

# 行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

## 自由心證之研究(第3年) 研究成果報告(完整版)

計畫類別：個別型  
計畫編號：NSC 96-2414-H-004-009-MY3  
執行期間：98年08月01日至99年07月31日  
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：姜世明

計畫參與人員：碩士級-專任助理人員：張逸婷  
碩士級-專任助理人員：鄭巧筠  
碩士班研究生-兼任助理人員：高上茹  
碩士班研究生-兼任助理人員：陳重安  
碩士班研究生-兼任助理人員：蕭盛文  
碩士班研究生-兼任助理人員：顏正豪  
碩士班研究生-兼任助理人員：賴映淳

處理方式：本計畫涉及專利或其他智慧財產權，2年後可公開查詢

中華民國 99 年 10 月 26 日

# 自由心證之研究\*

姜世明\*\*

## 目錄

- 壹、 前言
- 貳、 研究目的
- 參、 文獻探討
- 肆、 研究方法
- 伍、 自由心證之意義
  - 一、形式說明型
  - 二、實質說明型
- 陸、 自由心證之功能
  - 一、制度面而言
  - 二、實踐面而言
  - 三、自由心證與周邊制度-言詞審理、直接審理與公開審理原則之關係
    - (一) 言詞審理原則
    - (二) 直接審理原則
    - (三) 公開審理原則
- 柒、 自由心證之內容及限制
  - 一、概說
    - (一) 刑事訴訟上之對象
    - (二) 民事訴訟上之對象
  - 二、限制
    - (一) 以論理法則與經驗法則作為自由心證之內在拘束
    - (二) 違法取得證據之可利用性
    - (三) 證明度問題
    - (四) 其他
- 捌、 實務上操作之觀察
  - 一、實務案例
  - 二、評估
- 玖、 初步結論

\* 行政院國家科學研究委員會研究計畫成果報告，計畫編號: NSC 96-2414-H-004 -009 -MY3。

\*\* 國立政治大學法律學系教授、德國慕尼黑大學法學博士。

## 中英文摘要

### (一) 中文摘要

自由心證主義係民事證據法中關於法官認定事實之核心原則，其對於法官認定事實給予一定程度彈性空間，而得避免因僵化法定證據原則，造成具體個案上難以實現真實發現之訴訟法理想。但因此一原則有較為不明確之內涵，容易造成誤解，若操作不慎，其對於法治國原則所要求之法律安定性及法官依法裁判之原則，極易形成威脅，司法公信力經常因此而受到挑戰。

我國學者對自由心證主義已有所注意，其研究成果甚值重視。本研究乃企圖在國內既有研究成果之基礎下，引介德國、奧國等國之法學者思想及其實務操作成果，並對於我國實務上判決及實務家之思考背景與方式，進行本土性實證研究及比對，用以尋得自由心證主義在我國被濫用或污名化之原因，並探求解決之途徑。對此，並得出對於自由心證制度被濫用或被誤解之初步研究結果。其中，關於證明度、經驗法則及蓋然性之因素，已均另文探討。在此乃並綜合研析，並處理證據能力之受限問題。惟因時間有限，對於部分問題，仍將於後續研究，繼續補強，希望能有助於國內對於自由心證之理解。

關鍵詞：自由心證、蓋然性、經驗法則、事實認定、證據評價、證明度

### (二) 英文摘要

In civil evidence law, the doctrine of free evaluation of the evidence is the key principle, which provides some flexibility for judges to affirm facts and can avoid the rigid legal evidence principle to block the purpose of civil procedure law in discovering the objective truth. However, this principle is easily caused misunderstanding because of its ambiguous contents. If judges abuse this principle, it may threaten the essential foundations of the legal stability under rule-of-law principle and the principle of judge by law and therefore make the judicial faith be challenged.

The scholars in Taiwan have paid attention to “the doctrine of free evaluation of the evidence” and delivered some valuable research articles. This article not only introduces relevant theories in Germany, Austria and Switzerland and the judicial practical results of those countries, but also compares our domestic legal research with domestic judicial verdicts and relevant ways of thoughts of the judges. Through the legal research, this article hopes to find out the reasons why the free evaluation of the evidence principle is abused and notorious in our country, and figure out the solution as well.

Key words: the free evaluation of the evidence, burden of Proof, experience principle ,standard of Proof

## 壹、 前言

自由心證主義係現今大多數國家程序法所採取之審理原則，其主要係作用於認定事實之層面，但因關係當事人訴訟勝敗至鉅，對於此一認定事實之機制，若操作不當，對於當事人而言，易造成突襲，並產生對於法官恣意之疑慮。

對於我國而言，民事訴訟法第二百二十二條亦規定自由心證主義，但其對於所謂自由心證，並未定義，因而學理上對此可能有不同看法。而在實務上，對於證明度、經驗法則、蓋然性及證據禁止等問題且尚未釐清，如此，亦難期事實審法院對此能有依循標準。

更可慮者係，第三審若透過經驗法則及證明度或指摘事實審有未查之證據等制度，介入事實審之事實認定領域，則對於自由心證之運作，對於事實審法官而言，更屬莫測高深。此對於法治國防止突襲訴訟當事人而言，自將產生期待之落差。

## 壹、 研究目的

對民事證據法學之研究，除舉證責任分配法則之確立乃決定當事人訴訟上不利利益歸屬及作為當事人舉證活動之指標性意義之外，證明度之釐清，亦有助於法官能正確地認定事實，就此，固為申請人近年來研究之重點，並已完成各問題之評估及建議。惟認定事實，除證明度之概念釐清之外，對於蓋然性、確信、蓋然性計算、證據價值、經驗法則、間接證明及自由心證之具體內涵與界限，均有釐清之必要，否則對於事實認定學，仍無法突破向來對於自由心證污名化之宿命，對於司法公信，經常有造成破壞之疑慮。

相關問題，申請人 95 年度中固已進行經驗法則之研究，並在計畫外將於民國九十六年年初完成對於表見證明之研究。其餘之議題，則藉由此次國科會多年期計畫，加深及進行體系整合與實證之研究。其中，原理體系之整合，應可對於相關制度尋得在我國本土法理中應有定位；而經由實證之研究，應可對於現行實務界之操作優缺點，進行適當之評估及建議，期能藉此研究，搭建與實務界對於相關制度理解及溝通之平台。

申請人原預計之研究議題如下：

第一年，對於蓋然性、蓋然性計算、確信及證據價值等問題，進行進一步釐清，援引德、奧、瑞等國文獻，比對我國現有文獻，研究評估，使國內對於此一問題能獲得更進一步之法學資訊。

第二年，將對於間接證明進行研究，此一問題乃證據法學中事實認定學之重要問題，其不僅係事實認定之重要機制，甚至在德國學理上亦有將之納入舉證責任減輕之可能性者。此一問題，在我國，並涉及爭點整理、辯論主義等相關問題，對於集中審理制度之實現，居於重要樞紐地位。申請人對於間接證明中之經驗法

則重要制度，固將於今年度國科會計畫完成研究，但其與間接證明內涵並不致重疊，反而僅有對於間接證明為整體性之研究後，本年度之經驗法則之意義及實用性乃能更加被突顯及發揮作用。對於間接證明之研究，將進行實證研究，並對通姦及車禍事件二類型進行大規模判決之分析及討論，藉此探討其於實務上之可能潛藏問題之所在。

第三年，將對於自由心證具體內涵及界限進行實證及理論研究，其中對於經驗法則及論理法則之意義及作用，將為進一步確認。而對於自由心證是否「真自由」，其與證明度、蓋然性、確信、真實等概念，如何進行體系整合，始能不相互衝突，而造成第三審（法律審）對於事實審之事實認定權限無端加以限縮，徒增訟累，並破壞事實審及法律審之分界。

此等議題，已逐年完成初步評估，但因此問題係民事訴訟法最為困難之問題，雖預計民國 100 年出版專書，但能希望在未來一年內能繼續研究，使各研究成果能更完備。

## 貳、 文獻探討

對於自由心證之研究，在我國法上，刑事訴訟法學者之論著暫且不論，對於民事法學者而言，國內文獻除教科書中論述之外，在專論部分，以雷萬來教授之民事證據法論（八十六年）、自由心證客觀化之芻議（中興法學）、邱聯恭教授之心證公開論等相關論述、李學燈教授之證據法比較研究（八十一年）、駱永家教授之民事舉證責任論及王甲乙教授之自由心證主義等。其中，雷教授對於自由心證客觀化之研究頗為深刻，對於其著作日前德日文獻已多有評介，頗值參研。其他學者對於自由心證問題，有特別著重於程序保障論者，有特別對於證明度加以鑽研者，有對於經驗法則或間接證明加以探討者，均值重視。對此，本計畫均將加以研討，而亦將著重於對新近中外文獻及學理發展之追蹤及研究，以延續此一議題之更新意義。

本問題之研究，就德文文獻部分，就將來完成稿件之引用文獻包括：

1. Ballon, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht, - Streitiges Verfahren, 10. Aufl., 2004
2. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung
3. Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996
4. Bender/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Band.I., 1981
5. Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd.I Teil 2A, 1966
6. Bötticher, Besprechung der 3. Aufl. der Beweislast von Rosenberg, ZZP 68 (1955), 231f.
7. Brüggemann, Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen, 1971
8. 8. Deppenkemper, Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis,

2004

9. Ekelöf, Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins, ZZZ, 75(1962),S.289.
10. Esser, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966
11. Fasching/Rechberger, ZPO, Bd.III, 2004
12. Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979
13. Grunsky/Baur, Zivilprozessrecht, 11.Aufl., 2003
14. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2.Aufl., 1974
15. Gottwald, ZPO-Lexikon, 2005
16. Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978
17. Heescher, Untersuchungen zum Merkmal der freien Überzeugung in §286 ZPO und §261 StPO,1974
18. Holzhammer, Zivilprozessrecht, 2.Aufl.,1976
19. Huber, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983
20. Jauernig, Zivilprozessrecht, 28.Aufl., 2003
21. Kuchinke, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung , in : Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966, S.39f.
22. Leipold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, 1985
23. Maassen, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, 1975
24. Motsch, Vom Prozeß als Beweis zum Überwiegensprinzip, in: Gedächtnisschrift für Rüdiger,1978, S.334ff.
25. Motsch, Anm.zur Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess , NJW 1976, 1389.
26. Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975
27. Musielak/Stadler,Grundfragen des Beweisrechts, JuS 1980, 428.
28. Musielak/Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, 1984
29. Musielak, Das Überwieksprinzip—Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeits, in:FS.Kegel, 1977, S.464ff.
30. MünchKomm-Prütting, ZPO
31. Nierhaus, Beweismass und Beweislast : Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess, 1989
32. Nonn, Die Beweiswürdigung im Zivilprozess, 1966
33. Paulus, Zivilprozessrecht, 3.Aufl., 2004
34. Peters, Die Beweislast, MDR 1949, 69.
35. Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983
36. Prütting, Grundprobleme des Beweisrechts, JA 1985, 316.
37. Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, 6.Aufl., 2003
38. Reinecke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Schmidt,

- Probleme der Beweislastumkehr, JuS 1975, 435.
39. Reinecke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, 1976
  40. Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 1988
  41. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16.Aufl., 2004
  42. Sautter, Beweiserleichterungen und Auskunftsansprüche im Umwelthaftungsrecht, 1996
  43. Schellhammer, Zivilprozess, 10.Aufl., 2003
  44. Scherer, Das Beweismass bei der Glaubhaftmachung, 1996
  45. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 5.Aufl., 1994
  46. Schilken, Zivilprozessrecht, 3.Aufl., 2000
  47. Schlosser, Zivilprozessrecht I, 1991
  48. Schreiber, Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess, 1968
  49. Schwab, Das Beweismaß im Zivilprozess, F.S. f.Fasching zum 65.Geburtstag, 1988, S.453.
  50. Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976
  51. Thomas/Putzo, ZPO, 27.Aufl., 2005
  52. v.Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 6.u.7.Aufl., 1924, 3.Teil, 1.Abt.
  53. W.Belling/Riesenhuber, Beweislastumkehr und Mitverschulden, ZZP, 1995
  54. Walter, Freie Beweiswürdigung, 1979
  55. Weitnauer, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, KF 1966, 3ff.
  56. Werner, Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, 1970
  57. Zeiss, Zivilprozessrecht, 9.Aufl., 1997
  58. Zöller/Greger, ZPO, 23.Aufl.
  59. Stein/Jonas, ZPO, Kommentar.
  60. Wieczorek, ZPO. Kommentar

上開文獻，除教科書之外，學術專論中有特別對於蓋然性加以研究者，有專門對於自由心證或證據評價加以研究者，甚至亦有對於如何認定事實或證據價值之估計加以分析者，其在德國證據法學界，均被視為重要之研究成果。此等研究對於我國自由心證理論之發展，應均有借鏡之意義。

除此之外，對於其他新近重要文獻及判決，申請人亦一併蒐集及研究。務使本計畫之研究，更加周全。

## 參、 研究方法

### 一、 第一年

本計畫採用之研究方法與原因：藉由圖書館借閱、網路搜尋德國判決及文獻，



及向德國、奧地利之書局訂書等方式，進行比較法之研究，期能對於相關問題為根本性之概念釐清。

第二年

本計畫採用之研究方法與原因：藉由圖書館借閱、網路搜尋德國判決及文獻，及向德國、奧地利及瑞士之書局訂書等方式，進行比較法之研究。此階段並將對於國內判決為類型化整理，進行實證研究，期能對於其在爭點整理過程中之作用，加以確認。

第三年

本計畫採用之研究方法與原因：藉由圖書館借閱、網路搜尋德國判決及文獻，及向德國、奧地利之書局訂書等方式，進行比較法之研究。此階段將繼續實證研究，對於德國及我國之實務上見解加以整理比較。必要時，進行對於法官認定事實中主觀因素介入情況，為實證調查。

#### 肆、自由心證之意義

我國民事訴訟法第二百二十二條第一項明定：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。」依此規定，得為認定事實之資料者，限於全辯論意旨與調查證據之結果，換言之，未顯出於言詞辯論之資料，不得作為判斷事實真偽之資料，一方面確保判斷事實真偽之客觀性，另一方面為判斷事實真偽時，必須就全辯論意旨及調查證據之結果統加斟酌，不得遺漏。<sup>1</sup>

而在刑事訴訟法部分，民國五十六年一月二十八日修正公布之刑事訴訟法基於法定證據主義與發見真實主義不符，亦仿效各國通例，採用自由心證主義，而於第一百五十五條第一項明定：「證據之證明力，由法院自由判斷。」以資揭示我國刑事訴訟法亦係採自由心證主義。有疑慮者係，在民事訴訟中，除證據價值之外，證據能力是否亦為自由心證之範圍？就此，存有不同見解。在民事訴訟中，有學者亦將之納入自由心證之範圍，但若對於證據能力之研究，尤其係對於違法取得證據之可利用性，在國內已日漸受重視之下，對於自由心證範圍之理解，爾後或有為較精確釐清之可能。

在刑事訴訟中，學者認為依照證據裁判原則，「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實」（刑事訴訟法第一五四條第二項）。證據裁判原則所稱得以推定犯罪事實的「證據」，尚有「資格」之限制，並非泛指一切的證據資料，所以，「無證據能力，未經合法調查，不得作為判斷之依據」（刑事訴訟法第一五五條第二項）。據此，我國證據法上區別證據能力與證明力兩種基本概念，具備證據能力者，始生證明力之問題。「證據能力」是證據資料有無成為本案裁判基礎的證據「資格」問題，判斷結果非「有」即「無」，並且通常由法律加以

