

政大法學叢書（八五）

伊薩法學系列（十八）

證據評價論


姜世明 著

政大法學叢書（八五）

伊薩法學系列（十八）

證據評價論

姜世明 著

 新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

證據評價論／姜世明著 --一版.--

臺北市：新學林，2014.02

面；公分.--（政大法學叢書；85）

ISBN 978-986-295-297-9（精裝）

1.證據 2.民事訴訟法 3.論述分析

586.6

103001694

證據評價論

作者：姜世明

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：台北市和平東路二段339號9樓

電話：(02) 2700-1808

傳真：(02) 2705-9080

網址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正

副總編輯：林靜妙

責任編輯：鄭珮言

副理：許承先

內文編排：陳怡君

出版日期：2014年2月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元加收郵資50元

定價：500元

ISBN 978-986-295-297-9

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市大安區和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 2700-1808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

作者簡介

作者：姜世明

現任：

政大法學院教授

政大法學院副院長兼系主任

學經歷：

台灣大學法學士

台灣大學法碩士

德國慕尼黑大學法學博士

政大法學院副院長兼在職專班主任、民法中心主任

板橋、宜蘭及台中地院法官

法官評鑑委員會委員

律師覆審委員會委員

公共工程委員會採購申訴審議委員會委員

公共工程委員會技師懲戒覆審委員會委員

金融消費評議中心主任委員

著作：

民事訴訟法（上冊）

民事訴訟法（下冊）

家事事件法論

法律倫理學

民事程序法實例研習（一）

民事程序法實例研習（二）

任意訴訟及部分程序爭議問題

律師倫理法

民事證據法實例研習（一）

民事證據法實例研習（二）暨判決評釋

舉證責任與證明度

舉證責任與真實義務

律師民事責任論

新民事證據法論

民事程序法之發展與憲法原則

法院組織法

民事訴訟法判解導讀

民事訴訟法基礎論

非訟事件法新論

民事訴訟法註釋書（二）

民事訴訟法註釋書（四）

序 言

本書係個人關於民事證據法之第四部學術專書，收錄個人多年來關於自由心證理論相關之學術論文，其中多數已發表在學術期刊或學術研討會中，部分則係為出版本書所需而特別撰寫之專論。

自由心證在我國有被汙名化之現象，部分情形可能係我國實務對於民事證據法學未有足夠認識，部分情形可能實務上有包藏禍心之濫用狀況，而更多情形可能係外界對於自由心證內涵之誤解。本書特別對於自由心證之界限及其在第三審之可審查性予以分析，即在釐清此一模糊卻重要之議題。

本書且對於經驗法則、證據價值、證據能力、間接證明及表見證明等問題作深入探討，對於此等在實務運用上每顯現其不確定性之制度，並提供若干操作上或可資依循之方向，以供參考。

個人資質能力有限，對於此一民事訴訟法上至為困難而重要之議題予以研究著述，在家事公事奔忙下，每感力不從心，本書經多年而完成，總算了卻一樁心事。為此尤深感以有限生命，作如唐僧譯經釋文之苦工，總不期待被知於現時，但求無愧於今生。至於得否眾生喜受、菩提處處，實難強求，惟有待來者乎！

ii 證據評價論

本書之著作，對於其中部分案例之研析，每賴多年來助理們用心蒐尋整理，尤其係奕榔同學繪製部分模組圖樣初稿，對本書完成有重大意義，特予誌謝！

姜世明 02.01.2014 於政大研究室

目 錄

序言	i
自由心證導論	001
論經驗法則	087
蓋然性與證據價值	171
間接證明之研究	215
表見證明在我國實務上運用之評估 ——兼論其與事實說明自己原則之區辨	293
證據能力及違法取得證據之可利用性	381
《法律叢書目錄》	437

