

民事訴訟法第277條舉證責任之研究

吳承學¹、王昌國²、何克凡³

壹、問題意識

按民事訴訟法第277條規定：「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。」本條係我國相較於德國、日本獨有之規定，然對其定位，學說呈現眾說紛紜、相當分歧的看法，有學說認為其係客觀舉證責任的分配法則、有認為其係主觀舉證責任即行為責任之規範、亦有認為其同時規範客觀舉證責任及主觀舉證責任，亦有學者認為本條係屬贅文，並無規範之實益。舉證責任攸關訴訟當事人的勝負以及法庭活動的進行，應有將之釐清之必要。本文擬先從民事訴訟法第277條的立法過程、規範方式、實務見解、程序利益保障等觀點，探求民事訴訟法第277條之定位究竟為何，應如何

予以適用，提出學習的心得，再以實務上頗具爭議的票據關係舉證責任、醫療訴訟舉證責任等實例，嘗試以自己的觀察角度分配舉證責任。

貳、舉證責任之意義

所謂「舉證責任」，我國學說多將舉證責任區分為主觀舉證責任與客觀舉證責任。

主觀舉證責任又稱為證據提出責任，多適用於辯論主義的訴訟⁴，係指當事人為了避免敗訴，在訴訟過程中致力於證明對自己有利、而於當事人間有爭執事實之責任，規制當事人在訴訟過程中之舉證活動⁵，性質上屬於行為責任。主觀舉證責任的分配大體上跟客觀舉證責任一致，就特定事實負客觀舉證責任之當事人為免受敗訴判決，必須在訴訟程序中提出證據⁶。主觀舉證責任既係法院訴訟指

1 法務部司法官訓練所第51期學員，撰寫「肆」、「伍」以外其他部分。

2 法務部司法官訓練所第51期學員，撰寫「肆、票據利益償還請求權之舉證責任分配」。

3 法務部司法官訓練所第51期學員，撰寫「伍、醫病關係之舉證責任分配：從經濟分析觀點」。

4 主觀舉證責任在職權探知主義中亦存在。Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 25f.; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, S. 39.轉引自沈冠伶，〈舉證責任與證據契約之基本問題〉，《臺灣本土法學》，36期，2002年7月，頁191、192。另有學者認為若採職權探知主義，理論上僅存在客觀舉證責任，並無主觀舉證責任存在之問題，姜世明，〈論客觀舉證責任—評最高法院99年度台上字第984號民事判決〉，《台灣法學雜誌》，161期，2010年10月1日，頁58、59。

5 駱永家，《民事舉證責任論》，台北，臺灣商務印書館，1972年1月，初版，第45頁。

6 黃國昌，〈舉證責任〉，《月旦法學教室》，第16期，2004年1月，頁32。

揮之指標，亦成為當事人舉證活動之方針⁷，於說明當事人角色功能有不可或缺之功能⁸。

客觀舉證責任在職權探知主義及辯論主義都有適用。透過客觀舉證責任區分本證與反證，分配何方應證明至本證的證明程度，以使法官形成確信，相對人則須就相反事實提出反證，並不需要使法官形成確信，只要動搖法官原來就本證所形成的確信即可⁹，並在訴訟當事人對於其所主張之事實已窮盡所有的證據方法，進入

審理之終結階段仍無法令法院就某於判決具重要性事實之存在，產生確信的心證時，應由何人負擔事實真偽不明的不利益結果，在性質上屬於結果責任。客觀舉證責任並不隨訴訟程序之進行而產生變化¹⁰。此係法院取向的規則，而非加諸於當事人之負擔¹¹。客觀舉證責任的功能在處理法院就訴訟上待證事實之存在或不存在陷於真偽不明，在法治國家禁止法院拒絕裁判之前提下，法院應如何裁判之問題¹²。

表格1 主觀舉證責任與客觀舉證責任之比較

	客觀舉證責任	主觀舉證責任
定義	訴訟當事人對於其所主張之事實已窮盡所有的證據方法，進入審理之終結階段仍無法令法院就某於判決具重要性事實之存在，產生確信的心證時，應由何人負擔事實真偽不明的不利益結果。	當事人為了避免敗訴，在訴訟過程中致力於證明對自己有利、而於當事人間有爭執事實之責任。
性質	結果責任。	行為責任。
適用範圍	辯論主義與職權探知主義均有其適用。	辯論主義有其適用，職權探知主義則有爭議。
規範對象	法官。	當事人。

7 邱聯恭講述、許士宦整理，《口述民事訴訟法講義（三）》，台北，自版，2010年版，頁210。

8 姜世明，〈民事訴訟法總論：第7講 舉證責任法〉，《月旦法學教室》，第30期，2005年4月，頁77。

9 姜世明，〈舉證責任在民事實體法與程序法實務問題〉，《法學叢刊》，第197期，2005年1月，頁156。

10 黃國昌，同註6，頁32。

11 邱聯恭，同註7，頁76。

12 黃國昌，同註6，頁32。

功能	處理待證事實之存在或不存在陷於真偽不明，在法治國家禁止法院拒絕裁判之前提下，法院應如何裁判之問題。	法院訴訟指揮之指標、當事人舉證活動之方針。
----	---	-----------------------

參、我國民事訴訟法第277條之定位

我國學說見解參考德國、日本學說見解，大多認為民事訴訟法第277條係規定客觀舉證責任之規範，惟此種見解，已有學者提出質疑，蓋民事訴訟法第277條是我國所獨有之規定，德國與日本均未有類似之規定，故可否直接援用德、日學說，不無可議之處¹³。我國既然於民事訴訟法獨立規範舉證責任，在理解本條時，不應單從實體法上觀察，亦應有程序法上之考量¹⁴。本文認為，民事訴訟法第277條應係針對我國對於舉證責任之理解，應著重於行為責任即主觀舉證責任之明文規範。其理由如下：

一、我國實務見解多採行為責任之見解

邱聯恭教授主張，在審判實務上法官多於判決理由中記明：「尚難認為以某造當事人所提某證據，已能證

明某事實為真實或某權利係存在」等類似內容，鮮少有表明其係為「真偽不明」之狀況而為判斷，可推知我國實務較偏向行為責任說的立場¹⁵。對此，學說上有反對之見解，認由於我國早期學說並未區分主觀舉證責任與客觀舉證責任之不同，導致最高法院亦未嚴格區分兩者，是無法從判決中認定實務見解不採客觀舉證責任之概念；或主觀舉證責任可被認為係依附於客觀舉證責任而確立，故雖判決中多未明示「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知悉或執意排除¹⁶。

