

《民事訴訟法與刑事訴訟法》

- 一、甲列乙為被告，於民國105年8月1日起訴請求法院判令乙應賠償甲新臺幣（以下同）200萬元。其理由略為：甲之父親丙於102年3月1日行經喜樂路口，被乙撞傷致死，為此，向乙請求喪葬費50萬元，慰撫金150萬元，合計200萬元。乙則否認其有過失，請求法院駁回原告之訴。請敘明理由回答下述問題：受訴法院得否依職權以「甲之請求已罹於時效」及「丙闖紅燈而與有過失」為理由，判決乙勝訴並駁回原告之訴？（25分）

試題評析	本題涉及民事訴訟法之基本原則，與提出攻擊防禦方法相關之辯論主義及新法下擴大法官闡明權（闡明義務）等考點。本題之考點較為單純且相對明確，屬於傳統爭點之申論題型。考生僅需就題目之設問，先說明辯論主義之意義，並分別針對此二爭點列出實務、學說等不同見解，集中火力加以詳細說理，並擇其中一說作結，應可獲得不錯分數！
考點命中	1.《民事訴訟法（上）》，高點文化出版，許律師編著。 2.《民事訴訟法 I 重點整理》，高點文化出版，喬律師編著。

答：

本題涉及法官可否於當事人未提出時效抗辯及與有過失抗辯之情形下職權審酌該等攻防方法等爭點，茲分述如下：

（一）辯論主義之意義及內容：

按民事訴訟法（下稱本法）之審理程序，原則上採以當事人意思為原則，並以當事人為主導地位之當事人主義。其中，與事實、證據之提出、採認相關之原則，即為所謂「辯論主義」。傳統辯論主義之內涵可分為三個命題：

- 1.第一命題：非經任何一造當事人主張之主要事實，法院不得採為判決基礎。
- 2.第二命題：當事人間無爭執之事實（自認、擬制自認），法院即應採為判決之基礎，亦即法院應受當事人自認所拘束。
- 3.第三命題：為認定系爭事實所需之證據資料，原則上應由當事人聲明之證據方法得之，法院不得職權調查。
- 4.小結：傳統辯論主義雖可使當事人自主決定何為事實、證據是否或應否提出，惟可能因當事人不諳法律、缺乏訴訟經驗以提供訴訟所需之事實或證據，而易遭致發現真實之突襲性裁判甚而敗訴。是以，學說有認透過訴訟周邊制度（如擴大法官闡明權等）或直接調整辯論主義之三命題內涵，強調法院應與當事人一起協同尋求「法」之所在，於不產生突襲之前提下，允許法院得以職權蒐集事實及證據，故宜將辯論主義稱為「協同主義」。

（二）原則上，法院不得依職權審酌「甲之請求已罹於時效」之事實，而逕駁回原告之訴：

查本題中，甲對乙之侵權行為損害賠償請求權應已罹於短期消滅時效，惟因我國就時效消滅採「抗辯權發生主義」而非「請求權消滅主義」，故仍須債務人乙提出時效抗辯，方可使債權人甲之請求無理由。職此，我國通說實務向來亦認為時效抗辯屬於當事人責問事項，法院原則上不得職權審酌，此即屬於攻防方法提出之辯論主義之層次。惟與前述補足辯論主義缺失之擴大法官闡明權（闡明義務）之規定作連結，雖當事人未提出時效抗辯原則上法院不得職權審酌，但針對法院就時效抗辯有無闡明義務此一問題，向來實務見解認必須當事人已提出若干訴訟資料，雖該資料有欠缺或當事人未明示，尚可從其聲明或陳述中尋得闡明之端倪者，法院仍可為資料補充之闡明；倘若法院無中生有而曉諭當事人為時效抗辯，則非法之所許。（可參院字第2707號）惟於新法擴大法官闡明權（闡明義務）之規定下，有學說認既本法第199條之1已將請求權是否行使包含於闡明義務之範圍內，則於被告有拒絕給付抗辯權可茲行使而其意思不明或不知行使時，審判長或受命法官亦應曉諭被告（即本題乙）得敘明或補充之，其依據為本法第199條之1第1項、第2項。