自由心證導論

目次

壹、前言	3
貳、概論	4
一、意義與法依據	4
二、定性與功能	5
三、自由心證與部分審理原則之關係	6
四、與損害賠償額確定之比較	8
參、自由心證之內涵	10
一、自由評價或法定證據	10
二、評價之主體與客體	11
三、評價自由？或亦包括利用自由？	15
四、經驗法則與論理法則	17
五、證明度與證據價值	25
肆、自由心證之限制	34
一、法定證據	34
二、證據契約	36
三、證明預斷禁止	39
四、違法取證	44
五、經驗法則	49
六、程序原則	50

2 證據評價論

七、調解及特別程序小額程序	54
八、刑事確定判決之影響.....	56
伍、證據評價之表示及法律審救濟之可能性	58
一、證據評價之表示.....	58
二、法律審救濟之可能性.....	64
陸、實務上運作之觀察	68
一、案例事實	70
二、意外發生之認定.....	71
三、故意行為自殺意圖.....	75
四、故意行為倒車與墜崖間之合理性.....	78
五、小結	82
柒、結論.....	84

壹、前言

自由心證原則係現今大多數國家程序法所採取之審理原則，其主要係作用於認定事實之層面，但因對於當事人之訴訟勝敗攸關至鉅，對於此一認定事實之機制，若操作不當，於當事人而言，易造成突襲，並產生對於法官恣意之疑慮。

對於我國而言，民事訴訟法第 222 條亦規定自由心證原則，但其對於所謂自由心證，並未定義，因而學理上對此可能有不同看法。而在實務上，對於證明度、經驗法則、蓋然性及證據禁止等問題且尚未釐清，如此，亦難期事實審法院對此能有依循標準。

更可慮者係，第三審若透過經驗法則及證明度或指摘事實審有未查之證據等制度，介入事實審之事實認定領域，則就自由心證之運作，對於事實審法官而言，更屬莫測高深。此對於法治國原則所要求於程序法上應防止突襲訴訟當事人而言，自將產生期待之落差。

自由心證主義作為程序法之審理原則，徵諸法制史發展，並非自明之理，而係存在一與法定證據主義間之辯證關係。¹對於證據能力及證據價值是否應由法律統一規定，例如文書證據之證據價值高於人證之證據價值、三位證人互核一致之證詞之證據價值高於一位證人證詞等類，在程序法之法制史上原存在各種可能，即使在採行自由心證主義之現行民事訴訟法，亦仍存在部分法定證據主義之制度餘緒，而非全然排除所有證據價值判斷之法定原則。

1 關於自由心證主義之法歷史發展，Vgl. Deppenkemper, Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis, 2004, S. 19-222.

4 證據評價論

貳、概論

一、意義與法依據

我國民事訴訟法第 222 條第 1 項明定：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。」依此規定，得作為認定事實之資料者，包括全辯論意旨與調查證據之結果，換言之，未顯出於言詞辯論之資料，不得作為判斷事實真偽之資料，一方面確保判斷事實真偽之客觀性，另一方面為判斷事實真偽時，必須就全辯論意旨及調查證據之結果統加斟酌，不得遺漏。²

民事訴訟法第 222 條第 1 項並未對於自由心證主義進行定義，對於自由心證之定義，學者所論不一。³基本上，自由心證原則係指對於何一證據方法得為法院所利用，某一證據調查結果得被評價為具有多少證據價值，係交由法院自由評價決定，而原則上不以法律規定之。亦即法院在認定成為判

2 王甲乙，自由心證主義，法學專刊，第 43 期，1966 年 7 月，頁 78-79。

3 有認為「當事人有爭執之事實，其認定採自由心證主義，法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽」楊建華原著、鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，2009 年，頁 203。有認為「書證以外之證據，均無形式上證據力之限制，其證據之取捨與證據力之強弱，悉依法院之自由心證」吳明軒，民事訴訟法（中），2009 年，頁 872。有認為自由心證為法院判決時「經斟酌之後，憑法官之學識、經驗及智慧，按經驗法則及論理法則，為客觀之衡量，依其內心之確信，判斷事實之真偽」王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，2009 年，頁 395。有認為「對於證據能力與證據價值（證據力）不加限制；證據之取捨、證據價值之有無，由法院自由判斷之主義」駱永家，民事訴訟法 I，1991 年，頁 174。有認為「法官於裁判時，基於審理中所出現之全部資料與情況依其良心自由之判斷形成心證而認定主要是實之採證方法」陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），2010 年，頁 500。

