


實例研習系列叢書 1

民事證據法
實例研習(一)

姜世明 著

正點文教出版顧問有限公司 發行

 正點文教出版顧問有限公司 發行

 神州圖書出版有限公司 總經銷

經銷處：台北市金華街187號1樓 TEL：(02) 2392-1113
<http://www.shjobook.com.tw/> 神州全球華文圖書資訊網

ISBN 986-7866-17-7



9 789867 866172 00320

實例研習系列叢書①

民事證據法實例研習(一)

姜世明著

正點文教出版顧問有限公司

PDG

國家圖書館出版品預行編目資料

民事證據法實例研習 / 姜世明著. —初版—

臺北市：神州圖書經銷, 2005— [民 94—]

冊；公分 -- (實例研習系列叢書；1—)

含索引

ISBN 986-7866-17-7 (第 1 冊：平裝)

1. 證據 (法律) - 案例

586

94002481

民事證據法實例研習(一)

作 者：姜世明

發 行：正點文教出版顧問有限公司

出版日期：2005 年 2 月

定 價：新台幣 320 元

總 經 銷：神州圖書出版有限公司

電 話：(02)2392-1113

傳 真：(02)2392-1984

地 址：台北市金華街 187 號 1F (政大公企中心)

E-MAIL：shjo@shjobook.com.tw

網 址：www.shjobook.com.tw 神州全球華文圖書資訊網

劃撥帳號：19526123 神州圖書出版有限公司

ISBN 986-7866-14-2 (平裝)

著作權所有 翻印必究

序 言

證據法乃民事程序法學之核心領域，其於先進國家乃備受重視，即於我國法者，亦然。證據法學之發展，固與一國對於建構其民事程序之基本法理之選擇有關，且與充當民事程序主體之當事人間之訴訟權及個人自由權、財產權等基本權衝突，亦有價值取捨之關聯。因而對於證據法則之建構與理解，即不能忽略對於民事程序法之基本原則及憲法原則之認識。

筆者近年來研究生涯，乃多致力於就德國證據法學進行系統性之分析及檢討，並於二年前已出版「新民事證據法論」一書，其中部分見解亦引致學理及實務上之爭論，而其無論係屬共鳴，抑或批判，均係對於我國法學更向前進步之動力與貢獻，彌足珍貴。

本書之作成，係因國內有心推展法學之部分文化企業家，不計盈虧，創辦法學雜誌，提供學者著作發表之園地，故能效先賢之持續筆耕精神，日月積累而有成。對於文化企業者之精神與貢獻，應予肯定及支持。

本書之內容共計二十五篇，主要係針對證據調查及舉證責任分配法則建構，以實例方式，提示重點，分析及解答。其著作動機主要係因有鑑於證據法學係實用學科，應以簡明能用為先。其以實例研習體例出版，乃冀其一則可佐「新民

事證據法論」抽象論之具體化事功，二則係為他日著作「民法逐條舉證責任手冊」作準備。其既定名為證據法實例研習（一），則自亦期待於系列研習書之陸續問世。惟應注意者係，本書為使讀者易於解讀，各篇之論述乃各具其獨立性，故難免於類似議題間，可能有部分前提論述之重複，就此，尚祈鑒察。

法律係某時代某部分人之特定價值選擇，有其歷史條件存在，並不存在絕對性。在民事訴訟法之學習過程中，看時代遞擅，價值變遷，更覺自我之渺小。在文明因相互學習成長而偉大之理念下，本書仍可能僅是滾滾文明洪流之小泡沫，但亦希望因此共集美麗浪花。

近年來關於資料之蒐集，得助於政賢、格鐘、坤典者頗多；於日常教學雜務，則胥賴助理盈盈、怡欣及弘偉之協助；而著作、文章之編排，每託昔日法官助理尚青代勞，實均惠我良多，應特申謝意。本書出版則由蕤祥負責相關事宜，亦當予致謝。

愛妻玉珮之支持及鼓勵，乃係我研究生涯中不可或缺之支柱，希望爾後如能獲有些許榮耀，都能歸屬於伊。

姜世明 16. 01. 2005



簡 目

- | | |
|----------------------|-----|
| ①證據保全之類型 | 01 |
| ②證據保全程序中之協議 | 11 |
| ③確定事、物現狀類型證據保全之必要性要件 | 23 |
| ④文書提出義務之要件審查 | 37 |
| ⑤違法取得證據之可利用性—棉被下的秘密 | 47 |
| ⑥再論違法取得證據之可利用性—非禮勿聽？ | 69 |
| ⑦通姦事由離婚訴訟之相關問題 | 83 |
| ⑧證明預斷之禁止 | 93 |
| ⑨損害賠償數額之確定 | 103 |
| ⑩過失證明妨礙 | 113 |
| ⑪拒絕血緣鑑定之證明妨礙 | 125 |
| ⑫證據方法契約 | 139 |
| ⑬情報請求權（一） | 151 |

⑬ 情報請求權（二）	165
⑭ 所有物返還請求權之舉證責任分配	175
⑮ 不當得利中無法律上原因要件之舉證責任分配	189
⑯ 再論不當得利無法律上原因要件之舉證責任分配	201
⑰ 準備程序之失權及其舉證責任	217
⑱ 當事人訊問	229
⑳ 票據請求權訴訟原因關係抗辯之舉證責任分配	239
㉑ 遲延給付可歸責性要件之舉證責任分配	253
㉒ 舉證責任轉換	261
㉓ 誹謗侵權之阻卻違法事由之舉證責任分配— 一 攤血事件	271
㉔ 醫師民事責任程序中關於可歸責性要件之舉證責任	287
㉕ 律師之真實義務	301
索引	323

詳 目

① 證據保全之類型 01

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、證據保全之類型

(一)證據有滅失或礙難使用之虞者

(二)經對造同意者

(三)就確定事、物之現狀有必要者

二、各類型證據保全程序中所可得進行保全之證據方法

肆、擬答暨結論

② 證據保全程序中之協議 11

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、證據保全之類型與要件

二、證據保全程序中協議之要件解釋

三、證據契約之定義與效力

(一)證據契約之定義

(二)證據契約之性質

(三)證據契約之合法性

(四)系爭案例之協議定性及其合法性	
肆、擬答暨結論	
③確定事、物現狀類型證據保全之必要性要件	23
壹、案例	
貳、提要	
參、重點解說	
一、被強化之證據保全功能	
二、確定事、物現狀證據保全類型之要件分析	
三、證據保全程序於建築工程爭議事件之重要性	
四、必要性要件之特殊考量	
肆、擬答暨結論	
④文書提出義務之要件審查	37
壹、案例	
貳、提要	
參、重點解說	
一、概說	
二、文書提出之義務	
三、爭執文書存在與否及是否執有之審查	
肆、擬答暨結論	
⑤違法取得證據之可利用性—棉被下的秘密	47
壹、案例	
貳、提要	

