

再論台灣部分民事證據法學理及實務之新開展

編目：民事法

出處	月旦法學雜誌，第211期，頁149~177	
作者	姜世明教授	
關鍵詞	證明妨礙、證據契約、仲裁鑑定契約、違法取得證據、證據能力	
摘要	本文將近年來關於證明妨礙、證據契約及違法取得證據之可利用性之理論發展及實務見解加以整理與反思，可供驗證學理上發展之新里程碑。	
重點整理	證明妨礙	<p>一、法理基礎 德國學說有將證明妨礙之法律基礎在經驗法則中探尋；亦有證明妨礙之法律基礎為協力義務之違反；與德國不同，我國民事訴訟法第282條之1對於證明妨礙制度加以明文化。但是對過失證明妨礙類型漏未規範，立法上有所不周。</p> <p>二、客觀要件</p> <p>(一)具備一作為或不作為 證明妨礙須具備一作為或不作為，若無此一作為或不作為，則事實的釐清將成可能。且該作為或不作為與澄清判決中重要性爭執具因果關係。但該行為在訴訟繫屬前或之後發生，並不影響證明妨礙之成立。例如：訴訟前或訴訟中銷毀病歷，時間點雖然對於要件該當與否沒有影響，但可能對可歸責性有影響。尤其在訴訟前所謂過失證明妨礙行為，應於該行為人審酌所有情勢下，被認為應認識該證據方法於將來訴訟被利用時，始得該當。</p> <p>(二)不負舉證責任之當事人行為造成證明不可能或困難 證明妨礙之要件尚包括不負舉證責任之當事人行為造成證明不可能或困難。前者指證據已終於無法再提出；後者指負舉證責任之當事人因對造行為須付出較多心力才能舉證證明對其有利之事實。</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	證明妨礙	<p>另外證明妨礙之客觀要件是否包括義務違反（協力義務違反）？例如：證據方法之保存、取得、公開、計算報告、交出等實體法或程序法之協力義務，可能涉及法基礎之立論選擇問題。</p> <p>三、主觀要件—應具有可歸責性</p> <p>實務及學說一般認為應具有可歸責性，可歸責性要件指涉內容不僅涉及證據標的物之銷毀，也涉及證明功能之排除。故意證明妨礙應包括明知與意欲對證據方法為毀棄或以其他方式致令負舉證責任當事人不能利用。因為故意要件之該當不容易，因此過失證明妨礙具有較高度之實用性，實務及學說均認為任何程度之過失均足以充當證明妨礙之可歸責性要件。</p> <p>過失證明妨礙有三類型：</p> <p>(一)雖意圖使證據方法不能被使用，但對該證據方法被除去之於將來訴訟之意義卻疏於認識；</p> <p>(二)雖明知該證據方法於將來訴訟之意義，卻過失將其毀棄或損壞；</p> <p>(三)過失毀棄損壞某證據方法，且對該證據方法於將來訴訟之意義亦疏為認識。</p> <p>四、法律效果</p> <p>德國學者對法律效果存有不同見解，有認為採舉證責任轉換者，也有認為在證據評價範圍斟酌，即為自由證據評價。我國亦有不同見解，有採舉證轉換說、證據評價說或法院裁量個案酌定說。<u>姜老師認為證明妨礙之法律效果，可得考量之因素為何，乃證明妨礙制度最核心的問題，我國民事訴訟法第282條之1，規定為「法院得審酌情形認它造關於該證據之主張獲依該證據應證之事實為真實」至於民事訴訟法第345條關於文書提出命令之違反效果為「法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實」，兩者在立法上具體系上一致性，可見我國採證據評價之見解，依此見解，就待證事實之客觀舉證責任分配，未因證明妨礙事實之發生而改變。</u></p>