決基礎之事實時，依據該事件審理中所呈現之一切資料，原則上委由法官自由判斷其證據利用與否及證據價值高低，並形成一定之心證。若對於證據之證據能力及證據價值均以法律預先規定其存否或高低者，則為法定證據原則。就自由心證之定義，較易產生爭議者係對於證據能力部分，亦即其是否亦為自由心證之內涵所包括？雖民事訴訟法中關於自由證明之適用範圍有所限縮，而與非訟程序者不盡相同。但其既仍有部分適用自由心證之空間，對於證據能力部分納入自由心證內涵中討論，應屬必要。關鍵之所在乃對於其限制應為如何界定之問題。

二、定性與功能

自由心證主義係民事訴訟法上之審理原則，與處分權主義、辯論主義等類民事訴訟法審理原則相同，均不具憲法上原則之性質。惟其與處分權主義係針對程序開啟、審理對象範圍及程序終結之決定權歸屬法院或當事人，或辯論主義係在探討訴訟資料層次之蒐集與提出義務或權限問題，並不相同。自由心證主義乃對於法院認定事實階段加以作用之審理原則，對於事實真偽之認定，須藉助自由心證主義乃得完成。

相對於法定證據主義，自由心證主義原則上乃將認定事實、判斷證據價值之權限交由法官決定，於此，除實現法官憲法上賦予依據法律獨立審判之職業功能，避免其淪為形式之判斷工具外，亦期待法官發揮其專業訓練成果，於個別案件審理之時，能對於所有證據依其相互間之關係整體觀之，以達成發現實質正義之目標。

三、自由心證與部分審理原則之關係

自由心證係設計於判斷事實真偽之制度，惟此制度之前提乃證據進入法庭供法官審酌，因而證據之取得與完整呈現，即為自由心證重要之問題。茲就其與民事訴訟法上部分重要原則關係說明如下：

(一) 辯論主義

辯論主義第一命題要求法院對於當事人未主張之事實不得加以審酌，第二命題則要求法院對於當事人不爭執之事實應直接作為裁判基礎，第三命題則要求法院不得職權調查證據。此三命題乃涉及訴訟資料之提出與蒐集，對於自由心證之評價基礎自會發生影響。尤其，辯論主義亦歷經變遷，在修正辯論主義與協同主義之爭議下，對於法院心證形成所以賴之資料亦發生影響，例如對於法院私知可否審酌？對於悖於真實之自認，法院是否受拘束？法院得依職權調查證據之界限為何？均對於自由心證有所影響。⁴

(二) 言詞審理原則

作為法院裁判基礎之訴訟資料，須根據當事人與訴訟關係人之言詞陳述，民事訴訟法第 221 條第 1 項：「判決，除別有規定外，應本於當事人之言詞辯論為之。」已有明文。

法院在證據調查階段，於訊問證人、勘驗等證據調查過程，藉由直接聽取當事人之證言，及對人物之觀察體驗，於

⁴ 對於第三命題，即使在德國，因擴大法官職權調查證據之範圍，乃有學者指出實際上僅在人證部分，尚有第三命題之適用空間。Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 5. Aufl., 1994, Rdnr. 18.

訊問證人時，更可同時觀察當事人陳述之際之動作、表情等，較能確保心證形成之新鮮度與明確性，而有助於自由心證功能之促進。於言詞辯論階段，使兩造當事人充分攻擊防禦，確保其辯論權，就證據之完整性及證據價值高低給予辯論機會，亦有降低法官獨斷或疏誤判斷之風險。

（三）直接審理原則

直接審理主義係指為本案裁判之法官，須親自認識其所欲作為心證內容之資料，直接參與言詞辯論與證據調查等訴訟程序，民事訴訟法第 221 條第 2 項即規定：「法官非參與為判決基礎之辯論者，不得參與判決。」。

