

國立政治大學法律學系碩士論文

指導教授 楊淑文 博士



研究生 劉怡君 撰

中華民國一〇〇年八月



## 謝 辭

五年多前，因為對民事訴訟法濃厚的興趣，棄刑法而報考政大民法組；進入民法組研究所後，對民事訴訟法仍然情有獨衷，雖然每個學長姊都告訴我民事訴訟論文是條漫漫長路，還是一心只想寫民事訴訟法論文。這本論文的完成，也該算是完成大學以來的一個心願，讓自己研究民事訴訟法的初衷，一路走來始終如一。

這本論文得以順利完成，首先要感謝指導老師楊淑文老師。在研究所三年中，從助理工作、課程內容及溝通談話中，老師總是時時不忘糾正一些觀念上的缺失，耳濡目染下建立了許多想法。從論文题目的指引，老師給予許多建議，讓我找尋到自己感興趣的题目，每每聽到同學及學長姊談及論文寫作的乏味及難產，我就覺得自己很幸運，因為在論文撰寫過程中，雖辛苦卻充實而愉快；論文寫作期間，老師總是在我疑惑的時候給予方向。更要感謝老師包容我未完成碩士論文先進司法官訓練所受訓的任性行為，就民事訴訟法研究而言，對實務操作現況的了解，可以讓學校所學及課本所讀更具體，而受訓過程中實際接觸實務民事訴訟程序，讓我形成許多論文相關問題的想法，對於這本論文的完成更是彌足重要。

姜世明老師是在研究所求學過程中，對我照顧良多的老師。大學時期修姜老師的非訟事件法及強制執行法課程，研究所時期擔任姜老師的國科會助理及選修民事訴訟法專題課程，不知不覺中獲得許多想法，在論文寫作時啟發許多省思。未完成論文而進入司法官訓練所受訓這段期間，在學校偶遇姜老師時，老師總是不忘關心我的論文進度及何時畢業，我想這也是其中一股督促我儘速完成論文的動力。更感謝姜老師在口試過程中提出許多從民事訴訟目的及基本原則思考整體論文觀點的看法，讓我得以進一步省思自己思考及研究法律問題的體系建構缺失。

沈冠伶老師是我的民事訴訟法啟蒙老師，大三時修沈老師的民事訴訟法課程，除了奠定民事訴訟法的基礎外，也燃起我對民事訴訟法的興趣，更是後來大四時報考民法組研究所的原因，而對民事訴訟問

題研究的熱忱，迄至研究所亦未曾改變。沈老師亦是我大學推薦甄試時的口試老師，當時沈老師提出的問題是：爭取自己權利及以和為貴之間，應該如何抉擇。這個問題直至大三學習民事訴訟法課程式，我才明白老師當時的問題與民事訴訟課程的相關性。沈老師在口試過程中，提供論文架構上的重要建議，讓我更清楚認知自己在論文寫作上的弱點。感謝沈老師在我求學的重要階段中，總是扮演重要的良師角色。

司法官訓練的第三階段中分到臺中地方法院實習，感謝民事庭指導老師陳學德法官、陳卿和法官、王永春法官，除了讓我接觸民事訴訟程序中法官闡明的實際運作情況，經常與我進行實務案例的研討外，也提供許多民事程序相關問題的意見，對於法官闡明制度議題提出許多想法。從課本知識走入法庭實務，讓我面對論文中許多民事訴訟問題，更能瞭解學說爭議及實務運作的落差，感謝三位指導老師許多經驗分享與建議。

在司法官訓練過程中同時撰寫論文，時間的分配是個嚴峻的考驗，而時間運用上欠缺彈性更是個重大障礙，在圖書借閱及資料蒐集上，十分感謝銀秋學姊及珈漪學妹的幫忙，還有從大學至今交誼甚好的學伴智權，多次受託幫我進入台大圖書館影印資料。另外，謝謝佳芳經常與我討論德文文獻翻譯問題，每每可以解除我閱讀文獻發生的困境與疑惑，以及韻婷及上茹協助蒐集日文文獻及提供日文翻譯參考。撰寫論文這段期間，幸有維琬、佳盈、欣宓、映宗、伊凡、正雄、瓊瑩等好友的鼓勵及偵查指導老師林彥良檢察官的勉勵，讓我在同時面對訓練課程及論文寫作的雙重壓力下，仍然能夠心情平穩完成該做的事。論文初稿到定稿的校稿及排版工作，感謝淵深、上茹、秉叡、歆絮、可昕、上國、宗賢諸多協助，給予許多建議及提醒，因為你們的辛苦讓粗心大意的我免於很多失誤。我總是在想，自己何其有幸，在撰寫論文期間擁有如此多的友誼一路相隨，一路走來感受到的溫暖支持遠多於煩悶心情。這本論文的完成，雖是我個人求學生涯的小小里程碑，卻是如此豐富友誼的見證。

最後，我要感謝從小讓我毫無後顧之憂求學，辛苦栽培我至今的

爸媽。您們總是接受並尊重我的每個選擇，無論是科系或工作；時時提醒我每件該面對、該完成的事，無論那件事是多麼讓我厭煩；還要容忍我偶爾的任性，諸如時間安排、生活步調、觀念價值。從我進入研究所時，我就答應爸媽，研究所我只唸三年，雖然的確只在政大綜合大樓十四樓待了三年，這本論文卻遲了兩年才完成，讓您們期盼那麼久，這本論文本該獻給您們。

怡君 2011年8月17日  
法務部司法官訓練所宿舍





# 摘要

我國民事訴訟法於民國 89 年修正中，與法官闡明義務相關之重要修正為民事訴訟法第 199 條規定修正，強調事實及法律上法官均有闡明義務，及增訂第 199 條之 1，將請求權基礎競合而當事人有部分請求權未為主張情形，明文為法官闡明義務範疇。另搭配書狀先行、爭點整理、當事人真實及完全義務及攻擊防禦方法適時提出等相關規定的修正及增訂，希冀以擴大法官闡明義務方式，使當事人能利用一次訴訟程序解決紛爭，防免發生突襲性裁判，並避免訴訟拖延，使當事人受適時審判，減少當事人程序上勞力、時間及費用的支出。

本論文共分為七章。第一章為緒論，第七章為結論。第二章及第三章係簡述民事訴訟程序中，與本論文所探討之法官闡明議題相關憲法上權利、民事訴訟制度的目的、訴權及民事訴訟程序的基本原則，並探討法官闡明之目的、性質等基本問題。

第四章為法官闡明相關的爭議問題研究。從德國 2001 年民事訴訟法修正法官闡明義務規定及我國法官闡明義務立法沿革出發，為維持法官之中立性應避免闡明權逾越適當性的行使，法官闡明義務必須以當事人之書面或言詞陳述中，有相關之「端緒」為基礎始得為之。而憲法第 80 條規定法官應依法審判，在「法官知法原則」下，正確適用法律為法官的職權亦為義務，法律見解採用並非辯論主義範疇，當事人不能任意處分，法官審判更不應受其拘束。另法院對於審理過程中待證事實及證據資料進行評價所形成的暫時性心證，與當事人本件訴訟結果勝敗牽涉，法官對此部分暫時性心證公開並搭配舉證責任與證據提出的闡明，可讓當事人明瞭其在審理程序中尚應補充哪些事實及證據資料，始足以改變法官之暫時性心證方向，追求對自己有利的訴訟結果。未以律師作為當事人法律諮詢者的司法任務，應以適當方式為當事人爭取實體上及程序上利益而遂行訴訟，因此在當事人本人訴訟及律師代理訴訟中，法官闡明義務亦有程度上之不同，以維持

兩造當事人之實質武器平等地位。

第五章為法官闡明義務的類型。從傳統及晚近學說上對闡明之分類出發，簡述此分類之缺失，末以最高法院近年來之法官闡明相關實務見解為中心，將其區分為起訴合法性、處分權主義、辯論主義及法律見解表明四個部分，從不同階段可能出現的法官闡明態樣進行類型化及評析。然而法官闡明權實係貫穿整個民事訴訟程序進行運作，故本文所選取之最高法院判決亦不乏在同一個判決中有不同階段的法官闡明見解。就實務見解類型化後，比較實務見解與國內外學說見解的異同，檢討我國法官闡明制度之實務現況。

第六章從法官迴避、失權效及判決效力三個部分切入探討闡明相關的法律效果。法官因逾越闡明界限之闡明而有損及中立性時，應讓當事人有聲請法官迴避之機會，而法官因闡明不當而該當法官迴避之結果時，應衡酌情況予以內部自律懲處。另法官於訴訟程序中妥為闡明後，應區分律師訴訟及本人訴訟之適時提出訴訟資料的「期待可能性」，妥適適用失權效規定，以避免訴訟程序拖延，影響當事人受適時審判權利。而學說上別訴禁止擴大及既判力擴大或減縮見解，衡諸我國民事訴訟並未採行全面強律師代理，且法律對此尚無相關依據，應保障當事人程序主體地位及注意當事人程序權保障，現況下或採取保留態度較為妥適。

**關鍵字：**闡明義務、闡明權、武器平等、適時審判、突襲性裁判、辯論主義修正、中立性、闡明界限、端緒、法官知法、心證公開、法律見解表明、本人訴訟、迴避、攻擊防禦方法、適時提出、失權、別訴禁止、既判力擴大。

# 目 錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究範圍.....	3
第三節 研究方法.....	4
第四節 研究架構.....	5
第二章 民事訴訟目的與闡明.....	7
第一節 民事訴訟之目的.....	7
第一項 權利保護觀點.....	7
第二項 私法秩序觀點.....	8
第三項 紛爭解決觀點.....	9
第四項 程序保障觀點.....	9
第五項 多元目的觀點.....	10
第六項 法尋求觀點.....	11
第七項 小結.....	12
第二節 訴權之發展.....	16
第一項 私法訴權觀點.....	16
第二項 公法訴權觀點.....	16
第三項 小結.....	19
第三章 民事訴訟基本原則與闡明.....	21
第一節 憲法保障之訴訟權.....	21
第一項 程序主體權.....	22
第二項 適時審判請求權.....	23
第三項 聽審請求權.....	23
第四項 公正程序請求權.....	32
第五項 武器平等.....	33
第六項 小結.....	36

<b>第二節 處分權主義</b> .....	<b>38</b>
第一項 處分權主義之意義及內涵 .....	38
第二項 處分權主義之例外 .....	38
第三項 處分權主義之功能 .....	39
<b>第三節 辯論主義</b> .....	<b>41</b>
第一項 傳統辯論主義之意義及內涵 .....	41
第二項 辯論主義之根據 .....	42
第三項 辯論主義之修正 .....	45
第四項 辯論主義之排除 .....	51
<b>第四節 適時提出主義</b> .....	<b>53</b>
<b>第五節 闡明之目的與功能</b> .....	<b>54</b>
第一項 闡明之意義 .....	54
第二項 闡明之憲法上依據 .....	55
第三項 闡明之目的 .....	56
第四項 闡明之性質 .....	61
<b>第四章 闡明制度之相關爭議問題</b> .....	<b>64</b>
<b>第一節 闡明制度之發展</b> .....	<b>65</b>
第一項 德國法之觀察 .....	65
第二項 我國法之立法沿革 .....	67
第三項 闡明義務之擴大 .....	72
<b>第二節 闡明之界限</b> .....	<b>78</b>
第一項 概說 .....	78
第二項 獨立性與中立性 .....	81
第三項 實務見解與學說之發展 .....	83
<b>第三節 心證公開</b> .....	<b>106</b>
第一項 法理基礎 .....	106
第二項 法官知法原則 .....	110
第三項 法律見解之闡明與討論 .....	112

第四項 分析 .....	122
<b>第四節 本人訴訟與闡明義務 .....</b>	<b>127</b>
第一項 律師之司法任務 .....	127
第二項 學說理論 .....	128
第三項 實務見解 .....	131
第四項 分析檢討 .....	133
<b>第五章 闡明之類型 .....</b>	<b>139</b>
<b>第一節 闡明之分類 .....</b>	<b>139</b>
第一項 傳統分類 .....	139
第二項 晚近分類 .....	143
第三項 分析與檢討 .....	146
<b>第二節 具體案例類型 .....</b>	<b>149</b>
第一項 起訴合法性的闡明 .....	149
第二項 訴訟上請求的闡明 .....	158
第三項 攻擊防禦方法的闡明 .....	185
第四項 法律見解表明 .....	204
<b>第六章 闡明之相關法律效果 .....</b>	<b>211</b>
<b>第一節 法官迴避 .....</b>	<b>211</b>
第一項 學說見解 .....	211
第二項 實務見解 .....	213
第三項 分析檢討 .....	213
<b>第二節 失權效 .....</b>	<b>216</b>
第一項 法理依據 .....	216
第二項 失權效與闡明義務 .....	217
第三項 律師代理與失權效 .....	220
<b>第三節 闡明義務與判決效力 .....</b>	<b>226</b>
第一項 重複起訴原則與別訴禁止 .....	226

第二項 既判力客觀範圍與再訴遮斷 .....	232
第七章 結論 .....	237
參考文獻 .....	244



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

我國自民國 89 年民事訴訟法修正以來，採行當事人進行主義，並修正辯論主義而採行協同主義，強調當事人得衡量實體利益及程序利益決定紛爭解決程序，而追求「法」之內容，使人民能尋得信賴之真實，解決紛爭。

民國 89 年民事訴訟法修正中，針對法院闡明規定為修正及增訂，希冀透過法院闡明之方式使當事人能適當提出合法之訴訟、充分掌握紛爭事實、適時提出攻擊防禦方法，於訴訟程序中針對爭點充分進行攻擊防禦，搭配書狀先行、爭點整理及失權效果等制度，達成防止突襲性裁判及利用同一程序擴大解決紛爭之修法目的，保障人民之訴訟權利。

然而在利用同一程序解決紛爭以節省司法資源，與當事人作為訴訟程序主體之程序權利保障之間，法院於何時、何種情況下有為闡明之必要，學界及實務上對於法官闡明權行使之基準及界限等問題，見解仍有分歧而無定論，而法官闡明權行使實際上影響當事人訴訟權利重大，無論係法官應闡明而未闡明或法官闡明逾越，均可能對當事人所採行的訴訟行為、本案裁判結果造成重大影響，甚或造成突襲性裁判，影響人民對司法中立性之期待及觀感，損及當事人提起民事訴訟解決私權紛爭之目的。

如何在立法者修法擴大法官闡明義務，希望法官以闡明方式協助當事人為適當之訴訟行為以主張其權利，達成擴大解決紛爭的目的下，尋得法官行使闡明權之基準及界限，使法院能同時嚴守法官中立之特性，避免造成人民對司法裁判權的不信任，致使立法美意盡失，並同

時保障當事人程序上權利，維護當事人間實質武器平等，實為現今實務的重要課題。

另外，於法院適時為闡明後，當事人是否依照法院所闡明而為訴訟行為，應由當事人對自己訴訟行為負責，在當事人未適時提出攻擊防禦方法時，將可能導致攻擊防禦方法失權效果而遭法官駁回，甚或在當事人未依法官闡明而為訴之變更、追加時，可能影響裁判之效力範圍等，均對人民訴訟權利影響甚鉅。而法院不適當之闡明，則涉當事人是否得聲請法官迴避，及是否得作為上訴第三審之理由，亦有深入探討之空間。

法官在訴訟程序中闡明權行使的適當與否，不啻對直接接觸訴訟之當事人的感受影響至深，妥適的闡明不僅可幫助當事人妥善行使其訴訟上權利，使當事人間的私權紛爭能有效解決，並可提高當事人對法院裁判信服度，足以建立司法威信，避免當事人再行起訴或上訴而耗費更多司法資源，造成訴訟資源利用的不經濟。

本論文以「法官闡明義務之研究」為題，就現今國內法官闡明問題提出分析，並將近年來最高法院對於闡明義務之見解予以類型化，期許提出有助於法官闡明義務相關問題之說明及略表己見，對實務在審判程序中法官闡明權行使發揮些許助益，藉以保障訴訟程序中當事人的實體及程序上權利，亦為引發本論文之研究動機。

## 第二節 研究範圍

本文以「法官闡明義務之研究」為題，主要以國內學說及實務闡明義務相關問題為中心，研究範圍大致上可區分為三部分。

第一部分，係以國內及國外學界區分之闡明義務之類型作為基礎，就傳統分類主要區分為：不明瞭之闡明、訴訟資料補充之闡明、除去不當之闡明、新訴訟資料提出之闡明，其相關問題探討。並就學說上針對法院法律見解是否亦應為闡明的問題，探討是否應成為獨立之闡明類型。末依訴訟階段將我國實務裁判進行類型化觀察，從訴訟程序各階段審視我國實務對法官闡明義務之看法，並略述己見。

第二部分，針對國內及國外學界對於法院闡明義務之界限所提出之見解進行探討。法院闡明是否因民事訴訟程序之紛爭一次解決的目的，及法院資源有限性而必須有效利用司法資源，而可以做最大範圍之闡明；或者仍應受辯論主義或受其他學說所提出之闡明界限的限制，不宜過度擴張，以維護法官中立性之要求。另外，闡明義務界限問題，與當事人訴訟權利有牽涉甚鉅，如何避免突襲性裁判而使當事人對訴訟標的、法官及當事人採行之訴訟行為、法院審判範圍、及裁判結果可以預見，進而在審判程序中採行適當的訴訟行為，有足夠的攻擊防禦機會，及當事人本人訴訟或律師代理訴訟的當事人間武器平等問題，均與闡明界限問題息息相關。綜上以觀，本文擬就闡明界限分析結果，提出本文之看法，以期供實務審判程序中法官在進行各項闡明時之參考。

最後，法院為適當闡明或不當闡明，所生之法律效果為何之問題。針對法院所為適當闡明，當事人未能依法院闡明而為適當之訴訟行為，是否產生失權效果，裁判效力及範圍為何，是否禁止後訴之提起等問題；法院若有不適當之闡明，當事人是否有聲請法官迴避之權利，以維護當事人對於法官中立性的信任觀感等。國內及國外學界就前述問題有何看法，及我國實務之見解是否妥當，均為本文所欲探討之問題。

## 第三節 研究方法

### 一、國內外學說比較研究

參考國內書籍、期刊、論文、研討會資料等，並將實務見解與學說見解之異同進行比較，就爭議問題之法律見解進行整理分析。我國民事訴訟法之修正及其立法目的，亦繼受國外闡明相關之規定，因此就國內學說及實務法律見解整理後，尚應與國外學說及立法加以比較研究，以觀察我國實務及學說發展，與國外法制之異同。

德國民事訴訟法第 139 條規定修法後，對於法官闡明義務的立法目的及闡明界限等議題，甚值得在探討國內闡明問題時加以比較分析；而我國早期闡明義務研究文獻，亦深受日本學說及實務見解影響，故本文擬以德國民事訴訟法註釋書及闡明議題論文為主，進行國內外實務及學說就法官闡明議題的見解作為分析比較之題材，期能從國外法制之發展及立法目的與我國實務及學說之異同，檢討我國現況對於法官闡明制度落實狀況略述己見。

### 二、實務見解類型化及分析

法院闡明為民事訴訟實務中重要之議題，與起訴時之訴訟標的、訴之聲明特定，審理程序中法官訴訟指揮、當事人的訴訟行為、法律見解的表明及討論，判決既判力範圍及當事人上訴權利等，均密切相關，故本文以近年來最高法院實務判決之見解為主，進行分析及類型化。

法官闡明相關之最高法院實務見解相當豐富，本論文從司法院法學資料全文檢索系統以「闡明」為關鍵字進行檢索，整理相關之判決理由進行分析、歸納及類型化，觀察實務上程序要件及實體審理之不同程序階段的法官闡明觀點為何，就實務與學說見解的異同為比較，期能了解相關議題在學說及實務運作的落差，並期能從分析結論中，略示提出本文之意見及看法。

## 第四節 研究架構

本論文共分為七章。第一章為緒論，分為研究動機、研究範圍、研究方法及研究架構，共四部分。

第二章及第三章係簡述民事訴訟程序中，與本論文所探討之法官闡明議題相關憲法上權利、民事訴訟制度的目的、訴權及民事訴訟程序的基本原則，應如何取決各家學說及實務見解之看法，並思考如何在憲法保障人民訴訟權下，從民事訴訟制度目的及因民事訴訟目的而衍生的民事程序基本原則中，取得各爭議議題的妥適解決之道，讓法官闡明制度的運作，與民事訴訟制度目的緊密結合，保障人民憲法上之訴訟權利。

第四章為法官闡明相關的爭議問題研究。從德國 2001 年民事訴訟法修正法官闡明義務規定及民國 89 年我國法官闡明義務立法沿革出發，從修法之方向及目的進而探討法官闡明的界限、心證開示及法律見解討論等問題，末就律師代理訴訟及當事人本人訴訟情形下，法官闡明是否應有相對應之態度及程度的差別為探討。本章節以我國實務及學說見解進行研究，並引入國外學說見解的意見，相互參照比較及分析，從中探究法官闡明制度目的與憲法保障人民訴訟權、民事訴訟制度的目的及民事訴訟程序基本原則的關聯性，簡述本論文對於法官闡明相關爭議議題的看法。

第五章為法官闡明義務的類型。從傳統及晚近學說上對闡明之分類出發，簡述此分類之缺失，末以最高法院近年來之法官闡明相關實務見解為中心，將其區分為起訴合法性、處分權主義、辯論主義及法律見解表明四個部分，從不同階段可能出現的法官闡明態樣進行類型化分析。然而法官闡明權實係貫穿整個民事訴訟程序進行運作，故本文所選取之最高法院判決亦不乏在同一個判決中有不同階段的法官闡明見解。就實務見解類型化後，比較實務見解與國內外學說見解的異同，檢討我國法官闡明制度之實務現況。

## 第一章 緒論

第六章從法官迴避、失權效及判決效力三個部分切入探討闡明相關的法律效果。本章從國內學說見解出發，分析法官闡明制度的立法目的及現行實務落實狀況，供作民國 89 年修法擴大法官闡明義務立法政策走向及實務運作結果的檢討。

第七章為本論文之結論，本章重新歸納、整理前揭個章之重點，略述己見及建議。



## 第二章 民事訴訟目的與闡明

### 第一節 民事訴訟之目的

法治國原則為近代民主法治國家之憲法基本原則，我國大法官釋字第 482 號解釋理由書亦提及：「憲法第 16 條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。」國家為處理解決人民於生活過程中所發生各種問題，亦有義務提供處理各種不同紛爭之訴訟程序，以符憲法第 16 條保障人民訴訟權利之本旨，我國乃設有民事法院、刑事法院、行政法院，以茲處理民事、刑事、行政之不同類型紛爭。

民事糾紛屬私權糾紛，原則上法院並不主動干預私人間的私權紛爭，私人間若能循訴訟外紛爭解決方式處理紛爭，如和解、調解、仲裁、調處等，則無需進入民事訴訟程序，耗費訴訟資源由國家介入私權糾紛；反之，若私人無法以訴訟外紛爭解決方式處理私權糾紛，於法治國家之下，原則上亦不允許私人以自力救濟方式解決紛爭，則當事人得於民事法院提出民事訴訟，請求國家權力介入私人糾紛，以解決私人間之私權糾紛。

民事訴訟程序之目的，學說上眾說紛云，大致上可分為下述幾種觀點：權利保護觀點、私法秩序維持觀點、紛爭解決觀點、程序保障觀點、多元目的觀點、法尋求觀點。

#### 第一項 權利保護觀點

早期之自由主義思想社會，學者強調個人權利自由保護，而國家因原則上禁止自力救濟之故，乃設有民事訴訟制度作為代償，使其承擔依客觀實體法盡保護私權之任務，因此民事訴訟制度目的在保護個人私權。<sup>1</sup>

權利保護觀點以實體權利實現為立足點，難免因過度追求客觀真實，以致可能忽略訴訟制度之使用及裁判形成中常有勞力、時間、費用支出之不利益，若依權利保護觀點之目的以觀，將可能因過度重視實體權利實現，而使當事人受到程序上之不利益。當訴訟程序中勞力、時間、費用支出所造成之不利益，大於追求客觀實體權利所可獲得之利益，反而使當事人所欲達成之權利保護目的不達，造成目的反被手段破壞，實有悖於憲法保障人民基本權利之本旨。<sup>2</sup>

## 第二項 私法秩序觀點

學說上認為，民事訴訟制度為國家司法制度之一環，國家司法制度之目的，不得僅就保護個人權利之私益目的為觀察。國家制定私法之目的在調整私法關係之法律秩序，國家為維持其所制訂之私法秩序，並確保其實效性，乃設立民事訴訟制度。<sup>3</sup>

此觀點受批評之理由，不外乎將私法秩序之維持列為民事訴訟之首要目的，有悖於保障個人基本權利之憲法理念，且亦忽略應平衡兼顧實體利益與程序利益之基本權保障必要性，與民事訴訟所承認之當事人主體權旨趣相悖。<sup>4</sup>故維持私法秩序僅為民事訴訟制度之間接效

<sup>1</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004年9月30日，三版補正版，頁1；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁4；邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁161。

<sup>2</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁161。

<sup>3</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004年9月30日，三版補正版，頁2；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁4；邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁163。

<sup>4</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁163-164。

益，其直接目的仍應回歸當事人私權紛爭處理之問題思考。<sup>5</sup>

### 第三項 紛爭解決觀點

論者認為，從民事訴訟制度之發展歷史為觀察，發現人類社會之法律制度最早係先有解決糾紛之民事訴訟制度，經多年民事審判累積裁判案例，人類社會始有統一合理解決民事裁判為目的之私法制度出現，故人類並非先有私法制度才有民事訴訟制度。民事訴訟制度即先於私法制度存在，則不能認為民事訴訟制度係以維持私法秩序為目的，應認為民事訴訟制度係以解決糾紛為目的，而非保護實體法私權。<sup>6</sup>

論者有認為，此觀點未引據實體法規範作為訴訟制度目的之基礎，尚與近代法治國家原理有所不符。此說因忽視實體法上觀點，致未將實體權利之保護列入民事訴訟目的介定的範圍內不符合憲法保障系爭實體權益之旨趣，而民事訴訟程序進行可能發生耗費的訴訟成本問題，涉及系爭實體權利外之基本權，此見解亦欠缺斟酌考量。<sup>7</sup>

本文認為，紛爭解決不失為民事訴訟制度設置之初的目的，而可爭論者係以此作為民事訴訟之目的，是否對於系爭實體權利外之其他權利尚欠保護之疑慮，本文於本節後段詳述。

### 第四項 程序保障觀點

論者認為，民事訴訟制度之目的應衡量雙方當事人之實質對等，基於各當事人角色分擔之規範，保障實現對等辯論之手續；<sup>8</sup>亦即，

<sup>5</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009年7月，五版，頁5。

<sup>6</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004年9月30日，三版補正版，頁2-3；兼子一，實體法與訴訟法，頁12以下，轉引自：陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁4-5；邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁162-163。

<sup>7</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁164。

<sup>8</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004年9月30日，三版補正版，頁3；井上治典，民事手續論，頁19以下，轉引自：陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，

設民事訴訟制度係為實現當事人相互間在程序過程中，可得確保實質上平等之行為責任分配規則，以此為基礎，當事人始能盡實質之辯論，據以處理紛爭。<sup>9</sup>

由此觀點出發，備受批評者之部分，係未認知民事訴訟制度之目的與憲法上基本權保障間，所應存在之關聯性，更忽略實體利益與程序利益平衡追求，及貫徹憲法理念之重要性。<sup>10</sup>

## 第五項 多元目的觀點

早期多元目的論者有謂，有人類社會即有私權紛爭，國家設置民事訴訟制度之目的，即在解決私權紛爭，依民事訴訟制度解決私權紛爭，必須適用國家制定之私法法規，就此方面而言，民事訴訟制度之目的在使私法法規發生實效，具有私法秩序維持之目的，而私權紛爭又與國家公益無直接關係，須由私權被侵害之人，依民事訴訟程序，請求保護其私權，於獲得勝訴判決時，其私權即受法律之保護。<sup>11</sup>

亦有論者認為，討論民事訴訟制度目的，必須以現在法治國家之法律制度實情為基礎，且民事訴訟目的探討，屬價值論之討論問題，而非認識論之討論問題。於現在法治國家社會，討論民事訴訟制度目的，不能不承認立法者先已制定私法制度之各種法律，而民事訴訟係於私人間發生糾紛時，請求民事法院依據私法法規為法律解決之強制程序。於此觀點下，民事訴訟有保護個人權利之價值存在，同時亦有維護私法秩序之價值存在。民事訴訟制度之本質而言，私人間請求法院介入解決私權紛爭，本即含有解決紛爭之目的價值存在，自不待言。故民事訴訟制度，可謂兼具保護個人權利、維持私法秩序、解決紛爭三者之目的，所應注意者，係在具體個案中，對於各項目之價值之選

---

頁 5。

<sup>9</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁163。

<sup>10</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁164。

<sup>11</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，2000年1月，頁1。

擇，及價值重視程序之差異。<sup>12</sup>

惟亦有論者認為，多元目的觀點將紛爭解決觀點、私法秩序維持觀點及權利保護觀點中，分別著重之不同價值觀，均併列為訴訟制度所應分別追求達成之目的，則亦忽略各該學說所未論及之觀點，將遭受相同之批評。<sup>13</sup>

## 第六項 法尋求觀點

由此觀點出發之學者認為，基於憲法上訴訟權之確實保障，以防止突襲性裁判之觀點，法院對於當事人提起之訴訟，於追尋真實、確定真實過程中，需考慮當事人對心證形成活動及其結果之信服度、信賴度，使當事人充分參與審理程序，充分保障當事人攻擊防禦之機會，應踐行各種使當事人信賴之程序，賦予當事人衡量實體上與程序上利害之機會，兼顧實現實體上及程序上正義，以追求不伴隨任何突襲而值得當事人信賴之真實。<sup>14</sup>當事人信賴真實之追求，必須透過心證公開及催促活動等程序，以緩和或消除辯論主義之僵硬化現象，使當事人不再於暗中摸索法官心證形成活動之領域，並使法官之自由心證更健全，有助於提高心證形成與真實接近度、正確度及迅速性、經濟性。

<sup>15</sup>

憲法在承認國民主權之同時，亦保障人民享有自由權、財產權及生存權等基本權，為保障並實現此等基本權，承認人民有訴訟權，設置行使司法權之法院依「法」裁判當事人（利害關係人）間之法律紛爭，以追求信賴真實，故民事訴訟制度之目的，應係「法」之尋求。

<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004年9月30日，三版補正版，頁8；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁5-6。

<sup>13</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁164。

<sup>14</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁3-46。

<sup>15</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁42-43。

<sup>16</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁157-158。

此所尋求之「法」，必須考量因特定實體法上權利受裁判可獲得之利益，與因程序之使用或減免使用可獲致之勞力、時間、費用節省之利益，即必須存在於實體利益與程序利益之平衡點上的「法」，而非僅指判定私權存否所適用之實體法規範；亦即民事訴訟制度目的，非僅基於實體法上觀點，欲貫徹憲法上私權之保障，尚必須同時從訴訟法上觀點平衡追求程序利益。<sup>17</sup>從「法」尋求觀點觀之，必須承認當事人基於程序主體權地位，可請求法官實現系爭實體利益，亦得請求維護所涉程序利益，應被賦予平衡追求此二利益之機會，<sup>18</sup>以符憲法上一併保障系爭財產權及系爭外各基本權之旨趣，尊重人的尊嚴原則及法治國家原理，強調訴訟制度目的與基本權保障之連結，以符立憲主義之精神。<sup>19</sup>

## 第七項 小結

本文認為，前述之民事訴訟目的觀點中，權利保護觀點過於偏重實體權利之面向，未能顧及民事訴訟制度作為訴訟程序之本質，並非僅考量當事人之實體權利保護。民事訴訟程序中，尚有訴訟上和解、調解、撤回訴訟之設計，顯已賦予當事人就實體權利得本於其為訴訟程序主體之地位，決定如何在實體權利與程序利益間為衡平之考量。況民事訴訟法第 222 條第 2 項規定：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。」此規定亦為實體權利舉證上困難時，由法院審酌合理之數額，避免當事人因舉證困難，遭受舉證之所在，敗訴之所在的困境，並非一味追求客觀真實之實體權利實現，尚必須衡平解決諸多訴訟程序中當事人可能付出過高訴訟成本之問題。客觀舉證責任之分配，

<sup>17</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996 年 8 月 22 日，初版，頁 158-159。

<sup>18</sup> 邱聯恭，程序保障論之新開展，月旦法學雜誌，第 19 期，1996 年 12 月，頁 7；邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996 年 8 月 22 日，初版，頁 207-210。

<sup>19</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000 年 9 月 10 日，初版，頁 276-277。

使負擔舉證責任之一方，於舉證不足無法使法院形成有利於己之心證時，必須承擔敗訴之風險；若立於權利保護之觀點，則應由法院窮盡一切方法探尋真正權利歸屬，此顯非民事訴訟程序所欲達到結果，於訴訟資源集團化現象及訴訟資源合理分配之考量下，亦屬不可能。固然實體權利之保護不應在程序利益及訴訟資源分配考量下被全盤放棄，但民事訴訟制度之目的亦不應僅限縮於實體權利保護之面向。

私法秩序維持觀點則未顧及民事訴訟制度作為解決私權紛爭之本質，其訂定目的並非為維持整體之私法秩序，而係給予人民得利用此程序制度處理私權上之糾紛。而私法關係之形成，除私法相關規定外，尚有依當事人意思表示而成立者，於解決當事人間之私權紛爭，不能不考量當事人意思、利益及權利義務，民事訴訟制度亦不能不考量當事人作為程序主體之地位，況我國民事訴訟程序以處分權主義、辯論主義為基本原則，故當事人在衡平考量實體利益及程序利益之追求時，原則上得決定提起訴訟及審判程序之內容及範圍，而就紛爭之事實及證據提出，亦有決定之權限，使當事人得避免僅為追求少量實體權利而耗費大量程序支出之情況發生，實不宜逕以私法秩序之維持之單一面向作為民事訴訟制度目的。

程序保障觀點之缺點，則係根源於未回歸民事訴訟制度之本質為思考，民事訴訟制度本為解決當事人紛爭而設，而非僅著眼於當事人雙方於訴訟中地位實質平等而已。

而多元目的觀點則因著眼於實體權利之保障及紛爭之解決，並未就新近學說上對於訴訟程序中之當事人之程序主體地位，及當事人程序權利保障為討論、考量，更未論及所謂實體權利與程序權利衡平考量之論點。於此訴訟目的之下，可能忽略當事人訴訟利益之保障、訴訟程序進行中其作為訴訟程序主體應享有之程序上權利及法院之義務。<sup>20</sup>

值得探討者，係關於紛爭解決觀點與法尋求觀點之間的内容差異。

---

<sup>20</sup> 日本新堂幸司教授，於晚近見解中，亦承認手續保障為民事訴訟制度目的之一。新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004年9月30日，三版補正版，頁8。

法尋求觀點之創設，特別強調就憲法同時保障人民訴訟繫屬中及訴訟外之財產權，及當事人基於其訴訟權而有程序主體地位，應賦予當事人得衡平追求實體利益及程序利益之機會，並於訴訟中踐行信賴程序，法官應公開心證使當事人免受訴訟之突襲。法尋求觀點之看法明確說明我國民事訴訟實務中，經常曠日費時而使當事人為程序必須付出大量的勞力、時間、費用的重大缺失，致使當事人於藉由訴訟制度之判決取得實體權利之利益與為踐行訴訟程序之耗費失衡，且因「遲來的正義非正義」，造成人民對司法解決私權紛爭之機能存疑，對司法之信賴度耗損。從提倡發現值得當事人信賴的真實，並將民事訴訟目的定位為尋求當事人衡量實體利益及程序利益後所追求的「法」，足徵論者對於司法實務之缺陷及力求改善現況，提升人民對司法信賴度的用心良苦。

法尋求觀點之論者對於紛爭解決觀點之批評，認為其忽視實體法上觀點，未將實體利益保護列入民事訴訟制度範圍內，不合憲法保障系爭實體權利之旨趣，且亦未充分認知程序利益之追求，即系爭權利外基本權之保障，可能使實體利益遭受程序不利益耗損。<sup>21</sup>

惟本文認為，法尋求觀點之主要立論基礎，係基於當事人程序主體地位，應賦予其平衡追求實體利益與程序利益之機會，並運用法院心證公開等信賴程序，使當事人更能信服法院之判決，終局解決紛爭，始符憲法保障當事人訴訟權、財產權及其他基本權之本旨，其目的不外乎使當事人能基於其程序主體之地位，因其能衡平追求實體利益及程序利益，並因法院讓當事人瞭解心證形成過程，使當事人免於被突襲而信賴法院之裁判，使當事人之私權紛爭澈底解決。故法尋求觀點實際上亦以解決當事人之紛爭為其終局之目的，其中使當事人基於程序主體地位能於訴訟中充分進行攻擊防禦，因法院之信賴程序使當事人免受突襲，使當事人衡平追求實體利益及程序利益等，均係為確保法院之裁判能使當事人信服以終局解決當事人紛爭之方法而已；換言之，法尋求觀點所述，民事訴訟程序應賦予當事人有選擇衡平追求實

<sup>21</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁1162-163。

體利益及程序利益之機會以及踐行信賴程序，以發現當事人信賴之「法」，均係以解決當事人私權紛爭為目的的手段。故本文認為民事訴訟程序之目的，即為定紛止爭，解決私法上紛爭，此亦與民國 89 年以來，數次民事訴訟法修正之「擴大訴訟制度解決紛爭功能」之目的相吻合。

近年來人民訴訟權之保障及各項憲法權利保障之意識抬頭，因而學說上亦產生當事人程序主體權、衡平保障當事人實體利益及程序利益、當事人程序權利保障、突襲性裁判防止等許多重要之權利觀念，民事訴訟程序自應對於人民憲法上基本權利之保障有所回應，這些均屬於民事訴訟程序觀念改變及各項權利保障踐行方法之導正，使人民在權利備受保障之下而信賴法院之裁判，提升司法公信，達到民事訴訟解決當事人私權糾紛之效果。

是以，民事訴訟之目的應可從解決紛爭之觀點思考，而如何達到真正解決紛爭之目的，則有賴引進學說發展之各種權利觀念，包括本文所探討之法官闡明制度，由此目的觀察而踐行至民事訴訟程序中，讓民事訴訟程序能更符合憲法上保障當事人各項基本權利之本旨。

## 第二節 訴權之發展

當事人間發生私權糾紛時，可向法院提起訴訟請求審判，以利用訴訟程序解決紛爭，此係憲法所保障之人民訴訟基本權。而人民可利用訴訟制度解決紛爭之權利稱之為「訴權」，與訴訟合法要件密切相關，其內容為何，當事人具備何種要件下始有訴權存在，則可從訴權理論之發展過程予以觀察。

### 第一項 私法訴權觀點

私法訴權觀點從請求權基礎出發，人民之私法上請求權受到侵害時，即由該私法上請求權衍生其可提起訴訟以保障自己私法上權利之訴權。<sup>22</sup>甚至認為訴權係私法上請求權強制力的表現，或私權被侵害轉換而生的權利。<sup>23</sup>

私法訴權觀點的階段尚無將訴訟注意法院與當事人間之公法關係角度，僅將訴訟關係視為當事人間之私法關係，忽略訴權係原告向國家審判機關之法院請求審判的權利，而從請求權基礎衍生之角度出發，亦無法解釋給付訴訟以外之確認訴訟及形成訴訟的訴權基礎何在。<sup>24</sup>此觀點屬訴權發展之最早階段，現已因民事訴訟理論發展而逐漸成本歷史發展過程中的名詞。

### 第二項 公法訴權觀點

繼私法訴權觀點後，訴權漸發展為私權受侵害時，權利人得請求

---

<sup>22</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁83。

<sup>23</sup> 孫森焱，論訴權學說及其實用，合作界，1974年3月，頁21。

<sup>24</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁83。

國家裁判機關之法院保護其權利之公法上權利，並非從私權角度衍生而來。<sup>25</sup>而公法訴權觀點尚有幾個階段之發展：

## 壹、抽象公法訴權

訴權之內容係在請求法院為裁判，並非就具體內容請求法院判決，故縱因起訴不合法而受駁回裁定，其訴權亦已獲滿足。<sup>26</sup>換言之，人民因私法上權利受侵害而有向法院提起訴訟之法律地位或可能性，係基於公法上之關係而得請求法院進行訴訟，以判決保護其私法上權利，即任何人均具有向法院起訴之一般抽象權利的訴權概念，並未明確具體說明何人在何情況下始得起訴，及法院符合何種要件下始得對原告之起訴進行審判。<sup>27</sup>

## 貳、具體公法訴權

此觀點將訴權稱為權利保護請求權（Rechtsschutzanspruch），係德國及日本早期之重要發展階段，亦為我國實務採行迄今。<sup>28</sup>

訴權內容為權利保護請求權，即就具體內容請求法院為對己有利之判決的權利；<sup>29</sup>故訴權係起訴前即已存在於當事人本身，為原告同時針對法院及被告請求對己有利判決之權利保護請求權。因此，訴訟之提起除必須具備「一般訴訟要件」（Prozessvoraussetzungen）外，當事人尚必須有值得法院加以保護之資格，訴訟內容必須具有受法院保護價值之訴訟利益。此所指之當事人得受訴訟保護必要之資格及應訟內容得受必要保護之利益，即為「訴訟權利保護要件」；而原告必須確有如其訴訟所主張之實體權利存在或不存在之事實，否則法院無法為原告勝訴之判決，此係「實體權利保護要件」。訴權之要件係指

<sup>25</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁83。

<sup>26</sup> 孫森焱，論訴權學說及其實用，合作界，1974年3月，頁21。

<sup>27</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁83。

<sup>28</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁83-84。

<sup>29</sup> 孫森焱，論訴權學說及其實用，合作界，1974年3月，頁21。

前揭所有要件而言；而其中權利保護利益要件部分，建立民事訴訟法學與民事實體法學區分之基礎。<sup>30</sup>

此觀點為學說所垢病者，係訴權同時兼具原告對被告之權利的私權性質及原告對法院之權利的公權性質，並不合理。又原告既為權利人，有權請求法院對其進行權利保護，則法院即應為負有審判義務之人，似讓法院失其第三中立者之特性，卻又由法院擔任審判之機關決定是否就原告所提起之訴訟進行實質審理，及裁決原告所提訴訟有無理由，似均與法院作為義務人之角色有所背離，若其作出不利原告之實體判決結果，更有失此觀點所述權利保護請求權之本質。<sup>31</sup>況司法機關接受原告起訴後，即應妥當適用法律作成裁判，此係法院職務當然之理，並非對特定人所負擔之義務，更不能稱為該私人之權利。<sup>32</sup>

### 參、本案判決請求權

此觀點認為訴訟之目的係當事人起訴請求法院解決私權糾紛，因此訴權係當事人請求法院為本案判決所應具備之權利。<sup>33</sup>故訴權之要件除了「一般訴訟要件」外，僅包含「訴訟權利保護要件」，並不包含「實體權利保護要件」，即原告起訴不備「訴訟權利保護要件」時，法院不為實體審酌而以訴訟不合法駁回起訴。<sup>34</sup>

從此觀點出發，亦能在法院對於原告訴訟為無理由之敗訴判決時，仍能合理說明訴權之內涵。惟從此觀點之內容觀之，似認為訴權僅存在於本案判決之情形下，其他一般判決之情形即無訴權，如何將訴權與本案判決間之關係掛勾，似難有完善之說明，蓋原告起訴後，法院縱以起訴不合法為由而駁回其訴，在訴訟繫屬中仍不能否認其訴權之存在。<sup>35</sup>因此，論者亦有將此觀點進一步改善，認為紛爭解決請求權

<sup>30</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁84。

<sup>31</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁84-85。

<sup>32</sup> 孫森焱，論訴權學說及其實用，合作界，1974年3月，頁21。

<sup>33</sup> 孫森焱，論訴權學說及其實用，合作界，1974年3月，頁21。

<sup>34</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁85。

<sup>35</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁85；孫森焱，論訴權學說

始為訴權。<sup>36</sup>

## 肆、司法行為請求權

此觀點認為司法行為請求權（Justizgewährungsanspruch）與權利保護請求權應有所區別。任何人對國家司法機關之法院得請求為裁判之公法上權利係司法行為請求權，法院非有正當理由不得拒絕指定期間開庭審理，並就訴訟事件進行事實及法律進行審理而為裁判，此即訴權；而權利保護請求權係以請求賦予權利保護為內容，係為賦予有利之本案判決為目的，僅訴訟時特定一造當事人在一定要件下存在，並非任何人均得隨時向法院請求為司法行為而存在之權利，即非訴權之內涵。<sup>37</sup>

訴權係訴訟開始後，當事人實施訴訟之權能，透過訴訟程序中訴權的行使，實體法律關係始逐漸形成；換言之，訴權係對國家司法機關請求依實體法及訴訟法之規定審理及裁判的權利。<sup>38</sup>

### 第三項 小結

我國實務見解中，最高法院 27 年上字第 1964 號判例要旨謂：「當事人之適格為訴權存在要件之一，原告就為訴訟標的之法律關係如無訴訟實施權，當事人即非適格，其訴權存在之要件亦即不能認為具備，法院自應認其訴為無理由予以駁回。」本則判例係揭示當事人適格欠缺即為訴權要件不具備，法院應以訴無理由駁回原告所提起之訴訟。

另最高法院 29 年上字第 473 號判例要旨謂：「法律關係之存否雖不明確，而原告在私法上之地位並不因此而有受侵害之危險者，不得謂原告有即受確認判決之法律上利益。本件被上訴人甲立被上訴人乙

---

及其實用，合作界，1974 年 3 月，頁 22。

<sup>36</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009 年 11 月，七版，頁 85。

<sup>37</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009 年 11 月，七版，頁 86。

<sup>38</sup> 孫森焱，論訴權學說及其實用，合作界，1974 年 3 月，頁 22。

為其嗣孫，是否有效成立，兩造雖有爭執，但此項法律關係之存否不明確，並無何種情事可認上訴人在私法上之地位將因此而有受侵害之危險，自無從認上訴人有即受確認判決之法律上利益。第一審判決駁回上訴人之訴，原審亦駁回其上訴，於法並無違背，上訴人雖以伊等均為被上訴人甲之近族，對於此項違法之立嗣，當然有請求確認其不成立之權等情，為不服論據，然上訴人既未主張其因立嗣之無效而享特定之權利，或免特定之義務，自不能僅以其與立嗣之當事人有親屬關係，即謂其有受確認判決之法律上利益。」本則判例係以當事人欠缺法律上利益之要件，而以判決駁回原告之訴。

綜上實務見解可知，我國實務上於當事人適格有欠缺及法律上利益欠缺的情況，係以實體判決駁回原告之訴，而非以民事訴訟法第249條第1項第6款規定，以起訴不合程式或不備其他要件而以裁定駁回不合法之起訴，故我國實務見解係採具體公法訴權觀點。<sup>39</sup>

此部分涉及民事訴訟提起後，就起訴合法性要件之當事人適格及訴之利益有欠缺之情形，經法官曉諭原告更正或補充，並告以未補正之法律效果以充分保障原告之起訴利益後，原告仍未為適當之訴訟行為時，應以程序判決或實體判決駁回原告之訴的問題。我國實務與德國實務所採之訴權觀點有差異情況下，處理此類合法性要件欠缺情形，即會發生相異之結果。

---

<sup>39</sup> 孫森焱，論訴權學說及其實用，合作界，1974年3月，頁24。

## 第三章 民事訴訟基本原則與闡明

### 第一節 憲法保障之訴訟權

人民訴訟權為我國憲法第 16 條所保障之人民基本權利，其除了屬主觀防衛之作用之基本權外，同時亦為憲法制度性保障，故訴訟權有別於一般自由權性質之基本權，必須透過立法者建構之訴訟制度方得實現，國家負有義務積極建立合理的訴訟制度，以達成憲法上保障人民訴訟權之底限。<sup>40</sup>

釋字第 418 號解釋理由書揭示：「憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。」是以，除形式上必須使人民有接近使用法院，利用訴訟程序，以實現其權利外，同時訴訟程序之設置，實質上必須可有效保障人民之權利，否則均不符憲法上保障人民訴訟基本權之意旨。國家為處理解決人民於生活過程中所發生各種問題，亦有義務提供處理各種不同紛爭之訴訟程序，以符憲法第 16 條保障人民訴訟權利之本旨，我國乃設有民事法院、刑事法院、行政法院，以茲處理民事、刑事、行政之不同類型紛爭。

我國司法院大法官釋字第 482 號解釋理由書亦提及：「憲法第 16 條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。」此係司法院大法官解釋所揭示之人民訴訟基本權內涵。

---

<sup>40</sup> 陳慈陽，憲法學，元照，2005 年 11 月，二版，頁 623。

## 第一項 程序主體權

程序主體權即當事者權，係從人性尊嚴及貫徹國民主權之出發，基於人民享有自由權、訴訟權、財產權等憲法上所保障之權利，任何人民之人格均應受到尊重，而與其利益、地位、責任、權利義務相關之訴訟程序，人民自應有參與程序以影響裁判形成之權利及地位，此係根據憲法上權利而應承認之當事人程序主體性地位。<sup>41</sup>司法裁判程序的構成與運作，既然係以保障人民之程序上基本權利為內容，則立法者所制定之訴訟法及法院踐行之訴訟程序，於訴訟程序中，當事人及利害關係人自應居於程序主體之地位，不應僅被當作程序客體加以支配。<sup>42</sup>

當事人既為程序之主體，應認其同時享有實體法上及程序法上權利之處分權，使當事人除了得因實體法上權利處分權而處分其實體權利外，亦得基於程序處分權而於訴訟程序中取捨其程序利益，使當事人得以衡量訴訟程序可能造成之時間、勞力、費用支出與實體權利之保護間，如何進行取捨。<sup>43</sup>為了保障當事人程序主體之地位，使其對於實體上利益及程序上利益能有所取捨，民事訴訟程序乃原則上採處分權主義；亦即處分權主義之採行，除了本於實體權利之私法自治原則貫徹外，尚考量當事人有訟爭實體權利外之其他權利，而基於當事人程序主體權之考量，使當事人亦得就實體利益及程序利益為衡量，並有決定其訴訟程序開啟及請求裁判之內容範圍的空間。<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> 邱聯恭，司法之現代化與程序法，三民，1992年4月，初版，頁112。

<sup>42</sup> 邱聯恭，司法之現代化與程序法，三民，1992年4月，初版，頁112。

<sup>43</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁33-34。

<sup>44</sup> 學說上認為，民事訴訟原則所採行之處分權主義之基礎，除了私法自治原則外，尚因當事人程序主體權之地位，使當事人有衡平追求實體利益及程序利益之機會。詳參：邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁33-39。

## 第二項 適時審判請求權

遲來的正義不是正義，對於人民權利的保護，隨著漫長的訴訟時間拖延，人民因訴訟而耗費眾多勞力、時間、費用，即使最後取得勝訴判決，人民的權利保護卻因漫長的訴訟時間日漸耗損而薄弱。

因此德國法中有效率的權利保護請求權（Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz）實際上即包含釋字 482 號解釋理由書所稱之「適時審判請求權」，即追求訴訟期間縮短，於人民為實體上權利而提起訴訟時，兼顧人民程序上利益之要求，即除了實體權利應受充分保護外，同時在權利實現上亦應有效率。<sup>45</sup>而人民之權利能適時獲得保障，因訴訟資源具有集團性現象，在訴訟資源有限的情況下，尚可降低法院之負擔，達成訴訟經濟之目的。故適時審判請求權，除有助於確保人民權利之保障，同時可達成訴訟資源有效利用，此為現今保障人民訴訟基本權之重要課題。

德國 2001 年民事訴訟法修正中，訴訟程序效率化亦屬修正之重點，包含加強法官之闡明義務、第二審攻擊防禦方法提出之限制、第二審及第三審之許可上訴制度等；我國民事訴訟法修正中，包括爭點整理程序、證據保全、文書提出義務、失權效、法官闡明義務、判決書簡化、選定當事人制度、第三審制度變革等，亦均與適時審判請求權息息相關。<sup>46</sup>

## 第三項 聽審請求權

合法聽審權（Das rechtliche Gehör）即聽審請求權（Der Anspruch auf rechtliches Gehör），係德國基本法第 103 條所規定之制度，且被

---

<sup>45</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 58-62。

<sup>46</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009 年 11 月，二版，頁 34。

認為是法治國家最重要且不可或缺的程序原則。聽審權使兩造當事人得以進行公平的程序，因此若法院未尊重當事人之聽審權，則其作成之判決具有嚴重的訴訟程序上瑕疵，而得作為上訴之理由。<sup>47</sup>我國憲法上並無聽審請求權之明文，但釋字 482 號解釋理由書中，大法官已揭示聽審請求權亦屬人民之訴訟基本權內涵。

聽審權之保障源自於人性尊嚴保障之要求，在涉及個人生命、身體、自由、人格、財產權之程序，受裁判效力影響所及之當事人或第三人，應享有足以影響裁判結果之程序主體地位，就事實、證據及法律上見解，應有充分陳述、辯論之機會，法院則負有聽取當事人陳述，並斟酌其內容而作成裁判之義務。<sup>48</sup>而法官聽取當事人之陳述，尚必須於訴訟程序中積極為訴訟指揮及闡明，以期程序能迅速及妥適進行，當事人意見得以適切表達，則在充分保障當事人程序權利情況下所為之陳述，始足以讓法院作成適當之裁判，避免突襲性裁判之發生。<sup>49</sup>

適時審判之要求與聽審權之保障間，存在一定之緊張關係，故於保障當事人聽審請求權之同時，亦必須注意使聽審之程序、方式具有效率，始其與「適時審判請求權」取得平衡。<sup>50</sup>聽審請求權之內容則包括知悉權（受通知權）、陳述權、法院審酌義務、突襲性裁判禁止等。

## 壹、知悉權

知悉權（Der Recht auf Orientierung）之內容，包括訴訟繫屬受合法通知權、對相對人陳述內容知悉權及閱卷權。

<sup>47</sup> Othmar JaueNrig, ZPO, 29. Aufl., München 2007, S. 93-94.

<sup>48</sup> Musielak, Grundkurs ZPO, 9. Aufl, München 2007, Rdnr. 99；沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟－以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會－憲法解釋與訴訟權之保障，頁 63。

<sup>49</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟－以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會－憲法解釋與訴訟權之保障，頁 64。

<sup>50</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟－以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會－憲法解釋與訴訟權之保障，頁 64。

## 一、受通知權

民事訴訟程序原則採行處分權主義及辯論主義，凡為法院所必要之訴訟資料，均以當事人提出為原則，而提出之方法則有言詞提出及書狀提出。訴訟之提起，依民事訴訟法第 244 條第 1 項規定，原則上須提出訴狀於法院，因法院之受理而發生訴訟繫屬。<sup>51</sup>

訴訟繫屬後，法院應依民事訴訟法第 251 條第 1 項規定，將起訴狀合法送達被告，使被告知悉訴訟繫屬之事，並給予合法之就審期間準備應訴事宜，若訴訟繫屬未經合法送達方式通知被告，自不能以被告未到庭而為一造辯論判決，否則不啻因法院之未合法將起訴狀送達被告，而剝奪被告應訴表達其意見及提出有利於己之證據的權利，屬對被告聽審權之侵害。

## 二、知悉權

民事訴訟程序，原則上採行辯論主義，法院依據兩造當事人於訴訟程序中所為陳述及所提證據，形成心證而作成判決。惟兩造當事人於訴訟程序中，欲為有利於己之陳述及提出相關證據，並對於他造當事人之陳述及所提證據予以回應，均必須建立在對於他造陳述內容有所知悉之上，故對相對人陳述內容知悉權係保障當事人之合法聽審權當無疑義。

對於一造當事人之陳述，其他程序參與人應有知悉之權利，法院對此則負有通知之義務，據此而使其他程序參與人之陳述主張權利，能獲確保，使當事人能極盡攻擊防禦之能事，以維護自己之權利。<sup>52</sup>同時藉由當事人充分對於爭執之點進行攻擊防禦，輔以法官適時之訴訟指揮及闡明活動，不僅有利於法官形成正確之心證，亦有助於當事人對於紛爭有所了解。於訴訟程序進行過程中，或可因當事人對於兩造意見衝突處之了解，衡量程序利益及實體利益之衡平追求可能性，自行和解而撤回訴訟；或可能因法官從中明瞭當事人爭執之點，於訴

<sup>51</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009年7月，五版，頁272。

<sup>52</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁73。

訟程序中適當時機勸導當事人和解，更有利於解決紛爭；縱使兩造當事人對於爭執之事意見歧異甚大，而無和解之契機，法官於充分了解兩造爭執之點，就兩造已充分陳述意見及提出證據後而作出之判決，當更能使當事人產生信賴，有助於當事人紛爭之解決。

### 三、閱卷權

當事人對於法院卷宗有閱覽之權利，民事訴訟法第 120 條、第 242 條第 1 項規定，均屬對於當事人閱卷權之保障。<sup>53</sup>而閱卷之內容，應包括所有於判決具重要性之相關資料，且除法院內部不須公開之文件，或符合民事訴訟法第 242 條第 3 項規定，對於隱私或業務祕密保護之情況，不予准許當事人閱覽外，法院原則上不能以於程序無實益等理由而駁回當事人閱卷之聲請，否則均屬對於當事人聽審權之侵害。

54

### 貳、陳述權

陳述權係聽審請求權保障最重要之內容，法院必須保障程序參與人就對其權利伸張與防禦具有重要性之事項，得予於訴訟程序中充分陳述，而法院始得據以作為裁判之基礎。<sup>55</sup>

民事訴訟法第 200 條規定：「當事人得聲請審判長為必要之發問，並得向審判長陳明後自行發問。審判長認為當事人聲請之發問或自行發問有不當者，得不為發問或禁止之。」辦理民事訴訟事件應行注意事項第 58 點：「當事人聲請審判長對於他造當事人發問，審判長認為無妨礙者，應予准許。當事人得向審判長陳明後自行發問。當事人之發問或自行發問有與訴訟標的或爭點無關等不當情形者，審判長得

<sup>53</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 66。

<sup>54</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 66-67；姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009 年 11 月，二版，頁 74。

<sup>55</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009 年 11 月，二版，頁 75。

不為發問或禁止之。」民事訴訟程序中，為使當事人於辯論主義之下，有適當提出其主張之事實及證據之機會，使當事人進行充分攻擊防禦，以承擔程序中訴訟行為之自己責任，應使當事人於程序中有發問及陳述意見之權利，除有不當或重複發問之情形外，法官應予准許之，以保障當事人程序主體地位及訴訟上之聽審請求權，而法官基於中立地位，經由兩造所提出事實及證據進行充分攻擊防禦後，形成心證而為判決。

惟陳述權之保障，並非當事人於訴訟程序中，能對與訴訟標的相關之事實予以主張、爭執、提出證據、對證據調查結果陳述意見，及提出法律見解即為已足，更重要者係法院對於將採為判決基礎之事實、證據調查結果或法律意見，應使當事人有表示意見之機會。<sup>56</sup>亦即不論係當事人所提出之事實、證據、法律意見，法院依職權探知之事實、調查證據，或事實於法院已顯著或為其職務上已知者，於裁判前均應先闡明使當事人知悉，讓當事人就該事實有表示意見之機會，且依民事訴訟法第 199 條第 1 項規定，法院負有注意義務，使當事人之辯論適當且完全，以確保當事人之辯論權。<sup>57</sup>

至於法官本於法官知法原則，有依職權而正確適用法律作成裁判之義務，法官裁判所依據之法律見解，如係當事人不能於訴訟之過程中知悉或被當事人所忽略者，法官應於裁判前向當事人為此項法律見解之闡明，惟此是否即表示法院有與當事人進行法律討論之義務，國內及國外學說上仍有不同見解，惟此部分所涉問題甚廣，本文於第三章第五節詳述。

### 叁、法院審酌義務

法院審酌義務之履行，包括對當事人陳述內容的知悉，及對當事

---

<sup>56</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 67。

<sup>57</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 67；許士宦，辯論主義之新開展，月旦法學雜誌，第 19 期，1996 年 12 月，頁 17。

人陳述內容予以評價審酌，並於判決中附具理由，說明其審酌當事人陳述內容之過程，此亦為法治國司法權行使之基本要求。<sup>58</sup>

聽審請求權使當事人對於判決結果具有決定性影響力的事實及法律見解，於裁判前有表示的機會，而當事人所為之事實上及法律上陳述，法院則有義務就當事人所為之陳述予以審酌，縱使裁判上並不需清楚引述當事人所為每一項陳述內容，但與主要事實相關之部分則必須明確說明。<sup>59</sup>

我國實務判決中，法官為避免當事人或上級審質疑其審酌義務之違反，經常可見於判決之末段以「本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經本院審酌認為於判決不生影響，爰不一一論列，併此敘明」之文字，表示其判決已審酌當事人所有之陳述及所提之證據。惟此種做法學說上則有質疑，認為審酌欄未適當處理當事人所為主張及所提攻擊防禦方法，對當事人容易形成突襲性裁判，並認為此類經法院審酌認為不重要、無關聯性之主張及攻擊防禦方法，應製作附表表明已加以審酌較為妥當。<sup>60</sup>

本文以為，學說上之見解確屬有據，法院判決慣用之用語，確有過於簡略之嫌，可能流於作為向上級審交待其並無違反法院審酌義務之形式用語；惟以附表之方式為之，甚至於附表說明為何無關聯性或不重要，可能使此類於判決無影響部分之說明過於慎重，耗費過多無謂之司法資源，法官之精神過度耗費於此，恐有本末倒置之虞，或許將未採用之兩造當事人所為主張及攻擊防禦方法簡易列舉方式為之即可，較符合法官之工作負擔，且亦足以確保當事人之聽審權。

## 肆、突襲性裁判禁止

突襲性裁判（Überraschungsentscheidungen）係指法院違反法官之關於事實上及法律上闡明（指示）義務，而其裁判並以此等當事人

<sup>58</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁75。

<sup>59</sup> Othmar JaueNrig, ZPO, 29. Aufl., München 2007, S.93.

