

由舉證責任分配觀點論地籍清理條例

第 39 條權利證明文件規定之妥適性

Study on the "Verteilung Beweislast"

Problem §39 of "Clarification Act"

研究單位：苗栗縣頭份地政事務所

研究人員：陳珮瑜

中華民國九十九年十月

## 摘要

日治時期原為寺廟所有之土地，由於彼時已移轉但尚未辦理登記，或已移轉登記卻為日本政府沒入，至今仍為其管理、使用、收益，又因光復後國家主權轉移，尚未在土地總登記期間辦理申報，致該類土地登記為公有，其存在之型態實質為私有，形式為公有，造成所有權與使用者不符之現狀。

根據內政部統計結果，這類土地仍有 45,000 多筆尚未解決，為解決公有土地之問題，避免影響土地有效利用及損害民眾之權益，民國 96 年 3 月 21 日，立法頒布地籍清理條例，內容詳列：申請贈與之權利主體及資格、申請贈與之條件等，並於 97 年 2 月 5 日行政院院臺建字第 0970081787 號令訂定寺廟申請贈與公有土地辦法以為執行，自 97 年 7 月 1 日施行。

然寺廟申請贈與應檢具之文件，有日治時期及非日治時期之證明文件，能取得與不能取得，在法條設計上卻課受贈者全然負擔之義務，由於日治時期土地物權的設定、轉移，係因當事人意思表示即生效力，無需任何公示方法。故不動產權利之得喪變更不受未辦理登記之影響。

又該類土地至今管理、使用、收益已超過 50 餘年以上，社會必覺其為正當而信賴之，基於長期存續保障之觀點，應對長期存續的一定事實狀態加以承認與尊重。然應檢具之證明文件，在土地總登記期間未辦理申報，至今因年代久遠，取證困難，舉證責任全然由受贈者負擔，將造成失權之結果，此即舉證責任分配產生問題。為檢討舉證責任分配之妥適性，考量公私雙方權利之均衡維護，先釐清寺廟與政府機關能取得、不能取得之證明文件，及舉證責任分配之權屬，確立舉證責任分配之態樣，並建議政府修法明文規定當舉證困難時，得以舉證責任減輕或轉換之規定。

建議舉證責任分配之方法，以 Rosenberg 所創之法律要件分類說（規範理論）為基礎，並參考德國法上之舉證責任分配法則相關理論以協力（證明）負擔為定位之支配領域說為第一優先順序，及大法官會議解釋 537 條申請人負協力負擔之義務，職權調查為例外。就舉證困難或不能之文件，如契字或遺囑等，以舉證責任減輕，免檢具日治時期之權利證明文件，採替代文件以茲證明，舉證困難之文件，如非都市土地之非公共設施及申請分區、用地變更之證明文件，除由當事人提出申請外，採舉證責任分配轉換由政府負擔，以合乎舉證責任分配之妥適性。

**關鍵詞：**地籍清理條例第 39 條、權利證明文件、舉證責任分配、Rosenberg 規範學說、舉證責任減輕

# 目 錄

目 錄	iii
圖目錄	v
表目錄	v
第一章 緒論.....	1
第一節 問題陳述與分析.....	1
壹、申請贈與應繳交文件爭議問題.....	2
貳、日治時期之寺廟土地產權.....	5
第二節 研究目的與範圍.....	10
壹、研究目的.....	10
貳、研究內容與範圍.....	10
第三節 研究方法.....	12
第二章 日治至光復期寺廟所有土地.....	13
之演變 13	
第一節 日治時期寺廟發展歷程.....	13
壹、寺廟之意義.....	13
貳、日治時期寺廟之地位及特性.....	16
參、日治時期寺廟土地取得來源及其權源.....	18
第二節 光復後因政權轉移而登記為公有之情形.....	20
壹、臺灣光復後公地接收之情況.....	20
貳、光復初期土地總登記(權利憑證繳驗)之歷程.....	21
參、光復初期寺廟之整理過程.....	23
第三章 我國土地登記制度之演變.....	25
第一節 土地登記制度之演進.....	25
壹、日治時期土地權利概況.....	25
貳、台灣在日治時期土地登記制度.....	26
參、光復後土地登記制度.....	28
肆、現制與日治時期土地登記制度之比較.....	31
第二節 寺廟土地登記之必要性.....	33
壹、所有權之意義與性質.....	33
貳、所有權之權能.....	34
參、土地登記之效力.....	35
肆、寺廟未完成登記之結果.....	38
伍、小結.....	40
第四章 地籍清理條例第 39 條在舉證.....	42
責任分配上之分析.....	42
第一節 舉證責任分配學說.....	42

壹、學說之變遷.....	42
貳、十九世紀末葉之舉證責任分配學說.....	43
參、今日舉證責任分配學說.....	47
肆、舉證責任分配學說在行政程序法之適用.....	48
第二節 舉證責任之內涵.....	54
壹、證據之內涵.....	54
貳、舉證責任之探討.....	60
參、舉證責任之分類.....	62
肆、舉證責任分配之探討.....	63
伍、舉證責任分配之態樣.....	66
陸、舉證責任減輕.....	69
柒、舉證責任轉換之種類.....	71
第三節 從地籍清理條例第 39 條舉證責任分配之探討.....	74
壹、從法律層面檢討舉證責任分配.....	74
貳、地籍清理條例第 39 條立法意旨及目的.....	76
參、法規內涵分析.....	77
肆、證明文件之檢討分析.....	88
伍、申請贈與文件權屬取得分析.....	92
第四節 寺廟申請贈與公有土地辦法第 4 條舉證責任分配妥適性之檢討....	97
壹、舉證責任分配之妥適性.....	97
貳、從大法官會議解釋分析舉證責任分配.....	101
參、建議修法之方向.....	105
第五章 結論.....	109
參考文獻.....	112
附錄一：舊土地法.....	114
附錄二：寺廟或宗教團體申請贈與公有土地/建物申請書 .....	116

## 圖目錄

圖 4-1	申請贈與審查之流程 .....	80
圖 4-2	申請贈與應附之文件 .....	96

## 表目錄

表 3-1	現行土地登記制度與日治時期土地登記制度之區別 .....	32
表 4-1	權利證明文件 .....	92

(機關名稱) **99 年度研究報告提案表**

填 表 日 期	99.10.09			
研究報告名稱	由舉證責任分配觀點論地籍清理條例第 39 條權利證明文件規定之妥適性			
研究人員 組別、編號	組 別	編 號	研究 時間	自 99 年 03 月 01 日 至 99 年 09 月 30 日
	在職進修組	26		
<b>報 告 內 容 提 要</b>				
<p><b>一、研究緣起與目的</b></p> <p>日治時期原為寺廟所有土地，由於彼時已移轉但尚未辦理登記，或已移轉登記卻為日本政府沒入，至今仍為其管理、使用、收益，又因光復後國家主權轉移，尚未在土地總登記期間辦理申報，致該類土地所有權與使用者不符，而產生公有土地之問題；不但影響寺廟之權益亦影響土地有效利用。致使寺廟不斷有要求歸還所有權的呼聲。政府為解決是類問題，於民國 96 年 3 月 21 日，立法頒布地籍清理條例，規定於第 39 條，內容詳列：申請贈與之權利主體及資格、申請贈與之條件等，並於 97 年 2 月 5 日行政院號令訂定寺廟申請贈與公有土地辦法以為執行，自 97 年 7 月 1 日施行。</p> <p>然雖政府立法得申請贈與，以解決此公有土地之問題，但申請贈與應檢具之文件，有日治時期及非日治時期之證明文件，能取得與不能取得，在法條設計上全然由受贈者負擔，將可能造成失權之結果，此即舉證責任分配產生問題。為儘速解決此公有土地之問題，擬檢討法規設計舉證責任分配之妥適性。本文研究之主要目的分述如下：</p> <p>(一) 本文擬從頒佈「寺廟申請贈與公有土地辦法」之內涵，釐清：1. 政府機關與寺廟間文件取得之管道，2. 申請前、申請後文件取得之困難度，3. 應提出之證明文件，當舉證困難時，在舉證責任分配之類型分析。</p> <p>(二) 依據舉證責任分配之類型分析，如何重新修正舉證責任分配之法律依據，減輕承受者之舉證責任，達地籍清理立法意涵。</p> <p>(三) 從舉證責任分配之基本法理與現行法令對比，檢討舉證責任分配之妥適性；進一步為均衡目的與手段間之衡平，討論有無較佳之舉證責任分配方法，以儘速釐清該類土地之權屬。</p> <p><b>二、研究方法與過程</b></p> <p>為分析上面所列舉之相關問題，本文爰蒐集並研讀相關學說、學術論文、期</p>				

刊文章之相關論述，配合行政法、民法、土地法、土地登記規則、探究地籍清理條例第 39 條、寺廟申請公有土地贈與辦法之內涵，爰引舉證責任分配理論及分配原則，對舉證責任分配之合理性加以檢討，以求衡平雙方權益之公平性。

### 三、研究發現與建議

依據法規內涵分析，申請前應先準備之證明文件包括（一）寺廟或法人登記之證明文件（募建寺廟之寺廟登記表）。（二）章程。（三）現任寺廟負責人（代表人資格證明）或法人代表人（財團法人或社團法人）之身分證明文件、土地登記謄本及地籍圖謄本（地政機關核發之正本）、日治時期之權利（契字等）相關證明文件及其非屬公共設施用地之證明文件（分區使用證明）、土地使用現況圖說等。分析結果發現，日治時期已移轉未辦理登記者如契字、遺囑等，致無權利證明文件，該文件在寺廟或政府機關皆無法取得，或因年代久遠、毀損或滅失無法認定致舉證不能或舉證困難，並包括非都市土地之非公共設施證明文件等；部分文件應依職權調查者，如登記為公有土地之沿革、原因，土地使用現況圖說，近期核發之登記簿謄本及地籍圖謄本等。

至於日治時期之權利證明文件，歷經兩國主權移轉，土地登記制度之不同，光復前免登記亦不失其權利之效力，此情形完全是制度變遷而被併入公有之結果，得申請贈與為寺廟所有，欲檢具權利證明文件有無已無法確定，足見法律規範之不確定，對法律所擁有之法律價值與立法目的將不易實現。要其檢具不層擁有之證明文件，已是客觀上之消極事實，法規內容並未就此舉證困難部分另行作明確之規範，足見法規內容設計之瑕疵。

另依憲法之平等原則，權利主體一方為行政機關，一方為寺廟團體，原則上應具有相同之權利義務，兩者在身分、地位上不相當，若以一定之標準用於具體個案之認事程序，難謂其具公平合理。惟顧及當事人間武器平等始可達到合理性之審認，舉證責任全然由寺廟負擔，有違武器之不平等。

至於非都市土地之非公共設施用地之證明，其土地之使用應依照非都市土地管制規則之規定，證明文件之申請手續繁瑣，證明文件之核准非當事人所可掌控，可能延宕申請之時間或無法檢具。因此，舉證責任全歸於受贈者負擔，足見其顯失公平，不具妥適性，故本文見解該法規設計舉證責任分配之態樣應確定為「依原則規定分配顯失公平」。

建議舉證責任分配之方法，以 Rosenberg 所創之法律要件分類說（規範理論）為基礎，就舉證困難或不能之文件，如契字或遺囑等，以舉證責任減輕，免檢具日治時期之權利證明文件，採替代文件以茲證明；至於舉證困難之文件，如非都市土地之非公共設施及申請分區、用地變更之證明文件，除由當事人提出申請外，採舉證責任分配轉換由政府負擔，以合乎舉證責任分配之妥適性。

## 第一章 緒論

日治時期<sup>1</sup>原為寺廟所有之土地，經移轉為寺廟所有而未辦理移轉登記，或移轉後為日本政府沒入之公有土地，該類土地在日治時期即為該寺廟管理、使用、收益至今，由於該類土地在日治時期土地未辦理登記仍具有所有權，但光復後因國家主權更迭，兩政權之法制不同，現制下土地須經登記始具有絕對效力，致使該類土地光復後已確定造成失權之結果，雖具有實質所有權，因欠缺形式「登記」之程序，因此喪失所有權，形成所有權與使用權不符之現象。

為釐清該類土地之權屬，光復後，雖訂定多項法規命令試圖解決，但經內政部統計該類土地約仍有 45,000 多筆尚未解決。政府當局為解決此類問題，經行政院多次提案並經立法審議，終於在 96 年 3 月 21 日訂定地籍清理條例規定於 39 條，該條文內容規定，日治時期經移轉為寺廟所有，而未辦理移轉登記或移轉後為日本政府沒入，於本條例施行時登記為公有之土地，自日治時期即為該寺廟管理、使用或收益，且該寺廟為已依法登記之募建寺廟得申請贈與，並於 97 年 2 月 5 日行政院院臺建字第 0970081787 號令訂定寺廟申請贈與公有土地辦法以為執行依據，同年 3 月 18 日行政院院臺建字 0970008349 號令，自 97 年 7 月 1 日施行。但該土地得申請贈與時，法規設計應檢具之證明文件，部分寺廟能取得，部分不能取得，因此，在舉證困難之情況下，可能造成此類土地仍無法登記為寺廟所有。

衡諸此類土地當年被登記為公有之過程事實仍存在諸多疑問，故為求維護日治時期原為寺廟所有產權，因土地總登記未辦理申報被登記為國有或公有而具疑議，致影響土地當事人之權益，故仍須對地籍清理條例相關規定所產生之爭議予以釐清檢討。

### 第一節 問題陳述與分析

自明鄭時代乃至於清代之宗教政策，大抵皆承自歷代遺制，視祭祀為國政之大節，因此官有官廟，民有民廟，明鄭入台後，當時以維繫中華文化於新開拓之土地上為職志，所建寺廟寓義亦同。<sup>2</sup>而清代台灣之寺廟是否全部辦理登記，由於缺乏史料，對日治時期以前台灣寺廟之產權登記全貌，查證至為困難，及是時居民之宗教信仰，複雜多歧。

1899(明治 32)年總督府令發佈承認舊慣寺廟之存續，同年又訓令指示其辦

<sup>1</sup> 從西元 1895 年至 1945 年有學者認為是日治時期，有學者認為是日據時期，參考之文獻有日治時期、亦有日據時期，本文為求統一，全文以「日治時期」為表達方式。

<sup>2</sup> 黃慶生(民 94, 3 月)，寺廟經營與管理，永然文化出版股份有限公司，四版，台北市，頁 57-58。



理對付之方法；總之，日治時期日本人在台灣所採行之寺廟政策初期為安定民心，對台灣之寺廟原則上不加干涉，中期則採愚民政策，企圖利用寺廟增長臺民之迷信與浪費，後期則藉口推動皇民化運動，於是具有濃厚中國傳統文化色彩的寺廟就首當其衝。被迫拆毀、合併或沒入日本政府所有並改建為日式殿宇者不勝枚舉。例如西元 1921（大正 10 年）年時期，嘉義濟美會事件，當時有 18 間寺廟全部被沒收，<sup>3</sup>當時部份寺廟已移轉為寺廟所有尚未辦理登記，或已辦理登記之寺廟為日本政府沒入者不在少數，唯該寺廟至今仍實際續存；此造成日後所有權為中華民國，管理者為寺廟、不明或者為公部門與事實不符之現狀。另非都市土地之公共設施用地之證明，除了分區使用證明直接向鄉鎮公所申請外，因非都市土地涉及用地分區變更證明及目的事業主管機關核准之文件，申請程序複雜且冗長。是否能取得亦尚有不確定之因素。為釐清權屬，茲針對日治時期到光復初期土地產權之不同，就現行法令，應檢具日治時期權利證明文件及非公共設施用地之證明等相關證明所產生之爭議問題，論述如后。

## 壹、申請贈與應繳交文件爭議問題

查日治時期已移轉為寺廟所有而未辦理登記；或已移轉後為日本政府沒入，致光復後被接收登記為公有，但自始為該寺廟管理、使用、收益之土地，仍有部分土地尚未登記為寺廟所有，為使該類土地能儘速釐清權屬，而登記為原寺廟所有，特訂定地籍清理條例第 39 條得申請贈與之規定，有關該條例實質內容須為日治時期經移轉為該寺廟所有，而未辦理移轉登記或登記後為日本政府沒入，於本條例施行時登記為公有之募建寺廟，且自日治時期至今即為該寺廟管理、使用、收益者，非屬公共設施用地，並於 97 年 2 月 5 日行政院院臺建字第 0970081787 號令訂定「寺廟申請贈與公有土地辦法」，以輔助該法之執行，同年 3 月 18 日行政院院臺建字 0970008349 號令，自 97 年 7 月 1 日施行，但申請贈與之程序，應檢具之文件包括日治時期及非日治時期之證明文件，其中就日治時期權利證明文件之審查認定，除了登記濟證、台帳謄本之認定較無爭議外，對於契字及遺囑之認定方式及取得仍存在諸多爭議。另非公共設施用地之證明取得亦產生不確定因素。以下就應檢具文件之爭議問題分述如后：

### 一、日治時期證明文件取得之爭議

#### （一）契字因年代久遠難以認定

由於日治時期之土地，只須當事人合致，即生物權變動之效力，不動產之取得，依舊慣存續，是否辦理登記並未強制，不動產之法律關係認定可由當事人訂

<sup>3</sup> 陳瑞堂（民 63 年，11 月），台灣寺廟法律關係之研究，司法行政部，台北市，頁 6-9。

立契字即可，契字可作為不動產已移轉之證明。契字在日治時期存在之法律地位，成為正式登記之佐證資料，始於土地登記規則時期（1905-1922 年），此時期正式開啟土地登記制度，依台灣人原有之習慣規範，以作成契字，作為登記之證據，即所謂之契據登記制度。除因繼承或遺囑之情形外，非經登記不生效力，且未予登記時，亦不得對抗第三人。<sup>4</sup>

但光復後，因土地登記制度之不同，意思表示合致，並非物權變動之生效要件，私契僅為權利義務人間約定之債權債務關係，並不具物權變動效力。於現今法律已不適用，若有造假或內容不全之情形，欲作為登記證明之用亦已難以認定，更何況在日治時期未辦理登記，現欲申請贈與時是否擁有當時之契字亦無法確定。因此，若契字作為日治時期權利證明文件之佐證資料認定上將會產生困難。

## （二）遺囑因形式不符難以認定當事人之真意

若以遺囑作為贈與文件，遺囑之成立生效要件，乃遺囑人為使一定事項在死後發生，以法定方式所為之法律行為，此法律行為並無相對人，因遺囑人一方之意思表示而成立。換言之，遺囑之成立無庸相對人之承諾，亦無相對人之單獨行為且不必對一定之人為表示，但仍需遵守法定方式，始發生效力。依我國民法第 1199 條即規定：「遺囑，自遺囑人死亡時，始生效力。」

在內容限制上，我民法對遺囑之內容，並未設規定，凡不違反公序良俗者，所成立之遺囑皆有其效力。但有刪改或填寫錯誤之情事，仍應於錯誤處簽名予以更正，以表現被繼承人之真意。而遺囑成立之因素及要件包括例如捐助行為、監護人之指定、繼承權之指定及喪失之表示等，皆係以書面所成立之遺囑。在遺囑之種類上，遺囑分為自書遺囑、公證遺囑、密封遺囑、代筆遺囑、口授遺囑。依照我國民法是有明確之規範的，即成立之形式、實質要件、方式及種類，皆有明確之規範。

但日治時期成立之遺囑，依當時之環境，可能在寺廟籌資興建前由其中之信徒捐贈，興建完成後尚未登記時捐助者已死亡，或該寺廟由住持管理，該管理者死亡後以筆記方式訂立遺囑指定繼承人，即所謂之自書遺囑或代筆遺囑，成立之方式可能與現行法令不符而無法契合。因此，若以遺囑為日治時期之權利證明文件，遺囑之內容是否為當事人之真意，如何認定，仍存在爭議。故持日治時期之遺囑做為日治時期之權利證明文件之佐證資料，是否可行，仍存在諸多爭議！

因此，以契字及遺囑代替日治時期之權利證明文件，在認定上將是重大難題，因而增加當事人之負擔。

## 二、非日治時期證明文件取得之爭議

<sup>4</sup> 王泰升(民 88 年,4 月),台灣在日治時期之法律改革,聯經出版事業公司,台北市,頁 320-324。

### (一) 非公共設施用地之證明文件是否可取得不確定

至於非日治時期之權利證明文件，在取得尚有困難者，為非都市土地公共設施用地之證明文件，由於土地包括都市土地與非都市土地，是否占用公共設施用地之情形，依現行法令係以分區使用證明為證明該用地係屬何種分區，然分區使用證明僅為書面資料，在日治時期對都市計畫，並未有明確之法律規範及限制，若已占用公共設施用地無法實際明瞭，尤其寺廟土地若屬非都市土地，依現行法令，籌設寺廟時除應遵守非都市土地使用管制規則外，尚遷涉到十幾種相關法規，如環境影響評估法、水利法……等。遷涉之範圍不但廣且複雜，除申請用地變更外，並經目的事業主管機關核准，是否占用公共設施用地，如已取得目的事業主管機關核准之文件，並能確定係非占用公共設施用地，但該類文件之申請、審查、核准，需時冗長且程序複雜，能否核准並非舉證責任當事人所能掌握，因此，此類文件當事人檢具有相當的困難度。

### (二) 國有管轄之寺廟土地須成立財團法人始可申請，加重舉證責任當事人之負擔

依國有財產法第 60 條第 2 項，寺廟教堂所使用之不動產，合於國人固有信仰，有贈與該寺廟、教堂依法成立財團法人必要者，得申請贈與之，但地籍清理條例第 39 條得申請贈與之土地，屬國有管轄之土地，規定應先成立財團法人，始具有申請贈與的資格，然財團法人之設立，其財產須達成其設立目的為準，如宗教財團法人在各縣(市)至少應具有一棟不動產且不動產之使用面積須足以達成其設立目的。若以捐助基金方式成立財團法人之宗教基金會，其設立基金至少應達新台幣三千萬元以上。<sup>5</sup>如此龐大之資本額，加上設立時申請之名冊包括捐助財產清冊、年度預算書……等，若規模不大且資金較不充裕之寺廟將無法提出申請，依照內政部主計處統計至 97 年底為止，已辦理財團法人登記者僅為 406 座，未辦理財團法人登記者 1 萬 1325 座「其中管理人制(住持)計 5763 座，委員會制有 5562 座<sup>6</sup>」，足見一般寺廟皆不願成立財團法人。然法律規定得申請贈與之土地分屬不同之管轄單位，既然縣市有、鄉鎮有管轄之土地，申請贈與並不限制應成立財團法人，為何國有土地應成立財團法人始可贈與，此無異加重當事人舉證責任之負擔，是否合乎公平正義原則，仍應加以探討。

### (三) 依法設立之募建寺廟，仍應檢具日治時期之權利證明文件，似乎不合情理

地籍清理條例第 39 條，得申請贈與之資格為日治時期之募建寺廟土地，然

<sup>5</sup> 非都市土地開發實用指引(民 96 年, 11 月), 永然文化出版股份有限公司, 再版, 台北市, 頁 257-258。

<sup>6</sup> 民 99 年 07 月 22 日摘自 <http://www.moi.gov.tw>, 98 年 7 月 24 日第 30 週內政部主計處通報, 97 年底宗教、教會(堂)概況。

募建寺廟之申請程序，應由申請人檢齊應備之文件向鄉鎮公所提出申請，經其審核，再轉報直轄市或縣市政府核辦並簽發寺廟登記表後，於三個月內即可向所屬地政機關提出申請，登記為寺廟所有，故取得寺廟登記表後，即已具備合法設立之募建寺廟並取得登記為寺廟所有之資格，申請登記之程序應於規定期間內，檢具已核准之相關證明文件（如寺廟登記表、負責人資格證明及身分證影本）向登記機關申請登記，但寺廟申請贈與公有土地辦法之程序設計內容仍應檢具日治時期之權利證明文件，足見法規內容設計之矛盾。

### 三、在法規上，舉證責任分配是否符合妥適性

妥適性，又稱之合目的性，即指國家履行其具合法正當性任務時，所採取之手段與措施，必須目的達成有相當衡平之關係存在，亦即所採取之手段須以能實現該追求之目的，此一觀點認為在干涉行政之目的上，須使得所用之方法，應有助於目的之達成。為保障日治時期原為寺廟所有土地，立法規定於地籍清理條例第 39 條得申請贈與之法律規定、另增訂寺廟申請贈與公有土地辦法子法規定，以執行保障母法權利義務之實現，但該程序設計將寺廟能取得與不能取得文件之責任，全歸於弱勢之當事人（寺廟）一方，致造成之不利益，是否悖離舉證責任一般原則，不符公平正義原則，阻礙目的之達成，妥適性如何？值得深入探討。

## 貳、日治時期之寺廟土地產權

日治時期原有寺廟土地，因當時之歷史背景，免登記亦不造成失權之結果，已移轉尚未辦理登記或被日本政府沒入之公有土地之過程，未詳細記載，或日本政府未核發被沒入之證明，或在當時未登記於台帳之土地，則證明文件根本無法取得，本文擬就日治時期法制之變革，確認產權之效力。

### 一、日治時期土地法制變革

以地籍管理(土地登記)制度而言，台灣日治時期，依之法制變革，可分為三個時期：

#### (一) 適用舊慣時期「自 1895（明治 28 年）6 月 2 日至 1905（明治 38 年）6 月 30 日」

本時期自 1895 年 6 月 2 日至 1905 年 6 月 30 日止，即明治 28 年 6 月 2 日至明治 38 年 6 月 30 日，此時有關土地之物權設定、轉移皆依據民間習慣。習慣上分為五種：1. 業主權 2. 地役權 3. 贖耕權(地上權、永佃權賃借權) 4. 典權(不動產質權) 5. 胎權。以上物權之設定或轉移，通例上都需製作契字，此契字只限於

證明物權之設定、轉移，並非物權設定轉移之成立要件，並因當事者的意思表示而發生效力，無需任何公示方法，即可對抗第三者。

## (二) 台灣土地登記規則施行時期「自西元 1905 (明治 38) 年 7 月 1 日至 1922 (大正 11) 年 12 月 31 日」

由於明治 38 年，日本政府頒「台灣土地登記規則」，規定已登錄於土地台帳之土地<sup>7</sup>，其業主權、典權、胎權及贖耕權之設定、移轉、變更、處分之限制或消滅，除因繼承或遺囑之情形外，非經登記不生效力；因繼承或遺囑而未予登記時，不得對抗第三人(第一條)。另同規則施行前已發生之業主權，不因未登記致影響其法律效力。正式開啟日治時期之台灣土地登記制度。土地登記規則施行後，依該規則得以登記之物權中，是否要登記為業主權完全隨意。

## (三) 民法施行時期「自西元 1923 (大正 12) 年 1 月 1 日至 1945 (昭和 20) 年 8 月 15 日」

由於台灣自 1923 年 1 月 1 日起亦與日本國一同施行民法，無論土地或建物之物權變動，悉依民法之規定定其效力；亦即，不動產物權之變動，因當事人意思合致，即生效力，登記僅為對抗第三人之要件，並非強制登記。而依當時不動產登記法之規定，得登記之不動產權利有：(一)所有權；(二)地上權；(三)永小作權；(四)地役權；(五)先取特權；(六)質權；(七)抵當權<sup>8</sup>；(八)賃借權(第一條)。<sup>9</sup>因此，寺廟之存續原則，民法施行後，依習慣以法人存續有關寺廟及祠廟之管理，早期有住持、董事、爐主、協理、頭家、顧廟、管理人等機構存在，日本民法施行法第 28 條規定，屬祠廟者，仍被視為不適用民法有關法人規定之法人，而依舊慣繼續存在。

## 二、日治時期產權效力

由於日本佔領臺灣以後，台灣人之民事事項法律，早在 1895 (明治 28 年) 年底台灣總督府即規定：審判官準任地方之慣例及法理審斷訴訟，1898 年發布律令並延續、1908 (明治 41 年) 年的律令再次確定、1898 (明治 31) -1922 (大正 11 年) 年民事實定法係依「律令」的形式所構成之時期，以依從其沿襲自清治時期之舊慣為原則。對田園法律關係的權利化，不但在概念上引進權利之關係，更具體地確定權利，原依台灣習慣法，某些土地上權利(如業主權)之移轉，

<sup>7</sup> 所謂已登錄，不僅只臺灣土地登記規則施行當時所登錄之土地，亦包括其後新登錄者。參姊齒松平(民 83, 9 月)，祭祀公業與臺灣特殊法律研究，眾文圖書股份有限公司，一版二刷，台北市，頁 154-155。

<sup>8</sup> 抵當權(日本民法之 369 號)，即相當於我國民法物權編之抵押權。

<sup>9</sup> 有關日治時期土地法制之變革論述主要引用自陳立夫(民 96 年, 8 月)，土地法研究，新學林出版股份有限公司，台北市，頁 38-41。

僅須雙方意思表示合致即告生效，不得否認其權利之存在。

日本民法繼受自歐陸的所有權概念，依台灣人原有的習慣規範，業主可占有、使用收益或處分其土地，依沿襲自西方法之權利概念，法律為使業主享有前項利益，已賦予其可透過法律上制定加以貫徹執行之力或地位，稱為業主權。當擁有此權之人占有、使用收益等利益受到侵害時，其得發動並控制整個排除侵害之過程，包括要求法院以國家公權力排除侵害。<sup>10</sup>足見當時之業主權利已受到國家之保障，猶如現行法律對所有權之保障。

按照學者王泰升對日治時期業主權在法令限制範圍之論述，對照民法 765 條對所有權在限制範圍之界定，並無太大之差異即可證明，然大正 11 年（西元 1922 年）勒令第 406 號第 15 條，僅對祭祀公業之存續，法律地位有明確之規定，至於寺廟方面，並無任何規定，因此當時寺廟之法律地位，準用民法施行後以習慣法之法人地位繼續存續。

觀察日治時期業主權之法律權利，當時是享有管理、使用、收益或處分其土地，業主權屬之確立，依 1898（明治 31 年）年律令第十四號「台灣土地調查規則」，業主（或典主）須檢附證據書類向政府申報其持有之土地及附隨之法律關係，經地方調查委員會查定後，將各該土地之業主權人登載於土地台帳上，蓋在調查之際，未申報其土地，依土地調查規則第七條之規定，業主權將歸屬於（登載為）國庫。若於土地調查之時，原屬私人之土地，經查定後，誤為他人之土地者，則就該私人在私法上已確定喪失對該土地之業主權。該次土地調查亦把學田、廟田、共有土地等都視為「持主不明」的土地，並劃為公有土地。<sup>11</sup>

而現行所有權係物權之原型，在構造上，係屬已具有私之關係，即完全屬於私有。在觀念上，係抽象之交換價值，即重視支配物之交換而不重視物之利益。且由於公示制度之確立，縱然未支配標的物，並無礙所有權之行使。例如設定抵押權之不動產，縱然已設定予銀行，銀行為抵押權人，仍不得因擁有抵押權而妨礙所有權人管理、使用、收益、處分等權利之行使。3. 絕對性，其內容包括絕對不可侵性，即所有權對任何人皆可主張，任何人對之均不得加以侵犯；絕對自由性，即所有人對所有物之使用、收益及處分有絕對之自由；絕對優越性，即所有權與依法律行為而成立之利用權對立時，所有權處於絕對優越之地位。例如所有權固優於債權性之利用權，用益物權亦係以所有權為完全性物權為前題下建構。<sup>12</sup>其權利之確立以登記為必要，未登記之土地無法受到法律之保障與限制。針對日治時期與現行法律之產權效力，在本質上並無不同，僅因兩國不同之法制，所採用之制度有所差異，且在權利之確立程序上欠缺「登記」而已。

至於光復初期，對於寺廟之接收及寺廟土地產權之沒入，欲釐清權屬，須

<sup>10</sup> 王泰升，同註 4，頁 303-320。

<sup>11</sup> 王泰升，同註 4，頁 326-327。

<sup>12</sup> 溫豐文（民 73 年，2 月），現代社會與土地所有權理論之發展，五南圖書出版公司，台中市，頁 32。

佈地方政府接收處理日人寺廟祠宇注意事項第 4 點第 1 項規定(民 35 年 5 月 6 日):利用原有寺廟變更名稱或加以改造之日人寺廟,依前揭述及在日治時期已沒入日本政府所有者,如係公產仍歸公有,如係私有應由所有權人提出確切證件依法審議後發還之;原部份寺廟於日治時期由日本政府沒入而登記為公有,係承接轉化日治時期之既有制度而來,依規定登記為公有應無太大爭議,亦有由日本政府變更名稱或加以改造而收歸公有者,仍應依規定期限內申報。自民國 35 年 4 月 21 日起至同年 5 月 20 日止,寺廟總登記自民國 36 年 1 月 1 日至 2 月止,在此一個月及二個月期間內,凡取得公、私有土地之個人或宗教團體,應填妥申報書,並檢齊相關土地權利憑證,向土地所在地之土地整理處申報。<sup>13</sup>然一個月期間,依當時人力、財力、教育未普及、社會傳播媒體不足之情況下,是否能完全知悉法令之規定並了解自己之權益所在,而順利完成申報手續?將因此而歸為公有土地。

據台灣省政府年報統計,在民國 36 年公有地總計有 2561,353 公頃,已登記為公有土地者總計有 285,050 公頃,公有土地在全國土地中占 71.23%,已登記之公有土地占已登記土地之 21.60%,<sup>14</sup>因此,為顧及部分尚未辦理之民眾權益,又將期限延至民國 38 年,但仍有部分該類土地未辦理申報。未完成申報手續,因此而歸為公有土地。就此情況是否已侵及民眾之權益及違反憲法保障財產權之意旨,值得討論!

