

新民事訴訟法之理論與實務 第二卷

證據蒐集

與

紛爭解決

許士宦 著



學林

國立臺灣大學法學叢書（149）
新民事訴訟法之理論與實務 第二卷

證據蒐集與紛爭解決

許士宦 著

新學林出版股份有限公司

著者簡介

許士宦

現職：國立臺灣大學法律學院副教授

學歷：國立臺灣大學法學士、法學碩士
法學博士

經歷：律師（1986年～2000年）

主授：民事訴訟法、強制執行法、破產法

證據蒐集與紛爭解決

新民事訴訟法之理論與實務 第二卷

著 者：許士宦

出 版 者：新學林出版股份有限公司

台北市信義路3段106號6樓之4

電話：(02) 27001808 傳真：(02) 27059080

E-mail：law@sharing.com.tw

責任編輯：林靜妙

登 記 證：局版北市業字第1190號

一 版：2005年2月

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

定 價：新台幣700元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

ISBN 986-80827-6-5（精裝）

國家圖書館出版品預行編目資料

證據蒐集與紛爭解決：新民事訴訟法之理論與
實務。第二卷／許士宦著。——一版。——臺
北市：新學林，2005〔民94〕
面；公分。——（國立臺灣大學法學叢書）
含索引
ISBN 986-80827-6-5（精裝）

1. 民事訴訟法 2. 證據（法律）

586.1

94001607

序言

證據法之改善是一九九九年至二〇〇三年跨世紀民訴法修正重點之一。新法之修正核心係加強、擴充當事人蒐集事證之手段，使其在起訴前或訴訟前階段，即可依簡易程序取得事案解明所需之事證資料。為此，不僅擴大容許證據保全之範圍，明認證明妨礙之法理，酌許證人之書狀陳述，擴大文書、勘驗物及鑑定資料之提出義務範圍，並且採認當事人本人訊問制度。此等制度變革之目標在於，確保當事人公平接近事證之權利，維護實質的武器平等原則，且使其得與他造甚至法院共用該等事證資料而形成共識，賦予當事人較量系爭實體利益與所涉程序利益之大小輕重，並抉擇何者優先追求之機會，期待其能基於此項資訊，自主決定、選擇紛爭解決之方式。

本書所收錄諸文均在闡述上開制度改革之法理根據及如何循以解釋、運用各該程序規定，以發揮其應有之機能。其中前二篇從起訴前證據蒐集與紛爭迅速、自主解決之觀點，分別論述：起訴前之證據保全兼具事證開示制度及獨立證據程序之機能，轉換傳統自提起訴訟始為紛爭解決之基本思想，貫徹接近證據即接近正義之程序保障，增加當事人自主解決紛爭之可能性〔「起訴前之證據保全」〕；定暫時狀態處分亦可發揮獨立終局解決紛爭之機能，取代本案訴訟而成為簡易迅速救濟侵害、保護權益之新裁判模式〔「定暫時狀態處分之基本構造」〕。其餘八篇從當事人之事證蒐集權與事證提出（蒐集）協力義務之觀點，分別論述：民事訴訟採行協同主義，不僅要求當事人與法院互相協力，而且要求

當事人兩造互相協力，當事人就利己事證之提出既須適時為之，其就非利己事證之蒐集亦負協力義務，以協同發現真實及促進訴訟〔「民事訴訟上當事人與法院之任務分擔」〕。詳言之，當事人不得妨礙他造舉證活動而毀損、隱匿證據，負有證據維持供用之義務〔「證明妨礙」〕；當事人得合意證人在法院外以書狀為陳述，以利簡易、迅速取得供述證據，助益於爭點整理及集中審理〔「證人之書狀陳述」〕；持有文書、勘驗物及鑑定資料之當事人或第三人，在訴訟上均負一般提出義務，無正當理由而拒絕開示所持證物者，得對之施加一定之制裁〔「鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障」、「文書之開示與秘匿」〕；此項證明妨礙之制裁，即使於人事訴訟上亦然〔「父子關係訴訟之證明度與血緣鑑定強制」〕；不負主張、舉證責任之當事人仍負陳述義務，須為積極否認，且於一定情形，負有事案解明義務，並須陳述具體的事實及提出相關之證據〔「不負舉證責任當事人之事案解明義務」〕；於充分保障當事人之事證蒐集權及法院確實踐行爭點整理、曉諭之程序下，就當事人享有程序保障而無遭受突襲之判決理由中的判斷，應生一定之拘束力〔「證據蒐集與判決效力」〕。

