

伊薩法學系列 ①

新民事證據法論

姜世明 著

修訂三版

伊薩法學系列(一)

新民事證據法論

Beweisrecht

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

新民事證據法論 = Beweisrecht / 姜世明著。 -

- 三版。 -- 臺北市：新學林，2009.11
面；公分。 -- (伊薩法學系列；1)

ISBN 978-986-6419-55-3(平裝)

1. 證據 2. 民事訴訟法 3. 論述分析

586.6

98020879

新民事證據法論

作者：姜世明

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：10670 台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

電話：(02) 27001808 傳真：(02) 27059080

網址：<http://sharing.168city.com.tw/>

總經理：毛基正

總編輯：田金益

版權部：林靜妙

主編：林靜妙

製程管理：許承先



出版日期：2009 年 11 月 三版

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

購書未滿 1000 元加收郵資 50 元

定價：460 元

ISBN 978-986-6419-55-3

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：10670 台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

團購專線：(02) 27001808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://sharing.168city.com.tw/>

修正三版序

本書二版修訂迄今已經多年，期間相關議題，實務見解偶有新發現，學說之發展，與本書各文發表時情況，亦已不能同日而語。對此，本書自有關照、比對之必要，俾讀者能就相關議題得有更完整之觀察視野。

此書初版問世係在本世紀初始，其倏忽已近十年，期間南北奔走、人事滄桑，因未及逸仙，仍多惶惑，對不平事，亦難免物喜己悲或書空咄咄。此類情事，不利修身養性。固為今日之我，所應深自反省改進者。

思憶在德期間，悲喜交錯之際，因憤誹而得啟發，恥而後作。雖得恩師體諒，得以早歸，其匆促來回，難免遺憾。歸國後，回任法官，遷避宜蘭，在心靈待復之時，辦公交遊，心境較趨和緩。因覺不足，筆耕不輟，經二年而得有此書初稿，而於調任台中地院時，使付梓問世。深夜孤燈下，回首過往，亦多感慨。

近日整理在德文稿及日記，見一九九八年四月間，於心境紛亂，思想傾左之際，經常漫步伊薩河旁。某日見參天巨木下一卑小樹種，軀幹難伸，枝葉萎小，當下有所感，而寫下感懷新詩一首，撫今視昔，感動仍深。特摘錄如下，以誌前殤，並惕來茲。

我的枝瘦、葉小，連根也不得開展
祇能眼睜睜地
看著你那怒爪般的枝幹
無理地橫向天空
抓取無數的陽光
連你那千百肥厚光澤的綠葉
也摩拳擦掌般地發出沙沙聲響
彷彿嘲笑著
我那永遠長不大的
宿命

過眼雲煙，點滴心頭。於今，多願志小位卑，僅盼能留有清靜些許，使得養年，而能伴隨小兒成長。

願 神庇祐，感恩無限。

姜世明

2009年10月31日在雨下

修正二版序

本書初版問世迄今逾年，其間經常自行檢視，而就偶見之若干細微誤植，每耿耿於懷，引以為憾。又年初立院三讀通過新修正民事訴訟法，其中關於第二審失權制度有重大之變革，此為去歲出版時所不能預計，則就本書中若干章節之更新，即屬不得已之應然。茲適因本書初版已無庫存，經再三思慮之後，決以修正，以免瑕疵日夜縈懷，而又有致生讀者疑惑之虞。此次修正，其重點有四，亦即第二編第七章關於失權制度之部分修正、書中涉及德國民法債編修正部分之標明及註記、我國新近實務見解之補充及部分文字脫漏之補正或潤飾。希藉此一小幅度修正，得使本書形式上瑕疵降低，而讀者可自其中獲益，則於願足矣。

姜世明

在南台灣

2003.11.22

序 言（第一版）

民事證據法猶如民事訴訟法之骨幹，若骨幹不堅，即難期待民事程序得以順利進行。因而，在法治先進國家，學者於民事證據法之研究固至為重視；即在我國，學者於此一法領域之重要性亦有相當之認識。學者駱永家、陳榮宗、雷萬來教授等於此均曾分別著作專論，其於我國證據法之發展，均有顯著之貢獻，實值欽佩。

惟雖存在前開學者之專論，但因我國民事訴訟法近年來已經大修（尤指民國八十九年二月九日者），其於文書提出義務、證據保全、舉證責任等規定，已多所修正；且新修正民事訴訟法，並增訂當事人訊問制度、損害賠償數額確定、證明妨礙等規定，則新修正民事訴訟法之證據法立法及理論發展，實已與舊法時代者，非可同日而語。就相關新證據法制度之理論與實務現況，自應有研究之實益與必要。