因此,從日治時期登記制度未辦理登記仍取得權利之效力,光復後土地總登記期間因故未辦理申報,致權利證明文件無法取得,就法律之本質而言,以贈與方式為原權利所有者,但贈與之手段仍應檢附無法檢附之日治時期權利證明文件,是否違反法律之一般原理,是否對目的之達成不具實質意義。然寺廟申請贈與公有土地辦法,仍應檢附日治時期權利證明文件,等於要寺廟證明未曾做過之事,即期待目的之不可能實現。就財產權保障之觀點論述,如憲法第 7 條,規定宗教信仰之平等下,就第 22 條:凡人民其他自由及權利,不妨害社會秩序公共利益者,均受憲法之保障。及憲法第 15 條,財產權應予保障,寺廟之財產亦應一併受憲法保障之情況下,是類公有土地之寺廟在光復前既已存在,當時日本民法土地登記制度,即關於土地權利變動之效力,原係依意思表示而於當事人間發生完全效力,無須以任何方式或公示方法,即得對抗第三人,光復後我國土地登記制度乃延續日本民法土地登記制度為基礎,改採登記生效要件主義及全面強制登記。致其權利在光復後影響其權利之存在,要其檢具不可能實現之權利證明文件,是否公平合理,仍存有爭議。

由於我國土地法規範下土地登記制度,其制度建立之前,既有私有土地之存在,就本條例之意旨,亦承認其為私有土地之存在。而依募建寺廟財產本質而言,募建寺廟之財產既由社會資源所匯集,基於憲法保障財產權之觀點,寺廟於完成

<sup>13</sup> 陳立夫,同註 9,頁 47。

<sup>14</sup> 林本炫、董娟娟、張人傑(民 82,5 月),國有土地之政治經濟分析,初版,業強出版社,台北市,頁 15。

登記後，應將原屬取諸社會大眾之財產，回歸登記於寺廟名下，形成寺廟財產「公有化」之情況，然此類寺廟用地產權部分至今尚未移轉為原寺廟所有，因日治時期之權利證明文件無法檢附，致侵害其產權將影響其寺廟整體之運作及信徒之權益，與寺廟財產「公有化」之情況有所違背。權屬仍為公有土地，政府機關雖已立法解決，欲歸還所有權予寺廟所有，若因舉證明文件困難而無法辦理，勢必影響寺廟所有者之權益，為探討地籍清理條例立法目的與手段之平衡，舉證責任應由誰提出，當事人一方受不利益之後果時，致無法辦理時該責任該由何方負擔，應予釐清。

本文擬先論述該類土地在日治時期免登記並不失其權利之效力，檢討申請贈與時仍應檢具日治時期之權利證明文件是否公平合理？從證明文件能取得與不能取得之爭議，釐清舉證責任全然由受贈者負擔之妥適性，確立舉證責任分配之態樣，並建議舉證責任分配之方式。



## 第二節 研究目的與範圍

### 壹、研究目的

基於日治時期，部份寺廟已移轉為寺廟所有，卻未辦理登記，或已部分辦理登記之寺廟為日本政府沒入，所產生權屬不清之爭議問題，導致目前政府雖已立法，得申請贈與該類土地予原為寺廟所有，然法規內容規定過於嚴謹，應檢具之證明文件部分自始不存在或舉證困難，寺廟之弱勢一方難以取得，但法令又規定仍應由受贈者檢具文件完備，始可提出申請或准與登記，否則將造成失權之結果。值得思考的是，應檢具之文件至今已歷 50 餘年以上，可說年代久遠；就算能檢具，可能亦難以認定，雖經光復後政府所頒佈之行政命令及地籍清理條例至今仍無法解決，今立法舉證責任又全然歸於受贈者，實不盡公平合理。為保障該類寺廟權益，及儘速釐清該類土地權屬，基此，本文擬研究之目的如下：

- 一、本文擬從頒佈「寺廟申請贈與公有土地辦法」之內涵，根據贈與之流程及特性，釐清：(一) 政府機關與寺廟間文件取得之管道，(二) 申請前、申請後文件取得之困難度，(三) 應提出之證明文件，當舉證困難時，在舉證責任分配之類型分析。
- 二、日治時期之權利證明文件，因當時未辦理登記，距今又已超過百年，在已毀損、滅失，而舉證困難。甚至造成受贈者不利益時，依據舉證責任分配之類型分析，如何重新修正舉證責任分配之法律依據，減輕承受者之舉證責任，達地籍清理立法意涵。
- 三、從舉證責任分配之基本法理與現行法令對比，檢討舉證責任分配之妥適性；進一步為均衡目的與手段間之衡平，討論有無較佳之舉證責任分配方法，以儘速釐清該類土地之權屬。

### 貳、研究內容與範圍

本文研究之標的係以光復前經移轉為寺廟所有，尚未辦理移轉登記，或已辦理移轉登記而為日本政府沒入，光復後登記為公有土地之寺廟土地。該等土地從日治時期至今，一直為原寺廟所管理、使用、收益，在所有權為公有、使用權為私有，產權混沌未明！為保障寺廟所有者之權益，得依地籍清理條例第 39 條規定申請贈與。申請贈與應檢附之文件為日治時期該寺廟土地之證明文件、歷史沿革、持續佔有至今未曾中斷之證明；然日治時期至今，或因證明文件已毀損、或因管理人更迭而遺失機關證明文件、或因當時根本沒辦理登記，而無權利憑

證，甚至應提出光復前被沒收事實之證明，此等因時空背景改變及政權轉移，文件之提出似乎相當困難，本研究試圖藉舉證責任觀點，為解決權利歸屬，分析目前法規要求證明文件之妥適性。

本研究界定在地籍清理條例第 39 條得申請贈與之權利發生要件，針對寺廟申請贈與公有土地辦法第 4 條第 4 點規定，申請贈與應檢附日治時期已移轉尚未辦理登記；日本政府沒入之公有土地之權利證明文件，探討無法檢附因日治時期之歷史背景，及光復後因土地登記制度之不同，釐清寺廟土地登記之必要性，當舉證困難時，就舉證責任及制度面探討是否應重新檢討舉證責任分配。本文依據地籍清理條例第 39 條之法律規定，及參考法令判例見解，論述舉證責任分配全然由受贈者負擔之合法性，茲研究內容與範圍彙列於后：

- 一、整理分析光復前後寺廟發展之歷程。
- 二、探討日治時期寺廟存在之法律地位、土地取得來源及權屬。
- 三、瞭解光復前後土地登記制度及其差異。
- 四、探討光復後寺廟土地登記為公有所產生之爭議。
- 五、探討申請贈與文件因舉證困難之爭議性。
- 六、探討應檢具權利證明文件在舉證責任分配之問題。
- 七、以民事訴訟法第 277 條及其但書規定，為舉證責任分配之基礎，析論舉證責任分配原則之態樣，及舉證責任分配之方法。

### 第三節 研究方法

為分析上面所列舉之相關問題，本文爰蒐集並研讀相關學說、學術論文、期刊文章之相關論述，配合行政法、民法、土地法、土地登記規則、探究地籍清理條例第 39 條、寺廟申請公有土地贈與辦法之內涵，爰引舉證責任分配理論及分配原則，對舉證責任分配之合理性加以檢討，以求衡平雙方權益之公平性。

首先先就寺廟所有土地自日治時期至光復後產權（法律人格、土地登記制度）過程之演變，致原為其所有土地反登記為公有，雖已立法得申請贈與，但贈與規定應檢具之權利證明文件，包括多項日治時期及非日治時期之文件，在不同規制下難以取得之文件；當舉證困難時，所產生之爭議，本文擬就舉證責任困難時所遷涉之範圍，就證明文件一一分析舉證責任歸屬。

其次，為論述舉證責任全然由受贈者負擔之合理性，得就文件內容、法規內涵，確認舉證對象、舉證責任分配歸屬，並對證明文件舉證困難部份予以界定。就舉證困難情況分析後，進一步分析舉證責任分配態樣，最後提出結論，依歸屬分別作出結論，並提出適用於地籍清理條例第 39 條的舉證責任分配方法，並作為後續研究參考之用。

## 第二章 日治至光復期寺廟所有土地 之演變

### 第一節 日治時期寺廟發展歷程

日治寺廟土地有源於信徒捐獻、他人捐贈，公有土地捐贈者，及其他方式無償取得等，可謂錯綜複雜；為探討日治時期之寺廟發展歷程及其土地產權背景，本節擬先從寺廟之意義、發展歷程，及寺廟土地取得來源及其權屬特性，以釐清日治時期寺廟土地取得之歷史演變。

#### 壹、寺廟之意義

##### 一、寺廟

寺廟一詞來源：「寺」在先秦是闔人(即宦官)的尊稱。秦時將寺宦任職之所，通稱為「寺」；至漢，推行「三公九卿」制度，九卿又稱為九寺大卿，官署均以「寺」稱，「三公所居謂之府，九卿所居謂之寺」。廟，主要以原始崇拜的原始神祠為主，後來因為各式宗教氾濫及融合，加上活動場所名稱用法之寬鬆，「廟」亦逐漸成為原始神祠而外的其他宗教活動場所泛稱。寺、廟二詞連用以稱一切宗教活動場所，明清以後方漸流行，近代，遂成一切宗教場所的定稱。<sup>15</sup>

司法院 337 及 702 號解釋：「凡用以奉祀宗教上神址之建築物並有僧道住持，不問其形式均認為寺廟……」。民國 18 年 12 月 7 日國民政府公布之「監督寺廟條例」第一條規定：「凡有僧道住持之宗教建築物，不論用何名稱，均稱為寺廟。」<sup>16</sup>而一般人慣稱之寺廟，有已依相關法規向政府登記有案者，有未向政府登記者，或是正統佛寺道觀，或是崇祀各種神祇之建築物，不管規模宏偉或是蕞爾小祠，都是民間信仰中心。

寺廟又依其出資建立之不同分為三種，公建、私建、募建。公建寺廟屬公有，私建寺廟屬私有，募建則係指由信徒捐施於寺廟之財產，監督寺廟條例所稱之寺廟，原則上係指募建建造之寺廟(內政部 64. 4. 23 台內民字第 630585 號函參照)，依最高法院 18(民國)年上字第 1542 號判例，就寺廟權屬解釋，由信徒捐施於寺廟之財產，亦即私人捐施或勸募興建之寺廟，其所有權應屬寺廟所有。<sup>17</sup>

<sup>15</sup> 黃慶生，同註 2，頁 43-44。

<sup>16</sup> 黃慶生，同註 2，頁 45。

<sup>17</sup> 黃慶生，同註 2，頁 73-75。

寺廟依其信仰之不同，派別多且複雜，台灣早期最盛行者為道教，為求安靈平順，遠離兇惡，多由本籍地較為靈驗寺廟香火擲告分靈來台，其中較為普遍者為媽祖、開漳聖王、清水祖師、關聖帝君、觀音佛祖等，皆屬道教守護之神。有關台灣之道教內涵，陳瑞堂先生認為：「幾與雜俗信仰混淆而形成頗為特殊之通俗道教，浸潤民間，蒂固根深。」其次為佛教，包括曹洞、臨濟及黃蘗等宗，另有由通俗佛教改革而成之齋教，其他尚有由大陸傳來之儒教，以及揉合儒、釋、道、齋教而衍生之羅祖教、齋教韶華教、新約韶華教、金幢教、先天教、圓明道、一貫道等，五花八門，各傳其教義、可謂百教雜陳、多神並奉，甚至有以石頭供奉(如石頭公)，有以大樹供奉(如樹神)等，因此在寺神名稱上，多且複雜。

除「寺廟登記規則」所稱之壇、廟、寺、院、庵、觀外，尚有宮、殿、山、巖(岩)、堂、祠、洞、剎、台、館、境、所、禪、林、社、會、團、苑、亭、閣、園、廳、府、樓、厝、軒、寮、祀、福地、廟仔、公厝、尊官、寶宮、榮園、道場、祠堂、會館、講寺、講堂、普陀、官廟、道院、精舍、佛舍、亭廟、祖廟、社廟、蓮社、書院、神宮、公所、中心、蘭若、總堂、禪苑、學院、學社、佈教所、淨業林、居士林等。<sup>18</sup>而仇德哉先生在「台灣廟神傳」列出 364 種，以上寺廟所指之名稱，原來與所屬之教別有關，如儒教之寺廟稱廟、祠諸如孔子廟、關帝廟、文昌廟……等，這些廟原以官設為主。佛教寺廟一般通稱為佛寺；道教的寺廟較大者為道觀，<sup>19</sup>可見當時寺廟派別之複雜度。

## 二、寺廟發展歷程（清代一日治時期）

就寺廟發展歷程而言，清朝時期的寺廟發展約可分為三個時期：

### （一）萌芽時期

而當時寺廟分為官廟及民間建築之寺廟，性質部分屬神明會性質或私人家庭安置於自宅廳堂與祖先牌位，類屬目前民間信仰之佛道堂，寺廟建築大多因陋就簡，或僅有崇拜神明之內涵，而較不重視其硬體設施。

### （二）開發階段

先民來台奮發置業，一切制度及社會秩序逐漸形成，對宗教信仰及精神寄託之需求益形殷切，因而對地方守護神之崇奉較為虔誠。由於居民係因原始崇奉，或由於神恩浩蕩發生由衷信仰之行為，故多會釀資建廟，以期永護蒼生，此時所建之寺廟規模不大，多屬對神明信仰行為而前往參拜。

### （三）奠基至發皇時期

此一時期以崇神名義，或以職業團體守護神為共同奉祀對象，組織代表各行

<sup>18</sup> 黃慶生，同註 2，頁 60-61。

<sup>19</sup> 仇德哉（民 68 年，8 月），臺灣廟神傳，信通書局，雲林縣，頁 1-21。

各業，各種型態之神明會，如以商郊祀媽祖、關帝爺、木匠祀魯班……等，這些神明會組織皆為日後演變為寺廟組織之主因。厥為台灣寺廟奠定為香火鼎盛之時期。以台北市為例，1887 年（光緒 6 年）建文廟（文昌祠），1887 年（光緒 13 年）建武廟（台南關帝廟），1881 年（光緒 7 年）建府城隍廟（新竹城隍廟，掌理司法、檢察之神明），而寺廟之信仰向無貧富觀念色彩或地域色彩，任何人均得自由前往祭拜，此時寺廟增多，清政府遂設專司以為管理。<sup>20</sup>

日治時期台灣之寺廟仍沿襲清代舊制。就台灣寺廟之發展分為三個時期：

#### 1. 放任時期（西元 1895-1921 年）

由於日本初期對寺廟採放任尊重之態度，承認所有之宗教設施、宗教自由，台灣總督府還下令對廟宇要保護，不可「破壞神像，散亂神器」1897 年（光緒 24 年）復下令各地方廳，調查各該管轄內區內寺廟之情形，此一措施為寺廟調查之開始。翌年又以總督府令頒布「依照本島舊慣辦理社寺廟等建立及廢合」，依此府令建立寺廟、齋堂或組織神明會等其廢止、併合、改稱或遷址者，應經該管轄地方長官之批准。故日人初期西元 1898（明治 31 年）年至 1921（大正 10 年）年對於台人寺廟之建立，僅命其呈請備案，未加以硬性控制。

#### 2. 調查時期（1912-1921 年）

民國初年至民國 10 年左右，日人開始有計畫的從事台灣寺廟調查工作，最早是民國 4 年 10 月為期一年，由總督府訂定表冊，按表填寫。民國 6 年總督府印製「關於宗教調查之記載例」一種，令各廳專辦宗教事務人員，切實按照規定辦理，於民國 7 年完成調查工作。各廳並將調查結果建立「寺廟台帳」、編成台灣宗教報告書，這時之寺廟經調查結果有 3000 多間，故寺廟台帳存在當時在總督府多達 66 冊以上，日本政府調查之目的不僅要瞭解寺廟整個內容，且進一步研究要如何管理。<sup>21</sup>

#### 3. 控制時期（大正 11 年）

日本政府在調查台灣寺廟後，對台灣寺廟已有所瞭解，乃於民國 11 年起，開始管理台灣之寺廟，其方法主要為（1）獎勵日人建立寺院，將台灣原有之佛教逐一劃入其派別之下。（2）禁止台灣人新建廟宇，倘要舉行宗教活動，一律採取許可制度，以限制道教之擴張。（3）徹底廢除公開使用符咒行為，尤其乩童有惑亂民眾之嫌，加以處罰。<sup>22</sup>

綜上所述，日治時期日本人在台灣所採行之寺廟政策「光緒 25 年（明治 32 年起）」，初期為安定民心，對台灣之寺廟原則不加干涉，中期則採愚民政策，企圖增長臺民之迷信及浪費，一方面提倡迷信，一方面收買民心。後期則藉口推動皇民化運動，企圖以「國家神道」，取代台灣民間傳統信仰，強力整理台灣民間寺廟，推動所謂「寺廟整理運動」，有些寺廟被迫拆燬、合併或改建為日式建築，亦有部分寺廟為保存寺廟，因政治因素而被遷連，可能連夜燒毀當時寺廟所留存

<sup>20</sup> 黃慶生，同註 2，頁 65-67。

<sup>21</sup> 有關台灣寺廟發展之論述主要引用自卓克華，同註 18，頁 29-30。

<sup>22</sup> 黃慶生，同註 2，頁 69-70。

之資料，尤其桃園、中壢一帶之寺廟最嚴重，而中壢就是所謂之消滅寺廟示範區。<sup>23</sup>因此，此時部分寺廟有為日本政府沒入之情形。

## 貳、日治時期寺廟之地位及特性

### 一、寺廟法人化

清朝初期寺廟之法律人格特性，多屬神明會性質，或私人家庭安置於自宅廳堂並與祖先牌位並列，類似於民間自設之佛堂，寺廟大多因陋而簡，僅崇拜神明之內涵，組織團體之性質尚未成熟，後因社會進化，農民生產力提升，土地由地方士紳捐輸並出資興建，至光緒初年（1875 年），民眾為懷念祖先，祈求長治久安之思，對古時郊天祀地之宗教信仰，於是文廟、武廟、城隍廟等相繼建立，此時寺廟增加，乃設專司，以為管理。由此可見，寺廟至清末才漸漸地出現組織之型態。

寺廟在習慣上被視為法人資格，最早見諸於民國 4 年大理院上字第 1372 號判例：「廟產之性質原不一致，公廟固可認為財團法人……」。依民國 9 年上字第 173 號判例：「寺廟財產，除可以證明係一家或一姓建立於私廟外，凡由施主捐助建設之廟產不屬於原施主，亦不屬於該廟之住持，而專屬於寺廟」。以上乃寺廟在習慣上被認為具有法人資格之最高見解。

針對民法總則施行前後寺廟是否具備法人資格，最高法院及司法院亦已作成解釋，最高法院 22 年上字第 610 號判例：「民法總則施行前，凡個人以一定目的，捐施其財產供公眾之用，而未保留其所有權或共有權者，該財產即為特定目的之獨立財產，在當時應適為財團法人。至民法總則施行後，縱因該施行法訂明勿適用法人之規定，或因未踐行法定程序，不克遽以法人稱之，但既具有獨立之性質，原施主既不得以所有人或共有人之資格，更行處分。似已認為法人資格應先行法人登記後，才具有法人資格。但司法院 37 年院解字第 3792 號解釋：「民法總則施行前設立之祠堂、寺廟，依前揭組織型態在民法總則施行後，無須依新設法人程序，聲請登記」，是依監督寺廟條例之適用外，似已承認法人人格。<sup>24</sup>

而日本民法施行後現存之祭祀公業、寺廟、祠廟、神明會及其他公業，係依大正 11 年（西元 1922 年）勅令第 407 號分別予以處置。該令第 15 條規定，祭祀公業等相關組織可依習慣存續，且準用民法施行法第 19 條之規定，得適為民法上之法人。同條又規定「民法施行前擁有獨立財產之社團或財團，且具有公益之目的者，可為法人。日本民法第 34 條規定：「有關祭祀、宗教、慈善、學術、技藝或其他公益之社團或財團，而非以營利為目的者，可得主務官廳之許

<sup>23</sup> 卓克華，同註 18，頁 32。

<sup>24</sup> 黃慶生，同註 2，頁 77-78。

可成為法人」。<sup>25</sup>因此，從以上判例、法律見解，足見日治時期寺廟存在之組織已具有法人的地位。

## 二、寺廟法律特性

寺廟在日治時期當時之法律特性，依昭和 5 年（1903 年）3 月 26 日高等法院上訴部判決、判集第 93 頁解釋本島之寺廟，是以奉祀神佛為目的之法人，由管理人為代表，其下有信徒存在。因此，日治時期寺廟之組織，以日本民法施行前後（1922-1945 年前後）為區分，民法施行前稱為寺廟、祠廟者，習慣上以法人予以處理，就其種類加以研究，大別有兩種，一為財團性者，一為社團性者。而民法施行後，準用民法施行法第 28 條，不受民法施行法有關法人規定之適用，而依據舊慣。<sup>26</sup>

財團性寺廟及祠廟，是以捐獻行為設立、擁有不定多數之信徒並以公益為目的，信徒在財團中之地位無直接利害關係，信徒也只是一定部落的現住民或同姓、同職者，其性質類似台灣現行民法上的財團法人。

社團性者，則多半是由同姓、同職、友人或其他類似者共同出資，設備廟宇以供同人等及其子孫膜拜，而設立之社團性組織；團體員依其出資比例擁有份額，在團體規約限制下，有買賣或讓渡份額之權能，社團與團員間之關係係屬直接利害關係，其目的乃是確定團體員之私益，其性質類似台灣現行民法上之社團法人。<sup>27</sup>

日治時期之寺廟，除公建及私建寺廟外，係由社會資源所奉獻捐助而建立之募建寺廟。對寺廟組織而言，既已承認具有法人之實質，信徒捐贈之財產是否應屬寺廟所有並具有權利能力，依判例及民國 37 年台灣省政府亦以(37)中陷府網地甲字第 1237 號代電，對寺廟是否得為土地建築物之權利人辦理不動產登記，另行作成下列解釋：「查寺廟財產，依監督寺廟條例第 6 條規定為寺廟所有，已承認寺廟為權利人，寺廟依監督寺廟條例及寺廟登記規則辦理登記者，參照我國民法第 25 條規定，認為該寺廟已有權利能力，得為土地建築物之權利人」。

<sup>28</sup>

監督寺廟條例第五條規定：「寺廟財產及法物，應向該管地方官署呈請登記。」第六條第一項規定：「寺廟財產及法物為寺廟所有，由住持管理之。」足見該法條之訂定，已承認寺廟視同法人具有同樣權利能力來擁有權利和處分財產。<sup>29</sup>亦承認其具有權力能力。根據以上所論，足見日本民法施行後及光復前，屬祠廟者，仍被視為不適用民法有關法人規定之法人，而依舊慣繼續存在。

<sup>25</sup> 姉齒松平（民 83，9 月），祭祀公業與臺灣特殊法律之研究，眾文圖書股份有限公司，一版二刷，台北市，頁 280。

<sup>26</sup> 參姉齒松平，同註 26，頁 282。昭和 4 年（1929 年）2 月 15 日高等法院上訴部判決、判集第 178 頁

<sup>27</sup> 姉齒松平，同註 26，頁 279-282。

<sup>28</sup> 黃慶生，同註 2，頁 79。

<sup>29</sup> 黃慶生，同註 2，頁 95-97。



### 三、寺廟或祠廟之管理

有關依習慣以法人存續之寺廟及祠廟的管理方法，從前有住持、董事、爐理、頭家、顧廟、管理人等機構存在；改隸後，於土地調查中，以當時實際掌握管理權之管理人名義查定其業主權，管理人遂名符其實地掌握管理權，一直到目前為止皆有此制度之存在。日本民法施行後，以當時之習慣而言，管理人擁事務之管理權。而從前之住持、董事、爐主、協理、頭家、顧廟等若因制度而現存時，應不具有管理權<sup>30</sup>。

大體上，管理人掌管寺廟或祠廟之庶務，得以進行保存其財產之行為，亦可代表寺廟或祠廟進行法律行為、訴訟行為及其他事實行為。另有關寺廟及祠廟之財產處分，管理人當然亦有提議、代表之權限，但習慣上不可單獨進行決定性之意思表示。因寺廟在日治時期之法律特性，乃依習慣存續，所謂依習慣存續，在性質上包括管理及其他有關該寺廟、祠廟之規約、信徒地位等。當管理人欲對寺廟所有土地進行處分行為時，應根據寺廟之規約或慣例。獲得寺廟設立者之子孫及其他特定者之承諾，但未必皆需獲得全體信徒之承諾。因此，習慣上寺廟財產之管理、處分行為時，必須獲得全體信徒之同意。<sup>31</sup>依此習慣，則於信徒範圍廣之財團性寺廟及祠廟中，欲獲得全體信徒之同意甚為困難，若因管理人死亡無人繼承時，光復後因政權轉移，應辦理申報時，在時間緊迫、資料收集不易且無管理人之情況下，寺廟處分、提議、代表之權限，必須獲得信徒全體之同意，談何容易！導致在土地總登記期間錯過申報之時機。

### 參、日治時期寺廟土地取得來源及其權源

日治時期為便利土地稅之課徵，日本政府將台灣土地按照用途別，將土地分為田、畑、養魚地、池沼、鹽田、礦泉地、山林、牧場、建物敷地(建築用地)、雜種地、原野、神社用地、寺院用地、祠廟用地、墳墓地、鐵路用地、公園地、道路、鐵道路線、用惡水路(灌溉水路)、堤防、溜地等 23 種地目。光復後，台灣省民政廳曾於民國 36 年 7 月通令各縣市政府，將從前沿用之地目，依照土地法第二條規定，以土地使用性質為準，分別歸納為：1. 建築用地，如住宅、官署、會所、祠廟、教堂……等；2. 直接生產用地，如農地、林地、漁地、牧地……等；3. 交通水利用地，如道路、溝渠、水道、湖泊……；4. 其他土地，如沙漠、雪山等 4 類土地。土地之分類可按其所有權之歸屬，又分為公有土地與私有土地。凡私人依法取得所有權之土地，為私有土地；未經人民依法取得所有權之土地，亦即土地所有權屬於公法人，為公有土地。

<sup>30</sup> 姉齒松平，同註 26，頁 285 及昭和 4 年(1929)2 月 15 日高等法院上訴部判決、判集第 178 頁。

<sup>31</sup> 姉齒松平，同註 26，頁 279-287。

而一般土地取得方式，來自於與他人之買賣、贈與、繼承等所成立之各種法律關係，私人得因買賣、贈與、繼承取得登記為私人所有，公有得因土地徵收、價購取得，而登記為公有土地，法人組織亦不例外，得因各種法律關係取得，登記為法人所有。然而日治時期原為寺廟所有土地取得來源，可分為捐贈（無償）取得與價購（有償）取得。換言之，寺廟建廟用地，一是來自於無償獲得，像信徒獻地、神明會或祭祀公業組織土地轉化、國有土地捐獻、公有土地捐獻及以其他方式所無償取得之所有權之謂。價購部分，則其來源可購自私人財產、神明會、祭祀公業、國有土地、公有土地或登記於其他權利主體之財產。<sup>32</sup>並登記為寺廟所有。

綜此，日治時期原為寺廟所有之土地，其土地取得權源可能來自於日治時期他人之捐贈或自行購買，原已寺廟名義登記之土地，現仍為寺廟管理、使用、收益之實質所有，但形式上登記為公有，如登記為國有、直轄市有、縣市有或其他公營事業所有，致其產權無法與現行寺廟登記表權利主體之名稱一致，因而茲生困擾。

---

<sup>32</sup> 黃慶生，同註 2，頁 65-218。

## 第二節 光復後因政權轉移而登記為公有 之情形

### 壹、臺灣光復後公地接收之情況

臺灣於民國 34 年 10 月 25 日光復後，前日據臺灣總督府管有之國庫地、州廳市街有之土地、日人會社團體有之土地、日人私有之土地、移民村土地、河川地、軍事用地等七類，均列入接收之列。前行政長官公署特設立臺灣省接收委員會，統一接收日人在臺灣之私有財產，並指定有關機關分別接收。其經過分述如下：

#### 一、限期申報（自民國 35 年 12 月-36 年 1 月）

民國 35 年 6 月下旬，為接收日人財產，頒佈「收復區敵偽產業處理辦法」由前長官公署製發臺灣省各機關接收在臺公私有土地登記表，令限期接收日產土地之機關，於一個月內依式填報，但該辦法並未對寺廟土地作任何規定，於是再頒佈地方政府接收處理日人寺廟祠宇注意事項，並規定寺廟總登記期間，依南京內政部 35 年 12 月 7 日禮字第 1130 號令民國 36 年 1 月 1 日至 2 月止為本省寺廟總登記期間，因故未完成申報者另定緩衝期，得延長至 38 年。執行效果，依地方政府接收處理日人寺廟祠宇注意事項第 5 點規定，應隨時將接收情形及處理辦法專案報內政部備核。至於接收規定如係私產者，應由所權人提出確切證據，依法審議後發還之，屬於公有者，應一律收為公有，此規定若在日治時期已移轉尚未辦理登記而無證明文件，或在日治時期已經日本政府沒入之公有土地，可能已無法檢具證明文件，而喪失發還原屬所有土地之時機。

#### 二、限制留用（民國 35 年 8 月）

民國 35 年 8 月中旬，復發留用土地登記申請書，惟各機關因業務上需要之土地及房屋，得申請留用，關於農地之留用，則以試驗、示範、育苗為限。民國 35 年 11 月起，將各機關申請留用之土地逐一查封，擬制處理意見，召集有關機關審查，確為業務上使用之土地得申請留用。此時留用之土地以各機關業務使用之土地為限，而公有非公用之土地不在留用之範圍內，寺廟土地雖因政治因素而收歸公有，但實質占用、管理、使用、收益權利仍在於寺廟，係屬公有非公用土地。

### 三、緊急清查（民國 35 年）

民國 35 年各機關緊急清查公有土地，惟握有公有土地之各機關，大都隱匿不繳，各機關應接收之土地，有無漏接收或漏報之情形，以及日人私有土地，有無被人侵占之情形，原有圖冊關於土地標示之記載，雖可查究，但土地之保管人或使用人，大都更動，影響清查工作至巨。因此，為迅速達成控制公地之收益，及公地使用情形，以為實施公地分配之準備，乃於民國 35 年下半年起，舉辦臺灣全省公有土地緊急處理清查。由財政、工礦、農林、地政、糧食、日產處理委員會等有關機關，派員共同組織清查團，辦理公地清查工作。<sup>33</sup>

由上觀之三種作法，就日治時期已移轉尚未辦理登記，或為日本政府沒入之公有土地，若屬舉證困難而無法申報者，雖光復後限期申報而實施地籍清理，但對該土地所有權之釐清並不具實質意義。另一方面，將土地收歸為公有，對公有財政、土地利用並未產生任何效益，僅徒增官民之間之對立及產生更多之社會成本而已。更何況光復後從日本民法到中華民國民法之所有權過渡，亦是法制銜接過程中法規範之實質變動，因當時時局動盪，推測不知辦理者應不在少數，難謂寺廟所有者故意使然。在此期間，若能辦理者，應已處理完成，留至今尚未解決者，應屬證明文件無法檢具之難題。為釐清此權屬，如仍由其負擔舉證責任，則受贈者必承受無法辦理登記之不利益，故有舉證責任減輕之建議。

## 貳、光復初期土地總登記(權利憑證繳驗)之歷程

### 一、土地總登記之實施

台灣光復後，前台灣行政長官公署，以日本不動產登記法與我國土地法規定之土地登記制度不同，必須重行辦理土地總登記。土地總登記，舊土地法稱為第一次土地登記，即縣市就其管轄區內之土地，於辦理地籍測量完竣後，辦理公私有土地之所有權及他項權利之登記，以確定產權。嗣後適逢土地法之修正，故舊土地法與修正後土地法兩者有關土地總登記之規定，均有介紹之必要但本文焦點置於舊土地法及其簡化方式，析述如下：

#### (一) 舊土地法規定之第一次所有權登記程序

舊土地法制定前，我國採契據登記制度，雙方合意即生效力，登記僅為對抗第三人之要件，而當時中國大陸各省財政當局，有藉印契為籌款捷徑，徵收

<sup>33</sup> 有關台灣光復後公地接收情況之論述主要引用自吳生賢（民 81 年，6 月），臺灣光復初期土地改革實錄，地政叢書第一輯，內政部編印，台北市，頁 541-542。

繁苛，擾民、擾亂市場又不能使土地權利確定。<sup>34</sup>而舊土地法規定，於地政機關成立後一定時間，就其管轄區內無論公私有土地應為所有權登記（如附錄 1 土地法 45 條），地籍測量後，即可辦理土地所有權登記（土 24 條），他項權利亦應於土地權利公告期間內辦理申報（土地法 102 條）

由上述規定得知，土地總登記所為之契據審查事項，就寺廟而言，依照「地方政府接收處理日人寺廟祠宇注意事項」第 4 點規定，應由所有權人提出確切證件申請，寺廟土地於民國 36 年 1 月 1 日至 2 月為寺廟之總登記期間，凡已為申報者，均得視同土地法規定之第一次土地所有權登記；在規定期間內不申報之土地，將一律依法作為公有土地，由政府代管。而土地申報應提出下列有關之權利憑證：(1) 法院不動產登記濟證；(2) 土地台帳謄本；(3) 最近三年納租收據；(4) 其他足資證明權利之文件書據。關於土地申報應提出之權利憑證，此公告之原意係此四項憑證應一併提出，並以法院登記濟證及納租收據為主要憑證，土地台帳謄本及其他足資證明權利文件為輔助憑證。申報書內，凡有事件不應申報者，或所填權利人與法院不動產登記證所載不符者，土地整理處將不予受理。

依舊土地法第 95 條之規定，申請登記人提出其權利證明之契據相關文件時，需經契據專員為嚴密之審查並擬具報告書。且報告書內容，依舊土地法第 96 條之規定，對於土地標示、所有權來歷、所有權以外之權利關係、各種保證書之調查和其足資證明其權利有關事項，均需詳細記載。此外，並應由主管登記機關，將所登記之事由，公告六個月，使申請登記之權利涉及私權爭執時，得在所規定之期限內提出異議，由土地裁判所裁判。若經六個月之公告者，才可辦理登記為所有權人所有。之所以如此嚴謹之規定之原因，期能減少登記之錯誤及遺漏。

因而，土地法所規定第一次登記之程序及手續如此繁複，日治時期已移轉尚未辦理登記之寺廟土地或日治時期為日本政府沒入之公有土地，若持契據或保證書之類之文件以代替日治時期之權利證明文件，若不合乎書面格式或一定之成立要件，在此嚴密審核之情況下，無法核准之成分較高。因此，亦是土地總登記期間無法申報之重要因素。因此，日治時期原為寺廟所有尚未辦理登記之寺廟土地，因當時並未辦理登記，致總登記期間無法提出權利證明文件辦理登記者，致造成失權之結果。

## （二）現行土地法規定之土地總登記

舊土地法施行時期，因對日抗戰而導致烽火遍野，戰事連年，物資與人力都相當吃緊，以致政府並無心推行所有權第一次登記，故辦理成效不彰。另舊土地法公布以迄施行，其間歷經多年，社會經濟情況已改變，而原舊土地法已不合時宜。因此，乃有修正土地法之議，土地法嗣於民國 35 年 3 月經立法院修正通過後，於同年 4 月公布施行。又於同年頒布土地登記規則，以為執行之依

<sup>34</sup> 吳尚鷹（民 24 年），土地問題與土地法，商務印書館，台北市，頁 36。

據。

依民國 35 年修正之土地法第 48 條規定，辦理土地總登記之次序為：1. 調查地籍；2. 公布登記區及登記期限；3. 接收文件；4. 審查並公告；5. 登記、發給書狀並造冊。此規定與舊土地法之規定，有很大之差異。

首先，就實地調查而言，舊土地法時期，收件前應先為地籍調查，當審查時尚需至實地調查與土地標示有關事項（舊土 96 條）。而修正之土地法僅規定收件前，應先為地籍調查，審查時無需到實地查核之規定。

其次，就逾期申請方面，舊土地法雖規定應採強制登記主義，但無積極制裁規定。而修正後之土地法，依土地法第 57 條規定，逾登記期間不申請登記者，並未依法提出證明文件者，經公告期滿無任提出異議，則為國有土地之登記；公告期滿無人提出異議，並經審查無誤者，准其依法辦理登記；合法占有人不依法申請登記，亦不於公告期間內提出異議者，喪失其占有之權利。

再者，有關土地權利公告方面，依舊土地法規定，公告應登報及揭示六個月，且對於揭示，應保存其繼續六個月之存在。此乃因當時僑居國外而擁有土地人不少，且我國地域遼闊，為考慮人民因交通路途遙遠，而辦理不便。故有六個月期限之寬限期；而修正後之土地法，為加速土地總登記之進行，縮短公告期限為二個月以上（土地法 58 條），可見修正後之土地法對民眾權益保護較不周延。由於本文論述之土地第一次登記以舊土地法為討論之重點，故對修正之土地總登記因篇幅過廣，土地總登記之程序法條擬不予摘錄，對土地總登記之程序內涵，僅與舊土地法略加比較。

## 參、光復初期寺廟之整理過程

光復初期為收復敵偽之產業，先後訂定多項辦法，例如收復敵偽產業處理辦法、地方政府接收日人祠宇注意事項、寺廟土地辦理土地總登記等；其中「收復區敵偽產業處理辦法」，將收復之產業分為八大類，但對於日人寺廟祠宇之接收處理並無明文規定，為適應是項需要，又訂定「地方政府接收日人祠宇注意事項」共五條，其接收之內涵敘述如後：

### 一、公、私有權屬之釐清

利用原有寺廟變更名稱或加以改造之日人寺廟、祠宇，如係公產仍收歸為公有，如係私產，應由所有權人提出確切證件，依法審議後發還之。日人新建寺廟祠宇其土地權屬於公有者，應一律收歸公有，並應依照收復區土地權利清理辦法第五條規定辦理；日人寺廟祠宇係利用原有民房改建者，應依法清理發還。綜合以上清理過程，在日治時期為日本政府沒入而登記為公有者，光復後若未有確切證明，該類土地若原屬私有者仍被登記為公有，確定已失其寺廟本

身之權益。

## 二、寺廟土地總登記之分析檢討

光復初期為釐清所有寺廟設立之權屬及數量，曾於民國 35-42 年間辦理第一次寺廟總登記，並通令全省各縣進行寺廟調查作業，例如台中市在當時調查之結果總計有 24 座，由於當時人力、物力、財力之不足，且調查人員素質不一，調查進行未必能確實無誤，調查表內未記載地號、座落面積或雖記載但未必確實，故日治時期已存在之寺廟，其座落地點可能已經過多次重測，位置與原先位置亦可能有不正確之情形。

又辦理土地總登記時，應填寫之內容有關於一般者、關於概況表、關於人口表者、關於財產表者、關於法物表者等，應填寫之表格多且繁瑣，若寺廟管理者不識字或知識有限，想必不懂得如何申報或辦理土地總登記。

基於以上之因素，日治時期原為寺廟所有土地，已移轉尚未辦理登記或為日本政府沒入之公有土地，在日治時期未辦理登記無權利證明文件，在光復後又因故未辦理土地總登記，確定原為私有之寺廟土地喪失所有權。

由於日治時期土地法制變革，分為三個時期，土地登記規則施行以前之階段，不動產登記以舊慣存續，係沿襲清代土地登記制度而來，依照舊有習慣存在，是否辦理登記由當事人任意決定，一直到土地登記規則施行時候，才開啟土地登記制度，但是否辦理登記並未強制，不動產物權變動係採意思生效主義，登記僅為對抗第三人之要件，因此，居住在此之居民，若從清代至今，乃可認定取得權利之當事人，未辦理登記亦不造成失權之效果。又台灣辦理權利憑證繳驗之時代，不少民眾因戰事而流離他所，土地權利憑證遺失，或因當時社會資訊，教育尚未發達，不諳法令，甚至因 228 事件之原因引發之社會動盪，以致無法在申報權利憑證繳驗，若因此而收歸國有，等於直接實質徵收。

更何況當地之居民，從日治時期居住至今，從來並不曾放棄過所有權，因一直繳稅至今，基於憲法保障財產權之觀點，長期存續之狀態下，社會必覺其正當而信賴。從法規內涵意旨，似乎已反映出台灣住民土地法律關係中，自業的概念過渡到台灣現行土地所有權之過程中，的確產生若干法制轉換或承接之問題。此存在之情形經立法得申請贈與應檢具之證明文件，部分屬不可期待，但舉證責任仍全然由受贈者承受，致使可能遭致不利益之結果，而清代至今原為居民所有之土地，已保有稅單可資證明為其所有，只因權利登記為國有而喪失其原有之權益，為恢復為其所有，仍應付出極高之代價才可取得，基於此問題，若因此而喪失所有權，是否具備妥適性，仍應進一步斟酌。

## 第三章 我國土地登記制度之演變

日治時期物權變動之效力，由舊慣存續、契字登記制度，再到光復後之登記生效要件主義，其前後兩國法制之不同，致使權利因政權移轉而產生不同之變化，也造成當事人權益之喪失，本章擬以光復前後土地登記制度之演變，而論述依現行法律為確保寺廟土地權益，寺廟土地登記之必要性。

### 第一節 土地登記制度之演進

#### 壹、日治時期土地權利概況

清治時期台灣土地法律關係，以「業主」一辭對土地權利之定義，其類似於「頭家」其內涵不明確而外延範圍矇矓。至於民間、私人間行為之私人性法律關係，大都適用民間習慣，故，有關土地之物權設定、轉移，事實上皆依民間習慣。在當時，不論大清律例或民間習慣規範，皆無近代西方法之「權利」概念。在日本殖民者統治台灣不久，已繼受近代歐陸法之日本民法上「所有權」觀念，將小租戶指定為業主，並將其擁有土地之資格與權能稱為業主權。土地登記規則施行前已發生之業主權，不因未登記致影響其法律效力，但同規則施行後，擬為處分時，仍應先予登記。<sup>35</sup>

日治時期日本政府為釐整土地制度，確定產權，以利土地利用，增加稅收，遂舉辦土地調查制度，日治明治 35 年（西元 1902 年）6 月，以臺灣總督府訓令第 29 號公布土地調查規程；日治明治 43 年（1910 年）6 月，又著手林野調查，在寺廟之田產，為促進土地調查或程序上之需要，被要求應選任管理人，責由管理人申報，依明治 35 年（1902 年）6 月頒布之訓令第 29 號，第 28 條謂：「有以蕃社、祠廟、公號、神佛或祖先等為業主名義之習慣者，得由其頭目、管理、董事或其他管理人以其名義申報之」足為證明。寺廟管理人有管理財產之權限，並使財產管理之祭祀事務從此分開，管理人既經鞏固，其擅權亦自此時開始。

從文獻記載日治時期之法制變革，在土地登記規則時期（1905-1922 年），正式開啟土地登記制度後，就物權之變動原則上採取登記為生效要件之制度，嗣於明治 38 年（1905-1922 年）6 月以府令第 43 號頒布土地登記施行規則，對於公業（祭祀公業、寺廟、育才公業、神明會等）土地之登記程序，應由管理人聲請（第 5 條），前項情形於土地登記簿上，除記載業主名稱外，並應記載其管理人之姓名、住所，公業管理人變更時，由新管理人申請變更登記。管理人提出

<sup>35</sup> 法律史與民事司法實務，同註 37，頁 221。



申請時，應檢具習慣制作而成之契據為證明之佐證資料。其未經申告查定為民有之土地，全部劃歸為「官有」，形成土地台帳之缺漏而確定喪失土地所有權。此等寺廟在當時就算為其管理、使用、收益仍無具有公信力之證明文件存在，光復後應在土地總登記期間申報，當然無法檢具證明文件。

