 因此 $P(C/\sim A)=0.2$ 。依前式再加此项新的情报 C 之结果为:

$$\begin{aligned} P(A/B \cup C) &= \\ & \frac{P(A) \times P(B/A) \times P(C/A)}{P(A) \times P(B/A) \times P(C/A) + P(\sim A) \times P(B/\sim A) \times P(C/\sim A)} \\ &= \frac{0.6 \times 0.9 \times 0.8}{0.6 \times 0.9 \times 0.8 + 0.4 \times 0.7 \times 0.2} = 0.885 \end{aligned}$$

根据上式足证因盖然率高之新情报资料的介入, 将提高证明值, 如上式虽在此之前尚未达证明度, 但因新情报之加入, 而使其超过证明度。而最后之结果, 吾人称之为推论的确实性。

不论依证据连锁以算出推论之盖然性, 或以证据圆环之观念适用 Bayes 定律, 依事前盖然性, 参酌新加入之事实盖然性算出事后盖然率, 在理论上固属可行。但就一般诉讼上所呈现之诉讼资料, 除少数有科学根据之统计资料(如公害、医药、交通等诉讼)外, 大部份之事实皆欠缺上述之统计资料, 如何予各事实以正确之数值, 亦非容易之事。法院为求证明值, 赋予各事实予以数据之际, 必须详细考量经验法则。

再者, 依证据圆环计算证明值之际, 若重复使用同一基础事实时, 其所获得之证明值势必发生所差无几, 而病历表又为同一, 因此断不能以该多数医师之鉴定, 视之为证据圆环。又如与一造当事人之关系, 识见相同之证人虽为多数, 亦不得据此以之为证据圆环。否则双方当事人胜败, 将取决於证人之多寡矣!

(二) “推论之确实性”与“结果的确实性”概念

推论之确实, 如前述依 Bender 之证据连锁, 证据圆环概念, 适用 Bayes 定律固可促使心证趋向客观化。但如此客观化之结果, 似乎已失法院主观裁量之余地。而自由心证之内容, 原即包含法院主观之判断, 如此客观化之结果, 是否有违民事诉讼制度采自由心证主义之本意?

依 Bayes 定律计算事后盖然率之际, 常因新的情报之加入而改变原来之盖然率。法院若追求绝对的推论之确实性, 必须穷追极索诉讼资料, 非至无新情报提出之可能之状态, 无法断定该事实之真伪。但因客观、主观的条件之所限, 欲求法院达此境界根本不可能。即使极少数例外可能存在, 亦须相当之时日。若强使法院等待此遥不可期之时日, 又有违迅速审

理之民事诉讼制度上的原则。民事诉讼法第三八一条规定，诉讼达於可为裁判之程度者，法院应为终局判决。所谓达於可为裁判之程度，指事实关系已臻明确，诉讼资料已经完备，命为补正之事项已经补正(注廿三)。以上事项是否具备，纯属法官依各个具体之情事，依其主观之认识认定之。易言之，不论诉讼资料所显现之证明值，即推论之确实性如何强烈。由於新的诉讼资料常可改变其数值，因此必待法院认为诉讼资料，超越为判决之最低限度始为判决。此最低限度，非但表示诉讼资料已告完备，而且即使有新的资料出现，亦无法改变原来之证明值。因此吾人称该最低限度为结果的确实性，而此结果的确实性之程度，又完全系於法院主观的判断。法院依自由心证以认定事实之真伪之际，法院主观的确信即存於此。而法院定此最低限度时，除须考量是否尚有新资料提出之可能外(注廿四)，当事人攻击防御方法之提出，是否违背民事诉讼法一九六条第一项之规定？法院是否已尽阐明之义务？等各种情事定之。

推论之确实性与结果之确实性，於法院依心证认定事实过程中之作用则如上图，O 为中间线，MN 为证明度(即结果之确实性)，pq 为结果确实性之最低限。原告若欲其所主张之事实，使法官获得心证，势必使证明点自 a 处至 b 处，即其证明值必须超过 MN 线。被告若欲法官就原来获得之心证发生动摇，则仅使证明点移至 C 处即可，此即为反证。原告亦可提出再反证，使证明点移至 d 处。由於反证所需之证明值较低，而且有时因牢不可破之经验法则，即使提出反证亦非当然生证明点移动之效果。因此被告亦得提出与本证相同强度之间接反证。此时原告固得就被告提出之间接反证提出再反证，使 d、e 之间接反证失其效力。或再提本证，使证明点自 e 处移至 f 处，此时一方面证明点已超越证明度，同时亦超越 pq 线，即结果确实性的最低限，法院应可据之而为判决。易言之，若依上图，法院得为判决之情形，唯有证明点进入 IV 之一种情形。若证明点虽超越证明度，但尚未及 pq 线而为判决时，则为审理不尽将构成上诉第三审之事由，若证明点虽达 pq 线，但未至 MN 线(证明度)时，则为违背经验法则而为构成第三审上诉之事由。因此法院即使违背经验法则而认定事实，非必当然构成上诉第三审之事由。唯不足构成第三审上诉之事由。附图

依上述事实认定之方式而言，反规范说主张依(a)证据距离、(b)举证之难易、(C)禁反言等作为举证责任分配之基准(注廿五)，实际上应属於计算证明点(即证据评价)之基准，与客观的举证责任无关。