<sup>1</sup> 王甲乙，自由心證主義，法學專刊，第四十三期，1966年7月，頁七八至七九。

直接規定；「證明力」係指證據資料對於法官形成心證是否有作用，即法官是否採信該證據資料的證據「價值」問題，因此，又稱為「證據價值」，判斷結果或高或低。<sup>2</sup>學者認為自由心證原則既係關於如何評價證據之「證明力」的原則，如此，證據能力應係自由心證之「前提」。若無證據能力之證據，法官根本不得採為裁判基礎，更遑論評價其證據價值。據此，證據能力應可認為係自由心證的攔砂壩、擋土牆。證據資料乃須在歷經刑事訴訟程序之後，同時符合消極要件（未經禁止使用）與積極要件（已經合法調查之嚴格證明）者，始為「出於審理庭」之合法證據，始能取得證據能力，進而方可作為法官自由心證的對象。因而，此二項要件可謂係自由心證之前提要件。<sup>3</sup>

民事訴訟法第 222 條第 1 項並未對於自由心證主義進行定義，對於自由心證之定義，學者間似無標準。粗略可分為形式說明型與實質說明型二種：

#### 四、形式說明型

以此類方式說明者，不直接對自由心證定義，僅說明「當事人有爭執之事實，其認定採自由心證主義，法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽」<sup>4</sup>、「書證以外之證據，均無形式上證據力之限制，其證據之取捨與證據力之強弱，悉依法院之自由心證」<sup>5</sup>、「上開證據原因之取捨與選擇，原則上委諸法官之自由」<sup>6</sup>。由上可知，此類學說僅對自由心證之運作方式加以說明，對於定義則未觸及。

#### 五、實質說明型

採此方式者，多自民事訴訟法第 222 條第 3 項之條文內容「法院依自由心證斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則。」出發加以定義，認為自由心證為法院判決時「經斟酌之後，憑法官之學識、經驗及智慧，按經驗法則及論理法則，為客觀之衡量，依其內心之確信，判斷事實之真偽」<sup>7</sup>、「對於證據能力與證據價值(證據力)不加限制；證據之取捨、證據價值之有無，由法院自由判斷之主義」<sup>8</sup>、「證據之判斷，一任法官之自由，謂之自由心證主義」<sup>9</sup>、「法官於裁判時，基於審理中所出現之全部資料與情況依其良心自由之判斷形成心證而認定主要是實之採證方法」<sup>10</sup>、「謂法院判斷事實之真偽時，一依其自由意見定之，別無證據規則之拘束」<sup>11</sup>。此類學說意圖對於法條中「自由」一詞加以解釋，可歸納為

<sup>2</sup> 林鈺雄，自由心證：真的很自由嗎？，台灣本土法學，第二十七期，2001 年 10 月，頁 18。

<sup>3</sup> 林鈺雄，自由心證：真的很自由嗎？，頁 19。

<sup>4</sup> 楊建華原著；鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，2009 年，頁 203。

<sup>5</sup> 吳明軒，民事訴訟法(中)，2009 年修訂八版，頁 872。

<sup>6</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，2009 年，頁 395。

<sup>7</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，2004 年增訂七版，頁 320。

<sup>8</sup> 駱永家，民事訴訟法 I，1991 年修訂四版，頁 174。

<sup>9</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，2009 年修訂五版，頁 292。

<sup>10</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，2009 年修訂七版，頁 500。

<sup>11</sup> 王甲乙，自由心證主義，頁 78。

按經驗與論理法則及證據力不加限制兩個方向。

與法定證據原則相較，後者係因採取糾問制度，為避免法官專擅而恣意決斷事實，從而以法律預先規定一定採證方法，規範法官就一定事實之認定須依據法定具體方法取證認定事實<sup>12</sup>，限制法官僅能作為「形式上之認事用法者」。惟面對現代訴訟之證據多元性與事實複雜性，此種僵化之證據評價方式於個案中不僅難以適用，更有可能迫使法院判定完全違反其心證之證據價值<sup>13</sup>。

自由心證原則伴隨彈劾制度，法官此時立於公正地位，聽取控方與辯方之陳述認定事實，開始信賴審判者之理性，而肯認依循其內心確信自由評價證據，不僅得以適應現代型紛爭之複雜性，亦可於個案中就不同之具體情形，妥適認定以發現實體真實。

## 伍、自由心證之功能

### 一、制度面而言--免除繁瑣之主觀證據價值規定

民事訴訟上對於證據方法未如刑事訴訟法般限定證據方法，故於訴訟中證據之出現區分為物與人之證據二種，對於個別證據之證據價值，若欲全部加以規範，則不僅立法曠日廢時、對於個別證據價值之主觀認知無法取得一致見解，立法之亦難以順應社會之變化而更動。從而採用自由心證有助於法律之架構內與時俱進與成長。

### 二、實踐面而言--法官發揮功能，實現個案正義

相對於法定證據原則，自由心證原則上將認定事實、判斷證據價值之權限交由專業法官，於此除實現法官原有之職業功能，革除其原作為形式之判斷工具，亦可期待法官發揮其專業訓練成果，於個別案件審理之時對於所有證據依其相互間之關係整體觀之，以達成發現實質正義之目標。

### 三、自由心證與周邊制度-言詞審理、直接審理與公開審理原則之關係

自由心證係設計於判斷證據價值之制度，惟此制度之前提乃證據之進入法庭供法官審酌，從而證據之完善與合程序取得，即為自由心證重要之問題。茲就民事訴訟法上與實現合法聽審權重要之原則關係說明如下：

#### (四) 言詞審理原則

法院作為裁判基礎之訴訟資料，須根據當事人與訴訟關係人之言詞陳述，民事訴訟法第 221 條第 1 項：「判決，除別有規定外，應本於當事人之言詞辯論為之。」已有明文。

<sup>12</sup> 陳榮宗、李慶苗，民事訴訟法(中)，頁 500。

<sup>13</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，頁 292。

藉由於審判庭上之言詞審理，於準備程序階段，法院得確定當事人所爭執之法律關係於程序上與實體上之爭點，於不明瞭之處得以隨時闡明，確保審理之迅速與爭點之集中攻防，使法院得獲得判決所須證據。於證據調查階段，法院於訊問證人、勘驗證據等過程中可直接聽取當事人之證言、明確了解其所陳述之內容與重點，更可同時觀察陳述之際當事人之動作、表情等，可供作輔助判斷依據，由此即可確保證據之真實、完整及可信性。於言詞辯論階段，可使兩造當事人充分攻擊防禦，確保其辯論權，同時法院得適時公開心證，避免突襲性裁判<sup>14</sup>，使證據價值之認定獲得當事人之信賴。

#### (五) 直接審理原則

為本案裁判之法官，必須親自認識其所欲作為心證內容之資料，直接參與言詞辯論與證據調查等訴訟程序，民事訴訟法第 222 條第 2 項：「法官非參與為判決基礎之辯論者，不得參與判決。」定有明文。

直接審理原則與自由心證之關聯主要表現於二面向，其一為法官直接於證據首次出現於法庭之際，即利用自身五官加以體會，可確保心證形成與待證事實最具相關之證據得以相連結<sup>15</sup>；另一方面法官得以透過直接審理將心證之清晰度予以延長保留，透過每次庭期是每一證據皆存於法官心中交互判斷，以求得最為正確之心證。

#### (六) 公開審理原則

依法院組織法第 86 條規定：「訴訟之辯論及裁判之宣示，應公開法庭行之。但有妨害國家安全、公共秩序或善良風俗之虞時，法院得決定不予公開。」此係確保實現法治國家公正程序請求權<sup>16</sup>，於審理之際原則上任何不特定人皆得隨時入而聽聞，若未為公開審理即為判決違反法令，依民事訴訟法第 469 條第五款為上訴第三審之事由<sup>17</sup>。

藉助公開審理，於法官可監督其行使自由心證之正確性，避免其專制擅斷而為恣意之事實認定；於當事人可防止其為虛偽之主張及陳述，確保證據進入法院非為捏造或帶有虛假之錯誤解釋，可擔保法院心證形成之正確性。

## 陸、自由心證之內容及限制

### 一、概說

在刑事訴訟中，自由心證立法模式之下，並無任何的硬性法律條文規定「何

<sup>14</sup> 邱聯恭，新世紀民事程序法建制之基本課題—評論民事訴訟法修正走向之基本觀點—，收於氏著程序制度機能論，1996 年，頁 244-245。

<sup>15</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，頁 49。

<sup>16</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，頁 239。

<sup>17</sup> 楊建華原著、鄭傑夫修訂，民事訴訟法要論，頁 9。

種證據之證據價值高於其他證據者」；且除要求法官必須到達「毫無合理懷疑」之主觀確信始能為有罪判決之外，並無硬性法律條文規定「法官在何等條件下可以（或應該）認為犯罪事實已經證明，何等條件之下可以（或應該）認為犯罪事實未經證明」。自由心證原則之根本，乃承認「個案差異」之事實，因而認為，證據如何評價及證據價值之高低，僅能委諸法官依照具體個案情況判斷之。在某具體個案中，法官乃有權認為一個鄉野農婦證言之證明力，遠高於十個衣冠楚楚城市仕紳之證詞。其在立法層次上，乃放棄法定形式客觀之硬性評價規則，而委諸法官個人之確信以資判斷，此係立法上選擇之結果，但亦屬歷史經驗之產物，而為多數國家所採。可慮者係，承認「個案差異」之結果，某程度將造成「不安定性」。事實認定求諸法官之「主觀確信」，難免流於其個人之「恣意擅斷」。對此，如何加以規制，即為制度運作之問題所在。

此一問題或現象觀察，在民事訴訟中亦存在，對於如何質量證詞或各證據方法之證據價值優先性，除部分證據價值預先推定之規定外，對於法官而言，其在利用自由心證原則時，仍有頗大之空間。

就自由心證之運用外，我國於例外情形兼採法定證據主義，一其法條規定型態可分為以下二類型：

### 1. 限制證據方法型

就特定事實之舉證，法律限制得作為心證資料之證據<sup>18</sup>，如民事訴訟法第 24 條何亦管轄之約定應以文書證之、第 42 條關於選定當事人應以文書證之、第 219 條：「關於言詞辯論所定程式之遵守，專以筆錄證之。」、第 284 條但書：「釋明事實上之主張者，得用可使法院信其主張為真實之一切證據。但依證據之性質不能即時調查者，不在此限。」。就採取法定證據方法之原因，多係出於對於訴訟程序事項為求迅速且單一化判斷，或對特殊事項為求慎重，而事先明文規定一定證據方法，避免當事人舉證過於廣闊，導致程序上之延宕。

### 2. 證據價值之預先規定型

對於一定提出於法庭之證據方法之證據評價預先規定，是法院於認定時排除自由心證之運用，如民事訴訟法第 355 條第 1 項：「文書，依其程式及意旨得認作公文書者，推定為真正。」，即預先規定其形式證據力，除有反證外不許法院另為認定<sup>19</sup>，第 356 條但書與第 258 條之文書亦同。何以先就一定證據規定其證據價值，多係出於承接傳統上法定證據原則之認定，認為一定之證據其於期出現之背景，而應具有一定之證明力。

關於自由心證之對象，比較刑事訴訟及民事訴訟而言，

<sup>18</sup> 駱永家，民事訴訟法 I，頁 176。

<sup>19</sup> 吳明軒，民事訴訟法(中)，頁 872、姚瑞光，民事訴訟法論，頁 321。

### (三) 刑事訴訟上之對象

#### 1. 前提：證據裁判原則

刑事訴訟法對於自由心證之適用，其法條之規定乃係針對證據之證明力，對於認定事實之依據又排除無證據能力與未經合法調查之證據，從而即出現證據裁判原則之前提要件。

##### (1) 證據禁止法則

刑事訴訟上對於證據能力具有嚴格之規定，證據首先須確實存在而與待證事時具備自然關聯性，符合法定程式，且未經法院適用證據排除法則，如為傳聞證據、自白非任意性、違反告知義務等而加以排除，證據若被判定屬於禁止使用範圍之證據，即無證據能力，不得作為判決之基礎，縱使該證據之證據價值極高或顯然合於真實，法院亦不得與以自由衡量。

##### (2) 嚴格證明法則

證據縱使具有證據能力，仍須以刑事訴訟法規定之證據調查程序調查之。之所以須經調查，實與直接審理與言詞審理原則相關，對於證據之調查審理法官須親自體驗其真實性，以確保認定事實之正確性。嚴格證明具備雙重之嚴格形式性，即證據資料須依照法律列舉之法定證據方法予以調查，並且須依照法定證據程序加以調查，該證據方得取得作為裁判基礎之資格，而得為法院自由心證之對象。

由上可知，證據能力並非法院所得自由心證之對象，其乃係作為前提要件。

#### 2. 證明力

法條明文將證據之證明力作為自由心證之判斷對象，證據證明力實為證據得供作證明待證事實之價值，此將於其後說明。

### (四) 民事訴訟上之對象

民事訴訟法對於自由心證之對象未如刑事訴訟法明文規定，僅規定應就調查證據之結果與全辯論意旨適用自由心證。然而出現於法庭之證據，學者多從訴訟之階段上加以不同定位<sup>20</sup>，由訴訟之開始當事人提出之證據，法官須依五官作用加以調查，此為證據方法；而訴訟進行中有作為本案證據適格者，稱為證據能力；法院隨後依證據調查程序所得之資料稱為訴訟資料；法院就具體證據得否證明待證事實之程度，稱為證據價值；最後為就具有證據價值之證據，綜合判斷而形成心證之基礎，則稱為證據原因。訴訟歷程中就證據將出現不同之面向，而自由心證適用最大之爭議應於證據能力方面。

#### 1. 自由心證對象包含證據能力及證明力

<sup>20</sup> 如楊建華原著、鄭傑夫修訂，民事訴訟法要論，頁 282-283、陳計男，民事訴訟法(上)，頁 464-467。

主張此項主張者主要採取二項理由，其一為依自由心證原則之內涵，對於證據之取捨與證據能力之高低均委由法院自由判斷，從而應包括證據能力<sup>21</sup>；其二為若認定民事訴訟法第 222 條第 1 項專指證據能力，則同條項但書之法律另有規定將無法解釋，因關於證據證明力問題法律並無另定之<sup>22</sup>。

論者<sup>23</sup>亦有認為民事訴訟法並未就證據能力為原則性規定，於特殊事項上為求慎重起見方對證據方法加以限制，從而證據能力未為規定，仍應適用自由心證；另認為民事訴訟與刑事訴訟定位應無不同，進一步論證刑事訴訟法僅限制適用於證明力，惟竟出現包含證據能力之結論，此理由似有矛盾。

## 2. 自由心證僅包含證明力

多數學者皆採取此見解，認為成為自由心證基礎資料必須合法取得，採用違法之辯論或證據調查結果所為之事實認定違法<sup>24</sup>，或係認為證據若具有未能採用或被排斥而不得作為心證基礎之情形，則不得作為證據資料<sup>25</sup>，或認為證據之證明力本無優劣之分，除法律另有限制證據之種類外，應由法院依自由心證認定之<sup>26</sup>，或有自比較法之觀點，認為係為證據評價之自由<sup>27</sup>。

## 3. 小結

就證據能力應否包含於自由心證之適用對象，於檢討學說後，似可自兩個面向加以思考：

### (1) 證據應用方式之規定不限於證據能力與證明力

誠如上述學者對於證據區分階段加以分類，證據已不限於證據能力與證明力，從而民事訴訟法第 222 條第 1 項但書之規定並不限於就證明力別有規定<sup>28</sup>，對於證據方法別有規定者亦應納入其中，且學者認為民事訴訟法並無對於證明力別有規定，諒係對於本法中對於書證之推定真正之見解不同所致。

### (2) 證據能力對於真實保障之功能

刑事訴訟上就證據能力設有原則上規定，一方面欲貫徹法條上揭槩之證據裁判原則，另一方面即作為證據進入法院形成法官心證之篩選器，對於評價上根本無法作為證據適格之證據，為免汙染法官心證造成偏差，從而直接認定不得成為

