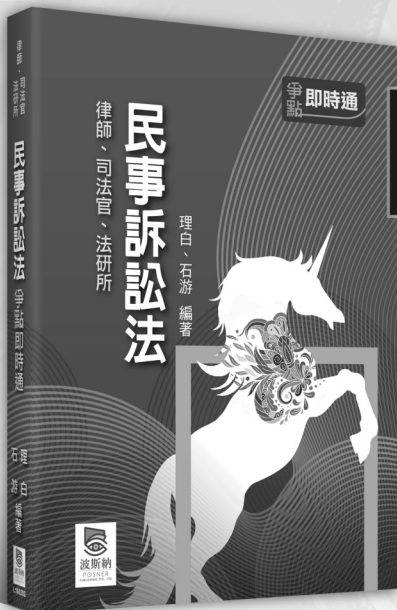




波斯納
POSNER
PUBLISHING CO., LTD.

民事訴訟法 爭點即時通

彙整學說爭點，一書到位！



定價 680 元

上榜生推薦

2022
熱銷再版

作者
理白
石游

★精選爭點

高效聚焦核心，速建考科架構

爭點1 何謂當事人恆定原則？訴訟承繼主義？

訴訟上，若發生實體法上的權利義務變動時，應如何處理？移轉人是否仍保有當事人適格？民訴§254條設有當事人恆定原則之規定在處理此問題，而與此相反者為訴訟承繼主義，然為我國所不採取，說明如下：

(一)當事人恆定原則¹²⁵（實務見解、多數學說）：

係指訴訟繫屬後，訴訟當事人將系爭物為讓與，或將系爭權利義務關係為移轉、承擔時，訴訟進行不受影響；即原進行訴訟之當事人適格不受影響，而受讓系爭物或權利義務繼受之第三人，即特定繼受人，其雖非形式當事人，然仍受判決之既判力所及。其優點在於可以維持實體法上之交易行為活絡，並使訴訟保持安定性；然其缺點則若進行訴訟者已非真正權利人或義務人時，其是否盡力就該訴訟進行攻防？則有疑問。

(二)訴訟承繼主義：

於日本法上，則不採當事人恆定主義，係採行與此相反之「訴訟承繼主義」；即訴訟標的法律關係有變動時，受移轉人須承繼訴訟，並使確定判決效力及之。其優點在於使訴訟標的法律關係之主體，得視力為進行訴訟；然其缺點在於將造成訴訟程序將因承繼訴訟而遲滯，無法順暢、迅速進行，將影響他標之權益。

(三)新當事人恆定原則¹²⁶：

本說則強調民法於2000年、2003年、2017年修訂法意旨，認為在基本的當事人恆定主義概念下，特別加強對受移轉人程序保障的充實，得自行選擇「是否」、以及用「何種方式」來參與訴訟。

★實務學說

掌握時事脈絡，精實答題思維

1. 實務見解：

我國實務見解針對不同類型的保全命令，分別採取不同的判斷標準：

	「保全聲明」與「訴之聲明」同一	「被保全權利」與「訴訟標的」同一
假處分 & 假扣押	1. 債權人起訴所提起之本案請求須為「給付訴訟」。 2. 如「訴之聲明」之內容小於「保全聲明，其不足之部分即不具「起訴同一性」。	1. 債權人起訴請求給付之原因事實，須與其於聲請假扣押時所表明之請求原因事實相同。 2. 債權人起訴所主張之請求及其原因事實，須與其於聲請假扣押時所表明之請求及其原因事實相同。
定暫時狀態 假處分	1. 「給付訴訟」、「確認訴訟」及「形成訴訟」均得構成定暫時狀態處分之「本案」。 2. 「訴之聲明」之內容得小於「保全聲明」。	「被保全權利」與「訴訟標的」所據「原因事實」相同。