四、客观的举证责任规范与实体法

实体私法的性质究为审判规范？或为行为规范？学上说上虽仍有争论(注廿六)，但一般通说都承认其具有双重性质(注廿七)。因此，法院就当事人间具体的权利或法律关系之纷争，为法的判断时，当然须以抽象实体法规范为准据。易言之，法院为三段论法之判断，势必就当事人所主张之具体的权利或法律关系，选择并创造抽象的法规范使其具体化，同时使该具体的权利或法律关系予以抽象化。即当原告主张一定之具体的事实 s 之存在，同时为一定具体法律效果 r 请求时(即 $s \rightarrow r$)时，当然需以实体法院规范 N: $(T \rightarrow R)$ 为其所主张权利之根据。在此情形下，被告最为直接的表示，即否认 s 存在。当然也可能虽承认 s 之存在，但主张 s 并不被 T 所包含，即为 $\sim T$ 之主张(注廿八)。就在整体的法规范下 $\rightarrow \sim R$ 亦非当然的结论。例如在请求权竞合下，虽不合於票据债权之要件，若合於普通债权要件时，R 效果之发生并非不可能($T' \rightarrow R$)。由此足见 $\sim T$ 非当然生 $\sim R$ 之效果。但讨论举证责任之结构，应以特定的法规产生特定的法律效果为前提，始有探讨之意义。因此特定法律要件事实 T 所生之特定法律效果，特以 $R[T]$ 为代表符号。则 N 法规范之必要的充足条件为 $N: T @ \textcircled{5} R[T]$ ，则被告所主张之 $\sim T$ 所代表之意义，亦限於 N 规范内。在此前提下，若法院认定原告所主张之事实为 s 为真，而又为 T 所包含(即 $T @ \textcircled{3} s$)时，法院许原告主张之合理化程式为：

($T @ \textcircled{5} R [T]$) $\vdash (s \rightarrow r)$ 法院所形成之具体法规为:

$n: s \rightarrow r$

设上式为法规适用之全部过程, 则若被告证明 s 不存在, 固然不能发生 r 之具体的法律效果。但就 $n: s \rightarrow r$ 式中并非 r 之充足必要关系, 例如原告以付款期已届至请求票款, 被告虽证明付款日非其所填写(即 $\sim s$), 并不能据此断言票据效果(r)不发生。如有另一事实如经发票人授权填写之事实(即 s')存在时, r 效果仍有发生之可能($T @ \textcircled{5} R \vdash s' \rightarrow r$)。但此 s' 究系当事人之另一事实之主张, 与纯粹的讨论举证责任概念, 尚无密切的关系(注廿九)为特定基于单一之事实 s , 发生请求权 r 之范围, 个别具体的法 n 之必要充足关系为:

客观的举证责任问题之发生, 原即因在具体诉讼中, 包含於应适用法规要件事实, 真伪不明时应如何适用抽象法规之问题。因此探究客观的举证责任, 应以(1)适用特定的法规(即 $T @ \textcircled{5} R [T]$ 而非 $T \rightarrow R$)。 (2)特定的具体法($s @ \textcircled{5} r [s]$ 而非 $s \rightarrow r$)为前提。至於所欲适用之法律规范应如何适用? 是否有其他法规及其他之事实关系之存在? 皆不在客观的举证责任范围之领域内。在此前提下, 法院就具体事实 s 认定之结果, 判断是否存在, 不外下列三种判断:

(1) 认许原告之请求……具体的事实 s , 已获得证明其存在附图

法院认定事实为证据评价时, 即使考量证据距离, 举证的难易, 发生之盖然率等因素, 计算当事人主张事实之证明点, 亦难免有真伪不明的情形发生。而实体法规范, 既具有行为规范及裁判规范的双重性质, 为实现当事人之实体法的利益, 当事实真伪不明时, 法院应依实体法规范体系所导出之举证责任规范, 拟制该事实之存在或不存在而为判决。

五、行为责任与当事人的程序利益

民事诉讼制度之目的论, 虽有权利保护说、私法秩序维持说、纷争解决说之争, 最近已有相对化的倾向(注三〇)。若就民事诉讼制度之演进史及现实的运作, 以及其作用而言, 毋宁说民事诉讼制度之目的, 在於“法”的寻求、发现、提示。而其所寻求之法, 系指存在於实体利益与程序利益的平衡点上的“法”(注卅一)。由於在法治国家的前提上, 已有实体法规范调节私人间之利害关系, 裁判固须以实体法规范为基准。但抽象的法规范适用於具体的纷争时, 则有赖法院在广大的抽象法规的范围内, 寻找、创造具体的法规范, 作为解决具体纷争的基准。透过法院之裁判作用, 不但当事人具体的纷争获得解决, 同时因法院具体法规范的宣示, 法的存在及其态样亦而获得印证, 从而社会秩序亦因而获得维持。为达成此之目的, 经济、公平、确实的诉讼制度之存在应为不可或缺之要件。为呼应上述之需求, 在民事诉讼上乃课予当事人行为责任。

