

序 言

本書所輯諸論稿，均以促成爭點集中審理為指向，嘗試闡述其目標達成所需爭點整理方法、其實務運作之前導法理，並致力建構相關之基礎理論。由於此項嘗試係從如下諸面向切入，而發軔於貫徹程序權保障之改革理念，擬作為圖謀促使民事訴訟法學理論與審判實務相銜接、貫通之一項先行作業，爰將本書命名為「爭點整理方法論」，而編為「民事程序法之理論與實務」系列書之第三卷。

第一編「基礎理論」收錄論文三篇，闡述：前導踐行爭點整理程序之基本法理、該程序所具活化審判實務之機能，及民事實體法與程序法在該程序踐行過程所應有之對應、互動關係。其中，「爭點整理方法論序」一文指明：不論民事訴訟法有無增訂明文改採爭點集中審理主義，此項審理原則恒為防止發生突襲性裁判及平衡保護實體利益及程序利益所切需。為此，應持續充實爭點整理程序之內涵，變革向來審判實務多未能處心防免爭點擴散之舊習，責由律師為自律性活動及法官行訴訟指揮，就有關本案審判對象、法律上、事實上及證據上問題事項，踐行切合案情實需之爭點整理。又，「爭點簡化協議程序之運用方針」及「爭點整理與試行和解之關係」二文係接續闡論：應溯尋爭點簡化協議程序之根源於程序選擇權之法理，並基此將該項協議與訴訟上和解均定性為程序選擇權之一種行使型態，同屬尋求「法」所在之手段。此項立論，係延伸自信賴真實主義及法尋求說等制度目的論，應循以機動調整實體法與程序法之關係。

第二編「案例解析」收錄論文八篇，係篩選曾遭最高法院發回更審之各審法院審理案卷為素材，析明程序參與者有何未能行爭點整理之現象及其導因，藉此試圖評論：發生於本土社會之紛爭實態為何、顯現於其訴訟審判過程之爭執態樣具何特徵，以及法官、律師與當事人本人之活動能否回應訴訟法上要求。此項以訴訟審判全過程為評析

對象之研究取向，係嘗試儘可能將法規範所適用之具體事實及社會實態併列為理論研究之基礎資料，而不止於僅就裁判要旨為抽象性・觀念性評釋。因此，其亦有意測知或驗證：經由本案審理過程所發現、形成或具體化之「法」內容，究竟係受何等因素所制約？有關民事訴訟法之學問研究，是否不應無視於本土社會所獨自存有之問題狀況及特殊需求？是否亦應刻意為其問題處理構築可資依循之本土化理論？倘向來實務上未能掌握爭點之現象發生，係亦肇因於程序制度運作者所受教育內容之不足，則本書所呈研究成果，是否亦值供為省思如何變革法曹養成教育之參考？是否宜教育如何掌握紛爭實態、如何從實體法、程序法、理論及實務等多項觀點，整理並綜合分析判斷法律事實？

第二編所錄案例解析文之作成，係緣起於著者受聘任教育部國家講座主持人、司法院司法業務研究會講座及司法官訓練所講座，均被付託從事推動有關民事訴訟集中審理之研究、教育等工作。其間，所用案卷係由司法院及司法官訓練所調取提供，其篩選悉賴司法院彭法官昭芬之盡心協助；而歷次案例研究會上講座評析之錄音整理及大量案卷資料之精簡化，亦承彭法官與同院民事廳副廳長沈法官方維之盡力相助，均備極辛勞，衷心銘感。又，在多逾十次之案例研究會上，與會法官熱烈發表寶貴意見，使著者之心思、靈感俱受刺激、啟發，如今猶心存感念。至於本書之校勘及事項索引之作成，則承台灣大學法律學院許助理教授士宦之協助，併此誌謝。

二〇〇一年八月二十二日

邱 聯 恭

凡 例

一、法規、條文

△各文內所引法條條號，未於其前示明法規名稱者，均指現行之民事訴訟法；謂「新法」者，係指二〇〇〇年（民國八十九年）二月九日公布、同月十一日施行之民事訴訟法新增修條文，其相關新舊條文內容對照表及新法之立法理由，請參照「程序選擇權論」第三三六頁以下。

二、文獻略稱

△各文內多次引用之主要文獻及其略稱如下：

- 「司法現代化」
 - 邱聯恭・司法之現代化與程序法（一九九二年，台灣大學法學叢書七二）
- 「程序制度機能論」
 - 邱聯恭・程序制度機能論（民事程序法之理論與實務第一卷，一九九六年，台灣大學法學叢書五二）
- 「程序選擇權論」
 - 邱聯恭・程序選擇權論（民事程序法之理論與實務第二卷，二〇〇〇年，台灣大學法學叢書一二六）
- 「審理集中化」
 - 邱聯恭・民事訴訟審理集中化之理論與實務（司法院編印，二〇〇〇年）
- 「民訴研討(一)」

目 錄

第一編 基礎理論 1

I 爭點整理方法論序

- 概述其與民事訴訟法有關促進
審理集中化修正條文之關連—— 3

II 爭點簡化協議程序之運用方針

- 評析其與民事訴訟法修正走向之關連—— 71

III 爭點整理與試行和解之關係

- 立足於程序選擇權論之省思—— 109

第二編 案例解析 133

I 工程承包契約所生違約金請求事件之爭點整理 135

II 優先承買權存否確認事件之爭點整理 179

III 抵押債權存否確認事件之爭點整理 215

IV 回復原狀請求事件中兩造各主張解約時 之爭點整理 247

- 民事訴訟法研究會編・民事訴訟法之研討(一)(一九八六年)
- 「民訴研討(二)」
- 民事訴訟法研究會編・民事訴訟法之研討(二)(一九八七年)
- 「民訴研討(三)」
- 民事訴訟法研究會編・民事訴訟法之研討(三)(一九九〇年)
- 「民訴研討(四)」
- 民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討(四)(一九九三年)
- 「民訴研討(五)」
- 民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討(五)(一九九六年)
- 「民訴研討(六)」
- 民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討(六)(一九九七年)
- 「民訴研討(七)」
- 民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討(七)(一九九八年)
- 「民訴研討(八)」
- 民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討(八)(一九九九年)
- 「民訴研討(九)」
- 民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討(九)(二〇〇〇年)
- 「民訴研討(十)」
- 民事訴訟法研究基金會編・民事訴訟法之研討(十)(二〇〇一年)

△其他引用之文獻及其略稱如各文內所示。

V 仲裁判斷撤銷事件之訴訟標的如何特定？	285
VI 裁判分割共有物事件之爭點整理	323
VII 徵收補償費代償請求事件之爭點整理	359
VIII 債權主張未併表明原因事實之起訴如何 整理爭點？	395
《相關圖表》	409
《事項索引》	419

第一編 基礎理論

I 爭點整理方法論序

——概述其與民事訴訟法有關促進
審理集中化修正條文之關連——

壹、前言	5
貳、有關本案審判對象、範圍之整理	9
一、有關訴訟標的如何表明、特定之爭點整理	9
(一)訴訟標的之機能	9
(二)原因事實之表明對訴訟標的特定之必要性	11
(三)訴訟標的之特定與既判力客觀範圍之判定基礎	14
二、有關訴之聲明如何表明、特定之爭點整理	19
參、事實上、證據上爭點之整理	23
一、爭點整理之必要性及程序機能	23
二、相關立法之新進展	26
(一)有關整理事實主張者	26
(二)有關自律性爭點整理者	28
(三)有關經由限制事證處分自由行爭點整理者	29
(四)爭點整理程序之多樣選用	31
三、待證事實及關連證據之整理	44
肆、法律上爭點整理	47
一、法律上爭點整理之必要性	47
(一)法律上討論之必要	48
(二)選擇訴訟標的所必要之法律上爭點整理	50
(三)證據調查前、後之法律上爭點整理	55
二、法律見解之表明	57
(一)法律見解表明義務之具體化	57
(二)法律上爭點整理之步驟	58
(三)心證公開與爭點整理之關係	61
伍、結語	61
※註釋	64

壹、前 言

在二十世紀末之今日，為因應新世紀社會之需求，有關民事程序法之建制及實務運作，已然必須重新面對諸多時代性新課題。其中較具基本性、全面性者如：應如何彌補法制客體面之繼受不足？如何合理分配有限之司法資源（為此所衍生或與其問題解決相關涉之紛爭解決一次性、統一解決紛爭、擴大訴訟制度解決紛爭功能、促進訴訟、訴訟經濟等要求究應如何予以貫徹）？如何妥為因應紛爭事件類型之多樣化、複雜化？伴隨於裁判機能觀之遞變，應如何就法官之角色扮演予以重新定位，並致力健全法制主體面？如何省思、認知訴訟制度之目的為何，並準以變革程序構造？如何促使審理集中化？如何謀求平衡兼顧實體利益與程序利益之道，而妥適界定民事程序法與實體私法之應然關係？如何提昇訴訟制度使用者對程序內容及其運作過程之信服度、接納度？（註一）

於此等課題正待克服之際，以全面、徹底修正現行法為工作目標之司法院民事訴訟法研究修正委員會，經持續進行研修長逾十六年之後，最近終於就向來施行之民事訴訟法，擬成空前大幅之修正草案，由司法院先後提送立法院審議。其中已經完成立法程序者，有關調解、簡易訴訟等程序之修正條文及小額訴訟程序之增訂專章條文，已於一九九九年（民國八十八年）二月三日公布施行；而以審理集中化促進方案為主要內容之諸多新條文亦於今（二〇〇〇）年二月十一日經公布施行。此等新法上規定，就有關審理之對象及程序結構而言，已然重組、調整處分權主義及辯論主義（協同主義）所含內容、命題，刻意使處分權主義更加精緻化，並重新定位辯論主義即協同主義而大為

強化其發揮防止突襲之機能（註二）；就有關審理方式及程序形成之原則確立而言，除重整或充實兩造聽審主義（武器平等原則）、直接主義、言詞主義、公開主義、職權進行主義及自由心證主義等相關諸原則外（註三），並放棄向來所認隨時提出（自由順序）主義，改採適時提出主義而要求當事人應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前「適當時期」（下稱「適時」）提出攻擊防禦方法，且一併聲明事證（新法第一九六條第一項、第二六六條、第二八五條第一項、第二九八條、第四四四條之一）；同時明認爭點集中審理主義（註四），要求法院於調查證據前應將爭點曉諭當事人，並集中於此調查證據（第二九六條之一），而為此責由法院及訴訟當事人（含訴訟代理律師，以下同）協力促進訴訟、迅速準備言詞辯論、充實本案審理之內容（新法第二六六條以下有關準備程序之諸規定）。於此類新法規定下，法院既被要求集中於爭點為審理，自須進行有計畫之審理，於調查證據以前，先行整理、掌握爭點，而將本案審理分成爭點整理階段與證據調查階段，以促使審理集中化（縱使就各爭點分別為集中審理，亦應儘可能縮短期日之間隔）。

本來，民事訴訟法所採用、構成之程序體系乃社會制度之一環，自具有反映特定價值觀，以實現特定社會上實質價值之深層意涵。在此意義上，相較於民事實體法係以私人間私法上一次性活動為規範對象，民事訴訟法既亦以法官及律師之二次性活動為規範對象，其修正即程序法之變革，在各該社會、時代，每更明顯發揮重新規定法官或律師應如何承擔任務、完成使命之機能。職此，民事訴訟法之修正係意指：對於我國社會之司法權運作者（法官）及其相關職業集團（律師），重新提示此後應遵循之行為規律，而彰顯一定之文化上、政策上價值理念。抑且，當事人、法官及其他程序關係人之民事訴訟程序上行為，乃指向於一定目的之一連串活動，而受有關訴訟審理之諸原

則所規律。此等原則中，有關涉審理之對象事項或程序之基本結構者；另有關涉審理之方式或程序如何形成者。並且，該等原則之項目內容係具有相當之發展性，可能因法思想、法理論之新進展而增減消長，且亦有屬於程序法理上當然被視為前提而為不成文之原則，非必僅以傳統上所沿襲或法典上明文採認者為限。又，此類原則之所以被採認，係為實現民事訴訟程序在各該時代、社會所應追求之根本性價值理念（如：憲法上價值理念以及植基於此所形成、樹立之訴訟制度目的），而非必由於各該原則有其自我目的待達成。因此，關於諸訴訟審理原則所應涵蓋之意義、內容或命題為何、以及其應該或被期待發揮何項機能等事，原應該且可能隨著社會變遷、時代推移，不斷檢視、確認各該社會、時代應追求達成之程序制度目的為何，然後進行省思而為合目的性之運用、重構或調整，既屬解釋論上常須面對之課題，亦為立法論上無從避而不論者。

再者，由於訴訟程序係以諸審理原則為基礎所構成，所以訴訟法之修正或訴訟程序之新構，每可能隨伴引發相關審理原則所含內容或所具機能之演變。而且，諸審理原則基於新社會價值觀所被期待或被要求具有之內容上或機能上演變，往往同時成為程序重構之導因、動力。於是，在此項結構上關連性及互動效應上，深入理解今後應如何解釋、運用新法之相關規定，以資合目的性運作訴訟審判業務及使用程序制度，應屬必要而有益。

基上認知，本文擬嘗試探索今後合目的性解釋、運用新法所採適時提出主義及爭點集中審理主義之應有取向，為此，一方面著眼於訴訟審判實務之實踐可能性，一方面謀求其與訴訟法學理論之必要性銜接（註五），而探討如何整理、掌握爭點？關涉爭點之攻防方法應於何時、如何提出或如何使提出始屬該當於所謂「適時」提出？此等問題之探討，對於落實新法所採該二審理主義之精神，貫徹其改革理念

(註六)，應屬不可欠缺。因為，新法設有多項規定，一再強調本案審理過程上整理、掌握訴訟相關爭點之緊要性，在此關連上要求當事人於適時提出攻防方法之同時，並要求法院及當事人集中於爭點踐行相關程序，以促成集中審理（針對爭點集中調查證據並集中辯論），例如：除要求審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為完全之辯論、就事實及法律為充足之陳述（新法第一九九條）；就當事人之陳述，曉諭其敘明或補充所疏未主張之法律關係（法律上爭點，新法第一九九條之一）以外，並明文要求：原告於起訴時，應表明特定訴訟標的所必要之原因事實（新法第二四四條第一項第二款）；容許就請求之基礎事實同一者為訴之變更或追加（第二五五條第一項第二款）；要求法院致力於使當事人整理並協議簡化爭點（新法第二六八條之一第二項、第二七〇條之一第一項第三款及第二項、第二七一條之一）；明認有關簡化爭點之協議具拘束力（新法第二七〇條之一第三項、第二七一條之一及第四四七條第一款）；要求就整理爭點之結果作成筆錄，並得使提出摘要書狀（新法第二七一條、第二七一條之一、第二六八條之一第三項）、要求法院於調查證據前應曉諭爭點，並集中於此調查證據及辯論（新法第二九六條之一、第二九七條）；要求當事人就其請求或答辯，應陳明所依據之事實及證據（新法第二六六條），以便利整理爭點；強化陳述義務而要求當事人對他造所提事實及證據，應為陳述以利掌握爭點（新法第一九五條第二項）；為整理爭點，承認審判長得命當事人就特定事項詳為表明或聲明所用證據（為整理證據上爭點，新法第二六八條）；要求當事人於聲明證據時應表明應證事實，以利整理事實上及證據上爭點（新法第二八五條第一項）；不容許為無關應證事實之發問（新法第三二〇條）；擴充事證保全程序，並容許兩造就有關訴訟標的・事實・證據等可能成為訴訟上爭點之事項，於訴訟繫屬前達成協議以便限縮爭點（新法第三

七六條之一）；於加重一般性訴訟促進義務（第一九五條第二項、第一九六條第一項、第二六六條、第二八五條第一項、第二九八條第二項、第三四二條第三項、第三五七條之一及第四四四條之一第一項）及個別的訴訟促進義務（第二六八條、第二六八條之二第一項及第四四四條之一第四項）之同時，並強化失權效，以制約爭點之擴散而防免審理散漫化（新法第一九六條第二項、第二六八條之二第二項、第二七六條、第四四七條及第四四四條之一第五項）。

貳、有關本案審判對象、範圍之整理

一、有關訴訟標的如何表明、特定之爭點整理

(一) 訴訟標的之機能

在採處分權主義之訴訟架構下，就訴之聲明及訴訟標的之表明，當事人（原告）有主導、決定權，法官不得代當事人為之。亦即承認原告就審判對象為何及其範圍有特定之權能及責任，且要求法院不得超越原告之聲明範圍為裁判。此乃為保障其受憲法所承認之訴訟權及系爭中、系爭外財產權、自由權等，係原告所享程序選擇權之一種行使型態。故原告所未表明之訴之聲明及訴訟標的，法官就不得將其當作審判的對象，以免發生突襲性裁判而危害當事人之實體利益（因法院就訴之聲明或訴訟標的為判決所可能取得之實體法上利益）及程序利益（因不就原告所未表明之審判對象為判決所可能獲致之程序上勞費節省）。（註七）為此，在當事人未為捨棄或認諾之情形，由於訴訟標的及訴之聲明係兩造間最上位之爭點，所以受訴法院應先集中於此為審理，而兩造亦應集中於此為攻擊防禦及辯論。在此項關連上，

如何特定訴訟標的、訴之聲明以及如何予以整理，遂成為自起訴時起應先處理之問題。

然而，關於何謂訴訟標的，民事訴訟法並未明文規定其具體之意義、內涵，所以係應依訴訟法上基本要求，從相關訴訟法理論加以處理之問題。為其解決，應先認明，民事訴訟法採用處分權主義並承認「訴訟標的」概念，係為借重其發揮何等機能？按：在起訴時或訴訟程序之前階段，要求原告依處分權主義為訴訟標的及訴之聲明之表明、特定，實具有提示、限定審判對象範圍之機能、凸顯攻擊防禦目標之機能及預告既判力客觀範圍之機能（具行為規範之機能）。因此，訴訟標的之特定乃防止發生突襲所必要。而在程序之後階段或後訴訟，訴之聲明及訴訟標的則具有回顧、測定當事人在程序前階段或前訴訟所為攻擊防禦之目標及審判之對象範圍，以評價前判決效力範圍之機能。又，為追求實體利益，原告固然需要提示訴之聲明及訴訟標的；可是，為避免不必要之勞費付出，以追求程序利益，原告則需求不將可能招致程序上不利益之事項（如：較難證明之權利）列為訴之聲明或訴訟標的。因此，不應忽視處分權主義之採用、訴之聲明及訴訟標的之劃定，不僅具有追求實體利益之機能，亦可發揮追求程序利益之機能及平衡追求該二種利益之機能。（註八）

因此，從促使發揮上開機能之觀點而言，應肯定評價(1)新法第二四四條第四項就因舉證困難致易伴生程序上不利益且不易追求實體利益之損害賠償請求事件，容許原告得於訴之聲明先僅表明其全部請求之最低金額（下限額），以實質保障其所應享之實體處分權及程序處分權，平衡兼顧保護其實體利益及程序利益。(2)同條第一項第二款要求原告在特定訴訟標的所必要之範圍內，於起訴時應併表明原因事實。此可便利被告認明攻擊防禦之目標，保護其防禦權，並使法院儘速把握本案審判之對象而準以擬定審理之方針，致力防止發生突襲性裁判。

(3)第四二八條第一項及第四三六條之二三明文容認簡易事件及小額事件之原告，於起訴時得選擇僅表明原因事實，而以之與訴之聲明相結合作為本案審判之對象範圍，使原告在不確知如何適用實體法致難就原因事實自為實體法上定性時，或有意就一個紛爭事實謀求利用同一訴訟程序予以解決時，得受尊重其實體處分權、程序處分權及程序選擇權，藉此可獲得平衡追求實體利益及程序利益，並受實質保護訴訟權之機會；如此既符「法官知法」之原則，亦不苛求當事人具有超越於法官即法律專家之法律知能，以防免發生悖逆期待可能性之情事。其實，如此容許原告得選擇以原因事實之表明劃定訴訟標的之訴訟上請求方式，為貫徹保護原告所享上開權利，基於程序選擇權之法理，原亦可能且應該被採用於通常訴訟程序。

(二)原因事實之表明對訴訟標的之特定之必要性

關於訴訟標的已否表明、特定，在金錢債權請求事件，縱使原告自為實體法上定性而表明某權利或法律關係作為訴訟標的，尚須配合原告所主張之原因事實而判斷其已否及實際所特定之訴訟標的為何。因為，在同一當事人兩造間可能分別成立二個以上之債權契約，其中何者所生請求權係被據以起訴，如不借用其所由生之原因事實之表明加以特定，而僅抽象表明該請求權（如：價金給付請求權或借款償還請求權），將無從識別該訴訟標的係有所不同於他訴所據為訴訟標的之請求權（如：價金給付請求權或借款償還請求權）。其結果，被告將難認明其應施加攻擊防禦之目標，而受訴法院亦將無從把握其所受理之本案審判對象，以致無從發揮如上「(一)」所述防止突襲等機能。

【例一】在原告 x 起訴聲明求為判決命被告給付五百萬元，於起訴時主張：「被告於某年某月某日與原告訂立買賣某物之契約，約定之貨款五百萬元尚未依約償付」等類原因事實之情形。如 x 未如此表

明或其表明有不充足、不明瞭之處，縱使其已表明以價金債權為訴訟標的，法院也應行使闡明權令 x 表明清楚而使補正該原因事實，此即踐行有關訴訟標的之爭點整理程序。倘不如此整理，則不但法院無從擬定審理的方向，被告也不知該如何針對何項審判對象為攻擊防禦。於如此特定訴訟標的以後，兩造就圍繞著所特定之該項本案審判對象提出事實及證據。此時，縱使原告未併表明其係以價金債權為訴訟標的，或竟然誤用實體法上評價（誤為實體法上定性）以致誤表明他項權利為訴訟標的，法院亦應依「法官知法」之原則適用法律為正確之實體法上評價，使為辯論然後下判決。並且，在適用此原則之前提下，於上開情形，原告雖未表明或不知明列「價金債權」為訴訟標的，由於原告所表明之上開原因事實已可特定法院之審判對象及被告之攻防目標，而可發揮如上(一)所述要求表明訴訟標的之目的、機能，所以難謂其起訴未盡新法第二四四條第一項第二款對原告所課表明責任。亦即，應認為上開情形與原告併表明主張價金債權作為訴訟標的之情形，均同樣已盡表明、特定訴訟標的之責任（本來，訴訟標的之新、舊說，雖均認為就上開情形，原告為特定其訴訟上請求應述明請求權發生之原因事實，但均未認為應要求原告為實體法上定性，亦即不要求原告同時表明其所述原因事實該當於發生何項實體法上權利）（註九）。至於如果其後原告所提事實涉及其他非關本件已特定之訴訟標的者，則為是否准許訴之變更、追加之問題，應依新法第二五五條第一項第二款及第二五六條為處理。

新法第二四四條第一項第二款增訂：訴狀應同時表明「其原因事實」，係為達成上述要求表明訴訟標的之目的、機能。所以縱使不如此增訂，亦應為同方向之解釋，而應予以理解為：在表明、特定訴訟標的所必要之範圍內，固應表明原因事實，但如不為原因事實之表明即足以特定訴訟標的時，則原因事實之起訴狀上記載係為便利整理事

實上或證據上爭點所為攻擊防禦方法之提出。此時其原因事實之記載雖有助於促成集中審理，而為新法第二六六條、第二六七條第二項及第二六八條之二等有關課當事人負訴訟促進義務之規定所要求，卻非屬特定訴訟標的時所不可欠缺者。要之，在原告基於債權起訴之事件，其仍應依上開有關課求其負訴訟促進義務（協力迅速進行訴訟之義務）之規定，於程序之儘早階段（如：起訴時或對起訴為答辯時）併陳明其請求或答辯所依據之事實（即兩造有關訴之聲明及訴訟標的之法律關係是否正當所由生之論據，含相關原因事實在內）。從此角度而言，原因事實之陳明實具有二重之效用，亦即兼具特定訴訟標的及使自己之請求、權利主張成為有理由（正當）之論據等機能。

不過，在以物權或其他排他性權利為訴訟標的起訴時，其為特定訴訟標的只須表明該權利與其歸屬關係即可，至於取得該權利之原因事實為何，則屬適用辯論主義或行使闡明權使提出之範疇，係為準備言詞辯論期日以達到審理集中化之目標而促進訴訟，才依新法第二六六條以下規定被要求儘速提出。

【例二】在原告起訴請求確認其對某車之所有權存在或基於所有物返還請求權起訴請求返還該車之情形，原告到底係基於買賣、繼承、時效取得或贈與等原因而取得所有權，是屬攻擊防禦方法的問題，僅於當事人間有主張、否認時始成為爭點，而不必於特定訴訟標的時併予表明。亦即，於此情形，並非以各該原因事實之個數為準計算、判定訴訟標的之單複異同。在訴請判決確認原告對某物之所有權存在時，其訴之聲明既表明應予確認之權利為何者（原告對某物之所有權），則據此已可特定訴訟標的，即不必為之表明原因事實。於此，原因事實之陳述係為整理爭點以促進訴訟，而非為特定訴訟標的。又，在原告表明以其對某物之所有物返還請求權為訴訟標的之情形，此項表明已可資以識別其求為本案判決之對象為何，已盡特定訴訟標的之責任。

至於其為獲得勝訴判決，將自己負有主張責任及舉證責任之某物（動產或不動產）如何為其所有之事實及被告如何占有該物之事實，記載於準備書狀或起訴狀作為主要事實（新法第二六六條第一項第一款、第二四四條第三項），則係為便利行爭點整理以盡一般訴訟促進義務，而非專為特定訴訟標的。如其就該事實未為陳述記載，受訴法院亦應闡明，以利被告為認否之陳述。於此情形，促使為該等事實之陳述，係為行事實上爭點整理所必要，非必為特定訴訟標的。又，如原告雖表明以上開所有物返還請求權作為訴訟標的，而為上開訴之聲明，卻陳述上開事實以外之原因事實（未陳述上開原告所有之事實），且其該當發生之權利並非所有物返還請求權時，受訴法院應表明其所持法律適用上見解，而為適當闡明，以使原告有為補正表明之機會（依新法第一九九條之一第一項及第二四九條第一項但書之規定，防止法律適用的突襲）。至於在原告起訴聲明求為判決命被告返還某物，並述明上開事實（該物為原告所有之事實）以特定訴訟標的，但未同時表明該事實所該當發生之所有物返還請求權時，亦難謂其未表明訴訟標的。抑且，縱使原告就該事實主張，誤為實體法上定性（誤表明為所有物返還請求權以外之權利屬性），以致其事實主張與權利主張互不一致時或有矛盾時，受訴法院亦應依職責為法律評價，而為適當之闡明（如：表明法律見解）使當事人為完全之辯論（依第一九九條第一項之規定，防止發生法律適用的突襲）。總之，受訴法院應依上所述為有關特定訴訟標的之整理，然後以所特定之訴訟標的即本案審判對象為上位爭點，進行有關事實上及證據上爭點之整理。

（三）訴訟標的之特定與既判力客觀範圍之判定基礎

如上所述，訴訟標的之特定，既然具有預告既判力客觀範圍之機能，所以法官及當事人愈能在前訴訟之程序上儘早階段突顯、提示訴

訟標的，使其範圍（本案審判之對象）具體明確，則不僅愈可促使當事人為充分之攻擊防禦，便利法院為集中審理，亦愈將有助於防免提起難與前訴訟識別其相互間訴訟標的範圍之後訴訟，或於後訴訟被提起時更容易迅速判斷有無違反有關重複起訴禁止之規定或既判力之規定（參照第二四九條第一項第七款、第二五三條、第四〇〇條第一項）。

【例三】試以圖表六為例，假設原告 x 列 y 為被告，起訴聲明請求法院判令 y 給付 x 二十萬元，其事實理由的表明可能有如下幾種情形（註一〇）：

(1) x 陳稱：「x 執有 y 所簽發，票載日期某年某月某日、票面金額二十萬元的支票一紙，因為該票未獲兌現，所以請法官判令 y 給付該金額。」

在此情形，原告所為事實理由的陳述，只及於圖表六內(c)請求的事實部分，而未表明所主張之實體法上權利為何。此時，原告所表明之原因事實，只涉及被告簽發支票之行為，而無關於原因關係即圖表六內(a)或(b)之事實部分及其該當發生之權利。所以，如果被告在訴訟中迄未提出涉及原因關係的抗辯，而只依票據法第二二條提出時效抗辯，並經判決確定之後，則該判決之既判力應該不及於原因關係即圖表六內(a)或(b)。（註一一）

又，在上述情形，縱使無法律知識的原告因不知其所依據的請求權是票款給付請求權，以致未如此主張且未補正表明該權利，亦不應認為其未表明訴訟標的的而以起訴不合法予以裁定駁回。因為依「法官知法」之原則，適用法律於特定事實乃法官之職責。況且，此亦為我國最高法院向來之裁判先例所是認，並經新法第四二八條第一項及第四三六條之二三所明示。至於法院應如何適用新法第一九九條第一項之規定，使當事人就事實及法律為適當完全之辯論，則屬另一問題。

(2)x 陳稱：「y 簽發票載日期為某年某月某日、票面金額二十萬元的支票一紙交付 x，嗣後該票未獲兌現，且經原告屢催，y 迄今不還，因此提起本件訴訟。事實上，該票是 x（孕婦）某日自台北市公館買公車票上 y 之公車，y 之司機駕車途經崎嶇不平的道路，卻未盡注意道路是否平坦，以致發生事故使 x 受傷流產，因此 y 才簽發該支票交付 x 作為賠償之用。」

在此情形，由原告所表明的原因事實已經涉及該當於其票據之原因關係發生的事實即圖表六內(a)或(b)。於是法官問 x：「妳是根據什麼請求權基礎起訴？」，如原告 x 回答：「我未曾進法律系，沒有機會讀法律。現在懷孕卻流產，已經夠傷心了，法官卻還要我表明請求權基礎？」於此，試想：可否經如此闡明後於 x 不補正時，即予裁定駁回起訴？如果 x 未委任律師，通常照理應是希望選擇以上述原因事實作為審判對象，請求法官即通曉法律之專家依法（適用法律）認為權利存在時，即判決其勝訴。何況，在憲法規定法官應依據法律審判之體制下，民訴法上並無禁止如此判決之規定。此時，如果有法官認為原告必須明確主張所據以起訴的實體法上權利為何，而應由其自為實體法上定性始可，則違反自羅馬法以來所認，且至今仍為大陸法系諸國奉守之「法官知法」原則，對於不諳法律專業知識之原告亦不免過苛。

要之，在原告方提起訴訟之階段，經表明、特定之訴訟標的具有行為規範之作用，所以須要求原告將其所主張之訴訟標的特定清楚，以發揮上述防止突襲等機能。如果訴訟代理律師或受訴法院未使原告於起訴時將訴訟標的之範圍予以特定，則無從認為法官對於兩造間最大之爭點已確實認明、掌握，自難為集中審理。因為，在訴訟程序上係最先要求法官必須集中於訴訟標的及訴之聲明為審理，所以先要就此方面爭執事項、範圍加以特定明確，如其尚未清楚，自應予以闡明、

整理。因此，在上開情形，設受訴法院在未經如上闡明清楚以前，即行本案審理而以票款請求權不存在（如：已罹於消滅時效）為由，判決駁回原告之訴，終告確定。此時，應認為該判決之既判力不及於原因關係〔即圖表六內(a)或(b)〕，始符經由訴訟標的之特定以防止發生突襲而貫徹程序權保障要求之法理。

抑且，在此種情形，x 所主張之原因事實，是相當於圖表六所示最外圍的大圈，從法官即法律專家觀之，雖通常認為其可能該當於圖表六內(a)或(b)或(c)，可是原告卻可能因法律專業知識之欠缺或不足，以致不知如何予以適用實體法而為權利之定性。然而，縱使在原告未委任律師為訴訟代理人，以致可能引發當事人就法律見解難有充分辯論能力之問題，而尚有待於充實周邊制度（如：法律扶助制度、律師制度）為適當配合等類情形，法律之適用畢竟本屬法院之職責，何能因當事人欠缺充足之辯論能力，法官即擅行推卸所負適用法律以實現權利之使命。至於法官應如何適度表明法律見解，分析相關實體利害及程序利害，俾當事人得能予以比較衡量，而善為行使其源自處分權主義之程序處分權，乃有關基於程序權保障（聽審請求權保障）之要求，如何賦予當事人辯論機會之問題。為此，新法已增訂第一九九條之一要求審判長應曉諭原告為敘明或補充，可資以解決問題。其實，縱使未如此增訂，基於防止發生突襲性裁判（含法律適用的突襲）之要求，依第一九九條第一項之舊法或新法上規定內容，均應為相同之解釋，始符程序權保障之要求。（註一二）

其實，縱使在上開情形，如果原告具備法律知識或委任有律師為其訴訟代理人，而顧慮其為證明該當於侵權行為之損害賠償請求權〔圖表六內(a)〕發生之事實（y 有故意、過失等事實）所需相關物證、人證尚未蒐集齊全，如貿然據該權利為訴訟標的，將可能在其未能充分攻防之狀態下遭受判決，而蒙受等同於犧牲該權利之不利益等情，亦

可能基於其源自處分權主義之程序處分權，起訴表明僅以基因於債務不履行之損害賠償請求權作為審判對象即訴訟標的，而請求法院不審理基因於侵權行為之損害賠償請求權。此時，原告係有意將該請求權預先排除於既判力客觀範圍外，是乃其程序選擇權、程序處分權行使之結果，應受尊重。就此，如果法官信奉新訴訟標的理論，以致過度強調紛爭解決一次性之要求，在 x 就有關 y 有無故意或過失的事實、證據尚未蒐集齊全以前，竟將基因於侵權行為之損害賠償請求權〔圖表六內(a)〕亦列為審判之對象範圍，而併就此項請求權判決 x 敗訴，則無異於在 x 就因於侵權行為之損害賠償請求權尚未蒐證齊全以前，無視 x 所享程序處分權、程序選擇權之狀態下，剝奪其受憲法所保障之財產權、自由權，使其蒙受不應有之實體上不利益（該權利遭判決為不存在之不利益）及程序上不利益（因在蒐證準備尚不充分之狀況下起訴而受本案審理，以致證據調查拖延所伴生之不利益），是與原告於程序進行中再追加開請求權為本案審判對象之情形有所不同。

(3) x 起訴時只主張如「(1)」所述事實，但 y 則辯稱：「當天 y 之所以簽發如 x 所主張之支票交 x 收執，乃由於 x 當場爭鬧不休，為恐影響 y 載客營運之信用，才不得已簽發該支票，事實上 y 之司機對於 x 流產受害一事，並無故意或過失之行為。」

在此情形，x 起訴時只主張該當於發生票款債權〔圖表六內(c)〕之原因事實，而未表明主張該權利本身，但 y 已在本案審理過程提出涉及原因關係之事實不存在之抗辯，所以兩造間主要之事實上爭點已經擴及於牽涉原因關係之事實。於此種事實群已經擴大之情形，為貫徹紛爭解決一次性之要求，可適用新法第二五五條第一項第二款容許原告就同一基礎事實追加原因關係請求作為訴訟標的，並以此為上位爭點，行事實上及證據上爭點整理。此從新法第一九九條之一第一項已增訂可資適用之明文觀之，尤所應然。

二、有關訴之聲明如何表明、特定之爭點整理

【例四】以圖表二及圖表三為例而言，設原告 x 起訴聲明求為判決確認其對 y 就 k 地之使用權存在，並陳稱：兩造間曾有如圖表三斜線部分所示事實，可作為特定本件訴訟上請求所必要之事實（原因事實，即如圖表二內甲部分所示事實），基於此事實 x 對 y 就 k 地應有租賃權或使用借貸權云云。

在此情形，x 聲明求為審判之對象究為其對 y 就 k 地之「使用權」或「租賃權」或「使用借貸權」，尚難謂於兩造間或於當事人與法院之間已形成共識，而屬明確、特定。此時，為使法院所應集中審理之上位爭點明確化，而凸顯攻擊防禦目標，以防止突襲，法官宜於本案審理之前階段，儘早指明其所認識、理解者為何，而改變向來不循此方向行爭點整理之審判實務上態度。此即，應由法院就訴之聲明及訴訟標的即本案審判對象為何，行爭點整理而向原告指明或釐清：其聲明求為本案審判之對象及攻擊防禦之目標究竟是否僅限於以圖表三內斜線部分所示事實為基礎所該當發生之「使用權」、或以 a 部分所示事實為基礎所該當發生之「使用借貸權」、或以 b 部分所示事實為基礎所該當構成之「租賃權」；或係擬將 a 所該當發生之使用借貸權及 b 所該當發生之租賃權，併列為審判對象及攻擊防禦目標，而有意起訴聲明為客觀合併？

【例五】以圖表四為例，設原告起訴時主張斜線部分所示瑕疵事實，而聲明求為判決撤銷某公司某日所作成某項股東會決議。就此項訴求，法院認為原告所陳事實係可能該當於 a 部分所示決議無效，而非必該當於 c 部分所示決議撤銷時，則應予以指明，以整理有關本案審判對象為何之爭點（新法第一九九條之一第一項）。於此情形，相

較於法院未為該項指明之情形，原告恒更有機會將其所訴求之 c 補正為 a。如原告就其所述瑕疵事實究竟該當於 a 或 b 或 c，並無確信，亦難預知法院所將判斷之內容、見解，則經由法院之闡明而協同行爭點整理，原告亦可能聲明求為判決該項決議之效力應予否定，而同時選擇性或預備性合併主張 a、b 及 c 求為審判，以便就同一紛爭（某公司某日作成之某項股東會決議有無應被否定其效力之某項瑕疵），利用一道訴訟程序徹底予以解決。藉此由法院行更適切之事實上、法律上爭點整理，以掌握紛爭實情，追求程序利益、貫徹紛爭解決一次性之要求、顧全訴訟經濟、防止發生突襲（促進訴訟的突襲、法律適用的突襲）。可是，向來之審判實務卻忽略此類要求，以致未照上開方向整理訴之聲明。

其實，為發揮處分權主義之機能（平衡兼顧實體利益及程序利益），並為克盡訴訟促進義務，原告（其代理律師）於起訴時，即應照上述方向處理。抑且，上述有關訴訟標的、審判對象為何之整理必要性，在原告係基於無名契約或就新生現代型紛爭事件等具有法官造法性事件類型（如圖表九所示紛爭事件，係具有不同於如圖表八所示固有訴訟事件之特性需求）為權利主張而起訴之情形，尤屬重要。因為在此類事件，由於其相關法規範或欠缺法律明定之明確要件事實可循，或此要件本身具流動性，以致其訴之聲明及訴訟標的如何選擇及特定，往往較諸一般訴訟事件類型，常更難掌握、更易引發當事人與法院間之認知上差距，而發生突襲。因此，就該類事件，受訴法院更有必要指明其所認識之審判對象與原告所表明者有何差異，以便更能掌握紛爭實情，而針對於此在法院與兩造間，就該訴訟之審判對象範圍及法律上、事實上、證據上爭點為何，形成共識而為集中審理，並助益確保預測可能性。

【例六】我國向來之審判實務多認為，原告起訴請求給付金錢時，

應表明確定之金額，而不得僅表明其請求之下限額。可是，此種處理方式，就部分事件類型，尚不足以迅速救濟權利受害。試以損害賠償請求事件與因交易行為所生事件之比較為例而言，新法第二四四條第四項規定：「於請求金錢賠償損害之訴，原告得在第一項第二款之原因事實範圍內，僅表明其全部請求之最低金額……」，此規定僅限於損害賠償請求事件始有適用，並不包括因一般交易（契約）所生事件（如：價金給付請求事件、租金給付請求事件）在內。按：損害賠償請求事件，在學理上可稱為非因交易行為發生之紛爭，至於因買賣、承攬等類契約行為所生者，則屬所謂因交易行為發生之紛爭。通常，非因交易行為發生之紛爭與因交易行為發生之紛爭，互有相當之舉證上難易之不同。亦即，因契約而發生之紛爭，當事人通常較可預期將來所能依契約主張權利之範圍，因為，契約資料是當事人自己所經歷，而較易掌握。但在非因交易行為而發生之紛爭，當事人通常無法預先蒐集事證，例如交通事故，當事人有權請求的賠償金額究竟多少，往往非當事人於起訴時所易預測而特定，因為，是否有因果關係？是否原告亦與有過失等事，每較難期待其於起訴階段即加以預測及特定，如果將此類舉證困難、期待困難之社會危險全部轉嫁於當事人（請求救濟權利受害之原告）身上，在法治國家難謂合理。因為，在法治國家是期待人民守法，如不遵守即加以制裁，可是在本案審判過程，所謂「法」並不是僅指類如形式上經立法院通過之民法第一八四條規定之條文，而是「法」的內容乃由法官所形成，亦即，訴訟程序上的「法」或法官所下本案判決中的「法」，是依事實證明的程度而為判斷之結果。所以，在過去某時點甲車與乙車相撞，縱使其客觀事實是因於乙超速駕駛，依民法規定，乙應對甲負損害賠償責任。可是，在訴訟審判過程，如果甲無法證明乙超速駕駛之事實（如圖表一內「事件類型(5)」所示 d4 事實），而無法證明乙有故意或過失，則法官即應

判決甲對乙之損害賠償請求權不存在。

因此，雖謂實體法為裁判規範，可是本案判決所尋得的「法」與客觀實體法，在現實社會上非必全同。在本案審判過程，法與事實係牽扯難分，事實又與證據牽扯難分，沒有證據，就不能找出事實，也隨著難能判定該當於民法所定因侵權行為所生損害賠償請求權之要件事實。所以，雖要求法官應依實體法為裁判，但是，可謂法官亦某程度經由自由心證而造法。從此角度而言，因紛爭而涉訟時，審判實務如何運作一事將左右、決定實體法上權利能否獲實現之程度。況且，法官及律師之知識、能力水平以及事證蒐集手段之充實度等程序法上諸多因素，均可能影響本案判決所尋得的「法」之內容，以致其未必均等同於立法院所通過之客觀實體法。從此角度而言，如何從訴訟法上適當顧慮上開舉證困難之現實，即成為課題。為此，新法增訂第二四四條第四項及第五項，就具有上述舉證困難性之損害賠償請求事件，容許原告得暫表明請求之下限額，而視調查證據之結果，再由法官適度為闡明行爭點整理使為補充。

其實，縱然沒有上開第二四四條第四項規定，為貫徹武器平等原則及公平之要求，並確實保障訴訟權，縱使在向來之審判實務上，也應該且可以依上述規定內容之方向處理。因為，於損害賠償請求事件既然常有舉證上困難之現實存在，所以，在起訴階段即要求原告預估其所得主張權利之受害具體數額，而強使其據以表明訴之聲明，將使其伴生額外之程序上不利益（如：較多裁判費之預繳），對原告之權利行使並不公平，不足以保障其訴訟權及程序權。而且，要求原告表明訴之聲明，原係為使被告預測其攻擊防禦之目標及其於本件訴訟所可能喪失利益之上限，藉以防止發生突襲，所以，只要受訴法院在辯論終結以前，能將有關損害額之審理結果，經由闡明（公開心證）適時賦予被告預測之機會，即難謂對其防禦權有特別之妨害。（註一三）

從而，於上開審理程序上，為特定訴之聲明，法院應先審理所受理之事件是否含有上述舉證困難之特性，並整理、掌握可資以判斷之相關具體事實。於是，在上開損害賠償請求事件，法院所應踐行之爭點整理程序，將隨著原告請求下限額之表明所特定之聲明，移向於有關各該事件所涉事實上及證據上爭點之整理（如下述「參」之說明）。

參、事實上、證據上爭點之整理

一、爭點整理之必要性及程序機能

在本案審理過程，為裁判訴之聲明（如圖表一內 a 系列所示）有無理由及確定權利義務（法律關係——如圖表一內 b 系列所示）存否，一般係先認定該當於導致發生特定法律效果之要件事實是否存在，並且在認定此要件事實（即當事人於訴訟上主張之主要事實，如圖表一內 c 系列所示）所必要之範圍內（當事人間有爭執而不適用辯論主義第二命題之範圍內），亦應先蒐集、判斷有助於其推認（推定）之間接事實（如圖表一內 d 系列所示）是否存在。可是，在向來之審判實務上，受訴法院往往未踐行足以使系爭要件事實明確化之證據裁定程序，又不強制要求當事人在起訴或主張事實之階段，應就紛爭之歷史事實依照連續陳述故事之方式，併敘明可資判斷其主張或否認成為有理由所必要之間接事實或徵憑。因此，在其後階段行事實審理之過程，當事人往往前後零散而陸續提出自以為與證據調查相關而必要之間接事實，致對當事人（尤其是他造）造成突襲。換言之，就該等事實，倘受訴法院不回應其提出而為必要之證據調查，即遽為終局性認定，將難免對當事人（他造）造成突襲（尤其是認定事實的突襲），反之，

倘法院在未經充分整理爭點（事實上或證據上爭點），亦未掌握待證事實與證據調查之關連性及必要性等情況下，概准如當事人所請，就其事實主張均一律付出勞費為證據調查，則難免背反促進訴訟之要求，且有招致突襲（促進訴訟的突襲）之虞。

鑑於此，受訴法院應依案情狀況之需要，運用訴訟指揮權，踐行事實上及證據上爭點整理程序。此項爭點整理係指：確定當事人已否主張上開意義之主要事實、與該主要事實相關連之間接事實為何、與此等事實（主要事實、間接事實）具關連性之證據為何、對造所爭執之事實及不予爭執者各為何；就有爭執之事實闡明已否為證據之聲明並促使應舉證者為證據聲明、就書證使其聲明人之對造為認否之陳述、取捨既經聲明之證據、掌握有助於自主解決紛爭（如：和解）之背景事實為何等程序之踐行。

爭點整理程序可發揮種種重要機能，諸如：助益兩造限縮、撤回或避免提出無實益（無從獲得實體利益或程序利益）之事實主張或證據聲明；又，於認為猶待提出證據時，該程序有助於尋求蒐集證據之方向。至於當法院整理爭點後認為已可進行調查證據時，該程序則直接有利於促成集中審理（集中於該爭點為證據調查並為辯論，即採爭點集中審理模式）。在此意義上，爭點整理程序實具有防止發生突襲（發現真實的突襲及促進訴訟的突襲），助益當事人平衡追求實體利益（因上開事證之提出以致更能發現真實時所可獲得之利益）及程序利益（因避免上開無實益之提出所可省之勞力・時間・費用），而促使審理集中化等機能。

尤其，受訴法院在整理爭點時，如能將其對於事實主張及證據提出所持認識・判斷（心證或法律見解）向當事人（代理律師）表明而進行對話，則就爭點之取捨・限定或重新形成，兩造與法院可能達成共識之機率恒屬較大。此項爭點整理方式對於提供當事人平衡追求上

開二種利益之機會、防止來自法院的突襲以及促成簡化爭點之協議（經由協議行使程序處分權以限縮爭點），亦越能有所助益。為此，應謀求改進訴訟指揮之運作方式，而期待並要求法院應依案情之需要，就何者為待證事實及其與證據方法之關連性等，儘可能與當事人進行言詞討論，藉以整理爭點。由於此項討論係為掌握當事人所欲主張之要件事實為何，而直接關涉實體法如何解釋、運用（有關某權利之法律上構成要件為何、當事人就此所為解釋是否正確、其解釋是否與法院所持見解互不一致等類涉及構成要件本身如何理解、把握之事項），所以在討論過程，法院應將其法律見解（有關判斷某具體事實是否該當於發生特定法律效果之法律見解）適時向當事人表明，以利了解當事人是否已適切陳明（提出）該當於發生原告所得主張或被告據以抗辯之法律關係所需要件事實（已否主張對應於法律上構成要件之事實）。因此，在上述討論過程，法院應留意當事人所主張之具體事實與其權利主張之間的對應關係。換言之，縱使當事人以書狀（併參照新法第二六六條至第二六八條）或言詞就某項權利為抽象的主張，法院亦尚應再查明當事人是否已主張有關發生該權利所必要之具體事實（就類如圖表八所示固有訴訟事件而言，為要件事實即主要事實；就類如圖表九所示之現代型訴訟事件或不確定法律概念而言，則為決定性具體・間接事實），藉以探明該當事人真正有意主張之權利為何。此時，應審查或闡明有關該權利發生之原因事實為何及是否經當事人予以提出，並試將當事人在實體法上「應主張」或「得主張」之事實與其在訴訟上「已主張」之事實，加以對比，以資判斷，而避免發生法院所認識者（法院所認為當事人欲主張之權利）非屬該當事人所真正有意主張者（非其真正有意主張之權利），致在審理過程頻生突襲。

【例七】試以圖表一內事件類型(2)或(3)或(4)之情形為例說明：法院在其就 d_1 、 d_2 及 d_3 等三項事實已形成肯定的心證時，如未適度闡明

或公開該項心證，當事人將不確知應以各該 d₄ 事實為爭點，致未能及時就各該 d₄ 事實為主張・舉證。在此情形下，法院就各該 c 系列事實所為推定及據此所為之法律適用（關於 b 系列權利存在之裁判），均將對當事人(y)造成突襲。此項突襲（發現真實的突襲及促進訴訟的突襲）之發生，係導因於法院未能一方面適當為闡明或公開心證（肯定 d₁、d₂ 及 d₃ 等事實存在並據以推定 c 事實存在之心證）及表明法律見解（以上開心證為基礎，適用其所該當之實體法而判定 b 系列權利存在之見解），一方面整理爭點。

二、相關立法之新進展

(一)有關整理事實主張者

為充實爭點整理程序之審理內容，新法規定：訴狀內除應表明原因事實以特定訴訟標的（第二四四條第一項第二款）外，並宜記載準備書狀所應具體記載之請求所依據之基礎事實（同條第三項、第二六五條第一項、第二六六條第一項第一款及第三項）、證據、其相關應證事實（第二六六條第一項第二款、第二八五條第一項）及對他造所主張事實、證據之陳述（第二六六條第一項第三款、第一九五條第二項）；而答辯狀內則應記載答辯之事實、證據、其相關應證事實及對原告所主張事實、證據之陳述（第二六六條第二項第二款及第三項）。此等規定之增設，係為充分準備言詞辯論，促使法官及當事人儘可能於訴訟程序前階段（爭點整理階段），整理、確定及簡化事實上及證據上爭點，以達到審理集中化之目標。依此項立法之目的、旨趣，當事人係被期待並被要求於起訴時或訴訟程序前階段，就訴訟上請求（訴訟標的、訴之聲明）儘早主張相關連之事實及證據，而此項事實係包含主要事實及間接事實在內（如圖表一內所示 c 系列及 d 系列事實）。

抑且，有關記載此等事實及證據之訴狀、答辯狀或準備書狀，尚被要求應互相予他造相當之準備期間，以利充分之攻擊防禦（第二六七條）。

可知，上開規定係要求，兩造當事人就自己所主張之事實，不論其為主要事實或間接事實，均應預告他造及法院，使他造能及時準備為必要之攻擊防禦，使法院之事實審理更迅速、正確，而互相認明爭點，藉以提昇事實審理方向之正確性（追求實體利益），並節省勞費付出（追求程序利益、促進訴訟）。

又，新法同時規定：審判長如認辯論期日之準備尚未充足，得定期間命當事人就上開各規定所要求記載之事實或證據提出書狀予以補全，並得就法院所認為必要之特定事項命當事人詳為表明或提出證據（第二六八條）（註一四），又得定期命當事人提出整理爭點之摘要書狀（第二六八條之一第三項）。而且，對於不依上開規定提出之當事人，法院尚得依職權命該當事人為說明（第二六八條之二第一項）；其不為說明者，法院得使其失權或作為全辯論意旨斟酌之（同條第二項）。（註一五）此外，新法另明定，審判長應曉諭原告依其事實上陳述所得主張而尚未主張之法律關係（第一九九條之一第一項）；又，法院應於調查證據前，將爭點（法律上、事實上或證據上爭點）曉諭當事人（第二九六條之一第一項）。依此等規定，為回應法院之曉諭，當事人亦可能補充陳述關連事實（含間接事實）尤以在程序前階段未妥為整理爭點時為然。

可見，上開諸規定，在同時採用適時提出主義之程序上（新法第一九六條第一項、第二六六條、第二八五條第一項、第二九八條第二項及第四四四條之一），實即要求法院協助當事人得知適時提出必要之事實、證據，使其行為責任具體化（註一六），藉此防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲，催促當事人提出而協同其蒐集判決基

礎事實（含間接事實），致力達成集中審理之目標。因為，在當事人未主張或未被法院催促（曉諭）主張某事實（例如，與上述例七之說明相關，在圖表一內事件類型(2)所列 d 系列事實中，對 x 而言為 d₁、d₂ 或 d₃、對 y 而言為 d₄)或其證據，以致該當事人及法院未能適時釐清爭點、認明審理方向，而終於未能獲致適時審判之情形，該當事人係受發現真實的突襲及促進訴訟的突襲。亦即，就其中可認為發生發現真實的突襲之情形而言，例如，就上述例七之事例而言，法院在未賦予 x 主張 d₁、d₂ 或 d₃ 之機會以致其未主張該事實時所下判決，對 x 係未充分賦予追求系爭實體利益之機會；又，在法院就 x 所主張 d₁、d₂ 及 d₃ 及其相關證據已形成可作為審理基礎之認識時，y 如就 d₄ 未被曉諭為主張及證據聲明之機會，亦屬未獲追求系爭實體利益之充分機會。其次，就可認為發生促進訴訟的突襲之情形而言，例如，在 x 僅主張 d₁ 及其證據 f₁，卻未被曉諭就 d₂ 及 d₃ 亦為主張及舉證之情況下，法院竟逕行調查 f₁ 以致造成勞費付出時，x 及 y 均未獲適時追求程序利益之機會。

(二)有關自律性爭點整理者

新法規定：於言詞辯論期日或準備程序期日，法院（審判長或受命法官）應使當事人整理並協議簡化爭點（第二六八條之一第二項、第二七〇條之一第一項第三款及第二項、第二七一條之一），其所達成之協議原則上有拘束力（第二七〇條之一第三項）。又，當事人為事實上自認後，得經他造同意（合意、協議）予以撤銷（第二七九條第三項）；在經擴充之保全證據程序上（第三六八條後段），當事人兩造於本案尚未繫屬之該程序期日到場時，得就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議（第三七六條之一）。此等規定之增設，主要係為促成爭點之整理、簡化，使審理集中化，可被評價為係承認兩造

得以意思表示成立爭點簡化協議。

要之，上開立法，係承認當事人得經由爭點簡化協議程序，就訴訟標的、事實、證據為取捨、提出或蒐集，而期待當事人為自律性、自主性爭點整理。關於此，筆者另以「爭點簡化協議程序之運用方針」及「爭點整理與試行和解之關係」為題（本書第一編 II、III）加以闡述。

(三)有關經由限制事證處分自由行爭點整理者

新法規定：當事人對於他造主張之事實及證據，應為認否之陳述（第一九五條第二項、第二六六條第一項第三款及第二項第二款）；應於適當時期提出事實、證據（第一九六條第一項、第四四七條），並應依命為必要之敘明，否則可能受失權之制裁（第一九六條第二項、第二七六條第一項）；應依命表明特定事實、聲明所用證據（第二六八條後段）；應依命說明未記載必要事實、證據之理由，否則亦可能受失權等制裁（第二六八條之二）；在特需維持公平之一定情形，就不利於己之事實，宜提出有關該事實非由自己所造成之事實或證據（第二七七條但書）；不得以不正當手段妨礙他造使用證據（第二八二條之一）；對於他造所為文書提出命令之聲請，應為必要之協助（第三四二條第三項）；就當事人於訴訟中所引用或與訴訟有關之文書，負提出義務（第三四四條第一項第一款、第五款），其違反者可能受應證事實被認為真實之制裁（第三四五條）；就文書內自己之簽名等之真正性應為陳述（第三五八條第二項）；於他造就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，應容許其為證據保全（第三六八條後段）。此等規定之增設，係為貫徹當事人間公平、便利整理爭點以促進訴訟、達成審理集中化而為適時審判等要求，乃對於當事人不提出、不開示事實或證據之自由，加以一定之限制。

可知，一般而言，當事人雖有不主張、不開示不利於己之事實或證據之自由，並就其不提出之後果應自負責任。但為兼顧上開訴訟法上要求，較諸舊法，上開新規定顯更加重當事人所負一般促進訴訟（協力迅速進行訴訟）之義務，課求其在一定情形應協力於事實、證據之蒐集及此方面之爭點整理。在此範圍內，當事人不主張、不開示事證之自由係受限制，而法院則在圖謀平衡兼顧上開諸要求之程序上，整理事實上及證據上爭點，而發現真實、促進訴訟。於此項程序上，法院係被要求運用上開諸新規定所認訴訟指揮權及闡明權（除依新法第一九九條、第一九九條之一及第二九六條之一等規定外，並依未經修正之第二〇三條、第二六九條）（註一七），積極協同促使當事人提出事證之行為規範明確化、行為責任具體化（註一八），而防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲。

【例八】設原告 x 起訴聲明求為判決命被告 y 給付八十萬元，主張：x 於某年某月間為 y 裝修住屋，所使用之建築、裝璜材料共花費五十萬元應由 y 負擔，且 y 應給付 x 工資三十萬元，均拒不履行，為此起訴請求判決命 y 給付如聲明之金額等語。於此情形，x 既未明確主張係以承攬關係之報酬給付請求權或買賣關係之價金給付請求權作為訴訟標的，亦難認為 x 所為原因事實之陳述，已充分意識到有關該二請求權之法律上構成要件為何，以致難謂其已意識主張該當於該二請求權發生之要件事實。因此，法院有行爭點整理之必要，其宜採行之處理方向可能有如：其一是，倘回應於法院訴訟標的如何特定之闡明，x 表明其係根據承攬契約所生報酬給付請求權起訴時，則法院應再向 x 闡明何以認為此權利發生、所依據之事實為何（參照新法第二六六條第一項第一款、第二六八條、第一九三條第一項、第一九五條第一項及第一九九條），以促使其更具體陳明該當於該權利發生之要件事實（即 c_1 事實 = x 與 y 曾有 x 為 y 建造某住屋、就其結果 y 願支

付報酬金某元之約定、 c_2 事實 = x 已完成該建造工程）；其二是，倘 x 未能或不知主張上開權利為訴訟標的，則法院宜向 x 闡明其與 y 間有無約定類如上開 c_1 及 c_2 之事實，並於 X 為此項原因事實之陳述時，認為其已特定訴訟標的，而依職權（法官知法之原則）適用法律，針對有關承攬關係之報酬給付請求權為集中審理。亦即，為整理事實上爭點，應使 y 就 c_1 及 c_2 事實為認否之陳述；於其為否認之陳述時，以之為爭點事實即應證事實，使 x 為證據聲明（如：在 y 爭執 c_2 事實時，使 x 聲明有關建造工程已依約定內容完成之證據）；然後由受訴法院適用經驗法則，就當事人所聲明之證據為取捨（依第二八六條）。其三是，倘回應於上開法院之闡明，x 表明亦有意以價金給付請求權為訴訟標的時，則如同上述，法院應續行向 x 闡明，使其陳述該權利發生之原因事實（x 與 y 間有無約定就何種內容之標的物即上開建材之何種、以價金額若干元成立買賣之事實），然後使 y 為認否之陳述。

其實，理想的訴訟實務運作應是，x 於起訴時即能就其權利主張，自行列明該當於權利發生所依據之事實即諸要件事實及相關證據（必要時提出事實主張一覽表，並就主要事實與其相關連之間接事實、證據，予以分別逐一系列明），始符上開新法之意旨。可是，在當事人多不諳法律，未委任律師為訴訟代理人或律師未受相關研習教育之現實下，為促成爭點集中審理、防止突襲，由受過相當訓練教育之法官為上開闡明而行爭點整理，應屬必要。

四 爭點整理程序之多樣選用

為促成審理集中化，不論實現集中審理所需其他周邊制度是否已經充分配備，均須充實爭點整理程序，並由法院予以踐行。因為，如未能釐清、掌握爭點，就無從就爭點集中調查證據，且集中辯論。有鑑於此，新法併設下列四種爭點整理程序，委由受訴法院針對訴訟事

件類型之特性需求、個別案情之不同（如：當事人或其訴訟代理人已為準備之程度，或對於集中審理之配合可能度），分別機動性裁量選擇採用其一，且可能視案情之需要併用其二；或就採用其中何一程序整理爭點，促使兩造達成選擇之協議，而落實程序選擇權之法理，藉以兼顧發現真實之要求及促進訴訟之要求，而平衡保護實體利益及程序利益。

1. 準備性言詞辯論期日程序

此種程序係由受訴法院在未行下述之準備書狀先行程序時，採用於合議庭或獨任法官審判之訴訟事件（第二五〇條前段及第二六八條之一第二項）。其程序之特徵是：同一法院（受訴法院）刻意將其所受理之同一事件分成整理爭點之準備期日（第一次言詞辯論期日程序）階段與主要期日（本質的或本來的言詞辯論期日）階段，而以同一法官為該二階段之運作主體，由審判長直接指定第一次言詞辯論期日作為準備期日以整理爭點，且在公開法庭行之。通常，不論合議庭或獨任制法官審判時，均可選用此種第一次期日（準備期日）方式，且可併用或改用爭點簡化協議程序（第二六八條之一第二項，如下「4」所述），惟僅獨任制法官可併用或改用法庭不公開之該項協議程序（第二七一條之一準用第二七〇條之一）。於此情形，宜特別留意：如當事人對於獨任法官不在公開法庭進行爭點整理程序有所反對或責問時，該法官宜改於公開法庭為審理，以儘可能尊重當事人選擇程序之意願及貫徹公開審理主義之原則性要求。

於採用此種程序之情形，並可由審判長或受命法官對被告定期間命提出答辯狀或勿延滯地提出防禦方法。倘至第一次期日仍未提出答辯狀且未曾指定答辯狀提出期間，則法院應於該第一次期日定答辯狀提出期間，並告知被告。在該次期日或答辯狀提出後，法院應對原告定反駁書狀之提出期間（第二六八條）。就上開被告答辯狀或原告反

駁書狀之提出，法院可提示當事人或其自發就各自之事實理由主張作成摘要書狀提出。此種主張摘要書狀係由一造單方就其有意主張之事實、理由或證據作成準備書狀提出者（新法第二六六條），尚與下述由兩造所提出之爭點整理結果摘要書狀有所不同，宜加區別。又，法院除一方面依上述方法進行外，宜一方面儘可能為辯論期日前的準備處置即闡明處分（第二六九條）或命提出所用書證之影本（第二六八條），以便在該第一次期日為闡明而整理兩造間爭點。尤其，在代理律師就紛爭歷史事實欠缺全面性認識之事件，如能使當事人本人參與程序協同整理爭點，則不但較能有助於掌握案情全貌以利釐清爭點，且能藉此增進當事人對於審理過程及裁判結果之信賴度、接納度。又，在爭點整理涉及事物、人體之性狀時，如能適時行必要之鑑定、勘驗，將有助於凸顯或減縮爭點（除第二六九條第四款外，併參照新法第三三七條第一項後段）。

一般而言，此種爭點整理程序適合選用於處理有多數當事人或涉及多數利害關係人期待參與旁聽法庭公開、需求受訴法院與當事人以言詞進行實質討論而較複雜的事件（如：受社會大眾所關心而涉及消費者集團或住民集團利害之消費者權益救濟、公害紛爭、環境保護或勞資紛爭等類事件），藉此在言詞辯論期日之前階段（準備期日），就訴訟資料、訴訟關係，與當事人先進行較詳盡的言詞討論，以明瞭爭點何在及如何擬定此後之審理方針。就此類事件，縱使當事人未必堅持採公開法庭之形式，由於該訴訟之審理過程及結果並非僅關涉形式上當事人之利害，所以亦宜儘可能於公開法庭為審理。

上開準備期日，除法院應認明該期日係以整理爭點為目的以外，宜由審判長經由訴訟指揮，喚起當事人亦能在充分意識該項程序目的之下，而就何者為爭點，協同法院在兩造與法院間形成共識。然後，倘已能掌握爭點（已形成該項共識者），則宜曉諭當事人使兩造為確

34 民事程序法之理論與實務()

認（第二九六條之一第一項），並予記明筆錄（第二一三條），以示達成該期日之目的。至於就案情複雜的事件，如認為有必要（僅由兩造之準備書狀即可掌握爭點或所涉重要之間接事實較少者，多可認為無必要），亦得定期命當事人另提出整理爭點結果之摘要書狀（第二六八條之一第三項、第四項），而將之附於筆錄（第二一四條）。此項書狀係由當事人將兩造自行或法院協同兩造行爭點整理之結果（就何者為爭點在兩造間或在法院與兩造間已形成共識者）摘要列明記載於書狀提出者，尚與僅由一造單方提出之上述主張摘要書狀有所不同。此時，宜考量當事人有無該項提出之知識、能力或負擔輕重（如：是否兩造均委由律師代理訴訟、該律師是否具備爭點整理所需知識、能力）。並且，為避免程序延滯，亦宜由法官擬成爭點整理方案或要旨（亦可使訴訟代理人或合議審判時之受命法官先行試擬爭點整理結果摘要草案提出，然後加以修補成案），列明法院所認已經兩造形成共識之事實上、證據上爭點（含：列明兩造各所主張之內容有何不一致，使相互對照以凸顯爭執所在）以及兩造所不爭執或已撤回、限縮（被排除）之事實主張或證據聲明，然後提示於當事人使為確認之表明或陳述意見，以防止發生突襲性裁判。如此作為，對於日後之判決書制作，亦有促進簡化之作用。

又，倘當事人有違反上開主張摘要書狀提出命令者，則依他造聲請或法院之命令負有說明義務，且可能遭受失權或其他不利益裁判之制裁（第二六八條之二）。此項說明義務之課求，係為避免當事人無端一再提出新事實主張或為證據聲明以致訴訟延滯，並非於違反該命令後一概不許為事實主張或證據聲明。所以對於違反上開義務及命令者，在判斷其是否應受上開制裁時，法院應從實質上考量，該當事人之延後提出事證，是否係因法院未盡闡明義務、或由於遭遇舉證上實際困難或障礙所致。如有可認為此方面原由存在之情事，則不宜遽加

制裁。

另者，於上開準備期日，如得知該事件在當事人間並無實質爭執，則可為一造辯論判決，或勸使成立和解，或依其情形為捨棄或認諾之判決。

應附言者，採此種第一次期日方式，難免有殘留向來實務上慣採併行（分割）審理主義所致審理散漫化之虞，所以法院仍有致力照上開方法先採準備處置，以促使審理集中化而儘早辯論終結之職責。

2. 準備書狀先程序

此種程序係於法院受理訴訟事件後，審判長暫不指定言詞辯論期日，先使兩造行交換書狀至相當程度，始指定期日（第二六七條、第二六八條及第二六八條之一）。此種程序可選用於獨任制或合議制審判之事件。其程序特徵是：倘審判長選用書狀先程序，則在將訴狀送達當事人的同時，並對被告為如下二重期間之裁定：

(1)被告如對原告的起訴有為答辯之意思，應在收受訴狀送達後一定期間內（第二六七條），以書狀表示其旨。借用此項程序，可在未開言詞辯論期日前，先行查悉無爭執事件（如：預估其將可依第三八五條之規定，使一造辯論而為判決之事件），以便先將此類事件除外，免長期拖延訴訟，甚至影響其他事件之進行。

(2)於上開期間之後，予被告提出答辯狀之一定期間（第二六八條）。此期間之裁定亦於送達訴狀時即行為之。倘在上述(1)期間被告表示防禦的意思，則應在答辯狀提出期間內提出答辯狀。如被告怠於提出，則指定言詞辯論期日。如被告在上述答辯狀提出期間內或指定期日以前提出答辯狀，則審判長應定期間命原告針對答辯狀提出反駁書狀，或速定辯論期日，並可為闡明處置（第二六九條，併參照上述「1」之相關說明）。為發揮經由闡明以掌握爭點（就何者為爭點在兩造間或法院與兩造間形成共識）之作用，審判長宜視案情需要，適時、

儘量具體提示特定事項使當事人就之為陳明、聲明證據、提出書證影本或鑑定所需資料（新法第二六八條後段、第二六六條第四項、第三三七條第一項後段），而不宜僅任令兩造一再交換準備書狀，以致流於形式而未能助益釐清爭點，徒增法官及兩造之程序上負擔。而且，為增進爭點整理之成效，宜要求當事人就其權利主張，列明該當於權利發生之要件事實及相關連之間接事實或紛爭實態、背景情事；對於否認他造主張之事實者，則促其陳明據以否認之理由及事實（第二六六條）。一般而言，法院（審判長即程序運作主體）越能適當踐行上開具體提示之程序，則越可認為其已為相當之闡明，而較可充足不從其提示在所定期間內為陳明者（當事人）應受失權制裁之要件，至於此類由原告或被告單方各所提出之書狀係屬主張書狀，而非爭點整理結果之書狀，已如上述「1」所說明。

(3)就書狀先行程序之功能而言，此程序之踐行，使當事人及其訴訟代理人有機會用以不必到庭即能分別提出主張書狀，陳明各自之主張內容，藉此法院可予以相互對照後得知兩造間主張之不同處，而認識何者為爭點（爭執之內容為何），獲得爭點整理之結果。此項結果，在該程序之踐行能得到具有該項爭點整理所需知識、能力之訴訟代理人協力時，將更為明顯增大。因此，此程序在其可排除無爭執事件或凸顯爭點之範圍內，亦能使主要期日之辯論更徹底集中進行，而某程度有助於言詞審理主義、集中審理主義、直接審理主義發揮功能，並健全自由心證主義之運用。通常，此種程序除宜適用於上開預估為無爭執事件、當事人住居遠地或因病、因時間或費用上調度困難等致難能到庭之事件或特需借重書狀先行整理之事件外，亦適合選用於特需借重科技等法律外專業知識為整理爭點，而難僅由備法律知識之律師參與討論之事件。不過，相較於日本係將書狀準備程序限定僅適用於當事人住居遠地等例外情形（其新民訴法第一七五條），我國法則將

書狀先行程序同列為爭點整理程序之一，供由法院裁量選用，並未定明其選擇之標準。在此點上，可謂日本法較我國法更偏重言詞審理主義，而我國法則與德國法同樣兼採書狀審理主義。

關於新法所認書狀先行程序之運用，宜特別留意其同時增設如下配套措施，可供酌採：其一是，可要求當事人（代理律師）就爭點整理的結果於一定期間內提出摘要書狀（此項有關爭點整理結果之摘要書狀，係有所不同於當事人一造之主張書狀，已如上述「1」之說明），以簡明文字，逐項分段記載（第二六八條之一第三項、第四項）。此項措施，不僅有助於擬定審理方針，並可借重為簡化判決書制作之手段。其二是，如果當事人不依法院之命就特定事項提出準備書狀（主張書狀），當事人須負說明義務，而違反此項義務者將可能遭失權之制裁或因全辯論意旨受影響以致受不利益之判決（第二六八條之二）、或被命負擔因訴訟延滯所生費用（第八二條）。關於此項制裁規定之適用上應留意點，已如上「1」所述。其三是，宜適時改為併用其他爭點整理程序，亦即，就有需以言詞整理或協議簡化爭點之事件，審判長或受命法官應速定言詞辯論期日或準備程序期日，以使用言詞行爭點整理或協議簡化爭點（新法第二六八條之一第一項、第二項，併參照上述「1」及下述「3」之說明），而不宜一再僅用書狀先行程序致爭點擴散而難予緊縮。因為，此種程序所含缺點是：如未指定上開期日而任行該程序，難免招致主要期日之進行延滯，於法院未為適切之闡明時，將使爭點擴散化、書狀內容重複，終致加重法官及兩造之負擔，減低該事件各審級審理之效率。況且，爭點之釐清、紛爭實態之掌握及爭點簡化協議之促成，多尚需借重法院與兩造（當事人本人及其訴訟代理人）間之直接溝通、問答，就所涉法律上及事實上問題交換意見或進行討論。為此，相較於書狀交換，言詞審理往往更易奏效。

3. 準備程序

此種程序係被選用於合議庭審理之事件，而責由受命法官整理爭點（第二七〇條、第二七〇條之一第一項及第二六八條之一第一項），較適合於需要參照繁瑣之帳冊記載為說明計算、需借助圖影片或大量文書為技術性解說之複雜事件。為促使此項程序符合訴訟法上要求，而發揮應有之爭點整理機能，宜留意如下之程序內容及關連事項：

(1)得不在公開法庭行準備程序（第二七〇條之一第一項、第二項），並宜增設圓桌會議型法庭便利該程序之採行。受命法官就是否不在公開法庭行準備程序，雖有裁量權，但基於公正程序請求權之法理，該項裁量權之行使亦應導向於保障利害關係人之程序主體地位及程序參與權。為此，於行使該項裁量權時，宜儘可能聽取當事人之意見陳述，於兩造合意求為公開或不公開進程序時，應尊重其意願，以符程序選擇權之法理。而且，縱使裁量採行不公開法庭之形式，亦應賦予當事人及利害關係人（就該程序之進行有利害關係者）參與程序之機會，以貫徹當事人公開主義之旨趣，並提昇利害關係人及一般人對司法過程及裁判之信賴度、接納度。又，就特需保護隱私權或營業、職業上秘密之事件，宜採行不公開法庭之形式。可是，如屬社會大眾所關心之事件（請見上述「I」之說明），則宜採用公開法庭之形式行準備程序，或改用上開準備性言詞辯論期日程序為爭點整理。

(2)得為文書提出命令等調查證據之準備處置即闡明處分（第二七二條第一項準用第二六九條第一款至第四款、第二七〇條之一第一項）。例如，為掌握紛爭實態、掌握案情全貌或凸顯真正爭點，宜命當事人本人或準當事人到場；如該事件之爭點整理需借重法律知識以外之科技等方面專門知識時，宜通知相關專家為鑑定或使其參與整理爭點。此外，於當事人合意時，亦得由受命法官調查證據（第二七〇條第三項第四款，如下所述，其合意宜與爭點整理之結果相呼應）。

此項程序之設，對於保障當事人之程序選擇權、實現信賴真實主義，亦有實益。惟該項合意之達成應本於當事人行使程序處分權之自主意思，不宜在兩造不受尊重處分意思之過程所獲致。依同一法理，兩造亦可再合意不使受命法官續行調查證據（於有此項合意時，受命法官應受其拘束而不應再行調查證據，惟依程序安性之要求，在前已調查證據之結果仍具效力）。

(3)得命補正能力、法定代理權、訴訟代理權、訴訟所必要之允許、訴訟要件之欠缺及處理其他程序上較細瑣之事項（第二七二條準用第四九條、第七五條第一項、第二四九條第一項但書、第一二〇條第一項、第一二一條第一項及第二項）。

(4)得對保全證據之聲請為許否之判斷，並得於認為必要時依職權為保全證據之裁定（第二七二條第一項準用第三七一條第一項、第二項及三七二條），以利整理爭點、促成審理集中化、成立爭點簡化協議或試行和解。關於此，請併參照本書第一編「II 爭點簡化協議程序之運用方針」及「III 爭點整理與試行和解之關係」。

(5)如能與書狀先行程序（由審判長依第二六八條規定所行程序或由受命法官依第二七二條準用第二六八條規定所行程序）相配合運用，準備程序將可被期待更加一層發揮釐清爭點之機能。亦即，此程序宜配合選用於兩造均已提出準備書狀（訴狀、答辯狀），而能從其中概略察知兩造間爭點或爭執之方向時；兩造希求法院為之試行和解時。並且，為使充分發揮合議審判之機能，亦宜由受命法官與審判長一同參與準備程序行爭點整理，並於經兩造合意時，一同調查證據藉以彌補受命法官能力、經驗之不足，此乃依新法第二七〇條第三項第四款規定之意旨及程序選擇權之法理所應然。

(6)受命法官不僅於其依上述合意調查證據時，亦於其行準備程序為爭點整理時，均應通知兩造當事人，使其有到場參與程序之機會，

以保障當事人之在場見證權及辯論權，而符當事人公開主義、兩造聽審主義及程序權保障等要求。不過，被賦予該機會之當事人如不予利用時，受命法官仍應對於到場之一造行準備程序為爭點整理或闡明訴訟關係（參照第二七〇條第二項及第二七〇條之一第一項），並得終結準備程序（依第二七三條）。因為，該項機會之利用，係屬被賦予機會者之權利，非不可由權利者即該當事人予以放棄。同理，兩造亦可合意委由受命法官例外僅對於一造當事人行準備程序為爭點整理，如未有此項合意時，受命法官原則上不得僅對於一造當事人行爭點整理。從而，依上開法理，新法第二七〇條之一第二項規定所謂「命當事人暫行退庭」，應認為原則上係指受命法官命兩造當事人均退庭以使其在庭外一同進行自律性爭點整理（就何者為爭點在兩造間形成共識）、簡化協議程序而言，非容許受命法官可不賦予上開機會。

(7)於運用準備程序行爭點整理時，宜同時認知：為使準備程序更加發揮其促成審理集中化之機能，新法已修正舊規定，加強失權制裁之可能（第二七六條），使判定發生失權效之標準更為客觀化。其失權要件該當性之判斷，應考量將受制裁之當事人有無舉證上實際困難及受命法官已否善盡闡明職責等可歸責於當事人之事由存否，慎重為之。為此，並為使準備程序終結後行言詞辯論時之程序更加集中化，而防止發生突襲性裁判，受命法官應留意將整理爭點之結果（其與兩造當事人已形成共識之事實上或證據上爭點），提示於當事人使為確認或陳述意見，然後予以記明於準備程序筆錄（第二七一條第三款）。此項爭點整理之結果，亦將可成為兩造合意由受命法官調查證據之對象（第二七〇條第三項第四款）。亦即，於成立此項合意時，應表明其係就何項應證事實，委由受命法官調查何項證據；此項表明係以行爭點整理後所掌握之爭點事實（待證事實）為調查證據之主題、對象（併參照第二八五條第一項、第二九六條之一第一項）。因此，於尚

未行爭點整理以致未釐清待證事實以前，受命法官不應且不宜使兩造成立上開合意。

(8)如上所述，受命法官宜將整理爭點之結果，先行提示於當事人使為確認，然後記明於筆錄，此事對於爭點整理階段與證據調查階段等二者，可發揮予以架橋、銜接之機能，不容忽視。因為，於準備程序後行言詞辯論時，當事人本應陳述準備程序之要領，而其內容係應包括整理爭點之結果（併參照第二七五條之修正理由）。此項結果陳述程序，既係被要求踐行於言詞辯論時行集中調查證據以前，自有益於法院與兩造慎重相互確認證明之主題、避免因爭點整理期日（準備期日）與集中調查證據期日之間隔所生法院與當事人對於上開結果之誤認或淡忘。從此而言，該項程序實具有再度認明爭點以增進集中調查證據之效率、使集中辯論活性化之作用，藉此防止發生突襲性裁判、貫徹爭點集中審理主義之精神、發揮直接審理主義、言詞審理主義及公開主義之應有機能。

抑且，新法另亦要求法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人（第二九六條之一第一項）。此項爭點曉諭程序，係為防止發生突襲性裁判，並落實爭點集中審理主義而設，亦具有將爭點整理階段與證據調查階段予以架橋、銜接之機能。為此，法院於調查證據前，應將整理爭點之結果所得證明之主題即應證事實（成為爭點事實之主要事實、其關連之間接事實）及其證明所必要之證據方法，用言詞提示、說明，俾當事人能予以了解、確認，以保護其在場見證權及辯論權。由於在已行準備程序為爭點整理之情形，爭點曉諭程序之踐行，係以上開準備程序筆錄所載整理爭點之結果為準，所以法院所提示之內容可能與當事人所為上開結果陳述或書記官所為該項結果之朗讀（第二七五條但書）所呈現者相重複，其間應有相互代替之可能及必要，以免程序過度煩瑣而徒勞。

4.自律性爭點整理程序

(1)起訴後自律性爭點整理程序

此程序係指起訴後由當事人兩造協同自行為爭點整理，而非必在法官面前由其所行爭點整理程序上直接達成爭點整理之結果。亦即，伴隨於如上「1」至「3」所述獨任法官所行準備性言詞辯論程序、合議庭所運作之準備性言詞辯論程序、書狀先行程序或受命法官所行準備程序，當事人兩造亦可協同於各該程序運作之法庭以外之處所，行自律性爭點整理，而於其獲有結果時，由當事人自發就該結果向法院提出摘要書狀（廣義言之，此種書狀亦屬第二六八條之一第三項、第四項所定爭點整理結果摘要書狀之一種，雖亦可能因受審判長提示所作成，但非必全然依其命所提出者），或於上開法官運作之程序上向其陳明。此項自律性爭點整理所得結果可能是成立爭點簡化協議，但不以此為限，亦有雖未至成立該協議之程度，但兩造間就何者為爭點、何者為不爭執事項已形成共識之情形。

其實，新法已就受命法官所行準備程序，增設伴隨於此之自律性爭點整理程序。亦即，其容許受命法官得裁量決定自行暫時退庭或命當事人（兩造）暫行退庭，而使當事人就兩造間爭點為簡化之協議（第二七〇條之一第二項），是乃明認當事人得經由兩造間之法庭外自律性爭點整理程序，成立自律性爭點簡化協議（準備程序上自律性協議）。此項立法之理由係植基於程序選擇權之法理，亦應該且可能延伸適用於非若就上開準備程序設有明文規定之情形（如第二編「II 爭點簡化協議程序之運用方針」所闡述）。換言之，為貫徹此項新法之意旨，宜承認上開法庭外自律性爭點整理，使其伴隨於法官所運作之法庭上爭點整理程序及爭點簡化協議程序，各可發揮落實程序選擇權之機能。

此種不在法庭由當事人自律進行之程序，不僅可選用於需借助相

關文件資料或圖影片為面對面討論，以釐清爭點或進行言詞溝通之事件，更適合於特需保護隱私權或營業、職業上秘密之事件。並且，如其係涉及法律知識以外之科技或其他專門知識上問題之事件，亦可由當事人委請專精於該問題處理之專家或仲裁鑑定人參與運作程序，以利爭點整理之順暢進行。

(2)起訴前自律性爭點整理程序

新法一方面擴充證據保全程序，容許當事人就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證（第三六八條第一項後段），使其於提起訴訟前更能蒐集事證資料，以了解事實或物體之現狀；一方面承認於本案尚未繫屬前之保全證據程序期日到場之當事人兩造，得利用該等事證資料，就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議（第三七六條之一第一項）。於此項協議程序，當事人往往同時行爭點整理程序，而可能就何者為爭點、何者為不爭執事項在兩造間形成共識，此亦屬一種爭點整理之結果，其中雖有屬於成立爭點簡化協議者，但不以此為限。因此，此項起訴前之程序，對於促成當事人間釐清、掌握事實上及證據上爭點，亦是必要而有益，相較於上開起訴後所行自律性爭點整理程序係原則上被新法所明認者而言，可稱為準自律性爭點整理程序。因為，藉用此種在證據保全程序上所達成爭點整理之結果或爭點簡化協議，當事人亦可能凸顯或限縮事實上、證據上爭點或成立廣義之證據契約，均有助於預防訴訟之提起或爭點之擴散，或於日後起訴時發揮準備辯論、促使審理集中化之機能。

想併此指明：相較於上開 1 至 3 所舉由法官運作之爭點整理程序而言，上開(1)及(2)所述自律性爭點整理程序，係以兩造基於其程序選擇權能獲得爭點整理之結果或達成爭點簡化之協議為前提，乃特需借重當事人間之自律性運作，亦可能在起訴前或法庭外自行為之，而可

不在受訴法官面前進行。因此，其程序之機能，可被期待將隨著律師制度之健全化程度，借重具自律能力之律師獲得更加一層之發揮，是與他種爭點整理程序特需借重法官之協同者，互不盡同。

三、待證事實及關連證據之整理

在採用辯論主義即協同主義之程序架構下，事實及證據之提出原則上係屬當事人之權能及責任，依主張、舉證責任之原則，於法院調查證據以前，當事人應負責協同法院使兩造間之事實上爭點具體明確化，而特定有待證明之主題。（註一九）此項爭點係指應加證明之事實（於試行和解時則成為其相關之背景事實），而不論其為主要事實（如圖表一所示 c 系列事實）或間接事實（如圖表一所示 d 系列事實）。並且，為促進訴訟，使審理集中化，法院應行使訴訟指揮權及闡明權，在事實審理之前階段（調查證據以前），促使主張及否認具體化，以整理兩造間之事實爭點，而儘可能避免造成證據調查之散漫化。（註二〇）為此，法官宜指明有關事實上及證據上爭點所在之心證上疑問；或暗示其所設想之該類爭點，使當事人為確認；並由法官提示其初步所認兩造間爭點或開示有關證明難易之心證，使當事人為確認或協議限縮爭點，然後集中於此（經形成共識的爭點）為攻擊防禦、審理。

此項程序之踐行，既係以促進訴訟及防止突襲之要求為法理基礎，乃法官行使訴訟指揮權及闡明權之職責上所應為（註二一），原不宜以該爭點整理程序非屬民訴法上所明定者為由，否定其在事實審理過程之功能上重要性。何況，為促使法官致力於貫徹促進訴訟之要求，並為徹底防止突襲，助益達成審理集中化之目標，新法已將爭點整理程序，納入民訴法中（此類新法所認爭點整理程序係多樣併存，可供

法院依事件類型之特性、需求或案情之不同，裁量選用，已如上開「二、四」所說明）。

【例九】在請求履行契約事件之審理中，原告主張被告就原告所為締約提議（要約）曾向原告「點頭」表示承諾，對此，被告則僅以其未曾承諾為爭執。此時，被告係僅對於法律上評價為爭執，尚不足以認屬對於「點頭」事實之否認，是與被告否認「點頭」事實者有間。在此情形下，法院實不應即以有無「點頭」事實為待證事實，而就此調查證據或整理證據上爭點，否則，將造成促進訴訟的突襲；反之，如遽然決定不就該事實存否為調查證據，則屬發現真實的突襲。為避免致此，法院應先指明「點頭」事實之有無始屬具體明確之爭點，用以向當事人（被告）確認清楚，而不宜在踐行此項爭點整理程序以前，貿然著手調查證據。如此，方能兼顧實體利益與程序利益，而防止發生突襲。（註二二）

【例十】又如圖表一內「事件類型(2)」所示，以一般借款償還請求事件為例而言，設原告 x 主張被告 y 曾按月交付一萬元之利息予 x（或：x 主張其曾交付五十萬元借予 y），y 卻否認該款係為給付約定利息（或：否認該五十萬元為借款），於是兩造爭辯有無給付利息之約定（或：有無借款）。在此情形，法院宜問明：y 有無受領該款以及為何受領該款？並且，於 y 陳明受領該款之目的為何（如：為受領另一筆借款之利息、為受領買賣價金、或為受領贈與之金錢）以後，指明此事始為爭點所在，使兩造確認之，然後判斷其與 x 或 y 所聲明之證據是否具有關連性及有無調查必要而為取捨，以進行調查程序。（註二三）易言之，在上開情形下，法院如竟然遽下有無付息之約定及應否付息（或：是否成立借貸契約及應否償還借款）之判斷，而未先整理（指明、確認）上述事實上爭點及證據上爭點（取捨、決定是否就某證據為調查），則將造成突襲性裁判，而未充分保障聽審請求

權。並且，此項法院作為，在其未能兼顧保護實體利益或程序利益之範圍內，亦難謂其程序運作無背於公正程序請求權應受保障之旨趣。

【例十一】在 x 訴請判令 y 清償債務，而涉及 c_1 事實（如：已罹於消滅時效之事實）及 c_2 事實（如：已清償之事實）等抗辯事實之情形，於本案審理中，就有關 c_1 及 c_2 之證據質、量或證明難易，法院如能開示其認識、判斷而踐行爭點簡化協議程序，較諸未如此踐行程序之情形，當事人將更有機會能在衡量證據之質、量及證明之難易以後，協議限縮爭點於 c_1 或 c_2 事實，而將其中較難證明之事實（因證明活動可能造成過度勞費之事實）予以排除，不以之為爭點事實（不求法院以之為待證事實進行證據調查），藉以避免因爭點過度擴散造成審理（調查證據）之不集中，致蒙受程序上不利益（與其所追求之實體利益不相稱或不合算之勞費付出）。此項程序之踐行，實賦予當事人有機會平衡追求實體利益與程序利益。在當事人經由該程序特將 c_2 事實排除於爭點事實以外時，即係基於平衡追求該二種利益之考量，而斷念於無限制優先追求實體利益（斷念於不惜蒙受任何程序上不利益以發現客觀的真實—— c_2 事實之真實性）。如此進行審理活動，並不當然意味 c_2 事實絕非客觀真實。在此，當事人係被賦予相當機會選擇不以 c_2 事實為爭點之審理方式，而受適時審判（在不因 c_2 事實之審理招致程序上不利益之情形下受審判）。此種意義之適時審判，較能有助於促進訴訟並平衡追求上開二種利益，自有異於未對當事人踐行上開程序（經由心證開示程序，使能優先追求程序利益而將 c_2 事實排除於爭點事實以外，或使為平衡追求該二種利益而限縮爭點於 c_1 事實）之情形。蓋以如不認為法院應該或可以踐行含有上開闡明方式之爭點簡化協議程序，則縱使其仍致力於促進訴訟以作成較迅速、經濟之裁判，畢竟依然係以客觀真實之發現及基於此之實體利益為優先追求之目標，尚難免使當事人蒙受不必要之程序上不利益（諸如：就 c_2 事實逕行調

查證據，而未適時限縮爭點於 c_1 事實時所可能付出之勞力、時間或費用），實有減損系爭權利（實體利益）或系爭標的外財產權、地位價值之虞，而背於程序選擇權之法理。（註二四）宜留意者，在上開情形，僅以 c_1 事實存否為判決基礎所尋得的「法」，未必同於併以 c_1 及 c_2 等二事實存否為判決基礎所尋得的「法」。前者雖非若後者接近、切合於客觀的「真實」即實體法，卻較後者更不隨伴造成程序上不利益（不發生促進訴訟的突襲），而較具有期待、要求當事人信服之法理基礎。

在採處分權主義及辯論主義之範圍內，為防止發生突襲，顧全當事人之實體利益及程序利益，上開審理方式之實務上踐行，縱未經新法明文增訂於前述爭點簡化協議程序，亦屬可許而必要。

肆、法律上爭點整理

一、法律上爭點整理之必要性

當事人所主張之事實究竟該當於發生何項法律關係，乃有關如何適用實體法之問題。就此問題，於當事人與法院間可能發生所持見解不同或相互有所誤認之情形。而且，亦可能發生當事人就其依處分權主義為特定訴訟標的所表明之事實，究係有意用以表明何範圍之審判對象尚不盡明瞭；或依辯論主義為論證訴之聲明係有理由所提出之事實，不確知如何適用法律等類情形。於此等情形，如受訴法院竟然採用當事人所未留意或預知之法律觀點擬定審理方向或下判決，則將造成法律適用的突襲。並且，因此亦將導致當事人付出不必要之勞費為攻擊防禦或提起上訴，而造成促進訴訟的突襲。所以為防止此類突襲，

亦有必要整理法律適用上爭點，以便就此在法院與當事人間形成共識。此項整理，係為促使當事人進行集中辯論，而充分保障其辯論權並使其獲得補提必要事實之機會，藉以更正確、迅速適用法律，達成慎重而經濟的裁判。

基上認知，新法增修如下多項規定，依集中審理主義之精神及保障適時審判請求權之法理，可認為係要求受訴法院（審判長）在言詞辯論終結以前，適度表明其所持法律觀點，以協同當事人整理法律上爭點，並使其集中於此進行辯論。

(一)法律上討論之必要

新法第一九九條係以「適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何項法律，往往影響裁判之結果，為防止法官未經闡明逕行適用法律而對當事人產生突襲性裁判」為立法理由，要求法官應向當事人為闡明，使其就訴訟關係所涉法律觀點，為必要之陳述及適當完全之辯論。此項規定所提示之法官行為規律（此項規定，就有關本文「參、二、四」所述爭點整理程序而言，除適用於準備性言詞辯論程序外，依第二七二條之規定，係亦準用於受命法官所運作之準備程序及爭點簡化協議程序），與第一九三條第一項要求當事人就訴訟關係為法律上陳述之當事人行為規律相呼應、併用之結果，可認為立法者係要求法官行使訴訟指揮權儘量與當事人就訴訟關係所涉法律問題，依案情之必要，協同進行法律上爭點整理或法律上討論，以便就何者為本件訴訟關係之法律上爭點形成法院與當事人間之共識，以防止發生突襲性裁判。

於適用上開規定之程序上，法院與當事人間就法律適用之任務分擔是：依「法官知法」原則及法官審判獨立原則，法官適用法律之職責係不當然受當事人基於聽審請求權、辯論權所主張法律見解之拘束；

而為貫徹適時提出主義之精神及促進訴訟之要求，當事人在其能力可被期待之範圍內（如：依其實際上是否委請律師為訴訟代理人），則應陳述法律見解至可供法官整理爭點（有關當事人所為事實上及法律上主張之爭點）之程度，是即當事人所負法律見解陳述義務，藉此使法官更易釐清當事人已否或究應主張何等事實。此項義務之課求，係以促成爭點集中審理為目的，亦可從新法第二六六條第一項第一款、第二項第一款及第二六八條等增修規定獲得肯認。因為，各該訴訟究應適用何項實體法規範，係繫於當事人所主張之事實為何；而當事人究應主張何等事實為主要事實，則亦取決於當人應可主張之權利為何或訴訟上請求係應導自於何項法規範之適用，所以該等規定乃要求當事人陳明其據以請求或答辯之理由（就請求原因或抗辯，陳述其實體法上依據），此亦為便利行爭點整理、促成集中審理而增設。因此，為保障聽審請求權、辯論權，並貫徹防止發生突襲性裁判（認定事實的突襲及法律適用的突襲）之要求，法院則負有整理法律上爭點並為此適時表明法律見解之義務（註二五），藉此儘可能使當事人就其應可主張之權利，得知法院認為其應主張何等事實，以便為更充之攻防、辯論；並避免法院就當事人主張之事實誤用法規範。

於此，負有上開法律見解陳述義務之當事人，如因其未盡此項陳述義務，以致法院不知就該當事人未陳述之某項法律見解或其相關事實加以闡明（整理爭點）時，將未能獲得衍生自該項見解之利益（實體利益或程序利益），是即義務違反者所可能蒙受之一種制裁即不利益。

【例十二】在圖表一內事件類型(1)之情形，設 y 僅主張其中 c_9 之①及②事實，並陳述其就乙物有使用權（或借用權），卻未陳述其就乙物有租賃權且未主張 c_2 或 c_3 事實時，法院將無從就應否適用有關租賃權之法律以及有無 c_2 事實加以闡明。此時，y 所蒙受之不利益是：

法院未能儘速審理租賃權及 c_2 事實存否，終致未以此為爭點加以集中審理並判決。可是，如 y 雖僅主張 c_9 ，但已陳述其有租賃權時，則法院應就 y 是否有意主張該當於該權利發生之 c_2 事實，加以闡明以整理爭點。另一方面，就法院所負法律見解表明義務而言，在 y 主張 c_2 事實卻陳述其有借用權之情形，倘法院認為就 c_2 適用法律之結果， y 照理應可主張其對 x 有租賃權，而宜判決予以是認或以有無此權利為爭點時，應先行向當事人表明此項法律觀點，使兩造確認，而在三者間形成以有無租賃權為爭點之共識。

