

台湾民事程序法学经典系列

# 证据评价论

姜世明 著

·



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

非外借

台湾民事程序法学经典系列

# 证据评价论

姜世明 著



廈門大學出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

國家一級出版社  
全國百佳圖書出版單位

## 图书在版编目(CIP)数据

证据评价论/姜世明著. —厦门:厦门大学出版社,2017.5

(台湾民事程序法学经典系列)

ISBN 978-7-5615-6410-3

I. ①证… II. ①姜… III. ①民事诉讼-证据-研究-台湾 IV. ①D927.580.511.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 008484 号

---

出版人 蒋东明

责任编辑 李 宁

封面设计 李嘉彬

责任印制 许克华

---

出版发行 **厦门大学出版社**

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 [xmup@xmupress.com](mailto:xmup@xmupress.com)

印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

---

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 17.5

插页 3

字数 310 千字

版次 2017 年 5 月第 1 版

印次 2017 年 5 月第 1 次印刷

定价 65.00 元

---

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社  
微信二维码



厦门大学出版社  
微博二维码

# 前言

本书系个人关于民事证据法之第四部学术专书,收录个人多年来关于自由心证理论相关之学术论文,其中多数已发表在学术期刊或学术研讨会中,部分则系为出版本书所需而特别撰写之专论。

自由心证在台湾地区有被污名化之现象,部分情形可能系台湾地区实务对于民事证据法学未有足够认识,部分情形可能系实务上有包藏祸心之滥用状况,而更多情形可能系外界对于自由心证内涵之误解。本书特别对于自由心证之界限及其在第三审之可审查性予以分析,即在厘清此一模糊却重要之议题。

本书且对于经验法则、证据价值、证据能力、间接证明及表见证明等问题作深入探讨,对于此等在实务运用上每显现其不确定性之制度,提供若干操作上或可资依循之方向,用供参考。

个人资质能力有限,对于此一民事诉讼法上至为困难而重要之议题予以研究著述,在家事、公事奔忙下,每感力不从心,本书经多年而完成,总算了却一桩心事。为此尤深感以有限生命,作如唐僧译经释文之苦工,总不期待被知于现时,但求无愧于今生。至于得否众生喜受、菩提处处,实难强求,唯有待来者乎!

本书之著作,对于其中部分案例之研析,每赖多年来助理们用心搜寻整理,尤其系奕榔同学绘制部分模块图样初稿,对本书完成有重大意义,特予志谢!

姜世明

2017年2月1日于政大研究室

# 目 录

第一章 自由心证导论 .....	1
第一节 前言 .....	1
第二节 概论 .....	2
第三节 自由心证之内涵 .....	6
第四节 自由心证之限制 .....	22
第五节 证据评价之表示及法律审救济之可能性 .....	37
第六节 实务上运作之观察 .....	44
第七节 结论 .....	53
第二章 论经验法则 .....	54
第一节 前言 .....	54
第二节 经验法则之意义与功能 .....	54
第三节 经验法则之内容 .....	70
第四节 经验法则适用之困难性 ——以通奸事实之认定为例如 .....	90
第五节 违反经验法则之救济 .....	101
第六节 结论 .....	106
第三章 盖然性与证据价值 .....	108
第一节 前言 .....	108
第二节 盖然性 .....	108
第三节 证据价值 .....	125
第四节 结论 .....	134
第四章 间接证明之研究 .....	136
第一节 前言 .....	136
第二节 意义与类型 .....	137
第三节 功能与作用方式 .....	149

第四节 证明方式之实务案例分析  
——模块提出与建立 ..... 160

第五节 结论 ..... 182

第五章 表见证明在台湾地区实务上运用之评估  
——兼论其与事实说明自己原则之区辨 ..... 183

第一节 前言 ..... 183

第二节 实务上见解 ..... 184

第三节 表见证明与事实说明自己原则之比较 ..... 202

第四节 评估 ..... 224

第五节 结语 ..... 238

第六章 证据能力及违法取得证据之可利用性 ..... 239

第一节 案例 ..... 239

第二节 几个考量因素 ..... 240

第三节 学说见解 ..... 242

第四节 实务见解 ..... 252

第五节 观察暨结论 ..... 272



# 第一章 自由心证导论

## 第一节 前言

自由心证原则系现今大多数国家程序法所采取之审理原则,其主要系作用于认定事实之层面,但因对于当事人之诉讼胜败攸关至巨,对于此一认定事实之机制,若操作不当,于当事人而言,易造成突袭,并产生对于法官恣意之疑虑。

在台湾地区,“民事诉讼法”(编者注:如无特别说明,本书所指“民事诉讼法”均指台湾地区“民事诉讼法”)第 222 条亦规定自由心证原则,但其对于所谓自由心证,并未定义,因而学理上对此可能有不同看法。而在实务上,对于证明度、经验法则、盖然性及证据禁止等问题且尚未厘清,如此,亦难期事实审法院对此能有依循标准。

更可虑者系,第三审若透过经验法则及证明度或指摘事实审有未查之证据等制度,介入事实审之事实认定领域,则就自由心证之运作,对于事实审法官而言,更属莫测高深。此对于法治国原则所要求于程序法上应防止突袭诉讼当事人而言,自将产生期待之落差。

自由心证主义作为程序法之审理原则,征诸法制史发展,并非自明之理,而系存在一与法定证据主义间之辩证关系。<sup>①</sup> 对于证据能力及证据价值是否应由法律统一规定,例如文书证据之证据价值高于人证之证据价值、三位证人互核一致之证词之证据价值高于一位证人证词等类,在程序法之法制史上原存在各种可能,即使在采行自由心证主义之现行“民事诉讼法”,亦仍存在部分法定证据主义之制度余绪,而非全然排除所有证据价值判断

<sup>①</sup> 关于自由心证主义之法历史发展, Vgl. Deppenkemper, Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis, 2004, S. 19-222.

之法定原则。

## 第二节 概论

### 一、意义与法依据

台湾地区“民事诉讼法”第 222 条第 1 项明定：“法院为判决时，应斟酌全辩论意旨及调查证据之结果，依自由心证判断事实之真伪。”依此规定，得作为认定事实之资料者，包括全辩论意旨与调查证据之结果，换言之，未出于言词辩论之资料，不得作为判断事实真伪之资料，一方面确保判断事实真伪之客观性，另一方面为判断事实真伪时，必须就全辩论意旨及调查证据之结果统加斟酌，不得遗漏。<sup>①</sup>

“民事诉讼法”第 222 条第 1 项并未对于自由心证主义进行定义，对于自由心证之定义，学者所论不一。<sup>②</sup>基本上，自由心证原则系指对于何一证据方法得为法院所利用，某一证据调查结果得被评价为具有多少证据价值，系交由法院自由评价决定，而原则上不以法律规定之，亦即法院在认定成为判决基础之事实时，依据该事件审理中所呈现之一切资料，原则上委由法官自由判断其证据利用与否及证据价值高低，并形成一定之心证。若对于证据之证据能力及证据价值均以法律预先规定其存否或高低者，则为法定证据原则。就自由心证之定义，较易产生争议者系对于证据能力部分，亦即其

<sup>①</sup> 王甲乙：《自由心证主义》，载《法学专刊》1966 年第 43 期。

<sup>②</sup> 有认为“当事人有争执之事实，其认定采自由心证主义，法院为判决时，应斟酌全辩论意旨及调查证据之结果，依自由心证判断事实之真伪”，参阅杨建华原著、郑杰夫增订：《民事诉讼法要论》，2009 年版，第 203 页。有认为“书证以外之证据，均无形式上证据力之限制，其证据之取舍与证据力之强弱，悉依法院之自由心证”，参阅吴明轩：《民事诉讼法》（中），台湾三民书局 2009 年版，第 872 页。有认为自由心证为法院判决时“经斟酌之后，凭法官之学识、经验及智慧，按经验法则及论理法则，为客观之衡量，依其内心之确信，判断事实之真伪”，参阅王甲乙、杨建华、郑健才：《民事诉讼法新论》，台湾三民书局 2009 年版，第 395 页。有认为“对于证据能力与证据价值（证据力）不加限制；证据之取舍、证据价值之有无，由法院自由判断之主义”，参阅骆永家：《民事诉讼法 I》，1991 年版，第 174 页。有认为“法官于裁判时，基于审理中所出现之全部资料与情况依其良心自由之判断形成心证而认定主要是实之采证方法”，参阅陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》（中），台湾三民书局 2010 年版，第 500 页。



是否亦为自由心证之内涵所包括。虽民事诉讼法中关于自由证明之适用范围有所限缩,而非讼程序者不尽相同,但其既仍有部分适用自由心证之空间,对于证据能力部分纳入自由心证内涵中讨论,应属必要,关键之所在乃对于其限制应为如何界定之问题。

## 二、定性 with 功能

自由心证主义系民事诉讼法上之审理原则,与处分权主义、辩论主义等类民事诉讼法审理原则相同,均不具宪法上原则之性质。唯其与处分权主义系针对程序开启、审理对象范围及程序终结之决定权归属法院或当事人,或辩论主义系在探讨诉讼资料层次之搜集与提出义务或权限问题,并不相同。自由心证主义乃对于法院认定事实阶段加以作用之审理原则,对于事实真伪之认定,须借助自由心证主义乃得完成。

相对于法定证据主义,自由心证主义原则上乃将认定事实、判断证据价值之权限交由法官决定,于此,除实现法官宪法上赋予依据法律独立审判之职业功能,避免其沦为形式之判断工具外,亦期待法官发挥其专业训练成果,于个别案件审理之时,能对于所有证据依其相互间之关系整体观之,以达成发现实质正义之目标。

## 三、自由心证与部分审理原则之关系

自由心证系设计于判断事实真伪之制度,唯此制度之前提乃证据进入法庭供法官审酌,因而证据之取得与完整呈现,即为自由心证重要之问题。兹就其与民事诉讼法上部分重要原则关系说明如下:

### (一) 辩论主义

辩论主义第一命题要求法院对于当事人未主张之事实不得加以审酌,第二命题则要求法院对于当事人不争执之事实应直接作为裁判基础,第三命题则要求法院不得依职权调查证据。此三命题乃涉及诉讼资料之提出与搜集,对于自由心证之评价基础自会发生影响。尤其,辩论主义亦历经变迁,在修正辩论主义与协同主义之争议下,对于法院心证形成所以赖之资料亦发生影响,例如对于法院私知可否审酌;对于悖于真实之自认,法院是否受拘束;法院得依职权调查证据之界限为何等问题均对于自由心证有所

影响。<sup>①</sup>

## (二)言词审理原则

作为法院裁判基础之诉讼资料,须根据当事人与诉讼关系人之言词陈述,“民事诉讼法”第 221 条第 1 项“判决,除别有规定外,应本于当事人之言词辩论为之”已有明文。

法院在证据调查阶段,于讯问证人、勘验等证据调查过程,借由直接听取当事人之证言,及对人物之观察体验,于讯问证人时,更可同时观察当事人陈述之际之动作、表情等,较能确保心证形成之新鲜度与明确性,而有助于自由心证功能之促进。于言词辩论阶段,使两造当事人充分攻击防御,确保其辩论权,就证据之完整性及证据价值高低给予辩论机会,亦有降低法官独断或疏误判断之风险。

## (三)直接审理原则

直接审理主义系指为本案裁判之法官须亲自认识其所欲作为心证内容之资料,直接参与言词辩论与证据调查等诉讼程序。“民事诉讼法”第 221 条第 2 项即规定:“法官非参与为判决基础之辩论者,不得参与判决。”

直接审理原则与自由心证之关联主要表现在:其一为法官直接于证据首次出现于法庭之际,即利用自身五官加以体会,可确保心证之形成得以与最相关之证据相连结;其二为法官得以借由直接审理将心证之清晰度予以延续保留,透过每次庭期使每一证据存于法官心中交互判断,以求得较正确之心证。

## (四)公开审理原则

依台湾地区“法院组织法”第 86 条之规定:“诉讼之辩论及裁判之宣示,应公开法庭行之。但有妨害国家安全、公共秩序或善良风俗之虞时,法院得决定不予公开。”基于此一原则,法院于审理案件时,原则上任何不特定人皆得随时进入法庭旁听;若应行公开审判,却未为公开审理即为判决违反法令,依“民事诉讼法”第 469 条第 5 款为上诉第三审之事由。

借由公开审理,对于法官而言,乃可监督其行使自由心证之正确性,避免其专制擅断而为恣意之事实认定;而于当事人而言,则可防止其为虚伪之主张及陈述,确保证据进入法院非为捏造或带有虚假之错误解释,进而担保法院心证形成之正确性。

<sup>①</sup> 对于第三命题,即使在德国,因扩大法官职权调查证据之范围,乃有学者指出实际上仅在人证部分,尚有第三命题之适用空间。Schneider., Beweis und Beweiswürdigung, 5. Aufl., 1994, Rdnr. 18.

