

是否已交付)亦應由甲負擔舉證責任，否則，若認應由乙舉證，將致同一原因關係，因當事人不同之訴訟上主張，異其舉證責任分配，殊非合理。

(三)綜上，依照本文見解，應先由乙舉證票據簽發之原因關係為償還借款，待原因關係確定為償還借款後，再由甲就本案借款是否已交付負擔舉證責任。

◀ 考點7 私人違法取證

壹、作答上私人違法取證容許性之一般性答題模板參考：

筆者的話

以下模板只是給讀者有個寫作上的概念，但並非所有案例都要照著這樣的方式寫！須因應題目案例而有不同變化，下文也會藉由實務判決分析不同案例的寫作素材及調整方式。

一、按第222條，我國民事訴訟上之事實認定，採取自由心證主義，並未關於證據方法與證據能力之限制，而係委由法院依自由心證加以判斷，亦即，證據能力、證據價值均歸在自由心證之範疇下，進而，「私人違法取得之證據」有無證據能力？容有疑義，以下分析之⁵⁸。

58 對於私人違法取證得否作為民事裁判基礎有很多學說，讀者有興趣可參考姜世明老師的文章。可參考姜世明，違法取得證據之可利用性——棉被下的秘密，法學講座，第18期，2003年6月，頁61-62；姜世明，同註19，頁736-738。

(一)法秩序一體說：

不論是實體法或程序法，均屬整體法秩序之一部分，就法秩序之一致性而言，違反實體法之證據資料及所違法蒐集之證據方法，在訴訟法上皆應排除其利用。實體法上所非難或禁止之行為，在訴訟法上亦應為相同之評價，否則國家一方面對違反實體法之行為加以處罰或苛責，另一方面卻又允許在訴訟法上使用，將造成國家法體系之矛盾。惟此說忽略了實體法與程序法間各有不同之基本價值及所追求之目的，在理論上似乎過於簡化而有不周延之處⁵⁹。

(二)分離原則⁶⁰：

區分實體法違法性和程序法上利用之合法性二者應加以區別，而不必然作相同評價。法秩序分離說並不當然直接導致違法取得之證據可於訴訟上被利用，仍須評估法規範本身之體系關聯與若干價值取捨所可能存在之一致性。

(三)權衡理論⁶¹：

1. 內涵：應綜合考量誠信原則、憲法上基本權之保障、發現真實與促進訴訟之必要性等因素。於權衡時，所考量者包括是否顯著違反社會道德之手段、嚴重侵害社會法益或所違背之法規旨在保護重大法益或該違背行為之態樣違反公序良俗者，且應不僅限於兩造間之法益輕重，亦須考量判決所可能引起之後續效應。

59 此說見解之介紹可參考駱永家，違法收集證據之證據能力，月旦法學雜誌，第72期，頁15。

60 可參考姜世明，違法取得證據之可利用性——棉被下的秘密，同註58，頁62；駱永家，同註59，頁15。

61 權衡理論之介紹可參考駱永家，同註59，頁15；姜世明，民事證據能力及違法取得證據之可利用性（上），月旦法學雜誌，第215期，2013年4月，頁196-197；姜世明，同註19，頁742-747。

2. 權衡參數⁶²：

- (1)是否屬於憲法上所保護之基本權利（如隱私權）或刑法所保護之個人法益等等。
- (2)於侵害強度上須視題目給予之條件進行涵攝（如侵害時間為1天、1個月或半年？侵害地點為走廊、寢室或客廳？）。
- (3)亦得以若容許是否將引起後續效應（如輕易取得監視器或針孔攝影機裝設或請徵信業者全程監控他人，使大眾暴露於隱私侵害之恐懼之下）。

二、結論上建議採權衡理論，再進一步依題目進行個案判斷，如果是屬於違反憲法上權利（如隱私權），可以引用前大法官釋字或憲法法庭的判決（如前司法院大法官第603號解釋或第689號解釋）。