<sup>60</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁83-84。

未受適當程序保障（尤其是指意見表示之權利）下所得之事實或法律見解為裁判之基礎與依據，以致造成法院所為之裁判，非當事人依通常情狀所得預期裁判結果之意外效果。<sup>61</sup>另有學者認為，隱存於形成心證過程及判決的一定誤謬及不完全，原可經由當事人及時提出較充分的攻擊防禦方法，或陳述必要的意見（包括證據分析），而適時予以治癒或補全，藉以避免經濟上浪費或錯誤、不完全的發生時，則因未適時賦予當事人（律師）提出攻擊防禦方法或陳述意見以促使治癒或補全該誤謬或不完整的機會，將終致該誤謬或不完整仍然殘存，在此情形，當事人為謀補救該殘存誤謬或不完整之裁判，不得不再付出原可節省之勞力、時間、費用，此種隱含誤謬或不完整之裁判，係在未賦予與當事人上述機會所作成，即為突襲性裁判。<sup>62</sup>

上開兩種說法，其實都說明了突襲性裁判包含「事實上的突襲性裁判」及「法律上的突襲性裁判」，只是後者更強調當事人於訴訟過程中所耗費原可節省的勞力、時間、費用，亦屬一種對當事人本案訴訟以外權利的侵害，更突顯突襲性裁判對當事人造成訴訟上權利及實體上權利侵害，甚至進一步損及當事人對司法的信賴而使民事訴訟程序解決紛爭之功能減損。

突襲性裁判之防止係民國 89 年民事訴訟法修正之重要方針，與法官之闡明關係甚密，且民事訴訟法第 199 條修法之理由謂：「適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，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，除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律見解為必要之陳述及作適當完全之辯論。爰修正第 1 項及第 2 項規定，以資適用。」是以，本次修法特別強調除事實認定外，就當事人主張之事實應適用何種法律，法官亦應對當事人為闡明，並使當事人有表示意見及辯論之機會，亦即除防止事實上的突襲性裁判外，尚應注意防止法律上之突襲性裁判。

<sup>61</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009 年 11 月，二版，頁 109。

<sup>62</sup> 民事訴訟法研究會第三次研討會紀錄，突襲性裁判，民事訴訟法之研討(一)，頁 35。

為尊重當事人作為程序主體之地位，避免當事人於程序中被處遇為受支配之客體，應使當事人被賦予參與訴訟程序及充分於訴訟程序中進行事實及法律陳述之機會，並充分進行攻擊及防禦，藉以影響法院形成裁判之內容，避免其遭受法院之突襲性裁判。<sup>63</sup>

論者有將突襲性裁判區分為「發現真實之突襲」與「促進訴訟之突襲」，而前者又區分為「認定事實之突襲」及「推理過程之突襲」。<sup>64</sup>「發現真實之突襲」係因未使當事人在言詞辯論終結前，充分認識、預測法院有關發現真實之心證形成活動，致當事人就發現真實（確定某事實之存否），未盡充分攻擊防禦或陳述必要意見之能事而發生；其中當事人未充分認識、預測法院所要認定之事實或該事實之具體內容，致當事人未能就不利於己之事實為充分攻擊防禦情況下所受之裁判，係「認定事實之突襲」，而當事人未能預測法院就某事實存否之判斷，致當事人在未能適時提出充分之資料或陳述時必要之意見（含證據分析）等情況下所受裁判，係「推理過程之突襲」。「促進訴訟之突襲」則指因未適時使當事人預測法院之裁判內容或判斷過程，致當事人在不及提出有利資料或意見，以避免程序上造成勞力、時間、費用之不必要支出或不該有之節省等情況下，所受法院之裁判，因而可能造致當事人受有程序上或實體上之不利益。<sup>65</sup>

關於突襲性裁判的防止，因民事訴訟程序為現代社會民事紛爭解決機制之一環，法官透過闡明方式，使訴訟程序透明化、去威權化與實質平等化，朝向一個對話溝通式的程序進行方式進行，避免突襲性裁判發生，有助於當事人紛爭之真正解決。<sup>66</sup>而學說上則認為，心證公開係防止突襲性裁判發生之必要方法，以使當事人適時預測法官心證形成之過程及結果，補充提出攻擊防禦方法或陳述意見，有利於匡正可能的隱藏性判斷過程錯誤，使當事人毋庸於主張及舉證之訴訟行

<sup>63</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁88。

<sup>64</sup> 邱聯恭，司法之現代化與程序法，三民，1992年4月，初版，頁121-123。

<sup>65</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996年8月22日，初版，頁5-7。

<sup>66</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁73。

為中，摸索法官判斷過程，且有利於自由心證主義運用之健全化，賦予當事人衡量實體上利益及程序上利益之機會。<sup>67</sup>甚有論者而主張，為充分保障當事人程序權，基於當事人程序主體地位而使當事人有平衡追求實體利益及程序利益之機會，防止突襲性裁判之發生，當事人應有心證公開請求權，法院於無礙於法官中立性、公正性之範圍內，應開示其心證。<sup>68</sup>

## 伍、小結

合法聽審權係訴訟程序中保障權利與實踐權利最具決定性之手段，法院之判決如違反法定聽審權之要求，則係有瑕疵之違憲判決，於德國實務中，得依憲法訴訟之程序救濟，以治癒其瑕疵。<sup>69</sup>應注意者係德國民事訴訟法於 2001 年修正後，對於合法聽審權之救濟，新增訂第 321 條之 1 規定，使第一審法院對於合法聽審權有所侵害之情況，得因受不利判決之當事人異議，即行使聽審責問權利(Ahhörungs rüge)，而有判決之自我糾正機會，但異議若無結果時，當事人仍得提出憲法訴願，本條規定之新增，具有減輕二審上訴及緩和憲法訴訟負擔之意義，縱最後仍提出憲法訴願，因前經普通法院為侵害合法聽審權之審查，憲法法院對此亦收減輕審查工作之效果。<sup>70</sup>

我國民事訴訟法關於合法聽審權之保障條文，諸如民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1、第 222 條第 4 項、第 244 條第 4 項、第 266 條、第 267 條、268 條、第 288 條第 2 項等，均屬之，尤應注意訴訟經濟與實體正義追求間之緊張關係，使合法聽審權之保障與法官闡明之進行及失權效之使用，相互影響且對當事人程序權利影響甚鉅，實值得重視且尚待實務發展，以評估相關法律規定於實務上之運作成效。

<sup>67</sup> 民事訴訟法研究會第三次研討會紀錄，突襲性裁判，民事訴訟法之研討(一)，頁 42-43。

<sup>68</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000 年 9 月 10 日，初版，頁 158-159。

<sup>69</sup> 陳慈陽，憲法學，元照，2005 年 11 月，二版，頁 786。

<sup>70</sup> Musielak, Grundkurs ZPO, 9. Aufl, München 2007, Rdnr. 513-514；Othmar JaueNrig, ZPO, 29. Aufl., München 2007, S.94；姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009 年 11 月，二版，頁 98-100。

我國雖無憲法救濟制度，但違反聽審權之判決，仍屬有違法治國原則而造成對人民訴訟權之侵害，法官於程序中闡明之介入、課予當事人失權效力及合法聽審權保障間，尤應就當事人是否有為訴訟行為之期待可能、當事人未適時為訴訟行為有無可歸責性、是否應負訴訟行為之自己責任、武器平等原則之考量等因素，均為妥適之審酌及考慮，避免當事人之訴訟上權利遭剝奪，影響裁判之合法性，甚而減損當事人對司法之信賴，有礙訴訟程序解決當事人紛爭功能的發揮。

#### 第四項 公正程序請求權

公正程序請求權（Der Anspruch auf ein faires Verfahren）於程序法上屬概括條款，與誠信原則相同，其內容及範圍並非十分明確，具有補遺性權利之性質，尚待實務及學說具體化。<sup>72</sup>法院必須合於當事人所期待而運作程序，不得為相矛盾之行為，不得因可歸責於法院因素而對當事人造成程序上不利益，<sup>73</sup>故對於當事人之訴訟行為採「最惠待遇原則」，不得將法院本身或可歸責於法院之錯誤或遲誤，使當事人承擔程序上之不利益，並在具體狀況下，對於程序關係人均賦予照顧之義務。<sup>74</sup>

基於保障公正程序請求權之法理，法官於行使訴訟指揮權以運作審判實務時，應導向於保護當事人之利益，針對程序態樣及審理狀況不同，從實質上確保該利益具體化，除有害公益之情形外，在保護當

<sup>71</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁101。

<sup>72</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁35；沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁83；許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁44。

<sup>73</sup> Musielak, Grundkurs ZPO, 9. Aufl, München 2007, RdS. 100.

<sup>74</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁81；許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁43。

事人利益所必要範圍內，受訴法院有關程序之裁量，應受相當制約，並就特定情形負有形成程序之義務，而當事人亦有請求形成該程序之權利。<sup>75</sup>法官之程序形成，應防止導致當事人法律上救濟手段喪失，並致力於調整訴訟當事人間力量關係之均衡，確保當事人自主決定（自己責任）之可能性，以維護當事人實體利益及程序利益，並維持當事人間實質公平。<sup>76</sup>

公正程序請求權之法律，於民事訴訟法上實踐之結果，促使法官權責加重，於程序進行中有闡明之空間，在無違法官中立義務下，法官應對當事人為事實上及法律上之闡明，使當事人於程序上受實質之權利保障。當事人就傳統處分權主義及辯論主義下之負擔，則因法官權責之加重而得以減輕，當事人於訴訟程序上所負擔之當事人自己責任，均以有行為之期待可能性為前提，若無法期待當事人為訴訟上之主張及舉證，則除了法官闡明應予介入外，尚有判決既判力範圍限制之保障，避免當事人因不知法律而受程序上或實體上之不利益，始符公正程序之要求。<sup>77</sup>

另公正程序之要求，尚必須強調平衡保障當事人實體上利益及程序上利益，使當事人本於程序主體地位，得衡量實體利益與程序利益而為程序選擇之機會，並強化法院對於當事人之扶助照顧義務，包括法官闡明義務（民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1）、金錢損害賠償之訴放寬訴之聲明特定責任（民事訴訟法第 244 條第 4 項）、確認之訴變更、追加之闡明（民事訴訟法第 247 條第 3 項）等。<sup>78</sup>

## 第五項 武器平等

在訴訟程序上，必須保障兩造享有地位平等、機會平等、及風險

<sup>75</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 38-39。

<sup>76</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 43-44。

<sup>77</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 45-54。

<sup>78</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 83-85。

平等，此係以憲法上平等權保障及法治國原則為基礎，<sup>79</sup>又被稱為「武器平等原則」(Grundsatz der Waffengleichheit)。<sup>80</sup>地位平等，指當事人不論為攻擊者或防禦者，亦不論在訴訟外之實體法律關係有無上下從屬關係，在訴訟上均享有相同之地位；機會平等，則指當事人享有平等接近、利用法院之機會，以及提出攻擊防禦方法之機會；風險平等，係訴訟勝敗之風險，兩造當事人平等分配，不應由一造負擔較高之敗訴不利益風險。<sup>81</sup>且武器平等非僅形式上平等而已，亦須為實質平等之保障，即使有意主張權利之人，均能有機會使用訴訟制度，而為其排除主張權利之障礙。而法院有義務透過客觀公平指揮審判，無偏見面對雙方提出的事證為評估，公正適用法律，正確履行應有之程序責任（尤其是闡明義務），並保持同等對待兩造當事人的態度。<sup>82</sup>我國民事訴訟法於民國 89 年修正時，新增及修訂相關規定，如法院闡明義務之強化（民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1、第 244 條第 4 項、第 247 條第 3 項、第 296 條之 1）、當事人事案解明義務（民事訴訟法第 266 條至 268 條）、舉證責任調整（民事訴訟法第 277 條但書）、證明妨礙（民事訴訟法第 282 條之 1）、損害額之酌定（民事訴訟法第 222 條第 2 項）、法官依職權調查證據（民事訴訟法第 288 條）、當事人或第三人文書提出義務（民事訴訟法第 344 條第 3 項、第 345 條）、勘驗協助義務（民事訴訟法第 367 條）等，均屬武器平等之相關規定。<sup>83</sup>

實質意義之武器平等原則，強調當事人於法院前之實質性程序地位平等性，除立法制度上當事人應有同等訴訟程序上地位，且程序上之機會亦應平等，法官應客觀公正運用法律及履行程序上義務，確保

<sup>79</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S.81

<sup>80</sup> 沈冠伶，民事證據法與武器平等原則，元照，2007 年 10 月，初版，頁 92。

<sup>81</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 80。

<sup>82</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S.81.

<sup>83</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 80。

當事人地位之平等，<sup>84</sup>故法官不僅於程序中須保障兩造當事人合法聽審之權利，尚應給予兩造相同之攻擊防禦機會。<sup>85</sup>實質武器平等要求的是平等保障實體權利實踐的程序，其更符合法律保障當事人訴訟權利規定，更可因而產生妥適且公正的判決。<sup>86</sup>

法官之訴訟指揮，除不得有恣意對一造當事人為有利或不利之偏私外，對於當事人事實上不平等性，如法律知識之不對等、有無委任律師遂行訴訟等，亦應運用闡明權之行使，使當事人能在訴訟上取得相同之影響判決形成機會。論者有認為，法官闡明權之行使固應注意武器平等原則，但仍應注意法律上基本價值之預設，及當事人間與訴訟為集團現象之公益兼顧，若當事人有得避免自陷於不平等弱勢之可歸責性，如當事人有能力委任律師而不委任，此情況下，縱使當事人未委任律師以遂行訴訟，法官亦不宜介入過多而造成不平等。<sup>87</sup>

惟本文考量我國民事訴訟制度第一審、第二審未採行強制律師代理，法律既未強制當事人必須委任律師進行訴訟，則法官對於未委任律師進行訴訟之當事人的闡明，應否因其是否有能力委任律師有而不同，容有考慮空間。當事人是否要委任律師為代理人遂行訴訟應有選擇之權利，縱使當事人有能力委任律師，基於程序利益及實體利益衡量考慮下，選擇不委任律師遂行訴訟，亦屬常見。法官於訴訟中之闡明權行使，以當事人是否有委任律師遂行訴訟而有程度上之差異，係因律師具有專業之法律知識，而未委任律師之當事人本人居於法律知識上的劣勢，為了促使兩造當事人武器實質平等而為此差別待遇；若當事人雖有能力委任律師而選擇不委任律師代理，此屬當事人選擇之權利，法官不應因此對此本人遂行訴訟之情況降低闡明，否則不啻使有能力委任律師之當事人，均負有委任律師之義務，以防止法官將其視為律師代理訴訟而為差別待遇闡明所造成之不利益。而當事人選擇

<sup>84</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁38、169。

<sup>85</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S.81；許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁54；姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁38。

<sup>86</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S.82.

<sup>87</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁186。

不委任律師，由本人遂行訴訟程序，法官雖不降低其闡明義務，並依照一般當事人本人訴訟之方式為闡明，惟法官闡明仍有其界限，不能成為訴訟程序之教訟者，該當事人仍可能因法律知識不足無法完全了解法官闡明之內容而承受未委任律師之訴訟風險，此即屬當事人選擇不委任律師所應承受之結果，實毋庸另考慮當事人有無資力委任律師而為不同之處置。

## 第六項 小結

訴訟權之保障，應以事前防止發生權利侵害為優先，蓋部分訴訟權內涵具有不可逆性質，難以事後救濟，如適時審判請求權即屬之。<sup>88</sup>釋字第 572 號解釋及釋字第 371 號解釋闡示下，因憲法第 80 條保障法官依據法律獨立審判之權限，使我國各級法院法官，於審理個案中確信該個案應適用之法律違憲，且顯然於該案件之裁判結果有影響情形下，有聲請大法官就該有違憲疑義之法律為解釋之聲請權限，此亦屬防止訴訟權侵害之事前權保障的重要機制。

民事訴訟法之解釋及適用，應注意是否與憲法原則及憲法上保障訴訟權之意旨相符，儘可能為合憲性之解釋。<sup>89</sup>至於民事訴訟程序有違反憲法所保障訴訟權內涵之權利時，於我國體制之下，於判決確定前，應循上訴方式救濟，並應許可以訴訟權受侵害為由上訴第三審；於判決確定後，得依大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請大法官為解釋，並於大法官為解釋後，以之為請求再審之事由。

學說上亦有認為，使受不利確定判決之當事人，得以法官判決有侵害上開訴訟權內涵之權利之由，逕循再審以謀救濟，避免動輒聲請大法官解釋，不僅符合法官依法審判之權責，亦可節省有限之司法資

<sup>88</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 112。

<sup>89</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 113；姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009 年 11 月，二版，頁 50。

源。<sup>90</sup>

本文認為上開見解確有促進當事人權利迅速獲得救濟之效果，有利於當事人權利之保護。惟此種直接透過再審方式進行當事人訴訟權利救濟，於實務上尚欠實際案例，且與向來實務見解認為以大法官解釋後始發動再審救濟之看法不同，故此學說之見解，尚有待實務發展；況若僅以再審方式為個案之救濟，可能發生有違憲疑義之法律，不能依大法官解釋而發生通案失效之結果，此部分或有在制度上予以配合調整之空間。

司法院大法官釋字第 482 號解釋理由書，揭示適時審判請求權、聽審請求權、公正程序請求權、程序上平等權（武器平等），均屬憲法第 16 條所保障之訴訟權範疇。前揭訴訟權中之各項權利，其價值亦有衝突之情況，應如何平衡兼顧，即屬法官於個案程序中應妥善處理之重點，此尚有待實務經驗之累積及分析，並隨時檢討，以確實保障人民訴訟基本權。

---

<sup>90</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 113；許士宦，憲法解釋與訴訟權之保障—以民事訴訟上訴訟權之保障為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，頁 49。

## 第二節 處分權主義

### 第一項 處分權主義之意義及內涵

處分權主義 (Dispositionsmaxime) 係基於私法自治之大原則，當事人得自由處分其私法上的權利，發生私權糾紛時，當事人是否起訴、何時或於何種內容範圍內，向何人起訴，如何終結訴訟，均由當事人自由決定。<sup>91</sup>換言之，若無當事人起訴，民事訴訟程序不得開始，上訴審程序、再審程序亦同，即「無起訴則無裁判」；由當事人決定審判之對象、範圍、限度，法院應受其拘束，故民事訴訟法第 388 條規定：「除別有規定外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決。」而當事人請求法院判決後，仍得撤回其訴或上訴，或依訴訟上和解、訴訟標的之捨棄或認諾而終結訴訟程序。<sup>92</sup>

### 第二項 處分權主義之例外

民事訴訟程序採行處分權主義，係與私法自治之原則相對應，使當事人之私權糾紛，需許當事人對於私權訴訟之提起、進行及終結，有其處分權限，故在私權紛爭未涉公益性質相關問題時，民事訴訟程序中尊重當事人之程序主體地位，原則上均採行處分權主義。<sup>93</sup>

惟處分權主義在某些程序中，因司法資源分配與運用之公益上考量而受限制，我國民事訴訟法中，對於此類具公益性質之私權紛爭，

<sup>91</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁45。

<sup>92</sup> 駱永家，既判力之研究，自版，1994年9月，八版213-216；汪一凡譯，三ヶ月章著，日本民事訴訟法，五南，1997年6月，初版，頁179-184。

<sup>93</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009年7月，五版，頁283；汪一凡譯，三ヶ月章著，日本民事訴訟法，五南，1997年6月，初版，頁184。

則兼採當事人進行主義及職權主義（*Offizialmaxime*），其中人事訴訟程序中，即有許多限制處分權主義的相關規定。<sup>94</sup>

民事訴訟法第 572 條之 1 第 2 項規定，法院受理撤銷婚姻或離婚之訴，得依職權就未成年子女權利義務行使負擔為酌定，此係賦予法院裁量權，得斟酌個案情形開啟民事訴訟程序，以達照護未成年子女之公益考量及相關私權紛爭一次解決之目的。民事訴訟法第 436 條之 16 規定：「當事人不得為適用小額程序而為一部請求。但已向法院陳明就其餘額不另起訴請求者，不在此限。」此係民事訴訟法為貫徹小額程序之訴訟經濟及費用相當性之立法目的，所設限制當事人為一部請求之權利。另外，民事訴訟法第 574 條、第 588 條、第 594 條、第 615 條、第 624 條規定，使婚姻事件、親子關係事件、禁治產事件中，關於訴訟標的認諾受到限制，均屬顯例。

### 第三項 處分權主義之功能

民事訴訟程序於未涉公益性質之訴訟中，原則上採行處分權主義，此有利於當事人基於其程序主體之地位，決定如何提起、進行及終結訴訟，使當事人為私權紛爭提起訴訟時，有機會平衡追求實體利益及程序利益，同時確保其訴訟繫屬中之權利及訴訟外之其他財產權、自由權。<sup>95</sup>

基於當事人程序主體地位保障，亦應使其受應有之程序上權利保護，處分權主義之採行，使當事人就訴訟之提起、進行、終結有其決定之權，具有避免當事人遭受突襲性裁判之功能。而民事訴訟法第 244 條第 4 項減輕原告起訴時之聲明表明責任，並要求審判長予以協助其補充，使原告所負表明責任具體化，亦係為防止突襲性裁判之發生，使原告能適時就其未完全之聲明，平衡考量其程序利益及實體利

<sup>94</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009 年 11 月，七版，頁 45-46。

<sup>95</sup> 民事訴訟法研究會第七十二次研討會紀錄，處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變—著重評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景，民事訴訟法之研討(九)，頁 294-299。

益後予以補足聲明。<sup>96</sup>而原告表明其訴訟標的及聲明後，法院於訴訟程序中，將其所認識之訴訟標的或訴之聲明，向當事人確認及指明，亦有助於防止發生兩造相互間及法院所造成之突襲，使當事人明瞭訴訟審判之對象，就此進行充分之攻擊防禦，以保障當事人基於訴訟主體地位，確實瞭解訴訟之方向及攻擊防禦重點，適時提出必要之事實及證據，藉以影響裁判結果；對法院而言，則更可確認審判對象，進行集中審理，其所為裁判對當事人不會造成突襲，亦有助於提升人民對司法之信賴度，減少上訴之發生，使司法資源能有效使用及分配，並達成擴大民事訴訟程序解決紛爭之功能。<sup>97</sup>



---

<sup>96</sup> 民事訴訟法研究會第七十二次研討會紀錄，處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變—著重評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景，民事訟法之研討(九)，頁 301-303。

<sup>97</sup> 民事訴訟法研究會第七十二次研討會紀錄，處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變—著重評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景，民事訟法之研討(九)，頁 305-308。

### 第三節 辯論主義

處分權主義與實體法（私法自治原則）相結合，辯論主義則與訴訟程序相結合。處分權主義係就訴訟之開始、進行、終了，訴訟標的之範圍決定，尊重當事人之自治，故處分權主義係私法自治之訴訟上的應對；而辯論主義則係就訴訟資料之蒐集，承認當事人主體性，與處分權主義有其本質上之差異。<sup>98</sup>

#### 第一項 傳統辯論主義之意義及內涵

辯論主義（Verhandlungsmaxime），係指訴訟審理所需之主要事實及證據資料，由當事人主張及收集提出，又稱當事人提出主義（Parteivortragsgrundsatz）；反之，由法院負責收集提出訴訟所需要之主要事實及證據資料，即稱為職權探知主義（Untersuchungsgrundsatz）。<sup>99</sup>

「汝給我事實，我給汝權利」（Da mihi factum, dabo tibi jus），辯論主義所及之範圍，為判決基礎之事實，及認定該等事實所需之證據方法，而不及於法律適用，蓋法律適用係法院之職責。<sup>100</sup>辯論主義之三大命題，第一命題係法院不得將當事人所未主張之事實，採為判決之資料；第二命題係為法院對於當事人不爭執即自認之事實，應以之為判決基礎；第三命題則係法院就當事人爭執之事實，須依當事人所聲明之證據而為認定，不得逕依職權調查證據。<sup>101</sup>

<sup>98</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009年7月，五版，頁284，註2。

<sup>99</sup> Musielak, Grundkurs ZPO, 9. Aufl, München 2007, Rdnr. 104；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁47。

<sup>100</sup> 駱永家，既判力之研究，自版，1994年9月，八版，頁209。

<sup>101</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009年7月，五版，頁284；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁47。

辯論主義原則之運用，已從提出責任轉向提出權利之重視，強調辯論權之保障，發揮辯論主義之積極機能；亦即，辯論主義下，主張責任因當事人已受提出機會之保障而予以正當化，當事人不為主張之事實或不為提出之證據，基於尊重其處分事證之結果，當事人即必須就其不提出之決定負自己責任。<sup>102</sup>

## 第二項 辯論主義之根據

我國民事訴訟法並未明文採用辯論主義，惟民事訴訟法第 196 條、第 279 條、第 280 條、第 286 條，均係以採行辯論主義為前提。而民事訴訟在財產關係訴訟事件，採取辯論主義為原則，其根據為何，學說上亦從不同觀點出發，主要可區分為本質觀點、手段觀點、突襲防止觀點、多元觀點、信賴真實協同確定觀點。

從本質觀點而言，民事訴訟以保護私法上權利為其目的，當事人間私法上之權利發生爭執，原得由當事人自由處理，縱令紛爭涉訟，亦應由當事人在辯論時為主張或聲明，當事人所未主張之事實及證據，即係當事人認為與此私權紛爭無關，法院判決應儘可能尊重當事人的意思，使其自主性解決，訴訟程序上以尊重當事人意思而作成判決較為合適，若法院予以干涉，反易生糾紛，使當事人抱有法院偏袒於他造當事人的不滿想法。<sup>103</sup>

從手段觀點而言，民事訴訟所以採行辯論主義為原則，並非基於民事訴訟之本質，而係因兩造當事人對於紛爭事實具有利害關係，當事人為自己之利益將致力於提出有利於己之事實及證據，由兩造當事

---

<sup>102</sup> 許士宦，民事訴訟法修正後審判實務上處分權主義與辯論主義之新發展(下)－二〇〇五年最高法院有關民事訴訟法裁判之進展－，台灣本土法學雜誌，第 91 期，2007 年 2 月，頁 17。

<sup>103</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009 年 11 月，七版，頁 47；駱永家，既判力之研究，自版，1994 年 9 月，八版，頁 208；許士宦，民事訴訟法修正後審判實務上處分權主義與辯論主義之新發展(下)－二〇〇五年最高法院有關民事訴訟法裁判之進展－，台灣本土法學雜誌，第 91 期，2007 年 2 月，頁 10-11；劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004 年 1 月，頁 25。

人利己心態及利害對立下所提出之訴訟資料，費力較少而容易發現真實，較諸法院立於當事人紛爭之外，對紛爭亦未直接接觸，卻以其有限資源及力量為訴訟資料之蒐集，更能有效率獲得豐富之訴訟資料，並避免當事人過分依賴法院，使法院負擔增加卻未能有效達成蒐集當事人紛爭相關之訴訟資料的目標。<sup>104</sup>況手段觀點乃強調辯論主義係一種手段，此手段有機能不完全之情事時，得隨時修正、變更其內容，如法院積極闡明，以國家力量彌補當事人能力之不足等。<sup>105</sup>

從突襲防止觀點觀之，辯論主義之採用係為要求當事人於訴訟程序中主張主要事實之實質理由，乃為使他造當事人預先知悉訴訟上對其不利之事實，以盡防禦之能事，防止來自對造的突襲，亦即在強調他造防禦利益的保護下，未經當事人主張的事實不得作為裁判之基礎。<sup>106</sup>

另有學者提出信賴真實協同確定之觀點，認為當事人基於程序主體之地位，享有程序主體權及程序處分權，可衡量實體上利益及程序上利益大小，進而決定是否或如何提出特定之事實、證據，以平衡追求兩種利益，在當事人受充分聽審請求權之保障及踐行信賴程序下，認定事實並尋求、發現、適用法律，使當事人協同法院尋求「法」之所在。是以，辯論主義之採行，除了防止發生來自他造當事人及法院的突襲外，亦要防止發生發現真實的突襲及促進訴訟的突襲，係追求確定值得當事人信賴真實的手段。<sup>107</sup>

而論者有從多元觀點出發，則認為民事訴訟係以解決民事紛爭為目的，法院裁判內容自應尊重當事人之意思，而為發現真實，由當事人自負訴訟資料提出責任，較易達成目的，且可同時防止突襲性裁判之發生，並確保公正裁判之信賴，均屬民事訴訟採行辯論主義之根據。

<sup>104</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁47-48；駱永家，既判力之研究，自版，1994年9月，八版，頁208-209。

<sup>105</sup> 劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004年1月，頁26。

<sup>106</sup> 邱聯恭，司法之現代化與程序法，三民，1992年4月，初版，頁224；劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004年1月，頁26-27。

<sup>107</sup> 邱聯恭，司法之現代化與程序法，三民，1992年4月，初版，頁221-223。

本文認為，從本質說之看法出發，較偏重於強調實體上之權利，惟民事訴訟採行辯論主義之結果，當事人可斟酌實體利益及程序利益後，決定提出哪些事實及證據，法院在民事訴訟採行辯論主義下，根據當事人所提出之訴訟資料而作成判決，未必即完全保障當事人之實體權利，蓋當事人亦可能因程序利益考量而放棄部分之實體權利主張，以免追求全部實體利益之結果，花費過多之訴訟上時間、勞力、費用。<sup>109</sup>況隨著各種現代型紛爭之發展，當事人於訴訟上不平等情況屢見不鮮，法院闡明之介入及當事人之真實義務，成為彌補辯論主義缺陷的重要制度，故本質說之看法尚不足以完整說明民事訴訟採行辯論主義之根據。<sup>110</sup>

而僅從突襲防止觀點出發，則易忽略突襲防止係本於當事人基於訴訟主體地位而有其合法聽審權，亦即突襲防止係保障當事人訴訟基本權之重要內涵，故不論民事訴訟程序採行辯論主義或職權探知主義，均必須確保當事人免於受到各種突襲。<sup>111</sup>

從多元觀點觀之，實質上即結合本質觀點、手段觀點、突襲性防止觀點之根據，即多元觀點結合前揭各觀點而作為民事訴訟採行辯論主義之根據，惟前揭各觀點本各有其不同之著重點，本質觀點著重於私權本質之要求，手段觀點著重於訴訟資料取得之正確性與效率性觀點，突襲防止觀點則著重保障當事人免於受他造當事人之突襲，各學說之不同觀點，若將前開各學說綜合而作為辯論主義之根據，將無法取得一個明確的價值根據，使辯論主義所追求的價值流於籠統不明，則可能成為多元觀點出發之缺失。

論者有從信賴真實協同確定觀點出發者，認為手段觀點未同時兼

<sup>108</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009年11月，七版，頁48；許士宦，民事訴訟法修正後審判實務上處分權主義與辯論主義之新發展(下)一〇〇五年最高法院有關民事訴訟法裁判之進展一，台灣本土法學雜誌，第91期，2007年2月，頁11。

<sup>109</sup> 邱聯恭，司法之現代化與程序法，三民，1992年4月，初版，頁224。

<sup>110</sup> 劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004年1月，頁30。

<sup>111</sup> 劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004年1月，頁31-32。

願充分保護追求程序上利益及防止發生促進訴訟的突襲等缺失。<sup>112</sup>惟本文認為，民事訴訟之目的既係為解決當事人之紛爭，本即不需完全從絕對的實體真實追求作為考量，從此目的出發，當事人本可斟酌要追求何種程序的實體權利，始為當事人所能接受，且又不至於在訴訟程序上發生過多的耗費情形，並就其實體權利追求的程度為提出合適的相對應事實及證據，故信賴真實協同確定觀點對於手段觀點之批評，本文認為容有商榷空間。而信賴真實協同確定觀點之觀點，認為應給予當事人衡平追求實體利益及程序利益之機會，民事訴訟係為了尋求當事人所信賴的「法」，而採行辯論主義，本文認為「法」之尋求亦係為澈底解決當事人之紛爭，本身即為解決當事人紛爭之方法而已，與其認為辯論主義係為協同確定信賴真實，不如認為辯論主義即屬實現民事訴訟制度解決當事人紛爭目的之手段。

為實現民事訴訟解決當事人紛爭之目的，由法院處理當事人之紛爭，惟法院如何取得作出判斷或處置之訴訟上資料，即如何蒐集訴訟上所必需適當且相對應的事實及證據？訴訟資料之蒐集與其由非紛爭當事人而不了解紛爭情況的法院，以無效率且無方向摸索方式找尋，自不如委由對紛爭內容最了解且利害關係最密切的兩造當事人，基於其所追求之實體利益及程序利益考量下，有效率地分別提出認定紛爭權利存否之事實及證據，再由法院根據兩造所提出之事實及證據作成裁判，此不僅足以保障當事人之程序主體地位，使當事人平衡考量程序利益及實體利益後，自行決定提出哪些事實及證據，並可避免訴訟曠日費時，耗費過多不必要司法資源而使司法資源之利用不經濟。是以，本文認為從手段觀點出發，即足以明瞭民事訴訟採行辯論主義之根據。

### 第三項 辯論主義之修正

---

<sup>112</sup> 邱聯恭，司法之現代化與程序法，三民，1992年4月，初版，頁224。

實質意義之武器平等原則，強調當事人於法院前之實質程序地位平等性，除立法制度上當事人應有同等訴訟程序上地位，且程序上之機會亦應平等，法官應客觀公正運用法律及履行程序上義務，確保當事人地位之平等。<sup>113</sup>

民事訴訟採行辯論主義下，兩造當事人針對有利於己之事實及證據，負提出之責任，法院立於中立之地位，審酌兩造所提出之事實及證據，認定事實及適用法律，作成裁判。辯論主義之原型係以當事人具有充分之法律專業知識，明瞭如何為自己主張有利之事實及提出適當之證據，作出對自己最有利之訴訟行為為前提，法官始能立於完全仲裁者地位，依據當事人所提出之事實及證據作成判決。惟我國民事訴訟程序並未採行全面強制律師代理制度，當事人未委任律師而進行本人訴訟時，因欠缺法律之專業知識，容易發生當事人本人無法針對所主張之權利，適時提出適當且有利於己之事實及證據，若無其他因素介入而全面採行辯論主義，可能使有實體權利之人因不諳法律，蒙受不利之裁判，當事人武器不平等而未受充分訴訟權之保障，自難甘服於法院作成之裁判，此結果實與民事訴訟制度解決當事人紛爭之本旨不合，亦不利於人民司法信賴的建立。

又當事人本人訴訟情形下，為使通常不具備充足之法律專業知識及訴訟經驗的當事人，俾其在訴訟程序中為自己之利益適當遂行訴訟，尤其在一造當事人為委任律師代理進行訴訟，而另一造當事人係本人遂行訴訟情況下，兩造當事人間存在武器不平等之情況尤為明顯，此尚涉及法官闡明程度及闡明方法應否於當事人本人訴訟及律師代理訴訟而有差別處理之問題。尤其民事訴訟法第 199 條之 1 增訂後，法官對於當事人之聲明或陳述之事實內容，可獲知尚有未主張之其他法律關係而行使本條所規定之闡明權時，在當事人本人訴訟及律師代理訴訟情形下，應為如何之差別處理，始能確保兩造當事人間之實質武器平等，亦值探討。

縱無前述武器不平等之問題，民事訴訟全盤採行辯論主義，使當

---

<sup>113</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009 年 11 月，二版，頁 38、169。

事人就其主張事實及證據負自己責任，惟當事人若主張非真實之事證，或明知他造之主張為真實仍為否認，將使訴訟程序拖延，有損民事訴訟上之誠信原則，不僅妨礙法院對事實之認定及審理，亦屬浪費司法資源，自非妥當。<sup>114</sup>

為補救前述之辯論主義缺點，使辯論主義能發揮促使當事人有效率提出其應提出之事實及證據，使法院迅速掌握紛爭內容，據以作出適當之裁判，國內及國外民事訴訟法上，對於辯論主義之採行，均有若干修正之方向。

## 壹、法官之闡明權與闡明義務

闡明權（Hinweisrecht）或闡明義務（Hinweispflicht），係法官於準備程序或言詞辯論程序中，對於當事人訴訟上之事實陳述有不清楚、不充分、不適當，或所為舉證不足而不知時，法院依職權為發問或曉諭，使當事人有機會為補正、補充或進一步提出事實及證據，此係法院之保護性權能，並非法院負有解明全部案情之責任，故並非排斥辯論主義，而係將其修正以彌補其缺點。<sup>115</sup>另法官之闡明究應認為係權能或義務，容後詳述之。

我國民事訴訟法第 199 條第 1 項及第 2 項規定：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」第 199 條之 1 第 1 項及第 2 項規定：「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。被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。」前揭規定為我國民事訴訟法上關於法官闡明之一般性規範，其目的係為促

<sup>114</sup> 劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004 年 1 月，頁 82-83。

<sup>115</sup> Musielak, Grundkurs ZPO, 9. Aufl, München 2007, Rdnr. 106；汪一凡譯，三ヶ月章著，日本民事訴訟法，五南，1997 年 6 月，初版，頁 192-193。

進兩造當事人訴訟上實質平等之地位，並避免訴訟上各種突襲之發生，以保障當事人憲法上之訴訟基本權。

法官闡明之介入，可有效緩和辯論主義第一命題，經法官適當闡明後，使當事人能就其所主張之事實及證據為補充之機會，既已提供充分之訴訟權利保護，若當事人不理會法官之闡明，則由當事人自己承擔訴訟上之不利益結果，將更具正當性之基礎。法院應闡明而未闡明，逕行認定事實，即違反法官闡明義務，當事人得作為上訴第三審之理由。法官闡明對於辯論主義發生一定之修正效果，其運用之強度如何，亦對於辯論主義之受承認度有相對應之影響，<sup>116</sup>此關於法官闡明範圍與辯論主義之關聯性問題，本文於第四章第二節詳述之。

## 貳、當事人之真實及完全義務

真實及完全義務（Wahrheits-und-Vollständigkeitspflicht），係指當事人於訴訟上不得為虛偽或不完全之陳述，即不允許當事人在違反自己認識之前提下去主張或爭執事實，致法院作出錯誤之裁判，蓋此係違反誠信原則。<sup>117</sup>

真實義務之違反，係指主觀真實義務（subjektive Wahrheitspflicht）的違反，亦即當事人知其為不真實或認為非真實之事實而仍為陳述，或對於知悉對造主張認為符合真實卻仍加以爭執，係為防止當事人以積極方式拖延訴訟、妨礙事實審理。<sup>118</sup>完全義務係指當事人就訴訟或抗辯之基礎事實關係所知悉之事實，無論有利或不利於己，均應為完全之陳述，而對於他造之主張所為回應，亦應如此為之，不得為消極之沉默、不完全陳述，造成消極拖延訴訟，妨礙事實之審理。<sup>119</sup>惟學說上亦有認為，完全義務應被理解為真實義務之一部分，蓋不完整事

<sup>116</sup> 姜世明，民事訴訟法基礎論，元照，2008年7月，二版，頁55。

<sup>117</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004年9月30日，三版補正版，頁406。

<sup>118</sup> Othmar Jauernig, ZPO, 29. Aufl., München 2007, S.81；姜世明，民事證據法實例研習(二)暨判決評釋，新學林，2006年11月，一版，頁37-40；劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004年1月，頁115-116。

<sup>119</sup> 劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004年1月，頁116。

實之陳述同時亦為不符合事實情況的虛偽陳述，均可認為係真實義務違反之範疇。<sup>120</sup>

我國民事訴訟法第 195 條第 1 項規定：「當事人就其提出之事實，應為真實及完全之陳述。」此係民事訴訟程序中當事人真實及完全陳述義務之明文，其規範目的係為對抗訴訟詐欺，以維護訴訟之公正進行，亦有避免濫訴及要求當事人共同協力發現真實之意義，屬民事訴訟上之誠信原則之展現，禁止當事人利用訴訟上失誤而獲得不當利益或藉以遂行對他人之權利侵害。<sup>121</sup>

學說上認為，當事人之真實完全陳述義務，並非單純之訴訟法上倫理義務，而係訴訟法所明定之法定義務，雖我國民事訴訟法上並未設有相對應之處罰規定，但仍應有適當之法律效果，如違反此項義務而於事後再為主張，應依民事訴訟法第 196 條第 2 項規定，使其發生失權效果而不准許再為主張，或依誠信原則中的禁反言原則

(Equitable estoppel)，禁止先為不真實陳述之當事人再為與先前相背離之陳述或主張。<sup>122</sup>相反見解則認為，真實及完全義務雖為進步之立法，但對於違反此項義務在法律上並無應負何種責任之規定，無法遏止當事人於訴訟中違反真實完全而為陳述，使該規定成為具文而無任何效果。<sup>123</sup>

當事人之真實及完全義務，仍應建構在民事訴訟法辯論主義之原則下運作，原告關於是否就被告抗辯事實為真實及完全陳述，於被告所為抗辯足以使原告權利消滅，如契約無效、債務已清償等，要求原告應先自我審查，知有抗辯事由存在，即不應起訴，尚無不妥；惟若僅係被告可得主張但不影響原告權利存在之抗辯事由，如抵銷抗辯、法律關係有得撤銷之事由、時效抗辯等，除非被告已於訴訟外主張且為原告所明知並不爭執，原告始有主動陳述之義務，否則被告未為抗

<sup>120</sup> Othmar Jauernig, ZPO, 29. Aufl., München 2007, S.81.

<sup>121</sup> 姜世明，民事證據法實例研習(二)暨判決評釋，新學林，2006年11月，一版，頁41；陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009年7月，五版，頁442。

<sup>122</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009年7月，五版，頁433。

<sup>123</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2000年11月，頁251。

辯或行使權利前，原告對此部分應認尚不存在真實完全陳述義務。<sup>124</sup>

本文認為，關於真實完全義務違反有何法律效果，若將民事訴訟法第 195 條規定解為具文而無任何法律效果，實不符合立法者之立法意旨，故本文認為上開學說見解中，認為將當事人違反真實完全義務者，依訴訟法上失權規定予以制裁之見解，符合程序法上之誠信原則，且屬於與民事訴訟法規定立法目的相符之解釋方式，應值贊同。而對於他造所得針對權利為抗辯之事實，是否應負真實完全陳述義務，依上開學說主張為區分，亦甚合理，除符合立法目的外，本文認為亦符合實體法上對於撤銷權、抵銷權、時效抗辯權存在，不影響請求權之存續的觀點，亦即撤銷權、抵銷權非經行使，請求權仍屬存續，而時效抗辯權行使與否，與請求權之存否並無影響，僅係主張時效抗辯之人得拒絕給付而已，故上開學說見解，甚為合理。

### 叁、法院得依職權調查證據

依辯論主義第三命題，原則上當事人未聲請之證據，法院不得依職權調查，亦即證據之提出係當事人之責任，非法院之責任。

我國民事訴訟法第 288 條第 1 項規定：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。」本條規定使法院於人事訴訟外之一般訴訟事件，亦有依職權調查證據之權限，屬於對辯論主義之第三命題的例外情況，學說上有認為，本項規定係著眼於事件類型之多樣化、複雜化，其中包含私益保護者，亦有涉集團性利益或公益維護者，故委諸法院於個案具體情況下，有裁量判斷是否依職權介入為證據調查，或由當事人自由取捨證據的空間；亦即就當事人間存在攻擊防禦能力差距而有武器不平等情況，或公益、集團性利益保護需要下，應認為法院為貫徹武器平等及賦予當事人程序權保障，有職權調查證據之權。<sup>125</sup>

然本項規定之修正理由謂：「現行法就職權調查證據規定之範圍

<sup>124</sup> 姜世明，民事證據法實例研習(二)暨判決評釋，新學林，2006 年 11 月，一版，頁 44-45。

<sup>125</sup> 邱聯恭，程序利益保護論，三民，2005 年 4 月 10 日，初版，頁 105-106、114。

過大，為合理限制法院職權之行使，仍應以當事人聲明證據為原則。」故本項規定之解釋適用，應考量一般訴訟事件採行辯論主義之原則及法官中立性之要求，於符合立法目的之情形下，法院始能介入當事人之私權糾紛而發動職權調查證據。

於當事人不諳或不敢聲明證據、其他涉及公益之事件、或兩造當事人有武器不平等之情形（如公害事件、醫療糾紛、產品責任事件）等情形，民事訴訟法第 288 條規定，法院不能依當事人聲明之證據而得心證時，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據；而其他類型事件，應採目的性限縮解釋方式，必須於法官闡明後，當事人仍有主觀上驚鈍或受外力牽制之情形，或法院自己欠缺判斷能力而必需鑑定的情況，始有要求法官介入職權調查之必要。<sup>126</sup>

惟為賦予當事人應有之程序權保障，並防止發生突襲性裁判，法院依前項規定為調查時，應令當事人就是否應予調查有陳述意見之機會，故民事訴訟法第 288 條第 2 項規定：「依前項規定為調查時，應令當事人有陳述意見之機會。」是以，法院依職權調查證據時，仍應注意辯論主義之遵守與公平正義實現間之平衡，適時為必要之闡明處置，並使當事人有陳述意見之機會，以免形成突襲性裁判。<sup>127</sup>

#### 第四項 辯論主義之排除

人事訴訟因法院裁判結果，除個人私益受影響外，因民事訴訟法第 582 條第 1 項、第 588 條、第 596 條第 1 項規定，使法院判決效力及於第三人，使判決既判力範圍擴展，故人事訴訟之法院裁判結果，

<sup>126</sup> 姜世明，民事證據法實例研習(二)暨判決評釋，新學林，2006 年 11 月，一版，頁 72。最高法院 71 年台上字第 2808 號判例要旨：「民事訴訟法第 288 條規定法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形，認為必要時，得依職權調查證據云者，類因當事人本身之魯鈍或受外物之牽制，不諳或不敢聲明證據等情形，法院為維持裁判上公平與正義所必要，而後為之。其有無不能得心證或有無其他必要情形，非依職權調查證據不可，乃一種事實，法院未為職權調查證據，究不生違背法令問題，非得據為第三審上訴理由。」

<sup>127</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 285-286。

同時會對國家社會公益造成影響，故辯論主義之採用亦受限制，人事訴訟程序採職權探知主義及職權調查主義之規定甚多。<sup>128</sup>民事訴訟法第 575 條第 1 項、第 575 條之 1、第 588 條、第 595 條第 1 項等，均認為人事訴訟得以當事人所未主張之事實作為判決基礎，係排除辯論主義第一命題，採取職權探知主義；而民事訴訟法第 574 條第 2 項、第 588 條、第 595 條第 1 項等關於訴訟上自認效力的限制，則係就辯論主義第二命題為突破；民事訴訟法第 575 條之 1、第 601 條第 1 項、第 607 條第 2 項、第 621 條、第 631 條規定，法院應依職權調查證據，則屬對辯論主義第三命題之限制為排除，採職權調查主義。<sup>129</sup>

又為達成照護未成年子女之公益上需求，法院除依職權調查證據外，尚可運用當事人訊問制度，而此類事件之審理程序，擴大適用職權探知及職權調查主義而排除辯論主義，係基於事件之公益特性所必需；又此類事件之利害關係人就程序標的欠缺處分、支配權能，即難依自己責任原則而適用自認法理，故縱使當事人不爭事實或證據之提出，法院亦有職權探知、調查之責任，但在職權探知及職權調查程序上，應賦予利害關係人參與程序之機會，以保障其當事者權即程序主體地位，自不待言。<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Othmar Jauernig, ZPO, 29. Aufl., München 2007, S.79；姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2000 年 11 月，頁 707-709。

<sup>129</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 285。

<sup>130</sup> 民事訴訟法研究會第七十二次研討會紀錄，處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變—著重評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景，民事訴訟法之研討(九)，頁 320-321，邱聯恭報告。

## 第四節 適時提出主義

集中審理原則下，應儘量減少審理期日次數，並將審理期日相隔時間緊縮，可避免審理及調查證據之重複，發揮節省勞費，避免招致程序上不利益，而法官與律師均致力為充分之期日前準備工作，有助於法官對於特定爭點事實集中審理以形成心證，提升裁判之正確性，當事人則有平衡追求實體利益及程序利益之機會，可提升當事人及關係人對於法院裁判之信服度，並更能利用當事人、訴訟代理人、關係人記憶猶新之機會，當場為闡明並與之對話，發揮直接審理、言詞審理應有之機能。<sup>131</sup>

隨時提出主義係當事人按訴訟進行經過情況自行採取必要的攻擊防禦方法，然而此種方式將使爭點在訴訟程序中一直無法被確定，產生審理流於散漫化的弊病，更容易讓當事人以攻擊防禦方法提出時間作為拖延訴訟進行的戰術。<sup>132</sup>隨時提出主義對於訴訟資源的有效利用及當事人訴訟上勞力、時間、費用支出，均甚為不利。

民事訴訟法第 196 條於民國 89 年修正後，為防止訴訟延滯，將訴訟程序中當事人攻擊防禦方法提出，從自由順序主義改採適時提出主義，必須於言詞辯論終結前之適當時期提出，若逾時提出而有礙訴訟終結，則法院可駁回其攻擊防禦方法的提出，當事人必須承擔失權制裁。

只有在民事訴訟程序採行適時提出主義，當事人適時提出攻擊防禦方法，搭配失權制裁利用及爭點整理等民國 89 年修法增訂之相關制度，始足達成集中審理、訴訟程序妥速進行的效果，避免當事人在訴訟程序後階段提出新的攻擊防禦方法，對他造當事人造成突襲，拖延訴訟終結之時間，使審判程序散漫而無效率。

<sup>131</sup> 邱聯恭，程序制度機能論，三民，1996 年 8 月 22 日，初版，頁 210-214。

<sup>132</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004 年 9 月 30 日，三版補正版，頁 423。

## 第五節 闡明之目的與功能

### 第一項 闡明之意義

民事訴訟程序原則上採行處分權主義及辯論主義，法院不得就當事人未聲明之事項為判決，僅當事人聲明之範圍及所提供之訴訟資料經言詞辯論者，始得作為裁判之基礎。<sup>133</sup>惟訴訟程序繁雜而專業，於當事人法律知識有限情況下，所為之訴訟聲明、陳述及提供之訴訟資料，常發生許多缺失，諸如聲明或陳述意義不明瞭、不完足、不適當、錯誤等。<sup>134</sup>我國民事訴訟程序未採行全面強制律師代理，於當事人自行遂行訴訟之本人訴訟情況下，其法律知識不足產生之缺失將更顯著。

<sup>135</sup>

闡明原僅指本來不明瞭者使其明瞭而言，惟依照現在之解釋，已擴大其範圍，不限於不明瞭之情形，即當事人之聲明及陳述有不完足者，法官亦應令其補充。<sup>136</sup>民事訴訟法第 199 條第 1 項及第 2 項規定，即學者所稱之法官闡明權。當事人於言詞辯論期日，聲明應受判決事項後，應即就訴訟關係為事實上及法律上之陳述，並聲明所用之證據，對於他造主張之事實及提出之證據，亦應為陳述，並應依訴訟進行之程序，於言詞辯論終結前，適當時期提出攻擊防禦方法。當事人若未為聲明或陳述，或其聲明、陳述有不明瞭或不完足者，審判長即應盡闡明之權責，以利訴訟程序之進行。<sup>137</sup>

本文認為，法官之闡明貫穿整體民事訴訟程序，並非僅限於言詞辯論期日當事人之聲明或陳述有欠缺或不明瞭、不完足時，法官向當事人所為使當事人更正或補充之說明始屬之。民事訴訟程序中，舉凡

---

<sup>133</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，三民，2009年10月，七版，頁543-544。

<sup>134</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，1990年11月，頁256-257。

<sup>135</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，1990年11月，頁257。

<sup>136</sup> 王甲乙，闡明權，法學叢刊第11卷第1期，1967年1月，頁78。

<sup>137</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，三民，2009年10月，七版，頁544。

原告起訴之起訴程式、訴訟標的及原因事實之特定、訴之聲明之陳述、聲明證據，被告所為答辯、反訴，當事人攻擊防禦方法及舉證責任分配，書狀先行程序及準備程序中爭點之曉諭使當事人表達意見等，法官行言詞辯論程序過程中當事人所為主張及陳述、法律見解之爭議，甚至既判力之範圍等，只要法官認為當事人之陳述有不完整、不充足、錯誤而曉諭當事人為補充或更正，或法官向當事人曉諭爭點等情況，均屬法官闡明之範疇。

## 第二項 闡明之憲法上依據

民事訴訟制度係為解決當事人紛爭而設，其程序之進行應注意兩造當事人之實質武器平等保障，若不能維持兩造當事人之實質平等地位，當事人即難信服不平等程序下之裁判結果，此將使民事訴訟程序解決紛爭之目的無法實現，徒然耗費國家訴訟資源及當事人之勞力、時間、費用支出。

法官闡明具有理解功能及訴訟促進功能。闡明之理解功能指法官透過闡明方式，使當事人知悉法官所採之事實及法律上觀點，藉以修正其對事實及法律之認知，並進而就事實上或法律上主張為補充、為適當之聲明及提出有利之證據，以彌補當事人訴訟上法律專業知識之不足；闡明之理解功能使當事人能藉由訴訟程序真正解決紛爭，並有利於當事人聽審請求權之保障，及避免突襲性裁判之發生。<sup>138</sup>

闡明之訴訟促進功能指法官之適時闡明，藉由爭點整理程序及爭點之曉諭，使審理集中化，此有利於法官形成心證，且避免程序冗長而無效率，使當事人耗費過多之訴訟上成本；並使當事人適時提出攻擊防禦方法之時點具體化，以明確化當事人適時提出攻擊防禦方法之行為義務，讓逾時提出之攻擊防禦方法的當事人受失權制裁，避免訴訟程序拖延，及對他造當事人造成突襲。闡明之訴訟促進功能，可保

<sup>138</sup> 沈冠伶，民事證據法與武器平等原則，元照，2007年10月，初版，頁4。

障當事人之權利救濟程序有效且妥速，故而亦為當事人適時審判請求權之保障。<sup>139</sup>

民事訴訟制度設置，係為使人民之私法上權利發生紛爭時，可透過民事訴訟程序解決紛爭。而民事訴訟程序則源於憲法上對人民訴訟權之保障，人民憲法上之訴訟權內涵，釋字第482號解釋理由書揭示：「憲法第16條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。」是以，訴訟權作為人民司法上之受益權，人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權、及程序上平等權。法官闡明制度具有理解及訴訟促進功能，並藉由法官闡明可達成兩造當事人於訴訟程序中之實質平等地位，有助於保障訴訟上當事人聽審請求權、適時審判請求權及程序平等權，且因法官之闡明使當事人於訴訟程序中，有補充、更正訴訟行為及表示意見之機會，更有利提升當事人對裁判結果之信賴度，減少當事人再行提起上訴，使司法資源能有效分配及利用。

### 第三項 闡明之目的

民事訴訟法係保護私法上之權利，確定其權利存否之法定程序。當事人欲伸張或防衛其權利，究竟希望法院如何裁判及提出何種訴訟資料，因與當事人有切身關係，宜委諸當事人，法院不應加以干涉，故民事訴訟程序，採處分權主義及辯論主義為原則。<sup>140</sup>處分權主義係訴訟之開始、審判之內容及範圍、訴訟之終結，均由當事人主導；辯論主義第一命題為：當事人所未主張之事實，法院不得將之採為判決基礎；第二命題為：當事人間未爭執之事實（包括自認及擬制自認），

<sup>139</sup> 沈冠伶，民事證據法與武器平等原則，元照，2007年10月，初版，頁4-5。

<sup>140</sup> 王甲乙，闡明權，法學叢刊第11卷第1期，1967年1月，頁77。

法院應將之作為裁判基礎；第三命題為：法院不得依職權調查證據。

闡明制度之目的為何，與決定闡明範圍及界限具關聯性。而法官闡明具有多元之目的，並可從辯論主義之補充、防止突襲性裁判、擴大紛爭解決、促進審理集中化及當事人程序主體地位保障等各個不同面向出發，為多面向之觀察。

## 壹、辯論主義之補充

法官闡明制度係為彌補辯論主義所產生之缺陷，蓋當事人之聲明或陳述不明瞭或不完足，法院若仍依照其聲明或陳述為裁判之基礎，則不僅難以達成迅速及適當之裁判，亦有違保護真正權利人之民事訴訟制度目的，尤其於本人訴訟之場合，當事人因無法律上學識經驗，就有利之情事往往不知主張，難為適當完全之聲明及陳述，在此欠缺武器平等之前提下，法官如不為必要之發問、曉諭，實難期該判決之妥適性，<sup>141</sup>往往可能造成突襲性裁判，有害於當事人訴訟權之保障，更遑論使當事人信服裁判結果而發揮訴訟程序解決紛爭之機能。

法官闡明制度之設立，除了修正辯論主義之缺陷，防止突襲性裁判外，亦具有保障當事人間武器平等之意義，便利當事人得利用同一訴訟程序澈底解決紛爭，擴大訴訟制度解決紛爭之功能，透過闡明權行使讓訴訟爭點集中，俾使當事人攻擊防禦方向特定，並可確定失權時點有效運用失權效制度，使訴訟程序有效率進行，具有促進訴訟及審理集中化之功能。<sup>142</sup>

## 貳、當事人程序主體地位保障

在當事人未充分提出相關資料於受訴法院之情形，倘法院於此種情形下逕為裁判，即係對當事人造成突襲；法院未適時予以協力或曉

<sup>141</sup> 王甲乙，闡明權，法學叢刊第 11 卷第 1 期，1967 年 1 月，頁 78；駱永家，闡明權，民事訴訟法之研討(四)，頁 170。

<sup>142</sup> 姜世明，法官闡明制度發展之評估，台灣本土法學雜誌第 100 期，2007 年 11 月，頁 85-86。

論，當事人將難為充分之訴訟遂行，有蒙受實體上不利益或程序上不利益，甚至可能使當事人的程序主體地位受到侵害。立法者為便利當事人自主抉擇，並附帶兼顧擴大訴訟解決紛爭功能之目的，因此加重法院闡明義務，要求法官提供資訊，適度公開心證或表明法評價上觀點，以便利當事人抉擇如何取捨實體利益及程序利益，決定擇用起訴程序或進行攻擊防禦，有助於達成紛爭集中審理以及爭點集中審理之目標，亦可讓兩造進行更充分之攻擊防禦，既可防止發生來自法院對原告的突襲，亦有助於防止發生來自原告對被告的突襲。故法院闡明之目的，係為防止發生突襲性裁判，強化當事人程序主體地位並保障其聽審請求權、適時審判請求權，受訴法院應賦予當事人相當之機會，俾其能預測到法官之心證及法律見解，而更充分參與認定事實、適用法律之過程，以謀求獲得適時之審判。<sup>143</sup>

德國學說中亦論及，在發現真實的過程中，因強調真實的發現而使程序過度冗長，當事人縱求得實體利益，卻可能喪失過多程序利益。為避免這種情形發生，法官必須積極盡其闡明義務，提早對於可能與判決結果相關的重要事實及證據為闡明，並將此類事實的舉證責任負擔盡早揭露分配予當事人知悉，排除以拖延訴訟為目的的訴訟手法，達到保障當事人實體利益，亦同時益顧保障當事人的程序利益。<sup>144</sup>

### 叁、小結

闡明制度具有其多元目的為現今多數見解所採納，蓋闡明制度之設置係為除去不合目的、不合理性的事實，確立適當完全的訴訟關係，可達到充分尊重當事人自主意思，提供正當、合理的權利行使機會，兼顧訴訟為實體法與訴訟法之綜性格，故同時兼具提供紛爭適當解決之機會、充實言詞辯論、實現真實平等及防止突襲性裁判的多元目

<sup>143</sup> 許士宦，民事訴訟法上之適時審判請求權，臺灣大學法學論叢第 34 卷第 5 期，2005 年 9 月，頁 181-192；許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 301-302、438。

<sup>144</sup> Schaefer Thomas, Die richterliche Hinweispflicht im Zivilprozess, 2005, S. 171.

的。<sup>145</sup>且由民事訴訟法第 199 條第 1 項規定，明定審判長之訴訟指揮基本原則，必須注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當、完全之辯論，而闡明亦為審判長訴訟指揮之一部分，法官闡明自亦具備此目的，故行使闡明權之直接目的，乃在確定適當、完全之訴訟關係，而真實發現、言詞辯論、實現實質平等、防止突襲等，均為確定適當、完全訴訟關係所能發揮之機能，是以認為闡明有多元目的應亦屬妥適之論。<sup>146</sup>

民事訴訟法第 199 條之修法理由謂：「適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判結果，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，除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律見解為必要之陳述及作適當完全之辯論。」第 199 條之 1 修法理由則為：「為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，如原告主張之事實，於實體法得主張數項法律關係而原告不知主張時，審判長理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澈底解決紛爭。惟我國民事訴訟法採當事人處分權主義及辯論主義，故原告究欲主張何項法律關係，及其是否為訴之變更或追加，應由原告斟酌其實體利益及程序利益而為決定。」<sup>147</sup>又從最高法院 98 年度台上字第 2312 號判決觀之：「根據當事人之聲明或主張所呈現之訴訟資料，如有不明瞭之處或尚有疑義時，審判長即應運用其訴訟指揮權及闡明權將該不明瞭或疑義之處釐清，以利法律上之判斷，俾彌補辯論主義及傳統訴訟標的之缺失，藉以發現真實，促進訴訟，達成紛爭一次解決之目的，並確保當事人在訴訟上之聽審權。」均足證闡明制度之目的，應從多元目的之觀點理解為適當。

民事訴訟法第 199 條及第 199 條之 1 為我國法官闡明義務之一般

<sup>145</sup> 呂太郎，民事訴訟闡明之理論及其趨向，法官協會雜誌第 4 卷第 2 期，2001 年 12 月，頁 235-237。

<sup>146</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 80。

<sup>147</sup> 司法院編印，辦理民事訴訟事件應行注意事項、民事訴訟法部分條文對照表暨總說明，2000 年 3 月，頁 64-66。

規定，由修法理由內容，可探知其具有保障當事人程序主體地位之目的，蓋我國民事訴訟程序並未採行全面強制律師代理，尤其在本人訴訟場合下，因當事人法律專業的不足，容易發生訴之聲明、訴訟標的陳述不明瞭或錯誤之情況，若法官以其法律主張錯誤為由即判決當事人敗訴，不僅有損當事人之訴訟權，且實質上使當事人有委任律師為訴訟代理人之必要，才可防免發生不知法律造成的訴訟上不利益，不啻課予當事人法律所未明文之義務。因此，藉由法官闡明制度，法官對於當事人所為之事實上及法律上主張有不適當情況時，可闡明使當事人為補充或更正，使當事人可確定立於程序主體之地位，於訴訟程序中受實質之程序保障，並衡量實體利益及程序利益，為適宜之權利主張。

另外，訴訟程序中之紛爭應如何適用法律，經常發生事實與法律相互牽連之情況，法官所採之法律見解與當事人預想有異時，若不將其暫定之法律見解提出並與當事人討論，當事人將無法正確及妥適提出必要之事實及證據，恐因此而遭致訴訟上之不利益，故本次修法將法律上陳述亦納入法官闡明之範疇，可認為有防止突襲性裁判發生之目的存在，且有利於當事人利用一次訴訟程序澈底解決紛爭，減少另行起訴或再為上訴之情事發生，當事人既不致因訴訟程序無謂耗費訴訟上成本，國家司法資源亦可有效率及合理利用。而法官闡明使當事人之事實及聲明能儘早更正、補充，亦使法官易於整理兩造當事人爭執之點，在訴訟程序上讓兩造當事人就爭執事項及不爭執事項予以確定，於後續程序之進行可集中於爭點之攻擊防禦，達到集中審理效果，有利於法官心證之形成，亦避免審理程序散漫而曠日費時，不僅使當事人較能預測裁判結果，可免於發生突襲，且使當事人可受適時審判之保障。

論者有認為，民事訴訟法第 199 條規定，係就訴訟資料之提出加以規範，屬辯論主義之範疇；而同法第 199 條之 1 規定，主要牽涉審判範圍如何加以確定之領域，係屬處分權主義範疇。<sup>148</sup>惟從上揭民事

<sup>148</sup> 陳真真，闡明權之行使，臺灣高等法院高雄分院九十年度研究發展項目研究報告，頁 64-65。

訴訟法第 199 條之 1 修法理由，同時提及處分權主義及辯論主義觀之，似尚難認為本條修正係針對處分權主義之範疇而訂。

本文認為，前揭論者看法，應係源於我國實務上採取舊訴訟標的理論之觀點，始能推導出民事訴訟法第 199 條係針對辯論主義範疇，第 199 條之 1 係針對處分權主義之範疇。若採學說上新訴訟標的理論或訴訟標的相對論下紛爭單位型訴訟標的之觀點，即難認為民事訴訟法第 199 條之 1 規定法官就當事人所得主張「數項法律關係」，有主張不明瞭或不完足時應闡明之規定，係針對不同訴訟標的所為之闡明。<sup>149</sup>而本條之修法理由將處分權主義及辯論主義併列，應認為立法者並未特定此次修法預設之訴訟標的理論，訴訟程序中當事人及法院就本件訴訟採行何種訴訟標的理由，仍可透過闡明方式，使當事人自己決定本件訴訟之訴訟標的特定方式。此訴訟標的之特定方式亦與法官闡明後是否發生訴之變更、追加或僅係攻擊防禦方法之提出息息相關。綜上，關於法官闡明制度之目的，本文認為應可及於對辯論主義及處分權主義之修正。

#### 第四項 闡明之性質

法院之訴訟行為最重要者係裁判，為使法院形成心證而可作成妥適且合法之裁判，必須使訴訟程序適當、公平且有效率進行，因此民事訴訟法上賦予法官許多訴訟指揮之權限，其中「闡明權」即為法官之訴訟指揮權的重要內涵。法官透過行使闡明權，可使訴訟程序進行迅速、順暢且妥適，並使兩造當事人在實質武器平等地位上為攻擊防禦，法官則可經由兩造當事人之攻擊防禦而形之心證，作成裁判。

「闡明義務」係從保障當事人程序上各種權利為出發點，認為法官於訴訟程序中必要時，應以闡明方式介入訴訟程序，使當事人能順利在訴訟程序上充分、正確表達其所主張之事實、證據、法律上觀點

<sup>149</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 314-318。

等，避免因當事人欠缺法律知識而承受訴訟程序中及訴訟結果之不利利益；亦即「闡明義務」強調法官之闡明行為，並非為權限之性質，而係法官指揮訴訟進行之義務，若未盡此義務，則訴訟程序中之瑕疵將可能影響裁判之正當性。

法官闡明之性質為何，各國立法形式不同，有規定為闡明權之形式，認為闡明係法院得行使之權限，有規定為闡明義務形式，認為係法院應履行之義務。以法院之職權觀之，稱為闡明權(Hinweisrecht)；以法院之義務觀之，為闡明義務(Hinweispflicht)。<sup>150</sup>我國民事訴訟法採德國法例，以闡明義務之形式為之，而日本、法國、韓國等，則以闡明權之形式為之。<sup>151</sup>惟本文認為，我國民事訴訟法第199條第1項、第2項及第199條之1第1項、第2項之條文，均規定法官「應」為闡明，採取闡明義務形式之立法方式，但法官闡明之法條規定形式，並非即可認為立法者預設其性質為何，僅能認為係立法者之立法形式、方式上選擇而已，法官闡明之性質，仍應從實質面觀之始能認定。

闡明係為達成訴訟制度上一定之目的，對於主控訴訟程序進行之法官課以負責推動達成此目的之義務，理論上並非不可能，但審判時仍要考量具體個案，決定是否予以闡明及如何闡明，則必須授予法官為適當之決定，就此面向觀之亦具權限之性格。<sup>152</sup>故學說上有認為，法官闡明兼具權限與義務之性質，似乎為當然之理，僅係採權限說之立法形式，權限行使性質高而義務履行性質低，審判長裁量空間較大，受違法評價機會相對較少；反之，若採義務說之立法形式，則權限行使性質低而義務性質高，審判長裁量空間較小，被認為違法之可能性亦因而提高，二者僅為精神上有所不同而已。<sup>153</sup>

德國學說就闡明之性質，認為不僅為法院之權限，同時亦為法院之義務，此係學說上無爭論之看法，其爭執之重點則僅係闡明義務之

<sup>150</sup> 王甲乙，闡明權，法學叢刊第11卷第1期，1967年1月，頁78。

<sup>151</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009年6月，初版，頁76。

<sup>152</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009年6月，初版，頁77。

<sup>153</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009年6月，初版，頁77。

範圍問題而已。<sup>154</sup>我國實務見解中，最高法院 43 年台上字第 12 號判例要旨謂：「民事訴訟法第 199 條第 2 項規定，審判長應向當事人發問或曉諭，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述，其所聲明及陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之云云，此為審判長（或獨任推事）因定訴訟關係之闡明權，同時並為其義務，審判長對於訴訟關係未盡此項必要之處置，違背闡明之義務者，其訴訟程序即有重大瑕疵，而基此所為之判決，亦屬違背法令。」<sup>155</sup>是以，我國實務上亦認為法官闡明兼具有權限及義務之性質，當無疑義。

本文認為法官闡明之性質，因事件類型不同而有異，且因程序之持續進行而不斷改變，實難有明確之劃分，強要區分何時為權限何時為義務，不僅無實益且亦屬不可能。因此於個案中，衡諸具體個案情況，諸如應闡明事項之公益性質高低、令當事人負擔訴訟程序中之訴訟行為自己責任是否有過苛、法院闡明是否造成當事人訴訟程序中武器不平等等多種因素，以評價法官闡明係得為裁量之權限或應負擔之義務，判斷其權限之行使有無採及法官中立及權限之濫用，及有無造成應履行之義務未履行之違背法令，始具實益。若法官闡明行為之發動有損法官中立地位，使法官成為一造當事人之律師，甚至成為闡明之濫用，他造當事人應有救濟之管道；若為保障當事人訴訟上各項程序權利，或使當事人為適當且完全之陳述及辯論，法官有發動闡明行為必要而未發動闡明行為，使當事人不知為更正或補充，致裁判有欠正當之基礎時，應認為法官此類闡明義務之違背，應使當事人利用上訴方式救濟之機會。而學說上甚有認為，法官闡明行為之救濟程序重要性應低於法官對闡明行為範圍的正確拿捏，否則如何從救濟程序平衡兩造當事人因法官違法闡明行為，造成兩造當事人權利及義務關係不當變動的衝突，實有疑問。<sup>156</sup>

<sup>154</sup> Münchener, ZPO Kommentar, 2. Aufl., 2000, §139 Rdnr. 7.