另登記為神佛名義之土地，其土地可能不屬於神佛所有，神佛之土地亦不必登記為其名義，且土地之業主權，有僅登錄於土地台帳，但未登記於土地登記簿者，<sup>36</sup>造成當時土地登記制度之混亂，致光復後找不到真正之權利人來申報，加上日治時期辦理土地登記時，並未詳細審查所有權人，可能有真正所有權人與登記之所有權不符亦有之，足見當時管理者保管之文件，若留存至今，可能與目前所存在之文件不符，或不相關聯。

由於日治時期舉辦之土地調查制度，經申告而劃歸為國有所產生之爭議，由專設之查定或裁決機關，該機關為總督府或法院之土地調查委員會，當時法院判決認為，高等土地調查委員會之裁決與土地調查委員會之查定，均具有創設且絕對之效力。昭和 5 年上民第 198、199 號判決，土地調查之確定有創設之效力，昭和 11 年上民第 215 號判決，查定對於所有權之範圍及其所屬，有創設性、絕對性之效力，依此對人民權利之保護奠定了基礎。查定之前，業主應就所有範圍申告，未申告者，業主權歸屬於國庫，且申告為日後訴訟之要件。明治 37 年控第 172 號判決例「於無土地申告之實者，土地業主權歸屬於國庫」，因而以訴主張自己之業主權者，應先有申告之事實。

進入昭和年代以後，法院見解對人民權益之保護又邁開了一大步，昭和 11 年上民第 215 號判決例，明確地指出「實施於本島土地調查，乃……行政處分之謂」，從而「未依台灣土地調查規則申告之結果，以致未受查定之土地，為土地台帳未登錄地，其仍為從前該所有者之所有土地而存續，雖未受調查亦不喪失其所有權」。換言之，對於未登錄於土地台帳之土地，即所謂「台帳未登錄地」，在此範圍內，並無土地調查之絕對、創設效力存在。因此，此類土地台帳未登錄地並不當然屬於國有（即台灣總督府所有）。

基本上，土地調查之查定與裁決，對人民土地法律關係確定仍具深遠之影響，但當時業主未予申告，形成土地台帳之缺漏而確定喪失土地所有權。但為確保人民權益，法院多次判決已推翻了土地台帳未登錄地屬於國有之見解，即遺漏以上查定之土地，雖未登錄於土地謄本上，仍屬原業主所有，不會因遺漏而喪失業主權。<sup>37</sup>

## 貳、台灣在日治時期土地登記制度

台灣初行之不動產登記，始自清朝劉銘傳氏，於清賦事業完成後，頒發丈

<sup>36</sup> 台灣民事習慣調查報告(93, 7月), 法務部, 六版, 台北市, 頁 661-689。

<sup>37</sup> 王泰升, 同註 4, 頁 303-337。

單(地券)時之契據，日治以後，即予沿用，至 1898 年(明治 31 年)，日本為沿襲臺灣契據起見，曾制定「契稅規則」，其後於調查事業完竣，地籍制度建立後，乃於 1904 年(明治 37 年)，頒布「台灣土地登記規則」，同年二月，復頒布「台灣土地登記稅規則」，大正 11 年(1922 年)勒令第 407 號第 8 條規定，依台灣土地登記規則已進行業主權、典權、胎權或相當於耕作權之登記等 4 種權利之設定、轉移、變更、處分之限制或消滅進行登記，除因繼承或遺囑之情形外，未依此規則進行登記，則不生效力。至於繼承或遺囑不予登記時，不得對抗第三者(規則第 1 條)。<sup>38</sup>換言之，未登錄於土地台帳之所有權，以及已登錄於土地台帳之土地其業主權、典權、胎權、贖耕權以外之權利，在權利之設定、轉移、變更、處分之限制或消滅者，仍採意思生效主義。而相對地，應採登記生效主義。土地登記不包括地基權，此時正式開啟土地登記制度。

一般民眾對於土地登記制度已有較深之認識，但土地登記規則施行後，土地未辦理登記，當事者間仍為有效。至於土地建物登記，是由該管土地所在地之出張所辦理。

在申請登記時，應檢附土地台帳謄本，但已登記之土地權利則不在此限(規則第 7 條)，而土地登記規則所實施之土地權利，係採實質審查主義，登記審查人員不僅需審查手續是否完備，且需調查權利變動之事實，<sup>39</sup>調查時並得囑託其他機關為之，如認為有與事實不符時，得附理由駁回之。此外，在調查未完成前，倘該土地有其他登記之申請時，登記人員如認為調查需費時日，得依職權對先行申請者暫行登記。如該案件遭駁回時，應以職權塗銷該暫行登記。<sup>40</sup>(規則第 8 條)而登記完畢時，應將原因證明文件或原登記申請書副本後面，黏貼登記濟證(即登記完畢證明書)，登記濟證內需載明土地坐落、地號、登記番號、申請書收件年月日及號數、順位號數、登記完畢事由及年月日等項，並加蓋登記機關印信後，發還登記權利人(不動產登記法第 60 條)。登記之法令依據除依土地登記規則所規定外，並準用不動產登記法。

建物方面，1923 年(大正 12 年)頒布「台灣不動產登記規則」，因同年施行登錄稅法，前訂之契稅規則已無存在之必要，惟台東、花蓮、澎湖三廳，因當時尚未施行地租規則，該項契稅規則仍予延用，至民國前 2 年(明治 13 年)始以律令第 406 號廢止。1922 年(大正 11 年)9 月 16 日，以勒令 406 號頒布民法、民法施行法、不動產登記法，同日並以勒令 407 號，將該勒令施行前所發生之權利，規定如下：

<sup>38</sup> 參閱宮畑加奈子(民 87 年 7 月)「日治前期台灣不動產登記制度之研究—以台灣土地登記規則為主軸」，國立台灣大學法律研究所論文，頁 90 以下。及參法律史與民事司法實務，同註 37，頁 221。

<sup>39</sup> 依明治 41 年抗第 9 號判決例，其認為土地登記規則第八條第一項規定：調查申請登記之權利變動事實，該條法意不過是賦予登記官吏調查登記事項與否之權利，對於當事人締結登記原因之契約，甚至其動機、意思，並無調查之必要，亦無該等權利。質言之，該判決似乎認為登記官吏審查之範圍，僅得就登記事實本身進行審查，而不能審查登記實體上之原因事實。參魏家弘，同註 38，頁 194 以下。

<sup>40</sup> 參照不動產登記法第 48 條。

業主權猶如現之所有權；墾耕權(地基工作物竹木存續期間 20 年)及其他永佃權即為地上權；存續 20 年以上者之其他永佃權及耕作畜牧之墾耕為永小作權；典權及起耕胎權為質權；胎權即為抵當權等。以前台灣所行之不動產登記制度大部分採取德國主義，特權變動及其公示，採法國主義。即當事人之物權變動與公示方法之登記，不生關係，祇為對抗第三者之登記(係採用對抗主義)，無公信力及無賠償責任之認定。由於在當時物權之設定、轉移並無有關公示方法之特別法則存在，僅以當事者之意思表示發生效力，亦能對抗第三者。

登記程序係採形式審查主義，與法國主義不同的是祇有登記簿之組織採取物之編成主義，其餘大體仍仿法國主義。然台灣原有不動產登記事務與地籍事務之連繫，係基於不動產之登記必要而發生，依登記所發之登記濟通知書，作為土地台帳之異動記載，當初登記手段為強制管理，至民法施行後，為尊重民間業權起見，由強制手段改為人民自動申請，故不動產登記日趨衰弱，即其登記程序亦多從簡。寺廟土地一般多未申請登記。

另法院於收到登記案件後，開始形式審查，對於審查員之權力，亦有一定之限制，除事件有非登記所管轄者、事件不應登記者、當事人不到場者、申請與登記抵觸者、文件不齊者、證件不符者、不納登錄稅者等項應予駁回外，其他無疑議者，均應立即接受申請。其登記之實施，應即將登記事項記載於登記簿冊內，登記完畢，即發給權利人以登記濟證。<sup>41</sup>

綜合以上，日本治台期間，台灣之地籍制度，已經數度變動；由原來之舊慣，採行當事人之意思表示成立生效，變為以法律設限，再變為 1905 年土地登記規則之規則非依登記，不生效力之登記生效主義。而自 1923 起至 1945 年台灣光復止，適用日本民法編之規定，物權變動因意思表示合致而成立，登記僅為對抗第三之要件。又就地籍簿冊而言，主要有土地台帳及土地登記簿，而關於土地權利，有登錄於土地台帳，並已登記於土地登記簿者，亦有僅登錄於土地台帳，但因未申請或不屬於登記區範圍，致未登記於土地登記簿者。如日治時期已移轉尚未申請登記之寺廟土地，因未申請登記，必然未登記於土地登記簿者即是。<sup>42</sup>

## 參、光復後土地登記制度

國民政府於民國 17 年建都南京後，旋即研究土地登記制，擬訂民法及土地法，以改革我國舊有土地登記制度之缺陷與弊害。<sup>43</sup>而其所採之土地登記制度，依土地法第二編之規定，係依循民法物權編所採之權利登記制度之特長外，兼

<sup>41</sup> 焦祖涵(民 86 年，2 月)，土地登記之理論與實務，三民書局股份有限公司，增訂初版，台北市，頁 77-78。

<sup>42</sup> 法律史與民事司法實務，同註 37，頁 224。

<sup>43</sup> 焦祖涵(民 91，8 月)，土地法釋論，三民書局，增訂三版，台北市，頁 2。

採托崙斯登記制之優點，融合而成為一種新的權利登記制度。<sup>44</sup>不動產物權變動以登記生效要件主義為原則。即不動產物權須經登記才能確定權利之效力，採強制登記，從德國立法論，採權利登記制之精神。登記之範圍，無論公有或私有土地皆應辦理登記，光復後之土地登記制度即以登記為發生效力或實行處分之必要條件。

而生效之基礎在於登記，未完成登記即不具生效之效力，而不動產所有權辦理登記之前應以書面為之，未完成登記之前即屬債權行為。(如得申請贈與芝寺廟土地經審查合乎規定者，核發權利移轉證明時，尚未向登記機關辦理登記仍屬債權行為，必持相關證明文件向所屬機關辦理登記，登記完畢後確定權利之效力，是為物權行為)。質此，不動產之法律行為係由兩個法律行為做成：一為債權行為；另一為物權行為。物權效力優先於債權，茲分述如下：

## 一、債權行為

債權行為，乃雙方當事人就動產或不動產合意移轉或變更而自由訂定之契約行為，行為之方式通常以書面為之，效力之形成不限於以公證為要。依民法第 758 第 2 項之法意，不動產物權之移轉、設定應以書面為之，乃責令當事人製作書據，留作登記之用。該法條所指之移轉，係指讓與、互易、贈與、遺贈等行為而言，為使當事人移轉或設定不動產物權之合致意思及對外徵象外，應訂有書面之方式，即在移轉或設定此項物權以前，勢必先成立一種要式之債權行為，方可據以聲請登記。而於登記程序終結前，完成其物權行為之形貌，否則登記之基礎文件既不具備，物權行為將無由完成。

由於我國就物權行為係採取形式主義之立法論，不可能直接發生物權變動之契約存在，必與登記或交付相結合，才能完成物權行為。依土地登記規則第 34 條申請登記，應提出證明登記原因證明文件，不能僅憑言詞之聲請而為登記，故為便於登記，乃有民法 758 第 2 項之規定。寺廟申請贈與應檢具經核准之權利移轉證明，此時成立之階段僅為政府機關與寺廟之債權行為，尚未發生物權效力之法律效果。

又因不動產物權乃財產權上重大利益之移轉設定，自須以特定方式為之，然德國人於訂立不動產買賣契約時，習慣在公證人處訂約，我國則多委由代書（今之地政士）辦理。然民國 89 年新民法第 166 條之 1 規定：「契約以負擔不動產物權之移轉或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效」，可知不動產在債權階段，原則亦可作成公證書。

綜上，為避免當事人之輕率決定、證據之保全、將該法律公諸於世、提高登記之正確性，不動產之債權契約，應以書面為之，較能確保登記簿所公示之

<sup>44</sup> 李鴻毅(民 80, 7 月), 土地法論, 三民書局, 第二編, 增修版, 台北市, 頁 259。

權利狀態與事實上所應存在之實質及終局之法律關係符合。<sup>45</sup>

## 二、物權行為

物權行為係移轉或設定物之意思表示與對外變動徵象連結而成。而不動產物權行為係以「登記」為生效要件。不動產物權之取得，其立法之基本原則，分為如下數種：

### (一) 不須當事人意思表示也不須登記者

民法 759 條規定：「不動產物權，因繼承、強制執行、徵收、法院判決，於登記前取得不動產物權者，應經登記始得處分其物權。」此即指不動產物權之取得，既不須當事人意思表示，又不須登記者，即當然之取得物權。包含依法直接規定之取得，及依法院判決取得二種。然此二者並不以當事人意思表示為前提，也不以登記為必要，本身即具有社會之公示性，物權即可成立。此種依法律直接規定之取得，以及法院判決取得之不動產物權，常見於特定主體之授權，例如繼承已生物權之變動。

### (二) 不須當事人意思表示但須登記者

即不動產物權之取得，不須相對人意思表示，但須登記者。其中有非依法律原因而取得，例如時效取得、附合取得，及依單獨行為而取得等，此種情況因有法律之規定，或原權利人之先前之意思表示，取得人只須實施一定之行為，即可取得不動產物權，不必獲得原權利人之同意。基本上，依上述取得之不動產物權，取得人可不經登記而取得相對應之之不動產物權，然由於該等物權之取得並未進行公示，不符合物權變動之規律，故如要其法律充足，則取得人必須將該等物權予以登記，始得處分其物權。蓋於登記前，即已發生取得不動產物權之效力，為宣示於人，必須加以登記。此種登記性質上為「宣示登記」，而與「設權登記」相對應。

### (三) 須相對人意思表示也須登記者

即不動產物權之取得，須相對人意思表示，亦須登記者。此係指依法律行為而取得不動產物權而言。蓋不動產物權變動，必須進行公示，而依雙方行為之取得不動產物權，除登記外，並無其他公示方法。故雙方行為之取得不動產物權，必須經登記，方能生效。<sup>46</sup>

法律行為之變動，依其發生原因，得以依法律行為生不動產物權變動，而

<sup>45</sup> 有關債權行為之論述主要引用自謝在全(民 93, 8 月)，民法物權論，新學林出版股份有限公司，修訂三版，台北市，頁 118-119。

<sup>46</sup> 有關物權行為之種類論述主要引用自吳光明(民 98 年, 9 月)，新物權法論，三民書局，第六章，台北市，頁 85-86。

分為二種：(一) 因法律行為之不動產物權變動；(二) 非因法律行為之不動產物權變動。另非因法律行為之不動產物權變動包括繼承、強制執行、徵收、法院判決因與本文較無關連，礙於篇幅，在此不再詳述。

## 肆、現制與日治時期土地登記制度之比較

台灣現行土地登記制度與日治時期不動產登記，在本質上完全不同，我國之權利登記制度因以登記為生效要件，故登記人員對登記案件作實質審查，登記具有公信力；日治時期之契據登記制度，因登記僅為對抗要件，故登記人員對登記案件只作形式審查，登記無公信力。茲將二者之差異整理分析，如表 3-1：

表 3-1 現行土地登記制度與日治時期不動產登記制度之區別

區分基準	日治時期不動產登記	現行土地登記制度
一、以法令依據論	係根據民國 11 年日本政府公佈之日 本不動產登記法	係根據民國 35 年 4 月 29 日國民政府 令修正公佈之土地法
二、以登記機關論	登記機關為法院所屬之登記所及稅務 方面之土地出張所	隸屬於縣市政府之地政事務所
三、以登記目的論	旨在確定產權，維護私有土地之權益	不僅在保障產權，尤在整理地籍，規 定地價，促進土地利用，以達到推行 土地政策之目的
四、以登記性質論	係屬任意性質，關於權利之變動，經 雙方當事人訂立契約，在法律上已可 發生效力，至申請登記與否，希聽當 事人之自由，法院不能加以強迫。	採用強制性質，在已辦理地籍測量之 地區，應即舉辦土地總登記。土地總 登記後，土地權利有得喪變更時應為 變更登記。
五、以登記效力論	旨在維護私產，故登記後，如發現原 權利已有瑕疵，則其登記仍可推翻， 登記機關不負何種責任。	土地登記，依立法精神，一經審查、 公告、登記確定即有絕對效力，不能 予以推翻。若權利人因之而受損害， 登記機關應予賠償
六、以登記權利論	登記之權利計有所有權、地上權、永 小作權、地役權、先取特權、質權、 抵當權、賃借權。	有所有權、地上權、農育權、不動產 役權、典權、抵押權、耕作權。
七、以登記手續論	土地登記手續簡陋，採取形式審查， 不經過公告手續，即承辦登記。	登記手續周詳，採取實質審查，如為 總登記，必需公告確定，始准登記。
八、以登記狀態論	土地登記無所謂初次登記，可由人民 自由申請為保存登記，因此並不普遍。	辦理土地所有權第一次登記，不論公 私有之一切土地，均需登記，無所遺 陋。
九、以登記爭議論	當權利發生爭議時，或申請人不服登 記機關之駁回登記及異議之裁決時， 在日人之不動產登記，僅能將文件呈 送登記機關長官，或上級管轄機關核 辦，與承辦登記之機關，仍屬同一系 統。	土地權利關係人，在公告期間內，如 有異議得向該管直轄市或縣市地政機 關以書面提出，由前項異議而生土地 權利爭執時，應由該管直轄市或縣 (市)地政機關予以調處，不服調處 者，應於接到調處知後 15 日內，向司 法機關訴請處理，逾期不起诉者，依 原調處結果辦理之。
十、以登記憑證論	除不動產之憑證外，人民仍需保存賣 渡或其他契約。	土地登記完成後，以土地所有權狀及 他項權利證明書為憑證。
十一、以登記制度論	日據時期之土地登記制度為登記對抗 主義(契據登記制度)	土地登記制度為登記生效要件主義 (托崙斯制及德國制之精神)

資料來源：參考溫豐文土地法 151-158 頁土地登記制度整理而來。

## 第二節 寺廟土地登記之必要性

我國就不動產之登記制度係採登記生效要件主義，換言之，不動產須經登記才能獲得所有權，所有權係具有財產價值之私法上之權利，在制度上係承認及建立財產權，受憲法保障之範圍。以土地財產而言，在長期為其占有、管理、使用、收益之情形，為財產權之存在保障，依法律規定取得其所有權，進一步才有價值保障可言，<sup>47</sup>該所有權在法律上規定於，民法第 758 條，「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。」土地法第 43 條規定，「依土地法所為之登記，有絕對效力。」因此，就我國土地登記制度而言，寺廟土地欲取得其所有權仍須以「登記」為必要，才能取得完全之所有權，未經登記之土地將造成失權之結果。以下就寺廟土地應經登記對寺廟土地存在之重要性敘述如后。

### 壹、所有權之意義與性質

所有權者，乃於法令限制範圍內，對於所有物永久支配與整體支配之物權。所有權具有下列意義與性質：

#### 一、所有權乃對於標的物全面支配之物權

所有人對於標的物，得為全面的及概括的占有、管理、使用、收益及處分，此與其他物權，如地上權、永佃權、典權或質權等，對於標的物之支配，僅限於一定範圍內者不同，故學理上稱為全面支配權，具有完全性或完整性。其他物權稱為一面支配權，如地籍清理條例第 39 條得申請贈與之公有寺廟土地，有管理、使用、收益之權，不存有處分權，歸屬上實質具有法定地上權之其他物權之性質。

#### 二、所有權為整體內容之物權

所有權所擁有之占有、使用、收益等各種支配權能，但整體之權利係由各該權能所由派生之單一體，而於其上設定之他物權，如地役權、地上權等，乃所有權單一內容之一部分具體化之結果，由他物權人所享有，故所有權與其他物權歸屬於同一人時，其他物權因混同而消滅。

<sup>47</sup> 陳敏（民 96，10 月），行政法總論，新學林出版有限公司，台北市，頁 1186-1187。



### 三、所有權為具有彈力性之物權

所有權既具有渾然整體之內容，則其內自得自由伸縮，例如所有權倘設定地上權、典權、質權或將所有物出租後，其全面支配所有物之權能，將因受限而大為減縮，甚至僅虛有其名，實則不具任何權能之型態，學理上稱為空虛所有權或所有權之虛有化，如日治時期原為寺廟所有之土地，雖因政權移轉而登記為公有，但所有權為公有，實際上由寺廟管理、使用、收益至今已百年以上，實具有法定地上權之性質。因而政府實擁有空虛所有權，或所有權虛有化之現象。惟所有權雖因用益物權或其他物權之設定，其實質內容受到限制時，然實質上仍不失其完全性，一旦設定之他物權限制消滅，則所有權當然立即回復全面支配之圓滿狀態，此即所有權之彈力性。

### 四、所有權為永久支配標的物之物權

所有權隨標的物之存在而永久存續，不得預定其存續期間，此即所謂所有權之「永久性」，此非指所有權永不消滅，而係所有權不得如地上權、典權等預定一存續期間，期限屆滿時，當然歸於消滅。而所有權行使之結果，得將所有權轉讓他人或拋棄而滅失，即處分之權，非如所有權支配權能期間上之限制。

### 五、所有權為於法令限制範圍內支配標的物之物權

所有人得依其自由意思對於標的物為全面之支配，國家應給予高度之尊重與保障，此即所有權之絕對性，見於民法第 765 條規定，所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。因所有權社會化之結果，所有權係由個人享有，其行使仍應受法定之限制也。

## 貳、所有權之權能

所有權之權能之內涵規定於民法第 765 條，已如上述，其中使用、收益或處分其所有物，乃所有人對物之積極行為，可產生所有物之價值並成為經濟利益之歸屬；所謂得排除他人之干涉，是為所有權之消極權能。茲將所有權之權能析述如下：

### 一、占有

所有人對所有物得全面支配或概括管領之權利，而概括管理之基本要件仍應以占有標的物為要，故所有權在法律上自應對所有物為實際上管領之占有權

能，然此項權能因所有權之虛有化或觀念化而失其重要性，但仍不能否認此種所有權最基本與固有之權能存在。

## 二、使用

此指在不毀損物體或變更其性質之情況下，以供生活上之需要而言。此存為事實上之作用，而未達到收取天然孳息之階段。例如以土地供自己建屋之用，房屋供自己住等。

## 三、收益

此係收取所有物之天然孳息或法定孳息而言，前者如耕田地而收取五穀，種植果樹而收取果實；後者如出租房屋收取租金，放款而收取利息。又所謂法律另有規定者，例如民法第 70 條規定，天然孳息應歸屬於收取權人所有，第 798 條，果實自落於鄰地，屬於鄰地人所有等。

## 四、處分

處分有事實上之處分與法律上之處分，前者乃指標的物為物質之變形，改造或毀損等物理上之事實行為，例如拆除房屋、以麥製麵包等。後者就標的物之所有權移轉，限制或消滅等，使所有權發生變動之法律行為。例如所有權之移轉、土地之設定地上權及抵押權等是。

## 五、排除他人之干涉

此指排斥除去他人之侵奪、干擾或妨害而言。所有權此種權能，乃在所有權之積極權能受他人不法干涉時，始能表現，否則無法彰顯所有權之功能，故稱為消極權能。所有權係對標的物全面支配之物權，為貫徹其積極權能，自不容他人干涉而得以排除之，排除之方法規定於民法第 767 條之內容。<sup>48</sup>

## 參、土地登記之效力

不動產物權經登記後，發生不動產物權變動之效力，得處分其不動產物權，因此而表彰其不動產物權之現有狀態。由於登記是不動產物權變動之公示方法，登記之作用在於使人知曉不動產物權變動之情形，此即登記之公示力。此外，登記尚有推定力及公信力，茲分述之：

<sup>48</sup> 有關所有權之意義及權能論述主要引用自謝在全，同註 49，頁 184-186。

## 一、公示力

土地登記之公示原則，係為保護不動產交易安全所定之制度設計。於不動產物權變動時，為使有一外界辨識之表徵，使其法律關係透明化，以維護交易秩序，避免善意第三人遭受損害，故凡因法律行為而使不動產物權變動者，非經登記，不生效力；或依事實或法律規定，不動產物權變動，非經登記，不得處分。藉以建立不動產登記制度，達成公示之作用，即將不動產之權屬狀態表彰於外，避免資訊不明，易生糾葛。以促進不動產交易之透明化。例如土地因買賣而完成登記，當事人申請登記簿謄本時即可明瞭本標示已因買賣而於何時登記完畢。

登記乃不動產物權變動之公示方法，即將物權之事項，登記於登記機關所備之公簿之謂。依我國民法第 758 條：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記不生效力。」及第 759 條：「因繼承、強制執行、徵收、或法院判決，於登記前已取得不動產物權者，非經登記，不得處分其物權。」之規定，可知我國民法所稱登記，有設權登記及宣示登記兩種。

### （一）設權登記

設權登記者具有創設物權效力之登記也，此種登記如不踐行登記之程序，則當事人間縱有物權變動之事實，在法律上亦絕對不生效力，故亦稱「絕對之登記」。設權登記之對象，以依法律行為而生變動之不動產物權為限，所謂法律行為係指物權行為而言，凡單獨行為(如物權拋棄)、契約(如所有權移轉契約)、及共同行為均包括在內。至於登記之程序，應依土地法第二編及土地登記規則為之。

### （二）宣示登記

宣示登記乃是將已成立之物權變動昭示於人之登記，依民法第 759 條所規定之登記屬之，此種登記，並無創設物權變動之效力，蓋在登記以前，物權變動之效力即已發生，不過非經登記，則當事人不得處分其物權而已。可見此種登記是相對的而非絕對的，故也稱為「相對的登記」。屬於宣示登記之對象，除民法第 759 條所定因繼承、強制執行、徵收、法院判決而取得不動產物權外，他如因典期屆滿而取得典物所有權，或其他非因法律行為於登記前已取得不動產物權者，亦屬之。

由上述各方法而取得不動產物權時，或因登記之遲速，無關於利害關係；或因有專法可據，無害於交易之安全；或為維持國家之威信，執行土地政策，故許物權人於事後補行登記，例如地籍清理條例第 39 條得申請贈與，寺廟取得所有權者。

## 二、登記之推定力

所謂登記之推定力，係指依法登記之不動產物權，推定登記權利人適法有此權利(民法第 759-1)。其目的為保障登記名義人之利益而設。一般而言，土地登記簿上之登記，通常均有實質之權利為基礎<sup>49</sup>，由於登記及占有同為物權公示方法之一，民法對占有既設有權利推定效力之規定，登記自應有此效力，依據登記之推定力，不動產物權之登記名義人於不動產物權上行使其權利，不須證明其權利，若有主張其係無權利者，反應負舉證責任。換言之，登記名義人得以登記之推定力對抗之，基於舉證責任分配之原則，若他人已舉出反證，證明自己有實質之權利，登記名義人為推翻該項反證，自仍須負舉證之責。

## 三、登記之公信力

不動產物權變動既以登記為公示方法，則縱令其登記與實質權利不符，對於信賴此項登記之第三人，亦應予以保護，以維護交易之安全，是為登記之公信力。土地法第 43 條規定，「依本法所為登記，有絕對效力。」亦將登記事項賦予絕對真實之公信力，以保護善意第三人。<sup>50</sup>

綜上所述，登記法律僅能使「未登記」之文件處於不利地位。文件是否能成為有利之證據，在外觀及內涵上仍應合乎法律之要件，及事實上足以推定及公信之資料。登記法律僅保護來源於書面文件之權益，以及來源於法律規定可進行登記文件之權益，無法認定文件書面資料並非登記法律所保護之範圍。但有些設立之權益為原始之權利，而非派生之權利，非來源於任何書面文件，例如占有、時效取得……等，此時權利所有人一般並不持有任何書面資料，亦不受法律之拘束，即受憲法保障之範圍。

登記法律通常規定，某些文件，如短期租約、無須登記，但受保護。此外，在美國許多州實物認為，某些影響不動產之文件，不可進行登記，例如待執行之買賣契約，如沒登記這些文件，不會造成這些文件取得權益之人處於不利之地位。<sup>51</sup>

## 四、登記之對抗力

登記之對抗力，係指登記完畢之權利具有對抗第三人之效力。當登記名義人與第三人發生權利上衝突時，登記之權利人之權利即受到法律之保障，即經登記後之權利，發生物權之效力，足以對抗第三人(民法第 759-2)。如現行民

<sup>49</sup> 楊松齡(民 99 年, 4 月), 實用土地法精義, 五南圖書出版股份有限公司, 九版一刷, 台北市, 頁 183。

<sup>50</sup> 溫豐文(民 96 年, 9 月), 土地法, 各大書局, 修訂版, 台中市, 頁 152-180。

<sup>51</sup> 吳光明, 同註 50, 頁 105。

法物權編修訂，於共有物之管理(民法第 826-1)，地上權(民法第 836，836-1，836-2，838，841-2)農育權(民法第 850-3，850-9)，不動產役權(民法第 859-2)、抵押權(民法第 859-2)，典權(民法第 913)等相關規定明定非經登記不得對抗第三人。<sup>52</sup>

探究日治時期原為寺廟所有之土地，立法意旨已承認私有之存在，管理、使用、收益至今已超過百年以上，雖外觀上未取得所有權為形式占有，但實際上為實質所有，未經登記，當與第三人產生衝突時，登記名義人無法受到法律之保障，若已釐清權屬，登記為該寺廟所有，除另有法律規定外，非經法院判決塗銷確定，登記機關不得為塗銷登記。即一經登記完畢，具有絕對效力。

綜上所述，不動產一經登記，擁有完全所有權之人，就有持有、使用、收益、開發其土地等，亦可處分、贈與、交換、遺贈、出租等各種權利，其權利是排他的，但地籍清理條例第 39 條實體法之立法精神，得申請贈與之成立要件規定，足見其權利僅含蓋使用權之管理、使用、收益之情形，與完全所有權所享有之權利有所不足。而公有土地管理機關雖擁有寺廟土地之所有權，係屬形式所有權；而該條例所指之寺廟土地權利，對寺廟土地管理、使用、收益之情形，係屬實質所有權，但公有土地管理機關未實際使用該土地，與寺廟土地實際使用未擁有所有權之情形有別，且同為不完全所有權之狀態，形成所有權與使用權不符之現狀。

至無所有權之占有人，無論是否為有權占有，僅得依第 962 條規定行使權利，無所有權移轉、設定、變更之權利，對土地有效利用，都市發展將產生負面之影響，為確立寺廟土地權利關係及保障寺廟財產，依監督寺廟條例第 6 條規定為寺廟所有，寺廟土地所有權屬不動產物權，自須履行不動產物權登記，才能確立寺廟財產之歸屬。足見登記對寺廟之重要性。另一方面，寺廟土地未辦理登記將造成那些後果，容後說明之。

## 肆、寺廟未完成登記之結果

日治時期登記為公有之寺廟土地，尚未釐清權屬時，係被視為占用公有非公用之不動產，占有得依不同標準而為分類茲就主要的說明如下：

### 一、有權占有與無權占有

占有以其是否有本權存在，可分為有權占有與無權占有，前者係指基於某種權利而占有，後者乃不基於任何權利而占有，例如因竊盜或搶奪而占有，或於租賃期限終止後仍繼續占住原來租賃之房屋。然兩者區別實益在於無權占有人遇有本權之人為請求時，應返還其占有物。

<sup>52</sup> 楊松齡，同註 54，頁 184。

## 二、無權占有再分類

### (一) 善意占有與惡意占有

善意占有人主觀上不知其無占有權；惡意占有人指占有人主觀上明知其無權占有。兩者區別之實益，在於能否受善意受讓之保護，占有物返還之標的物範圍不同，以及時效取得不動產所有權適用長短時效期間之差異。

### (二) 和平、公然、繼續占有

無權占有依其占有手段，分為和平占有與強暴占有；依其外部表現，可分為公然占有與隱密占有；依其時間是否繼續，可分為繼續占有與不繼續占有，此分類在於時效取得。本文日治時期原為寺廟所有之土地，至日治時期占有至今已達百年以上，在外部之表現上是屬和平、公然、繼續占有之事實。

## 三、相關法令規定

日治時期原為寺廟所有之公有土地，所有權屬公有，使用權實質為寺廟所有，光復後因政權移轉，土地總登記期間未辦理申報，視為無主土地登記為公有，若一直無法取得合法權源，最後將被誤認為竊佔國有土地，而遭致拆除之命運。政府為積極處理被占用公有非公用之不動產，於民國 83 年擬定相關措施以為處理之方案，如「國有非公用不動產被占用處理」及行政院 83 年 10 月核定之「國有非公有土地被占用土地清理及處理方案」等處理辦法，其處理方式分述如下：

### (一) 國有土地被占用之處理方式

被占用土地其符合出租、讓售、專案讓售、視同空地辦理標售或現狀標售者，得依國有財產法規定辦理，其不符者，則勸導自行拆除或騰空交還土地，佔用土地屬違章建築者，移請建築主管機關以違建拆除，對刁頑之占用人或無法以前述各種方式處理者，以訴訟方式處理。

為加強處理私人占用國有土地，對位於商業區、住宅區內被佔用土地，選定面積大、價值高、且收回後有處理或標租、設定地上權之價值者，循司法途徑優先訴訟排除。

對被占建土地，未依法處理完成前，國產局應依民法第 179 條不當得利之規定，向占用人追溯使用補償金至返還土地為止，倘拒不繳納，即訴請排除侵害，請求損害賠償及返還不當得利。

### (二) 收取補償金之除外規定

除有下列情形之一外，須排除地上物返還土地外，得同意依民法第 176 條返還不當得利規定，向寺廟追收使用補償金，暫緩排除地上物。

1. 擬選列為設定地上權標的
2. 擬自行開發之標的
3. 經依刑法第 320 條規定移請地方警察機關偵辦或逕向法院告訴之案件。
4. 關係預算收入重大或具有警示作用，有繼續訴訟排除侵害必要之標的。

另為遏止新占用之滋生，對新占建使用國有或公有土地者，除連繫地方政府以違建處理辦法逕予拆除外，並依刑法第 320 條規定移請警察機關偵辦或向法院告訴。<sup>53</sup>因此，本文研究之土地權屬無法釐清時，將視為占用公有土地，影響寺廟土地之有效利用及權益。

## 伍、小結

依照我國現行之法律，不動產物權之取得，經登記後有極強之效力，得對抗一般人，故關於不動產物權變動之行為，若僅有當事人之意思表示，尚不生效，必須踐行法定登記方式，始生效力。民法 758、759 對不動產物權之權利確定，已有明確之規範。若不履行登記方式，使用者本身及第三人必蒙不測之損害，並使交易有不能安全之虞。日治時期原為寺廟所有之土地，因當時免登記並不失其權利之效力，光復後雖允許其在規定期間內辦理土地總登記，但因不曾辦理登記或已登記因光復前後受到戰事之波及，部分存在之證明文件或許已遭致轟炸而毀損、滅失，或者根本無權利證明文件，雖在光復後訂定地籍清理之目的，仍有部分之土地無法解決而造成失權。為釐清此類土地之權屬，目前雖重新立法，就日治時期權利證明文件提出與否仍存在諸多爭議！

探究該類土地自日治時期至今實際為該寺廟管理、使用、收益，一直以來政府單位並未有任何異議，實質已默認其所有權之存在，地籍清理條例之立法意旨亦承認為其私有，雖立法得申請贈與，應檢具日治時期之權利證明文件，等於要求其不可能之期待實現，否則將承受不利益造成失權之結果。鑑於所有權具有之權能及效用，足見寺廟登記之重要性。就該條例第 39 條實體法立法之目的，擬儘速釐清權屬。

又實體法之實現主要借助程序設計之輔助，使其發揮最大之效果，並達成立法目標。而寺廟申請贈與公有土地辦法為實體法之程序設計，以為其執行依據。然實體法之程序設計主要根據為法之規範及憲法秩序之引導，實體法之提供在行政程序中得探知事實、行使裁量權，另行政程序之功用而言，是一種權利實現及法律具體化之程序規範，實體法與程序法兩者互補關聯性。故為確保

<sup>53</sup> 有關國有土地被占用所遷涉之法令及處理方式論述主要引用自黃慶生，同註 2，頁 421-422。

人民權益，行政實體法固與人民權利息息相關；行政程序與人民實體權利之實現亦有重大關係。質言之，行政程序之設計主要目的得實現法明確性與法安定性之要求。換言之，為保障民眾權益及實現實體法上之權利義務則有所謂之行政程序法之制定，行政程序法在關於行政實體法上所保障之人民權利之實現上，具有決定性之意義。

日治時期之權利證明文件，要其實現期待不可能之事實，與法之安定性有別，形成不確定之法律因素。程序設計之內容並不明確，與法安定性有違，將對於實體法之立法目的無法實現。若寺廟土地一直無法登記為寺廟所有，不但侵害該寺廟之權益，終究換來侵占國土之罪名，最後可能遭致拆除之命運。故原為寺廟團體所有之土地，具備實體法之權利發生要件，而擁有請求贈與之權利，單憑光復後因政權移轉、法權歸屬，導致權利登記為公有，似乎原有之權益未受到應有之保障，為實現實體法之權利義務，及程序設計對實體法保障之功能，自應踐行妥當性之法律程序。

因此，在日治時期原為寺廟所有之土地，依實體法地籍清理條例第 39 條權利發生要件，以寺廟申請贈與公有土地辦法之程序法以輔助其目的之實現，該辦法之程序設計，規定受贈者應檢附日治時期之權利證明文件，該文件因年代久遠而舉證困難，舉證責任之負擔，在程序設計上確全然由受贈者負擔，顯然已將「協力負擔」責任全部轉嫁至受贈者身上。故整個程序上為完成實體法之目的，顯然已有瑕疵，依據申請贈與之程序規定，應繳交日治時期之權利證明文件，舉證責任全然由受贈者負擔，似乎無法顧及舉證責任之權衡分配，及雙方當事人之利益均衡以及個案之公平正義，因此而產生舉證責任分配之問題。以下擬就舉證責任之理論一一探討舉證責任分配之妥適性。



## 第四章 地籍清理條例第 39 條在舉證責任分配上之分析

地籍清理條例第 39 條，得申請贈與應檢附之證明文件，得成為申請贈與登記為寺廟所有認定之證據，該證據原屬日治時代之產物，可能因年代久遠，而發生舉證困難之情形，本文為檢討舉證責任分配之妥適性，擬先行就學說之變遷，現行舉證責任分配通說，就舉證責任之內涵，分析法律規定舉證責任分配之妥適性，並作為最佳舉證責任分配方法之論證。

### 第一節 舉證責任分配學說

舉證責任（Beweislast<sup>54</sup>）分配源於羅馬法，所指係為舉證責任應如何分配由雙方當事人證明之問題，本質上，應屬實體法之性質，然實體法已有舉證責任分配，固應依實體法之規定，而實體法無明文規定者，應從舉證責任理論或學說著手，德國通說之見解，係採 Rosenberg 在民事訴訟法所發展出來之理論，此理論稱為「規範說」或「有利規範說」，為現行舉證責任分配通用之基本原則，在行政訴訟事件及行政程序仍以規範說為基本，<sup>55</sup>以下就舉證責任分配學說從羅馬法至現代學說之演變過程，彙列如后。