三、注意，若採取不能使用該證據之結論後，要進一步幫原告緩和舉證上的困難，例如間接證明、事案解明、降低證明度、證明妨礙等等，以增加論述的深度。

貳、實務對權衡理論之論述：

臺灣臺北地方法院110年度訴字第6622號民事判決

按民事訴訟法對於證據能力並未設有規定，關於涉及侵害隱私權所取得之證據是否具有證據能力，應綜合考量誠信原則、憲法上基本權之保障、發現真實與促進訴訟之必要性等因素，衡量當事人取得證據之目的與手段、所欲保護之法益與所侵害法益之輕重，如認符合比例原則，則所取得之證據具有證據能力（按：權衡理論之寫作參考）（最高法院109年度台上字第2607號判決意旨參照）。

62 權衡參數亦可參考姜世明，同註19，頁746。老師認為包括：「憲法基本權之保障、預防不正行為之鼓勵、原告主張之利益與被告被侵害之法益、蒐證地點、內容、方式及溝通主體對象等。」

臺灣新北地方法院109年度訴字第1537號民事判決

- (一) 私人不法取證並無普遍性，且對方得請求民事損害賠償或訴諸刑事追訴或其他法律救濟機制，無須藉助證據排除法則之方式將證據加以排除，即能達到嚇阻私人不法行為之效果，如將私人不法取得之證據一律排除，不僅使刑事被告逍遙法外，而私人尚須面臨民事、刑事之訟累，在結果上反而顯得失衡，亦難有抑制私人不法取證之效果（按：此段可作為採納權衡理論之理由）。
- (二) 惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告審判外之自白或證人之證述，因違背任意性原則，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應例外排除該證據之證據能力。
- (三) 又民事訴訟法對於證據能力並未設有規定，違法取得之證據是否有證據能力，自應權衡民事訴訟之目的及上述法理，從發現真實與促進訴訟之必要性、違法取得證據所侵害法益之輕重、及防止誘發違法收集證據之利益（即預防理論）等加以衡量，非可一概否認其證據能力（按：此段可作為採納權衡理論之理由）。

最高法院104年度台上字第1455民事判決

- (一) 按民事訴訟之目的旨在解決紛爭，維持私法秩序之和平及確認並實現當事人間實體上之權利義務，為達此目的，有賴發現真實，與促進訴訟。惟為發現真實所採行之手段，仍應受諸如誠信原則、正當程序、憲法權利保障及預防理論等法理制約。又民事訴訟之目的與刑事訴訟之目的不同，民事訴訟法並未如刑事訴訟法對證據能力設有規定，就違法收集之證據，在民事

訴訟法上究竟有無證據能力？尚乏明文規範，自應權衡（按：權衡理論之寫作參考）民事訴訟之目的及上述法理，從發現真實與促進訴訟之必要性、違法取得證據所侵害法益之輕重、及防止誘發違法收集證據之利益（即預防理論）等加以衡量，非可一概否認其證據能力。

(二) 苟欲否定其證據能力，自須以該違法收集之證據，係以限制他人精神或身體自由等侵害人格權之方法、顯著違反社會道德之手段、嚴重侵害社會法益或所違背之法規旨在保護重大法益或該違背行為之態樣違反公序良俗者，始足當之（按：抽象之權衡標準）。

參、具體案例解析：

一、侵害配偶權之損害賠償：

(一) 實務見解：

臺灣高等法院110年度上易字第476號民事判決

在破壞婚姻事件中，被害人家庭圓滿期待權、配偶身分法益及為實現其權利保護之證明權，與被指破壞婚姻者之隱私權恆有衝突。實體法上既承認夫妻於婚姻關係存續中有家庭圓滿期待權、配偶身分法益，然衡諸社會現實情況，妨害他人婚姻權益之不法行為，常以隱秘方式行之，並因隱私權受保護之故，被害人舉證極其困難。基此前提，不法行為人之隱私權與被害人之訴訟權發生衝突時，兩者間應為一定程度之調整，並應容許一定程度之不貞蒐證權（按：若考題為婚姻事件，可點出此一不貞蒐證權）。準此，以侵害隱私權之方式而取得之證據，應視證據之取得，是否符合比例原則以定，非得概予排除（按：權衡理論之論述，可供寫作參考）。上訴人提出系爭錄音（按：證據類型），係為證明其配偶權之身分法益受侵害，雖事前未經被上訴人同意，但其方式不涉及強暴、脅迫（按：權衡標準1），亦非持續性之長期監控（按：權衡