

## 〔94年律師高考〕

- 一、農會A為原告，以其理事長B為法定代理人，列C公司為被告，起訴聲明求為判決命被告應賠償甲1、甲2、甲3、甲4及甲5等5人每人各60萬元（下稱「訴之聲明」），陳述略為：「A係依農會法組織成立之農會，具法人資格。A所屬部分會員甲1、甲2、甲3、甲4及甲5等5人（下稱「五受害人」），於94年3月1日均向C購買肥料，每人之承購數量雖有不同，但分別受C交付同一批品質不良之產品，使用後造成農作物及農地受損嚴重，初估每人最少受60萬元以上之損害，為此以書面授與A訴訟遂行權提起本訴。」等語。試敘明法理依據，解答下列問題：
- (一) 原告之事實上陳述，是否符合有關促使審理集中化之規定？能否從律師應如何為當事人整理事實上爭點之角度予以評析？
- (二) 設五受害人達成書面協議，約定願由法院判定被告應賠償五受害人之總額，而由五受害人平均分配。在此情形，原告可否將上開訴之聲明改為請求判決：「被告應賠償五受害人最少共300萬元」？又引導立法者增設此方面相關規定之基礎法理（前導法理）為何？ (94律師)

### 〔解析〕

#### (一) 審理集中化？整理事實上爭點？

##### 1. 審理集中化

###### (1) 意義

就同一訴訟事件之審理，應盡可能減少言詞辯論之次數（向來開五次言詞辯論期日【每次一小時】，變成四次、三次、二次，甚至一次期日將其辯論終結。例如，早上九點開庭，直至下午二點辯論終結），以節省法院及當事人之勞力、時間、費用，追求審理集中化之目標。

###### (2) 集中審理程序

###### ① 審判範圍之確定

- A. 法官應詳閱卷宗，注意原告訴之聲明是否明確及訴訟標的是否特定，以確定本案審判對象及其範圍，並利被告答辯。
- B. 法官認定訴訟標的時，除斟酌當事人主張適用之法條外，並審酌原告主張之原因事實，妥為闡明。（§244）

###### ② 迅速準備言詞辯論

- A. 審判長或受命法官為充分準備言詞辯論，應命當事人將事實、證據及相關訴訟資料，於期日前提出，並確實依民事訴訟法第二百六十五條至第二百六十七條規定記載並提出書狀。
- B. 當事人之書狀未依前項規定記載其內容者，法院得依民事訴訟法第二百六十八條規定命其再行提出。（§265～§268）

###### ③ 爭點之闡明及爭執與不爭執事項

- A. 法院為爭點整理時，審判長或受命法官應確定當事人是否已為訴訟標

的、事實、法律及證據上之主張，如有不明，應闡明之，並得依具體案件情形，適當表明法律觀點。

- B. 法院於整理爭點時，應注意當事人對於他造主張之主要事實、間接事實或輔助事實，有無爭執；如經他造自認，或不為爭執之陳述，或非依公示送達方式於相當時期受合法之通知而未於言詞辯論期日到場，亦未提出準備書狀爭執，或事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，皆無須調查證據。但於裁判前，應使當事人有辯論之機會。（§199、§199 之一、§268 之一、§270 之一、§271 之一）

## 2. 原告之事實上陳述得促使審理集中化，但仍有不足之處：

### (1) 程序事項之表明

原告 A 為求訴訟經濟並便利各社員行使權利，得於法人章程所定之目的範圍內，選定該法人為其起訴，此種訴訟型態即稱為團體訴訟（§44 之一 I）甲 1 等 5 人以書面授與 A 訴訟遂行權提起本訴，自己表明原告當事人適格。

### (2) 實體事項之表明（§244 I）

#### ① 表明應受判決事項之聲明：

被告應賠償甲 1、甲 2、甲 3、甲 4 及甲 5 等 5 人每人各 60 萬元，在此應可認定訴之聲明業已明確特定。

#### ② 訴訟標的之確定：

原告有主導特定訴訟標的之權能，得為訴訟標的選擇性、相對性特定，可以實體之法律關係為訴訟標的即權利單位型訴訟標的，亦可選擇以某一紛爭為訴訟標的而以原因事實予以特定即紛爭單位型訴訟標的。如認原告欲以「紛爭事實」為訴訟標的，自得認定訴訟標的業已確定。

