

民事訴訟實務（二） 授課大綱（全）

（高雄市立空中大學）（為環保考量，請自行列印）

主講教師：陳昱沂-律師
日期：109.08.23
佳合律師聯合事務所
TEL：(07) 215-6256
e-mail：ice59@seed.net.tw

成績計算

網路閱讀（30%）、期末考試（70%）

一、網路閱讀 30%：

(一) $\frac{\text{實際收聽次數}}{\text{應收聽次數}} \times 100\% = \text{此部分得分}$ 。

(二) 最後計算的日期：109年9月3日（學校的日期若是在此日期之後，仍以本日為結算日）。

二、期末考試 70%：

(一) 在本次大面授上課時，最後 30 分鐘，考 1 題，可帶任何資料。

(二) 當天不能上課者，在 109 年 9 月 4 日中午 12 點前，就本次授課大綱的 2 題題目，撰寫作業代替考試，逾期則無成績，學期成績就不及格了！

三、對不起，我不是吃飽閒閒，隨時 24 小時等著沒有來上課、考試的各位交作業、打成績，請各位務必自我管控時間並自負其責！來學習法律，就應學會逾期的失權效果！而且從現在到上述的截止日期，在時間上綽綽有餘，切勿逾期自誤！

四、以作業代替考試時，請注意：

(一) 不必抄題目，不必作封面，請註明姓名、學號、課程及開課號。

(二) 請引用法條並說明理由，儘量區分不同的角度作討論，儘量使用三段論法作敘述，並使版面綱舉目張、段落分明！

(三) 各人獨立撰寫，嚴禁抄襲（3 句話相同或類似），否則不分首從，一律 0 分。

(四) 繳交方式：

1. 電子郵件請傳至「ice59@seed.net.tw」（若需確認有無收到 e-mail，

請使用讀取回條)。

2. 傳真 (07-2415753)。

3. 或是以紙本寄至「高雄市前金區中正四路 211 號 8 樓之 6，陳旻沂老師收」。

(五) 為避免有無收到作業之爭議，所以於繳交後 7 天內 (或是於學校成績系統關閉前)，如果沒有在網站上看到成績，敬請反映，否則就會被認為沒有繳交作業，學期成績就會不及格了！

(六) 另為公平起見，給完分數之後，恕不受理修改後之作業。為避免得到 0 分或不及格之分數，請在繳交前一定要檢查：

1. 是否抄襲？

2. 是否有引用法條並說明理由？

3. 所引用的法條是否為本課程的法條？(請尊重本課程)

4. 是否已註明姓名、學號、課程及開課號？(此部分無關成績)

繳交作業代替考試的題目

一、 A 起訴主張 B 於 107 年 7 月 7 日向 A 借款 100 萬元，迄今未還，故向 B 請求返還借款 100 萬元，B 承認有收到 100 萬元，但否認是借款，也未說明收受款項之原因。則 A 是否應就「雙方是借款的關係，不是其他原因之給付」，負舉證責任？還是 B 應就「收受款項是另有其他原因，不是借款」，負舉證責任？

- 二、承上題，倘若 B 承認是借款，但主張已於 108 年 8 月 8 日以匯款方式還款 40 萬元，雖未提出匯款單，但 A 當庭承認有此事。惟 A 回家後發現講錯了，乃向法院表示 B 並未匯款 40 萬元，並提出存摺（沒有匯入資料）為證。則 B 是否仍須就「已還款 40 萬元」之事實，負舉證責任？

證據

一、證據能力及證據力

【問題】：偷偷錄音（影），可以作為證據嗎？

合法→可以作為證據

不合法→不可以作為證據，且另涉刑法「妨害祕密罪」。

「取得證據」與「保護穩私權」之衝突及平衡

(一) 比較：

1. 證據能力：可否作為證據？如果沒有證據能力，則縱使存在這個物件資料，也會被排除，不可以作為判斷之依據！
2. 證明力：雖然是有證據能力（資格）之證據，但可以證明到何種程度？

(二) 證據能力：

1. 刑事訴訟法有相關規定 (§158 之 2 以下～)，但民事訴訟法則無。
2. 最高法院 106 年台上字第 246 號判決意旨：
 - (1) 按民事訴訟法對於證據能力並未設有規定，**違法取得之證據**