<sup>21</sup> 梁松雄，民事訴訟法要義，頁 261-262，1986 年、蔡章麟，自由心證與誠實信用原則，軍法專刊，第二卷第四期，頁 65，1953 年 4 月，氏以證據適格稱呼之。

<sup>22</sup> 連銀山，民事舉證責任之研究，收錄於鄭玉波、楊建華編，民事訴訟法論文選輯(下)，頁 658，73 年 7 月。

<sup>23</sup> 程克琳，民事訴訟法上自由心證之研究，私立輔仁大學法律研究所碩士論文，頁 18-19，1998 年 7 月。

<sup>24</sup> 駱永家，民事訴訟法 I，頁 188。須注意者係氏於同書第 174 頁首先介紹自由心證時，認為係對證據能力與證據方法不加限制，似採取肯定見解，惟其行文至後出現須經合法取得之說明，理解上應係其對於自由心證之特別限制。

<sup>25</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，頁 395。

<sup>26</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，頁 466。

<sup>27</sup> 雷萬來，自由心證客觀化之芻議，中興法學，第二十三卷，頁 72，1986 年 11 月。

<sup>28</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，頁 501。

認定事實之基礎，自然非為自由心證之對象。

民事訴訟法未對證據能力加以規範，是否即肯認其為自由心證之適用對象，不無疑問。由近年來對於違法取得證據之可利用性之探討可知，依正當合理之程序取得證據並加以調查，實乃憲法上正當程序請求權保障之核心範圍<sup>29</sup>，對於人民憲法上基本權如隱私權、人格權等侵害與人民完整利用訴訟權、財產權之利益衡量，實應考量是否有更應受保護之正當利益<sup>30</sup>，於此是否即得將證據能力完全委由法院自由心證認定之，似過度授權法院而逸脫法條解釋之範圍。

## 二、限制

### (五) 以論理法則與經驗法則作為自由心證之內在拘束

依自由心證原則，法官雖可「自由」評價證據之證明力，但仍應受論理法則與經驗法則之拘束。刑事訴訟法所稱「……顯與事理有違，或與認定事實不符之證據，不得作為判斷之依據」，即指此一限制。而此一限制在民事訴訟中亦同。

論理法則係指推理、演繹的邏輯規則。法官綜合評價證據之證據價值，據以判定事實真相如何之際，必須依照一般推論事理及演繹結論之基本邏輯規則，例如推理演繹過程不得犯下循環論證之錯誤，否則即屬違反論理法則。其次，把「可能的」選項當成「必然的」結論，也是違反論理法則的常見情況。<sup>31</sup>

而所謂經驗法則，乃一般生活經驗之規則，包括於藝術、科學、手工業、商業及交易之專業及專門知識之規則（亦包括交易習慣、商業習慣及交易見解等）。其部分乃基於對人類生活、行為及往來觀察所得，部分係科學研究或手工業、藝術活動之成果。<sup>32</sup>自然科學上已經證實之事項，乃屬於一般有效的經驗法則，亦可謂係最為確定之經驗法則。據此，自然科學上已有定論之專業知識，法官不得為相反之自由心證。

但此部分經驗法則之運用，與法院是否應受鑑定人鑑定之拘束，二者間之關係尚有其應探究之處。亦即，自然科學證實之事項，有時僅係「或然率」，也就是統計數字上的結論而已，未必屬於絕對之「百分之百」。當統計數字上極高或極低的或然率，對於證據評價才有直接之助益，DNA 鑑識技術之貢獻即在於此。但可慮者係，是否科學鑑識結果，對於法官有必然之拘束力，對此可能須予存疑。亦即，對於科學定理、規則，應可認為係經驗法則，但鑑定結果係人為觀察及評估之結果，此一結果仍應由法官論證後始能作為裁判上參考資料，似不應直接引以為據。否則，若在雙胞胎兄弟同時與一女發生性關係，生子後鑑定血緣，則該子與該二雙胞胎兄弟可能呈現皆逾百分之九十九以上之親子關係蓋然性，如此，法院又採取何一鑑定結果？

<sup>29</sup> 姜世明，民事訴訟法發展之憲法因素考量，收於氏著民事程序法之發展與憲法原則，頁 39-42，2003 年。

<sup>30</sup> 姜世明，新民事證據法論，頁 155，2002 年修訂二版、陳計男，民事訴訟法論(上)，頁 464-465。

<sup>31</sup> 林鈺雄，自由心證：真的很自由嗎？，頁 22。

<sup>32</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004., S.752.



經驗法則之運用，涉及法院事實認定之說理性，係事實認定學之核心，若未能適切掌握，難免淪為法官個人印象之裁判。學者為此，即有提出部分建議，例如 Prütting 則將生活經驗依適用效力強度加以區分：生活法（Lebensgesetze，即自然、論理及經驗法）、經驗原則（Erfahrungsgrundsätze）、單純經驗定律（einfache Erfahrungsätze）、純粹之成見（reine Vorurteile）。<sup>33</sup>所謂生活法或經驗法律（Erfahrungsgesetze）乃所有經由數學科學，由邏輯而無例外地加以確認之經驗，呈現「如....則始終....（wenn- dann immer）」之狀態。其亦包括如指紋之差異性、血緣之關聯性及不在場論理（無人可同時出現於二地）等。此一類型，乃強制使法官形成確信，無反證之可能，因而並無表見證明適用之餘地。所謂經驗原則係一行為過程之觀察，屬於適用時仍可能存在例外之情形，其且具有非常高度之蓋然性（mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit），呈現「如....則大多數（通常）.....（wenn-dann meist）」之狀態。此一原則要求存在一充當觀察基礎之規律性過程，但並不須以科學統計作為基礎，僅須有依生活經驗以相當證據確認其高證實程度即可。例如對於交通事故中可歸責性總能利用若干表徵，例如違反交通號誌或駛上人行道等，而被認定之。但此一經驗原則基於其高度確認程度，已達可使法官形成確信之狀態，但推翻此一法官確實心證，仍屬可能。<sup>34</sup>所謂單純經驗定律則僅有較低度之蓋然性，並不能使法官僅據之而得逕形成完全之確信，其係呈現「如...則有時...（wenn- dann manchmal）」之狀態。其通常係用於間接證明中，充當法官自由心證時為部分之作用，並不能單獨用以作為表見證明之法則，但在德國實務上對此並未貫徹，亦存在若干以較低度蓋然性之經驗定律用作表見證明之推論基礎者，而一旦出現此一情形，則會連帶造成對其是否係藉用表見證明（含證明度降低）方式之判斷疑難。<sup>35</sup>至於純粹成見，並無法有一定之推理關係，自不能使用於判決之中。<sup>36</sup>

## （二）違法取得證據之可利用性

民事訴訟法上對於違法取得證據禁止之研究，已有充分開展，實務上亦有部分積極應對者，此一理論之發展，亦將影響自由心證之內涵與限制。亦即，若肯認其禁止利用，將造成證據能力自由決定之限制。

### 1. 分離原則之確立與修正

就違法取得證據於訴訟程序中之可利用性，向來即有法秩序一致（統一）性說（Einheit der Rechtsordnung）與分離（區分）原則（Trennungsgrundsatz）之

<sup>33</sup> MünchKomm-Prütting, ZPO, §286 Rdnr.57ff.

<sup>34</sup> Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S.106ff.; MünchKomm-Prütting, ZPO, §286 Rdnr.59.

<sup>35</sup> Prütting, a.a.O., S.108.在德國實務上對於部分例外情形，亦認為可以單純經驗定律作為表見證明基礎，尤其在因果關係部分之認定，例如梅毒案及非游泳者二案例中即有此狀況，但學者認為此乃同時依其法律狀態而獨立並發生證明度降低之效果，而非等同於將表見證明與證明度降低同視為之。MünchKomm-Prütting, ZPO, §286 Rdnr.61..

<sup>36</sup> Prütting, a.a.O., S.109. 例如「新娘在婚約前是貞潔的」、「對於慕尼黑交通熟悉之計程車司機，不會撞上靜止之汽車」、「學生在結束外面課程之後會回家幫忙家事」等，實務上有誤以為可用為表見證明之經驗法則者，但學者反對之。MünchKomm-Prütting, ZPO, §286 Rdnr.62.m.w.N.

爭論。依據法秩序一致性（或稱為法秩序統一性說<sup>37</sup>）見解，乃認為實體法與訴訟法均屬統一法秩序之一部分，故在實體法上違法收集之證據方法、證據資料，在訴訟上應排除其利用。就法秩序一致性而言，其將證據取得行為之實體法違法性與訴訟程序中證據提出與評價之合法性結合，而作相同之非價評斷，而於法體系價值可能存在若干一致性取捨可能而言，固非完全無理。但其忽略實體法規範目的與訴訟程序目的可能存在之差異，及因其差異性所可能造成對於不同法域所可能對於某行為及結果所存在之不同評價之可能性，在理論上似尚有不周延之處。<sup>38</sup>

分離原則區分實體法違法性（即證據取得違法性）與程序法利用（證據提出與評價）之合法性二者，並認為二者並不同以觀。亦即，證據取得行為之實體法違法性，與訴訟程序之利用並不相關。<sup>39</sup>惟應注意，分離原則並不當然推論違法取得證據即得於訴訟程序中被利用，終究法規範本身具有體系關聯與若干價值取捨所可能存在之一致性，若完全無限制令違法取得證據被利用於訴訟程序中，則如何使不法者不能獲得利益之原則獲得確保、預防大眾競為同惡及使法規範間價值得到平衡，則成一難解之題。就分離原則之克服及如何為證據禁止之理論構成，即為學者爭論焦點所在。

## 2. 主張違法證據可得利用之理由

學者主張違法證據得於訴訟程序中被利用者，其理由不一，可包括訴訟促進、當事人訊問之可能性、訴訟目的等理論。

就訴訟促進理論而言，論者有認為若不承認違法證據得以利用，於訴訟程序將造成法院因須審理與確認是否存在違法證據之中間爭議，而導致延滯訴訟。<sup>40</sup>雖全面性承認違法取得證據之可利用性，某程度可令違法證據取得事實之存在與否爭議得以避免，但民事訴訟雖以促進訴訟為程序原則之一，但並不表示得以不計任何代價為之，因而此一理論之妥當性，值予疑慮。

就當事人訊問之可能性而言，學者有認為因法院得以當事人訊問方式規避證據禁止之效果，是以證據禁止並無意義，因而應承認違法取得證據文書之程序可利用性。<sup>41</sup>但當事人訊問，於德國乃採補充性原則，而其傳訊亦有一定之要件。何況當事人訊問之可信度亦不高，且當事人亦有一定之拒絕陳述權，<sup>42</sup>因而，將此一制度可能性視為反對證據禁止之理由，仍有可疑。

<sup>37</sup> 參閱駱永家，違法收集證據之證據能力，月旦法學雜誌，第七二期，頁 15。

<sup>38</sup> 參閱駱永家，違法收集證據之證據能力，頁 15。

<sup>39</sup> Vgl. Kaissis, Die Verwertbarkeit materiellrechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, 1978., S.32m.w.N.

<sup>40</sup> 應注意者係，就促進訴訟原則與違法取得證據之可利用性而言，學者之觀察不盡相同，有將之認為係反對違法取得證據之可利用性者，但亦有認為係作為承認所有違法取得證據之利用合法性理由者。Vgl. Kaissis, a.a.O., S.44m.w.N.; Kodek, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess, „S.102m.w.N.

<sup>41</sup> Roth, Die prozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel. Eine Entgegnung, JR 1950, S.715.

<sup>42</sup> Vgl. Kaissis, a.a.O., S.44m.w.N. 質疑與補充 Kaissis 之見解，vgl. Kodek, a.a.O., S.102m.w.N.

學者亦有強調訴訟程序目的，尤其係為實現私權所須進行之真實發現過程，作為承認違法證據取得可利用性之論據者。<sup>43</sup>但即使刑事程序，亦反對發現真實可不計任何代價。而民事程序除發現真實外，亦須兼顧其他程序法理，學者乃有認為民事程序之真實發現，於違法證據取得可利用性一問題上僅屬價值中立而已。<sup>44</sup>

### 3. 證據禁止之法理依據

為解決違法取得證據於訴訟程序中之可利用性問題，學說有提出不少證據禁止之法理依據。例如德國法院組織法第一百八十三條、證明妨礙、誠信原則、任何人均不得自其違法行為獲利、違法行為激勵之禁止、法規範保護目的理論、法益權衡論、法秩序一致性等。<sup>45</sup>

#### (1) 德國法院組織法第一百八十三條

有學者以德國法院組織法第一百八十三條作為證據禁止之依據者。<sup>46</sup>亦即，依該規定法院有義務將於法庭上犯罪行為之要件予以確認，並將所作成筆錄通知主管機關。但如此見解，將法院之法庭上犯罪之告發義務直接推論違法取得證據不得利用，未免有率斷之嫌疑。因其忽略此一規定乃為加強刑事追訴之性質，以及前開規定乃指法庭上犯罪行為，但違法證據取得之行為卻經常係發生在訴訟前與法庭外者。<sup>47</sup>

#### (2) 證明妨礙

學者亦有以類推德國民事訴訟法第四百四十四條規定以論證其證據禁止理論者，<sup>48</sup>而認為前開條文所規定之關於「當事人一造故意將文書排除或致令不堪用之行為，法院得將相對人於該文書性質及內容之主張視為真正」，得類推於違法取得證據情形與證明妨礙。但批評者認為，前開規定並不以違法性為要件，其與違法證據取得要件不同，並認為前開規定不能做為證據禁止之論據。<sup>49</sup>

#### (3) 誠信原則

誠信原則係規定於民法中之實體法原則，但其於程序法上之適用性，則已被學說與實務所肯認。<sup>50</sup>Baumgärtel 即認為，誠信原則為證據禁止之法理基礎。其曾認

<sup>43</sup> Roth, Die prozessuale Verwertbarkeit rechtswidri erlangter Beweisurkunden., JR 1950, S.715.

<sup>44</sup> Vgl. Kaissis, a.a.O., S.29.

<sup>45</sup> 我國學者另有介紹其他諸如法秩序統一性說、證明權之內在限制說者，駱永家，違法收集證據之證據能力，頁15。其他亦有以證據方法之可信度質疑、法院不得為犯罪行為之工具、基本權違反及舉證人之損害賠償義務為證據禁止之論據者，相關見解，vgl. Werner, Verwertung recht-swidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988, 999ff.m.w.N.

<sup>46</sup> Kellner, Verwendung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweisurkunden in Ehesachen, JR 1950,S.271.

<sup>47</sup> Dilcher, Die prozessuale Verwendungsbefugnis. Ein Beitrag zur Lehre vom “rechtswidrigen” Beweismittel, AcP 158, S.471;Zeiss, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, ZJP 89 (1976) , S.382f.

<sup>48</sup> Kellner, Verwendung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweisurkunden in Ehesachen., JR 1950,S.271.

<sup>49</sup> Vgl. Kaissis, a.a.O., S.40; Kodek, a.a.O., S.99. Vgl. auch Zeiss, ZJP 1976, 383.

<sup>50</sup> Vgl. Kaissis,a.a.O. S.46f.m.w.N.