參、重點解說

一、理論爭議

二、實務見解

三、本文見解

(一)基本見解

(二)以通姦提起離婚或損害賠償訴訟之程序特殊性

(三)對上開高等法院見解評估

肆、擬答暨結論

⑥再論違法取得證據之可利用性—非禮勿聽？ 69

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、基本理論

二、德國聯邦憲法法院新近見解

(一)案例

(二)實務爭議

(三)聯邦憲法法院見解

三、本文見解

肆、擬答暨結論

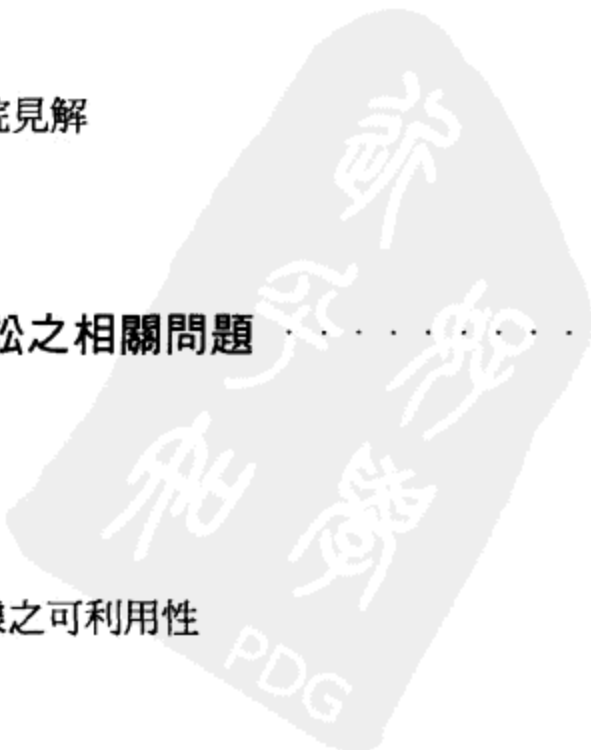
⑦通姦事由離婚訴訟之相關問題 83

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、違法取得證據之可利用性



(一)實務見解

(二)學說見解

(三)本案之處理

二、同一之訴？

肆、擬答暨結論

⑧證明預斷之禁止 ····· 93

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、自由心證

二、證明預斷之禁止

三、證明預斷禁止原則於訴訟救助程序之適用界限

肆、擬答暨結論

⑨損害賠償數額之確定 ····· 103

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

肆、擬答暨結論

⑩過失證明妨礙 ····· 113

壹、案例

貳、提要

參、重點解說



肆、擬答暨結論

⑪ 拒絕血緣鑑定之證明妨礙 ····· 125

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、基本法理

(一)血緣鑑定於請求認領子女訴訟中之重要性

(二)基本權衝突

二、學說及實務之見解

(一)學說見解

(二)實務見解

三、本文見解

(一)法理依據

(二)違反之法律效果

肆、擬答暨結論

⑫ 證據方法契約 ····· 139

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、證據契約之定義及種類

二、證據契約之合法性界限

(一)以處分權主義及辯論主義為範圍

(二)合法性及運用合理性之考慮因素

三、系爭事件之相關實務見解

四、評估

肆、擬答暨結論

⑬ 情報請求權（一）..... 151

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、情報請求權之基本法理

(一) 情報請求權在舉證責任法則之定位

(二) 情報請求權之法依據

(三) 情報請求權之要件

(四) 情報請求權之實現方式

二、合夥人之情報請求權

肆、擬答暨結論

⑭ 情報請求權（二）..... 165

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、情報請求權在舉證責任法則之定位

二、情報請求權之實現

(一) 單純之情報訴訟

(二) 階段訴訟

(三) 其他

三、強制執行

肆、擬答暨結論

⑨ 所有物返還請求權之舉證責任分配 175

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、舉證責任法則概說

二、所有物返還請求權之要件及其於舉證責任法則意義下之定性

(一)基本要件

(二)定性

三、所有物返還請求權要件事實之舉證責任分配

(一)請求人係所有權人

(二)被請求人係現占有人

(三)被請求人係「無權」占有

肆、擬答暨結論

⑩ 不當得利中無法律上原因要件之舉證責任分配 189

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、舉證責任分配法理論概說

二、無法律上原因要件之在舉證責任分配一般規則上之定性

三、無法律上原因之要件事實之舉證責任分配歸屬

四、最高法院新近見解

肆、擬答暨結論

⑰再論不當得利無法律上原因要件之舉證責任分配	201
壹、案例	
貳、提要	
參、重點解說	
一、舉證責任分配法則之體系建構	
二、不同類型不當得利之無法律上原因要件之定性與舉證責任分配	
三、無權占有他人已登記土地之不當得利類型之特殊性	
肆、擬答及結論	
⑱準備程序之失權及其舉證責任	217
壹、案例	
貳、提要	
參、重點解說	
一、準備程序及促進訴訟義務	
二、準備程序失權之要件說明	
三、準備程序失權要件之舉證責任分配	
肆、擬答暨結論	
⑲當事人訊問	229
壹、案例	
貳、提要	
參、重點解說	

- 一、問題所在
- 二、制度目的
- 三、當事人訊問與當事人聽取
- 四、當事人訊問制度下當事人應負之義務
 - (一)到場義務
 - (二)具結義務
 - (三)陳述義務
- 五、當事人之定義
- 六、程序中不利於己陳述與自認之關係
- 肆、擬答暨結論

④ 票據請求權訴訟原因關係抗辯之舉證責任分配 · 239

- 壹、案例
- 貳、提要
- 參、重點解說
 - 一、規範理論下之要件定性
 - 二、關於原因關係舉證問題之爭議
 - (一)實務見解
 - (二)學界見解
- 肆、擬答暨結論

④ 遲延給付可歸責性要件之舉證責任分配 ····· 253

- 壹、案例
- 貳、提要
- 參、重點解說
 - 一、規範理論下之要件定性

(一)規範理論

(二)給付遲延可歸責性要件之定性

二、給付遲延歸責要件之舉證責任分配

(一)學說見解

(二)實務見解

肆、擬答暨結論

㉔舉證責任轉換 261

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、舉證責任分配法則之體系構成

(一)基本法理

(二)舉證責任轉換之意義與定位

二、確認婚姻不成立之訴之特殊性

(一)訴訟類型之歸類困難

(二)舉證責任法則上之特殊性

肆、擬答暨結論

㉕誹謗侵權之阻卻違法事由之舉證責任分配—

一攤血事件 271

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、判決見解（臺灣花蓮地方法院 90 年度訴字第 256 號民事

判決)

二、對於系爭主張或抗辯(被告所講述內容是否與事實相符，或該醫師是否為有醫德之人)在規範理論中之要件定性

三、舉證責任分配

(一)一般舉證責任分配法則之適用

(二)系爭判決之特殊處

(三)舉證責任減輕?

肆、擬答暨結論

㉔ 醫師民事責任程序中關於可歸責性要件之舉證

責任 287

壹、案例

貳、提要

參、重點解說

一、武器平等原則之適用

二、請求權基礎

三、可歸責性要件之定性

四、舉證責任減輕

五、訴訟上技巧及遺留之問題

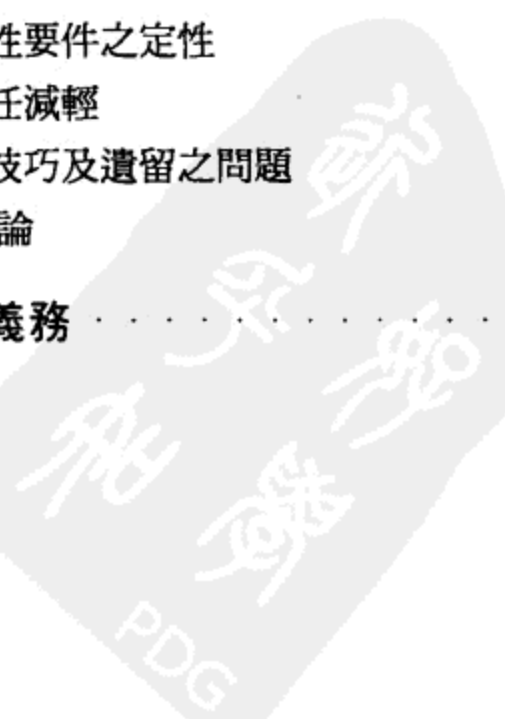
肆、擬答暨結論

㉕ 律師之真實義務 301

壹、案例

貳、提要

參、重點解說



- 一、法依據
 - (一)德國法
 - (二)我國法
- 二、基本內容
 - (一)一律師真實義務之適用程序
 - (二)律師真實義務之適用對象
 - (三)律師真實義務之適用主體
 - (四)律師真實義務之內容
 - (五)律師真實義務之界限
- 三、違反之法效果

索引 ····· 323



①證據保全之類型

壹、案例

甲於民國九十一年十月間，因其有頸椎酸痛症狀，前往乙綜合醫院，由丙醫師為其手術，其時有丁護士在旁協助，詎手術後，甲因頸部重要神經於手術時遭破壞，而引致甲身體部分癱瘓，甲懷疑係丙醫療過失行為所致，為了解其對乙與丙得否請求損害賠償，乃向乙醫院要求給予病歷資料。乙醫院依據醫療法第52條第1項規定僅掣給出院病歷摘要，但於甲之完整病歷資料與各種檢查報告資料則拒絕給予。

試問：

- 一、甲得否向法院聲請依證據保全程序要求對乙所持有之關於甲之就醫完整病歷與各種檢查報告資料進行保全，其得主張之證據保全類型為何？
- 二、於上開甲所得主張之證據保全類型程序中，甲得否請求鑑定為排除甲人身損害所需之費用？又甲可否要求訊問證人丁？

貳、提要

- 一、我國於民國89年2月9日公佈施行之民事訴訟法部分增修

2 民事證據法實例研習(一)

規定中，就證據保全之規定有重大之修正。其中，就民事訴訟法第 368 條、第 370 條、第 373 條、第 376 條有所修正，而民事訴訟法第 375 條之 1、第 376 條之 1、第 376 條之 2 則為新增訂之規定。上開規定於證據保全機能之擴大，有顯著之功能，於證據保全制度之運作，有顯著之影響，應予注意。

- 二、我國證據保全制度之功能，主要包括保全證據之功能、預防訴訟之功能及促進訴訟與審理集中化之功能。而此等功能之設定，影響證據保全程序類型之設定，因此，各類型之要件，亦有所不同。
- 三、系爭案例中，病歷與各種檢查報告書於證據保全程序中有無可能做不同評價？
- 四、就排除甲人身損害所需費用之鑑定於證據保全程序之許可性？證人之訊問於各類型證據保全程序之許可性？

參、重點解說

系爭案例中，甲得否向法院聲請依證據保全程序要求對乙所持有之關於甲之就醫完整病歷與各種檢查報告資料進行保全，及甲於其所得主張之證據保全類型程序中，甲得否請求鑑定為排除甲人身損害所需之費用及甲可否要求訊問證人丁等問題，涉及證據保全之類型、要件，及其所得保全證據之態樣之問題。茲解析如下：

一、證據保全之類型

我國之證據保全制度有四種類型，亦即證據有滅失或礙難使用之虞者，經對造同意者，就確定事、物之現狀有必要者及法院依職權所為者之證據保全。其與德國在獨立證據程序中僅規定前三者類型不同，而上開證據保全類型之要件各有殊異，其中除法院依職權所為之類型與系爭案例較無關聯，不予論述外，其餘三者要件，茲敘述如下：

(一)證據有滅失或礙難使用之虞者

民事訴訟法第 368 條第 1 項前段第一個類型規定證據有滅失或礙難使用之虞者得向法院聲請保全，其所謂證據有滅失之虞，乃指證據有毀滅、喪失之危險，例如證人現罹重病，危在旦夕，或機關保管之文書行將依法銷毀，甚至有人欲故為隱匿、毀壞或致令不堪用等情形均屬之¹。其前提要件應包括：若未立即進行證據調查，將有滅失或礙難使用之虞者，始足當之。否則，若將來於訴訟中尚得進行調查，亦即未具緊急性者，似無依此規定進行證據保全程序之必要。

法院在決定是否依聲請人聲請進行保全證據程序之時，須進行利益衡量，亦即，法院須就證據保全之利益與相對人之負

¹ 吳明軒，〈中國民事訴訟法（中冊）〉，93年9月，修訂六版，頁988。另如證人因高齡、行將移民或因外國居留而長期不在國內，或因房屋續建或修補工程而造成侵害事實或瑕疵將遭掩蓋，而事後難以還原查證者（有認為在建築糾紛於建物現狀恐有改變之危險者即是），均屬之，vgl. Musielak/Huber, ZPO, §485 Rdnr.10; MünchKomm-ZPO-Schreiber, §485 Rdnr.8; Zeiss, Zivilprozessrecht, 9.Aufl., 1997, Rdnr.451; Röhlein, Private Bausachen, 2.Aufl., 1995, Rdnr.15.