本書闡述新修正之證據保全程序及文書、勘驗物、鑑定資料等提出命令可分別發揮起訴前及起訴後之事證開示機能，關於其制度之解釋及運用應特別留意下述四點：（1）就起訴前之事證開示而言，應避免誘發證明摸索，必須具備法律上利益或正當性時始得為之。此種開示，助益於起訴前當事人自主解決紛爭，具有預防訴訟、促進裁判外紛爭解決之功能。（2）就起訴後之事證開示而言，應擴充事證蒐集之範圍，要求當事人互相協助，以節省事證蒐集上勞時費用之負擔，使當事人與法院共用資訊，早期整

理、減縮爭點甚至協議予以簡化，達成集中審理，而發現真實、促進訴訟，謀求適時審判或成立和解。(3) 惟於開示程序上應採取適當措施，限制當事人公開或一般公開，保護當事人或第三人之隱私、業務秘密，以調和真實發現、證明權保障、當事人間公平及秘密保護等各種基本要求。(4) 但為加強開示制度之實效性及強制性，法院應適時介入，以維護公正程序、訴訟經濟及程序利益，且對違反開示命令者應施制裁，分別情形使用間接或直接強制，以平衡各程序關係人之利害，並兼顧各種公、私益。

二〇〇五年二月二十日

許士宦

目 錄

序言	I
起訴前之證據保全	1
定暫時狀態處分之基本構造	99
民事訴訟上當事人與法院之任務分擔	151
證明妨礙	205
證人之書狀陳述	231
鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障	265
文書之開示與秘匿	327
父子關係訴訟之證明度與血緣鑑定強制	433
不負舉證責任當事人之事案解明義務	507
證據蒐集與判決效力	565
《事項索引》	615

起訴前之證據保全

目次

壹、緒言	3
一、問題提出及設定	3
二、起訴前證據保全制度之目的及機能.....	6
貳、證據保全之類型及事證開示、調查	17
一、證據有滅失或礙難使用之虞時之證據保全	17
二、經他造同意時之證據保全	36
三、就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時之證據保全	40
參、起訴前之證據保全與本案之紛爭解決	57
一、證據保全程序上之協議.....	57
二、本案未繫屬之處置及程序費用負擔.....	71
三、證據保全資料於本案訴訟之利用	78
肆、結語	94

摘要

民訴法於二〇〇〇年修正時，變革起訴前證據保全制度，不但擴大容許聲請證據保全之範圍，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，示明其保全方法為證據調查，而且擴大紛爭解決方式，容許兩造在證據保全程序上，就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議，經為一定給付之協議者並具有執行力。惟此項修正，於新法施行後成為最爭議項目之一，諸如：對整個制度應如何評價、證據保全之種類範圍及保全方法為何、於程序上成立協議有無可能性及其實效性為何、保全資料於本案訴訟應如何利用等問題，均有不同見解。本文認為，新法認知起訴前證據保全制度具有保全證據，預為調查，以準備訴訟；確定事實關係，促成訴訟外紛爭解決，以預防訴訟；蒐集事證資料，整理爭點，以達成集中審理等諸多機能，故修正該制度，放寬起訴前事證開示程序，便利當事人蒐集事證資訊，並明確其為起訴前之證據調查程序，從證據調查開始處理、解決紛爭，使成為事證蒐集及證據調查兩面並備之制度，而兼具英、美法上事證開示制度及法、德法上獨立證據程序之機能，藉以保障當事人平等接近、使用證據之證明權，使其能於起訴前獲得相當資訊，資以認明自己所處法律狀態，及時防止紛爭擴大，並考量該紛爭所涉實體利益與程序利益之大小輕重，選擇適當之紛爭解決方式。此種制度已轉換傳統自提起訴訟始為紛爭解決之基本思想，貫徹接近證據即接近正義之程序保障，增加紛爭當事人自主處理、解決紛爭之可能性，比起向來之制度，更能實現當事人之程序選擇權、自主決定權，而真正鞏固其程序主體地位。為此，應從新制目的促成、機能發揮之立場，解釋、運作相關規定，並克服上述諸問題。