#### 四、与损害赔偿额确定之比较

德国《民事诉讼法》第 287 条第 1 项规定,若当事人于损害是否已发生,即损害或应赔偿利益之额度有争执,就此,法院于斟酌所有情事下,依自由心证决定之。是否及如何程度为证据调查或依职权指定鉴定人为鉴定,由法官裁量为之。法院则就损害或利益讯问举证人。德国《民事诉讼法》第 452 条第 1 项第 1 句、第 2 项至第 4 项之规定准用之。于 1877 年 1 月 30 日民事诉讼法草案,就于损害赔偿程序中引进特别自由心证制度,说明指出以迄今所采之证据要求,造成损害赔偿诉讼成为拖延与复杂之法律争议,且于甚多事件造成损害赔偿请求无法实现之结果,基于实质正义之要求,有必要对前述不利于被害人之制度予以改善,<sup>①</sup>亦即鉴于损害赔偿事件,若要求达到该条所规定之完全证明,则甚多人之损害赔偿请求权将无法实现。未使此一不利于被害人之情状去除,有必要将若干待证事实之证明度要求降低,并赋予法官调查证据之决定自由。<sup>②</sup>帝国法院就该条曾认为该条所谓之自由裁量,超出法院于认定某事实主张是否为真之自由心证,一则,当事人免除就为能推得所主张损害之待证事实为确切陈述;二则,法院亦无须受制于其心证形成,仅能以审理内容为基础之必要性,亦即法院非唯得利用审理中由当事人所提资料及所为之证据调查。<sup>③</sup>

而德国《民事诉讼法》第 286 条就自由心证规定:法院应审酌审理及所为证据调查之全部内容,依自由心证决定是否某一事实之主张为真实或非真实。判决中应交代心证形成之理由。据此,其与损害赔偿额确定条文第 287 条最大差异在于:(1)前者适用较严格理由强制,后者则对理由强制要求较低。(2)证据调查与证据取舍前者较为严格,后者则由法院自由裁量为之。(3)前者法官之心证确信之形成,其证明度应达到殆可谓其为真实之真实性(eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit),但后者仅要求较低盖然性。(4)前者适用范围系损害原因及责任成立因果关系,后者适用范围系损害额度及责任范围因果关系。(5)前者适用一般之当事人主张责任,后者之情况下当事人主张责任降低。(6)前者如须举证应遵守举证责任分配

<sup>①</sup> Vgl. Hahn, C., Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, II. B., Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, 1. Abteilung, Berlin, 1880, S. 276f. 较详细之立法史分析, vgl. Heller, Schadensermittlung nach § 287 ZPO, 1977, S. 9ff.

<sup>②</sup> Musielak/Foerste, ZPO, Kommentar, 1990, § 287 Rdnr. 1.

<sup>③</sup> Vgl. Schneider, a. a. O., Rdnr. 240.

规则,后者对于损害调查基本上不强调举证责任。<sup>①</sup>

台湾地区“民事诉讼法”第 222 条第 2 项规定:“当事人已证明受有损害而不能证明其数额或证明显有重大困难者,法院应审酌一切情况,依所得心证定其数额。”其立法理由为损害赔偿之诉,原告已证明受有损害,而有客观上不能证明其数额或证明显有重大困难之情事时,如仍强令原告举证证明损害数额,非唯过苛,亦不符诉讼经济之原则,因而于此,法院应审酌一切情况,依所得心证定其数额,以求公平(台湾地区最高法院 1932 年台上字第 972 号判例及德国《民事诉讼法》第 287 条第 1 项规定一并参照)。至若损害数额在客观上有证明之可能,且衡情亦无重大困难,而原告未为证明者,自无本项规定之适用,乃属当然。

台湾地区“民事诉讼法”中就损害赔偿额确定之规定,虽系与自由心证同列于相同条文,然其仍有以下之差异:(1)就证明度之要求,基于立法理由追求减轻原告举证责任之目的,从而与一般自由心证所应达成之证明度应有所不同,即就损害赔偿额确定之案型,其证明度应系较一般自由心证证明度为低。<sup>②</sup> (2)就第 222 条第 2 项之情形,原告虽仍负担举证及主张责任,然其应举证之范围已有所降低。

### 第三节 自由心证之内涵

#### 一、自由评价或法定证据

自由心证主义与法定证据主义相较,后者系为避免法官专擅而恣意决断事实,从而以法律预先规定一定采证方法,规范法官就一定事实之认定须依据法定具体方法取证认定事实,<sup>③</sup>甚至对于法官就证据之证据价值评价予以限制,而预先规定如何证据可具优先性或如何证据提出法官即应为如何事实之认定,亦即就证据之证据能力及对于证据调查后关于证据价值之评价,均由法律规定之,而非交由法官自由决定。唯面对现代诉讼之采证与事实认定之复杂性,此种僵化之证据评价方式于个案中不仅难以适用,更有

<sup>①</sup> Schneider, a. a. O., Rdnr. 260.

<sup>②</sup> “最高法院”2013 年度台上字第 394 号裁定、“最高法院”2013 年度台上字第 18 号裁定即采证明度降低说。另参姜世明:《民事诉讼法》(下册),2013 年版,第 98、99 页。

<sup>③</sup> 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(中),台湾三民书局 2009 年版,第 500 页。

可能造成法院判定证据价值结果乃与其心证形成相悖者。<sup>①</sup>

自由心证主义系现今多数国家所采取之事实认定程序之原则,其肯认依循法院内心确信为自由评价证据,较得以适应现代型纷争之复杂性,亦可于个案中就不同之具体情形,妥适认定以发现实体真实。但在法院认定事实程序之法制发展历史脉络中,法定证据原则并非全然退出历史舞台,民事诉讼上仍存在若干证据能力及证据价值之法定规范,作为自由心证之缓冲,亦即对于若干在经验盖然性上较高之证据或存在其他程序上效率考量之情形,立法者仍设计若干法定证据方法或对于事实认定上推定之规定,作为自由心证主义之限制。

## 二、评价之主体与客体

自由心证主要在于依据调查证据之结果与综合全辩论意旨,依经验法则及论理法则,认定证据之证明力及证据价值为何,推论待证事实存在或不存在,其评价之主体应为法院。在独任制法院系独任法官单独作证据评价,在合议制法院则由三位或五位法官评议决定。

自由心证系由法院对于证据调查结果及全辩论意旨为总体评价,其目的系为待证事实之真伪认定。就之,基本上与待证事实相同,亦即法院心证形成之对象原则上与应证事项相同。据此,得作为待证事实之对象即为自由心证之对象。得为应证对象者,主要系指事实,无论主要事实或间接事实,均足以作为待证事实,而习惯、地方制定之法规及外国法为法院所不知者,亦可作为待证事实。<sup>②</sup>

至于证据评价之客体,依“民事诉讼法”第 222 条第 1 项规定包括全辩论意旨及证据调查结果。所谓全辩论意旨,系指法院审理过程中,除证据调查结果之外,所有法庭上(包括言词与书面提出资料)所呈现之资料,一切积极或消极之情事均属之。其中,包括当事人非在当事人讯问下之其他对于法院之陈述内容、其陈述之方式、表情、语态、时期,及其于陈述过程中所可能呈现之状态,例如陈述是否呈现矛盾、支离、闪躲、欺罔或轻率之态度,是否在辩论时显示气馁、词穷、色赧、声涩等情形,与对法院发问晓谕之反应,有否违反诉讼法上促进诉讼义务、真实义务或不遵从法院要求到场或证物提出之命令等

① 陈计男:《民事诉讼法论》(上),台湾三民书局 2011 年版,第 292 页。

② Vgl. Nonn, Die Beweiswürdigung im Zivilprozess-unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Basel-Landschaft, 1996, S. 7ff.

类。<sup>①</sup>基本上法院应对于所有与言词辩论相关资料均予以审酌,无论其系对于当事人有利或不利者,但对于法官私知则基于法官中立客观性需求,则不能利用。<sup>②</sup>对于专业知识或科学、技术上一般问题或其他经验法则,法官则可利用既有认识或以其他方式进行认识与取得,且予以利用。<sup>③</sup>

所谓证据调查结果,系指法院为获得待证事实之资料,经证据调查程序调查证据方法所获得之结果,包括证人之证词、书证之记载、经勘验所得之认识、鉴定人之报告与陈述、当事人讯问中当事人所为陈述。有疑义者系,证人、鉴定人与当事人在进行当事人讯问时之法庭上形色表现,其性质为全辩论意旨或属于证据调查结果,学说上可能有争议。本书认为,就此应区别类型各自定性,例如证人之语气、哭泣等与证词发表时相关联之表现,因证人、鉴定人与当事人在进行当事人讯问时之法庭上形色表现与法院对于相关证词、鉴定报告及当事人讯问程序中陈述之可信度密切相关,即构成该等证据调查结果之整体。而在证人拒绝证言之表现,则可能被评价为全辩论意旨较为妥适。<sup>④</sup>

学者认为,在证据调查过程中所获得之事实,即使该事实非当事人所主张,亦即非属言词辩论之对象,但仍属证据评价之对象,在此,辩论主义第一命题对于证据评价须进行退让。<sup>⑤</sup>有争议者系,若当事人之合意或一造自认某事实,而该事实对法院而言,基于证据调查认为已可认定为不真实者,采古典辩论主义或修正辩论主义者,将认为法院仍受此自认拘束。但亦有学者认为如此将有损法院尊严及程序法之真实义务。<sup>⑥</sup>就是否自认,在法庭上应阐明及厘清,不可于判决中突袭当事人。虽有学者认为自认可自当事人整体陈述总体评价,自其陈述可得自认意思之推论者,即可认为系自认。甚至在当事人讯问程序中,亦可认为其不利陈述可认定为自认,但本书对此仍持保留看法,因自认对于当事人权益影响过大,程序上法官若未予阐明厘清,于判决时应尽量持保守态度,避免突袭一造当事人。

证人之证词应在其原始呈现状态被采用,不能加以文饰或扭曲。对于证人证词用语之解释,固应探求真意,但原则上仍应依据一般定义加以探求。因而法院在讯问证人时,应尽量令其为精确之证述,避免模棱两可之用

① 程克琳:《民事证据法上自由心证之研究》,台湾辅仁大学 1998 年硕士论文。

② Vgl. Schneider, a. a. O., Rdnr. 21.