2. 學說見解：

	「保全聲明」與「訴之聲明」同一	「被保全權利」與「訴訟標的」同一
假處分 & 假扣押	實務見解將債權人起訴所提起之本案請求限定為「給付訴訟」不妥適，「確認訴訟」並無不可。沈老師進一步認為，只要「假扣押（或假處分）請求在本案訴訟得併作為審判之對象而予以確定」即可。	呂：只要二者所欲解決之紛爭相同，即應認為具有「同一性」者。 楊：「被保全權利」與「訴訟標的」之「原因事實」及其「法律基礎」形式上均屬相同者。
定暫時狀態 假處分	如同多數實務見解，被認為「以其本案訴訟能確定爭執之法律關係為已足」。	「被保全權利」與「本案（權利）」所據「法律基礎」互有不同，考量定暫時狀態處分之緊急性，只要二者「請求之基礎事實同一」，即可滿足「起訴同一性」之要求。

★新興考題

追蹤考題動向，厚植實戰能力

Q 範題一

甲列乙為被告，請求法院判決命乙應將A屋所有權辦理移轉登記予甲，其主張之事實及理由認為：「甲出資向丙購買A屋一棟，登記於乙之名下，供其住居，並擬作為將來婚後住所。其後甲、乙交惡，已無結婚之意，甲曾多次向乙催告返還，乙均置之不理。甲得本於所有物返還請求權，隨時向乙請求返還，並聲請傳喚丙為證人；乙則抗辯：「A屋係依甲向丙購買，但已經贈與乙，並提出甲曾向乙說：『A屋送給你，作為我愛的小屋』之對話錄音作為證據；甲再抗辯：『該錄音係在甲不知情下偷錄；且該屋係借名登記於乙名下，並非贈與；還萬步言，縱為贈與，但係以結婚為條件，甲、乙既然沒結婚，乙當然要返還A屋給甲。』請問：

(二)受訴法院應如何進行證據調查？應否傳喚丙？乙之錄音能否作為證據？ 【111年司、律】

Point

法院應如何進行證據調查？首先應搭證據上之爭點整理，並分配當事人間之舉證責任，接著依民訴§286，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。依按當事人聲明之證據，除認為不必要者外，法院應為調查。依最高法院106年度台上字第2948號民事判決：「民事訴訟法第286條規定。所謂不必要者，係指當事人聲明之證據，與應證事實無關，或即令屬實，亦不足以影響法院心證裁判基礎而言。寫依當事人聲明之意旨，某證據方法與待證之事項有相關性者，不得預斷為難得結果，認無必要而不予調查，更不得未予調查而不說明理由。」本題中，甲雖然聲請傳喚丙為證人，所要證明的應證事實為何？甲並未表明，且乙對甲向丙購買A屋一事並未爭執，故法院無傳喚甲之必要。

乙之錄音能否作為證據，從題目可知，該錄音是在甲不知情之情況下所錄，故涉及到私人取證之可利性問題。依照目前實務及學說採取權衡理論的看法，首先應先考量係行為人違反何法律，而該被違反之法律，是否存在憲法所保障之基本價值？再者，該法律



波斯納書系
歡迎洽詢最新資訊

02-23756688

民事訴訟法的證明

理白、石游編著《民事訴訟法爭點即時通》波斯納出版

爭點3 證明與證明度

(一)證明客體：

1. 有舉證必要性：

當事人皆具體化陳述後，雙方主張之紛爭事實，若有所出入時，則產生所謂訴訟上的「待證事實」。就該待證事實而言，即有舉證之必要，必經過一定的舉證活動後，使法院依照自由心證判斷證明力。

2. 舉證必要性排除之事項：

(1) 事實於法院已顯著（民訴§ 278）：所謂已顯著，係指該事實對社會上一般人所周知，又稱「公眾周知之事實」；例如：921大地震、太陽從東邊升起西邊落下……等事實。

(2) 法院職務上已知：民訴§ 278：「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證。（I）前項事實，雖非當事人提出者，亦得斟酌之。但裁判前應令當事人就其事實有辯論之機會。（II）。」關於本條「職務上已知」的範圍，是否包含「本案證據資料」？學說上有重大之爭議：