------	------	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p style="text-align: center;">重點整理</p>	<p style="text-align: center;">證明妨礙</p>	<p>因為客觀舉證責任分配未變，因此存在證明妨礙時，應有降低證明度要求的必要，有問題者乃如何定運作之標準。可在故意或重大過失的情況，考量要求較低之證明度即可。在輕過失之證明妨礙下，則舉證責任人仍須提出法院至少形成優越蓋然性心證之證據。</p> <p>邱聯恭教授在論述民事訴訟法第345條時，提出如下見解：「在舉證人與文書之作成過程或文書之內容事實，於物理上或社會上相當接近，而客觀上可期待該舉證人知悉或推察該文書所記載之具體內容等類情形，為避免舉證人取得逾於文書經提出後所可得之利益，致違反公平，於執有文書之一造不從文書提出之命時，應止於擬制舉證人（他造）所主張之文書內容為真實即足，而不應擬制其主張之待證事實為真實。可是，在舉證人與文書所記載之內容事實相距較遠，而客觀上難期待該舉證人知悉或合理推知該文書之具體內容等類情形，宜認為得擬制舉證人所主張之應證事實為真實，始能對拒不提出文書者，發揮有效制裁之作用，而免有害於公平。」此一見解，基本上符合證據法上危險控制理論與比例原則，但若基於公平與制裁之思想基礎，有將主觀可歸責性之程度與因證明妨礙所致舉證困難等因素加以綜合判斷之實益。</p> <p>五、部分爭議問題</p> <p>【問題1】</p> <p>有學者認為我國民事訴訟法第282條之1明文規定證明妨礙乃為故意的類型，因此過失證明妨礙非條文之規範標的。但如此結論能否貫徹條文之立法目的有所疑問？</p> <p>〈姜老師見解〉</p> <p>(一)過失類型之證明妨礙，為我國民事訴訟法的規範漏洞，解決方式可以類推適用民事訴訟法第282條之1規定。另外有從文義解釋、歷史解釋、目的論等出發，認為過失類型之證明妨礙不在規範範圍內。</p> <p>(二)但姜老師認為<u>司法仍有透過解釋學或依法理創設制度的空間，對於過失證明妨礙之制度</u></p>
---	---	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	證明妨礙	<p>發展，法官應該從更高度視野觀察。</p> <p>【問題2】 應負舉證責任一造當事人是否有證明妨礙之適用？</p> <p>〈姜老師見解〉</p> <p>(一)學者有不同見解。肯定說者認為民事訴訟法第282條之1就主體僅規定「當事人」，並未限制未負舉證責任之當事人不負證明妨礙責任。</p> <p>(二)但另有學者指出，非負舉證責任之人有提出反證以動搖法院對本證行程確信之必要，因此舉證必要之移轉與舉證責任轉換應該區別。例如借款返還事件，應負舉證責任之人不慎遺失借據，相對人是否有必要提出借據影本之義務？此乃涉及民事訴訟法第344條第1項第5款之合理性問題及非負舉證責任一造當事人是否負一般事案解明義務之問題。</p> <p>(三)本文認為，就訴訟之協力義務在證明妨礙制度之考慮上，基本上不負舉證責任之當事人應無存在一無限制之一般化協力義務。若不負舉證責任之一造當事人依照法律、契約、習慣或基於誠信原則，應負有實體或訴訟上協力義務者，則其違反可以課以證明妨礙制度之運用。尤其在過失證明妨礙類型上，是否屬於可期待，令人質疑。姜老師認為過失證明妨礙之類型，僅有在不負舉證之人負有協力義務時，才有該當此類型證明妨礙要件之可能性。</p>
	證據契約	<p>狹義的證據契約包括：</p> <p>(一)自認契約：指就某事實以不許反駁或至少若相反事實未被證實時不容爭執而被確認，為契約內容者。</p> <p>(二)推定契約：指如另一事實已被證明者，以附相對事實證明保留，或不保留相對事實之證明，而將某事實認為係屬真實。</p> <p>(三)證據方法契約：指以證據提出之限制為契約內容，如將特定證據方法予以排除，或僅許可提出某特定之證據方法。</p>

