

《民事訴訟法與刑事訴訟法》

試題評析

第一題：涉及訴之變更追加規定就「請求之基礎事實同一」之理解與應用。

第二題：涉及證明妨礙法理之理解與於職權探知主義下適用問題。

第三題：涉及證據調查方式，題目直接就嚴格證明及自由證明請考生舉例，因此必須按部就班逐一解答。首先應先分別說明嚴格證明及自由證明之意義，分別討論其適用範圍後再舉例。重點在嚴格證明係針對實體法事項，自由證明則針對程序法之事項，依此概念分別舉例說明之。而證據能力之調查，亦與嚴格證明有關，應進一步討論何謂嚴格證明法則及其內涵。本題算是基本概念題型，如概念清楚，拿到基本分數應該不難。

第四題：測驗考生對於告訴之理解。首先，看到題目說明被害人與加害人之收養關係，應先注意告訴權人之規定，尤其獨立告訴權人之相關問題。其次，題目中有關於日期之敘述，應可聯想告訴期間之限制，且其重點在於「知悉犯人」之認定及時點。又犯人有數人，其知悉之時點有先後不同，亦會影響其告訴期間之認定。本題最後假設，僅單獨一人犯罪且無收養關係時，應如何處理，更可知被告是否具有養父身份，將影響乙之告訴權。整體而言，本題並不困難，細心作答應可拿高分。

一、Y以500萬元向X買受一幅畫：

(一)第一審X起訴請求Y給付價金500萬元，Y抗辯買賣契約已因解除而消滅，X即將請求變更為返還該幅畫，Y則不同意X之變更，試問X變更請求是否合法？(15分)

(二)又如X於第一審僅請求給付價金，法院認定買賣關係不存在判決駁回X之訴，X於提起上訴時，以先位聲明請求Y給付價金，並以備位聲明請求Y返還該幅畫，Y不同意X為備位請求，試問X於第二審所為請求Y返還該幅畫，法院應如何處置？(10分)

答：

(一)原告X得以「請求之基礎事實同一」為由，其訴之變更之請求合法：

1.第一審原告X以價金請求權為訴訟標的向被告Y起訴：

第一審X起訴請求Y給付價金500萬元，可知原告X於第一審係以價金請求權為訴訟標的，向被告Y起訴。

2.原告X得以「請求之基礎事實同一」為由，其訴之變更之請求合法：

(1)審理集中化與訴之變更追加

自兩千年以降，新世紀民事訴訟法的全面修正，秉持著「審理集中化」的理念，藉「紛爭集中」與「爭點集中」的落實，賦予當事人衡平追求程序利益與實體利益之機會，以保障當事人系爭之權利與訴訟外權利，避免遭受程序上之不利，更有訴訟經濟的功能，以確保其他當事人平等使用及接近法院之機會。

為貫徹審理集中化之理念，本法設有「紛爭集中」等相關制度（如訴之變更追加、反訴之擴張，法院闡明義務之加強等），以落實紛爭解決一次性之理念，對於該紛爭事件有關之爭議，宜利用同一訴訟程序，經由法院之審理，使之終局性之解決該紛爭，避免未來紛爭之再燃。是以，法院不僅應妥善運用其闡明權，曉諭當事人有訴之變更追加、反訴之機會；當事人得利用客觀訴之合併，將紛爭一次提出於訴訟程序上。如此，可使審理集中化，不僅保護當事人之程序利益，亦避免公益層面上之訴訟不經濟，滿足程序利益保護原則之要求。

由是可知，應當從審理集中化之理念來詮釋新法關於訴之變更、追加之規定，始能符合立法者對本法修正之本旨，而發揮新法應有之功能與面貌。

(2)訴之變更追加：

依據民事訴訟法第255條：「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：一、被告同意者。二、請求之基礎事實同一者。三、擴張或減縮應受判決事項之聲明者。四、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者。五、該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者。六、訴訟進行中，於某法律關係之成立與否有爭執，而其裁判應以該法律關係為據，並求對於被告確定其法律關係之判決者。七、不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者。」(第