① 完全否定說：姜世明老師、劉明生老師認為，係指該事實為法官基於先前職務所為、所知，且法官尚有明確記憶者為限，例如曾經承辦過與本案有相關的其他案件，然若需要再調卷查明該事實，則不能稱為職務上已知¹，同時，也不包含了本案的證據資料²，且本案證據資料係使法官調查證據以形成心證之事實，若認為本案證據資料無庸舉證，則有陷入循環論證、邏輯上錯亂的問題³。而非法院職務上所知悉者，稱為「法官私知」，基於法官中立性，故對於法官私知的偏見性難以檢驗，與程序保障、公證程序等要求有違，且法官並非證人，在民訴法採行辯論主義要求，對於法官私知可利用性原則上應禁止⁴。

② 限制肯定說：許士宦老師、沈冠伶老師則認為，若法院對該事實之存在已形

1 姜世明，民事訴訟法（下冊），同註5，頁12-13。劉明生，民事訴訟法實例研習，修訂四版，頁102-103。

2 姜世明，當事人程序或法官的程序？——對於修正辯論主義、協同主義論爭之若干提示，收錄於：民事程序法焦點論壇《第一卷》，頁43以下。劉明生，協同主義之歧異性及其在德、奧兩國發展趨向歧異原因之探討，收錄於：民事程序法焦點論壇《第一卷》，頁118、146以下。邱聯恭，同註11，頁144。

3 姜世明，數位證據與程序法理——比較法視野的觀察，2018年5月，頁187。

4 姜世明，法官私知的可利用性，民事程序法實例研習（一），2014年1月，二版，頁63-70。

成心證而達到確信，此項法院在證據調查過程所得知的事實，除非當事人表示不主張；否則依民訴 § 278 II，經當事人辯論後，法院得斟酌而採為裁判之基礎⁵。因該等事實經由訴訟指揮權、闡明權之行使，辯論主義所具防止突襲之機能已被吸收，其目的已達成，並無違反辯論主義⁶；且認為若法官過去職務、承辦他案所知悉之事實，始得成為本案裁判之基礎，而本案所獲悉之事實卻反而不能作為本案裁判基礎，違反常情、不符事理之平⁷。

因此，本說認為「若闡明使當事人辯論後，而不致發生突襲時」，法院可審酌本案的證據資料作為其職務上已知。

③全面肯定說⁸：陳瑋佑老師認為，按民訴 § 278 II 文義來看，並不限於「他案」執行職務所知悉之事實，而可涵蓋本案之事證資料，且不因法律效果為「無庸舉證」而有不同，因若法院經過闡明、證據調查而已形成確信之心證，雖非「自始無庸舉證」，但仍可謂屬當事人「嗣後」無庸舉證⁹（即：不再成為待證事實）。

再參民訴 § 288 規定，明文賦予法院依職權調查當事人所未提出之證據權限，為了確保法律解釋之體系一貫性，應擴張解釋民訴 § 278 II 的適用範圍，承認法院得依職權審酌於本案審理過程中知悉而未經當事人主張之事實，此種事實稱為「廣義職務上已知事實」。

而另一方面為尊重雙方依民訴 § 279、民訴 § 270-1 肯認的當事人事證處分自由，如兩造共同表意不主張「廣義職務上已知事實」，則不成為法院裁判之基礎資料；為避免發生突襲性裁判，如法院欲審酌「廣義職務上已知事實」為裁判依據，須善盡民訴 § 199、民訴 § 297 闡明義務，在此意義上，民訴 § 278 II 但書具有「注意規定」性質。

(3) 自認與擬制自認（民訴 § 279、§ 280）：

①自認：民訴 § 279 I：「當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。」而同條第三項規定，若欲撤銷自認，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始得為之。