【高點法律專班】

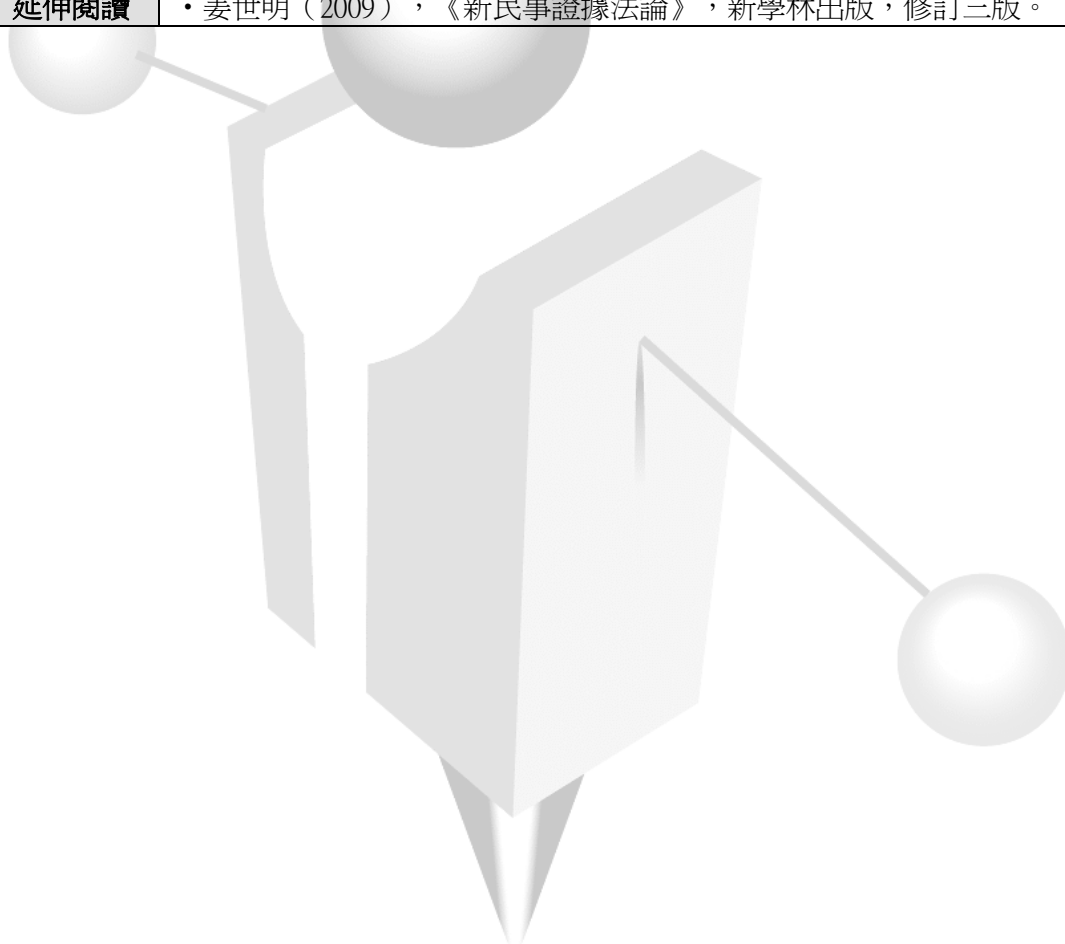
版權所有，重製必究！

<p style="text-align: center;">重點整理</p>	<p style="text-align: center;">證據契約</p>	<p>仲裁鑑定契約係指當事人約定將某事實之確定委由法院以外之第三人確定之契約，其性質屬證據契約之一種。訴訟上偶有發現當事人間定有協議，約定「關於建物存在何等瑕疵及修復費用金額，兩造同意交由某技師公會鑑定，並同意該鑑定結果。」或「兩造間關於火柴有無瑕疵，應交由兩造同意之獨立鑑定機關鑑定」。其約定是否為仲裁間訂契約，須以其是否同意該機關所為鑑定結果直接可作為法院裁判之基礎。後者若未有當事人其它真意之確證，可能性質上解釋為證據方法契約較為妥當。</p> <p><u>仲裁鑑定契約之效力，若訴訟之法律關係為辯論主義及處分權主義之適用範圍，基於私法自治、契約自由等，應可承認其效力。</u></p> <p>最高法院96年度台上字第2907號民事判決：「按民事訴訟法第376條之1於保全證據程序，設有兩造得就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議等『證據契約』之具體明文。是凡當事人間以合意就特定訴訟標的及其原因事實確定其證據方法之證據契約，倘其內容於公益無妨害，不侵害自由心證主義，並在當事人原有自由處分之權限及辯論主義之適當領域內者，本於私法自治原則，自應承認其效力。」</p>
	<p style="text-align: center;">違法取得證據之可利用性</p>	<p>學者就違法取得證據之證據能力有認為只有從裁判上之真實發現的要求與程序之公正、法秩序之統一性或違法收集證據之誘發地防止之調整等觀點，綜合比較衡量該證據之重要性，並非一概否認其證據能力。姜老師認為<u>實體法之違法行為與因該實體法違法行為所取得證據可否在訴訟上被利用，應分別評價；訴訟中對違法取得證據之利用，不能單純追求真實、舉證人之舉證利益或證明權等理由而正當化其證據取得行為之瑕疵；可利用性問題，應考慮實體請求之貫徹及為達成此一目的之探求真實必要性之關聯，且對憲法與一般法律之規範目的與價值之確認及保護，特別在人性尊嚴、人格權、財產權、自由權等價值之相互抗衡；原則上禁止證據的利用，例外以利益衡量，兼顧比例原則而准許。</u></p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

考題趨勢	舉證之所在敗訴之所在，證據法對於民事訴訟實務上的兩造對抗何其重要。本文介紹的證明妨礙、證據契約及違法取得證據之可利用性，在實務上已經累積相當可觀的判決。雖然證明妨礙仍有諸多可供發展及挑戰的地方，違法取得證據之可利用性，實務上亦仍未正面處理，但也因此在將來考試出題上將可能以實務上實例為出題重點，透過實例題的安排，分析違法取得證據的可利用性等，應多加以注意。
延伸閱讀	• 姜世明（2009），《新民事證據法論》，新學林出版，修訂三版。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！