我國早期學說固可能未區分客觀舉證責任與主觀舉證責任之不同，惟時至今日，學說區分主觀舉證責任與客觀舉證責任已久，前開推論在今日之時空背景下，似無法贊同。又以「民事訴訟法第二百七十七條」為關

13 邱聯恭發言，〈論票據訴訟之舉證責任的分配〉，《民事訴訟法之研討（六）》，1999年4月1日，頁163。

14 同註13，頁171。

15 同註13，頁163。

16 姜世明，〈程序法律安定性之終結者—民事訴訟法第277條但書實務見解之評估（以士林地方法院90年度訴字第973號民事判決為例）〉，《月旦法學雜誌》，106期，2004年3月，頁247。

鍵字搜尋最近一年之最高法院判決，亦可發現我國法院判決多使用「命提出證據證明」¹⁷、「命舉證證明」¹⁸、「並未就……舉證以實其說」¹⁹、「負立證之責」²⁰等偏向行為責任之文字，此外，亦有明文指出本條係「行為責任」者²¹，尚難謂最高法院未嚴格區分兩者或未排除客觀舉證責任。再者，從判決之格式觀之，法官在運用舉證責任下判決時，似乎不是考量訴訟雙方提出之證據後，判斷有無達到證明度，進而下判決，而是先分配舉證責任之歸屬，再針對負舉證責任之一造所提出之證據一一論述其不可採之理由，最後再以負舉證責任之一造未能舉證待證事項為由，判決其敗訴，其思維方式較接近行為責任。是以，我國最高法院對於民事訴訟法第277條之理解，應偏向於行為責任之理解。

二、就法條之規範形式而言

主觀舉證責任係規範當事人的行為規範，客觀舉證責任則係法官在待證事項真偽不明時如何予以裁判之裁判規範，兩者一規範當事人（主觀舉證責任），一規範法官（客觀舉證責任），已如前述。本文以為，從民事訴訟法第277條規範的對象觀之，其規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」本條之規範對象似乎是規範當事人，而非在規範法官，故與客觀舉證責任的分配，基本上是規範法官的準則有所不同，民事訴訟法第277條毋寧是對於當事人的行為規範²²；且民事訴訟法第277條並未規定其係針對真偽不明的情況做處理，似不能認為其規定有意適用「真偽不明」之證明責任規範²³。是以，民事訴訟法第277條就規範形式觀之，應係行為責任之規範。

17 如最高法院100年度台上字第128號判決。

18 如最高法院99年度台上字第2235號判決、最高法院98年度台上字第1662號判決、最高法院98年度台上字第151號判決。

19 如最高法院99年度台上字第1364號判決。

20 如最高法院98年度台上字第795號判決。

21 如最高法院99年度台上字第2127號判決：「本件被上訴人既否認系爭和解契約書之真正，自應由上訴人就此利己之事實，負證明之行為責任。」、最高法院99年度台上字第2035號判決：「當事人就其主張有利於己之事實，如不能提出使法院信為真實之證據，即應對其未盡舉證之行為承擔不利益之結果。」、最高法院99年度台上字第1152號判決：「上訴人既否認曾授與裕傑公司與被上訴人簽訂系爭買賣契約之代理權，自應由被上訴人就裕傑公司係有權代理簽約之利己事實，負證明之行為責任。」然而，雖亦有最高法院判決採客觀舉證責任之觀點，如最高法院98年度台上字第1752號判決：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實固負舉證責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。惟負舉證責任之一造，如就待證事實已為證據聲明，法院非有正當理由，例如不合法之聲明、逾時聲明證據，或無證據價值、與待證事實無關，或事證已臻明確，達於可為裁判程度，無再行調查必要外，不得任意拒絕，將事實真偽不明之不利益分配與負舉證責任一造，否則，即有判決違背證據法則之違誤。」但採這種見解的判決在數量上毋寧為少數。

22 沈冠伶發言紀錄，〈舉證責任在民事實體法與程序法實務問題—民法研究會第36次學術研討會〉，《法學叢刊》，第197期，2005年1月，頁166。沈冠伶，同註4，頁191。

23 邱聯恭，同註13，頁163。

三、從程序權保障之觀點

我國學說多認為舉證責任之重心在客觀舉證責任，故認為民事訴訟法第277條所規範者應為客觀舉證責任。此種說法固有其見地，惟此種說法可能是承襲自德國、日本學說而來，忽略民事訴訟法第277條係我國所獨有，其既被規定於訴訟法中，故理解時亦應有訴訟法上之考量²⁴。

首先，我國學說過度強調客觀舉證責任之結果，可能讓當事人互相推諉，互相指責對造負舉證責任，卻怠於提出證據；亦有可能在尚不知道舉證責任由誰負擔、法官是否已達到確信心證、是否應該繼續提出證據的狀況下，即被法官以客觀舉證責任為不利益之判決，遭受訴訟上的突襲，對於當事人程序權之保障顯有不足；而且以結果責任理解之舉證責任概念，無法發揮規制當事人於訴訟過程中之行為之作用。是以，本文認為不宜過度強調客觀舉證責任，應把民事訴訟法第277條的理解，著重於行為責任上。

更進一步言之，本文對於客觀舉證責任是否有存在之必要，有許多

不瞭解之處，在此提出一些粗糙的想法。認為客觀舉證責任有存在之必要者，其主張大體而言有三：（一）有真偽不明的情況存在，故有適用客觀舉證責任裁判之必要²⁵。（二）客觀舉證責任在程序開始之時，就何爭執之事實應由何造當事人先行提出證據有決定之先行作用。（三）區分本證與反證。（四）避免不必要之證據調查²⁶。

然而，在行為責任的操作下，本文所理解之行為責任係在訴訟程序開始時，法官即分配由何造就何待證事實負舉證責任，負舉證責任之當事人應該盡力提出證據，倘若無法提出證據使法官產生確信，便承擔不利益的結果；若使法官產生確信，則由他造舉證推翻確信，若他造舉證推翻確信，則再由原本負擔舉證責任之人舉證重新建立確信，若他造無法舉證推翻確信，則因他造未盡行為責任而受不利益判決，如此一來適用客觀舉證責任的機會將大減。再者，我們在決定訴訟當事人誰應先負行為責任，所考量的標準有很多，法律要件分類說固然是很明確又較容易判斷的標準之