關鍵詞：程序選擇權、事證開示制度、獨立證據程序、證明權、證據保全之階段性、證據摸索、程序主體權、私鑑定、保全利益、資訊請求權、證明妨礙、直接審理主義

壹、緒言

一、問題提出及設定

民事訴訟法於二〇〇〇年為大幅度修正，係其制定七十年來最大改革（以下稱新修正條文為新法，未修正前條文為舊法）。新法之修正原則為便利當事人使用訴訟制度，預防紛爭之發生或擴大，擴大訴訟之制度解決紛爭之功能，促進訴訟妥適進行及疏減訴源。為貫徹此等原則，新採行證據法、集中審理促進方案及第三審律師強制代理制度。就證據法之修正中，與上述諸原則多有關連者是起訴前證據保全制度之變革。新法不但擴大容許聲請證據保全之範圍（同法三六八條一項後段），以便當事人於起訴前即得蒐集事證資料，研判紛爭之實際狀況，而能自行解決紛爭，預防訴訟或避免紛爭擴大，並藉此等事證開示，使欲主張權利之當事人得特定聲明、主張，整理爭點，促成審理集中化之目標，而且擴大紛爭解決方式，容許兩造在證據保全程序上，就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議，經為一定給付之協議者並且有執行力（同法三七六條之一）¹。

¹ 關於民訴法之修正緣由、修正原則及修正改革之前導理論，見司法院編『民事訴訟法部分條文對照表暨總說明』（二〇〇〇年）一頁以下；邱聯恭「台灣における民事訴訟法の改革とその先導理論」新堂幸司古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築（上）』（二〇〇一年）二四五頁以

4 證據蒐集與紛爭解決

新法有關證據保全之修正，於其施行後成為最有爭議的修正項目之一。關於整個起訴前證據保全制度之評價，有論者認其係確保、賦予紛爭當事人之程序選擇權，應值得為肯定之評價²；惟有論者認為，上述新增係法律常識、審判經驗俱有不足之修正³。就證據保全之種類及方法而言，有論者認為，我國新法增訂依證據保全所確定事項之範圍，比德國民訴法所規定者，其涵蓋面較廣⁴；亦有論者認為新法之規定較為狹隘⁵；新法雖明定無論保全原因為何，均得為勘驗或保全書證，且證據保全應適用有關調查證據方法之規定（同法三六八條一、二項），但仍有論者仍認為，對文書僅得以勘驗方法調查證據，而不得對文書為書證之調查⁶，或謂有關應適用證據調查方法之規定，係屬當然，該規定「畫蛇添足，多事無功」⁷。

就證據保全效果即於程序上成立協議及證據保全資料於本案

下。

- 2 邱聯恭，前揭文（註1）二五九頁；同，在最高法院學術研究會主辦、中華民國法官協會協辦「民事訴訟法修正施行法後之審判實務—以集中審理為中心」學術研究會之發言，〈法官協會雜誌〉二卷一期（二〇〇〇年）二一九頁以下。
- 3 姚瑞光『民事訴訟法論』（二〇〇〇年）四五一頁以下；陳榮宗『民事訴訟法（下）』（二〇〇一年）六七一頁似亦同旨。
- 4 沈冠伶「證據保全制度」〈月旦法學雜誌〉七六期（二〇〇一年）五五頁。
- 5 姜世明「證據保全制度」同『新民事證據法』（二〇〇二年）五七頁。
- 6 陳榮宗，前揭書（註3）六七六頁。
- 7 姚瑞光，前揭書（註3）四五二頁。

訴訟之利用而言，有論者認為前者具有避免紛爭擴大或解決紛爭之功能，可評價為屬裁判外紛爭解決途徑之一，該協議性質上類似在公證人面前所表明願意逕受強制執行之承諾，本身並不具有實質確定力⁸；有論者卻認為，該規定超出保全證據程序之任務範圍太大，且於實務上利用之可能性不大，本條規定將成為具文，立法者之空想目的，實際上難以達成⁹，然有論者反而認為，法院若發現兩造有協議之可能者，應得主動傳訊到庭進行協商，且所成立之協議不僅具有執行力，其於起訴前成立者有如起訴前法院調解（與確定判決有同一）之效力¹⁰。又，有論者認為新法增訂當事人已於保全證據訊問之證人，於言詞辯論程序中聲請再為訊問時，法院應為訊問，但法院認為不必要者，不在此限之規定（同法三七五條之一），係介於德國民訴法及日本民訴法之折衷規定¹¹；但另有論者則認其係盲目抄襲日本民訴法（同法二四二條）之規定¹²。