(一) 证据提出责任: 法院就当事人间具体的权利或法律关系之纷争, 予以法的判断时, 首先必须使用抽象的法律, 依当事人所主张之具体事实及法律效果(具体的法)予以具体化。同时, 所举出的具体的法, 亦须适度的抽象化。即形成前述之($T \rightarrow R$) $\vdash (s \rightarrow r)$ 之具体法。若原告就具体的事实不予以举证, 或虽举证, 但其证明点不能达到证明度时, 法院自为其不利之判决。而在被告之一造, 就原告主张之事实不证明其应存在, 并使其证明点回复至证明度以下, 或不提出另一事实形成另一具体规范, 否定原告主张之法律效果, 即使法院形成另一($T' \rightarrow R'$) $\vdash (s' \rightarrow r)$ 时, 该被告势必负担败诉之危险。易言之, 当事人期待法院之判决, 得以满足其所主张之具体的法律效果, 首先必须使法院形成具体的法规范。为使法院形成具体的法规范, 势必提出具体的特定事实。亦唯有具体的特定事实具体的存在, 法院才有评价其是否合於法规范要件之可能性。因此, 当事人就其所提之特定的具体事实, 为证明其具体的存在, 当然有举证责任。若当事人未为证据之提出, 或提出者未达到证明度时, 由於法院无法形成具体的法规范, 固应受不利益的判决。当事人就特定的具体事实提出证据后, 对造当事

人为避免不利之判决，始有提出反证之必要，在证据共同之原则下，若一造当事人提出之证据，其证明点未能达到证明度时，并非必然造成对造当事人之不利益。因此，即使不提出反证，仅造成该当事人有受不利益判决之危险而已。为达诉讼之迅速、经济及审判确实之目的，有赖当事人诚实地、迅速地提供诉讼之有关资料。因此，我国民事诉讼法第二七七条规定“当事人主张有利於己之事实者，就其事实有举证责任”。若当事人违背此一责任时，唯发生在心证过程中，降低结果确实性之程度而已。即法院原可期待当事人提出其他之证据，使证明点获得移动，但由於当事人懈怠此责任之结果，可迳以已获得之诉讼资料取得心证。

民事诉讼法第一九六条规定当事人提出攻击防御之时机，以及迟误时机所发生之诉讼法上的效果。此条之规定，虽亦具有敦促当事人迅速提出诉讼资料之意旨，但与同法第二七七条之规定具有不同之意义。前者之规定，系依法院原有的结果确实性为判断的基准，而后者则因当事人违背义务之结果，而降低其结果确实性之程度。

(二)事件解明之义务：依民事诉讼法第一九五条规定，当事人不但就其提出之事实，应为真实及完全之陈述，而且对他造提出之事实，亦应为陈述。当事人为使法院就其所提之事实获得心证，固须提出证据证明该事实。若一造当事人之有利的证据资料为他造拥有，他造故意不提出，以达其妨碍相对人攻击防御之目的。固已违背前述民事诉讼制度之最高指导原则，应为法所不许。

由於诉讼资料与当事人间系争法律效果关系，具有不同之重要性，当事人违背此解明义务之效果亦有所不同。例如当事人对他造主张之事实，不为争执者，视同自认；当事人对他造主张之事实，为不知或不记忆之陈述者，应否视同自认，由法院斟酌情形断定之(民事诉讼法第二八〇条)。若证据资料为民事诉讼法第三四四条之文书，对造当事人无正当理由不从提出文书之命令者，法院得认他造关于文书之主张为正当(民事诉讼法第三四四、三四五条)。若他造所持有者，为民事诉讼法第三四四条以外之证据资料时，法院非不得命其提出。当事人不从法院之命令提出该证据资料时，法院得依其持有之盖然率，计入衡量他造主张事实之证明点(注卅二)。

不论是何造当事人，在诉讼上的各种行为，并无须负担法的义务(注卅三)。因此，民事诉讼法虽对於违背行为责任者课以不利益的负担，但非义务。究应采取回避该不利益之结果的行为，或承担该不利益的结果，仍委由当事人自我选择。此外，在强调当事人的行为责任之结果，必然提升法官之机能。透过法官介入事实问题，当事人间在协同主义(Kooperationsmaxime)进行诉讼程序，是否有违辩论主义的原则？似有再度考量的必要。

辩论主义无非是规范当事人就解决对象之纷争之事实及证据的提出原则，透过使回避败诉危险之当事人，负担事实及证据收集以及提出之责任的方式，促进诉讼程序的进行。若完全依客观化的举证责任负担此事实及证据的提出责任，反而无法达成民事诉讼的目的。因此，责由当事人负担真实陈述及提出证据之责任，尚不背辩论主义的原则(注卅四)。

六、票据之特质与票据诉讼

(一)票据之特质：

为使票据发挥经济上的效用，各国之票据法无不以助长流通为其最高之指导原则。为使票据获得充份的流通，使票据权利人(即票据之受让人)之权利获得迅速及确实的实现乃不二之法门。因此，我国票据法使票据成为要式证券，依交付或背书转让，票据权利专以票据之文义为准，即使票据之原因关系已告消灭，亦不影响票据权利。而人的抗辩关系，亦采后手不继受前手之瑕疵的原则。不但各个票据行为独自发生效力，而且采用善意受让制度，以保护善意的受让人(注卅五)。