②擬制自認：

A. 民訴 § 280 I（原始型擬制自認）：「當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認。但因他項陳述可認為爭執者，不在此限。」

須注意者為，若當事人表示「不爭執」、「沒意見」，應評價為自認還

5 沈冠伶，摸索證明與事證蒐集開示之協力，月旦法學雜誌，第125期，2005年10月，頁84。

6 筆者在此補充，這是因為邱派學者認為辯論主義是防止突襲裁判之「手段」，其本身非自我目的。

7 許士宦，同註2，頁220-221。

8 陳瑋佑，法院職務上已知之事實與辯論主義之第一命題——評最高法院107年度台上字第54號民事判決，台灣法學雜誌，第349期，2018年8月，頁1-19。

9 不過筆者自己對此說法有些意見，因法院已形成確信，並不代表「無庸舉證」，例如法院對本證所支持的待證事實形成確信，則此時非負舉證責任之一造有積極提出「反證」，以動搖法院心證的積極義務，以獲得法院對其有利之認定。

是擬制自認？則有爭議：實務見解認為應評價為「自認」；而姜世明老師則認為，除非法院有闡明使其積極肯認外，否則原則上應評價為「擬制自認」，兩者的差別在於，若發生自認效果後，原則上不能再追復爭執（民訴§196），且撤銷自認難度較高，但若是擬制自認，因本無自認行為，故亦不生撤銷自認的問題，則當事人仍得在言詞辯論終結前，適當時期為爭執之陳述，且於二審時仍得為之¹⁰。

- B.另有爭議者為，按民訴§270-1所為的爭點整理協議，依照同條第3項規定，協議內容有「經兩造同意」、「因不可歸責於當事人之事由」、「依其他情形顯失公平」者，得不受該協議拘束；然而，爭點整理協議均有不爭執的效力，故此等協議之效力應適用民訴§270-1Ⅲ、還是§279自認的效果？姜世明老師認為，比起§270-1Ⅲ的效果來看，民訴§279自認的效果更為強烈，因此原則上該不爭執協議、爭點簡化協議應適用民訴§270-1Ⅲ，然而在法院有闡明確認當事人真意後，該爭點簡化協議才會轉化為民訴§279的自認內容¹¹。
- C.民訴§280Ⅱ（證據評價型擬制自認）：「當事人對於他造主張之事實，為不知或不記憶之陳述者，應否視同自認，由法院審酌情形斷定之。」即原告主張若符合一貫性、並具體化主張時，被告即有具體化答辯義務，而不得僅稱「不知、不記憶」，否則會依本項發生擬制自認的效力。
- D.民訴§280Ⅲ（準用型擬制自認）：「當事人對於他造主張之事實，已於相當時期受合法之通知，而於言詞辯論期日不到場，亦未提出準備書狀爭執者，準用第一項之規定。但不到場之當事人係依公示送達通知者，不在此限。」

（二）證明度：

1. 證明度標準¹²的爭議：

所謂證明度，係指法院認定事實所需最低下限之心證度。法院於言詞辯論後，會審酌全部訴訟上之事證資料，對於待證事實是否為真固可形成一定之心證，但該事實主張能否被認為真實，則仍須以法官之心證度是否已符合證明度之要求為其標準。而關於證明度之標準，學說上看法不一：

- (1) 優越蓋然性說：此說多為英、美法系國家所採取，採取此說論者認為，優越蓋然性標準可以降低整體錯誤判決的成本、可以「公平地」將錯誤判決所產生的不

¹⁰ 姜世明，自認與爭點整理程序中不爭執協議——評最高法院104年度台上字第207號民事判決，裁判時報，第61期，2017年7月，頁34-36。

¹¹ 姜世明，同註21，頁36-38。

¹² 與證明相對者為釋明，所謂釋明是指：「使法院得薄弱、大概如此之心證程度。」與證明：「使法院達於確信之程度」並不相同，且依照民訴§284規定，釋明採取自由證明。