（三）依實務見解，法院得依職權審酌「丙闖紅燈而與有過失」之事實，以之為裁判基礎酌減乙之賠償金或駁回原告之訴：

因通說認間接被害人（甲）必須承擔直接被害人（丙）之過失而仍有民法第217條與有過失規定之適用，故

同前述（二）之問題，於被告乙未主動提出與有過失抗辯此一防禦方法時，法院於辯論主義下可否職權審酌之。有如下不同見解：

- 1.學說見解：原則上，與有過失之事實提出及證據蒐集，仍應回歸辯論主義之原則。惟同上（二）所述，倘若法院從被害人陳述能認識被害人之與有過失事實，法院自應加以闡明，使當事人有機會表示是否加以主張，倘若當事人加以主張，自得以之為裁判基礎。惟不論如何，若當事人未主張與有過失抗辯，法院仍不得職權審酌之。
- 2.實務見解：惟按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之，民法第217條第1項定有明文。此項規定之目的在謀求加害人與被害人間之公平，倘受害人於事故之發生亦有過失時，由加害人負全部賠償責任，未免失諸過酷，是以賦與法院得不待當事人之主張，減輕其賠償金額或免除之職權。換言之，基於過失相抵之責任減輕或免除，非僅為抗辯之一種，亦可使請求權全部或一部為之消滅，故裁判上得以職權斟酌之。（參最高法院85年台上字1756號判例）由上可知，實務見解認為與有過失之事實，縱當事人未主張，法院仍得職權審酌之。
- 3.小結：吾意以為，以上二說雖各有所據，惟基於保障當事人之公平及實體法上權益，採實務見解之結論較佳，吾亦從之。準此，法院得依職權審酌「丙闖紅燈而與有過失」此一事實，以之為裁判基礎酌減乙之賠償金或駁回原告之訴。

（四）結論：綜上，法院不得依職權審酌「甲之請求已罹於時效」之事實，而逕駁回原告之訴；但得依職權審酌「丙闖紅燈而與有過失」之事實，以之為裁判基礎酌減乙之賠償金或駁回原告之訴。

二、甲1……甲100等人居住於乙公司附近，經常聞到來源不明之臭氣，感覺噁心、頭痛、甚至失眠，懷疑係乙公司所排放。甲1等100人組成「杜絕臭氣自救會」，並以甲1作為代表人，其常率眾人至乙公司前抗議，經多次抗議無效果後，決定以「杜絕臭氣自救會」之名義作為原告起訴，請求乙應賠償甲1等100人總額共1000萬元。問：此訴訟之當事人適格及訴之聲明是否合於民事訴訟法之規定？除「杜絕臭氣自救會」外，甲1等100人有無其他起訴之方式，得以何人為原告起訴及應如何為聲明？（25分）

試題評析	本題在考驗考生對於當事人能力、當事人適格是否能清楚判斷，並對於訴訟擔當之不同類型及應於何時使用何種方式是否清楚了解。尤其是第44條之1~44條之3有關於現代型紛爭條文之理解與認識，常為考生所忽略，請同學務必多加注意。算是對於此部分範圍之綜合性考題，相當具有指標性。此外，本題亦考到訴之聲明之寫法，請同學亦須留心。
考點命中	1.《民事訴訟法 I 重點整理》，高點文化出版，喬律師編著。 2.《破解民事訴訟法》，高點文化出版，甯律師編著。

答：

本題涉及當事人適格、公益法人不作為訴訟及選定當事人等相關爭點，茲分述如下：

（一）甲1等人以「杜絕臭氣自救會」之名義作為原告並請求損害賠償，不符合民事訴訟法（下稱本法）之規定：

1.當事人適格之意義及認定標準：

按所謂當事人適格，係指當事人就具體特定之權利義務關係為訴訟標的進行訴訟，得以自己名義為原告或被告，請求法院為本案判決之資格。其判斷標準原則上係以訴訟標的之實體法上權利義務歸屬主體具當事人適格，惟例外於由非實體法上權利義務主體（形式當事人）擔當該權利義務主體（實質當事人）進行訴訟而享有訴訟實施權時，即所謂形式當事人與實質當事人分離之「訴訟擔當」之情形下，構成當事人適格認定之例外。訴訟擔當又可因產生之原因不同而區分為「法定訴訟擔當」與「意定訴訟擔當」，前者係因法律之規定而產生，後者則係本於實體法上權利義務歸屬主體之意思而成立。