是否有證據能力，應從誠信原則、正當程序原則、憲法權利之保障、違法取得證據侵害法益之輕重、發現真實與促進訴訟之必要性等加以衡量，非可一概而論。

- (2) 倘為財產權訴訟勝訴之目的，**長時間、廣泛地不法竊錄**相對人或第三者之談話，非但違反誠信原則，而且嚴重侵害憲法保障之隱私權，權衡法益輕重，該為個人私益所取得之違法證據，自不具證據能力。
- (3) 原審依其採證、認事之職權行使，認上訴人提出之光碟七片暨譯文不具證據能力，其無法證明其與王○○間就系爭房地有借名登記關係存在，王○○等三人如何處分、移轉登記系爭房地，均與上訴人無涉，難認侵害上訴人之財產權，而為上訴人不利之判決，經核於法並無違誤。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求為廢棄，為無理由。

3. 最高法院 104 年台上字第 1455 號判決意旨：

- (1) 按民事訴訟之目的旨在解決紛爭，維持私法秩序之和平及確認並實現當事人間實體上之權利義務，為達此目的，有賴發現真實，與促進訴訟。**惟為發現真實所採行之手段，仍應受諸如誠信原則、正當程序、憲法權利保障及預防理論等法理制約。**
- (2) 又民事訴訟之目的與刑事訴訟之目的不同，民事訴訟法並未如刑事訴訟法對證據能力設有規定，就違法收集之證據，在民事訴訟法上究竟有無證據能力？尚乏明文規範，自應權衡民事訴訟之目的及上述法理，從發現真實與促進訴訟之必要性、違法取得證據所侵害法益之輕重、及防止誘發違法收集證據之利益（即預防理論）等加以衡量，非可一概否認其證據能力。
- (3) 苟欲否定其證據能力，自須以該違法收集之證據，係以限制他人精神或身體自由等侵害人格權之方法、**顯著違反社會道德之手段、嚴重侵害社會法益**或所違背之法規旨在保護**重大**

法益或該違背行為之態樣**違反公序良俗者**，始足當之。

- (4) 本件上訴人未得其對話之他方陳○○之同意擅自錄音、錄影時，被上訴人當時在場，乃原審確定之事實，且上訴人主張該錄音、錄影之地點係在民生西路房屋一樓機車行，似為被上訴人所不爭執；果爾，該機車行應為一般顧客得以公然進出之場所，被上訴人復行在場，陳○○與上訴人對話時**既不掩形聲，不畏聞見**，則其究竟有無隱密其與上訴人間對話內容不欲人知之意圖，而足以構成上述以侵害人格權之方法或顯著違反社會道德之手段或嚴重侵害社會法益或違背保護重大法益之法規或其違背之態樣違反誠信原則或公序良俗之情形？尚有待釐清。
- (5) 況陳○○已經死亡，上訴人亦無從經由法院依職權訊問陳○○之程序作為證據方法（民事訴訟法第三百六十七條之一第一項參照），則權衡發現真實與促進訴訟之必要性與上訴人收集證據手段之方式，是否有否認上訴人提出系爭光碟之證據能力之必要？依上說明，即非無進一步研酌之餘地。原審未遑詳求，逕以上訴人係以不法侵害陳○○隱私權之方法取得證據，系爭光碟欠缺證據能力云云，遽為不利於上訴人之認定，自嫌速斷。上訴論旨，執以指摘原判決為不當，聲明廢棄，非無理由。

【後來】更一審法院採為證據，並經最高法院 105 年台上字第 858 號裁定駁回上訴而確定。

4. 最高法院 109 年台上字第 1326 號判決意旨：

- (1) 惟觀之被上訴人所提上訴人與江○○之電子信箱通信紀錄（下稱系爭資料）所示，上訴人暱稱江○○為「寶貝」，並自稱「愛妳不渝的 Sunkuo」、「用愛等待妳的 Sunkuo」、「更愛妳一生的 Sunkuo」、「還是一樣愛妳的 Sunkuo」等，復依所載通信內容，可見上訴人與江○○相互產生情愫，已超越一般朋友關係，上訴人所為已違反婚姻之忠誠義務，堪認係兩造婚

