

# 《民事訴訟法與刑事訴訟法》

## 試題評析

- 第一題：本題旨在測驗同學對於法官闡明義務之認識。同學只要對於該規定之內容加以理解後，當可輕易回答。
- 第二題：本題涉及辯論主義第三命題與民事訴訟法第288條等相關問題，屬於基本類型之考題。同學只要掌握辯論主義之意涵，即可輕鬆得分。
- 第三題：本題考點相當清楚，爭點在於本法第163條調查證據範圍的認定與職權主義、當事人進行主義的關係。只要從最高法院91年第4次刑庭總會決議與立法意旨出發進行討論，再輔以學說上對本條之認定，即可輕易取分。
- 第四題：本題重點在於刑事訴訟法中不自證己罪的適用範圍是否包括非刑事程序，對此問題我國實務座談會與學說上皆有相當多的論述，只要皆引出應可輕易取分。

- 一、甲起訴主張：「乙醫師在為其進行某項美容手術時因施用藥物不當，造成其臉部皮膚受損，為此花費醫療費用新台幣60萬元。爰依不完全給付規定請求該醫療費用之損害賠償等語。」被告乙則答辯：「伊之手術無過失云云。」問：法院在此訴訟中，可否闡明甲尚得依侵權行為規定請求損害賠償？另法院可否闡明甲尚得請求精神損害賠償金額若干？(25分)

答：

### (一)法官闡明義務：

「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。(第一項)審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。(第二項)陪席法官告明審判長後，得向當事人發問或曉諭。(第三項)」、「依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。(第一項)被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。(第二項)」民事訴訟法第199條、第199條之1定有明文。

按適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判之結果。為防止法官未經闡明而逕行適用法律，致對當事人產生突襲性裁判，明定除令當事人就事實為適當之陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論。又為使當事人得以衡量其實體利益與程序利益，妥適進行訴訟，並擴大訴訟制度解決紛爭之功能，增訂依原告聲明及事實上陳述，於實體法上得主張數項法律關係，而原告究係主張何項法律關係有不明瞭，或得主張之法律關係未主張時，審判長應曉諭原告敘明或補充；被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長亦應適時行使闡明權之規定(民事訴訟法第199條、第199條之1修正要點參照)。由是俱見，新法為貫徹處分權主義之旨趣，同時防止突襲性裁判、兼顧保障當事人之實體利益與程序利益，遂擴大法官闡明權之範圍，並課予法官負有闡明之義務甚明；惟法官闡明以後，當事人是否選擇追加或變更其法律上或事實上主張，則由當事人衡量其實體利益與程序利益後，自行決定之。

### (二)依新法意旨，法官負有向當事人闡明是否主張侵權行為、以及精神損害賠償金之義務：

觀諸甲起訴所主張之原因事實，論及其因美容手術而乙醫師用藥不當而受有醫療費用之損害等語。由是可知，上開原因事實除涉及契約上不完全給付之請求權以外，法官當可認識該原因事實恐尚涉及侵權行為損害賠償請求權，以及甲因人格權受有損害而可能尚有關於慰撫金之請求權等。是以，原告甲之聲明上之陳述，既尚得主張侵權行為損害賠償請求權，以及慰撫金請求等數項法律關係，而其主張不完足者，法官自應依民事訴訟法第199條之1之規定，曉諭其敘明或補充之。

惟值得加以注意者，晚近有學者謂：新法擴大法官闡明義務之規定，恐將產生法官公正性之疑慮、以及增加法院案件審理之負擔等相關問題等云云，此等見解或有參考餘地，是新法修正之妥適與否，值得吾人觀察將來實務運作新法之情形而詳加檢討之。

## 【參考書目】

1. 邱聯恭，〈程序利益保護原則，程序利益保護論，民事程序法之理論與實務(四)〉，《台大法學叢書》150期，2005年4月初版，第12-16頁。
2. 姜世明，〈法官闡明制度發展之評估—評最高法院95年度台上字第986號民事判決〉，《民事程序法實例研習(一)》，元照，2009年5月初版一刷，第152-156頁。