一項)被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加(第二項)」可知，除被告同意之外，如原告擬於第一審為訴之變更追加，須符合民事訴訟法第255條各款之規定始可。

(3)請求之基礎事實同一者：

本件，Y抗辯買賣契約已因解除而消滅後，X即將原於第一審X起訴請求Y給付價金500萬元，變更為返還該幅畫。被告雖Y不同意X之變更，惟Y抗辯買賣契約已因解除而消滅，已使本件之紛爭事實群擴大，則其所變更之後請求與原請求具有「請求之基礎事實同一者」，故原告當可據此提起訴之變更，無庸告知同意。

(二)法院應准許原告以「請求之基礎事實同一者」為由，於第二審為訴之追加：

1.原告得否於第二審為訴之追加，應以民事訴訟法第446條第2項為據：如X於第一審僅請求給付價金，法院認定買賣關係不存在判決駁回X之訴。X於提起上訴時，如欲以先位聲明請求Y給付價金，並以備位聲明請求Y返還該幅畫，法院應否准許原告於第二審之訴之追加，應以民事訴訟法第446條第2項為據，參照應以民事訴訟法第446條第2項：「訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限。」

2.法院應准許原告以「請求之基礎事實同一者」為由，於第二審為訴之追加：

第一審X起訴請求Y給付價金500萬元，可知原告X於第一審係以價金請求權為訴訟標的向被告Y起訴，已如前所述。惟第一審法院認定買賣關係不存在而判決駁回X之訴。是以，在原請求中，法院即以買賣關係是否不存在為爭點予以審理。如原告於第二審中以先位聲明請求Y給付價金，並以備位聲明請求Y返還該幅畫，則於該後請求中，亦有與前請求有共通之爭點（買賣關係是否不存在）而加以審理，符合通說所謂「請求之基礎事實同一」之意義。意即，「請求之基礎事實同一」，係從訴訟法之觀點加以規定，是指「判決之基礎事實」，是故，「請求之基礎事實同一」應解為「判決之基礎事實同一（判決之基礎資料同一）」。換言之，只要新、舊請求有共通之爭點，有關舊請求之訴訟資料或證據資料於新請求可援用，則將新請求於同一訴訟程序內予以解決，即可避免重行起訴、重複審理而達統一解決紛爭之目的。因此，即使在非請求權競合、且不是與原因事實同一社會事實之情形，只要兩請求之判決基礎事實或主要爭點同一或共通，即可為訴之變更追加。據此，縱然Y不同意X為備位請求，法院仍應准許原告以「請求之基礎事實同一者」為由，於第二審為訴之追加。

【參考書目】

梁台大《民事訴訟法》講義第一回；第二章第三節。

二、X訴請Y認領A，主張伊因與Y同居二年且發生性關係，而分娩非婚生子A，Y否認與X同居且A非其子，X聲請法院囑託醫學機構對Y實施親子血緣鑑定，但Y拒絕接受血緣鑑定，試問Y得否拒絕？法院應如何處置？（25分）

答：

(一)Y得加以拒絕接受血緣鑑定。

1.X對Y提起人事訴訟程序中之認領子女之訴：

因X主張其因與Y同居二年且發生性關係，而分娩非婚生子女，但Y否認其與X同居且A非其子，故X得起訴請求Y認領A。亦即，依照新民法（民國96年5月23日新法修正公布後）第1067條第1項：「有事實足認其為非婚生子女之生父者，非婚生子女或其生母或其他法定代理人，得向生父提起認領之訴。」對於非婚生子女A之生父Y，生母X得據此本於民事訴訟法第589條提起認領子女之訴。

2.Y得加以拒絕接受血緣鑑定。

X聲請法院囑託醫學機構對Y實施親子血緣鑑定，Y拒絕接受血緣鑑定。然Y得否拒絕X向法院所聲請之親子血緣鑑定？本件問題在於：就血緣鑑定之部份，如當事人拒絕該證據調查，法院可否強制命當事人配合為之？就此問題，尚有爭論：

