

# 《民事訴訟法與刑事訴訟法》

## 試題評析

今年高考法制之民事訴訟法考題尚屬平易，第一題只須就代位訴訟之基本觀念架構清楚，並參酌民事訴訟法第四百零一條詳作論述即可。而第二題係就民事訴訟法之基本重點「辯論主義」出題，並測驗考生對於法院職權調查規定與辯論主義之關聯及相關法理是否了解，可參考近次修法精神作答亦佳。

刑事訴訟法部分，經過年初的修正後，果然反映在今年的考題上。以第三題為例，牽涉『證據排除法則』及『傳聞法則』下證據能力的判斷，由於三個子題於以往均有學者論述及實務表示過意見，僅是於修法時予以明文化，因此答題時若能將過往的爭議完整呈現，再就新法內容及理論稍加論述，相信要拿高分並非難事。至於第四題為典型的實例題，主要牽涉自訴對於告訴之限制及告訴對於自訴之限制，答題時應將本法第三百二十三條及第三百二十四條之爭議部分寫出，基本上難度不高，應該可以稱得上是考古題了。

一、債權人甲代位債務人乙對第三債務人丙提起返還借款訴訟所獲得之確定判決，其既判力是否及於乙？是申論之。(25分)

**答：**

債權人甲代位債務人乙對第三債務人丙提起返還借款之代位訴訟所得之確定判決，既判力是否及於債務人乙，有肯否二說之爭議，茲臚列於后：

否定說

此說認為債權人代位債務人對第三債務人起訴，與債務人自己對第三債務人起訴，並非同一訴訟，蓋債權人起訴主張之訴訟標的並非債務人對於第三債務人之權利義務關係，債權人所擁有之代位權始為代位訴訟之訴訟標的。是基於確定判決既判力相對性原理，代位訴訟之確定判決效力應只及於為當事人之甲、丙而已，不應及於債務人乙為是。此說為最高法院六十七年第十一次民庭決議所採。

肯定說

按債權人代位債務人對第三債務人起訴，性質上實為「法定訴訟擔當」，雖債權人甲為形式上之當事人，惟實質上乃債務人乙為權利義務之歸屬主體，即實質當事人係債務人乙，訴訟標的係債務人對於第三債務人之權利義務關係，債權人之代位權僅係甲作為代位訴訟原告之當事人適格要件而已。循此而論，甲提起之代位訴訟確定判決之既判力，自當及於實質當事人乙為是。學者通說採之。

管見以為，依民事訴訟法第四百零一條規定，既判力之客觀範圍除及於當事人、繼受人及為當事人或其繼受人占有請求標的物者外，尚及於訴訟擔當中之被擔當人；而代位訴訟之訴訟標的應為債務人對於第三債務人之權利義務關係，本質上實為法定訴訟擔當之一種，依前開條文第二項之規定，代位訴訟之既判力自應及於為實質當事人之乙，故以肯定說較為可採。

二、甲駕駛大客車於下坡路段肇事，致乘客乙等受到傷害。於損害賠償訴訟中，乙等以「甲與隨車員聊天」、「超速駕駛」為攻擊之焦點，主張甲有「過失」。法院就上述焦點事實無法獲得心證，乃依據證據調查所得酒測的結果，甲當時酒精濃度高於法定值甚多，而認定甲有「過失」。問：法院如此之認定，有無違背辯論主義之原則？(25分)

**答：**

按本題係侵權行為之損害賠償訴訟，就被告甲肇事有無過失之事實，係原告乙等侵權行為損害賠償請求權之發生要件事實，其舉證責任之分配依法律要件分類說，自應由主張權利存在之人亦即原告乙等就該事實負舉證責任，合先敘明。

復按我國民事訴訟法原則上採辯論主義，亦即未經當事人主張之主要事實及證據資料，法院不得採為裁判之基礎，且當事人所為之自認，法院應受其拘束，此即辯論主義之三大內涵。

本題中乙等以「甲與隨車員聊天」、「超速駕駛」主張甲有過失，然法院就之仍無法獲得心證，即依證據調查所得酒測之結果，認定甲有過失，法院之此種認定有無違背辯論主義，應分別就下列情況判斷：