<sup>155</sup> 最高法院近年來均有相同之見解，如：99 年度台上字第 1040 號、99 年度台上字第 939 號、99 年度台上字第 911 號、98 年度台上字第 174 號、97 年度台上字第 2594 號判決等。

<sup>156</sup> 姜世明，法官闡明制度發展之評估—評最高法院九五年台上字第九八六號民事判決，台灣本土法學雜誌，第 100 期，2007 年 11 月，頁 85。

## 第四章 闡明制度之相關爭議問題

我國民事訴訟程序，未採全面強制律師代理主義，若採行完全之處分權主義及辯論主義，要求未委任律師之當事人就其程序上所為之訴訟行為及不行為負擔自己責任，對於欠缺法律知識之當事人實有欠公平，將可能發生應獲勝訴之當事人，因欠缺訴訟法律知識，不知如何主張權利、遂行訴訟，而遭致敗訴之不利益，使人民無法信服判決結果而解決紛爭，徒然反覆興訟或上訴，不僅耗費司法資源，亦不足以建立人民對司法之信賴。

民事訴訟法設有法官闡明權或闡明義務相關規定，係為彌補、修正處分權主義及辯論主義的缺點，亦即在當事人聲明、事實陳述不清楚或不明確等情況下，或當事人應可利用同一訴訟為附帶請求或合併請求而未為之時，法院有權限亦有義務以闡明方式，以促成當事人實質武器平等，給予當事人實質之程序保障。法官闡明制度對於訴訟之進行、貫徹紛爭解決之立法意旨，均有重大之影響，使當事人能適當於訴訟程序中衡平追求其實體利益及程序利益，讓紛爭獲得妥當之解決，減少當事人因不了解訴訟程序或因再行起訴、上訴，而耗費過多勞力、時間、費用於訴訟程序上，並使人民對司法判決之信賴提升，使司法資源能有效率使用及分配。

## 第一節 闡明制度之發展

### 第一項 德國法之觀察

德國民事訴訟法草案以闡明為審判長之職權，但經國會修改為闡明義務之形式而成為 1877 年德國民事訴訟法之正式條文。<sup>157</sup>

德國民事訴訟法 2001 年修正前第 139 條第 1 項規定：「審判長應使當事人就一切重要事實為完整陳述，提出有助於事件解決之聲明，尤其就已提出而不足之事實為補充及聲明證據。審判長為達此目的，於必要時應與當事人就事實及法律面討論實體關係與訴訟紛爭關係及提出問題。」<sup>158</sup>第 278 條第 3 項規定：「一造當事人明顯忽視或認為不重要之觀點，除涉及者屬附屬債權外，法院僅以對當事人為闡明而使當事人對此有陳述意見機會者為限，始得作為判決之基礎。」<sup>159</sup>

德國於 2001 年，融合修正前德國民事訴訟法第 273 條第 1 項、第 139 條第 1 項、第 2 項、及第 278 條第 3 項規定，修正其民事訴訟法第 139 條規定。<sup>160</sup>

現行德國民事訴訟法第 139 條規定：「法院對於案件事實及爭議事實於必要時應與當事人為事實上及法律上之討論及提出問題。法院應曉諭兩造當事人就一切重要事實為適時及完全之陳述，特別就其所主張之事實不充足時，曉諭其為補充，表明證據方法或提出相關聲明

<sup>157</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 76。

<sup>158</sup> Der Vorsitzende hat dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Es hat zu diesem Zwecke, soweit erforderlich, das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen.

<sup>159</sup> Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat.

<sup>160</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 446。

(第1項)。一造當事人明顯忽視或認為不重要之觀點，除涉及者屬附屬債權外，法院僅以對當事人為闡明而使當事人對此有陳述意見機會者為限，始得作為判決之基礎。當法院與當事人所持觀點有所不同者，亦同(第2項)。法院對其應依職權審酌之事項，應注意之(第3項)。依本條規定之闡明應於訴訟中儘早為之，並載於筆錄中。法院所為闡明專以筆錄之內容為證，但能證明筆錄內容係偽造者，不在此限(第4項)。當事人不能依法院之闡明儘可能立即陳述時，法院得依當事人聲請，定期命其提出陳述書狀(第5項)。」<sup>161</sup>

本條規定內容涵蓋法院指示義務、說明義務、發問義務、照顧義務等，係法官闡明義務規定之核心條文，亦有將之稱為民事訴訟之大憲章。<sup>162</sup>本條規定符合裁判正義之追求、武器平等貫徹、突襲性裁判防止、合法聽審權保障及審理集中化之目標。<sup>163</sup>

本條修正前，德國通說見解認為法院並無進行法律討論之義務；

---

<sup>161</sup> ZPO§139:Materielle Prozessleitung

- (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.
- (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.
- (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.
- (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.
- (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann.

<sup>162</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 60. Aufl., 2001, §139 Rdnr.1; 轉引自：姜世明，二〇〇二年德國民事訴訟法改革—總則與第一審部分，月旦法學教室，創刊號，2000年10月，頁81。

<sup>163</sup> 姜世明，二〇〇二年德國民事訴訟法改革—總則與第一審部分，月旦法學教室，創刊號，2000年10月，頁81-82。

本條規定於 2001 年修正後，仍有論者認為與修正前並無明顯差別，惟就德國民事訴訟法第 139 條第 1 項文義觀之，法院於必要時應與當事人為事實上及法律上之討論，同條第 2 項並規定，就當事人顯然忽略或認為不重要之觀點，而法院有不同看法時，亦應予闡明，可見本條規定修正後，已將法官之法律討論義務，擴張及於法官於訴訟過程中所持法律見解與當事人不同之情況。然修正後德國民事訴訟法第 139 條第 2 項規定，是否及於法官應於審判中表明「自己」所持之事實或法律觀點，學說上則有爭論；亦即，新法下法官與當事人所持觀點不同或當事人顯然忽略及認為不重要之觀點，法官應予闡明外，是否尚及於確切表明法官自己所持見解，尚有爭議。<sup>164</sup>

又因事實與法律之適用密切相關，且事實面與法律面經常發生難以全然劃分之情況，因此法院不僅須就當事人忽略或誤認之法律見解予以闡明，就事實面或兩者性質難以區分者，亦應予以闡明。是以，法官負有法律與事實交互結合之闡明義務與討論義務（die vielseitigen und wechselseitigen Hinweis- und Erörterungspflichten），應就法律見解、事實觀點、當事人事實、證據及聲明主張交互結合而為闡明，以保障當事人之聽審請求權，並全面防止突襲性裁判發生。<sup>165</sup>

## 第二項 我國法之立法沿革

### 壹、民事訴訟法第 199 條及第 199 條之 1

民國 89 年 1 月 15 日民事訴訟法修正前，第 199 條第 1 項規定：「審判長應注意令當事人得為適當完全之辯論。」第 2 項：「審判長應向當事人發問或曉諭，令其陳述事實、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充

<sup>164</sup> 姜世明，二〇〇二年德國民事訴訟法改革—總則與第一審部分，月旦法學教室，創刊號，2000 年 10 月，頁 81-83。

<sup>165</sup> 劉明生，德國法院闡明義務之新進展—以公元二〇〇一年德國民事訴訟法修正為中心，輔仁法學，第 39 期，2010 年 10 月，頁 25-30。

之。」

民國 89 年 1 月 15 日民事訴訟法修正，將第 199 條第 1 項修正為：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。」第 2 項修正為：「審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」並增訂第 199 條之 1 第 1 項：「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。」第 2 項：「被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。」

本次修正之立法目的，立法者認為適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，基於民事訴訟法原則上採取辯論主義之立場，往往會影響裁判之結果。為了防止法官未經闡明而逕行適用法律，對當事人造成突襲性裁判，於本次修法中，除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律見解為必要之陳述及作適當完全之辯論，故而將民事訴訟法第 199 條第 1 項及第 2 項為上開修正。

本次修法為了擴大訴訟制度解決紛爭之功能，審判長理應曉諭原告於該訴訟程序中得併予主張數項法律關係，以便當事人得利用同一訴訟程序澈底解決紛爭。而被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，為達到利用一次訴訟解決相關紛爭之立法目的，讓被告了解實體利益及程序利益後，衡平追求其實體利益與程序利益之理念，審判長亦應適時行使闡明權。故本次修法亦增訂民事訴訟法第 199 條之 1 第 1 項及第 2 項之規定。

民事訴訟法第 199 條及第 199 條之 1 規定，於受命法官行準備程序時，亦得準用之，此為同法第 272 條第 1 項所明文。即受命法官行準備程序時，亦應為必要之闡明，使當事人於準備程序中，即得因受命法官之闡明，而對訴訟標的、訴之聲明、紛爭事實、舉證責任分配、必要證據之提出等為必要之訴訟行為，使準備程序後之言詞辯論程序能順利進行，亦符合法官闡明應儘早於訴訟前階段為之的基本要求，

使兩造爭議之事項於訴訟前階段儘早明確，以達到集中於兩造爭執事項審理之民事訴訟程序目的，節省不必要之勞力、時間、費用耗費，使有限之司法資源有效運用，促成訴訟經濟、紛爭一次解決之目的。

## 貳、民事訴訟法第 222 條第 2 項、第 244 條第 4 項

增訂民事訴訟法第 222 條第 2 項及第 244 條第 4 項，使損害賠償之訴中，原告已證明受有損害，有客觀上不能證明其數額或證明顯有重大困難之情事時，為避免強令原告舉證證明損害數額之過苛，不符訴訟經濟原則，而使法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，而為損害原因、過失比例、損害範圍等之認定，常須經專業鑑定以及法院之斟酌裁量，始能定其數額，如原告未於第一審言詞辯論終結前補充其聲明，法院應依其表明之最低金額而為裁判，若原告未補充時，法院則應闡明令其補充。

## 參、民事訴訟法第 247 條第 2 項、第 3 項

增訂民事訴訟法第 247 條第 2 項及第 3 項係為發揮確認之訴預防及解決紛爭之功能，而擴大其適用範圍及於事實，但為免導致濫訴，就事實之存否，限於其為法律關係之基礎事實，否則即認原告無即受確認判決之法律上利益。而確認法律關係基礎事實存否之訴，則於同條第 3 項規定審判長應行使闡明權情形，原告並得因而為訴之變更或追加，不受第 255 條第 1 項前段規定之限制。

## 肆、民事訴訟法第 296 條之 1 第 1 項

增訂民事訴訟法第 296 條之 1 第 1 項，使法院於調查證據前，必須向當事人曉諭訴訟有關之爭點，讓當事人在明瞭訴訟爭點所在之前提下，就其所主張之事實所提出相關證據之調查程序中，能針對爭點為攻擊防禦並就證據調查結果表示意見，以達審理集中化之目的，促

使法院心證形成，並使當事人受充分之程序保障，能預測證據調查程序之方向及可能之結果，減少訴訟程序中之突襲及突襲性裁判發生。

## 伍、分析與檢討

民國 89 年修法中，除修正民事訴訟法第 199 條及增訂第 199 條之 1 等規定外，尚搭配許多與法院闡明相關之修正。諸如民事訴訟法第 195 條第 1 項，課予當事人真實及完全陳述義務，第 196 條第 1 項，將民事訴訟改採攻擊防禦方法適時提出主義，防止訴訟延滯，以因應時代潮流，並本諸於民事訴訟上之誠信原則，確保當事人之防禦權，避免因他造提出攻擊防禦方法之突襲行為，損及當事人之訴訟上權利，甚至受裁判結果之不利益。同條第 2 項並規定攻擊防禦方法失權效果，尤其於法院已闡明當事人提出而當事人未提出者，法院既已賦予當事人於程序中適時主張攻擊防禦方法之機會，當事人應為自己遲延訴訟程序之行為負自己責任，即不應允其於適當時期之後再行提出。

學說上有認為，原告聲明應受判決事項，為起訴程式之一，依其聲明及陳述之事實而得主張數項法律關係時，若原告主張不明瞭、不完足，應可列於第 199 條第 2 項「其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者」之範圍內。惟依原告之聲明及事實上陳述，法官若法律知識不夠精確，致闡明權行使有誤，使原告受判訴之判決，審判長所負責任恐有過重之虞。又防禦方法係被告防止原告獲得勝訴而提出之訴訟資料，其性質為消極防禦，並無積極請求判決之聲明；而提起反訴則應具備民事訴訟法第 260 條之要件，其性質為積極攻擊，並且必須表明訴訟標的及原因事實、應受判決事項之聲明，當事人既未為法定事項之表明，即不可能為反訴，並無反訴及防禦方法混淆不清而必須法官闡明之問題。<sup>166</sup>此見解則認為民事訴訟法第 199 條之 1 增訂係不當之立法。

本文認為前揭認為民事訴訟法第 199 條之 1 增訂為不當立法之看

<sup>166</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，1990 年 11 月，頁 264-265。

法，並未考量當事人並無充分之法律知識，未必知悉其紛爭所涉可能有數項不同法律關係，亦未必了解反訴所應具備之要件及應表明之訴訟標的、原因事實，並提出應為判決事項之聲明，且我國民事訴訟程序並未全面採行強制律師代理制度，立法上更應保障法律知識不足之當事人，而不應由其承擔多次提起訴訟或多次應訴之勞力、時間、費用上耗損的風險。況法官之法律專業知識，多數情況下應較一般自己遂行訴訟之當事人為豐富，由法院行使闡明權及負擔闡明義務，使當事人有利用同一訴訟程序解決紛爭之機會，自較當事人自行承擔法律專業知識不足而無法順利使用訴訟資源之風險為妥當，更能充分保障當事人之訴訟權及訴訟內與訴訟外權利。就整體司法資源有限性之觀點考量之，法官闡明使當事人有利用一個訴訟程序解決全部紛爭之機會，亦較當事人因為法律知識不足，以致無法充分利用訴訟程序解決紛爭，致多次因同一紛爭而起訴、應訴，更足以促進司法資源有效利用，而當事人在法官適當闡明下能受充分之訴訟權保障，亦有利於提升當事人對於法院判決的信賴度，發揮民事訴訟制度解決紛爭之功能。

在民事訴訟程序採行當事人處分權主義及辯論主義之下，原告究主張何項法律關係，其是否為訴之變更追加，必須由原告斟酌實體利益及程序利益而為決定；被告主張有消滅或妨礙原告請求事由，究為防禦方法或提起反訴，亦應由被告決定之。民國 89 年民事訴訟法修正時，立法者為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，使當事人得利用同一訴訟程序澈底解決紛爭，增訂第 199 條之 1 規定，若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，審判長理應曉諭原告得於該訴訟程序中併予主張；被告之主張為防禦方法或反訴有疑義時，審判長亦應適時行使闡明權，以利當事人衡量實體利益與程序利益，自己決定其訴訟行為之定性。<sup>167</sup>

法官適時為闡明權之行使，僅係提供當事人得利用同一程序一次性解決紛爭之機會，當事人仍必須自己決定是否併主張數項法律關係

<sup>167</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，三民，2009年10月，七版，頁545。

或提起反訴，法官並非代替當事人決定訴訟之法律關係或提起反訴，故法官行使闡明權，自與處分權主義及辯論主義無扞格之處。

又上揭所述規定配合民事訴訟法第 270 條、第 270 條之 1、第 272 條第 1 項關於受命法官於準備程序中為闡明之相關規定，及第 199 條第 3 項陪席法官告明審判長後，得向當事人發問及曉諭之規定，均屬民國 89 年修法時，針對法院闡明部分所為之修正，以期法院能以訴訟指揮權中之闡明權行使，讓當事人在訴訟中能享有實質武器平等地位，並避免突襲性裁判之發生，以落實憲法上對人民訴訟權之保障，儘量利用一次訴訟程序解決紛爭，節省司法資源，使審理集中化，更利於法院形成心證。而訴訟程序有效進行及避免無謂之庭期浪費，除能達成促進司法資源有效利用外，更能提升人民對司法之信任，始能發揮民事訴訟制度解決當事人紛爭之目的。

### 第三項 闡明義務之擴大

由民國 89 年增訂民事訴訟法第 199 條之 1 之立法觀之，立法者已使法官闡明權所得行使之範圍擴張。惟本條之闡明規定於舊訴訟標的理論下，涉及訴之變更或追加，即處分權主義第一命題下，原告就訴訟標的特定之闡明；於新訴訟標的理論下，則可能為辯論主義中當事人攻擊防禦方法提出之闡明。

學說上對於民國 89 年增訂之民法第 199 條之 1，形成前述闡明義務擴大之修法方向，則有不同之看法。

#### 壹、否定見解

論者有認為民事訴訟法第 199 條之 1 為錯誤之立法，蓋本條第 1 項為同法第 199 條第 2 項「聲明或陳述有不明瞭或不完足」之文意範圍所涵括，且對於原告「不知主張」之法律關係所為的闡明，係新訴訟資料提出之闡明，惟實務見解認為：「民事訴訟採辯論主義，舉凡

法院判決之範圍及為判決基礎之訴訟資料均應以當事人之所聲明及所主張者為限。審判長之闡明義務或闡明權之行使，亦應限於辯論主義之範疇，不得任加逾越，否則即屬違背法令。故審判長尚無闡明令當事人提出新訴訟資料之義務。」（最高法院 71 年台上字第 2808 號判例要旨參照）亦即實務見解否定新訴訟資料提出之闡明。

是以，私權行使應聽任當事人之意思，非法官所得曉諭範圍，況本項規定法官「應」為闡明，但法官並非法律知識精確之人，若法官所為闡明有錯誤或有缺失，致當事人受敗訴之判決，法官難以擔此責任；而本條第 2 項之防禦方法，係被告防止原告勝訴所提出之訴訟資料，性質為消極之防禦，並無積極之請求，亦不符合反訴之程式要件，自無法官闡明是否為反訴之可能。<sup>168</sup>

## 貳、肯定見解

有論者認為，法院闡明當事人為訴之變更追加，應有助於貫徹訴訟經濟原則，及維護當事人武器平等。此項闡明可避免就相關事實、紛爭重複經歷審理程序，可節省當事人之勞力、時間、費用支出，既貫徹訴訟經濟原則，亦足保護當事人程序利益，並擴大訴訟制度解決紛爭功能，可節省及合理分配司法資源，保障當事人之適時審判請求權及公正程序請求權。<sup>169</sup>而法官之闡明，僅提供有關訴之變更及追加之資訊，並未促使原告主張新的事實資料或代替其主張，不能遽以法院為此闡明，即指其違反中立性或公正性；反之，若法官保留或隱藏其法律見解或見解，以保持形式上中立性形象，將可能違反程序上公正及裁判上正義，使訴訟制度功能難以發揮，反降低人民對於司法之信賴。<sup>170</sup>

<sup>168</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2000 年 11 月，頁 264-265。

<sup>169</sup> 許士宦，請求之基礎事實、原因事實與訴之變更追加—最高法院九十年台上一六號民事判決及九十年台抗字第二號民事裁定評釋—，台灣本土法學雜誌，第 33 期，2001 年 4 月，頁 36。

<sup>170</sup> 許士宦，請求之基礎事實、原因事實與訴之變更追加—最高法院九十年台上一六號民事判決及九十年台抗字第二號民事裁定評釋—，台灣本土法學雜誌，第 33 期，2001 年 4 月，

### 叁、折衷見解

學說上對於原告已明確主張某一法律關係，法院應否再依民事訴訟法第 199 條之 1 規定曉諭原告主張其他法律關係，有持保留之態度者，認為應限制其適用範圍，當事人程序保障僅為闡明時應衡量之一個價值，當事人主體性、法官中立性、公正性之確保，訴訟經濟之考慮，均屬重要而必須一併考量。<sup>171</sup>

原告就其所欲法院審判之對象應予以特定，並承受裁判之結果，此係民事訴訟程序上當事人自己責任精神之體現，法院似無必要在原告請求審判對象之外再為建議，蓋此額外之闡明，足以造成原告心理強大壓力，曲從或迎合法官所為之闡明而為訴之變更或追加，可能危及當事人程序主體之地位，且對於他造而言亦有失公平，故法院為訴之變更、追加之闡明時，仍應同時考慮原告程序權之保障、程序主體性及訴訟經濟等觀點，給予必要之限制，除有民事訴訟法第 255 條第 3 款至第 6 款情形或法律明文准許（如民事訴訟法第 247 條第 3 項）情形外，未必均應為此闡明。<sup>172</sup>

另有認為，紛爭解決一次性僅係訴訟法之基本理想之一，不具有絕對性的優勢，法官闡明範圍不可因此而忽略他造當事人實體及程序上的正常權益，民事訴訟法第 199 條之 1 的適用應有其界限。因此，法條既規定「依原告之聲明及事實上之陳述」，解釋上即應與訴訟標的有關始能為此闡明，不能僅以事實為其判斷依據，一味追求紛爭解決一次性之價值，否則不啻使法官成為原告之律師而失其中立地位。

173

---

頁 36。

<sup>171</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 93。

<sup>172</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 93-95。

<sup>173</sup> 姜世明，法官闡明制度發展之評估—評最高法院九五年台上字第九八六號民事判決，台灣本土法學雜誌，第 100 期，2007 年 11 月，頁 93-94。

## 肆、分析與檢討

本文認為民事訴訟法第 199 條之 1 之增訂理由中，並未將本條設定與訴訟標的相關時始得為闡明，惟我國實務現況仍採舊訴訟標的理論，本條之運作結果即可能與訴訟標的發生牽連，亦即不同訴訟標的之闡明始成為本條第 1 項規定闡明之範疇。在舊訴訟標的理論之下，訴訟標的與請求權基礎緊密結合，則法官從當事人所陳述之事實中獲得之法律見解，實際上即影響當事人特定訴訟標的方向及訴之聲明有無理由之結果。尤其在本人訴訟情形下，當事人欠缺充分之法律專業知識及訴訟經驗，若發生當事人與法官所持法律見解有異的情況，在同一事實之下實不妨由法官依據上揭規定向當事人為闡明，使當事人有為訴之變更追加的機會，讓該次訴訟程序確實發揮解決紛爭之效果，使有權利而法律知識不充足之當事人，仍獲得其應得之勝訴結果，免於其在本案訴訟敗訴後，尚必須為同一事實另行起訴主張其他訴訟標的，以實現其實體法上權利。因此，闡明義務擴大之結果，不僅有利於當事人間武器平等之保障，避免當事人受突襲性裁判，且可避免當事人另行起訴、應訴之煩，有效使用司法資源而利用一次訴訟程序解決當事人間之紛爭。

而否定說之批評，本文認為將第 199 條第 2 項擴張解釋時，確有將第 199 條之 1 第 1 項規定之闡明涵蓋於內的空間，故縱未增訂第 199 條之 1 第 1 項，法官亦有對原告所未主張之數項法律關係為闡明的可能。但此種與舊訴訟標的理論下之訴訟標的相關的闡明，是否可從第 199 條第 2 項獲得闡明之依據，在實務見解經常採取較保守的解釋，未必會為此擴張之解釋方式。故為免生此疑義，將其明文於第 199 條之 1 第 1 項仍有其價值。<sup>174</sup>至於法官之闡明亦可能發生法律錯誤之情形，本文認為我國實務一般情況下，法官之豐富經驗通常較當事人或其委任之律師更能有正確之法律見解，而且法官所為法律上闡

---

<sup>174</sup> 學說上亦有認為，縱未增設民事訴訟法第 199 條之 1 規定，法院依同法第 199 條第 1 項、第 2 項規定也應為相同之解釋。邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 274。

明，當事人若有不認同，仍可表示其意見，法官對於當事人之意見若認為適當，亦非不能修正其法律見解。在法官與當事人進行此法律上討論更能發現適用於本案之正確法律見解；況縱使法官之闡明在解釋法律上發生錯誤，致當事人受不利益之判決，此係未充分保障當事人辯論權之突襲性裁判，可能構成上訴第三審事由或當事人得循再審程序救濟的問題。

另否定說認為第 199 條之 1 第 2 項關於反訴之闡明，在被告僅係為消極之防禦行為時，因程式要件欠缺自不可能係反訴，毋庸為此闡明；惟此說法或未考量到我國民事訴訟程序未採行全面強制律師代理制度，當事人本人遂行訴訟情形下，仍可能因法律知識不足而不知有反訴之權，更不知反訴應準備之相關書狀，法官為此闡明使當事人明確知悉其有利用同一訴訟程序為反訴之權利，並於當事人有意為反訴時可補足適時相關書狀使程式要件具備，係有利於當事人紛爭利用同一程序予以解決，避免當事人必須另訴主張其權利，使相關聯紛爭進入不同訴訟程序，不僅有浪費司法資源，同時讓當事人支出更多勞力、時間、費用之訴訟成本，甚至可能發生裁判歧異之問題。故民事訴訟法第 199 條之 1 第 2 項規定，仍有其意義，不能認為係錯誤之立法。

而法官何時必須為民事訴訟法第 199 條之 1 之闡明及可否為新訴訟資料提出之闡明，此則涉及闡明之界限問題，亦即在維持法官中立性，同時兼顧當事人實體利益及程序利益，保障當事人之訴訟權並使紛爭一次解決，及妥適使用司法資源等價值之衡量間，必須以當事人之訴訟行為有資訊可循，法官始應為闡明之問題，實務判例見解在民事訴訟法歷經多次修正後，是否仍應繼續採用，並非無商榷之餘地。本文認為民事訴訟法第 199 條之修法及第 199 條之 1 之增訂，立法者欲追求當事人間實質武器平等之保障、防止突襲性裁判及貫徹紛爭解決一次性以合理、妥適使用司法資源等理想，均為良善之出發點，符合各國民事訴訟法所追求之理念，不應因法官闡明之界限問題而埋沒其價值。

在我國實務採行舊訴訟標的理論下，值得注意的是從民事訴訟法第 199 條之 1 的立法目的觀之，除了原告所主張之紛爭事實有請求權

競合之情形應予適用本條闡明義務外，於法官與原告間就契約性質或法律見解有不同見解，致法官認為原告所特定訴之聲明有所不當，從原告所述事實可知有形成權或抗辯權可資行使而未予主張，及原告所述事實尚有其他相關權利可利用一次訴訟程序全部予以解決等情形下，法官是否亦因本條規定而負有闡明義務？

在法官與原告就契約性質或法律見解有歧異，致原告所為聲明不當情形，例如原告認定兩造間契約係買賣，而法官認為係承攬契約的情況，此時實係法官所持法律見解與當事人有異，法官雖不受當事人所持法律見解拘束，但仍應依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定向當事人公開其法律見解，讓當事人有表示意見之機會，並非同法第 199 條之 1 所負之闡明義務。此關於法官不受當事人所主張法律見解拘束之問題，本文於第四章第三節詳論之。

在原告所述事實中，法官可獲知有形成權或抗辯權可資行使，如民法第 92 條受詐欺或脅迫而為意思表示可撤銷、可能性時效抗辯等，或從原告所述事實尚有其他相關權利可在該次訴訟程序中併予主張，如原告起訴請求拆屋還地而未請求被告因無權占用土地之相當於租金的不當得利等，此時應回歸法官中立性維持及當事人處分權主義之觀點思考。若從原告所為書面及言詞陳述中，無從認為原告有主張該形成權、抗辯權，基於法官中立性維護之原則，應認為並無闡明之義務，亦非民事訴訟法第 199 條之 1 闡明義務範圍。至於法官闡明過程中，尤應注意法官的中立性維持，不應讓法官闡明成為一造當事人之訴訟諮詢者，否則將使法官喪失其中立地位而淪為一造當事人之律師，更難期此情況下作成之判決，能使當事人發生信賴而解決紛爭，此涉法官闡明界限之問題，本文於第四章第二節詳述。

而無從得到原告有主張該相關權利之意思時，基於民事訴訟程序採行處分權主張，原告有決定審判範圍之權限，原告既不欲以此次程序併予請求相關權利，應尊重原告之處分權限，且在我國現行法既判力及別訴禁止相關規定下，亦不應使原告因而不得另訴請求該未於本次程序中併予主張之相關權利，此部分本文於第六章第三節詳論之。

## 第二節 闡明之界限

### 第一項 概說

法官於適當範圍內為闡明，固然可讓訴訟程序進行順利、迅速，並保障人民之憲法上之訴訟基本權。惟法官過度為闡明行為，則可能發生扭曲事實真相，亦且可能發生因法官闡明而受不利益之當事人喪失對裁判信賴的危險；反之，法官若應闡明而未為闡明，則其不免遭受審理程序瑕疵之責難，若因此而使當事人未能於程序而充分陳述及辯論，甚至已侵害當事人之訴訟基本權，屬程序上之重大瑕疵，可作為上訴第三審之理由。因此，法官闡明過度與闡明不足，對於兩造當事人實質武器平等的保障都會造成影響，亦接續影響裁判結果的妥當性及人民對於裁判結果的信賴程度。

自民國 89 年民事訴訟法修正後，以擴大法官於訴訟程序中進行闡明行為之方式，期望達到衡平保障當事人之實體利益及程序利益，防免發生突襲性裁判及擴大訴訟制度解決紛爭之功能。新法要求法官積極行使闡明權，而法官闡明權的行使經常也成為一種闡明義務，影響訴訟程序之正當性，如何拿捏在個案情況中的闡明界限，固尚有待實務見解及經驗的累積，但建立一個抽象的上位方針，使法官於個案中能以之作為闡明權行使與否的判斷依據更屬必要，否則在欠缺較明確之基準下，亦難以期待迅速建立妥當的實務見解方向，讓當事人難以捉摸法官闡明行使之界限，徒使當事人於訴訟程序中陷於不安定的地位，有損其訴訟權利之保障。

民事訴訟制度設置，係以具有完全能力的理性之人及平等的訴訟主體為基礎，但實務運作上因當事人法律知識、訴訟經驗的不足，並無法對訴訟當事人有如此期待，更難期兩造當事人於訴訟上地位的實

質平等。<sup>175</sup>我國民事訴訟制度既未採行強制律師代理，不僅當事人本身之法律知識、訴訟經驗影響其訴訟程序中是否能受完整之保障並確實主張自己之權利，在兩造當事人有無委任律師之差異上，將更擴大當事人於訴訟程序中武器平等地位之差距，更遑論我國律師素質不齊，一般當事人在欠缺相關知識及資訊情況下，不能確實明辨其所委任之律師之素質程度如何，縱當事人已委任執業律師為其訴訟代理人以遂行訴訟程序，亦難保證當事人之權利能受完善之保障。

辯論主義之第一命題為：法院不得將當事人所未主張之事實採為判決資料；第二命題為：法院對於當事人不爭執之事實（自認之事實），應以之為判決之資料；第三命題為：法院就當事人爭執之事實依證據而為認定，須依當事人聲明之證據為之，不得為職權調查證據。<sup>176</sup>辯論主義之採行，並非排斥法官闡明之介入可能性，蓋法官闡明具有補足辯論主義缺失之目的，避免當事人因無法律上之知識、經驗，就有利於己之事實不知主張，難為適當及完全之陳述。因此，民事訴訟程序原則採行辯論主義下，法官闡明之界限問題在國內及國外實務及學說上，均有其討論及發展。

民事訴訟制度原則上採行辯論主義，由兩造當事人提出對己事實及證據，法官係居於中立者之角色，依據兩造當事人所提出之事證形成心證而作成裁判，故法官中立色彩之維持，與該裁判能否使當事人信服而終結解決紛爭密切相關。法官闡明義務係修正辯論主義之不足處，闡明義務是否應有界限，其界限應如何決定，則係實務及學說上均備受討論之問題。

論者有認為法官為消極闡明或積極闡明並無界限及差別，法官闡明應該並無界限及限制而可盡力為之，反之若未儘量為闡明行為，尚可能發生程序違法之情況。<sup>177</sup>法官闡明權之行使與辯論主義並無矛盾之處，法官闡明屬於辯論主義之補充，即使法官廣泛為闡明，仍不能

<sup>175</sup> 陳真真，闡明權之行使，臺灣高等法院高雄分院九十年度研究發展項目研究報告，頁 67。

<sup>176</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版一刷，頁 284。

<sup>177</sup> 駱永家，闡明權，民事訴訟法之研討(四)，頁 172-173。

以闡明代替當事人之陳述。<sup>178</sup>

此見解係認為法官縱使擴大行使其闡明權，甚至及於新事實證據提出之闡明，因闡明制度僅在補足辯論主義之不足，在辯論主義之下，當事人有自主決定是否主張或提出法官所闡明之事實及證據的權利，法官的闡明並不能取代當事人此項決定權利，因此闡明並無界限存在之必要。然法官闡明權行使不應有界限，因此法官儘量廣為闡明並無程序違法問題，但仍肯認法官闡明權之行使有其妥當與否問題存在。

179

惟多數見解則認為，法官闡明制度致為了彌補辯論主義之不足，仍應注意民事訴訟程序採行辯論主義的原則，以避免法院將私知但並不容許法院職權審酌之事實，向當事人為闡明，當事人通常即會依據法官所為闡明而為主張，使法官闡明逾越甚至架空辯論主義，甚至影響法官中立性。因此，法官闡明仍應有其界限存在。<sup>180</sup>

學說上認為法官闡明並無界限存在之看法，係因當事人仍有自主決定是否為主張或提出之選擇權，法官闡明並不能取代當事人之訴訟行為。惟本文認為，法官闡明權介入訴訟程序後，無論係律師代理訴訟或本人訴訟，一般情況下均會使當事人依循法官闡明之方向而為訴訟行為，以期獲取有利於己之訴訟結果，鮮少發生當事人在法官為闡明之後，仍堅持己見不為主張或提出之情形，故法官闡明後雖形式上並無取代當事人之主張或提出之訴訟行為的效果，但實質上已足以對當事人形成無形的拘束。因此，若認為法官闡明權之行使，毫無界限可言，僅有妥當與否之問題，則很容易在法官「不妥當」的闡明下，實質影響兩造當事人武器平等地位，使法官實質上成為一造當事人的律師，有損法官之中立地位，更使他造當事人難以信任裁判之結果，勢必造成糾紛延續。

因此，本文認為法官闡明義務係補充辯論主義之不足，而非取代辯論主義，故法官僅於當事人之主張有不明瞭、不清楚、不完足或有

---

<sup>178</sup> 劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004年1月，頁93。

<sup>179</sup> 駱永家，闡明權，民事訴訟法之研討(四)，頁173。

<sup>180</sup> 劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004年1月，頁93。

錯誤等情況下，始發動闡明讓當事人有補充、更正的機會，仍應注意其中立地位之維護，不能因發動闡明而使法官淪為一造當事人之律師地位。與其將法官闡明界限介定為妥適與否之問題，毋寧直接認為法官闡明有其界限，使逾越界限之闡明權行使發生違法之效果，以督促法官行使闡明權指揮訴訟進行過程中，隨時注意界限之問題，保持法官之中立性，並維持當事人間實質平等地位，始能使訴訟程序確實發揮解決當事人紛爭之功能。

## 第二項 獨立性與中立性

司法權乃在確保法之存在與實現，解決人民彼此間、人民與國家間及國家機關彼此間之爭議，其決定性的作用乃在於藉由法院為法與權利的保護，經由訴訟程序作成司法裁判，以裁判所具有的法拘束效力，重建法秩序之和諧與和平，亦使有權利之人藉此貫徹、實現其權利。<sup>181</sup>

司法權作為憲法上權利分立下之仲裁權力，亦被稱為第三權，此第三權賦予法官行使之，法官在此應受法律之拘束，我國憲法第 80 條即規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」本條規定法官依法獨立審判，係法官中立及公正性之前提。<sup>182</sup>

### 壹、法官獨立性

為保障司法權中立適用法規範及捍衛法規範，憲法保障首要在於法官審判及人事上的獨立性及依法獨立審判原則，此係指法官為審判行為時，僅受法的拘束而不受任何形式之國家權力指揮與社會及政治力干預而為判決。<sup>183</sup>

<sup>181</sup> 陳慈陽，憲法學，元照，2005 年 11 月，二版，頁 782。

<sup>182</sup> 陳慈陽，憲法學，元照，2005 年 11 月，二版，頁 779。

<sup>183</sup> 陳慈陽，憲法學，元照，2005 年 11 月，二版，頁 779-780。

司法院大法官釋字第 530 號解釋揭示：「法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉；法官之身分或職位不因審判之結果而受影響；法官唯本良知，依據法律獨立行使審判職權。審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；又基於保障人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關自有司法行政監督之權限。」

法官獨立審判原則，其內容可分職務獨立性及身分獨立性二者，前者指法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉；後者謂法官之身分或職位不因審判之結果而受影響。<sup>184</sup>前者，我國憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」揭示司法權獨立之原則外，並有要求國家建立完備之維護審判獨立制度保障之作用。<sup>185</sup>後者，憲法第 81 條明定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告，不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸。」旨在藉法官之身分保障，以維護審判獨立。凡足以影響因法官身分及其所應享有權利或法律上利益之人事行政行為，固須依據法律始得為之，惟不以憲法明定者為限。若未涉及法官身分及其應有權益之人事行政行為，於不違反審判獨立原則範圍內，尚非不得以司法行政監督權而為合理之措置。<sup>186</sup>

憲法要求法官依據法律獨立審判，係宣示除保障法官外在職務上獨立外，亦要求法官於審判時，必須保持自主獨立性，即同時保障法官內心的獨立，於審判中必須自我抑制並獨立於個人主觀思想、信仰、道德、好惡等觀念之上，以確保法安定性，而法官更應著重己身自主性、主體性、人權意識、憲法意識及抗拒干涉審判之膽識，惟憲法及法律作為裁判基準，以獨立之司法審判作為人民權利的保障。<sup>187</sup>

<sup>184</sup> 司法院大法官釋字第 530 號解釋理由書。

<sup>185</sup> 司法院大法官釋字第 539 號解釋。

<sup>186</sup> 司法院大法官釋字第 539 號解釋。

<sup>187</sup> 邱聯恭，司法之現代化與程序法，三民，1992 年 4 月，初版，頁 77-78，註 36。

## 貳、法官中立性

裁判機關之獨立性確保，係實現公正裁判理念的基礎，基於權力分立的憲法原則，司法權應獨立於行政權與立法權之外，以確保其裁判公正、人權保障之功能得以實現，從組織上的獨立性，排除其他力量的干涉，審判機關被期許具備中立性，因此舉凡可能影響審判機關中立性的行為都應該避免。<sup>188</sup>

正當訴訟程序必須公開、公平、公正，以追求公平審判，其中公正即係指法官必須以中立第三者的立場擔任審判工作，訴訟法上亦設有相關的迴避制度，以確保法官的中立性，<sup>189</sup>而法官身分及職務上的獨立性，則確保法官不受利益團體或其他機關指令拘束，依據法律而秉持中立之身分進行審判工作。

法官中立性在民事程序中的處分權主義及辯論主義前提下，原本易於理解及實現，但不論德國、日本及我國的民事訴訟法上，均對於處分權主義及辯論主義有所修正，加強了法官的闡明義務，如何在處分權主義及辯論主義、法官闡明義務及法官中立性原則之間，取得適當的平衡，在民國 89 年民事訴訟法修正強調法官闡明義務的同時，亦成為民事訴訟程序中的新課題及挑戰。<sup>190</sup>

### 第三項 實務見解與學說之發展

在民事訴訟採行處分權主義及辯論主義的原則下，當事人有義務為必要的原因事實陳述及提出相關證明方法，藉以追求訴訟成果。在當事人所為陳述或提出有不清楚、不完足或其他因疏失或錯誤而導致的欠缺時，法官應以闡明方式介入，使當事人有除去或補充的機會，

<sup>188</sup> 姜世明，民事訴訟法基礎論，元照，2008年7月，二版，頁12。

<sup>189</sup> 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法—權力分立，學林，2004年5月，一版，頁377。

<sup>190</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁7。

藉此受實質保障的程序解決紛爭。惟從當事人的陳述內容並無任何「端緒」可循時，法官是否仍應為闡明，此即涉法官闡明界限之問題。

## 壹、我國早期實務見解

我國早期實務見解中，有最高法院 81 年度台上字第 1575 號判決要旨謂：「行使闡明權，固為審判長之職責，但僅得於辯論主義之限度內行之。必依當事人言詞之主張或書狀之記載，生有疑竇，有以發問或曉諭除去之必要，然後始得發問或曉諭當事人陳述事實，聲明證據，或為其他之聲明及陳述，或敘明或補充其聲明或陳述之不完足。」另最高法院 73 年度台上字第 3774 號判決要旨亦揭示：「闡明權僅可於辯論主義之限度以內行之。故如曉諭當事人改用他種攻擊方法，已與審判長之闡明義務無關，不在許可之列。」及最高法院 71 年台上字第 2808 號判例見解謂：「民事訴訟採辯論主義，舉凡法院判決之範圍及為判決基礎之訴訟資料均應以當事人之所聲明及所主張者為限。審判長之闡明義務或闡明權之行使，亦應限於辯論主義之範疇，不得任加逾越，否則即屬違背法令。故審判長尚無闡明令當事人提出新訴訟資料之義務。」前開實務見解，均屬我國實務見解中，認為法官闡明必須以辯論主義為其界限之見解。

惟若澈底遵守辯論主義之立場，則當事人之陳述或聲明縱有不明瞭或不完足，仍必須依其聲明及陳述作為判決之基礎，此種情況下所作成之裁判，實難達成解決當事人紛爭之效果，徒使當事人耗費勞力、時間、費用於訴訟程序，卻因對於缺乏法律專業素養，致其權利無法受到保障，反有損於人民對司法之信賴，亦使當事人不斷上訴或另行起訴，耗損司法資源。故法院闡明之制度，即為彌補此種缺陷，於必要時經由法院介入行使闡明權，使當事人明瞭訴訟程序進行狀況，及其所應提出之事實、證據，甚至法律見解，讓權利人之權利能確實被保障，維護當事人程序主體之地位，而民事訴訟程序亦確實發揮解決當事人紛爭之機能，此為民國 89 年民事訴訟法修正之重點方向。而最高法院 71 年台上字第 2808 號判例亦因增訂民事訴訟法第 199 條第

1 項、第 2 項及第 247 條公布施行，理論基礎發生動搖，而經最高法院 90 年度第 3 次民事庭會議決議不再援用。

## 貳、國外學說見解

### 一、德國學說見解

法官對於訴訟中主張及重要的事實，對於他造陳述的說明與相關證明方法提出，在處分權原則及辯論原則的界限內，法官秉持公正立場為適當之闡明，該訴訟程序之目的得以達成。<sup>191</sup>

然而，憲法中的法官中立性係保障法官超然中立的地位，是法治國家憲法的基本原則，而一個不具中立性的法官就不應認為是德國基本法第 101 條第 1 項意義下的法官。因此，法官中立性對於德國民事訴訟法第 139 條法官闡明義務的解釋及範圍意義重大。<sup>192</sup>因法官中立性是法制國家不能退讓的基本原則，為憲法的基本價值，法官必須立於實質公正的地位，在法律規定範圍內取得觀點作成判決。

法官中立規定既認為是一個憲法上權利的實質公正，為了保障當事人主觀權利、避免突襲性裁判發生及當事人公正程序請求權的維護，故法官闡明義務不能影響處分權主義、辯論主義產生的當事人主張責任，更不能損及法官中立原則。<sup>193</sup>如果解釋法官闡明義務時，未注意法官中立性及當事人責任問題，法官闡明義務範圍將會變得十分寬廣，使法官對於當事人的聲明、訴訟原因事實、請求權基礎、甚至各種抗辯權（尤其是時效抗辯），都負有闡明的義務，此將有讓民事訴訟程序由辯論主義轉變為協同主義或職權探知主義的危險。綜上，法官對於法官闡明義務範圍的解釋及法官闡明義務所存在的界限，仍必須堅守處分權主義、辯論主義、當事人所陳述的紛爭事實及法官中立規定。

194

<sup>191</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S. 263.

<sup>192</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S. 263.

<sup>193</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S. 263.

<sup>194</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S. 263、265.

法官闡明義務範圍規定取決於實質的法官闡明義務目的、法官中立性規定及當事人責任。處分權主義下，當事人仍可能因法官闡明而為完全的事實陳述及提出適當的證據，此種法官闡明的結果在德國民事訴訟法強調法院的「實質訴訟領導」之下，要求法官必須在從當事人陳述中可以獲得「提示」或「線索」（即「端緒」）時，有對該當事人為闡明的義務，以「提示」及「線索」作為法官闡明發動前提的情況下，即不應認為法官對一造當事人闡明會使該當事人產生利益，而對另一造當事人造成不利益，蓋當事人原已有主張之線索可循，法官僅係闡明使該當事人為明確之表述而已，無論哪一造當事人之陳述有不明瞭、不完整之處時，法官均應無偏頗為闡明，更不因此認為法官闡明即可以逾越處分權主義及辯論主義或將法官闡明範圍擴張到達背法官中立性規定的程度。<sup>195</sup>

如果解釋法官闡明義務時，未注意法官中立性及當事人責任問題，法官闡明義務過分寬廣，對於當事人的訴之聲明、原因事實、請求權基礎、各種抗辯權，均負有闡明的義務，使民事訴訟程序漸漸向職權探知主義傾斜。因此，法官對於闡明義務範圍的解釋及闡明義務所存在的界限，仍必須以處分權主義、辯論主義、當事人所陳述的紛爭事實及法官中立規定作為其界限。<sup>196</sup>

以中立性不偏頗作為法官闡明及澄清要求之界限時，法官依據德國民事訴訟法第 139 條所為必要的澄清必須建立在絕無偏頗之上，這也是一種實質當事人武器平等的保障；而法官對於當事人提出的訴訟資料都無法在訴訟程序中有所依循的新事實為闡明時，即是逾越了法官中立性的界限。<sup>197</sup> 法院闡明係以當事人於訴訟陳述中「至少隱約暗示方式」（zumindest Andeutungsweise）為其界限，而如何維持法官中立性的闡明界限，仍必須取決於個案情況決定。一般而言，法官積極

<sup>195</sup> Musielak, Grundkurs ZPO, 9. Aufl., 2007, S. 105 ; Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S. 263 ; Othmar Jauernig, ZPO, 29. Aufl., 2007, S. 75 ; Hartmut Rensen, Die richterliche Hinweispflicht, 2001, S. 120-127 ; Egbert Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983, S. 107..

<sup>196</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S. 263.

<sup>197</sup> Musielak, ZPO Kommentar, 4. Aufl., 2005, §139 Rdnr. 5.

進行訴訟上闡明應被肯認，適當的闡明有益於澄清當事人矛盾或不清楚的訴訟行為，在給予當事人表示意見的機會下，能引導當事人為一個符合其意願的訴訟行為及使當事人瞭解法官的相關見解。<sup>198</sup>

立法者於德國民事訴訟法第 139 條第 1 項中強調法官必須與當事人間為公開對話，包括訴訟當事人新的聲明、請求權基礎及訴訟上抗辯等闡明，如果當事人欠缺最少、隱約地請求基礎提出時，法官則不應對此為闡明。換言之，法官依德國民事訴訟法第 139 條第 1 項第 2 句，應闡明讓當事人就事實為補充陳述，或就相關的請求權表明及提出證明方法，但法官沒有義務對於當事人陳述中毫無端緒的全新情況、事實及證明方法為闡明；反之，法官為澄清當事人陳述及使當事人陳述完整所為之闡明，必須限於當事人所陳述範圍內為之。<sup>199</sup>立法者在法院闡明之規定中強調，在當事人隱約陳述權利相關基礎時，法院有將抗辯權或得主張之新的請求權基礎為闡明，並與當事人公開討論的必要，但法院並無義務對當事人所未提出的新事實、證據、抗辯等為闡明，<sup>200</sup>例如：未能從當事人陳述內容發現端緒的時效抗辯闡明應是被禁止的，否則會有法官偏頗之疑慮，一般而言，必須在訴訟程序中，法官辨識當事人陳述內容究係異議或時效抗辯發生疑義時，始負有闡明義務。<sup>201</sup>

德國民事訴訟法 139 條所規定之內容，涵蓋法院之指示義務、說明義務、發問義務、照顧義務等，尚被稱為民事訴訟之大憲章；本條規定系加強法院之輔助地位（Hilfestellung），就辯論主義為適當之修正，並不影響民事訴訟程序採行辯論主義之原則，而當事人是否接受法官曉諭而為相對應之訴訟行為，亦委由當事人自行決定，不能認為法院在當事人未提出任何相關主張情況下，即應指示其他請求權基礎

<sup>198</sup> Musielak, ZPO Kommentar, 4. Aufl., 2005, §139 Rdnr. 5.

<sup>199</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S. 265.

<sup>200</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 16. Aufl., 2004, §77 Rdnr. 17-22；Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S. 261；Münchener, ZPO Kommentar, 2. Aufl., 2000, §139 Rdnr. 17；Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. Aufl., 2010, §139 Rdnr. 12.

<sup>201</sup> Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. Aufl., 2010, §139 Rdnr. 12.

或指示為形成權之行使。<sup>202</sup>

德國部分文獻及實務見解上雖有將辯論主義視作法官闡明義務界限之見解，惟多數學說見解仍採取「端緒」之觀點，亦即法官闡明只能引發當事人原來陳述內容的進一步看法，而不能將完全獨立於訴訟外之事實以闡明方式引入；故而，民事訴訟程序採行辯論主義為原則，並不會因法官闡明的介入而被改變，因為法官闡明僅是補充當事人的陳述不清楚、不明瞭之處，仍必須立於當事人陳述的基礎上而為之。<sup>203</sup>

## 二、日本學說見解

日本學說上，對於辯論主義與法官闡明之看法，大致可區分為三種。

第一種見解認為，民事訴訟程序採行辯論主義，訴訟資料及證據資料均應由當事人負提出之責任，法官闡明權的行使範圍，僅在當事人主張有所矛盾、錯誤等情形下，始得為之。<sup>204</sup>此見解為日本早期之學說見解，迄今已幾乎不再被採用，其觀點即與我國早期實務見解相似，認為法官闡明權之行使應限於辯論主義範圍內為之。

第二種見解認為，法官闡明權與辯論主義並非對立，而係為彌補辯論主義之缺失，尤其在當事人間有武器不平等之情況，為使實體上應有權利之當事人，卻因欠缺法律專業知識而在訴訟程序中不能確實主張對其有利之事實及證據，可能因此而有受敗訴判決之可能時，透過法官闡明權之行使，使該當事人有適當主張相關之事實及證據的機會。從而，法官闡明權行使，不僅限於消極之闡明，亦應及於積極之闡明，亦即應允許法官亦可為新訴訟資料提出之闡明，而此種法官闡明權的行使，也應認為是法官的義務，但法官過度的闡明仍屬不恰當。

<sup>202</sup> Musielak, ZPO Kommentar, 4. Aufl., 2005, §139 Rdnr. 1.

<sup>203</sup> Hartmut Rensen, Die richterliche Hinweispflicht, 2001, S. 120-127; Egbert Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983, S. 107.