事實上，為貫徹爭點集中審理主義，上開法院表明法律見解之義務更被具體化成為新法第二九六條之一第一項規定之部分內容。亦即，此項規定係要求法院於調查證據前，在其所必要之範圍內，為防止突襲，應併將法律上爭點曉諭當事人，而非僅曉諭事實上或證據上爭點即足。就此項規定對法院所課爭點曉諭義務與辯論主義之關係而言，其規定之旨趣係要求，法院在使當事人認明或理解何者為調查證據之主題即應證事實所必要之範圍內（含證據調查之必要性及範圍），應併表明法院所持法律上見解，以便當事人得能確認該應證事實及證據調查所涉法律上爭點為何，藉此助益徹底防止發生突襲性裁判。在此意義上，第一九九條與第二九六條之一第一項所認法律見解表明義務係屬廣義之闡明義務，均為貫徹防止發生突襲性裁判之要求，而植基於程序主體權保障之法理。

(二) 選擇訴訟標的所必要之法律上爭點整理

新法第一九九條之一係以「為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，如原告主張之事實，於實體法上得主張數項法律關係而原告不知主張時，審判長應曉諭原告得於該訴訟程序中併予主張，以便當事人得利用同一訴訟程序徹底解決紛爭。惟……（依）處分權主義……，原告究欲

主張何項法律關係，……應由原告斟酌其實體利益及程序利益而為決定」為立法理由，要求法官（審判長）於依原告之聲明及事實上陳述，可能主張數項法律關係時，應曉諭其為適當之主張。此項規定係要求法官應適度闡明，以使原告更有機會用以選擇、特定訴訟標的（選擇以原因事實為單位或以權利為單位特定訴訟標的），而保障其程序處分權、程序選擇權，並為此協同當事人進行相關之法律上爭點整理。在此範圍內，原告所為該項選擇、特定，依處分權主義固然對法院有拘束力；而法院雖負有闡明以整理此方面爭點之義務，但依「法官知法」原則及法官（審判）獨立原則，其適用法律之職責，並不當然受當事人有關如何適用法律之見解所制約。

上開有關訴訟標的如何選擇、特定之爭點整理，係以法官之闡明為引導，使原告有更充分之機會，用以預測法官所持實體法之解釋、適用上觀點，而藉此在訴之聲明範圍內，或選擇以紛爭事實為基準單位或選擇以權利為基準單位，特定其訴訟標的。此時，基於程序處分權、程序選擇權，在原告係選擇以紛爭事實為準特定訴訟標的之情形，上開爭點整理使法院與當事人更有機會就涉及同一紛爭事實之多項法律觀點，進行較詳實之法律上討論。從此角度觀之，上開爭點整理，係有助於保障聽審請求權、辯論權，而防止發生法律適用的突襲，並在此項突襲能被防止發生之範圍內，賦予既判力客觀範圍之擴大（使其擴及於涵蓋該等法律觀點之多項法律關係），具有更堅強之正當化根據。（註二六）又，在原告係選擇權利單位型訴訟標的之情形，上開爭點整理能使原告獲得更多機會，用以將其所忽略之法律關係，併在同一程序上列為請求法院審判之對象範圍，而防免就該法律關係另行起訴致蒙受程序上不利益。從此角度觀之，上開爭點整理，實有助於防止發生促進訴訟的突襲。抑且，在原告經由上開爭點整理已獲得機會，而可能被期待主張其所忽略之法律關係，卻未適時予以主張之

情形，基於程序安定之要求，或依民訴法有關失權之規定（新法第一九六條第二項、第二六八條之二第二項、第二七六條及第四四七條）或權利失效之法理，（註二七）該原告多將可能遭受不得事後再行主張該項法律關係之制裁或不利益；或視其未利用該項機會為主張之當時情況，亦可能解為其就原來所忽略之法律關係有不起訴之表意或契約。此類結果之發生，將使對造（被告）不必再度應訴，而獲得程序上利益。由於此項利益係伴隨於上開爭點整理所獲致，所以可認為該項爭點整理之機能是：防止發生促進訴訟的突襲、促使當事人之行為責任（原告所負特定訴訟標的之責任）具體化。

實際上，上開第一九九條之一第一項規定所認法律見解表明義務，在貫徹爭點集中審理主義所必要之範圍內，亦被融合為新法第二九六條之一第一項規定對法院所課爭點曉諭義務之部分內容。亦即，此項規定既係為防止發生突襲性裁判而設，所以於調查證據前，在曉諭應證事實為何而有需併曉諭其與訴訟上請求（訴之聲明、訴訟標的）具何關連之範圍內，亦應曉諭相關法律上爭點以防止發生法律適用的突襲。此時，法院亦負有表明此方面法律見解之義務。此事係涉及證據調查與經特定後之訴訟上請求如何相關之問題，亦屬於處分權主義如何運用之問題。而且，此項析論，尚可準以理解第二九六條之一第一項與第二四四條第四項（如上述例六之說明）之呼應關係或融合運用可能性，因為依後者之規定，法官亦在一定範圍內負有應適度公開心證（含表明法律見解）之義務。

【例十三】試以圖表六為例而言，設原告起訴聲明求為判決命被告賠付某元之同時，僅表明該當於其中(a)及(b)部分請求之原因事實（如：原告陳稱：其於某日在台北車站前搭乘被告所駕駛之計程車，言明載往某地，不料途中因乙開車超速發生事故，致原告受物損人傷，損失如聲明之金額云云），而未同時表明各該部分所示權利（基於侵

權行為之損害賠償請求權及基於債務不履行之損害賠償請求權）。此時，依第一九九條之一第一項規定，法院應行有關訴訟標的即本案審判對象為何之爭點整理（闡明原告究有意如何特定訴訟標的，以使被告為攻防、求法院為審判）。為此，法院應闡明就原告所陳述上開原因事實，可能涉及其中(a)部分及(b)部分所示權利（以下分別稱其為 a 權利或 b 權利），其有意求為本案審判之對象為何，以便在法院與兩造間就本案審判之對象範圍為何形成共識，而對之進行集中審理。其結果，回應於法院之闡明，①在原告敘明其不主張 a 權利，而僅有意求為審判 b 權利存否時，則訴訟標的即特定為 b 權利，應以此為本件之上位爭點，進行集中審理及兩造間攻防。此時，為兼顧紛爭解決一次性（訴訟經濟、擴大訴訟制度解決紛爭功能）及程序權保障（防止突襲）等要求，法院宜進一步闡明，使原告有機會說明就 a 權利如何行使所持態度（如：闡明其日後是否不再主張該權利、是否不再起訴予以主張、何以不在本件訴訟併予主張），以便將來在兩造間有後程序為爭訟時，可據以掌握前程序（本件訴訟審理當時）之當事人真意（解釋當事人在前訴訟程序行使程序處分權之意思表示），而判定就 a 權利有無該當於發生權利失效、成立不起訴契約、撤回起訴或保留另訴之正當理由等相關情事。從此角度而言，依上開規定所為闡明即上位爭點之整理，既有助於防止促進訴訟的突襲（使當事人有更充分之機會考慮利用前程序求為審判 a 權利，以免為此再開後程序致生程序上不利益），亦具有預防紛爭擴大之機能。②原告亦可表明其要同時主張 a 權利及 b 權利，而為預備性或選擇性合併，此亦係適用處分權主義由原告行使程序處分權之可能結果。就此而言，上開爭點整理（以法院表明法律見解為手段整理有關訴訟標的為何之上位爭點）可發揮促成合併審判以謀求訴訟經濟之機能。③在原告敘明其有意以上開陳述之原因事實為準特定訴訟標的，以利用同一道程序徹底解決紛

爭，卻未明確主張 a 權利及 b 權利之情形，法院應針對該原因事實為本案審判，如經形成心證認為 a 權利及 b 權利均不存在時，則應表明此項法律見解（依第一九九條第一項或第一九九條之一第一項規定表明有關認事用法之法律上評價、觀點），使當事人有機會為完全辯論後，始得判決駁回原告之訴。此項判決確定後，係就原告基於上開原因事實並無 a 權利及 b 權利一事發生既判力（不及於圖表六所示 c 部分權利不存在）。如法院為本案審理之結果僅就 b 權利形成心證而認為其不存在時，應表明此項法律見解以賦予當事人獲知就 a 權利為主張、舉證為審判之機會，而不應在未賦予此機會以前，逕行判決駁回原告上開訴之聲明。若法院竟如此判決，則原告可提起上訴求為審判 a 權利，以減少 a 權利之主張因該判決確定致遭失權之可能性，惟就此項上訴之審理，尚有如何適用第四四七條但書規定之問題。在此情形，以表明法律見解為內容之闡明方式，係被用為整理有關本案審判對象之爭點（其是否含 a 權利存否）之手段，而發揮凸顯訴訟標的之特定所具行為規範性、使當事人所負行為責任（就 a 權利為主張、舉證之責任）具體化等機能。^④至於倘法院在程序前階段未為上開闡明行爭點整理，而原告亦未為如上①或②或③之表明時，則法院逕行本案審理之結果，於程序後階段不論認為 a 權利或 b 權利係存在或不存在，均應表明該項法律見解使當事人有為辯論並確認法律上爭點範圍之機會以後，始得下判決，否則即屬違反闡明義務。並且，僅於已踐行此項闡明程序（如：僅就 a 權利形成如何之心證為闡明），而據以判決（如：為 a 權利不存在之判決）之情形，其既判力始可能在該限度內發生，而不及於未獲踐行該項闡明且未經判決之其他部分權利（如：b 權利存否），尤不及於上開原因事實所不涵蓋之 c 部分原因事實（有關發票行為之事實）及其可能該當發生之 c 權利（票據債權）存否。就此而言，上開闡明程序之踐行（以表明法律見解為手段之爭

點整理）發揮防止發生突襲性裁判、使訴訟標的所兼具之評價規範性明確化等機能。隨著此機能之發揮，有關訴訟標的理論之新、舊說亦縮減其間爭論之實益，而更能認知應尊重當事人行使程序處分權、程序選擇權為訴訟標的之相對性特定（基於訴訟權由原告一造或由兩造合意選擇以某範圍之原因事實或以某權利為單位特定訴訟標的）。（註二八）

(三)證據調查前、後之法律上爭點整理

新法第二九六條之一第一項要求法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人，係以「……為充實言詞辯論之內容，保障當事人之程序權，並防止發生突襲性裁判，法院……應將……事實上爭點、法律上爭點……證據上爭點……曉諭當事人，使兩造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關連後，始進行證據之調查」為立法理由。從此項趣旨，應可察知立法者除就事實上及證據上爭點以外，亦要求法院在證據調查階段以前即爭點整理階段，就法律上爭點協同當事人進行整理，否則將無從事先認明爭點所在以資曉諭。此項要求應值肯定，因為「法」與「事實」在本案審判過程常牽連難分，以致為適切整理事實上爭點，往往併需整理法律上爭點（註二九）。

本來，實體法上權利之得喪，乃係就該當於各該實體法所定要件事實之存否為判定之效果，因此有關權利存否之民事訴訟，實即有關該要件事實存否之爭訟。通常，法律（實體法規範）雖非待證事項，而無須以證據使其明顯，惟在訴訟上該當於實體法上要件事實之主要事實，係以一定之法律觀點為支柱始對於本案判決之具體形成具有實質意義。並且，在此關連上，依經驗法則可資以推認主要事實存否之間接事實，始亦在兩造間有爭執時將成為須以證據使其明顯之應證事實（事實上爭點）。從此而言，法院與當事人間就上開意義之法律觀

點能進行整理而形成共識之程度不同，將左右、制約彼等間就各該訴訟所涉待證事實為何之判斷，及其與證據之關連性或有無調查證據之必要性之判斷（證據上爭點），以致就此方面爭點可能掌握並形成共識之程度亦隨著有所差異。從而，為促成集中審理，防止發生促進訴訟的突襲（避免無益之證據調查），不論於何項爭點整理程序（參照上述「參、二、四」之說明），法院亦應視案情之需要適度協同當事人整理法律上爭點，並將所達成之此方面爭點整理之結果，提示於當事人使為確認而記明筆錄，以便據以在集中辯論之期日調查證據前曉諭當事人。於此，宜併再留意：第二九六條之一第一項規定所要求於法院之行為規律，係與第一九九條及第一九九條之一第一項等規定所指示於法院之行為規律密切相關，已如上述(一)及(二)之說明。

不過，如上之立論，並非否定調查證據後尚有進行法律上討論（參照上述「(一)」之說明）之必要性。蓋以為防止發生突襲性裁判，該項必要性亦存在於如何判斷：經調查證據之結果始明顯之新事實，究竟該當於實體法上何項權利得喪之構成要件；此方面之評價是否應有所不同於調查證據前所預想者；就構成要件經抽象化、概括化之情形（如：不確定法律概念），究應如何為法律上評價等事項。其實，於法院為爭點整理後，依新法第二九六條之一第二項規定行集中調查證據之結果，尚可能顯現新事實。在以此項新事實為判斷基礎，將導致不同於以前（行集中調查證據前）所為法律構成之情形，倘認為一概不許重新為法規範之適用，則難謂盡符發現真實、達成慎重而正確的裁判之要求；可是，倘認為均須斟酌該項新事實而重新為法律構成，則難謂盡符促進訴訟、達成迅速而經濟的裁判之要求。因此，為貫徹新法改採適時提出主義之意旨，應就上開情形，查明、判斷該項新事實之提出及基此所為法律構成之新主張（攻擊防禦方法之新提出），是否該當於應受失權制裁之要件、是否因違反訴訟促進義務而應負行

為責任而導致。此項判斷係亦繫於：法院是否已盡如上所述之法律見解表明義務、為適當闡明行爭點整理之義務。為此，法院亦宜依職權或依一造當事人之聲請，命他造（為新提出之當事人）以言詞或書狀說明理由（新法第一九六條第一項、第二六八條之二第一項）。要之，為上開判斷時，亦應防止發生突襲。

二、法律見解之表明

(一)法律見解表明義務之具體化

由上所述（「參、一」）可知，在民事審判上，為作成本案判決以確定原告有何權利或其所主張權利義務（法律關係）存否，通常係先認定該當於發生特定法律效果（導致法律關係之發生、阻礙其發生或使其消滅之法律效果）之要件事實（如圖表一所示 c 系列事實）是否存在，並且，在認定此具體事實存否所必要之範圍內，亦應先判斷有助於推定其存否之間接事實（如圖表一所示 d 系列事實）。問題是，在我國審判業務之運作過程，由於當事人多不深諳法律，且因其所委為訴訟代理人之律師，未必受充足之事實認定（含：舉證活動）教育（註三〇），或所持法律上見解與法官所認者存有差距等種種原由，以致常見當事人未能於起訴狀、準備書狀或期日陳述中妥為依法律上構成要件，說明各所主張之要件事實（該當於當事人所主張法律效果發生、存在之要件事實）；或於陳述中摻雜入法律上非屬必要之事實。此類現象，頗不利於迅速、適切掌握待證事實及其相關連之證據方法為何，以致難為集中調查證據、集中辯論，而頻生突襲。

為消除或減少此種弊害，應要求法院依案情，適時表明其所持有關判斷某具體事實是否該當於發生特定法律效果之法律見解，而與當事人進行對話，是即上開「一」所述各項規定對法院所課闡明義務之

具體化，而落實為法律見解表明義務。因為，此項法律見解乃法院一方面掌握當事人所欲主張之要件事實為何，一方面解釋，運用實體法所得認識或判斷之結果。在言詞辯論終結前或本案審理之儘早階段，獲此示知之當事人，較諸未能如此預測者，將更有機會檢視、了解其是否已適切提出或述明有關其主張或抗辯具該當性之事實（具體事實、要件事實）為何，並進而準此整理何者為待證事實（含：間接事實）及其與證據方法之關連性，然後予以提出作為攻擊防禦資料，而受較充分之聽審。要之，當事人愈能從法院表明所持法律觀點而獲知上述法律見解（判決宣示前之暫定性見解），必愈有機會為充分之證據提出及辯論，藉此防止發生法律適用的突襲，受保障其所應享之聽審請求權、證明權（證據提出權）及辯論權。一般而言，為達成此等目的，法院應於法律問題為兩造所爭執之場合及法律問題為兩造忽略之場合，適時表明法律見解。（註三一）

並且，為貫徹公正程序請求權之法理及保障辯論權，倘上開情事係於言詞辯論終結後、草擬判決理由時始被察覺，則應再開言詞辯論。（註三二）如此處理，亦較能落實新法加重法院闡明義務之旨趣（增修第一九九條、第一九九條之一及第二九六條之一第一項之立法理由）。

（二）法律上爭點整理之步驟

1. 主張之一貫性

新法要求原告於起訴時或訴訟程序之儘早階段（辯論準備階段），陳述其請求所依據之原因事實及理由；又要求被告陳述其據以答辯之事實及理由（第二四四條第一項第二款、第三項、第二六五條第一項及第二六六條第一項第一款、第二項第一款）。此等被要求提出之攻擊防禦方法係包含法律上陳述在內，其如此要求之目的乃為便利整理

爭點，以促成審理集中化。為貫徹此項立法旨趣，避免偏離訴訟上請求（訴之聲明及訴訟標的）而進行無實益之審理，法院自受理訴訟之時起應先就原告之請求行類如德、奧等國審判實務上所謂一貫性（Schlußigkeit）之審理，而就被告之答辯進行所謂重要性（Erheblichkeit）之審理（註三三）。

亦即，法院應先審理當事人所主張之攻擊防禦方法是否與原告之訴訟上請求具有一貫性、連繫性，而於其有欠缺時，或以原告之請求為無理由予以駁回，或以其請求為有理由予以容認。更具體言之，法院應先審理原告所主張之請求原因及理由是否足以導出其訴訟上請求而成為其論據。如就此獲得肯定之結論，原告之主張即屬具有一貫性，否則其主張本身即屬欠缺正當性，而不具一貫性。此種情形之發生，通常係由於原告誤解法律而作成錯誤之法律上構成所導致。所以為防止發生突襲，法院應指明該項誤認或適度表明法院之法律觀點（表明法院認為原告之主張不具一貫性及如此認為之理由），使當事人有機會為適當之法律上陳述（行使法律意見主張權），如其未能為具上開一貫性之補充陳述，則法院得以其請求為無理由予以駁回，或勸使撤回起訴。繼之，法院經上開審理後認為請求具一貫性時，則應接著審理被告據以答辯之主張本身，是否足以導致將原告之請求認為無理由而予以駁回。如就此獲得肯定之結論，被告之主張即屬具有重要性，而可進一步整理事實上爭點以釐清待證事實為何，並再行整理證據上爭點。反之，法院倘認為被告之主張欠缺重要性，則應予以指明或表明法院所持此方面法律觀點，而於被告受相當之程序權保障後，判決容認原告之請求，或勸使成立訴訟上和解或為認諾。

2. 構成要件之該當性

在原告係選擇以權利為準特定訴訟標的之情形，接續於上開一貫性及重要性經審理而獲肯定後，法院應與當事人就有關構成要件該當

性之認知・判斷進行爭點整理。由於此項構成要件為何之問題，實乃有關實體法應如何解釋之事項，而就此在法院與當事人間，可能有認知、判斷上之不同或差距，所以法院應適度表明其所持法律觀點（暫定性法律見解），以便與當事人進行法律上討論，藉此釐清應以何者（法院或當事人所持見解，或二者所形成共識之另一見解）為準理解構成要件，而據以進一步檢視當事人已否主張對應於該構成要件之具體事實。此項檢視之步驟是：以所特定之上開訴訟標的（法律關係）為準，將其要件事實從論理構造上，先予以析成請求之原因事實、抗辯事實及再抗辯事實等，再分別釐清各該事實主張之有無，而判斷已主張之事實是否該當於實體法上構成要件、對造是否予以爭執以及就有爭執之事實有無為證據聲明。

至於在原告係選擇以紛爭事實為準特定訴訟標的之情形，法院應與當事人就其所主張及所爭執之事實（未經法的評價之活生生事實），依要件事實之理論進行法律上討論，而分析、研判各該事實所可能該當之法律上構成及法律效果為何，然後判定兩造間有何法律關係可主張。此時，法院應適度表明或暗示其對該項研判所持法律觀點（嘗試性・暫定性法律構成），就此與當事人進行對話、溝通，藉以嘗試釐清兩造間真正之事實上及法律上爭點，而據以選擇或形成適合之法律上構成。

【例十四】設原告 x 起訴聲明求為判決命被告 y 給付某元，而主張其於某日以某價額向建商 y 承購而受交付某屋後，發現該屋較約定坪數短少八坪，應由乙賠付如聲明之金額云云。在此情形，如兩造所爭執者為該屋是否較約定坪數短少八坪一事（事實上爭點），則法院應運用訴訟指揮權，就該爭點事實究竟可被評價為構成不完全給付或債務不履行等要件，協同使當事人進行法律上討論或促使兩造成立爭點簡化協議（使成立兩造願僅利用本件程序解決該紛爭之合意），以

謀求利用同一程序徹底解決同一紛爭，而不應任由當事人僅為解決該紛爭（是否較約定者短少八坪之紛爭），竟分別主張各該要件，一再起訴，致違反紛爭解決一次性之要求。為此，法院應適度表明其所持法律觀點係認為可能該當於何者之構成要件，以供為討論之基礎。

要之，在上開構成要件該當性之研判、審理過程，法院應適度暗示或表明其所持相關法律見解，而與當事人進行法律上討論。此項程序之踐行，乃新法第一九九條、第一九九條之一第一項及第二九六條之一第一項對法院所課闡明義務之一部分（其違反應可構成上訴之理由），而為防止發生突襲性裁判所必要。

(三)心證公開與爭點整理之關係

爭點整理程序之踐行，不論其為有關事實上、證據上爭點之整理或法律上爭點之整理，往往需借重以心證公開為程序內容之闡明方式，始能濟事。此事已經新法明認之論證，固可從上開本文之事例分析及闡述察知；而其具有堅實之法理根據及方法論上可行性，則可見諸於筆者另文「心證公開論——著重於闡述心證公開之目的與方法——」之詳述，於此不再重複。該文係探討：心證公開之態樣、目的、根據、方法、時期及法律效果等事項，可供參考。（註三四）

伍、結 語

——法官協同促使當事人行為責任具體化之行為規律

新法有關促進審理集中化之諸規定，在強化訴訟指揮權、裁量權及闡明義務之同時，亦要求當事人適時提出攻擊防禦方法，而加重其訴訟促進義務及可能遭受之失權制裁，藉此試圖促使法院與當事人協

同妥為整理爭點，以便集中於此為完全之辯論及充實之審理，而致力徹底防止發生突襲性裁判（發現真實的突襲、促進訴訟的突襲及法律適用的突襲）。

因此，在新法所採適時提出主義及集中審理主義之架構下，如何運用訴訟指揮以促使法院與兩造當事人間，就爭點（事實上、證據上或法律上爭點）之所在形成共識；如何對於攻擊防禦方法之提出時期及當事人是否提出之自由決定權能，加以合理之制約，並使其應於何時、如何提出之行為規範明確化，行為責任具體化，乃屬今後審判實務運作上之重要課題。為克服此項課題，先應認明：該行為規範在第一層次上係以當事人為規範對象，而要求其應適時提出攻擊防禦方法，以便迅速進程序。就此而言，可謂立法者係期待當事人居於其主體地位積極參與，進程序，而賦予其有於「適當時期」提出攻擊防禦方法之權能，藉以追求程序利益、促進訴訟，是含有當事人進行主義之色彩。可是，就該規定之內容本身而言，所謂「適當時期」並非恒屬具體、明確，毋寧是，何時始可謂為該當於「適當時期」之判斷，常應取決於訴訟進行程度及個案情節（如：事證蒐集、提出之期待可能度），乃尚待進一步予以具體化、明確化之概念。通常，非待「適當時期」經具體、明確化以後，每無從期待，要求當事人確知其所應遵守之「提出時期」為何，以致難謂上開行為規範已具體、明確，所以亦不可認為當事人已可能且應該準以付諸行動（為攻擊防禦方法之提出）。為促成此種意義的具體化、明確化，從訴訟指揮權之行使應以保障適時審判請求權、公正程序請求權、平衡兼顧發現真實及促進訴訟（平衡保護實體利益及程序利益）等基本要求為指標以論，法院（審判長）應視訴訟進行程度及個案情節，善為行使訴訟指揮權，對當事人提示其應為資料提出之時期，以促成上開「提出時期」及行為規範之具體化、明確化。在此意義上，訴訟指揮權之行使已然成為迅

速進程序以促進訴訟之引導力，實亦含有職權進行主義之色彩，藉此可同時適度因應訴訟制度所具集團現象性（公益性），而增大一般人（納稅人即訴訟制度創設者）使用法院之可能性，並保障對造追求程序利益之機會。

尚且，於上述「適當時期」及行為規範已具體化、明確化之程序階段，當事人一方面固然享有提出攻擊防禦方法之權能，一方面則在其不於該適當時期提出攻擊防禦方法之情形，應就其不為提出負自己責任，以致將蒙受因其不為適時提出所造成之結果（逾時提出之結果）。為避免此項結果，該當事人負有適時提出之行為責任。從此角度觀之，上開訴訟指揮權之行使，實同時發揮協同促使當事人所負行為責任具體化、明確化之作用；而法院愈能經由適切之闡明使當事人獲悉提出事證資料或主張權利之機會，則對於不善用該機會之當事人，亦愈有使其遭受失權制裁之正當化根據。此項由法官與當事人協同發現「真實」並尋求「法」所在之程序，實為適時提出主義及集中審理主義之精神得能彰顯之要道。

不過，隨著社會、經濟情勢之快速變遷，民事紛爭事件已然愈趨複雜化、多樣化，以致法官及律師更常須處理質重量增之訴訟事件。面對於此，如何充實法官及律師之爭點整理上知能、技巧，並不斷提昇其水平，使其常能活用新法所揭示之行為規律，誠屬今後之緊要課題。抑且，在已將向來所採處分權主義更加精緻化，並益形凸顯辯論主義即協同主義所具支配性之新法下，如何變革律師制度（含：養成、繼續教育、第三審律師強制代理認許制），亦屬不容輕忽之課題。

〔註釋〕

註一：有關民事程序法建制所涉諸基本課題之論述，請參照「程序制度機能論」一九七頁以下。

註二：請參照邱聯恭「程序選擇權論」七九頁以下；「民訴研討(4)」二七九頁以下。

註三：有關訴訟審理方式及程序形成之諸原則如何受新法所影響及其妥當性，筆者擬另撰文加以闡論，其相關之理論背景，請參照註一之說明。

註四：〔何謂集中審理？〕一般而言，所謂「集中審理」係指就爭點集中調查證據而為審理，惟倘著眼於其集中度之不同，則尚可能為如下之多種定義、指稱，而採行不盡相同之集中審理模式：

(1)採行徹底的集中審理或繼續審理，亦即法院將其調查證據之時間全部撥用於特定（單一）事件，而就該事件之辯論，或集中於一次言詞辯論期日一舉為之，或繼續開數次言詞辯論期日而不予時間上隔離，且於該數次期日之間不審理其他事件，俟該事件之審理終結以後始行審理其次之他一事件。此種審理模式係美國向來所採，而與其陪審制相結合（參照「程序制度機能論」二一頁、二六頁內註三二之說明）。

(2)原則上，法院係在經過包括性準備以後之一次言詞辯論期日（主要期日）將訴訟事件終結，而於此期日先由法院將其就各該事件所把握之要點，對當事人為概略說明，並聽取當事人本人陳述，行綜合辯論及調查證據。此種審理模式係德國自一九七七年修正民事訴訟法所採，亦被採用於其行政法院、社會法院及財政法院等〔參照邱聯恭「民事訴訟審理方式之檢討——從審理集中化方案論如何加強事實審功能」（「民訴研討(3)」）三四七頁以下；鈴木正裕「争点整理の方策について——その史的考察——」（原井龍一郎古稀祝賀・改革期の民事手続法，二〇〇〇年）二九三頁；大喜多啟光等・ドイツにおける簡素化法施行後の民事訴訟の運営（一九九五年）八七頁以下〕。

(3)法院在一次證據調查期日調查複數之人證，或就證據之調查擬定較明確之計畫，以進行有計畫之審理，而不問其所調查之證據多寡。關於此類計畫性審理之模式，可借用圖表十內事件類型(5)所示損害賠償請求事件為例加以說明，例如，在x已照圖表二表明、特定其訴訟上請求，然後就爭點事實即應證事實c，主張d₁及d₄等二事實，並為證明d₁聲請調查人證f₁及f₂，而為證明d₄事實聲明人證f₃、f₄及f₅之情形，法院擬定於第一次證據調查期日集中於事實上爭點d₁調查f₁及f₂，而於次一期日就另一事實上爭點d₄集中調查f₃、f₄及f₅。

(4)原則上要求法院儘可能在爭點整理以後，始行集中調查人證（訊問證人

及當事人本人），而不於爭點整理以前先行調查人證。日本自一九九八年施行之新法被認為係採用此種審理模式〔參照法務省民事局參事官室編・一問一答新民事訴訟法（一九九六年）一六八頁以下；古閑裕二「新民事訴訟法による訴訟運営と集中審理（中）」（判例タイムズ五号，一九九八年）三〇頁〕。

其實，要求法院就兩造間爭點集中調查證據並為辯論之原則即爭點集中審理主義，係以法院與當事人於調查證據前能先釐清、掌握爭點為前提，所以其集中為審理之程度乃取決、受制於相關周邊程序、制度在立法上之充實度或實務上運作成效之大小（如：爭點整理程序之周全度、踐行爭點整理之徹底度或適切度、事證蒐集手段之配備度、律師等訴訟程序關係人之協力可能度等）。因此，隨著此項充實度或運作成效之大小，依事件類型所具特性之差異或個別案情之不同，分別採行或合併選用上開諸審理模式之可能範圍亦將有所不同。從此角度而言，我國新法第二九六條之一既規定「法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人。法院訊問證人及當事人本人，應集中為之。」，自係改採爭點集中審理主義，而以法院已能釐清、掌握爭點（法律上、事實上及證據上爭點）為必要前提，要求法院應依案情之需要，於行證據調查前先行爭點整理，就何者為爭點在法院與兩造之間先形成共識，然後將其所認識之爭點曉諭當事人，且不將爭點整理之必要性限於調查人證之情形；是乃對於法院及當事人（含：受任為訴訟代理人之律師）揭示應為計畫性審理及攻擊防禦之行為規律。循此，法院自應盡力將訴訟之審理劃分成爭點整理階段與證據調查階段，而依事件類型之特性、個別案情、爭點整理之徹底度及事證蒐集之充分度等，從上開(1)至(4)所述審理模式中，分別酌採所適宜者進行審判程序，使審理及攻擊防禦不偏離爭點，並不斷提昇其集中度，促成審理集中化。

註五：關於民事訴訟法學與審判實務之銜接必要性，以及訴訟法學者與審判實務家（法官、律師）所應有之協力關係，請參照「程序選擇權論」二六五頁以下；新堂幸司「民事訴訟法をめぐる学説と判例の交錯」（同・新実務民事訴訟講座1卷，一九八一年）四一頁；三ヶ月章「民事訴訟の理論と実務」（季刊実務民事法1号，一九八三年）六頁以下；藤内和公「ドイツ・ブレーメン大学における法学教育」（ジュリスト一〇二六号，一九九三年）一〇四頁；遠藤直哉「実務・研究・教育の統合を目指す法科大学院構想」（自由と正義一九九九年五月号）二五頁以下；伊藤滋夫『「法科大学院」における実務教育』（判例時報一七一三号，二〇〇〇年）四頁以下；竹下守夫「民事訴訟法における学説と実務」（民事訴訟雑誌四六号，二〇〇〇年）六頁以下。

註六：關於集中審理之目的、機能，請參照「程序制度機能論」二一〇頁至二一四頁。

註七：請參照「司法現代化」二一五頁以下；邱聯恭在民事訴訟法研究會第四十

一次及第六十二次研討會之闡述——載於「民訴研討(四)」三二九頁以下、五六九頁以下；「民訴研討(五)」一七九頁以下。

註八：請參照註七所引文獻。

註九：關於新、舊訴訟標的理論均未主張，提起給付訴訟之原告須表明實體法上權利，請參照新堂幸司等編，注釈民事訴訟法(5)(一九九八年)一一一頁。對照於此，在我國向來之審判事務上，或有部分法官要求原告述明其係以何項實體法上權利或法律關係作為訴訟標的，可是關於此種作法並不當然具有訴訟法上妥當性，非必屬應然一事，在最高法院所主辦（含同院民事庭法官在內之各審法官約三百名出席參加）研討會（民國八十九年三月二十一日）經共同研討之結果，並未見有對之表明異議者。關於此，請見最高法院學術研究会主辦、中華民國法官協會協辦「民事訴訟法修正施行後之審判實務——以集中審理為中心」學術研究会會議紀錄，載於法官協會雜誌第二卷第一期（二〇〇〇年）二三七頁。

至於有關訴訟標的論之新、舊說應受批判之處及訴訟標的相對論之提倡，請參照「司法現代化」二一五頁以下；「民訴研討(四)」三二九頁以下；本書第二編「V 仲裁判斷撤銷事件之訴訟標的如何特定？」

又，關於「法官知法」（適用法律為法院職責）之原則乃大陸法系諸國所認自明之理，請參照「司法現代化」一四二頁。

註一〇：請併參照邱聯恭在民訴法研究会第七十二次研討會討論時對於提問之回答「三、有關訴訟標的如何特定之爭點整理上問題」項內之闡釋（「民訴研討(六)」三八五頁以下）。

註一一：於此情形，論者如認為依新訴訟標的理論，該原因債權（即圖表六所示 a 或 b 權利）亦同屬訴訟標的，應為該判決之既判力所及云云，則將對當事人（x）造成突襲，而剝奪其程序權，應非所許。可是，在 y 已抗辯原因關係不存在，致兩造間之爭點集中於原因債權存否之情形，為發揮合併審判制度之機能，縱使採傳統的訴訟標的理論，亦恒多應准許原告就原因債權為新訴之變更或追加，藉以就此一併取得具有既判力之裁判，而賦予促進訴訟之程序保障，俾原告有受適時審判之機會，貫徹保護公正程序請求權之旨趣。關於此，新法第二五五條第一項第二款已增訂規定，可資適用。亦即，同款規定請求之基礎事實同一時，原告得為訴之追加，此乃基於訴訟法上觀點，為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，並為貫徹紛爭解決一次性及訴訟經濟之要求而設。其所謂「請求之基礎事實」應解為係指判決之基礎事實（資料）而言，是與新法第二四四條第一項第二款所定「原因事實」係為特定訴訟標的，以便法院適用法律（為實體法上定性、價值判斷）而設者，在概念上有所不同。

註一二：於本事例之情形，為貫徹程序權保障及防止發生突襲性裁判之要求，應

認為：倘 X 未表明其有意選擇以圖表六所示最外圍的大圈所含原因事實為準特定訴訟標的，而法院亦未為此項闡明時，則僅就其中所示 a 權利及 c 權利之存否為審理，然後判斷 X 無該二權利可主張（如：認為該二權利均已罹於消滅時效）而為駁回其訴之終局判決，就 b 權利之存否並不發生既判力。此時，訴訟標的之概念係發揮評價規範之機能。抑且，為兼顧紛爭解決一次性之要求，防止發生促進訴訟的突襲，法院應曉諭 X 使其有利用同一程序合併主張 b 權利之機會，以避免 X 為主張 b 權利再行提起後訴訟致受程序上不利利益，藉此並可防免浪費司法資源。

註一三：併請參照「民訴研討(四)」三五四頁以下。

註一四：我國新法第二六八條之規定與日本新民事訴訟法第一七五條之規定不同，宜併加留意。按：日本新民事訴訟法因採集中（爭點中心）審理主義之關係（併參照上述註四之說明），乃要求法院應積極釐清爭點，而為集中審理。著眼於此，論者遂評斷其法院係被要求扮演積極的角色，應催促當事人提出事實及證據，而非止於消極接受當事人提出攻擊防禦方法而已。可是，同法另又規定，在爭點整理程序（準備程序、書狀準備程序或準備性言詞辯論程序）終了以後，當事人又提出攻擊防禦方法之情形，該當事人負有說明義務，應依他造之請求說明未能於爭點整理階段予以提出之理由（第一六七條、第一七四條及第一七八條）；並增設當事人照會（查詢）制度，明定當事人對於他造之查詢書負回答義務，應提出有關主張或舉證之必要說明（第一六三條）。此等規定係經由說明義務及回答義務之採認，於當事人間，一方面充實其相互蒐集事證之手段，一方面課兩造互負一定之義務，卻未為此設失權制裁之明文。從此角度觀之，可評價為：日本新民事訴訟法採用包含有上開程序內容之審理原則，係為借重其發揮當事人自主、自律形成紛爭內容之機能〔相關之日本文獻，請參照「程序選擇權論」一三三頁內註八〇〕。

相對於此，我國新法則具相當之獨特性，亦即其擴充有關證據保全及文書提出等事證蒐集程序由法院運作以外，同時又增訂第二六八條之二，對於未在爭點整理階段提出攻擊防禦方法之當事人，課以向法院說明之義務及委由法院裁量如何施加失權之制裁，並未併採上述日本新法所認自律性程序。從此角度觀之，可評價為：我國之立法走向較具凸顯協同主義之色彩，而不盡同於日本法所採審理原則。

註一五：我國新法第二六八條之二所規定之內容，多不同於日本新民事訴訟法（第一六七條、第一七四條及第一七八條），值得再深入比較、評析。

註一六：關於法院應如何運用訴訟指揮，促使當事人提出事實、證據之行為責任具體化，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究会第六十三次研討會之闡述（「民訴研討(七)」四〇九頁）。

註一七：關於闡明之機能、目的係為維持公平及防止發生來自法院之突襲，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十九次研討會之闡述（「民訴研討四」一九六頁以下、二一七頁）；「司法現代化」一四九頁內註六十四之說明。

註一八：請參照註一六之說明。

註一九：請參照「程序選擇權論」一〇一頁以下。

註二〇：關於如何促使主張及否認具體化，請參照筆者在民訴法研究會第二十八次研討會之析述（「民訴研討三」二二九頁以下）。

註二一：請參照上述註一七。

註二二：有關此事例之法理上解析，詳請參照上述註二〇所引文獻。

註二三：關於在為證據調查以前，何以應先整理待證事實與證據方法之關連性，併請參照筆者在民訴法研究會第二十八次研討會之析述（「民訴研討三」二四五頁以下）。

註二四：關於程序選擇權之法理，請參照「程序選擇權論」三三頁以下。

註二五：於此所謂法律見解或法律上觀點，係指法院就法規範（含習慣法）或其構成要件之解釋或適用、契約條款之解釋或適用、損害額之計算方法、判例或學說上見解之理解或適用、或有關紛爭事實之法律上評價等所持見解或觀點而言〔參照栗田陸雄「法的觀點の開示について」（法學研究五九卷，一九八六年）三二一頁；德田和幸「法領域における当事者権」（吉川大二郎追悼・手続法の理論と実践上卷，一九八〇年）一三二頁〕。法院所持此類法律見解或法律觀點，於賦予當事人影響形成裁判內容之機會，以防止發生突襲性裁判、保障聽審請求權、辯論權（含：法律意見主張權）所必要之範圍內（如：當事人就其陳述之事實忽略或誤解可能主張之法律見解或應可適用之法律觀點時、法院於判決宣示前改變其曾於審理中明示或暗示之法律見解時），負有予以表明之義務。關於法院所負法律見解表明義務及當事人所享法律見解表明請求權之法理根據，請參照「司法現代化」一一三頁以下、一五〇頁；「程序選擇權論」一四八頁以下、一七〇頁以下。

又，即使在無如我國設新法第一九九條之一規定對法院課以法律見解表明義務之日本，其晚近之學說亦為類同於我國立法走向之主張，諸如：新堂幸司・新民事訴訟法（第二版，二〇〇一年）三九一頁；中野貞一郎＝松浦 馨＝鈴木正裕編・新民事訴訟法講義（一九九八年）一八〇頁；高橋宏志・重点講義民事訴訟法（一九九七年）二九四頁、同・新版（二〇〇〇年）三八四頁；竹下守夫＝伊藤 真編集・注釈民事訴訟法（三）（一九九三年）六九頁；原 竹裕「裁判官の法的觀點の指摘と心証の披瀝」（ジュリスト増刊・民事訴訟法の争点（第3版），一九九八年）一八八頁；德田和幸「弁論主義と新民事訴訟法」（法學教室二二三号，一九九九年）三〇頁；萩原金美「法的觀點指摘

義務」（別冊ジュリスト一四五号・民事訴訟法判例百選Ⅰ，一九九八年）二〇七頁以下。阿多麻子「法的觀點指摘義務——裁判官の行為準則として」（判例タイムズ一〇〇四号，一九九九年）四〇頁以下；石田秀博「新民事訴訟法における釈明権行使」（愛媛法学会雑誌二七卷一號，二〇〇〇年）一二〇頁。

註二六：關於既判力之正當化根據與程序權保障論之關係，請參照邱聯恭「程序保障論之新開展」（月旦法學雜誌第十九期，一九九六年）九頁以下，收錄於「程序選擇權論」三頁以下。

註二七：關於權利失效之法理，請參照邱聯恭「遮斷效之態樣及法理根據」（「民訴研討四」）三九三至三九五頁。

註二八：此項析論係立足於訴訟標的相對論及程序選擇權之法理，其提倡、開展係始自一九九一年在我國民事訴訟法研究會第四十一次、第四十六次之研討會上，而延續其前對新、舊訴訟標的理論之評論。關於此，請見邱聯恭「訴訟標的相對論之架構」（一九九一年初出，「民訴研討四」）三二九頁以下；同「程序選擇權之法理」（一九九二年初出，「民訴研討四」）五六九頁以下（收錄於「程序選擇權論」二三頁以下）；「司法現代化」一一三頁以下、一三七頁以下、二一五頁以下；「程序選擇權論」一四四頁以下；「民訴研討三」五六〇至五六一頁；「民訴研討三」七七頁、二九九頁、五七八頁；「民訴研討四」六三頁、四〇三頁；「民訴研討四」一二頁、六三頁。

又，上開我國之新理論亦經介紹於日本學界，請參照邱聯恭「台灣における民事訴訟法改正の動向——日本法との主な相違点を中心にして（ジュリスト九九九号，一九九二年）一二二頁；同「台灣における司法改革の動き」（日本法律家協会・法の支配一〇八号，一九九八年）一〇七頁；福山達夫「中華民國（台灣）の司法制度改正の動き」（國際商事法務二四卷一一号，一九九六年，一一六七頁；二四卷一十二号一二八九頁；二七卷一十二号，一九九九年，一四五七頁）。

嗣後，日本之論者亦主張：應認為法官負有法律上觀點指摘義務，藉此從當事人所陳述之生活事實，就其相關法規範適用之選擇，在法官與當事人間形成共識，而尊重當事人所為選擇，是乃向來之新、舊訴訟標的理論所欠缺之觀點云云，〔原 竹裕・前掲（見註二五）〕。此項論點，雖非必充分認知而贊同上開我國之訴訟標的相對論，亦不若此項我國立論已具相當之理論上體系性，但所持問題意識則相類似。

註二九：關於「法」與「事實」牽連難分之現實，請參照「司法現代化」一四三頁以下、二二三頁。

註三〇：我國向來之法曹養成教育制度，並未對法官及律師施以應有之事實認定教育，尚待改革。關於此方面之問題狀況分析及其改革取向之闡述，請參照「程

70 民事程序法之理論與實務(三)

序制度機能論」三三六頁以下；邱聯恭「法曹養成教育之改革方向」（司法院編・司法改革委員會會議實錄（上）（一九九六年）二四頁。

註三一：除回顧上述註二五之說明外，此方面之相關事例，請參照「程序選擇權論」一五一頁。

註三二：關於在一定範圍內應容許當事人有再開辯論聲請權及其與爭點整理之關係等事，請參照本書第一編「Ⅲ 爭點整理與試行和解之關係」一文內「伍、例四」之析述。

註三三：德、奧等國向來之審判實務，例常進行所謂一貫性、重要性之審理，此項審理模式且為日本學界及實務界所重視，而被評價為係與日本法曹養成教育所採行之所謂「要件事實論」相脈承。關於此，請參照木川統一郎「二〇世紀末に残された民事訴訟政策の課題」（民事訴訟雜誌四五号，一九九九年）二五頁以下；同「民事事件の審理と判決書の合理化」（判例タイムズ七三一号，一九九〇年）四頁以下；ペーター・ギレス＝井上正三＝小島武司「弁論主義とリラチョーンス・テクニック——実務教育のあり方をめぐって——」（判例タイムズ四九一号，一九八三年）二四頁以下；ハンス・プリュッティング「民事訴訟における裁判官の指摘義務」（慶應大学法学研究六一卷九号，一九八八年）三五頁以下；松村和徳「弁論主義考——オーストリア民訴法における事実資料収集過程での裁判官と当事者の役割分担からの示唆——」（早稲田法学七二卷四号，一九九七年）四四八頁以下；同「オーストリア民事訴訟法における弁論主義論——裁判所と当事者間の役割分担基準としての弁論主義の検討——」（民事訴訟雜誌四三号，一九九七年）二二八頁以下；古閑裕二「争点整理の技法と審理方式」（司法研修所論集八五号，一九九一年）一九六頁以下；篠原勝美＝中田昭孝＝吉川慎一＝瀬戸口壮夫・民事訴訟の新しい審理方法に関する研究（一九九六年）六四頁以下。

註三四：請見「程序選擇權論」一三七頁以下。

【本文係於二〇〇〇年三月二十一日在最高法院主辦、法官協會協辦「民事訴訟法修正施行後之審判實務——以集中審理為中心」學術研討會之講稿，經調整、增刪部分內容、註釋而成，其中部分內容曾自同年四月至六月連載於月旦法學雜誌第六十期、第六十一期及第六十二期。】

II 爭點簡化協議程序之運用方針

——評析其與民事訴訟法修正走向之關連——

壹、緒言	73
貳、爭點簡化協議程序之法理根據	74
一、程序建構之理論背景	74
二、程序運用之前導法理	77
參、爭點簡化協議程序之構成要素及機能	79
一、爭點之相對性、多樣性內涵	79
二、爭點整理之多面向	81
三、爭點簡化協議之程序內容及機能	84
(一)協議之對象事項	84
(二)協議程序之構成及機能	86
(三)協議之效力	95
肆、結語	98
※註釋	99

壹、緒 言

新法就有關訴訟審理之對象事項及程序結構，已重組向來所採處分權主義及辯論主義（協同主義）所含內容、命題，並重新認知其應有之機能（註一）。又，就程序之形成，新法同時一方面斷然放棄向來所認隨時提出（自由順序）主義，而改採適時提出主義（第一九六條第一項要求當事人應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前之適當時期，提出攻擊防禦方法）；一方面則改造訴訟審理模式，明認爭點集中審理主義（第二九六條之一要求法院於調查證據前應將爭點曉諭當事人，並集中於此調查證據）。（註二）此類新法之走向，乃我國民事紛爭解決法制在前（二十）世紀末最大變革之一環，已然對新世紀民事程序法學提示新論題，誘使學界重新調整其有關新法之思想背景上及解釋論上研究取向（註三），並喚起審判實務家之新問題意識，要求其變易陳舊之實務運作慣行、復燃其致力革新之熱情。（註四）

新法為貫徹其採行上開審理原則之改革理念，尚增設多項新規定，充實相關之配套措施。諸如，在大幅增修有關事實證據之規定（第二七七條至第三七六條之二）以外，併同時更新有關法官闡明權行使、辯論準備及訴訟促進義務等制度之條文內容。（註五）其中，既就本案訴訟繫屬後之程序，要求受訴法院致力整理兩造當事人間爭點，並促使其協議簡化爭點（第二六八條之一第二項、第二七〇條之一第一項第三款、第二項及第二七一條之一），又就本案訴訟繫屬以前之證據保全程序，明文容許兩造當事人就有關訴訟標的、事實、證據或其他可能成為訴訟上爭點之事項，得達成協議（第三七六條之一）。新法如此創設爭點簡化協議程序，改變已施行七十年之舊法容貌，對於

今後審判業務之運作及其相關理論之開展，將導致何等影響，已然成為實務界及學界之重大關心事。此項問題關心，實亦併提問：爭點簡化協議程序之新設，到底有未重新提示何項行為規律，企盼或要求訴訟制度之運作者（法官、書記官）及相關職業集團（律師）予以遵循？是否同時昭示舊法時代所未認知之一定價值理念，圖謀保護紛爭當事人及一般國民，或要求其均協同予以尊重、落實？

意識著上開問題狀況，本文擬嘗試致力於建構有關上開新法制之解釋論，為此探討：何項前導法理可能或應該準以解釋、運用有關爭點簡化協議程序之新規定？此類法理，是否亦應適用於上開新法所未明文承認之情形（如：本案訴訟尚未繫屬且非於新法所認上開證據保全程序之情形，非由法院運作程序之場合）？爭點簡化協議程序之機能為何？為促使其充分發揮應有之機能，宜如何構成其程序之內容？

貳、爭點簡化協議程序之法理根據

一、程序建構之理論背景

向來，關於應否及如何創設爭點簡化協議程序之問題，我國之論者多著重於從法制之形式面，介紹美國於一九八三年修正前之預審程序，探討如何參仿其中有關協議簡化爭點之程序，而鮮少積極主張同時充實相關周邊制度（如：事證開示、蒐集、心證公開等制度）者。

（註六）可是，此種狀況，自民事訴訟法研究會經成立而為定期性運作以後，已有相當之變化。亦即，自一九八〇年代以來，其研討會上再三被指明、強調：對於審判實務之革新，爭點整理程序之踐行具不可欠缺性；爭點限縮契約（將某爭點排除於兩造爭執範圍外或就此加

以限縮、減縮或簡化之協議、合意，以下均稱為爭點簡化協議）之促成在解釋論上具必要性・容許可能性；為其促成，事證蒐集制度之充實及心證公開程序之踐行具關鍵性；訴訟審理集中化具相當之指標性。

（註七）此類強調應充實、借重爭點簡化協議程序之立論（下稱「爭點協議強調論」），係植基於新程序保障論及程序選擇權之法理，既指向於防止發現真實的突襲，亦同時致力於防止促進訴訟的突襲，乃以平衡兼顧當事人之實體利益及程序利益、賦予其有程序選擇之機會為指標，並非僅以圖謀減輕法官負擔或一味貫徹客觀實體法為能事，實具有我國理論之獨特性。（註八）接續於此，有關應如何從立法論上，充實辯論準備程序以促成審理集中化一事，遂成為學界之共同關心事及陸續複線研討之重要論題。（註九）

不僅如此，上開爭點協議強調論亦經延伸於新法之制訂過程，促使從概念上、作用上區分爭點之「整理」與簡化「協議」，並終於成為增設爭點簡化協議程序之實質論據。（註一〇）此項論據之意旨，在歷時長達十多年後民訴法修正草案定稿並完成立法程序之階段，終被具體呈現於增修有關辯論準備、集中調查證據及事證蒐集等制度之立法理由中。亦即，其謂：「為充分準備言詞辯論，達到審理集中化之目標，應命當事人將其所掌握之事實、證據及相關訴訟資料，儘可能於訴訟程序前階段提出，以便法官及當事人能於期日前瞭解案情並整理、確定及簡化爭點，進而試行和解，或集中調查證據，使言詞辯論集中而有效率……」（修正第二六六條之理由說明）；「……（得由當事人協議簡化之）訴訟程序上之爭點，僅以法律上允許當事人處分之爭點為限，……當事人主張之訴訟上爭點，如已……經兩造協議並加以簡化後，法院為訴訟指揮及進行言詞辯論，固不得逾其範圍，當事人雙方更應以此爭點作為嗣後攻擊或防禦言詞辯論之所本，任何一造當事人既不得擴張原已協議簡化之爭點，更不得以其他爭點代

之……」(增訂第二七〇條之一之理由說明, ____部分係筆者附加);「關於本案審理,實務上往往一面整理爭點,一面調查證據,容易造成無謂之調查及重複之訊問,致訴訟程序延滯。為充實言詞辯論之內容,保障當事人之程序權,並防止發生突襲性裁判,法院於調查證據前,應先將與訴訟有關之爭點……曉諭當事人,使兩造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關連後,始進行證據之調查……」(增訂第二九六條之一之理由說明);「……如能使欲主張權利之人,於提起訴訟前即得蒐集事證資料,以瞭解事實或物體之現狀,將有助於當事人研判紛爭之實際狀況,進而成立調解或和解,以消弭訴訟,達到預防訴訟之目的。此外,亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證資料之機會,而有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟,以達到審理集中化之目標。……」(增訂第三六八條第一項後段之理由說明);「當事人於起訴前聲請保全證據者,得利用法院所調查之證據及所蒐集之事證資料,瞭解事實或物體之現狀,而研判紛爭之實際狀況,此時,如能就訴訟標的、事實、證據或其他事項達成協議,當事人間之紛爭可能因此而獲得解決或避免擴大。此外,當事人將來縱使提起本案訴訟,因當事人於保全證據程序中已就特定事實、證據或其他事項達成協議,故於法院審理本案時,亦可減少爭點,而節省法院及當事人進行訴訟所需之勞力、時間或費用,達到訴訟經濟之目的。……」(增訂第三七六條之一之理由說明)。(註一一)

綜上所述可知,新法增設爭點簡化協議程序,係為貫徹程序選擇權之法理,而指向於尊重當事人之程序處分權、賦予其有選擇程序以追求程序利益(因爭點之整理、簡化、限縮所可導致之勞費節省)之機會,是有其較厚實之本土性理論、思想上背景襯托,此項法理應成為今後解釋、運用該項新法規定之前導。

二、程序運用之前導法理

如上所述,關於新法所設爭點簡化協議程序之解釋、運用,應指向於貫徹程序選擇權之法理,始符立法之意旨。其實,此項法理,原係植根於憲法上價值體系,既為立法論亦為解釋論之前導,其適用範圍並非僅限於新法所明認之上開爭點簡化協議程序,尚應擴及於新法未明認之相關或相類程序事項。質言之,依程序主體性原則及程序主體權等原理,紛爭·程序當事人即程序主體,亦應為參與形成、發現及適用「法」之主體;應受適時審判請求權及公正程序踐行請求權之保障,俾其實體利益及程序利益不致受程序制度之運作、使用或未能予以使用所減損、消耗。因此,立法者及法官均應對於程序關係人,就關涉其利益、地位、責任或權利義務之程序利用及程序進行,賦予相當之程序參與權及程序選擇權,藉以實現、保障程序關係人之實體利益及程序利益。亦即,程序制度之制訂者(立法者)及運作者(如:法官),不僅應致力於保障程序關係人之實體利益,也應防免對其造成程序上不利利益(因未獲有相當機會以使用簡速化或避不使用無實益之程序制度所額外付出之勞力、時間或費用),藉此使其有平衡追求實體利益及程序利益之機會,而避免發生減損其系爭財產權、系爭標的外財產權或無端限制其自由權等情事。為此,程序主體權者即訴訟(紛爭)當事人,不僅應有實體法上處分權(實體處分權),並應被肯定享有相當之程序法上處分權(程序處分權),藉以一方面基於實體處分權,決定如何處分各該系爭之實體利益(實體權利);而另一方面則本於其程序處分權,在一定範圍內決定如何取捨程序利益,以避免因其程序之使用或進行招致減損、消耗、限制系爭實體利益或系爭標的外財產權、自由權之結果。(註一二)

準此，在本於上開法理採用處分權主義及辯論主義之範圍內，亦應從解釋論上，肯認訴訟（紛爭）當事人得行使程序處分權，成立爭點簡化協議，以平衡追求實體利益與程序利益。在此意義上，新法增設上開爭點簡化協議程序，僅係將解釋論上應然之法理予以明文化而已，並非含有一概不認於其他場合亦可能成立同類協議之意涵。此類新法所未明認之協議，亦為兩造當事人行使程序處分權之表現，屬程序處分行為，可予以定性為訴訟契約之一形態，在其關涉實體利益之取捨選擇，而非純就程序事項為處分之情形，係不僅含有程序法上要素，亦兼含有實體法上要素，尚應予以定性為植基於程序選擇權法理之一種程序選擇契約（協議、合意）或混合契約，而不盡同於向來論者非基於該項法理之立言（向來之混合契約說）。（註一三）

從而，於應受或將受處分權主義、辯論主義所支配之事項範圍內，有關容許成立爭點簡化協議之上開法理，既適用於新法所明定之程序（即：就本案訴訟繫屬後之情形而言，指第二七〇條之一所適用之準備程序、第二六八條之一第二項所適用之獨任法官或合議庭所行言詞辯論期日程序或受命法官所行準備程序、第二七一條之一所適用之獨任法官所行準備性言詞辯論程序；又，就本案訴訟繫屬前之情形而言，指第三七六條之一所適用之證據保全程序），亦適用於新法所未明定之其他場合（如：在法院所行程序以外之一般交易社會上、第四〇六條之一所適用之簡易庭法官或調解委員所行調解程序、依仲裁法由仲裁庭所行仲裁程序）。並且，從如何貫徹適時審判請求權之法理而言，容許兩造當事人成立上開爭點簡化協議，實亦同時意味保障兩造共用程序利益，而賦予兩造機會，俾其用以共同決定如何促成適時、適式審判之機會。（註一四）由於依同法理，法官負有為適時、適式審判之職責，自亦應儘可能善為行使訴訟指揮權、闡明權，對兩造提供有助於其達成上開協議之資訊（如：分析所涉實體利害及程序利害）。

又，就上開協議與新法所採適時提出主義之適用上關係而言，該協議之容許，係意指承認兩造得在一定範圍內，藉該協議之達成，參與促使第一九六條第一項所謂「適當時期」具體化。於此，宜併留意：其所謂「適當時期」究應如何具體化，原亦屬新法施行後之課題，尚有待於法官行使訴訟指揮權、闡明權予以克服。（註一五）

參、爭點簡化協議程序之構成要素及機能

一、爭點之相對性、多樣性內涵

在民事紛爭之處理、解決過程（含訴訟審理過程、訴訟外紛爭處理過程），關於爭點究何所指，因論者著眼點之不同而存有多種見解，尚無定論。例如，有主張：爭點係指隨著各該紛爭具有多樣個性之具體事實或背景情事，為流動而可變者，乃浮動於當事人之紛爭交涉過程云云（註一六）；有主張爭點係指當事人就法規範之適用具意義之事實主張有不一致者云云（註一七）；有主張：與訴訟標的相關之主要事實、與主要事實有關連之間接事實以及對於和解等有助益之背景情況，均因爭執而成為爭點云云（註一八）；有主張：有關法律問題、經驗法則、主要事實或間接事實之爭執，均屬爭點云云（註一九）。

究其實，之所以就何謂爭點有需界定其意義，乃為達成徹底解決紛爭或防止其擴大之目的，由於此項目的達成之過程實含有下列諸特性、因素，所以應認為特定事項成為紛爭（訴訟）當事人間所爭執者均屬爭點；於個別之紛爭處理、解決過程，依各該爭執內容之不同，不僅上開諸說所述者之一部或全部可能成為爭點，縱使其中所未明列之事項亦然。例如，有關訴之聲明或訴訟標的已否或如何表明・特

定之爭執事項（有關特定本案審判對象之上位爭點）、有關如何取捨證據方法或分配舉證責任等之爭執事項（證據上爭點），均可能成為爭點。亦即，上開目的之達成過程（紛爭處理・解決過程、訴訟審理過程）含有種種特性、因素，諸如：①在階段性發展形成之程序前後階段，可能出現而有待整理之對象事項或爭執事項不一，且隨著社會生活之複雜化、價值觀多元化，爭執之事項內容亦愈趨於多樣化（註二〇）。②當事人基於程序處分權・程序選擇權所提示而求為處理・解決或審判之對象，既可能屬於權利單位型，亦可能為紛爭事實單位型，尚非紛爭處理者（如：調解者、仲裁者）或法院所能予以預設（註二一）。③紛爭（訴訟）事件之類型不一，可能具有互異之多樣特性、需求，宜分別界定兩造間爭執事項，尚難一概而論（註二二）。④為平衡兼顧紛爭解決一次性及程序保障等訴訟法上諸基本要求，宜針對紛爭實情，彈性謀求解決紛爭、尋求法所在之途徑，為此應就各該紛爭（訴訟）事件，分別探究其爭執事項為何，而予以界定為各該事件之爭點。⑤兩造間爭執事項有依實體法僅關涉實體利益之追求者，有依程序法僅關涉程序利益之追求者，亦有與此二者均相關涉而宜予以兼顧者，所以應認為其各可能成為有待整理之爭點，始較能充分賦予當事人選擇程序以平衡追求實體利益及程序利益之機會。其結果，縱使在本案訴訟審理過程，經整理後所掌握之爭點，為發揮程序法理交錯適用之機能（註二三），並為貫徹程序選擇權之法理，亦有宜用以將該訴訟事件轉換改為循和解、調解或準仲裁等判決外程序加以處理、解決之情形（參照第四一五條之一、第四二〇條之一等規定及其立法理由），非必僅為提供受訴法院適用客觀實體法下本案判決之基礎而已。（註二四）要之，爭點之意涵具相對性、個別性及多樣性。

準此而論，新法第二九六條之一要求法院曉諭當事人之爭點，係用以提示集中調查證據之對象，乃為防止發生發現真實（認定事實、

推理過程）的突襲，非必與新法所採爭點整理或簡化協議程序（第二六八條之一第二項、第二七〇條之一及第二七一條之一）或證據保全程序上協議（第三七六條之一）所處理之爭點，在內容、範圍大小上恒相一致。毋寧是，如將程序分成前後階段，而於前階段先行爭點整理、於後階段調查證據，則集中調查證據程序上之爭點範圍通常係小於或涵蓋於爭點整理或爭點簡化協議程序所處理之爭點範圍。因此各該程序所處理之爭點範圍大小，以及其間之相互對應關係，似宜從各該程序之機能上差異，分別加以觀察。並且，第二九六條之一第一項之規定並不當然表示，法院不必於調查證據以外之場合，曉諭當事人同條項所示者以外之其他爭點，例如，為防止發生法律適用的突襲或促進訴訟的突襲，依第一九九條或第一九九條之一第一項尚有應將法律上爭點曉諭當事人之情形。

二、爭點整理之多面向

如上所述，向來就爭點之意涵，論者間存有多種見解。伴隨於此，所謂爭點整理亦被定義為不盡相同之內涵。（註二五）從筆者就爭點之意涵所持上開立場而論，所謂爭點整理，應係指釐清紛爭（訴訟）兩造當事人間爭點及其內容之活動或過程，借此使何者為爭點及其內容在整理主體間（如：法院與兩造當事人間），形成、獲得共識。就本案審理過程而言，係由心證形成主體即具中立性之法官（含受命法官）整理兩造各所主張之內容，分辨、確認其中有爭執之部分與無爭執之部分，以使爭點具體、明確化，而便利進行處理、解決程序（含：證據調查、辯論及作成判決等程序），是不盡同於僅由兩造（含：訴訟代理律師）相互自行為爭點之確認者。爭點整理既係使爭點具體、明確化之活動、過程，則潛存於兩造間之爭點或當事人原未意識之爭

點，亦可能於該過程中始被具體凸顯，而成為新爭點。因此，爭點整理除可能導致爭點限縮或簡化之結果外，亦可能導致爭點增加，具有多面向，以便針對真正之爭點及紛爭實情，徹底、真正解決紛爭。抑且，隨著紛爭解決者（如：受訴法官、調解法官、仲裁人）或當事人對於擴大程序制度解決紛爭之功能、合理分配、節省司法資源或圖謀訴訟經濟等要求愈有所覺醒、認知，該類經由爭點整理所凸顯之真正爭點，亦愈將被善用已開始之同一道紛爭解決程序（如：判決程序）予以徹底解決，或藉該項整理之結果，設法預防紛爭擴大或防免訴訟提起。可見，爭點整理雖亦可能導致排除不必要或非真正爭點之結果，並非僅以限縮或排除爭點於紛爭解決程序外為主要目的，是與如下「三」所述之爭點簡化協議程序之目的，應分別加以理解。

上開立論，既非如部分論者（註二六）般將有關爭點整理之解說僅限定於本案訴訟程序（判決程序）之情形，亦不若部分論者（註二七）般係僅以起訴係採權利單位型或舊訴訟標的論為前提，就爭點整理加以闡述。因為，爭點整理之必要性並非僅存在於受訴法院所行本案判決程序，亦可能見諸於其他紛爭處理、解決程序（如：調解、仲裁或準仲裁程序）。況且，如上「一」所述，縱使在訴訟程序，為判斷宜否選擇轉換為循調解等其他程序解決紛爭，亦需先經由爭點整理掌握有無宜如此處理之爭點，自不應將爭點整理僅指向於達成本案判決。此項理由，尤其適用於新法第三七六條之一所認訴訟繫屬前證據保全程序上之協議，因為其立法意旨，係為儘可能防免紛爭擴大及訴訟提起。

再者，就有關爭點整理之解說，不宜僅限定於以起訴係採權利單位型或舊訴訟標的論為前提之情形而言，應認知：依處分權主義所認程序處分權、程序選擇權，原告既得選擇某權利為訴訟標的，亦得選擇紛爭單位型訴訟標的，而僅以某原因事實特定之（註二八），所以

縱使在判決程序，亦應針對該二種可能被提示為本案審判對象之訴訟標的構成型態，分別解說爭點整理，而不宜就此自始加以侷限。準此，就訴訟程序上之爭點整理而言，在原告係依權利單位型起訴而提示特定權利為訴訟標的之情形，應釐清、確定：當事人所主張有關該權利之要件事實（主要事實）之內容及其相關間接事實、補助事實之內容為何（註二九）、其中有爭執而需證明之部分與無爭執之部分各為何、就有爭執而需證明之事實已否提出在經驗法則上具關連性之證據、其中有必要調查之證據為何、需調查人證時之訊問事項為何、就有爭執之事實是否有不需再事調查證據予以證明者、以及其他可資以徹底解決紛爭或促成協議、和解之背景情事或紛爭實情。又，在原告係依紛爭單位型起訴而提示某原因事實以特定訴訟標的之情形，則應就當事人所主張之事實加以分析，而釐清、確定：當事人所主張之事實中何部分可能被篩選而評價為該當於某權利發生之要件事實、何部分事實與實體法之適用相關（註三〇）、此等事實中有爭執而需證明之部分與無爭執之部分各為何。此外，就與該項有爭執而需證明之事實相關連之間接事實等類其他事項，則進行同上所述之整理。並且，除如上所述者外，尚應同時進行法律上爭點整理及一貫性、重要性之審理。（註三一）

上開爭點整理可發揮種種機能，諸如：①使集中於爭點調查證據成為可能，而達成審理集中化之目標，彰顯集中審理主義之精神、優點。（註三二）②促使參與爭點整理者（如法官、調解委員、仲裁人等紛爭處理、解決者、當事人、受其委任為代理人之律師、書記官等紀錄從事者），更能為充分之事前準備（如：準備與案情相關之資料、詳研案卷），提高紛爭處理之迅速性（程序經濟）及正確性（發現真實），增進各該業務從事者之執業成效及社會上存在意義、價值。③以該項準備為基礎，就案情進行多面向溝通，而凸顯真正之爭點，

有助於徹底防止突襲，使紛爭處理、解決之結果（如：仲裁人之判斷、法院之判決、調解委員酌定之調解條款、調解法官所提解決事件之方案）更加客觀化、更具可信度及接納度，藉以徹底解決紛爭或防免紛爭擴大，增進法之平和。^④由紛爭當事人參與爭點整理，可使其獲得針對爭點平衡追求實體利益及程序利益之機會（如：藉爭點之掌握，選擇其處理所適宜之紛爭解決途徑，或防免不必要之訴訟提起），藉以更確實保障其程序選擇權。

抑且，由於爭點整理之結果可能導致簡化爭點之協議，而此項協議常係在爭點整理過程達成，以致爭點整理程序與爭點簡化協議程序實密切相牽扯，後者乃前者之一環。因此，就與本案訴訟相涉之爭點整理而言，關於其程序之內容、主體及機能等項，擬再併於下述「三」為闡述。

三、爭點簡化協議之程序內容及機能

(一) 協議之對象事項

如上所述（請回顧「貳」之說明），基於程序選擇權之法理，當事人得行使其程序處分權成立爭點簡化協議（合意）。此項協議之對象事項，係包含於處分權主義、辯論主義所支配之範圍，其可能成立協議之對象內容不一，諸如：

就處分權主義所支配之領域而言，不論在訴訟程序上或程序外有關爭點簡化協議之程序上（參照下述「(二)」之說明），兩造當事人得成立仲裁協議，使其發生仲裁法上效力（指正式、機構仲裁），或使其發生個別、非正式仲裁之效力（註三三）；得成立起訴前應先經調解之協議（參照第四〇四條第二項）；得成立委由調解委員酌定調解條款之協議或將繫屬於第一審之訴訟事件移付調解之協議（參照第四

一五條之一第一項及第四二〇條之一第一項）；基於舉證上難易及其所伴生程序上不利益之大小等考量，就訴訟上請求（上位爭點）既得成立選擇採權利單位型訴訟標的，亦得成立選擇採紛爭單位型訴訟標的之協議；得成立選擇訴之主觀或客觀合併型態之協議；得成立和解、撤回起訴或不起訴之協議。

其次，就辯論主義所支配之領域而言，於爭點簡化協議程序，兩造當事人得成立有關主要事實或間接事實之自認或予以限縮（排除該事實於爭點事實範圍外）（註三四）、自認之撤銷（參照第二七九條第三項）、限縮法院職務上已知或顯著事實（參照同法第二七八條）（註三五）、限制證據（參照新法第三七六條之一第一項）、鑑定人選任（參照新法第三二六條第二項）及舉證責任分配等之協議。

又，就可能同時關涉處分權主義及辯論主義等多項審理原則之事項而言，於爭點簡化協議程序，兩造當事人得在一定範圍內，成立權利自認之協議（註三六）；得成立有關仲裁鑑定（參照新法第三七六條之一）之協議（註三七）；得成立第一審判決後不提起上訴之協議。

至於有關程序進行之事項，是否亦可成為爭點簡化協議之對象，則為涉及如何理解、運用當事人進行主義與職權進行主義之問題。事實上，倘使當事人就有關實體形成之事實或證據，成立予以限縮、簡化之協議，則隨著此項事證之被排除提出，亦將在該排除之範圍內導致有關該事證之程序不進行之結果。在此意義上，新法容許兩造得自主性、自律性成立爭點簡化協議，實亦同時加濃採用當事人進行主義之色彩。因此，除就法律已明認兩造得成立合意之程序進行之事項，同樣應容許兩造於爭點簡化協議程序上成立有關該事項之協議以外，即使在法律未為該項明認，而委由法院就程序進行之事項為職權裁量之情形，亦應儘可能尊重兩造就該事項所成立之協議。此從公正程序請求權及適時審判請求權等法理，原應為法官行使訴訟指揮權及運用相關

規定時之依循而論，亦所應然。（註三八）其結果，舉例言之，應認為：於爭點簡化協議程序，兩造當事人得成立選用簡易訴訟程序或小額訴訟程序之協議（參照第四二七條第三項、第四三六條之八第四項）（註三九）；於不特別違反公益所繫之程序安定要求時，兩造所成立有關定攻擊防禦方法審理順序之協議應儘可能受尊重。（註四〇）；就新法增設之多種爭點整理程序（如下「二」所述）所成立予以選用之協議應儘可能受尊重（註四一）。

（二）協議程序之構成及機能

為充實言詞辯論之內容，防止發生突襲性裁判，賦予當事人應有之程序權保障，新法特明文要求法院於調查證據前，應將爭點曉諭當事人，並就此集中訊問證人及當事人本人（第二九六條之一）。此規定實質上亦要求法院於調查證據前，應先整理爭點，為此宜將本案審理程序劃分為爭點整理階段與證據調查階段，而進行計畫性審理，以達成審理集中化之目標，彰顯集中審理主義之精神。為此，新法亦同時充實爭點整理程序，責由法院予以運用。因為，如未能釐清、掌握爭點，將無從針對爭點集中調查證據及集中辯論。為此，新法係併設多種爭點整理程序，委由受訴法院針對訴訟事件類型之特性需求、個別案情之不同（如：當事人或其訴訟代理人已為準備之程度，或對於集中審理之配合可能度），分別機動性裁量選擇採用其一，且可能視案情之需要併用其二。

並且，由於爭點整理係為使爭點具體、明確化，以便掌握、凸顯真正之爭點，所以爭點整理之結果亦可能增加新爭點，並非僅為限縮、簡化爭點，藉此發揮爭點整理之多種機能（請回顧「二」之說明）。換言之，爭點整理之必要性係分別存在於本案涉訟之前後，不宜將有關爭點整理之程序之構成及機能發揮僅限定於本案訴訟繫屬後之情形，

而應併正視本案訴訟繫屬前之需求狀況。而且，爭點簡化協議常係在爭點整理程序上達成，以致難將爭點簡化協議程序獨外於爭點整理程序而將二者予以截然分離。有鑑於此，以下擬就本案涉訟前後多種可能利用之爭點整理程序態樣（註四二），分別析述其間達成爭點簡化協議之程序構成及其機能。

1. 準備性言詞辯論期日之協議程序

此種程序係由受訴法院採用爭點整理程序於合議庭或獨任法官審判之訴訟事件（第二五〇條前段及第二六八條之一第二項），而同時促使兩造協議簡化爭點。其程序之特徵是：同一法院（受訴法院）刻意將其所受理之同一事件分成整理爭點之準備期日階段與主要期日（本質的或本來的言詞辯論期日）階段，而以同一法官為該二階段程序之運作主體，於該準備期日整理爭點，且在公開法庭行之。通常，不論合議庭或獨任制法官審判時，均可選用此種爭點整理方式，且可併用或改用爭點簡化協議程序（第二六八條之一第二項），惟僅獨任制法官可併用或改用法庭不公開之該項協議程序（第二七一條之一準用第二七〇條之一）。此時，如能在取得兩造信賴之前提下，酌用會議型法庭，則具有便利溝通、促進達成爭點簡化協議之作用。（註四三）可是，此項作用較難發揮於僅得採用法庭公開之合議庭所行程序。

於採用此種程序之情形，如需借重法律外專業知識始較能整理或簡化爭點之事件，則宜儘可能使該方面專家為鑑定而參與爭點簡化協議程序（第二〇三條第四款、第二六九條第四款）。又，如代理律師就紛爭實情（該事件之歷史事實）欠缺全面性認識時，宜使當事人本人或準當事人參與程序協同整理爭點（第二〇三條第一款、第二六九條第一款），以利掌握案情全貌、釐清爭點，且便於促成爭點簡化協議，或增進當事人對於審理過程及裁判結果之信賴度、接納度。（註四四）

上開準備期日，既係以整理爭點為目的，宜由審判長以合議庭全員之共識為基礎，行使訴訟指揮權，一方面分析爭點所涉實體利害及程序利害，供為參考而協議簡化爭點，一方面喚起當事人亦能在充分意識該項程序目的之下，就何者為爭點，協同法院形成共識。然後，倘已能掌握爭點或達成予以簡化之協議，則宜將其內容曉諭當事人使兩造為確認（第二九六條之一第一項），並予記明筆錄（第二一三條），以示達成該期日之目的。至於就案情複雜的事件，如認為有必要，亦得定期命當事人就爭點整理結果或所達成爭點簡化協議之內容，另提出摘要書狀（第二六八條之一第三項、第四項），而將之附於筆錄（第二一四條）。此時，宜考量當事人有無該項提出之知識、能力或負擔輕重，為避免程序延滯，亦宜由法官擬成爭點整理或爭點簡化協議之方案或要旨，列明法院所認已經形成共識或達成簡化協議之兩造間爭點，以及兩造所不爭執或已撤回、限縮（被排除）之主張或證據聲明，然後提示於當事人使為確認之表明或陳述意見，以防止發生突襲性裁判。

在上開情形，由於為本案審理而下本案判決之法官，同時成為爭點整理、簡化協議程序之運作主體，通常較易保持其間心證形成之接續性、完整性，而由同一法官從事爭點整理，並於言詞辯論期日調查證據前將爭點曉諭當事人，所以較可發揮貫徹直接審理主義及言詞審理主義，使其與爭點集中審理主義更密切結合之機能。抑且，如法官在該整理程序，能適時公開心證，而與當事人進行討論，則將更能使當事人認清真正爭點之所在，常較有助於促成爭點簡化協議（含：轉換為調解程序或準仲裁程序之協議，或成立和解）。不過，此項協議之主體即合意者為兩造當事人，對於該協議之達成，行使訴訟指揮權之法官即該程序之運作者係其協力促成者。從此角度而言，增設上開爭點整理、簡化協議程序之新法，可被評價為，具有採協同主義作為

手段，以便在實體利益與程序利益等二者之平衡點上，發現・確定真實、尋求法所在之意義。（註四五）

想附言者，縱使在非屬上開意義之準備性期日，兩造亦可能在本來的言詞辯論期日之後階段，始自發成立或經法官促成爭點簡化協議。惟此種現象，或發生於較複雜而未能在準備性期日先妥為爭點整理之事件或肇因於法官仍多少慣行或遭周邊條件所限（如：當事人或律師之不協力、事證蒐集之不足），致不得不行分割審理，對集中審理主義之實現，究非屬理想狀態。不過，因調查證據之結果，當事人、其訴訟代理人（律師）及到庭之關係人已更能獲得共通之認識，以致事實已明顯化，經法官適度公開心證而促成和解，則多有可能，亦為行集中審理所期待之成效。（註四六）

2. 伴隨於準備書狀先行程序之協議

法院於受理訴訟事件後，得暫不指定言詞辯論期日，而先使兩造行交換書狀至相當程度，始指定期日（第二六七條、第二六八條及第二六八條之一第三項）。此種程序可選用於獨任制或合議制審判之事件。為促使此種程序更能達成爭點整理或排除無爭執之事件等目標，審判長宜儘可能指明特定事項，命當事人詳為表明，否則將難凸顯爭點，更難促成爭點簡化協議。因為，相較於期日之言詞溝通，書狀之交換常較難就爭點所在，於法院與兩造當事人間形成共識。此種共識形成之困難，尤其見諸於採合議審判而僅以審判長或受命法官為其程序運作主體之情形（第二七二條）。其結果，在書狀先行程序，爭點簡化協議之達成，多僅期待於兩造當事人及其訴訟代理人（律師）之自律性活動。可是，在當事人本人不諳法律，或律師間欠缺溝通機制或其自律能力尚有不足之狀態下（註四七），較難期待兩造在本案涉訟後之書狀交換階段自行達成爭點簡化協議，以致亦難期待該項協議之機能發揮於書狀先行程序上。

不過，就特需借重科技等法律外專業知識以整理爭點之事件，如一方面採書狀先行程序，一方面責由當事人與其代理律師協同在鑑定人或仲裁鑑定人之前，進行有關爭點整理、簡化協議之程序，則可期待其收得一定成效。於此情形，該律師與鑑定人或仲裁鑑定人係被定位為爭點簡化協議程序之準運作者，負有協助該協議之主體即兩造當事人協商簡化爭點之職責；倘其能克盡此項職責，則亦可發揮程序選擇之機能。為達成此目的，宜同時採行之措施是：可要求當事人就爭點整理之結果或協議之內容，於一定期間內提出摘要書狀，以簡明文字，逐項分段記載（第二六八條之一第三項、第四項）。

由於書狀先行程序存有上開闕漏，難充分發揮促成爭點簡化協議之機能，所以就有需經言詞溝通始易整理爭點、促成該項協議之事件，審判長宜適時裁量改用便利協商之言詞期日程序。為此，當事人（訴訟代理人）亦可依公正程序請求權之法理，及時向受訴法院陳明求為改用該程序，以免有關選用爭點整理程序之裁量權遭誤用或濫用。

3. 準備程序上爭點簡化協議

(1) 受命法官面前之協議

準備程序係被選用於合議庭審理之事件，而責由受命法官整理爭點（第二七〇條、第二七〇條之一第一項及第二六八條之一第一項），較適合於需要參照繁瑣之帳冊記載為說明計算、需借助圖影片或大量文書為技術性解說之複雜事件。就此項程序得不在公開法庭行之而言，較宜配合併設（圓桌）會議型法庭以便進行協議，而予以促成。又，此種在不公開法庭進行之程序，亦適合於特需保護隱私或營業、職業上秘密之事件。如其係涉及法律知識以外之科技或其他專門知識上問題之事件，亦可在聽取當事人兩造之意見後，由專精於該問題處理之專家參與解說，以利爭點整理之順暢進行。受命法官就是否不在公開法庭行準備程序，雖有裁量權，但基於公正程序請求權之法理，於行

使該項裁量權時，宜儘可能聽取當事人之意見。並且，為掌握紛爭實情、凸顯真正之爭點，宜儘可能為文書提出命令等調查證據之準備處置即闡明處分（第二七二條第一項準用第二六九條第一款至第四款、第二七〇條之一第一項），而使當事人本人到場，聽取其陳述。何況，當事人本人乃成立爭點簡化協議之主體，使其參與整理爭點之過程，實即實質上保障其程序選擇權，擴大促成該協議之可能性。（註四八）

關於兩造得成立協議之對象事項，民訴法第二七〇條之一第一項第三款雖非若第三七六條之一第一項就本案訴訟繫屬前之協議可能對象有所列明，惟同條項所列事項本亦以合於上述「(一)」所述原則及對象範圍者始可當之，所以其中之說明，亦適用於本案訴訟繫屬後之準備程序，藉此使第二七〇條之一第一項第三款所規定之內容具體化。又，同款所定之協議，亦係以兩造當事人為主體，受命法官係當事人之協力者，因此其訴訟指揮權、闡明權之行使（第二七二條準用第一九八條至第一九九條之一），亦應指向於保護當事人之利益，始符保障公正程序請求權及程序選擇權等法理。準此，受命法官亦應適時公開其暫時的心證，用以與當事人進行討論、溝通，始較能促成爭點簡化協議，使其發揮平衡追求程序利益、促進訴訟等機能。

至於有關新法容許當事人得合意由受命法官調查證據之規定（第二七〇條第三項第四款）應如何運用之問題，於此宜先留意：從該項合意具有不使合議庭行較慎重之證據調查而言，可謂亦屬爭點簡化協議之一種型態；該規定亦係為貫徹程序選擇權之法理而設（註四九），並不認法院或受命法官就該合意之成立有准否之裁量權，所以法官均應受當事人行使程序處分權之合意所拘束，尤不得逼使成立該項合意或予以誤導。尚且，從新法為防止發生突襲性裁判，乃要求法院於調查證據前，應將爭點曉諭當事人等立法意旨而論（第二九六條之一第一項），法院應先整理爭點，然後針對已掌握之爭點調查證據。果然，

為符合新法要求集中調查證據之旨，受訴法院或受命法官宜避免使當事人，在尚未為爭點整理而明瞭爭點為何以前，成立上開合意；而且，該項合意內宜示明其係就何內容之爭點事實（應證事實，併參照第二八五條第一項），委由受命法官調查證據，始屬正辦。又，在受命法官面前成立之該項合意，亦屬爭點整理之結果，而為爭點簡化協議之一型態，應依第二七一條第三款之規定記載於筆錄。經如此記載時，兩造即無須另提出合意書。不過，如為期慎重，或為減輕書記官負擔以謀迅速進程序，宜由兩造簽具合意書載明其合意之具體內容（如：在就多項或複雜之應證事實，於合意書內或以其附表予以列明）提出於法院。

(2)準備程序上自律性協議

在受命法官依新法第二七〇條之一第二項之規定，命當事人暫時退庭或指定期間命當事人自行協議簡化爭點之情形，兩造自律性進行協議程序，係不在法官面前為之。此時，如當事人欠缺充足之法律知識，或其訴訟代理人（律師）間欠缺溝通機制或其自律能力尚有不足時，則難達成簡化爭點之目標。因此，受命法官於裁量是否使行該協議程序時，宜依個別案情，先審酌該類知識、能力是否充足之程度，始為決定。否則，其任使兩造自行協議之行為，將難免招致程序延滯，而背反新法增設上開協議程序係為促進訴訟之意旨。為妥善運用計，受命法官宜先聽取兩造意見，然後為該項決定。又，在受命法官依同條項之規定，命兩造自行協議簡化爭點之情形，可同時命兩造會同將爭點整理之結果或爭點簡化協議之內容，提出摘要書狀於法院，此亦為同條項所定共同向法院陳明之一種方式。

上開自律性協議程序，亦宜用於其爭點整理或簡化特需借助相關文件資料、帳簿或圖影片為私下協商，或特需借重科技、法律以外專門知識為處理或有需保持秘密（如：隱私、產業秘密）之事件。並且，

倘使能責由當事人與其代理律師協同鑑定人或仲裁鑑定人進行上開協議程序，將更可收效。此時，係期待此等參與人亦發揮爭點簡化協議程序運作者之功能，使其居於中立者之地位，以兩造為成立協議之主體，促成爭點簡化協議，藉此協助當事人在實體利益及程序利益之平衡點上尋求真實。

4.起訴前爭點簡化協議程序

(1)證據保全程序上之協議

如上所述（請回顧「1至3」之說明），在本案訴訟繫屬後，新法增設有多種由法官運作之爭點簡化協議程序，結合於爭點整理程序中，成為其一環。亦即，此類爭點簡化協議程序可能被選用於受命法官所行準備程序、獨任法官審判所行言詞辯論程序或合議庭所運作之言詞辯論程序。此類協議程序係以兩造為成立該協議之主體，在此點上，與同樣由法官運作之一般爭點整理程序，就有無以兩造當事人為主體成立契約（協議）而言，尚互不盡同，而較類同於新法第三七六條之一所設協議程序。惟倘著眼於上開爭點簡化協議程序係本案訴訟繫屬後之程序，而第三七六條之一則係就本案訴訟繫屬前增設之協議制度，則此二者間尚有不同，宜探討其間程序構成及制度機能互有何差異，以便運用。以下擬就本案訴訟繫屬前可供運用之爭點簡化協議程序，加以說明。

新法一方面擴充證據保全程序，容許當事人就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證（第三六八條第一項後段），使其於提起訴訟前更能蒐集事證資料，以瞭解事實或物體之現狀；一方面承認於本案尚未繫屬前之保全證據程序期日到場之兩造當事人，得利用該等事證資料，就事實、證據或其他事項成立協議（第三七六條之一第一項）。此項協議程序，對於促成當事人間釐清、掌握或簡化爭點，亦屬必要而有益，相較於上開起訴後

所行爭點簡化協議程序係原則上被採認者而言，亦可稱為準爭點簡化協議程序。因為，經由此種在證據保全程序上所達成之協議，當事人亦可能成立廣義之證據限制契約，藉此當事人可限縮事實上、證據上爭點，而有助於預防訴訟提起、紛爭擴大，或於日後起訴時發揮準備辯論、促使審理集中化等機能。

此項協議程序，亦以兩造當事人行使其共用之程序選擇權為基礎，主體性達成爭點簡化協議，特需借重當事人間之自律性運作，宜由兩造主動進行，而非必在法官面前為之；其所具防免訴訟提起之機能，正可彌補上開本案訴訟繫屬後協議程序之機能發揮上不足。因此，其程序之機能，可被期待將隨著律師制度之健全化程度，借重具自律能力之律師獲得更加一層之發揮，是與上開本案訴訟繫屬後之爭點簡化協議程序特需借重法官之協力者，有所不同。

(2) 法院程序外之自律性協議

在法院所行程序以外之場所（非在本案訴訟程序及證據保全程序），當事人為簡化訴訟時之爭點，以防止紛爭擴大或節省勞費之付出（追求程序利益），亦可能自行協議而成立合意。此種爭點簡化協議，係經由當事人自律性作為所成立，就容許當事人為程序處分之事項（在適用處分權主義、辯論主義或當事人進行主義之事項範圍內），亦屬程序處分行為、程序選擇契約之一種表現型態，應屬可許，且亦發生拘束力。

可認為屬於此類協議（契約）之情形不少，諸如：在法院程序外，除可成立如上「參、三、(一)」所述之協議外，亦可成立仲裁人選定契約、試驗訴訟或示範訴訟契約（註五〇）、舉證責任分配契約、不起訴契約或撤回起訴之契約、限縮仲裁判斷撤銷事由之契約。

(三) 協議之效力

1. 效力範圍之個別判定

新法就上開準備程序上及獨任法官所行期日程序上之爭點簡化協議，雖規定當事人應受其拘束，而於兩造同意變更或有特定事由可認為協議顯失公平時，始許例外處理（第二七〇條之一第三項、第二七一條之一）。此規定雖承認協議有拘束力之原則，卻未依成立協議之對象事項之不同，分別定明各該拘束力之具體內涵及違反協議時之救濟程序；亦未就爭點整理之結果，雖不成立協議但已就爭點所在獲有共識之情形，定明其有何效力，以致此類問題仍待今後之解釋論上處理。又，新法就證據保全程序上協議，雖概略規定其對象事項，卻未如上開條文定明該協議有拘束力之原則（第三七六條第一項），是與其他新法所認爭點簡化協議（第二六八條之一第二項）未經定明其有拘束力之情形相同，均有待於從解釋論上進一步析明其效力之具體範圍。其實，如上所述（「貳、二」），在處分權主義、辯論主義或當事人進行主義所支配之範圍內，兩造當事人所成立之爭點簡化協議，係程序選擇契約即訴訟契約之一種，依此項契約法理，在能預測效果之範圍內，對合意之兩造當事人應有拘束力，且亦應成為法院處理之依據，初不因上開新法有未予以定明而不同。況且，如將新法第二七〇條之一第三項及第二七一條之一等規定類推適用於其他未經新法定明效力之協議，亦可導致相同之結論。因此，法院如否定該項協議之效力，即屬違法。

問題是，上開協議之對象事項不一，兩造所成立之協議內容可能有多種多樣（請回顧「三、(一)」之說明），其效力範圍及違反協議時之救濟方法為何，原應依個別具體之協議內容及違反協議之情節不同，分別予以判定，非可一概而論，且無從僅依新法就協議效力所設上開

概略性規定為周全之處理。要之，關於如何判定協議之效力及其違反時之救濟方法，乃此後之解釋論上課題，於此尚無予以一一深論之餘裕。（註五一）

2. 異於爭點整理結果之效力

爭點簡化協議之效力，並非等同於爭點整理之結果所可能發生之效力，後者多係有關能否或如何依新法上有關失權之規定為處理之問題，尚難如前者般以契約法理為處理之主要論據。亦即，就爭點簡化協議而言，應適用辯論主義即協同主義及舉證責任分配之規定（第二七七條），由對於協議存在之主張有利之當事人負主張責任（註五二）及舉證責任（行為責任、證據提出責任）（註五三）。並且，如該項協議係成立於法官運作之本案訴訟程序上（爭點整理階段）時，該協議存在之事實往往為本案受訴訟法院職務上所已知者，為防止發生突襲，應由法院賦予當事人有予以主張、辯論之機會（第二七八條）（註五四）。此項主張之要否，原則上應尊重當事人之意願，始符新法增修相關規定（第二七〇條之一、第二七一條之一、第二七九條第三項及第三七六條之一）明認當事人享有程序處分權、程序選擇權之意旨。（註五五）不過，由於新法同時亦改採適時提出主義、加重當事人之訴訟促進義務（協力迅速進行訴訟之義務），及強化失權之制裁（註五六），所以就上開協議存在之主張，當事人亦應於適當時期提出，否則，除經對造同意或為法律（新法第二七〇條之一第三項）所容許者外，將難免受法院適用失權規定之制裁。又，有關此項失權制裁、辯論主義及舉證責任分配之規定或法理，亦適用於當事人就上開協議（意思表示）含有瑕疵為事實主張之情形。至於此項事實主張之當否判斷，尚涉及應類推適用民法有關意思表示有瑕疵（如：是否受詐欺、脅迫或有無通謀虛偽意思表示）之規定為處理等事，係屬另一問題。

相對於上述協議之情形，就法院行爭點整理後已獲得結果（在法

院與兩造間就何者為爭點已形成共識），但兩造間並未成立上開協議之情形而言，如當事人於爭點整理後（訴訟程序後階段）再提出不屬爭點整理結果之新攻擊防禦方法時，其新提出之許否，係屬應依提出者有無違反上開訴訟促進義務及應否適用失權規定（新法第一九六條第二項、第二六八條之一第二項、第二七六條、第四四四條之一第五項及第四四七條但書第一款至第四款）受制裁之問題。由於此類規定係為貫徹節省（合理分配）司法資源之要求，具有強行性、公益維護性，非可任由當事人予以處分，所以關於上開新攻擊防禦方法可否提出（上開失權規定之要件是否該當）係屬職權調查事項，且應適用職權探知主義為審理。此時，為判斷可否容許爭點整理後之新提出（如：就被告所主張 d_1 及 d_2 等二事實，經釐清兩造就 d_1 有爭執，就 d_2 無爭執以後，被告又為 d_3 事實之新提出），法院應斟酌當事人就其在程序前階段未為該項提出（未提出 d_3 事實）是否應負行為責任及其應為提出之行為規範是否在當時已具體、明確化，如其未為提出係肇因於法院未善盡闡明之能事時，則不應駁回其新提出使受失權之制裁。一般而言，如新提出之攻擊防禦方法係屬於爭點整理之結果所未被排除且未被發現者（潛存的爭點），則多難適用失權規定為處理。此類情形，多見諸於案情繁雜、事證偏在於一造、事證蒐集手段不夠充實或法院未妥為闡明（未妥為整理爭點），以致難認當事人有可歸責性或於證據調查後始凸顯爭點等類場合，宜加留意。至於爭點整理後為新提出之當事人，可能受負擔訴訟費用之制裁（參照第八一條、第八二條），則屬另一問題。

不過，在法院行爭點整理後，兩造成立爭點簡化協議時（如：兩造達成僅以 d_1 事實為爭點，而表明將 d_3 事實排除於外，不予以列入本件訴訟之爭執範圍內時），此項協議雖亦屬一種爭點整理之結果，但有關新提出可否容許之判斷，往往亦涉及該協議存否之審理、協議內

容為何及其拘束力範圍大小之解釋等事。

肆、結 語

新法係以具有本土特性之法理根據論為思想上背景，增設爭點整理、爭點簡化協議制度，呈現其致力貫徹程序選擇權法理之改革理念。此項改革取向，不僅喚起當事人強化其程序主體意識、力行自律性活動，亦將法官定位為當事人之協力者，而非其支配者，對於刷新數十年來殘存於審判實務之陳舊觀念，饒富深義。

再者，爭點整理、爭點簡化協議程序之新設，已重造訴訟審理模式，將其導向於依循爭點集中審理主義，並就訴訟所需事證資料之蒐集及程序之進行，加濃協同主義色彩，助益提昇當事人對裁判之信服度、接納度。此項變革之影響，不僅直接關涉紛爭當事人之權益保護，更將及於有關諸訴訟審理原則與訴訟周邊制度（如：法曹養成制度、其繼續教育）之新世紀法學研究取向。

