

民事證據法實例研習

(一)

姜世明◎著



新學林

民事證據法
實例研習（一）

姜世明 著

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．-- 二版．--
臺北市：新學林，2008.06-

冊； 公分

ISBN 978 - 986 - 6729 - 40 - 9 (第1冊：平裝)

1. 證據 2. 民事訴訟法 3. 判例解釋例

586.6

97009555

民事證據法實例研習（一）

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2段339號9F

電 話：(02) 27001808

傳 真：(02) 27059080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正 總編輯：田金益

主 編：林靜妙 版權部：林靜妙

製程管理：浩瀚

出版日期：2008年6月 修訂二版一刷

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：350 元

ISBN 978 - 986 - 6729 - 40 - 9

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路2段339號9F

團購專線：(02) 27001808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

修訂二版序

本書「民事證據法實例研習（一）」原係由神州出版，惟因該出版社經營問題，已退出文化產業，以致本書流通管道受阻，經學生反應難以尋獲該書，且原書存書有限，為使能名正言順，特改由新學林出版，方便規劃來茲。

此書改版事宜，經長考後，略作如下更動：其一、原書第二十二章「舉證責任轉換」，因親屬法對於結婚要件修正，案例內容疑將不合時宜，且作者將於年底出版「舉證責任與證明度」一書，其中對此問題將有較為深入之解析，乃將此章併予割捨。其二、新增一章不當得利「無法律上原因」要件之舉證責任分配——評最高法院九六年台上字第二三六二號民事判決，此文雖體例與他文未盡相合，但因論題相關之考量，故並列書中。其三、對於其他文章，因應學理新發展及個人觀察所得，略予增刪，用供參考。

對於原版序中部分文字，在此仍予援用：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，看時代遞嬗，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。

人生，因參與而喜悅。至於窗外有如何動靜，何不退一步，觀照己心，靜觀其變。

姜世明於窗外有雨的基隆

07.05.2008

目 錄

1. 證據保全之類型	1
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	35
5. 違法取得證據之可利用性——棉被下的秘密	45
6. 再論違法取得證據之可利用性——非禮勿聽？	65
7. 通姦事由離婚訴訟之相關問題	77
8. 證明預斷之禁止	87
9. 損害賠償數額之確定	97
10. 過失證明妨礙	105
11. 拒絕血緣鑑定之證明妨礙	117
12. 證據方法契約	129
13. 情報請求權(一)	141
14. 情報請求權(二)	155
15. 所有物返還請求權之舉證責任分配	165
16. 不當得利中無法律上原因要件之舉證責任分配	177
17. 再論不當得利無法律上原因要件之舉證責任分配	189
18. 三論不當得利「無法律上原因」要件之舉證責任分配 ——評最高法院九六年台上字第二三六二號民事判決	205
19. 準備程序之失權及其舉證責任	217
20. 當事人訊問	227
21. 票據請求權訴訟原因關係抗辯之舉證責任分配	237
22. 遲延給付可歸責性要件之舉證責任分配	251
23. 誹謗侵權之阻卻違法事由之舉證責任分配 ——一灘血事件	259
24. 醫師民事責任程序中關於可歸責性要件之舉證責任	273
25. 律師之真實義務	287

證據保全之類型

壹、案例

甲於民國 91 年 10 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，乃向乙醫院要求給與病歷資料。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與。

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 日公布施行之民事訴訟法部分增修規定中，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，乃指證據之毀滅、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，則不須認為其已具備證據危險。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

¹ 吳明軒，《中國民事訴訟法（中冊）》，2004 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.

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，除得以書面或言詞向法院為之之外，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

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 (1972), 238, 260f.

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 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

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。

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）。

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，並包括對應負責任人與其參與及肇因比例之確認。

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。

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

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.

7 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

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，乃向乙醫院要求給與病歷資料。乙醫院拒絕給與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，即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

8 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15.Aufl., 1993, S.689.; Musielak/Huber, ZPO, §48 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。

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 91 年 10 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，為了解其對乙與丙得否請求損害賠償，乃向乙醫院要求給與完整病歷資料，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，且無其他逾越比例而損及乙財產權、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。

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）89年2月1日以木棍毆打伊致傷、復於89年5月10日於友人丙之前以三字經辱罵伊及於90年3月5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89年2月1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90年3月5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89年2月1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？