2.甲1等人所組成之杜絕臭氣自救會並非公益社團法人，不得提起本法第44條之3之不作為訴訟：

依本法第44條之3第1項規定，以公益為目的之社團法人或財團法人，經其目的事業主管機關許可，於章程所定目的範圍內，得對侵害多數人利益之行為人，提起不作為之訴。查本題甲1等人欲以自行成立之杜絕臭氣自救會名義為原告對乙公司提訴，核其性質應屬於前開法條之公益法人不作為訴訟。該條乃本法92年修正時，為因應現代型紛爭事故所新增之條文，性質上屬於法定訴訟擔當，適用上需符合以下要件：

- (1) 限於公益法人始得提起。
- (2) 須經目的事業主管機關之許可。
- (3) 須合於章程所定目的範圍。
- (4) 侵害行為須侵害多數人利益。

依題示，本題甲1等人所成立之自救會既未經登記，自非法人，更遑論屬於公益社團法人；且其章程亦未有自救會可為全體成員提起不作為訴訟之規定，由此可知，系爭自救會不符合本條公益法人不作為訴訟之要件，其當事人不適格，不符合本法之規定；此外，甲1等人之訴之聲明乃請求乙公司給付總額1000萬元之損害賠償，但本條僅能請求行為人不作為（妨害制止），是以，姑不論甲1自始不得以自救會之名義提訴，其請求總額賠償之訴之聲明亦不符合本法規定。

3.小結：綜上，甲1等人以「杜絕臭氣自救會」之名義作為原告並請求損害賠償之訴之聲明，皆不符合民事訴訟法之規定。

(二)甲1等人得透過本法第41條選定當事人之方式，選定一人或數人為原告為全體起訴；其訴之聲明為：請求乙不得再排放廢氣並應給付甲1~甲100總額1000萬元之損害賠償：

1.系爭自救會亦非「非法人團體」，不具當事人能力：

有權利能力者，有當事人能力；非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力，本法第40條第1、3項分別定有明文。按實體法上有權利能力者，於訴訟法上具有當事人能力；非法人團體於實體法上並無權利能力，於符合一定要件下，承認其有成為一般訴訟當事人資格之當事人能力。通說認非法人團體之要件包括：多數人組成之團體、屬獨立之經濟交易主體、處於隨時可選定代表人之狀態。查系爭自救會似不符合前開非法人團體之要件，故不具當事人能力，先予敘明。

2.甲1等人得透過本法第41條選定當事人之方式，選定一人或數人為原告為全體起訴；其訴之聲明寫法為：請求乙不得再排放廢氣，並應給付甲1~甲100總額1000萬元之損害賠償：

多數有共同利益之人，不合於前條第三項所定者，得由其中選定一人或數人，為選定人及被選定人全體起訴或被訴，本法第41條第1項參照，此即所謂「選定當事人制度」。蓋承上，因系爭自救會性質上非屬非法人團體而不具當事人能力，甲1~甲100若欲起訴將形成共同訴訟易使程序複雜化並增加當事人勞費支出，故乃設有選定當事人制度，將多數當事人之訴訟透過選定一人或數人為選定人為全體被選定人起、被訴，使程序單純化，性質上屬於意定訴訟擔當。是以，本題甲1~甲100可透過選定當事人之方式，選定其中一人或數人作為原告為全體起訴，嗣後判決效力將及於全體當事人。至訴之聲明寫法，應係「請求乙不得再排放廢氣並應給付甲1~甲100總額1000萬元之損害賠償」，始能達成甲1~甲100提訴之目的。

3.小結：承上，甲1等人得透過本法第41條選定當事人之方式，選定一人或數人為原告為全體起訴；其訴之聲明寫法為：請求乙不得再排放廢氣並應給付甲1~甲100總額1000萬元之損害賠償。