為經由惡意與不誠實方法取得之證據，依誠信原則為不合法之證據方法，其理由為，若允許訴訟上利用此等違法取得之證據，將無異係對實體違法行為之鼓勵。<sup>51</sup>但因誠信原則係一不確定法律概念，因而使用此一概念作為克服分離原則之理論，亦存在界線探索必要與其具體化之難題。

#### (4) 任何人均不得自其違法行為獲利

學者亦有以所謂「任何人均不得自其違法行為獲得利益」之一般法律原則，而推得違法證據不得被利用於訴訟程序者。<sup>52</sup>惟前開法律原則固係民法第一百六十二條（指對違反誠信原則而阻礙條件成就之「處罰」）所隱藏之法律精神，但因其與分離原則之評價可能有所抵觸，在理論上如何說明實體上違法，即推得程序上須予以處罰，仍有疑難。

#### (5) 違法行為激勵之禁止

如前所述，學者 Baumgärtel 曾主張，若承認違法取得證據之可利用性將造成違法蒐集證據之誘發效果，亦即，若當事人確信其因違法行為所取得證據，亦得被利用於民事訴訟程序時，則無異於使其獲得克服實體法處罰恐懼之後盾。惟若承認禁止使用違法取得之證據，則將具有一般預防之效果。<sup>53</sup>但就理論上而言，於違法行為之誘發與激勵效果之大小，應視當事人因民事程序所得利益與其因違反實體法所遭受刑事與民事侵權等處罰之不利益為比較。若因民事程序所得利益較小，則誘發違法或所謂犯罪抑制因素之排除效果即屬較低，如此，就此等證據是否亦得依此一理論完全說明，或應轉而為適當修正之問題，自值予探究。

#### (6) 法規保護目的理論

學者亦有認為違法證據取得之可利用性論斷，應自違法行為所觸犯法規之保護目的出發。唯有依該法規之意義與目的認為該證據應予以排除證據利用者，乃認為不得利用該證據。學者並有據此而認為，於隱私領域及書信與電話秘密之違反，即符合證據禁止之要件。<sup>54</sup>據此見解，則因違法行為可能產生二效果，其一乃實體法之損害賠償責任，其二即程序法之證據禁止處罰。且依此見解，則僅限制當事人本人之違法證據取得，於第三者之行為，則非證據禁止之列。<sup>55</sup>應注意者係此一見解，認為證據禁止乃為例外情形，僅於被違反法規保護目的認為應予禁止時始應禁止該證據之利用。此尤其於違反人性尊嚴、隱私領域及人格權時

<sup>51</sup> Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZZ 69, S.103.

<sup>52</sup> Kauper, Zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im deutschen und schweizerischen Zivilprozess, 1965, S.62ff.

<sup>53</sup> Kaissis, a.a.O., S.52f.

<sup>54</sup> Stein/Jonas/Leipold, ZPO-Komm., 20.Aufl., §284 VI Rdnr.56ff. Vgl. auch Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrecht, 2.Aufl., 1974, S.445; Baumgärtel, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, FS.f.Klug, 1983, S.477ff.

<sup>55</sup> Grunsky., S.446.

適用。但若有正當防衛、緊急避難等阻卻違法事由，不在此限。<sup>56</sup>另應注意者乃，此一理論之困難，係在其所謂法規範目的之探求不易，亦即，是否法規範具有指向證據禁止之目的，仍須具體化及提出標準。

### (7) 利益權衡論

於刑事法領域所謂權衡理論，乃指任何違反取證規定之案例，均須個案衡量國家追訴利益與個人保護之必要性，並兼顧比例原則為個案判斷。德國最高法院刑事判決，於近年來多以所謂權衡理論為主臬，以解決證據是否禁止使用之問題。<sup>57</sup>於民事程序中之違法取得證據之可利用性，亦有學者特別強調於個案中具體衡量當事人兩造利益，尤其係被違反法規所保護之法益及舉證人於訴訟上之利益，兼顧比例原則為具體衡量者。<sup>58</sup>此一理論固有個案正義彈性之優點，但不容忽視，若法官為不當適用，則於法律安定性亦可能發生破壞之危機。

### (三) 證明度問題

關於證明度之設定，有不同學說：

#### 1. 主觀證明度理論

依主觀證明度理論，證明度並非被確定在一客觀蓋然性之證明度，而係由法官主觀及合乎法感地裁量決定，亦即其乃法官對於主張之真實性或事實存在之確信。<sup>59</sup>據此，事實確認之標準應係法院之主觀確信，而非客觀之真實。<sup>60</sup>應注意者係，雖確信之對象可能係某一主張之真實或某一事件之優越蓋然性等，但確信之客體並非指向一絕對真實，對於真實確信之證明度，在此並非自客觀真實之定義出發而進行理解，亦即在主觀證明度理論中，其證明度並非客觀真實，而係主觀真實，僅係法官對於當事人之事實主張認為係真及感覺該確認係適當及正確者。<sup>61</sup>證明度在此並非如客觀證明度理論般可自始存在一抽象、一般之蓋然性證明度，而係在個案中具體地、個別地經由法官主觀價值判斷而獲得，而此一主觀價值判斷係以法官對於真實之內在確信為基礎，亦即基於一特定較高蓋然性之確認合適性之確信，此一證明度之確認某程度上係委諸法官裁量決定。<sup>62</sup>

主觀證明度理論並不保證認識之客觀確實性，法官之確信經常受非理性思考

<sup>56</sup> Vgl. Kaissis, a.a.O., S.59f.m.w.N.

<sup>57</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，總論編，民國八十九年十二月，頁433~434。

<sup>58</sup> Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996,Rdnr.97,107. 另Schilken 約略區分侵害憲法所保障之基本權者與其他案例二者，並認為前者應予禁止利用，後者則依利益權衡斷之。Schilken, Zivilprozessrecht, 3.Aufl., 2000, Rdnr.474m.w.N.

<sup>59</sup> Vgl. Maassen, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, 1975, S.23. 據學者觀察，主觀證明度理論乃居於多數說之地位，但德國證據法仍受客觀證明度理論所影響，vgl. Huber, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983, S.103.

<sup>60</sup> Vgl. Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978., S.82.

<sup>61</sup> Vgl. Maassen, a.a.O., S.25.

<sup>62</sup> Vgl. Maassen, a.a.O., S.26f.

過程影響，法官能否獲得確信，涉及法官個人之世界觀問題。<sup>63</sup> 因受限於人類之認識工具有限，對於客觀真實之還原，固具其困難性，且亦因此，在審判上，一對於要件事實存在之絕對認識及知悉，應屬不可能。因而即使採取主觀證明度理論，難免亦須藉助於蓋然性之評估。但此處之蓋然性評估，係為充當法院形成確信之參考而已，法官個人確信之形成，並非純粹以該等蓋然性評估為基準。在此，法官形成確信，乃在於其證明度決定與其整體人格（Gesamtpersönlichkeit）相一致時，證明度規範亦即法官之整體人格，而證明度即為主觀性及感情性價值判斷之結果。<sup>64</sup>

據此可知，主觀證明度理論乃強調法官個人之確信，即使其後漸有加入蓋然性之考慮，例如要求較高度之蓋然性存在，但在此情形仍不可捨棄法官之完全確信。<sup>65</sup> 主觀證明度理論之缺點乃在於欠缺一般性之法特徵，且任由法官於個案形成，可能難免有恣意裁決之危險。尤其對於除蓋然性評估外，法官之法感或其他非理性因素如何介入及防免，對其介入，在程序法上可有如何之容忍度，實乃對於法官確信形成過程中之最大疑慮之所在。且主觀證明度理論某程度上乃認為提出客觀化證明度規範，將影響法官自由心證，亦即將證據評價規則與證明度規則予以混淆，此一見解是否妥適，亦有疑義。<sup>66</sup> 惟其指摘及質疑是否存在一客觀蓋然性，可作為法官形成確信之基礎，就此，持客觀證明度理論者，實亦應有提出解決方法之必要。

## 2. 客觀證明度理論

客觀證明度理論並不將證明度之確定委由法官主觀及情感性之價值判斷而作決定，而係嘗試要求法官受一客觀證明度所拘束。對於客觀證明度，其可能之見解，固可包括客觀真實（Objektive Wahrheit）<sup>67</sup>、確實（Sicherheit）、信實（Gewißheit）及蓋然性等。

其中，首先可想像者係，是否可以「客觀真實」作為證明度之標準？亦即，如一八八三年 Glaser 於其刑事訴訟手冊中所言之「客觀、實質及一般適用之真實」。<sup>68</sup> 此一客觀真實確認模式（die objective Wahrheitsfeststellungsmodelle）在社會主義國家之程序法學，例如東德，亦曾被採用<sup>69</sup>。此一見解，因對於客觀真實缺乏可檢驗之標準，且客觀真實之可追求性，亦受頗多質疑，似不宜直接作為證明度之標準；況且對於民事訴訟之目的論中，對於客觀真實之追求，亦不具絕對化，與刑事訴訟程序是否可類比，亦有疑問。此等疑義，在以「確實」或「信實」為證明標準者，亦有類似問題。另確信本身乃以證明度之確定為前提，若以確信

63 Vgl. Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979.,S.187.m.w.N.

64 Vgl. Maassen, a.a.O., S.30.

65 Huber, a.a.O., S.76.此部分容於客觀化證明度理論中探討。

66 Vgl. Maassen, a.a.O., S.30f.m.w.N.

67 客觀真實於社會主義國家頗受重視，如德國統一前之東德，vgl. Huber, a.a.O., S.77.

68 Vgl. Greger, a.a.O., S.93m.w.N.

69 Huber, a.a.O., S.77.

本身作為證明度，則證明度之概念似無獨立存在之價值。

值得注意者係，民事訴訟中之事實認定，是否可藉由統計蓋然性之或然率理論（Häufigkeitstheorie）完成，亦即可否藉由過去多數事件所得經驗知識，使法官對於個案中待證事實，確定某一發生之或然率，並認為評估其在相同多數事件中發生機率乃屬可能，且允許一粗略客觀之統計蓋然性陳述？<sup>70</sup> 是否如論者所言：證明度之或然率要求，在此係法律或價值之問題；而證據評價僅使法官法定證據價值拘束，但仍受法定證明度所拘束，對於抽象蓋然性值之確認，乃使法院判決能理性化之基礎？<sup>71</sup>

就此，持客觀真實、確實、信實作為證明度者，於如何之確實程度或確信程度，乃為認定事實所必需，並未提出解答。<sup>72</sup> 其中，以客觀真實作為證明度理論之理解基礎，因客觀真實發現手段之有限性，更受質疑。值得注意者乃，以蓋然性作為證明度之描述者，乃遠至一八八五年一月十四日帝國法院民事庭即以「高度蓋然性」作為認定真實之基準。<sup>73</sup> 其後雖有少數以優越蓋然性為證明度基準者，但多採「以確實或信實為界之蓋然性」（die an sicherheit oder Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit）<sup>74</sup> 之見解。<sup>75</sup> 至於學理上之探討，於一九二八年 Weinberger 即對於蓋然性理論加以研究，其後對於此一制度加以研究之論文，持續不斷。<sup>76</sup> 一九六〇年代中期後，因瑞典優越蓋然性理論影響，對於客觀證明度之討論更形熱烈。<sup>77</sup>

蓋然性之概念不僅為採客觀證明度者所使用，且為德國實務及學說所經常使用。但對於此一概念之使用，是否即當然可認為證明度應以蓋然性作為認定基準，則值存疑。終究，除部分自然科學可提供部分之較精確蓋然性數據外，例如確認親子訴訟之血緣鑑定，多數事件並無精確性之蓋然性數據可供參考。何況，該等數學性或自然科學性之蓋然性數據，其係提供法官形成心證之手段，乃對於事件發生蓋然性之具體評估，是否與此一事件之證明度標準相當，亦有疑問。學者且認為對於某具體個案之事實認定，因其非係可重複實驗之對象，須依其個案特性為判斷。而對於持客觀蓋然性者因意識到純數學計算之蓋然性在民事訴訟中不可

70 Vgl. Gottwald, a.a.O., S.187.m.w.N. 對於部分論者而言，確信乃法院對於已達到事實確認所需蓋然性之認知。Vgl. Rommé, Der Anscheins-beweis im Gefüge von Beweismäßigung, Beweismaß und Beweislast, 1988, S.68.m.w.N.

71 Vgl. Gottwald, a.a.O.,S.188.m.w.N.

72 Vgl. Maassen, a.a.O., S.32.m.w.N.

73 RGZ 15, 338(I, 1885). 但其後頗長時期，對於文獻中關於蓋然性之使用，究竟可視為係純客觀標準或僅係確信之表述，仍混淆不清。直至六〇年代中期，因受瑞典法優越蓋性理論影響，學者乃對於以蓋然性確定作為證明度客觀標準，有進一步之理解。Vgl. Greger, a.a.O., S.94.

74 或有譯為「殆可謂其為確實（或確信）之真實性」，已如前述。依 Bolding 及 Ekelöf 之見解，此一標準之乃要求接近百分之百之蓋然性。Vgl. Greger, a.a.O., S.96.

75 Vgl. Maassen, a.a.O., S.33f.m.w.N.

76 Vgl. Huber, a.a.O., S.79m.w.N.

77 依瑞典法思想，證據評價之任務非為取得法官對真實之確信，而係取得一可憑藉以認定事實之蓋然性。Schwab, Das Beweismaß im Zivil-prozess, F.S. f.Fasching zum 65.Geburtstag, 1988, S.452. 採優越蓋然性之代表，例如 Kegel, Bruns, Maassen 等人，Schwab, a.a.O., S.453.

行，以致蓋採大略估計之理論，學者乃認為其亦將具有法不安定性。<sup>78</sup>

困難者係，蓋然性之意義有不同觀察角度，已如前述。學者間有持客觀蓋然性理論者，如 Weitnauer 及 Maassen，亦有如 Gottwald 認為在親子關係訴訟可採統計性之蓋然性（或然率），但其他情形則應採合乎事件（經歷）之蓋然性（die erlebnismäßige Wahrscheinlichkeit），另多未表示特定見解者。<sup>79</sup> 對於客觀蓋然性，其雖對於發現真實有其意義，但因在訴訟上對於事件發生之或然率，經常缺乏可參考之數據，其適用仍有其限制性。雖邏輯蓋然性定義與客觀蓋然性相同，皆係利用歸納方法，但邏輯蓋然性並無須先行探求實證數據（或然率）之問題。此邏輯蓋然性，乃對一假設藉由經驗法則之確認之程度，其所重視者乃經驗法則及待證事實間之邏輯關係。<sup>80</sup> 此等以蓋然性作為證明度基礎之見解，其所面臨之困難，乃對於基本參數及對於經驗法則之評估不確定性之問題。

### 3. 客觀化證明度理論（Objektivierende Beweismaßtheorien）<sup>81</sup>

對於持主觀證明度理論者，事實確認之標準應係法院之主觀確信，惟對於主觀確信之形成，是否應受某一具客觀性標準限制，在學說上容有發展之空間。對於民事訴訟中之事實認定，雖要求法官形成確信，但其確信之標準，若非委由法官於個案中裁量決定，則又如何確定？對此，有認為法官應受蓋然性標準拘束者。<sup>82</sup> Esser 對於確信形成及蓋然性之間，提出如下公式：（1）在較低度蓋然性時，法官不能形成確信；（2）在非常高之蓋然性時，法官應形成確信；（3）介於前二者間之範圍，法官可自由形成確信。<sup>83</sup> Esser 一方面未放棄法官確信之主觀面，但另一方面對於蓋然性客觀標準，亦加以強調，其與客觀證明度理論之差別，乃在於對於部分低度蓋然性情形仍容許法官自由形成確信。<sup>84</sup>

另外，部分學者將確信之標準建立在所謂理想類型（Idealtypen）之上，亦即期待如同一理想法官所應為之決定，而非任由法官依其各自地、同時被理性及感性支配之確信形成，且係被客觀標準所支配者。其中，有以「對於生活關係清楚、明白之理性者所確信」、「合理懷疑之欠缺」或所謂「實際生活合用之確信程

<sup>78</sup> Schwab, a.a.O., S.454.

<sup>79</sup> 相關介紹，Huber, a.a.O., S.80f.m.w.N. 其中所謂經歷蓋然性，係實際假設之蓋然性，即對於某一意見為真之期待程度，此一蓋然性在量上並不能測量。對於事實發生之確實性係基於生活經驗，而非基於純粹客觀之研究、調查。Gottwald, a.a.O., S.191m.w.N. 某程度上，Gottwald 之見解乃亦能被納入客觀化之理論中探討。

<sup>80</sup> Greger, a.a.O., S.44.