擔進行衡量。若於聲請人而言，其以通常程序取得證據方法乃屬可能且得期待，則不須認為有具備證據危險。惟就此一期待可能性，一般認為不宜為過嚴之解釋。

系爭案例中就病歷而言，依醫療法第 48 條第 1 項規定，其保存期限至少為十年，因此除非有特殊情事存在（例如有即時被變造、湮滅之跡證），或聲請證據保全時，已接近上開保存期限完成時，否則，一般似難認為病歷屬於證據有滅失或礙難使用之虞之類型。有疑問者係，甲就醫之各種檢查報告資料，是否亦應與上開病歷為相同評價？本文就此，採肯定見解。雖醫療法第 48 條第 1 項僅規定病歷之保存，但該條文有證據法上意義，甚為顯然。若不將二者採相同解釋，則勢將造成病人日後求償時，發生舉證之困難，如此結果，應非立法意旨所在²。

(二)經對造同意者

當事人聲請保全證據，若經他造同意者，亦得為之（民事訴訟法第 368 條第 1 項前段第二個類型參照）。例如，船舶碰撞或汽車肇事當事人於徵得他造同意後，聲請法院保全證據，以確定責任歸屬及損害之程度，以杜日後爭議。此一相對人之同意，乃一訴訟行為，原則上不得撤回或撤銷³。相對人之同意，

² 若不採本文此一見解，則值予建議者，乃就相關檢查報告資料，宜以證據有滅失或礙難使用之虞之證據保全類型聲請之。

³ MünchKommZPO-Schreiber, §485 Rdnr.5; Locher, Das private Baurecht, 6. Aufl., 1996, Rdnr.507m.w.N.; Thomas/Putzo, ZPO, 19. Aufl., 1995, §485 Rdnr.2; Röhlein, Private Bausachen, 2. Aufl., 1995, Rdnr.10. 例外乃基於惡意、詐欺、脅迫者 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 59. Aufl., 2001, §485 Rdnr.4.; Schilken, Grundlagen des Beweissicherungsverfahrens, ZZP, 92 (1979), 238, 260f.

除得以書面或言詞向法院為之外，尚得以對相對人為同意之意思表示方式為之。就此一同意之存在，聲請人則須釋明之。

系爭案例既無乙同意之事實，因而此一證據保全類型亦非甲所得主張。

(三)就確定事、物之現狀有必要者

值予重視者，新修正民事訴訟法關於證據保全制度之修正，其最重要者乃增訂就確定事、物之現狀有必要者之類型。民事訴訟法第 368 條第 1 項後段規定：就確定事、物之現狀有法律上利益，並有必要時，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證。此一規定之立法理由，特別強調預防訴訟及促進訴訟以達到審理集中化之目的。此一證據保全類型規定之司法院提案理由所舉例包括：於醫療糾紛，醫院病歷表通常無滅失或礙難使用之虞，但為確定事實，避免遭竄改，即有聲請保全書證之必要；另為確定人身傷害程度及其原因時，亦得聲請為鑑定；又所有人對於無權占有人請求返還所有物之前，為確定占有人使用其所有物之範圍及狀況，亦得聲請勘驗。

依民事訴訟法第 368 條第 1 項後段規定可知，此一類型證據保全之特別要件主要包括：為確定事、物之現狀，有法律上利益及有必要性三者。應注意者，係其並無須具備證據方法有滅失之虞之要件⁴。其確定對象，若較諸德國民事訴訟法第 485

⁴ Locher, Das private Baurecht, 6.Aufl., 1996, Rdnr.508. 此類型係訴訟前之類型且於確認建物瑕疵特具意義，vgl. Baur/Grunsky, Zivilprozessrecht, 9.Aufl., 1997, Rdnr.175; Jauernig, Zivilprozessrecht, 26.Aufl., 2000, S.207. 我國實務有誤以為此類型證據保全程序仍須具備滅失之虞要件者，如台灣台北地方法院 90 年度聲字第 2293 號民事裁定、台灣台北地方法院 90 年度聲字第 1803 號民事裁定。

條第 2 項規定之客體，亦即：1.人之狀態、物之狀態或價值；2.人身損害、物損或物之瑕疵之原因；3.為排除人身損害、物損或物之瑕疵之費用。似較狹隘。但揆諸前開司法院提案理由所舉之例，以及此一規定所欲達成之目的，應認為上開德國法之保全客體，亦為我國法所包括⁵。

首先，就狀態之確認而言，其對象包括人或物之狀態、或物之價值。就此所謂狀態之確認，不唯係對外在狀態之確認，亦包括隱藏之瑕疵在內。例如，就房屋有潮濕之瑕疵，不僅對其破裂水管予以審視，即其外牆密度亦可能為原因，又豈能置諸不顧。至於在此所確認之狀態，乃現在之狀態，而非過去或未來者。

其次，就原因之確認而言，係指人身損害、物損或物之瑕疵之原因之確定。此一原因，並不限於獨立原因，即僅部分或間接或共同原因者亦屬之，並包括對應負責人與其參與及肇因比率之確認。

末就排除費用之確認而言，在此所謂之費用，包括所有為排除人身損害、物損及物之瑕疵之給付，金錢與時間之支出均屬之。即第三者給付，亦同。但是否此一費用，乃屬必要或合比例性，或何種具體措置得排除瑕疵之問題，則非此證據保全程序所得確認，而係實體程序審理範圍。

⁵ 學者並有認為，尚應包括損害或瑕疵之發生原因、責任歸屬、排除瑕疵之必要方法或所需費用等事實，均得作為確認之對象，例如，出租人不僅對於房屋出租後受損之現狀，尚可包括回復原狀之費用，聲請保全證據為鑑定。沈冠伶，〈證據保全制度—從擴大制度機能之觀點談起〉，《月旦法學雜誌》，第 76 期，頁 55。但實務有誤以為鑑定回復原狀費用非屬現狀之確定者（台灣台北地方法院 90 年度聲字第 673 號民事裁定）。

若上開要件該當，法院仍須審查當事人於該確認是否具有法律上利益之要件。所謂法律上利益，一般而言，法律上利益於該確認得以避免訴訟發生者，即足當之。且通說並不認為法律上利益僅限於此一立法明示之利益，而就之為較寬廣之理解⁶。學者乃有認為，若物或價值之狀態得構成聲請者對他人之請求權之基礎或他人對聲請人請求權之基礎者，即足當之⁷。至於是否當事人之確認請求得否防免訴訟，則應由當事人釋明之。

末就所謂必要性而言，其於德國法相關規定，雖無將其明文納入要件，但解釋上亦應視之為要件之一。而此一要件顯亦屬不確定法律概念，在解釋上宜注意立法目的於要件之解釋論上之指導性質。如此，法院就必要性解釋時，應注意為達到防免訴訟及發現真實與促進訴訟之目的，聲請人所為證據保全之聲請，是否已無存在其他相同有效而對相關當事人損害較少之手段。此乃法治國之國家機關採取干預人民權利之行為時，所應注意之比例原則基本內涵。

系爭案例中甲因頸部重要神經於手術時遭破壞，而引致甲

⁶ Weise, *Praxis des selbständigen Beweisverfahrens*. 1994, S.56. 於德國實務曾有以醫療糾紛之特殊性為由，而認為證據保全程序之以確定事、物狀態類型難以適用者（OLG Hamm, *Beschl.v.10.5* Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 59.Aufl., 2001, §485 Rdnr.8m.w.N. 質疑見解，vgl. MünchKommZPO-Schreiber, §485 Rdnr.13m.w.N. 亦有認為，在自物之現狀可導生參與者之請求權，而聲請人於此確認為具有法律上相關者，或所確認事實足以使權利成立或消滅者，均為具有法律上利益。Röthlein, *Private Bausachen*, 2.Aufl., 1995, Rdnr.23. 本文認為，若採此見解，則此一類型之範圍，將與前述緊急型證據保全程序之範圍某程度重疊，但若著眼於避免訴訟與促進訴訟之二制度目的，並以此一目的論作為解釋論之指標，則就要件解釋仍不宜過嚴，至於若懼其範圍過分擴張，則不妨以必要性要件為適當之控制。

身體部分癱瘓，甲為了解其對乙與丙得否請求損害賠償，乃向乙醫院要求給予病歷資料。乙醫院拒絕給予甲關於其就醫之完整病歷資料與各種檢查報告資料。甲無論係為確定其人身損害之原因（或狀態）或為排除甲人身損害所需費用之確認，均符合此一證據保全類型之所謂為確定事、物之現狀之要件。

