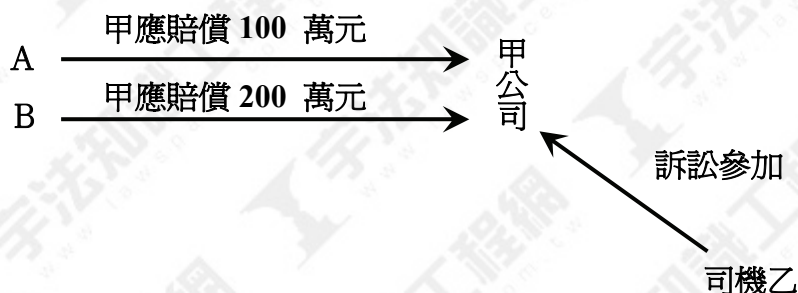


〔95 年律師高考〕

一、成年人A和B搭乘甲公司之客運車返家，司機乙因酒後駕車，於十字路口闖紅燈而與路過之貨車相撞，A因在車上和B嬉鬧，兩人皆未站穩而衝撞車內之座椅，A因而右手骨折，B則左腿骨折，經人送醫救治後，兩人皆需長期復健。A、B因和甲就賠償問題談不攏，即共同為原告而以甲為被告，於管轄之地方法院提起訴訟，A請求甲應賠償其新台幣（下同）100萬元，B則請求甲賠償200萬元。乙則參加訴訟輔助甲。言詞辯論時，乙主張A、B在車上嬉鬧係與有過失而應過失相抵，A承認當時確實在車上和B嬉鬧，B沈默不語，然而甲為維護其商譽，立即表示車禍係乙酒後駕車引起，不須再提與有過失之答辯，並願賠A50萬元，B70萬元，希望和解。乙表示賠償之金額太高，其無法接受。A當庭表示願接受甲之賠償並和解，B則希望甲能將賠償金額提高至100萬元。問：A、B、甲及乙於言詞辯論時之行爲發生何種效力或效果？（95 律師）

〔擬答〕



（一）原告A與被告甲和解之行爲效力不及於原告B

1.應適用共同訴訟人獨立原則

原告A與原告B雖共同起訴，然訴訟標的對二人無須合一確定，並無相互牽制之情形存在，核其性質應屬普通共同訴訟，共同訴訟人間之關係應適用共同訴訟人獨立原則，亦即，共同訴訟中一人之行爲，如自認、撤回、提起上訴等，或他造對於共同訴訟人中一人之行爲，如捨棄、認諾等，以及關於共同訴訟人一人所生之事項，如訴訟程序因當事人死亡而停止等，無論對於其他共同訴訟人有利或不利，其效力均不及於其他共同訴訟人（§55）。故原告A與被告甲和解之行爲效力不及於原告B。

2.並無主張共通原則之適用

（1）主張共通原則之內容

為求普通共同訴訟人間能達事實及論理上之一致，避免裁判矛盾之情形產生，普通共同訴訟人間得適用主張共通原則及證據共通原則。主張共通原則乃指共同訴訟人中之一人為某項主張，而其他共同訴訟人未積極的為與該主張相牴觸之行爲，以有利於其他共同訴訟人者為限，其效果及於其他共同訴訟人。

（2）案例事實解答

A 承認當時確實在車上和 B 嬉鬧，B 沈默不語，原告 A 之陳述「不利」於其他共同訴訟人 B，故無主張共通原則之適用。

(二) 原告 A 與被告甲和解之行爲將發生終結訴訟之效力

按訴訟上之和解，爲私法上之法律行爲，同時亦爲公法上之訴訟行爲，即一面以就私法上之法律關係止息爭執爲目的，而生私法上效果之法律行爲，一面又以終結訴訟或訴訟之某爭點爲目的，而生訴訟法上效果之訴訟行爲，兩者之間，實有合一不可分離之關係。故如原告 A 與被告甲達成和解，將發生被告甲應對原告 A 之 50 萬賠償義務，並發生終結訴訟之效果。