(二)票据之特质如何实现於诉讼程序

由於票据法亦屬於实体法规范，票据诉讼上举证责任的分配原则，依前述法院审判过程中具体法的形成的构造，仍应依票据法规范的立法目的及其意旨，决定其分配的原则。在上

回报告中，报告人已提出其举证分配的原则，在该报告中，曾有多位先进质疑该举证责任分配之公平性。经过反覆思考，上项之疑虑应系出自於票据诉讼如何彰显票据之特质的问题。

1.我国现行之诉讼制度：双方当事人诉讼上都有行为责任，即双方当事人都负有提出事实及证据之责任。而法院就当事人所提出之事实及证据，依证据距离，证明之难易、盖然性、公平性予以个别的评价。例如被告 Y 主张 X 所执之票据背书不连续(其中有无实质权利之人)背书，而且取得票据有恶意或重大过失，就 X 之票据权利有争执时，依裁判规范说，Y 经证明无实质权利人之存在，以及 X 有恶意或重大过失。由於 Y 对票据之流程不若 X 了解，举证较为困难。因此，法院於认定事实时，X 若就其取得票据之流程未作合理的说明及举证，则对 Y 所提之证据评价势必提高其证明点，易言之，在行为责任之前提下，法院为证据评价时，得就票据交易的特质，就当事人所提之证据资料予以各别具体的评价。据法院具体的评价，以确保当事人程序上的利益。

2.日本票据诉讼限制证据之意义：日本为贯彻票据之特性。依日本民事诉讼法第四四六条规定，票据诉讼的证据方法，以文书为限。因此，票据诉讼中除就特定之事项，得询问当事人外，仅得以书证为证据调查。通常诉讼之证人，鉴定人、勘验等皆不得为之，亦以当事人所持有之文书为限并且不得请求发出文书提出命令，即使为对照笔迹，印文所使用之文书亦同。关于文书之真伪，以及票据之提示等事实，始得限定的询问当事人，而且不得对其他法院或机关，为调查证据之嘱托，并禁止依日本民事诉讼法第二六二条之一般的嘱托调查(注卅六)。以上之规定，不外在于达成迅速的、简易的处理票据诉讼之目的。如此之限制，只不过在自由心证的过程中，使法院获得心证的结果确实性降低其程度而已，与举证责任之分配应无关连。

为确保票据权利获得迅速、确实之实现，我国民事诉讼制度不妨采取上述之制度。唯票据交易通常都存在於商业行为关系上，而商业行为通常没有帐册，若限制文书提出命令，恐将增加误判的可能性。而即使允许发出文书提出命令，在目前商业界，应不致造成滞延诉讼之结果。雷万来：【报告本文附注】

注释：

注一：参照陈荣宗教授著 举证责任分配与民事程序法 6—14 页。

注二：参照陈荣宗教授著 举证责任分配与民事程序法 14—24 页。

注三：参照陈荣宗教授著 举证责任分配与民事程序法 32 页。

注四：参照陈荣宗教授著 举证责任分配与民事程序法 51 页。

注五：参照陈荣宗教授著 举证责任分配与民事程序法 54 页。

注六：参照陈荣宗教授著 举证责任分配与民事程序法 55 页。

注七：参照陈荣宗教授著 举证责任分配与民事程序法 32—42 页。

注八：参照石田 穰 证据法の再構成 133—138 页。三ヶ月章民事诉讼法 408 页。

注九：春日伟知郎“证据の搜集および提出过程における当事者行为の規律”、民事诉讼杂志 28 号 60 页以下。竹下守夫，摸索的证明上文书提出命令违反的效果” 手続法の理論と実践下卷 1621 页以下。

注一〇：邱联恭教授著司法之现代化与程序法 9—10 页。

注一一：参照小野木常“事实の確定” 民事诉讼讲座 二卷 550 页。

注一二：参照前注书 540 页。

注一三：参照 Joachim Hurschka, Die Konstitution des Rechtsfalles Duss., Berlin, S.48ff. 邱联恭著前揭著 10—11 页。

注一四：福岛重雄“事实认定における形式論理の机能と限界” 司法研修所论集，

1969.1.31 页以下。伊东乾，“辩论主义”，74 页以下。

注一五：与邱联恭教授之见解似有类似之处。见邱联恭教授“民事诉讼之目的—以消费者保护诉讼为例”台大法学论丛，24 卷第一期，17 页。

注一六：Jürgen Rodig, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: Die Grundlinien des Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtlichen Prozesses, r s.218f. 此式原著系用来解释请求权竞合，本文借用来解释抽象法规范，解决具体纷争时，将该要件效果具体化过程之说明。

注一七：在此之所谓包含关系，非纯论理意义之包含关系。法规范仅表示法规范为传达立法者价值判断之资讯而已。法之适用者於适用法规范时，尚有新的资讯之加入。此包含关系，应系包括加入上述两资讯后，法之适用者适用法律之情形。盖若纯论理的推论，无非是同类语的反覆(Tautology)而已。至於在法之适用时之新资讯，则完全不予考量。此原则与法之适用时，法与事实之交错影响情况稍有不同。参照 Gilles Peter " Soziologie und Prozessrecht: Ein Überblick über interdisziplinäre Tendenzen und Probleme der Integration von Rechtswissenschaften und Sozialwissenschaften im deutschen Zivilprozessrecht " ,Journal of Civil procedure NO.26,1,S. 9. N 与 n 之关系为实质化(Substantivierung)关系。T 与 s 则称之为整合(Subordination)关系。参照 Rodig, Jürgen a.a. O.S.165ff.之 Subordination 之分析。

注一八：Hende, Horst-Ederhard, Die Tatfrage: Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, S.76。