#### 壹、學說之變遷

##### 一、羅馬法源

羅馬法源規定舉證責任分配之原則有二，第一原則為「原告應負舉證義務」者，所指並非被告完全不負舉證責任，若原告不盡舉證之責時，被告即為有利之裁判。但若原告已盡其舉證之責時，被告只得以反證推翻原告之舉證，若被告提出抗辯時，應就該抗辯有舉證之必要。故此舉證之原則，在於主張權利存在之當事人（原告），就權利發生事實負有舉證責任，課以當事人舉證責任之義務。第二原則為建立「為主張之人有證明義務，為否定之人無之」之原則，有學者將之引申「一切被推定為否定之人之利益」。此思想為 12 世紀學者之舉證

<sup>54</sup> 駱永家（民 98 年，9 月），民事舉證責任論，臺灣商務印書館股份有限公司，初版 11 刷，台北市，頁 46。公元 1883 年德國法學者優理務斯·格拉查（Julius Glaser）將其分為主觀舉證責任概念及客觀舉證責任概念。Beweislast 為德文，本文統一以德文表示。

<sup>55</sup> 李惠宗，（民 97，9 月），行政法要義，元照出版有限公司，四版一刷，台北市，頁 273。

責任分配原則。

## 二、羅馬法註釋家

布魯加魯斯特別對第二種原則提出其見解，認為主張之人有舉證責任，進一步認為各當事人應證明各自主張之原因，即原告應證明請求及再抗辯之原因，被告應證明請求及再抗辯之原因，被告應證明抗辯及複抗辯之原因，以第一原則為主，第二原則為副，與現在之通說（特別要件說）較為接近。另部分學者認為主張積極事實之人應舉證，認為消極之事實不可能舉證，但到後期漸漸發現消極事實亦可舉證，成為反駁消極事實說不可能舉證之有力根據。

## 三、德國普通法時代

在德國普通法時代，19 世紀，漸漸致力於研究如何決定屬於請求之原事實？如何決定屬於抗辯之事實？已建立現在通說（特別要件事實說）之基礎。英美法上古亦採羅馬法之原則，並解釋為「為肯定主張之人有證明義務，為否定主張之人無之。」但此原則似有欠妥當。蓋因常有形式上雖為肯定，但實質為否定，反之，形式上雖為否定，但實質上則屬肯定之情形。因此，學者乃主張應依實質決定，而不能依形式決定。<sup>56</sup>然此時期德國法上之舉證責任分配法則相關理論計有：（一）有利規範說，（二）原則例外說，（三）攻擊者原則說，（四）支配領域說，（五）公正要求與當事人武器平等說。學者張文郁認為前開理論之適用，應以協力（證明）負擔為定位之支配領域說為第一優先順序。<sup>57</sup>

## 貳、十九世紀末葉之舉證責任分配學說

十九世紀時代之德國學者針對例外發生之情形不斷地增加，為適應各種實際上之變化，改由各自創立不同之學說來因應，以為現代之學說奠定基礎，至十九世紀末葉，<sup>58</sup>就其各種舉證責任分配之之研究方法，得分為數種，<sup>59</sup>茲分述如下：

<sup>56</sup> 有關學說變遷之三個時期論述主要引用自駱永家，同註 59，頁 69-70。

<sup>57</sup> 陳明燦（民 97 年，11 月），土地法專題研究，初版第一刷，元照出版有限公司，台北市，頁 178。

<sup>58</sup> 陳榮宗、林慶苗（民 98 年，10 月），民事訴訟法（中），修訂七版一刷，三民書局，台北市，頁 490。

<sup>59</sup> 我國民事訴訟法著作，民事訴訟法（中），陳榮宗與林慶苗兩位學者合著，將其歸類為兩種研究方法，即待證事實分類說及法律要件分類說，民國 98 年 10 月，頁 490 以下，但就此舉證責任分配，應以王甲乙、楊健華、鄭健華合著之民事訴法新論，民 98 年 7 月，三民書局，台北市，頁 404 以下之說明較為詳盡，茲略節錄。

## 一、法規分類說

此說謂在實體法內有原則規定及例外規定之分，以原則或例外之適用，訂定舉證責任分配之標準，不因雙方當事人地位之不同而異。換言之，當事人欲求原則規定之適用，應主張其規定要件事實，在必要範圍內，定其舉證責任，反之，當事人欲求例外規定之適用，應主張其要件事實之不存在，無須負舉證責任。所謂原則規定，係指就某類事項於通常情形應適用法規而言，如有特殊情形而排斥原則規定之適用者，則為例外規定。以法條之排列及結構觀之，如「但……，不在此限」，而同一法規中亦有以特別規定限制一般規定適用之效力，如民法第 12 條規定，自然人年滿 20 歲為成年，始有完全行為能力等。然法條繁多，彼此間關係錯綜複雜，欲期綜合實體法內有關原則及例外之規定而為適用，易有遺漏之虞，且識別原則或例外規定而為適用，易有遺漏之疑，亦非易事，實不宜以法規分類說為定舉證責任分配之標準。本文排除此作為檢視舉證責任分配之妥適性。

## 二、要證事實分類說

所謂要證事實分類說 (Themen verteilungs theorie)，係專就要證事實本身之性質內容為分析研究，凡符合一定性質內容之待證事實，不可能證明之事實不負舉證責任之分類方法，此研究方法根本不考慮，某項待證事實在法律構成要件上是處於何種地位，例如消極事實說、繼續事實說、特別例外事實缺乏說、內在事實說……等。要證事實分類說之舉證責任，僅依其性質或內容，乃不問要證事實為何種法律上效果之要件事實而分配之。換言之，對於性質上不可能證明之事實不必舉證。主張積極事實或外界事實者，就其事實負舉證責任；反之，主張消極事實或內界事實者，則不負舉證責任。茲分述如下：

### (一) 積極或消極事實說

主張積極事實之人，就該事實應負舉證責任，否定事實之人即主張消極事實之人，就該事實不負舉證責任。此說又有不同之立論根據，分述如下：

#### 1. 消極事實 (Negativentheorie)

因消極之事實不可能被證明時，而主張該種事實之人，不負舉證責任。例如無法律上原因要件之舉證問題，若於個案中就事實不存在之舉證甚為困難，則應不負舉證責任，但應由各個不同之觀察角度與結果，採取不同方法之舉證責任分配。

#### 2. 積極事實 (Fortdauertheorie)

依因果關係法則，積極之事實可發生結果，消極之事實則不發生結果。因此，一旦發生法律關係，如不發生積極之新事實，則不變更或消滅，該法律關係仍依然繼續存在。故消極之事實不必舉證，故主張消極事實之人，不負舉證

責任。

但消極之事實說，亦有甚多不能自圓其說之處，乃當事人間在權利之發生或消滅之要件事實中，如有消極之事實時，法律上應無理由因其為消極之事實，而免除主張該事實之人之舉證責任。一般言之，消極之事實固難舉證，但決非不一定不可能證明，由間接證據亦能證明之。因此，消極之事實說武斷地以消極之事實以不可能證明為前提，而認為主張消極事實之人無庸舉證，其立論實不一定正確。

又以消極之不發生結果為理由，似乎亦有不妥，蓋因法律效果乃因法律要件而生，並非因果關係之結果，縱使消極之事實，如為法律要件事實，仍應負舉證責任。此立論適用在本文之檢視應附文件之合適性有相通之處。

## （二）外界或內界事實說

主張此說者讓人誤認為主張外界事實（äussere tatsachen）者應負舉證責任，而主張內界事實（innere Tatsachen）之人，不負舉證責任，因內界事實不能證明之緣故。但內界事實仍可依間接證據推知。例如未成年人之推知，時效取得地上權之長期存續占有事實之推定等。然此說亦有未周全處，惟內界事實與消極事實因同難舉證，為公平計仍以減輕當事人之舉證責任為必要，至於減輕之方法，以法律規定、或依事實上之推定也。本文因年代久遠，舉證困難時，依長期存續占有之事實推定，仍有適用之處，故內界事實說仍可作為本文檢視應附文件之合適性。

## 三、法律要件分類說

所謂法律要件分類說(Tatbestands verteilungs theorie)，係專就個別具體之法律構成要件之事實，按法律構成要件之性質內容，依不同價值標準為分類，凡歸屬於某類法律構成要件之事實，當事人就該項事實分配舉證責任，例如 Rosenberg 之規範說，及行政法之誠信原則、信賴保護原則、公平正義原則……等。<sup>60</sup>此說以為所欲證明之事實為何種要件事實，應由何造當事人負舉證責任？乃依該要件事實係發生何種法律效果而定，此說又因立論不同，可分為下列數說：

### （一）多數說

主張法律效果之當事人，就該效果之發生要件事實中之屬原因性、通常性、特有性者，負有舉證責任，相反地，如不屬原因性、或為例外之事實，或為一般要件欠缺之事實，則由對造負舉證責任。又法律效果發生後，該效果變更或

<sup>60</sup> 有關舉證責任分配學說論述除了以引用王甲乙、楊健華、鄭健華合著之民事訴法新論，頁 404 以下外，亦有引用自吳明軒（民 98 年，10 月），民事訴訟法，三民書局，修訂八版，台北市，頁 879-881。

消滅之要件事實屬於原因性、通常性、特有性者，亦由對造負舉證責任，至於如何區分法律效果發生之要件事實，分為以下不同之見解：

1. 因果關係說—原因說 (kansal theorie)

此說以法律效果發生之要件事實區分為「原因」與「條件」，即主張法律效果存在之當事人，就「發生原因事實」負有舉證責任，但條件欠缺之事實（即權利障礙事實），則由對造負舉證責任。至於何為原因事實？條件事實？或依因果關係論之適當條件說，就因果關係論上，通常依可發生法律效果之事實者，負有舉證責任。

2. 通常發生事實說 (regelmässig theorie)

此說乃主張法律效果存在之人，就其可使該法律效果發生之事實，負有舉證責任，但妨礙法律效果發生之特別事實或例外事實之舉證責任，則由對造負擔。例如通常情形之買賣契約，因買賣之要約與承諾為發生買賣效果之事實，由主張買賣之法律效果之當事人負舉證責任，例外亦有由無行為能力人或通謀意思表示而為之者，此即妨礙法律效果發生之特別事實或例外事實，由對照負舉證責任，此說之本旨與特別要件說相符。

3. 最少限度事實說 (Minimal theorie)

此說乃當事人主張有利於己之事實，分為權利發生規定之要件事實、權利障礙規定之要件事實、權利消滅規定之要件事實，依此分配舉證責任，乃主張權利存在之人，就規定該權利發生之條件以之為要件之最少限度事實，負有舉證責任，對於障礙或消滅之事實者，應就各該實體法規定要件之最低限度事實負舉證責任。此學說不以特別要件與一般要件定舉證責任分配，而以權利發生、障礙或消滅之最低限度事實定舉證責任分配。

4. 特別要件說 (Spezial theorie)

此說依實體法之規定，將法律效果發生之法律要件事實，分為特別要件事實及一般要件事實，而以主張法律效果存在之當事人，就其法律效果發生所必要之特別要件事實，不負舉證責任。反之，其發生所必要之一般要件事實之欠缺，則由對照負舉證責任。當主張一旦發生之法律效果其後消滅之當事人，就其消滅所必要之特別要件事實，負舉證責任，其一般要件事實之欠缺，則由主張法律效果存在之當事人負舉證責任。並與最少限度事實說為現代之通說。

## (二) 少數說

即列昂哈德說 (Leonhard)，此說反對前述之說，其主張舉證責任之分配原則，為主張法律效果存在之當事人，就屬於該法律效果所必要之全部法律要件事實，負有舉證責任，其屬於該法律效果之變更、消滅所必要之全部法律要件事實負舉證責任，則由對造負擔。即主張法律效果存在之當事人，僅就前者負有舉證責任，後者之舉證責任則由對造負擔也。<sup>61</sup>

以上兩說之結論幾乎無異，但日本學者多採少數說。有利於己之事實者，就

<sup>61</sup> 有關法律要件分類說所分類之論述主要引用自駱永家，同註 59，頁 273。

其事實有舉證責任……」，由立法理由觀之，可知本法條對舉證責任分配已設有原則性之規定，如前所述，向來多數學說、見解乃以法律要件分類說之特別要件說為舉證責任分配之基本原則，即屬德國學者 Rosenberg 之規範理論。

## 參、今日舉證責任分配學說

在德國民法起草時前後，以法律要件分類方法為舉證責任分配已盛行於一時，至 1923 年 Rosenberg 就舉證責任分配理論再行出版，此時法律要件分類說之理論更為完備，其所建立之基礎理論體系支配德國舉證責任分配學說達半世紀以上。德日及我國學者今日所謂之通說，實乃指 Rosenberg 之舉證責任分配學說而言，研究舉證責任分配問題者，不能不知 Rosenberg 之規範學說。

Rosenberg 之規範說(Die Normentheorie)即屬於法律分類要件說之方法，此專以法律規範之規定形式為分析，由於研究舉證責任分配之學者，可分為兩種立場，一認為舉證責任分配，僅得就個別具體事件，為適當之裁量，當決定何人應就何事負舉證責任而為分配，無法統一作原則性之分配。另一認為，舉證責任分配可作抽象統一之分配，Rosenberg 係立於後者之立場，認為立法者於立法之際，已將舉證責任分配於各法條中考慮與安排，即民法之法律規範本身，已具有舉證責任分配之規則，學者祇須就法條為分析，得以直接發現舉證責任分配之一般原則。

其認為舉證責任分配原則乃，若無一定法條之適用，則無法獲得訴訟上之請求成果之當事人，應就該法條於實際上已存在之事實，負主張及舉證責任。亦即，各當事人應就其有利之規範要件為主張及舉證。故又稱為有利規範說。依 Rosenberg 之看法，法律規範相互之間，非立於補足支援關係，則成為互相排斥或對抗之關係。舉證責任分配之原理，可自法律規範之此種關係中獲得。實體法法律規範可分為兩大類，一為所謂基本規範(Grundnorm)，又稱為請求權規範(Anspruchsnorm)，主要規範(Hauptnorm)或通常規範(Regelnorm)。凡能發生一定權利之法律規範，均屬於此類，Rosenberg 稱其為權利發生規範。例如地籍清理條例第 39 條規定，得申請贈與之成立要件為權利發生規範。

另一為所謂之對立規範(Gegennorm)，此類法律規範又可分為三種，即權利妨害規範(Rechtshindernde Norm)、權利消滅規範(Rechtsvernichtende Norm)、或權利受制規範(Rechtshemmende Norm)。凡於權利發生之始，即將權利效果為妨害，使權利不能發生者，此規定即為權利妨害規範；凡於權利發生以後，能將已經存在之權利再為消滅者，規定此種法律內容之規定，稱為權利消滅規範；於權利發生以後，權利人欲行使權利之際，能將權利加以遏制或排除，使該權利不能發揮實現者，稱為權利受制規範。<sup>62</sup>

Rosenberg 將法律規範作上開四種分類後，即展開舉證責任分配原則，認為

<sup>62</sup> Rosenberg 之規範說論述主要引用自陳榮宗(民 83, 3 月)，舉證責任分配與民事程序法(二)，再版，三民書局，台北市，頁 14-16。

主張權利存在之人，應就權利發生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。<sup>63</sup>Rosenberg 對於法律規範之四種分類之區分界限，由於權利發生及消滅前後時間事實明顯，容易區別，不生問題。但權利發生規範與權利妨礙規範之區分界限，實際上常有困難，因為權利發生與權利妨害之事實存在時間上同時存在，而且權利妨礙事實之不存在亦常是權利發生之一種情形，例如當事人成立消費借貸契約時，應將缺乏行為能力者視為權利妨礙要件？或將不缺乏行為能力者視為權利發生要件？又如當事人成立寺廟申請贈與時，應將發生舉證困難或不能者視為權利妨礙要件？或將不缺乏證明文件者視為權利發生要件？其區分發生困難。

依此，Rosenberg 解釋之方法，以法條規定之形式為區分，當立法者制定法律時，就權利發生情形以通常規範規定，權利妨害情形，以例外規範之形式為規定。故其認為凡在條文中，以但書之型式為規範者，均為例外規範，亦即權利妨礙規範也。由此可知，Rosenberg 係同時利用「通常與例外之原理」，來判斷某一法律規範係屬權利發生規範，抑或屬於權利妨害規範之問題。<sup>64</sup>然寺廟申請贈與公有土地辦法，立法者於制定該條文時，並未考慮法律要件事實之人、事、地點，而就權利發生情形，以通常規範規定，同時就權利妨害情形，以例外規範之形式為規定，在法律規範不明確之情況下，容易造成舉證責任分配歸於當事人之一方，而接受其不利益之結果。如此太偏重法條規定之外在型式之結果，若單以 Rosenberg 之規範說用在本文舉證責任分配上，就舉證困難之部份，欲確認其法律效果存在，應會產生問題。

## 肆、舉證責任分配學說在行政程序法之適用

### 一、行政程序法概要

行政程序法為規範行政程序之法律，其目的在使行政程序能夠在法律之規範下進行，行政程序法可分為廣義與狹義的，廣義行政程序法，指一切關涉行政權力之法律，都包括在內。例如，行政組織、行政權力之運作種類（行政命令、行政處分及行政契約、行政救濟等）、都可於法典中獲得原則性之規範；狹義之行政程序法，係指專門針對行政權力而產生之法律。由於行政權力之行使是達到國家行政目的之主要依據，故國家被賦予之職權，「擬制」來自於「國民全體」，雖行政主體任務之範圍，是職權之來源，亦為責任之根源。換言之，權力之行使雖係一種政治上之付託，但託付之內容確有法律上之責任，法規如果沒有預先之規定，對人民之權利將產生不可預見之侵害，從而違反法律保留及

<sup>63</sup> 姜世明（民 92 年，1 月），新民事證據法論，學林文化事業有限公司，台北市，頁 184-185。

<sup>64</sup> 陳榮宗，同註 67，頁 17-18。

法律明確性原則。<sup>65</sup>對行政程序所產生之功能，未見有助於行政效率之提升及人民權益之保障。

依行政程序法第 4 條規定，「行政行為之內容應明確」。係指行政行為應具有預見可能性及審查可能性，使人民有所預見與遵循。而法律授權行政機關為一定行政行為時，授權之目的、內容、範圍在實體法亦應明確，亦即目的需確定、內容需具體、範圍需明確。釋字第 367 號解釋理由書（83.11.11）……如法律之授權涉及限制人民自由權利時，其授權之目的、範圍及內容符合具體明確之條件時，亦為憲法所許。……。

又行政程序法第 2 條規定規範對象，明白規定「係指行政機關作成之行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實施行政指導及處理陳情等行為之程序」，第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成；二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民損害最少者；三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」另行政程序法第 8 條規定：「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴」。此信賴保護原則，以法治國家之「法安定性原則」為根據，釋字第 589 號（94.01.28）法治國家為憲法之基本原則，首重人民之權利維護，法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。受規範對象如已在法規施行而產生信賴基礎之存續期間內，對構成客觀要件之事實，有客觀上具體表現之行為，且有值得保護之利益者，即應受信賴保護原則之保障。<sup>66</sup>從以上行政程序規定，足見行政程序法對於規範之對象，不僅是法治國原則之實現，保障實法之權利義務，達成憲法保障人民基本權之目的。

然 Rosenberg 之規範學說雖因太偏重法條規定之外在型式之結果，而可能造成雙方利益無法平衡，但 Rosenberg 之規範學說在德日及我國通說仍為現行舉證責任分配之方法，適用之結果係在追求法安定性及雙方公平正義之衡平，何謂法安定性？何謂公平正義之衡平？其內涵如何擬以詳述如后。

## 二、公平正義之內涵

公平正義原則為舉證責任分配潛在追求之目標，建立在民事訴訟法第 277 條但書目的之尋求，於具體事件之適用上，法律別有規定，或依其情形顯失公平者，強調以公平正義調整舉證責任分配之重要性。追求個案中之公平正義，何謂正義，公平正義之基準何在？以下則擇學說較常論述者介紹之。

### （一）正義之分類

<sup>65</sup> 陳新民（民 94 年，9），行政法總論，三民書局，修訂八版，台北市，頁 497-498。

<sup>66</sup> 劉振強（民 99，2 月），大法官會議解釋彙編，三民書局，增訂八版一刷，頁 225 及 636。



### (1)「分配正義」與「平均正義」

分配正義乃基於比例平等之原理，依照幾何學之比例，確定各個人應得之利益與不利益，確定之方法以人之聖賢愚不肖，定不同之待遇。平均正義係依算術之比例，基於嚴格平等之原理，確定各個人應得之利益與不利益，注重人格價值，要求基於平等之立足點使各人受相同之待遇，亦即如何將權利、權力、義務及責任，公平分配給社會之每個成員。

立法上，依分配正義使「相同事務得相同之處理，不同之事務即為不同之處理」；對法之執行上，依平均正義使相同案件能適用相同之法律。例如，得申請贈與之國有管轄土地與直轄市縣市有、鄉鎮有土地申請贈與，同為適用地即籍清理條例第 39 條，同免先成立財團法人即是。

### (2)「形式正義」與「實質正義」

形式主義為具有法之理念，以力為後盾，存在於對所有屬於同一本質範疇之成員給予相同之待遇，該準則非出於恣意，必須是正當合理且具普遍性的，即須「除在確認體系基礎的價值時所涉之事務外，即在去除一切恣意的事務」始為適當。而實質正義乃將道德上之善吸收於正義之形式當中，因而轉化為法之正義。

兩者之差別在於形式主義在一般性之規範下，任何具備其中要件之人與事，皆應被適用；實質正義似指實質之異同而在法律上探索其特殊性。就法之角度而言，形式正義應指制度及適用法律之公平，亦即「等者等之，不等者不等之」；而實質正義則在謀求法律上真正之實質公平。

### (3)「法律正義」與「實質正義」

法律正義乃指國家與國民相互關係之法價質理念，主要關係於總體社會與其構成員。受其支配者係奠定在總體社會實證法上共通善之基礎上，並實現此基本義務以及為履行該項義務所必要之一切義務，其中尤其以國家機關與國民所應遵守之義務最為重要。

而社會正義乃關係到社會經濟勞動共同體，應對於各協同體或其構成員，依彼等之協同部分，分配其因勞動協同所得生產之法價值理念。故前者強調的是法律之權利義務關係，後者係來自於正義而生，以社會協同之方法，來實現自己人格之存在，謀求社會福祉之具體化。

由以上論述得知，正義意味著平等處理所有事務，只要觀點相同。詳言之，它要求「對於本質上相同之事務為相同處理，對於本質上不同之事務為不同處理」。即正義它要求公平合理，要求因事務上之異同而有異同之規定，並應確實依之而行，在此了解到平等係其中心所在，乃無爭論。

## (二) 作為正義核心之平等原則

我國憲法上對於平等原則更作了明確之規定，憲法第七條：「中華民國人民，無分男女、宗教、階級、黨派，在法律上一律平等。」就我國根本大法憲法以觀，應與各國大同小異，足以表示此問題放諸四海之重要性及判別標準。

而平等乃承襲前述之「分配正義」之理念而來。按平等原則者，一般分為形式之平等與實質之平等。所謂形式平等乃指稱：「本質上相同事務應為相同之處理，不同事務為不同之處理」；而所謂實質之平等，則係因每個人事實上會有經濟地位與天生才智等高下不同，倘若國家存在之目的亦為了追求更大社會正義之實現，國家依平等原則亦須排除實際之不平等。易言之，藉著國家公權力之介入措施，以縮減人民經濟上之不平等。

上述之「本質上相同或不同」之這個公式中，並未對於其中核心部分提出答案，只提供了內容空洞之公式而已。由於在行政、司法之領域中，要求依法行政或依法審判，故行政、司法可以立法者之意思為標準去判別「本質上相同或不同」是否合乎平等。自上開「本質上相同或不同」之這個公式之點上，立法者必須提出一個合理之理由用以正當化其差別待遇。<sup>67</sup>

綜上所述，當論及平等與正義之關係者，由以上之說明可知，公平是實質上的正義應有之義，其更要求不偏袒地分配社會權益。如舉證責任分配公平合理，即已實現社會公平正義。

### 三、個案正義原理

在上文中得知，正義是充滿價值觀念之概念，在法治國家之下可以確定的是，乃是其要求不得作不合理之差別待遇，何謂「合理之差別待遇」，但終究必須求之於系爭案件所考量之各種利益加以衡量，始得確知。舉證責任分配之一般原則以規範理論為通說，然一般原則主要係為追求通案之正義，亦基於一般原則之確立，得以促進法律安定性與通案平等對待之憲法要求即獲達成。由於立法者立法之目的，原在於實現公平正義，惟由於事件各有不同，若普遍追求法安定性之法律，適用在個別事件時，反而可能發生不符公平正義之結果，而規範說對舉證責任分配之基本要義，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，應就法律權利妨害要件、權利消滅要件負舉證責任。具一般抽象性之規範理論，其性質符合法安定性之憲法原則，具有可預見性及可預測性之特質，但若一概僵化地設定在規範學說之匡架上，對於特殊個案中，因舉證困難之部分，當無法達成法律效果時，必然與實現公平正義之結果有所違背。

基此，個案正義者，實係在各個不同案件中，尋求其合理之差別待遇之基礎之謂，因此事實上即相當於「利益衡量 (Interessenabwägung)」或法益權衡 (Güterabwägung) 之要求。<sup>68</sup>

#### (一) 利益衡量原則

<sup>67</sup> 有關公平正義內涵論述主要引用自城仲模 (民 86, 7 月), 行政法一般法律原則, 三民書局, 台北市, 頁 387-397。

<sup>68</sup> 城仲模, 同註 72, 頁 397。

所謂利益衡量，乃指行政機關在作任何決定時，皆須經通盤考量，不能片面追求公益或某一方之利益，必須尊重並考慮不同之利益，換言之，應就相互衝突之利益，尤其公利益及私利益，作平衡之考量，而依實際之情況，客觀之衡量取捨。在我國制度府中，尚未見應予衡量原則體現於制度法之明文，但即便法無明文規定，應予衡量原則仍具有妥當性。蓋理由乃衡量原則之目的在於

1. 追求個案之正義：為對於法之價值判斷作出決定，有賴於司法機關及行政機關對於個案具體情況之判斷，為使正義之要求不流於空談，依個案實現正義之要求，就成為盡力實現之誠命。故對於利益加以衡量之主要目的，即是對個案正義之追求。例如在實體面上，依據現行之法令，對寺廟申請贈與，舉證責任全然由受贈者負擔，為顧及受贈者之利益，針對個案之公平正義應予衡量。
2. 調整公益與私益之衝突：私益乃只要在合法之範圍內，社會各成員法律上及事實上之利益均屬之；公益則必須透過「公益原則」來加以掌握。兩者之衝突，仍須賴「應予衡量原則來加以調整」。所謂公益，係各個成員事實之利益，經由複雜交互影響之過程，所形成理想整合之狀態。換言之，「公益」即為公共之利益，在概念上，相對於「個人」，且任何人都可能納入之多數人團體之共同利益。行政機關之行為應為公益而服務，並非強調公益優先於私益，事實上，保護私益亦為公益之一部份。

學者 Walter Klein 在「公益原則」中提出判斷此利益之標準，亦即「量的最廣以及質的最高」，所謂「量的最廣」是指受益人數最多，儘可能使最大多數人均需福利；「質的最高」則是針對受益人之強度而定，凡與人類生存愈有關連之要素，越具有「質的最高」之性質。但在個案中，應如何衡量與調整「質高」與「量廣」利益間之衝突，則須結合「應予衡量原則」，依實際情況與個案正義為斷。應予衡量另一目的，乃追求效益之調合與人權之保障，此乃將效益與人權一併納入考量，並依照個案實際之情況，平衡的加以權衡取捨，此利益衡量之要求，目的在於約束行政官署或法院，令其裁決時注意應予衡量之價值，而非僅一味地執著於效益之追求，忽略了對於人民權利之保障。<sup>69</sup>

## （二）法安定性之成立要件

所謂法安定性，則必須符合之要件

1. 乃法律關係往來關係或法律關係與狀態之安定性，在此意義下，要能保障既有存在之法律關係與狀態，使其免於恣意的權力運作侵害，例如：合法創設之權利、權利與占有狀態可不受妨害之存在；
2. 乃法律文字權利義務規定之安定性，此意義下之安定性，特別重在法律文字權利義務規定之明確性，是以不僅要求法律之構成要件，法律效果須具明確性，亦要求法律規定之主、客體、權利義務須明確。如此，相關法律狀態可獲致「可預見性」，當事人之權利即可獲得保障。要實現此安定性，則應偏重在法律關係與狀態之穩定性及持續性，或言其為「不可破壞性」，此即已具有法安

<sup>69</sup> 城仲模，同註 72，頁 501-509。

定性。<sup>70</sup>行政命令之本質，在於經法律之授權，與法律具有同等效力，於法之內容上，必須具有明確性，故法之明確性乃法安定性之重要內涵，如欲符合法安定性，仍須具備以上所舉之要件。對於個案特殊事件，若僅一概疆化地設定在規範說之匡架上，則原已存在之權利與占有狀態將受到妨害，法律狀態未見獲致可預見性，即不具備法安定性。

#### 四、舉證責任分配學說與行政程序法之關聯

Rosenberg 之規範說以及對規範說之各種學說，雖其方法及觀點各有不同，但其所努力之目標，均在提供公平合理符合正義之解決方法及標準。具一般抽象性之規範學說，德日及我國學者皆認為其性質符合法安定性之憲法原則，具有可預見性及可預測性之特質，其目的為追求個案之公平正義、當事人雙方之利益衡量及手段與目的之均衡。

而行政程序執行之目的，係在以法治國家之法安定性為原則，係以法律加以規範，立法就具體事件規範之周延性，除了提高行政效率外，重視人民權利之維護及實現憲法對基本權利之保障，足見兩者所追求之目的係屬相同。地籍清理條例第 39 條，原為寺廟所有土地，從日治時期至今仍為其管理、使用、收益，已於法規施行時而產生信賴基礎之存續期間，並對構成客觀要件之事實，具有具體表現之行為，就存續保護之利益，應受信賴保護原則之保障。然而憲法第 15 條規定人民之財產權應予保障，旨在確保個人依其財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害。寺廟財產亦應受憲法有關財產權規定之保障。<sup>71</sup>

但該條文就證明文件能取得與不能取得者全歸一造當事人負擔，然不能取得者就歷史因素背景分析結果，難以證明是否為當事人之故意與過失，協力負擔之不利益全歸於當事人。顯然係為法規內容非具體明確，目的尚未確定之結果，舉證責任分配已產生爭議性。由於法律不可能對所有行政行為為完整規範，就法規內容規範欠缺或不完整之部份，舉證責任分配若僅以規範說予以適用，則不足以符合法安定性及公平正義之原理，故仍應以各種學說及法理予以補充。

然迄至目前為止，在各種類型之案件中，學理上尚無單一之舉證責任分配法則可茲使用在千變萬化之案件中，在行政訴訟及行政程序皆然，決定舉證責任分配法則，德國通說之見解，係採 Rosenberg 在民事訴訟法發展出來之理論，此理論稱為「規範說」或稱「有利規範說」。故舉證責任分配學說適用於民事訴訟法，於民事訴訟法第 277 條有明文規定，行政訴訟法復規定加以準用，此時行政程序法亦可適用。<sup>72</sup>

<sup>70</sup> 城仲模，同註 72，頁 275。

<sup>71</sup> 劉振強，同註 71，頁 577。

<sup>72</sup> 李惠宗，同註 60，頁 273。

## 第二節 舉證責任之內涵

### 壹、證據之內涵

#### 一、證據之意義

證據之定義，眾說紛紜，有謂證明、證明之結果、證明之原因及證據之方法等；惟證明、證明之結果，皆以證據之存在為前題，證據方法僅為供作證明用之材料，皆不能謂為證據之定義。近代通說，咸認為證據即為證明之原因；換言之，凡足使法院或應證機關確信應證事實或法則為真實之外部原因，皆曰證據。<sup>73</sup>證據可分為有形及無形兩方面，有形方面係指法院為取得某事實之認定資料，以作為有形物，即證據認定方法，如記錄事實文件證明，記錄買賣事實之契約或契字文件證明、公部門核定成立之當事人資格證明等，為提出確立權利之證據方法，證據可以文件為方法，文件通常以文書作成，作成之文件以文字、符號直接表現於特定物體。文件必須為真正，才能達成證據之效果，真正之文件係指文件確由其制作名義人所作成，非出於他人之偽造。文件為真正時，即具有「形式證據力」，具有形式證據力之文件，其內容對待證之存否以及真偽有證明之價值之後，始具有「實質證據力」。無形方面，係指因調查證據，由證據方法獲得心證形成之資料，如實地勘查作成之書面資料，在結果上，皆指能使審查機關確信事實原因（證據原因）。茲將四種證據意義之意涵，分述如下：

#### （一）證明

所謂證明，乃當事人提出證據之方法，供法院及行政主體調查使其確信應證事實法則係屬真實之行為。民事訴訟法採辯論主義，行政程序之提出，採書面文件供承辦單位審查，例如寺廟申請贈與應檢具日治時期及非日治時期之權利證明文件，以證明寺廟原為該寺廟所有。原則上當事人須證明其主張為真實，例外行政主體亦得採職權調查，例如應檢具之文件不足以為認定應證事實者。

#### （二）證明之結果

證明之結果，係指應證事實之提出，係證明其行為時所得之結論，例如法院因證明行為而得之心證，或行政機關為完成行政程序之任務，因當事人之證明行為，進而確信當事人所主張事實之有無。例如檢具模糊不清之契字，為證明寺廟為其所有，經審核之結果，認定當事人所主張之事實不存在。

<sup>73</sup> 吳明軒，同註 65，頁 870-871。

### (三) 證據之方法

證據之方法者，乃可供證明用之材料，為使法院確信或行政主體認定應證事實之有無，必須有可供證明用之材料，此材料即為證據方法。例如物證、人證、書證等。

物證，係以物之事實狀態作為認定之方法，其來源可由當事人提供或行政機關依職權收集之，行政機關並可基於調查事實及為完成行政目的，要求當事人或第三人提供必要之文書、資料或物品，並作為提供證據物件事實。例如土地登記規則第 34 條申請登記之形式及實質要件，應提供登記原因證明文件而作為權利認定之依據，又竊賊偷竊之物品經當場查獲，此物即可證明其係有偷竊行為，可作為將之繩法之依據。

人證，係以人之經歷或特別之經驗與知識作為證據方法，作為人證之人，稱為「證人」，以其不同之資格作為證據又可區分為一般證人與鑑定證人，一般證人得配合行政機關調查事實及證據之必要，接受通知到現場陳述意見，在民、刑事及行政訴訟程序中，證人有作證義務，且無替代性，並得對無正當理由不到庭作證者予以處罰，但在行政程序中，證人並不具有行政執行過程中之重要地位。

書證，一般而言亦屬物證之一種，特別以文書之方式，證明特定事實之存在，文書內容應有「人」或「機關」之署名、蓋章或依公程式或條例署押，具有法律意義之內涵。書證有兩種包括公文書與私文書，公文書應提出原本或經認證之繕本，私文書應提出原本。僅因文書之效力或解釋產生爭執者，得提出繕本。例如地籍清理條例第 39 條得申請贈與之請求權利，應檢具日治時期之權利證明文件，此文件在日治時期可能已移轉尚未辦理登記所可能出現之文件，如契約、遺囑等私文書。

公文書包括本國公文書及外國公文書，公文書之真正可疑者，得請求機關或公務員陳述其真偽；外國公文書之真偽由法院審酌並斷定之。私文書應由舉證人證其真偽，但真正無爭執者，不在此限。私文書之內容須經本人或代理人簽章或按指印或有法院、公證人之認證，才可推定其為真正，如自書遺囑應由本人親自簽名並蓋章，買賣契約之公證、公證遺囑等，應由法院或公證人認證等。<sup>74</sup> 本文應證之方法以書證為之。

### (四) 證明之原因

證明之原因者，有稱形成法院得心證之原因，或稱形成行政程序判決之法律效果之原因，即足使法院確信應證事實或法則為真實之外部原因。例如日治時期原為寺廟所有之土地，檢具完整之日治時期之權利證明文件，足使行政主體確信其為真實即是。

<sup>74</sup> 李惠宗，同註 60，頁 268-269。

## 二、證據之內容

### (一) 證據原因

證明事實之有無，應由當事人提出有利之證據，故證據可為當事人證明法律關係之要件，實體法之規定可決定當事人間私法上權利義務關係之存否，當私法上之法律關係發生爭執時，常循法院裁判以為救濟，然證據之原因事實在裁判過程中可作為判斷之結果，亦為裁判之基礎。

故證據原因為法院或行政機關訴訟程序形成心證基礎，或為資料、狀況之認定等，民事訴訟法稱為心證之理由。依訴訟角度言，不但指證據資料，並包括辯論意旨以內，就各個證據資料判斷證明力，互相比較或綜合觀察各種證據資料，當事人態度、訴訟經過、直接印象等，均應依自由心證判斷事實真偽時，加以斟酌。

### (二) 證據之客體

證據之客體者，即證據之對象。某事項須以證據證明其真偽，而得使法院得有心證，使行政機關認定之結果者，該事項即為證據之客體。又分為事實、法規、經驗法則三種。

#### 1. 事實

所謂事實，包括當事人主張之事實。及法院依職權調查之事實，本研究所探討之文件屬前者。以事實為證據客體者，應具備：

(1) 須係關於具體法律關係發生、變更、消滅之特定事實，此事實足以發生、變更、消滅該具體法律關係之過去事實。於以具體法律關係之效果發生或存續成為必要之場合，即現在之事實(如占有現存之事實)，包括內部事實與外部事實；積極事實及得以間接證據證明之內部事實等。地籍清理條例第 39 條得申請贈與之成立要件之一，為日治時期之寺廟土地經其管理、使用、收益至本條例施行時，仍繼續占有之事實即是。

(2) 須為有證明必要之事實，所謂證明必要，即該項事實，未經當事人自認，又非於法院已顯著或為職務上已知之事實，如非法律上重要事實，則無證明之必要，亦即不得為證據之客體。所謂法律上重要事實，足以發生法律上效果者是。可包括下列三項：