(三) 原告 A 與參加訴訟人乙不生任何訴訟上效果

參加訴訟人乙雖爲輔助當事人被告甲勝訴而參加訴訟，然並非訴訟當事人，亦非本法§63 參加效力之規範主體，亦即「參加人乙」與「他造當事人 A」間，非參加效力所及。

(四) 原告 B 與被告甲仍應繼續訴訟

1. 未達成和解

被告甲提出願賠償 B 70 萬元，原告 B 則希望和解金額爲 100 萬元，未能達成和解，故原告 B 與被告甲仍應繼續訴訟。

2. 被告甲之陳述構成自認

甲爲維護其商譽，於訴訟上表示車禍係乙酒後駕車引起，此種對於他造主張不利於己之事實，於法官前，承認他造主張爲真實之陳述，性質爲「自認」，將產生如下效果：

(1) 法院：

應即爲判決之基礎，無庸進行耗時費日之調查證據程序。

(2) 自認當事人：

自當爲其自認所拘束，不得任意提出相反之主張。可專注其他重要事項之爭執，可簡化訴訟程序，促進訴訟程序順利進行。

(3) 他造當事人：

無庸舉證證明該事實之真偽。

(五) 原告 B 與參加訴訟人乙不生任何訴訟上效果

(六) 被告甲與參加訴訟人乙不生參加效力

1. 基於公平分擔敗訴之危險性本應發生參加效力

參加效力係指「參加人」不得對其「所輔助之當事人」主張本訴訟之裁判不當 (§63 I)「所輔助之當事人」亦不得對「參加人」主張本訴訟之裁判不當 (§63 II)，其法理基礎乃係基於公平分擔敗訴之危險性。

2. 然在此不生參加效力

參加效力既基於公平分擔敗訴之危險性而來，故本法於§63 I 但書即規定：「因所輔助當事人之行爲，不能用攻、防方法者。」爲參加效力之排除事由，在此，參加人提出 A、B「與有過失」與「賠償金額過高」之抗辯，但皆因被告甲之行爲（車禍係乙酒後駕車引起，不須再提與有過失之答辯）而

無從爭執，故二人間不生參加效力。

二、甲男以其妻乙女與丙男有通姦行為，依侵權行為起訴請求二人賠償精神慰撫金，並提出其委請徵信社所取得之下列證據資以佐證。證據A：對丙家中電話竊聽，內容有乙及丙猥褻對話之錄音帶一捲及其譯文一件。證據B：在丙家中竊裝針孔攝影機所錄得之乙及丙間於某日之性交畫面。證據C：徵信社員丁跟拍乙與丙在某公園當眾接吻照片二張。證據D：乙、丙於某日一起進入某汽車旅館之進、出房門照片各一張。證據E：證人丁跟蹤目擊乙多次深夜進入丙獨居套房內。問：（一）假設您係丙之律師，如您認為有全部或部分之證據應被排除，試提出相關法理依據說明之。（二）反之，若您係甲之律師，對於被告所提證據排除法理之陳述，請嘗試提出不同見解，用以說服法官採用該等證據；或即使法官於開庭時最後仍表示不採用該等證據，此時，您尚得提出如何之法理或見解，藉以說服法官作出對甲有利之事實認定？

（95 律師）

〔擬答〕

（一）丙律師應以「維護人民隱私權及人格尊嚴」為由主張證據均不具證據能力

1. 避免憲法基本權遭侵害

若當事人提出於法院之證據係屬違法取得，而法院調查並使用證據之行為，足以導致人民憲法上受保障基本權之侵害，且該證據之調查及使用，倘無法符合憲法第二十三條比例原則之權衡要求，則本於上開公平審判之要求與憲法上人民基本權保障之意旨，法院自應禁止該證據作為認定事實之依據，亦即應排除該證據作為裁判之基礎。