注一九：在此所做之推论有将之分为两个类型，以明确的法规范所作之妥当的论理的推论，称之为“内的正化者(internal justification)”。以推论前提提出法规范之妥当性使其价值定当化者，称之为“外的正当化(external justification)”。参照 Wroblewski, Jerzy, " Legal Syllogism and Rationality of Juridical Decision " Rechtstheories 5,33,S.39 Alexy, robert, " Die Logische Analyse juristische Entscheidungen " ARSP Beiheft Neues Folge Nr.14,181,S.185【ARSP=Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie】得以纯论理推论者，当然以“内在的正当化”为限。而“外在的正当化”，则属于“法的创造”之范围，即法院如何创造新的法规范。为避免立法权与司法权之互相侵犯，因此在法的创造之际，法院必须受一定之拘束。

注二〇：在此所做之推论有将之分为两个类型，以明确的法规范所作之妥当的论理的推论，称之为“内的正化者(internal justification)”。以推论前提提出法规范之妥当性使其价值定当化者，称之为“外的正当化(external justification)”。参照 Wroblewski, Jerzy, " Legal Syllogism and Rationality of Juridical Decision " Rechtstheories 5,33,S.39 Alexy, robert, " Die Logische Analyse juristische Entscheidungen " ARSP Beiheft Neues Folge Nr.14,181,S.185【ARSP=Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie】得以纯论理推论者，当然以“内在的正当化”为限。而“外在的正当化”，则属于“法的创造”之范围，即法院如何创造新的法规范。为避免立法权与司法权之互相侵犯，因此在法的创造之际，法院必须受一定之拘束。

注二一：参照拙著“论自由心证之客观化”中兴法学第二十三期，63 页。

注二二：所谓证据连锁，即数个间接事实顺序连成一直线，以推定主要事实，例如以 C 间接事实推定 B 间接事实，再以 B 间接事实推定 A 主要事实，即 $C \times A = \text{证明度}$ ，此种推定主要事实存在之盖然率与其成长度成反比。所谓证据圆环：即互相独立之各个不同之事实，各别推论主要事实。

注二三：姚瑞光教授著“民事诉讼法论”，400 页。

注二四：参照 Rosenberg, Beweislast 仓田卓次译，224 页，间接证明为本证。

注二五：石田 穰，证据法の再構成，149 页。

注二六：矶村 哲，民事法学辞典(上)，68 页。

注二七：田中成明执笔，法律学概论。——现代法律学全集 I，89 页。

注二八：T 即非 T 之意，被告为此主张时，可能系间接反证，或为法律解释之主张，同时亦可能为权利障碍事实，或权利消灭事实之主张(此全非同一法规范内之事宜)。

注二九：因讨论举证责任概念，系就具体的事实真伪不明为前提。

注三〇：新堂幸司，民事诉讼法，第二版，补正版，4—6 页。

注三一：邱联恭教授“民事诉讼之目的——以消费者保护诉讼为例”台大法学论丛第二十四卷第一期，17 页。

注三二：前述贝氏定律内已加入此条件。

注三三：Oskar. Bulow, Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts, JJP27 S.231ff.转引自春日伟知郎，民事证据法研究，28 页。

注三四：参照春日伟知郎，前著书，30—31 页。

注三五：郑玉波教授，民商法研究，7—8 页。

注三六：山口正夫，“手形诉讼における证据制限”。实务民事诉讼讲座(4)268 页。

再论票据诉讼之举证责任(之二)

【分类】民事诉讼法之研讨(七)

【作者】雷万来等

【出处】民事诉讼法之研讨(七)

【出版社】民事诉讼法研究基金会

【出版日期】199810

【讨论】

陈石狮：

谢谢雷教授的报告。因为今天牵涉到很技术性、逻辑性的问题，现在我们平均一个人至少可以使用到二十分钟，请各位教授发言。

陈荣宗：

我看许士宦先讲，年轻的先讲。

许士宦：

今天雷教授的报告内容涉及“举证责任”与“事实认定、心证形成”交错有关的两个基本问题。一个是证明度的问题，一个是心证度的问题。首先，就证明度而言，我国民事诉讼法第二百二十二条虽然规定，法院要下判决时必须斟酌全辩论意旨和证据调查之结果，依自由心证判断事实之真伪，惟所谓“事实之真”，到底真到什么程度？从第二百二十二条本身看起来未必清楚。最高法院七十年台上字第一六〇五号判决及七十年台上字第一八四七号判决(裁判选辑二卷二期四九五、四九八页)均谓，民事诉讼采形式的真实发现主义，与刑事诉讼采实体的真实发现主义不同，但亦仅止於如此而已。在此种形式的真实发现主义之下，到底法院可以判断为真实的程度或其标准何在？未见更进一步之说明。关于此种形式的真实发现主义，与德、日通说认为民事诉讼应采实体

的真实发现主义才符合民事诉讼制度理想的情形，固未尽相同。邱老师则批评这二种主义，未兼顾程序利益及实体利益并谋求两利益之平衡，均有所偏失，所以民事诉讼应改采发现真实与促进诉讼之平衡点上真实，即值得信赖的真实，较为妥适。