不過，上開新法制能否落實，係取決於相關諸條件之具備程度，絕非一蹴可及。因此，如何儘速充實新制運作所需之措施，乃當今之緊要課題。諸如：充實法官及律師從事爭點整理、爭點簡化協議時所需之知能（如：實體法上及程序法上之知識、綜合分析判斷事實及溝通、說服等方面之能力、技巧）；從制度上提升律師自律能力等倫理水平；繼續從解釋論上或立法論上檢討事證蒐集制度之充實程度及實務運用之成效。

〔註釋〕

註一：參照「程序選擇權論」七九頁以下。

註二：參照本書第一編「I 爭點整理方法論序——概述其與民事訴訟法有關促進審理集中化修正條文之關連——」內「壹」。

註三：參照「程序選擇權論」序言。

註四：關於我國司法實務界如何在一九九九年至二〇〇〇年間頻開研究會，共同探討新法之內容，理解其將如何影響新世紀之審判業務等情，請見最高法院學術研究會主辦、法官協會協辦「民事訴訟法修正施行後之審判實務——以集中審理為中心」學術研討會會議紀錄（林明德、孫森焱、吳明軒等主持、陳計男、王甲乙、邱聯恭等引言，法官協會雜誌第二卷第一期，二〇〇〇年）一七七頁以下；司法院編·民事法律專題研究(4)（二〇〇〇年）所載司法院院長致詞及例言。

註五：參照本書第一編「I 爭點整理方法論序」內「壹」；「程序選擇權論」三六一頁以下所載附錄二。

註六：參照司法院編·司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(5)（一九八九年）（略稱「修正彙編(5)」）五二四頁所載研究修正提議（李學燈）、六二七頁以下所載楊崇森、張特生、林榮耀、張迺良、范光群、楊與齡等·美國預審制度之研究（司法行政部編印，一九七二年）。

註七：參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第三次、第十一次、第二十八次、第三十次、第三十四次、第四十六次、第四十七次、第五十次及第六十一次研討會之闡述〔載「民訴研討(1)」六〇頁、三三三頁以下；「民訴研討(2)」二四九頁以下、三八五頁以下、六四一頁以下；「民訴研討(4)」五九二頁以下、六九八頁以下；「民訴研討(5)」一一一頁；「民訴研討(6)」二二三頁以下〕；「司法現代化」二三七頁。

註八：參照「程序選擇權論」四頁以下、四七頁以下、一五六頁以下。

註九：王甲乙「自由順序主義之檢討」（「民訴研討(3)」）三三三頁以下；許士宦「辯論兼和解之審理方式」（「民訴研討(4)」）四六五頁以下；張特生「預審制度與準備程序之再檢討」（「民訴研討(4)」）六六六頁以下；陳石獅「事證開示制度與發現真實」（「民訴研討(5)」）七九頁以下；「程序制度機能論」二一〇頁。

註一〇：參照前揭「修正彙編(5)」七八五頁以下、八一九頁、八二九頁以下；司法院編·司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(6)（一九九八年）（略稱「修正彙編(6)」）三八九頁以下、四一二頁以下、五二四頁以下；司法院編·司法院民

事訴訟法研究修正資料彙編(㉔)(一九九九年)(略稱「修正彙編(㉔)」)六三六頁、七一四頁、七六九頁以下。

註一一：參照前掲・「修正彙編(㉔)」一一八七頁以下、「修正彙編(㉔)」一一七三頁以下。

註一二：參照「程序選擇權論」三三頁以下。

註一三：見「程序選擇權論」四七頁以下、六九頁內註一九之說明：「司法現代化」二三七頁；「民訴研討(㉔)」三八六頁以下、七四七頁。

又，程序選擇契約之訂立，亦涉及如何緩和、調整任意訴訟禁止原則或程序方式嚴格性要求等類問題。關於此，請參照「程序選擇權論」三四頁、七二頁內註二二之說明：「司法現代化」一五八至一五九頁。

註一四：關於我國之適時審判請求權論與立法走向之關係，以及具有不同於日本立論之獨特性，請見「程序選擇權論」二七二頁至二七三頁。

註一五：參照本書第一編「I 爭點整理方法論序」內「陸」。

註一六：請見井上治典「弁論の条件」(三ヶ月古稀祝賀中卷，一九九一年)二八一頁；廣田尚久「法律要件の争点整理でうまくいくのか」(法律時報第六六卷一號，一九九四年)七八頁。

註一七：請見加藤新太郎「争点整理手続の構想」(判例タイムズ第八二三號，一九九三年)一〇頁；西野喜一「争点整理と集中審理」(ジュリスト増刊民事訴訟法の争点(三版)，一九九八年)一六二頁；上原敏夫「訴訟の促進と審理の充実」(ジュリスト九七一號，一九九一年)二二三頁。

註一八：伊藤 真「民事訴訟における争点整理手続」(法曹時報第四三卷九號，一九九一年)四頁；小山 稔「争点整理管見」(木川古稀祝賀上，一九九四年)五二三頁以下。

註一九：山本和彦「争点整理手続について——民事訴訟手続に関する改正要綱試案の検討を中心に——」(民商法雜誌第一一〇卷四・五號，一九九四年)一〇六頁。

註二〇：從研析我國審判實務所處理、發生於本土社會之紛爭實態，可以察知，在審判過程之前後階段所出現之爭執事項具有多樣內容。關於此方面之實態研析，請參照筆者在月旦法學雜誌所開設「民事訴訟審理集中化講座」內發表之一系列「爭點整理方法之案例解析」。此係以曾遭最高法院發回更審之多數各審級案卷為素材，進行學理上研析，而將其成果陸續刊載於同雜誌，然後收錄於本書第二編。

註二一：關於當事人所提請法院為本案審理之對象，既可能有紛爭事實單位型，亦可能有權利單位型一事，請參照「審理集中化」二三頁以下；本書第二編「V 仲裁判斷撤銷事件之訴訟標的如何特定？」內「參、一、㉔」；同「Ⅳ債權主

張未併表明原因事實之起訴應如何整理爭點？」內「貳、三」。

註二二：關於紛爭類型審理必要論及有關程序法理交錯適用之機能論，請參照「程序制度機能論」六一頁以下；「司法現代化」四一頁以下。

註二三：參照「程序制度機能論」九四頁以下。

註二四：併請參照「程序制度機能論」一九二至一九五頁；本書第一編「Ⅲ爭點整理與試行和解之關係」。

註二五：參照上述註一六至註一九之文獻。

其實，爭點整理程序之踐行，係為防止突襲並達成審理集中化之目標，以貫徹發現真實及促進訴訟等訴訟法上基本要求所必要，不論民訴法上有無增訂諸如新法第二六八條之一第二項、第二七〇條之一、第二七一條之一及第二九六條之一等類要求法院整理並協議簡化爭點之規定，均所應然。而且，行適切之爭點整理，實有賴於法官及律師具備相當之實體法上及程序法上知識、能力，而應充實其相關之教育制度。此等措施對於司法革新所具基本上重要性，於新法施行以前之法律研修起草階段及民事訴訟法研究會之共同研討過程，早經參與其事之筆者一再指明。請參照「民訴研討(一)」六〇頁；「民訴研討(二)」二二八頁、二三九至二四〇頁、二四五頁以下、三八六頁以下、六三四頁以下、六八三至六八四頁；「民訴研討四」六九八頁；「修正彙編(㉔)」(見註六)八一頁以下；「程序選擇權論」一四六頁。

註二六：此類論者有如：伊藤 真・前掲(見註一八)四頁以下；井上哲男「『争点整理』とは何をやればよいのか？」(判例タイムズ八六八號，一九九五年)七頁；小山 稔「争点整理總論」(三宅省三等・新民事訴訟法大系第二卷，一九九七年)二一六頁。

註二七：此類論者有如：伊藤滋夫・事實認定の基礎(一九九六年)二一頁以下；篠原勝美＝中田昭孝＝吉川慎一＝瀬戸口壯夫・民事訴訟の新しい審理方式に関する研究(一九九六年)六四頁；中田昭孝等(研究会)「民事訴訟の審理方法に関する一試論——争点整理の深化と証拠調べの実質化へ向けて——」(別冊判例タイムズ第一四卷，一九九七年)六四頁。對於其持論之批評，併請參照本書第二編「Ⅳ債權主張未併表明原因事實之起訴如何整理爭點？」內「貳、三」。

註二八：關於此項立論之法理依據及事例驗證，請參照「程序選擇權論」七〇至七一頁、一二五至一二八頁；上述註二一所引文獻。

註二九：此種取向之爭點整理方式，被日本論者稱為「論理型爭點整理」，係因著眼於其將爭點整理之對象限定於，以經特定為訴訟標的之實體法上權利及其要件事實為中心之論理性判斷對象。就此，請見篠原勝美等・前掲(見註二七)；中田昭孝等(研究会)・前掲(見註二七)。

抑且，本文之說明實亦同時一方面要求起訴之原告依第二六六條第一項之規定，儘可能將訴訟上請求所依據之要件事實與其相關連之間接事實予以分別或分項記載，而一方面則要求被告依同條第二項之規定，儘可能將抗辯事實與其相關連之間接事實予以分別或分項記載，以利法院掌握各該當事人負主張、舉證責任之事實為何，使其行為責任、證據提出責任具體、明確化。要之，自新法施行後之今日，當事人（代理訴訟之律師）更不應依然如向來之訴訟實務般，不明確將要件事實與間接事實予以分別記載。

註三〇：此種取向之爭點整理方式，被日本論者稱為「事實型爭點整理」，係由於認為如此整理較能追尋紛爭之癥結，掌握紛爭之實情，蓋以訴訟原係隨著程序進行而動態發展，起訴當初由代理訴訟之律師所為之法律上構成，未必與當事人間紛爭實情相一致，不當然即為當事人真正有意求為裁判者，所以爭點整理宜著重於探究當事人所主張之紛爭事實云云（請見上述註二九所引文獻）。不過，為此項主張者，在其係僅以採舊訴訟標的理論為前提之範圍內，有應受批評之處。關於此，請參照上述註二七之說明。

抑且，上開事實型爭點整理方式，尚可與論理型爭點整理方式（見註二九）併用於同一訴訟事件之本案審理，以因應各該事件審理之狀況不同（如：案情複雜程度之不同、隨著程序進展所掌握紛爭事實或所為法律構成之前後變動狀況），而滿足相關之訴訟法上基本要求。為此，縱使在程序前階段採用事實型爭點審理方式，亦有宜在程序後階段兼用或改用論理型爭點整理方式之情形，反之亦然。

註三一：關於如何進行一貫性、重要性之審理，如何分別就起訴採權利單位型及紛爭單位型訴訟標的之情形，進行構成要件該當性之審理，請參照本書第一編「I 爭點整理方法論序」內「肆、二、(一)」。

註三二：爭點整理之機能發揮，實即通向於集中審理之機能發揮。關於集中審理之機能，請參照「程序制度機能論」二一〇頁以下。

註三三：關於個別・非正式仲裁協議（契約）之容許性及效力，請參照「程序選擇權論」二三一頁以下。

註三四：新法上多項規定均可解為係承認兩造得以意思表示成立證據限制契約、有關主要事實或間接事實之自認契約等類簡化事實上或證據上爭點之協議。關於此方面之闡述，請參照「程序選擇權論」一一〇頁以下；本書第一編「I 爭點整理方法論序」內「肆、二」。

對照於此，在無如我國新法增訂第二七〇條之一及第三七六條之一等規定之日本新法下，其論者尚且亦評述：如要求不僅就主要事實，亦就間接事實為深入之爭點整理，卻不容認有關間接事實之自認，則將與其新法所採爭點中心審理之原則有違云云（山本和彥「裁判上の自白」（判例タイムズ一〇三五号，

二〇〇〇年）六七頁。

註三五：關於兩造合意限縮（均表明不主張）某項法院職務上已知或顯著之事實時，其合意宜從新法明認爭點簡化協議程序之立法旨趣予以尊重。就此，併請參照邱聯恭在民訴法研究會第七十五次研討會之闡述（載於「民訴研討(十)」二〇六頁）。

與此相關，在無如我國新法明認上開協議之日本，其論者亦從限縮爭點之觀點，主張應容許當事人就公知之事實成立自認。請見山本和彥，前揭（見註三四）六六頁。不過，此說並未認知程序選擇權之法理及信賴真實主義，尚與筆者就辯論主義之根據論所持見解（「司法現代化」二二一頁及「程序選擇權論」四七頁）有間。

註三六：關於可容許權利自認之範圍及其法理根據，請參照呂太郎「所謂權利自認」（「民訴研討(六)」）二五三頁以下；邱聯恭「權利自認論之基本課題」（「民訴研討(六)」）三一三頁以下。

註三七：關於仲裁鑑定契約之容許性及其法理依據，請參照「程序選擇權論」五三頁以下、六九頁及二二七至二二八頁；沈冠伶「仲裁鑑定制度之研究」（在民訴法研究會第七十七次研討會之論文報告，載於「民訴研討(十)」）二八五頁以下。又，關於我國之仲裁鑑定法理根據論具獨特性及其與德、日論說之比較，請併參照邱聯恭在同研究會上之發言（同書三四九頁以下）。

註三八：參照「程序選擇權論」六七至六九頁。

註三九：依民訴法第四二七條第三項之規定，當事人兩造得以合意就通常事件選用簡易程序。此項規定係明文承認：就原應適用通常程序之事件，兩造得以合意訂立改用簡易程序之行為規律，準此使程序開始進行。又，第四三六條之八第四項之規定，就本非屬小額事件者，亦承認兩造得合意改用小額程序。在此點上，該二項規定係同時作為行為規範發生作用，承認兩造共用程序處分權，程序選擇權，可藉此使程序利益之追求優先於實體利益之獲得，而將「通常事件應適用通常程序之法律上要求」及某類非小額事件應適用其他程序之法律上要求」分別定性為任意法規，帶有採行當事人進行主義之色彩，並使其與處分權主義所含第一層面內容相通且有機能上重疊（併請參照「民訴研討(十)」四〇五頁以下）。

註四〇：參照邱聯恭在民訴法研究會第二十九次研討會之闡述（「民訴研討(三)」）三一九至三二〇頁。

註四一：此項兩造當事人選擇爭點整理程序之合意，縱係由法院所促成，而具有法院與兩造等三方合意之外觀，惟實乃法院依新法（如：第二六八條、第二六八條之一第二項、第二七〇條之一第一項第三款、第二七一條之一）行使訴訟指揮權，而儘可能尊重兩造意願以保護其實體利益及程序利益之結果，難謂其

係導自於新法已承認法院得與兩造成立三方合意之審理契約，尚與論者所倡審理契約有異。其所謂審理契約係指：就民事訴訟審理上被容許為程序形成之事項，於法院與兩造當事人（訴訟代理人）間所成立具有拘束力之合意即三面契約，藉此可成立審理計畫〔山本和彥「訴訟法律關係の契約的構成」（法学五五卷二號，一九九一年）二四一頁以下；同「審理契約再論——合意に基づく訴訟運営の可能性を求めて——」（法曹時報五三卷五號，二〇〇一年）四頁。不過，今後如何從貫徹程序處分權、程序選擇權之法理等觀點，探討審理契約論之妥當性，以及其對於法官與兩造當事人間之任務分配將有何影響，應屬課題。

註四二：關於起草者在法律研修過程已意識到爭點之整理與簡化協議係具有不同之意涵，且二者在程序上有重疊可能性，而非全仿美國之預審協議等事，請參照「修正彙編⁽⁴⁾」（見註六）八二一頁以下、八二九頁以下；又，關於新法所設多種爭點整理程序之構成及如何運用，請併參照本書第一編「I 爭點整理方法論序」內「參、二、四」。

註四三：採（圓桌）會議型而不公開法庭之審理方式，由於心理學上之作用，雖具有較易促成當事人接納協議，並增進法官積極溝通等長處，卻亦被認為有短處待彌補，亦即：有因強調感情面以致隱蔽當事人客觀利益之虞，法官較難保持中立性、法官因過度自我干預以致固執於其自己心證之可能性等。關於此，請參照菅原都夫「紛争心理学と和解兼弁論」（「交渉と法」研究会編・裁判内交渉の論理，一九九三年）二頁以下。

註四四：關於當事人本人陳述可發揮闡明案情及表明信服度等機能，請參照邱聯恭「當事人本人供述之功能」（「民訴研討⁽⁵⁾」）六三一頁以下及六五二頁以下；同「民事訴訟審理方式之檢討」（「民訴研討⁽⁶⁾」）三五七頁、三八九頁；井垣敏生「弁論準備手続^③——適切な事案の選択」（三宅省三等編・新民事訴訟法大系第二卷，一九九七年）三〇四頁；坂本倫城・内田光一「通常事件についての計画的審理実践例」（判例タイムズ一〇四二號，二〇〇〇年）七六頁；京都シミュレーション民事訴訟研究会「新しい民事訴訟と争点等整理手続（総括）」（判例タイムズ九八四號，一九九八年）二五頁。

註四五：併參照「程序選擇權論」四七頁、一四六頁以下。

註四六：關於和解與爭點整理之關係，請參照本書第一編「III 爭點整理與試行和解之關係——立足於程序選擇權論之省思」一文。

註四七：關於律師亦應發揮協同整理、限縮（簡化）爭點及促進訴訟等功能，請參照「司法現代化」二三三頁、二三七頁。

註四八：除關於當事人本人聽取之機能，請參照上述註四四之說明外，關於何時何以宜改採不公開審理，請參照「程序制度機能論」二四四頁。

註四九：參照「程序選擇權論」七〇頁；邱聯恭「台湾における民事訴訟法改正の動向」（ジュリスト九九九號，一九九二年）一二三頁。

註五〇：參照「司法現代化」一六七至一六八頁。

註五一：關於如何判定協議效力及其違反時之救濟方法等事，固為今後之解釋論上課題，茲為便利思考其解決應有之取向，特先舉若干事例，試加說明如下：

(1) 仲裁鑑定協議之效力

就本案繫屬前兩造依新法第三七六條之一第一項於證據保全程序上成立仲裁鑑定協議之情形而言，倘若限於其與其他成立於訴訟外之仲裁鑑定契約均具有解決紛爭、避免紛爭擴大及預防訴訟提起等機能，則不宜將有關該契約效力之問題處理，僅寄望或託付於本案訴訟程序，而應探討如何妥適處理本案訴訟未提起前所生有關該契約效力之問題（在期待紛爭或本案訴訟將因仲裁鑑定結果被解決或被防免提起之前提下，亦即在不預想必有本案訴訟提起之前提下，嘗試解決相關問題）。在仲裁鑑定契約訂立後，本案訴訟尚未繫屬於法院之階段，如發生所約定之仲裁鑑定人拒絕或延滯履行任務而不作成鑑定之情事時，似可視個別具體情形之不同，分別依相關法理或類推適用相關規定為如下之處理〔關於仲裁鑑定契約之效力，併請參照民事訴訟法研究會第七十七次研討會之共同研討紀錄；其中筆者曾嘗試就該契約之效力在本案起訴前所涉問題，從其制度機能、目的論之觀點，加以處理（見註三七）〕：

a. 於當事人雙方能達成協議之情形，自得再行約定由其他仲裁鑑定人為判斷。此乃雙方共同享有程序選擇權之當然結果（亦可類推適用仲裁法第十三條第一項前段）。為此，應致力充實相關制度（如：律師制度），增多促成或賦予該項再約定之機會。

b. 於未能達成上開協議之情形，當事人之一方可能採用之途徑有如：

①在該當事人就本案請求尚難認有起訴之利益，或為避免提起無實益之訴訟或為節省勞費付出（追求程序利益）認為有必要之情形，可類推適用仲裁法第十三條第一項後段之規定，向法院聲請為之選定仲裁鑑定人。此種仲裁鑑定人選定聲請事件，係非訟事件之一態樣，而非屬訴訟事件，所以法院應適用非訟程序依相關之程序法理為審理〔請參照邱聯恭「仲裁人選定程序之構成要素」〔「民訴研討⁽⁷⁾」二六三頁以下〕；其受理法院並非本案訴訟之受訴法院，尚不生本案訴訟之受訴法院應如何調查證據或可否引用民訴法三四五條及證明妨礙之法理等問題。如此解釋，始能更加一層發揮仲裁鑑定制度所具解決紛爭、防免紛爭擴大或訴訟提起、疏減訟源等機能，而貫徹新法增訂第三七六條之一之立法旨趣。亦即，其係為便利紛爭當事人於起訴前獲得更多機會，用以蒐集可資研判紛爭實情之事證資料，藉以抉擇是否或如何循訴訟程序或訴訟以外方式處理、解決紛爭，而平衡追求實體利益及程序利益。在此意義上，經由同條

之增訂正面承認紛爭當事人得於起訴前就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議，實亦同時使仲裁鑑定契約能在我國民訴法上尋得較直接之依據，此契約常多訂立於起訴前，是與常訂立於本案涉訟前之仲裁契約（協議），在可能解決紛爭或防免不必要之訴訟提起等方面，含有作為訴訟外紛爭解決制度之目的上共通性，而具相類似之機能〔併請參照「程序選擇權論」二四二頁內註一二之說明〕。至於在上開法院下裁定（選任仲裁鑑定人）以前，為保障程序主體權、貫徹程序選擇權之法理，應儘可能聽取當事人之意見，尊重其意願，乃屬當然。

②在上開①之情形，當事人亦可依民訴法第三六八條第一項後段之新增規定，聲請為鑑定。因為既已訂立仲裁鑑定契約，多可認為在當事人間已同意為證據之保全（同條項前段），且就確定事、物之現狀有同條項所定之法律上利益並有必要為鑑定，藉此於起訴前先行蒐得事證資料，以瞭解事實現狀或紛爭實情，用以抉擇是否或如何循訴訟程序或訴訟外方式處理、解決紛爭，而平衡追求實體利益及程序利益，是與當事人原來訂立仲裁鑑定契約之目的相通（併請參照「程序選擇權論」五三頁至五四頁）。因此，倘於本案尚未起訴之階段，竟期待或要求當事人一律先提起本案訴訟，然後在此訴訟程序上請求受訴法院處理仲裁鑑定人不作成鑑定之問題事項，則將減消防免訴訟提起之可能性，終致背反仲裁鑑定制度之目的、機能。

③當事人在其就本案請求（如：因於侵權行為之損害賠償請求）有起訴之利益時，可逕行提起本案訴訟（如：就損害賠償債權提起給付之訴或消極確認之訴），然後於此訴訟程序上，就仲裁鑑定契約所委由仲裁鑑定人為判斷之事項（如：過失原因何屬或因果關係之有無），聲請受訴法院調查證據，命為鑑定。此時，亦可斟酌實際上必要性、可能性，先依民訴法第三二六條第二項之規定，儘可能尊重兩造當事人之意願仍選任其於仲裁鑑定契約所約定之人為鑑定人，或另行選任其他與該原約定之人具有同等專業知能者為鑑定人。

c. 於仲裁鑑定契約係約定委由多數人任仲裁鑑定人，而就其中一人係由當事人之一造某甲為選定，此一仲裁鑑定人經甲為選定以後，竟發生上開不能履行任務之情形，或甲拒不為該項選定以致無從作成鑑定之情形，他造當事人某乙可主張類推適用仲裁法第十三條第二項之規定，催告甲在十四日內另行選定；於其逾期不另行選定時，乙可聲請法院為之選定（類推適用同條第三項）。關於此項聲請事件應如何審理及其應然之法理依據，可比照上開「b ①」之說明加以理解。

其實，縱使時至晚近，日本論者或許因亦受德國論者之態度所影響〔見飯塚重男・契約的仲裁の諸問題（一九九八年）三七頁以下；豐田博昭「仲裁鑑定契約?法構造(一)～(三)完」（修道法學第一三卷一號八九頁以下、第一四卷一號

三九頁以下及第一四卷二號三五六頁以下，一九九一年～一九九二年）；西村宏一「仲裁鑑定契約について」（東海法學一六號，一九九六年）三九頁以下；ヴァルター・ハーブシャイド（吉野正三郎訳）「紛争の解決及び予防の手段としての仲裁鑑定——比較法的研究——」（民事訴訟雜誌二九號，一九八三年）一五一頁〕，仍未充分意識到如上所列問題處理之重要性，以致僅就仲裁鑑定契約訂立後提起本案訴訟之情形，而未併就本案起訴前之契約失效問題應如何處理之問題，加以探討，難謂其立論已充分顧慮或致力於發揮仲裁鑑定制度之應有機能（如：解決紛爭及防免訴訟提起等機能）。

②證據保全程序上其他協議之效力

新法增設第三七六條之一第一、二項的協議，係正面承認兩造當事人有權決定到底是否使用訴訟制度或予以使用至何程度。此即承認紛爭當事人有權利用證據保全程序蒐集較多資料，用以決定到底要利用訴訟制度以優先追求系爭實體利益，或節制其使用以優先追求程序利益，而避免系爭外財產權、自由權等受危害，貫徹憲法上平衡兼顧同時保護系爭實體利益與系爭外財產權、自由權等旨趣。此項協議，於其以程序之選擇為內容之情形，多既非單純的訴訟法上行為，亦非單純的實體法上行為，而係同時含有程序法上及實體法上要素。此項以程序選擇權為基礎之法理，應準以解釋有關第三七六條第一、二項協議之定義、效力。以下試舉例說明之：

a. 不起訴之協議

設 x 與 y 因交通事故發生紛爭，依第三六八條聲請保全證據以後，訂立一個不起訴契約，嗣就此又生紛爭。此時，x 若認其受損害，則不應起訴求為判決確認不起訴契約不存在。因為如此起訴對於紛爭的解決沒有適切性，欠缺確認利益。x 如認為該不起訴契約有瑕疵，則應直接提起損害賠償請求之訴，而於被告 y 主張該不起訴契約存在時，由法院就該契約有無瑕疵（如：契約是否受詐欺、脅迫或有無通謀虛偽意思表示），依辯論主義加以審理。此項審理之結果，如認為不起訴契約存在時，法院應依第二四九條第一項第六款之規定以起訴欠缺訴之利益為由，裁定予以駁回（併參照「民訴研討四」四六二至四六三頁之說明）。於此情形，不起訴契約有無瑕疵之審理係有關本案起訴之訴訟要件具備與否，但屬抗辯事項，而非如向來部分教科書所謂就訴訟要件法院均應依職權調查。並且，有關不起訴契約存否之事實、證據，應適用辯論主義為提出蒐集，不適用職權探知主義。因此，若 y 不提出該契約存在之抗辯，法院須繼續為本案審理，若 y 已為本案辯論，則不可再主張該協議存在，此為依程序安定性、程序信賴保護及訴訟經濟等要求所應然，是與第二四條所定合意管轄的抗辯，於為本案辯論以後就不可再予提出之情形，應類推為同樣的解釋。反之，若 y 認為上開協議有瑕疵，其無意為給付，則在具備確認利益時，可提

起確認損害賠償請求權不存在的訴訟。此時，若對造 x 主張有不起訴契約存在時，亦應依上述方向處理。

b. 仲裁協議

設兩造發生紛爭後，依第三六八條及第三七六條之一在證據保全程序上成立仲裁協議。如其屬機構仲裁的協議，而一造認為該協議有瑕疵時，則宜直接提起本案訴訟，然後於此訴訟中始由受訴法院依辯論主義，並類推適用民法有關意思表示有瑕疵時如何處理之規定，審理仲裁契約存在與否。此時，仲裁契約不存在係消極的訴訟要件，所以受訴法院如認為有仲裁契約存在時，應依仲裁法第四條之規定停止訴訟程序，或於具備同條所定要件時駁回起訴。於此，該仲裁協議與上開不起訴契約同樣，亦屬抗辯事項，且應適用辯論主義即協同主義（併請留意我國設有民訴法第二七八條第二項之規定，係與日本論者所謂辯論主義具有不盡相同之意義。就此，請參照「程序選擇權論」一三〇頁內註五四之說明）。又，仲裁協議存在之抗辯，應於本案辯論以前提出，是與上開不起訴契約存在之情形相同（就此，仲裁法第四條第一項但書已設有明文，併請參照「程序選擇權論」二五〇頁內註三七之說明）。再者，如當事人認為仲裁協議成立有效，則為解決紛爭，可直接提付仲裁。此時涉及仲裁法第三〇條第一款有關仲裁協議有無效原因存在時，仲裁庭可裁量是否繼續仲裁程序之規定。於此，如仲裁庭對於仲裁協議有瑕疵遲不作成決定時，應認為當事人有就仲裁協議有效或無效提起確認訴訟之利益（新法第二四七條第一項後段）。

假設當事人並非訂立機構仲裁協議，而是個別仲裁協議時，雖其非屬仲裁法上的仲裁，而為非正式仲裁，但其協議仍屬有效，而有助於減免因訴訟程序之使用致蒙受程序上不利利益（關於非正式仲裁協議之效力，請參照「程序選擇權論」二三一至二三四頁）。

註五二：參照「程序選擇權論」一〇〇頁。

註五三：參照邱聯恭「向來舉證責任論所忽略之省思觀點」（「民訴研討(六)」）一六二頁以下。

註五四：參照「程序選擇權論」一〇一頁及一三〇頁內註五四之說明；「民訴研討(七)」一九五頁以下

註五五：參照「程序選擇權論」六九至七〇頁。

註五六：參照「程序選擇權論」六六頁內註一七之說明。

【本文原載月旦法學雜誌第七十六期（二〇〇一年），嗣經調整、補加部分內容、註釋】

III 爭點整理與試行和解之關係

——立足於程序選擇權論之省思——

壹、問題之提出	111
貳、爭點簡化協議之極致	112
參、爭點整理後、集中調查證據前之試行和解	115
肆、集中調查證據後之試行和解	118
伍、後發性新爭點整理程序之試行和解	120
陸、展望	124
※註釋	126

壹、問題之提出

新法改採爭點集中審理主義，而要求法院於調查證據前應將爭點曉諭當事人（第二九六條之一）。此項規定被認為同時具有之意義是：責由法院進行有計劃之審理，為此應將本案審理分為爭點整理階段及調查證據階段，於爭點已釐清後，始行調查證據。（註一）準此而言，為達成集中調查證據或促成審理集中化之目標，法院有必要先行掌握爭點，應無容疑。問題是，行爭點整理之結果，是否必須一律即行集中調查證據？是否於集中調查證據後，必逕為本案判決？是否亦有應該或宜於循訴訟上和解之途徑，而不以判決方式解決紛爭之情形？如何運作程序，始較能貫徹新法增設爭點整理、爭點簡化協議程序之立法意旨？（註二）

本來，爭點整理及試行和解，均有助於更充分賦予當事人平衡追求實體利益及程序利益之機會，而可尋求其法理基礎於程序選擇權之法理（註三），且與訴訟指揮權究應如何行使一事相關，乃涉及訴訟理論與審判實務應如何互動、銜接之基本課題。（註四）為思考如何處理此項課題，並為更深入認明爭點整理程序係被新法期待其發揮何等機能，以及今後應如何界定爭點整理與法官試行和解之應有關係，亦有必要探討上開問題。為此，本文擬經由上開問題之探討，嘗試闡述爭點整理與試行和解之關係，藉此重新處理新法改採上開審理模式以後，所可能引發之實務運作上問題。

貳、爭點簡化協議之極致

通常，稱為證據上、事實上或法律上爭點整理者，係指訴訟上請求（訴之聲明及訴訟標的）經特定後，由法官與兩造當事人協同或出於兩造之自律所為有關攻擊防禦方法（新法第二六六條第一項及第二項所指事實、理由或有關事實及證據之主張）之整理。相對於此，有關訴訟上請求（同條第一項第一款所指「請求」、第二項所指有關訴訟上請求之答辯）之爭點整理，乃指有關兩造間就訴訟上請求本身已否表明、特定或所提其認否事項為何之整理，係原則上應先於有關攻擊防禦方法為何之整理為之者。蓋以為使訴訟上請求之特定真能發揮其防止突襲、預告審判對象及既判力客觀範圍等機能，亦有必要就該項特定之有無及其認否之內容為何，先行加以整理。此項有關訴訟上請求之整理，可謂為上位爭點之整理，以便在概念上有所別於其後所行有關攻防方法之爭點整理。（註五）

循此以觀，就爭點整理之結果而言，對照於兩造當事人就攻擊防禦方法達成爭點簡化協議之情形，在兩造終就訴訟上請求成立和解（指訴訟上和解，下同）時，倘若眼於其亦係經由爭點整理程序所促成者，則可謂其亦為爭點簡化協議之一型態（註六），乃有關上位爭點之協議（兩造就訴之聲明、訴訟標的所成立之協議），具有終結本案訴訟程序，使兩造無須續行攻擊防禦之效果，係一種徹底的全案性爭點簡化，而為爭點整理、爭點簡化協議程序發揮機能之極致。（註七）本來，在判決程序前階段行爭點整理之結果，既可能凸顯真正之爭點，亦可能限縮（簡化）爭點，原係以防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲為指標。為達成此項目標，法官如能視個案情節，活用訴訟

指揮權、闡明權，分析當事人之事實上、證據上或法律上主張所涉實體利害及程序利害大小輕重，供當事人資以衡量宜如何續行訴訟或如何利用同一程序解決紛爭之得失，則其將更可就各自之主張所具正當性及經濟價值，自為較客觀之再檢視，實有益於促成爭點簡化協議或和解。（註八）就此，可供參考之事例有如：

【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。」陳述之事實及理由略為：「乙簽發八十八年二月十五日日期、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。」云云。（註九）對此，受訴法院為使甲特定其訴訟標的，乃闡明其表明必要之原因事實（依新法第二四四條第一項第二款），經其回應陳稱：甲與乙在八十八年二月間，因就合資經營事業所得利益為結算並分配之結果，遂由乙出具字條，於其上將甲所應得之利益一百萬元記載為欠款後，交與甲收執，且交付該支票予甲；甲不確知基此事實究竟可主張借款償還請求權，或應主張利益分配請求權，所以請法院針對此項紛爭事實，利用本件訴訟程序，適用該當之法律予以徹底解決等語。於此種情形，假使在受訴法院整理有關訴訟上請求之爭點時，乙雖不認兩造間有成立消費借貸契約之事實，卻對於甲所陳上開原因事實即紛爭實情並無異言，則法院為貫徹紛爭解決一次性（訴訟經濟、司法資源合理分配）之要求，宜向當事人一邊分析如兩造將借款償還請求權與利益分配請求權予以分段各別起訴，將伴生程序上不利利益，一邊促使兩造自主合意以上開紛爭實情（基於上開原因事實，甲對乙有無請求給付一百萬元之法律上地位一事）特定、構成本件之訴訟標的，亦即使兩造考量上開不利利益之發生可能性後，成立不在其他訴訟程序另行主張上開權利作為訴訟標的之協議。此項協議，就其可防免兩造為主張上開權利

另再涉訟而言，亦屬爭點簡化協議之一態樣。抑且，由於就該權利另開訴訟程序以致伴生勞費付出之不利益，係有害於當事人之系爭外財產權、自由權等，且亦將耗損系爭之實體利益（一百萬元是否給付本身所具經濟上價值），所以上開協議之成立，通常對於兩造均有經濟上利益，既為原告、亦為被告所願為。何況，在該協議不僅對兩造、亦對法院（含本件受訴法院及受理後受訴之法院）發生拘束力之範圍內，已不許提起有關上開權利之後訴訟，如此可使法院無須再就後訴訟為本案審理，而從實質上減輕整體法官之負擔。因此，經由闡明為上開程序利益之分析，以使兩造有成立上開協議之機會，實即保障其程序選擇權（選擇可資以平衡追求實體利益及程序利益之程序）。不僅如此，倘經由爭點整理，得知兩造所爭執者為甲對於乙之債權究屬借款債權或利益分配請求權，並不爭執乙基於上開甲所陳原因事實對甲有欠款一百萬元一事，則受訴法院將有相當高之促成和解之機率，亦即其可藉上開闡明方式，並與兩造進行法律上討論（討論而認知：不論上開原因事實究該當於發生上開權利之何者，均宜於利用本件同一程序一次處理，始符訴訟經濟及保護程序利益之要求；於此斤斤計較如何為實體法上定性，鮮有實益可言。），然後在甲已表明或兩造合意以上開紛爭事實特定訴訟標的之前提下，促使兩造成立如下之和解內容：「關於甲與乙在八十八年二月間，因雙方就合資經營事業所得利益為結算並分配之結果，由乙出具字條，於其上將甲所應得之利益一百萬元記載為欠款後，交與甲收執，並將乙所簽發同月十五日期、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，卻未獲兌現等紛爭事實，經雙方（甲與乙）成立和解，其內容為（一）乙願給付甲九十萬元。（其分期償還之方法為：乙願自某年某月起至清償完畢時止，於每月十五日各給付甲某元，如有兩期末給付，視為全部到期）。（二）甲其餘請求捨棄。」（註

一〇）此項訴訟上和解，除具有執行力外，係就甲對乙基於上開原因事實有請求給付一百萬元之權利（法律關係）存在發生既判力，所以甲不得再基於該同一原因事實提起後訴訟對乙主張借款償還請求權、利益分配請求權或票款支付請求權。

從此觀之，爭點整理、爭點簡化協議與試行和解（參照第三七七條）之關連性，亦屬不容忽視，而不應僅將視野侷限於爭點整理與調查證據或本案判決（參照新法第二二二條第四項、第二八五條第一項、第二九六條之一）之關係。實際上，爭點整理不僅對於審理集中化，亦對於和解之促成，均多助益，已為審判實務所驗證。以日本為例而言，依其審判實務相關之實態報告，踐行爭點整理或集中調查證據之事件中，成立和解之事件比率為 34% 以上，並有高達 73% 之地方法院（註一一）。以下試參考此類實務運作之成果報告，析述其導因及爭點整理、集中調查證據與爭點簡化協議、和解之關係。

參、爭點整理後、集中調查證據前之試行和解

在行爭點整理後，從其結果所凸顯之多數爭點中，如有對該事件之處理具關鍵性意義之爭點，而認為其可成為說服當事人或促成和解之基礎時，則宜就此試行和解（併參照新法第二六六條之立法理由，其認為充實爭點整理程序以掌握爭點，亦為便於試行和解）。此係由法官運用訴訟指揮，與兩造協力探求在何條件下，可能就該關鍵性爭點成立協議。又，倘能預估針對該關鍵性爭點先行調查部分證據，將有導致促成和解之望時，則亦宜先行此項證據調查。其相關事例如下：

【例二】在裁判分割共有物事件，如法官行爭點整理之結果，不僅有關如何定分割方法之事實（間接事實）成為爭點，共有人即兩造

當事人間有無該當於分割協議存在之事實亦成為爭點時（註一二），後者即屬所謂關鍵性爭點之一種情形，其審理順序常應先於前者之審理（有關上開間接事實之審理），所以如在調查有關上開間接事實之證據以前，能就該關鍵性爭點所涉事實（有關該當於分割協議存在之事實，例如兩造曾約定依某種分割方法消滅共有關係之事實），先行調查證據或試行和解（如：以被告所主張之分割協議內容為基礎，試行協調如何分割共有物），不僅將有助於當事人追求程序利益（因不必就上開間接事實為調查證據所可節省之勞費付出），而防止發生促進訴訟的突襲，亦可賦予當事人機會，俾其用以就該關鍵性爭點，選擇循和解程序或判決程序併加處理，而保護程序選擇權。尤其，在被告已主張分割協議存在，以致該協議存否成為關鍵性爭點，而必須在裁判分割事件中併加審理之情形，為擴大訴訟制度解決紛爭之功能（為符訴訟經濟之要求），並為防止發生促進訴訟的突襲（在當事人未獲法院賦予機會，以便利用已開始之同一程序，併求法院就分割協議履行請求權作成具有既判力之判決，致需另開程序求為審判，而可能蒙受程序上不利益時，該項機會之未賦予即屬一種促進訴訟的突襲），法院應依新法第一九九條之一為相關之闡明，曉諭原告表明或兩造自主成立協議，併將分割協議履行請求權列入訴訟標的之範圍內；或向兩造提示以「如法院就上開關鍵性爭點先行調查證據之結果，形成心證認為分割協議存在時，兩造願依照其內容分割共有物」為內容之和解方案或協議。

為達成上開目標，在準備性言詞辯論程序上由受訴法院（獨任法官或合議庭）行爭點整理之情形，行該項據證調查固無法律上障礙。惟倘係由受命法官行爭點整理程序（準備程序上爭點整理、爭點簡化協議程序），則依新法第二七〇條第三項第四款，應先徵得兩造合意由受命法官就該爭點行集中調查證據，然後以其結果作為協議和解之

基礎。成立該項合意時，宜依爭點整理之結果，由兩造表明係就何項爭點事實（待證事實）委由受命法官調查何項證據，始較符合新法要求當事人於聲明證據時，應表明應證事實（第二八五條第一項、第二九八條第一項），且要求法院於調查證據前，應將爭點曉諭當事人等意旨（第二九六條之一第一項）。

上開和解之試行、促成，通常係亦為防免就其他爭點事實再行證據調查時所將伴生之勞費付出，而由兩造為程序選擇以平衡追求實體利益及程序利益之行為。此項程序選擇之機會，在當事人能借助於法官公開暫定的心證（以分析實體利害及程序利害為內容之闡明），而與當事人本人進行坦誠溝通之情形，將更可望獲得。所以法官（受訴法院或受命法官）如能分析上開關鍵性爭點所涉實體利害及程序利害而為闡明，將更有助於促成和解。此時法官所開示暫定的判斷即心證，既非僅依據客觀實體法，亦非以追求確定客觀真實為首務。此項和解論係植基於程序選擇權之法理及信賴真實主義，是有所不同於強調法官勸使和解須依客觀實體法之德國多數論說。（註一三）抑且，為徹底、真正解決紛爭，並貫徹公正程序請求權之法理，以保護當事人之實體利益及程序利益，防免其因紛爭未能獲得真正解決致遭減損，縱使在上開關鍵性爭點事實非必直接關涉或該當於成為訴訟標的之法律關係存否之要件事實等類情形，如可認為該關鍵性爭點事實（如：背景事實或紛爭實情）之存否判斷，可能導致促成和解或真正解決紛爭時，兩造當事人亦可成立要求法官予以查明之協議，藉此導向於就該爭點或其相關爭點或本件訴訟全案，更可能成立和解。（註一四）

要之，在新法基於程序選擇權之法理已增設爭點簡化協議程序之今日，亦應從同一觀點認知其與和解之間具有相通性，應在此基礎上重新為和解定位，而準以開展相關之制度運用論。（註一五）

肆、集中調查證據後之試行和解

集中調查證據之審理方式，通常使法官、訴訟代理人、當事人本人及訴訟關係人較容易認識該事件之案情全貌、更有機會尋得紛爭發生之真正原因或解決紛爭之應有取向，藉此瞭解當事人各自處境，而就是否及如何成立和解為取捨、決定。析言之，集中調查證據後之試行和解所具有之程序上特色是：①擴大凝聚共識之可能範圍：在集中調查證據之期日，當事人、其訴訟代理人及法官可直接體認有關各該爭點之證據資料，相互形成較接近而自然之心證，藉此獲得更冷靜、全盤性認清自己所處客觀狀況及立場之契機，有助於就如何解決紛爭凝聚共識。②融合判決與和解之可能性：經集中調查證據後，通常法官所形成之心證多已到達可為判決之程度，如其能以此為基礎，綜合兩造可資相讓之利害立場，依各該事件之特性、案情狀況（如：是否如試驗訴訟般係以取得判決為主要目的而不宜於和解者、有無法官之公正性易遭置疑之情狀、有無因兩造當事人本人未到庭致難促成和解之情事、有無因未借助於律師之助言以致當事人本人難評估利害得失之情事），適度公開心證（暫定性、假設性或選擇性心證）而提示和解方案，則有助於兩造預測、評估其所將獲得之結果，並知所退讓。此時，可資以促成兩造相讓之誘因，雖往往因個案而可能有多種多樣（例如：在原告雖可能獲得勝訴之給付判決，卻急需資金周轉之情形，和解較判決更能回應其需求而免受執行拖延之損失；原告可避免蒙受於被告上訴時為應訴所將伴生之勞費負擔、律師酬金支付等程序上不利利益、被告可能受分期攤還之利益），一般而言，和解比判決更可能避免精神上、經濟上、信譽上負面影響；可享有新法所認退還裁判費

一半之利益（第八四條第二項）。

至於上述之公開心證，就其可促使兩造針對決定訴訟勝敗之爭點為更集中而充分之攻防而言，對於賦予當事人應有之辯論機會及程序權保障（突襲性裁判之防止），亦屬必要而有益（參照第一九九條第一項）。就此，可供參考之事例如下：

【例三】在如圖表十所示事例之情形，設兩造於起訴之初，依新法第二六六條所提準備書狀，x 係僅主張 y 有「過失」，而 y 亦僅就此為爭執（否認）。由於此項爭點屬抽象、概括性事實，其本身之主張及否認，尚難謂已具體化至可資以決定應如何取捨或決定是否調查證據之程度，所以受訴法院應行有關事實上爭點之整理，向 x 闡明使其主張究係根據何項具體事實（類如附表內所示 $d_1 \cdots \cdots d_9$ 事實中之何者）認為 y 有過失，否則 y 將無從陳明其是否予以接納（承認），以致無從為實質之攻擊防禦。（註一六）假使經第一審法院如此行爭點整理後，x 陳明其係根據「y 煞車痕跡長達三公尺」主張 d_4 事實（註一七），於是法院乃集中於此調查 x 所聲明之證據，而依其結果，除就 d_4 事實形成肯定之心證外，就 d_{11} 事實亦形成肯定之心證（依證據共通原則），亦即其心證認為就 x 發生損害一事，x 亦與有過失。此時，為防止發生突襲性裁判（含促進訴訟的突襲），法院既應將該心證公開於當事人，使為辯論（依第二七八條第二項亦應然）（註一八）；亦宜以此項心證（有關法院就 x 與有過失程度之判斷內容）之公開為基礎，一邊分析 d_{11} 事實之主張及存否認定所涉實體利害及程序利害（如：y 如不於第一審，而遲至第二審始主張 d_{11} 事實時，其所可得之實體利益即 x 所將蒙受之實體上不利利益將不會變得更大、y 與 x 均將平添蒙受伴隨於上訴提起之勞費付出等程序上不利利益；在第一審法院闡明後，如 y 不主張 d_{11} 事實時，至第二審將可能由於法院適用第四四七條但書規定之結果致生失權，而蒙受因不以 d_{11} 為事實為判決基礎之

實體上不利益），一邊試行和解（提示和解方案）。通常，為如此闡明之情形，較諸不然之情形，當事人恒更可能被賦予充分之機會，用以決定是否選擇循和解或判決之方式，解決紛爭、尋求「法」之所在，而被尊重其程序主體地位及程序選擇權。（註一九）

關於上開程序之踐行，亦可參考：在向來之德國審判實務上，一般多一邊試行和解，一邊公開心證，此種方式之採行係以法官能先詳閱案卷資料為前提，被稱為心證中心型之和解；而有就此種公開心證尋求其法理依據於聽審請求權之保障要求者；並且，亦有將法官所預想之判決主文及其主要理由併予開示之法院。（註二〇）又，關於試行和解時宜否公開心證之問題，向來在日本之審判實務上有消極論及積極論，法官一般多傾向於採積極論，而在肯定宜適度公開暫定的心證之前提下，著重於探討如何依案情之不同，分別謀求可資以活用心證公開所具長處之方法。（註二一）

伍、後發性新爭點整理程序之試行和解

以上所述者，係重著於就爭點整理之結果，析論其與試行和解之應然關係，並非認為一概不許或不宜在其他程序階段或時期試行和解。毋寧是，在能尊重當事人行使程序選擇權之意願下，祇要依案情及審理狀況可認為有成立和解之望時，不論在程序之何一時期，均宜試行和解（第三七七條）。從此而言，為賦予當事人有平衡追求實體利益及程序利益之機會，於如下之程序階段，亦有宜於運用訴訟指揮為試行和解之情形：在採行書狀先程序時，雖爭點尚未被凸顯，可是兩造有求為試行和解之協議者；在言詞辯論終結後，判決宣示前或宣示後之上訴期間內，當事人就試行和解有值得保護之利益或兩造有求為

試行和解之協議者。其參考事例如下：

【例四】在圖表十所示損害賠償請求事件之本案審理過程，設受訴法院就調查證據之結果（如：從鑑定意見書或證人之證言）在心證上所顯示 x 與有過失之事實，未令當事人有整理、辯論之機會（未照上開例三之說明為闡明），即行宣示終結言詞辯論（下稱「情況一」）；或當事人於言詞辯論終結後始發覺，x 因該次交通事故所生後遺症導致損害擴大，就此後發之損害應如何賠償於兩造間又起爭執（兩造自律性整理、形成新爭點），而有意併利用同一訴訟程序予以解決，卻未及在言詞辯論終結以前之訴訟程序上予以提出（下稱「情況二」）。此時，不論就情況一或情況二，當事人均可在宣示判決以前，聲請受訴法院再開言詞辯論，以便兩造就上開事實（與有過失之事實或後遺症致後發損害之事實）有為攻擊防禦而求為審理或由法院主導試行和解之機會；或以求該法院試行和解為主要目的，聲請其再開言詞辯論。其理由是：

①就情況一而言，法官未令當事人就與有過失事實有辯論之機會，係未盡闡明以凸顯爭點之義務，而將發生突襲性裁判（指：如不再言詞辯論，則 y 勢必上訴於第二審始獲整理爭點之機會而可主張該事實，致蒙受程序上不利益，是為一種促進訴訟的突襲；又，法院如未經整理爭點即逕行斟酌該事實而遽下判決，則將對 x 造成發現真實的突襲；如不行爭點整理而未斟酌該事實即下判決，亦將對 y 造成發現真實的突襲），侵害當事人之程序權，違反程序權保障之要求。為就此違反行為，對當事人賦予具實效性之救濟，應承認其有聲請再開言詞辯論之權利，然後由法院試行和解，而不應祇認為當事人僅得提起上訴謀求救濟。（註二二）況且，相較於僅容許當事人提起上訴或另行起訴後，始於新開程序予以救濟之方法，命再開辯論以便就後發之新爭點由原法官續為審理之方法，常較符合節省司法資源、減輕法官整體負

擔之旨趣，有利於公益之維護，亦更可彰顯直接審理、合併裁判之實益，及保護審級利益。尤其，在新法第四四七條採限制（縮）性續審制之今日，為如上解釋、運用而導致上開權益受實質保障之結果，不僅存在於第一審法院已終結言詞辯論之場合，更將顯現於第二審法院已終結言詞辯論之情形，因為愈容許為如上之處理，愈可適時防免第三審法院以原審法院未盡闡明義務為由將事件發回更審；如此發回，對於原審法院未再開辯論所致後續程序已伴生勞費付出之不經濟，實無從提供及時之救濟機會。

②就情況二而言，因後遺症所生損害係屬後發之新事實，既非法院所易以之為爭點整理之對象，亦非 x 在言詞辯論終結前所能預測，自難期待其予以提出主張，而無從使其就未於辯論終結前主張該事實及其所該當發生之權利一事負提出責任，否則即屬對 x 施加突襲。換言之，如認為 x 僅得循上訴途徑或另行起訴為該項主張，則必將使其蒙受程序上不利益，而對其造成促進訴訟的突襲；又，如認為該項主張應遭判決（受訴法院以上開辯論終結前之資料為基礎所下判決）之既判力所遮斷，則將對 x 造成發現真實的突襲。因此，防止發生此類突襲性裁判之最上策應是：儘可能賦予當事人有利用原程序追加為上開主張（就後遺症致生損害之事實及其該當發生之權利為主張），以便由原法院加以合併審理之機會，是即在上開言詞辯論終結後、宣示判決前，宜承認當事人有聲請再開言詞辯論之權利，據此 x 可獲得在再開辯論後之程序提出上開主張並擴張聲明之機會，而兩造均可由此獲得就該項主張在原程序針對真正爭點為攻擊防禦及受試行和解之機會，藉以防止發生上開意義的突襲。此不論從新法增設第二四四條第四項規定（即規定：就金錢損害賠償之訴，既寬許原告得於辯論終結前，自發為聲明之補充，亦要求受訴法院應為如此引導之闡明等旨）及加強發揮第二五五條第一項第三款規定（有關寬許擴張聲明之規定）

所具增進訴訟經濟、擴大訴訟制度解決紛爭之功能等機能之旨趣，或從保障適時審判請求權之法理觀之，亦均屬所應然。蓋以此時所面對之法律狀態，實與法院就原程序已宣示判決或其判決已告確定時之法律狀態（註二三），互不盡同，應容許為如上之處理，方較諸僅容許於上訴審程序或另行起訴始為處理之情形，更符合適時審判請求權及程序選擇權之保障要求。

③基於保障公正程序請求權之法理，法官於行使訴訟指揮權運作審判實務時，應導向於保護當事人之實體利益及程序利益，並應視程序態樣及審理狀況之不同，從實質上確保該等利益之具體化可能性。（註二四）通常，此項保護之必要性，尤其顯現於受訴法院依民訴法上規定得裁量形成程序之場合，其一即是受訴法院依第二一〇條為裁量判斷有無必要再開言詞辯論之情形。（註二五）此就情況一及情況二而言，在保護如上所述當事人利益之必要範圍內，受訴法院負有妥為行使裁量權予以保護之義務，為此應容認當事人所提再開言詞辯論之聲請，俾其有機會藉此續行利用原程序，而受試行和解，以便行使其程序選擇權。於此意義上，當事人在該範圍內應有再開辯論聲請權，其以此項聲請權為內容之程序權，聽審請求權之保障，實課法官形成程序即再開辯論之義務，亦即要求其在再開辯論後之程序，整理上開後發性，形成中之新爭點（x 是否與有過失之事實、有無因後遺症致生損害之事實）。準此，應認為法院依第二一〇條所行使之裁量權，於上述情形下，係屬義務性裁量，非為自由裁量。從而，我國向來認為：就有無必要再開言詞辯論，法院有裁量之自由，並非當事人所得強求，法院一概不負命再開辯論之義務云云之判例及學說，在保障當事人受上開爭點整理及試行和解之機會所必要之範圍內，似應重新檢討其妥當性。

宜併留意的是：於上開情形，法官得行使訴訟指揮權定試行和解

之期日，此時和解程序雖亦由法院運作，惟係出於當事人之發動，可謂屬於當事人主導型之試行和解，是與上述「參」之情形含有較淡之當事人主導色彩者有異。因為，和解之成立固均以當事人為主體（程序選擇權之歸屬、行使主體），初不因其為上述「參」或「肆」之情形而有何不同。惟就試行和解係由何者主導程序而言，不僅上述「肆」之情形因其係以接近於判決之心證為基礎試行和解，所以可謂屬於法官主導型，縱使在上述「參」之情形，因其亦以法官之適度闡明為試行和解之基礎，難謂其不兼含有法官主導性，自不宜僅因其試行和解係在集中調查證據前為之者，即一概謂其屬當事人主導型（註二六）。

不過，在非類如上開得聲請再開辯論而試行和解之情形（當事人在辯論終結前之爭點整理程序上，難能預知如何主張或整理爭點之情形；因法院未盡闡明以整理爭點之義務，以致當事人未能及時主張或凸顯爭點之情形），自新法已改採適時提出主義，並加重訴訟促進義務，而增設爭點整理、簡化協議程序以後，原則上當事人既然被要求儘速提出攻擊防禦方法，所以一造所提再開辯論聲請之可容許範圍，亦應受相當之限縮，以免訴訟程序遭一造拖延。並且，法院既應致力於在辯論終結前善盡闡明並為爭點整理之義務（參照第一九九條、第一九九條之一、第二四四條第四項、第二六八條之一第二項及第二九六條之一），自不宜寬命再開辯論。惟依程序選擇權之法理，如兩造就再開辯論以試行和解一事已成立協議時，法院宜儘可能予以尊重。

陸、展 望

爭點簡化協議及和解之成立，均屬兩造當事人行使程序選擇權之一種表現型態，應以當事人為主體。因此，縱由法官主導爭點整理或

試行和解程序之運作，其地位僅屬當事人之協力者，而非操控者，所以其試行和解時，應依事件類型之特性、需求及案情狀況，致力於賦予當事人有平衡追求實體利益（依客觀實體法即國家法認定事實而為判決時所可獲得之利益）及程序利益（因判決程序之不利用或不續用所可獲得之利益或勞費節省）之機會，藉此使其自律、自主選擇循判決程序或採和解方式解決紛爭、尋求「法」之所在（註二七），而不應出於拖延判決作成時間之動機，尤不得動輒逼使成立和解，以致當事人主張正當權利之法意識遭受無端之損傷。

總之，爭點整理亦應指向於促成爭點簡化協議或和解，以落實程序選擇權之法理適用，而不應僅以調查證據、作成本案判決為目的。所以今後應立足於該項法理及新程序保障論之觀點（註二八），重新省思爭點整理與試行和解之應有關係，建構其相關程序之運用理論。此從新法以程序選擇權之法理為前導，已增設爭點簡化協議程序（參照第二七〇條之一及第三七六條之一等規定）之立法走向觀之，亦所應然。從而，不宜如向來部分法官及律師所持和解觀般（註二九），或一味主張判決始真能實現正義（實體正義）而忽略紛爭之實情或當事人應併受保護之程序利益，以致未能針對爭點整理之結果，客觀分析其有無需求借重和解發揮機能逾於判決之情事；或一味強調和解之機能而過早試圖以之取代判決發揮作用，致未能儘早釐清兩造間真正之爭點或為此進行必要之證據調查，終於逸失作成適時裁判之時機，導致判決未能充分發揮應有機能之後果。

不過，想附言者，要使和解發揮其應有之機能，今後尚須充實其相關之週邊制度，並探討有關其如何運用之諸問題。例如：如何建構有關紛爭解決之交涉、談判理論；探討法官及律師在爭點簡化協議及促成和解之過程，應扮演何種角色；其應如何修得必要之溝通、交涉技術；其在試行和解過程應依循何等原則（註三〇）。

〔註釋〕

註一：請參照本書第一編「Ⅱ 爭點簡化協議程序之運用方針——評析其與民事訴訟法修正走向之關連——」。

註二：關於新法要求法院踐行爭點整理、爭點簡化協議程序之目的及法理根據，請參照前揭文。

註三：筆者自一九八〇年代提倡信賴真實主義，藉以批判德、日向來有關事實審理制度目的論之通說以後，就和解之定性、定位，係主張應尋求其法理基礎於該主義及程序選擇權之法理，而認為和解亦應被期待發揮平衡追求程序利益及系爭實體利益、確定此二利益之平衡點上真實等機能（請見邱聯恭「值得當事人信賴的真實」（一九八二年初出，同・程序制度機能論，一九九六年）四一頁；同「程序選擇權之法理」（一九九二年初出，同・程序選擇權論，二〇〇〇年）三八至三九頁、四七頁、六三頁；同「新世紀民事程序法建制之基本課題」（同・程序制度機能論，一九九六年）二二四至二二五頁；同「台灣における民事訴訟法改正の動向——日本法との主な相違点を中心にして」（ジュリスト九九九号，一九九二年）一二三頁）。

其後，類如筆者之立論，亦出現於日本。亦即，晚近，其論者雖非必全面性認知程序選擇權論及信賴真實主義，亦主張：為闡述和解與判決之關係，應著眼於較量系爭利益與法實現費用之大小輕重云云〔太田勝造「和解と裁判」（法社会学四九号，一九九七年）二四頁以下〕。又，關於筆者之立論係與德國論說有異，請參照下述註一三之說明及其本文。

註四：請參照「程序選擇權論」六二至六三頁。

註五：關於整理此項上位爭點之必要性，筆者已有一系列之相關案例解析及論證，可供參考。例如：請參照本書第二編「Ⅱ 優先承買權存否確認事件之爭點整理」；「Ⅳ 回復原狀請求事件中兩造各主張解約時之爭點整理」；第一編「Ⅰ 爭點整理方法論序」內「貳、一」；第二編「Ⅲ 抵押債權存否確認事件之爭點整理」；第二編「Ⅷ 債權主張未併表明原因事實之起訴應如何整理爭點？」。

註六：關於爭點簡化協議之對象事項係涵蓋於處分權主義、辯論主義及當事人進行主義之支配領域，請參照本書第一編「Ⅱ 爭點簡化協議程序之運用方針」一文內「參、一及三(一)」之說明。

註七：訴訟上和解具有解決紛爭、探尋、創設「法」、確定實體利益與程序利益之平衡上真實及助益貫徹程序選擇權之法理等機能。關於此，請參照上述註三之說明；「程序制度機能論」二七八頁。

註八：併參照「程序選擇權論」六二頁之說明。

註九：關於本件事例所涉爭點整理上諸問題之分析，請參照本書第二編「Ⅷ 債權主張未併表明原因事實之起訴應如何整理爭點？」一文。

註一〇：就有關債權之訴訟上請求成立和解時，應借助於原因事實之表明以特定訴訟標的一事，筆者曾在民事訴訟法研究會第十五次研討會有所闡述，並指明向來審判實務上所存問題。請參照「民訴研討(二)」七七頁。

註一一：參照井垣敏生「民事集中審理について——体験的レポート」（判例タイムズ七九八号，一九九三年）一四頁、最高裁判所事務總局・民事訴訟の運営改善関係資料（民事裁判資料二〇七号，一九九七四年）二二八頁、二二二頁；小林昭彦「民事集中審理の実務」（ジュリスト——〇八号，一九九七年）七四頁；京都シミュレーション新民事訴訟研究会「シミュレーション新民事訴訟（第20回・完）」（判例タイムズ——〇〇〇号，一九九九年）一四七頁；中田昭孝「大阪地裁における最近の民事裁判の状況」（原井龍一郎古稀論集，二〇〇〇年）四六九頁；東京地方裁判所プラクティス委員会「新民事訴訟法・新民事訴訟規則の施行状況に関するアンケート結果の概要」（判例時報一七三五号，二〇〇一年）三三頁；新堂幸司編・注釈民事訴訟法(3)（伊藤 博）二二七頁以下。

又，在美國，其紛爭利用和解解決之比率高達90%，而在預審協商會議係由法官主導促成和解，對於法官就個案所持觀點為何之預測，亦成為和解協商過程之重要考量因素。關於此，請參照金祥洙・日米比較民事訴訟法（一九九五年）一九四頁、二一〇頁；濱野 惺等・アメリカにおける民事訴訟の運営（一九九四年）一三七頁、二〇五頁以下；稻葉一人「裁判官による和解期日の運営のガイドラインと技法」（司法研修所論集九三号，一九九五年）五七頁以下；橋本 聡「紛争処理の柔軟化と多様化（二・完）」（民商法雑誌一〇五卷四号，一九九二年）五二頁；オースティン・サラット「和解における合意と権力」（棚瀬孝雄・紛争処理と合意，一九九六年）二〇〇頁以下。

註一二：關於裁判分割共有物事件所涉審判實務運作上問題狀況，請參照本書第二編「Ⅵ 裁判分割共有物事件之爭點整理」。

註一三：關於此方面德國論說之介紹及評析，請參照木川統一郎「西ドイツにおける訴訟上の和解」（後藤 勇＝藤田耕三・訴訟上の和解の理論と実務（一九八七年）一〇二頁以下、一一七頁。

又，關於此方面爭點整理與和解程序之關係，筆者另亦有所闡述，併請參照上述註三之說明；「民訴研討(二)」六五二頁以下。

註一四：關於此，亦可參考德國民法第二七九條，其係明文要求法院不論在程序之任何階段，均須致力於不僅就訴訟本身、亦就個別爭點，勸使成立和解以解決紛爭。並且，被認為在無損於法官中立性之限度內，法官有權表明其所持

有關訴訟標的之法律見解，用以與當事人進行法律上討論，藉此促成和解。相關說明，請參照木川統一郎・前掲一〇七頁；エベルハルト・シルケン（高田昌宏訳）「ドイツ民事訴訟における裁判官の役割」（比較法学三四卷二號，二〇〇一年）一二〇頁。

註一五：循此方向重新省思訴訟上和解及民法上和解制度之應有機能，並批判向來之學說及實務者有：許士宦『「辯論兼和解」之審理方式』（「民訴研討四」）四八六頁以下；陳自強「民法上和解之效力」（政大法學評論第六一期，一九九九年）二五七頁以下。

註一六：在原告主張被告有過失之情形，應如何使其事實主張具體化，乃有關當事人已否盡陳述義務及法院應如何整理事實上爭點之問題。關於此，筆者在民訴法研究會第二十八次研討會曾有所闡述，請參照「民訴研討三」二三九至二四〇頁。

註一七：關於當事人間爭執有無過失之事實時，應如何整理爭點及其整理之結果如何關涉判決書簡化等事，請參照陳計男以「民事判決書製作合理化之芻議」為題在民訴法研究會第七十三次研討會之報告及共同研討紀錄，其中筆者曾強調有關該事實之爭點整理，應以促使當事人主張如圖表十所示 $d_1 \cdots d_9$ 等類具體事實為必要，而不宜止於僅將「過失」列為真正之爭點事實。就此，請參照「民訴研討四」一頁以下、五八頁。

註一八：關於與有過失事實之主張、審理程序，我國向來之論者及判例並未充分處理，其所應涉及之第二七八條第二項規定如何適用之問題，且疏未探討該規定與所謂辯論主義或協同主義之內涵上關連。就此，請參照林望民以『「與有過失事實」之要否主張與審理程序』為題在民訴法研究會第七十五次研討會之報告及共同研討紀錄，其中筆者曾強調宜留意：我國民訴法有關如何主張、審理事實之規定，係具有異於日本法上規定之內涵，所以不宜忽略我國審理原則所具獨特性及應有之機能。就此，請參照「民訴研討四」一三一頁以下、一九九頁以下。

其實，筆者除為上開強調外，亦曾指明：在無如我國設有上開明文規定之日本，其晚近之有力學說已漸趨於認同類如我國法之態度，所以我國向來論者參仿日本舊說（在不同於我國法律狀態下推演而成之學說）所持見解，尚有商榷之餘地。關於此，請參照「程序選擇權論」一三〇頁內註五四之評述。

註一九：併請參照邱聯恭「程序選擇權論」一五七頁以下。

註二〇：請參照「程序選擇權論」一七六頁內註三八之說明；木川統一郎・前掲一〇九頁、一一八頁；杉井敏一「和解」（日弁連ドイツ民事訴訟視察団編・弁護士からみたドイツ民事訴訟の実態，一九九五年）二二二頁以下；大喜多啟光等・ドイツにおける簡素化法施行後の民事訴訟の運営（一九九五年）一

三三頁；三村量一「ドイツ民事訴訟の実態四」（判例時報一四二〇号，一九九二年）四七頁；Adolf Arndt, Rechtliches Gehör, NJW 1959, S.6。

至於我國之心證公開論及其所植基之目的論，係有所不同於德、日向來之立論，請參照筆者在民訴法研究會第三十九次研討會之闡述（「民訴研討四」二七一頁以下）；「程序選擇權論」五八頁以下。又，自一九八〇年代，在民訴法研究會第三次研討會所提心證公開之必要性，至今已多獲我國研究者之肯認。關於此，請參照同研究會第六十一次研討會之共同研討紀錄（「民訴研討四」二六〇頁以下）。

註二一：就此，請參照岩佐善已等・民事訴訟のプラクティスに関する研究（一九八九年）一七二頁以下；草野芳郎「和解手続において裁判官と当事者が果たすべき役割」（竜崎喜助還暦記念・紛争処理と正義，一九八八年）四七四頁；水谷 暢「争点整理——和解的弁論・和解的判決」（「交渉と法」研究会編・裁判内交渉の論理，一九九三年）一一九頁、一六七頁以下；三宅弘人「集中証拠調べの準備と配慮」（木川統一郎古稀祝賀文集中卷，一九九四年）八七頁；斎藤秀夫等・注解民事訴訟法(3)（第2版）（一九九二年）三二六頁；垣内秀介「裁判官による和解勧誘の法的規律(1)」(法学協会雑誌一一七卷六号，二〇〇〇年)三七頁。

其中，消極論（認為試行和解時不宜公開心證之見解）所持理由是：①法官就其所受理訴訟事件應以判決表示最後之結論，如於判決宣示前公開該心證，將有害於裁判之公正性、中立性，而有招致當事人誤解之虞。②一旦公開心證，則認為其係有利於己之一造，將趨向於採強硬之態度；而認為對己不利之當事人，將陷於無力感而難免為取勝重新請求調查證據。③就法官據以形成心證之證據評價，有引發不必要之反彈或論爭之虞。④如以公開心證為基礎提示和解方案，則法官難免動輒藉此逼使當事人予以接受。⑤在公開心證後卻未能成立和解時，當事人及法官可能受拘於該心證，致難重新為自由之判斷。

對此，積極論（認為試行和解時宜適度公開心證之見解）所持之理由是：①以審理過程為基礎，一邊適度公開心證一邊提示和解方案，將增進當事人對於法官之信賴，此實非不具該項基礎之試行和解所可相比擬。②已公開之心證可供當事人預測判決，將導致和解容易成立。③當事人如對於公開之心證有所反駁或辯論，則將促使法官更慎重檢視證據之妥當性，以致縱使終未能成立和解，亦可作成更適正之判斷。④法官於公開心證時，如能將其屬暫定性、概括性心證一事告知當事人，則不致發生逼使當事人接受和解方案之情事；並且如能就心證形成之理由，併為說服性之說明，將有助於緩和當事人之反彈。⑤在終未成立和解時，法官如能向當事人說明，其將重新根據辯論之結果為嚴格之證據評價，即屬無礙。⑥如能針對當事人及訴訟代理人之特性或形態不同，分

別活用不同之心證公開方式或相關對策，將可為適當之因應。

事實上，在日本，針對上開消極論及積極論，經向從事審判之法官進行全國性問卷調查之結果，表示積極公開心證以提示和解方案之法官占 27%，而表示依實際之必要性為公開心證之法官占 61%，被認為屬此必要性者，有如：認為當事人能正確理解事實上或法律上問題時、敗訴可能性濃厚之當事人竟堅不讓步時、當事人僅受拘於其自己之主張時、當事人要求法院公開心證時、具相當說服力之資料已顯現而可認為訴訟代理人將不得不予以肯認時、有當事人注意所未及之問題點存在時。

註二二：向來，論者於探討宜否命再開言詞辯論時，多著眼於應否或如何就重要爭點再進行更充分之證據調查，而從發現真實、達成適正裁判或賦予達成正確裁判之程序保障等角度，思考如何命再開辯論以處理辯論終結後始發現之新事實、新證據等問題〔參照奈良次郎「弁論の再開をめぐる若干の問題について」（中野貞一郎古稀祝賀文集・判例民事訴訟法の理論（上）），一九九五年〕四三一頁以下；稻葉一人「審理手続における当事者と裁判所との役割分担」（民商法雑誌一一九卷四・五号，一九九九年）七〇八頁以下。而且，除僅有少數主張於相當可望成立和解時得命再開辯論以試行和解者〔前野順一・民事訴訟法論 第一編總則（一九三八年）五一七頁〕以外，亦有認為宜在不再開辯論之狀態下試行和解，而無為此命再開辯論之必要云云之見解〔斎藤秀夫等編・前掲四四三至四四四頁〕。又，尚有認為當事人得為主張再審事由、判決遮斷效所不及之事實或言詞辯論終結後之新事實，聲請再開辯論者〔加波真一「口頭弁論再開要件について（二・完）」（民商法雑誌九一卷五号，一九八五年）九八頁以下〕。

此等見解，均未從如何落實當事人所享程序選擇權及防止發生促進訴訟的突襲等觀點，探討爭點整理與試行和解之關係，尚與筆者之立論有間。

註二三：關於前判決告確定後，如何就後遺症所生損害另提起後訴訟之問題，請參照王甲乙以「請求損害賠償之訴訟標的」為題在民訴法研究會第四十一次研討會之報告及其共同研討紀錄，其中筆者曾主張應從防止發生突襲之觀點為處理（「民訴研討」三二二三頁、三二六至三二七頁）。

註二四：請參照「司法現代化」九五頁以下；一二三頁以下；「程序制度機能論」一四三頁內註一二七之說明；邱聯恭在民事訴訟法研究會第二十九次研討會之說明（「民訴研討」二九七頁）；「民訴研討」五九五至五九六頁；中野貞一郎「公正な手続を求める権利」（民事訴訟雜誌三十一号，一九八五年）一六頁所引述 Leipold 氏之論見；許士宦「民事訴訟上之公正程序請求權」（李鴻禧六秩祝賀文集，一九九七年）一五八六頁以下。

註二五：筆者曾以當事人重複主張同一債權為訴訟上抵銷抗辯或起訴時之情形為

例，就其所涉許否合併辯論之問題，主張應在一定條件下，承認當事人有請求合併辯論、合併裁判之聲請權，而不宜認為法院依第二〇五條行使裁量權時不受任可制約。關於此，請參照邱聯恭「合併辯論之義務性裁量及聲請權」（「民訴研討」四一三頁以下）。

註二六：論者有將調查證據前之試行和解亦予以定位為當事人主導型者，例如：草野芳郎・和解技術論（一九九五年）二七頁。

註二七：此項立論，係認為應依法尋求說（「程序制度機能論」一五六頁以下）理解訴訟（判決）與和解之關係，是與日本之論見有異。因此，其從紛爭解決說或新權利保護說（權利保障說）等訴訟制度目的論為和解定位者〔座談會「民事司法の機能の現状と課題」（判例タイムズ一〇二七号，二〇〇〇年）四二頁以下〕，尚有商榷之餘地。

註二八：請參照「程序選擇權論」四頁以下。

註二九：關於日本法官向來所持和解觀之變遷以及和解相對於判決之定位，請參照草野芳郎「和解実務の過去、現在、未來」（司法研修所論集第九六号，一九九六年）一〇四頁以下；太田勝造・前掲（見註三）一六頁以下。

註三〇：請參照小島武司＝大澤恒夫「正義の総合システムにおける法的交渉」（小島武司＝加藤新太郎編・民事実務読本[IV][別巻]——和解・法的交渉，一九九三年）三頁以下；豐田愛祥「示談・和解と交渉技術」（同書）二二頁以下；佐上善和「ドイツにみる和解〔ゴットヴァルト／トロイアー『和解実務』紹介〕」（同書）二一〇頁以下；法交渉学実務研究会＝小島武司編・法交渉学入門（一九九一年）一頁以下；太田勝造「交渉・和解による民事紛争解決」（同・民事紛争解決手続論，一九九〇年）一七九頁以下；井上治典「交渉の理論からみた弁論の条件」（「交渉と法」研究会編・前掲（見註二一））五五頁以下；草野芳野・和解技術論，三四以下；同・前掲（見註二一）四七一頁以下；座談會「法律実務家のスキルとしての交渉」（判例タイムズ一〇四四号，二〇〇一年）四三頁以下；太田勝造「交渉の教育と訓練」（同上）四三頁以下。

【本文原載月旦法學雜誌第七十七期（二〇〇一年），嗣經調整、補加部分內容、註釋。】

第二編 案例解析

I 工程承包契約所生違約金 請求事件之爭點整理

壹、事實概要	137
貳、涉訟經過	138
參、爭點整理之問題點	167
一、基於違約金債權所為訴之聲明如何具體確定？	167
二、違約金給付請求之訴訟標的如何特定？	169
三、有關違約金給付請求權存否判斷之事實如何主張、整理？	170
四、酌減違約金時之判斷基礎事實如何蒐集、整理？	174

壹、事實概要

- 一、X與Y於八十二年七月十四日訂立合約書，約定由Y承包A地空調配管工程之新建工程附屬工程，總價為新台幣（以下同）三千三百萬元，另追加冷風機吊裝費一百五十萬零三千六百元，合計為三千四百五十萬零三千六百元。
- 二、依合約書約定：「Y倘不依照約定如期完工者，除違約金每日按工程總價千分五計罰外，倘因Y延誤，致X遭受業主罰款，則其罰款全部由Y負擔。如另有損害，Y並應另負賠償責任，Y絕無異議。」
- 三、Y於八十三年六月二十五日書立切結書，記載：「本公司於八十二年七月十四日與K（X公司之負責人）所訂立之合約書，依約願續為履行。完工日期應於八十三年八月三十一日前。K願支付Y獎金三百萬元，但需存放於Z3處，惟在存放中，Y在機房工程完成時，K應無條件同意Y先提領一百五十萬元，餘額待全部工程完成時再為提領。如有非Y之原因無法完成時，不在此限。」
- 四、Y與K於八十三年六月三十日訂立協議書，第一條記載：「Y應履行八十二年六月二十五日所立之切結書內容，又對於所謂八十三年八月三十一日之完工，係指機房、平面管、立管、水塔等全部完工，尚未包括試車之範圍，惟試車應於使用執照取得後十五日內完工試車。」
- 五、X於八十四年一月二十八日催告Y應於八十四年二月二十八日前全部完工，並於八十四年二月十一日以存證信函解除契約（於八十四年二月十一日送達）。

貳、涉訟經過

一、第一審

(一)原告 X 於八十四年五月四日起訴。

1. 訴之聲明略以：Y 應給付 X 八百九十六萬五千元及自訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。

2. 主張略以：

(1) Y 於八十二年七月十四日與 X 訂立合約書，承包 A 地空調配管工程之新建水管工程，工程總價為三千三百萬元，完工期限八十三年八月三十一日，如不依約定期限完工，按工程總價款每日處以千分之五之違約金。

(2) Y 屆期未能完工，經催告仍置之不理，迄八十四年一月二十八日再予函催，仍無下文，X 遂以存證信函解除契約（於八十四年二月十一日送達）。

(3) 依契約書約定，Y 承諾於八十三年八月三十一日完工，計算至八十四年二月十日（雙方契約解除前一日），共一六三天，其違約金總額為二千六百八十九萬五千元，惟 X 願自行酌減至三分之一，即訴請判命 Y 給付八百九十六萬五千元。

3. 證據：①合約書、②切結書、③催告函及回執、④存證信函及回執。

(二)八十四年五月十八日第一次言詞辯論期日，兩造到場，Y 當場提出答辯狀。

1. Y 答辯狀內容略以：

(1) 聲明：請求駁回 X 之訴。

(2) 事實及理由：

A. 兩造於八十二年七月十四日訂立合約，由 Y 承包 A 地空調配管工程之新建水管工程，工程總價為三千三百萬元，追加冷風機吊裝費一百四十五萬三千六百元，合計總價為三千四百五十萬零三千六百元，未定完工期限。

B. X 未依約定付款辦法付款，屢次以借款轉計價款方式付款，兩造先後於八十三年十一月十三日、八十四年六月六日協議，Y 仍繼續施工，嗣於八十四年六月二十五日再度協議，並訂立切結書，故 Y 於當日收到 X 之存證信函，甚為驚訝，並約定於六月二十七日再進行協議，因 X 爽約，於當月三十日重新協議，並訂立協議書，明確指出所謂八十三年八月三十一日完工係指機房、平面管、立管、水塔等全部完工而言，不包括試車，惟應於取得使用執照後十五日內完工試車。

C. Y 工作進度超前，尚且獲得 X 發送獎金三百萬元以為鼓勵，反而是 X 一再遲延供料，並拒絕依約付款，且不派員到場配合，致某些工程無法進行，故 Y 並無違約情事，X 無權解除契約。

(3) 證據：①合約書、②協議書、③切結書、④支票、⑤存證信函、⑥往來函文。

2. X 陳述：完工日期雙方已經協議，現在是由 Y 的小包繼續施工，並向 X 請款。

3. Y 陳述：系爭工程並沒有轉包，是朋友 Z₁、Z₂ 幫忙施工，迄至八十三年十月止都是向 Y 請款，現在是因 X 拒絕付款予 Y，所以他們就直接向 X 請款。

(三)八十四年五月二十五日第二次言詞辯論期日，兩造到場。

1. X 當庭提出其與 Z₁、Z₂ 之協議書。

2. Y 陳述：

(1) X 與 Z₁、Z₂ 進行協議時，其並不在場，但兩造曾經協議不能互相私自使用對造之工人。

(2) X 自八十四年二月十一日起即不許 Y 進入工地。

(3) Y 已依協議書約定完工。

四 Y 於八十四年六月八日提出答辯狀，內容略以：

1. 兩造所訂立之水管配管工程合約，就全部工程並未約定完工期限。

2. Y 固於八十三年六月二十五日書立切結書，就部分工程約定於八十三年八月三十一日以前完成，惟該切結書約定完工部分，係指機房、平面管、立管、水塔等項，而 Y 已依期限完成，並自 X 領取三百萬元獎金，此等事實可由證人 Z₃、Z₄、Z₅ 為證。

3. 系爭工程固餘部分尚未完工，惟係因可歸責於 X 之事由所致：

(1) 依工程合約書約定，X 應提供設備、材料予 Y 施工，未完工部分，Y 迄未提出材料予 Y。

(2) 保溫部分未完成係基於工地無法供水測試完成之水管有無漏水現象所致。

(3) 冷卻水塔原設計安裝於屋頂，嗣後變更設計改裝於突頂層，X 迄未提供施工圖。

(4) X 於八十四年二月十一日無端解除契約後，即拒絕 Y 及其工人進入工地，Y 自無法繼續施工。

(五) Y 於八十四年六月九日提出陳報狀，陳報證人 Z₃、Z₄、Z₅ 之住址。

(六) Y 於八十四年六月十四日提出答辯(二)狀，內容略以：

1. 重申上述答辯狀之內容。

2. X 未依約給付工程款，違約在先，仍積欠 Y 一千六百萬元左右

之工程款。

3. 證據：①切結書、②協議書、③支票、④合約附件明細表、⑤合約附件付款辦法。

(七) 八十四年六月十五日第三次言詞辯論期日，兩造及證人 Z₃ 到場：

1. 證人 Z₃ 證述略以：

(1) 兩造訂立之協議書，約定 X 支付 Y 獎金三百萬元，由 Z₃ 保管，於 Y 完成機房工程時，X 同意 Y 先提領一百五十萬元，餘額待全部工程完成時再為提領。第一次是 X 先電話通知，Z₃ 才付款，第二次是 X 公司之員工與公會理事一同前往 Z₃ 住處提領，惟事後 X 表示 Y 尚未完工，並未同意付款。

(2) Z₃ 認為協議書中所指之完工日期，係指部分工程，但兩造就此有爭執。至於本件工程是否已完工，伊並不知悉。

2. X 主張證人 Z₃ 之證言不實在。

3. Y 主張對證人 Z₃ 之證詞無意見。

(八) 八十四年六月二十七日第四次言詞辯論期日，兩造及證人 Z₃、Z₄ 到場：

1. X 當庭提出準備狀，內容略以：

(1) 依兩造所立合約書中有關完工期限條款之約定，系爭工程之完工，除約定工程全部完成外，尚應試車完畢，故兩造於八十三年六月三十日所立協議書，仍係約定系爭工程全部應於八十三年八月三十一日完工，但不包括試車，以排除上開合約書之約定。

(2) 即使如 Y 所辯，八十三年八月三十一日前應完工部分係指機房、平面管、立管、水塔等工程而言，迄今 Y 仍有部分未完成，因 X 之上包廠商來函要求積極趕工，X 只得再行僱工趕工完成，何況，Y 於八十四年一月二十三日與 X 等人之會議

記錄中，亦自承力量不足，所有未完工作於同年月二十五日前提報資料向 X 面呈，故 Y 所辦工程已完工，自無足採。

(3)證人 Z₃ 雖證稱經 X 同意而給付 Y 三百萬元，但提不出經 X 同意之證據，且依上開會議記錄，Z₃ 亦質疑 Y 為何領取三百萬元後，卻停工二個月，足見 Y 並未完成系爭工程。

2.證人 Z₄ 證述略以：

(1)協議書所約定之工程只是對機房部分，因 X 未做好，Y 就不能施工。

(2)X 說材料供應不及，但可以先做，以後再補，但補齊後又沒有做。

3.證人 Z₃ 證述略以：Y 約於八十三年十一、十二月停工，伊參與八十四年一月二十三日會議是希望協調復工。

4.X 主張證人 Z₄ 之證言不實在。並陳述：六月三十日協議書中已明確表示係指全部工程，僅排除試車部分；否認有材料供應不足事實。

5.Y 主張證人 Z₄ 之證言實在；並陳述：其從未停工，只是人少些而已，是協力廠商停工。因領不到錢，受小包所逼，才在八十四年一月二十三日會議紀錄中簽名。

(九)八十四年七月六日第五次言詞辯論期日，兩造及證人 Z₆ 到場：

1.Y 當庭提出答辯狀(二)，內容略以：

(1)Y 向 X 所承攬之系爭工程僅是 X 向其上包廠商所承包工程之部分，故 X 之上包廠商催促其趕工，難謂即係就 Y 承攬之工程為之。

(2)系爭工程中冷卻水塔原設計安裝於屋頂，嗣後業主變更設計安裝於突層頂，而 X 從未交付變更設計後之施工圖及材料予 Y，Y 難以施工。

2.證人 Z₆ 證述略以：

(1)缺料的情形是免不了的，有時會供應不及。於八十三年有缺料情形，何時補齊並不清楚，但 Y 須依工程進度申請補料，鐵料部分須訂做，大口徑要十五天左右，P V 材料及鐵管隨叫隨到。

(2)自八十四年二月起，因 Y 人工不足，無法完成，如果材料進來，也無法施工。

(3)Y 所承包之工程部分，並未完工。

(4)冷卻水塔部分是於八十四年變更設計。

3.Y 對證人 Z₆ 之證言表示閱卷後再表示意見。

4.X 對證人 Z₆ 之證言表示無意見。

(十)八十四年七月十三日第六次言詞辯論期日，兩造到場，是日並辯論終結：

1.Y 當庭提出答辯狀(三)，內容略以：

(1)依證人 Z₆ 之證述可知，系爭工程之遲延與 X 未善盡定作人協力義務有關。

(2)X 所列未完工部分，均係因其他廠商承包之風管與 Y 承包之配管管線衝突，須由 X 派員協調，惟 X 未派員，致工程進度難以推展，故此部分之工程雖未完工，惟係非因可歸責於 Y 之事由所致。

2.Y 陳述略以：其做配管、保溫、冷水等工程，水塔部分也是做配管工程；否認證人 Z₆ 證稱缺料經申請即馬上補齊之情形，至於八十四年一月的協調會，伊是被騙參加，其力量是夠的，只是錢不足，無法支應工錢，而當時並未預料會興訟，故未將缺料情形記錄下來。

3.X 陳述略以：因八十三年十一月十六日起，系爭工程即直接由

小包承包，所以直接付款給小包。

(二)一審判決：

1.主文要旨：

(1)y 應給付 x 五百三十七萬九千元，及自八十五年五月十日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。

(2)x 其餘之訴駁回。

2.理由要旨：

(1)兩造對於訂立工程合約，由 y 承造 A 地新建空調水管工程，於合約中未約定完工日期，兩造於八十三年六月二十五日協議完工日期定於八十三年八月三十一日前，八十三年六月三十日復協議指出前揭所謂完工係指機房、平面管、立管、水塔等之全部完工等，均不爭執，復有合約書、估價單、切結書、協議書等為證。

(2)x 於八十三年六月十六日曾發函指稱 y 施作工程嚴重落後，要求 y 儘速趕工，嗣因工程進度仍然遲延，x 乃於八十四年二月十一日發函 y 表示解除契約。

(3)y 所辯不足採之原因：

A. y 至八十三年七月十九日始函知 x 零件有短缺，與 x 催告趕工相差一個月時間，嗣因 y 仍無法改善進度，y 乃於八十三年六月二十五日立下切結書表示完工日期應於八十三年八月三十一日前，惟 y 至八十四年一月間止仍未依約完成，此有工程備忘錄可證，並經證人 z₆ 結證屬實。

B.證人 z₃ 雖表示 x 曾派人前往伊處領錢，但不否認之後 x 曾表示 y 尚未完工，且不同意給付 y 金錢；證人 z₄ 亦證稱：「x 說材料供應不及，但可以先做，以後再補，但補齊後又沒有做」，故縱認 y 確曾領取三百萬元，惟其應負責完

工部分工程仍未完成，其所承攬之工程確有遲延完工事實。

C.倘 x 確有遲延供料情形，y 應先定相當期限催告 x 為之，惟 y 雖曾催告 x，卻未定相當期限，而據證人 z₆ 證稱 x 所供之材料，小五金部分隨叫隨到，大口徑鋼材部分需十五天左右，均視 y 提出申請之時間而定，故縱有待料情形，y 於施作時即應衡量用料情形於適當時期提出申請，y 尚難以此作為遲延工程之主要理由。

D.所謂變更水塔設計部分，z₆ 表示係在八十四年始變更設計，此部分自難作為 y 自八十三年六月起遲延工程進度之主要原因。

E. y 除於八十三年七月十九日提及因工地現場無 x 員工協調承包商間之衝突，故工程無法順利推展之問題外，之後對 x 所發之函件中均未述及，足見此問題非系爭工程遲延主因。

F. y 於八十四年一月二十三日協調會中自承能力不足，致無法如期完工，目前另由 y 之小包繼續施工，有會議記錄可證，是 y 辯稱因供料及設計圖問題致未能及時完工，顯非事實。

(4)依兩造違約金約定之內容，核其性質屬懲罰性違約金，y 既不依約定時期完工，則 x 依約請求給付違約金即無不合。於審酌 y 遲延完工之原因，認違約金之計算應以減至每逾一日賠償工程總價千分之一為當，故判決如主文。

二、第二審

(一)x 於八十四年八月十二日聲明上訴。(未記載上訴聲明及上訴理由)

(二)y 於八十四年八月十四日聲明上訴，上訴聲明略以：

1. 原判決命 y 給付 x 五百三十七萬九千元及自八十四年五月十日起至清償日止按年息百分之五計算之利息部分廢棄。
2. 廢棄部分，x 在第一審之訴駁回。
3. 上訴理由除引用第一審所陳外，其餘另補呈。

(三) 八十四年九月二十七日第一次準備程序期日，兩造到場：

1. x 當庭提出上訴理由狀，內容略以：

(1) 上訴聲明：

- A. 原判決不利於 x 部分廢棄。
- B. 廢棄部分，y 應給付 x 三百五十八萬六千元，及自八十四年五月十日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。

(2) 上訴理由：

- A. 本件兩造約定違約金之內容，原係約定每日按工程總價款千分之五計算，x 於起訴時已自行酌減至三分之一，原審又再減至每日按工程總價千分之一計算，顯不合理。
- B. 由於 y 遲延完工，造成 x 無法按期履行其與上包廠商所訂之合約，依約將被罰款，若依原審所酌減之違約金，無法彌補 x 對上包廠商應負之賠償。

2. 受命法官試行和解不成。

(四) 八十四年十月三十日第二次準備程序期日，兩造到場，y 當庭提出上訴理由狀，內容略以：

1. 系爭工程合約原未訂有完工期限：

(1) 合約書完工期限欄為空白。

(2) 八十三年六月三十日 y 與 x 之負責人 k 之協議書似有約定完工期限，惟已由 x 委由律師以存證信函解除，故 x 不得再以該協議主張完工期限為八十三年八月三十一日。

(3) 八十三年六月二十五日出具之切結書是對 k 個人之單方意思

表示，非兩造之協議，x 不得持以拘束 y。

(4) x 與 y 之小包散工即 z₁、z₂ 等人於八十三年十一月十四日協議系爭工程應於八十三年十二月二十四日前完成，亦等於同意完工期限可到八十三年十二月二十四日，與其主張不合。又八十四年十二月二十日又訂立協議書，同意渠等於八十三年十二月二十日以後繼續趕工，完工期限何在？

(5) x 於八十四年一月二十八日委任律師發函，除要求 y 提出施工進度表、趕工人員編制表外，更表明希望 x 於八十四年二月二十八日前完工，即同意完工期限為八十四年二月二十八日，x 豈可言而無信？

(6) 兩造間既乏明確完工期限，且 x 竟於自己同意之完工期限屆至前即發函指摘 y 遲延給付，其催告無效，故不生解除契約之效力。

2. 訂立合約書時，y 完全不能預見何時應完工，更無法評估違約金是否過高。

3. 自 x 主張之八十三年八月三十一日起至其主張 y 收受解除契約前一日止（即八十四年二月十日），y 仍持續施工，並非自八十三年八月三十一日起即撒手不管。且系爭工程可分部完成或交付，依民法第五百零五條第二項規定，x 應於每部分交付時，給付該部分之報酬，且 x 於受領每部分工作時，從未為工作遲延之保留，依同法第五百零四條規定，y 對遲延之結果不負責任。

4. x 受領工作之情形，可由下列得證：

(1) x 八十四年一月二十八日函仍要求 y 於八十四年二月五日前提出施工進度表等物，顯見兩造就系爭工程仍在一方完成與一方受領之狀態中。

(2) X 私自與 Y 之小包 Z₂ 等人分別於八十三年十一月十四日、八十三年十二月二十日、八十四年一月二十七日、八十四年三月二十四日、八十四年五月十二日就計價、借款、趕工、供料、變更設計等為協議，X 既不支付每期應付工程款予 Y，在未主張解約前，又以借款之方式支付 Z₂ 等人之工程報酬，顯見其亦自認當時兩造尚具有契約關係。而 Z₂ 等人已完成或交付之部分工作，當然仍歸 Y 享有，而 X 與 Z₂ 等人協議修改工作內容，自亦對 Y 生變更設計之效力，若因此而致遲延，當然不必由 Y 負責。

5. 本件係因 X 未盡協力義務，以致工作無法按進度進行，若有遲延，非可歸責於 Y：

(1) X 未提供明確無缺之工程圖並按施工進度使材料完整進場，Y 曾先後於八十三年七月三日、七月十九日、九月九日、十月十八日、八十四年二月二十四日通知 X，而未獲回應。

(2) 由八十四年一月二十七日 X 與 Z₂ 等人協議內容可知顯無法如期完工，而 X 竟於隔日催告 Y 必須立即完工；且該協議亦指出系爭工程有設計不當或修改之處，足見 X 指示不當或協力不足，至八十四年一月二十七日仍未徹底解決，工程何能不拖延。

(3) 系爭工程使用執照於八十三年十二月二十二日取得，而使用執照取得後才可申請正式水電，Y 始能做通水測試，而 X 既不供應臨時水，卻又要求系爭工程在正式送水前完成，並不合理。

(4) 原審就證人 Z₄ 之證詞，舉其片斷為據，用以支持其認定縱使 X 供料不及，Y 也可以先做，以後再補料，但補齊後又沒有做的理由。惟證人 Z₄ 之證詞僅係傳聞自兩造之說法，並未親