2. 刑事訴訟與民事訴訟不應有所差異

為求法秩序一致，民事程序於追求真實發現時，仍有就憲法規範保障權利、誠信原則、正當法律程序等價值綜合權衡之必要，若有以重大侵害人格權、隱私權而取得之證據方法，發現真實與促進訴訟之要求即有退讓之必要。雖民事訴訟法無類似刑事訴訟法第一百五十五條第二項之規定，惟自憲法秩序與價值之一致性，同屬司法權之民事訴訟程序，當無自外於憲法正當法律程序之要求，且權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的；行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第一百四十八條定有明文，此誠實信用原則除於公法領域適用外，於程序法上亦應加以援用。

3. 採為裁判基礎無異對為違法行為之鼓勵

準此，於民事程序中倘允許採認違法取得之證據，無異形同對於違法行為之鼓勵。是於民事程序亦應透過個案衡量兩造權利受保護之必要性，尤其是被違反法規所保護之法益及舉證人於訴訟上利益，在兼顧比例原則下具體衡量，對於違反程序法或實體法之規定所取得之證據資料，衡諸正當法律程序、訴訟誠信、法秩序統一性、抑制違法收集證據等價值，仍須在一定限度內，就違法取得證據資料之證據能力加以限制之必要。

4. 促使當事人放棄不法採證手段，而改採合理之訴訟行為

或謂當事人如以侵害他人權利之顯不相當方式進行採證，他造自得對其提出民、刑訴訟，而無禁止之必要，然法院之判決，不僅在維護當事人間之個案權利，亦藉由案例之累積，為社會提供法秩序基礎以避免將來之紛爭；而法院之存在，更係避免人民間之私力救濟，是如採前述主張，則不啻鼓勵無懼於將來被訴之當事人，得不顧後果的以各種不相當之方式採證？於此情形，法院不僅未能藉由建立法秩序基礎以避免將來之紛爭，更單純淪為當事人間私力救濟之工具，實非妥適；反之，如法院能拒絕此類證據，則將來之當事人慮及以顯不相當方式進行採證之證據不能為法院所採，且可能受到他造之民、刑追訴，應即會放棄此類採證手段，而改採合理之訴訟行為。從而，以侵害他人權利為手段之採證行為，所得之證據能否為民事法院所採，不能一概而論，而應以其主張之法益與他造被侵害之法益間之輕重，依比例原則決定之。

5. 蒐證困難不得成為不法採證的合法化藉口

原告雖又主張不經由竊錄之方式，通姦案件將難以蒐證。雖說此種主張於現今社會可能有所依據，但於未簽立借據且無匯款紀錄之消費借貸事件、否認票據上印文為真正之票據事件、口頭訂貨而無任何相關紀錄之買賣糾紛事件、乃至於在路旁遭車輛撞擊惟駕駛人矢口否認之侵權事件，均有可能發生無從蒐證之困境，則於此情形下，是否債權人即得對債務人或侵權行為人進行竊視，並以該債務人及第三人之錄影作為證據？如法院及一般人民均無法接受前述債權人之行為，則何以獨能接受與前述情形相類之配偶間竊錄行為？是以於審酌比例原則時，所考量者應不僅限於兩造間之法益輕重，亦需考量判決所可能引起之後續社會效應。於本件中，如法院認此類證據有證據能力，則類似案件（非限於通姦案件）之當事人即有可能群起效尤，以竊聽、竊錄此一便利、成本低廉之手段四處蒐集有利於己之證據，換言之，或許部分之當事人之損害，可藉由此種手段透過法院而取得賠償，但於法院外不特定且為數極為眾多之人民，卻必須因此時時活在一言一行可能遭到竊聽、竊錄之恐懼之中，孰輕孰重，應已極為明顯。