利益分由兩造負擔、且該證明度基準最有助於真實之發現，採取此說的蓋然性約在50%~60%¹³。

(2) 非常高度之蓋然性說(90%以上的蓋然性)：本說為姜世明老師所採，並反對優越蓋然性說，綜合整理理由，分別如下¹⁴：

- ① 實體法有其預設價值，以構成要件事實存在及真實為基礎，而非以具有優越蓋然性為基礎。
- ② 民訴法中有釋明的規定，若採優越蓋然性說，則無法說明釋明的證明度為多少。
- ③ 民事訴訟被無端濫訴者，若因優越蓋然性敗訴，其法感所受的傷害，與刑事訴訟被判有罪一般，破壞人民的司法信賴。
- ④ 若採優越蓋然性說，容易造成原告未蒐集完全證據，而方便濫訴。
- ⑤ 採取優越蓋然性說論者認為，採非常高度的蓋然性說將導致主張權利者容易敗訴，但此見解忽略了在一定要件下，還是有舉證責任減輕制度得運用。
- ⑥ 優越蓋然性並不符合法院判定事實真為為證明對象的法理，即因僅有50%以上不足以判定事實為真。
- ⑦ 法院認定事實活動，並非數學計算比較，採取優越蓋然性說難以說明49%與51%之差異何在？因此，應回歸「確認真實」的本質，應追求接近真實，但容許些微「可接受誤差」值，故應採非常高度的蓋然性，較為接近。
- ⑧ 優越蓋然性說並無預見解可能，欠缺法律安定性，容易成為法官恣意裁判之溫床。

2. 實務上的標準：

事實上目前多數談論到證明度的判決並沒有明確的指出，我國實務對於證明度究竟是採取何種標準，雖然從部分判決，如最高法院108年度台上字第1437號民事判決的內容來看¹⁵，似乎採取優越蓋然性。不過是否實務上普遍是採取優越蓋然性則仍有疑問。



證明度在理解上一直有個問題，所謂90%以上的蓋然性以及50%的優越蓋然性具體來說到底要怎麼操作，其實有點難想像，因為怎麼要的程度是90%怎麼樣的程度是50%其實都只是存

¹³ 黃國昌，同註2，頁158-159。

¹⁴ 姜世明，三論證明度，月旦法學雜誌，第191期，2011年4月，頁187-188。

¹⁵ 按刑事訴訟因將剝奪被告之身體自由、財產甚或生命，乃採取嚴格之舉證標準及證據法則，其認定事實所憑之證據，無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，即應為無罪之判決。而民事訴訟係在解決私權糾紛，就證據之證明力係採相當與可能性為判斷標準，亦即負舉證責任之人，就其利己事實之主張，已為相當之證明，具有可能性之優勢，即非不可採信。

在法官的心中。不過就考試的層面上，證明度的標準多少，並不是很重要，重要的是證明度降低作為舉證責任減輕手段的這個爭點，實務上會談論到證明度的判決，絕大部分也都是在論述證明度降低時提到證明度。但也會有人問，所謂的證明度降低不就是將原則證明度給降低嗎？那原則證明度不是要先界定嗎？但其實，那些討論到證明度降低的判決，也都不會談到這麼細，我們在作答上，也盡量迴避這些問題。

(三)證明程度之減輕：

1. 證明度降低：

所謂證明度降低即是降低證明度之標準，使得某待證事實更容易被認定為真。最高法院109年度台上字第2747號民事判決：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第277條定有明文。法院於具體個案，衡酌訴訟類型特性與待證事實之性質、當事人間能力、財力之不平等，證據偏向及蒐證之困難等因素，依誠信原則，定減輕被害人舉證責任之證明度或倒置舉證責任，以臻平允。」

從上述的判決可知，證明度降低的依據是民訴§277但書。而更細緻的內容可進一步參考同判決：「又醫療行為具有相當專業性，醫病雙方在專業知識及證據掌握上不對等，法院衡量病患請求醫療專業機構或人士損害賠償之訴訟，由病患舉證有顯失公平情形，而減輕病患之舉證責任時，病患仍應就其主張醫療行為有過失存在，先證明至使法院之心證度達到降低後之證明度，獲得該待證事實為真實之確信，始得認其盡到舉證責任。」