③ Vgl. Schneider, a. a. O., 1994, Rdnr. 22.

④ Vgl. Schneider, a. a. O., 1994, Rdnr. 92.

⑤ Vgl. Schneider, a. a. O., 1994, Rdnr. 87.

⑥ Schneider, a. a. O., 1994, Rdnr. 30.

语。关于证词之解释,并非证据调查,法官应依职权解释之。

任何拟列为法官证据评价之对象,基于言词审理主义及合法听审原则,原则上该事项须被法院引入审理过程中给予当事人检视及辩论之机会。尤其在法院依职权调阅文件或取得信息之情形,应注意若所调阅文件被主管机关关注不可给予当事人阅视,则法官仍应遵守之。当事人要求阅览及给予影印之权利仅限于法院自己所有之档案。诉讼中引入程序中之资料,若非当事人所得阅视,则不得纳入言词辩论对象,亦不能作为证据方法加以利用。<sup>①</sup>若该信息来自机关公函说明或人员陈述,而其所根据之文书却不给予及公开,则另依该等证据方法(例如人证)进行审认,并斟酌其不公开之情事而加以评价。

在德国,其《民事诉讼法》第 283 条规定:在言词辩论期日,一造当事人因他造当事人未于期日前及时告知其主张,以致无法对之加以陈述者,法院得依该当事人声请,指定期日命其对之补正书状加以陈述,并指定宣判期日。就此,逾期日后补书状法院应审酌之,逾期提出者,法院得审酌之。就此,应注意后补书状之内容应与先前对造迟延书状内容相关,超过范围之起诉原因或新请求或文书,则非可审酌。<sup>②</sup>在台湾地区,对于言词辩论期日后所提书状,除非法官有如上开德国法上定期命提出后补文书,否则,原则上法官不能就未包含于言词辩论期日所曾出现过之攻击或防御方法,而属新提出者,径行于裁判中加以审酌,以避免突袭性裁判。若该等新资料对于裁判结果重要者,如系基于法官未尽阐明义务,为免错误裁判,则应行再开辩论,较为妥适。

若第二审法官对于第一审法官判决中所采信之证人可信度产生怀疑时,则为使第二审法官能取得直接印象资料,第二审法官应再次传讯该证人进行讯问,以确保正确之裁判。<sup>③</sup>甚至在第一审法官于裁判时若对于证人证词之真实性,基于非审讯时之观察所得,而基于其他考量而有对于证人可信度有所质疑,亦有再次传讯厘清之必要。

有疑虑者系,法院是否可仅依全辩论意旨为裁判,就此,可能存有争议。虽有认为全辩论意旨与证据调查结果系各自独立之认定事实原因,但本书认为在承认当事人讯问制度之情形下,法院至少可经过当事人讯问取得一定证据调查结果,何必仅以全辩论意旨据以裁判?因而采取否定见解,较能

① Schneider, a. a. O., Rdnr. 113 m. w. N.

② Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 2011, § 283 Rdnr. 12, 13.

③ Schneider, a. a. O., Rdnr. 89.

周全事实认定应依证据之法理要求。

### 三、评价自由或亦包括利用自由？

所谓评价自由，系指法官对于证据调查结果及全辩论意旨，就其证据价值之评价自由，亦即对于证据价值认定之自由。所谓利用自由，则系指对于证据能力之认定自由，亦即法院是否可对于所有证据资料均加以利用及评价。传统上，有不少学说及实务对于自由心证之定义乃主张应包括对于何等证据可得利用，亦交由法官自由决定者。如此，证据能力乃成为自由心证之内涵之一。但证据能力系法官评价证据价值之前提，其取舍每涉及多重价值考量及冲突，若认为此部分可自由决定，则无论是否系违法取得之证据或属于传闻法则，均得由法院自由决定是否得予利用，如此，对于严格证明及证据禁止等类法原则或学说实务上之主张，均可能发生抵触性之后果。因而主张证据能力可由法官自由决定之见解，即有法理上可虑之处。

所谓证据能力之自由，乃指对于证据适格交由法院自由认定。在台湾地区实务上对于传闻证据基本上认为系证据价值层次之问题，而对于违法取得证据之可利用性，实务上则有不同看法。若采于部分情形可适用证据禁止原则，则对于证据能力之评价自由度即被限缩。

基本上，在自由心证主义下，为发现真实，可能有认为应采“结果开放原则”(open-end-prinzip)，<sup>①</sup>亦即尽可能容许利用各种能证明待证事实之证据方法之原则，但此原则须与严格证明与自由证明之适用领域限制作协调，而不能无限上纲地适用。在民事诉讼法若有规定部分待证事实需特定证据方法者，例如证明合意管辖之证据方法限于书面，则其他证据方法即不被容许。若未有此法定证据原则之规定，则应视各该待证事项系应采严格证明法则或自由证明法则，前者乃要求须受民事诉讼法明文承认之证据方法与调查证据程序者，乃得充当证据使用；后者则不受该等限制。若属于严格证明之程序，要求法院应依法律所承认之证据及依循其证据调查程序，则对于非民事诉讼法所规定以外之证据种类或未循特定证据调查程序之证据调查结果应无利用之空间。相对的，就人证、文书、鉴定、勘验、当事人讯问，若法律有特别规定，仅能利用部分证据方法者，则为法定证据原则。对于法律规定之证据方法以外之证据方法在严格证明原则下不能利用，但其可能遁入其他证据方法之定性中，例如对于证人讯问之电话记录与人证调查程序不

<sup>①</sup> Nonn, Die Beweiswürdigung im Zivilprozess, 1996, S. 54.



合,依严格证明法则不能以之作为证言使用,但是否可遁入文书利用?其证据价值是否应原则上被低估?此在录音带等类情形,可能将之纳为准文书,或打印为文书使用,甚至学者尚有为真实发现,补充严格证明下对于新型态证据方法之可能利用漏洞,将该等证据方法称为“新证据方法”者。<sup>①</sup>

#### 四、经验法则与论理法则

##### (一)经验法则

在台湾地区,有学者将之定义为“自日常生活经验所获有关判断事实之知识或法则”。<sup>②</sup>有定义为:“经验法则亦可称为经验定律,通常系指从人类日常生活经验所归纳而成的一切知识或法则;具体言之,系包含依科学方法观察验证自然现象而予以归纳之自然定律、支配人的思考作用之逻辑或论理法则、数学上原理、社会生活上义理惯例、交易上习惯,以及其他有关学术、艺术、工商业、语言等生活活动之一切定则。”

“最高法院”2002年度台上字第741号判决亦指出:法院依自由心证判断事实之真伪,不得违背论理及经验法则,“民事诉讼法”第222条第3项亦有明示。所谓论理法则,系指依立法意旨或法规之社会机能就法律事实所为价值判断之法则而言。所谓经验法则,系指由社会生活累积的经验归纳所得之法则而言;凡日常生活所得之通常经验及基于专门知识所得之特别经验均属之。

德国教科书中对于 Erfahrungssätze(经验定律)乃为如下定义:“一般生活经验之规则,亦包括于艺术、科学、手工业、商业及交易之专业及专门知识之规则(亦包括交易习惯、商业习惯及交易见解等)。其部分乃基于对人类生活、行为及往来观察所得,部分系科学研究或手工业、艺术活动之成果。”<sup>③</sup>

经验法则之功能包括:其一,在事实认定程序之推理程序中充当大前提;其二,证据法上部分制度之发展乃与经验法则相关联;其三,在争点整理程序中作用;其四,在实体法规范要件上作用等。

应注意者系经验法则在民事诉讼法上具有歧义性,基本上须借助于类型化,区别其盖然性强度,而赋予不同适用可能之评估及效果,较能符合法适用之安定性。本书认为就经验法则之区分,乃可考虑将人类对生活经验之认知区分为:成见、纯粹个人经历、单纯经验、经验定律、经验原则、法(必

① Vgl. Nonn, a. a. O. 57 m. w. N.

② 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(下),台湾三民书局2010年版,第732页。

③ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, S. 752.

然)等。对于单纯经验、经验定律、经验原则、法(必然)等且可依盖然性高度区分为低盖然性(50%以下)、优越盖然性(51%)程度以上者<sup>①</sup>、等同典型事象经过经验法则之盖然性(85%以上)及相当或几近于100%盖然性者等。

在此,所谓成见或偏见,乃例如有认为“法官均贪污”“医生均收红包”等看法,偏离事实甚远,系无任何学理或实证数字根据之说法,此乃属于偏见或成见,不能成为裁判基础。至于法官个人经历(例如法官曾被养母虐待,因而对于收养关系抱持不信任态度;或法官受家暴,而对婚姻持怀疑论),其若与系争事件无关,则纯属系个人成见,非经验法则。如关于具体个案者,属于法官私知之问题,其可否纳入裁判基础,系与辩论主义定义有关,在此暂不予论述。值得提醒者系,此类个人经历欠缺一般性之观察基础,亦无可检验性,并不能认为系经验法则或经验定律。

所谓单纯经验,若系当事人个人之惯行(例如被告主张其自幼诚实,借钱有借有还,从不赖账云云),此部分并非经验法则,亦即,若系少部分无相牵连人之偶发一致性行为,则属低度盖然性之单纯经验,不能认为系经验法则。

若系部分具相同特征(身份、职业、地域及宗族等)人间之惯行,其中关系人间对此具有社会控制性拘束力之认识,彼此牵连性较高,例如有公会规章约束或交易惯例等,则此部分人彼此间之惯行,不妨在该等具共同特征人间之纠纷时,可认为其属于经验法则,但性质上可认为系属于经验定律者。唯若为社会生活中无牵连关系多数人长久反复实施惯行之累积观察结论,则可认为系属于较高盖然性之经验定律,甚至依其类型并可有属于经验原则者。

Prütting 则将生活经验依适用效力强度加以区分:生活法(Lebensgesetze,即自然、论理及经验法)、经验原则(Erfahrungsgrundsätze)、单纯经验定律(einfache Erfahrungsätze)、纯粹之成见(reine Vorurteile)。<sup>②</sup>所谓生活法或经验法律(Erfahrungsgesetze),乃指所有经由数学科学,由逻辑而无例外地加以确认之经验,呈现“如……则始终……(wenn-dann immer)”之状态,其亦包括如指纹之差异性、血缘之关联性及不在场论理(无人可同时出现于二地)等。此一类型乃强制使法官形成确信,无反证之可能,因而并无表见证明适用之余地。所谓经验原则,系一行为过程之观察,属于适用时仍可能存在例外之情形,其且具有非常高度之盖然性(mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit),呈现“如……则大多数(通常)……(wenn-dann meist)”之状态。此一原则要

<sup>①</sup> 此层次乃51%~84%,更可区分为优越盖然性(51%~60%)、略高盖然性(61%~74%)、较高盖然性(75%~84%)者。

<sup>②</sup> MünchKomm-Prütting, ZPO, § 286 Rdnr. 57 ff.