至於法律上利益與必要性二要件之審查，固與個案具體情事相關。就系爭案例而言，因所確認之人身損害之原因、狀態或為排除甲人身損害所需費用均與甲之請求權相關，若先予確認，應得以促使爭點早日呈現或釐清，自得以促進審理集中化，甚至消弭訴訟，應具有法律上利益。而就必要性之要件而言，甲為了解其請求權之基本事實，要求就乙所持有病歷及檢查報告資料為保全，應為合目的性之行為，且無其他損及乙財產權、秘密權之情事，應無過當。

綜上所述，甲得以就確定事、物之現狀有必要之證據保全類型聲請證據保全。

二、各類型證據保全程序中所可得進行保全之證據方法

就證據有滅失或礙難使用之虞者及經對造同意之證據保全類型，其所謂「證據」之意義，亦即此一類型所保全證據標的為何？乃一難題。於德國，其民事訴訟法第 485 條第 1 項明文規定：訴訟中或訴訟外，當事人於相對人同意、或證據方法有滅失或難以使用之虞者，得聲請為勘驗、證人之訊問或由鑑定人作成鑑定報告。足見在德國於法律明文中，在此一具緊急性之證據保全類型，乃承認勘驗、人證與鑑定三證據方法。而文

書與當事人訊問則不包括在內⁸。但在我國，理論上，民事訴訟法第 368 條第 1 項前段第一個類型之所謂「證據」，除鑑定、勘驗、人證及文書⁹外，亦應包括當事人訊問¹⁰。

就確定事、物之現狀有必要之證據保全類型，其證據方法則被縮限為鑑定、勘驗及保全書證三者，而不包括當事人訊問及人證，其理由乃為免當事人濫用此一制度而損害他造之權益。

如上所述，於系爭案例中，既肯認甲得以就確定事、物之現狀有必要之證據保全類型聲請證據保全，則在此，甲應得對乙所持有之關於甲之完整病歷與各種檢查報告資料進行保全，且亦得請求鑑定為排除甲人身損害所需之費用。但就訊問證人丁之證據保全聲請，則非此類型證據保全程序之所允許。

肆、擬答暨結論

案例所示，甲於民國九十一年十月間，因其有頸椎酸痛症狀，前往乙綜合醫院，由丙醫師為其手術，詎手術後，甲因頸部重要神經於手術時遭破壞，而引致甲身體部分癱瘓，為了解

⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15.Aufl., 1993, S.689.; Musielak/Huber, ZPO, §485 Rdnr.5.

⁹ 例如「命第三人中華電信股份有限公司提出某號電話之發話方及受話方相關通聯紀錄及其他為獲得上開受話方通聯紀錄所需保全之資料。」(台灣台北地方法院 90 年度聲字第 91 號民事裁定)，另病歷資料(台灣台北地方法院 90 年度聲字第 2010 號民事裁定)或會議簽到紀錄(台灣高等法院 90 年度抗字第 2860 號民事裁定)亦屬之。

¹⁰ 沈冠伶，前揭文，頁 62。德國法未列入，其主要原因在於其當事人訊問制度乃採補充性原則，在理論上難以該當證據保全之客體。

其對乙與丙得否請求損害賠償，乃向乙醫院要求給予完整病歷資料，竟遭拒絕。

就完整病歷與相關檢查報告資料而言，因依醫療法第 48 條第 1 項規定，其保存期限至少為十年，本案又未有特殊情事存在，難認甲得以證據有滅失或礙難使用之虞類型聲請證據保全。另系爭案例中，就證據保全又無得乙同意之預設前提，亦難認甲得以此一類型聲請證據保全。

就為確定事、物之現狀有必要之證據保全類型而言，甲無論係為確定其人身損害之原因（或狀態）或為排除甲人身損害所需費用之確認，均符合此一證據保全類型之所謂為確定事、物之現狀之要件。至於法律上利益與必要性二要件之審查，就系爭案例而言，因甲所欲確認之人身損害之原因、狀態或為排除甲人身損害所需費用均與甲之損害賠償請求權相關，若先予確認，應得以促使爭點早日呈現或釐清，自得以促進審理集中化，甚至消弭訴訟，應具有法律上利益。而就必要性之要件而言，甲為了解其請求權之基本事實，要求就乙所持有病歷及檢查報告資料為保全，應為合目的性之行為，且無其他逾越比例損及乙財產權、秘密權之情事，應無過當。

綜上，甲應得以確定事、物之現狀有必要之證據保全類型向法院聲請對乙所持有之關於甲之完整病歷與各種檢查報告資料進行保全。於此一證據保全類型程序中，依民事訴訟法第 368 條第 1 項後段規定，甲且得請求鑑定為排除甲人身損害所需之費用，但甲不得要求訊問證人丁。

②證據保全程序中之協議

壹、案例

甲、乙係夫妻，乙以甲曾於民國（下同）八十九年二月一日以木棍毆打伊致傷、復於八十九年五月十日於友人丙之前以三字經辱罵伊及於九十年三月五日於住宅前持菜刀追砍伊等事實，擬以不堪同居虐待事由，提起離婚之訴，猶豫間，聽聞丙近日內將移民加拿大。試問：

- 一、乙可否聲請法院依證據保全程序訊問丙？
- 二、若乙得聲請法院依證據保全程序訊問丙，如於保全證據期日，甲、乙達成以下協議：（一）就八十九年二月一日甲毆傷乙之事實，其證據方法限於以驗傷單證明之。（二）甲自認其於九十年三月五日於住宅前持刀追砍乙之事實。其後，若乙提起離婚之訴，乙得否另聲請訊問證人丁以證明其於八十九年二月一日遭甲毆傷之事實？又甲與乙前開部分協議之效力如何？

貳、提要

- 一、我國證據保全之類型有四種，亦即證據有滅失或礙難使用之虞者、經對造同意者、就確定事、物之現狀有必要者及

法院依職權所為者之證據保全。系爭案例屬於何類型證據保全程序，應先予確認。

- 二、我國民事訴訟法增訂之第 376 條之 1 規定證據保全程序之協議，其具體內容為何？
- 三、系爭案例中，甲與乙於證據保全程序中所成立之協議，其性質、效力為何？

參、重點解說

系爭案例中乙得否以證據保全程序聲請法院訊問丙，及甲與乙於證據保全程序中所成立之協議，其效力如何之問題，涉及證據保全之類型與於證據保全程序中所成立協議之性質及效力（與界限）之爭點。茲解析如下：

一、證據保全之類型與要件

我國之證據保全制度有四種類型，亦即證據有滅失或礙難使用之虞者、經對造同意者、就確定事、物之現狀有必要者及法院依職權所為之證據保全。而上開證據保全類型之要件則各有殊異，但一般而言，在證據保全程序中，並不須具備當事人主張之待證事實（Beweistatsachen）具重要性、訴訟具勝訴之望或證據保全具可實施性等要件¹。但若於主程序中，相同證據主題已經同一法院或不同法院為證據調查之裁定者（即雙重繫屬

¹ 即證據評價，亦應由主程序法院決之，為證據保全法院不能以其認為某證人不能陳述何事，或以其證詞無證據價值，乃以某證人為不適合之證據方法而駁回之。Roethlein, Private Bausachen, 2.Aufl., 1995, Rdnr.8.

之禁止)，即不應在此復被准許。

除相對人同意之類型外，基本上，於證據保全程序中，法院應審查當事人證據保全聲請之權利保護必要性（Rechtsschutzbeduerfnis）。所謂證據保全程序聲請之權利保護必要性，乃指聲請人基於與相對人之法律關係之訴訟程序已繫屬或將繫屬（無論其為原告或被告），而證據保全之證據調查將被現在或將來之程序所利用者。雖法院對證據方法於主要程序之重要性無須審查，但若明顯無利用價值者，則仍屬無保護必要²。但若為不合法證據方法，例如證人已主張其證人拒絕權者及重複已被駁回之聲請者，則應認該聲請缺乏法律保護必要³。

雖我國承認上開四種證據保全類型，但與系爭案例較為相關者乃證據有滅失或礙難使用之虞者，其要件敘述如下⁴：

民事訴訟法第 368 條第 1 項前段規定：證據有滅失或礙難使用之虞者，得向法院聲請保全。所謂證據有滅失之虞，乃指證據有毀滅、喪失之危險，例如證人現罹重病、危在旦夕，或機關保管之文書行將依法銷毀，甚至有人欲故為隱匿、毀壞或致令不堪用等情形均屬之。其前提要件應包括：若未立即進行證據調查，將有滅失或礙難使用之虞者，始足當之。否則，若將來於訴訟中尚得進行調查，亦即未具緊急性者，即無依此規定進行證據保全程序之必要。而所謂證據有滅失或礙難使用之虞，其肇因則可能係人或物之因素。前者，例如可充當證人之外勞將返國；後者，如海上碰撞之二船將有沉沒之危險，或將

² Musielak/Huber, ZPO, §485 Rdnr.7.

³ Musielak/Huber, ZPO, §485 Rdnr.8.