(1)肯定說：參照德國立法例，德國民事訴訟法（ZPO）第372條之1規定，親子確認關係訴訟中，法院得以強制手段施以強制檢驗。因人事訴訟程序具有強烈的性質，以確定親屬間之身分關係，故應肯定法院得強制命當事人接受血緣鑑定。

(2)否定說：有鑑於人民基本權之自由權與人性尊嚴之考量，因血緣鑑定之部份，如施以強制手段，恐將對人民身體有侵入性檢查(如強制抽血)，無疑造成人民身體健康與完整性之侵害，有違人民憲法上之

基本權利與人性尊嚴。是以，舊血緣鑑定部份，不宜採取強制手段來施行強制檢驗。

吾以為否定說可採用。鑑於我國法針對於血緣鑑定之部份，尚未如德國法有法律明確規定。在無法律明確授權法院得強制命當事人配合之前題下，實不宜逕行強制命Y接受血緣鑑定，以避免造成Y身體健康上之侵害，確保人性尊嚴之保障。據此，Y得加以拒絕接受血緣鑑定。

(二)法院得以證明妨礙為由，斟酌全辯論意旨，適用適當之經驗法則，並給與當事人辯論之機會而認定事實：

1.認領子女之訴適用職權探知主義：

通常訴訟程序係採辯論主義(Verhandlungsmaxime)，意即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)。

惟人事訴訟程序因具有高度公益性，故就認領子女之訴，一般皆認為其有職權探知主義之適用，而非適用辯論主義。據此，參照民事訴訟法第596條第1項：第五百七十五條之一，於第五百八十九條之訴準用之。再參照民事訴訟法第575條之1：「第五百七十二條之一之事件，法院得斟酌當事人所未提出之事實，並應依職權調查證據。(第一項)前項事件，法院為裁判前，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見，或囑託其進行訪視、提出調查報告及建議。(第二項)」，認領子女之訴就辯論主義之第三命題並不適用，法院可依職權調查證據，法院得依職權逕行命血緣之鑑定。

2.於職權探知主義下，如當事人有拒絕該證據調查，仍有證明妨礙之法理適用：

雖Y得加以拒絕接受血緣鑑定，已如上述。惟是否可據此即謂對Y將不發生任何不利益？頗有疑問。意即，當事人違反勘驗協助義務之效力為何？乃係此問題之關鍵。

首先，於職權探知主義下，如當事人有拒絕該證據調查，是否有證明妨礙之法理適用？

(1)否定見解：

因職權探知主義並無辯論主義第三命題之適用，故對於當事人不與協力之行為，不宜課與不利益。法院應將他人不盡協力義務之行為，成為辯論旨趣之一部，斟酌其他證據資料而自由心證。

(2)肯定見解：

職權探知主義下，法院應盡一切能事為事證之調查，且基於當事人與法院乃於訴訟中為共同平衡追求實體利益與程序利益之工作共同體(Arbeitsgemeinschaft)、當事人尚有事證提出之協力義務，故仍能證明妨礙法理之適用。

吾以為後說可採用。因證明妨礙乃規定於民事訴訟法，屬於針對證據法之一般性規範，縱然於人事訴訟程序上，亦有適用。再者，證明妨礙之法理依據在於針對當事人有違訴訟法上之誠信原則與違反當事人事案解明協力義務之制裁，不應其是否採辯論主義而有不同。故吾人以為學者通說之肯定見解可採。