24 邱聯恭發言，同註13，頁171。

25 姜世明，同註6，頁57、58。

26 沈冠伶，同註4，頁192、193。

一，但除此之外還有很多其他標準，如實質公平、誠信原則、證據遠近等等，無論如何，我們均非先探討應由何人負客觀舉證責任，才分配誰先負行為責任，行為責任分配的歸屬並非來自於客觀舉證責任的歸屬，而係有其獨立實體法、程序法的考量，是否否認客觀舉證責任即無法決定應由何人先提出證據，似有疑問。第三，本證與反證之區分的必要，係建立在負本證者應將待證事實證明至較高之證明度的認知上，若採取民事訴訟所要求之證明度為50%的見解²⁷，便無區分本證與反證之必要。最後，法院分配行為責任後，先負行為責任者未提出任何證據時，法院即可依行為責任判決該當事人敗訴，無須再對他造所提證據聲明進行調查，亦可避免不必要之證據調查。是以，本文認為，對於民事訴訟法第277條的理解，應將其定位為行為責任的規範較為適當。

四、小結

本文認為，從民事訴訟法第277條的實務見解、規範形式以及程序權保障的觀點，本條應定位為行為責任的規範，即要求訴訟當事人對有利

於己之事實應進行舉證活動之明文規範。行為責任應如何分配，其可依據不同的案例類型為不同的分配標準，法律要件分類說固為良好的分配標準，其他諸如實質上公平、武器平等、程序利益保護、經濟效率等觀點，亦是法官在適當分配舉證責任時可以考量之項目。但最重要的係，為顧及法安定性及程序權保障，法官在審理中應說明待證事項為何，舉證責任應如何分配以及分配理由，在判決中也應該去交待何事實應由何方當事人提出證據，透過案件累積藉此達到類型化的結果，使得人民在未來交易活動中對其舉證責任可以預見，並進而事先衡量成本、保存證據。此外，也應該公開待證事實是否已達確信之心證，當事人知悉是否應繼續提出證據，以免發生突襲性裁判。以下將舉兩個實務上常見的爭議問題，即票據利益償還請求權與醫療訴訟，試著對舉證責任應如何分配之問題提出一些想法。

肆、票據利益償還請求權「受有利益」之舉證責任分配

由於票據種類的訴訟相當龐雜，

²⁷ 黃國昌，同註6，頁35。本文認為此種證明度標準，可獲得最小之誤判機率，並使原、被告公平地承擔誤判之機率與成本，應較為可採。

以下僅就票據法第22條第4項規定利益償還請求權中「受有利益」之要件為對象，從該「受有利益」事項應由何人負舉證之責、積極利益或消極利益以及直接前後手關係之方向，試加探討。

一、利益償還請求權之目的

票據法為衡平執票人取得票據時通常已先支付對價及票據嚴格保全程序、避免發票人以時效消滅或手續之欠缺為由拒絕償還票款，而享有意外對價之利益²⁸，過度損及票據權利人之利益，故設此利益償還請求權，或稱利得償還請求權、受益償還請求權，使執票人有最後的救濟機會，執票人得對於發票人或承兌人，於其所受利益之限度，請求償還該利益。

二、利益償還請求權之性質

利益償還請求權之性質，有票據上權利說、損害賠償請求權說、民法

上不當得利說、票據法上之特別請求權說。通說認為利益償還請求權係票據法上之一種特別權利，並非票據權利²⁹。

三、利益之種類

利益償還請求權之「利益」係指發票人或承兌人於原因關係或資金關係上所受之利益（代價）而言³⁰，此利益又可分為積極利益與消極利益，前者如因票據簽發而取得之對價；後者如簽立票據以代替既存債務之免除³¹。

積極利益，學說與實務均肯認其屬利益償還請求權之利益範圍。消極利益則有爭論，學者對此較少著墨討論³²，至於實務上，最高法院48年度台上字第87號判決認為若發票人應支出之票款而免支出（消極利益），亦應認為受有利益³³，惟該見解遭58年度台上字第3713號判決否定，該判決

28 鄭玉波，《票據法》，台北，2003年10月4版，頁64。

29 鄭玉波，同註30，頁65。鄭洋一，《票據法之理論與實務》，自行出版，總經銷三民書局，2003年1月修訂23版，頁136。施文森，《票據法論—兼析聯合國國際票據公約》，台北，三民，2005年初版，頁123。劉興善、王志誠合著《現代票據法》，台北，三民，2007年2月初版，頁152-153。梁宇賢，《票據法新論》，自行出版，總經銷瑞興書局，2010年3月修訂版，頁156-157。王志誠，《票據法》，台北，元照，2010年3月4版，頁242-243。林群弼，《票據法論》，台北，三民，2010年10月初版，頁150-151。另參閱最高法院48年台上字第389號判例要旨：「票據法第22條第4項之利得償還請求權，係票據法上之一種特別權利，並非票據權利，自非本件抵押權所擔保債權效力所及之範圍。」附帶說明，將利益償還請求權之性質認定為票據法之特別請求權，在訴訟法上之影響，如不適用民事訴訟法第13條的特別審判籍，可能須經調解或適用簡易程序等。

30 最高法院88年度台上字第3181號判決要旨。

31 關於受益種類之詳細說明，參閱林群弼，同註31，頁148。

32 梁宇賢教授認為票據法第22條第4項規定所謂「利益限度內」，包含積極利益及消極利益在內。然其他學者如施文森、王志誠、林群弼在其票據法教科書中皆未論及消極利益之概念。參閱梁宇賢，〈票據之利益償還請求權上的消極利益—評最高法院97年度台上字第362號判決及相關判決〉，《月旦法學雜誌》，183期，2010年8月，頁243-254。

33 最高法院48年度台上字第87號判決要旨：「所謂受利益，不僅以積極利益為限，消極利益亦包括之，即發票人或承兌人之財產，有應減少之事由而不減少者，亦應認為受有利益。故執票人本諸上項情形，行使其利益返還請求權時，因發票人

明確表示先前見解已捨棄不採³⁴，而97年度台上字第362號判決則又改採肯定見解³⁵，該案例事實略為上訴人乙承擔訴外人美商美亞公司之工程款債務而簽發支票於被上訴人甲，乙於該票據債務罹於時效消滅後，因此受有利益，該利益為乙本應支出的工程款債務，因支票罹於時效，乙享有免付該工程款之利益（消極利益）。

本文認為利益之射程範圍應涵蓋消極利益，蓋就文義言，票據法第22條第4項法條並未有任何限制；且與積極利益相較，兩者僅是對總體財產增加的觀察角度不同，實質上並無差異，應無差別對待之必要性與正當性。