自見聞結證事實，豈可憑以為不利 Y 之判斷。

6. X 自承自八十三年十一月十六日起工程直接包給小包，錢直接付給小包之事實，則其在尚未主張解約之前，即先違約且拒付報酬予 Y，若認兩造就此有對待給付關係，Y 自得拒絕履行；若認無此關係，則 X 應提出未付款明細供 Y 主張抵銷。

(五) Y 於八十四年十一月六日具狀聲請調查證據：

1. 聲請傳訊證人 Z₇、Z₈（均為 Y 承包系爭工程所僱用之工人）

待證事實：X 就系爭工程有拖延或不付工程報酬、遲延供料、變更工程或不提供變更後圖說等情形。

2. 聲請傳訊證人 Z₁、Z₂（均為 Y 承包系爭工程之小包）

待證事實：(1) X 就系爭工程有遲延供料、變更工程之情形。

(2) Z₁、Z₂ 係直接自 X 領得系爭工程報酬，或僅以借款名義領得？

(3) 機房、平面管、立管及水塔等部分工程究竟於何時完工？除此之外，X 有無追加或要求 Y 完成其他部分？

(4) 兩造為何有遲延完工之爭執？兩造間就系爭工程報酬是否結算？X 是否對 Y 尚有應付未付之款項？

3. 聲請傳訊證人 Z₃、Z₅

待證事實：(1) 兩造為何會存放三百萬元獎金於 Z₃ 處？該獎金是工程報酬或額外的趕工獎金？

(2) 兩造若有約定於八十三年八月三十一日前完工，是指全部工程或重要部分配合進度先予完成？

(3) 協議當時 Y 是否有爭執系爭工程已完成部分之估驗款（應付款）遲未給付？

(4) X 是否請求 Y 先就機房等重要部分優先趕工以應

付業主，並應允給付完工獎金，其餘部分擱後再議？

4. 聲請傳訊證人 z₄

待證事實：究竟有無親聞親見 x 雖供料不及，但按現場情形以觀，y 仍可施作，而材料補齊後又沒有施作之情形？

(六)八十四年十一月二十九日第三次準備程序期日，兩造及證人 z₁、z₂、z₃、z₄、z₅、z₇、z₈ 到場。

1. 證人 z₇ 證述略以：

- (1)系爭工程是 y 向 x 承包，伊為 y 僱用之工人。一開始 y 有按時付款，後來因 x 未付款給 y，所以錢發不出來，y 說領到工程款再付工資。
- (2)因經理、工地主任、監工經常更換，新人不熟悉，因此填單催料要很久，有時按圖施工做到無法做的時候也找不到人解決問題，且施工電梯有時故障，根本不夠運用。
- (3)施工期間變更工程情形很多，有的圖無法施工，就變更，有時圖畫得不是實際施工情形。他們要求先施工，再依實際施工情形修改圖。有時晚上加班，x 的負責人 k 來看過，還稱說大家工作努力要給錢買點心。
- (4)未直接由 x 給付工資。
- (5)八十三年八月以後有做冷卻塔、水管及機房工程；水管已備妥等著做，但冷卻水塔均未做。
- (6)所承做立管部分七月就做好在等了。

2. 證人 z₈ 證述略以：情形大致如 z₇ 所述(1)、(2)、(3)、(4)。

3. 證人 z₁ 證述略以：

- (1)為 y 的小包，承做 C、D 棟水塔工程。
- (2)所承做水塔工程於一、二個月前完工。

(3)後來由 x 直接付款的事，是大家協議的，y 知道，但是做好後仍要 y 簽字才能向 x 領款。

(4)C、D 棟水塔完工是指全部完工，驗收完工。

4. 證人 z₂ 證述略以：

- (1)為 y 的小包。
- (2)施工材料小零件由 y 提供，大零件由 x 提供。有時通知送料等了一個 month 還不來。
- (3)前幾個月的工資，y 有按時給付，至八十三年十一月 y 付不出工資，經協議，x 說要監督付款，工資就直接由 x 給付。至八十四年三月間又再協議，至八十四年四月五日那期工資，連 x 也未付。
- (4)平面水管部分於八十四年三月間完工。
- (5)平面水管的開關原只設計一個，後來又要再做，但這部分工資也未付。
- (6)因 y 沒有錢，需要 x 付款才能發放工資，沒有工資，工人就不願意做，所以會有工程遲延的糾紛。
- (7)兩造的工程款迄今未結算。
- (8)八十四年一月二十三日協議所寫「能力不足」係指資金不足，無法付工資。
- (9)後來由 x 直接付款的事，是大家協議的，y 知道，但是做好後仍要 y 簽字才能向 x 領款。
- (10)x 只有流程圖，未提供施工圖，因為無施工圖，所以就憑經驗施工，先畫個圖給他們看，可以就照著做。所畫的圖未經晒圖。
- (11)八十三年八月以後有做冷卻塔、水管及機房工程；四樓土木結構（機房部分）未做好，無法定位，材料也未進來；冷卻

水塔也未進來；又機房防震的東西也未進來，要如何施工，也沒有圖。

5. 證人 Z₃ 證述略以：

(1) 兩造協議如機房的進度依進度表進行，就依進度發獎金，並將三百萬獎金由伊保管。

(2) 八十三年八月三十一日完工是指機房部分。

6. 證人 Z₅ 證述略以：

(1) 八十三年八月三十一日完工是指機房部分。

(2) 有到現場看過，依當時所見情形，原則上沒有材料就不能施工。材料運送很費時。

7. 證人 Z₄ 證述略以：

(1) 因業主地板未做，所以有三個月機房未做，應是不可歸責於 y。

(2) 未看過現場。

8. X 陳述略以：

(1) 對 Z₇、Z₈ 證詞的意見：Z₇、Z₈ 是 y 的小包，因此證詞不實在。施工圖並無不符之處，且後來工資是由 X 直接給付。

(2) 對 Z₁、Z₂ 證詞的意見：

A. 所言待料一個月之事並不實在。

B. 關於未領到工資，經協議由 X 監督付款部分之證言實在。

C. 資金已付給 y，因此並非資金不足。

D. 不可能沒有施工圖。

(3) 對 Z₃、Z₄、Z₅ 證詞的意見：協議書有寫八十三年八月三十一日完工是指機房、平面管、水塔等，證人證稱指機房部分，可見證言不實在。

(七) 八十四年十二月二十七日第四次準備程序期日，y 未到場，X 到

場陳述略以：

1. 合約內所附的是施工大樣圖，其中部分工程是轉包予 y，y 必須依大樣圖製作施工圖，故 y 稱 X 未提供明確無缺之工程圖說，顯非事實。

2. 無其他舉證。

(八) 八十五年二月十四日言詞辯論期日，兩造到場，當日並辯論終結。

1. X 提出辯論意旨狀，除重申準備書狀所載外，補充如下：

(1) y 承攬系爭工程後將部分工程轉包予 Z₁、Z₂ 等人，卻未支付工程款，造成怠工情形，亦為工程遲延原因，嗣經 y 同意，由 X 直接將工程款支付予小包，雖系爭工程後續工作仍由小包繼續進行，然 y 未於兩造所約定之八十三年八月三十一日前完成全部工程，即應負給付遲延責任。

(2) 依兩造於八十三年六月三十日協議書第一條明定：八十三年八月三十一日之完工，係指機房、平面管、立管、水塔等之全部完工，故系爭工程並無 y 所言可分部完成或交付之情形。且 X 於 y 逾完工期後仍多次發函催促趕工，並無未保留而受領工作之情事；縱認未保留而受領，仍不影響 y 因遲延完工所應負之遲約責任。

(3) 系爭工程有待料情形，係因 y 未依限事先申請，y 稱其遲延完工係因 X 未盡協力義務所致，顯屬不實。

2. y 提出辯論意旨狀，除重申準備書狀所載外，並補陳：依合約約定，y 是按 X 提供圖說及施作說明施作，並無另行製作施工圖之義務。

(九) 二審判決：

1. 主文要旨：

(1) 原判決關於命 y 給付部分廢棄。

(2)廢棄部分X在第一審之訴駁回。

(3)X之上訴駁回。

2.理由要旨:

- (1)Y稱其做配管、保溫、冷水等工程，水塔部分也是做配管工程，X對此不爭執，而依Y所提水配管付款辦法說明，上有A B C棟機房保溫完成付總價若干、D棟機房保溫完成付總價若干、平面水管及D棟立管保溫完成各付總價若干，顯見Y所稱八十三年六月三十日協議書所指機房、平面管、立管、水塔等工程，並非系爭合約書所承攬工程之全部，堪予採信。
- (2)依合約書第三點既載明試車期間，八十三年六月三十日之協議書亦明示載明試車完成日期，則系爭合約書全部工程之完工，應以八十三年六月三十日協議書所載使用執照取得後十五日完工試車之日期為系爭合約之完工日期。故Y縱未依協議約定於八十三年八月三十一日完成機房、平面管、立管、水塔等工程，只要未逾使用執照取得後十五日趕工完成契約內容之工作並完成試車，亦不能謂其承攬系爭合約之工程完工有遲延。
- (3)X於八十四年一月二十七日與小包所召開協調會，協議內容為：「現場管路與風管衝突，需修、放水管部分，需於三日內由Z₂修改並修復完成」，顯見至八十四年一月二十七日，尚有Y所承包部分工程因與其他部分工程衝突而未能完工情形。而Y所承包者僅為空調水管工程之附屬工程，其所承包工程因與其他工程衝突而未能施工，自非屬可歸責於Y之事由，Y尚不負遲延責任。
- (4)X迄未證明八十三年六月三十日協議書所定使用執照取得後十五日之期間已屆滿，況至八十四年一月二十七日尚有不可

歸責於Y而不能施工之情形，從而X主張Y於八十三年八月三十一日尚未完成全部工程，應負遲延違約責任，即屬無據，其請求Y給付違約金為無理由。

三、第三審

(一)X於八十五年三月二十八日提起上訴，另於八十五年四月十七日補提上訴理由狀：

1.上訴聲明意旨：

- (1)原判決廢棄。
- (2)Y應給付X八百九十六萬五千元，及自八十四年五月十日起至清償日按年息百分之五計算之利息，或發回台灣高等法院更為審理。

2.上訴理由：

- (1)依兩造所訂工程合約書附件一（水配管施工區域說明）及附件二（水配管付款辦法說明）所載，Y承攬系爭工程之工程項目為機房、平面管、立管、水塔等之配管、保溫、冷水等工程，因而兩造於八十三年六月三十日所立協議書，就八十三年六月二十五日切結書所謂八十三年八月三十一日完工，「係指機房、平面管、立管、水塔等之全部完工，尚未包括試車之範圍，惟試車應於使用執照取得後十五日內完工試車」，即係約定Y承攬系爭工程之工作項目全部完工，原審顯然曲解上開協議書之文意。
- (2)兩造協議書完工日期之約定，即係排除兩造所立工程合約書所定完工包括試車之約定，因此，原審認系爭工程之完成應至試車完成始得謂為完工，顯與合約書、協議書之約定不合。
- (3)最高法院三十九年台上字第一〇五三號判例：「解釋當事人之契約，應以當事人立約當時之真意為準，而真意何在，又

應以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥文字致失真意」。原審顯然拘泥於協議書之文字，而未參酌其他一切證據資料，即認定本件系爭工程完工期限，顯與上開判例意旨有所違背，難認其判決無違背法令之處。

- (4)y 不僅遲延施工且停工，其他部分工程之承攬人乃先行施工，因而，待 y 之小包願繼續承接工程，自須將他承攬人已施作而有衝突部分予以修改，故 y 所承包之工程與其他工程發生衝突，係因 y 遲延或停工所致，自屬可歸責於 y 之事由，原審未詳加調查，且予 x 辯論之機會，即遽為認定，自有證據未調查完備之違背法令之處。

(二)y 於八十五年五月十一日提出答辯理由狀：

1. 答辯聲明：上訴駁回。

2. 答辯理由：

(1)x 指摘原審解釋契約有所不當，顯然對契約之真意存有誤解：

A. 依兩造工程合約書完工期限第三點明載：「試車期間，乙方（即 x）應派有經驗之工程師及有關之人員會同試車，至能正常運轉為止」，顯見系爭合約之所謂「全部工程」，除機房、平面管、水塔等部分工程外，尚包括試車正常運轉。

B. 本件違約金之計罰，完全以合約書所訂之完工期限為憑，而該款所謂「如期完工」，乃指全部工程於約定時間內完成之意，若兩造間僅就部分重要工程約定趕工期限，自非該款旨趣，不能任意為擴張之解釋。

C. 系爭合約書完工期限項下第三點既載有試車期間，而兩造間八十三年六月三十日之協議書亦明示試車完成之日期為使用執照取得後十五日內，是以系爭工程合約自應至試車

完成始得謂為完工，此亦符合一般工程慣例與經驗法則。

D. 系爭工程因 x 並無完整之工程施工圖及明確之施工進度，致常因與其他工程有所抵觸而無法配合施作，導致時有變更工程或修改工程圖之情事發生，此即無法於簽訂合約之始即明定完工之確定日期。而且，水電裝修工程必須於建物使用執照取得後，經通水通電，才能試行運轉，以確定是否完成，此亦無從以協議書逕行排除。

E. 系爭合約並未將工程之機房、平面管、立管、水管等配管工程與試車分成兩部分，而是以試車完成為該工程之全部完工期限，因此，x 不得自作主張將趕工期限視為系爭合約之完工期限，並據以援用原工程合約條款計罰。

(2)y 所謂「能力不足」係指資金不足，而此乃因 x 未按時發給應付工程款之故，故 y 未能於八十三年八月三十一日趕完部分工程，實乃因可歸責於 x 之事由所致。

(3) 系爭工程所以時有衝突致常須修改或變更設計，以致施延工程，乃 x 自身之問題，非可歸責於 y。

(三)第三審判決（八十五年十一月二十二日判決）

1. 主文要旨：原判決廢棄，發回台灣高等法院。

2. 理由要旨：

(1) 卷附協議書第一條，就 y 於八十三年六月二十五日所立切結書所謂八十三年八月三十一日之完工，指為機房、平面管、立管、水塔等之全部完工，尚未包括試車之範圍，惟試車應於使用執照取得後十五日內完工試車。係把機房、平面管、立管、水塔之完工與試車期間分開計期，則當事人之真意如何，就機房、平面管、立管、水塔之完工，是否僅須於試車完成前為之，即可不必負遲延責任，則有再事研求之餘地。

究其實情如何，原審未遑詳加調查審認，即為不利於X之判斷，尚屬可議。

(2) X於八十四年一月二十七日與小包承接工程所召開協調會，其協議內容第一項固謂：「現場管路與風管衝突，需修放水管部分，需於X通知三日內由Z₂修改並修復完成」等語，然該小包即為Y所屬公司之小包，為原審所確定之事實，則該小包及Z₂與Y間之關係如何，修放水管部分何以Z₂必須修改並修復完成，原審均未詳加調查，即謂Y所承包工程與其他工程衝突而未能施工，自屬非可歸責於Y之事由，自嫌速斷。

(3) 綜上所述，上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

四、更一審

(一) 八十六年一月二十九日第一次準備程序期日，兩造到場，均提出上訴理由狀，並均陳述：「聲明如上訴理由狀所載」、「陳述如上訴理由狀所載」。

1. X所提出之上訴理由狀，聲明及上訴理由均與八十四年九月二十七日於第二審所提之上訴理由狀載相同。

2. Y所提出之上訴理由狀，聲明及上訴理由均與八十五年二月十四日所提辯論意旨狀相同。

(二) 八十六年二月二十七日第二次準備程序期日，兩造到場。

1. Y陳述：本件有依限完工，並領到三百萬元的完工獎金。

2. X陳述：對於Y有領有三百萬元之事實不爭執，但該筆金錢係借支，不是完工獎金。

(三) 八十六年三月二十六日第三次準備程序期日，兩造及證人Z₂到場。

證人Z₂證述略以：

1. 本件工程係Y的小包，也是小工，與X沒有訂約。與X的關係，

只是X基於監督付款人的地位。

2. 自Y轉包的部分是冷水管部分，修理放水管部分則是受Y僱用修理。

3. 因主機與零件須由X提供，而X沒有配合施工即時提供，又無施工圖，所以現場管路與風管衝突，而須要修改。此部分修改的工程款係向Y請領。

4. 據悉，工程順利完成後，X有發獎金給Y。

5. 至目前為止，尚有部分工程未完工，工程款也沒有完全給付；未完工部分是變更部分的修改工程。

6. 據悉，業主有給付製圖費用予X，但X並未交付施工圖，所施工部分是自己繪圖。

(四) X於八十六年四月十一日具狀聲請調查證據：

1. 聲請傳訊證人Z₉。

2. 待證事項：X所承包之工程，除將系爭工程部分轉包予Y外，亦自行承作或轉包他人，因Y遲延工程甚且停工，致其他承攬人所承攬而須Y配合之工程，不得已先行施作，待Y之小包願繼續承接工程，自須將其他承攬人已施作而有衝突部分予以修改，故由證人Z₂與Z₉等人於八十四年一月二十七日召開工程協調會，協議由Z₂等人將有衝突部分先行修改，並將Y未完成之工程儘速完成。

(五) 八十六年四月十七日第四次準備程序期日，兩造及證人Z₃到場。

1. 證人Z₃證述略以：

(1) 八十三年六月二十五日之切結書是由其任見證人。該切結書第二項所謂之完工是全部完工，即機房、平面管、立管、水塔等。

(2) 有給付完工獎金，應該是有完工。給付三百萬元獎金時，X

的工地主任有到現場看過，認為可以發放獎金，所以，一起到 z₃ 處，說三百萬元可以發放；x 換過好幾個工地主任，不記得是那一位工地主任。

2.x 陳述：否認證人 z₃ 證言之真正。

3.y 陳述：對證人 z₃ 所證不爭執。

(六)八十六年五月七日第五次準備程序期日，兩造到場。

1.x 陳述：請求傳訊證人 z₉。

2.y 陳述：證人 z₉ 為 x 的職員，其證言不足為憑。

(七)八十六年六月四日第六次準備程序期日，兩造到場，證人 z₉ 經通知未到場。

1.x 陳述：捨棄傳訊證人 z₉，無其他主張及舉證。

2.y 陳述：「陳述同前，無其他主張及舉證」。

(八)八十六年九月十八日第七次準備程序期日，x 未到場，y 到場陳述略以：

1.八十四年一月二十七日的協調會是 x 私下找 z₂ 等人開會，當時因 y 父喪而未參加。

2.三百萬元的完工獎金是指階段性的完工，並非所有工程完工。後來因 x 禁止 y 進場施工，所以未完成試車。

3.證據：八十三年十二月十二日及八十三年十二月十三日核發之使用執照各一張。

(九)八十六年十月十五日第八次準備程序期日，兩造到場，均陳述：「無其他陳述、主張及舉證」，受命法官諭知準備程序終結。

(十)y 於八十六年十一月二十日提出辯論意旨狀：除重申八十五年二月十四日所提辯論意旨狀所載之聲明及理由外，補充理由：八十三年八月三十一日之完工並未遲延，故 y 才領得三百萬元獎金，且該項完工與試車無關，因在無水無電之情況下，根本不可能試

車。

(十一)八十六年十一月二十五日言詞辯論期日，兩造到場，x 當庭提出辯論意旨狀，是日並辯論終結。

1.x 陳述：

(1)「上訴聲明：如辯論意旨狀所載。」

(2)「答辯聲明：駁回對造之上訴。」

(3)「陳述如辯論意旨狀所載」。

2.y 陳述：

(1)「上訴聲明：如八十六年十一月二十日辯論意旨狀所載。」

(2)「答辯聲明：駁回對造之上訴。」

(3)「陳述如八十六年十一月二十日辯論意旨狀所載」。

3.x 所提辯論意旨狀內容略以：

(1)兩造於八十二年七月十四日所訂工程合約書雖未明定完工期限，惟依系爭合約書「完工期限」約定之第一、五款文義，y 承攬工程之進度應配合業主之整體工程而為施作，因此，兩造自得依業主之整體工程實際進度，另行約定 y 承攬之工程應完工之期限。由於 y 承攬系爭工程之進度嚴重落後，x 曾多次催促 y 趕工，並於八十三年六月十六日、同年六月二十五日發函催促，y 乃於八十三年六月二十五日立下切結書表示完工日期為八十三年八月三十一日，嗣兩造於八十三年六月三十日簽立協議書，就上開切結書完工期限所指完工項目約定為機房、平面管、立管、水塔等之全部完工，足見系爭工程經兩造約定完工期限為八十三年八月三十一日。

(2)重申八十五年四月十七日上訴理由狀載之上訴理由(1)、(2)點。

(3)重申八十五年二月十四日辯論意旨狀載理由。

(十二)更一審判決

1. 主文要旨：

- (1) 原判決關於命 Y 給付部分廢棄。
- (2) 廢棄部分 X 在第一審之訴駁回。
- (3) X 之上訴駁回。

2. 理由要旨：

- (1) 依兩造所訂立合約書之工程項下，第一點關於完工日期空白未填載，第三點則載明「試車期間，乙方（即 Y）應派有經驗之工程師及有關之人員會同試車，至能正常運轉為止」，Y 雖於八十三年六月二十五日書立切結書表明「完工日期應於八十三年八月三十一日前」，惟其嗣於同年六月三十日與 X 之法定代理人 K 協議，就該切結書所謂之八十三年八月三十一日完工，「係指機房、平面管、立管、水塔等之全部完工，尚未包括試車之範圍，惟試車應於使用執照取得後十五日內完工試車」，Y 辯稱其做配管、保溫、冷水等工程，水塔部分也是做配管工程，X 對此不爭執，而依 Y 所提「水配管付款辦法說明」所顯示 X 之付款狀況，Y 稱其八十三年六月三十日協議書所指機房、平面管、立管、水塔等工程，並非系爭合約書所承攬工程之全部，堪予採信。
- (2) 兩造於八十三年十二月二十日所立之協議書，載明為完成兩造間之合約，特委託原施作人員 Z₁、Z₂ 等人繼續追趕進度，由 X 代行監督付款，所有費用自兩造合約款中扣除抵付等語。另 X 於八十四年一月二十七日與 Y 之小包為承接工程所召開協調會，其協議內容，亦載明：現場管路與風管衝突，需修放水管部分，需於 X 通知三日內由 Z₂ 修改並修復完成等語。此外 X 於八十四年一月二十八日委請律師發函，除要求 Y 於八十四年二月五日前提出：施工進度表、趕工人員力編制表

外，並表明希望 Y 於八十四年二月二十八日前完工。足徵迨至八十四年一月二十七日止，Y 所承包之部分工程仍有與其他工程因衝突致未能完工情形，X 始催告 Y 應於同年二月二十八日前完工。且迨至八十四年三月二十四日，仍尚有梯間、試水等收尾之工程未完成，X 因與 Z₂ 等人協議，由 Z₂ 負責收尾，並於四月十五日完工，並協議該等工程由 Z₁、Z₂ 負責收尾並於三十天內完成。倘若 Y 未向 Z₂ 扣款，Z₂ 需無條件完成，於未與 Y 澄清前，則由 X 代 Z₂ 墊付 Z₁ 點工費用等情，有該協議書可按。顯示兩造間之工程合約於上開協議時，尚屬有效存在。

- (3) 證人 Z₂ 亦證稱：伊係 Y 之小工與 X 並未訂約，主機及零件，X 應提供而未即時提供以配合施工，又沒有施工圖，因此現場管路與風管衝突而需要修改，修改的工程由伊承作，工程款向 Y 請領，據其所知，工程順利完成後，X 有發放獎金予 Y，現尚有部分工程未完工，係變更部分之工程，X 未交付施工圖等語在卷，故 Y 所承包之工程除試車外，應已依切結書之記載在八十三年八月三十一日前全部完工。Y 尚未完成之工程既係因 X 變更設計，修改工程所致，並非 Y 於承攬系爭工程時所得預見，X 復未交付施工圖予 Y 即令施工，致 Y 所承包之系爭工程因與其他工程時生衝突，而未能順利施工，自非可歸責於 Y。

- (4) X 於兩造契約有效存在期間，直接與 Y 之小包 Z₁、Z₂ 等人協議，由彼等完成部分之收尾工程，依民法第五百零二條規定，Y 亦不負遲延責任。

- (5) 至於 X 應否對其前手業主負遲延責任，則係另一問題。

五、第三審

(一) X 於八十七年一月二日提起上訴，另於同年一月二十一日補提上訴理由狀：

1. 上訴聲明意旨：

(1) 原判決廢棄。

(2) Y 應給付 X 八百九十六萬五千元，及自八十四年五月十日起至清償日按年息百分之五計算之利息，或發回台灣高等法院更為審理。

2. 上訴理由：

(1) 原審判決顯有違背法令之違法：

A. Y 向 X 承攬系爭工程，按合約規定，Y 負責承作之工程僅整體空調配管工程中之一小部分，是衡諸常情及一般工程慣例，Y 須配合其他整體相關工程之進度，按業主或 X 通知之日期進場施作，故於簽約時自難明確預定完工日期。

B. 依 Y 於八十三年六月二十五日書立之切結書文義，該切結書所稱「完工日期」應係指 Y 所承攬系爭工程全部完工而言。

C. 八十三年六月三十日所簽訂之協議書，僅係單純為排除合約中所定完工包括試車之約定。

D. 依兩造所訂工程合約書附件一（水配管施工區域說明）及附件二（水配管付款辦法說明）所載，Y 承攬系爭工程之工程項目為機房、平面圖、立管、水塔等之配管、保溫、冷水等工程，因而兩造於八十三年六月三十日所立協議書，既泛稱「機房、平面管、立管、水塔等之全部完工」自文義解釋上亦當認係指 Y 承攬系爭工程之全部工程。至於付款辦法說明，則僅為兩造就工程款付款時期所為約定。

(2) 原審判決顯有違背經驗法則之違法：

A. 兩造於訂約時無法明確約定完工日期，嗣兩造於八十三年六月二十五日約定完工日期為八十三年八月三十一日，依經驗法則判斷，所約定之完工日期係針對系爭合約之全部工程而言。

B. 依原審判決，系爭工程合約未就全部工程之完工期限加以約定，卻約定逾期罰款之計算，顯然有違社會一般經驗法則之判斷。

(二) X 於八十七年三月十二日提上訴理由(二)狀，內容略以：

1. 原審判決顯有判決理由矛盾之違法：原審判決先認定 Y 承包之部分工程至八十四年一月二十七日止仍有未能完工之情形，嗣又認 Y 所承攬之工程除試車外，已於八十三年八月三十一日如期完工，顯有矛盾。

2. 原判決顯有違背證據法則及判決不備理由之違法：

(1) 八十四年一月二十三日之協調會紀錄可證 Y 對承攬工程所有遲延甚且無故停工，原審就此有關重要爭點之證據是否可採，未說明其意見，顯有重要證據漏未斟酌之違法。

(2) 證人 Z5 證稱工地主任至現場看過，認為可以發放獎金等語，惟 X 始終否認同意發放完工獎金，故 X 是否曾透過工地主任表示可以發放完工獎金，即為重要爭議，原審就此未予詳查，顯未盡調查能事。

3. 原審就系爭工程何以發生衝突致須變更設計或有修改必要之原因未予詳加調查，即認定 Y 未能順利施工，非可歸責於 Y 之事由，自有證據未調查完備之違法

(三) Y 於八十七年二月十七日提出答辯理由狀：

1. 答辯聲明：上訴駁回。

2. 答辯理由：

- (1)依兩造合約書、切結書、協議書之約定，當事人立約時之真意即係希望y趕工完成主要項目，其餘變更、衝突、收尾部分再議，原審解釋契約並無違法之處。
- (2)原審依證人z₂之證詞認定y所承包工程已於八十三年八月三十一日前全部完工，其判斷自屬已斟酌訂約當時之事實。
- (3)x一味指摘原審綜合全辯論意旨及證據判斷後之事實認定違反其主張，卻提不出關於認事用法之具體錯誤。
- (4)系爭工程是否全部應於八十三年八月三十一日前完工，並不影響原審認定應於八十三年八月三十一日前完工之部分已確定完成之事實。
- (5)本件是水管工程之附屬工程，除主體之外，尚有配管、保溫、冷水等後續收尾工程，此收尾部分，依工程慣例，須俟水電接通後才得以確認是否裝妥，而得以進入試車階段，因此，x堅指在完工試車前，全部配管給水工程必須全部完工云云，才是違反經驗法則。

四第三審判決（八十八年一月十五日）

- 1.主文要旨：上訴駁回。
- 2.理由要旨：原審依調查證據為辯論之結果，依得心證，認x主張y未於八十三年八月三十一日完成全部工程即應負遲延責任，並據以請求y給付違約金八百九十六萬五千元，自不應准許，復說明對x其他主張之取捨意見，爰廢棄第一審所為命y給付五百三十七萬九千元本息之勝訴部分判決，駁回x該部分之訴，及駁回x對第一審判決於其不利部分之上訴，經核於法洵無違誤。上訴論旨，仍爭論y應自八十三年八月三十一日起負遲延責任，並就原審取捨證據、認定事實暨解釋意思表示之職權行使，指摘原判決不當，聲明廢棄，尚難認有理由。

參、爭點整理之問題點

一、基於違約金債權所為訴之聲明如何具體確定？

本件x訴之聲明為：「y應給付x八百九十六萬五千元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息」，對此y既未為認諾，法院即應以此項訴訟上請求為中心，就其所依據之事實及理由為何加以審理，而整理其相關之法律上、事實上及證據上爭點，此項訴之聲明可謂為本件訴訟的最大爭點。

上開x之聲明，既已明確表示其請求之特定金額，藉此可對y預告其如不盡力為攻擊防禦時所將喪失利益之上限，應認x已盡其就訴之聲明所負特定責任。惟由於有關違約金支付請求權之訴訟上行使，尚涉及法院如何在訴訟程序上依實體法容許其得酌減違約金額之規定（民法第二五二條）為處理之問題，所以就本件第一審受訴法院判決依職權酌減x所聲明之上開違約金請求額而言，有如下關涉x於程序進行中如何再為聲明及法院如何使其聲明具體確定化之問題事項，值得探討：

本件受訴法院依職權酌減違約金額時應否先予x預測其事，而有為補正、擴張或減縮聲明（參照新法第二五五條第一項第三款、舊法第二五六條第二款）之機會？是否縱使在舊法時代，為整理有關訴訟上請求之爭點以貫徹防止發生突襲之要求，該項機會之賦予亦屬必要，且為法院所應為？此項問題之探討，係亦為助益析明，何以x起訴時自始表明其已自行將約定違約金額減少至三分之一作為本件請求額（即上開聲明所示金額）、此事是否亦由於其預慮運作審判實務之法官將不

容許原告在聲明中僅表明由法院裁量判定被告應給付額，而不具體表明請求額；亦不容許表明為「至少給付某元（上開聲明所示金額）」，以示其求法院裁量之下限額？此事係亦有關新法第二四四條第四項所規定「於請求金錢賠償損害之訴，原告得在第一項第二款之原因事實範圍內，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。」之意旨或法理，是否亦適用於依據違約金給付請求權為起訴之情形。本來，此項規定係僅限於損害賠償請求始有適用，並不包括違約金請求在內，因為損害賠償請求屬所謂非因交易行為所發生之紛爭型態，其當事人通常無法預先蒐集證據，而往往遭遇舉證上困難，以致就是否與有過失等情事，很難期待原告於起訴的階段即能加以預測，而難在起訴時特定可為請求之金額範圍（參照第一編 I、貳、二內例六之說明）[✓]。可是，上開新規定係亦鑑於損害之具體數額，尚有待於法院經由訴訟過程予以斟酌裁量，而難由原告於起訴時自行預為估算並據以為訴之聲明，遂容許原告得先為最低請求金額（下限額）之表明，然後於言詞辯論終結前為補充；且要求審判長於審理過程依其審理之趨向為闡明以使原告為補充。此項規定之意旨，係為確保當事人對法院審理狀況之預測可能性，以促成聲明之具體確定化而利於凸顯兩造間上位爭點，所以可認為其亦為貫徹防止發生突襲性裁判之要求而設[✓]。倘著眼於此乃訴訟法上基本要求，則上開確保當事人預測可能性之法理，應亦適用於法院依職權酌減違約金額之情形，不因新法有無增設上開規定而不同。，亦即，就本件而言，亦應據此為闡明，以使原告就違約金請求額有為補正、擴張或減縮聲明之機會，始符防止發生突襲性裁判之要求。並且，藉用此項機會，除原告可依據審理所得資料使其聲明更加具體確定化之外，法院亦可與兩造協同行相關之爭點整理，以便導向於凸顯真正之爭點或協議簡化爭點，而儘可能防免攻擊防禦延續至第二審，

終於導致審理散漫化。

二、違約金給付請求之訴訟標的如何特定？

本件之訴訟標的是否表明為「違約金給付請求權」即可？一般而言，關於訴訟標的如何表明及已否特定，在金錢債權請求事件，縱使原告表明某權利為訴訟標的，亦尚須配合原告所主張之原因事實而為判斷[✓]。因為，以本件為例而言，在同一當事人之間可能成立多數的違約金契約，而每一個契約之訂立，其所生請求權之消滅時效起算點、其訂定時有無通謀虛偽意思表示、有無陷於錯誤等類有關請求權是否發生或存否之事實，都可能不一樣，以致其有關之審理方向也隨著可能互不盡同。所以僅抽象地表示請求法院就違約金給付請求權為審判，尚不足以特定訴訟標的[✓]，而須再表明何日訂何項違約金契約等類原因事實。於如此特定訴訟標的之後，就有關訴訟上請求所依據之事實，則由當事人續行提出而可能擴大，如果擴大的事實涉及其他非屬本件訴訟標的者，即為是否准許為訴之變更、追加的問題。因此，事實群並不會在審理程序中無限制地擴大。另如，在原告起訴主張價金債權而請求判令被告給付價金五百萬元時，即應陳述：「被告於某年某月某日與原告訂立買賣某物之契約，約定價金若干，何以尚欠五百萬元」等類原因事實，以資特定其訴訟標的。

基於以上的說明，本件之訴訟標的即請求法院為本案審判之對象，如於程序之儘早階段加以整理使其特定，其結果應為：「依 x 與 y 於八十二年七月十四日所訂合約書，約定由 y 承包 A 地空調配管工程之新建工程附屬工程；又，依八十三年六月二十五日所立切結書，約定於同年八月三十一日完工而未完工之違約金給付請求權[✓]。」至於其所約定工作之具體內容為何，則屬下述有關事實上爭點整理之問題，非

屬特定訴訟標的所必要。

三、有關違約金給付請求權存否判斷之事實如何主張、整理？

本來，依據辯論主義即協同主義，事實主張及證據提出，是當事人的權能與責任，原則上當事人所提出的事實，法官始加以審理而以為判決基礎。至於當事人所未提出之事實，原則上法官即無須加以審理，且不得以為判決基礎，藉此防止突襲，並保障當事人之辯論權。例如：被告僅提出消滅時效的抗辯，而未主張清償的事實，如果受訴法院在審理程序上，沒有線索可以認為被告似亦主張清償的事實，可是其主張卻不夠明瞭，則法官就不必行使闡明權以使被告陳明是否有意提出清償的事實，而僅就債權是否已罹於消滅時效為審理即可。倘其審理之結果認為，被告所為時效抗辯不足採，遂判決其敗訴，則其對於未提出清償事實一事，應自負蒙受不利益之結果（未以清償事實為判決基礎時之不利益），是即適用自己責任原則所導致（參照「程序選擇權論」一〇〇頁以下、併留意第二七八條第二項之規定）。

通常，原告起訴請求法院判決命被告依約定內容為給付時，應表明其所約定之給付內容，所以，本件原告 x 主張被告 y 應於八十三年八月三十一日前完工，就何謂完工，於起訴時即應表明所約定 y 應完工的內容為何。否則，法院將無從擬定審理方向，y 亦難依辯論主義為必要之攻擊防禦，以致不易整理爭點及集中審理，而不符促進訴訟之要求。亦即，就本件 x 所主張違約金給付請求權而言，因其發生係以 y 未依約完工之事實為要件，就此事實 x 負有主張、舉證之責任（證據提出責任），所以 x 於起訴時即應表明該當於其所主張有關 y 依約定應完成的工程內容為何等具體事實。如 x 未予以陳明或其陳述有不明

瞭之處，法院也應行使闡明權令 x 表明清楚，否則，法院將無從擬定審理方向，被告也不知該如何針對何項具體事實為攻擊防禦。至於在適用辯論主義之本件訴訟，為防止突襲並促進訴訟，原告就該當於違約金給付請求權發生之事實，應具體提出到可以讓被告得知如何為攻擊防禦的程度，係亦涉及第一九五條有關陳述義務、第一九九條有關闡明權（義務）及第二六六條有關準備言詞辯論之書狀應如何陳明等規定如何運用之問題。

更具體言之，x 既然係選擇權利單位型訴訟標的，所以經其特定訴訟標的為基於上開原因事實之違約金給付請求權以後，應從如下的方向為爭點整理：

1. 為盡當事人所負訴訟促進義務（協力迅速進行訴訟之義務），x 應主張該當於違約金給付請求權發生之要件事實。就此，x 既已主張其與 y 間有約定：y 應於八十三年八月三十一日前完成 x 所主張的工程項目，如未完成，y 即應給付如上開訴之聲明所示經減至三分之一以前之違約金額等事實，則法院應再針對其他不盡明瞭之有關工程項目內容及其是否包含試車等事實主張，令 x 以言詞或主張書狀一一列明，然後使 y 對該事實主張為認否之陳述，藉以釐清兩造間就該主張內容有爭執之部分與無爭執之部分各為何，以便進一步釐清 x 已否就有爭執之事實（應證事實、事實上爭點）聲明證據及二者間有無關連性。亦即，x 本應於起訴時即具體陳明其所提上開聲明及違約金給付請求權發生所依據之事實及理由，為此應陳述其所主張 y 應於該日完成之工程項目為何，其未具體陳明之部分，第一審法官就應令其補充敘明。如法院已賦予 x 為此項陳明之機會，而 x 竟仍未具體提出時，x 即未盡陳述義務，應視同 x 未為主張，法官即無須再就該事項進行下一步爭點整理，而可據以為判決。

本件兩造就曾約定 y 應於該日以前完成機房、平面管、立管、

水塔等工程部分之事實並無爭執，此時，法官應與兩造就其中具體項目內容為確認，而促使協議簡化爭點，亦即闡明並使兩造合意就該具體事實在本件訴訟不再當作爭點，並應記明筆錄，以防止爭點擴散或不明確。可是，就 x 主張 y 仍有部分工程尚未完成，卻未具體陳明此部分工程之內容為何一節，法院應針對此部分為闡明以使 x 為補充陳明，而不宜在其陳明以前，即貿然訊問證人。然後，如 x 為該項補充陳明時，則法院應續行使 y 對該項陳明為認否之陳述，並釐清此部分工程之完成與 y 所主張 x 未依約提供材料一事之關係，藉以掌握真正之爭點。

2. 在 x 為上開補充陳明後，y 卻予以爭執時，法院始應將兩造間所爭執有無約定由 y 於何日完成何項工程之事實（c₁ 事實）或兩造就此項工程之完成有無約定應由 x 於何日以前提供何項材料之事實（c₂ 事實），列為爭點事實即應證事實。因為，此類事實之存在係為判定 y 有無違約所必要，乃有關係爭違約金給付請求權是否發生之要件。
3. 在以上開 c₁ 事實為應證事實之情形，法院應促使 x 就該事實存在為舉證（證據聲明）以使其行為責任具體化，並依經驗法則判斷其所提證據與該事實有無關連性（參照「民訴研討(三)」二二九頁、「民訴研討(四)」一五八頁），而於肯定此項關連性及證據調查之必要性時（行證據上爭點整理後），始集中調查之（參照第二八六條、新法第二九六條之一）。然後，於肯定 c₁ 事實存在時，則使 y 就其已如期完成該工程為舉證，並就此為如同上述之關連性及必要性之判斷，而集中調查證據。
4. 在上開以 c₂ 事實為應證事實之情形，法院應促使 y 就此事實存在為舉證，並如上為關連性及必要性之判斷。然後，於得心證肯定該事實存在時，則使 x 就其已如期供料為舉證，並照上述為證據上爭點整理。

5. 如 y 所承認部分工程尚未完成之事實（見第一審第二次言詞辯論期日之答辯內容），係屬上開 c₁ 事實之一部分時，則此項承認即構成訴訟上自認，而應將此部分 c₁ 事實排除於爭點範圍之外，僅以 c₂ 事實為爭點，就此行集中審理（依上述 4 之所說明之方向）。
6. 如 y 所述上開部分工程尚未完成之事實，非屬 c₁ 事實之一部分時，則 c₁ 事實仍屬應證事實，應就此行集中審理。
7. 對於 c₁ 事實或 c₂ 事實而言，當事人所述 y 曾自 x 領取三百萬元獎金後，停工二個月（d₁ 事實）、y 曾於協議之會議記錄中自承力量不足（d₂ 事實）、x 曾被上包廠商即訴外人催促趕工（d₃ 事實）或業主曾變更冷卻水塔設計安裝處所（d₄ 事實）等類事實，均屬間接事實，僅於依經驗法則其係有助於推定應證事實即上開 c₁ 或 c₂ 事實（對於應證事實之推認具關連性），且具調查必要性時，始在兩造間有爭執之範圍內，亦成為爭點即應證事實。倘依經驗法則為整理之結果，d₁、d₂、d₃ 或 d₄ 事實等類具關連性之間接事實之一部或其全部縱屬存在，亦尚不足以複合推定應證事實 c₁ 或 c₂ 事實時，則無須以該等間接事實為調查證據之主題對象。於此情形，縱使當事人就該類間接事實為證據聲明（參照第二八五條第一項），為防止發生促進訴訟的突襲，法院應依經驗法則為事實上及證據上爭點整理，使當事人理解上開關連性或必要性有何欠缺之原由，藉以在法院與當事人間形成無須調查某項證據之共識，而促成爭點簡化協議。並且，此項協議縱使終未達成，上開爭點整理亦有助於當事人補行主張其他具關連性之事實或法院取捨證據，並使其取捨之結果（將某項證據調查之聲請予以駁回之裁定）更具要求當事人予以接納之正當化基礎。準此而論，因本件受訴法院在訊問證人以前未行上開爭點整理，終於導致其證據調查及審理伴生促進訴訟的突襲，不符爭點集中審理主義之要求。此項要求，從程序權保障論而言（參照「程

序選擇權論」四頁以下；「司法現代化」一二〇頁以下、「程序制度機能論」六頁以下），即使在舊法時代，亦屬應然。

8. 通常，x 起訴時所陳述其已表示解除承包契約之事實，與其所主張違約金給付請求權是否發生，非有必然之關係，該事實非當然成為該權利發生之要件。因此，為避免爭點擴散，法院宜向 x 闡明其為該事實陳述之用意，而就該事實未經兩造約定成為上開權利發生之要件一事，在法院與當事人間形成共識，藉此將該事實排除於爭點事實範圍之外；並在計算違約金額多寡所必要之範圍內，就解約表示生效之日期（八十四年二月十一日）使當事人為確認，而促使成立爭點簡化協議（就假使認為約定之違約金給付請求權發生時，其金額應否或如何以該解約日期為準計算一事，使兩造成立合意）。

四、酌減違約金時之判斷基礎事實如何蒐集、整理？

本件第一審受訴法院依職權酌減違約金之判決內容，是否係就當事人之事實主張行爭點整理後所形成者，亦值評析。亦即，依向來最高法院見解，違約金的酌減，法官可以依職權為之。例如，其謂：「當事人約定之違約金是否過高，須依一般客觀事實，社會經濟狀況，當事人所受損害情形及債務人如能依約履行時，債權人可享受之一切利益為衡量標準，而債務人已為一部履行者，亦得比照債權人所受利益減少其數額，倘違約金係屬損害賠償總額預定之性質者，尤應衡酌債權人實際上所受之積極損害及消極損害，以決定其約定之違約金是否過高。」（最高法院八十八年度台上字第一九六八號民事判決）。問題是，此類該當於法院依職權酌減違約金時應斟酌之具體事實（下稱判斷基礎事實），應否依辯論主義由當事人提出者始可當之？或法官可依職權予以蒐集，並依職權調查證據？

本來，違約金過高時，容許法官可依職權予以酌減一事，乃民法上擴大法官裁量權、使權利發生要件抽象化之規定，亦可認為屬於「實體法上非訟化」之一種態樣。係立法者授權法官斟酌個別具體情形，就約定之違約金額是否過高為判斷。此即將發生權利之要件、權利內容之大小，委由法官依具體情形為公平裁量，含有立法者授權法官造法之意涵，乃為因應社會生活的複雜化及個別事件之特性、需求所然。由此可見，違約金的酌減，充其量只是從實體法上就權利內容之形成賦予法官裁量權，但並沒有從訴訟法上亦容許法官可以不適用辯論主義，非承認其有不待當事人提出事實、證據，並為充分辯論即可下裁判之權限。因為，實體法上非訟化並不當然亦必導致程序法上非訟化。換言之，在違約金給付請求事件，其雖就違約金債權內容、範圍之形成有實體法上非訟化，但在訴訟法上仍不能違背處分權主義及辯論主義等程序法理。所以，法官酌減違約金時，也須以當事人所提出的事實資料為判決基礎，或在不致發生突襲性裁判之範圍內為之（參照第二七八條第二項、第二八八條）。

就本件而言，y 對於違約金數額之約定並無爭執，僅爭執有無該當於違約金給付請求權發生之事實，則在該事實未經證明為存在以前，通常固然尚無依職權酌減違約金之問題。縱使在如本件第一審法院般形成心證之結果，認為違約金給付請求權已發生、存在之情形，就上開有關酌減違約金之判斷基礎事實，尚應適用辯論主義即協同主義為爭點整理，以防止發生突襲性裁判。亦即，受訴法院應行爭點整理之方向如下：

1. 在當事人就約定之違約金額過高提出判斷基礎事實以前，原則上法院無須依職權蒐集該事實（參照「民訴研討四」一六七頁），亦不必依職權調查證據。因為依辯論主義，在訴訟法上 y 就該類事實負有主張責任，在當事人為該類事實之提出以前，法院原不應以該類事實

為判決基礎，而應適用自負責任原則，由 y 承受其不為提出所伴生之不利益。至於如當事人所為事實主張涉及該類事實卻有不明瞭、不完足者，則屬應由法院為闡明，以防止發生突襲之另一問題（參照新法第一九九條之修正理由）。

2. 在 y 已主張該當於上開判斷基礎事實之具體事實時，法院應使 x 為認否之陳述，以釐清其中有爭執者及無爭執者，而將前者列為爭點（應證事實），就此促使 y 為證據聲明。此時，原則上法院不須依職權調查證據，因為當事人就違約金債權原有處分權，尚不關涉公益或集團性利益之保護，所以非屬有必要依職權調查證據之情形（參照新法第二八八條之修正理由、「民訴研討^(六)」三二九至三三〇頁、「民訴研討^(七)」一〇四頁）。

3. 如法院在有關違約金給付請求權存否之審理過程，行證據調查之結果（如：就 c₁ 事實或 c₂ 事實行證據調查之結果），得知上開有關酌減違約金之判斷基礎事實時，則應賦予當事人有就該事實為主張、辯論之機會（依第二七八條，併參照「程序選擇權論」一〇一頁以下及一三〇頁內註五四之說明）。此項程序之踐行，係為防止發生突襲性裁判、落實辯論主義即協同主義所必要，卻為本件第一審受訴法院所忽略。並且，此項程序踐行之必要性，是否已被向來持上開見解之最高法院所充分認知，亦非令人無疑。

綜上評析，本件訴訟之審理，自起訴至判決確定，費時將近四年，歷經三審並遭第三審法院發回更審。其間，第一審開言詞辯論期日六次、第二審行準備程序四次，其更審中則復行同程序多達八次。如此未善為整理爭點致未集中辯論之審理散漫化，非但已浪費可觀之司法資源，不符訴訟經濟、促進訴訟之要求，亦對當事人造成相當大之程序上及實體上不利益。此類資源浪費及不利益之發生，係肇因於受訴法院仍採行向來審判實務所慣用之分割審理方式，且由於未能充分踐

行爭點整理程序所導致。

【本文係司法院司法業務研究會有關如何促進審理集中化課題之講座評析，經錄音整理後，補加闡釋而成；曾刊載月旦法學雜誌第五十七期（二〇〇〇年），並再經調整、補充內容後，收錄於本書。該研究會係由各審級現職法官參加組成，以台灣台北地方法院八四年度重訴字第五五八號、台灣高法院八四年度重上字第三三九號、最高法院八五年度台上字第二六二九號、台灣高等法院八五年度重上更^(一)字第一六二號及最高法院八八年度台上字第九五號給付違約金事件之各審法院審理案卷為素材，就其審理過程未能集中審理之相關部分，進行學理上研析。】

II 優先承買權存否確認 事件之爭點整理

壹、事實概要	181
貳、涉訟經過	182
參、爭點整理之問題點	201
一、有關訴之聲明及訴訟標的如何整理、特定之問題	201
(一)指向於貫徹紛爭解決一次性之要求及落實訴訟標的選擇 權之保護	201
(二)預設既判力客觀範圍之判定基礎	205
二、有關優先承買權存否之事實主張及證據聲明如何整理？ ...	210

壹、事實概要

- 一、A地及其上建物B屋（共四層樓）原均為訴外人Z₁、Z₂、Z₃於六十三年十二月八日因繼承取得所有，B屋於七十一年間經台北銀行行使抵押權而遭法院拍賣，由Z₄於同年六月二日拍定取得所有權，Z₄繼於同年七月五日將B屋一、四樓出賣予Z₅公司（法定代理人Z₆為原告X之子），將二、三樓出賣予Z₇（Z₆之妻），再由X於七十五年七月十日輾轉買受取得B屋全部所有權。
- 二、A地經台北地院以八十一年民執正字第三八四〇號強制執行事件拍賣，由Y拍定。
- 三、X曾主張其為地上權人，對Y起訴請求確認優先承買權存在，經三審判決其敗訴確定在案。
- 四、Z₁、Z₂、Z₃曾起訴請求X給付地上權之地租，於訴訟中追加請求給付租金，嗣於八十三年十月四日，X與Z₁、Z₂、Z₃達成訴訟上和解，和解內容為：「X同意給付Z₁、Z₂、Z₃A地租金三百八十四萬元，Z₁、Z₂、Z₃同意自八十三年七月一日起，每月租金以五萬八千元計算，每六個月給付租金一次」。
- 五、X表示願以承租人地位，依土地法第一〇四條第一項規定，就A地之拍賣行使優先承買權，Y否認X優先承買權存在，X乃提起本件訴訟。

貳、涉訟經過

一、第一審

(一) X 於八十三年十二月二日起訴。

1. 訴之聲明略以：確認 X 就台北地院八十一年民執正字第三八四〇號強制執行事件，對債務人 Z₁、Z₂、Z₃ 所有 A 地所有權之拍賣，有優先承買權存在。

2. 主張略以：

(1) 如事實概要一、二。

(2) X 於七十五年七月十日辦妥 B 屋之所有權登記，即 X 所有之建物自此時起即繼續使用 A 地。

(3) 如事實概要四。故原土地所有人 Z₁、Z₂、Z₃ 係有償提供 X 使用土地，且係基於租賃關係。

(4) 依土地法第一〇四條第一項規定，X 既與原土地所有人間有基地租賃關係存在，即對系爭拍賣之土地有優先承買權。且因 Y 就 X 之優先承買權有爭執，X 顯有確認必要而具有確認利益。

(二) 八十三年十二月二十三日第一次言詞辯論期日，兩造到場。Y 當庭提出答辯狀，其內容略以：

1. 聲明：駁回 X 之訴。

2. 理由：

(1) B 屋自為 Z₄ 所有時，即未對 A 地之使用收益與土地原所有人 Z₁、Z₂、Z₃ 有支付租金之約定，亦無租金之給付，Z₁、Z₂、Z₃ 亦未曾為租金之請求；嗣 B 屋於七十五年間由 X 取得所有後，

X 與 Z₁、Z₂、Z₃ 間亦未曾有租金之約定或為租金之請求或給付之行為，則 X 與 Z₁、Z₂、Z₃ 間難謂有租賃關係存在。

(2) X 提出之和解筆錄，係 Z₁、Z₂、Z₃ 向 X 請求給付「地上權」之地租所為，足見 Z₁、Z₂、Z₃ 亦非認 X 於 A 地上有租賃關係存在。

(3) X 於 A 地拍定時，並非承租人，已如上述，而其提出之和解筆錄，係 Z₁、Z₂、Z₃ 於 A 地拍定後，為請求 X 給付地上權之地租所為，與 X 主張土地法第一〇四條之「承租人」並無關連。縱認上開和解筆錄作成時，有變更原有法律關係為租賃之合意，亦與主張優先承買者須於「基地出賣時」為該基地之地上權人、典權人或承租人者不符，X 起訴難謂有即受確認判決之法律上利益。

(4) X 於 Z₁、Z₂、Z₃ 提出上開和解筆錄所載地上權地租請求之前，曾以同一原因事實主張其為地上權人，對 Y 起訴請求確認優先承買權存在，經三審判決其敗訴確定在案。X 於上開和解筆錄中，仍同意給付地上權地租，涉嫌虛偽訴訟，委無足取。

(三) X 於八十三年十二月三十一日提出準備書(一)狀，其內容略以：

1. 本件基地所有人 Z₁、Z₂、Z₃ 於出賣 B 屋與 X 時，X 除應支付買房價金外，另應支付使用土地之相當對價，依最高法院八十三年八月十六日八十三年度第十一次民事庭議事錄決定，自有土地法第一〇四條第一項規定之適用。

2. B 屋由 Z₄ 於七十一年六月二日拍定取得所有權後，於同年七月五日將一、四樓出賣與 Z₅（提出公證書為證），將二、三樓出賣與 Z₇（提出公證書為證），惟 Z₁、Z₂、Z₃ 遲未點交，至七十二年三月十日始搬離（提出協議書為證），故 B 屋至同日止，均在基地所有人即 Z₁、Z₂、Z₃ 使用收益中，自無給付使用土地相當

對價問題。

3.七十二年三月十一日 z_1 、 z_2 、 z_3 與 z_5 及 z_7 訂立土地租賃契約書（提出土地租賃契約書為證），約定租期自同日至七十七年三月十日。 z_7 於七十四年五月十八日將二、三樓轉賣 z_6 ， z_6 於七十五年七月十日再賣予 x ；一、四樓 z_5 亦於同日賣予 x 。 x 取得 B 屋所有權後，雖未與 z_1 、 z_2 、 z_3 訂立土地租賃契約，惟因 z_1 、 z_2 、 z_3 與 x 之前手訂有租約， z_1 、 z_2 、 z_3 並無不收取使用土地相當對價之意。況 z_1 、 z_2 、 z_3 於台北地院八十一年民執正字第三八四〇號強制執行事件中，曾於八十二年二月間向執行法院聲明異議，主張 x 積欠 z_1 、 z_2 、 z_3 地租達五、六百萬元，謂 A 地在強制管理中係有相當收益，而對執行法院裁定對 A 地另行估價拍賣一事聲明異議（提出聲明異議狀為證）。又 z_1 、 z_2 、 z_3 更於給付租金事件對 x 起訴主張給付使用系爭土地之相當對價，雙方並達成和解，確認 x 應給付 z_1 、 z_2 、 z_3 使用土地之租金，該和解之成立，即為 x 與 z_1 、 z_2 、 z_3 間給付使用土地對價之約定，縱使和解成立於系爭土地拍定之後，與土地法第一〇四條之規定不符，惟於拍定前，客觀上亦存在 x 應給付 z_1 、 z_2 、 z_3 使用土地對價之事實，故仍有土地法第一〇四條第一項規定之適用。

4. y 主張上開和解之訴訟為虛偽訴訟云云，係昧於事實，蓋 z_1 、 z_2 、 z_3 於該案中之起訴聲明固因不知 x 與 y 間之確認地上權存在之訴已敗訴確定而請求給付地上權之地租，惟於八十三年九月三十日之準備書狀，已追加依土地租賃法律關係請求土地租金，並非有虛偽訴訟之事。 y 此部分主張，應負舉證責任。

四八十四年一月六日第二次言詞辯論期日，兩造到場，法官諭知候核辦。

(五)八十四年一月二十七日第三次言詞辯論期日， x 到場， y 未到。

(六) y 於同日提出準備書狀，其內容略以：

1. x 所引最高法院八十三年度第十一次民事庭會議決議，因違反最高法院五十三年台抗字第五七〇號判例而不足採。且該決議係指依客觀情形，足認買賣雙方有成立租賃契約之合意而言，非謂認依客觀情形有支付使用土地相當對價之必要者，均可認具有租賃之法律關係。蓋土地利用人依客觀情形應支付使用土地對價而未支付時，除有租賃合意或設有地上權外，所有人可依不當得利之規定請求返還所受利益。

2. 縱認上開決議可採，亦僅適用於「基地所有人」出賣房屋，買賣雙方依約定或客觀情形，足認應支付使用土地對價，且雙方依法律規定或約定無另成立其他法律關係之情況。而本件 z_1 、 z_2 、 z_3 係經法院強制執行之拍賣而出賣系爭房屋，與拍定人 z_4 間自不可能另成立租賃關係之合意。況買受人有使用系爭土地之權，乃依民法第八百七十六條規定享有地上權之結果，縱依客觀情形，其仍應支付使用土地對價，亦屬依地上權之法律關係所應支付之地租，與租賃之法律關係有別，即無上開決議之適用。至買受人 z_4 再將該房屋出售，已非「基地所有人出賣房屋」， x 輾轉由「基地所有人」以外之前手購得房屋，亦非自「基地所有人」買受房屋，而無可能依客觀情形，與基地所有人有成立租賃契約之合意。

3. 依戶口名簿可知， z_1 、 z_2 、 z_3 早於七十一年二月四日即已遷出系爭建物，故 x 所提出之 z_1 、 z_2 、 z_3 於七十二年三月十日始搬離系爭建物之協議書，顯與事實不符。又 x 提出 z_1 、 z_2 、 z_3 與 z_5 、 z_7 間於七十二年三月十一日所訂之土地租賃契約書中，竟無租金給付方式與承租人如何分擔租金之約定，已滋疑義。且 x 於前案訴訟中，從未主張或提出此文書，顯係臨訟制作，非為真

正。況該契約書係訴外人簽立，X受讓該建物時，非當然承受租賃之法律關係，該契約縱屬真正，亦不足證明X於系爭土地有租賃關係存在。

4. Z₁、Z₂、Z₃自始即不認其與X間有租賃關係存在，此由Z₁、Z₂、Z₃之起訴狀係請求地租而非租金等記載可稽，惟因X之誘導，Z₁、Z₂、Z₃乃改以請求給付租金方式為訴之追加，X並立即表示同意，且即與Z₁、Z₂、Z₃達成和解，顯有悖常情，故認X涉嫌藉虛偽訴訟謀取利益。

(七)八十四年二月十日第四次言詞辯論期日，兩造到場。X當庭提出準備書(二)狀，其內容略以：

1. X既與Z₁、Z₂、Z₃達成訴訟上和解，約定由X給付租金，則該和解筆錄已生確認X與Z₁、Z₂、Z₃之系爭基地租賃關係存在之效力。
2. 最高法院五十七年台抗字第五七〇號判例所指者，係基地與房屋同屬一人，先後分別出賣與二人之情形；而本件係基地與房屋同屬Z₁、Z₂、Z₃所有，僅出賣房屋之情形不同，自無上開判例之適用。
3. X與Z₁、Z₂、Z₃縱無訴訟上和解，因Z₁、Z₂、Z₃與X前手Z₅及Z₇間，曾訂有土地租賃契約，依最高法院七十五年第五次民事庭會議及八十三年第十一次民事庭會議之意旨，X即繼續前手與Z₁、Z₂、Z₃間之租賃關係，仍為基地承租人。
4. X所提協議書及土地租賃契約書，均經當事人簽名蓋章，前者並經律師見證，依民事訴訟法第三百五十八條之規定，自應推定為真正。
5. 至Z₁、Z₂、Z₃於前訴開始時未依租賃關係請求，係因不知兩造間確認地上權存在之訴訟已敗訴，致訴訟中始為訴之追加。

(八)八十四年三月二十三日第五次言詞辯論期日，兩造到庭，法官訂期三月二十八日宣判。Y當庭提出補充準備書狀，其內容略以：

1. X與Z₁、Z₂、Z₃間之八十三年訴字第二四六三號給付租金事件，係以請求地上權租金為先位聲明，復追加請求土地租金為備位聲明，乃預備合併。故X與Z₁、Z₂、Z₃之訴訟上和解，應係就先位之訴即給付地上權租金為和解，尚無從發生確定X與Z₁、Z₂、Z₃間有租賃關係存在之效力。

2. 私文書之推定真正，必其簽名等在當事人間已無爭執或經舉證人證明者始可。本件X未盡舉證之責。況該等文書之真正與否，與X有無租賃權無關，自無庸加以審究。

(九)第一審宣示判決（八十四年三月二十八日宣判），其內容略以：

1. 主文：確認X對於坐落○○地號土地有優先承買權存在。

2. 理由：

- (1) 本件X主張其為強制執行事件拍賣標的之承租人，依法應有優先承買權，然為Y否認，X訴請確認非無法律上利益。
- (2) 本件訴訟之當事人、聲明雖均與前訴相同，惟本件訴訟標的為承租人之優先承買權，前訴則係地上權人之優先承買權，其訴訟標的不同，即非同一事件。
- (3) 依土地法第一〇四條第一項，主張優先承買權者，須於基地出賣時，具有基地之地上權人、典權人或承租人身份，故本件應審究X就系爭基地與所有人間是否有租賃關係存在，而具有基地承租人之身分。
- (4) 本件Z₅及Z₇於七十二三年三月十一日與基地所有人Z₁、Z₂、Z₃曾訂立土地租賃契約，約定租期自七十二三年三月十一日至七十七年三月十日止，業據X提出土地租賃契約書為證。經查該契約並無禁止轉讓基地上所建房屋之特約，依最高法院四

十八年台上字第二二七號判例說明，X取得房屋所有權後，對於基地出租人應仍有租賃關係存在。至其實際上有無支付租金，僅係出租人得否終止租約之問題，並無礙於租賃關係之存在。雖Y辯稱契約書上並無租金給付方式與承租人如何分擔租金之約定，而否認租約之真正，然依民事訴訟法第三五八條規定，Y對租約上簽名、蓋章之真正既未爭執，租約自應推定真正，至租金給付方式與承租人如何分擔租金之約定，並非租約之要式，只要其確有給付租金之約定即可。此外，Y並未能舉證證明租約何以非真正，所辯自非可採。

二、第二審

(一)Y於八十四年四月廿八日提出上訴聲明狀，請求廢棄原判決，駁回X在第一審之訴。

(二)八十四年六月十五日第一次準備程序期日，兩造到場。Y當庭提出上訴理由狀，其內容略以：

1.Y對於X於原審提出之私文書，除公證書外，其餘均否認其真正，即對於土地租賃契約書之真正已有爭執，原審法院未查及此，顯有違誤。

2.原審法院徒以Y並未能舉證證明租約何以非真正之理由，即為不利Y之認定，有違舉證責任分配原則。

(三)八十四年九月七日第二次準備程序期日，兩造及證人Z₆、Z₇到場。

1.Z₆證稱：土地租賃契約係Z₂與Z₆簽約，當時只有Z₂與Z₆二人在場。

2.Z₂證稱：簽約時雖不在場，但知此事。

(四)八十四年十一月九日第三次準備程序期日，兩造到場。

(五)八十四年十一月二十九日第四次準備程序期日，兩造到場，X並當庭提出答辯狀，其內容略以：

1.[引用第一審判決書理由，見上述一、(九)2.(4)]。

2.上開土地租賃契約之真正，業經該契約當事人即Z₆及Z₇到庭證實。

3.X曾與Z₁、Z₂、Z₃於另案中達成和解，可證Z₁、Z₂、Z₃與Z₆、Z₇曾於七十二年三月十一日訂立土地租賃契約，而Z₁、Z₂、Z₃認為X為Z₆父親，Z₆於上開土地租賃契約之承租人地位，於建物轉讓與X後，亦當然為X繼受，故其與X間仍有租賃關係，乃起訴請求X依租賃法律關係給付租金。

(六)八十五年一月二十五日第五次準備程序期日，兩造及證人Z₆、Z₇到場，另證人Z₁、Z₂、Z₃三人均未到場。

(七)八十五年五月三十一日第六次準備程序期日，兩造到場。Y仍否認系爭土地租賃契約之真正；而X則主張租金每月七十萬元，並提出Z₅(法定代理人Z₆)簽發、經Z₁背書之支票影本一張為證；Y主張該支票影本不能證明係租金，且其上Z₁簽名與租賃契約中Z₁之簽名不相符，故否認支票真正。

(八)X於八十五年六月四日提出調查證據聲請狀，聲請向付款銀行查詢上開支票由何人兌領，入何人帳戶，以證明確係Z₅為付系爭土地一部分租金而簽發，並經Z₁兌領。

(九)八十五年六月十九日第七次準備程序期日，兩造到場。Y主張Z₁在支票上背書之簽名，與租賃契約書上之簽名不同；X則主張相同。

(十)法院於八十五年六月十九日向銀行函查，於同年月廿八日函復，檢送Z₁代收系爭支票之收入傳票乙紙。

(十一)八十五年七月五日第八次準備程序期日，兩造到場，對於上開銀行復函無意見。

1.X提出由Z₅簽發，經Z₁背書(蓋章)之支票影本四紙，主張Z₁

與 z_6 間有不定期租賃關係， z_1 不搬遷， z_6 不得已才付支票，並指名其為受款人， z_1 拿到支票後，其經營之公司即搬離；另土地租賃契約書與七十二年二月六日協議書上 z_1 之簽名係由其本人簽名，且均相符。

2. y 對於 x 主張之上開四張支票指名 z_1 為受款人及上述契約書與協議書上之簽名相符無意見，但否認簽名為 z_1 本人所簽。

3. x 主張 z_6 當時成立幼稚園， z_1 、 z_2 、 z_3 有出具同意書，其使用土地係有對價的，並提出七十二年五月一日由 z_1 、 z_2 、 z_3 與 z_5 （ z_6 為法定代理人）之「房地產借用同意書」為證。 y 主張其上 z_1 之簽名又不相同。

4. 法官宣示準備程序終結。

(三) x 於八十五年七月十九日提出辯論意旨狀，其內容略以：

1. 依土地法第一〇四條第一項及最高法院四八年台上字第二二七號判例，其就系爭土地有租賃關係存在，即有優先承買權。

2. 至於上開土地租賃契約之真正部分，該契約當事人 z_5 法定代理人 z_6 及 z_7 已到庭證實，並提出 z_5 為發票人，面額十六萬元，七十二年四月二十日期之支票作為給付租金之證明。從該支票發票日與租約訂立日相近（一為三月十一日，一為四月二十日），及 z_6 （ x 之子）與 z_1 於七十二年二月六日協議書第一條之搬遷補償費數紙支票均交付 z_1 ，為 y 所不爭執，更足證為租金（另部分租金以現金交付 z_1 代收），故有租賃關係。

3. 在前案中達成訴訟上和解，認 z_1 、 z_2 、 z_3 本於出租人地位，請求 x 給付土地租金，而 x 亦同意給付，可證確有租賃關係。

4. 再依最高法院八十三年八月十六日八十三年度第十一次民事庭議事錄決定， x 對系爭土地為承租人，於土地出賣時，自有優先承買權。

(四) 八十五年七月二十三日言詞辯論期日，兩造到場。 y 當庭提出言詞辯論意旨狀，其內容略以：

1. 否認除公證書以外 x 所提出文書之真正，並主張 x 尚未能舉證證明該等文書之真正，自不得據以主張有租賃關係存在之論據。

2. z_5 為發票人，面額十六萬元，七十二年四月二十日期之支票縱認為真，亦非必作為給付租金之用，況其後 z_1 之簽名，與其餘協議書、土地租賃契約之簽名不符，足證上開書證之簽名及蓋章均非真正。

3. 至於 z_1 、 z_2 、 z_3 與 x 達成訴訟上和解部分，係認存有地上權關係而已，嗣後雖為取得 x 之給付，另同意以給付租金之方式與 x 達成和解，惟此不過該案兩造嗣後之協議而已，不足以證明其於達成和解前已存有租賃關係。

(五) 第二審判決書（八十五年七月三十日宣判）

1. 主文略以：上訴駁回。

2. 理由略以：

(1) x 之訴非無法律上利益，且與前案並非同一事件（內容同一審判決理由）。

(2) x 主張系爭土地上之建物為其所有，而該土地現由 y 拍定等事實，堪認為真實。 x 之房屋既係於七十五年七月十日輾轉向訴外人 z_5 及 z_7 等人買受，而 z_5 及 z_7 曾於七十二年三月十一日與基地所有人 z_1 、 z_2 、 z_3 訂有租期至七十七年三月十日止之土地租賃契約，有該土地租賃契約書可稽，且經 z_6 及 z_7 證明屬實，並提出面額十六萬元支票為證，而該支票係由 z_1 提出交換收妥轉帳， x 並陳明該支票票款係作為給付部分租金之用，而該支票之發票日與租約訂立日相近，證人 z_6 與 z_1 於七十二年二月六日協議書第一條之搬遷補償費之數紙票據，

均交付 z_1 ，亦為 y 所不爭執，自堪信證人之證言為真實；況揆諸 z_1 、 z_2 、 z_3 事後亦起訴向 x 請求給付租金，然其並未向 z_5 及 z_7 請求租金，顯見 x 與 z_1 、 z_2 、 z_3 間確有租地契約，且已支付租金所致，則依最高法院四十八年台上字第二二七號判例意旨，即可推定土地出租人於立約時，已同意租賃權得隨同房屋而移轉。應認 x 於受讓房屋所有權時，對基地之出租人仍有租賃關係存在。

(3) 況且 x 與基地所有人 z_1 、 z_2 、 z_3 曾於另件台北地院八十三年度訴字第二四六三號請求給付租金事件審理中為訴訟上之和解，亦足認其與該基地所有人 z_1 、 z_2 、 z_3 已成立系爭土地之租賃契約。

(4) 從而， x 依土地法第一〇四條第一項規定，請求確認其對系爭基地（土地）之拍賣，有優先購買權存在，自屬有理，應予准許。

三、第三審

(一) y 於八十五年九月二日提出上訴聲明狀，聲明上訴。

(二) y 於同月二十三日提出上訴理由狀，其內容略以：

1. 聲明：原判決廢棄，駁回 x 在第一審之訴。

2. 理由：

(1) y 自始否認土地租賃契約書上 z_1 、 z_2 、 z_3 簽章之真正，乃原判決以該契約書一方當事人即 z_6 及 z_7 之片面證詞，即認定形式上及實質上真正，要與最高法院判例意旨有違。

(2) 證人 z_6 及 z_7 分別為 x 之兒及兒媳，其證詞多所偏袒，且依 x 提出之「房地產借用同意書」，系爭土地仍為 z_6 占有使用中，具有利害關係，是其供述何以可採，法院應詳加說明。乃原判決未予說明，有判決不備理由之違法。

(3) x 提出 z_5 簽發之十六萬元支票，其金額與土地租賃契約書上之約定租金數額顯不相當，難謂係作為給付租金之用；況 z_5 及 z_6 既與 z_1 、 z_2 、 z_3 本涉有他項糾紛，該支票是否係為給付租金之用，要非無疑；至支票發票日與租約訂立日相近，非不得透過事後虛偽制作土地租賃契約書之方式為之，故原判決此部分認定，與經驗、論理法則有違。

(4) z_1 、 z_2 、 z_3 與 z_5 、 z_7 未簽訂土地租賃契約，故從未向 z_5 及 z_7 請求租金，乃為當然，由此益證土地租賃契約係虛偽不實。乃原判決既認未有請求租金情事，竟反據此認定有租地契約且已支付租金所致，顯有違法。

(5) z_1 、 z_2 、 z_3 曾起訴請求「地租」，顯見 z_1 、 z_2 、 z_3 主觀上本即不認為與 x 間有租賃關係。至於其後基於訴訟策略之運用，改以備位請求租金方式達成和解，亦不足以證明 x 於 y 拍定系爭土地時，即有租賃關係存在。

(三) x 於八十五年十月十四日提出答辯狀，其內容略以：

1. 聲明：上訴駁回。

2. 理由：

(1) 姑不論 z_5 及 z_7 之租約是否真正，客觀上，系爭土地未有無償使用之約定，且有給付使用對價之事實，性質上自屬租賃。依最高法院四十八年台上字第一四五七號判例意旨，應認土地所有人默許 x 使用系爭土地；又依最高法院八十三年第十一次民事庭會議決定，倘可依客觀事實，足認買方支付對價予土地所有人，性質上亦屬租賃，而本件 z_1 、 z_2 、 z_3 既訴請 x 給付使用土地對價，即足認使用土地應給付相當對價，自屬租賃。

(2) 本件 z_5 及 z_7 確曾在七十二年三月十一日與 z_1 、 z_2 、 z_3 訂定租

賃契約，並給付租金，原判決綜合各項事證，認有租約並詳載理由，於法相合。

(四)第三審判決書（八十六年三月二十日）

1.主文：原判決廢棄，發回台灣高等法院。

2.理由：

(1)查Y曾抗辯：系爭土地之租賃契約書，係X臨訟製作，其上Z₁、Z₂、Z₃之簽名不實云云，係屬攸關該租賃契約之私文書是否確由Z₁、Z₂、Z₃簽署，及其與Z₇等人間就系爭土地是否確訂有該租賃契約之重要攻擊防禦方法。原審恣置不論，未遑進一步調查，遽憑X之子、媳Z₆、Z₇等人之證言，而為不利於Y之認定，難謂無判決不備理由之違法。

(2)縱Z₇等與Z₁、Z₂、Z₃間所訂立之前開土地租賃契約書係屬真正，然其租賃期限已明定至七十七年三月十日止，X於七十五年七月十日取得地上房屋之所有權時，所得繼受該租賃關係之「期限」，似應至七十七年三月十日止。何以X就台北地院於八十一年間對系爭土地之拍賣，仍得以承租人之身分，依土地法第一〇四條第一項規定主張優先購買權？

(3)雖X與Z₁、Z₂、Z₃曾於八十三年九月三十日在另件給付租金事件中成立訴訟上之和解，但和解成立時，倘該Z₁、Z₂、Z₃早已非系爭土地所有人，X是否猶得以其與Z₁、Z₂、Z₃間之和解契約對抗系爭土地之拍定人即Y？且該和解契約（和解筆錄）僅記載X同意給付Z₁、Z₂、Z₃關於系爭土地之租金三百餘萬元、及自八十三年七月一日起按月計付租金等內容，對於七十七年三月十日起至Y拍定取得系爭土地所有權時止，X對系爭土地是否尚有租賃權存在，均未提及，何得據以認定X自七十五年七月十日起繼續對系爭土地享有租賃權？原審疏未究

明，所為Y敗訴之判決，尤屬難昭折服。

四、更一審

(一)八十六年六月五日第一次準備程序期日，兩造到場。Y當庭提出上訴理由狀及調查證據聲請狀。

1.上訴理由狀之內容略以：

(1)否認土地租賃契約書形式真正。

(2)縱認為真，亦係Z₁與Z₅及Z₇通謀虛偽意思表示所立而屬無效。蓋：

A.系爭土地出租面積達一百坪，且處台北市永吉路，其五年租金約定僅七十萬元，即每年十四萬元，過於低廉。

B.一百坪土地之租約，內容簡略，顯違常理。

C.租約如屬真實，何以Z₁、Z₂、Z₃於期滿前未與X重定租金並換約續租，而任令X繼續使用？又何以Z₁、Z₂、Z₃於前案給付地租訴訟時未曾以該租約主張權利？X又為何於另案以有法定地上權為由訴請確認優先購買權存在時未曾以該租約主張權利，均有違常情。

(3)縱認租約真正，但證人Z₆已證稱該租約係Z₁一人與其簽立，Z₂及Z₃未參與，該租約對於Z₂及Z₃亦不生效力，Z₅及Z₇尚未能有效取得租賃權，從而X亦無從依租賃關係主張優先承買權。

2.調查證據聲請狀之內容，係聲請裁定命X提出土地租賃契約書原本，並勘驗其上Z₁之簽名與其因拒為證人經前二審法院裁罰而向最高法院提出抗告狀上之簽名筆跡是否相符，必要時並請送鑑定。

(二)Y於八十六年七月三日提出準備書(一)狀，其內容略以：

1.X非具有系爭土地承租人之資格：

(1) X 提出之租賃契約書顯非真正。

(2) 倘系爭租約係屬真正，原所有人何須復出具「房地產借用同意書」？

(3) 如系爭土地原所有人與 X 間有租賃關係存在，則其於另案請求給付租金事件，應以「X 繼受該租賃關係」為原因事實而訴請 X 給付租金，而不可能以地上權關係為先位聲明，復以租賃關係為備位請求而起訴，可見根本無租賃關係存在。

2. 上開訴訟上和解係出於兩造通謀虛偽而為之，應屬無效：

(1) 系爭土地為 Z₁、Z₂、Z₃ 共有，上開訴訟亦由此三人同時具名提起，但 Z₃ 長年僑居美國，且最近一次出境係為七十七年八月二十二日，無從於八十三年間就上開訴訟具名為原告。

(2) 上開事件兩造均委任訴訟代理人，但該案被告之訴訟代理人對於訴之追加竟未曾表示不同意，顯違背常理。

(3) X 曾以同一原因事實主張其為系爭土地之地上權人，對土地所有權人起訴確認優先承買權存在，經判決敗訴確定在案，詎 X 竟於上開訴訟仍同意給付地上權地租，顯與常理有違。

3. X 僅以依客觀形應支付使用土地對價，即認與基地所有權人間有租賃關係，顯有未合。

(三) X 於八十六年七月四日提出答辯狀，其內容略以：

1. 聲明：上訴駁回。

2. 理由：

(1) Z₁ 等與 Z₅ 及 Z₇ 於七十二年三月十一日簽訂土地租賃契約書，租期至七十七年三月十日，X 在七十五年七月十日受讓系爭房屋，依最高法院七十三年第五之民事庭會議決議，仍承受原來與 Z₁ 等之租賃契約關係，雖租賃期限至七十七年三月十日屆滿，惟依民法第四五一條，應視為不定期租賃關係。最

高法院發回意旨謂租賃關係應至七十七年三月十日止，似有誤會。又 X 得否承受原租賃關係，原本即為法律問題。

(2) 至 Y 另認系爭土地在永吉路，但租金僅五年七十萬元，且租約內容簡略，有違常情，因而主張係通謀虛偽意思表示所簽立，租約無效云云，其純以推論主張，顯屬無據。

四八十六年七月十七日第二次準備程序期日，兩造及搬遷協議書上見證之證人 Z₉ 到場。法官於期日終了宣示準備程序終結。

1. Z₉ 證稱：協議書內容是我寫無誤，簽協議書時，Z₆、Z₁ 均有到場，但協議書上 Z₁ 之簽名是否由其本人所簽，因年代已久不記得了，印章是否由 Z₁ 親自蓋章則不確定，但一般當事人如不在場，我是不會做見證的。

2. Y 對 Z₉ 之證言不爭執，但 X 則否認之。

(五) X 於八十六年八月十五日提出辯論意旨狀，其內容略以：

1. Z₅、Z₇ 確曾於七十二年三月十一日與土地所有權人訂立租賃契約。

2. X 於系爭土地上仍有不定期租賃關係存在。

3. 姑且不論 Z₅、Z₇ 之租約是否真正，客觀上，系爭土地未有無償使用之約定，且有給付使用對價之事實，性質上自屬租賃。

(六) 八十六年八月十九日第一次言詞辯論期日，兩造到場，審判長諭知候核辦。

(七) Y 於同月十九日提出言詞辯論意旨狀：

1. X 就系爭土地無租約存在。

2. X 就系爭土地並無法定租賃權存在。

(八) 八十六年十月七日第二次言詞辯論期日，兩造到場。當日並辯論終結。

(九) 法院於同月十四日裁定再開辯論。

(十)八十六年十一月二十七日再開準備程序期日(第三次),兩造到庭。

1.X陳述:十六萬元之支票係起訴後一年才查到,其餘五十四萬元可能是現金給付。

2.Y陳述:十六萬元之支票可以查出,則其餘支付租金之證據亦可查出。

(十一)Y於八十六年十二月八日提出準備書(二)狀,其內容同前。

(十二)同月十八日第四次準備程序期日,兩造到庭,X當庭提出準備書狀。

1.Y陳述:「房地產借用同意書」只是同意使用系爭土地,不代表有租賃關係。

2.X陳述:「房地產借用同意書」上記載「無償」,是因使用制式契約書。

3.X提出「準備書狀」略以:Z₅於六十七年設立,係合法設立之公司,前述函復謂無該公司設籍資料,而非有申報資料未列租金支出,因此,尚難據此謂Z₅未付租金與Z₁等人。

(十三)八十七年二月十六日第五次準備程序期日,兩造到庭。

1.Y陳述:「房地產借用同意書」上是記載「無償」借用,而X迄未提出租賃契約書,所以,否認「房地產借用同意書」為真正。

2.X陳述:系爭房地須繳房屋稅及地價稅,不可能無償借用。

(十四)同年三月十七日第六次言詞辯論期日,兩造到庭,均提出辯論意旨狀。當日並辯論終結。

(十五)更一審判決

1.主文略以:原判決廢棄,X在第一審之訴駁回。

2.理由略以:

(1)系爭房地原係Z₁等三人繼承取得,嗣系爭房屋由Z₄拍定取得。之後,系爭房屋由X輾轉取得之事實,為兩造所不爭,自堪信為真實。

(2)依最高法院五十三年台抗字第五七〇號判例意旨,Y即無由依土地法第一〇四條第一項後段規定主張優先購買權。本件基地所有人Z₁等三人於受強制執行狀況下首先出賣系爭房屋,而買受人Z₄循法院拍賣程序僅取得系爭房屋所有權,雙方於買賣房屋時自不可能兼就系爭土地有另行成立租賃關係之合意。至買受人Z₄再將該房屋出售時,已非基地所有人出賣房屋,X輾轉由基地所有人以外之前手購得系爭房屋,因非自基地所有人買受房屋,自無可能依客觀情形,與基地所有人有成立租賃契約之合意,亦無從依民法第四百二十五條推斷基地所有人默許其繼續承租土地。

(3)X雖主張:系爭土地所有人Z₁等三人於七十二年三月十一日與Z₅及Z₇訂有土地租賃契約書,故Z₅及Z₇對系爭土地有租賃關係存在云云,惟Y已否認該契約書為真正,X復未能提出租約原本,或舉證證明該租約為真正,X此一主張要無足取。

(4)系爭土地所有人Z₁等三人與Z₅負責人Z₆於七十二年五月一日出具之房地產借用同意書僅載明願將系爭房地無償提供使用,並未言及Z₅與Z₁等三人間有租賃關係存在,倘上開租賃契約書係屬真正,又何須由Z₁等三人會同出具房地產借用同意書,益見Z₁等三人與X前手間就系爭土地確無租賃關係存在。

(5)依上開租約所載,出租之土地面積達三公畝二八平方公尺,約為一百坪,地處台北市繁榮地段,但約定自七十二年三月十一日起至七十七年三月十日止,五年之租金為七十萬元,

亦即近一百坪土地之租金，每年僅為十四萬元，且於租期屆滿前，Z₁等三人竟未要求X續訂租約，並任由X使用土地至今，而無任何反對之表示，顯違常理。更甚者，X自租期屆滿後迄未支付租金，Z₁等三人於八十三年間在請求X給付租金事件中，與X成立訴訟上和解後，X未履行付租義務，Z₁等三人亦未聲請強制執行，益見X與Z₁等三人間就系爭土地並無租賃關係存在，從而X本於土地法第一〇四條第一項規定，請求確認其對系爭土地有優先購買權存在，即屬無據，不應准許。

五、第三審

(一)X於八十七年四月三十日提出上訴狀，其內容略以：

1.聲明：原判決廢棄發回原審法院，或確認X就台北地院八十一年民執正字第三八四〇號強制執行事件，對債務人Z₁、Z₂、Z₃所有A地所有權之拍賣，有優先承買權存在。

2.理由：

(1)原審將土地法第一〇四條第一項規定，限於「基地所有人」出賣房屋時，即有約定或依客觀情形，足認須支付使用土地之相當對價之情形，顯有適用法規違背法令之違法。

(2)縱原審認為X未提出租賃契約原本，不足以證明租賃契約存在，惟從搬遷協議書、和解筆錄等，亦足以證明基地所有人與X間就客觀情形，並無不必支付房屋使用土地之相當對價之情形，依八十三年第十一次民庭會議決議之意旨，此部分性質屬租賃，當有土地法第一〇四條第一項規定之適用，原審判決自行增加原會議決議所沒有之限制，亦屬判決適用法令錯誤之違法。

(3)原審認定X與Z₁等無租賃關係，其採證、認事有違經驗法則、

論理法則之違法。

(4)姑不論Z₅、Z₇之租約是否真正，客觀上，系爭土地未有無償使用之約定，且有給付使用對價之事實，性質上自屬租賃。

(二)Y於八十七年七月八日提出答辯狀，其內容略以：

1.聲明：上訴駁回。

2.理由：

(1)原審認定X與Z₁等人無租賃關係，其採證、認事並無違反經驗法則及論理法則之違法。

(2)原審就本件不適用最高法院四十八年台上字第一四五七號判例、五十三年台抗字第五七〇號判例及八十三年度第十一次民庭會議決議之法律上見解，已於判決理由中說明，並無違法之處。

(三)第三審判決書（八十八年三月十八日）

1.主文：上訴駁回。

2.理由要旨：原審判決經核於法並無不合，上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

參、爭點整理之問題點

一、有關訴之聲明及訴訟標的如何整理、特定之問題

(一)指向於貫徹紛爭解決一次性之要求及落實訴訟標的選擇權之保護

在確認之訴，關於其訴訟標的之表明、特定，通常係以原告訴之聲明所示實體法上權利之單複異同作為計算、判斷訴訟標的單複異同

之標準，向來一般認為並不關涉訴訟標的理論之爭論問題（至於何種情形可例外以基礎事實或過去的事實為確認對象之問題，請另參照「民訴研討(八)」七五頁及八四頁所載邱聯恭在民訴法研究會第六十四次研討會之分析）。所以，確認訴訟之訴訟標的為何，大致上以訴之聲明之記載即可判斷。

本件 x 求為判決確認之優先承買權，在向來之最高法院裁判先例上（如：六八年台上字第一一四七號判決），依土地法第一〇二條之規定認其性質上屬準物權。一般而言，物權或排他性權利之訴訟標的之特定，原則上並不以記載原因事實為必要，僅表明成為訴訟標的之實體法律關係及其歸屬關係即可。其實，容許如此為訴訟標的之表明，就原告係以物權為訴訟標的之情形而言，縱使在新法施行以後，亦屬可許，因為新法第二四四條第一項第二款規定之旨趣，係為使訴訟標的在起訴階段發揮其應有之機能，乃要求原告在表明特定、識別訴訟標的所必要之範圍內，始亦應表明原因事實，而以此為起訴之合法要件，如果原告所表明者已至可特定各該訴訟事件之訴訟標的為何，而足以與他件訴訟之訴訟標的相識別之程度，則縱使未於起訴狀併表明原因事實（取得該物權之事實），亦不能即認其不合起訴之合法要件。至於原告究係依據何種原因事實認為其訴請判決確認之法律關係存在或不存在，則是屬於依辯論主義應為事實主張及提出攻擊防禦之範圍（併請參照本書第一編 I 內「參」之說明），應依各該事件之個別案情，於應陳述訴之聲明所由生之論據為何之關聯上儘早、適時予以提出，以便整理爭點，促使審理集中化。此項作為亦屬受任為訴訟代理人之律師所負協力促進訴訟之職責（關於律師亦應發揮協同限縮爭點、促進訴訟之功能，請參照「司法現代化」二三三頁以下。又，新法第二六六條、第二六七條第二項及第二六八條之二等規定已明文要求原告表明此類原因事實，藉此課原告負一般性訴訟促進義務，以促成審理集中化）。

本件 x 訴之聲明為：「確認 x 就台北地院八十一年民執正字第三

八四〇號強制執行事件，對債務人 z_1 、 z_2 、 z_3 所有 A 地所有權之拍賣，有優先承買權存在」，此項聲明是否足以請求法院徹底解決 x 與 y 間就 A 地有關優先承買權存否之紛爭，係值得先加思考之問題。亦即，除該項拍賣行為外，倘土地所有人 z_1 、 z_2 、 z_3 與 y 就系爭土地另訂有買賣契約（或該項拍賣所繫之執行程序嗣後被撤銷）時，x 所為該項聲明內容縱被法院判決容認，此判決是否亦可解決有關其他買賣契約所涉 A 地優先承買權存否之紛爭？如不然，則本件 x 所為上開聲明是否足以求法院利用同一程序一次解決紛爭，以貫徹紛爭解決一次性之要求？似值疑問。換言之，x 上開訴訟上請求既然將訴之聲明及訴訟標的限於就台北地院八十一年民執正字第三八四〇號強制執行事件所涉範圍內之優先承買權，則其判決效力是否及於本件強制執行事件以外之 x 與 A 地所有人間其他買賣行為所可能涉及之優先承買權存否？倘若於本件之言詞辯論終結前，該拍賣程序因其他原因而終結（如：撤回執行之聲請），而 x 認為土地所有人就系爭土地曾另與 y 成立有他一買賣契約時，x 得否復就該買賣契約於本件訴訟主張其有優先承買權存在之事由，而據此求為本案審理、判決？此時，法院究應如何處理？為此類問題之解決，應先探討：在該當於發生優先承買權之原因事實有多數併存時，是否分別構成多數之訴訟標的？為避免日後就本案判決之既判力範圍發生爭執，或為利用已經開始之本件訴訟程序一次徹底解決有關兩造間就同一土地即 A 地 x 有無優先承買權之紛爭（一個紛爭），以符訴訟經濟之要求，避免浪費司法資源，並保護當事人之程序利益，法院就 x 上開訴之聲明，應先探求當事人起訴之真意為何。亦即，宜闡明 x 之真意是否求為判決：「確認 x 就 A 地對 y 有優先承買權存在」，或有意僅限定於就上開執行事件所涉及買賣契約始求為判決確認其有優先承買權？因為，對於 x 而言，其目的通常往往係求為判決確認其就 A 地對 y 有優先承買權存在，藉以徹底解決兩造間就 A

地 x 有無該項權利之紛爭。依一般常情鮮有意欲就同地一再涉訟而甘受額外勞費付出（程序上不利益）之人，除非其另有值得保護之法律上利益。況且，就同地 x 有無該權利之紛爭，如任令一再提起訴訟而不致力予以防免，亦將違反紛爭解決一次性之要求，而無端減少訴訟制度創設者即一般納稅人使用法院之機會。從此角度而言，本件 x 究竟就 y 所訂立之哪一次買賣契約主張優先承買權，並非至要。更重要的是，在本件之言詞辯論終結前，如 x 有多數得主張優先承買權之原因事實存在，為貫徹上開訴訟法上要求，理應期待其於本件訴訟之言詞辯論終結前均予以提出，以謀求利用同一訴訟程序一次解決紛爭。基此認識，本件受訴法院似應進一步在審理之儘早階段闡明：「如尚有該當於發生優先承買權之事實，是否一併主張？」，而循此方向特定其訴之聲明及訴訟標的，並進而使為完全之事實陳述。此項闡明，就其可賦予當事人防免再開後程序涉訟以致增多勞費付出之機會而言，亦有助於防止發生促進訴訟的突襲，且更充分保障原告基於程序選擇權特定訴訟標的範圍大小之機會。其結果，在兩造間之最大爭點係集中於 x 就 A 地對 y 有無優先承買權時，縱使竟然尚有法官或律師認為，應按 y 與 z₁、z₂、z₃ 等土地所有人所訂不同次買賣契約（發生於言詞辯論終結前、得由 x 主張優先承買權之多數原因事實），分別構成不同而複數之訴訟標的云云，亦宜在訴訟中從寬容許或促使 x 為訴訟標的之追加或自起訴時就提起客觀合併之訴，始符上開訴訟法上要求。況且，新法第一九九條之一第一項已增訂「依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。」此項規定，已將向來依防止發生突襲性裁判（法律適用之突襲）之要求對法院所課闡明義務，予以明文強化（併參照本書第一編 I 內「肆、一」之說明）。

(二) 預設既判力客觀範圍之判定基礎

本來，訴訟標的之特定，具有預告既判力客觀範圍之機能，所以，法官及受任為訴訟代理人之律師愈能在前訴訟之程序上儘早階段突顯、提示訴訟標的，使其範圍（本案審判之對象）具體明確，則不僅愈可促使當事人為充分之攻擊防禦，便利法院為集中審理，亦愈將有助於防止提起難與前訴訟識別其相互間訴訟標的範圍之後訴訟，或於後訴訟被提起時，容易迅速判斷有無違反既判力（參照第二四九條第一項第七款、第四〇〇條第一項）。為深入探討此方面之問題並理解相關法理，以下特借用若干事例為說明：

【例一】假設原告甲起訴主張其為出租人，已終止其與承租人乙之租約，為此以租賃物返還請求權為訴訟標的，聲明求為判決命乙返還租賃物（下稱前訴訟）。於此情形，就有關該租賃物返還請求權存否之事實，當事人負有於前訴訟之言詞辯論終結前為主張之責任。假使其間甲主張乙欠租達二期以上，經催告不履行遂表示終止租約（c₁ 事實），經判決甲敗訴確定後，甲又以乙違約轉租致甲已表示終止租約（c₂ 事實，於前訴訟言詞辯論終結前已存在之事實）為由，訴請判決命乙返還該租賃物（下稱後訴訟）。此時，如何判斷甲所提後訴訟是否違反法院就前訴訟所為判決之既判力？按：就此例而言，縱使依舊訴訟標的理論，前訴訟之訴訟標的為一個租賃物返還請求權，而甲所請求返還之標的物為同一物，租約終止事實之個數多少尚無關訴訟標的之單複，[✓]因為，就給付訴訟而言，訴訟標的理論之爭論主要是發生於實體法上請求權競合之場合，[✓]所以就本例而言，前、後訴訟之訴訟標的均為原告表明之同一租賃物返還請求權，並無請求權競合之情形，其租約終止事實之主張僅是攻擊防禦方法究為單複異同，而有關如何遭前訴訟之既判力所遮斷之問題而已。所以上開 c₂ 事實之主張既不獨

立再構成另一訴訟標的，且原則上已被前訴訟之判決既判力所遮斷。亦即，甲於前訴訟之基準時點以後，不得再主張 c_2 事實而為牴觸前訴判決之主張。因為， c_1 事實及 c_2 事實均屬有關該租賃物返還請求權（前訴訟之訴訟標的）存否之事實，且 c_2 事實在前訴訟之程序上亦可能期待甲予以主張，其就未於前訴訟為該項主張致遭不利益之判決一事，應自負責任。至於在違法轉租之事實（或積欠租金達二期以上等其他終止權發生事由）係發生於前訴訟言詞辯論終結以後之情形，應循以判斷遮斷效之標準則有所不同。因為，在此情形，於前訴訟之基準時點以前，終止權既未發生，且未經行使，尚無關於上開租賃物返還請求權（前訴訟之訴訟標的）之發生存在； x 無從予以提出主張作為判斷該請求權發生存在之基礎，尚未獲有為此項審理之程序權保障，所以基於前訴訟之基準時點以後所生上開終止事由為終止權行使之結果，應可據以提起後訴訟為主張，而未被前訴訟之判決既判力所遮斷。此亦係以前訴訟經特定之訴訟標的為前提，在其預設之基礎上決定既判力之客觀範圍為何。

【例二】假設甲、乙二車於某日相撞，致甲車內一〇八種動產遭毀損，在實體法上雖有一〇八個物權受侵害，但從訴訟法上觀點而言，在甲對乙起訴表明係以基於該次侵害行為事實所生損害賠償請求權為訴訟標的時，應認為其訴訟標的只有一個。至於在該程序上如何提出有關各該物權受侵害之事實、證據，以主張因車禍致受侵害的損害賠償請求權之權利內容，則屬應依辯論主義處理之範疇，而非屬應適用處分權主義特定訴訟標的之事項，自無關於訴訟標的是否為複數之問題。否則，如認為可按每一受害物權各構成一個訴訟標的，而先後分別起訴，將有使就同一次侵害行為事實（乙有無過失等事實）行重複審判，以致違反訴訟經濟及紛爭解決一次性等要求之虞。

【例三】原告起訴主張其已表示解除某契約，而表明以民法第二

五九條之規定所認該契約經解除後之回復原狀請求權為訴訟標的時，此請求權是否僅有一個而構成一個訴訟標的？或是按該條每款規定所認者各自構成一個回復原狀請求權，而可分別構成不同之訴訟標的？從訴訟法上觀點而言，起訴主張某契約解除後所發生回復原狀請求權，而表明以之為訴訟標的時，其訴訟標的應只有一個，至於其所請求應回復原狀之項目，則均包含於該一回復原狀請求權之內。此時，倘認為原告就該條各款所規定者必然均恒須各構成一個訴訟標的，則就同一解除權是否發生（該當於該解除權發生之事實存否）之爭點，將可能引發重複審理，以致浪費司法資源、違反訴訟經濟及紛爭解決一次性的要求，並可能造成歧異裁判，影響司法裁判之威信。不過，其事究應如何處理始可謂為至當，尚涉及如何兼顧程序權保障之要求與紛爭解決一次性（或訴訟經濟）之要求等問題，有待另從如何防止發生突襲性裁判、如何運用訴訟標的功能階段性理論等觀點（併請參照本書第一編 I 「肆、一、(二)」內例十三之析述中④之說明；邱聯恭在民訴法研究會之分析——「民訴研討(二)」二九九頁；「程序選擇權論」九頁以下），再加深入探討之餘地。此事亦有關於：如何容許原告為行使上開回復原狀請求權，乃基於程序選擇權，僅表明以某特定物返還請求權為訴訟標的，而聲明求為判決命被告返還該物（ x 曾交付被告之物），藉此限定攻擊防禦之目標及可能發生既判力之客觀範圍。

【例四】設甲對乙有五十萬元之債權，①甲可否分五十萬次，每次請求乙給付一元？②甲可否表明先起訴請求乙給付二十萬元，而明示保留另再起訴請求乙給付餘額三十萬元？③如該五十萬元債權之中，就三十萬元部分設定有抵押權，則甲可否先起訴請求乙給付其餘部分即二十萬元，然後俟行使抵押權無效果時，再另行起訴請求乙給付該三十萬元中未能取償之餘額部分？在①之情形，依實體法上觀點，縱使認為權利如何行使原則上為權利人之自由，權利人自可分五十萬次，

每次請求清償一元云云，但依訴訟法上觀點，自紛爭解決一次性之要求而言，在訴訟程序上除考慮須以實體法作為裁判規範而謀求當事人間之公平以外，尚須顧及訴訟乃一集團現象（除本件當事人外，尚有成千上萬的納稅人正在或將要使用法院之現實）。因此，五十萬元的債權，倘允許債權人任意分為五十萬次或多次一再提起訴訟請求，將會造成司法資源的浪費，減少整體納稅人使用法院的機會，難謂不違反權利（訴權）濫用禁止之原則。但在③之情形，債權人因債權有無擔保而保留一部分請求，是在可被容許的合理（有正當理由）範圍內，有其值得保護之法律上利益（實體利益或程序利益），故其判斷一部訴求（就餘額請求再提起後訴訟）可否被容許之標準即可能有所不同，宜為個別具體之論斷。

【例五】往昔，在西歐社會，曾有一段時代，就確認所有權之訴訟，係以物權取得的原因作為訴訟標的之計算單位，譬如，在原告就同一筆土地所提確認其所有權存否之訴訟，可以按時效取得、繼承或法院判決（參照民法第七五九條）……等不同之權利取得原因事實，各構成不同之訴訟標的分別起訴。此種訴訟上處理方式之採用，實亦肇因於對法官的不信賴，終致儘可能縮小訴訟標的之範圍，以限制法官審判之權限範圍。故縱然在訴訟標的為物權之訴訟，亦以該物權之取得原因事實為單位，分別構成訴訟標的，而準以判斷其單複異同。但目前縱使是舊訴訟標的理論之贊同者亦認為，於起訴時原則上訴訟標的應係，以求為判決確認之物權在實體法上之單複為標準而決定，亦即，關於物權或其他排他性權利，其訴訟標的之特定，只須依處分權主義於起訴時表明該權利及其歸屬關係（如：該物歸屬何人所有）即可。至於取得該權利之原因事實為何，則屬適用辯論主義之範疇，即使其另涉及法官如何闡明以促使提出相關事實或證據之問題，但原則上並不因權利取得之原因事實不同而當然構成不同之訴訟標的，縱然依舊

訴訟標的理論，亦是如此認為。

綜合參照如上所述之法理而論，訴訟標的如何特定及既判力客觀範圍大小之劃定，係應同時立足於訴訟法上觀點並兼顧訴訟法相關諸基本要求，而為政策上相對性論斷之事項。從而，就本件訴訟而言，當事人（其代理律師）提起訴訟或遂行訴訟時，應將涉及 x 就 A 地對 y 有無優先承買權之事實、證據，儘早各自或相互予以整理而提出於法院，使受訴法院集中於該權利存否為審理，而以之為本案審判對象。並且，受訴法院亦應為同樣之指向，適時闡明以促使兩造為相關之事實主張及證據聲明，並以之為中心踐行有關事實上、證據上或法律上爭點之整理程序，釐清其與訴之聲明及訴訟標的之論據上關連性。更具體而言，在本件訴訟之前階段，受訴法院應儘可能經由闡明（含：以心證公開為手段之法律上討論）賦予機會，促使或容許 x 補正、擴張或變更其訴之聲明為「確認 x 就 A 地對 y 有優先承買權存在」，以便利用一個訴訟程序徹底解決該權利存否之紛爭（請回顧上述「(一)」之說明），而以此項上位爭點為中心，掌握其相關之爭點事實（如：A 地被拍賣之事實或 z₁、z₂、z₃ 就 A 地與 y 訂立其他買賣契約之事實、x 就本件系爭地有租賃權或地上權等類其他該當於可得主張優先承買權之事實）、凸顯其中真正爭點，而為集中審理、下本案判決。然後，伴隨於此，在本件訴訟程序之後階段或後訴訟之程序上，將更有具體資料（如：以上開闡明為手段使 x 表明有關其不主張上開相關事實之態度）供為回顧前程序之狀況，資以評價 x 應負行為責任之具體範圍、應受失權制裁（含：權利失效、既判力之遮斷效）之範圍或後訴提起之可能範圍。此即藉爭點整理，使訴之聲明及訴訟標的之特定，在訴訟程序之前階段，充分發揮行為規範及評價規範之機能。

準此而言，本件 x 係就系爭同一 A 地優先承買權存否（本來照理應僅構成一個確認訴訟之訴訟標的者），曾主張其就 A 地為地上權人之事實

(該當於取得A地優先承買權之原因事實)而對y提起前訴訟求為判決確認,已遭三審判決敗訴確定以後,竟再主張其就A地為租賃權人之事實(該當於取得A地優先承買權之原因事實)而復對y提起本件後訴訟,以致浪費司法資源、招致當事人蒙受程序上不利益。此事難謂非亦肇因於前訴訟之受訴法院及當事人亦即本件當事人(x),未能認知上開有關整理、特定訴之聲明及訴訟標的之法理⁹並且,依此項法理行爭點整理之必要性,竟然再度被後訴訟之本件受訴法院所忽略(按:本件第一審及第二審受訴法院之判決認為,由於x在前訴訟係主張其就A地為地上權人之原因事實,而在後訴訟則主張其就A地為承租人之原因事實,所以前、後二訴訟雖同樣請求判決確認x就A地對y有優先承買權,但訴訟標的係互不相同)。

二、有關優先承買權存否之事實主張及證據聲明如何整理?