<sup>81</sup> 多數文獻並不將此一類型獨立化，此一類型係 Greger 之分類方法。例如 Esser 及 Blomeyer 之見解，學者有將之歸納於主觀理論者，Huber, a.a.O., S.72. 而 Musielak 之高蓋然性確信理論、Maassen 及 Kegel 之優越蓋然性理論，亦有置於客觀證明度理論中探討者。Huber, a.a.O., S.81ff.m.w.N.

<sup>82</sup> Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd.I Teil 2A, 1966, S.14ff.

<sup>83</sup> Esser, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966, S.11 (Vorwort).

<sup>84</sup> Greger, a.a.O., S.89. 理論上，若以主觀證明度理論而言，Esser 所提出三種情形，似均容許法官裁量形成確信，而客觀證明度者，對於第三種情形（假設以第二種蓋然性為證明度之要求基準），似不應准許確信之形成。



度」為理論特徵者。<sup>85</sup>另嘗試將確信概念自法官個人整體人格脫離者，尚有 Heescher，其認為法官之確信應係於任何其他明理、通曉世事法官認為該事實已被證明者，其係一假設之證據評價，對於事實之確認，重點乃在於視其他明理、通曉世事法官所可能為之判斷為基準，因而法官在此應以蓋然性確認（Wahrscheinlichkeitsfeststellung）為滿足，而非強調自己之明確性感覺（Evidenzgefühl）。<sup>86</sup>

Greger、Walter 及 Prütting 亦強調對於真實之確信，而法官之個人之確信仍屬必需，但彼等理論乃有客觀化之傾向。尤其 Greger 及 Prütting 在確信概念中，乃加上自然、論理及經驗法則作為限制。<sup>87</sup> Walter 雖不強調此等法則，其區別原因，乃在於若以經驗法則、論理法則等作為證明度之約制，則違反證明度法則時，亦有上訴第三審之問題；Walter 因企圖對於第三審上訴事由放寬，而其若不限於違反法令事由乃得上訴第三審，則對於證明度之違反，即不須藉助於違反經驗法則或論理法則之理由乃得據以提起上訴。<sup>88</sup>

Gottwald 認為客觀證明度理論僅係表見理性（Scheinrationalität），無法對於確信形成適當說明，而純粹主觀證明度理論則無法確保認識之客觀確實性。<sup>89</sup> 其乃嘗試將客觀因素加入法官主觀確信中，以構築法官確信標準之理論。Gottwald 認為法院應對於待證事實之真實有主觀之確信（Wahrheitsüberzeugung），但其真實確信可在不同客觀信實（Gewißheit）程度下作成。<sup>90</sup> Gottwald 認為並不存在一統一性之客觀證明度，尤其統計之蓋然性乃不宜作為法官確信之基礎，其僅在部分類型如確認親子血緣關係之訴中承認該等蓋然性之作用。對於客觀證明度並未有法之明文，因訴訟及法官自由證據評價之目的乃真實發現，因而僅能在法官主觀證明度理論下乃能實現上開自由心證之目的；至於證明度之客觀因素乃在於法官應受科學、論理法則及經驗法則拘束。<sup>91</sup>

Musielak 所持將蓋然性確信（Wahrscheinlichkeitsüberzeugung）作為一證明度之理論，亦認為確信僅須達到認為正確之一定蓋然性程度即可，但此處所謂蓋然性原係自然科學性質之蓋然性理論（即相對之或然率而言），而非主觀意義之蓋然性理論。雖如此，對於個案中是否已到達蓋然性程度，仍係多由法官自由決

<sup>85</sup> 相關學說介紹，Greger, a.a.O., S.90m.w.N.

<sup>86</sup> Heescher, Untersuchungen zum Merkmal der freien Überzeugung in §286 ZPO und §261 StPO, 1974, S.65. Kuchinke 亦自蓋然性確認出發，但學者有將 Heescher 及 Kuchinke 之理論視為主觀證明度理論者，因 Kuchinke 亦強調法官對於事實存在之確信，雖法官可以在個案中，當一謹慎判斷者依現存確信理由可得確信時，即可對待證事實之存在形成確信，但若其他有經驗及謹慎判斷者在同一情形下，不能得到確信者，法官應不可形成確信，Kuchinke, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, in: Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966, S.39f. 其確信形成，與所謂「第三人控制模式」（Drittkontrollmodell）一般，均繫於第三理想型法官之確信與否，亦可謂乃客觀化之表徵。且在此應注意，第三法官是否形成確信，僅係假設性之評估，而不要求實際上有第三人已事實上得到確信。

<sup>87</sup> 相關評估，Huber, a.a.O., S.73m.w.N.

<sup>88</sup> 相關評估，Huber, a.a.O., S.74m.w.N.

<sup>89</sup> Gottwald, a.a.O., S.187ff.

<sup>90</sup> Gottwald, a.a.O., S.215.

<sup>91</sup> 相關見解，Huber, a.a.O., S.75f.m.w.N.

定之。因而學者乃有認為 Musielak 仍係主張主觀證明度理論，但其與其他主觀證明度理論主張者之區別，乃在於其以蓋然性作為確信之對象，而非以「真實 (Wahrheit)」作為客體。<sup>92</sup> Musielak 認為訴訟中之絕對客觀真實並不可及，反之，訴訟中之證明實乃蓋然性證明 (Wahrscheinlichkeitsbeweis)。<sup>93</sup> 其認為法官不受法定證據規則拘束，對於為證明所需蓋然性是否已屬足夠，其決定僅受法官之良知拘束。蓋然性對於法官而言，應係一先前預定之客觀值 (eine objective Größe)。而法官非追求絕對真實，關於事實主張真實性之假設乃屬一蓋然性判斷 (ein Wahrscheinlichkeitsurteil)。<sup>94</sup>

#### 4. 評估

##### (六) (1) 對主觀及客觀證明度理論之批評

基本上，對於主觀證明度與客觀證明度間之區別，雖可能被粗略地認為前者較強調真實發現，而真實則由法官自由心證確認之；而後者，則強調一可計算性之蓋然性作為確信訴訟上事實之基礎。但究實而論，前開觀察，亦未必然，其理由乃因即使強調真實發現，對於法官如何形成確信，亦不必然不能利用蓋然性作為控制確信可檢驗性之要求；而即使強調蓋然性確信，亦不必然能對於法官個人心證形成中之主觀因素加以完全排除或漠視。

就此，對於主觀證明度理論之見解，論者認為持主觀證明度理論者，雖對於確信形成過程中，如何之客觀因素與主觀因素可為如何分量之作用，有不同見解，但其一致地認為證明度應係法官個人對於真實之確信，因而可稱為真實確信理論 (Wahrheitsüberzeugungstheorie)<sup>95</sup>。其與社會主義國家，如前東德學理中之客觀真實確認模型之差別，乃在於前者之所謂真實發現，不必然與客觀真實或司法之國家社會任務相關聯，而後者反是。對於此一主觀證明度理論之正當化基礎主要係：其一、以蓋然性判斷而為事實確認，基於事實及法律上之理由，並不可能；其二、實體真實確認之不可能，不能妨礙法官個人於真實之確信形成；其三、真實確信符合民事訴訟之真實發現目的；其四、法官個人對真實之確信係一不可捨棄之驗證標準。<sup>96</sup>

主觀證明度理論固有其依據，但因其客觀性不足，批評者亦不少，論者對於主觀證明度理論之批評，可約略提示如下：其一、主觀證明度理論若將證明度求諸法官個人之決定，則難以避免非理性因素之高度介入，容易有恣意裁判之危險；而因其缺乏法安定性，若任由其遁逃於事實認定領域，則證明度之法規範性質及其可否經由法律審監控之相關法理，均會有不同評價。其二、是否可認為蓋然性判斷無法為事實之確認，在理論上亦有問題，雖並非所有案型均可存有一客觀數

<sup>92</sup> 相關評估，Greger, a.a.O., S.92f.m.w.N.

<sup>93</sup> Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, S.115f.

<sup>94</sup> Musielak/Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, JuS 1980, 428.

<sup>95</sup> Huber, a.a.O., S.89.

<sup>96</sup> Huber, a.a.O., S.89.

據（或然率）可參考，但參考經驗法則或生活經驗，而為不同蓋然性之評估，能否認為無助於事實發現，可能理論上仍值得再予評估。其三、實質真實是否可認為係得被追求及達到之目標，雖在部分案例中，例如某一搶匪作案時，被清晰錄影，當場被捕，作案工具及贓物被扣，指紋且留在保險箱上，並經證人指認，而其被告亦已自認，如此情形下，似已幾近於客觀真實。但此類可使法官百分之百對於其客觀實質及歷史過去事實完全確認之事實認定，實證經驗上似仍屬有限。<sup>97</sup>對於多數事件而言，藉助於法官對於「真實」之確信，仍屬目前審判制度上可行方法，其差別所在乃對於「真實」之內涵，究竟應往主觀化或客觀化方向進行理解，及對於確信應往何種角度觀察之問題。其四、民事訴訟是否乃以真實發現作為其目的，在理論上有不同看法。德國通說固認為實體權利之確認與實現乃民事訴訟法之基本目的<sup>98</sup>，其可否推得民事訴訟法應以發現實質真實為目的，則有爭議。論者有認為基於辯論主義及處分權主義，當事人可捨棄、認諾及和解，法院並不進一步追查真實；且訴訟法上承認攻擊防禦方法之失權制度，其對於真實發現亦形成障礙。因而論者乃認為民事訴訟應非追求客觀之真實。<sup>99</sup>但亦有論者認為客觀真實發現乃法治國權利保護保障之不可或缺成分者，<sup>100</sup>如此是否亦暗示其乃主張真實確信理論，亦值得注意。<sup>101</sup>其五、Gottwald 認為自由心證（證據評價）僅在自由主觀證明度下能被實現，但對此，論者認為德國民事訴訟法第二百八十六條第一項規定與證明度之自由確定無關，而 Gottwald 所主張以符合事件之蓋然性（die erlebnismäßige Wahrscheinlichkeit）（符合事件之優越蓋然性）作為基準，亦不具客觀性。<sup>102</sup>

就客觀證明度理論而言，其固可能有不同之客觀標準選擇，對於以客觀真實作為標準者，其一方面可能面臨混淆證明對象及證明度之概念，另一方面亦面臨事實上是否可能之質疑。而對於試圖以蓋然性理論作為客觀證明度理論基礎者，論者亦提出如下質疑：其一、主觀蓋然性概念不宜作為認定事實之基準，法官個人之相信程度不能在事實調查中作為決定之標準；至於客觀蓋然性概念因法院於個案中並不可能調查一相對發生或然率之界限值，如擲骰子般之機率數據，在訴訟上難以獲得。Weitnauer 所持可依事件已知特徵建立一集體<sup>103</sup>，並在此一集體中調查該特徵（待證事實）之發生或然率，若細節越多，則所建立之集體範圍越

97 Huber, a.a.O., S.90.

98 亦即主觀權利之保護，乃民事訴訟之最重要目的之一，Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., S.3.

99 Huber, a.a.O., S.92.

100 Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S.40ff. 若堅持實質真實作為不能更易之民事訴訟目的，關於失權之規定，便容易對此發生理論上不協調，vgl. Huber, a.a.O., S.94f.

101 對 Stürmer 見解之批評，vgl. Huber, a.a.O., S.94. 應注意者係，Stürmer 之見解主要係著眼於是否承認非負舉證責任一造當事人之一般事案解明義務，證明度之標準尚非其主要重點。參拙著，舉證責任與真實義務，2006年3月，頁105以下。

102 Vgl. Huber, a.a.O., S.97m.w.N. Gottwald 並未放棄真實確信之必要性，僅係承認確信可在不同確信程度下形成，有認為其乃主觀確信理論之最後決戰參賽者，但亦有認為其乃優越蓋然性理論者，因其亦使用優越蓋然性一詞。相關評估，Vgl. Huber, a.a.O., S.96f.m.w.N.

103 例如車禍事故或因路面結冰失速之車禍事故等。

窄。<sup>104</sup>但因個案中影響對於特徵確認之變數頗多，此一集體之建立及在集體中發生率之確認，呈現高度之不安定性。即使可建立某一集體，除少部分類型外，多數事件缺乏一真正實證之對於或然率之研究調查，即使係血緣鑑定報告亦不過係證據方法之一，仍應參酌其他間接證據，而為整體評價。其二、除事實上之困難外，在理論上，客觀蓋然性概念若係指多數事件中之結果，而非對於個案中之真正蓋然性，則此一蓋然性於法官而言，是否表示其於個案所可能因此所發生之誤判，係審判上所可忍受者？以及自多數事件統計下機率，其是否能直接適用於某具體個案而充當認定事實之基礎，似仍有疑問。對此，若將客觀蓋然性視為統計意義上之或然率，即難免會造成此一困惑。其即使將蓋然性定義為邏輯性蓋然性，而以待證事實（假設）與經驗知識間關係作為對象，是否即可解決前開疑問，亦值存疑。其三、雖客觀證明度理論強調其可達到先前可確定性、可事後檢驗性等優點，但若在具體個案之事實認定中，缺乏一對於事實主張真實性之蓋然性數據，則如何以51%作為證明度標準，亦即其是否果能脫離主觀性影響，能否認為具有可預見性及可檢驗性，仍會被質疑。雖論者持客觀證明度者認為此一蓋然性估計僅係「大略之估算(grobe Berechnung)」或「相對大略及非精確性估計(relativ grobe und ungenaue Schätzung)」即可<sup>105</sup>；但在此一情形下，其又如何具有可預測性及法安定性？其又如何區別51%及50%之間之區別？若容許誤差值存在，對於鄰界於證明度之相關數值，均有可能受到較高之不信任。其四、對於蓋然性之估計，乃缺乏一客觀性之基礎，因對於待證事實之查證過程中，無論證據方法之選擇、證據調查之形成及證據結果之評價，均難免有法官主觀性影響，則如何在對於待證事實蓋然性之評估階段，能有完全客觀之蓋然性估計結果。<sup>106</sup>其五、純粹客觀證明度理論乃試圖將所有法官在事實認定中之主觀性因素全部去除，基於事實上原因並不可能；如此，若改採修正之客觀證明度理論(或修正之主觀證明度理論)，而將法官之確信作為證明度標準，但其客體非係真實性，而係蓋然性之確認者，是否可行？若認為應以法官確信作為認定事實之標準，則依自由心證主義，是否可容許附加一法所未明文之某客觀蓋然性作為標準，理論上是否會發生衝突？亦即，若採自由心證主義，則是否應認為法官得於已達優越蓋然性情況下，仍得拒絕認定該事實為真？<sup>107</sup>其六、雖論者有主張可以法律續造方式解決客觀證明度理論與德國民事訴訟法第二百八十六條規定(按：類似於我國民事訴訟法第二百二十二條第一項)牴觸之問題<sup>108</sup>，但論者認為德國民事訴訟法第二百八十六條不必然存在法律漏洞，且採取優越蓋然性者似為求得兩造成本等同原則(Prinzip der Kostengleichheit)之實踐，若將舉證責任法則僅適用在正反事實之蓋然性呈現50%:50%之情況，其是否符合舉證責任法則於實體法上及程序法之法價值要求，恐有疑義。且採取優越蓋然性理論者，若認為據此可實踐錯誤判決風險分攤平等

104 Weitnauer, *Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung*, KF 1966, 3ff.

105 相關見解，vgl. Greger, a.a.O., S.102m.w.N.

106 客觀性可謂係指「一般有效性及可再實現性 (allgemeingültig und nachvollziehbar)」，Greger, a.a.O., S.103.