#### ③ 本件原因事實：

整理原告主張之原因事實，目的在特定訴訟標的及審判範圍、以及原告嗣後如有訴之變更或追加時，可由原因事實中窺知該訴之變更、追加之訴，與原請求之基礎事實是否同一，而應否准許。原告 A 業已表明「部分會員甲 1、甲 2、甲 3、甲 4 及甲 5 等 5 人，於 94 年 3 月 1 日均向 C 購買肥料，使用後造成農作物及農地受損嚴重，初估每人最少受 60 萬元以上之損害」，就基本原因事實可認為已為表明。

### (3) 不足之處：

- ① 實質當事人甲 1 等 5 人何農地何農作物受有損害？
- ② 施用肥料後幾日造成農作物及農地之何種損害？
- ③ 何以認定損害之發生與肥料之施用有因果關係？
- ④ 損害額 60 萬元以上是如何認定？
- ⑤ 相關事實有何證據可資證明？

## 3. 律師應如何為當事人整理事實上爭點？

### (1) 不爭執之事實表明：

簡化爭點之目的，在去蕪存菁，本案兩造所不爭執之事項，此部份因無庸舉證，可省去法院調查證據之時間，可追求程序利益，故對原告陳述之原因事實，如「甲 1 等 5 人購買肥料」、「農作物及農地受損嚴重」及「每人最少受 60 萬元以上之損害」等等爭執與否。

**(2) 爭執之事實表明：**

對事實、證據、及法律上之主張若不相同者，應列入爭執事項，使兩造充分陳述後，各提出證據方法，關於爭執之事項，可分為：

**① 程序上爭點，如：**

對 A 農會是否為公益社團法人？對甲 1 是否為 A 會員身分有無爭執？等等

**② 事實上之爭點，如：**

- A. 甲 1 等 5 人是否均有向 C 購買肥料？
- B. 甲 1 等 5 人何農地何農作物受有損害？
- C. 施用肥料後幾日造成農作物及農地之何種損害？
- D. 何以認定損害之發生與肥料之施用有因果關係？
- E. 損害額 60 萬元以上是如何認定？

**③ 證據上之爭點：**

相關事實有何證據可資證明？對某項證據是否具備證據能力？

**④ 法律上之爭點：**

債務不履行？或商品製造人之法律條文之援用？

**(3) 協議簡化爭點**

於兩造主張之事實均已具體化，且逾期提出爭點整理書狀後，始行協議簡化爭點程序。法官於協議簡化爭點程序中，應先行使闡明，就協議簡化爭點法律效果提示予兩造，即告知兩造主張之爭點，經本程序整理並協議減化爭點者，除經兩造同意變更，或因不可歸責於當事人之事由、或依其他情形協議顯失公平者外，應受其拘束（§270-1 III）

**(二) 金錢賠償損害之訴得不分別認定被告應給付各選定人之數額**

**1. 得為最低損害賠償請求之聲明（§244 IV）**

**(1) 意義**

應受判決事項之聲明，於請求金錢賠償損害之訴，原告得僅表明其全部請求之最低金額，而於第一審言詞辯論終結前補充其聲明。其未補充者，審判長應告以得為補充。以便當事人抉擇如何取捨實體利益與程序利益，可被評價為係以程序利益保護原則為依循。

**(2) 立法目的：程序利益保護原則！**

損害賠償之訴，由於涉及損害原因、過失比例、損害範圍等之認定，加以舉證困難，其損害之具體數額，甚難預為估算，常須經專業鑑定以及法院之斟酌裁量，始能定其數額。於請求金額賠償損害之事件，如亦同一般金錢給付之訴，強令原告於起訴之初，即應具體正確表明其請求之金額，嫌

其過苛。

## 2.原告自可將訴之聲明改爲「被告應賠償五受害人最少共 300 萬元」

### (1)緣由

法人依 § 44 之一 I 起訴，雖以法人之名義，然係本於社員之請求爲之，故法院判決時仍須逐一審核各社員請求權存在與否及其範圍。然於受害社員人數眾多或各社員受害數額難以一一證明之情形，如此之審理方式，即難符合訴訟經濟之原則。

### (2)方式

如係提起金錢賠償損害之訴，而選定人全體以書狀表明願由法院判定被告應給付之總額，且就給付總額之分配方法達成協議時，法院得斟酌事件內容，僅就被告應給付選定人全體之總額爲裁判，毋庸一一認定被告應給付各選定人之數額 (§44 之一 II)。

二、原告甲列乙爲被告，於93年5月10日向該管法院起訴，其訴之聲明求爲判決命給付甲新台幣（下同）80萬元，事實及理由主張：乙於90年2月5日向甲借貸80萬元，乙簽發發票日期92年2月5日、票面金額同金額、付款人台北市丙銀行之支票一張交予甲，作爲償還借款之用，未料該支票經提示後未獲兌現，因此依票款給付請求權提起本訴。對此，乙抗辯：甲未將該借貸款項交付乙，且該票款給付請求權已罹於消滅時效。