<sup>204</sup> 竹下守夫、伊藤真編，注釈民事訴訟法(3) 口頭弁論，1993年5月30日，初版，頁73。

此看法為現今日本學說上之通說見解。<sup>205</sup>

第三種見解則認為，辯論主義及法官闡明權，均係作為發現真實的手段，因此二者並無矛盾而是相互補足，為了發現真實的目的，法官應行使闡明權以釐清事實真相，而法官行使闡明權的結果，縱然造成對一造當事人有利的結果，甚至法官闡明權的行使已足以逆轉訴訟結果，在發現真實的目的之下，亦是不得不然的結果。<sup>206</sup>

然而，在民事訴訟採行辯論主義之原則及當事人實質平等的維護下，法官闡明權的行使必須以法官中立性及公正性作為基準，法官闡明權的行使，不可損及法官中立性、公正性之維持，必須考量個案訴訟進行狀況、雙方當事人進行訴訟方式、實力差距，及個案中法官心證程度等情狀，綜合考量並具體分析，加以類型化處理，始可能分析出一個標準。<sup>207</sup>

日本實務上認為，從證據中可以發現足以影響判決結果之事實，但當事人卻未明確提出之主張，若合理解釋當事人真意，可認為其似有主張該事實之意，則應為闡明，否則未為闡明逕予判決，則有違闡明義務。<sup>208</sup>惟亦有日本學說見解認為，法院於證據調查結果認為當事人並未主張之事實，若有助於解決本案，即應闡明該事實，確認當事人是否有主張之意。<sup>209</sup>

日本學說上討論闡明界限時，對於從原告所提出之訴訟資料中有跡可循，且法官闡明原告提出新的訴訟標的或事實主張時，原告所提訴之聲明即會被准許的情況，亦即法官依原告所提出訴訟資料可取得「端緒」，但法官闡明將影響訴訟結果勝敗時，法官是否應為此闡明則有爭執。肯定見解認為，原告所提出之訴訟資料既已有跡可循，則原告未提出該項訴訟標的或事實，係原告有所誤解或疏漏所致，法官本即有闡明之義務；否定見解則質疑，在原告所提出之主張本來無法

<sup>205</sup> 竹下守夫、伊藤真編，注釈民事訴訟法(3) 口頭弁論，1993年5月30日，初版，頁73。

<sup>206</sup> 竹下守夫、伊藤真編，注釈民事訴訟法(3) 口頭弁論，1993年5月30日，初版，頁74。

<sup>207</sup> 本間義信，釈明權，民事紛争の解決と手続——佐々木吉男先生追悼論文集，信山社，頁166。

<sup>208</sup> 本間義信，釈明權，民事紛争の解決と手続——佐々木吉男先生追悼論集，信山社，頁165。

<sup>209</sup> 小林秀之，弁論主義の現代的意義，載於：講座民事訴訟法④，弘文堂，1985年，頁95以下。

達成勝訴之結果情況下，法官為此種攸關訴訟勝敗的闡明，始使法官闡明權流於教導訴訟之地位，對他造當事人嚴重不公平，不應允許。

210

當事人未提出權利障礙與權利消滅事由，如時效抗辯、同時履行抗辯等，法官是否有闡明之義務，日本實務見解多次消極看法。早期實務見解認為，此類抗辯權若經法官闡明，鮮少當事人不為主張，故不宜讓法官對抗辯權之行使與否進行闡明；戰後之日本實務見解，亦認為抗辯權並非法官闡明義務所涵蓋之範圍；最高法院則謂，在當事人未行使抗辯權的場合下，實際上即難認當事人有行使抗辯權之意思，法官若對當事人是否行使抗辯權進行闡明，等同於法官完整提供該當事人一個全新的權利主張機會，既不符該當事人原本之真意，亦可能對他造當事人發生不公平的情況，因此採取消極的立場。惟日本學說見解，則仍有採取肯定抗辯權闡明之看法。<sup>211</sup>

### 叁、國內學說見解

論者有認為法官闡明界限應以法官中立性為觀察。法官利用具體化義務及完全義務等制度，課予當事人不利益前，應以闡明義務之履行作為對當事人未盡前述義務制裁的前提，此亦為避免發生突襲性裁判所必需。<sup>212</sup>法官闡明之目的，本即為要求程序之公正及當事人之武器平等，另針對當事人可能忽略之法律見解，或對法律見解有誤解之處，基於法官知法原則，對當事人於訴訟上為曉諭，促使程序公平性及實質武器平等，得以落實於訴訟程序中。<sup>213</sup>

惟在闡明義務之履行，不能因滿足一造當事人之實體或程序上利益，而對他造當事人之實體或程序上利益造成不平衡之侵害，否則國

<sup>210</sup> 竹下守夫、伊藤真編，注釈民事訴訟法(3) 口頭弁論，1993年5月30日，初版，頁131-132。

<sup>211</sup> 竹下守夫、伊藤真編，注釈民事訴訟法(3) 口頭弁論，1993年5月30日，初版，頁152-159。

<sup>212</sup> 姜世明，法官闡明制度發展之評估—評最高法院九五年台上字第九八六號民事判決，台灣本土法學雜誌第100期，2007年11月，頁94。

<sup>213</sup> 姜世明，法官闡明制度發展之評估—評最高法院九五年台上字第九八六號民事判決，台灣本土法學雜誌第100期，2007年11月，頁94。

家本於公正程序及武器平等立場而介入當事人之私權訴訟程序之目的，反而因國家權力行使之不當，而有過度干預的疑慮。是以法官闡明制度之運用，仍應注意法官之公正性，切不能使法官成為一造當事人之律師地位，否則將可能構成法官迴避事由。<sup>214</sup>

法治國家之訴訟程序下，法院負有義務，讓當事人實際上得利用程序上權利，以保障其程序權方式利用訴訟程序，爭取當事人自己實體法上權利，而公正程序請求權即為程序中法官闡明權行使裁量之憲法指導準則，若法院之闡明權行使欠缺公正，即成為程序上之違誤，當事人得據以依一般上訴請求救濟。<sup>215</sup>故而，在不違反法官中立義務之下，對當事人所不知或疏未注意之法律見解，促使當事人為適當之辯論，始屬於法官闡明義務之範圍。

在訴訟資源有限性考量下，本於訴訟經濟、紛爭一次解決，而著眼於擴大訴訟解決紛爭之立場，以法官闡明之方式介入私法秩序之訴訟程序作為實現此訴訟目的之手段；惟闡明義務之界定，仍必須以公正法官作為基準，逾越闡明程度而為教示者，將使法官失其中立性而成為一造當事人之利益代理人，此則非法治國家司法制度所應容忍。<sup>216</sup>因此，應以當事人所為事實陳述中顯現之「端緒」，作為法官行使闡明權或負擔闡明義務，應較能符合比例原則及達成法官闡明制度之目的，且避免法官過度介入當事人以民事訴訟程序處理私法糾紛時，民事訴訟程序所採處分權主義及辯論主義之規範領域。<sup>217</sup>

在辯論主義之原則下，當事人所提出之事實、證據，法官始加以審理而以之為基礎作成判決；當事人未提出之事實、證據，法官無須

<sup>214</sup> 姜世明，法官闡明制度發展之評估—評最高法院九五年台上字第九八六號民事判決，台灣本土法學雜誌第 100 期，2007 年 11 月，頁 94；姜世明，民事訴訟法基礎論，元照，2008 年 7 月，二版，頁 10。

<sup>215</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 45-46。

<sup>216</sup> 姜世明，法官闡明制度發展之評估—評最高法院九五年台上字第九八六號民事判決，台灣本土法學雜誌，第 100 期，2007 年 11 月，頁 98。

<sup>217</sup> 姜世明，法官闡明制度發展之評估—評最高法院九五年台上字第九八六號民事判決，台灣本土法學雜誌，第 100 期，2007 年 11 月，頁 98。相同見解：吳從周，闡明時效抗辯與法官迴避—瀏覽與備忘二〇〇四年以來德國學說與實務見解的最新發展—，台灣本土法學雜誌第 75 期，2005 年 10 月，頁 165-166。

加以斟酌，亦不得以之作為判決之基礎，以免突襲性裁判，並保障當事人之辯論權。故在法院審理程序中，毫無線索可以認為當事人似有主張某種事實時，法官不必對該當事人有無主張該事實之意思為闡明，逕以其已提出之事實、證據為基礎作成判決，由該當事人因自己責任原則承擔訴訟之結果。<sup>218</sup>此學說見解亦強調，在訴訟程序中對於一造當事人所為之闡明，尚必須從該當事人在訴訟程序中所為之訴訟行為有線索可循情況下，法官始有闡明之空間，此即「端緒」之界限，若毫無「端緒」可言，法官自不能為此闡明，否則即有損其中立性。

學說上另有將法官闡明不損及其中立性、公正性之情況予以類型化為：一、有民事訴訟法第 255 條第 3 款至第 6 款情形所為訴之變更、追加之闡明；二、依當事人之事實陳述已呈現某一法律構成要件事實時，闡明是否主張該事實；三、在原告主張之事實下，依其主張之法律關係無法成立，但改依其他法律關係主張即可成立時，闡明其是否改依其他法律關係主張；四、法院不能依當事人聲明之證據而得心證，得闡明當事人促其提出證據。<sup>219</sup>

而當事人已明確主張某一法律關係時，法官是否應再依民事訴訟法第 199 條之 1 規定，曉諭原告主張其他法律關係，則應衡量當事人主體性維護、法官中立性、公正性確保、訴訟經濟考慮等因素。若法院此時仍為闡明，可能因法官握有法律適用之最終決定權，因而對當事人形成強大之心理壓力，而有危及當事人主體地位之虞。因此，若當事人擇定之法律關係，已足讓其得終局勝訴以有效解決紛爭時，法官亦無須闡明其同時主張其他法律關係，以避免當事人徒增訴訟勞費之不利益。<sup>220</sup>

另有學者認為依民事訴訟法第 199 條之 1 規定，<sup>221</sup>原告必須已陳

<sup>218</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 170。

<sup>219</sup> 呂太郎，民事訴訟闡明之理論及其趨向，民事訴訟之基本理論(二)，2009 年 6 月，初版，頁 91-92。

<sup>220</sup> 呂太郎，民事訴訟闡明之理論及其趨向，民事訴訟之基本理論(二)，2009 年 6 月，初版，頁 93-95。

<sup>221</sup> 論者有謂民事訴訟法第 199 條之 1 為不當之立法，蓋其所規定者本為同法第 199 條第 2 項「其他必要之聲明及陳述」所涵括，毋庸另訂民事訴訟法第 199 條之 1 規定。詳見：姚瑞光，民事訴

述可構成該主張法律關係之構成要件事實，而由此可得知當事人有「不知主張」之實體法上法律關係，法院始構成本條之闡明義務。由此觀之，法官並非就當事人所未為之聲明或陳述，或無法從其聲明或陳述中尋得闡明端緒者，仍無中生有而為闡明，故亦不能承認傳統學說分類之新訴訟資料提出的闡明。<sup>222</sup>法官闡明係為補救辯論主義之缺點，並非根本否定辯論主義而改採職權主義，對此有關權利行使之事項，本應由當事人自由決定，法官不可曉諭其行使權利，包括代位權、抵銷權、抗辯權等，均係權利，不屬法官闡明之範圍。<sup>223</sup>而法官闡明義務之目的既係為透過必要性的補充以保障當事人權利，而非使法院追求毫無限制的訴訟經濟，故當事人於訴訟中必須提出某項主張「最低限度之事實」，法院始負闡明義務，否則將使法官失其中立性之地位。<sup>224</sup>

然而，相反見解則認為，法官闡明係為實現當事人取得判決以解決紛爭之民事訴訟制度目的而存在，讓應勝訴者獲勝，並非不恰當，故在不損及法官中立性下，為發現真實、獲得法律上合理解決、實現當事人實質平等，或為促進迅速解決紛爭及防止突襲性裁判等目的，新訴訟資料提出之闡明，不應全然被否認，而係必須斟酌個案具體情況，在不損及法官中立性、公正性之前提之下為之而已。<sup>225</sup>

而採取法官闡明義務無界限之見解者則謂，法官不會因過度之闡明而有違法之情況發生，至多僅為闡明不當而已，法官不僅可為消極之闡明，亦可為積極之闡明（即新訴訟資料提出之闡明），法官為當事人為曉諭後，當事人尚可自主決定是否採行法官所曉諭之訴訟行為，故法官之闡明不應界限。<sup>226</sup>法官積極行使闡明權，僅有適當與否之問

---

訟法論，自版，2000年11月，頁264-265。

<sup>222</sup> 吳從周，闡明之界限變遷，台灣本土法學雜誌第72期，2005年7月，頁238-239。

<sup>223</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2000年11月，頁260-261。

<sup>224</sup> 劉明生，消滅時效抗辯闡明之研究，法學新論，第22期，2010年5月，頁105-108。

<sup>225</sup> 呂太郎，民事訴訟闡明之理論及其趨向，民事訴訟之基本理論(二)，2009年6月，初版，頁90-91。

<sup>226</sup> 民事訴訟法研究會第三十九次研討會紀錄，闡明權，民事訴訟法之研討(四)，頁172-173，駱永家發言。

題，並無違法之問題；法官消極不行使其闡明權，在新訴訟資料提出之闡明的情況下，未必係程序違法問題，但消極闡明的部分未行使闡明權時，通常將被認定程序有違背法令情事。<sup>227</sup>

## 肆、實務見解分析與檢討

### 一、實務見解意旨

#### (一) 司法院 33 年院字第 2708 號解釋

「書狀之記載或其他情事，可認當事人有提出消滅時效抗辯之意思者，依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定，審判長固應向該當事人發問或曉諭，令其為提出與否之陳述。若無何種情事，可認當事人有提出消滅時效抗辯之意思者，審判長不得援用同條項規定。為此發問或曉諭。」

#### (二) 最高法院 99 年度台上字第 648 號判決

「上訴人一再主張兩造之被繼承人魏○○邀其為連帶保證人向訴外人國泰世華銀行借款，其所有之系爭不動產所有權應有部分二分之一被拍賣清償魏○○之借款債務，依繼承及連帶債務內部分擔法律關係請求被上訴人給付分擔款等語。似已述及其為保證人，為主債務人魏○○所清償之債務，應由魏○○之繼承人繼承之事實，雖其就此未為明確之法律關係主張，然依前開規定，審判長應行使闡明權，令上訴人為明確完足之法律關係主張。乃原審未見及此，無視上訴人所為其為魏○○連帶保證人之主張，未行使闡明權，徒以上訴人所有之系爭不動產被拍賣係因為抵押權人行使抵押權之結果，認其非為魏○○清償債務，遽為上訴人敗訴之判決，自有可議。」

#### (三) 最高法院 99 年度台上字第 208 號判決

---

<sup>227</sup> 民事訴訟法研究會第三十九次研討會紀錄，闡明權，民事訴訟法之研討(四)，頁 173，駱永家發言。

「此依原審所認定：上訴人陳稱：兩造就合建所衍生之相關爭執，已於民國 81 年 9 月中旬在蔡○○協調下，由被上訴人同意給付上訴人 1000 萬元解決，非不能採信，足認兩造已因此成立創設新法律關係之和解契約等情，似見上訴人上述事實上之陳述，其除原有之買賣法律關係外，尚得併依其他法律關係(如請求履行和解契約)為主張。乃原審於未詳予推闡明晰，以明瞭上訴人所擬主張之訴訟標的範圍前，率謂：兩造間就系爭尾款債權及因合建所衍生紛爭，已成立創設新法律關係之和解契約，上訴人不得再依原有買賣之法律關係請求給付云云，而為上訴人不利之判決。揆諸上開說明，即屬違背法令。」

(四) 最高法院 96 年度台上字第 2331 號判決

「本件上訴人於事實審一再抗辯：『依公司法第 23 條第 1 項規定，公司負責人應忠實執行業務，並盡善良管理人之注意義務，如有違反，致公司受有損害者，負損害賠償責任。被上訴人前擔任伊公司鳳山分行經理，為該分行之負責人，未忠實執行業務，亦未盡善良管理人之義務，造成伊公司損害，應依上開規定負損害賠償責任』、『依最高法院 77 年 11 月 1 日民事庭會議決議，銀行徵信科員違背職務，對銀行除負債務不履行責任外，銀行亦得依侵權行為之法則請求賠償』等語。公司法第 23 條第 1 項雖係民國 90 年 11 月 12 日增訂，被上訴人任職鳳山分行經理在此之前，惟上訴人上開陳述，是否係指被上訴人除應依侵權行為法則負賠償責任外，尚違反契約責任，應依債務不履行規定賠償其損害？乃原審審判長未予闡明，即僅就侵權行為部分為論斷，而為不利上訴人之判決，自有可議。」

(五) 最高法院 98 年度台上字第 2485 號判決

「上訴人於事實審係主張被上訴人於訴外人宏○○○股份有限公司(下稱宏○公司)告知該公司生產之布料異常，懷疑係伊出售予被上訴人之原料紗有問題後，仍繼續向伊進料加工並出貨予宏○公司，對損害之擴大與有過失，不應令伊賠償被上訴人全部損害等情，並未

主張宏○公司於明知被上訴人交付之成品紗有瑕疵後，仍繼續使用被上訴人之成品紗生產布料，致損害擴大，亦與有過失，被上訴人無須全額賠償宏遠公司；而其於事實審所稱被上訴人與有過失之事實既無不明瞭或不完足之情形，則原審未予以闡明，令其就宏遠公司是否亦與有過失為陳述，自不違背法令，附此敘明。」

(六) 最高法院 97 年度台上字第 749 號判決

「上訴人於原審陳稱『被上訴人應將持有面額 900 萬元之支票 3 張與伊交換，其未提出交換，反予提示，致曾○○跳票拒絕往來，顯已違反協議書第 4 條約定，且其違約狀態（提示跳票）已無法再為補正，伊自得據以拒絕履行協議書第 5 條之約定』等語，既稱被上訴人未交付系爭支票，且提示付款，係屬違約，無從補正云云，顯非以被上訴人應依約返還未經提示之系爭支票，作為對待給付之抗辯甚明。是原審審判長未予闡明，自不違背民事訴訟法第 199 條第 2 項之規定；原判決未適用本院 39 年台上字第 902 號、75 年台上字第 534 號等關於同時履行抗辯規定之判例，亦無違背法令可言。」

## 二、分析與檢討

(一) 司法院 33 年院字第 2708 號解釋

司法院 33 年院字第 2708 號解釋對於消滅時效抗辯此類足以影響訴訟勝敗結果的新攻擊防禦方法闡明，並非如同日本實務見解採否定態度，而係採肯定之見解，即肯認法官於當事人是否主張時效抗辯不明確時，應向當事人為曉諭及發問，讓當事人決定是否提出時效抗辯。但仍應以當事人所提出之書狀記載或其他情事，足認為當事人似有提出消滅時效抗辯之意思者為限，亦即本則實務見解，雖肯認新訴訟資料提出之闡明權行使的存在空間，但仍應以該當事人原先所提出之訴訟資料有「端緒」可循，法官始能發動闡明權。

我國學說見解中，針對可能性消滅時效抗辯闡明則認為，可能性消滅時效抗辯係當事人提出時效消滅之事實即可，法律上評價問題係

法院之責任，而該事實之主張不需當事人具備法律知識，即可合理期待其約略提出賦予該抗辯基礎之事實，亦即僅需說明關於時間經過之事實即可。因此，當事人未對此最低限度之事實為陳述時，基於法官闡明係補充辯論主義之不足的目的，而非無限度追求訴訟經濟之理念，法官應本於其中立性之要求而不向當事人為此消滅時效抗辯的闡明。<sup>228</sup>此學說見解所採觀點，亦認為消滅時效之闡明必須以當事人已陳述最低限度事實為基礎，即符合所謂「端緒」之要求，法官行使闡明權始無違其中立性本質，實與上開解釋應係同旨。

另最高法院 93 年度台上字第 18 號判決<sup>229</sup>要旨謂：「民事訴訟法為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，就審判長闡明權之行使，固於民國 89 年 2 月間增訂第 199 條之 1 之規定，然仍以原告『已』陳述之事實及其聲明，於實體法上得主張數項法律關係而原告不知主張時，審判長始須曉諭原告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澈底解決紛爭。倘原告於事實審未為該陳述及聲明，縱各該事實與其已主張之訴訟標的法律關係有關，本於當事人處分權主義及辯論主義，審判長仍無闡明之義務。」其所述係對於民國 89 年增訂之民事訴訟法第 199 條之 1，認為應以原告原先所為陳述之事實及聲明，可尋得「端緒」時始能為闡明，此見解亦有屬維護「法官中立性」

<sup>228</sup> 劉明生，消滅時效抗辯闡明之研究，法學新論，第 22 期，2010 年 5 月，頁 105-117。

<sup>229</sup> 最高法院 96 年度台上字第 1812 號判決：「上訴人雖謂：原審未諭知其另提損害賠償之訴或請求給付價金之訴，有違闡明義務云云；惟按民事訴訟法為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，就審判長闡明權之行使，固於 89 年 2 月間增訂第 199 條之 1 之規定，然仍以原告『已』陳述之事實及其聲明，於實體法上得主張數項法律關係而原告不知主張時，審判長始須曉諭原告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澈底解決紛爭。倘原告於事實審未為該陳述及聲明，縱各該事實與其已主張之訴訟標的法律關係有關，本於當事人處分權主義及辯論主義，審判長仍無闡明之義務。本件上訴人於事實審所為事實上之陳述及聲明，已明確主張前述法律關係，並無不明瞭或不完足之處，審判長自無依上開規定為無益闡明之必要。」最高法院 96 年度台上字第 1410 號判決：「按，民事訴訟法為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，就審判長闡明權之行使，固於八十九年二月間增訂第一百九十九條之一之規定，然仍以原告『已』陳述之事實及其聲明，於實體法上得主張數項法律關係而原告不知主張時，審判長始須曉諭原告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澈底解決紛爭。倘原告於事實審未為該陳述及聲明，縱各該事實與其已主張之訴訟標的法律關係有關，本於當事人處分權主義及辯論主義，審判長仍無闡明之義務。本件上訴人於事實審所為事實上之陳述及聲明，已明確主張前述法律關係，並無不明瞭或不完足之處，審判長自無依上開規定為無益闡明之必要。」均同此旨。

應有之解釋，與上開解釋見解看法相同，本文認為均屬妥適。

(二) 最高法院 99 年度台上字第 648 號判決

最高法院 99 年度台上字第 648 號判決中，上訴人為連帶保證人為債務人即該案之被繼承人清償債務後，是否主張其因清償而取得之債權有不清楚之情事。然而，上訴人既已提及兩造之被繼承人曾邀上訴人為連帶保證人等語，認為該陳述內容已述及上訴人為保證人而為被繼承人清償債務，因此被繼承人之繼承人應對上訴人負清償責任，故法院應向上訴人為曉諭，使其明確表示是否行使保證人清償主債務人（即被繼承人）債務後之相關債權，以釐清上訴人之請求是否有理由。此項闡明雖屬於影響判決結果之闡明，最高法院在「端緒」存在之前提下，仍採肯定之態度。

(三) 最高法院 99 年度台上字第 208 號判決

最高法院 99 年度台上字第 208 號判決兩造當事人因合建所生爭議中，上訴人之陳述除提及兩造有買賣契約之外，尚述及兩造以 1000 萬元和解之情事，則舊的債務關係（即買賣契約）已因成立和解契約而消滅，上訴人自不得再依買賣契約請求給付，然而上訴人既已提及和解契約為被上訴人同意給付上訴人 1000 萬元，則在上訴人所為訴之聲明請求被上訴人給付之金額內，上訴人是否係依據和解契約而請求被上訴人為給付，在本件已有前述之「端緒」情況下，應由法官對上訴人是否行使和解契約債權為訴訟標的變更或追加的闡明，讓上訴人有利用本次訴訟程序澈底解決兩造債務糾紛之機會。

(四) 最高法院 96 年度台上字第 2331 號判決

本件紛爭中，上訴人以公司法第 23 條第 1 項為請求權基礎而請求侵權行為損害賠償，惟該項公司法規定於被上訴人行為發生當時尚未增訂，上訴人自無從依公司法規定請求被上訴人負損害賠償責任。惟上訴人於事實審所為陳述，謂被上訴人未盡善良管理人義務致公司

受有損害而請求損害賠償等語，均與民法侵權行為構成要件相符，基於此項「端緒」，法官應曉諭上訴人公司法第 23 條第 1 項無法作為請求權基礎之原因，並闡明上訴人是否為訴訟標的變更或追加，使上訴人在能利用一次訴訟程序解決與被上訴人間損害賠償之糾紛。法官若為此種闡明，顯然可能影響訴訟之勝敗結果，但既有「端緒」可循，法官闡明後上訴人若依其闡明而為相對應之訴訟行為，亦僅係使原本已有權利之人獲得應得勝訴判決而已，更可減少上訴人另行起訴之訴訟成本及司法資源耗損，應屬妥適。

(五) 最高法院 98 年度台上字第 2485 號判決

本件紛爭上訴人係因履約糾紛而提出與有過失之抗辯，認為其不需負擔全部賠償責任。上訴人於事實審係主張被上訴人之行為，對被上訴人損害擴大與有過失，並未述及訴外人宏○公司行為亦有與有過失之情事而使損害擴大，故從上訴人所述內容，無法認為有何主張訴外人宏○公司亦與有過失致損害擴大之「端緒」情況下，法院對於被上訴人對訴外人損害賠償數額之認定時，亦毋庸向上訴人闡明是否要主張訴外人宏○公司與有過失之事實，此即無端緒時不應為闡明，應屬恰當，避免法官淪為一造當事人律師地位，有損其中立性。

(六) 最高法院 97 年度台上字第 749 號判決

本件判決係以上訴人於事實審時，僅主張被上訴人違反協議書第 5 條的違約行為，非主張協議書第 4 條同時履行抗辯條款，而認法官並無曉諭、詢問上訴人是否主張協議書第 4 條同時履行抗該條款之義務。本判決係認為上訴人無行使同時履行抗辯條款之「端緒」，因此法官並無闡明之義務。

惟本件民事糾紛，本文認為從臺灣臺中地方法院 95 年度重訴字第 258 號第一審判決及臺灣高等法院臺中分院 96 年度重上字第 5 號第二審判決觀之，上訴人似均有類似行使協議書第 4 條之相關陳述，與本則最高法院判決之認定似有出入，僅係被上訴人雖有違約情事，

但訴外人曾○○已對上訴人履行交付股票之義務，上訴人取得股票之目的已達，所得據以行使協議書第 4 款同時履行抗辯條款之情事已消失，因而不能行使協議書第 4 條同時履行抗辯條款而已。故本文認為，上揭最高法院判決認上訴人於事實審之陳述並無行使協議書第 4 條之「端緒」而不予闡明，似有商榷餘地。法院於審理中應闡明以瞭解上訴人有無行使協議書第 4 條之意思；若有則應進一步適時公開心證，使上訴人了解其既已取得股票，則行使同時履行抗辯之狀況已消失，縱其行使協議書第 4 條作為抗辯理由，其抗辯亦屬無法採信，或較為妥適。判決結果雖仍相同，但使上訴人明瞭法院不採其抗辯之原因，更能使上訴人信服判決；惟依本則最高法院判決見解，上訴人可能認為法院誤解其主張之意思，而再生其他爭執。

#### （七）小結

我國近年來實務見解中，最高法院 99 年度台上字第 1269 號判決有謂：「我國民事訴訟法就事實之主張及證據之提出，原則上係採辯論主義，即由當事人負主張及提出之責任，法院僅於防止突襲性裁判之範圍內，為必要之闡明及曉諭，非謂應由法院依職權代當事人就事實、證據及攻擊防禦方法為主張或提出。」此見解似有將法官闡明權行使界限與辯論主義掛勾之嫌。

惟最高法院 71 年台上字第 2808 號判例要旨：「民事訴訟採辯論主義，舉凡法院判決之範圍及為判決基礎之訴訟資料均應以當事人之所聲明及所主張者為限。審判長之闡明義務或闡明權之行使，亦應限於辯論主義之範疇，不得任加逾越，否則即屬違背法令。故審判長尚無闡明令當事人提出新訴訟資料之義務。又民事訴訟法第 288 條規定法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形，認有必要時，得依職權調查證據云者，類因當事人本身之魯鈍或受外物之牽制，不諳或不敢聲明證據等情形，法院為維持裁判上公平與正義所必要，而後為之。其有無不能得心證或有無其他必要情形，非依職權調查證據不可，乃一種事實，法院未為職權調查證據，究不生違背法令問題，

非得據為第三審上訴理由。」本則判例於民國 90 年 3 月 20 日經最高法院 90 年度第 3 次民事庭會議決議不再援用，理由係因增訂民事訴訟法第 199-1 條第 1 項、第 2 項及第 247 條公布施行，其理論基礎已發生動搖。

是以，民國 89 年民事訴訟法修正後，基於擴大利用同一訴訟程序解決紛爭及防止突襲性裁判之立法目的，最高法院 90 年度第 3 次民事庭會議決議既已將民國 71 年第 2808 號判例宣告不再援用，即已明確表態否定法官闡明以辯論主義為其界限的舊見解，此亦為我國近年來審判實務上操作闡明制度的趨勢，從最高法院近年來實務見解已罕見出現法官闡明應以辯論主義為界限等用語；即使從審判程序觀察，實務運作上未辯論主義為闡明權行使界限的情況，亦甚明顯。況法官闡明制度即係具有彌補辯論主義缺點、維護武器平等及防止突襲性裁判等目的，自不宜侷限於辯論主義範疇始得為之，應從法官中立性之基本價值，從當事人陳述之事實尋找其「端緒」存否，決定是否發動闡明，當有助於法官闡明制度目的之達成。

而本文認為上開最高法院 99 年度台上字第 1269 號判決見解，既未如最高法院 71 年台上字第 2808 號判例要旨<sup>230</sup>、81 年度台上字第 1575 號<sup>231</sup>、73 年度台上字第 3774 號判決<sup>232</sup>理由，明確指出法官闡明權應以辯論主義為其界限，在此實務操作闡明制度的趨勢之下，或不

<sup>230</sup> 最高法院 71 年台上字第 2808 號判例意旨：「民事訴訟採辯論主義，舉凡法院判決之範圍及為判決基礎之訴訟資料均應以當事人之所聲明及所主張者為限。審判長之闡明義務或闡明權之行使，亦應限於辯論主義之範疇，不得任加逾越，否則即屬違背法令。故審判長尚無闡明令當事人提出新訴訟資料之義務。又民事訴訟法第 288 條規定法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形，認有必要時，得依職權調查證據云者，類因當事人本身之魯鈍或受外物之牽制，不諳或不敢聲明證據等情形，法院為維持裁判上公平與正義所必要，而後為之。其有無不能得心證或有無其他必要情形，非依職權調查證據不可，乃一種事實，法院未為職權調查證據，究不生違背法令問題，非得據為第三審上訴理由。」

<sup>231</sup> 最高法院 81 年度台上字第 1575 號判決理由：「按行使闡明權，因為審判長之職責，但僅得於辯論主義之限度內行之。必依當事人言詞之主張或書狀之記載，生有疑竇，有以發問或曉諭除去之必要，然後始得發問或曉諭當事人陳述事實，聲明證據，或為其他之聲明及陳述，或敘明或補充其聲明或陳述之不完足。」

<sup>232</sup> 最高法院 73 年度台上字第 3774 號判決理由：「查闡明權僅可於辯論主義之限度以內行之。故如曉諭當事人改用他種攻擊方法，已與審判長之闡明義務無關，不在許可之列。」

應將其與前開舊實務見解為相同之解讀，毋寧認為係重申我國民事訴訟制度以採行辯論主義為原則，法官之闡明及曉諭不能替代當事人對事實、證據及攻擊防禦方法的主張及提出，而法官的闡明則應在防止突襲性裁判必要範圍內為之。亦即事實、證據、攻擊防禦方法的主張及提出，在民事訴訟程序採行辯論主義的前提下，縱使法院已為闡明，仍必須當事人於訴訟程序中以訴訟行為表示主張、提出，法官始得採為判決之依據；若當事人不為主張、提出，法官仍不能改以職權探知方式，逕將當事人所未主張、提出之訴訟資料，採為判斷之內容。如此解讀，應較符合最高法院近年來對於法官闡明制度與辯論主義之關聯性所採態度，亦能配合民國 89 年民事訴訟法修法後，擴大法官闡明權行使，以利於使用同次訴訟程序擴大解決紛爭的理念。

最高法院 96 年度台上字第 222 號判謂：「查本件上訴人係依據系爭委任契約關於報酬給付之約定及民法第 548 條第 2 項已處理部分報酬請求權之規定，請求被上訴人給付報酬。上訴人於原審 93 年 12 月 23 日言詞辯論期日，當審判長行使闡明權詢問兩造『如委任契約經被上訴人解除後，上訴人如何證明受有損害』時，上訴人並未表示追加依民法第 549 條第 2 項於不利他方之時期終止委任契約損害賠償請求權之規定，請求被上訴人賠償損害。乃原審竟反於上訴人之意思，逕認上訴人已於該言詞辯論期日追加依民法第 549 條第 2 項規定，請求被上訴人損害賠償，並依該法律關係為上訴人敗訴之判決，顯屬訴外裁判。」最高法院判決對於法官闡明權行使不能代替當事人之主張及提出的意旨，闡述甚明，否則將形成訴外裁判的違法判決。

本文認為民事訴訟原則採行辯論主義與法官闡明制度並無矛盾，法官於訴訟程序中為必要之闡明後，仍由當事人決定是否主張、提出該訴訟資料，惟法官闡明仍應該從當事人所提出事實與證據資料中，可以合理預想當事人可提出而未提出的部分始得為之，此涉及法官闡明權行使之「端緒」問題，即當事人之事實主張有「最低限度事實」可循，始能為此闡明。因此，法官在此前提下對於一造當事人所為的闡明，因該造當事人之陳述及主張本有可循之跡，法官僅係釐清其真意而已，雖不能逕認為係對他造當事人造成訴訟上不利益，但仍然應

給予他造當事人有對此為防禦的機會，亦即法院雖不承擔證據提出之責，並非採行職權探知主義，證據仍應由當事人自主決定是否提出，但闡明一造當事人提出證據時，同時必須保障對造當事人有提出其他證據的機會，始足以確保兩造當事人間的武器平等，維持法官的中立性地位。

2001年德國修正施行之民事訴訟法第139條強化法官闡明權之方向，與我國89年民事訴訟法修正之發展方向一致，而在強化法官闡明制度，以擴大訴訟制度解決紛爭功能，尤應注意者係法官闡明權行使之界限問題。在立法方向朝向擴大法官闡明義務的同時，法官在訴訟程序中依據個案情況進行各種闡明活動，必須確保當事人實質武器平等，防止突襲性裁判，使民事訴訟程序更能發揮解決紛爭的功能；而法官中立形象的維持，始能讓當事人能信賴判決結果，使判決澈底解決當事人間的紛爭。因此，法官從事闡明活動的界限，即是保持「法官中立性」的地位。

在維持法官中立地位前提下，法官在審判程序中行使闡明權，必須以當事人所提出之訴訟資料，包括書面及言詞陳述等，有某項事實或證據的「端緒」情況下，始能為之，而當事人原先所提出之訴訟資料即已呈現某種「端緒」，但並非清楚明瞭或是否主張該事證不明確時，法官即應行使闡明權，讓該當事人自行衡量其實體上利益及程序上利益，決定是否主張該事證，使當事人間的紛爭能利用同一次訴訟程序予以處理，避免法官未為此項闡明的結果，該當事人因而上訴而將訴訟程序繼續延伸，徒然浪費司法資源，更使兩造當事人投入更多時間、勞力及費用的訴訟成本。

綜上所述，法官闡明時所為的討論、發問及範圍，依當事人所陳述的個案情況而形成。亦即，法官應提出何問題、為如何之闡明，完全以具體個案情況為斷，即取決於紛爭關係的內容、當事人的說明。因此，當事人的陳述沒有包含任何線索時，法院並沒有義務對可能的時效抗辯為闡明，亦沒有對此項可能的時效抗辯為闡明的權力。<sup>233</sup>換

---

<sup>233</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S. 262.

言之，法官闡明發動係以當事人之言詞或書狀陳述中有跡可循之「端緒」為前提，在毫無「端緒」情況下，法官即不能為訴訟上之闡明，包括時效抗辯、抵銷權、解除權、撤銷權等，否則法官訴訟指揮之行使過度介入應屬處分權主義及辯論主義之領域，不僅損及法官中立性之地位，使法官淪為一造當事人之律師身分，影響人民對司法解決紛爭之觀感，進而可能損及民事訴訟程序解決當事人紛爭的制度目的。

前述日本實務見解認為法官為闡明後，該當事人通常會按照法官闡明之方向行使權利，致使法官闡明影響當事人間的訴訟勝敗結果，即屬不妥適，而應避免此情況下的闡明活動。然而，本文認為此種看法，在我國民事訴訟程序並未全面採行強制律師代理的現況下，不啻忽視當事人本人訴訟時法律專業知識不足的問題。若法官闡明權的行使極有可能影響訴訟勝敗結果，在該當事人所提出之訴訟資料已有「端緒」作為為闡明活動發動的前提，其實只是讓有實體權利但欠缺充分專業知識、經驗，不知如何妥適主張權利、遂行訴訟的當事人，因法官闡明權的行使，補充其在法律上專業知識、訴訟經驗後，所應取得訴訟結果，保障其本應被實現的實體權利，此亦為法官闡明制度補充、導正辯論主義缺失之功能。本文認為日本實務對於法官闡明發動，設下不能影響訴訟勝敗結果的門檻，恐怕與強化法官闡明義務，防止突襲性裁判，確保當事人實質武器平等地位，以謀求利用一次訴訟程序擴大解決紛爭功能之修法方向，有所扞格。

法官闡明義務與辯論主義、處分權主義之關係，及是否應肯認新訴訟資料提出的闡明，包括消滅時效、同時履行抗辯權，甚至違約金酌減<sup>234</sup>請求的闡明，本文認為均應回歸「法官中立性」維護之原則，

---

<sup>234</sup> 49年台上字第807號判例：「當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院固得依民法第252條以職權減至相當之數額，惟是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準，而債務已為一部履行者，亦得比照債權人所受利益減少其數額。」此見解係認為違約金酌減法官可依職權為之。惟學說見解則認為：民法第252條係承認實體法上法官有就當事人違約金約定過高情況得依職權予以核減的裁量權，非即當然表示訴訟法上不採用辯論主義。在訴訟程序上，判斷違約金是否過高之基礎資料仍應適用辯論主義，由當事人主張酌減違約金，否則法官不可未經當事人請求逕依職權為核減；若當事人未主張違約金過高，而法官於審理中審酌當事人所提出之其他證據資料，形成違約金約定過高之心證時，仍應行使闡明權，使當事人就違約金是否過高之資料有表示意見及辯論之機會，以防止突襲性裁判之發生。詳參：邱聯恭，爭

在當事人原先已提出的訴訟資料中，已有「端緒」可循時，法官始應為該項闡明，讓當事人就已有端緒但是否提出或行使不明確的情況，經法官曉諭後得以為適當之訴訟行為，更有利於讓當事人的紛爭利用一次訴訟程序予以解決。

另外，法院闡明被告主張形成權、抗辯權，均必須當事人事實上已提出關乎於此的訴訟資料，始讓法官闡明有其基礎，法官闡明時同時應曉諭適當期限，賦予將來課予失權效之基礎，自不待言。<sup>235</sup>



---

點整理方法論，三民，2001年11月10日，初版，頁282。

<sup>235</sup> 顏銀秋，訴訟促進義務與逾時提出攻擊防禦方法之失權—以第一審訴訟程序為中心，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2009年6月，頁47-48。

## 第三節 心證公開

民事訴訟程序中，法官依當事人所提出之事實及證據，認定事實而適用法律，為法官之職責所在。

法官從當事人所述事實及所提證據，漸漸形成事件事實之心證，並依據此心證內容而決定如何適用法律。然而，我國實務係採舊訴訟標的理論，法官對於當事人所提出之事證形成的事實心證，實際上亦影響法官如何適用法律的問題。若當事人所主張之法律見解與法官認為應適用之法律有所歧異，法官自應就其認定之事實及應適用之法律為心證公開，讓當事人有表示意見之機會，或提出不同之法律見解，或依據法官所採暫時性法律見解方向補充提出對己有利之事實及證據。故法官透過認定事實之心證公開及法律見解之闡明，可始當事人預測法官之心證方向，適當表示意見及提出適當之事證，避免突襲性裁判發生。

### 第一項 法理基礎

#### 壹、意義及功能

「心證」狹義而言，係指法官在事實認定時所得確信之程度、狀況；廣義而言，指法官就系爭事件所得或所形成之印象、認識、判斷或評價，包括法官的法律上見解在內，而非排除法官法律上的認識、判斷或評價。<sup>236</sup> 本文所述內容均採廣義之「心證」。

「心證公開」係指法官將其在訴訟審理中所形成上述之廣義「心證」，於法庭或程序進行中，向當事人或利害關係人予以開示，使其有所知悉、認識或理解，當然亦包含法律見解之表明在內。

<sup>236</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000年9月10日，初版，頁141。

心證公開具有將爭點予以指明、確認之功能，法官於訴訟前階段促使兩造當事人之主張具體化，整理兩造當事人之事實及法律爭點，減少隨時提出主義之弊害，有利於促進訴訟，使審理集中化，避免審理散漫致當事人耗費不必要之訴訟支出，或當事人浪費勞力、時間、費用於與判決結果欠缺關聯性之點；而狹義心證開示，即法官就某項待證事實之存否所形成之判斷的表明，則可讓當事人有補充提出相關資料及陳述意見的機會，讓當事人參與法官事實認定過程，澈底防止突襲性裁判及保障當事人聽審請求權。<sup>237</sup>

## 貳、法理基礎

法官為心證公開旨在讓當事人與法院間就事實及法律上之觀點相互理解，法院作成之判斷始不至對當事人發生突襲；法院縱然可從當事人陳述之事實中得出當事人未主張的結論，但此結論可能讓當事人受突襲性裁判時，法官若未於程序中先予闡明，則有違法官闡明義務。<sup>238</sup>

從上可知，法官適時踐行心證公開程序的法理基礎，係保障當事人之程序主體權及其作為程序主體的聽審請求權、證據提出權、證明權、辯論權、公正程序請求權等程序法上的基本權。為充分保障這些程序權利，並平衡兼顧實體利益及程序利益，確立當事人的程序主體地位，防止發生突襲性裁判，即應要求法官為必要且無害於法官中立性、公正性範圍內的心證公開，此亦衍生當事人應有的「心證公開請求權」。<sup>239</sup>

基於當事人程序主體地位，在訴訟程序中當事人於一定範圍內亦有程序處分權，法官應提供適當機會讓當事人自行決定如何平衡追求程序利益及實體利益。因此，除了承認法官於訴訟程序中之獨立地位外，亦應賦予當事人在法官認定事實、適用法律過程中，有參與程序、

<sup>237</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000年9月10日，初版，頁144-158。

<sup>238</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 16. Aufl., 2004, §77 Rdnr. 23-24.

<sup>239</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000年9月10日，初版，頁158-159。

表示意見及提出訴訟資料的地位，以充分保障當事人陳述意見及提出訴訟資料機會，藉以防止突襲性裁判發生。法官應在言詞辯論終結前就影響訴訟結果之事實及法律上觀點，於法庭上向當事人公開心證及表明法律見解，並讓兩造當事人相互辯論及與法官進行討論，此即當事人之「公開心證請求權」。<sup>240</sup>

而民事訴訟法第 199 條第 1 項既規定：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。」旨在防止發生突襲性裁判、充分保障當事人程序主體地位及程序上基本權的情形下，法官就攸關訴訟勝敗結果之事項，或認為對於發現真實或促進訴訟有必要時，本應於言詞辯論終結前適度表明心證，且法官心證公開義務亦包含法律見解表明義務在內。亦即，本項規定可謂係法官應踐行心證公開程序之現行法依據。<sup>241</sup>另外在智慧財產案件審理時，應注意智慧財產案件審理法第 8 條第 2 項規定：「審判長或受命法官就事件之法律關係，應向當事人曉諭爭點，並得適時表明其法律上見解及適度開示心證。」本項規定更明揭法官得將法律見解表明並適時開示心證，以利案件審理之順利進行，保障當事人訴訟上權利。

### 參、心證公開之疑義

學說上有認為我國現階段法官應否將心證公開尚非無評估之空間。蓋法官公開心證之合理性及有效性，必須建立在審判上法律見解具有較高度安定性時，始能達成其目的；又「法官知法」雖為防止法律突襲性裁判之重要理論假設性前提，但法官會犯錯仍屬必然之事實，若法官為錯誤之暫時性心證，造成對當事人之誤導，進而造成損害，亦非不可能；況且訴訟爭議事件之心證形成，包括法律要件之評價，應於言詞辯論終結後才能適當、正確形成，在評議前所為心證公開及法律見解表明，對法官而言恐有困難；而在非律師代理案件，法官與

<sup>240</sup> 邱聯恭，司法之現代化與程序法，三民，1992 年 4 月，初版，頁 113-116。

<sup>241</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000 年 9 月 10 日，初版，頁 159-160；邱聯恭，民事訴訟修正後之審判實務，跨世紀法學新思維，元照，2006 年，一版，頁 581-582。

當事人間之法律討論基礎甚為薄弱，甚至若有過度闡明情況發生，尚可能有法官偏見之質疑，亦值得重視。<sup>242</sup>

惟本文認為，審判上法律意見的統一固有其重要性，然在民事紛爭中為顧及個案妥適性，法官亦非無空間採取與通案不同之法律見解，若法官欲採取與一般情況不同之法律見解，則更有為心證公開之必要，讓當事人有表明意見機會，甚而與兩造當事人共同討論，取得個案中合適之法律見解，並讓當事人有針對法官採取之法律見解適當提出事證，進行妥適攻防之機會。縱使無前述之特殊個案考量，在審判法律見解未有高度安定性前提下，更容易對當事人發生突襲性裁判，故而在審判中為心證開示，有利於減少突襲性裁判之發生，對於保障當事人之程序主體地位及訴訟基本權，亦有其實益性。

「法官知法」原則下，適用法律作成裁判係法官之職責，而法官會犯錯既屬必然之事實，更應藉由公開心證程序彌補其知能上不足或認識、判斷發生的誤差；而法官開示心證時，更應保持接受討論之態度，避免採用斷言方式開示心證，使當事人預知如何針對心證表示意見或有補提資料的機會。而在法官審慎研判各該審判階段所得訴訟資料後，發現原本之認識、判斷有誤差時，應適時為修正，並適時、妥適向當事人開示新的心證結果，賦予兩造當事人再為討論的機會，始為保障當事人訴訟權利之妥當做法。<sup>243</sup>

而法官公開其法律見解為達成防止突襲性裁判（包括法律適用的突襲、發現真實突襲及促進訴訟突襲）之方法，使當事人與法院就系爭訴訟之法律上爭點達成共識，互相理解，進而進行法律上討論，而法官僅係表明其法律見解，更不妨礙其中立性及公正性，蓋此係法官適用法律之職權範圍，法官儘早為之，有助於爭點之整理、簡化，讓當事人有補充其陳述及提出事實、證據之機會，反而能正當化當事人在處分權主義及辯論主義之下，承擔自己訴訟行為責任的基礎，以達成審理集中化之目的，不僅有利於和解促成，且可提升當事人對裁判

<sup>242</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009年11月，二版，頁155-156；陳真真，闡明權之行使，臺灣高等法院高雄分院九十年研究發展項目研究報告，頁22-24。

<sup>243</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000年9月10日，初版，頁160-162。

之信服度，澈底解決當事人紛爭。<sup>244</sup>

本文認為，我國民事訴訟未全面採行強制律師代理制度，在當事人本人訴訟情形下，未委任律師之當事人或未有足夠之法律知識與法官進行討論，然當事人本人對於兩造紛爭所在及過程的了解應更為清楚，法官為與爭點相關之狹義心證公開，有助於當事人適時補充必要的事證，以改變法院形成的暫時性心證；而當事人雖就法律見解之採行部分，可能欠缺充分之法律知識於程序中進行討論，但法官為法律見解之心證公開，仍有助於提升一般未委任律師之當事人的法律知識，並讓當事人了解法律規定及法律見解所在後，更能接受法院之判決結果，降低突襲性裁判的發生，增加當事人對判決的信賴感。

## 第二項 法官知法原則

「法官知法」原則係因法官屬於法律專業知識者，在訴訟程序中不能期待當事人有逾越法官之法律知識，因此免除當事人證明「法」存在之責任，排除當事人因舉證法律困難招致喪失權利之危險，使法律適用成為法官之職責，而依據憲法第 80 條規定，法官亦有依據法律獨立審判之義務。<sup>245</sup>

惟在「法官知法」原則及法官依據法律獨立審判原則下，適用法律為法官之職責，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，<sup>246</sup>但並非排除當事人之程序主體地位及聽審請求權，法官在審判過程中，仍應使當事人能預測法官之法律見解，且應致力於防止法官之法律上判斷對當事人造成突襲，因此就當事人所不知或未經注意而法院卻採為裁判基礎之法律見解，應有曉諭當事人進行辯論之必要。<sup>247</sup>

<sup>244</sup> 許士宦，審判對象與適時審判，新學林，2006 年 2 月，一版，頁 270。

<sup>245</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 274-275、430-431。

<sup>246</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版三刷，頁 48、51。

<sup>247</sup> 許士宦，辯論主義之新開展，月旦法學雜誌，第 19 期，1996 年 12 月，頁 19-20；許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 430-431；徐宏志，民事集中審理之研究，

當事人若已表明原因事實，法官即應予審判，即使當事人適用法律有錯誤或對法律之解釋有不同於法院，基於法律適用乃法官之職責，即應依「法官知法」原則處理之。<sup>248</sup>而就同一之原因事實，當事人則不得再提出其他不同法律評價之法律見解及權利定性，而以之為其他訴訟標的另行起訴，否則即有牴觸判決之既判力。<sup>249</sup>

然法院就原告以所陳述之事實特定訴訟標的時，在「法官知法」原則下，不能期待當事人應有較法官更完整之法律知識而為適當之法律主張，當事人未主張之法律見解或其主張之法律見解有錯誤，法官仍應妥當適用應適用之法律而為審判。<sup>250</sup>若法官亦未妥為闡明及適用法律，該應適用之法律對於判決結果亦足以造成影響時，法官已作成判決的情況下，除應允許原告得以上訴救濟之外，在判決確定後尚得以民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款提起再審之訴救濟之，以保障原告之聽審請求權。<sup>251</sup>

最高法院 74 年度台上字第 2699 號判決要旨謂：「查上訴人曾在原審主張，兩造所訂『委託契約書』，性質上為承攬而非委任，應無變更法律關係可言云云。徵之上訴人所訴，其為被上訴人完成一定之工作（設計及監造工作），據而請求給付報酬之事實，似係以報酬給付請求權為訴訟標的，至其法律關係究係民法第 490 條規定之承攬，抑係同法第 528 條規定之委任，法院有審究認定之權限，不受當事人主張之拘束。次查承攬及委任報酬之給付，均屬勞務給付之契約，性質上並無衝突，如上訴人就其所訴事實上之陳述並無變更，僅就適用之法條為不同之主張，尚難謂為訴之變更。」本則判決即認為當事人對契約性質之認定與法官有所不同時，係法律見解不同之問題，在當

---

司法院八十七年度研究發展項目研究報告，司法研究年報，第 19 輯第 2 篇，1999 年 6 月，頁 127-128。

<sup>248</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版三刷，頁 386。

<sup>249</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版三刷，頁 387。

<sup>250</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版三刷，頁 385-388；民事訴訟法研究會第七十八次研討會紀錄，集中審理與闡明權之行使—以研討民事訴訟法新修訂條文如何運用為中心，法學叢刊，第 185 期，頁 132-133，許士宦發言。

<sup>251</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 274-275。

事人陳述無變更情形下，法官應基於其法律專業而適用正確之法律見解，並不涉訴之變更的問題。

惟最高法院 80 年度台上字第 1991 號判決意旨謂：「原判決既稱被上訴人原係依據委任之法律關係（民法第 541 條第 1 項）請求上訴人給付因處理委任事務所收取之工程款及墊款。於上訴第二審以後始改依僱傭之法律關係請求上訴人給付，屬訴之變更，則其變更前之原訴，業因被上訴人為訴之變更，視同撤回而不存在。原審自應就變更後之新訴而為裁判。乃原審仍維持第一審就被上訴人提起之原訴所為勝訴之判決，駁回上訴人之第二審上訴，自有未合。」本則最高法院見解則認為，當事人就契約性質於第一審及第二審中為不同之主張，係涉訴之變更問題。

惟本文認為，在當事人所述事實並無變更之前提下，當事人就契約性質之主張，實係法律見解問題而已。法律上既無法認為當事人有主張正確法律見解之義務，法官本於「法官知法」原則，應依據法律、正確適用法律而作成裁判，則縱使當事人之法律見解並無改變，法官仍應正確適用法律作成判決，不受當事人主張之法律見解拘束。本件中當事人雖於第一審及第二審中為不同之法律見解主張，惟法官本不受當事人法律見解之拘束，更不能認為當事人此部分法律見解主張之變更即係訴之變更。最高法院 80 年度台上字第 1991 號判決意旨，尚有商榷餘地。

至於法院於言詞辯論終結前，應如何闡明其法律見解，使當事人就相關法律上問題能為完全之辯論，藉以保障當事人辯論權，並闡明原告得敘明或補充其所得主張之其他法律關係，以防止發生法律適用之突襲，則屬法律見解表明及討論義務之問題。

### 第三項 法律見解之闡明與討論

## 壹、定義

「法律見解」或「法律上觀點」(richtliche Gesichtspunkte)係指法規範(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、有關紛爭事實之法律上評價等，法院所持之見解或觀點而言。<sup>252</sup>亦即，法院以當事人所主張之事實、證據為基礎，所為之法律評價，包括法定或契約主張之認識，判例法之適用與變更問題，甚至及於舉證責任法則與證據評價運用等問題。<sup>253</sup>

## 貳、民事訴訟法第 199 條第 1 項、第 2 項之修法

修正前之民事訴訟法第 199 條第 1 項規定：「審判長應注意令當事人得為適當完全之辯論。」同條第 2 項規定：「審判長應向當事人發問或曉諭，令其陳述事實、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」

民國 89 年民事訴訟法修正時，第 199 條第 1 項及第 2 項分別修正為：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。」「審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」

從新舊法條文比較觀之，明顯可發現立法者本次修法方向，係強調法官對「法律」層面的闡明義務。在法官知法原則及法官依據法律審判之憲法基礎下，適用法律固屬法官職責，惟當事人主張之事實應適用何種法律，影響裁判結果甚鉅，為防止法官未經闡明而逕行適用法律，對當事人產生突襲性裁判，除讓當事人就事實為適當之陳述及辯論外，亦應令當事人就法律為必要之陳述及作適當完全之辯論。<sup>254</sup>

<sup>252</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 68，註 25。

<sup>253</sup> 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照，2009 年 11 月，二版，頁 110。

<sup>254</sup> 司法院編印，辦理民事訴訟事件應行注意事項、民事訴訟法部分條文對照表暨總說明，2000

### 叁、法理依據

#### 一、聽審請求權保障及突襲性裁判防止

民國 89 年民事訴訟法第 199 條修正理由，對法官對於法律見解的闡明義務已提出防止突襲性裁判之觀點，已如前述。

法律性突襲裁判，係指法官裁判行為中，有關適用法律部分，因未適度闡明、指示以保障當事人陳述意見機會，以致於裁判基礎之法律見解非當事人所預期的情況。而法院於個案中所採之法律見解，有悖於向來之實務見解，或就法律規定之解釋反於實務通見時，未告知當事人，未賦予當事人攻防陳述機會，逕引為裁判依據，亦屬法律性之突襲裁判，自不待言。<sup>255</sup>

訴訟程序中，當事人所主張之事實，究應發生何項法律關係，此固屬法官適用法律之職權範圍，但在當事人與法院間可能產生見解上之歧異，可能影響當事人依處分權主義如何特定審判對象不盡明瞭，或依辯論主義所提出之事實、證據，無法搭配法院所欲採行之法律見解要件等情形發生。此時，法院若冒然採用當事人所未預期之法律見解作為審理方向，甚至作成判決，將造成對當事人法律適用上的突襲。<sup>256</sup>又因當事人無法合理、適時於訴訟程序中，就其所主張之事實及權利妥當表達意見，盡力提出對己有利之證據以爭取有利之判決結果，將嚴重影響當事人之聽審請求權保障。

為防止此類法律上突襲，法官自有必要表明法律見解，整理法律適用上之爭點，以便就此在法院與當事人間形成共識，促使當事人進行集中辯論，避免當事人致力於不必要之攻擊防禦方法上的勞費，充分保障當事人之辯論權、證明權，並取得作為判決基礎所必需之事證，正確、迅速適用法律而作成裁判。換言之，即當事人在了解事實與法律間關係後，有權衡得失之空間，決定如何主張及行使其權利，減少

---

年 3 月，頁 64。

<sup>255</sup> 姜世明，法律性突襲性裁判之研究，萬國法律，第 111 期，2000 年 6 月，頁 14-15。

<sup>256</sup> 許士宦，集中審理與審理原則，新學林，2009 年 4 月，一版，頁 246。

突襲性裁判發生的可能性。<sup>257</sup>

## 二、適時審判請求權保障及審理集中化

民事訴訟法第 296 條規定：「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。」本條之目的，係為促使迅速發現真實及達成審理集中化之目標而設，為達成爭點集中審理，法院應依個案情況所需，於證據調查前先行爭點整理，並就爭點與兩造當事人達成共識，再將所認識之爭點曉諭當事人。<sup>258</sup>

法律與事實在本案審判過程中，經常牽扯甚深，在整理事實上爭點的同時，往往必須同時為法律上爭點的整理；為達成爭點整理以促使審理集中化之目的，法院應視個案情況適度協同當事人進行法律上爭點的整理，始能達到爭點整理之制度目的。換言之，當事人所主張之請求權基礎、訴訟標的為何，必須繫諸於當事人所主張之事實；而當事人主張之事實則影響其可主張之權利及相對應之法律依據，在法律與事實相互牽動之結果下，法院為整理爭點，自應連同法律上爭點一併為之，並適時表明法律見解，使當事人明瞭法院就其陳述內容認為該當何種法律上權利，知悉法院認為其應主張哪些事實及證據，以利當事人後續為達成訴訟勝訴之結果而進行妥適之攻防及辯論，避免因不瞭解法院對於法律見解之看法而從事無益之訴訟行為，使訴訟程序拖延，當事人付出無謂的訴訟成本，影響當事人適時審判請求權的保障。<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> 許士宦，集中審理與審理原則，新學林，2009 年 4 月，一版，頁 247；陳真真，闡明權之行使，臺灣高等法院高雄分院九十年度研究發展項目研究報告，頁 130-131、137-138。

<sup>258</sup> 許士宦，集中審理與審理原則，新學林，2009 年 4 月，一版，頁 252-253。

<sup>259</sup> 許士宦，集中審理與審理原則，新學林，2009 年 4 月，一版，頁 253-257。

## 肆、法律見解表明與討論

### 一、法律見解之表明

在辯論主義之下，負責提出訴訟資料的當事人，若對於法官所採之法律見解無所知，將無法了解何種事實及證據之提出，才與判決結果具重要性且緊密相關，更無法適時蒐集事實及證據而適時提出。因此，為使當事人正確主張事實，法官透過心證公開方式就法律見解進行闡明，亦為保障當事人聽審權不可或缺之要素，而法官對法律見解表明，包括其對爭點及待證事實相關之法律見解及舉證責任等，對於促使當事人適時提出事證，及促進訴訟程序妥速進行，均有其重要性。

260

日本學說上亦認為，從審理程序觀之，法官闡明法律見解的態樣有兩種，一為單純闡明法律見解，另一為伴隨事實闡明法律見解。前者係為使當事人與法院間對法律的理解趨於一致，後者則係督促當事人提出適當的事實，使審理程序的內容更適當、完整。<sup>261</sup>

最高法院 96 年度台上字第 882 號判決謂：「按審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論；審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述，其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。民事訴訟法第 199 條第 1 項、第 2 項分別定有明文。當事人主張之事實，究應如何適用何種法律，往往影響裁判之結果，倘法官未經闡明逕行適用法律而對當事人產生突襲性裁判者，即難謂與前開規定無違。」亦已揭示法官就適用法律應向當事人闡明，始符合民事訴訟法第 199 條防止當事人受突襲性裁判之修法目的。

民事訴訟審理制度，建立在事實問題與法律問題難以劃分的基本結構上，法官若未盡闡明義務，使當事人為適當完全之辯論，甚易形

---

<sup>260</sup> 顏銀秋，訴訟促進義務與逾時提出攻擊防禦方法之失權——以第一審訴訟程序為中心，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2009 年 6 月，頁 48；邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000 年 9 月 10 日，初版，頁 164-165。

<sup>261</sup> 渡邊泰子，審理手續における裁判官と当事者の役割分担に関する一考察——弁論主義と裁判官の釈明行使の關係を中心に，同志社法学，58 卷 7 號，頁 418。

成突襲性裁判，讓當事人難以信服判決。闡明權的行使，法官若不公開心證及表明法律見解，實難收法官闡明之效果，蓋一般當事人本人遂行訴訟情況下，當事人多不深諳法律；而當事人委任律師代理遂行訴訟時，訴訟代理人之律師可能因未充分了解事實或專業缺失致未盡舉證責任等原因，或其所持法律上見解與法官所持法律見解有差距等情況，均不利於訴訟迅速進行，更容易對當事人發生突襲性裁判。因此，法官適時依個案情況，表明其所持與判決相關之具體事實是否發生特定法律效果之法律見解，則更顯其必要性，一方面可掌握當事人所欲主張之要件事實，另一方面對當事人開示法院形成某項待證事實的暫時性心證，讓當事人知其所應補充之陳述或證據資料的方向，針對兩造所爭執之法律問題或為兩造所忽略之法律問題，有機會補充提出其他訴訟資料及進行辯論，防止法官發生法律性的突襲及保障當事人之聽審請求權、證據提出權及辯論權。<sup>262</sup>

當事人有主張法律見解之權利，且應為陳述，法院始能得知當事人有無誤解法律與不知法律之情形。而法律見解之公開，不單僅是給予當事人表明法律見解之機會，尚有向當事人告知法院所持法律見解，並促成法律見解討論之功能。<sup>263</sup>尤其法官對於有爭議之訴訟上法律見解所持看法與當事人不一或法官對於其之前所採取而已公開的法律見解有所改變時，更應該與當事人進行法律見解的討論，使當事人調整自己的主張及證據，否則對當事人聽審請求權將發生侵害。<sup>264</sup>惟法律見解討論過程中，並非要求法官應於判決宣告前的言詞辯論中，為了促成和解等目的，而公布其預期的判決結果，僅係將其所持之暫時性、概括性心證公開給當事人了解而已，不致發生逼使當事人接受和解方案之情事；若未成立和解時，法官另向當事人說明將重新根據辯論結果為嚴格之證據評價，應更為妥適。<sup>265</sup>

<sup>262</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000年9月10日，初版，頁148-152。

<sup>263</sup> 顏銀秋，訴訟促進義務與逾時提出攻擊防禦方法之失權—以第一審訴訟程序為中心，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2009年6月，頁48。

<sup>264</sup> 邱聯恭，民事訴訟修正後之審判實務，跨世紀法學新思維，元照，2006年，一版，頁588-589。

<sup>265</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 16. Aufl., 2004, §77 Rdnr. 25-28; 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001年11月10日，初版，頁129，註21。

## 二、法律見解之討論

法官進行法律見解之闡明時，當事人委任律師代理進行訴訟時，律師將更有機會與法官進行法律上討論（Rechtsgespräche），藉此彌補法官知識、能力所不逮之處，發揮實質參與評議以確保裁判合理性、客觀性的機能；即便當事人未委任律師，在當事人本人不具有充分之法律知識、能力情況下，法官亦不能免其法律見解之闡明義務，否則即未賦予當事人陳述法律意見或補提事實、證據之機會，將造成突襲性裁判而損害當事人聽審請求權，且可賦予當事人比較衡量實體利益及程序利益之機會，始能同時保障當事人訴訟內及訴訟外之權利，在人民信賴判決結果前提下，民事訴訟程序才發揮解決紛爭之機能。<sup>266</sup>

最高法院96年度台上字第732號判決謂：「按當事人主張之事實，究應適用何種法律？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，法院除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論。倘未踐行此項闡明之義務，使得各盡其攻擊防禦之能事，遽行作為判決之基礎，即與民事訴訟法第199條第1項、第2項及第296條之1第1項規定有違。是審判長為達成闡明之目的，必要時得與雙方當事人，就訴訟之法律關係為事實上及法律上之討論及提出問題，並向當事人發問或曉諭，令其為適當完全之辯論，俾法官藉公開其認為重要之法律觀點，促使當事人為必要之聲明、陳述或提出證據。」本則判決更進一步表明，法官除公開其法律見解外，更應將法律見解提出與當事人討論，使當事人為適當完全之辯論，並讓當事人因法官公開其法律見解後，能妥為提出必要之聲明及陳述，或就有利於己之事實提出證據。

我國現行民事訴訟制度並未全面採行強制律師代理情況下，在當

---

<sup>266</sup> 許士宦，集中審理與審理原則，新學林，2009年4月，一版，頁251-252；徐宏志，民事集中審理之研究，司法院八十七年度研究發展項目研究報告，司法研究年報，第19輯第2篇，1999年6月，頁139-142；陳真真，闡明權之行使，臺灣高等法院高雄分院九十年度研究發展項目研究報告，頁79-80。

事人本人訴訟情形時，一般當事人並不具備足夠法律知識與法官進行法律見解之討論，故法官視當事人之法律知識及經驗情況，認為不適當或並無討論之實益時，或可不為法律見解之討論。但仍應將法律見解予以公開為妥當，不僅讓當事人有陳述意見之機會，縱當事人所具備法律專業知識不足，亦可經由法官適當之說明而增加對法官所採法律見解之了解，透過溝通過程應有益於提升當事人對法官處理個案之態度認同感，進而更能信賴法院判決結果，使判決得以發揮解決當事人紛爭之效果，同時亦可讓當事人就相關之法律知識有所認識及提升。

德國民事訴訟法第 139 條規定，要求對當事人法院發問及闡明，在公正的基礎上發揮幫助當事人進行訴訟程序之功能。法院協助當事人澄清事實及法律關係的制度，包括透過於 2001 年德國民事訴訟法修法而強化法官與當事人進行法律上討論義務的強化，均沒有違反法官中立義務的要求。法官與當事人之討論、發問及法官闡明之範圍，必須以當事人所為陳述作為基礎，依具體個案程序情況為斷，亦即法官縱為法律見解之闡明及與當事人討論，亦取決於當事人陳述內容及法院的積極程度。2001 年德國民事訴訟法修正中，立法者強化法官闡明及澄清義務內容，以達到判決透明化及判決認同的提升的目的，故法院為必要的闡明，使兩造當事人公平有補充其事實陳述、提出證據、及陳述相關法律見解的機會，當可提升當事人對判決的認同度。

267

### 三、暫時性法律見解公開

當事人之訴訟行為，於其能力可期待之範圍內所應陳述之法律見解，必須為適當之陳述，使當事人所為陳述程度，達於可供法官整理爭點之程度，此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。<sup>268</sup>

<sup>267</sup> Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008, S. 262-263.