求存在一充分之盖然性，并不须以科学统计作为基础，仅须有依生活经验以相当证据确认其高证明程度即可。例如对于交通事故中可归责性总能利用若干表征，例如违反交通号志或驶上人行道等，而被认定之。但此一经验原则基于其高度确认程度，已达可使法官形成确信之状态，推翻此一法官确实心证，仍属可能。<sup>①</sup> 所谓单纯经验定律则仅有较低度之盖然性，并不能使法官仅据之而得径形成完全之确信，其系呈现“如……则有时……(wenn-dann manchmal)”之状态。其通常系用于间接证明中，充当法官自由心证时为部分之作用，并不能单独用以作为表见证明之法。但在德国实务上对此并未贯彻，亦存在若干以较低度盖然性之经验定律用作表见证明之推论基础者，而一旦出现此一情形，则会连带造成对其是否系借用表见证明(含证明度降低)方式之判断疑难。<sup>②</sup> 至于纯粹成见，并无法有一定之推理关系，自不能使用于判决之中。<sup>③</sup>

经验定律及经验原则之区分，主要系依据其盖然性值之高低。对此二概念为明确区分，在实务上并不容易，其原因与计算证明度所遭遇之困难相同，主要系因基本统计实验数据及计算之参数于多数情形并不存在。对此，唯有经由实务于不同类型事件，对其个别引用之生活经验进行盖然性高低之区分，并为适当定性，以供检验其判决论证过程是否适当之基础。长久累积，或能有些许成果。

依上说明，“民事诉讼法”第 222 条第 3 项既指示法院于运用自由心证时，不得违背经验法则，从而法院判决书中之理由论证，应具体表明其据以为推论之经验法则内容为何，而在判决书之论证形式，可依下列论证公式为之(A 事实系经验法则之基础事实，B 事实系待证事实)：(1) 对于不要证事实，亦即某待证事实已经自认或有拟制自认等情形，则可直接对该事实加以

<sup>①</sup> Prütting, *Gegenwartesprobleme der Beweislast*, 1983, S. 106ff.; MünchKomm-Prütting, ZPO, § 286 Rdnr. 59.

<sup>②</sup> Prütting, *Gegenwartesprobleme der Beweislast*, 1983, S. 108. 在德国实务上对于部分例外情形，亦认为可以单纯经验定律作为表见证明基础，尤其在因果关系部分之认定，例如梅毒案及非游泳者二案例中即有此状况。但学者认为此乃同时依其法律状态而独立并发生证明度降低之效果，而非等同于将表见证明与证明度降低同视为之。MünchKomm-Prütting, ZPO, § 286 Rdnr. 61.

<sup>③</sup> Prütting, *Gegenwartesprobleme der Beweislast*, 1983, S. 109. 例如“新娘在婚约前是贞洁的”“对于慕尼黑交通熟悉之出租车司机，不会撞上静止之汽车”“学生在结束外面课程之后会回家帮忙家事”等，实务上有误以为可用为表见证明之经验法则者，但学者反对之。MünchKomm-Prütting, ZPO, § 286 Rdnr. 62. m. w. N.

确认,并不需其他佐证。(2)运用属于法(定理)性质之经验法则时,可用公式为“因 A 事实已获得确认,而依某定理之存在,故可认定 B 事实存在”,此时亦无需其他佐证。(3)若系利用表见证明之大于 85% 盖然性之经验法则时,可用公式为“因 A 事实已获得确认,而依某典型事象经过经验法则之存在,故可认定 B 事实存在”,此时亦无佐证之需要。(4)若系利用高盖然性经验定律(例如 75% 盖然性者),可用“A 事实已获得确认,在此情形基于某经验定律存在可认为经常会有 B 事实存在,并参酌某等盖然性之间接事实(群),本院认为 B 事实应属存在”。(5)若系利用优越盖然性之经验定律(例如 51% 盖然性者),可用公式为“A 事实已获得确认,在此情形基于某经验法则可认为大概会有 B 事实存在,并参酌其他具盖然性之间接事实(群),本院认为 B 事实应属存在”。此类型情形,乃较第四种情形需有较多及较强之间接事实及证据佐实。

## (二)论理法则

“民事诉讼法”第 222 条第 3 项所谓论理法则之意义,依“最高法院”于 1990 年度第 1 次民事庭会议决议,认为:“所谓论理法则,系指依立法意旨或法规之社会机能就法律事实所为价值判断之法则而言。”<sup>①</sup>此一决议之定义,对于理解论理法则之作用,似助益有限。因“民事诉讼法”第 222 条第 1 项系在处理对于事实认定过程中法官如何形成确信之问题,与立法意旨及价值判断等未必相关。基本上,论理法则虽可能在法解释学上有所作用,但与其在事实认定程序之运用,仍有所距离。在此所称论理法则,应系究事论理之规则,系由因导果推论中应具备及符合之规则、程序或应避免之错误。对于逻辑上之分析方法及谬误之避免即为论理法则之重要内容。

学者认为“民事诉讼法”第 222 条第 3 项之规定,其立法理由指出:“所谓论理法则指以论理认识之方法即逻辑分析方法,即法院判断事实真伪时,不得违反逻辑上推论之论理法则。”<sup>②</sup>又,参与本条增删之研修委员杨仁寿认为,“本条所称论理法则,指依逻辑的分析方法,予以演绎;经验法则,则须透过客观认识事物之方法,而非有意识的实践,日本学者亦持相同见解,可知本条项所称之论理法则,即为逻辑法则,系本于人类经神作用中‘知’的作用,判断事实真伪时应遵循之法则”,从而认论理法则,即为推论应符合逻辑思考之要求。

<sup>①</sup> 另参阅“最高法院”2009 年度台上字第 373 号判决、“最高法院”2013 年度台上字第 520 号判决等均持此见解。

<sup>②</sup> 吕太郎:《所谓论理法则》,载《司法周刊》2010 年第 1514 期。

论理法则中,应注意演绎推理之简单推理、联言推理<sup>①</sup>、选言推理<sup>②</sup>、假言推理<sup>③</sup>、两难推理<sup>④</sup>及三段式推理。其中三段式推理系在法学上较常被提及,其他推理则较少被提起。另外,尚有归纳推理、类比推理。前者系指考察一些情况后,找出其中规律性,而后推得结论。其可区分为完全归纳推理及不完全归纳推理,前者乃考察全部情况而为推理,后者乃仅为部分考察,而为推论。不完全归纳所推论,其结论不一定正确。<sup>⑤</sup>不完全归纳之推理,可能发生以偏概全之谬误,如何利用此一推理方式而得到较可信之答案,乃需借助于取样之代表性及正确性。至于类比推理,其推理方式为:前提(1)为 A 有性质 C。前提(2)为 B 类似于 A。类比推理: B 有性质 C。归纳推理与类比推理,通常其结论仅具盖然性,但若在归纳推理中能利用自然齐一原则与因果原则,则可消除其盖然性而获致必然性。<sup>⑥</sup>

逻辑推理过程应注意依循同一律、不矛盾律及排中律。所谓同一律,系指在同一思维过程关于同一主题(包含对象与思想)须具有一致性之意思。不矛盾律,系指同时不允许发生叙述矛盾、推理矛盾、状况矛盾及两叙述不兼容状况。但对此二者仍应注意在不同时间及条件下,可能有并存之空间。排中律系指二叙述 P 与非 P 间必定不会同时为假,亦不可能同时为真。<sup>⑦</sup>在论证过程,须避免谬误之出现。逻辑上之论证谬误,除形式上及语事上之谬

① 区分为分解型及合成型。前者例如:前提是陈太太是贤妻良母,则可推得结论(1)陈太太是贤妻。结论(2)陈太太是良母。至于合成型,例如:前提(1)为努力是成功的必备要素。前提(2)为运气是成功的必备要素。结论可推得成功需要努力及运气二要素。参阅辛静宜、叶秋呈:《逻辑入门》,2012年版,第62页。

② 选言推理区分为兼容型及不兼容型。前者乃指在两个语句可以同时成立情况下,如前提为 A 或 B 是 C,如此,结论上可推得 A 是 B, B 是 C, A 与 B 皆为 C,此三情形均有成立可能。后者系指如两个语句不可以同时成立,仅能择一成立。在此情形下,前提为 A 或 B 是 C,则仅 A 是 C,或 B 是 C,仅有一种成立。

③ 假言推理区分为肯前型及否后型。前者例如:前提(1)为若 A,则 B。前提(2)为若 A,结论为 B。后者:前提(1)为若 A,则 B。前提(2)非 B,结论为非 A。

④ 两难推理乃提出使对方陷入两难困境之二选项,而造成对方须放弃其原先所持立场或见解之推理方式。

⑤ 参阅辛静宜、叶秋呈:《逻辑入门》,2012年版,第107页。

⑥ 陈祖耀:《理则学》,2006年版,第198页。自然齐一原则包括共存的齐一与继起的齐一。前者系指自然界之一切事物莫不属于一定之种类,而同一种类之事物又莫不具有同一性质;后者系某一事件发生后必然随着会有另一事件继之而起,前后连结,反复出现。因果律则指一切事物非无端而生,有果必有因,原因相同,结果亦必相同。

⑦ 参阅辛静宜、叶秋呈:《逻辑入门》,2012年版,第87、99、101页。

误外,较应注意者乃实质上之谬误,例如偶然性谬误<sup>①</sup>或以偏概全之谬误、循环论证之谬误、诉诸人格之谬误、诉诸感情之谬误、诉诸权威之谬误、诉之他恶之谬误、论证不足之谬误、观察不当之谬误、复合质问之谬误、不当概括之谬误、原因虚妄之谬误<sup>②</sup>及稻草人攻击之谬误。

## 五、证明度与证据价值

证明度又称证明标准,乃法官得以认定事实真伪之心证高度,亦即法官对某事实之心证度须达到何种程度乃得认定待证事实真或伪者。所谓证据价值,指某证据之证明力,亦即该证据可对法官于某事实真伪所形成心证度为如何程度之贡献程度。在证据价值部分,其乃法官自由心证活动之核心领域,法官对之得自由判断之。而证明度在自由心证之活动,则影响法官确信之形成,采取不同理论之证明度,对于法官认定事实之自由性与法律审之可审查性,会发生重大影响。

### (一)证明度基础理论

证明度乃法院认定事实真伪之心证度要求。“民事诉讼法”第 222 条第 1 项规定之自由心证,其认定真伪之标准何在;究竟系要以客观真实作为证明度标准,还是以法官主观确信作为标准;若以法官确信作为标准,其是否纯主观性,还是另具其客观性存在;证明度是否可量化;能否以统计数字计算之等诸多问题均有争议。例如学者即有认为自盖然性观点,“民事诉讼法”之确信可区分为简单盖然性、高盖然性及非常高盖然性。简单盖然性系释明之证明度,高盖然性系邻近于确实之盖然性,一般理性及明白事理之人已不会存在怀疑者。非常高盖然性则系指亲子血缘之认定等类似特殊情形,须有较高度之要求。<sup>③</sup> 关于证明度之设定,有不同学说:

#### 1. 主观证明度理论

依主观证明度理论,证明度并非被确定在一客观盖然性之证明度,而系由法官主观及合乎法感地裁量决定,亦即其乃法官对于主张之真实性或事实存在之确信。<sup>④</sup> 据此,事实确认之标准应系法院之主观确信,而非客观之

① 例如守株待兔或对于某一女子爱慕不成,便推得天下女子水性杨花之推理谬误。

② 陈祖耀:《理则学》,2006年版,第217~221页。

③ Schneider, a. a. O., Rdnr. 60ff. 其亦指出事实认定难以单纯以数学统计数字计算之。

④ Vgl. Maassen, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, 1975, S. 23. 据学者观察,主观证明度理论乃居于多数说之地位,但德国证据法仍受客观证明度理论所影响,vgl. Huber, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983, S. 103.