(一)受訴法院應否闡明使甲爲訴之變更或追加？甲可否追加主張借款返還請求權作備位（後位）請求，而以原主張之票款給付請求權作爲主位（先位）請求？

(二)本件訴訟甲敗訴確定後，甲又對乙起訴，主張乙向甲借貸 80 萬元未還，依借款還請求權，請求法院判令乙給付甲 80 萬元。此際，受訴法院及乙應如何處理？

(94 律師)

### 〔解析〕

票據債權與原因債權競合時，除一項說（聲明說）認其只能構成一個訴訟標的，不過有二個理由根據外，舊訴訟標的理論（舊實體法說）、二分肢說（二項說）、新實體法說均認其得構成二個訴訟標的。

#### (一)應視訴訟標的理論而異其結論：

##### 1.如採舊訴訟標的理論（或新訴訟標的理論中二項說與新實體法說）

##### (1)應闡明使甲變更或追加借款返還請求權

在請求權競合之情形，如採舊訴訟標的理論（以票據債權與原因債權競合之情形爲限二項說與新實體法說亦有同樣之缺點），又不爲闡明，則往往將使在法律上有理由之人，只因不懂法律，缺乏訴訟經驗，未能說出法官所認爲恰當之實體法上請求權名稱（法律關係之名稱）（例如，只主張票據債權而未主張借款債權，而慘遭敗訴，而理屈者（對造）反而倖獲勝訴，將使訴訟成爲一甚爲艱難玄奧之伎倆，難符便民之要求，憲法第十六條所保障之人民有訴訟之權亦將空洞化，法院之判決未能伸張社會正義，反而

爲虎作倀，此豈國家設置訴訟制度之目的哉！彼輩主舊訴訟標的理論者或謂當事人於一請求權敗訴後，復可主張其他之請求權起訴，有再補救之機會；然當事人是否再有信心提起訴訟，如再提起訴訟，亦將浪費其時間、精力、金錢。並站在徒增法院受理訴訟案件之件數，導致訴訟遲延，難符訴訟經濟之理想。縱使當事人在後訴獲得勝訴，然就同一筆金錢債權，前訴判決其敗訴，後訴判決其勝訴，兩判決互相矛盾，此種結果，違反國民大眾之自然感覺。（駱永家 民事法研究 I 46頁）

## (2)應以單純的合併處理

原告以單一聲明要求同一經濟目的或法律效果滿足，而得以並存之數訴，指定順位而要求審判之合併態樣時，應如何處理？並無承認其得爲預備的合併之必要，縱將可以並存之各訴以預備的合併型態起訴，亦應以單純的合併處理（駱永家 民事法研究 II 78頁）。

## 2.如採新訴訟標的理論中一項說

### (1)法院無須闡明即可判決甲勝訴

反之，如採一項說，則只要票據關係與原因關係之事實呈現於言詞辯論，當事人無須說出實體法上請求權之名稱，且縱使說錯（實即引用法條錯誤），法院亦可根據當事人所主張之事實，引用適當之法律觀點（理由根據、法條）判決當事人（原告）勝訴，承認當事人有該權利。此亦即「汝給我事實，我給汝權利之精神所在。因係根據當事人所主張之事實下判決，故符合辯論主義之要求，又係就同一訴訟標的（「受領一回給付之地位」、「受給權」）爲判決，並非訴外裁判，故亦符合處分權主義之要求。在一次訴訟中，即可使有理由而雖不諳法律或訴訟者亦可獲勝訴，理屈者受到應得之民事制裁（敗訴）；通俗而便民，其判決方符合社會之正義，人民訴訟之權（憲法第十六條）方可獲得確實之保障；而一個紛爭一次解決，符合訴訟經濟，且不致於有二個結果相異之矛盾判決出現，對於司法威信之建立亦有裨益（駱永家 民事法研究 I 46~48頁）。

### (2)票據債權與借款債權毋庸排定順序

票據債權與借款債權同時主張，並非有二個訴訟上之請求。而係爲使一個訴訟上之請求爲有理由，而主張實體法上二個個別的權利而已。原告並未期待就兩請求（實體法上的）獲得勝訴判決，又就訴訟上之保護言，就兩請求（實體法上的）爲原告勝訴判決亦屬過度保護。原告應受判決事項之聲明訴請求返還80萬元，此點實體法上之兩請求均無分軒輊，故不必定何者爲主位，何者爲副位而爲審理（駱永家 民事法研究 II 81頁）。