如法院依原告主張無法獲得有利原告之心證時，已將此真偽不明之心證狀態公開於兩造並加以闡明，而原告即

提出酒測結果作為其證據資料者，則法院將之引為裁判基礎，自非與辯論主義有違。

又如法院未將心證公開表明，雖依民事訴訟法第二百八十八條之規定，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，即得依職權調查證據。然本條規定是否違背辯論主義，於學說上尚有爭論，有學者主張此規定已與辯論主義有所扞格，實為立法之不當；然亦有學者主張此規定實與我國由辯論主義走向協同主義之立法精神相互呼應，蓋當事人與法院均應負有協力促進訴訟、發現真實之義務。參酌我國民事訴訟法之修法係以審理集中化為目標，實應以後說為宜。然為求當事人權益之保障，法院職權調查證據時，仍應令當事人知悉並有表示意見之機會，始屬合法。

### 三、試問下列證據有無證據能力：

- (一)非法搜索、扣押所得之物。(9分)
- (二)司法警察之調查報告。(8分)
- (三)司法警察夜間詢問被告所製作之警詢筆錄。(8分)

**答：**

(一)1.證據能力之意義：所謂證據能力，係指得以用來作為合法證據調查程序中的資料能力。換言之，能夠成為證明犯罪事實存否之證據具有證據能力，有證據能力的證據，始能進行證據調查程序以判斷證明力。

2.針對違反搜索、扣押執行程序所得之物，是否具有證據能力？於我國刑事訴訟法(以下同)第一百三十一條第四項及第四百十六條第二項均有規定，茲分述如下：

(1)逕行搜索執行後，違反陳報程序或經陳報後為法院撤銷者，審判時法院「得」宣告所扣得之物不得作為證據(第一百三十一條第四項)。

刑事訴訟程序須兼顧程序公正及發現實體真實，對於違背法定程序搜索所扣得之證據是否具有證據能力？在英美法系國家係採取證據排除法則，將違反法定程序所取得之證據事先予以排除，而德國之立法係採取權衡理論，同樣達到排除違法蒐集證據的效果。但避免有罪者因證據排除情形下，違法蒐集之證據得不予排除適用，此為證據排除法則之「相對排除理論」，此亦為英美法系國家所採。故本法於九十一年修正時，參酌英美法系之證據排除法則及德國之權衡理論，於斟酌人權保障及公共利益之維護下，法院得宣告所扣得之物不得作為證據。

(2)實施刑事訴訟程序之公務員執行搜索、扣押程序，經受處分人聲請法院撤銷原處分，審判時法院「得」宣告所扣得之物不得作為證據(第四百十六條第二項)

本條之規定為採取證據排除法則下，法院應審酌人權保障及公共利益之維護，於具體各案中，斟酌認定該違法蒐集之證據，是否具有證據能力？至於法官於各案斟酌權衡時，應審酌之事項有下：違背法定程序之情節；違背法定程序時之主觀意圖；侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重；犯罪所生之危險及實害；禁止使用證據對於防將來違法取證之效果；偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性；證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以為認定有無證據能力之標準。

#### 3.小結

綜觀上述，對於偵審人員違法搜索、扣押所得之物，審判時法院得宣告所扣得之物不得作為證據。係基於證據排除法則之相對排除理論及權衡理論之立法，本法於九十二年二月六日修正時，更完整的將證據排除法則及權衡理論之概念呈現於第一百五十八條之四。其規定：「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。」修正理由中明文採取相對排除理論及權衡理論，是故往後遇有違反搜索、扣押法定程序所扣得之物，法院應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，以決定該證據是否具有證據能力。

(二)1.調查報告之性質

蓋調查報告為被告以外之人於審判外所為之言詞及書面陳述，性質上屬於傳聞證據。有問題者，此種傳聞證據是否具證據能力？茲分述如下：

(1)學說見解

有認為我國係大陸法系國家，以職權進行主義為原則，因此審判過程中應遵守直接審理原則，司法警察之調查報告，由於係被告以外之人於審判外之陳述，該被告以外之人於審判過程未能到場陳述，即違反直接審理原則，因而該調查報告不得作為證據，不認為具有證據能力。

