

第八章 證據

第五十二節 證明的本質與對象

第五十三節 舉證責任

第五十四節 舉證程序

第五十五節 人證

第五十六節 鑑定

第五十七節 書證

第五十八節 勘驗

第五十九節 當事人訊問

第六十節 證據保全

第五十二節 證明的本質與對象

一、本質

在訴訟中，當事人為法律問題而爭執，尤其是就主張的事實為真或偽而爭執；原告是否取得勝訴，往往取決於為該事實主張而爭執的結果。當事人與法院致力於使法院對於該提出的事實主張為真或偽形成確信（Überzeugung），就此所進行的活動，稱為證明（Beweis）或舉證（Beweiserhebung）。

在處分權主義下，當事人必須向法院為一定的請求，就起訴而言，原告須提出應受判決事項的聲明（訴之聲明），例如被告應將 S 物返還予原告；在辯論主義下，應由當事人陳述為法院裁判基礎的事實（主張事實），且對於該事實，在必要時並應為證明。

法院適用實體法而為肯定其法律效果的判決，以其確認該實體法的構成要件具備為前提。例如法院依民法第 184 條第 1 項前段，判決被告給付原告一定的損害賠償，必須先確認被告不法侵害原告的權利，致原告受有損害，且其有故意或過失；法院依民法第 767 條第 1 項前段，判決被告應返還原告其所有物 S，必須先確認原告為該 S 物的所有權人，且被告無權占有該 S 物。

因原告起訴的勝敗，經常取決於法院認定當事人（通常為原告）主張事實的真或偽，而且往往取決於該主張事實的當事人能否證明，以使法官對該事實的存在產生確信的心證。所以就證明或證據設規定，屬於訴訟法最重要的任務，由此可知證據法對於法院實務有非常大的重要性。

二、基本概念

(一) 證明或釋明

1. 證明

當事人為使法院對其事實主張產生確信的心證而提出證據，¹稱完全證明（voller Beweis），此為狹義的證明，又區分為嚴格證明與自由證明。

(1) 嚴格證明：所謂嚴格證明（Strengbeweis），指須依法定的證據程序（Beweisverfahren）及法定的證據方法（§§298 以下：證人、鑑定人、證明文書、勘驗物、當事人），所為的證明。²

(2) 自由證明：所謂自由證明（Freibeweis），指毋庸依法律明文規定的證據方法及證據程序，或得不經當事人聲明證據而由法官依職權調查證據，所為的證明。³ 因此，適用自由證明時，法官有較大的裁量空間。其與釋明主要的差別，在於要求其應使法院達到心證的相信程度。

原則上，對於訴訟標的之法律關係的主張，其事實的證明應依嚴格證明；至於適用自由證明的事項，包括涉及程序的事實及法院依職權調查的事實，例如訴訟要件、上訴或抗告的合法要件，以及依法院依職權調查的習慣、地方法規及外國法（§283 但）。⁴

¹ 最高法院 97 年度台抗字第 264 號裁定。

² Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 2009, § 2 Rn. 18；姜世明，非訟程序中之嚴格證明與自由證明，許士宦等合著「新民事訴訟法實務研究（一）」，2010 年 10 月，585 頁；邱聯恭，口述民事訴訟法講義（三），2010 年，152 頁。

³ Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 2009, § 2 Rn. 19；姜世明，非訟程序中之嚴格證明與自由證明，許士宦等合著「新民事訴訟法實務研究（一）」，2010 年 10 月，585 頁；邱聯恭，口述民事訴訟法講義（三），2010 年，152 頁。

⁴ 參閱 Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 2009, § 2 Rn. 21；陳計男，民事訴訟法論（上），2009 年修訂五版，471 頁。

2. 釋明

當事人為使法院對其事實主張產生較低相信程度（信其大概如此）的心證而提出證據，稱為釋明（Glaubhaftmachung），實務上要求使法院就某事實的存否，得到「大致為正當」的心證為已足。⁵ 釋明事實上的主張者，得用可使法院信其主張為真實的一切證據，不受限於民訴法所列舉的五種證據方法及所規定的舉證程序。⁶