2. 事實上的推定：

即法官基於論理法則、經驗法則之蓋然性，從證據或間接事實，推認主要事實。按民訴§282：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。」

而在表見證明的情形，係指典型事項經過，在經驗上初步表見可認為某特定原因將造成某特定結果。換言之，即係將上開條文中的「已明瞭之事實」定性為「存在具85%以上的蓋然性之經驗法則」的情形下，以間接事實推認主要事實¹⁶。例如：某貨車司機將車子開上人行道而傷害行人，從一般生活經驗而言，若無其他特殊原因，通常可推斷貨車司機有故意過失之事實。

3. 法律上的推定：

(1) 法律上之事實推定：即某法規所定某法律效果要件事實A，在另一法規定為B事實（前提事實）存在時，則推定A事實（推定事實）存在。

換言之，受推定之事實即產生舉證責任轉換之效果，而欲推翻此項推定，則須提出「本證」而非反證，以對反對事實予以證明，故民訴§281之條文用語在證據法上並不精確¹⁷。例如：民法§944Ⅱ：「經證明前後兩時為占有

版權所有，重製必究！

¹⁶ 姜世明，民事訴訟法（下冊），同註5，頁38。

¹⁷ 姜世明，民事訴訟法（下冊），同註5，頁39。

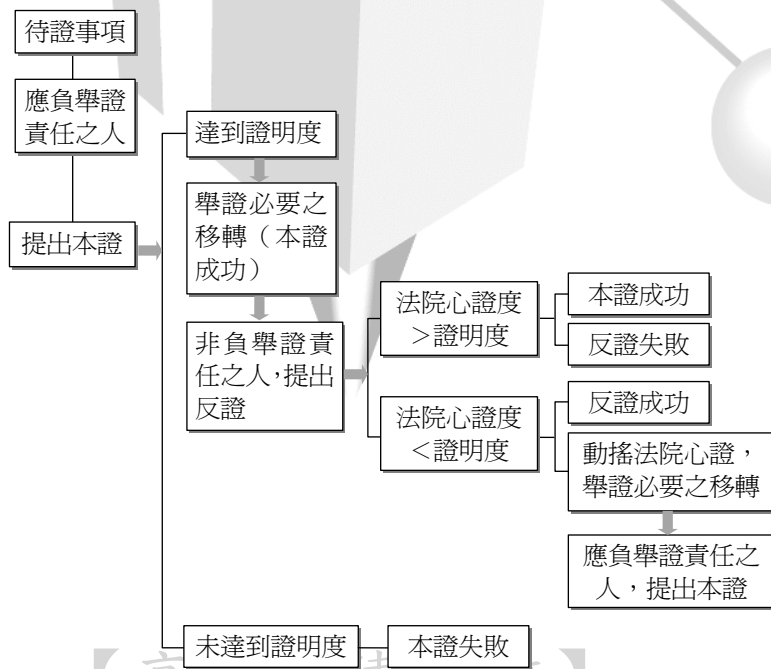
者，推定前後兩時之間，繼續占有。」前後占有為A事實，前後之間繼續占有則為B事實，若欲推翻B繼續占有之事實，則因已受法律推定，故須提出本證予以證明。

- (2) 法律上之權利推定：係指前提事實之存在獲得證明，並不推認其他事實，而依法律規定直接推認某權利或法律關係存否，而欲推翻，則有三種途徑：①對前提事實出反證，使前提事實、陷於真偽不明、②應證明反對規定的要件事實、③證明與被推定之權利狀態互不相容的權利狀態。例如：民法 § 943 I：「占有人於占有物上行使之權利，推定其適法有此權利。」¹⁸故占有人若證明其於占有物上行使權利，則被推定為適法，故若欲推翻其適法性，可以從前提事實推翻而認為占有人並無於占有物上行使權利、或主張占有人並非適法而為無權侵奪之法律狀態等。