⁴ 其他證據保全類型要件之審查，參閱拙作，〈證據保全之類型〉，《法學講座》，第 12 期，頁 55 以下。

勘驗物將腐壞者。

法院在決定是否依聲請人聲請進行保全證據程序之時，應進行利益衡量，亦即，法院須就證據保全之利益與相對人之負擔進行衡量。若於聲請人而言，其以通常程序取得證據方法乃屬可能且得期待，則不須認為有具備證據危險。惟就此一期待可能性，一般認為不宜為過嚴之解釋。但如僅係美觀瑕疵，如門窗木板之不同斑紋或僅技術上細微損害，或於主程序已有鑑定，而聲請人僅欲藉此為摸索調查者，均不能認為聲請人之聲請為正當。

另應注意者為，民事訴訟法第 368 條第 1 項前段所謂「證據」內涵之問題，理論上應認為，此一類型所保全證據標的範圍，除鑑定、勘驗⁵、人證及文書外，亦包括當事人訊問。

系爭案例中，乙於起訴前，發現可證明伊於八十九年五月十日遭甲以三字經辱罵事實之證人丙將移民加拿大，就證人丙進行訊問之證據保全程序而言，聲請人乙基於與相對人甲之法律關係之訴訟程序將繫屬，而證據保全之證據調查將被將來之程序所利用，而該證據非明顯無利用價值者，且其亦非屬證人可主張其證人拒絕權之不合法證據方法，自應認該聲請具備權利保護必要之要件。在此，因證人丙將移民出國，依其情形，若未立即進行證據調查，將有滅失或礙難使用之虞，應認已該

⁵ 例如「准於證據保全程序對相對人住處台北市信義區松智路 X 號就如附表所示裝潢工程、家具等物進行攝影照相為保全」(台灣台北地方法院 90 年度聲字第 618 號民事裁定)、或「准於證據保全程序對於相對人為推銷所興建『大直星勢力』房地，而共同坐落台北市中山區金泰段九一之一等地號土地上搭建之樣品屋，予以測量該樣品屋屋內之樓層高度及樓板厚度」(台灣台北地方法院 90 年度聲字第 733 號民事裁定)，另亦有以證券交易委託書為勘驗標的者(台灣台北地方法院 90 年度聲字第 3068 號民事裁定)。

當民事訴訟法第 368 條第 1 項前段所謂證據有滅失或礙難使用之虞類型之證據保全要件。綜此，乙應得就證人丙之訊問進行證據保全。

二、證據保全程序中協議之要件解釋

我國民事訴訟法第 376 條之 1 規定保全證據程序中之協議，亦即「本案尚未繫屬者，於保全證據程序期日到場之兩造，就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議時，法院應將其協議記明筆錄。前項協議係就訴訟標的成立者，法院並應將協議之法律關係及爭議情形記明筆錄。依其協議之內容，當事人應為一定之給付，得為執行名義。協議成立者，應於十日內以筆錄正本送達於當事人。第 212 條至第 219 條之規定，於前項筆錄準用之。」

就此一保全證據之協議之要件解釋而言，首先，民事訴訟法第 376 之 1 雖規定所謂「本案尚未繫屬者」，則是否於訴訟繫屬中所另為之證據保全程序，即不被容許為相關之協議，可能滋生疑義。本文認為，立法目的既為擴大證據保全程序機能，在尊重當事人程序選擇權利下，似無排除於訴訟繫屬類型之證據保全中之協議。其次，法條雖規定所謂「於證據保全程序期日到場之兩造」等語，但本文認為，在此所謂證據保全期日，應包括證據調查期日及證據裁定之程序，且法院若發現兩造有協議之可能者，應認為亦得主動傳訊到院進行協商（德國民事訴訟法第 492 條第 3 項規定參照）。再者，所謂就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議之意義應區別探求，亦即，就訴

訟標的之協議而言，應係指訴訟標的之「和解」(或「調解」)⁶。其類型且不限於命給付者，即確認性者應亦屬之。而就事實與證據協議而言，主要係指證據契約，包括自認契約、事實推定契約、證據方法契約、舉證責任契約及仲裁鑑定契約等⁷。至於所謂其他事項之協議可包括不起訴協議、法官選任協議(在立法明文承認前提下)、仲裁先行協議、爭點協議等⁸。

三、證據契約之定義與效力

(一)證據契約之定義

基本上，就證據契約為一般性定義，並非容易之事。在文獻上，不少係未就證據契約為一般性定義而乃直接就證據契約予以分類，並逐一闡釋其定義者。雖如此，本文綜合文獻上之論述，認為證據契約之可能定義包括：

最狹義之證據契約乃指以證據提出之限制為契約內容者，

⁶ 學者有認為就訴訟標的成立協議，包括下列兩種情形，一為就訴訟標的之法律關係成立協議，相當於起訴前成立調解，兩造間之權利義務關係，悉依協議成立之內容而定。二為就訴訟標的範圍之爭點成立協議，即依當事人之聲明及事實上之陳述得主張數項法律關係者，兩造得以協議整理及簡化爭點。吳明軒，〈中國民事訴訟法(中冊)〉，93年9月，頁995。另應注意本文在此所稱證據保全程序中協議(「和解」、「調解」)，並非指其等同於訴訟上和解或調解，而僅係強調彼等存有「類似性」而已。

⁷ 關於證據契約內容與界限，參閱拙著，〈新民事證據法論〉，2004年，頁123以下。

⁸ 學者有認為尚應包括以某紛爭事實為單位標準特定訴訟標的之協議、就某紛爭事實所生爭議於起訴前應先經調解之協議、以該爭議為標的之仲裁協議、有關示範訴訟或試驗訴訟之協議等，邱聯恭，〈程序利益保護原則〉，〈民事訴訟法研究會第八十三次研討會〉，91年12月15日，論文資料，頁12。

亦即證據方法契約。

狹義之證據契約則僅係指訴訟法性質之契約，且不包括舉證責任契約。其內涵則可能包括自認契約、推定契約與證據方法契約。但於此應注意，就可反證之推定與自認契約可能被歸類於舉證責任契約，因其舉證責任可能已因當事人之約定而被轉換。

廣義之證據契約則認為證據契約固不包括確認與承認等實體法契約，但包括舉證責任契約。

最廣義之證據契約係指所有關於確定事實或以何方法確定事實之約定，包括實體法與訴訟法性質之契約，即除狹義證據契約外，並包括舉證責任契約與實體性確認契約與承認契約等。

(二)證據契約之性質

證據契約之性質與其定義內涵廣度應有所關聯，因若將證據契約以最廣義方式理解，則實體法性質之確認契約亦為證據契約。但一般就證據契約與實體法確認契約仍多予以區別，並不視為同一。至於其他諸如自認契約、推定契約、證據方法契約、舉證責任契約之性質如何定性，於學理上存有爭議。於我國文獻中，學者有認為證據契約係訴訟行為之一種⁹，亦有認為證據契約乃具訴訟法上契約之效力者¹⁰，亦有認為，有效之證據契約既發生訴訟法上之效果，自係訴訟契約之一種¹¹。在此因涉及定義問題，雖可認為，原則上證據契約係具有訴訟契約之性

⁹ 陳計男，《民事訴訟法論(上)》，民國88年，頁445。

¹⁰ 邱聯恭講述，許士宦整理，《口述民事訴訟法講義(三)》，2000年，筆記版，頁162。

¹¹ 王甲乙／楊建華／鄭健才，《民事訴訟法新論》，民國88年，頁341。

質，但仍應依個別契約逐一探求其性質。

(三)證據契約之合法性

在德國，就證據契約之合法性具有爭議，在學說上，於較早期有採否定說者、亦有就證據方法契約或舉證責任契約個別肯認其合法性者。即於近數十年間之較重要文獻，就此問題之觀察亦非全然一致。Rosenberg 等在其權威民事訴訟法教科書中乃認為：若當事人之協議規定法官應如何評價某一特定證據調查結果，及對法官自由心證予以限制者，應認為不合法。但證據調查之範圍與結果則可經由證據契約而影響，證據契約係訴訟契約因直接主要作用係在程序領域，在辯論主義與處分權主義範圍，應認證據契約有效。理由係因在此範圍，證據提出與自認乃為當事人所得決定。但若係合意排除法院所得依職權利用之證據方法，例如民事訴訟法第 144 條、第 273 條第 2 項第 4 款、第 358 條 a、第 448 條，則不應被准許¹²。

基本上，本文認為，在辯論主義與處分權主義範圍內，應儘量承認證據契約之效力。其理由主要係基於就屬於當事人得處分之訴訟標的，尤其並不具公益之性質事件，當事人就訴訟標的，於實體法上，基於私法自治，且得自由處分；而於訴訟上，亦得自由決定是否提出某訴訟資料，甚至以自認方式達到權利處分之目的，如此，舉重以明輕，自得推出就證據契約應有受較大範圍承認之理由。除非係在較極端之事例，譬如於證

¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., 1993, S.658.就證據方法之合意排除之不同觀點, vgl.Schlosser, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß,1968, S.24ff.,86ff.