（二）甲律師應以「通姦或破壞婚姻事件之特殊性」主張證據應具有證據能力

通姦或破壞婚姻事件應注意其事件特殊性，亦即，在此等案例中，涉及被害人之家庭圓滿期待權、配偶權及為實現其權利保護之證明權，對於擬以通姦事由提起離婚或損害賠償之原告，應有謀求合理平衡及保護之道之必要。其可能解決途徑例如：

1. 承認配偶享有不貞蒐證權及進入道德危險領域之配偶負較高之解明義務

實體法既承認配偶於婚姻有「權利」存在，則是否基於自助行為或類似正當防衛之原理可推得配偶一造於他方有出軌之重大可能性存在時（例如與異性進入汽車旅館）應容許一定程度之不貞蒐證權，以保障配偶之實體權利及訴訟上之證明權，例如允許跟蹤及對配偶與他異性於公共場合或汽車旅館之入口前等處所出入情形予以攝影及拍照？就跟蹤而拍得在陽明山草叢中或汽

車內或進入汽車旅館門前之照片，承認其得利用之法理；且可基於貞操義務所衍生，於配偶一造進入「道德危險領域」（如與異性旅館、汽車旅館、同遊宿國內、外、多次深夜允許異性自宅留宿或長時間駐留等類似情形）之情形，若令該造配偶負有較高之解明（清白）義務，應屬不過苛之期待。

2.證明妨礙應有其適用

若配偶有合理懷疑根據，而直接或會警要求開門（於旅館或住宅中），卻拒不開門或不合比例之遲延開門，則似可考慮以證明妨礙制度規範之。

3.盡量利用間接事實推論通姦之主要事實

應就以通姦為由所提起之離婚與損害賠償之訴，如有足以令人懷疑之事跡，亦即非屬空穴來風，似可依情形考慮認為此一事例之證明顯有困難乃民事訴訟法§277條但書所謂顯失公平之情形，而予以舉證責任減輕，其方法可考慮以證明度降低之方式為之。而在認定事實之際，應盡量利用間接事實，藉由經驗法則而推論通姦之主要事實，此則為事實審法院應特別注意者。

（三）應充分利用經驗法則及間接事實使原告有成功舉證之機會

1.非侵入隱私領域而取得之證據應肯認其證據能力

證據C：徵信社員丁跟拍乙與丙某公園當眾接吻照片二張。證據D：乙、丙於某日一起進入某汽車旅館之進、出房門照片各一張。證據E：證人丁跟蹤目擊乙多次深夜進入丙獨居套房內。以上三項證據，縱屬竊攝錄者，基於通姦案例之特殊性加以考慮之見解相合，亦即對於通姦人與相姦人在戶外或進入旅館前之情形所攝得成果，或證人所見聞資料，均得加以利用。

2.提供家庭破裂邊緣之原告，能有以較輕之侵害手段成功蒐證之契機與方向。

於類似事件中，法院宜對於間接證據善加利用，利用經驗為合理判斷，如此乃能導引在家庭破裂邊緣之人，能有以較輕之侵害手段成功蒐證之契機與方向，而此一社會教育功能，應可謂適為判決所欲達成之理想乎！若不然，若有仍持採用該等違法證據者，或雖拒絕採用違法證據，但未適當運用間接事實及證據進行經驗上合理推理者，則類似案例之灑狗血劇情仍將持續上演，如此，又滿足了何等正義觀哉？可不慎乎？（姜世明 違法取得證據之可利用性 本土69期 249—254頁）

三、X 2 以 X 1（已死亡）之遺產管理人名義，向 Y 1 起訴，主張 Y 1 向 X 1 借款未還，請求如數償還。經第一審法院審理相關事證，認定借貸關係並非存於 X 1 與 Y 1 之間，而係存在於 X 1 與 Y 2 公司（Y 1 為其負責人）之間，故判決原告敗訴。原告 X 2 上訴，並以 Y 2 公司取代 Y 1 為被告，但 Y 1 與 Y 2 公司均不同意，第二審法院應如何審理？試附理由說明。（95 律師）