四、利益償還請求權之舉證責任分配

實務上，以最高法院48年台上字第389號判例見解為代表，認為發票人或承兌人是否受有利益及受益多少

³⁶，應由執票人負舉證責任³⁷。

若依法律要件分類說中之特別要件說（即規範說），「所受利益」既界定為權利發生要件，從而權利人須就權利發生此一要件事實負舉證責任，殆無疑義。惟「利益」固指票據債務人於原因關係或資金關係所受之對價，已如前述，然該「對價」並不以來自執票人為限，析言之，縱使執票人與發票人間無原因關係或資金關係，亦不影響利益償還請求權之行使³⁸。循此而論，實務見解未區分執票人與發票人間是否具有直接原因關係（即直接前後手關係），而逕認受有利益之舉證責任應由執票人負擔，似嫌未妥，有說理不足之憾。

票據法之立法目的在助長票據流通³⁹，於票據訴訟上舉證責任之分配原則，應慮及此一特質，決定其分配原則⁴⁰。詳言之，利益償還請求權雖

或承兌人應行支出之票款得免支出，通常可推定其受有票面金額之利益。如發票人或承兌人對於票據之真正並無爭執，僅否認受有此項金額之利益時，應由發票人或承兌人負舉證責任」。

34 最高法院58年度台上字第3713判決要旨：「僅因其應行支出之票款得免支出，尚難謂受利益，本院45年度台上字第87號判決認此項消極利益亦包括在內，但該見解嗣已捨棄不採……」。

35 最高法院97年度台上字第362號判決要旨：「……此項利益，包括積極利益（如因票據之簽發而取得金錢或其他財產）及消極利益（如簽發票據以代替既存債務之免除）在內，上訴人簽發系爭支票為支付系爭工程款之方法，系爭支票之權利因罹於時效而消滅，上訴人獲得免付系爭工程款之利益，被上訴人依上開規定，請求上訴人返還利得，自無不合。」

36 票據本身不足以表彰利益，蓋開立票據之原因多端，執票人不得以票據本身作為發票人或承兌人當然「受有利益」之證據。參閱最高法院71年度台上字第4090號判決要旨：「發票並非當然得利之行為，不得僅憑支票，請求償還相當於票面金額之利益。」

37 最高法院80年度台上字第2883、86年度台上字第1506、87年度台上字第430、88年度台上字第3181、96年度台上字第988號判決。

38 利益償還請求權與民法上不當得利之基本理念雖皆源於衡平原則，但兩者仍有不同，如執票人向發票人請求償還利益，所受損害與所受利益間並不要求直接因果關係，間接因果關係亦可。參閱曾世雄、曾陳明汝、曾宛如合著《票據法論》，元照，2005年9月3版，頁122。另參閱最高法院77年度台上字第953號判決。

39 有關助長票據流通為票據法最高指導原則之說明，參閱鄭玉波，《票據法》，台北，2003年10月4版，頁10-11。

非票據關係，然在票據輾轉流通之情形下，執票人通常已非原因關係之債權人，立法上除基於衡平理念亦有促進票據流通之功用，是以舉證責任之分配探究應審酌票據在實體法及程序法上之特性、需求，較為妥適⁴¹。以下就利益種類、直接前後手關係之方向，探討在訴訟時應由何人為舉證活動並負舉證責任為宜：

（一）積極利益

1. 由於利益償還請求權非票據請求權，執票人須藉由當初開立票據之原因關係來輔助證明票據債務人受有利益。在直接前後手關係之情形，例如票據原因關係為消費借貸，則有關交付借款行為之方式、地點及時間，均係由執票人所掌控。在執票人知之最稔的情況下，若仍要求票據債務人就執票人未交付借款之消極事實負舉證責任，實難謂符合訴訟法對證據之距離、證明之公平理念，故應由執票人證明利益存在。

2. 在非直接前後手關係之類型，如經過數次背書轉讓票據之情形，是否仍應由執票人為舉證活動，不無疑義，蓋此時執票人通常難以知曉票據基礎的原因關係，惟本文認為鑑於促進票據流通、保障交易安全之票據法規範旨趣下，此時應仍不發生舉證責任轉換或減輕之效果。詳言之，於票據輾轉流通之情形下，票據之請求關係已趨複雜，執票人於收受票據前，當可對所收受之票據，詢問或查明該票據相關的契約關係，以決定是否要接受並繼續使用該票據，縱法律未有明文規定，契約復未規定，亦應認為執票人有此詳加檢視之必要，是以縱使執票人對票據原因關係因非直接前後手而有舉證之困難，但在執票人有檢視之機會以避免將來就票據權利關係有陷於不能或難以釐清之結果，基於利益衡平，舉證責

40 雷萬來，〈再論票據訴訟之舉證責任〉，《民事訴訟法之研討（七）》，民事訴訟法研究基金會，1998年10月初版，頁27。

41 邱聯恭，同註13，頁140-141。

任之分配不因非直接前後手關係而有所變動，應歸由執票人負擔。

(二) 消極利益

就消極利益之觀察，發票人或承兌人並未直接受有給付，而係避免財物支出或承擔責任，例如票據債務人簽發票據予執票人之原因，係作為執票人對票據債務人之消費借貸債權的清償方法。此種利益態樣，本文認為仍不會影響舉證責任之分配，說明如下：

1. 在直接前後手關係之類型，作為票據原因關係之契約存在於票據債務人及執票人間，而不涉及第三人，此時由掌控免除票據債務人財物支出之證據方法之執票人證明有免除之事實，較票據債務人主張未受有消極利益證明，實為容易且自然。此外，就審理效率及程序利益而言，若要求票據債務人就此消極利益事實負舉證責任，則難免因消極利益事實

之內容不確定性而無從聚焦攻防，造成審理之散漫化，拖延訴訟進行，產生程序上之不利益，因此，要求執票人就消極利益事實負舉證責任，不僅較為合理，而且可以迅速地特定紛爭事實之具體內容，票據債務人得對具體明確的目標為反證證明，除了符合規範舉證責任之要求，亦能兼顧訴訟法上證據之距離、證明之難易的考量。

2. 至於非直接前後手關係之情形，「受有利益」作為利益償還請求權發生之前提要件，其立法精神在於維持財產變動之合理性，惟仍應注意票據法促進票據流通之立法目的。比較該條項及整部票據法之立法目的，前者係為衡平當事人間之利益，後者在促進票據流通便利，兩者雖不同，但前者之所設乃偏重保護執票人，藉強化其權益保障⁴²，促進票據流