真实。<sup>①</sup> 应注意者系,虽确信之对象可能系某一主张之真实或某一事件之优越盖然性等,但确信之客体并非指向一绝对真实,对于真实确信之证明度,在此并非自客观真实之定义出发而进行理解,亦即在主观证明度理论中,其证明度并非客观真实,而系主观真实,仅系法官对于当事人之事实主张认为系真及感觉该确认系适当及正确者。<sup>②</sup> 证明度在此并非如客观证明度理论般可自始存在抽象、一般之盖然性证明度,而系在个案中具体地、个别地经由法官主观价值判断而获得,而此一主观价值判断系以法官对于真实之内在确信为基础,亦即基于一特定较高盖然性之确认合适性之确信,此一证明度之确认某程度上系委诸法官裁量决定。<sup>③</sup>

主观证明度理论并不保证认识之客观确实性,法官之确信经常受非理性思考过程影响,法官能否获得确信,涉及法官个人之世界观问题。<sup>④</sup>

主观证明度理论乃强调法官个人之确信,即使其后渐有加入盖然性之考虑,例如要求较高度之盖然性存在,但在此情形仍不可舍弃法官之完全确信。<sup>⑤</sup> 主观证明度理论之缺点乃在于欠缺一般性之法特征,且任由法官于个案形成,可能难免有恣意裁决之危险。尤其对于除盖然性评估外,法官之法感或其他非理性因素如何介入及防免,对其介入,在程序法上可有如何之容忍度,实乃对于法官确信形成过程中之最大疑虑之所在。且主观证明度理论某程度上乃认为提出客观化证明度规范,将影响法官自由心证,亦即将证据评价规则与证明度规则予以混淆,此一见解是否妥适,亦有疑义。<sup>⑥</sup> 唯其指摘及质疑是否存在一客观盖然性,可作为法官形成确信之基础,就此,持客观证明度理论者,实亦应有提出解决方法之必要。

## 2. 客观证明度理论

客观证明度理论并不将证明度之确定委由法官主观及情感性之价值判断而作决定,而系尝试要求法官受一客观证明度所拘束。对于客观证明度,其可能之见解,固可包括客观真实 (Objektive Wahrheit)<sup>⑦</sup>、确实 (Sicherheit)、信实 (Gewißheit) 及盖然性等。

其中,首先可想象者系,是否可以“客观真实”作为证明度之标准? 亦即,

① Vgl. Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978, S. 82.

② Vgl. Maassen, a. a. O., S. 25.

③ Vgl. Maassen, a. a. O., S. 26f.

④ Vgl. Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 187. m. w. N.

⑤ Huber, a. a. O., S. 76. 此部分容于客观化证明度理论中探讨。

⑥ Vgl. Maassen, a. a. O., S. 30f. m. w. N.

⑦ 客观真实于社会主义国家颇受重视,如民主德国,vgl. Huber, a. a. O., S. 77.

如 1883 年 Glaser 于其刑事诉讼手册中所言之“客观、实质及一般适用之真实”。<sup>①</sup>此一客观真实确认模式(die objective Wahrheitsfeststellungsmodelle)在社会主义国家之程序法学,例如民主德国,亦曾被采用。<sup>②</sup>此一见解,因对于客观真实缺乏可检验之标准,且客观真实之可追求性,亦受颇多质疑,似不宜直接作为证明度之标准;况且对于民事诉讼之目的论中,对于客观真实之追求,亦不具绝对化,与刑事诉讼程序是否可类比,亦有疑问。此等疑义,在以“确实”或“信实”为证明标准者,亦有类似问题。另确信本身乃以证明度之确定为前提,若以确信本身作为证明度,则证明度之概念似无独立存在之价值。

值得注意者系,民事诉讼中之事实认定,是否可借由统计盖然性之或然率理论(Häufigkeitstheorie)完成,亦即可否借由过去多数事件所得经验知识,使法官对于个案中待证事实,确定某一发生之或然率,并认为评估其在相同多数事件中发生概率乃属可能,且允许一粗略客观之统计盖然性陈述?<sup>③</sup>是否如论者所言,证明度之或然率要求,在此系法律或价值之问题,而证据评价仅使法官不受法定证据价值拘束,但仍受法定证明度所拘束,对于抽象盖然性值之确认,乃使法院判决能理性化之基础?<sup>④</sup>

就此,持客观真实、确实、信实作为证明度者,于如何之确实程度或确信程度,乃为认定事实所必需,并未提出解答。<sup>⑤</sup>其中,以客观真实作为证明度理论之理解基础,因客观真实发现手段之有限性,更受质疑。值得注意者乃,以盖然性作为证明度之描述者,乃远至 1885 年 1 月 14 日帝国法院民事庭即以“高度盖然性”作为认定真实之基准。<sup>⑥</sup>其后虽有少数以优越盖然性为证明度基准者,但多采“以确实或信实为界之盖然性”(die an sicherheit

① Vgl. Greger, a. a. O., S. 93 m. w. N.

② Huber, a. a. O., S. 77.

③ Vgl. Gottwald, a. a. O., S. 187. m. w. N. 对于部分论者而言,确信乃法院对于已达到事实确认所需盖然性之认知。Vgl. Rommé, Der Anscheins-beweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 1988, S. 68. m. w. N.

④ Vgl. Gottwald, a. a. O., S. 188. m. w. N.

⑤ Vgl. Maassen, a. a. O., S. 32. m. w. N.

⑥ RGZ 15, 338(I, 1885). 但其后颇长时期,对于文献中关于盖然性之使用,究竟可视为系纯客观标准或仅系确信之表述,仍混淆不清。直至 20 世纪 60 年代中期,因受瑞典法优越盖然性理论影响,学者乃对于以盖然性确定作为证明度客观标准,有进一步之理解。Vgl. Greger, a. a. O., S. 94.



oder Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit)<sup>①</sup>之见解。<sup>②</sup>至于学理上之探讨,于1928年Weinberger即对于盖然性理论加以研究,其后对于此一制度加以研究之论文,持续不断。<sup>③</sup>20世纪60年代中期后,因瑞典优越盖然性理论影响,对于客观证明度之讨论更形热烈。<sup>④</sup>

盖然性之概念不仅为采客观证明度者所使用,且为德国实务及学说所经常使用。但对于此一概念之使用,是否即当然可认为证明度应以盖然性作为认定基准,则值存疑。终究,除部分自然科学可提供部分之较精确盖然性数据外,例如确认亲子诉讼之血缘鉴定,多数事件并无精确性之盖然性数据可供参考。何况该等数学性或自然科学性之盖然性数据系提供法官形成心证之手段,乃对于事件发生盖然性之具体评估,是否与此一事件之证明度标准相当,亦有疑问。学者且认为对于某具体个案之事实认定,因其非系可重复实验之对象,须依其个案特性为判断。而对于持客观盖然性者因意识到纯数学计算之盖然性在民事诉讼中不可行,以致盖采大略估计之理论,学者乃认为其亦将具有法不稳定性。<sup>⑤</sup>

### 3. 客观化证明度理论(Objektivierende Beweismaßtheorien)<sup>⑥</sup>

对于持主观证明度理论者,事实确认之标准应系法院之主观确信,唯对于主观确信之形成,是否应受某一具客观性标准限制,在学说上容有发展空间。对于民事诉讼中之事实认定,虽要求法官形成确信,但其确信之标准,若非委由法官于个案中裁量决定,则又如何确定?对此,有认为法官应受盖然性标准拘束者。<sup>⑦</sup>Esser对于确信形成及盖然性之间,提出如下公式:(1)在较低度盖然性时,法官不能形成确信;(2)在非常高之盖然性时,法官

① 或有译为“殆可谓其为确实(或确信)之真实性”,已如前述。依Bolding及Ekelöf之见解,此一标准之乃要求接近百分之百之盖然性。Vgl. Greger, a. a. O., S. 96.

② Vgl. Maassen, a. a. O., S. 33f. m. w. N.

③ Vgl. Huber, a. a. O., S. 79 m. w. N.

④ 依瑞典法思想,证据评价之任务非为取得法官对真实之确信,而系取得一可凭借以认定事实之盖然性。Schwab, Das Beweismaß im Zivilprozess, F. S. f. Fasching zum 65. Geburtstag, 1988, S. 452. 采优越盖然性之代表,例如Kegel、Bruns、Maassen等人。

⑤ Schwab, a. a. O., S. 454.

⑥ 多数文献并不将此一类型独立化,此一类型系Greger之分类方法。例如Esser及Blomeyer之见解,有学者将之归纳于主观理论,Huber, a. a. O., S. 72. 而Musielak之高盖然性确信理论、Maassen及Kegel之优越盖然性理论,亦有置于客观证明度理论中探讨者。Huber, a. a. O., S. 81ff. m. w. N.

⑦ Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. I Teil 2A, 1966, S. 14ff.

应形成确信；(3)介于前二者间之范围，法官可自由形成确信。<sup>①</sup> Esser 一方面未放弃法官确信之主观面，但另一方面对于盖然性客观标准，亦加以强调，其与客观证明度理论之差别，乃在于对于部分低度盖然性情形仍容许法官自由形成确信。<sup>②</sup>

Greger、Walter 及 Prütting 亦强调对于真实之确信，而法官之个人之确信仍属必需，但彼等理论乃有客观化之倾向。尤其 Greger 及 Prütting 在确信概念中，乃加上自然、论理及经验法则作为限制。<sup>③</sup> Walter 虽不强调此等法则，其区别原因，乃在于若以经验法则、论理法则等作为证明度之约制，则违反证明度法则时，亦有上诉第三审之问题；Walter 因企图对于第三审上诉事由放宽，而其若不限于违反法令事由乃得上诉第三审，则对于证明度之违反，即不须借助于违反经验法则或论理法则之理由乃得据以提起上诉。<sup>④</sup>

Musielak 所持将盖然性确信 (Wahrscheinlichkeitsüberzeugung) 作为一证明度之理论，亦认为确信仅须达到认为正确之一定盖然性程度即可，但此处所谓盖然性原系自然科学性质之盖然性理论 (即相对之或然率而言)，而非主观意义之盖然性理论。虽如此，对于个案中是否已到达盖然性程度，仍系多由法官自由决定之。因而乃有学者认为 Musielak 仍系主张主观证明度理论，但其与其他主观证明度理论主张者之区别，乃在于其以盖然性作为确信之对象，而非以“真实”(Wahrheit) 作为客体。<sup>⑤</sup> Musielak 认为诉讼中之绝对客观真实并不可及，反之，诉讼中之证明实乃盖然性证明 (Wahrscheinlichkeitsbeweis)。<sup>⑥</sup> 其认为法官不受法定证据规则拘束，对于为证明所需盖然性是否已属足够，其决定仅受法官之良知拘束。盖然性对于法官而言，应系一先前预定之客观值 (eine objective Größe)。而法官非追求绝对真实，关于事实主张真实性之假设乃属一盖然性判断 (ein Wahrscheinlichkeitsurteil)。<sup>⑦</sup>

① Esser, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966, S. 11 (Vorwort).

② Greger, a. a. O., S. 89. 理论上，若以主观证明度理论而言，Esser 所提出三种情形，似均容许法官裁量形成确信，而客观证明度者，对于第三种情形 (假设以第二种盖然性为证明度之要求基准)，似不应准许确信之形成。

③ 相关评估, Huber, a. a. O., S. 73 m. w. N.

④ 相关评估, Huber, a. a. O., S. 74 m. w. N.

⑤ 相关评估, Greger, a. a. O., S. 92 f. m. w. N.