<sup>268</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 49。

惟各該訴訟中，究應適用何項實體法規範，則繫於當事人所主張之事實；當事人主張何等事實為主要事實，則取決於當事人應可主張之權利為何，或訴訟上請求源自於何項法規範之適用，故民事訴訟法第 266 條第 1 項第 1 款、第 2 項第 1 款乃要求當事人必須就請求原因或抗辯，陳述其實體法上依據。而負有前開法律見解陳述義務之當事人，如因其未盡此項陳述義務，致法院不知就當事人所未為陳述之法律見解或事實為闡明時，即不能歸責於法院，當事人必須就此義務之違反，承受可能遭受之訴訟上或裁判上不利益。<sup>269</sup>

為保障當事人聽審請求權、辯論權，並防止發生突襲性裁判，法院則負有整理法律上爭點並為適時表示法律見解之義務，當事人始能據此而就其應可主張之權利，得知法院認為其應主張之事實，以為適當、充分之攻擊防禦，並避免法院就當事人主張之事實誤用法規範的情況發生。<sup>270</sup>當事人越能從法院所表明之法律見解而了解法官目前所持之暫時性法律見解，即越能利用此機會而進行適當之訴訟行為，包含提出證據及妥當辯論，藉以防止發生法律適用上的突襲，使當事人之聽審請求權、證據提出權及辯論權，均受妥當之保障。<sup>271</sup>

而有關權利濫用、誠信原則、公序良俗、正當事由等不確定法律概念，實體法中未明示其概念之具體內容或要件事實，必須視個案情況定之，法院對此應於訴訟程序中，讓當事人就法院擬採為裁判基礎的重要事實及判斷內容有所了解，以便當事人於訴訟程序中有提出必要之事實、證據的機會，始足以確保當事人之聽審請求權。<sup>272</sup>

法官與雙方當事人間討論本案訴訟之法律關係，主要係法官藉公開其認為重要之法律見解，促使雙方當事人為聲明、主張或提出證據，俾能影響法官之法律見解。又法官所持之法律見解，既可能發生錯誤，更應要求其踐行法律見解表明之程序，以利用此程序使當事人與法官有討論及溝通之機會，及時匡正，而不必待法院作成錯誤判決之後，

<sup>269</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 49。

<sup>270</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 49。

<sup>271</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 58。

<sup>272</sup> 許士宦，集中審理與審理原則，新學林，2009 年 4 月，一版，頁 249-250。

再循上訴或再審程序予以救濟，反成浪費法院及當事人更多勞力、時間、費用。<sup>273</sup>故於本案訴訟中，當事人主張之權利及行使之抗辯相關之要件，法院應適度暗示或表明所持相關法律見解，適時與當事人進行法律見解之討論，此亦屬民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1、第 296 條之 1 第 1 項對於法院所謂闡明義務之一部，而為防止突襲性裁判所必需，況當事人越能從法院表明所持法律見解而獲知判決宣示前之暫時性法律見解，越有機會為充分的證據提出及辯論，藉此由法院與當事人進行對話、溝通，釐清兩造當事人真正之事實上及法律上爭點，形成適合的法律上構成，防止對當事人發生突襲性裁判，保障其應享有之聽審請求權、證明權及辯論權。<sup>274</sup>

惟學說上亦有認為依民事訴訟法第 199 條及第 199 條之 1 文義及立法意旨，尚難推論法官「應」就法律見解予以公開並與當事人討論，法條意旨係基於法官知法原則，宜解為程序保障強度僅及於賦予當事人適當陳述意見機會即可，在個案中法官願與當事人進行法律見解之討論，亦非法所不許；換言之，法官係「得闡明」自己法律見解，而非對此負有公開自己法律見解之義務。蓋我國基礎註釋書尚欠完，法律見解未斟穩定，法官於心證形成過程中可能發生之錯誤心證，更可能造成當事人之損害。<sup>275</sup>

本文認為，法官就自己所持暫時性法律見解予以公開部分，從突襲性裁判防止之觀點出發應值肯定，但無法否認我國在未採行全面強制律師代理情形下，可能發生上揭學說見解所質之問題。故在法官就自己法律見解公開部分，賦予法官適當之裁量空間，法官審酌當事人有無委任律師代理、當事人就該發生爭議法律見解是否能理性探討、兩造當事人對立程度等情，認為適當時始為自己所持法律見解表明，並輔以假性設方式行之，促成兩造當事人就此表示意見，應較妥適，

<sup>273</sup> 許士宦於民事訴訟法研究會第六十一次研討會發言，載於：民事訴訟法研究會第六十一次研討會紀錄，心證公開論—著重於闡述心證公開之目的與方法，民事訴訟法之研討(七)，頁 286。

<sup>274</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 57-61。

<sup>275</sup> 姜世明，法律性突襲性裁判之研究，萬國法律，第 111 期，2000 年 6 月，頁 32-33；姜世明，法官對於法律見解之闡明—評最高法院九八年度台上字第一六五五號民事判決—，台灣法學，第 149 期，2010 年 4 月 1 日，頁 186-187。

而不宜逕認此屬法官之「義務」而「應闡明」。

## 第四項 分析

### 壹、評議秘密與心證公開

「評議」係指合議庭法官於言詞辯論終結後，由審判長為主席，各法官就判決所涉爭點及裁判結果表示意見，以過半數之意見決之，並將各法官之意見載於評議簿上，依法院組織法第 103 條規定：「裁判之評議，於裁判確定前均不公開。」同法第 106 條第 2 項規定：「案件之當事人、訴訟代理人、辯護人或曾為輔佐人，得於裁判確定後聲請閱覽評議意見。但不得抄錄、攝影或影印。」

論者有認為，評議程度亦應配合程序保障的基本要求而為適當調整，適時、適度表明評議的結論及理由，甚至進而廢除或修正有關評議內容秘密之規定，併公開評議中少數意見，將更能確保評議之客觀、公正，貫徹訴訟權之保護。<sup>276</sup>

評議程序之少數意見是否應公開之問題，尚涉法院組織法之修正及合憲性之探討，本文擬不予討論。然評議程序既係言詞辯論終結後，由審判長召開評議會進行之，作成多數決後即作成裁判並依期宣判，評議程序之結論及理由如何能適時、適度向當事人為表明，實有疑義。在審判長召集評議會前，各法官就案件之討論意見，本得透過言詞辯論程序，由審判長就事實及法律的暫時性心證為公開，讓當事人有補充陳述、事證，甚至參與討論之機會，已足以保障當事人之程序基本權並防止突襲性裁判。若於言詞辯論終結後，各法官於評議會過程中，多數決結論與原本言詞辯論程序所表明之心證有所不同時，此時為保障當事人之程序基本權，應再開辯論並另為心證公開，使當事人有表示意見之機會，已如前述，並於再開辯論程序終結後，再另召

---

<sup>276</sup> 徐宏志，民事集中審理之研究，司法院八十七年度研究發展項目研究報告，司法研究年報，第 19 輯第 2 篇，1999 年 6 月，頁 148-149。

開評議會議，決定裁判之理由及結論，始為妥適。

是以，上揭看法認應將評議結論及理由為適時、適度之表明，本文認為恐有難行之處，蓋評議之進行係在言詞辯論終結後為之，如何再向當事人為心證公開實有疑問，而評議意見於裁判宣示後是否應修法而改變其公開程序，則係另一問題，並非心證公開層面所及。

## 貳、心證公開之效果

法官依法於言詞辯論終結前為心證開示，在民事訴訟程序採行處分權主義及辯論主義上，將對當事人之訴訟行為產生影響。處分權主義層面而言，當事人對審判對象負有自己責任，在法官就爭點為心證開示後，當事人即應為一定之訴訟行為，如特定審判範圍、在審判範圍內為利己之攻擊、防禦等，法官即依當事人之訴訟行為作為判決結果，當事人亦應為此結果承擔自己責任；就辯論主義層面而言，法官就判決基礎資料提出與否或取捨必要性為心證開示，可促使當事人決定所要提出的事實、證據範圍為何，亦有使當事人應採行之訴訟行為具體化之作用，當事人對於自己取捨事實、證據之提出，後續所發生之判決結果或失權效果，均應承擔自己責任。<sup>277</sup>另外，在一造當事人所提出證據已足以支持其主張之事實，而達到影響判決結果之程度時，法院亦有闡明他造當事人提出其他反證，使他造有推翻法院之暫時性心證的機會。<sup>278</sup>

民事訴訟法第 199 條第 2 項規定：「審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」此項規定中謂之「曉諭」，基本上即有將法官心證予以公開之實質意義；而「發問」係對當事人之主張表示質疑，會顯露法官之部分意見，

<sup>277</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000年9月10日，初版，頁168-171。

<sup>278</sup> 大江 忠、加藤新太郎、山本和彦合著，手續裁量とその規律——理論と實務の架橋をめざして，2005年5月25日，初版，頁134。

亦有公開心證之實質。<sup>279</sup>

從審級角度觀之，法官若能在第一審程序中，經由闡明方式適時公開心證，與當事人進行事實上及法律上問題之討論，尤其是對於將成為裁判基礎之重要事實或法律上觀點而為當事人所忽略者，若能經由闡明使當事人及其律師有表示意見之機會，將提升當事人對於法院裁判之信服度，減少上訴比例，或更能因此而為上訴之限制，就整體司法資源之負擔而言，自屬減輕而非加重。<sup>280</sup>

惟在實務運作上，法官之暫時性心證公開，容易造成當事人受影響，若法官暫時性之心證有錯誤之處而公開，將可能造成當事人錯誤之修正其訴訟行為或為不必要之讓步；若過早公開心證，則可能使當事人有未審先判之誤解，甚至損及法官中立性，激發當事人非理性之訴訟行為或訴訟外抗爭，造成訴訟遲滯，則需予思考防止及克服。<sup>281</sup>

### 叁、本文見解

本文認為，法律見解之闡明，為民國 89 年修法之重要方向，其立法目的雖僅謂「防止突襲性裁判」，但實際上對於當事人程序主體權之保障甚為重要，亦影響民事訴訟程序解決當事人紛爭之功能是否能發揮之關鍵，蓋我國民事訴訟程度既未全面採行強制律師代理制度，當事人未委任律師情形下，大多對法律見解不甚明瞭，法院在法律見解之採用上，除對實務上審判程序進行中法院所為之闡明有重大影響外，實際上亦直接與當事人所為主張及抗辯所需陳述及提出之事實及證據相關，影響當事人權利行使甚鉅，若法院未為適當之闡明及開示，並給予當事人適當之陳述及辯論機會，除對當事人造成突襲性裁判外，亦使當事人難以預測判決結果，無法信服判決而難以讓當事人間紛爭澈底解決，致使當事人不斷上訴，有違藉由民事訴訟解決紛爭之本旨，

<sup>279</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009年6月，初版一刷，頁96-97。

<sup>280</sup> 沈冠伶，民事訴訟法 2001 年判解回顧－從訴訟上實質平等及當事人之訴訟促進協力義務以觀，民事證據法與武器平等原則，2007年10月，初版，頁6。

<sup>281</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009年6月，初版，頁97。

讓當事人對於司法之信任感受損。故法官為法律見解之闡明，除有助於當事人實質武器平等地位之維護，使民事訴訟程序確實發揮解決當事人紛爭之功能，又法官雖通常較一般當事人具有較多法律專業，但仍不能排除法官之法律見解有錯誤之可能，在法官向當事人為暫時性法律見解之闡明時，可讓當事人有表示意見以影響法官裁判時所採用法律見解之機會，有益於降低法官適用法律見解錯誤之情形發生。

惟憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」法官依據憲法應依據「法律」獨立審判，在「法官知法原則」及「法官審判獨立」之下，適用法律乃法官之職責，並不受當事人主張之限制。亦即，就如何適用法律一事，係法官之權限，與當事人基於處分權主義而為捨棄、認諾，或基於辯論主義而為自認，甚或於平衡其實體利益與程序利益後，為追求程序利益而為「權利自認」者不同。是以，縱使當事人就如何適用法律及採取何種法律見解與法官有不同看法，於法官為暫時性法律見解之闡明後，仍為不同法律見解之陳述，甚至兩造當事人就法律見解之採用達成合意，仍不能對法院發生拘束力，影響法官決定如何適用法律及採用何種法律見解之權限，此係法官依據憲法獨立審判之權利，亦為義務。法官就法律上爭點，公開心證表明暫時性法律見解，係為避免對當事人發生法律適用之突襲，以盡其保障當事人之訴訟權之義務，不能因此而認為當事人有處分本案法律見解之權限，蓋此已逾當事人處分權主義之範疇。

最高法院 95 年度台上字第 1302 號判決謂：「按當事人就其主張之爭點，經依民事訴訟法第 270 條之 1 第 1 項第 3 款或第 2 項為協議者，依同條第 3 項前段規定，固應受其拘束，惟依『法官知法』及『法官審判獨立』之原則，法官適用法律之職責，並不當然受當事人基於聽審請求權、辯論權所主張法律上見解之拘束。是法院就當事人所主張起訴原因之事實判斷其法律上之效果，自不因當事人就其主張之法律上爭點，經依上開條項為整理並協議時自認或不爭執而受影響。」

最高法院 97 年度台上字第 1155 號判決謂：「民事訴訟所謂不干涉主義（廣義的辯論主義）係指當事人所未聲明之利益，不得歸之於

當事人，所未提出之事實及證據，亦不得斟酌之，此觀民事訴訟法第388條之規定自明。至於適用法律，係法官之職責，不受當事人所主張法律見解之拘束。因此，**辯論主義之範圍僅為判決基礎之事實及其所憑之證據，而不及於法律之適用。**」

最高法院99年度台上字第948號判決謂：「訴訟標的之表明，攸關既判力客觀之範圍（民事訴訟法第400條第1項參照），倘原告所表明之訴訟標的有不明瞭之情形致未能加以特定，審判長應行使闡明權，俾劃定審判之對象及攻擊防禦方法之範圍，並預告既判力客觀之範圍，以促進審理集中化及防止對於被告造成突襲。又基於處分權主義及辯論主義，訴訟標的應由當事人自行表明，法院不得代當事人為之（民事訴訟法第199條之1第1項立法理由參照），此與法院應就其認定之事實依職權適用法律，以判斷其法律效果，不受當事人所表示法律意見之拘束，係屬二事。」

最高法院99年度台再字第56號判決亦謂：「按自認係當事人就他造所主張不利於己之事實承認為真實之訴訟行為，而適用法律則為法官之職責，不受當事人所陳述法律意見之拘束，故事實始有所謂自認，至法律問題則無自認之可言。再審被告於前訴訟程序就陳○○等五人合資購買之土地登記在再審原告之被繼承人陳○○名下，固排除此為借名契約，然關於契約之定性即契約之性質在法律上應如何評價，係屬法律適用之範圍，依上說明，與自認不符。」

上揭四則最高法院判決，均明確指明法院就其認定之事實後，適用法律以判斷法律效果部分，不受當事人所主張之法律意見所拘束，更無對法律問題自認可言，此係法官知法及審判獨立基本原則下之當然解釋。

## 第四節 本人訴訟與闡明義務

### 第一項 律師之司法任務

民事訴訟程序中，法官作為中立之紛爭仲裁者，應維持其中立地位，所作出之裁判始能讓兩造當事人信賴，確實發揮解決紛爭之功能。當事人欠缺充分之法律知識及訴訟經驗，難以在訴訟程序中為適當之訴訟行為，此部分當事人法律能力補充問題，則係律師之司法任務，亦即透過當事人委任律師方式，由律師提供法律諮詢，並讓具備法律專業背景的律師為當事人妥適遂行訴訟，謀求有利之裁判結果。

然而，我國民事訴訟程序於第一審及第二審之事實審，並未採行強制律師代理，因此一造當事人委任律師代理遂行訴訟，另一造當事人則未委任律師而由當事人本人遂行訴訟時，即可能發生法律上知識、遂行訴訟經濟能力之差距。後者固可因法律扶助及訴訟救助等制度而有所處理，但遂行訴訟能力即在訴訟程序中進行各項訴訟行為之知識及能力，則仍有賴其他解決之道加以處理。<sup>282</sup>

當事人之間存在訴訟遂行能力不平等時，法院應為衡平之調整，避免當事人因此而就訴訟程序中之事實及證據蒐集、主張或舉證，未能處於真正平等之地位，而無從貫徹實質武器平等之保障。法官於具體訴訟程序過程中，應積極以闡明方式介入，透過當事人法律上、事實上及證據上之討論，發揮法官闡明制度之彌補當事人訴訟遂行能力差距，使當事人不至於因專業語言使用上之錯誤、法律知識之欠缺、資力不足等因素，而承受判決不利益結果。<sup>283</sup>

在武器平等考量下，法官對於當事人本人遂行訴訟時，應以闡明方式積極介入訴訟程序，避免當事人因欠缺法律專業知識而未受應有

<sup>282</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁55。

<sup>283</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁55。

之實體及程序權利保護。惟在律師代理訴訟情形下，法官闡明之程序，是否應與當事人本人遂行訴訟時相同，學說及實務上則尚未有定見，有認為二者法官均應為相同程度之闡明，亦有認為律師既具備法律專業知識，則法官闡明介入程度應降低，由律師決定為其當事人如何主張權利及遂行訴訟程序。

## 第二項 學說理論

法官在律師代理訴訟與本人訴訟情形下，是否應有不同程度之闡明義務，實務及國內外學說見解未有定論。本文於下簡述國內、國外學說見解。

### 壹、國內學說見解

學說見解認為，我國第一、二審既未採行律師強制代理主義而允許當事人本人進行訴訟，則當事人本人訴訟情形下，縱使法院向當事人為闡明，當事人亦未必明瞭，未必能為適切之訴訟行為。尤其在一造當事人委任律師，而另一造當事人未委任律師情形下，即應特別注意對未委任律師之當事人為適當之闡明，以確保兩造當事人實質武器平等。<sup>284</sup>

而當事人本人訴訟情形，法院除更應善加為闡明外，亦應緩和失權規定之適用，蓋法官縱為闡明，當事人亦未必有充分專業知識而知所主張；惟法官已充分闡明後，當事人仍拖延訴訟而嚴重違反促進訴訟義務，並非無適用失權規定之餘地，但在當事人並非重大過失而未於第一審提出攻擊防禦方法時，為求兩造實質公平以貫徹武器平等原則，仍非完全否定其在第二審提出新攻擊防禦方法的空間。<sup>285</sup>反之，律師代理訴訟情形下，律師對於法官之闡明或提問，應能充分瞭解而

<sup>284</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁342，註91。

<sup>285</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁387-388。

為一定行為，若怠為一定之訴訟行為，即應認為有可歸責性而受失權之制裁。<sup>286</sup>

上開見解，係認為在律師代理訴訟及當事人本人訴訟情形下，應採差別之闡明介入方式，尤其當事人本人訴訟時，當事人通常欠缺足夠之專業知識，法官更應加重闡明義務，使當事人能充分了解法官闡明之意旨所在，明確當事人之行為義務，始能讓其承擔失權制裁，且在失權制裁之考量上，尚必須對欠缺法律專業之當事人從寬看待，以其確受充分闡明仍拖延訴訟，違反訴訟促進義務，始適用失權規定。

## 貳、德國學說見解

法官闡明目的係為排除個案不明確、不完全、錯誤的缺陷部分，在法官闡明的同時，必須對當事人樹立可信賴的中立形象，則在一造當事人委任律師代理遂行訴訟，而另一造當事人未委任律師的情形下，法官對於相對不熟悉法律的一造當事人，應以更簡單而易於明瞭的方式進行闡明。<sup>287</sup>而德國學說及實務見解認為，法官闡明義務於當事人本人訴訟及律師代理訴訟均存在，這一點是沒有爭議的，有爭議者係有無委任律師代理遂行訴訟情形下，法官闡明義務是否應有所不同。<sup>288</sup>

德國實務見解中，有許多判決認為原則上在當事人本人訴訟及律師代理訴訟情形下，法官闡明義務應有所不同。例如律師於訴訟程序中之陳述及主張，他造當事人已注意其所述有所欠缺並表明責問之意，法官在前階段已提示此項欠缺，而律師陳述內容並無實質補充的情況，或律師本應具備之法律專業知識部分，應認為法官並無對律師代理訴訟之律師為闡明之義務。<sup>289</sup>在律師代理訴訟情形下，法官依德國民事

<sup>286</sup> 顏銀秋，訴訟促進義務與逾時提出攻擊防禦方法之失權—以第一審訴訟程序為中心，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2009年6月，頁119-120。

<sup>287</sup> Münchener, ZPO Kommentar, 2. Aufl., 2000, §139 Rdnr. 22.

<sup>288</sup> Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. Aufl., 2010, §139 Rdnr. 4,6 ; Musielak, Grundkurs ZPO, 9. Aufl., 2007, S. 105.

<sup>289</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 16. Aufl., 2004, §77 Rndr. 30 ; Musielak, ZPO Kommentar, 4.

訴訟法第 139 條所負闡明義務將降低，對於律師並無明確個別指導方式闡明義務存在，以合理化法官與律師於訴訟程序中的工作分配。<sup>290</sup>

德國學說採肯定見解者，一造當事人於訴訟程序中明顯忽視某一爭點或為訴訟行為之機會，或法院就當事人所為事實陳述認為尚有補充陳述必要情形下，無論在當事人本人訴訟或律師代理訴訟情形下，法官仍有闡明義務；但在律師代理訴訟時，法官為詢問及闡明的機會應較當事人本人訴訟減少。<sup>291</sup>

德國學說亦有將律師代理訴訟與法官闡明義務之關係，區分為核心範圍及邊際部分。在核心範圍內，例如訴之聲明不明確情形，為使審理範圍得以特定，縱使在律師代理訴訟情況下，法官仍應有闡明義務；而在邊際部分，諸如是否主張行使抗辯權等，過去之實務見解雖採否定之態度，但近年來肯定見解則有增加之趨勢。<sup>292</sup>

而亦有德國學說認為，法官與律師本應就訴訟程序之進行承擔共同釐清相關聲明、主張及事實之責任，在未有足夠依據情況下，法官亦無從以行使闡明權方式介入釐清，而法官為闡明時，律師亦必須為相對應之訴訟行為，以爭取勝訴結果，故並不需要擔心法官闡明義務在律師代理訴訟未減低，將使律師取得草率遂行訴訟的特許及律師失效(Freibrief für anwaltliche Nachlässigkeit und anwaltliches Versagen)。因此，無論在律師代理訴訟或當事人本人具有法律知識的情況下，原則上法官闡明義務都無須因而降低。<sup>293</sup>

### 叁、日本學說見解

日本學說上對此問題雖有不少消極見解，即認為法官闡明義務在當事人本人訴訟及律師代理訴訟無須有所差別，但若從確保實質對等性的觀點來解釋法官闡明義務，學說上亦有認為應肯認當事人本人訴

---

Aufl., 2005, §139 Rdnr. 6.

<sup>290</sup> Musielak, ZPO Kommentar, 4. Aufl., 2005, §139 Rdnr. 6.

<sup>291</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 16. Aufl., 2004, §77 Rdnr. 17.

<sup>292</sup> Egbert Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983, S. 141-142.

<sup>293</sup> Egbert Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983, S. 144.

訟與律師代理訴訟情形下，法官闡明義務確實存在差異性之必要，而二者的法官闡明義務差異性如何，則取決於兩造當事人情報及能力的落差，而必須由法官妥善裁量決定。<sup>294</sup>

亦有學者進一步指出，在可期待當事人提出適當的聲明或主張情形下，法院之闡明義務則應降低。因此，當事人本人訴訟及律師代理訴訟的差異，案件難易程序的不同，均影響當事人不須經法院行使闡明權，即可為適當之主張、聲明的可期待性，而此期待性之不同，亦使法官闡明義務程度有所差異，若屬可期待當事人自行提出之聲明、主張，法官之闡明義務即應降低。<sup>295</sup>

### 第三項 實務見解

#### 一、最高法院 97 年度台上字第 2530 號判決

「上訴人於第一審起訴時，固陳明係依民法第 184 條第 1 項、第 185 條規定為請求之依據，惟於民國 92 年 6 月 25 日第一次言詞辯論時，即改稱『本件訴訟標的為民法第 184 條第 1 項後段及第 185 條』，嗣後同年 7 月 4 日提出之民事準備書(一)狀中，並重申斯旨，再於上訴第二審審理中之民國 95 年 5 月 3 日準備程序期日中，主張『訴訟標的法律關係除……另追加民法第 184 條第 1 項前段』，堪認於上訴人第一審起訴後，兩造已特定訴訟標的法律關係為民法第 184 條第 1 項後段，不及於保護法益及主觀要件未盡相同之同條前段，且不因起訴狀未明載該條項前段或後段，而有不同。則原審以上訴人於民國 95 年 5 月 3 日始追加依民法第 184 條第 1 項前段之規定請求部分，已逾同法第 197 條第 1 項所定之二年消滅時效期間為由，駁回上訴人該部分追加之訴，於法並無違誤，且因兩造於第一審之訴訟標的法律關係已特定明確，原審即無再予闡明必要，更無脫漏裁判可言。」

<sup>294</sup> 加藤新太郎，手續裁量とその規律——理論と實務の架橋をめざして，大江 忠、加藤新太郎、山本和彦合著，2005 年 5 月 25 日，初版，頁 135。

<sup>295</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004 年 9 月 30 日，三版補正版，頁 414。

## 二、最高法院 96 年度台上字第 2150 號判決

「防禦方法，除經兩造於爭點整理程序協議捨棄，或經法院闡明後因故意或重大過失仍不為提出外，其於事實審言詞辯論終結前適當時期提出者，法院應不得駁回其提出。查兩造並未於第一審達成上訴人捨棄時效抗辯之協議，亦未就權利經過期間為陳述，第一審法院無從闡明有無時效抗辯真意，而上訴人對第一審敗訴判決提起第二審上訴，已於民國 93 年 5 月 19 日提出準備書（一）狀為時效完成之預備抗辯，且另具狀說明未於第一審為抗辯，與訴訟之延滯無因果關係，及被上訴人於原審準備程序期間有相當機會可為中斷時效之主張及提出證據，若不許其提出，顯有失公平云云，原審經多次準備程序期日後，至民國 95 年 11 月 28 日始終結言詞辯論期日，得否認上訴人未盡訴訟促進義務而不許其提出時效抗辯之防禦方法，自值推敲。」

## 三、最高法院 99 年度台上字第 2033 號判決

「陳○○以次三人未依約供應溫泉水暨設施部分，依洪○○以次六人之聲明及事實上之陳述，既僅請求該部分之減少價金或損害賠償，該房地又已交付使用多年，依上揭判例意旨，該未供應溫泉水暨設施部分之契約標的，與契約其他標的之房地部分，依雙方當事人之目的及社會通常之觀念上，在客觀上似屬可分之給付，亦即除去供應溫泉水暨設施部分之標的後，尚不影響該房地部分契約之成立。苟係如此，則洪○○以次六人就該給付可分之供應溫泉水暨設施部分，因契約以該不能之給付為標的而一部無效時，除於事實審已主張之上開法律關係外，似非不得就此依民法第 247 條第 2 項規定而為請求。乃原審未詳為探明陳○○以次三人於締約時，就該部分標的是否知其不能或可得而知？洪○○以次六人是否非因過失而信契約該部分標的為有效？並審認該六人是否尚得依民法第 247 條第 2 項規定而為請求，以判定是否有民事訴訟法第 199 條之 1 第 1 項規定之適用？進而決定是否行使該條項所定之闡明權，尤非無再進一步研求之必要。」

## 第四項 分析檢討

### 壹、實務見解分析

最高法院97年度台上字第2530號判決中關於侵權行為損害賠償請求權之法律依據應否闡明的問題，上訴人於第一審時，即已委任律師為訴訟代理人進行訴訟程序，雖起訴時就請求權基礎之表明未明確，經法官詢問後，律師已擇用民法第184條第1項後段及第185條為訴訟標的。然法官認為應適用民法第184條第1項前段時，此係同一紛爭事實下法官應如何適用法律之問題，則法官或可適時曉諭此項法律見解，讓與法官採不同法律見解之律師能有表示意見的機會，避免對當事人造成突襲。而法官為此法律見解公開後，律師即應妥為考量如何提出有利之事實及證據，若律師仍以民法第184條第1項後段及第185條為法律依據，進行事證資料提出的訴訟行為，則法官無再為闡明之必要，應尊重律師為當事人遂行訴訟程序所採之訴訟策略，以律師所提出之事證資料為基礎，妥適適用法律而為審判。最高法院認為第一審法官對此並無闡明義務，本文認或有值得商榷之處，蓋法官對於自己所採法律見解雖僅係「得闡明」，然上訴人之律師因不知法官所採法律見解而未於第一審未主張民法第184條第1項前段，致上訴後追加時已發生罹於時效之情事，由當事人承擔因此而受敗訴判決的結果，實係因未為法律見解闡明而對當事人形成突襲性裁判，亦不甚妥當。反之，若法官已為法律見解之表明，使具法律專業之律師有預測法官可能採取民法第184條第1項前段規定作成判決，律師仍未據民法第184條第1項前段規定提出適當之事證資料，致法官無法形成上訴人有民法第184條第1項前段權利之心證，則律師對此情況之發生係有可歸責事由，上訴人自得依契約關係請求律師負損害賠償責任。

最高法院96年度台上字第2150號判決係關於可能性時效抗辯未於第一審程序中當事人的陳述可發現「端緒」者，是否應讓當事人在

第二審程序中再行提出此抗辯。本件第二審之臺灣高等法院高雄分院 93 年度重上字第 12 號判決則採不同看法：「按依民事訴訟法第 447 條第 1 項前段規定，除當事人釋明有同條項但書各款所列情形外，並不得再行提出新攻擊或防禦方法。本件上訴人於原審審理時，並未提出時效消滅之抗辯，而係於上訴本院後始行提出，並主張符合該條項第 6 款『如不許其提出顯失公平者』之要件。但上訴人於原審收受起訴狀後第一次言詞辯論期日時，即委任具法律專業之律師為訴訟代理人，並就相關之法律及事實爭執為主張或抗辯，且於第一審審理之 1 年 6 個月期間內均未為時效消滅之抗辯，則其於上訴後始行提出此項抗辯，相較於民事訴訟法採行及時提出攻防證據資料之意旨，並參酌時效抗辯在法律效果上係絕對之抗辯（使他造之請求權因而完全無法滿足），尚難認上訴人此時再為提出，有符合該款項之要件。」

本件上訴人於第一審即已委任律師為訴訟代理人，律師本其法律專業知識，在無特殊情形下，對時效抗辯此等顯而易見之防禦方法，難謂有何無法期待其發現並適時主張可言，法官在無任何主張時效抗辯相關「端緒」情況下，自不可能逾越中立界限而為此闡明，縱上訴人律師陳述過程中曾提及相關日期，在可期待律師應有足夠專業知識為當事人適當主張權利情形下，法官亦不能因此而闡明律師是否主張時效抗辯。故本件上訴人律師自應於第一審之適當時期即為此時效抗辯之主張，則上訴人律師既在第一審審理之 1 年 6 個月時間內未適時主張時效抗辯，上訴人即應承擔失權制裁結果，故本文認為第二審之臺灣高等法院高雄分院判決見解較為可採。而上訴人受此敗訴判決之不利益，顯係其所委任之律師怠於主張時效抗辯所致，此疏失不可謂不重大，上訴人自得另以契約責任向律師求償。

最高法院 99 年度台上字第 2033 號判決中兩造關於瑕疵擔保責任之糾紛，法官認為可能有給付不能情事，是否應闡明民法第 247 條第 2 項規定部分，本文認為原告洪○○等六人於第一審訴訟程序開始時，即委任律師為訴訟代理人，律師並於第一審程序中明確表明訴訟標的為民法第 354 條第 1 項及第 2 項、第 227 條、第 184 條第 1 項及第 2 項、第 185 條等規定為訴訟標的，惟均未提有何契約自始無效之相關

表述，在同一紛爭事實下，第一審法官認為可能有契約自始無效並可能以民法第 247 條作成裁判時，為避免對當事人發生突襲性裁判，宜在適當時機將此法律見解表明，使當事人之律師就此法律見解方向，有補充提出事證資料的機會，避免法官逕採民法第 247 條規定作成判決，對當事人造成突襲性裁判。而法官若已告知可能該當民法第 247 條契約自始無效之情況，原告律師仍對法官此項法律見解不予注意而堅以民法第 354 條第 1 項及第 2 項、第 227 條、第 184 條第 1 項及第 2 項、第 185 條為據提出證據資料，法官對於律師所採訴訟行為應予尊重，在法官依據法律認為無法以民法第 354 條第 1 項及第 2 項、第 227 條、第 184 條第 1 項及第 2 項、第 185 條規定作成判決，又因無原告律師未提出充分事證資料支持民法第 247 條依據時，即應為原告敗訴之判決。原告因律師未注意法官所為闡明而承擔敗訴結果，認為律師有可歸責事由時，可依據契約向律師請求契約上責任，自不待言。本則最高法院認為法官依民事訴訟法第 199 條之 1 規定而有闡明義務，雖與本文認為屬法律見解表明之問題有間，但結果上均係為防止對當事人造成突襲性裁判的結果，其保障當事人訴訟權之立意仍值肯定。

## 貳、本文見解

當事人之所以委任律師為訴訟代理人，即係為讓更具法律專業素養之律師，為當事人衡平考量其之實體利益及程序利益後，選擇對當事人最有利之方式，為其妥適主張、行使權利，並在訴訟過程中洽當為各項訴訟行為。因此，當事人委任律師為訴訟代理人，除希望本案實體權利獲得勝訴結果外，尚希望藉由律師的專業法律素養及遂行訴訟經驗，兼顧保障當事人本人本案中及本案外之各項權利。

法官與當事人及訴訟代理人，為訴訟程序之順利進行各自承擔不同義務。法官基於訴訟指揮權及闡明義務，對於當事人所為陳述、主張有不明瞭者，應為曉諭，讓當事人有補充及修正之機會，以利審判範圍劃定，並以公開心證方式表明爭點所在、法律見解之意見等，使程序能集中並有效率進行；律師受當事人之委任，應在訴訟程序表現

其法律專業素養，為委任之當事人遂行訴訟，並對法官之闡明為適當之反應，使訴訟程序順利進行。

故律師在為當事人遂行訴訟過程中，除應特定訴之聲明、訴訟標的、提出相關事實及證據外，甚至與法官進行法律見解之討論外，尚必須注意攻擊防禦方法之適時提出，避免因遲延提出而對當事人造成失權之不利益結果，甚至造成判決敗訴之不利益。

律師本於其專業素養為當事人遂行訴訟，有其促進訴訟進行之義務，若法官之闡明義務在當事人本人訴訟及律師代理訴訟中並無差別，則律師將可能流於怠惰而未本其專業經驗為當事人遂行訴訟，不啻使當事人委任律師而負擔律師費用，訴訟程序卻仍依賴法官之訴訟指揮權及闡明義務始能順利遂行，並無進一步促進訴訟程序迅速進行之效果，更不能讓當事人減少訴訟成本之支出及保障其本案以外權利，實不妥適。是以，本文認為無論當事人有無委任律師為訴訟代理人，法官闡明義務均存在，但在當事人本人訴訟及律師代理訴訟之法官闡明義務程度應有所差別。

就當事人本人訴訟及律師代理訴訟，法官闡明義務標準應如何區分，本文認為可從三部分著眼：

第一部分係訴訟程序開始時即應儘早釐清之點，諸如當事人適格、訴之利益、訴之聲明及原因事實有不明瞭或有爭議之情況，此部分無論在當事人本人訴訟或律師代理訴訟，法官應負闡明義務均相同，蓋此部分若無法先予釐清，則程序合法性疑義及審判範圍無法特定，整個訴訟程序將無法實質進行。

但就訴訟標的特定部分，在當事人本人訴訟情形下，當事人欠缺法律專業知識，法官在闡明過程中應在有「端緒」之前提下，儘量就各項可能之法律主張向當事人曉諭，由當事人決定是否主張，甚至以紛爭事實型之方式特定訴訟標的，訴之聲明部分，則應從當事人主張之事實中，與當事人進行詢問以明確當事人訴之聲明範圍為何。而律師代理訴訟情況下，法官就訴之聲明的闡明，除與事實主張有所不明瞭之處應予闡明讓律師為特定外，在權利主張部分，法官若要求律師表明訴訟標的，而律師僅就可能適用於本案的數個請求權中，擇部分

而特定為訴訟標的，則律師既已指明訴訟標的，法官應尊重律師之法律專業及其擬定之訴訟策略，不再就其餘未主張之請求權為闡明及審酌，避免徒然耗費更多訴訟成本，破壞律師擬定之訴訟遂行方向，影響當事人本案以外其他權利。

第二部分係訴訟程序中之事實主張及證據提出，此部分本文認為可用「期待可能性」作為法官發動行使闡明判斷之基準。事實主張及證據提出係兩造當事人為獲勝訴判決而進行攻防之過程，此部分之程序則涉及較多法律專業知識及訴訟技巧、策略問題，一般當事人在欠缺相關知識及經驗情況下，較難期待其逕提出全部有利於己之事證。在無法期待當事人知悉應採取何種訴訟行為的情況下，法官應以闡明方式介入，曉諭當事人案件爭點所在、有何與判決相關之待證事實、應提出哪些證據始足證明待證事實，以具體化當事人之行為責任，而當事人在法官已為適當及充分闡明後仍不提出相關事實及證據，仍應承擔失權後果。反之，在律師代理訴訟時，依律師倫理規範第5條前段規定：「律師應精研法令，充實法律專業知識。」故法官可期待律師具備充分法律專業知識，能在訴訟程序中適時為必要之事實主張及提出證據，法官此部分之闡明義務即減少，使訴訟程序儘量回歸辯論主義之原形，由律師進行妥當之事實及證據提出，以尊重律師本於專業知識為其當事人決定如何主張及取捨實體利益與程序利益；除非法官就本案爭點之法律意見與律師差異頗鉅，若不為闡明恐無法期待律師為適當之事實及證據提出，法官始必須就此部分向律師為闡明，讓律師有機會補足其因與法官法律見解差異致忽略之事實及證據，亦可避免突襲性裁判之發生。

第三部分係心證公開及法律見解之討論。法官於審判程序到一個程度後，將暫時性心證開示予當事人知悉，讓當事人有補足事證以改變法官之心證或對法律見解表示意見之機會，係對當事人程序權之保障，無論於當事人本人訴訟或律師代理訴訟，均不可免除法官心證開示義務。法律見解表明固應為之，但法律見解之討論，在當事人本人訴訟情況下，必須考量當事人法律專業不足，恐難與法官進行法律見解之對話，此時法官應儘量以當事人聽取制度，著重事實面問題與當

事人溝通；反之，在律師代理訴訟時，法官則可適時讓律師就法律見解表示意見並為討論。<sup>296</sup>

至於律師代理訴訟之當事人，因其委任之律師的過失行為，未於訴訟程序中適時為適當訴訟行為，如漏未提出已知之重要證據、怠於主張抗辯權而失權、未積極行使民事訴訟法第 268 條之 2 第 1 項所定延滯理由說明聲請權等，致當事人蒙受敗訴之不利益，當事人另可依其與律師間之契約關係，向律師請求負擔損害賠償責任，另尚涉我國是否應建立更完善之律師責任保險制度等問題，本文於此即不深論之。



---

<sup>296</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000年9月10日，初版，頁168。

## 第五章 闡明之類型

### 第一節 闡明之分類

傳統上關於闡明的分類上，最常見者為依據闡明之目的而將闡明之類型分為四種：不明瞭之闡明、訴訟資料補充之闡明、除去不當之闡明、新訴訟資料提出之闡明。<sup>297</sup>

晚近有學者認為前四項分類仍有其不足之處，另將舉證責任分配獨立列為第五種之闡明類型，<sup>298</sup>而亦有學者將法律見解之闡明列為第五種之闡明類型。<sup>299</sup>

#### 第一項 傳統分類

##### 壹、不明瞭之闡明

當事人之聲明或主張，影響判決之點不明瞭，內容不特定，容易使人發生誤解，或彼此間有矛盾之情形，使其明瞭、確定、不生矛盾之闡明。<sup>300</sup>此種闡明尚不偏離當事人於訴訟程序中已為之訴訟行為，屬於闡明之核心領域，為民事訴訟法第 199 條第 2 項規定「聲明或陳述有不明瞭」之部分，較少發生爭議，<sup>301</sup>若未為闡明，則屬判決違背

<sup>297</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，1990 年 11 月，頁 258-262；陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 444-447。

<sup>298</sup> 駱永家，闡明權，民事訴訟法之研討(四)，頁 171。

<sup>299</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 92-93。

<sup>300</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，1990 年 11 月，頁 258；陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 444；呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 88。

<sup>301</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 88。

法令，當事人得以之作為上訴第三審之理由。<sup>302</sup>

最高法院 49 年台上字第 1530 號判例要旨謂：「當事人對於代位權行使與否，意思不明時，審理事實法院之審判長，有依民事訴訟法第 199 條第 2 項行使闡明權之職責，其疏於行使，僅以其所有權生效要件欠缺，而為其敗訴之判決時，應認為有發回更審之原因。」本則判例要旨中認為，原審法院對於當事人在第一審起訴，曾主張系爭房屋係輾轉買自原始取得人之手，並因違章建築而不能登記等事實，其真意是否係代位行使原始取得人之權利，未在言詞辯論時加以闡明，逕以當事人在第二審主張代位原始取得人行使權利，係訴之變更且未經對造同意而不應准許，並以其所有權未經登記為由，而為上訴人敗訴之判決，有所不當。此係肯認當事人有無行使代位權之意思不明瞭時，法官有闡明使其表明之義務，而不得未經闡明逕以當事人未明確表示代位行使所有權之物上請求權，為當事人敗訴之判決。<sup>303</sup>

## 貳、訴訟資料補充之闡明

當事人已提出部分訴訟資料，但尚有未完全之處，致無法發生訴訟上應有之效果時，審判長有使當事人補足之闡明義務，但此係指訴訟資料有一部提出，僅不完全而已，<sup>304</sup>與新訴訟資料提出之闡明有別。<sup>305</sup>此種闡明亦為民事訴訟法第 199 條第 2 項所明訂，顯少發生爭議，<sup>306</sup>若法官就此未為闡明，則屬判決違背法令，得作為上訴第三審之理

<sup>302</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，1990 年 11 月，頁 258；王甲乙，闡明權，法學叢刊第 11 卷第 1 期，1967 年 1 月，頁 81。

<sup>303</sup> 學說上有認為本則判例為法院肯認新訴訟資料提出闡明之見解，參閱：陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 445。本文認為本則判例情形，當事人已表明係自原始取得人之手買受該未經登記之房屋，且因該房屋為違章建築而無法辦理過戶登記，則當事人雖未明確表明係代位行使房屋原使取得人之權利，其有無代位行使權利之意思不明，即應認為法官此時應為之闡明為不明瞭之闡明，亦可能同時為不當聲明除去之闡明，而後續可能牽連發生新訴訟資料提出之闡明。

<sup>304</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，1990 年 11 月，頁 258。

<sup>305</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，1990 年 11 月，頁 258；陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 444；呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 89。

<sup>306</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 89。

由。<sup>307</sup>

### 叁、除去不當之闡明

當事人之訴訟行為雖已明確，就該事件觀之其內容為錯誤或不適當情形，使之變為適當、正確之闡明。<sup>308</sup>

我國實務見解中，最高法院 64 年台再字第 156 號判例謂：「在訴訟進行中情事變更，是否以他項聲明以代最初之聲明，應由原告依其自由意見決之，法院就此並無闡明之義務。」此實務見解似認法院並無除去不當之闡明義務。

然而，我國民事訴訟程序既未採取全面強制律師代理制度，於當事人本人遂行訴訟之情形，難以期待一般當事人具備足夠之法律專業知識及訴訟經驗，若法院不闡明當事人使其修正不當之陳述或聲明，因而使當事人蒙受訴訟上之不利益，實有不妥。

前揭判例情形下，原告本已為適切之聲明，並非當事人無主張權利之端緒，僅因情事變更而使其聲明變為不妥適，若法院未闡明使原告為聲明之更正，逕為不利於原告之判決，則原告尚必須以情事變更後之聲明另行起訴，不僅重複耗費當事人起訴、應訴之時間、勞力、費用，支出無謂之訴訟成本，使有正當權利之當事人權利無法利用一次程序予以伸張，自難使當事人信服法院未經闡明所下判決，且讓同一紛爭多次使用司法資源，重複進行審理，徒增司法資源之浪費，更不符合民事訴訟法擴大訴訟解決紛爭之修法目的。前開判例所持之看法，非無商榷空間。

---

<sup>307</sup> 王甲乙，闡明權，法學叢刊第 11 卷第 1 期，1967 年 1 月，頁 81。

<sup>308</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，1990 年 11 月，頁 259；陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 444-445；呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 89。

## 肆、新訴訟資料提出之闡明

當事人未提出之訴訟資料，亦不能從其聲明或陳述中，尋得闡明之端緒者，審判長所曉諭其提出新的聲明或陳述，以供為裁判之基礎。<sup>309</sup>此種闡明類型之容許性，學說及實務見解分歧，學說上有見解認為此有違辯論主義而採取否定之見解，蓋法官行使闡明，係為補救辯論主義之缺失，而非根本否定辯論主義而改採職權主義，<sup>310</sup>是以權利行使之事項，諸如代位權、抵銷權、抗辯權等之行使，當事人爭執的訴訟資料中，若無任何暗示，則法院毋庸就當事人未提出之防禦方法闡明當事人主張之。<sup>311</sup>

實務見解中，最高法院 71 年台上字第 2808 號判例要旨謂：「民事訴訟採辯論主義，舉凡法院判決之範圍及為判決基礎之訴訟資料均應以當事人之所聲明及所主張者為限。審判長之闡明義務或闡明權之行使，亦應限於辯論主義之範疇，不得任加逾越，否則即屬違背法令。故審判長尚無闡明令當事人提出新訴訟資料之義務。又民事訴訟法第 288 條規定法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形，認有必要時，得依職權調查證據云者，類因當事人本身之魯鈍或受外物之牽制，不諳或不敢聲明證據等情形，法院為維持裁判上公平與正義所必要，而後為之。其有無不能得心證或有無其他必要情形，非依職權調查證據不可，乃一種事實，法院未為職權調查證據，究不生違背法令問題，非得據為第三審上訴理由。」本則最高法院判例係認為，法官並無就新訴訟資料闡明之義務。

惟上開判例於民國 90 年 3 月 20 日經最高法院 90 年度第 3 次民事庭會議決議不再援用，理由係因上判例前半段因增訂民事訴訟法第 199 條之 1 第 1 項、第 2 項及第 247 條公布施行後，理論基礎已發生

<sup>309</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，1990 年 11 月，頁 260；陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 445；呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 89。

<sup>310</sup> 王甲乙，闡明權，法學叢刊第 11 卷第 1 期，1967 年 1 月，頁 82；姚瑞光，民事訴訟法論，1990 年 11 月，頁 260-261；陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 445。

<sup>311</sup> Hanns Prütting 著，吳從周譯，德國法上法官之闡明義務，法官協會雜誌第 7 卷第 1 期，2005 年 6 月，頁 117。

動搖。此部分涉闡明義務界限之問題，本文已於第三章第二節論述。

## 第二項 晚近分類

### 壹、法律見解之闡明

法律見解之闡明係就訴訟關係所涉及之法律問題，對當事人所為之闡明。<sup>312</sup>民事訴訟法第 199 條第 1 項及第 2 項規定：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」所謂「法律上陳述」，最狹義而言，指當事人就某一訴訟上呈現之事實法律上有何效果，即權利義務之發生、變更、消滅等主張；廣義而言，則尚及於某一法律、法規、法則之存否、內容、解釋、適用等表示意見。<sup>313</sup>

法院於審理過程中，就待證事實及證據方法關聯性等，應儘可能與當事人進行言詞討論，在討論過程中，法院應將其法律見解，即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的要件事實。<sup>314</sup>民事訴訟法第 199 條、第 296 條之 1 第 1 項，均係對法院課予法律見解闡明之義務，為防止突襲性裁判所必要，若有違反，應認為可構成上訴之理由。<sup>315</sup>

民事訴訟法第 199 條之修法目的既謂：「適用法律固屬法院之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判結果至鉅，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，除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律見解為必要

<sup>312</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 92。

<sup>313</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版，頁 92-93。

<sup>314</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版三刷，頁 25。

<sup>315</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版三刷，頁 61。

之陳述及作適當完全之辯論。」由立法目的觀之，民事訴訟法第 199 條第 1 項關於法院使當事人就法律見解部分為適當完全之辯論，亦必須以法院闡明其可能採取之法律見解為前提，若法院未為此項闡明，當事人無從知悉法院可能採取之法律見解種類情況下，自難以期待當事人可能就法律見解為完全及適當之陳述及辯論。

## 貳、舉證責任與證據提出之闡明

### 一、舉證責任之闡明

舉證責任之闡明為晚近提出的新型闡明態樣。民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」

德國學說見解上認為，當事人舉證責任當然屬於法官於訴訟程序進行中闡明義務的範疇。<sup>316</sup>民事訴訟程序原則採行辯論主義，當事人就對己有利之事實及證據，負主張及舉證之責任。惟我國學說及實務上，就舉證責任之分配問題，仍有許多紛歧見解，尤其在本人訴訟之情形下，當事人之法律專業知識欠缺，若當事人以為其不負舉證責任而未盡全力提出證據，致裁判發生不利益之結果，實不足以保障當事人程序上及實體上之權利，故法院就舉證責任之分配，亦應即早向當事人為闡明，使當事人有充分時間提出適當而足以支持其主張之事實的證據。而當事人對舉證責任有錯誤之認知，因而未提出適當之證據以支持其所主張之事實時，法官尤應就舉證責任之分配對當事人進行闡明，使當事人於明瞭舉證責任之後，可盡力提出證據以支持其主張有利於己之事實。<sup>317</sup>

---

<sup>316</sup> Münchener, ZPO Kommentar, 2. Aufl., 2000, §139 Rdnr. 57; Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. Aufl., 2010, §139 Rdnr. 6; Schaefer Thomas, Die richterliche Hinweispflicht im Zivilprozess, 2005, S. 171.

<sup>317</sup> Musielak, ZPO Kommentar, 4. Aufl., 2005, §139 Rdnr. 14; Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. Aufl., 2010, §139 Rdnr. 11.

## 二、證據提出之闡明

證據提出之闡明，係指法官從事闡明使當事人表明證據方法而言，亦即當事人已完全提出聲明或主張，卻因誤認為從前所為之舉證已充分而怠於舉證，或負舉證責任之當事人，就其負證明責任之待證事實，因誤以為該證據與待證事實欠缺關聯性，而完全未提出證據的情形，法官應曉諭當事人提出證據。<sup>318</sup>

法官就舉證責任分配向兩造當事人為闡明後，負舉證責任之一方當事人，就其所主張之事實而聲明證據時，依民事訴訟法第 285 條第 1 項規定，應表明應證事實，即應就該聲明之證據與待證事實之關聯性為說明。若該當事人未能明確表明證據與待證事實之關聯性，法官應闡明使當事人為補充，以使關聯性之存否能明確。<sup>319</sup>

經負舉證責任之當事人聲明證據，表明與待證事實之關聯性，法官對於當事人聲明之證據進行調查後，尚不足以形成該待證事實存否之心證，而有請該當事人進一步聲明其他證據之必要，以促使法院形成對其主張之待證事實存否的心證時，法官亦應為必要之闡明；<sup>320</sup>反之，於一造當事人所提出證據已足以支持其主張之事實，而達到影響判決結果之程度時，法院亦有闡明他造當事人提出其他反證，使他造有推翻法院之暫時性心證的機會。<sup>321</sup>如此，方足使兩造當事人知悉其有聲明其他證據之必要，盡力提出對己有利之證據，並就其提出證據之訴訟行為充分與否承擔自己責任。

另外，在上訴審程序中，若負擔舉證責任之當事人因信賴原審法院的證據評價而不為進一步舉證，即當事人認為原審法院於判決中，就其於原審所提之證據認定已足以證明待證事實，因而未於上訴審之程序中續為舉證行為時，若法官認為原審之證據尚不足以支持其所主張之事實，當事人有再為舉證之必要，則法官應於上訴審程序中即時

<sup>318</sup> 劉明生，辯論主義之研究，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004 年 1 月，頁 90。

<sup>319</sup> Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. Aufl., 2010, §139 Rdnr. 11.

<sup>320</sup> Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. Aufl., 2010, §139 Rdnr. 11.

<sup>321</sup> 加藤新太郎，第五章 釈明，手續裁量とその規律——理論と実務の架橋をめざして，大江忠、加藤新太郎、山本和彦合著，2005 年 5 月 25 日，初版，頁 134。

為闡明，讓當事人有表示意見的機會，並有適當期限補充提出其他足以支持其主張事實之證據。<sup>322</sup>

### 第三項 分析與檢討

傳統分類，係以當事人所提出之訴訟資料有何不妥適之處，法官闡明所欲達到澄清當事人訴訟行為之效果，作成法官闡明態樣之分類標準，惟此種分類並未能提供實務上法官行使闡明權，本於不同訴訟程序階段及個案不同情況而有不同斟酌，所得據以參考之類型，本文認為此種分類尚有不足之處。

傳統分類中除去不當之闡明及新訴訟資料提出之闡明，二者間易生模糊難以界定之部分。不當聲明之除去之闡明亦屬除去不當闡明的範疇，原告聲明有所不當時，法官應闡明原告進行修正；然而，法官曉諭原告修正其不當之聲明後，在原告欠缺足夠之法律知識及訴訟經驗而無法自己修改並作出妥適聲明時，法官若不進一步處理原告不知如何修正聲明的問題，將使其除去不當聲明的闡明失其意義，故法官勢必需要進一步向當事人曉諭如何為聲明之修正，讓原告得以提出適當之新的聲明。

例如由原告所述原因事實觀之，原告立於債權人之地位代位債務人主張權利，但原告於聲明中卻未為正確之聲明，而係請求該第三人向自己為給付，依最高法院 49 年台上字第 1530 號判例意旨：「當事人對於代位權行使與否，意思不明時，審理事實法院之審判長，有依民事訴訟法第 199 條第 2 項行使闡明權之職責。」故法官應闡明原告更正其聲明，而此更正後之聲明實際上即為新的聲明，而屬於新訴訟資料提出之範疇。

又原告起訴後發生情事變更，使原告起訴聲明成為不當之聲明，法官是否有義務為此除去不當聲明的闡明，讓當事人有機會進行聲明

---

<sup>322</sup> Musielak, ZPO Kommentar, 4. Aufl., 2005, §139 Rdnr. 14 ; Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. Aufl., 2010, §139 Rdnr. 11.

變更，屬有爭議之問題。最高法院 64 年台再字第 156 號判例要旨謂：「在訴訟進行中情事變更，是否以他項聲明以代最初之聲明，應由原告依其自由意見決之，法院就此並無闡明之義務。」然而此情況下，法官從原告原先之事實主張及聲明，已可知悉紛爭事實之經過，起訴後因情事變更而使原告原本妥適之聲明轉變為不當聲明，法官若不曉諭原告為更正、補充，實讓原告於同一原因事實下，因情事變更卻必須以其他訴訟標的及訴之聲明另行起訴以謀權利救濟，不僅對原告之權利保障不周，亦徒然讓司法資源重複審酌同一事實而不符合訴訟經濟要求；因此，在起訴後發生情事變更時，法官實應闡明當事人將不當之聲明為變更，始為妥適，前揭最高法院判例見解尚非無斟酌空間。而此類情事變更後法官所為除去不當聲明的闡明，亦會發生上開除去不當闡明進一步衍生為新訴訟資料提出闡明的情況。

綜前所述，除去不當聲明的闡明係為使當事人為新的正確聲明，而法官為使當事人為此正確聲明即必須闡明當事人為另一正確之聲明，此時即與新訴訟資料提出之闡明發生重疊之處。上揭情況下法官所為之闡明已從除去不當之闡明，進一步衍生為新訴訟資料提出之闡明，兩者實已難以明確劃分，此為傳統分類方式下所發生不合理之處，亦為傳統分類方式不足採為分析實務上法官闡明義務分類之理由。

另一情況則係在實務採行舊訴訟標的理論下，法官隨著訴訟程序進行，對於原告起訴之事實應適用何項法律之見解有所變更，至原告原先起訴所特定之訴訟標的已不足以達成其起訴之目的，此時法官法律見解之改變與原告特定之訴訟標的緊密連結，原告特定之訴訟標的又與兩造當事人所提事證相牽連，故法官應將其法律見解變更情形曉諭兩造當事人知悉，讓原告有為訴之變更或追加的機會，使兩造當事人能針對法官所持見解充分提出對己有利之事實及證據。前開情形下，法官闡明當事人變更或追加訴訟標的，亦會發生上開所述除去不當闡明與新訴訟資料提出闡明無法全然劃分的情況。

晚近學說所補充之法律見解、舉證責任及證據提出之闡明，在實務採行舊訴訟標的理論情形下，會發生相互牽連、影響。而法律見解之闡明實際上與前述傳統分類中除去不當及新訴訟資料提出之闡明

亦相牽連已如前述，故晚近學說所補充之分類實與傳統分類所採分類基準有所不同，尚難將晚近學說補充分類與傳統分類結合後作為闡明分類之方式，毋寧認為係晚近學說從不同角度而有不同之分類觀點而已。

另舉證責任分配之方法，尚涉及不同學說、實務見解之差異，法官向當事人闡明其所持之舉證責任分配的法律見解後，當事人認為有不同看法，亦應讓當事人有表示意見之機會，但仍由法官最後決定舉證責任之歸屬並明確使當事人知悉，以便當事人從事舉證活動。就舉證責任歸屬之法律見解討論上，則與法律見解闡明有其重疊之處。

值得一提的是，法律見解之闡明，不僅符合民事訴訟法修法旨趣而於法有據，且有發揮民事訴訟制度解決當事人紛爭之實益。而傳統分類中新訴訟資料提出之闡明是否應允許，此涉及辯論主義與法官闡明界限之問題，本文於第三章第二節詳論，於此即不贅述。

本文認為前述法官闡明義務的傳統分類及晚近分類方式，均未能對於實務上法官闡明行使，提供充分在個案具體情況下法官行使闡明之參考依據。衡酌我國民事訴訟制度非採行全面強制律師代理，本人訴訟情形下當事人訴訟經驗及法律知識不足，且現今實務採行舊訴訟標的理論等情，本文擬重新將近年來我國法官闡明權行使相關之最高法院判決加以類型化，從處分權主義範疇及辯論主義範疇出發，以訴訟程序進行階段可能發生的闡明作為探討的方式，詳述於本章第二節部分，以期藉由將整個訴訟過程可能發生的闡明問題為分類，使最高法院判決之處理方式之見解類型化，觀察我國實務就闡明問題的處理方式，與國內外學說見解做比較分析，了解針對不同訴訟階段個案情況闡明問題之處理情況。

## 第二節 具體案例類型

本文擬對於最高法院對於法官闡明義務所表述之實務見解，依序以起訴合法性、處分權主義範疇（訴訟上請求）、辯論主義範疇（攻擊防禦方法）及法律見解表明之闡明觀察，從訴訟程序各階段可能發生之闡明情況予以類型化，略述本文意見並供學說檢討及實務運作參考，期能從最高法院對於法官在訴訟程序各階段所負闡明義務的意見的類型化，尋得事實審法官在整個訴訟程序運作流程中進行闡明行為應注意之時機、重點及方向。

### 第一項 起訴合法性的闡明

#### 第一款 當事人

當事人適格、當事人能力與訴訟能力首先影響原告起訴之合法性，惟原告既已提起訴訟，縱當事人適格、當事人能力或訴訟能力有疑義，法官亦應給予原告有補正機會，若逕予駁回該訴訟，恐將影響原告提起訴訟之利益，且徒然讓原告耗損起訴成本而必須另行起訴，亦不利以一次訴訟程序進行實質紛爭之解決。是以，法官應儘量利用闡明方式，使原告有補正機會，讓所提起之訴訟得以進入實體審理程序。

### 壹、當事人能力

#### 一、最高法院 99 年度台上字第 262 號判決

「北京○○公司係在大陸地區依照大陸相關法令成立之企業法人，而北京○○公司清算委員會則係該企業法人解散後，為進行清算，由清算人組成之團體，二者顯非同一人，被上訴人指二者為同一人，

第一審將二者當做同一人處理，原審未行使闡明權，以釐清被上訴人究以何人為對造，逕認被上訴人係對北京台群公司起訴而為判決，復置北京○○公司清算委員會於不顧，已難謂適法。且北京○○公司辯稱：該公司解散後權利能力及行為能力業已消滅，訴訟上自無當事人能力，依法應由北京○○公司清算委員會代表進行訴訟云云，原判決未說明不採之理由，並有可議。」

## 二、評析

本則最高法院見解，係認為事實審法官應對當事人能力問題為闡明，本件原告起訴對象為解散前之公司，然該公司既經解散，公司本身已無當事人能力可言，法官既知原告係為處理該公司解散前之債務關係而起訴，即應闡明原告將起訴對象更改為有當事人能力之該公司清算委員會，始有讓訴訟程序進行後續之實體審理空間。

## 貳、當事人適格

### 一、判決意旨

#### (一) 最高法院 98 年度台上字第 2000 號判決

「吳○河及吳○德等五人於第一審起訴時，主張系爭公業原有七房，除五房單傳吳○憲未參與外，吳○榮與對造吳○標同為吳○掌房下，其餘五人均為各房房長，為追討遭吳○標偽造文書自立為系爭公業管理所處分公業財產之利益，由其等推舉吳○河為系爭公業管理人，惟因行政手續未完成，而仍由其等列為原告，提起本件訴訟等語，嗣吳○河及吳○德等五人上訴原審後，吳○河具狀主張其業經系爭公業派下全體選為管理人，而具狀聲明承受訴訟（見原判決第三頁第五行以下），均為原審所確定之事實，且依吳○河於原審 93 年 12 月 16 日所提民事準備書（二）狀記載當事人為：『上訴人吳○河即祭祀公業吳○鄰管理人』，則吳○河及吳○德等五人於第一審，或吳○河於第二審，究係本於一定之資格以自己名義為系爭公業任訴訟當事人之人，抑或以代表系爭公業之身分，為系爭公業提起本件訴訟，即屬不

明。如吳○河及吳○德等五人於第一審或吳○河一人於原審均係以代表系爭公業之身分，提起本件訴訟，則原判決當事人欄即應改列當事人為系爭公業，並改列吳○河一人為法定代理人，始符法制。原審疏於行使闡明職責，逕以吳○河係本於一定之資格以自己名義為系爭公業任訴訟當事人之人，並列吳○河為上訴人即變更之訴原告，其訴訟程序即有重大瑕疵，基此所為不利於吳○河之判決，自屬違背法令。」

(二) 最高法院 97 年度台上字第 2083 號判決

「原審既認上訴人應以合夥事業為被告，而各該合夥事業之清算人，即為上訴人起訴時所列被告之各該全體合夥人，亦即不論以合夥事業或合夥人全體為被告，實際參與訴訟程序之人均為各該合夥事業之全體合夥人，並不影響各合夥人之訴訟權保障。則原審就其所認上訴人此項當事人不適格之起訴程式欠缺，竟未依民事訴訟法第 199 條規定為適當之闡明，並依同法第 249 條第 1 項但書規定命上訴人補正，亦有未合。」

(三) 最高法院 96 年度台上字第 2256 號判決

「系爭地上物原始起造人李○育有子女即被上訴人李○○等八人，李○去世後，該地上物應由其子女共同繼承，上訴人提起本件訴訟，須李○○等八人一同被訴，當事人適格始無欠缺，固為原審所認定，但當事人適格與否，本屬法院應依職權調查之事項。原審於言詞辯論期日未踐行闡明義務向兩造為發問或曉諭，於未究明李○○等八人是否全體為繼承？有無拋棄繼承之事實？而未令兩造就此事項為必要之聲明或陳述前，即認被上訴人之適格要件有欠缺，而駁回上訴人之訴，亦有違誤。上訴意旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

## 二、評析

祭祀公業條例第 21 條第 1 項、第 3 項規定：「本條例施行前已存

在之祭祀公業，其依本條例申報，並向直轄市、縣（市）主管機關登記後，為祭祀公業法人。」「祭祀公業法人有享受權利及負擔義務之能力。」惟祭祀公業條例係民國 96 年始制定，本件祭祀公業成立時，祭祀公業條例尚不存在，其亦未經辦理相關行政手續並申請登記，該祭祀公業自不具法人格。

惟民事訴訟法第 40 條第 3 項規定：「非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。」而最高法院 64 年台上字第 2461 號判例要旨為：「民事訴訟法第 40 條第 3 項所謂非法人之團體設有代表人或管理人者，必須有一定之名稱及事務所或營業所，並有一定之目的及獨立之財產者，始足以當之。」本件之祭祀公業條例既有吳○河為管理人，具有一定名稱、營業所及一定目的之獨立財產，自應認為屬非法人團體。

又最高法院 74 年台上字第 1359 號判例要旨謂：「臺灣之祭祀公業並無當事人能力，故關於祭祀公業之訴訟，應由其派下全體起訴或被訴，但設有管理人者，得以該管理人名義起訴或被訴。而關於祭祀公業之訴訟，以管理人名義起訴或被訴者，當事人欄應表明其為祭祀公業管理人，以表示其非以自己名義起訴或被訴。」本件祭祀公業管理人吳○河起訴時，係為處理祭祀公業之債務糾紛問題，當事人欄應以祭祀公業為原告，吳○河應以法定代理人地位居之。是以，本件起訴時之當事人部分已有瑕疵，屬當事人不適格之問題，法官應曉諭法定代理人吳○河為更正，起訴始為合法，第一審、第二審法官未為此闡明且逕以祭祀公業管理人為原告及上訴人進行實體審理程序，即有不當，最高法院 98 年度台上字第 2000 號判決所闡釋之見解實值認同。

又依民事訴訟法第 40 條第 3 項規定，合夥應具訴訟當事人能力，則本件原告起訴係為處理其與某合夥事業之債務紛爭，自應以該合夥事業為被告，而非逕列該合夥之全體合夥人，是最高法院 97 年度台上字第 2083 號判決之第一審訴訟起訴時，原告所列被告即有當事人適格之瑕疵。雖為保障被告之訴訟權利，不宜讓原告單方任意為被告之變更，惟原告起訴時既列合夥事業全體合夥人為被告，縱將被告變

更為合夥事業，亦無影響被告訴訟權利問題，故法官應闡明原告將被告變更為合夥事業，並列合夥事業代表人為法定代理人，始能進行實體審理，否則即有當事人不適格之程序合法性問題。

民法第 1151 條規定，繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有，最高法院 96 年度台上字第 2256 號事件中，上訴人起訴請求拆屋還地，惟被繼承人有多位繼承人情形下，在遺產分割前應為未拋棄繼承之數繼承人共同共有，上訴人提起本件訴訟，自應以共同共有人全體為被告，始為適格之當事人，是第一審法官於起訴時，即應先釐清該筆地上物之共同共有人為誰，確認當事人適格與否，若當事人適格有所欠缺，應讓起訴之原告即上訴人有補正之機會，始符民事訴訟法第 249 條第 1 項但書規定，並保障上訴人起訴之利益。

### 叁、訴訟能力

#### 一、最高法院 96 年度台抗字第 882 號判決

「按金融機構合併法所稱合併，係指二家或二家以上之金融機構合併為一家金融機構而言，並涵蓋依該法第 13 條規定，農、漁會讓與其信用部與銀行，而結束原有信用部業務之情形，此觀該法第 4 條第 1 款第 1 目規定及同條第 2 款之立法理由至明。因此農、漁會依同法第 13 條讓與其信用部與銀行，在訴訟上應類推適用民事訴訟法法人合併之規定，由受讓之銀行承受訴訟（本院 92 年 1 月 14 日民事庭會議決議可供參考）；而農會是否已喪失實施訴訟之能力，應由受讓之銀行承受訴訟，乃法院應依職權調查之事項，當事人如應聲明承受訴訟而誤聲請承當訴訟者，法院亦應闡明之。」

#### 二、評析

民事訴訟法第 254 條第 1 項：「訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。但第三人如經兩造同意，得聲請代當事人承當訴訟。」承當訴訟之情況，係因訴訟繫屬中訴訟標的

之法律關係發生移轉始發生，縱不為訴訟承當，原遂行訴訟之當事人仍有訴訟能力而可以繼續遂行訴訟；反之，承受訴訟係原遂行訴訟之當事人，於訴訟進行中發生訴訟能力喪失之情況，原遂行訴訟之當事人既已喪失訴訟能力，則必須由他人承受訴訟始能讓程序繼續進行。故法官認為訴訟能力此項程序合法要件有欠缺時，自應以闡明方式讓當事人有補正之機會，本件當事人應聲明承受訴訟而誤聲請承當訴訟，法官為使訴訟程序合法，自應闡明當事人為更正，以維程序合法性。

## 肆、當事人變更與追加

### 一、判決意旨

#### (一) 最高法院 98 年度台上字第 790 號判決

「上訴人於原審已陳明：『再退萬步言，若鈞院認為不應類推適用社團法人之規定，則……懇請……視為對全體構成員起訴請求之。……請鈞院依民事訴訟法第 199 條第 2 項行使闡明權，以避免訴訟資源浪費及訴訟當事人累訟之繁』等語。果如原審所認：管委會不具侵權行為能力，林○○未以個人名義為阻撓行為及聲請假處分，而上訴人於系爭房屋經營診所又無違法令，則原審未為闡明處置，於認管委會無侵權能力時，未依上訴人所請曉諭其為訴之變更或追加，以利同一紛爭經由一次訴訟程序予以解決，亦非妥適。」