(三)結論：綜上所述，甲1等人以「杜絕臭氣自救會」之名義作為原告並請求損害賠償，不符合民事訴訟法之規定。應透過本法第41條選定當事人之方式，選定一人或數人為原告為全體起訴；其訴之聲明為：請求乙不得再排放廢氣，並應給付甲1~甲100總額1000萬元之損害賠償。

三、甲及乙因散布猥褻圖畫罪嫌而由檢察官偵辦中。檢察官以犯罪輕微，且無前科，命兩人各自提供100小時義務勞務，定1年為緩起訴期間而對甲及乙為緩起訴處分。其後，兩人也各自履行其義務勞務完畢。但於緩起訴期間屆滿前，警察又查獲甲之前曾散布猥褻圖畫。檢察官認為此次查獲之散布猥褻圖畫行為與緩起訴處分案件之散布猥褻圖畫行為為接續行為，即以甲散布猥褻圖畫罪提起公訴。其後，甲散布猥褻圖畫罪被法院判處徒刑。乙則於緩起訴期間屆滿前，因竊盜行為被警察查獲。檢察官撤銷乙先前散布猥褻圖畫之緩起訴處分，再將乙竊盜罪嫌與散布猥褻圖畫罪嫌一併提起公訴。其後，乙被法院宣告竊盜行為無罪確定，但散布猥褻圖畫罪則被判處徒刑。試問本件甲及乙散布猥褻圖畫罪判決之合法性。(25分)

試題評析	甲部分的考點在偵查中有無單一性問題及是否擴及其他犯罪事實，是考古題曾經出現過的，不算陌生。乙部分是新進實務見解特別提及的，若遭起訴之罪嗣後判決無罪，撤銷緩起訴即屬違法。
考點命中	《刑事訴訟法（上）》，高點文化出版，王子鳴律師編撰，頁3-1-21以下。

答：

(一)對甲散布猥褻圖畫罪判決合法：

- 1.依刑事訴訟法（下同）第260條規定：「不起訴處分已確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有左列情形之一，不得對於同一案件再行起訴：（第1款）發現新事實或新證據者。（第2款）有第420條第1項第1款、第2款、第4款或第5款所定得為再審原因之情形者。」
- 2.傳統學理及實務見解皆認為，偵查中之案件並無審判不可分（第267條）適用。第260條所稱「同一案件」並不包括法律上同一案件，故仍可就未經不起訴部分之其他部分提起公訴，不生全部與一不之關係，亦不受原不起訴效力之拘束（最高法院96年度台上字第7134號判決、最高法院103年度台上字第3120號判決意旨參照）。
- 3.據此，本題中，甲原先因散布猥褻圖畫受緩起訴處分，嗣經檢察官發現他散布猥褻圖畫部分，雖認有接續關係，應為接續犯之一罪關係，但因偵查中並無不可分關係。是以，檢察官就事後發現之散布猥褻圖畫部分提起公訴，自屬合法。前揭散布猥褻圖畫部分效力不影響檢察官之起訴，法院就此部分判決亦屬合法。