#### a 訴訟成立之要件事實

例如訴訟事件屬普通法院權限之事實、訴訟事件屬受訴法院管轄之事實、原告及被告有當事人能力之事實……等。

#### b 權利保護要件事實

如當事人適格要件事實、法律上利益要件之事實、日治時期原為寺廟所有之公有土地，得申請贈與之權利發生要件事實皆屬之。

#### c 證據力之事實

如證人或鑑定人因與當事人有特殊關係足以影響其證言，或鑑定證據力者，其特殊關係之事實即屬之。

## 2. 法規

法規包括現行法規、地方單行法規、習慣、外國法規等，法規經由立法訂定適用之法律規範，無論政府機關或人民皆應遵守之，為促成裁判結果，當事人得陳述法規之意見及遵照法規之規定，適用之法規，原則上應由法院依職權為之。法院職務上應知悉之法規，以本國現行之法規為限，如為習慣或地方單行法規或外國法規，則非法院在職務上應知悉之範圍，又可為行政程序判定之基準，故仍得為證據之客體。<sup>75</sup>

## 3. 經驗法則

經驗法則者，謂由日常生活觀察所得，為抽象之事實，乃客觀、普遍之知識，或由歷史上研究數理法則所得經驗之結果。由經驗歸納而得關於事務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<sup>76</sup>，仍得成為法院心證之形成，亦可為訴訟認定之基準，故可為證據客體。

### (三) 證據之種類

證據得因觀察方法之不同，而為下列之分類：

#### 1. 本證與反證

本證者，係指有舉證責任之當事人所舉出之證據，謂之本證，如原告就訴之原因事實，被告就自己抗辯之事實，所舉之證據，即當事人各就其有利事實，所舉之證據而言。反證者，乃當事人為推翻他造主張而證明與他造相反之事實所舉之證據，謂之反證，例如民法第 8 條，死亡宣告之推定，在撤銷宣告前，亦得提出反證推翻之，反證於本證能達其目的時，始發生其效果。

#### 2. 直接證據與間接證據

直接證據者，凡對於發生法律上效力之事實，可直接單獨證明者謂之，因其自然單純的證明應證事實，故又稱為自然證據、單純證據，例如持登記機關所核發登記為當事人之謄本，即可證明為其所有。間接證據者，凡須綜合其他情狀，先證明某事實，再由某事實為推理的證明應證事實者，對於某事實之證明謂之，例如消極事實無法舉證時，仍得以間接證據證明之。

兩者之區別在於直接證據由當事人提出證據之本體，可為法院或行政機關逕行判斷事實之有無，其證據力較強；間接證據通常應證機關必須先行證明其他事實之存在，而後始能參酌其他各種客觀情形，以判斷應證事實之有無，通常證據力較弱。

#### 3. 證明與釋明

所謂證明乃當事人提出證據，使法院得生強固之心證，或行政主體就其主

<sup>75</sup> 有關證據原因及客體之論述主要引用自王甲乙、楊建華、鄭健才，(民 98，7 月)，民事訴訟法新論，三民書局，台北市，頁 395-397。

<sup>76</sup> 駱永家，同註 59，頁 7。



張之事實，信其確實如此者，謂之證明。而釋明乃當事人提出證據，使法院或行政主體就其主張之事實，得生薄弱之心證，信其大概如此者，謂之釋明。故證明在使確信為目的，釋明則使大概信其如此為目的；惟所謂確信，乃係審判上或審核上之確信。<sup>77</sup>

### 三、證據(文件)作為證明文件關聯性分析

證據在本文之功用，得作為當事人提出申請認定之基礎，並得作為公有土地管理機關審認之用，使其確信應證之事實，或法則為真實行為。原則上當事人為證明其主張為真實，則賴文件之真正及有無，故文件為提出證據之方法，並作為證明確信事實之存在。證據成為證據之方法，是否得為應證明之事實所能證明之價值，視其證據力為何？然證據力者即證據方法就應證事實所能證明之價值，證據力可分為形式上及實質上之證據力兩種。

#### (一) 形式證據力

文書之形式證據力所指為文件係真正者，可直接為證據力，係屬「個案上」證據材料之能待證事實「如何存在」之素材。證據材料若屬書證者，則有兩種，即公文書與私文書，作為書證，公文書應提出原本或經認證之繕本；私文書應提出原本；但因文書之效力或解釋有爭執者，得提出繕本，作為法院或行政機關裁判之依據。公文書因國籍之不同，又分為本國公文書、外國公文書，加上私人因法律關係所成立之私文書等三種。

##### 1. 本國公文書

依行政訴訟法第 176 條準用民事訴訟法第 355 條第 1 項規定：文書，依其程式及意旨，得認作公文書者，推定為真正。因此，提出公文書為證據者，即具有形式證據力。他造如有爭執，則應提出反證以證明其非真正。文書不能依其程式及意旨認為公文書時，舉證之當事人則應證明其為公文書，或證明該文書為真正。

##### 2. 外國公文書

外國公文書不當然受真正之推定，其真偽由法院審酌情形判斷之，但經該國之中華民國大使、公使、領事或其他機構證明者，推定為真正(行訴 176、民訴 356)；當法院亦不能斷定其真偽時，提出該文書之當事人應舉證證明其為真正。

##### 3. 私文書

私文書，應由舉證人證明其為真正，但他造於其真正無爭執時，不在此限。(行訴第 176、民訴第 357)私文書經本人或代理人簽名、蓋章或按指印或有法院公證、認證者，推定為真正(行訴第 176、民訴第 358)；文書之真偽可疑時。得

<sup>77</sup> 有關證據力之論述主要引用自王甲乙、楊建華、鄭健才，同註 80，頁 398-399。

依核對筆跡或印跡證明之。<sup>78</sup>

## （二）實質證據力

形式證據力文書之內容，能證明事實之存在與否有其可認定之價值。<sup>79</sup>文書之實質證據力如何，固應依自由心證判斷力，就文書種類不同，法院或行政機關為判斷時，應就文書之性質，斟酌其實質證據力。

就報告文書之實質證據力言，由於報告文書乃係文書製作人關於結果之報告，雖其為真正成立，已有形式之證據力，但尚須斟酌文書作成人之觀察及報告是否正確，以判斷實質上之證據力。

就勘驗文書之實質證據力言，勘驗文書，因其記載之內容為意思表示或一種陳述，有為各人或對於各人，證明文書內容之效力，從而法院或行政機關亦得以如其意思表示或陳述之存在及內容予以勘驗，若其文書所載之意思表示及陳述，足以證明實證之事實者，對法院而言即有就其解釋及為判斷之必要，不得擅自棄取，任意評定其實質證據力。<sup>80</sup>

至於不同文件或文書提出之時機，又可分就係當事人於訴訟中曾引用、他造依法律規定得請求交付或閱覽者、為他造之利益而作敘述如后：

### （一）該當事人於訴訟中曾引用者

當事人於訴訟程序中，既已引用其執有之文書，自應負提出之義務，其係作為證據而引用，或係闡明主張而引用，均非所問。雖其後曾撤銷其引用或捨棄該證據，該當事人仍有提出之義務。

### （二）他造依法律規定得請求交付或閱覽者

所謂法律規定，通常為私法上之規定，亦即他造依私法上之規定有請求交付或閱覽之權利，如不動產之移轉或設定，應以書面為之。主張不動產有上述之行為者，依法律規定應提出該文書，他造並得請求交付或閱覽。如寺廟申請贈與公有土地辦法應檢具相關贈與文件以供審核。

### （三）為他造之利益而作者

係指該文書雖為舉證人之利益而作，但非為舉證人所執有，故執有此項文書之人，亦有提出之義務。所謂利益，包括舉證人或他造當事人或第三人共同利益而作者。如證明與舉證人為交易者有代理權之委任書。<sup>81</sup>

綜上所述，本文當事人擁有之請求權，依照法規內容設計於公告申報期間內提出申請，他造依法律規定得請求交付作為證明原寺廟所有之文件，該文件

<sup>78</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，同註 80，頁 458-461。

<sup>79</sup> 陳敏，同註 52，頁 1501-1502。

<sup>80</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，同註 80，頁 462-466。

<sup>81</sup> 有關不同件或文書提出之時機論述引用自蔡輝龍（民 90 年，9 月），民事訴訟法新論，風雲論壇出版社有限公司，台北市，頁 292-295。

得作為認定之證據，故就當事人所提出之文件，其所代表之證據力及提出之義務具有一定之效果。因此，寺廟申請贈與公有土地所應檢具之文書內容，成為原為寺廟所有是否存在之事實認定，實質證明寺廟得申請贈與之證據。此所謂之證據可能存在於過去或現在，可以被認識之外部事項及內部事項，亦即事實，例如能證明日治時期已存在之證明文件（登記濟證、契字…等）。證明既然在使行政機關皆應嘗試對特定事實產生確信，當舉證不能得到證明時，若僵化法律規定所指定之「證明標的」，則事實永遠無法得到證明，故證據之方法，凡可與證明有關之替代方案，亦可從法律推論之事實問題作為認定。故證據之方法到最後事實仍真偽不明無法釐清時，遷涉到舉證責任分配之問題，以下擬就舉證責任進一步探討並析論如次。

## 貳、舉證責任之探討

舉證責任產生之原因，在於兩造當事人就私權之發生、變更或消滅與否，產生爭執時，因而訴求法院或行政機關以公力解決，為認定事實之有無。唯賴當事人提供與事實有關之證據，以供審認。當應舉證之一方已盡其努力，仍不能搜集到所須之證據時，即產生不利益之結果。因而形成行政機關對此不知如何裁量之結果。為期手段與目的之衡平，舉證責任仍應公平合理。為儘速釐清權屬，擬應就舉證責任分配之原則及相關理論、規定，加以分析探討。

### 一、舉證責任之意義

舉證責任者（Beweislast）<sup>82</sup>，乃特定法律效果之發生或不發生所必要之事實存否不明之場合，當事人之一造因此事實不明，將受不利益之判斷，乃必須就該事實提出有關證據，以證明其所主張利己事實為真實之責任也。然法律效果之發生或不發生，係適用一定之法律條文而為判斷。是否適用該項法律條文，應有該條文之法律事實為基礎，然法律事實不明時，應以舉證之責任之歸屬誰最有利決定法律效果。否則將受不利益之結果。至於舉證責任之性質為何，計有以下三說：

#### （一）權利說

此權利說乃法律課以當事人舉證責任，目的在促其提出證據以證明其主張為真實，足認舉證責任實為權利。此說一經舉證之當事人提出證據，以證明有利於己之事實，他造即不得再為此種訴訟行為，而認為舉證責任實為一種權利，如未盡此舉證之責任，將受法院不利益之判斷，毫無權利之性質，豈可謂為權利。

<sup>82</sup> 駱永家，同註 59，頁 46

## (二) 義務說

此說乃法律強制當事人一造舉證，以證明有利之事實，如不舉證，將受不利益之判決，足認舉證責任實為義務。惟當事人對於自己之義務，未盡舉證責任時，對於他造不負履行義務時，不能以單純之義務視之。如地清條例第 39 條得申請贈與，應由受贈者檢具證明文件，向公有土地管理機關提出申請，並經其審認，此為課受贈者舉證之義務。

## (三) 負擔說

此說謂舉證責任既非權利亦非義務，因當事人為求利己之裁判，而有舉證證明其所主張利己事實之必要。否則，應負擔受不利裁判之危險，此所加舉證人之負擔，即為舉證責任。此說甚為合理。<sup>83</sup>如寺廟得申請贈與之公有土地得負擔舉證責任之義務。

# 二、舉證責任之時機

## (一) 舉證責任之場合

何時應負舉證責任之場合，歸類為以下數種類型，乃擁有債權請求權者，擬主張債權之人，無論其為原告而請求履行，或為被告而供抵銷（民法第 334 條），就該債權之權利根據要件事實，負有舉證責任（如寺廟申請贈與公有土地，係屬債權請求權，受贈者應就該債權之權利根據要件事實，負有舉證責任）；主張解除權（民法第 254 條以下）之人，無論其為被告主張因解除以駁回原告之訴，或為原告請求因解除而應返還已為之部分給付（民法第 259 條），就該解除權之權利根據規定要件事實，負有舉證責任；主張權利之訴者，通常由原告主張權利而提起訴訟，原告應就權利根據規定，被告應就權利障礙規定、權利消滅規定、權利排除規定之要件事實，負有舉證責任；主張消極之確認之訴者，「主張權利之人」係被告，由其權利根據規定要件事實，負有舉證責任；權利發生爭執時，「對權利有爭執之人」係原告，故由其權利障礙規定、權利消滅規定、權利排除規定之要件事實，負有舉證責任；以執行名義而言，係公證書時，原告應就屬於權利障礙規定、權利消滅規定、權利排除規定之要件事實之「異議原因」，負有舉證責任；被告就屬於權利規定之要件事實之「請求權之成立」，負有舉證責任；被告債權之存在，應由被告就其權利根據規定要件事實，負有舉證責任；質物返還之訴（民法第 896 條）者，所擔保之債權額有爭執時，被告負有舉證責任。<sup>84</sup>

<sup>83</sup> 有關舉證責任之性質論述主要引用自吳明軒，同註 65，頁 876-877。

<sup>84</sup> 駱永家，同註 59，頁 108-109。

## (二) 舉證責任之例外

有關事實之要件證明，通常應由當事人先為事實上之主張，而舉證以證明之，即當事人就有利於己之事實，有主張及舉證之責任，適用在行政程序之角度上，應由當事人先行提出，而後就當事人主張利己之事實，以有證明之必要者為限，依照法律規定，當事人之提出已能證明事實之存在，當不負舉證責任。然法律課以當事人舉證責任，旨在使當事人輔助搜集證據，以期發現真實，在事實不明確之情況下，亦得為事實之認定。故當事人所主張之事實，或為法院所知悉，或為他造所自認或不爭氣，或為法律所推定或擬制，均無另命舉證之必要。<sup>85</sup>

## 參、舉證責任之分類

舉證責任源於羅馬法，在羅馬法下，已建置證據提出責任制度，即所謂主觀舉證責任，<sup>86</sup>羅馬法尚未有客觀舉證責任，至現代法才有客觀舉證責任之觀念，依現代法舉證責任(Beweislast)可分為「客觀舉證責任」(objective Beweislast)及「主觀舉證責任」(materielle Beweislast)。二者於概念上有所區別，但彼此仍具有關聯性。茲分述如下：

### 一、客觀舉證責任

客觀舉證責任又稱為確認責任(Feststellungslast)或「實質的舉證責任」(materielle Beweislast)，客觀舉證責任係解決窮盡所有證據方法，仍然無法確定判決之重要事實是否存在之情形。申言之，訴訟當事人就所主張之事實已盡其舉證之能事，仍不能令法院產生確信之心證時，法院將訴訟不利益（敗訴）歸諸於負擔客觀舉證責任之當事人，亦即客觀舉證責任係在分配事實真偽不明所產生之不利益。乃是一種「不利益之風險」，其功用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。對於當事人所提供之裁判準則，在訴訟審理之過程中成為雙方當事人設法提出有利於己之證據，達成有利於己之結果目標。故此對於雙方當事人之舉證活動具有一定之壓力作用。此客觀舉證責任明顯將舉證責任分配於兩造之間，對於雙方之舉證責任分配甚明。

### 二、主觀舉證責任

所謂主觀舉證責任(materielle Beweislast)係指：「當事人於訴訟中主張特定

<sup>85</sup> 吳明軒，同註 65，頁 887。

<sup>86</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註 63，頁 488。

的法律效果者，若該法律效果所依據的事實之存在發生爭執或疑義，則主張之當事人有提出證據的義務，此種為得到有利於自己之心證而設法提出證據之必要性，亦即訴訟當事人在所負的主觀舉證責任僅具有「形式上的意義」，又稱為「形式的舉證責任」或「證據提出責任」，為求訴訟勝訴，當事人本當自行窮盡舉證之能事，但在個別訴訟程序採取不同之基本法理者，當事人的主觀舉證責任或當事人所提出的事實可否拘束法院，亦有不同。訴訟現今稱為「證據提出責任」(Beweisführungslast)。此一舉證責任，係一真正加諸於當事人之負擔，僅存在於採取辯論主義之訴訟程序。而其作用乃在於「使誰要得到有利益之判決，誰即須提出有利益之證據。因此，此舉之舉證責任，即變成法院訴訟指揮之指標，亦成為當事人舉證活動之方針。」<sup>87</sup>此舉證責任在於受不利益之當事人，為確保其權利，應窮盡舉證之責，就此類型之性質而言，本文之舉證責任與主觀舉證責任較為接近。

一般認為客觀舉證責任居於主要地位，且決定主觀舉證責任之範圍，若無特別之指明，所指之舉證責任係「客觀舉證責任」，在執行上乃有批評主觀舉證責任缺乏獨立意義之必要性者。且其於辯論主義之訴訟程序中，於說明積極性角色具有不可或缺之功能。

### 三、本文見解

由於舉證責任適用於訴訟上，仍可適用行政程序之執行，寺廟申請贈與公有土地辦法規定，申請贈與應檢附之文件，不管日治時期、非日治時期之產物，仍應由受贈者先行向有關機關提出申請，在申請前應將應附文件準備妥當，為得到有利之法律效果，依法律規定，寺廟應提出有利之證據，作為行政機關審核之依據，此即為主觀舉證責任。然窮盡一切舉證責任能事，而仍舉證困難時（如日治時期之權利證明文件），應提供行政機關實質審認之準則，此即客觀舉證責任。因此，本文程序設計之舉證責任性質在於課受贈者負舉證責任之義務，以主觀舉證責任居於主要地位，客觀舉證責任分配在窮盡一切舉證能事而舉證困難時，所生對當事人不利益之法律結果，提供行政機關認定之準則。否則即遭致補正、駁回之行政處分。故主觀舉證責任是「提出證據之責任」，客觀舉證責任乃是「不利益之風險」。

## 肆、舉證責任分配之探討

### 一、舉證責任分配之意義

所謂舉證責任分配(Verteilung Beweislast)，乃將舉證責任分配於雙方當事

<sup>87</sup> 姜世明，同註 68，頁 183。

人負擔之謂也。當事人就利己之事實應負舉證責任，如未舉證，即受不利益之判決。因此，將舉證責任分配於何造當事人，該造當事人將立於不利益之地位。如將全部舉證責任分配於原告，原告將因承受太重之責任，而致使目的不能達成，而受不利之結果；相對地，被告將受有利之效果，為使兩造之間舉證責任分配不致違反公平正義，使被告在適當範圍內負其舉證責任，實有必要。至於如何公平地將舉證責任分配於兩造當事人，是為本文深入研究之重點。

## 二、舉證責任分配之根據

依前述法律要件事實說之多數說中說明方法雖有不同，但結果為同樣之舉證責任分配原則，其方法即主張權利存在之原告，就權利發生事實（特別要件事實），與權利消滅事實之一般要件欠缺之事實負有舉證責任，反之，主張權利不存在之被告，就權利障礙規定（一般要件欠缺之事實）及權利消滅之事實（權利消滅之特別要件事實），負有舉證責任。其理由根據乃因原告為主張權利存在之人，似乎不僅就權利發生所必要之特別要件事實，且就一般要件事實，及至程序完成時，無該權利變更或消滅之事實，負有舉證責任。蓋使原告負擔過重之舉證責任結果，另一方幾乎將無利益之可能。原告往往因需舉證而疲於奔命，將因無法證明全部要件事實而歸於不利益。故原告與被告兩者之間地位將有失平衡。又少數說之舉證分配原則，原告之責任仍屬過重，要之，多數說理由根據一為合乎公平正義（當事人地位之平衡），另一為合乎審認之迅速及真實發見之目的也。<sup>88</sup>而衡之於前述多數說之理由，舉證責任分配之原則之根據採多數說為妥。

## 三、舉證責任分配之原則

舉證責任分配明文規定於民事訴訟法第 277 條：「各當事人就有利於己規定之要件事實，就其事實有舉證責任。」此即舉證責任分配之根本原則。因法文過於抽象，何謂有利於己，何謂不利於己？殊難定其精確而劃一之標準，以下將加以探討。緣舉證責任之本質應歸屬實體法之問題，故決定舉證責任應如何分配，應從「實體法著手」，次從程序法探究檢討分析，實體法之規定主要由法律要件與法律效果兩部分結合而成，何種規定得作為綜合判斷之法律效果，係由數個規定綜合判斷而得結論。實體法之規定又分為兩種：

### （一）實體法

#### 1. 實體法之明文規定者

此乃實體法上就舉證責任分配之規定，實體法乃包括法律本身及法規命

<sup>88</sup> 有關舉證責任分配之意義、根據論述主要引用自駱永家，同註 59，頁 79-81。

令，其型態一為法規明文規定「能證明」事實之種類者，此型態之出現乃以法規明文規定舉證責任，直接依法律規定提出書面證明。一為「法律上之推定」通常此情形，此推定之事實，依行政釋示或提供認定事實基準，由當事人負舉證責任。此之實體法包括法律本身或法規命令之規定，例如遺產與贈與稅法（1999.6.22）第 5 條第 5 款規定，限制行為能力人或行為能力人所購置之財產，視為法定代理人或監護人之贈與，以贈與論，依本法規定，課徵贈與稅。惟但書另有規定，「能證明」支付之款項屬於購買人所有者，不在此限。此一但書即將舉證責任之明文規定由人民之一方定之。此等規定，係為權利發生要件之規定，包括基礎規定、權利根據規定、權利發生規定，例如民法第 474 條為消費借貸請求權之基礎規定（權利根據規定），寺廟申請贈與公有土地之請求權之法律要件為申請贈與契約，此乃因贈與之合意而訂定契約及土地之交付而成立，此種基礎之規定為權利根據規定，以贈與為例，如民法第 406 條：「稱贈與者，謂當事人約定，一方以自己之財產給與他方，他方允受之契約。」當事人就標的物及價金互相同意時，贈與契約即為成立。乃贈與效果之權利根據規定。此種基礎之規定，又可因其他規定（反對規定），以種種方式排除之，如因舉證困難或因贈與發生之不適格而予以駁回。此等反對規定又分為權利障礙規定、權利消滅規定、權利排除規定等茲分述如下：

#### （1）權利障礙規定

此等反對規定中，自始即妨礙權利根據規定效力之發生，使其不發生法律效果者，此即所謂權利障礙規定（rechtshindernde Normen）。例如民法第 77 條、第 79 條規定，限制行為能力人除存獲法律上之利益，或依其年齡及身分日常生活所必須者外，其為意思表示或受意思表示，應得法定代理人之允許，未得法定代理人之允許所訂立之契約不生效力。故民法 77、79 條為民法 406 條之權利障礙規定。此等規定要件事實通常在時間上與權利規定之要件事實，同時並存。

#### （2）權利消滅規定

因此種規定之介入，權利根據規定所生之效果再歸於消滅。例如消費借貸之返還請求權，因清償、提存、免除、混同等而消滅，如有此等規定要件事實存在，則貸與人即無消費借貸之返還請求權。

#### （3）權利排除規定

反對規定中有對於請求權以行使形式權而排除者稱之權利排除規定或權利抑制規定。如民法上之時效抗辯權、因被詐欺所為之意思表示之撤銷。

權利障礙規定、權利消滅規定、權利排除規定，有時因相互抵銷之結果，其反對作用即全然不發生，或事後被排除，而權利根據規定依然得以發揮其效果。故各規定之差異乃舉證責任分配之基準，即在消極之確認之訴以外，原告用以訴訟上請求之規定，亦即權利根據要件事實，負有舉證責任。被告就駁回原告請求之反對規定，亦即權利障礙規定、權利消滅規定、權利排除規定之要件事實，負有舉證責任，此即為舉證責任分配之原則。<sup>89</sup>

<sup>89</sup> 有關舉證責任分配原則之論述主要引用自駱永家，同註 59，頁 85-87。



## 2. 實體法無明文規定者

我國現行法，就舉證責任分配之面向，學理上尚無單一之舉證責任分配之法則或學說，維舉證責任分配之態樣錯綜複雜，若僅設原則性之規定，尚無法解決千變萬化之個案，但決定舉證責任之法則，依德國通說之見解為適用之基準，此理論係採 Rosenberg 在民事訴訟法上發展出來之理論，此一理論，稱為「規範說」(Nörmentheorie)或有利規範說(Nörmentgünstigungsprinzip)。此一理論不管在行政訴訟法與行政程序法皆可適用。

## (二) 程序法

規定程序法者如民事訴訟法第 282-1、345、355-1、356、358、360-1 及破產法第 1 條第 2 項等規定應舉證之情形，然寺廟申請贈與公有土地辦法應舉證之文件，乃為輔助地籍清理條例第 39 條，保障當事人之權利義務之法則規範，應由爭執適用規定之當事人，負舉證責任。

質此，各當事人就有利於己之事實負舉證責任，而其範圍僅得依實體法之規定解釋之，亦即舉證責任分配，僅依實體法規定之法律要件分析，亦不能完全解決舉證責任分配問題尚須因個案類型配合其他學說及見解予以認定。認定之標準各國通說仍以規範理論為出發點。

依舉證責任分配之原則，分為舉證責任分配一般原則及例外規定兩者，其區別意義乃在於一般原則係為追求通案之正義，亦即一般原則確立後得以促進法律安定性與通案平等對待之憲法要求得獲達成。至於例外規定，依其情形顯失公平者，係著眼於一般原則之適用可能忽略個案之特殊性，而造成實質正義之破壞，因而若干因素存在時，乃容許就一般舉證責任分配法則予以悖離。我國部份學者認為舉證責任分配原則應係「任何人均應就其有利法律規範之要件負舉證責任，但若綜合所有之情事，在個案上，依前開舉證責任分配一般規則結果於該當事人不可期待者，不在此限」，由於例外情形千變萬化，若僅貫撤此一原則規定之限制，將不符公平正義之原理，故為求公平合理，仍有待釐清舉證責任分配之態樣，以確立舉證責任分配的方法。

## 伍、舉證責任分配之態樣

舉證責任應如何分配，仍應回顧到我國舉證責任之法律規定，以此為舉證責任分配原則之基準，依照我國民事訴訟法第 277 條舊法原規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任。」修正後之民事訴訟法第 277 條為：當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任。然我國實務尚未意識到建立一具有可預測性而符合法治國下法律安定性原則之舉證責任制度之必要性。對於法律別有規定者，或依其情形顯失公平者，若僵化於舉證責任分配之一般原則，將難免失之公平。舉證責任分配之理論提出之觀點，應具實務本色。

故舉證責任之態樣，因事實發生之不同，而分為數種不同之態樣。茲分述如下：

## 一、法律關係存在事實之舉證責任

當事人主張法律關係存在者，應就法律關係存在之事實負舉證責任，例如原告主張本於買賣契約請求被告履行，原告應就該買賣契約存在之事實負舉證責任，其提出之買賣契約為私文書，如經他造爭執，更應就該買賣契約之真正負舉證責任。

## 二、消極事實之舉證責任

消極事實乃否認法律關係存在者，就此消極事實不負舉證責任，「否認者無庸舉證」，為證據法則之一，因消極之事實不可能證明，故主張該種事實之人，不負舉證責任。依因果關係法則，積極事實可發生結果，消極事實則不發生結果。已有舉證責任轉換之態樣。例如：無法律上原因之要件事實之舉證責任分配歸屬，其消極請求權要件，依舉證責任分配一般原則，應由權利主張者負舉證責任，但不當得利之請求權人，乃負原因不存在之事實負舉證責任，惟此一消極事實不能直接證明，僅能間接證明之。此情形常見於侵害他人權益之不當得利之案型。

## 三、法律關係變更或消滅事實之舉證責任

法律關係變更或消滅，如民法 758 條，不動產物權，依法律行為取得，設定，喪失或變更者之登記，分為主體之變更，客體之變更等，包括買賣、贈與、交換、買賣契約之變更、地上權塗銷等，應由主張法律關係變更或消滅之當事人就其事實負舉證責任。

## 四、態樣事實之舉證責任

構成私法關係之法律事實，包括常態事實及變態事實，主張變態事實者之當事人，就其事實負舉證責任；主張常態事實者，就其事實不負舉證責任（78 年臺上字 2392 號判決。）因常態事實可推定。例如長期占有之推定為常態事實、當事人訂立真正之買賣契約、或為借款而設定抵押權等均為常態事實之故，自不能課以常態事實之當事人舉證責任也。又如甲主張乙向其借用款項，業已提出證據為憑，已載明借用物之種類及數量，而乙又不爭執該借據之真正者，應認甲就其主張之事實已盡舉證責任，如乙主張甲尚未交付借款，此為變態事實，應由乙就此利己事實負舉證責任，始為合理。

## 五、原因事實之舉證責任

法律行為由於原因發生不同分為有因行為與無因行為，主張無因行為之當事人，就其原因事實不負舉證責任。為保護交易安全，不能課本於無因行為取得權利之人，就其取得權利之原因事實負舉證責任。例如原告本於票據關係起訴，請求被告給付票款，就其取得票據之原因事實，不負舉證責任。反之，原起訴主張被告以票據向其借用款項，如經被告爭執，仍須就消費借貸關係存在之事實，負舉證責任。「73 年 1 月 10 日民庭會議決議（二）」

## 六、取得權利善意之舉證責任

主張應受公信力保護者之當事人，應就其取得權利之善意不負舉證責任，如土地法第 43 條所謂登記具有絕對效力，係為保護善意第三人因信賴登記事項有絕對真實之公信力而設。如其前手取得權利有無效或得撤銷之原因，真正權利人亦不得以之對抗善意第三人；且第三人就其取得權利之善意不負舉證責任，其他應受法定公信力保護之當事人之舉證責任，亦然。本文舉證責任並不屬於此類型。

## 七、法律另定分配標準之舉證責任

法律根據立法理由以明文規定，依事件之不同規定各該事件當事人舉證責任分配之標準，依據立法理由，應從其規定，如民法第 184 條第 2 項之規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限即是。<sup>90</sup>

## 八、依原則規定分配舉證責任顯失公平者

舉證責任分配法則體系之建構應可符合法律安定性及個案正義之憲法要求，所謂個案正義者，實係在各個不同案件中，尋求其合理之差別待遇基礎之謂，因此事實上即相當於「利益衡量」(Interessenabwägung) 或「法益衡量」(Güterabwägung) 之要求。<sup>91</sup>民事訴訟法第 277 條規定，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任，此為舉證責任分配原則性之規定，同條但書規定，如遇有特殊情形，審酌具體個案之公平正義，為尋求其合理之差別待遇，若仍貫徹此原則，顯然有失公平者。例如，甲所有之房屋一棟及室內傢俱財物，因鄰右乙之過失，引起火災延燒而毀損或滅失，足以證明確受損害，如仍須甲

<sup>90</sup> 關於舉證責任之態樣論述主要引用自吳明軒，同註 65，頁 883-886。

<sup>91</sup> 城仲模，同註 72，頁 397。

舉證證明其所受損害之範圍，顯然有失公平；又日治時期原為寺廟所有之土地，若因日治時期之歷史背景，免辦理登記並不失其權利之效力，故未有權利證明文件，在光復後土地總登記期間，管理者不知要申報亦不識字等情形非寺廟可歸責之情形，而舉證確有困難者，因此情形，仍要其舉證日治時期之權利證明文件者，是否顯然亦有失公平。

## 九、本文見解

舉證責任分配之問題，為本文研究之主要目的，依本文見解法律要件分類說之多數說與規範理論之本旨相符，因符合法安定性之憲法要求，具有可預見性、可預測性之特質，應得作為一般舉證責任分配之原則。而個案正義之實現，若被拒絕，則恐成憲法制度之否定，蓋為國家追求法制度之安定，自應提供一有效且足以實現公平正義之程序制度。因此，具個案正義之彈性實具有憲法之基本價值。基此，本文認為舉證責任分配原則乃「當事人須對其有利之法律規範要件負舉證責任，但若審酌個案(群)所有情況，依舉證責任分配一般原則，顯失公平而不可期待者，仍應依情節予以調整」。考慮之基準，可能存在於武器之平等、證據之可及性、誠信原則、法規範之內容及目的、衡平與利益衡量等，建立悖離規範理論適用之類型。因此，本文得申請贈與應檢具之權利證明文件，舉證責任全然由受贈者負擔仍具爭議性，舉證責任分配是否合乎利益衡量，應設立若干供作檢驗之考慮基準。確立其原則與例外之規定，以兼顧法安定性與個案正義與彈性。亦即應承認悖離存在之可能性，該等概念即舉證責任減輕、舉證責任轉換等。

## 陸、舉證責任減輕

舉證責任減輕乃民事訴訟法第 277 條但書之規定，已如上述，減輕之方法基本上可分為訴訟前、訴訟中之舉證責任減輕方法；同時亦得區分為實體法上與程序法上之舉證責任減輕。所謂訴訟前之舉證責任減輕，乃指在訴訟前經由私人間協議(證據契約)或由法律或實務承認之資訊請求權(例如文書閱視權)或事證開示權，而對某造當事人之舉證責任予以減輕。所謂在訴訟中之舉證責任減輕，乃指在訴訟中經由法律或實務承認以舉證責任轉換、表見證明、證明妨礙、損害賠償額之確定、非舉證責任人說明義務之強化等方式，而於一造之舉證責任減輕。至於實體法承認或訴訟法上之舉證責任減輕方法，在此乃指法有明文舉證責任減輕之規定及實體法資訊義務之承認等。至於一般由法條結構分析而得之法規範，針對法之性質內涵，就個案內涵產生法之爭議，所構設之舉證責任減輕之方法。本文在此僅就表見證明、證明妨礙、舉證責任轉換等三種舉證責任減輕方式分述如下：

## 一、表見證明

表見證明(Anscheinsbeweis)其意義乃指法院基於一般生活經驗而推得典型事象經過，由某一定客觀存在事實(不爭執或已得完全確信者)，而推斷另一於裁判且重要性待證事實之證據提出過程。表見證明之運用須具備有二要件，即存在一所謂典型事項經過(Typischer Geschehensablauf)及經驗法則。所謂典型事象經過，係指在經驗上依初步表見(證明)可認為某特定原因將造成某特定結果者其規則為：「若事實 A 存在，則幾乎始終會發生 Y 結果。存在 Y 於大多數事案係一(因果關係)結果或可歸責性(Yerschulden)。雖於意外責任中表見中表見證明經常被利用，但若不存在一典型事象經過，而不能適用表見證明以認定事實。

經驗法則乃指自結果總數抽離而得之抽象規則，其於觀察典型事象經過時，始終一直被確認，此一規則，得自一般生活經驗或基於科學研究而獲得。應注意的是，經驗法則不僅可用於表見證明，亦可用於其他證據評價中。表見證明運用範圍主要係因果關係及可歸責性兩者，其理由係因交易常情與生活經驗於兩二者之構成要素具有重要意義，但表見證明之適用範圍亦得及於其他事實。表見證明之適用，因屬於證據評價範圍，因而其不改變原依舉證責任一般法則所得舉證責任分配結果。表見證明之證據評價過程，則受經驗法則所拘束，應注意的是，負舉證責任之當事人利用表見證明將待證事實為證明後，該當事人於其本證即已盡主觀舉證責任。

## 二、證明妨礙

我國修正後民事訴訟法第 282 條之 1 規定「當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或該證據應證之事實為真實。學者邱聯恭就證明妨礙法理之原則化問題認為：為貫徹誠信原則並兼顧當事人之公平，新法增訂總則性之規定，承認證明妨礙之法理，依此規定，不僅對於妨礙文書使用之情形，對於當事人有妨礙他造關於該造舉證之其他行為者，法院或行政機關均得審酌情形認他造關於該證據之主張或該證據應證之事實為真實，尤應注意者，乃其將我國證明妨礙規定之修正，自具體化並加重當事人之陳述義務及促進訴訟義務之角度觀察。在理論上，我國就下列問題仍有待學說、實務為理論上之釐清。(一)過失證明妨礙是否為我國法制所承認？(二)就可歸責性要件是否亦為雙重可歸責性之問題？(三)訴訟協力義務是否亦應為我證明妨礙之重要參考因素？(四)以自由證據評價無證明妨礙之法律效果之前題下，有無較精細之認定標準存在？五、關於證明妨礙之舉證責任應由何人負擔？就此本文擬不予深論。

### 三、舉證責任轉換

舉證責任之轉換(Beweislastumkehr)係指法院於個案或經由固定性實務見解就舉證責任分配一般原則予以背反之證據法則，可見其乃以承認舉證責任之一般規則存在為前題(亦即規範說)。若不存在有一舉證責任分配一般規則存在，即無舉證責任轉換之可言。行政訴訟法第 176 條規定準用民事訴訟法第 277 條。依後者之規定在訴訟程序中，如由主張有利於己事實之當事人負舉證責任，顯失公平時，不適用該分配舉證責任之一般原則。蓋在某些實體法之法律關係，提起行政訴訟時，因事件之性質，其證據並非依一般舉證責任分配，應負舉證責任之當事人所得掌控，如仍由其負舉證責任，在法院應依職權調查其真相時，勢必承受敗訴之不利益，因此，應改由他造當事人負舉證責任，稱為舉證責任之轉換。就法定之舉證責任轉換而言，於實體法，如我國民法第 184 條第 2 項、第 187 條第 2 項、第 188 條第 1 項、第 190 條第 1 項、第 191 條第 1 項、或如消費保護法第 8 條第 1 項之規定等，均屬舉證責任轉換之規定。

另如法律事實之推定，例如民法第 770 條與第 944 條第 2 項規定之關係，或民法第 982 條第 2 項等，亦得被評價為舉證責任轉換之規定。由實務肯認之舉證責任轉換而言，就德國發展之成果，例如證明妨礙於德國實務亦認為其效果為舉證責任減輕至舉證責任轉換者，或就職業義務之違反，例如醫師之重大醫療過誤情形，亦得發生為舉證責任減輕至舉證責任轉換之效果。<sup>92</sup>如日據時期原為寺廟所有之土地，因光復後土地總登記期間政府宣導不力或不識字未申報，致喪失所有權，如課予受贈者應全部負舉證責任，將顯失公平，自應由就其受贈者無過失之事實，由另一方負舉證責任是也。

故本文認為舉證責任分配規則是否應係「任何人均應就於其有利法律規範之要件負舉證責任」，仍應綜合所有情事，在個案上，依前開如受贈者舉證責任分配一般規則結果，於該當事人不可期待(顯失公平)時，給予除外之規定，此即舉證責任轉換之適用。

### 柒、舉證責任轉換之種類

舉證責任轉換之種類分為三類，包括意定舉證責任轉換、法定舉證責任轉換、實務創設之舉證責任轉換，茲分述如下：

#### 一、意定舉證責任轉換

所謂意定舉證責任轉換，乃指當事人藉由舉證責任契約將原依法應由某造當事人負舉證責任要件之事實，改置為由他造當事人負擔舉證責任者。此一舉

<sup>92</sup> 有關舉證責任減輕方式論述要引用自姜世明，同註 68，頁 184-218

證責任乃訴訟契約之一種，係任意訴訟禁止原則被突破之表現。而一般認為，證據契約在處分權主義及辯論主義之範圍，原則上可承認其合法性。其合法性考慮之重點，應注意其指涉之實體法規範是否屬於可處分性者？而舉證責任轉換契約是否對於原實體法規定之目的有架空之危險？且對於當事人之地位平等亦應注意。亦即使用定型化契約、或屬於勞資對立、產品製造人與消費者之關係或醫病關係等，均應以誠信原則、公序良俗及顯失公平禁止原理，加以審查及監控。