據調查後，要求法院應依當事人所為證據評價進行心證形成過程等，否則應對證據契約之合法性採取較寬大之態度，俾能符合私法法理體系之一貫性。因此就舉證責任契約、可反駁自認契約、可反駁推定契約、證據方法契約、仲裁鑑定契約等均應承認其合法性。

但證據契約之被承認仍具有其界限，亦即，若訴訟標的非屬辯論主義與處分權主義適用範圍之程序，即不認為有承認證據契約之餘地。故而，就職權探知主義適用之程序，例如親子事件等具公益性之程序，就證據契約之承認乃應採消極之見解。至於婚姻事件程序，雖其具有公益性質，辯論主義及處分權主義於此之適用受到限制，因而在評價上，就關於離婚之原因事實之證據契約，似應與親子關係事件同視¹³。此外，並應注意，證據契約之訂立有無違反誠信原則、公序良俗或關於定型化契約條款之限制等。

(四)系爭案例之協議定性及其合法性

¹³ 就離婚事件中證據契約效力之判斷，基本上存在理論上困難，因其事件性質與完全採行職權探知主義之事件，仍非完全相同，證據契約之許可性於離婚事件中，似具其獨特地位，而若能就離婚事件中所可能作成之證據契約類型，依其對象區分，而逐一論斷其合法性，似較能釐清相關爭議。例如，離婚事件中，就離婚之原因事實不得為自認契約之合意，較無爭議；但就離婚之原因事實是否可成立證據方法契約，則頗具爭議。有認為此一證據方法限制契約，係限制原告提出證據方法，具維持婚姻之效果，應無不允許之理。但若考慮到，若承認證據方法限制契約於離婚事件之合法效力，則此一證據方法限制契約非唯可限制請求離婚之原告另提其他證據佐證待證事實之權利，但同時是否法院亦可能將因此無法斟酌其他當事人所未提出之事實（民事訴訟法第 575 條、第 288 條規定參照），而此一兩面刃效果是否某程度上亦可能造成如同被告自認之效果（亦即證據方法限制契約並未必有利於離婚事件之被告），因而肯定說之形式觀察，其合理性似仍有研究餘地。

本案例中，甲、乙於保全證據期日達成之協議包括就八十九年二月一日甲毆傷乙之事實，其證據方法限於以驗傷單證明之及甲自認其於九十年三月五日於住宅前有持刀追砍乙之事實二者。就前者而言，甲乙間之協議性質為證據方法契約，就後者而言，其協議性質則為自認契約。就此證據契約之合法性而言，因此一離婚事件乃婚姻事件程序，具公益性，其程序法理非可與一般訴訟事件等同以觀。在離婚事件中，於訴訟中之認諾、捨棄、自認等且於離婚之原因、事實不適用之（民事訴訟法第 574 條第 2 項規定參照），則辯論主義及處分權主義在離婚事件程序顯受限制，因而於此等程序相關之證據契約，如本件之證據方法契約與自認契約，應均不認為其具合法性。

肆、擬答暨結論

案例所示，甲、乙係夫妻，乙以甲曾於民國（下同）八十九年二月一日以木棍毆打伊致傷、復於八十九年五月十日於友人丙之前以三字經辱罵伊及於九十年三月五日於住宅前持菜刀追砍伊等事實，擬以不堪同居虐待事由，提起離婚之訴，猶豫間，聽聞丙近日內將移民加拿大。

就乙可否聲請法院依證據保全程序訊問丙之問題，須視證人丙將移民加拿大之情事，是否該當四種證據保全程序類型之一？案例中，乙於起訴前，發現可證明伊於八十九年五月十日遭甲以三字經辱罵事實之證人丙將移民加拿大，證據保全聲請人乙基於其與相對人甲之法律關係之訴訟程序將繫屬，而證據保全之證據調查將被將來之程序所利用，而該證據非明顯無利

用價值者，且其亦非屬證人可主張其證人拒絕權之不合法證據方法，自應認該聲請具備權利保護必要之要件。而在此，因證人丙將移民出國，依其情形，若未立即進行證據調查，將有滅失或礙難使用之虞，應認已該當民事訴訟法第 368 條第 1 項前段所謂證據有滅失或礙難使用之虞類型之證據保全要件。綜此，乙應得就證人丙之訊問進行證據保全。

至若於乙得聲請法院依證據保全程序訊問丙之情形，如於保全證據期日，甲、乙達成以下協議：（一）就八十九年二月一日甲毆傷乙之事實，其證據方法限於以驗傷單證明之、（二）甲自認其於九十年三月五日於住宅前有持刀追砍乙之事實。此二者乃屬證據契約，（一）之協議為證據方法契約，（二）之協議則為自認契約，均具訴訟契約之性質。但因系爭案例所涉及訴訟事件為涉公益之婚姻事件，非純屬辯論主義與處分權主義適用之程序，當事人所為之上開二證據契約，應認不合法，不生拘束當事人與法院之效力。則若乙提起離婚之訴，乙即得另聲請訊問證人丁以證明其於八十九年二月一日遭甲毆傷之事實；而就甲與乙前開部分之自認契約，法院亦不受其拘束，仍得依調查證據結果，依自由心證認定關於甲是否於九十年三月五日於住宅前有持刀追砍乙之事實。

綜上，乙得依民事訴訟法第 368 條第 1 項前段所稱證據有滅失或礙難使用之虞類型之證據保全程序聲請就證人丙之訊問進行證據保全。又於證據保全程序中甲乙所成立之二協議，乃證據契約，因系爭事件係屬於婚姻事件程序，具公益性，該證據契約合法性之承認乃被限制，應屬無效，不生拘束當事人與法院之效力，乙仍得另聲請訊問證人丁以證明其於八十九年二月一日遭甲毆傷之事實；法院仍得依調查證據結果，依自由心證認定關於甲

是否於九十年三月五日於住宅前有持刀追砍乙之事實。



③確定事、物現狀類型證據保全之必要性要件

壹、案例

某甲承建台北市工務局○○建字第○○號建照工程，施工期間，因抽出地下水而造成鄰近某乙之房屋地基下陷，房屋牆壁發生龜裂，緊急施工，完成灌漿封底之後，已無造成某乙房屋繼續損害之危險。聲請人甲依「台北市建築爭議事件協調處理及評審作業程序」之規定方式處理，相對人乙拒不配合，以致無法依該程序取得鑑定報告，而甲之工程乃被繼續列管，而無法繼續施作，甲為能達成雙方和解，或如不能達成和解時，及早確定損害及因果關係之爭議事實，以促進訴訟，甲乃向台灣士林地方法院提出證據保全之聲請，請求確定乙之房屋之目前受損狀態、其損害與甲施工之因果關係及該損害回復所需之費用。

貳、提要

- 一、民國 89 年 2 月 11 日施行之民事訴訟法修正規定，就證據保全之制度已有重大變革，其中對證據保全之功能認知，

已與舊法時期者，有所不同，其被強化之功能何在？

二、關於確定事、物現狀類型之證據保全，其要件為何？

三、前開類型之證據保全程序於建築工程事件之特殊意義？

參、重點解說

一、被強化之證據保全功能

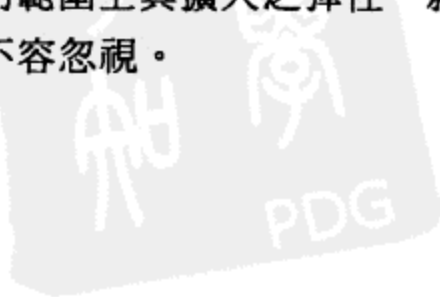
在我國，證據保全制度於民國 89 年 2 月 11 日公布實施民事訴訟法部分修正條文之前，與德國於 1991 年 4 月 1 日納入 1990 年 12 月 17 日司法簡化法前之證據保全制度類似，乃強調該制度係為預行調查證據以保全其結果之程序，亦即，乃為保全證據而設者。惟在修正之後，我國民事訴訟法第 368 條增訂關於確定事、物之現狀類型之證據保全，乃與德國立法例相近，而均於證據保全程序中並強調具有預防訴訟之功能。

就此，德國民事訴訟法第 485 條第 2 項乃規定：若訴訟尚未繫屬而當事人於下列事項之確定具有法律上（合法）利益者，1.人之狀態、物之狀態或價值。2.人身損害、物損或物之瑕疵之原因。3.為排除人身損害、物損或物之瑕疵之費用，得聲請由鑑定人為書面鑑定。於前開確定得以免訴訟者，即被認為有法律上利益。同法第 492 條第 3 項規定，若可得預期達成合意，法院得傳喚當事人進行言詞討論，其和解應載入法院筆錄。此二德國民事訴訟法規定具有預防訴訟之功能，甚為明顯¹。

¹ MünchKommZPO-Schreiber, §485 Rdnr.1. 尤其，若當事人主要係就事實與原因爭議者，於訴訟預防功能益形明顯。Rosenberg/Schwab/Gottwald, 15. Aufl., 1993, S.689

而在我國，新修正民事訴訟法增訂第 368 條第 1 項後段之就事、物現狀之證據保全以及第 376 條之 1 第 1 項、第 2 項規定，亦係為加強訴訟繫屬前證據保全制度之確定事實功能與提供訴訟外解決紛爭之機制。此尤其在當事人僅就事實爭執而於法律問題不爭執時，特別具其意義。新修正民事訴訟法第 368 條之立法理由即明示：證據保全制度依舊法規定，固有事先防止證據滅失或礙難使用，而避免將來於訴訟中舉證困難之功能。惟如能使欲主張權利之人，了解事實或物體之現狀，將有助於當事人研判紛爭之實際狀況，進而成立調解或和解，以消弭訴訟，達到預防訴訟之目的。此外，亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證資料之機會，而有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達到審理集中化之目標。

綜上可知，我國民事訴訟法中關於證據保全制度之功能已被強化，在制度運作時之思考，自不應仍囿限於舊法時期之保全性之觀點。而於比較法之角度上觀察，我國證據保全制度無論新法或舊法，基本上與德國法例均具一定之淵源關係，德國法之相關制度，自有參考之價值。尤應注意者，係自我國民事訴訟法第 368 條規定之前開立法理由可知，我國證據保全制度除保全證據、預防訴訟之功能外，尚具有促進審理集中化之功能，而此一功能之強調，於確定事、物之現狀類型之證據保全程序，在解釋上，即可能較德國法之同類型證據保全之強調預防訴訟者，在適用範圍上具擴大之彈性。就此一立法目的於解釋論上之影響，不容忽視。