3.法院得以證明妨礙為由，斟酌全辯論意旨，適用適當之經驗法則，並給與當事人辯論之機會而認定事實：

在肯定有當事人協力義務為前提下，違背勘驗協助義務之效力為何？尚有爭論：

(1)實務見解：

我國實務見解認為，對於人事訴訟程序中證明妨礙之違反，法院得擬制他造主張為真實。參照最高法院91年度台上字第2366號民事判決：「按認領子女之訴，關係生父之血統及非婚生子女之身分，與社會公益有關，法院得斟酌當事人所未提出之事實，為民事訴訟法第五百九十五條第一項所明定，足見此認領子女訴訟法院為審判時，不以當事人所提出之訴訟資料為限（本院五十二年台上字第一五九五號判例意旨參照）。又依同法第二百八十八條規定，法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形認為必要時，得依職權調查證據；故爾，為真實血緣之發現，法院自應依職權為相當之調查，不能因一方當事人之不配合檢驗，而使他方當事人受不利之判決，否則即與上開規定不符。關於于○驊是否為被上訴人之女，兩造爭執甚烈，上訴人一再聲請就被上訴人、上訴人、于○驊為親子血緣鑑定，但被上訴人拒絕之，為原審確定之事實。倘此親子血緣鑑定之勘驗方法，對親子關係之判定有其科學之依據及可信度，自屬上訴人重要且正當之證據方法。然為此親子血緣鑑定必須被上訴人本身參與始可，如需被上訴人之血液等，亦即勘驗之標的物存在於被上訴人本身，而被上訴人拒絕提出時，雖法院不得強令為之，惟依民事訴訟法第三百六十七條準用同法第三百四十三條、第三百四十五條第一項規定，法院得以裁定命被上訴人提出該應受勘驗之標的物，被上訴人若無正當理由不從提出之命者，法院得審酌情形認他造即上訴人關於該勘驗標的物之主張或依該勘驗標的物應證之事實為真實，即受訴法院得依此對該阻撓勘驗之當事人課以不利益。原審徒以無強令被上訴人為血緣鑑定為由，而為不利於上訴人之論斷，於法自有未合。」

(2)肯定見解：

學者認為：於職權探知主義下，法院應盡力為職權探知，與辯論主義有所不同。故法院仍應斟酌全辯論意旨，適用適當之經驗法則，並給與當事人辯論之機會，以避免突襲性裁判^{註1}。

吾以為肯定見解可採用。因縱然職權探知主義仍有證明妨礙之適用，惟就其違反之效力，不宜逕依據民事訴訟法之規定予以擬制真實。因法院仍應盡力為職權探知，與辯論主義有所不同。故法院仍應斟酌全辯論意旨，適用適當之經驗法則，並給予當事人辯論之機會，以避免突襲性裁判

【參考書目】

梁台大《民事訴訟法》講義；第四回第六章第二節。

三、試就刑事訴訟法的學理，各舉二例說明何謂嚴格證明及自由證明。又證據能力之調查係以何方式為之？（25分）

答：

法院所應調查之待證事項，依其內容，有實體爭點及程序爭點之分，而其證明方法，亦有嚴格證明及自由證明之別，合先敘明。

(一)嚴格證明：

- 1.嚴格證明係指得為認定事實之證據，必須具備證據能力且經合法調查程序之要件，始足以認定犯罪事實。而嚴格證明包括法定證據方法及法定調查程序之限制，是法院於審判期日踐行調查證據程序時，祇能使用法定之證據方法，此法定之證據方法，一般分為人的證據方法與物的證據方法。前者包括被告、證人及鑑定人；後者則包括文書及勘驗，而此法定之證據方法須經法定之調查程序，始得據以認定犯罪事實並採為裁判之基礎。

我國刑事訴訟法第155條第2項規定：「無證據能力，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」即為嚴格證明之具體表現。嚴格證明之適用對象為關於犯罪之實體事項包括(1)犯罪事實（主要事實）；(2)刑罰事實；(3)狹義處罰條件事實；(4)間接事實；(5)特別經驗之事實。

- 2.實體之爭點，因常涉及犯罪事實要件之該當性、有責性及違法性等實體法上事項，均與發見犯罪之真實有關，自應採取嚴格之證明，例如：

- (1)被告甲涉嫌殺害乙，調查後發現證人丙目擊甲殺害乙情事，傳喚丙後並未到庭，丙僅以電話向警察陳述目擊之內容，則證人丙向警察於電話中陳述之內容不得作為認定甲有罪之基礎，蓋證人丙所目擊之內容涉及甲是否犯罪之實體事項，必須到庭陳述並接受詰問之證人法定調查程序，亦即須經嚴格證明，否則不得採為判決基礎。
- (2)被告丁涉嫌以西瓜刀傷害A，西瓜刀上留有數枚指紋，則該指紋是否為丁之指紋，涉及被告丁之犯罪構成要件之實體事實，是指紋之證據調查必須以鑑定、勘驗之法定證據方法為之，並經法定調查程序，始得作為判決丁有罪之證據。

