

態都是證據資料。法院依這些證據資料來認定事實的真偽。訴訟契約與證據契約的理論，與近年來討論相當多的「仲裁鑑定」密切相關。我們在介紹證據分則前，應先認識其理論及法制上的實踐。

一、訴訟契約與證據契約

(一) 訴訟契約之基本法理

訴訟契約有廣狹兩義，依不同的區別標準而有所不同¹：

標 題 索 引

- (一) 訴訟契約之基本法理
- (二) 證據契約

依程序區分	1. 廣：複數當事人間對於訴訟相關事項，於訴訟前、訴訟中或強制執行前、強制執行中所為得使其主要法律效果發生在該等程序者，其範圍並及於執行契約。 2. 狹：指當事人間所為使其主要法律效果發生在訴訟法領域者，而不包括對於強制執程序發生作用者。
依契約主體區分	1. 廣：將第三人納入訴訟契約之主體。 2. 狹：訴訟上當事人間成立之契約。
依合意方式區分	1. 廣：包括平行合意之訴訟契約（即一造當事人向法院為意思表示，他造當事人向法院表示同意）。 2. 狹：限於對立合意型之訴訟契約（兩造互為意思表示之合意）。
依效力區分	1. 具處分效力之契約：直接對於訴訟法狀態加以形成者，又可分為積極性與消極性者。 (1) 積極性：該契約係為創設某新訴訟狀態，如合意管轄契約。 (2) 消極性：該契約係使某訴訟狀態廢止，如上訴權捨棄契約。 2. 負擔契約：並無對於訴訟法狀態發生形成之效果，而係使當事人因此而負有一定作為或不作為義務，如訴之撤回之合意。

是否應承認訴訟契約？姜世明教授認為，應採肯定說。第一，在理論上，於辯論主義及處分權主義適用之範圍內，基於實體法上私法自治之原理及與私法自治相關聯之程序法上之處分權主義，在不妨礙民事程序之基本目的及不可捨棄之公益（價值）下，應儘量容許當事人經過衡量其實體利益及程序利益後所為之合意。但對於其界限，則

¹ 姜世明，合意選任鑑定人與仲裁鑑定契約——評最高法院97年度台上字第1120號民事判決，月旦法學雜誌，169期，第276頁。

須在個案中加以考量，在審查合法性時，應注意對於被處分權限或規範之可處分性問題，以在尊重當事人程序處分權與公益性中取得具體平衡。

第二，民事訴訟法在二〇〇〇年修正前，已明文承認訴訟契約，如合意管轄等。在修正後，更擴大原先的訴訟契約範圍。現行法明定之訴訟契約如下：

1. 證據保全程序中之協議。
2. 簡化爭點協議。
3. 受命法官調查證據之協議。
4. 證人在法庭外書面陳述之合意。
5. 鑑定人指定之合意。
6. 普通法院審判權之合意。
7. 由法官酌定和解方案之合意。
8. 調解委員酌定調解條款之合意。
9. 移付調解之合意。
10. 飛躍上訴之合意。
11. 婚姻事件不公開審判之合意。
12. 選定法官審判之合意²。

(一)證據契約

證據契約，也有廣狹兩義：

標 題 索 引

(一)訴訟契約之基本法理
(一)證據契約

廣義證據契約	當事人間就有關訴訟標的權利義務關係內容存在與否之事實予以確定的方法（即有關證明之事項），兩造成立與法律規定不同之合意，如自認契約、仲裁鑑定契約、兩造發生紛爭時由某一造負舉證責任之合意。
狹義證據契約	係指證據方法契約，即有關證據方法之提出或不提出之約定，如當事人約定發生紛爭而涉訟時，僅能使用契約書，而不能使用證人。

2 但對於總額給付協議（§ 44之1 II）、得他人同意之自認撤銷（§ 279 III）及經兩造同意得不調查證據衡平裁判（§ 436之14 I）等，及法律未明文的起訴權捨棄合意、合意由獨任法官改由合議庭審理、合意參審制及判決效力之處分等合意，姜世明教授認為是否屬於訴訟契約可能有不同之見解。姜世明，合意選任鑑定人與仲裁鑑定契約——評最高法院97年度台上字第1120號民事判決，月旦法學雜誌，169期，第277～278頁。