⑥ Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, S. 115f.

⑦ Musielak/Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, JuS 1980, 428.

#### 4. 评估

本书认为,纯粹主观证明度理论将证明度委由法官在个案中裁量决定之见解,有缺乏法律安定性、难以审查其正确性等缺点;但其乃具有强化事实审认定事实弹性及自由度之意义,较不至于发生法律审干预事实审之事实认定权限之问题。而在客观证明度理论中,其以“真实”或“确实”之概念作为证明度理论者,因其缺乏可审查及检验之标准,似难以作为唯一标准,而仍须借助其他机制作为认定事实之方法。至于“确信”本身,在理论上原即应以证明度之确定作为前提标准,亦不适于作为证明度之适当标准。客观证明度强调证明度之先前可确定性及事后可检验性,固具其优点,但因审判中之事实之认定完全倚赖一客观之发生或然率(科学上或统计上之概率),因欠缺具体参数可利用及事实认定过程所涉及因素考量之复杂性,仍具有事实及理论上之困难。

基本上,法官对于事实之确认,仍应以其已形成“确信待证事实为真”为基本要求,此可谓系确认事实之标准或前提。唯此一确信之形成,为求其客观化,似不宜完全委诸法官个人主观之决定。如此,若能借助于盖然性概念之运用,或不失为可行之道,亦即,认定事实过程乃可借助于盖然性评估及比较之程序,以加强其客观化及可审查性,唯困难者系如何对盖然性为适当定义及确信形成之客观化问题。

#### (二) 证据价值

证据价值系指各种证据资料对待证事实之证明能发生多大之说服力,亦即能使法官信服证据资料之程度或该证据资料对于法官心证形成之影响力或贡献度。如何证据之证据调查结果能对于法官心证形成如何之作用,此即为证据价值之问题,此且为评价之问题,而非如证明度一般提升至具有法则之性质。

在法定证据原则之下,证据价值系由法律定之,如何证据方法较具证据价值,如何证据方法质量可具有如何对于法院心证形成之影响,例如多少人证证词可使法院形成确信,均由法律定之。但自由心证则就此限制予以解放,因而乃可能发生法院相信一卖菜妇证词,却不相信三位法学教授之证词之情形;或相信某一证人证词,却不相信当事人所提书证。

对于证据价值之判定,须符合经验法则,因而其亦可能有盖然性评估之问题。某程度而言,证据价值系盖然性评价之问题,其对于法院心证形成之贡献度,即取决于该证据存否及内容对于系争待证事实真实性之盖然性影响程度。

## 第四节 自由心证之限制

自由心证之限制包括内在限制及外在限制,前者系指自由心证乃包含法官之认识与评价活动,因而法官对于证据价值之认定,尤其系依经验法则认定盖然性高低之评价程序,乃与其个人学识经验及价值观与世界观等有所关联,审判中对于事实之认定,亦有理性及非理性之作用空间,而此即可能对于法院之判决发生影响。另外,经验法则乃具有双重性,除其可能对于自由心证形成外在限制外,其在间接证明之作用层次,由间接证据证明间接事实,而借由经验法则推论待证事实,此一经验法则之运用,即属推论之规则,与证明度之设定均为自由心证之内在限制。此外,自由心证尚有多种外在限制,兹分述如下:

### 一、法定证据

所谓法定证据,即法律预先规定特定事实应以特定证据认定之,或特定证据之证明力由法律预定之,其乃与自由心证原则上立于全然不同之立论基础,因此若法条中已有法定证据之规范,则法院自由心证之空间即被限缩。

现行“民事诉讼法”第 219 条规定关于言词辩论所定程序专以笔录证之,而“立法”理由指出,“查‘民诉律’第 292 条理由谓本案以采用自由心证主义为原则,然为言词辩论所规定之程序,其遵守与否,唯得以笔录证之,以笔录之证据力,借杜绝是否遵守因言词辩论所规定程序之纷争”,从而系以条文之规定,规定言词辩论程序之证明,仅得以笔录为之,并规定笔录具有完整之证明力,此即法定证据之规定。最高法院 1939 年台上字第 2474 号判例亦指出:“推事之列席于言词辩论,为关于言词辩论所定程序之遵守,故参与判决之推事曾否参与为判决基础之言词辩论,依‘民事诉讼法’第二百十九条之规定,应以笔录为唯一之证据,不许以他种证据证之。”即重申于言词辩论程序中笔录具有唯一完全证据力之立法意旨。

另例如“民事诉讼法”第 24 条第 2 项规定合意管辖应以书面证之,或同法第 182 条之一规定审判权冲突时,当事人合意由普通法院为裁判者,由普通法院裁判之。此均为法定证据之规定,其对于法院之影响乃其对于可审酌之证据将受限制,但对于事实认定仍须由法院对于该书面依自由心证认定之,亦即在此层次所作用者乃证据能力或证据方法之种类限制而已,对于证据价值仍由法院依自由心证法则认定。

至于证据价值之法定而言,此乃在采自由心证主义之立法上遗留法定证据原则之余绪。亦如“民事诉讼法”第 355 条第 1 项、第 356 条之规定,依其程序及意旨得认作公文书者,推定为真正。同法第 358 条第 1 项亦规定私文书经本人或其代理人签名、盖章或按指印或有法院或公证人之认证者,推定为真正。此等文书真正性之推定,对于法官自由心证乃发生排除之效果。

法定证据原则虽被自由心证原则取代,而成为民事诉讼法之立法原则,但在德国法上,其学者仍强调,对于自由心证之自由,不表示其可自经验法则及逻辑中全然解放,毋宁在采自由心证原则下,对于依照经验法则及逻辑推理之向来所得对于证据本质、个别证据方法特性及证据价值等类知识或定律,仍具其可利用性。<sup>①</sup> 对于仍保留规定在民事诉讼法中之规定,可认为系在证据评价法则发展流程中辩证关系之阶段反映,亦即对于部分具较高度盖然性之有关证据许可性及证据价值之经验定律,仍揭示于民事诉讼法中。其未规范入法者,则由法院依自由心证定之,但仍依循经验法则与论理法则决之。如此以观,若过往在采取法定证据主义时代中所依循之规范,若仍具高度盖然性者,未尝无利用之可能。但对于当事人供述与证人证词间之证据价值高低、肇事司机之共乘者证词之可信度及文书与证人证词间之证据价值高低等类问题,在民事诉讼法中并不作机械性之比较。对于其证据价值高低,仍须依具体情况,由法官综合各种情况评价之。

## 二、证据契约

证据契约之定义,学说上有不同之见解。邱联恭认为:所谓证据契约,系指就有关证明之事项,两造成立与法律规定不同之合意。<sup>②</sup> 例如当事人间成立之自认契约(承认某事实而不予争执之合意)、仲裁鉴定契约(将某一事实之确定委诸第三人之合意)、两造发生纷争时由某一造负举证责任之合意。此等均属广义之证据契约。简言之,当事人间就有关诉讼标的权利义务关系内容存在与否之事实之确定方法,加以合意,均属广义之证据契约。狭义之证据契约系指有关证据方法之提出或不提出之约定,称此为证据方法契约。例如当事人间约定发生纷争而涉讼时,仅能使用契约书,不能使用证人。陈荣宗将证据契约定义为:“当事人之间以合意就特定诉讼定其事实

<sup>①</sup> Vgl. Deppenkemper, Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis. 2004, S. 282 m. w. N.

<sup>②</sup> 邱联恭讲述,许士宦整理:《口述民事诉讼法讲义》(三),2012年版,第200页。

之证据方法。”<sup>①</sup>陈计男则认为,所谓证据契约,系指以左右诉讼上事实之确定为目的之诉讼当事人间之合意;<sup>②</sup>姚瑞光认为,当事人就特定诉讼标的所为关于如何确定事实或以何种方法确定事实之合意,谓之为证据契约。<sup>③</sup>吕太郎则认为,证据契约包含当事人就一定事实之确定所为之合意,以及对证据方法予以限制之合意二者。<sup>④</sup>

在德国,一般认为,证据契约乃为上位或集合概念(Ober oder Sammelbegriff),而就之为一般化定义及赋予精确之内容并不容易。<sup>⑤</sup>德国 1888 年民法草案中,曾试图就证据契约亦即法院外(裁判外)之自认予以规范。在当时民法典草案之立法理由(动机)中有如下描述:“若契约仅为确认某积极或消极之事实,以使在将来之诉讼中,对自认之相对人而言不须举证,而就自认之当事人而言,就相关事实不能争执或主张,则此一契约依其内容为证据契约。”<sup>⑥</sup>

就证据契约之定义而言,本书认为:

最狭义之证据契约乃指以证据提出之限制为契约内容者,亦即证据方法契约。

狭义之证据契约则仅系指诉讼法性质之契约,且不包括举证责任契约。其内涵则可能包括自认契约、推定契约与证据方法契约。但应注意,就可反证之推定与自认契约可能被归类于举证责任契约,因其举证责任可能已因当事人之约定而被反置。此定义方法之优点,系其尝试就实体法性与诉讼法性之相关契约作区别,并试图就处理待证事实状态之不利益归属约定,与其他关于待证事实确定之合意进行分辨。

广义之证据契约则认为证据契约固不包含确认与承认等实体法契约,但包括举证责任契约。

最广义之证据契约系指所有关于确定事实或以何方法确定事实之约定,包括实体法与诉讼法性质之契约,即除狭义证据契约外,并包括举证责任契约、实体性确认契约与承认契约等。

① 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(中),台湾三民书局 2010 年版,第 503 页。

② 陈计男:《民事诉讼法论》(上),台湾三民书局 2011 年版,第 484 页。

③ 姚瑞光:《民事诉讼法论》,2012 年版,第 494 页。

④ 吕太郎:《民事诉讼之基本理论》(一),1999 年版,第 328 页。

⑤ Eickmann, Beweisverträge im Zivilprozeß, 1987, S. 9.

⑥ Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I Allgemeiner Teil, S. 385. 另就北德意志联邦民事诉讼法草案制拟委员会(1868 年),亦就裁判外书面自认以具诉讼上自认效果之诉讼证据契约予以规范,例如该草案第 563 条、第 564 条规定, vgl. Eickmann, a. a. O., S. 9.

本书认为,严格而论,证据契约与举证责任契约应有所区别。因而,狭义证据契约理论似较为可采。但实质而论,其区别实益并不明显,且在效力控制上似亦有其共通处。

证据契约对于自由心证之限制,应先行探究对于证据契约所采范围之宽窄而定。然自由心证既系对于证据评价及事实认定之原则,故证据契约中之证据方法契约、自认契约、推定契约及确定事实或以何方法确定事实之契约,对于自由心证之影响最重大。若法律容许当事人缔结前揭契约时,对于证据方法契约,即生类似法定证据原则之“意定证据原则”限制,而自认契约则系结合辩论主义而法院应受其拘束;至于推定及确定事实之契约,亦有对于自由心证之形成发生限制之情形。

基本上,对于证据契约之合法性,在辩论主义及处分权主义之范围,原则上可承认证据契约之效力。但若以干预法官自由心证之形成,则学说上多持反对见解,例如双方约定法官对于某证人之证词须认定为真,此一约定不发生诉讼法上效力。但在仲裁鉴定契约,实务上与学说上则承认其合法性。

### 三、证明预断禁止

证明预断可区分为法定之证明预断及意定之证明预断。<sup>①</sup> 法定之证明预断乃法律规定何种证据方法不适宜于充当证据或不具信凭性;意定之证明预断则为法官在证据调查前即预为证据价值之臆测,而拒绝当事人证据调查之声请。另尚存在一须由法官审查要件之证明预断类型,亦即“民事诉讼法”第 286 条但书中所称不必要证据,如“最高法院”2010 年度台上字第 675 号判决指出:“按‘民事诉讼法’第二百八十六条规定,当事人声明之证据,法院应为调查。但就其声明之证据中认为不必要者,不在此限。所谓不必要者,系指声明之证据中,依当事人声明之意旨与待证之事实,毫无关联,或法院就某事项已得心证,而当事人仍声明关于该事项之证据方法等情形而言。故某证据方法依当事人声明之意旨,苟与待证事实之事项有关联者,不得预断为难得结果,认无必要而不予调查。”<sup>②</sup> 此类判决已意识到证明预断禁止之问题,但就所谓“法院就某事项已得心证,而当事人仍声明关于该

<sup>①</sup> Nonn, a. a. O., 1996, S. 70.