前開爭議，涉及：新法擴大起訴前證據保全之範圍，係為達成何項制度目的，證據保全制度具有何種機能？為促成目的、發揮機能，證據保全具有那些類型及應採用何等證據保全方法？新法增訂證據保全程序上協議之規定有何助益於證據保全制度之實

⁸ 沈冠伶，前揭文（註4）六〇頁。

⁹ 陳榮宗，前揭書（註3）六七五頁；姚瑞光，前揭書（註3）四五七頁評為：修法者認為法官應處理當事人協議之事，是將法官視為傳說中公（拯）辦案。

¹⁰ 姜世明，前揭文（註5）七七頁、七九頁。

¹¹ 沈冠伶，前揭文（註4）六四頁。

¹² 姚瑞光，前揭書（註3）四五六頁。

效性？在本案訴訟程序再訊問已於保全證據程序訊問之證人具何意義？本文係意識著此等問題，擬探討新法有關證據保全之修正，係基於何種基本思想？新法所承認證據保全諸種類型互有何不同？為合目的性解釋、運用證據保全制度，向來所採行之證據保全方法為何及應如何配合變更？新增訂事、物現狀確定之證據保全所具特徵為何？應如何予以靈活運用？於保全證據程序上當事人兩造成立協議之可能性及必要性為何？為此協議，法官應否介入？證據保全程序終結後，當事人未提起本案訴訟時，應如何處置？當事人提起本案訴訟後，於何種情形法院始須再訊問證人？我國上述之起訴前證據保全制度，與德、日之證據保全制度相較，有何異同之處？是否另具有特色？就此等基本問題加以究明，應有助於前揭爭議之釐清，且對增進起訴前證據保全制度之理解及促進其健全運用，應屬必要且為有益。

二、起訴前證據保全制度之目的及機能

關於起訴前之證據保全，我國向來通說認其係預為調查證據而保全調查結果之程序。在經他造同意之情形，固然承認先行調查證據，有保全證據之效用，當事人亦得透過此項證據資料，了解真相，助益於達成訴訟前紛爭解決（例如：成立和解、調解）之機能。但在其他情形，則認訴訟關係既未發生，應無調查證據可言，僅於證據有滅失或礙難使用之虞時，為確保將來訴訟上真實發現之目的，避免影響裁判之正確性，始及時保全證據而先行

調查¹³。但是，當事人可否利用證據保全程序作為證據蒐集手段，使他造或第三人開示、提出證據？例如，於醫療糾紛事件，病人懷疑醫生對醫療錯誤有過失，要求閱覽病歷診療單被拒絕時，可否以醫生將有塗改上開診療紀錄，真正內容有滅失或礙難使用之虞為理由，於起訴前聲請法院保全該證據？關此，雖有論者主張：病歷為報告文書，惟為防止其記載內容被塗改，亦得成為勘驗之標的物。醫院或醫生依醫師法第十二條規定，應製作病歷且應保存十年，如違反此種義務有同法第二九條之處罰規定。此種病歷，既有保管責任之人，自不生滅失問題，故無提前為證據保全必要。若以病歷內容記載有被塗改可能言，即有確保病歷原狀之必要。法院對此種證據保全方式，應採勘驗方法，將病歷為影印，作為勘驗筆錄，保管於法院，不能將病歷原本保管而影響醫生工作云云¹⁴。但此見解似仍將證據保全程序之利用限於以保全證據為其目的之情形。

如認為先行調查證據，可使當事人接近證據，了解真相，助益於訴訟前解決紛爭，或避免提起無益訴訟，減少法院負擔，何以此種證據保全僅限於他造同意之情形始得為之？縱使他造並未