〔擬答〕

（一）原告於二審欲以 Y 2 公司取代 Y 1 為被告乃屬訴之變更

1.訴之變更之意義

訴之三要素：當事人、訴訟標的、訴之聲明，只要有一變更，即屬訴之變更。亦即原告於起訴後於該訴訟程序以新的三要素代替原有之訴。

2. 訴之變更之目的

- (1) 便利原告主張權利
- (2) 可援用以往之一切訴訟資料，而達訴訟經濟之要求
- (3) 避免裁判矛盾，審理重複

3. 訴之變更之要件

(1) 訴狀送達前為之者

訴之變更限制，乃在保障被告程序上之利益（原告於起訴後，如可任意將原訴變更，將使被告準備答辯不勝其煩），若起訴狀繕本尚未送達，無礙被告之答辯，自得任意為之（§255 I）。

(2) 須在事實審言詞辯論終結前

在第二審為變更、追加，可能剝奪被告之審級利益，惟審級利益非無例外。故於§255 I ②～⑥仍可為第二審之變更、追加（§446 I）。

(3) 新訴須非專屬他法院管轄（§257）

(4) 新訴須非不得行同種類之訴（§257）

(二) 法律特許為訴之變更或追加者

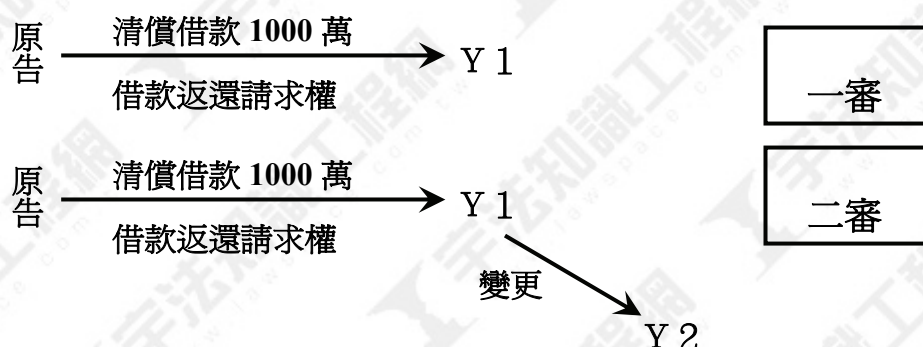
1. 立法意旨

限制訴之變更或追加，被告之程序上利益，雖獲得保障，但對於訴訟之經濟（惟一般當事人於起訴時，如就訴之要素表明不夠周延或有所錯誤，而不能於程序中為訴之變更或追加，勢必另行起訴，與訴訟經濟之原則有違）與原告之利益則生不利益之影響，因之，有放寬訴之變更追加限制之必要。

2. 類型

- (1) 被告同意者（§255 I ①）
- (2) 請求之基礎事實同一者（§255 I ②）
- (3) 擴張或減縮應受判決事項之聲明（§255 I ③）
- (4) 因情事變更而以他項聲明代最初之聲明（§255 I ④）
- (5) 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（§255 I ⑤）
- (6) 追加中間確認之訴（§255 I ⑥）
- (7) 不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者（§255 I ⑦）
- (8) 人事訴訟程序有特別規定者（§572、§588、§596）

(三) 案例事實解答



1.當事人於二審變更非法律所允許

- (1)訴之變更或追加，應係以利用在先前之訴訟程序所得之訴訟資料，就新訴為審判之前提而規定其要件。
- (2)當事人若有變更，則除在承受訴訟之情形以外，並不承認訴訟狀態之繼續，應非民事訴訟法上所預想之訴之變更或追加。
- (3)況且於二審欲以Y 2公司取代Y 1為被告，此種二審所為當事人之變更，實已剝奪Y 2公司之審級利益，於Y 1與Y 2公司均不同意下，第二審法院應以所變更不備起訴要件，裁定駁回之（§249 I ⑥）。