釋明的對象，均是與程序問題或應迅即解決的問題有關之事實，例如民訴法第 34 條第 2 項（聲請法官迴避的原因）、第 92 條第 1 項（訴訟費用額）、第 165 條第 2 項（遲誤期間的原因及其消滅時期）、第 242 條第 2 項（第三人得閱覽訴訟文書的法律上利害關係）、第 276 條第 2 項（遲誤準備程序的不可歸責事由）。因釋明的對象，均是與程序問題或應迅即解決的問題有關之事實，所以供釋明的證據方法，必須性質上能即時調查者（§284 但）。⁷

3. 證明與釋明的證明度要求

釋明，只須使法院就某事實之存否，得到「大致為正當」的心證為已足，⁸ 其要求一個低度的蓋然性（ein geringer Grad von Wahrscheinlichkeit）；至於證明，則該當事人提出的證據方法及證據資料，須足使法院產生堅強心證，得以確信其主張為真實的程度。

（二）證明與證據

為了促使法院對當事人所提出的事實主張之真或偽形成確信（Überzeugung），由法院與當事人所進行的活動，稱為證明（舉證）。為了證明（舉證）所提出的方法或資料，概稱為證據

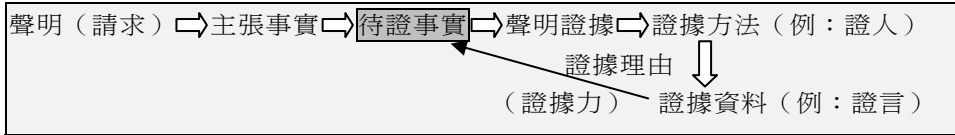
⁵ 最高法院 97 年度台抗字第 264 號裁定。

⁶ 呂太郎，假扣押之釋明，月旦法學雜誌 167 期，2009 年 4 月，222 頁。

⁷ 參閱呂太郎，假扣押之釋明，月旦法學雜誌 167 期，2009 年 4 月，221-223 頁。

⁸ 最高法院 97 年度台抗字第 264 號裁定。

(Beweis)，其或指作為法院形成心證基礎的證據資料，或指藉以取得證據資料的證據方法。



1. 證據資料

所謂證據資料 (Beweisstoff)，係法院所據以認定事實真偽的資料，即心證形成的基礎資料，常亦被稱為證據，例如民訴法第 195 條第 2 項。證據資料的來源，是作為證據方法的人或物，如證人所作的證言、鑑定人提供的鑑定意見、證明文書中的記載內容等。

2. 證據方法

所謂證據方法 (Beweismittel)，乃觀念或流傳事物的承載者 (Träger der Anschauung oder der Überlieferung⁹)，亦即能提供證據資料的手段或方法，其或為人，或為物。換句話說，證據方法是法院為獲得心證，依五官作用能夠調查的人或物。民訴法第二編第一章第三節「證據」規定的證據方法有五：證人、鑑定人、證明文書、勘驗物（標的）、（當事人訊問的）當事人本人。民訴法有將證據方法稱為證據者，例如民訴法第 194 條的「聲明所用之證據」、第 199 條第 2 項的「聲明證據」、第 285 條的「聲明證據」、第 286 條的「聲明之證據」。

有關證明或證據的規定（證據法），為訴訟法主要內容的一部分，而證據法在法院實務上亦有極高的重要性。

3. 證據力與證據能力

證據力 (Beweiskraft)，又稱證據價值 (Beweiswert)，係指證據

⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2010, § 110 Rn. 19.

資料對待證事實的證明效果（價值），即證據資料對法院形成確信所能產生的影響力。

證據方法之一的證明文書，其證據力又區分為形式證據力與實質證據力，前者謂證明文書係真正，非偽造的，即其足以證明製作人確曾為該記載內容的陳述或報告；後者謂證明文書的記載內容，得據以判斷待證事實存在或不存在，即其有證明某事實的價值。實質證據力，係以形式證據力為前提，¹⁰ 而其高低則由法院依自由心證為判斷（§222）。

人或物，其得作為合法的證據方法之資格，稱為證據能力（Beweisfähigkeit）；欠缺證據能力的證據方法，為不合法的證據方法，法院不得據以取得證據資料。民訴法未設有關於證據能力的一般規定，¹¹ 僅見有少數特別限制規定，例如民訴法第 219 條的言詞辯論筆錄、民訴法第 24 條第 2 項之證明管轄合意的文書。

