

民事訴訟法研究基金會

民事訴訟法之研討

(一)





00350



9 787770 1298219

民事訴訟法之研討 (十一)

ITEM0007

00168

民事訴訟法研究基金會

民事訴訟法之研討
(十)



版 權 所 有
翻 印 必 究

民事訴訟法之研討（士）

二〇〇三年十二月初版

發行人 財團法人 民事訴訟法研究基金會
（民事訴訟法研究會）

總經銷 三民書局有限公司
地址：台北市復興北路三八六號
劃政劃撥帳戶 0 0 0 9 9 9 8 — 5 號

印刷者 文匯印刷資訊處理有限公司

定 價 平裝 新台幣參佰伍拾元整
精裝 新台幣肆佰元整

「民事訴訟法之研討」編輯緣起

一九八〇年初，在國內各大學講授民事訴訟法之陳珊、李學燈、姚瑞光、張特生、楊建華、陳榮宗、陳石獅、駱永家、陳計男、邱聯恭、范光群諸先生（依年齡先後序），鑑於我國民事訴訟法之理論及實務水準亟待提昇，追求學問之道，貴在時相切磋琢磨，定期性、經常性法學研究會有待倡行，乃於同年二月二十四日商定自同年六月起每隔三個月舉辦民事訴訟法研討會一次，各自選定題目輪流提出研究報告，進行研討，並予錄音紀錄，然後將其內容整理成文，依次發表於法學叢刊。循此方式，經第一輪次以後，史錫恩、王甲乙、曹鴻蘭等先生（依年齡先後序）相繼參加。又許士宦及呂太郎等先生自第四十二次研討會，曾華松、雷萬來等先生自第四十六次研討會，吳明軒先生自第六十次研討會、林望民先生自第六十五次研討會、張文郁先生及沈冠伶女士均自第七十五次研討會，亦先後與會。

爲使民事程序法學之研究綿延不絕，乃由張特生、史錫恩、王甲乙、楊建華、曹鴻蘭、陳榮宗、陳石獅、駱永家、陳計男、邱聯恭、范光群諸先生（依年齡先後序）於一九九〇年十二月十六日共同發起成立財團法人民事訴訟法研究基金會，並任第一屆董事，負責推動上開研究事務，經於翌年二月完成法人設立登記。

又，爲防免資料散佚，特將上開研討紀錄，依次輯爲單行本如本，公諸於世。本書收錄第七十八次至第八十二次研討紀錄共五篇次，並逐篇於文前列明研討會次別，於文後註明原刊載之期別及年月，命令爲「民事訴訟法之研討(上)」。至於以前各次研討紀錄，共輯爲十冊如本書附錄所載內容，均已分別出書。

關於歷次研討紀錄之發表，多承法學叢刊社之協助，其內容之錄音整理，悉賴擔任紀錄諸君（詳如本書各篇文前所載）之辛勞，而本書之編校，則承台灣大學法學碩士王玉如律師之協助，將併此誌謝。

財團法人 民事訴訟法研究基金會

二〇〇三年十二月

於臺北市

參與研討人

(依年齡先後順序，分別示明所參加之
研討會次別及發言主旨之所在頁數)

- 吳明軒 (78) 5~6, 17~18, 35~38, 41~42, 45~46, (80)161~165, (81)270~272
- 張特生 (79) 92~94, (82)361~365
- 王甲乙 (78) 5, 40, (79)106~108, (80)177~179, (81)256~259
- 曹鴻蘭
- 陳榮宗 (80)145~147, (82)333~334, 377~379
- 陳石獅 (80)170~172, (81)264~267, (82)379~380
- 曾華松 (78) 27~28, (80)165~168, (81)295~297, (82)355~357
- 駱永家 (78) 6~7, 11~14, 18~19, 31~32, 46~49, (80)123, (81)259~261, (82)352~355
- 陳計男 (78) 19~20, 43~44, (80)172~174, (81)267~270, (82)357~361
- 邱聯恭 (78) 3~15, 18~19, 23~25, 28~30, 32~50, 52~58, (79) 96~106, 109~120, (80)179~187, (81)284~290, 297, (82)365~373, 382~383
- 范光群 (80)174~177, (81)272~275
- 雷萬來 (79) 79~83, 105~106, 109~119, (81)253~256, (82)301~333, 364~365
- 鄭傑夫 (80)159~161, (81)279~282, (82)351~352
- 許士宦 (78) 20~22, 33~34, 51~52, (79)85~92, (80)154~159, (81)191~250, (82)337~344
- 呂太郎 (78) 22~23, 30~31, 33, 38~39, 44~45, 50~51, 53, (79) 94~96, (80)123~145, (82)334~337
- 張文郁 (78) 16~17, (80)168~170, (81)275~277
- 林望民 (78) 14~15, 34, (79)61~79, 108~109, (80)147~148, (81)277~279
- 沈冠伶 (78) 25~27, (79)83~85, (80)148~151, (81)250~253, 292~295, (82)344~347
- 姜世明 (80)151~154, (81)261~264, (82)347~351

民事訴訟法之研討（士）目錄

- 78 集中審理與闡明權之行使——
以研討民事訴訟法新修訂條文如何運用為中心
……………邱聯恭等…………… 1
- 79 間接反證……………林望民等…………… 59
- 80 連帶債務之判決效力及相關問題
……………呂太郎等……………121
- 81 逾時提出攻擊防禦方法之失權
……………許士宦等……………189
- 82 論訴訟行為的特質與意思的瑕疵
……………雷萬來等……………299
- ※附錄：「民事訴訟法之研討」（一）至（十）之目錄

集中審理與闡明權之行使
—以研討民事訴訟法新修訂條文如何運用為中心

邱 聯 恭 等

研 討 次 別：民事訴訟法研究會第七十八次研討紀錄

共 同 研 討 人：邱聯恭 王甲乙 吳明軒 駱永家

林望民 張文郁 陳計男 許士宦

呂太郎 沈冠伶 曾華松（依發言先後序）

時 間：民國九十年六月十六日下午七時至十時

地 點：新竹縣觀霧雪霸休閒農場會議室

主 持 人：邱聯恭

紀 錄 人：黃宗旻

壹、前言

貳、研討項目

- 一、適時提出與闡明權之行使
- 二、爭點整理與闡明權之行使
- 三、爭點之曉諭與闡明權之行使
- 四、失權制裁與闡明權之行使

參、參考事例

肆、討論

壹、前言

邱聯恭：

今天舉行民訴法研究會第七十八次研討會，原定的報告人是林望民法官，但他有兩個理由想延後報告：一個是平日承辦的案件太多，以致預定要報告的時間到了，但論文還需要稍微調整，他特別慎重、個性追求完美，想再思考一下才正式提出報告，這是一個原因；另外，他上一次報告和這次輪分的報告時間，後來發現好像排得太擠了，準備上有實際困難，所以決定延後報告。

因為我們本次開會的時間、場地預先都訂了，所以臨時改採共同座談而無報告人或主講人的方式。剛好民訴法自去年修正改採集中審理及適時提出主義施行以後，社會上（尤其法官、律師）有不少意見說，很多條文到底怎麼去解釋、運作不是很有把握，希望本會能夠儘可能提供對於實務上辦案有幫助的一些意見給他們參考。既然有這樣的反應，所以也為了回應這樣的急迫性需求，當時執行長跟董事長等幾位剛好碰面的時候就擬定往這個方向討論看看。由於民訴法新修訂的條文施行以後，像日本都有很多研討會，本會這次的嘗試也很有意義。

但是今天是不是就照「集中審理與闡明權之行使——以研討民事訴訟法新修訂條文如何運用為中心」這個題目來討論，或者要改變方式，如果各位有更好的建議也可以，我們先來決定。是不是仍然由我（因為輪值本次會議當主持人之便）當引言人，還是要另外處理，也請各位指教！為此我這邊試擬了幾個事例項目（如下附件所列），由於今天不一定都有時間討論清楚，或者就其中互相關連的幾個部分先討論。是不是由我或今天在場的哪一位另再提供也可以，像呂太郎法

官、林望民法官目前都從事審判實務，假使認為有些實務上遭遇的問題，迫切需要一起討論看看的也可以提出！最好我們今天不要作太多抽象論，能具體一點，讓實務界的人更容易看懂的程度。