⁴² 在直接前後手關係之類型，縱使無票據法第22條第4項之規定，執票人仍得依據票據基礎原因關係為訴訟上請求，但於非直接前後手關係之執票人，藉由上開條項之規定請求償還利益毋寧較為直接便捷。

通。

再者，就法理言，利益償還請求權權利之發生，是因為權利人怠於行使權利，基於權利人本身的過失和不作為所致，換言之，若權利人得行使票據法上之權利或其他權利，即無行使利益償還請求權之必要⁴³。因此，利益償還請求權具有補充權之性質，與獨立的原因關係請求權如不當得利返還請求權、損害賠償請求權等有別，顯見利益償還請求權所追求利益不能與追求票據快速流通之社會利益等量齊觀。因此，消極利益之證明固有其困難，惟此仍非得以作為導出舉證責任分配原則變動之根據，此種類型之舉證責任仍應歸由執票人負擔，但或可考慮提高被請求人之具體化說明義務，被請求人固可不主動為舉證說明，但仍應就票據之流通原因為一定之說明，使得請求人得以聚焦攻防，法院得為集中審理。

以上就立法目的、風險分配、舉證難易之因素綜合判斷，本文認為票據債務人受有消極利益之事實，應由執票人為舉證活動以說服法院。

五、小結

承上所述，最高法院48年台上字第389號判例所構築的利益償還請求權之「受有利益」的舉證責任分配原則，似嫌欠缺說理、不加區別是否為直接前後手關係、是否為積極利益或消極利益之情形，即有再加斟酌之餘地。準此，本文基於前述對舉證責任概念之理解，考量事件類型及實體法與程序法之要素，嘗試具體化利益償還請求權之舉證責任分配原則，又在具體個案裡，為避免裁判對當事人造成突襲，法官應適時加以闡明，讓當事人在訴訟之初就知道舉證責任之歸屬，促使負行為責任者為充分之舉證活動，方能兼顧程序保障，並實踐我國新民事訴訟法下之諸多理念，希望能對具體類型化工作上提供些許之幫助。

伍、醫病關係之舉證責任分配：從經濟分析觀點

在醫病關係的舉證責任當中，如何在適當之情形，依何種標準適用民事訴訟法第277條但書之規定減輕或轉換病患之舉證責任，係一困難之課題。就此，學說上提出諸多法則以

⁴³ 例如票款請求權雖罹於時效而消滅，但原因關係之貨款債權並不因而消滅時，自不能認為發票人因票據債權罹於時效消滅，而受有免除貨款債務之利益。

供參考，本文嘗試著在理論上⁴⁴用經濟分析之角度說明該些法則是有「效率」的，試著用另一種角度來思考在醫病關係適用民事訴訟法第277條之舉證責任分配是否係合理的。

一、傳統舉證責任分配

按我國民事訴訟法第277條前段規定當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。就此，德國通說乃以法律要件分類說作為舉證責任分配之一般原則，即各當事人應就其有利之規範要件為主張及舉證。Rosenberg教授將實體法法律規範區分為權利發生規範、權利障礙規範、

權利消滅規範、或權利抑制規範⁴⁵。法律要件分類說主要內容即「主張權利存在之人，應就權利發生之法律要件存在之事實為舉證；否認權利存在之人，應就權利妨害法律要件、權利消滅法律要件或權利受制法律要件負舉證責任。」而在醫療訴訟中，病患對醫師之請求權基礎應為民法第184條第1項前段之侵權行為損害賠償請求權、對醫院之請求權基礎應為民法第188條之僱用人侵權責任損害賠償請求權、契約上之不完全給付請求權等⁴⁶。故適用法律要件分類說之特別要件說之結果，就侵權行為而言，病

44 之所以稱在「理論上」，是因為以下討論的前提都是建立在已經存在一個確定的客觀真實之上，但實際的案例中並無法事先確定該客觀真實為何。

45 姜世明，〈醫師民事責任程序中之舉證責任減輕〉，《月旦民商法》，第6期，2004年12月，頁9。

46 按醫療案件中，醫療行為是否適用消費者保護法，以下分述之（以下整理自陳聰富，醫療侵權之歸責原則（上），月旦法學教室第75期，2009年1月，頁83。）：

肯定說：原告或可主張醫療服務係人類生活的重點，蓋醫療服務係人類發生其他消費行為之前提；有認為消費者保護法所稱之營業，不以具有營利目的為限，且消費者保護法所稱服務，不以與商品有關聯者為限。亦有從行為人的「行為目的範疇」和「消費者保護法之立法目的」兩者觀察，就前者而言，行為人如係基於個人生活上目的之需要而從事交易行為，應傾向認定為以消費為目的之行為，而病患就診乃係基於滿足其私人生活需要之目的所為之行為，其接受醫療服務並不用於生產或行銷目的；就後者而言，在利害關係人存在有交易地位優劣或專業能力強弱不一之社經關係時，應傾向於將其認定為法律上的消費行為，就醫療服務所需具備之專業知識、技術、資訊而言，病患與醫院顯然存在相當強烈之依賴從屬關係，故醫療服務應係一種消費行為，而病患應係消費者，要無疑義。

否定說：醫院得抗辯之理由，以下分述之：

1. 若採肯定說，在全民健保制度下，醫療院所並無自由調漲醫療費用之權限，將使醫院只好少看高風險的病人以求自保。
2. 商品製造人責任和醫療責任二者不同，醫療責任中醫師只能親自個別治療病人，不可能有醫療標準化、機械化的情形，與大量商品製造有所不同，且醫療行為中一般並無因高科技運用而產生之特別風險。
3. 由法律上分配正義之觀點，應採否定說。蓋無過失責任之法理基礎在於分配的公平正義，即危險活動者從事危險活動而獲得利益，係建立在他人法益受侵害的危險上，如此將造成危險分配不公平的現象，基於分配正義之原則，有必要使危險活動者負擔無過失賠償責任。而在一般醫療行為中，其本身有多種不同危險源，病人的醫療危險由於高科技或醫療儀器的運用，反而降低。醫療行為本質上係建立在醫師與病人雙方之利益所為之活動，並無利益與危險分配不公平之現象。
4. 就法律經濟分析之觀點，應採否定說。蓋理性的危險活動從事者，在能獲利的範圍內，必然投資安全設施以降低危險發生機率，或透過保險機制以分散風險；在無法獲利時，危險活動從事者必然放棄危險活動，以降低風險。然而在醫療行為，未必所有危險均與安全設施的投資成正比，採行無過失責任未必能發揮行為控制、避免危險發生之效果。其次，當理性醫師放棄高風險行為以降低病人風險時，最終結果未必有利於病人，損害反而可能因之擴大。