本件原告x提起確認訴訟,係選擇權利單位型訴訟標的¹⁰,而以A地優先承買權為本案審判對象,所以受訴法院在被告y未為認諾時,應先審查x有無主張該當於A地優先承買權發生之要件事實(如其未為主張時應予闡明以使x所負主張責任具體化),以及y就該項事實主張有無爭執,藉此釐清兩造間有爭執與無爭執之事實,並以其中有爭執者為爭點即應證事實,審查就此x有無為證據聲明或主張相關連之間接事實等事(經由闡明以使x盡證據提出責任),而進行事實上、證據上爭點整理。析言之,本件受訴法院(尤其是其第一審法院)本應儘早於訴訟程序之前階段,協同兩造行爭點整理,除如上所述於受理起訴之階段整理訴之聲明及訴訟標的外,宜先將A地所有權由y買受(拍賣取得)之事實(c₁事實)及B屋係建造於A地上已由x輾轉取得所有權之事實(c₂事實)等類兩造間不爭執之事實(屬x所主張上開要件事實之一

部分),經向兩造為確認後,予以排除於爭點事實範圍外,同時凸顯x所主張而為y所爭執之要件事實¹¹(本件之主要事實)即:x與A地原所有人z₁、z₂、z₃等人之間曾有由x使用A地之合意(c₃事實)及按期支付一定租金之合意(c₄事實)等內容之約定、x據該約定至今仍就A地有租賃權之事實(c₅事實)、y就x據該事實所取得之A地優先承買權加以爭執(c₆事實、顯示確認利益之事實)等事實,而以此等爭點事實為應證事實。因為,此等事實與上開c₁事實及c₂事實,均成為判斷系爭優先承買權存否即本件訴訟上請求可否被認容之主要事實;其中兩造間有爭執之c₃、c₄、c₅及c₆等事實均成為證明之主題、對象,而應為此進一步整理其相關連之間接事實及證據是否已由當事人提出主張。要之,在本件,為促成審理集中化,法院照理原應行上開爭點整理,並刻意將上開應證事實予以列明或提示於兩造當事人,使為確認而形成共識。可是,本件受訴法院自第一審起並未充分意識及此,而未踐行上開必要之爭點整理。

其結果,從c₃、c₄、c₅等事實為主要事實而論,在本件訴訟程序上被提出或呈現之多項事實,充其量僅屬間接事實而已;此等事實應否成為待證事實並為此行證據調查,乃繫於各該間接事實是否與上開主要事實之間,在經驗法則上有無關連性及有無行證據調查之必要性。所以在為此方面之爭點整理及研判以前,本不應貿然行證據調查,否則即難免造成促進訴訟的突襲¹²。例如,在本件,x所主張z₅曾簽發面額十六萬元之支票一張交付予z₁等人之事實即授受支票之事實(d₁事實)乃一間接事實,非必然即是支付租金之c₄事實,尚不即該當於足可據以判定發生租賃關係之事實存在。因為,通常依一般經驗法則,授受支票或一定金錢的事實,並非即可認為授受者(雙方當事人)間必然存有租金約定之要件事實(主要事實、推定事實),而僅係間接事實之一,所以尚不能據以判定已可適用足認當事人間有租賃關係存在之

實體法。職此，當事人縱然主張 d_1 事實，並為此事實之證明已經提出證據，法官也不必即加調查，因為，即使證明 d_1 事實存在，如無其他間接事實可資與之綜合，尚無從據以推認 c_4 事實存在，自亦不能據以結合 c_3 事實而適用相關實體法，以判定 x 就 A 地之租賃權存在。所以，此時，為防止發生突襲（促進訴訟的突襲），並為促成審理集中化，縱使在舊法時代，法官亦應再闡明，以促使當事人提出或陳明有無其他該當於發生租賃關係之事實或其前提事實（間接事實）及相關證據，至依經驗法則可認為如該等事實均存在時將足能據以推認發生租賃權之程度，然後才將 d_1 事實列為待證事實，開始集中於此調查證據（併請參照新法第二九六條之一）。反之，經如此踐行闡明程序後，倘當事人未再提出其他具關連性之間接事實及必要之證據時，則爭點整理工作亦屬完成，而無需為上述之證據調查，以節省勞費付出（獲取程序利益）。

上開爭點整理之模式，亦應用以處理當事人在本件訴訟程序上有關其他間接事實之主張，可是卻未被本件受訴法院所採行，終於導致爭點擴散，而未能審理集中化。屬於此類情形之間接事實有如：在 x 取得 B 屋所有權之時點以前，其前手曾與當時之 A 地所有權人就 A 地訂有租約書面，而其所載租賃期限在該時點以前已屆滿之事實； z_1 、 z_2 、 z_3 於 x 取得 B 屋所有權以前就搬離 B 屋事，曾簽立協議書等事實； B 屋曾經分層轉賣而終由 x 取得所有權之事實；訴外人 z_1 、 z_2 、 z_3 等人在其已非 A 地所有人時，曾訴請判令 x 就 A 地支付租金而就此達成訴訟上和解之事實。茲再試以此項和解之事實為例，析述其所涉本件訴訟之爭點整理上問題，以供參考：按，此項和解之效力僅及於該事件之當事人即 x 與 z_1 、 z_2 、 z_3 之間，並不當然亦及於非其當事人（形式當事人）之 y 。既然 y 於本件訴訟中否認 x 與 z_1 、 z_2 、 z_3 間曾成立租賃關係，則該項和解成立之事實，對本件訴訟而言，應亦僅屬間接事實之

一而已，則此項事實自尚須與其他間接事實綜合，而綜合至依經驗法則可認為足以推定該當於發生租賃關係之事實存在的程度，所以法官應基於其已形成之心證，先行闡明（如：公開心證）以促使 x 知道而提出該類可資以綜合推定之其他事實，然後才在當事人間有爭執之範圍內，就待證事實（含間接事實）開始集中調查證據。倘能如此踐行程序行爭點整理，則 x 縱然未能回應該項闡明而提出該類其他事實，亦將更容易認明其所為事實主張欠缺上開經驗法則上推認可能性之現實，而提升其對裁判之信服度。並且，法官藉此將更易釐清爭點、防止突襲、儘可能促成爭點簡化協議（促使達成合意將上開和解成立之事實排除於本件判決基礎事實之外），或隨著當事人能認明上開現實之程度達成簡化判決書制作之目的（如：就爭點整理程序上已能排除之無益主張，不需針對其是否可採再事制作判決理由）

綜上評析，本件訴訟之審理，自起訴至判決確定，費時長逾四年，且經第三審法院發回更審。其間，第一審開言詞辯論期日五次、第二審行準備程序八次、其更審中復行同程序五次。其審理之散漫化實亦由於參與運作程序之法官及律師，未能充分認知紛爭解決一次性及審理集中化之要求，且不熟諳整理爭點之技巧。

【本文係司法院司法業務研究會有關如何促進審理集中化課題之講座評析，經錄音整理後，補加闡釋而成；曾刊載月旦法學雜誌第五十八期（二〇〇〇年），並再經調整、補充內容後，收錄於本書。該研究會係由各審級現職法官參加組成，以台北地院八十三年度重訴字第一二四一號、台灣高等法院八十四年度重上字第二〇一號、最高法院八十六年度台上字第七九八號、台灣高等法院八十六年度重上更（一）字第八〇號及最高法院八十八年度台上字第五三七號請求確認優先承買權事件之各審法院審理案卷為素材，就其審理過程未能集中審理之相關部分，進行學理上研析。】

III 抵押債權存否確認事件 之爭點整理

壹、事實概要	217
貳、涉訟經過	217
參、爭點整理之問題點	233
一、抵押債權不存在確認訴訟之訴訟標的如何特定？	233
(一)抵押債務人有二人時如何特定訴訟標的？	233
(二)釐清抵押權存續期間如何影響抵押債權成為確認對象之 範圍大小	235
二、整理有關該當於抵押債權是否發生之事實主張	237
(一)先行整理有關抵押債權該當範圍之爭點	237
(二)續行整理有關抵押債權有無發生之事實上爭點	240

壹、事實概要

- 一、Z₁ 公司（負責人為 Z₄）與 Z₂ 公司（負責人為 Z₇）於八十年三月十六日簽訂契約書，約定由 Z₂ 授權 Z₁ 經銷 Z₂ 之產品，期間自同日起至八十一年三月十五日，Z₁ 應提供 X 所有之系爭不動產設定被擔保債權為新台幣（以下同）二百萬元之最高限額抵押權，作為貨款之擔保，並以 X 為抵押人即連帶債務人。X 除在該契約書上蓋印外，並另出具同意書，載明：「立同意書人 X，茲同意提供本人所有 甲地 應有部分四分之一，及坐落其上之 乙屋 全部給 Z₂ 或其指定之人設定抵押權，以作為 Z₁ 履行與 Z₂ 所簽定經銷合約之擔保。」
- 二、X 所有上開房地於八十年四月一日辦妥最高限額二百萬元之抵押權設定登記，其存續期間自同日起至八十一年三月卅一日止，清償日期依照各個債務契約之約定，抵押權人為 Y，義務人為 X，債務人為 X 及 Z₄。依土地登記書記載，申請人之雙方代理人為 Z₃。

貳、涉訟經過

一、第一審

(一) X 於八十三年七月廿六日起訴。

1. 訴之聲明：

- (1) 確認 Y 就 X 所有坐落甲地應有部分四分之一，及其上建物乙屋全部所設定最高限額二百萬元之抵押債權不存在。

(2)前項抵押權設定登記應予塗銷。

2.事實及理由：X於八十年三月間，為擔保訴外人Z₁經銷Z₂快速充電器，提供所有系爭房地給Z₂或其指定之第三人設定最高限額二百萬元之抵押權，並辦理抵押權設定登記在案，存續期間自八十年四月一日起至八十一年三月三十一日止，有土地登記簿及他項權利證明書可稽。今抵押權存續期間已屆滿，而Z₁於抵押權存續期間內並無違約情事發生，故無抵押債權存在，因此為擔保抵押債權所設之前述抵押權遂失所附麗，自應予塗銷，然X多次請求Y配合辦理塗銷，均未獲置理，為此提出訴訟。

(二)八十三年八月廿四日第一次言詞辯論期日，兩造到場。

1.X陳述：否認有借貸關係。

2.Y當庭提出答辯狀，其內容略以：

(1)本件抵押借貸係於八十年三月間，代書Z₃向Y稱有X及訴外人Z₄因做生意需款一六六萬元，欲找人借錢，X並可提供其自己所有之土地作抵押擔保，Y因見Z₃提出X之土地所有權狀正本、印鑑證明、印鑑章、身份證影本等資料，乃同意借貸，約定民間利息每月二分五。Z₃即於八十年四月一日為Y辦理抵押權設定，並於八十年四月八日將已有X及Z₄簽名、蓋章之借款證明及本票，及X書立之切結書等憑據交付Y，Y乃當場交付一六六萬元予Z₃轉交X。嗣Y於每月均按時自Z₃處取得X轉交之借貸利息，且於該借貸日後三個月時，Z₄曾至Y店內，向Y詢問Z₃是否有依期轉交利息，且留下其名片一張。八十一年四月一日借款到期後，X尚透過Z₃表示希望續借，因Y認其債信良好，每月均有付息，因而同意之。直至八十二年一月間，X未再給付利息，Y乃找Z₃代為追索，惟Z₃不知去向，Y乃透過朋友找X，X之母甚至希望Y不要

追索利息，僅還本金云云，Y本欲同意，孰知X竟提起本件訴訟。

(2)X確有收受Y交付之借款，否則不可能簽立切結書、借款證、收據、並交付本票，且該等文件上之印章係印鑑章。況X於辦理本件抵押設定後，又於八十年十月十五日再度設定抵押於Z₅（嗣於八十一年九月十五日塗銷），如果X未借款設定予Y，於再設定時理應知悉，當時焉有不對Y提出異議之理。

(3)退步言，本件亦有表見代理之適用，因X將所有設定抵押權所用之土地所有權狀、印鑑章、印鑑證明等文件交付予Z₃由其出面設定抵押，足認係由X自己之行為表示以代理權授與他人，況又有X書立之切結書、本票、借款證明，Y相信X有授權予Z₃對外借款，自屬信而有理，縱X之真意非在向Y借款，亦因其自己之行為而使Y誤信Z₃有代理權，則X自應負表見代理責任，是以X訴請塗銷抵押權，即難認正當。

(三)八十三年九月七日第二次言詞辯論期日，兩造到場。X陳述：X未向Y借貸，本票上簽名及印章，非屬X所有及所簽，X所領印鑑證明係交給Z₆再轉給Z₇。

(四)同月十四日第三次言詞辯論期日，兩造及證人Z₄、Z₆到場。

1.Z₄陳述：八十年四月八日借款本票及借據上之印章是否係我之章，因為Z₄係Z₁公司之負責人，章有很多個，所以系爭之印章究竟是不是我的，實在是不知道。我做生意，需不動產做擔保，剛好我公司職員X有不動產，故請伊幫忙做擔保。否認曾至Y處詢問有無轉交利息，抵押期限過後我才去找過Y。

2.X陳述：上開本票、切結書之章很像我的，但不是我所蓋的，我曾將印鑑證明交與Z₆。

3.Z₆陳述：其與X為表兄弟，將X之印鑑證明、印鑑章交予Z₇之

弟即代書 z_3 辦理擔保事宜，要經銷 z_2 之產品，隔三天他才交還我，並無借款之情事。

4. y 陳述：我所出借系爭款項時未見過 x 本人，錢係交予代書 z_3 。

(五) 八十三年九月廿一日第四次言詞辯論期日，兩造到場， y 當庭提出答辯(二)狀，其內容略以：

1. x 及 z_4 向 y 借款，係透過 z_3 ， z_3 除提供 x 完整之設定抵押證件資料，包含印鑑證明正本外，尚交付 x 之借款證明、切結書及本票，並立有收款收據，上開文件上之印章，均與印鑑證明上之印鑑章印文一致，本件借款自生效力。

2. y 確有交付借款金錢，收款收據所載金額與借用證上一致，要物性已具備， y 即已盡舉證責任。

3. z_4 亦為本件借款人， z_6 則為 x 之表兄，言詞難免偏頗；且證言不足以證明 y 乃 z_2 所指定之第三人。

(六) y 於八十二年九月廿四日提出陳報，奉法官指示提出系爭抵押權設定契約書、本票、切結書、借款證、收款收據等件正本。

(七) x 於同年九月廿六日提出準備書(一)狀，其內容略以：

1. y 提出之切結書、借款證、收款收據及本票等， x 均否認其真正，即內容不實且非 x 本人書寫或簽名蓋章， x 並否認印文真正，亦未授權他人為之。

2. x 交付所有權狀、印鑑章、印鑑證明予 z_4 ，乃為擔保其 z_1 經營 z_2 產品時設定抵押權登記之用，並無借款情事。

3. y 交付一六六萬元予何人？其中支票一五七萬七千元由何人提示？收款收據並無 x 印章亦非 x 所寫，內容更屬不實。

(八) 法院於八十二年九月三十日函請鑑定抵押權設定契約書、本票、切結書、借款證、收款收據上 x 之字跡，與 x 當庭書立之簽名筆錄二紙及平日文稿字跡是否出於同一人之筆？

(九) 同年十一月二日第五次言詞辯論期日，兩造到場。

1. y 陳述：本件金錢借貸係透過 z_3 ，故金錢自應交付 z_3 。

2. y 當庭提出答辯(三)狀，其內容略以：本件 x 因借款而交付者，非僅印鑑章，尚有其他認定權利外觀之事實，如印鑑證明、權狀正本、身分證影本等，故有表見代理之適用。

(十) y 於同月八日提出陳報狀，提出 x 及 z_4 名義之授權書影本，載明 x 及 z_4 授權 y 可於本票上填載到期日。

(十一) 同年十二月十九日第六次言詞辯論期日，兩造到場。

(十二) 鑑定機關於同月二十日寄到鑑定報告，其鑑定結果為： y 所提出之抵押權設定契約書、本票、切結書、借款證、收款收據上有關 x 之字跡，與 x 當庭書立之簽名筆錄二紙及庭呈之平日文稿上所簽之姓名，字跡應非屬同一人簽字。

(十三) 八十四年一月四日第七次言詞辯論期日，兩造到場， y 對鑑定報告無意見， x 陳述本票及印鑑、收據上之印章好像是同一印章。是日法官宣示辯論終結，定期宣判。

(十四) 一審判決(同月十一日)

1. 主文要旨：原告之訴駁回。

2. 理由要旨：

(1) x 於八十年四月八日提供其所有之系爭土地建物，授權 z_3 辦理，為 y 設定最高限額二百萬元之抵押權登記，債務人為 x 與訴外人 z_4 (即 z_1 之負責人) 之事實，為兩造所不爭執，且有 y 提出之土地暨建物登記簿謄本、抵押權設定契約書、留有 x 印鑑章之切結書、 z_4 之身份證、 x 之戶口名簿等影本附卷可稽。雖 x 主張其僅授權 z_3 為 y 辦理最高限額抵押權登記，未包括借貸金錢事宜云云。惟查，兩造之抵押權設定契約書第一條約定：債務人 z_4 、擔保物提供人 x ，為擔保對債權人

y 在抵押權設定契約書所定之債權金額以內，將來所負之借據、票據、保證、損害賠償等及其他一切債務（包括過去所負現在尚未清償者），以及利息、遲延利息、違約金、實行抵押權費用，暨因債務不履行而發生之全部損害賠償之清償，特別提供前列房地標示為設定登記，保障其債權人之債權權益。依前開約定內容所示，系爭抵押權所擔保者為 x 及 z₄ 向 y 以借據、票據等方式所負之債務，是以該抵押權顯與 z₁ 之經銷合約無涉。又查，系爭土地暨建物登記簿謄本及他項權利證明書均記載該抵押權擔保者為債務人 x 及 z₄，並非 z₁。是以，x 主張該抵押設定係為擔保 z₁ 因經銷合約所負之債務之詞，即與前揭設定契約、登記簿、他項權利證明書之記載未合，難以採信。更且 x 於設定系爭抵押權後，又於八十年十月十五日，將同一筆土地建物再設定抵押予 z₅（嗣八十一年九月十五日塗銷），是以 x 於再設定時理應知悉該抵押登記之債務人有所不同，何以遲至今日始提出異議。

- (2) x 為辦理系爭最高限額抵押權登記，將所有設定抵押權所需之土地所有權狀、印鑑章、印鑑證明、身份證影本、戶口名簿影本等文件，交付予 z₃ 為 y 設定抵押權，足認係由其自己之行為表示以代理權授與他人，況 z₃ 將蓋有 x 印鑑章及 z₄ 印章之本票、借款證交予 y，亦與系爭抵押權設定契約第一條約定之債務內容相符，x 於八十三年九月十四日到庭亦表示前揭本票上印章為其印鑑章，以上情形足使 y 相信 x 有授權 z₃ 對外借款，縱 x 之真意非在向 y 借款，亦因其自己之行為而使 y 誤信 z₃ 有代理權，則 y 抗辯 x 應負表見代理責任，應屬可採。今 y 執有 x 及 z₄ 簽發之本票，且屬系爭最高限額抵押權登記之擔保範圍內，而 x 無法證明該本票債權不存在或

清償，是以，系爭抵押債權仍未消滅。

- (3) 從而，x 訴請確認系爭抵押債權不存在及請求予以塗銷，即無理由。

二、第二審

- (一) x 於八十四年二月十四日提出聲明上訴狀，並於同年四月十五日提出上訴理由狀，其內容略以：

1. 聲明：原判決廢棄，餘如第一審起訴聲明。

2. 理由：

- (1) 如起訴狀事實及理由，訂約後 z₆ 帶 z₂ 之職員 z₉ 至 x 住處，向 x 之母取走印鑑證明二、三份、印鑑章及權狀、戶口名簿、身分證等，經過數日始將印鑑章及權狀等交還。
- (2) 辦理抵押權之手續繁雜，x 於八十年十月間將同一筆土地建物再設定抵押予 z₅，發見先前設定給 y，z₆ 乃去電 z₂ 法定代理人 z₇，z₇ 表示 y 即為經銷合約的指定人，x 即無從知悉債務人有所不同。且本件 z₆ 帶抵押權存續期間與經銷合約約定期間相同，亦可證該抵押權係為擔保經銷合約所設。
- (3) 抵押權設定契約之其他約定事項中，債務人為 z₄，x 為擔保物提供人，惟土地登記申請書上將 x 列為義務人兼債務人，z₃ 若無過失即應負偽造文書刑責，並可證 y 主張 x 向其借款為不實；且 y 明知 x 為擔保物提供人而非債務人，自不能主張 x 應負表見代理之授權人責任。

- (二) 同年四月廿四日第一次準備程序期日，兩造到場，

1. x 聲明及陳述：如上訴理由狀。
2. y 聲明及陳述：上訴駁回。印鑑證明在地政機關，其他如抵押權設定契約書、契結書、本票均在 y 處。

- (三) x 於同年五月八日提起聲請調查證據狀，

- 1.請鑑定本票、切結書、借款證、收款收據及授權書五項文書上之印文並非X印鑑章所蓋。
- 2.請向銀行詰查一五七萬七千元之支票係何人簽發，何時由何人兌領。
- 3.請訊問證人Z₃、Z₄、Z₇。

四同年五月廿四日第二次準備程序期日，兩造到場，證人未到。

(五)同年九月六日鑑定機關回函，鑑定結果為：本票、切結書、借款證、收款收據及授權書五項文書上X之印文，與抵押權設定書上之X印文相互吻合。

(六)同年十月十八日第三次準備程序期日，兩造到場。

(七)X於同年十月十七日以已告訴Z₃、Z₇偽造文書為由，具狀聲請裁定停止訴訟程序。同日另提出聲請訊問證人狀。

(八)同年十一月廿二日第四次準備程序期日，兩造及證人到場。

- 1.證人Z₈證稱：曾任職Z₁公司，為X同事。(與Z₂)簽約時我就反對，因為我們的銷售量沒有那麼多，一旦簽約後，恐會造成公司財務危機。我看過合約，我當初就反對，簽約後沒多久我就離職。是的(簽約後Z₂要求提供擔保)，以X名義的不動產設定抵押，以一年銷售金額範圍內作為抵押額度。(一年銷售量)忘記了，但是在一百萬左右。
- 2.證人Z₄證稱：為Z₁負責人，當初只知給Z₂設定，事後才知設定予Y，至於Y與Z₂是何關係，我不清楚，都是Z₆接洽。Z₆約三、四月時(告知設定與Y之事)，後來要再設定給Z₅才發現為X。約二年過後Y說我們欠他錢，他來找我，我也去過他家。沒有說過Y是經銷合約的指定人。
- 3.證人Z₆證稱：現為Z₁負責人，當初Z₁借X的房子來抵押擔保與Z₂訂立經銷合約，Z₂由Z₇與我接洽。設定抵押是Z₂的會計小姐

Z₉來拿相關文件，我和我阿姨(X母)在家等，抵押權擔保者為貸款。Z₉和我到我阿姨家拿，她拿去辦理。Z₇有弟弟Z₃是代書，本件抵押權交給他辦，後來因和Z₅要設定才知被拿去借錢。印鑑證明、印章等所有資料交予Z₉。Z₃說Y是合約上的第三人。

(九)同年十二月二十日第五次準備程序期日，兩造及證人到場。

- 1.證人Z₉證稱：系爭一五七萬七千元支票存入我帳戶，支票是辦抵押權設定的借款金額，抵押權不是我設定的，是Z₇借用我帳戶，但至於是何人說要存入我帳戶，我不清楚。我受僱於Z₇開的微信社，錢後來Z₇領走，他和我一起去領的。在支票背面背書之黃女，好像是Z₇開的代書事務所的職員，Z₇開了代書事務所、微信社及通訊社。不認識X，認識Z₆，知道Y這人，但未見過。本件設定抵押時是Z₇叫我去向Z₆收證件。不清楚Z₇將錢拿到何處。就是因通信器材的事而設定抵押，因為接洽的不是我，所以其他的不清楚。設定抵押權印鑑章是Z₆帶我去房子所有人的家蓋的，我沒有拿印章。
 - 2.Y陳述：Z₃說有一年青人要以房子貸款創業，我答應，他叫我開支票，支票就交予Z₃。收據上寫的八萬三千元是二個月利息，由X、Z₄委託Z₃交給我的。Z₃說要補張收據給我，後來傳真給我的文件模糊，我太太就將文描起來。
 - 3.X陳述：收據不是我簽的，有將印章交給Z₆。
 - 4.證人Z₆證稱：可能有將印章交給Z₃，曾找過Z₇問為何設定予Y，他說Y是合約上的第三人。
- (十)Y於八十五年三月廿二日提出調查證據狀，聲請訊問證人Z₃。
- (十一)同月廿七日第一次言詞辯論期日，兩造到場，Y提出辯論意旨狀，其內容同前，並聲請訊問證人Z₃，審判長諭知候核辦。
- (十二)同年五月八日第二次言詞辯論期日，兩造到場，X提出辯論意旨

狀，其內容同前，審判長諭知辯論終結，定期宣判。

(三)二審判決（八十五年五月十五日）

1.主文要旨：原判決廢棄，餘如上訴聲明。

2.理由要旨：

(1)X主張其為擔保Z₁經銷Z₂產品而提供所有系爭不動產為Z₂或其指定之第三人設定最高限額二百萬元抵押權，業經提出Z₁與Z₂所訂契約書為證，並經證人Z₈、Z₄、Z₆、證述屬實（見本院八十四年十一月二十二日準備程序筆錄），堪認為實在。

(2)據Z₆證稱設定抵押係由Z₂之會計Z₉至其阿姨家，伊將設定抵押之相關文件交予Z₉；而依土地登記申請書所載，為兩造辦理系爭抵押權登記之代理人為Z₃，X既將設定抵押權所需文件資料輾轉交予Z₃，X就Z₃以其代理人名義所設定之抵押權，自應依民法第一六九條規定，負授權人責任。

(3)惟按抵押權設定與抵押權所擔保債務之發生係屬二事，X固對Z₃所設定之抵押權負授權人責任，惟其並未授權Z₃代為收受借貸款項，X稱其並未收到任何款項，Y亦稱設定抵押後伊將支票交予Z₃，而Y所稱交付系爭抵押借款之一五七萬七千元支票，係由Z₉帳戶提示領款，有銀行函可稽，據Z₉證稱：該支票係Z₇（按為Z₂負責人）借其帳戶提示，由伊與Z₇一起去領（錢），而依抵押權設定契約書所載，系爭抵押權之債務人為X、Z₄；依Z₁與Z₂所訂契約第六條有關抵押保證之約定觀之，X提供系爭房地係供Z₁貸款之擔保，並非做為借款之擔保，是Z₂負責人Z₇自無代X或Z₄收受Y所交付借款之權，代書Z₃亦僅持有設定抵押權之文件，自無代當事人受取借款之權限，Y將借款支票交予Z₃，後轉由Z₇、Z₉提示，均不生已將借款交予X或Z₄之法律上效果，X主張其對Y並

無系爭抵押權所擔保之債務存在，尚屬可採。

(4)Y於準備程序終結後再請求詢問Z₃、Z₇，自無必要。

三、第三審

(一)Y於八十五年六月十三日提出上訴狀，並於同年七月一日提出上訴理由狀：

1.聲明意旨略以：原判決廢棄並發回原審法院。

2.上訴理由略以：

(1)X、Z₆及Z₄均應知悉Z₂之負責人Z₇持X所有系爭不動產向Y借款，原審未於理由項下說明何以不採之理由，有理由不備之違法。

(2)原審認定X應負抵押權設定之表見代理責任，竟謂主債權並無表見代理之適用，顯有判決適用法則不當、不適用法規及理由不備之違法。

(二)X於八十五年八月七日提出答辯狀，其內容係就原判決並無違背法令為論述。

(三)三審判決（八十六年五月廿九日）

1.主文要旨：原判決廢棄，發回台灣高等法院。

2.理由要旨：

(1)原判決一面認定系爭抵押權所擔保之債權，其債務人為X及Z₄，一面又認定X提供系爭房地作為Z₁貸款債務之擔保，互見矛盾，實情如何，亟待澄清。

(2)次查Y辯謂：X透過Z₃向伊抵押借款一六六萬元，伊已將借款交付Z₃轉交X收訖，系爭抵押債權確實存在。況X將設定系爭抵押權之土地所有權狀、印鑑章、印鑑證明等文件交予Z₃，又書立切結書、本票、借款證、收款收據，足認X係由其自己之行為表示以代理權授與他人，亦有表見代理之適用等

情，提出身分證、印鑑證明、戶口名簿、本票、切結書、借款證、借款收據等件為證，其中收款收據、切結書、借款證，本票上之 X 署名之印文，與抵押權設定契約書上之 X 之印文相互合，業經鑑定屬實。而不動產所有權狀、印鑑證明、身分證、戶口名簿均屬設定抵押權必備之文件，不輕易交予他人，借款證明、切結書、本票及收款收據，係關於訂立借貸契約及已收到借款之證明，衡此情形，Y 主張 X 授權 Z₃ 向伊為抵押借款，而設定系爭抵押權，或 X 由自己之行為表示以代理權授與他人，應負表見代理授權人之責任等情，似非無據。原審僅認定 X 就 Z₃ 與其代理人名義所設定之抵押權應依民法第一六九條規定負授權人之責任，而就本件抵押借款之債權行為，X 應否負有權代理或表見代理之授權人之責任，未予論及，遽為上訴人敗訴之判決，亦有未洽。

- (3) 末查原審固認定 X 未授權 Z₃ 代為收受借款，Z₃ 無代 X 收取借款之權限，Y 所交付充作借款之面額一五七萬七千元支票係由 Z₉、Z₇ 一起提領等情。然金錢借貸契約為要物契約，其成立以金錢之交付為必要，倘 X 授權 Z₃ 向 Y 為抵押借款，或 X 應就抵押借款負表見代理之授權人之責任者，則 Y 將抵押借款交付 Z₃，其效力自應及於 X。乃原審見未及此，而為與此相異之論斷，據為 Y 敗訴之判決，尤屬可議。

四、更一審

(一) 八十六年七月廿九日第一次準備程序期日，兩造到場。

1. X 上訴聲明：如前審聲明。
2. Y 答辯聲明：上訴駁回。
3. Y 當庭提出答辯狀，其內容略以：
 - (1) 本件抵押設定及借款，均經 X 及 Z₄、Z₆ 同意。

(2) 退步言，本件亦有表見代理之適用。

- (3) 本件抵押權設定書之債務人為 X（兼義務人）及 Z₄，抵押權人則為 Y，並於其他約定事項第一條約定：「立約書人債務人 Z₄、X 為擔保債權人 Y 在抵押權設定契約書所定之債權金額內，將來所負之借據、票據、保證、損害賠償及其他一切債務……特提供前列房地標示為設定登記保障其債權人之債權權益」，均已明白說明本件借貸而為抵押設定，確僅存於兩造及 Z₄ 方面，與 Z₁ 之貸款債務之擔保無關，否則債務人應列 Z₁。

(二) 八十六年八月十二日第二次準備程序期日，兩造到場。

- (三) X 於同日提出上訴理由狀，內容同前外，並補稱：Z₃ 及 Z₇ 因本件違法事實，業經二審判決應負偽造文書之罪責。

四同月廿六日第三次準備程序期日，兩造到場。

(五) X 於同年九月十五日提出上訴理由(二)狀，其內容略以：

1. 本件抵押設定及借款行為，均未經 X、Z₄ 及 Z₆ 同意，對 X 不生效力。
2. X 不負表見代理授權人責任。
3. 受領借款及事實行為，無表見代理之適用。

(六) 八十六年九月十八日第四次準備程序期日，兩造及證人 Z₆ 到場。

1. 證人 Z₆ 證稱：我當時在 Z₁ 當經理，X 是新進員工，Z₁ 老闆 Z₄ 是我同學，因要經銷 Z₂ 產品，Z₂ 要求設定抵押權，我為了幫老闆的忙，而情商我表弟提供土地房屋作擔保。那一天我去 X 家，他不在，他媽媽把設定抵押之相關文件及印鑑章交給我，我們即在趙家蓋章。Z₂ 本來要以 Z₇ 來當抵押權人，我們不同意，我們認為是公司對公司，所以是以 Z₂ 來和我們簽行銷合約。抵押權名義人應是 Z₂。第一次在 X 家，他不在，他媽媽把文件交給

我，他們叫我在空白合約上蓋章，他們即把權狀帶走，印鑑章有無帶走不記得；第二次有叫我補蓋章，我去X家向他媽媽拿章去補蓋，補蓋完後，我把文件交Z₇，Z₇交給職員，至於蓋完章後印章有無拿回來，記不清楚。事隔多年才知設定抵押權給Y，我質問Z₇，但他說合約書可指定第三者，我想予第三者沒關係，因這是Z₁經銷貨物的擔保，並沒有向Y抵押借款。超過當初設定範圍借款一六〇萬元的事，我不清楚，後來X房子遭查封，他來找我，我即以X名義來告Z₇兄弟偽造文書。X不認識Z₇兄弟。本件貸款已清償完畢。我根本不曉得債務人是誰，簽約後半年即八十年七月我接負責人，我知道設定第二順位Z₅，但Z₄問利息事，我不知道，他已不是負責人。是先簽經銷合約後再辦設定抵押。

2.Y陳述：請求再傳Z₃、Z₉。

(七)八十六年十月廿一日第五次準備程序期日，兩造及證人Z₃、Z₆、Z₉到場。

1.證人Z₃證稱：擔任代書業務，X八十三年間提供房地為擔保Z₁經銷Z₂產品設定抵押一事我知道，是我二哥即Z₇把證明文件交給我的。設定時不知道是為擔保Z₁經銷Z₂產品，以後才知。設定當時是Z₇向我說Z₆要創業，要買貨，Z₇是Z₂負責人，他指定要我找金主辦抵押借款，我辦好後交給Z₇，當時Z₇向我講借到是要交給Z₁公司之Z₆，利息都是Z₇付的。當初證人交給我，金主找到後，就到Z₆的公司蓋章，印鑑章後來沒有交給我。到X家蓋章是第二次，到他家是Z₉去的，而本件是第一次貸款，並不是到X家，這次是到Z₆的公司。本件抵押借款是Z₇要借的，不是Z₄、X借的，利息也是Z₇交給Y，錢也是交給Z₂，利息是透過我交給Y。當初是我弄好一切資料送到Z₂，再通知Z₆來Z₂

蓋章，蓋章時我不在場，是Z₆還是X、Z₇拿去蓋，我不清楚。因Z₆要創業，他要經銷大哥大七百五十台以上，Z₆沒錢，只有房子，設定後由Z₇付利息，本金也是Z₇還，Z₇也表示到時候由其負責塗銷本件抵押權，這是Z₇和Z₁口頭上有約定。

2.證人Z₆證稱：第一次應是Z₉到我阿姨家來蓋，Z₃稱到Z₁公司蓋不對，第二次是我去Z₂蓋，X沒有去。

3.證人Z₉證稱：本件設定抵押是我去Z₆他阿姨家蓋印，蓋抵押權設定契約書、申請書，這是送件前，是Z₆帶我去蓋，抵押人是X。

(八)八十六年十二月十七日言詞辯論期日，兩造到場，Y提出辯論意旨狀，內容同前，審判長宣示定期宣判。

(九)更一審判決（八十六年十二月廿四日）

1.主文要旨：原判決廢棄，餘同前審判決。

2.理由要旨：除與前審判決理由要旨相同外，另補充：

(1)依證人Z₃及Z₆在本院證言觀之，足見X於本件抵押權設定之初之授權範圍僅限於擔保Z₁經銷Z₂產品之貸款債權而提供所有系爭不動產為Z₂或其指定之第三人設定最高限額二百萬元抵押權甚明。詎該Z₂之負責人Z₇未依約辦理本件經銷契約擔保之設定，為圖一己之私利，逾越授權之範圍將設定文件交予其弟即Z₃，由Z₃出面找尋金主擅將系爭不動產設定本金最高限額二百萬元之抵押權給Y，並將Z₄及X併列為債務人，而以X名義向Y借款一六六萬元，並將Y交付之借款支票透過Z₂職員Z₉之戶頭提示兌領，該借貸契約僅存於Y與Z₇之間；X並未收到上開借款，核與消費借貸契約為要物契約之要件不合，情至明顯。X執為主張自屬有據；Y辯稱：X係透過Z₃向伊抵押借款，伊已將借款交付Z₃轉交X，X應負授

權人之責任云云，即非有據。

(2)將設定系爭抵押權之土地所有權狀、印鑑章、印鑑證明等文件交予Z₃向Y辦理抵押借款者係Z₁並非X，且Z₁係逾越X授權之範圍將設定文件交予Z₃，X並未收受該抵押借款，且嗣後利息亦均由Z₁支付等情，已如上述；而Z₁及Z₃刑事部分涉及偽造本票、上開借款證、切結書、偽造署押及蓋印章等罪名，亦經刑事庭各判處有期徒刑三年六月（現上訴最高法院中）等情。而X迄未與Y謀面，亦無任何行為表示以代理權授與Z₃，更未知悉Z₃表示為其代理人而不為反對之表示，況由上開證人Z₃之證言顯示，Z₃並未以X之代理人自居。是Y抗辯X應負表見代理人之授權人責任云云，自無可取。

五、第三審

(一)Y於八十七年一月廿二日提出聲明上訴狀，並於同年二月十一日、四月三日提出二份上訴理由狀，其內容略以：

1.聲明要旨：原判決廢棄並發回原審法院。

2.理由要旨：

(1)判斷有無表見代理之適用，應以外在形之樣態而判斷，原判決不注意及此，自有判決適用法則不當之違法。

(2)原判決另有理由不備之違法。

(二)X於八十七年三月三十日提出答辯狀，其內容認原判決並無違法。

(三)三審判決（八十八年七月廿三日）

1.主文：上訴駁回。

2.理由要旨：按表見代理云者，即代理人雖無代理權而因有可信其有代理權之正當理由，遂由法律課以授權人責任之謂。而代理僅限於意思表示範圍以內，不得為意思表示以外之行為，故不法行為及事實行為不僅不得成立代理，且亦不成立表見代理，

本院五十五年台上字第一〇五四號著有判例。查本件訴外人Z₁、Z₃利用X提供其所有系爭不動產作為Z₂對Z₁貸款債權擔保之機會，以偽造X之署押，盜用X印章，而偽造借款證、本票、切結書、抵押權登記申請書、抵押權設定契約書，向Y借款，所涉偽造有價證券等刑事案件，均經法院判處有罪確定，其不法行為，自無成立表見代理之餘地。原審為Y敗訴之判決，核無不合。

參、爭點整理之問題點

一、抵押債權不存在確認訴訟之訴訟標的如何特定？

(一)抵押債務人有二人時如何特定訴訟標的？

有關物權或其他排他性權利之訴訟標的之特定，原則上並不以記載原因事實為必要，故在原告係以物權或其他排他性權利作為確認之對象時，僅表明成為訴訟標的之實體法律關係及其歸屬關係，即可予以特定（參照本書第二編II參、一之說明）。例如：原告X主張，其與被告Y係基於通謀虛偽意思表示，就X所有之A地設定抵押權，乃起訴請求判決確認該抵押權不存在時，其訴聲明如已表明：「確認Y就X所有之A地所設定之抵押權不存在」之旨，即可特定訴訟標的。可是，債權為對人權，故以債權作為確認訴訟之對象時，則應併表明其係何人對何人之債權，始足以特定訴訟標的。

本件X起訴時所表明之訴之聲明為：「確認Y就X所有坐落甲地應有部分四分之一，及其建物乙屋全部所設定之最高限額二百萬元之抵押權不存在」，其目的如係欲請求判決確認抵押物所擔保之債權債

務關係不存在，則 x 請求確認之對象並非純粹的物權[✓]。因此，首先應探討：依上述訴之聲明是否已足以特定訴訟標的？是否有必要將本件抵押權究係擔保何人對何人之債權一事併予表明？

通常為特定訴之聲明及訴訟標的，法院於程序之前階段，有時亦應留意就原告於起訴狀所表明欲主張之權利，與從原告所提出請求之依據為理解應可主張之權利，予以相比照，如發現互有不一致之情形時，即應加以闡明。本件依 x 所提土地登記簿及他項權利證明書所載，抵押權人為 y，抵押人為 x，抵押權所擔保者為 y 對 x 及 z₄ 之債權。可是，x 所為上開聲明之內容，亦可能牽涉 y 對 x₄ 之抵押債權部分，而 x 既未表明將該部分排除於請求審判之對象範圍外，亦未表明予以包含於該範圍內，其訴訟標的之特定尚有不明瞭、不完足之處。本來，基於處分權主義，訴之聲明及訴訟標的是由原告決定，因此，本件 x 所要請求確認之對象為何，應由 x 表明並加以特定。於是，應先釐清者為：x 提起本件訴訟所欲請求法院判決確認之對象為何？亦即，x 究係欲請求判決確認 y 對 x 之債權不存在？或確認 y 對 z₄ 之債權不存在？或就此二者都請求確認？就此，法官應先加以闡明，並令 x 表明。一般而言，法院應如何行使闡明權，須視訴訟資料中有無線索可循而定。就本件而言，法院應先就起訴狀所載內容、第一次言詞辯論意旨或準備程序期日之資料等，研判是否有涉及 z₄ 對 y 之抵押債務之線索，如有，即須就此加以闡明；如無，則未必須加以闡明。但自 x 起訴之意旨觀之，既然尚可認為 x 有意利用此一訴訟程序，就系爭抵押權之紛爭全部加以解決，則是否可以將 y 對 z₄ 之抵押債權部分之紛爭排除在本件訴訟之審判對象以外，而不予以理會？易言之，基於紛爭解決一次性之要求，如紛爭係涉及多數利害關係人時，亦應儘可能使其有機會能利用本次訴訟全部予以解決，所以就同一抵押權之紛爭，涉及多數利害關係人時，應儘可能利用一道訴訟程序予以解決，以統一解

決紛爭。當然，就以何人為被告，法官並無決定權，而是由原告決定，但是，如原告有統一解決紛爭之意思時，法院亦應賦予原告有此機會。於本件情形，就 y 對 z₄ 之抵押債權存否一事之確認利益，既可能存在於 x 與 y 之間，亦可能存在於 x 與 z₄ 之間，就此等可能提起之確認訴訟，法院應加闡明使 x 有機會利用同一程序，請求判決確認以保護當事人之程序利益，並貫徹紛爭解決一次性及統一解決紛爭之要求。

又，即使 x 僅請求判決確認 y 對 x 之抵押債權不存在，於其訴之聲明亦應表明該二人間之債權債務關係，以間接表示無欲請求判決確認 y 對 z₄ 部分之抵押債權。如果是此種情形，則 x 訴之聲明似宜修正為類如：「確認 y 就 x 所有之甲地應有部分四分之一及其上建物乙屋全部所設定最高限額二百萬元之抵押債權中，其以 x 為債務人之抵押債權不存在[✓]」。此種聲明方式，對於決定 y 以 z₄ 為債務人之抵押債權部分是否為本件之審判對象（訴訟標的），尤具關鍵性意義。

(二)釐清抵押權存續期間如何影響抵押債權成為確認對象之範圍大小

其次，須進一步探討：x 所要請求判決確認之債權，是否限於抵押權存續期間（八十年四月一日至八十一年三月卅一日）內者？亦即，x 是否僅欲請求判決確認於抵押權存續期間內兩造間無債權債務關係存在？此將涉及法官審理之對象範圍及責任輕重問題。蓋如未限於抵押權存續期間內，則法官就抵押權存續期間以外，兩造間是否尚有其他債務權關係存在，亦可能必須加以審理，以致法官的責任便會因此而加重。故為特定法官審理之範圍，避免爭點擴散，並界定或減輕法官應為審理之責任，法官似應於程序前階段即就此加以闡明清楚，並使原告予以特定。亦即，如 x 所欲請求確認者僅限於抵押權存續期間內兩造間之抵押債權不存在，即應使 x 於訴之聲明中明確記載該期間[✓]。因為，使法官審判之範圍明確，既是原告之權能，亦為其責任，而如

此表明，將可使法官集中在兩造於該期間內是否有債權債務存在一事為審理。至於兩造在該期間以外是否尚有其他債權債務存在，則非屬本件法官應行審理之範圍，而無須為此付出勞力、時間或費用。

況且，上開存續期間有多長，就直接當事人間而言，於訴訟上如何調查、審認，係屬應適用辯論主義之範疇。例如，依登記簿謄本記載，抵押權之存續期間雖為八十年一月一日起至八十八年十二月三十一日止，但於訴訟中，兩造當事人非不能承認該抵押權之存續期間係至九十年六月三十日止或有所不同於登記簿冊上所記載者，此在訴訟當事人間並非不可能之事。蓋以在直接當事人間，既無應保護善意第三人信賴登記之問題，且依辯論主義，兩造當事人主張或承認抵押權之存續期間與登記簿謄本所載不同，並無不可。因此，應循上述涉及抵押權存續期間之事項，由 x 自發或經由闡明使其表明，以特定本件之審判範圍，然後就此使兩造為攻擊防禦。

綜上所述，由於訴訟標的之特定，不僅是為預告法院應行審理之對象範圍及被告應行攻擊防禦之目標，且是為預告將來發生既判力之客觀範圍，所以本件如未依上述方向將訴訟標的及訴之聲明範圍予以特定，則於本件訴訟之審理過程，將較難擬定其審理之方針，以致爭點更易擴散；而於其判決確定後，無論判決結果如何，倘嗣後就 z₄ 是否有向 y 貸款（y 對 z₄ 有無抵押權）對一事發生紛爭，而在 x 與 y 之間或 x 與 z₄ 之間提起後訴訟時，於後訴訟就判斷前訴訟既判力之主觀、客觀範圍，較易旁生枝節。亦即，後訴訟之法官尚須花費許多勞力、時間回顧前程序，判斷究竟前程序所確認之對象範圍為何，就此即易生更多爭點。

二、整理有關該當於抵押債權是否發生之事實主張

於特定訴之聲明及訴訟標的以後，即應進一步整理事實上之爭點。就本件而言，首先應整理：x 是否已主張該當於使其第一項訴之聲明所示系爭抵押債權不存在一事成為有理由所依據之事實？其所主張之事實為何？然後就 y 所不爭執及所爭執之事實一一予以釐清、列明。為此，宜認知：

(一) 先行整理有關抵押債權該當範圍之爭點

本件 x 起訴時係主張：系爭抵押權原係為擔保訴外人 z₁ 對訴外人 z₂ 之貨款債權而設定，因此項貨款債權不存在，故系爭抵押權亦隨著不存在。然依系爭抵押權設定契約書所載，系爭抵押權所擔保之債權為借款債權。故 x 於第一審言詞辯論終結前，亦主張：縱使 y 有貸款之事實，惟因未經 x 同意，故兩造間亦不發生借款債權。由以上 x 所主張之事實觀之，應加以釐清者為：系爭被擔保債權是否有限定種類？例如：X₁ 為抵押人，Y₁ 為抵押權人，其設定抵押權係為擔保其存續期間內 Y₁ 對 X₁ 所取得因侵權行為所生損害賠償債權，則若於該抵押權存續期間內 X₁ 向 Y₁ 借款五十萬元，此項借款債權應非該抵押權所擔保，而不得就抵押物取償。因為被擔保債權既已限定於因侵權行為所生損害賠償債權，則抵押權人就不可主張該損害賠償債權以外之借款債權或價金債權等為被擔保債權，不得為此行使抵押權。因此，本件被擔保之抵押債權是否有限定種類，就此兩造有無爭執？應先予整理。

一般而言，如果土地登記簿上未記載被擔保債權之種類，除有特別情事外，如原告起訴請求確認被擔保債權不存在時，通常其係包括任何債權在內。又，主張被擔保債權不存在時，其根據可能有下列二

種情形：第一種情形是，在存續期間內沒有任何債權存在；第二種情形是，於該存續期間內雖有債權存在，但非屬被擔保債權之範圍內者（如不同種類而被排除於擔保範圍外之債權）。本件 x 起訴時係主張系爭被擔保債權為貸款債權，因於存續期間內並無貸款債權發生，故系爭抵押權所擔保之債權不存在，以致系爭抵押權隨著也不存在云云。對此，y 於第一次言詞辯論期日辯稱系爭抵押權之被擔保債權是借款債權，而 x 則於第二次言詞辯論期日，否認有借款債權存在之事實。於此，法院即應行爭點整理，以釐清：本件 x 所主張之被擔保債權究僅指貸款債權，或係指借款債權，或二者皆包含在內？y 就此是否有爭執？倘兩造就系爭被擔保債權係限定於某種類之債權一事並無爭執，則法院即應運用訴訟指揮、行使闡明權，促使兩造成立爭點簡化協議，即合意僅就該特定種類之被擔保債權（如僅就上開貸款債權或僅就上開借款債權）存否求為審判及攻擊防禦，因為在採用處分權主義及辯論主義（協同主義）之訴訟架構下，此項契約（合意、協議）既屬可許，其促成且有助於保護當事人之程序利益，而確定其與實體利益之平衡點上真實，此乃法院所應追求達成之目標。此係有關如何運用新法第二六八條之一第二項、第二七〇條之一第一項第三款及第二七一條之一等規定所增設爭點簡化協議程序之問題（參照本書第一編Ⅱ之闡述；「司法現代化」二二一頁、二三六頁至二三七頁），藉此程序可促使兩造成立限縮爭點之訴訟上契約，並予以記明筆錄。可是，倘兩造就被擔保債權是否有限定種類，及所限定之種類為何有爭執，此即成為爭點，而法院就此爭點即須再進一步予以整理其具體之內容為何，以便續行審理。本件原審法院就此並未進行爭點整理，更未為此方面之闡明，其所為審理程序有違爭點集中審理之理念要求。✓

循上而論，於本件訴訟中，法院應先掌握兩造間如下之爭點：一是，z₃ 於八十年三月間曾出面以 x 之名義向 y 借款一百六十六萬元，

此事是否使兩造成立消費借貸關係？此即 y 對 x 有無該借款債權發生之爭點（下稱爭點一）。其二是，該借款債權是否屬於系爭抵押債權（下稱爭點二）？就此二爭點，法院宜循下列方向進行爭點整理。亦即，法院應先就爭點二向 x 闡明：「如果 y 所主張『x 曾授權 z₃ 向 y 借款』之事實存在，而可認為 y 對 x 有借款債權時，x 是否認為該借款債權亦屬被擔保債權之範圍？」在如此闡明後，若 x 陳明該借款債權縱然存在亦非屬被擔保債權即系爭抵押債權，法院即應令 x 舉證。如 x 能證明縱使該借款債權存在，亦非屬被擔保債權，則法院就兩造間是否確有成立上述借貸關係，即毋庸再為審理，而可就上開貸款債權為審理，以免浪費時間、勞力或費用，以致違背促進訴訟及審理集中化之要求。因為，如果上開借款債權縱然存在亦不該當屬於系爭抵押債權之範圍，則與本件之訴訟標的無涉，而不應成為審判之對象及攻擊防禦之目標，否則法院有關該借款債權之審理將造成促進訴訟之突襲（伴隨於此項本來不應有且不必要之審理，可能使當事人蒙受程序上不利益，並造成司法資源之浪費而違反訴訟經濟之要求）。因此，上述有關兩造就被擔保債權是否有限定種類一事所為之爭點整理，即成為本件訴訟審理之重要關鍵。至少也須賦予 x 就此有提出攻擊防禦方法之機會，始符突襲防止之要求。

於此，想併加說明的是，之所以應使 x 有上開證明之機會，係由於認為：倘 x 無法證明抵押債權僅限於貸款債權之約定事實，則依經驗法則，應可依土地登記簿謄本所載系爭被擔保債權未限定種類此一事實，而推定兩造間就系爭抵押權所擔保之債權未限定種類。蓋抵押權設定登記，通常須經較嚴格之審核程序，因此，登記內容為真正係屬經驗法則上蓋然率很高之事實，此在學理上稱為「表現證明」。就蓋然率高之經驗法則，須由有意予以欲推翻者負舉證責任，證明另有特別情事。猶如：原告起訴請求被告賠償因侵權行為所致損害，主張

並證明：被告騎乘機車在人行道上將原告撞傷。依此事實，在經驗法則上被告有過失之蓋然率係相當高，所以，如被告主張其無過失，即須就此負舉證責任。倘被告主張：「其固然有騎乘機車在人行道上將原告撞傷，但係因原告坐在人行道旁之圍牆上，於被告騎車經過人行道時故意跳下，以致遭被告撞及」，就此特別情事，即須由被告負舉證責任。同理，抵押權登記簿冊上既未登記被擔保債權之種類，依經驗法則應可認為其抵押債權係未限定種類一事之蓋然率相當高，所以，應由主張有限定債權種類者就兩造間有該項限定之事實負舉證責任（參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第五十六次研討會以「事實上推定與土地登記」為題之闡述，載於「民訴研討」(六)二四八頁至二五一頁）。於此，運用經驗法則，即成為引導法官行使闡明權以分配舉證責任之指標。

(二)續行整理有關抵押債權有無發生之事實上爭點

——依經驗法則整理有關間接事實之主張

在法院為上開闡明後，如果就上開借款債權縱屬存在，亦非該當於系爭抵押債權一事，x未提出必要且具關連性之證據或雖已提出卻不能予以證明，則法院應進而審理爭點一。亦即，應釐清當事人（尤其是依辯論主義負主張責任之y）有無主張該當於使上開借款債權存在之借貸關係發生之要件事實，如無此項事實之主張，則法院應予以闡明，以使y知有主張之機會。反之，如有該項事實之主張，則應闡明對造（指就該事實不負舉證責任之x）是否有爭執，而整理出兩造間無爭執者與有爭執者，然後就有爭執之事實，使y為舉證。

就本件兩造間此方面之爭執情形而言，y係主張：x於八十年三月間（系爭抵押權之存續期間內），曾授權z₃以x及z₄之名義，向y借款一百六十六萬元，此借款債權即為被擔保債權云云。對此，因x否認有授權z₃向y借款之事實，故此項授權事實之有無即成為兩造間之

事實上爭點（下稱爭點三）。關於此，法院應進一步整理就該項授權事實存否，兩造所主張可用以推認授權事實存否之具體事實為何。就此，y係主張：x及z₄曾以系爭房地設定最高限額二百萬元之抵押權予y（d₁事實）；y曾交付z₃一百六十六萬元（含一百五十七萬七千元之支票及八萬三千元之現金）（d₂事實）；y每月曾收取由z₃轉交之利息（d₃事實）；x於本件抵押權設定後又設定抵押權予z₅，理應知悉係基於借款而設定抵押權予y，且其從未就此提出異議（d₄事實）；z₄於借款三個月後曾到y處詢問z₃是否有轉交利息（d₅事實）；x簽立切結書、借款書、收款收據，並交付本票，且該文件上之印章與印鑑證明相同，係屬真正，故x確有收受y所交付之借款（d₆事實）云云。對於此等y之主張，x則否認授權事實，並主張：x發現抵押權人為y時，曾向z₇求證，z₇表示y是經銷合約所指定之人（d₇事實）；z₄稱其係抵押權存續期間過後才找y（d₈事實）；x未簽名於上開文件（d₉事實）；上開印章雖似真正，但並非x所蓋用（d₁₀事實）；印章係遭盜用（d₁₁事實）等。

上開當事人所主張之事實，對於上開授權事實存否之推定即爭點三之審理而言，係處於間接事實之地位。關於此類事實之爭點整理步驟應是：由法官先依經驗法則研判d系列間接事實對於該項推定（此係有關綜合數個經驗法則所為複合推定之情形。除依第二八二條外，請參照邱聯恭在民訴法研究會第三十八次研討會之闡述，載於「民訴研討四」一六一頁），能否肯定其具有關連性且有幫助，而將其中能得此項肯定之間接事實予以篩選出，並排除其中未能受該項肯定者。此時，就該項肯定之能否判斷，法官宜儘可能與當事人進行有關選擇經驗法則及如何為上開篩選之討論，以防止發生推理過程的突襲（關於何以應防止發生此項突襲，請參照「司法現代化」一二一頁；又關於在經驗法則之選擇、判斷過程，亦應保障辯論權及證據提出權，請參照同上研討會之闡述，載於「民

訴研討^四」一三七頁以下)。此項程序之踐行，有助於促使法官與當事人就何項間接事實能受上開肯定，形成共識，然後就此整理證據上爭點，並在認為能受該項肯定之多數間接事實係可用以複合推定上開授權事實時，始就當事人間有爭執之該類間接事實，進行集中調查證據（本來，此係依集中審理之理念要求所應然，但自新法施行以後，其第一九六條第一項及第二九六條之一第一項應成為直接之依據）。

不過，就該等能受上開肯定之多數間接事實中之某間接事實，如法院進行調查證據之結果形成否定之心證（認為某間接事實非屬真實之心證）時，則在認為其餘間接事實縱使真實，亦不足用以複合推定上開授權事實（不足認為將可達到確信該事實存在所應有之證明度）之情形，法院即無須就該等其餘間接事實續行調查證據〔關於德國之審判實務亦採同樣審理模式及日本實務界所示此方面之強烈關心，請參照木川統一郎「西ドイツにおける集中証調べとその準備⁽²⁾」（判例タイムズNo.483,一九八三年）二一頁以下；畠山保雄「民事法廷は生きているか」（判例タイムズNo.605,一九八六年）二七頁以下〕。於此種情形，為防止發生認定事實的突襲，法院宜公開該項心證（暫定的心證），使當事人陳述意見或進行辯論，以賦予其有機會用以促請法官重新檢視該心證有無違誤或再補提可資複合推定上開授權事實之其他間接事實。通常，法院越能踐行此項以公開心證為內容之闡明方式，則當時尚未提出之該類其他事實如於程序後階段（含第二審程序）始被提出時，其被駁回而遭失權制裁之可能性也將越大（參照新法第一九六條第二項、第二六八條之二第二項、第二七六條及四四七條但書）。因為，當事人原來可能以為其所提出之事實已足以推定待證事實，如其未被賦予得預測上開法院判斷內容（心證）之機會，將難被期待適時提出該類有助於法官複合推定之其他間接事實；如已賦予該項預測之機會，則不回應闡明以適時提出之當事人被認為有可歸責性之機率，將隨著提高。

至於在某間接事實未能獲得上開肯定之情形，或在能受該項肯定之間接事實縱屬真實，依經驗法則仍不足認為可用以複合推定上開授權事實（不足認為可達到證明度）之情形，則均無須就此類間接事實使當事人為舉證，亦不必為此調查證據（此為依第二八六條為運用之例），藉以防止發生促進訴訟的突襲（請參照「程序制度機能論」六頁以下、「司法現代化」一二二頁），保護當事人之程序利益，並避免司法資源之浪費。

於此，宜特別留意：諸如上開 d 系列之間接事實之爭點整理，常與經驗法則如何選擇、適用一事有密切之關係。因為此事在如下之多種場合發生決定性之作用，亦即：在判斷何一事實係推定主要事實（如本件爭點三所涉授權事實）所必要的間接事實時；在結合多數間接事實（如本件 d 系列事實）以推定某主要事實或其他間接事實時；在判斷有關某事實資料有無證明力時；在判斷某證據方法與應證事實（如本件系爭之授權事實或該當於表現代理之事實、d 系列間接事實）有無關連性，並決定有無調查某證據之必要時等場合。可見，經驗法則之選擇、運用，對於 d 系列間接事實之整理，實具有決定性意義。

本件事實審法院並未充分認知，踐行上述爭點整理程序之必要性，以致在未適時整理兩造間有關 d 系列事實之爭點以前，即貿然進行證據調查，此係本件訴訟審理散漫化之導因。

其實，自新法施行以後，為整理上開有關間接事實之爭點，法院或受命法官尚得定相當期間，命當事人就整理爭點之結果提出摘要書狀（新法第二六八條之一第三項、第二七〇條之一第一項第四款），並得就其提出，與當事人（受任代理訴訟之律師）進行言詞討論〔新法第一九九條及第二九六條之一第一項。在德國之審判實務上，係由法官與兩造當事人本人、受任為其訴訟代理人之律師，就何項間接事實係與系爭要件事實（如本件之授權事實）有關連而應成為待證事實進行懇談。此項審理方法，晚近

仍被日本部分學者所肯定，並引以批評其實務之異質性。關於此，請參照木川統一郎・吉田元子「新民事訴訟法第一六五條（証明すべき事實の確認等）の運用について」（判例タイムズNo.935，一九九七年）六二頁。而且，律師為盡其依新法所負協力迅速進行訴訟之義務即訴訟促進義務，亦應儘可能循如上所述之方向，就上開 d 系列事實，在起訴之前階段先自行為準備性整理。與此有關，應併留意：新法第二四四條第三項、第二六六條第一項及第二項規定，一方面要求原告於起訴時即須記載使其請求有理由之事實（含主要事實、間接事實）及證據，一方面要求被告要表明其認為原告請求無理由之論據（含間接事實之主張），均係為便於整理爭點，以達到集中審理之目標，是應為今後當事人、其代理律師及受訴法官之行為規律（就法官而言，併請參照有關加重法官闡明義務之新法第一九九條、第二六八條、第二六八條之一第二項、第二六八條之二、第二七〇條之一及第二九六條之一第一項等規定）。為充分達成此項立法之目的，善盡協力促進訴訟之義務，今後代理訴訟之律師，應儘可能在其代理原告時，於準備書狀就其請求所依據之要件事實（或再抗辯事實）及其相關連之間接事實，先行整理後分項予以列明；又，在代理被告時，則於答辯狀就其否認或所提抗辯事實及其相關連之間接事實，先行整理後分項予以列明（此類要求已見於日本自一九九八年施行之新民事訴訟規則第五三條第二項、第七九條第二項及第八一條）。

想附言者，本件 x 所為有關塗銷抵押權登記之第二項訴之聲明有無理由之判斷，乃繫於 x 請求確認抵押債權不存在之第一項訴之聲明所受審理之過程及結果，所以本文就該第一項聲明所受審理之過程，研析其具有何程度之妥當性，對於評論本件受訴法院就該第二項聲明所為審理有何缺失，亦具有關鍵性之意義。

綜上評析，本件訴訟之審理，自起訴至判決確定，費時長達約五年，並經第三審法院發回更審。其事實審理所開期日不少，且多未能

針對爭點經由言詞闡明為充分之整理，終於造成審理散漫化，實不符合集中審理之精神。

【本文係司法院司法業務研究會有關如何促進審理集中化課題之講座評析，經錄音整理後，補加闡釋而成；曾刊載月旦法學雜誌第六十四期（二〇〇〇年），並再經補充內容後，收錄於本書。該研究會係由各審級現職法官參加組成，以台灣板橋地院八十三年度訴字第八九六號、台灣高等法院八十四年度上字第四一二號、最高法院八十六年度台上字第一六七八號、台灣高等法院八十六年度上更(一)字第三四六號及最高法院八十八年度台上字第一六三〇號塗銷抵押權登記事件之各審法院審理案卷為素材，就其審理過程未能集中審理之相關部分，進行學理上研析。】

IV 回復原狀請求事件中兩造 各主張解約時之爭點整理

壹、事實概要	249
貳、涉訟經過	251
參、爭點整理之問題點	269
一、基於解約主張之受領物返還請求事件如何整理、特定訴訟標的？	269
(一)就同一買受人主張不同解約事由分別二次表示行使解除權時之回復原狀請求，應如何特定其訴訟標的？	269
(二)回復回狀請求權是否因其所由生解除權行使之主體有異致變易已特定之訴訟標的？	275
二、關於買賣雙方均主張各已解約時之爭點整理	276
(一)爭點整理與攻防方法審理順序之酌定	276
(二)事實上及證據上爭點整理	279
三、有關違約金如何核減之問題	281

壹、事實概要

一、X於八十五年六月十九日向Y買受系爭房地，約定價款為三千萬元（新台幣，下同），並於簽約當時給付第一期款九百萬元。

二、買賣契約書約定：

第二條：「X應依下列日期給付價款，否則以違約論處：(1)本約簽定之同時，X應即給付九百萬元整交Y親自點收。(2)產權過戶完成後七日內交屋，付一千二百萬元。(3)其餘九百萬元，為Y已以本房地向彰化銀行之抵押借款由X承受，自總價款中扣除代為償還。八十五年六月廿五日前之利息由Y負擔，六月廿五日以後之利息由X負擔，雙方會同向銀行辦理義務人、債務人變更登記，或重新設定登記。」

第四條第一項：「Y應將本買賣標的移轉登記（即過戶）所需之書類及證明文件，並蓋妥印鑑於第(1)次價款交付之同時，交由雙方或X所委託之代理人，辦理權利移轉登記手續，並應隨時協助且提供辦理產權移轉登記所需證件至X順利取得完整無瑕疵之產權時止，不得有刁難或藉故推諉遲延之情事，否則願負違約及因之所造成X損害之賠償責任。」

第六條：「本約經簽立……。如X違約則Y得沒收X所付款項，……若Y違約，則X除得請求強制履約外，並得請求Y給付所收價款同額之違約賠償金。」

第八條第三項：「X開具之支票，如有任何一張退票，而未能於七日內以現金支付予Y，並以月利百分之二計息支付遲延利息，即視為違約，則已兌現之支票予以沒收，本契約立即解除作廢。」

- 三、代書 Z 於八十五年六月廿七日即請領契稅及土地增值稅單，契稅稅單於同年七月十一日核下，繳納期限為七月十一日至八月九日。Y 於七月廿三日以存證信函催告 X 儘速繳納契稅，X 於七月廿四日完納。Y 則於同月三十日完納土地增值稅，但該完納之增值稅單始終未交付 X 或 Z。
- 四、X 於八十五年七月廿九日將依約應由 X 負擔之銀行八十五年七月份貸款利息六萬元匯給 Y。
- 五、X 於八十五年八月五日委請律師發函催告 Y，其上載明：「請 Y 於文到五日內將土地增值稅單（完稅）及相關產權移轉登記文件或簽章交予雙方委託之代書 Z，以完成本件移轉登記，並於移轉登記後七日內會同本人辦理交屋、收款事宜，以維權益，而免訟累」等語。
- 六、Y 於八十五年八月廿八日以存證信函催告 X：「八十五年八月廿六日本人接獲銀行通知，台端諭知銀行不再支付該項利息，經本人要求代書 Z 向台端求證，台端亦明白向代書表示自即日起拒付該項利息。故此台端應付本人第一期價金一千八百萬元中之九百萬元，台端已經違約拒付，請函到三日內向出面解決……」，X 於同月廿九日收受。
- 七、Y 於同月十二日再以存證信函通知 X：「自函發至今已近兩個月，未見台端任何回應及處置，本人除沒收已付之價金外，並終止該項合約」。
- 八、X 於同年十月廿一日再委請律師發函予 Y，其內載明：「……依民法第二百五十四條之規定，函告台端解除契約，並依法請求違約之損害賠償」。

貳、涉訟經過

一、第一審

(一) X 於八十五年九月四日起訴。

1. 訴之聲明：

- (1) 先位：Y 應給付 X 一千八百萬元及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償之日止按週年利率百分之五計算之利息。
- (2) 備位：Y 應將系爭房地所有權移轉登記予 X，並給付 X 九百萬元及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償之日止按週年利率百分之五計算之利息。

2. 事實及理由：

(1) 先位：

- A. 如事實概要一，詎事後 Y 卻藉故拒不辦理系爭房地所有權移轉登記事宜，經 X 委請律師催告，迄今亦遭置之不理。
- B. 依契約第六條，Y 屢經催告仍拒不履約，屬違約甚明，茲併以本件起訴狀繕本之送達以代解除契約之聲明，則契約一經解除，Y 依民法第二五九條及契約即負有返還價金回復原狀並為賠償之義務。

(2) 備位：如鈞院認 X 之解約不合法，則兩造契約仍為有效，X 自得依契約第六條請求 Y 履行移轉所有權登記並交付標的物及給付已收價款同額之違約賠償金之義務。

(二) 八十五年九月十九日第一次言詞辯論期日，僅 X 到場，法官諭知 X 查報 Y 新址，或聲請公示送達。

(三) X 於同月廿六日提出陳報狀，陳報 Y 新址，並提出 Y 戶籍謄本。

(四)八十五年十月十七日第二次言詞辯論期日，仍僅X到場，法官諭知X查報Y最新住址。X當庭提出聲請狀，聲請擴張其聲明，內容略以：

- 1.擴張後之先位聲明：Y應給付X一千八百零六萬元及利息。
- 2.擴張後之備位聲明：Y應將系爭房地所有權移轉登記予X，並給付X九百零六萬元及利息。
- 3.事實及理由：今X主張解除契約請求回復原狀，則如事實概要四所給付之六萬元利息，理應由Y負擔，爰依民訴法第二五六條第二款之規定為聲明之擴張。

(五)X於同月廿二日提出陳報狀，陳報Y新址，並提出Y戶籍謄本。

(六)同年十一月十一日第三次言詞辯論期日，兩造到場。Y聲明請求駁回X之訴，並簽收起訴狀繕本。

(七)同月廿五日第四次言詞辯論期日，兩造到場。Y當庭提出答辯狀，其內容略以：

- 1.X未依約定付款方式給付價金，經催告仍未履行，Y除依法通知解除契約外，並依約沒收已付之價金（見事實概要六、七）：蓋依契約第二條第三項約定，貸款九百萬元為價金一部，詎X僅向銀行支付七月份利息後即拒絕再度支付，且經Y催告仍未置理，Y已解約並沒收價金，故X主張因解除契約而回復原狀之請求亦無理由。

- 2.X指稱Y未完納增值稅並藉故阻止代書辦理移轉登記事實，絕非事實：

查八十五年七月十日代書已領取稅單並通知繳納增值稅及契稅，惟在代書及Y一再要求下，X始終未繳契稅，故Y要求X依契約計付遲延利息。增值稅部分Y已於同月三十日繳納，X於同年八月起拒繳銀行利息，已違約，Y於催告後已依法通知解除

契約，自無移轉登記之義務，亦無違約賠償之問題。

- 3.縱或Y之主張未獲採納，X主張解除契約並請求違約金九百萬元，亦與法不合：

- 4.本件契約對於買賣標的物何時辦理移轉登記並無確定期限，依民法第二二九條第二項規定，Y須於X催告後仍不履行時始負遲延責任；而依民法第二五四條規定，解除契約則須於一方於他方遲延後定相當期限催告，於期限內不履行時始得解除。X催告後，並未再定期催告Y履行而逕通知解除契約，並不合法。

- 5.倘鈞院認Y之主張無理由，請依民法第二五二條之規定，酌減違約金，並以契約第八條第三項所約定利率作為計算標準。

(八)八十五年十二月九日第五次言詞辯論期日，兩造到場。X當庭提出準備書狀，其內容略以：

- 1.X於簽約後之同年七月十日即出境，代書Z於十一日接獲契稅繳款書而通知X時，X不克即時繳納；然X回國後，立即完納契稅，且未逾繳款書上之繳納期限，即無給付遲延情事。此外，X依約支付同年六月廿五日後一個月之利息，無違約情事。

- 2.X履約後，經代書Z告知Y拒不提出土地增值稅完稅證明，甚至藉故阻止Z辦理移轉登記事宜，其所為已違反契約第四條第一項之約定。X除請代書催告Y儘速辦理移轉登記事宜外，並於八十五年八月五日委請律師發函催告，Y仍置之不理，X乃於十月廿一日發函解約，並請求違約之損害賠償。

- 3.X於八十五年七月廿九日已支付價金九百萬元、契稅十四萬五千八百六十七元，並繳納七月後之利息六萬元；反觀Y自七月底起藉詞推拖拒不辦理移轉登記，X自得行使同時履行抗辯權，拒繳八月份以後之利息。

- 4.X早已先請代書Z口頭催告Y履約，惟Y不置理，X又於八十

五年八月五日以律師函催告，並於二月後之同年十月廿一日再以律師函解除契約，故已為二次催告，且解約前已給 y 兩個多月之相當期限」，故 x 解約程序無不當。

(九)同年十二月廿三日第六次言詞辯論期日，兩造到場。y 當庭提出答辯續(一)狀，其內容略以：

1. x 於 y 解約並沒收價金後，至今始主張同時履行抗辯，與法不合。因 x 依約有先為給付七月份以後利息之義務，依民法第二百四條但書，不得主張同時履行抗辯權。

2. 因 x 拒絕給付八十五年八月份以後之利息而解約，非因 x 遲繳契稅。

3. 否認 x 曾委請代書 z 以口頭方式催告 y 履約，就此請 x 舉證。

(十) x 於八十五年十二月廿四日提出聲請狀，聲請訊問證人即代書 z 以證明確有委其以口頭方式催告 y，並證明係因 y 拒不提出增值稅完稅證明而無法完成移轉登記。

(十一)八十六年一月十三日第七次言詞辯論期日，兩造及證人 z 到場，法官宣示辯論終結，定期宣判。

1. 證人 z 陳述：

(1)八十五年六月十九日簽訂買賣契約時當場給付九百萬元，契稅、增值稅是同時申請，沒有約定簽約後幾天要去核稅。六月廿五日之前由 y 負擔利息，六月廿五日以後由 x 負擔利息，y 負擔包括廿五日當天。在六月廿七日申請契稅，七月十一日以前核下來，繳納期間為七月十一日至八月九日。我領回契稅及增值稅後，連絡 x 公司經理，沒有連絡到 x，經理說他出國；賣方連絡 y，但 y 急著過戶。七月廿四日 x 繳納契稅；y 也繳了土地增值稅後有到我事務所談過一次，買方是經理出面，談利息的補貼，沒有談妥，x 有提出契稅單，並

請我向 y 也提出稅單以便辦理過戶，y 希望補貼利息，所以才拒絕提出增值稅單。

(2)稅單核下來後，一般是三、五天內繳納，本件並未約定。

(3)契約約定月息二分是怕將來房款是用支票給付時，賣方用到這條規定。因為訂金部分 x 有一張支票遭到退票，所以才加了這條規定。簽約當天訂金有糾紛，及贈送屋內設備器具之條件前亦有糾紛，至簽約當天始談妥。

(4) (y 認 x 有拖延繳納契稅情形) x 希望以銀行利率給付，但 y 希望以契約約定二分利給付。七月底八月初 x 有請我轉告訴不要再吵利率問題，趕快辦理過戶，說要依法定利率補貼一點利息給 y，還是希望辦過戶，但 y 堅持二分利，所以沒有達成協議。x 之經理沒同意利率。

(5)我有傳達 x 快點辦過戶，我只是傳達，並沒有代理 x 的意思。

2. 兩造對證人所言均稱無意見。

3. y 當庭提出辯論意旨狀，其內容同前。

(十二)一審判決(八十六年一月十八日)

1. 主文要旨：y 應給付 x 九百九十六萬元，及自八十五年十月三十日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。原告其餘之訴駁回。

2. 理由要旨：

(1)本件 x 主張與 y 簽訂不動產買賣契約，並於該日繳交第一期款九百萬元，其於八十五年七月廿四日之法定繳稅期內完納契稅，詎 y 竟拒不提供土地增值稅完納證明，以供辦理不動產過戶手續等事實，y 雖自認上開事實為真，惟辯稱：係因 x 延遲繳交契稅，應依兩造契約第八條第三項約定按月息二分計息給付予 y；另 x 未依約繳納銀行貸款利息，y 遂於八

十五年八月廿八日催告X履行，其後於同年十月十二日發函解除契約，故未協同辦理不動產移轉登記之手續云云。經查：

- A.觀之兩造簽訂之不動產買賣契約書第二條約定，顯見本件兩造約定：先由X給付第一期款項九百萬元，其後兩造即會同辦理不動產移轉登記手續；於移轉登記手續完成七日內X應給付餘款一千二百萬元；至Y先前向銀行辦理之抵押貸款九百萬元，則由X承受作為買賣價金之一部分等條件，至有關不動產移轉登記手續則未確定辦理之期限。
- B.兩造於八十五年六月十九日簽訂本件不動產買賣契約書後，代書Z即展開請領契稅及土地增值稅之稅單作業，上開二稅單於同年七月十一日前即經核定，Z即通知兩造分別前往繳納契稅及土地增值稅，法定繳納期間為同月十一日至同年八月九日，本件契約內並未約定稅單核定後雙方繳納之期間，因Y認為X有遲延繳納契稅情事，提出依契約第八條第三項約定以月息二分計算利息補貼之要求，未為X接受，故Y拒絕提出土地增值稅單，致未能辦理不動產移轉登記手續等情，業據Z到庭證陳綦詳。按本件契約內確無有關稅單核定後雙方應於何時繳納稅捐之約定，Y復未踐行催告程序，則X於八十五年七月廿四日之法定繳納期間內完納契稅，堪認並無遲延繳納之情事。況依契約第八條第三項之約定，係指X給付Y之價款中有以支票支付者，若有退票情形時兩造之解決對策，有關契稅係X對國家所負擔之完納義務，X並無繳交支票與Y情事，自與本約定之規範內容有所未合，是故Y認X有遲延繳納並要求以月利百分之二計息補貼云云，尚屬無據。
- C.兩造其後並均未辦理系爭房地之不動產移轉登記手續，X

遂於八十五年八月五日委請律師發函催告Y，Y於八月八日收受送達後仍未協同辦理移轉登記手續；X遂於十月廿一日再委請律師發函Y，言明解除契約並請求損害賠償之旨，Y於十月二十四日收受送達等情，Y未予爭執，堪信為實在。兩造間就不動產移轉登記手續並未確定給付期限，已如前述，則X於八十五年八月五日發函催告Y於五日內履行移轉登記之義務，再於其後二月有餘之相當期限之同年十月廿一日發函解除契約，上開二函件Y均收受送達，應認合於民法第二二九條第二項、第二五四條之規定，故X所為催告Y履行契約及解除契約之程序均屬合法。

- D.X依契約第二條第三項約定，於八十五年七月廿九日以匯款方式繳納銀行同月份貸款利息六萬元之事實，有匯款四條聯為證，Y不予爭執，堪為真實。雖Y辯稱：X拒繳八月份以後之貸款利息，故於八十五年八月廿八日以存證信函催告X依約繳納，X未為，Y遂於同年十月十二日發函通知解除契約云云。經查兩造約定，Y先前就系爭房地向銀行抵押借貸之債務九百萬元由X承受，自總價款中扣除，即此九百萬元係買賣價金之一部分，按兩造係因買賣而互負有對價關係之債務，依民法第二六四條第一項前段之規定，X於Y未為對待給付前，得拒絕自己之給付。本件兩造間之契約，並無X應先給付全部價金之約定，且於前開買賣契約書第二條第二項之約定，Y先應將買賣房地所需一切文件交付辦理移轉登記，其後七日內原告始負有給付尾款一千二百萬元之義務，於Y為對待給付（辦理房地之移轉登記）前，X即拒絕自己之給付（清償尚欠之價金，則相關之貸款利息亦應屬於價金之性質），探求X之真意，

即為同時履行抗辯之行使，自為法之所許。且依兩造契約第二條第二項之約定，係由 y 先負移轉登記之先為義務，而非 x 負有先為給付價金之義務，故 y 未履行協同辦理移轉登記之先為義務前，即以 x 未繳八月份之銀行貸款利息而逕行解除契約，尚非合法。

(2)依上，x 解除兩造間之不動產買賣契約為合法，從而其訴請 y 負回復原狀即返還已繳之價金九百萬元，以及另依不當得利之規定訴請 y 返還代墊銀行利息六萬元，暨自本件訴狀繕本送達翌日即八十五年十月三十日起按週年利率百分之五計算之利息，於法有據，應予准許。

(3)另 x 主張因 y 違約，依契約第六條約定請求 y 給付同額之違約賠償金九百萬元云云。查本件 y 未協同辦理所有權移轉登記，堪認有違約情事，惟按兩造間此違約賠償金之性質，應屬損害賠償額之預約，此約定之違約賠償數額九百萬元與 x 之實際損害顯相懸殊，本院應予核減，始為公允，參酌 x 係於八十五年六月十九日第一期價款九百萬元，迄今達半年之久，再以法定最高週年利率百分之二十據以計算，即認 x 得請求之違約金以九十萬元為允當。從而 x 訴請 y 給付違約金九十萬元及其利息，為有理由；逾此部分之請求，不應准許，應予駁回。

(4)本件 x 主張解除契約之先位聲明部分為有理由，則其主張解除契約不合法之備位聲明部分，即毋庸再予審酌，併此敘明。

二、第二審

(一)y 於八十六年二月十八日提出上訴狀，其上訴聲明略以：原判決不利 y 部分廢棄，駁回 x 在第一審之訴。

(二)同年四月七日第一次準備程序期日，兩造到場。y 當庭提出上訴

理由狀，其內容略以：

- 1.x 所主張解除之契約，y 已於八十五年十月十二日通知解除，並依約沒收已付定金，故 x 請求依解除契約回復原狀或辦理所有權移轉登記及請求給付違約金，均無理由。
- 2.x 有依約先為給付銀行本息之義務，且其未為主張同時履行抗辯權之意思表示，故不得免除給付遲延之責。原審所謂「探求 x 之真意，即為同時履行抗辯權之行使云云」，查單純沈默不得視為默示意思表示，x 未為意思表示，即無民法第九八條解釋意思表示之問題。
- 3.x 主張解約，其程序並不符合民法第二五四條之要件。蓋 x 於八十五年八月五日委請律師函催 y 於文到五日內將相關登記文件交付代書，y 於該函文到五日後始負遲延責任，而此後 x 未再為任何解約之催告，故其於八十五年十月廿一日之解約，尚有未合。

(三)八十六年四月十八日第二次準備程序期日，兩造到場，x 當庭提出答辯狀，其內容略以：

- 1.y 違反契約第四條第一項，x 除請代書催告外，另請律師於八十五年八月五日函催 y，惟未獲置理。
- 2.依契約第二條第二項，y 有先交付文件義務，其後七日 x 始負給付第二期款義務，於 y 為對待給付前，x 自得拒絕自己之給付，包括貸款利息。
- 3.x 早於八十五年八月底行使同時履行抗辯，且亦於同年十二月九日之準備書狀中再次表明行使同時履行抗辯，故給付遲延責任應自是時溯及排除已發生遲延效果，既無給付遲延，則 y 主張解約顯無理由。
- 4.依契約第二條第三項，y 須先將房地移轉登記與 x，兩造始得

會同將系爭貸款之債務人及義務人移轉為X，如此X始能承受九百萬元之債務。今Y未將所有權移轉，X無法承受此筆債務，X自無給付遲延責任。

5.X先委請代書口頭催告，再函催，二個多月後解約，其程序並無不當。

四八十六年四月廿五日第三次準備程序期日，兩造到場，Y補充上訴理由續(一)狀，其內容同前。

(五)同年五月九日第四次準備程序期日，兩造到場。

1.X陳述：系爭房地在八十六年五月一日已被拍賣，債權人為Y之弟。

2.Y陳述：這是債權人權利，我們也不希望房子被拍賣。

3.X陳述：主張以給付不能解除契約。

4.法官宣示準備程序終結。

(六)同年六月四日言詞辯論期日，兩造到場。審判長宣示六月十一日宣判。

1.Y提出辯論意旨狀，其內容除同前外，另以：

(1)九百萬元貸款，自八十五年六月廿六日起即由X承受，X亦依約給付八十五年七月份之本息。

(2)Y否認X於八十五年八月底時已行使同時履行抗辯，應由X舉證。又兩造契約於同年十月十二日經Y解除而不存在，X於同年十二月九日行使同時履行抗辯權，不發生任何效力。

2.X提出答辯狀，其內容除同前外，另以：

(1)代書Z已於原審證稱曾傳達快點辦過戶之意，其雖非X代理人，亦為使者，既將X催告之意傳達予Y，此次催告即已生效。其次，X再於八十五年八月五日已為二次催告行為，符合解約程序。

(2)系爭房地業經第三人拍定，Y已非所有權人，兩造契約因可歸責於Y事由造成主觀給付不能，X自得不待催告逕行解約並請求損害賠償。

(七)二審判決（八十六年六月十一日）

1.主文要旨：上訴駁回。

2.理由要旨：同一審判決書理由外，另補述：

(1)依兩造所訂買賣契約第二條價款給付方式及第四條有關產權移轉之約定，及Y表示係訂約後接續辦理過戶手續，與證人即代書Z於原審所稱相符，可見本件買賣契約雖未明定辦理所有權移轉登記之確定日期，但雙方既約定於簽訂契約並由Y收取九百萬元價金後，即接續辦理過戶手續，且Y應隨時協助且提供辦理移轉登記所需之證件，則Y自應隨各項手續之進行配合辦理之。查X及Y係分別於八十五年七月廿四日、同年七月三十日繳納契稅、增值稅，則依前開買賣契約第四條之約定，於雙方完納稅捐後，Y即有提出該繳款單以辦理過戶手續之義務；乃Y於繳納增值稅後，以X遲延繳納契稅為由，要求X補貼利息未果，即拒絕提出增值稅單，Y既未於繳納增值稅後，依約提出完稅稅單以辦理接續之過戶手續，即應負遲延責任，Y謂其辦理所有權移轉登記義務，係無確定期限之給付云云，自無可取。是X於八十五年八月五日催告Y於五日內提出完稅增值稅單及相關文件辦理所有權移轉登記，應與民法第二五四條規定相符。

(2)Y於八十五年七月三十日繳納增值稅後，即有提出完稅證明之義務，已如前述，斯時X尚無須繳納八月份貸款利息，可見Y有先為給付之義務，參以Y於同年八月廿八日寄予X之存證信函之記載，足認X於Y催告前，即明表拒絕給付八月

份貸款利息之意，而X因Y就其應先為之提出完稅證明之給付義務未為履行，而拒絕自己之給付，要非無據，自不負遲延責任。是Y催告X履行，並於同年十月十二日以X給付遲延為由，解除系爭買賣契約，難謂適法。

三、第三審

(一)Y於八十六年七月十一日提起上訴，另於八十六年八月五日補提上訴理由狀：

1.聲明意旨略以：原判決廢棄，並發回原審法院更審。

2.上訴理由略以：

(1)兩造間契約第四條並未明示約定何時辦妥所有權移轉登記，但原判決認定Y所有權移轉給付為有確定期限，實有認定事實不依證據之違法。

(2)原判決未說明X如何主張同時履行抗辯權之意思表示，逕以Y為拒絕給付而不負遲延責任，與判例意旨相違，故有判決不備理由之違法。

(二)三審判決（八十七年二月二十日）

1.主文要旨：原判決廢棄，發回台灣高等法院。

2.理由要旨：民法第二六四條第一項但書規定，自己有先為給付之義務者，不得援用同時履行之抗辯權，係指他方之給付義務須待自己履行後，始須履行者而言；若雙方之給付義務無此種履行上之牽連關係，唯履行期有先後之別者，尚無上開但書規定之適用。本件兩造於買賣契約第二條約定，Y以系爭房地向銀行抵押借款九百萬元，由X承受，自總價款中扣除，代為償還，八十五年六月廿五日以後之利息由X負擔；又於第四條約定，Y應於訂約之日交付第一次價款之同時，將系爭買賣標的移轉登記所需之書類、及證明文件，並蓋妥印鑑，交由委託之

代理人辦理權利移轉登記手續。如兩造別無其他約定，尚難僅依此條款即謂X給付貸款利息之義務與Y辦理系爭房地所有權移轉登記義務，有前述履行上之牽連關係存在。原審認定：Y於八十五年七月三十日繳納土地增值稅後，即有提出完稅證明之義務，斯時X尚無須給付八十五年八月份貸款利息等情，縱令無誤，亦不過其履行期有先後之別而已。原審據上開認定，謂Y有先為給付之義務，而為不利Y之判斷，自有可議。