為了討論方便，我前天事先整理了幾個參考案例，今天發給各位。等一下討論時全部不用也無妨，但是萬一討論到比較抽象的理論，還是有什麼問題，需要有例子來研討看看的話，好像針對例子來研究，比較不會空空洞洞，是在這樣的打算下擬出來的。如果各位有更好的案例，或想要採用其他的方法，我們現在也先決定。我們不一定要照這個案例來討論，但如果選其中一兩個案例，就我們事先分發給各位的研討項目，從不同的角度嘗試討論看看，討論的焦點也比較容易集中。不曉得各位覺得怎麼樣？

就各位手上的研究項目，比如說就「適時提出與闡明權」，先由引言人簡要引言、略為說明，然後參加討論的每一位儘可能在三分鐘以內發言，但不必限定發言的次數，也不要限定就每一個項目每一位都要發言。就第一個問題討論到某程度，再提出第二個問題來，認為這個問題有討論的價值我們就繼續發言，反正到某程度就改變一個小主題，就這樣逐項來交換意見，不曉得這個方式是不是適合？我們好像都沒有採用過這個方式。比如說，就新法第一九六條第一項所定「適當時期提出」，人家問說「什麼叫做『適時』？誰來判斷？怎麼來決定？怎麼予以具體化」，法官或律師會提出這個問題。如果從新的法律來看，「適時提出」既然是當事人所負的訴訟促進義務，如果沒有適時提出是不是一定會發生失權的結果？還是也有律師的責任、有法官的責任、還有當事人的責任呢？可能有各種不同的想法。

是不是就照這樣的方式來進行，各位要先來決定；或者決定引言人改為另外一位同仁也可以，我剛好是本次研討會的主持人遇到這個

機會而已，並非報告人。這邊請教各位看怎麼處理。

王甲乙：

研討項目這麼多，是不是可以先集中，一個一個討論？不然太散了。講話散的結果，內容可能也散了，能不能一個題目一個題目來討論？

邱聯恭：

照事先分發給各位的項目順序？不過，其中有的項目可能互有關連，例如第一個問題項目可能跟第四個項目有關也不一定，我們儘可能題目小一點，王院長贊成這樣。

吳明軒：

我提議一下，在討論的時候，實務上可能以「闡明權行使」這一部分最迫切需要。邱教授提供參考的案例，我總覺得第一個題目太抽象了、不夠具體，如果要突顯主題一定要具體。（不具體、抽象的文字，表達出來每個人都不一樣。）所以，為了突顯「闡明權行使」（邱教授題目上二、三、四都是有關闡明權行使），就從【例二】、【例三】、【例四】一個一個來檢討，這樣很具體嘛！我時常講，審判辦案有血有肉，與理論不同，因為它很具體，不是抽象的、打高空的！現在法官辦案需要是具體的，「碰到什麼情形、我該怎麼做」。我們是不是就從【例一】、【例二】、【例三】，看看這幾個案例中有沒有問題、我建議這樣做，不知道各位的意見？

邱聯恭：

吳庭長是說從【例一】開始……

王甲乙：

【例一】就是「適時提出主義」跟「闡明權」的關係。

邱聯恭：

我是這樣設計的，跟其中所列的項目有關，或是等一下其他同仁還有什麼意見的也可提出。就【例一】我先做十分鐘到二十分鐘的引言也可以，然後各位從不同角度再來提出意見，這也是一個方式。

吳明軒：

我們要用「具體」的案件，加以說明。目前在座參加研究的人裡面，有兩位現從事民事審判，一位是呂法官，一位是林望民法官，他們可能有具體的資料提出來，別人多是假設，就「具體」的案件如何行使闡明權，才容易得到共識，如果還是抽象地研究的話，可能要花很久時間。

邱聯恭：

那麼就照剛才吳庭長所說的，先從【例一】討論；項目則依王院長的意見，照我所列項目（如下）的順序，非提到後面的項目不可的話再提。原則上一次發言不要超過三分鐘，重複發言沒有關係。今天討論多少算多少，甚至如果認為有必要，將來再開一次來繼續討論也可以，這樣登出來可能會有幫助！不曉得怎麼樣？

駱永家：

我認為今天這幾個題目都不是很簡單，我們只有兩個小時，如果要針對【例一】、【例二】、【例三】、【例四】一一來討論，恐怕時間不是很夠。我認為你們參與起草的人那時候為什麼這樣修改、這麼規定，可以稍微簡單說明一下。這段時間有些意見、疑竇，比如一些法官說你條文這樣改我們不太懂，現在換我們的立場來看，經過你們說明，看我們是不是瞭解你們的用意；或是你們有什麼疑惑、覺得什麼建議不錯，想去闡明這些條文修改後的意思的。我想這樣可能會快一點，因為這些題目老實講不是那麼簡單，要把事實關係搞懂就要花很多時間，尤其我們現在又剛剛看到。

邱聯恭：

駱教授的意思是說，立法的旨趣要先說明…

駱永家：

你列的這幾條，當然不是要詳細的說明，大致說明一下；對你們立法理由的說明我們有什麼意見，交換一下。

邱聯恭：

這樣好像也沒有衝突。吳庭長的意思是不要只有抽象論，所以現在借用案例來談立法的旨趣，這樣是不是也可以？

駱永家：

有充分的時間是可以，我怕是時間不夠！

邱聯恭：

沒有關係，討論多少算多少。其他的教授有沒有意見？這樣可以嗎？反正等一下就每一個小問題不一定每位都發言。那就這樣，可以嗎？（無異議）

貳、研討項目

- 一、適時提出與闡明權之行使（民事訴訟法第一九六條第一項）
- 二、爭點整理與闡明權之行使（民事訴訟法第二六八條之一第二項、第二七〇條之一、第二七一條之一）
- 三、爭點之曉諭與闡明權之行使（民事訴訟法第二九六條之一第一項）
- 四、失權制裁與闡明權之行使（民事訴訟法第一九六條第二項、第二六八條之二第二項、第二七六條、第四四七條）

參、參考事例

〔例一〕

設原告甲列乙為被告，於九十年五月一日起訴，訴狀上聲明求為判決：「乙應給付甲一百萬元。」陳述之事實理由略為：「乙曾簽發八十八年三月一日期、票面金額一百萬元、付款人為華南銀行和平東路分行之支票一張交付甲，作為償還同金額欠款之方法，卻未獲兌現。為此，基於借款債權，提起本訴。」

問：受訴法院宜如何闡明，始較能貫徹適時提出主義之精神，而達成審理集中化之目標？

〔例二〕

甲列乙為被告，起訴聲明求為判決命乙返還A屋予甲，陳稱：乙向甲租用A屋，約定租期二年、租金每月五萬元，茲租期已屆滿，乙拒不返還A屋，爰起訴請求乙返還A屋等語（第一種情形）；又如甲除陳述上開事實外，亦同時陳述其為A屋之所有權人，乙不應予以占用不還云云（第二種情形）。

問：就此二種情形，法院闡明權之行使應否有所不同？

〔例三〕

原告甲列乙為被告，於九十年六月一日起訴聲明求為判決：「乙應交付A屋予甲（下稱第一項聲明）；並應支付八十萬元予甲（下稱第二項聲明）。」其起訴之事實及理由略為：「甲於八十九年三月一日曾向乙表示有意以價金五百萬元買受A屋，經乙當面點頭表示承諾，詎乙迄未依約履行交屋。其簽發同月三十日期、面額八十萬元之支票一張交予甲，係為償付乙依約定應負之違約金債務，卻未獲兌現。為此，基於買賣標的物交付請求權為第一項聲明，並基於票款債權為第二項聲明。」

(1)設甲於辯論期日為訴之聲明及陳述如上旨之事實、理由以後，乙

聲明求為判決駁回甲之訴，並爭執伊曾對甲承諾訂立買賣A屋之契約。對此，甲則當庭陳明訴外人丙曾耳聞目擊乙點頭表示承諾訂約之事。

問：受訴法院應如何闡明以把握待證事實？於甲為上述陳明後，法院作成通知丙到庭之決定以前，應否先行如何闡明以整理爭點？

- (2)設乙於本案審理中，未爭執上開訂約之事，惟對第二項聲明辯稱：乙雖曾簽發如甲所主張之支票交予甲，但訂約後乙未曾違約，且該票款支付請求權已罹於消滅時效，應可拒付八十萬元等語。