## 二、法定舉證責任轉換

所謂法定舉證責任轉換乃指某一要件依舉證責任分配一般原則，應由某造當事人負舉證責任，但立法者於立法時預為價值選擇（基於誠信原則、危險領域、證據接近等原理），而以立法明文，則藉而以但書之法條結構方式或明文規定舉證責任歸屬，或以某要件之事實推定之立法形式而將舉證責任轉換由他造當事人負之者。就可歸責性之舉證責任而言，雖依舉證責任分配一般原則乃由被害人負舉證責任，但在部分情形立法者基於誠信原則、危險領域、證據接近或公平正義等因素考量，乃立法明文將此一要件轉換為由加害人負舉證責任。此情形在德國或我國皆屬常見。如民法第 184 條第 2 項規定「違反保護他人之法律，致生損害於他人者負賠償責任，但能證明其行為無過失者，不在此限。」

」

## 三、實務創設之舉證責任轉換

實務創設之舉證責任轉換乃在個案中，嘗試將舉證責任轉換為由原非應負舉證責任一造當事人負之者。以下就三案例說明之。

### 案例一：意定舉證責任轉換

以甲與乙在某買賣交易中約定於發生債務不履行時，若涉訟，應由債權人就債務人之可歸責性負舉證責任，乃舉證責任契約，屬於意定舉證責任之轉換。若具合法性，自可發生舉證責任轉換之效果。惟合法性審查，亦即對於其是否屬於處分權主義、辯論主義之適用範圍、立法目的、當事人地位平等性等因素，均應加以考慮，乃能不失其公平。

### 案例二：可歸責性及因果關係舉證責任轉換

甲所養之狼狗咬傷路人乙，於訴訟中，法院要求乙應證明甲有過失及因果關係等要件。此一法院已違反民法第 190 條第 1 項但書舉證責任轉換之規定。據該規定，關於動物占有人之可歸責性及因果關係均應由舉證責任轉換為由動物占有人負之（待證事實為無可歸責及無因果關係）。

### 案例三：合乎公平法理之舉證責任轉換

夫妻一方因判決離婚而受有非財產上之損害者，受害人得依民法第 1056 條第 2 項之規定，向有過失之他方，請求賠償相當之金額，但以受害人無過失者為限。實務上認為依公平法理應由受害人之相對人負舉證責任（如被請求賠償之配偶一造），實質上此乃屬於舉證責任轉換之運用也。<sup>93</sup>

綜上所述，舉證責任減輕乃係舉證責任分配一般規則結果，例外於該當事人不可期待（顯失公平）者，所謂「依其情形顯失公平」乃一不確定之法律概念，其意義應朝悖離舉證責任一般原則所探求之方向進行理解。即將此舉證責任分配之一般原則予以調整所得到之結果。

---

<sup>93</sup> 有關舉證責任轉換及案例論述主要引用自姜世明（民 95 年，11 月），民事證據法實例研習，新學林出版股份有限公司，台北市，頁 77-195。



### 第三節 從地籍清理條例第 39 條舉證責任分配之探討

「證明文件」乃為證明土地或建物權利得、喪、變更之事實，更是證明其變動之法律關係適法之依據，而其名稱不一，有契據、贈與書據、遺囑及其他關係之文件，此文件能成為形式證據力及實質證據力之價值者，終致可達成手段與目的之均衡。而我國民法規定之贈與，係在過度地保護贈與人，由於兩造當事人身分、地位之差距，受贈者應檢具證明文件之取得責任難與贈與者立於平等地位，但法律卻規定舉證困難或不能情事應由受贈者負擔，是否公平合理？本章試從地籍清理條例第 39 條實體法規定，來檢討寺廟申請贈與公有土地辦法第 4 條法規設計應附之文件，舉證責任分配之妥適性。

#### 壹、從法律層面檢討舉證責任分配

地籍清理條例係依據憲法之精神而訂定，以贈與方式歸還原所有者是否合憲性，不在本文討論之內，研究之重點在於寺廟申請贈與公有土地辦法法規內容所規定之舉證責任分配，是否公平合理所產生之爭議，茲分述如后。

#### 一、地籍清理條例立論依據

##### (一) 憲法

憲法既為最高位階之規範，乃國家根本大法，明定國家基本組織及基本作用，則法律之制定須遵循憲法之基本原則及指示，行政法乃是落實憲法精神之重要法律，其內容涵括法律上之基本秩序與價值判斷之標準。一切行政法律不得違反憲法之精神。法院或行政機關在個案中面臨法規適用時，亦常以憲法之精神，作為案件審理時之標準。然憲法存續核心之兩大原則一為民主及法治國原則，一為基本權保障，民主原則就有關人民自由財產之事項，以法律方式明確規定應予限制，其內容如何可就事件之專業、細節及限制之內容親自由立法者自為決定，特別是對人民具重大意義之事項，不得任意授權行政機關所為者之原則，此代表者立法權與行政權之權限分配。

另法治國原則，係要求國家與國民之間之法律關係，應經由明確之法律規範，而不允許單純地僅由行政機關之作為而被確定，行政程序法由人民參與即為明例。換言之，法治國原則最重要之目的，在於國家與人民所要求之內容即應事先之預見及估計可能性，即「明確性」與「法可預見性」之實踐，而基本權保障係指對人民自由及財產權為限制時，須經由法律之授權才可，即所謂之

法律保留。其保留內容除人民之自由權利限制之事項外，尚包括國家其他重要事項。因此，立法者在制定法律時，自應遵守憲法保障人民之權利義務。

## (二) 法律

中央法規標準法第 5 條規定，應以法律規定之事項：憲法或法律有明文規定，應以法律定之；關於人民權利、義務者；關於國家各機關之組織；其他重要事項應以法律定之者。各種法律之制定，係由憲法所產生，以為政府施政之依據，法律條文之精神，不得違背其制定之基本規定，制定之要件指形式上經立法院三讀通過，總統公布之。凡對人民自由權利所為之限制或人民自由權利有關事項規定，必須以法律定之。本文為釐清日治時期原為寺廟所有土地之產權，已屬人民權利、義務之保障範圍，且就憲法基本權利之保障而言，訂定地籍清理條例第 39 條為解決之依據，該法規係由立法委員趙永清等 33 人於 95 年 5 月 12 日第 6 屆第 3 次會期第 13 次會議中，提案「地籍清理條例草案」交內政及民族委員會審查。<sup>94</sup>並經多次會期討論審議，終於在 97 年 7 月 1 日經總統公布施行，該法案制定之理由、立法之效益及重點必然應遵守憲法保障人民財產權之意旨而訂定。

## (三) 命令

行政命令即指行政機關，基於公權力之行使，單方面所進行制定，在性質上具有抽象性及一般法律拘束效力之規範。其所規定之範圍，則僅包括法律所未保留之規定事項，而行政命令之種類包括「緊急命令」、「法規命令」、「職權命令」、「行政規則」與特別命令五種，且均屬行政法之法源，其中法規命令係指行政機關基於法律之授權，對多數不特定人民就一般事項，所作對外發生法律效果之規定。<sup>95</sup>如中央法規標準法第 2 條規定之命令：包括規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。法規制定寺廟申請贈與公有土地辦法即屬行政命令，法規命令，必須根據法律之規定，例如依據地籍清理條例第 39 條訂定寺廟申請贈與公有土地辦法，係保障實體法上之權利義務，並於實體法所保障的人民權利之實現上，具有決定性之影響。法規目的之探求，基本上應就法規範之法律條文所形成之客觀意旨而定<sup>96</sup>。此類規範如經國家立法機關依法定程序制定成為條文，並經國家元首公布實施者，即具實質意義及形式意義之法律。

綜上，地籍清理條例立法依據係在於憲法基本權保障，依憲法之精神，使人民之財產權得到保障，而制定之法律。並增訂寺廟申請贈與公有土地辦法以為執行依據，終究手段與目的之衡平，則憲法所指之財產權才得以保障。

## 二、舉證責任分配應合乎妥適性之必要

<sup>94</sup> 立法院公報，第 96 卷 第 14 期 委員會記錄，頁 125。

<sup>95</sup> 謝瑞智（民 97 年，2 月），法律百科全書 3，三民書局，台北市，頁 51。

<sup>96</sup> 李惠宗，同註 60，頁 405。

妥適性為比例相當性原則之內涵之一，而比例相當性原則係由法治國原則所形成，其效力及於所有國家與人民之法律關係，降低法律僵硬度具有指標作用，使得行政權在立法所給予之空間得依個案採取彈性合理之措施。同時此原則亦要求國家履行其具合法正當性任務時，所採取之手段及目的應達成相當衡平關係。易言之，並非每一公行政任務之執行對人民造成之傷害均具有正當性，惟有合乎比例相當性原則始足當之。此原則現規定於行政程序法第 7 條之即行政行為之手段與目的，必須合乎比例衡平。其內容為「妥適性原則」、「必要性原則」、「狹義比利原則」，所謂妥適性是國家所採取之手段，不論立法或行政行為須能實現追求之目的；必要性係指國家所採取之手段可能有多種方法可選擇時，應以最能達到目的或對人民最輕微之侵害方式，最後必能達成目的與手段之衡平。<sup>97</sup> 是以實體法之立法目的既在追求利益衡平，舉證責任分配仍應以合乎比例相當性即妥適性為必要。

## 貳、地籍清理條例第 39 條立法意旨及目的

### 一、立法意旨

#### (一) 寺廟要求歸還所有權

部分日治時期已移轉為寺廟而未辦理登記，或移轉後被日本政府沒入，致光復後因政權移轉，法權歸屬，當然登記為公有，此類土地自始即為該寺廟管理、使用或收益之情形，致使該類寺廟所有者，為爭回自己之權益，屢有寺廟要求歸還所有權。政府為解決此問題，爰參照國有財產法第 60 條及「國有財產贈與寺廟教堂辦法」規定，立法明定合乎該法條之權利發生要件者得申請贈與，檢具應附之文件，就其實際管理、使用或收益範圍，向公有土地管理機關申請贈與以解決之。

#### (二) 公有土地之贈與不能妨礙公共設施用地之開發利用

當實施都市計畫，公共設施用地之取得以徵收或價購之方式為之，若以徵收方式取得所需之公共設施用地，往往因補償費過低而造成權利人特別犧牲及權益之損害，而引起民眾之抗爭，另若以價購方式取得所需公共設施用地，常因價購金額無法與民眾達成共識，而阻礙用地之取得，因而常造成政府與民眾之對立，耗費政府龐大之負擔，而需付出更大之社會成本。因此，為避免將來執行土地政策，需要用地取得公共設施用地之困難，公有土地之申請贈與，應以非公共設施用地為限。至於屬公共設施用地之寺廟土地，排除在贈與之外是否公平合理，亦不在本文討論之範圍。

<sup>97</sup> 陳慈陽(民 94 年,10 月),行政法總論,翰蘆圖書出版股份有限公司,二版,台北市,頁 145-145。

### (三) 簡化程序，得免經民意機關同意

按土地法第 25 條規定：「直轄市或縣市政府對於其管有之公有土地，非經該管區內民意機關之同意，並經行政院之核准，不得處分或設定負擔或為超過 10 年期間之租賃。」其立法意旨在於防止公有土地遭受賤賣或變賣，而影響土地利用及破壞國土。由於地籍清理條例制定之目的在於整理地籍、確保土地權利、促進土地利用，依本條規定辦理申請贈與之公有土地，如依上開規定辦理申請贈與公有土地，應經民意機關同意，不僅曠日費時，亦恐於處理過程中滋生其他問題，而無法達成本條例制定之目的，政府為儘速釐清該類土地之權屬，故規定免受開法條之限制。

綜上立法意旨，足見政府欲儘速清理地籍之決心，保障民眾產權之誠意，但是否能儘速解決該類土地所存在之問題，仍應視其立法之程序設計在執行上是否有缺漏之處、法令規範是否明確，擬應就法規內容深入探討。

## 二、立法目的

地籍清理條例對寺廟土地制定之理由乃在於該類土地至今未能妥適解決之地籍問題，由於此類遺留至今存在之地籍問題，除對人民之財產權行使產生不便外，且無法促進土地利用及公平土地稅賦，亟須本條例施行後儘速進行清理。本條例施行後，亟待達成之目標，就民眾而言，將協助民眾解決長久以來無法處理之地籍問題，就社會公益而言，可以健全地籍管理，活絡土地交易活動市場，增進地方政府土地增值稅之稅收並促進土地利用。乃兼具公益與私益之雙重效益。<sup>98</sup>冀達成手段與目的之均衡。是否得達成立法目的，仍應就法規內涵分析舉證責任分配之妥適性。

## 參、法規內涵分析

地籍清理條例第 39 條實體法具有構成要件及法律效果，係在憲法保障人民財產權之精神下而制定，其法規內涵包括申請贈與之權利主體及資格、權利發生要件、應檢具之證明文件，申請贈與之限制及條件等，以下就其中所遷涉之內容，敘述如后：

### 一、權利發生要件

權利者，乃指享受特定利益法律之力也。此涉及權利得喪變動之態樣，及

<sup>98</sup> 立法院公報，第 96 卷，第 14 期，委員會記錄，頁 127。

引起權利變動之法律事實，引起此現象之發生，係因一定事實而引起權利之取得、變更及消滅，如民法第 758、759 條，規定之法律要件。個案形成之法律要件包括基礎規定、權利根據規定及權利發生規定；地籍清理條例第 39 條其基礎規定係指得申請贈與之「請求權」，權利根據規定乃日治時期原為寺廟所有，登記為公有之募建寺廟土地，得申請贈與為寺廟所有，一定法律行為要式係「贈與所有權移轉變更登記契約」，此為贈與之合意及不動產完成登記而達成法律效果。而此種基礎規定，係由基礎權利而發生，並為權利之表現。然請求權之成立，法律要件必然存在，由地籍清理條例第 39 條而論，要有法律構成要件，才具備請求贈與之權利，故請求權之產生，源於法律規定構成要件之事實。

### （一）基礎規定

基礎規定乃為構成要件之法律事實所授與之權利，包括債權請求權（如民法第 184 I 前段、455、179）及物上請求權（民法第 767 條）。此為財產權上之請求權。然請求權者，在於要求他人為特定行為之權利，於權利體系中具樞紐地位，因任何權利，無論其為相對權或絕對權，為發揮其功能，或回復不受侵害之圓滿狀態，均須藉於請求權之行使也。地籍清理條例第 39 條得授與請求申請贈與權利係屬基礎規定，而請求權基礎乃得支持一方當事人向他方當事人有所主張之請求權，授與寺廟得向公行政主體請求贈與土地所有權之權利。係針對日治時期已移轉，尚未辦理登記，或已登記而被日本政府沒入之土地，因而主張請求該土地贈與登記為寺廟所有。為完成終局目的，基礎規定先授與該權利者「請求權」，是否擁有「請求權」仍須審核當事人是否符合權利發生規定。

### （二）權利發生規定（構成要件）

權利發生規定即為得申請贈與之構成要件，由於實體法係由法律要件及法律效果結合而成，而法律構成要件之產生，必有權利關係之發生、變更或消滅之事實，因此，地籍清理條例第 39 條得申請贈與之權利發生要件，發生之時間在於日治時期，該土地並與寺廟發生權利關係，立法規定符合此發生要件者，即得授與請求申請贈與之權利。請求之內容包括須日治時期原已存在並為募建之組織體……等，而此之寺廟組織，係指依監督寺廟條例第 5 條及寺廟登記規則規定辦理登記之募建寺廟。

## 二、申請贈與之條件

### （一）須登記為公有之寺廟土地

日治時期經移轉為該寺廟所有，而未辦理移轉登記或移轉後為日本政府沒入，於本條例施行時已登記為公有者，亦即該寺廟在日治時期已存在之兩種情況，是為該土地在日治時期已移轉尚未辦理登記；或為已登記之寺廟土地為日

本政府沒入者，光復後因政權移轉，又無人申報之結果直接轉化登記為公有，且自目前為止仍登記為公有之事實狀態。

## (二) 須寺廟管理、使用、收益，且至今管理、使用、收益狀態仍在持續中

由於該類土地留存至今管理使用、收益已達 50 餘年以上，權利之使用狀態至現在為止繼續存在之事實狀態，政府機關不層否定其存在，雖形式上未擁有所有權，但其管理、使用、收益之行為對於土地已產生所有物之價值，故依目前該地之存續態樣與實質所有權無異，公有土地僅擁有形式之所有權而已。

## (三) 須非屬公共設施用地

所謂公共設施用地，係指供作或預作公共設施或保留使用之土地。舉凡現在已供或將來預供道路、溝渠、廣場、公園、綠地、學校、市場、兒童遊樂場、停車場等公共設施使用之土地均屬之。<sup>99</sup>以增進市民活動之便利及確保都市生活環境。因此，該類土地若已規劃為公共設施使用之寺廟土地一併申請贈與，則政府將來欲行都市計劃時，勢必取得土地更為困難，將阻礙將來都市建設發展。故排除贈與之外。

綜上，權利者符合權利發生要件者，依舉證責任分配一般原則，應由權利者負主張及舉證責任。

# 三、贈與程序

為實現地籍清理條例第 39 條實體法之權利義務，特制定寺廟申請贈與公有土地辦法贈與程序之規定，以輔助實體法權利義務之達成，亦即將實體法之內涵納入程序當中，可使行政程序之法典在程序執行之過程更具明確與法治之功能。該辦法第 4 條涵蓋申請之程序、流程及應附之文件等。基此，該辦法所保障之人民權利實現上，具有決定性之意義，並足以成就實體法之精神。以下先就寺廟申請贈與之流程、應檢具之證明文件問題所在，執行所產生之問題，加以分類及檢討。

## (一) 贈與流程

寺廟申請贈與公有土地辦法第 4 條第 1 項本文規定贈與之流程，權利者應檢附日治時期原為寺廟所有之相關權利證明文件，於土地所在地由直轄市或縣(市)政府公告之申報期間內，向公有土地管理機關提出申請贈與。公有土地管理機關於受理申請後，屬國有土地者，由財政部國有財產局查明合於規定後，應於 30 日內就申請人資格、申請贈與土地之條件等事項查註意見後，連同原申請書件，報請財政部核定；屬直轄市或縣(市)政府者，由直轄市或縣(市)政府

<sup>99</sup> 溫豐文，同註 55，頁 272。

審查核定；屬鄉(鎮市)有者，由鄉(鎮、市)公所查明合於規定後，報請該管縣(市)政府核定。審核期限應於三個月內完成。但因情形特殊者，得延長審核期間一次，最長不得逾三個月。經審查合於規定經核定者，即核發權利移轉證明予受贈者，受贈者檢同相關證明文件再向登記機關提出申請登記。換言之，辦理之階段分兩階段進行，先取得贈與之請求權，再由寺廟代表人檢具相關證明文件向公有土地管理機關提出申請，經該機關審核通過後，核發土地權利移轉證明後，再向所屬登記機關申請登記。而審查階段檢具之文件不完備須補正者，應以書面敘明理由或法規依據，通知申請人於六個月內補正(前項審核期限，應扣除申請人依補正通知辦理補正之期間)。申請贈與案件不符規定、屆期未補正或未照補正事項完成補正者，應敘明理由及法規依據，駁回登記之申請(寺廟申請贈與公有土地辦法第六條)，經核定駁回之案件，並將原申請案件全部退還申請者。申請贈與之流程如下圖 4-1。

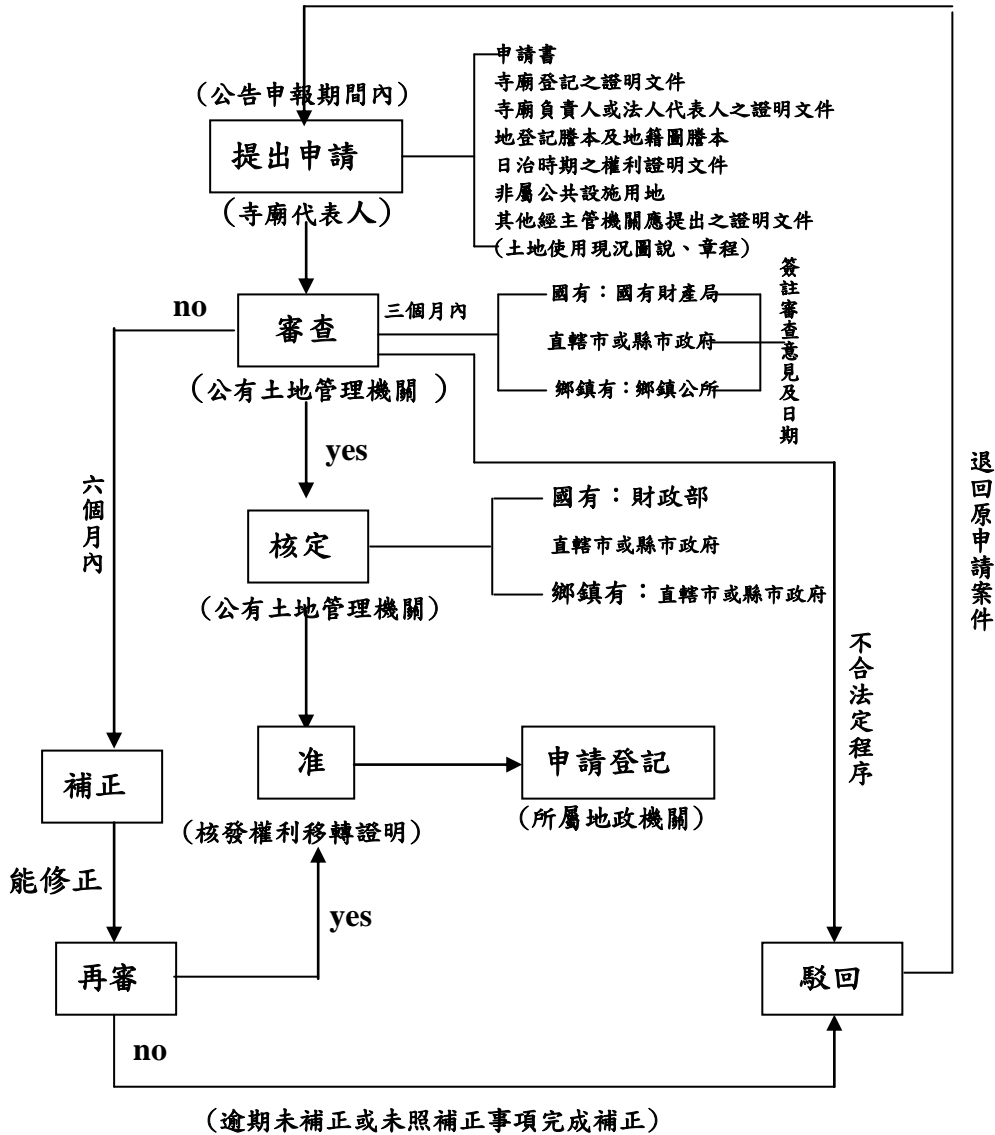


圖 4-1 申請贈與審查之流程

## (二) 贈與文件

所謂證明文件，買賣指買賣契據、贈與指贈與書據、繼承指遺囑及其相關書據等。證明文件之功用在於確立權利之證據方法，此文件須為真正時，即具有「形式證據力」，若實務上提出之文件難以辨識，即不具有證據力之價值，終究文件應以符合法律規定或得以審認為限。始得以作為法律規定准駁之依據。

本文規定應檢具之贈與文件，有屬於日治時期及非屬日治時期之權利證明文件(如圖 4-2)，非日治時期之證明文件部分受贈者在申請前，即可向所屬機關提出申請而準備妥當，部分文件非受贈者之能力可取得，至於日治時期之權利證明文件或許因年代久遠，其存在或不存在之問題無法獲得確定，則法律要件事實仍存爭議，為確保日治時期原為寺廟所有土地之產權，本節依照法規內容，擬就應檢具之權利證明文件一一論述，並說明 1. 文件取得之路徑，2. 證明文件取得權屬加以分類，3. 釐清舉證之困難所在。

### 1. 申請贈與證明文件

#### (1) 申請書(附件二)

申請書乃要求行政機關或官署達成個人之某種目的，所提出之書面文件。例如向登記機關申請權利登記，應提出土地登記申請書(土地登記規則第 34 條)，並應由申請人簽名蓋章。寺廟得申請贈與，應提出申請書並依申請之內容依序逐項填寫，首先應敘明本案申請之主體，係依地籍清理條例第 39 條規定或依國有財產贈與寺廟教堂辦法，申請書應記載之事項包括寺廟名稱及現任負責人之姓名住址、寺廟設置之沿革、申請贈與之土地標示、非屬公共設施用地等，填寫之內容以當事人向相關機關申請之寺廟及法人之證明文件、土地登記謄本及地籍圖、分區使用證明等記載之事項為申請書填寫之依據，另登記為公有土地設置之沿革、原因、土地使用現況圖說，日治時期迄今管理、使用、收益之情形，申請書應詳細填載。

#### (2) 登記為公有土地設置之沿革、原因

登記為公有土地設置之沿革、原因之過程，係指日治時期原為寺廟所有未辦理登記之寺廟土地，及原屬日本政府沒入之寺廟土地，光復後權利人未在總登記期間內提出申報，致政權移轉，轉化而登記為公有土地之經過及原因，而此過程一般寺廟將會因歷史之經過記載並編製成冊，方便寺廟或信徒查閱及保存。若寺廟管理制度健全，登記為公有土地設置之沿革、原因必能詳細記載，依照原已存檔之歷史檔案確實填寫並能檢具該文件應無爭議，若因日治時期存在之寺廟該管理人員已死亡，或者已更換，管理者並未依規定交接，及將該寺廟存在之來龍去脈記載清楚，而由現任之代表人填寫登記為公有土地設置之沿革、原因，未必具正確性，可信度亦不高。例如大正 4 年所蓋之寺廟與現在申請必有很大之落差。因此，登記為公有土地設置之沿革、原因之歷史資料，除了應由代表人依寺廟存檔資料詳細填載外，主管承辦人員應依代表人所填寫之資料與政府機關收藏之文獻資料再予核對以確定其填寫資料之正確性。



### (3) 日治時期迄今管理、使用、收益之情形

日治時期至今仍為該寺廟占有管理、使用、收益者，而登記為公有土地者之情形，由於占有之意義乃在法律上對於所有物得為實際管領之占有權能，使用係指不毀損物體或變更其性質，而依其使用，以供生活上之需要而言係存為事實上之作用，收益乃所有物之天然孳息及法定孳息而言，如耕田地而收取五穀，自屬於寺廟之收益。然為證明此，除由申請者於申請書確實填寫外，應以募建寺廟設立之日期起算或設籍證明之起課日期已足以證明。因該文件應由當事人提出申請，而經民政機關核准，若經公有土地管理機關審查合於規定，得證明日治時期至今管理、使用、收益之情形，實質上已將舉證責任分配於兩造當事人。

### (4) 土地使用現況圖說

土地使用現況圖說係由代表人依據目前土地使用之現狀，所繪製而成之略圖。依現行之法律，位置圖之確定，應由測量人員應用測量儀器及測量技術，測量一定地區內各宗土地之方位、形狀、界址、面積，依據測量之結果，並依據現況調查結果而判定之，因而製成之地籍圖。要求申請者自行繪製土地使用現況圖說，只能在圖上說故事，若有造假情事，準確度如何難以認定，對於有違法使用之情形，當事人必會有所隱瞞，故土地使用現況圖應依據實際使用現況情形，並經政府機關實地會勘而製作，才得以作為資料證明之依據，而形成公信力。

### (5) 土地登記簿謄本及地籍圖

土地登記簿謄本乃記載轄區(鎮、市、區)內地段之所有權人土地標示、所有權、他項權利等各種權利，而地籍圖之成立係在土地總登記之前，舉辦地籍測量時所繪之原圖，內容記載各宗土地之形狀、位置及界址等。以上兩者皆由地政機關永久保存，並保存該機關之專屬圖庫，為維護地籍資料之完整及為民服務之落實，目前該類資料已全面建檔並完成電腦化，可方便民眾之需求，任何人均得向登記機關申請發給登記簿或地籍圖謄本。以瞭解登記簿所記載之事項，及確定土地位置所在。寺廟申請贈與公有土地，應檢具土地標示之地籍圖及土地謄本。但能以電腦處理完成查詢者，得免提出。由於日治時期至今已超過 50 餘年以上，現土地位置往往與原有地籍圖測繪之位置有所變更，如日治時期之土地調查，有將別人之土地登記為本人之土地，自始土地位置與現座落地不同，或因其間經多次之重測變動，目前雖已就地籍全部電腦建檔完成，但舊地籍原圖並未一併建檔，若欲全部建檔，針對個案特殊狀況仍有重重仍待克服之困難，故地籍及登記謄本及舊手抄本，應由當事者先行向地政機關提出申請，並檢具該文件提出申請贈與。

### (6) 非屬公共設施用地之證明文件

地籍清理條例第 39 條之立法意旨係指日治時期原為寺廟所有之非公共設施土地，至今仍為其管理、使用、收益者，得申請贈與，惟考量該申請贈與之公有土地如屬公共設施用地，日後又須辦理徵收，將有礙公共設施之開發利用，

至該所稱公共設施用地之認定原則(內政部 99 年 7 月 8 日會議結論)如下：

A. 都市土地：係指都市計畫法第 42 條第 1 項各款規定之公共設施用地，依據該法規規定，都市計畫地區範圍內，應視實際情況，分別設置下列公共設施用地，(A)道路、公園、綠地、廣場、兒童遊樂場、民用航空站、停車場、河道及港埠用地。(B)學校、社教機構、體育場所、市場、醫療衛生機構及機關用地。(C)上下水道、郵政、電信、變電所、及其公共事業用地。(D)其他公共設施用地。如加油站、殯儀館……等。<sup>100</sup>非屬公共設施用地，即前項以外之土地，其中建築用地，尚包括雜種地、神社用地、寺院用地、祠廟用地……等。大部寺廟土地歸屬此類土地。欲證明公共設施用地之證明文件，以鄉鎮公所核發之分區使用證明作為佐證。

B. 非都市土地：非都市土地經編定為交通、水利、林業、古蹟保存、生態保護、國土保安及特定目的事業用地，並經直轄市或縣(市)政府認定應留供公共使用者。至於非都市土地之非屬公共設施用地之證明文件，若已經目的事業主管機關核准或興辦事業主管機關核准土地並經分區變更得已證明者，且檢具該機關核准之文件，已能確定未有占用公共設施用地之情形，即得以作為非都市土地非屬公共設施用地之佐證資料。

#### (7) 寺廟或法人登記之證明文件

寺廟之證明文件係指寺廟登記表，現任代表人之資格證明及身分證影本，法人登記之證明文件係指依法核准之財團法人及社團法人之證明文件。依現行法令，已完成登記之募建寺廟，其登記之方式，應由代表人檢齊應備之文件，及其代表人之資格證明及身分證證明文件後，於三個月內向寺廟土地所在地之地政事務所，辦妥土地所有權移轉為寺廟所有後，再檢附土地登記簿謄本及其相關證明文件，報請鄉鎮市公所轉請直轄市或縣市政府核發寺廟登記證。因此，既已完成募建寺廟之土地，應於規定期間內向地政機關申請移轉土地登記為該寺廟所有。然寺廟申請贈與公有土地之成立要件之一為依法登記之募建寺廟或已依法登記之宗教性質法人。屬國有土地之贈與，依國有財產贈與寺廟辦法，該寺廟申請贈與應先成立財團法人，才可提出申請，而屬直轄市或縣(市)政府及鄉鎮有之土地僅需成立社團法人即可。因此，既已依法登記之募建寺廟或法人，則由代表人檢具寺廟之證明文件，應不致產生困難。

#### (8) 現任寺廟負責人之身分證明文件

係指申請贈與時現行選任之寺廟管理人或代表人，由於募建寺廟成立時之代表人或管理人至目前為止，可能已改選多次，故成立時選任之代表人可能與現任代表人不同，現任負責人之身分證明文件以民政機關核發之資格證明(蓋有圖記)及現民政機關核發之身分證所影印之影本，得作為現任負責人之佐證資料。

#### (9) 日治時期之權利證明文件

<sup>100</sup> 焦祖涵，同註 47，頁 19-20。

寺廟申請贈與公有土地，應檢具之權利證明文件，除依現行法令可依規定申請之非日治時期之權利證明文件外，另應檢具日治時期之權利證明文件，而其文件不一，最常見之文件有下列 5 種，包括日治時期法院核發之登記濟證、登記簿謄本、台帳謄本、及日治時期所成立之契字、被繼承人所立之遺囑等。茲分述如下：

A. 日治時期已登記者

(A)日治時期之土地登記簿謄本：土地登記簿乃便於記載查閱及保管，依據當事人申請書之內容，訂定而成之登記簿冊。由於日治時期採用契據登記制度，契據登記係向當地縣級登記機關辦理（普通為地方法院之一部門）。登記機關經審核，申請登記之文件符合登記之要件時，即予全部照錄登記。登記時可能採用抄錄或影印副製成正本及副本，分區分類，按登記時間之先後次序編成索引，以便社會一般人隨時查閱及申請。<sup>101</sup>

(B)登記濟證：日治時期之土地登記規則施行時期，土地登記除本規則所定者外，準用不動產登記法，當時土地登記係由土地管轄之地方法院受理，或為出張所、登記所辦理登記。日治時期登記濟證之記載依不動產登記法第 60 條規定，登記完畢時，應於登記原因證明日期或申請書副本上記載登記編號，申請書收件日期與編號及登記完畢之意旨，加蓋登記所之印信後發還登記權利人，此即所謂的登記濟證。<sup>102</sup>

(C)土地台帳：土地台帳之設置係日治時期為釐整地籍，於 1898 年（明治 31 年）由地方廳規定應備置土地台帳，並公布於「台灣地籍規則第 2 條」，台灣土地調查規則（律令第 14 號），當時為進行土地調查事業，調查人員根據調查結果登記於所設置之謄本，稱為台帳謄本，得以確定土地權利並作為地稅課徵之依據。登錄於土地台帳之土地，原則上具絕對、創設之效力，可對抗任何人之一切權利主張。土地台帳編造完成後，土地權利之變動，仍採意思生效主義，致登錄於土地台帳之土地，會因合意而生變動，使登錄台帳之權利狀態與實際權屬不同，故對於土地權利異動處理事項，除申告外，並實地檢查及測量，使實地與土地台帳及地籍圖一致，以期確保地籍之正確、賦課之公平。<sup>103</sup>

B. 日治時期已移轉未登記者

(A)契字：本文所謂契字之產生，係指日治時期之不動產權利發生變動時所製作而成之契約字據，包括買賣、贈與、交換、分割、或他項權利之設定、移轉或變更，均應由雙方當事人訂定契約，且依一定之要式行為製作而成。由於日治初期不動產之變動方式仍沿習舊慣，移轉之方式通常制作契字，契字若為真正，並得以辨識，即以契字作為日治時期之權利證明文件。契字若偽造、變造或毀損不勘以辨識，以此作為證明文件在認定上將有所困難。深怕年代久遠難以辨識之證明文件，即產生證明文件如何分配之問題。

<sup>101</sup> 焦祖涵，同註 45，頁 22。

<sup>102</sup> 陳立夫，同註 9，頁 39。

<sup>103</sup> 陳立夫，同註 9，頁 33-42。

(B)遺囑：遺囑之成立以被繼承人死亡而開始，若原寺廟管理者或代表人死亡後，設立遺囑說明擁有寺廟土地之標的、所有權屬，欲指定較為賢能之接班人，得以製作遺囑之方式指定繼承人，在當時遺囑成立之方式並未如現行法令有一定之規格與形式，若在日治時期成立之遺囑有日期未填，塗改處未認章之情形，以此有瑕疵之遺囑，在認定上將有所困難，相對地，得以審認之遺囑，可為日治時期權利證明文件之佐證資料。

## 四、贈與之結果分析

### (一) 准予登記

民法第 758 條規定，「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失或變更者，非經登記，不生效力。」民法第 759 條規定，「因繼承、強制執行、徵收、法院之判決或其他非因法律之行為，於登記前已取得不動產物權者，應經登記，始得處分其物權。」前項行為應以書面為之。民法第 758 條第 2 項之所謂書面，惟通說及實務見解均採「物權行為說」係指具備足以表示有取得、設定、喪失或變更某特定不動產物權行為之書面而言，至於贈與移轉變更登記，乃當事人約定一方以土地或建物所有權無償給與他方，經他方接受之契約，即為土地或建物贈與所有權移轉契約，所作成之書面約定即為登記原因證明文件，依寺廟申請贈與公有土地之法律規定，此登記原因證明文件，即為公有土地管理機關核定後所核發之「權利移轉證明書」。機關申請之流程，應由當事人於規定期限內持此及其相關證明文件向登記機關提出申辦，贈與之標的無論為所有權全部、應有部分或共同共有權，皆可申請移轉登記為該權利人所有，此即為贈與所有權移轉登記。

所謂申請就是須有相對人之行政法上意思表示，至於申請是否具有特定形式，則依各該行政領域之專屬法規來決定。<sup>104</sup>當事人向行政機關提出申請係指人民基於法規之規定，為自己之利益，請求行政機關之認可、許可或其他授益行為之公法上意思。本文專屬法規規定於地籍清理條例第 39 條及寺廟申請公有土地贈與辦法及土地登記規則，執行程序應由公有土地管理機關審查核定後，再到登記機關辦理登記，此兩階段之登記程序，申請贈與始具備完成。

日治時期原為寺廟所有之公有土地，依地籍清理條例第 39 條之成立要件及寺廟申請公有土地贈與辦法之規定，向公有土地管理機關提出申請，申請者為使自己得到有利益之裁量，為證明日治時期原為寺廟所有之事實存在，即應檢具對自己有益之證明文件做為審核之依據，法律規定權利證明文件既為權利確立之要件。故為申請贈與登記之主要證據。

因此，文件之提出應具有證明利益，所謂「證明利益」係指該文件於待證事實具有證據之重要性，且適合充當證據之方法，並且待證事實於審核過程中

<sup>104</sup> 陳慈陽，同註 106，頁 347。

具有重要性<sup>105</sup>，若其存在事實經當事人舉證且待證事實獲得確定者，則完成目的之事實要件當無疑問，故舉證責任分配之方法僅建立在規範理論，舉證責任分配之方法一般原則為已足夠，行政機關應發給同意移轉權利證明，再依土地登記規則第 34 條規定，檢附登記申請書、登記原因證明文件、申請人身份證明、及其他經中央地政機關規定應提出之證明文件等。直接向管轄所在地之登記機關申請登記，經審查無誤者，應即登載於登記簿。依土地法第 43 條規定，依本法所為之登記，具有絕對效力。