亦有學者認為被告以外之人於審判外之陳述為傳聞證據，法律明文規定「不得作為證據」，即係排除證據能力，因而認為我國對於傳聞證據之排除，係採英美法系之傳聞法則。

蓋不論採取大陸法系之直接審理原則亦或是英美法系之傳聞法則，其結論均認為傳聞證據不具有證據能力。故司法警察之調查報告應認為不具有證據能力。

## (2)實務見解

實務見解曾表示調查報告為傳聞證據而不具有證據能力，其認為證據資料必須經由法院以直接審理方式加以調查，證人必須到庭以言詞陳述始得採為判斷之依據，司法警察官本於其職務所作成之報告文書，或係基於他人之陳述而作成，或為其判斷之意見其，本身無從依直接審理方式加以調查，應無證據能力(86台上6210判決、89台上5364判決)。

## (3)法律依據

由於傳聞證據有悖於直接審理原則及言詞審理原則，影響程序正義之發現，原則上應予以排斥，已為英美法係及大陸法係國家所共認，然因訴訟結構之不同而有遜囿傳聞述則新法賦予當事人反對詰問權及符合直接審理原則之要求，遂於第一百五十九條規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」因此原則上，司法警察之調查報告屬於傳聞證據之一，除非符合傳聞法則之例外規定(第一百五十九條至第一百五十九條之五)，否則該傳聞證據即不得作為證據，而無證據能力。

2.小結：依上述，司法警察之調查報告不具有證據能力。

(三)依據第一百條之三規定，司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之，除非經受訊問人明示同意；或於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人無錯誤；或經檢察官或法官許可者；或有急迫之情形者，始得例外於夜間訊問之。有問題的是，違反禁止夜間訊問之規定所取得之警詢筆錄，有無證據能力？向有爭議，茲分述如下：

## 1.實務見解(87台上4025判決)

對此實務並無明確見解，惟於司法警察機關違法監聽取得證據資料之案例，最高法院曾表示刑事訴訟之目的固在發現真實，藉以維護社會安全，其手段則應合法純潔、公正公平，以保障人權。倘證據之取得非依法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，因已違背憲法第八條、第十六條所示應依正當法律程序，保障人身自由，貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等意旨，自應排除其證據能力。準此見解，似應認為違反禁止夜間訊問之規定，其警詢筆錄應無證據能力。

2.學說見解：學者認為禁止夜間訊問之規定，目的在保障被告自白之任意性及其基本人權，因此違反禁止夜間訊問之規定，無疑是對於被告基本人權之侵害，且有礙被告陳述之任意性，因而認為因此所取得之警詢筆錄不具有證據能力。

3.法律依據：基於貫徹憲法所保障之正當法律程序，人身自由及訴訟基本權之行使，司法警察於夜間訊問被告之程序，顯然違背程序正義，不具合法性及正當性，所取得之被告之自白及其他不利益之陳述，原則上不應賦予證據能力，不得作為證據。故本法第一百五十八條之二第一項規定：「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。」本條項但書之規定為英美法系之「善意例外」原則，即原則上違反禁止夜間訊問規定，所取得被告之警詢筆錄不具有證據能力，但執行人員若能證明其違背法律規定非出於惡意，且所取得之自白或陳述係出於被告之自由意志者，例外的賦予其證據能力。

四、甲駕車不慎同時同地撞及乙、丙二人，乙因而受有普通傷害，丙因而死亡，試解答下列二問題：

(一)乙先自訴甲犯過失傷害罪嫌(須告訴乃論)，丙之子丁嗣再告訴甲犯過失致人於死罪嫌(非告訴乃論)，檢察官應如何處理？(10分)

(二)丙之子丁先告訴甲犯過失致人於死罪嫌，乙嗣再自訴甲犯過失傷害罪嫌，法院應如何處理？(15分)

答：

(一)依題意，甲駕車不慎撞傷乙、丙二人，造成乙受有普通傷害，丙因而死亡，係一行為，侵害數法益，觸犯數罪名之想像競合犯。實體法上為一刑罰權，訴訟法上為一案件(訴訟客體)，不容分割行使。因此對甲而言，其所為之犯罪事實同一，被告亦同一，因而為同一案件，於此核先敘明。

## 1.同一案件經自訴後之再行告訴

依刑事訴訟法第三百二十四條規定：「同一案件經提起自訴者，不得再行告訴或為第二百四十三條之請求。」本題乙先自訴甲過失傷害罪嫌，丁因其父丙死亡，依第二百三十三條規定得為告訴，因此丁於乙自訴甲過失傷害後，再行告訴甲過失致死罪嫌，是否符合第三百二十四條所述同一案件經提起自訴者，不得再行告訴，爭點在於本條限制不得再行告訴之主體為何？