二、在某借款返還請求事件中，原告甲聲請傳訊丙(甲之配偶)及鄰人丁作證原告曾於某年月日與被告乙在戊代書家中商談借款事宜，問：法官可否以丙係甲之配偶，必定偏袒，不值採信，乃逕行駁回甲之該證據調查聲請，而僅傳訊丁出庭作證？另在此事件中，法官可否依職權傳訊戊到庭作證之？(25分)

**答：**

(一)辯論主義之意義：

按辯論主義之內容，可分為三個命題：當事人所未主張之事實，法院不得逕為裁判之基礎(第一命題)；當事人所不爭執之事實(訴訟上自認)，法院須將之成為裁判之基礎(第二命題)；未經當事人之聲請，法院不得依職權調查證據(第三命題)。是以，一般財產事件之審理原則，應適用處分權主義與辯論主義。是以，法院審理此等案件時，自應遵守辯論主義之要求始可。

(二)法院不得逕駁回原告甲對證人丙所聲請之證據調查：

按「聲明證據，應表明應證事實。(第一項)聲明證據，於言詞辯論期日前，亦得為之。(第二項)」、「當事人聲明之證據，法院應為調查。但就其聲明之證據中認為不必要者，不在此限。」民事訴訟法第285條、第286條定有明文。由是可知，原則上當事人所聲請為證據調查之事項，除非聲明之證據已認為並無必要者，否則法院自應依當事人之聲請而加以調查。

查原告甲為證明被告乙曾與甲商談借款之事宜，遂聲請傳訊證人丙到庭作證。是以，除非法院認為乙無調查之必要，否則自應准許甲之聲請。至於證人丙之證詞是否可採，法官雖可透過自由心證評價其證據力，惟亦應先經調查後始能評價其證據力，而不得率爾拒絕甲之聲請。

(三)法官不可依職權傳訊戊到庭作證：

按「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。(第一項)依前項規定為調查時，應令當事人有陳述意見之機會。(第二項)」民事訴訟法第288條定有明文。該規定所謂「有必要」時，係指職權探知之事項而言。查本件既為一般之財產事件，自應適用辯論主義第三命題。是以，倘若證人戊未經兩造當事人聲請傳訊者，有鑑本件屬於財產事件，且被告乙是否曾與甲商談借款之事宜一事屬於實體法律關係之證明，依照辯論主義第三命題之意涵，非經當事人之聲請，法院自不宜任意依職權傳訊戊到庭作證甚明。

## 【參考書目】

1. 楊建華原著，鄭傑夫增訂，《民事訴訟法要論》，自版，2003年12月，第284-285頁。
2. 邱聯恭，〈處分權主義、辯論主義之新面貌與機能演變—著重於評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景，程序選擇權論，民事程序法之理論與實務(二)〉，《台大法學叢書》126期，2000年10月初版，第99-100頁。
3. 姜世明，《民事訴訟法基礎論》，元照，2006年11月初版一刷，第42-43頁。

三、我國現行刑事訴訟法已改採改良式當事人進行主義，試舉例說明法院於何種情形「應」依職權調查證據？(25分)

**答：**

(一)91年最高法院第4次刑庭總會決議之意見

1. 第163條條文結構與立法意旨

第163條規定的是法院調查證據之範圍，第一項為被告主動聲請之部分，第二項為法院主動調查之部分，該項後段為法院有調查義務之情形，故規定為「應」。立法目的在於尊重當事人主導權，但為了追求發現真實，仍賦予法院調查證據之義務。