(四) 主張與舉證責任活動論：

在舉證活動上，法院對某待證事實之心證度達到證明度時，即為本證成功，此時，「舉證必要性移轉」於非負舉證責任一造當事人，須積極提出反證以打擊法院對於本證所形成的確信；而若反證提出後，使法院心證度低於證明度時，則應負舉證責任一造當事人，須再積極提出本證，以使本證成功¹⁹。

以下參考姜世明老師之教科書²⁰提供讀者參考：



¹⁸ 姜世明，民事訴訟法（下冊），同註5，頁40。

¹⁹ 姜世明，民事訴訟法（下冊），同註5，頁81。

²⁰ 姜世明，民事訴訟法（下冊），同註5，頁8。

(五)證據評價論：

1. 自由心證主義：

- (1) 民訴 § 222 I：「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。但別有規定者，不在此限。」
- (2) 全辯論意旨：係指除了依調查證據所獲得的結果外，法庭上之當事人、證人、鑑定人等活動部分。即當事人在訴訟上所陳述內容、表情、語態、對法院之發問或曉諭不為陳述、答覆等等，及當事人不遵守法院所發之到場命令（民訴 § 203 I）、不提出證據、毀壞證物等情形，均包含在內。
- (3) 窮盡原則²¹：即法院對於審理中所出現的所有客體均應審酌，在審理時出現的事實與證據方法，法官不能依其喜好自行篩選、挑除、不可因證據方法存在評價困難即先加以排除，且對於判決有影響之事實與證據調查結果，均應於判決理由中記載，包含證據評價之過程、對於事實與證據之取捨、證據評價之理由。

2. 自由心證的限制：

- (1) 證據契約：即當事人間以「合意」就特定訴訟約定其事實證明之證據方法，稱為「證據契約」。而對於證據契約之重要爭議，在於分辨「仲裁鑑定契約」與「合意選定鑑定人契約」之不同：
 - ① 仲裁鑑定契約：即係當事人約定就「某事實之確定」，委由法院外的第三人確定之契約，且對於第三人所鑑定之結果直接作為裁判的基礎，即兩造皆不爭執鑑定後之結果，且同時有拘束受訴法院之效力²²。
 - ② 合意選定鑑定人契約：即雙方當事人以契約「合意」來「選任或指定鑑定人」，法院除有特殊情形外，原則上應尊重當事人的選擇。然而，與仲裁鑑定契約不同在於，此項合意係關於「選任鑑定人」而已，對於鑑定人所為之鑑定結果，當事人未必接受該結果²³，故與上開仲裁鑑定契約拘束兩造之效果不同。
- (2) 論理法則及經驗法則（民訴 § 222 III）：法院判決須符合論理法則、經驗法則。如有違反，則得具體指摘成為上訴第三審之事由²⁴。

²¹ 姜世明，民事訴訟法（下冊），同註5，頁42-43。

²² 最高法院97年度台上字第256號判決：「當事人約定委由法院以外之第三人就法律關係存否之事實或構成要件要素作成判斷，並願受該判斷結果所拘束之仲裁鑑定契約，其性質具有訴訟契約中證據契約之性質，本於辯論主義之事實處分自由及自主選擇定紛爭解決程序之綜合評量，在辯論主義之範圍內，固得承認其效力。」

²³ 姜世明，合意選任鑑定人與仲裁鑑定契約——評最高法院九十七年台上字第一一〇號民事判決，月旦法學雜誌，第169期，2009年6月，頁279-280。

²⁴ 最高法院83年台上字第2118號原判例：「解釋契約固屬事實審法院之職權，惟其解釋如違背法令或有悖於論理法則或經驗法則，自非不得以其解釋為不當，援為上訴第三審之理由。」