(1)通說：此說認為所謂「不得再行告訴者」包括一切得為告訴之人。其理由有認為告訴權與自訴權不得同時行使；有認為避免一事兩理；亦有認為自訴不得併行公訴。準此以解，丁係得為告訴之人，同一案件既已經乙提起自訴，其他一切得為告訴之人(本案之丁)，亦不得再行告訴。

(2)少數說：此說認為所謂「不得再行告訴者」應限於該提起自訴之人，而不包括其他告訴權人。準此以解，本案之丁

非提起自訴之人，因而不應限制其告訴權之行使，故丁得再行告訴。

2.檢察官之處理方式如下：

依據上述，檢察官對於丁之再行告訴，會因為對於第三百二十四條所謂不得再行告訴之主體範圍不同，而有所差異，茲分述如下：

(1)若所謂「不得再行告訴者」包括一切得為告訴之人

則丁不得再行告訴，若丁仍為告訴，此時處理之方式有二說：

a.不起訴處分說：同一案件經提起自訴者，不得再行告訴，如再行告訴，係依法不得告訴而為告訴。依據大法官釋字第四十八號解釋，檢察官應依第二百五十五條第一項之「其他法定理由」為不起訴處分。準此，檢察官對於丁之再行告訴應為不起訴處分。

b.移送法院併案說：同一案件經提起自訴者，不得再行告訴，如再行告訴，檢察官知有自訴在先者，應即停止偵查，將案件移送於法院(本法第三百二十三條第二項)。準此，檢察官應將丁之告訴案件移送法院併案，促請法院審理。

(2)若所謂「不得再行告訴者」應限於該提起自訴之人

則丁可以再行告訴，檢察官受理告訴案件於開始偵查後知有自訴在先者，應停止偵查，將案件移送於法院(本法第三百二十三條第二項)。準此，檢察官應停止偵查程序，將丁之告訴案件移送法院併案，促請法院審理。

(二)1.丁告訴之效力

告訴係針對犯罪事實為之，本法並無明文告訴事實是否具有可分性。本題犯罪事實一部為告訴乃論之罪(甲過失傷害部分)；一部為非告訴乃論之罪(甲過失致死部分)，因此丁就非告訴乃論之罪犯罪事實告訴，效力不及於告訴乃論之罪犯罪事實。於此合先敘明。

2.同一案件經告訴後之再行自訴

依據第三百二十三條第一項規定：「同一案件經檢察官依第二百二十八條規定開始偵查者，不得再行自訴。但告訴乃論之罪經犯罪之直接被害人提起自訴者，不在此限。」本題丁先向檢察官告訴甲過失致死罪嫌，檢察官因有丁之告訴即應開始偵查(第二百二十八條)，嗣後乙再自訴甲過失傷害，是否合法？由於甲「傷乙」以及「傷丙致死」乃法律上同一案件，檢察官如已就甲傷丙致死部分開始偵查，則乙得否再行提起甲傷害之自訴，容有不同見解。有認為此際應參照本法第三百十九條第三項但書之規定，比較得自訴部分(即告訴乃論之罪部分)以及不得自訴部分(即非告訴乃論之罪部分)之輕重，由於本題中過失致死乃較重之罪，故全部皆不得自訴，乙之自訴不合法。另有認為第三百二十三條第一項之「同一案件」應專指「事實上同一」案件，不含「法律上同一」案件，故本題中乙之自訴並不受第三百二十三條第一項規定之限制，應屬合法。管見從之。

3.法院之處理方式

承上2，如認為乙之自訴不合法，法院應依本法第三百三十四條諭知不受理判決。反之，如認為乙之自訴合法，則甲所犯之同一案件，經丁先為告訴，後有乙之自訴，依據第三百二十三條第二項規定，檢察官於開始偵查後，知有告訴乃論之罪經犯罪之直接被害人提起自訴者，應停止偵查，將案件移送於法院。準此，檢察官應停止偵查丁之告訴案件，並將之移送於法院，法院自應就該同一案件為全部的審理及裁判。