問：受訴法院是否應向甲闡明：其是否有意主張違約金債權作為訴訟標的？如甲表明求受訴法院併以違約金債權為本案審判對象時，就違約金債權之存否及範圍，受訴法院應如何就相關事證之適時提出為闡明？

〔例四〕

甲列乙為被告，起訴聲明求為判決：「確認甲就A屋對乙之租賃權存在」，其主張之事實及理由略為：由於乙欠甲賭債二十萬元，甲遂向乙一方面要求其在二年內將該二十萬元清償完畢，一方面搬進乙所有的A屋居住使用。此事當時係經乙點頭同意。嗣後乙竟然經常到A屋吵鬧，要求甲遷出A屋，甲因此提起本件訴訟。」等語。

問：在甲所陳述之上開原因事實中，未提及兩造是否曾經或如何訂立租賃契約或使用借貸契約之情形下，法院應如何闡明以整理爭點？

肆、討論

邱聯恭：

現在第一個問題，就是民訴法第一九六條第一項要求當事人要「適時提出」，這個規定的規範對象是當事人，但有沒有適時提出的最後判斷者則是法官即受訴法院。由於第一九六條第一項之修正，「適時提出主義」在我國可說已經採用了。從這一條規定是不是可以認為當事人負有「適時提出」之義務，或者說「促進訴訟」的義務、「協力迅速進行訴訟」的義務？（註一）不允許當事人慢吞吞地提資料出來？就這一點不曉得各位看法有沒有不同？接著，「適時提出」是一個不確定概念，怎麼讓它「具體化」，牽涉到法官如何行使闡明權這個問題。（註二）此事也牽涉如何善用第一九九條第一項、第二項及第一九九條之一第一項條文。後者要求法官，在原告陳述的事實可能有兩個以上的法律關係可主張時，法院應讓他有主張那個尚未明確主張的法律關係的機會。（註三）此外，還牽涉到：依新法第二六八條，就「書狀先行」有關的程序，審判長、法院也可就特定事項要求當事人補充陳述；又依第二六八之二第一項，如果當事人沒有提出資料，後來卻又要提出，法院可以要求他說明理由，或者該未照法院之所命提出資料之當事人的對造，可以要求該當事人說明；第二六八條之一第二項及第二百七十條之一均要求法官隨時要整理並使當事人協議簡化爭點（註四）；到第二九六條之一又要求法官於調查證據以前要曉諭爭點（註五）。這些新規定是不是都可以歸類為加重法官的闡明義務？（註六）

就這類問題，是不是可以瞭解為：這次民訴法修正明文採用「適時提出主義」乃是站在一個前提：要求法院應為適當的闡明，亦即，「適時提出主義」之貫徹，係以法院之適當闡明為前提。這涉及一般所關心的，規定「適時提出主義」的目的、旨趣為何？若要求法官闡

明是與「適時提出」有必然關係的話，那麼法官闡明的目的也是為了要貫徹「適時提出主義」的目的了！在這方面不曉得各位認為該怎樣來解說？

就【例一】來說，牽涉第一個問題：原告明確地說是根據「借款債權」起訴，可是他所為有關原因事實的陳述裡面，卻只記載他持有一張被告乙簽發的支票，而沒有陳述借款債權發生所必要的原因事實，就這一點來講是不是還沒有依照第二四四條第一項第二款盡特定訴訟標的之責？審判長是不是應該先命他就其主張的「借款債權」有關的原因事實，在識別訴訟標的所必要之範圍內先加以表明？這是起訴必備的程式，就這點是否牽涉到他主張的訴訟標的是什麼？就「原告所主張的訴訟標的為何？」受訴法院應否賦予適當機會讓原告表明審判對象，以貫徹「適時提出主義」的要求？這是第一個問題。

然後，法官要如何來闡明？是不是要問原告甲：「你起訴狀寫著要主張借款債權，但你只陳述說持有某乙簽發的支票，『持有支票一張』並不是借款債權發生的原因事實，充其量只是其間接事實之一而已！」亦即，法官是不是先要闡明「特定訴訟標的」所需要的**原因事實**，然後（等訴訟標的特定後）再來闡明有關訴訟標的之法律關係，如何發生、存在的實體法上要件事實？是否要往這個方向闡明，才算給了原告適時提出的機會、才合乎採行適時提出主義的規定旨趣？

總之，我們是否先進行討論：就【例一】看看有沒有上述問題。此例是經過濃縮過的，通常的案例或許很複雜，但整理出來恐怕是這一問題也不一定。類似的情況是，原告拿了一大堆支票，說要主張其有價金債權，卻沒有陳述其價金債權是如何發生的原因事實時，能說他已特定了訴訟標的嗎？

駱永家：

我先講一些意見。我體會到民事訴訟法所以會這樣修改，乃因我們原先採所謂「並行審理主義」及「隨時提出主義」，造成訴訟的拖延、言詞辯論的空洞化（會拖很長的時間，法官調動的可能性增加，雖然有辯論的更新，但辯論的更新沒有實質意義，所以會造成我們所說的「言詞辯論的空洞化」）；本來民訴法規定的「言詞審理主義」、「直接審理主義」等等都變得空洞化，所以需要改為「適時提出主義」、「集中審理主義」。

要達成「集中審理主義」，必須先整理並簡化爭點，這樣在之後（我們所說的「訴訟的後階段」）才能作成集中審理，尤其是「調查證據」的時候能夠「集中調查證據」。我認為改採「集中審理主義」的理由，是有鑑於以前採「並行審理主義」時的狀況：一個早上訂二十幾件，每一件都是十分鐘、二十分鐘，淺嘗輒止，讓當事人跑來跑去，一個訴訟事件要開好幾次庭、有好幾次言詞辯論期日才能夠審完，可能拖個一年半；法官調動頻繁，原來是ABC法官，到最後可能變成DEF法官來評議，因為都是看言詞辯論的筆錄來判決，不是根據活生生的、新鮮的言詞辯論資料來形成心證，有違「直接審理主義」。所以這樣改。那麼，為什麼採「適時提出主義」？歷史上有採「法定順序主義」，目的本來是「井然有序」，但結果卻造成大家為了怕失權就胡亂地作假定的主張、假定的抗辯，當事人主張無謂的攻擊、防禦方法反而導致訴訟的遲延；所以後來就改採「隨時提出主義」，但「隨時提出主義」又失之過寬，當事人有恃無恐、慢吞吞地才提出攻擊防禦方法（只要在第二審言詞辯論終結前都可以提出攻擊防禦方法），這樣就會造成我剛才所說的弊端。所以採「適時提出主義」，依訴訟進行的程度於適當時候提出攻擊防禦方法。而這會不會跟著有失權的效果呢？據我所知，日本民事訴訟法也是改採「適

時提出主義」，但它不敢規定很強烈的失權效，以免當事人因恐怕失權又來胡亂地作假定的主張、假定的抗辯。所以雖然採「適時提出主義」，但它失權效的規定不是很強，我的體會是這樣子。

剛才提到第一九九條之一，我想這跟訴訟標的理論是有關係的。以前「新訴訟標的理論」抨擊「舊訴訟標的理論」抨擊得很厲害，「舊訴訟標的理論」也是有問題。以前持「舊訴訟標的理論」者對法院的闡明權、闡明義務採很保守的看法，一個代表就是今天沒有來的張特生大法官，說法官如果闡明的話……（此時鐘響）不是時間吧？是時間嗎？

（計時員：因為一個人只有三分鐘，很快、很短，對不起喔……）

邱聯恭：

照剛才所提的問題，就是說像【例一】這一事件，依照「適時提出主義」要先整理爭點、行使闡明權，為此是不是要先特定其訴訟標的？剛才有沒有……

駱永家：

這一件有「原因關係」、「票據關係」的可能性。說「欠款」，是欠什麼款呢？可能是欠價金、可能是欠借款、可能是欠承攬報酬，不曉得；這個票據是無因的，是人家為了付借款（調現）、還是付價金、還是付承攬報酬，還是這個票據是撿來的、偷來的？根據票據關係來請求票款，如果照一般的說法，這是有兩個訴訟標的，他是通通主張、還是主張一個？當然這時候又牽涉到所謂的「二肢說」、「一肢說」，也可能會有這樣的一個問題。