证明度是法院能否认定事实的基准，如法院的心证达到这种程度的话，就可以认定、判断事实为真实。关于证明度为何，向来实务上的见解并不是很明确。最高法院七十三年台上字第二一七四号判决认为：“当事人主张有利於己之事实者，固应该依民事诉讼法第二百七十七条规定，就其事实负举证之责任，然苟於其利己之主张，已为相当之证明，则其举证责任即属已尽。换言之，解除其举证责任，只须有证据之优势，即属非不可采信。此与刑事案件须证明被告犯罪至无合理之可疑，异其旨趣。”（发回要旨(四)四二页）似以为证明度只须有证据的优势即所谓“优越的盖然性”就可以。但是，是否所有的事件类型都应采取证据的优势？此与今天报告人所言证明度应该维持在80%盖然性固定位置的这种证明度到底距离多少？固然是一个问题。但是，这种统一的、不管所有案件类型都采同样证明度的见解是否妥适？不无可疑。

理想的证明度应是：本来没有根据的诉求，应尽量让它们被驳回，因为原告不能够达成必要的证明度，同时，本来有根据的诉求，应使它们几乎全部被容许，因为原告可以达成必要的证明度。也就是说，让法院在认定事实的时候，事实误认所付出的代价达到最少的程度，不致引起个人与社会的损失，才是理想的证明度。所以，关于证明度标准的设定，应该从平衡追求发现真实而为慎重正确的裁判、促进诉讼而为迅速经济的裁判、维持法的安定性、维护当事人的公平等这些诉讼法上基本要求以及所要适用规范的旨趣、目的等实体法上价值判断加以决定，才能作成妥适的判决，保障当事人的诉讼权、财产权及自由权。

虽然证明度的标准应该明确，才能避免法官的恣意，维持法适用的平等，及使结果具有可预测性。但是，也不必像部分学者主张般，一定要预定一个统一的、原则性的证明度，而只限于下述情形，即事实的证明在其事情性质上有困难，此种证明困难的结果，若从实体法上的规范目的、旨趣来看，会发生显著的实体上不正义，以及因为未能预定与原则性证明度等价值的可代替方法，致违反当事人间实质的武器平等之程序上正义，才要减低证明度。毋宁说，为了平衡满足上面这些基本要求，达到理想的证明度，应该设定各种阶段的证明，使其适合各种事件群或特定的事件类型，甚至於争点事实的个性、特征及需求。例如将证明度分成：完全的证明，真实的确实度要达到90%以上的盖然性；高度的盖然性，要达到75%以上；优越的盖然性（证据的优越），达到50%以上；低度的盖然性，达到25%以上，这样各阶层的证明度。表见证明或暂时的推定这种案件类型，以接近高度的盖然性为其适切的证明度；在举证责任转换成为问题的这种案例，以低度的盖然性为相当；像损害额、消极的事实以及所失利益的事实群，应该该当优越的盖然性。详细来讲：

第一，在表见证明的情形，它是一种间接证明的特殊型态。在事实上推定，即以已被证明的间接事实（前提事实），依据经验法则之盖然性，直接推认待证的主要事实时，如该经验法则具有高度的盖然性，而属于定型性的事象经过，此际，如果对造不能证明排除该经验法则适用之具体的、特定的特别情事存在，那么就可以认定待证事实为真实或存在。这虽以对造的反证不提出，即没有尽到这个反证责任来加以补强，不过，就这种盖然性的事实可以被肯认为存在，意谓在这种表见证明的情形，待证事实的证明度比一般强调所应该有的高度盖然性为低。再者，报告人亦提及间接反证的情形。为了推翻上述的事实上推定或表见证明，对造可以为间接反证，即证明与成为推定基础的间接事实可以两立的别个间接事实。像这种间接反证的证明，它的证明度达到证据的优越就可以，而不一定要达到高度的盖然性。因此，这个表见证明可是说为了救济证明困难，

避免发生真伪不明而违反正义的情形，课予对造反证的责任，来达到当事人之间的衡平或公平，以兼顾、平衡上述基本要求。

第二，在像损害额证明的情形，民事诉讼法修正草案第二百二十二条第二项增订“当事人已经证明受损害而不能证明其数额或证明显有困难者，法院应该斟酌一切情况，依所得心证定其数额。”此於最高法院二十一年上字第九七二号已作成判例。盖有鉴於损害赔偿的诉讼，原告虽已证明受有损害，但关于损害额的证明，若客观上不能证明其数额，或证明显有重大困难的情事时，如果仍强令原告举证证明损害数额，不但过苛，而且不符合诉讼经济，所以才规定法院应该斟酌一切情况，依照所得心证来定其数额，以求公平。若损害数额在客观上有证明之可能，且衡情也没有重大困难，而原告没有证明的话，自然没有本项的适用。所以说这种损害额所要证明的事实证明度，比高度盖然性低，即具证据的优越即可。