四、更一審

(一)八十七年四月十三日第一次準備程序期日，兩造到場。

1.Y聲明：如八十六年二月十八日聲明上訴狀所載。

2.X答辯聲明：上訴駁回。

3.Y當庭提出準備狀，其內容略以：

(1)依契約第二條及第四條約定，Y應隨時協助且提供辦理移轉登記所需之證件，其謂辦理移轉登記義務係無確定期限給付云云，顯無可取。

(2)就九百萬元利息部分，僅約定各自應分擔之部分，並無約定作為X給付之方法，即X並無向銀行給付利息義務，故利息繳交並非本件買賣契約相互給付義務之一部，X縱有未繳情形，亦無任何給付遲延可言。

(二)八十七年四月廿七日第二次準備程序期日，Y到場，X未到場；Y於是日提出準備書狀，其內容除同前外，略以：

1.貸款九百萬元之債務，八十五年六月廿六日起即由X承受，以抵付房屋價金。至於雙方會同向銀行辦理義務人債務人變更登記或重行設定登記，僅為Y對抗債權人之要件，並非兩造間債務承受效力發生要件。

2.辦理移轉登記期限既未約定，X依約自有先為給付貸款本息之

義務，而不得主張同時履行抗辯。縱謂X得主張，然其仍未於Y八十五年十月十二日解約前以意思表示為之，依最高法院五十年台上字第一五五〇號判例意旨，仍應負給付遲延責任。

(三)八十七年五月四日第三次準備程序期日，兩造到場，X當庭提出準備書狀，其內容除同前外，略以：

- 1.雙方約定買賣價金三千萬元，包括簽約金九百萬元，產權過戶完成後給付一千二百萬元及承受貸款九百萬元，顯不包括銀行利息之負擔，故X縱有未繳情事，亦無給付遲延可言。
- 2.如認X有給付貸款利息之義務，依第二條第三項約定亦應解為價款給付方式之一，Y不依約交付登記文件及增值稅單，X自不願繳納八月份貸款利息。即Y提出完稅證明義務與X繳納八月份貸款利息義務不但有履行上之牽連關係，且基於契約約定及誠實信用原則，Y有先為給付義務，於Y先為給付前當然無所謂遲延問題，Y所為解約通知無效力。
- 3.即認X已遲延支付利息，該利息部分因非本件買賣契約之主要給付義務，亦不得為解除契約之原因。
- 4.系爭房地於八十六年五月初業經債權人拍定，Y給付不能，X自得逕行解約。
- 5.縱認系爭契約因X遲延支付利息而已解除，依民法第二五九條規定，雙方應負回復原狀義務，Y應將所收價金返還，亦不得主張沒入。

(四)八十七年五月廿六日言詞辯論期日，兩造到場，Y提出辯論意旨狀，內容與前所提書狀同。審判長宣示定期宣判。

(五)更一審判決（八十七年五月廿九日）

1.主文要旨：

(1)原判決除確定部分外，關於命Y給付自八十五年十月三十日

起至八十六年五月九日之利息部分廢棄。

(2)廢棄部分，X在第一審之訴駁回。

(3)其餘上訴駁回。

2.理由要旨：

- (1)X先位聲明，係主張依民法第二五四條解除契約，並按同法第二五九條規定及契約第六條約定，請求Y回復原狀返還已付之價金並給付違約金，於原法院另主張依給付不能解除契約，仍依前開規定及約定訴請返還價金與給付違約金，核屬不變更訴訟標的，補充法律上之陳述，自非法所不許。
- (2)依兩造所訂買賣契約第二條就價款給付方式及第四條有關產權移轉之約定，就本件辦理所有權移轉登記事宜，Y雖表示係訂約後接續辦理過戶手續，與證人Z於原審所證相符，然本件買賣契約未明定辦理所有權移轉登記之確定日期，以上開雙方既約定於簽訂契約並由Y收取九百萬元價金後，即接續辦理過戶手續，及依契約第四條規定，Y應隨時協助且提供辦理移轉登記所需之證件等以觀，仍無由證明Y提出增值稅單之給付係定有確定期限，則本件Y提出增值稅單之給付係無確定期限者。
- (3)X於八十五年八月五日催告Y五日內提出完稅增值稅單及相關文件辦理所有權移轉登記，僅使Y負遲延責任而已，其未於Y遲延給付中再限期催告履行，逕於同年十月廿一日致函解除契約，自不生解約之效力。X另辯稱曾委由代書Z口頭催告云云，然以該證人之證言觀之，尚無由證明X曾委由Z以口頭催告Y為民法第二二九條之請求給付或第二五四條之於期限內履行，X該辯解亦非可採。
- (4)Y另稱X延未繳納契稅，應依買賣契約第八條第三項之利率

計算遲延利息云云，然查，依證人 Z 之證言，及系爭買賣契約第八條第三項之規定，與契稅之遲延繳納核屬二事可知，Y 要求 X 依該規定補貼利息，尚屬無據，其以該項事由，拒不提出完稅稅單，難謂有理由。

(5)又系爭買賣契約關於價款給付方式，契約第二條第三項就貸款之利息，僅約定各自分擔之時點，並未約定由 X 直接向銀行繳納，參諸其七月份利息係由 X 電匯與 Y，且匯款期間係八十五年七月廿九日，非七月廿五日亦明。再所謂於八十五年六月廿五日後之利息由 X 負擔之意義，乃指 Y 得向 X 請求給付該利息之範圍，則 X 應負擔之利息部分，自屬無確定期限，依前述說明，Y 即應催告 X 給付，於 X 遲延時，再限期催告其履行，X 未於期限內履行，方得解除契約。Y 僅於八十五年八月廿八日以存證信函定三日期限催告 X 履行，再於同年十月十二日以存證信函為解約意思表示，亦不生解除契約之效力。

(6)兩造約定買賣之價金總額為三千萬元，包括簽約時給付九百萬元，產權過戶完成後交付一千二百萬元及承受銀行貸款九百萬元，並不包括銀行利息之負擔，是契約第二條第三項僅係表明八十五年六月廿五日以後之銀行利息需由 X 負擔，並未約定 X 有向銀行給付之義務，是此部分利息之繳納非本件買賣契約兩造相互給付義務之一部分，即該利息之負擔與 Y 所有權移轉登記義務，無對價上之牽連關係，X 縱未支付八月份利息，Y 亦不得依約定沒收已付價金。

(7)系爭房地於八十六年五月一日已被拍賣，而系爭房地之給付不能又係屬可歸責於 Y 之事由，則 X 依民法第二五六條規定解除契約，自非法所不許。

(8)兩造間之買賣契約，既經 X 合法解除，則 X 依民法第二五九條規定，請求 Y 負回復原狀義務即返還已繳之價金九百萬元，並依不當得利之規定，請求 Y 返還 X 原代 Y 繳納之貸款利息六萬元，均屬有據。再者，Y 未依約辦理所有權移轉登記手續，應構成違約，X 依買賣契約第六條規定訴請 Y 給付與所收價款同額之違約賠償金，固非無據。惟本件買賣標的之價額為三千萬元，X 僅交付九百萬元，且 X 亦未證明其因 Y 違約受有何重大之損害，參酌系爭買賣標的價額、雙方履約之情形，並其所受損害及所得利益等情，認原約定之違約金誠屬過高，應予核減。第一審審酌 Y 係於八十五年六月十九日收取第一期價款九百萬元，至判決時已有半年，以法定最高利率即週年利率百分之二十計算本件違約金額為九十萬元，應屬允當。從而，X 訴請 Y 返還價金及給付違約金，其中九百九十六萬元，及自解除契約翌日即八十六年五月十日起算之法定遲延利息部分，應予准許。超過上開利息部分，應予駁回。

五、第三審

(一)Y 於八十七年六月三十日提出聲明上訴狀，並於同年七月二十日提出上訴理由狀，其內容略以：

1.聲明要旨：原判決不利 Y 部分廢棄，駁回 X 第一審之訴或發回台灣高等法院。

2.理由要旨：

(1)依契約第二條第三項約定之文義，貸款九百萬元自八十五年六月廿六日起由 X 承受，並負擔利息，其須向銀行逕行繳納本息，故原判決為相反認定，有倒果為因之違反論理法則之嫌。

(2) X負擔利息為承受銀行貸款之法律效果，則屬有確定期限之債務，故Y解約合法，原判決顯有不備理由之違法。

(3) X自八十五年六月廿五日以後每月向銀行繳納者，並非僅為利息，尚包括本金之攤還。

(二) X於八十八年一月二十日提出答辯狀，其聲明及理由同前。

(三) 三審判決（八十八年五月廿七日）：

1. 主文：上訴駁回。

2. 理由要旨：查兩造買賣契約第二條第三項就Y原以系爭房地向銀行貸款九百萬元部分，約定由X承受，代Y償還，而自總價中扣除，同時載明自八十五年六月廿五日起利息由X負擔，為Y所不爭。原審因認該利息部分僅約定兩造分擔之時點，亦即各自負擔之範圍，不屬總價金之一部，與Y所有權移轉登記之義務，無對價上之牽連關係，縱有遲付情形，亦不得依契約第六條約定沒收已付價金，尚無不合。Y抗辯上開約定利息負擔之時點，為X承受貸款之日期，原按月向銀行繳交之金額包括部分本金在內（Y就此並未舉證證明），縱屬實情，該銀行貸款既經X承受，倘有未按期繳交之情形，亦係承受後未支付與銀行之問題，仍與X是否遲延給付價金無涉，Y執以謂X應負遲延責任，容有誤會。上訴論旨，猶執此並就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘原判決關於其敗訴部分為不當，求予廢棄，難謂有理由。

參、爭點整理之問題點

一、基於解約主張之受領物返還請求事件如何整理、特定訴訟標的？

(一) 就同一買受人主張不同解約事由分別二次表示行使解除權時之回復原狀請求，應如何特定其訴訟標的？

本件訴之聲明已特定明確，所以法院無須再就此為闡明。首先，應審查X依處分權主義所提先位請求之訴訟標的已否特定。如無須再予闡明而可認為其已特定時，則在原告X自為實體法上定性後，以回復原狀請求權作為訴訟標的之本件情形，因被告Y對X之請求未為認諾，所以應進而依辯論主義，由負主張責任之X提出該當於發生該權利之要件事實（法律事實），此即訴訟法學理上向來所稱之主要事實（關於主張責任之概念，請參照「程序選擇權論」一〇〇頁）。然後，就其所主張之主要事實如Y有予以承認或不爭執者，則就此部分事實即發生自認或擬制自認之效力（第二七九條第一項、第二八〇條第一項），法官就不必調查證據。從此而言，關於自認規定之立法旨趣既為尊重當事人行使程序處分權以優先追求程序利益之意願，亦係為促進訴訟，以節省勞力、時間、費用。因此，如能先將何者為無爭執之事實，而何者為有爭執之事實予以釐清、整理，即可減輕許多證據調查上之勞費付出，助益貫徹訴訟經濟之要求，合理運用有限的司法資源。於是，有爭執之事實（事實上爭點）就成為應證事實（待證事實），應由負舉證責任之當事人提出可以直接證明主要事實存在之證據（直接證據），如無直接證據，則由該當事人（負主張責任者）主張依經驗法則足以推定

主要事實存在之間接事實（第二八二條）及其相關間接證據（參照本書第一編 I 參、三）。就此，新法已於第二八五條增訂第一項規定「聲明證據，應表明應證事實。」此乃規定證據聲明之合法要件，係為便於受訴法院整理證據上及事實上爭點，繼而集中於爭點調查證據（新法第二九六條之一），以貫徹爭點集中審理主義之精神，發揮其應有之目的、機能（參照「程序制度機能論」第二一〇頁以下）。

因此，為便利進行整理涉及本件訴訟之事實上及證據上爭點，宜先檢討本件訴訟標的已否特定及經特定者為何。關於訴訟標的之特定，於債權請求，通常尚須借用原因事實之表明始能達成（新法第二四四條第一項第二款）。為此，原告就原因事實須予以表明至可以識別本件訴訟標的有所不同於他件（非本件）訴訟之訴訟標的之程度始可，且以此程度即可（請參照本書第一編 I 貳、二之說明）。至於嗣後縱使就原因事實有所更正或補充，則是屬於事實上陳述之補充，原則上係與訴訟標的之追加、變更無關（新法第二五六條、舊法同條第一款）。

準此，就本件 x 先位請求，經綜合其在程序上前後陳述之結果，其訴訟標的宜特定為：「x 於八十五年六月十九日與 y 訂立買賣契約，向 y 買受系爭房地、價金為三千萬元，並已交付九百零六萬元（包含利息六萬元），嗣 y 拒不辦理系爭房地所有權移轉登記，因而 x 向 y 表示解除契約，依民法第二五九條及契約請求 y 回復原狀而返還九百零六萬元，並依契約所定請求給付違約賠償金九百萬元。」於此，宜併探討的是：x 於起訴時係主張因 y 拒不將買賣標的物即系爭房地之所有權移轉登記予 x，有給付遲延之事實，乃據此於八十五年十月二十一日表示解除系爭買賣契約。嗣後在本件同一訴訟程序之第二審準備程序，x 於八十六年五月九日又主張因系爭房地被拍賣致 y 有給付不能之事由，故據此表示解除系爭之同一買賣契約等情，此事對已特定之訴訟標的是否會有所影響？一般而言，原告新主張之原因事實雖

未必均與訴訟標的之識別、變更或追加無關。惟本件 x 主張回復原狀請求權是基於契約解除，而其有關給付遲延或給付不能之主張如均屬實，係分別各得構成該當於使 x 取得解除權之事由，此二項事由，在採行續審制之我國〔參照舊法第四四七條、同條新法之前段，但其但書已增訂失權規定，縮小續審制之適用範圍，而改採限制的續審制，使第二審更趨向於事後審化。關於此類法制之長短，請參照邱聯恭在民訴法研究會第三十次研討會之說明——載「民訴研討」三八八頁至三九一頁〕，只要在第二審言詞辯論終結（基準時點）以前發生存在，且經 x 據以行使解除權，即均可能該當於 x 所主張為訴訟標的之回復原狀請求權發生之要件事實，而各成為就同一訴訟標的所提不同的攻擊防禦方法。亦即，在本件，縱使依傳統的舊訴訟標的理論為審理，並不會因該當於同一個回復原狀請求權發生之要件事實有複數，而當然可構成複數之訴訟標的。但是，如原告於前訴訟僅主張其係根據給付遲延之事由行使解除權，而以基於此項行使之事實所生回復原狀請求權作為訴訟標的，至其遭受敗訴判決確定以後，如又主張給付不能之事由而據此行使解除權，並再行起訴請求回復原狀時，則後訴訟屬不同之訴訟標的。換言之，此種後訴訟之提起係根據前訴訟言詞辯論終結以後所生解除權行使之事實，並以基此事實所取得之回復原狀請求權為訴訟標的，所以不同於前訴訟之訴訟標的，非前訴訟之判決既判力所及，是有別於本件之情形。至於本件 x 在提起上訴後，始於第二審程序進行中為上開事實主張，是否違反訴訟促進義務，應否受失權之制裁，則屬應依第四四七條另為判定之問題（就此，新法已增訂明文強化限制更新權。不過，在本件，x 據以主張 y 為給付不能而成為其主張解除權發生之基礎事實即拍賣事實，係發生於第一審言詞辯論終結後，所以尚難認為此項 x 之主張有同條規定之適用）。

其次，值得一併思考：民法第二五九條所定各款項目是否可據以

分別構成複數不同之訴訟標的？或是應認為依該條規定所生請求回復原狀之權利，縱使依實體法原則上亦只構成一個請求權而已，所以僅得構成一個訴訟標的？是否可認為就該條各款所列事項中有某些項目於訴訟上未請求時，應在保障程序權（聽審請求權）、防止發生突襲性裁判所必要之限度內，始例外容許可以自前判決既判力之客觀範圍予以排除？亦即，是否可認為如果未成為前訴訟攻擊防禦之目標者有程序法上正當根據時，或為貫徹聽審請求權、程序權保障之要求（請參照「司法現代化」一二六頁以下、「程序制度機能論」九五頁以下、「程序選擇權論」九頁以下）認為必要時，始應另賦予得據以再為訴訟上請求之機會？要之，承認確定判決具有既判力之理由，不但是因為法院已付出許多勞力、時間、費用才為本案判決，所以原則上不允許紛爭再燃；亦由於在本案審理過程，已賦予當事人攻擊防禦機會，當事人就關涉其訴訟標的之同一權利所含內容之攻擊防禦方法，已可被期待予以提出主張，如認為就該權利內容所含每一標的物均可任予分別提起訴訟請求，以致在各該個別訴訟中，每一承辦法官就同一原因契約事實均須分別一再予以審理，則不僅浪費司法資源、過分加重法官之負擔，而違反訴訟經濟之要求，也額外增添被告應訴之煩，有失公平。所以，就上開回復原狀請求權，縱然站在舊訴訟標的理論為處理，也只構成一個訴訟標的，而期待當事人就欲請求回復原狀之項目利用一道訴訟程序全部予以主張，如有其他期待不可能之事由，致無法於訴訟中為攻擊防禦而有正當化根據者，就該部分才例外可能被容許自既判力之客觀範圍予以排除，而允許另行起訴請求或依法循再審程序請求救濟，此乃自防止發生突襲性裁判及期待可能性等法理，可能承認之少數例外情形〔併參照本書第二編Ⅱ參、一、(二)內例三之說明〕。

再者，本件 x 起訴時原僅請求 y 返還其已繳納之九百萬元價金，嗣於第一審第二次言詞辯論期日始主張擴張訴之聲明，再請求 y 返還

其已繳納之利息六萬元，並就此二部分主張均係基於回復原狀請求權為訴訟上請求。於此，尚涉及值得探討之如下問題：就六萬元利息請求部分而言，設若受訴法院認為依 x 所主張之事實，除了該當於可能發生 x 所主張之回復原狀請求權外，尚可能發生不當得利返還請求權，而有請求權競合之情形時（在民法學說上，是否有認為民法第二五九條之回復原狀請求權是屬不當得利之特別規定，所以所謂不當得利返還請求之屬性已被該回復原狀請求權所包含或吸收，因此不構成請求權競合云云之見解，非屬此處所要研討之範圍，於此姑不予深論），法院應如何處理？倘法院認為此部分並不構成回復原狀請求權，而是構成與其具不同屬性之不當得利返還請求權時，又應如何處理？換言之，就 x 請求返還六萬元利息部分，究竟是訴之聲明之擴張或為另一訴訟標的而可能涉及訴之追加或訴外裁判之問題？關於此，可析述如下：就上開情形，縱使受訴法院認為不構成請求權競合，惟認為就此部分僅應構成上開意義的不當得利返還請求權（非屬民法第二五九條所認之回復原狀請求權），亦非另一訴訟標的，並無訴外裁判之問題，而純屬法官就同一原因事實（無涉請求權競合之事實）所為法律上評價有所不同於 x 所採見解而已，係含有法律上爭點之問題，所以法院可依其所信之法律見解判決容認 x 有關利息請求之訴之聲明，而無必須先使 x 追加訴訟標的之問題。因為，於此情形，x 既然就其利息返還請求部分，已如上所述表明其原因事實而可據此特定訴訟標的，對本件受訴法官限定求為本案審判之對象、預告可能發生之既判力客觀範圍、對被告 y 提示其應為攻擊防禦之目標，而發揮法律要求原告表明訴訟標的之應有機能（防止發生突襲之機能）。至於 x 就該原因事實有何該當發生之權利可被容認，乃屬法官適用法律之職權範圍內事，應依「法官知法」之原則處理（請參照「司法現代化」一四二頁）。縱使法官解釋法律有錯誤，乃有關是否會構成上訴第三審或依法循再審程序救濟之另一問題，既無訴訟標的不

同之可言，自不生訴外裁判之問題。不過，法院就 x 所未留意之上開法律觀點，未賦予當事人有充分辯論之機會，即採為裁判基礎，係未充分保障當事人之辯論權，而為一種法律適用的突襲（參照本書第一編 I 肆之說明、「司法現代化」一二二頁），應非所許。換言之，於此情形，法官應依第一九九條第一項規定為闡明（表明法律見解）使當事人為適當完全之辯論。

又，縱使在法官係採舊訴訟標的論，而且就 x 所表明為審判對象之上開原因事實，竟然認為有請求權競合之情形，自新法施行後，法官亦應依新法第一九九條之一第一項之規定行使闡明權（曉諭 x 上開法院所認之不當得利返還請求權），使 x 有為訴之追加、變更之機會，否則，對原告將造成促進訴訟的突襲（請參照「司法現代化」一二二頁；「程序制度機能論」六頁），因為，如法院未為該項闡明（曉諭），則原告將在其未能充分預測之程序狀態下，未獲追加訴訟標的以利用同一程序解決紛爭而追求程序利益之機會（就此宜留意：新法已增訂第二五五條第一項第二款，容許原告就基礎事實同一之情形，得為訴之變更或追加。自此項新法施行以後，縱使法官採上開見解，較諸舊法當時，應負有更重之闡明義務）。抑且，在同上之情形下，如法院未行使闡明權即貿然為容認 x 有不當得利返還請求權之判決，即屬訴外裁判，而違反第三八八條之規定。其實，就此情形，即使未增設新法第一九九條之一之規定，法院也應為相同之處理，因為，法院應就不利於當事人之判決內容，於言詞辯論終結前，賦予該當事人有充分辯論之機會，以防止發生突襲性裁判，此乃當今民事訴訟審理之基本要求。其結果，不論依同法第一九九條第一項之舊規定或同項修正後之新法，均應為同樣之解釋，可是向來之審判實務卻未予以充分認知。另一方面，在原告起訴時係選擇以紛爭事實為單位定其訴訟標的之情形（在法院依新訴訟標的論或採訴訟標的相對論為審理經原告如此選擇時），其受訴法院不論依新法第

一九九條之一第一項或新法第一九九條第一項，均應對原告闡明其所忽略之法律觀點（有關法律關係之主張），使為法律上辯論。此項闡明（含：以表明法律見解為程序內容之闡明）係為防止發生法律適用的突襲所必要，尚無關於如何追加訴訟標的之問題。

(二)回復回狀請求權是否因其所由生解除權行使之主體有異致變易已特定之訴訟標的？

在本件，因 y 主張其早於 x 在八十五年十月二十一日表示行使解除權以前，先在同月十二日已為行解除權之表示，所以尚宜探討此事是否對於已特定之訴訟標的發生影響？x 係主張其有解除權，且因其行使而生回復原狀請求權，並以此為訴訟標的，倘法院審理之結果，認為系爭買賣契約係因 y 先於 x 行使解除權而消滅，並因此使 x 與 y 均負回復契約成立前原狀之義務時，應如何整理其所關涉之此方面爭點或審理方向？亦即，因 x 行使解除權而發生之其所得享之回復原狀請求權與因 y 行使解除權而發生之 x 所得享回復原狀請求權，如其發生均在本件訴訟之言詞辯論終結以前，是否分別可構成不同之訴訟標的？本來，無論係基於當事人之何造行使解除權而使契約關係發生消滅，並使兩造各取得回復原狀請求權之效力，x 均只有一個同一之回復原狀請求權，故應僅可構成一個訴訟標的。至於 x 之回復原狀請求權係基於其自己主張之解除權行使而發生，或係基於 y 所主張之解除權行使而發生，應均僅屬攻擊防禦方法有所不同之問題而已。所以，於此認知下，法院之審理應以既經特定之上開「(一)」所述訴訟標的，循下述「二」所說明之方向，進行有關事實上及證據上爭點之整理，而不涉及如何闡明追加或變更訴訟標的之問題。

不過，縱使法院認為：因解除權行使之主體不同，發生解除權之要件事實、時效或除斥期間之起算點等各未必相同，故解除權行使之

結果雖均發生回復原狀請求權，但仍應認為構成不同之訴訟標的之云云，此乃由於其過度偏重實體法上觀點所致，為貫徹紛爭解決一次性之要求（訴訟法上觀點）以合理運用有限之司法資源，亦應儘可能讓當事人有利用一道訴訟程序集中於該紛爭（即 x 是否因系爭買賣契約被解除而對 y 得請求回復契約成立前之原狀一事）予以審判、解決之機會。為此，縱使有法官採上開見解，亦應循如上「(一)」所述如何闡明使當事人（在本件為 x）就法官所認競合、相排斥或並存之請求權有為追加訴訟標的之求為合併審判之機會，以防止發生促進訴訟的突襲（併請參照新法第二五五條第一項第二款）。於此情形，由於 x 在起訴時實難預測法官會採取該項見解，所以為充分保障 x 之實體利益及程序利益，宜容許 x 為如下主張：「本件應僅構成一個訴訟標的，只是其有不同之攻擊防禦方法而已，但如法院審理之結果認為應構成二個訴訟標的，也希望利用本件訴訟程序合併請求法官裁判」，如 x 未為如此主張，而法院認為應構成不同之訴訟標的時，法院亦應行使闡明權，問明 x 是否追加為訴之合併，以保障 x 依處分權主義所得享有之上開利益〔關於向來審判實務上所存有關客觀合併態樣之問題，請參照邱聯恭在民訴法研究會第二十九次及第四十九次研討會之闡述——載「民訴研討(四)」六七頁至七五頁〕。

二、關於買賣雙方均主張各已解約時之爭點整理

(一) 爭點整理與攻防方法審理順序之酌定

就如上所特定之訴訟標的（以系爭買賣契約被解除等原因事實所特定之回復原狀請求權），為審理原告 x 有無及應如何主張該當於該回復原狀請求權發生之要件事實，應先釐清下列爭點 1 與爭點 2 之相互關係為何，並定明其間之先後審理順序：

1. 是否如其所主張有可得對 y 行使之解除權？在此基礎上，其於

八十五年十月二十一日向 y 表示行使該解除權時，系爭買賣契約關係是否仍存在？亦即，x 於該日表示行使解除權時，該契約是否已因 y 先於同月十二日行使解除權而不存在？（稱「爭點 1」）

2. y 於同月十二日表示解除系爭買賣契約時，是否確有可得行使之解除權？（稱「爭點 2」）

為促進訴訟，避免浪費司法資源，並保護當事人之程序利益，就上開二爭點，應先集中審理爭點 2。此事涉及一個基本性審理上原則，即向來有認為：於訴訟上當事人提出多數攻擊防禦方法時，其審理順序之決定，係屬法院裁量權行使之範圍內事，法院可自由為之，不受當事人求為審理之順序所制約，而不同於有關訴之合併係基於處分權主義，可由原告決定其合併之型態及審判順序之情形云云。可是，此項論見，就上開攻擊防禦方法審理順序之決定而言，尚待商榷。亦即，就當事人提出之多數攻擊防禦方法，應如何排列審理順序，法官亦應站在保護當事人利益的角度而為決定，始符公正程序請求權之法理。詳言之，為確保審理之彈性，原則上法官固然可依訴訟指揮自由決定審理攻擊防禦方法之順序，可是此項裁量權之行使仍應受相當之制約。例如：在原告 x₁ 基於價金債權訴請給付貨款事件，如被告 y₁ 係同時提出在訴訟外已以其對 x₁ 所享借款債權為主動債權主張抵銷之抗辯（下稱「抗辯 1」，以及消滅時效之抗辯（下稱「抗辯 2」）。就此，為兼顧當事人之程序利益，並經由既判力之取得，擴大訴訟制度解決紛爭之功能，即使當事人並未表明希求審理之先後順序，受訴法院亦應設法就抗辯 1 先為審理。因為，倘就抗辯 2 先為審理，則於所得心證認為其屬可採時，將不必再就抗辯 1 為審理，其結果，由於據此所為之確定判決就 y₁ 之借款債權存否並不發生既判力，以致尚可能因該借款債權之主張另引發後訴訟之紛爭，造成兩造再度應訴之程序上不利益，削弱前判決（先審理抗辯 2 之判決）的解決紛爭功能，而增加法院負擔。

反之，先審理抗辯1而據以判決之結果，就原告之價金債權及被告之借款債權均可能發生既判力（第四〇〇條第二項），藉以解決有關此二者之紛爭，而避免蒙受上開程序上不利益。因此，倘法院於上述場合，係在當事人未能充分預測上述程序上不利益之情況下，或於當事人表明求為先審理抗辯1之場合，係在無視當事人表明之情況下，竟分別先審理抗辯2，則不能謂其訴訟指揮權之行使無害於當事人之利益。對此，當事人就所受不利益，應可指摘訴訟指揮權之行使含有違反公正程序請求權及適時審判請求權之瑕疵，依法請求救濟。

與上述場合不同，另如在 y_1 為消滅時效抗辯之同時，係於訴訟上始主張抵銷（非如上提出訴訟外已為抵銷之事實）之情形，除非另有正當化之根據（如：經闡明利害以後，當事人仍堅求先審理抵銷之主張），通常， y_1 固多為預備的抗辯（即陳述：如時效之抗辯不成立，則以借款債權為抵銷）以縮小審理之彈性，縱其不然，受訴法院亦應該就時效之抗辯先為審理，以維護當事人之實體利益。因為，在此種情形， y_1 係主張其據以抵銷之債權，在其提出於訴訟上為行使而發生私法上效力以前，客觀上仍屬存在（尚未因訴訟上及訴訟外之行使而消滅）。因此，法院就時效抗辯先為審理，對於減少該借款債權被供為抵銷而犧牲之機率，顯有助益。亦即，倘使先審理之時效抗辯成立， y_1 即無復以借款債權主張抵銷之必要，而仍可享受據此債權之主張所可取得之實體利益。

依上例示說明可知，即使就攻擊防禦方法之審理，有關定其審理順序之訴訟指揮權行使，亦應依個別具體之紛爭狀態，顧及當事人之利益（程序利益、實體利益），而不應認為可在毫不受限制之情況下，強調保留審理之彈性。此項有關定攻防方法審理順序時之當事人利益，亦應於整理爭點時予以顧慮，使當事人能受應有之保障或被賦予預測之機會，以利當事人間達成爭點簡化協議（參照新法第二六八條之一第二

項、第二七〇條之一；「司法現代化」二三七頁；本書第一編II之闡述）。

循上所論，在本件，就有關如何定攻擊防禦方法之審理順序而言，法院宜認知其應先集中就爭點2為審理，於其形成心證認為 y 就爭點2之主張為不可取時，始審理 x 就爭點1所主張之事實存否；倘法院審理之結果認為 y 就爭點2之主張係屬可採，則 x 已無可得行使解除權之對象契約，自無須再付出勞費徒然審理爭點1所涉有無該當於使 x 取得解除權之要件事實存否及其推認所必要之間接事實存否。並且，法院尚應基於此項有關審理順序之認知，先致力經由闡明促使兩造與法院形成共識，是亦為整理並協議簡化爭點之一種程序形態。可是，本件受訴法院並未充分意識及此，忽略上開審理順序之排定對於促進訴訟所具重要性，是為其未能儘早集中於爭點2為審理，而造成審理散漫化之導因，實不符集中審理主義之旨趣。

(二) 事實上及證據上爭點整理

為審理上開爭點2，法院應審理： y 在 x 於八十五年十月二十一日表示行使解除權以前，有無該當於使 y 取得解除權之要件事實存在？（「爭點3」）此項事實是否已經當事人（尤其是負主張責任之 y ）提出？如其尚未提出，法院即應對主張該解除權之 y 行使闡明權，使其提出責任、行為責任具體化；如其已提出，則應就所提出之事實及相關證據，促使 x 盡陳述義務（新法第一九五條第二項、第二六六條第一項第三款，並請參照邱聯恭在民訴法研究會第二十八次研討會之闡述——載「民訴研討(三)」二二九頁以下）。

就爭點3之審理，負有主張責任之 y 所主張之事實有：

c_1 事實 = x 未依約繳納契稅，造成 y 利息上損失，又未依約定給付每月利息百分之二之事實。

c_2 事實 = x 未依約繳納八十五年八月份利息之事實。

c₃ 事實 = y 於八十五年八月二十八日催告 x 於三日內繳交，否則即予解除契約之事實。

c₄ 事實 = y 於八十五年十月十二日通知 x 表示解除契約之事實。

必須以上四個事實均存在，y 才會取得解除權並因其行使而發生回復原狀請求權。所以，法院應踐行爭點整理程序，使 x 陳明就該四個事實是否有爭執，以釐清其中何者為有爭執者、何者為無爭執者。本件 x 對 c₂、c₃、c₄ 之事實均不爭執，唯就 c₁ 事實有爭執，故須再一進步整理 y 就 c₁ 事實是否有聲明證據或提出該事實之推認所必要之相關間接事實、其所提證據與待證事實 c₁ 或其相關間接事實之間，在經驗法則上有無關連性及調查之必要性，藉此整理事實上及證據上爭點。

假使審理之結果認為，y 並無可行使解除權或其行使不合法，以致不生使系爭買賣契約關係消滅之效力，接著，再依上述方式，始續就上開爭點 1 即 x 所主張之解除權行使等攻擊防禦方法為審理。

關於上開當事人所負提出責任、行為責任如何具體化，以及其與訴訟指揮、闡明權行使有何相互關係等問題，宜特別留意：其相關法律狀態，自新法施行以後，已有重大變化。亦即，為促成審理集中化，新法在修正向來所採隨時（自由順序）提出主義而改採適時提出主義（第一九六條第一項）之同時，並加重當事人所負一般性訴訟促進義務（同條第二項、第一九五條第二項、第二六六條、第二八五條第一項）及個別的訴訟促進義務（第二六八條、第二六八條之二第一項），強化其違反時之制裁即失權規定（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、第四四四條之一第五項）。在此等新規定施行後，當事人已被要求須依訴訟進行之狀況於「適當時期」提出攻防方法，而不復被容許依然沿襲舊法採用隨時提出主義當時所殘留拖拖拉拉提出攻防方法之實務慣行（參照「程序選擇權論」六六頁內註一七）。

另一方面，為落實適時審判請求權之法理，法律也要求、期待法

官能適時留意，並適當地行使闡明權，使當事人知道何時該提出有利於己之事實、證據。換言之，在採行適時提出主義之下，有賴法官行使訴訟指揮、闡明，以使所謂「適當時期」明確化，而促使當事人之行為責任具體化。如果法官未賦予當事人得能預測程序狀態以適時提出攻防方法之機會，就為對其不利之判斷或判決其敗訴，則該當事人得以法院違反闡明義務等規定（如：新法第一九九條、第一九九條之一、第二四四條第四項、第二九六條之一第一項）為理由，利用上訴程序請求救濟，如判決已確定，則屬得否提起再審之問題。反之，如法官已行使闡明權，而賦予當事人提出攻防方法之機會，可是當事人竟仍不予提出，則其遭受法院適用上開失權規定予以制裁之可能性即隨著提高，所以在今後之審判實務上，宜將法官闡明活動之內容亦詳予記明筆錄，以便利在程序之後階段迅速判斷有無該當於失權之要件。並且，當事人遭該項制裁而蒙受不利益之判決時，如其係導因於受任為其訴訟代理人之律師有可歸責事由或過失行為，則該律師被訴請求賠償損害之機率亦會隨著增大。〔關於隨著適時提出主義之採行，法官應如何運用訴訟指揮，協同律師與當事人促使行為規範、行為責任具體化等問題之探討，請併參照邱聯恭在民訴法研究會第二十八次及第六十三次研討會之闡述——載「民訴研討(三)」二四四頁以下及「民訴研討(四)」四〇九頁以下；本書第一編 1 伍之說明〕。

三、有關違約金如何核減之問題

在本件，y 於第一審第四次言詞辯論期日雖主張違約金過高，而請求法院予以核減，惟未同時提出其認為所約定違約金何以過高之具體事由，而法官亦未為任何闡明，就此，法官是否得不待當事人主張而逕為核減？亦為值探討之問題。關於此問題之處理，在向來之審判

實務上，或有認為法官得不待當事人主張即逕行依職權核減違約金云云之見解（如：最高法院四十九年台上字第八〇七號判例），此乃因其未嚴格區分實體法與訴訟法所致。其實，在現行憲法體制之下，實體法與訴訟法係處於獨立並行之地位，非若往昔曾有一段時代認為訴訟法乃實體法之助法。訴訟法既為獨立之法律體系，其所採審理原則自非必等同於實體法所認者，反之亦然。

基上認知，y雖主張違約金過高，卻未提出可資以支持其主張違約金過高之具體事由，法官亦未踐行闡明程序，以致並未釐清相關之事實上及證據上爭點。此項審理程序實不合民訴法所採辯論主義即協同主義、防止發生突襲性裁判之要求及法官負闡明義務等審理原則或規定。換言之，依民法第二五二條之規定，當事人約定之違約金過高者，固容許法院得依職權予以核減，惟於訴訟程序上，判斷違約金是否過高之基礎資料仍應適用辯論主義使當事人（尤其是負主張責任之y）為提出，或經由法官依法闡明予以蒐集。換言之，實體法上承認法官有裁量權，不即當然亦表示訴訟法上不採用當事人提出主義（辯論主義），縱然法官依實體法可以職權核減違約金，如當事人未主張違約金過高，而法官於本案審理中，從其他證據調查之結果形成心證認為違約金過高時，法官亦不可逕依職權而為核減，而應行使闡明權，使當事人就違約金是否過高之資料有辯論之機會，藉以防止發生突襲性裁判（第二七八條第二項但書、參照「程序選擇權論」一〇一頁以下。關於違約金之核減所涉實體法與程序法交錯之相關問題及其應依循之審理原則，請併參照本書第二編I參、三之說明。）

綜上評析，本件訴訟之審理趨於散漫化，而未盡符合集中審理主義之精神，係由於參與運作訴訟程序之法官及律師未能充分認知踐行爭點整理程序之必要性，且不熟練此方面運作技巧所導致。

【本文係司法院司法業務研究會有關如何促進審理集中化課題之講座評析，經錄音整理後，補加闡釋而成；曾刊載月旦法學雜誌第五十九期（二〇〇〇年），並再經補充內容後，收錄於本書。該研究會係由各審級現職法官參加組成，以台北地院八十五年重訴字第一一九六號、台灣高等法院八十六年重上字第八三號、最高法院八十七年台上字第三五一號、台灣高等法院八十七年重上更(一)字第四二號及最高法院八十八年台上字第一一二四號回復原狀請求事件之各審法院審理案卷為素材，就其審理過程未能集中審理之相關部分，進行學理上研析。】

V 仲裁判斷撤銷事件之 訴訟標的如何特定？

壹、事實概要	287
貳、涉訟經過	292
參、爭點整理之問題點	307
一、仲裁判斷撤銷事由之主張如何關涉訴訟標的之特定？	307
(一)基於原告所主張事實及撤銷事由之整理	307
(二)保障選擇紛爭單位型訴訟標的之機會	310
(三)保障選擇撤銷事由單位型訴訟標的之機會	314
二、有關撤銷事由該當性之審理取向	318
(一)紛爭單位型訴訟標的特定後之爭點整理	318
(二)撤銷事由單位型訴訟標的特定後之爭點整理	319

壹、事實概要

一、七十六年八月七日 X 與 Y 簽訂北區第二高速公路中和至鶯歌段工程合約，約定由 Y 承攬工程之興建與維護。其中關於三十米高照明設備部分，Y 於簽約後即就工程所需材料、設備向國外進行採購施工等事宜。事後 X 將該項照明設備變更設計為十米高路燈，要求 Y 暫緩興建該部分工程。

二、Y 就已付出之材料費，請求 X 給付遭拒致雙方發生爭議，乃將此爭議提付仲裁，並經商務仲裁協會作成仲裁判斷，命 X 應給付 Y 新台幣五百十五萬二千三百九十七元。X 不服，以該仲裁判斷有商務仲裁條例（以下簡稱「商仲條例」，係新仲裁法於八十七年六月二十四日經公布施行以前所適用者即其舊法）第二三條第一項第一款及第三款之事由，向臺北地方法院提起本件撤銷仲裁判斷之訴。

三、兩造工程合約一般規範之相關約定：

(一) 4.2(3)解釋互相抵觸條款之優先順序：

合約中各部分條款之間，若有相互衝突或不一致之情形時，應依照下列次序決定其優先順序：

a. 合約中開標紀錄。…… h. 由承包商所提出，經工程司審定之施工圖樣。

上述文件或圖樣，手寫部分優於打字，打字部分優於印刷，其採用之優先順序與發給時間相反。

對於合約條款之解釋如有任何爭論或含混不明時，高公局有最後裁定權。

(二) 4.5(1)c.(3)：若合約項目中任何部分被刪除時，y 應給付承包商在 x 所屬工程司通知刪除該部分之日以前，已完成並經接受之工程費用或已訂購經認可之材料、設備費用。

(三) 5.3(2)權責：除另有規定外，x 授予工程司下列權責：

- a. 凡設計圖或施工規範及特訂條款所記載事項，如有含糊、矛盾、錯誤、歧義或遺漏時，工程司得決定其真實含義及意義，並以書面為之。
- b. 決定承包商完成合約之工程是否合格之所有項問題。
- c. 有關補償之原則。
- d. 決定承包商所提供之任何材料、機具設備及各項工程品質、數量等，是否合格適用。

(四) 5.3(4)滿意：承包商應嚴格遵守合約對工程施工及養護之規定，至工程司認為滿意之程度，……高公局所同意或所建議提供材料台獲取材料之方法與方式，均不得視為保證，此等方式與方法必須以合約為準。雖高公局同意之施工方式與方法，如一旦有任何差錯時，承包商不得據以作為推卸責任之藉口或理由，更不得將責任讓之於高公局。

(五) 5.4(1)：未予否決：工程司之代表未予否決之工程或材料，並無礙於爾後工程司對該工程與材料仍有否決與通知該工程應拆除、移走或毀棄之權。

(六) 5.4(2)：訴諸工程司：承包商若不滿意工程司代表所作之決定，而有充分之理由時，承包商可將該事件提報工程司，工程司應予覆核，或予撤銷或改變決定。

(七) 5.25(1)：工程司決定：在工程進行或完工後，不論是否違約或合約終止，如工程司與承包商之間，發生有關合約或由合約而引起，或在施工上有任何爭執或歧見時，除工程司依照合約有絕對權或

最後決定權之事項，或工程司行使其職權而命令任何工程挖開檢驗之事項外，雙方應立即以誠意磋商解決之，如磋商無法達成協議時，即移付仲裁。

(八) 5.25(8)：訴諸仲裁：如承包商對高公局所作之裁決仍不滿意時，可依下列步驟以書面要求仲裁以解決爭執。

(九) 5.30(1)f.：工程司有拒絕或認可之權：在施工、養護等過程中，工程司隨時隨地有權批准所有之施工設備、機具、材料、永久性工程、臨時性工程、與工程品質，亦有權拒絕其認為有缺點或不符合合約規定或有違合約原意而無法接受之部分。

(十) 5.30(1)g.：材料與成品：除非另有通知或核可，材料與成品之品質必須符合規範之規定。若無品質規範之規定時，材料與工程品質必須適當，且完全合乎合約原意並獲得工程司之認可。

(十一) 5.30(4)：不予驗收之材料及工程成品：

a. 指示移除之權力：在施工進行期間，工程司有權隨時以書面指示及（或）通知下列事項：

(1)在指定時間內自工地移除工程司或工程司代表認為不符合約規定之材料。

(2)缺陷材料之改正。

(3)適當材料之善用。

(4)挖除和重作（不論先前之試驗結果如何，或該項目是否已估驗）工程司或工程司代表認為不符合合約規定之材料或成品。

b. 承包商應拆除或更換者：工程於驗收前，工程司或工程司代表認為某一部分或全部材料及工程成品不能接受時，（不論係材料之缺陷，工程成品之不良，不符合合約要求，或由於疏忽或其他原因所造成）應作如下之措施：

(1)材料方面，除非工程司另有指示，否則應立即廢棄並更換合

格之材料。如材料雖有缺陷已予改正，並經工程司之書面證明後，准其使用。

(2)工程成品方面，須即時改正，至工程司滿意為止。

c. 未能拆除與改正：如承包商未能在工程司指定期限內更換不合格之材料，或改正有缺陷之工程時，高公局可作如下處理：

(1)以另行發包或其他方式，逕行更換使用材料或改正工程品質，其所需一切費用從承包商應得款項內扣抵或履約保證金項下支付，承包商不得提出任何異議。

(2)終止承包商繼續施工之權利。

d. 調查缺陷之原因：承包商須應工程司之書請求，依其指示調查缺陷或迴失之原因，其費用之負擔如下：

(1)按合約規定，該項缺陷或過失如係承包商之責任，所需費用由承包商負擔。

(2)按合約規定，該項缺陷或過失非承包商之責任，所需費用由高公局負擔。

e. 未經試驗材料之使用：任何合約工程，承包商如未經工程司書面同意，而逕行使用未經試驗合格或未經工程司認可之材料，如經發現，應由承包商負責拆除重做，或依照工程司之指示辦理。

(五) 5.34c.：材料來源通知：承包商在運送材料前，必須將其擬用之材料來源通知工程司（使迅配合進行檢驗、丈量與試驗）。如檢查後發現經同意之供應來源，其所產生之材料、品質不均匀或不滿意、或任何來源之產品，在任何時間內經證明無法接受，承包商應改從其他產地供給材料。

(六) 6.1(1)：材料之認可：所有取土（料）區之材料，須經工程司之取樣、試驗、及認可，始可採用。此種認可僅限取用合格材料部分。

工程司有權指示何處材料可採運，亦可拒絕該處材料中之不合格部份。若經試驗顯示材料不合格，或工程司有其他適當之理由，即可撤銷上述之認可。

(六) 6.5(2)：品質：所有材料之品質，必須符合合約內施工技術規範及特訂條款之規定。合約簽訂後，承包商應立即將其擬用之全部材料來源通知工程司。在材料啟運之前，該等材料來源須經工程司之認可。在材料用於工程之前與使用過程中，工程司得隨時通知承包商抽取樣品。除非經工程司之核准，否則該等樣品須經工程司親自選取。經試驗合格後，方得使用於工程。如經檢驗發現承包商所提供之材料與原先核准者不符，或材料不合格時，承包商須立即更換業經核准之材料。

(六) 6.53：材料來源(b)：許可：除另有指定外，承包商得自行選擇並經工程司核可之材料來源，供應合約工程所需之材料。

(六) 6.7：替代之材料：若因合約規定之材料缺貨，而替代之材料合乎合約之規定，且不增加合約金額時，工程司可考慮採用該等材料，所有替代之材料，必須先徵求工程司書面同意。

四、補充說明(一)(1)：本標工程高桅桿燈柱桿及燈桿基礎工作，承包商應事先依據本工程設計圖上規定之原則辦理設計，並提送設計詳圖及結構計算書，經工程司審核核准後方可製作施工。

五、高桅桿基礎示意圖說明 9：承包商應提送設計圖及結構設計書經工程司審核後方可製作施工。

貳、涉訟經過

一、第一審

(一) X 列 Y 為被告於八十三年十一月十一日起訴。

1. 訴之聲明略以：八十二年度商仲某字第某號仲裁判斷應予撤銷。

2. 起訴狀上主張略為：

(1) 依兩造所訂工程合約一般規範 5.3(2)c 規定，承包商 Y 之材料及有關補償原則，X 所屬工程司有最後決定權。Y 請求 X 給付之「材料費用」，係須經該工程司認可決定之約定事項，亦即屬合約 5.25(1) 之除外約款事項，而此事項並不屬於應付仲裁之爭議事項，倘就除外約款事項逕予以仲裁者，即屬於與仲裁契約標的之爭議無關事項為判斷，而得依商仲條例第二三條第一項第一款規定提起撤銷該仲裁判斷之訴。如訴之聲明所示仲裁判斷（下稱「系爭仲裁判斷」）係就該除外約款事項所為，有可撤銷之事由。

(2) 系爭仲裁判斷引據顯失公平為判斷係屬衡平法則之適用，可是就此項適用仲裁人於仲裁程序詢問會中並未使兩造為陳述，其遽為適用衡平法則，難謂與商仲條例第二三條第一項第三款前段「仲裁人於判斷前未使當事人陳述」之規定無所違背，有可撤銷之事由。

(二) 同月二十四日第一次言詞辯論期日，兩造到場。

1. X 主張：聲明及陳述如訴狀。

2. Y 主張：駁回原告之訴，並補充：

(1) 依一般規範 4.5(1)c(3)，工程項目刪除時，Y 應給付 X 在書面

通知日前，刪除部分已完成並接受工程之費用或已訂購經認可之材料、設備之費用，足見本件並無仲裁判斷與仲裁契約標的之爭議無關的情況；又依同規範 5.3(2) 權責之規定，係 Y 與工程司內部權責問題。

(2) X 所主張衡平仲裁之抗辯，在本件不適用。

(三) 同年十二月八日第二次言詞辯論期日，兩造到場，Y 當庭提出答辯(一)狀，其內容略為：

1. 商仲條例二三條第一項第一款部分——本件爭議依雙方合約規定，係屬得交付仲裁之事項，並非屬於兩造特約排除仲裁判斷之事項。

(1) 合約上並無明確規定本件爭議屬於 X 之最後決定權。

(2) X 依據合約一般規範第 5.3(2) 條之規定，認為其有最後決定權。惟查該條係確定 X 與其工程司間內部權責的授與、分配範圍，並非拘束契約雙方之條款，故 X 對此沒有最後決定權。

(3) 合約一般規範第 5.25(1) 條第一項 a 款規定「對於合約文件真正意向及意義產生爭執或歧見，得將之提付仲裁」。甚至依同條 b 款之規定，締約雙方對永久性工程或臨時性工程之材料之優劣有所爭執，亦得為仲裁標的，本件兩造對於合約文件之真意有所爭執，自屬兩造約定得提付仲裁之事項。

(4) X 復引合約補充說明及附件「高桅桿示意圖」說明第九項「承包商應提送設計圖、結構計算書經工程司審核，方可施工」之規定，認為其對於材料具有最後認可權。然一般規範 5.3(4) 規定 X 所同意或建議之材料，不視為保證，仍以合約為準。足見 X 就施工材料使用，並無絕對權。

(5) X 之主張與陳述，已於仲裁程序中提出，三位仲裁人亦已判斷本件爭議屬於得提付仲裁之事項，X 再就仲裁人業已判斷

之實體事項重為爭執，並誤導法院就系爭仲裁判斷之實體事項重為審理，使法院成為仲裁之上級審，如此仲裁程序有何意義？

2. 仲裁人就本件爭議，並未引用衡平法則為判斷，且 X 就其認 Y 之請求是否合於兩造合約之規定，及其履行債務並未違反誠信原則等事，均曾提出充分之答辯，並無仲裁人下判斷前，未使當事人陳述之情形。

四八十三年十二月二十二日第三次言詞辯論期日，兩造到場。X 當庭提出言詞辯論意旨狀，其內容略為：

1. 否認 Y 主張施工前訂購之施工材料獲得 X 監工單位中華顧問工程司之同意，及 Y 已訂購之施工材料業經 X 認可等事實。

2. 有關材料之訂購屬 X 之絕對權或最後決定權事項之依據為：

(1) 一般規範第 4.2(3) 條第三項、第 5.3(2) 條約定，對合約文義之解釋，原告有最後解釋權。

(2) 有關工程施工前材料之訂購部分，非如 Y 所稱無具體約定，蓋：

① 依一般規範第 5.3(2) 條 d 款約定，材料之決定權為工程司，自係 5.25(1) 第一項所指工程司依合約有最後決定權事項。

② 依第 4.2(3) 條 e 款約定，工程設計圖中之「高桅桿示意圖」及「高桅桿昇降設備示意圖」說明 9 中明載：「承包商應提送設計圖及結構設計書經工程司審核後方可製作施工」，自包含材料之審核。

③ 依第 5.30(1) 條 g 款約定：「除非另有通知或核可，材料．．．且完全合乎合約原意並獲得工程司之認可」之文義，X 所屬工程司對於材料有認可權。

3. 上開爭議既屬不得仲裁事項，仲裁人竟就之逕為判斷，即構成

得撤銷判斷事由。況仲裁判斷書中，未明何以得認定為仲裁契約標的爭議之理由，亦有未合。

4. 聲請調查證據：

(1) 高桅桿示意圖及高桅桿昇降設備示意圖是否為工程司製作並提供予 Y？

(2) 上示意圖是否為兩造間工程合約使用之設計圖？提供與 Y 之用意何在？

(3) 上示意圖使用之材料，於 Y 訂購製作前是否應經工程司之認可方可訂購？

(五) 法院依上開聲請向北部第二高速公路中關段工程處函查，經其於八十四年三月九日函復：

1. 高桅桿示意圖及高桅桿昇降設備示意圖為工程司製作並提供予 Y 供報價之用，並於議價後作為合約文件之一。

2. 示意圖確為兩造間工程合約使用之設計圖，承包商應於施工前，提送設計圖及結構設計書經工程司審核認可後方可製作施工。

3. 承包商於訂購製作前，應經工程司之認可方可訂購。

(六) 同月十五日第四次言詞辯論期日，兩造到場。X 當庭提出辯論意旨書（續）狀，其內容同前；Y 當庭提出答辯（二）狀，其內容略為：

1. X 訴之意旨與聲請調查證據，均係將審理中心導入仲裁判斷之實體問題。

2. X 引用合約第 5.3(2) 條 c、d，但該條未能導出 X 對材料、補償事宜有決定權。

3. 一般規範第 4.2(3) 條並未將兩造所生爭執排除仲裁。

4. 一般規範第 5.3(4) 高工局所建議材料不視為保證，必須以合約約定為準。足見 X 對材料沒有絕對權。

(七) 八十四年四月十九日第五次言詞辯論期日，兩造到場，法官宣示

辯論終結。Y 當庭提出答辯(二)狀，其內容略為：

1. 合約附件之「高桅桿示意圖」說明 9，與請求合約金額無關。
2. 中華工程顧問回函只表示 X 就工程材料有決定權，而非就工程糾紛有決定權。

(四)第一審宣示判決（同月二十五日宣判），其內容略為：

1. 主文：原告之訴駁回。

2. 理由：

(1) 合約一般規範 5.3(2) 所定者，乃 X 授與工程司代理權之約定，即其內容在宣示工程司之代理權限，使工程司及契約他方當事人得以明瞭工程司之代理權限範圍，除劃分 X 與工程司內部關係之權責範圍外，並有定工程司就 5.3(2) 各款所列事項為他方當事人履行合約時之交涉、諮詢對象之意義存在。而契約當事人就工程司依上開約定所作決定或因該決定所衍生之事項有所爭執時，則循 5.25 有關解決爭執之程序決之，並非謂兩造有關該條各款規定之爭執，X 皆有最後決定權，否則顯有違背契約當事人平等原則。故 X 主張 5.3(2) c、d 約定之事項為 5.25(1) 中仲裁除外條款約定範圍，要屬無據。

(2) X 一再主張其對於承包商之材料及有關補償之原則，有最後決定權。惟查，X 就 Y 施工材料之訂購是否有最後決定權，僅屬「材料事項」之爭議，尚無法進而推論 Y 就訂購材料所生之費用請求，亦屬 X 有最後決定權之事項。

(3) X 主張系爭仲裁判斷適用衡平法則，並未使兩造陳述，故得依商仲條例第二三條第一項第三款規定撤銷仲裁判斷。惟查，X 已就該項主張提出答辯，故並無仲裁人未使當事人陳述之情事。

(4) 兩造爭執 Y 於施工前訂購之材料，已否經 X 或工程司認可、

同意一節，核屬系爭仲裁判斷之實體事項，非本件撤銷仲裁判斷事件所得審酌範圍。

二、第二審

(一) X 於八十四年五月卅一日提出上訴狀，表示對原判決不服。

(二) 同年七月十八日第一次準備程序期日，兩造到場。X 當庭提出準備書(一)狀，其內容略為：

1. 聲明：原判決廢棄，八十二年度商仲聲麟字第四十七號仲裁判斷應予撤銷。

2. 事實及理由：

(1) 原審判決有判決理由矛盾之違法

① 聲請提付仲裁判斷之權利爭議，與該項權利所由生之特定原因事實前提，密不可分。

② Y 提付仲裁之標的法律關係，雖抽象上雖名「材料費用補償請求」，實質上審酌之爭議事項，仍在於該材料是否已經認可，故訂購前材料認可權是否確經 X 行使，自係 Y 得否為本件仲裁請求之前提。倘 X 未認可 Y 對其材料之訂購，或材料之認可乃 X 最後決定權而不許以 X 之材料認可權聲請仲裁，則 Y 循仲裁程序所為之聲請，非屬得為仲裁之法律關係。

③ 原判決對 Y 施工前訂購之材料，已否經工程司認可一事，僅視為實體事項，對於材料認可權是否為 X 最後決定權，得否為仲裁爭議事項之程序，未加判斷，實將權利發生要件事實誤為權利關係。

(2) 工程司就材料有最後決定權，在本件合約已有約定，有「補充說明」(一) 1、「高桅桿示意圖」9 及「一般規範」1、5.3 (2)、5.4(1)、5.4(2) 約定等可據。

(三)八十四年八月十日第二次準備程序期日，兩造到場，X當庭提出準備書(二)狀，內容同前，惟另主張補充法律上陳述，即依商仲條例第二三條第一項第四款規定請求撤銷仲裁判斷。Y當庭提出答辯(一)狀，其內容略為：

1.聲明：上訴駁回。

2.事實及理由：系爭仲裁判斷並無「仲裁判斷與仲裁契約標的爭議無關」之情事，亦無仲裁人為判斷前未使當事人陳述之情事。

四同月卅一日第三次準備程序期日，兩造到場，Y當庭提出答辯(二)狀，其內容除表示不同意X為訴訟標的之追加（第二三條第一項第四款）外，餘同前。

(五)同年十月二十七日言詞辯論期日，兩造到場。兩造當庭分別提出內容同前之辯論意旨狀。

(六)第二審判決書（同年十一月一日宣判）

1.主文略為：上訴駁回。

2.理由略為：

(1)程序方面：就同一事實主張併有商仲條例第二三條第一項第一款及第四款事由，係均為有關同一訴訟標的之法律意見，非屬訴之追加。

(2)實體爭議：

①契約書中，並無明確指明何者為「工程司依照合約有絕對權或最後決定權之事項」

a. 一般規範 4.2(3)所謂之合約條款解釋，係指「兩合約條款、互有抵觸時，工程司始有契約解釋權」，尚難認為X對一切合約條款之解釋有最後裁定權。

b. 補充說明(一)(1)及附件「高桅桿示意圖」說明9，係指Y施工開始之條件，對於材料部份並無任何約定。

c. 一般規範 5.3(2)係指X與工程司間內部權限劃分之對外明示，明瞭其權責範圍。

d. 一般規範 5.4(1)，係就工程拆除、材料移走、材料毀棄而為約定，與材料付款與否無涉。

e. 一般規範 5.30「品質管制」之(1)g，係僅規定材料與成品之品質，與材料是否應付款無涉。

f. 一般規範 4.5(1)c(3)第一項關於材料認可之時期，尤其在合約項目被書面通知刪除前之已訂購材料如何認可並無具體規定。如認為工程司於此時仍然有最後決定權，則工程司僅需以材料品質不合規定，即可拒絕付款，承包商將無以保障，故於此之約定「已訂購經認可之材料、設備費用」仍有探究兩造合約真意之必要。

g. 一般規範 4.5(1)c(3)第二項，係就工作項目已完成時應如何付款，及未完成時已施作部份工程、已訂購材料、設備應如何處理、付款為約定，與是否應付款無關。

h. 小結：不能證明本件爭議係仲裁除外事項。又本件刪除工程之已訂購材料、設備，是否應付款乃涉合約之真意，依一般規範 5.25(8)之約定，自得交付仲裁。

②關於「衡平原則」之爭議並無違反商仲條例第二三條第一項第三款「仲裁判斷未使當事人陳述」：兩造均就本件仲裁中之「顯失公平」為充分之陳述、答辯，有仲裁程序中詢問會筆錄及仲裁判斷書內事實欄兩造之陳述記載可稽。本件仲裁中之「顯失公平」究是「衡平原則」或「誠信原則」與第二三條第一項第三款無關。

三、第三審

(一)X於八十四年十二月四日提出上訴暨聲明承受訴訟狀，其內容略

為：

1. 聲明：原判決及第一審判決廢棄，八十二年度商仲聲麟字第四七號仲裁判斷應予撤銷，或發回原審法院更為審理。

2. 理由略為：

(1) 法代變更，謹依法聲明承受訴訟。

(2) 原判決不備理由之違法：

原審認定合約「補充說明」及附件「高桅桿示意圖」之各項約定與工程司之認可權無關，且誤認兩造對訂購材料應如何認可，及認可之時期均無具體約定，違反民事訴訟法第二二一條第一項規定，有判決不備理由之違法。

(3) 原判決不適用民法第九八條或適用不當之違法：

原審將 X 所舉「一般規範」5.3(2)、5.4(1)(2)、5.30 之(1)g 等約定足證工程司對材料之認可有最後決定權，僅分別拆解，為個別解釋，卻未通觀各項條文、詳為推求解釋當事人真意，而遽為不利 X 之判斷，有判決不適用民法第九十八條或適用不當之違法。

(4) 判決理由矛盾之違背法令：

本件提付仲裁之標的法律關係乃訂購材料是否已經工程司認可及材料費用補償請求權，前者為前提事實，原判決將兩者強行割裂為二，顯非的論。原判決將 X 主張工程司對 Y 就材料之訂購為最後有決定權之事項，認為僅屬材料事項之爭議，與是否屬於所謂絕對權或最後決定權事項無關，非屬 Y 提付仲裁主張之訂購材料所生費用請求之爭議，如不先判斷前提，而竟判斷權利是否存在，有理由矛盾之判決違背法令。

(二) Y 於八十五年一月四日提出答辯狀，其內容略為：

1. 聲明：上訴駁回。

2. 理由：

(1) 原審判決並無任何違背法令情事：

① 解釋契約真意，乃事實審法院之職權。原審判決無如 X 指稱有解釋意思表示未探求當事人真意之違法，且亦無判決不備理由、判決不適用法規或適用不當及判決理由矛盾之違法。

② 本件爭議並非仲裁除外事項，X 指稱第二審判決違背經驗法則、論理法則及證據法則，惟其上訴狀或理由書並未具體指摘，難謂已合法表明上訴理由。

(2) X 所提出者均不足以證明其就本件爭議具有絕對權或最後決定權：

① 合約補充說明(一)(1)條或高桅桿示意圖，均未規定 X 對於施工材料具有所謂絕對權或最後認可權。

② 合約文件「一般規範」之規定，只是 X 及工程司之內部權限劃分。

③ 仲裁之除外規定應僅以契約中明定之事由為限，不得任意擴張解釋。

④ 依兩造合約一般規範第 5.25 條規定，爭議本身即為仲裁標的。

⑤ 中華顧問工程司之說明有不實及偏頗情事。

(3) X 於前置程序中，從未表示其就本件爭議具有絕對權或最後決定權，且已就實體問題進行答辯，故再爭執本件爭議係屬不得交付仲裁之爭議，顯為事後翻異之詞。

(4) X 爭執實體事項，與撤銷仲裁判斷之訴之要件不相符，故本件上訴不合法且無理由。

(三) 第三審判決書（八十五年九月五日）

1.主文：原判決廢棄，發回台灣高等法院。

2.理由：

- (1)X主張之訂購材料有絕對權，Y不得就材料認可權為爭執而聲請仲裁云云為重要攻擊方法，原審判決於理由中對此未說明何以不採之意見。
- (2)X在原審主張系爭仲裁判斷未詢問X意願就適用「衡平仲裁」，竟以「顯失公平」為由命給付補償費，作突襲性判斷。顯有商仲條例第二三條第一項第三款前段所訂仲裁人於判斷前未使當事人陳述之得撤銷事由云云，原審未說明究屬英美法衡平法則或屬我國民法第一四八條第二項、第二一九條誠信原則，有判決不備理由之違法。

四、更一審

(一)X於八十五年十一月四日提出準備書狀，其內容略為：

- 1.聲明：原判決廢棄，八十二年度商仲聲麟字第四十七號仲裁判斷應予撤銷。
- 2.事實及理由略為：
 - (1)原提付仲裁之爭議標的，關於承包商訂購之材料及有關補償原則之決定，依「一般規範」第5.3(2)c、d，為X所屬工程司之絕對權或最後決定權事項，依5.25(1)條款除外約定，屬不得磋商或提付仲裁之事項。
 - (2)該件仲裁會未詢問兩造，遽為衡平法則之適用，違反商仲條例第二三條第一項第三款前段。

(二)八十五年十一月六日第一次準備期日，兩造到場。

(三)八十五年十二月四日第二次準備期日，兩造到場。X當庭提出準備書狀，Y當庭提出答辯狀。

1.X準備書狀內容略為：

- (1)本件係不得提付仲裁之事項。
 - (2)工程合約附件「一般規範」5.25(1)絕對權事項屬於仲裁排除範圍。
 - (3)依一般規範5.3(2)d原告就工程有決定承包商所提供之任何材料、機具設備及各項工程品質、數量是否合用。
 - (4)再依一般規範5.(2)、5.30、4.5(1)c(3)、5.4(2)及第十二點「補充說明」(一)(1)主張X所屬工程司就材料認可權具絕對權及最後決定權。
 - (5)依「一般規範」4(1)c(3)X工程司對材料具「認可權」。
 - (6)合約文件第12項「補充說明」(一)。
 - (7)示意圖係X所屬工程司審核後，方成為合約文件之一部。其用意即在提供被告於施工前，依該示意圖說明所載約定使用之材料之功能設計圖及結構設計書經原告工程司「審核」後，方可製作施工。
 - (8)一般規範第5.4(1)、5.4(2)及5.30(4)。
 - (9)衡平法則之引據失當，有違商仲條例第十條及第二二條第一項。
- 2.Y答辯狀內容略為：
- (1)撤銷仲裁之訴只能審究有無仲裁法所定撤銷要件，不能就原仲裁判斷之實體事項再為審酌。X顯欲藉此訴使法院就系爭仲裁事件實體爭執重為審理。
 - (2)合約一般規範5.25(1)規定之不得磋商或提付仲裁事項、5.3(2)c、d；工程司就「高桅桿示意圖」之審核認可僅限於設計圖及結構計算書，並不具最後決定權。
 - (3)系爭仲裁並無「於判斷前未使當事人陳述」之撤銷事由。亦未引用「衡平仲裁」。

(四) X 於八十六年一月十三日提出準備書狀，其內容略為：

1. 材料認可權是材料補償請求權之前提要件，系爭仲裁判斷標的就是材料認可權。
2. 特約除外事項不屬於應仲裁之爭議事項，因依商仲條例二三條第一項第一款，提起撤銷仲裁之訴。工程司有最後決定權，所生爭議自不得提付仲裁。
3. 衡平法則：仲裁人就衡平法則未經兩造同意遽為「突襲性」判斷，有商仲條例第二三條第一項第三款得撤銷事由。

(五) 八十六年一月十六日第三次準備期日，兩造到場，Y 當庭提出答辯(二)狀，其內容略為：

1. 法院不是仲裁的上級審。X 所爭執均是仲裁範圍內實體事項。
2. 系爭仲裁判斷並無仲裁判斷與仲裁契約標的爭議無關之撤銷仲裁判斷事由。X 就本件爭議並無絕對權或最後決定權。
3. 系爭仲裁判斷並無商仲條例第二三條第一項第三款之撤銷仲裁判斷事由。

(六) 八十六年三月五日第四次準備期日，兩造到場。法官宣示準備期日終結。

(七) 同年五月六日言詞辯論期日。兩造分別提出辯論意旨狀，內容同前。審判長宣示辯論終結，定期五月十三日宣判。

(八) 第二審判決書

1. 主文略以：原判決廢棄，八十二年度商仲聲麟字第四七號仲裁判斷應予撤銷。
2. 理由略為：
 - (1) X 就同一之撤銷仲裁判斷事實，主張併有商仲條例第二三條第一項第四款所定事由，為法律上意見之補充，於法並無不合。

(2) 解釋私人契約，應通觀全文，由兩造簽訂之合約以觀，上訴人 X 對於材料之事項有關約定，係以「工程司對本件材料之訂購，有最後決定權之事項尚非無據，被上訴人提付仲裁，尚難謂適法」為據。仲裁人就兩造所簽定合約之一般規範未予詳細推求，逕為仲裁判斷，顯與兩造所約定仲裁條款之事項無關，X 依商仲條例第二三條第一項第一款及第二二條第一款請求撤銷仲裁判斷，尚非無據。

(3) 就衡平法則所為攻擊防禦方法，均不足以影響判決結果，無加以審究之必要。

五、第三審

(一) Y 於八十六年六月十二日提出上訴狀，聲明上訴。

(二) Y 於同月三十日提出上訴理由狀，同年十月十四日提出補充上訴理由狀，其內容略為：

1. 聲明：原判決廢棄，X 在第一審之訴駁回。
2. 理由：

(1) Y 主張工程司並無材料最後決定權，原審未說明不採之理由，有不備理由之違法。

(2) 合約中並無包商應將材料提付 X 同意之條文。況且 Y 提付仲裁是請求 X 給付合約金，非屬工程材料之爭議。合約一般規範 5.3(2)、「高桅桿示意圖」說明第九項均未規定 X 有材料決定權之依據。原審就此並未論斷。

(3) Y 在原審提出 X 在仲裁程序未提出本件不屬仲裁範圍之抗辯，且要求 Y 依約提付仲裁，原審未說明不採之理由，判決顯有不備理由之違背法令。

(4) 意思表示未探求當事人真意，原審對一般規範 5.25 仲裁約定解釋錯誤。

(5)原審認為絕對權事項不得提出仲裁，限制訴訟權，違反民法第七一條、第七二條。

(6)以中華工程公司函及兩造協調會記錄，認為X有絕對權，有違論理法則。

(7)依商仲條例第二四條，撤銷仲裁判斷之訴三十日不變期間應計入「判斷書交付或送達之日」，本件X在第一審之訴，起訴不合法。

(三)X於八十六年十二月二十日提出第三審答辯狀，八十七年八月一日提出第三審答辯補充理由狀，其內容略以：

1.聲明：上訴駁回。

2.理由：

(1)理由項下對於非必要者漏未斟酌，不影響判決之基礎者，不得指為違法。

(2)解釋契約是事實審職權，如其解釋違背法令或論理法則、經驗法則，不得以之為不當。

(3)原審主張之攻擊防禦方法並不影響原判決主文之認定，並無上訴論旨主張原判決有理由不備之違反法令情事。

(4)原審解釋契約認定X對材料有決定權，並無違民法第九八條。

(5)兩造所生爭議仍得依訴訟解決，並無限制Y之訴訟權，更無違反民法第七一條、第七二條之問題。

(6)系爭仲裁於判斷前未使當事人陳述逕為適用衡平法則為仲裁判斷，有商仲條例第二三條第一項第三款之違法。

(四)第三審判決書（八十七年九月三十日）

1.主文：上訴駁回。

2.理由：

(1)依一般規範 5.25 (1)、4.5 (1) c (3)、5.3 (2) d、5.30

(1) f、5.30 (1) g、5.34c、6.1 (1)、6.5 (2)、6.5 (3) b、6.7 及中華顧問工程司北部第二高速公路中關段工程處函亦認：Y購財材料需經X同意，兩造八一、一、十北二高中鶯段七A標工程協調記錄亦記載，Y需將有關高桅桿資料修正後再送被工程司核定後，始可購材料。足證X主張對材料有決定權，並非無據。

(2)X依商仲條例第二三條第一項第一款主張「仲裁判斷與系爭契約所定仲裁事項無關」為可採，原判決並無違法不當。

參、爭點整理之問題點

一、仲裁判斷撤銷事由之主張如何關涉訴訟標的之特定？

(一)基於原告所主張事實及撤銷事由之整理

訴訟標的於起訴時應加以特定，而經特定之訴訟標的即成為本案審理之對象範圍，在當事人未為捨棄或認諾時，乃兩造間最大之爭點，受訴法院應集中於此擬定審理之方針。一般而言，訴訟標的之特定，在採行處分權主義承認原告有程序處分權、程序選擇權之訴訟架構下，係原告之權能及責任。通常，尚需借助於原告所主張之原因事實、理由，以理解、掌握或識別各該事件所特定之訴訟標的。為此，受訴法院有時尚應適度闡明（含表明法律見解），以釐清原告有意特定之訴訟標的為何，就此在法院與當事人間形成共識。所以此項特定，並非僅憑原告就某權利（法律關係）或某項法律地位（受給付之地位或待形成之地位）所為抽象的主張，即足濟事〔參照本書第一編I貳一、(二)所述〕。準此，宜先探討本件訴訟之訴訟標的已否特定？法院應如何整理此方

面之爭點，以使原告 x 盡其特定訴訟標的之責任？

本件 x 訴請撤銷系爭仲裁判斷時，起初所主張有關特定訴訟標的之原因事實有二部分：第一部分事實（下稱「A 事實」）是，兩造於七十六年八月七日訂立北區第二高速公路中和至鶯歌段工程合約，約定由 y 承攬工程興建與維護。並於合約 5.25(1)約定：在工程進行或完工後，不論是否違約或合約終止，如 x 所屬工程司與承包商之間，發生有關合約或由合約所引起，或在施工上有任何爭執或歧見時，除該工程司依照合約有絕對權或最後決定權之事項，或其行使職權而命令任何工程挖開檢驗之事項外（下稱「除外事項」），雙方應立即以誠意磋商解決之，如磋商無法達成協議時，即移付仲裁。而有關材料之決定權及材料所引發之補償原則，依合約 5.3(2) a 約定，屬 x 有絕對權事項，不得提付仲裁，可是系爭八十二年度商仲某字第某號仲裁判斷竟以該事項即除外事項為對象，為有商仲條例第二三條第一項第一款（新仲裁法第四十條第一項第一款）所定「仲裁判斷與仲裁契約標的之爭議無關」之原因事由即撤銷事由（下稱「第一款事由」）存在。對此，y 則認為系爭仲裁判斷與仲裁契約標的之爭議有關。因此，以上開合約之約定內容為基礎，就 y 對 x 之補償費請求所作成之系爭仲裁判斷，有無該當於第一款事由存在，即成為兩造之爭點（下稱「爭點一」），而為本件訴訟之審判對象。其次，x 主張之第二部分事實（下稱「B 事實」）是，系爭仲裁判斷逕行引據「顯失公平」作為判斷 x 應給付 y 補償費之規範，乃衡平法則之適用，卻未使兩造為陳述，係該當於同條項第三款所定「仲裁人為仲裁判斷前未使當事人陳述」之原因事由即撤銷事由（下稱「第三款事由」，亦即新仲裁法第四十條第一項第三款所定事由）云云。此項主張亦為 y 所爭執，所以併成為兩造之爭點（下稱「爭點二」）。

問題是，在 x 所表明「八十二年度商仲字第某號仲裁判斷應予以

撤銷」（下稱「本件聲明」）之內容，可認為已特定其訴之聲明，卻未為 y 所認諾之本件案情下，上開爭點一及爭點二究竟是否屬於訴訟標的本身之二個爭點？是否分別構成訴訟標的，且已由 x 基於程序處分權之明確行使予以特定為互不相同之二個訴訟標的？或可予以理解為，該二爭點僅屬訴訟標的經 x 特定以後，在同一・單一訴訟標的下之二個攻擊防禦方法而已？此等問題之提出、探討，從訴訟標的之特定具有防止來自法院及來自對造之突襲等機能而言〔請參照本書第一編 I 貳、一、(一)之說明〕，係為理解本件受訴法院是否已經認明其應為本案審理之對象範圍，以及是否已為闡明以促使兩造認清攻擊防禦之目標，對於評析本件訴訟審理有無發生突襲性裁判以及是否盡符集中審理主義之要求（併請參照本書第一編 I 內註四之說明；「程序制度機能論」二一〇至二一四頁），應屬必要。因為，x 遲至第二審之第二次準備程序期日，始又主張補充法律上陳述，而引據商仲條例第二三條第一項第四款（新仲裁法第四十條第一項第四款，下稱「第四款事由」）求為判決如本件聲明。對此，y 於第三次準備程序期日表示不同意該項追加，以致在兩造間引發有無訴訟標的之追加及其應否獲 y 同意（第四四六條第一項前段）之程序上爭點。此項爭點之所以衍生於第二審程序，而導致審理之延滯及散漫化，實亦肇因於法官在本件訴訟程序之前階段（第一審時），未能儘早先經由闡明釐清 x 所為上開 A、B 事實之主張，是否係有意據以將訴訟標的特定為系爭仲裁判斷應否撤銷之紛爭（下稱「紛爭單位型訴訟標的」，即如本文附圖二或圖三所示最大圈圈）或特定為 x 所主張該當之第一款事由及第三款事由（下稱「撤銷事由單位型訴訟標的」，即如本文附圖二所示 A 及 B 部分）。蓋以在 x 自起訴時自發（如：因借助於律師而自發）或經法院闡明後於程序前階段（爭點整理階段），表明有意選擇「撤銷事由單位型訴訟標的」之情形，則其係將訴訟標的限定於如附圖二或圖三所示 A 及 B 部分之較小圈圈，而未併以該圖中所示

其他各款事由為請求審判之對象範圍，此時有必要探討可否如本件第二審判決所表示者般認為，x 於同一程序又主張第四款事由一事非關訴訟標的之追加？又，在 x 已表明其有意選擇「紛爭單位型訴訟標的」之情形，其於第二審程序又主張第四款事由，則僅屬攻擊防禦方法之新提出（民訴法第四四七條），尚無涉於訴訟標的之追加。此項有關 x 究竟選擇紛爭單位型訴訟標的或撤銷事由單位型訴訟標的之表明，乃程序處分權行使之一種具體表現型態〔請參照邱聯恭「再審訴訟之訴訟標的相對論」，「民訴研討(四)」一六頁以下〕，是否已具體顯現於 x 之起訴行為中，尚非瞭然無疑，所以本件第二審法院之判決就第四款事由之主張所為處理，是否已先釐清 x 有關特定訴訟標的之表明為何，值得研析。

(二) 保障選擇紛爭單位型訴訟標的之機會

在本件，倘 x 於第一審程序自發或經闡明後表明，其有意選擇紛爭單位型訴訟標的時，第一審法院在以 x 之訴為無理由予以駁回以前，為發揮訴訟標的所具行為規範之機能而防止發生突襲性裁判，本應就該紛爭即訴訟標的（以圖表二或圖表三所示最大圈圈為準特定訴訟標的，而非以其中較小圈圈即 A 或 B 部分為準予以特定）進行集中審理，所以除應審理 A 事實之存否、其是否該當於第一款事由、B 事實之存否及其是否該當於第三款事由等事項以外，尚應審理當事人所主張其他事實之存否及其與 A、B 事實是否該當於其他各款事由（如：x 遲至第二審始又主張之第四款事由），並經由闡明（含公開心證或表明法律見解）致力防止發生突襲（在本件，尤其是有關第四款事由有無該當性之判斷所繫之法律適用的突襲）。此項突襲防止所必要之程序（此類程序有如：第一審法院將其就第四款事由有無該當性所形成之肯、否心證及法律見解，或就第一款事由及第三款事由有無該當性所形成否定心證，開示於當事人，使 x 有機

會在第一審及時補提有關該當於第四款事由或其他各款事由之事實、理由。關於此方面程序如何構成，併請參照本書第一編 I 肆、一、(二)之說明），並未被第一審法院所充分踐行，以致其僅依據審理 x 所主張第一款事由及第三款事由有無該當性之結果即下判決，終於殘留有關第四款事由得否於第二審程序為追加主張及有無該當性等爭點，遲至第二審程序始被形成、顯現。此項判決係伴生促進訴訟的突襲及法律適用的突襲，乃亦由於第一審法院未就訴訟標的之特定為適切之爭點整理所導致。

其實，與一般情形之原告（有意適用簡易訴訟程序或通常訴訟程序之原告）相同，基於原告依處分權主義所享程序處分權、程序選擇權，原則上本件原告 x 亦有權選擇是否起訴及採用何種訴訟上請求方式（請併參照「司法現代化」二一五頁以下；「程序選擇權論」九五至九六頁）。亦即，基於程序選擇權之法理，為貫徹紛爭解決一次性之要求，並為追求程序利益（如：就某仲裁判斷應否撤銷之紛爭，僅利用一道撤銷程序予以徹底解決，而不按各款撤銷事由分別利用二道以上撤銷程序時所可能獲致之勞費節省），使其與系爭實體利益之追求取得平衡，x 應被賦予選擇「紛爭單位型訴訟標的」之機會，藉此將本件訴訟標的特定為系爭仲裁判斷應否撤銷之紛爭本身，而不單以第一款事由或第三款事由或第四款事由為準分段特定訴訟標的。因此，為特定訴訟標的，受 x 委任為訴訟代理人之律師於起訴時應為 x 表明，而受訴法院亦應於發覺 x 未明確表意時向其闡明以促使其補正表明：是否有意選擇以該紛爭本身作為訴訟標的。在 x 肯定為如此表意之情形，爭點一、爭點二及第四款事由有無該當性之爭點，均屬有關同一訴訟標的之攻擊防禦方法上爭執，並不分別構成不同之訴訟標的，自無訴之客觀合併或追加之可言。

不過，在上開情形，受訴法院尚宜留意處理，就二個以上攻擊防禦方法應如何定其審理之先後順序、如何就其中應先審理者集中先行

調查證據及辯論等問題。為處理此項問題，應認知：為確保審理之彈性，原則上受訴法院固可依訴訟指揮自由定審理攻擊防禦方法之順序，是亦為向來之審判實務運作上所同認。可是，依公正程序請求權及適時審判請求權之法理，訴訟指揮權之行使亦應導向於保護當事人之利益〔請參照邱聯恭在民訴法研究會第三十三次研討會之闡述，「民訴研討(三)」五九五頁；「司法現代化」一三六頁以下〕，所以於決定攻擊防禦方法之審理順序時，亦應依個別具體之案情狀況，兼顧保護當事人之實體利益及程序利益，而不得認為上開法院之自由不受任何制約〔參照「民訴研討(三)」三一九至三二〇頁〕。從此角度而言，在本件 x 係選擇以上開紛爭為單位特定訴訟標的之情形，法院應併立足於保護上開當事人利益之觀點，就爭點一、爭點二及有關第四款事由有無該當性之爭點等多項攻擊防禦方法，妥為酌定其間之審理順序。此項觀點是否已為本件受訴法院意識所及，尚非令人無疑，因為在其第一審及第二審程序，除未見法院踐行如前所述有關訴訟標的如何特定之闡明程序以外，亦未顯示有涉及酌定上開攻防方法審理順序之訴訟指揮活動。其實，此項活動既係兼以保護當事人之利益為指標，則在無害於程序安定或其他公益保護之範圍內，應以尊重當事人之程序處分權為原則，所以就上開審理順序之酌定，亦宜經由闡明促使兩造成立有關定攻防方法審理順序之協議，而予以定性為程序選擇契約之一種型態（參照「司法現代化」二三七頁）。此項協議之正當性，自增訂新法第二六八條之一第二項、第二七〇條之一及第三七六條之一第一項等規定，分別更加強化兩造間爭點簡化協議之應有機能以後，益值肯認〔參照本書第一編Ⅱ參、二及三、(一)之說明〕。

基上所述，認為仲裁判斷撤銷訴訟之訴訟標的係仲裁判斷之撤銷權，必依商仲條例第二十三條第一項或新仲裁法第四十條第一項各款所列撤銷事由予以特定，而分別構成不同之訴訟標的；如基於二個以

上撤銷事由訴請判決撤銷同一仲裁判斷時，則屬訴訟標的之客觀合併云云之見解（即所謂傳統的舊訴訟標的理論所持見解，下稱舊說），尚有商榷之餘地。因為，舊說未充分認知：①在無礙於當事人利益之保護及程序權保障之要求時，亦應致力滿足紛爭解決一次性之要求。②處分權主義之適用及其所衍生程序處分權之行使具有保障原告平衡追求實體利益及程序利益之機會等機能〔請參照「程序選擇權論」八六頁、「民訴研討(四)」一七八頁〕，為保障此項須受尊重之程序處分權，應賦予原告有選擇紛爭單位型訴訟標的之機會；否則，當事人將受促進訴訟的突襲。③此類突襲亦可能伴生於原告就某事實（如：本件之 A 或 B 事實）對於某款撤銷事由（如：本件所涉第四款事由）有無該當性之判斷（法律適用上價值判斷），難於起訴時預測法院所持見解、審理狀況之變動或對之有所誤認，卻依舊說不得不以原告所臆測或誤認者貿然特定訴訟標的（或借此姑且充足撤銷訴訟之提起被認為須表明撤銷事由之合法要件）而提起撤銷訴訟之情形，蓋以在此情形，基於該項臆測或誤認所提撤銷訴訟遭法院以原告所主張某款撤銷事由（如：本件 x 所主張第一款事由或第三款事由）不存在為由予以駁回以後，依舊說原告將不得不就同一原因事實（如本件 x 所主張 A、B 等事實）重新構成訴訟標的（如：本件第二審始被形成為爭點之第四款事由）起訴，以致蒙受程序上不利利益（如：因遂行訴訟所付出之勞費）或實體上不利利益（如：因提訴期間之徒過所致無從撤銷仲裁判斷之不利利益，參照仲裁法第四一條第二項）。④況且，舊說一律要求原告明示實體權或容許原告分段起訴，較諸不採舊說之情形，將更加阻礙無能力為該項明示之原告行使訴訟權，或額外增添被告應訴之煩，並有害於訴訟經濟（司法資源之合理分配）。

又，認為各款撤銷事由間係獨立而互不關連之事實關係，自始在客觀上均分別構成訴訟標的云云之見解〔即所謂二分肢說，請見三ヶ月章「訴訟物再考」（民事訴訟雜誌一九九，一九七三年）一頁以下〕，亦未

充分認知採用處分權主義及保障程序處分權之旨趣及機能，應同受上開指向於舊說之批評〔關於此，併請參照筆者在民訴法研究會第四十九次研討會之分析，「民訴研討(四)」六三頁至六四頁〕。

(三)保障選擇撤銷事由單位型訴訟標的之機會

本來，處分權主義之採用係承認原告就訴訟標的為何及其範圍有特定之權能及責任，而就此衍生程序處分權由原告行使之。基此，原告可先行考量有未將某事項列為訴訟標的（本案審判對象）一事所涉程序利害之輕重大小，然後據以抉擇如何特定其請求審判之對象範圍，而將可能額外招致程序上不利利益之事項（如：有事證蒐集上困難性之權利主張或事項），自行排除於訴訟標的範圍之外，以適時避免因擅被劃定審判範圍致其系爭外財產權、自由權等基本權遭受耗損或減少。此項處分權主義之機能發揮，係對原告賦予平衡追求實體利益與程序利益之機會，而有助於防免發生促進訴訟的突襲，可是卻被向來之新、舊訴訟標的論者所忽略〔請參照邱聯恭在民訴法研究會第六十次研討會之闡述，「民訴研討(四)」一七九頁以下〕。此項旨趣，就仲裁判斷撤銷訴訟而言，係承認原告為追求程序利益，得不將含有舉證上困難之撤銷事由列為界定訴訟標的範圍之基礎，以避免使用不合經濟效益之程序，猶如提起再審訴訟之原告亦得為同樣之處理般〔參照「民訴研討(四)」一六頁以下所載邱聯恭之闡述〕。

抑且，有關撤銷訴訟之立法論及解釋論，係面對如下之基本課題有待克服。亦即：如何平衡兼顧實體利益（如：因撤銷訴訟程序之利用導致發現真實、提昇裁判之正確性時所可獲得之實體利益）及程序利益（如：因該程序之全部或部分不利用所可能導致之程序上利益即勞費節省）、如何確保法的安定性（仲裁判斷之拘束力）及仲裁判斷所具解決紛爭之實效性。為克服此等課題，仲裁法第四十條第一項乃列明各款撤銷事由，

使其分別成為構成訴訟標的之最小單位標準，而不許原告將同一款內所含不同事由再予細分而分別構成訴訟標的，是為立法者對於其程序處分權之限制，藉此謀求訴訟經濟並適度兼顧法的安定性（避免仲裁判斷所具拘束力被過度動搖）。

循上而論，撤銷訴訟之訴訟標的為何，係在法律容許原告行使程序處分權、程序選擇權之前提下，依其就個別事件平衡追求實體利益與程序利益之必要及意思，所具體選擇、劃定者，乃屬相對性問題。於是，原告既得選擇紛爭單位型訴訟標的〔請回顧上述(二)之說明〕，亦得因顧慮一時舉證上有困難等現實，為避免蒙受程序上不利利益，僅主張某款撤銷事由構成訴訟標的，而暫不將他款撤銷事由列入審判之對象範圍，此可稱為容許原告選擇撤銷事由單位型訴訟標的。而且，在原告利用同一撤銷程序，併主張二款以上撤銷事由，求為判決撤銷同一仲裁判斷之情形，為貫徹紛爭解決一次性之原理並兼顧上開相關要求，應認為僅有一個訴訟標的而已，不應如舊說般認為該二事由具有構成訴訟標的之客觀合併之意義。換言之，該原告所主張之二款以上撤銷事由，係不同之攻擊防禦方法，如被告對之有所爭執，即在其所爭執之範圍內，形成不同之法律上或事實上爭點。並且，上開訴訟標的之特定所預告之判決既判力客觀範圍，原則上不及於未被主張之他款撤銷事由，乃不同於就(二)所述紛爭單位型訴訟標的所為判決之既判力客觀範圍係原則上及於各款撤銷事由之情形，是為運作爭點整理程序之法官所應有之認知。

準此以觀，在本件訴訟，x 於起訴時係僅主張第一款事由及第三款事由求為審判，所以法院應以此二事由及 A、B 等二事實為基礎整理訴訟標的為何，而據以理解其所預告之攻防目標、審判對象及既判力客觀範圍尚不及於第四款事由及他款事由。此時，在 x 未表明選擇如上開(二)所述紛爭單位型訴訟標的之情況下，可先暫視為本件屬上述

意義的撤銷事由單位型訴訟標的，僅有一個訴訟標的，而無客觀合併，縱使 x 在同一程序又主張第四款事由，亦應為同樣理解。可是，其訴訟標的係以 x 所表明之 A 及 B 事實為基礎而被特定，所以如本件受訴法院認為該等事實被評價為該當於第四款事由或他款事由之可能性存在時，為防止發生突襲，使 x 有機會利用同一程序合併主張該款事由，以擴大本件訴訟解決紛爭之功能（擴大發生既判力之客觀範圍），應向 x 闡明是否有意併將該他款事由列入訴訟標的範圍內作為請求審判之對象，是乃有關特定訴訟標的所必要之爭點整理。本件第一審法院並未進行此方面之爭點整理，以致在第二審程序上衍生第四款事由之新主張是否為訴訟標的追加之爭點。實際上，就此項爭點，第二審法院於歷次期日亦未為必要之闡明、整理（如：法院未將其就上開事實是否可能該當於第四款事由之判斷即心證或法律見解予以開示，而與當事人進行法律上討論，以便就 x 有意特定之訴訟標的範圍為何，在法院與兩造當事人間形成共識；亦未為此向 x 闡明其是否亦有意基於所提同一事實或其他事實併主張第四款事由），難謂已充分賦予 x 衡量程序上利害，而據以選擇上開意義的撤銷事由單位型訴訟標的之機會，所以難謂其審理未伴生突襲。因為，倘法院於期日之儘早階段能為該項闡明，則更能使 x 及時獲得將第四款事由併予列入訴訟標的範圍之機會，藉以追求程序利益，並使兩造就該款事由有無該當性之審理，更能集中提出事證及為辯論，而兼顧、落實程序權保障及紛爭解決一次性等要求。何況，x 亦可能回應該項闡明，表明將第四款事由或他款事由予以排除於訴訟標的範圍之外，以免因其被列入為審判之對象範圍致蒙受程序上不利利益（因其舉證上困難所致勞費付出）。尚且，本件第二審法院嗣於判決中示明，x 就同一事實主張併有第一款事由及第四款事由，乃屬同一訴訟標的之下之法律上見解之補充，非為訴訟標的之追加云云，此項判旨不認為在同一程序主張該二款事由時即構成二個訴訟標的，可被評價為具有

積極正面回應紛爭解決一次性要求之意涵，固值肯定。惟其仍未釐清本件 x 到底有意將訴訟標的特定為上開意義之撤銷事由單位型訴訟標的或上開(二)所述紛爭單位型訴訟標的，以致尚無從準以處理：本件受訴法院應否併就該二款事由以外之他款事由存否加以審理、x 是否有意將他款事由排除於訴訟標的範圍之外、是否可謂 x 經由訴訟標的之特定已預告既判力之客觀範圍將及於他款事由或本件聲明所示紛爭本身（系爭仲裁判斷應否撤銷一事）等問題。因此，本件受訴法院實有為上開闡明之必要。於此，想併指明：新法已增訂第一九九條之一，應解為係要求受訴法院為上述之闡明，宜加留意〔併請參照本書第一編 I 肆、一、(二)之說明〕。

綜上所述，認為撤銷訴訟之訴訟標的，應以原告訴之聲明所求為判決撤銷之仲裁判斷，而不以其所主張之撤銷事由為準定之，如該仲裁判斷為同一時，其訴訟標的即屬同一，縱使利用同一訴訟程序主張二款以上之撤銷事由，亦無訴訟標的之合併，並且以原告之訴為無理由予以駁回之確定判決之遮斷效，亦及於未經原告主張之撤銷事由云云之見解（即所謂新訴訟標的理論，下稱「新說」），以及認為原則上應循新說所採方向進行本案審理，惟其確定判決之效力僅及於已被主張之撤銷事由云云之見解〔吉村德重「仲裁判斷取消の訴」（小島武司／高桑 昭編・注解仲裁法，一九八八年）一七九頁以下。下稱「修正新說」〕，均不宜成為本件受訴法院進行審理之前導。因為，如①採新說，則原告在其就某款撤銷事由尚未能充分蒐得事證時，將有無端遭受敗訴判決，而形同被逼放棄該款撤銷事由所繫之實體利益或提訴主張權利之危險。此時之判決，係對於原告之突襲，應予防免。②新說不認為原告得選擇上開意義之撤銷事由單位型訴訟標的，實不夠尊重原告之程序處分權，而未能貫徹民訴法採用處分權主義以平衡保護實體利益與程序利益之上開旨趣。③由於一方面修正新說亦應受如同指向於新說

之上開批評，一方面在採用辯論主義之訴訟架構下，該當於某款撤銷事由之事實是否主張原則上係有賴於負主張責任之當事人（原告）為決定，以致修正新說所欲達成之結果亦可能經由承認原告得選擇撤銷事由單位型訴訟標的之方式予以導致，所以與其依修正新說為審理，毋寧從訴訟標的相對論之觀點，容許原告既得選擇撤銷事由單位型訴訟標的，亦得選擇紛爭單位型訴訟標的，而準以進行本案審理，以兼顧訴訟法上相關基本要求。不過，修正新說尚能正視新說及舊說之缺失〔請回顧上述(一)之說明〕，具有試圖加以彌補之作用，在此範圍內，值得肯定。

二、有關撤銷事由該當性之審理取向

(一)紛爭單位型訴訟標的特定後之爭點整理

在原告選擇上開紛爭單位型訴訟標的之情形，受訴法院應先審理原告所主張事實（在本件為 A、B 事實）是否可能該當於法定之撤銷事由（在本件除 x 前後所主張之第一款事由、第三款事由或第四款事由外，尚含可能該當之他款事由）。如認為此項該當性可能存在時，則法院應與當事人就其所主張之事實，釐清兩造間有爭執部分與無爭執部分，而進行事實上及證據上爭點之整理（參照本書第一編 I 參之說明）。法院如就當事人所主張之事實（如本件 x 起初主張之 A、B 事實，或其他為推認該等事實存否由 x 或 y 所提出之合約內事實）形成心證（含暫時的心證）之結果，認為其該當於原告所未主張之某款撤銷事由（如本件 x 在第一次尚未主張之第四款事由或他款事由）時，應曉諭此項法律見解，使當事人進行辯論，以防止發生突襲性裁判（發現真實的突襲及法律適用的突襲）。此項程序保障之賦予，乃既判力之遮斷效原則上及於上開紛爭本身即訴訟標的所繫各款全部撤銷事由之法理根據〔參照「程序選擇權論」