但對於證據契約是否合法，我國學說則有爭議³：

邱聯恭	在辯論主義適用範圍內，應該可認為有效，但若法律規定法官可依職權調查證據之情形，則不能訂立證據契約，如民事訴訟法第二百八十九條、第三百五十五條第二項、第三百五十六條、第三百六十五條，及第三百七十二條等。
沈冠伶	第二百六十八條之一第二項及第二百七十條之一，明文要求法院應運用訴訟指揮權致力於促成簡化爭點（含證據上爭點）之協議。第三百七十六條之一第一項認當事人兩造於本案尚未繫屬前，亦得於保全證據期日，就事實、證據成立協議（如事實上或證據上爭點之協議），可予以評價為正面肯認證據契約對法院及當事人具有拘束力。因此第二百七十條之一及第三百七十六條之一，可為證據契約（含仲裁鑑定契約）在我國法上之依據。應予留意，關於上開協議存否之審理，應適用辯論主義為之，亦即認為該合意存在之當事人，應予以主張、證明，而他造得就該主張事實加以自認。
姜世明	證據契約得於私法自治原則、辯論主義、處分權主義等獲得存在之合理性基礎，且我國民事訴訟法第三百七十六條之一之規定，尤其可認為係承認證據契約之明文化。因而，原則上應儘量承認當事人就證據契約所為之約定合法性（與有效性）。但在審查證據契約之合法性與有效性時，應注意下列兩點： 1. 首先，在定性證據契約時，應特別注意探求當事人之真意，及依誠信原則與交易習慣進行解釋。若屬證據契約（包括舉證責任契約），則除非其非屬辯論主義與處分權主義適用範圍之訴訟標的，或其顯然係為拘束法院於證據調查後就證據評價之自由，否則應儘量承認其合法性。 2. 其次，應再進行審質審查，如誠信原則、公序良俗等。如屬於定型化契約條款之情形，應基於定型化契約類型進行有效性之審查。

3 姜世明，合意選任鑑定人與仲裁鑑定契約——評最高法院97年度台上字第1120號民事判決，月旦法學雜誌，169期，第278~279頁。

二、人的證據方法

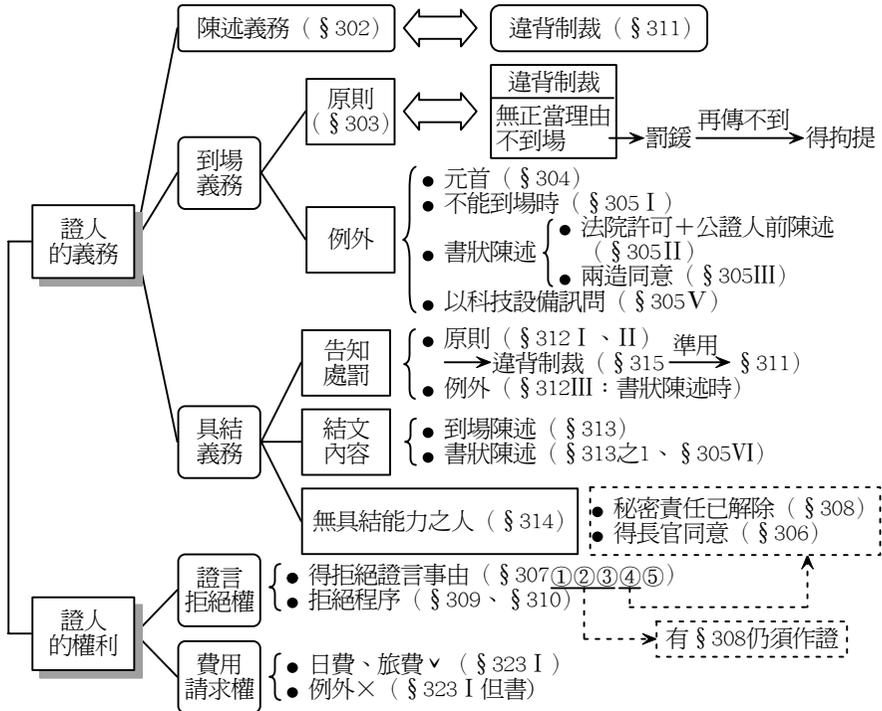
(一)以言詞作證為主

1. 人證：

「證人」，指的是當事人

以外，知悉應證事實或對於應證事實有親身經驗的第三人。「人證」，指的是以獲取證人的證言的調查證據的方法。人證的規定，主要有二個重點：

(1)證人的權利及義務：證人雖然有陳述義務、到場義務及具結的義務，雖然證人違背這三個義務，會受到制裁，但是證人也同時享有拒絕證言及費用請求的權利。



這裡要特別強調的是新法下，證人得以書狀陳述（§ 305 II、III），或以通訊設備進行直接訊問（§ 305 V）。在實務上，要求證人到場陳述，除了讓證人做證以外，很重要的一點是