## （二）權利障礙規定

所謂權利障礙乃阻礙權利發生使其不發生法律效果者，由於實體法之規定大部分由法律要件與法律效果（即權利關係之發生、變更、消滅）兩部份結合而成。法律效果的發生，判斷之要件包括基礎規定、權利根據規定及權利發生規定，如民法第 345 條規定：「稱買賣者，謂一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約，當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。」乃買賣效果發生之權利根據規定。民法 406 條規定：「稱贈與者，謂當事人約定，一方以自己之財產無償給與他方，他方允受之契約。」乃贈與效果發生之權利根據規定。又如地籍清理條例第 39 條得申請贈與之權利發生規定。

而此種基礎規定，又可因其他反對之規定，以種種方式排除之。此種反對規定中，有自始即妨礙權利根據規定效力之發生，使其不生法律效果者，此即所謂權利障礙規定，如民法第 75 條規定：「意思表示係在無意識或精神錯亂中所為者無效。」為民法第 345 條之例外規定，即買賣效果發生之權利障礙規定。民法第 416 條規定：對於贈與人有扶養義務而不履行者得撤銷之規定，即為民法第 406 條之例外規定，即贈與效果發生之權利障礙規定。

另條文內具有權利障礙規定者，如地籍清理條例第 39 條之內涵規定，寺廟申請贈與公有土地辦法第 4 條第 3 點，應檢具日治時期權利證明文件，當日治時期已移轉未辦理登記而無權利證明文件時，因舉證困難之狀況阻礙權利登記之進行者之權利障礙規定。權利障礙規定之結果，使手段與目的終究無法達成，在行政程序之執行上以補正、駁回兩種不同之行政處分方式予以處理，其程序內涵分述如下：

### 1. 補正

所謂補正，係指申請登記之案件，經行政機關審查結果，認為應檢附之文件不符合或不完全符合規定，無從據以核准，應通知申請人補充應附之文件或訂正後，再予辦理之謂。<sup>106</sup>依法得申請贈與登記之募建寺廟依寺廟申請贈與公有土地辦法提出申請，應填具申請書，並檢附相關贈與文件，向公有土地管理機關提出申請，公有土地管理機關接受申請收件後，均應於規定期限內查明，查明之方法當事人提出之書件是否完備，並查核其所載內容是否真實，有無違

<sup>105</sup> 陳慈陽，同註 106，頁 347。

<sup>106</sup> 林英彥（民 97 年，1 月）不動產大辭典，中國地政研究所，初版，台北市，頁 490。

背法令，然後始認定其申請是否准予核定。因此，申請程序要件不符法令規定之結果，應以補正、或駁回之規定，茲就應補正或駁回之流程分述如下：

## 2. 通知補正

對不具備生效要件之特定法律行為，應賦予何種效力？我民法所採之原則為：其欠缺之要件，如屬有關公益，則使之無效。如僅關私益，則使之得撤銷，如僅屬於程序之欠缺，則使之效力未定，俾資補正。<sup>107</sup>申請贈與之登記案件屬地籍清理條例第 39 條之權利發生要件者，當事人提出申請時，經審查結果，如有下列各款情形之一，應由審核機關以書面敘明理由或法令依據，通知申請人於接到通知書之日起規定六個月內補正，而再向登記機關申請登記時，登記機關於受理申請後，經審查不符合程序要件者，應通知當事人於 15 日內補正(土地登記規則第 56 條)。補正之原因包括下列各種情形：

### A. 申請人資格不符或代理人之代理權有欠缺者

所謂申請人之資格不符，係指申請登記之權利人及義務人或代位申請者無完全行為能力，亦未由法定代理人代為申請；或申請人為法人，而其代表人之資格有欠缺。例如代理人未檢附委託書或授權書致無代理權者，或雖有委託書或授權書但其代理權語焉不明致其代理權有欠缺者，或寺廟未完成法人登記致使代表人資格欠缺者。

### B. 登記申請書不合程式，或應提出之文件不符或有欠缺者

登記申請書之格式、尺幅，應依中央地政機關規定之格式為之，如不合規定，自應補正。而應檢附之文件，除應依土地登記規則之規定外(土地登記規則第 34 條)，尚應依個別登記案件之性質，依有關法令規定，分別檢附。如日治時期原為寺廟所有之公有土地，提出申請贈與時，依寺廟申請贈與公有土地辦法第 4 條規定，應填具申請書，及其相關證明文件。文件內容擬於下節一一敘明，若資料欠缺無可考，致申請書內容欠缺者。或因年代久遠，所檢具之文件，字跡模糊、破損無法認定者，皆應列入補正範圍。

## 3 駁回

所謂駁回，係指申請登記案件，經行政機關審查結果，認為不合法定程序或要件，或應補正未在補正期限內完成補正者，不應准予核定，以書面敘明理由及法令依據而予以駁斥退回之謂。例如登記原因有瑕疵，不合法定程序，或有其他不適於登記之情形，應以書面敘明理由駁回。歸類情形如下：

### A. 不屬受理登記機關管轄者

土地登記，應向土地或建物所在地或建物門牌所屬之登記機關申請之。如申請登記案件不屬受理登記之登記機關管轄者，自無從受理，應予駁回，由申請人改向管轄之登記機關申請。或申請登記案件不屬本縣管轄亦同。

### B. 依法不應登記者

申請登記事項，如違背法律強制或禁止之規定，依法自不應准予登記。如

<sup>107</sup> 王澤鑑(民 92 年, 9 月), 民法概要, 四刷, 三民書局, 台北市, 頁 137。

就土地法第 17 條規定之土地，申請移轉或設定登記與外國人，均不應准予登記。或非日治時期之募建寺廟向管轄之縣市提出申請贈與，或不符合該法規之權利發生要件者，自應駁回申請。

C. 登記之權利人、義務人或其與申請登記之法律關係間有爭執者。

申請登記案件，如已涉及私權爭執者，因非行政機關所可職掌所能審決，自無從由行政機關審理，自應予以駁回；應由當事人訴請司法機關裁判確定後，再據以辦理。如無權占有公有土地或私有鄰地，經異議而涉及爭執者。

D. 逾期未補正或未照補正事項完全補正者

申請登記事項，經行政機關通知補正後，申請人應於規定期限內補正；如逾期內未補正；或雖補正而不完全，縱使重新審查，仍無從辦理，自應予以駁回。如日治時期原屬寺廟所有之公有土地申請贈與，經查明須補正者，應以書面敘明理由或法規依據，通知申請人於六個月內完成補正，屆期未補正或補正不完全者，應敘明理由及法規依據，駁回申請。

綜上所述，補正、駁回之理由，除在行政程序上手續不完全產生之缺失外，亦因當事人應檢具之證明文件之有無，而予以認定。或因年代久遠、舉證困難，造成此補正、駁回之因素，歸究於法規內容之不周全致權利所造成之障礙，諸多狀況之阻礙，而無法提出申請，困擾釐清權屬之問題所在。以下擬分析應檢具證明文件所產生之困難所在，以釐清舉證責任分配之權屬。

## 肆、證明文件之檢討分析

寺廟申請贈與證明文件皆完備者，始可如期完成贈與為寺廟所有，但應檢具之證明文件，在取得過程中，部分文件難謂能順利取得，仍會產生爭議造成舉證困難或不能，因而阻礙程序之進行而失其效力。

### 一、就財團法人之證明文件而言

財團法人之證明文件係由代表人向法院申請並經法院核准之法人登記證書，其申請之步驟如后：1. 申請寺廟許可（建造執照）；2. 興建寺廟完成；3. 申請寺廟登記；4. 公告信徒名冊或確立人事組織（募建寺廟）；5. 訂立管理章程及選任負責人；6. 依章程召開決策會議變更組織；7. 向主管機關申請財團法人設立許可；8. 向法院申請財團法人登記；9. 法院登記處通知應於三個月內將不動產移轉登記於財團法人名下；10. 向法院繳驗已過戶於法人名下不動產權狀影本；11. 取得法人登記證書後向寺廟主管機關報備。而寺廟財團法人之設立，應向寺廟主管民政機關提出下列文件：1. 申請書；2. 捐助章程；3. 捐助財產清冊；4. 董事名冊及身分證影本；5. 法人及董事印鑑；6. 捐助人籌備會議記錄；7. 第

一屆董事會議記錄；8. 業務計畫書及預算書。<sup>108</sup>就上項所列舉之申請過程，足見成立財團法人辦理程序之繁複。更何況資金不足者，亦無法辦理。

就寺廟之組織型態及成立方式，由信徒出資捐獻而建立者，其房地產應登記為寺廟所有，並註明管理者，而寺廟財產，依「監督寺廟條例」第 6 條規定為寺廟所有，已承認寺廟為權利人，寺廟依「監督寺廟條例」及寺廟登記規則辦理登記者，參照民法第 25 條規定，認為該寺廟已有權利能力，得為土地建築物之權利人。並應先成立法人資格，而法人指自然人以外，由法律創設，得為權利義務之主體。並依其性質及組織之不同分為財團法人及社團法人，寺廟財團法人之登記之成立要件，應先向民意機關完成寺廟登記，使准申請設立財團法人，而非法人寺廟之內部管理及組織制度之承認，必先依據「監督寺廟條例」特別法規範，完成寺廟登記後始取得寺廟權利主體地位。<sup>109</sup>

依照我國目前之法令對寺廟是否成立財團法人或非法人之型態，係採自由制，並未強制其應設立財團法人，但從以上所指財團法人申請之步驟及成立要件得知，財團法人設立辦理之程序相當繁瑣，且應有足夠之資本額，而國有土地之贈與確又規定必需成立財團法人，始可申請贈與，實增加該類寺廟所有者之負擔及充滿不確定性，也不見得申請即可順利完成。

因此，若規定應成立財團法人始可取得申請贈與之資格，已造成申請贈與權利主體之不公平。

## 二、就登記簿謄本及地籍圖而言

由於台灣地區地狹人稠，土地資源日漸稀少，非都市土地開發作為宗教建築使用，涉及占用國有土地或私有土地之情形，時有所聞，尤其寺廟為信徒心靈寄託，並為信徒膜拜之場所，有相同理念之信徒大多聚集於固定之場所，而非都市土地大多位於山坡地保育區或農業區，位於該地區之土地地籍常較為混亂，常有公有土地摻雜其中，若在日治時期至今尚在使用中者，可能已占用公有土地或公共設施用地而不自知。在寺廟大多位於非都市土地幅員廣大之地區之情形下，及少部分位於都市土地。而此占用他人土地之情形，造成國土遭受人為之破壞及濫墾、濫伐等。為尊重宗教信仰，針對寺廟占用情況，常給予漠視及通融，因此，為確保地籍之完整及保護國土，仍應由行政機關實際釐清正確之位置及標的，而登記機關所核發之登記簿謄本及地籍圖所呈現之內容，僅記載各宗土地之形狀、位置及界址等，對於日治時期原為寺廟所有之土地，是否實際坐落於該土地上，或公有土地或公共設施用是否被占用之情形，單憑檢具現有地籍圖及謄本根本無法明瞭，若能配合從日治時期至今之所有原始證明原圖，及原始手抄謄本，並檢具航照圖，必定較能確定位置、確實之座落。

另一方面日治時期至今仍保存之地籍原圖若已破損、滅失、比例尺變更、

<sup>108</sup> 黃慶生，同註 2，頁 385-389。

<sup>109</sup> 黃慶生，同註 2，頁 384-385。



及其他重大原因等，現存在之位置可能與原來位置已有所差距，為釐清地籍位置之正確性，仍應重新實施地籍圖重測，但此任務並非弱勢團體之寺廟所能勝任，因此，為釐清寺廟是否占用國有地、私有地、公共設施用地、未登錄土地，及釐清正確之位置，由申請者檢具之地籍圖、登記簿謄本、航照圖，僅供參考用，無法確實了解土地使用現況情形，故應由代表人提出申請並予舉證，為釐清是否國有土地被占用情形，公有土地管理機關應會同地政機關至現場做實地勘測較能符合實際之使用情況。

### 三、就非都市土地之非公共設施用地之證明文件而言

為促進土地及天然資源之保育利用，改善生活環境，公共利益，而制定區域計畫。土地分為都市土地及非都市土地，都市計畫法第 32 條規定，都市計畫得劃定住宅、商業、工業等使用區，並得視實際情況劃定其他使用區或特定專用區。非都市土地，應由有關直轄市或縣市政府，按照非都市土地使用計畫，制定非都市土地使用分區圖，並編定各種使用地。按編定後之土地為各類型建築之土地利用，編定後之土地有劃定為都市土地及非都市土地，而寺廟土地可建於都市土地與非都市土地，為都市之發展應有公共設施用地之設置，然為證明是否占用公共設施用地，係以鄉鎮市公所核發之分區使用證明作為佐證。例如分區使用證明內容記載農業區內之甲、乙種建築用地、丙種建築用地等。

依據「都市土地使用管制規則」規定，非都市土地之使用，除國家公園區內土地，由國家公園主管機關依法管制外，按其編定使用地類別，依管制規則規定管制之，經編定為某種使用之土地，應依其容許使用之項目使用，但其他法律有禁止或限制使用之規定者，依其規定。其十八種用地類別中屬甲、乙、丙種建築用地及遊憩用地此四種用地容許使用項目，均列有宗教建築，表示這四種用地不必透過變更編定之程序，即可申請作為宗教建築使用。

有關位於非都市土地之寺廟，日治時期並未有土地使用管制之相關法令規定，從民國 60 年以後才開始建構非都市土地管制之相關基礎及概念，如民國 63 年公布「區域計畫法」，民國 65 年「山坡地保育利用條例」及「非都市土地使用管制規則」，民國 72 年「山坡地開發建築管理辦法」至於水土保持與環境維護之「水土保持法」「環境影響評估法」遲至 83 年才公布施行，因此興建在民國 60 年以前非都市土地上之寺廟大部分未辦理變更編定，尤其寺廟土地大都位於幅園廣大之非都市土地之地區，依照我國現行法令，面積在 2 公頃以下，未涉及分區變更者，使用分區應變更為「特定專用區」，用地應變更為「特定目的事業用地」，並經目的事業主管機關之核准。<sup>110</sup>

基於非都市土地開發使用與管制，需涉及水土保持法、環境影響評估法、山坡地開發建築管理辦法、非都市土地使用管制規則、區域計畫法等相關法規，

<sup>110</sup> 中華民國地政士公會全國聯合會(民 95 年, 11 月), 內政部地政法規及關係法規彙編, 頁 F3-1 至-3-7。

受理非都市土地使用之變更，由寺廟主管民政機關審查其事業計畫開始，至農業、環保、建設、地政、工務、甚至是寺廟中央目的事業主管機關皆涵蓋在審查範圍內。因此，審查之作業冗長而複雜，依照申請變更至申請核准，程序順利者可能需一年或數年不等，甚至 5-10 年，不順利者可能數年皆無法申請核准，造成非都市土地之寺廟在處理之過程不但冗長而充滿不確定之諸多變數，因而針對非都市土地之非公共設施用地證明文件之取得，對於寺廟而言，是憑添諸多困難及延宕之因素。

#### 四、就日治時期所訂立之契字而言

日治時期契字制作之方式，通常需將上手契以前之契字，添附於老契原有契字上，倘若上手契遺失或其他事由無法添附時，習慣上需在契字上明記其旨。日本統治時代之契約書，大致上遵循當時民間通行的買賣契約書範本，日治時期若屬「起頭與結尾皆賣主與買主併陳」的契約書，則買主與賣主均應蓋印鑑，在契尾買賣雙方還需註明住址以及「身份證」號碼。由於當時一般人民大多為文盲，故鄉里間即有專為人書寫契字之代筆人(又稱秉筆)，但代筆人對於契字內容真偽及日後所生之糾紛不必負責，因此代筆人就算填寫錯誤也無法追究，諸如此類情形，契字若已留存至今，實難以認定。

又契約書是以「司法代書人」已印製的契約文字為本，再填上買賣當事人姓名及標的物等之後完成，在文件的最邊緣處除印有代書人姓名外，還印著「書記料金圓十錢」字樣，當時之台灣人於進行不動產買賣時，司法代書人隨著土地登記制度之施行，一般之不動產交易，皆尋求司法代書人之協助，當時「司法代書人」不但如現今之公證人外，亦經常兼充為中人，於日治之初尚稱為「代書人」，代一般人書寫官府遞交之文件，例如撰寫土地登記之申請狀等。<sup>111</sup>加上日治時期之司法代書人，至今已不存在，若文獻上未有任何記錄，是否為當時司法代書人無法確認，若有造假情事亦無法辨識。

#### 五、就日治時期成立之遺囑而言

日治時期有因管理人死亡後為選任繼承人，而訂立遺指定寺廟接班人，申請贈與時，亦可提出遺囑、捐助文件以代替證明文件。由於日治時期知識尚未普及，現行法律所規定之公證遺囑及密封遺囑、口授遺囑在當時並未施行，成立之方式一般民眾認識有限，就日治時期之不動產物權變動係以意思表示一致即生效力，並不造成失權之效力，遺囑成立之方式雖以口頭或契字訂定書據，在管理者或捐贈者立遺囑指定繼承人，但繼承人未必依照規定辦理登記，形成無繼承人，或捐贈者在建造完成前死亡而管理者未辦理登記之情形時有所聞，亦不造成失權，故留存至今之遺囑，將無法適用於現行法規。雖立法得申請贈

<sup>111</sup> 法律史與民事司法實務，同註 37，頁 171-173。

與，但依日治時期所成立之遺囑，欲作為申請贈與登記之佐證，如有造假情事更難以辨識，仍難以辨識，更何況目前以假亂真之情況常見於報章雜誌，例如台南地檢署於 5 月 27 日破獲冒牌醫師人力仲介集團，該集團為沒有醫師執照者變造醫師執照，變造之技術高明，以假亂真，使得這些沒有執照之假醫師遊走於各大醫院而未被識破，就算具一定水準之驗證技術，仍難以認定是為假證件。

112

因此，在難以辨識之情況下，承辦人員將承受更大之責任與壓力，雖然政府為協助承辦人員辨識之正確性，制定各項方案以為因應，例如內政部頒布的「加強防範偽造土地登記證明文件注意事項」<sup>113</sup>。對於審查登記案件，提醒主管機關在審查時應盡相當注意之責任，但有些仍是肉眼無法辨識。

基於以上所述，諸等證明文件有因舉證不能或困難之情形而將影響權利之取得，該等權利發生要件得因證明文件之交付完備而核定，此等文件除可於申請前由當事人向有關機關提出申請而交付外，其他如非都市土地之證明文件因舉證困難，日治時期之權利證明文件因日治時期未成立登記之程序，自始即妨礙權利根據規定效力之發生，而舉證不能等，此等反對規定即為權利障礙規定，但此仍為舉證責任分配之基準，申請者為求得有利之處分，亦即依據權利根據之要件事實負有舉責任，至於權利障礙之要件事實，有時事後可被排除，而權利根據規定依然得以發揮其效果。例如未成年人訂立之消費借貸契約，經法定代理人之承認即生效力，日治時期之權利證明文件以四鄰證明代替，經行政機關審認，即生核定之效力等。以下先就贈與文件權屬之分類，再予檢討舉證責任分配之妥適性。

## 伍、申請贈與文件權屬取得分析

鑑於上項證明文件取得之路徑檢討分析之結果，依據法令規定，要受贈者舉證部分，並非受贈者皆可取得，部分文件由民眾依需要而自行前往申請，但部分資料又非一般民眾可取得，部分資料亦得由政府依職權取得，以下先就文件取得權屬予以分類再探討分析舉證責任之權屬（如下表 4-1）

表 4-1 權利證明文件

權利證明文件	寺廟及政府機關可否取得之情形
--------	----------------

<sup>112</sup> 聯合報(民 98 年, 5 月), A3 地方中心記者/連線報導。

<sup>113</sup> 例如該注意事項第三條規定：「登記機關接受登記案件時，應確實核對送件人身分，並查核所附權利書狀、印鑑證明、身分證明及稅捐機關繳免納證明等有關文件及其他相關證明文件，發現有疑義時，應調閱原案比對會與原文件核發機關聯繫，請其審認文件之真偽。……。」

登記為公有土地設置之沿革、原因	寺廟	寺廟管理健全者可取得；管理者斷層者不可取得。	
	政府機關	國有財產局	處分處第 2 股可發文至國史館查詢。
		直轄市或縣市政府	先就文獻檔案確認，不可得者，民政處宗教禮俗課可發文至國史館查詢。
		鄉鎮市區公所	民政課可發文至縣府文獻檔案查詢，不可得者，再向國史館查詢。
日治時期迄今管理、使用、收益之情形	寺廟	寺廟管理健全者可取得，有募建寺廟登記卡者，依登記日期或門牌整編證明及稅務機關之稅籍證明可資證明。	
	政府機關	國有財產局	依當事者提供文件審認。
		直轄市或縣市政府	依當事者提供文件審認。
		鄉鎮市區公所	依當事者提供文件審認。
土地使用現況圖說	寺廟	可依寺廟現行使用情況大致繪製	
	政府機關	國有財產局	依當事者申請，會同相關單位確認正確性。
		直轄市或縣市政府	依當事者申請，會同相關單位確認正確性。
		鄉鎮市區公所	依當事者申請，會同相關單位確認正確性。
土地登記謄本及地籍圖	寺廟	可由代表人至地政機關申請或自行與地政機關有連線之網站列印	
	政府機關	國有財產局	目前該文件各機關皆有連線，政府機關亦可自行列印
		直轄市或縣市政府	
		鄉鎮市區公所	
非屬公共設施用地之證明文件（分區使用證明）	寺廟	可直接到鄉鎮公所提出申請，屬都市土地者，可蓋寺廟較無爭議。非都市土地，依農業發展條例第 33 條之規定，寺廟取得不易。	
	政府機關	國有財產局	可會同相關單位認定。
		直轄市或縣市政府	可會同相關單位認定。
		鄉鎮市區公所	可會同相關單位認定。
寺廟或法人登記之證明文件	寺廟	已完成募建寺廟之組織體，包括設團法人，財團法人。可取得。	
	政府機關	國有財產局	依寺廟已成立財團法人提供之證明文件。
		直轄市或縣市政府	民政處宗教禮俗課已存檔可取得。
		鄉鎮市區公所	民政課已存檔可取得。
日治時期之權利證明文件	包括日治時期未辦理登記無權利證明文件之情形，及以契字或遺囑代替者，或證明文件毀損或滅失無法認定，兩者皆無法取得。		

從上圖分析之結果，進一步就應檢具之權利證明文件，按照受贈者申請前後應取得部分與不能取得之歸屬予以釐清，茲分述如下：

## 一、申請前應先行準備之文件

從上圖分析之結果，寺廟申請贈與公有土地，申請前應先行準備之文件包括 1. 寺廟或法人登記之證明文件（募建寺廟之寺廟登記表）。2. 章程。3. 現任寺廟負責人（代表人資格證明）或法人代表人（財團法人或社團法人）之身分證明文件、土地登記謄本及地籍圖謄本（地政機關核發之正本）、日治時期之權利（契字等）相關證明文件及其非屬公共設施用地之證明文件（分區使用證明）、土地使用現況圖說等。以上文件之取得，應由代表人在未申請前先行向所屬管轄機關提出申請核發，先前已核發之證明文件，若有遺失或毀損時，如寺廟登記表、負責人之資格證明，可依照規定先行向所屬機關申請補發，依照上項對於證明文件歸類之結果，應先行準備之文件包括日治時期之證明文件及非日治時期之證明文件，其中除了非公共設施用地及日治時期之權利證明文件取得產生爭議外，其餘之證明文件在申請前應自行先準備妥當，不生舉證困難之問題。

## 二、申請時應檢具之文件，部分文件依職權調查者

寺廟申請贈與公有土地，代表人於公告申報期間內，向公有土地管理機關提出申請時，應填寫申請書，申請書之內容除寺廟代表人可自行向有關機關提出申請，並按照申請文件之內容依序填寫外，另檢具之文件如登記為公有土地設置之沿革、原因，土地使用現況圖說、近期核發之登記簿謄本及地籍圖謄本等證明文件。因此證明文件僅為書面文件，在未依職權調查時，若占用公共設施用地或公有土地之情形，將無法了解實際情況。為釐清申請書記載之正確性，土地使用現況圖說，依其實際使用情形，實際需要之使用地，依當事人協力申請之義務，將都市計劃或非都市土地之區域使用計劃，向地政機關提出申請，地政機關依其提供之資料，套繪於不小於五千分之一之土地使用現況調查圖，依職權調查之結果，核發土地現況圖，得作為申請寺廟申請贈與認定實際使用位置圖之基本圖。

登記為公有土地設置之沿革、原因，若僅憑當事人之記載，正確性將值得爭議，為釐清填寫資料之真實性，公有土地管理機關應依職權，向有關機關調閱文獻檔案，且受調閱者不得拒絕。另日治時期之原為寺廟所有土地之地籍圖及登記簿謄本、應以地政機關核發之正本內容所記載之事項，照實填寫，並檢具近期核發之正本供公有土地管理機關審核。審查過程階段，為避免占用國有土地或公共設施用地之情形，公有土地管理機關依當事人申請，應展開職權調查程序邀及直轄市、縣（市）政府民政、社會、建設、農林、環保、地政等有關單位，及工業策進會主管，當地農會、水利會、糧食單位負責人，及有關鄉（鎮、市、區）承辦人員到場會勘並提供意見，再作成記錄。若實際使用情形與申請贈與所檢具之證明文件不符，應限期令其補正，餘期未補正或未照補正事項完成補正者，駁回其申請。

## 三、舉證困難或認定有困難者

舉證困難或認定有困難之文件包括日治時期之登記濟證、台帳謄本、契字、遺囑等，及非都市土地之非公共設施證明文件等，此類文件，若在總登記期間能提供者，應已處理完畢，未能舉證者，除了因不知申請外，最大問題應為舉證困難之問題。試想總登記期間為釐清此類土地，已就該類寺廟土地實施土地總登記，若以上所列舉之證明文件未燬損或滅失，在土地光復初期勢必已登記完成，但在當時此類之證明文件既已無法審認，現階段另行立法解決，在認定上亦將產生難題。例如日治時期雖已移轉僅書立簡單之契字但尚未登記，無法獲得登記濟證、契字等，或內容未書立日期，塗改處未簽章，管理者已死亡無法指證等，又遺囑內容不符現行一定形式之要件等。諸如此類因素已成為釐清寺廟土地權利障礙結果。

依上項情形檢具之證明文件無法認定或認定有困難者，或應檢具之文件不符或缺漏者，應以書面敘明理由或法規依據，通知申請人於六個月內補正。申請案件不符規定或屆期未補正或補正不完全者，應敘明理由及法規依據，駁回申請，因申請案件，如欲檢具日治時期之權利證明文件而舉證困難時，致逾期未補正，或補正不完全，雖再度申請收件，仍無從辦理，應依本款規定予以駁回。另舉證困難及舉證不能時，可能失去提出贈與之機會，那麼欲釐清該類土地之權屬將遙遙無期。

綜上所述，日治時期之權利證明文件，無法取得之部份，倘在當事人之一方無法證明之情況下，舉證責任又全加諸於其身上，是否公平合理！探討之同時，我們再回過頭來觀察竹南頂埔所有權紛爭事件，及苗栗獅頭山光復後登記為公有之爭議，該寺廟從日治時代初期，佛教僧侶就利用獅頭山現成的天然岩壁洞穴興建成寺廟，及竹南頂埔所有權之爭議，當地居民認為其祖先從清朝開始到光復後占有該地已達 130 年以上，諸此從業到所有權、從日本民法所有權改換為中華民國民法所有權，從來也不曾放棄過所有權，完全是歷來統治者以其自身統治者考量之緣故，自始自終人們皆是被迫地接受此國家主權轉移之結果，而更要思考的是光復後土地總登記時，因舉證困難無法完成登記，難道事隔 50 餘年後，同樣之情況雖已立法試圖解決，即能因此而實現立法目的嗎？

就現行民法對贈與特性之規範，又過度地保護贈與者，尤其就此特殊之歷史背景，舉證困難之情形仍應全然由受贈者負擔，雖政府立法美意欲尋求解決之道，但對不可能實現部份，未提出實際解決方案，等於要其承受此不利益之結果，則對立法目的將有所違背。因此，本文舉證困難之部份在法規設計上並未另行規範，以致執行將產生阻礙，致當事人權益無法得到保障，對於已成立之法律關係及法律狀態之安定性已無法維護，長期存續之信賴勢必受到動搖，進而違反公平正義原則。是否應就舉證困難之問題全歸受贈者負擔，是值得深思！因此，舉證責任分配之妥適性已產生重大爭議。

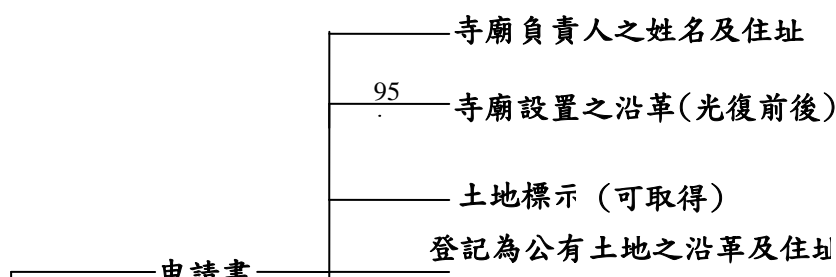


圖 4-2 申請贈與應附之文件  
資料來源：98 年登記業務講習教材及本研究整理，頁 108-109

## 第四節 寺廟申請贈與公有土地辦法第 4 條 舉證責任分配妥適性之檢討

寺廟申請贈與法律規定應檢具之證明文件，依照舉證責任分配之一般原則（規範理論），當事人應就有利於己之事實負主張及舉證責任，然若未就個案發生之時間、地點、人等因素而考量，係未考慮個案實質正義彈性之欠缺，而一概地強調一般原則之舉證責任分配，仍屬舉證責任分配是否具備妥適性之問題，故如何將舉證責任公平合理分配於兩造當事人，為本節檢討之重點所在。

### 壹、舉證責任分配之妥適性

#### 一、概要

國家成立之目的，本在保障人民之權利，為免人民權利受到侵害，行政權在立法所給予之空間，有依個案為彈性合理措施之採取，此措施亦在要求國家履行其具合理正當性任務時，所應採取手段與措施必需目的達成在當事人間有相當衡平之關係存在。然所謂衡平在於，不論立法或行政行為皆要以能實現該追求之目的，即表現國家所採取之手段已具妥適性，然立法者在制定法律之原意，本在實現公平正義，對於法規設計之舉證責任分配亦然，若舉證責任分配未能達成衡平妥適，即不符手段與目的之衡平性，對公平正義將有所違背，而不具妥適性。因此結果將浪費國家資源及無效率之國家行為，亦侵害人民之權益。為確保法律之彈性，舉證責任分配適用於特別要件事實時，仍應考慮法律之目的及個案具體狀況，適當合理之配置。

舉證責任分配是否適當配置而具備妥適性，仍應從實體法內涵著手，然如何具體明確地解決問題所在，若僅匡架在規範理論之舉證責任分配，而未探究其個案具體事實之特殊性而予以調整，則個案具體之特殊事件，所須具備之立法目的將無法實現，國家建立之目的與手段因而無法衡平。本文法規內容設計應舉證之文件，顯然使受贈者負擔過重之舉證責任，應檢具該文件之責任，部分當事人能取得，部分不能取得，但舉證責任依法律規定仍應由受贈者負擔，此法規設計在舉證責任分配上顯然已產生問題。故檢討舉證責任分配妥適性之前，應從法規內涵整體架構先行思維，再就思維內容釐清舉證責任分配權屬，檢討舉證責任分配之妥適性，進而確認舉證責任分配之態樣，提出舉證責任分配之方法。以下就思維之內涵敘述如后：

（一）立法之目的何在？

（二）舉證困難何在？舉證責任之態樣為何？



(三) 舉證困難或舉證不能時，仍由其負舉證責任，是否具備妥適性？

(四) 舉證責任應如何分配，始具公平合理？

## 二、立法目的之檢討

立法目的在於兼顧法規設計之明確性、平等性、比例性及法條結構體系之一致性，不但法律文字須要明確，且須依本質合理公平適當之立法，又整體之法律體系應避免產生衝突，以下就立法目的兼顧之內容敘述如后：

### (一) 明確性

法治國家為保障人民各種權利，並實施國家各種政策，藉「法」明確規定政府行使權力之權限範圍，而達到可預測可預見之國家行為之發展，進而確定人民權利義務與責任法領域。然立法明確性之要求，應使文字嚴守明晰、正確及簡明，避免使用不確定之法律概念，並應注意該文字之表達能否達到立法目的。相反地，法律規定若欠缺明確，原本制定法律擁有之法律價值與立法目的就不易實現。

### (二) 平等性

立法應契守平等原則，亦即，立法事項應依其「事務本質」相同或相似者應為相同或類似之處理，反之，不同之處理即違反平等原則。立法時必須依照平等原則，作最妥適之處理，以免顧此失彼，使原先之立法目的造成不同族群之歧視等瑕疵。

### (三) 比例性

立法目的範圍須事先釐定立法政策之需要性，乃遵守或執行能量之評估，而後確定為立法者必立法之界限。亦即，立法所採取之措施及具體方法，必須與目的存在比例性、必要性及有效性，遵守立法上之比例原則。若立法過於嚴苛或失之過寬，將無法兼顧規範事項廣度及密度之要求。而立法應避免法律漏洞之產生或充斥過於繁瑣之不必要規定，導致執行上有具體期待不可能之情形。因此禁止立法將無關聯之因素，客觀上不能之事項，列為須執行或須履行等不切實際之要求，儘量做到調和個人之基本人權與公共利益，注意公權力正當之行使，以及法律安定性等基本要求。

### (四) 體系一致性

法律之規範價值判斷之根據，必須合乎邏輯，符合經驗及自然規律，形成有條不紊，彼此和諧之秩序，不得彼此矛盾，否則難以符合法之「體系性正義」。

斟酌法律內部和諧完整，亦應斟酌法律外在排列順序以及法律間之協調，避免衝突發生產生矛盾。<sup>114</sup>

綜上所述，藉法明確規定政府行使權利範圍之方法，並依照平等原則就政府所規範法範圍作最妥適之處理，進而調和個人之基本人權與公共利益，避免發生衝突及產生矛盾，最後，對於法規內涵之執行必能達到立法目的。

### 三、檢討舉證責任分配之妥適性

地籍清理條例第 39 條成立的要件之一，係指日治時期原為寺廟所有之土地已移轉尚未辦理登記，或已登記為日本政府沒入，就其字義而言，已烘托出原已承認其私有之存在；又日本政府沒入之寺廟土地，何嘗不是地主之無奈與被迫。歷經兩國主權移轉，致光復前後土地登記制度之不同，光復前免登記亦不失其權利之效力，光復後土地權利須經登記才得以確定其效力，只因主權移轉之際，未提出申報者，即確定權利失其效力，進而將之併入公有土地，此情形完全是制度變遷之結果。然此情況確為原寺廟所有者事前無法可預見的，若可預見光復後土地制度將產生變革，土地未經登記即失其效力，則所有者在日治時期即會將該土地辦理登記，或將該文件妥善保存。現雖立法美意得申請贈與登記為原寺廟所有，但應檢具之權利證明文件，法條又規定須為日治時期之產物，日治時期權利證明文件有無已無法確定，足見法律概念之不確定，此不確定之後果對法律所擁有之法律價值與立法目的將不易實現。

又依該法律規定國有管轄之寺廟土地得申請贈與，應先成立財團法人之組織體，而縣（市）有及鄉鎮有之寺廟土地免成立財團法人即可申請贈與。依國有財產法第 60 條第 2 款申請贈與之成立要件規定現為寺廟、教堂所使用之不動產，合於國人固有信仰，有贈與該寺廟、教堂依法成立財團法人必要者，得贈與之。該類寺廟與地籍清理條例第 39 條之成立要件同為在日治時期已存在之募建寺廟，僅為管理之主體不同，基於事件本質相同或相似應為相同之處理之原理，故規定國有管轄之寺廟土地申請贈與一定得先成立財團法人才可申請贈與，且兩者在申請贈與資格、條件、受理機關……等均有不同之規定，係屬事件本質相同而為不同之處理，違反平等原則。增加該類土地釐清權屬之不確定性，顯然造成不同族群之歧視等瑕疵，及增加該類土地釐清權屬之不確定性，亦加重受贈者舉證責任之負擔。

立法者在立法時就法規內容，應事先依立法政策之需要給予釐定及遵守，或在執行各方面加以評估，所採取之措施及具體做法，必須與目的存在比例性、必要性及有效性，遵守立法上之比例原則。又行政程序法第 9 條規定，行政機關就該管行政程序，應於當事人有利或不利之情形，應予注意。然地籍清理條例第 39 條立法目的在於釐清日治時期原為寺廟所有之公有土地之權屬，以期儘速釐清此類土地之地籍問題，健全地籍管理，確保土地權利，促進土地利用及

<sup>114</sup> 城仲模，同註 72，頁 77-81。

社會整體之發展。但要其檢具從來不層擁有之證明文件，已是客觀上不可能之消極事實，因年代久遠，證明文件已難以舉證，法規內容並未就此舉證困難之部分另行作明確之規範，足見法規內容設計之瑕疵，法規內容規範之不明確，舉證責任對於舉證困難部分全然由受贈者負擔，此立法者在立法時已過於嚴苛，且充斥者過於繁瑣之不必要規定，因而要其舉證不可能期待之證明文件，立法目的與法律制定已無法收到預期之成果。因此情形，本文見解在舉證責任分配上認為失其比例性。

另依當事人身分、地位之不同，日治時期原為寺廟所有之公有土地。資料已由公行政主體保管，若以私法之行為方式出租、利用、出售或贈與，即「行政之私法上財產管理行為」，因私法關係之贈與，雙方訂定贈與契約時，無論在形式上或實質上，依憲法之平等原則，原則上應具有相同之權利及義務。本文得申請贈與之權利主體，一方為行政機關，一方為寺廟團體，兩者在身分上及地位上已顯著不相當，行政機關擁有龐大之資源，得到之權利大於利益，寺廟團體處於較為弱勢之一方，得到之權利自然少於行政機關，產生之效益自然小於行政機關，因此，舉證之效益當然有所不同。弱勢團體應行舉證之性質，從法律要件分類說之少數說之內涵表徵，與本文舉證責任之性質相同，舉證責任全然由受贈者負擔，蓋以寺廟團體負擔過重之舉證責任，即受贈者為證明其要件事實之真正，即須為提出證據而疲於奔命，在舉證困難，且兩者雙方之舉證責任顯失公平之情況下，當然無法完成預期之成果。

就武器平等原則之本質而言，乃意味當事人無論其為請求權者或被請求者，或訴訟外所可能存在之上下隸屬關係，在行政程序之過程，應一律受平等對待。但公行政主體與寺廟間本已存在武器不平等，因年代久遠、舉證困難之部分，顯然已造成寺廟所有者，釐清權屬重大負擔。於具體個案之認事程序，審認困難，難謂其具公平合理。