九頁以下；本書第一編 I 貳、一、(二)及第二編 II 參、一、(二)之說明；「民訴研討(六)」三九三頁〕，宜併加留意。

再者，由於上開有關撤銷事由該當可能性之判斷，係涉及法律適用上價值判斷，所以法院應適度表明或暗示其就該項判斷所持法律觀點（暫定性法律見解），而就此與當事人進行法律上討論（關於法律上討論之必要及相關爭點整理之步驟，參照本書第一編 I 肆之說明）。亦即，於上開情形，法院應依法裁判（實體法上觀點）並保障聽審請求權（訴訟法上觀點）之職責，並不因原告為上開選擇而有所減輕，所以不應誤以為容許原告選擇紛爭單位型訴訟標的，將有背於法治國家之精神。

(二)撤銷事由單位型訴訟標的特定後之爭點整理

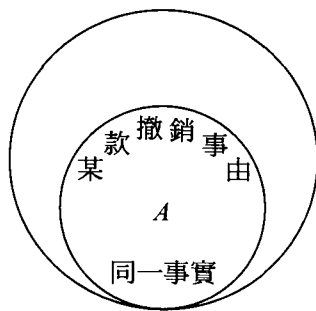
在原告選擇上開撤銷事由單位型訴訟標的之情形（除如本件 x 自始主張二款以上撤銷事由之情形外，尚含原告僅主張某款撤銷事由，如圖一所示者），受訴法院應審理當事人所提事實是否該當於原告所已主張之撤銷事由，並在此範圍內進行事實上及證據上爭點整理（如同上述），原則上不必就其未主張之他款撤銷事由加以審理。不過，法院就當事人所提事實及證據（如：本件當事人所提合約）為審理之結果，如形成心證認為該當於原告未主張之某款撤銷事由時（如：本件第一審法院若認為於其審理當時 x 所未主張之第四款事由存在時），應曉諭原告，使其得知可為主張，並使兩造進行辯論，以防止發生突襲性裁判（於此，特別是促進訴訟的突襲及法律適用的突襲，併參照民訴法第一九九條第一項及第一九九條之一第一項），而兼顧落實紛爭解決一次性之要求及擴大訴訟制度解決紛爭之功能（合理分配司法資源）。

又，如經法院為上開闡明後，原告竟不主張該撤銷事由時，則就其終未成為判決基礎致遭不利之判決，應自負責任，且可能因適用權利失效法理（參照「民訴研討(六)」三九四頁）或失權規定（第一九六條第

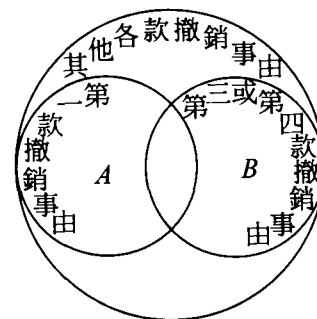
二項、第二六八條之二第二項、第二七六條及第四四七條)之結果,不得於事後(含該判決確定後)復予主張。此時,法官所為上開闡明及訴訟指揮係發揮協同促使當事人行為責任具體化之作用〔併參照本書第一編 I 伍之說明;「民訴研討(三)」二四四頁以下;「民訴研討(七)」四〇九頁以下〕。因此,不認為法官應為如上闡明(含:公開心證、表明法律見解)之舊說(認為對於未明示或無能力明示實體權之原告,法院不必或不須表明、曉諭其所持法律觀點即認事用法所得結果云云之舊說),就其不符防止發生促進訴訟的突襲及法律適用的突襲等要求而言,為不值採。

綜上所述,通觀本件訴訟審理之全部過程,可發現事實審法院所定期日,多被供為兩造訴訟代理人交換長文準備書狀之用,而且法官多未就訴訟標的之特定及相關爭點何在,與兩造代理律師進行法律上討論,並未以言詞為必要之整理。從而,謂此種審理方式,乃導致本件訴訟之審理未能集中化,終致費時三年餘始獲審結之原由,亦不過言。

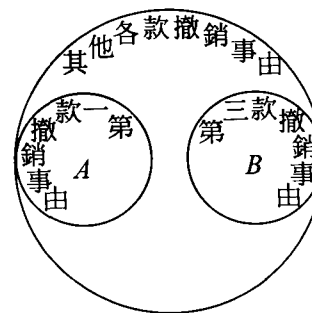
〔附圖一〕僅某款所定一種事由



〔附圖二〕互相關連之不同款所定二種以上事由



〔附圖三〕互不關連之二款以上事由



【本文係司法官訓練所研習會有關如何促進審理集中化課題之講座評析，經錄音整理後，補加闡釋而成；曾刊載月旦法學雜誌第六十三期（二〇〇〇年），並再經補充內容後，收錄於本書。該研習會係以台灣台北地方法院八十三年度仲訴字第第四號、台灣高等法院八十四年度上字第八七六號、最高法院八十五年台上字第一九一九號、台灣高等法院上更(一)字第三二〇號及最高法院八十七年台上字第二三〇五號仲裁判斷撤銷事件之各審法院審理案卷為素材，就其審理過程未能集中審理之相關部分，進行學理上研析。】

VI 裁判分割共有物事件 之爭點整理

壹、事實概要	325
貳、涉訟經過	326
參、爭點整理之問題點	343
一、裁判分割共有物事件之審判對象如何特定？	343
(一)如何因應聲明之非拘束性？	344
(二)分割協議履行請求權應否併成為訴訟標的？	347
二、儘早掌握，篩選有關定分割方法之間接事實	350

壹、事實概要

- 一、甲地及其上建物（分為A、B、C屋，有三個門牌號碼）為兩造共有，應有部分為X十分之七、y₁十分之二、y₂十分之一，甲地都市計劃使用分區為工業區。
- 二、A屋為y₁使用，y₁並於A屋旁自行搭建違章建築D屋。
- 三、共有人間無不得分割約定，對於分割方法亦未達成協議。
- 四、相鄰之乙地為兩造與訴外人Z共有，另案經法院判決准予變價分割確定。
- 五、除變價分割係X主張之方案外，另有下列分割方案：
 - (一)甲案：y₁主張，土地部分由y₁取得右側，y₂取得中下側，X取得其餘部分，房屋部分則以保留A屋由y₁使用為原則（惟A屋大半未坐落在其分得之土地上）。
 - (二)乙案：y₂主張，土地部分由y₁取得右側，y₂取得中側，X取得左側，房屋部分則未陳明。
 - (三)丙案：y₁主張，土地部分同甲案，房屋部分將坐落在y₁分得之土地之建物歸y₁取得，y₂亦然，其餘部分y₁自願放棄。
 - (四)丁案：y₁主張，土地部分同甲案，房屋部分將三間房屋由兩造每人各取得一間，共有人中有不能按其應有部分受分配者，則以金錢補償之。
 - (五)戊案：X主張，土地部分由X取得右側，y₂取得中側，y₁取得左側，房屋部分則未陳明。
 - (六)己案：y₁及y₂主張，就土地部分採乙案，就房屋部分採丙案。

貳、涉訟經過

一、第一審

(一) X 於八十二年一月三十日起訴。

1. 訴之聲明：

(1) 兩造共有座落台北縣新店市大坪林段二十張小段○○地號（以下稱甲地）面積六七四平方公尺之土地及地上建物即門牌台北縣新店市中正路○○巷五號面積一〇三·七四平方公尺（以下簡稱A屋）、同巷七號面積二三·一四平方公尺（以下簡稱B屋）、同巷九號面積二九·七五平方公尺（以下簡稱C屋）之房屋，准予分割。

(2) 上開共有物應予變價分割，並按 X 十分之七、Y₁ 十分之二、Y₂ 十分之一之比例分配價金。

2. 事實及理由：

(1) 如「事實概要」一、三。

(2) 因土地及地上建物面積不大，共有人應有部分亦甚懸殊，如為原物分割，將難期房地為符合經濟之使用，亦不符公平原則，且兩造共有毗鄰之乙地已經判決變價分割確定。

(二) 同年二月十九日第一次言詞辯論期日，X 及 Y₁ 到場，Y₂ 未到。X 則請求履勘現場並測量，Y₁ 當庭提出答辯狀，其內容略以：

1. 聲明：

(1) X 之訴駁回。

(2) 兩造共有甲地及 A、B、C 屋，如准許分割時，請判決原物分割，方法為如答辯狀附圖（從略，以下稱甲案，以保留由

Y₁ 使用 A 屋為原則）。

2. 陳述：

(1) 系爭房屋為 Y₁ 及 Y₂（以下合稱 Y）與 X 前手所共有之祖厝，乃各共有人祭祀之處所，依其使用目的應不能分割。X 予以買受時，明知顯有容忍系爭房屋依原有使用目的繼續使用之義務，自不得請求分割；而甲地係系爭房屋之基地，房屋既不能分割，甲地亦不能分割。

(2) 系爭土地地形完整，以原物分配予共有人並無困難，且 Y₁ 一家十餘口目前仍居位於系爭房屋一隅及自行在甲地上建築之十一號房屋（以下稱 D 屋）內，如予變賣，勢必拆遷 D 屋，以致 Y₁ 一家人與祖先牌位亦必搬遷，不知落腳何處，自非適當。而 Y₁ 主張之甲案，係依目前使用現狀為分配，即系爭房屋現由 Y₁ 居住使用部分連同其基地與 D 屋坐落之基地分由 Y₁ 取得，其餘則分歸 X 及 Y₂ 取得。

(三) 三月十日現場測量時，法官指示依現狀及 Y₁ 提出之甲案為測量。

(四) 三月廿二日測量成果圖到院後，法院函詢相關機關：依甲案在現行法令下，各共有人是否均可利用其分得之土地建築房屋。各機關均否認為其主管業務而未復。

(五) 同年十月十九日第二次言詞辯論期日，僅 Y₁ 到場，並稱乙地已遭聲請執行拍賣中，尚未拍定。

(六) X 於同月二十日提出準備書狀，內容略以：

1. 甲案有如下缺失：

(1) Y₁ 所分配之 D 屋為違章建築，並非本案訴請分割之標的房屋。

(2) 依建築法第四二條、第四四條及台灣省畸零地使用規則第三條規定，Y₂ 之應分得部分為六七·四平方公尺，而建築基地最小面積為一一二平方公尺，無論如何分割，Y₂ 均無法建築；

y₁ 所分得一部分之深度未達法定建築標準。

(3) x 分得部分未能臨接現有巷道或建築線，亦難以建築。

2. 甲案既不適當，且未符合經濟原則，徒然造成畸零地；況甲地上除合法之 A、B、C 屋面積僅一五五·六三平方公尺外，其餘均為違章平房，且已老舊不堪，實無經濟價值，故宜變價分割。

(七) 同月廿九日第三次言詞辯論期日，兩造到場，法官宣示辯論終結。

1. y₂ 請求駁回 x 之訴，並稱希望以附圖之長方形分割（以下稱乙案，土地部分由 y₁ 取得右側，y₂ 取得中側，x 取得左側，就房屋部分則未陳明）。

2. y₁ 當庭提出補充答辯狀，內容略以：

(1) 如採甲案分割方式，就土地，在東南由 y₁ 取得部分未留有畸零地；就應分歸 y₂ 之部分，y₁ 無意見，惟如其能與 y₁ 相鄰，則將來或可合併使用。

(2) 如採甲案分割方式，就房屋，可使 y₁ 繼續居住使用；至 y₂ 分得房屋縱不能坐落分得土地上，亦無不可，因房屋與土地各為獨立之不動產，非必須同一人所有。

(3) x 為財大氣粗之公司，y₁ 則除有祖先遺留之系爭房地及相鄰之乙地持分外，為貧無立錫之地之升斗小民，而乙地已被判決准予變價分割致無法出賣予 x 以外之他人（蓋無人願意承買准予變價分割之土地）。今 x 又欲以變價分割之方式分割系爭房地，企圖迫使 y₁ 在走投無路之情況下，不得不將系爭房地及乙地賤價出賣給伊，懇請發揮正義感，判決原物分割。

(八) 第一審判決（八十二年十月三十日）

1. 主文要旨：兩造共有甲地及其上 A、B、C 屋應予變賣分割，並按 x 十分之七、y₁ 十分之二、y₂ 十分之一之比例分配價金。

2. 理由要旨：系爭房屋現均由 y₁ 居住使用中，已據 y₁ 自認屬實，該三間房屋實為一居住體，若按兩造應有部分比例分割，將不堪再供人使用；而依 y₁ 所主張之甲案，y₂ 分得土地面積小，無法利用，故非適當方法；再者，毗鄰之乙地亦為兩造與訴外人共有，業經判決變價分割確定在案，爰認 x 主張變價分割為有理由，如此甲地可與乙地一併變價處理，合併使用，可收土地資源之最高價值。

二、第二審

(一) y₁ 於八十二年十一月十六日提出上訴狀。

(二) 八十三年三月十日第一次準備程序期日，x 未到場，y₁ 到場並當庭提出上訴理由狀：

1. 聲明：原判決廢棄，兩造共有之甲地及 A、B、C 屋准予分割，分割方法採甲案。

2. 事實及理由：

(1) 甲地地形完整，以原物分配予共有人並無困難，亦不致發生分割後土地無法利用之情事，且 y₁ 一家十餘口目前仍居住在甲地上所建築之房屋內（包含系爭共有房屋之一部分及上訴人自行搭建之 D 屋，此從 x 於八十三年五月五日提出準備書狀自認甲地上之建物中……系爭共有之建物僅係其一部分，其餘建物為多年來 y₁ 所搭建之違章建築，即可證明），若遽將甲地予以變賣，不但 y₁ 損失不貲（因變賣後扣除土地增值稅及拍賣費用，所剩無幾，且拍賣之價格恆較市價為低），且全家勢將流離失所，故法院固得自由裁量共有物分割之方法，除非情非得已，不應以變價分割為分割方法，應以原物分配為適當。

(2) 甲地上之房屋並非全由 y₁ 居住使用，實際上 y₁ 僅使用一部分

而已，另有部分係由X使用。系爭房屋既編有三個門牌號碼，即表示至少可構成三個居住體，原審判決認係「一居住體」云云，亦有誤會。至系爭共有房屋應如何分割，y₁請求將坐落在y₁分得之土地上之建物分歸y₁取得，以便繼續居住，其餘部分y₁自願放棄（以下稱丙案）。惟如認將坐落各共有人分得之土地上房屋分歸各該共有人取得有所不便時，因房屋與土地各為獨立之不動產，且房屋與其基地在法律上並無須為同一人所有，故請將三間房屋分由兩造每人各取得一間，共有人中有不能按其應有部分受分配者，則以金錢補償之（以下稱丁案）。亦即土地與房屋分別定其分割方法，切勿因分割之結果無法將土地及土地上之房屋分歸為同一人所有，即將系爭房屋或土地予以變賣。

- (3) y₂主張之分割方法亦係就原物分配，則就原物分配時，y₂所分得之土地是否因面積小而無法充分利用，顯為y₂所預見並能接受，故就原物分配並未損害兩造任何一人之權益。且如y₂願與y₁繼續保持共有，y₁亦願意。
- (4) 甲地相鄰之乙地雖經判決變價分割，惟定共有物之分割方法應由法院斟酌當事人之聲明、共有物之性質、經濟效用及全體共有人之利益等公平決定之，故本件不得因相鄰之乙地經判決變價分割，即亦判決變價分割。
- (5) X為財大氣粗之公司，y₁則除有祖先遺留之系爭房地及相鄰之乙地持分外，為貧無立錫之地之升斗小民，而乙地已被判決准予變價分割致無法出賣予X以外之他人（蓋無人願意承買准予變價分割之土地），今X又欲以變價分割之方式分割系爭房地，企圖迫使y₁在走投無路之情況下，不得不將系爭房地及乙地賤價出賣給伊，懇請發揮正義感，判決原物分割。

(三)五月五日第二次準備程序期日，X及y₁到場。y₁聲請現場勘測，X當庭提出準備書狀，內容略以：

- 1.駁回y₁之上訴。
- 2.甲地上之建物均為三、四十年前興建之磚造低矮房屋，已無甚經濟價值，與土地價值不成比例；且A、B、C屋僅為其中一部分，其餘為y₁多年來所搭建之違章建築。
- 3.依y₁所主張之分割方法即甲案，分割後y₁所取得之土地地上物為違章建築，而兩造共有且為本件所應分割之三戶房屋則未在其分得之土地上。反之，X及y₂所分得之土地上則存有此三戶共有房屋，此項分割方法，姑不論土地無法使用，兩造共有之建物並未為實際分割，其不合法甚為顯然。關於土地分割部分，y₁及y₂可分得部分均未符合工業區最小寬度七公尺，最小深度十六公尺之法定標準，其分割方法顯違經濟法則。
- 4.系爭共有三戶房屋，面積分別為一〇三．七四平方公尺、二三．一四平方公尺及二九．七五平方公尺，合計分別為三一．三八坪、六．九九坪及八．九九坪，面積極小，如各建物分別予以實物分割，勢將難以居住使用，縱予合併分割（總面積四七．三坪），三人所得之建物面積分別為三三坪、九．五坪及四．七五坪，如此狹窄面積，姑不論無法為實際隔間，y又如何居住使用，故建物部分無從為實物分割甚為顯然。
- 5.土地為實物分割之結果，將造成畸零地已如前述，揆之毗鄰兩造共有乙地，既無地上建物，其面積幾為系爭土地之一倍（一一九八平方公尺），X訴請實物分割，猶遭原審法院以違反建管法令為由判決變價分割，y₁亦未上訴而告確定，故變價分割並非X所樂見之結果，實為法令之限制所然。又上開乙地迄未進行拍賣，並非無法拍定，併此辯明。

四七月廿二日現場勘驗， y_1 及 x 到場。

1. y_1 主張：B 屋後原有五台尺寬之巷道，而 x 在巷道旁蓋大樓，將巷道堵住，才無法緊臨建築線。希望保留甲地上 A 屋及其側違章建築。

2. x 主張：乙地尚未拍定，要與甲地合併才能面臨建築線。B、C 屋現為 x 使用，供堆放傢俱等物。

3. 勘驗結果：甲地上有老舊建物， y_1 居住於 A 屋及其側自行搭建之違章建築， x 使用 B、C 屋；B 屋後與 x 公司圍牆間有一巷道；緊臨甲地之乙地現有一部分為 x 供停車場使用，一部分為蕉園。

4. 法官指示依現狀及甲案測量。

(五)八月一日第三次準備程序期日， x 及 y_1 到場， y_1 請求另提出分割方案。

(六) y_1 及 y_2 於八月十九日提出陳明狀，另主張分割方法（即丙案），以土地應有部分為標準，各自取得一部分（同甲案），房屋部分則將坐落於分得土地之房屋，分歸該人取得。

(七)九月一日第四次準備程序期日， x 及 y_1 到場，法院發函請測量人員依丙案測量。

1. x 主張：乙地之執执行程序已撤回。而甲地之 y_2 應有部分業經抵押債權人查封在案。

2. y_1 主張：請依丙案原物分割。

(八)十月六日第五次準備程序期日， x 及 y_1 到場，均同意以重測後面積為準。

(九)複丈成果圖於十月十八日到院。

(十)十一月廿一日第六次準備程序期日， x 及 y_1 到場。

1. y_1 主張：僅要求土地，可以拋棄房屋，且願與 y_2 合併分得。

2. x 代理人主張：要回去與當事人商量。

(十一)十二月十二日第七次準備程序期日， x 及 y_1 到場。

1. x 當庭提出準備書狀，並主張：

(1) y_2 應有部分現正由法院拍賣，若原物分割，將影響買受人權益，且該買受人是否願意與 y_1 合併使用，現亦無法預測，故仍請變價分割。

(2)如定要原物分割，請依附圖方案分割（以下稱戊案，土地部分由 x 取得右側， y_2 取得中側， y_1 取得左側），並請另為測量。

(3)A、B、C 屋均由 y_1 使用， x 僅買受持分，未曾點交使用。

2. y_1 主張：依戊案， y_1 仍無法獨立使用分得土地，不能解決問題；且亦無法與乙地合併使用。

(十二)十二月十五日第八次準備程序期日， x 及 y 到場。法院將戊案函送測量。

1. y_1 主張：不同意戊案。

2. y_2 主張：同意與 y_1 保持共有。

(十三)複丈成果圖於八十四年一月十六日到院，惟未依戊案測量，法院再去函，成果圖於二月二十日到院。

(十四)八十四年二月廿八日言詞辯論期日，兩造到場。是日辯論終結，審判長定期宣判。 y_1 當庭提出辯論意旨狀，內容略以：

1. 甲地上之建物有一部分為 y_1 所搭建（搭建日期：民國四十七年間），並非兩造共有， y_2 既已到院陳明願與 y_1 繼續保持共有，請求將 y_1 所搭建及使用之建物所坐落之土地及其上建物，分歸二人繼續保持共有，或各人分別取得一部分， x 所使用之 C 屋坐落之土地及其上建物則分歸 x 取得，使 y_1 能繼續使用所搭建及現使用之建物， x 得繼續使用 C 屋，以符合兩造之利益（即

乙案)。至於X主張之分割方法(即戊案),恰使 y_1 無法分得所搭建及現使用建物所坐落之基地,X則無法分得其現使用之C屋及其基地,顯不恰當。

2. y_2 已主張訴外人Z在甲地上所設定之抵押權係偽造及無抵押債務存在等理由,向法院訴請塗銷該抵押權登記在案。

(五)第二審判決(八十四年二月廿八日)

1.主文:上訴駁回。

2.理由:

(1)本件為請求分割共有物事件,對於全部共有人必須合一確定。

故原審共同被告 y_1 一人提起上訴,其餘共同被告 y_2 雖未提起上訴,依民事訴訟法第五十六條第一項第一款規定,其效力及於未上訴之 y_2 ,仍應視其為上訴人,合先敘明。

(2)甲地上建有A、B、C舊有磚造房屋,其中A屋面積一〇三·七四平方公尺、B屋二三·一四平方公尺、C屋二九·七五平方公尺,合計分別為三一·三八坪、六·九九坪及八·九坪。A、B屋目前由 y_1 占有使用,C屋則由X公司作為員工宿舍使用。甲地毗鄰兩造共有之乙地,面積一、一九八平方公尺,曾另案X訴請裁判分割,經法院判決予以變價分割,確定在案。

(3)原審審酌甲地上之建物,如按兩造應有部分比例分割,無法保留建物之完整性,將不堪供人居住使用。如依 y_1 在原審所主張之分割方法,則共有人 y_2 所分得之土地面積狹小,無法充分作土地之規劃利用,並非適當。且甲地毗鄰之乙地業經判決變價分割確定在案,如甲地與乙地一併變價處理,可收土地資源之最高利用價值,乃准X變價分割之請求,並由兩造依應有部分比例分配變價所得價金,此分割方法堪稱適當。

(4)甲地上B屋雖有 y_1 及其他共有人之祖先牌號存在,惟 y_1 所提出之分割方案既主張分割取得A屋坐落之土地,B屋之土地分歸X取得,已難認甲地有所謂因物之使用目的致不能分割之情形。況依 y_1 之主張甲地上B屋縱為共有人祖厝,為共有人祭祀祖先之處所,但依判例所示,亦難認共有物有不能分割之情形。再者,依 y_1 所提出之分割方案,其目前居住使用之A屋,無法全部坐落在其請求分配之土地上,縱然再與 y_2 所分配之土地保持共有關係,A屋仍無法全部坐落在 y_1 分得之土地。足見如採用 y_1 所主張之分割方法,其所欲分得之A屋,勢必搬遷或拆除,自無法保留A建物之完整使用。

(5)系爭共有之三戶房屋,面積不大,且建築老舊,如就各建物分別予以原物分割,三人所得面積,不堪為居住使用,亦不符原物分割時兼採價格補償之要件,且土地與建物各別為原物分割,導致土地與地上建物異其所有人,法律關係愈趨複雜,亦非適當之分割方法。

(6)再者,如依 y_1 所主張之分割方法,縱然其願意繼續維持共有關係,惟 y_2 之應有部分已遭法院強制執行,現正進行拍賣程序中,如以實物分割方法為之,勢將影響將來買受人之權益,且該買受人將來是否願意與 y_1 合併使用分割後之土地實難預測。又依 y_1 所主張之分割方法,縱其願與 y_2 二人合併使用,但其深度仍未達十六公尺,並將造成畸零地之結果(建築法第四十四條、台灣省畸零地使用規則第三條參照)。顯見 y_1 所主張之分割方案,尚非適當。

(7)參以本件甲地毗鄰兩造共有之乙地,較甲地面積多近一倍,且無任何地上建物存在,仍經另案予以變價分割判決確定等情以觀,基於系爭土地之經濟效益,與規劃使用之完整性,

自仍以變價分割之方法為適當。

三、第三審

(一) y 於八十四年四月廿六日提出上訴狀，並於五月十八日提出上訴理由狀，內容略以：

1. 聲明：原判決廢棄並發回原審法院。

2. 理由：

(1) 依 y_1 所主張之分割方案，y 分得部分，最小寬度為九·九五公尺，最小深度為十九·七三公尺，不會造成畸零地。乃原判決為相反認定，又未說明認定依據，顯有判決不備理由及認定事實不憑證據之違法。

(2) y_1 於原審主張 y_2 已向法院訴請塗銷甲地應有部分之抵押權登記，如勝訴， y_2 應有部分即不會被拍賣，本件以原物分割，不會影響任何人權益，y 分得部分亦可繼續保持共有或合併使用等語。事實上該抵押權業經法院判決塗銷，拍賣抵押物聲請亦經裁定駁回確定，原審法院就此攻擊方法未予調查，亦未於判決理由項下記載意見，即有判決不備理由之違法。

(3) 本件原物分割後土地並無不能利用情事，又縱認有此情事，亦為 y 所預見並能接受，並無損於兩造權益。 y_1 已陳明就建物部分僅得坐落在分得土地上之部分，其餘部分願意放棄，亦不致發生土地與地上物異其所有人之情形，故原物分割並無困難。詎原審為變價分割，顯有不適用最高法院五十一年台上字第二七一號及第一六五九號判例之違法。

(4) 原判決另有違背論理法則情事。

(二) x 於七月十三日提出答辯狀，內容略以：

1. 聲明：上訴駁回。

2. 理由：

(1) 甲地並未與建築線相連接情事，僅以甲地無法供作建築基地，即不宜原物分割。

(2) y_2 應有部分之抵押權人僅停止繼而撤回執行，欲俟本件判決後再據以執行，並非執行名義有何疑義。

(三) 第三審判決（八十四年七月十四日）

1. 主文：原判決廢棄，發回原審法院。

2. 理由略以：

(1) 按分割共有物，究以原物分割，或變價共有物分配其價金，法院固有自由裁量之權，不受共有人主張之拘束，但仍應斟酌當事人之聲明、共有物之性質、經濟效用及全體共有人之利益等公平決定之。共有人若就共有物在生活上有密不可分之依存關係，倘法院全然不顧，判命變價分割，其所定分割方法，是否符合公平原則？即值推求。

(2) 本件 Y_1 既陳稱其一家大小全賴目前占有之共有房屋居住，如予變價，勢必流離失所等語。且查 A、B、C 屋既均為 y 及 x 前手之祖厝，則無論依 x 於八十三年十二月十二日準備書狀所提分割方案，可完整將 C 屋分歸 y_1 ，或依 y_1 主張將 A 屋及其所坐落之土地分歸 y_1 共有，因該部分土地面積與 y_1 之應有部分相差無幾，再以金錢補償 x，原物分割似無困難。乃原審遽為變價分配，使 Y_1 在祖遺土地上之祖厝遭拆遷，其分割方法是否妥當？即有斟酌之餘地。

(3) 又原審雖謂：如依 y_1 所主張之分割方法，縱其願與 y_2 二人合併使用，但其深度仍未達十六公尺，並將造成畸零地之結果等語，惟依台灣省畸零地使用規則第三條之規定，係按面臨道路之寬度及其使用分區而分別定其最小寬度及深度，並非一律定為十六公尺。原審對於系爭共有土地究屬何種土地使

用分區及面臨道路之情狀如何？均未逕調查審認，遽認土地深度未達十六公尺，將造成畸零地云云，亦嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

四、更一審

(一)八十四年九月十八日第一次準備程序期日，兩造到場。

1.兩造聲明同前審。X仍主張變價分割，Y則重申如有畸零地也願接受。

2.X陳稱僅使用C屋。

3.Y當庭提出上訴理由狀，內容略以：

(1)請依附圖方案分割（以下稱己案，土地部分即乙案，房屋部分即丙案），如以保持房屋完整為準而分割，Y多分得之房地部分，願以金錢補償X；如以土地持分為準而分割，房屋部分以分得土地上者為限，其餘房屋Y願放棄。又Y願繼續保持共有，且依此案分割，不會造成畸零地。

(2)A、B屋由Y₁使用，C屋由X使用，原審認定均由Y₁使用，實有誤會。

(二)法院於九月廿五日將己案送請測量，並於十月五日接獲複丈成果圖。

(三)十月十六日第二次準備程序期日，兩造到場。

1.X仍主張變價分割，並聲請勘驗現場。

2.Y則主張請測量人員說明計算面積方式。

(四)十一月八日現場勘驗，兩造及測量人員到場。

1.X主張：如定要原物分割，請採戊案。

2.Y主張：請採己案，願放棄其餘部分房屋。

3.測量人員陳稱：所謂畸零地，必須是可以建築基地使用之土地，前面必須面臨道路才能指定建築線，又其必須根據道路寬度不

同，就有最小寬度與最小深度規定；系爭土地沒有面臨道路，就沒有討論是否為畸零地之必要。

4.勘驗結果：系爭三屋呈日門字型三合院建築，B屋由Y₁使用，中間廳內供佛及祖宗牌位，兩旁為臥房，前方加蓋一間廁所；A屋由Y₁使用，有廚房、飯廳及臥室；C屋以前為X職員宿舍，近一月來無人居住。房屋均為磚造瓦頂。

(五)十一月廿七日第三次準備程序期日，兩造到場。由於測量人員相關說明未回函，兩造陳述同前，X當庭提出準備書狀，內容亦同前。

(六)十二月廿八日第四次準備程序期日，X到場，對於測量人員函無意見，並當庭提出答辯狀，內容同前，Y則未到；法官宣示準備程序終結。

(七)八十五年一月三十日言詞辯論期日，兩造到場。是日辯論終結，定期宣判。

(八)更一審判決（八十五年二月六日）

1.主文：原判決廢棄。兩造共有甲地及A、B、C屋，應如附複丈成果圖所示方法分割之，即如附圖所示甲、乙部分（右側及中側）土地面積二〇二·三八平方公尺及坐落其上之建物，分歸Y₁及Y₂取得繼續保持共有，Y₁之應有部分為三分之二，Y₂之應有部分為三分之一；如附圖所示丙部分（左側）土地面積四七二·一九平方公尺及坐落其上之建物，分歸X取得。

2.理由：

(1)甲地為兩造共有，各自應有部分為X十分之七、Y₁十分之二、Y₂十分之一。其上建有如附圖所示A、B、C之舊有磚造建物三戶，其中A屋面積一〇三·七四平方公尺、B屋面積二三·一四平方公尺、C屋面積二九·七五平方公尺，合計分

別為三一·三八坪、六·九九坪及八·九九坪。A、B屋目前y₁占有使用，C屋則為x作為員工宿舍使用按各共有人，得隨時請求分割共有物，民法第八二三條第一項前段定有明文。本件共有土地地目為建，與共有建物均無禁止分割之規定，兩造間又無不得分割之特約，且依其使用目的，非不能分割。兩造間因不能協議分割，則y請求分割共有物，於法自無不合。

- (2)甲地地形完整，如以原物分配予共有人並無困難。y₁於本院陳明於分割後仍願保持共有，如自系爭共有土地右側邊界起，依y₁應有部分比例，平行分割出一三四·八平方公尺為甲部分；緊鄰甲部分，依y₂應有部分比例，再平行劃出六七·四平方公尺為乙部分，分歸y₁及y₂共同取得。至於其上共有房屋，y就超過其分得土地部分上之建物，表示自願拋棄，則土地於分割後，甲、乙、丙部分，均自成一完整之長方形，兩造均能為完整之利用。雖x主張如此分割，將造成y分得之土地為畸零地，且系爭土地並未面臨建築線，無法充作建築基地，必與鄰地合併開發使用，作整體規劃設計，方能創造土地利益，故本件實應採取變價分割之方式云云。惟依據臺灣省畸零地使用規則第三條之規定，畸零地之認定，係按面臨道路之寬度及其使用分區，而分別定其最小寬度及深度。甲地之使用分區為都市計畫工業區，而所謂畸零地，依據同上畸零地使用規則第二條第二項規定，係指建築法第三條規定地區內面積狹小或地界曲折之基地而言。建築基地面積畸零狹小不合規定者，非與鄰接土地協議調整地形或合併使用，達到規定最小面積之寬度及深度，不得建築，建築法第四十四條定有明文。是以除非共有人欲將系爭土地供建築之用，

否則並無分割後之土地是否成為畸零地之顧慮。而系爭土地與乙地直接相連，後面別無通路；前方相接之另地號土地上，雖有一條便道，供系爭土地上房屋之住戶出入，然該便道並非道路，故甲地前無面臨道路，無從指定建築線，從而即無從根據臺灣省畸零地使用規則第三條之規定，依系爭基地面臨道路之寬度，來判定應保留如何之最小寬度、最小深度之基地，使之不成為畸零地。換言之，因整筆甲地均無法指定建築線，故y所分得之基地大小，與是否成為畸零地完全無關。故x主張依據y之分割方法，y所分得之部分會成為畸零地云云，即非可採。退一步言，縱認y因共有應有部分過少，所分得之土地因面積過小，而無法充分利用，y亦表願意接受。本院斟酌y對於土地之感情、利用效益，認y請求原物分割，應屬公平。且原物分割後，各共有人亦可與鄰地所有人協商合併使用，並無x所謂「以小害大」之問題。x復抗辯稱：本件如為原物分割，將影響到與鄰地所有人協商之進度及協商之意願，亦必影響到各共有人協商談判之籌碼云云。惟是否影響協商，乃未來之事，乙地雖經變價分割判決確定，惟迄未進行拍賣，鄰地所有人將為何人？本件原物分割是否影響將來與鄰地合併使用時之協商？均未可知，x徒以臆測之詞，執為反對原物分割之理由，實不足採。又y₂應有部分，雖曾遭訴外人乙設定抵押權並予查封，惟該抵押權登記，業經判決應予塗銷，並已撤銷查封在案，故原物分割並不影響第三人之權益。綜上分析，本院認以原物分割，較之變價分割方法，更符合各共有人之需要。

- (3)x主張，如必為原物分割，應將y分得部分，自右側挪至左側，該方案使x取得部分與乙地相鄰，將來使用較為方便云

云。然查整筆甲地與乙地均有相鄰之處，X無論分得何側土地，均無礙於與乙地之合併使用。況乙地經變價分割判決確定，迄未進行拍賣，X未必能取得乙地之所有權，則合併使用之說，尚不能採信。而甲地右側之甲、乙部分上有A屋，為Y₁所使用之廚房、飯廳及臥室，均係日常居住之重要場所，而C屋原由X職員作為宿舍使用，至於B屋原亦由Y₁使用，正中間廳內設一供桌，供奉佛祖及祖宗牌位，廳兩旁為陳家使用之臥室，然因Y之應有部分比例過少，所能分得之面積過小，無法就B屋之坐落基地一併分割予Y取得，Y為免分割結果過於複雜，業已自願捨棄B屋全部及A屋超逾土地甲、乙範圍內之建物，因A屋與Y₁在生活上有密不可分之依存關係，則Y請求分割取得甲、乙部分土地及其上A屋，俾配合Y₁之居住需要，尚屬正當。故X之方案，殊非妥當，不能採取。仍應以如本判決所附附圖之分割方法為妥適。

五、第三審

(一)X於八十五年三月七日提出上訴狀，並於廿六日提出上訴理由狀，內容略以：

1.聲明：原判決廢棄並發回原審法院。

2.理由：

- (1)依原判決主文，無法得知兩造分得房屋之面積多少，就建物之分割方法徒有分割之名而無分割之實，顯違最高法院五十五年台上字第一九八二號判例。
- (2)不動產之拋棄除意思表示外，尚須登記始生效力。原判決將房屋部分分歸X者，已超過X應有部分，未論知X補償Y，乃因Y表示拋棄所致。惟為何Y拋棄不動產未經登記，X即取得其拋棄之不動產，原判決未說明理由，顯有判決不備理

由之違法。

(二)Y於五月三日提出答辯狀，內容略以：

1.原判決就建物部分之分割方法，因已確定位置，其面積即可得確定。

2.所拋棄者，係受分配權利及補償請求權，並非物權。

(三)第三審裁定（八十五年十月廿一日）

1.主文：上訴駁回。

2.理由略以：本件X對第二審判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上述理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使，及本其自由裁量權所定之分割方法，指摘其為不當，而未具體表明合於不適用法規、適用法規不當、或民事訴訟法第四六九條所列各款之情形，難認對該判決之如何違背法令已有具體之指摘，依首揭說明，應認其上訴為不合法。

參、爭點整理之問題點

一、裁判分割共有物事件之審判對象如何特定？

審理請求裁判分割共有物事件（下稱裁判分割事件，並稱其請求為裁判分割請求）時，宜先認知其與訴請履行分割協議事件（下稱訴請履行協議事件）之程序運作上不同。亦即，在裁判分割事件，法律就分割方法，並未明定其要件（形成要件），而將之委由法官為公平裁量。由於有此項職權裁量性，所以可謂其事件本質上含非訟性。可是，鑑於就分割線之劃定，當事人間利害尖銳對立的程度，往往不亞於就所有權存否本身之爭執，事關共有人之利害重大，法律為圖謀慎重、公平，

特將之列為訴訟事件來審理（第十條第一項），使當事人得受較優厚、慎重的程序保障，更充分行使辯論權。就此而言，可謂其屬一種非訟事件（民事事件）之訴訟化，但仍不失其本質上所具非訟事件性，所以關於其審理程序，也有酌採部分非訟法理之情形〔關於民事事件之部分非訟化，請參照邱聯恭「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」「民訴研討(二)」四五七頁以下；「程序制度機能論」七二頁、九二頁〕，宜加留意，而準以擬定審理方向。以下就其所涉關連事項，試加說明。

(一)如何因應聲明之非拘束性？

就程序的開始而言，要否提起訴訟為裁判分割請求，係由原告主導、決定，是與請求履行協議事件及其他一般訴訟事件相同，均採處分權主義第一層面內容〔關於其意義及機能，請參照邱聯恭在民訴法研究會第六十次研討會之析述，「民訴研討(七)」一七八頁〕。此亦係為維持司法之中立性、公正性，並尊重人民財產權行使、處分之自由，乃賦予原告程序處分權，俾其得據以較量起訴與否所涉實體上、程序上利害之大小，而決定是否開始程序。可是，在請求履行協議事件及其他一般訴訟事件所採訴之聲明對法官有拘束性之原則，於裁判分割事件之審理程序則受限制。亦即，為回應裁判分割事件所具上開職權裁量性，當事人就共有物分割方法所為訴之聲明，非必當然拘束受訴法院（即採聲明的非拘束性及自由裁量性）。因此，原告訴之聲明祇要表明請求法院發動裁量權為消滅、廢止共有關係之判決即可（此係一種創設性、形成性判決，但就其亦含有命各共有人互相移轉應有部分以使各人分別取得單獨所有權等意旨而言，此項判決係兼含有給付性之判決），而不必就分割方法為具體表明；縱使其表明請求原物分割，法院亦可採變價分割而不受該聲明之拘束（民法第八二四條第一項）。容許如此處理，一方面有助於避免加重原告的負擔，即原告在起訴時或程序中不必一再反覆地

聲明多種分割方法，以備其中有未被法院容認時之用；另一方面，也可防免加重法院的負擔，因為，假使認為原告須表明分割方法，且其表明對受訴法院有拘束性，如其表明多種分割方法而予以排列審判之先後或主位、備位順序時，法院必須一一加以依序審理的話，則對法院所加重之負擔，將非同小可。要之，實體法委由法院就分割方法加以公平裁量，乃是一種實體法上非訟化，此事反應至民事訴訟上，即處分權主義第二層面內容（參照「民訴研討(七)」一七九頁）被排除適用。

相對於此，在請求履行協議事件，原告訴之聲明係表明請求法院判決，命被告依兩造所成立有關消滅共有關係之協議內容為履行，所以通常於起訴時應表明（主張）該協議之內容即兩造所約定之分割方法，而作為請求判決之事項。此項聲明對法院有拘束性，係由於採用處分權主義第二層面內容為審理所導致。為此，受訴法院應先使原告為此項聲明，以使訴訟上請求之範圍明確化而加以特定，然後認定原告所聲明之協議內容存否，而據以判定約定之分割方法，命為履行（給付）。此係一種回顧性裁判（認定過去事實而依法為裁判），其間並無可行使之裁量權，為一種給付判決，非屬創設性、形成性裁判。至於受訴法院就協議內容所形成之心證，如與當事人所表明、主張者有不一致時，應如何適當闡明以使當事人為聲明之補正、擴張或減縮，則屬另一問題。

循上而論，在裁判分割事件，原告起訴時或本案程序進行中縱為有關分割方法之表明，充其量僅成為法院行使裁量權之一項參考方案（提案），尚非起訴必備之要件或程式。因此，受訴法院既無須為特定訴之聲明而要求原告表明其求為判決之分割方法，亦不得以原告未為此項表明即認為其未盡責特定訴之聲明。不過，為公平裁量劃定分割方法，作成合目的性、妥當性裁判（併請參照「程序制度機能論」七二頁），並為促進程序、使審理集中化，受訴法院有必要經由闡明促使兩

造就如何定分割方法為相當之陳述（提案），藉此整理兩造間爭點。抑且，由於此方面之當事人提案，未必與法官基於上開裁量權所認分割方案相一致，於是尚有就如何定分割方法，進一步整理法官與當事人間認識、判斷上差距之必要，此亦為一種爭點整理程序之踐行。亦即，此方面之爭點整理是，法官應儘可能與當事人就下列事項形成共識、釐清宜採之審理方向：就分割方法之劃定，到底宜先或宜僅審理當事人所提某項方案（方案一）是否具妥當性、抑或宜先或宜僅審理法官所試擬之某項方案（方案二）是否具妥當性？是否宜以方案一或方案二之何者較具妥當性（較符公平要求之分割方法）一事為爭點，進行集中審理？要之，如能形成此方面共識、釐清爭點，將較諸未如此整理爭點之情形，更能促成審理集中化，避免攻擊防禦目標之散漫化。當然，為此項爭點整理時，法官宜適度經由心證之公開將其所試擬之暫定方案提示於當事人，以便進行溝通對話，促成上開共識〔關於此類心證公開之目的及方法，請參照「程序選擇權論」一四四頁以下；「民訴研討(二)」五八四頁〕。

不過，如被告對於裁判分割請求，提出兩造（共有人）間已立有分割協議之抗辯時，由於此項協議若確存在，將使原告不得起訴為裁判分割請求（使其起訴欠缺訴之利益而成為不合法），使受訴法院不須進行有關如何裁量劃定分割方法之本案審理，所以應先整理兩造間有關分割協議存否之爭點。為此，如兩造間爭執分割協議存在時，即應以該協議之內容存否為上位爭點，進一步就其所關涉之下位爭點（事實上或證據上爭點）為何，再細加整理，然後就已釐清之爭點，集中審理（集中調查證據）。如此作為，可避免蒙受因貿然就如何定分割方法先為審理時所致程序上不利，而防止發生促進訴訟的突襲。又，如被告提出兩造間曾訂立有效之不分割契約或因共有物之使用目的不能分割等抗辯時，由於其事若屬實，將使裁判分割請求成為無理由，使受訴法

院不須就如何定分割方法為審理，所以應先整理有關該項抗辯之爭點，然後予以集中審理。

依上說明，本件 x 起訴表明：「兩造共有之甲地及 A、B、C 屋准予分割；上開共有物應予變價分割，並按 x 十分之七、Y₁ 十分之二、Y₂ 十分之一之比例分配價金。」既已表明求法院裁判廢止（消滅）共有關係之意旨，可認為已特定其訴之聲明。就此，法院雖不受其有關分割方法之聲明所拘束，但應以此項表明為參考基礎，進一步依上所述，整理有關如何定分割方法之兩造間爭點，及相關之事實上及證據上爭點。

(二) 分割協議履行請求權應否併成為訴訟標的？

在裁判分割事件之被告主張分割協議存在之上述情形，受訴法院究應如何整理兩造間有關訴訟標的之爭點？應否及如何併將分割協議履行請求權列入訴訟標的範圍內？亦屬須加探討之前提問題。其實，於此種情形，法院為判斷原告所主張裁判分割請求有無理由，既須先審理被告所主張分割協議存否，而且，為滿足程序保障之要求，應使當事人就被告所主張分割協議存否為充分之攻擊防禦。此項攻擊防禦及審理越詳盡，則即使併以此項主張之內容為裁判基礎，也就越不致發生突襲。換言之，該二項主張之審理所涉事實群有重疊之部分，就原告所為裁判分割請求之審理越詳盡，則關於被告所主張分割協議存否之審理也越周詳，該事實群之重疊部分也越形擴大，因此，越可能認為即使併將有關分割協議請求列入判決之對象範圍內，也不違反防止發生突襲性裁判之要求。不但如此，因為使當事人就被告所主張分割協議為充分攻擊防禦之關係，已在程序過程中支出相當之勞力、時間、費用，基於訴訟經濟及擴大訴訟制度解決紛爭功能等要求，更應設法儘可能使當事人有機會利用同一程序，併就該被告所主張分割協

議存否作成具有實質上拘束力之裁判，以防止發生促進訴訟的突襲。準此，受訴法院（或贊同傳統的舊訴訟標的理論者）即使認為裁判分割請求權與分割協議履行請求權係不同之二個實體法上權利，應分別構成不同之訴訟標的云云，亦應致力於促使利用同一程序併予列入訴訟標的範圍內，以作成具有上述實質上拘束力之裁判。例如：在上述程序中，寬認訴之變更、追加及提起反訴，使分割協議履行請求權併成為訴訟標的，而包含於本案審判之對象範圍內。何況，此項旨趣，已為新法第一九九條之一及第二五五條第一項第二款增訂條文所採納，今後尤應成為持舊訴訟標的理論運作程序者之依循〔併請參照「程序選擇權論」九三至九四頁；「審理集中化」七八頁以下、二四八頁以下、二六六至二六八頁〕。

再者，受訴法院（或贊同新訴訟標的理論者）縱使主張該二請求權僅成為以裁判使一個共有關係消滅之不同的法律觀點而已，不應分別構成二個訴訟標的云云，亦須兼從防止發生突襲性裁判之觀點，認為在原告所主張之裁判分割請求權部分以外，併應就分割協議履行請求權部分，使當事人為充分之攻擊防禦。而且，應基於同一觀點，修正向來新訴訟標的論者過分強調貫徹紛爭解決一次性要求之態度，而重新認知：僅於就該分割協議部分之審理不生突襲之前提下，始可承認裁判效力之客觀範圍併及於此部分（併請參照「民訴研討(一)」五七八至五七九頁；「程序選擇權論」九頁以下）。何況，此項旨趣，亦已為新法第一九九條之一第一項增訂條文所示明，今後亦應成為照新訴訟標的理論運作程序者之依循。從而，分割協議履行請求權是否自始同屬本案審判之對象範圍，已非至要之事。首應克服之課題是，如何充實爭點整理程序之內容，使兩造能併就該請求權之存否盡攻擊防禦之能事，以徹底防止發生突襲。

本來，民事訴訟法之所以採用處分權主義，承認原告有主導特定

訴訟標的之權能及責任，係基於保障訴訟權之訴訟制度本質上理由，並為平衡保護系爭實體利益及程序利益，俾與系爭實體私權同受憲法保障之系爭標的外諸權利，不致因起訴及程序進行遭受不必要之額外耗損。依此原則，原告應得為訴訟標的之選擇性、相對性特定。亦即，原告既得選擇以某法律關係（實體私權）為訴訟標的，亦得選擇以某紛爭為訴訟標的而以原因事實予以特定，藉以劃定可資平衡追求實體利益及程序利益之本案審判對象（訴訟標的）範圍，而避免蒙受因未被容許為訴訟標的之選擇性、相對性特定時所可能招致之程序上不利益或實體上不利益〔請參照「程序選擇權論」七〇至七一頁、九五至九七頁；「民訴研討(一)」一七九至一八一頁〕。此項論旨係訴訟標的相對論所闡述（請參照「司法現代化」二一三頁以下；關於向來新、舊訴訟標的論者所忽略之省思觀點，請併參照本書第一編 I 內註二八之說明），可以且應該準以處理有關分割協議履行請求權應否及如何併於裁判分割事件成為訴訟標的之問題。其結果，原告既得擇定僅以裁判分割請求權或僅以分割協議履行請求權為訴訟標的（下稱「權利單位型訴訟標的」），亦得表明求為判決依某項分割方法分配特定共有物以消滅共有關係之意旨，並陳述某項原因事實予以特定為訴訟標的（下稱「紛爭單位型訴訟標的」），而不選用權利單位型訴訟標的。當然，在原告係選用紛爭單位型訴訟標的之情形，原告仍應依辯論主義（協同主義）提出可認為其聲明（主張）為有理由之事實，至於該事實是否屬該當於裁判分割請求權存在或分割協議請求權存在之事實，則為法律適用職權範圍內之事，應由法官妥為法律評價，並賦予當事人適當完全之辯論機會（參照本書第一編 I 肆、二之說明）。又，為防止發生突襲並保障原告選擇・特定訴訟標的之權能，在原告有關選擇・特定訴訟標的之表意未盡明瞭時，或在被告對於裁判分割請求已提出分割協議存在之抗辯時，受訴法院均應為適當之闡明，俾使原告有利用該程序就分割協議履行請求權，

併請求法院加以審判之機會。

從上而論，在本件，被告 y_1 、 y_2 於本案審理過程中曾主張：其在共有物即甲地上有祖厝即 A、B、C 屋存在，依物之使用目的不能分割，X 買受甲地時即已知情，應予忍受云云。此項主張之真意為何？其是否為有關分割協議存在或不分割契約存在之抗辯？如其為此類抗辯時，受訴法院已否予以相當之爭點整理，並在兩造爭執分割協議存在時，賦予原告或被告請求一併審判分割協議履行請求權之機會（就保障被告之機會而言，請留意新法第一九九條之一第二項之增訂條文）？此類爭點整理程序，是否已為本件受訴法院所適時踐行？均屬值得探討之問題。

二、儘早掌握・篩選有關定分割方法之間接事實

依裁判分割事件所具上開職權裁量性，法院得就原物分配、變價分配及原物分配兼金錢補償等三種方法中，斟酌擇定其一為分割方法。並且，其裁量權既可用以在採原物分配方法時，公平劃定分配共有物之具體方法；亦可用以在採原物分配兼金錢補償之方法時，公平分配共有物並酌定應給付之補償金額（民法第八二四條）。就此項裁量權之行使，法律係委由法院公平考量各種個別情況酌定之，並未具體定明其應遵循之要件事實。因此，法院既應依此方面實體法規定之旨趣，謀求共有人間之公平；亦應依程序法所認公正程序請求權之法理，指向於保護當事人之利益（實體利益及程序利益），而以個案所涉相關具體事實經提出或顯現於訴訟程序上者為裁判基礎（請參照「程序選擇權論」一〇三頁以下）。此類具體事實尚非屬法律所明定之要件事實，通常係間接事實群中，經法院適用經驗法則，予以認定、篩選為與定分割方法具關連性之事實（可資判定分割方法是否公平之基礎事實）。諸

如：有關共有物之種類、位置、形狀、性質、價格、共有關係之發生原由、共有人數之多寡、各應有部分之比例、使用方法、狀態、經濟效用、共有人間之分管、使用關係、其所表明有關如何定分割方法之意願及其合理性、標的物為不動產時之相鄰關係、共有人有無支付補償金之能力等多方面事實，均可能在個別事件中成為上開具關連性之間接事實。

就上開具關連性之間接事實，依辯論主義即協同主義，當事人既有予以提出之權能，亦負主張責任，並且對他造之事實主張負陳述義務（參照「程序選擇權論」九九至一〇〇頁）。而受訴法院則應經由闡明，促使當事人所為事實上主張或否認具體化，以防止突襲（參照同書一〇三頁）。尤其，為達成審理集中化之目標，於本案審理程序之儘早階段，當事人應適時提出其聲明或主張所依據之上開事實，以盡其訴訟促進義務（關於此方面之新法上進展，請參照「程序選擇權論」六六頁內註一七之說明）；而受訴法院亦應促使當事人提出上開事實，為必要之爭點整理，以防止發生突襲性裁判〔參照「程序選擇權論」一三〇頁內註五五之說明、一四五及一六九頁；本書第二編Ⅲ參、二、(二)之說明〕。更具體言之，就分割方法之判定，在當事人已提出某項分割方案時，法院應促其陳述該方案所依據之上開具體事實，然後使他造對該陳述為必要之陳述；又，在當事人未提出分割方案之情形，則促其陳述可供斟酌如何劃定分割方法始為公平之上開具體事實，然後使他造對該陳述為必要之陳述。而且，法院宜一邊聽取此類事實陳述，一邊形成、確認法官所試擬之分割方案，並檢討其具何程度之妥當性。同時，受訴法院應在此過程，與兩造當事人進行對話、溝通，運用經驗法則釐清何項上開間接事實係兩造間所不爭執、何者係兩造所爭執而成為爭點（法院與兩造就某具體事實係兩造所爭執一事達成共識）。

要之，在裁判分割事件，有關如何劃定分割方法之審理，通常係

憑相關諸間接事實為判定，所以需行間接事實型爭點整理。為此，宜使兩造或由法官將兩造所主張之具體事實予以列明、向兩造為說明，而聽取其意見，然後將兩造有爭執者與無爭執者之要領，分別記明筆錄，或使兩造之代理律師協同提出摘要書狀。倘能如此，則往往大有助於判決理由之撰寫，而可達成簡化判決書制作之目的。尤其，在兩造就個別間接事實之存在本身並無爭執時，分割方案之擬成即訴訟之勝負，多僅取決於法院就該等具體事實如何為價值判斷。另一方面，經由上開爭點整理，可確定何項具體事實對於劃定分割方法具重要性或關鍵性，其結果，不僅有助於限縮應證事實及證據調查之必要範圍，亦可藉以使法官更能輕易針對真正爭點集中調查證據並作成判決理由，而提昇當事人對判決之信服度、接納度。其實，上開間接事實型爭點整理方式，通常亦被採用於欠缺直接證據而需借重諸間接事實以推定要件事實即主要事實之一般事件，應予留意。

準此，在本件，受訴法院宜就 x 與 y₁、y₂ 所提出有關如何定分割方法之下列事實主張，經由闡明，循上述方向行爭點整理。析言之，就共有物即甲地之分割，x 主張應採變價分配之方法，其所依據之事由有：採原物分割將使 y₁、y₂ 分得土地成為畸零地，經濟價值較少（d₁）；相鄰之乙地（為兩造與訴外人共有）經法院另案判決准予變價分配確定在案，正進行變價程序，如甲地亦採變價分配，可一併變價拍賣，而提高經濟價值（d₂）；A、B、C 屋為無經濟價值之老舊建物，採原物分割，則居住面積狹小，無法使用（d₃）；採變價分配，共有人仍得按比例分配價金，y₁、y₂ 得另置產居住（d₄）。又，對於 x 之主張，y₁、y₂ 主張應採原物分配之方法，其所依據之事實有：於原物分割後，y₁、y₂ 願合併使用土地，並維持共有關係（d₅）；y₁ 願承受分割後土地不能建築之後果（d₆）；乙地之變價拍賣程序並不順利，甲地如採變價分配，未必能以市價賣出，而獲得較大利益（d₇）；y₁、y₂ 在甲

地上有祖厝即 A、B、C 屋存在，依物之使用目的不能分割，x 買受甲地時即已知情，應予忍受（d₈）；如採變價分配，將使 y₁ 流離失所（d₉）；採變價分配，賣得價金扣除稅款及其他費用後，將所剩無幾（d₁₀）。

對於兩造所提如上事實主張，受訴法院應先處理本案審判之前提或先決事項〔如：有無如上「一、(一)」所述涉及不分割契約存否之爭執事項；有無涉及如上「一、(二)」所述分割協議存否之爭執事項〕，並依經驗法則，篩選其中與定分割方法具關連性者（就其中法院認為不具該項關連性者，則經由對話、溝通，促使當事人予以放棄主張，而排除於爭點事實之範圍外），然後予以排定審理之先後順序及方針。從此角度而言，受訴法院應先就 d₈ 所涉事項為爭點整理，而向 y₁、y₂ 闡明：就其主張「在甲地上有祖厝即 A、B、C 屋存在，依物之使用目的不能分割，x 買受甲地時即已知情，應予忍受」云云一節，其真意為何？關於此，有二種可能關涉實體利害及程序利害之情形，應予 y₁、y₂ 有具體陳明之機會：第一種 y₁、y₂ 可能主張之情形是，兩造曾明示或默示成立不分割甲地之契約：即 x 買受甲地之應有部分時，已明知甲地上有 y₁、y₂ 用以祭祀之祖厝存在，依使用目的不能分割，所以，兩造間可能有於該祖厝存在期間內不分割甲地之契約存在。第二種 y₁、y₂ 可能主張之情形是，兩造曾訂立分割甲地之協議，即 x 明示或默示同意照向來之使用狀態分割甲地，將該祖厝及其基地部分分給 y₁、y₂ 並維持其共有關係。就以上二種情形，y₁、y₂ 究係主張其中之何者，將會影響法院審理之方向〔如上「一、(一)及(二)」所述〕，故法院應先向 y₁、y₂ 闡明，並令其陳明相關事實（按：當事人所主張及法院所認定之事實，究竟該當於發生有關不分割或分割協議之法律關係、應如何適用實體法等事，原屬法官適法之職責，不應轉嫁於當事人。在此意義上，此方面之闡明，亦為防止發生法律適用的突襲，並為減少造成違反闡明義務之結果）。

經法官闡明後，如果 y_1 、 y_2 是主張第一種情形，則法官應問明 x 是否承認有此事實，如 x 否認此事實存在時，此事實即成為須調查證據之爭點事實（待證事實），而法院即須就有何等事實（間接事實）可供推認兩造間有不分割契約存在之事實，進行事實上及證據上爭點之整理程序。如 x 承認有此暫時不分割甲地之契約存在，或經證明有此契約存在時，則法院須問明兩造就該祖厝之存否事實有無爭執，如有爭執，則成為爭點事實，應進一步審理於言詞辯論終結前，該祖厝是否仍存在以及不分割契約存否，以判斷 x 之請求有無理由〔如上「一、(一)」所述〕。亦即，如該祖厝於言詞辯論終結前已滅失，則該不分割契約即失效而不必履行，故法院就 x 之裁判分割請求即應續行本案審理。否則， y_1 、 y_2 可主張於民法第八二三條第二項所定期限內， x 仍須履行該項不分割契約，故法院無須進而審理應如何分割甲地及其分割方法為何等事項，以致 x 之裁判分割請求即屬無理由。於此情形，有關分割方法之審理即成為不必要，法院就此無須蒐集事實（供作公平裁量劃定分割方法之基礎事實）及調查證據，而可促進訴訟。本件受訴法院在未就此方面先進行爭點整理以前，即貿然審理有關如何定分割方法之事項，終致審理散漫化，實不符促進訴訟之要求。

其次，如果 y_1 、 y_2 是主張第二種情形，法官即須問明 x 是否有分割甲地之協議存在。如 x 答稱無此項協議存在之事實，則該協議存否即成為爭點事實（待證事實即應證事實）。此時，由於本件當事人所已主張之各項事實，對於該待證事項而言，僅屬間接事實，依經驗法則尚無從據以推定該待證事實存在，所以法官須進一步行使闡明權，令 y_1 、 y_2 提出可供複合推認該項協議存在之其他事實（間接事實）及證據。如其不回應法官之闡明提出此類相關事證資料，則其行為責任將更加具體化，而可能依法律規定受失權的制裁。易言之，在兩造間就有無默示同意成立上開協議為爭執之情形，上開 d_8 所示 x 於買受甲地

時就 y_1 、 y_2 在該地上有祖厝存在一事係知情之事實，縱其為真實，對於推認上開默示之意思表示存在（按：在以此為待證事實之情形，係以當事人當時之行動、態度等類間接事實群為基礎加以綜合，而判斷是否能認為當事人有該項默示行為，是即依據該類間接事實群，適用經驗法則評價當事人所表現之行動、態度，而為該項該項意思表示存在之擬制。該類間接事實群原則上亦應由當事人提出主張、舉證，但法院應依第一九九條第一項、第二七八條第二項之規定為必要之闡明，以防止發生突襲）而言，亦僅屬可供為複合判斷之一項間接事實（成為依第二八二條為事實上推定之一項前提事實）而已。所以，在 d_8 經 y_1 、 y_2 主張後，受訴法院除促 x 應就該事實主張為認否之陳述以外，亦應對 y_1 、 y_2 為闡明，使其預知有必要再提出可供與該事實複合推認上開待證事實之其他間接事實。並且，倘經如此闡明後， y_1 、 y_2 未能提出可供依經驗法則為複合推認之其他間接事實時，則縱使 y_1 、 y_2 就上開 d_8 所示事實已聲明證據，法院亦不必予以調查。是即，藉此項爭點整理程序之踐行，防止發生推理過程的突襲及促進訴訟的突襲。

於此涉及另一問題，即在 y_1 、 y_2 提出可供複合推認該項分割協議存在之事證時，本件之法官宜先對 x 闡明：如 y_1 、 y_2 主張、證明有分割甲地之協議存在時， x 要如何處理？此即涉及其裁判分割請求是否合法、訴之聲明如何補正、擴張，以及訴訟標的如何變更、追加等問題〔請回顧上述「一、(二)」之說明〕。經法院為如上之闡明後， x 可能有下列幾種回答：其一是，先位聲明請求裁判分割，備位聲明請求判令 y_1 、 y_2 履行分割協議（在依舊訴訟標的理論為審理之情形，係追加為預備合併；在選用紛爭單位型訴訟標的之情形，係為不真正預備合併。關於此類客觀合併之型態，併請參照邱聯恭在民訴法研究會第四十九次研討會之析述，「民訴研討(四)」七〇至七一頁）；其二是，就裁判分割請求或分割協議履行請求，委由法院依審理之結果，選擇其中有理由者判決 x 勝訴即可

(此即追加為選擇合併或不真正選擇合併)。此事尚與第一九九條之一第一項增訂規定之意旨有關，已如上述〔見「一、(二)」〕。

此外，在 y_1 、 y_2 陳明其係主張分割協議存在而求法院採原物分配方法之情形，為防止發生促進訴訟的突襲，並擴大訴訟制度解決紛爭之功能，法院應探究其是否也有請求裁判消滅共有關係之意思。為此，法院也應行使闡明權，使 y_1 、 y_2 有提起反訴之機會（在法院認為裁判分割請求權與分割協議履行請求權係各別構成不同之訴訟標的時，依新法第一九九條之一第二項之規定，亦應為同樣處理）。如此之審理取向，係在訴訟程序中或爭點整理階段再評價如何定訴訟標的之範圍，並就此進行集中審理。亦即， x 起訴時雖僅請求裁判分割，然事後因就兩造所提事實為整理之結果，已然涉及分割協議履行請求之問題，以致事實群擴大，而審理的對象範圍亦隨之擴大〔包含有關裁判分割請求之事實及有關分割協議履行請求之事實〕，則既要花費許多勞力、時間、費用審理該二請求所涉事實，自全國法官的角度來看，設法使判決之既判力能併及於 a 請求及 b 請求，將更能真正減輕法官整體的負擔，此乃審判實務運作應有之態度。否則，如於此仍固守著向來依傳統的舊訴訟標的理論所採慣行及不善加闡明（公開心證、表明法律見解）之實務態度，認為 x 既未主張 b 請求，法官即可全然不予理會，可任令當事人就 b 請求另行起訴請求云云，此種審理方式，無異浪費司法資源，並增加當事人及整體法官的負擔。又，在上述情形， x 經法院闡明後，如就 b 請求不主張，將來即可能依權利失效、違背誠實信用原則等法理，判定 x 就 b 請求可否提起後訴訟或應否予以禁止（參照「審理集中化」二六七頁以下）。因法院於前訴訟之程序中，已賦予當事人可就 b 請求一併主張之機會，如其無正當理由竟不就 b 請求一併主張，而事後又就 b 請求提起後訴訟，實無異於減少全國納稅人使用法院之機會，並消耗法官的勞力、時間，往往可認為無復提起後訴訟請求保護之正當利

益。

在法院為上開闡明（爭點整理）後，經確認 y_1 、 y_2 不主張或未能證明兩造間就甲地有分割協議存在之情形，法院即應續行有關如何劃定甲地分割分法之本案審理。此時，法院除應就兩造所主張之 $d_1 \cdots \cdots d_{10}$ 事實，釐清各該事實是否與分割方法之酌定具有關連性，而將其中不具關連性者經由闡明・對話促使當事人達成限縮爭點之協議以外，並宜適時公開心證，將法院所預擬之分割方案（暫定的心證）向兩造開示，使其為必要之陳述，以防止發生突襲。在此過程，法院宜使兩造就其各所認為與酌定分割方法有關之間接事實，予以分別臚列（或作成一覽表提出），以便進一步由法院與兩造進行討論，而亦可就具關連性且為兩造所爭執者作成爭點整理結果之摘要書狀，並使當事人分別提出必要之證據，然後整理證據上爭點（如：釐清兩造可否達成有關證據取捨之協議、其協議是否有失公平、證據與待證事實之關連性）。至於就法院認為不具關連性之間接事實，則促使當事人達成限縮爭點或予以排除於爭點事實範圍外之爭點簡化協議（參照本書第一編 II 之闡述）。例如，從 d_2 與 d_7 之事實主張係處於不能並存之關係，釐清「甲地宜否與乙地一併變價拍賣」一事應否成為本件爭點。就此而言，由於 x 如無從證明共有乙地之訴外人確有將乙地與甲地一併變價拍賣之意願，則上開爭點即無在本件形成之可能，所以法院宜先對 x 闡明使其為該項證明，否則即不必將 d_2 與 d_7 作為爭點處理。可是，本件受訴法院在程序前階段，並未先經由闡明充分踐行上述爭點整理程序。此項爭點整理，對於避免本件事實審法院多次命現場勘驗（遲至更一審尚然），亦屬必要而有益。亦即，倘受訴法院在程序前階段（尤其在第一審受理訴訟之初），能為如上之爭點整理，將更能掌握宜就何等間接事實或分割方案命為一舉勘測明確，而避免因該程序之重複致生促進訴訟的突襲。何況，類如本件所屬裁判分割請求事件類型，多需求借重勘測現地之便

整理爭點，法院（受命法官）宜一邊命為勘測一邊就地整理爭點（參照第二六九條第四款、第二七〇條及第二七〇條之一等新舊規定）。抑且，上開間接事實為何往往與兩造間之紛爭實態密切關涉，當事人本人常較其訴訟代理人更詳知案情全貌，且未必常將詳情向訴訟代理人敘明。因此，為儘早掌握上開間接事實，受訴法院宜活用當事人本人聽取制度〔參照第二〇三條第一款及二六九條第一款；邱聯恭「當事人本人供述之功能」，「民訴研討」六三一頁以下〕。可是，本件受訴法院卻不然，以致在第一審未能掌握爭點，在第二審且因行準備程序多次而徒增勞費，並有改期係專為讓訴訟代理人就如何擬定分割方案再與未到庭之當事人本人商量之情事發生，終使審理多顯散漫化。

綜上評析，本件訴訟之審理，未能正視裁判分割請求事件所具異於一般事件類型之特性，以致未善用可資儘早掌握間接事實以研商如何擬定分割方案之爭點整理方式，終於導致審理之散漫化，違反審理集中化之指標。

【本文係司法官訓練所研習會有關如何促進審理集中化課題之講座評析，經錄音整理後，補加闡釋而成；曾刊載月旦法學雜誌第七十四期（二〇〇一年），並再經補充內容後，收錄於本書。該研習會係以台灣台北地方地院八十二年度重訴字第九〇號、台灣高等法院八十三年度重上字第五三號、最高法院八十四年度台上字第一七五六號、台灣高等法院八十四年度重上更(一)字第一二一號及最高法院八十五年度台上字第二五九二號請求分割共有物事件之各審法院審理案卷為素材，就其審理過程未能集中審理之相關部分，進行學理上研析。】

VII 徵收補償費代償請求事件之爭點整理

壹、事實概要	361
貳、涉訟經過	361
參、爭點整理之問題點	381
一、借重二原因事實結合之訴訟標的特定	381
二、法律上與事實上爭點之牽扯難分	390

壹、事實概要

- 一、X於五十七年七月一日向Y之被繼承人Z買受A、B二筆農地，因X無自耕能力而不能辦理所有權移轉登記。X與Z嗣於同月十一日訂立協議書，約定於系爭土地變更為非農地可辦理所有權移轉登記時，始為移轉所有權登記。嗣A、B二地於六十三年五月一日被發布為都市計畫道路用地（其移轉不受土地法第三十條所規定承受人須有自耕能力之限制），X遂於七十八年間，起訴請求Z辦理上開二筆土地之所有權移轉登記，Z於訴訟中死亡，由Y承受訴訟。A地並於七十八年四月八日經政府公告徵收。
- 二、上開所有權移轉登記請求事件之第一審受訴法院認為：X與Z所訂立之買賣契約為無效，遂判決X敗訴（七十九年四月二十日判決）。X上訴後，以A地被政府徵收為由，減縮A地部分不服之聲明，僅就B地部分上訴。第二、三審法院均認為，系爭買賣契約因X與Z嗣後另訂有上開協議書而有效，並判決X勝訴確定。
- 三、Y於七十九年三月十六日出具切結書，領取A地之補償費計三百四十萬元，但實發金額（扣除土地增值稅四十萬元）為三百萬元，Y拒絕將補償費交付X，X乃提起本件訴訟請求交付補償費。

貳、涉訟經過

一、第一審

(一) X於八十四年四月十一日起訴。

1. 訴之聲明略以：y 應給付 x 三百四十萬元及自本件起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率百分之五計算利息。

2. 主張略以：

(1) x 於五十七年七月一日向 y 之被繼承人 z 買受 A、B 二地，因礙於規定，當時無法辦理所有權移轉登記手續。迄七十八年間可移轉登記時，x 即起訴請求 z 辦理上開二筆土地之所有權移轉登記，惟訴訟中 z 死亡，由 y 承受訴訟，經最高法院就 B 地部分判決 x 勝訴確定在案。

(2) 於上開訴訟進行中，A 地為政府徵收，x 乃撤回 A 地部分之請求。y 明知 A 地之所有權狀在 x 手中，仍於七十九年三月十六日出具切結書，領取 A 地之補償費計三百四十萬元，並拒絕交付 x，x 乃提起本件請求交付補償費之訴訟。

(3) 依最高法院八十年台上字第二五〇四號判例及八十年八月二十日第四次民事庭會議決議，x 自得類推適用民法第二二五條第二項規定行使代償請求權，請求 y 交付其所受領之補償費。惟經 x 多次請求，y 均未交付，爰提起本件訴訟。

(4) 證據：提出 A、B 二地所有權移轉登記訴訟之二、三審判決書。

(二) 法官於八十四年四月十三日於審理單批示：定期於同年五月九日辯論，除通知兩造外，並調閱系爭土地徵收及 y 領取補償費資料。

(三) 縣政府於同月廿一日來函，說明 y 原非屬補償費發放對象，惟案內 z 所有 A 地補償費係由 y 具領，並提出徵收土地地價補償發放清冊影本，其上載明 A 地所有權人為 z，補償費金額為三百四十萬元，但實發金額（扣除土地增值稅四十萬元）為三百萬元，領款人為 y。

(四) 同年五月九日第一次言詞辯論期日，兩造到場。

1. x：聲明及陳述如起訴狀所載。

2. y：

(1) 聲明：請求駁回 x 之訴。

(2) 陳述：就 x 起訴之 A 地，曾經判決 x 之訴駁回，契約無效，故 A 地已確定屬 y 所有，補償費自應由 y 領取。

(3) 證據：前案一審判決書及確定證明書影本

3. x：前案是因情事變更，故撤回。

(五) x 於同月十三日提出補充理由狀，其內容略以：

1. 本件兩造間前請求所有權移轉登記事件，第一審判決雖因未能詳察致誤認買賣契約無效，並為駁回 x 請求之判決，但經二、三審判決結果，已確定買賣契約有效而為 x 勝訴判決確定在案，y 猶爭執已遭廢棄改判之第一審判決主張買賣契約無效，自無可採。

2. x 於前案中原就系爭土地一併請求，惟因訴訟中被政府徵收，x 始於上訴二審中撤回該筆土地之請求，致該筆土地所有權移轉登記之請求遭駁回確定。惟該訴訟（前訴）為請求所有權移轉登記之訴，本件（後訴）則係請求給付金錢之訴，二者之訴訟標的不同，訴之聲明不同，自無一事不再理問題。

(六) 同月三十日第二次言詞辯論期日，兩造到場。y 當庭提出「答辯狀」，其內容略以：

1. 答辯聲明：請求駁回 x 之訴。

2. 答辯理由：

(1) y 之被繼承人 z 所有 A、B 二地，於五十七年七月一日出售與 x，並簽訂不動產買賣契約，固係事實，但 x 遲至七十八年間 z 亡故後始起訴請求辦理繼承登記及所有權移轉登記，經一審以買賣土地為農地，x 並無自耕能力，買賣契約應屬

無效，判決X敗訴後，X僅就B地提起上訴，就A地部分則未上訴，故A地已因判決確定為Z所有而無需移轉登記予X。惟事後二、三審雖將一審判決廢棄改判，但對於已確定之A地部分不生效力。

(2) X基於其就A地之所有權移轉登記請求權所為起訴既經判決駁回確定，其即無所有權移轉登記請求權，亦無所有權，自不得請求Y交付徵收補償費。

(3) 依民訴法第二五六第三項規定，X於前訴中因情事變更即A地被徵收，原應變更訴之聲明請求Y交付補償金，卻於前案二審中未予主張，且已撤回請求，自不得再請求交付補償金。

(七) 八十四年六月二十三日第三次言詞辯論期日，兩造到場。法院宣示辯論終結，定期於七月三日宣判。Y當庭提出言詞辯論意旨狀，其內容略以：

1. 本件前訴以系爭不動產買賣契約書無效為由，判決確定X無權請求Y就系爭土地辦理繼承登記後將土地所有權移轉登記與X在案，亦即系爭土地所有權人仍為Z，Y為Z之繼承人，自可依法領取土地徵收補償費，並無不當得利可言；且依爭點效法理，X主張系爭土地以Y債務陷於給付不能發生之一種代替利益，請求Y交付補償費，其先決問題以系爭不動產買賣契約有效為前題，惟該契約業經確定之判決認定無效，於本件訴訟自不得為相反之判斷。

2. 前訴二審判決主文係「原判決除確定部分外廢棄」，確定部分即指本件系爭土地部分，故X仍強爭已判決確定無效之二筆土地補償費，顯無理由。

(八) 第一審宣示判決（八十四年七月三日），其內容略以：

1. 主文：Y應給付X三百四十萬元及自八十四年四月十八日起至

清償日止按週年利率百分之五計算利息。

2. 理由：

(1) 本件前訴係基於民法第三四八條請求Y移轉買賣標的所有權，本件則類推適用同法第二二五條第二項請求Y交付徵收補償費，前後二案訴訟標的法律關係不同，本件起訴，尚無違反一事不再理原則。

(2) X向Y之被繼承人Z買受A、B二筆農地。X於七十八年間起訴請求Z將該二筆農地所有權全部移轉登記予X，訴訟中Z死亡，由Y承受訴訟，經第一審法院以買賣契約係以不能之給付為標的，買賣契約書自始確定無效為由，判決X敗訴。X提起上訴後，以A地業經依法公告徵收，而減縮系爭土地部分不服之聲明，致A地部分因而判決確定。B地部分經二審以雙方訂約時，有預期農地嗣後變更為非農地，可辦理所有權移轉登記時應為移轉登記之合意，應屬有效，而改判命Y就B地辦理繼承登記後將所有權移轉登記予X，並經最高法院判決確定在案等情；另系爭土地之徵收補償費為三百四十萬元，並經Y於七十九年三月十六日具領完畢等情，均為兩造所不爭執，堪信為真實。

(3) 就上開土地所有權移轉登記請求之訴，第一審雖認定其所依據之買賣契約無效，而判決X敗訴，惟嗣後第二審則以買賣契約非屬無效，改判X勝訴在案，因此X本得依該有效之買賣契約請求Y將系爭土地所有權移轉登記予伊。系爭土地既經徵收，致Y該義務陷於給付不能，依最高法院八十年台上字第二五〇四號判例及八十年八月二十日第四次民事庭會議決議，X自得類推適用民法第二二五條第二項規定行使代償請求權，請求Y交付其所受領之補償費。

二、第二審

(一) y 於八十四年七月廿五日提出上訴狀，聲明上訴。

(二) 同年九月七日第一次準備程序期日，兩造到場。y 當庭提出上訴理由狀，其內容略以：

1. 上訴聲明：原判決廢棄，駁回 x 在第一審之訴。

2. 上訴理由：

(1) 就系爭土地所提前訴即所有權移轉登記請求之訴判決 x 敗訴確定，則 y 已不必將土地所有權移轉登記與 x，所以原審認定 x 得本於該有效之買賣契約請求 y 將所有權移轉登記予伊，顯非事實。

(2) 本件 x 請求給付補償費之前提，係 x 對於系爭土地有所有權或請求權，但其所有權移轉登記請求權業經判決敗訴確定，則其既無請求權亦無所有權，自不得請求交付補償費。

(3) 兩造前訴就系爭土地部分，係判決 x 敗訴確定，並非撤回訴訟。再依民訴法第二五六第三項規定，x 於前訴中因情事變更土地被徵收，原應變更訴之聲明請求 y 交付補償金，乃 x 於前案二審中並未主張致受敗判決確定，自不得再請求交付補償金。

(4) 縱認 x 得向 y 請求交付補償費，y 亦得主張下列事項：

① 本件土地補償費雖為三百四十萬元，但扣除土地增值稅四十萬元後，上訴人實領三百萬元，故 x 僅能請求上開實領金額。又系爭土地於買賣時已由 x 預扣土地增值稅款二分之一，則本件增值稅半數之二十萬元，應由 x 返還 y，故 y 應交付 x 之三百萬元應扣除二十萬元，為二百八十萬元。

② x 向甲購買 A、B 二地，尚有價款五十萬元未付，此部分 y 亦得主張抵銷。

③ 補償費性質相似於損害賠償，依民法第一九七條第一項規定，其請求權時效為二年。本件 x 於七十九年之訴訟時即知有損害及賠償義務人，遲至八十四年四月十一日始提起本件訴訟，已逾時效，y 自得拒絕給付。

3. 證據：前訴一、二審判決書及不動產買賣契約書影本

(三) x 於八十四年九月十五日提出答辯狀，其內容略以：

1. 如同年五月十三日提出之補充理由狀〔參見本案例一、第一審之(五)〕。

2. 在前開案件中，因當時政府僅公告徵收，x 尚不知補償費之確實金額，無法適時變更聲明，始不得已先予撤回。且民訴法第二五六條第三款規定係原告之權利而非義務，故本件不生 x 因未在前訴中變更聲明致不得再另起訴請求交付補償費之問題。

3. y 於原審從未主張就系爭補償費政府曾扣除四十萬元增值稅，此部分為新主張。又，縱認其屬實，依約增值稅應由兩造各負擔二分之一，則 y 應返還之補償費仍為三百萬元加上 y 應負擔二分之一增值稅二十萬元，共計三百二十萬元。

4. x 買受包括 A、B 二地，價款均已付清，業經另訴法院查明確定在案，不容 y 再為反於上開另案訴訟確定判決之主張，y 此部分之主張，既不足採，且違反既判力規定。事實上 x 就系爭買賣溢付七十萬元，y 猶謂 x 未付清價款云云，殊非誠信。退步言之，縱 x 曾預扣增值稅或仍有價金尾款未付，但因已罹於十五年消滅時效，y 依法不得主張抵銷。

5. x 並非基於侵權行為請求，且最高法院八十年台上字第二五〇四號判例已明示補償費並非侵權行為之賠償金，只是 x 得類推適用民法第二二五條第二項規定請求讓與，故本件顯無民法第一九七條第一項短期時效之適用。

6.證據：另案卷證資料、權狀、協議書及契約書等影本

(四)八十四年九月二十五日第二次準備程序期日，兩造到場。

1.X陳述：陳述如八十四年九月十五日答辯狀所載。

2.Y陳述：關於X八十四年九月十五日答辯狀，閱卷後再表示意見，並請X提出已付清價金之證明。

(五)X於同年十月五日提出陳報狀，其內容係檢附購買土地建物之價款傳票、支票等。

(六)X於同月十三日提出陳報狀，載明因高雄地院另有開庭，無法於同年月十六日到場，請求改期之旨。

(七)同月十六日第三次準備程序期日，X未到場，Y到場。法官宣示準備程序終結。Y當庭提出補充上訴理由狀，其內容略以：

1.依民訴法第四四七條，當事人非不得於第二審提出新事實及新證據，故增值稅扣除之主張，仍得提出。

2.系爭不動產買賣契約中，出賣人Z於契約後面簽寫：「茲收到本件買賣定金一百六十萬元」。既然Z係於五十八年八月二十日簽約日收受定金，則X稱其「五十八年六月二十六日支付三十二萬元、五十八年六月二十六日支付五十萬元」即與上開買賣契約無關。Z僅有簽收二次價款，合計僅收受一百八十萬元，尚有五十二萬元未付。至於上開買賣契約後面註明「茲收到本件買賣殘款二十萬元」，並非尾款；又，Z如有收取X給付之房屋及土地買賣價款，必定在有關之不動產買賣契約書上簽收，其餘有關X交付Z之支票，並未在不動產買賣契約上簽收，顯然係X與Z另外之債權債務關係，與系爭不動產買賣契約無關。

(八)X於八十四年十一月十日提出答辯(二)狀，其內容略以：

1.Y對於其繼承人Z曾於五十八年六月廿一日及六月廿六日收受X交付之三十二萬元及五十萬元並無爭執，僅主張因付款於五

十八年八月二十日買賣契約之前，故與該契約無關云云。惟查，依一般交易習慣，於簽約前非不可能預付部分價款；且Y並無舉證證明該等款項係用以支付其他用途；再者，另案確定判決中已認定系爭買賣契約價款已全部付清，自不容Y再為反於上開另案訴訟確定判決之主張，Y此部分之主張，既不足採，且違反既判力規定。

2.另訴所主張土地所有權移轉登記請求權既經最高法院判決確定未罹於時效，則本件就系爭土地X原所有權移轉登記請求權自非因罹於消滅時效致無法請求，而係因訴訟中遭公告徵收，X不得已撤回訴訟致該所有權移轉登記請求權被駁回確定。因此Y主張X之所有權移轉登記請求權罹於時效而不得請求其交付補償金，亦不足採。

(九)同月十五日言詞辯論期日，兩造到場。審判長宣示於八十四年十一月二十日宣判。

(十)第二審判決書

1.主文略以：原判決關於命Y給付超過三百萬元及該部分利息之裁判廢棄，此部分X在第一審之訴駁回；Y其餘上訴駁回。

2.理由略以：

(1)無違反一事不再理原則。

(2)X起訴狀所主張之事實為兩造所不爭，並有Y提出之上開所有權移轉登記事件一至三審民事判決等件在卷可憑，堪信為實在。

(3)本件X與Y間前請求所有權移轉登記事件，第一審係因未詳查致誤認買賣契約無效，而駁回被上訴人之訴，迨至上訴至第二、三審時法院認定該土地買賣契約為有效，進而改判X勝訴確定。於該事件中X原亦併就系爭土地請求，祇因該地

於訴訟中遭政府公告徵收，致y給付不能，x不得已才於該訴第一審敗訴後上訴第二審中減縮不就系爭土地為請求終使系爭土地部分之訴告確定。是系爭土地所有權移轉登記之請求遭駁回確定，乃因x於該案中減縮第二審上訴之聲明所致。y所辯x對該二筆土地已無所有權移轉登記請求權，亦無所有權云云，尚非事實。況y於原審八十四年九月七日開庭時猶自承有出售系爭土地，有領錢之事實，尤足證y之被繼承人確已將系爭土地出售予x並領取價金無疑，而且x就系爭土地原對y有所有權移轉登記請求權。

- (4)茲上開土地既經第三審以買賣契約非屬無效，改判x勝訴確定在案，x本得依該有效之買賣契約請求y為所有權移轉登記，則系爭土地嗣經政府機關徵收致上訴人陷於給付不能，類推適用民法第二百五條第二項之規定，x據以請求y交付系爭土地之補償費，洵屬正當。又系爭土地補償費扣除土地增值稅後實發金額為三百萬元，有縣政府函可稽。參諸本件買賣兩造承認土地增值稅原約定各負擔二分之一，而y已預扣土地增值稅二分之一為x所不爭等情觀之，y應返還之補償費應為上述之三百萬元。
- (5)至y主張x尚有部分價款未付，可供抵銷云云。然此為x否認，並提出各次付款之明細及證據；且關於本件買賣契約價款已全部付清之事實，業經兩造另案訴訟判決確定在案，自不容y再為反於上開確定判決之主張。
- (6)y雖又主張：x本件請求已逾二年時效，其拒絕給付云云。然查x並非本於侵權行為為請求，而最高法院八十年台上字第二五〇四號判例已明示補償費並非侵權行為之賠償金，故無民法第一九七條第二項短期時效規定之適用。又本件買賣

相關之他案土地所有權移轉登記請求權，既經最高法院判決確定未罹於時效，則x就系爭二筆土地原所有權移轉登記請求權亦未罹於時效。

三、第三審

(一)y於八十四年十二月廿七日提出上訴狀，聲明上訴。

(二)y於八十五年一月十日提出上訴理由狀，其內容略以：

1.聲明：原判決關於y敗訴部分廢棄，發回原審法院。

2.理由：

- (1)依本件兩造間前案二審判決理由欄記載：「上訴人(x)其餘請求(即系爭A地)部分經原判決駁回，未據聲明不服而告確定」，則原判決稱「被上訴人(x)於前開案件第二審中撤回請求所致」等語，顯有認定事實未憑證據之違法。
- (2)前案既判決x敗訴確定，即y不必將系爭土地所有權移轉登記予x，則原判決認定「被上訴人(x)本得依該有效之買賣契約請求上訴人(y)將所有權移轉登記予伊」，顯非事實。
- (3)x就系爭土地既無移轉登記請求權，亦無所有權，自不得請求y交付徵收補償費。
- (4)補償費性質屬損害賠償，仍有民法第一九七條第一項時效規定之適用。
- (5)系爭買賣契約中，記載當日收受定金，則x所稱五十八年六月廿六日及六月廿六日支付款項與z，顯然與上開買賣契約無關。至於上開買賣契約後面註明收受殘款二十萬元，並非尾款，故尚有五十萬元未付。

(三)x於八十五年三月七日提出答辯狀，其內容略以：

1.聲明：上訴駁回。

2.理由:

- (1)另案就系爭土地之請求，係因訴訟中政府公告徵收致y給付不能，x始於二審中撤回上訴，並非無理由而遭駁回確定。
- (2)與系爭土地相關之B地，業經判決買賣契約有效確定在案。
- (3)y承認有出售系爭土地，有領錢之事實。
- (4)x並非基於侵權行為法律關係為本件請求，無民法第一九七條規定適用，更無類推適用之餘地。
- (5)其餘與二審理由狀之記載同。

四第三審判決書（八十五年十月十一日）

1.主文：原判決關於駁回上訴人其餘上訴暨該訴訟費用部分廢棄，發回台灣高等法院。

2.理由：

- (1)原審據以判定y應給付補償費本息之本院八十年度台上字第五二六號所有權移轉登記事件判決，僅就x買受之系爭土地以外之B地部分，認定實施都市計劃，編定為洪水平原一級管制區，買賣契約有效，因而判決x該部分勝訴。而對系爭土地並未作同一不利於y之論斷。究竟系爭土地是否有相類之情形，原審未詳為調查審認，遽以該另案判決所認定之事實推斷本件土地之買賣為有效，並進而為y敗訴之判決，殊嫌遽斷。
- (2)按民法第二二五條第二項之債權人代償請求權，係因債權人原有之給付請求權，因不可歸責於債務人之事由致給付不能，所發生之代替給付。如債權人原即無給付請求權存在，又何有代償請求權之可言。原審既認定上開另案所有權移轉登記請求事件，就系爭土地部分業經第一審判決x敗訴確定在案，換言之，x對y就本件土地之移轉登記請求權業經判決確定

其並不存在。則x憑何得以請求y給付系爭土地補償費？y於原審並曾以之作為抗辯理由，原審未仔細斟酌，遽以上開理由為上訴人不利之論斷，自有未合。

- (3)依兩造提出有關x與z簽訂之不動產買賣契約書及協議書所載，買賣之土地，似僅有B地，並不包括系爭A地在內，該號土地是否經由B地分割而來，x與z間有無該號系爭土地之買賣關係存在，原審未進一步究明，亦有可議。
- (4)y於原審曾抗辯稱：「系爭不動產買賣契約經z於契約後面簽寫『茲收到本件買賣定金一百六十萬元』。既然z係於五十八年八月二十日簽約日收受定金，則x稱『五十八年六月二十六日支付三十二萬元、五十八年六月二十六日支付五十萬元』即與上開買賣契約無關……。z僅有簽收二次價款，合計僅收受一百八十萬元，尚有五十萬元未付。至於上開買賣契約後面註明『茲收到本件買賣殘款二十萬元』，並非尾款，……z如有收取x給付之房屋及土地買賣價款，必定在不動產買賣契約書上簽收，其餘有關x交付之支票，並未在不動產買賣契約上簽收，顯然係x與z另外之債權債務關係，與系爭不動產買賣契約無關」等語。原審對於y此項重要之防禦方法，未於判決理由項下說明其何以不足採之意見，遽以上開理由為y敗訴之判決，有判決不備理由之違法。
- (5)上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，難謂無理由。

四、更一審

(一)x於八十五年十一月廿五日提出準備書狀，其內容略以：

1.答辯聲明：上訴駁回。

2.理由：

(1)（與同年三月七日提出答辯狀之內容相同。）

(2)系爭A地係於六十七年九月十八日由B地分割出來，此由另案第一審判決事實欄之記載即明，並有土地謄本可證，故自在買賣契約範圍內。

(二)八十五年十二月十九日第一次準備程序期日，兩造到場。Y當庭提出上訴理由狀，其內容略以：

1.上訴聲明：原判決除確定部分外廢棄，駁回X在第一審之訴。

2.理由：

(1)債權人如無給付請求權存在，即無代償請求權。X對於Y之系爭土地所有權移轉登記請求權，業經判決不存在確定，則X請求交付徵收補償費，自屬無據。

(2)系爭徵收補償費，乃徵收機關與Y間之關係，就兩造間而言，則為損害賠償金，自有民法第一九七條一項短期時效規定適用。

(3)縱認X主張有理，X尚有五十萬元未付，Y自得主張抵銷。

(三)X於八十六年一月七日提出準備書(二)狀，其內容略以：

1.X對於系爭土地原有移轉登記請求權存在，自得請求給付補償費。

2.X並非依侵權行為為本件請求，無短期時效適用。

3.買賣價款已全數付清。

(四)同月二十三日第二次準備程序期日，兩造到場。Y當庭提出上訴理由(二)狀，其內容略以：

1.X對於Y就系爭土地之所有權移轉登記請求權，依民事訴訟法第三九八條及四五九條第二項規定，因前案判決其敗訴確定而不存在。

2.系爭土地於五十七年間買賣時，雖因地目編訂為田，X無自耕能力而不能辦理所有權移轉登記，但自五十七年五月廿九日公

布實施洪水平原管制區，六十三年五月一日實施都市計畫後，其不能情形已除去，故自六十三年五月一日起，算至七十八年四月三十日止，業已滿十五年，X依買賣契約之移轉登記請求權，即已罹於時效而消滅。是本件X於八十四年四月十七日起訴時，其所有權移轉登記請求權已罹於時效，自無代償請求權。

(五)X於八十六年一月三十日提出準備書(三)狀，其內容略以：

1.系爭土地之前案係因給付不能而撤回才確定，並非因X無所有權移轉登記請求權而遭駁回確定，自不能謂X對Y之所有權移轉登記請求權不存在。

2.X曾向地政事務所函查系爭土地得否辦理移轉登記，經該所於七十八年三月卅一日函復上開土地屬都市計畫洪水平原一級管制區，依縣政府七十七年二月廿六日函示，其移轉可不受土地法第三十條規定限制，故前案土地及系爭土地係於上開七十七年二月廿六日縣政府函示後，其移轉始確定不受限制，即不能辦理移轉登記之情形至是日始除去，X之起訴並未罹於時效。

3.證據：地政事務所函及縣政府函。

(六)八十六年二月二十七日第三次準備程序期日，Y到場，X未到，Y陳述因X未到庭，請求改期。

(七)同年三月二十七日第四次準備程序期日，兩造均未到。

(八)Y於同月二十七日提出上訴理由(三)狀，其內容略以：X所提縣政府函，係依內政部七十年三月二十日台內地字第一〇四〇九號函內容所為釋示，而內政部上開函示係為說明目前地政機關對土地法第三十條規定之執行範圍，換言之，地政機關早在該函示前，即已依該函示執行範圍內容實施，並非始自上開內政部函。故X主張自七十七年二月廿六日以後，辦理移轉登記始不受限制云云，顯不實在。

(九)八十六年六月十二日第五次準備程序期日，兩造到場。X當庭提出調查證據聲請狀，聲請向地政事務所函查系爭土地自何時起可不受土地法第三十條規定限制。

(十)法院於同月十三日函查，地政事務所於同年月廿八日函復，轉請市公所查復。市公所於同年七月四日函復，謂系爭土地於六十三年五月一日發布實施都市計畫為道路用地。

(十一)八十六年七月二十四日第六次準備程序期日，兩造到場。Y當庭提出上訴理由四狀，其內容重申系爭土地自六十三年五月一日起即不受土地法第三十條規定限制，X請求權已罹於時效而消滅。

(十二)法院於八十六年七月廿九日再度函查，地政事務所於同年八月四日函復，謂系爭土地於六十三年五月一日發布實施都市計畫為道路用地，即自六十三年五月一日起始不受土地法第三十條規定限制，在此之前，並無例外。

(十三)八十六年八月二十八日第七次準備程序期日，Y到場，X未到。法官宣示準備程序終結。

(十四)X於同年九月二十三日提出準備書四狀，其內容略以：

1.系爭土地於Y主張時效消滅之七十八年四月三十日前之七十八年四月八日經政府公告徵收，依法已不得辦理所有權移轉登記，X請求權之行使已生法律上障礙而無法行使，自無時效消滅問題。

2.徵收補償費之代償請求權，係新發生之債權，並非原債權繼續，其消滅時效重行起算，即應自系爭土地七十八年公告徵收後Y於七十九年三月十六日領取補償費時起算消滅時效，X於八十四年四月十一日起訴，尚未達十五年，無時效消滅問題。

(十五)兩造分別於八十六年十二月三日及四日提出「言詞辯論意旨狀」，內容同前。

(六)同月九日言詞辯論期日，由另位受命法官參與期日。審判長宣示辯論終結，定十二月十五日宣判。

(七)更一審判決

1.主文略以：上訴駁回。

2.理由略以：

(1)X於五十七年七月一日與Y之被繼承人Z簽訂不動產買賣契約書，買受其所有A、B二地。嗣兩造就所訂立之契約書於同月十一日另訂協議書，除重新約定雙方同意辦理永久租賃之公證外，並仍以所訂契約書為協議內容等情，有各該不動產買賣契約、協議書可稽。買賣標的物之一之A地係自B地分割出來，亦有土地登記簿謄本可按。

(2)查A地係農地，兩造於五十七年七月一日所訂立之契約雖未訂明其承受人須具備自耕能力，惟於同月十一日訂立之協議書，雙方已約明，預期於系爭土地變更為非農地可辦理所有權移轉登記時，始為移轉所有權登記，核屬於不能之情形除去後為給付之約定，依民法第二四六條第一項但書之規定，系爭土地之買賣應屬有效。且與系爭土地併同請求之B地則經第二審、第三審判決X勝訴確定等情，為Y所不爭，並有另案原審及最高法院民事判決可按。兩造於五十七年七月一日簽訂之不動產買賣契約，因無預期不能情形除去後始為給付之約定，固屬無效，惟依兩造於同月十一日就前開買賣契約所訂立之協議書，既另有價金及預期於買賣標的物之農地變更為非農地，可辦理所有權移轉登記與X時再為移轉之約定，自應認已另成立一有效之買賣契約。Y抗辯X無自耕能力，系爭土地之買賣應屬無效云云，尚無可取。

(3)Y雖辯稱，系爭土地業經前案判決X敗訴確定，X就系爭土

地已無所有權移轉登記請求權，亦無所有權，其請求y交付徵收補償費，顯然無據云云。然查前案第一審雖因未能詳察致誤認買賣契約無效，並為駁回x請求之判決，但經二審、三審判決結果已確定買賣契約有效。而就系爭土地，x原亦一併請求，於一審遭敗訴判決後已提起上訴，惟因經政府機關徵收，致y給付不能，且當時尚不知補償費之確實金額，無法適時變更聲明而撤回此部分之上訴。然本院本次審理中向市公所查證後始知，系爭土地於六十三年五月一日已劃為道路用地，自該時起，無自耕能力者亦得承受系爭土地，此為新發現之證據，y上述辯稱，即屬無據。

(4)按民法第二二五條第二項規定，債務人因不可歸責之事由，致給付不能而免給付義務，對第三人有損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物。政府徵收土地與出賣人之補償地價，雖非侵權行為之賠償金，惟係出賣人於所負債務陷於給付不能發生之一種代替利益，此項補償地價給付請求權，買受人非不得類推適用民法第二二五條第二項規定請求出賣人讓與。系爭土地x本得依前開有效之買賣契約請求y移轉所有權登記，惟因經政府機關徵收，致y前開義務陷於給付不能，從而x請求y交付該補償費，於法自屬有據。

(5)查y因系爭土地遭徵收所得領取之補償費為三百四十萬元，但扣除應繳之土地增值稅，y實領金額合計為三百萬元，有台北縣政府八十四年四月二十一日八四北府地四字第一三六七九六號函附卷可稽。次依協議書約定，兩造就土地增值稅各負擔二分之一，x已預扣y應負擔之增值稅款二十萬元，則x所得請求y交付之補償費，即係前開y所領取之三百萬

元。再x就包括系爭土地之買賣價金，依前開買賣契約之記載，顯示均已付清，且經另案判決所確認之事實，y既未提出前未經斟酌之新證據，自不得再為相反之主張，其抗辯x尚有五十萬元之價款未付，並據以主張與前開應付金額相抵銷，亦無可取。且x提起本件訴訟，係行使代償請求權請求y給付，論其性質，係新發生之債權，其消滅時效期間應重新起算十五年。查y於七十九年三月十六日領取補償費，其請求權消滅時效期間應自七十九年三月十六日起算，而非自六十三年五月一日系爭土地經編列為道路用地時起算，x於八十四年四月十一日提起本件給付補償費之訴，溯至七十九年三月十六日，尚未罹於時效，y以時效消滅相抗辯拒絕給付，亦無可取。

五、第三審

(一)y於八十七年一月九日提出上訴狀，聲明上訴。

(二)y於同月十九日提出上訴理由狀，其內容略以：

1.聲明：原判決廢棄，發回原審法院。

2.理由：

(1)前案確定判決已認定系爭土地已實施都市計畫，編定為洪水平原一級管制區，土地所有權之移轉，可不受土地法第三十條規定限制，可見本件原審判決引用市公所函並非新發現之證據。況系爭土地在六十三年五月一日「發布」為道路用地，當為眾所周知，自不得於本件訴訟中之八十六年間視為新發現之證據。

(2)系爭土地業經前案判決x之所有權移轉登記請求權不存在確定，x不得以買賣契約請求系爭土地之所有權移轉，故原判決認定x本得依該有效之買賣契約請求y將所有權移轉登記

予伊云云，顯非事實。又X既無系爭土地之所有權移轉登記請求權，亦無所有權，自無請求Y交付徵收補償費餘地。

(3)代償請求權之時效起算點，應就原來債權定之，且仍為損害賠償性質，消滅時效為二年，原判決認定係新發生債權，消滅時效應重新起算，且認時效十五年，顯有判決不備理由及不適用法規之違法。

(4)Y於八十四年九月七日準備程序中，僅承認領取補償費，並未承認領取全部價金，乃原判決竟故意曲解，認為Y已承認領取價金，即有認定事實未憑證據之違法。

(5)原發回判決已指示應查明Y所辯稱訂約前之付款係另筆債務之詳情，乃原判決仍未交待，其判決即有不備理由之違法。

(二)X於八十七年二月二日提出答辯狀，其內容略以：

1.聲明：上訴駁回。

2.理由：

(1)原判決謂市公所函係新發現之證據，係指因上開市公所函始知系爭土地劃為道路用地之事實，並非謂六十三年五月一日發布事項之內容，自屬新證據。退步言之，縱非新證據，於本件訴訟結果亦無影響。

(2)另案就系爭土地之請求，係因訴訟中政府公告徵收致Y給付不能，X始於二審中撤回上訴，並非無理由而遭駁回確定。況Y亦承認有出售系爭土地，有領錢云云。又與系爭土地相關之B地，業經判決買賣契約有效確定在案。

(3)代償請求權係新發生之債權，並非原債權之繼續，其消滅時效應重新起算，乃學者通說。

(4)X並非基於侵權行為法律關係為本件請求，無民法第一九七條規定適用，更無類推適用之餘地。

(5)其餘與二審理由狀之記載同。

(四)第三審判決（八十八年二月五日）

1.主文：上訴駁回。

2.理由：

(1)（如更一審判決書。）

(2)訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，依民事訴訟法第四百條第一項規定，除法律別有規定外，當事人固不得就該法律關係更行起訴。惟此係指確定終局判決所裁判之訴訟標的與重行起訴之訴訟標的相同者而言，若更行起訴之訴訟標的與確定判決所裁判之訴訟標的，僅有因果關係，則二者並非相同，即無該條項之適用。本件兩造在另案據以請求之系爭土地買賣關係，雖經原審及本院另案確定判決，認定為有效成立，但本件X係本於系爭土地經政府徵收後類推適用民法第二二五條第二項規定請求Y交付土地補償費而起訴，兩訴訟標的即非相同，原審判命Y給付，並不違背法令。上訴論旨，執以爭論原判決違法不當，並就原審取捨證據、認定事實之職權行使指摘原判決不當，聲明廢棄，難認有理由。

參、爭點整理之問題點

一、借重二原因事實結合之訴訟標的特定

本件原告X於起訴時已明確表示所請求之金額，就此項爭執之範圍即X請求之上限額，兩造已有共識，故其訴之聲明已經特定，並無再加整理之必要性。不過，首先成為問題的是，X（其訴訟代理人之律

師)於起訴時是否已盡其依處分權主義所負特定訴訟標的之責任(第二四四條第一項第二款)?如其訴訟標的可認為亦經特定,x是否已在訴訟程序之儘早階段陳明其請求(訴之聲明及訴訟標的)所依據之必要事實、證據,藉以盡其陳述義務或協力迅速進行訴訟之義務即一般性訴訟促進義務(參照「程序選擇權論」六六頁內註一七之說明),而促使審理集中化?又,就此等x所應為特定訴訟標的及陳述必要事實、證據之行為,受訴法院是否已自受理訴訟之時起或於程序之前階段,善為闡明行爭點整理以致力促成集中審理,防止發生突襲?