107 Greger, a.a.O., S.104f.m.w.N.

108 Maassen, a.a.O., S.55.

原則，而主張對於蓋然性 0% 至 49% 者由一造當事人負擔訴訟風險，50% 蓋然性則依舉證責任法則決定，51% 至 100% 則由另一造當事人負擔訴訟風險，如此結論是否即為平等？若追求此一形式之平等，推及極致，是否意謂應以兩造主張之蓋然性大小而為比例性之勝敗裁判？更能達到平等風險分配？但如此之裁判方式（折衷性裁判，die vermittelnden Entscheidung），對於非財產給付性事件（例如親子血緣關係之認定），又有何實踐可能？且對於請求者而言，幾無全勝之可能（因達到 100% 蓋然性案例甚少）。尤其對於個別不同要件間之蓋然性評估不同，如何對於請求權為比例性之准許？<sup>109</sup> 亦有疑問。其七、客觀證明度理論中，若認為可依優越蓋然性作為認定事實之標準，則無異乃擴大實體法責任體系之適用範圍，與實體法之基本法價值預設不相當。例如民法乃規定因故意或過失不法侵害他人權利者負損害賠償責任，若認為可依優越蓋然性決定何人是否有侵權行為，則似等同乃「某人有可歸責不法侵害他人權利之蓋然性者，應負損害賠償責任。」如此，與實體法規範乃以假設要件事實確實存在為法律效果發生前提之規範形式，即有所不同。<sup>110</sup>

#### （七）（2）本文之見解

本文認為純粹主觀證明度理論將證明度委由法官在個案中裁量決定之見解，有缺乏法律安定性、難以審查其正確性等缺點；但其乃具有強化事實審認定事實彈性及自由度之意義，較不至於發生法律審干預事實審之事實認定權限之問題。而在客觀證明度理論中，其以「真實」或「確實」之概念作為證明度理論者，因其缺乏可審查及檢驗之標準，似難以作為唯一標準，而仍須藉助其他機制作為認定事實之方法。至於「確信」本身，在理論上原即應以證明度之確定作為前提標準，亦不適於作為證明度之適當標準。客觀證明度強調證明度之先前可確定性及事後可檢驗性，固具其優點，但因審判中之事實之認定完全倚賴一客觀之發生或然率（科學上或統計上之機率），因欠缺具體參數可利用及事實認定過程所涉及因素考量之複雜性，仍具有事實及理論上之困難。

基本上，法官對於事實之確認，仍應以其已形成「確信待證事實為真」為基本要求，此可謂係確認事實之標準或前提。惟此一確信之形成，為求其客觀化，似不宜完全委諸法官個人主觀之決定。如此，若能藉助於蓋然性概念之運用，或不失為可行之道。亦即，認定事實過程乃可藉助於蓋然性評估及比較之程序，以加強其客觀化及可審查性，惟困難者係如何對蓋然性為適當定義及確信形成之客觀化問題。

#### （四）其他

除經驗法則之外，論理法則亦為自由心證之限制。而對於心證之形成，若存在自認、推定規定之適用，亦限制自由心證之運用。而若在處分權主義及辯論主義之

<sup>109</sup> Greger, a.a.O., S.110.

<sup>110</sup> Greger, a.a.O., S.112.

適用範圍，若有證據契約（例如自認契約或證據方法契約）存在時，對於自由心證主義之適用，亦會造成一定影響。此外，有罪刑事判決及鑑定報告之效力，亦為可討論之對象。

## 柒、實務上操作之觀察

對於事實認定，於部分類型案例，在實務上經常造成外界對自由心證之疑惑，例如通姦侵權事件或意外保險事故等類，在此暫僅介紹我國實務上對於通姦案例之操作狀況（關於保險案例，於另文發表時補充）：

### 一、實務案例

對於自由心證之運用，無論在我國刑事訴訟或民事訴訟中，均面臨不安定之批評。其所以致此，部分因素乃與經驗法則有關。而實務上，民事通姦、相姦侵權事件之事實認定，與刑事訴訟中之事實認定，經常呈現事實上之連動關係，因而對於刑事程序中對於此類案例之經驗法則思考模式，亦可作為探討本文問題之參考。

就刑事訴訟中之事實認定而言，論者自通姦罪案例出發，有指出：「就事實相類似之案件，卻因法官採證之寬嚴不同、證據能力之取捨標準不一，常使事實之認定南轅北轍，判決結果兩極化而有如天壤。例如通姦事實，同樣是被告與第三人共處一室，共睡一床，法官對於被告是否構成通姦罪卻可能有完全不同的認定，如何能使人信服？而同一案件在地方法院與高等法院之間反覆出現大逆轉之情形，只會不斷戕害司法威信，加深人民對司法之不信任而已。」<sup>111</sup> 其並舉例說明：基隆地院以告訴人會同警員到場時，被告與裸體之證人雖同睡一室，但並查無姦淫之證據，且證人證稱其平日即有裸睡習慣，告訴人坦承認人有裸睡習慣，故犯罪不能證明而判無罪（92 易 221）。高等法院則以被告與證人二人年值壯年，身體正常，擁臥一室，有一裸體在床，謂無相姦孰能置信，而改判有罪（92 上 易 3573）。桃園地院以查獲當時被告與證人同睡一床，並蓋同一棉被，證人衣著整齊，被告著內褲平躺於床上，但查無保險套、衛生紙等證物足以證明被告與證人有何姦情，而判無罪（91 易 352）。高等法院則以被告與證人年齡分別為二十一、二十二歲，均值情慾旺盛青壯年時期，被查獲時被告著內褲與證人孤男寡女共居一室，同睡一床，同蓋一被而眠，謂無姦情，孰能置信，而改判有罪。<sup>112</sup>

進一步觀之，對此類地方法院與高等法院見解不一、同院不同法官間之見解不一、或民事庭與刑事庭間之見解不一情形，在實務上固非少見。但亦有在民事判決中之事實認定，乃與該事件相關聯之刑事程序中判決之認定相同者。若以「與配偶之人，僅著內衣共處一室」等類似情節而言，其是否在刑事構成通姦罪或相

<sup>111</sup> 徐昌錦，談通姦除罪化-從審判實務之角度出發，司法周刊，1274 期，95 年 2 月 16 日，二版。

<sup>112</sup> 參閱徐昌錦，談通姦除罪化...從審判實務之角度出發，但案號漏引。

姦罪？而民事上是否該當侵權行為要件？在實務上，有認為構成通姦罪者；有認為不構成通姦罪者、有在刑事訴訟認定構成犯罪，而在民事訴訟亦認為該當侵權行為者；有在刑事訴訟中不起訴或無罪，民事訴訟中亦認定未該當侵權行為，或反之而認為仍可該當侵權行為者；另亦有在刑事訴訟中認定有罪，但民事訴訟中不認為該當侵權行為責任者。

首先，就刑事訴訟中，實務上對此類情節認為構成犯罪行為者<sup>113</sup>，例如台北地方法院八十九年度易字第一二一號刑事判決認為<sup>114</sup>：「(1) 孤男寡女於深夜共處一室，所處地點又係令人產生瓜田李下遐想之賓館；(2) 被告於有他人敲門達二分半鐘之久後方來應門；(3) 且床上之棉被有使用過跡象；(4) 被告吳○○僅著內衣及長褲，被告游○○係從賓館之浴室經員警敲門始出現，被告均赤腳，若非被告二人於警員臨檢前正係苟合，何以不聞他人敲門即為應門？又被告如非於警員實施臨檢前正在為相姦之非行，又何以床鋪之棉被會有掀開使用過之痕跡？」臺灣台北地方法院八十九年度易字第二九〇七號刑事判決<sup>115</sup>進一步明確運用經驗法則認為：「(1) 孤男寡女於深夜共處一室，所處地點又係令人產生瓜田李下遐想之旅館；(2) 被告江○○於警員表明身分敲門達十分鐘之久前來應門；(3) 且床上之棉被有使用過跡象及客床二張均已拼在一起，若非被告二人於警員臨檢前正係苟合，何以不聞警員敲門即為應門？又被告二人如非於警員實施臨檢前正在為相姦犯行，又何以床鋪上之棉被會有掀開使用過之痕跡及二張客床會拼在一起？是以上述三種情況證據為之推論，以一般國民之經驗法則，應已勘認定一般人皆得確信被告二人確有為姦淫之行為，且此種推論所得概括認定之蓋然性亦已達到使本院產生被告二人有為姦淫行為之百分之百有罪心證。」臺灣台中地方法院八十八年易字第二三四五刑事判決<sup>116</sup>並指出：「目前高級大廈林立，住所之安全設備至為高級，隱密性極佳，一有人按門鈴，相姦人可以從容下床，並立即沖洗，如何捉姦在床？又有何分泌物或擦拭後之衛生紙可以採集？故所謂捉姦在床之辦案證據，並不合時代環境，自難採用，是被告等以本案須有採集證物佐證云云，乃渠等卸責之巧辯，強人之所難，殊不可作為認定無通姦、相姦之依據。而仍應依一切直接、間接證據及經驗法則認定有無通姦之事實。按已婚女性者，或基於安全理由，或怕人閒言閒語等，如無意與男性姦淫，絕不可能讓男性單獨一人進

<sup>113</sup> 另參考臺灣台北地方法院九十年易字第一八九四號刑事判決（臺灣高等法院九十一年度上易字第二一五五號刑事判決駁回上訴）、八十九年易字第二九一九號刑事判決（臺灣高等法院九十一年度上易字第一一五四號刑事判決駁回上訴）、士林地方法院九十一年度易字第七九八號刑事判決（臺灣高等法院九十三年度上易字第一四〇號刑事判決駁回上訴）、桃園地方法院八十八年度易字第二〇〇八號刑事判決（臺灣高等法院八十九年度上易字第九二〇號刑事判決駁回上訴）、台中地方法院九十二年易字第一九〇九號刑事判決（台中高分院九十二年上易字第一九一三號上訴駁回）、台南地方法院九十年易字第一八二八號刑事判決（台南高分院九十年上易字第一九五五號刑事判決上訴駁回）、八十八年易字第二八四九號刑事判決（台南高分院八十九年度上易字第三二八號刑事判決將上訴駁回）、嘉義地方法院九十一年度簡字第一三〇七號刑事判決、高雄地方法院九十五年簡字第三六五六號刑事判決（高雄高分院九十六年度簡字第一號駁回上訴）、花蓮高分院九十一年度上易字第一號刑事判決等。此外，雲林地方法院九十一年度易字第四三三號刑事判決亦認定有罪，但此案經上訴後，改判無罪。

<sup>114</sup> 臺灣高等法院八十九年度上易字第二一二三號刑事判決上訴駁回。

<sup>115</sup> 臺灣高等法院九十一年度上易字第一七四九號刑事判決仍為之有罪判決。

<sup>116</sup> 臺灣高等法院台中分院八十九年度上易字二三五號刑事判決將本案上訴駁回。

入其屋室，茲被告賴○○係有夫之婦，其不只讓蔡○○登堂入室，且與之同睡一床，辯稱無姦淫行為，殊違常情。」臺灣高雄地方法院八十八年度易字第四七九二號刑事判決<sup>117</sup>亦認為：「被告陳○○、郭○○二人均係正值盛年、精力旺盛之年輕男女，於深夜僅穿著內衣褲而獨處一室，則綜合前述各種間接證據，本院自得本於一般經驗法則，即於通常一般之人均不致有所懷疑而得確信其為真實之法則，據以認定被告陳○○、郭○○確有於右揭時地時發生姦淫行為之事實。」

但類似案情，亦有認為不構成通姦或相姦犯行者<sup>118</sup>，例如臺灣板橋地方法院九十一年度易字第二五六二號刑事判決認為：「惟現場屋內並無查獲二人共眠，或當場查獲其二人有進行過性器官相接合之姦淫行為，甚至連姦淫之證物，如使用過之保險套、遺留之分泌物、擦拭分泌物之紙張，均無一具備等情，……則僅憑被告黃○○及程○○二人同在屋內衣衫不整乙情，據以推測或擬制渠等二人有通姦及相姦之行為，尚嫌率斷。」而臺灣高雄地方法院八十八年易字第一六二二號刑事判決<sup>119</sup>亦認為：「男女於汽車旅館闢室休息，依通常社會觀念判斷，雖以姦淫為大多數，然例外僅為休息之情形亦非少見，自不能以被告二人共處一室，即遽認被告二人確有姦淫行為。且縱被告二人闢室共處一室或有姦淫之主觀犯意，然若無積極之直接證據或間接證據，足證被告二人於客觀事實上確有姦淫行為，因欠缺通姦罪之客觀構成要件，自無法構成該罪之既遂犯。」而臺灣高雄地方法院八十八年度易字第四〇一二號刑事判決乃認為：「被告洪○、陳○○雖於當日有二至三小時之時間共處一室，然刑法第二百三十九條通姦及相姦罪，均需以姦淫既遂為構成要件，被告洪○、陳○○縱有同床共眠之行為，惟現場並無任何跡證足證被告二人有為姦淫之行為，自難僅依被告二人有同床之行為遽為推論。」但此案經上訴後被改判有罪（臺灣高等法院高雄高分院八十九年度上易字第七一三號刑事判決參照）。

對於刑事判決所為事實之認定，其對於民事訴訟之影響，最高法院向認為：「刑事判決所為事實之認定，於為獨立之民事訴訟之裁判時本不受其拘束，原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證為與刑事判決相易之認定，不得謂為違法。」（最高法院二十九年上字第一六四〇判例參照）另最高法院四十八年度台上字第七一三號判例亦認為：「刑事訴訟法第五百零四條所謂，應以刑事判決所認定之事實為據者，係指附帶民事訴訟之判決而言，如附帶民事訴訟經移送

<sup>117</sup> 臺灣高等法院高雄分院八十九年上易字第一一九三號刑事判決將上訴駁回。

<sup>118</sup> 另參閱臺灣台北地方法院八十九年度易字第八〇〇號刑事判決、士林地方法院九十年易字第一一〇號刑事判決、板橋地方法院九十年易字第一六〇四號刑事判決、桃園地方法院九十五年易字第一四〇三號刑事判決（臺灣高等法院九十六年度上易字三四八號刑事判決上訴駁回）、八十九年度易字第一六三號刑事判決（臺灣高等法院八十九年度上易字第一九六八號刑事判決上訴駁回）、新竹地方法院八十九年度易字第一二五五號刑事判決（臺灣高等法院九十年上易字第一九六八號刑事判決上訴駁回）、台中地方法院九十五年易字第一〇三號刑事判決、南投地方法院九十年易字第七二八號刑事判決、台東地方法院九十年易字第一四四號刑事判決、台南高分院九十二年上易字第一三一號刑事判決。另高雄地方法院八十八年易字第四〇一二號刑事判決雖為無罪諭知，但經高雄高分院八十九年上易字第七一三號刑事判決改判有罪。

<sup>119</sup> 臺灣高等法院高雄分院八十九年度上易字第一一〇六號刑事判決將上訴駁回。



於民事庭後，即為獨立民事訴訟，其裁判不受刑事判決認定事實之拘束。」<sup>120</sup>據此，在實務上，乃有刑事方面認為有罪，民事程序中亦認定該當侵權行為者；但亦有刑事程序被不起訴，但民事部分被認為符合侵權行為要件者；且另有刑事被認為有罪，但民事程序上被認為不構成侵權行為者。