所以，不僅僅牽涉到「攻擊防禦方法」的層次，也牽涉到「訴訟標的」、「訴之聲明」這個層次。時間到了，我就不再說了！

王甲乙：

剛剛駱教授談到，我們最近為什麼把第一九六條從過去採取的「自由順序主義」改為「適時提出主義」，乃是為了要將「並行審理」改為「集中審理」。過去濫用「自由順序主義」變成延滯訴訟，而且一審二審都一樣（因為第一九六條是規定在總則）；準備程序的第二七六條規定放鬆、第四四七條大家不重視，等於將打官司的王牌放在口袋裡、等到第二審才拿出來，才會發生大家不重視第一審。所以，「適時提出主義」要配合整理爭點，攻擊或防禦方法應該適當時間提出來。

當然，第一九六條的「適當時期」是什麼？應該指根據法律規定、或由法院酌定（例如第二六八條，審判長認為言詞辯論之準備還沒充足，可以定時間命當事人提出來）。所以，就「適當時期」我們條文沒有規定得這麼明白，要從具體案子來看。

【例一】這個題目裡面，現在原告是根據「借款債權」請求。因為借貸關係是要物契約，故審判長行使闡明權應該問：「有沒有人證？有沒有人看到交付金錢或簽發支票給他？有沒有人借用證書或其他證據？」依第一九九條之一，也可以問他：「你究竟是只有根據借款請求，還是支票關係也要主張？」應在適當時間對當事人闡明。

林望民：

我簡單說明一下。【例一】這個題目，原告甲雖然講基於「借款債權」提起本訴，但事實上看他所陳述的事實理由，他並沒有表明有關借款的原因事實。也許甲乙之間有數筆借款關係，他現在主張的到底是哪一筆借款不是已經清楚了，這時候法院是否應該先闡明，命他提出有關他所主張的借款債權的原因關係？

依第一九九條之一，從原告所主張的事實來看，他似乎也主

張票據請求權，甲最後只基於借款債權，是不是跟票據可能罹於時效有關？因為從題目的設計，這個票是八十八年三月一號簽發的，九十年五月一日才起訴。依照第一九九條之一闡明以後，原告可能說怕對造為時效抗辯、所以不想主張票款請求。此便等於表明不主張票款請求，故就針對已表明原因關係的借款債權當作訴訟標的來審理。

邱聯恭：

請問林法官一下，你的意思就是說：這一件照起訴狀這樣寫，大概可以預測到原告甲不想主張「票款債權」，所以闡明的方向應就「借款債權」的原因事實是什麼使原告陳明，是不是？

因為時間的關係，我簡單提一下。（就例一的情形，我預定要寫一篇相關論文另行發表，今天晚上假使就這個例子好好討論，好像也可能涵蓋很多方面。）照剛才的方向，我也是認為法官要闡明：「你說要主張借款債權，那你是針對什麼時候的借款債權提起本件訴訟？」一般的法官是不是要這樣闡明？（註七）

假設原告這樣回答：「八十八年二月間我和被告某乙做一筆買賣，會算的結果他欠我一百萬元，所以帳目上就寫他欠我一百萬元。至於到底這一百萬從我們約定的那時候開始，有沒有把價金債權變為借款債權，我搞不清楚。」他有沒有可能這樣回答？或者，我另外想一個情況：剛才審判長這樣闡明以後，原告也可能回答：「八十八年以前，我和他合夥做生意，至八十八年二、三月間有結算過一次，我有分配利益的請求權、可分配到一百萬元。他說他沒有錢還，就簽發一張支票給我，所以這個錢實際上是合夥利益分配的權利。但是八十八年二、三月間結算的結果，帳目上就寫他欠我一百萬元、開這張支票，那時候到底有沒有把合夥的利益分配請求權經過兩造同意改為借款債權，這我也搞不清楚。」

所以原告可能回答：「不管嘛！反正原因事實就是這樣，就是我們曾經有買賣關係、欠一筆貨款，後來就約定他欠我一百萬元、簽這張支票。」或者是說「那是為合夥分配的利益」。原告到底應該根據「借款債權」、還是要根據「利益分配請求權」、或者根據「價金債權」起訴，他也搞不清楚，但是原因事實就這樣。這就牽涉到：這樣的爭點整理可不可以？應不應該這樣整理？有這樣的問題，我順便析明一下。

法官闡明以後，最直截了當的，原告也可能回答：「幾年幾月幾日，他跟我有約定，我有交一百萬元給他，他約定什麼時候還給我，……」此時其陳述都沒有扯到買賣關係或合夥關係的原因事實，而是直接講該當於發生「借款債權」的要件事實（就是「要物性」、交一百萬元給乙的事實，並且乙「同意」有一天要返還）。如果僅直接主張這兩個要件事實或原因事實的時候，就不會牽扯到另外兩個實體法上權利定性或評價，則這是不是表示：爭點怎麼整理，會牽涉到訴訟標的特定的方向以及審理的方向；會隨著甲如何陳述原因事實而牽涉到有關價金債權發生的要件事實或合夥的利益分配請求權發生的要件事實，如果甲經法官闡明後未提出的事實，其後還可否再提出來主張？

有沒有這些問題？也請各位一併指教！

張文郁：

各位先進，我提出幾點個人的看法。

我先對於訴訟標的那部分提出看法。訴訟標的是訴的要素，本於「處分權原則」，是由當事人決定，如果當事人提起一個訴，訴訟標的不確定，那法院是不能替當事人確定訴訟標的的。法院可以去詢問原告到底要提起什麼訴訟，通常在實務上原告只是說明事實，如果法

院從這個事實可以確定法律關係的話，那當然就可以確定訴訟標的；如果原告陳述的事實無法特定出某項法律關係，審判長可以行使闡明權，我想這是毫無疑問的。只是，訴訟標的的確定和「適時提出主義」是否一致，我個人有一點疑惑。也就是說：「適時提出主義」是限於攻擊防禦方法，還是連訴訟標的的澄清、確定也包含在內？

在此我就有一個疑問：民事訴訟法有規定所謂的「訴訟關係」、也有「訴訟標的」，另外又有「爭點的整理」，是否要對這三個概念（法律用語）去確定一下，到底什麼叫做「訴訟關係」？什麼是「訴訟標的」？「爭點」又是什麼？這三個是一致的還是不一致的？這是我想提出來的。

吳明軒：

關於第一個問題，已經講明基於「借款債權」。依民事訴訟法第二四四條第一項第二款，必須表明「訴訟標的及其原因事實」，即借款債權是什麼時候借的、借了多少錢、約定什麼時候清償、有沒有約定利息，約定利率若干？均未為具體之陳述，所主張的事實，的確有不明瞭、不完足的情況，應根據民事訴訟法第一九九條第二項來行使闡明權。

第二個，雖陳述簽發一張支票，只說了什麼時候到期，應補充陳述：什麼時候簽發？哪一天發票日？簽發這個支票做什麼？雖說明「償還借款之用」，償還哪一筆款？不然可能借了五筆、六筆，不是這一筆。一定要非常特定。

第三個就是說，在此訴訟，他可以請求票款、也可以請求借款，究竟哪一個比較好，由他自己選擇，也可以用重疊合併的方式來請求。不太清楚，可能要根據民事訴訟法第一九九條之一，即依原告聲明得主張數項法律關係的情形，可以曉諭他可以在民事訴訟法第二五

五條第一項第二款「請求事實同一」的範圍內，任意追加變更等等。

另外一個就是：我們非得弄清楚他究竟要什麼。如果他是純粹依票據關係請求，應適用簡易程序（強制適用簡易程序）；如果依借款請求就可能不是；合併請求的話，因其中一個非硬性規定要用簡易程序，可能應適用通常程序。我認為這個案件本身，一定要行使闡明權。至於剛才邱教授所提到的，要不要追究到債權的來源（究竟是合夥來的、或是其他來的），應不在本件的範圍以內。原告僅陳述「我請求借款債權」、無須就借款來源審判。