2.惟有學者認為應允許以Y 2公司取代Y 1所為之當事人訂正

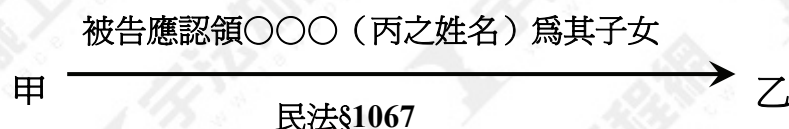
- (1)判斷當事人變更與否，牽涉到程序保障之理論，應依評價規範之原理判斷之。如果當事人之同一性並無變更，即非當事人之變更，而係當事人之訂正或補正之問題。
- (2)一審之審理雖係以Y 1為被告，然Y 2公司之負責人為Y 1，而Y 1全程參與一審之言詞辯論，雖最後一審法院認定實際積欠債務之人為Y 2公司而非自然人Y 1，然公司之所以須設董事為公司之機關，係因法人為組織體，無法自為實體行為，故須設此等機關為法人從事實體行為，故負責人Y 1全程參與一審之言詞辯論，無異Y 2公司全程參與一審之言詞辯論，故在此根本無程序保障欠缺之問題，故二審原告欲以Y 2公司取代Y 1，不應認係此為當事人之變更，而應係當事人之同一性並無變更之「訂正或補正」之問題。故二審法院應就Y 2公司續為審理。

四、甲為丙之生母，起訴請求乙應認領丙，其理由略為：甲曾與乙同居，於該段期間內懷孕生丙。乙則否認丙為其子女，並稱甲同時與多名男性均有交往。試問：

- (一)甲之訴訟如因無理由被駁回確定，該確定判決對丙有何效力？丙得否再起訴請求乙認領丙？
- (二)甲獲勝訴判決確定後，丁男始知悉，且認為丙應為其子，而非乙之子。遂就教於律師，如何才能使丙認祖歸宗。如果您是丁之律師，得如何為丁為訴訟上請求？

(95 律師)

〔擬答〕



(一) 人事訴訟之判決在一定範圍內效力及於第三人

1.該確定判決對丙不生效力

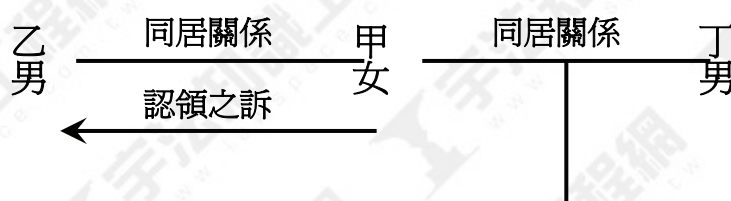
人事訴訟程序涉及公益，其確定之法律關係，有例外及於第三人之必要，就親子關係事件所為之判決，對於第三人亦有效力（§596 準用§582 I）。惟民法第一千零六十七條規定，認領子女之訴，除非婚生子女之生母或其他法定

代理人外，非婚生子女亦得獨立提起之，倘訴訟係由生母或其他法定代理人起訴，不論勝敗，其確定判決之效力亦均及於非婚生子女，則影響其請求認領訴訟權之行使，故認領子女之訴，由生母或其他法定代理人起訴因無理由被駁回者，其判決效力不及於非婚生子女（§596 I 但書）。

2. 丙得再行起訴請求乙認領自己

丙不為甲乙判決效力所及，已如前述，非婚生子女丙自得依民法第一千零六十七條規定，以自己為原告而以生父乙為被告，再行提起請求法院命非婚生子女之生父乙，認領自己為其子女之訴。

(二) 自認為丙真實生父之丁得提起第三人撤銷訴訟使丙認祖歸宗



1. 甲乙判決效力及於丁

丙

為貫徹訴訟經濟之要求，擴大訴訟制度解決紛爭之功能，就特定類型事件，有時需擴張判決效力及於訴訟外之第三人，以統一解決訴訟當事人與該第三人間之紛爭。甲對乙提起之認領訴訟獲勝訴判決確定後，其確定之親子法律關係，對於第三人丁亦有效力（§596 準用§582 I）。