(二)自由證明：

- 1.自由證明係指對於對於犯罪事實以外資料之證明，證據方法及證據調查無特別限制。適用自由證明之對象包括(1)程序事項；(2)非於審判程序踐行之證據調查程序；(3)刑罰量定之事實；(4)免訴判決、不受理判決或管轄錯誤之判決事由。

- 2.程序爭點，既非認定有無犯罪之實體審判，而僅涉及訴訟要件之程序法上事項，自得採取自由之證明，例如：

- (1)被告戊涉嫌內線交易，法院傳喚證人B到庭作證，而被告抗辯證人B為其會計師，因會計業務知悉被告戊之秘密，B依法得拒絕作證。是有關證人B是否為被告戊之會計師之事實，屬程序上事項，以自由

【版權所有，重製必究！】

^{註1} 沈冠伶，勘驗協助義務，月旦法學教室第8期，2003年6月，第13頁；邱聯恭發言，民事訴訟法研究會第69次研討記錄，民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研究（九），2000年9月初版，第103-105頁；許士宦，父子關係訴訟之證明度與血緣鑑定強制—以請求認領子女之訴及否認婚生子女之訴為中心，證據蒐集與紛爭解決，新民事訴訟法之理論與實務（二），台大法學叢書149，2005年2月初版，第504-505頁。相類之結論，認為如其他證據所顯示之蓋然性較高，可往不利事實推定方向處理；反之，如蓋然性較低，則依全辯論意旨處理。參見，姜世明，拒絕血緣鑑定之證明妨礙，民事證據法實例研習（一），高點，2005年2月初版，第136頁。

證明即可，亦即法官得裁量適當之方式調查，無庸傳喚B到庭作證並詰問是否為被告戊之會計師。

(2)第二審法院傳訊證人C、D，係就第一審判決之送達合法與否之程序上事項予以調查，縱未經詰問程序亦未違法，適用自由證明之證據調查方式。

(三)證據能力之調查方式：

1.證據能力係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除，始能具備。

2.證據能力之取得，必須經過嚴格證明之調查程序，才能終局取得證據能力，始得作為犯罪事實之基礎。

所謂嚴格證明之調查程序，係指犯罪事實之證明與調查必須符合法定證據方法及法定調查程序之要求：

(1)在證據方法上，必須使用被告、證人、鑑定、文書（書證）、勘驗之五種法定證據方法。

(2)遵守法定之調查程序：第288條第1項之「調查證據」，係指依法踐行「調查證據之程序」，也就是「經合法調查之嚴格證明程序」。所謂法定調查程序包括共通之審理原則，如公開審理原則、言詞審理原則、直接審理原則，以及各個證據方法之法定特別程序，如證人之具結及詰問、文書之宣讀及告以要旨。

【參考書目】

1. 游政大《刑事訴訟法》講義第六回第5、17頁及上課筆記。
2. 高點法學圖說系列《刑事訴訟法II》，史奎謙，第3-16頁。

四、未成年養子甲於民國97年元旦遭養父A及一不詳姓名之成年男子共同毆打成傷，甲念及情誼，不忍對A提出告訴，迨至同年7月5日，甲之生母乙始知悉不詳姓名者係其痛恨之B，乃不顧甲之反對，執意對A、B提出告訴，試問：乙可否提出告訴？檢察官應如何處置？又若甲僅單獨遭B毆傷，乙可否對B提出告訴？（25分）

答：

甲遭養父A及一不詳姓名之成年男子毆傷，則養父A及該名男子涉嫌刑法第277條傷害罪，為告訴乃論之罪，則告訴為偵查發動之原因且為訴訟要件，若無告訴，無法進行追訴、處罰，合先敘明。