本書乃鑒於新修正民事訴訟法之關於證據調查與舉證責任之規定，深具時代意義，為使相關制度能順利運作，故不惜野人獻曝，擬自德國法相關制度之發展經驗，進行研析比較，希能提供國內實務運作時之參考及充當國內學者研究相關議題時之標靶。

本書區分為證據調查與舉證責任二編，於第二編中並區分總則與分則，總計文章十五篇。其中有部分已分別發表於國內法學專業雜誌或論文研討會，並經部分增刪而成。書中論文寫作固有以問題意識導引為論述方式者，但亦有多篇文章乃著重在德國法之比較或

研介，其目的乃為使讀者於相關制度之因襲發展與我國法之特色，能充分掌握，希讀者能注意及之。

又書中於相關論題中所存在疑難之解決，筆者固均提出拙見，以供參酌。但於其他學者之不同見解，亦盡量為充分之介紹，且不以批判為能事，旨在提供學者與實務家瞭解德國法學於相關議題之發展現況，並資充我國理論發展之基礎。但本書始終認為，對於不同於本書拙見之其他學者見解，應給予最高之尊敬，因未有不同見解之提出，則本書見解並無從為較周全之思索。

筆者忝為民事法之研究者，於民事程序法之學習過程中，須感謝大學時期民訴法教授姚瑞光、駱永家、邱聯恭等，其中無論係屬親炙或為私淑，均令筆者獲益良多。尤其邱聯恭教授之關於憲法與程序法關聯之深入研究成果，且成為筆者研究民訴法之基本方向。當然，在德國，「博士父親」Schlosser 教授對我寫作論文之愷切指導，更值永存感激。

此書之完成實係我人生學習歷程之縮影，感謝 神與父母賜予我堅忍與謙卑，讓我得以順應人生之喜悲。也感謝翁岳生、朱石炎、曾陳明汝、曾世雄、曾有田等老師，於我出國唸書一事，所曾給予之支持與鼓勵。於出國留學期間，幸蒙國榮學長於我性靈成長之啟發；而在宜蘭地院與台中地院任職民事庭及執行處法官期間，承蒙法院同仁及律師道友不棄，於我實務不純熟處多所指導，均銘感在心。另在生活上，感謝玉珮的支持和所有的一切。

至於本書出版事宜，則須特別感謝學林文化出版事業莊品秀總編輯及我法官助理林尚青之配合與協助。另本書匿名審稿委員之寶貴意見，固為筆者所悅服，並奉為將來行文圭臬，併予致謝。

簡 目

第一章	文書提出義務	1
第二章	證據保全制度	39
第三章	當事人訊問制度	79
第四章	證據契約	121
第五章	違法取得證據之可利用性	149
第六章	舉證責任分配之一般原則	181
第七章	舉證責任減輕 ——民事訴訟法第二百七十七條但書之發展評估	199
第八章	損害賠償數額之確定 ——民事訴訟法第二百二十二條第二項之發展評估	247
第九章	證明妨礙 ——民事訴訟法第二百八十二條之一之發展評估	297
第十章	不當得利無法律上原因要件之舉證責任分配	329
第十一章	不完全給付可歸責性要件之舉證責任分配	355
第十二章	民事訴訟法失權規定之基本要件 及其舉證責任分配	381

詳 目

第一章 文書提出義務.....	1
壹、前 言.....	3
貳、主要法律基礎.....	3
參、文書提出義務之要件與違反之效果.....	5
一、我國法理論現況.....	5
(一)要 件.....	5
(二)效 果.....	11
二、德國法.....	13
(一)相對人之文書提出義務.....	13
(二)第三人-text書提出義務.....	24
肆、我國實務見解.....	25
伍、我國民事訴訟法中文書提出義務相關規定 之發展評估.....	29
一、基本理論之探究.....	29
(一)中、德文書提出義務主要差異.....	29
(二)實體法文書提出義務與程序法文書提出義務之區別.....	30
(三)對當事人一般解明義務之基本立場.....	30
二、我國文書提出義務制度之發展評估.....	33