有刑事方面認為有罪，民事程序中亦認定該當侵權行為者<sup>121</sup>，例如臺灣高等法院高雄分院九十六年度上易字第五七號民事判決<sup>122</sup>認為：「通姦罪之犯罪型態，具隱密性，於個人私密之處所為之，因此犯罪證據之搜尋極為困難，幾乎不可能在犯罪行為進行中當場被查獲，則認定通姦罪之事實，在舉證上，應綜合全盤證據，依一般社會經驗法則而為判斷，至於現場是否有保險套、衛生紙，此牽涉個人性行為之習慣，及現場警員、被害人之蒐證能力、經驗之問題，尚難認無保險套或衛生紙扣案，即無通姦行為。上訴人蔡○祥僅著內褲，上訴人蔡○娜僅著細肩帶、黑色貼身睡衣於深夜共處一屋內，復有上述親密往來之情事及上訴人蔡○祥書立切結書等事實，上訴人二人確有通姦之行為甚明。」而臺灣高等法院台中分院八十八年度訴字第八十二號民事判決亦認為：「被告為有婦之夫，若因心情煩悶欲找人訴苦，亦應注意其身分，並嚴守分際，豈有於凌晨大多數均在睡眠之際，找人訴苦？若確係紅粉知己，而與之聊天、訴苦亦應選擇適當場所，並應衣著整齊，豈有孤男寡女三更半夜僅著內衣、褲並共處一室之理？再者，現今一般住宅之安全設備尚稱嚴密，如有外人欲進入，通姦人當有足夠時間從容下床並湮滅證據，如何能捉姦在床，又何有沾有毛髮或分泌物之物件可供採集，是所謂捉姦在床之辦案證據，係不合時代之觀念，自難採用。……況被告與廖○齡自原告前撤回告訴後，猶不知避諱瓜田李下，孤男寡女深夜時刻僅著內衣、褲而共處一室，若僅為訴苦，諉稱無連續姦淫行為，衡諸常情，實有違一般社會經驗法則。」另臺灣台南地方法院八十九年訴字第一四六五號民事判決亦認為：「況被告周○○明知被告李○○為有夫之婦，被告李○○亦知己為人妻，應明白瓜田李下，嚴守分際，以合乎進退禮節，焉會均不加以避諱，反而均衣衫不整，並於被告周○○登堂入室時，被告李○○竟赤裸於床上而未予驅離之理？亦與常情有悖，是被告二人確有姦淫行為之事實，足堪認定。」

有刑事程序被不起訴處分，但民事部分亦認為不構成侵權行為要件者，例如臺灣台中地方法院九十年訴字第二八二九號民事判決乃逐一駁回個別間接證據，而認為不能證明被告於案發當日確有通姦犯行，其論證過程乃以：「(一)原告所提現場照片四張、房間照片兩張僅足證明被告當時上身赤裸，僅著內褲，而

<sup>120</sup> 類似意旨，另參閱最高法院四十九年度台上字九二九號判例、五十年度台上字第八七二號判例、六十九年台上字第二六七四號判例。對於刑事判決之事實認定是否應在一定程度上承認其對於民事程序之拘束力，在理論上，若能進一步對於其證明度進行區分，或許基於裁判一致性及司法威信考量，或許理論上有值得再斟酌之餘地。就此，容另文分析。

<sup>121</sup> 另參閱臺灣剛等法院台南分院八十九年度訴字第三七號民事判決、臺灣台中地方法院九十一年度重訴字第一〇五一號民事判決、臺灣高等法院台南分院九十一年度訴字第二一號民事判決、臺灣高雄地方法院八十九年度訴字第一八〇六號民事判決、臺灣嘉義地方法院九十二年度訴字第一三一號民事判決。

<sup>122</sup> 原審為高雄地方法院九十五年訴字第二五六一號民事判決。

訴外人龍○僅著睡衣，....尚不足以用以證明被告與龍○二人曾在原告所指之期間內有通姦之行為。.....。(二) ...被告與龍○自進入前開處所起至遭查獲間，期間將近二小時，苟當日被告與龍○姦確有通姦之行為，則於警員會同原告進入時，當會在現場發現曾有性行為所留下之蛛絲馬跡，而原告既與證人吳○○經徹底搜查過現場，猶未能發現任何有關被告與龍○通姦之事證，足見被告與龍○在前開期間內應無通姦之行為。」

但亦有刑事程序被不起訴處分，但民事部分被認為構成侵權行為者而言，例如臺灣高等法院九十二年度再字第七二號民事判決認為：「按認定犯罪事實所憑之證據，並不以直接證據為限，即綜合各種間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，仍非法所不許(最高法院二十七年度滬上字第六四號判例參照)。準此，本院確定判決以本案雖未查獲再審原告與林○達間通姦之直接證據，然綜合其各種間接證據為合理之推論，認定二人間有發生性關係之侵權行為，依上開判例意旨所示，並無不合。」

此外，尚有刑事程序判決有罪，但民事程序認為不構成侵權行為者，例如台灣士林地方法院九十三年度訴字第八九號民事判決<sup>123</sup>，其論證方式，與前開臺灣台中地方法院九十年度訴字第二八二九號民事判決類似，亦即：「... (二) 被告二人固自承為警察查獲時，被告楊○毅僅著內衣、內褲；被告何○雲身著透明內衣、丁字形內褲、未著胸罩，以及同床共眠等情...衛生紙...鑑驗結果，未發現精子細胞，...，則被告二人之前開情狀與原告所主張之姦淫結果間之關聯性，自應由原告負舉證責任，原告迄今未舉證以實其說，即不能以推測或擬制之詞，遽謂被告二人有發生姦淫之行為。(二) 被告雖坦承雙方自四月中旬開始有同床共眠，並有親吻、擁抱行為，共約十次，....，本院認前開情狀僅能證明被告二人有同住以及有親密行為之事實，...，尚不足遽以認定被告二人間有發生姦淫之結果。」

基本上，對於「孤男寡女、共處一室」之事實，能否推得其間必有姦情，在生活經驗上，於定性時，究竟其可否列屬於高蓋然性之經驗定律或僅能列為單純經驗？在理解上可能有不同見解。最高法院九十年度台上字第二二一五號民事判決曾指出：「被上訴人與蔡○○通姦，因上訴人告訴而遭刑事法院判決確定，並為原審所確定之事實，依一般社會經驗法則，為免瓜田李下之嫌，莫不避免同住一處。」<sup>124</sup>而臺灣高等法院八十九年度家上字第二八一號民事判決認為：「其等孤男寡女於深夜共處一室，訴外人林河○僅穿著內衣汗衫，上訴人則穿著睡袍，足見上訴人與訴外人林河○間顯非一般朋友閒聊可擬。」其原審臺灣板橋地方法院八十九年度訴字第八八○號民事判決亦同此認定。另臺灣高等法院九十六年度家上字第六三號民事判決亦認為深夜投訴宜蘭礁溪鄉某溫泉旅館，共處一室，上訴

<sup>123</sup> 刑事部分案號係臺灣士林地方法院九十一年度易字第七九八號刑事判決，臺灣高等法院九十三年度上易字第一四○號刑事判決上訴駁回。

<sup>124</sup> 此判決雖非直接對於孤男寡女、共處一室進行論斷，但涉及瓜田李下之經驗論問題。

人雖主張其與曾美○同居一室，係為節省住宿費云云，顯與經驗法則有違，無可採信。

但臺灣高等法院九十一年度重上字第二三四號民事判決對於相姦人陳○○僅著睡袍，被上訴人拖鞋掉落及停留於相間人住所至少二、三十分鐘，警察按門鈴經五分鐘才開門等情，乃認為其縱依一般社會常情而言，確有可疑之處，但畢竟與待證事實及陳○○與被上訴人是否有姦淫事實之間，關聯性極為薄弱，自難據此推論陳○○與被上訴人必有姦淫情事。而臺灣高等法院九十五年度上字第六二六號民事判決乃認為通姦乃異性之之性交，是否姦淫既遂應採接合說，據此，對於被上訴人拒絕對於所產下一女實施血緣鑑定<sup>125</sup>，及夜間在男方住處主臥室出入等情，以其無論以一般生活經驗法則或論理法則原理之推理作用，皆無從得出被上訴人等間有連續，多次通姦（相姦）之結論。類此從嚴認定者，例如臺灣高等法院九十三年度上易字第四七一號民事判決對於被上訴人自八十三年十二月起至九十年九月間止，曾共赴日本、香港、曼谷、阿姆斯特丹、澳門等地旅遊，認為上訴人不能證明有通姦行為。另在臺灣台北地方法院九十二年度訴字第三一五九號民事判決、臺灣高等法院九十四年度上易字第二四三號民事判決中，原審對於被告二人當街擁吻照片、二人互內打通、男方將護照放置女方主臥室內，及三次到外國出遊等情，認為各不足認定有通姦、相姦行為。就之，二審乃正確地認為，護照一事顯與常情不合，而擁吻照片雖不足證明被上訴人二人有通姦事實，但已屬不法侵害他人婚姻圓滿狀態，應該當共同侵害上訴人之身分法益（參見最高法院五十五年台上字第二○五三號判例）。<sup>126</sup>其迴避對於通姦之認定，而改以其他方式回應被害之救濟需求。以此一迴避方式者，尚有台灣高等法院九十四年度上易字第九八二號民事判決、臺灣高等法院九十五年家上字第二七九號民事判決及臺灣高等法院九十六年度家上字第一七二號民事判決等。

較為特殊者乃，有少數實務見解，因對於證明度標準乃採優勢證據原則，因而為如下認事過程之論證：「經查本件原告主張被告間通、相姦之事實，業據本院刑事庭及臺灣高等法院刑事庭於八十七年七月八日及同年十一月十日判決有罪確定等情，業據原告提出本院八十七年度易字第二三一號及臺灣高等法院八十七年度上易字第五二七八號判決書各一件在卷可稽，亦核與本院依職權調閱前開案件卷宗審核相符。次查本件被告同一室為警查獲時，被告陳○英僅著內衣；同

<sup>125</sup> 對此，此判決乃認為：「被上訴人陳○○自有權決定其女是否接受實施 DNA 鑑定，則被上訴人陳○○拒絕其女實施 DNA 鑑定，係法律（去氧核醣核酸採樣條例第五條）授予保護未成年人之權利，難謂有違比例原則。且鑑定當事人間之血緣關係，並非證明通姦之唯一方法，尚有其他事證可資調查取證，並非非鑑定血緣關係不可。且該女並非本件訴訟當事人，亦無義務比照當事人關於文書舉證之效力規定，且本於無罪推定原則，被上訴人亦無義務證明自己無罪。」其引用去氧核醣核酸採樣條例第五條及無罪推定原則等考量，是否妥適，實有可疑之處。因該二者均係關於刑事訴訟程序之衍生規則或原理，但民事訴訟中有真實義務、證明妨礙及一定條件下負解明義務之法理，二者能否等同以觀，頗有疑問。

<sup>126</sup> 對於辯稱二人僅剛好同時出入境云云，認為有違經驗法則，例如臺灣台北地方法院八十九年度婚字第五○八號民事判決。而實際上，在通姦案例，被告辯詞千奇百怪，不一而足，例如男女入訴汽車旅館，辯稱為上廁所、為工作業務需要、辦保險、衛生紙上體液係自己自慰所致等等，其是否違反經驗法則，即應藉由二人間關係如何、年齡、時間、婚姻狀態及職業等因素，綜合考量。

案被告林○賢則上身赤裸；又經原告在被告同處之臥室內之垃圾筒內起初沾有精液及類似血液之紅褐色之衛生紙團等情，業據原告於刑事案件審理程序偵訊及本院審理時偵訊之綦詳，並有....可稽。而證人即查獲警員黃○○於偵訊時結稱：當時敲門約一分鐘，由林○賢始前來開門，林○賢未穿上衣，陳○英僅著胸罩（內衣）坐在床上等語。而被告間均明知被告陳○英為有婦之夫，仍在相識約一個月左右即同宿一處，經警敲門約一分鐘後，被告猶僅著內衣；被告林○賢則僅上身赤裸，設非已發生過姦淫之親密行為，豈會如此？又被告陳○英雖抗辯稱.....，足見被告辯稱因生理期間及接受手術治療，無從發生性行為等語，要無可採。再參諸被告陳○英亦坦承自八十七年三月二十八日夜間十一時起與被告林○賢同處一室，當晚二人有擁抱，被告林○賢有些衝動，伊有撫摸其生殖器，用手幫忙林○賢射精等語，被告林○賢亦於偵查卷中坦承當晚二人只有摸來摸去，被告陳○英用手幫伊手淫至射精等語等情狀，並揆諸前開優勢證據法則，本院因認被告間在前開時、地通、相姦之事實，業可達到概然之心證，是原告主張被告間有通姦及相姦之行為自足認定。」

另對於通姦之認定，實務上有依同床共眠及著衣之錄影光碟為證（臺灣高等法院九十五年度家上字第二五七號民事判決參照）、日記記載（臺灣高等法院九十五年度家上字第一四一號民事判決參照）<sup>127</sup>、以錄音及通姦刑事有罪判決（或偵審中證人證詞）等（臺灣台北地方法院九十三年度婚字第一一〇四號民事判決、臺灣高等法院九十五年度上易字第五〇八號民事判決參照），而認定有通姦（相姦）情事者。

## 二、評估

對於前開案例觀察，乃可認為係對於實務上關於經驗法則與自由心證合理化之具參考性之素材。其觀察角度固以其對於經驗法則之運用為中心，但亦及於其他證據法上部分觀點，茲分析如下：

（一）此類在不同法院間對於類似案情，卻有不同事實認定之情況，無論在刑事或民事事件均存在，雖論者亦意識在刑事訴訟中因有無罪推定原則適用，因而「即使孤男寡女深夜共處一室，甚或共躺一床，如無直接或間接證據足以證明被告有姦淫事實，即不能以擬制或推測之詞判決有罪。」<sup>128</sup>論者乃指出「但深夜凌晨孤男寡女共處一室，甚或坦徑相見，若謂係蓋棉被純聊天而判決無罪，又似與一般人民生活經驗有悖，違背社會大眾之法律感情，似較難為一般大眾所認同。法律係人民生活經驗之抽象原則，與人民之生活本應十分貼近，司法運作結果如果離人民生活、情感太遙遠，人民又得受判決之拘束，就會產生民怨，司法之公信力就可能退挫。」<sup>129</sup>其中，論者已意識到人民之生活經驗問題。在法官之認事過程中，經常須藉由間接事實推論主要事實，其中，即須藉由經驗法則之運用，

<sup>127</sup> 以日記、信件及購買威而剛等情認定者，參臺灣高等法院九十四年度家上字第一九六號民事判決。

<sup>128</sup> 徐昌錦，談通姦除罪化....從審判實務之角度出發，二版。

<sup>129</sup> 徐昌錦，談通姦除罪化....從審判實務之角度出發，二版（及所引註）。

乃能進行蓋然性推估，而決定其心證度之形成。此一認事過程，經驗法則之掌握乃程序運行之關鍵，其困難實不僅限於刑事程序或通姦案件而已。對於人類認事之過程，經驗法則對於何一事實可如何程度對於推論某一事實存否加以貢獻，乃涉及對於其所持所謂經驗法則究竟係何一等級之經驗法則有關，亦即目前實務之事實認定結果所以可能發生與人民法感相悖離之情況，是否與法官對於經驗、經驗定律、經驗原則及法之間有所區別，欠缺充分認識所致？而此一認知之差異，即可能造成其後判斷結果之不同。此一問題及現象，並非刑事訴訟所獨有，其在民事訴訟中亦同，自值得重視。

(二) 在民事訴訟中，實務上對於此類案件，即呈現高度之法不安定性，例如如前所述，最高法院九十年度台上字第二二一五號民事判決曾認為：「被上訴人與蔡○○通姦，因上訴人告訴而遭刑事法院判決確定，並為原審所確定之事實，依一般社會經驗法則，為免瓜田李下之嫌，莫不避免同住一處。」而臺灣高等法院九十六年度家上字第六三號民事判決亦認為深夜投訴宜蘭礁溪鄉某溫泉旅館，共處一室，上訴人雖主張其與曾美○同居一室，係為節省住宿費云云，顯與經驗法則有違，無可採信。但臺灣高等法院九十一年度重上字第二三四號民事判決對於相姦人陳○○僅著睡袍，被上訴人拖鞋掉落及停留於相間人住所至少二、三十分鐘，警察按門鈴經五分鐘才開門等情，乃認為其縱依一般社會常情而言，確有可疑之處，但畢竟與待證事實及陳○○與被上訴人是否有姦淫事實之間，關聯性極為薄弱，自難據此推論陳○○與被上訴人必有姦淫情事。而台灣士林地方法院九十三年度訴字第八九號民事判決<sup>130</sup>認為：「... (二) 被告二人固自承為警察查獲時，被告楊○毅僅著內衣、內褲；被告何○雲身著透明內衣、丁字形內褲、未著胸罩，以及同床共眠等情... 衛生紙... 鑑驗結果，未發現精子細胞，...，則被告二人之前開情狀與原告所主張之姦淫結果間之關聯性，自應由原告負舉證責任，原告迄今未舉證以實其說，即不能以推測或擬制之詞，遽謂被告二人有發生姦淫之行為。」如此論證，如何符合人民法感？如何令當事人信賴？