#### (二) 最高法院 98 年度台上字第 511 號判決

「上訴人甲○○係主張伊以他人名義在對造上訴人○○證券台中分公司開戶委託其買賣股票。該公司疏於管理，任令不具法定資格之訴外人曹○○處理伊委託股票買賣之業務，致遭曹○○盜賣伊之股票。曹○○所涉業務侵占等罪嫌業經判刑確定。對造上訴人乙○○為該公司之協理，依公司法第 23 條及民法第 28 條規定，應負連帶賠償責任。綜觀甲○○主張之上開事實，似含有曹○○盜賣其股票不法侵害其權利，上開公司為其僱用人，乙○○則為該公司之負責人，應與曹○○負連帶賠償責任之意涵在內。原審審判長未依民事訴訟法第

199 條及第 199 條之 1 第 1 項規定行使闡明權，令其敘明或補充之，已難謂合。」

## 二、評析

原告之言詞或書面陳述中，似有向被告以外之其他訴外人請求之意思但尚欠明瞭時，原告是否有意將該訴外人變更或追加為被告，法官宜於訴訟前階段即以闡明方式先予釐清，避免原告對於特定被告問題在程序中有所反覆主張，難以維持訴訟程序安定及讓訴訟程序有效進行，若在訴訟後階段，甚至在上訴程序中，原告又表示變更或追加被告，不僅可能損及該被追加之被告的訴訟權利，若因此而必須將訴訟前階段內容重複審理，更顯重複耗費訴訟資源，徒增當事人訴訟程序的時間、勞力、費用支出。

是以，法官從原告之言詞或書面陳述中，發現原告可能有當事人變更、追加之端緒時，即趁早向原告曉諭及發問，確認原告有無當事人變更、追加之意思，將兩造當事人在訴訟前階段即予確定，避免上揭問題發生。

### 第二款 訴之利益及確認利益

訴之利益及確認利益屬訴訟提起或上訴之程序合法要件，法官於訴訟前階段即應先予釐清起訴或上訴利益存在，始能進入實體審查階段，而當事人所述內容仍不能使法官確信訴之利益及確認利益存在時，法官即應以闡明方式讓當事人為補充陳述。又程序合法要件屬法院職權調查事項，法官應就訴之利益及確認利益存否為職權調查，適時讓當事人有表示意見機會，避免造成突襲。

## 壹、判決意旨

### 一、最高法院 99 年度台上字第 1641 號判決

「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；前項確認法律關係基礎事實存否之訴，以原告不能提起他訴訟者為限，民事訴訟法第 247 條第 1 項、第 2 項定有明文。上述董事長委任關係存否，於被上訴人在私法上之地位，究有何受侵害危險之不安狀態存在，而須以確認判決予以除去？且被上訴人既已訴請確認該董事長委任關係不存在並請求塗銷董事長變更登記，則有否請求確認和○公司 94 年 12 月 5 日之董事會決議不存在之必要？原審疏未調查斟酌，遽認被上訴人得為提起，亦嫌速斷。」

## 二、最高法院 96 年度台上字第 1735 號判決

「查，本件被上訴人係認工○公司對系爭執行命令之聲明異議不實，而依強制執行法第 120 條第 2 項規定，起訴請求確認三○公司對工○公司就系爭工程款債權存在，則所求確認之金額似應以系爭執行命令所扣押之債權額為範圍，被上訴人於原審擴張請求確認之金額已逾系爭執行命令所扣押之債權金額甚多，該部分請求權之基礎為何？未經原審推闡明晰，苟該擴張部分之請求已逾強制執行法第 120 條第 2 項所得請求確認之範圍，則被上訴人就該部分是否仍有即受確認判決之法律上利益或具有權利保護之必要？非無再為研求之必要。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，不能認為無理由。」

## 三、最高法院 96 年度台上字第 105 號判決

「按確認法律關係基礎事實存否之訴，必以原告不能提起他訴訟者為限，此觀民事訴訟法第 247 條第 2 項規定自明。本件上訴人訴請確認當然董事資格存在，係屬確認法律關係基礎事實存否之訴，是否上訴人因已不能提起他訴訟而為該聲明？抑或上訴人真意係為提起確認法律關係存否之訴？應否推闡明晰先就上訴人確認利益之存否為論斷？」

## 四、最高法院 95 年度台上字第 1776 號判決

「按上訴制度乃係不服下級法院不利於己而尚未確定之判決，請求上級法院救濟之程序，如原判決對上訴人並無不利或已確定，即應認其欠缺上訴之利益。…上訴人於原審上訴聲明係求為廢棄第一審判決不利於其部分，惟其中附表編號 1、4、6、8、21 至 24 所示請求金額之百分之十、附表編號 19 所示請求金額中之 1 萬 6000 元及扣除該 1 萬 6000 元餘額之百分之十部分，既經上字案駁回被上訴人之請求確定，上訴人就上開確定部分即無於原審提起上訴之利益，原審未予闡明使上訴人減縮其聲明或駁回上訴人該部分上訴，已有未洽。」

## 貳、評析

最高法院 99 年度台上字第 1641 號、最高法院 96 年度台上字第 1735 號及 96 年度台上字第 105 號判決，均係針對原告起訴之確認利益存否，法官應就原告起訴是否符合民事訴訟法第 247 條第 1 項、第 2 項為釐清，同時應確認原告起訴之真意係確認法律關係或確認法律關係之基礎事實，運用法官闡明制度在程序初期階段，對於確認之訴的標的及確認利益有無，讓原告有為澄清及補充之機會，並讓被告表示意見。法官應對此為審查，適時開示其心證，讓當事人了解確認利益存否進行攻防的方向及提出適當訴訟資料，避免在程序前階段即形成突襲性裁判，或在法官已就實體事項為審理且當事人亦為實質攻防後，卻以程序不合法之裁定結束，不僅對當事人造成突襲，更讓當事人徒然耗費程序支出。

最高法院 95 年度台上字第 1776 號判決係闡示上訴程序中的上訴利益存否，應於當事人提起上訴後即仔細審酌及釐清，此尚涉及上訴程序訴訟費用計算之問題。若當事人就欠缺上訴利益部分而誤為上訴時，法官應闡明當事人減縮其上訴聲明，使當事人有更正之機會，避免花費無意義的訴訟費用；若當事人不為更正而堅為此部分上訴，法官即應駁回該部分上訴。

## 第二項 訴訟上請求的闡明

### 第一款 訴之聲明

原告提起給付之訴，依上揭起訴必備程式之規定，所表明訴之聲明與法院所為之判決主文，均必須明確一定、具體合法、適於強制執行。如其聲明有不明瞭或不完足者，審判長應行使闡明權，令其補充之，此為審判長因定訴訟關係之闡明權，同時為其義務。

#### 壹、客觀訴之合併

實務上經常發生當事人起訴狀及嗣後訴訟程序中所提出之書狀或陳述所述內容似有為預備合併的客觀訴之合併情況，但當事人並未清楚表明係為預備合併或係以新聲明以代舊聲明之變更情況，致其聲明有不明瞭之處，則法官依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定，應以闡明方式釐清當事人真意為何。

#### 一、判決意旨

##### (一) 最高法院 99 年度台上字第 2426 號判決

「原告以單一之聲明，主張數項訴訟標的法律關係，為客觀訴之合併，民事訴訟法就此並未設有合併型態及種類之限制，基於處分權主義之原則，固應尊重原告程序處分權之行使，以其意思決定合併型態及排列審理順序。然就不能併存之法律關係間，倘有邏輯上之先後順序，法院即應本於法官知法原則，闡明令原告為適當之聲明或陳述，非必受當事人聲明及主張之拘束。本件依上訴人起訴主張之原因事實，訴訟標的法律關係分別係系爭契約無效、得撤銷且已撤銷、有效但已解除等，並請求被上訴人返還價金 490 萬元，至於各該訴訟標的法律關係所依據之諸法律規定，無非係其提出之攻擊方法。就上開訴訟標的法律關係而論，因性質上不能併存，其審理必具一定之邏輯順序，

且上訴人係以『或』為請求法院審理之合併型態，並未排列審理順序，而委由法院選擇。上訴人復併依物之瑕疵及不完全給付之法律關係，主張於上開請求無理由時，請求減少價金而給付 57 萬 2589 元，此部分不僅與上開三項訴訟標的法律關係不能併存，其聲明之金額更有不同。原審就攸關上訴人本件訴訟上請求之合併型態、審理順序、應受判決事項之聲明等項，未向上訴人逐一發問或曉諭，釐清上述四項具有邏輯上順序，並就應受判決事項其聲明金額不同之訴訟上請求，何以得請求法院擇一審判？並顧及是否先予排列順序，再選取適合其請求之合併型態？以及斟酌上訴人請求之性質及其表明之意思，其是否應將上開四項請求排列成前順位請求無理由時始審理後順位請求之合併型態（即預備合併）？且前三者請求金額同一，最後請求是否另有金額等項，令上訴人補充完足，遽行判決，已有消極不適用民事訴訟法第 199 條第 2 項規定之違法。」

## （二）最高法院 97 年度台上字第 1950 號判決

「該條項所稱之『其他必要之聲明及陳述，其所聲明及陳述有不明瞭或不完足』者，為保障當事人訴訟權益，避免當事人將先、備位聲明順序倒置，致發生與其真意不符之情形，造成不可彌補之損害，自應涵攝當事人先、備位聲明何者居先有不明瞭或不完足之情形在內。故審判長對於未盡此項必要之處置情形，違背闡明之義務者，其訴訟程序即有重大瑕疵，而基此所為之判決當屬違背法令。查被上訴人雖於原審具狀追加上述『確認兩造間系爭保險契約關係存在』為其備位聲明，但依其聲明狀所載，僅提及『為追加備位訴之聲明事』，該聲明與其原請求之損害賠償間何者順位為先？並未進一步敘明，且該聲明顯為其原請求損害賠償之先決問題，系爭保險契約關係存在是否較其請求損害賠償為有利而屬優先之聲明？何者居於先位請求順序而應由原審先為審究？被上訴人之真意，似有不明。即依原判決理由四、五所載，亦係就『確認兩造間系爭保險契約關係存在』之備位聲明部分先為審究，並說明其有理由之依據，再據以敘論先位聲明為無理由，

益見被上訴人請求之先、備位聲明何者為先之順序有不明瞭之處。原審未遑詳為推闡清楚，遽行判決，已有未合。」

(三) 最高法院 96 年度台上字第 2635 號判決

「原告起訴時所主張之訴訟標的法律關係及其原因事實，不僅涉及法院審判之標的、當事人之攻擊防禦方法，並將影響未來既判力客觀範圍之特定，自應慎重求其明確。本件原審既認被上訴人於原審始依契約解除後回復原狀之法律關係之請求，係屬訴之追加，並依民事訴訟法第 446 條第 1 項但書及第 255 條第 1 項第 2 款規定予以准許，因之，被上訴人之請求除不當得利之法律關係外，尚有契約解除後回復原狀之請求權。而上開請求權所得請求償還利息之範圍，並不相同；前者，依民法第 182 條第 2 項規定，以受領時所得之利益或知無法律上原因時，所現存之利益，附加利息償還；後者，依民法第 259 條第 2 款，則自受領時起附加利息償還。查被上訴人於原審準備程序期日已陳明『先位』依不當得利請求，『備位』依民法第 259 條請求，顯係預備訴之合併，則須於先位之訴無理由時，始得就備位之訴為審判，而不能就先備位之訴同時均為有理由之裁判。原審未遑詳為推闡勾稽推求，命被上訴人就先、備位請求為適當之聲明，遽就被上訴人已陳明上述請求為先、備位而不能併存之法律關係均予准許，非無違誤。」

(四) 最高法院 96 年度台上字第 2575 號判決

「原告起訴時所主張之訴訟標的法律關係及其原因事實，不僅涉及法院審判之標的、當事人之攻擊防禦方法，並將影響未來既判力客觀範圍之特定，自應慎重求其明確。本件被上訴人係主張上訴人有三七五減租條例第 16 條及第 17 條第 1 項第 3、4 款規定之情形而為請求，而承租人違反第 16 條第 1 項規定之效果為租約無效，違反第 17 條第 1 項第 3、4 款規定之效果則為出租人得終止租約，兩者之效果不同，並不能併存，被上訴人併為請求，究其真意為何？苟係重疊訴之合併，其所請求中之一項為有理由時，即可為其勝訴之判決。如認

被上訴人所主張之數項請求均有理由，而為其勝訴之判決，則為法所不許。惟若係預備訴之合併，亦須於先位之訴無理由時，始得就備位之訴為審判，而不能就先備位之訴同時均為有理由之裁判。原審未違詳為推闡勾稽推求，以釐清被上訴人上述請求間之關係，遽為被上訴人上述不能併存之請求均為其有理由之認定而為其勝訴之判決，非無違誤。」

## 二、評析

上四則最高法院判決，均係原告起訴時有數項訴訟標的或於程序中追加其他訴訟標的的客觀訴之合併情況，但原告並未對於不同訴訟標的而為相對應適當之訴之聲明，使法院無從判斷當事人所為訴之合併形態為何，或無從判斷當事人之先位、備位聲明。

訴之聲明與判決結果緊密相關，在民事訴訟程序採行處分權主義之下，原告應有權決定法院審理、判決之範圍，法官自不能聽任此未釐清的訴之聲明情況，持續至訴訟終結，而逕以法官主觀臆測原告之意思，為其排列訴之聲明先後順序，或為原告決定不同訴訟標的所應對應的訴之聲明，此均與處分權主義相扞格，影響當事人程序主體地位。

是以，法官認原告在客觀訴之合併情形下，訴之聲明有不明確、不明瞭之處時，應以闡明方式使原告為補充或更正，在特定原告訴之聲明後，法官始能決定該次訴訟程序之審理順序、範圍及裁判既判力效力範圍，避免損及當事人之程序主體地位及對當事人造成突襲性裁判。

## 貳、訴之聲明擴張與減縮

民事訴訟法第 255 條第 1 項第 3 款規定，訴之聲明屬原告於起訴狀送達後得為擴張或減縮之事項。因此，無論起訴狀或原告於嗣後程序中，就訴之聲明有歧異而可能有聲明擴張或減縮時，法官即應依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定闡明以釐清原告聲明範圍，以利後續之

審理程序順利進行。

### 一、判決意旨

#### (一) 最高法院 97 年度台上字第 625 號判決

「原審認定：上訴人主張因被上訴人遲延、不完全給付之債務不履行而受有損害，縱屬有據，惟其請求損害賠償屬給付之訴，其聲明應為請求給付損害額或確認損害債權存在，始屬正當，然上訴人此部分竟聲明請求調整系爭保險契約保險費為 5 億 5612 萬 7124 元(含再保費率增加及自負額條件增加等履約成本)，顯非給付之訴或確認之訴正當之聲明。倘係認上訴人之聲明僅為形成之訴而不包括給付之訴或確認之訴，其聲明有所不足，揆諸前揭說明，應於訴訟程序中行使闡明權，命上訴人敘明或補充之。乃原審未為適當之闡明，即行駁回上訴人之請求，自屬違反民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1 有關闡明權之規定，訴訟程序顯有重大瑕疵，其所為判決亦屬違法。」

#### (二) 最高法院 97 年度台上字第 365 號判決

「本件上訴人訊○公司於第一審起訴時雖提出上訴人曜○公司侵害系爭專利權至 93 年 11 月 29 日止之所得利益計算表為請求賠償金額之依據，惟其嗣後在原審迭次主張曜○公司至 95 年 2 月 23 日前仍販賣及製造相關侵權產品，或於 94 年 8 月 3 日及 95 年 3 月 31 日仍發現曜○公司繼續販賣系爭侵權產品，迄今仍持續侵害其專利權中，是否意在擴張請求賠償之金額？未經原審審判長曉諭其敘明或為必要之補充，亦未為相當之調查審認，遽爾以上開計算表所列期間計算損害額而為不利於訊○公司之判決，非無違誤。」

#### (三) 最高法院 96 年度台上字第 2774 號判決

「本件上訴人之聲明自其在原審更審前追加為命被上訴人給付 449 萬 3067 元及自 95 年 4 月 7 日起算法定之利息後，迄至原審言詞辯論終結時仍維持同一之單一聲明，核與其在第一審聲明請求命被上

訴人給付 310 萬 5920 元及自起訴狀繕本送達翌日起算法定之利息已有增加，而上訴人於原審又陳明依前述法律關係請求法院『擇一判決』若其真意係學說上所謂選擇訴之合併，似指以『單一之聲明』，主張二以上訴訟標的，而請求法院擇一訴訟標的為其勝訴判決之謂。果爾，其追加聲明後，就在第一審主張之法律關係之請求，是否仍如其在第一審之聲明？並不明確；若上訴人追加後之聲明係其請求法院擇一判決之單一聲明，顯有追加或擴張聲明之情形，則如不准其請求時，尚有應駁回追加或擴張之訴之問題，乃原審審判長並未予以適當闡明，仍以上訴人在第一審之聲明為判決，是否與上訴人之真意無違，即非無疑。」

#### （四）最高法院 96 年度台上字第 213 號判決

「當事人對於第一審判決不服之程度，及應如何廢棄或變更之聲明，依民事訴訟法第 441 條第 1 項第 3 款，應表明於上訴狀。然其聲明之範圍，至第二審言詞辯論終結時為止，固得擴張或變更之（本院 30 年抗字第 66 號判例參照），惟此應在第一審上訴人受敗訴判決之範圍內為之，如其擴張或變更已超出受敗訴判決之範圍，其超出部分究竟係擴張訴之聲明（為訴之追加）亦或為其他請求，審判長即應闡明令其敘明或補充之，自不能就第一審未審判之部分，為上訴駁回之判決。查本件上訴人於第一審對被上訴人林○○聲明求為判決命給付 144 萬 1052 元本息，第一審判命被上訴人林○○給付 23 萬 3936 元本息並駁回上訴人對林○○其餘之訴（120 萬 7116 元本息部分），上訴人就其敗訴部分一部聲明不服提起第二審上訴，並擴張聲明求為命被上訴人林○○應再給付上訴人 124 萬 9485 元本息。若此，上訴人於第二審上訴所為之擴張或變更之聲明，已經超出其受敗訴判決之範圍。乃原審未就此未明瞭之上訴聲明，行使闡明權，令其敘明或補充之，即為上訴駁回之裁判，於法自有未合。」

## 二、評析

原告就第一審敗訴部分上訴後，其上訴之聲明範圍逾越其於第一

審受敗訴判決之部分，究為計算有誤或係在上訴的第二審程序中為訴之追加，真意有所不明，法官應對此向原告曉諭、發問，以確認原告有無訴之追加的真意，若有訴之追加情況其追加是否應被允許，以確認審判範圍，始利第二審後續實體權利有無理由審理程序的進行。

原告於事實陳述中欲請求損害賠償，惟聲明僅以形成之訴方式為之，實不足以包含給付之訴或確認之訴的範圍，原告為形成之訴的不當訴之聲明，恐無法達其提起訴訟之目的。原告既欠缺此法律知識而不知如何為正確之聲明，法官從其所為事實陳述中已足獲原告有提起確認之訴或給付之訴意思的端緒，即應將其訴之聲明不足之情事告知，曉諭原告為訴之聲明的變更或追加，以利原告藉此訴訟程序使權利獲得保障及救濟。

原告起訴的訴之聲明，在訴訟程序進行中的書面、言論陳述內容中，或上訴、更審時的訴之聲明，有高於起訴的訴之聲明數額時，應認已有足夠的端緒，讓法官以闡明方式介入，釐清原告所為訴之聲明範圍是否已有擴張，藉以讓原告特定訴之聲明範圍，以利法官後續審理程序的進行及裁判範圍特定。

### 參、訴之聲明不明瞭

原告就訴之聲明前後不一，從原告所述事實或因情事變更而有聲明不當或錯誤，甚至聲明範圍不明或聲明內容有不明確情事時，為利後續訴訟程序順利進行，法官應儘早進行闡明，使當事人攻擊防禦範圍及法院審判範圍儘早確定。

#### 一、訴之聲明前後不一

##### (一) 判決意旨

##### 1. 最高法院 99 年度台上字第 536 號判決

「本件被上訴人起訴『先位』聲明請求確認上訴人王○○與凸○公司於民國 93 年 7 月 29 日就系爭不動產所設定最高限額抵押權新台幣（下同）2000 萬元（下稱系爭抵押權設定登記）之抵押債權不存

在；台灣台中地方法院 95 年度執清字第 622 號強制執行事件所製作之分配表（下稱系爭分配表），其中『表一』次序第一五、一八所列之債權及分配金額應更正為零，並依起訴狀附表之一計算方式重為分配（按被上訴人之分配額為 287 萬 2800 元）；『備位』聲明（包含嗣後之更正聲明）為：請求撤銷系爭抵押權設定行為；系爭分配表，其中『表一』次序第一五、一八所列之債權及分配金額應更正為零，並依起訴狀附表之一計算方式重為分配（按被上訴人之分配額為 198 萬 4878 元，同上卷五、一二頁及八七頁之更正聲明狀）。經第一審判決被上訴人敗訴後，其上訴之『先位』聲明為請求確認系爭抵押權設定登記之抵押債權不存在；系爭分配表，其中『表一』次序第一五、一八所列之債權及分配金額應更正為零，由其分配 150 萬 5801 元。『備位』聲明則為：請求撤銷系爭抵押權設定行為；系爭分配表，其中『表一』次序第一五、一八所列之債權及分配金額應更正為零，由其分配 150 萬 5801 元（原審「上」字卷一五八至一六〇頁，上更(一)字卷，五六、五七頁）。則其上訴聲明既與起訴時之原聲明不同，是否為訴之變更或聲明之減縮？均未見原審予以闡明，於法已有未合。」

## 2. 最高法院 96 年度台上字第 574 號判決

「查上訴人於第一審係主張：被上訴人依前述 73 年 5 月 22 日之不動產買賣契約、73 年 10 月 11 日之交換土地同意書、74 年 3 月 6 日之不動產買賣契約及 74 年 5 月 3 日之承諾書約定，請求其將系爭土地移轉登記與俞○○，獲勝訴判決確定，惟被上訴人未依約給付價款，經其催告給付未果，其已解除買賣契約為由，聲明求為『確認兩造間就系爭土地之買賣關係不存在』。第一審法院為上訴人敗訴判決，上訴人提起第二審上訴，其聲明則係『確認上訴人與被上訴人所繼承訂立於 73 年 5 月 22 日之買賣關係不存在』，兩者聲明並不相同，而 73 年 5 月 22 日之買賣標的是否即為系爭土地，卷內亦無資料可循，原審未予闡明使為陳述明瞭，遽為裁判，踐行之訴訟程序即有重大瑕疵。」

## (二) 評析

原告起訴時所為訴之聲明與上訴後的訴之聲明，前後表示內容有不一致的情況，無論係聲明有無增加不明或聲明內容無法確定是否相同，法官均應對此訴之聲明不明瞭之處為闡明，讓原告特定訴之聲明範圍或為適當之補充、更正，始能進行後續審理程序。若在訴之聲明未明確時即率然進入實體審理程序，可能使當事人與法官對訴之聲明之認知有所出入，使審理程序未能發揮釐清當事人間爭議範圍之功能，亦可能發生裁判脫漏或訴外裁判等情況，難期以該次裁判結果澈底解決當事人間紛爭。

## 二、不當或錯誤聲明

### (一) 判決意旨

#### 1. 最高法院 99 年度台上字第 1313 號判決

「上訴人於原審先則請求被上訴人於離婚前應給付之金額為 531 萬 9172 元，嗣於原審言詞辯論程序時，又改稱被上訴人應給付之金額為 484 萬 8794 元，前後不一，究竟確實之金額若干？亟待釐清。乃原審未行使闡明權，令上訴人敘明其請求之金額所據為何，徒以上訴人先前之請求為不當，已有可議。」

#### 2. 最高法院 99 年度台上字第 1174 號判決

「本件上訴人自起訴時起至第一審言詞辯論期日止，其訴之聲明均為：被上訴人應連帶給付 205 萬 5517 元本息。於原審之答辯聲明為：『上訴駁回』並主張被上訴人鄒○○為主債務人（系爭包裝機之買受人），應負擔終局責任，在內部求償上不得對連帶保證人為抵銷抗辯等語。至於共同發票人應各分擔五分之一即 41 萬 1103 元部分，似僅為其於第一審起訴狀事實理由欄中之部分陳述，而未將之列為訴之聲明及其攻擊防禦事項。原審審判長未行使闡明權，令上訴人為完足之聲明及陳述，即對此部分為審理，且未說明上訴人上開主張之取捨意見，遽為上訴人之請求為無理由之論斷，自嫌疏略。上訴意旨，

指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

### 3.最高法院 98 年度台上字第 634 號判決

「查甲○○等人之訴訟代理人於原審 97 年 6 月 10 日言詞辯論期日聲明請求之金額，主張依 96 年 8 月 27 日上訴理由暨爭點整理狀、同年 9 月 26 日聲請狀及 97 年 1 月 23 日準備書續狀所載，惟觀諸 96 年 8 月 27 日書狀所載金額係依總求償表計算，而同年 9 月 26 日聲請狀所載請求再給付金額，似係依起訴狀請求金額核算，兩者不一，其聲明顯有不明瞭、不完足，原審審判長未行使闡明權，令其敘明或補充即為判決，已有未合。」

### 4.最高法院 98 年度台上字第 205 號判決

「上訴人於第一審反訴請求被上訴人給付 344 萬 2212 元本息，於原審提出之書狀，其聲明雖記載被上訴人應給付 342 萬 2212 元本息，惟其理由均稱被上訴人應給付 344 萬 2212 元本息，且各項請求之金額及其計算亦無減縮，則其聲明不服之範圍為何，自欠明瞭。乃原審未予闡明、釐清，即謂未聲明不服之 2 萬元本息部分，已告確定云云，自有可議。」

### 5.最高法院 98 年度台上字第 174 號判決

「次查甲○○○係主張契約解除時對造所受領之給付物生有孳息時，應返還之，並代位戊○○請求丙○○、丁○○、賴○○給付租金收益。然聲明時係請求丙○○、賴○○、丁○○直接向自己為給付。則甲○○○對於代位權行使與否，意思不明，原審審判長疏未依民事訴訟法第 199 條第 2 項行使闡明權，遽以甲○○○係聲明請求丙○○、賴○○等直接向自己為給付，而為其不利之認定，亦有可議。」

## (二) 評析

當事人訴之聲明與所述理由有所矛盾，或訴之聲明與後續程序中

以書狀、言詞所述內容有所矛盾情況或從所述事實觀之可知聲明有錯誤之情事，法官應以闡明方式向當事人為詢問，何者始為當事人訴之聲明的真意，以特定當事人訴之聲明範圍後，進行後續審理程序，避免無謂之程序耗費。

原告究係以自己地位而為主張，或代位他人行使權利，其訴之聲明應有所不同。原告若係代位他人行使權利，則訴之聲明即不應要求債務人向自己為給付，若原告陳述內容係代位他人行使權利，卻為向自己給付之聲明，則法官應詢問當事人之真意是否為行使代位權，讓原告有更正不適當聲明之機會，不能逕以原告所述為代位行使權利卻為向自己給付之聲明，即為原告敗訴之判決，使不諳法律之當事人無更正其錯誤聲明的機會，徒然耗費本次訴訟程序，造成原告無謂的訴訟支出，仍必須另行提起訴訟解決紛爭。是以，最高法院 98 年度台上字第 174 號判決見解應值贊同。

### 三、聲明真意不明

#### (一) 判決意旨

##### 1. 最高法院 98 年度台上字第 2014 號判決

「被上訴人於原審所為先位聲明(二)為：一、上訴人二人就系爭房地於 95 年 10 月 27 日以買賣為原因所為之移轉登記應予塗銷；二、林○宇就系爭房地於 95 年 10 月 27 日於台中縣豐原地政事務所所為之所有權移轉登記應予塗銷，並回復登記予林○卉。其前段上訴人二人應塗銷之移轉登記與後段林○宇應塗銷之所有權登記是否同一？果為同一，被上訴人併為前後段聲明之真意為何？尚非明瞭。事實審法院自應依民事訴訟法第 199 條第 2 項後段規定闡明令敘明。」

##### 2. 最高法院 98 年度台上字第 698 號判決

「按主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限有既判力，民事訴訟法第 400 條第 2 項定有明文。是以抵銷之主張，係主張一方（被告），主張其對他方（原告）有另一請求權存在（自動債權），其性質適於與他方請求之債權（被動債權）抵銷，因而為

抵銷之主張，因此為抵銷之抗辯時，主張之一方應特定其請求（自動債權發生之原因事實及其聲明），以決定將來既判力範圍。是以主張抵銷之請求，與就原告請求為扣抵之抗辯者不同，後者係防禦方法，非另一請求，不生既判力問題，兩者不可混為一談。法院於審理抵銷之抗辯，如其事實上及法律上之陳述，有不明瞭或不完足者，審判長應依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定，向當事人發問或曉諭，令其敘明或補充之。經核原審駁回上訴人其餘上訴（即關於(一)駁回上訴人對於命其給付 968 萬 7867 元之本息之上訴；(二)駁回上訴人反訴請求給付 500 萬元本息之上訴部分），惟查上訴人於原審係以被上訴人就系爭工程，因有部分工程未依合約內容施作，其自行僱工完成，各該因自行僱工而支出之費用，被上訴人無請求權為由，請求駁回被上訴人工程款給付之訴，但其請求之法律上主張，或稱為抵銷，或稱為扣款，其真意為何，將影響有無既判力及既判力範圍問題，原審未依前開規定行使闡明權，即逕以上訴人主張抵銷均無理由，而命其給付上開金額之工程款，已有未洽。且核原審就上訴人主張抵銷之自動債權，其請求權之基礎為何？均未予判決理由項下論述說明，其判決自有違背法令及不備理由之違誤。」

### 3. 最高法院 96 年度台上字第 962 號判決

「上訴人反訴依民法第 225 條第 2 項法理，聲明命被上訴人給付徵收土地補償費 4068 萬 3768 元本息，其真意究係請求被上訴人讓與徵收土地補償費權？或係命被上訴人受領徵收土地補償費後為給付？或係命被上訴人給付相當於徵收土地補償費之 4068 萬 3768 元本息，似有未明，原審未予闡明，遽為裁判，踐行之程序，尚難謂當。」

#### （二）評析

不動產移轉登記塗銷之結果，即會回復為未登記前之狀態。最高法院 98 年度台上字第 2014 號判決之原告所為先位聲明 2 項內容，後者與前者部分實為同一，原告或因不諳法律而為此重複之聲明，則法

官應闡明讓原告就先位聲明之二項內容表示其真意為何，透過法官與原告之溝通與說明，使原告修正其訴之聲明為適當之內容，免於為重複聲明，亦避免法官逕將二項內容合併或捨棄其一，未尊重原告之程序主體地位而有處分其訴之聲明的訴訟上權利，甚至造成突襲性裁判的結果。

最高法院 98 年度台上字第 698 號判決所述關於抵銷之主張究係僅為攻擊防禦方法或有主張抵銷之意思，因民事訴訟法第 400 條第 2 項規定：「主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力。」故當事人是否為抵銷之請求，涉及法院既判力效力範圍，若法官從當事人陳述中無法認定當事人究有無為主張抵銷之意思，或僅以之作為攻擊防禦方法，則應以闡明方式，詢問該當事人之真意為何，避免將來作成裁判之既判力範圍對當事人造成突襲。

最高法院 96 年度台上字第 962 號判決中，上訴人反訴依民法第 225 條第 2 項法理請求土地徵收補償費時，於訴之聲明的真意，係請求被上訴人讓與土地徵收補償費請求權、命被上訴人受領土地徵收補償費後為給付或請求被上訴人給付相當於土地徵收補償費之本息，並未明瞭，法官應行使闡明權，釐清上訴人之真意，始能為符合上訴人訴之聲明之妥適判決。

#### 四、訴之聲明範圍不明確

##### (一) 判決意旨

##### 1. 最高法院 98 年度台上字第 2001 號判決

「觀諸其等提出之上開計算表所列期間均自 84 年至 97 年，前後長達 14 年，惟張、劉二人復於原審言詞辯論時主張就訴之聲明係為一部請求，其餘金額保留等語，則張、劉二人究竟係請求何年度之薪資及福利金，何部分又係保留而未請求者，原審審判長自應行使闡明權，向其等發問或曉諭，令其說明或補充，或為完足之聲明，俾資辨明張、劉二人請求之範圍，以界定裁判之範圍。乃原審竟未行使闡明權，命其等為適當之聲明，遽就上開計算表所列年度請求項目，悉予

論述判決，於法顯有違誤。」

### 2.最高法院 98 年度台上字第 276 號判決

「上訴人主張被上訴人或其受僱人蘇○○及麻醉醫師究於何時有過失？上訴人係僅請求林○○變成植物人之損害賠償，抑包括林○○死亡之損害賠償？均有未明，原審審判長未令上訴人為必要的敘明或補充，遽而判決，訴訟程序已有瑕疵。」

### 3.最高法院 97 年度台上字第 2954 號判決

「…兩者金額並不一致，且醫療費用有減縮、喪失勞動能力之損害有擴張，原審審判長未令甲○○為必要之敘明或補充，究明其是否擴張聲明，或如其仍聲明原請求之金額，該金額又如何分配於各項費用或損害中，遽而判決，揆諸上開說明，難謂於法無違。」

### 4.最高法院 97 年度台簡上字第 24 號判決

「查本件被上訴人起訴雖僅請求確認系爭本票其中 184 萬 6000 元之本票債權不存在，然依其所提書狀記載係謂兩造間就系爭本票票面所載之 335 萬 8000 元票款債務全部不存在，則其請求之真意究係請求確認本票債權全部不存在抑或僅請求確認其中 184 萬 6000 元部分之本票債權不存在，殊欠明確。原審未就此命為必要之陳述及為適當完全之辯論，於法已有未合。」

## (二) 評析

法官從原告之陳述內容可獲得「端緒」，諸如原告為一部請求之聲明或為全部請求真意不明，為一部請求之聲明而未表示係就何部分為請求及保留，侵權行為損害賠償請求範圍，及於哪些項目之損害賠償，又各部分之金額有所增加時，法官對此不清楚、不明瞭之情況，自應闡明原告為補充及特定，以劃定審判範圍，使程序得以順利進行。

## 第二款 訴訟標的

訴訟標的之表明，攸關既判力客觀之範圍（民事訴訟法第 400 條第 1 項），倘原告所表明之訴訟標的有不明瞭之情形致未能加以特定，審判長應行使闡明權，俾劃定審判之對象及攻擊防禦方法之範圍，並預告既判力客觀之範圍，以促進審理集中化及防止對於被告造成突襲。

訴訟程序中發生原告就訴訟標的未予特定或不明瞭，所特定訴訟標的不當，原告訴訟中所述內容似有訴訟標的變更、追加之情事但尚不明確，或被告有無反訴意思不明瞭，法官均有發動闡明以釐清當事人欲採之意思的必要。

### 壹、訴訟標的不明瞭

#### 一、判決意旨

##### （一）最高法院 99 年度台上字第 948 號判決

「本件莊○○於第一審係請求已到期之租金及租約終止後相當於租金之不當得利或賠償損害，為原審所認定。嗣於原審或表示不再主張終止契約，只請求給付租金，或表示先主張終止租約，再備位主張履行契約。則莊○○所擇定之訴訟標的究竟為何，係訴之變更或追加？尚欠明瞭，且余○○等對此爭執甚烈，原審審判長於行言詞辯論時竟未行使闡明權加以特定（見原審言詞辯論筆錄），徒以其請求審判之對象始終為使用房屋之對價，不因就終止租約法律效果之主張與否而受影響云云，即逕行判決，其所踐行之訴訟程序，自難謂無重大瑕疵。」

##### （二）最高法院 99 年度台上字第 611 號判決

「本件上訴人邱○興於原審主張系爭遺囑非真正，而以邱○金、

邱○蘭、邱○英為共同被告，先位請求邱○金應將如原審附表一編號一至七及九所示之不動產繼承登記塗銷回復為邱○耀名義，並請求兩造共同就邱○耀所遺如原審附表四所示之遺產辦理繼承登記，並准予分割（分割方法按該附表四所示）。經查如附表一所示之不動產業經邱○金單獨辦理繼承登記，邱○興請求回復登記，雖陳稱系爭遺囑非屬真正，惟其請求回復登記之請求權基礎，究係依如何之法律關係，則未見邱○興為具體之主張，原審亦未行使闡明權，及曉諭邱○興為適當之主張，即有違背闡明行使義務之違失。」

（三）最高法院 97 年度台上字第 1352 號判決

「惟按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者亦同，民法第 184 條第 1 項定有明文。本項規定前後兩段為相異之侵權行為類型。關於保護之法益，前段為權利，後段為一般法益。關於主觀責任，前者以故意過失為已足，後者則限制須故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，兩者要件有別，請求權基礎相異。被上訴人依侵權行為規定，請求上訴人連帶賠償損害，原審未予闡明被上訴人所主張者，究係民法第 184 條第 1 項前段或係同條項後段之侵權行為類型，使上訴人就各該侵權行為類型之要件事實為充分答辯，所為訴訟程序已嫌疏略，且原審以林○○之指封錯誤為有過失，其過失與被上訴人所受損害間有相當因果關係，命上訴人連帶賠償被上訴人損害，似認林○○行為係侵害被上訴人之權利，惟並未說明被上訴人有如何之權利受侵害，亦非無判決不備理由之違法。」

（四）最高法院 97 年度台上字第 428 號判決

「被上訴人向上訴人表示終止系爭次承攬契約之存證信函係載『依雙方合約約定及民法規定終止貴我間合約』，而被上訴人主張其終止契約係依據民法第 503 條規定，則其訴訟標的究竟為何，審理事實法院之審判長，自應依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定行使闡明權，

俾能正確適用法律，乃原審未為此辦，殊欠允洽。」

(五) 最高法院 96 年度台上字第 2510 號判決

「依當事人起訴事實，法院如不明瞭其應受裁判之事項時，即應依此規定推闡明晰。上訴人主張：系爭會議所為之決議應屬無效，被上訴人應向桃園縣政府申請撤銷該府於 91 年 6 月 20 日核發系爭大廈管理委員會之報備證明云云，其意似在爭執系爭決議為無效，無成立系爭大廈管理委員會而申請報備之必要，故請求被上訴人應向桃園縣政府申請撤銷報備證明而為特定之行為。兩造間彼此之權利義務關係，以及作為上訴人請求之依據究竟如何？非無疑問。原審未行使闡明權，究明上訴人提起本件訴訟之目的何在？以及訴訟標的關係為何？遽以上訴人請求被上訴人申請撤銷系爭大廈管理委員會之報備證明，非屬私權請求標的，不得提起民事訴訟，而為不利上訴人之判決，尤嫌速斷。」

(六) 最高法院 96 年度台上字第 2033 號判決

「查本件上訴人起訴之初，於起訴狀即載明係請求履行契約，其後並稱本件為互易契約，第一審行言詞辯論時，則稱不再主張互易契約，謂被上訴人未經伊之同意，違約將補助費自原允諾補助之地價款中扣抵，有不完全給付情形，應回復原狀，將扣抵之款項返還與伊，而依民法第 227 條第 2 項規定請求云云。嗣於原審提出上訴理由狀，記載：依照履行契約之法律關係及民法第 233 條遲延利息給付請求權，提起訴訟，原訴狀贅引民法第 227 條第 2 項之加害給付賠償規定，容有疏誤，特此更正法律關係之陳述（民事訴訟法第 256 條）字樣。原法院行準備程序時，上訴人又稱：請求之法律關係為請求履行契約，依據民法第 227 條第 2 項等語，原審受命法官爰命上訴人說明何時訂立契約，及提出兩造間之契約。準此以觀，上訴人主張之法律關係前後不一，仍欠明確。究竟本件為訴訟標的之法律關係為何？上訴人僅請求履行契約？抑兼而主張依不完全給付關係，請求賠償損害？原法

院審判長未詳加闡明，令其敘明或補充之，依首揭說明，於法已欠允洽。」

(七) 最高法院 96 年度台抗字第 356 號裁定

「抗告人於台北地院 94 年度勞訴字第 50 號民事事件中，係依勞動基準法第 29 條規定，請求相對人給付 89 年至 91 年獎金 70 萬 9440 元、現金紅利 4 萬 7458 元，及股票紅利 1 萬 7131 股暨利息。嗣上訴第二審，於原法院 94 年度勞上易字第 74 號民事事件審理中，就請求股票紅利部分變更為請求給付 17 萬 1310 元，而予以請求相對人給付 92 萬 8208 元本息。於本件變更之訴，請求相對人給付 165 萬元，就該金額，先則稱：『是 89 年、90 年、91 年 3 年的獎金』，旋又稱：『這是獎金、紅利』，嗣則改稱：『損失 165 萬元』。就上開 165 萬元究係獎金、紅利，抑或損害金，並不明瞭，此攸關該部分變更之訴與抗告人在台北地院 94 年度勞訴字第 50 號及原法院 94 年度勞上易字第 74 號民事事件中之請求是否相同而屬同一事件，原審未予闡明，即認該部分變更之訴為上開民事事件確定判決之效力所及，亦有可議。」

(八) 最高法院 96 年度台上字第 994 號判決

「被上訴人主張上訴人出具切結書經由友○公司交付與台○公司，對台○公司就承攬之房屋為拋棄法定抵押權之意思表示，應發生拋棄法定抵押權之效力。上訴人與台○公司意思表示一致，上訴人應受拋棄法定抵押權契約之約束。且基於誠信原則，上訴人有義務協同被上訴人為法定抵押權之取得登記及塗銷登記等情，依被上訴人之此項主張，被上訴人究係本於法定抵押權拋棄之法律關係為請求？抑本於契約關係為請求？抑本於誠信原則為請求？抑本於何項法律關係為請求？自有待原審審判長闡明澄清。本件事實未臻明瞭，本院尚無從為法律上之判斷。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

## 二、評析

依民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款規定，訴訟標的亦屬原告起訴時所應表明之事項，惟原告欠缺法律專業情形，甚至原告已委任律師代理遂行訴訟，實務上仍經常發生起訴時未特定訴訟標的，或所指出之訴訟標的與事實陳述有所出入，甚或於訴訟程序中所為陳述與其已表明之訴訟標的有所矛盾等情況，此時法官為讓訴訟程序能順利進行，必須儘量於訴訟前階段以闡明方式讓原告先行特定訴訟標的，以確定訴訟程序中兩造所為攻擊防禦方向及將來既判力範圍為何。

而學說上有採所謂紛爭事實型之訴訟標的，以彌補原告法律專業不足，甚至可能在法官進行闡明後，仍無法為適當特定訴訟標的的表示，因此應讓當事人可以用表明事實之方式，以紛爭事實作為訴訟標的，利用一次程序澈底解決糾紛。本文對此亦採肯認之態度，但法官仍應於訴訟程序中向原告為闡明，以明瞭原告之真意究係主張特定之權利或以紛爭事實作為訴訟標的，尊重原告作為程序主體而有特定審判範圍之權限，此與前揭學說主張，亦無扞格之處。

## 貳、訴訟標的不當

### 一、判決意旨

#### (一) 最高法院 98 年度台上字第 2038 號判決

「民法第 184 條係有關侵權行為之規定，被上訴人為法人，雖非無侵權行為能力，但究無事實上為行為之能力，何以應負侵權行為之損害賠償責任，究係為自己之行為負責抑或為其受僱人之行為負連帶責任；又公司法第 23 條第 2 項之規定，係有關公司負責人應與公司連帶負侵權行為損害賠償之規定，尚非公司應負侵權行為責任之規定，上訴人何以得據之作為請求被上訴人損害賠償之基礎等項，俱未見上訴人陳述明確，原審未為適當之闡明令之敘明或補充，難認已使兩造就此審判範圍有妥為攻擊或防禦之機會，自有未當。」

#### (二) 最高法院 98 年度台上字第 1611 號判決

「本件被上訴人起訴時係表明依契約及侵權行為之法律關係請求，嗣又主張基於契約之法律關係，依民法第 263 條準用第 259 條第 1、2、4 款及第 184 條第 1 項前段侵權行為之法律關係請求，惟契約一經合法終止即因契約向後失其效力而不復存在，其所得主張之法律關係（例如不當得利）與依契約請求，為不同之訴訟標的，則被上訴人所擇定之法律關係究竟為何，尚欠明瞭，原審審判長未盡闡明義務，於法亦有未當。」

（三）最高法院 96 年度台上字第 586 號判決

「本件上訴人起訴主張兩造所簽訂之系爭買賣契約為無效，依民法第 113 條、第 179 條、第 184 條第 1 項前段、第 247 條之規定，被上訴人應返還已付之價金及賠償其損害，並主張縱認系爭買賣契約有效，被上訴人依約沒收伊已付之價金，作為違約金，亦屬過高，依民法第 252 條規定，應予酌減等原因事實，訴請被上訴人各給付如原判決所示之金額及其法定遲延利息。然前者與後者主張之原因事實，訴請被上訴人返還已付之價金及賠償其損害，或返還已付之價金，其訴訟標的互有不同，前者為基於無效之買賣，後者本於有效之買賣，二者不能並存，究竟以何者為先位聲明，何者為備位聲明？且後者主張酌減違約金，究竟請求被上訴人各給付若干？係依何法律關係為請求？原審未行使闡明權，命上訴人為適當、完全聲明，遽為上訴人敗訴之判決，即有可議。」

（四）最高法院 96 年度台上字第 332 號判決

「上訴人援引民法第 225 條規定為其請求之依據，與其主張系爭皮帶軸毛胚鑄品之瑕疵屬不完全給付，雖不盡相符，然不影響上訴人損害賠償請求權之行使。事實審法院如認上訴人之陳述有不明瞭、不完足之處，即應依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定行使闡明權，令其敘明或補充之。原審疏未注意行使闡明權，率以上訴人對系爭皮帶軸毛胚鑄品未辦理退貨，或以上訴人未通知補正或修復，亦未解除契約，

即以價金額計算損害額於法無據為由，而為不利於上訴人之論斷，於法亦難謂為合。」

## 二、評析

原告因欠缺法律專業知識或訴訟代理人有所疏漏，在特定訴訟標的時，可能將非請求權之法律依據誤植為訴訟標的，原告所主張之數個訴訟標的間顯有扞格之處，甚或原告所陳述之事實已有主張某項權利之「端緒」，卻誤引錯誤之法律依據作為訴訟標的等，均屬原告所特定之訴訟標的有不當的情況。

對於訴訟標的特定不當的問題，法官是否應闡明原告其問題所在，讓原告有更正訴訟標的主張之瑕疵，本文認為應先區分為當事人本人訴訟或律師代理訴訟之情形，將法官中立性地位的維持作為訴訟標的不當之闡明的基礎，考量原告有無妥適特定訴訟標的之「期待可能性」，決定法官是否應以闡明方式介入，曉諭原告就不洽當之訴訟標的為變更，使兩造當事人在程序上之享有實質平等之地位，平衡兼顧法官闡明介入彌補處分權主義及辯論主義之不足的目的，及當事人促進訴訟而為適當訴訟行為義務的履行。

## 叁、訴訟標的變更與追加

民事訴訟法第 255 條設有訴訟程序中為訴之變更、追加之規定，本條規定之目的係為使當事人得儘量將私權紛爭利用一次訴訟程序澈底解決，因此本條第 1 項但書情況，對於被告之防禦權不造成妨害，便於兩造當事人於該次訴訟程序中處理紛爭，以避免將來再行起訴造成勞力、時間、費用之耗費，使原告得為訴之變更、追加。

法官於訴訟程序中，由原告之書面或言詞陳述內容，認為原告似有為訴之變更、追加之端緒，但其真意尚欠明瞭者，宜行使闡明權使原告有補充陳述並表明真意之機會，使民事訴訟法上訴之變更、追加之立法目的得以實現，對兩造當事人私權紛爭之處理及訴訟資源之運用，均可獲致有利結果。

## 一、事實陳述擴張

### (一) 判決意旨

#### 1. 最高法院 99 年度台上字第 208 號判決

「此依原審所認定：上訴人陳稱：兩造就合建所衍生之相關爭執，已於81年9月中旬在蔡○○協調下，由被上訴人同意給付上訴人1000萬元解決，非不能採信，足認兩造已因此成立創設新法律關係之和解契約等情，似見上訴人上述事實上之陳述，其除原有之買賣法律關係外，尚得併依其他法律關係（如請求履行和解契約）為主張。乃原審於未詳予推闡明晰，以明瞭上訴人所擬主張之訴訟標的範圍前，率謂：兩造間就系爭尾款債權及因合建所衍生紛爭，已成立創設新法律關係之和解契約，上訴人不得再依原有買賣之法律關係請求給付云云，而為上訴人不利之判決。揆諸上開說明，即屬違背法令。」

#### 2. 最高法院 99 年度台上字第 14 號判決

「本件被上訴人於第一審原係依消費借貸之法律關係為請求；嗣於原審提起附帶上訴後，始另以系爭議協議書為據，『追加』請求上訴人履行該協議書之和解契約。則其『追加』究屬訴之合併（或先、備位等）？抑或其他性質（事後和解）之變更？即關涉法院之審判範圍、當事人之攻擊防禦，及既判力之特定等項。而依被上訴人之聲明及陳述，似仍有不明瞭或不完足之處。乃原審審判長於未令其為完足之敘明或補充前，遽認被上訴人得依消費借貸及系爭議協議書之法律關係，請求上訴人給付，而為上訴人敗訴之判決，依上說明，難謂於法無違。」

#### 3. 最高法院 98 年度台上字第 1727 號判決

「上訴人於第一審係依減租條例第17條第1項第5款規定終止租約之法律關係為請求。嗣於原審除依原有之法律關係外，另主張如依市地重劃辦法協調不成，無法辦理補償時，應類推適用上開條文規定終止租約，及因重劃土地已無法耕作，不符系爭租約之目的，其亦

得依民法第 421 條、第 423 條及第 435 條之規定終止租約等情。倘上訴人之真意係於原審『追加』上述另二項法律關係，且其追加為合法，則其追加部分是否為有理由？能否為其不利之判決？均非無疑。乃原審未對上訴人闡明其為該二項主張是否為『追加』法律關係之真意，且置此部分攻擊方法於不顧，未說明何以不採之理由，遽以前詞，為上訴人敗訴之判決，依上說明，其所行訴訟程序非無重大瑕疵，及判決不備理由之違法。」

#### 4.最高法院 97 年度台上字第 2532 號判決

「本件上訴人就其訴訟標的法律關係，雖主張係承攬契約之法律關係，但依其所述系爭工程合約已經兩造合意終止，另達成結算方式之合意一節，是否不得併為主張其他之法律關係，非無詳為研求之餘地。原審未為闡明，促使當事人為適當完全之辯論，俾利紛爭一次解決，亦有可議。」

#### 5.最高法院 97 年度台上字第 289 號判決

「上訴人除依不當得利之法律關係訴請被上訴人移轉土地所有權外，並提出台北市北投區調解委員會 92 年度刑調字第 279 號調解書，陳稱兩造成立調解，按調解內容被上訴人應將系爭土地移轉登記與伊云云。其是否有併依調解契約請求之意，似非無疑，原法院審判長未加闡明，令其敘明或補充之，或為其他必要之聲明及陳述，亦屬可議。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

#### 6.最高法院 96 年度台上字第 2331 號判決

「本件上訴人於事實審一再抗辯：『依公司法第 23 條第 1 項規定，公司負責人應忠實執行業務，並盡善良管理人之注意義務，如有違反，致公司受有損害者，負損害賠償責任。被上訴人前擔任伊公司鳳山分行經理，為該分行之負責人，未忠實執行業務，亦未盡善良管理人之義務，造成伊公司損害，應依上開規定負損害賠償責任』、『依

最高法院 77 年 11 月 1 日民事庭會議決議，銀行徵信科員違背職務，對銀行除負債務不履行責任外，銀行亦得依侵權行為之法則請求賠償』等語。公司法第 23 條第 1 項雖係 90 年 11 月 12 日增訂，被上訴人任職鳳山分行經理在此之前，惟上訴人上開陳述，是否係指被上訴人除應依侵權行為法則負賠償責任外，尚違反契約責任，應依債務不履行規定賠償其損害？乃原審審判長未予闡明，即僅就侵權行為部分為論斷，而為不利上訴人之判決，自有可議。」

## （二）評析

原告雖表明訴訟標的，但在書面或言詞陳述中，另述及逾越訴訟標的之相關事實，且似有主張之意時，可認為原告有為訴之變更、追加之端緒，法官即應對原告是否有為訴之變更、追加之意思為闡明。

另外，原告有無委任律師為訴訟代理人，法官應為不同的程度的闡明，自不待言。若原告有委任律師為訴訟代理人，法官或可詢問該事實所欲主張之訴訟標的為何，訴訟標的是否適當；若原告未委任律師，法官應以原告能理解之言詞，詢問原告除原先表明之訴訟標的外，就事實陳述中可能成立之其他訴訟標的，有無併為主張之意思等方式，甚至是否改以紛爭事實方式特定訴訟標的。

## 二、真意不明

### （一）判決意旨

#### 1. 最高法院 98 年度台上字第 858 號判決

「陳○○於第一審起訴時，係主張系爭合約業經其解除，依民法第 259 條回復原狀規定，請求林○○返還已付之簽約金等語；嗣於提起第二審上訴後，復稱如認林○○終止合約合法，其將簽約金沒收，有違約金過高情事，請予核減，與起訴時主張之法律關係並不相同，真意是否係變更抑或追加訴訟標的，自欠明瞭，法院應行使闡明權，令其敘明。乃原審未予闡明，逕就系爭契約終止後陳○○得請求返還簽約金而為裁判，已有違誤。」

## 2.最高法院 97 年度台上字第 1862 號判決

「本件上訴人對被上訴人楊○○、李○○請求給付 300 萬元本息，除在起訴時陳明根據解除契約之法律關係及系爭買賣契約書第 9 條第 1 項之約定外，並於原審中復稱：倘認上訴人之解除契約無理由，惟被上訴人楊○○、李○○沒收上訴人已交付之價款 280 萬元，亦屬違約金過高，經法院核減後，剩餘之數額亦應退還上訴人云云，究屬追加訴訟標的之法律關係或提出新的攻擊防禦方法，尚欠明瞭。原審未待審判長闡明及加以審認並於判決理由中說明其取捨之意見，即逕為上訴人不利之論斷，自屬違背法令。」

## 3.最高法院 97 年度台上字第 507 號判決

「查上訴人已於原審迭次具狀指稱：關於爭點五，退步言之，縱被上訴人之解約為合法，其將伊已繳價金 177 萬 3606 元，充作損害賠償之違約金顯然過高，既違誠信，亦失公平，應依法酌減，該爭點合乎民事訴訟法第 227 條第 1 項第 4 款之規定，伊得於第二審提出，且符合同法第 446 條訴之追加之規定等語，並於最後言詞辯論期日以言詞再次表示：『被上訴人對上訴人所繳的錢都扣下，違約金過高』云云，綜觀上訴人各該事實之陳述及其聲明，上訴人是否另主張他項之法律關係？否則何來訴之追加或依法酌減該違約金，似有未明。原審未遑注及，並就其主張或聲明不明瞭或不完足者，依上揭規定行使闡明權，曉諭其敘明或補充之，或為其他必要之聲明及陳述，逕以上開理由遽為上訴人敗訴之判決，即有違背闡明義務訴訟程序重大瑕疵之違法。」

### (二) 評析

最高法院 97 年度台上字第 507 號判決中當事人主張違約金金額過高情形下，法院得依職權為審酌而減少違約金數額。然當事人原係主張他種法律關係為訴訟標的，僅於該訴訟標的為法院認為無理由

時，主張所付違約金金額過高，請求法院酌減之，則法院為違約金之酌減後，當事人欲請求他造返還其已給付之違約金，但超過法院審酌違約金數額部分，仍應以不當得利為其訴訟標的。則當事人以原訴訟標的無理由為前提，表示原先已付之違約金過高，請求法院酌減違約金數額時，是否有利用該訴訟追加不當得利為訴訟標的，請求他造返還給付超過部分之違約金，應由法官向當事人為闡明，以明其真意。

## 肆、反訴

### 一、判決意旨

#### (一) 最高法院 98 年度台上第 603 號判決

「除因土地一部之讓與或分割而生之通行權係無須支付償金外，其餘袋地通行權均須支付償金。為利紛爭一次解決，法院宜行使闡明權，賦與被上訴人提起反訴以請求支付償金，或上訴人以附條件同時履行聲明為請求之機會，俾免於上訴人通行權倘經勝訴判決確定後，另生支付償金之爭訟，併此指明。」

#### (二) 最高法院 96 年度台上字第 1567 號判決

「本件被上訴人起訴主張上訴人之生母為訴外人趙○○，竟於戶籍上登載生母係伊已故之母張蔡○○等情，聲明請求確認上訴人與張蔡○○之親子關係不存在；上訴人於原審承認其非張蔡○○所生，並抗辯其自幼受張蔡○○扶養，應已成立收養關係云云。…被上訴人已表明上訴人與張蔡○○間之收養關係是否存在，非其請求法院審理之範圍；而上訴人抗辯其與張蔡○○成立收養關係乙節，既非消滅或妨礙被上訴人請求之事由，亦無關民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1 規定之適用。」

### 二、評析

最高法院 98 年度台上第 603 號判決為確定通行權訴訟，上訴人

起訴主張對被上訴人之土地有袋地通行權，而最高法院判決上訴人之袋地通行權存在，將第二審判決撤銷並發回更審，另於末段揭示事實審法官對於被上訴人得請求之袋地通行權償金部分，應以闡明被上訴人反訴或以附條件同時履行聲明機會，讓被上訴人亦可利用本次訴訟程序解決本件私權糾紛，免於被上訴人再另行起訴請求該袋地通行權償金之給付，徒增兩造當事人之訴訟成本及應訴之煩，利於有效率使用訴訟資源，更可避免可能的裁判矛盾情形發生。

對此見解，本文認為在被上訴人在歷審程序中，曾有縱認上訴人有通行權，上訴人亦應付償金之類似陳述者，應認為有足夠端緒曉諭被上訴人是否為此反訴之提出，以利用兩造當事人紛爭一次解決。本則最高法院判決見解，本文亦表認同。

而最高法院 96 年度台上字第 1567 號判決之第二審判決，臺灣高等法院臺中分院 96 年度家上字第 14 號判決亦表明：「本件被上訴人當庭表明，本件訴訟標的是確認上訴人張○珠、張○君二人與張蔡○○間之血緣親子關係，至於上訴人二人主張渠等與張蔡○○有收養關係非伊請求之範圍等語，此觀諸被上訴人起訴事實亦載明明確。是以本件被上訴人請求審理之訴訟標的僅限定於上訴人二與已故張蔡○○間『血緣』親子關係不存在甚明，原判決主文『確認被告張○珠、張○君與已故張蔡○○間親子關係不存在』，自亦僅在認定上訴人二與已故張蔡○○間『血緣』親子關係不存在而已，而對於上訴人等二人與張蔡○○間有無收養關係，有無養親養子之關係，並未為任何論斷。」

本件確認親子關係訴訟中，被上訴人起訴係為確認上訴人與被上訴人之母張蔡○○無血緣之親子關係，惟上訴人在歷審程序中，均承認上訴人與張蔡○○並無血緣關係，僅係因長期扶養事實而應有收養關係。

本文認為，上訴人既已於歷審程序中多次提出其與張蔡○○有收養關係存在，此收養關係存否並非被上訴人起訴請求審判之範圍，惟上訴人與張蔡○○有無養親養子關係則對上訴人關係重大，可能影響後續遺產繼承、戶政登記等問題，且與本件訴訟之重要防禦方法有所

牽連，上訴人既多次為收養關係存在之主張，法官實不妨闡明上訴人是否反訴提起確認收養關係存在之訴，以利用同一次訴訟程序解決此項紛爭，避免於本件訴訟後另行起訴確認收養關係存在，徒增兩造應訴之煩，使身分關係難以穩定，恐讓後續遺產繼承或戶政登記問題另生無謂糾紛。最高法院見解認為事實審法官未為闡明無違闡明義務，本文認非無商榷空間。

### 第三項 攻擊防禦方法的闡明

#### 第一款 事實陳述

依民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款、第 266 條第 1 項第 1 款、第 3 款規定可知，原告起訴除應記載為特定訴訟標的所必要之原因事實外，對於其請求所依據之基礎事實及理由，亦應「具體」加以記載。

而民事訴訟法第 256 條亦規定，當事人有權就已陳述之事實為更正之陳述。倘若當事人之陳述係屬於訴訟資料而非證據方法，其前後有所不一時，即屬主張之事實有不明瞭之情形，審判長應依同法第 199 條第 1 項之規定，曉諭當事人敘明究竟其陳述係以何者為真實，並憑調查所得之證據加以審認事實，法官不得未經行使上述之闡明權即逕為當事人不利之判斷。

#### 壹、原因事實不明瞭

原告應於起訴時表明特定訴訟標的之原因事實已如前述，則原告所表明之原因事實，法官尚無法藉以明瞭原告起訴所特定之訴訟標的何指的情況下，法官自應曉諭當事人為進一步之原因事實澄清，至法

官能初步形成對當事人訴之聲明、訴訟標的及原因事實間連結的程度，法官始能進一步安排後續實體審理程序。

### 一、判決意旨

#### (一) 最高法院 99 年度台上字第 2005 號判決

「系爭停車位似未併付拍賣，被上訴人亦似未證明該機械式之停車設備（停車位）為其所有，遭上訴人無權占有。則何以因取得系爭區分所有建物產權，即得請求上訴人返還系爭停車位，原審疏未就此詳加闡明、釐清，令被上訴人敘明或補充事實上或法律上陳述，遽為上訴人敗訴之判決，於法自屬可議。」

#### (二) 最高法院 98 年度台上字第 1711 號判決

「查本件上訴人本於債務不履行之法律關係，先位請求被上訴人連帶給付 2000 萬元，究係主張正○公司不履行買賣『本約』抑『預約』？所請求損害賠償之內容，究指系爭房地因給付不能所生之損害抑指拒不訂立買賣本約，違反預約，致原讓與土地或合建權利欲獲取之報酬所生之損害？尚待澄清。另上訴人請求被上訴人沈○○、張○○與正○公司連帶賠償，所憑依據如何？原審就上訴人上述主張之原因事實並未推闡明晰，命上訴人為完足之陳述，已欠允洽。」

#### (三) 最高法院 97 年度台上字第 72 號判決

「按契約之解除，係使契約自始歸於消滅，以回復訂定契約以前之狀態。而契約之終止，則使契約自終止時起嗣後歸於消滅，其已經發生效力者，尚不生回復原狀問題，可見二者之效力並不相同。依被上訴人於 92 年 11 月 28 日上訴理由狀所陳『因承攬契約終止之效力係……向後失效，終止前之承攬契約並未因終止而失效。如符合解除之要件，應非不得解除』、『以本訴狀繕本之送達先為終止承攬契約之表示，之後再為解除承攬契約之表示』等情，似見被上訴人係主張先為終止系爭契約意思表示，使尚未履約部分因其終止而失效，再就

已履約部分為解除契約之意思表示，其終止契約及解除契約之範圍自屬不同。原審未加推闡明晰，究明被上訴人請求回復原狀返還材料部分，係屬尚未履約部分之終止效果，或已履約部分之解約效果，遽認被上訴人併為主張，終止契約已無意義，而以解除契約之法效，為不利於上訴人之論斷，即有可議。」

## 二、評析

原告起訴時就原因事實尚欠明瞭，則法官應在訴訟前階段進行闡明，使原因事實儘早明朗，始利法院及當事人在訴訟程序中儘速確認及掌握爭點，集中進行攻擊防禦。

上開最高法院判決，均係針對原告表明之原因事實，無法讓法官藉以明瞭並特定原告所主張之訴訟標的為何，此將影響法官就整個審判程序之安排，及審理至判決的範圍劃定，法官自應向原告闡明，使原告得以進一步澄清、補充，甚或更正其所述之原因事實，始能認為原告已盡「具體化」起訴範圍之責，法官因而得以進一步讓訴訟進入實體有無理由的審理程序。

## 貳、基礎事實不明瞭

當事人於訴訟程序中，應儘量就其主張或抗辯之事實，為適當之表述並提出證據，以讓法官依據當事人所述事實及所提證據形成心證、作成判決。若當事人就其主張或抗辯內容事實陳述不明瞭，法官應為闡明使當事人說明基礎事實，法官或當事人始能知悉後續應提出何種證據佐證其所述事實，讓後續程序順利進行。