二、確定事、物現狀證據保全類型之要件分析

就確定事、物之現狀之證據保全類型而言，其要件審查區分為一般要件與特別要件之審查。就一般要件而言，在證據保全程序中，並不須具備當事人主張之待證事實具重要性、訴訟具勝訴之望或證據保全具可實施性等要件。而除相對人同意之類型外，基本上，於證據保全程序中，法院應審查當事人證據保全聲請之權利保護必要。所謂證據保全程序聲請之權利保護必要性，乃指聲請人基於與相對人之法律關係之訴訟程序已繫屬或將繫屬（無論其為原告或被告），而證據保全之證據調查將被現在或將來之程序所利用者。雖法院對證據方法於主要程序之重要性無須審查，但若明顯無利用價值者，則仍屬無保護必要²。但即若存在仲裁協議者，亦不排除證據保全程序（LG Hanau MDR 91,989）。足見，即使存在妨訴抗辯之情形，亦不當然得認為證據保全程序無必要性。

就特別要件而言，依我國民事訴訟法第 368 條第 1 項後段規定可知，此一類型證據保全之特別要件主要包括：為確定事、物之現狀，有法律上利益及有必要性三者。應注意者係，其並無須具備證據方法有滅失之虞之要件。

而其確定對象，若較諸德國民事訴訟法第 485 條第 2 項規定之客體，亦即：1.人之狀態、物之狀態或價值；2.人身損害、物損或物之瑕疵之原因；3.為排除人身損害、物損或物之瑕疵之費用，似較狹隘。但揆諸前開司法院提案理由所舉之例，以及此一規定所欲達成之目的，應認為上開德國法之保全客體，

² Musielak/Huber, ZPO, §485 Rdnr.7.

亦為我國法指涉對象所及³。其中，就狀態之確認而言，其對象包括人或物之狀態⁴、或物之價值。就此所謂狀態之確認，不唯係對外在狀態之確認，亦包括隱藏之瑕疵在內。例如，就房屋有潮濕之瑕疵，不僅對其破裂水管予以審視，即其外牆密度亦屬之。就原因之確認而言，係指人身損害、物損或物之瑕疵之原因之確定。此一原因，並不限於獨立原因，即僅部分或間接或共同原因者亦與之，並包括對應負責人與其參與及肇因比率之確認。就排除費用之確認而言，在此所謂之費用，包括所有為排除人身損害、物損及物瑕疵之給付，金錢與時間之支出均屬之。

若上開要件該當，則法院尚須審查當事人於該確認是否具有法律上利益之要件。所謂法律上利益，乃屬一不確定法律概念，其解釋可能有寬嚴之差異，若著眼於傳統意義保全程序原具有暫時性緊急程序性質，則其例外性自將限縮所謂法律上利益之解釋空間；而若將法律上利益要件過度放寬解釋，則將可能令本文中所述急迫性證據保全類型之意義遭架空。在此，一

³ 學者並有認為，尚應包括損害或瑕疵之發生原因、責任歸屬、排除瑕疵之必要方法或所需費用等事實，均得作為確認之對象，例如，出租人不僅對於房屋出租後受損之現狀，尚可包括回復原狀之費用，聲請保全證據為鑑定。參閱沈冠伶，〈證據保全制度—從擴大制度機能之觀點談起〉，第《月旦法學雜誌》，76期，頁55。但實務有誤以為鑑定回復原狀費用非屬現狀之確定者（台灣台北地方法院90年度聲字第673號民事裁定）。

⁴ 例如，對於某址樓房含附屬第一層之地下室受損現狀予以現場勘驗、拍照存證（台灣士林地方法院90年度聲字第599號民事裁定）、或准就坐落某址建築工程已完成現狀（含工程項目及數量）由中華民國土木技師公會進行鑑定（台灣台北地方法院90年度聲字第1803號民事裁定）。於德國，證據保全程序於建築工程糾紛事件具有甚為重要的地位，此尤其係關於建築瑕疵之確認者，Werner/Pastor, Der Bauprozess, 7. Aufl., 1993, Rdnr.1.

般而言，法律上利益於該確認得以避免訴訟發生者，即足當之。惟德國通說並不認為法律上利益僅限於此一為立法所明示之利益，而就之為較寬廣之理解⁵。學者乃有認為，若物或價值之狀態得構成聲請者對他人之請求權之基礎或他人對聲請人請求權之基礎者，即足當之⁶。至於是否當事人之確認請求得否防免訴訟，則應由當事人釋明之。但若屬無法辨明法律關係或可能之訴訟相對人或請求權之情形，即不能認為具有法律上利益。即僅以此證據保全摸索權利構成事實者，或僅對法律問題有爭議者，在此均不存在法律上利益。未就所謂必要性而言，其於德國法相關規定，除前開權利保護必要之要件審查外，並無將其明文納入要件。而我國法所規定之此一要件乃屬於不確定法律概念，在解釋上宜注意立法目的於要件之解釋論上之指導性質。如此，法院就必要性解釋時，即應注意為達到防免訴訟及發現真實與促進訴訟之目的，聲請人所為證據保全之聲請，是否已無存在其他相同有效而對相關當事人損害較少之手段。據此，必要性之審查，即應考慮於個案中當事人是否仍有其他可期待之方法採行，若其他方法遭受不合理阻礙或成本過高時，應不能認為無必要。

系爭事件某甲所提證據保全，就一般要件而言，聲請人基於與相對人之法律關係之訴訟程序將繫屬（無論其為原告或被

⁵ Weise, Praxis des selbständigen Beweisverfahrens. 1994, S.56.於德國實務曾有以醫療糾紛之特殊性為由，而認為證據保全程序之以確定事、物狀態類型難以適用者(OLG Hamm, Beschl.v.10.5.1995-3 W6/95-)。但學者認為於醫療糾紛事件應一般承認存在一法律上利益，Mohr, Das selbständige Beweisverfahren in Arzthaftpflichtfaellen, MedR 1996,455.

⁶ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 59.Aufl., 2001, §485 Rdnr.8m.w.N. 質疑見解，vgl. MünchKommZPOSchreiber, §485 Rdnr.13m.w.N.

告)，而證據保全之證據調查將被現在或將來之程序所利用，應具權利保護要件。而其所聲請鑑定鄰損、因果關係及回復費用，據上說明，應屬確定事、物現狀類型證據保全程序所得確認之對象。就法律上之利益要件而言，基於我國法擴張證據保全程序之功能及於促進訴訟與審理集中化，且在建築工程事件，如因鄰損而造成無法繼續施工，將造成建築商及社會經濟有遭受損害之危險，因此有必要將法律上利益之意義，認為不僅存在於有和解之可能，亦應擴及訴訟資料之準備。而系爭案例中，甲所聲請鑑定事項，與兩造間侵權行為債權、債務之發生或消滅有所關聯⁷，自應認為已具備法律上利益之要件。茲有疑義者乃是否系爭事件具有必要性，就此，涉及台北市建築爭議事件協調處理及評審作業程序是否可阻卻在此所需具備之必要性問題，容後述之。

三、證據保全程序於建築工程爭議事件之重要性

在德國，證據保全程序於建築工程事件，具有至為重要之地位。其理由乃因於建築工程爭議事件，主要之爭執問題乃瑕疵之存在與否及其因果關係，而若未行證據保全程序，輒造成證據方法有滅失之虞、損害擴大及工程長期間無法繼續施作之問題⁸。尤其在1991年4月1日法案中所稱獨立證據程序（按：乃現行德國民事訴訟法對證據保全程序之稱謂），足以發生中斷擔保請求權之時效之效果，使證據保全程序於德國建築工程爭

⁷ 亦即，建商有否可能鑑定損害金額後，依清償提存，而能獲得繼續建築之許可，乃與建商之權益攸關至鉅。

⁸ Locher, Das private Baurecht, 6.Aufl., 1996, Rdnr.506; Werner/Pastor, Rechtsfragen beim Bauen, 10.Aufl., 1997, S.250.

議事件更顯重要。此外，德國獨立證據程序之功能不限於證據保全，而並及於預防訴訟之功能，其於建築相關爭議事件之意義，乃為提供當事人另一解決紛爭之機會，而於證據保全程序中乃增加促進和解之可能性（德民訴法第 492 條第 3 項規定參照）。於實務上，且承認在證據保全程序中，亦有訴訟告知之適用（BGH NJW 1997, 859）。

德國民事訴訟法所承認之證據保全類型中，就其中之獲得相對人同意之類型，一般認為較不易適用，其理由係因取得相對人之同意並不容易。此外之二種類型，亦即證據有滅失或礙難使用之虞及確定事、物現狀二者，則頗為常見⁹。就確定事、物現狀類型之要件，除應注意其證據方法僅限於書面鑑定外，尚應注意其確認對象放寬之立法意旨。而此類型之要件中，尤應對所謂具法律上利益之要件充分理解。在德國，一般認為所謂法律上利益之承認，不應被太狹隘理解（即不應限於得防免訴訟發生一節）。因而若自事、物現狀得導致當事人之請求權（債權或債務關係）且聲請人於此一確認有法律上利害關係者，即被認為具備所謂法律上利益之要件¹⁰。亦即，涉及足以構成或消滅某權利之狀態確認，即被認為具法律上利益（OLG Celle, BauR 1992/405ff.）。至於聲請人應釋明具備法律上利益之要件問題，在大部分建築工程爭議案例當事人並不困難即能主張該確認得防免某一可能之訴訟發生¹¹。而實務甚至有認為，為此僅需就法

⁹ Werner/Pastor, Rechtsfragen beim Bauen, 10. Aufl., 1997, S.252f.