## 2.91年第4次刑庭總會決議

此決議認為除了上面提及的三者外，本法第163條第二項前段所定法院為發見真實，「得」依職權調查之證據，原則上固不在「應」調查證據之範圍，惟如為發見真實之必要，經裁量認應予調查之證據，仍屬之。」將前段的「得」的類型在裁量後，認為有發見真實之必要者，會有裁量收縮到零的效果，這時候該證據也會落入「應」調查的範圍中。簡言之，在我國實務運作上，並不存在發見真實相關時，卻可以裁量不調查的類型。

## (二)學說見解

從上述實務見解與第163條第2項條文出發，我們來看一下學說上對於「應」調查證據可能之解釋。

## 1.職權主義觀點的解釋

學說上有論者認為第163條第2項與刑庭決議中，將是否應職權調查證據繫於是否與發見真實相關。此我國實際上仍採職權主義，因為任何的案件都與發見真實有關，且當有關時也不需要借用裁量收縮的概念來解釋，法院本來就應該職權進行調查，因此是否要調查最終都繫於法院的認定。

採此說者認為第163條的應調查情形，屬於擴張解釋第163條的立場，指的是法院判斷後認為與發見真實相關者皆為應調查者，判斷標準與第1項的調查三基準並無差異，只要該證據有關連性與調查必要性、可能性，即落入應調查的範圍中，不論是為被告利益或不利益皆屬此範圍。

## 2.當事人進行主義觀點的解釋

學說上有論者認為刑庭決議的解釋與第163條第2項規定其實導致解釋上出現問題的關鍵，不過在現行法依然存在的狀況下，為了維持當事人進行主義下兩造對抗的精神，並使法官居於中立第三人的地位盡量不介入證據調查之程序，應對於第163條採取限縮解釋的態度，且第163條應調查的解釋與第1項主動聲請的三基準不應相同。

學說上解釋的方法在於刑庭決議中說到的，第163條的現行精神是尊重當事人之主導，但仍不可偏廢刑訴發見真實之目的。因此解釋上應調查義務的發動，就繫於法院何時為了發見真實之必要而有發動職權調查的義務。學說上認為限縮解釋的結果，必須在當事人聲請調查程序完畢後依然情形不明時，且法院若發現有與發見真實相關者也應該先以闡明的方式使當事人決定是否要主張，簡言之應調查的義務是一個最後手段，不可一開始就發動，91年第4次刑庭決議亦同此見解，將應調查時點放在聲請調查之後。

因此第163條第2項的應調查，學說上認為必須是為被告利益而發動的良心裁判。也就是法官從調查卷證的過程中發現到有證據攸關當事人之利益而為被聲請調查，檢察官有調查的可能性卻不調查或不提出時，若該證據對被告有利，且若法院不為被告提出將有損武器平等原則時，法院應依職權有調查證據之義務，這也是學說上對於第163條發見真實必要之解釋。

## 【參考書目】

1. 路台大，總複習班講義第一回，爭點1，第13~26頁。
2. 路台大，《刑事訴訟法精要》，第1-1~1-15。

四、某甲涉嫌與其秘書乙女通姦，經其妻丙告訴後，檢察官旋提公訴，法院審理中甲矢口否認通姦之事，表示與乙女僅只同事關係而已，惟甲於與丙離婚民事訴訟中法官訊問時坦承與乙女熱戀中並已同居半年，問甲於民庭訊問時之坦承筆錄有無證據能力？請詳述理由。(25分)

**答：**

本題涉及的爭點在於不自證己罪原則的內涵，與其是否適用於刑事程序之先前程序，管見以為應無證據能力，理由如下：

## (一)實務見解

對於行政調查之報告義務，得主張緘默權，拒絕陳述。憲法第16條所規定之訴訟權，目的在使實體權利於受侵害時，有回復之可能性，或使應予實現之權利狀態獲得實現。此一程序基本權本身不只是一功能，且亦為一種主觀權利，故其受到侵害，亦應獲得救濟。因此訴訟權作為一基本權，不要求國家消極的不予侵害(防禦權)，更積極的要求國家建立一套保障權利之訴訟制度。從而，如一方面承認人民有要求國家消極的不予侵害之防禦權，卻又要求人民不得保持緘默，須配合稅務人員之詢問為必要之陳述，豈非相互矛盾，更難以貫徹訴訟權之保障。行政調查之方法固以達成獲得真實事實、資料、證據為其主要目的，但為避免意外突襲人民，侵害其權益。