### 一、判決意旨

#### (一) 最高法院 98 年度台上字第 1751 號判決

「按侵權行為損害賠償請求權之成立，以被害人權利受到損害為必要。本件台南市政府於原審主張，因系爭偽造之工程保固保證保險單（即保險單(1)），致其於發現工程瑕疵後，向富○公司請求負連

帶保證責任被拒，爰依侵權行為法律關係請求損害賠償。原審既認系爭保險單(1)係偽造，則台南市政府對富○公司依保險單(1)之連帶保證權利，自始未成立生效，當無該權利受到損害可言，而於系爭工程終止協議書未失效或解除前，萬○公司仍有依系爭終止協議書約定，提供台南市政府真正之工程保固保證保險單之義務。查台南市政府於第一審起訴即陳稱，萬○公司先前已提供保固保證金現金4350萬元，因系爭偽造保險單之提供而將現金返還，又稱系爭保險單(1)金額4350萬元係瑕疵擔保保證金，則台南市政府主張因系爭偽造行為，致其受有損害，究係如何之權利受到損害？換言之，係依終止協議書約定，請求提供真正保固保險單權利受損？或其他之權利受到損害？原審未予論述說明，即謂台南市政府因系爭工程瑕疵支出費用2221萬7115元，本應由萬○公司所提供之工程保固保險單取償，因上開偽造行為而無從獲償，應由潘○○等四人與富邦公司、萬○公司應負共同侵權行為負連帶賠償責任，而未行使闡明權，曉諭台南市政府敘明或補充陳述，其究有如何之權利受到損害，逕為兩造各為一部勝訴與一部敗訴，暨駁回台南市政府對顧○○、陳○○請求之判決，尚嫌速斷，且違背闡明權行使義務，其程序亦有可議之處。」

## (二) 最高法院 98 年度台上字第 293 號

「本件究係由何人代表上訴人與被上訴人成立居間契約，事實尚欠明瞭(上訴人於原審亦指稱被上訴人未能就何人委託被上訴人仲介說明清楚)，被上訴人顯然未就其請求所依據之事實盡其具體化之義務，原審審判長未令被上訴人敘明或補充之，即逕認兩造間成立居間契約，並命上訴人給付居間報酬，致剝奪上訴人之防禦權，其所踐行之訴訟程序自有重大瑕疵。」

## 二、評析

上揭實務見解認為，當事人就其請求基礎事實未具體化時，法院亦必須為闡明使當事人為敘明或補充之，若未為闡明使當事人為敘明或補充而逕為判決，則未經兩造當事人進行攻擊防禦，該判決亦有程

序上重大瑕疵。

### 叁、事實陳述前後不一

民事訴訟中經常發生當事人或其訴訟代理人律師，或因事件歷時漸久記憶淡忘，或因一時疏慮而誤繕，亦因有欲為訴之追加，因而在訴訟資料中呈現事實陳述前後發生歧異之情況。此時法官為確認當事人真意所欲表示之事實，甚至了解當事人是否有訴之追加的訴訟行為，應在當事人陳述事實發生前後不一情形時，曉諭當事人知悉並讓其有補充或更正機會，釐清當事人真意所在。

#### 一、判決意旨

##### (一) 最高法院 98 年度台上字第 1169 號判決

「本件被上訴人就兩造間有系爭借貸關係之原因事實，其於第一審之自承共 10 筆，期間自 77 年 6 月 7 日起至 82 年 10 月 26 日止，本金合計為 647 萬元，何以其向執行法院陳報至 87 年 6 月 23 日止之借貸本金即為 1300 萬元？究係於何時以何方法將系爭款項交付上訴人，原審均未命被上訴人為完全陳述，使上訴人有提出間接證明反駁之機會，遽以上開理由而為不利於上訴人之判斷，自有可議。」

##### (二) 最高法院 97 年度台上字第 2180 號判決

「本件被上訴人於起訴時先謂：上訴人通謀虛偽設定系爭抵押權，繼又稱上訴人間消費借貸關係不存在，系爭抵押權即失所附麗云云，兩者之法律關係，有所不同，則被上訴人請求塗銷抵押權所根據之法律關係為何，攸關舉證責任應為如何之分配及消滅時效之期間，原審審判長未加以闡明，且對於上訴人所為之時效抗辯，亦恣置不論，即遽為上訴人不利之論斷，其所踐行之訴訟程序自有重大瑕疵。」

## 二、評析

當事人或訴訟代理人或因一時疏失，或因不諳法律，在起訴時所為事實陳述，與審理程序過程中所為關於該事實的書面或言詞陳述，可能發生前後不一，甚至矛盾而無法併存的情況。法官為釐清原因事實以特定訴訟標的，了解原告所為請求之基礎為何，對此情況自應行使闡明權，先曉諭原告其陳述有何不一或矛盾情事，再讓原告表明何種事實表述始符其真意，或就不清楚、不完整之原因事實為補充陳述，使原告所述原因事實趨於完整後，法官若以原告所述事實特定訴訟標的的時，才不至於誤解原告真意，而成為兩造當事人於將來之審理程序中或判決結果上之爭執之端，甚而為此再興訴訟。

而基礎事實部分攸關當事人後續訴訟行為之採行，若不以闡明方式予以釐清，影響後續當事人就其主張或抗辯事實所提出之證據資料，甚易對當事人造成突襲性裁判。事實陳述前後不一若涉訴之追加情況，法官若未予闡明而逕為判決，甚至可能造成裁判脫漏情事，均影響當事人權利甚鉅，實應謹慎。

### 第二款 攻擊防禦方法適時提出

民國 89 年民事訴訟法第 196 條修正規定，當事人攻擊防禦方法之提出採取「適時提出主義」，當事人應依訴訟進行程度，於言詞辯論終結前適當時期提出攻擊防禦方法，若有意圖延滯訴訟或重大過失而逾時提出攻擊防禦方法，致有礙訴訟之終結，則有失權效之制裁。

適時提出主義所指「適當時期」應如何決定，修法理由則認為宜依法律規定或由法院酌定之，法院欲對於當事人未於「適當時期」提出攻擊防禦方法而以失權效制裁的前提，必須以法官曾於訴訟程序中明確讓當事人知悉何時為應提出攻擊防禦方法之「適當時期」，使當事人有適時提出攻擊防禦方法之機會，失權制裁始具正當基礎。

因此，法官在審理程序過程中，就當事人之攻擊防禦方法提出的闡明，與訴訟程序之妥速進行密切相關，法官自應在審理程序中隨時

注意是否有攻擊防禦方法應向當事人曉諭提出之情事，在保障當事人有適時提出攻擊防禦方法的機會下，始有發動失權效之正當基礎。

## 壹、判決意旨

### 一、最高法院 99 年度台上字第 2017 號判決

「查上訴人於第一審即辯稱被上訴人於切結書承諾支付黃○○遺產稅新台幣（下同）1085 萬 3068 元、償還誤領徵收土地補償費 35 萬 5747 元、將坐落嘉義市○○街 102 號房屋移轉與伊，迄未實現，其依切結書請求伊移轉系爭土地，實屬無據等情，參諸切結書記載『立切結書人黃○雄、黃○光、黃○娟等三人願將繼承……7 號土地於登記完畢後立即將上開土地分割出 200.86 坪……給黃○章……等三人（指被上訴人）共有，但其分割及移轉登記費用由黃○章等三人負擔及補償立切結書人等應繳之遺產稅額新台幣 1085 萬 3068 元……』，上訴人所辯似非全然無據，上訴人上開陳述，是否有行使同時履行抗辯，於被上訴人未履行前述義務前，拒絕移轉系爭土地之意思，尚欠明瞭。原審審判長未予闡明，遽命上訴人移轉系爭土地，自有疏略。上訴論旨，指摘原判決其敗訴部分為不當，求予廢棄，為有理由。」

### 二、最高法院 99 年度台上字第 1584 號判決

「按民事訴訟就事實及證據之主張或提出，採不干涉主義，且審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述，如有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。並應於調查證據前，將訴訟有關之爭點曉諭當事人。此觀民事訴訟法第 199 條第 2 項、第 296 條之 1 第 1 項之規定即明。本件係由被上訴人本於所有權之作用，以上訴人無權占有為由，請求拆屋還地。就被上訴人為所有權人及如附圖所示建物與空地現由上訴人占有使用等情，兩造並無爭執，自應由上訴人就其主張有權占有之事實，負主張及舉證之責任。上訴人於第一審固以其有地上權、租賃權及讓與人之買賣關係為有權使用之論據，經該法院認其地上權部分之抗辯為無理由而為其敗訴判決後，上訴人上

訴至原審時，僅以兩造間確有租賃關係存在而屬有權占有等詞為抗辯，似未再以地上權及讓與人之買賣關係為其有權占有之權源，則原審未向上訴人發問或曉諭，究明其是否仍以地上權及讓與人之買賣關係為辯，竟未就上訴人未再提出之抗辯事由為審理、判決，揆諸上揭說明，亦有未盡闡明及曉諭爭點義務之違法。」

### 三、最高法院 98 年度台上字第 2137 號判決

「關於江○○為同時履行之抗辯部分，江○○稱『如認伊應返還價金，則洪○○應同時將系爭房屋及土地所有權移轉登記並返還予伊』、『洪○○解除契約如係合法，即負有將系爭房屋回復原狀之義務，洪○○應先履行交付房屋及塗銷系爭房屋所有權移轉登記之義務，否則伊得為同時履行抗辯，拒絕返還價金』等語，可見其非僅就所有權移轉登記為抗辯，尚及於房地之交付；且依卷附土地及建物登記簿謄本記載，系爭房地係登記為訴外人吳○○名義，並已設定抵押權予他人，則江○○抗辯洪○○應負回復原狀之義務，並以之為同時履行之抗辯，其具體內容為何，亦欠明瞭。原審未加以闡明、釐清，即僅附以移轉系爭房地所有權之對待給付之條件，已嫌疏略。」

### 四、最高法院 97 年度台上字第 1516 號判決

「本件上訴人於原審一再主張系爭工程因可歸責於被上訴人遲未取得危險教室之拆除執照，因而延滯拆除及因變更設計問題，致完工期限延至 93 年 8 月 19 日，後於系爭工程契約約定完工日期之 93 年 1 月 4 日，非其訂約時所能預料，應有情事變更規定之適用，對照上訴人於第一審主張及提出之估驗詳細表所載，第 11 期以後估驗工程款之最後施工日均在 93 年 4 月 9 日以後，且上訴人又主張 93 年 4 月 7 日及同年 7 月 16 日被上訴人尚有叫貨付款乙節，倘非虛妄，而上述延滯完工之日期，又係可歸責於被上訴人於訂約後所致，能否謂係上訴人於訂約時所能預料，攸關有無情事變更規定之適用？此為上訴人提出之重要攻擊方法，原審未遑闡明兩造是否以之為爭執之事項，並詳予調查審認，竟恣置未論，遽為不利於上訴人之論斷，尚嫌速斷。」

### 五、最高法院 97 年度台簡上字第 1 號判決

「查上訴人於原審主張被上訴人曾以書面概括授權前校長黃○○代理伊簽發設於前揭彰化商業銀行第○○號支票存款帳戶之支票，而被上訴人與程○○間，及被上訴人與上訴人間就系爭支票均非直接付受之當事人。至黃○○代理被上訴人簽發系爭支票與沈○○互換支票，係屬黃○○代理被上訴人簽發票據向沈○○為消費借貸，而非黃○○代理被上訴人簽發票據予黃○○自己等情，為原判決所認定之事實，是殊不論黃○○代理簽發系爭支票是否有違反上開私立學校法之規定，然自形式上觀之，互換票據之消費借貸關係存在於被上訴人與沈○○之間，並無所謂黃○○自己代理之情形。且就卷附之協議書觀之，係被上訴人董事會委任黃○○全權處理上開五股股權之事，縱如原審所認黃○○係代理被上訴人簽發支票，用以處理其個人與程○○之購股私務，亦屬被上訴人與黃○○間之內部關係，核與自己代理之行為尚屬有間，原審未詳加研求，遽認有違禁止自己代理規定，尚嫌速斷。況被上訴人自第一審至本院前次發回更審所為之攻擊防禦方法，皆未以黃○○所為簽發系爭支票之行為係屬自己代理之行為，有違反民法第 106 條、第 71 條前段規定，而認其所為簽發票據之行為無效為主張，原審逕以被上訴人所未主張之事實為裁判之基礎，亦有違前揭判例意旨及民事訴訟法之規定，且黃○○簽發系爭支票是否屬於自己代理行為，此攸關法律行為有效與否之事實，原審審判長於審判程序中並未向當事人為發問或曉諭，行使闡明權，以利當事人為事實上及法律上之陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述，俾使當事人就本案之爭點為完全之主張及答辯，已有未洽，竟以此為裁判之基礎，遽為上訴人不利之判決，自有適用法規顯有錯誤之情事。上訴論旨執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

### 六、最高法院 96 年度台上字第 2114 號判決

「本件上訴人在事實審為抵銷之抗辯，僅稱：被上訴人施作不良，造成滲水情形，伊因業主第一科大急於驗收使用，乃找人修補，支付

費用 291 萬六 6263 元，被上訴人至今仍未付款，爰以之與系爭款項抵銷等語，並未表明其主張被上訴人應支付該修補費用之法律關係及應適用之法律。乃原審未行使闡明權，即逕認上訴人係依民法第 493 條規定為主張，而以上訴人於發現瑕疵後，未通知被上訴人修補即自行僱工修復，不得依該規定請求被上訴人給付修補費用為由，認其抵銷之抗辯為無理由，自屬違背法令。」

## 貳、評析

上揭最高法院判決，或針對當事人有無主張該攻擊防禦方法之真意不明，或針對當事人所主張之攻擊防禦方法內容有欠明確或不正確，均認為法官有闡明並曉諭當事人為補充的義務，搭配民國 89 年修法所訂爭點整理、失權制裁等制度，均以達成訴訟程序妥速進行，避免訴訟程序冗長、拖延為目標，同時兼顧保障當事人訴訟程序中及程序外之權利。

另法官對當事人為攻擊防禦方法提出之相關闡明時，仍應注意以當事人在言詞或書面訴訟資料中，有提出該攻擊防禦方法之「端緒」為基礎，以維持法官中立地位。

最高法院 99 年度台上字第 1935 號判決謂：「按審判長行使闡明權，必以當事人就訴訟關係之事實上及法律上陳述、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述有不明瞭或不完足者，或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，始應曉諭並令其說明或補充之，此觀民事訴訟法第 199 條及第 199 條之 1 規定自明。本件上訴人於事實審迄未提及拒絕給付價金之同時履行抗辯，自不生『不明瞭或不完足』應予說明或補充之問題，則其以原法院未就『同時履行抗辯權』為必要之詢問，違反上開行使闡明權之程序規定，殊有未合，上訴人所指仍非具體表明該判決所違背之法令及其事實內容，其上訴自非合法，附此敘明。」亦揭明法官所為攻擊防禦方法之闡明，必須當事人之陳述中有跡可循而未臻明瞭或不完足的情況，始得為之。換言之，即係強調法官對攻擊防禦方法的闡明，仍以當事

人陳述有其「端緒」為基礎。

由最高法院 97 年度台簡上字第 1 號判決亦可知，當事人之陳述中既無端緒可循，法官實無從為攻擊防禦方法的闡明權行使，更不能以當事人所未主張之攻擊防禦方法作為裁判基礎，造成突襲性裁判，否則係屬違法判決。

### 第三款 舉證責任與心證開示

法官審理程序中，為充實言詞辯論內容，保障當事人程序權，應踐行其注意使當事人就訴訟關係之事實及法律為適當、完全辯論之義務，防止發生突襲性裁判，並依民事訴訟法第 199 條第 2 項及第 296 條之 1 第 1 項規定，向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述，並在調查證據前，應將已整理或協議簡化之「事實上爭點」、「法律上爭點」、「證據上爭點」及其他「攻擊或防禦方法上爭點」，分別曉諭當事人。

法官於整理爭點過程中，若能將其對事實主張及證據提出所持之認識、判斷（包括暫時性心證或法律見解），向當事人表明而進行對話，將有助益於當事人平衡追求實體利益（發現真實獲致之利益）及程序利益（避免無實益提出所節省之勞力、時間、費用），以防杜來自法院之突襲，並促成限縮爭點之協議。民事訴訟法第 296 條第 1 項所稱之「爭點曉諭」，包括「證據上爭點」的曉諭，應及於法官將其對當事人聲明證據與待證事實關聯所為之證據評價，作適時或適度之公開在內，俾讓兩造知悉事件之爭點及聲明證據與待證事實關聯後，進行證據調查，進而就該訴訟關係之事實及法律為適當而完全之辯論。

而「證據上爭點」之曉諭，如當事人對舉證責任之分配或有無舉證責任轉換有所爭執的情況，法官更應將其對紛爭事實具體之舉證責任分配之觀點，為適時、適度公開，使兩造知悉待證事實舉證責任之分配，並行使闡明權，促使負舉證責任之當事人聲明證據，以進行證

據之調查，進而將調查證據之結果，依民事訴訟法第 297 條第 1 項規定，曉諭當事人為適當完全之辯論。

依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定，審判長應向當事人發問或曉諭，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述，其所聲明及陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。本條規定不僅為法官之闡明權，同時亦為義務，前已述及。故法官對於證據是否充足、訴訟資料是否足以形成裁判之心證，自得斟酌兩造提出之攻擊防禦方法，對本案有關之法律問題或對事實之見解適度公開心證，此為民事訴訟程序所應然且必要，有助於解決紛爭及防止突襲，達成民國 89 年民事訴訟法修正之目標。

因舉證責任分配闡明與法官暫時性心證開示，均與證據提出闡明緊密連結，而法官為舉證責任闡明及暫時性心證開示，甚至法官曉諭一造當事人應提出特定之證據以證明待證事實的情況，則影響當事人進行提出其他證據等訴訟行為，以改變法官之當前對待證事實之心證狀況，謀求有利於己之訴訟結果。前開法官闡明權之行使，可謂貫穿整個訴訟程序的進行，相互影響而交錯出現，故本文將其置於一起，相互比較、參照。

## 壹、舉證責任

舉證責任分配之闡明，在審理程序中經常由法官在進行爭點整理後，一併就待證事實之舉證責任分配為曉諭，以利法官後續就相關待證事實證據調查程序的順利進行，並可降低發生當事人因不知其負有舉證責任而未盡力對利己待證事實為舉證之情況發生。

舉證責任分配之闡明影響民事訴訟程序之進行及裁判結果均鉅，為防止對當事人發生突襲，法官應儘量於訴訟程序前階段向當事人為待證事實舉證責任之闡明，俾使當事人在了解法官所採舉證責任分配觀點後，能盡力於審理程序中適時、適當提出證據，謀求對自己有利之裁判結果，且為當事人因舉證責任之遂行狀況而對裁判結果承擔自己責任的正當性基礎。

## 一、判決意旨

### (一) 最高法院 99 年度台上字第 2428 號判決

「查本件三軍總醫院對上訴人實施手術前，有無令其使用人即醫師對上訴人依上開醫療法規定為告知並得其同意之事實？依舉證責任分配原則，雖應由三軍總醫院負舉證之責，然上訴人已於記載有『經告知需實施手術原因及手術成功率或可能發生之併發症及危險』之手術同意書簽名，是否生舉證責任轉換即轉由上訴人負舉證證明『醫師實際上並未告知』之責任？依上說明，受訴法院自應為闡明公開其認識及判斷，並曉諭負舉證責任之當事人聲明證據。況上訴人於原審一再指稱：本件手術前，除『手術原因』一項，門診時有告知外，其餘『成功率或可能發生之併發症及危險』等事項，完全事先未做任何說明，且故意安排病患手術前匆促時段交簽同意書，此種略誘之同意，應視為無效並有違醫療法之立法意旨等語；復於原審準備程序表示：『有沒有說明各種可能醫療方法的可能風險，是由對造負舉證責任。他沒有說明這個風險不能反推我們不會做其他的選擇』云云。乃原法院未依上揭意旨，行使闡明權，使上訴人就吳○○醫師有無告知手術成功率或可能發生之併發症及危險之事實聲明證據，逕為此部分不利於上訴人之論斷，即嫌速斷，所踐行之訴訟程序亦非無瑕疵。」

### (二) 最高法院 96 年度台上字第 1316 號判決

「查上訴人主張李○○將系爭土地贈與彼等，係以卷附同意書為憑，則該同意書之真偽，即攸關兩造舉證責任之分配及事實之認定，事關重大。而被上訴人於原審準備程序固陳明對該同意書形式上真正不再爭執，但觀嗣後其提出之書狀及陳述，似又對該同意書之真正加以爭執。究竟其真意如何，原審審判長未行使闡明權，命被上訴人加以確認，自有未洽。」

## 二、評析

最高法院 99 年度台上字第 2428 號判決中，對於醫療手術同意書是否有告知手術相關風險，及贈與同意書真偽有無爭執，均涉舉證責任分配之問題，法官於釐清當事人爭執之點後，應相關待證事實的舉證責任分配，向當事人為曉諭，使負舉證責任人之當事人知悉其有提出證據以證明相關待證事實之義務。

而最高法院 99 年度台上字第 1316 號判決中，被上訴人就文書證據之真正是否有爭執應予釐清。若有，則法官應向提出該文書證據之上訴人為闡明，依民事訴訟法第 357 條規定，由上訴人就該文書形式上真實性負擔舉證責任。

## 貳、心證開示

法官就證據資料作成評價而形成暫時性心證，應適時向當事人開示心證，讓當事人知悉法官之心證方向，有機會進一步提出對己有利之訴訟資料，始能保障當事人之訴訟上權利，避免當事人誤認法官之心證方向不知提出訴訟資料，終致發生突襲性裁判。

### 一、判決意旨

#### (一) 最高法院 99 年度台上字第 2317 號判決

「自第一審至原審，均未與兩造確認及協議簡化爭點，亦未向當事人闡明、確認被上訴人是否仍為該主張，致令上訴人未能充分舉證及為必要之陳述，則劉○○簽發之大眾商業銀行為付款人之支票與該 500 萬元借款之關係及兌現與否，攸關上訴人是否有該 500 萬元債權得以主張抵銷。乃原審未依上揭旨趣，詳就與該訴訟有關之各種證據上爭點（是否訊問被上訴人、證人劉○○、查詢支票是否已兌現），曉諭當事人，並將其對當事人聲明證據與待證事實關聯所為之證據評價適時或適度予以公開，再斟酌是否訊問該證人，遽以上述理由而為上訴人不利之判決，亦嫌速斷。」

(二) 最高法院 99 年度台上字第 944 號判決

「查原審先則認定丁○○於 82 年 6 月 25 日曾出具委託書予新屋農會，委託其將貸款 160 萬元轉入葉○○帳戶內，而葉○○適為系爭 174 土地買賣契約賣方林○○之代理人，即表示該 160 萬元確有轉入該土地買賣契約賣方林○○之代理人葉○○帳戶內；繼卻又謂『以匯款一百六十萬元轉入葉○○之外觀事實，是否即為土地買賣價金之交付？仍待舉證』云云，而未進一步向上訴人發問或曉諭，令其為該部分必要之聲明證據，促其補充未完足之事實或使表示其他之證據方法，已有未盡是項闡明權行使之違法。…丁○○就其抗辯 85 年間向新屋農會抵押貸款 350 萬元後，該清償 160 餘萬元貸款，仍屬宏○雜糧行貸款，該貸款乃直接匯入土地原所有人帳戶一節，已於原審稱：『先前 160 萬元貸款是買農地的尾款』云云，復有被上訴人提出之土地登記謄本、委託書及不動產買賣契約書（載明出賣人林○○代理人葉○○暨其地址、身分證統一編號）足憑，參以該不動產買賣契約書第 4 條約定『契約書成立日買方交付定金 30 萬元，82 年 4 月 15 日支付 300 萬元正，其餘尾款於本件買賣辦妥貸款後一次付清 230 萬元』，與上開委託書載明委託新屋農會將貸款 160 萬元轉入出賣人代理人葉○○帳戶等情觀之，是否全無足取？即值深究。乃原審未依上揭旨趣，詳就與該訴訟有關之各種證據上爭點（是否訊問證人葉○○），曉諭當事人，並將其對當事人聲明證據與待證事實關聯所為之證據評價適時或適度予以公開，再斟酌是否訊問該證人，遽以上述理由而為上訴人此部分不利之判決，亦嫌速斷。」

二、評析

法官就當事人就待證事實所提出證據經調查後，形成該項待證事實存否之暫時性心證時，應適時、適當向當事人開示，使當事人就該待證事實有再提出其他證據爭取有利於己之心證的機會；又或法官認為當事人所提出證據與待證事實欠缺關聯性，亦應將此心證為適當之公開，讓當事人有表示意見的機會，或再行提出與待證事實有關聯性之其他證據，扭轉法官形成之暫時性心證。

法官於程序中適度為心證開示，係本於程序中當事人主張之事實及調查證據結果為之，並無損及中立性之問題，而適當的心證開示，可使當事人預測可能的判決結果，或可促成當事人退讓和解衡平追求實體利益及程序利益之空間，並保持適當之彈性，使當事人在心證開示後再補充其他證據時，有改變其暫時性心證之空間。縱使當事人未達成和解，在法官已妥適闡明並開示其心證，而有充分機會盡力為己爭取權利，仍無法扭轉法官之心證結果，亦可免於突襲性裁判發生，且因兩造當事人經過充分之攻擊防禦，法官亦已充分審酌所有證據資料及辯論意旨，亦可提升法院判決之信服度。

### 叁、證據提出

當事人或因一時疏慮，或因法律知識及訴訟經驗不足，可能發生已提出事實陳述而未提出適當證據予以佐證，致法官無法形成該事實存在之心證。法官在此情形下，應適時向當事人為闡明，讓當事人有補充提出證據機會，避免逕對該當事人所主張事實認定為不存在，對該當事人造成突襲。

#### 一、判決意旨

##### (一) 最高法院 99 年度台上字第 2379 號判決

「查被上訴人主張上訴人向蔡○○借款日期為 91 年 9 月 26 日及同年 11 月 28 日，借款金額為 42 萬元及 150 萬元，而上訴人所簽發之系爭支票，發票日則為 95 年 7 月 31 日至 96 年 11 月 30 日，每張均 10 萬元，兩者相距已有 3 年半，個別金額或總金額亦均不一致，則上訴人所簽之系爭支票何張為蔡○○何日、何筆匯款之借款證據，攸關上訴人如尚有欠款其應如何清償，自有究明之必要，原審未予闡明，命被上訴人敘明，遽以上訴人於 88 年 3 月 11 日至 91 年 11 月 28 日向蔡○○所借 2477 萬 1010 元未全部清償為由，認系爭支票係上訴人為清償上述二筆共 192 萬元借款而簽發予蔡○○，而為上訴人敗訴之判決，訴訟程序亦有瑕疵，於法未合。」

(二) 最高法院 99 年度台上字第 531 號判決

「查被上訴人主張其受傷後無法再開車載貨至市場，及照顧其與其母共同在市場販賣髮飾之生意，有僱用 1 名司機兼為工作搭檔之必要，而增加僱工代勞薪資之支出等語，究係主張其受傷後無法工作期間，以僱工代勞薪資計算其無法工作之損害？抑係逕以僱工代勞薪資支出作為其增加生活支出之損害？尚有未明。且依其前開陳述，似見有僱用司機兼為工作搭檔需求者，為被上訴人與其母親共同販售髮飾之營業者；復觀被上訴人為證明其營業收入，所提出之資金進出帳戶為其母親李王○○所有，則支付薪資僱用訴外人陳○○協助經營髮飾生意者究為李王○○或被上訴人？即非無疑，自有探求之必要。乃原審未察，未先行使闡明權，令被上訴人補充陳述，敘明其主張真意，已有未合；繼未調查釐清是否被上訴人支付薪資僱用陳○○之實情，徒以被上訴人受傷後無法工作之情，逕論認被上訴人於無法工作期間支付陳○○之薪資即被上訴人增加生活上之支出，不無速斷，據此所為上訴人敗訴之判決，自有違誤。」

(三) 最高法院 99 年度台上字第 268 號判決

「張○○主張：伊就支付尾款 240 萬元所簽發之 4 紙本票，雖撤銷付款委託，但於 89 年 5 月 26 日、6 月 26 日、7 月 26 日及 8 月 28 日已向付款銀行申請恢復擔當付款之委託，並以存證信函通知陳○○提示該等本票等語，原審審判長未曉諭張○○聲明證據，徒以其未證明陳○○已收受存證信函，即認其未給付該 240 萬元，不無可議。」

(四) 最高法院 98 年度台上字第 848 號判決

「原審謂民法第 242 條所定代位權之行使，須債權人如不代位行使債務人之權利，其債權即有不能受完全滿足清償之虞時，始得謂有保全其債權之必要，於金錢之債，代位權之行使應以債務人陷於無資力或資力不足為要件等語，雖非無見，惟就債務人呂○○公司是否已

陷於無資力乙節，兩造於事實審法院均未主張或抗辯，原審亦未向上訴人發問或曉諭令其聲明證據；另系爭支付命令送達不合法，僅係上訴人不得據以聲請強制執行，非等同於上訴人對於呂○○公司之債權不存在，上訴人對該公司究存有何債權，原審亦未令其為完足之陳述；遽以上訴人未證明其對呂○○公司之債權存在及有保全債權之必要，而認其不得代位呂○○公司行使權利，自屬違背法令。」

（五）最高法院 97 年度台上字第 1153 號判決

「關於租金之損害，上訴人僅提出 94 年之收據，其所聲明之證據顯有不完足，原審審判長未詢問其是否補充其他之證據，即逕為其不利之判斷，亦有未洽。次查損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益。而依通常情形或已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益，民法第 216 條定有明文。又當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應斟酌一切情況，依其所得心證定其數額，觀諸民事訴訟法第 222 條第 2 項規定自明。上訴人在被上訴人竊佔系爭土地期間，是否受有無法收成芒果之所失利益的損害，原審審判長未命其聲明證據，以判斷可否依民事訴訟法第 222 條第 2 項規定酌定其金額。乃遽以駁回上訴人關於所失利益之請求，自屬未盡闡明義務，其所踐行之訴訟程序即有重大瑕疵。」

（六）最高法院 97 年度台上字第 1101 號判決

「按房屋之拆除，為事實上之處分行為，未經辦理所有權第一次登記之建物，僅所有人或有事實上處分權之人，方有拆除之權限。而房屋戶口設籍之人或占有人，非必為房屋所有人或有事實上處分權。故不能僅憑戶籍設於系爭房屋，或占有該房屋，即認該人有事實上處分權，而命其拆屋還地。…而上開房屋為未保存登記之建物，非可僅依房屋稅納稅義務人斷定其事實上處分權之歸屬，則究竟何人對之有事實上之處分權，攸關被上訴人得否命其拆屋還地之請求，原審未適

度闡明並詳為調查，及說明黃○等四人何以應共同拆除系爭 119 號房屋之理由，遽予駁回黃○等四人之上訴，非無違誤。」

(七) 最高法院 96 年度台上字第 2882 號判決

「查上訴人主張其與建○公司間之契約縱屬委任性質，而不適用勞基法，惟建○公司之工作規則所附之『員工職稱表』，其員工包括經理在內，伊亦得依該工作規則終止契約，請求資遣費等語，原審以上訴人提出之工作規則未有『員工職稱表』，而認上訴人不得據以請求。惟查該工作規則第 59 條『職務調升』項下明載『本公司員工職稱如附表』，可見應有該員工職稱之附表，上訴人提出之證據尚非完足，乃原審審判長未予曉諭，即為不利上訴人之論斷，自違背闡明義務而違背法令。」

(八) 最高法院 96 年度台上字第 2471 號判決

「查上訴人起訴請求確認被上訴人就系爭 10 筆土地之所有權登記請求權不存在，並附有該 10 筆土地之登記謄本、土地複丈成果圖，足以認定其所請求確認之土地位置及面積，然經調處委員會調處之土地則為○○市段第 1 之 3 號等 6 六筆土地，此與上訴人所請求之 10 筆土地地號名稱並不完全相同，上訴人雖曾製作對照之附表，惟經調處之 6 筆土地，上訴人所附之調處結果通知書，並未載明其位置、面積，則上訴人起訴請求之土地，是否確經調處而得為法院審理之標的，卷內並無詳細、完整資料可查，原審未予闡明，命其查明，遽為裁判，踐行之訴訟程序即有重大瑕疵。」

(九) 最高法院 96 年度台上字第 1319 號判決

「宏○公司員工郭○○等六人，非專為系爭工程聘僱之人員，其等薪津支出係屬宏○公司固定之人事成本，另訴外人陳○○非僅系爭工程之專案人員，同時為高雄 SOGO 百貨公司工程專案人員，為原審確定之事實。果爾，郭○○等六人、陳○○雖非系爭工程之專案工作

人員，由宏○公司支薪，卻從事系爭工程遲延之管理工作，宏○公司謂其因此受有管理費用之損失，究竟何指？倘有不明，依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定，審判長自應闡明，令其敘明或補充之。原審竟以宏○公司未陳述其法律上或合約上之依據所在，而為其不利之論斷，亦屬可議。」

## 二、評析

當事人在訴訟程序中提出事實及證據而爭取對己有利裁判結果，舉證責任、心證公開及證據提出的闡明，實係相互影響而難以切割劃分，應隨著訴訟程序之進行過程而為適當之交叉闡明。

當事人主張權利，法官在訴訟程序中整理構成要件相關之待證事實並分配舉證責任後，當事人就其應負舉證責任的待證事實，未提出足夠的證據，或所提出的證據未臻完整等情況，法官應於訴訟程序中闡明當事人為補充，甚至以公開暫時性心證方式，提醒當事人應提出適當之證據補足法官之心證。不宜在當事人不知其所為證據提出行為尚不足以使法官產生何種心證，而法官亦未闡明該當事人就待證事實補充提出適當證據的情況下，逕為對該當事人不利之判決，使當事人對訴訟結果無可預期，發生突襲性裁判，更使當事人必須再行上訴主張權利並補充證據，徒然耗費當事人訴訟成本，無法讓紛爭利用一次程序予以解決，也耗損更多司法資源。

## 第四項 法律見解表明

適用法律屬於法院之職權，不受當事人表示法律意見之拘束。倘法院所持法律見解與當事人法律上之陳述不同時，審判長應將法律上之爭點曉諭當事人，並令其就法律見解為必要之陳述及作適當完全之辯論，以保障當事人程序上之正當權益，而避免產生適用法律之突襲。又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不知主張時，審判長應曉諭其得於該訴訟程序

中主張，以便澈底解決當事人之紛爭。至於曉諭後，基於處分權主義及辯論主義，原告欲主張何項法律關係，及是否為訴之變更或追加，應由該當事人斟酌其實體利益及程序利益決定之。

當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判之結果。為避免法官未經闡明逕行適用法律，而對當事人產生突襲性裁判，法院除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應命其就法律關係之爭點為必要之陳述及作適當完全之辯論。倘若未踐行此項闡明義務，使當事人各盡攻擊防禦之能事，逕取之作為判決基礎，即與民事訴訟法第 199 條第 1 項、第 2 項及第 296 條之 1 第 1 項之規定有違。是以，審判長為達成闡明之目的，應就訴訟之法律關係及其相關爭點向當事人為事實上及法律上討論及提出問題，並發問或曉諭，以促使當事人為必要之聲明、陳述或提出證據，而為適當完全之辯論，法官藉公開其認為重要之法律見解，促使當事人為必要之聲明、陳述或提出證據後，所為之判決，始能謂無訴訟程序之瑕疵。

## 壹、契約解釋

契約解釋可能因法律見解不同而有異，如當事人認為契約性質係買賣，而法官則認為係承攬，或契約條款約定係解除權條款或解除條件。是以當事人所持法律見解與法官不同時，法官自有曉諭當事人知悉，使其有補充訴訟資料之機會，避免突襲性裁判發生。

### 一、判決意旨

#### (一) 最高法院 99 年度台上字第 171 號判決

「探求當事人立約之真義，雖不應拘泥於契約之文字，但契約文字業已表明當事人真義，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。再所謂違約金，係當事人為確保債務之履行，約定債務人於債務不履行時應支付之金錢（民法第 250 條第 1 項參照），與買賣價金之返還，性質並不相同。本件被上訴人徐○隆、徐○豐已分別支付定金及簽約金 100 萬元、80 萬元予上訴人，乃兩造所不爭執。而系

爭流程表第 10 款約定：『有違約：加倍返還所受領之價金』，第 11 款約定：『倘 93 年 10 月 31 日無法交屋，每戶每月各罰新台幣伍萬元並累計計算』。依其文義觀之，其第 10 款似已指明上訴人違約時應返還者為上訴人已受領之『價金』，而非為違約金之約定（充其量僅超過已受領價金之部分具有違約金之性質），另第 11 款始為逾期交屋時應付懲罰性違約金之約定。至上訴人雖於 92 年 11 月 1 日簽發，到期日 93 年 12 月 31 日，金額各為 200 萬元、160 萬元之本票 2 張，分別交付被上訴人徐○隆、徐○豐，惟上述支票係作為履約保證之用，乃原審所認定之事實，尚不能執此推認系爭流程表第 10 款之約定係違約金之約定。否則，系爭流程表上不啻就雙方之買賣為雙重違約金之約定，且被上訴人另外猶可根據解除契約回復原狀之法律關係向上訴人請求返還價金，豈非有悖於交易習慣及誠信原則？本件被上訴人既陳明其係請求違約金，而非請求返還價金。原審竟未予推闡明晰，遽認系爭流程表第 10 款之約定屬違約金之約定，並進而為上訴人不利之論斷，自有可議。」

## （二）最高法院 98 年度台上字第 653 號判決

「買賣屬於財產契約，其標的在於移轉財產權；承攬屬於勞務契約，其標的在於完成一定之工作，兩者在性質及要件上並不相同。而適用法律屬於法院之職責，不受當事人所主張法律見解之拘束。故當事人所訂立之契約定性（性質）為何，法院應根據當事人所主張之原因事實認定後依職權適用法律，不受當事人法律陳述之拘束。本件兩造所訂立之系爭契約係由長○公司就系爭貨品，委由環○公司進行 OEM，且於基本交易契約書 5.1 就『產品保證』約定環○公司保證產品製造及工藝水準符合長○公司訂立之規格，並負保固責任，則當事人之意思究係重在系爭貨品財產權之移轉抑或工作之完成，關涉系爭契約之性質為何及應如何正確適用法律，案經發回，宜併注意透過闡明權之行使查明之。」

(三) 最高法院 98 年度台上字第 546 號判決

「上訴人請求審判之對象，乃其對被上訴人有無依系爭合約第 9 條約定返還其已給付工程款之請求權及有無逾期罰款請求權存在。至系爭合約第 9 條究係契約解除權之行使，或為契約終止之法律上理由，乃實體法上法律關係之主張，法院本不受當事人主張之拘束，法院如有疑義，亦應行使闡明權。惟原判決逕以系爭工程係垃圾棄置場之移除，捷○公司已完工 7 期並自上訴人處取得如附表所示各該期之工程款，縱捷○公司尚未完成全部工程，倘任上訴人得以該緣由行使解除權，則因雙方當事人於契約解除後互負回復原狀之義務，除上訴人可向捷○公司請求返還所受取之工程款，捷○公司亦可依其他法律關係請求上訴人返還所取得已完工部分之利益，而因已完工部分之價值估價不易，將使法律關係趨於複雜，系爭合約第 9 條雖約定上訴人得『解除』系爭合約，其性質應屬終止，即上訴人僅得終止未完成部分之合約，使系爭合約嗣後失其效力，始符公平原則等語，而將上訴人法律上之主張誤為訴訟標的，並以上述理由認為上訴人無契約解除權，駁回上訴人返還系爭已給付之工程款，即有將上訴人主張之法律上關係誤為訴訟標的，並受上訴人法律上主張拘束之違誤，以及違背闡明義務之違背法令情事，自有未洽。」

(四) 最高法院 96 年度台上字第 1874 號判決

「上訴人則以：被上訴人投標時所繳交之保證金為定金性質，而買賣契約因可歸責於被上訴人事由致不能履行，伊得依民法第 249 條第 2 款規定沒收之。又系爭機器之買賣契約因可歸責於被上訴人之事由而解除，被上訴人應負債務不履行損害賠償責任。被上訴人原以 6008 萬元得標，因契約解除，伊再行出售系爭機器僅得價金 5000 萬元，損失至少 1008 萬元，被上訴人自應賠償該損害，伊得沒收系爭保證金 1008 萬元等語，資為抗辯。…查原審固認系爭保證金不具有定金性質，上訴人無從依民法第 249 條第 2 款規定主張沒收，惟投標須知第 1 條規定，投標人應繳納保證金，未納保證金者，其投標無效。」

得標者，保證金抵沖價款，未得標者，由投標人當場簽章領回，原審依此規定既認被上訴人繳交系爭保證金目的在擔保契約之履行，則系爭保證金既有履行買賣契約擔保之性質，於被上訴人有違約不依約履行時，且上訴人確因而受有損害之情形，上訴人是否不得依債務不履行規定請求損害賠償，或依民法第 250 條規定，主張沒收系爭保證金？攸關被上訴人請求上訴人給付系爭保證金應否准許之問題。而上訴人辯稱系爭保證金業已沒收云云，雖援引民法第 249 條第 2 款之規定以作為依據，法院仍不應受其法律上陳述之拘束。系爭保證金既非定金，然其性質如何？原審未予澄清。若系爭保證金為損害賠償責任擔保或具違約金之性質，則上訴人除解約後再行出售系爭機器損失外，是否不得請求被上訴人賠償其他損害或以違約金而主張沒收？原審未行使闡明權，命上訴人聲明證據，並為完全之辯論，徒以前揭情詞，遽為其不利之判決，尚欠允洽。」

## 二、評析

契約條款解釋及契約性質認定，與後續法律適用密切相關，雖契約性質及契約條款解釋及適用屬法官依法審判之職權，惟為避免法官解釋契約、適用法律結果對當事人造成突襲，從訴訟程序當事人陳述中可獲知，契約條款解釋在當事人與法官之觀點有所不同時，法官宜以闡明方式曉諭當事人知悉，並使當事人有表示意見之機會，以避免發生突襲性裁判的結果。然此種法律見解之闡明，僅係保障當事人程序權利、避免對當事人發生突襲而為之，當事人所述法律見解，仍不能產生拘束法院之結果，自不待言。

## 貳、法律見解

法官依據法律作成裁判，不受當事人所主張之法律見解拘束，但法官與當事人所持法律見解有所歧異時，應曉諭當事人知悉，使當事人有表示意見機會，甚至與當事人進行法律見解之討論，避免對當事人發生突襲，削減法院裁判解決紛爭之目的。

## 一、判決意旨

### (一) 最高法院 99 年度台上字第 1769 號判決

「適用法律固屬法官之職責，惟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，法院應令當事人就法律爭點為必要之陳述及作適當完全之辯論，此觀民事訴訟法第 296 條之 1 第 1 項、第 199 條第 1 項、第 2 項之規定及其立法理由自明。故法院如依職權逕行適用當事人所未陳述或主張之法律時，審判長應將該法律上之爭點曉諭當事人，並令其就法律見解為必要之陳述及作適當完全之辯論，以保障當事人程序上之正當權益，而避免產生適用法律之突襲。本件被上訴人於事實審從未曾主張上訴人終止系爭租約，係屬權利濫用，原審依職權逕行適用權利濫用之規定（民法第 148 條第 1 項），卻未令當事人就該法律爭點為必要之陳述及作適當完全之辯論，亦難謂無違民事訴訟法第 296 條之 1 第 1 項、第 199 條第 1 項、第 2 項之規定。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非無理由。」

### (二) 最高法院 98 年度台上字第 2371 號判決

「就同一次股東會所生之爭執，其法律上之評價容有多種（不成立、不存在、得撤銷或無效），為貫徹紛爭一次性解決之原則，法院應透過闡明權之行使，予以徹底解決，以避免當事人之勞費。本件上訴人主張被上訴人召集系爭股東臨時會，並未以書面通知，亦未載明召集事由及改選董事、監察人事項，該股東會之召集程序違反公司法第 172 條第 2、4、5 項之規定，其決議應屬無效云云。原審則認為依公司法第 189 條之規定，其決議僅為得否撤銷之問題，尚非無效。則原審所持法律見解與當事人法律上之陳述不同，乃原審審判長未將此法律上之爭點及上訴人在實體法上得主張之法律關係曉諭當事人，即逕行駁回上訴人備位之訴，所踐行之訴訟程序，已不無重大瑕疵。」

### (三) 最高法院 98 年度台上字第 294 號判決

「次查原告起訴時，應依民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款表明及特定其訴訟標的，以確定法院審判之對象，並集中兩造攻擊防禦之焦點，俾促進審理之集中化。而所謂類推適用，乃因法律未備出現漏洞，以比附援引之方法加以填補之造法方式，與直接適用法律明文規定之情形有別，二者為不同之訴訟標的的法律關係。本件上訴人起訴或主張係類推適用民法第 425 條之 1 之規定，或主張係直接適用上揭規定，其所主張之訴訟標的並未特定，案經發回，宜併注意闡明之。」

## 二、小結

從當事人所述事實及證據調查結果，法官認為當事人所主張之法律適用有所不當，而應本於依法審判之職權適用正確法律之情況，為保障當事人程序上權利，仍應將法官所持法律見解曉諭當事人知悉，讓當事人有陳述意見機會，並可預期裁判可能發展方向，避免對當事人產生突襲性裁判的結果。

最高法院 98 年度台上字第 294 號判決中，就法律規定應直接適用或類推適用涉及訴訟標的特定之問題，認為事實審法院應注意闡明當事人特定訴訟標的為何。惟本文認為，應直接適用或類推適用法律規定的問題，經常有不同見解而備受爭議，具備法律專業知識之律師尚可能有不同見解，更遑論期待一般法律專業知識不足的人民分辨二者差異，難期當事人有為正確之法律主張的可能性。況本件上訴人起訴時既已表明係主張特定民法規定之權利，應認上訴人起訴時已盡特定訴訟標的之責任，至法律應直接適用或類推適用，應屬法官本其法律專業依法審判之範圍，雖於程序中應曉諭當事人其法律見解，以避免發生突襲性裁判，但並非特定訴訟標的之問題。

## 第六章 闡明之相關法律效果

### 第一節 法官迴避

法院係國家裁判權，作為解決人民糾紛之機構，法官均應秉持客觀中立之態度對案件進行審判，然而法院職員係自然人所組成，難免有受情感上作用影響之可能，為使當事人對於法院裁判具有信賴感，法律設置迴避制度。<sup>323</sup>

法官在一定情形下，若使當事人產生偏頗之觀感，會損及當事人對法院裁判之信賴感，使當事人提起民事訴訟以解決私權紛爭之目的無法達成。民事訴訟法第 32 條、第 33 條設有法官迴避規定，即係在法官中立性因具體情況使當事人產生質疑，即當事人認法官執行職務有偏頗之虞（Besorgnis der Befangenheit）時，讓法官有自行迴避或由當事人聲請法官迴避之機制。

#### 第一項 學說見解

法官闡明權之行使，雖受個案情況及法官指揮訴訟採取態度影響，但法官闡明權行使若逾越應有範圍，有礙其中立性之形象，則可能損及當事人對裁判之信賴。若當事人認為法官闡明權之行使，有偏頗一造當事人之情事，應係依民事訴訟法第 33 條第 1 項第 2 款規定聲請法官迴避。

學說上認為，雖闡明權之行使為法官訴訟指揮權之一部，但法官之闡明，若已足使法官成為一造當事人之法律顧問，而由聲請法官迴避的當事人角度理性、客觀評價，已構成「足以造成當事人對法官公

---

<sup>323</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009 年 7 月，五版，頁 77；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民，2009 年 11 月，七版，頁 126。

平性之不信任」(Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters)，且非當事人主觀之臆測，即應構成法官迴避之事由，當事人得據以聲請法官迴避。<sup>324</sup>另學說上有認為法官非偏頗性要求為法治國憲法的基本原則，因此法官迴避事由中關於法官是否違反其非偏頗性要求，應從法官之行為是否使當事人喪失信賴之觀點判斷之，<sup>325</sup>係從憲法上法官中立性要求之角度出發，實與前揭見解採類似之觀點。有學說進一步認為，法官所為闡明行為應適當節制，始能維持司法公信力，法官因逾越闡明界限經聲請迴避，並經合議庭認為該當迴避事由者，應依情節輕重送自律懲戒。<sup>326</sup>

而當事人就法官之過度闡明，亦得依民事訴訟法第 197 條、第 201 條提出異議，法院就其異議所為之裁定，為訴訟中之裁定，當事人雖不得為抗告，但當事人得於上訴時一併聲明不服，請求上級法院一併為審查(民事訴訟法第 438 條、第 483 條)；但當事人對於第一審之闡明逾越所為異議或不服，第二審法院不得據此作為撤銷發回之依據，被闡明之當事人所為之訴訟行為仍有效，蓋不能因法院之不當闡明而使被闡明而提出訴訟資料之當事人喪失提出訴訟資料之機會，僅他造當事人得再為補充而已，<sup>327</sup>若該審級已為判決，應讓上訴審廢棄原判決，重新給予他造當事人在該審級的防禦機會，始為恰當。<sup>328</sup>

惟法官因對一造當事人過度闡明造成中立性破壞構成當事人聲請迴避事由時，依闡明而為訴訟之訴訟行為效力仍不能被否定，因此學說上亦有認為該訴訟救濟並無實益，甚至可能在更審中，給予他造當事人防禦之機會實際上亦無法期待，蓋此種闡明通常是訴訟中重要的爭點或影響勝敗至鉅的決定性爭點，即使給予他造當事人防禦機會，再逆轉也極其困難，因此法官對一造當事人的過度闡明，實際上並無有效的救濟方法。因此，法官行使闡明權時，即應注意維持其中立性

<sup>324</sup> 吳從周，闡明時效抗辯與法官迴避—瀏覽與備忘二〇〇四年以來德國學說與實務見解的最新發展一，台灣本土法學雜誌第 75 期，2005 年 10 月，頁 166-167。

<sup>325</sup> 劉明生，消滅時效抗辯闡明之研究，法學新論，第 22 期，2010 年 5 月，頁 115-116。

<sup>326</sup> 姜世明，法官迴避，台灣法學，第 122 期，2009 年 2 月 15 日，頁 107。

<sup>327</sup> 呂太郎，民事訴訟法之基本理論(二)，元照，2009 年 6 月，初版一刷，頁 99。

<sup>328</sup> 本間義信，釈明權，民事紛争の解決と手続—佐々木吉男先生追悼論文集，信山社，頁 171。

地位，勿使過度闡明之偏頗情形發生，將更為重要。<sup>329</sup>

## 第二項 實務見解

### 一、最高法院 69 年台抗字第 457 號判例

「民事訴訟法第 33 條第 1 項第 2 款規定推事有應自行迴避而不自行迴避以外之情形，足認其執行職務有偏頗之虞，據而聲請推事迴避者，應以推事對於訴訟標的有特別利害關係，或與當事人之一造有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形客觀上足疑其為不公平之審判者為其原因事實，若僅憑當事人之主觀臆測，或不滿意推事進行訴訟遲緩，或認推事指揮訴訟欠當，則不得謂其有偏頗之虞。」

### 二、最高法院 97 年度台抗字第 69 號裁定

「受命法官於法庭中進行訴訟程序之繁簡或曉諭闡明法律關係之盡責與否，乃其指揮訴訟是否得宜之問題，非可遽謂其執行職務有偏頗之虞。原裁定認抗告人主張之事由，不合於民事訴訟法第 33 條第 1 項第 2 款規定之情形，因而駁回其聲請，經核於法洵無違誤。」

### 三、最高法院 96 年度台抗字第 457 號裁定

「依聲請人所提民國 96 年 5 月 1 日言詞辯論筆錄所載，均係審判長命當事人就事實、證據為陳述，及闡明法律關係等等，核屬審判長指揮訴訟進行之職權，難認有何偏頗之處，即令聲請人所稱各節屬實，揆諸前揭說明，亦無不同，自不能認為有聲請迴避之原因。」

## 第三項 分析檢討

綜上實務見解觀之，我國實務見解似以法官闡明權之行使，屬法

<sup>329</sup> 本間義信，釈明權，民事紛争の解決と手続—佐々木吉男先生追悼論文集，信山社，頁 171。

官訴訟指揮權之一環，因此縱然發生法官對一造當事人過度闡明的情形，亦屬法官訴訟指揮權行使適當與否的問題，不能認為屬執行職務客觀上有偏頗之虞，而構成當事人聲請法官迴避的事由。

然而本文認為，法官闡明權的行使屬實質訴訟指揮（Materielle Prozessleitung）的一環，為法官訴訟指揮的重要方法。而法官闡明權的行使對當事人訴訟結果亦影響甚鉅，除了如前述應注意闡明發動的「端緒」要求之外，對於法官不當的闡明，自應賦予當事人有救濟的機會。

法院作為當事人糾紛的仲裁者，其中立性的維護至關重要，亦是當事人將私權糾紛提交法院解決的根本基礎，若法院的中立性形象無從維持，其對當事人紛爭所作成的判斷，自難讓當事人產生信賴感，法官迴避制度建立亦因而產生。

當法官對一造當事人有過度闡明之情事，對於不具「端緒」之事項向該當事人為闡明，致使該造當事人獲得有利訴訟結果的重要利器，將使法院過度介入當事人的私權糾紛，發生影響兩造訴訟上武器平等的地位，足使他造當事人對法官的中立性質產生動搖及不信任，若該法官參與裁判結果的作成，將使當事人難以信服。因此，本文認為在此情況下，仍應給予他造當事人聲請法官迴避的機會。

雖然因法官的不當闡明而為有利訴訟行為的當事人，其訴訟行為不能因法官的闡明權行使失當而失其效力，使該當事人承擔法官訴訟指揮失當的不利後果；但他造當事人得據此聲請法官迴避，較能平復其對訴訟程序公平性的質疑，而由其他更能讓兩造當事人皆信賴的法官參與審判工作，儘量確保他造當事人在後續訴訟程序中有相對應的防禦機會，並避免再度發生偏頗一造當事人的闡明行為，繼續損害兩造當事人的訴訟上平等地位。

法官對一造當事人過度闡明，應以法官逾越闡明權發動之界限，即在一造當事人陳述中毫無「端緒」情況下對其為闡明，此情況已足認非他造當事人的主觀臆測而已，而足以構成有客觀偏頗之情事，得為聲請法官迴避之事由。將法官過度的闡明列為當事人得聲請法官迴避的事由，不僅讓他造當事人有平衡對法官中立觀感不佳的空間，使

其取得後續適當的防禦機會，並可藉此對法官發生警惕作用，提升法官對於闡明權適當行使及闡明權發動「端緒」的重視，避免此類不當的闡明在訴訟程序中發生而損及民訴訟程序解決當事人紛爭的目的。

而法官因逾越界限為闡明行為，致遭當事人聲請迴避，經合議庭裁定該當迴避事由者，應可列入統計數據作為內部自律懲戒之依據；惟闡明行為在民事程序中每個環節均可發生，隨時考驗法官對闡明行為適當性之判斷，在動態之訴訟程序中恐難免偶生違誤，故在自律懲戒此類闡明逾越界限之行為時，尤應注意法官主觀情節輕重及在個案中影響程度而妥為評價，不宜讓可容許之偶發輕微違誤與重大逾越闡明界限行為等價懲處，否則將使民事庭法官承擔過鉅之風險，甚至使法官對闡明義務採取較保守、消極態度，反使擴大法官闡明義務以保障人民訴訟上權利之立法目的無從實現。

## 第二節 失權效

民國 89 年民事訴訟法修正第 199 條並增訂第 199 條之 1 的闡明相關規定，係為擴大訴訟解決紛爭及防止突襲性裁判，將使法官闡明義務及於事實及法律部分。本次修法時，亦同時修正民事訴訟法第 195 條規定，使訴訟中攻擊防禦方法之提出改採適時提出主義，搭配法官闡明義務之擴大，藉以讓當事人在適當之時期提出攻擊防禦方法，避免訴訟拖延而影響當事人受適時審判權利。

### 第一項 法理依據

實體權利的實現可能與失權制度的運用產生對抗之點，而憲法所保障訴訟上當事人的聽審請求權、武器平等權、恣意禁止原則與過量禁止原則等憲法基本價值，亦可能與失權制度及運用發生緊張關係。<sup>330</sup>故當事人遲延提出攻擊防禦方法之行為，必須成為使訴訟延滯之單獨原因，始得將該遲延提出之攻擊防禦方法予以駁回；反之，若訴訟延滯係法院失誤行為（如闡明義務之違反）或其他第三人行為（如證人不到庭）所致，則不應發生失權之效果。<sup>331</sup>

民事訴訟目的係在解決當事人間私權紛爭，因此私法交易過程的規範，在民事訴訟程序中亦應有適用空間。私法上，在可期待權利人適時行使權利而未行使，致相對人有正當理由對該權利不行使發生信賴時，依誠信原則該權利即失效，嗣後不得再行使；在訴訟程序中，除必須確保當事人之程序主體權及聽審請求權外，同時應保護他造當事人受適時審判之權利，於可期待當事人適時提出攻擊防禦方法而未

<sup>330</sup> 姜世明，新民事證據法論，2001 年 9 月，初版，頁 370-371。

<sup>331</sup> 論遲延提出攻擊防禦方法之失權研討會，法官協會雜誌，第 2 卷第 2 期，2000 年 12 月，頁 210-211。

提出者，他造當事人亦有正當理由信賴其已不為提出，亦非不得就延滯訴訟之攻擊防禦方法提出加以限制，使其發生攻擊防禦方法的失權效果。換言之，攻擊防禦方法之失權效，係當事人違反所負擔之訴訟促進義務所科處之制裁。<sup>332</sup>

民國 89 年修法後，民事訴訟法第 196 條第 1 項及第 2 項規定：「攻擊或防禦方法，除別有規定外，應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前適當時期提出之。當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之。攻擊或防禦方法之意旨不明瞭，經命其敘明而不為必要之敘明者，亦同。」此係以當事人對他造所負依誠信原則進行訴訟之義務及訴訟促進義務，以合理分配司法資源，達成訴訟經濟之目的，並兼顧保障人民實體利益及程序利益，亦即在追求客觀真實之外，應衡平兼顧促進訴訟、追求程序上利益的要求，而課予當事人適時提出攻擊防禦方法的義務，以限制當事人攻擊防禦方法提出之時期，防止訴訟拖延的情況發生。

333

## 第二項 失權效與闡明義務

適時提出主義之貫徹，必須以法院之適當闡明為前提，民事訴訟法第 199 條第 1 項規定，法官應讓當事人為「適當」完全之辯論，即應包括適當時期及適當內容在內；若當事人逾時提出攻擊防禦方法，係導因於法官未盡闡明義務，則不得使該逾時提出之攻擊防禦方法發生失權之效果。<sup>334</sup>蓋透過法官適時之闡明，始能明確化當事人之行為義務，使逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁更有其正當性，並避免無益程序的進行致生延滯程序問題。因此，法院於行使適時提出攻擊防

<sup>332</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 302-304。

<sup>333</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 304-307。

<sup>334</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 334-335；姜世明，新民事證據法論，2001 年 9 月，初版，頁 393-395。

禦方法之闡明時，應注意公開心證，使當事人有陳述法律意見之機會，就未注意而應予提出之攻擊防禦方法為補充的機會，免於受逾時提出之失權制裁。<sup>335</sup>

在法官已盡闡明義務，妥為訴訟指揮權之行使後，已足以保護當事人適時提出之權利及維持兩造實質武器上平等，則對於違反訴訟促進義務而逾時提出攻擊防禦方法的當事人，若不就其可歸責行為施以制裁，仍允許其未適時提出的攻擊防禦方法被提出，不僅延滯訴訟，且造成他造當事人的程序上不利益，尚影響司法資源之分配問題，減少一般人使用法院之機會。<sup>336</sup>

要課予當事人失權之結果，原則上必須當事人行為有與誠信原則相違或足以致程序進行有失公平的情形，始有失權之正當基礎。<sup>337</sup>在攻擊防禦方法提出的「適當時期」已透過法官闡明義務而具體化、明確化後，當事人即負有適時提出的訴訟行為責任，法官愈能經由適切的闡明使當事人獲悉提出事證資料或主張權利的機會，則對不適時提出攻擊防禦方法的當事人，愈有使其遭受失權制裁的正當化基礎。<sup>338</sup>法官向當事人為適時提出攻擊防禦方法的闡明時，應向當事人諭知可能之法律效果（即失權效）；法院並應於有意將當事人所提攻擊防禦方法以失權效駁回時，事先讓遲延提出攻擊防禦方法之當事人知悉。<sup>339</sup>

最高法院 96 年度台上字第 2521 號判決謂：「民事訴訟法第 276 條第 1 項、第 447 條第 1 項明定，當事人未於準備程序主張之事項，除有同條項但書各款所列之情形外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之，及除有第 447 條但書各款所列之情形外，當事人於第二審

<sup>335</sup> 顏銀秋，訴訟促進義務與逾時提出攻擊防禦方法之失權—以第一審訴訟程序為中心，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2009 年 6 月，頁 46-48；許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 340。

<sup>336</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 341。

<sup>337</sup> 沈冠伶，一部請求之判決對於餘額請求之效力—最高法院八十九年度台上字第七一號判決評釋—，台灣本土法學雜誌，第 31 期，2001 年 2 月，頁 84。

<sup>338</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 63。

<sup>339</sup> 姜世明，論遲延提出攻擊防禦方法之失權，法官協會雜誌，第 2 卷第 2 期，2000 年 12 月，頁 190-191。

不得提出新攻擊或防禦方法。就當事人未依規定盡適時提出及促進訴訟義務者，使生失權之效果，惟此影響當事人權益甚大，故法院於判斷當事人之提出權是否存在，決定駁回與否之前，自應盡其闡明義務。」本則實務見解亦揭示，法官應在以失權效駁回當事人所提攻擊防禦方法之前，曉諭當事人知悉所面臨的法律效果；法官應盡其闡明義務後，始能課予當事人攻擊防禦方法失權之制裁，避免不當波及當事人訴訟法上及實體法上權利的行使。

法院為失權之決定前負有義務，應使遲延提出攻擊防禦方法之當事人有表示意見之機會，使當事人就其可歸責性表示意見。<sup>340</sup>此為德國民事訴訟法第 103 條第 1 項合法聽審權保障之規定下，法官於訴訟程序中，欲課予當事人遲延提出攻擊防禦方法之失權效果，不允許其為逾時之提出，本即應為此曉諭之行為，且應使當事人知悉因失權可能面臨之法律效果，當事人並依合法聽審權之保障，而有陳述意見之機會，尤其就其遲延提出是否具有可歸責事由，法官應使當事人有陳述意見之機會，一方面固然可保障當事人之合法聽審權，另一方面亦使法官透過當事人之意見陳述，可斟酌是否有欠考量之點，避免作出不當之失權決定。

另新法增訂第 199 條之 1 第 1 項及第 255 條第 1 項第 1 款後，訴訟標的變更、追加之容許性已被列屬兩造當事人得行使處分權（選擇權）之範疇（亦即當事人被承認就訴訟標的之變更或追加有相當之主導權），而非可任由法院引據適時提出主義（第 196 條）而駁回追加變更新訴之聲請。亦即，第 199 條之 1 第 1 項及第 255 條第 1 項之規定，乃係以盡可能避免另開新程序審判新請求致浪費司法資源或過度使當事人蒙受程序上不利益為指向，而不同於第 196 條第 1 項採行適時提出主義之規定，係因為受適時提出主義限制逾時提出之攻擊防禦方法，通常既無被當事人據以獨立起訴而另開新程序致生浪費司法資源之虞，亦不需特別面對當事人（原告）就新請求通常應受保障訴訟

<sup>340</sup> 論遲延提出攻擊防禦方法之失權研討會，法官協會雜誌，第 2 卷第 2 期，2000 年 12 月，頁 190-191。

權之問題。<sup>341</sup>然若當事人一再變動其訴訟上請求已達於「提訴權濫用」之情形者，受訴法院應以第 249 條第 1 項第 6 款裁定駁回之。<sup>342</sup>