¹⁰ öthlein, Private Bausachen, 2. Aufl., 1995, Rdnr.23. 無論係關於瑕疵擔保請求權、侵權損害賠償請求權、時效問題、結算細節、遲延或終止解約之問題，均涉及法律上之利害關係（LG Heilbronn, BauR 1980/93,94）。

¹¹ Locher, Das private Baurecht, 6. Aufl., 1996, Rdnr.508.

律關係及可能之訴訟對造加以陳述即可 (KG BauR 1992, 403)。且實務上亦有持更寬鬆見解而認為，即使該確認非得防免訴訟，而係為損害賠償訴訟之準備，亦被認為具備法律上利益之要件。(OLG Celle BauR 1992, 405)。此等於建築工程事件中，德國實務就確定事、物現狀類型所持之擴張性見解，應值注意。

四、必要性要件之特殊考量

實務有認為：台北市政府工務局為處理台北市建築爭議事件，解決建築糾紛，乃依建築法第 103 條等法規，訂頒「台北市建築爭議事件協調處理及評審作業程序」，以為規範。聲請人自陳其依該作業程序之規定，循損害鑑定，和解協議之方式處理。而依該作業程序之規定協調處理之建築爭議鄰損事件，亦即提由台北市建築爭議事件評審委員會評審事件，循該作業程序之規定，爭議雙方當事人均得參與上開委員會之評審程序陳述意見，台北市政府工務局建築管理處，並得通知合於該作業程序規定資格之鑑定單位派員列席，如屬經依建築法第 58 條處分有案之建築爭議事件，鑑定人並應查核受損房屋評估損壞狀況，提出補充鑑定報告。承造人並應依循一定程序會同監造人勘查評估現況，並向鑑定單位申請鄰房現況鑑定。鄰損事件，如雙方自行協調，未達成協議，經受損戶提出異議，建管處應定期召集受損戶、工程起造人、承造人、監造人會同勘查損壞情形，依法定程序處理。爭議當事人現場會勘後，應於十四日內決定鑑定單位，並副知建管處（原則由受損戶指定，受損戶不在一定期限內指定則由承造人逕行選定），並由承造人向鑑定單位申請受損房屋損壞鑑定，有該作業要點可資參考。則依該

作業程序之規定，已得由建管處參與監督，囑託鑑定，難認本件確有為鑑定、勘驗之保全證據之必要性¹²。

在此，應注意者係我國與德國證據保全程序中，就確定事、物現狀類型者，我國法乃有加上必要性之要件，因而產生適用之困難。但其所以加上此一要件乃因我國就此一類型之證據保全所得利用之證據方法較德國者為廣，亦即我國法就此類型有鑑定、勘驗及保全書證，而德國法則僅承認書面鑑定一項。且我國法就此一類型證據保全除防杜紛爭之功能外，另亦強調審理集中化之促進功能，則適用範圍，理論上即較德國者為寬。因而為免濫用，而損及相對人或第三人之利益，乃以必要性為監控要件。

就所謂必要性要件而言，其乃屬於不確定法律概念，在解釋宜注意立法目的於要件之解釋論上之指導性質。如此，法院就必要性解釋時，應注意為達到防免訴訟及發現真實與促進訴訟之目的，聲請人所為證據保全之聲請，是否已無存在其他相同有效而對相關當事人損害較少之手段¹³。此乃法治國之國家機關採取干預人民權利之行為時，所應注意之比例原則基本內涵。據此，若聲請人於訴訟之防免與訴訟之促進，於個案中仍有其他可期待之方法可採用時，則似無須承認其有利用此一原本應帶有暫時性、過渡性、例外性之保全制度之合理性。法院尤其應就聲請人程序與實體利益與相對人之財產權、秘密權、人身權等憲法上保障權利為適當之權衡，以免一味自以為促進

¹² 台灣士林地方法院 91 年度聲字第 1221 號民事裁定。惟本件已經台灣高等法院九十二年度抗字第四四三號民事裁定廢棄，該裁定持與本文相同之見解。

¹³ 關於比例原則中之必要性原則定義，vgl.Katz, Staatsrecht, 13.Aufl., 1996, Rdnr.207.

訴訟，而竟淪為聲請人探查相對人營業秘密目的之工具¹⁴。而就必要性之審查要求強度上，也許可以考慮若對相對人侵害較嚴重者，就此一要件之要求強度，即可較高為之。因而如為書面鑑定，似對相對人侵害較少，在必要性之審查上，似可採較弱之方式與角度處理。

此外，就台北市建築爭議事件協調處理及評審作業程序與證據保全之關係而言，首先，就建築法第 103 條及台北市建築爭議事件協調及評審作業程序第 2 條就建築爭議事件之由台北市建築爭議事件委員會處理，乃以「得」之方式規定，則其評審之規定似無強制性質。其次，自台北市建築爭議事件協調及評審作業程序之規定以觀，亦無排除當事人另行以司法訴訟解決之效力。則即使有該特殊程序得以利用，似不當然得以認為，當事人基於個案情形請求為證據保全，即屬無必要。合理做法，應要求聲請人釋明其必要性何在？例如，當事人如能釋明，相對人（被害人）不依台北市建築爭議事件協調及評審作業程序第 9 條提出異議¹⁵、不進行協調、而建管處有遲不處理相關程序

¹⁴ 學者有認為，證據保全程序具有兼顧當事人程序利益及實體利益之意義，並認為在公害事件、交通事故、產品製造人責任、醫療糾紛等事件，受害人就他造所執有關案情之文書聲請保全證據之情形，須以維持當事人公平所必須之情形為限，始不致發生證據之摸索。因此，證據保全之准許，應限於欲從他造蒐集特定證據之當事人為準備訴訟，縱令盡力為之仍不能蒐集，且其不能蒐集該證據，係屬不可歸責於己，反之，他造提出該證據甚為容易，並非期待不可能之情形，以兼顧兩造之利益。許士宦，《證據開示制度與秘密保護程序——以證據保全與文書提出命令為中心》，88年6月，台大法律學研究所博士論文，頁245。

¹⁵ 臺北市建築爭議事件協調及評審作業程序第 9 條規定：本市建築執照工程施工涉及損壞鄰房事件（以下簡稱損鄰事件）時，如雙方自行協調未達成協議，經受損房屋所有權人（以下簡稱受損戶）提出異議時，建管處應於文到七日

之情形，則難認依該程序取得相關損害鑑定報告仍為於當事人可得期待，若於此等情形，仍認為台北市建築爭議事件協調及評審作業程序可得阻卻民事訴訟法之證據保全程序，似於相關紛爭之解決，無所助益，甚至有擴大損害與紛爭之範圍之虞。

綜上，系爭事件中，甲若能於其利用台北市建築爭議事件協調及評審作業程序取得鑑定報告之不可期待性之情事予以釋明，則難謂其聲請為書面鑑定之證據保全為無必要。

肆、擬答暨結論

某甲承建房屋，施工期間，造成鄰居乙之損害，嗣經緊急施工，完成灌漿封底之後，已無造成某乙房屋繼續損害之危險。聲請人依甲「台北市建築爭議事件協調處理及評審作業程序」之規定方式處理，相對人乙拒不配合，以致無法依該程序取得鑑定報告，而甲之工程乃被繼續列管，而無法繼續施作，甲為能達成雙方和解，或如不能達成和解時，及早確定損害及因果關係之爭議事實，以促進訴訟，而請求證據保全。

系爭事件某甲所提證據保全，就一般要件而言，聲請人基

內發函召集受損戶及工程起造人、承造人、監造人會同勘查損壞情形，並依下列程序處理：(以下略)。該作業程序第11條並規定第9條第1款損鄰事件之協調處理程序，在三個月內經本會代為協調合計三次，雙方仍未達成協議，如有以下之一情形者，且由起造人或承造人依鑑定單位鑑估受損房屋修復賠償費用，以不和解之受損戶名義提存於法院後，得向建管處申請撤銷列管，受損戶如有爭議應循司法途徑解決：(一)(以下略)足見鄰損事件欲以前開程序獲得鑑定報告及解除列管，仍須被害人與該管機關之作為，非起造人或承造人所得主控，就此程序之特殊性，應予注意。

於與相對人之法律關係之訴訟程序將繫屬（無論其為原告或被告），而證據保全之證據調查將被現在或將來之程序所利用，應具權利保護必要。而其所聲請鑑定鄰損、因果關係及回復費用，亦屬確定事、物現狀類型證據保全程序所得確認之對象。就法律上之利益要件而言，基於我國法擴張證據保全程序之功能，乃至於促進訴訟與審理集中化，且在建築工程事件，如因鄰損而無法繼續施工，將造成建築商及社會經濟有遭受損害之危險，有必要將法律上利益之意義，認為不僅存在於有和解之可能，亦應擴及訴訟資料之準備。而系爭案例中，甲所聲請鑑定事項，與兩造間侵權行為債權、債務之發生或消滅有所關聯，自應認為已具備法律上利益之要件。另台北市建築爭議事件協調及評審作業程序之規定，並無排除當事人另行以司法訴訟解決之效力。甲若能於其利用台北市建築爭議事件協調及評審作業程序取得鑑定報告之不可期待性之情事予以釋明，則難謂其聲請為書面鑑定之證據保全為無必要。則於甲之聲請即應予准許。