範題精選

Q 範題一

何謂證明度降低？何謂優勢證據？我有少部分最高法院民事判決指出：「我國刑事訴訟之證明度係採超越合理懷疑，而民事訴訟則採優越蓋然性。」但有不少實務則大採證明度降低理論以行舉證責任減輕。問：其採優勢證據之證明度見解正確？有無理上之缺失？其證明度降低之大利用，二者間在論理法體系上是否呈現衝突？試舉例說明之。
(25分) 【111政大】

Point

本題應該為姜老師所出題，姜老師對證明度的標準是採取非常高度之蓋然性說，主要的理由如前面所述，在這邊就不再多說。而在這題另一個重點也就是第二題，最高法院判決對於民事訴訟採取優越蓋然性的見解會不會與採取降低證明度作為舉證責任減輕手段間發生衝突？這個部分最大的問題是，如果將原則證明度設在優越蓋然性的程度，也就是50%左右的蓋然性，那再降低證明度的話，不就代表剩下20~30%的程度即可以證明待證事實為真，姜老師即認為如此低蓋然性在一般事實認定要如何支撐一個正確判決？而且若僅剩20~30%的程度那就代表只要跟釋明差不多的程度就能去證明待證事實為真，可見採取優越蓋然性與降低證明度兩者間法體系上是衝突的。

Q 範題二

法官於審理某車禍侵權行為請求損害償民事事件時，發現其於車當時剛好開車經過，目睹車禍情形，知悉被告B確實有闖紅燈之事實，但原告A並未主張該事實（事實一），甲法官為釐清車禍現場狀況，乃於審理程序中某日下班後，自行前往車禍現場勘查現場情形（事實二），並打算將其觀察結果寫入判決中。又依據原告A於起訴狀載明並附於卷內之侵權行為發生時間，甲法官發現原告A起訴時已經罹於侵權行為之消滅時效，但被告B並未提出時效抗辯（事實三），試附理由回答：甲法官能否以上開事實一至事實三，為其職務上所已知之事實，毋庸舉證，而在判決時依職權加以審酌？
【107北大】

Point

【高點法律專班】

(一) 事實一，法院不得依職權審酌：

事實一，法官涉及到其本質為目擊證人的性質，有鑒於辯論主義及法官中立性的基礎上，應參酌民訴§32⑥之「法理」，認為法官於收案時，即須考慮是否應對該案件

迴避，若未迴避而於訴訟審理中，對於被告有闖紅燈之之相關事實，原則上亦不應加以審酌，以維法官中立之要求²⁵。

(二) 事實二，法院不得依職權審酌：

法官因案件之需要而私下至現場查看，對此種微服出巡情形，容易抵觸中立法官的要求。較妥適之作法則應以法定證據方法——勘驗方式為之，故若法官私下勘查，該勘查結果不應於判決中加以審酌。惟若法官私下查看之內容，涉及地形地貌等可該當公眾周知事實者，若其法庭上對此事實給予兩造當事人陳述、辯論之機會，則可寬認其可利用性。綜上所述，本題中因未明言是否該當公眾周知事實，故原則上法官現場探勘之內容亦不得作為證據，以避免鼓勵法官未依證據方法而逕行私自調查證據。

(三) 事實三，法院不得依職權審酌：

題係法官於卷內中已發現原告A之請求已罹於時效的事實，然是否可依職權審酌？則牽涉到本案證據資料是否為民訴§278 I之「職務上已知」之爭議，就此，以北大的考題來說，可以我國民訴法係採修正辯論主義、而非協同主義的方向來作答，故原則上應辯論主義第一命題之要求，當事人有事實提出之義務，而本案中證據資料若未經當事人提出並主張，法院不得依民訴§278職權加以審酌。故本題中若未經B主張消滅時效抗辯權，雖係本案卷證資料所獲悉之事實，然因在辯論主義之要求下、及法官中立原則，民訴§278的職務上已知並不包含本案證據資料，故法院原則上不得依職權加以審酌之。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

25 姜世明，法官私知之可利用性，民事程序法實例研習(一)，2014年，二版，頁69。