<sup>②</sup> 另参阅“最高法院”2010 年度台上字第 2258 号判决、“最高法院”2008 年度台上字第 1897 号判决、“最高法院”2008 年度台上字第 1712 号判决、“最高法院”2003 年度台上字第 2577 号判决、“最高法院”2002 年度台上字第 1300 号判决、“最高法院”1998 年度台上字第 1998 号判决。

事项之证据方法”一节,则较有疑虑。虽理论上有人认为若法院依现在证据调查状况已足以形成确信,另行调查证据已不足以动摇该确信者,法院即可不予调查。例如若法官就某事实已自书证取得确信,则可不传唤证人,以节省劳费及诉讼拖延;且在此不传讯证人并非对其证据价值预断其不可信,而系基于法院目前所形成确信所致。<sup>①</sup>但值得疑虑者系,若应负举证责任一造当事人对于本证之提出已足以令法院对某待证事实形成确信,则岂能在此阶段即对于相对人所提反证之调查声请予以驳回之理?理论上在此即不能以法官已有确信,而驳回相对人所提反证。而若反证成功,则先前原告所提欲以补强法官心证之人证调查声请,则应认为法官即不能以先前理由驳回之。且法院欲以此等理由拒绝证据之提出者,应对于其依当时所依据证据能有如何之确信形成为详细具体之说明,否则,在此易发生恣意驳回证据声请之情形,而实质上落入证据预先评价之范围。<sup>②</sup>另外,若认为证据不合适或不适当之情形,固亦可能得容许法院不调查之,对此,若系客观不合适者,固可如此处理。但若系主观不合适者,亦即仅法官主观上认为即使调查证据亦无法改变其既有认知之情形,则属于证明预断禁止之适用范围。例如法院已取得亲子间血缘鉴定报告,如当事人请求模仿古代“滴血认亲”之勘验方式,法院对此即可以其为不妥适之证据方法而驳回之。但若加上法官之评价,例如法官认为对于车祸当时交通号志颜色,被告欲传讯驾驶座旁之乘客系不适当之证据提出,就此则会涉及证据预断之问题。<sup>③</sup>

理论上,法院原则上乃仅能于所有被提出之证据被调查后,始能为证据评价,<sup>④</sup>亦即除非已经调查证据,否则不能预先妄加评价。<sup>⑤</sup>例如原告已提出数名中立而可信之证人以证实原告之主张,法院讯问后,其证词互核一致,且与事情发生过程相合;若此时被告声请以其妻为证人时,法院能否不予传讯?基本上如传讯被告之妻仍有动摇法院原所形成之确信之盖然性者,法院即应予以传讯。<sup>⑥</sup>但如此,势必造成法院之工作负担,且亦可能造成当事人已知为延滞诉讼

① Vgl. Nonn, S. 72 m. w. N.

② Vgl. Nonn, S. 72.

③ Nonn, S. 73. 或以开庭多次为由认为其证据方法提出系不适当,亦有疑虑。基本上对于客观上之不适合证据,法院不予调查,较无问题。但对于主观上之不合适证据,则部分会落入证明预断之范围。

④ Schlosser, Zivilprozessrecht I, 2. Aufl., 1991. Rdnr. 358.

⑤ Vgl. Schneider, a. a. O., Rdnr. 201.

⑥ Schneider, a. a. O., Rdnr. 201. 但如动摇可能性均被排除时,即可不予传讯, Schneider, a. a. O., Rdnr. 201. 唯如此,则如何防止法官滥用心证,即属难题。



之手段。因而于德国之实务,曾有于车祸事件,就对共乘之亲属声请传讯者,法院乃认为仅于依其他客观观点足以认为其证词具正确性者,始承认其证据价值,否则即不加以传讯。但联邦最高法院对此有反对见解。<sup>①</sup>

证明预断禁止之要件包括:其一,待证之事实主张应具证明必要性;其二,证据声请应合法。<sup>②</sup>当事人提出证据声请应就待证事实已足以使法院得判断其必要性之方式予以表明,若法院以当事人之表明不足而欲驳回其证据声请时,应先行阐明始可。若未阐明,亦不应认为当事人已经默示舍弃其证据声请。有问题者,若当事人所欲声请之证人,声请人就所在之地址不知悉者,法院乃仅于定期命补正后,始能驳回其证据声请。<sup>③</sup>

若当事人就存在证明必要之事实为合法之证据声请后,原则上法院即应予以调查。但就此原则乃存在若干例外,就之,联邦最高法院曾认为:法官无须就完全无价值与多余之证据方法为调查。因此法官得于审酌现存调查证据之结果下,如认为新声请之证据方法即使展开调查,亦无法获得有益事项者,或自始对于该证据方法之完全无价值显然可见者,亦得例外地就该证据声请予以拒绝。<sup>④</sup>但此一见解对于个案判断之帮助仍属有限,亦即,究竟何种情形可称为完全无价值或多余者,将有疑义?解释上仍应持谨慎态度。

台湾地区实务上有如下见解:

“最高法院”2008年度台上字第259号判决:“末按,当事人声明之证据,除认为不必要者外,法院应为调查,‘民事诉讼法’第二百八十六条规定甚明。所谓‘不必要者’,系指声明之证据中,依当事人声明之意旨与待证之事实,毫无关联,或法院就某事项已得心证,而当事人仍声明关于该事项之证据方法等情形而言。故某证据方法依当事人声明之意旨,苟与待证之事项有关联性者,不得预断为难得结果,认无必要而不予调查。”

“最高法院”2008年度台上字第1277号判决:“末按,当事人声明之证据,除认为不必要者外,法院应为调查,‘民事诉讼法’第二百八十六条规定甚明。所谓‘不必要者’,系指声明之证据中,依当事人声明之意旨与待证之事实,毫无关联,或法院就某事项已得心证,而当事人仍声明关于该事项之证据方法等情形而言。故某证据方法依当事人声明之意旨,苟与待证之事项有关联性者,不得预断为难得结果,认无必要而不予调查。本件原审既认

① Schlosser, a. a. O., Rdnr. 358.

② Schneider, a. a. O., Rdnr. 205f.

③ Schneider, a. a. O., Rdnr. 207.

④ BGH NJW 1956, 1480.

壬××驾驶系争大客车停靠龙×路站牌后,贸然起步行驶而肇事,因认其应负过失责任,唯上诉人于原审已抗辩系争大客车上装有行车记录器,而该行车记录器已于案发翌日交给采证之派出所所长及警员林×昌,并声请讯问该警员,此为上诉人提出重要之防御方法,攸关壬××有无驾驶系争大客车停靠龙×路站牌起步行驶肇事之认定,原审竟恣置未论,遽以上述理由,为不利于上诉人之论断,尚嫌速断。上诉讼旨,执以指摘原判决不当,求予废弃,不能认为无理由。”

德国实务上,据学者之观察,其违反证明预断禁止原则者颇多,例如:当事人声请讯问证人,关于原告遭受重大之痛苦一节,法院却以此事实无法证明而驳回;或法院以当事人声请之证据调查有甚高之不经济性;或法院仅以在他程序已有鉴定报告为理由而拒绝当事人在系争程序为鉴定之声请;或当事人声请传讯其妻为证人,法院以若不能认为该证人将作与在他程序所为证词不同之陈述,则不须传讯等。

自由心证既须本于调查证据之结果及全辩论意旨,加以判断证据之价值及认定事实,从而于双方提出及声请调查证据之时,应不得预先设定对该证据之价值判断,否则将使自由心证评价之基础不足,且与法条所揭示之原则有所冲突。然须注意对于重复提出、声请之证据,或显然与待证事实无关联性之证据,亦非不得以形式上无法证明待证事实之理由,而不予调查。

#### 四、违法取证

民事诉讼法上对于违法取得证据禁止之研究,已有充分开展,实务上亦有部分积极应对者,此一理论之发展,亦将影响自由心证之内涵与限制,亦即,若肯认其禁止利用,将造成证据能力自由决定之限制。

##### (一)主张违法证据可得利用之理由

学者主张违法证据得于诉讼程序中被利用者,其理由不一,可包括诉讼促进、当事人讯问之可能性、诉讼目的等理论。

就诉讼促进理论而言,有论者认为若不承认违法证据得以利用,于诉讼程序将造成法院因须审理与确认是否存在违法证据之中间争议,而导致延滞诉讼。<sup>①</sup>虽全面性承认违法取得证据之可利用性,某程度可令违法证据取

<sup>①</sup> 应注意者系,就促进诉讼原则与违法取得证据之可利用性而言,学者之观察不尽相同,有将之认为系反对违法取得证据之可利用性者,但亦有认为系作为承认所有违法取得证据之利用合法性理由者。Vgl. Kodek, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess, S. 102 m. w. N.

得事实之存在与否争议得以避免,但民事诉讼虽以促进诉讼为程序原则之一,并不表示得以不计任何代价为之,因而此一理论之妥当性,值予疑虑。

就当事人讯问之可能性而言,有学者认为因法院得以当事人讯问方式规避证据禁止之效果,是以证据禁止并无意义,因而应承认违法取得证据文书之程序可利用性。<sup>①</sup>但当事人讯问,于德国乃采补充性原则,而其传讯亦有一定之要件。何况当事人讯问之可信度亦不高,且当事人亦有一定之拒绝陈述权,<sup>②</sup>因而,将此一制度可能性视为反对证据禁止之理由,仍有可疑。

亦有学者强调诉讼程序目的,尤其系为实现私权所须进行之真实发现过程,作为承认违法证据取得可利用性之论据者。<sup>③</sup>但即使刑事程序,亦反对发现真实可不计任何代价。而民事程序除发现真实外,亦须兼顾其他程序法理,乃有学者认为民事程序之真实发现,于违法证据取得可利用性一问题上仅属价值中立而已。<sup>④</sup>

## (二) 证据禁止之法理依据

为解决违法取得证据于诉讼程序中之可利用性问题,有学说提出不少证据禁止之法理依据。例如德国《法院组织法》第 183 条、证明妨碍、诚信原则、任何人均不得自其违法行为获利、违法行为激励之禁止、法规范保护目的理论、法益权衡论、法秩序一致性等。<sup>⑤</sup>其中关于利益权衡论,于刑事法领域,其乃指任何违反取证规定之案例,均须个案衡量国家追诉利益与个人保护之必要性,并兼顾比例原则为个案判断。于民事程序中之违法取得证据之可利用性,亦有学者特别强调于个案中具体衡量当事人两造利益,尤其系被违反法规所保护之法益及举证人于诉讼上之利益,兼顾比例原则为具体

① Roth, Die prozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweisurkunden. Eine Entgegnung, JR 1950, S. 715.