- ❖ 最高法院 95 年度台上字第 2830 號判決謂：「證據能力與證據力有別，前者係指於人或物中有為證據方法之資格，後者則係證據方法就應證事實所能證明之價值。民事訴訟法第三百五十五條第一項之規定，僅具有形式上證據力，至其實質上證據力之有無，則由事實審法院依自由心證判斷之。」此第二個所稱的「證據方法」，應是「證據資料」。

於民訴法未就證據能力設有限制規定的情形，凡能提供證據資料的人或物，通常實務上得作為證據方法；多數說亦肯定傳聞證據有證據能力。¹²

¹⁰ 最高法院 41 年台上字第 971 號判例。

¹¹ 刑訴法第 155 條第 2 項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」對此規定中的「證據能力」，姚瑞光，民事訴訟法論，2004 年，420 頁以刑訴法第 159 條、第 160 條規定，認為非此證據法則中的證據能力。

¹² 最高法院 98 年度台上字第 2479 號判決；陳計男，民事訴訟法論（上），2009 年修訂五版，471 頁。

- ❖ 民事訴訟的傳聞證人（間接證人或徵憑證人）所為的證詞，本非絕無證據能力，其與直接證人陳述親自見聞的證言比較，祇是證據力的強弱而已，尚非不得採為證據方法的使用，法院對該傳聞證據的價值，仍可由法官憑其知識、能力、經驗等依自由心證予以認定。此於有一定表達能力的稚齡幼童遭性侵害後，即對其最親近照護者為具體比述的特殊場合，該照護者自形式上轉述聽聞於幼童的事實，固為傳聞證人，惟從其在場對幼童身體自然反應陳述的體驗而言，在實質上乃係其依親身體驗所得的言行，究非一般聽聞於他人轉述或告知的傳聞證據可比，於此情形，尤應承認其有證據能力，並由法院依自由心證進而為證據評價。¹³
- ❖ 談話錄音內容如非隱私性的對話，又無介入誘導致有誤引虛偽陳述的危險性，基於證據保全之必要性及手段方法之社會相當性考量，自應承認其證據能力。¹⁴

違法取得的證據方法，是否欠缺證據能力而不得利用，見解雖分歧，然今未見有主張全面禁止或全面准許利用者；¹⁵ 惟於准許與禁止利用二者間，欠缺一條合理且明確的界線。

4. 證據理由

有證據力的證據資料與待證事實間的關係，能使法院的形成確信的理由或原因（§222 II），稱為**證據理由**或**證據原因**（Beweisgrund），亦即使證據資料與待證事實發生連結關係（證明關係）的理由。

¹³ 最高法院 98 年度台上字第 2479 號判決。

¹⁴ 最高法院 94 年度台上字第 2001 號判決。

¹⁵ 參閱姜世明，民事訴訟法（下），2015 修訂三版，67-71 頁；Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2010, § 110 Rn. 23；H.-J. Musielak, Grundkurs ZPO, 2012, Rn. 415.

三、證據的種類

(一) 本證與反證

1. 本證

負有舉證責任的當事人，為證明自己主張的事實為真，所提出的證據，稱為本證（Hauptbeweis）。本證必須使法院達到確信（volle Überzeugung）的程度，該當事人始為舉證成功。¹⁶

2. 反證

就負有舉證責任（本證）當事人的事實主張，其對造為否定其事實主張，所提出的證據，則稱為反證（Gegenbeweis）；換句話說，反證乃一造當事人為推翻有舉證責任的他造所主張事實，而主張與該事實相反的事實，為證明該相反事實的存在，所提出的證據。反證只要使法院對該事實主張產生懷疑（zweifelhaft）為已足，¹⁷ 亦即動搖法院原基於本證所形成的確信心證，就達反證之目的。

負舉證責任的當事人，須證明至使法院就該待證事實獲得確信的心證（本證），始為盡其證明責任；倘不負舉證責任的他造當事人，就同一待證事實已證明其間接事實，而此間接事實依經驗法則為判斷，與該待證事實的不存在可認有因果關係，足以動搖法院原已形成的心證，將因該他造當事人所提出的反證，使待證事實回復至真偽不明的狀態；此際，仍應（再）由主張該事實存在的一造當事人舉證予以證明，始得謂其已盡其證明責任。¹⁸