邱聯恭：

我再插一下話。剛才我不是說審判長去追究，是審判長要闡明：「你主張借款債權，但沒有主張原因事實，這是怎麼一回事？」這個闡明的結果，甲回答：「當時乙向我買東西，欠一百萬元，後來我們在八十八年二、三月間結算的結果，就記一筆帳說他欠我一百萬元。這個到底是價金債權，還是已經轉換為借款債權，請法官作主。」這時問題要怎麼處理？此時，這個紛爭真正的爭點，是否就看成是「買東西結算後記一筆帳，甲可否要求乙給付一百萬元？」，這時候有沒有牽涉到訴訟標的不同的問題？這在社會上常會發生，現在要請教的就是說：照我看這個事實只有單一，只是就這個原因事實到底要把它「評價」為借款債權發生沒有、還是價金債權、或者利益分配請求權的問題，好像不是「請求權競合」的問題。「原告起訴的意思是什麼」是不是要闡明？

吳明軒：

我的意思是：題目裡面只講「借款」，沒有講借款以外之事實，針對【例一】來講。它只講到「借款」，這是很單純的。

駱永家：

邱教授這個題目滿有陷阱的！我剛才才發現：這個「欠款」可能是「價金」，可能是「承攬報酬」，可能是什麼……

邱聯恭：

這個說是陷阱也可以，但與其說是陷阱，不如說是社會上紛爭的常態：原告主張「被告欠我某元」這才是紛爭的常態。我們今天談「集中審理」、要整理爭點，是先要去瞭解兩造當事人真正的紛爭事實是什麼，掌握這個才能解決當事人間的問題。甲要解決的就是依其所述上開原因事實「八十八年二、三月間乙欠我這一百萬元」的紛爭，至於到底要怎麼予以法律評價是不是屬於法官法律適用、適法職權的問題？若原告說：「如果法官認為價金債權存在，那我也可以主張，反正一百萬元能要回來就可以了！」原告這樣主張的話，我們可以根據訴訟法上哪一條規定說他起訴不合法？是這個問題。

駱永家：

恕我講一下。剛才邱教授一直講說，這個一百萬元本來是貨款，後來他沒有辦法付貨款就記一筆帳、變成借款。我不知道這是不是就是日本法上所說的，由貨款轉變為「準消費借貸」的一種法律關係？我不大知道，這很深。（本來不是消費借貸、是買賣的貨款或價款，因為沒有付就改變為消費借貸的一種法律關係。）因為怕講話掉入陷阱！

邱聯恭：

我們現在問題不是僅針對實體法，而是「要不要把爭點掌握到上述的程度」這個問題。一般的紛爭要不要掌握爭點到這個程度再來適用法律？這是今天的一個重點。

陳計男：

日本新的民事訴訟法公布施行以後，我看到他們各種討論會的

會議紀錄、還有最高法院判決、新出來的民事訴訟法講座裡面提到的內容，有一個感覺：在日本新民事訴訟制度下，像【例一】這個案件的審理，是不是就可以開始行準備程序？我看他們非常強調圓桌開會（相當我民訴法第二百七十條之一），因為在圓桌上討論的時候，剛才那些問題（當然，說是有陷阱也好、事實也好）自然而然能獲解決。像這樣的情形確實有很多需要闡明之處，但闡明的時候兩造都在，兩造可能有各自的說詞，在這樣的情況下整理出爭點，最後可得到他們真正想要達到的訴訟標的。

二來，運用第一九九條之一的方法。像這樣的例子，我們一看至少有兩個訴訟標的可以主張，如果兩造都在場，法官給他們一些意見（不一定是公開心證），也許因為法官這樣講，他聰明一點，「既然兩個都可以主張，那便主張兩個」，這也不一定。我看到日本的書上寫得很有意義：「闡明權是法官決定訴訟方向的最大武器」。但決定訴訟方向時很重要的一件事，就是不要故意去造陷阱、讓他們陷下去，基於公正、公平的心態，透過雙方的言詞，或許就可以掌握得好一點！

上面所說的實務上怎樣去運作的問題，理論上當然可像邱教授說的那樣，一層一層地剝，但一個案子，在現在實務上若像邱教授所言這樣跟它剝下去，恐怕沒有人願意做，時間上亦不允許。當然，邱教授的意見很好，替當事人想出很多很多，但重要的是，是否達到他所要達到的目的。從證據上來講，他應該去達到這樣的目的，在此種情形要不要再把它複雜化？這是我的一個考量點，請各位指教。

許士宦：

這次修法的主要目標是「審理集中化」，最重要的審理方式是所謂「以爭點作為中心」來加以審理。為達到這個目的把程序階段化，

變成爭點的「整理」與爭點的「調查」兩階段；並且，為達到這個目的，一方面加強法官的「闡明義務」，另一方面也加強當事人的「訴訟促進義務」。

其實這次修法最重要的條文之一，大概就是第一九九條的修正。第一項改成：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。」剛剛張教授也提到，訴訟關係到底是什麼？是否也包含訴訟要件、訴權要件、還有本案請求的那些關係？所謂「適當完全的辯論」到底何指？這一條其實是講法院的「義務」、法院的「闡明義務」（和日本法說法院「得」、法院的「闡明權」是不一樣的，在我國是特別強調法院的闡明「義務」），而這個闡明義務若是相對於當事人的「適時審判請求權」、「公正程序請求權」、「程序主體權」、「聽審請求權」等保障的話，則法院要讓當事人得為「適當」、「完全」辯論。所謂「適當」當然包括「適當時期」還有「適當內容」；「完全」則包含整個紛爭事實。

相對於當事人有「適時提出的權利」，第一九六條說「攻擊防禦方法應依訴訟進行之程度於適當時期提出」，則當事人固然有「適時提出的權利」，但他就這個權利應該善加利用，如果不適時提出即應負一定責任。第一九六條這樣的修正當然也課予當事人「促進訴訟的義務」，說他應該在「適當時期」提出。所謂「攻擊防禦方法」應該包含「訴訟要件」的攻擊防禦方法、「訴權要件」的攻擊防禦方法、還包含「本案請求」的攻擊防禦方法，這是向來所理解的，就原告訴的聲明而言，支撐它的各種資料都是屬於攻擊方法；就被告答辯聲明而言，支撐它的所有資料都是所謂防禦方法。

從這邊來理解的話，就本件的情形：原告的聲明是請求一百萬元，事實主張是說持有票據，但他又主張借款債權，所以首先是不是

要理解原告主張的意思到底是什麼？因為從原告主張的一貫性來看，他的聲明和這個借款返還的權利可能相容，但這個借款的權利和他所主張的原因事實又可能不盡一致，所以這會涉及到有關於法律解釋、有關於借款債權的要件事實，原告是否清楚這些問題。這一點法官是不是要加以闡明，讓當事人知道哪些要趕快提出來、哪些要加以補充？

當事人經闡明後提出來的事實可能跟原起訴狀所記載的不一樣，如果他提出來像邱老師剛剛所說的那些事實的話，那到底原告最主要是要提出哪一個事實作為請求的依據？所以，必須在法院闡明之後，當事人才能把他真正想要解決的事實、或真正與被告有爭執的事實為何提出來。在這樣的整理之後，聲明或訴訟標的的爭點、或事實主張的爭點、甚至就這些事實還有爭執的話證據上的爭點等這些爭點才會清楚。

所以從這邊來看，所謂「適時提出主義」不是只有強調當事人的適時提出「義務」，應該也包含適時提出的「權利」。為保障這一點，法院是不是要盡善加闡明的義務？要不然就沒辦法適當理解所謂「適時提出主義」。

呂太郎：

我的審判經驗非常欠缺。不過如果就第一個例子來看，若法官對紛爭整體的解決比較熱心的話，大概會根據民事訴訟法第一九九條之一這個新的法律，闡明除了借貸以外有沒有主張票據的意思；如果他態度比較保守一點，或許就只審理借貸。我個人認為，既有第一九九條之一（當然，在立法上是不是能完全顧及到目前實務運作的情況、還有會不會造成其他問題，另當別論），則從當事人整個陳述來看：他又主張有借貸、又主張有票據，依照他陳述的事實好像要兩

個都講。問他說：「你是要主張票據、還是要主張借貸？還是兩個都要？」如果他很明確說「我只要借貸」，那就這個例子來看，他根本沒有就借貸的原因事實來表示，那法官就進一步再問；如果他很明確說「我的意思只要依照票據」，那就依票據來處理。我想按照現行法是這樣。