(一)乙可否提出告訴，涉及乙是否為告訴權人且其告訴是否逾期之問題：

1.乙是否為告訴權人：

(1)得提起告訴之人為有權提出告訴之人，告訴權人因其取得原因之不同，可分為被害告訴權人及犯罪告訴權人。被害告訴人係指因犯罪當時直接受有損害之人，規定在刑事訴訟法第232條；而犯罪告訴權人又可分為獨立告訴權人、代理告訴權人、限定告訴權人、補充告訴權人以及指定代行告訴人。

(2)其中獨立告訴權人係指得獨立提出告訴，不受犯罪被害人意思之拘束，亦得與其意思相反，同法第233條第1項：「被害人之法定代理人或配偶，得獨立告訴。」及第235條：「被害人之法定代理人為被告或該法定代理人之配偶或四親等內之血親、三親等內之姻親或家長、家屬為被告者，被害人之直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬得獨立告訴。」為獨立告訴權人之規定。

(3)乙為未成年甲之生母，然甲已出養給A，則甲之法定代理人為A，乙不得依第233條第1項之規定提起告訴。惟被告A為甲之養父，即甲之法定代理人，A與他人毆傷甲而成為被告，則依第235條之規定，被害人之法定代理人為被告時，被害人之直系血親得獨立告訴。又養子女與本生父母之天然血親關係仍存在，是本條之直系血親包括天然血親在內，且此為獨立告訴權，不受被害人意思之拘束，故縱使甲反對，生母乙仍得對A提起告訴。

2.乙可否對B提起告訴，涉及告訴不可分之問題：

(1)告訴以犯罪事實為對象，告訴人僅對告訴與否有決定權，對犯人則無決定權，此為主觀之告訴不可分效力。刑事訴訟法第239條規定：「告訴乃論之罪，對共犯一人告訴或撤回告訴者，效力及於其他共犯。」即為主觀告訴不可分之規定。

(2)乙依第235條之規定，得對身為甲法定代理人之A提起告訴，則依主觀告訴不可分原則，對B亦得提起告訴。

3.乙對A、B提起之告訴是否逾期？

- (1)告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴知人知悉犯人之時起，六個月內為之，第237條第1項定有明文，此為告訴期間之限制。所謂知悉犯人，係指以得為告訴之人主觀認知，知悉犯罪者為何人且確實得知犯人之犯罪事實而言。
- (2)在犯人有數人時，知悉犯人有先後時，應如何認定時點：有認為因告訴具有不可分性，其告訴期間，自知悉最後一人時，所為之合法告訴，對其他知悉較早之共犯，亦有效力；實務見解則認為，依第239條及司法院院字第2261號解釋可知，對共犯一人不得告訴，對其他共犯亦不得告訴。依此推論，對共犯一人知悉較早，已逾六個月告訴期間，已不得告訴，對於其他共犯縱係知悉在後，尚未逾告訴期間，似亦應不得告訴，即對全部共犯均不得告訴。
- (3)甲於97年元旦遭毆傷，當時已知A為犯人且確知犯罪事實，乙於同年7月5日提起告訴，對A之告訴已逾六個月之告訴期間，依實務見解，對A不得提起告訴，對B亦不得提起告訴。
- (二)檢察官就乙提起告訴之案件應如何處置？
- 1.依前述可知，乙為獨立告訴權人，縱使被害人甲反對，乙仍可對A提起告訴，且依告訴不可分之法理，對B亦可提起告訴。惟乙對A之告訴已逾告訴期間，不得對A提起告訴，則對B亦不得告訴，則乙對A、B提起之告訴不合法。
 - 2.檢察官應依第252條第5款，告訴乃論之罪，其告訴已逾告訴期間者，對A、B為不起訴處分。
- (三)若甲僅單獨遭B毆傷，乙可否對B提出告訴，應視乙是否為告訴權人：
- 1.甲僅單獨遭A毆傷，得提起告訴權人包括犯罪被害人甲及養父即法定代理人A。
 - 2.乙為甲之生母，然甲已出養成為A之養子，則乙已不具有法定代理人身份，在B單獨毆傷甲之情形，乙非告訴權人，不得對B提起告訴。

【參考書目】

游政大《刑事訴訟法》講義第二回；第8-10頁及上課筆記。

【版權所有，重製必究！】