本來,關於訴訟標的已否表明、特定,在原告表明以金錢債權請求為訴訟標的之事件,尚須借用其所主張之原因事實而為判斷。因為,在同一當事人兩造間可能分別成立二個以上之債權契約,其中何者所生請求權係被據以起訴,如不借用其所由生之原因事實之表明加以特定,而僅抽象表明該請求權(如:代償請求權),將無從識別該訴訟標的係有所不同於他訴所據為訴訟標的之請求權(如:另一代償請求權)。其結果,被告將難認明其應施加攻擊防禦之目標,而受訴法院亦將無從把握其所受理之本案審判對象,以致無從發揮訴訟標的之特定所具防止突襲等機能(參照本書第一編I貳、一之說明)。以本件為例而言,在x與y(其被繼承人z)之間可能成立多數的買賣契約或可成為據以發生代償請求權之其他原因契約,而每一個契約訂立後有無陷於給付不能致生代償請求權(該當於發生此請求權之要件事實之有無),或此請求權之時效起算點等有關該請求權存否之事實,往往可能不一樣,以致其本案審理的方向也隨著可能有所不同,所以僅抽象地表示依代償請求權起訴請求審判,尚不足認已特定訴訟標的。在本件代償請求事件,x於起訴時即應表明,其所主張有關y依何項約定應自何時移轉A地所有權等原因事實,如x未予以表明或其表明有不充足、不明瞭之處,法院也應行使闡明權令x表明清楚使為補正。否則,不但法院

無從擬定審理的方向,被告也不知該如何針對何項審判對象為攻擊防禦。此乃依第二四四條第一項第二款之規定,原告於起訴時為特定訴訟標的所應表明者。於如此特定訴訟標的以後,兩造就針對該代償請求權之存否提出事實及證據,如果其後所提出的事實涉及其他非關本件x求為審判之代償請求權者,則為是否准許為訴之變更、追加的問題。新法第二四四條第一項第二款雖增訂:訴狀應同時表明「其原因事實」,依本人所見,縱使不如此增訂,亦應為同方向之解釋(參照本書第一編I貳、一、(二)之說明)。

綜觀本件涉訟過程所呈現之事實而言,本件原告x與被告y間可能涉及系爭A地及代償請求權是否發生之契約事實即原因事實有二:其一是,x於五十七年七月一日向y之被繼承人z買受A地時雙方所訂買賣契約(下稱「初約」);其二是,x與z於同月十一日就該買賣契約所另訂立之協議書(下稱「協議」)。因為此二原因事實,既可能由原告予以分別據為使其所主張代償請求權特定成為訴訟標的之基礎,而構成不同之二個訴訟標的;亦可能由原告予以結合而據為使其所主張代償請求權特定成為一個訴訟標的之基礎,所以為澄明本件受訴法院已否先就訴訟標的之特定,行必要之爭點整理,宜先探討:該二原因事實究竟如何關涉本件訴訟標的之特定?如何由x據以為訴訟標的之特定?如何被受訴法院用以整理有關本件訴訟標的為何之基礎(如:是否經由闡明予以用為判定訴訟標的已否特定、有無訴之變更或追加)?到底用以特定本件訴訟標的(即x起訴時所表明主張之代償請求權)之原因事實究為初約或為協議、或為此二者所結合者?關於此等問題之探討,因鑑於其將亦有助於評論受訴法院應該如何及已否妥為進行法律上、事實上或證據上爭點整理,且著眼於x自起訴時起至第一審言詞辯論終結時止,既未主張協議之事實,亦未提出協議書作為證據方法,所以擬從下列數面向切入為觀察:

- 1.在 x 認為初約係仍屬有效，且自信能為此方面舉證之情形（情況一），其於起訴時，僅表明以初約為特定訴訟標的即代償請求權之原因事實一事，猶如 x 在本件第一審程序上所為者般，似尚無可厚非。可是，在本件，遲至其第二審程序，x 始又提出協議書作為證據方法，卻未就此為相關之事實主張，難謂其是否有藉此特定訴訟標的之表意及事實上陳述已夠明瞭，尚不符應先特定訴標的並應於聲明證據時表明應證事實之要求（從防止突襲之法理而言，新法第二四四條第一項第二款及第二八五條第一項之規定，亦為舊法時代所應然之要求）。從此而言，該第二審法院未就有關協議之證據提出及事實主張究竟如何涉及訴訟標的之特定為闡明，實忽略此方面爭點整理之必要性。而且，此情事之發生係亦肇因於代理 x 提起訴訟之律師未能充分認知，起訴時借重上開原因事實妥為特定訴訟標的之重要性；終致未為自律性爭點整理而造成上位爭點模糊化之結果。因為，倘非由於該項認知之不足，x 將不致在第一審程序上始終未主張協議之事實，而未據此特定其所主張之代償請求權，且於第二審程序雖提出協議書，卻仍然未表明其如何有關於將該請求權特定為訴訟標的，或使此項權利主張成為有理由之論據。
- 2.在 x 認為協議係成立有效，而獨立於初約，並非其一部之情形（情況二），x 於起訴時，固然僅表明以協議之事實為特定訴訟標的即代償請求權之原因事實即可；至於有關初約之事實，則於攻擊防禦上認為有必要時始應儘早予以提出，而非為特定訴訟標的之所需。可是，在本件，x 及第二審法院似均未意識及此，因 x 遲至第二審始提出協議書，卻未敘明其係獨立於初約而有效成立者；就此項協議與 x 所主張代償請求權之關連性，該法院亦未為闡明以行爭點整理或於判決中為處理，終至更一審法院為判決時，始斟酌協議所含買賣契約內容係屬有效一事，而將其作為判決之基礎。此事雖非必不可據

以斷言，更一審法院在其審理過程確已為上開意義之闡明，而無突襲之情事，惟該法院有必要以情況二之存在可能性為前提，行上開意義之爭點整理一事，則屬無容置疑。

- 3.在 x 就初約或協議之何者為成立有效，在舉證上或法律適用上並無確信，且難預知法院將如何認事用法之情形（情況三），為利用一個訴訟程序徹底解決同一紛爭（即 x 對 y 就 y 所領取 A 地徵收補償費可否請求如本件訴之聲明、此項請求有無理由之紛爭），以回應紛爭解決一次性之要求並平衡追求程序利益，x 宜於起訴時，就同一訴之聲明，表明以基因於初約之代償請求權及基因於協議之代償請求權為訴訟標的，而就此二者為客觀的預備合併或選擇合併〔關於此類合併態樣之容許性、其法理根據及向來論者所持見解有何欠妥之處，請參照邱聯恭在民訴法研究會第二十九次及第四十九次研討會之闡述，「民訴研討(三)」二九三至三一頁及「民訴研討(四)」六七至七四頁〕。在本件，倘 x 自始能為如此之研判，而於起訴時依處分權主義所衍生之程序處分權為上開合併請求，則受其拘束之本件受訴法院（基於原告訴之聲明之拘束性），將自程序之前階段起即有可循以徹底解決紛爭之較明確方向，而不致於遲至更一審時始有機會為如上開就情況二所述之處理，而造成促進訴訟的突襲。從此可知，在採用處分權主義及辯論主義之現行訴訟架構下，關於訴訟上請求之表明、特定，責由當事人於起訴階段，以貫徹紛爭解決一次性之要求為指標，行自律性爭點整理而妥為提起上述意義之合併請求一事，對於追求程序利益及謀求訴訟經濟（擴大訴訟制度解決紛爭之功能），實具有重大之作用。為此，如何致力充實律師有關爭點整理之知能、素養，健全其相關教育制度，應屬今後之重要課題。
- 4.在 x 認為或預測受訴法院將可能認為，協議係更改或補充初約內容，而協議與初約已相結合而互有延續性之情形（情況四），x 宜於起訴

時，就本件訴之聲明，一併表明初約及協議之事實，而予以結合為特定同一、單一訴訟標的即代償請求權之原因事實。此種處理方式，如從本件訴訟之各審受訴法院審理過程而言，毋寧是 x 於起訴時即宜採用；且由於其未如此辦理，所以第一次受理 x 提出協議書之第二審法院亦應循該方式為闡明，而進行有關特定訴訟標的之爭點整理，以補救 x 起訴行為之知能上不足。

亦即，綜合本件涉訟過程所處理之相關對象事實及所提證據以觀，本件 x 起訴時照理應將訴訟標的特定為：「x 依其與 z 即 y 之被繼承人於五十七年七月一日所訂立之 A 地買賣契約書及同月十一日所訂以該項買賣為內容之協議書，原對 y 有 A 地所有權移轉登記請求權，嗣因 A 地被徵收，致 y 陷於給付不能，所以就 y 因 A 地被徵收所領取之補償費，x 對 y 有該補償費給付請求權」。此項與初約及協議等二原因事實結合而特定之訴訟標的即該請求權是否正當，即成為兩造間訟爭之對象事項，受訴法院應集中於此對象範圍，進行事實上及法律上審理。至於如何就該等事實為法律評價、就該請求權在實體法上應如何定性，以及宜否類推適用民法第二二五條第二項之規定而予以定性為代償請求權等事，則為法官如何解釋、適用法律之問題。縱使 x 適用法律有錯誤或有所不同於受訴法院，但 x 既已表明原因事實如上，法官即應予以審判。因為，法律之適用乃受訴法官之職責，應依「法官知法」之原則為處理。基此認知，縱使原告就其陳明之上開原因事實所示 a 法律見解及權利定性未被受訴法院所採，不論受訴法院就同一原因事實另採不同之 b 法律評價（法律見解）及權利定性而判決 x 勝訴，或以 x 無何可得主張之權利為理由而判決（下稱「前判決」）駁回 x 之訴，均不生其審判偏離訴訟標的之問題，而無訴外裁判之可言。至於法院於言詞辯論終結前，應如何表明法律見解，使當事人就相關法律上問題為完全之辯

論（第一九九條第一項）以保障辯論權；又，應如何曉諭原告敘明或補充可得主張之其他法律關係（新法第一九九條之一第一項），以分別防止發生法律適用的突襲，均屬另一問題（參照本書第一編 I 肆、二之說明）。因此，x 在其訴被受訴法院以上開理由判決（前判決）駁回而終告確定以後，應不得復就上開同一原因事實，另予以法律評價為可主張 c 法律見解及權利定性，而再構成他一訴訟標的起訴；倘其如此起訴，即屬抵觸前判決之既判力（併請參照本書第二編 VIII 貳、三之事例解析）。

不過，縱使 x 未就訴訟標的詳為特定如上述，倘於起訴時已表明以代償請求權為訴訟標的，並略述其係因於 x 與 y 之被繼承人 z 在五十七年七月間就 A 地所訂買賣契約，而 y 就 A 地被徵收曾領取如訴之聲明所示金額之補償費云云（情況五），則亦難謂其表明無從特定訴訟標的。至於 x 在起訴後之第一審或第二審程序上如何陳明協議之事實及其與該請求權發生之關係，乃屬有關補充原因事實上陳述或法律上陳述之問題（參照舊法第二五六條第一款、新法第二五六條之規定）。本件 x 之起訴，是否亦可能被歸類於情況五，而往情況四或情況二之方向為爭點整理，併值推敲。

不僅如此，在 x 採上開情況四或情況五之方式起訴，經受訴法院行爭點整理後或為調查證據之結果，法院或 x 認為本件紛爭應屬上開情況一或情況二時，法院於賦予上開辯論機會後，尚可改循如上就情況一或情況二所述之方向為審判。因為，在採情況四之方式起訴時，其據以特定訴訟標的之原因事實，係涵蓋情況一及情況二所依據之原因事實，後二者之原因事實均已成為就情況四為審理時之基礎事實，而同在當事人攻擊防禦之對象範圍內，所以縱使從情況四之審理移向於為情況一或情況二之審理，並不致有礙於被告之防禦或訴訟之終結，不論依舊法或新法之規定（舊法第二五五條第一

項、新法第二五五條第一項第二款或第七款），均屬可許，且為貫徹紛爭解決一次性之要求（訴訟經濟、司法資源合理分配之要求）及防止發生促進訴訟的突襲所應然。

5.並且，為貫徹上開基本要求，縱使在上開情況一或情況二之審理過程，亦有應容許將其審理移向於為情況四之審理者（依案情及審理狀況之必要應容許為訴之變更或追加之情形）。亦即，就情況一而言，倘在其有關初約是否有效之爭點整理、證據調查或辯論等過程，當事人之攻擊防禦或法院之審理活動已涉及，有關協議對初約之應有影響或此二者之內容上關連性，以致不得不將當事人間有關該二者之意思表示如何解釋一事列為爭點時，則因情況一所據以特定訴訟標的之原因事實同時亦成為其訴訟上請求之基礎事實，且已被包含於用以就情況四特定訴訟標的之原因事實及成為其請求之基礎事實等之範圍內，所以容許為上開審理之移向，始較不然之情形更符訴訟經濟之要求，此亦即新法立足於訴訟法上觀點增訂第二五五條第一項第二款規定之理由。又，就情況二而言，倘在其有關協議是否獨立於初約而有效成立之審理過程，亦如上述者般，審理狀況進展至不得不將當事人間有關協議及初約之意思表示如何解釋一事凸顯為爭點時，則亦應容許將有關情況二之審理移向於進行情況四之審理，始能兼顧上開訴訟法上觀點。可是，在本件，由於 x 起訴時未併陳明協議之事實，且未提出該協議書作為證據方法，以致該事實未自始被據為特定訴訟標的之原因事實，而第一審受訴法院亦不知使 x 就此為補正，未充分踐行有關訴訟標的為何及已否特定之爭點整理。肇因於此，在第一審程序，遂未能併將 x 基於協議是否有效取得 A 地所有權移轉登記請求權及是否因其給付不能（A 地被徵收）使 x 對 y 取得補償費給付請求權一事，列入本案審判之對象範圍內，以致造成突襲性判決，而從起訴時起延遲逾二年半以上即拖後至更一審

時，始就該事項進行實質審理。此項突襲（含：促進訴訟的突襲、法律適用的突襲）之發生，實亦導因於受任律師所具蒐集、整理事證之知能有所不足，以及受訴法官不熟諳有關特定訴訟標的之爭點整理方法，而未能活用其所必要之當事人本人聽取，以儘早使協議之事實得能呈現並掌握案情全貌〔第二〇三條第一款，併請參照邱聯恭「當事人本人供述之功能」「民訴研討(三)」六三一頁以下〕。抑且，此類爭點整理方法論上認知不足，縱使於本件更一審以前之第二審程序上亦復存在過。因為，於該程序上，x 已提出上開協議書，第二審法院卻未能就協議內容所示原因事實與 x 所主張為訴訟標的之法律關係（補償費給付請求權），加以對比，以闡明該二者間有無結合必要性或原因事實上延續性，而未就此與當事人（成為訴訟代理人之律師）進行必要之言詞討論（參照本書第一編 I 肆、一之說明）。

事實上，姑不論協議是否係獨立且分離於初約而成為另一新買賣契約，x 既為原告，就是否起訴及如何劃定本案審判之對象範圍，本來即享有主導、決定之權能，為尊重此項權能以貫徹採用處分權主義之旨趣〔請參照「司法現代化」一三四頁、「民訴研討(四)」一七八至一八〇頁〕，受訴法院本應踐行上述之爭點整理，使 x 獲得機會用以併將該協議內容所示原因事實列為特定訴訟標的之基礎，以防止發生突襲性裁判。何況，在本件所涉上開協議係為補充、變更初約之部分內容而作成之情形，能否謂該項協議係完全分離於初約而重新創設獨立之 A 地所有權移轉登記請求權，以致可因其給付不能衍生另一補償費給付請求權並據此構成另一不同之訴訟標的，殊非令人無疑。因此，於此情形下，踐行闡明、爭點整理程序，使 x 有機會併表明該協議內容所示原因事實以特定訴訟標的，仍屬要事。至於自新法施行以後，如有受訴法院認為，當事人於初約訂立後另再作成之協議，係另創設獨立之新權利時，因其應如何處理尚涉及如何

適用新法所定就「請求之基礎事實同一者」原告得變更或追加該新權利為訴訟標的之問題（第二五五條第一項第二款），所以受訴法院仍不得避不照上述方向行爭點整理，亦即為此應顧慮如上所述借重該二原因事實結合以特定訴訟標的之必要性。

二、法律上與事實上爭點之牽扯難分

如上所述，為徹底解決本件當事人間紛爭，x所應特定之訴訟標的既係與初約及協議所示原因事實相結合之徵收補償費給付請求權，則有關其本案請求有無理由之審理，自應由受訴法院運用訴訟指揮權，集中於具該內容之訴訟標的即該項請求權存否一事，在「法」與事實牽扯難分之前提下（請參照「司法現代化」一四三頁、二二三頁以下），踐行有關法律上、事實上及證據上爭點之整理程序。亦即，為裁判x訴之聲明有無理由及上開請求權存否，受訴法院係應先認定該當於導致該權利發生之要件事實（主要事實）是否存在，並在其認定所必要之範圍內，應先蒐集有助於其推定之間接事實（前提事實，參照第二八二條之規定），而調查、判斷其存否。可是，在本件審判過程，尤其在起訴時及第二審主張事實之階段，受訴法院並未踐行足以使該當於發生上開系爭請求權之要件事實明確化之爭點整理程序，且未就涉及初約及協議之紛爭歷史事實，促使當事人本人依照連續陳述故事之方式，陳明可資判斷之上開間接事實，以致在其事實審法院依然採行分割審理而一再開期日之過程，當事人前後零散且陸續提出自以為有關之資料，且在兩造間及其與受訴法院之間，就何者為本件真正之爭點，未能儘早形成共識，遑論於調查證據前，將該類爭點曉諭當事人，以促成集中調查證據、防止發生突襲性裁判。按：此項曉諭爭點之程序固然已為新法所明定（第二九六條之一第一項），惟縱使在未如此增訂明

文之情況下或舊法時代，為貫徹防止發生突襲性裁判之要求，亦應踐行該項程序。

基此認知，本件受訴法院原應儘早或於程序前階段踐行之爭點整理程序是：確認當事人已否主張上開意義之要件事實為主要事實、與其具關連性之間接事實為何、與該等主要事實或間接事實具關連性及調查必要性之證據為何（參照本書第一編I參之闡述）、x與y間所爭執之事實及不予爭執者各為何、就有爭執之事實促使為證據聲明、使當事人對他造所主張之事實及證據為陳述（參照新、舊法第一九五條第二項）；如兩造就事實無爭執時，其法律上爭點為何；是否應以此為本案審理之重心，而由受訴法院在踐行能防止發生法律適用的突襲之程序上，依職權解釋、適用法律即可（參照本書第一編I肆之闡述）？

準此而言，在本件，於本案審理之儘早階段，應由受訴法院與當事人先經由闡明、討論以釐清而形成共識之本案請求相關事項中，①兩造所不爭執者有如：初約經訂立而未約明A地承受人須具備自耕能力之事實、協議經作成而約明於A地變更為非農地可辦理所有權移轉登記時始為該項登記之事實、該項協議內容係延續並針對初約所作成而再約明價金支付方法之事實、A地係分割自B地而於分割前併成為初約所指買賣標的物之事實、y因A地於初約訂立後被徵收曾領取補償費三百萬元（已經扣除增值稅四十萬元）之事實等類主要事實，以及x於本件起訴以前，曾另案基於以分割前之A、B二地為買賣標的物之初約對y起訴請求土地所有權移轉登記，經第一審法院認定初約為無效，而判決x敗訴（下稱「前案A判決」）；嗣x提起上訴後，因A地被徵收，乃於第二審程序進行中，減縮（撤回）A地部分之不服聲明，僅就B地部分續行上訴審程序，終經其第二、三審法院認定初約為有效，而就B地部分判決x勝訴確定（下稱「前案B判決」）等事實。②兩造所爭執者為：在前案B判決存在之情形下，前案A判決所為初約

無效之認定，是否足以導致本件 x 喪失或不得行使 A 地所有權移轉登記請求權，並使 x 因此不得以 A 地被徵收致給付不能為由主張補償費給付請求權（第一爭點）？x 在前案之第二審程序中減縮（撤回）其就 A 地部分之不服聲明一事，是否成為使 x 喪失補償費給付請求權而不得據以提起本件訴訟之事由（第二爭點）？此項請求權是否應予以定性為可類推適用民法第二二五條第二項之代償請求權（第三爭點）？在協議內容所示原因事實亦構成訴訟標之之前提下，y 對 x 行使上開請求權所為時效抗辯是否可採（第四爭點）？在 y 同時提出時效與抵銷等二項抗辯時，應如何定其審理之先後順序（第五爭點）？

關於上述爭點之處理，應行使訴訟指揮權，依各該爭點之性質，分別採用其適宜之程序。就第一爭點而言，因其帶有濃厚之法律上爭點性，已無須再事查證，所以宜由受訴法院逕依職權適用相關之訴訟法理為處理，並宜適度表明法律見解使為辯論，以防止發生法律適用的突襲。就第二爭點而言，因其涉及權利失效的問題（請參照邱聯恭「遮斷效之態樣及法理根據」即在民訴法研究會第五十八次研討會之析述，載於「民訴研討(六)」三九四至三九五頁），而由於其屬不確定法律概念之一種，兼帶有事實認定性及法規範評價性（參照「民訴研討(六)」三二二頁），所以一方面應回顧前訴訟當時即前案 A 判決及 B 判決之程序上或相關程序外狀況而為價值判斷，並就此防止發生突襲（屬法律適用的突襲）；一方面應就有無該當於可認為權利失效之具體事實，依辯論主義（協同主義）及闡明權查明相關事實以資判斷（原則上當事人就該項具體事實之提出負自己責任，但有第二七八條規定之適用，參照「程序選擇權論」一〇一至一三〇頁內註五四之說明），並就此防止認定事實的突襲。為此，本件受訴法院應向當事人闡明：x 於前訴當時不續就 A 地部分為權利主張是基於何種原因事由？x 是否有表示將來就此部分不再主張權利？或有無其他足以令 y 相信 x 就此部分不再主張權利之具體事實

及證據（參照本書第一編 I 參、三之說明；「民訴研討(三)」二四〇頁）？就此如有爭執，再依舉證責任分配原則，命當事人提出證據，繼續整理相關爭點（參照「程序選擇權論」一六四至一六五頁）。就第三爭點而言，因其亦為法律上爭點，而屬法院適法職權範圍內事項，所以 x 所表示類推適用民法第二二五條第二項而主張代償請求權之法律見解，對法院並不當然有拘束力，亦非必為特定訴訟標的所需，宜照上述有關第一爭點之處理方式，善為解釋、適用實體法，防止發生法律適用的突襲，然後下判決。就第四爭點而言，因其涉及協議內容所含當事人意思表示之解釋，而有關於如何計算消滅時效期間之問題，所以宜留意：當事人意思表示之解釋，係亦有關如何就其表示內容為法律上定性之問題，而涉及「法」與事實之牽扯關係，往往難就事實問題（如：就成為契約內容之意思表示為何下認定時，如何蒐集或已否斟酌相關之一切重要事實等類問題）與法律問題（如：判斷當事人所訂契約內容係該當於何種典型契約等類問題）予以截然劃分，為此應致力防止認定事實的突襲及法律適用的突襲，此即有必要同時進行法律上與事實上爭點整理，並正視二者相牽扯之現實。就第五爭點而言，在本件兩造就時效抗辯及抵銷抗辯均有爭執之情形，法官原則上應先審理時效抗辯，以免使 x 喪失主動債權等利益，而符公正程序請求權之法理（併請參照邱聯恭在民訴法研究會第二十九次研討會之析述，「民訴研討(三)」三一九頁以下）。

宜特別指明的是，由於上開有關本件請求之爭點，有遲至第二審程序始被形成者，以致審理更形散漫化，違反集中審理主義之精神。鑑此，關於本件訴訟之審理，更重要的是，應自第一審程序起，於程序之儘早階段，踐行爭點整理以釐清爭點，並酌用爭點簡化協議程序，以促使當事人就上開不爭執或不具事實推定上關連性、證據調查必要性之事項，成立爭點簡化之合意（參照本書第一編 II 之闡論）。

綜上評析，本件訴訟之審理，不但自第二審程序突再出現爭點擴

大、審理散漫化之情事，且從起訴時起至判決確定，費時將近四年，其間並經第三審法院發回更審。其所以致此，亦肇因於受理本件訴訟之法官及律師，未能於程序之儘早階段掌握案情全貌，並充分整理相關爭點。

【本文係司法院司法業務研究會有關如何促進審理集中化課題之講座評析，經錄音整理後，補加闡釋而成；曾刊載萬國法律第一〇九期（二〇〇〇年），並再經調整、補充內容後，收錄於本書。該研究會係由各審級現職法官參加組成，以台北地院八十四年訴字第一二五二號、台灣高等法院八十四年上字第一一四九號、最高法院八十五年台上字第〇二三一三號、台灣高等法院八十五年上更(一)字第三八八號及最高法院八十八年台上字第〇〇二六七號請求交付補償費事件之各審法院審理案卷為素材，就其審理過程未能集中審理之相關部分，進行學理上研析。】

VIII 債權主張未併表明原因事實 之起訴應如何整理爭點？

壹、事實概要	397
貳、爭點整理之問題點	397
一、闡明訴訟標的之特定所需原因事實	397
二、闡明訴訟上請求之依據並整理事實上、證據上爭點	398
三、切合紛爭實情之爭點整理	403

壹、事實概要

原告 X 列 Y 為被告，於九十年五月一日起訴，訴狀上聲明求為判決：「Y 應給付 X 一百萬元。」陳述之事實及理由略為：「Y 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 X，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。」

貳、爭點整理之問題點

一、闡明訴訟標的之特定所需原因事實

通常，起訴係以金錢債權作為請求審判之對象時，應併表明其原因事實至可資以識別本件訴訟標的之程度，始符法定之必備程式〔依新法第二四四條第一項第二款；併參照本書第一編 I 貳、一(二)之說明〕。本件 X 起訴時之訴狀上記載係主張借款債權作為審判對象，卻未併表明其原因事實，所以為特定本件訴訟之訴訟標的，審判長應行使闡明權，要求 X 補正陳明可特定訴訟標的之原因事實（第二四九條第一項但書）。例如，使 X 陳述其據以起訴之借款債權，係本於 X 與 Y 間何日訂立契約之事實。為此，可依第二五〇條定期日以便言詞，或以書面（第二六八條）指明上開要求，並定相當期間命 X 為補充陳述。如果 X 逾期不為補正，法院應以裁定駁回起訴（第二四九條第一項第六款），而不宜再定期日為本案審理，以致違反訴訟促進之要求。否則，如法院在訴訟

標的尚未特定以前，即貿然進行本案審理（含：使為捨棄或認諾），將有引發攻擊防禦之目標及審判範圍均不明確，且日後難界定既判力客觀範圍之虞。假使 x 回應上開闡明已補述其係就何日與 y 所訂消費借貸契約之事實起訴，至可識別本件訴訟標的為何之程度（可與他一訴訟上被作為訴訟標的主張之借款債權相識別之程度），則法院應以 x 所特定之借款債權為訴訟標的即本案審判對象，進行如下「二」所述之本案審理。此時，原因事實之陳明可發揮之機能是：特定訴訟標的，以使法院之本案審理活動及兩造之攻擊防禦行為不致偏離上位爭點，藉以進一步整理事實上、證據上及法律上爭點，而避免審理散漫化，防止發生突襲性裁判，貫徹處分權主義之旨趣。

不過，在上開闡明後，假使 x 所補陳者係涵蓋借款債權以外之其他法律關係（其他債權）所由生之原因事實，而非僅關涉其訴狀上所提借款債權時，則法院應轉向於針對 x 所補陳之此項其他原因事實，闡明其與 x 訴狀上所述「欠款」之關係，探求 x 起訴之真意，而掌握兩造間紛爭之實情，然後扣合、對應於此實情，依如下「三」所述步驟，促使 x 表明其真正有意提示之訴訟標的即本案審判對象。

二、闡明訴訟上請求之依據並整理事實上、證據上爭點

1. x 既然主張借款債權而請求法院予以審判，卻未依新法第二四四條第三項、第二六五條第一項及第二六六條第一項第一款記明其請求（指訴訟上請求，含訴之聲明及訴訟標的）所依據之事實〔如：其請求所由導致之原因事實，且含主要事實及相關之間接事實。參照「程序選擇權論」一〇六頁〕，係未盡其陳述義務及訴訟促進義務（協力迅速進行訴訟之義務）。因此，本件受訴法院應於受理起訴狀後之程序前階段，儘早向 x 闡明：何以其認為有借款債權可主張？以促其主張有何與 y 訂立消費

借貸契約之事實即交付借款之事實（c₁ 事實）及約定返還該款之事實（c₂ 事實）。在 x 主張 c₁ 事實（即其曾於某年某月某日將借款交付 y 之事實）以後，法院應儘早使 y 對該事實主張為認否之陳述，以促其盡陳述義務（第一九五條第二項及第二六六條第二項第一款）。此時，如 y 否認 c₁ 事實，則 c₁ 事實存否即成為爭點（事實上爭點）而為待證事實（下稱爭點一）。其次，須再向 x 闡明：於 x 將上述款項交付 y 當時，有無 c₂ 事實（約定 y 將來須將該款項償還予 x 之事實）？如果 x 不主張 c₂ 事實，或 x 陳明其與 y 未曾有約定返還該款項之事實時，法院即可辯論終結，而無須再就 c₁ 事實存否為審理。抑且，於此情形，法院亦可與當事人（x）進行法律上討論（有關要件事實該當性之討論，併請參照本書第一編 I 肆、一之說明；「程序選擇權論」一四八至一四九頁），使 x 認明就其借款債權之訴訟上主張，在未能同時主張、證明 c₂ 事實之情況下將招致程序上不利（如就 c₁ 事實為證據調查時所將造成之勞費付出），且無從獲得實體利益（因 c₁ 及 c₂ 事實均被認定為存在時所可能被容認借款債權存在之利益）；藉此賦予 x 有依所述事實補充敘明或主張他項法律關係之機會（例如，使 x 有機會續行陳明其起訴狀上所述「欠款」原屬價金債權或基於合夥關係之利益分配請求權等，而非借款債權。關於此，請參照第一九九條第一項及第一九九條之一第一項），或不再提出其他不相關事證以免勞費付出之機會（例如，使其有機會表示不主張難能證明之 c₁ 或 c₂ 事實，或不再為其證明提出不具關連性之證據，藉此簡化爭點，以免蒙受程序上不利）。蓋 x 既係主張借款償還請求權，如其竟未陳述、主張該當於成立消費借貸契約而發生借款償還請求權之要件事實，即未盡其依辯論主義所衍生之主張責任及證據提出責任（行為責任）。況且，縱使 c₁ 事實經付出勞費（程序上不利）調查證據而證明為存在，由於未能併主張、證明 c₂ 事實存在之故，亦無從認為 x 所主張之借款債權發生存在（獲得實體利益），而不能判定其訴訟上請求（訴之聲明及訴訟標

的)為有理由。如果 x 除 c_1 事實外,亦已主張 c_2 事實,則應問明 y 是否予以承認,使其盡陳述義務。如果 y 否認 c_2 事實,則 c_2 事實成為另一個事實上爭點而為待證事實(以下稱爭點二)。

2.接著,須續行整理證據上爭點,亦即,應依第二六六條第一項第二款及第二七七條,審查就爭點一之待證事實,應負舉證責任(證據提出責任)之 x 有無提出何項證據?就爭點二之待證事實, x 有無提出何項證據?就此,如果 x 未提出證據,法官須加以闡明,使其有補提之機會。於法官闡明之後,如 x 就爭點一或爭點二仍有未提出證據之情事,則法官無須再調查與該項待證事實(於此係指 c_1 或 c_2 等要件事實即主要事實)之推認無關之其他證據,即可辯論終結。蓋假設 x 主張:其曾經簽發面額一百萬元之支票,作為交付金錢之手段,而 y 有領取該支票票款或受交付同額現款之事實,為此聲請法院調查此事實云云,此事牽涉一個問題,即 y 縱然有兌領該支票票款或受交付同額金錢之事實,依一般經驗法則,授受支票或一定金錢之事實(d_1 事實),對於上開系爭之要件事實,僅係間接事實之一而已,並非即可據以推認授受者(當事人 x、y)間必然存有交付系爭借款之要件事實即 c_1 事實(主要事實、推定事實),因此尚不能據以判定已可適用足認當事人間有消費借貸關係發生存在之實體法。因為,即使證明 d_1 事實存在,如無其他間接事實可資與之綜合,尚無從據以推認消費借貸契約成立之要件事實為存在,自亦不能適用相關實體法而判定借款債權發生(關於此類推認過程及經驗法則之適用,請併參照「程序制度機能論」二四頁以下、二九頁以下),故如果 x 僅主張 d_1 事實,縱然其為此事實之證明已經提出許多證據,法官也不必即加調查。此時,法官應再闡明,以促使當事人提出其他該當於發生消費借貸關係之事實或成為其前提事實之其他間接事實及相關證據,至依經驗法則可認為如該其他間接事實存在時應能據以與 d_1 事實相綜合而推認 c_1 事實存在之程度,然後才就待證

事實即 c_1 事實及其推認所必要之諸間接事實(含 d_1 事實),進行集中調查證據。經如此踐行闡明程序以後,如當事人未再提出其他相關之間接事實及證據,爭點整理工作才可認為完成。倘法官未經此闡明程序,逕予辯論終結而為本案判決,即難謂已賦予當事人(x)有適時提出之機會,其依第一九六條第一項所負適時提出之行為責任尚未具體化,該判決乃屬一種突襲性裁判,應非所許。

與此相類,本件 x 主張其持有以 y 名義所簽發支票之事實(d_2 事實),對於 c_1 (交付借款)及 c_2 (約定返還借款)等二事實而言,充其量亦僅處於一項間接事實之地位,依經驗法則,僅據 d_2 事實應尚不足推認發生消費借貸關係(借款債權)之要件事實(c_1 或 c_2 事實)存在,所以法院亦應踐行如同上述之闡明程序,以使當事人(x)依同條項規定所負適時提出之行為責任具體化。此從訴訟理論而言,第一九六條第一項固然宣示「於言詞辯論終結前適當時期提出攻擊防禦方法」係當事人應遵循之一項行為規範,可是由於其所謂「適當時期」乃屬不確定概念,所以在實際運作訴訟審判程序之過程,究應如何促使該項行為規範明確化,已然成為必須面對處理之問題。關於此,先應認明的是:該行為規範在第一層次上係以當事人為規範對象,而要求其應適時提出攻擊防禦方法,以便迅速進程序,而不使訴訟延滯。就此點而言,可謂立法者係期待當事人居於其主體地位積極參與、進程序,而賦予其有於「適當時期」提出攻擊防禦方法之權能,藉以追求程序利益。其次,應再認明的是:從該規定之內容觀之,所謂「適當時期」並非恒屬具體、明確,毋寧是,何時始可謂為該當於「適當時期」之判斷,常應取決於訴訟進行程度及個案情節,乃尚待進一步予以具體化、明確化之概念。通常,非待「適當時期」經具體、明確化以後,每無從期待、要求當事人確知其所應遵守之「提出時期」為何,以致難謂上開行為規範已具體、明確,所以亦不可認為當事人已可能

且應該準以付諸行動（為攻擊防禦方法之提出）。為促成此種意義的具體化・明確化，從適時審判請求權及其他相關諸基本要求（如：平衡保護實體利益及程序利益之要求、程序選擇權法理之貫徹）應成為訴訟指揮權・闡明權行使之指標以論，訴訟指揮權・闡明權自應發揮相當之作用。亦即，法院（審判長）應視訴訟進行程度及個案情節，善為行使訴訟指揮權・闡明權，對當事人提示應為資料提出之時期，以促成上開「提出時期」及行為規範之具體化・明確化。在此意義上，訴訟指揮權・闡明權之行使已然成為迅速進程序以促進訴訟之指引，藉此可同時適度因應訴訟制度所具集團現象性（公益性），而節省司法資源、增大一般人使用法院之機會，並保障對造追求程序利益之機會。尚且，於上述「適當時期」及行為規範已具體化・明確化之程序階段，當事人一方面固然享有提出攻擊防禦方法之權能，一方面則在其不於該適當時期提出攻擊防禦方法之情形，應就其不為提出負自己責任，以致將蒙受因其不為適時提出所造成之結果（逾時提出之結果）。為避免此項結果，該當事人負有應於該適當時期為提出之行為責任。從此角度觀之，訴訟指揮權・闡明權之行使，實同時發揮協同促使當事人所負行為責任具體化・明確化之作用〔併請參照邱聯恭在民訴法研究會第六十三次研討會之析述，「民訴研討(四)」四一〇頁以下；「程序選擇權論」一六九頁以下〕。

想併此強調，綜上析述亦可察知，為整理事實上及證據上爭點，亦應善為運用經驗法則，因為，經驗法則之選擇、適用，常發揮作用於諸如：在判斷何一事實係推定主要事實所必要之間接事實時；在結合數個間接事實以推定某主要事實或其他間接事實時；在判斷證據資料之證明力時；在判斷證據方法與應證事實之關連性，並決定有無調查某證據之必要時〔參照第二八六條。關於此，併請參照邱聯恭在民訴法研究會第三十八次及第七十二次研討會之析述，「民訴研討(四)」一三八至一三

九頁及「民訴研討(四)」三九九至第四〇一頁〕。

3.其實，受訴法院倘能於收受起訴狀後，善用當事人本人聽取制度（第二〇三條第一款或第二六九條第一款）通知兩造當事人本人及所委任為訴訟代理人之律師到庭，而令 x 將事情原委敘明清楚，並記明筆錄，或使其製作「事實主張一覽表」，將其認為有關之上開要件事實及間接事實全部予以列明。然後，倘能就 x 所列明之事實主張，促使 y 予以逐一陳述而表示認否，並經由闡明將其事實主張及證據聲明予以固定化，則可釐清何項事實為兩造間無爭執者及有爭執者，而掌握事實上爭點為何。藉此法院在調查證據前，即易將爭點曉諭當事人（第二九六條之一第一項）。而且倘若當事人將來（在程序之後階段）再提出新事實主張或新證據聲明時，法院即可依第二六八條之二第一項規定，令其說明理由；如其未說明理由，或所述理由不充分時，法院將更易適用同條第二項、第一九六條第二項、第二七六條或第四四七條但書等有關失權制裁之規定為處理，藉以促使審理集中化，而促進訴訟。從此而言，上開闡明程序之踐行，亦係為使當事人所負適時提出事證之行為責任具體化，而在不伴生突襲之前提下，施加應有之失權制裁（併請參照「程序選擇權論」一七一頁）。

三、切合紛爭實情之爭點整理

1.法官倘採用上開法律上討論之方式，向 x 闡明其何以主張借款債權發生存在（請回顧「一、1」之說明），並促使主張其所依據之事實（使借款債權之主張在實體法上成為有依據之原因事實），則不論 x 在此闡明過程是否終能補充陳述 c₁ 及 c₂ 事實並提出相關證據，往往較諸未採用上開闡明方式之情形，更有助於掌握兩造間紛爭之實情，而證明兩造間真正之事實上爭點為何，據以將 x 在訴狀上所述 y 「欠款」之事

實套用於其所該當之實體法，為適切之法律上評價或定性，並循此方向續行本案審理。例如，與上開「一、1」所述者不同，假使 x 回應法官之闡明，補充陳明其訴狀上所述 y 「欠款」原係出於，x 因其與 y 在八十八年二月間訂立買賣契約所可得之貨款（或因合夥所可受分配之利益），所以 y 應如何償還該款（或利益），乃兩造間所爭執者云云，則法官既可釐清 x 之真意（基於源自處分權主義之程序處分行為）應係以當時所訂買賣契約（或合夥契約）之原因事實特定訴訟標的，亦能與兩造形成如下共識：兩造間真正之爭點係在於該貨款如何償還，而非「借款」應否償還，所以法院宜依有關買賣之法律就價金給付請求權存否為審判（或兩造間真正之爭點實為如何償付因合夥所生利益，而非「借款」應否償還，所以法院宜依有關合夥之法律就利益分配請求權存否為審判）。其結果，經由上開闡明，法院之爭點整理將轉向於促使 x 就該當於價金給付請求權（或利益分配請求權）發生之要件事實為主張並使其具體化；然後針對其所主張及具體化之內容，促使 y 為認否之陳述，藉此釐清其中兩造間有爭執之事實（爭點事實）與無爭執者，而在此方面形成法院與兩造間之共識，並進而使當事人就爭點事實為必要之證據聲明，是可比照上述「二」所述爭點整理之步驟為審理。

宜併加留意的是，在上開情形，原告 x 回應法院闡明而補陳原因事實，係為表明本件訴訟之訴訟標的，所以在如此表明以前，尚難謂其訴訟標的已經特定，其訴狀上所記載借款債權之主張，並不具有足以表明訴訟標的之意義，自尚不生民訴法第二五五條所謂訴訟標的被變更之問題。況且，在訴訟標的尚未特定時，被告 y 尚乏行使防禦權之本案對象目標，既得以起訴不合法為由拒絕行本案辯論，亦無防禦權因 x 為上開補正致被妨礙之可言。

2.不過，假使 x 回應法官之闡明，除補充陳述如上訂立買賣契約（或合夥契約）之事實以外，同時陳明：當時兩造經會面就買賣之貨款

（或合夥之分配利益）為結算，而將其結果轉賬為 y 之欠款，此即 x 起訴所本之原因事實，請求法院以此所特定者為本案之審判對象，而判決容認 x 對 y 可得主張之權利，至於其在實體法上究應如何予以定性或評價（究應予以評價為發生借款債權或價金債權或利益分配請求權），x 既不確知，亦無堅持，請法院盡職適用法律為審判即可云云，則法院之審理宜轉向於以此原因事實所特定者為訴訟標的即審判對象，進行本案審理，並在其過程表明法官就該事實所為法律評價（所持法律見解），使兩造有辯論之機會（第一九九條第一項）。於此，法院係應一邊整理法律上爭點（進行法律上討論），一邊續行本案審判，而不得以訴訟標的尚未經表明特定為由裁定予以駁回起訴〔關於集中審理之對象亦有屬於紛爭單位型之情形，請參照「審理集中化」二三頁以下。又，關於原告得基於其依處分權主義所享程序處分權、程序選擇權，選擇紛爭單位型訴訟標的，而非必限於以特定權利為訴訟標的始可，請參照「司法現代化」二〇七頁、二一五頁以下；本書第二編 V 參、一、(二)之說明〕。在此情形，兩造間紛爭之實情係 x 對 y 有無基於該原因事實請求給付一百萬元之法律上地位一事，所以應容許 x 針對此實情構成訴訟標的，並循以掌握真正之爭點，而不宜在 x 行使訴訟權提起訴訟時即斤斤於其有無自為實體法上評價或定性，更不應強求其據此項評價或定性提示某權利作為訴訟標的（按：在日本，向來之新、舊訴訟標的論者均未主張，提起給付訴訟之原告須表明實體法上權利，請參照本書第一編 I 內註九之說明），否則，此項強求將導致 x 難能起訴，終於等同被剝奪訴訟權及程序處分權之結果，何能謂已充分顧慮平衡保護程序利益、防止發生促進訴訟的突襲及紛爭解決一次性（擴大訴訟制度解決紛爭之功能）等訴訟法上基本要求？從此角度觀之，一方面認為應針對紛爭實態構成訴訟標的，另一方面卻僅立足於舊訴訟標的論探討如何整理、確定爭點之見解〔伊藤滋夫・事實認定の基礎（一九九六年）二一頁、二七頁；本書第一編 II 內

註二七之說明〕，似含有立論未能一貫而欠周延之缺憾，尚有商榷之餘地。從而，於上開情形，經本案審理之結果，法院如認為依 x 所提事實、證據及兩造辯論之內容，無從容認 x 基於上開原因事實對 y 有何可得主張之權利時，應將此項否定之法律評價（法律見解）向 x 表明，使其有主張權利或為法律上辯論以匡正法官適法違誤之機會，而進行法律上討論，以防止發生法律適用的突襲（併參照「程序選擇權論」一五〇至一五二頁）。何況，認為 x 必須且恒可按其所自行定性之權利個數分別起訴求為審判，而一概不得選擇以上開原因事實為單位特定訴訟標的云云之見解，從其未賦予 x 得如此特定訴訟標的以便利用一道訴訟程序徹底解決上開紛爭之機會而言，將導致發生促進訴訟的突襲，使 x 蒙受程序上不利益（伴隨於原告按自行定性之權利個數分別多次起訴時所生勞費負擔），並造成司法資源之浪費，應非的論。

循上而論，在容許 x 以上開原因事實特定訴訟標的之情形，倘法院之終局判決以 x 對 y 無何權利可主張為由駁回其訴而告確定，則係就 x 對 y 並無基於上開原因事實之任何權利（法律關係）可主張，以致不得訴求給付一百萬元一事為裁判，原則上應在此範圍內發生既判力（參照第四〇〇條第一項），所以 x 不得基於同一原因事實再燃紛爭而對 y 更行起訴〔併參照本書第二編Ⅱ參、一(二)〕。導致此項既判力發生之正當化根據在於：① x 循上開方式所為特定訴訟標的即本案審判對象之表明，係基於行使訴訟權之原告所享程序選擇權、程序處分權，亦具有預告既判力客觀範圍之意涵，所以責由 x 承負該範圍內所生實體權益喪失之結果，乃出於 x 自己之處分行為，可以且應該尋求其正當化之基礎於自己責任之原則（請參照邱聯恭在民訴法研究會第六十次研討會之闡述，「民訴研討(四)」一七九頁至一八〇頁）。②上開法律上討論程序（以法官所表明之法律見解為基礎而使為辯論之程序）之踐行，係就原告所提示之上開訴訟標的賦予辯論權即程序權之保障，此可使該項既

判力之發生具正當性〔併請參照「程序選擇權論」九頁以下；「程序制度機能論」九五頁以下；「司法現代化」一一六頁內註五十一之引註；邱聯恭在民訴法研究會第五十八次研討會所提書面意見，「民訴研討(六)」三九三頁〕。

要之，適切之爭點整理尚需借重法律上討論之闡明方式，始較能使當事人有機會針對紛爭實情提示訴訟標的，並適時提出必要之事證，以兼顧紛爭解決一次性之要求及防止發生突襲性裁判之要求，促成審理集中化（併請參照「程序選擇權論」一四四頁以下）。

【本件案例解析之若干論點，曾經筆者在主持司法院所辦南區「加強推動民事事件集中審理研討會」時（二〇〇一年五月二十二日於高雄地方法院大禮堂）作為口述講評之部分內容，繼又在民事訴訟法研究基金會所辦民訴法研究會第七十八次研討會（二〇〇一年六月十六日於新竹縣觀霧）作為共同研討之部分口述意見。該南區研討會係由各審級法官一百七十多名與會組成，並由台南地方法院蔡法官孟珊及台灣高等法院高雄分院陳法官真真先後提出精闢之案例研究報告、司法院彭法官昭芬作成詳盡之綜合整理，對於本文之撰成均有助益，特此誌謝。】

相關圖表

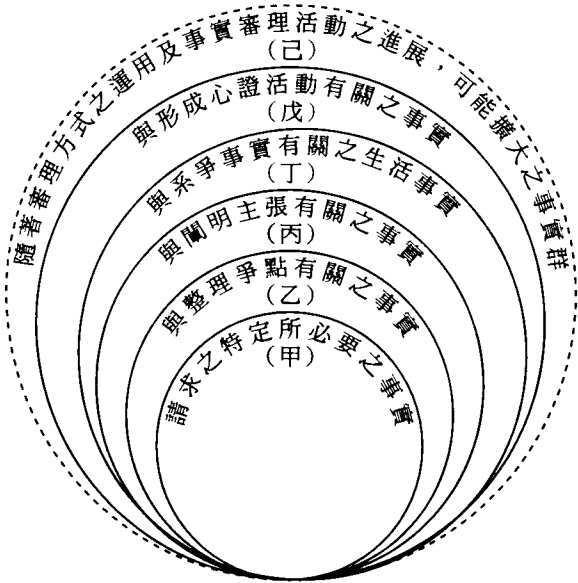
〔圖表一〕

事件 型態	當事人	訴之聲明 →a	權利之主張、爭執 →b	c (推定事實、主要事實)	d (前提事實、間接事實)	e (補助事實)	f (證據)
	x→原告 y→被告	x→y 應將乙物返還予 x y→駁回 x 之訴	△x 有無因時效或繼承而取得乙物所有權？ △依 x、y 間成立之契約究發生租賃權或借用權？ ↓ △x 是否已取得終止權 ↓ △x 有無租賃物返還請求權或借用物返還請求權？x 有無可行使之所有物返還請求權？	c ₁ →x 由於一定時效期間之經過而取得或善意取得乙物等事實 c ₂ →x、y 間就乙物出租及租金額曾意思表示一致之事實 c ₃ →y 欠租之事實 c ₄ →x 曾定期限催告 y 付租金並表示終止之事實 c ₅ →乙物之原所有人死亡時，x 為其唯一繼承人之事實 c ₆ →x 拋棄繼承之事實 c ₇ →y 曾有違約轉租之事實 c ₈ →x 以 y 違約轉租為由，向 y 表示終止租賃關係之事實 c ₉ →x、y 間就 ① y 使用乙物、② 使用後還 x、③ y 之使用為無償等事實曾合意 c ₁₀ →c ₉ 之合意時，x 將乙物交付 y 之事實	d ₁ →x 曾向友人表明乙物係其所有事實 d ₂ →訴外人 z 曾聽聞 y 表示有意向 x 借用乙物 d ₃ →y 曾交付現金二千元予 x 之事實 d ₄ →y 常在乙物附近生活之事實 d ₅ →y 曾以某非訟事件處為收件人投函不繼承 d ₆ →x 曾託人向 y 催討相當租額的金錢之事實 d ₇ →x 曾見聞 y 使用乙物，卻未置可否，並未表示反對之事實 d ₈ →x 曾託友人詢問 y 是否有意在某日將乙物返還之事實 d ₉ →……	e ₁ →…… e ₂ →…… e ₃ →…… e ₄ →…… e ₅ →…… e ₆ →…… e ₇ →…… e ₈ →…… e ₉ →…… e ₁₀ →…… e ₁₁ →…… e ₁₂ →……	f ₁ →…… f ₂ →…… f ₃ →…… f ₄ →…… f ₅ →…… f ₆ →…… f ₇ →…… f ₈ →…… f ₉ →…… f ₁₀ →…… f ₁₁ →…… f ₁₂ →……

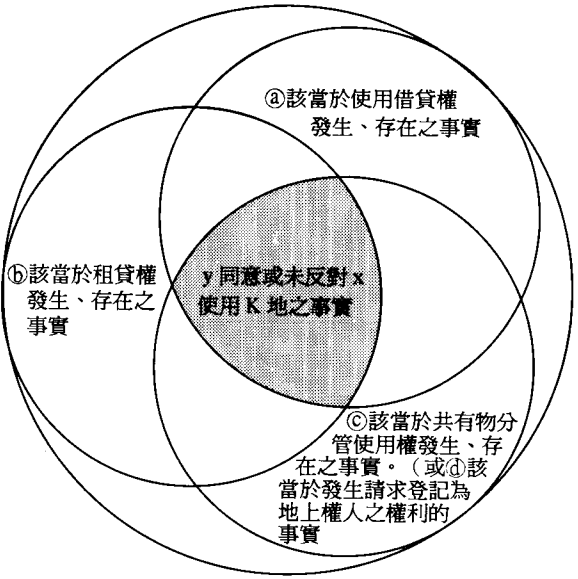
(1)

(2)	x→原告 y→被告	x→y 應支付五十萬元予原告(y 應自某年某月某日起至某年某月某日止按月支付 x 利息一萬元) y→駁回 x 之訴	利息支付請求權	x、y 間曾有按一定利率支付利息之約定(按月支付一萬元利息之約定)	d ₁ →x 曾經從 y 每月受領一萬元之事實 d ₂ →y 曾至 x 處商請本月份利息允予寬限之事實 d ₃ →y 曾對 x 承認本件借款外，二人間別無他項債務之事實 d ₄ →該一萬元係他筆借款的利息之事實 d ₅ →y 曾以 z (x 之另一債務人) 之代理人的身份到 x 處為還付利息而道歉之事實	e ₁ →…… e ₂ →…… e ₃ →…… e ₄ →……	f ₁ →…… f ₂ →…… f ₃ →…… f ₄ →……
(3)	x→原告 y→被告	x→y 應認領(x 所生之)z 為其子 y→駁回 x 之訴	認領子女請求權	y 係 z 之生父	d ₁ →y、z 之血型與其間為父子一事不背馳 d ₂ →y、z 之臉型及身體之其他部位多相類似處 d ₃ →y 曾有相當於 z 之父的態度表現 d ₄ →在 z 受胎當時，x、y 間曾有性關係 d ₅ →x 在上述受胎期內，另與其他男人發生性關係	e ₁ →…… e ₂ →…… e ₃ →…… e ₄ →……	f ₁ →…… f ₂ →…… f ₃ →…… f ₄ →……
(4)	x→原告 y→被告	x 等人→y 工廠應賠償 x 等人各五十萬元 y 工廠→駁回 x 等人之訴	損害賠償請求權	河川中魚類被 y 化學工廠所排出之水銀化合物所污染，x 等予以捕食後罹患公害病	d ₁ →致病物質為水銀 d ₂ →致病物質到達 x 等之途徑(污染途徑) d ₃ →y 工廠為致病物質之造成、排出 d ₄ →y 工廠未造成、排出致病物質	e ₁ →…… e ₂ →…… e ₃ →…… e ₄ →……	f ₁ →…… f ₂ →…… f ₃ →…… f ₄ →……

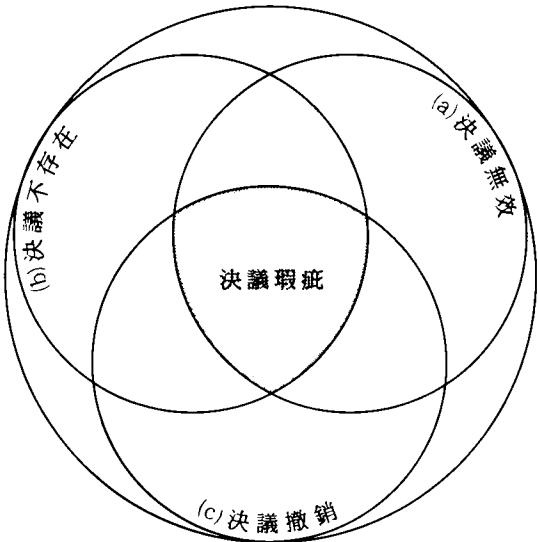
〔圖表二〕



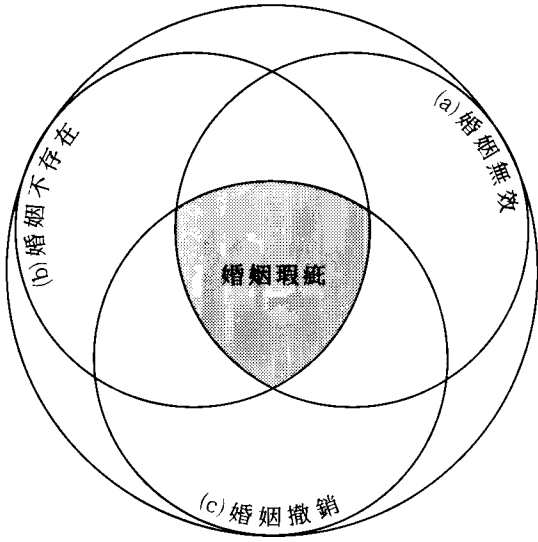
〔圖表三〕



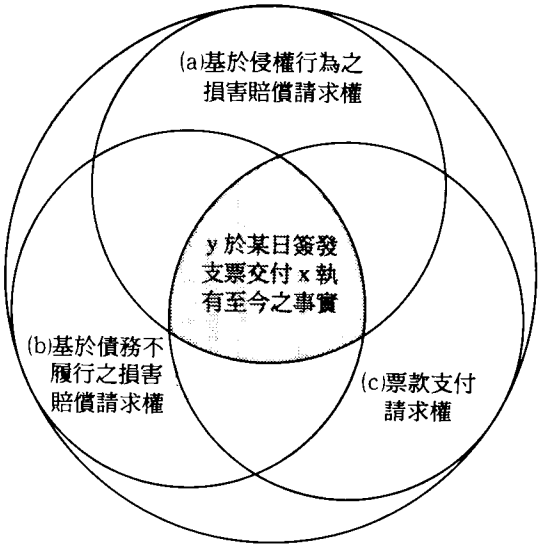
〔圖表四〕



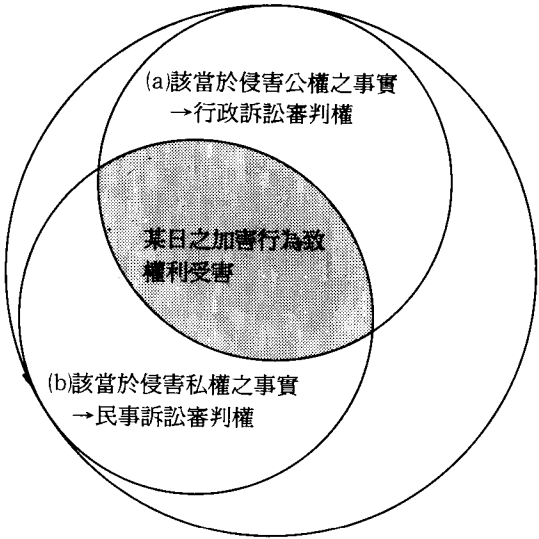
〔圖表五〕



〔圖表六〕



〔圖表七〕



〔圖表八〕

事件類型	事件之特性	判決之基礎事實	主要審理方向	主要程序法理
確認所有權事件	△過去事實之認定 △法律之適用 △權利存否訟爭對立性 △權利確定目的性	該當於取得權利之事實（如：不動產登記完成、動產占有移轉、取得時效完成、繼承或善意取得……等事實）	掌握成為爭點之要件事實 ↓ 需求有助於此之審理方式	△處分權主義 △辯論主義（主張、舉證責任等） △言詞主義 △直接主義 △公開主義 △嚴格證明 △二當事人主義
請求履行買賣契約或確認買賣關係事件	△過去事實之認定 △法律之適用 △權利存否訟爭對立性 △權利確定目的性	該當於發生請求權及買賣關係之要件事實（就買賣標的物及價金額意思表示一致之事實等）	掌握成為爭點之要件事實 ↓ 需求有助於此之審理方式	△處分權主義 △辯論主義（主張、舉證責任等） △言詞主義 △直接主義 △公開主義 △嚴格證明 △二當事人主義

事項索引

一畫

一般訴訟促進(協力迅速進行訴訟)義務……………30
 一般訴訟促進義務……………9, 14
 一貫性(Schlüssigkeit)之審理…59, 83

二畫

二分肢說與仲裁撤銷訴訟……313-314

三畫

上位爭點……………9, 18, 19, 53, 80, 85
 土地登記推定債權種類……………237, 239
 小額事件之原因事實表明與實體法上定性……………11

四畫

不成文之訴訟審理原則……………7
 不確定法律概念……………56
 ——與爭點整理……………25
 ——兼帶事實認定性及規範評價性……………392
 不起訴協議……………107
 公正程序請求權……………38, 62, 77
 ——與再開言詞辯論……………58
 ——與法庭不公開之選用……………90, 91
 ——與爭點整理……………46, 117

——與訴訟標的論……………66, 85
 ——與審理順序之裁量……………278

公開心證→心證公開
 公開主義……………38, 41
 分割審理主義……………35
 心證中心型和解觀(德國)……………120
 心證公開……………74, 75
 ——之義務……………52
 ——消極論與試行和解……………120, 129
 ——與爭點整理……………26, 61
 ——與爭點簡化協議之促成……………88, 89, 117, 119, 120
 ——與損害額之認定……………22, 118, 119, 120
 ——積極論與試行和解……………120, 129
 文書提出義務……………29
 日本之和解觀……………131

五畫

主要事實……………14, 24, 25, 26, 27, 31, 41, 44, 49, 55, 79, 83
 ——之爭點整理……………391
 主張之一貫性……………58
 主張之具體化與過失事實……………119
 主張及否認之具體化……………44
 主張摘要書狀……………33, 34
 ——提出命令……………34

主觀合併型態之協議……………85
 代償請求權與訴訟標的特定……………382
 司法資源之浪費……………406
 ——與爭點整理……………176
 ——與間接事實之不調查……………243
 司法資源之節省……………121
 ——與訴訟標的之機能……………67
 司法資源合理分配……………5, 82, 113, 388
 ——與仲裁撤銷事由……………313
 失權……………27, 29, 34, 37, 52, 56, 61, 96
 失權制裁……………40
 ——之正當化根據與訴訟指揮…63
 ——之範圍與爭點整理……………209
 ——在我國法與日本法上不同…67
 ——與間接事實之提出……………242, 354
 ——與闡明……………36, 281, 354, 403
 失權效……………9, 40
 失權規定與職權探知主義……………97
 失權規定與職權調查事項……………97
 平衡保護實體利益及程序利益……………5, 10, 32, 62, 75
 平衡兼顧發現真實及促進訴訟……………62
 平衡追求實體利益及程序利益……………11, 24, 46, 77, 80, 84, 111, 114, 117, 120, 125
 ——與仲裁撤銷事由……………313
 本案審判過程之結構……………23

六畫

仲裁法之準用與仲裁鑑定協議……106
 仲裁撤銷事由單位型訴訟標的……………309, 310
 仲裁撤銷事由與訴訟標的特定……307
 仲裁鑑定制度之機能……………105
 仲裁鑑定協議之效力……………105
 再開言詞辯論……………58
 ——與公正程序請求權……………58
 ——聲請權……………121, 122
 ——聲請權與試行和解……………123, 124
 合目的性裁判與裁判分割事件……345
 合意由受命法官調查證據……………40
 ——與爭點簡化協議……………91
 ——與試行和解……………116
 回復原狀請求之訴訟標的……………206-207, 269
 回復原狀請求權與訴訟標的論……272
 回顧性裁判與共有物分割協議……345
 自己責任與適時提出……………63
 自主解決紛爭……………24
 自由心證主義……………36
 自律性爭點整理……………28, 29, 40, 42, 43
 ——與準備性言詞辯論程序……42
 ——與準備程序……………42
 自律性爭點簡化協議……………85

- 行為規律 74
- 行為規範 16, 54, 62
- 行為責任 27, 30, 54
- ## 七畫
- 判決書制作簡化 37
- 之目的與爭點簡化協議 213
- 否認之具體化與過失事實 119
- 抗辯事實分別記載與行為責任之具體化 102
- 攻防方法審理順序之爭點整理 278
- 攻防方法審理順序與選擇紛爭單位型訴訟標的 312
- 言詞審理主義 36, 37, 41
- 與爭點之曉諭 88
- ## 八畫
- 事件類型與爭點之多樣性內涵 80
- 事實上、證據上爭點整理
..... 8, 12-13, 18, 23, 24, 30, 34, 40, 45, 50,
60, 112
- 事實上爭點 14, 18, 55, 59, 60
- 整理與過失事實 119
- 事實主張一覽表與事實列明 403
- 事實型爭點整理 102
- 事實與法律之牽扯 22, 55, 393
- 事實認定教育 57
- 事證處分自由之限制與爭點整理 29
- 協力迅速進行訴訟之義務
..... 13, 30, 96, 97
- 協同主義→辯論主義
- 協同主義在我國與日本之不同 67
- 協同主義與爭點簡化協議 96, 98
- 協同發現真實、尋求法所在 63
- 協議之效力 95, 96
- 協議之對象事項 91
- 協議限縮爭點→爭點簡化協議 44
- 協議簡化爭點→爭點簡化協議
- 受領物返還請求之訴訟標的 269
- 和解之法官主導型 124
- 和解之當事人主導型 124
- 所有物返還請求與訴訟標的 13
- 抵押債務人有二之訴訟標的 233
- 武器平等原則與舉證困難 22
- 法制主體面 5
- 法制客體面 5
- 法官之行為規律 63
- 法官知法之原則 11, 12, 15, 16, 31
- 與訴訟標的特定 386
- 與當事人主張法律見解 48, 51
- 法官造法性事件與審判對象 20
- 法官造法與違約金酌減 175
- 法官造法與舉證困難 22
- 法官審判獨立與當事人主張法律見解
..... 48, 51
- 法治國家與法官之法形成 21
- 法律上爭點 8, 55, 83
- 之確認 54
- 法律上爭點整理 50, 51, 55, 58
- 與法律上討論 47, 48
- 法律上討論 51, 60, 61, 114
- 與法律上爭點整理 48
- 與既判力客觀範圍 406
- 法律上觀點 55-56, 58
- 指摘義務在日本之承認 69
- 法律見解之意涵 68
- 法律見解表明 14, 25
- 法律見解表明義務
..... 49, 50, 52, 57, 58, 61
- 之具體化 57
- 在我國與日本之不同 68
- 與不起訴表意 52, 53
- 與闡明義務 50
- 爭點整理 26
- 法律見解表明請求權之根據 68
- 法律見解陳述義務 49
- 法律意見主張權 59
- 與聽審請求權 68
- 法律適用的突襲
..... 14, 17, 20, 47, 49, 58, 62, 81, 393
- 與仲裁撤銷事件之訴訟標的
..... 320
- 與仲裁撤銷事由該當性 318
- 與同一原因事實之法律評價
..... 387, 388
- 與爭點曉諭義務 52
- 與選擇紛爭單位型訴訟標的
..... 310
- 法律觀點 59, 60, 61
- 之意涵 68
- 法庭外自律性爭點整理與程序選擇權
..... 42
- 法院之行為規律 56
- 法院程序外自律性協議 93-94
- 與不起訴契約 94
- 與示範訴訟契約 94
- 與仲裁人選定契約 94
- 與限縮仲裁撤銷事由 94
- 與試驗訴訟契約 94
- 與撤回起訴之契約 94
- 與舉證責任分配契約 94
- 法與事實之牽扯 22, 55
- 法尋求說之落實 125
- 爭點中心審理主義 67
- 爭點之限縮 8
- 爭點之排除 46
- 爭點之意涵 80
- 爭點之曉諭

-8,27,33,41,50,55,65,78-80,86,88,
 91,111,117,390
 爭點限縮契約之意涵 74
 爭點集中審理主義
 31,49,50,52,65,73,98,111
 ——與爭點之曉諭 88
 爭點集中審理模式 24
 爭點整理之多面向 81
 爭點整理之新法上規定 8
 爭點整理
 ——之機能 83
 ——與心證公開 61
 ——與協同主義 88
 ——與爭點簡化協議 82
 ——與爭點簡化協議之區別 75
 ——與程序轉換 82
 ——與準備性言詞辯論 31-32
 ——與試行和解 111,115,125
 ——與違約金酌減 175
 ——與審理順序之酌定 276
 ——與擔保債權限定種類 239
 ——與鑑定人參與 33,38,93
 爭點整理方案 34
 爭點整理程序 31
 ——之多樣選用 31
 ——之機能 23
 ——之選擇合意與審理契約
 103-104
 ——與事件類型 86
 ——與法庭公開 33
 ——與爭點簡化協議之關係 84,87
 爭點整理結果與爭點簡化協議之效力
 上不同 96
 爭點整理結果摘要書狀
 33,34,37,42,88,90,92
 ——與定分割方法之事實 357
 ——與間接事實之整理 243
 爭點整理結果摘要草案 34
 爭點整理階段 26
 爭點整理階段與證據調查階段之劃分
 6,41,65,86,111
 爭點曉諭義務與法律見解表明義務之
 融合 52
 爭點曉諭義務與辯論主義 50
 爭點簡化協議
 8,25,28,29,37,39,40,42,60,114
 ——之不容許 75
 ——之方案 88
 ——之意涵 73,75
 ——之對象事項 84,91
 ——之機能 84
 ——強調論之提倡 75
 爭點簡化協議程序
 40,46,47,48,73,76,77,78,79,117,125
 ——之法理根據 74
 ——與公開審理主義 32
 ——與仲裁協議 84
 ——與先經調解之協議 84
 ——與酌定調解條款之協議 84
 ——與移付調解之協議 84
 ——與上位爭點之協議 112
 ——與仲裁程序 78
 ——與仲裁鑑定之協議 85
 ——與自認之撤銷 85
 ——與協同主義 88
 ——與受命法官調查證據 91
 ——與爭點整理之關係 84,87
 ——與爭點整理程序之選用 86
 ——與限制證據之協議 85
 ——與處分權主義 84
 ——與訴訟標的之選擇 85
 ——與當事人進行主義 85
 ——與審理順序之協議 86
 ——與調解程序 78
 ——與擔保債權限定種類之爭點整
 理 238
 ——與選用簡易程序或小額程序
 86
 ——與舉證責任分配之協議 85
 ——與職權進行主義 85
 ——與辯論主義 84,85
 ——與權利自認之協議 85
 ——與鑑定人選任之協議 85
 ——與適時提出主義 79
 物權或排他性權利之訴訟標的特定
 202
 直接審理主義 36,41
 ——與爭點之曉諭 88
 股東會決議瑕疵爭訟事件 19
 表明法律見解→法律見解表明
 表明法律觀點→法律見解表明
 金錢債權請求之訴訟標的特定
 169,382
 非交易行為紛爭與聲明下限額
 21,168
 非訟事件性與裁判分割共有物 344
九 畫
 信賴真實主義 39,93,117,238
 ——與試行和解 117
 促進訴訟的突襲
 20,24,26,27,28,45,47,53,62,75,
 81,112,116,119,121,122,319
 ——與審判對象之特定 51,52,56
 ——與仲裁撤銷訴訟 314
 ——與合併請求之闡明 276
 ——與定裁判分割方法 346
 ——與基礎事實同一 388

- 與訴訟標的之機能……………67
- 與間接事實具關連性……………173
- 與關鍵性爭點優先審理……………116
- 客觀合併型態之協議……………85
- 客觀合併與仲裁撤銷事由……………311
- 客觀合併與紛爭解決一次性之要求
……………385
- 客觀合併與優先承買權發生原因多數
……………204
- 客觀合併與確認租賃權或使用借貸權
……………19
- 客觀真實與爭點簡化協議……………46
- 客觀真實說與試行和解……………117
- 律師之自律性爭點整理……………44,94,384
- 律師與協力迅速進行訴訟義務
……………202,244
- 律師與爭點整理之知能……………31,34,98,389
- 律師與被訴請求賠償損害……………281
- 律師與辯論主義……………63
- 後發性新爭點整理程序與試行和解
……………120
- 後遺症與再開言詞辯論聲請……………121
- 既判力之正當化根據……………272,406
- 既判力客觀範圍、
——之相對性……………209
- 與回復原狀請求之標的物多數
……………272
- 與租約終止事由多數……………206
- 與紛爭事實單位型訴訟標的
……………51
- 與訴訟標的之特定……………17,18
- 與闡明義務……………54
- 與訴訟標的論……………66,67
- 突襲性裁判
……9,10,17,27,34,40,41,48,49,50,52,
55,56,61,62,68,76,86,88,91,119,
121
- 與爭點整理……………45,48
- 要件事實之爭點整理
……………23-24,55,211,240
- 與利息債權……………411
- 與使用借貸權……………410
- 與所有權……………415
- 與借款債權……………398
- 與租賃權……………410
- 與買賣關係……………415
- 與徵收補償費給付請求權
……………390
- 要件事實該當性之討論……………399
- 計畫性審理……………64,65,86
- 重要性(Erheblichkeit)之審理……………59,83
- 背景事實(情事)……………24,36,44

十畫

- 借款債權之要件事實……………398
- 借款償還請求與間接事實……………45
- 個別的訴訟促進義務……………9
- 兼顧程序權保障與紛爭解決一次性等
要求……………207
- 原因事實
——之同一與法律上評價不同
……………273
- 之同一與既判力……………387
- 之表明與金錢債權請求事件
……………11
- 之表明與訴訟標的之特定……………11
- 之結合與訴訟標的之特定……………381
- 結合與訴訟標的之特定……………386
- 與代價請求權發生……………383
- 與本案審判對象……………16
- 與仲裁撤銷事由……………308
- 與法官知法之原則……………273
- 與爭點整理……………202
- 與既判力客觀範圍……………273
- 與紛爭實情……………398
- 與訴訟標的之特定……………397
- 與訴訟標的之變更……………404
- 與訴訟標的之特定……………53
- 與確認所有權……………13
- 原因關係的抗辯……………15
- 書狀先行程序之功能……………36
- 書狀先行程序與準備程序……………39
- 書狀先行程序與試行和解……………120
- 書狀審理主義……………37
- 租賃物返還請求之訴訟標的與租約終
止事由多數……………205
- 紛爭事實單位型
——紛爭處理對象……………80
- 訴訟標的……………60
- 訴訟標的……………114
- 訴訟標的與闡明權行使……………274
- 訴訟標的之事實上爭點整理
……………318
- 紛爭單位型訴訟標的
——與不真正預備合併……………355
- 與仲裁判斷撤銷事由……………310
- 與協議……………85
- 與爭點整理……………82
- 紛爭解決一次性之要求
……………18,20,53,61,113,405
- 與分割協議履行請求權……………348
- 與仲裁撤銷事由……………315-316,319
- 與合併審判之機會……………276
- 與多數原因事實……………204
- 與自律性爭點整理……………385
- 與抵押權紛爭涉多數人……………234

- 與爭點概念相對性……………80
- 與客觀合併……………385
- 與基礎事實同一……………388
- 與訴之聲明如何整理……………201
- 與訴訟標的功能階段性理論……………207
- 與訴訟標的論……………66
- 與訴訟標的論……………67
- 與損害賠償請求之訴訟標的特定……………206
- 與餘額請求……………208
- 與優先承買權確認聲明……………203
- 起訴前自律性爭點整理與爭點簡化協議……………43
- 起訴前自律性爭點整理與證據保全程序……………43
- 起訴前爭點簡化協議程序……………93
- 起訴後自律性爭點整理程序……………42
- 十一畫**
- 勘驗與定分割方案之間接事實……………357
- 基礎事實同一……………8,18,66
- 基礎事實與原因事實……………387,388
 - 之區別……………66
- 推理過程的突襲與經驗法則……………241
- 授受支票或一定金錢之事實推認……………400
- 授權事實存否之具體事實……………241
- 混合契約說……………78
- 現代型訴訟事件與爭點整理……………25
- 現代型訴訟事件之本案審判對象……………20
- 票款給付請求權與訴訟標的特定……………15-16
- 十二畫**
- 統一解決紛爭之要求與抵押權紛爭涉多數人……………235
- 終止權行使結果與遮斷效……………206
- 處分權主義……………10,17
 - 之機能與平衡追求實體利益及程序利益……………20
 - 與法律上爭點整理……………50,51,53
 - 與法院程序外協議……………94,95
 - 與爭點簡化協議……………47,52
 - 與程序選擇契約……………78
 - 與訴訟契約……………78
- 陳述義務……………29
 - 與事實上爭點……………400
 - 與違約金給付請求權發生之事實……………171
- 無名契約與訴訟標的之特定……………20
- 發現真實的突襲……………24,26-28,45,62,80-81,112,121,122
- 程序安定性之要求……………39
 - 與權利不主張……………52
- 程序利益之保護與和解觀……………126
- 程序法理交錯適用……………80
 - 與裁判分割共有物事件……………344
- 程序處分權……………17,51,84,96
 - 與爭點簡化協議……………77,78,80
- 程序選擇契約與任意訴訟禁止原則……………100
- 程序選擇契約與法院程序外協議……………94,95
- 程序選擇權……………9,11,18,32,38,39,43,47,75,76,77,80,84,91,96,98,105,111,114,116,117,120,123,124
 - 與再開辯論之協議……………124,125
 - 與法律上爭點整理……………51
 - 與特定物返還請求之訴訟標的……………207
 - 與程序選擇契約……………78
 - 與訴訟標的特定……………307
- 程序轉換與爭點整理……………82
- 答辯狀與間接事實之整理……………244
- 裁判分割方法之爭點整理……………346
- 裁判分割共有物之間接事實……………350
- 裁判分割共有物與爭點整理……………115-116
- 裁判分割共有物事件……………347
 - 之訴之聲明……………344
- 之審判對象……………343
- 與履行分割協議事件之不同……………343
- 與聲明之非拘束性……………344
- 裁判分割請求與選擇合併……………356
- 評價規範之機能與優承買權之原因事實……………209-210
- 評價規範性……………55
- 訴之利益與不分割協議之抗辯……………346
- 訴之聲明
 - 之爭點整理……………19
 - 之擴張與優先承買權發生事實……………209
 - 特定責任與違約金請求……………167
- 訴之變更、追加、反訴與分割協議履行請求……………348
- 訴之變更、追加與基礎事實同一……………390
- 訴訟上請求之爭點整理……………112
- 訴訟上請求方式之選擇……………311
- 訴訟外紛爭解決制度與仲裁鑑定協議之效力……………106
- 訴訟法之解釋論與制度機能……………106-107
- 訴訟促進義務……………13,20,56,61,73,96,97,124
- 訴訟契約與程序選擇契約……………78

- 訴訟集團現象 402
 訴訟經濟 313,347,385,388
 訴訟實務之理想狀態與爭點整理... 31
 訴訟標的
 ——之內涵 10
 ——之行為規範機能 10
 ——之爭點整理 12
 ——之相對性 55,209
 ——之相對性特定與裁判分割
 349
 ——之評價規範機能 67
 ——之機能 9
 ——之選擇 50
 訴訟標的之特定
 ——責任 13
 ——與仲裁撤銷事由 309
 ——與抵押債務人有二 233
 ——與既判力客觀範圍
 14,205,236
 訴訟標的為物權與其取得原因事實
 208
 訴訟標的相對論 66
 ——之日本學說之接近 69
 ——之應用例 69
 ——與裁判分割共有物 349
 訴訟標的與實體利益、程序利益之平衡追求 10
 訴訟標的論新、舊說 55
 ——之共通缺點 69
 訴訟標的論新說 12,18
 ——與仲裁撤銷事由 317
 ——與裁判分割請求 348
 ——與實體權之表明 66
 訴訟標的論舊說 12
 ——與仲裁撤銷事件 313
 ——與爭點整理 82
 ——與促進訴訟的突襲 405
 ——與裁判分割請求 348
 ——與實體權之表明 66
 訴訟標的選擇之協議 113
 訴訟標的選擇權與訴訟標的之表明
 201-202
 訴權濫用禁止與再訴請求 208
 開示心證→心證公開
 間接事實
 ——之爭點整理與分割方法之判定
 351
 ——之複合推定 242,416
 ——為應證事實之例... 173,416,417
 ——與不分割契約之推認 354
 ——與爭點整理
 23,25,26,27,34,36,41,44,55,57,
 58,79,83,115,116,211,243
 ——與要件事實之關連... 243,416,417
 ——與借款償還請求 45
 ——與授權事實存否之推定 241
 ——與過失之推定 417
 ——與默示意思之推認 355
 間接事實型爭點整理與定分割方法
 115-116,352
 集中審理主義
 7,36,41,48,62,63,83,86,89
 集中審理模式 16,28,64
 ——(日本) 65
 ——(美國) 64
 ——(德國) 64
 十三畫
 圓桌會議型法庭 38,87,90
 意思表示之解釋與法及事實之牽扯
 393
 損害賠償請求
 ——之訴之聲明 10,21,168
 ——之訴訟標的 206
 ——與法官之法形成 22
 新程序保障論 75
 ——與試行和解 125
 會議型法庭 87,90
 準自律性爭點整理程序 43
 準爭點簡化協議程序 94
 準備性言詞辯論程序 48,116
 ——之協議 87
 ——與爭點整理 31-32
 準備書狀先行程序 35
 ——之協議 89
 準備書狀與間接事實之整理 244
 準備程序 48
 ——之自律性協議 92
 ——之爭點簡化協議 90
 ——與法庭公開 38
 ——與闡明處分 38
 當事人公開主義 40
 當事人本人聽取
 ——與案情全貌 389
 ——與紛爭實情 358,403
 ——與試行和解 116
 當事人行為責任之具體化 61
 當事人進行主義 85
 ——與合意選用通常、簡易或小額
 程序 103
 ——與法院程序外協議 94,95
 ——與適時提出主義 62
 經驗法則
 ——作用 402
 ——之選擇、討論 241
 ——與舉證責任分配 240
 ——與間接事實之綜(複)合推認
 351,354,400

——與間接事實之整理	211,240,243
義務性裁量與再開言詞辯論	123
解除契約之事實整理	174
解除契約與訴訟標的特定	270
解除權之要件事實與提出責任	279
解除權行使主體與回復回狀請求之訴訟標的	275
解除權行使與既判力	271
試行和解	
——與心證公開消極論	120,129
——與心證公開積極論	120,129
——與再開言詞辯論聲請權	123
——與爭點整理	111,115,125
——與爭點簡化協議	115
——與後發性新爭點整理程序	120
——與背景事實	24,44
——與書狀先行程序	120
試驗訴訟與試行和解	118
違約金酌(核)減	
——與辯論主義	282
——之基礎事實之整理	174
——與聲明之確定化	167
——與闡明	281
違約金給付請求之訴訟標的特定	169

違約金給付請求之訴之聲明	167
違約金給付請求權之要件事實	170,171
過失之推定與間接事實	417
過失事實與主張具體化	119
過失事實與證據共通原則	119
預防訴訟	43
預備合併與裁判分割請求	355
預測可能性確保與違約金酌減	168

十四畫

實體法上定性	14,16,17,114
——之錯誤	12
——與法官知法原則	66
——與訴訟標的特定	386
——與訴訟標的構成	405
實體法上非訟化與裁判分割共有物	345
實體法上非訟化與違約金酌減	175
實體法與訴訟法之獨立並行	282
實體權利之表明與訴訟標的論	405
撤銷事由單位型訴訟標的之事實整理	319
構成要件該當性之審理	59,61
與有過失事實之爭點整理	121,123,417
與有過失與請求金額之特定	168

認定事實的突襲	23,49,392
——與心證公開	242
說明義務	34,37
——在我國與日本之不同	67

十五畫

審理契約與爭點整理程序之選擇合意	103-104
審理原則與新社會價值觀	7
審理集中化	6,24,26,28,29,31,39,40,43,44,59,61,75,76,83,86,94
審理順序之決定	
——與裁量權受限	277
——與不分割契約存否之爭執	353
——與公正程序請求權	393
德國之和解觀	117,127-128
——與心證中心型和解	120
確認使用權之聲明	19
確認所有權之訴訟標的	208
確認所有權與原因事實	13,415
確認抵押債權之訴訟標的特定	233
確認抵押權與其存續期間	235
確認租賃權或使用借貸權與客觀合併	19
確認訴訟之訴訟標的表明	202

確認債權之訴訟標的特定	233
調解與爭點簡化協議程序	84
論理型爭點整理	101-102
——與分別記載事實	102
適時提出之行為規範	63
適時提出之行為責任具體化與闡明	401
適時提出主義	6,7,27,49,56,62,63,73,79,96,124
——與爭點簡化議程序	79
適時審判請求權	48,123
——與爭點簡化協議	77,78,85
——與訴訟指揮	62
——之落實例	280
適當時期之明確化	281,401

十六畫

默示同意事實之爭點整理	353
默示意思存在與間接事實群	355
選擇合併與裁判分割請求	356

十七畫

優先承買權之事實上爭點整理	210
優先承買權發生原因事實多數與訴訟標的	203
營業秘密與爭點整理程序	38,43,92
舉證責任分配與違約金給付請求	

434 民事程序法之理論與實務(二)

- 172
- 舉證責任與爭點簡化協議之效力... 96
- 隱私權保護與爭點整理程序
 - 38,43,92
- 點頭表示承諾與爭點整理..... 45

十八畫

- 擴大訴訟制度解決紛爭之功能
 - 53,347,385,405
 - 與法律上爭點整理..... 50,51
- 簡易事件之原因事實表明與實體法上
 定性..... 11
- 職務上已知事實與爭點簡化協議
 103
- 職權裁量性與共有物分割方法之聲明
 344
- 職權進行主義..... 63
- 職權調查證據之情形..... 176

十九畫

- 證據上爭點..... 8,55,56,59,80, 357
 - 整理與違約金給付請求..... 172
- 證據共通原則與過失事實..... 119
- 證據所示事實與訴訟標的特定..... 389
- 證據保全程序上協議..... 81, 93,94
 - 之效力..... 95
 - 之效力與不起訴協議..... 107

- 之效力與仲裁協議..... 108
- 證據(限制)契約..... 43,102
- 證據提出責任與分別記載事實..... 102
- 證據提出與訴訟標的之特定..... 384
- 證據裁定與爭點整理..... 23
- 證據調查結果與違約金酌減..... 176
- 關鍵性爭點之優先審理..... 116

二十畫

- 繼續審理(美國)..... 64
- 闡明處分..... 33,91
- 闡明義務
 - 與再開言詞辯論..... 58,122
 - 與法律上討論..... 61
 - 與法律見解表明義務..... 50
 - 與既判力客觀範圍..... 54
- 闡明與失權..... 36,281,354,403
- 闡明與選擇紛爭單位型訴訟標的
 311

二十一畫

- 續審制之限制..... 122
- 辯論主義(協同主義)..... 23, 44
 - 與律師功能..... 63
 - 與法院程序外協議..... 94,95
 - 與爭點曉諭義務..... 50
 - 與爭點簡化協議..... 47

- 與爭點簡化協議之效力..... 96
- 與程序選擇契約..... 78
- 與裁判分割請求..... 349
- 與訴訟契約..... 78
- 與職權酌減違約金..... 174
- 與權利失效..... 392

二十二畫

- 權利失效
 - 之該當事實與辯論主義..... 392
 - 與法律上爭點..... 392
 - 與裁判分割請求..... 356
 - 與闡明..... 52,53
- 權利定性與訴訟標的特定..... 386
- 權利單位型紛爭處理對象..... 80
- 權利單位型訴訟標的..... 55,59
 - 與協議..... 85
 - 與爭點整理..... 82,83
 - 與既判力客觀範圍..... 51
 - 與裁判分割請求..... 349
 - 與違約金給付請求權..... 171
- 鑑定人參與與爭點整理..... 33,38,93
- 聽審請求權..... 17,123
 - 與法官審判獨立..... 48,49
 - 與法律見解表明義務..... 58
 - 與法律意見主張權..... 68
 - 與爭點整理..... 45-46

二十三畫

- 顯著之事實與爭點簡化協議..... 103