當然，那就涉及到法官到底有沒有這樣的闡明義務。剛剛張教授也提到，民事訴訟法第一九九條所謂的「訴訟關係」有沒有包含「訴訟標的」？就我的理解，「訴訟關係」應當是：法院為了就訴訟標的的進行審判，所必須具備的構成要件事實，就此構成要件事實所提出的證據、兩造所提出的所有攻防的全體。所以，訴訟關係的範圍應該是包括訴訟標的、訴訟標的之法律關係的構成要件事實、還有為了證明這個構成要件事實的證據。所以法院依照第一九九條第一項，就「訴訟標的之法律關係」到底是什麼，應該是有闡明權。

不過，目前，在二審還是以受命法官為核心。雖然民事訴訟法已經改了、說以「直接審理主義」為原則，不過每個案子進來，當事人都會寫同意書、同意受命法官調查證據，不這樣的話工作量可能就沒辦法負荷，所以實際上的運作還是以受命法官為中心。這便涉及到這次立法，可能有一些條文沒有明訂，也就是說：二審的受命法官就爭點整理到底有多少權限？這其實是很關鍵的，而據我瞭解法官間作法並不一樣。例如：當事人對一審判決不服、提出上訴的話，二審的受命法官能否命他補提上訴理由書？或命提爭點摘要書狀？因為我們法條是針對「審判長」規定，沒有給受命法官，又沒有準用之故。

在座先進都是民事訴訟法最權威的，我想這個部分如果在本會有一個共識，法官或許就敢用，更能發揮新法的理念。以上淺見。

邱聯恭：

受命法官的權限，在爭點整理方面，不是在第二六八條及第二七〇條之一已有規定了嗎？還有第二六九條就「闡明處置」也有規定，依第二七二條可準用，權限範圍應該是沒有問題。成為問題的好像是，據說現在高院部分法官暗中強制性地要求當事人兩造合意由受命法官調查證據，這點恐怕是違背了立法旨趣（註八）：受命法官調查證據的結果，因為不是由合議庭來調查證據，當事人就比較不容易信服。所以要減少上訴第三審的案件、減少發回件次，那樣做的話，立法要去克服的課題，就相對地無法充分達成。好像將來會構成惡性循環：因為受命法官說負擔太重，所以就強使當事人合意由受命法官來調查證據，其結果，將來合議庭判決以後他們就比較會提起第三審上訴；第三審又說沒有調查清楚等等、予以再發回，則是否仍然在那裡又去又回、終致造成增加二審法官負擔的惡性循環結果？

除了這個以外，還有一點剛才已經提到的，依第一九九條之一第一項是處理可能主張兩個法律關係的情形，而第一九九條第一項規定，就訴訟關係要讓兩造充分、完全辯論。所以我們現在來看【例二】好不好，因為我預測會有這個問題出現。

【例二】是平常會發生的（註九），其中的第二種情形：原告甲起訴說「A屋是我原告所有，我出租給被告，租期已經屆滿他卻仍予佔用不返還給我，所以我原告起訴請求返還」。法官審理其所提證據，兩造間就「租賃物返還請求」有爭執、說沒有租約，而要予以證明可能有困難，因為租賃契約是諾成契約不容易證明。可是，在第二種情形，原告起訴陳述的事實中，有主張他是「所有權人」、而被告是「占用不還」這樣的事實。此時，縱使原告明確地說要主張「租賃物返還請求權」，但法官是否仍應該闡明、問他是否也要根據「所有物返還請求權」來起訴？這裡也會牽涉到新舊訴訟標的理論、或是不

是兩個訴訟標的的問題，這就牽涉到第一九九條之一第一項。

可是，如果是【例四】的情形，甲跟乙在爭執的是說：甲主張乙負有二十萬元的賭債，甲要求他趕快還這二十萬元，不然的話甲要搬到乙所有的A房屋去居住，乙曾經點頭同意云云。在此情形，「乙點頭同意甲搬到乙所有的A屋去住」這個事實主張只有一個，但到底這個「點頭同意」的事實是該當於成立「租賃關係」、還是該當於成立「使用借貸關係」，當事人之間有爭執。這個時候，縱然站在「舊訴訟標的理論」，有沒有兩個訴訟標的的問題？還是單純就「點頭同意使用房屋」這個事實在實體法上該把它評價為「租賃關係」成立，還是「使用借貸關係」成立？如果應該只是其中之一「法律上評價」的不同，而不是「請求權競合」的問題，則結論恐怕就不一樣。如果將【例四】的情形理解為「法律評價不同」的問題，則應該是有關第一九九條第一項的問題，而不會牽涉到第一九九條之一第一項。

好像向來我國主張新舊訴訟標的理論的論者，都沒有就這個問題加以處理，也就是說我們今天講闡明權，也要去界定第一九九條之一第一項跟第一九九條第一項所要處理的問題，二者可能有不一樣。總之，就今天【例二】的第二種情形來看，是牽涉到第一九九條之一第一項；可是就【例四】的情形，可能只有牽涉到第一九九條第一項的適用問題。是不是這樣？這也跟剛才所說「要不要先闡明以特定訴訟標的」有關，牽涉到的兩個條文。

沈冠伶：

基本上，剛剛駱老師也提及，這次修正很重要的一個方向是在「集中審理」，事實上「集中審理」是否能夠真正達到目的，和「闡明義務」是有相當的關連性，所以今天的討論相信是很有意義的。

又，什麼叫做「集中審理」？我們是否能進一步來看？也就

是說：第一種意義是「把有關連性的紛爭集中在一個程序當中來解決」，事實上這裡就會涉及到「訴訟標的理論」的爭論；另外就是說，當特定訴訟標的以後，進一步就待證事實部分，如何「集中調查證據及審理」，此部分則是第二個層次意義的集中審理。

德國因為向來採取「新訴訟標的理論」，所以他們的修正方向基本上是偏向於我剛才所講的第二個層次。德國在一九七七年所採行的「司徒加特審理模式」，他們實務上（到一九九七年為止所做的統計），目前在區法院的言詞辯論期日平均是一點五個，在邦地方法院平均是一點六個，所以一般認為，「司徒加特模式」的確有助於達成審理集中化之理念，但程序經濟之追求亦須兼顧實體權利之保障，此則透過法官闡明義務之強化以避免發生突襲性裁判，而侵害當事人之聽審權。而在我國由於實務上向來係以實體法上請求權個數來特定訴訟標的，則尚必須同時正視到上述第一種意義之集中審理，此即可見於第一九九之一條。

再者，這次修正有相當多的條文提到當事人要負「訴訟促進義務」，但另一方面，我們是否也可從法院對集中審理也負有「訴訟促進義務」的觀點來理解？也就是說：法院如何來促進訴訟，就跟他的闡明、或甚至進一步的公開心證，具有相當密切的關連性。

那麼，為什麼要認為除當事人負有「訴訟促進義務」外，法官也負有「訴訟促進義務」？事實上法官之「訴訟促進義務」除與第一九九條、第一九九條之一條所規定之闡明相關外，還包括像第二六八之一條第二項、以及第二九六之一條等，也就是說法官在進行證據調查之前須向當事人曉諭爭點，而這跟將來對於當事人的失權制裁（即今天討論題綱的第四部份）有相當的關連性，亦即，要求當事人應「適時提出」事證資料，基本上要以法官也「適當且適時闡明」為前提來

做相對應的思考。如果在法官沒有適時闡明之下，就直接讓當事人在程序後階段遭到一個失權的制裁，從「聽審請求權」或「公正程序請求權」的觀點來看，是否適當呢？

就【例一】來看，關於剛才張教授提到的問題，訴訟標的與爭點之間、及訴訟關係之間的關連性究竟為何？基本上，如果我們也把訴訟標的認為是當事人所爭執的一個關係，就可以把它看做是訴訟程序上一個最大的爭點，亦即所謂之爭點之事實，應非僅指事實之爭執而已，將來在審理上必須是扣合著訴訟標的之主要事實、間接事實等來進行，因此，如果訴訟標的沒有特定清楚，就會影響到將來之審理方向，而訴訟標的之特定，雖說依處分權主義是當事人之權利，但如在特定上有困難或不明時，即有必要經由法官之闡明而使之清楚確定。由於時間的關係，暫先說明到此。

曾華松：

我覺得民事訴訟紛爭提起後，要先確定當事人要我們法院審判的對象到底是什麼。所以不管是訴訟關係、訴訟標的、起訴的基礎事實、還是爭點，最重要的是在於規範他要求法院審判的範圍（因為跟以後「既判力的客觀範圍」有關，因此要先確定）。確定了以後，第二步法院才可以衡酌：就審判的範圍，原告方面、被告方面各有什麼證據要提出來；證據主張、提出之後必要的、重要的證據是不是要加以調查……等。