自我國刑事訴訟法上有關刑事被告有拒絕陳述，或保持緘默之權利(刑事訴訟法第95條第2款、第156條第4項)，及證人就其職務或業務上有秘密義務之事項(刑事訴訟法第182條)，或一定範圍之親屬得拒絕證言等相關規定(刑事訴訟法第180條第1項、第181條)以觀，**考量法律秩序的統一性，並基於法治國家「不能要求人民履行不可能或不可期待之義務」**，法理上亦應許可當事人或其他第三人有自己歸罪或作證之拒絕供述權，如此，方符合「任何人皆無自證有罪義務」之法理。**對於逃漏稅嫌疑者之調查乃為實現稅捐公平確實課徵之行政目的，性質上固為行政程序，非刑事程序**，且於稅捐稽徵機關核定稅額過程中，須納稅義務人協力辦理者亦所在多有，惟依稅捐稽徵法第31條第1項前段規定：稅捐稽徵機關對逃漏所得稅及營業稅涉有犯罪嫌疑之案件，得敘明事由，聲請當地司法機關簽發搜索票後，會同當地警察或自治人員，進入藏置帳簿、文件或證物之處所，實施搜查。因此，如因受調查者保持緘默，致事實證據不明，稅捐稽徵機關仍得援依上開規定聲請搜索票，進入藏置帳簿、文件或證物之處所，實施搜查，或採取其他調查方式，究明確定其所欲規制之事實關係，並不會因受調查人保持緘默，致稅捐公平確實課徵之行政目的無從實現，且如不承認受調查人於此際得保持緘默，於操作結果上，亦不免會導致稅捐稽徵機關偏重於受調查人之陳述，而怠於蒐集其他必要之證據資料。**緘默權之保障不僅限於刑事程序，即在其他程序之調查對象，以一般而言就有受刑事責任追訴之虞之事項被要求供述時，應解為實質上具有等同於與刑事責任追訴資料之取得蒐集有直接關聯作用之程序，亦有緘默權適用**。本於正當法律程序之要求，稅務人員調查受調查人有無逃漏稅捐時，致受調查人有可能涉及刑事追訴時，稅務人員即應以符合刑事訴訟法上之程序進行證據之蒐集及調查，而不可率以行政調查為名進行刑事偵查之蒐集證據，以規避立法者所設計之監督機制。

上開實務見解中可知我國實務認為，不自證己罪也適用在非刑事程序中，因此國家不可用民事程序來行刑事程序之調查。

## (二)學說見解

學說上認為採分離觀察之形式說，會有架空被告不自證己罪原則保護的缺點。因此學說上認為不自證己罪效力的發生時點，應採合併觀察法說(實質說)，將前後兩階段的程序合併觀察，即使前階段程序中課予陳述義務具有合法性與正當性，惟若前階段的程序已經成為刑事整體取證程序的一環時，即應有不自證己罪原則的適用，也就是說不自證己罪適用的時點並非在刑事程序開始之後，應擴及在「前置程序實質上的取證行為時點」就開始適用，才能真正落實不自證己罪原則對被告之保護。

## (三)結論

無論採實務或學說見解，本題中不自證己罪保護都會包含先前的民事程序，故該次取證應屬無證據能力。

### 【參考書目】

1. 路台大，總複習班講義第2回。
2. 路台大，刑事訴訟法講義第三回，第六章，第9-15頁。
3. 臺灣高等法院暨所屬法院 96 年法律座談會刑事類提案第23號。