(二)對乙散布猥褻圖畫罪判決違法：

- 1.刑事訴訟法第253條之3規定：「（第1項）被告於緩起訴期間內，有左列情形之一者，檢察官得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴：（第1款）於期間內故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴者。（第2款）緩起訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告者。（第3款）違背第253條之2第1項各款之應遵守或履行事項者。（第2項）檢察官撤銷緩起訴之處分時，被告已履行之部分，不得請求返還或賠償。」
- 2.查新進實務見解認為，我國緩起訴制度係為使司法資源有效運用，填補被害人之損害、有利被告或犯罪嫌疑人之再社會化及犯罪之特別預防等目的，參考外國立法例，配合刑事訴訟制度採改良式當事人進行主義之起訴猶豫制度。倘該違背應遵守或履行事項，經判決無罪確定，表示被告無違反犯罪特別預防目的之情事，如拘泥於該款得撤銷緩起訴處分之文字規定，而認撤銷為合法，顯不符公平正義，無足以保障被告權益。基此，本院認為該款得撤銷緩起訴處分規定，宜為目的性限縮解釋。即該違背應遵守或履行事項，如經判決無罪確定，表示該撤銷自始存有重大瑕疵，係屬違誤。則法院對該緩起訴處分案件，所提起之公訴，應視起訴時該緩起訴處分期間已否屆滿，而分別依刑事訴訟法第303條第1款起訴之程序違背規定，或同條第4款緩起訴期滿未經撤銷，而違背同法第260條之規定再行起訴，分別諭知不予受理（最高法院105年度台非字第52號判決意旨參照）。
- 3.據此，本題中，乙原先因竊盜罪嫌遭撤銷緩起訴，因該竊盜罪嫌部分經法院判決無罪，參酌前揭實務見解意旨，應該該撤銷自始存有重大瑕疵，係屬違誤。是以，法院應視緩起訴處分期間已否屆滿，分別為第303條第1款或第4款不予受理判決，本題中逕為有罪判決即屬違法。

四、甲駕車與乙發生車禍，致乙受傷，雙方皆自認自己沒過失，不欲和解，正由警方調查中。乙之友人丙獲知此事，即到甲家告訴甲，若甲不到警局向警員承認全是自己的過失且賠償乙所有損失，丙會對甲不利。甲知丙為幫派分子，因而心生畏懼，第二天即趕到警局，向警員承認都是自己的過失，並願意賠償乙損失。不料乙不願意和解，也不願意撤回告訴。全案移送檢察官偵辦。檢察官訊問甲時，乙在場，甲擔心乙會告訴丙，因而仍承認自己有過失。乙仍不願意和解。檢察官對甲提起公訴。審理時，甲之辯護人丁向法院表示，甲先前向警員及檢察官所為之自白，係因受丙威脅所致，因而要撤回自白。請試圖為甲辯護人丁說明其主張之法律依據及理由。（25分）

試題評析	本題並不存在國家違法取證問題，乃屬私人違法取證，此問題實務及學理至今於用語及論述上都稍有不同，應將其呈現出。不過實務上曾迭生不同論述，基於寫作時間考量，以較新及較多之實務見解為準即可。至於是否生證據禁止效果，有相當大的判斷空間，應屬開放式答案。
考點命中	《刑事訴訟法（上）》，高點文化出版，王子鳴律師編撰，頁1-2-50以下。

答：

本題國家並未違法取證，乃涉及私人不法取證：

(一)刑事訴訟法就私人不法取證並無明確規範：

1. 刑事訴訟法第158條之4規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」實務及學理認為，本條最多僅得規範國家不法取證，尚不得以之作為私人不法取證之排除證據依據。
2. 學理認為，在未有國家之違法取證行為（依附性之使用禁止），也可能產生證據禁止之效果，例如：使用該證據對基本權利侵害過大，違反比例原則，仍應禁止使用該證據，學理稱為「自主性之使用禁止」。

(二) 實務仍偏向原則上不禁止使用，但如違背任意性等，應例外禁止使用：

1. 私人不法取證並無普遍性，且對方私人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極端救濟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予以排除，不僅使犯行足以構成法律上非難之被告逍遙法外，而私人尚需面臨民、刑之訟累，在結果上反而顯得失衡，且縱證據排除法則，亦難抑制私人不法取證之效果。
2. 是偵查機關「違法」偵查蒐證與私人「不法」取證，乃兩種完全不同之取證態樣，兩者所取得之證據排除與否，理論基礎及思維方向應非可等量齊觀，私人不法取證，難以證據排除法則作為其排除之依據及基準，應認私人所取得之證據，原則上無證據排除原則之適用。惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因違背任意性，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。（最高法院98年度台上字578號判決）。

(三) 本題中，警員及檢察官均未實施不法取證行為。乃係私人丙介入並前往甲家中告知會對甲不利，且其為幫派份子，若考量甲之智識，私人丙之行為有高度可能使甲之陳述不具任意性時，基於基本權利之保障及避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應認為甲之辯護人丁主張有理由，應允許甲撤銷先前之自白。

【版權所有，重製必究！】