我覺得這次新制一個很重要的問題是：關於闡明權，不是單純關於事實的闡明，也不是單純說起訴狀增加了一個原因事實（因為有原因事實以後才可以確定爭議的對象、爭點之所在，基礎事實如果同一就可以作為審判對象）；闡明不只是「事實」的闡明，另外是重在「法律關係」的闡明。以前拉丁格言說「你給我事實，我給你

權利」，現在來說可能有點變化，因為紛爭的一次、迅速、有效、正確解決是當事人、法院、及法律制度本身都要互相配合的，即所謂要「協働」。

我們以前有判一些案子：地主說「我提供土地」，建商說「我給你蓋房子，然後我分若干棟、你分若干棟」，這種案子我們高等法院給它判說就是用我的土地換你的房子、我們說「互易」；但上訴到最高法院，他發下來，說：到底是「互易」、還是「承攬」、還是「委任」？就這樣發回了！所以，我覺得闡明權的行使，不但是基礎法律關係事實的闡明，而且對於實體法法律關係也很重要，要跟他討論。

邱聯恭：

剛才【例一】的第一個問題，不曉得有哪一位還有高見的？就是說其訴訟標的依照新法應該還沒有特定，問題是怎麼闡明，闡明的結果可能還需要進一步分析。剛才我表示的意見是說：法官要問甲「你既然說要主張借款債權，到底原因事實是什麼？是指什麼時候有向你借款的事實呢？」這樣問甲，其回答可能有兩個大方向：

第一可能是，甲談到剛才所說的買賣貨款的事實。如果原告甲回應法官的闡明，回答到貨款等類其它契約的事實的話，那麼針對買賣的契約事實方面，法官就要進一步給甲有主張的機會，然後問被告乙是不是有爭執。如果那個買賣是有關另外一個原因事實發生的買賣關係，則還要依照第一九九條之一第一項讓甲有主張的機會，如果給他這個機會他卻不主張的話，將來基於買賣契約的事實在本件為主張的機會就相對地喪失了。這樣的闡明，具有使甲獲得就買賣等其它事實在本件來提出主張的機會及使其提出責任具體化的作用，是不是可以這麼講？這是第一種情形。如果原告甲主張涉及買賣的法律關係，就應該讓他有機會主張相當於買賣關係發生的原因事實、以及要件事實

（就是價金給付請求權相關的事實）；如果已經給他機會，他卻不主張，那麼在本件訴訟原則上將來就不可以再主張，他要自己負行為責任。可見，訴訟標的的主張、特定也跟闡明權的行使及適時提出有某程度的關係？是這個問題。第二種情形是倒過來。法官闡明說：「你根據什麼借貸的事實主張借款債權？」結果原告的回答，都沒有扯到買賣、或合夥的利益分配等問題，僅說：「八十八年二、三月間乙曾經向我借款，所以我甲對乙有借款債權。」如果他這樣主張來特定訴訟標的以後，法官是不是還要進一步闡明，就借款債權該當發生的要件事實，讓甲主張得更具體（註一〇）；也就是說，就有交付一定金錢的事實（設為 c_1 事實），以及有同意返還（不是贈與）的事實（假設為 c_2 事實），讓原告就 c_1 、 c_2 事實都有更具體主張的機會。如果他主張了，就要讓被告表示對 c_1 、 c_2 事實是不是承認，如果被告對 c_1 、 c_2 的事實有爭執而不承認，就不構成自認，則 c_1 、 c_2 事實就成為事實上爭點、成為待證事實。此時就要問原告甲：「你說有交付金錢給乙，可是乙不承認你有交錢給他！」這時甲可能會主張說：「我起訴狀有說，我拿到乙一張支票！我手裡有一張乙簽發用來借款的支票！」此時要轉過來問被告乙：「甲說他持有你簽發的這一張支票，是要用來借款的，是不是這樣要用來償還借款的？」

如果被告乙不承認他是為了償還這一筆借款才簽發該張支票交付給甲持有中，則此時法官是不是應該向甲闡明（向來我國審判實務上似乎少有法官知道要做這樣的闡明）：「依照經驗法則，你手裡持有某乙簽發的一張支票此一事實（ d_1 事實），充其量只是依第二八二條之規定要推定甲曾交付金錢借款等主要事實（ c_1 、 c_2 事實）的一個間接事實而已。這個支票的授受對於待證事實（借款交付的事實）來講只是一個間接事實，依照經驗法則尚不足認為（推定） c_1 或 c_2 事實

一定存在，所以甲你除了持有這張支票的事實（ d_1 ）以外，需再提出其他關連事實來，看有沒有可與『拿到一張支票』這個間接事實（ d_1 事實）綜合判斷的其它間接事實！」法官是不是要這樣闡明，讓甲有為此類主張的機會？如果這樣闡明以後甲再不主張該類事實，則將來他還要主張，就要負自己不提出的行為責任。是不是要這樣來整理爭點？而不可一有手執一張支票的事實主張，就馬上根據這個來認為待證事實是存在的。是不是應該整理到這個程度？

等甲主張 d_1 （執有一張支票）這個間接事實以外的其他關連的間接事實，而法院依照經驗法則認為這幾個間接事實綜合起來可認為已到達可能推定待證事實的程度時，才進一步向被告闡明就每一個間接事實其有無承認。如果被告乙不承認，還要由甲就乙不承認的每一個間接事實都分別來提出證據。如果乙不承認這些間接事實，而甲就每一個依照經驗法則可以用來綜合推定的間接事實（假設有 d_1 、 d_2 、 d_3 三個），只有就其中一個（ d_1 ）能夠提出證據，就另外的（ d_2 、 d_3 ）間接事實經闡明（公開心證）後，卻仍提不出證據時，則應認為法官也完成了「證據上爭點的整理」，而不必再進入本案繼續審理，而可往辯論終結的方向進行？這也是今天想請大家一起討論看看的，謝謝！

呂太郎：

各位先進，剛剛主席提了兩個問題。後面這個問題，乙否認他有借錢這個事實，甲能不能用這張票來證明有借貸？法官該不該向甲闡明就這個票以外還有沒有其它的事實可以來判斷？我想實務上都會這樣做的，至少我看過的判決，很少法官會在原告主張有借貸而被告否認時，光用一張票就證明有借貸，他通常會結合其他的事實。因此，一般法官都會再問當事人：「你除了這張票以外，還有沒有其它的事

實來證明有借貸關係？」

倒是第一個部分，法官依照原告的聲明來闡明，被告提到說原來是買賣、後來改成借貸，法官如果就買賣的部分再請原告進一步主張的話，這樣一個法的性質到底是怎麼樣？我個人的感覺是：原告既然主張「借貸」，即使原來是「買賣」、後來改成「借貸」，訴訟標的還是「借貸」。買賣改成借貸，只是它前提的法律關係，有無構成「債的更改」等等問題而已，還是一種「攻擊防禦方法」，不會因為原告說他是因為買賣，後來改成借貸，而使得「訴訟標的」的法律關係又回到「買賣」；有沒有由買賣變為借貸，還是訴訟標的「借貸」法律關係前提的法律關係。所以，當事人就到底有沒有「買賣」進一步所提出的各種主張或舉證，基本上是一種「攻擊防禦方法」的主張或舉證，好像不會因此讓「買賣」也變成訴訟標的，因為如果讓「買賣」也構成訴訟標的的話，這個案子可能會開花：當事人在整個訴訟當中所提到的法律關係，有些時候非常複雜，如果就某個借貸法律關係形成過程中的很多法律關係變遷（包括有沒有繼承、有沒有其它的等等），都要把它納入訴訟標的的話，可能會過於複雜。所以，邱教授所提的第一個情形（由買賣變借貸），即使是這樣的事實，我個人的感覺認為訴訟標的的法律關係還是「借貸」；至於有沒有這樣改變，它是前提的法律關係，應該是一種「攻擊防禦方法」。所以這可能不是關於「訴訟標的」的闡明，而是關於「攻擊防禦方法」的闡明，不知這樣理解對不對？