基於法治國家依法行政之原則，行政程序乃為行政行為之司法化，行政行為，特別是行政處分及合法性之審查，亦有賴於其理由之述明，亦即舉證之必要，證據審認之方式，當舉證困難時，仍應顧及舉證責任分配之公平性。惟顧及當事人間武器平等始可達到合理性之審認，因此，舉證責任全然由寺廟負擔，兩者間有失地位平衡之要求，有違武器不平等之原則。舉證責任分配學說通說之原理，若以規範學說界定舉證責任分配，仍應將武器不平等之因素列入分配考慮之基點。雖當事人一方為政府機關，其舉證責任不因而減免（71 年臺上字 730 號判決參照）。

至於非都市土地之非公共設施用地，鑑於寺廟土地不得有公共設施用地之情形，因公共設施用地乃為因應將來都市建設發展之用，為供公眾設施建設使用之公共設施保留地，應避免寺廟占用公共設施用地，以免影響將來都市發展。尤其非都市土地之使用應依照非都市土地管制規則之規定，由於影響之法令及層面相當廣，若已經目的及興辦事業主管機關及其相關單位核准者，屬非都市土地之非公共設施用地之證明應已足夠，但因申請核准之手續繁瑣，可能因舉

證困難及申請核准之不確定，而延宕申請之時間或無法檢具，因而立法美意欲儘速釐清權屬，但規定仍須弱勢團體負擔難以掌控之證明，致使不利益歸屬弱勢之一方，顯見與立法目有矛盾之處。又土地總登記期間未辦理申報難以證明係受贈者之故意或過失所致、怎可因兩國主權移轉所造成之制度爭議大部分由小老百姓來承受。

綜上所述，舉證困難或不符之情形，因手續繁瑣，或因制度爭議、或在土地總登記期間未申報，是否為寺廟故意或過失所致難以證明，因此之故，舉證責任全歸於弱勢之受贈者負擔，足見其顯失公平，並不具妥適性，故本文見解該法規設計舉證責任分配之態樣應確定為「依原則規定分配顯失公平」。

## 貳、從大法官會議解釋分析舉證責任分配

舉證責任之態樣決定舉證責任分配之方法，舉證責任分配之精神應符合法定安性及個案之公平正義，然本文舉證責任分配之態樣為「依原則規定分配顯失公平」。依此態樣已存在特殊因素存在，此特殊因素一為日治時期之權利證明文件舉證困難或不能，另一為非都市土地之非公共設施用地之證明文件，申請呈現不確定變數。依此態樣，舉證責任分配之方法，應考慮法規內涵之特殊因素存在，始符合舉證責任分配的精神。因此，舉證責任分配全然由受贈者負擔，未考慮具體個案之特殊因素，不合法安性及公平正義之原則。但舉證責任應如何分配始具公平合理，本文試從大法官會議解釋案例分析舉證責任分配之方法。

### 一、大法官會議解釋

憲法第 78 條規定，「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力。其解釋之依據，一為依司法院大法官審理案件法第 13 條第 1 項規定「大法官解釋案件，應參考制憲、修憲及立法資緒，並得依請求或逕行通知聲請人、關係人或有關機關說明，或為調查。必要時，得行言詞辯論。」另一為依行憲後國家實踐，此內容又可分為：（一）依憲法基本理論和精神，（二）依據制憲之意旨，（三）依據憲法原理與制度，（四）依據國家實際需要。其解釋在於闡釋憲法及法令條文涵義，保障人民權益及補充憲法不備功能。<sup>115</sup>針對舉證責任，大法官會議曾經有如下解釋：

#### 1. 當事人舉證並負協力申請之義務

釋字第 537 號解釋（91 年 1 月 11 日公布）：合法登記之工廠供直接使用之自有房屋，依中華民國 82 年 7 月 30 日修正公布施行之房屋稅有減半徵收之租

<sup>115</sup> 楊敏華（民 92，1 月），中華民國憲法釋論，五南圖書出版公司，台北市，頁 258-260。

稅優惠。同條例第 7 條復規定：「納稅義務人應於房屋建造完成之日起 30 日內，向當地主管稽徵機關申報房屋現值及使用情形；其有增建、改建、變更使用或移轉承典亦同」。此因租稅稽徵程序，稅捐稽徵機關雖依職權調查原則而進行，惟有關課稅要件事實，多發生於納稅義務人所得支配之範圍，稅捐稽徵機關掌握困難，為貫徹公平合法課稅之目的，因而課納稅義務人申報協力義務。

解釋理由書：因稅捐稽徵機關依稅捐稽徵法第 30 條之規定，為調查課稅資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，且受調查者不得拒絕。於稽徵程序中，本得依職權調查原則進行，應運用一切闡明事實所必要以及可獲致之資料，以認定真正之事實課徵租稅。惟稅捐稽徵機關所須處理之案件多而繁雜，且有關課稅要件事實，類皆發生於納稅義務人所得支配之範圍（支配領域），其中減免事項，納稅義務人知之最詳，若租稅減免或其他優惠情形，仍須由稅捐稽徵機關不待申請一一職權為之查核，將倍增成本。因此，依憲法規定意旨，納稅義務人依個別稅捐稽徵法規之規定，負有稽徵程序之申報協力義務，實係貫徹公平及合理課稅之必要。

如此解釋就行政機關之程序，舉證責任分配之方法，以「支配領域為原則，職權調查為例外」。同樣地，地籍清理條例第 39 條依 97 年 7 月 1 日公布施行，日治時期原為寺廟所有之土地，得由原所有權人申請贈與，此手段原為政府立法美意，為解決此公有土地使用權與所有權不符之現象，本得由公有土地管理機關依職權調查而進行，惟有關得證明為寺廟所有之要件事實，多發生於受贈者所得支配之範圍，部份文件之取得，因公有土地管理機關掌握困難，為貫徹公平合理舉證責任分配之目的，因而依法律規定應課受贈者申報協力義務。

本文當事人依法律規定，既得申請贈與之權利。然而，雖因時空之演變，年代久遠、舉證困難，當事人仍應負自行申請之義務。即所謂負有協力負擔之義務，須於申報期間內檢具「足資證明文件」始得申請贈與，當要件事實已無法查明，則何造須承擔此事實不明之「不利益」，此為重點所在，然仍須履行支配領域協力負擔由當事人申請為原則，因舉證困難或不能之情形非當事人所能控制者，以職權調查為例外。

## 2. 為確認要件事實之真偽，公有土地管理機關應依職權調查

如此解釋適用在本文法規內涵規定事項，就受贈者應檢具之證明文件而言，受贈者能舉證之部分如地籍圖及登記簿謄本、現任負責人之資格證明及寺廟登記卡、分區使用證明等，因該要件事實多發生於受贈者所能支配之範圍，應由當事人自行向有關機關負申請之義務。至於非公共設施用地之證明文件、是否占用公共設施之情形、登記為公有土地之沿革、原因，日治時期至今仍為其管理、使用、收益之情形，雖規定應由當事人提出申請，但為證明當事人提出資料之真實性，應由公有土地管理機關依職權調查，調查之方法，得向有關機關、團體或個人進行調查，且受調查者不得拒絕。

## 3. 為儘速解決問題，舉證責任分配應合乎比例性，以保障寺廟財產之權益

民國 93 年 2 月 27 日，大法官會議釋字第 573 號解釋文：「……人民宗教信

仰自由及財產權，均受憲法之保障，憲法第 13 條與第 15 條定有明文。宗教團體管理財產、處分其財產，國家固非不得以法律加以規範，惟應符合憲法第 23 條規定之比例原則及法律明確性原則……。」

解釋理由書「憲法第 13 條規定人民有信仰宗教之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由，國家不得對特定之宗教加以獎勵與禁制，或對人民特定信仰卑以優待或不利益。……憲法第 15 條規定人民之財產權應予保障，旨在確保個人依其財產之存續狀態行使其自由使用、收益處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害。寺廟之財產亦應受憲法有關財產權規定之保障。」

民國 88 年 7 月 30 日，大法官會議釋字第 488 號解釋文：「憲法第 15 條規定，人民財產權應予保障，對於財產權之限制，必須合於憲法第 23 條所定必要程度，並以法律定之，其由立法機關明確授權行政機關以命令訂之者，須據以發布之命令符合立法意旨且未逾越授權範圍時，始為憲法之所許……基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理之規定，方符憲法維護人民權利之意旨；法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤其對採取影響人民權利之行政措施時，其應遵循之程序作必要之規範……。」<sup>116</sup>

本論述係引用解釋理由書中寺廟財產應予保障之重要性、憲法保障財產權之意旨，對於財產權之限制，必須合於憲法第 23 條所定之必要程度，並以法律定之。達到目的與手段均衡及達到財產權保障之意旨。故本文舉證責任分配由受贈者就日治時期即已存在之有利文件，向公有土地管理機關於申報期間內提出申報，此方法是民事訴訟法前段規定（即舉證責任分配之基本原則），該規定係屬 Rosenberg 之規範學說。但本文經前揭論述之結果，舉證責任分配之態樣為依原則規定顯失公平者，故僅以規範學說適用於本文之舉證責任分配上，對於特殊事件致舉證責任分配顯失公平者無法解決。

#### 4. 規範學說之缺點

因該學說太偏重法條規定之外在形式，不能顧及雙方當事人間之實質公平正義，且規範學說就權利發生、權利妨害、權利消滅與權利受制之規定所為之分類，以及就普通規定與例外規定之分類，係以純粹法律形式為區分標準，無法兼顧舉證責任分配於雙方當事人之利益衡量，不能以價值之立場為適當之舉證責任分配，故單就 Rosenberg 之規範學說適用在地籍清理條例第 39 條法律規範之規定形式分配舉證責任，無法顧及特殊因素之存在，將產生不公平之結果。又該規範學說就期待不可能之事件（舉證困難之問題）無法解決。因此，法規就期待不可能之證明文件及可取得之證明文件未釐清舉證責任之權屬，全歸弱勢之寺廟團體負擔，當舉證困難時，將使不利益之結果由弱勢之寺廟團體承受。故單就規範學說解決上述問題，將使立法目的無法達成。

又依規範學說之見解，立法者於制定法律時，將權利發生之情形利用通常

<sup>116</sup> 劉振強，同註 71，頁 415-577。

規範規定，而將權利妨礙情形以例外規範之形式規定，而寺廟申請贈與公有土地辦法之法律規範形式僅做原則性之規定，並未作例外之規定，在舉證責任分配之方法並未作明確之區分，若以規範學說適用在該法規所規定之舉證責任分配，對於證據偏在與武器不平等之問題，均不能提出有效之解決，當無法解決舉證困難之缺陷時，對於公平正義所需要之彈性亦有所欠缺。

司法院 30 年 12 月 30 日院字第 226 號解釋云：事實為法律關係發生之特別要件者，在消極確認之訴，應由被告就其存在負舉證責任，在其他之訴，應由原告就其存在負舉證責任。<sup>117</sup>此即準用民事訴訟法第 277 條規定辦理，即：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任，但法律別有規定，依其情形顯失公平者，不在此限。」所謂「依其情形顯失公平者」，係指事件依其性質，證據往往為一造所掌控，他造難以舉證，則依其情形顯失公平者。此舉證責任分配之方法，應予舉證責任減輕。

綜上所述，實務上舉證責任分配問題之解決方法，於實體法有明文者，依明文由當事人負舉證責任，無明文者，或有明文而發生法律有缺漏或規定不足之情形，仍應視個案之特殊性，以調整舉證責任分配為必要。

## 二、舉證責任分配之方法

### （一）分配方法之運用

鑑於規範學說對於特殊因素無法解決之缺憾，但是規範學說仍是目前舉證責任分配最好之方法，而本文見解，認為以德國民事訴訟法學者 Rosenberg 所創立之法律要件分類說為舉證責任分配之依據<sup>118</sup>，適用於該條例實體法規定舉證責任分配仍最適宜，採取之學說重點在於特別要件說及最低限度事實說，並參考德國法上之舉證責任分配法則相關理論應以協力（證明）負擔為定位之支配領域說為第一優先順序。換言之，以最低限度事實說之分配方式，就權利發生、障礙、消滅之最低事實定舉證責任分配，在實體法或程序設計上未對舉證困難之部分有特別規定時，舉證責任分配方法，除了利用舉證責任分配原則之特別要件說、最低限度事實說為主外，仍應以法規分類說及要證事實分類說為輔，並參考德國舉證責任分配法則以「支配領域為原則，職權調查為例外」分配舉證責任。

### （二）實務見解

依 Rosenberg 規範學說（舉證責任分配基本原則）為本文舉證責任分配，規範之主要對象在於擁有權利發生要件之請求權主體（受贈者），應就實際上已存在之事實，負主張及舉證責任。而申請贈與之權利主體，在日治時期已存在

<sup>117</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註 63，頁 492。

<sup>118</sup> 陳榮宗，同註 67，頁 3。

且經合法登記之募建寺廟，因日治時期已移轉尚未辦理登記，或已登記為日本政府沒入，並自日治時期迄今仍為該寺廟管理、使用、收益之非公共設施用地，以此方法分配舉證責任應由寺廟（受贈者）所有者就日治時期已存在之特別要件之事實負主張及自行舉證。

由於 Rosenberg 之規範學說另一對立法律規範，又再細分為權利受制規範、權利消滅規範、權利妨害規範。當受贈者提出申請時，應附之證明文件（一般要件）欠缺者（如日治時期之權利證明文件），而影響程序之進行，即為權利妨害規範，公有土地管理機關應依法規內容，就欠缺要件之事實證明，通知當事者補正、駁回之。依最高法院 17 年上字第 917 號判例云：「民事訴訟如係由原告主張權利者，應由原告負舉證之責，如原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之訴。」<sup>119</sup>同樣地，適用在本文上，依據法律規定，一般要件事實欠缺者，應由公有土地管理機關通知當事人補正、駁回之規定。

故本文課以寺廟所有者舉證責任之義務，要求其應負主觀舉證責任之行為責任，寺廟可取得者應檢具之文件包括，寺廟或法人登記之證明文件（募建寺廟之寺廟登記表）、現任寺廟負責人或法人代表人之身分證明文件、土地登記簿謄本及地籍圖謄本、登記為公有土地設置之沿革、原因，日治時期至今管理、使用、收益之情形及非屬公共設施用地之證明文件（分區使用證明）、土地使用現況圖說等，舉證責任分配之方法應回歸至舉證責任分配一般原則，就規定權利發生之最少限度事實，由寺廟所有者自負舉證之責。

而就其中之證明文件包括登記為公有土地設置之沿革、原因，日治時期至今管理、使用、收益之情形及非屬公共設施用地之證明文件（分區使用證明）、土地使用現況圖說等，為審認其真實性，除由當事人協力提出申請外，公有土地管理機關應發動職權，要求相關單位配合實際調查。另舉證困難或舉證不能之情事，建議行政院提案修法予以調整。

## 參、建議修法之方向

為解決舉證困難或舉證不能之情事，舉證責任由受贈者負擔，致舉證責任分配顯失公平者，所採取之途徑，建議經行政院再次提案修法，以舉證責任減輕當事人負擔，其運用之方法其一為舉證責任轉換，茲將運用情形，敘述如次：

### 一、舉證責任減輕之方法

首先，舉證責任減輕之方法，應不限定得檢具日治時期之權利證明文件，因該條例之要件事實係發生於日治時期，從日治時期至今時間之經過可能已超

<sup>119</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註 63，頁 492。



過百餘年以上，證明事實之存在若以契字或遺囑，因年代久遠，該文件或已毀損、字跡模糊，應會影響認定上之困難，故本文認為應不限定受贈者應檢具日治時期之權利證明文件。

次則，日治時期之土地登記尚未如光復後土地登記制度之健全，對受贈者而言，係屬消極事實原本即難證明，另一方面，消極之事實既然可成為舉證之客體，則不得一味地去逃避，應由權利主張者負舉證責任，若輒求就一般舉證責任分配結果作變更，如此對法律效果應會產生負面之影響。因此，本文認為舉證困難之事實仍應由受贈者就舉證責任分配之一般原則為前題，分配舉證責任，就舉證困難之事實，權利請求權人仍應致力提出間接證據證明，作為被請求者有利之審認，而達到消極事實之確信。則不得以逸待勞，作等政府之舉證責任，此行為表現之後果對其效果之發生可能產生失權之結果。故就此舉證責任之態樣，本文認為舉證責任應回歸程序法律規定，採取最低限度事實之舉證責任分配，由受贈者依權利發生要件之事實負舉證責任，舉證困難時，免檢具日治時期之權利證明文件，以間接證據之證明（替代方案）作為調整。

調整之方向，依民國 81 年 2 月 28 日，大法官會議釋字第 291 號解釋文：「時效取得制度之財產權應為憲法所保障，內政部於中華民國 77 年 8 月 17 日函頒之時效取得地上權登記審查要點第 5 點第 1 項規定：（以建物為目的使用土地者，應依土地登記規則第 70 條提出該建物係合法建物之證明文件），使長期占有他人私有土地，本得依法因時效取得地上權人，因無從提出該項合法建物之證明文件，致無法完成其地上權之登記，與憲法保障人民財產權之意旨不符，此部分應停止適用。」

解釋理由書：「民法第 768 條至 772 條關於因時效取得所有權或其他財產權之規定，乃為促使原權利人善盡積極利其財產之社會責任，並尊重長期占有之既成秩序，以增進公共利益而設。此項依法律規定而取得之財產權，應為憲法所保障。」以有建築物為目的而因時效完成取得他人私有土地之地上權登記請求權，與該建於他人土地上之建築物，是否為「合法建物」無關。如非「合法建物」，應依有關建築管理法規處理。……內政部於中華民國 77 年 8 月 17 日函頒之時效取得地上權登記審查要點，其第 5 點將此「合法建物」登記之規定，移用於地上權之登記，而於其第一項為「以建物為目的使用土地者，應依土地登記規則第 70 條提出該建物係合法建物之證明文件」之規定，使以證明係以行使地上權之意思而長期和平繼續占有他人私有土地，本得依法因時效取得地上權之占有人，因無從提出該項合法建物之證明文件，致無法完成其地上權登記，與憲法保障人民財產權之意旨不符，此部分應停止適用。<sup>120</sup>

如此解釋，乃就合法建物之證明文件無法檢具時，避免因此無法辦理登記，而侵害到人民之權益，蓋以替代文件來證明該文件係為長期占有。同樣地，為證明原為寺廟所有土地，係自日治時期至今仍為其管理、使用、收益之情形，要其檢具日治時期即已存在之權利證明文件，但該文件因當時未登記而無法檢

<sup>120</sup> 劉振強，同註 71，頁 159-160。

具，因此無法完成寺廟所有權登記。與憲法保障寺廟財產權意旨不符，此部分應准予免檢具日治時期之權利證明文件而以替代文件為宜。

最後，替代方案，針對舉證困難之文件得參照：1. 時效取得地上權登記審查要點第五點規定，以戶籍謄本為占有事實證明文件申請登記者，占有人應另提占有土地四鄰之證明書或公證書等文件；該事項第五點對未能檢附原權利憑證及保證書者，明定申請人得檢附土地課稅證明文件、地上房屋稅籍證明文件、或地價繳清證明文件、土地四鄰、房屋使用人持有之相關文書；2. 另實施建築管理前建照之建物無使用執照之保存登記應附之文件，得為權利證明文件之替代；3. 實施建築管理前建照之建物無使用執照之保存登記應附之文件，得為權利證明文件之替代，依據建物所有權第一次登記第 79 條第 2 款，實施建築管理前建照之建物無使用執照者，應提出主管機關或鄉鎮市區公所之證明文件或實施建管前之下列文件之一，曾於該建物設籍之戶籍謄本、門牌編釘證明、繳納房屋稅憑證或稅籍證明、繳納水電證明、未實施建築管理地區建物之完工證明、由政府機關核發之地形圖、都市計畫圖航照圖或政府機關測繪地圖等，替代日治時期之權利證明文件，並以此替代文件作進一步之推定。

以上項為證明日治時期之產物時，並應於申請書備註欄切結「本申請案確無虛偽不實之情事，如有不實，申請人願負法律責任」，故本文見解，舉證責任分配原則針對舉證困難者，應回歸舉證責任減輕之方式，在當事人檢具日治時期之權利證明文件，因年代久遠可能破損、模糊不清，承辦人員欲認定可能承受相當大之負擔，而無法判斷時，不如就事論事，建議將此長期存續加以承認反而更接近事實，以免除檢具日治時期之權利證明文件為是，而以上項所指各項替代日治時期之權利證明文件，但仍應由受贈者負擔。

## 二、舉證責任轉換

舉證責任轉換之概念，必須先行採取 Rosenberg 之規範說所建立之基本原則後，才有舉證責任轉換之可能，如有主張有利於己之當事人負舉證責任，顯失公平時，不適用該分配舉證責任之一般原則，更何況 Rosenberg 之規範學說並不能解決證據偏在及武器不平等之問題，由於本文舉證責任分配之態樣確立在為依原則規定顯失公平者，已如上述。

是類寺廟土地，若係屬座落於非都市土地者，使用分區、使用地尚未變更為特定目的事業用地，且為證明該類土地非屬公共設施用地者，此證明文件若仍應由受贈者負擔，因該文件之申請核准，充滿不確定且申請程序繁雜又耗時，另兩造當事人因身分、地位之相差懸殊，一為擁有龐大資源之政府機關，一為弱勢之寺廟團體，因此，非都市土地之非公共設施之證明文件，及須經目的事業主管機關核准、分區變更之證明文件，非弱勢之寺廟團體得以掌控，如仍應由寺廟所有者自行提出申請，必然造成時間之延宕及充滿不確定性，最後將導致不利益之結果。因此，非都市土地之非公共設施用地之證明文件，及使用分

區、使用地之變更核准，應改由政府負舉證責任，此乃實務創設之舉證責任轉換。

## 第五章 結論

由於日治時期寺廟土地之取得來源，除了信徒之捐獻外，亦有價購取得者；在名稱上，除寺廟登記規則所稱之名稱外，尚有數十種不同之稱號，足見日治時期寺廟取得土地之複雜度，日治時期之寺廟，在權利能力上，已具備法律人格，得為不動產之權利人，此點可從台灣省政府 55 府民地甲字第 15721 號令釋及民國 18 年上字第 1542 號判例，對寺廟所有權屬之解釋得知，其土地所有權自屬寺廟所有，故其存在之組織上已具有法人之同質。

對土地登記制度而言，日治時期之法制變革雖分為三個時期，但寺廟一直到民法施行以後至光復初期，寺廟仍被視為不適用民法有關法人規定之法人，依舊慣存續，仍多未辦理登記為習慣。然光復後我國土地登記制度採生效要件主義，所有不動產須經登記始確定權利之效力。未經申報或登記者，光復後被登記為公有，然該類土地至今仍為其管理、使用、收益之情形，造成所有權及使用權不符之現象。

政府為解決公有土地問題，雖先後頒佈多項行政命令以為處理，但當時戰事頻傳，資料或已毀損、滅失，或教育不普及、管理者不識字……等種種因素，在土地總登記期間尚未申報。加上戰事波及，政府為應付戰亂，礙於人力、財力、物力之不足，致此等多項清理措施未全面實施，成效有限，故該類之地尚有部分未辦理登記，而成為公有土地，因而終局的造成失權。由於我國登記採取登記生效要件主義，登記才能保障寺廟之權益，未辦理登記不但影響土地有效利用，傷害信徒權益甚大，致該類寺廟所有者屢有要求政府歸還其土地之呼聲。

基此，政府再於民國 96 年 3 月 21 日頒佈地籍清理條例第 39 條實體法之規定，並訂定寺廟申請贈與公有土地辦法子法以為執行之依據，但申請贈與之規定，應檢具之文件，包括日治時期原寺廟管理、使用、收益之情形，及日治時期已移轉尚未辦理登記，或已移轉為日本政府沒入土地之權利證明文件等，由於此證明文件因年代久遠或因毀損、滅失或因日治時期未辦理登記而舉證困難，試想日治時期在土地總登記期間，經政府頒佈多項行政命令，能解決想必已解決，留存至今尚未解決者，勢必權利證明文件已難於舉證，且該類土地管理使用收益至今，政府單位皆不曾取締，顯然已默認其私有之存在，更何況該條例亦已承認原為其私有，現行法令若拘泥於舉證困難無替代方案而無法辦理，且屬於國有土地者又應先成立財團法人，未成立財團法人者亦造成失權，顯然與立法意旨有所違背。然要其舉證日治時期之產物，且舉證責任全在於受贈者身上，足見其不合理之所在，故舉證責任分配為本文論述之焦點。

舉證責任分配之基礎在於證據，證據之功用在於證明事實之有無，得成為當事人提出證據之方法，亦可為認事審核之基準，進而確信事實之存在，故當待證事實不能證明時，不利益之歸屬即應由何一當事人負擔，乃使該當事人造

成不利益，若將此責任全歸於不利益之一方負擔，那麼權利存續保障將成為有名無實，故舉證責任分配應以符合公平正義為最重要。我國實務係以法律要件分類說，亦即德國規範說為主，因此，個案正義彈性之要求，亦應符合憲法之基本價值，故為免規範理論過於僵化，自應承認於若干案型有調整之空間，因而規範理論於例外情形有加以調整之必要。

本文在根據若干基本法理及舉證責任分配理論，釐清經過確定舉證責任分配歸屬之態樣，依原則規定分配顯失公平，然寺廟申請贈與公有土地辦法，對應檢具權利證明文件界定舉證責任分配之歸屬，嘗試以規範理論為原則即可達到立法之目的，但本文應檢具之權利證明文件，可能在寺廟及政府間皆無法取得之情況下，如日治時期之權利證明文件等，即顯示規範理論在該辦法之適用上已有瑕疵，為確保法安定性及兼顧個案正義之彈性，應輔以舉證責任減輕之機制，並盡量使適用在法規內容之舉證責任分配之執行，即可被確認，故應以舉證責任減輕或舉證責任轉換為例外。

舉證責任應尋求舉證責任分配之合理化，要使其合理化應在舉證責任分配上合乎公平正義，茲以法規設計舉證責任全然由受贈者負擔，在規範理論之基本分配原理無法滿足下去核對舉證責任分配原理是否公平合理，依據舉證責任分配顯失公平之態樣，以減輕之方式調整舉證責任分配之方式，減輕之方法除非都市土地之分區變更及核准文件應以舉證責任轉換由政府負舉證責任之外，而舉證困難之日治時期之權利證明文件得以替代方式處理。

本文建議借境「土地總登記登記名義人資料不全或不符申辦登記審查注意事項」、「時效取得地上權登記審查要點」之作法，證明文件完整者，就其有利於己之事實，向公有土地管理機關提出申請，並檢具與本案相關之權利證明等相關文件，經審核經確認其內容無誤後，准予登記，此階段可達成立法目的。

日治時期權利證明文件因年代久遠，舉證不能或舉證困難者，或無法認定者，擬比照時效取得地上權登記審查要點第 5 點，以戶籍謄本為占有事實證明文件申請登記者，占有人應另提占有土地四鄰之證明書或公證書等文件，及參照土地總登記登記名義人之資料不全或不符申辦登記審查注意事項第 4 點，得由申請人檢附土地四鄰或村里長保證書，並於申請書備註欄切結「本申請案確無虛偽不實之情事，如有不實，申請人願負法律責任」者，替代日治時期之權利證明文件，據以辦理。實務作法並比照實施建築管理前建照之建物無使用執照之保存登記時應附之文件，由地政機關會同直轄市、縣市政府主管建築、農業、稅務及鄉鎮市區公所組成專案小組，並參考航照圖等有關資料實地會勘作成記錄以茲證明。

因此，本文舉證責任分配方法，總體而言，應以規範理論為基礎，就前階對申請贈與應舉證之權利證明文件分析，就寺廟能取得部分，如寺廟及寺廟負責人姓名住址、土地標示，非屬公共設施用地，土地登記簿謄本及地籍圖，寺廟或法人登記之證明文件等，受贈者就有利於己之事實應負舉證責任；寺廟不能取得、政府機關能取得部分，如土地現況圖說、登記為公有土地之沿革及住

址等，應由當事人申請，政府機關負文獻確認之義務。至於日治時期之權利證明文件，若因兩者皆舉證困難，或能舉證而認定困難部分，建議得以免檢附日治時期之權利證明文件，尋找替代文件，但仍應由寺廟所有者負舉證責任，並建議政府修法明文規定當舉證困難時，舉證責任減輕或轉換辦理之規定，並留待後續研究發展之用。

## 參考文獻

- 仇德哉，台灣廟神傳，信通書局，雲林縣：民國 68 年 8 月。
- 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，台北：民國 82 年 12 月。
- 王泰升，台灣日治時期的法律改革，聯經出版事業公司，台北：民國 88 年 4 月。
- 王澤鑑，民法概要，三民書局，四刷，台北：民國 92 年 9 月。
- 民事法律專題研究 12，司法院司法業務研究會第 25 期研究專輯，薛爾毅，民國 85 年 6 月。
- 吳生賢，臺灣光復初期土地改革實錄，地政叢書第一輯，內政部編印，台北：民國 81 年 6 月。
- 吳光明，新物權法論，三民書局，台北：民國 98 年 9 月。
- 吳尚鷹，土地問題與土地法，商務印書館，台北：民國 24 年。
- 吳明軒，民事訴訟法，三民書局，修訂八版，台北：民國 98 年 10 月。
- 李惠宗，行政法要義，元照出版有限公司，四版一刷，台北：民國 97 年 9 月。
- 李鴻毅，土地法論，三民書局，增修版，台北：民國 80 年 7 月。
- 卓克華，從寺廟發現歷史，揚智文化事業股份有限公司，台北：民國 92 年 11 月。
- 林本炫、董娟娟、張人傑，國有土地之政治經濟分析，業強出版社，初版，台北：民國 82 年 5 月。
- 林英彥，不動產大辭典，財團法人中國地政研究所，台北：民國 97 年 1 月。
- 林騰鶴，行政訴訟法，三民書局，增訂三版一刷，台北：民國 97 年 1 月。
- 法律史與民事司法實務，最高法院學術研究會叢書，最高法院，台北：民國 94 年 6 月。
- 城仲模，行政法之一般法律原則，三民書局，台北：民國 86 年 7 月。
- 姜世明，民事證據法實例研習，新學林出版股份有限公司，台北：民國 95 年 11 月。
- 姜世明，新民事證據法論，學林文化事業有限公司，台北：民國 93 年 1 月。
- 宮畑加奈子，日治前期台灣不動產登記制度之研究—以台灣土地登記規則為主軸，國立台灣大學法律研究所，台北：民國 87 年 7 月。
- 陳敏，行政法總論，新學林出版有限公司，五版，民國 96 年 10 月。
- 陳立夫，土地法研究，新學林出版股份有限公司，台北：民國 96 年 8 月。
- 陳慈陽，行政法總論，翰蘆圖書出版股份有限公司，二版，台北：民國 94 年 10 月。
- 陳瑞堂，台灣寺廟法律關係之研究，司法行政部，台北：民國 63 年 11 月。
- 陳榮宗，舉證責任分配與民事程序法（二），再版，三民書局，台北市：民國 83 年，3 月。
- 陳榮宗、陳慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，，修訂七版一刷，台北：民國

98 年 10 月。

焦祖涵，土地法釋論，三民書局，台北：民國 91 年 8 月。

焦祖涵，土地登記之理論與實務，三民書局，增訂初版，台北：民國 86 年 2 月。

黃慶生，寺廟經營與管理，永然文化出版股份有限公司，修訂版，台北：民國 95 年 3 月。

溫豐文，土地法，各大書局，修訂版，台中：民國 96 年 9 月。

溫豐文，現代社會與土地所有權理論之發展，五南圖書出版公司，台中：民國 73 年 2 月。

劉振強，大法官會議解釋彙編，三民書局，增訂八版一刷，台北：民國 99 年 2 月。

蔡輝龍，民事訴訟法新論，風雲論壇出版社有限公司，台北：民國 90 年 9 月。

駱永家，民事舉證責任論，臺灣商務印書館，台北：民國 98 年 9 月。

謝在全，民法物權論，新學林出版股份有限公司，修訂三版，台北：民國 93 年 8 月。

謝瑞智，法律百科全書 3 行政法，三民書局，台北：民國 92 年 2 月。

魏家弘，台灣土地所有權概念之形成經過：從業到所有權，國立台灣大學法律研究所，台北：民國 85 年。

姉齒松平，祭祀公業與臺灣特殊法律之研究，眾文圖書股份有限公司，一版二刷，台北：民國 83 年 9 月。

立法院公報，第 96 卷 第 14 期 委員會記錄，台北：民國 95 年 11 月。

98 年 7 月 24 日第 30 週內政部統計通報（97 年底宗教寺廟、教堂概況）。

中華民國地政士公會全國聯合會，內政部地政法規及關係法規彙編，台北：民國 95 年 11 月。



## 附錄一：舊土地法

民國 19 年 6 月 30 日由國民政府制定公佈，全文共 397 條，並自 25 年 3 月 1 日施行。所摘錄之第 95-104 條，主要內容說明土地登記提出申請手續及審查之程序、方法，手續相當繁瑣，由於當時戰事連連，政府無心推行，致成效不彰。致諸多土地未辦理登記，與本文登記為公有具有重要關係。

第 95 條 未經依本法登記所有權之土地，聲請為第一次所有權登記時，提出之聲請書、土地他項權利清摺、契據及其他關係文件，應由契據專員審查之。

第 96 條 契據專員審查前條文件完畢應具審查報告書，記下列各款事項並簽名蓋章。

1. 土地標示：(1) 座落；(2) 種類；(3) 四至界限；(4) 面積；(5) 定著物情形；(6) 申報地價；(7) 申報定著物現值；(8) 四鄰土地概況；(9) 現時使用狀況 使用人姓名及使用人及所有權人關係。

前項各目應實地調查、繪圖具說，所繪圖式以地政機關實測地圖或官署檢定地圖為準，並於圖中標示四鄰土地概況，面積，面積應以原有四至界限內實測量所得之面積為準。

2. 所有權來歷：(1) 上手各契及其移轉實情；(2) 最近契據記載所有權人是否為聲請人名字或其別號，如非聲請人時，詳述其關係並其所以為聲請人之理由；(3) 檢閱關係所有權之糧串、租約、房捐收據、繼承遺囑與書據、法案判決書及其他證明所有權之書據，為簡要說明；(4) 契據說明不止一個人時，應查明各個人姓名住址。
3. 所有權以外之權利關係：(1) 列舉權利種類內容及述明其來歷；(2) 權利關係人姓名住址；(3) 四鄰界限關係及各關係人之姓名住址。
4. 保證書之調查：出具保證書之保證人或有關係之其他證明人，其姓名、職業、住址及與土地權利義務人之關係，應調查確實，為簡要說明。
5. 備考事項：(1) 其他足以證明所有權或所有權以外權利之事務，為前項各款未備舉者；(2) 契據專員審查結果之意見。

第 97 條 第 95 條之聲請書應記載下列事項：

1. 第 96 條第 1 款關於土地標示；第 2 款關於所有權來歷及第 5 款關於其他足以證明所有權之事務。
2. 第 96 條第 2 款至第 8 款事項。

第 98 條 第 95 條之土地他項權利清摺，應記載第 96 條第 3 款關於所有權以外權利及第 5 款關於其他足以證明所以權以外權利之事務。

第 99 條 地政機關接受契據專員審查報告書後，應於 3 日內公告之，並同時以書面通知第 96 條第 3 款 (2) 權利關係人。

第 100 條 公告應登報及揭示六個月，並依下列規定為之：

1. 登載主管地政機關及其直接上級地政機關所發行之定期公報。
2. 揭示於主管地政機關門首之公告地方。
3. 揭示於聲請登記之顯著地方。
4. 揭示於聲請登記土地所在區內之公眾地方。

前項 2-4 款之公告，應保存其繼續六個月期間之存在。

第 101 條 前條登報及揭示應公告下列事項：

1. 聲請為所有權登記人之姓名、籍貫、住所。
2. 土地座落四至面積及其定著物。
3. 所有權以外之權利關係及其權利姓名、住所。
4. 聲請登記 年 月 日。
5. 對於該土地權利關係人，得以提出異議於土地裁判所之期限。

第 102 條 在公告前已取得所有權以外權利之人，應將其權利於公告期間內聲請登記。

第 103 條 公告期滿後無異議之土地，地政機關應即為所有權之登記，並依次為所有權以外權利之登記。

第 104 條 土地裁判所接受權利關係人提出之異議，應於公告期滿後，開始審理。

前項審理經裁判確定後，應即通知地政機關登記之。

## 附錄二：寺廟或宗教團體申請贈與公有土地/建物申請書

日治時期原為寺廟所有之土地，得申請贈與，政府於民國 97 年 2 月 5 日行政院院臺建字第 0970081787 號令訂定寺廟申請贈與公有土地辦法以為執行，自 97 年 7 月 1 日施行。申請時應填寫申請書之表格內容如下。

受理機關		中華民國 年 月 日									
申請依據：「地籍清理條例」第 39 條第 1 項及「寺廟或宗教團體申請贈與公有土地辦法」											
申請 團體 名稱	寺廟或宗教				日治時期						
	團體名稱				名稱						
	所在地址		縣 鄉鎮		路 段		巷		電話		
			市 市區		街		弄		號		
資料	寺廟或法人 登記證	登記			設 置 沿 革						
		機關									
		日期									
	登記										
	字號										
現任寺廟負 責人或法人 代表人	姓名			印鑑			電話				
	住址	縣 鄉鎮		路 段		巷					
		市 市區		街		弄		號			
申請 贈 與 土 地 / 建 築 改 良 物 標 示	土地 _____ 筆 建築改良物 共 _____ 棟										
	土	縣	鄉鎮	段	小段	地號	面積	權利	權屬及	土地使用分	是否屬公共設
	地	(市)	市區				(平方 公尺)	範圍	管理機關	區及編定種類	施用地
建 築 改 良 物 標 示	建	建物坐落		門牌	建號	面積	構造型態	權屬及管	建物坐落之	是否屬公共設	
	築					(平方 公尺)		理機關	土地使用分	施用地	
	改								區及編定種		
	良								類		

土地 / 建築改良物概況	一、登記為公有之沿革、原因			
	二、日治時期迄今管理使用收益情形			
	三、使用現況及範圍（並請附圖說明）			
附件	1. 寺廟登記或法人登記之證明文件	份	5. 權利證明文件	份
	2. 現任寺廟負責人或法人代表人之身分證明文件	份	6. 非屬公共設施之證明文件	份
	3. 土地（建物）謄本	份	7. 土地使用現況圖說	份
	4. 地籍圖謄本	份	8. 寺廟或法人組織章程影本（無章程者免附）	份
公有土地管理機關查核意見				

申請人

（請蓋寺廟或法人圖記）