小結：本文亦採否定說。除上述理由外，更有文獻指出我國只有少數保險公司提供醫療傷害責任險，醫療機構無法經由保險分散風險，似非最佳之危險承擔者，若無法藉由保險分散，結果終究是由病患承擔損失，從而必定增加一般患者之醫療費用，則是否符合全民醫療之目的，將有疑問。另外，採肯定說將使醫師採取防禦性醫療措施，大量浪費醫療

患應舉證證明醫師有故意或過失、法益侵害及侵害行為、違法性、損害及因果關係；就對醫院之不完全給付請求權而言，文獻上⁴⁷有指出不完全給付包括瑕疵給付與加害給付，前者為結果義務之違反，後者為行為義務之違反；前者侵害給付義務本身，後者則為保護義務之侵害。在結果給付義務之違反（即瑕疵給付），與一般給付遲延與給付不能相同，由債務人負擔給付風險，固應由債務人就其不可歸責負舉證責任。但在加害給付，係屬違反保護義務之行為，與一般侵權行為違反避免侵害他人之義務類似，債務人並非對給付結果負責，因而德國學者通說認為在加害給付時，原則上應由原告債權人對於被告債務人是否可歸責，予以舉證。僅在債務人對

於事件具有危險掌控能力時，始由債務人負擔舉證其為不可歸責之責任。德國法院亦一再認為，病患無論基於侵權行為請求賠償，或依據契約責任而為請求，為避免形成結果責任，原則上均應由病患負舉證責任。其理由在於醫療行為具有難以預測之特性，人體組織之變化，並非醫師得以全然掌握，病患個人體質差異甚鉅，醫療行為雖造成病人身體或健康損害，原則上仍應由病人自行承擔。蓋在醫療責任上，不得僅因結果失敗，即推論醫師具有義務違反行為，而認定醫師具有責任。為確保醫師之專業活動自由，期待醫師盡力救治，並避免防禦性醫療行為之發生，應由病患就其請求負舉證責任。則承上述之特別要件說，病患若主張不完全給付，則應

資源。實務上，高等法院94年度醫上字第3號判決亦採否定說，且醫療法第82條亦修法（民國93年4月28日公布）明文採否定說之見解（但此尚有醫療法和消費者保護法，何者為特別法之爭論。有學者認為，由醫療法修訂之立法政策而言，醫療法應係特別法，參前：陳聰富，醫療侵權之歸責原則（上），月旦法學教室第75期，2009年1月，頁91。）有無民法第191之3之適用：原告可否向醫院或醫師主張民法第191條之3之規定？

肯定說：醫療行為對病人之身體或健康必有侵入，從而應係一種危險的事業活動或工作。而本條既然對於一般的事業活動或工作加以規定，則除非另有排除醫療服務之特別規定，否則因醫療服務引起之醫療損害即應有本條之適用。參黃茂榮，《債法總論第二冊》，台北，植根，2002年9月，頁57；黃立，〈消保法第七條與民法一九一之三對醫療行為適用之評析〉，《政大法學評論》，75期，2003年9月，頁64。

否定說：醫療行為並不屬於現代科技危險行為，醫療侵入行為雖皆具有一定之危險性，但此並非因現代科技之發展而致之。再者，醫師對於醫療行為之危險無法管領，且不因其管領使用而獲利。

小結：本文亦採否定說，蓋有認為由立法理由觀之，本條既係以危險責任為規範對象，而危險責任之理論基礎係建立於損害分散之分配正義上，從而適用該條規定，必須行為人創造危險源、對該危險行為得以控制，且得以價格機能或責任保險分散該危險者，始足當之。而醫療行為，於傳統上，不認為係屬醫師創造危險來源，且得以控制危險之危險行為。且我國醫院醫師無法決定價格，無法透過價格來分散風險，又我國無充分醫療責任保險機制，故應無本條之適用為是。實務見解於高等法院94年度醫上字第3號判決亦採相同見解，可資參照。參陳自強，〈民法侵權行為法體系之再構成（下）〉，《台灣本土法學雜誌》，第17期，2000年12月，頁38。陳聰富，〈醫療侵權之歸責原則（下）〉，《月旦法學教室》，第76期，2009年2月，頁99。

47 陳聰富，〈醫療訴訟之舉證責任—最高法院98年度台上字第276號民事判決評析〉，《法令月刊》，第61卷第4期，2010年4月，頁32。

證明契約訂立、違反契約義務（行為），可歸責性、損害及因果關係等要件。

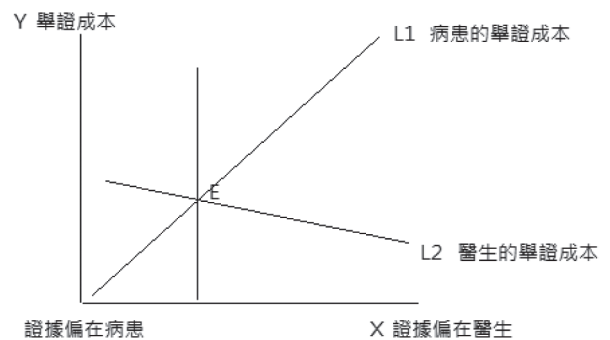
二、舉證責任減輕或轉換之經濟分析

惟在醫療事件之民事責任程序中，被害人舉證相當之困難⁴⁸。故學說上就如何減輕或轉換病患之舉證責任提出若干理由，例如武器平等原則、信賴關係之職業本質、危險領域理論等。惟學說上一再強調者係，不可僅基於上述理由而單憑直覺、國民法感情而任意適用我國民事訴訟法第277條但書，恣意為舉證責任之調整，而參照比較法上之法則為適用我國民事訴訟法第277條但書之借鏡，學說上最常提到者例如表見證明法則、事實說明自己法則、證明妨礙法則等情形均可減輕舉證責任；而基於危險領域理論、重大醫療瑕疵理論等情形應可轉換舉證責任而由醫師或醫院負擔。本文嘗試用粗淺之經濟分析

之角度切入，試著解說各該理論在經濟上係有「效率」的，分述如下：

（一）首先，先定義經濟學上之效率，我們在接下來說明醫病關係的舉證責任分配均使用這個定義：「使社會的整體價值能被達到最大化的資源配置方式（即社會整體舉證責任最低之配置方式）」⁴⁹。