## (二)甲又對乙依借款還請求權起訴，主張乙向甲借貸80萬元未還：

### 1.如採舊訴訟標的理論（或新訴訟標的理論中二項說與新實體法說）

票據債權與借款債權爲二不同之訴訟標的，於前票據債權訴訟敗訴確定後，仍得依借款還請求權起訴主張。

### 2.如採新訴訟標的理論中一項說

票據債權與借款債權係就同一訴訟標的（「受領一回給付之地位」、「受給權」）下，而主張實體法上二個個別的權利（不同之攻防方法）而已。於前票據債權訴訟敗訴確定後，於言詞辯論終結前可得主張之攻防方法（借款債權），亦不得本於同一訴訟標的（「受領一回給付之地位」、「受給權」）再行主張。

三、原告甲主張，被告乙飲酒後駕駛重機車飆車而撞及原告甲之子丙，致丙不治死亡，伊係向銀行貸款新台幣（下同）200萬元，始能含辛茹苦獨立撫養丙完成研究所教育遭此巨變，實受有重大精神上痛苦，遂訴請乙賠償非財產上損害900萬元，並提出銀行借款契約書，以資佐證。案經高等法院判決乙應給付甲非財產上損害60萬元，並駁回其餘之請求。高等法院駁回甲其餘之請求，其理由為：

- (一) 本案車禍既經車輛肇事鑑定委員會鑑定乙、丙應各負百分之五十之過失責任，則甲亦應負百分之五十之過失責任、
- (二) 證人丁雖陳述乙有飆車之行爲，但未能提出確切資料以實其說。
- (三) 斟酌兩造身分、地位、經濟狀況以及被害人甲所受之痛苦，甲所受之非財產上損害為120萬元，惟依過失相抵原則，僅得請求60萬元。

如果您為原告甲委任之律師，應如何於第三審上訴理由狀中具體敘明高等法院判決關於（一）車輛肇事鑑定委員會之鑑定報告、（二）證人之證詞、（三）非財產上損害之酌定等部分，有如何違背法令之處？ (94律)

〔解析〕

**(一) 鑑定報告：未提出任何專業意見之判斷**

鑑定人為依法院之選任，依自己之知識，於他人訴訟陳述關於特別法規或經驗定則之意見之第三人也。然該鑑定報告對下列事實對乙、丙之過失比例完全未有論斷：

1. 乙飲酒，於肇事時酒精濃度若干（行政秩序罰0.25毫克以上或刑罰0.25毫克以上，亦或未達處罰標準），對於乙駕駛時產生如何之影響，未提出任何專業意見。
2. 乙駕駛重機車飆車，時速多少？行駛於慢車道或快車道？有無煞車痕跡？煞車痕跡多長？未提出任何專業意見。
3. 丙有何疏失？  
丙駕車或為行人？若駕車，是機車或汽車？如何角度撞擊導致駕車之人因而死亡？丙若為行人被撞地點（人行道？慢車道？快車道？斑馬線？）？過失態樣（橫越馬路？闖紅燈？未戴安全帽？）？

**(二) 證人丁未能提出確切資料以實其說：違背證據法則！**

**1. 證人為陳述事實之人證**

證人是依法院之命，於他人之訴訟，陳述其見聞事實之第三人也。「乙有飆車之行爲」此為「待證事實」，而證人丁僅須於法庭陳述其見聞事實（有無

親見乙駕駛重機車飆駛而至？有無聽聞緊急煞車之聲音？）即完成其證言之義務，而毋庸「提出確切資料以實其說」。

## 2. 法院誤認「待證事實」與「證據」之差異

證人丁依嚴格證明程序於法院陳述證言完畢，若法院不欲採納證人之證言，應於判決理由交代捨棄之理由。然法院誤認「證據方法」而不採證據資料，自有背證據法則之判決違背法令。

### (三) 非財產上損害之酌定：認定120萬之慰撫金，完全未有論斷

1. 非財產上損害此即精神上痛苦，原判決對甲與丙之日常生活相互扶持，甲獨立扶養丙完成研究所教育，扶養過程備極辛勞，不幸痛失愛子，將來生活完全頓失目標，精神上遭受莫大痛苦。然法院對精神痛苦程度（單親家庭，完全家庭，獨子或尚有其他兒女，扶養歷程）完全未有交代。
2. 兩造身分、地位、經濟狀況（兩造之財產所得狀況），亦即，加害人之財產狀況，被害人之 200 萬銀行借款契約書，完全未加論斷。