邱聯恭：

其他哪一位？

駱永家：

我想不一定。第一個例子，像剛才假設的：原來是買賣關係，那

時候買受人開了一張票據給他、說要付欠款（貨款）一百萬元，所以票據關係原來是買賣關係；後來沒有付，現在原告就講說：「買賣貨款的請求權改變為『準消費借貸』。」有沒有改變為「準消費借貸」這個是有問題的，如果沒有此種法律關係的改變、沒有改變為「準消費借貸」，而你卻要根據「準消費借貸」的返還請求權來請求，那就算你有買賣價金（貨款）的請求權，我也不能依「買賣」判你勝訴，否則是訴外裁判。所以嚴格來講，可能有三個法律關係：除票據是無因的以外，一個是「買賣關係的貨款請求權」，如果有改變的話就「準消費借貸的借款返還請求權」；如果沒有改變，原告只能根據原來「買賣」關係的貨款請求權來請求，不能根據「準消費借貸」關係來請求返還借款。

所以，這個地方就「訴訟標的是什麼」有澄清（闡明）的必要，否則法律關係並沒有從「買賣」的貨款請求改變為「準消費借貸」的法律關係，而原告誤以為有、就根據「準消費借貸」返還請求權來請求，結果他會本案敗訴（如果根據舊訴訟標的理論，法院不能訴外裁判）！故法院有闡明義務，在此講的就是法院的「法的觀點指摘義務」，法院要和當事人作「法的討論」。我想是這樣。

邱聯恭：

我插一下話，等一下請教各位。接續剛才駱教授所講的，假使甲回應法官的闡明說：「他向我買東西欠一百萬元，當時我們會算過帳，就寫欠款一百萬元。當時有沒有變成借款、或還是貨款，我都無所謂，反正這一百萬元總是應該還給我，所以我起訴狀就寫『欠款』。」這個在社會上是常常有的事，台灣話說「（台語）伊欠我若干錢，反正還我就對了」！他這樣回答，算不算訴訟標的已經特定了？這樣表明訴訟標的可不可以？

因為剛才呂法官講了，支票能不能推定待證事實法官都有闡明，這個很好、表示審判實務上法官在公開心證了嘛！所以那個問題算解決掉了，法官也贊成應該公開心證就對了。現在剩下剛才那個問題。

呂太郎：

因為在實務上經常會碰到這樣的問題，就是剛剛駱老師提到的，好像有可能變成三個訴訟標的（票據、借貸、買賣）。這樣對原告保護是比較周到，但會不會產生一個邏輯上的矛盾，即：以債之變更有效無效來決定訴訟標的是什麼？因為債之變更有效無效恐怕要等到判決最後才確定，如果法官跟他說「到時候你這個變更無效就變買賣，變更有效就變借貸」，這會不會有以訴訟審理的結果來決定訴訟標的的矛盾？

第二個問題，剛剛邱教授特別提的，如果原告只是說：「他跟我買東西，後來我們同意變成借貸，不管是買賣還是借貸他總要給我錢！」這樣的例子，到底訴訟標的是不是特定？我個人的看法是沒有特定，因為法官一定要讓當事人就法律關係指明出來，因為涉及到以後判決的效力如何回歸到實體法，這是很重要的！根據買賣關係判決以後，確定判決的實體法上效果是回應到買賣；如果根據借貸就回應到借貸。所以在這個部分，如果當事人只是說「我不管哪一個法律關係，你判我贏就可以」，至少我目前的感覺，認為還沒有盡到「特定」的義務。

許士宦：

延續剛剛的問題，我覺得駱老師可能不是以「變更有沒有效」作為訴訟標的計算的個數。駱老師可能是認為：如果變更有效那可能是借貸、變更無效那可能是價金，這兩個法律關係縱然不能並存，但那是要不要選擇還是預備合併的問題（至於到底是「訴訟標的」的層次

還是「攻擊防禦」的層次，就涉及到剛剛邱老師所提的那個問題)。

如果現在原告只說了他所主張的那些原因事實，就請求法院來判他到底有沒有權利，駱老師一直強調說「你給我事實、我給你法律」；若照呂法官的話，就變成說法官一定要強迫原告講出一個法律關係。那萬一定性定錯的話是不是就判他敗訴？這是不是違反「法官知法」（適用法律是法官的職責）這個原則？從當事人這邊來講，縱然他用「原因事實」來特定他的訴訟標的，應該也沒有什麼不可以。所以像邱老師所講那樣的情形，他以紛爭的事實來特定訴訟標的，在這次修法，應該認為已被容許。

邱聯恭：

謝謝！許士官教授的發言以後，就引發一個問題，他雖沒有講明，但好像有意思要問呂法官：「沒有表明實體法上的權利，訴訟標的就沒有特定？」這到底是根據訴訟法上哪一條規定？好像有要這樣申問之意的樣子。

林望民：

延續剛才的問題。剛才談到原來的買賣關係後來是否轉換成借貸關係，這還是回歸最前面邱教授提到的一個問題：這時到底有沒有兩個訴訟標的？還是這只是「法律評價」的問題？主張說買賣關係、但是轉變成借款，這對當事人而言雖然他用的是「借款債權」，但是他有沒有可能在法律上推論上發生錯誤？以他的法律上理解好像已經變成借款，但事實上沒有，此時他所主張的就是那個「原因關係」（當初他欠我錢）；他只是把這個借錢「評價為」一個借款債權，但事實上可能不是實體法上所指的借款債權！此時到底是有一個價金給付請求、和一個借款給付請求兩個訴訟標的，還是實際上只有一個訴訟標的、只是當事人在法律推論上出問題而已。

邱聯恭：

林望民法官的意見好像也引發出一個問題。原告回應法官的闡明說：「八十八年二、三月間，他向我買東西、簽發一張支票給我，後來我們會算結果是欠一百萬元，有什麼權利我都要主張！」這樣一個紛爭事實，從法官代表全國納稅人、國家合理分配司法資源這個角度來看，適不適合讓他使用兩次法院？只有一個紛爭嘛：「某年某月某日買東西，會算過，一百萬元還沒有還！」就這個事實，不管你站在「新訴訟標的理論」還是「舊訴訟標的理論」來看，甚至要動用所有訴訟理論上可能性，讓它利用一道訴訟程序解決掉，這才是減輕全國法官負擔最好的方法，並且也是贏得紛爭當事人信賴司法裁判的最捷徑！是不是好像也有想要問這個問題的樣子？謝謝！

換哪一位？喔，吳庭長！老經驗的來了！

吳明軒：

我想這個問題是在就【例一】那個問題，表面上來看，沒有那個問題。

邱聯恭：

所以駱教授說有陷阱嘛！所以闡明的重要性就更顯現出來了！

吳明軒：

這個題目裡沒有這個問題，現在我們進一步來研究，才發生這個問題，我想非常重要的一個基本觀念，審判上有一定的審判對象：系爭款項原不是借款，可是後來當事人約定改變為「借款」，僅得依借款關係請求，這個不是「準」法律關係，現在民法債編已修正，明文規定得以其他權利作為借貸……

邱聯恭：

他（甲）沒有修正啊，他說他搞不清楚……

吳明軒：

聽我講嘛！（衆人笑）已經明文規定可以用其他的給付來作為消費借貸。明文規定的，不是「準」哦！

陳計男：

不是要物契約了！

吳明軒：

對！現在請求的是什麼？究竟是原來的「貨款」債權，還是更改後之「借款」請求權？一定要講清楚！如果是說：「我就是不知道是什麼！」當然要問啦！問他：「你究竟要借款還是要貨款？」他說這個已經根據民法新法的規定、變為借款了，以前的事情就切斷了。我現在舉個例子講。假如是合夥，合夥以後要經過清算程序，合夥人講：「不要清算，把你的出資還給你！」，這就是契約！如果原告主張是借款憑什麼還可以照貨款來審判？如果他說：「究竟是借款、貨款搞不清楚」一定要闡明，究竟是要借款還是貨款。若他說：「借款也要、貨款也要，我不知道是什麼東西，但兩個我都要；這個有了給我，如果這個不成那個給我我也要。」如此情形，借款及貨款均須審判。

邱聯恭：

他說：「不管有沒有變成借款，反正他欠我多少錢，所以只要有權利就判我贏。」這樣可以嗎？

吳明軒：

這樣可以！但是我們講清楚，如果約定變成借款，就不可以！

邱聯恭：

對！但是他沒有說借款也沒有說貨款，反正到時……

吳明軒：