2. 不應剝奪自認為丙真實生父丁之訴訟權

為保障受判決效力所及第三人之權益，本法固於§67 之一明定法院得於事實審言詞辯論終結前相當時期，將訴訟事件及進行程度以書面通知就訴訟之結果有法律上利害關係之第三人，使該第三人有參與該訴訟程序之機會。惟實際上第三人未必恆受參與訴訟程序之機會（例如本案例事實之丁），倘其係非因可歸責於己之事由致未獲得該機會，而未參與訴訟程序，則強令其忍受不利判決效力之拘束，即無異剝奪其訴訟權。故為貫徹程序權保障之要求，使該第三人於保護其權益之必要範圍內，得請求撤銷甲乙原確定判決。

3. 丁得以甲乙為被告提起第三人撤銷訴訟

(1) 原告丁：有法律上利害關係之第三人

提起第三人撤銷訴訟之原告適格，須為訴訟當事人以外之第三人，且此第三人須就訴訟上有法律上之利害關係。所謂有法律上利害關係係指第三人在私法上之地位，因確定判決受直接或間接之不利益而言。在此如甲對乙之認領訴訟將產生對世效力，自認為真實生父之丁，將無法與丙發生親子關係，其有法律上利害關係，自不待言。

(2) 被告為確定終局判決兩造當事人甲乙

4. 丁無法循其他法定程序請求救濟

(1) 第三人撤銷訴訟之補充性

第三人撤銷之訴，係對於利害關係第三人之特別救濟程序，如該第三人依法

應循其他法定程序請求救濟者，即不應再許其利用此制度請求撤銷原確定判決。

(2) 丁能否提起「確認甲丙親子關係不存在」或「確認丙丁親子關係存在」訴訟救濟之？答案為否定！

如甲對乙之認領訴訟勝訴且發生對世效力，則甲丙親子關係存在，應成為其他訴訟提起時之基礎關係（判決效力之積極作用：禁止矛盾），故丁如提起「確認甲丙親子關係不存在」或「確認丙丁親子關係存在」訴訟均應以欠缺確認利益加以駁回。

(三) 丁提起第三人撤銷訴訟將發生對世效力

1. 第三人撤銷訴訟之判決效力

(1) 原則：於原確定判決當事人間仍不失其效力（§507 之四 II 本文）

第三人撤銷之訴，旨在除去原確定判決對該第三人不利部分之效力，而非全面否定原確定判決之效力。故為維持原確定判決之安定性，原則上法院就第三人撤銷之訴所為撤銷、變更原判決之判決，僅具相對效力，故原判決縱經撤銷或變更，於原當事人間仍不失其效力。

(2) 例外：於須合一確定之原確定判決當事人間亦失其效力（§507 之四 II 但）

但於訴訟標的對於原判決當事人及提起撤銷之訴之第三人必須合一確定之情形，如仍維持原確定判決在原當事人間之效力，該第三人因原確定判決所生之不利益即難以獲得充分救濟，自應使原確定判決在原當事人間亦失其效力。

2. 丁提起第三人撤銷訴訟將發生對世效力

身分關係為求安定性，其確定之法律關係，有及於第三人之必要，生對世效力，訴訟標的對於原判決當事人及提起撤銷之訴之第三人有合一確定之必要，故丁如勝訴，甲乙丙之親子關係將生解消之效果。

3. 丁於勝訴後，再對丙為認領之意思表示，即生丙丁親子關係之效果。

甚或，丙對甲乙提起自認為丙生父之第三人撤銷訴訟，即得評價為「寓有認領」意思表示之行使，於第三人撤銷訴訟勝訴確定時，發生丙丁親子關係之效果。