四、甲男與乙女交往 2 年多，於民國 90 年 3 月 10 日結婚，同年 6 月 1 日乙女產下丙男。甲男因工作之需，將乙女與丙男安置於台北市，獨自前往高雄市居住，按月支付乙女生活費 2 萬元，丙男之育嬰費 1 萬 5 千元。91 年 1 月 5 日，甲男以乙女於婚前即同時與 A 男有不正常之關係，婚後，尤其甲男在他處工作之期間，A 男夜赴乙女之居處共宿，主張乙女與 A 男通姦，提起離婚之訴，於同一訴並否認丙男為其子。問：

- (一) 乙女得否就甲男對丙男應負擔之育嬰費用請求法院定暫時狀態之處分。
  - (二) 為確定甲男與丙男之父子關係，法院得否依職權逕行命 D.N.A. 之鑑定。
  - (三) 法院為確定乙女與 A 男之交往，得否依職權調閱乙女住處大樓之監視錄影
  - (四) 甲男若獲敗訴判決，得否主張前訴之訴訟進行中，乙女不斷虐待甲男之母親，再行提起離婚之訴？
- (94 律)

### 〔解析〕

#### (一) 乙女得請求法院就扶養費用為定暫時狀態之處分

於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分 (§538 I)。說明如下：

1. 須有爭執之法律關係（標的）  
甲就丙男是否為其婚生子女已提起訴訟爭執，意謂，甲已否認其親子關係而不願對丙男盡保護照顧及扶養義務，故育嬰費用之法律關係已在當事人間發生爭執。
2. 須為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要（原因）  
丙男尚屬年幼，若甲停止支付育嬰費用，勢必對丙男之成長產生重大影響，可謂急迫危險之存在，故乙女得請求法院就扶養費用為定暫時狀態之處分。

#### (二) 法院得依職權逕行命 D.N.A. 之鑑定 (§596 準用 §575 之 1)

父子關係訴訟上，法院為解明父子關係存否之事實，得依聲請或依職權命當

事人或第三人為血緣鑑定。當事人或第三人接受抽血、提供血液等以資檢驗，係協助法院實施勘驗。此等忍受勘驗及提出勘驗物之義務，雖係一般義務或一般化義務，但法院於認有必要時，始得命當事人或第三人為之，以避免血緣鑑定成為證據摸索。而且，當事人或第三人有正當理由時亦得拒絕接受檢驗。惟其拒絕有無正當理由，應比較衡量實施血緣鑑定所取得之利益與拒絕勘驗所保護之利益而定，於後者大於前者之情形，始構成正當理由。因此，必須依事件類型斟酌各種情況個別判斷之，特別是站在訴訟上真實之發現、裁判上公正之要求與其他應受保護價值互相衝突之基本觀點，斟酌該血緣鑑定之重要性、必要性、其他證據取代之可能性等各種證據法因素，法院於進行綜合性判斷之際，尤應斟酌實施血緣鑑定有無損害於未成年子女之最佳利益，拒絕鑑定是否妨礙子女知悉自己出身之人格權益。

### (三) 不得依職權調閱乙女住處大樓之監視錄影 (575)

1. 婚姻在公益上應予維持，我國傳統上亦以維持婚姻為貴，故法院因維持婚姻或確定婚姻是否無效或不成立，得斟酌當事人所未提出之事實 (§575 I)，此乃辯論主義之例外。
2. 採職權探知主義，為維持婚姻，只限離婚，撤銷婚姻；反之，確認婚姻無效，或不成立，則不受限制，因無婚姻可維持。
3. 於離婚訴訟中調閱乙女住處大樓之監視錄影，以證明 A 男夜赴乙女之居處共宿，足使婚姻關係解消，故此事實之證明應採辯論主義，非經原告提出此證據方法，法院不得依職權調閱。

### (四) 不得再行提起離婚之訴 (§573 I)

1. 更行起訴之限制 (確定判決之失權效)  
同一婚姻之訴訟，既許在第一審或第二審任意為訴之合併、變更、追加或提起反訴，為貫徹一個婚姻關係之紛爭一次解決之原則，故婚姻事件於其訴或反訴被駁回後再行提起獨立之訴時，應加以限制。
2. 原告甲之不得再行提起離婚之訴  
提起離婚之訴 (民法§1052 I ②)，因無理由被駁回者，受該判決之原告甲，不得援以前依訴之合併、變更或追加所得主張之事實 (§1052 I ④)，再行提起獨立之訴。