13 蔡章麟『民事訴訟法（第三冊）』（一九六六年）三五六頁以下；曹偉修『最新民事訴訟法釋論（中冊）』（一九七八年）一一二五頁以下；石志泉（楊建華增訂）『民事訴訟法釋義』（一九八二年）四〇五頁以下；王甲乙＝楊建華＝鄭健才『民事訴訟法新論』（一九八五年）四一二頁以下；姚瑞光『民事訴訟法論』（一九九一年）四〇四頁以下；楊建華『民事訴訟法要論』（一九九三年）二八二頁以下；陳計男『民事訴訟法論（上）』（一九九四年）四七一頁以下。

14 陳榮宗『民事訴訟法論』（一九九六年）五四二頁以下。

同意，倘先行調查證據，對於紛爭之提早解決為必要及有實益，應否允許當事人利用證據保全以發揮該機能？並且，諸如醫療過誤糾紛、產品責任糾紛及其他類似紛爭事件，與一般買賣、租賃、借貸等契約紛爭類型不同，證據經常偏在於他造，受害人如未能於訴訟前接近證據，既難以憑有關資料判斷應否提起訴訟，即使提起訴訟，亦可能無法或難予特定其聲明或主張，此際，豈無藉起訴前之證據保全制度以要求開示而蒐集相關資訊、事證之必要性及正當性？

一九九四年公布施行之消費者保護法（以下稱消保法），雖就消費訴訟設專節規定，但未就此類消費訴訟事件所涉消費者方面案情資訊之缺乏及舉證之困難，增訂消費者得資以查明案情關係所必要之制度。亦即，消費者對企業廠商主張產品責任，訴請損害賠償時，常應主張、證明有關企業廠商對消費者之加害行為存在、損害發生及其間因果關係存在等類事實（參看消保法七條規定）。惟為此種主張、舉證活動所需用之資訊或相關專門技術上知識，多偏在於企業經營者所控制、支配之領域內，以致消費者於為損害賠償請求時，每難證明商品之缺陷存在及其與損害間有因果關係，終於無從獲得應有之救濟。為減輕消費者在舉證方面之負擔，在解釋論上固可運用表見證明、證明妨礙等法理，甚或於企業廠商違反特定義務時，可能使發生舉證責任之轉換。至於就擴充事證蒐集手段而言，在解釋論上除探討如何擴大承認消費者對於企業廠商有資訊請求權利外，亦應考慮可否加重文書提出義務及強化證據保全之事證開示機能¹⁵。為此，關於證據保全

¹⁵ 邱聯恭，在民事訴訟法研究會第五二次研討會之發言，民事訴訟法研

應如何解釋或立法，始能配合消保法之旨趣，使消費者蒐集到相關之事實、證據，已成為重要課題。

晚近，識者鑑於我國僅賦予當事人相當有限之事證蒐集權能，嘗試從解釋論、立法論上擴張、充實相關事證開示程序。就證據保全程序而言，其主張為：應認知該制度所具事證開示機能，亦即，紛爭當事人如能於訴訟外或起訴前查明案情，將更能獲得相當資訊，用以認明自己所處法律狀態，及時防止紛爭擴大，並資以較量其紛爭所涉實體利益與程序利益之大小輕重，達成和解，而防止濫訴，避免不必要之爭訟，或資以判斷、選擇解決紛爭之方式。為此，應重新檢討、擴充證據保全程序，使其同時發揮爭點開示之機能，而更助益於當事人平衡追求該二種利益，尋求存於此二者之平衡點上真實¹⁶。

司法院民事訴訟法研究修正委員會所擬定並經司法院於一九九二年公布之民事訴訟法修正初稿，鑑於證據保全制度除可事先防止證據滅失或礙難使用，避免將來於訴訟中舉證困難者外，亦有將證據事先公開，使當事人早期知悉事實狀態，達成和解，進而消弭訟爭之功能，為增進證據保全制度之利用，以發揮其功能，爰於舊法第三六八條增訂後段，規定就確定事物之現狀有法

究基金會編『民事訴訟法之研討（五）』（一九九六年）三二九頁；同，「民事訴訟之目的—以消費者保護訴訟為例」『程序制度機能論』（一九九六年）一五二頁、一八四頁。

¹⁶ 邱聯恭，「準備程序之省思」，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（四）』（一九九三年）七〇七頁；同，前揭文（註 15）一八九頁。