¹⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2010, § 110 Rn. 12 f.; Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 2009, § 2 Rn. 2; 陳榮宗、林慶苗, 民事訴訟法(中), 2009年修訂七版, 475頁。

¹⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2010, § 110 Rn. 13; Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 2009, § 2 Rn. 3; 陳榮宗、林慶苗, 民事訴訟法(中), 2009年修訂七版, 475頁。

¹⁸ 最高法院 93 年度台上字第 2058 號判決; 陳計男, 民事訴訟法論(上), 2009年修訂五版, 468-469頁。

甲主張 S 事實 ⇔ 對造乙爭執 ⇔ S 事實為待證事實 ⇔ 甲舉證 ⇔ 法院確信 S 存在 ⇔ 乙反證 (T 間接事實) ⇔ 動搖法院對 S 存在的確信心證 ⇔ S 事實又陷於真偽不明

按法律規定，某事實「推定」得以「反證」推翻情形，例如民訴法第 281 條、民法第 9 條等，其所稱的「反證」之意義不同，因否認該推定事實（存在或不存在）者負有舉證責任，所以其所提出的「反證」是一證明相反事實的證據（Beweis des Gegenteils），性質上屬於上述證據分類的「本證」。¹⁹ 故該提出「反證」當事人必須使法院得到確信的心證，才可謂已經盡其舉證責任。

（二）直接證據與間接證據

1. 直接證據

能直接證明待證事實（法律規定的構成要件特徵之事實）的存在或不存在之證據，為**直接證據**（unmittelbarer Beweis）。例如就甲將買受物 S 交付予乙為待證事實的情形，證人丙證稱，其親眼見到甲將 S 交付予乙。

2. 間接證據

待證事實因一定間接事實或輔助事實（構成要件外的事實）的證明，依推理方法而間接獲得證明。能證明該間接事實的證據，為**間接證據**（mittelbarer Beweis），又稱**情況證據**（Indizienbeweis）。²⁰ 換句話說，得以間接證據（情況證據）證明間接事實，再依推理方法認定待證事實，即間接證明待證事實。例如就甲將買受物 S 交付予乙為待證事實的情形，證人丙證稱，其親眼在乙的住處見到該 S 物。

¹⁹ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），2009年修訂七版，475頁。

²⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2010, § 110 Rn. 15；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），2009年修訂七版，475頁。

- ❖ 證明甲於今年 2 月 2 日下午 3 點正在高雄市的證據，可依推理間接證明甲同日下午 3 點 5 分不在基隆市。

就特定法律關係發生所須具備的特別（構成）要件負舉證責任的當事人，對該特別要件的具備，如能證明間接事實，且該間接事實與要件事實間，依經驗法則已足以推認其因果關係存在，即已盡其舉證責任，非以直接證明要件事實為必要。²¹

- ❖ 主張有借名委任關係存在事實的原告，於被告未自認下，須就此項利己事實證明至使法院就其存在達到確信的程度，始可謂已盡其依民訴法第 277 條本文規定的舉證行為責任。又原告就上揭利己的待證事實，苟能證明在經驗法則或論理法則上，足以推認該待證事實存在的間接事實，即無不可，非以直接證明該待證事實為必要（§28）。此時原不負舉證責任的被告，可就與上開事實不能併存的他項事實，為相當於本證（§281 所稱的「反證」）的舉證活動而予以推翻，例如證明借名委任關係的事實存在於其與第三人間；亦可另證明在經驗法則或論理法則上，足以動搖法院原已形成確信心證的他項間接事實，使借名委任關係是否存在，回復至真偽不明的狀態，此際主張該事實存在的原告自應再為舉證，否則該待證事實尚難認為真正。²²

四、證明的對象（標的）

證明的對象或標的（Gegenstand des Beweises, Beweisgegenstand），通常為事實（事實主張，Tatsachenbehauptung），偶而為經驗法則，罕見的為法規。

²¹ 最高法院 91 年度台上字第 2076 號判決；92 年度台上字第 1971 號判決。

²² 最高法院 103 年度台上字第 1637 號判決。