姻產生破綻之主因。

- (2) 上訴人雖主張被上訴人違法侵入其電子信箱所取得之系爭資料，**不具證據能力**云云。惟被上訴人並無電腦專業，倘上訴人未告知被上訴人其電子信箱之帳號、密碼，被上訴人不可能知悉而取得系爭資料，難認系爭資料係被上訴人私自侵入上訴人之電子信箱所獲得。
- (3) 縱認被上訴人係自行獲悉上訴人之電子信箱密碼，惟上訴人未主張被上訴人係以**何顯著違反社會道德之手段**進入其電子信箱，且上訴人既未以妥適之方式使其電子信箱不易為他人進入，**即未合理期待該電子郵件具高度隱秘性**；衡諸被上訴人進入該電子信箱查閱電子郵件之目的，係為維護兩造之婚姻，堪認其取得系爭資料之手段、目的均未逾比例原則，系爭資料應具證據能力。

二、 證明及釋明

(一) 程度：

1. 證明：須使法官達到「確信」、「必然」之程度，否則會受不利之判決。
2. 釋明：使法官形成「大概如此」、「或然」之程度即可。
例如：§346(3)
§526(1)

三、 舉證責任及例外：

(一) §277：舉證責任之所在，敗訴之所在。

不是規定由原告舉證，有些情況應是由被告舉證。

(二) 舉證責任之例外：

1. §277 但：
§278：顯著或已知之事實
2. §279：自認
【延伸】：自認之撤銷

3. §280：視同自認

（單純沈默與默示，不同，不發生法律效力，但這是例外）

（默示，雖未明白表示，但有動作，也會發生法律效力）。

4. §281：法律上推定

例如：§11 同時死亡

§759 之 1 登記名義人之權利【借名登記之舉證推翻】

5. §282：事實上推定

但事涉自由心證，§222

6. §282 之 1：妨礙舉證

類似：§345

【問題】：下列情形，應由何人負舉證責任？

1. A 向 B 請求返還借款 100 萬元。B 否認有收到錢。

2. 承上題，A 說有收到 100 萬元，但是是投資款，而投資的事業已經因為賠錢而結束營業了。

3. 承第 1 題，B 說有借，但已經還了 60 萬元。A 則否認。

4. A 持借據向 B 請求返還借款：

(1) B 否認借據上 B 印文之真正。

(2) B 主張借據上 B 印文是偽造的（或遭盜用偽蓋的）。

5. A 因車禍向 B 請求賠償，B 抗辯 A 早就知道 B 是肇事者，卻超過 2 年時效期間才請求，但 A 主張是最近 2 個月才知道。

【參考】最高法院 72 年台上字第 1428 號判決：

民法第一百九十七條第一項規定：「因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅」。所謂知有損害及賠償義務人之知，係指明知而言。如當事人間就知之時間有所爭執，應由賠償義務人就請求權人知悉在前之事實，負舉證責任。

【問題】：下列情形，應由何人負舉證責任？

1. 因 B 對外宣稱已向 A 購買房地，勸第三人不要來介入糾紛，A 深覺困擾，乃向 B 起訴請求確認兩造間買賣關係不存在。

【參考】最高法院 42 年台上字第 170 號判決

確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉證責任。

2. X (債權人) 因債務人 Y 將不動產移轉登記給 Z，認為這是為了脫產所為的假買賣，乃起訴主張 Y 及 Z 是通謀虛偽意思表示 (民法§87)，而請求 Z 應塗銷登記，以使不動產名義回復成 Y 的名義。

【參考】最高法院 48 年台上字第 29 號判決

第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，該第三人應負舉證之責。

3. A 主張甲屋是由其購買，借名登記在 B 名下，乃起訴請求辦理移轉登記，並稱 B 根本沒錢、沒能力購買甲屋。但 B 否認，並主張是 B 自己出錢買的，A 已提出購買房屋時的匯款證明。

期末考

利用上課最後 30 分鐘，考 1 題。