② Vgl. Kodek, a. a. O., S. 102 m. w. N.

③ Roth, Die prozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweisurkunden., JR 1950, S. 715.

④ Vgl. Kaissis, S. 29.

⑤ 台湾地区另有学者介绍其他诸如法秩序统一性说、证明权之内在限制说者。骆永家:《违法收集证据之证据能力》,第 15 页。其他亦有以证据方法之可信度质疑、法院不得为犯罪行为之工具、基本权违反及举证人之损害赔偿义务为证据禁止之论据者,相关见解, vgl. Werner, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988, 999ff. m. w. N.

衡量者。<sup>①</sup>

本书之基本立场为：<sup>②</sup>

其一，本书认为实体法之违法行为与因该实体法违法行为所取得证据之可否于诉讼上被利用问题，应区别评价。亦即，本书认为分离原则应较能兼顾程序法具独立目的之特质，其于相关问题解决较具弹性。

其二，程序法固有探求真实之基本任务，但其所谓真实，则未必均与实质客观真实相当，亦即在和解、调解，甚至有部分自白情形，其真实之认定与实质真实未必相洽。但在双方有激烈欲望欲从诉讼中求得是非曲直者，则难为此等讼争程序无要求法院须提供足以令其求得尽量符合实质真实之意义。但应注意程序法之追求真实价值，不表示其即能推得法院应容许不计代价追求真实。因而对于违法取得证据，于诉讼中之可利用性，即不能单纯以追求真实、举证人之举证利益或证明权等理由而正当化其证据取得行为之瑕疵。

其三，解决违法取得证据之可利用性问题之考虑面向，应包括民事程序法之目的，尤其系实体请求权之贯彻及为达成此一目的之探求真实必要性之关联，并且对宪法与一般法律之规范目的（尤指被违反者）与价值之确认及保护，特别系人性尊严、隐私权、人格权、财产权、自由权、住宅自由等价值之相互间对抗与衡量。另外，须对属于法政策层面之一般预防目的及诚信原则，亦应为充分考量。虽谓争讼型裁判程序之主要目的为权利之确认与实践，但其所追求真实仍受内外在因素制约，亦即诉讼程序所追求真实，应仅在法院为充分程序保障下，依当事人所提事实主张与证据资料所得之真实，其所追求之真实，在理想上应与实质真实相当，实际上却未必然，而正当化诉讼程序认定事实之具极限性，即于当事人获有充分之程序保障。据此，真实探求之价值既具有有限性，则为免宪法基本核心价值遭到破坏，如在周边制度已提供当事人证明权之适当保障，亦即在已提供当事人充分武器以追求真实发现之前提下，就破坏法秩序行为，即不能因无设防而附庸屈服于真实发现目的，乃于其合法性加以承认，以致法秩序遭到破坏与扭曲。是故，预防理论、恶行示范禁止、不能借违法行为得利、诚信原则等观点，应均为限制违法取得证据可利用性考量之因素。

其四，证据禁止之审查，其审查标准主要为诚信原则与法规范目的，而

<sup>①</sup> Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, Rdnr. 97, 107. 另 Schilken 约略区分侵害宪法所保障之基本权者与其他案例二者，并认为前者应予禁止利用，后者则依利益权衡断之。Schilken, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 2000, Rdnr. 474 m. w. N.

<sup>②</sup> 姜世明：《新民事证据法论》，台湾学林文化出版社 2009 年版，第 166～171 页。



利益衡量则为其方法。虽证据禁止之审查,亦得以所谓三阶理论为审查基准,但因所谓隐私领域、单纯私人领域与社交范围之定义与范围不容易,而能提供与实务具体标准之功能,似乎有限。因而就违法取得证据之可利用性,仍须以规范目的与利益权衡论为个案之解决,而为免过度法律不安定性,则以类型化作为强化法律安定性之基础,应属可行之道。

本书认为于违法行为之种类,固可区分为违反宪法与一般法律者,其二者有重叠之领域(且通常并不存在单纯违宪而未违法者)。而所谓一般法律,则可区分实体法与程序法。在证据禁止之审查程序中,首先,应确定当事人违法行为所违反之法律性质为何,亦即是否违反宪法基本价值?是否违反实体法或程序法?又该等所谓一般法律,是否亦存在宪法所保障之基本价值?其次,探寻被违反之法律之规范目的。就此,应注意被违反之目的,是否具有该证据不得被利用之意义存在,并确实探求被违反法律所保护之法益何在?再者,则应就违法取得证据者于诉讼上利用该证据之程序利益加以确认。最后,进行利益权衡,其方法为违反宪法核心价值者(尤指人性尊严、人格权之保护及隐私权之保障),原则上禁止该证据之利用,例外则以利益权衡、兼顾比例原则而承认其可利用性(但应注意,因单纯违反宪法之私人行为不常见,因而此一审查程序,多置于后述一般法违反类型之宪法价值探求阶段)。至于违反一般法律者,则区分违反程序法者与违反实体法者。前者应注意程序法规之目的及其是否承认责问权之舍弃或丧失。后者则须区分是否亦存在宪法保障之核心价值,若是,则须依上开违反宪法基本价值之审查程序进行;若非之,则应依规范目的所保障之法益与诉讼程序为确定私权而所欲发现真实之相关利益进行利益权衡,并兼顾比例原则下为审查与确认。至于在审查中,如发现取得行为有正当防卫、紧急避难,甚至“利益权衡”结果等阻却违法事由,自得正当化该等证据之可利用性,固不待言。

## 五、经验法则

经验法则可作为自由心证之内在限制及外部限制,其内在限制主要系运用于对于证据价值之盖然性评价,尤其系间接证明之认定事实推论过程中。至于经验法则对于自由心证之限制,则主要系在对于部分较高盖然性之经验法则,如何作用以使法官无自由心证空间,而被强制地做一定之事实认定。

对于盖然性较高之经验法则,亦即在可评价为属于绝对性之法原则(盖然性 100%)或经验原则(盖然性 85% 以上),若存在一推论前提事实,而在该前提事实与待证事实存在此一类强制性经验法则时,法院即可不借助其他证据或事实径行认定该待证事实之存否。因而此类较高度盖然性之经验

法则,即成为法院自由心证之外在限制。德国在实务上即认为:<sup>①</sup>“生活之经验定律具有不同强度之经验价值。其证据价值强度可能达到仅依靠单一经验法则即可对于某一事实存否进行推定。未达此类表见证明需求之经验法则之经验价值强度者,其在认事程序并非无意义,法院佐以其他具体个案中其他情况,仍得依自由心证认定事实。”即清楚意识对于非属表见证明之经验原则外之经验定律,仍应借助其他间接事实及对应之经验定律,综合演绎以推论待证事实。

另学者亦指出德国在梅毒案中,对于表见证明要件中原所要求须存在一典型事象经过之经验原则似已某程度退让,而在某妇人在医院接受输血时感染梅毒,认为虽不存在一典型事象经过之经验原则,但在具体之染病图像,若存在一对于原因之根据,根据对于该原因之存在显示有可能,而对于其他对该原因存在有所质疑之情形,却完全缺乏根据,则仍可利用表见证明进行事实推论。<sup>②</sup>此即被称为个别性表见证明,因其所借助之经验定律盖然性较低,却又可不借助其他间接事实即可推论待证事实下,乃有认为其已属证明度降低者。<sup>③</sup>

## 六、程序原则

民事诉讼法采取处分权主义及辩论主义者,因处分权主义中承认、认诺及舍弃之制度,法院并须据之而为被告或原告败诉之判决,因而法院对于事实之认定,已无另行认定之空间。而因辩论主义系对于法院认定事实所依据之资料,原则上须受限于当事人所主张者,例外乃得职权调查,从而法院于运用自由心证时,应受辩论主义所划定得予认定事实之范围所限制;而在当事人自认之情形,法院且受其拘束。此类制度对于自由心证自均发生直接或间接之限制性作用。

适时提出主义最主要系对于当事人主张证据之限制,依“民事诉讼法”第 196 条之规定,当事人应依诉讼进行之程度,于言词辩论终结前适当时期提出攻击防御方法,其意图延滞诉讼或因重大过失逾时提出者,法院得驳回之。而在“民事诉讼法”第 276 条及第 268 条之二等规定,甚至“民事诉讼法”第 447 条之规定,均对于法院得利用之诉讼资料造成限缩性影响。

<sup>①</sup> BGHZ2, 82(85). Vgl. Deppenkemper, Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis. 2004, S. 276 m. w. N.

<sup>②</sup> BGHZ11, 227ff. Vgl. Deppenkemper, a. a. O., S. 278 m. w. N.

<sup>③</sup> Deppenkemper, a. a. O., S. 279 m. w. N.

所谓严格证明,系指证明之程序须依法律规定之证据方法及法律所规定之程序为之。而所谓自由证明,乃指证明之程序并不受法定之证据方法或调查证据程序所拘束,而可自由为之,<sup>①</sup>其乃得利用非法定之证据方法,并可依法定调查证据程序进行调查。程序法上究竟采取严格证明或自由证明,与自由心证主义采取与否,并无当然之关联性。其影响所及乃对于证据能力之认定问题,亦即若要求适用严格证明者,其有违反该原则而采用非法定证据方法者,其诉讼程序即有瑕疵。

在某一诉讼程序中之所以采用严格证明,乃因其与自由证明有所差异,亦即严格证明原则乃较具有真实性确保、证人或鉴定人等权利保障及诉讼权保障之功能。因诉讼法上对于具结程序有明确规定,其对于证人证言或鉴定人鉴定意见之真实性乃有所担保。而因有拒绝证言等权利,对于证人之权利乃有所保障。尤其对于当事人而言,借由诉讼法上所规定之具结及讯问程序,其诉讼权保障乃能获得确保。但此等优点对于自由证明而言,则属陌生或存在其距离感(亦即会被打折)。

对于严格证明所能实现之价值,在如何考虑下,可以何种程序制度被取代,基本上均应寻求正当化基础始可。仅在利益衡量下,认为存在其他价值而得凌驾于前述严格证明所可实现价值时,其制度乃获得其正当性基础。此在任何程序制度,欲以自由证明作为程序原则时,即应预先面对此一质疑及衡量。

严格证明于民事诉讼法中之适用,学者认为:诉讼标的之法律关系或权利之主张所需事实之断定,必须依严格证明。而关于外国法、地方法令、特殊习惯法、特殊专门性之经验法则成为证明对象者,则不必依严格证明,只需依自由证明,无须依民事诉讼法所规定调查证据之正式程序为之。<sup>②</sup>若此,在台湾地区,非唯在刑事诉讼领域,即在民事诉讼领域,学者对于严格证明之适用,亦有所认识。

其在德国,实务上向认为:“法院在审查诉讼要件时,并不受民事诉讼法规定之证据程序所拘束,亦不局限于该法所规定之证据方法(亦即所谓自由证明)。”<sup>③</sup>应注意者系,自由证明仅系对于证据方法及调查程序之解放,但与严格证明相较,其所要求之证明度(确信强度)并未降低。<sup>④</sup>此与释明制度

① 骆永家:《民事诉讼法 I》,1999 年自版第 9 版,第 161 页。

② 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(中),台湾三民书局 2010 年版,第 474~475 页。另参阅骆永家:《民事诉讼法 I》,1999 年自版第 9 版,第 161 页。

③ BGH NJW 1951, 442.

④ Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 5. Aufl., 1994, Rdnr. 1537.