### 第三項 律師代理與失權效

我國民事訴訟程序第一、二審並未採強制律師代理，因此在課予當事人攻擊防禦方法失權效果的制裁時，尤應考慮當事人法律知識是否充分的問題。<sup>343</sup>蓋法官行使闡明權亦有維護當事人間實質武器平等的目的存在，若一造當事人委任律師代理遂行訴訟，他造當事人則未委任律師而由本人遂行訴訟，法官對於本人訴訟的當事人更應善加闡明，不宜過度強用失權規定，必待該當事人經充分闡明後仍拖延訴訟程序而違反訴訟促進義務時，始能適用失權規定加以制裁。<sup>344</sup>

而當事人若有委任律師代理進行訴訟，經法官闡明仍未適時提出攻擊防禦方法，致發生失權效果，終致訴訟的不利益結果，該訴訟代理人之律師有可歸責事由或過失行為者，則該律師被訴請賠償損害之機率亦增加。<sup>345</sup>

#### 壹、實務見解意旨

##### 一、最高法院 96 年度台上字第 325 號判決

「按現行民事訴訟法為建立金字塔型之訴訟制度，以期達成司法追求效率，並促使當事人重視第一審程序之目的，特規定除個案有特別情事致嚴重影響公平正義外，當事人在第二審程序不得提出新攻擊或防禦方法，觀諸民事訴訟法第 447 條第 1 項之規定即明。查原審先

<sup>341</sup> 邱聯恭於民訴研討會第 101 次研討會，所提出之書面意見，民事訴訟法之研討（十六），頁 278-279。

<sup>342</sup> 邱聯恭，程序利益保護論，三民，2005 年 4 月 10 日，初版，頁 245。

<sup>343</sup> 姜世明，論遲延提出攻擊防禦方法之失權，法官協會雜誌，第 2 卷第 2 期，2000 年 12 月，頁 227。

<sup>344</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 387-388。

<sup>345</sup> 邱聯恭，爭點整理方法論，三民，2001 年 11 月 10 日，初版，頁 281。

則認定被上訴人於第二審始提出時效抗辯之新防禦方法，如不許其提出顯失公平，爰予准許云云。但就如不許被上訴人於第二審提出時效抗辯之新防禦方法，何以顯失公平乙節，既未於判決理由項下加以闡述，已嫌疏略。繼又認定被上訴人為國內工程專家，時有工程款糾紛，應足認定其於 91 年 6 月 14 日發予上訴人之存證信函，係明知時效完成之事實而承認上訴人 41 萬 2597 元請求權存在，而此承認可認為係拋棄時效利益之默示意思表示云云，亦有判決理由前後矛盾之違誤。再者，本件上訴人請求之款項，除工程尾款及保留款外，尚包含履約保證金，而履約保證金之請求權時效得否適用民法第 127 條第 7 款關於承攬報酬請求權之 2 年時效期間，尚非無研求之餘地。乃原審未詳加推闡明晰，即以上揭情詞遽認上訴人之工程款請求權已罹於時效消滅，進而為其不利之認定，自嫌速斷。」

## 二、臺灣高等法院高雄分院 93 年度重上字第 12 號判決

「按依民事訴訟法第 447 條第 1 項前段規定，除當事人釋明有同條項但書各款所列情形外，並不得再行提出新攻擊或防禦方法。本件上訴人於原審審理時，並未提出時效消滅之抗辯，而係於上訴本院後始行提出，並主張符合該條項第 6 款『如不許其提出顯失公平者』之要件。但上訴人於原審收受起訴狀後第一次言詞辯論期日時，即委任具法律專業之律師為訴訟代理人，並就相關之法律及事實爭執為主張或抗辯，且於第一審審理之 1 年 6 個月期間內均未為時效消滅之抗辯，則其於上訴後始行提出此項抗辯，相較於民事訴訟法採行及時提出攻防證據資料之意旨，並參酌時效抗辯在法律效果上係絕對之抗辯（使他造之請求權因而完全無法滿足），尚難認上訴人此時再為提出，有符合該款項之要件。」

## 貳、分析與檢討

### 一、實務見解分析

最高法院 96 年度台上字第 325 號判決之事件，在第一審程序中

兩造即已委任律師遂行訴訟，律師對時效抗辯此類影響訴訟結果重大且甚為明顯之防禦方法不知提出，卻第二審始提出時效抗辯之防禦方法，第二審判決中亦未交待有何顯失公平情事而允其提出，確有不妥之處。是本件上訴到最高法院後，最高法院認為第二審允許該時效抗辯之防禦方法提出，有欠妥適且未交待理由並不洽當，本文亦贊同。

而臺灣高等法院高雄分院 93 年度重上字第 12 號判決即強調，當事人從第一次言詞辯論時即已委任具法律專業知識的律師代理進行訴訟，程序經 1 年 6 月均未提出時效消滅抗辯作為防禦方法，因認不應允許其在第二審程序中再提出該攻擊防禦方法，即該攻擊防禦應發生失權效果。

然本件上訴至最高法院後，最高法院 96 年度台上字第 2150 號判決則稱：「時效抗辯，係義務人因權利人長期間不行使其權利，因一定期間經過，得對權利人之請求拒絕給付之抗辯權，必權利人之權利存在，義務人始有為時效抗辯必要。義務人於訴訟上對權利人主張之權利存否仍有爭執，然為避免受敗訴判決，自得提出時效完成之預備抗辯以為防禦方法。此項防禦方法，除經兩造於爭點整理程序協議捨棄，或經法院闡明後因故意或重大過失仍不為提出外，其於事實審言詞辯論終結前適當時期提出者，法院應不得駁回其提出。查兩造並未於第一審達成上訴人捨棄時效抗辯之協議，亦未就權利經過期間為陳述，第一審法院無從闡明有無時效抗辯真意，而上訴人對第一審敗訴判決提起第二審上訴，已於 93 年 5 月 19 日提出準備書（一）狀為時效完成之預備抗辯，且另具狀說明未於第一審為抗辯，與訴訟之延滯無因果關係，及被上訴人於原審準備程序期間有相當機會可為中斷時效之主張及提出證據，若不許其提出，顯有失公平云云，原審經多次準備程序期日後，至 95 年 11 月 28 日始終結言詞辯論期日，得否認上訴人未盡訴訟促進義務而不許其提出時效抗辯之防禦方法，自值推敲。」似認為第二審應有允許當事人提出時效抗辯之空間。

惟本文認為第一審中既無「端緒」可供法官就時效抗辯部分為闡明之空間，自無法官違背闡明義務之問題存在，而當事人既從第一審第一次言詞辯論時即已委任律師代理進行訴訟，律師本於其充分之法

律知識，自應盡其所能適時為其當事人為各種防禦主張，且時效抗辯為顯而易見之防禦方法，卻仍遲至第二審程序始提出時效抗辯之主張，難謂無遲延提出之問題。故第二審高等法院高雄分院以該時效抗辯之攻擊防禦方法並非適時提出而為失權之處理，應更符合失權制度之目的，足以避免當事人以輕忽態度進行訴訟，甚至故意或重大過失而遲延提出攻擊防禦方法，至訴訟程序無端被拖延，耗費訴訟資源，更使兩造當事人均支出無謂之訴訟成本。

## 二、本文見解

我國未全面採行強制律師代理制度，於本人訴訟情況下，當事人之法律專業知識不足，於是否要讓當事人遲延提出之攻擊防禦方法發生失權效力，法官於訴訟程序妥速、順利進行與當事人提出對其有利之攻擊防禦方法的訴訟及實體權利保障間，陷入是否發動失權相關機制的兩難。

對此，本文認為應以當事人本人訴訟下的當事人本人，及律師代理訴訟下的訴訟代理人即律師，具備不同程度的法律專業知識的基礎上，考慮其有無適時提出該攻擊防禦方法的期待可能性，作為是否應科以失權制裁的差別考慮標準。若當事人本人訴訟之本人，對於該法官認為重要的攻擊防禦方法，並無適時提出的期待可能性，則法官應依據其陳述中之「端緒」盡闡明義務後，始有以其已有適時提出攻擊防禦方法的期待可能性，而考慮適用失權效果駁回其逾時提出的攻擊防禦方法的正當基礎。

詳言之，在當事人本人訴訟時，法官若於訴訟程序中闡明當事人提出具體之證據，當事人仍遲延提出，即應認為當事人主觀上即具有可歸責事由，且尚不涉當事人法律專業能力不足而不知提出的問題，當事人應為其訴訟行為負自己責任，法官較能課予失權效果之制裁。若法官雖闡明當事人提出其他事實或證據，而當事人逾越適當時期後始提出新的攻擊防禦方法，則法官此時應考量當事人之法律知識是否足以在適當時期即提出此攻擊防禦方法，若當事人於本應提出該攻擊防禦方法之適當時期，尚不能知悉有提出該攻擊防禦方法之必要，則

不能認為當事人具有主觀上之可歸責性，不應使當事人因其法律專業知識不足而受失權效力之制裁；反之，若當事人於法官闡明其提出其他攻擊防禦方法時，即應可意識到有提出該攻擊防禦方法之必要，且法官亦已賦予其適時提出之機會，而當事人因故意或過失未於該適當時期提出時，即應認為當事人之逾時提出具有可歸責性，法官使當事人陳述意見後，仍不能認為當事人有合理之遲延提出理由時，即應使當事人承擔其逾時提出攻擊防禦方法的訴訟行為負自己責任，不允許當事人提出該攻擊防禦方法。

在律師代理訴訟情況下，本應較能期待律師於法官闡明之適當時期提出攻擊防禦方法，以盡當事人促進訴訟之義務，法官應能妥適利用失權制度，以發揮失權制度使訴訟程序妥速進行、避免拖延之目的，使當事人之適時審判請求權亦受保障。惟我國律師責任制度尚欠完備，實務上甚少有當事人對於律師未盡職業上應有之注意義務，因而發生不利益之訴訟結果為求償之案例，而律師之自律上對此亦難有所制裁，兼之律師素質參差不齊、配合度不一，法官對於律師疏失而未於適當時期提出攻擊防禦方法而考慮發動失權制度時，往往可能發生不忍令當事人承擔律師疏失之訴訟上不利益。

惟本文認為，在律師訴訟情形下，律師於訴訟程序中經法官闡明後，因疏失而未適時提出攻擊防禦方法，法官本得依失權制度之意旨，不准其逾時提出攻擊防禦方法，此等律師未盡其注意義務之風險，本屬當事人所應承擔之風險，法官本不應因不忍當事人承擔律師之疏失而為不同之處置，否則將使他造當事人蒙受其逾時提出攻擊防禦方法之突襲，且不啻使律師可逃避其職業專業上應盡之注意義務且可不負委任契約上之違約責任，徒使律師素質提升困難、律師責任制度更加難以建立，律師因此而以輕忽態度為當事人遂行訴訟，長此以往將造成更嚴重之後果，對人民之訴訟權利保障形成缺口，更遑論讓失權制度發揮其應有之制度目的。

而當事人既已委任律師代理訴訟，則律師應盡其職業上之注意義務，妥善為當事人遂行訴訟，若於遂行訴訟過程中有故意或過失而使當事人蒙受不利益，當事人本得依委任契約向律師求償，不能因實務

上當事人依委任契約向律師求償之案例不多，而認為相對於逾時提出攻擊防禦方法當事人之他造當事人，應承擔對造律師疏失之不利益而受突襲，無法獲得公平之審判程序及裁判結果；更不應由法官承擔本可將終結之審判程序，因當事人律師之疏失而將程序拖延，終致使司法資源無端耗損之結果，他造當事人亦因此承擔訴訟程序耗費更多勞力、時間及費用支出不利益。



### 第三節 闡明義務與判決效力

民國 89 年民事訴訟修正方向，主要係以達成集中審理為目的，以便利當事人使用訴訟制度、預防紛爭之發生或擴大、擴大訴訟制度解決紛爭之功能、促使訴訟妥適進行及疏減訟源，藉以保障當事人財產權、平等權及訴訟權等實體及程序上基本權利，促使紛爭儘可能利用一次訴訟程序獲得解決，並合理分配司法資源。<sup>346</sup>

為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，本次修法特別針對法官闡明義務為諸多修正，包括訴之變更、追加、提起反訴、事實上或法律上主張不明瞭或不完全之闡明等法官闡明相關規定之增訂，以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，並擴大訴訟制度解決紛爭之功能，便於當事人得利用同一訴訟程序澈底解決紛爭。<sup>347</sup>又得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長理應曉諭原告得於該訴訟程序中併予主張；被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，為達成一次訴訟解決有關紛爭之目標，並利於被告平衡追求其實體利益與程序利益，審判長亦應適時行使闡明權。<sup>348</sup>

#### 第一項 重複起訴原則與別訴禁止

##### 壹、重複起訴禁止之法理根據

民事訴訟法第 253 條規定：「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴。」本條規定為民事訴訟法中關於重複起訴禁止

<sup>346</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 227。

<sup>347</sup> 民事訴訟法第 199 條修法理由。

<sup>348</sup> 民事訴訟法第 199 條之 1 修法理由。民事訴訟法第 255 條、第 259 條亦有相類似之擴大紛爭解決功能，使紛爭利用一次訴訟程序解決之目的。

之規定，係為避免增加被告應訴之煩，防止法院為重複審理之不經濟，及預防就同一事件產生互相矛盾之判決。<sup>349</sup>就後二者而論，均具有公益性質，重複起訴禁止原則非當事人所能合意排除，即縱使原告之重複起訴係經被告同意，亦不能排除重複起訴禁止規定之適用。<sup>350</sup>

首先就避免被告重複應訴之問題，因訴訟係由原告提起，原告為保護其實體上權利而起訴，為公平保護被告程序上利益，自亦不能無謂增加被告應訴之煩，使其為應訴而耗費不必要之勞力、時間、費用支出，故對於原告濫用訴權，將相同紛爭重複起訴時，即應排除不必要之後訴訟，以維持兩造間之武器平等，不能使被告恆居於不利之地位，故而民事訴訟法設有重複起訴禁止之規定。<sup>351</sup>

其次為避免法院就同一紛爭事件發生矛盾裁判而言，因民事訴訟程序縱於處分權主義、辯論主義下，原則上由當事人決定訴訟之提起及審判之內容，但因當事人於訴訟程序進行中，攻擊防禦提出方法不同或遂行訴訟程序程度有異，若由不同法院作成裁判，仍有諸多發生裁判結果之可能，自屬不宜。蓋訴訟程序係為解決當事人紛爭而設，為達成統一解決紛爭之要求，實應避免裁判歧異之情況發生，始能確保人民對於法院裁判之信賴，以發揮民事訴訟解決當事人紛爭之功能。<sup>352</sup>

末就避免法院重複審理之不經濟而論，訴訟經濟原則之維護，不僅為保障當事人利用訴訟程序結果不會徒增程序上不利益，亦因司法資源有限而具有集團現象，為合理分配於集團性的訴訟事件，使人民均能公平接近使用法院，必須防止法院就同一事件進行雙重審判，以致浪費法院勞力及費用，延滯其他事件之處理，而發生未合理分配司法資源之結果。<sup>353</sup>

本文認為，重複起訴之情況，使相同紛爭因先後提起訴訟而可能

<sup>349</sup> 駱永家，民事法研究 I，自版，1999 年 3 月，八版，頁 25。

<sup>350</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 233-234。

<sup>351</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 232。

<sup>352</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 232-233。

<sup>353</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 233。

發生歧異裁判時，亦會增加原告於同一事件前訴訟敗訴時，重複再行起訴之動機，以圖僥倖取得不同之訴訟結果，此不僅無益於解決當事人之紛爭，使民事訴訟程序失其存在之意義，反成為紛爭之源，浪費司法資源；同時被告將遭受重複應訴之煩及實體、程序權利不受保護之結果，使被告實體上權利淪為不穩定之狀態，訴訟外財產無謂耗費支出，其因受原告重複起訴而必須無限應訴之結果，亦使其喪失訴訟程序中與原告相對之平等地位，實已無異侵害被告憲法上所保障之財產權及訴訟權。

## 貳、別訴禁止與闡明

傳統學說見解就民事訴訟法第 253 條重複起訴禁止之「同一事件」認定，均以訴之三要素為判斷基準：當事人同一性、訴訟標的同一性、訴之聲明相同相反或可代用。<sup>354</sup>另有學說認為，尚應加入原因事實相同始屬之。<sup>355</sup>

於舊訴訟標的理由之下，若當事人於前訴本可主張之權利而未為主張，即非法院審判之對象，若以之另行提起後訴訟，即非同一事件，並無重複起訴禁止之適用。<sup>356</sup>惟此見解若考慮上開所提及重複起訴禁止原則之法理依據，或有討論之空間。重複起訴禁止原則係為避免增加被告應訴之煩，防止法院為重複審理之不經濟，及預防就同一事件產生互相矛盾之判決，若原告於前訴訟中本得以訴之變更、追加方式主張之權利，或被告得以反訴方式主張之權利，若採前開說法，認為原告或被告未於前訴訟中主張該權利，均得另行提起後訴訟，實與民事訴訟訂立重複起訴禁止原則之目的不符，亦有悖民事訴訟法修法以擴大訴訟制度一次解決當事人紛爭之目的。<sup>357</sup>

是以，學說上有認為，前後兩訴之基礎事實同一，或其他符合民

<sup>354</sup> 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民，2009年7月，五版，頁278-288；駱永家，民事法研究I，自版，1999年3月，八版，頁25-29。

<sup>355</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2000年11月，頁331-334。

<sup>356</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2000年11月，頁331。

<sup>357</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁243-244。

事訴訟法第 255 條第 1 項但書、第 259 條規定，得為訴之變更、追加及反訴之情況，而經法院行使闡明權，使當事人得於前訴訟程序中主張其權利，即原告有為訴之變更、追加之機會，被告有為反訴之機會，當事人若無正當理由而未於前訴訟中主張其權利，卻別訴主張該權利時，應認為後訴訟即無訴之利益，應類推適用重複起訴禁止之規定(民事訴訟法第 253 條、第 249 條第 1 項第 7 款)，將別訴之後訴訟裁定駁回。<sup>358</sup>蓋法院對當事人為訴之變更、追加及反訴之闡明，即已公平賦予當事人合併審判之機會，以維護武器平等原則，並保障適時審判請求權，故禁止其別訴，並無侵害當事人訴訟上權利之虞，並可達重複起訴禁止規定之立法目的，並達到民事訴訟修法後擴大訴訟制度解決紛爭之功能。<sup>359</sup>

### 叁、重複起訴禁止原則擴大論

重複起訴禁止係訴訟法上一事不再理原則之一，屬訴訟中之一事不再理，與判決後之一事不再理(民事訴訟法第 263 條第 2 項)及確定後之一事不再理(民事訴訟法第 400 條第 1 項)不同，違反重複起訴禁止原則所提起之訴訟，法院認欠缺訴訟要件，以訴不合法裁定駁回(民事訴訟法第 249 條第 1 項第 7 款)。<sup>360</sup>

傳統見解上則將「同一事件」之認定，委諸於訴之三要素之檢驗，已如前述。在一部請求肯定論或採行舊訴訟標的理論之請求權競合情形下，將一部請求或相競合之請求權基礎另行提起訴訟，在訴之三要素檢驗下，並非同一事件而可另行起訴，不會發生重複起訴之問題。

---

<sup>358</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 243。日本學說上亦有相類似之見解認為，若嚴格貫徹給付之訴、形成之訴、確認之訴在功能分工方面的原則，並就訴之聲明觀察，三者間幾乎不存在重複起訴禁止之問題。惟一造當事人請求為確認判決，他造則可能為給付判決、形成判決之請求，此時兩造請求之判決形之雖有不同，但審判對象實屬同一，則應認為必須在同一訴訟內以反訴方式加以提起，否定其別訴提起之利益，不允許以別訴方式為之，始與重複起訴禁止之依據及目的相符。詳參：汪一凡譯，三ヶ月章著，日本民事訴訟法，五南，1997 年 6 月，初版，頁 141。

<sup>359</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 246、248。

<sup>360</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2000 年 11 月，頁 331。

<sup>361</sup>惟在此情形下，允許原告以別訴主張其權利，將有發生被告必須重複應訴、裁判矛盾及訴訟不經濟之虞，與重複起訴禁止之目的有所扞格，故學說上認為，此情形下，縱使前後兩訴訟之訴訟標的不同、訴之聲明有異，仍不應允許原告別訴主張其權利，此即「重複起訴禁止原則擴大論」之觀點。<sup>362</sup>

重複起訴禁止之擴大，係以原告就其一部請求及相競合之其他權利，於前訴訟中有變更、追加其訴之機會，相對的，被告欲否認該等權利存在或確認其抗辯權利之存在，亦可於前訴訟程序中以反訴方法為之，兩造當事人於前訴訟程序中是否為變更、追加、反訴，均有其意思決定之自由，並不違背處分權主義；是以，當事人於前訴訟中均有主張及行使其權利之機會，亦未減少當事人利用訴訟制度之機會，則於考量前揭重複起訴禁止原則之目的下，禁止兩造當事人以別訴方式主張或行使其權利，並無侵害當事人訴訟權之情況。<sup>363</sup>

擴大重複起訴禁止原則適用範圍之結果，將限制當事人提起別訴，故必須當事人已受程序權保障及為維持兩造公平之目的，始能獲得正當化之基礎。<sup>364</sup>新法增訂有關法官對於訴之變更、追加及反訴之闡明義務，使法官應於訴訟程序中，就當事人有為變更、追加及反訴之端緒時，應予闡明使當事人得即時為訴之變更、追加及反訴，以利於當事人利用一次程序澈底解決紛爭；若法官已為前開闡明，而當事人已被公平賦予利用同一程序主張及行使權利之機會，當事人無正常理由而不於前訴訟中主張及行使其權利，則為避免他造應訴之煩的程序上不利益及防止裁判矛盾、司法資源浪費之情形發生，當事人以該權利另行別訴提起後訴訟時，即應認為有違公正之程序選擇而不受保護，禁止其別訴之提起。<sup>365</sup>

<sup>361</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2000年11月，頁331。

<sup>362</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁250。

<sup>363</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁251-252。

<sup>364</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁253。

<sup>365</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁252-253。

## 肆、本文見解

本文認為，我國民事訴訟法並未全面採行強制律師代理制度，是否能採行重複起訴禁止擴大論之觀點，容有商榷餘地。

民國 89 年民事訴訟修正後，增訂諸多關於法官闡明之規定，使法官有更大權利於訴訟程序中，主導程序之進行而為必要之指揮及曉諭，惟法官闡明仍必須以當事人之陳述中有「端緒」之情況下始得為之，並受法官中立性之限制，必須注意不得有違法官中立原則，甚至法官闡明之結果若有使訴訟勝敗逆轉之可能，則法官闡明權之行使更必須審慎為之，否則不啻使法官成為一造當事人之律師，使兩造當事人之平等地位受影響。

我國民事訴訟並未全面採行強制律師代理制度，未委任律師之當事人本人訴訟情形下，縱使法官依當事人有行使權利之端緒而為闡明，當事人亦未必能了解法官之真意，更不可能知悉可能發生重複起訴禁止擴大之別訴禁止效果。而法官若為採行重複起訴禁止擴大論而積極行使闡明權，縱使尚在法官中立維持之範圍內為之，仍可能發生當事人爭執之點擴大之情況，使未委任律師之當事人陷入攻擊防禦之困難性增加的窘境，亦徒增法官指揮訴訟之負擔，且當事人所未思慮周詳之點容易造成突襲性裁判的發生。

更遑論我國律師之素質尚有提升之空間，且亦缺乏相關律師責任制度之建立，致實務上經常可見當事人雖已委任律師，但律師卻未能充分為當事人主張權利之困境，此時律師既未能妥適為當事人於訴訟上主張權利以遂行訴訟時，法官闡明又因當事人已委任律師而不宜過度介入，以免造成兩造當事人武器不平等之情況發生。若法官已盡闡明義務且充分給予當事人程序上權利之保障，惟當事人本人因未委任律師而不知如何主張及行使權利，或其委任之律師因各種原因而未妥善為當事人主張及行使權利，仍使用重複起訴禁止擴大原則，使當事人於前訴訟未主張之權利，不得再行別訴提起後訴訟，反而使當事人之實體權利難獲保障，或使已委任律師之當事人承擔律師過誤造成之不利結果，難認妥善。

故而當事人有於訴訟過程中為訴之變更、追加或反訴之機會，而法官未予闡明其是否為前開訴訟行為時，是否宜以權利失效法理，使當事人不得再另訴請求或主張權利，在當事人委任律師進行訴訟情形下，或有成立之空間；然若審酌法官中立性之要求下，闡明權之行使仍有其界限，而我國之律師素質尚未整齊且律師責任制度尚欠完備，是否宜由當事人本人承擔其所委任之律師的不當訴訟行為造成權利失效風險，或有再予考量之餘地。我國民事訴訟程序若欲採行重複起訴禁止擴大論之觀點，實非僅從法官闡明義務著手即可達成，尚應檢討其他相關之制度問題，於整體制度及所需資源完善前，應不宜將重複起訴禁止範圍擴大，以免使人民之實體權利及程序權利均有受侵害之虞，反本末倒置，難以達成將重複起訴禁止範圍擴大之目的。

## 第二項 既判力客觀範圍與再訴遮斷

### 壹、既判力之法理根據

傳統見解之下，限於主文中之判斷始發生既判力，係為使訴訟最終目標明確，防止對當事人於訴訟過程中造成意外之攻擊，以促成當事人為充分之辯論，就該訴訟之目的進行充分攻擊防禦後，即應受主文中判斷之拘束。<sup>366</sup>即既判力之所以限定就訴訟標的發生，係為避免對當事人造成突襲。<sup>367</sup>

既判力發生之主要根據有三，一為紛爭解決程序之制度上效力，二為程序保障，三為自己責任原則。就制度效力而言，係為使判決終局解決紛爭所必要之拘束力，排除重新審判，避免裁判矛盾情形發生，並維持訴訟經濟及司法資源妥適分配，達成紛爭解決一次性之目的。<sup>368</sup>就程序保障而論，從當事人程序主體權觀之，應使當事人被平等、

<sup>366</sup> 駱永家，民事法研究Ⅱ，自版，1999年3月，七版，頁39-40。

<sup>367</sup> 沈冠伶，一部請求之判決對於餘額請求之效力—最高法院八十九年度台上字第七一號判決評釋一，台灣本土法學雜誌，第31期，2001年2月，頁83。

<sup>368</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁253。

公正賦予參與審判程序，並充分進行攻擊防禦及陳述事實上、法律上意見之機會，使其能影響裁判內容之形成，避免遭對造之突襲攻擊及法院之突襲性裁判，故程序保障之賦予應與依法裁判原理併存，係司法審判之正當化根據。<sup>369</sup>就自己責任原則而言，係當事人既處於程序上之主體地位，被公平賦予提出事實、證據及陳述意見、進行辯論之機會，法律期待當事人因此而可充分利用程序主張自己之實體權利及進行有效之防禦，當事人可自由決定是否利用此機會，但就程序進行之結果，當事人即應負自己責任。<sup>370</sup>

## 貳、判決遮斷效之擴張及限縮論

既判力之概念，在民國 89 年民事訴訟法修正之「擴大訴訟程序解決紛爭」功能考量下，或有調整之空間。法院有關訴訟標的之判斷發生既判力，在無特別情況下，原則上不會對當事人造成突襲，而對於未成為主要爭點之事項，縱使當事人被賦予爭議之機會，惟當事人仍有爭執與否之自由，若當事人並不將之作為主要爭點，在缺乏程序保障下，若使其發生拘束力，即對當事人造成突襲。<sup>371</sup>既判力原則上僅於訴訟標的範圍內發生，至於先決問題若作為爭點時，法院所為之判斷，是否會發生類似既判力之拘束力（如爭點效等），則需依據具體情況，當事人是否將之作為主要爭點，並且該爭點係法院對於訴訟標的判斷之重要前提為斷，若不問是否具備前揭要件均承認個別爭點判斷之拘束力，在欠缺程序保障下，無異侵害當事人之程序權利，有欠妥適。<sup>372</sup>

當事人於訴訟過程中之主要爭點，若經當事人充分進行攻擊防禦，實際上已受程序保障，其爭執之結果，法院雖非於主文中為判斷，但判決理由中之判斷，對於與此主要爭點相關之其他訴訟中，基於禁反

<sup>369</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004 年 9 月 30 日，三版，頁 619。

<sup>370</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004 年 9 月 30 日，三版，頁 619。

<sup>371</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004 年 9 月 30 日，三版，頁 619。

<sup>372</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004 年 9 月 30 日，三版，頁 619。

言及誠信原則之法理，當事人即應就此結果負自己責任，在當事人間應受法院認定之拘束，不允其再為爭執，始能使紛爭獲得統一之解決。<sup>373</sup>最高法院 73 年度台上字第 4062 號判決要旨謂：「確定判決之既判力，固以訴訟標的經表現於主文判斷之事項為限，判決理由並無既判力。但法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果，已為判斷時，其對此重要爭點所為之判斷，除有顯然違背法令之情形，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外，應解為在同一當事人就該重要爭點所提起之訴訟中，法院及當事人就該已經法院判斷之重要爭點法律關係，皆不得任作相反之判斷或主張，始符民事訴訟上之誠信原則。」最高法院此項見解，即屬承認對於訴訟標的以外之重要爭點，經當事人辯論後於判決理由中已為判斷者，應發生一定之拘束力。

既判力之根據在公平理念，而既判力範圍則以充分之程序保障作為其正當化基礎，程序保障之範圍及具體程度，應反映於判決遮斷效之範圍及程度，易言之，突襲性裁判防止越澈底、賦予具體程序保障越充分，使當事人於言詞辯論終結前，就該判決基礎之事實上或法律上爭點極盡攻擊防禦之能事，則擴大該判決效力範圍之可能性亦越大；反之，當事人於訴訟過程中，未受應有的最低限度程序保障，則不能如通常情形將既判力之客觀範圍等同於訴訟標的之範圍，以免對當事人造成突襲性裁判，使當事人負擔不合理之自己責任，侵害其聽審請求權及公正程序請求權，故此時訴訟制度解決紛爭功能、訴訟經濟之要求，均應受程序保障範圍所節制，僅於當事人受充分有程序保障之範圍發生既判力。<sup>374</sup>故前訴訟中無法期待當事人提出之主張、請求，應容許當事人再訴請求，始足以保障當事人聽審請求權及公正程序請求權，避免發生突襲性裁判，<sup>375</sup>若對於在前訴訟中難以期待當事人提出主張及舉證的爭點（如後遺症的損害賠償），亦以訴訟標的所及為由，使其發生既判力遮斷效，不允當事人再提起後訴訟為主張，將有

<sup>373</sup> 駱永家，民事法研究Ⅱ，自版，1999年3月，七版，頁40-41。

<sup>374</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁286-293。

<sup>375</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006年9月，一版，頁296。

損當事人間公平。<sup>376</sup>

學說則有認為，最高法院承認判決理由中所為判斷之拘束力，固屬可採，但基於程序保障為判決發生拘束力之基礎觀之，應限於該判決理由中之判斷，必須受訴法院於辯論終結前，進行闡明並公開心證（表明法律見解）之程序，防止發生突襲性裁判，始能於後訴訟中對於當事人發生一定之拘束力。<sup>377</sup>惟另有學者認為，於一部請求之情形下，法院於原告就餘額請求是否為訴之追加，應由法官闡明而使原告在訴訟中之行使責任具體化，以明示一部請求之正當理由或為訴之追加責任，但法官未盡闡明義務，致原告行為責任未具體化之情形下，因原告就餘額請求本得自行在前訴中為追加，如原告未為追加致被告在訴訟程序信賴其不行使該訴權，依權利失效法理，原告就餘額之再訴請求，亦可能發生失權效（遮斷效）。<sup>378</sup>

### 叁、本文見解

民國 89 年民事訴訟法修正之重要目標，係為達成擴大訴訟制度解決紛爭之功能，期盼能利用一次訴訟程序統一解決當事人之紛爭，並加強法官於訴訟程序各階段之闡明義務，以遂此立法目的。既判力範圍與當事人權利之主張及後續是否得再行起訴，關聯甚鉅，在同時考量保障當事人程序上權利，使當事人負程序上之自己責任，並防止裁判矛盾及司法資源之妥適分配下，將既判力遮斷效範圍，以當事人就訴訟標的或與訴訟標的相關之主要前提爭點，是否有進行充分之攻擊防禦，作為擴張或限縮之論點，應屬合理。

<sup>376</sup> 新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004 年 9 月 30 日，三版，頁 630、664。

<sup>377</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民，2000 年 9 月 10 日，初版，頁 19-20，註 35；沈冠伶，一部請求之判決對於餘額請求之效力—最高法院八十九年度台上字第七一號判決評釋—，台灣本土法學雜誌，第 31 期，2001 年 2 月，頁 90-91。

<sup>378</sup> 許士宦，程序保障與闡明義務，新學林，2006 年 9 月，一版，頁 265-266。學說上有相反之見解，認為法官應盡可能將既判力遮斷效力範圍予以明確，並使當事人知悉，如該訴訟中有可得利用同一訴訟解決紛爭之部分，當事人未將該部分提出而為訴之變更、追加或反訴，則應告知當事人可能發生失權之效果。詳參：新堂幸司，新民事訴訟法，弘文堂，2004 年 9 月 30 日，三版，頁 665-666。

惟關於是否需法官闡明並公開心證，使當事人明瞭判決拘束力，始發生判決理由拘束當事人之效力的學說看法，本文認為在我國民事訴訟實務現況下，或有採肯定見解空間。然而，此與僅訴訟標的範圍發生既判力之我國民事訴訟法現行規定有間，且影響原告基於處分權主義之特定訴訟標的及審判範圍之權限，若欲採行既判力擴大或減縮論點，仍必須透過修法方式為之方能符合法律規定，並促使當事人及律師對此效果有所認識，始為妥適，不宜冒然將逾越法律規定之學說見解逕自引入而發生既判力效果。

為達成民事訴訟解決當事人紛爭之功能，使前訴訟中訴訟標的以外之主要爭點，經當事人充分攻擊防禦後，發生一定之拘束力，應為合理且必要，亦有助於減少司法資源之耗費；惟尚需考量我國民事訴訟程序並未採行全面強制律師代理，在當事人本人遂行訴訟情形下，對於既判力範圍及判決理由拘束力等法律專業問題，並不容易瞭解，故由法官於裁判前公開心證，表明法律見解，並使當事人有陳述意見之機會，以防止突襲性裁判發生，使當事人程序上權利獲得充分之保障，該判決理由發生一定之拘束力始具正當性。

## 第七章 結論

### 壹、法官闡明權發動應以當事人陳述之「端緒」為基礎

法院作為司法裁判機關，法官作為紛爭仲裁者，應堅持法官的中立性角色，始能發揮司法權解決紛爭的機能。若法官不能謹守其中立形象，則其作為紛爭之仲裁者作成判斷無法受當事人信賴，反易生其他爭執，使當事人循上訴管道救濟而增加訴訟成本，無法讓紛爭解決處於穩定的狀態，更損傷司法威信。

為維持法官之中立性，避免闡明權逾越適當性的行使，反讓法官淪為一造當事人的律師地位，法官闡明義務必須以當事人之書面或言詞陳述中，有相關之「端緒」為基礎始得為之。日本學說雖有認為若法官闡明的結果，將導致訴訟勝敗逆轉，法官即不應為該闡明行為。然而，鑑於我國民事訴訟第一審及第二審程序並未採行強制律師代理，一般當事人欠缺法律專業的情形下，若從其陳述中已獲得可主張相關權利「端緒」，法官因此而行使闡明權，詢問當事人有無主張之意思，僅係讓當事人實質武器平等得以維持，且對於兩造當事人之「端緒」均注意而予闡明，無偏頗情形可言。當事人若因法官闡明而為訴訟行為，終導致影響訴訟勝敗結果，亦僅係讓應獲勝訴結果者贏得訴訟而已，自毋庸將闡明權行使結果是否影響訴訟結果，作為法官應否發動闡明權之限制。

### 貳、法官適時為法律見解開示及暫時性心證公開，以降低突襲性裁判發生的可能性

法官應依法審判，在法官知法原則下，正確適用法律為法官的職權亦為義務，對於當事人非正確的法律見解，甚至當事人就法律見解

達成協議，然法律見解採用非屬辯論主義範疇，當事人自不能任意處分，法官審判更不應受其拘束，此旨亦為最高法院多次於判決理由中揭示。

法律見解雖非屬當事人所得任意處分之範疇，然而在當事人之法律見解與法院所持者有所不同時，法官宜適時將其所採暫時性法律見解向當事人開示，使當事人有表示意見的機會。法律見解開示可使當事人明瞭法院所採暫時性法律見解，若當事人有足夠法律專業，尚可能進行法律見解討論，或可能在陳述及討論過程中，讓法院亦檢視其所暫採之法律見解是否正確與妥當，且能讓當事人預期法院之裁判方向，降低突襲性裁判發生的可能性。

法院對於審理過程中待證事實及證據資料進行評價所形成的暫時性心證，與當事人本件訴訟結果勝敗牽涉，法官對此部分暫時性心證公開並搭配舉證責任與證據提出的闡明，可讓當事人明瞭其在審理程序中尚應補充哪些事實及證據資料，始足以改變法官之暫時性心證方向，追求對自己有利的訴訟結果。此部分暫時性心證公開的曉諭，對法律專業不足而不知如何採取訴訟行為的當事人，提供其補充事實陳述及相關證據資料的機會，並使當事人從審理程序中即可了解其欲主張之事實及權利，在訴訟程序中會如何被評價，而法院之裁判結果亦可透過這些過程讓當事人有所預期，藉以發揮保障當事人程序上權利並免受突襲性裁判。

### **叁、律師代理訴訟與當事人本人訴訟之法官闡明義務應有所差別，使法官與律師各司其司法任務，並維護兩造當事人訴訟上之實質武器平等地位**

法官係立於中立地位作為紛爭之仲裁者，而律師之司法任務則係提供當事人法律諮詢責任，此係民事訴訟制度下法官及律師所司之司法任務。我國民事訴訟第一審及第二審程序，均未採強制律師代理，在一造當事人委任律師行律師代理訴訟，而另一造當事人為本人訴訟時，難期兩造當事人在法律專業及訴訟經驗差距之下，仍能在對等地

位遂行訴訟程序。

當事人既委任律師為訴訟代理人，由具備法律專業知識的律師為其遂行訴訟程序，則該當事人本係期待透過律師的專業能力，為其在訴訟程序中有效率主張權利、尋求有利的訴訟結果。當事人與法官同負促進訴訟之義務，受委任之律師理應為其當事人衡平追求實體利益及程序利益，以適當促進訴訟程序迅速進行，節省其當事人在訴訟程序的勞力、時間、費用支出。在法律專業及訴訟經驗的差異下，對於訴訟代理人之律師及當事人本人的訴訟促進能力，應有不同程度的期待，此亦影響法官闡明行為發動方式及程度；換言之，在律師代理訴訟及當事人本人訴訟中，法官闡明義務程度應有不同，始能維護當事人在訴訟程序中的實質武器平等地位。

民事訴訟提起後，當事人適格、訴之利益、訴之聲明及原因事實的特定，與訴訟是否合法及審判範圍密切相關，法官對當事人所為前揭事項的特定，認為有不明瞭或不適當情況，自應儘量於訴訟前階段即行使闡明權向當事人詢問，以確定訴訟是否合法，且影響後續審理程序中，爭點整理、事實及證據資料提出，甚至裁判效力範圍。

訴訟標的特定為當事人處分權限之一，當事人可擇定特定權利或以紛爭事實為單位特定訴訟標的。然而在律師代理訴訟中，律師既具備充分之法律知識，理應可期待其知悉有哪些權利可資主張，故法官在審理程序前階段可逕向訴訟代理人之律師詢問訴訟標的為何，由其自行擇定特定權利為訴訟標的，法官逕針對其所特定之訴訟標的進行審判即可，避免訴訟程序冗長而無效率，喪失當事人委任律師以尋求迅速、有效實現權利之目的。而當事人本人訴訟中，當事人通常欠缺充足之法律專業及訴訟經驗，無法確知有哪些權利可以主張，則法官從當事人所述事實中獲得端緒後，應向當事人曉諭其可資主張之權利，給予當事人選擇如何特定訴訟標的的機會。

事實及證據資料提出為當事人在訴訟程序中的攻擊防禦方法，攻擊防禦方法為當事人所未提出，法官是否應為闡明，應視該當事人有無提出該攻擊防禦方法的「期待可能性」。在律師代理訴訟下，對於時效抗辯、同時履行抗辯等甚容易發現及注意的防禦方法，應可期待

律師具有足夠之法律專業而知所主張，則法官無須以闡明方式介入，應尊重律師本於其專業採之訴訟策略。反之，若在當事人本人訴訟下，當事人本人不具備法律專業，對於諸多法律上的攻擊防禦方法不知如何主張，或律師代理訴訟下，該律師所採攻擊防禦方向，無法期待其發現該攻擊防禦方法，而從其陳述中可獲端緒時，法官即應以闡明方式向當事人或律師為曉諭，讓其有決定是否主張該攻擊防禦方法的機會。

法院對於訴訟程序所提出事實及訴訟資料，形成待證事實相關的暫時性心證，與法院對於案件所持的暫時性法律見解，均宜在審理程序中適時向當事人為開示，讓當事人有表示意見或補充其他訴訟資料的機會。而法律見解採用涉及法律專業問題，在律師代理訴訟情形下，尚有與律師討論法律見解之空間；在當事人本人訴訟時，因當事人通常不具足夠之法律知識與法官進行法律見解對話，則法官除了心證開示以外，尚可經由當事人聽取制度，著重在事實面部分與當事人進行溝通及討論。無論係待證事實或法律見解，透過適時的心證開示，可保障當事人訴訟程序上表示意見的權利，讓當事人足以預期可能的判決結果。

實務各級法院對於法官在律師訴訟及當事人本人訴訟，所承擔的闡明義務是否應有所差別，尚未有統一的見解，所採觀點亦各有不同表述。本文認為有無委任律師為訴訟代理人，影響可期待當事人承擔的訴訟促進義務強弱，為維護當事人間實質武器平等地位，理應在闡明義務上亦有不同程度的應對，避免律師因有法官闡明義務為恃而未盡心為其當事人遂行訴訟，因而造成其當事人實體權利或程序權利的耗損，與當事人委任律師遂行訴訟的本意實有違背。而法官對有委任律師的當事人減低其闡明義務，若該律師因不當的訴訟態度導致其當事人權利受有損害，應讓該律師為其疏失行為承擔契約責任。

**肆、將法官闡明義務之實務見解進行類型化，供作將來法官指揮進行訴訟之參考，依據個案情況為適當之闡明**

法官闡明權為重要的訴訟指揮權限之一，從訴訟提起迄至言詞辯論終結，法官闡明權不啻貫穿整個訴訟程序。

在不同個案、不同階段審理程序中，均可看見法官以闡明權指揮訴訟進行，有效掌控整個訴訟程序進度，其闡明權的行使過程未必出現在審理筆錄或裁判理由中，但不可否認的是，在訴訟程序各階段，法官闡明義務產生原因及闡明權行使實隨處可見。

本文依序從起訴合法性、處分權主義、辯論主義及法律見解表明出發，整理訴訟程序各階段可能發生法官闡明義務的最高法院見解，將實務對法官闡明義務觀點予以類型化，實則每個個案中法官闡明權行使通常遍布整個訴訟程序的各階段。以前開方式速行實務見解類型化，期許能透過類型化的方式呈現實務上在訴訟程序各階段經常出現的法官闡明義務，供實務法官於訴訟程序各階段闡明權行使之參考及注意。

#### **伍、法官應妥適運用攻擊防禦方法失權制裁制度，而學說上重複起訴禁止、別訴禁止擴大及既判力擴大或減縮見解，現況下宜採保留態度**

當事人有攻擊防禦方法未提出之情形，法官已完成其應盡之闡明義務，足以將「適當時期」具體化、明確化之後，可期待當事人或其訴訟代理人之律師有適時提出之機會，當事人或訴訟代理人仍未於適當時期提出該攻擊防禦方法而逾時提出，致影響訴訟終結時，即應讓該當事人就其遲延提出行為承擔自己責任，適時發動失權制裁，避免當事人以遲延提出攻擊防禦方法的方式拖延訴訟，造成司法資源的浪費及增加他造當事人的訴訟成本支出。

而學說上所提出擴大重複起訴禁止及別訴禁止擴大的見解，雖有利於當事人間所有紛爭一次解決，減少司法資源因相同前提之重複審理的耗費；惟我國民事訴訟第一審及第二審程序並未採全面強制律師代理，縱在律師代理訴訟下，律師亦未預期實務將改變以往僅裁判主文有既判力效力之看法，若在人事訴訟程序別訴禁止以外之其他訴訟

程序，改採行前開學說見解，甚易對當事人造成突襲及訴訟權利保障不周。本文認為在現階段採行前揭學說見解尚非妥適，宜先採取保留態度，待學說發展及律師素質成熟，以修法方式將其明文後再行採用，應較適當。

另既判力擴大或減縮見解，出發點係為節省司法資源並減少當事人就相關聯事實多次起訴及應訴之煩，然恐使當事人及訴訟代理人難以預期既判力範圍，且縱以闡明既判力範圍方式為之，亦與現行民事訴訟法規定有所牴觸，且影響原告起訴時基於處分權主義而得特定訴訟標的及審判範圍之權限，在未修法前之現行法制之下，本文亦採保留態度。

#### 陸、擴大法官闡明義務促進民事訴訟制度目的達成

在司法改革呼聲高漲、學界及實務界均致力於提升人民對司法信賴的今日，法院闡明義務的適當行使適當與否，不啻對直接接觸訴訟之人民的感受影響至深，妥適的闡明，不僅有助於人民妥善行使其訴訟上權利，使其實體上紛爭能有效解決，並可提高人民對判決解決紛爭的信服，避免耗費更多司法資源，同時建立司法威信。

民事訴訟制度目的係為解決當事人間的私權糾紛。而民國 89 年修法中，擴大法官闡明義務範疇，實具有彌補辯論主義缺失，保障當事人程序主體地位，讓其有衡平追求程序利益及實體利益的機會，並搭配爭點整理及失權制裁等制度，促進審理集中化，達成妥速進行訴訟程序的目的。而在心證公開及法律見解開示，甚至法律見解討論過程中，更讓當事人有預期裁判結果的可能，並賦予當事人補充相關陳述及提出證據資料的機會，使當事人在有充分認知情況下盡力為自己爭取有利的裁判結果，則當事人將更能接受法院的裁判結果，提升人民對司法的信賴感。

法官闡明義務散見於整個訴訟程序中，法官應謹守中立性特色，避免發生逾越端緒的闡明權行使，縱使他造當事人得聲請法官迴避，但當事人受闡明而為訴訟行為仍屬有效，仍已損及法官的中立形象，

對當事人受公平審判的權利造成難以彌補的損傷。因此，民國 89 年修法擴大法官闡明義務範疇，希望達成擴大解決紛爭的效果，提升人民對法院裁判的信賴度，仍應以法官中立性為界限，始能讓修法之美意得以發揮。

民國 89 年以來民事訴訟法歷經多次修法，法官闡明義務即為重要之一環，法官如何妥適、適時行使闡明權，仍有待法官以制度目的、立法精神、及保障當事人訴訟權利為念，於實務訴訟過程中加以運用，始能期許闡明制度之立法目的得以完成。若法官固守傳統觀念中「法官不語」，僅將自己當作訴訟程序之最終判斷者，則民事訴訟將回歸最原始之當事人處分權主義及辯論主義，當事人僅能依自己之能力進行訴訟，無法讓兩造當事人處於實質對等地位，對於擁有權利卻法律知識不足之當事人，其權利將難以獲得實踐，亦使審判實務與民事訴訟多次修法以來之方向，背道而馳，終將使人民對司法之信賴度低靡不振。

## 參考文獻

### 中文文獻

#### 一、書籍

- 王甲乙、楊建華、鄭建才，《民事訴訟法新論》，三民，2009年7月，初版。
- 汪一凡譯，三ヶ月章著，《日本民事訴訟法》，五南，1997年6月，初版。
- 沈冠伶，《民事證據法與武器平等原則》，元照，2007年10月，初版。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，《憲法－權力分立》，學林，2004年5月，一版。
- 邱聯恭，《司法之現代化與程序法》，三民，1992年4月，初版。
- 邱聯恭，《程序制度機能論》，三民，1996年8月22日，初版。
- 邱聯恭，《程序選擇權論》，三民，2000年9月10日，初版。
- 邱聯恭，《爭點整理方法論》，三民，2001年11月10日，初版。
- 邱聯恭，《程序利益保護論》，三民，2005年4月10日，初版。
- 邱聯恭講述，許士官整理，《口述民事訴訟法講義(一)、(二)、(三)》，自版，2009年。
- 姚瑞光，《民事訴訟法論》，自版，2000年11月。
- 姜世明，《新民事證據法論》，2001年9月，初版。
- 姜世明，《民事證據法實例研習(一)》，正點，2005年2月，初版。
- 姜世明，《民事證據法實例研習(二)暨判決評釋》，新學林，2006年11月，一版。
- 姜世明，《民事訴訟法基礎論》，元照，2008年7月，二版。
- 姜世明，《民事程序法之發展與憲法原則》，元照，2009年11月，二

版。

姜世明，《法院組織法》，新學林，2010年1月，二版。

陳計男，《民事訴訟法論(上)》，三民，2009年7月，五版。《民事訴訟法論(下)》，三民，2009年10月，五版。

陳計男，《民事訴訟之基本理論(二)》，元照，2009年6月，初版。

陳慈陽，《憲法學》，元照，2005年11月，二版。

陳榮宗、林慶苗，《民事訴訟法(上)》，三民，2009年11月，七版；《民事訴訟法(中)》，三民，2009年10月，七版；《民事訴訟法(下)》，三民，2009年9月，五版。

許士宦，《審判對象與適時審判》，新學林，2006年2月，一版。

許士宦，《程序保障與闡明義務》，新學林，2006年9月，一版。

許士宦，《集中審理與審理原則》，新學林，2009年4月，一版。

駱永家，《民事舉證責任論》，臺灣商務印書，1972年1月，一版。

駱永家，《既判力之研究》，自版，1994年9月，八版。

駱永家，《民事法研究I》，自版，1999年3月，八版；《民事法研究II》，自版，1999年3月，七版；《民事法研究III》，自版，1999年7月，七版。

## 二、期刊及專文

Hanns Prütting 著，吳從周譯，〈德國法上法官之闡明義務〉，《法官協會雜誌》，第7卷第1期，2005年6月。

王甲乙，〈闡明權〉，《法學叢刊》，第11卷第1期，1967年1月。

王甲乙，〈辯論主義〉，《法學叢刊》，第42期，1966年4月。

王甲乙，〈集中審理與事證之提出、蒐集〉，《法官協會雜誌》，第2卷第1期，2000年6月。

呂太郎，〈法律關係之闡明〉，《台灣本土法學雜誌》，第15期，2000年10月。

呂太郎，〈民事訴訟闡明之理論及其趨向〉，《民事訴訟之基本理論(二)》，2009年6月，初版。

- 呂太郎，〈法院依職權適用過失相抵之商權—最高法院八十五年台上字第一七五六號判例評釋—〉，《民事訴訟之基本理論(二)》，2009年6月，初版。
- 呂太郎，〈除斥期間應否依職權適用〉，《民事訴訟之基本理論(二)》，2009年6月，初版。
- 沈冠伶，〈一部請求之判決對於餘額請求之效力—最高法院八十九年度台上字第七一號判決評釋—〉，《台灣本土法學雜誌》，第31期，2001年2月。
- 沈冠伶，〈民事訴訟與行政訴訟之分工與合作(上)—專業審判與權利有效救濟間之選擇—〉，《台灣本土法學雜誌》，第45期，2003年4月。
- 沈冠伶，〈民事訴訟與行政訴訟之分工與合作(下)—專業審判與權利有效救濟間之選擇—〉，《台灣本土法學雜誌》，第46期，2003年5月。
- 沈冠伶，〈訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心〉，《司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障》。
- 沈冠伶，〈論新民事訴訟法中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務〉，《民事證據法與武器平等原則》，2007年10月，初版。
- 沈冠伶，〈民事訴訟法2001年判解回顧—從訴訟上實質平等及當事人之訴訟促進協力義務以觀〉，《民事證據法與武器平等原則》，2007年10月，初版。
- 吳從周，〈闡明之界限變遷〉，《台灣本土法學雜誌》，第72期，2005年7月。
- 吳從周，〈闡明時效抗辯與法官迴避—瀏覽與備忘二〇〇四年以來德國學說與實務見解的最新發展—〉，《台灣本土法學雜誌》，第75期，2005年10月。
- 吳從周，〈闡明提出時效抗辯與二審失權—簡評最高法院九三年台上字第二三九一號判決—〉，《台灣本土法學雜誌》，第78期，2006年1月。

- 邱聯恭，〈程序保障論之新開展〉，《月旦法學雜誌》，第 19 期，1996 年 12 月。
- 邱聯恭，〈民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變(一)－著重於評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景〉，《月旦法學雜誌》，第 53 期，1999 年 10 月。
- 邱聯恭，〈民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變(二)－著重於評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景〉，《月旦法學雜誌》，第 54 期，1999 年 11 月。
- 邱聯恭，〈民事訴訟審理原則之新容貌及機能演變(三)－著重於評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景〉，《月旦法學雜誌》，第 55 期，1999 年 12 月。
- 邱聯恭，〈民事訴訟修正後之審判實務〉，《跨世紀法學新思維》，元照，2006 年，一版。
- 邱聯恭，〈集中審理與爭點整理〉，《法官協會雜誌》，第 2 卷第 1 期，2000 年 6 月。
- 邱聯恭，〈民事訴訟法修正之法曹倫理重建機制(上)－立足於其理論思想背景之省思〉，《月旦法學雜誌》，第 143 期，2007 年 4 月。
- 邱聯恭，〈民事訴訟法修正之法曹倫理重建機制(下)－立足於其理論思想背景之省思〉，《月旦法學雜誌》，第 144 期，2007 年 5 月。
- 姜世明，〈德國律師從屬責任之研究(一)〉，《司法周刊》，第 863 期，1998 年 2 月 4 日。
- 姜世明，〈德國律師從屬責任之研究(二)〉，《司法周刊》，第 864 期，1998 年 2 月 11 日。
- 姜世明，〈德國律師從屬責任之研究(三)〉，《司法周刊》，第 865 期，1998 年 2 月 18 日。
- 姜世明，〈法律性突襲性裁判之研究〉，《萬國法律》，第 111 期，2000 年 6 月。
- 姜世明，〈二〇〇二年德國民事訴訟法改革－總則與第一審部分〉，《月旦法學教室》，創刊號，2000 年 10 月。
- 姜世明，〈論遲延提出攻擊防禦方法之失權〉，《法官協會雜誌》，第 2

- 卷第 2 期，2000 年 12 月。
- 姜世明，〈具體化義務〉，《民事證據法實例研習(二)暨判決評釋》，2006 年 11 月，一版。
- 姜世明，〈失權制度實務見解之綜合評析—以民事訴訟法第一百九十六條之發展為中心〉，《民事證據法實例研習(二)暨判決評釋》，2006 年 11 月，一版。
- 姜世明，〈法官闡明制度發展之評估—評最高法院九五年台上字第九八六號民事判決〉，《台灣本土法學雜誌》，第 100 期，2007 年 11 月。
- 姜世明，〈法官迴避〉，《台灣法學》，第 122 期，2009 年 2 月 15 日。
- 姜世明，〈法官對於法律見解之闡明—評最高法院九八年度台上字第一六五五號民事判決—〉，《台灣法學》，第 149 期，2010 年 4 月 1 日。
- 姜炳俊，〈二〇〇二年德國民事訴訟法改革—上訴制度〉，《月旦法學教室》，創刊號，2000 年 10 月。
- 孫森焱，〈論訴權學說及其實用〉，《合作界》，1974 年 3 月。
- 陳計男，〈集中審理與訴訟指揮權之行使〉，《程序法之研究(四)》，2005 年 1 月。
- 許士宦，〈闡明義務與程序保障(一)〉，《植根雜誌》，第 7 卷第 9 期，1991 年 9 月。
- 許士宦，〈闡明義務與程序保障(二)〉，《植根雜誌》，第 7 卷第 10 期，1991 年 10 月。
- 許士宦，〈辯論主義之新開展〉，《月旦法學雜誌》，第 19 期，1996 年 12 月。
- 許士宦，〈請求之基礎事實、原因事實與訴之變更追加—最高法院九十年度台上字第一六號民事判決及九十年度台抗字第二號民事裁定評釋—〉，《台灣本土法學雜誌》，第 33 期，2001 年 4 月。
- 許士宦，〈憲法解釋與訴訟權之保障—以民事訴訟上訴訟權之保障為中心〉，《司法院大法官九十三年學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障》，。

- 許士宦，〈民事訴訟法上之適時審判請求權〉，《臺灣大學法學論叢》，第 34 卷第 5 期，2005 年 9 月。
- 許士宦，〈程序選擇權與訴訟當事人(上)一二〇〇四年最高法院有關民事訴訟法裁判之新開展一〉，《台灣本土法學雜誌》，第 79 期，2006 年 2 月。
- 許士宦，〈程序選擇權與訴訟當事人(下)一二〇〇四年最高法院有關民事訴訟法裁判之新開展一〉，《台灣本土法學雜誌》，第 80 期，2006 年 3 月。
- 許士宦，〈民事訴訟法修正後審判實務上處分權主義與辯論主義之新發展(上)一二〇〇五年最高法院有關民事訴訟法裁判之進展一〉，《台灣本土法學雜誌》，第 90 期，2007 年 1 月。
- 許士宦，〈民事訴訟法修正後審判實務上處分權主義與辯論主義之新發展(下)一二〇〇五年最高法院有關民事訴訟法裁判之進展一〉，《台灣本土法學雜誌》，第 91 期，2007 年 2 月。
- 許士宦，〈法律見解之表明義務〉，《台灣本土法學雜誌》，第 111 期，2008 年 9 月 1 日。
- 黃國昌，〈新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成(上)一以法官之闡明義務、當事人程序利益與證明困難之交錯為中心一〉，《台灣本土法學雜誌》，第 44 期，2003 年 3 月。
- 黃國昌，〈新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成(下)一以法官之闡明義務、當事人程序利益與證明困難之交錯為中心一〉，《台灣本土法學雜誌》，第 45 期，2003 年 4 月。
- 黃國昌，〈訴訟參與及代表訴訟—新民事訴訟法下「程序保障」與「紛爭解決一次性」之平衡點〉，《民事訴訟理論之新開展》，元照，2005 年 10 月，初版。
- 楊建華，〈適當行使闡明權探求當事人真意以補救訴訟標的傳統理論之缺失〉，《民事訴訟法問題研析(三)》，1995 年 10 月。
- 楊淑文，〈單一聲明下之重疊、選擇或預備合併—最高法院之相關判決之評析〉，《台灣本土法學雜誌》，第 98 期，2007 年 9 月。
- 劉明生，〈消滅時效抗辯闡明之研究〉，《法學新論》，第 22 期，2010

年5月。

劉明生，〈法討論義務之研究〉，《法令月刊》，第61卷第8期，2010年8月。

劉明生，〈德國法院闡明義務之新進展—以公元二〇〇一年德國民事訴訟法修正為中心〉，《輔仁法學》，第39期，2010年10月。

劉明生，〈論補充處分權主義之法院闡明義務〉，《臺北大學法學論叢》，第76期，2010年12月。

### 三、論文及研究報告

賴振宗，《闡明權之研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1977年6月。

徐宏志，《民事集中審理之研究》，司法院八十七年度研究發展項目研究報告，司法研究年報，第19輯第2篇，1999年6月。

李國增，《民事訴訟審理集中化之研究》，司法院八十七年度研究發展項目研究報告，司法研究年報，第19輯第3篇，1999年6月。

蔡長林，《程序公正理論與實務之研究》，司法院八十九年度研究發展項目研究報告，司法研究年報，第20輯第9篇，2000年11月。

陳真真，《闡明權之行使》，臺灣高等法院高雄分院九十年度研究發展項目研究報告。

藍雅清，《律師民事責任之研究》，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2001年6月。

劉水抱，《法官闡明義務之實證研究—以第二、第三審民事裁判分析為中心—》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2003年7月。

張浴美，《促進民事訴訟集中審理之研究》，司法院九十二年度研究發展項目研究報告，司法研究年報，第23輯第3篇，2003年11月。

劉明生，《辯論主義之研究》，國立臺北大學法律系研究所碩士論文，2004年1月。

鄧晴馨，《訴訟上自認之研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2004年6月。

- 阮詠芳，《民法上抗辯權之研究》，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2004年7月。
- 呂遙，《論法院之闡明權與闡明義務》，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2007年6月28日。
- 黃惠男，《民事訴訟之爭點整理程序：以各訴訟主體行為義務為中心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2008年5月。
- 顏銀秋，《訴訟促進義務與逾時提出攻擊防禦方法之失權—以第一審訴訟程序為中心》，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2009年6月。

#### 四、研討會資料

- 民事訴訟法研究會第三次研討會紀錄，突襲性裁判，《民事訴訟法之研討(一)》。
- 民事訴訟法研究會第十一次研討會紀錄，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—，《民事訴訟法之研討(一)》。
- 民事訴訟法研究會第三十九次研討會紀錄，闡明權，《民事訴訟法之研討(四)》。
- 民事訴訟法研究會第六十一次研討會紀錄，心證公開論—著重於闡述心證公開之目的與方法，《民事訴訟法之研討(七)》。
- 民事訴訟法研究會第七十二次研討會紀錄，處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變—著重評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景，《民事訴訟法之研討(九)》。
- 民事訴訟法研究會第七十八次研討會紀錄，集中審理與闡明權之行使—以研討民事訴訟法新修訂條文如何運用為中心，《法學叢刊》，第185期。
- 民事訴訟法修正施行後之審判實務—以集中審理為中心，《法官協會雜誌》，第2卷第1期，2000年6月。
- 論遲延提出攻擊防禦方法之失權研討會，《法官協會雜誌》，第2卷第

2 期，2000 年 12 月。  
民事訴訟闡明權行使學術研討會，《法官協會雜誌》，第 4 卷第 2 期，  
2001 年 12 月。

## 外文文獻

### 一、德文文獻

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO Kommentar, 64. Aufl.,  
2006.  
Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. Aufl., 2010.  
Münchener, ZPO Kommentar, 2. Aufl., 2000.  
Musielak, ZPO Kommentar, 4. Aufl., 2005.  
Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 16. Aufl., 2004.  
Musielak, Grundkurs ZPO, 9. Aufl., 2007.  
Othmar Jauernig, ZPO, 29. Aufl., 2007.  
Wieczorek, ZPO Kommentar, 2. Aufl..  
Zöller, ZPO Kommentar, 24. Aufl., 2004.  
Egbert Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im  
Zivilprozeß, 1983.  
Hartmut Rensen, Die richterliche Hinweispflicht, 2001.  
Schaefer Thomas, Die richterliche Hinweispflicht im Zivilprozess, 2005.  
Ming-Sheng Liu, Die richterliche Hinweispflicht, 2008.

### 二、日文文獻

新堂幸司，《新民事訴訟法》，弘文堂，2004 年 9 月 30 日，三版補正  
版。  
竹下守夫、伊藤真編，《注釈民事訴訟法(3) 口頭弁論》，1993 年 5  
月 30 日，初版。

参考文献

渡邊泰子，〈審理手続における裁判官と当事者の役割分担に関する一考察—弁論主義と裁判官の釈明行使の關係を中心に〉，《同志社法学》，58 卷 7 號。

加藤新太郎，第五章〈釈明〉，《手続裁量とその規律——理論と實務の架橋をめざして》，大江 忠、加藤新太郎、山本和彦合著，2005 年 5 月 25 日，初版。

本間義信，〈釈明権〉，《民事紛争の解決と手続—佐々木吉男先生追悼論文集》，信山社。

小林秀之，〈弁論主義の現代的意義〉，《講座民事訴訟法④》，弘文堂，1985 年。