圖一



如圖所示，X軸的右端代表證據偏在醫師或醫院、X軸的左邊代表證據偏在病患。Y軸代表舉證成本。L1代表病患的舉證成本，當證據越偏在病患時，病患的舉證成本較低，反之

48 姜世明，同註45，頁6，列舉了九點理由，1.專業知識掌握度之明顯落差。2.被害人取證之困難。3.醫療訴訟中鑑定人之公正性即可信度不被充分肯認。4.病人因缺乏專業知識，既難期待其於醫師醫療行為之可歸責性及其損害與醫療過誤期間之因果關係能為正確判斷；而此一知識落差之不平等，不能因聘請律師而得獲解決。5.當病人在手術及治療期間，乃置於醫師或醫院所能掌握之領域，相關人員、設備之安排與使用，皆為醫師所能且應負責者；即關於醫療過程中病歷之記載及診斷結果確保亦均由醫師所主宰，而非病人所能參與及影響。6.法官關於醫學之專業能力不足，而因其欠缺專業知識，對於醫師所能陳述或鑑定人之意見乃無審查與監控之能力，對於病人可能因專業知識落差而造成之訴訟上不平等，即可能因此而無法藉由法官闡明而獲得部分救濟。7.基於舉證責任分配一般原則即特別要件說之缺陷，因其缺乏彈性，對於部分類型事件，可能因適用特別要件說之結果而對於被害人有過苛之要求。8.醫師對於法律知識之缺乏，或基於醫師職業慣習，而未對診斷結果調查與確保及文件義務等多加用心，導致造成事後證明困難，此一不利若歸於病人負擔，即屬不公平。9.在醫師民事責任程序中，因對生命體之不可掌握性所產生醫療行為反應之不確定性及不可掌握性，益使病人之舉證發生困難。故學說上就如何減輕或轉換病患之舉證責任提出若干理由，例如武器平等原則、信賴關係之職業本質、危險領域理論。參前揭註文，頁7。

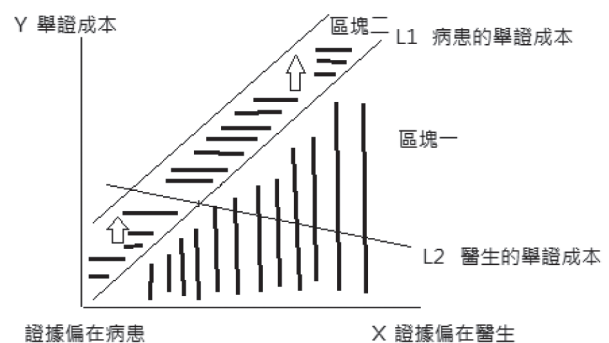
49 或有論者認為，最有效率的方式應是大家都不提起訴訟，但大家都不提起訴訟的結果，可能導致權利無法獲得主張，反而延遲社會的進步，如此一來，可能不是最有效率的。

若證據偏在醫師或醫院，則病患的舉證成本較高，故病患的舉證成本如L1是一條由左下右上的線。同理L2代表醫師或醫院的舉證成本，醫師或醫院的舉證成本是一條左上右下的線。L1與L2的交接點為E點，當一個待證事實所需之證據，在E點左側時，則病患的舉證成本較低，由病患負擔舉證責任社會的整體支出也會較低，故可以達到效率的追求。反之，若證據處於E點的右側，則應改由醫師或醫院負擔舉證責任。

若依照民事訴訟法第277條本文，不論契約上請求權或侵權行為請求權均應由病患就負舉證責任，已如前所述。但實務上已出現在醫病關係適用民事訴訟法第277條但書時參考前述法則之案例，例如臺北地方法院89年度重訴字第472號民事判決。於該件醫療事故，臺北地方法院認為：「子宮肌瘤切除手術約百分之一會傷到輸尿管，足見子宮肌瘤手術通常情形並不會傷及輸尿管。且子宮肌瘤病症之必要手術，通常情形，其手術結果或產生之影響應與泌尿系統之腎臟無關，但最後原告卻又必須切除左

腎。而事故發生之情形又完全在被告之掌控範圍內而無其他因素介入，因而適用「事實說明自己」法則⁵⁰，認定原告業已舉證完成，而應由被告醫院及醫師舉證其無過失，否則即應負擔損害賠償責任」。若要用前述經濟學之角度解釋事實說明自己法則，此時病患的舉證成本如圖一的L1，由於被告對於損害發生具有排他性的控制力，損害發生既然係在被告控制下所造成，則由被告蒐集證據、保管證據、提出證據之舉證成本較低，如圖一E點右側之情形。從效率的角度觀之，此時由被告負舉證責任，則整體之舉證成本最低，將會是最有效率的方式。

(二) 再如圖二



例如德國紗布案⁵¹，本案醫師於第一次手術時，將止血紗布遺留於體

50 沈冠伶，〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，《月旦法學雜誌》，第127期，2005年12月，頁38以下。

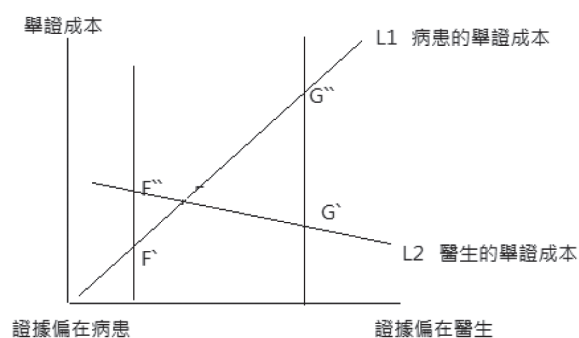
51 沈冠伶，〈證明妨礙法理在醫療民事訴訟之適用〉，《臺大法學論叢》，第38卷第1期，2009年3月，頁174。

內，為清除紗布而進行第二次手術，但醫師將紗布取出後予以丟棄。在病患提起損害賠償訴訟時，由於所遺留紗布之大小與形狀，對於醫師之過失認定具有決定性意義，但卻因紗布遭醫師丟棄，使原告無法證明該紗布之大小及形狀，法院因而認為構成證明妨礙，就醫師是否具有過失不能解明之不利益，由醫師負擔。若用前述經濟學之角度解釋證明妨礙法則，由於醫師把原應由病患提出之證據毀損滅失，造成病患提出證據之成本提高，故相較之下，應藉由降低病患之證明程度使病患之舉證成本下降。如此一來，整體之舉證成本最低，可肯認係最有效率之方式。如圖二，依照我國傳統舉證責任分配，即應由原告負舉證責任，則原告的舉證成本如L1所示。若被告妨礙原告證明，使原告的證明成本增加，原告的舉證成本會變成L2，則整體的舉證成本會由（區塊一）增加為（區塊一+區塊二），變得沒有效率。故此時應減輕原告的證明度，使其所需之舉證成本下降，使整體舉證成本重新回到（區塊一）。