第三，报告人也提到证明妨害的情形。民事诉讼法修正草案将现行法第三百六十二条的规定加以删除，增订第二百八十二条之第一项：“当事人因妨碍他造证明，故意将证据灭失、隐匿或致碍难使用者，法院得斟酌情形认他造关于该证据之主张或依该证据应证之事实为真实。”於原来条文规定，增加得认“依该证据应证之事实”为真实。换句话说，法院得直接认定该证据应证事实即待证事实为真实。因为当事人如果用不正当的手段妨碍他造的证明活动，例如将证据灭失、隐匿、毁坏或其它有致碍难使用的情形，这显然违反诚信原则；为了防止当事人用此等不正当的手段，来取得有利的诉讼结果，并顾虑到当事人之间的公平，才增加这样的规定。当事人有妨碍他造举证的行为，法院可以斟酌情形，认定他造关于证据的主张或依该证据应证明的事情为真实，也就是说，法院可以依当事人妨碍他造举证的样态、所妨碍证据的重要性等情形，依自由的心证认定他造关于该证据的主张或依证据应证明的事实为真实，而具制裁的效果。在这种情形，为什么没有规定“应”而规定“得”？此因在这种证明妨碍的情形，他造对于所应证明的待证事实之证明度固然较低，但并不因妨害证明的一造当事人之行为，当然使法院迳可认定待证事实为真实；仍必须负举证责任的当事人，就较低证明度的待证事实为证明。换句话说，他的证明须达到这种较低程度的证明度，即“优越的盖然性”这种程度时，才可以认定、判断待证事实为真实，并非所有的证明妨碍都必须认定待证事实为真实，仅是降低待证事实的证明度而已。

另外，报告人也提到“事案解明义务”的问题。在我国现行法上，并没有明文规定这种情形，但德、日的学说一再倡导，且德、日的实务也逐渐采用。要承认不负举证责任的当事人，负有事案解明义务，其正当化的根据何在？应该说是：为了纠正事案解明的资料、能力之构造性偏在，维持当事人间的公平，使之能达到与对造处于对等、平等之程序上地位。换句话说，为了保障这种平等的诉讼权所必要。例如在公害纠纷的诉讼上，从事件的事实经过方面来看，负举证责任的一造当事人即被害人，与事件发生经过隔了一段距离，没办法取得事案解明所需要之资料，在事件性质上，难予主张或举证赋予自己请求以理由的具体事实；相反的，对造却能取得解明事案的充分资料，且由於成为这种诉讼上所争执者有带给他人重大危险的可能性，即使要求其提出，举证其行为没有违法性，也不是不合理。所以在此种情形下，只要负举证责任的当事人就其事实主张为相当的举证即可予以认定，也就是说，此际证明至“低度的盖然性”即可。在此种情形，不负举证责任的当事人，若违反事案解明义务而不举证的话，就像违反文书提出命令的效果一样（民事诉讼法修正草案第三百四十五条第一项规定），法院得认定应解明事项之他造的事实主张为真实。此亦系就待证事实的证明度与一般诉讼上待证事实的证明为不同之处理。

当然，证明度的判定、决定属于法律适用上的问题，其裁判亦不应对当事人造

成突袭。民事诉讼法修正草案第三百四十五条第二项及第二百八十二条之一第二项都规定，法院要认定待证事实为真实的时候，在裁判以前要让当事人有辩论的机会。此即为确保当事人有适切的攻击防御机会。法院为了达到这种辩论权的保障，必须表明关于争点事实的证明度以及证据调查结果事实认定的心证度。换句话说，要表明法律见解与公开心证才符合这样的程序保障。

其次，如报告人想要强调的，为事实认定与心证形成的过程要让它合理化、客观化。事实认定与心证形成毕竟是法官主体的判断作用，所以在此范围内，难以避免介入法官的主观因素。但是，像民事诉讼法修正草案第二百二十二条第三项，将向来实务肯认及学者通说的见解明示般：“法院依自由心证判断事实之真伪，不得违背论理及经验法则。”此表示，事实认定之客观性要求乃属必然。法官主观的确信内容，可以说是基於思考法则、自然法则和经验法则之真实上评价，为一种互为主观性或间主观性的判断。如果事实认定是客观的或合理的，照理其正当性由其他法官也可予追证。譬如损害事实证明的情形，即使法官没有确定现实发生的损害之必要，但就这个损害的要件事实，也必须具有以充足证明度的状态予以确认的意识。报告人主张事实认定依照机率论的贝氏定理来作，虽然第三人在事后容易加以检证，但是各个不同证据方法的证据力即盖然性未必明确，其数值本身可能因不同的法官而存有误差，是以，这种事实认定是否具有实践上的意义？其效用是否只限於盖然性已明确化的经验法则？例如基於指纹、血型等之血亲关系、遗传学的证明或平均寿命等统计资料的情形，以及由专家来鉴定，其盖然性的数值有意义而能决定的情形，但其他的情形则未必可行。因此，法官对於客观要求的证明度与其依调查证据所得的心证度要适时加以公开，让当事人的辩论权获有充分保障，避免发生突袭性裁判，这一点似乎比较重要。

在上面这种证明度理论前导之下，接著可以讲到票据诉讼的问题。在日本为加强票据的流通、圆滑化以及支付的确实性，就票据诉讼特别设立简易、迅速的审理方式，尤其是对於证据设有限制，刚才报告人也稍微提到。这是认为，在票据权利救济的诉讼程序中，审判若不加以迅速进行，就会容易造成票据的轻视，譬如乱开支票，造成信用低下，而损害到正常的经济交易。在诉讼上最花费时间的是争点事实的心证形成，所以要简化、促进这种诉讼的审理方式。他们认为可以将票据诉讼审理方式简化、促进的正当性在於，票据持有人为票据上权利人的确实性较高，因为票据本身具有这种性格，以及基於过去这种诉讼的经验，票据请求具有高度的容认率。所以，日本票据诉讼的特别规定，似乎也考虑到上述证明度、心证度的问题，非仅止於报告人所讲的所谓心证的结果确实性降低的问题。换句话说，關於票据诉讼，其票据权利根据事实之证明度，与一般诉讼类型的证明度有所不同。采用证据限制，在特定的证据下要求法官认定事实，此时法官就待证事实的心证形成，不一定降低其心证度，而是降低事实之证明度，使法官就有限的证据能迅速达到证明，据此来判断票据持有人之请求为有理由。如由这个方面来解释、理解票据诉讼的特性，即使我国尚未修法，在现行法的解释论上亦应可以某程度解决上述问题。亦即，在票据诉讼采取较低的保护度，使切合票据诉讼此类诉讼事件之个性，满足优先追求促进诉讼而为迅速经济裁判的基本要求。