(三) 在因配偶及第三者通姦、相姦案例中，對於是否可該當通姦、相姦行為，因能於姦淫行為之際親眼目睹及取得性交證據者，並不多見；而能以第三者懷孕為證者，亦屬少數。其多數案例，被害人多僅能取得間接證據，而該等證據所能證明之間接事實，其能否證明通姦行為，若未能對於經驗法則為適當運用，即可能呈現不同之見解。實務上為解決此一問題，其處理模式包括：其一、堅持對於通姦行為之認定程序，但對於其認定採取較寬鬆之見解。其二、堅持對於通姦行為之認定程序，但對於其認定採從嚴之標準。其三、迴避通姦行為之認定，而以其他方式滿足訴訟當事人之請求（例如迴避認定通姦行為，而以其曖昧行為仍該當民事侵害權益之行為等）。此等處理模式之運用，在實務上均存在。<sup>131</sup> 而其第一種及第二種處理模式，即涉及個案法官對於經驗法則之運用問題。

<sup>130</sup> 刑事部分案號係臺灣士林地方法院九十一年度易字第七九八號刑事判決，臺灣高等法院九十三年度上易字第一四〇號刑事判決上訴駁回。

<sup>131</sup> 相關見解，參閱拙著，民事證據法實例研習（一），2005年2月，頁47以下。

(四)對於此類案件中之經驗法則運用，因實務見解未意識各種經驗法則有加以區分之必要性，因而並未對各該事實（例如孤男寡女，共處一室，或孤男寡女，著內衣在賓館等情），與有姦淫行為間之蓋然性為較精確之評估。蓋若認為某類行為該當時，已可評價為具經驗原則性質之經驗法則存在，則在此類情形，並不需佐證，即可依表見證明推認事實；而若認為其僅屬於經驗定律者，則尚需其他佐證始可滿足認定事實所需之證明度要求。例如「孤男寡女，深夜共處一室，查獲時男僅著內褲，女僅著內衣蔽體」或「孤男寡女，在汽車旅館中停留二小時，床鋪有使用過痕跡」或「交往密切，另有接吻等親密關係之男女，同遊共宿巴里島五日」等，可否認為此類情形已該當適用表見證明之要件？而若「孤男寡女，前往礁溪作泡湯一日遊」或「於深夜在女方住處查獲時，孤男寡女，但衣著整齊」等，是否可認為僅係屬於經驗定律範圍，至於在 51% 至 84% 蓋然性之間，依其情形，亦可能有不同評價。例如是否立即開門，或間隔較久時間才開門？床鋪是否使用過？是否已同居多時？等情節，均對於其經驗定律之蓋然性高低會發生影響，其所造成程序上影響，乃綜合各情節為之。其若不能整合連貫為甚高度蓋然性單一經驗法則，而進入經驗原則之類型；即應要求配合其他間接事實，於有相當之佐證時，始能達到證明度，而得認定系爭事實之存在。

(五)部分實務見解，欠缺對於經驗法則之觀照，於自由心證之運用，淪為形式化，判決乃造成與人民法感相悖離情況，例如臺灣台中地方法院九十年訴字第二八二九號民事判決類似，亦即：「... (二) 被告二人固自承為警察查獲時，被告楊○毅僅著內衣、內褲；被告何○雲身著透明內衣、丁字形內褲、未著胸罩，以及同床共眠等情... 衛生紙... 鑑驗結果，未發現精子細胞，...，則被告二人之前開情狀與原告所主張之姦淫結果間之關聯性，自應由原告負舉證責任，原告迄今未舉證以實其說，即不能以推測或擬制之詞，遽謂被告二人有發生姦淫之行為。 (二) 被告雖坦承雙方自四月中旬開始有同床共眠，並有親吻、擁抱行為，共約十次，...，本院認前開情狀僅能證明被告二人有同住以及有親密行為之事實，...，尚不足遽以認定被告二人間有發生姦淫之結果。」此類逐一駁回個別間接事實之論證方式，在實務上並非單一個案，其忽略經驗法則及自由心證之合理化運用，不當甚為明顯。<sup>132</sup>

(六)對於臺灣高等法院九十二年度再字第七二號民事判決所認為：「按認定犯罪事實所憑之證據，並不以直接證據為限，即綜合各種間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，仍非法所不許（最高法院二十七年度滬上字第六四號判例參照）。準此，本院確定判決以本案雖未查獲再審原告與林○達間通姦之直接證據，然綜合其各種間接證據為合理之推論，認定二人間有發生性關係之侵權行為，依上開判例意旨所示，並無不合。」其中法理分析，可補充者係，民事及刑事認定事實之證明度並不相同，刑事訴訟程序乃要求百分九十五以上蓋然

<sup>132</sup> 此類忽略經驗法則及自由心證之適當運用者，批評見解，參閱拙著，民事證據法實例研習（二）暨判決評釋，2006年11月，頁109以下。

性，而民事訴訟程序乃要求百分九十以上蓋然性，則若刑事判決無罪或為檢察官為不起訴處分，自無拘束民事庭法官認定事實之理。但對於刑事有罪判決，是否應如實務及學說所認為不應具拘束民事庭法官之效力，學理上似仍有討論空間。

(七) 少部分判決企圖採用優勢證據原則作為民事訴訟之證明度者，其若係在通案上認為可以優勢證據原則作為證明度一般標準，固不足取。<sup>133</sup> 其若係個案中欲以證明度降低作為減輕被害人舉證責任之方式，則應注意論理上需給予正當化基礎，例如非負舉證責任一造當事人之解明義務之例外性要件以該當或具體化義務已浮現等法理。<sup>134</sup>

## 捌、 初步結論

自由心證原則在我國實務上之運用，經常遭受誤解，對於此一原則有被污名化之現象。其部分係社會大眾對司法實務及審判行為之不知悉所致，但亦有部分係對於此一制度之運用，仍存在部分理論運用上闕漏，以致存在可能使事實認定受限於法官之個人經驗，而有發生恣意裁判之虞。此自本文關於通姦之事實認定，其判決見解之歧異與衝突，即彰顯自由心證之困難性。此部分，若不訴諸受審判者之「運氣論」，則於理論上，能否提出有助於自由心證合理化之訴求，毋寧係本計畫仍須進一步確認之重點。

基本上，對於自由心證之運用，需對於事實認定進行動態剖析，對於證據價值之認定，間接事實推論主要事實所需之經驗法則，該等經驗法則之定性，均須確實，並由實務案例建立類型化及資料庫，令法官於適用時，有前例可循，乃能較適切運用此一制度。另若能貫徹迴避制度及擴大合議制度，於部分案形並建立國民參審或專家參審，應更能促進自由心證運用之合理化及客觀化。

對於自由心證之適用對象，向來民事訴訟法上欠缺對於證據禁止理論之探討，但近年來對違法取得證據可利用性已有部分討論，少部分實務判決亦有對此證據禁止持肯定見解者，若以後最高法院能對此定調，則對於證據能力是否可納入自由心證適用對象，即會基本性動搖。

自由心證理論係民事訴訟法最核心問題，且至為困難，此研究因時間有限，僅能作初步評估。於近期內將繼續對此研究、補充及修正。屆時，再行正式發表。

<sup>133</sup> 反對理由，參閱拙著，證明度之研究，頁 380 以下。

<sup>134</sup> 關於道德危險領域理論，參閱拙著，民事證據法實例研習（一），2005 年 2 月，頁 64。

## 參考文獻

### 一、中文

1. 王甲乙，自由心證主義，法學專刊，第四十三期，1966年7月。
2. 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，2009年。
3. 林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，總論編，民國89年12月。
4. 林鈺雄，自由心證：真的很自由嗎？，台灣本土法學，第二十七期，2001年10月。
5. 吳明軒，民事訴訟法(中)，2009年修訂八版。
6. 邱聯恭，新世紀民事程序法建制之基本課題—評論民事訴訟法修正走向之基本觀點--，收於氏著程序制度機能論，1996年。
7. 姚瑞光，民事訴訟法論，2004年增訂七版。
8. 姜世明，新民事證據法論，2002年修訂二版。
9. 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，2003年。
10. 姜世明，舉證責任與真實義務，2006年3月。
11. 姜世明，民事證據法實例研習(一)，2005年2月。
12. 姜世明，民事證據法實例研習(二)暨判決評釋，2006年11月。
13. 姜世明，舉證責任與證明度，2008年10月。
14. 徐昌錦，談通姦除罪化-從審判實務之角度出發，司法周刊，1274期，95年2月16日，二版。
15. 陳計男，民事訴訟法論(上)，2009年修訂五版。
16. 連銀山，民事舉證責任之研究，收錄於鄭玉波、楊建華編，民事訴訟法論文選輯(下)，73年7月。
17. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，2009年修訂七版。
18. 梁松雄，民事訴訟法要義，1986年。
19. 程克琳，民事訴訟法上自由心證之研究，私立輔仁大學法律研究所碩士論文，1998年7月。
20. 雷萬來，自由心證客觀化之芻議，中興法學，第二十三卷，1986年11月。
21. 楊建華原著；鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，2009年。
22. 蔡章麟，自由心證與誠實信用原則，軍法專刊，第二卷第四期，1953年4月。
23. 駱永家，民事訴訟法I，1991年修訂四版。
24. 駱永家，違法收集證據之證據能力，月旦法學雜誌，第七二期。

### 二、德文

1. Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996.
2. Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZJP 69.



3. Baumgärtel, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, FS.f.Klug, 1983.
4. Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd.I Teil 2A, 1966.
5. Dilcher, Die prozessuale Verwendungsbefugnis. Ein Beitrag zur Lehre vom "rechtswidrigen" Beweismittel, AcP 158.
6. Esser, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966.
7. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrecht, 2.Aufl., 1974.
8. Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978.
9. Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979.
10. Huber, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983.
11. Heescher, Untersuschungen zum Merkmal der freien Überzeugung in §286 ZPO und §261 StPO, 1974.
12. Kaissis, Die Verwertbarkeit materiellrechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, 1978.
13. Kellner, Verwendung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweisurkunden in Ehesachen, JR 1950.
14. Kauper, Zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im deutschen und schweizerischen Zivilprozess, 1965.
15. Kuchinke, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, in: Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966.
16. Kodek, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess.
17. MünchKomm-Prütting, ZPO.
18. Maassen, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, 1975.
19. Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975.
20. Musielak/Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, JuS 1980.
21. Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983.
22. Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, 1988.
23. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht · 16.Aufl., 2004.
24. Roth, Die prozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweisurkunden. Eine Entgegnung, JR 1950.
25. Schwab, Das Beweismaß im Zivilprozess, F.S. f.Fasching zum 65.Geburtstag, 1988.
26. Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976.
27. Stein/Jonas/Leipold, ZPO-Komm, 20.Aufl.
28. Schilken, Zivilprozessrecht, 3.Aufl., 2000.
29. Werner, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988,

999ff.m.w.N.

30. Weitnauer, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, KF 1966 .
31. Zeiss, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, ZZP 89 ( 1976 ) .

## 國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

### 1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

- 達成目標
- 未達成目標（請說明，以 100 字為限）
- 實驗失敗
  - 因故實驗中斷
  - 其他原因

說明：對於自由心證之研究，本研究計畫對於證據價值、間接事實及自由心證之實務運用，有系統性分析及檢討，應可有助於國內學界及實務對於此議題之認識。美中不足者係，因經費有限，無法編列對於法官之個別訪談及問卷。此部分，容以後再行補足。

### 2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

- 論文：已發表 未發表之文稿 撰寫中 無
- 專利：已獲得 申請中 無
- 技轉：已技轉 洽談中 無
- 其他：（以 100 字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

藉由此一研究計畫，對於現行法律規定及實務見解及其運作實況，確實分析及檢討，經由比較法之研究及實證分析，對於蓋然性、確信及蓋然性計算等概念獲得確切之定義，藉此並可對於認定事實過程中之間接證明合理性為更強之加重。而對於自由心證之界限，本研究計畫亦能更具體化其內涵，使能更具客觀化基礎。細節上，例如對於判決書如何記載，始能與自由心證主義合理化相對稱，而使其具體系性、透明性及可檢驗性（尤指第三審之審查可能性問題），亦提出評估及建議，以供參考。

自由心證在學者眼中或為必要之惡，而在人民眼裡則可能係不可承受之痛或恣意之同義詞，但此類觀點是否符合實際？亦或僅係因人民法智識為開啟下之夢中話語？法貴於切合人情，符合需要，如何使自由心證之運用更具客觀性，而使被審判者能減少疑慮，毋寧仍係法學者及實務家應繼續正視之問題。本系列研究，雖對於自由心證中各單元要素逐一研究及評估，尤其對於經驗法則之類型化及證明度之確立，相信對我國實務會有所有影響。而在蓋然性評估、間接事實與經驗法則之交錯運用之研究，應亦對於實務發展有所幫助。此次研究不足者，個人將於未來一年繼續努力，希能集結成書，而有助於國內學界及實務界對此問題之認識。

無研發成果推廣資料

96 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：姜世明		計畫編號：96-2414-H-004-009-MY3					
計畫名稱：自由心證之研究							
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	1	0	100%	篇	蓋然性與證據價值，范光群祝壽論文集，2009年3月，頁135-170。
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（本國籍）	碩士生	5	5	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	2	2	100%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%	章/本	
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（外國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p>自由心證之研究 (NSC96-2414-H-004-009-MY3)，第一年研究成果為蓋然性與證據價值，第二年研究成果，間接證明之研究，研究成果已繳交，待補充新進實務見解後，再投稿發表。第三年研究計畫題目為自由心證之研究，研究成果已繳交，待補充新進實務見解後將行發表。</p>
--	---

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科 教 處 計 畫 加 填 項 目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	





# 國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表  未發表之文稿  撰寫中  無

專利： 已獲得  申請中  無

技轉： 已技轉  洽談中  無

其他：（以 100 字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

藉由此一研究計畫，對於現行法律規定及實務見解及其運作實況，確實分析及檢討，經由比較法之研究及實證分析，對於蓋然性、確信及蓋然性計算等概念獲得確切之定義，藉此並可對於認定事實過程中之間接證明合理性為更強之加重。而對於自由心證之界限，本研究計畫亦能更具體化其內涵，使能更具客觀化基礎。細節上，例如對於判決書如何記載，始能與自由心證主義合理化相對稱，而使其具體系性、透明性及可檢驗性（尤指第三審之審查可能性問題），亦提出評估及建議，用供參考。

自由心證在學者眼中或為必要之惡，而在人民眼裡則可能係不可承受之痛或恣意之同義詞，但此類觀點是否符合實際？亦或僅係因人民法智識為開啟下之夢中話語？法貴於切合人情，符合需要，如何使自由心證之運用更具客觀性，而使被審判者能減少疑慮，毋寧仍係法學者及實務家應繼續正視之問題。本系列研究，雖對於自由心證中各單元要素逐一研究及評估，尤其對於經驗法則之類型化及證明度之確立，相信對我國實務會有所有影響。而在蓋然性評估、間接事實與經驗法則之交錯運用之研究，應亦對於實務發展有所幫助。此次研究不足者，個人將於未來一年繼續努力，希能集結成書，而有助於國內學界及實務界對此問題之認識。