在醫師未製作或保存完整病歷之

案件當中，學說與實務上亦適用證明妨礙法則來減輕病患之舉證責任，我國學說上認為⁵²，違反病歷記載義務因涉及違反證據法上證據保存義務，於有故意或過失，且病歷記載義務之違反與應證事實之不能解明，兩者間具有因果關係時，即該當於證明妨礙之要件，而不必再要求對於訴訟之提起具有預見可能性。在法律效果上，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。也可以用圖二達到相同的解釋。

（三）再如圖三：



在處理醫療設備與器材之缺陷案例⁵³時，例如手術時使用之X線管或麻醉儀器不合於使用狀態、或消毒劑之純度不合規定；或處理醫院組織規則之內容之案例時，例如醫療設備之管理、維護之缺失，及對於新手醫師編派之缺失。又例如在輸液感染案

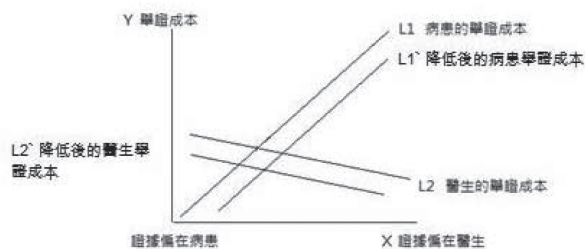
52 沈冠伶，同註51，頁186-187。

53 以下參陳聰富，〈醫療訴訟之舉證責任—最高法院98年度台上字第276號民事判決評析〉，《法令月刊》，第61卷，第4期，2010年4月，頁47。

件，病患於輸液時，因所輸溶液遭到細菌感染而發生敗血病，雖然無法證明溶液污染之原因，但因該溶液業已交付護士1小時以上，受污染之機會大增，德國法院認為，被告醫院應證明其對於溶液污染並無過失。蓋污染所生之領域，係屬醫院所可完全控制之領域，而應採取必要措施，以避免損害發生。上述案例，德國實務上均以危險領域理論加以解決，即若損害原因存在於加害人之危險領域，係屬加害人所得控制之範圍，則加害人應負舉證責任。從而，在醫療事故所生之損害，係由於醫師或醫院所能完全控制之危險，而與人體組織之差異性無關時，應由醫師就過失、因果關係等要件負舉證責任。

若用前述分析之角度解釋，因為此時證據偏在醫師或醫院，由醫師或醫院就手術時使用之X線管或麻醉儀器不合於使用狀態、或消毒劑之純度不合規定等事項負舉證責任的成本，較病患就上述事項負舉證責任之成本為低，如圖三的G''（病患的舉證成本）和G'（醫師的舉證成本），所以由醫師負舉證責任較有效率。

（四）再如圖四



事案解明義務係不負舉證責任之一造，負有協力義務，例如病患可依據民事訴訟法第195條請求醫院就某次手術之過程提出說明。接著病患才可能可以瞭解，其主張此一待證事實需要提出何種（A1~A10）之物證，其也知道其中A6文書在醫院那邊，病患因此可依據民事訴訟法第344條第1項第5款命醫院提出。原本依本文模型，社會整體之舉證成本為（區塊一，即L1與L2相交所夾下方部分），採用事案解明義務後，可降低當事人的舉證成本，使證明成本降為L1'和L2'，社會整體證明成本降為（區塊二，即L1'與L2'相交所夾下方部分）。

三、小結

在處理醫病關係之舉證責任時，如何在適當的情形、適當地減輕病患

之舉證責任，學說上提出諸多標準。本文試著在理論上，用經濟分析的角度去說明該些標準是有效率的，並提出以下兩個問題作為結語：第一，有沒有一個案例，在適用上述法則時，因為該些法則的要件有模糊的灰色地帶，使得吾人在邏輯判斷上無法確切的掌握究竟應不應該適用該法則，但使用經濟分析之方法卻可發現此時是有效率的或是無效率的？亦即經濟分析於此在某程度上是否可明確化上述法則的要件？第二，假設某案適用上述各種法則或是依照本文提出之模型，確定由醫師負舉證責任，蓋由其負舉證責任之證明成本較低，但其必須付出之證明成本仍然過高導致其無法獲得期望的收入時，此時是否會使其採取防衛性醫療措施？

最後，誠如Posner教授所遇到的批評：法律欲實現正義或正確的倫理價值，而正義或正確的倫理價值並不能被化約等同於「效率」或Posner所說的「財富極大化」，故法律與經濟學所追求的是不同的價值，經濟效率不是法律的最終目的⁵⁴。故用經濟學來分析舉證責任，僅僅只是提供多一點的思考途徑。誠如Posner教授自

己所言：這只是經濟學家呈現出來的一個作為「建議」的社會工程藍圖而已。至於這個設計在道德上好不好，就留給倫理學家去判斷吧！

陸、結論

經由以上討論，本文提出幾點粗淺且不成熟的結論：（一）民事訴訟法第277條應定位為主觀舉證責任的規範，其可依據不同的案例類型為不同的分配標準，法律要件分類說、實質上公平、平等、程序利益保護、經濟效率等觀點，都是可以考量之項目，但最重要的係，法官在審理中應說明待證事項為何，舉證責任應如何分配以及分配理由，在判決中也應該交待何事實應由何方當事人提出證據，透過案件累積，藉此達到類型化的結果，使人民在未來交易活動中對其舉證責任可以預見。此外，也應公開待證事實是否已達確信之心證，讓當事人知悉是否應繼續提出證據，以免發生突襲性裁判。（二）舉證責任分配可以從多個面向考量，按照案件類型進行分配，不需拘泥於單一、固定的分配標準。例如從立法目的、風險分配、舉證難易之因素綜合判斷，

⁵⁴ 林立，《波斯納與法律經濟分析》，台北，學林文化，2004年1版，頁4。

票據債務人受有消極利益之事實應由執票人為舉證活動以說服法院。

（三）舉證責任可否以經濟分析的角度進行思考？本文試著以經濟分析之方式，分析醫病關係的舉證責任問題，希望可以透過經濟分析的角度為舉證責任分配帶來不同角度的思考，說明我國在醫病關係中所使用之危險領域理論、重大醫療瑕疵理論等見解在經濟上是有效率的。