直接審理原則與自由心證之關聯主要表現在：其一為法官直接於證據首次出現於法庭之際，即利用自身五官加以體會，可確保心證之形成得以與最相關之證據相連結；其二為法官得以藉由直接審理將心證之清晰度予以延續保留，透過每次庭期使每一證據存於法官心中交互判斷，以求得較正確之心證。

（四）公開審理原則

依法院組織法第 86 條規定：「訴訟之辯論及裁判之宣示，應公開法庭行之。但有妨害國家安全、公共秩序或善良風俗之虞時，法院得決定不予公開。」基於此一原則，法院於審理案件時，原則上任何不特定人皆得隨時進入法庭旁聽，若應行公開審判，卻未為公開審理即為判決違反法令，依民事訴訟法第 469 條第 5 款為上訴第三審之事由。

8 證據評價論

藉由公開審理，對於法官而言，乃可監督其行使自由心證之正確性，避免其專制擅斷而為恣意之事實認定；而於當事人而言，則可防止其為虛偽之主張及陳述，確保證據進入法院非為捏造或帶有虛假之錯誤解釋，進而擔保法院心證形成之正確性。

四、與損害賠償額確定之比較

德國民事訴訟法第 287 條第 1 項規定，若當事人於損害是否已發生，即損害或應賠償利益之額度有爭執，就此，法院於斟酌所有情事下，依自由心證決定之。是否及如何程度為證據調查或依職權指定鑑定人為鑑定，由法官裁量為之。法院則就損害或利益訊問舉證人。德國民事訴訟法第 452 條第 1 項第 1 句、第 2 項至第 4 項之規定準用之。於 1877 年 1 月 30 日民事訴訟法草案，就於損害賠償程序中引進特別自由心證制度，說明指出以迄今所採之證據要求，造成損害賠償訴訟成為拖延與複雜之法律爭議，且於甚多事件造成損害賠償請求無法實現之結果，基於實質正義之要求，有必要對前開不利於被害人之制度予以改善。⁵亦即鑑於損害賠償事件，若要求達到該條所規定之完全證明，則甚多人之損害賠償請求權將無法實現。未使此一不利於被害人之情狀去除，有必要將若干待證事實之證明度要求降低，並賦予法官調查證據之決定自由。⁶帝國法院就該條曾認該條所謂之自由裁量，超

5 Vgl. Hahn, C., Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, II. B, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, 1. Abteilung, Berlin, 1880, S. 276f. 較詳細之立法史分析, vgl. Heller, Schadensermittlung nach § 287 ZPO, 1977, S. 9ff.

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

出法院於認定某事實主張是否為真之自由心證，一則，當事人免除就為能推得所主張損害之待證事實為確切陳述；另則，法院亦無須受制於其心證形成僅能以審理內容為基礎之必要性，亦即法院非唯得利用審理中由當事人所提資料及所為之證據調查。⁷

而德國民事訴訟法第 286 條就自由心證規定，法院應審酌審理及所為證據調查之全部內容，依自由心證決定是否某一事實之主張為真實或非真實。(第 1 句) 判決中應交代心證形成之理由。(第 2 句)。從而其與損害賠償額確定條文第 287 條最大差異在於：(一)前者適用較嚴格理由強制，後者則對理由強制要求較低。(二)證據調查與證據取捨前者較為嚴格，後者則由法院自由裁量為之。(三)前者法官之心證確信之形成，其證明度應達到殆可謂其為真實之真實性 (eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)，但後者僅要求較低蓋然性。(四)前者適用範圍係損害原因及責任成立因果關係，後者適用範圍係損害額度及責任範圍因果關係。(五)前者適用一般之當事人主張責任，後者之情況下當事人主張責任降低。(六)前者如須舉證應遵守舉證責任分配規則，後者對於損害調查基本上不強調舉證責任。⁸

我國第 222 條第 2 項規定：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。」，其立法理由為損害賠償之訴，原告已證明受有損害，而有客觀上不能證明其數額或證明顯有重大困難之情事時，如仍強令原告舉證證明損害數額，非

7 Vgl. Schneider, a.a.O., Rdnr. 240.

8 Schneider, a.a.O., Rdnr. 260.