第二章 證據保全制度.....	39
壹、前 言.....	41
貳、證據保全制度之功能.....	42
參、證據保全之類型及其要件.....	44
一、概 說.....	44
二、證據有滅失或礙難使用之虞者.....	46
三、經對造同意者.....	51
四、就確定事、物之現狀有必要者.....	52
五、法院依職權為證據保全.....	58
肆、程序與效果.....	59
一、程 序.....	59
(一)管 轄.....	59
(二)聲 請.....	60
(三)程序保障.....	64
(四)裁定與費用.....	67
(五)調查及筆錄保管.....	68
二、效 果.....	70
(一)期間內起訴.....	70
(二)證據之利用.....	71
(三)證人訊問之效力.....	72
伍、民事訴訟法第三百七十六條之一之特殊意義.....	73
一、立法目的.....	73

二、要件解釋.....	74
三、具執行力之協議.....	75
陸、結 論.....	77
 第三章 當事人訊問制度.....	 79
壹、前 言.....	81
貳、德國法.....	82
一、立 法.....	82
二、性質、意義與種類.....	82
(一)性 質.....	82
(二)意 義.....	84
(三)種 類.....	87
三、要件與程序.....	88
(一)依聲請而為之相對人訊問（民事訴訟法第四四五條）....	88
(二)協議（合意）之當事人訊問.....	91
(三)依職權所為當事人訊問.....	91
(四)其他類型之依職權當事人訊問.....	95
(五)程 序.....	96
四、效 果.....	98
五、第二審程序.....	98
參、我國法現況.....	99
一、制度目的.....	99

二、性質與制度基本要件	100
(一)性 質	100
(二)基本要件	101
三、效果與處罰	102
(一)當事人拒絕陳述或具結之效果	102
(二)當事人拒絕陳述之擬制	103
(三)當事人故為虛偽陳述之處罰	103
四、實務相關見解	104
肆、我國法之發展評估——代結論	107
一、與德國法異同	107
二、德國法制之批評	107
三、我國法之發展評估	109
(一)當事人訊問與當事人聽取	109
(二)當事人定義	110
(三)與自認之關係	111
(四)補充性原則	111
(五)類型考量	112
(六)相當蓋然性	112
(七)必要性要件	113
(八)陳述與到場之義務或負擔	114
(九)訊問過程之精緻化	115
(十)效 果	116

(十一)實務見解分析	117
(十二)制度發展前景	118
 第四章 證據契約	121
壹、前 言	123
貳、定義與性質	124
一、定 義	124
(一)一般性定義	124
(二)類型化定義	127
(三)例 舉	130
(四)本文見解	133
二、性 質	134
參、證據契約之合法性	137
肆、證據契約合法性之界限	145
伍、結 論	148
 第五章 違法取得證據之可利用性	149
壹、問題之提出	151
貳、價值衝突	152
一、真實發現與民事訴訟目的之關聯	152
二、「真實發現」之價值相對化	153
參、德國法關於違法取得證據可利用性之爭議	156

一、實務見解.....	156
二、學說上討論.....	160
(一)分離原則之確立與修正.....	160
(二)主張違法證據可得利用之理由.....	161
(三)證據禁止之法理依據.....	162
肆、本文之基本立場.....	166
伍、個案之解決——代結論.....	171
一、竊錄對話之錄音帶.....	171
二、違法取得之照片.....	173
三、竊取所得之信件或其他文書.....	174
四、日 記.....	175
五、竊錄之電話錄音.....	175
六、竊聽者充當證人(之證詞).....	176
七、錯誤具結.....	177
八、違反拒絕證言權.....	177
九、未經聲請之證人訊問.....	179
十、違反直接審理.....	179
 第六章 舉證責任分配之一般原則.....	 181
壹、前 言.....	183
貳、基本定義.....	184
一、客觀之舉證責任.....	184

二、主觀之舉證責任	185
參、舉證責任分配理論	186
一、德國法	186
(一) 規範理論 (Normentheorie)	186
(二) 修正規範理論 (Modifizierte Normentheorie)	187
(三) 蓋然性理論 (Wahrscheinlichkeitstheorie)	188
(四) 危險領域理論 (Gefahrenbereichstheorie)	190
(五) 多樣原則說 (Verteilung nach einer Vielzahl von Prinzipien)	190
(六) 危險提昇說 (Gefahrerhöhungstheorie)	191
二、我國法	192
肆、本文之見解	195
伍、結 論	197

第七章 舉證責任減輕

——民事訴訟法第二百七十七條但書之發展評估 199

壹、概說——舉證責任減輕之法思想基礎	201
一、舉證責任分配一般原則之不完足	201
(一) 舉證責任分配法則	201
(二) 對舉證責任分配一般原則之批評	204
二、危險領域理論、武器平等原則及誠信原則等證據法 理論之省思	205