王甲乙：

票据有一个特殊的性质，为无因、流通的证券，要确保其流通性，此为使其在商业、经济上能活用。因此票据法有规定上述这些特殊的性质，在一般诉讼上是否要有不同的处理方式，来确保票据的作用，值得研讨。今天雷教授就票据诉讼在举证上的责任，再一次提出他的高见，更深入的研究这个问题，我拜读之下得到很多新的见识。

我们知道，關於举证责任只有於民事诉讼法第二百七十七条抽象的规定，当事

人就有利於己的事实，负举证责任。这样的条文无法解决举证责任千变万化的问题。票据的证明主要为其本身即书证来证明，当然一般依民事诉讼法第三百五十七条至第三百六十条，我认为适用于票据的举证责任方面，可以解决一部分的问题，就是说民事诉讼法第三百五十七条规定私文书之证据力，因票据也具有私文书的性质，应该由举证人证其为真正，但他造就其真正没有争执的不在其限。第三百五十八条：“私文书经本人或代理人签名、盖章或按指印或有法院或公证人之认证者，推定为真正。”只有本人或代理人签名、盖章或按指印就可以依民事诉讼法第三百五十八条推定其为真正。第三百五十九条第一项：“文书之真伪，得依核对笔迹或印迹证之。”第三百六十条第一项：“无适当之笔迹可供核对者，法院得指定文字，命该文书之作成名义人书写，以供核对。”在实务上为形式上判断，因其为无因证券，只审究是否为真正制作，其取得之原因事实原则上不加以审究。

另外，关于举证责任方面，票据法有二个条文规定票据的举证那一造应负责任。其一为票据法第九十一条第一项有关通知的规定：“通知得用任何方法，但主张第八十九条所定期限内曾为通知者，应负举证责任。”明白规定，主张在第八十九条所定期限内曾为拒绝事由的通知者，其就有通知之事实应负举证责任。另一为票据法第九十五条规定因有免除作成拒绝证书之关系，该条规定为：“汇票上虽有免除作成拒绝证书之记载，执票人仍应于所定期限内为承兑或付款之提示，但对于执票人主张未为提示者，应负举证责任。”从前段观之，执票人就提示之事实应负主张责任，但未为提示之事实之举证责任反过来(但书之规定)要票据债务人负举证责任，变成主张责任和举证责任完全不同，此为票据法的特别规定。

今天雷教授谈到证明度、心证度的问题。我们在票据诉讼上，除刚才提及民事诉讼法书证的规定及票据法有关举证责任的特别规定外，要如何解决证明度、心证度的问题。刚才许士宦先生也谈到，是否坚持过去所谓形式上的真实发现主义；或者认为要达到信赖的真实发现主义，来保护真正的权利人？这也是我们应该研究的。我也赞成不要固守形式上的真实发现主义，应进一步达到信赖的真实发现主义，来保障当事人的财产权、诉讼权。

有关举证责任，刚才提及规定于民事诉讼法第二百七十七条；关于心证度的问题，是规定于民事诉讼法第二百二十二条第一项：“法院为判决时，应斟酌全辩论意旨及调查证据之结果，依自由心证判断事实之真伪，但别有规定者不在其限。”民事诉讼法修正草案第二百二十二条第一项拟修正为自由心证应符合论理法则及经验法则，对自由心证方面应加限制而非随便滥用。但是，心证的形成，从调查的证据及全辩论的意旨，并不是单纯的，应该综合的来考这个问题。

雷教授文章中第五页提及最高法院六十九年台上字第二九二四号判决，原来上诉人持有之诉外人张某所签发十万元支票，背面所盖被上诉人名义椭圆形的印章，第二审法院认为是张某伪造的，所以被上诉人不负背书人责任。最高法院认为上诉人主张被上诉人使用之椭圆形印章，一共有三个，盖在系争支票背面为其中之一，都曾经被上诉人用在向中华工程公司领款(因为其为营造商的关系)之统一发票计七十五张上。被上诉人就其有不同印章存在，似亦未作正面否认，只云与讼争事实无关。第二审法院未查明实情，即认为七十五张发票中，只有二张所用的印章与系争支票背面相同；即以认为张某伪造。其余七十三张与被上诉人留存在税捐机关的印鉴相符，方属真正。故最高法院认为第二审未查清楚、理由不备。还有谈到除所谓出于张某伪造的印章外，还有二种不同印章也经被上诉人使用过。被上诉人所用的不限于与印鉴相符的一种，能不能仅因系争支票背面印章与印鉴不符，即认为是伪造的？是有疑问的。若谓张某因保管被上诉人之另一个方形印章，可以向中华工程公司领款，大概被上诉人(营造商)另外交给下包(即