

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



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

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

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,以供参考。

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。^① 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

^① 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。^①

“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。^②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

^① 王甲乙：《自由心证主义》，载《法学专刊》1966 年第 43 期。

^② 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。^①

(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。

^① 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,^①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。^②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。^③

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

^① 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.

^② Musielak/Foerste, ZPO, Kommentar, 1990, § 287 Rdnr. 1.

^③ 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。^①

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。^②(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,^③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

^① Schneider, a. a. O., Rdnr. 260.

^② “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。

^③ 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。^①

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。^②

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。^①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。^②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。^③

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。^④

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。^⑤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。^⑥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。^①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。^②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。^③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)，^①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

^① 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。^①

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”。^②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。”^③

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.